HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	クストディア（保管・監護）責任覚書
Author(s)	小菅, 芳太郎; KOSUGE, Yoshitaro
Citation	北大法学論集, 39(5-6下), 427-480
Issue Date	1989-10-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16662
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(5-6)2_p427-480.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

クストディア（保管・監護）責任覚書

小菅芳太郎

ユ帝法源には《ドルス・クルパ・ディリゲンティアを給付する（――の責任を負う）》と同様の表現《クストディアを給付する》[1]があり、この意味として窃盗等による保管物の喪失に関する限り債務者の無条件責任と解される場合がある。[2]また法源中には、物滅失につき《自己のクルパなくとも》有責の旨の明記ある船主等の「レケプトゥム（引受）」制度があり、その根拠として《クストディアの故に》とある。[3]中世注釈学派以来、普通法学による過失責任主義の体系化の中で「引受」責任やクストディア責任は最軽過失[4] culpa levissima 責任に配されてきたが、仏民法典編纂直前にこの範疇が否定されてからは、[5]この意味で確立されてゆく過失主義のもとで、クストディアは一般にディリゲンチアの部分たることが再確認され、[6]特に実質上客観的責任たる場合のクストディアは過失推定により整合せしめられた。[7]他方、船主等引受の方は既述の明文の点では過失主義に対する唯一の例外とされた。[8]が、それ故にまた、一九世紀の対抗的要請

たる無過失責任（ないし危険責任）、当時の問題設定としては他人過失責任（補助者責任）の法源的根拠とされ、陸上運送等への類推適用の担手とされた。(9) しかし歴史法学派的方法論のもとでは例外を律する法規（ユ帝法文）からの類推は許されぬから、この点ではパンデクティストたるゴルトシュミットは、本格的法源釈義により本制度の変則性を強調し、併せて本制度のもう一つの内容たる事変責任の点については不可抗力の主観説を打出して、過失責任主義を擁護した。(10)

これに対して、法源釈義の方向転換を計ったのがバロンであり、船主等引受制度の基礎たるクストディア責任関係法文を再検討し、その中から客観責任たる狭義のそれ（「技術的クストディア」technische Custodia）を洗出し、これをロオマ法源中に広く見出すことにより他人過失責任の一般的存在を主張した。次いでエクスナアによる不可抗力の客観説出現を承けて、クストディア責任の力点を他人過失責任から事変責任に移し、実質的に危険責任主義を指向した。

「債務者は債務履行に使用する者の行態の責任を負うべきか……の問題はそれ自身に固有の観点から考察されるべきであるから打切ることとし、むしろ今回の研究対象は他人の物の所持者、例えば使用借主、賃借人、質権者等その目的物の窃盗並びに損壊につきどこまで責任を負うかという問題である。この問題につき私が前作をものした当時、学説は次の点に全然異論はなかった。即ち、かの債務者は自分のクルパの責任のみを負い、他人のそれは負わない。つまり彼等の家族員、召使及び被用者（culpa in eligendo 及び in iaspiciendo は除く）、友人、部外者（但し、何らかの点で当該目的物に接近する者）が窃盗ないし損壊を犯す時は責任を負わぬ。唯一の例外が、船主、旅館主及び厩主の場合であった……これに対して私は前回の研究で次の命題を証明した。第一に、船主及び旅館主の他人の過失に対する責任は決して孤立したものではなくて、一連の多くの事例に於て同一の責任は見出されるのである。即ち、倉庫業者、請負人及び雇用主、賃借人（若干の場合）、使用借主、質権者、事務管理人、自発的受寄者、評価物受領債務者、容器入り種類物の売主がこれに属する。この種の事例はかくも豊富である以上、他人の債務の責任を特異なものとみなすことは不可能である……第二に、法源は、本責任を、かの債務者が《クストディアを給付すべき》ことに基づかしめる。彼等は《クストディアの故に責任を負う》ことが繰り返し述べられる。他方、本責任は不可抗力を限度とするという規定の根拠として、《蓋し力に対してクストディアは殆ど役立たぬ》［D. 19. 1. 31：参照、本稿註2・48］と述べられる。なおクストディアの語は他人の過失の責任は存在しない事例でも勿論用いられているから、私は両種のクストディア。即ち、端的なクストディア（ヴィントシャイ

トにより後に技術的クストディアと呼ばれ、私もこの表現を用いることにする）、及び良き家父のクストディア（通常のクストディア）を区別する。第三に、他人の過失の責任の大抵の場合には、もう一つの技術的表現、即ち paterfamilias diligentissimus によってのみ用いられる diligentia exacta, exactissima が法源中に表われていると私は考えた。但し、私は、このディリゲンチァの不使用を過失、例えば最軽過失と見られがちであることに対しては反対である。全素材は責任者に、自己過失なしに責任が発生するという考え方に基づいているのであって、従ってその技術的表現は、発生せる損害（窃盗、目的物損壊）は防止可能だったことを示唆する役目しかないのだから。以上の三命題を私は依然維持するが、今回は次の点を付け加えねばならぬ。即ち、クストディア責任を他人の過失の責任と説明したのは不充分であって、それには事変の一部分、即ち不可抗力には入らない事変も含まれている。この事変を小事変と呼ぶことにする。[11]」

右の命題のもとにバロンは他人過失および小事変の責任（Haftung für fremde Schuld und niederen Zufall）としてのクストディア責任を一箇の原理にまで高めることを主張し、まず本原理の「内的諸根拠[12]」を展開した後、次に法源上の証明に当っては、問題のクストディア責任の指標としては「良き家父の」と形容される「通常のクストディア」（ディリゲンチァの一部分）とは区別される端的なクストディアに注目するほかに、同一責任の別の表現と解される最上級形容詞で強化されたディリゲンチァを根拠とし（既掲の第三）、その好例として D. 13. 6. 18 を挙げる。

Gai D. 13. 6. 18pr：《使用借用物においては最も注意深き家父の誰でもが自己の事物に示すような注意が給付さるべきであり、したがって、抵抗不可能な事変についてのみ責を免れる talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit. 例えば、彼の故意にもクルパにもよらぬ奴隷の死、強盗または敵の襲来、海賊の待伏、難船、火災、あるいは監視の習慣なき奴隷の逃亡 fugas servorum qui custodiri non solent がこれである。しかし、強盗や海賊および難船につき吾人が述べしことは、誰かが或物を旅に携行してもよいとして使用貸与された場合にあてまるのであって、然らざる場合、即ち、友人たちを食事に招きたいと言ふ者に対して私が銀器を使用貸与し、然るに彼がこれを旅に携行した場合には、彼は海賊や強盗および難船の事変についても責任を負うべきこと疑なし。以上は受領者だけのため dumtaxat accipientis gratia に物が使用貸借された場合のことであって、これに対して双方のため utriusque の場合、例えば、吾人が共通の友人を食事に招き、汝はその準備を引受け私は汝に銀器を使用貸与した場合、某々の叙述によれば汝は故意についてのみ責任を負うべしとあるを私を承知している。しかし、クルパについても

責を負うべきではないか、つまり、クルパの評価 culpae aestimatio が、質物および嫁資物の場合に評価される習いであるのと同様に、為さるべきではないか、が吟味さるべきである。[13]》

右法文でガイウスは使用貸借の二つの事案のうち後段の双方利益（utriusque gratia）の事案ではクルパ責任を表明しており、然らば前段の借主利益（dumtaxat accipientis）の事案における責任如何についてはバロンの指摘する二つの指標、最上級形容詞附ディィリゲンチァおよびその責任限界としての不可抗力（vis maior）が見出され、しかも後段事案のクルパ責任とは峻別される以上、diligentia diligentissimi patrisfauilias はクルパを超える、但し不可抗力は除く全責任なることが法源上証明されたとバロンは考えたのである。

バロンに対する諸学説の反応をみるに、過失責任主義の例外（「他人過失および小事変の責任」即ち自己過失によらぬ責任）の存在自体は例えばヴィントシャイト等により原理的には承認されたが、[14][15] 実際の適用事例如何となると法源釈義の経緯は多様を極め、[16][17] 積極的成果なきまま民法典編纂は普通法理論（クストディアはディリゲンチァの一部）に復帰した。

* 　　* 　　*

民法典編纂によりロオマ法源研究が歴史的研究に局限されたにも拘らず、あるいはそれ故に、古典法における帰責の客観化的理解[18]がテクスト改竄（interpolatio）批判の重用と相俟って進行し、ゼッケルは従来の「通常の」意味のクストディア（ディリゲンチアの一部分）はユ帝法に、古典法には「技術的」意味のそれのみを截然と配当して学説史上一時期を画した。

「ゼッケルによれば、古典法曹の理論における《クストディアを給付する》の意味は、要保管物につき（窃盗および不法損害に対して）特別な見張をすれば防ぎえたであろうやうな小事変の責任を負うことである。クストディアは一方ではクルパおよびネグレゲンチァないしディリゲンチァに、他法ではヨリ大きな力に対立する。即ち両者の中間に位する。クストディア責任は法律により（即ち特約上の本責任引受を除き）、先ず、自己の利益において他人の物をその所有者の意思に基き所持する債務者、次に、売買締約後履行までの間使用借主に同視される（恰も

目的物を買主に引渡せるのち彼から戻されて所持するかの如き）売主に生ずる。[19]」

かくてクストディアは帰責基準に昇格して、その五分割理論[20]の中に定着し、この五分割図式に整合せぬ法文個所は改竄（itp.）とされる。クストディアが或る種の出来事についての絶対責任と解される限りはクストディア自体においては段階（程度）はありえなかったのに対して、後古典期の過失主義では目的物の保管義務が主観的注意義務（の一部）を意味するに変ずるやその段階がありうることになり、かくてクストディアを格付け（修飾）する形容詞ないし形容句がitp. として現れる。その好例が「良き家父の示すクストディア」である。[21]

D. 18. 1. 35. 4 (Gai. 10 ed. prov.)：《売却物が盗まれて消失したときは、先ず、彼らの間で物の保管につき（de custodia rei）何か合意されていたかが注意さるべきである。何も合意されていなかったことが明らかなら、善良な家父が自己の物に示すようなクストディア（talis custodia qualem bonus pater familias suis rebus adhibet）が売主から要求さるべきである。このクストディアを給付したにも拘らずその物が消失したときは売主は心配しないでよい。……》

クストディアが法定の客観的責任として確認されると、他方既に古典法研究はドルス（悪意・故意）のみの責任領域の広汎な存在を主張していたから、[22]普通法学以来の過失責任体系の礎石たる注意義務 diligentia 自体にも改竄批判的検討が及ぶに至った。[23]即ちクンケルによれば：

(1)　(Diligentia と custodia)　ガイウス法学提要（古典法クストディア責任の基本法文）では使用借主等は彼にとっては事変に他ならぬ窃盗の責も負い、その代償として物の所有者（債権者）を排除して窃盗訴権を与えられる。ディゲスタでもクストディア概念は保存され、関係債務者は、事変責任の類型的免責事実には列挙されない窃盗事変の責任を負い、したがって窃盗訴権を与えられる。[24]この限りで本責任の諸規律（問題設定、解決）はユ帝法源でも保存されたが、

責任法全体の過失責任原理化のもとで変容を迫られ、クストディアにおける注意義務 diligentia in custodiendo へ言換えられ、極度の注意義務強化によるクルパ擬制に服した。したがって、クストディア責任に属する契約関係法文において custodia に代置され又は附加された diligentia の語や関連観念（diligens paterfamilias 等）の古典性は否定される。

D. 13. 6. 19 (Iul. 1 dig.)：《物の保存を有償で引受ける（servandum conducunt）者または無償使用のため（utendum）受領する者には、他人により不法に与えられた損害（damnum iniuria ab alio datum）が属せぬこと疑いなし。一体いかなる配慮と注意（cura aut diligentia）とを以てすれば吾人は、誰かが吾人に損害を不法に与えないようにすることができようか。》

D. 19. 2. 41 (Uip. 5 ad ed.)：《しかし債務者とは別の者によって与えられた損害（damnum ab alio datum）につき彼を相手取って訴訟することは出来ぬとユリアヌスは言う：蓋し如何なる保管（custodia）を以てすれば彼は別人が違法に損害を与えぬようにすることが出来たであろうか？　しかしマルケッルス曰く：時には可能。損害が与えられぬように保管しえたにせよ、保管者 custos 自身が損害を与えたにせよ、と。このマルケッルスの見解が承認さるべきである。[25]》

D. 44. 7. 1. 4 (Gai. 2 aur.)：《消費貸借物の受領者は如何なる偶然事故により受領物を喪失しようとも債務を負い続ける。しかし使用貸借として受取った者は、もし人間の弱さによっては抵抗し難いヨリ大きな事変（maior casus, cui humana infirmitas resistere non potest）、例えば火災・倒壊・難船によって受領物を喪失したときは免責される。しかし他方［彼は物の保管につき最大の注意を給付すべく（exactissimam diligentiam custodiendae rei ptaestare）要求されるのであって、自己の事柄に示すのと同じ注意（eadem diligentia quam suis rebus adhibet）を示すのでは、もしもヨリ注意深い別人（alius diligentior）なら保管し得たであろう限りは、足りぬのである。］しかしヨリ大きな事変の場合でも、彼の過失が介入するときは責めを免れず、例えば……[26]》

Lab. D. 19. 1. 54 pr.《汝が売却済の奴隷が汝の命令により何かを為し其の際骨折した場合、汝が彼が売却以前に為すのを常としていた事を命じた時に限って、［そして汝が売却せずともその奴隷に命じていたであろうことを命じた時に限って］本件は汝の危険には属さない。パウルス：そは正しからず、蓋し、売却以前にその奴隷が危険な事を為すを常としていたなら［、汝のクルパによりそれは生じたと観ぜらるべし］。例えば彼が、綱を渡り下水溝に降りるを常とする奴隷だった場合を考えてみよ。［賢慮かつ注意深い家父（prudens et diligens pater familias）なら其の奴隷には命じなかっただろう事を汝が命ずるを常とした場合、法は同じである。］この点が留保されていたら？　［しかし、この奴隷に対して、もし彼を売らなかったとすれば命じなかっただろうような新しいことを命ずることが出来る、例えば、外国に居る売主の

もとへ行けと汝が命じた場合。この場合は確かに汝の危険には属さず。かくてどの場合にも売主のドルスのみ、およびクルパの有無により決定さるべきなのである。」》

ラベオの責任限度は bona fides の原則に基き客観的に決定されている。パウルスは客観的に危険な仕事に伴う事故すべて、例えば綱渡りや下水溝降りのような事例を組入れているから、その責任限度はラベオよりは拡張されているが本質的には同じものである。即ち、古典的見方は客観的要件事実のみを基礎として構築され、類型的なものを目指し、必要なメルクマルを算へ尽すに努めるのである。この古典的部分とは全然性格を異にするものとして、(1)「そして汝が売却せずともその奴隷に命じていたであろうことを命じた時に限って」の単調なパラフレイズはグロッサであり、(2)ディリジェンスな家父の教説は、古典的議論たる両例示と、文脈上この例示に直続すべき《この点が留保されていたら如何?》との間に後古典期にはめこまれたもの。(3)保存されたパウルスの議論も「汝のクルパによりそれは生じたと観ぜらるべし」によって客観的決定とは異る新しい意味に解釈し直されている。(4)最後に、パウルスにより拡張されたばかりの古典的規律が再び同様な意味で制限されつつ、この種事案の判定規範として過失原理が生硬な言葉で強調される。[27]

(2) (Diligentia と culpa)　クストディア領域以外の法文についても、diligentia が同様に抽象的な言表として存在する故に、関係文章の形式的難点と相俟って、同様に古典性を否定され、結論として、「古典法はおよそ注意義務 Diligenzpflicht なるものは知らず、この種の義務を証明する法源が後古典的起源なることは歴然。[28]」さらにまた、かくて後古典的と断定された diligentia の裏概念として使用されている culpa も同様に古典性を否定される。例えば、周知のクルパ定義(予見しうべきものを予見せず)を伝えるパウルス文(枝下ろし屋事件 Schneiderfall)について:

Paul. D. 9. 2. 31《枝下ろし屋が樹の枝を切落として〔或いは足場で作業中の者が〕通りかかった奴隷を殺したときは、彼は、枝が公道に落下して而も彼が事故が避けられるように声高に叫ばなかった場合に限り責を負う。然るにQムキウスは言う。同じ事がたとえ私道で生じ

たとしても［クルパについて de culpa］訴訟しうる。［クルパとは、ディリゲンス（注意深い者）なら予見されえたことが予見されなかった場合、または culpa autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut］危険が回避されえなくなってから告げられた場合だからだ tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit, と。この考方では公道を通ろうが私道を通ろうが相違はなく、蓋し概していえば大抵は私有地を通行するものだからだ。しかし、およそ道がない場合には、通行中と視認した者に投げつけぬよう［ドルスについてのみ］責を負う。［蓋しこの場所を誰かが通過するとは予想しえなかった以上は、彼からクルパが要求さるべきではないから。］

右法文についてクンケルによれば「文章的欠陥を重ねるクルパ定義は、特異な“de culpa”と共に後古典的であり、これに対して後続文のカズイスティクな観察は真正なパウルス文の名残とみてよい。(29)」

Paul D. 9. 2. 30. 3《本章から生ずる本訴権でもドルスおよびクルパが罰せられる。したがって、誰かが自分の苅後畑や茨藪に、それを燃やすために火をつけ、そして火がさらに燃え拡がって他人の穀物畑や葡萄畑をだいなしにした時は、吾人は、それが彼の未熟さ imperitia または懈怠 neglegentia から生じたのかどうかを吟味せねばならぬ。蓋し、もし風の日にそうしたのなら彼はクルパの罪がある（蓋し、機会を与える者もまた損害を与えたと観ぜらる et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur）。火がさらに拡がらぬようにと見張らなかった者もまた同罪である。しかし、講ずべかりし措置は悉く講じた omnia quae oportuit observavit のなら、あるいは突然の風力が火をさらに運んだのならクルパはない caret culpa.》

「右法文（D. 9. 2. 30. 3）での表見的パウルスの諸観察は既掲 D. eod. 31 のクルパ定義に非常に似ている。……最終文章の oportuit《講ずべかりし》から、その遵守が過失 Verschulden を排除するところの注意義務 Sorgfaltspflicht が判明する。これに対応して本法文冒頭の問題設定の方向は主観的過失にある。両者は確実に後古典起源である。パウロの行論はむしろ D. eod 31 でのようにカズイスティクな仕方だったと思われる。《もし風の日にそうしたのなら》および《機会を与える者もまた損害を与えたと観ぜらる》はパウロの行論の名残たりうる。この文章はパウルスの主題が Coll 12. 7. 4. ff. でのように、過失問題では全然なくて、因果関係問題だったことを示唆している。ママ D. 9. 2. 31 および D. eod 30. 3 の両法文にしかアキリウス法の分野では diligentia は現われない。この事実はこの分野での注意義務構

成は契約法でよりも遥かに技巧的なることからもわかるし、また同時に、過失責任はそのような補助的構成なしにも実現可能なことをわからせてくれる。引用せる両法文は culpa および diligentia を結合して一箇の統一的責任段階に結合するものなることはバシリカ法典の注釈で確認される。diligentia と culpa が夫々 epimeleia, ameleia と記されうることからして既に両概念の相補的理解がわかる。(30)」

(3) (Diligentia diligentis と diligentia quam suis) 注意義務の二段階分割、したがって良き家父のそれも後古典期の産物と考えられ、例えば周知のウェヌレユス文については、

Ven. D. 45. 1. 137. 2《「エペソで与えられるや?」と余が要約せるとき、そこには或る期限が存在し、然るときは如何なる期限が了解さるべきかが質問される。[およそこの種の事柄は審判人、即ち良き人士 vir bonus に委ねるを可とし、如何なる期間内にディリジェンスな家父 diligens paterfamilias ならば自己が為すべしと約束せることを完成しうるやを審判人は判断すべし ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit したがって] 自分はエペソで与うべしと諾約せる者は皇帝の旅券を携えて夜を日に継ぎいかなる天候下でも旅を続けることを強いられるべきでもなければ、非難に価するとみゆる程にのんびりと歩を進めてもならず、時期、年齢、性別、健康が考慮さるべきである ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis.。[蓋し、遅れずに、即ち、たいていの同一条件 eiusdem condicionis の人たちが到着するを常とする時間内に、到着するよう振舞うべきだから。] したがって期間が過ぎれば彼がロオマに留っていてエペソでは金銭を与えずとも、それにも不拘、彼に対してこれが請求を訴えうる。[エペソで与えられないことが彼自身のせいであれ、別人をしてエペソで支払わせるからであれ。蓋し、期限附債務につき、それ以前には請求しえずとも支払は可能だから。] もし皇帝の通行証を用いて、あるいは幸便を得て誰か他の人よりも早く到着したときは、彼は即座に義務を負う。蓋し、時間および事実の点で限度ある事柄では推測の余地はないから。

3 同様に、集合住宅建築を約せる者はどこで調達するにせよ工人たちを、あるいは働き手たちを用意してそれを急いではならず、[しかしまた、一両人で満足してもならず、] 節度が [ディリジェンスな棟梁 diligens aedificator や] 時や、所やを考慮して守られねばならぬ。同様

に、仕事が始められていないなら、その期間内に完成されうることだけが評価される。そして集合住宅が完成さるべきであった期間が徒過すれば、義務者は、その後建てられた時は、何かを与えんと欲すと約束せる者が一旦手渡した場合と同様免責される。》

周知の右法文では他処で履行さるべき問答契約債務の履行期は注意深い家父の行態を基準として決定されるのであるが、第一の ut- 文章は要件事実を捨象し去った抽象的な内容 (der abstrakter, vom Tatbestand ganz losgelöster Inhalt) および重大な形式的欠陥の故に非古典的である (但し bonus vir は古典テクストに由来するかもしれぬ)。これに対して第二の ut- 文章は第一のそれを取除けば文法的つながりが回復され、また細かなカズイスティクな仕方で通常の給付を探求するが故にウェヌレユスに由来する。両文章の間の深刻な対立をみるに、後古典期に由来する diligens pater-familias は理念人 (Idealmensch) でありこの過度に張りつめた対債務者要求を、ウェヌレユスの方は却けるのであり、徹頭徹尾通常の平均的尺度を採っている。次のパラグラフ §3 でも冒頭の細かな具体的 feine, konkrete な方法だが、後続の不器用に接着された注意義務に席を譲っているに違いない。(31)

(4)　(Neglegentia)　過失的行態を意味するネグレゲンチァはかなりの史料に現れるが、自然的用語法の故に、古典法曹に全然無縁ではなかったとしても、概して言えば後古典期の注意義務の反映である。

Coll. 12. 7 (Ulp.) §4 《汝が自分の畑で刈株を燃やし、この火が隣人の土地に達してこれを焼払ったなら、アキリウス法が適用されるのかそれとも事実訴権が与えられるのか疑問があった。§5 しかし、大方の説によればアキリウス法の適用ありとは観ぜられず、ケルススもそのディゲスタ第三七巻でそのように書く。即ち、刈株を燃やす者の火が逃げたのなら、彼はアキリウス法に基く責は負わず、事実訴権で訴えらるべきである。蓋し、彼はこの場合直接に焼払ったのではなくて non principaliter 何か別の事をしている間に火が拡がったからだ、と。

§7　もし賃借人 colonus の奴隷が窯の傍で眠りこけ農舎が焼けたとき、ネラチウスは書く、賃借人は[奴僕どもの選択につき懈怠ありし時は si neglegens in eligendis ministeriis fuit] 賃貸借に基く責任を負う、と。しかし、一人が窯に点火し別人が懈怠的 neglegenter に見張ったとき彼は責任を負うか？　この場合、見張っていなかった者には何も行為はなかったのだし qui non custodit nihil fecit 正当に点火した者

には咎めはなかったのである qui recte ignem subiecit non peccavit。アキリウス法は適用されない。蓋し、医師が奴隷を正当に手術したのち自身または別人が懈怠的 neglegenter に看護した場合と同様だからである。然らば結論如何？ 本件でも私の考えではアキリウス法に準ずる ad exemplum Aquiliae 訴権が与えらるべきであり［窯の傍で眠りこけ又は懈怠的に見張れる者を相手取っても、また奴隷が死んだにせよ弱ってしまったにせよ懈怠的に看護せる医師を相手取っても、与えらるべきだ。何人も、眠りこけた者は人間的かつ自然的事物に襲われたのだとは言うべからず。消火するか、燃え拡がらぬよう警戒すべきだったのだから］

§9　借家人 inquilinus の奴隷が借家を燃した場合にもウルセュスがその第一〇巻で伝えるところによれば、サビヌスは奴隷所有者は奴隷に関してアキリウス法に基き加害者委付訴訟により訴えられる、と解答していた。但し、彼は奴隷所有者が賃貸訴訟に基き責を負う点は否定していた。しかしプロクルスは小作人 colonus の奴隷が農舎を燃やしてしまったら、小作人は賃貸借かアキリウス法かいづれかに基いて責任を負い、したがって、小作人は奴隷を加害者委付として引渡しうる。そして事件が一つの訴訟で判決されたなら、もう一つの訴訟はもはや提起できない、と。》

ウルピアヌスは第五パラグラフ、行為者が《直接に焼払ったのではなくて何か別の事をしている間に火が拡がった》場合、ケルススを承けてアキリウス法の直接適用を却けた（事実訴権ないし準訴権）。第七パラグラフ冒頭では事案は若干変化して、積極行為（窯点火）は正当にして有責的ではないが、奴隷の欠陥ある見張り、居眠り、つまり不活動の方が違法かつ有責的論点とされ、ウルピアヌスの伝えるところでは賃借人に対する賃貸訴権 actio locati ありと言う。しかし、この解答は本法文の事実関係を全体として見る限り設問に則したものではない。本来の設問はアキリウス法訴権に関するものであって、この最も重要な点が現伝承では脱落しているに違いないことは、解答に続く損われた理由づけからわかる。即ち、ウルピアヌスはアキリウス法上の要件（iniuria）が本件には欠けることを分り易くするため、当初の事実関係を微変して活動および不活動を各別人に配し（《見張っていなかった者には何も行為はなかった、正当に点火した者には咎めはなかった》）、その上で、奴隷が適正な手術後に、医師自身により（当初事例の第一解釈として）、又は別人により（第二解釈として）放置され死んだ事例を持ち出す。どの事例でもアキリウス法は適用できず、第五パラグラフの場合同様、事実訴権になるのであって、その相手方は当初事例では賃借人（勿論居眠り奴隷ではない）、第二事例では医師または第三者である。後続する被告適格者列挙の部分は要件誤解の故に真正ではなく、さらに後続文章［何人も云々］で不真正が一段と明白になる。即ち、「古典的理由づけにおける事案検討観点がアキリウス法の特質に規定されて過失問題よりは今日の因果関係論に近いのに対して、当面の不真正な文章では、客観的要件事実を捨象した純粋な過失問題 die reine, vom objektiven Tatbestand losgelöste Verschuldensfrage が公然とその姿を現わす。古典法曹なら窯番が義務違反的に行為 pflichtwidrig handeln した点

を今更のように問題にするわけはなく、彼が問うのは所与の諸事情のもとでこの義務違反 Pflichtwidrigkeit がアキリウス法訴権で把握しうるか否かだけだった。これに対して後古典期の加工者の念頭にあるのは、何を窯番は為すべかりしにも拘らず為さざりしか、であった。これこそ、後古典期に注意義務 Diligenzpflicht を生み出さずにはおかぬ設問であった。」パラグラフの初めに戻って［奴僕の選択につきネグレゲンスなりし時］も全く同じ観念世界に属し、これまた後古典期の附加なることは、第九パラグラフからわかる。同法文は、本来、賃貸借責任の議論の場でありながら選任過失 culpa in eligendo には全然触れられず、プロクルスは賃借人の過失の検討なしに賃貸借上の責任を認め、ウルピアヌスこれに従い、プロクルス派のネラチウス（第七パラグラフ）にも異論ありとは考え難い。[32]

最後に、(5)「ディリゲンツ理論の本質・由来・展開」を論ずるに当り、対照の必要上「再獲得さるべき古典責任法、とくに古典的クルパ概念」に触れている。

後古典期の加工部分を取除いてみれば古典法曹の徹頭徹尾客観的な態度が識別できることは既に検討した諸法文を更めて顧みればわかる。「例えば Lab-Paul. D. 19. 1. 54 pr （(1)に既掲）では早期古典家ラベオも晩期古典家パウルスも売却済奴隷の使用につき、売主に許される使用と許されぬそれとの間に客観的境界線を確定的に見出すことに腐心しているが、後古典期の加工者はこの客観的立場を捨てて一般的注意義務と過失原理を採る。Paul. D. 9. 2. 31 （(2)に既掲）でも、客観的志向を有する古典的議論の残余の前に、過失原理がクルパ定義のかたちで嵌めこまれている。Paul. D. eod. 30. 3 でも客観的性格の要件事実へ立入る古典的態度が少くも若干の痕跡、特に《もし風の日に云々》および《機会を与える者も云々》の文章から認められる。次の Venuleius 文（(3)に既掲）では ut に始まる二つの文章（原文表示部分）において、不真正な純主観的見方［およそこの種の事柄は云々］と、古典客観的立場でのカズイスティク《自分はエペソで云々》とが無媒介に併存している。Ulp. Coll. 12. 7. 7 （(4)に既掲）も古典的議論を最もよく保存し、古典的観察方法の客観的性格をわからせてくれる法文である。

「このような古典的観察方法の特色は古典的クルパ概念自体にも備っている。クルパの意味は、本来、過失 Verschulden

であって、不注意 Fahrlässigkeit ではない。この意味でのクルパ概念は、常に、客観的色彩を帯び、或る特定の有責的行為に結合している[プラウトス、キケロ]。法曹のもとで初めてクルパの語はドルスに対立して使用され、不注意な過失に限定されるが、この専門技術上のクルパ概念もまた徹頭徹尾客観的色彩を備える。過失的出来事ぬきではクルパはおよそ考えられない。だから古典法のクルパもまた決して"Fahrlässigkeit"と同義ではなく、古典法はこの現代的概念と同等のものは、見渡しうる限りではおよそ発展させなかった。この欠如、つまり客観的要件事実への密着の究極のものとは、古典法曹の常に個別事案を眼前においたカズィスティクな方法である。第二の前提は、損害の正当な釣合を目指す純私法的観察であって、これが古典期の法的評価を構成要件事実の純主観的側面から引離していたのである。……これに対して後古典家の学問は徹頭徹尾体系的かつ理論的方向にあり、加えて彼らの正義は応報的正義だった。古典家にとっては、客観的法状態が判明ならばそれで足り、当事者の一方が他方より道徳的にまさるか否かはどうでもよかったが、後古典家の関心は何よりもまず当事者の倫理的資質とその発露たる過失とにあった。過失から義務違反が生れ、その効果が損害賠償だった。……後古典法の性格に応じてそのクルパ概念からも客観的要素が完全に消えた。今やクルパは最も一般的かつ抽象的な意味における不注意 Fahrlässigkeit である。……古典的クルパ概念は客観的に限定されており概念それ自体の中に或る積極的内実、即ち有責的行為、を備えるのに対して、後古典の新概念は、概念自体としてはあるべき行態からの逸脱以上のものは言表さぬから、積極的対置概念 ein positives Widerspiel を必要とする。だからこの概念は何らかの注意義務 Sörgfaltspflicht を立てざるをえないのであり、これを表すのが diligentia 概念である。ディリゲンティア概念は、ハッセ（Hasse, Culpa, S. 2）が関連ロオマ法用語中唯一の技術概念と呼びえた程はっきりした特色ある法概念にまで発展した。非法史料では diligentia は広汎に現れ、最も多いキケロやその他では法史料における と同じ用語組合せ：diligentiam adhibere, exhibere, praestare が見出されるが、一目瞭然で法学的とわかる事柄が問

題になっているのかといえば全然関係ない。[33]」

右に対してバックランドは反論する：「クンケルの立場を要約すれば、古典法曹は客観的基準を固持したのに対して後古典期の後継者は一般に主観的に語り責任を心理状態に依存せしめる。責任基準としての diligentia, custodia diligens, neglegentia のような語は主観的であり、したがって非古典的である、という。この見方は《過失的出来事なしにはクルパは考えられない……古典法は現代的概念 Fahrlässigkeit と同等のものは、およそ発展させなかった［既掲］》という《クルパ》とは何ぞやの力説に示される。かくて彼の立場は、かりに法律家が diligentia について語ったとすれば彼は心理状態を帰責基準としていることになるが、彼が実際にはそうしなかった以上、彼が diligentia を云々した筈はない、というに帰着する。このドグマから発してクンケルは diligentia を責任に関係せしめる様々な法文を考察しその全てを退ける。……しかしこのドグマは再考を要する。……古典法曹であれ誰であれ、法律家が当該法関係は人にディリジェントたることを求めていると語るとき、その言わんとするところは、その法関係は彼に対し一定の仕方で振舞うことを求めているということであって、完全に客観的である。古典法曹が diligentia の語をこのように、即ち《技術的クルパ概念は徹頭徹尾客観的色彩を持つ》（クンケル）と言われるのと同様に、その語を使用することはなかったのだと考えるべき理由は全然ない。したがって真の争点は、古典法曹は、主観的に語ったか、ではなくて、彼らの帰責理論はネグリジェンスを自由に勘案するほどに洗練されていたか、彼らはこの観念を実際に使っていたか、にある。[34]」

このバックランドの反論は従前の通説の繰返しにすぎないが、実質的主張としてディリゲンスな家父（diligens pater-familias）に合理人基準としての古典的意義を与える点で、しかし当面の手法としてはクンケルの改竄研究に対抗してこれとは正反対に法文の形式的瑕疵を超えてその実質的意味を汲尽す方法の点で、斯学研究に寄与したように思われる。

当時のクンケルの法文批判（[……]）に対して法文を読み抜きつつ関連語の古典性を確保する例二、三をあげてみると、(35)

Ulp. D. 13. 6. 5 §7《左官たる奴隷を私が使用貸借として汝に貸与しその彼が足場から落ちた場合にも私の危険だとナサムは言う[：しかし私はそれは、足場に乗っても働くやうにと私が汝に使用貸与した場合に正しいのだと思う。然るに地面で仕事させよと貸したのに汝が彼を足場に乗せたのなら、あるいは彼自身によるのではなしに不注意に(minus diligenter)繋がれた足場のクルパによって(machinae culpa)、または綱や棒の古さによって生じたのなら、私は言う、使用貸借懇請者のクルパにより生じた危険は彼自身が給付すべきであると]。蓋しメラも書いた、奴隷が石工として使用貸借され足場の下で滅失したら、[ヨリ不注意に(neglegentius)足場を繋いだ]職人は使用貸借訴訟により責任を負うと。……》

クンケルが使用貸借奴隷の用途違反使用（危険作業）はドルスであり、この古典的責任が非古典的な注意義務違反に譲歩しているに違いないとみて文章批判の後、「ディリゲンツ義務が現われているスコラ的区別の部分は形式的欠陥に満ちている。その中でどれ程が古典法曹に遡るかはもはや確実には識別しえない。いづれにせよウルピアヌスはメラを承けて或場合には使用借主に責任を負わせた。例えば足場に欠陥ある場合。現文章のこの点に関する評論はここに遡るかもしれぬ。」としたのに対して、バックランドによれば、クンケルにより殆んど全文（[　]の部分）が削除された残部だけをつなぎ合せてみると「これは全く incoherent である。即ち、責任は借主側にあるとのメラの陳述が、時には責任が貸主側にあるとの見解の理由とされている。そしてメラの陳述は、クンケルが削除しなかった形では、即ちそのような一般的意味に於ては真実であった筈がない。ウルピアヌスは現テクストにあるようなことを言ったのであって、それは多分彼の言を実質的に我々に伝えてくれる。(36)」

Paul Q. 39. 2. 38 pr：《建物の買主がその占有が自分に引渡される以前に未発生損害担保問答契約を要約するのは、売主が買主に全きディリゲンチァを給付 omnem diligentiam praestare せねばならぬ故に、無効 inutiliter である。しかし、例えば、買主に容仮占有としてこの建物の中に居ることを許し、かつ不在に当りクストディアを彼に引渡 custodiam tradidit した場合のように、売主に全きクルパが存在せぬ

omnis culpa aberit ならば、要約は有効 utiliter である。》

売主が出発に当り代金未払の買主をしてプレカリウムとして所持、見張りをさせる本事案につき、クストディアを責任基準とみるクンケルの前提からは［culpa］［diligentia］を〈custodia〉と修正せざるを得ないが、本件においては買主が物を引継ぐ際に必要な措置を講ずるのは彼の務めだというに尽きる。一般的には必要な措置を講じないのは売主の側のクルパであり、買主訴権を生ぜしめるが、本法文では、売主の不作為がクルパにならず、かつ買主が要約しうる諸事情のありうることが記されているのである。“custodiam tradere” はおよそ責任の引渡（買主は物に何が起らうとも支払うべし）を意味することは不可能である。

D.39.2.18（Paul.48. ed.）.8：《建物の売主は引渡し以前に未発生損害担保問答契約を要約せねばならぬ。［彼はこの点についてもクルパの責任を負う（huius quoque rei culpam praestat）のだから。］(9)しかし［売主がクルパ無くして（sine culpa）要約し得ず、それ故］買主が要約せるときは如何？　買主は損害を被らないかね？　他人の物に生じた損害が、買主に、というのは彼は買主訴訟をもたぬのだから、転嫁されるのか？　しかしこの種の事件では、引渡後に生じた損害に関せぬ限りは、本問答契約は役立たぬ。蓋しクストディア（custodia）が売主に属する限りは彼は要約を為し［而してあらゆるディリゲンティアを買主に給付（omnemque diligentiam praestare）］せねばならず、別の訴訟で要求され得ることは未発生損害担保問答契約（stipulatio damni infecti）の範囲には凡そはいらぬからである。》

culpam praestare を custodiam に訂正するのは正しくない。テクストの意味は、この事柄についても物の引渡についてと同様にクルパ責任を負うということである。また、クンケルが通読を断念する一見難解な問答にも拘らず結論は簡明で、売主は担保を要約する義務があり、他事にかまけることはいかに緊急でもクルパである。custodia は物を監護する義務（having the charge of the thing）であって技術的クストディア責任には関係ない。買主はおよそ買主訴権を有するにも拘らず彼はそれを持たないとのひねくれた表現の設例の意味は、本件の事情のもとでは担保をとらぬ売主にクルパはなく買主訴権による責任は負はずと主張され、しかも買主は要約できないといふのである。解答は、売主が監護

しながら担保をとらぬなら、それは常にクルパであるというにある（クルパを削除せずに問答は理解できる。[37]）

ulp.27.3.1 pr：《後見訴訟においては、後見人は、彼が為すべからざるに為したことすべてについて、同様に為さざりしたことについて、決算 rationem reddere をする。［ドルス、クルパおよび自己の事柄に用いる限りのディリゲンティアの責任を負うことによって praestando dolum culpam et quantam in rebus suis diligentiam］》

右法文の前半部では作為的及び不作為的不注意が区別されてこれが文末の区別を生んでいる。クンケルによれば原文は前半のみで終り、即ち、ウルピアヌスは後見訴訟の「客観的範囲」を述べたにとどまるとされるが、作為及び不作為責任の伝統的区別が欠けていたとすれば、あらゆる義務違反が本訴訟の範囲内にあると述べるのは奇妙ではないか。[38]

Proc. D.18.1.68《汝が土地の売却に当り契約条項中で賃借人より賃料として徴集せるものは買主に添加すと約せしときは、汝は徴集につきボナ・フィデス［のみならずディリゲンチアをも］給付すべし existimo te in exigendo [non solum] bonam fidem [sed etiam diligentiam] praestare debere,［即ち、汝にはドルス・マルスのみならずクルパも存在すべからず id est non solum ut a te dolus malus absit sed etiam ut culpa］と余は信ず。(1)次の語を附加するを常とする者あり、売主にはドルス・マルスあるべからず、と。しかしこの附加なくともあるべからず。(2)買主が土地を占有せざるよう売主によりて為されし時、又は為されある時はドルス・マルスなしとは観ぜられず、然る時は購買に基き訴権あり。本訴権によりて、売主は空の占有の引渡を、蓋し様々な仕方で引渡しえぬことが起りうるからだが、その引渡を求めるのではなくて、ドルス・マルスにより何かを為したか為しているなら、彼のドルス・マルスが評価されるのである。》

クンケルによれば原テクストは《汝は徴集につきボナ・フィデスを給付すべし》だけになるが、ボナ・フィデスの必要がまさに慎重な意見が生じうる疑問点であるかのような事を云う法律家がありえたなどと信じられようか？[39]

Gai. 2 Aur. D.44.7.1.5《吾人により或る物を寄託された者もまたその物引渡しにより吾人に対して責任を負う。即ち彼はその受取った物を返還すべき責任を自ら負う。しかし、彼は保管物を［懈怠的に neglegenter］失ったとしても責任を負わない。蓋し、彼自身の利益のためではなくて、受取った相手の利益のために受取ったが故に何かをドルスによって失った場合に限り責任を負うからである。［ところでその懈怠 neglegentia の故に責任を負うことがないのは、懈怠的 neglegens な友人に保管すべき物を委ねた者は自分自身について嘆く de se queri

べきだからである。但し、大懈怠 magna neglegentia はドルスの罪に当たること確実。」》

クンケルは、懈怠的に neglegenter を、それなくしては文章があまりにも一般的になり過ぎて真実でなくなるのに削除してしまう。更に［ところでその neglegentia の故に云々］も削除するが、この部分はガイウスの愛好する表現であるから、この点は認めざるをえぬクンケルは、グロッサはガイウスのスタイルを追うのだと考へざるを得なくなる。(40)

バックランドは結論する。「成程、古典法曹は具体的事件を論ずるを常とし、後古典期の後継者たちの方はもっと抽象的な定式化を使う。しかし、クンケルがパウルスは奴隷売主の地位を論ずる際彼がしてよいこと、ならぬことだけが関心事だったと論ずる場合、パウルスは先例以外には理由を持たなかったとか、理由は日常生活では普通に云々されるが法においては公表に適しなかった、とはクンケルだってまさか言えまい。パウルスはあれこれの行為を何かの理由で禁止する、この《何か》が行態基準である。買主との取引に当って売主は注意かつ考慮 care and forethought を以て行動せねばならぬ。クンケルが異議を唱へる諸観念は初発から潜在的に含まれていたのであって、その諸観念は決して表出されはしなかったという、ありそうもない見方を彼は証明できていない。理由を告げても理解し得ぬ顧客に対しては、法は民衆に隠された神秘なる以上、格言的表明で全く十分なのだが、知識ある顧客や当の法曹の授業の聴講生やその文献読者達なら、しばしば何故？　と質問したに違いない。これに答えるには、古典法曹は決して使用しなかったとクンケルが考える種類の言葉を使わずには不可能である。ここで言葉の手品なら容易い。ドルスとクルパとの境界線をひくことは見掛けほどに簡単ではなく、ボナフィデスとディリゲンチアの間には少くも見たところ混同があるのは何故かといえば、問題は行態であって心理状態ではないからである。イギリス法の本は wilful negligence と言うし、ロオマ人達が他人が関係する取引に於て全く気紛れな行態は要するにドルスであると言うのを躊躇した、と考へるべき理由は全然ない。」(41)(42)(43)

＊　＊　＊

一部普通法学の客観的クストディア責任の大幅な承認を求める実践的釈義を承けてこれを法文批判的方法により強化した古典法研究と、これに対する批判との間で戦わされた既に半世紀以前の論争は、専門研究的に言えば、同方法の過信に対する反省の出発点をなしたものであるが、私なりに其の意味を回顧すれば、クンケルにより要件事実の客観的確定活動（事案諸事情の衡量、当事者行態の評価）の側面が鮮明にされ、バックランドによりその判定基準たる注意義務概念自覚の側面が強調され、両者相俟って古典法学の構造が相補的に描出されたことにあらう。以後の専門研究はクストディア責任の再検討、其の適切な位置付けに向かっている。[(44)~(48)] クルパ責任再評価の現状は或る意味では通説的普通法学への復帰ともいへる。しかし既に若干垣間見るをえた法源釈義の深まりからしても、[(49)] 問題は、判定基準と諸事情との間の緊張という法学的作業の古典的展開そのものにあるように思える。[(50)]

（1）Custodia（「保管」：春木一郎「学説彙纂PROTA」、「監護」：岩田新「占有理論」）につき吉永栄助「監護責任と無過失責任との関係」新法四七巻一一・一二号（昭一二）四八巻二号、松坂佐一「履行補助者の研究」（昭一四）二〇頁以下、石本雅男「無過失損害賠償責任論」第一巻（一九八三年）三〇五頁以下、カーザー（柴田訳）「ローマ私法概説」二九四頁。関連するReceptum nautarumにつき、加藤政治・海法研究、岩田健次・神戸商船大紀要第四号（昭三一）一七五頁、広瀬久和「レセプトゥム責任の現代的展開」（上智法学二一巻一九七七年）九六頁以下。

Custodiam praestare（クストディア責任）は古典法上はクルパ責任とは異なる独自の責任形式であるが、文脈により、あるいは上記の独自性を否定（普通法学）または疑問視する立場からは、《クストディア（債務内容たる監護保管活動）を給付（履行）する》と訳すべき場合がある。cf. MacCormack, Custodia and culpa, SZ89 (1972) 156. 後註45。

クストディアが問題になる領域は、本稿で扱う契約責任論の他、本来は占有体素論であり（但し、占有付与制度 missio in possessionem の場合の custodia は狭義の占有ではなくて所持 detentio）、前者の学説史的背景としての後者に触れておく。

サヴィニイはロオマ法源から概念ないし準則を抽出するにあたり占有取得 Apprehension を直接的支配可能性 Moglichkeit der unmittelbaren Herrschaft と定式化し、但し物体との接触を要せず其の現在(Gegenwart, Naeche)で足りる(Paul. D. 41. 2. 1. 21：rem, cum ea in praesestia sit, vederi traditam…. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu…；D. ht. 3. 13：《ネルヴァは、動産は、奴隷の場合を除き、吾人のクストディアの下に存する限り、即ち、吾人が任意に其の自然的占有を獲得し得るかぎり、占有せらると言う。……吾人の占有の下にあるなら見つからなくても、その物の現在性 praesentia は存し只丹念な検索 diligens inquisitio が中止されているだけだから、占有されあり》)、更には現在も要せず、即ちクストディア(保管場所)でも足りるとした。しかし法源の多様なカズイスティクと法思想的背景の相違の故に批判相次いたが、結局ゴルトシュミットの、「物の事実上の支配なる観念は」「本来形体的観念なりしも」「漸次無形化せられ」「社会的観念に変ぜり、」「一般取引上の観念によりて定むべきものと為す」(石坂音四郎・占有意志論(「改纂民法研究」所収)三八三、四五二)[Goldschmidt, Grundl. d. Besitzlehre (Verm. Schr. 1) 4：Der Besitzbegriff ein socialer (Verkehrs－) Begriff の要旨] がBGBの《事実的支配》解釈(参照・山田晟・法協五七巻一二号一頁)の通説となり、「あらゆる可能な事案を直接に決定しうる確固たる準則は与え得ない(Proc. D. 41. 1. 55：《……要は、物が私の権力 potestas 内に到達せるときに私のものとなる、につきる》)、「裁判官の裁量が補充的に登場せざるをえない」(Windscheid, Pand. 153 m. 7, 8とされた。此処に至る経過の中ではイエリングによるサヴィニイ批判(omnia ut dominum gessisse oportet：Grund des Besitzschutzes, 1869, 193)が有名だが、これに先立ちバロンはその占有論文(Jherings Jahrb. 7, 1865)でサヴィニイにより法源から採られながらも一義的には用いられていない custodia を占有体素を示す唯一の術語と解していた。即ち、動産占有に関する限り、(1)見張(自身で又は他人をして)による「主観的な占有クストディア」(Iav. D. 41. 2. 51：《一山の材木を私が買い売主がそれを引き取れと私に命ずるなら、私が見張りを立てる custodiam ponere と同時に私は引渡されたと観ぜらる、とラベオは言う。……私に対してであれば私の命ずる誰かに対してであれクストディアの引渡し custodia tradatur に違いはない。……材木を見張るのが私自身でも私の依頼による誰かでも変わりはない》)および(2)土地(自己の、又は許可を得て他人の土地)を通じての「客観的な占有クストディア」(Paul. D. 41. 2. 3. 3：thensurus；Paul. D. ht. 44.：pecunia custodiae causa condita)がそれである。但し、占有(取得ではなくて)保持については、奴隷および家畜の場合にクストディアを失っても占有喪失は無い場合(Pap.

D.41.2.47：《ネルヴァは書く、使用貸借奴隷のクストディアが失われたときは元の占有は害されない。蓋し、別の他人がそれを占有し初めぬ限りは占有は元のままだから、即ち、奴隷は主人の許へ戻る意図により自身の占有を保持し得るのだから、と》につき、バロンはこれを上記原則（動産占有の唯一の基礎としてのクストディア）の例外として片づけたが、例外とするには重要すぎる（バロンの定式は無生物動産のみに縮減される）と批判され（Rudorff, in：Savigny, Besitz, 7. Aufl. 643）、後述の債務的クストディアは別として、術語としての占有クストディア論には賛成者はいない。cf. Kunkel-Jörs RP 116；Kunkel-M.Maly RP (4. ed.) 139.

(2) クストディア責任の内容は、ユ帝法源状況に即する限りは一義的に述べ得ないが、差当り Dilcher (Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, 1960, 57) によれば、「託された品物の保障 Garantie、但し事変責任の意味ではなくて、或る一定の事実関係、即ち：窃盗 (D. 18. 1. 35. 4；D. 47. 2. 14 pr；1. 4. 1. 15)、奴隷（但し要監視奴隷）の逃亡 (D. 13. 6. 18 pr；D. 50. 17. 23)、不法損害 (D. 13. 6. 5. 4)、を顧慮してのそれ」であるが、Dilcher の引用法文からは保障の意味が必ずしも読み取れないので、私なりに法文を選ぶと：

Inst. 3.23. 3 a：《もし売却済奴隷が逃亡し又は盗まれ、但し売主にドルスもクルパも無いときは、その引渡し時点までのクストディア custodia を引受けたか否かが吟味されるべきである。もし引受けたのなら、売主自身の危険 periculum にその事変 casus は属する。引受けなかったのなら心配なし。それ以外の動物および物品についても吾人は同様に解する……。》

クストディア責任の性質は保障でありながら、法文上は同時に最上級 (e. g. D. 13. 6.18 pr. diligentissimus) で形容される注意義務の違反とされている場合が多い。これは後古典期において当初のクストディア事案の客観責任的効果が維持されながらもこれを過失主義の中で説明せざるをえぬことに由来する表現である[Kunkel, Arangio：後註24]（なお同一事案につき最上級形容と原級形容 (diligentia diligentis, culpa levis) が用いられている法文の存在からすれば前者も後者と同一段階の注意とも見えるが、前記 D. 13. 6. 18 pr（後註13）でも利益原則（後註4・22）上の各別段階に対応して利益が使用借主のみに存する場合と両当事者にある場合とが区別されている）。いずれにせよこの最上級注意義務の違反は擬制的過失推定ないし過失擬制と解せざるを得ぬ以上は平均人に可能な注意を超えるそれであって、ここに後の最軽過失概念が既に萌芽的に存在している (Hans-Joachim Hoffmann, Abstfung der Fahrlassigkeit 1968, 12-19.)。石本・前掲箇所。

クストディア責任の最高級（ないし類似の）形容句による概念規定は、以後、過失擬制に過ぎぬと解する立場に於いても、

普通法学（次掲 Glück のほか、Windscheid：後註15）を通じ今日のロオマ法研究（Seckel：後註19）に至るまで一貫して用いられている。

Glück, Ausführl. Erläuterung der Pand. 17 (1815) 147：「クストディアを給付する者は、およそ窃盗につき無条件に責任を負うのがロオマ法の原則である（Inst. 4. 1.§13／15／16；D. 47. 2. 12 pr.；14§10／17. D. 17. 2. 52. 3；S. Löhr Beitr. zu Th. d. Culpa 4 Absch. S. 163 ff.）。蓋し、物品が然るべく監護されある限り窃盗に対しておよそ安全たりえぬ auf keine Art gegen heimliche Entwendung zu sichern gewesen wäre という事案は考えられない（D. 47. 2. 14. 12《賃約により物を受取る者はそのクルパによりその物を窃取された場合に窃盗訴権を持つ。》は妨げにはならぬ。このクルパは omissio custodiae のことだから。しかし、またクストディア懈怠 Unterlassung der custodia［omissio custodiae］がないのに物が盗まれる場合がある。これは全く監護される習いのない物品の場合（ロオマの奴隷の場合のように 6. 1. 21 pr；47.2.14.6）か、それとも単純ではない特殊の窃盗 qualificirtes furtum により、即ち押し込み Einsteigen od. Einbrechen により略取される場合（C. 4. 65. 1）、S. Lohr 4 Abshn. S. 181 ff.）。……売主がクストディアの義務［無条件責任］あることは既に別の箇所で示した（§984）。売主は、およそ窃盗による損害の責任を負う、蓋しもっと注意深いクストディアにより防止し得べかりし durch sorgfältigere custodia zu verhindern gewasen wäre ゆえ。これを証するは Paul. 18.6.15.1：materia empta…si minus（即ち引渡し以前なら）、venditoris［periculum］. のみならず：Ner. D. 19. 1. 31［本稿註48］Quamvis eam custodire debuerim quia custodia adversus vim parum proficit. 暴力による略取でない場合、即ち売主の法的に推定さるべきクストディア不履行 rechtlich zu vermutende Omissio custodiae により物が盗まれた場合には訴権譲渡では足りず、無条件 unbedingt に損害賠償せねばならぬ。D. 18. 1. 35. 4［本稿註21］：talis custodia desideranda est a vendifore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet（蓋し、およそ良き家父は彼に固有の注意により窃盗を防ぐ）、quam si praestiterit et tamen rem perdidit（つまり暴力による以外は［!］、というのはこれに対してはクストディアは存在しないから）。」

（3）D.4.9.3.1（Ulp.14 ad ed.）：《……この告示により、引受者はいかなる場合にも、たとへ彼の過失なしに物が滅失し又は損害が生じたとしても（etiamsi sine culpa）、責任を負う。したがってラベオは書く、何かが難破によりまたは海賊の暴行により滅失したときは彼に抗弁を与えることは不当ならずと。厩舎（atabulo）または旅館（caupona）にて不可抗力（vis

maior) が生ぜるときもまた同じというべし。》

D.4.9.5 (Gai.5 ed. prov.) pr.：《船長、旅館主、厩主は保管の故に (pro custodia) 賃金を受領するのではなく、船長は船客を運ぶ、旅館主は旅人を泊める、厩主は輓役家畜が彼のもとで休むのを許す故なのであるが、にも拘らず保管の責任を負う (custodiae nomine tenentur)。……§1．窃盗につき吾人が述べしと同じことが損害 (damnum) についても理解されねばならぬ。蓋し安全たるべきことを引受けた (salvum fore recipit) 者は窃盗からのみならず損害からも安全たるを引受くと観ぜられること、疑いなければ。》

本制度と請負 (クストディア責任) との関係について：共和制末に不可抗力をも含む絶対責任として法務官告示により導入された船主引受 (レケプツム) にラベオが付与した「抗弁がその免責由事を拡大したのに伴い、古典晩期法曹はレケプツムからはクストディア責任が生ずると一般的に確定し得た(但し共通基本形式の枠内では両者の差異は存続する)。……船主等の相手方契約者が物品持込みにより其の身に引受ける特別な危険は locatio conductio に伴う通常のクストディア責任には含まれぬものとされたから、引受は、レケプツム責任がクストディア基準にまで緩和されて以後も独自の制度として維持された。引受と共に合意された特別保障が取引慣行上〝黙示合意〟で足りるとする程に普及したにも拘らず、引受は locatio conductio の傍らで独立の制度であり続けた。」(Kaser, Aktivlegitimation zur actio furti, Fg. Lübtow 1980, 294)。後註45参照。

(4) 中世注釈学派はユ帝法源中に既に存在する exactissima diligenia 概念の裏概念のために、culpa levissima の名称を伝える唯一法文：D. 9. 2. 44 pr. (石本・前掲二二一) を根拠に最軽過失の術語を創出した。クストディア責任の大部分が本概念に編入されたのみならず、利益原則に立脚する解釈に基づき当初のクストディア事案を越えて広く他の債務関係にも本責任の適用が承認された。Hoffmann (前註2) 35 ss.；石本・前掲第二巻二一九以下

この過失主義体系のもとでは、船主引受法文の《自己の過失なくとも》に対する注釈 (Gl. etiamsi sine culpa ad D. 4. 9. 3. 1) は《即ち軽過失は無くとも、の意なるが故に最軽過失は存在す Scilicet levi：levissimam tamen intervenit。蓋し最軽過失も存せざれば即ち事変にして責め無し。或る者に最軽過失さへも無いのに、例えば、窃取された者には、蓋しそれは事変ではない (強盗は別として窃盗は事変には入らぬ) からと主張する者あるも、これに対しては、最軽過失有りとするのが正解、最軽過失と事変との間に中間は無き故 nam inter levissimam culpam et casum fortuitum, nihil est medium、

と解答すべし。》石本・前掲・第二巻二三八註三九一。Dilcher（註2）80 n. 264, 76 n. 254.

なほ、「利益原則」の柔軟化的解消の傾向（cf. Hoffmann（註2）, 60, 93, 137；石本・第二巻三六三頁以下）との関連によるものと思われるが、バルトルスは最軽過失・軽過失を通じて、丹念な家父の抽象的評価基準を当事者と同一の状態(個人的諸事情）および職業の限りで具体化している（"deviatio incircumspecta ab ea diligentia quam habent homines diligentes et diligentissimi eiusdem conditionis et professionis" Hoffmann 50；石本・第二巻・四〇一、四三四)。ホフマンによれば個別化的適用を前提する抽象的評価基準の考え方は既にロオマ法源のものであって（differenzierter Idealtypus の好例として Ven. D. 45. 1. 137. 3：sed modus adhibendus est secundum rationem diligentes aedificatoris（Hoffm. 9 n. 41). 参照後註31)、バルトルスはこれを明示したにすぎない。Hoffmann 50；contra：Dilcher 83.

なほ、抽象的評価基準の則諸事情的適用の近世以降における事例若干に触れた拙稿・北法三八巻五・六（下）号、特に一八四一頁註一一では、上記バルトルスを詳細に紹介する石本論文を引用すべきであったのに迂闊にも失念していた。

(5) ドネルス（culpa＝omne factum inconsunltum quo nocetur alii iniuria）を承けてルブランは、ドマ（Hoffmann 126 contra Mazeaud-Tunc no. 682 note 6)、ポチエとは異なり、最軽過失は自然法［事物本性とも呼んでいる］の第一原理の一つ（一般律は万人が遵守可能なものたるべし）に反する、「かくも直接・強力に取引安全人間幸福に影響あるところのかくも難しい事柄においては、実務上容易には為し得ぬ微妙な区別を設けるのは prudent ではない。」(Lebrun, Essai sur la prestation de faute, 1764, in：Pothier 2, 503 ss. Cf. Hasse, Anhang 3；Blondeau, in Themis 2 (1814) 313未見). Hoffmann 125. 石本・神戸学院法学一六巻一号、Mayer-Maly, Wiederkehr der culpa levissima, AcP. 1963, 122 n. 59；123 n. 72.

フウゴウ、チボオ、ハッセにつき、Mayer-Maly, l. c. 120；Ogorek（註9), 37 ss.. なお、最軽過失の概念と共に其の実質の消滅にも拘らず、ハッセの場合には契約上通常の注意義務の高度性が強調される事情につき、村上淳一・「権利のための闘争を読む」二四三頁、cf. M－Maly 123 n. 71；Hoffmann, 192 n. 1259.

(6) 吉永・前掲・新法四七巻一一号七〇頁。Hasse, Culpa 2ed. (1838) 281 ss. は法源（ユ帝法）における custodia の語と diligentia の関係を次のように説明する：「クストディアの一般的語義は監護 Schutz, Aufsicht, Aufbewahrung であって、特殊な用語法もこれから引出されている。例えば債務関係における帰責の分野についてみれば、他人の物を債務者自身の作

為の外で生ずる外来的事故から監護するという義務が彼に課せられていない限りは、クストディアが語られることはないのである(282)……。このクストディア義務に対する違反のあり様は事故か…重過失か…軽過失であるが、いずれにせよクストディアの語は上記のような特定の場合における注意義務を指すのであって、だから、アキリウス法（不法損害）の分野はクストディアには関係がない。……したがって、クストディアは物の保護を目的とする、特別なディリゲンチア、diligentia in custodiendo, diligentia ad rem custodiendam adhibita 即ちディリゲンチアの一種 species diligentiae に他ならない(284)。ところで給付義務 Prästationsverbindlichkeit の相違によりディリゲンチア一般が diligentia quam quisque diligens paterfamilias suis rebus adhibere solet と d. quam obligatus suis rebus adhibere solot とに分けられているから、他人の物の監護に関するディリゲンチア即ちクストディアもまた同様に区別されざるをえず、その一つは summa sive plena diligentia in custodiendo である。他のそれは、保管者が自己の事柄に示すを常とする保管上の注意 Fleiss im Bewahren を超えるものではなく、その懈怠たるクルパありとされるのは、如上の注意を不作為の場合、したがってそれ自体としては最軽過失 culpa levissima のことさえありとしてもその前提たる心的態度の点では故意を含むとせざるをえぬ場合、だけである。さらに、diligentia diligentis patrisfamilias がディリゲンティアの語本来の意味でありこの語の限定句なしでの使用は狭義のそれだから、custodia i. e. diligentia in custadiendo が単純に schlechthin 使用されているならそれは同様に狭義のそれ、diligentia plena in custodiendo を指しているとせざるをえぬ。この点は、custodia plena および minus plena を区別する法文 D.13.6.2.3［=§1（?）］と、クストディアが保管における最高注意 das Aeusserste des Fleisses im Bewahren を意味する沢山の法文を比べればすぐわかる。因みに後者の法文の例として、D.7.9.1 inf.；eod 2 では custodia は omnis rei cura のことであるし、C.4.65.28 では custodia は dolus と相俟って、casus fortuitus 以外にはそれだけしかない二つの責任段階 Prästationsarten なることが明示されている。」

(7) 窃盗のクストディア責任はハッセでは挙証責任の転換された過失責任に変じたが (Hasse, 303 ss.；Goldschmidt ZHR 16 357 n. 6)、レエルでは過失擬制が生残った (Hoffmann. 203 n. 1307；Ogorek（後註9）46)。

Löhr, Theorie der Culpa (1806) 72：「クストディア義務は監護を目的とする凡ての行為を為すことを含み、したがって、……もっと注意深く監護すれば避け得たりし損害はすべて違法に加えられたとみなさねばならぬ。……クストディア義務は diligentia と呼ばれるものの一部であり、窃盗により生ぜる損害の責任義務に対応する。蓋し、この損害はもっと注意

すれば常に防止可能だったのだから（n. 1：既に Duaren（ad l. 9 Solut, matr.）があらゆる culp a levissima をこれに結び付ける、彼がこの見解の最初でないことはこの見解を非難する gl. ed. 17. 2. 52. 3 が示す。）」Bd. 2（1808）は未見。

なほ Puchta, Pand. § 266：「軽過失 levis は、同時に最軽過失 levissima であり（§ 261 n. d [9. 2. 31]）、免責事由たる事変に直接に隣接し、其の責任を負うものは全てクルパ責任を負う omnem culpam prästirt。したがってクルパの二段階 lata u. levis 以外には第三のそれは存せず、それ以外の責任区分はすべてクルパ自体ではなくて、債務関係に基く義務たる行為の種類に関する。これに当たるのがクストディア、物の離脱 Abhandenkommen 防止であり、クストディアを給付する物は、他ならぬディリゲンチァ、但し、保管におけるそれは diligentia in custodiendo を給付するのである。（n. h：D. 13. 6. 10. 1；17. 2. 52. 3；19. 1. 31 pr.；47. 2. 12 pr.；eod. 14. 6/10/12；Gai. 3. 207. クストディア給付者は物窃取 Entwendung につき端的に責任を負うか、論争あり。成文法の諸規定によれば、クストディアの明示引受の際は肯定され Inst. 3. 23. 3. 受寄者にあっては彼により特別に引受けられたクストディアから casus fortuiti のみが除外され D. 16. 3. 1. 35. 質権者、賃借人は物が彼の過失なしに離脱せる場合は責任を負はず、47. 2. 14. 6／12. 使用借主にあっては彼が窃盗につき責任を負うことが端的に前提されており 47. 2. 14. 10/15. 評価物を受取った組合員も同様 17. 2. 52. 3.）」

(8) ハッセは、クルパないしディリゲンチァに基づくクストディアが casus（事変）の一部としての periculum に変質している唯一の場合（periculum custodiae）として、「誰でも D. 4. 9（receptum natarum etc.）および D. 47. 5（furti adversus nautas）の章を捉われずに通読するつもりになれば船主等は、クルパの責任を負うに止まらず、窃盗および不法損害がおよそ彼らの過失なしに降りかかり、彼らが仮令この点をいかに証明し得るとしても、その責任を負わされるのを読み過ごすことはあるまい。」（Hasse, Culpa 291）。

(9) 他人過失責任とロオマ法源との関係につき Wyss, Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht, 1867（不法行為と契約法に大別して概観）。

一八六〇年代以降普通法学で活発に論争された補助者責任 Gehilfenhaftung は契約法上のもの（Goldschmidt, Verantwortlichkeit des Schuldners fur seine Gehülfen, ZHR 16（1871）287 ss.；松坂（註1））のみであり、不法行為分野のそれは立法・判例に待つことになる（cf. Ogorek, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jht. 1975, 80. 参照 Seiler, Deliktische Gehilfenhaftung in hist. Sicht, JZ 1967の紹介：田上・民商六二巻三号五〇九頁）。な

お、フランス古法では既にドマが契約訴権（actio de recepto および a. exercitoria, institoria）から不法行為上の関係制度を導出していた（後の仏民法典一三八四条「他人（被傭者）の所為の責任」、cf. Husson, Transformation de la responsabilite 1947, 161 n. 1)。

　他人過失責任のために現代的に慣用されたロオマ法源は、後述の船主引受のほか、請負に関する次の法文である：

Gai. D. 19. 2. 25. 7：《石柱の運搬を請負った（columnam transportandam conduxit）者は、積載・運搬・積降しの間にそれが破損した場合、それが自分自身の、および彼が其の労働力を使用するところの者たちの何らかのクルパ（qua ipsius eorum que quorum opera uteretur culpa）によって生じたなら、其の危険を負担する（periculum praestat）。クルパは、この上なく注意深い者（diligentissimus）なら顧慮したであろう総てのことを為したるときは、存在しない。或る者が酒樽や材木の運搬を請け負ったときも同じと吾人は解する。同じことはその他の物にも適用され得る》

　右法文の eorum－que（＝選任監督過失責任）は－ve（＝coniunctio disiunctiva＝無過失責任）と解された（松坂前掲五二註三六、Ogorek, 79 n. 41）。これに対して Hasse 409, 411（過失推定）；Goldschmidt 16, 353；Windscheid§401 n. 5. は当然に反対。Baron（後註11）257は（其の点は分離的接続詞と解した上で）最上級形容により強化された請負人の責任は技術的クストディア責任とする（不法損害 damnum iniuria datum としての石柱損壊。contra：Pernice, Labeo 2,352 n. 27（請負における同責任は物品加工の場合に限定）。評価物受領組合員も同様 17. 2. 52. 3.）。船田Ⅲ二〇三、後註13。

（10）ゴルトシュミット（Goldschmidt, Das receptum nautarum. Eine geschichtlich－dogmatische Abhandlung. ZHR 3,1860, 331）によれば、レセプツム制度は今日異論なく海上運送に妥当するほか陸上運送（郵便、鉄道）への類推適用が試みられているが、これに急なる余り本制度の指導的諸原理や、ロオマ通常取引法に対する歴史的関係（告示上の法定担保義務 salvum fore recipere による市民法基本契約の修正態様）が十分解明されていない。変則な事変責任（D. 4. 9. 3. 1：etiamsi sine culpa (sua), ―― nisi ―― vis maior. 註3）の説明として、最軽過失説（culpa levissima：註4）は既に放棄されており（註5）、これと交替した挙証責任転換論も法源的根拠が無い以上、問題は事変の種類、免責事由の決定の面から解決されねばならない。事変のうち不可抗力のみを免責事由として、これを自体的に回避し得ぬ自然的出来事、外来の抵抗し得ぬ実力行為（Puchta, Pand. §314：von aussen kommend）と解するのが通例であるが、それ以上に基準の説明はなく（前記の客観的規定にもかかわらず実際には常に個別的諸事情が問題になる）、あるいは事変の区分を放棄して不可抗力

と同一視する［フランス法につき加藤正治（註1）三三六］。事変責任（omnimodo sine culpa eius）という法源の個別的表現に由来するヂレムマを解決すべく全体的関連から分析するに次の三命題が得られる。（1）船主は船員および船客の行為につき有責（D. ht. 1. 8：factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum）、（2）それ以外の第三者による物品の窃取および滅損、（3）免責事由としての不可抗力（第一および第二命題に属さぬ出来事にして船主に責め無きもの）。このうち第二命題の厳密な規定がゴルトシュミットの釈義の特色である。即ち、第二命題の責任については通常の過失主義により注意を尽くした旨の反証可能と解される。《船主自身の過失なくとも》（D. ht. 3. 1）の語は船員および乗客の不法行為だけを、先行の《いづれにせよ責任を負う》なる過失責任非除もその場合だけを指すと解され得る。これを拡げて上記以外の第三者による不法行為にも無条件に有責（Hasse §84, 325）とすべき法源的必然性なし（法学が関係人の区別に細心な点からして（cf. D. ht. 6. 3）この変則な保障責任が船員乗客以外の者の行為からも生ずるには当然有るべき明示の言及が法源に存しない。contra：Pernice, 2, 348 n. 10；349 n. 13；加藤二八九）。第二命題の結論的規定：「船員および乗客による場合は除き窃盗および不法損害の無条件責任でもなければ通常責任だけでもなく、両事項に関する強化責任なのであって、其の範囲は本制度の基本思想に鑑み個別事案ごとに裁判官の合理的裁量により決定されるべきものである。これを超えたものだけが免責事変：vis maior, damnum fatale である。」（115）加藤・二八六以下、錦織・後出二一五。

ゴルトシュミットは「運送人は請負上ex locto は丹念な家父に基づく選任上の注意のみの責任を負うのに対して、引受上ex recepto は、更に特別に引受けられたクストディアにより、諸事情よりして何らかの徴憑が要求する以上は予防措置を講ずる義務を負い、其の不作為による窃盗・不法損害のみの責めを負う。」（369）としながらも、反面では「実際上はとるに足らぬ程しかヨリ厳格でない引受責任云々」（384）とも述べている。かくて、主観説的「《不可抗力》の免責事由と共に過失原理のために何れにせよ再び入り口が開かれていた。蓋し客観責任の立法者意思を無視して学説（Goldschmidt, Thol, Windscheid, Dernburg）および判例（——）は不可抗力を所与諸事情においてこれに適切なる且つ合理的に期待されるべき注意にも拘らず防ぎ得ず且つ損害発生を避け得ぬ出来事》これは、最上級の語さへ除けば、引受人が責めに任ずるを要せぬ事変にほかならぬから、彼の責任は通常の請負のそれと凡そ区別が無くなるとExner が言ったのは正しい」（Ogorek 83 n. 13）エクスナァにつき錦織成史・論双一一〇巻四・五・六号二二〇、加藤・二九二、松本烝治「私法論文集」第一巻四七四。

（11）Baron, Die Haftung bis zur höheren Gewalt, in Ac P78（1892）204 ss.（これに先立つ前作 Diligentia exactissima,

diligentissimus paterfamilias, oder die Haftung für custoia, in AcP52（1869）は未見）吉永四七巻一一号七〇頁。

債務的クストディア（技術的ク（他人過失責任）および通常的ク（自己過失責任））と、これに先立ち彼の主張していた占有クストディア Besitzescustodia（主観的ク（見張による）および客観的ク（土地を通じて）：前註1）との関係如何についてはバロン（303 ss.）は、ヴィントシャイトによる技術的クストディア概念の定式化（通常人の義務を越える特殊な監護。「自身従事する強化された監護」：後註15）を引合に出して主観的クストディア概念が正にこれに対応していることを示す。ロオマ法曹は法務官告示の創出せる変則 anomal な船主等の引受責任に法学的構成を与えるために、当時の法学が既に所有していた主観的クストディア概念を利用し、これから導出されたものが債務法の技術的クストディア、即ち、「自身従事する強化されし監護ありせば防ぎえし」（Windscheid）ところの出来事（他人過失および小事変）の責任である。船主等引受で成立した本概念は実務に歓迎され内的根拠（次注）に支えられて市民法債務関係、即ち当該契約から利益を得る他人物所持債務者に拡張された（cf. 277：技術的クストディア責任適用原則、吉永・前掲四七巻一一号七〇頁）。他方これ以外の所持者（detentor、特に受寄者、受任者）については法曹はこれを客観的占有クストディアに結合した、即ち自身で従事する監護は要せず、通常の物品取扱い、場屋への搬入で足り、さらに取引の性質に応じて受任者等は軽過失の、受寄者等は重過失の責任を負う。かくてクストディアには占有上も契約上も常に主観的および客観的の二重の意味がある（契約上の主観的クのみを特別に技術的と呼ぶのはヴィントシャイトの踏襲）。バロンの法源釈義には甘さがあり、占有クストディア論には賛成者なく（注1）、契約上のそれも以後の古典法研究により改善されねばならなかったが、その指向において一個の体系化的釈義たるを失わずパンデクテン法学の特色をよく示すものと思われる。

(12) ハッセ以来の自己過失責任主義が倫理的刑法的観点（加害者本人の具体的意志に対する加罰）に捉われているのに対してクストディア責任 custodiae praestatio（他人過失責任および小事変責任）の内的根拠については、（一）他人過失責任の場合（219-225）：取引交流の中の契約者は孤立人格ならぬ経済的人格だから家内工業構成員、等などの責任を負う。比較法上、liability of master for servant（qui facit per alium facit per se ; respondeat superior）；Cod civ. §1797；§1384 同様にロオマにおける他人過失責任がクストディア責任であって、債務者自身が従事する強化された監護あらば防ぎ得たりし出来事総ての責任を負う（Windscheid）が、バロンによればかかる途方もない義務の履行は不可能ゆえ正当化されないから、custodiae praestatio は、不可抗力以外（小事変）の、かくてまた他人過失の責任を課するための形式的方便に過ぎず、擬制

と同様な、一個の法学的思考形式である。（二）小事変責任の場合（230-234）：本責任のもう一つの術語たる最上級形容詞の注意は更に深い政策的意味がある。Narren の注意（Puchta）ではなくて、立法者の注意義務強化意図である。法は万人が批判的頭脳（ein kritischer Kopf）たることは求めず、この意味で最軽過失（culpa levissima）は存在せぬが法は或る場合には批判的頭脳と同じ注意の使用を命じ、この義務を果たさざるが故に過失なくとも有責とされる（他人の物の売主の責任と同じ）。かくて法が不可抗力以外の責任を課す。ここには健全かつ重要な結果を齎す Verkehrsprinzip が存在する。diligentia exactissima, diligentissimi patrisfamilias は単に他人の物の所持者の場合（クストディア責任）に止まらず、他の債務者とくに請負人［製造者］に拡張されているのである（233 n. 94）。即ち、厳冬期の鉄道の一車輪の亀裂による脱線事故は其の一個だけの製造瑕疵にして不可抗力ではないが当時の技術では予見防止可能性なしとしても、亀裂の事実が其の製造者のみならず全技術界を巻き込んで、以後車輪製造に超級の注意が払われることになるという場合を想定してみよ。これが不可抗力以外の責任の偉大な立法者意志であり、これにより巨大な技術的進歩が齎される。一層一般的な言方をすれば、この教育的動因 erziehendes Moment こそが diligentia exactissima, diligentissimi patrisfamilias の内的根拠である。」

（234）不可抗力についてはエクスナアの客観説を支持する（290）。BGB草案（技術的クストディアは旅館主の引受責任以外には認められず、注意義務の特殊方向とするハッセの立場に復帰）に対しては、クストディア責任をロオマ法と同一範囲に、更に不動産および売買に拡張すべしとする（309）。Verein für Sozialpolitik におけるバロンにつき Ogorek 110.

(13) Baron 235. バロンの最上級形容詞理解に対する反対：Pernice, Labeo 2 (1878) 334：「周知のように法源の diligentia には著しく装飾的ないし精密化的な形容語、exacta, exactissima, d. diligentissimi が付加されているが、この最上級はクルパ責任の強化を意味するものではないとする通説が正しい」; Windscheid（後註15）。ct. Kaser RP 2, 354 n. 52.

本法文（Gai. D. 13. 6. 18 pr.）は後の古典法研究で一旦は不真正とされるが、過度の法文批判に対する反省の中でガイウスの精緻な手法が注目されている。Nörr Entwickl. d. Utilitätsgedankens, SZ 73 (1956) 85 によれば、当事者双方利益ある場合の責任基準につき使用借主にドルスを超えるクルパ責任を、しかしクストディアのそれまでは負わせぬという中間策の選択を通じて、不法行為起源のクルパが準契約（嫁資、質）を通じて契約法へ侵入する経路がよく示される法文とされる。Hausmaninger, Casebook zum röm. Vertragsrecht (2. ed. 1980) 43 は、ガイウスにおける最上級ディリゲンティアの使用による精密な思考に注目の上（後註26）、本法文全体を真正なものとして読ませている。尤も、通説によれば使用借

主のクストディア責任を確実ならしめるガイウス法学提要文（Gai. Inst. 3. 206）との関係如何には言及がないが、同じガイウスの属州告示から採録の石柱運搬請負法文 D. 19. 2. 25. 7（Gai. ed. prov.）における diligentissimus の注意を課される責任がレケプツム（船主引受）のそれに類似（したがってまたクストディア責任に類似）と解されるのと同様に考えればよいのであろうか。

因みに最近の研究によれば、ガイウスは D. 13. 2. 25. 7 において石柱運送の特殊な請負については賃約の基本責任形式のクルパ責任を強化した diligentissimus の注意深さを責任基準として示す。この最上級形容で強化された注意義務（本法文 D. 19. 2. 25. 7：前註、前出 D. 13. 6. 18 pr.；D. 44. 7. 14 註26）はウルピアヌス等には殆ど見られぬ彼の特色であり、少なくともガイウスの場合は改竄と疑わるべきではない。当初の責任を別のそれに接近させるときの彼の手法である。即ち、ここでは引受（レケプツム）責任（被傭者の責めを負い、クストディア責任の場合とは異なり物品損害の責任は確実）に接近せしめている。したがって eorumque は分離的に解されるべきであり、可能な限りの注意深さが請負人のみならず運搬人からも diligentissimus quisque 要求されており、クルパの消極的規定（culpa autem abest…）も引受責任の免責事由に似ている。ガイウスはレケプツムに倣う請負人の補助者責任を承認したのであり、本法文の有名なる所以である。Knütel（後註47），419 ss.：Hausmaninger Diligentia quam in suis, in：Fs. Kaser（1976）273. なお Kunkel（後註23）277は、クストディア責任は外部からの事故に関するゆえ本法文は同責任には無関係を既に指摘している（後註47参照）。

(14) バロンのクストディア釈義は、学説史的には、彼の第一作(1869)以後にこれを意識して展開されたブリンツのクストディア概念三分説を全面的に採用したものである（Baron 216 n. 18；237 n. 49）。Brinz Pand.（2. ed 1879）は custodia が species diligentae なることを否定し、その行為の面、即ち他の facere 同様に給付、債務内容 Inhalt einer Obligation：Leistung たる面［参照、後註48］を強調して、「注意」（いかに強化されたものであれ）との結合自体を切断の上、このクストディア行為に伴うべき身体的精神的緊張 Anstrengung (Enegie) の段階は当該契約の性質に応じて決定されるべき別個の問題であり、（1）diligentia boni patrisfamilias を伴うクストディア義務、（2）かかるヂリゲンチアを伴わぬそれ［寄託（ドルス責任のみ）の場合］、（3）最高の注意 der höchste Fleiss をも超えるそれ、の三種を区別していた（§268, S. 263）。この最後の、およそ窃盗につき有責ならしめ運命的損害のみを免責する責任（バロンの技術的クストディア：Baron 211 n. 9）は、実際上は特約の場合に限られ、法定責任としては船主引受、倉庫業者、鑑定人？ の三場合しか認めていない（§269,

S. 275, n. 40)。

(15) Windscheid, Pand, 2 §264 n. 9：「債務者は履行不能につき過失なくば免責されるというのは絶体的命題ではなく、全面的または或る範囲でその反対が約定しうるのみならず、事情により法律の規定上も生ずる。原註九：…… かかる場合の一つとして特に、債務者が、本人自身による高められた監護 gesteigerte, persönliche Obhut u. Fürsorge（技術的意味でのクストディア）によれば防ぎえたであろうような出来事すべてにつき責任を負わされ、したがって彼は dammum fatale, vis maior, casus cui resisti non potect についてしか免責されぬ場合がある。D.19.2.41（《損害が与へられぬように保管されえたにせよ、保管者自身が損害を与へたにせよ》……）：17.2.52.3；18.1.35.4；Inst.3.23.3. 完徹しえなかったヨリ古い説は D.13.6.19. さらに見よ §384 n 6 [船主等の引受契約]。Baron Ac P52, Goldschmidt ZHR 16 326, Pernice Lab. II, 345 ss, Brinz, 2, 274 ff. バロンはこの高められた責任を次のすべての場合に認定する。即ち法源が(a) exacta, exactissima diligentia, diligentia diligentissimi patris familias を要求する場合、(b)法源が債務者に窃盗訴権 actio furti を与えている場合、(c)法源が、彼は vis maior, damnum fatale, casus cui resisti non potest についてのみ免責されると述べる場合。（バロンの新論文 Ac P78, 1892 は旧作に比べて本質的に新しい点はない）。しかし(a)に所掲の表現を索強付会するのは正しくなく、参照 D.9.2.44 pr（バロンの応答 Ac P78.235）、b および c についても法源の表現が精密でないと考へられる、参照 D.47.2.14.12／16；C.4.65.28. 以下も参照、Pernice a. a. O.335 n 20；Bring 2. §269 n. 40. ……」

(16) Vangerow, Pand. §105 (Custodia)：「クストディアが緊張の一つの段階ではなくて一つの方向であることは、その言葉からしてもわかる。つまり、クストディアを給付すべき者は、およそ当該物体を脅かす損害を防がねばならぬのである。……但し、どの程度まで保管者は盗の責を負うべきかは激しい論争の的である。特に Löhr Theorie §12［本稿註7］u. Beitr. 163 ff は、D.13.6.10.1；17.2.52.3；47.2.12 pr；eod 14.10／15／17 vgl. auch Glück 147ff.［本稿註2］を根拠に、保管者に無条件に盗の責を負はせようとする。しかし、これらの諸法文と、一方、D.9.2.27.9；18.1.35.4；18.6.13 et 14；47.2.14.6／12；eod 80；C.4.67.4、他方 13.6.19；19.1.31 prn；19.2.41 とを比較するなら、確かに窃盗は保管者は注意深くあればそれは防げるのだとの前提からして差当りは彼の負担とされてはいるが、彼のために自己の無過失の証明の余地が常に残されている筈であり、これに対して第三者による不法損害は当初から保管者に有利に推定されている筈だとの分り易い釈義成果が簡単に出てくる。特に参照 Hasse 420 ff……。尤も、その性質上もクストディアが要求されるような取

引行為で更にクストディア給付が特約される場合には、保管者は、逃亡、窃盗、不法損害に関する事変を引受けようと欲していたと認定せざるをえないが（特に参照 Inst 3. 23. 3. 但し、これ以外に引用される D. 18. 1. 35. 4 ; 19. 2. 55 pr ; C. 4. 65. 4 は恐らくこの場合ではなかろう）。この点は、契約では無用なことは認定さるべきではないことからして当然である。いづれにせよ、当該法文の内容の限りに止まるべきであり、その個別性を捨て、Schömamn のように当該関係における保管者はおよそ可能な事変の責を負うべきだとの一般的命題をそこから導出すべきではない。本問題については Hasse 513 ff［但し帰責に当り通常の注意深さ以上のものは要求さるべきではないとの、最軽過失否定の一般論のみ］および Goldschmidt in ZHR 3.106 ss の懐疑的叙述が、依然参照さるべきである。」

(17) バロン（260 ss.）によれば最上級形容の注意（および不可抗力のみ免責）の故に典型的な技術的クストディア責任の事例たる使用貸借法文（Gai. D. 13. 6. 18 pr ; 44. 7. 1. 4 ; Iul. D. 47. 2. 14. 10 ; Ulp. D. 13. 6. 10. 1）が、最上級の使用は副次的としかみない反対者により正に其の故に最も争われてしまう。例えば、Ulp. D. 13. 6. 10. 1（本註末尾）は鑑定契約上の鑑定人の物品責任は、鑑定時については依頼者（私）の為（mea causa）のときはドルス、自己の為（sui causa）のときはクストディア、返送時については監定人側の選任になる者に託したとき mea causa のときはドルス（fr. 12）、sui causa のときは《同様にクルパ aeque culpa》とある（此の読方はバシリカからも fr. 11 との関連からも確認される）ために、使用貸借における技術的クストディア責任は否定される（Pernice, Labeo, 2, 354 n. 40 ; Windscheid, Brinz, etc.）。そこでバロンは aeque "culpa" を "custodia" に校訂（Emendation, Konjektur）したうえ、爾余の論点についても反対者の側からは無理な解釈をしていた。その後の法文批判研究では校訂の代りに itp.（改竄）とされる。改竄研究に対する反省以後は、鑑定時と返送途上時とを区別の上後者を選任過失とする説が復活するが（Goldschmidt ZHR 16, 315 ; Buckland, Slavery, 163 ; Kaser, RPR 2, 353 n. 47）、Knütel（後註47）381 ss. は従前顧みられなかった同法文の初項（principium）までも考慮に入れて返送行為に関する限り鑑定人の過失責任（彼自身の（即ち culpa in eligendo）、および彼の選任せる運搬人の）説を確立した。即ち、初項の《蓋し云々》は先行否定文を肯定に変えただけの繰返ではなくて、culpa sua は使用借主自身、culpa eius は其の補助者責任論であり（短縮される以前の本来の文章）、続く第一項で特殊な鑑定契約につき其の点が論ぜられる（《同様に》は初項 culpa (sua, …eius) に関係する）。なお返送が独立の評価対象たるを示す法文として更に Ulp. D. 19. 5. 20. 2 (quia eius quopue causa sit missus)。

D. 13. 6. 10. pr.／1 (Ulp. 29 ad Sab)《pr. 使用借主が借用物をその用途に則して使用した場合、如何なる点でも彼のクルパ culpa sua により其の物を悪化せしめたのでないときは凡そ責任を負わぬとするのが正しい。蓋し彼のクルパ culpa eius により悪化せしめたときに責任を負うのだから。(1)私が物品を鑑定人 inspector に与えたなら、彼は使用借主に似るのかが問われる。私が私の為に si mea causa, 即ち私が値打ちを調べたい為に与えたのなら彼は私は対してドルスの責任のみ dolum tantum を負うべく、もし彼の為に与えたのなら彼はクストディアの責任をも負い si sui, et custodiam：したがってまた窃盗訴訟 actio furti を有すべし。しかし又、返送する間に消失した場合にも et si dum refertur periit, 私がその者によって返却せよと委任していた場合は私の危険たるべく、これに反して彼が自分の欲する者に委ねた場合は、同様にクルパの責任 aeque culpam を私に対して彼は負うべきである。もし自分の為に si sui causa 受取っていたのなら、而して、

D. ht. 11(Paul. 5 Sab)：その物品を正しく持ち帰りうるに適せる者を選任していなかったのなら。qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit.　D. ht. 12 (Ulp. 29 Sab)：これに対して、私の為なら si mei causa, ドルスのみの責任を負う。(1)使用貸与物を返還させるために派遣された者 missus qui repeteret がこれを受取り逃走した場合、その者に物品を与えよと所有者が命じていたのなら物品喪失は所有者が負担し、借用物を借主は返送せよと督促するだけのために派遣されていたのなら si commonendi causa miserat, ut referretur 使用借主が負担する。》

D. ht. 20 (Iul)：《使用借用物たる銀器を汝へ返送の為に引渡した私の奴隷が、誰か悪人どもに詐取されるとは誰も思うはずがなかった程に相応しい者だったときは、返送途中で悪人どもに詐取されても私の損害にはならない。》

(18) Arangio－Ruiz, Responsabilita contrattuale in dir. rom. 1958 (rist. ed. 1935) 6：「古典法曹は屢々債務者の心理状態の考案は最小限に止め、その代り必要に応じて、債務者が責に任ずべき限度内で一定の危険を彼に課すに努めたようだ。……かかる研究成果は、いづれにせよ、現行法の研究に効用がなくはないだろう。責任の基礎を故意および過失なる主観的要素に求める支配説に対して、周知のようにこの限界を克服すべく責任の客観的基礎を求める傾向が日増しに拡がっている。就中この点につき、職業的、産業的、家庭的危険概念が強調される。」

(19) Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klass. röm. R, in Festg. Gierke II (1910) 257 によるゼッケルの要約。参照、吉永四七巻一一号七七頁、船田Ⅲ五二九、原田「ローマ法」一六四頁。

ゼッケルのロオマ法源辞典当該項目 (Heumann－Seckel, Handlexikn (1907) sv. custodia) の大要は：

「ユ帝法典編纂人の（首尾一貫しては貫徹されなかった）クルパ学説においては、custodiam praestare は、毀損、窃取、等に対する物の保管に関して積極的にも善良な家父の注意 diligentia boni patrisfam. の義務を負うこと、其の際如何なる不注意 Fahrlässigkeit についても責任を負うこと、を意味する。これに対して、古典家の理論においては、custodiam praestare（custodiae nomine teneri, custodia ad aliquem pertinet, venit custodia in actione ; auch D.19.2.40 periculum custodiae praestare）は、要保管物 res custodiri solita（D.13.6.5.6 ; eod.18 pr. ; D.50.17.23）に生じたところの、かつ特別な（窃盗および物毀損に対する、D.19.2.41 ; D.19.1.36）保管によって其の物から逸らせ得たであろうところの小事変 niederer Zufall につき責任を負うことを意味し、保管における注意 diligentia in custodiendo では足りない。クストディア責任を負う者は、物を窃取されたときは責任利益関係人として窃盗訴訟 actio furti（D.13.6.10.1 ; D.47.2.12 pr.）を罰金訴訟が本来なら帰属する筈の物権権利者を排除して獲得する。クストディアは一方では過失 culpa および懈怠 negligentia ないし注意 diligentia に（D.13.6.5.15 ; D.19.1.36）、他方では不可抗力 vis maior（casus fortuitus）に対立する（D.16.3.1.35 ; D.19.1.31 pr. および D.13.6.18 pr におけるカズイステイク）。時として custodia および vis maior は総ての危険 omne perculum なる全体概念にまとめられる（D.13.6.5.2/3）。帰責事由 praestanda の古典的な、ともかく先人達 veteres にも馴染みの（D.13.6.5.9）五分割では、cudtodia は論理的に dolus, culpa, diligentia の後、vis maior の前に来る。Diligentia と vis maior とが無媒介に対立させられる場合には（D.18.6.3 ; D.44.7.1.4 ; D.3.6.18 pr.）、Interpolatio は歴然としており、diligentia または culpa と custodia とが同一視されている場合も勿論然り（D.13.6.5.9 ; eod.10.1）。Custodia の諸段階は存在せず、したがって其の総ての性質表示は itp. と看なさるべきである（cust. talis, quae ; talis qualis ; diligens ; plena）。内部的ないし可避的偶然事故の故のクストディア責任は、以下の者には法律上当然に生ずる（即ち特約による責任引受は格別……D.13.6.5.6 in f. ; D.19.2.40）、先ず、……使用借主（D.13.6.5.5 ; eod 5.15 ; D.47.2.14.10 ; D.44.7.1.4 ; vgl noch D.13.6.5.9）自己利益のための鑑定人（D.13.6.10.1）、賃借人（D.13.6.5.15）、倉庫業者（D.19.2.60.9）、或る種の請負人（fullo et sarcinator : Gai.3.206 ; D.4.9.5 pr. ; D.47.2.12 pr.）、nauta caupo stabularius（D.4.9.5 pr.）、自ら申し出る受寄者（D.16.3.1.35）、組合員（D.17.2.52.3）、質権者、用役権者、……次に、売主は、売買締結後、履行迄の間（恰も買主に引渡してから改めて借受たかのように）使用借主と同様に扱われ、したがって買主の危険 periculum est emptoris の命題は、古典法に関する限り（精力的 Interpolatio により白

塗りされてはいるが)、不可抗力の危険 periculim vis maioris に限定される……D. 18. 6. 3 ; D. 19. 1. 36, cf. D. 39. 2. 18. 9 ; D. 18. 1. 35. 4 ; D. 19. 1. 31 pr. ; vgl. noch D. 18. 6. 12.……」

(20) Fünfteilung der Prästanda (ゼッケル前註) : dolus, culpa, diligentia, custodia, vis maior. Kübler, 245 n.1 (et SZ 39 (1918) 206 n. 1では古典法のクルパは既に不作為を含むとされ、culpa－diligentia は同一階梯(石本三五七)。
クルパは作為 (Culpa in faciendo) のみとの理解(これに応じて、不作為過失としての diligentia の承認)が嘗ての通説であり、特にドネルスが強調していた(culpa＝omne factum inconsultum : 前註5)。彼の「行為論的クルパ論」につき西村隆誉志「フランス普通法学のヨオロッパ的伝統(ドノーのクルパ論)」帝京法学一六号一三〇頁以下。参照後註28。

(21) 引渡し前の売主の技術的クストディア責任を承認する古典法研究からは本法文の [talis] custodia… [qualem…] は非古典的であるが (Seckel ; Kunkel (後註23) 303 ; Arangio 75 ; 石本・三八三)、改竄研究に対する反省以後の理解を付記すると、本法文をそのままに読む (custodia を債務内容たる監護活動という文字通りの意味に読み、其の限りでは通説的普通法学への復帰)、即ち、奴隷の売買に関する限りは売買一般の法定クストディア責任からは変則となる。蓋し先ず、奴隷窃盗と異なり奴隷逃亡については不可抗力扱いになるが、この取扱は監護の習いなき通常の奴隷に限られ (D. 13. 6. 18. pr. 註13) 要監護奴隷は除かれるから、其の都度の判別を要する。次に、逃亡か窃盗かは奴隷が意図的に自分自身を盗ませるから実際上区別困難である。ところで本法文とほぼ同文のユ帝法学提要では逃亡と窃盗とが契約条項中で一括並記されている。以上勘案して推測すれば、実務上の決着として奴隷売買関係では一括して先ず過失責任主義とされ但し特約あればクストディア責任とされたものらしい (Kaser (註3) 110)。

(22) ミッタイスの破廉恥原則 Infamieprinzip (および利益原則 Utilitätsprinzip との時期的交替につき吉永・前掲四八巻二号九五頁) によるドルス責任強調例、アランジョ後註39、46。但しミッタイスではディリゲンツ責任承認:
Mitteis. Röm. Privatr. (1908) 331.「破廉恥の制裁なき訴権では事情は大違いで、使用貸借および事務管理ではディリゲンツ責任がボナフィデスの旗の下に覆われるを要せぬ原理として確立され、両者につきこの点は既にQムキウスにより定式化されている (使用貸借 D. 13. 6. 5. 3 ; 事務管理 D. 3. 5. 10)。嫁資訴権の分野でもディリゲンツ責任は独立している。Jav. D. 24. 3. 66pr のQムキウスおよびセルウィウスでは……作為的クルパ kommissive Culpa しか考えられないが、これを除けば破廉恥を伴わぬ諸請求では積極的ディリゲンツがはっきりと要求され、その際この要請をボナフィデスから導

出することは全然考えられていない。この点は特に質契約に、多分包括信託遺贈にも、さらに売買および賃約についてもいえる。取引に慣用され徐々にその必要的構成部分になった特約として、債務者としてクストディアを給付せしめるものがあるが、この特約によって上記諸関係においてディリゲンツ責任がどの程度促進されたかは後述に譲る。」

(23) クンケルのディリゲンチア論文冒頭(Kunkel SZ 45 (1925) 266):「普通法学における過失思想の万能的支配からは今日[一九二五年]のロオマ法研究は既に隔たること遥かなものがあり、古典法には過失思想と並んで全く新しい観点の存在することがわかっている。即ち、クストディアのかたちで取引法の重要な諸分野に登場する責任形式は幾つかの類型的事変の前で立止るだけで主観的要件事実は顧慮しないし、他方、ドルスのみの責任の領域が異常な拡がりを有すること、この責任形式は同時に罰的性格を兼備することも日増しに判明している。かかる研究状況からすれば、全責任体系の中核 Mittelpunkt たる一般的注意義務 allg. Sorgfaltspflicht をも更めて吟味の対象に取上げ、例えば後古典期にどれほどの変化が生じていたのか、当然その確認に向かわねばならないのに、この種の吟味はまだ存在しない。抑もディリゲンツ概念が昔から如何に争の的であり不明確なものであったかは関係文献の一瞥からもわかる。就中ディリゲンツおよびクルパの諸段階間の関係如何については今日に至るまで実に様々の解答が為されてきた。個々の債務関係における責任形式如何も常に難問であって、蓋し法源の決定が一義的でない上に、法源自身が伝える諸原則とくに利益原理 Utilitätsprinzip と一致せぬことが多いからである。この混沌を明澄に転ずること、これを約束しうるは、独り法源批判的方法 quelleukritische Methode あるのみ。」

(24) Kunkel 269 n. 4:クストディア責任はガイウス提要 Gai. 3. 203-206 [吉永、石本、各後出頁] では主観的構成要件(クルパないし其の前提たる注意義務)への言及は全く存せず、この事変責任(不可抗力が上限)はユ帝法源でも変わりはなく(e. g. D. 13. 6. 18 pr:前註13;D. 44. 7. 1. 4:後註26)、それ故また同様に窃盗訴権の原告適格者も債務者(使用借主、等)である(e. g. D. 47. 2. 14. 8 ss. 特に §15:《使用貸借物につき使用借主に窃盗訴権が与えられるが、その物から生じた物についてもまた然り。蓋しこのクストディアもまた彼に属するからである quia et huius custodia ad eum pertinet。私が汝に奴隷を貸し与えた場合も同様であり、汝は、奴隷の着用する衣服は使用借用していないにも拘らず、彼の衣服についても窃盗訴権で訴え得る》)。石本・前掲三一七頁。

法文批判的古典法研究は普通法学(註2)とは異なりガイウス法学提要を出発点としてユ帝法源におけるクストディア責任の変質過程を追うが、クンケル論文と双璧をなすほぼ同時期のアランジョ・ルイツ(前註18)の研究は、ユ帝法源中の特

に同じガイウス（の名を冠する後古典期の作品 Res aurea, sive cottidianae）から採録された諸法文との対比に詳しく、その詳細は吉永・四七巻一二号九四頁以下に紹介されている。

（25）Kunkel 270（石本・三一三）．両様に伝えられるユリアヌスの同一言表のうち custodia（fr. 41）が真正で、cura aut diligentia（fr. 19）はその改竄とされる。バックランドによればクンケルの「アナテマ」（後註37）。

なお、同法文に対する最近の研究に予め触れておく。Knütel（後註47），Haftung für Hilfspersonen, SZ（1983）412：「Marcellus はクストディア義務負担者が第三者による物品の不法損害につき責任を負う場合を持出すが、その両例のうち前者の論点は物品損害が生ぜぬような見張りが可能だったことにある。但し過失責任が云々されてるのではなくて、其の監護者にとり一般的に可能な諸活動に則しての衡量が問題になっているのである。例えば銀製品を私用の為に借用する者はこれを第三者の侵害から安全にしておくことが出来るが、乗馬を遠乗りのために貸出すなら其の第三者による毀損は排除し得ない（Lab. －Iav. D. 9. 2. 57)。クストディア義務を負う者には当該物品の如何に応じて異なる諸々の監護活動（窃盗に対する予防措置、要監護奴隷 servi custodiendi［本稿註21］の繋鎖、未発生損害担保問答契約の締結［本稿註37］、かくてクストディアには活動義務も含まれる）が課されるのは周知のところだからこそ、マルケルスは其の点を真剣に論ずる：当該物品に適し且つ客観的に〝要求可能 zumutbar〟な監護があれば第三者による物品損害は当然回避可能という場合には、クストディアに従事する者はかかる損害発生の結果に対しても責任を負う、と。ユリアヌスにも第三者による物品損害惹起がクストディアにより防止可能な場合の有ることは分かっていた筈であるが、当時は未だ批判されてはいなかった見解（〝procul dubio〟：D. 13. 6. 19）に従って彼は公然とはクストディア責任を拡張したくなかった、狭く解したかったのである。」

（26）Kunkel 272（石本・三一五）；吉永（法文訳）四七巻一二号九六頁。

Arangio op. cit. 72：ガイウスの Res cotidianae（sive aurea）（ディゲスタ本法文）では要物契約として寄託（非市民法的債務なるため Inst.（ガイウス提要）の該当箇所には未登場）が加えられる際、R. c. 編纂者は、提要では窃盗訴権に因んで述べられていた寄託関係文 Gai. 3. 206（necesse habet custodiam praestare）を転載するに当たりこれを本法文の現表現（exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur）に改竄せざるを得なかった（吉永・前註24）。

改竄的理解には慎重な最近の研究動向の一例として Hausmaninger, Diligentia quam suis, Fs. Kaser（1976）265 ss. によれば、ガイウスは、既にケルスス（Cels. D. 16. 3. 32：本註末尾）がドルス責任拡張の為に diligentia quam suis 観

念を用いていた（Jors－Kunkel 177 n. 23）のを承けて、最上級ディリゲンティア exactissima diligentia（D. 17. 2. 72：本註末尾；44. 7. 1. 4）と対比させながらクルパ責任の中にこれを定着させた。此の表現は、同趣旨の最上級 diligentissimus（D. 13. 6. 18 pr；19. 2. 25. 7：前註13）のそれと共に、ウルピアヌス等の大注解書には殆ど見出されぬガイウス特有のもの故に真正であり、但し通常の diligentia と別異の段階を示すものではなくて、ドルス責任拡張としての diligentia quam suis との相違を際立たせるための表現 sprachliche Pointierung であり（最上級形容に関する Pernice の判断（前註13）を引用）、一気にクルパ責任まで移行はせずに中間的解決を採る慎重な方法である。古典晩期のウルピアヌス、パウルスでは諸債務関係におけるクルパ責任の一般的承認により最早 dilig. quam suis 概念は不要になった。但し後古典期には本概念が今度は責任緩和の方向で活用されるが、何故同時期の culpa lata, c. levis の区別では足りなかったのか不明である。

D. 16. 3. 32（Cels. 11 dig.）：《ネルウァがヨリ重いクルパ latior culpa はドルス dolus だといったのを、プロクルスは反対したが、私には全く正しいと観ぜらる。或るものが人間本性が要求するようにはそもそも注意深くはないとしても、彼が寄託において少なくも彼自身の尺度にしたがって配慮 cura を示さぬならば、悪意 fraus を免れていない。即ち彼が其の際自己の事柄におけるよりもヨリ少ない注意 quam suis rebus diligentiam を給付するなら信義 fides を侵害している。》（誠意訴訟のドルスは infamia 制裁と結合した信義違反であるため愚鈍者の場合は帰責困難な面があるとされた（Proc.）のに対してケルススが dilig. quam suis の考え方に訴えたもの）

D. 17. 2. 72（Gai. 2. cott. rer.）：《組合員は組合員に対してクルパについても、即ち怠惰 desidia および不注意 neglegentia についても責めを負う。しかし過失は最も厳格なディリゲンチァ exactissima diligentia の基準で決定されるべきではない、即ち自己の事柄に示すを常とするやうなディリゲンチァ talis diligentia qualem suis rebus adhibere solet を共通の事柄において示せば足りるのであって、蓋し注意深くない parum diligens 組合員を選んだものは自分自身を嘆く de se queri べきだからだ。》後註40。

(27) Kunkel 274（石本・三二一）。クンケルの指摘する非古典的部分のうち（1）のグロッサとされる部分の訳出はクンケルの立場を前提としたもの。これに対して Hausmaninger（Casebook zum römischen Vertragsrecht 2. ed. 112）訳では《汝が売却せぬ［別の］奴隷にも命じていたであらうことを命じた云々》となる。後註35。

(28) Kunkel 296. 吉村・四八巻二号一〇三註三、石本・三六七註九一、前田（次註）・三四頁。参照・村上（前註5）二四一頁。

クンケルにより古典法上否定されたdiligentiaには差当たり両義あり（石本・三六八）、（1）「クルパ［作為的］の積極的補充としての技術的ディリゲンツ概念」（Kunkel 286）即ちゼッケルの五区分におけるdiligentia（前註19）、e. g. Gai. Inst. 1,200（但し後註38）；Gai. D. 17. 2. 72（前註26）；D. 27. 3. 1 pr.（後註38）。（2）最終的に本文紹介の如くculpaとdiligentiaとは統一的な同一責任段階の両面に到達。Jors–Kunkel 179：「後古典期の考え方ではクルパは注意義務（ディリゲンティア）の裏概念Kehrseiteにすぎず、かかるクルパが一般に、即ち不法行為上も責任の基礎とみなされ、その当然の結果として、有責的不作為に原則的に等置された。」船田・第三巻五四〇頁、原田（後註34）三五二頁、前註20。

(29) Kunkel SZ 45 cit. 299；idem, Exegetische Studien zur aquilischen Hafung, 165. 参照、前田「不法行為帰責論」三七頁註一八、四一註一三。西本・一六九以下、船田III五二六（西村隆誉志（久保還記・西洋法制史料選I所収）一九四頁。

この周知の重要法文（枝下ろし屋事件）について研究現状を紹介する余裕が無い。差当りNörr, Causa mortis, 1986, 133 ss. の所論に触れておく。クンケルによればアキリウス法領域での事案評価観点は本来訴権と事実訴権との区別（加害行為が作為か不作為かの因果関係）であり、パウルスの特色としては有責性観点の切出しをも承認はするが（次註、註32）何れにせよ定型的事実の直接的確定が其の方法であったとみて、diligentiaによるculpaの定義の部分およびiter mullum…（道なき場合）の部分（後述）は改竄とされたのに対して、ネルによれば有責性観点こそパウルスの主要観点であり、本法文（Q. Muciusの枝下ろし屋）はアキリウス法要件のiniuriaからculpaへ（ErfolgsunrechtからVerhaltensunrechtへ）の展開の好例である。iniuriaを行為結果（奴隷の死）ではなくて行為態様とみれば有責性要件（行態義務（警告義務）違反、客観的注意基準適用）への展開が理解可能である。最後の《およそ道がない場合…クルパが要求されるべきではない》の部分についてクンケルは、職人が通過人の近付くのを見たが警告を忘れてしまった場合はクルパ責任だからドルスとクルパとの対比は間違っており、それは「ビザンツ学者の主観主義の貫徹の結果」たる改竄であり、両語関係部分を取除いた後の真正文章に現われるのが「主観的構成事実に一般的に頼らせるのでは全然無い客観的基準による判定」「古典法学の明晰単純な方法」だと述べていた（Kunkel, SZ 49 (1928) 181）が、この部分の一見理解困難なドルス責任はネルによれば結果不法の観点からはそうなるに過ぎないが、上記の行態不法的分析からすれば首尾一貫しているのである。また、注意義務による過失の定式化における《予見》の語意はprovvedere, Vorkehrungen treffenであり、既に注意義務の具体化であって（Schipani, Responsabilita "ex lege Aquilia", 1969, 148；Behrends JuS (1985) 883 n. 74）、要件事実を捨象した表現ではない（cf.

MacCormack, Aquilian Culpa, in : Daube Noster (Essays for Daube) 1974, 203)。なお外的注意は従前から通説(Domat, l. 2, t. 8, sec. 4, art. 4 ; Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach röm. Recht, 1867, 66)。

(30) Kunkel SZ 45, 299. さらに SZ 49, 165 : 「行為者が有責的に行為したか否かの判定は、豊富な具体的諸事情に依存するがゆえにおよそ理論的考察にはなじみ難いというのが古典法曹の考方であったろう。しかし、いずれにせよそのような考察の試みは確認できるのであって、諸事実の特に重畳する事案は過失要素の吟味を呼起さざるを得なかった。古典法曹がこの吟味に従事した法文が、ユ帝法の中で後古典的教説の展開の場になったのは当然である。不真正部分を取除くなら、古典法曹の独特の方法、即ち例示によるカズイスティック exemplifizierende Kasuistik がなお識別される。……古典家の技術は就中、有責性および無過失的行態の定型的事例を見つけ、責任ありと責任なしとの間の境界線にはっきり印しをつけることであった。この観点からパウルス文 9.2.31 は吟味さるべきである。本法文では如上の吟味の目標は完全に達成されている。枝おろし職人がまず公道で作業する事案、次に公道ならぬ私道に関する事案、最後に、その樹の傍におよそ道はない事案。この三判定で以て考えうる諸事案は尽されており、過失評価の基準たる諸要素は十分に示されている。パウルは 30. 3 でも同様に処理しており、本法文の過責吟味の古典的起源は肯定しうる。」(cf. 162 n.1 [本稿註32])

この切株焼き事件 (Paul. D. 9. 2. 30. 3 ; Ulp. Coll. 12. 7. 5) についても、クンケルはアキリウス法適用の論点として、パウルスによる有責性観点の切り出しを承認しながらも、本筋は本来訴権の区別 (因果関係) にあるとみていた (これに対応して、作為的クルパ概念の維持、注意義務構成の不要、diligentia による culpa 定義の改竄 : 前註29) のに対して、最近の研究として Nörr 177 ss. の行態不法論的分析 (前註29) によれば、パウルスのアキリウス法理解はケルススの因果関係観点 (Cels. − Ulp. Coll. cit. 5 §) とは異なり、有責性問題に集中しており (言わばヨリ現代的 "moderner")、この点は、《蓋しその機会を給付せる者もまた損害を加えた damnum fecisse と観ぜらる》が括弧書 (副次的) なることからも、また其処に見えたアキリウス法律文言 damnum fecisse が本来訴権の承認を示すことからも解る (したがってパウルスは Coll. 12. 7. §4 (註32対応本文冒頭に訳出) の伝える小数説側)。

(31) Kunkel 305. Arangio 172, 188 ; 石本・三八四。クンケルにおいては特に後古典期に愛好されたアリストテレスないしストア倫理学が技術的ディリゲンティア論の背景とされるから、"diligens paterfamilias" も其の哲学的理想像 (aner spoudaios) の反映であって (参照、前田・前掲三九頁、拙稿 (註4) 北法三八巻一八三八頁註六)、平均人とは解されてい

ない (cf. Fr. Leonhard, Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, in : Fg. Enneccerus (1913) 30)。既にCujasによるhomo diligens est et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse (Paul. D. 22. 3. 25 pr.) は不真正との指摘を承けて、「そのような理想的尺度および厳格な注意義務は実務で使えた筈がないことは言うまでもない。伝承されたカズイスチクに哲学的諸原理を貫徹させ、かくて一個の体系の建設に努めるところの生活離れした法的スコラ学の土壌でのみ、そういったものは成長可能である。この教義的整序の精神は古典法学には全く無縁であり、古典法学は実践により実践のためにのみ生き、概念的なもの一般に従事したのは実務の個別事件をマスタアするための手段とみた限りにおいてだった。」(Kunkel 286)

(32) Kunkel SZ 45, 329.　Kunkel SZ 49,160 ss.：「加害要件たる直接性の認定は、無数のヨリ複雑な性格の要件事実を考へれば判定上非常に困難な先快問題であった。訴訟技術上の理由からして、従前のアキリウス法解釈の狭い枠を越えて事実訴権の手段により同法上の責任が実質上拡張されていた場合にもなほ大問題だった。……ビザンツの法源改竄者たちにとってこの古典法上の問題の所在はもはや完全には理解されえず、アキリウス法訴権と事実訴権とは同一物の異る二名称にすぎない。だから彼らは古典家による両訴権間の選択の徹底的論究は無用の埋草と感じてこれを削除し去ることしばしばだった。……この危険が著しかったのは、彼らの目には当該事実関係の本来の問題点は別の点にあるかのように映ずる法文であって、古典家が過失の問題にちょっと解れただけの場合でも常にそうだったが、さらに、当該事実関係が過失論議を可能ならしめるものにすぎぬ場合でさえも屢々そうだった。彼らの過失 Verschulden、特に不注意 Fahrlässigkeit の問題の公然たる愛好は今は争なき事実であって、客観的仕組の古典的クストディア責任が過失原理の観点からする彼らビザンツの附加句により膨ませられてしまったことを思出すだけで十分である。アキリウス法の分野でも同じ現象がユ帝前の法文に認められ、私が既に検討済のColl.12.7.7［本文所引］では直接的加害の問題のみに関すること明白な古典的思考の中に、再度に互り不真正なクルパ論が侵入し、これによって古典的推論が部分的に失われている。……Paul.9.2.30.3［前註30］も、同一事案を法文の改竄された現状では過失の観点でしか扱っていない (162 n. 1：勿論パウルスも因果関係の直接性の問題に立入っていたに違いないが、加えて恐らく過失の問題にも切込んでいたことは本法文の古典的思考に則した部分から示唆される)。同様に、古典法が《正当に手術したが解怠的に看護した (Coll.12.7.7)》医師に与へていたアキリウス法準訴権 a° ad exempl. Aquil. は、ユ帝法源 (Gai. D.9.2.8 pr) では消滅し、その代りにディゲスタの提供しているのは一般的な形骸《安

泰ではなくクルパの咎ありと解せらる》であって、これは文脈上アキリウス法訴権の直接的適用に関することである。」

竃番事件（Ulp. Coll. 12. 7. 7 = D. 9. 2. 27. 9）について。　クンケルによれば、本法文ではアキリウス法の事実訴権（因果関係）の議論に賃貸人訴権が混線しており、後者を正に主題とする賃借人奴隷失火事件（Coll. 12.7.9 = D. ht. 27. 11）ではプロクルスは culpa をおよそ顧慮していないから竃番事件におけるネラチウスの選任過失論は改竄［neglegens in eligendis ministeriis］であった。これに対しては既にバックランド（infra（後註34）106）により、奴隷失火事件§9での問題は加害者委付責任だから其の本来訴権というべき賃貸人訴権を扱う竃番事件§7では過失は当然問題たりうること、§7の主題は使用者責任なること、が指摘されていたが、その後の研究（e. g. Frier, Tenant's liability for damage to landlord's property, SZ 95（1978）256 ss.）を承けて Knütel（註25、47）392 ss. は賃貸人訴権がアキリウス法訴権論議の中に登場する経緯（したがって選任過失句の真正）を緻密に説明した。即ち、奴隷失火事件につき（1）サビヌスによる加害者委付付きアキリウス法訴権に続いて、（2）プロクルスによる加害者委付付き契約訴権の承認あり（被告賃貸人が必ずしも加害者委付を選択せぬ事が論理的前提）、——なお契約訴権に対する加害者委付性の付与の補強事例として Ner.－Paul. D. 17. 1. 26. 7《私の委任により汝が購入せぬ奴隷が汝に対して窃盗を犯せるときは、ネラチウス曰く、委任反対訴権により汝は奴隷は加害者委付さるべしと訴求しうる……が、もしも私が奴隷がそのやうな者なる talem esse servum を知りおり而も汝が予防し得るやう予告しなかったときは、汝が有する利害関係につき私は責任を負うべきである、と。》——、（3）更にネラチウスは選任過失論を導入する。なお、奴隷失火事件の二重伝承のうちディゲスタ文（D. 9. 2. 27. 11）の固有の付加部分に見える選任過失論（本稿本文に訳出の Coll. 12. 7. 9 と同一文章に後続して：《そは賃貸人にクルパなきときに限る。然らずして虞犯奴隷 servi noxi を保有せるときは、斯かる者たちを保有せるが故に彼は不法損害の責任を負う……》の補強のための考察として、火災の場合のように加害奴隷よりも損害の方が高価である場合には訴権から加害者委付性を外すこと、即ち、奴隷の虞犯的性向に注意すべきでありこれを告げざればクルパありとの考え方が生ずることは見易き理であるから、本法文の選任過失（正確には：culpa in habendo）は改竄に短絡さるべきではないのである。（4）ウルピアヌスは更にクルパ要件の緩和を続ける：D. 19. 2. 11. pr.（Ulp. 32 ed.）では奴隷のクルパのほか賃借人がおよそ入居せしめた者 quoscumque induxerit（自由人を含む）のクルパについて、訴権譲渡で足りるかそれとも自身のクルパとして (suo nomine) 責任を負うべきかと設問し、後者を肯定（ポムポニウスを継承）。

(33) Kunkel SZ 45, 337-340 (338：culpa＝verschuldetes Ereignis). 石本・二四六、吉永・四八巻一〇三頁註四。クンケルはその後、主張を和らげている Jörs−Kunkel RPR 179 n. 5：「diligens paterfamilias の注意基準 (D. 13. 6. 18. pr.) や diligentia による culpa の定義 (D. 18. 1. 68. pr.；D. 19. 2. 25. 7；17. 2. 72；9. 2. 31) の基礎には古典的言明があり、"prudens et diligens paterfamilias" (D. 19. 1. 54. pr. [本稿前註27] は真正なパウルス文に属するとみてよい。」

(34) Buckland, Diligens paterfemilias, in St, Bonfente (1930) 88. (同旨：Monier, Manuel elem. de dr. rom. 4. ed. 1948, 231 s).　バックランドは「行動説」(参照、伊藤正巳・法協六七巻三号二六頁註七) の立場からクンケルのディリゲティア理解を心理説と批判するが、クンケルには「心理状態 state of mind」に直接相当する表現は見当らず (これに先立つロトンデイでも同様：Rotondi, Scr. giur. 2, 486. 参照、原田後出・三五二頁)、問題は、culpa, diligentia の語が行態における個別化・具体化を伴わずに使用される場合にあったようである (参照、《ビサンツの附加句》(註32に訳出)、註31および註32各対応本文の関係箇所)。他方、クンケルは自己修正 (前註) の後も嘗ての研究の基調は堅持して、此れを否定する限りでバックランドは「普通法の体系に捉われて古典法の精神を見誤る」ものと反論した (Jörs-Kunkel (1935) 178 n. 31. 但し Kunkel-Honsell, RP (4. ed.) 237 では削除)。

引続いてバックランドは改竄問題の纏わるユ帝法源に入るに先立ち先ずガイウス (Gai. Inst.) について、diligentia 関係語を載せる法文若干は彼が行態としての diligentia の語をよく知っており、更にその注意観念 idea of carefulness が法学的思考から隔たってはいないことを示すと述べる。即ち、彼が契約当事者の権利義務につき注意観念に凡そ触れていないのは一見驚きだが其の理由は簡単で、蓋し「ガイウスは其の法学提要に於いては、契約関係より発生する権利義務を論じていない、彼は唯関係の形成と消滅について叙述にたづさわっているに過ぎない (尤も此の事実は一般には余り注意せられていないが)」(原田慶吉訳・後出三五四頁) からなのだが、しかし「唯一個だけ乍ら diligentia の存する法文ではこの語は免責の行為基準を表わす。後見人から其の義務の適正履行の担保が要求される場合の叙述に続いてガイウスは遺言後見人はこれを要せず《蓋し彼らの信義およびディリゲンチァ fides et diligentia は彼らが後見人とされたこと自体により証明ずみ》(Gai. 1. 200) と附加へるが、これは、後見人責任は信義の、またはディリゲンチァの欠如にあったという意味以外には理解できない。クンケルは fides et diligentia の表現には技術的意味なしと本法文を片づけるが……そのような《ありきたりの言い方》になったのにはそれだけの理由があるのだ。人は誰でも生活の諸局面で信義のみならず何かディリゲンチァと呼ばれる

ものを示すべく期待されるが、この事実を示すために普通に用いられるようになったのであって、良き行態を備えた者が示す注意 care がこれである。Columella にとっては注意深い男が diligens paterfamilias であるのだ (dere rust. 1. 1)。クンケルは diligentia は主観的なのに dolus は客観的として快諾するが、相違の所以が明らかでない。」

原田慶吉「日本民法典の史的素描」355は、のちの「ローマ法」一六四頁とは異り、バックランドの判断に好意的と解釈できるかもしれない（傍点引用者）：「加害者の責任の基礎が、社会的判断に於て行為者の行動を是とせざること、行為者に落度在ることを重要な因子と為してゐることは、culpa の語が咎犯罪の意に用ゐられ……配偶者一方の culpa により離婚が為され……が如き用法よりするも否認しえざる所と思われる。……culpa に非難せらるるが如き落度なる道義的意味を存して居れば、それは過失と称して差支えない。そのことは、culpa が、予見すべかりしものを予見せずという言葉の形になって、既に古典時代に現れてゐたかの問題とは自ら別である。斯かる方式化が古典時代に属するか否かは、私には未だ未解決の儘に残されてゐる。然し乍ら此の問題を解決せずとも、古典時代の法制を過失主義と呼ぶに何らの差支えとなるものではない。……Rotondi が「古典法に於ては全然過失を問題とせず……損害行為に対する純粋単純なる客観的帰責可能性あるを以て足る。……」と主張する所には、未だ俄に賛成を表しかねる。」

(35) 既掲の D. 19. 1. 54. pr.（前註27）については、クンケルにより先ず「単調なパラフレイズ」とされた部分は然らずして何が合理的行態 reasonable conduct なるかのはっきりした例示であるし (cf. Buckland LQR 1932（註41）217：「ラベオの事案はドルスに属するが、パウルスは、其の奴隷が以前にこの危険な作業に従事していたとしても、売却後は売主には彼を此れに従事させる権利はないのであり、それはクルパだと言うのである」）、またラベオが具体的な言葉で述べているからといって二世紀後の法曹も依然同一の仕方で述べた筈だと考えるべき根拠は全然ない（パウルスは主観的基準、例えば占有意思論の信奉者）、等々を指摘する (Buckland 94)。以下本文所掲諸法文の itp. 指示はクンケルのもの。

(36) Buckland loc. cit.. ヴァチカノ断片と比較してみれば、ディゲスタ文の特色は原テクストに対する冗長な（改竄批判者により大幅に削除されるような）追加にはなく逆に古典期法曹の諸討論の大幅な削減短縮にあるから、文章論上の不備を超えて実質的内容を問題にすべきこと、ロオマ法曹による場合分けの議論をスコラ的区別と呼ぶのはウルピアヌスが本法文で従事するのが法律相談（解答）ではなく法叙述なる以上適切でないこと等を、バックランドは此処でも亦繰返し指摘しており、今日の史料研究方法を先取りするユ帝法源観が彼の主張の基本である。cf. Kaser Methodologie (1972) 32.

(37) Buckland 96 s.. Fr. 38 pr. について：Kunkel 279 n. 4は、diligentiaは古典的としてそれを保存するSeckelの案〈custodiam et diligentiam〉は却ける。またculpa ab est…はクルパ概念の純主観的考察を暴露するが故に常に不真正とする（本法文の他にD. 18. 1. 68. pr.：l. c. 292；D. 47. 2. 14. 6：l. c. 277 n. 3)。なお、praestareと結合せぬcustodiam tradereは、Heumann−Seckel sv. Custodia（b）[Besitzescustodia：註1]では占有法関係に挙げられ、まさに本法文が例示されているが、クンケルはこれに触れていない。Fr. 18. 8/9について：バックランドは仮に技術的クストディア責任だとしてもその範囲は第三者による不法損害には及ばぬ（Iul. D. 13. 6. 19：前註25）から本法文では問題にならぬとし、さらにこの関連でIul. −Ulp. D. 19. 2. 41(前註25)に移る。即ち、同法文の"qua custodia"(=talis custodia：前註21）は正にクンケルのアナテマanathemaとするところだから彼は矛盾する。彼により逆説的に真正とされた本表現は注意深い活動の意味でこそ理解可能である。クンケルのユリアヌス文判断の前提には、その法学提要で輪郭鮮明な責任基準をクストディアと呼んだガイウス本人がその種類などを観念する筈が無い（Gai. D. 18. 6. 2. 1：）とのクストディア観があるが、バックランドは抑そもそのような法学提要理解を疑問視する（前註34）。なお吉原、広法、八、一〇二。

(38) Buckland 103. 作為・不作為に亙る広義のクルパ概念のほかに、作為のみの狭義（culpa in faciendo）の用法をも承認した上で、後者の補充概念（"Ergänzung"：Kunkel前註28）としてのdiligentia（作為義務）責任ないしneglegentia（不作為過失）責任の古典性の擁護（102 n. 75)。バックランドは既にPernice以来疑われるdiling. quam suis（参照、船田第三巻五四五註三）につき附加部分（"quam suis"）は譲歩するが"diligentia"自体には固執するのである。

なお、クンケルも古典後見法上ディリゲンティアに一定の役割は承認することになる。義務的性格を強調する古典後見責任法は比較的厳格であり、一連の法源(Gai. 1. 1. 200 etc.)ではfides et diligentiaが要求されているが、誠意訴訟(bonae fidei iudicia)で自明な信義にdiligentiaが附加されていることは狭義の信義違反のみの責任（単なるドルス責任）が既に克服されていることを示す。古典晩期（ウルピアヌス）には、かかる客観的基準から展開された責任のクルパ概念による書直しが始まる（Jörs−Kunkel RPR 303)。

本法文はHausmaninger（前註26）280によれば、ガイウスは後見では既に技術的ディリゲンティア概念を心得ているのだから、ドルス責任拡張ないし強化の手法としてのdiligentia quam suisに訴える必要はなく、この句は後古典期に貼り付けられたもの（経緯不明）とされる。cf. Kaser RP 2. 351 n. 28；355 n. 63. 京大訳（論叢七七巻1号）。

(39) 同様にディリゲンティア責任の擁護。さらに Arangio, Resp. (註18) 177 s. (但、大意)：「クンケルによれば［即ち id est——］がグロッサだとすればユ帝編纂人は当然 id est ut non solum と書いた筈だから、このグロッサが附加された時の原テクストは existimo te in exigendo bonam fidem praestare debere《汝は徴集につきボナフィデスを給付すべし》にすぎなかった筈であり、さきのグロッサが附加されて編纂人に達した時に彼らが bona fides および culpa に対する相関語の欠如に気づいて、第一の［non solum］および［sed etiam diligentiam］を追加したのである。しかしクンケルによる原テクストの前記の再構成は信じ難い。売買が誠意訴訟なることは、プロクロスの個人的見解では全然ないのだから。問題は委任や後見におけるように支払済賃料の抑留禁止ではなくて、徴集すべきことにある。プロクルスは bona fides の表現［だけ］では限定的解釈を生む恐れありと見て attivita positiva (diligentia) を要求したのである。但し、ドルス責任から離脱する意図のないことは本法文における以後の行論により明らかである。」

(40) Buckland 105. cf. Nörr SZ 73 (1956) 76 (受寄者のドルス責任の理由付けのための利益原則が Gai. Inst. 3. 206 と同様に両当事者の何れか一方のみを問題とする早期のものであり、其の限りで本法文の内容には古典的核心あり)；Mayer－Maly, De se queri debere, Fs Kaser (1976) 247 (利益原則と併用された de se queri 論拠がクンケル指摘の通りガイウス自身の愛好なること（したがってクンケルの矛盾）を他の諸法文 Gai. D. 17. 2. 72 (註26) 等を勘案して再確認する).

(41) Buckland, 107s.. 彼は引続き Culpa and Bona Fides in the actio ex empto, LQR 48 (1932) 107 において古典法におけるネグリジェンス責任の存在を売主につき主張する。誠意訴訟方式書上、bona fides の裏概念は確かに dolus であるが、諸法文上、前者の概念は後者が示唆されぬ場合にも繰返し現れるのであって、その際の共通要素はドルスの不存在ではなくて、fairness である。結論として、「ボナ・フィデスの語の意味は fairness, uprighness, playing the game, 所与の諸事情において自尊心ある者が為す筈のことを為すことである。この観念は勿論進歩的であった。品位ある紳士にふさわしき行態の基準は文明の程度により異なろうが、およそ誠意訴訟創設後のいかなる時期であれ良き市民は実際の詐欺にだに手を染めなければ通常の取引関係で要求されることはすべて果したのだと考えられた時期があったとは到底思われない。時により不注意 careless だったからといってボナフィデスに反するものではないが、取引の相手方に対して汝の不注意に基く損害の賠償を拒むに当って同じ言方が成立つかといえばそれは別だ。さきに触れた誠意訴訟の定式は無意味ではないのであって、審判人は、当該契約のもとで信義に反して contra bonam fidem 為されしことではなくて、信義に基き ex fide bona 為す

べかりしことに関して断罪すべきものなのである。……この考え方は、如上の形成過程からすれば、当初からクルパ責任として表示されることはなかったと思われる。クルパ責任のかたちで現れるのはラベオの二、三の法文においてであるが、いずれもパウルスの附註か恐らくグロッサかヤウォレヌスの覚書かである（D. 14. 2. 10. 1；19. 1. 54 pr.；19. 2. 60. 7)。アルフェヌスにおいてさえ一両度にすぎず、しかもその著がユ帝編纂人の手許にあった筈はないから彼自身の文章ではない。D. 10. 3. 26（共有分割）でのクルパの語はアルフェヌスがアキリウス法に関して使う場合（D. 9. 2. 52. 1）と同様、単に帰責を意味するに止る。D. 18. 6. 12ではクルパ語を含む部分は混乱・自家撞着の故に彼自身の文章ではないが、後半部分、クルパ語は使われていないが売主は注意深き人士として行為すべしという部分は真正であろう。D. 19. 2. 31では末尾の関係諸語はパウルスのものである。したがって、ex fide bona の語は品位ある紳士の行態を要求すとの原理が売主はクルパ責任を負うとの準則に固まるまでには、古典期を経ることが必要だったのである。不注意責任が見える若干例での問題は作為だとハイマンが再度指摘しているが（D. 19. 1. 54；eod 13. 16）その法文で、恐らく他の場合にも、クルパの呼名が差当たりはネグリジェントな作為、即ち culpa in faciendo に限られていたことは考えられなくはない。」(228 s.)

(42) クンケルが fides et diligentia を異別の観念世界に分属させるのは「言葉の手品」(verbal jugglery) だとの批判はクストディア責任（不可抗力以外の責任）論にも向けられている。「不可抗力以外の全責任というのは定義や例示は簡単だが、その適用は容易でない。或者が川辺の野原にいる一群の家畜を売った。川が少し増水したが、よくある以上には達せず何の注意 notice も払われなかった。突然に思いがけなく川は逆巻く激流となり畜群は押し流されてしまった。勿論これは不可抗力である。もし増水が恒常的かつ急速であって家畜が危険に頻し、しかも何らの注意も払われずに家畜が押し流されたのなら、勿論これは不可抗力ではなくて、売主は責任がある。しかしこの両極の間で考えうる沢山の中間的状況にあっては、不可抗力なりや否やは、売主が彼の知りたる又は知るべかりし諸事情 circumstances に応じて可能な限りのあらゆる措置 precautions を講じたか否かの考慮なしにはきめられない。単に損害回避の可能性を喋々するのでは足りない。――回避は畜群を移動させれば常に可能だったし、氾濫の合理的可能性 reasonable possibility が認められないなら移動さすべき理由はなかったのだから。売主が回避措置を講じたか否かは彼が注意深かった careful か否かの問題であり、単なる損害回避可能性の議論ではこの点が排除されてしまっているからだ。」(Buckland, LQR cit. p. 219)

(43) バックランドの論調を承けて、Lawson and Markesinis, Tortious liability for unintentional harm in the common law

and the civil law, 1982. 1, 23~27：「古典法曹でさえも、事件の判定は事実に基き、当事者の振舞が非難に価するか否かは考慮しなかった。換言すれば或る行為を或る時所で行うことがクルパであって、別の所でならクルパではない（D. 9. 2：28；eod. 30, 3；eod. 31）との指摘が屢々なされる。成程、問題の法文では当該振舞をクルパである又はないとする理由づけは itp かもしれないが、だからといって、その理由づけがたとえ表明されなくても、古典法曹の念頭にはなかった、ということにはならない。……古典法曹はクルパの観念を心の奥底に持ってはいたが、彼の階層の習いからすれば一目瞭然たることをわざわざ明示して読者を案内するなどは思いもよらなかった。彼の目的は解答にあって論述ではなかった以上、なおさらそうだ。……枝下ろしが通行人に当った事件（eod. 31）でのムキウスの解答は諸事情の如何に依存している。適切な場所で、または然るべき警告の後で為されるなら無害の行為も、別様に為されれば有害となる。これはネグリジェンス法のはっきりした諸特徴の一つであって、ムキウスに帰せられる定義的表出を彼のものと認めるか否かに左右されまい。本件で共和政期法曹 veteres が害意はないにせよ事故とは簡単に呼べない損害を生んだ振舞を指すのに周知のクルパの語を使わぬ理由があったろうか？」「以上の諸解決は現代ネグリジェンス法でのそれと一致調和しているから、ロオマ法曹はその諸解決の基礎たる原理発見を試みるやクルパを採用したと推論せざるをえない。クルパの語はキケロ（Fam 3. 8. 6；Att. 15. 28）やリヴィウス（35. 33. 3）により、戦争による責任を指すのに恒常的に用いられてる以上、この発展につき veteres を信ずるのを拒む理由はない。とくに彼らの学問的な法叙述の関心が明白な以上は。不注意で損害惹起せる者は道徳的非難さるべきだとの観念を何故怪しむのか？」「……この原理の定式化がたとえムキウス以後だったとしても、それは当該個別事件の判定に適合しており、したがって多分彼の見解を現している。」

(44) クストディア責任の古典期契約責任法における地位は、特に付随義務としてのディリゲンティア（不作為的クルパ）の承認によるクルパ責任の正面化に応じて、縮減されることになる。

不作為のクルパにつき Kaser RP 1, 511：「クルパの用語法でも古典法曹は既にアキリウス法の解釈でそうだったように行為に密着した概念から出発しており、厳正訴権の領域での facere に結びついたドルスの場合と同じである。……いずれにしても既に古典契約法上のクルパの領域では、所与の注意義務 Sorgfaltspflicht を怠った諸事例をも責任構成要件とする傾向が現れている（原註七〇：Kunkel RPr. 178（SZ 45 を修正）；特に Buckland, St. Bonfante 2；LQR 1932；Arangio-R. 272)。アキリウス法の責任の場合とは異なり契約法では類推的訴権の創出に頼ってはいない。純然たる不作為だけでク

ルパが認められることはないにしても、義務違反を示す行態の全体からしてこれが認定されるのである。債務者には当該債務類型に則応した注意義務 diligentia が課せられており其の懈怠はクルパに算えらるべきだという考え方は、既に古典的諸基礎があった。」 Kaser RP 2, 350：「比較的早期の見方、少くもアキリウス法の構成要件では、クルパは作為的行動（純然たる不作為ではなくて）に担われた有責性に専ら結びつけられていたようではあるが、アキリウス法訴権の諸々の類推的拡張例や、契約責任および準契約責任における多様な不作為クルパ Omissive culpa の事例に徴すればこの限界はとっくに克服されていることがわかる。」

(45) diligentia について責任基準なる技術的意味に転化する以前の行態義務（具体的諸活動）の段階との関連が注目される（前注）のに対応して、クストディア責任についても其の語義の原点（行態義務）に遡って内容規定されることになる：

Kaser Die actio furti des Verkäufers, SZ 1979, 99 ss：「クストディアは、元来、監護 Bewachung であり、クストディアを給付する custodiam praestare は、誠意訴訟上 ex fide bona の義務に由来すること明らかな或る債務関係の内容とされた行為義務 Verpflichtung zu einem Tätigwerden を負うことであって、この行為とは即ち債権者に引渡すべき目的物を窃盗に対して監護することにあり、この監護活動はマルケルスがユリアヌスに反対して以降は第三者による目的物損壊に属する或る一定の構成要件にカズィスティクに拡張されていった（原注三八：参照、Iul. – Marcell. D. 19. 2. 41 対 Iul D. 13. 6. 19. ……この拡張の結果、Cannata 97, 102 によれば、クストディア責任を発生せしめる損壊構成要件の積極的列挙はもはや行われず、晩期古典家が大きな力 vis maior と呼ぶ免責事由の消極的列挙に至った）。クストディアが責任基準に転化するのはこの給付義務の反射にすぎないのであって、この給付義務違反が dolus, culpa（diligentia 違反たる neglegentia を含む）の責任基準に併置されるからである（原註三九：Cannata 23；49；121）。監護義務の範囲にはその行為のみならず、給付結果、即ち監護の引受により防止さるべき損害の防止もまたはいる。したがって、クストディアは保障 Garantie (praestare) を含む……。但しこの custodiam proestare の責任は、D. 4. 9. 3. 1 のラベオの抗弁導入以前の船主責任のような絶対的責任ではないのであり……人間にはおよそ要求しえぬ行態によらざれば防止できぬ損害については責任は生じない。……クストディア責任が窃盗を超えて物損壊へ、そしてその領域内でも（原注四一：個別的諸事情に応ずる債務関係および債務目的物の細かな区別につき Cannata 132, 137）拡張され続けた結果、免責的諸事例が本責任の必然的諸限度として仕上げられる。……但しその元たる大きな力 vis maior は、依然、類型化された諸事例のかたちで把握されるに止った。以上か

らわかるように、ロオマ法曹がクストディア義務から導出した帰責基準は過失の諸事例を大抵は含んでいるが、過失を前提とはしない（原注四四：……クストディア責任とクルパ責任との関隔は、少なくも当面の時期以前に関する限りはクルパにも備っている客観的要素を考慮するなら、減少する。この点Cannata 139が印象深し。……尤も、この観点は過大評価さるべきではないが）。《小事変（も含む）責任 Haftung (auch) für niederen Zufall》といふ呼方は本責任概念のロオマにおける展開に完全に相応しいものではないが、実際的結果の概略をわかり易く示してくれる（原註四五：Cannata 125 ss.）。」

(46) 前註 Kaser 引用文の末尾（原註四四および四五対応文）は、Kaser RPR 1,511 n. 65（「D. 19. 1. 13. 6 ; 19. 2. 9. 5. Custodia 領域における culpa 法文および少なくも一部の diligentia 法文の真正につき……Diligens paterfamilias もまた、非技術的言及ではあるが古典的、vgl. paul. D. 19. 1. 54pr. ; Kunkel-Jörs RP 179 n. 5」）; 2, 351 n. 36 ; 352 (c)（クストディア義務者総てに対して、クストディア責任と並んで、クルパ責任も亦負わされている）を参照するに、クストディア責任が問題となる当該法関係において本責任の射程は「小事変［総ての］責任」と称されるほどに広範なものではないという意味であって、クストディア責任の内容規定に学説史の当初から存する困難は、歴史的展開の考察により一応解決されるが（前註）問題史のためにラァベルを顧みておく：

Rabel Grundzüge d. vöm. Pr. 1915（引用は第二版 S. 134）：「新たな見方ではユ帝により除かれた古典期の帰責基準であって、使用借主、売主、請負人、自己のためにする鑑定人、自発的受寄者、質権者、恐らくその他一、二の契約債務者は、彼自身の過失を超えて、彼が物の監護により防ぎえたであろう事変の責任を負うとされている。窃盗に遭った洗濯屋および仕立屋、一般に請負人が託されていた物を賠償せねばならぬのは確かであり（Gai 3. 205）、使用借主も同様に確実（Gai 3. 206）、売主その他が託されていた物の窃取につき責任を負うのも認めうる。これは昔の結果責任の名残りであり、慣用の特約（pactum de custodiendo）により媒介されたものではあろう、がしかし、窃盗以外の《niedere Zufälle》を、ドイツ法やオリエント法の類推から予想されるように、窃盗と同様と見うるかは非常に疑わしく、器物損壊につき古い法曹自身の教えるところは逆である（I nst 3. 23. 3a［本稿註2］が保存するクストディア責任の観念は窃盗についてのみであり、売買につき Alf-Paul. D. 18. 6. 15. 1（註2）でも明白）。常に窃盗だけが問題なのである。したがって、古典法曹が窃盗を、古法の同化しきらぬ名残りとして、あるいは過失の紋切型の例にすぎぬものとして持出しこそすれ、難船、火災、倒壊のようにとにかく事変（casus fortuitus od. casus schlechtweg ／）の例として持出すことはもはや全然なかったのが実相であ

ろう。この点につき古典法曹は周知のように何も言ってはいないのだから、窃盗事案から一箇の原理を導出することは全く許されぬ。概して言えば帰責基準はドルスのみ、またはドルスおよびクルパである……」

Arangio Resp.（註18）178s.：「古典法曹は、売主にそのつど帰せられる不法の性質に応じて慣れ親しんだ両規準を持っていた。即ち、引渡以前の物の保管に関する限りはクストディア責任、その他起りうべき全ての不法（第三者への物又はその持分の譲渡、買主に移転さるべき賃料の徴収の懈怠等）に関する限りは売買に基く訴訟のボナフィデス性を強調し、売主の行態の評価に当っては、時と場合によって売主は、彼に課されたある一定の積極的活動をせぬという事実によってもまたドルスありとみなされる、ということが加わるのを別とすればドルスの原理によっていたのである。……使用借主が目的物を奪われたり、保管可能奴隷に逃げられた時はクストディアの責任を負うが、しかし、彼の主要な義務（物を悪化させぬこと、他の用途に当てぬこと、然るべき期限内に返還すること）の履行に関する限りは、ロオマ人は使用借主の行態をドルスの概念に基づいて評価する以外にはよく為しえなかったであろう。」（註39に訳出から続く部分）。

(47) 当該法関係内部におけるクストディア責任の射程の再検討からすれば、普通法学上の実践的問題設定（前註9参照）に由来する補助者責任とクストディア責任の混同は否定される。前註13末尾。Knütel Haftung für Hilfspersonen im röm. R, SZ 1983, 355：「シュルツの研究によれば古典法では主人は次の場合に被用者の過失の責任を負う。第一に、クストディア責任ある場合、蓋し主人にとって被用者の過失は小事変だから。第二に、法務官告示上の訴権により事変の責任を負う場合（就中、船主、旅館主、厩舎主）。その他に主人はいずれにせよ自己の過失に基づくものとして用途違反および選任過失 culpa in elegendo の責を負う。但し、クストディア責任および告示上の訴権によって実際上重要な場合は規律済であるから、古典法ではこの自己過失に基づく責任の働く余地は極く僅かである、と。以上のシュルツの学説はクストディア責任を補助者責任の主要適用領域とする点で今日では当然誤りとみなされている（原註五九：Levy, Weström. Vulgarrecht 85 n. 309）。蓋し彼の説は、さきに Alf. D. 18. 6. 12 について明かされたようにテクストの大幅な無視なしには成り立たないのだから。就中、今日のクストディア責任像はシュルツのと違うのだから。彼はクストディアを売主一般、賃約人、使用借主等に対する帰責基準、しかも不可抗力以外の責任、と解したのに対して、クストディアの意味は元来、監護活動 Bewachung である（原註六〇：とくに Cannata により析出され、これに従うのが Kaser SZ1979）。……古典法曹は、文字通りの保障ではないにせよ、必要な監護活動により防ぎうる危険に関する限りでは一箇の保障責任 Garantiehaftung と解しているから、……こ

の意味では、既に彼らのもとでクストディアは帰責基準としても亦眺められ、ドルスおよびクルパのそれと併記されることが可能ではあったが、しかし、にも拘わらず（シュルツの説とは異なり）、クストディアの意味が古典法においても、元来、結果責任を伴うにせよ契約義務の内容だったことに変わりはない（原註六二：さもなければ、奴隷の使用借主クストディア責任は servus custodiendus の場合に限られ、servi non custodiendi の逃走は不可抗力と解されたことの説明がつかなくなる cf. Ulp. D. 13. 6. 5. 6；Kaser 107ss. 110s Cad Gai 18. 1. 35. 4；Inst. 3. 23. 3a)。土地売主は場合により未発生損害担保問答契約を配慮する義務ありとされる（Paul. D. 19. 1. 36 の事案もまた、クストディア帰責基準と解しては説明がつかぬ）。クストディアの責任基準化の出発点は窃盗の責任の明示または黙示の引受だったから、原理上動産への限定もその結果である……（原註六五：共和政期法書ではクストディア責任の議論は奴隷逃走（D. 13. 6. 5. 6）および家畜逸走（D. 13. 6. 5. 9）に対する措置につき知られるのみ。Cannata 121）。古典盛期に至って窃盗以外にも物損壊がクストディア責任にはいるかの論争が起こり、マルケルスがユリアヌスに対してこれを主張し、ウルピの賛成を得た（D. 19. 2. 41）。クストディア責任の土地への拡張が考慮されるのは、その後のことであるらしい。したがって吾人は、クストディア責任については、目的物（土地が動産か）、危険事故（窃盗か、奴隷逃亡か、器物損壊か）、法曹［誰か］の異なるに応じて区別せねばならず、この点からしても、クストディア責任が補助者責任の主要適用領域だったことは信じ難い」。

(48) 以上の研究動向の底礎的文献とされるCannata : Ricerche sulla responsabilita contrattuale nel dir. rom. 1966, 125 ss. によれば、ゼッケル（シュルツ）の理解するクストディア責任は、保管可能物の窃盗・損壊、小事変（奴隷逃走）についての、但し不可抗力は除くところの、責任であるが、このような積極的および消極的両面からの規定の仕方は相互に他を無用ならしめる重複があり、結局、類型的免責事故の列挙による不可抗力以外の責任というに帰する。しかし、クストディアの意味は給付（保管活動：註1・45）であり、クストディア責任はこれを不履行ならしめる特定の出来事のみに依存する。この出来事リストの内容が膨むのはやっとユリアヌス以後から晩期古典法曹に至るまでの間のことなのであってクストディア責任の適用事例を一般化せぬ見方（ラアベル等）の方が適切であるし、換言すれば、同一の契約関係においてクストディア責任はその覆いえぬ損害に関してクルパ責任と併存するのである（アランジョ等）。註46参照。

クストディア責任構成要件の拡大過程については、従来の窃盗の他にも損害惹起事故として第三者による不法損害（damnum ab alio datum）をも承認することの可否に関して（D. 19. 2. 41：前註25）、ユリアヌスが責任阻却事由たる vis (Ner.

D. 19. 1. 31pr. :《暴力に対してはクストディア活動は役立たぬ custodia adversus vim parum proficit》註2）を無差別（"in blocco"：Cannata, 91, 94, 77, 79）に解して此れを否定したのに対して、マルケルスは不法損害の vis は債務者の人身ではなくて物品に対するものなる点を区別してクストディア責任を肯定拡張した。暴力に対する抵抗が監護義務に含意されるに至って、定型的侵害事故列挙によるクストディア責任の積極的規定から不可抗力（vis maior cui resisti non potest）なる阻却事由諸定型の列挙による消極的規定への変化が準備されたわけである（p. 100）。但し此の推移は古典期には未完了とみてよく、したがって古典法学は、マルケルスに見られるように、惹起せる侵害行為に対して監護活動がこれを回避する抽象的適性を備えていたか否かを、既述の侵害事故種別の他、物品の性質（要監護奴隷の判別）、債務者の如何（倉庫業者か否か）等、諸事情全体を考慮してカズイスティクに判定し続けた（p. 90）。カンナアタは此の意味での本概念の「柔軟性」（p. 139）の説明のために「結果債務 obl. de résultat」概念を留保付きで持出す。この概念は主観的不可抗力説との相関において債務者の行態義務評価を含意しており、カンナアタ自身による留保は此の点に関するのかもしれないが（cf. Metro, Lab 13 (1967) 65）、クストディア責任の実態として行態義務評価の面が存することを示すアナロジイではある。参照、Arangio 170：「何れにせよ、奴隷逃亡事案においても奴隷の種別に応じて（したがってまた、債務者が奴隷の何らかの性状 personalita を承知していたか否かに応じて）区別せざるをえなかったから、クストディア責任は其の客観的性格の何がしかは失わざるをえなかったのである。」

(49) D. 9. 2. 31（註29、30）；9. 2. 27. 11（註32）；13. 6. 10. 1（註17）；13. 6. 18pr（註13）；18. 1. 35. 4（註2、21）；19. 2. 25. 7（註9、13）；19. 2. 41（註25、47、48）.

(50) 実定法学が違法と有責との関係についてロオマ法研究から得る教訓が未分化それ自体よりは概念（定式化）における未分化にあるとすれば、それは、クンケルの Diligentia 論文に専ら依拠せざるをえぬ限りは、古典法ではなくてユ帝法に求められた（参照、前田達明「不法行為帰責論」、平井宣雄「責任の沿革的・比較法的考察」（「基本法学・責任」所収）。本稿は、当該定式はこれを既に古典法学のものと見るその後の研究動向の紹介に努めた。研究動向整理に当り指標となった行態不法論・行態義務論につき、その最初の紹介文献：藪重夫「現代刑法理論と民法における違法・責任理論」（北大法学部十周年記念論集所収）、五十嵐清「刑法と民法理論――その関係についての一考察――」（ジュリスト三一三号所収）をここに記す。