

民刑峻別の軌跡

廣 峰 正 子*

- 一．はじめに
- 二．損害賠償前史
 - 1．ローマにおける「公の不法行為」と「私の不法行為」の区別
 - 2．ローマにおける訴権の分類
 - 3．デルッサンによる分析 人の所為に対する反応の段階的発達
 - 4．小 括
- 三．culpa 概念の登場と法の分化
 - 1．responsabilité（責任）の語源と culpa 要件
 - 2．culpa 概念の登場と民事訴権の脱「罰訴権」化
 - 3．culpa は主観的か客観的か？
 - 4．法典編纂に至るまでの公私の区別とローマ法の分離原則
 - 5．フランスにおける法典編纂と民刑峻別論
- 四．おわりに

一．はじめに

民刑峻別と聞くと、何を今さら古めかしいことを述べるのかと思われるに違いない。それは、ある意味では、「抑止や制裁はあげて刑法に、損害の填補は民法に」という割り切った区別をもはや単純に信じるわけにはいかない、という認識が広がりつつあるという喜ばしい状況を意味するのかもしれない。復讐という野蛮な要素を法から排斥し醇化していく過程が法の発展過程であり、そうして民事・刑事が峻別されてきたのであるとの観念が、国家権力を強めようとする19世紀時代的ドグマティックであると指摘されてもきた。罰の不断の廃滅を唱えたイエーリングの挫折もすでに述

* ひろみね・まさこ 神戸学院大学准教授

べたところである¹⁾。

ところで、何者かに自己の財産や身体を害された場合の人の原始の反応が復讐であるとすれば、「復讐」とは、はたして必然的に「刑罰」に結びついていくものなのであろうか。今自明の理とされている民刑峻別で述べる「罰」は、「刑罰」でなければならない。ただし、制裁として罰を科する権限は国家の手中にしかないので、それは、必然的に「刑罰」だからである。民刑峻別を語るとき、ローマ法が古くから私法上の不法行為と犯罪を区別していたことがまず指摘される。しかし、ローマ人の述べる「罰 = poena」²⁾とは何であろうか。はたして罰訴権（*actio poenalis*）とは、刑罰を科すための訴権なのか。確かにユスティヌアヌス法典以降東ローマ帝国では、徐々に民事訴権がこの *poena* の性質を失い、填補的性質を強めてきたことは事実であろう。しかし、それは罰と填補を峻別して法体系を精緻させようとする衝動に突き動かされて進んだ歩みだったのであろうか。ローマでは不法行為の一般準則の確立さえなされなかったというのに。

私は、ここで、復讐心は決して人間の心から消滅するものではないからそれを法の中で考慮すべきであるとか、民事刑事を区別してきた歴史が誤っているというつもりは、全くない。それどころか、それぞれの法律が志向する目的を実現するために、それぞれにふさわしい機能を割り当てるという発想は、むしろ当然であろうと思う。一般的にいえば、刑罰は国民の自由や財産を剥奪するものであるから、制裁という役割が国家に割り当てられると考えるのが、現在では自然であろう。しかし、その拠りどころを前述の意味での民刑峻別を是とすることのみに求めるのであれば、何かを見損なうことにはならないか。そのひとつは、いわゆる民刑峻別が

1) 詳細は、拙稿「民事責任における抑止と制裁 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（2・完）」立命館法学299号（2005年）276頁以下を参照いただきたい。

2) *Le Grand GAFFIOT Dictionnaire Latin Français* によれば、*poena* とは、「殺人犯を釈放させることに向けられた身代金（贖い）であり、(そこから)埋合せ、賠償（*réparation*）、復讐、懲罰、罰（*peine*）」を意味し、フランス語の *peine* に対応するという。

culpa すなわちフォート という概念の生成・発展とほぼ歩みを同じくしているという事実から生じる何かである。損害の填補のみが目的ならば過失責任は非効率であるし、損害填補は抑止という目的を実現するための付随的結果にすぎないとの興味深い指摘³⁾もあるように、抑止や制裁を考えると、過失は切っても切れない関係にあるのではないか。したがって、私の趣旨は、民事責任と刑事責任が判然としなかった時代への憧憬や礼賛ではなく、現代的な意義を踏まえた上で、もう一度この問題について検討し、それぞれの法にいかなる役割を割り当て、いかなる機能を担わせるべきであるかを考えるきっかけにしたいということにある。

なお、もとより私は法制史を専門とするわけではないし、ローマ法研究については、すでに優れた業績が多く存する。したがって、これら先行業績に多くを抛りつつ、民刑峻別と過失の関係について考察していくことにする。いわば、今後民事責任にどのような機能を担わせるべきかを検討するための覚書である。

二．損害賠償前史

1. ローマにおける「公の不法行為」と「私の不法行為」の区別

現在は、*délit civil* が不法行為を、*délit pénal* が犯罪を意味する。*délit* とは、国語的には「違反行為」を意味し、したがって、したがって、*civil* という形容詞を付せば民事の不法行為を指し、*pénal* という形容詞を付せば刑事の犯罪を指すことになる。ところで、*délit* の抑止は、古代ローマ法においては、個人ないし少なくとも家族的集団の問題であり、国家は徐々にしかこの領域に介入しなかった。そして、古代のレジームは、ローマの歴史の全てに痕跡をとどめているといわれる⁴⁾。

3) 森田果・小塚荘一郎「不法行為の目的：『損害填補』は主要な制度目的か」NBL 874号10頁以下。

4) Jean GAUDOMET, *Droit Privé romain* 2^e éd., Montchrestien, 2000, p. 277.

ローマにおいては、*délits publics* [*criminen publicum*] と *délits privés* [*delictum privatum*] の区別があったことが知られている。前者が、公序を問題として特別刑事裁判管轄に出されるのに対して、後者は、依然として罰訴権（*action pénal*）すなわち罰金を志向する訴権であり、被害者によって通常裁判管轄に出される⁵⁾。ここで留意すべきは、ローマ法が区別していたのは、*public*（公）と *privé*（私）の区別であるのに対して、現在は、*pénal*（刑事）と *civil*（民事）を区別しているということである。なお、「*jus civile*」とは「市民法」を指し、必ずしも「民法」を意味するわけではないことも注意が必要である⁶⁾。

不法な行為は、有責者に課される債務の発生源ではあるが、*obligation délictuelle* は、「*délit* によって惹起された損害の単なる賠償」という意味ではない。すなわち、現在でいう不法行為責任と混同されてはならないのである⁷⁾。というのも、この *délit* が債務の発生源と考えられたのはずっと後のことであり、当初は、*délit* とは *droit de vengeance*（復讐する権利）を生ぜしめるものだったからである⁸⁾。

権力に服する者（奴隷，家子）が *délit* を犯した場合、その加害者は被害者に *poena* を支払える財産を有していないので、訴えても無駄である。

5) ウルリッヒ・マンテ著（田中実・瀧澤栄治訳）『ローマ法の歴史』（ミネルヴァ書房・2008年）86頁によると、BC 2世紀以来、元老院は、個別のケースについて国家に対する犯罪を裁くために、特別の陪審裁判所（特別査問法廷）を設置し、これと並んで、BC 2世紀後半から、常設の陪審裁判所（通常査問法廷）が現れ、個々の犯罪についての管轄権がこの裁判所に割り当てられた。

6) マンテ・前掲(5)7頁は以下のように述べる；

「市民法」というローマの概念は、ローマに固有の私法と公法の全体を言い表している。……今一つ別の意味での「市民法」は、慣習と法律にもとづく法のことを言い表しており、これに対して裁判を司る政務官、すなわち法務官がその公職権（「命令権」）によって定立し、その告示に記録した法は「名誉法」を形成する。さらにもう一つ別の意味で『市民（ローマ）法大全』でいうところの「市民法」は、教会法と一線を画すものとしての世俗法全体（私法、公法・刑法）を意味している。

7) GOUDOMET, *op. cit.* (4), p. 277.

8) David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 643.

したがって、訴権は、権力者へ向けられることになる。権力者は、その有責判決を引き受けなければならず、そうでなければ被害者に対して加害者を *abandon noxal*⁹⁾ しなければならない。

2. ローマにおける訴権の分類¹⁰⁾

違法な行為がなされたとき、それに対する制裁が行われるよう行動を開始し、その制裁を実現させる主体が、国家である場合は「公の犯罪 *crimen publicum*」であり、被害者である私人の場合は「私の不法行為 *delictum privatum*」と呼ばれる。前者が公法の一部としての刑法において扱われるのに対して、後者は、「罰金」と「損害賠償」という目的の2つの請求権を発生させる。そして、この請求権は、ガイウス以来、「不法行為に基づく債務関係」として把握され、私法としての債務法に編入されているという。ガイウスによれば、市民法上の不法行為として、窃盗 (*furtum*)、違法侵害 (*damnum injuria datum*) (アクィーリウス法による)、人格権侵害 (*injuria*)、強盗 (*rapina*) がある。この他法務官法上の不法行為としては、悪意 (*dolus*)、強迫 (*metus*)、債権者詐害 (*fraus creditorum*) など多く存する。

例えば窃盗に対する制裁は、以下のとおりである。第一は、罰訴権である *actio furti* (盗訴権) であり、目的物の2倍額ないし4倍額の罰金支払いが命じられる¹¹⁾。第二は、財産的補償を目的とする *condictio furtiva* (盗の不当利得返還請求訴権) ないし所有物取戻訴権である。 *condictio* と

9) *Abandon noxal* とは、ラテン語で *noxae deditio* と呼ばれる。Jean-Philippe DUNAND et Pascal PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, Schulthess, 2006, 112頁によれば、「*noxal* 制度の下にある能力者に対して付与される、*peine* を支払う債務又は被らせられた損害の賠償債務を免除されるために、*délit* の行為者を被害者に委ねる手段である」。

10) 本節については、主に、ゲオルク・クリンゲンベルク著(瀧澤栄治訳)『ローマ債権法講義』(大学教育出版・2001)、原田慶吉『ローマ法[改訂]』(有斐閣・1955)に拠っている。

11) 現行盗(現行犯逮捕)の場合は盗品価格の4倍、非現行盗の場合は盗品価格の2倍である。なお、十二表法においてすでにこの区別が見られる。

は、確定物を請求対象とする、対人・厳正・市民法訴権であるから、当該目的物の単価となる。なお、所有物取戻訴権は、物が存在する場合にのみ行使可能であるのに対して、*condictio furtiva* は、目的物が滅失していてもなお行使することが可能であるし、加害者の相続人に対しても行使可能である。

これら不法行為訴権を、請求目的によって整理すると、次のようになる。ひとつは、罰訴権（*action poenalis*）であり、その目的は罰金（*poena*）である。盗訴権（*actio furti*）がこれに当たる。他方は、物追及訴権（*actio rei persecutoire*）であり、その目的は財産的補償である。盗の不当利得返還請求訴権（*condictio furtiva*）がこれに当たる。これは、前述の通り、単価である。したがって、窃盗犯に対しては、被害者は、罰訴権である盗訴権と賠償的な盗の不当利得返還請求権の両方を行使できる。罰訴権は、前述の通り物の2～4倍であるので、単なる補償を超えて被害者に利得を与えるものである。これは、罰訴権なので、加害者の相続人にも被害者の相続人にも相続されない。さらに罰であるので、共犯がいる場合には、それぞれの加害者について訴権を行使できる（要するに連帯債務ではないので、一方が支払っても他方を免責しない）。これに対して、盗の不当利得返還請求権は、賠償的な訴権なので、物の単価が賠償額であるし、加害者の相続人に相続される。なぜなら、盗品の価値が不当利得として相続人の許に存続すると考えられるからである。そして、この両者の訴権は、罰と補償という目的を異にする訴権なので、重量的に競合するのである。後述するアクィーリウス訴権は、この両者を併せ持つ混合訴権（*actio mixta*）である。

アクィーリウス法（紀元前286年ころ成立）は、物の損害に関する従前の法律規定の大部分を廃止して¹²⁾、これらを整理したものであり、不法行

12) 原田慶吉「附 民法709條の成立する迄」原田慶吉著・石井良助編『日本民法典の史的素描』（創文社・1954年）339頁によると、アクィーリウス法は、「同法以前に違法の損害に付いて規定を設けたる総ての法律の一部廃止を為した。是等の法律は十二表法たと

為法のルーツといわれる法律である。同法は、1章において他人の奴隷又は家畜の4足獣を殺害した場合、第2章において詐害行為、第3章で奴隷又は家畜の4足獣の殺害を除くその他の物を焼く・砕く・壊すことによって他人に損害を与えた場合に、金銭債務を課している。このアクィーリウス訴権は、混合訴権であり、「損害賠償」と「罰金」という2つの目的を有する。罰としての性格は、以下の点に現れている。第一に、最高額を規定した点である。すなわち、第1章においては、殺害された奴隷又は家畜が殺害前1年間に有していた最高額を、第3章においては、その物が毀損される以前の30日に有していた最高額を加害者は支払わなければならない¹³⁾。第二に、訴訟額の増加がある点である。すなわち、被告が当該行為を認めている場合(金額のみを争う場合)は単額の有責判決を受けるのに対して、偽って当該行為を争うときは2倍額の有責判決を受けるのである。

3. デルッサンによる分析 人の所為に対する反応の段階的発達

人の所為に対する反応がいかなるものであったかにつき、デルッサンは、『債務法の歴史』の中で、これを4段階に分けて以下のように検討する¹⁴⁾。すなわち、第一段階は、私讐(vengeance privée)である。まず最初に、被害者が属する集団(家族、部族)が、被害者のために復讐をする。この場合、一般的には、同害報復法(loi du talion)¹⁵⁾を適用して、されたことを模倣し、次に復讐行為をする。次に、私讐についての周期が話し合わせ、最初集団で行われていた私讐が個人(被害者本人のみ)によって行われて、終了する。しかし、この私讐は盲目的・無秩序に行われていたわけではな

又は他の法律たるを問はず。」とされる。

13) この点については、「毀損以前の30日」なのか、「毀損以後の30日」なのかで学説上争いがあるという。罰的性質からすれば前者と推測されるが、もし後者であれば、この期間の意味は、損害の範囲を正確に評価することにつながる。(クリンベルク・前掲(10)333頁)。

14) DEROUSSIN, *op. cit.* (8), p. 463 et s.

15) DUNAND et PICHONNAZ, *op. cit.* (9), p. 161によれば、talionとは、「十二表法に由来する私讐行為であり、délitの被害者のために、被害者自身が被ったのと同様の身体的損害を有責者に課すことである(「目には目を歯には歯を」)」とされる。

く、反対に、非常に社会化されたものであったと言う。というのも、集団そのものの存続を考えるべきであるからである。したがって、集団内部での復讐を禁じる一方、他の集団に対する復讐は、自己の集団の統一や団結を図るために許容する制度として確立していき、最後には、和解と平和を志向するようになる。ところで、ローマ法は、最古の段階においてさえ、この私讐という段階を通過していたと言われている。なぜなら、公権力が集団的復讐を阻止していたからである。

第二段階は、裁量的和解（composition facultatives）といわれる段階である。これは、被害者が贖いと呼びうる額の金銭支払（ローマ人が poena と呼ぶもの）を仲介されて復讐の実行を断念する可能性がある場合に発動するものである。この段階におけるこの金銭的和解は、その額が社会によって予め規律されていない限りにおいて、自発的かつ任意のものである。例えば、十二表法以前においては、現行犯でない窃盗の場合、被害者は rachet¹⁶⁾を準備するために有責者と話し合わなければならない。窃盗犯がこれを拒絶した場合、法務官は有責者の被害者への引渡（addictio）¹⁷⁾を命じ、被害者は、加害者に復讐を加えることが可能となる。貨幣が出現する前は、この poena は、例えば家畜数頭というように現物でなされていたと思われる。貨幣普及後、金銭によって poena が支払われるようになったが、しかし、これは、被った損害額に対応するものではない。なぜ

16) 山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会・2002年）478頁によれば、「身代金；代償」とされる。

この点は、フランス刑法の概説書にも触れられている。例えば、Jacques BORRICAND et Anne-Marie SIMON, *Droit pénal procedure pénal*, 6^e éd., Dalloz, 2008, p. 176 は以下のように述べる；

かつては、報償的性質、すなわち身代金（rachat）の価格が罰であるという点に焦点が当てられていた。罰の宗教的起源は、今日でもよく知られている。罰は、犯罪の償いを確保することに向けられ、有責者は神へ侵害をもたらしたのであり、この手続きが漸次非神聖化されていったとはいえ、判決文にはその宗教的名残を残している。

17) 原田慶吉博士は、イエーリング『ローマ法の精神 第1巻（1）』（有斐閣・1950）では、「附與」と訳している（204頁等参照）。addictio は、一般的に「加害者委付」「委付」と訳されることが多いようである。

なら、この贖罪金は、有責者がその額を支払うことにより、自分の命及び被害者の復讐心を贖罪するという思想に基づいているからである。つまり、損害の填補を目的に支払われる金銭では決してないのである。ローマにおいては、十二表法にこの制度の遺物が見受けられることが指摘されている。すなわち、四肢障害と現行犯窃盗及び加重窃盗の場合、被害者は、裁量的和解をするか復讐するかを選択できるのである。

第三段階は、法定和解 (composition pécuniaires obligatoires) の導入で始まる。この段階になると、社会は、法定和解することを課し、もはや私讐の実行を認めなくなる。そして、第二段階との相違は、この和解額が、全ての者及び実在する各違反行為について定められた poena の範囲内で、社会によって決定される点である。ローマでは、十二表法時代がまさにこの段階に該当する。もちろん、この第二段階から第三段階への移行は一度になされたわけではなく、前述のように、一部の場合には復讐と poena の二元的構成が見受けられる。とはいえ、この第三段階は、ローマ以降のフランク諸法においても、tarifs des wergelds¹⁸⁾を通じて看取される。この時期は重要であるといわれる。なぜならば、相対的とはいえ国家の強化と社会的集団における社会的階層や司法的階層の洗練に関係しているからである。例えば、十二表法によって、国家は、poena を決定することで、addictio の結果である私讐を禁止する¹⁹⁾。第二段階と同様、この時期も、まだ審判人 (judex) は損害額を算定する権限を有していない。この権限を裁判官が行使する要件が整備されて以降、国家は、損害の制裁に関心を

18) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Siray, 1931, n° 33.

19) ピーター・スタイン著屋敷二郎監訳(関良徳・藤本幸二訳)『ローマ法とヨーロッパ』(ミネルヴァ書房・2003)10頁は、共和政期に十二表法のいくつかの特徴は修正されたという。すなわち、債権者は、判決を受けた債務者を殺害できなくなったし、強制労働によって債務者に債務を返済させねばならなくなり、後には、債務者を破産させて債権者のために財産を強制公売する手続きが行われるようになったのである。

なお、クリンゲンベルク・前掲(10)335頁によれば、この贖罪金 (poena) 支払いによる和解が、歴史的にみれば、「無方式合意 (pactum)」の最も古い意味である。

持つようになり、第四段階への移行が始まる。

最終段階である第4段階では、公的制裁が、もはや必然的に poena を命じる判決ではなく、損害の填補を目的としている段階である²⁰⁾。賠償 (indemnité) 概念、すなわち被った損害額によって算定される金銭的填補という考え方が、徐々に罰 (poena) 概念に取って代わっていく。ただし、この第3段階から第4段階への移行は、直線的かつ体系的なものではない。例えば、古典期にあたる東ローマ帝国では、一定の所為は罰によって制裁されるが、一方で法務官は、填補目的しか有さない訴権を多く創設しているのである。

デルッサンは、このように分析した後で、古典期後期の東ローマ帝国では填補の優位性が見られると考えているようである。

4. 小 括

こうして見てくると、歴史上は、私訴権が先に出現し、発達してきたことが分かる。確かに古代ローマ法は、私訴権と公訴権を一応区別していたが、国家が侵害行為の抑止に興味を持って、公訴権の整備を進めてきたようには窺えない（詳しくは後述）。それは、以下の理由による。第一に、公訴権と私訴権の区別する基準が、単に行使主体の差にすぎないとされていることである。したがって、「違法行為の抑止は刑法の目的であり、損害填補は民法の目的である」という目的による区別という基準は、実はそれほど古くないのではないかとこの疑問がわく。第二に、アクィーリウス法が述べる「混合訴権」とは、「罰訴権」と「物追及訴権」が混合した訴権であるが、ここで言われる「罰訴権」とは、決して刑罰訴権ではなく、あ

20) 原田・前掲(10)220頁は以下のように指摘する；

ローマ法では、その最後の発展段階においても、不法行為の責任は単なる損害賠償にとどまらず、相手方の処罰を目的としていた。不法行為訴権である罰訴権には、そのような性格が幾多現れている。ただし、ローマにおいては、復讐なり懲罰は、早くから加害者個人に加えられるものとの考えが確立し、家族親族の連帯責任制度は見えない。

くまでも民事訴権なのである。まさしくこの点においてこそ、同法は、復讐的要素を持つ民事訴権であると評価されるのである。さらに付言すれば、損害賠償の性質をもつとされる「物追及訴権」として、決して純粹に賠償的性質のみに還元できるものではない、との指摘もある。第三に、訴権の競合に対する考え方である。ローマ法では、窃盗など限られた場合ではあるが、公益に対する侵害である場合に、私訴権と公訴権の両方が成立する。しかし、私訴権で加害者が制裁された場合、当初は、重ねて公訴権で罰することはなかった。私訴権である罰訴権で加害者が制裁されている以上、公訴権で二重に処罰する必要がないので、この場合、両訴権は選択的競合の関係に立つと理解されたのである²¹⁾。反対に、加害者が複数存在する場合、すなわち共同不法行為の場合などは、各人に対する訴権が競合していると法的に構成されるが、この場合は、仮にそのうちの一人が債務を弁済して被害者に満足を与えたとしても、他の者に対する訴権は消滅しない。罰だからである。したがって、共同不法行為の場合に各加害者の賠償義務が連帯債務と構成されるようになったのは、もっと後のことである。そして、罰である以上、被害者が被った損害額には対応しない。加害者が支払う額は、加害者が同害報復を免れるために支払うべき額、支払いうる額、そして被害者が宥恕できる額に対応することになる。

21) この点は、原田博士も次のように指摘する(前掲(10)219頁)；

特別の例外 例えば強盗、他人の奴隷の殺害を除き、通常は両責任は単に選択的に競合するのみで、刑事上の訴追をなすときは、私法上の訴権を実行しえないのを原則とする。刑事裁判でも民事裁判でも、いずれも加害者を罰することを目的とし、ただ罰する方法が異なるだけであるから、一方で罰したならば他方で罰する必要はもはやなく、ただ強盗や奴隷殺のような重大な行為については、行為者の行為を憎んで多数の責任を負わしめるべきであるとの考え方である。

三．culpa 概念の登場と法の分化

1．responsabilité（責任）の語源と culpa 要件

「責任」という言葉は、意外に新しい言葉で、ローマ時代には存在しない²²⁾。そして、この抽象的な総称の不在は、ローマ法が、わざわざ一般原則の形で、自ら犯した不法を賠償する義務を各人に課すことはなかったという事実によ来するのではないかという²³⁾。ではまず、デルッサンが紹介する *responsabilité* という言葉の興味深い語源を概観しよう；

ローマの法律用語には、「*responsabilité*」という言葉は存在せず、*respondere* という動詞のみ見つけるが、これは2つの意味を持ちうる。第一に技術的な意味では、*respondere* は *spondere* (*promettre*) に行き着く。*spondere*²⁴⁾ は、主として、契約の範疇、特に *stipulation* (約定) の成立に必要な対話の中で、用いられる：「*spondesne?*」(「汝は誓約するか?」) と *stipulant* (将来の債権者) が尋ねる；「*spondeo*」(「私は誓約する」) と *promettant* (将来の債務者) が答える (*répond*)。 *stipulation* において、約束する者は *sponsor* と呼ばれる、なぜなら、彼は予め義務 (*engagement*) を果たすことを課せられるからである。彼の債権者は、保証となるもの (*garant*) を提供するように彼に強いることができるが、それを *responsor* と呼ぶことになる、なぜなら、彼は、主たる債務に *répondre* (答える、応じる) ことを義務付けられているからである。したがって、この技術的な意味では、「*répondre*」は、将来出来事を予め保証

22) このことは、よく指摘されている。例えば、Annick DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, L. G. D. J, 1986, p. 38 は、*responsabilité* という言葉は、18世紀終わり頃に登場したと指摘する。

23) DEROUSSIN, *op. cit.* (8), p. 642.

24) 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社・1985年)332頁によると、「誓約すること、引き受けること、保証すること、諾約すること、約束すること、断言すること」である。

し (garantir), 引き受ける (assumer) ことである。例えば, 債務者は, 自己の債権者に対して répondre する義務を負う。

第二にその大きな意味においては, *respodere* は, まさしく単に *répondre*, 問いに対して答えることを意味する: 例えば, ある法的な質問をされた法律家は, *reponsum* の形式で助言を与えるのである。

この語源が示すことは, ローマ法には, フランス民法典1382条やわが709条のような, 不法行為責任の一般規定が存在しなかった, という事実である。十二表法やアクィーリウス法, さらに多くの法務官訴権が創出され, 損害惹起者が賠償を負うべき多くの事例が知られているが, それは, イギリス法のように多くの *tort* の集合にすぎない。しかし, 原則的なものがまったく存在しないのかといえ, そうではない。ウルピアヌス [170-22頃] は, 「他人を害してはならない」²⁵⁾ と述べている。この点, デルッサンは, ローマ法には一般規定がないから一般準則がないと結論付けるのではなく, 一般準則は自然法秩序の中に存在し, ローマ法はこの適用を一定の要件 すなわち *dol* 又は *culpa* の存在にかからしめているのだ, と考えるのが適切であると述べている²⁶⁾。

そして, 一般規定が存在しない以上, 自己の行為に応えなければならぬ法的義務は, 特に明示された場合にしか行為者に課されないのである²⁷⁾。

25) D. 1. 1. 10. 1: 《*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*》。なお, 学説彙纂50巻のうち3分の1の法文は, ウルピアヌスの論著からの引用といわれている。

26) DEROUSSIN, *op. cit.* (8), p. 647. デルッサンは, 続けて, 次のように言う; それは, そこではそもそも根本的な歩みである。無差別に賠償を義務付けるために民法を道徳に合わせることが, むしろ正確には, 道徳化の歩みに属する場合には。

27) 古典期は, サビヌス派・プロクルス派に属するいずれの法律家も, 原理の一般的表現を信用しなかった。その理由は, 彼らがそうした一般的表現を編み出せなかったからではなく, 表現が一般的なものになるほど適用に際して例外が増えてしまうため, 結果として法が不確かで予測不可能なものになってしまう危険が生ずるからである。

このようにカズイスティックな構成を一定の順序に配列する過程は, 共和政末期に, ギリシャの分類法のもとで始まったが, この分類化・体系化のはしりは, ムキウス・スカエウオラ [BC 142-82] である。この点不法行為に絞って一瞥すれば, スカエウオラは, 財物の窃盗と財産的侵害とを全く別のものとして扱ったが, 1世紀後のサビヌスは, これ

十二表法ではわずかだった特別規定は、時が経つにつれて学説や法務官の働きによって増加した。それでも、行為者が répondre しなければならない場合は、法律か法務官告示で明示された場合に限られるのである。

2. culpa 概念の登場と民事訴権の脱「罰訴権」化

上述のごとく、ローマ法の不法行為訴権の目的は、罰金（poena）の追求であって、賠償の請求ではない。この点、原田慶吉博士も、たとえ、被害者に支払われるべき poena が、経済的に見て多分に損害賠償の作用を果たすことがあったとしても、これは副次的な効果であるとし、さらに、わが709条の「故意又は過失により」という要件、いわゆる過失主義は、原因主義を採るドイツ法系に対立するローマ法の根本的基礎主義であることは、一般法律人の常識といわれているが、このいわゆる過失主義がローマ法のいかなる発展段階の産物であるかは、なお論争があると指摘する。そして、この問題の出発点は、damnum injuria datum（不法損害）を規律したアクィーリウス法に存するとするのである²⁸⁾。アクィーリウス法訴権

らをまとめて不法行為の概念を構成した。これによって被害者は、（損害賠償に加えて）不法行為者への処罰を求める民事上の訴権を与えられた。2世紀中葉のガイウスは、その『法学提要』で、法全体を「人・物・訴訟」の3つに区分した。ガイウスのいう「物」は無体物も含んだが、債務（obligatio）もこれに含まれるとした。さらにガイウスは、債務（obligatio）を、債務者の負担であるとともに債権者の資産であるという、新しい視点で捉えた。債権者が債務者を訴える権利を obligatio として取り扱うことによって、この概念を拡張し、この範疇のもとで契約だけではなく不法行為を債権の発生原因に含めることができたのである（スタイン・前掲(19)23頁以下）。

- 28) 原田・前掲(10)338頁。また、原田・前掲(12)346頁以下は次の点を指摘する；ユスティニアヌス法典の damnum injuria datum 観念が、一面総括的事実訴権の働きにより窃盗の領域までも侵して、物の損害ある場合を広く自己の領域内に帰属せしめつつ、他面自己の内部において学問的にも組織化されて、統一的観念に到達しつつある現象を見たが、さらに重大な意質的变化は、物の損害のみならず、自由人の損傷をも自己の領域に収めることによってなされた。こうして、人及び物に対する損傷という現在の不法行為の大部分をこの観念によってまかないうるのである。ただし、自由人の殺害については、damnum injuria datum にも injuria にも帰属せず、後の発展に委ねることになる。そして、この訴権の拡張は、16世紀以降の「パンデクテンの現代的慣用」において、この訴権を中心と

は、中世以来、各種法益侵害に対する本訴権の適用範囲を拡張する一方で、他方その罰的性質を抹消していったといわれる。同法は、他人の物に加えた損害を規定したが、ユスティニアヌス帝時代では、自由人を傷つけた場合にも、本来訴権又はその準訴権が認められた²⁹⁾。

ユスティニアヌス帝時代も、表面的には、アクィーリウス訴権の罰訴権性は、変わらない。しかし、もっぱら罰訴権とはいえ請求額は単価であり、しかも利害関係が基礎となっているので、その罰的性質は、他の不法行為、例えば窃盗と比較すれば希薄である。そして、ユスティニアヌス法典においては、賠償的性質が一段と強まり、古典法には見られない、罰的思想から遠ざかる理論が現れる。すなわち、*noxae datio* が許されないのは、古典法時代には家長が不法行為を知悉していた場合に限られたが、選任における過失という理論によって、一層制限されたのである。また、第1章における最高価格の賠償についても、そのような価値の変動という特別事情なき場合には罰訴権ではない、という結論になった。そして、ピサンチン法学者は、ついに、*damnum injuria datum* を *dolus* (悪意) に置き換えたのである³⁰⁾。この点、ゴドメは、後に触れるように、古典期の判例は、権利なく犯された行為 (*injuria*) なる概念から、フォート (*culpa*) を要求するという非常に大胆な解釈をなし、重大な改革をもたらしたと指摘している³¹⁾。すなわち、アクィーリウス法は、権利なく惹起された損害を抑止していたが、害する意図は要求していなかったので、この訴権は、意図的でない損害事例の場合でも行使可能だったのである。

さらに、注釈学派の唯一の大きな変化であるが、共同不法行為の場合における重疊的責任が連帯責任に転化する。注釈学派は、比較的ユスティニアヌス帝法源に拘束されることが強かったため、この訴権の罰的性質を表

して、これに全ての不法行為訴権を統合しようとする思想の発芽を見ることになるのである。

29) 原田・前掲(10)226頁。

30) 原田・前掲(12)350頁。

31) GOUDOMET, *op. cit.* (4), p. 283.

から否認しなかったが、できる限りその罰的性質を狭義に解しようと努めている。そして、この訴権の損害賠償への接近は、原状回復という別の内容を認める学説を生み出した。なお、法源に比較的拘束されなかった後期注釈学派も、この訴権に対しては案外進歩を示していない。罰的性質も、通常的基础付けをもって承認されている³²⁾。

要するに、アクィーリウス訴権は、当初物的損害しか対象としていなかったが、*damnum injuria datum* の解釈を通じて、同法が対象としていなかった侵害類型 自由人の人格権侵害（身体及び名誉）や不作為による損害など につき、同訴権を模範とした法務官訴権や事実訴権を多く認めるようになってきた。そして新たに創設されたそれらの訴権は、数倍額賠償や否認の場合の倍額賠償、共同不法行為の場合の重畳性や非相続性といった、罰訴権を徴表する性質を備えていないものが多かった。では、それは如何なる理由からかというのが、次の問題である。この点、*culpa* という新たな要件から過失責任主義が誕生したことがその理由であろうか。すなわち、罰は故意になじむものであり、過失責任を認める以上、それは填補賠償へ近づくという主張である³³⁾。そのためには、この *culpa* なる要件がいかなるものであったかを検討しなければならない。

3. *culpa* は主観的か客観的か？

はじめに、アクィーリウス訴権の成立要件を確認しておく必要がある³⁴⁾。第一に「財産的損害であること」である。第二に、「損害を与えた行為」が存することである。これには、行為と損害の間に因果関係があること、

32) 原田・前掲(12)357頁以下。

33) 原田・前掲(10)229頁；「不法行為法の進化は、私法の面からは罰的性格を追放するにあるといい得る。注釈学派以後本訴権の罰的性格を抹消して、専ら損害賠償を目的とする訴権たらしめて行った。本来本訴権は通常の場合で特殊な事情を伴わないときは、責任は単価で而かも取得すべかりし利益の請求も可能であるから、最も損害賠償的意義を有していたので、本訴権が不法行為の損害賠償訴権に変化せしめられるに適したのである。」

34) クリンゲンベルク・前掲(10)330頁。なお、第一の「財産的損害」であるという要件が、徐々に変容してきた点については、前述した；GOURMET, *op. cit.* (4), p. 282 et s.

及び、積極的行為の直接の結果として生じたことが必要である。すなわち、「身体活動の直接の結果として、物の実質に加えられた損害」という要件である。なお、この行為は、1章においては「殺害する」、3章においては「焼く、砕く、壊す」というように、行為類型が限定されている。第三は、「不法 *injuria*」である。これは、「違法性」と「帰責事由」(広義の *culpa*) を意味する。クリンゲンベルクは、この帰責事由を、さらに「故意 *dolus*」と「過失 *culpa* (狭義の *culpa*)」に分けている。

では、この *culpa* は、当初から、故意・過失といった主観的要素を含む要件だったのであろうか。この点については、実は、古典法においては因果関係ないし帰責可能性の意義しか有せず、予見しうべきものを予見せざる不注意の意は、始めてビザンチン法学に至って発生したとの指摘が多数を占める³⁵⁾。要するに、当初は、客観的違法な所為のみが要件であったすなわち、*culpa* は客観的なものであったが、ビザンチン期の主観主義、意思主義が、*culpa* の意図的要素を非常に強調したとするのである。この点、ゴドメ³⁶⁾ は、ビザンチン期は、この *culpa* は、「慎重な人ならば予測したであろうことを予測しなかったという所為」と定義され、この *culpa* の評価(主観的観念：慎重さや注意の欠如)は厳格になされたとする。いわゆる「*in lege Aquilia et culpa levissima venit*」(アクィーリウス法にあっては極めて軽微な *culpa* も考慮される)の準則である。

確かに、ローマにおいても、古くより人を殺した場合や火災を生ぜしめた場合に、有意犯と無意犯の区別は認められ、制裁を異にしていた。しか

35) 原田・前掲(12)351頁以下；平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』(有斐閣・1923)286頁以下など。

クリンゲンベルク・前掲(10)332頁も以下のように述べる；当初 *injuria* とは不法、違法を意味し、初期の段階においては法秩序に対する客観的な違反があれば責任の発生にとって十分であり、行為の主観的側面が特に調べられることはなかった。時代がすすみ、行為の主観的側面、すなわち帰責事由(広義の *culpa*)もまたこの概念の中に組み入れられた。古典期にはアクィーリウス法において故意(*dolus*)のみならず過失(狭義の *culpa*)ある場合にもその責任が肯定された。

36) GOUDOMET, *op. cit.* (4), p. 283.

し、無意犯がいつの時代から過失主義で処理されたかに関しては、近代の法文批判研究によっては、契約責任の場合と同じく過失主義の古典性を否認するものもある。原田博士は、おそらく古典時代には予見せばかりしものを予見しないというフォーミュラでの culpa 概念は認められていなかったが、責任を負わされるためには、社会的に批難に値する行為でなければならなかったであろう³⁷⁾、と述べている。

デルッサンは、民事責任が主観的なものか客観的なものかを検討するに際し、まず古代オリエント諸法を分析して、以下のように結論付ける；ここでは、責任は本来専ら客観的なものと信じられていたし、フォートについての主観的概念は知られていなかったので、comportement（ふるまい）を超える fait（所為）を制裁するだけで満足していただろう。しかし、最近の研究では、古代オリエント諸法でも、古代ローマ法と同様に、故意（dol）と意図的でないフォート（faute involontaire）が区別され、さらにこの区別が、制裁と単なる填補を区別させたとの指摘がある。すなわち、財産に対する意図的でない侵害が填補の対象にしかならないのに対して、意図的な行為、侵害する意図でなされた詐欺的（dolsifs）な行為、意図的でなかったとしても身体の完全性に対する重大な侵害の場合、有責者（coupable）に対して制裁が課される。したがって、黙示的に制裁と填補が区別されていると思われるし、例外を除いて、réparation は、財産に対する意図的でない侵害を制裁するものである。さらに、あらゆる場合において、不器用（maladroesse）や軽率（imprudence）が問題となる。そして、そもそも、行為者が自己の行為からいかなる利益もひきだしていない

37) 原田・前掲(10)223頁。さらに、原田・前掲(12)355頁は以下のように主張する；

culpa に批難せらるるが如き落度なる道義の意味を存して居れば、それは過失と称して差支えない。そのことは、culpa が、予見せばかりしものを予見せずと謂ふ言葉の形になって、既に古典時代に現れていたのかの問題とは自ら別である。然し乍ら此の問題を解決せずとも、古典時代の法制を過失主義と呼ぶに何等の差支えとなるものではない。damnum injuria datum 中の「違法」(injuria) の語に代えて culpa なる語が置き換えられてよりは、ローマ法には、最早、原因主義客観主義的結果責任と謂ふことは damnum injuria datum の領域に於いては一般には主張しえないのである。

という事実のみから、意図的でない侵害が問題であると推定できることが多い。反対に、行為者に利得させる財産的侵害(vol; 窃盗)は、意図的であるとみなされ、罰そのものを発動させる。すなわち、物の価格の数倍の罰金や、身体刑(手足の切断、処刑)である³⁸⁾。

これに続くデルッサンのローマ法における分析は以下のとおりである；ローマ法においても、問題となっている行為の客観的分析が優勢であったに違いない。したがって、当事者の主観ではなく、犯された行為の結果を分析することに集中したのである。ところで、何かに répondre することは、ある義務が存在し、それが一定の振舞を強制し、それに違反すれば、その違反が賠償を義務付けることのみを意味する。このことは、ローマ法が、第一に、利害関係人の動機や意図は考慮しなかったが、当該行為によって惹起された不安は考慮したという事実によって説明される。いくつかの言葉の語源は、この理論を支持している。例えば、delictum という言葉は、ある意味で「manquer」「faire défaut」を意味する delinquere という動詞に結びつけられている。したがって、délit は、この言葉の最初の意味としては、ある行為によって惹起された欠如(le manque créé par une acte)である。この点、古代については、いくつかの条文が当該行為が dolo sciens [注：悪意で知って、故意に意識して、悪意で意識して]を充たしていたことを要求しているといふとの指摘がある。ただし、dolo sciens で犯された行為は、実際、事情を了知して犯された行為にすぎず、行為者が自己の行為とその結果を認識していたことで十分だった。反対に、古典期ローマ法においては、害する意図は、それ以上に強められる。dol は、損害を発生させる熟考の上での意図的、かつ道徳的に避難されるべき行為という作為に存するのである。それは、同時に、injuria (人格権侵

38) この処理の区別として、デルッサンは、ハンムラビ法典 120, 124 を挙げる；怠慢な(negligent) 受寄者は、寄託者が被った損失しか填補しなくてよいのに対して、意図的に返還を拒絶する受寄者は、罰によって制裁されるのである(彼は、その物の価値の2倍を支払わなくてはならない、ハンムラビ法典 120, 124)。

害)の要件のひとつになる。これは、東ローマ帝国にしかその影響を及ぼさなかったとはいえ、ギリシャで開花した *culpabilité* に関する議論と無関係ではないだろう。さらに、古典期ローマ法の *culpa* が客観的だったのは、人間に対する見方に起因すると指摘する。すなわち、責任に関する二重に主観的観念は、人間の中に自己の行為につき自発的かつ自由な行為者を見るというある種の人間学に対応しているが、ローマ法は、少なくとも古典期は、そのようには処理していない。むしろ、その正常な状態、すなわち当該社会的集団の正常な行動との一致に関して自問しつつ、行為者 (agent) にまでさかのぼり、場合によってはその者にそれに答える義務を課すために、所為から始めることになるのである³⁹⁾。

古典期までの *culpa* が専ら客観的なものであり、それがユスティニアヌス法典以後過失を意味する主観的要素を要求するようになったとして⁴⁰⁾、そのことが、不法行為訴権をして賠償訴権へと変容させた理由なのであろうか。すなわち、単価の損害賠償義務を認めるには、害する意図までは必要ではなく過失で足りる半面、罰をもって制裁するためには害する意図の存在が必要であり、この視点が賠償訴権と罰訴権を分化させていったと言いつけるのか否かという問題である。この点、デルッサンは、古典期学説は、*quasi-délit*⁴¹⁾ という類型を明確には引き出さず、すべての侵害を *délit* と

39) DEROUSIN, *op. cit.* (8), p. 650.

40) フリッツ・シュルツ著（眞田芳憲・森光訳）『ローマ法の原理』（中央大学出版部・2003年）279頁は、以下のように述べる；

不法な行為の法においては、(それが契約法上の不法な行為であると、非契約法上の不法な行為であるとを問わず)、ユスティニアヌス法の下では、ほとんど例外なしに過失責任の原理が適用された。知っていること *scientia* や、*bona fideas* 及び *mala fideas* (善意・悪意の意味における) が、法的効果に差異をつける根拠としてしばしば用いられた。また、特に古典後の時代においては意思 (*animus, voluntas*) が大きな役割を果たしていた。

41) *quasi-délit* (準不法行為)とは、現在は、「過失による不法行為」を意味し、フランス民法典1383条が規定する。しかし、ユスティニアヌス法典が整理した準不法行為は、以下の4つである；

審判人が訴訟を自己のものにするとき（審判人が法を歪曲したり、職務上の義

して扱おうとするところに限界があると指摘する。したがって、罰が制裁するのが意図的な行為であるのに対して、単に賠償のみの領域が意図的でない領域と一致すると主張することは、一定程度にしか正しくないのである。それよりも、刑事制裁の対象にはならず賠償のみを生じさせる諸々の所為は、しばしば、共通点がある。すなわち、害する意図そのものが存在しないというだけでなく、行為者がそれを犯すことによって、被害者を犠牲にして利得することは追求していなかったという事実なのである⁴²⁾。

以上を総括すると、結果責任、原因主義から過失責任への転向が、不法行為訴権の賠償性を強めたことは、一定の範囲では正しいように思われる。しかし、それは、故意や害する意図をもった行為を刑罰で処罰すべきという区別をもたらしたというよりは、むしろ、罰訴権が「単なる損害賠償ではなく、被害者に利益を与える訴権」と考えられたことに関係するように思われる。要するに、加害者が被害者を犠牲にして利得することを追及していない場合は、被害者にも利益を付与すべきではないという衡平感覚によるものではなからうか。この衡平感覚は、懲罰的損害賠償を課す場合として、特に営利目的のフォートを挙げるカタラ草案1371条にも通じると言うことは、行き過ぎであらうか。

務に違反して訴訟当事者が損害を被った場合)に認められる法務官法上の訴権。

流出投下物訴権(住居から投下又は流出した物により損害が発生したときに負う無過失責任。損害額の2倍が請求目的となる。)

据置吊下物訴権(人の往来する道路に面する家屋において、何かある物を危険な状態で置き又は吊り下げの場合、未だ損害が発生していなくとも、危険状態にあるという理由だけで、この者を相手方とする定額の罰金を求めることができる訴権。)

船主・旅館の主人・厩の主人が、その使用人による窃盗及び物毀損について負う責任。

したがって、「過失による不法行為」を意味する準不法行為をローマ法の中に見ようとするマゾーの見解(及びそれに影響を与えたとと思われるポティエの見解; POTHIER, *Traité des obligations*, n° 116.)は、正確さを欠くと思われる。フランス民法典編纂に関する議論としては、アラン・ワトソン著(瀧澤栄治・樺島正法訳)『ローマ法と比較法』(信山社・2006年)221頁以下が興味深い。

42) DEROUSSIN, *op. cit.* (8), p. 649 et s.

4. 法典編纂に至るまでの公私の区別とローマ法の分離原理

「ローマにおける *délit public* と *délit privé*, *action pénal* と *action réipercecutoire* の区別に導かれて、違法行為の抑止は主として国家によって保障されるべきであり、他方損害の賠償は個々人間で規律されるべき事件であるとの考え方が、少しずつ学説上明らかになってきた。そこから、罰と賠償の区別が生まれたに違いなかった。」⁴³⁾とは、有名なドマの言葉である。しかし、見てきたように、罰訴権と賠償訴権の分化が、抑止・制裁を国家に、損害賠償は個人間でとの分化に必ずしも直結していないことが分かった。では、この民刑峻別の思想は、*public* と *privé* の区別、すなわち公私の区別によるものなのであろうか。

私法と公法を明確に区別したのはウルピアヌスの法学提要が最初であるといわれる⁴⁴⁾。それまで「公法」という用語は明確な意味を持っておらず、当事者が変更できる市民法上のルールとの対比で、私的な合意によっては変更できない市民法上のルールを指すことが多かった⁴⁵⁾。スタインは、このウルピアヌスの意図は、おそらく、伝統的な市民法を皇帝の干渉から守り、新たに市民法が適用された新市民たちに、市民法が公法とは全く異なるものだということを再確認することにあつたと推測する。しかし、この区別は、重大な結果を持つことになった。この古典期と呼ばれる時期（1～2世紀）は、技術的にもっとも精密で洗練された様式に到達したという意味で、ローマの法発展の頂点とされる。しかし、この時期はネロら残酷な皇帝たちの治世であり、これが法治国家としてのローマの栄光の一つの絶頂をなすというのは、明らかな逆説である。スタインは、この逆説の答えは、私法を他の法分野から分離するという、暗黙のうちに受け入れられ

43) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{er} partie, III, titre V.

44) スタイン・前掲(19)27頁；「法学の主題には公法と私法の2つがある。公法はローマ帝国の組織に関し、私法は個人の利益に関する。」(D. 1. 1. 1. 2)

45) スタイン・前掲(19)27頁は、パピニアヌス「公法は個人間の約束によって変更できない。」(D. 2. 14. 38), ウルピアヌス「個人間の合意が公法に修正を加えることはできない。」(D. 20. 17. 45. 1)を挙げる。

た区別に見出されると指摘する。私法では私的な個人間の関係が問題であるが、初期の皇帝たちは、私法に干渉してもほとんど何の利益にもならないことを理解し、不必要な変更を加えずに私法を保持し発展させることが好ましいと考えたのである⁴⁶⁾。また、法学者は、主として私法に従事し、公法・刑法・宗教法の問題を一般に取り扱わなかったことがよく知られているし⁴⁷⁾、ユスティニアヌス法典もそのほとんどが私法に関係することに鑑みれば、少なくともこの時期に公法がそれほど発達していたとは思えない。では、なぜこのような区別がなされるようになったのであろうか。この点は、シュルツの分析が非常に興味深いので、以下概要を示すことにしよう⁴⁸⁾；

「元始においては、万物は一つであった。その後、精神が現われ、区別をなし、秩序を創造した。」アナクサゴラス Anaxagoras のこの言葉は、すべての学問の、したがってまた法律学の本質的な任務の特徴を顕わにしている。すなわち、法律学も一つの「区別の術」⁴⁹⁾である。第一に問題となるのは、法を非法から区別し、法たるの境界線を標示し、法秩序を自足的に発展させることである。法や習俗、倫理はいたるところで織り成しているが、ローマ人は早い時期からこの分離の遂行に着手した。十二表法は専ら法規範だけをその内容としていたし、後世の法律学は、制定法によって規律されていない領域については、ローマ的厳格さを駆使して分離をどんどん推し進めた。いわゆる「道義的義務」といわれる非法的拘束が区別されたし、法の経済的考察も欠落している。また、刑罰の目的についても法学者がこれを詳

46) スタイン・前掲(19)21頁。マンテ・前掲(5)113頁も、帝政期の最初の2世紀は、一方では国民からの政治権力剥奪と、他方では私法の領域のかんりの寛大な態度という分裂を特徴とした、と指摘する。

47) 原田・前掲(10)22頁；スタイン・前掲(19)18頁など多数が指摘する。

48) シュルツ・前掲(40)21頁以下。法と道徳、宗教との分離については、ワトソン・前掲(41)6頁以下も指摘する。

49) シュルツの引用するものとして、Rudolf von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. 2^e éd., 39; 3, 1.

細に論じることがなかった。すでに共和政の初期に、神法と人法が区別された。さらに重要なのは、公法（*jus publicum*）と私法（*jus privatum*）との分離である。この区別はローマ法の影響下でない他の諸法には知られていない物であり（ローマの法律学の発展のために非常に有益な要因となったものであったが）、結果的に重大な欠陥を持つことになった。なぜなら、この場合でも区別は分離へと進み、生活の上では相互に密接な関係で結ばれているこの2つの規範グループが常軌を逸するほどの厳格さで区別されたからである。

刑法と刑事訴訟法は私法から完全に峻別されていたわけではない。それにしても、ローマの刑事に関する文献は、その範囲においても、その内容においても、まことに貧弱なものであった。刑法及び刑事訴訟法全体を網羅的に取り扱った最初の著作は、ハドリアヌス帝以後の時代になってからである。

私法内部では、共和政時代及び古典時代の法律学は、主として都市ローマの観点から私法を取り扱い、ローマ帝国内で効力を持つ外国人方や属州の立法については完全に無視された。このようにすべてにわたり分離を推し進めていったことから生じる重要な全体的結果とは、古典法律学は、主として私法学であり、都市ローマとイタリアの私法の法律学であったということである。ローマの私法は、古典法学者の叙述の中では極端な、ほとんど論理的とも言えるほどの完結性を帯びている。法原則は反論不可能な普遍性を取得している。なぜなら、公法とか非法的義務の世界から生じる制限はすべて無視されたからである。法学者の解説は、どこを見てもほとんど数学と言ってもいいような印象、もっと適切な表現をすればある種の自然法のような印象を与えている。

ローマ法律学の分離原理は、近代の法律学にも影響を与えているのであって、おそらく19世紀ドイツの法律学への影響は最も大きなものであったであろう。この場合においても、私法は公法から峻別されて

いた。しかし、私法理論、特にロマネストの私法理論の中に、ローマ法律学の自然法的傾向が再び姿を現すことになる。こうした事態を他に類をみないほどの筆致で見事に表現したイェーリングの言葉を借りれば、かの「実定的なるものを論理的なるものの後光で覆い包む術を心得た法律学的弁証法、法律学的思考の自律性を最大限利用し、その実定的なるものを論理的法律学の真理の理想の高みにまで高めようと志向する法律学的弁証法」がこれである。非法的要素は、ローマの法律学の場合と同様に、ドイツの法律学においても考察の対象からはずされた。私法の主要な分野においては特にそうであった。20世紀の法事実研究が初めてドイツにおいて様相を一変させた。実際に、法が規律しようとする諸生活関係、法が充足させようとする諸々の欲求、特に経済的欲求、「法の目的」こういったことはすべて、19世紀の私法學が多年にわたりあまりにも関心を払ってこなかったものであった。イェーリングがこのような学問傾向に対し精力的な戦いを挑んだのであり、それから事態は徐々に変化していった。しかしながら、公法の領域では、ローマの分離の方法が再び大勝利を博したのである。

こうして、宗教や道徳、政治など非法的なものを一切分離したローマ法は、普遍性を獲得し、ヨーロッパの共通法として通用した。特に17世紀後半には、自然法の形をとったローマ法がさらに発展することになる。17世紀前半、ヨーロッパ全土は戦争によって荒廃し、人間の情念や敵意を超越した公平な法が切望されていた。多くの学者は、伝統的形式の拘束衣を着せられて牢獄に閉じこめられたローマ法の内容を解き放ちさえすれば、ローマ法は時代の要求に伝えてくれると考えた。そして、しばしば、ユスティニアヌスの法文から取り出された命題は、法の文脈でなくとも適用できる一般的な真理として提示されたのである。プーフェンドルフは、自然法と道徳哲学の同一化を確立したが、自然法の特殊キリスト教的性格を強調し、重心を自然的権利から自然的義務に置き換えた。その後、キリスト教原理から幾何学的に演繹される自然的秩序の探求は、フランスの法学者

ジャン・ドマ『自然的秩序における市民法』（1689-94）において精力的に進められた。ドマが冒頭で提示した私法の全領域に適用される原理は、学説彙纂にある「他人を害してはならない」「各人に各人のものを与えよ」であった。ドマが示した体系は、フランスよりもドイツで支持され、後のパンデクテン体系やドイツ民法典の先駆となった⁵⁰⁾。

そして、ドマこそが、自然法学派の諸準則に影響を受けつつ、「何者かの所為によって惹起されうる、あらゆる損失及び損害は、それを生じさせたフォートを有する者によって賠償されなければならない」とのフランス民法典1382条に通じる一般準則を打ち立てるに至ったのである⁵¹⁾。この自然法に基礎を置く一般化されたアプローチは、オランダ民法典やイタリア民法典など「ロマン法家族」の多くの法典編纂がこれに従っているし、オーストリア民法典も、同じような一般性をもつ規定（1295条）とともに、特定の不法行為に関する多くの個別規定（1325-32条）を含んでいる⁵²⁾。

5. フランスにおける法典編纂と民刑峻別論

条文で、民事責任の刑事責任からの真の自律を規定したのは、革命法である。革命暦4年霜月3日（1795年11月24日）に公布された *code délits et des peines* は、5条・6条において民事訴権から刑事訴権を分離した：「刑事訴権は、社会秩序にもたらされた侵害を罰することをその目的とする」、
「民事訴権は、*délit* が惹起した損害を填補することをその目的とする」⁵³⁾。この2つの次元の責任の区別は、ナポレオンの法典化によって確認され、拡張された⁵⁴⁾。マゾーは、続けて、次のように指摘する。これ以後、かのイエーリングが唱えた準則が立てられうるだろう、すなわち「人格に属す

50) スタイン・前掲(19)137頁以下。

51) DOMAT, *op. cit.* (43), II, VIII, 4, n° 1.

52) ラインハルト・ツィンマーマン（佐々木有司訳）『ローマ法・現代法・ヨーロッパ法 シヴィル・ローの伝統の現在』（信山社・2008年）61頁以下。

53) DORSNER-DOLIVET, *op. cit.* (22), p. 40.

54) MAZEAUD, *op. cit.* (18), n° 42.

る一切のもの、罰概念を想起させうる一切のものは、損害の填補の中から排除される」である。そして、この準則は、少なくとも法典編纂者の明白な意図であったと。しかし、一方でマゾーは、このように立法で明確になったとはいえ、民事罰概念が一定の範囲でなお存続していたことも指摘しているのである⁵⁵⁾。

なお、このように民刑の区別を強調したマゾーは、ローマ法自身は民刑の混同を解決できなかったが、フランス古法は、ローマの分類学的区別の影響を受けて、純粋な罰訴権と物追及訴権を区別することに成功し、民事罰概念から解放されて、被害者に付与される訴権は主として賠償訴権となったと述べる。そして、この考えは、12世紀後半から現れ、13世紀末にはよく知られるようになったと述べる⁵⁶⁾。しかし、マゾーは、この区別が過大視されなかったことは重要であるとする。確かに、フランス古法においても、ローマと同じく、*délits publics* は存在した。しかし、人々が関心を持っていたのは、被害者に付与される *délits privé* であって、これは、上述のような事情にもかかわらず、その罰的起源をとどめ続けた。少なくとも、人格と名誉に対する侵害については、復讐と呼ぶものを保持したのである。すなわち、物損が単価の損害賠償になったのに対して、名誉等に対する侵害の場合被害者が求めるのは、賠償ではなく懲罰であり、「*réparation civile*」と呼ばれた。その本質的性質は、古代の学者が述べたように「血の対価」「犯された殺人に対する復讐」だったのである⁵⁷⁾。

こうして見てみると、なぜこの時期に、突然民刑峻別が明確にされたのかは、判然としない。やや推測的に述べれば、フランスでは、慣習法地方と成文法地方の区別が一因となって、慣習法をローマ法から隔離しようとする努力が伝統的になされてきたことも起因しているように思われる。要するに、フランス民法典がローマ法を継受しているのかという対立が、何

55) MAZEAUD, *loc. cit.*

56) マゾーの引用による, DEMOGUE, *De la réparation civile et délits*, p. 9-10.

57) MAZEAUD, *op. cit.* (18), n° 35.

らかしか民刑峻別にも影響を及ぼしているのではないかと推測されるのである。ルイ14世期の小法典の編纂も、ローマ市民法の適用範囲を限定することにその目的があったと言われる。また、ナポレオン法典の一部をなす1808年治罪法典及び1810年刑法典は、ベンサムの影響の下、犯罪を増加させ身体刑を復活させた⁵⁸⁾ ことも、民刑を区別しようとした遠因となった

58) BORRICAND et SIMON, *op. cit.* (16), p. 176 は、ベッカリアの影響の下、1791年刑法は身体刑を廃止するなどしたが、同法によって復活したことを指摘する。

この点、内藤謙『刑法講義 総論（上）』（有斐閣・1983年）62頁以下では以下のように説明されている；ベッカリアは、アンシャン・レジームの刑法制度に対する強い批判として現れた啓蒙主義的刑法思想を典型的に表現し、前期・古典派の先駆者である。彼によれば、刑罰権は、市民が社会契約によって必要最小限度で委託しあった自由の総和に根拠をもつ。したがって、死刑その他残虐な刑罰は社会契約の範囲を超えている。また、犯罪と刑罰の間には均衡が必要であり、犯罪の尺度は社会に与えた損害であって、これを犯した者の意思ではないと主張して、客観主義的な犯罪理論を示すとともに、犯罪としての刑罰の対象をできるだけ少なくすべきことを強調した。

この前期・古典派は、アンシャン・レジームの刑法制度に大きな改革をもたらしたが、フランス革命の理念を反映した1791年フランス刑法に比して、1810年フランス刑法典は、第一帝制の反動的性格を反映し、犯罪の鎮圧という目的性に重点を置き、刑罰を著しく強化した。そこで、フランスでは、功利的な目的性の追求による刑罰の過酷化を緩和するために、自由主義思想の発達に伴い、刑罰の目的性（社会的効用）と応報性（正義）とを結合しようとする「折衷主義」が19世紀後半に至るまでの支配的な学説となった。

なお、田中成明・竹下賢・深田三徳・兼子義人『法思想史』（有斐閣・1988年）78頁以下によれば、エルヴェシウスの功利主義思想の影響を受けたのがベッカリアとベンサムである。ベッカリアは、『犯罪と刑罰』において、法の目的は「最大多数の最大幸福」であり、それゆえ刑罰の目的も応報ではなく、犯罪予防である。したがって、「およそ一つの刑罰がその効果をあげるためには、犯罪者がその刑罰によって受ける損失が、犯罪によって得た利益を超えれば十分である」と述べている。この18世紀に説かれていた功利主義思想から一切の形而上学的要素や夾雑物を除去しただけでなく、最大幸福の原理をあらゆる法制度に適用することによって、法の合理化ないし近代化への道を開いたのがベンサムである。ベンサムは、立法の基礎理論を完成させた後、刑法・民法・私法手続き・報償・憲法・議会手続き・国際法・財政・政治経済学の諸原理について考察している。刑法に関して言えば、違反行為に対する政治的療法として、予防的療法、中止的療法、賠償的療法、刑罰が挙げられ、刑罰も一つの人工的苦痛であるから、それはより大きな害悪の除去を約束する限りにおいてしか正当化されないと述べ、また違反行為と刑罰との釣り合いを重視する観点から残虐な刑の緩和や死刑の廃止を説いている。

したがって、これだけでは、1810年刑法典の反動がなぜベンサムの功利主義の影響なのかは窺われない。なお、ベンサムは、フランスの議会組織、司法組織の改革案を発表し

のであろうか⁵⁹⁾。

とはいえ、ローマの分類学の影響は、フランスでも見受けられる。19世紀を支配した注釈学派の法典万能主義を徹底的に批判し「科学学派」を形成したジェニーは、以下のように述べている；「文明化した国家の刑法は、明確に定義した délits とそのそれぞれについて固定された制限内にある罰を有する制度に抑止を限定する。すなわち、「法律なければ犯罪も刑罰もなし」である。反対にわが民法は、ローマ法の種々の明示された délits の代わりに、1382条・1383条という非常に広範な定式に置き換えたし、同様にローマ法の要式契約に代えて、約定の自由という非常に一般的な準則に置き換えた……」⁶⁰⁾。しかし、続きを読む限り、確かにジェニーは、刑法と民法を区別しているが、それは、この区別を強調するためではなく、どちらかと言えば、民法の柔軟性、とりわけ判例による柔軟な解釈を通じて法を形成していく必要性を説いていると思われる。これは、ジェニーの科学的自由探求⁶¹⁾という主張に沿うものであろう。したがって、民刑を区別したのは、民法に何らかしかの枠をはめるためではなく、むしろ刑法

た貢献により、1972年に国民議会から名誉市民の称号を与えられたという。

- 59) Jeremy BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, 1820 は、民事と刑事を区別することを困難としながら、以下のように論じた。すなわち、民法典と刑法典は、その性質及び目的から、そのうちのひとつのみをなす。それらは、配分(割当て)の便宜を理由としてのみ、区別されるのであり、あらゆる法律を同一の平面に並べることができる。立法者は、犯罪とみるにふさわしい行為すべての完全な目録を付与し、法律全集を与えた。そして、すべて刑事に帰着する。立法者は、市民の債権債務関係 obligations を確立したが、この債権債務関係によって創設された一切の諸権利、これら両者を始動し終了する一切の événements は、やはり法全集によって付与されるのであり、それは、すべて民事に帰着する。
- 60) François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, 1899, p. 184 et s.
- 61) 山口・前掲(16)251頁；注釈学派を徹底的に批判し、制定法はそれ自体として自己完結的な、完全無欠なものではなく、そこには法の欠缺がみられること、そして現実の社会生活の中には、こうした法の欠缺を埋める生きた法規範があること、したがって法律学は法律外的要素を十分に考慮して、制定法の自由な解釈を通じて法の欠缺を補充するとともに、制定法を離れて、社会生活そのものの中に如実に生きている法規範を科学的に探究しなければならぬとし、またそのために判例の重要性を説いた。

と対比した民法の柔軟性を強調するためではないかと思われるのである。

こうしてみると、この時期に民刑峻別が唱えられた理由ははっきりとしないが、そのように分類して考察する手法は一般化していったと思われる。とはいえ、いずれにせよ、不法行為訴権に罰的性質が見受けられることを認めつつも、民刑の区別を強調するマゾーには違和感を覚えずにはられないのである。

四．おわりに

わが国では一般的に、「刑事責任は行為者の悪性を追及し、その道義的責任を問うものであるから、主観的事情を重視し故意犯だけを罰するのが原則であり過失犯を罰するのは例外であるし、また他面において、未遂でも罰せられることがある。これに対して、民事責任においては、損害の填補が問題であるから主観的事情に差を設けず、故意であっても過失であっても他人に損害を与えたならば一様にそれを賠償することになるし、また現実の損害を生じない未遂は全く問題とならない」として民刑を峻別したうえで、「近代法における民事責任は、損害の填補を中心としており、しかも近來ますます損害填補の性質を強めてきている⁶²⁾」として、民事法における制裁的機能を強調することに否定的な見解が多い。これに対しては、近代法において刑事責任と民事責任との区別性が強調される理由は、要するに、民事責任の客観化をおしすすめる点にあったのであり、その狙いは民事責任の意思主義の原理から無過失責任原理へおしすすめる点にあったとする説得的な反論が加えられてきた⁶³⁾。しかし、民事責任に制裁的機能や抑止的機能を認めることに好意的な見解ですら、この民刑峻別の思想は、自明の理として受け入れられていたように思われる⁶⁴⁾。しかし、民事

62) 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣・1974年）3頁。

63) 後藤孝典『現代損害賠償論』（日本評論社・1982年）163頁以下。

64) 例えば、四宮和夫『現代法律学全集集中巻』248頁以下は、損害填補の反射としての制

法と刑事法の分化が古代法から近代法に至る進化であったという、この思想を支える前提条件は、どの程度証明されたのであろうか。また、法を分類し体系化することすなわち民事法と刑事法を区別することが、ただちに、それぞれの法に制裁と填補という目的を割り当てることにつながるのか、ということも疑問である。例えば、行使主体という判断基準でも、民刑の区別は可能である。それにもかかわらず、少なくともわが国で従来唱えられている民刑峻別論は、民刑の区別と、それによる目的の割振りが一揃えで語られてきたと思われる。

本稿では、ヨーロッパ法が継受し、わが国もフランス法やドイツ法を継受する中で影響を受けたローマ法にさかのぼって、この証明を試みたが、ついに、その是非を突き止めることはできなかった。確かなことは、第一に、ローマ法は公私の区別は早くからしていたが、しかし、それは分類学からの見地にすぎなかったことである。第二に、culpa 概念と賠償の優位性との相関関係である。この点は、一定程度の相関関係が認められた。とはいえ、たとえ徐々に不法行為訴権の持つ罰的性質が制限的に解され賠償性が強まったとしても、それは、法益保護のために創設された多数の法務官訴権等によるところが大きいことを見過ごすべきではない。アクィーリウス法では、もともと、名誉等の人格権はもとより、自由人については身体についても人格権は保護されていなかった。保護される範囲を広げるか

裁機能、過失責任における予防機能を認め、制裁機能をも肯定するし、名目的損害賠償については、「損害」概念の建て方次第で認めうる余地があるとする。しかし、このような好意的な見解にあっても、「不法行為責任は、かつては、刑事責任と未分化の状態にあった(復讐や同害刑を考えよ)。それが、贖罪金の制度へ、さらには損害賠償へと発展して、刑事責任から分化するに至った」(248頁)、「刑事責任が犯罪者の反社会的行為に対する制裁(規範的応報などといわれる)を主目的とするのに対して、不法行為責任は、被害者が現に受けた損害を加害者に填補せしめることに主目的がある」(248頁)、「刑事責任と民事責任との分化によって、制裁は前者に、損害填補は後者に、と機能分担が行われるにいたった以上……」(266頁)、「慰謝料は民事責任・刑事責任が分化する以前の復讐の名残りをとどめがちであること……近代法が刑罰と損害賠償の分化を前提としている事実」(同・下巻、594頁)という記述から明らかな通り、従前の民刑峻別の理解が前提とされている。

わりに、単価の賠償、すなわち填補と目される訴権が増加したにすぎないとも考えられる。無過失責任の肯定や保護範囲の拡大が責任の希釈化につながることは、現在でも想起されることであろう。加えて、少なくとも、ユスティニアヌス法においてもアクィーリウス訴権が表面的には罰訴権たる性質を失っていないことは、認めざるを得ないのではないか。この点、ヨーロッパ各国で法典編纂が始まる直前である18世紀まで、不法行為訴権はその罰訴権たる性質を失っていなかったという指摘すらある。では、この法典編纂の頃に民刑峻別が唱えられ採用されたのであろうか。とすれば、何のために誰が言い出したのであろうか。この点、私はついに確信を得ることができなかった。やや推測的になるが、以下のような結論が導かれるように思われる。

ローマ法律学の分離原理は、近代法に大きな影響を与えた。そして、この非法的要素は、19世紀のドイツ法律学においても考察の対象から外された結果、経済的欲求や「法の目的」という観点は全く欠如していた。そうした中、「法の目的」という新たな観点から法律学を考察し始めたのは、イエーリングであり、彼の学派により、徐々に学問傾向が変化していったとすれば、単なる分類を超えた民刑峻別の思想にも何らかの影響を与えたのではないか。だからこそ、フランスの民事罰をめぐる議論でも、必ずといってよいほどイエーリングに言及されていたのではないか。要するに、イエーリングが民事罰理論に与えた影響は、均衡原則だけではなかったのである。

また、1810年フランス刑法典に影響を及ぼしたベンサムも、イエーリングより早い時期から、民法と刑法を区別し、それぞれの諸原理について考察している。ベンサムは、功利主義の立場から、快樂をもたらす行為を許可ないし奨励し、苦痛をもたらす行為を禁止するのが立法者の仕事であり、後者に対しては政治的制裁という人工的苦痛を科すことによって抑制ないし防止できるとし、法によって禁止されるべき違反行為の種類、違反行為と罰の釣り合い等について順次考察している。したがって、民刑峻別は、

この人工的苦痛である刑罰を科す法を刑法に限定するためであるとも考えられる。なぜなら、ベンサムは、民法の目的を安全、生計、豊富、平等とし、このうち最も優先順位の高いもの安全としているが、その安全の一部門として自由を捉え、契約の自由や取引の自由を強調しているかえらである⁶⁵⁾。

ところで、イエーリングその人こそが、民刑峻別に挫折して改説したのであるから、もはやその理の「自明」性を支えてくれるものはどこにあるのか。19世紀に民刑峻別の思想が推し進められたのは、あるいは国家権力を強めようとする歴史的事情からかもしれないし、あるいは、単に法体系を精緻しようとする純粋に学問的な営みであったかもしれない。しかし、法は不変のものではなく社会の変遷に合わせて変化する有機体であることを認めるのが現在の法学の到達点であるとするならば、民刑峻別という原則はもはや存在しないのだというところから出発して、抑止や制裁といった目的をどの法にどのように割り当てるべきなのかを再考することが、現在の法学に課された課題と言えるのではないだろうか。

なお、私は、かつてから、悩みながらも *peine privée* を「民事罰」と訳してきた。しかし、この語はラテン語の *poena privata* のフランス語訳にすぎなかったことがはっきりした。とすれば、それは「私罰」と訳した方がよかったかもしれない⁶⁶⁾。当初から民刑峻別の思想を疑問視していたにもかかわらず、この語を「民事罰」と訳出してしまったことは、私自身が民刑峻別の亡霊にとりつかれていたことを物語っているように思われる。刑法を私法に分類するフランス法において「刑事罰」との対比で「民事罰」と訳出してしまったことがあながち不適切ではなかったとしても、刑

65) 田中他・前掲(58)80頁以下。なお、ベンサムの功利主義思想は、部分的にはあるが、イエーリングの目的法学によって引き継がれているという(同・84頁)。

66) ただし、あえて、「民事罰」と訳し続けることにしたい。それは、わが国では民事訴権と刑事訴権という用語しか存在しないので、「私罰」という言葉は、「私刑」(リンチ)という言葉を連想させ、野蛮な復讐という遺物を引きずっている概念だとの無用の誤解を招きかねないと危惧するからである。

法を公法に分類するわが国にあっては、刑事罰に対比させることが無用の誤解を生じかねないからである。民主主義の観点から刑罰権を国家に委ねることと、違法な行為を抑止するために法全体としてどのような制度設計をすべきかという問題は、おのずから次元を異にするはずである。民事責任にどのような目的・機能を担わせることが、不法な行為の最適な抑止、最善の法益保護につながるのかを検討する際にこそ、「私罰」観念は有用たりうる。それがローマ法の普遍的価値を示すものであり、だからこそ、イエーリングは、一度は「罰の不断の廃滅」を唱えながら、これを改めるに至ったのではなからうか。