

フルウリー氏ロード投荷法 (一)

久川 武 三

今日の共同海損法は、遠く希臘、羅馬時代のロード投荷法に淵源することは、多くの著書論文に於て見るところであるが、そのロード法の研究は、我國に於ては絶えて無し。

ロード投荷法は、羅馬法學說彙纂の中に採用せられたるものなれば、羅馬法として研究の價值あるのみならず、ヘック教授の觀るところに依れば、今日から見ても實に完成したる共同海損法である。彼はロード投荷法と題する學位論文に於て、この古代法を以て今日各國の共同海損法規にも優るものの、殆んど理想的なる法と見てゐるやうである。

然し、學者のロード投荷法に對する解釋は、必ずしも一致しない。その最も著しき矛盾を例證すれば、或る學者は、ロード法は共同海損の成立要件として因果主義に據るものなりと言ふに對し、他の學者は、全く正反對に残存主義なりと主張するが如し。而して、ロード投荷法に關する詳細にして且つ最も有名な論文に於て、斯くの如き解釋の對立を現はしたるものは、佛國のフルウリーの論文(Fleury, *Ad Legem Rhodiam de Jactu en Droit Romain*, 1852.)と獨國のヘックの論文(Heck, *Die Lex Rhodia de jactu*, 1889.)とである。

この兩論文の紹介は、總ては古今の學者がロード法に與ふる各種の解釋の研究である。私はこの意味に於て、この兩論文を茲に翻譯して、この古代法の研究をしたい。而して、先づフルウリーの論文より始める。蓋し、ヘックの論文には、フルウリーの論文に對して書かれたるものが甚だ多いやうであり、且つフルウリーの所説を以てロード法の普通の解釋とし、ヘックの所説を以て謂はゞ正しき異説なりと信するからである。

投荷とは、船舶及び積荷を切迫せる危険より免れしむるため、船舶に積込まれたる貨物を海中に投ずる行爲をいふ。若しこの犠牲が有益なりし場合、これに因りて受益したる者は、犠牲に因つて損害を被りたる者に賠償するを要する。而してその賠償のために、各人が負擔すべき割合を確定することを分擔といふのである。

本稿は、右の如き事件が羅馬時代に於て如何に取扱はれたるかを攻究せんとするものなるが、主として羅馬法學說彙纂(Digesta)第十四卷第二章、及びパウルス箴言集(Pauli sententiae)第二卷第七章に於て之を發見するのである。而して、その規定たるや、羅馬の法律顧問がロードより輸入し、之に羅馬法の形式を具備せしめたるものに外ならない。

ロードは古代に於ける商業國として發展を遂げ、殊にその國民は航海業に従事し、その海法はストライボン(Strabon)として汎く知られたる希臘の地圖に比敵する程完璧なるものであつた。即ち、多くの歴史家(Tit. Liv. 4, 23 Strab. 14, 24; Flor. 2, 7; Aul. Gell 7, 3; 15, 31.)並にテッヘル(Pro lege manil. 18.)自身もこの海法の聰明を稱揚してゐる。而して、羅馬人が一度この海法に接するや否や、その聰明なる原理に靈感せられたことに就ても何等怪しむに足らない。

今日、このロードの海法を直接に穿鑿することは殆んど不可能である。蓋し、羅馬法彙纂の斷片(Fragments du Digeste)を通じて吾人に遺されてゐる資料以外には、ロードの法律制度に關する何等の文献を有しない。尤もロード海法(Droit maritime Rhodien)ても同様なる名稱を有する著作はある。然し、この著作は到底ロードの法律制

制度の寫本と観ることは出来ない。羅馬の法律顧問が投荷に關するロードの法律として吾人に遺すところのものと、同一の事實に關して規定するこの著作の第三編とを對比するならば、充分に首肯することが出来るであらう。即ち羅馬法彙纂のロード投荷法(De lege rhodia de jactu)の章に依れば、ロードに於ては海損を共同海損と單獨海損との二種に峻別したるに拘らず、この著作に於ては兩者の區別を識らず、否全く之を無視してゐる(Droit maritime rhodien, 3e partie, chapitres 9, 10, 29, 31, etc.)。

ロード投荷法は、アウグス帝の時代よりも以前、既に共和國の時代に於て、羅馬に輸入せられてゐる。而してロード投荷法の章に於ては、セルヴィウス(Servius)、ラベオー(Labeo)、オフィリウス(Offilius)、及びアルフェウス・ヴァールス(Alfenus Valus)等、チツェロと同時代の學者がこの法律の上に註釋を施せる斷片(Fragments)を見るべし(L. 2 Pr. s. 3 f. 7)。又、ヴォルシウス・メチアヌス(Volusius Maecianus)の報する所に依れば、アウグス帝は羅馬帝國の法と矛盾せざる限り、海事に關する係争に就てはロード投荷法に則るべきものと裁決してゐる(L. 9)。

羅馬の法律顧問がロード投荷法の上に與へたる註釋の斷片は、羅馬法彙纂を通して吾人に遺されてゐるものなるが、本稿はこの斷片から、彼等の與へたる判決の據つて立てる原理を検張せんとするにある。而して、左の順序に於て之を試むべし。

(一) 分擔の根據

フルウリー氏ロード投荷法

- (二) 共同海損と單獨海損との區別
- (三) 分擔のために併存すべき要件
- (四) 如何なる訴に依り分擔を執行すべきや

一 分擔の根據

ロイド投荷法に曰く(F. L. Sent. S. 1.)。

全體ノタメニ行ハレタル犠牲ハ、全體ノ分擔ニ依リテ賠償セラルベキモノトス。

Omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.

他の言を以て云へば、船舶及び積荷は、兩者の共同の安全のために醸されたる損害に對し分擔の義務を有す。然らば、その分擔義務の根據は如何。

抑々、私法的義務は羅馬法に於ては、四種の原因より生ずる。

- 一、契 約 (le contrat)
- 二、準 契 約 (le quasi-contrat)
- 三、不 法 行 爲 (le delit)
- 四、準 不 法 行 爲 (le quasi-delit)

分擔義務、即ち共同の安全のために投荷せられたる貨物の所有者の被る損害に對し分擔すべき義務は、この四種の原因の何れに求むべきであらうか。

先づ後の二者を棄つべきことは明かである。何となれば、不法行爲及び準不法行爲は、他人に損害を與へる違法の行爲であり、共同の安全のためにする投荷は、その何れにも屬せず。投荷は任意の行爲にして他人に損害を與へるものなるも、決して違法行爲ではない。

自己の物を救ふために他人の貨物を海中に投ずる者は、他人の財産権を侵害するものである。而して、他人の財産を處分し得ざるは一般の原則である。然し、この原則には例外を伴ふ。他人の財産権の侵害が緊急避難として行はれたる場合これである。投荷を措いて船舶及び積荷を救助すべき途なき場合、或は船長及び旅客の生命が危険に瀕し、彼等がその生命を救助せんために舉つて投荷を欲する場合に於ては、投荷は安全を目的とする最後の手段として行はるゝものなるが、これを違法の行爲と目し得るか。彼等の所有に屬する貨物を犠牲に供せず、或は自己の物を保存して他人の財産を犠牲に供したることを責むる者あらん。然し、危険の切迫に際しては、積荷につき選擇をなすの餘暇なし。積込まれてゐる貨物の位置が其の商品の投荷を決定するものであり、特定の商品の投荷を餘儀なくするものは緊急の事實あるのみ。斯くの如き投荷は不法行爲でもなく、或は準不法行爲を構成するものでもなく。

この種の論證は、ラペオー(Lapeo)の權威に求め得る(L. 29, s. 3, D. 9, 2)。彼は次の事件に就て意見を求められ

た。一般船は風浪の作用に因りて他船の錨鎖の方に吹付けられたれば、水夫は坐礁を避くるため錨鎖を切斷したるが、その錨鎖の切斷に因つて損害を被りたる他船の所有者は求訴することを得るや如何。法律顧問ラベオーは之を否定して曰く。

錨鎖ヲ切斷スル外、他ノ如何ナル手段ヲ以テスルモ、避難シ能ハザリシナラバ、云々。

Si nullo alio modo nisi praecisus funibus explicare se potuit.

即ち、加害者は悪意に依らず、過失にも基かずして之を爲したるものなれば、何等の訴をも受くべきものにあらず。

加害者が悪意に依り、或は過失につき咎めを受くべき場合には、反對に解せざるべからず。他人の財産を救ふためにその他人の物を海中に投じたる者は、ウルピアース(Ulpianus)の云へるが如く、何等の訴を受けず。然し投荷が悪意に依り、或は理由なくして、例へば無用の恐怖に基き投荷を爲したる者は、詐欺の訴(*actio de dolo*)乃至は過失の訴(*Action in factum*)を提起せらるべし(*C. 14. pr., D. 19, 5*)。

要するに、共同の安全のために爲されたる投荷は、違法の行爲にあらず。而して、その損害に對する分擔義務の根據は、投荷が不法行爲なりしがためにあらず、或は準不法行爲として取扱はれたるがためでもない。従つて残るは契約と準契約との二である。

分擔義務は、犠牲に供せられたる積荷の所有者と保存せられたる積荷の所有者との契約より生ずるものではない。

い。蓋し、契約とは法律的效果の發生を目的とする二或は數多の意思の合致である。然るに、茲に於ては何等の意思の合致なし。投荷せられたる積荷の所有者は、救助せられたる積荷の所有者と契約を爲したるの事實なし。殊に、羅馬法に特殊なる觀點よりして疑の餘地なし。これに就ては後に詳論する如く、羅馬法に於ては、投荷せられたることに因りて損害を被りたる荷主は、これに依りて受益したる荷主に對し訴を爲すことを得ないことになつてゐる。

論者の中には、契約を成立せしむるに足る意思の合致が、投荷の際に存在し得ると反駁する者あらん。羅馬に於ては、荷主は積荷に隨伴して航海をなすの慣習があり、彼等は危險の際その現場に在るを普通とした。従つて犠牲の必要ありや、因つて生ずる損害を共同して負擔すべきやを、彼等之間に於て協定することが出來た、と云ふ者あらん。然し、危險の切迫に際しては、一樣の協定を爲すの追なきことあるべし。又、斯くの如き協定を請負契約より生るゝ訴に依つて是認したる所以を理解することを得ない。換言すれば、羅馬に於ては分擔は船主を介して行はしめたるが、その船主の中介を要せしめたる理由を説明することを得ない。かくて、論者の説は遂に解かんとして解くことを得ざる不可能に逢着すべし。

分擔義務は、貨物の運送に關して船主と荷主との間に締結せらるゝ契約、即ち羅馬に於ては請負契約としか認められざりし契約から生るゝものでもない。論者の中には、船舶に貨物を積込みたる者は船主に對し、共同の安全のために犠牲に供せられたる荷主の損害を分擔すべきことを約し、他方船主に於ては荷主に對し、救助せられ

たる積荷の所有者をして投荷の損害を分擔せしむべきことを約するものなり、と云ふ者あるべし。斯くの如き論者は、一の黙約(Pacte in continenti)が請負契約に附加せられ、分擔義務はこの黙約に包含せられたるものなり、と想像するものならん。而して、この所論は、分擔額の取立のために羅馬に於て行はれたる訴の形式の中にその根據を見出す。即ち羅馬に於ては、荷主は投荷の結果に因り他の荷主を訴へることを得ず。後にも詳論する如く犠牲に供せられたる積荷の所有者は、救助せられたる積荷の所有者に對し、船主の中介を通してのみ損害の賠償を求め得たのである。彼は、請負契約上の利益から生ずる訴に依つて船主に賠償を求むべく、他方船主に於ては、同様に請負契約に依りて彼の取得したる利益から生ずる訴を以て、救助せられたる積荷の所有者に對すべきである。これに依つて、善意の請負契約に附加せられたる黙約は、この契約から生る、訴に依つて實證せられてゐることを知るべし。

然し、斯くの如き訴の迂廻は、詮ずるところ巧妙なる詭辯に外ならずして、正當なる求償の訴が、屢々羅馬の窮屈なる訴訟手續に累されたることを證するのみのものである。又、羅馬法彙纂に於ける何れの條文に依るも、羅馬法上この種の黙約に依つて説明せられたるものは、茲に問題とせる分擔義務に關してのみ之を見るのである。更に、この種の黙約が慣用であつたとせば、之は則ちこの種の黙約が總ての海上運送契約に挿入せられたることを證し、問題は結局その挿入の理由如何といふことになる。而も、その解決は遂に爲すことを得ずして、他の説明を要求するに至る。即ち分擔義務の眞の根據を明かにするためには、荷主及び船主の意思以外のものに之を求

むべく、茲に準契約の原理に到達せねばならぬ。

斯くの如き見解は、羅馬の法律顧問が同一の根據論に逢着して與へたる法條 (Fragmentum) の規定にも基か
め得るが如し。即ち、ヘルモデニエアース (Hermogenianus) 曰へ (f. 5, pr.)。

云々ノ場合ニ於テ、分擔ノ衡平ナルコトガ承認セラルベシ。

Collationis aequitatem admitti placuit,.....

又、パウルス (Paulus) も次の如く言ひてゐる (f. 2, S. 2)。

他人ノ財産ヲ犠牲ニ供シテ自己ノ財産ヲ救助シ得タル者ノ間ニ於テ、損害ヲ共同シテ負擔シテコソ、最モ
衡平ニ適スル。

*Requissimum est commune detrimentum fieri eorum qui propter amissas res aliorum consecuti sunt ut
merces suas salvas haberent.*

即ちヘルモデニエアース及びパウルスに従へば、分擔義務は衡平より生れる。自己の利益のために任意に爲
されたる犠牲に因り受益したる者は、之に因りて損害を被りたる者に賠償するを要すといふ原理に根底を有すも
のである。然らば、この原理に基く義務は、契約外にして、一般に準契約と稱せられてゐるものより生るゝ義務
に外ならぬ。

論者は恐らく右の所論に對し、羅馬法に於ては、犠牲に供せられたる積荷の所有者は、保存せられたる積荷の

所有者に對し訴を提起することを許さざりしことを以て反駁すべし。分擔義務が準契約に由來するならば、保存せられたる荷主に對する訴が是認せらるべきものなりと主張すべし。然し、論者の反駁は、法の根據と執行の方法とを混同したるものにして、正鵠を得たるものではない。

尙、他の觀念から反對論が恐らく生ずべし。吾人は、先に分擔義務の根據を、任意の犠牲に因りて受益したる者は之に因りて損害を被りたる者に賠償するを要す、といふ原理に基かした。果して然らば、分擔義務の發生は、犠牲が何人かに利益を齎したる範圍に於てのみ、即ち犠牲が有益なる結果を誘致したる場合にのみ限られる。分擔の行はるべきや否やを知るに當つて考慮すべきものは、犠牲の事實そのものにあらずして、犠牲の結果であると云ふことになる。

然し、果して斯くの如くば、投荷を爲したる者が他人の財産を處分して置きながら、賠償を爲さざる場合を生ずべし。例へば、嵐に際して投荷が行はれたるも、船舶は難破し、積荷も亦船舶と共に沈没を免れ得なかつたとするならば、投荷の損害を負擔するを要せざるべし。これ、衡平に適したるものと云ふを得んや。按ずるに、投荷せられたる貨物は、船舶の難破の直前まで船舶内に殘留したる貨物と比較して、より惡き地位に在るものである。若し投荷せられなかつたならば、船舶内に殘留したる貨物と同一の機會が與へられ、危険を免れ得たかも知れなかつたのである。而して、投荷はこの救助の機會を奪ふものである。然るに、投荷が有益なる結果を齎さざる限り分擔を生ぜざるものとせば、投荷の所有者は賠償を受くることを得ずして、不衡平を來すべし。

この反對論に對しては、利得を受けざれば之に對應する義務をも負擔せざることを以て對ふべし。論者の示例に依れば、投荷は何等の利益を齎してゐない。投荷は難破を回避し得ずして、何人にも利益を與へてゐない。然らば、投荷の結果に對して賠償を求むべき對照なし。論者は、投荷の所有者に損害が與へられたといひ、或は難破を免れしむべき期待が奪はれたことをいふも、その損害たるや適法なる行爲の結果に過ぎない。これに就ては先に分擔義務は準不法行爲に基くものにあらざることを述べたる際、羅馬の法律顧問ラベオー及びウルピアーヌスの權威に依つて之を證明した如くである。而して、この適法なる行爲に基く犠牲に對しては、直ちにその賠償を他人に強ゐることを得ざるべく、更にその犠牲が有益に行はれたことを必要とするのである。

叙上の反對論が總て斥けられて、分擔義務は準契約にその眞の根據を有することが首肯せられる。而して、羅馬の法律顧問がその分擔義務の根底をなす思想を、現實に如何なる場合にまで適用したるかを以下吟味するであらう。

二 共同海損と單獨海損との區別

今日、吾人が共同海損として承認する場合に於て、羅馬の法律顧問は、一般に分擔を行はしめたるものと云ひ得る。彼等は、投荷に於て分擔義務の根據を認識したのであるが、必ずしも投荷の場合にのみその適用を限つたのではない。投荷以外の場合に於ても、苟も有益なる犠牲が船舶及び積荷の共同の利益のために行はれたるとき

には、投荷に於けると同様なる取扱をなした。船舶及び積荷の共同の安全のために帆船が切斷せられ、或は船具が海中に投ぜられたる場合に於て、パピニアヌス(Papinianus)及びヘルモヂエニアヌス(Hermogenianus)は共に分擔の行はるべきことに就て相和してゐる(F. 3. F. 5. S. 1)。同様に、船舶の入港を容易ならしむるために積荷を舳舂に移し、その舳舂が積荷を積載したるまゝ、難破したる場合、或は船舶及び積荷が海賊に略奪せられ、その解放を求むるために贖金を支拂ひたる場合に於て、分擔の生ずべきことは、パウルス(Paulus)及びカリストライツス(Callistratus)の主張するところである(F. 2. S. 3. F. 4 Pr.)。更に投荷が行はれたるがために、船舶内に残留せる積荷にも損害を生じたる場合に於て、亦分擔に依つて損害が賠償せられてゐる如くである(F. 4 S. 2)。

これ等の總ての場合には航海に關係してゐる。而して、今日吾人が共同海損を構成せしむる損害に該當してゐる。茲に一の疑問が生れるであらう。ロード投荷法は、分擔の行はるべきこれ等の總ての場合を豫知したりや如何。或はロード法の原理を投荷以外の場合に擴張して適用することは、羅馬の法律顧問の聰明に歸せしむべきものであらうか。この疑問に確答を與ふるの資料は缺如してゐる。然し、假へロード法が特に投荷の場合をのみ觀察したとするも、少くとも海損を共同海損と單獨海損とに區別すべき、原理の萌芽を存したることに就ては、何等疑の餘地なし。

今日海損と云へば、非常の出來事のために航海者の避くべからざる損害及び費用を總稱する。而して、この損害及び費用が船舶及び積荷の共同の利益のために任意に爲されたるものならば、共同海損を構成し、分擔を生ず

る。これに反して、この損害及び費用が偶然なる出来事に因つて生じたるものであり、或は船舶のみ關し、若くは積荷にのみ關するものなるときには、單獨海損を構成し、海損の生じたる物の所有者に依つて單獨に負擔せられるに過ぎない。

この共同海損と單獨海損との區別は、航海者の利益のために行はるゝに至つたのである。

神の力は人間の行爲を超越し、自然力は人力の支配の下に在らぬ。風が帆を奪ひ、或は海水が船舶に浸入し積荷を毀損するときに、航海者は之に降服するのみである。然し、人力を以てその偶然の結果の發生を阻止することを得ずとするも、少くも機宜の犠牲に依つて屢々その生ずべかりし損害を制限することが出来る。帆を任意に切斷して船舶を救ふべく、或は若干の積荷を海中に投じて難澁なる航路を無事に通過し得るが如し。若し船舶及び積荷が同一の個人に屬する場合には、斯くの如き犠牲は屢々行はるべく、災害は大いに減ぜらるべし。何となれば、危険に脅かされたる全財産の中より一部を犠牲にすることに依つて、その殘部を救助し得ることを知る者は、必ずやこの犠牲を躊躇しないであらう。これに反して、船舶が積荷の所有者に屬せざるとき、或は積荷が數多の者の所有に屬するときには、危険に際して、各人は他人の財産を救ふために自己の財産の全部又は一部を犠牲にすることを躊躇するであらう。各人の利己心は犠牲を疎んずる。何人も犠牲を欲せざるが故に全財産は失はるべく、總ての者が一樣の回避を欲するが故に總ては難破すべし。恰も其處には斯くの如き躊躇、斯くの如き利己心に打勝つべき利他心、又は犠牲的行爲が無いやうである。然るに、共同海損を分擔すべき制度に依つて、航

海者は利他心の發現、又は犠牲的行爲の敢行と同一の結果に到達し得る。何人かの犠牲に依つて豫防せらるゝにあらざれば、船舶及び積荷の全財産を併呑すべき共同の危険に際して、自己の財産が犠牲に供せらるゝも他人の財産が犠牲に供せらるゝも、各人には無關心となる。何となれば、犠牲の結果は總ての者に依つて分擔せらるべし、總ての者は犠牲に因つて生じたる損害の一部を負擔するに至るからである。

羅馬の法律顧問は、共同海損の制度を今日に於けると同一の範圍に於て、之を了解しなかつた。彼等は、一般に海損が物の損害から成立つてゐる場合をのみ考慮し、費用の海損に及んでゐない。又、キュージャス (Cuius) の主張する所に依れば、犠牲に供せられたる積荷の所有者は、共同の損害を分擔せず。換言すれば、犠牲の損害自体も保存せられたる財産と同様に、共同海損の分擔に參與すべき原理は、羅馬に於ては認識せられてゐない。キュージャスのこの觀察は、後にも述ぶるが如く正鵠を得てゐるやうである。當時海損の制度には斯くの如き不備なる所あるにもせよ、且つ又羅馬法學說彙纂 (Digest) に拔萃せられたる法律顧問の規定の中にも明言せられてゐないとは雖も、海損を共同海損と單獨海損とに區別することは、既に羅馬に於て許容し實行せられてゐたのである。解決を要する一の問題がある。

羅馬の法律顧問は、分擔の制度を海難に因つて生じたる共同海損の場合にのみその適用を限りたるか。或は海上の事故以外の場合にまでも及ぼさなかつたか如何。

パウルス (Paulus) の箴言の如く、總ての者が全體の安全のために爲されたる一部を負擔することが最大の衡平

(*Requisitum*)に依るものならば、分擔の制度は海上の損害にのみ限らざるが如し。人々が共同の危険に遭遇し、その中の數人が他人の任意に爲したる犠牲に依つて救助せられたる凡ゆる場合に於て、後者の損害は前者に依つて賠償せらるべきが如し(Comparez Cassation 22 janvier 1877, Droit. 30 mars 1877)。

羅馬の法律顧問も投荷と同一の類例に屬すべき場合を取扱つてゐる。隣家に火災の延焼を阻止するため、一の家屋が破壊せられたる場合これである。この場合救はれたる家屋の所有者は、破壊せられたる家屋の損害を分擔すべきが如し。北佛蘭西ブレターヌの慣習法(*Coutume de Bretagne*)六四五條は同様に規定し、カサンデス(*Casaregis*)及びラウテルバツハ(*Lauterbach*)も、亦ロード投荷法の原理を適用すべきものと考へ、一は家屋に對し、他は港内に密集して碇泊したる船舶に對して同様の解決を與へてゐる(*Disc. 46*)。

然し、羅馬の法律顧問は、ロード法の原理をこの場合にまで擴張すべきものなりや否やを全く考慮に容れなかつた。彼等は、單に家屋を破壊したる者は之を復舊すべき責あるものなりやの問題を提供したるに過ぎない。破壊者は、アキリア法上の訴(*action ex lege Aquilia*)に對して責を負ふべきものなりや、或は火災に關する法務官法上の訴(*action pretorienne ex incendio*)に責あるものなりや、或は不動産の侵害に關する暴力又は隱密の禁令(*interdit quod vi aut clam*)に責ありや否やを考慮してゐるのみである。

法律顧問のこれ等の問題に對する回答には、幾分の曖昧あるを以て、以下これを検討したい。

ウルピアーヌス(*Ulpianus*)はセルスウス(*Celsus*)の決定を是認し、破壊家屋の所有者に對してアキリア法上の

訴を否認し、その理由として加害者には過失の責なく、緊急の必要に迫られたるに因ると言つてゐる。而して、彼はその決定をなすに當り、家屋が破壊せられたる時に火災がその家屋まで切迫しゐたりや、或は前以つて消防せられたりやを區別してゐない(C. 49, S. 1, D. 9, 2)。

火災が既に到來シキタリトスルモ、或ハ豫メ消防セラレタリトスルモ、アキリア法上の訴は排除セラル、モノト認めム。

et sive preventit ignis, sive ante extinctus, existimat legis Aquiliae actionem cessare.

即ち兩者何れの場合に於ても、破壊者はアキリア法上の訴の埒外にある。この訴に對しては、損害が不法行爲に依り(cum injuria)行はれたる場合に限り責あるものにして、損害が不法行爲に依るや否やに就ては、その行爲の行はれたる瞬間に着目すべきものである。因に、斯くの如き決定は、同法律顧問が投荷に關して與へたる所と一致してゐる。即ち、過失に基かず或は惡意に依らずして投荷を爲したる者は、何等の訴に對して責あるものにあらずと言つてゐる(C. 14, pr. D. 19, 5)。

これと同一の理由に依り、該法律顧問は火災に關する法務官法上の訴を認めんとする者の主張を排斥してゐる。蓋し、破壊者を責むべき惡意の存在せざることを理由とするものである(C. 3, S. 7, D. 47, 9)。

暴力又は隱密の禁令に關し、セルヴィウスは、家屋の破壊が官憲の命に依るか、或は個人の單獨の行爲に依つて行はれたるかに依り、區別を設けんとしてゐる。然るに、ウルピアヌスは斯くの如き區別を斥け、他の區別

に依つてゐる。(f. 7, S. 4 aux mots Siamen, D. 43, 24)。彼に依れば、火災が破壊せられたる家屋まで到来したるならば禁令を適用せず、これに反して、火災が該家屋に到来せずして消防せられたるならば、禁令の適用を見る。(f. 7, S. 4, D. 43, 24)。

ウルピアアヌスはこの判定を與ふるに當り、破壊の行はれたる時に着目せずして、火災の消防せられたる時に着目してゐる。従つて、火災が破壊家屋まで到来せずして消防せられたる場合には、加害者は禁令に對し責あるものであり、アキリア法上の訴に對しては有責でない。

茲に、羅馬の著名なる法律顧問の間に於ける意見の相違を如實に見た。然し、ウルピアアヌスが暴力又は隱密の禁令を認め、アキリア法上の訴を斥けたる理由を探索することは容易である。

アキリア法上の訴は、不法の損害(dammum cum injuria datum)を與へたる者に對し許容せられる。この訴は、單に他人に損害を與へたといふことだけでは未だ充分でなく、更にその損害が不法(cum injuria)に、即ち權利なくして醸されたることを必要とする。而して、單純なる損害賠償(damage-interest)を超えるところの制裁が、この訴に附與せられる所以でもある。然るに、先にはラベオの權威に依り、他はウルピアアヌスの規定に依り、緊急の必要に迫られて行爲を爲す者が他人に損害を與ふるも、所謂不法に之を爲すものにあらざること述べた。彼の法律顧問が正當に恐れたり("justo metu")てふ語を用ゐたるも、畢竟この謂に外ならない。即ち家屋の破壊せられたる時の事情より觀て、破壊者は緊急の必要に迫られて之を爲したるものとして、彼の行爲は許容せらる

べきものである。即ちアキリア法上の訴は、之を認むべきでなし。

他方に於て、暴力又は隠密の禁令(*interdictum quod vi aut clam*)はアキリア法上の訴よりも容易にして、この禁令は單純なる損害賠償の訴(*simplici liem aestimandam*)に外ならない。この禁令に於て問題となるものは、破壊家屋の所有者は破壊に因つて損害を被りたりや否やにあつて、破壊者が緊急の必要に迫られたりや否やを問ふを要しない。而して、鎮火の時を標準とすべきものである。従つて、その家屋が假に破壊せられなかつたとするも、尙火災に因つて滅失すべかりしならば、禁令は附與せられない。これに反して、該家屋が火災に罹らなかつたとするならば、禁令が認められる。彼のウルピアヌスが與へたる解決は、この後者の場合に於て正しく、アキリア法上の訴に關して與へたる所ともよく一致してゐる。

要するに、一の家屋が他の數多の家屋と共に火災に脅かされ、その家屋が破壊せられたる場合に於て、羅馬法上の原則がある。火災が破壊家屋に達しなかつた場合には、破壊は有用ならざりしものであり、破壊者は損害賠償の訴を受けねばならない。若し火災が破壊家屋に達したる場合には、破壊者は何等の訴に對し責あるものではない。

斯くの如き區別は根據あるものなりや。又、この區別の上に立てる羅馬法の原則には何等の缺陷なきや。

ウルピアヌスの爲したる區別は正當である。投荷の場合には許容すべからざるも、火災の場合には當を得てゐる。即ち火災の場合に於ては、家屋の破壊なかりせば生ずべかりし結果を、事故の終熄したる後評定することを得るも、投荷の場合に於ては、之を考慮に容れて判斷することを得ない。投荷が行はれて船舶が救助せられた

る場合に於て、船舶はその投荷なくとも難破を免れ得たるやを認定することは容易でない。尤も船舶が難破した場合には、何等の効果が齎されざりしものとして分擔を起さしめない。然し、船舶が救助せられたる時を標準としてのみ、その有用なりしことを評定し得るに過ぎない。換言すれば、投荷の場合に於ては、問題の解決は犠牲の行はれたる隙間を標準とすべく、結果の生じたる瞬間に之を求むることを得ない。これに反して、火災の場合に於ては、結果の生じたる瞬間を標準として問題を解決し得る。これ、ウルビアヌスの提唱したる區別が、火災の場合に於て根據のある所以である。

投荷の場合に於て、船舶及び積荷が犠牲なくとも保存せらるゝを得たるか否かの判断を阻むものは、之を脅かすところの危険の性質にある。船舶及び積荷、殊に保存せられたる積荷も投荷せられたる積荷をも一纏にして、同時に且つ一様に、之を脅かす危険のためである。これに反して、火災が一の家屋に勃發する場合には、之に隣接する數多の家屋を脅かすとは雖も、その態様を異にする。最も近く隣接したる家屋は最も多く脅かされ、比較的遠く隣接したる家屋は比較的少く脅かされてゐる。類焼の危険は、火災の中心を遠かるに従つて遞減する。この點は、一瞥して火災と海上の嵐との異なるところである。嵐に於ては危険は同時であり、火災に於ては連続的である。斯くの如き觀察は、火災と投荷との間に同一性のあらざることを證する。然らば、羅馬の法律顧問が、火災の場合にロード投荷法の原理を適用せざりしことを是認すべきであらうか。吾人は之を採らず。何となれば、ウルビアヌスの提唱したる區別を是認しつゝも、その何れの場合に於ても、果してロード投荷法の原理を適用し得

なかつたかを検討せねばならない。

火災が破壊家屋に達しなかつた場合には、論斷には何等の困難を伴はない。家屋の破壊に依つて、隣家の所有者には何等の効果を與へなかつた。彼は何等の危険に脅かされず、その恐怖は杞憂に過ぎなかつたのである。而して、破壊家屋の所有者は破壊者に對し求償權を有するも、破壊者は害意を以て作爲したるものにあらざれば、詐欺の訴(*action de dol*)に對しても、又アキリア法上の訴(*action ex lege Aquilia*)に對しても責あるものではない。ウルピアヌスの與へたる解決は、この範圍に於ては正しい。

火災が破壊家屋に達したる場合には、吾人の觀るところは必ずしも同様でない。

分擔義務の根據は、自己の利益のために任意に爲されたる犠牲により受益したる者は、犠牲に因り他人の被りたる損害を賠償することを要すとの原則にある。羅馬の法律顧問は、ロード投荷法に因んで、投荷の場合並に今日共同海損を構成せしむるその他の場合、殊に帆船及び船具の如き船舶の從物が船舶及び積荷の共同の安全のために犠牲に供せられたる場合に於て、この原則を適用した。この共同海損の原理を分析すれば、この種の海損は船舶及び積荷を共同の危険より免れしむるために任意に被りたる損害に外ならない。然らば、斯くの如き條件は茲に問題とせる火災の場合にも總て見出され得る。火災が破壊家屋に達する場合には、この破壊は數多の隣接家屋を脅かすところの、少くも最も近接したる家屋を脅かすところの火災を阻止するために、任意に爲されたる損害である。而して、この損害は共同海損の分擔に於けると同様の理由に依り、保存せられたる家屋の所有者に於

て分擔せられて可なるものである。

これに反対する論者は、危険は共通でなかつたこと、或は危険は破壊家屋並にこれに隣接する凡ゆる家屋を一樣に脅かさなかつたこと、或は破壊家屋は危険に脅かされたる數多の家屋の中より選擇せられたるにあらざること、或は火災の焦點より比較的隔たりたる家屋が漫然破壊せられたるに過ぎざることを主張すべし。この反駁論に對する回答は容易である。投荷の場合には、凡ゆる積荷が一樣に危険に脅かされてゐるとは雖も、投荷を爲すに際し總ての積荷を一樣に選擇し得るものではない。投荷せらるゝ物は、船艙の最上層にある最も運搬しやすい物に限られてゐる。他方に於て、船舶及び積荷の共同の安全のために帆檣を切斷するときには、積荷を犠牲に供すべきや帆檣を犠牲に供すべきやの選擇を存せず。帆檣を切斷すべきや、然らざれば船舶及び積荷は全滅するかも知れない、といふ二者の間に選擇が行はるゝのみである。斯くの如き選擇は、火災の場合にも存する。彼方の家屋を破壊して、延焼を其處までに喰止むるか、然らざればその隣家をも燒盡するかも知れないのである。

火災の危険は連続的にして、同時的でないことを先に認めたるが、右に述べるところがこれと撞着してはならない。抑々、吾人が火災の危険を斯くの如く觀察したるは、必ずしも絶對普遍の意味あるものとしてではない。火災が破壊家屋に達したる場合と之に達しなかつた場合とに就て、ウルピアーヌスの提唱したる區別を承認するために、斯くの如き觀察を利用したのである。

第一の場合に於ては、破壊者は破壊家屋の所有者に對し損害の賠償を爲すを要せざるも、第二の場合に於ては

之を爲すの責がある。斯くの如き羅馬法の主義は、ウルピアヌスの與へたる意味に於ては首肯すべきも、それ以上の意味を與へてはならない。従つて、次の如く言ふならば、言過ぎたことになるであらう。火災に因つて生ずる危険は連續的なるが故に、その危険は各家屋を順次に脅かすものである。従つて、破壊家屋に隣接する次の家屋は危険に脅かされなかつたと言ふが如し。何となれば、若し火災が破壊家屋に達するならば、その次に位する家屋は危険に脅かされなかつたとは決して斷言し得ない。否、火災の危険が數多の家屋に對し、共通に之を脅かす場合も考へ得る。數多の家屋が密集し、他より孤立して一團をなし、消防用の水及び機關に恵まれない地點に位してゐるが如きときには、その一家屋に於て發生する火災は總ての他の家屋を一樣に脅かすべし。斯くの如き場合に於ける犠牲は、海難に際し帆檣の切斷より生ずる共同海損の場合に全然類似すべし。火災の中心に比較的近き家屋を破壊し、火災がその家屋に達したる場合には、その犠牲は船長が船舶及び積荷を救ふために帆檣を犠牲に供したる場合と性質を全く同じうしてゐる。破壊は任意に且つ有效に爲されたものであり、共同の危険より數多の家屋を保存したるものである。素より幾許の隣接家屋が犠牲の恩恵を受けたるや、即ち幾許の家屋が犠牲に因つて何等かの損害を免れたりやの問題を生ずべし。然し、これは裁判所に於て解決せらるべき認定に關する問題に外ならぬ。苟も危険が破壊家屋及びその他の一乃至數家屋に對し共通なりしことを認むるならば、保存せられたる家屋の所有者は、破壊家屋の犠牲に依つて被る損害を分擔してこそ衡平に適したるものならん。

これ、羅馬の法律顧問が共同海損に關するロード投荷法の原理を、右の如き場合にまで擴張せざりしことを悲しむ所以である。(未完)