

民事責任における抑止と制裁（2・完）

フランスにおける民事罰概念の生成と展開をてがかりに

廣 峰 正 子

はじめに 問題の所在

第1章 制裁・抑止をめぐるわが国の趨勢

一．はじめに

二．第一の波 民法典起草前後から制裁的慰謝料説の登場まで

三．第二の波 公害問題を契機として

四．第三の波 不法行為の機能としての抑止・制裁

五．第四の波へ 損害賠償法全体の中で抑止や制裁が位置づけられるために

六．小 括 (以上, 297号)

第2章 フランスにおける民事罰概念の生成と展開

一．フランスにおける「民事罰」の顕現

二．民事罰理論の趨勢

1．学説前史 イエーリングが民事罰理論に与えた影響

2．ユグネーの見解

3．スタルクの見解

4．ヴィネイの見解

5．カルバルの見解

三．民事罰と客観的責任の交錯から、抑止機能・制裁機能の重視へ

四．現在の議論 判例・学説における民事罰の表れ

1．Dommage moral をめぐる議論

2．違約金条項

3．アストラント

4．被告の行為と被害者のフォートないし所為が競合する場合

5．賠償概念と民事罰

おわりに まとめ及び日本法における民事罰の顕現について (以上本号)

第2章 フランスにおける民事罰概念の生成と展開

一．フランスにおける「民事罰」の顕現

第1章では、わが国において、抑止機能や制裁機能がどのような変遷を

辿ったかを概観した。次に、このような機能を考えるにつき、フランスにおける「民事罰」概念の生成と展開を追うことにしたい。それは、以下のような理由からである。第一に、わが国の不法行為法は、フランス民法典の影響を受けていると言われており¹⁾、確かに、わが709条と、フランス民法典1382条・1383条は、条文構造的には多くの類似点が存する。1382条は、「フォートによって、他人に損害を生ぜしめた者は、そのフォートに基づき、右損害を賠償する責任を負う」とのみ規定する。そして、1383条は、懈怠ないし軽率の場合にも責任を負うと規定している。つまり、フランス民法典も、賠償責任を生じる根拠として、基本的にフォートを要求するが²⁾、故意と過失を区別せず、全額賠償という同じ効果を付与している。加えて、英米法のように、不法行為類型ごとに規定しているのではなく、1382・1383条という一般条項と、わずかな特別規定を有する、という不法行為の規定の仕方も、わが国と同様である。また、破毀院は、基本的に、民事責任が刑事的機能を持たないこと³⁾、及び、フォートの程度が賠償額に変化をもたらさないこと⁴⁾をしばしば確認している。すなわち、フォートの重大性は、損害額を超過する賠償判決を根拠付けない（それは、被害者に利得を得させる）のと同じく、フォートが軽微であることは、賠償額の減額をもたらさないとしている。こうした最上級審のスタンスも、わが国と共通するであろう。しかしながら、古くから学説において民事罰が主張され、一定の領域では、民事罰的発想を有する判例であると学説から評価されるものが存在するなど、民事罰なる概念がフランスで占める地位は、わが国に比べて、はるかに高いと思われるのである。しかも、フランスにおいて民事罰という概念は、ひとり不法行為法領域にとどまらず、契約法や親族相続法に至るまで、民法全体に浸透した、非常に広く受け入れられた概念のようである。では、なぜ、わが国と類似した法技術的条件の中で、「民事罰」という、一見すると民事刑事両責任の分化に反すると思われる概念が発達してきたのか。このことは、同じ大陸法系に属するわが国としては、非常に興味深いことであり、その理由を探求するべきではないかと

思われるのである。英米法上の懲罰的損害賠償制度に対しては、わが国とあまりにも法制度が異なるので、立法論としてはともかく、解釈論としては参照しえない、などとよく言われるが、同じ大陸法に属し、しかも条文・判例の立場に親近性を有するフランス法でも、「民事罰」概念を通して、抑止や予防、制裁ということが志向されているとすれば、それは、わが国が解釈論的にそれらの機能を追求する、大きな可能性を示すものではないだろうか。

フランスにおける民事罰論の嚆矢は、20世紀初頭のユグネーであると目されているが、この前後の民事罰を論じる論文は、非常に多い⁵⁾。また、この少し前には、1804年のフランス民法典制定時には規定されていた「身体強制」の廃止をめぐる⁶⁾、身体強制に関する文献も数多く存する⁷⁾。これらの事情から推測的に述べれば、19世紀後半は、抑止や制裁について、盛んに論じられていたのではないかと考えられる。こうした中、民事罰は、論者によって、適用領域ばかりか根拠さえも曖昧でまちまちであったし、被害者の激情や復讐といった野蛮な観念から理論的な決別の完成していない見解さえ存した。そのような中、ユグネーは、詳細な検討を通じて、民事罰はフォートと切っても切れない関係にあることを明らかにし、こうした迷走する議論の中から民事罰を救い出したのである。スタルクは、ユグネーによって、民事罰を、無実の者も有責の者も区別なく非難するという、被害者の激情的な反応とみなすことができなくなったのであると評価している⁸⁾。要するに、ユグネーによって、民事罰はフォートを制裁するものであるという枠組みが構築されたのであり、一定の論理的精緻を見たことから、ユグネーは民事罰論の嚆矢と目されているのであろう。

このように、民事罰は、フォートに結び付けられた、フォートに対する制裁である、と一般的には定義できる。では、民事罰は、いわゆる民事罰論者と目される者のみが論じているのであろうか。一般的な体系書や注釈書を見れば⁹⁾、大別して、特権や権利、利益を剥奪する根拠としての民事罰、全額賠償という大原則を修正し、賠償を増額ないし減額する

根拠のとして民事罰，という二類型に分類できると思われる。この点，わが国では，懲罰や制裁，抑止というと，もっぱら実損害を超える部分の賠償額を指すと一般的に考えられることと，非常に対照的である。

まず，第一類型として，特権や権利，利益を剥奪する根拠としての民事罰であるが，この類型としては，相続財産の隠匿者又は夫婦共通財産の隠匿者からその隠匿財産の持分を剥奪する民法典792条及び1477条，忘恩行為を理由とする生存者間の贈与の撤回を規定する民法典955条，離婚を理由として有責配偶者から婚姻による特権を失権させる民法典267条，相続欠格を規定する民法典727条等が挙げられている¹⁰⁾。これらの規定は，民事罰の例として必ずといってよいほど列挙されているが，そう考える理由は語られていない。サヴァティエは，「法定の民事罰」として挙げている¹¹⁾。わずかに，スタルクが，財産隠匿に対するこうした制裁の有する抑止的性質を否定する者は誰一人いない¹²⁾，と述べている程度である。

次に，第二類型として，全額賠償原則を修正し賠償額を増減する根拠としての民事罰であるが，これに含まれるものとしては，賠償額を減額するものとして，abandon noxal 等，賠償額を増額するものとして，被害者のために命じられる没収，ローマの慣習に倣った２倍賠償制度，最低賠償額の法定等が挙げられている¹³⁾。

Abandonno noxal¹⁴⁾とは，有責者が「放棄の自由」の恩恵を得ている一類型であり，十二表法以来ローマに存した制度である。有責者は，損害を惹起した奴隷又は動物を引き渡すことで，責任を免れることができる。当該奴隷・動物の価値が低いとか，損害が大きいということは関係なく，被害者は，損害を惹起した物に復讐できるがゆえに，満足を得る。この原始的概念自体は，フランスにおいては，わずかな慣習によって復活させられたただけであったが，「放棄の自由」は，商法典216条にも規定されていた。1861年のオルドナンスによって復活した規定によれば，傭船の所有者は，船長の行為について民事上の責任を有するが，傭船及び運賃の放棄によって，その責任を免れる。要するに，船長が惹起した損害につき，傭船の所

有者の責任は、傭船及び運賃の放棄までに制限されているのである。同じような賠償額を制限する規定としては、航空輸送や宿屋の寄託、扶養定期金等も挙げられる¹⁵⁾。

以上は、賠償額を減額する場合である。なぜ、このように賠償額を減額する場合も、民事罰の顕現の一類型となるのかについては、マゾー、プラニオル=リペールによっても積極的には、論じられていない。ただし、マゾーは、民事罰に対して、加害者のフォートが軽い場合に被害者が全額賠償を得られないことは不公平であるが、同じように、加害者のフォートが重い場合に被害者が利得を得るのも不公平である¹⁶⁾、と非難している。この批判は、全額賠償を原則とし、加害者のフォートが軽い場合にも賠償額の減額をもたらさないことが通説化している現在の状況からすれば、奇異にも思われる。ただし、この民事罰理論の揺籃期には、たとえばユグネーは、民事罰について、フォートが非常に軽い場合は低くなり、非難性が重大な場合は重くなると考えていたようで、「賠償の濫用から有責者を保護する」¹⁷⁾と述べるなど、フォートの重大性と賠償額を均衡させるという民事罰の基本枠組みの帰結として、フォートが軽い場合は、賠償額が全額賠償を下回るという主張も存したようであり、この時期における、マゾーの理解としては、あながち間違いとはいえないようである。いずれにせよ、全額賠償という大原則を修正する、重要な一場面であったのであろう。

次に、賠償額を増加させる場合である。これが、民事罰を法適用した積極的な類型に当たる。第一に、被害者のために没収を命じる規定である。発明特許に関する1844年7月9日法49条及び商標に関する1857年6月23日法14条は、偽造物・商標を詐称する製品、及びその製造を目的とした設備・道具の没収を命じ、さらに、没収された物を特許権者・商標権者に引き渡すことを規定する。このように、没収された物を被害者に引き渡すことが、単なる実損害を超えているのであり、民事罰なのである。このような類型の規定としては、商法典240条も挙げられている¹⁸⁾。

第二に、ローマの慣習に倣ったといわれている¹⁹⁾、有責者に対して損害

の２倍を被害者に支払うことを課す規定である²⁰⁾。例えば、鉱山に関する1810年4月21日法43条は、鉱山の開発者又は所有者に対して、その地表の開発が土地の所有者に損害を生じる場合に、損害の２倍に相当する額を支払うことを義務付けている。商法典368条は、保険業者が、目的地に到着できるであろうと知っていた目的物を海上保険に付していた場合には、惹起された損害すなわち既払いの保険掛金の２倍を被保険者に支払うことを義務付ける。反対に、同条の文言により、被保険者が、保険契約時に、既に目的物が滅失していることを知っていたならば、被保険者は、保険会社に対して２倍の罰を支払わなければならない。森林法典29条は、自己の割当て以上に木を伐採した森林伐採の落札者に対して、２倍の賠償を命じている。

第三は、最低賠償額が法定されている場合である²¹⁾。例えば、商法典292条は、惹起された損害の大きさを考慮に入れることなく、非合法の積荷をした有責者に対して、より高い運賃を支払わせる。また、損害賠償の最低額として、裁判官が命じる罰金を基準とする規定が存する。例えば、あらゆる森林法典上の違反行為につき適用可能な森林法典202条と、川釣の犯罪に関する1829年4月15日法71条である。あるいは、法律それ自体が、賠償の最低額を規定するものである。例えば、民事訴訟法典263条（欠席した証人に対して、損害賠償の名目で、10フラン以上を命じることができる）、同494条及び500条（再審請求に失敗した当事者によって相手方に支払われる損害賠償を、最低で150フランに固定、さらに、これは、供託されなければならない）、刑法典117条（不当拘留の被害者に対して、１日につき最低25フランの損害賠償を規定）等が挙げられる。

さらに付言すれば、前述の権利や利益を剥奪される場合についても、当該隠匿者の持分が剥奪される結果、他の共同相続人等の分け前は増加することになる。さらに、法は、隠匿者に対して、相続債務ないし共同体債務を無制限に負わせるという、制裁を課している²²⁾。これらも、民事罰の顕現である。

このように、フランスでは、わが国と異なり、「民事罰」は、単なる損害賠償額の増加としてだけでなく、さらには不法行為法だけでなく、契約法や親族・相続法に至るまで、私法のあらゆる領域で広く現れているのである。

二．民事罰理論の趨勢

1．学説前史 イェーリングが民事罰理論に与えた影響

ユグネー以降の民事罰論者によれば、基本的に、民事罰は、フォートの重大性と罰の大きさを釣り合わせることだと定義されるが（この基本的な原則を、仮に均衡原則と呼ぶことにする²³⁾）、このフォートと罰の均衡原則に重要な影響を及ぼしたのは、イェーリングであった。そのことは、フランスの主な民事罰論者たちが、イェーリングの見解を引用しつつ論旨を展開していることから窺えるが、民事罰批判論者のマゾーも、そのことを指摘している。各論者は、ムーランエールがフランス語に訳したイェーリングの諸論文²⁴⁾をもとに批判を展開していることから、以下では、基本的にそれらをもとに、イェーリングの論旨、及びそれがフランスでどのように理解されたかを概観することにする。

イェーリングは、『ローマ法の精神』の補遺として、『私法におけるフォート』と題した論文を1867年に公表している²⁵⁾。ここで、まずイェーリングは、「罰の歴史は、その不断の廃滅である」²⁶⁾と述べ、罰という概念は、徐々に賠償概念に取って代わられたのであり、そうして私法の領域から罰を排除してきたことこそが、法の歴史であったと詳論している。しかし、同時に、こうした民刑峻別の傾向は、「ドイツの学説が、私法において民事罰に払うに値する配慮を払うのを怠ったという不都合をもたらした」²⁷⁾と、矛盾とも取れる言及をなしている。さらに、民刑峻別を強調し民事責任は填補に尽きるとするこの同じ論文において、「フォートの重大性と罰の大きさを釣り合わせることは、正義の最高の使命である」²⁸⁾と高らかに謳うのである。しかし、その数年後の『権利のための闘争』におい

て、この見解を改めるに至る。民事責任は填補に尽きるとするドイツ法の立場を「俗悪で平板な物質主義」とであると批判し、これは、ドイツ法が、ローマ法以来の民事罰を排斥したことに起因するとし、民事罰の必要性を唱えたのである。

民事罰に対する最たる批判は、周知のとおり、民刑峻別の理想に反することであるが、この民刑峻別の根拠として、よくイエーリングの前述箇所が引用されている²⁹⁾。なぜ、ドイツ人学者イエーリングがこのようによく引用されるのか、さらには、当時のフランスで、民刑峻別がどのように捉えられていたかは定かではない。しかし、スタルクは、実際に歴史が我々に示すことは、罰の不断の廃滅や私法における刑罰的機能の消滅ではなく、むしろ、法技術の発展や用いられる手段の改良であったと述べている。そして、若干の行過ぎが排除されたにしても、民事罰概念が完全に消滅したわけではなく、その最たる証拠は、ローマの物追及訴権が、決して完全に抑止的性質を排除できなかったことであり、それは、誰も認めているとする。スタルクによれば、この現象は、フランス古法において再び現れたのであり、ドゥモーグが、「民事賠償は、今日そうであるほどには、刑罰的要素を捨象して理解されたことは一度もなかった」と憂鬱気に認めていたと指摘している³⁰⁾。とはいえ、フランスにおいても、いわゆる民事と刑事の峻別というのは、もちろんのことながら一般的である³¹⁾。問題は、私法の枠組みの中で、罰という思想が完全に排斥されているのか否かということである。すなわち、罰には、「刑罰」と「民事罰」が存するのであり、だからこそ民事罰論者は、「刑罰」と「民事罰」を峻別するのである³²⁾。民事罰に対する批判と、それに対する民事罰論者からの反論は、若干かみ合っていないと思われる。

さらに、「フォートと罰の大きさを釣り合わせる」という民事罰の基本枠組についても、フランスにおける民事罰の嚆矢と目されているユグネー、そしてスタルク、リペールに至るまで、さらには、最も強烈な民事罰批判論者のマゾーでさえ、イエーリングの前述箇所を引用している。マゾーに

よれば、フランスの裁判所は、このイエーリングの均衡原則に勇気付けられて、評価権限を隠れ蓑に損害賠償に民事罰的機能をもたせてきたと述べられている³³⁾。さらに、マゾーは、ローランが、有責者に課せられる賠償は一種の民事制裁であると述べていることや、サレイユが、賠償を損害に一致させることは、意思自体を惹起された損害に一致させることに対峙する、と述べていることを指摘し、学説上もこの均衡原則が散見されたことを指摘している³⁴⁾。このように、イエーリングが、フランスの民事罰理論に与えた影響は、非常に大きいのである。ただし、イエーリング自身の言及に矛盾があることから、各論者らのイエーリングの理解には、若干の齟齬が生じているようである。

まず、ユグネーのイエーリングに対する評価を概観しよう。ユグネーによれば、イエーリングは、『私法におけるフォート』で、ドイツ裁判所が、実際は、フォートと賠償の均衡性なるローマの判例の基本的観念を見失っていなかったことを示そうと努めているとし、busse（贖罪金）について言及している。すなわち、busseは、形式において民事罰の再現であり、イエーリングの理論は、道徳的観点を介して、基礎においてそれを再現させるというのである。そして、『私法におけるフォート』における、民刑峻別は、ドイツの学説が、私法において民事罰概念に払うに値する配慮を怠ったという不都合を生じさせたのである³⁵⁾というイエーリングの言及に対しては、イエーリングは、長い思索の後に、民事罰は、時代遅れであるどころか、反対に、法が離れることの出来ない理念であり、法律家は、改めて努力を差し向けねばならないのであると結論付けた³⁶⁾ことを指摘し、『私法におけるフォート』を出発点とするイエーリングの思考は、『権利のための闘争』をもって完成したと評価しているのである³⁷⁾。

これに対して、スタルクは、ユグネーのイエーリング理解をも参照しつつ、以下のように論じる。すなわち、フォートの重大性に応じた段階的な賠償は、現代においては最も明白な民事罰の現れである。「罰の不断の廃滅」に対する最初の打撃は、イエーリング自身から来たのである。たとえ、

民事罰の廃滅が厳格な道徳的ないし社会的要請によって命じられていると初めは思われたとしても、結局、民事上の賠償概念が、非常に偏狭なものになったことを確かめるのに終わった。イエーリングは、原状回復の確立では不十分であり、被害者になされた侮辱を罰することも必要であると考え、民事罰の必要性を唱えるに至る。それこそが、イエーリングが『権利のための闘争』で血気に満ちて主張していたことなのである³⁸⁾。

リペールの理解は、やや大味である。すなわち、イエーリングは、ドイツ裁判官の「俗悪で平板な物質主義」と闘って、フォートと賠償との均衡性が必要であると強調した。そして、この概念こそが、長い瞑想の末に、やがてはイエーリングを民事罰の必然的な復活を主張するように導かざるを得なかったものなのである³⁹⁾。

イエーリングは、当初歴史法学に傾倒し、『ローマ法の精神』では、歴史法学から尾を引く概念法学的思考が見られると言われる⁴⁰⁾。しかし、これを書き進むうちに、法の社会学的関心への転向が生じ、『ローマ法の精神』は未完のまま、徐々に『法の目的』へと関心が移ったらしい。そして、『ローマ法の精神 第三部』が、概念法学の面目を伝えているのに対して、『法の目的』は、法の発生における一種の社会学的研究であって、両者の間に、法学史上特筆されるべきイエーリングのいわゆる転向の問題が横たわっているとされている⁴¹⁾。『私法におけるフォート』は、ちょうどこの転換期に、『法の目的』を著す前に書かれたものであり、やや推測的に述べれば、概念法学と実証法学の間で揺れ動くイエーリングの思考過程を如実に表しているのであろう。イエーリング自身の見解に矛盾とも取れる、理解に苦しむ言及がなされている以上、それを研究したフランスの各論者らの理解に齟齬が生じるのはむしろ当然であるし、各論者らが、若干自分の見解に都合の良い土俵に引き込んでいたとしても、仕方のないことであろう。

確かなことは、19世紀に民刑峻別の思想が強調される中で、その論拠として、フランスでもイエーリングが参照されていたということ、そして、

皮肉にも、イエーリングその人が、改説して民事罰の必要性を唱えるに至ったことは、民刑峻別論の挫折を示すものとして、再び引用されること、さらに、イエーリングの唱えた均衡原則が、フランスにおける民事罰の基本枠組みの出発点となっているということである⁴²⁾。この意味で、イエーリングの「改説」と均衡原則の主張がどのような意味を有するのかの分析が、重要となる。

なお、マゾーは、こうした均衡原則に対して、被害者が損害から利益を得ることは、有責者の許に利益が残ると同じくらい不愉快である、と批判している⁴³⁾。マゾーは、1382条と1383条が、故意と過失を区別することなく、全額賠償という同じ効果を付与したことを根拠として、フォートの道徳的性質を否定している。したがって、要するに、マゾーによれば、加害者の行為態様や主観にかかわらず、損害賠償額は一定の全額賠償であり、それを実損害の填補に限ることこそが正義に合うのである。マゾーは、様々な民事罰の顕現を認めた上で、民事罰そのものも批判している⁴⁴⁾。しかし、この最も強烈な民事罰批判論者のマゾーをしても、事実審裁判官が、損害算定の評価権限を隠れ蓑に、フォートの重大性に応じて賠償額に変化をつけているという現実を、残念ながら認めざるを得ないのである⁴⁵⁾。これに対して、プラニオル＝リペールは、こうした実務を、「損害賠償に対して、填補的機能とともに、制裁的機能を与えるものである」⁴⁶⁾と積極的に評価している。

次に、フランスで民事罰論者と目されている代表的論者の見解の特徴を概観しよう。

2. ユグネーの見解

ユグネーは、詳細な比較法的考察を加えて、民事罰なる概念が、決して時代遅れなものではなく、現在もそこそこにその姿を留めているのであり、むしろ、近年は、その傾向が増してきていることを明らかにした。

ユグネーは、民事罰を「質的民事罰」と「量的民事罰」に分類する。「質的」というのは、民事罰の形成する法関係にかくも緊密に結び付けら

れた資質であり、主に諸々の失権を対象としている。そして、一般的に、この関係自体を規律する法則に民事罰を服させているのであり、この民事罰の目的は、諸効果を修正したり排除したりすることにある⁴⁷⁾。他方、「量的」民事罰は、むしろ数量によって表されるもので、それゆえに質的民事罰と区別されるものである。特定の制度の歯車の中で、それを特別に扱うに足る独立性を失うことなく、金銭の形式で表される⁴⁸⁾。このように、損害算定における刑事的要素を見出すことが、追求すべき目的なのである。

「質的民事罰」について、ユグネーは、この類型として、まず、相続領域における民事罰を検討している⁴⁹⁾。すなわち、前述した、相続欠格を規定する民法典727条、相続財産を横領ないし隠匿した相続人に対して二重の罰を規定する民法典792条、さらに夫婦共通財産において同様に規定する民法典1460条及び1477条等である。ユグネーは、こうした相続欠格や限定承認相続人たる資格の喪失は、その基礎において、ますます民事罰に近づくことが明らかであると結論付けている⁵⁰⁾。

取消ないし撤回 (revocation)、解除、無効も、「質的民事罰」として挙げられている⁵¹⁾。ユグネーによれば、法律関係の終了に関するこの三者は、異なる目的を持つにもかかわらず、ひとつの共通概念を想起させるのである。すなわち、権利の喪失なる概念である⁵²⁾。これらは、民事罰の視点からは、程度の高い順に、取消ないし撤回、解除、無効の順になる。すなわち、取消ないし撤回は、最も任意的で、最も意思的かつ厳格なので、罰としては解除よりも程度が高く、同様に、解除も無効に勝るのである⁵³⁾。

量的民事罰としてユグネーは、第一に、違約罰、法律によって規定されている罰（前述した、鉱山領域における２倍賠償、森林法典上の罰等が挙げられている）、アストラントを挙げる。第二に、裁判官が損害賠償領域で果たす役割の中に、民事罰の顕現が見られるとして、被害者のフォートや、共同不法行為者間の連帯、精神的損害等を例に挙げている。このうち、被害者のフォートについては、以下のように述べている。被害者の共同のフォートが存する場合には、全額賠償ではなくなり、フォートに応じて、

責任が分割されるのである。この手法は、近年立法者の大部分も認めていることであり、条文の欠缺を前にして、フランスの判例が、今日ますます意識的に行っていると思われる⁵⁴⁾。また、共同行為者間の連帯については、次のように述べている。フランス法は、刑法典55条にしか共同行為者間の連帯を規定していない。しかしながら、判例は、刑法にとどまらず、民法にもこの連帯を広げたのである。すなわち、不法行為から準不法行為まで、不法行為上のフォートから契約上のフォートまでである⁵⁵⁾。

さらに、判例が、期間に関する失権を、債権者に支払われるべき担保に関するあらゆる不正行為の制裁とすることで民法典1188条を拡大すること、附合契約において、判例が非遡及的解除を加入者の詐欺に対する制裁に仕立て上げること、解除に関して、判例が、解除は被代位者が代位者を害することなくそれを奪うことができる特権を付与された者に解除を認めるとほのめかしつつ、解除訴権が法定代位の適用に際して障害になると考えること、債権者取消権の領域で、判例が債権者に対して、自己の排他的利益においてそれを行使する権利、さらにはそこから一定の利益を引き出す権利を与えること、それらすべての場合において、判例は、この隠れた民事罰観念を浮き彫りにしているのであるとする⁵⁶⁾。

さらにユグネーは、ドイツ法を検討して以下のように述べる。BGB 編纂者は、民事責任の一般理論としては民事罰を拒絶したが、民事罰概念は、違約罰や失権条項になお存続している。しかし、それらが唯一ではない。学説は、間接的な方法で、賠償義務の厳格な枠組みの中で、刑事的考慮を基礎に若干の柔軟性と多様性をもたらそうとしている。すなわち、故意の行為者は、自己が惹起した損害だけでなく、自己が不当に利得した利益の限度でまで責任を負うという賠償制度を提唱する者が現れたのである⁵⁷⁾。さらに、オーストリアの学説は、ドイツのこうした流れを後押ししており、オーストリア民法典は、有責性の程度と賠償範囲を関連付ける一方で、他方、一定の程度で、民事責任を刑事責任に近づけているという。また、両国の傾向として、1904年のインスブルックにおける第27回法曹大会で、民

事罰が初めて深遠な検討の対象に挙げられたことを指摘している。とりわけ、肖像権保護のために、インユリア訴権の復活が議論されたが、それは、イエーリングが30年前に強く主張したことでもあった。

ユグナーは、補償という観点から民事罰を検討して、民事罰は、補償を希薄化する場合、強化する場合、補償を超過する場合があるとする。そして、補償は、フォートを、責任の基礎としてしか考慮していないのであり、民事罰こそが、責任の大きさに応じて補償を変化させるのであるとする⁵⁸⁾。

最後に、刑罰の濫用的拡張はその価値と尊厳を犯すのであり、民事罰を留保することなくして、それを排除することは、発展ではなくて後退であると述べる。そして、民事罰は、過去の遺物ではなく補償と罰の合成物であり、フォートと財産に応じて算定される制裁なのである⁵⁹⁾。くわえて、残酷な体刑を縮小させ罰金を多様化すれば、民事罰は、刑罰と対立するどころか、協働することができるのであり、有責者にとっても、刑罰の緩和という利益がもたらされるのであるとする⁶⁰⁾。

3. スタルクの見解

スタルクは、「保障と民事罰の二重の機能において考察される民事責任の一般理論」⁶¹⁾と題された博士論文を1947年に公表し、その中で、「保障」というフォートに基づかない客観的責任と、過失責任の二元的な責任構造を展開し、民事罰の必要性を説いた。

スタルクによれば、生命・身体の完全性、物の完全性に対する侵害（アクィーリウス法で保護される法益にほぼ一致するため、スタルクは、これらをアクィリア損害と名づけている）の場合には、侵害自体が違法であり、その賠償は、不可抗力の場合を除いて常に課されるのであり、責任は当然に発生する。そこでは、フォート観念やリスク観念さえも不要であり、被害者は、フォートの証明なくして保障を得ることができる。というのも、現代の実定法は、生命・身体の完全性、物的財産の保護を各人に保障しているのであり、したがって、それらを対象とする侵害は、違法な損害になると認めているからである⁶²⁾。また、そうでなければ、精神病患者や避けが

たい行為をなした者の民事責任を説明することができないのである。ただし、フォートという加害者の主観的事情を考慮しない均衡として、被害者の主観的事情や具体的事情も考慮されず、損害賠償は、実際に生じた損害の客観的範囲に限られることになる。例えば、有名なピアニストの指を骨折させてしまったとしても、「有名なピアニストである」という被害者の具体的事情は考慮されず、賠償範囲は通常人の指の骨折に限られることになる⁶³⁾。これに対して、経済的損失や精神的損害（非アクイリア損害）は、被害者の権利と加害者の権利が衝突する領域であり、両者の調整こそが法の目的である。ここで調整基準として現れるのがフォートであり、加害者は、フォートが存する場合にしか損害賠償義務を負わない。要するに、ここでは、フォートは、権利や自由の主観的制限を画するために作用するのである⁶⁴⁾。

以上が、スタルクの唱える保障理論である⁶⁵⁾。では、民事罰は、こうした保障理論とどのような関わりを持つのであろうか。スタルクは、民事罰の最大は「具体的に」算定される全額賠償であるとする⁶⁶⁾。要するに、上述の例で言えば、保障理論によって保護されるのは被害者の具体的要素を捨象した客観的範囲のみだが、加害者のフォートが証明されれば、賠償範囲は、被害者の具体的事情や精神的損害までをも考慮した全額賠償となるのである。スタルクは、「要件として存在意義を失ったフォートは、損害算定に際して、再び息を吹き返す」⁶⁷⁾と表現している。ここで、フォートを制裁するという民事罰理論が現れるのである。さらに、加害者が、賠償額と同等ないしそれ以上の利益を加害行為から引き出すことを意図していた場合には、その利益を剥奪するために、賠償額は実損害を超えることになる。こうした民事罰に上限があるか否かは、立法技術上の問題にすぎない。罰の最大額は算定の問題であり、多くの要素が考慮されるべきであり、それが上限となるはずである。インセンティブを有するのは被害者であり、抑止政策は、損害惹起者と被害者の両方の観点から抑止の必要性を考慮する責任体系を構築すべきなのである⁶⁸⁾。このように、スタルクは、保障と

いうフォートに基づかない客観的責任を民事罰の下限とし、フォートが存在する場合には、様々な具体的・主観的要素を考慮した全額賠償、あるいは利得の吐き出しをも志向した実損害を超える賠償を民事罰として課するという、二元的な責任体系を構築したのである⁶⁹⁾。ただし、実損害を超える賠償額については、立法的に制度が確立される方がよいとし、商法典356条及び357条が、営利的なフォート・非常に営利的なフォート・営利的な故意を規定していることを例に挙げている⁷⁰⁾。

スタルクの民事罰論のもうひとつの進化は、民事罰を始動させるフォートを、軽微なものでもよいとしたことである⁷¹⁾。ごく軽微な過失が莫大な損害を惹起することもあり、法の予防的観点から言えば、制裁されるべきフォートは、dol（詐欺、故意）に限られるはずはないのである。このことは、刑法でさえもが、一定の過失を処罰の対象としていることから明らかとされる。このように、スタルクの見解は、ユグネーらと異なり、主観的責任論から離れて、客観的責任とさまざまに交錯することが特徴的である。

スタルクは、裁判所が、損害算定に際して評価権限を最大限発揮することや、あるいは精神的損害や間接的損害について因果関係を柔軟に解することによって、民事判決に予防機能を持たせていると指摘する。また、判例が、加害者に実質的負担をさせるという観点から、実損害を超える賠償を命じることは、民事罰の生きた例証であると指摘している。

４．ヴィネイの見解

ヴィネイは、民事責任法が主として損害の回復を目的としているとしつつも、確かにそれよりは二次的ではあるが、民事罰としての機能、生じるおそれのある損害の実現を予防する機能（予防機能）、合法性を回復する機能（回復機能）を有しているのであり、アプリアリに賠償機能に尽きると考えているよりも、ずっと複雑であると指摘する⁷²⁾。

ヴィネイは、まず賠償機能の優位性を確認した後で、民事罰理論について検討する。そして、破毀院が、フォートの重大性が賠償額に影響を与え

ないことを基本姿勢としてはいるものの、実務上、有責者の行為を罰することをまったく配慮していないわけではないとする⁷³⁾。すなわち、事実審判事は、損害算定の評価権限を隠れ蓑に、たとえば、共同不法行為者間の求償問題や、労働組合等の団体が集团的利益を代表して行う付帯私訴において、それが見受けられるのである。また、違約金条項や失権条項も、契約上のフォートを制裁することを志向する、ある種の民事罰であるし、アストラントも、清算前には強情な債務者に対する威嚇、清算後は民事罰たる性質を有するのである。そして、このアストラントは、損害賠償とは独立したものであるので、英米法上の懲罰的損害賠償に非常に近い結果をもたらすことが可能なのである⁷⁴⁾。

次に、予防機能について以下のように述べる⁷⁵⁾。賠償概念は生じてしまった損害の救済をなすことを志向するが、例えば、近隣妨害⁷⁶⁾、不正競争、物権や人格権に対する侵害といった、ある特定の損害に対しては、賠償概念では不十分となってきている。そこでは、証明された損害の継続を阻止するために、未来に対する予防が考慮されなければならないのである。ドイツでは、ローマ法の *cautio domni infecti* を起源とする予防訴権が存在し、英米法にもインジャンクションなる制度が存在する。フランス法は、このような規定を持たなかったが、判例がこの欠缺を補った。また、環境、健康、個人の安全といった領域では、予防機能が賠償機能に優先しなければならず、現行責任の補充として、「治癒的」な「予防責任」の発達を主張する見解⁷⁷⁾も学説上現れたのである。同様の主張は、ジャーナリズムによるプライバシー侵害や名誉毀損についても見受けられる。加えて、新民事訴訟法典809・849・873条は、急速審理判事に対して、「急迫の損害を予防するために必要となる暫定的措置ないし修復措置」を規定することで、明示的に一般的権限を付与しているし、急速審理判事は、この権限を広く利用する傾向がある。

最後に、回復機能についてヴィネイは⁷⁸⁾、回復機能を責任の通常目的のひとつと位置付けて、責任の目的を広げることを提唱し、それは概して

非金銭的な有責判決によって具現化されると主張する見解⁷⁹⁾を紹介する。ヴィネイは、こうした手段が実際に民事責任の領域に属しているのかは議論のあるところであると留保しつつも、裁判官は、原状回復の手段や回復的措置を命じる可能性を自発的に認め、この可能性を広く利用しているとしている。また、立法者も特定の領域で、有害な行為の中止に関する訴権を創設することで、この傾向を強めていると指摘する。例えば、私生活の尊重に対する侵害の場合に「裁判官は、被った損害の賠償とは別に、私生活の内面に対する侵害をやめさせるために、供託、差押等のようなあらゆる措置を命じることができる」と規定する民法典9条や、同9-1条などである。

このようにヴィネイは、民事責任の有する機能の多様化という観点から民事罰に着目したが、人格権侵害において再び民事罰に言及している⁸⁰⁾。そして、人格権侵害の中でもとりわけ著作物に対する著作者人格権が純粋に精神的な性質を有するが、その賠償の算定は裁判官の裁量にかからざるを得ず、裁判官は、その行使にあたって、違法な行為を制裁し、計算した利益と同じ金銭を課することによって再発を防止するという考慮をしていると指摘する⁸¹⁾。さらに、肖像権侵害においては、精神的側面と財産的側面が交錯しているのであり、裁判官は、「原告のために、加害者に制裁を与え、また第三者にとって予防となる制裁的機能」でもって賠償額が算定できるとする見解⁸²⁾を紹介する。このように、かつては精神的損害の賠償を認める根拠として議論されていた民事罰が、人格権侵害という精神的損害の一類型において、抑止や制裁のための賠償額増額の根拠として認められつつあること、あるいは、ヴィネイのように、民事責任の機能を論じる立場から再び民事罰が取り上げられたことは、民事罰をめぐる議論が新たな段階に入ったことを意味しているだろう。

5. カルバルの見解

カルバルは、1995年に「民事罰機能における民事責任」と題した博士論文を公表し⁸³⁾、その中で、客観的責任の推進により奪われた道徳化機能

(fonction moralisatrice)⁸⁴⁾や規範的機能、保険によって減殺された抑止機能を取り戻すために、民事罰が必要であると説いている。民事責任は自由意思と理性の代償と考えられるので、公的観点からは道義的責任と密接に協働し続けるのであり、そのために、民事責任は、任意保険や社会保険といった純粋に金銭的な制度とは、一線を画するのである⁸⁵⁾。そして、責任法は、行為に関する多くの準則に対する違反を制裁し、抑止的手段によって有害な行為を予防する資質に、その独自性が存するのである。また、賠償の向上にとって不可欠である保険は、抑止的機能を著しく減少させることとなったが、抑止的機能なくしては、道德化機能を語ることはできないのである。カルバルは、責任の客観化から1世紀が経ったが、懲罰的要素は消滅するどころか現在においても色濃く存在するとして、特に以下の領域を指摘している。

第一に、共同不法行為者間の求償問題である⁸⁶⁾。フランス法は、損害賠償がその事物の状態から被害を受けない場合に、懲罰的要素を考慮することがある。求償問題は、被害者が賠償された後に生じるので、まさにこの場合に当てはまるのである。判例は、共同不法行為者の中で、特に有責性の高い加害者について、軽過失しか犯していない他の共同不法行為者に対して求償権を行使することを認めないことがある。この場合、民事責任が、回復目的ではなく、制裁目的で利用されていることは明らかであるが、学説も、それに異を唱えていないのである。この点、ヴィネイも、共同不法行為者間では、フォートに応じて債務が分担されるとしつつ、破毀院は、1996年12月17日第一民事部判決において、共同不法行為者間において、故意を犯した者一人が有責であり、それ以外の者は、懈怠ないし軽率な行為にしか責めを負わないならば、故意行為者は、賠償の全額の負担を命じられうるといふ、新たな指針を示したと指摘している⁸⁷⁾。

第二に、被害者の特徴的なフォートが損害の実現に寄与している場合に、賠償額の一部免除を規定する特別法である⁸⁸⁾。例えば、社会保障法典L. 453-1条、交通事故に関する1985年7月5日法1条3項である。前者は、

「弁解の余地のないフォート」を犯したサラリーマンに対する賠償金を減額することを認め、後者は、運転手でない被害者のフォートが、事故の唯一の原因であり、かつ弁解の余地のない性質を示す場合に、賠償金の減額を認めている。裁判所は、免除の範囲を、被害者と有責者各自の行為の重大性という、もっぱら主観的な考慮に基づいて算定しており、必要な場合には、裁判所は、フォートある被害者ではなく、有責者を罰する機会を与えられている⁸⁹⁾。さらに、破毀院刑事部は、最近の一連の判例において⁹⁰⁾、被害者のフォートによる責任免除の原則は、それが財産に対する故意的な侵害の行為者の利益となる場合には、裁判所は、この原則を排除できるとするに至った⁹¹⁾。

第三はアストラントである⁹²⁾。破毀院は、アストラントを、あらゆる損害賠償から切り離し、損害賠償とは完全に異なる強制手段であると認めたのである⁹³⁾。アストラントは最近創設された制度であり、そのことは、責任の懲罰的機能が主観主義の染み込んだ過去の遺物ではないということを示しているのである。そして、罰金が国庫に帰属するのに対して、アストラントは、すべて被害者が受領するものであるから、民事罰なのである。

第四は、違約金条項であり⁹⁴⁾、カルバルによれば、裁判所が民法典1152条を違約罰を制限する方向で適用しないのは、制裁的要素を認めているからである。破毀院は、減額された違約金に完全に懲罰的効果を残すことができる、と繰り返し認めているという。

カルバルは、このように現在の判例・実務において実際に民事罰が現れていることを指摘し、フランスと同じように社会的・経済的發展をし、したがって工業的發展から生じる必然的な損害賠償問題に対処しなければならなかったのに、フランスと異なり、損害惹起者に適用可能な制裁の多様化をも通じて責任法の發展がなされた英米法に関心を持ち、英米法、とりわけイギリス法を参照している。カルバルは、人格権侵害や、環境責任、製造物責任等さまざまな領域で比較法的検討をなしているが、とりわけ、人格権侵害に対する検討は、わが国にとっても興味深いものである。

カルバルによれば⁹⁵⁾、精神的損害の領域は、フランス学説が恒久的に民事罰概念の影響を認める領域である。さらに、近年、人格権侵害の行為者に課される責任が、填補的なものにとどまらず懲罰的な強い性質を示すということも、フランス学説上、疑いがないと指摘する。その要因としては、第一に、裁判所が認定しなけりばならなかつたフォートが、概して重大なフォートであり(例えば、経済的利益を追求した故意的なフォート)、そのために非難を喚起したこと、第二に、刑事的手段が不十分なことである。また、被害者は、訴訟手続きの煩雑さや、時効、証明責任等の障害から、刑事追迫よりも民事訴訟を好むという傾向も指摘できよう。そして、裁判所は、こうした被害者の意図を超えて、民法典1382条の枠組みの中で、罰金と同様の抑止的機能を発揮しうる損害賠償を命じていると分かる。また、民法典9条及び新民事訴訟法典808・809条によって、レフェレ(急速審理)を活用することで、裁判官は、本案が審理される前に、さまざまな手段を言い渡すことによって、損害の実現や悪化を未然に防ぐことも可能となった。カルバルによれば、民事訴訟は、柔軟性と迅速性という二つの利点を有する。第一に、裁判官は、広範な権限を完璧に行使でき、それにより、損害の算定において、填補的賠償に懲罰的要素を付与することができる。第二に、裁判官は、被告が判決を履行しない場合には常に、アストラントとして立法的に規定された民事罰を援用することができるのである⁹⁶⁾。

精神的損害の特徴は修復不可能性であるが、賠償目的に最もよく対応する制裁は何かという困難性を前にして、破毀院は、事実審裁判官に、適用可能な制裁の選択において広範な裁量権を付与している。そこで、名目的な1フランの判決、填補的賠償、判決の公示といった手段が、主に用いられている。

名目的1フランの賠償とは⁹⁷⁾、英米法上の名目的損害賠償に似た役割を果たしている。この「名目的な1フラン」を、理論上、「侵害された権利に固有の損害」と呼ぶ者もいるが、それは、権利侵害、フォートに対応しているので、現実的には懲罰的である。というのも、第一に、この賠償は

非常に不名誉であり、金銭的には軽くても道徳的には重いからである。第二に、それは、被害者の利益のみにおいてではなく、公益において法準則の權威を確認し、一般予防機能を果たすことになるからである。また、レフェレで迅速に課されれば、刑事制裁に欠けている威嚇的要素を引き出すことになる。世論は、何ヶ月も先の本案判決になど関心を払っておらず、したがって、仮のものであるはずのレフェレによって終局的に解決するのである。それには、被害者自身が望んでいるのは金銭賠償ではなく、むしろ人格権侵害の差止や悪化を防ぐこと、自己の名誉を回復することであり、名目的な１フランの判決によってそれが実現されれば本案を取り下げるということも、むしろ多いことにも理由がある。このように、レフェレという保全手段を積極的に活用することにより、抑止や予防を裁判所が図っていることは、大変興味深いのである。わが国では、民法723条に基づき被害者が謝罪広告をむしろ請求しているにもかかわらず、金銭賠償によって原状回復がなされているとして、裁判所が謝罪広告を認めない傾向が強いことと、非常に対照的であろう。

第二は填補賠償である⁹⁸⁾。この場合、事実審裁判官は、金銭賠償を選択すれば、その額を算定する裁量権も有する。裁判所は、被害者の羞恥心や名誉に対して増額する傾向にあるが、裁判所に対して、被った損害の数量化のみに基づく説明を不十分とし、抑止目的を考慮するように促したのは学説であった。判例は、この高額な損害賠償額の算定基準を示していないが、犯されたフォートの「実り多い」性質や、行為者を駆り立てた「金銭欲的資質」をほのめかしており、これらの要素が賠償額算定に影響を及ぼしていることは、疑いないのである。

第三は判決の公示であり⁹⁹⁾、当該名誉毀損を犯した刊行物に有責判決の公表を命じたり、ラジオ放送において判決要旨の朗読を命じたりする。こうした手段は、世論が表明された主張が中傷的であったことを知り、かくして被害者の名誉が回復されるという填補的次元を含むために正当化されるが、懲罰的要素も含んでいるのである。

さらに、人格的利益の保護は、近年、民法典9条及びレフェレを規定する新民事訴訟法典808・809条によって強化された¹⁰⁰⁾。そして、裁判官は、同条によって命じうる措置が網羅的に規定されていないことを奇貨として、差押や供託といった伝統的な手段を超えた、より大胆な措置を命じるようになっていたのである。アストラントに対しては、被害者が利得を得ることや、裁判官の裁量に委ねられていることに対する批判なども依然存するが、裁判官は、詳細な規定がないゆえにかえって、被告の善意・悪意に応じて柔軟に対応していること、かつ、その算定額が非常に正確であることを、カルバルは非常に高く評価している¹⁰¹⁾。そして、民事責任の懲罰的機能は、人格的属性の保護を確保するために広く活用されていること、この損害賠償の仮面に隠された罰は、理論上は手段にすぎないものを目的とすることで、行為規範を制裁するようになっている、そして、諸外国と比較すれば、こうした民事罰は、人格権侵害を超えて広く活用される可能性を有している、と結論づけている¹⁰²⁾。

三．民事罰と客観的責任の交錯から、抑止機能・制裁機能の重視へ

以上が、この1世紀余りの、民事罰の生成と展開に大きく寄与した論者の見解であった。奇しくも、この1世紀余りは、産業の発達のために、過失責任主義に動揺が生じ、無生物責任やリスク理論といったフォートに基づかない責任理論を生成、発展させてきた時代でもあった。そして、そうした客観的責任の発展と民刑峻別こそが、民事罰を私法の領域から排除し、民事罰をやがては消滅させると言われてきたのであった。しかし、果たしてそれは真実だったのであろうか。

イエーリングやユグネーの時代は、「フォートなきところに責任なし」という原則が支配していた時代であった。ドマによれば、賠償義務は有害な行為により罪ある行為者にしか課することができないのであり、そのために、賠償義務を課すことは、「一石二鳥ないし一石三鳥になる。すなわち、被った損害を賠償し、犯されたフォートを罰し、そして可能な範囲で抑止

手段を保障する」のであると言われる¹⁰³⁾。したがって、填補と抑止という問題は、「フォートなきところに責任なし」との原則を、好みに応じて、填補思想に結びつければ、全額賠償は補償の表象であり、抑止思想に結びつけば、それは民事罰の表象となるのである¹⁰⁴⁾。要するに、この時代は、フォートが責任要件として揺らぎなく、まさにフォートの黄金期であった。したがって、加害行為の抑止や加害者の制裁を考える上で、フォートを考慮すれば足りたのである。ユグナーは、「賠償の観点からは本質的でないフォートという要素は、民事罰の観点からは、基本的で特有なものである。フォートは、罰にとって、最高の調整器である」と述べ、民事罰を始動させるフォートの程度としては dol で十分であるとした。ユグナーの功績は、曖昧模糊とした民事罰なる概念を錯綜していた議論から救い出し、フォートの重大性に応じた制裁であると定義づけたことにあるが、フォートの重大性に応じた段階的な賠償の有効性を指摘するだけにとどまっているのである。

スタルクの時代になると、状況は異なる。無生物責任やリスク理論が一定の定着を見、その結果、フォートはその実体や一貫性を失い、まったく形骸化することになる。ここで法律家は、ひとつの決断を迫られることになる。マゾーのように、まったく形骸化したフォートを維持した上で、なおフォートのみを責任要件とするのか、それとも、リスクのように、フォート以外の責任要件を認めるのかである。スタルクは、「フォートに、非難されるべき、ないし少なくとも、非難すべき行為の過誤、つまり信義誠実準則ないし注意義務の違反という意味を留保し、かつ、できるだけその日常的な意味、人間的な意味を残しておきたい¹⁰⁵⁾」と言う。これこそが、スタルクの主張の根幹なのである。スタルクは、「保障」というフォートに従属させられない賠償義務を認めることで、フォートに従来の主観的な意味を残し、第二に、フォートが立証された場合に、保障義務に積み重ねる形で、制裁をより厳格にするという効果を引き出したのである。要するに、スタルクの功績は、客観的責任が発達すれば消滅すると信じられてい

た民事罰を、むしろ客観的責任を認める上で必要不可欠なものであると明らかにしたことである。すなわち、客観的責任が発展すればするほど責任は希薄化せざるを得ないし、責任発生要件としてフォートにこだわればこだわるほど、フォートは本来の意味を失って空虚なものとならざるをえない。スタルクは、責任成立要件としてフォートを必要不可欠なものとし、算定という効果面でフォートを蘇らせることによって、フォートに本来の意味を取り戻させ、損害賠償に民事罰の性質を鮮やかに蘇らせたのである。

さらに、スタルクの功績は、いかなるフォートが民事罰を始動させるかを明らかにしたことである¹⁰⁶⁾。スタルクは、民事罰を始動させるフォートを dol に限らず、むしろ軽過失でよいとしたが、そのことは、ユグネーまでの民事罰論が主観的責任理論と密接に結びついていたのに対して、客観的責任理論との交錯が見られるのである。このことは、民事罰理論は主観的責任理論を前提としているとする先験が、必ずしも当てはまらないことを示している。

さらに、1980年代以降のヴィネイ、カルバルに至ると、議論は新たな段階に入っているように思われる。それは、スタルクならば、「民事罰」という言葉を用いるであろうところで、カルバルらは、「懲罰的機能」「抑止的機能」という言葉を用いていることから推測される。要するに、民事責任の有する機能とは何か、といった観点が付け加えられているのである。それには英米法の影響も大きいのではないかと。とりわけカルバルは、英米法上の懲罰的損害賠償に大きな関心を有していると思われる。カルバルは、被害者の多くが損害の立証が困難である場合に提訴を諦めるのであり、その場合に民事罰は、被害者を訴訟へ駆り立てることに役立つとし、英米で広く知られたこの観念は、フランス法でも、立法的な民事罰（おそらく、アストラント等のことであろう）によって可能であると述べている。そして、加害者に刑罰が課されるだけでは被害者を訴訟へ向かわせるには不十分であり、むしろ、抑止という名の下に金銭的制裁を得る可能性こそがそれに資するのであると述べている¹⁰⁷⁾。さらに、カルバルは、民事罰の有

する特質として、インセンティブ、報奨性に加えて、加害者と被害者の間に緊密な関係を作り出すことをあげる。すなわち、刑罰は、両者の間に公権力を介在させるがために、賠償等に対する対話を不可能なものとしているのである¹⁰⁸⁾。さらに、法実現のために私法の有する機能を多角的に検討し、抑止機能や制裁機能を追求するために、実損害を超えた損害賠償をより積極的に認めようとしていること、加えてその手法が具体的に検討されていることも大きな進展であろう。

四．現在の議論 判例・学説における民事罰の表れ

ここまで、民事罰理論の生成と展開を、フランス学説上、民事罰論者と目されている著名な論者の見解をもとに概観した。フランスでは、民事罰は、精神的損害の賠償に関するだけでなく、契約法や親族・相続法に至るまで、民法全般に浸透した概念であることが分った。次に、これら論者らの功績により、現在のフランス学説において、民事罰であると積極的に論じられている領域を概観することにする¹⁰⁹⁾。これら領域は、とりもなおさず、各論者が、民事罰の顕現する領域であると分析してきた領域でもある。

１．Dommage moral をめぐる議論

まずは、精神的損害の賠償をめぐる議論について検討しなければならないであろう。というのも、第一に、わが国では、フランスのこの議論を通じて、民事罰が紹介されてきたという経緯があること¹¹⁰⁾、第二に、精神的損害賠償の根拠として、フランスの学説上、それを民事罰と認めることが通説化していると思われるからである。付言すれば、民事罰の反対論者であるマゾーは、精神的損害を賠償しなければならないという必要性が、裁判官が損害賠償を民事罰に変容させた（すなわち、フォートの重大性を賠償額に釣り合わせる）原因であると考えていたようである¹¹¹⁾。

フランス民法典は精神的損害についてなんら規定しておらず、当初は、涙で貨幣を鑄造することは不愉快であるとの批判が存した¹¹²⁾。しかしな

がら、肉体的・精神的苦痛と金銭との間に共通点を見出すことはできないにもかかわらず、判例は、被害者のために、この苦痛に対して損害賠償を認めるようになった。1フランの名目的判決の根拠ならばいざしらず、より高額な損害賠償を根拠付けるには、等価でないにしても、少なくとも損害と填補賠償との間に均衡が見出されなければならない。そこで、以下の概念が判例を導くのであり、損害算定や賠償債権の譲渡可能性に関する問題等に、それぞれの影響が現れているとされる¹¹³⁾。

第一は、填補的満足である¹¹⁴⁾。苦痛は楽しみによって填補されうる。すなわち、ゆとりのある賠償金を得るという楽しみは、被害者の悲しみを消すことになる。実際、肉体的苦痛が問題となっている場合、この観念は、下品であるにもかかわらず、不愉快ではないとされている。

第二は、民事罰である¹¹⁵⁾。精神的苦痛に対して、肉体的苦痛と同じように議論することには、若干の不愉快さが存する。裁判所は、性的な羞恥心や名誉に対する侵害、さらには近親者の死亡について感じる苦痛と、金銭を受領する喜びとを平準化することができない。さらに、責任訴権に対して、かくも俗悪な喜びによってかくも大きな苦痛を賠償する目的を与えることは、被害者に、どうしようもないほどに反感を抱かせることになる。したがって、この金銭賠償に対しては、ほかの根拠付け、すなわち、民事罰が必要なのである。フルール=オベールは、物的損害を惹起しなかったフォートが制裁されずに放置されることを防ぐ手段であり、行為者が悪いことをしたことを示す見せしめであると述べている¹¹⁶⁾。また、刑法による抑止の不十分さを指摘し、第一次世界大戦以降の法唯物主義を脱却し真の法実証主義を実現するために、法における道徳律の必要性を説き、とりわけ精神的損害の賠償について民事罰を説いたりペールも、被害者が受領した金銭から満足を得ることを醜悪とし、精神的損害の賠償を命じる判決が企図しているのは、被害者の満足ではなく、加害者の懲罰であると述べている¹¹⁷⁾。

これに対してスタルクは、精神的損害の賠償の根拠を民事罰であるとす

ることを、批判している。けだし、精神的損害の大部分、とりわけ愛情の損害や慰謝料は、判例において、フォートなき責任事例においてさえ賠償されている（契約責任、あるいは民法典1384条1項の適用）からである。スタルクによれば、この領域において民事罰として有用なのは、被害者死亡の場合に当該損害賠償債権を被害者の近親者に相続させる点である¹¹⁸⁾。サヴァティエも、被害者死亡の場合に判例上民事罰概念が現れていると指摘する¹¹⁹⁾。リベールは、判例は、基本的に直系尊属・卑属及び配偶者にしか賠償請求を認めていないが、被害者にそれらが存在しない場合に、傍系親族や姻族にも訴訟の途を開いているのであり、さらには、例外的とはいえ、内縁の妻や婚約者に対しても賠償を認めており、そのことは、こうした訴権の有する抑止的性質を確実に示していると指摘している¹²⁰⁾。

わが国では、制裁的慰謝料説の論者らが、フランスの *dommage moral* の根拠を民事罰であると紹介したため、加害者の有責性が高い場合に、実損以上の賠償を認めるかのような受け止められ方をされていると思われる。しかし、フランスにおける当初の議論は、精神的損害を認めるための根拠が填補的満足ではなくして民事罰だというだけであり、実損以上の賠償を認めることまでもを含んだ主張ではなかったのである。そして、フランスの学説においては、精神的損害の根拠が民事罰であるということには、広範な一致が存在し、もはやこれに対する議論は終わっていると思われる。ただし、この *dommage moral* に何が含まれるかという問題に対しては、単なる精神的苦痛を超えて、人格権侵害や著作者人格権侵害等を含むようになっており、これらの領域では、アストラントの活用等も含めて、民事罰の表れが顕著になっていることは、前述したとおりである。

２．違約金条項

違約金条項は、それが、不履行から生じる損失を填補する手段である限りにおいて、損害賠償と類似する。しかし、破毀院は、「違約罰は、約定違反の結果を賠償することを目的とするだけでなく、債務者に履行を強制することもその目的とするのである」と述べており、その強制的性質ゆえ

に損害賠償とは区別されることになる¹²¹⁾。したがって、損失の存在は違約罰を発動させる唯一の要件ではなく、違約罰は、一方では、まさに民事罰となる。他方、それは、当事者間の合意によって一括賠償的に決定された罰でもある。1975年7月9日法597号¹²²⁾は、裁判官に、「合意された罰の減額ないし増額」を認めたが、この評価をめぐっては、議論の分かれるところである。一方では、この規定によって、違約罰は不可避免的に損害賠償概念へと立ち戻らされたのであり、このことは、破毀院の立場によって明らかであるとされる¹²³⁾。すなわち、破毀院は、極限的に、損失が不存在の場合に、裁判官に制裁の排除を認めるのである¹²⁴⁾。これに対しては、1975年法の文言及び違約罰の精神に反しているとの痛烈な批判がある¹²⁵⁾。他方でカルバルは、裁判所が違約罰を制限する方向で民法典1152条を適用しないのは、違約罰に制裁的要素を認めているからであると述べている。

3. アストラント¹²⁶⁾

アストラントとは、強情に債務の履行を拒絶する債務者に対して、日、週又は月毎に課される一定額の金銭であり、間接強制の一手段である。19世紀末頃から判例上認められていたが、1972年に制定法化された。アストラントは、場合によっては課されうる付随的な金銭支払いを命ずる決定であり、一般的には、裁判官が遅滞日毎の金額を決定して主判決に付すものであり、裁判官が決定した期間内に当該判決が履行されないであろう場合に、アストラントの累進的増加の威嚇によって、債務者の人的所為にかかっている債務の現実履行をさせることを目的とする。したがって、アストラントは、債務者に履行させるために、債務者の意思にプレッシャーをかけることをめざした、財産に対する強制であると考えられる。カルボニエは、「意思を強制するために、財布に打撃を与える」¹²⁷⁾と表現している。1867年7月22日法¹²⁸⁾による民商法領域における身体強制の廃止以降、アストラントは、裁判官が用いることのできる唯一の強制手段である。フランス法は、イギリス法と異なり、「裁判所侮辱」(contempt of court)なる刑罰を規定していない。この欠缺を判例が補ったのであるが、1972年7月

5日法626号¹²⁹⁾によって立法化され、1991年7月9日法650号¹³⁰⁾及び1992年7月31日の第755のデクレ¹³¹⁾によって、廃止・改正された。

アストラントの法的性質については、1959年の破毀院判例以降、判例・学説ともに民事罰と考えている¹³²⁾。当初、判例は、損害賠償としていたようであるが¹³³⁾、学説上は、強制手段であり損害賠償とは異なるとしていた。例えば、マゾーは、民事罰とは考えていなかったようであるが、履行強制の一手段であり損害とはなんら関係を有しないと述べている¹³⁴⁾。アストラントの最大の転機は1959年である。破毀院は、暫定的アストラントに関して、損害額を考慮することなくアストラントを清算する権限を裁判官に認めたのであり¹³⁵⁾、その結果、損害が全く存在しない場合であっても、アストラントを課すことが可能であるとも評価されている¹³⁶⁾。この判例によって、アストラントは、判例上も民事罰と考えられるようになったのである。けだし、第一に、あらゆる賠償観念から切り離されたからであり、第二に、その清算額が債務者のフォートある抵抗や資力によって決定させるので、とりわけ、具体的にフォートを制裁することになるからである。破毀院は伝統的に、フォートなきアストラントが存在しないように注意しているといわれる¹³⁷⁾。また、1991年法は、「命令が言い渡された者の行為及びその者が命令を履行するに際してぶつかった困難」を考慮して、清算を段階的に規定している。

アストラントは、専断的 (arbitraire)、強制的 (coercitive)、威嚇的 (comminatoire) であるので、強情に反抗する債務者に課される一種の制裁であり、脅しとなる。そして、罰として、威嚇機能 (ないし予防機能) と制裁機能という、2つの機能を有しているとされる。

このようなアストラントに対しては、主に以下の2点について批判される。第一に、アストラントがすべて被害者の手に渡るために、被害者の利益になる点である。すなわち、アストラントにしても民事罰そのものにしても、それを受け取る者に対して不当利得を得させる（「原因がない」わけではないにしても）点が批判されているのである。しかし、この批判は、

1959年以前にしか当てはまらないようである。実際、裁判官は、アストラントの清算を損害額であることが法的に義務付けられていたが、躊躇なく、制裁のために損害賠償額を上げたということが、学説上指摘されている。例えば、破毀院第2民事部1991年11月20日判決は、アストラントは既に支払われた損害賠償金から控除されえないと判示する¹³⁸⁾、破毀院第2民事部1992年12月2日判決は、事前に言い渡されたアストラントの額が損害を上回っていないことを理由に拒絶することはできないと判示している¹³⁹⁾。また、1972年法提唱者が、アストラントの清算額のうち半分を国庫に半分を当事者に分配する規定を盛り込もうとしたが、この規定は上院によって排除された。また、1991年法の草案36条2項は、裁判官がアストラントの一部を基金等に役立てることができる旨規定していたが、これも国会で否決された。したがって、批判はあるものの、アストラント全額が勝訴当事者に付与される¹⁴⁰⁾。

次に、条文なくして民事罰が言い渡されることも批判される。実際、旧民事訴訟法典1036条から導かれる根拠は弱いが、アストラントを詳細に規定している他の多くの法律から、その根拠は引き出される。したがって、アストラントは、民事罰なのであり、この点に関しては、議論を終えているのである。

4. 被告の行為と被害者のフォートないし所為が競合する場合

フランス民法典には、わが722条2項のような過失相殺にあたる規定が存在しない。そして、フランス民法典1382条によれば、加害者は、全額賠償義務を負うのが原則である。では、被害者のフォートないし所為が、加害者のフォートと競合して損害を惹起した場合は、どのように処断されるのであろうか。

この点、古くローマ法には、被害者は、自己のフォートによって損害惹起に荷担している場合は、一切の請求が出来ないとの原則があり、英米法諸国では、この原則が継受されたという¹⁴¹⁾。フランス民法典起草者は、この問題を考慮していなかったのか¹⁴²⁾、判例によって、被害者のフォー

トは、不可抗力や第三者の所為とともに外来要因として処理されていた¹⁴³⁾。そして今や、被害者の行為は、フランス法では伝統的に、被告が責任の軽減又は賠償額の減額を得るための最も効果的な手段であると考えられている¹⁴⁴⁾。マゾーによれば、判例は、被害者のフォートを賠償責任の修正手段として用いて、事実審裁判官の評価権限に多くを委ねることで、フランスの責任制度に必要な柔軟性を保持しているとする¹⁴⁵⁾。実際、破毀院は、被害者が自己のフォートにより損害惹起に寄与している場合、損害の負担は、義務的に分割されなければならないとし¹⁴⁶⁾、被害者に一部の賠償しか与えない¹⁴⁷⁾。

では、全額賠償を原則とする中で、この部分的免除の根拠は、どのように考えるべきなのであろうか。まさに、この点をめぐって、被害者のフォートを民事罰であると根拠付ける見解が登場したのである。

まず、被害者・加害者間で責任を分割する手法としては、共同不法行為者間での責任分割と同じ思考を基にしていると思われるが¹⁴⁸⁾、因果関係に着目するか、フォートの重大性に着目するかで、以下の３つに大別できる。すなわち、各自が同等の因果的役割を果たしたとして均等割にする、相当因果関係理論に基づき、各自のフォートの因果的影響力に応じて分割する、各自のフォートの重大性に応じて分割する、である¹⁴⁹⁾。例えば、加害者と被害者のフォートが８：２である場合、¹によれば、均等割するので、５：５で分割されることになり、²によれば、８：２で分割されることになる。³によれば、被害者のフォートが２割であったとしても、それが損害惹起において因果的影響力をそれ以上に有していた場合には、被害者の負担は、２割を超えることになる。かつての過失相殺を定める特別規定や下級審判決は、⁴によるものがあるが¹⁵⁰⁾、現在の破棄院は⁵の手法によっていると、学説上評価されている¹⁵¹⁾。

¹のように因果関係に着目する見解は、純粹に客観的な考慮によって根拠付けられるので、いかなる制裁概念とも無関係であるとの主張も成り立ちうる。これに対して、²は、人の所為に対する責任という伝統的な

道徳的根拠に基づくものであり¹⁵²⁾、制裁概念と結びつく余地があるのである。

例えば、デシャンは、こうした責任の分割は、被害者を制裁するという意図からしか説明できない、と述べる。けだし、裁判所は、加害者の有責性を公然と斟酌できないのに対して、被害者のフォートを体系的に斟酌しているのであるが、それは、因果関係ではなくそれぞれのフォートの重大性の比率に応じて、さらに無生物責任等の客観的責任領域においては被害者のみのフォートの重大性の比率に応じて、責任を分割するためであり、そのことは、被害者を制裁するという意図からしか理解できないからである¹⁵³⁾。

さらに進めて、被害者のフォートある行為に対する制裁、すなわち民事罰であると明確に述べる見解がある。マゾー＝シャパスは、次のように述べている¹⁵⁴⁾。被害者のフォートが、予見不能ないし抵抗できない性質のものである場合、それは、外来要因とされる。被害者のフォートがそのような性質のものでない場合、被害者は、有責であるが故に、賠償額を減額されることになる。しかしながら、民事責任法の究極的な目的は、個々人の他者に対する関係を規律することにほかならず、このような「自分自身に対する責任」¹⁵⁵⁾を語ることは、ナンセンスである。したがって、こうした被害者の責任に対して、民事罰という性質を割り当てることになるのである。スタルクも、被害者のフォートは民事罰の遺物である、すなわち、これは自分自身に対する責任をどのように理解するのかという問題であるが、被害者の責任は刑罰的性質しか持ちえない、と主張しているとされる¹⁵⁶⁾。要するに、民事責任は、主として填補を目的とし、かつ被害者は全額賠償を得られるのが原則であるのに、賠償額を減額されることに対しては、より強い根拠付けが必要であり、そのために、民事罰概念に頼らざるを得ないのである。また、カルバルは、因果関係に基づく考慮は、純粹に客観的な考慮によって正当化され、いかなる制裁概念とも両立しないかの様相を呈する一方で、こうした因果関係に基づく処理は、実定法が考慮

する全体像を説明できていないと批判する¹⁵⁷⁾。すなわち、前述のように、共同不法行為者間においては、責任の一部免除という抑止的思想に属するものが、大部分において正義に合致するのに対して、この理論をフォートある被害者にも適用した場合、被害者にとって賠償の減額をもたらす金銭的打撃に対して、強い根拠が必要となるのである。そして、その根拠としては、完全でないながらも、民事罰以外にはないという¹⁵⁸⁾。さらにカルバルは、共同行為者間の責任分割につき、裁判所は、もっぱら主観的な考慮に応じて、すなわち各自のフォートの重大性に応じてなしているのであり、必要な場合には、裁判所は、フォートある被害者ではなく、不法行為者を罰する機会を与えられる、と付言している¹⁵⁹⁾。

ただし、このように、被害者のフォートは、加害者の全額賠償を修正する効果を持ち、「責任の分割」準則と呼ばれて一般的になっているとはいえ、学説上、この分割準則には批判があり、例外と考えられているようである¹⁶⁰⁾。とりわけ、被害者の責任の特殊性及び損害賠償保険の役割を十分に考慮していない点が、批判されている¹⁶¹⁾。学説は、被害者の全額賠償を妨げるのは、厳格すぎると考えている。被害者は、すでに身体的苦痛によって罰せられているのである。また、被害者は、軽過失、あるいは避けがたい単なる過誤しか犯していないにもかかわらず、重大な結果を負わされることになる。この場合、フォートがあまり重大でないにもかかわらず、そのような責任を予防する効果がないからという理由で、法はさらに被害者を痛めつけようと言うのか、というのである。次に、保険と賠償の集団的メカニズムである。被告の責任は、保険に付されることが多くなってきているし、しばしばそれは、強制的ですらある。したがって、損害惹起者や危険創出者は、自己の行為の結果を被らされない。それに対して、被害者は、すでに損害を被ったにもかかわらず、さらに実際に責任を負わされることになるのである。こうした不公平な逆説は、とりわけ自動車事故の領域で、タンクが強調したところである¹⁶²⁾。

5. 賠償概念と民事罰

さて、ここまでは、民事罰概念が、特定の領域で作用していることを見てきた。さらに近年のフランスでは、こうした個別の傾向も見据えつつ、賠償概念との関係で、損害賠償が民事罰的機能 すなわち、制裁機能や抑止機能等を果たすようになったと論じられている¹⁶³⁾。すなわち、賠償は、人間の道徳的観念の最も古いもののひとつであるとされるが¹⁶⁴⁾、理解の困難な概念でもある。そして、そのことが、損害賠償に民事罰を復活させることになるとされるのである。

概して、損害賠償は、被害者が被った損失及び得べかりし利益と等価値を命じる傾向にあるとされる¹⁶⁵⁾。したがって、損害賠償額は、被った損害を填補することが主要な機能であり、この填補機能は、結果を別のものに釣り合わせることを意味する。そして、このように特徴付けられるので、填補は、賠償とも区別されなければならない。というのも、賠償は、通常、損害を消すことを目的としているのに対して、填補の目的は、等価のものを与えることに他ならないからである。しかしながら、この2つの観念は、填補の不完全さゆえにしばしば混同されている。そしてこの用語の曖昧さが、損害賠償の有する機能に影響を及ぼしているのである。すなわち、その損害を徹底的に払拭することができないために、損害賠償は、ある種の制裁的な機能を果たさざるを得なくなったのであり、賠償概念は、民事罰なる機能を付随的ないし黙示的に果たすことによって、道徳的な色彩を帯びるに至ったのである。こうして、損害賠償は、賠償機能を隠れ蓑に、民事罰的機能を取り戻したというのである¹⁶⁶⁾。

このように、損害賠償がしばしば民事罰的機能を果たしていることは、議論の余地がなく、それは、有責者のみならず被害者にも課されるものであるとされる。裁判官は、法的にはなく事実上、行為者のフォートの重大性に応じて賠償額に変化をもたせるといって、人道的な傾向にあると言われている。すなわち、因果関係をどこまで認めるかによって賠償されるべ

き直接損害の範囲に差を設ける、あるいは、精神的損害をどの程度認めるか、という事実認定上の処理を通じて、同じ全額賠償でも、賠償額は変わりうるのである。しかしながら、こうした傾向が、損害に関する評価権限と判決理由の簡略さの陰に隠れていることは、多くの論者の指摘するところでもあり、裁判所のこうした態度をどのように解釈し、位置づけるかは、学説にかかっていると言えるであろう。近時では、こうした損害賠償が懲罰的傾向や抑止的傾向を有すると積極的に解釈する学説が増えてきているのではないかと思われる¹⁶⁷⁾。古くは、プラニオル＝リペールがそのように解していたし、スタルクらも、こうした懲罰的傾向は、民事責任が社会生活の調整的役割を果たすことを可能にし、民事責任に予防機能を組み込むことを可能にするとする¹⁶⁸⁾。

実定法は、こうした傾向を非常によく反映している。すなわち、一定の領域では、有責者の行為を考慮した追加的賠償や賠償の最低額を定める規定が存する。例えば、前者としては、民法典1645条（売主が故意の場合の、「買主に対してあらゆる損害賠償」を支払う義務）であり、後者としては、労働法典 L. 122-14-4 条（最低6か月分の賃金相当額）である。これらは、損害が規定されている額を下回る場合に、制裁されるのがフォートであることを如実に表している。

そして、判例も、多かれ少なかれ意識的に、損害賠償に懲罰的機能を割り当てていると評価されている。というのも、行為を制裁したいから、あるいは、賠償額を損失に正確に釣り合わせることができないからである。こうした傾向の現れとして、前述した、被害者のフォートが競合する場合、私生活の侵害や近隣妨害において損害賠償が填補機能だけでなく制裁機能を果たしていること、精神的損害の賠償、名誉毀損における名目的な1フランの請求等が挙げられている¹⁶⁹⁾。

- 1) 前田達明『現代法律学講座14 民法 2（不法行為法）』（青林書院新社・1980）3頁。
- 2) よく知られているように、フォートは、故意・過失を含む概念である。また、論者に

よって、フォートの定義はまちまちであり、違法性や因果関係さえも含むことがあることから、本稿では、あえてフォートを「過失」と訳すのを避け、そのまま「フォート」と表記することとする。

- 3) 例えば、破毀院刑事部1977年2月8日判決 (Crim., 8 févr. 1977, *Bull. crim.*, n° 52, p. 120)。
- 4) 例えば、破毀院民事部1913年5月24日判決 (Civ., 24 mai 1913, *D.* 1916. I. 171), 同1946年10月21日判決 (Civ., 21 oct. 1946, *JCP*, 1946. II. 3348, note P. L. P.), 同1964年5月8日判決 (Civ., 5 mai 1964, *Bull. civ.*, 1964. II. 269; *JCP*, 1965. II. 15140, note P. ESMEIN) 等。
- 5) スタルクが挙げているものだけでも、HINDENBURGH, *La théorie des dommages-et-intérêts*, Rev. crit., 1901, p. 26, TOURNIER, *De la condamnation à des dommages-et-intérêts*, thèse Montpellier, 1896, p. 194 等, 8 本存する。V. B. STARCK, *Essai d'une théorie général de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée*, préface M. PICARD, thèse Paris, 1947, p. 338 et s.
- 6) 身体強制は、1804年民法典制定当時には、2059条から2070条に規定されていたが、1867年7月22日法 (D. 67. 4. 75) によって、民商領域及び外国人に対して、廃止された。
- 7) オープリー = ローは、デュラン等十数本を挙げている。V. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français* d'après la méthode de Zacharie, 4^e éd., 1878, p. 473, note 1.
- 8) STARCK, *op. cit.* (5), p. 390.
- 9) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1931, n^{os} 2346 à 2357, 2364 à 2372; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1939, n^{os} 527, 538, 612 à 614 et 755; M. PRANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd. par P. ESMEIN, Paris, 1952, n° 683; Encyclopédie juridique Dalloz, t. 2, 2^e éd., 1997, Dommages-et-intérêts, par C. L. DECHAMPS, n^{os} 47 à 55 et 244.
- 10) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2354; SAVATIER, *op. cit.* (9), n° 614; PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.*; STARCK, *op. cit.* (5), p. 384; Encyclopédie juridique Dalloz, *op. cit.* (9), n° 244.
- 11) SAVATIER, *loc. cit.*
- 12) STARCK, *op. cit.* (5), p. 363.
- 13) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n^{os} 2347 à 2353; SAVATIER, *loc. cit.*; PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.*
- 14) V. MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2347.
- 15) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n^{os} 2348 à 2350: 航空に関する1924年5月31日法41条2項は、発送者が当該商品の価値を述べていなかった場合に、輸送者の責任を、小包1個につき1000フランに制限し、民法典1953条第2段落も、高価品に対する宿屋の主人の責任を1000フランに制限していること、また、有責配偶者に対する扶養定期金が、その収入の3分の1を超えて命じることができないとする、民法典301条の規定等を挙げる。
- 16) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2357.
- 17) L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904, p. 323.
- 18) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2353: 同条は、船長が共通利益で航海しているのに、その私的な計算に基づく取引をする場合に、他の利害当事者のために、船長が積み込んだ商品の没収を命じる。
- 19) PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.*

- 20) PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.*; MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2355; SAVATIER, *loc. cit.*
- 21) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2356; PLANIOL et RIPERT, *ibid.*; SAVATIER, *ibid.*
- 22) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2354.
- 23) この呼び方は、マゾーに従ったものである。V. MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2366.
- 24) R. von JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit droit romain : 1. De la faute en droit privé*, trad. par O. de MEULENAERE, Paris, 1880; R. von JHERING, *La lutte pour droit*, trad. par O. de MEULENAERE, Paris, 1890.
- 25) 原著は、R. von Jhering, *Schldmoment im Römischen Privatrecht*, Giessen, 1867 である。そのフランス語訳が、前注の *De la faute en droit privé* であり、1880年に出版されている。
- 26) R. von JHERING, *op. cit.* (24), *De la faute en droit privé*, p. 4.
- 27) R. von JHERING, *loc. cit.*
- 28) R. von JHERING, *op. cit.* (24), *De la faute en droit privé*, p. 9. 原典では、„Das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Mass des Uebels und der Schuld ist die höchste Aufgabe der Gerechtigkeit“ である。V. JHERING, *op. cit.* (25), s. 8.
- 29) 例えば、MAZEAUD, *op. cit.* (9), t. 1, n° 19; STARCK, *op. cit.* (5), p. 373.
- 30) STARCK, *op. cit.* (5), p. 377.
- 31) MAZEAUD, *op. cit.* (9), t. 1, n° 19 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 2^e éd., par J. de la MORANDIÈRE, Paris, 1948, n° 284 et s.
- 32) S. CARVAL, *La responsabilité civil dans sa fonction de peine privée*, L. G. D. J. Biblioth. de droit privé, t. 250, 1995, Paris, préface G. VINEY, n° 235.
- 33) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2366.
- 34) *ibid.*
- 35) R. von JHERING, *loc. cit.* (27).
- 36) R. von JHERING, *op. cit.* (24), *La lutte pour droit*, p. 87, note 1.
- 37) L. HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 47.
- 38) STARCK, *op. cit.* (5), p. 376. なお、ここでスタルクが参照している『権利のための闘争』は、ムーランエール訳のものではなく A.-F. MEYDIEU 訳 *Le combat pour droit* である。
- 39) G. RIPERT, *La règle moral dans les obligations civil*, 4^e éd., Paris, 1949, p. 341. なお、この本の初版は、1925年である。
- 40) 小林孝輔 = 広沢民夫訳『イエーリング 権利のための闘争』（日本評論社・1978）110-113頁。
- 41) 小林 = 広沢・前掲（40）111頁。
- 42) ユグネーは、イエーリングを、ドイツ学説における民事罰提唱者であると理解し、しかも支持を得ていると評価している。HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 45 参照のこと。スタルクも、イエーリングを、近代民事罰理論の基礎を築いた一人であると評している。STARCK, *op. cit.* (5), p. 394 参照のこと。
- 43) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2357.
- 44) ただし、マゾーは、契約解除を民事罰で説明している。契約解除を民事罰で説明すること自体は、フランス法学説の中では、かなり特異であるとされる。

- 45) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2365.
- 46) M. PLANIOL et G. RIPERT, *loc. cit.*
- 47) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 168 et 169.
- 48) *ibid.*
- 49) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 127 et s.
- 50) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 129.
- 51) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 141 et s.
- 52) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 159.
- 53) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 142.
- 54) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 260.
- 55) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 263.
- 56) L. HUGUENEY, L'idée de peine privée en droit contemporain, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 35, 1906, p. 491 et s.
- 57) ユグネーが引用するものとして, Kohler, *Lthrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, 1, 1906, s. 131-132.
- 58) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 313.
- 59) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 500.
- 60) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 322.
- 61) STARCK, *op. cit.* (5).
- 62) STARCK, *op. cit.* (5), p. 138 et s.
- 63) STARCK, *op. cit.* (5), p. 406.
- 64) STARCK, *op. cit.* (5), p. 440 et s.
- 65) スタルクの保障理論については, 淡路剛久教授の詳細な論文がある。淡路剛久「スタルク教授の民事責任論 『保障理論』を中心にして」日仏法学10号(1979)1頁以下。
- 66) STARCK, *op. cit.* (5), p. 415 et s.
- 67) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 74.
- 68) STARCK, *op. cit.* (5), p. 393.
- 69) STARCK, *op. cit.* (5), p. 422 et 423.
- 70) STARCK, *op. cit.* (5), p. 423.
- 71) STARCK, *op. cit.* (5), p. 396 et 424.
- 72) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil: Les effets de la responsabilité*, 2^e éd., 2001, n° 1. なお, ヴィネイは, この初版(1988)においても, 制裁機能(民事罰), 予防機能, 回復機能について, ほぼ2版と同じような検討をしてはいるが, 2版においては, より明確に機能論を打ち出すに至っている。なお初版は, ヴィネイの単著である。
- 73) G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* (72), n^{es} 6 et s.
- 74) G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* (72), n° 6-5, p. 18.
- 75) G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* (72), n^{es} 7 et s.
- 76) 近隣妨害とは, 山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会・2002)607頁によれば, 騒音, 煙害, 悪臭, 振動など隣人によって引き起こされた損害であり, たとえ, その侵害

の原因が合法的な活動に不可避免的に伴う内在的なものであり、いかなる非行もその発生者を非難し得ないものであっても、隣人関係の通常の支障・不都合を超える異常なものであると判断され、発生者に賠償義務を課するものをいうとされる。そして、この原理を設定することで、判例は、近隣妨害理論を権利濫用理論と区別しているとされる。

- 77) ヴィネイが挙げるものとして、C. THIBIERGE, *Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile*, *RTD civ.* 1999, p. 561 ; P. LASCOURMES, *La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité*, *Année sociologique*, 1996, p. 359 et s. ; P. RICŒUR, *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*, *Esprit*, nov. 1994, p. 28.
- 78) G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* (72), n^{os} 11 et s.
- 79) M. E. Roujou de Boubee, *Essai sur la notion de réparation*, L. G. D. J., *Biblioth. de droit privé*, t. 135, 1974, Paris, préface P. HEBRAUD.
- 80) G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* (72), n^o 89.
- 81) ただし、著作者人格権について民事罰を主張するのは、フランスにおいては少数説である、と2004年度の著作権法学会に招聘されたフリリップ・ゴドラ教授に伺った。
- 82) ヴィネイが挙げるものとして、J. RAVANNAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, L. G. D. J., *Biblioth. de droit privé*, t. 153, 1978, Paris, préface P. KEYSER, n^{os} 442 à 425 et spécialement n^o 423, p. 482.
- 83) CARVAL, *op. cit.* (32). なお、タンクが、本著の書評を書いている。Revue international de droit comparé, 4-1995, p. 1046.
- 84) 訳出の難しいところであるが、このように、法における道徳律の役割を重視する姿勢は、スタルク、リベールにも共通するところであると思われる。なお、法と道徳の関係については、L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité étude sur la pensée juridique*, Paris, 1947 も参照した。
- 85) CARVAL, *op. cit.* (32), n^o 1.
- 86) CARVAL, *op. cit.* (32), n^o 8.
- 87) Cass. 1^e civ. 17 déc. 1996, *Bull. civ.*, I, n^o 450 et obs. G. VINEY, *JCP*, 1997. I. 4068, n^o 14.
- 88) CARVAL, *op. cit.* (32), n^o 9.
- 89) CARVAL, *op. cit.* (32), n^o 10.
- 90) 破毀院刑事部1991年3月4日判決（Crim., 4 mars 1991, *Bull. Crim.* n^o 108）；同1990年10月4日判決（Crim., 4 oct. 1990, *Bull. crim.*, n^o 331）；同1990年2月28日判決（Crim., 28 févr. 1990, *Resp. civ. et ass.* 1990, comm. 183）。
- 91) この点につき、マロリー＝エネスも、軽犯罪者は、犯罪からいかなる利益も引き出してはならないという、刑事政策に基づいている、とする。V. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, 2003, n^o 129. 2.
- 92) CARVAL, *op. cit.* (32), n^{os} 11 et 12.
- 93) 破毀院第一民事部1959年10月20日判決：Cass. 1^e civ. 20 oct. 1959, *D.* 1959, 537, note G. HOLLEAUX.
- 94) CARVAL, *op. cit.* (32), n^o 12.
- 95) CARVAL, *op. cit.* (32), n^{os} 22 et s.

- 96) CARVAL, *op. cit.* (32), n° 25.
- 97) CARVAL, *op. cit.* (32), n° 28.
- 98) CARVAL, *op. cit.* (32), n°s 29 et 30.
- 99) CARVAL, *op. cit.* (32), n° 31.
- 100) CARVAL, *op. cit.* (32), n°s 36 et s.
- 101) CARVAL, *op. cit.* (32), n°s 39 et 40.
- 102) CARVAL, *op. cit.* (32), p. 43.
- 103) F. TERRÉ, *Propos sur la responsabilité civile*. Archives de philosophie du droit, 1977, p. 40.
- 104) STARCK, *op. cit.* (5), p. 362.
- 105) STARCK, *op. cit.* (5), p. 9.
- 106) スタルクは、ユグネー及び民事罰支持者は、フォートの重大性に応じた段階的な賠償の有効性を指摘しているだけであり、それでは不十分であると評価している。STARCK, *op. cit.* (5), p. 414.
- 107) CARVAL, *op. cit.* (32), n° 238.
- 108) CARVAL, *op. cit.* (32), n° 239.
- 109) ここでは、Encyclopédie Juridique Dalloz, *op. cit.* (9); Juris-Classeur-Civil, Responsabilité civile で民事罰として取り上げられているものを主に検討した。
- 110) 戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償（一）」法学協会雑誌50巻2号（1932）28頁以下、花谷薫「慰謝料の制裁的機能に対する再評価をめぐって 公害裁判を契機として」法と政治24巻3号（1973）22頁以下。また、この議論については、戒能教授の見解と対立していた、石崎政一郎「仏蘭西法における無形損害の賠償について」法律時報6巻8号（1932）31頁以下も参照のこと。
- 111) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2365.
- 112) F. TERRÉ, P. SIMLER, et Y. LEQUETTE, Précis droit privé: *Les obligations*, 8^e éd., 2002, n° 712.
- 113) SAVATIER, *op. cit.* (9), n° 527.
- 114) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 313; L. RIPERT, *La réparation du prejudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1933, p. 22; Demogue, *Obligations*, IV, n° 405; M. DUBOIS, *Pretium doloris*, thèse Lyon, 1935.
- 115) HUGUENEY, *op. cit.* (17), p. 269 et s.; G. RIPERT, *op. cit.* (39), n°s 181 et s. ; SAVATIER, *op. cit.* (9), n° 527; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations: 2. Le fait juridique*, 9^e éd. (par J.-L. AUBERT et E. SAVAUX), Paris, 2001, n°s 140 et 388; J. DUPICHOT, *Le droit des obligations*, 5^e éd. corrigée, 1997, p. 59.
- 116) FLOUR et AUBERT, *loc. cit.*
- 117) RIPERT, *op. cit.* (39), n° 181.
- 118) STARCK, *op. cit.* (5), p. 390 et 391.
- 119) SAVATIER, *op. cit.* (9), n° 538.
- 120) RIPERT, *op. cit.* (39), n°182.
- 121) 破毀院第三民事部1994年1月12日判決：Cass. 3^e civ. 12 janv. 1994, *RTD civ.* 1994. 605, obs. J. MESTRE.

- 122) D. 1975. 240 ; 民法典1152条 2 項を参照のこと。
- 123) Encyclopédie juridique Dalloz, *op. cit.* (9), n° 52.
- 124) 破毀院商事部1991年7月16日判決 : Cass. com. 16 juill. 1991, D. 1992. I. 365, note D. MAZEAUD.
- 125) D. MAZEAUD, *loc. cit.*
- 126) アストラントについては、大濱しのぶ『フランスのアストラント 第二次世界大戦後の展開』（信山社・2004）も参照のこと。とりわけ、225頁以下において、ユグネーやスタルクについても述べられているし、アストラントが私的制裁であることに関する議論も、詳論されている。
- 127) J. CARBONIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 21^e éd., Paris, 1998, n° 373.
- 128) D. P. 67. 4. 65.
- 129) D. 1972. 361.
- 130) D. 1991. 317.
- 131) D. 1992. 451.
- 132) COLIN et CAPITANT, *op. cit.* (31), n° 939 ; L. HUGUENEY, *op. cit.*, (17), p. 303 et s. ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, 9^e éd., par F. CHABAS, Paris, 1998, vol. I, n° 953 ; CARVAL, *op. cit.* (32), n° 11.
- 133) 例えば、破毀院民事部1918年10月28日判決（Civ., 28 oct. 1918 : S. 1918-1919. I. 89）等。
- 134) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 2497 et s. なお、シャバスの補訂のあった改訂版では、アストラントの法的性質は、民事罰であると述べられている。MAZEAUD et CHABAS, *loc. cit.*
- 135) 破毀院第 1 民事部1959年10月20日判決（D. 1959, I. 537, note G. HOLLEAUX, *JCP* 1960. II. 11449, note H. MAZEAUD）。同判決は、「暫定的アストラント、すなわち、有責判決の履行に対する抵抗を打ち破る手段は、遅滞から生じた損害を填補するためのものではなく、通常は、強情に反抗する債務者のフォートの重大性とその資産を考慮して清算される」と判示した。
- 136) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.* (111), n° 1122.
- 137) *Juris-classeur-civil, Régime de la réparation*, par F. CHABAS, 2. 1999, n° 62, p. 19.
- 138) Cass. 2^e civ. 20 nov. 1991, *Bull. civ.* II, n° 308, D. 1992, somm. p. 277, obs. A. PENNEAU.
- 139) Cass. 2^e civ. 2 déc. 1992, *Bull. civ.* II, n° 289, D. 1993, Inf. rap. p. 1, *JCP G* 1993, IV, 377.
- 140) 詳細については、*Juris-classeur-civil, op. cit.* (137), n° 63 を参照のこと。
- 141) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 1448 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.* (132), n° 591.
- 142) MAZEAUD et CHABAS, *loc. cit.*
- 143) *ibid.*
- 144) *Juris-classeur-civil, Cause étrangère*, par P. JOURDAIN, 1993, n° 57 à 60, p. 12 et 13 ; CARVAL, *op. cit.* (32), n° 9 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français, t. IV-2, Responsabilité délictuels*, 8^e éd., par A. PONSARD et I. FADLALLAH, Paris, 1989, n° 83.
- 145) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 1447.
- 146) AUBRY et RAU, *loc. cit.*
- 147) CARVAL, *op. cit.* (32), n° 9.

- 148) FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.* (114), n° 176.
- 149) *ibid.*
- 150) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 1456 et s. ; MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.* (132), n° 594. これらによれば、フランスにおいて過失相殺が規定されていたのは、2, 3の特別規定のみであり、その中で1967年7月7日法5条(船舶が共同のフォートで衝突した場合)が、均等割りによる処理をしているとされている。また、パリ大審裁判所1962年3月9日判決(trib. inst. Paris, 9 mars 1962, *Gaz. Pal.* 1962. 2. 61)が、均等割りで処理した事例として挙げられている。
- 151) MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 1514. ; MAZEAUD et CHABAS, *loc. cit.*; FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.* (114), n° 176.
- 152) FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *loc. cit.*
- 153) L. DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime*, préface A. TUNC, 1977, p. 156 et s.
- 154) MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.* (132), n° 591.
- 155) この点 MAZEAUD, *op. cit.* (9), n° 1467 は、被害者のフォートは、「自分自身に対するフォート」であると同時に、加害者に対するフォートでもあり(つまり、加害者を害している)、被害者のフォートも、フォートの一般的性質を示しているとする。
- 156) *Juris-classeur-civil*, *op. cit.* (144), n° 58. ただし、ここでジョルダンが引用している STARCK, *Droit civil obligations, I. Responsabilité délictuelle*, 4e éd., par H. ROLAND et L. BOYER, Paris, 1991, n° 1291 et s. では「民事罰」という言葉は用いられず、「『制裁』という言葉の有する抑止的意味において、フォートに対する不可欠な制裁概念」とであると述べられている。念のためにローランらの補訂前の初版(B. STARCK, *Droit civil obligations*, Paris, 1972, n° 830 et s.)を確認したが、全く同じ表現がされていた。これは、現在では、「民事罰」という概念から抑止なる概念が派生しているひとつの例証と見てよいだろう。
- 157) CARVAL, *op. cit.* (32), n° 9.
- 158) CARVAL, *op. cit.* (32), n° 10.
- 159) *ibid.*
- 160) *Juris-classeur-civil*, *op. cit.* (144), n° 57.
- 161) AUBRY et RAU, *op. cit.* (144), n° 83; *Juris-classeur*, *op. cit.* (144), n° 60.
- 162) A. TUNC, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, n° 153 et s.
- 163) *Encyclopédie juridique Dalloz*, *op. cit.* (9), n° 53 et 54; *Juris-classeur-civil*, Régime de la réparation, par F. LEDUC, 1996, n° 1, p. 4.
- 164) RIPERT, *op. cit.* (39), n° 121.
- 165) *Encyclopédie juridique Dalloz*, *op. cit.* (9), n° 47.
- 166) *Encyclopédie juridique Dalloz*, *op. cit.* (9), n° 50.
- 167) P. le TOURNEAU 2004-2005 DALLOZ ACTUON, *Droit de la responsabilité et des contrats*, n° 3, 45, 1309, 1553, 1556 et 7025.
- 168) B. STARCK, *Droit civil obligations*, Paris, 1972, n° 974 et s. ; STARCK, *Droit civil obligations, I. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., par H. ROLAND et L. BOYER, Paris, 1996, n° 81 et s.
- 169) *Encyclopédie juridique Dalloz*, *op. cit.* (9), n° 55.

おわりに　まとめ及び日本法における民事罰の顕現について

以上、フランスにおける民事罰概念の生成と展開を追ってきた。フランスにおける民事罰概念の広範さ、そして、それがフォートという民事責任の要件にかかわっていかに発展してきたかを示せておれば、本稿の目的の大半は達せられたというべきであろう。

従来、わが国では、精神的損害の賠償をめぐる議論として民事罰が紹介されてきた。確かに、フランスにおいても、精神的損害を認めるか否か、そして認めるとしてその根拠が何なのかが議論された時期と、民事罰の生成時期は重なっている。しかしながら、見てきたように、フランスにおける民事罰概念は、ひとり精神的損害の賠償を認める根拠としてだけでなく、広く私法全体に浸透した概念なのである。

また、ユグネーが「質的民事罰」と「量的民事罰」と表現したように、フランスにおける民事罰には、失権効をもたらすことを目的とする民事罰と、賠償額の修正をもたらす民事罰の二類型が存在することも興味深かった。この点、わが国では、民事罰と言えば、英米法上の懲罰的損害賠償制度が想起されて、量的民事罰しか念頭に置かれてこなかったことと、対照的である。また、名誉毀損における被害者の名目的１フランの請求も、実損害と異なる賠償ゆえに、量的民事罰とされるのであり、「見せしめ」であるがゆえに、金額的には低くても、非常に不名誉であるがゆえに重い罰であると評価されている。このことは、抑止や制裁とは何なのかを改めて考えさせるものである。わが国の現状では、抑止や制裁を志向するとき、実損害を超える賠償が認められるのかという問題が、第一の壁として立ちはだかっているように思われる。しかし、本当に金銭賠償の高額化だけで解決するような単純な問題なのか、さらに重い課題を突きつけられていると感ずるのである。さらに、名目的な１フランの請求自体は、それこそ１世紀以上も前から利用されていた手段であったようだが、近年、急速審理

と併せて活用されることにより、「見せしめ」という制裁的側面を超えて、むしろ予防機能を果たすようになってきている。権利保護のためには、金銭賠償の有する予防機能だけでなく、他の手段も考えられなければならないことを痛感するのである。

近年、フランスでも、おもに人格権侵害をめぐる、賠償額の高額化が見受けられ、さらにはアストラントをうまく利用して、英米法上の懲罰的損害賠償制度と同じような効果を発揮させる可能性が出てきている。そこでは、判例も明らかに違法行為の抑止や制裁を志向しているという、学説の広範な理解が存している。そして、かつては、精神的損害の賠償を認める根拠でしかなかった「民事罰」を、それが有する抑止機能や予防機能、制裁機能を十分に発揮させるために、実損害を超える賠償額の根拠として認めようとする見解が、学説上有力に現れたことは、さらに注意が必要であろう。

本稿のもう一つの主眼は、責任の客観化と民事罰の生成・発展との必然性であった。民事罰は、フォートに応じた段階的な賠償責任であり、フォートを制裁するものであると定義されることから、アプリアリには、フォートを主観的に解する立場と親近性を有するように思われる。実際、フォートの定義から道徳的要素をすべて排除するマゾーが、もっとも熾烈な民事罰反対者であると目されているのではなかろうか。カルバルも、責任の客観化によって民事責任と懲罰的概念の関係が著しく減少させられ、責任の道徳的機能は致命傷を受けたと述べている。確かに、賠償を拡大するために、フォート以外に、リスクや保障という観念を認めたこと、さらには保険制度に依存したことは、民事責任の有する抑止的機能などを弱め、それを軽視することになったのであり、わが国の状況もこれに類似する。しかし、スタルクが民事罰を認めたのは、保障というフォートに基づかない客観的責任を認めることと表裏をなすものであった。保障という新たな責任要件を認め、それによって、被侵害利益ごとに賠償額を変化させること、そして存在意義を失ったフォートに再び本来の主観的要素を取り戻さ

せること、このふたつのスタルクの見解の支柱は、民事罰概念によってはじめて可能となるのである。私には、ここで再び、人身損害に限っては原則不法行為訴権を廃止し総合救済システムという一括の賠償システムに服せしめることを提唱した総合救済システム論が、結局は、一部の故意不法行為において不法行為訴権を復活させざるをえなかったことが想起されるのである。カルバルは、民事責任に道徳的機能、規範的機能を取り戻させることを志向し、民事罰を主張している。一見すれば、フォートの解釈をめぐる主観主義への復古にも見える。確かに、賠償の拡大へと傾斜しすぎたことに対する反動であることは否めないであろう。しかしながら、彼女の見解は、それにとどまらないように思われる。カルバルは、保険との関わり等も視野に入れ、抑止や制裁を考えているのである。要するに、カルバルは、「民事罰」を法解釈におけるひとつの重要な概念と位置づけ、そのことにより、抑止や制裁を志向しているのである。かくして、私は、リスク理論・無生物責任等の登場によって、責任の客観化が推し進められた時代に、こうした客観化の流れに逆行するかのような、加害者の行為態様や主観を問題とする民事罰が生成・発展してきたことは、決して偶然ではなく、必然であったと考えるに至ったのである。

こうして、フランスでの民事罰概念の生成と展開を追うとき、フランスの動向とわが国の動向は、驚くほど共通点のあることが明らかとなる。第一に、フランスでも、条文上規定のない精神的損害の賠償をいかに処断するかについて深遠な議論がなされたが、こうした議論は、戒能博士や石崎教授によっていち早くわが国に紹介され、わが国においても、慰謝料の有する制裁的機能が徐々に明らかになってきた。第二に、産業の発展やモータリゼーション化に伴い、リスク理論や無生物責任、さらにはスタルクの保障理論が登場し、責任の客観化が推し進められていた頃、わが国でも様々な努力によって被害者救済が図られ、淡路教授の保障理論や加藤教授の総合救済システム論といった、従来の過失責任をめぐる議論の枠組みを超える見解が提唱されていたのである。さらに、スタルクが種を蒔いた民

事罰の有する予防機能や抑止機能は、1980年代にヴィネイ、カルバルらによって成熟してきたが、わが国で「損害賠償の有する機能」が論じられたのも、ちょうど1980年代以降のことであった。最後に、1990年代に入り、わが国では、正議論をめぐる議論をはじめとして、不法行為法が再評価されてきていると思われるが、フランスでも、ちょうどカルバルが、道徳や法の有する規範的機能を重視し、やや主観的責任論への回帰を伴う新たな理論を構築しようとしているのである。このように、わが国と同じような状況に対応しつつ議論を発展させてきたフランス法の今後の動向を探ることは、今わが国が抱えているさまざまな問題に対処する糸口を与えてくれるのではないだろうか。

最後に、こうしたフランスにおける民事罰概念の生成・発展を検討することが、わが国にとってどのような示唆をもたらすのかについて、付言しておきたい。第一に、わが国と、条文上も判例上も親近性を有するフランスにおいて、民事罰概念が解釈論上も発展してきたことは、わが国においても、解釈論的に抑止機能や予防機能を模索する余地があることを示していると言えよう。

しかし、さらに重要なのは、「民事罰」を、法解釈する上でのひとつの基本理念として受け入れることの必要性に気づかされたことである。そもそも、私の問題意識の出発点は、私法領域において、抑止機能や予防機能を発揮させることであり、そのために、金銭賠償の有する機能を考察することであった。すなわち、英米法上の懲罰的損害賠償制度のように、実損害を超える賠償を認めることができれば、それが不法行為の抑止、とりわけ利益追求型の不法行為の抑止に大きく役立つと考えたのである。しかしながら、フランスにおいて民事罰概念が果たす役割、そしてその適用領域の広範さを検討するうちに、何よりも重要なのは、民事罰概念を法の解釈・運用における基本理念として認めることであり、実損害を超える賠償は、抑止機能や予防機能を果たさせるためのひとつの手段にすぎないことが明らかとなったことである。わが国では、抑止や制裁というと、実損害

を超える賠償を認めるかどうかということしか議論されていない。しかしながら、それは各論にのみこだわった議論ではなかっただろうか。なぜ実損害を超える賠償を認めなければならないのか、なぜ私法において抑止や制裁が志向されなければならないのか、根本に立ち戻って検討しなければ、答えは出てこない。民事罰を理念として認めること、それは、高額な金銭制裁だけではなく、既存の利益や特権の剥奪、法による不名誉の確認、差止めや謝罪広告といった、私法におけるより具体的な権利の保護を可能とする。したがって、金銭賠償の高額化それ自体が目的ではなく、本質はむしろ、民事罰を法解釈の基本理念として認めることにあるのである。金銭賠償の高額化は、そのひとつの手段にすぎない。むしろ、実損害を超える賠償額がわが国で認められるようになることは、私法において予防機能や抑止機能を今よりも飛躍的に発揮させることになるのであり、今後追求すべき課題であることには変わりはない。しかし、その壁を乗り越えるのは、いかに実損害を超える賠償額を認めるかという個別各論的な手法によってではなく、まずは、民事罰概念をわが国においても基本理念として根拠付けられるかという、より高次元の総論的手法によらなければならないはずである。

最近、わが国でも人格権侵害事例において、賠償額の高額化傾向が見られ、それを、当該違反行為に対する制裁であると見る向きが、学説上も存するようである。しかし、この程度の賠償額の高額化それ自体は、最近の人格権侵害事例が、金銭に換算し得ない損害だけでなく、金銭評価可能な財産的損害を伴っていることから、むしろ賠償額算定の問題にすぎないとも言える。これに対し近時、わが国においても、フランスの質的民事罰と類似すると理解できる裁判例もいくつかの領域で散見される。本稿では、そのうちのひとつを指摘するにとどめ、わが国においてはたして民事罰概念を法解釈・運用の基本理念のひとつと位置づけることができるか否かを今後の課題とすることで、筆を置くことにする。

札幌高裁は、金銭消費貸借契約における過払い金返還訴訟の事例で、平

成17年2月23日に以下のような、興味深い判決を下した¹⁾。

事案は、登録貸金業者であるにもかかわらず、年利1200%で数回に渡って貸し付けた Y に対して、X が、元本・利息を含めた返済額全額 (108万円余) の返還を請求したというものである。原審が、利息部分の返還しか認めなかったのに対して、本判決は、元本を含む全額の返還請求を認容した。

そもそも利息制限法所定の利息を超過する高利貸付についても、元本部分についてはその返還を認めないのが原則である。それは、利息制限法所定の利息を超える利息・損害金を任意に支払った場合において、制限超過部分を元本に充当することとした最高裁大法廷判決²⁾からも明らかであり、この姿勢は、現在の最高裁も踏襲されている³⁾。つまり、制限超過部分を元本に充当するということは、利息制限法に違反する貸付であったとしても、元本部分は有効であると判示していることにほかならないのである。だからこそ、本件第1審判決も、元本の返還は認めなかったのであろう。

しかしながら、本判決は、本件のように出資法の罰則に明らかに該当する行為については、貸金に名を借りた違法行為にすぎないとし、元本を含めた全額を不法行為に基づく損害であると認定した。ただし、このように全額を不法行為に基づく損害としても、貸主・借主間で元本の授受があったのだから、別途貸主からの不当利得返還請求の対象となる可能性があり、そうなると、せっかく全額を不法行為に基づく損害とした意味がなくなってしまうのである。そこで、さらに本判決は、本件貸付行為を、「もはや、金銭消費貸借契約と構成すること自体が相当ではなく、……民法上の保護に値する財産的価値の移転があったと評価することは相当ではない」とし、その理由付けとして、「……たとえば、通常取引における債権者の不注意に基づく過失相殺の主張が許されても、当該取引が債務者の詐欺や脅迫による場合には、当の欺罔行為者又は脅迫行為者である債務者からの過失相殺の主張を許さないものとする」と同様に、法の実現の場面における各行為や主張の評価として民法及び民事訴訟法の前提となっているものと

解することができる（民法１条，91条，民事訴訟法２条）」と述べているのである。

ここで興味深いのは，通常は有効とされる元本部分についても貸主の権利主張を阻むために，民法１条及び民事訴訟法２条（信義則）が根拠とされていることである。すなわち，貸主が本来行使できるはずの元本部分についての不当利得返還請求権の行使を阻むための根拠として，信義則が根拠とされているのである。これは，フランス法に見られた質的民事罰にまさしく近似するものではなからうか。そして，私は，このように判決が信義則を根拠として社会的に是認されない行為を規律したことに，大きな可能性を見いだすのであり，わが国の私法においても，罰という概念が，法を解釈運用する上での基本的理念として作用する可能性を示していると感じるのである。そして，信義則という一般条項を通じてそのような処理がなされているということは，本件のような不法行為事例を離れて，他の領域でもそうした処理がされる可能性も存するのである。

信義則の機能としては，職務的機能，公平的機能，社会的機能，権能授与機能⁴⁾，あるいは，法具体化機能，正義衡平的機能，法修正的機能，法創造的機能⁵⁾，等が挙げられている。刑罰的要素を色濃く持つがゆえに，「罰」というと過敏反応が起こるが，こうした機能の言わんとしていることは，大差ないのではなからうか。それならばむしろ，民事罰概念を，私法領域においても，法解釈の基本理念と認めるほうが，より適切に法を運用できるのではないだろうか。すなわち，信義則を，極限事例に対処した事例判決の積み重ねと見るのではなく，「民事罰」という支柱が貫いた一つの類型を確立することで，信義則をめぐる錯綜した議論にも，一定の枠組みが構築され，効果的に運用されるはずである。このように，信義則の名の下に，民事罰的発想が顕現している領域は，わが国でもまだまだありそうである。そして，信義則という条文上の受け皿を民事罰に用意することで，民事罰概念も，画餅から脱する大きな可能性を秘めているのである。

- 1) 下級審主要判例情報： <http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanrei.nsf/>
- 2) 最高裁判所昭和39年11月18日大法廷判決民集18巻9号1868頁，最高裁判所昭和43年11月13日大法廷判決民集22巻12号2526頁。
- 3) 最高裁判所平成15年7月18日第2小法廷判決（裁判所時報1343号6頁，判例時報1834号3頁）。
- 4) 好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号（1982）181頁以下。
- 5) 菅野耕毅「信義則論の現状」内山 = 黒木 = 石川遺暦『現代民法学の基礎問題 上』（第一法規出版・1983）。