

ヴォルデマール・エンゲルマン『後期注釈学派の責任論とその発展

-アックルシウス以降の中世イタリア法学者らの刑事上の責任論に関する歴史的にドグマティック的な叙述-』

-16世紀人主義法学者らによる重過失理解に関する部分の翻訳-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2023-09-26 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 星山,琳 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/0002000117

翻訳：ヴォルデマール・エンゲルマン

『後期注釈学派の責任論とその発展

—アックルシウス以降の中世イタリア法学者らの刑事上の責任論に関する歴史的にドグマティック的な叙述—』

— 16 世紀人文主義法学者らによる重過失理解に関する部分の翻訳—

Übersetzung: Woldemar Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung.

Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius.

: Übersetzung des Teils über das Verständnis der culpa lata von humanistischen Juristen des 16. Jahrhunderts.

博士後期課程 民事法学専攻 2023 年度入学

星 山 琳

HOSHIYAMA Rin

【論文要旨】

わが国民法における重過失理解はローマ法上の過失である culpa との歴史的なつながりがあることが明白であるにもかかわらず、歴史的に重過失がどのように理解されてきたのか、これまでの研究の中には解明を試みるどころか過失に関してローマ・ドイツ法との歴史的なつながりを否定するものまである。ヴォルデマール・エンゲルマンによる本資料は、ドイツがローマ法を包括継受した 16 世紀の人文主義法学者であるツァジウスの見解を中心に重過失の歴史的な形成について解説している。そこでは後期注釈学派であるバルトルスの過失の分類に異を唱えるツァジウスによって、重過失が策略の過失と怠惰の過失に区別されている。そして、「重過失」とは、本来的に、真実には意図的に隠された悪意であるが、その証明が困難であることから「真の悪意」として扱うことが

できないため、策略の「過失」として扱われるのである。また、本資料ではツァジウスに対する後継の見解も挙げられており、とりわけ策略の過失の性質について、「悪意」と扱うか、「過失」と扱うかに関する議論を鮮明に表す。民事上の重過失の程度やその性質について明らかにしておくために欠かせない貴重な資料である。

【キーワード】 責任, 重過失, 策略の過失と怠惰の過失, ローマ法, 人文主義法学

【目次】

I. はじめに

1. ヴォルデマール・エンゲルマンと本稿で扱う資料について
2. 翻訳の目的

II. 「第3章 推定的悪意と悪意に近い過失」の16世紀人文主義法学者部分の翻訳

1. 「§ 23 d) より純粋な悪意 (Dolus) としての重過失 (culpa lata) である策略の重過失 (culpa lata versutiae)」166 - 174 頁の訳
2. 「§ 24 e) 重過失 (culpa lata) を示す悪意 (dolo) としての悪意に近い過失 (culpa dolo proxima)」174 - 184 頁の訳

I. はじめに

1. ヴォルデマール・エンゲルマンと本稿で扱う資料について

本稿で紹介する資料（以下、「本資料」とする）の著者であるヴォルデマール・エンゲルマンの経歴を表すと以下の様になる¹。エンゲルマンは1865年にドルパートに生まれる。そして、1886年から1890年までの期間をドルパート大学 (Universität Dorpat)²で法律学を学び、1895年にライプツィヒにて刑法と刑事訴訟法を対象とする大学教授資格論文を提出した後、1902年から1年の間ライプツィヒ大学にて員外教授 (Außerordentlicher Professor)³、1903年に刑法・刑事訴訟法・民事訴訟法の員外教授として雇用されてから⁴1933年の退職までの期間 (1920年には専属正教授 (persönlicher Ordinarius) に就任) マールブルク大学を拠点に研究活動をし、1942年にその生涯を終えることになる。以上の点からエンゲルマンの専門について考えると、民事訴訟法や倒産法の講義を受け持っていたようであるが、やはり主としては刑事法を専門としていたことが明らか

¹ Woldemar August Engelmann, Hessische Biografie, Landesgeschichtliches Informationssystem Hessen, <https://www.lagis-hessen.de/pnd/138170266> (2023.3.29 最終確認)。

² 現在では名称が異なっており、エストニアに所在を有するタルトゥ大学のこと。

³ Beilage zur Allgemeinen Zeitung, Jahrgang 1902, München, Freitag, 21. März, Nummer 67, S. 536.

⁴ Münchner neueste Nachrichten, 56. Jahrgang, Nr. 237, einzige Tages Ausgabe, Freitag 22. Mai 1903, S. 2.

である。

本資料の『後期注釈学派の責任論とその発展—アックルシウス以降の中世イタリア法学者らの刑事上の責任論に関する歴史的にドグマティックな叙述—』⁵は、中世イタリア法学者の刑法史研究に欠かせない資料の一つとして認識されてきている⁶。確かに、その内容は刑事法を意識したものであり、当然に民事法に最適化されたものと評価することはできない。しかし、本資料は、以下の「翻訳の目的」で述べるように、民事法と深い関連性があり、民事法に対しても重要な示唆を与える資料として申し分のないものである。

また、本資料はタイトルでも「後期注釈学派」や「中世イタリア法学者」を対象とすることを明記しているけれども、それだけに止まるものではない。詳しく言えば、本稿で扱う「重過失」の議論部分だけに限ったとしても、バルトルス・デ・サクソフェラートやバルドゥス・デ・ウバルデイスといった後期注釈学派だけでなく、後期注釈学派以前については古典期ローマ法について扱い、後期注釈学派以後についてはドイツのローマ法包括継受期のウルリッヒ・ツァジウス、イタリアのティベリウス・デキアヌス、フランスのヤコブス・クヤキウスやフーゴ・ドネルスといった16世紀人文主義法学者らにまで議論の幅が及んでおり、対象範囲は非常に広い。また、本資料はしばしば原典に当たることの重要性を説いており（とりわけツァジウスについては明らかである）、各々の見解を非常に詳細に描写していることに大きな価値が認められる。とりわけ、ツァジウスを例にとると、彼の著書である *Intellectus singulares et novi in nonnulla loca iuris civilis* の中で主張された重過失の2分類について原典に当たりながら、ツァジウス以後の、彼の見解に従う者、あるいは異を唱える者についても原典に当たりながら論を進めているのである。このことから、歴史的な資料としての価値が十分に認められることは言うまでもない。

2. 翻訳の目的

エンゲルマンが刑事法を専門領域とする学者であり、本資料がタイトルにて「刑事上の責任論」を掲げていることからわかるように、基本的に本資料は刑法学分野に最適化された資料である。ただ、本稿の目的としては、私法、とりわけ民法上の「重過失」の程度に関して歴史的資料を紹介することである。ここで、私法上の概念の研究のために刑事法に最適化された資料を持ち出すこと

⁵ Woldemar Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius.*, Duncker & Humblot 1895. 本資料は1965年に第2版が出ているようであるが（玄守道「故意に関する一考察（二）—未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって—」立命館法学 302号（2005）136頁の注23を参照）、これはエンゲルマンの死後の版改訂であり、純粋な原典である本資料に当たることの価値は否定されるものではないと思われる。

⁶ 若曾根健治「徴表と拷問をめぐる中世イタリア法学者の学説・覚書」熊本法学 79号（1994）152頁においては「いまなお凌駕されることのない刑法史研究」と評価されている。ただ、とりわけ後期注釈学派および16世紀人文主義法学者による過失の分類や重過失に関しては、以下説明しているように、私法から発展した議論を手掛かりにして説明していることに注意が必要である。

に疑問を持たれるかもしれない。そこでまず、その理由を説明しておく必要がある。

本稿で対象とするのは「重過失」についてである。初めに背景を示しておく、これまでわが国では民事上（とりわけ民法）の重過失はほとんど議論されてきておらず⁷、それどころか積極的に議論を避ける傾向まで見られる。すなわち、わが国は過失、そして過失と密接不可分の「注意の分類」⁸に関してドイツ法を継受することによって間接的にローマ法を継受したものであるにもかかわらず⁹、例えば平井宜雄教授が「今日の過失概念の原型たる culpa が概念化され、各種のものに分化され統一されるには長い歴史があるが、わが国はそのような歴史とは無縁」¹⁰ というように、わが国の過失概念とローマ法上の過失である culpa との関係の断絶を主張する傾向が見られる¹¹。その様な傾向のゆえであるのか、刑事法学においては過失犯などの研究の中で比較的盛んにツァジウスらの見解が挙げられているにもかかわらず¹²、民事法では無過失損害賠償と関係する研究¹³を除いて、とりわけ「重過失」に関して歴史研究を踏まえた研究は極めてわずかである¹⁴。

では、なぜ刑事法に関する資料を用いてよいと考えるのか。その手掛かりは本資料が歴史的に民刑未分化の時期を扱っていることにある。具体的に言えば、そもそもローマ法上の過失である culpa の分類は私法から導入されたものであり¹⁵、16世紀人文主義者らはまさに本稿の翻訳部分で

⁷ 潮見佳男『不法行為Ⅰ 第2版』（信山社、2011）304頁。

⁸ 抽象的過失（いわゆる「善良なる管理者の注意」を欠くこと）と具体的過失（いわゆる「自己のためにするのと同一の注意」を欠くこと）を指している。

⁹ 岩田新「過失論（八・完）—『日本民法學に於ける梅と富井』續稿一」法学新報第49巻第12号（1939年）99頁、同「過失論（四）—『日本民法學に於ける梅と富井』續稿一」法学新報第49巻第6号（1939年）16頁注188において「注意の程度に關する吾が國の學說も皆な羅馬法の學說が吾が國に繼受せられしことを語るものであるが、梅先生は講義に於いてそのことを明言せられた」とされている。なお、「注意の標準」についてローマ法を継受したことは上に述べた通りであるが、それだけでなく、「重過失」についてもドイツ（とりわけドイツ民法典第一草案）に範を取ったことは法典調査会民法主査會で明言されている。例えば、わが国民法95条の重過失については「唯獨逸民法第一讀會草案ノ規定ニ倣ヒ錯誤者ニ重大ノ過失アリシトキハ其意思表示ヲ有効ト為セリ（獨一草九九）蓋シ損害賠償ナルモノハ當事者ヲシテ十分ノ満足ヲ得セシムルコト能ハサルヲ以テ錯誤者ニ重大ノ過失アル場合ニ於テハ其意思表示ヲ有効トシテ十分ニ其相手方ヲ保護シ由テテ取引ノ安全ヲ圖ラント欲シタルナリ」と説明されている（法務省大臣官房司法法制調査部『民法近代立法資料叢書13 法典調査会 民法主査會議事速記録』（商事法務研究会1988）649頁参照）。

¹⁰ 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992）72頁。

¹¹ それによりローマ法上の culpa に触れることもなく、加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974）75頁など、失火責任法に関する判決例などのみを参照することによって重過失の程度を判別してしまうものが多い。

¹² 真鍋毅「過失犯の歴史的研究：ドイツ十八世紀まで」法政研究第33巻第1号（1966）60頁。

¹³ 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』（有斐閣、1916）、石本雅男『無過失損害賠償責任原因論第一卷—第四卷』（法律文化社、1983—1993）、同「過失の理論と歴史（一）—（二）—所謂ローマ法的過失責任主義の批判—」民商法雑誌第32巻第3・4号（1956）などを挙げるができる。

¹⁴ 例えば、Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hg.), Historischer-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II /1, Mohr Siebeck 2007の翻訳を基礎にした半田吉信「ドイツにおける債務不履行に基づく損害賠償請求権の要件としての帰責事由概念の展開（1）」比較法文化 第24号（2020）などがある。

¹⁵ 真鍋・前掲注（12）56頁。

扱うところから理解しうるに、古典ローマ法に立ち還りながら、民事・刑事の両方について検討を加えているのである。さらには、確かに16世紀人文主義法学者らは民事・刑事両方に検討を加えているものの、エンゲルマンの記述を見てみると「刑事法においても… (auch in criminalibus)」¹⁶ というように付加的に、わずかに刑事法のことを述べられるに止まっており、過失の程度や分類について主として民事法を中心に発展してきたことが垣間見える。

したがって、本稿で扱う過失の中でもとりわけ重過失については民事・刑事の両分野が共通する歴史を持つ箇所であり、しかも民事がいわばその本流であり、刑事が支流であるとも言えるのであるから、民事においても本資料を紹介する重要性は大いにあると考えられる。そこで、本稿では本資料の翻訳を通じて、わが民法の母国であるドイツがローマ法を包括継受した時期である16世紀¹⁷の重過失理解を示し、以てわが民法における重過失理解の空白を埋める一資料として紹介したのである。また、「策略の過失」の性質を、悪意とみるか、過失とみるかについて議論があるところ、民事法上の「策略の過失」がいずれであるのかという今後の研究のための一助とすることも目的の一つである。

それでは早速、該当部分の翻訳を示してゆくことにしよう。

II . 「第3章 推定的悪意と悪意に近い過失」の16世紀人文主義法学者部分の翻訳

1. 「§23 d) より純粹な悪意 (Dolus) としての重過失 (culpa lata) である策略の重過失 (culpa lata versutiae)」166-174頁の訳

16世紀においては、法学の新たな発展と共に、悪意に近い過失 (culpa dolo proxima) の問題も再び動き出している。人文主義者 (Humanisten) が、独自の法源研究を活発にし、著名で古典的な学者や学者の共通意見 (communis opinio doctorum) の権威は抑制された。注釈や伝統的な「バルトルス学派」の学説は、厳しい批判に晒された。しかし、悪意に近い過失 (culpa dolo proxima) に真剣に取り組んでいる者は皆、いかにバルトルス学派の学説を批判しても、とりわけこの学説を堅持している。それらの悪意に近い過失に真剣に取り組む者は、一般的に、あるいは、少なくとも多くの場合に、単なる過失 (Culpa) 以上のもの、すなわち今日では推定的悪意 (dolus praesumptus) あるいは悪意の特別な種類や形式を、悪意に近い過失 (culpa dolo proxima) に見出すのである。

既に述べたように、アルチャートは、独自の憲章に基づいて、バルトルスと同じ結果に行き着いた。すなわち、悪意に近い過失 (culpa dolo proxima) は、一方では最も高い程度の過失であり、他方では法的に推定された悪意 (praesumierter Dolus) なのである。

その時に初めて、この問題が徹底的にイタリア的なドクトリン (Doktrin) によって再び研究されたのは、優れた外国の学者がその問題を奪い取り、新たな考えと理由付けによって、バルトルス

¹⁶ Engelmann, a.a.O. S. 171.

¹⁷ 村上淳一「ドイツ法学」村上淳一ほか編『法学史』(東京大学出版会, 1976) 124頁。

の学説を批判したからであった。

とりわけ、ツァジウスはイタリアにおいても広く注目され、この問題における彼の詳論は優れた法律家達から好意的に評価され、イタリア人もバルトルスの権威の下に眠ってしまっていた争いのある問題を再び扱うためのきっかけを与えた。議論はたいていツァジウスの見解に対して批判、あるいは好意的に評価するものであるため、彼自身の言葉を十分に扱うべきである。なぜなら、とりわけツァジウスは、彼の著作である「Intellectus singulares」の中で、「バルトルス学派」に対して明白に反対する者として現れるからである。

ツァジウスはまず、バルトルスの責任の種類 (Schuldarten) の分類を辛辣に、かつ表面的に批判している¹⁸。一方で、ツァジウスは重過失 (culpa lata) を、彼が「怠惰の重過失 (culpa lata ingnaviae 原文ママ)」と「策略の重過失 (culpa lata versutiae)」と呼ぶ2種類に区別している。「策略の過失 (culpa versutiae)」だけが「悪意に近い (dolo proxima)」のである。

a) 「怠惰の過失は、怠慢による不注意が重要であり、あるいは十分な認識のない性質の過失であり、またあるいは邪な教育により締結された契約である (culpa ingnaviae est, quae supinam negligentiam refert, vel vitio naturae parum perspicacis, vel ex prava educatione contractam)」。怠惰の過失は、最も高い程度の過失であり、罪を問いうる錯誤 (sträflichen Irrtums) である。また、かかる怠惰の過失は、本質的に認識していないこと (non intelligere) であり、悪意 (Dolus) とは関与しておらず、怠惰の過失と対等なものでは決してなく、常に悪意の場合より寛容に非難される¹⁹。

b) 一方で、「策略の過失は、すなわち、策略的かつ悪意ある企てや意思から生じる不誠実であり、また、自らの物に関しては慎重であり、注意深いにもかかわらず、害された他者に属する物あるいは事務をある程度望んで行った不注意により、悪意をもって、いい加減に取り扱い、あるいは無視することである (versutiae culpa eorum est, qui ex versuto et malo proposito animoque perfido et exulcerato alienas vel res vel negotia affectata quadam improvidentia maligne vel negligunt vel dissimulant, cum in rebus suis sunt providi et diligentes)」²⁰。したがって、策略の過失 (culpa versutiae) は、策略による過失であり、巧妙に隠蔽された悪意であり、軽率 (Unvorsichtigkeit) や無頓着 (Nachlässigkeit)、間違い (Versehen) を隠れ蓑にした故意 (Vorsatz) である。すなわち、策略の過失とは、「悪意 (dolus malus)」なのである。これらの事案を悪意と呼ぶに際して障害となっているのは、証拠の問題だけである。意図が過失の外観によって覆い隠されている狡猾さ (Verschlagenheit) は、悪意を「明確に (manifeste)」立証することができないほどに高度なものである。悪意はあくまで推定的なものにすぎない²¹。したがって、「悪意に近い重過失 (culpa

¹⁸ Ulrich Zasius, *Intellectus singulares et novi in nonnulla loca iuris civilis*, Basileae, 1526, pag. 15.

¹⁹ Zasius, a.a.O. pag. 15, u. 18.

²⁰ Zasius, a.a.O. pag. 15.

²¹ Zasius, a.a.O. pag. 15.

lata dolo proxima)」という不特定な名称を選びとり、両概念は同じなのであるから、事実上この「悪意に近い重過失」を悪意と同等に扱うほかないのである。すなわち、悪意からかけ離れたものではない (a dolo non distant), のである。ある者が「明確な悪意 (manifeste dolo)」で行為するものと、「過失を装った (sub culpa obliqua)」悪意でもって (dolose) 自らの目的の達成に向けて努力するのと、いかなる違いがあるだろうか。この重過失 (lata culpa) は、悪意と非常に密接に似通っており (「類似的 (cognata)」), 密接に結びついている (「密接に関係する (cohaeret)」)。そして、この重過失は、しばしば l. quod N.²² や l. magna D. de V. S.²³ のような法源において、率直に悪意と呼ばれている。しかしこのことは、そもそも重過失が本当に悪意であると解してよいということではない²⁴。むしろ、法源は「過剰な修辞でもって (sub excessu rhetorico)」述べているにすぎないのである²⁵。しかし、そのような表現から、法源は、策略の過失 (culpa versutiae) と悪意が「完全に似ており (prorsus similis)」, 「結びついている (connexa)」のために、密接に結びつくものであるとみなし、分離しようとしないうことが明らかである。法源において、策略の

²² (訳注) 学説彙纂第 16 卷第 3 章「寄託訴権と反対訴権」第 32 法文 (ケルスス「学説大全」第 11 卷) のこと。
「プロクルスは、(老)ネルウァがよく述べていたこと、すなわち、非常に大きな過失 (latior culpa : sehr grosse Nachlässigkeit) は悪意 (dolum : Arglist) であろう、ということを選択ではないとしているが、私には的確であると思われる。なぜなら、たとえある者が人間の性質 (hominum natura : menschliche Natur) が要求する程度に注意深くなかったとしても、その者が寄託された財産に関して少なくともその者自身にする注意の程度でその財産を扱わない場合、その者に侵害の意思がないとは言えない。すなわち、その者は、契約信義の侵害無しに、寄託された物に、自己のために払う注意よりも低い注意を払うことはできないのである」。Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 21. Auflage, 2017, S.220. Corpus Iuris Civilis Text und Uebersetzung III Digesten 11-20, C.F. Müller, Gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, Okko Behrends, 1999, S.354 (筆者訳)。

²³ (訳注) 学説彙纂第 50 卷第 16 章「言葉の意義について (De verborum significatione)」のこと。例として、以下の法文を挙げるができる。

同上第 213 法文 (ウルピアヌス「法範」第 1 卷) 第 2 節

「重大な非難 (lata culpa : Grobes Verschulden) は、あまりにも大きな過失のこと (allzugrosse Nachlässigkeit) である。つまり、全ての者が知っていることを知らないことである」。Das Corps Iuris Civilis (Romani) ins Deutsche übersetzt von einem Verein Rechtsgelehrter und herausgegeben von Karl Eduard Otto, Bruno Schilling, Karl Friedrich Ferdinand Sintenis, Scientia, Band4 Pandekten Buch 39-50, 1984, S. 1254 (筆者訳)。

同上第 223 法文 (パウルス「断案録」第 2 卷)

「重大な非難 (lata culpa : Grobes Verschulden) の特徴は、全ての者が知っていることを知らない場合のことである」。Das Corps Iuris Civilis (Romani), Band4 Pandekten Buch 39-50, Scientia, 1984, a.a.O. S. 1257 (筆者訳)。

同上第 226 法文 (パウルス「便覧」第 1 卷)

「大きな過失 (grosse Nachlässigkeit) は非難されることであり、大いに非難されることは悪意である」。Das Corps Iuris Civilis (Romani), Band4 Pandekten Buch 39-50, Scientia, 1984, a.a.O. S.1258 (筆者訳)。

²⁴ Zasius, a.a.O. pag. 18, III.

²⁵ Zasius, a.a.O. pag. 18, III.

過失は怠惰の過失 (*culpa ignaviae*) と常に明確に区別される²⁶。したがって、策略の過失 (*culpa versutiae*) は悪意と常に同一視される、詳しく言えば、法律が策略の過失と悪意の同一視を禁じている場合を除き、刑事事件においても同一視されるのである (l. Corn. de sic²⁷)。しかし、l. Cornelia de sic (l. in lege D.) の例においては、策略の過失のみが言及されている²⁸。

したがって、策略の重過失 (*culpa lata versutiae*) は悪意 (*dolus malus*) である、というのがツァジウスの見解である。しかし、法源は、証明が困難であるために策略の重過失を真の悪意 (*wahren Dolus*) とは解さずに、実際には両者を同等に扱うのが通常である。

怠惰の過失と策略の過失の区別に関して、ツァジウスは以下のように述べている。これらの違いは、不思議なことにアックルシウスによっても、その他の博士たちによっても未だ認識されていなかったけれども、非常に明白なことであった²⁹。ツァジウスは、バルトルスを神のように崇拜し、その誤った学説を「善悪を超えしもの (*per fas et nefas*)」として擁護し、「バルトルス学派達」に対してバルトルスを擁護したと威張ることができたならば、明らかになった原典を歪曲しようが、かかる原典に直接的に矛盾しようが構わないのだと非常に鋭く反論している。ツァジウスは、バルトルス学派達のためにこの問題を非常に大きく扱わなければならなかったのである。

ツァジウスの詳論とバルトルス派のドクトリンを比較すると、1) 要点に関する両者の本質的な一致、2) ツァジウスによるこの事実の誤認とツァジウスにより鋭く批判されたドクトリンに関する無知、という2点が特徴的である。ツァジウスが自らのバルトルス派の責任の種類 (*Schuldarten*) の分類に対する批判の際に、そうしなければ重過失 (*culpa lata*) に悪意が残らないから、推定的悪意 (*dolus praesumptus*) としての「より大きな過失 (*culpa latior*)」と極度の不注意 (*nimia negligentia*) としての「重過失 (*culpa lata*)」の区別を非難するならば、それは非常に表面的であり、バルトルスの学説の意味を大きく誤解している³⁰。ツァジウスは、悪意に見える重過失 (*culpa lata*) を「より大きな過失 (*culpa latior*)」と呼んでいるのである。ツァジウスによると、重過失は2つの類型に分類されるべきであり、それによれば、そのうちの一つは覆い隠された悪意 (*verschleierter Dolus*) であるように思われ、したがって推定的悪意 (*Dolus praesumptus*) と解される。ツァジウスの策略の過失 (*culpa versutiae*) は、覆い隠された悪意 (*verschleierter Dolus*) であり、悪意の様に明確に証明することができない、すなわち推定的悪意 (*Dolus praesumptus*) であるから、ツァジウスはそれ以上何も述べない。おそらくツァジウスはバルトルス学派という標語を用いないために、この名称を避けたのだろう。ツァジウスは法源について、法

²⁶ Zasius, a.a.O. pag. 15, 24f.

²⁷ 独裁官であったルキウス・コルネリウス・スッラ・フェリクス (*Lucius Cornelius Sulla Felix*) によって紀元前 81 年に制定された法である「刺殺および毒殺に関するコルネリウス法 (*Legge Cornelia de sicariis et Veneficis*)」のこと。

²⁸ Zasius, a.a.O. pag. 22f.

²⁹ Zasius, a.a.O. pag. 15.

³⁰ Zasius, a.a.O. pag. 15.

源はこの策略の過失 (*culpa versutiae*) を真の悪意とみなしておらず、ただ悪意の「奸計 (*machinatio*)」を否定することができないため、策略の過失と悪意を同等に扱っているだけだ、と述べている。すなわち、バルトルスにより簡潔かつ明確に表現されているように、法源は悪意が推定される事案であるとしている。しかし、ツァジウス自身はこれらの事案を純粋な悪意の事案として、詳しく言えば、非常に一面的に、そのことが証明困難の理由となっているまさに最悪の種類悪意、最も狡猾な悪意に満ちた行為の事案であると述べている。その結果、ツァジウスによって引用された悪意に近い過失 (*culpa dolo proxima*) の多くの事案は、ほとんどツァジウスの策略の過失 (*culpa versutiae*) に当てはまらない。なぜなら、これらの事案における証明困難は、しばしば狡猾な策略の結果というわけでは全くなく、また、悪意が隠されているからではなく、まさに悪意が非常に穏やかな形で現れ、より非難されることの少ない、それどころかそれ自体善良な、したがって理解できる動機により明らかにされるからであり、それゆえに本当に悪意が存在するのか、むしろ単なる不注意 (*Unbedacht*) が存在するにすぎないのではないか、という疑念の余地が生まれるからである。バルトルスの悪意の推定 (*dolus praesumptus*) はこれらの全ての事案に当てはまり、ツァジウスの「策略の過失」は全ての事案に当てはまるものではない。ツァジウスが、刑事事件において重過失 (*culpa lata*) と悪意を漠然と決して同等に扱わないバルトルス派のドクトリンを非難するとき、再びツァジウスは、バルトルスの見解と一致する通説の見解、つまりまさに法源によれば同等の取り扱いが可能であると思われる事案が、策略の過失に数え入れられるように、より大きな過失 (*culpa latior*) にも数え入れられる、ということをおぼろげに忘れてしまっている。しかし、サリケトやアンゲルスのようにバルトルス学派の学説に従わない者は、一方で刑事 (*criminalibus*) においても重過失 (*culpa lata*) を悪意と同等に扱う³¹。ツァジウスは、まさにイタリア的なドクトリンを知らないために、完全に誤った批判をしている。なぜなら、バルトルスとバルトルス学派はまさにこの違いについて述べているからである。ツァジウスは、自らが「法律家達の神 (*numen legistarum*)」と呼んで嘲笑ったバルトルスの注目に値する研究に関して知らないのである。

ツァジウスは、バルトルスとイタリアの法律家たちを過小評価していた。ツァジウスは、より高度な学問的立場に立つことを意識し、権威への盲信を分かち合うことをせず、あらゆる疑問の鍵を法源に求めたため、同情から「このような善良な者 (*iste bonus vir*)」と呼ぶバルトルスに研究する価値はないと思ったのである。まさにこの問題において、バルトルスとバルドゥスは、ツァジウスと同様に独立した法源の研究者であり、思想家なのである。ツァジウスは、自らの業績「*intellectus singulares*」のタイトルに、「全ての内容を読み、正確に議論する前に、判断しないでほしい! (*Antequam totam rem legeris et exquisite discusseris, judicare nolito!*)」という文章を記した。ツァジウス自身は、バルトルス学派達に対しては、この要求で解放されたと考えていた。

ツァジウスの区別と見解は、一部のイタリアの法律家によって受け入れられていた。

³¹ Zasius, a.a.O. pag. 22.

そうしてカグノルスは、あらゆる見解の相違に対する最良の解決策をその中に見出したのである。カグノルスは、「策略および狡猾の重過失 (culpa lata versutiae et maliciae 原文ママ)」と「怠惰および不注意の重過失 (culpa lata desidia et negligentiae)」を区別する。カグノルスは重過失 (culpa lata) が多くの場合に悪意とみなされるのは不思議なことではないと考えている。学説彙纂第 17 卷第 1 章第 29 法文前文、学説彙纂第 31 卷第 1 章第 23 法文、あるいは第 47 卷第 4 章第 1 法文第 2 節におけるように、重過失が「悪意に近いと評価され (proximam dolum esse)」あるいは「ほぼ悪意 (prope dolum)」と呼ばれる場合、あるいは l. Quod N. や l. magna (226) D. de V.S. において重過失が率直に悪意と呼ばれる場合、この事案における重過失 (culpa lata) は、悪意と密接に結びつき、関連しあっており、重過失がほとんど悪意と区別できない「類似し、密接に関係する程度の悪意 (dolo adeo cognata eique cohaerens)」なのである³²。カグノルスによれば、悪意は「明確な詐欺や明瞭な欺瞞 (manifestam imposturam fraudemque evidentem)」と表す一方で、「顕著な過失」あるいは「重過失 (magna oder lata culpa)」は「不注意や怠惰の名を借り、その覆いに包むことによって為される…詐欺 (fraus … sub negligentiae desidiaequo nomine et velamento)」を表している。「あなたが明確な悪意を企てていることと、悪意に関して過失を装う傾向があることに、どのような違いがあるのか? (Quid enim interest, an manifesto dolo machineris, an sub culpa clipeo ad dolum tendas?)」。したがって、バルトルスらのように、悪意の推定 (dolos praesumptus) と呼ぶのが正しいと思われる³³。しかし、このことは「策略及び狡猾の過失 (culpa versutiae et maliciae)」のとある事案から理解されるに過ぎず、「怠惰の重過失 (culpa lata ignaviae)」のとある事案から理解されるのではない、とカグノルスはその両方ついてツァジウスの言葉でもって書き換えている³⁴。この区別は、重過失 (culpa lata) の刑事罰 (kriminelle Bestrafung) に関する争いのある問題も解決する。策略の過失 (culpa versutiae) は、常に悪意のように罰せられるが、怠惰の過失 (culpa desidia) は決して悪意のように罰せられない³⁵。

ケルスス・バルガリウスは、自らの『悪意に関する論考 (Tractatus de dolo)』の中で悪意に近い過失 (culpa dolo proxima) に関して詳細に扱い、ツァジウスの見解を自らのものとした³⁶。バルトルスによれば、重過失 (culpa lata) は、法源の中では重大な不注意 (lata negligentia) と定義されている。しかし、ケルスス・バルガリウスはそのことに関して、「重過失は、他者を傷つける虚偽や真実を、無知や不注意によって隠してしまうこと (lata culpa est simulate aut vera alterum laedens supina ignorantia vel negligentia)」というように正しく書き換えられるべきで

³² Hieronymi Cagnoli, Commentaria D. Hieronymi Cagnoli Vercellensis iurisconsulti clarissimi, in titulum digestis de regulis iuris, 1546, (23) contractus no. 2 u. 3.

³³ Cagnoli, a.a.O. no. 5.

³⁴ Cagnoli, a.a.O. no. 7, u. 8.

³⁵ Cagnoli, a.a.O. no. 10, u. 11.

³⁶ Celso Bargagli, Tractatus de dolo et culpa etc, 6 Lib. Norimbergae 1700, cap. 1, u.2.

あると考えている³⁷。なぜなら、ツァジウスが証明したように、最も高い程度の真の過失も、単なる見せかけの無知 (Unwissenheit) あるいは過失も、法源においては重過失 (lata culpa) と呼ばれているからである。したがって、重過失とは統一的な概念ではなく、過失の最も高い程度である「怠惰の過失 (culpa ignaviae)」と悪意の類型に属する「策略の過失 (culpa versutiae)」という2種類を示す概念なのである³⁸。その上、後者の策略の過失は悪意の名称で理解されることもある³⁹。バルガリウスは、策略の過失 (culpa versutiae) の性格を、「誠実さに疑いのある者は、悪意だけでなく、また重過失によっても約束を破るものである。なぜなら、私が委託された物を法律に反して横領することと、目を閉じて眠るなどの何らかの方法で不注意を装って委託された物の窃盗に遭うことを甘受することの違いはわずかであり、大して重要ではないからである (quis vero ambigat fidem non modo ex dolo, sed ex lata quoque culpa frangi: parvi enim refert rem depositam justo dolo interverterim, an simulata aliqua negligentia conniventibus oculis patiar auferri)」というように、非常に適切に表している⁴⁰。その他の点では、バルガリウスはツァジウスの説明に完全に準拠しており、ほとんど忠実にツァジウスの説明を再現している⁴¹。バルガリウスはツァジウスと同様にバルトルスの責任論を批判し⁴²、「怠惰の重過失と策略の重過失 (culpa lata ignaviae und versutiae)」の「優れた区別 (aurea distinctio)」のために、シルヴェスター・アルドブランディ (Sylvester Aldobrandi) 及びヨドクス・ダムホウダー (Jodocus Damhouder) を引用している⁴³。しかし、新たな独立の考えをバルガリウスに見出すことはできない。

2. 「§24 e) 重過失 (culpa lata) を示す悪意 (dolo) としての悪意に近い過失 (culpa dolo proxima)」174 – 184 頁の訳

ツァジウスの学説は大きな影響を及ぼし、とりわけバルトルスの「より大きな過失 (latior)」と「重過失 (lata culpa)」の区別に対する厳しい批判が重要である。このことは多くの最近の学者によって非難されたが、それにもかかわらずツァジウスによれば、重過失 (culpa lata) の事案は、部分的には独特な形式 (種類ではない) の純粋な悪意の事案として理解され、部分的な純粋な過失の事案として理解される。デキアンはバルトルスの敵対者であったが、ツァジウスを除いて彼ら自身の間でも意見が一致していなかったと述べている。とりわけ、アルチャートやイグネウス、シラヌス、コウナ (Commentr. Jur. VII, C. 4.) はバルトルスの学説をばかばかしいものであると考えていた。

³⁷ Bargagli, a.a.O. cap. 2, qu. 1.

³⁸ Bargagli, a.a.O. qu. 2, no. 2-5.

³⁹ Bargagli, a.a.O. no. 48.

⁴⁰ Bargagli, a.a.O. cap. 2, no. 39.

⁴¹ Bargagli, a.a.O. cap. 2, no. 1-5, 36ff, 45-50.

⁴² Bargagli, a.a.O. cap. 1, no. 17-19.

⁴³ Bargagli, a.a.O. cap. 2, no. 2.

ツァジウスに触発されたデキアンは、悪意に近い過失 (*culpa dolo proxima*) の問題を非常に詳細かつ徹底的に扱っている。デキアンはバルトルスを正当に評価し、同様にツァジウスの学説を客観的かつ適切に批判している。デキアンの研究は、イタリア、そして一般に法源の重過失に関する、より古いドクトリン全体の最も優れた、明確な業績である⁴⁴。

デキアンは、バルトルスによる責任類型の分類を単なる段階に過ぎないと批判し、たしかに「程度に関するドクトリン (*doctrinae gratia*)」は便利で有益なのかもしれないが、法源と一致しておらず、いずれにせよ余計なものであるとしている。そのうえで、デキアンは、アックルシウスによる重過失 (*culpa lata*) と軽過失 (*levis*) の区別で十分であるとしている。法源においては、「重過失 (*culpa lata*)」と「より大きな過失 (*latior*)」の区別は見つからない。l. quod Nerva においては、「より大きな過失 (*latior*)」は、その他の「重過失 (*lata*)」と同じ意味である⁴⁵。法源の重過失 (*lata culpa*) に関して、デキアンは以下の様に述べている。

重過失 (*Lata*) あるいはより大きな過失 (*latior culpa*) は、ウルピアヌス (*Ulpian*) が「極度の不注意 (*nimia negligentia*)」、すなわち「全ての者が理解していることを、ある者が理解していないこと (*qua quis non intelligit, quod omnes intelligent*)」と呼び、パウルスが「極度の重過失とは理解していないことである (*latae culpa finis est non intelligere*)」と述べる責任の種類である⁴⁶。この重過失 (*lata culpa*) は「悪意に近い (*dolo proxima*)」と呼ばれ、l. quod N. や学説彙纂第 44 卷第 7 章第 1 法文第 5 節のように、しばしば悪意に非常に近いと考えられるため、その際には真の悪意と扱われる⁴⁷。他方で、たとえ「基礎的悪意 (*dolus solus*)」や「わずかな悪意 (*tantum*)」、「少なくとも悪意とされるもの (*dumtaxat*)」というように書かれていても、悪意に含まれることが多いように思われる⁴⁸。しかし、重過失 (*culpa lata*) は、真に悪意であるわけではないため、そのような事案において法源は単に「重過失は悪意に近い (*latam culpam dolo esse proximam*)」と述べるだけである。なぜなら、悪意とは「冷静に理解しており、決心し、加えて最もよく自覚しており、害を及ぼすことを決心している精神 (*animun intellectu constantem, certum ac sibi optime consciun et ad nocendum paratum*)」を前提とするものであり、一方で重過失 (*lata culpa*) とは「単純な不注意、不熱心、予見を怠ることによって、前もって害を及ぼそうと意図していない精神 (*animun simpliciter negligentem et dissolutum ac imprudentem nulla praecedente nocendi intentione*)」を示すものに過ぎないからである。場合によっては、この不注意 (*negligentia*) が極めて重大であるため、「そうしようと努め、偽装する (*quaesita et affectata*)」すなわち、不注意であったことにしようと試み、不注意であると偽装していると思わ

⁴⁴ Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis*, 1613, Lib. I, cap. 6.

⁴⁵ Deciani, a.a.O. no. 7-9.

⁴⁶ Deciani, a.a.O. no. 10.

⁴⁷ Deciani, a.a.O. no. 12, u. 13.

⁴⁸ Deciani, a.a.O. no. 14.

れる場合に限り、用心のために法律は、この疑わしい過失 (*verdächtige Fahrlässigkeit*) が言い逃れに過ぎず、詐欺 (*fraus*) と悪意が存在していると仮定し、そしてかかる重大な不注意を悪意と同等に扱い、欺瞞から隠れ蓑と好機が奪い取られるようにしている⁴⁹。したがって、ある事案においてその背後に欺瞞があることが確實ではない場合、法源には重過失 (*culpa lata*) があり、それを悪意に近い過失 (*dolo proxima*) と呼ぶに過ぎないのである。一方で、覆い隠された意図や見せかけであることが明るみに出た場合には、重過失 (*culpa lata*) や悪意 (*dolo proxima*) に近い過失では全くなく、悪意と言われるのである⁵⁰。デキアンは、ツァジウス (「完全無欠の打撃と優れた才能を持つ者 (*elegans Jctus et acuti ingenii vir*)」) が「悪意に近い (*dolo proxima*)」策略の過失 (*culpa versutiae*) と「悪意に近いわけではない (*non proxima*)」怠惰の過失という 2 種類の重過失を証明しようとしたが、無駄であったと考えている。なぜなら、ツァジウスの「策略の過失 (*culpa versutiae*)」は過失では全くなく、「悪辣なこと、陰謀、奸計 (*malicia, machination, fallacia*)」であり、すなわち純粋な悪意 (*dolus malus*) だからである⁵¹。ツァジウスにより引用された法源の箇所は、彼が主張した区別を証明するものではない。学説彙纂第 17 卷第 1 章第 29 法文前文は「策略 (*versuta*)」ではなく、「不熱心による不注意 (*dissoluta negligentia*)」について述べているのである。しかし、「ツァジウスの策略 (*versutia Zasiana*)」とは、「狡猾さ、そして様々な悪意の折目目が、メアンドロス模様のように重なり合い、様々な巧みな罠を一つにまとめたもの (*callidum multisque dolosis plicis ac meandris complicatum et colligatum variis laqueis ingenium*)」という狡猾な意味であり、馬鹿者や愚か者が見せるような「不熱心 (*dissolutum*)」という注意を欠き、注意散漫な意味ではない。同様に、学説彙纂第 36 卷第 1 章第 23 法文第 3 節は重過失 (*lata culpa*) について述べているが、これは軽過失 (*levis culpa*) とは対照的で、常に悪意に近い過失 (*dolo proxima*) である。I. quod Nerva (「この問題の鍵 (*clavis hujus materiae*)」) に関して、デキアンは、どのようにしてツァジウスがこの法律の中で 2 種類の重過失 (*culpa lata*) を区別しようとしているのか理解できていない。デキアンは、2 つの見解しか存在しないと述べる。1) ケルススとネルウァは、「狡猾で策略を持つ」者が、他者の主人を害するために、自己の物に払われる注意を他者に対して用いない場合を念頭に置いている。その場合、過失の問題ではなく、真の悪意の問題である。(デキアンはこの見解が正しいと考えているのだろう)⁵²。2) あるいは、(一般的な見解の様に) ネルウァの法文は悪意ではなく重過失 (*lata culpa*) を問題としていると仮定するが、この事案においては悪意に近い (*dolo proxima*) のであるから、悪意であると思われる⁵³。すなわちデキアンは、(ネルウァやケルススの様に) ツァジウスの策略の

⁴⁹ Deciani, a.a.O. no. 16.

⁵⁰ Deciani, a.a.O. no. 19.

⁵¹ Deciani, a.a.O. no. 17.

⁵² Deciani, a.a.O. no. 18.

⁵³ Deciani, a.a.O. no. 18.

過失 (*culpa versutiae*) は、法源においても悪意であると理解され、悪意と呼ばれていると考えている。悪意の疑いがある場合にのみ、法源は悪意に近い重過失 (*lata culpa dolo proxima*) を問題にしているのである⁵⁴。デキアンは、「この最終的な結論について述べると、それは重過失とみなされ、裁判官は悪意が存在することを確信することができず、疑うことしかできないため、悪意に近い過失と呼ばれている。しかし、我々が悪なる確信が存在することを知っている場合、重過失ではなく、悪意なのである ((*adeo ut*) *in hac tandem conclusion resideam, latam culpam eam censeri, inqua non potest esse certus iudex, quod dolo intercesserit, sed potest tantum suspicari, atque ideo dolo proxima appellatur; eam autem, inqua scimus malam fidem intercessisse, dolum esse, non latam culpam*)」と結論づけている⁵⁵。

したがって、デキアンによれば、「悪意に近い過失 (*dolo proxima*)」という名称は訴訟に関するものである。悪意あるいは重過失のいずれが存在しても、法源は事実問題 (*quaestio facti*) とみなすが、悪意を過失であると偽装しているとの疑いが濃厚であるために、この疑いが取り除かれるまでは、問題となっている事案は悪意として扱うように裁判官に示している。

デキアンの説明は、悪意に近い過失 (*culpa dolo proxima*) は過失を装った悪意 (*dolus malus*) であるというツァジウスの見解を押し戻し、バルトルスの見解を本質的に確認するものであった。

このように、メノキウスは真の悪意 (*dolus verus*) と覆い隠された悪意 (*praesumptus*) の区別を論じる際に、バルトルスの学説を *l. q. N.* によって承認して引用する。メノキウスによれば、誰かが自らの職務や義務に従って為すべきことを為さないとき (*quando quis non facit, quod pro sui officio et munere facere tenetur*)、推定的悪意 (*praesumptiver Dolus*) が存在する⁵⁶。

ファリナキウスによって、全ての見解が示されている。ファリナキウス自身は、バルトルス学派とデキアンを踏襲している。ファリナキウスは、*l. quod N.* のより大きな過失 (*culpa latior*) を法的に推定された悪意として理解している⁵⁷。バルトルスも「本質を熟慮して推定された悪意 (*dolus praesumptus respectu propriae essentiae*)」という表現について、訴訟手続きにおいて推定される悪意に対して、法によって推定される悪意のみを表すものであると意図していた。けれどもファリナキウスは、フェリヌス・サンデウスの説明を引用し、特定の種類の悪意 (*doli*) が注目に値すると考えていた⁵⁸。ファリナキウスは、推定的悪意 (*dolus praesumptus*) としての重過失 (*culpa lata*) の例を助言 (*Consil*) の中で扱っている。ファリナキウスは、職務責任 (*Amtspflicht*) に関する著しい怠慢があった場合、悪意に関する法律上の推定 (*praesumptio juris*) が存在すると述べている。すなわち、学説彙纂第 26 卷第 7 章第 7 法文第 2 節が挙げられる。後見人 (*Tutor*) に

⁵⁴ Deciani, a.a.O. no. 19.

⁵⁵ Deciani, a.a.O. no. 19.

⁵⁶ Jacobus Menochius, *De praesumptionibus*, 2 Tom. 1724, V. pr. 3, no. 5ff, u. 66.

⁵⁷ Prosper Farinacius, *De poenis temperandis in Praxis et theoriae criminalis p. III*, 2. 1728, qu. 88, no. 21, u. 60ff.

⁵⁸ Farinacius, *de poen. Temper.* a.a.O. no. 21ff.

関して、かかる後見人が自らの知っている職務に属する何らかの義務を怠った場合、それだけで悪意が推定される。なぜなら、「彼の職務に関する義務であることを為さないのは、悪意であると判断される (*non faciens id, quod ad sui officii debitum spectat, dicitur in dolo*)」からである⁵⁹。ファリナキウスは、ツァジウスの学説も引用しているが、ツァジウスの重過失 (*culpa lata*) は純粋な悪意 (*dolus malus*) であるというデキアンの批判も認めている⁶⁰。法源の例によれば、重過失 (*lata culpa*) は、法源の概念によれば常に「極度の不注意 (*nimia negligentia*)」に過ぎず、たとえある事案において、例えば「より大きな過失 (*culpa latior*)」の事案において推定的悪意 (*dolus praesumptus*) を意味するとしても、一般的にはそのように呼ぶべきではないということである⁶¹。ファリナキウスがこのことをアルチャートに対して向けるならば、ファリナキウスは、推定的悪意 (*dolus praesumptus*) を意味する重過失 (*lata culpa*) を極度の不注意 (*nimia negligentia*) である重過失と区別しているアルチャートの立場を見落としている⁶²。

その結果として、17世紀までのイタリアのドクトリンは、基本的にバルトルスの学説に固執した。外国においても、その支配的地位を追われたわけではない。ダムハウダーは重過失 (*culpa lata*) を単一的な概念として捉え、悪意に近い過失 (*culpa dolo proxima*) の場合には、法的に推定された悪意 (*Doluspraesumption*) のみ存在し、バルガリウスが考えるように、覆い隠された悪意の事案が常ではないとする。コバルビアスが、彼の友人であるツァジウスの考えを分かち合っているかどうかは疑わしい。コバルビアスは、そのことについてわずかばかり言及しているに過ぎない。コバルビアスは、法律が刑罰に明示的に悪意を前提としている場合、重過失は悪意ではないため、重過失 (*lata culpa*) では不十分であるとする。コバルビアスはここで *l. quod N.* に関してバルトルスを引用し、「また、デキアン、さらにはツァジウスがこの共通点に対して導き出すものを阻むものではない。なぜなら、重過失が戦略的であることを示し、悪意が混ざっている限り、同様に、ツァジウスによって導き出されたものから知られているように理解されるからである (*Nec obstant, quae contra hanc commune adducunt Decian et late Zasius. ma enim intelligenda sunt, quando lata culpa versutiam prae se fert, et ita dolum admixtum habet, ut constat ex adductis per eundem Zasium*)」と付け加えている⁶³。けれども、このことからコバルビアスが悪意に近い過失 (*culpa dolo proxima*) の事案を常に「戦略的 (*versutia*)」とみなしていたと推測することは決してできない。バルトルスについて言及したことは、それに反することである。クヤキウスは非常に慎重かつ曖昧に述べている。バルトルスやバルドゥスとは対照的に、クヤキウスは過度に法源の文字列に固執しすぎている。クヤキウスは、ある時は注釈学派の見解を主張し、また

⁵⁹ Prosper Farinacius, *Consilia I*, 1682, 87 no. 8.

⁶⁰ Farinacius, *Consilia I*, a.a.O. qu. 88, no. 68. u. 69. Vorher qu. 87, no. 60.

⁶¹ Farinacius, *Consilia I*, a.a.O. qu. 88, no. 70, u. 75. qu. 87, no. 16.

⁶² Jodocus Damhouder, *Practica rerum criminalium*, 1641, cap. 85.

⁶³ Covarruvias a Leyva, *Epitome in IV. Decretal. lib. cap. 6, § 8 no. 36.*

ある時にはバルトルスの見解を主張している。l. 213 D. de V. S. に関して、クヤキウスは、重過失はしばしば「悪意に近い過失 (dolo proxima)」と呼ばれ、法源は「悪意を意味する (dolum representare)」や「悪意と評価される (dolum esse)」というにもかかわらず、重過失は悪意ではなく、「極度の不注意 (nimia negligentia)」であり、すなわち「完全かつ注意散漫な無関心 (summa et soluta incuria)」であって、「悪意に近いもの (prope dolum)」に過ぎないのだとする。そのことは、l. Cornelia de sic の例によって証明されている⁶⁴。クヤキウスはその他の箇所でも、「他人の物に対して、自らの物と同等の注意をはらわない場合、重過失である (lata culpa est, si quis rem alienam non servat aequae ac suam)」と述べ、l. quod N. を参照している⁶⁵。クヤキウスは学説彙纂第 22 卷第 3 章第 11 法文に関して、以下のように述べている。すなわちケルススは、役人により「悪意の外観を有する重過失 (lata culpa, quae doli faciem habet)」について、悪意の場合と同様に責任を負うのか? と問われたことに対して肯定し、「無論、重過失は悪意である。物を放棄することにおいてはただ悪意しかないが、加えて重過失があることも明らかである。もしもある者が寄託された物に自らの物に対してはらう注意をしなかった場合… (それにもかかわらずクヤキウスは以下の様に結論付けている) 寄託された物の訴訟において生じるそれは悪意では全くなく、悪意に近い重過失である (nam lata culpa dolus est : in deposito venit tantum dolus, at constat venire etiam latam culpam : ut si quis curam non habeat rei depositae ad suum modum … non est quidem dolus, sed lata culpa proxima dolo, quae venit in actionem depositi)」と答えた、と述べたのである⁶⁶。一方で、その他の箇所では、クヤキウスは単に「重過失は一般に悪意であると推定されている (lata culpa vulgo praesumitur esse dolus)」や「重過失は推定的悪意である (lata culpa est dolus praesumptus)」と述べているに過ぎない⁶⁷。

より重要なのは、ある時にはバルドゥスの見解に親和的であり⁶⁸、またある時にはデキアンの見解を主張する⁶⁹ ドネルスの詳論である。重過失 (Lata culpa) は概念的に過失であるとドネルスは述べる。一方で、重過失は、自らの物に対するのと同じの注意義務の違反 (diligentia quam suis rebus)、すなわち危険を知っていたにもかかわらず、自らの物に対する注意の払い方が不熱心であったことを証明するような過失 (Nachlässigkeit) のことである⁷⁰。次に、重過失 (culpa lata) は「誰もが理解していることを、理解していないこと (non intelligere, quod omnes intelligunt)」であり、意識的な過失 (「危険を理解していること (sciat periculum)」)、あるいは最大級の不注意 (「不知であること (ignoret)」)、単に知ることを意欲していない (「知ることを意欲しないこと

⁶⁴ Jacobus Cujacius, Commentaria ad l. 213 d. de V. S. 50, 16.

⁶⁵ Cujacius, ad C. pro socio 4, 37.

⁶⁶ Cujacius, ad l. 11 d. de prob. 22, 3.

⁶⁷ Cujacius, Com. i. lib. IX. Pauli ad Edict. Ad l. 41 ad l. Falc.

⁶⁸ Hugo Donellus, Commentaria, de jure civ. Lib. XVI. Cap. VII. no. 4-10 (hernach cit. "J. c.") .

⁶⁹ Donellus, Com. i. Cod. Just. Tit. 34 depositi. l. 1 si in cursu, no. 9-20 (cit. "C.") .

⁷⁰ Donellus, J. c. no. 4-6 u. C. no. 14.

(*noluit scire*)」か、あるいは誰もが理解し、知っていることに関して無知を装うことであるかどうかに関して疑いのある無関心（「不知を偽装すること (*simulat se ignorare*)」) のことであるとす⁷¹。どちらの事案においても、最も高度な過失の程度としての重過失 (*culpa lata*) は「悪意に近い過失 (*dolo proxima*)」であって、実際に法によって悪意と同等に扱われており、法源には「悪意と同等 (*dolo comparari*)」と書かれているに過ぎない。それにもかかわらずある箇所では「悪意である (*dolum esse*)」と書いてある⁷²。この過失が悪意と呼ばれる矛盾をどのように説明するか？とドネルスは問う。「これだけでなく、表現の独自性や文体の性質による重過失は悪意ではない。それは正当な解釈であり、推論された法律上の悪意である (*Hoc modo : Proprietate verbi et genere facti lata culpa non est dolus: interpretatione justa et effectu juris dolus est*)」⁷³。つまり、その概念や所為 (*Tat*)、すなわち結果を引き起こすことによれば、重過失は悪意ではない。なぜなら、行為者は「故意に損害を加えるために (*consulto, ut noceat*)」行動するのではなく、例えば危険を意識しながら、怠惰や軽率さ、無関心によって行動するからである⁷⁴。法だけが悪意を推定し、悪意の結果の発生を許容しているのであり、その限りでは重過失を悪意と呼ぶのもっともである。I. quod N. の重過失 (*culpa lata*) への適用において、ドネルスは悪意という名称を単なる「解釈」であると説明しているわけではない。ドネルスは、以下の様に述べる。「ある物を消失させ、より下等な物になるように、故意にかつ熟慮の上で行為に及ぶ (*dedita opera et consulto id facere, ut res pereat aut deterior fiat*)」ような行動をしているのではないため、「その事実のみを考えるならば、ある物に関して怠った者が直ちに悪意で行為に及んだと言うことはできない (*Si factum per se spectetur, non potest dici statim dolo facere eum, qui rem negligat*)」。「物を誠実に守らなければならない義務を負っている受寄者がかかる義務を怠るならば、我々は彼に信義に反することであると率直に述べる。それゆえ、その物を知っており、配慮できたにもかかわらず、配慮しなかった場合、詐欺について免れることはできない。… なぜなら、彼は自らに対して行うのと全く同じように予防的に配慮をするために、知ろうと努めたことは明らかだからである (*Sin spectetur officium, quo se obstrinxit depositarius ad rem bona fide servandam, hic recte dixerimus eum contra eam fidem facere, eoque hactenus fraude non carere, si cum sciat et possit rem curare, non curet. … Scivisse enim apparet, quia ut providet, ita eadem facit in suis*)」⁷⁵。したがって、損害の発生という事実に関しては、損害を与える目的をもって行為者が怠ったのではないため、過失が存在する。しかし義務違反に関しては、行為者が意識的に義務に反して行動したため、悪意が存在する。ドネルスは、まるで非常に多くのことをすでに許容したかのよう

⁷¹ Donellus, J. c. no. 7.

⁷² Donellus, J. c. no. 8 u. C. no.16, 17.

⁷³ Donellus, J. c. no. 9.

⁷⁴ Donellus, J. c. no. 9.

⁷⁵ Donellus, J. c. no. 9.

に以下のように付け加えた。「その他の点では常に以下のことが残っている。我々が引き受けた履行の義務を怠った場合、さらにその前に挙げた過失による行為それ自体までも考えるならば、解釈や法によって悪意と推定されるにもかかわらず、その行為は真に完全な悪意であるということは決してできない (caeterum semper illud manebit, cum ab hoc officio praestationis susceptae discesserimus, si factum ipsum etiam negligentiae superioris spectabimus, nunquam vere id factum absolute dolum dici posse, licet interpretatione et juris effectu pro dolo habeatur.)」。ドネルスは、ここで重過失 (culpa lata) のほとんどの事案に含まれる意識的な過失 (bewusste Culpa) について正しく表している。より正確には、(有害な結果発生の意識的な) 過失と競合関係にある (義務違反に関する) 故意である。ドネルスは、大抵含まれているが、場合によっては単独で存在する侵害の意思 (animus nocendi) を伴わない故意の事案をどのように特徴づけるかを知らないのである。ドネルスは、自らが *dolus malus* という悪意として理解する⁷⁶ 悪意を受け入れることができず、バルドゥスが認識した唯一の結論、すなわち「狡猾さ (malus)」を伴わない悪意が存在すること、つまりこの狡猾な悪意と過失との中間に位置する悪意が存在することを引き出そうとしないのである。ドネルスは、勅法彙纂の注釈書 (Kodex-Kommentar) で重過失 (culpa lata) における悪意に関して全く述べておらず、重過失は概念的に過失に過ぎないが、法源は「推定的悪意 (violenta praesumptio)」に基づいて重過失を悪意として扱うことを強調する⁷⁷。すなわち、ドネルスはここで本質的にデキアンの見解を共有しているのである。つまり、ドネルスもまた伝統的な概念の域を出ていない。

イタリアの法律学の没落と共に、この問題は放棄されてしまった。ドイツのドクトリンは、後期注釈学派の業績、すなわち注釈学派の「模倣 (Ergonen)」無しでも問題ないと考えてきた。したがって、ドイツのドクトリンは、曖昧な法源と解釈された注釈の文字列に結び付いたのである。このように、何世紀にもわたる誠実な法源の研究の後にようやく、後期注釈学派が詳細に扱ってきた問題を真剣に提起し、取り組むことができるようになってきたのである⁷⁸。

⁷⁶ Donellus, J. c. no. 9.

⁷⁷ Donellus, C. no. 17ff.

⁷⁸ Egid von Löhr, *Theorie der Culpa*, 1806. Löhr, *Beiträge zur Theorie der Culpa*, 1808. Johann Christeian Hasse, *Die Culpa des röm. Rechts*, 1815, u. 1838. Karl Binding, *Normen* II § 54 u. 55. Alfred Pernice, *Labeo* II S. 60ff, u. 377ff.