

## 民事責任と刑事責任の分化について（補論）：デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響

著者	今野 正規
雑誌名	関西大学法学論集
巻	68
号	6
ページ	1396-1417
発行年	2019-03-01
その他のタイトル	L'etude supplementaire de la separation entre la responsabilite civile et la responsabilite penale : l'influence de Rudolf von Jhering sur la sociologie d'Emile Durkheim
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/16933">http://hdl.handle.net/10112/16933</a>

# 民事責任と刑事責任の分化について（補論）

——デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響——

今 野 正 規

## 目 次

- 第1節 序
- 第2節 デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響
- 第3節 法の「進化」に関する思考様式について
- 第4節 わが国の分化論の観点から
- 第5節 結びに代えて

## 第1節 序

筆者はかつて、民事責任と刑事責任の分化について検討を加えた拙稿において、わが国の伝統的な議論が、特徴的な思考様式——法の「進化」に応じて民事責任が応報感情から切断され、損害填補の観点からのみ判断されるようになるという思考様式——に基づいて民事責任と刑事責任との分化を理解していること（以下、こうした思考様式に基づく議論を「分化論」と呼ぶ）に言及した<sup>1)</sup>。その際に、わが国の分化論がそうした思考様式を主にドイツの法学者ルドルフ・フォン・イエーリングの議論から継受したことを指摘し、そしてそれを相対化するものとしてフランスの社会学者エミール・デュルケーム及びデュルケーム学派の責任論を位置づけた。

わが国の分化論の思考様式がデュルケーム社会学によって相対化されるとすれば、その前提となっているイエーリングの議論とデュルケーム社会学との間

---

1) 拙稿「民事責任と刑事責任の分化について」『社会の変容と民法の課題（下巻）——瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集——』（成文堂、2018）299頁以下。以下、本文中で前稿として言及するものは同稿を指す。

にも、ある種の緊張関係があるという仮説が成り立つであろう。しかしながら、デュルケーム社会学をめぐる議論においては、むしろデュルケームがイエーリングの議論から多大な影響を受けたことが指摘されている<sup>2)</sup>。実際、デュルケームは、1885年から1886年までドイツへ留学し、その成果の一部として公表した「ドイツにおける道徳の実証的科学」において、イエーリングの著作『法における目的』（Der Zweck im Recht）を紹介し、検討を加えている<sup>3)</sup>。その中で、デュルケームは、イエーリングの議論を、一定の留保を付しつつも、道徳の実証的科学の試みの1つとして高く評価している。こうした事実は、イエーリングの議論とデュルケーム社会学との親和性を示唆するであろう。

そうであるとすれば、両者の議論の関係は、いかなる形で理解されるべきなのであろうか。それを理解することで、わが国の分化論にみられる思考様式は、どのような位置づけを与えられることになるのであろうか。かくして本稿は、前稿から派生する問題の1つとして、デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響を検討しようとするものである。

なお、本稿は、あくまで前稿との関係でデュルケーム社会学におけるイエー

---

2) W. Paul Vogt, *Obligation and right: the Durkheimians and the sociology of law*, in: *The sociological domain: The Durkheimians and the founding of French sociology*, edited by P. Besnard, Cambridge University Press, Cambridge; La Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 1983, pp. 177-198; Frank Pearce, *Durkheim and the juridical relation*, *Economy and Society*, vol. 15, 1986, p. 336; Stephen P. Turner, *Introduction: Reconnecting the sociologist to the moralist*, in: *Emile Durkheim: Sociologist and moralist*, edited by Stephen P. Turner, Routledge, London and New York, 1993, p. 21 note 1; Werner Gephart, *Memory and the sacred: The cult of anniversaries and commemorative rituals in the light of The Elementary Forms*, in: *On Durkheim's Elementary Forms of Religious Life*, edited by N. J. Allen, W. S. F. Pickering and W. Watts Miller, Routledge, London and New York, 1998, p. 128 and p. 135 note 1; MARCEL FOURNIER, *Emile Durkheim (1858-1917)*, Fayard, Paris, 2007, p. 98.

3) Émile Durkheim, *La science positive de la morale en Allemagne*, *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, t. 24, 1887, p. 49 et s. 小関藤一郎=山下雅之訳「ドイツにおける道徳の実証的科学（一八八七年）」E. デュルケーム（小関藤一郎=山下雅之訳）『デュルケーム ドイツ論集』（行路社、1993）99頁以下。

リングの影響を検討するにとどまり、デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響を包括的に考察することを目的とするものではない。本稿がデュルケーム社会学におけるイエーリングの影響を扱うのは、わが国の分化論の根底にある思考様式を相対化する試みの一環としてであり、その意味で本稿はあくまで前稿の補論として位置づけられるものにすぎない。

## 第2節 デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響

先にも述べたように、社会学の領域では、デュルケームは、イエーリングから大きな影響を受けたと理解されている。もっとも、その議論の多くは、前掲「ドイツにおける道徳の実証的科学」におけるイエーリングへの言及をもってその根拠としており、両者の思考様式について必ずしも内在的な検討を加えるものではない<sup>4)</sup>。そこで、ここでは、19世紀末葉から20世紀初葉のフランスにおけるイエーリングの影響を検討したジェームズ・ホイットマンの議論を採り上げ、それに検討を加える形でデュルケーム社会学におけるイエーリングの影響をみていくことにしよう。

### (1) 19世紀末葉から20世紀初葉のフランスにおけるイエーリングの影響——ホイットマンの見解——

ホイットマンは、1870年から1918年にかけてのフランスにおけるイエーリングの影響を考察した論稿において、デュルケーム（ないしデュルケーム学派）に対するイエーリングの影響について否定的な評価を下している<sup>5)</sup>。すなわち、

---

4) このことは、同論文以外に、デュルケームがイエーリングに直接言及する著作がほとんどないことにも由来するものと思われる。ROGER COTTERRELL, *Émile Durkheim: Law in a Moral Domain*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1999, p. 43.

5) James Q. Whitman, Jhering parmi les Français, 1870-1918, in: *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, sous la direction d'Olivier Beaud et Patrick Wachsmann, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 1997, pp. 151-164.

(a) ホイットマンによれば、イエーリングは、法を私的復讐に結び付けて理解していた。すなわち、イエーリングにとって、法とは、一定の侵害に対して私的な復讐がもたらされるという「目には目を、歯には歯を」という原理の適用である。

(b) この復讐の心理的要求は、人格の確立のなかに見出される<sup>6)</sup>。すなわち、我々が侵害に対する復讐を求めるのは、侵害が我々の人格を否定するからであり、侵害を放置すれば、人格を放棄することを意味することになるからである。

(c) 以上の帰結として、法の「進化」は、人格保護のあり方の変遷として描かれる。すなわち、原始社会において、私的復讐によって保護されていた人格は、近代社会では、国家によって独占された強制力によって裁判手続を通して保護されるようになった、と理解される。

(d) その意味で、イエーリングにとって、原始社会と近代社会は、人格の保護を目的とする点で連続的なものとして理解される。確かに、近代社会では私的復讐は禁じられているが、裁判手続を通じた解決は、私的復讐を調整するシステムとして機能しており、私的復讐と同様に人格の保護を目的としている。このことは私的復讐と同じ原理が現代においても維持されていることを示している。

ホイットマンは、おおよそ以上のようにイエーリングの議論を整理したうえで、1870年から1918年までのフランスの議論が、表面的にはイエーリングの議論から大きな影響を受けたように装いつつ、実質的にはそれとは異なるものであったとする<sup>7)</sup>。すなわち、———

(a) フランスでは、原始社会における法が私的復讐によるものであることを認める点でイエーリングと出発点を共有している。

(b) しかし、その際にフランスでは、人格という世俗的なものに着目したイエーリングとは異なり、宗教が重視された。すなわち、ヌマ・ドゥニ・フェ

---

6) ホイットマンは、この点についてのイエーリングの議論が、ヘーゲル哲学に負うものであるとする。J. Q. Whitman, *supra* note 5, p. 154.

7) J. Q. Whitman, *supra* note 5, p. 156 et s.

ステル・ドゥ・クーランジュやその影響を受けたデュルケームの議論にみられるように、原始社会における法は、タブーの侵犯や反儀礼的行為に対する制裁といった宗教的な観点から理解されており、人格の確立のような世俗的な観点からは距離を置いていた。

(c) 法の「進化」も、宗教との関係において理解される。すなわち、原始社会における私的復讐は、宗教的なものを基礎とするものとして理解され、それゆえに宗教生活が後退するとともに衰弱・消滅していくものと理解される。その帰結として、近代社会における世俗的な裁判手続は、宗教的なものを基礎とする私的復讐から切断された制度として位置づけられることになる。

(d) このように、19世紀末葉から20世紀初葉におけるフランスでは、原始社会における法が宗教的要素をまとう点で、近代社会における世俗的な法とは根本的に異なるものとして理解された。

かくしてホイットマンは、19世紀末葉から20世紀初葉のフランスの議論、とりわけデュルケーム社会学におけるイエーリングの影響が、それほど大きなものではなく、表面的なものにとどまった、というのである。

## (2) デュルケーム社会学における宗教的要素

デュルケームが、法を説明する際に宗教的要素を重視していたことは、ホイットマンの指摘する通りであろう。デュルケームは、初期の著書『社会分業論』において、古代社会では社会の諸現象を司っていた宗教的要素が、近代社会では後退していくという議論を展開し、そうした動きに抑止的法律の優越から復原的法律の優越への移行を重ねていた<sup>8)</sup>。また、デュルケームは、彼の師であるフュステル・ドゥ・クーランジュの議論に様々な箇所而言及し、刑法のみならず、契約、所有権といった法制度をも宗教に結び付けて説明している<sup>9)</sup>。

8) ÉMILE DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1<sup>re</sup> éd., Félix Alcan, Paris, 1893; 7<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2007. 田原音和訳『社会分業論』(青木書店、1971)。

9) とりわけ1890年からボルドー大学で開講された『社会学講義』のなかでは、フュステル・ドゥ・クーランジュの所有権に関するかなり独特な宗教的説明に決定的な位置づけを与えており、また所有権に関する宗教的説明の延長線上に契約を位置づ

もつとも、デュルケームが法を宗教に結び付けたのは、原始社会における法が近代的な思惟と対置されるものであることを強調するためではない。ホイットマンが指摘するように、確かにデュルケームは、原始社会において、タブーの侵犯や反儀礼的行為が犯罪として刑罰を科されていたことに言及している。しかし、当該箇所デュルケームが述べているのは、原始社会における法が宗教的なものであることを指摘するためではなく、犯罪とされる行為が必ずしも社会にとって有害であるかどうかによって定義されるものではないこと、言い換えれば、法が集合的意識——「同じ社会の成員たちの平均に共通な諸信念と諸感情の総体」——のあり方によって定義されるものであることを指摘するためにすぎない<sup>10)</sup>。

それゆえ、デュルケーム社会学が宗教を重視したことのみをもってイエーリングの議論と対置させることには、慎重である必要があるように思われる。先述した(a)～(d)に即してみていくことにしよう。

(a) まず、デュルケームは、刑罰を集合的意識への侵害が喚起する感情的反作用であるとし、その本質的機能を復讐心を鎮静化し、それによって集合的意識を尊重すべきであるという感情を再確認することに求めた<sup>11)</sup>。こうした理解は、法を復讐に結び付けて理解するイエーリングの議論に類似している。

(b) また、デュルケームが法における宗教的要素を重視していたとしても、そのことは必ずしも人格の確立と対立しない。デュルケームは、近代社会における個人の人格の尊重を宗教的な観点から——すなわち、個人の人格崇拜として——説明しており<sup>12)</sup>、その『社会学講義』の中では、イエーリングがローマ

---

ゝけて説明している。ÉMILE DURKHEIM, *Leçons de sociologie : Physique des mœurs et du droit*, 1<sup>re</sup> éd., 1950 ; 5<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 2010, p. 179 et s. 宮島喬 = 川喜多喬訳『社会学講義——習俗と法の物理学』（みすず書房、1974）191頁以下。同講義におけるデュルケームの所有権論については、杉山由紀男「デュルケーム社会学における所有権論の意義」『Sociologica』12巻1号（1987）47頁以下、契約論については同「デュルケームの契約理論」『Sociologica』13巻1号（1988）73頁以下を参照。

10) É. Durkheim, *supra* note 8, p. 37 et s. 邦訳74頁。

11) É. Durkheim, *supra* note 8, p. 52. 邦訳86頁。拙稿・前掲注(1)314頁。

12) Émile Durkheim, *L'individualisme et les intellectuels*, *Revue bleue*, 4<sup>e</sup> série, t. 7

法に見出した個人の人格の尊重を宗教（とりわけキリスト教）における個人主義と重ねている<sup>13)</sup>。この点についても、デュルケームとイエーリングの議論は、対立するものではない。

(c) さらに、デュルケームにとって、法の「進化」は、集会的意識を中心に理解されている。すなわち、デュルケームは、今日では復讐の要求がかつてよりもはるかに制御されていることを認めつつも、それでもなお刑罰が復讐であることには変わりがないとし<sup>14)</sup>、原始社会における私的復讐も、近代社会における裁判手続を通じた解決も、ともに復讐心を鎮静化し、集会的意識の再確認を目的とするものとして位置づけている<sup>15)</sup>。この点にも、イエーリングとの共通性を見出すことができる。

(d) それゆえ、ホイットマンの理解に反し、デュルケームは、原始社会と近代社会とを断絶したものというよりも、むしろ連続的なものとして理解していた。確かにデュルケームは、『社会分業論』の中で、抑止的法律から復原的法律への移行を集会的意識の後退として説明していたが、それでもなお近代社会においても個人の人格を尊重しなければならないという集会的意識は存続するとし<sup>16)</sup>、さらにその後の著作では、そうした個人の人格崇拝を近代社会を統合する道徳的基礎として積極的に評価するに至った<sup>17)</sup>。ここにおいても、イエーリングとデュルケームには共通性を見出すことができる。

このように、デュルケームが宗教的要素を重視したのが事実であるとしても、それをもってデュルケームとイエーリングの議論を相容れないものと理解することはできない。確かに、デュルケームが「イエーリングの心理学はたしかに

---

↘10, 1898, pp. 7-13; in: *La science sociale et l'action*, PUF, Paris, 1970, pp. 261-278.  
佐々木交賢＝中嶋明勲訳「個人主義と知識人」エミール・デュルケーム（佐々木交賢＝中嶋明勲訳）『社会科学と行動』（恒星社厚生閣、1988）207頁以下。

13) É. Durkheim, *supra* note 9, p. 94. 邦訳94頁。なお、当該箇所は、デュルケームによるイエーリングの数少ない明示的な引用箇所の1つとしても重要である。

14) É. Durkheim, *supra* note 8, p. 57. 邦訳90頁。

15) この点については、拙稿・前掲注(1)315頁。

16) É. Durkheim, *supra* note 8, p. 395 et s. 邦訳384頁。

17) R. Cotterrell, *supra* note 4, p. 112 ff. また、拙稿・前掲注(1)311頁以下。



極めて単純にすぎる」とし、イエーリングが道徳的観念の成立において人間の打算や利害感情に大きすぎる役割を与え、それとは異なる原動力の存在を無視したことを批判していることは事実である<sup>18)</sup>。しかし、その点を考慮したとしても、両者の議論の対比から浮かび上がるのは、相違よりも類似ではなからうか。そして、両者の議論の類似性を否定できないとすれば、わが国の分化論が前提としてきたイエーリングの議論も再検討を迫られることとなろう。

そこで次に、以上から得られた視点をもとに、法の「進化」に関する思考様式に即して、イエーリングとデュルケームの議論を掘り下げてみることにしよう。

### 第3節 法の「進化」に関する思考様式について

これまでみてきたように、イエーリングとデュルケームの思考様式の間には、一定の類似性が存在する。とりわけ、原始社会の法と近代社会の法とを連続的に理解する視点は、わが国の分化論にみられる思考様式と大きく異なるように思われる。ここでは、法の「進化」に関する両者の議論を対比してみることにしよう。

#### (1) 民事責任における刑罰的要素の排除

まず、わが国の分化論に多大な影響を及ぼしたイエーリングの『ローマ私法における有責性要素』について、法の「進化」の観点から検討を加えることにしたい<sup>19)</sup>。イエーリングは、同書において、ローマ以来の法の「進化」を刑罰

---

18) É. Durkheim, *supra* note 3, p. 58. 邦訳110頁。

19) *Rudolf von Jhering*, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Roth, Giessen, 1867. わが国では、同書は、主観的不法と客観的不法との区別に関連して採り上げられることが多いが、ここでは、本稿のテーマとの関係で、同書における法の「進化」の見方のみを採り上げる。なお、同書における法の「進化」の見方を扱ったものとしては、我妻栄「損害賠償理論における『具体的衡平主義』(二)」『法学志林』24巻4号(1922)476頁以下(同『民法研究VI債権各論』〔有斐閣、1969〕222頁以下。以下、同書の頁数で引用する)、村上淳一『「権利のための闘争」を読む』(岩波書店、1983)237頁以下等を参照。

の不断の消滅の歴史として示そうとした。すなわち、——

初期ローマ法においては、感情が法を支配し、激情の盲目のもとで加害者の有責性が見落とされており、損害の単なる賠償ではだけでなく、侵害された感情についての人的満足＝刑罰が必要とされた<sup>20)</sup>。そこでは、石に衝突した者がその苦痛ゆえに復讐心を掻き立てられ、石に報復を加えるなど、刑罰は、専ら興奮した権利感情の表現であり、復讐の要求に対応するものであった。それは法の基礎を感情に求めた時代においては正当であり、それゆえに、古代法においては感情に応じて引き起こされた損害よりも大きな刑罰（賠償）が認められていた。

しかし、中期ローマ法では、責任は単なる損害によってではなく、有責性によって基礎づけられるようになる<sup>21)</sup>。責任は、もはや石の衝突のような外部的な出来事に対して帰属されることはなく、人間の意思に基づく行為に対して帰属される。それゆえ、自分の行為を理解できない子・精神障害者・動物が引き起こした損害の責任は、その行為の違法性を認識する能力を欠くゆえに、それらに対しては帰属されることなく、それらに責任を負う者に帰属されるようになる<sup>22)</sup>。責任の基礎となる加害者の有責性は、多様化・段階化され、賠償もその程度に応じて課されるようになる。

さらに、時代が下り、法を激情に左右されずに扱うべきであるという考えが広がると、興奮した権利感情の表現としての刑罰は、もはやその正当性を失うようになり、民事上の正義も、刑罰を決定的に拒絶し、もはや主観的不法の単なる否定でしかないところまで高められる<sup>23)</sup>。その結果として、刑罰を想起させるものは損害賠償から排除され、損害賠償は財産的利益の填補以外の性質を失うことになる<sup>24)</sup>。

20) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 19), S. 8 ff.

21) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 19), S. 40.

22) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 19), S. 42 ff.

23) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 19), S. 68 f.

24) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 19), S. 61 f. 同書の終盤で、イェーリングは、こうした動きを「民法の領域において、刑罰の観念が損害賠償の観念に降伏したという事実」↗

このように、イエーリングは、法の「進化」を損害賠償による刑罰の置き換えとして構想し、それをローマ法の発展として論証しようとした。イエーリングにとって、刑罰の消滅の歴史は、「野蛮で、盲目的な激情と復讐心から抑制・自制、正義へと至る人類の進歩」であり<sup>25)</sup>、私法において刑罰が考慮されることは、文化レベルが劣っていることを示すものとして理解される<sup>26)</sup>。

前稿でみた通り、こうした理解は、わが国の分化論に大きな影響を与えた。そして、前稿では、デュルケーム及びデュルケーム学派の責任論をこうした理解を相対化するものとして位置づけた。もっとも、近時、フランスの法史学者ジャン＝ルイ・アルペランは、デュルケームの議論を計量書誌学的 (bibliométrique) に分析した興味深い論稿において、デュルケームの著作には、イエーリングの著作がほとんど引用されていないにもかかわらず、多くの影響がみられることを指摘し、その際に、イエーリングが『ローマ私法における有責性要素』で展開した『「被ったあらゆる不法に対する暴力的な反作用」に基づく原始的抑止システムが、『刑罰の不断の消滅』のプロセスを通して、フォートに応じた損害賠償を用いたシステムによって置き換えられる』という主張が、デュルケームの『社会分業論』の主張に重なるとしている<sup>27)</sup>。すなわ

---

↘としている。Jhering, a. a. O. (Fn. 19), S. 58 ff. 村上・前掲書注(19)238頁をも参照。

25) Jhering, a. a. O. (Fn. 19), S. 4.

26) Jhering, a. a. O. (Fn. 19), S. 66.

27) Jean-Louis Halpérin, Durkheim et la culture juridique de son temps, in: *The sacred and the Law: The Durkheimian Legacy*, edited by Werner Gephart and Daniel Witte, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2017, p. 89. なお、同稿において、アルペランは、デュルケームの著作に引用されている法学に関する文献の多くが、——もともと法学に関する蔵書をあまり持たない——デュルケームの母校・高等師範学校 (École normale supérieure) の図書館に所蔵されており、デュルケームが在学中や卒業後におそらくそれらを利用してしたこと、そして、その蔵書の中に、1880年にフランス語に翻訳されたイエーリングの『ローマ私法における有責性要素』(RUDOLF VON JHERING, *De la faute en droit privé: fragment historique (Études complémentaires de l'Esprit du droit romain I)*, traduit par Octave de Meulenaere, A. Marescq, Paris, 1880.) も含まれていることを指摘している。ちなみに、デュルケームの責任論を引き継いだポール・フォコネの著書では、同書が明示的に引用されている。PAUL FAUCONNET, *La responsabilité: étude de* ↗

ち、以上のイエーリングの議論は、デュルケームが『社会分業論』において展開した法の「進化」の図式——すなわち、個人的意識に集合的意識が優越する原始社会においては、抑止的法律が優越し、集合的意識が後退し、個人的意識が優越するようになる近代社会では、抑止的法律が後退し、復原的法律が優勢となるという図式——に類似しているというのである。

しかし、こうしたデュルケームの図式的理解は、既に加えられている実証的観点からいくつかの批判<sup>28)</sup> や前稿でも言及した『社会分業論』後のデュルケームの議論の変化を考慮する場合には、デュルケーム社会学の理解として必ずしも妥当でない<sup>29)</sup>。さらに、次にみる『ローマ私法における有責性要素』以降のイエーリングの議論の修正に着目するならば、イエーリングとデュルケームの議論の類似性は、以上とは異なるところに求められるべきであるように思われる。

## (2) 民事責任における刑罰的要素の再導入

そこで次に、『ローマ私法における有責性要素』から5年後のイエーリングの有名な講演『権利のための闘争』をみることにしよう<sup>30)</sup>。よく知られているように、同講演において、イエーリングは、それまでの議論を明確に修正している<sup>31)</sup>。

↘ *sociologie*, 2<sup>e</sup> éd., Félix Alcan, Paris 1928.

28) Richard D. Schwartz and James C. Miller, Legal evolution and societal complexity, *American Journal of Sociology*, vol. 70 (2), 1964, pp. 159-169; Leon Shaskolsky Sheleff, From Restitutive Law to Repressive Law: Durkheim's The Division of Labor in Society re-visited, *European Journal of Sociology*, vol. 16 (1), 1975, pp. 16-45.

29) 拙稿・前掲注(1)311頁以下。

30) *Rudolf von Jhering*, Der Kampf um's Recht, Wien, 1872; 11 Aufl., *Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung*, Wien, 1894. 村上淳一訳『権利のための闘争』(岩波書店〔岩波文庫〕, 1982)。

31) イェーリングの見解の変化については、村上・前掲書注(19)255頁以下、牛尾洋也「イエーリングの民事不法理論の展開(二・完)——人格性保護との関連で——」『龍谷法学』27巻1号(1994)108頁、113頁以下を参照。

同講演の終盤で、イエーリングは、ローマ法の変遷を、権利感情がまだ節度を知らぬ激しさを示し、自制を心得るに至っていない初期ローマ法から、権利感情が節度ある力を持つに至った中期ローマ法を経て、権利感情が衰弱し、委縮した後期帝政時代のローマ法への展開として描いている。こうした時代区分は、『ローマ私法における有責性要素』とほぼ同様のものであり、先述したように、イエーリングは、同書において、以上の変遷の帰結としてもたらされる刑罰の消滅と損害賠償の財産的利益の填補への純化を肯定的に評価していた。しかし、この講演でイエーリングは、現代のローマ法学に対して「名誉毀損の場合を除いてすべての権利侵害を、もっぱら物質的価値の尺度によって測る」「無趣味で低俗な物質主義が最も徹底した形」に陥っていると批判を加え<sup>32)</sup>、客観的不法と主観的不法とを厳格に区別し、後者について懲罰金や名誉剥奪といった刑罰的要素を残した中期のローマ法をもって極めて健全な考え方であると評価するに至っている<sup>33)</sup>。

こうした評価軸の変化は、損害賠償の目的の理解とも関連している。すなわち、イエーリングによれば、刑罰の目的には、諸々の権利侵害に対して私的生活の利益を守るといった目的と並んで、「傷つけられた権利感情を癒し、無視された法律の權威を回復するという倫理的な目的があった」のであり<sup>34)</sup>、かつての損害賠償は、そうした刑罰的要素を伴うことで、単なる財産的利益の金銭による埋め合わせ以上のものをも含意していた。確かに古代ローマ法でも、最終的には金銭の給付を命ずるといった原則が採用されていたが、それは同時に刑罰としての性格をも有しており、「原告はそこから、事情によっては金銭よりもはるかに大切なもの、すなわち不誠実な権利侵害に対する倫理的謝罪〔傷つけられた倫理的人格の回復〕を得た」<sup>35)</sup>。それゆえ、イエーリングにとって、現

32) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 30), S. 75. 邦訳113頁。

33) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 30), S. 78. 邦訳116頁。

34) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 30), S. 79f. 邦訳118頁。引用は邦訳に負うが、本文の叙述との関係で、*Rechtsgefühl* については権利感情という訳語に改めた。以下、同じ。

35) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 30), S. 89. 邦訳128頁。引用文中の〔 〕内は、邦訳者による。同書からの引用箇所については、以下、同じ。

代のローマ法学において、損害賠償が財産的利益の填補に純化されるに至ったことは「誤謬」として理解される。すなわち、現代の法律学では、「権利侵害にさいしては金銭的価値のことだけを考えればよいのではなく傷つけられた権利感情を癒すことを考えなければならないという上述の単純明瞭な発想が、現代の法律学では全く見失われている」というのである<sup>36)</sup>。

このように、イエーリングは、『権利のための闘争』において、民事責任から刑罰を想起させるものが一切排除されたとした『ローマ私法における有責性要素』の帰結に反省的な考察を加え、結論としては民事責任を財産的利益の填補へと還元する現代の傾向に否定的な評価を下し、中期ローマ法にみられる「不誠実な権利侵害に対する倫理的謝罪」という刑罰の要素に注目するに至った。そして興味深いことに、イエーリングにみられるこうした議論の変化も、デュルケームに重なる。

先述したように、デュルケームは、初期の著書『社会分業論』では、原始社会における抑止的法律の優越が、集合的意識の後退により、復原的法律優越へと移行するという図式を提示していた。しかし、その後の著作や講義においては、個人の人格を尊重すべきであるとする集合的意識（＝個人の人格崇拜）を積極的に評価するようになり、近代法の基礎に据えるようになった<sup>37)</sup>。このことは、集合的意識を基礎とすることで、抑止的法律と復原的法律との区別が止揚されることを示唆する。実際、抑止的法律と復原的法律との区別や前者から後者への移行という図式は、『社会分業論』後の著作においてほとんど用いられることはなくなっていくのに対し<sup>38)</sup>、集合的意識は、——その後、社会的事実や集合的表象と形を変えつつも——デュルケーム社会学の鍵概念となっていく。

同時に、法の基礎を集合的意識に求めるということは、法の侵害が感情的反作用をもたらすこと、それゆえに、法の目的がその鎮静化に求められることを意味する。デュルケームは、抑止的法律を説明する際に、犯罪——すなわち、

36) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 30), S. 86. 邦訳125頁。

37) 拙稿・前掲注(1)311頁以下。

38) R. Cotterrell, *supra* note 4, p. 106 ff.

集合的意識に対する侵害——に対して科される刑罰について、その目的を犯罪の抑止や侵害の原状回復とは別のところに求めている。すなわち、「共同意識は、それがはっきり否定されてしまったばあい、もしその共同体の情緒的反作用が、その失われたエネルギーを埋めあわせないようであると、それは必然的にそのエネルギーを失うであろうし、またその結果、社会的連帯は弛緩してしまうであろう。したがって、共同意識は、反抗を受けたさい、きっぱりと自己を主張しなければならない。この自己主張の唯一の方法は、犯罪がたえず触発するみんなの一致した嫌悪感を、犯罪者に苦痛を課することのみ本質がある正当な行為によって、はっきり表明することである。（中略）それは、諸集合感情がつねに集合的であること、同じ信条において精神の共同が完全に保たれていることを証明するしるしであり、そのことによって、この苦痛は、犯罪が社会に対して加えた罪悪をつぐなうのである」<sup>39)</sup>。つまり、デュルケームにとって、刑罰は、集合的意識への侵害が喚起する感情的反作用を鎮静化することで集合的意識に加えられた傷を癒し、「共同意識にその全生命力を保たせて、社会的凝集を無疵のままに確保しておくこと」、換言すれば、集合的意識を尊重すべきであるという感情を再確認することで、その権威が奪い取られることを抑止することを目的とする。こうしたデュルケームの理解は、刑罰の目的を「傷つけられた権利感情を癒し、無視された法律の権威を回復する」ことに求めたイェーリングの議論と重なるであろう<sup>40)</sup>。

かくして、イェーリングとデュルケームは、一方では近代社会における刑罰的要素——イェーリングにとっては権利感情、デュルケームにとっては集合的意識——の後退という現象面での理解を共有しつつ、他方ではそうした動きに抗して、刑罰的要素を再評価するに至った点でも共通している。イェーリングとデュルケームの議論の類似性は、この両面から捉えられる必要がある。

それでは、以上の議論をわが国の分化論の観点からどのように評価すべきであろうか。次に、ここまでの検討から得られた視点をもとに、わが国の議論を

39) É. Durkheim, *supra* note 8, p. 76 et s. 邦訳105頁。

40) なお、この点については、拙稿・前掲注(1)308頁注(35)でも簡単に言及した。

読み直してみることにしよう。

#### 第4節 わが国の分化論の観点から

わが国の分化論は、民刑事両責任の分化を考える際に、イエーリングの議論から多くの影響を受けた。しかし、以上の考察によれば、そこで継受されたイエーリングの議論は、専ら『ローマ私法における有責性要素』にみられるものであり、その後のイエーリングの議論の変化については、十分に考慮されていない。そのため、イエーリングの議論を民事責任における刑罰的要素の再評価と受け止めたドイツやフランスとは異なり<sup>41)</sup>、わが国ではやや異質なイエーリングの受容がなされたともいうことができる。以下では、ここまでの検討を補助線として、わが国の分化論に若干の検討を加えていくことにしたい。

##### (1) 過失責任の根拠の一面性

まず、前稿に引き続き、過失責任について検討を加えていくことにしよう。過失責任に関する議論は、わが国におけるイエーリング受容の一面性を端的に示している。

前稿でも述べたように、わが国の分化論は、法の「進化」に伴い、民事責任が応報感情から切り離され、その目的が損害の填補に純化されるにつれて、無過失責任化されていくと考えた。その際に、過失責任の原則は、道義的に非難されるべき行為に責任を帰属する点で、民事責任に刑罰的要素をとどめるものとして理解され、専ら克服の対象として位置づけられていた<sup>42)</sup>。そして、こうした理解の延長線上に、わが国の分化論は、基本的にはイエーリングの議論から思考様式を継受しつつも、それに対して一定の修正の必要性を指摘するに至

41) ドイツについては、牛尾・前掲注(31)119頁注(9)を、フランスについては、廣峰正子「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——」『立命館法学』299号（2005）276頁以下（同『民事責任における抑止と制裁——フランス民事責任の一断面』〔日本評論社、2010〕41頁以下）をそれぞれ参照。

42) 拙稿・前掲注(1)321頁。



る。すなわち、イエーリングが、『ローマ私法における有責性要素』において、法の「進化」を刑罰の不断の消滅として捉えつつ、あくまで過責を維持したことは、わが国では議論の不完全さ・不徹底さを示すものとして受け止められた。なぜなら、イエーリングにとって、主観的不法の妥当する不法行為訴権は刑罰訴権としての性質を有するものであり<sup>43)</sup>、それゆえ、刑罰が損害賠償に置き換えられることで消滅していくというイエーリングのテーゼにしたがえば、民事責任の領域では法の「進化」に伴って過責が後退し、無過失責任化されていくはずであるからである。たとえば、我妻栄は、民事責任が「被害者の激情を離れて冷静に実際の損害を計量してこれを填補することのみを目的」とするのであれば、民事責任は無過失責任化されるはずであり、「多くの無過失責任が認められた結果、彼〔イエーリング〕の前提とした『損害が損害賠償の義務を生ずるのではなくて、過失がそうなのである』の命題は、——その過失 (Schuld) の本来の意味においては——決して容れられない」ものである、と述べている<sup>44)</sup>。

もっとも、イエーリングは、こうした議論の不完全さ・不徹底さを無過失責任化とは別の形で克服しようとしたように思われる。先述したように、イエーリングは、『権利のための闘争』において、損害賠償を財産的利益の填補へと還元することに否定的な評価を下し、中期ローマ法を再評価することで、民事責任の刑罰的要素＝過責の位置づけをあくまで擁護した。イエーリングは、次のように述べている。「テミス〔正義の女神〕は刑法におけると全く同様に私法においても、単なる金銭ではなく不法を量るべきものだが、こうした観念は今日の法律家の考え方から遠く隔たったものになってしまっており、あえてそれを打ち出せばこう反論されるだけだろう。まさにその点に刑法と私法の違いがあるのだ〔刑法と違って私法においては金銭だけを量ればよい〕、と。現在の法にとっては——遺憾ながら——そのとおりだ。しかし、およそ法にとってそうだとは言えない！正義の理念の完全な展開が許されないような法分野などあるはずはないが、正義の理念は故意過失の有無・程度による判断と切っても

43) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 19), S. 21 f.

44) 我妻・前掲書注(19)224頁。

切り離せないものなのだから」<sup>45)</sup>。つまり、イエーリングは、損害賠償を財産的利益の填補に還元する考え方を批判し、故意・過失要件を、あくまで不法を量るものとして維持することで——つまり、わが国の分化論とは反対に、民事責任に刑罰的要素が反映されることを認め、その限りで刑事責任との区別を後退させることで——自らの議論の一貫性を確保しようとしたのである<sup>46)</sup>。

我妻がこうしたイエーリングの見解の変化を知らなかったというわけではない。我妻は、イエーリングが、後に、当時の商工業の放埒の甚だしさを嘆いて民事罰の導入を主張するようになったことを（間接的にはあるが）指摘している<sup>47)</sup>。しかし、それでもなおイエーリングの述べた「進化」の方向は決して変わらないとし、その後の著作においても、それを基礎とし続けた<sup>48)</sup>。

ここでは、このことの意味——すなわち、何ゆえわが国でイエーリングの議論の一面のみに脚光が当てられ、他面が等閑視されたのか——について立ち入って検討を加えることはできない。しかし、わが国の分化論が法の「進化」のテーゼに固執したことによって、わが国の過失責任に関する議論が著しく平板化されることとなったことは指摘しておきたい。

先述したように、イエーリングにとって、過失責任は、あるいは傷つけられた権利感情を癒し、不誠実な権利侵害に対する倫理的謝罪という側面を有するものとして、あるいは不法を量り、正義の理念を実現するものとして——換言すれば、刑罰的要素と不可分のものとして——位置づけられていた<sup>49)</sup>。これに対して、わが国では、法の「進化」のテーゼに即して、過失責任の説明からも刑罰的要素が周到に排除された。そのため、近代法典が過失責任主義を採用したことの根拠も、「近代法が個人の自由活動を最高の理想となし、故意過失な

45) *Jhering*, a. a. O. (Fn. 30), S. 90. 邦訳129頁以下。

46) 異なる観点からではあるが、村上・前掲書注(19)259頁も、「『権利のための闘争』における懲罰主義への転換と、過失責任主義の堅持は、それなりに筋が通っている」とする。

47) 我妻・前掲書注(19)223頁以下。

48) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937）96頁。

49) 村上・前掲書注(19)252頁は、イエーリングにとっての民事責任における有責性要素（故意・過失）をカントによる倫理的・非難可能性の観点から説明する。

き所に賠償責任を認むることは個人の自由活動を萎縮せしむると考へたからに他ならない<sup>50)</sup>』という点にのみ求められ、その結果として、過失責任から無過失責任への移行も、個人の活動の自由の保障から行き過ぎた経済的自由主義・産業主義の克服という文脈においてのみ説明されるようになる<sup>51)</sup>。もちろん、過失責任に個人の活動の自由を保障する側面があるのは確かであろう。しかし、過失責任の含意が、果たしてそれのみに尽きるのかは、なお検討の余地があるように思われる。このことは、イエーリングが民事責任において刑罰的要素を再評価したことの意味——すなわち、権利侵害に対する倫理的謝罪や正義の理念の実現——とも関係するであろう。実際、前稿でも言及したように、フランスでは、近年、過失責任を再評価する動きが生じているが、その動きの根底にあるのは、応報、加害者の責任の明確化、事件の真相究明など、被害者感情や社会感情への配慮であり、個人の活動の自由の保障ではない<sup>52)</sup>。また、近時のわが国の裁判例でも、無過失責任によって処理される事案において、加害者の非難を明確にするために、あえて加害者の過失に言及するものもみられる<sup>53)</sup>。こうした事実は、過失責任を個人の活動の自由の保障という観点からのみ基礎づけること、さらにはそれを刑罰的要素から切り離して説明することの難しさを示しているように思われるのである。

---

50) 我妻・前掲書注(48)96頁。

51) なお、拙稿「民事責任と社会秩序（1）（2・完）——社会思想からみた19世紀フランスにおける民事責任の変遷——」『関西大学法学論集』60巻5号（2011）1133頁以下、61巻2号（2011）305頁以下、同「民事責任とミシェル・フーコーの仮説」『関西大学法学論集』63巻1号（2013）119頁以下では、こうした説明とは異なる観点から「過失責任から無過失責任へ」というテーゼの背後にある社会的文脈について検討を加えた。

52) 拙稿・前掲注(1)322頁以下。なお、前稿でも指摘したように、こうした議論は、デュルケム学派の議論を参照する。さらに、拙稿「リスク社会と民事責任（2）——フランス HIV 感染事件を中心に——」『北大法学論集』60巻1号（2009）[63]頁以下をも参照。

53) たとえば、原子力損害賠償保障法3条1項に基づき、原子力事業者の損害賠償責任が争われた事案につき、慰謝料算定の前提となる加害者の非難性を基礎づける事情として原子力事業者の過失を検討する前橋地判平成29年3月17日判例時報2939号4頁（特に49頁以下）を参照。

(2) 違法性評価の両面性

他方で、前稿でも言及したように、わが国の分化論は、民刑事両責任の分化を主張しつつも、必ずしもそれを貫徹していたわけではない<sup>54)</sup>。わが国の議論の中にも、イエーリングの議論の両面性を正当に評価することで、民事責任に刑罰的要素が反映されることを端的に認めるものがあつた。ここでは、その一例として、末川博の議論を採り上げることにしよう。

末川は、わが国の民事責任論に大きな影響を及ぼしたその著書『権利侵害論』の冒頭において、不法行為法の発展を「復讐から損害賠償への転化」として俯瞰し<sup>55)</sup>、わが国の分化論とはほぼ同様の理解を提示している。もっとも、興味深いことに、末川は、その説明の直後に、イエーリングの議論に依拠しつつ、その「転化」の中にある種の連続性を見出している<sup>56)</sup>。すなわち、末川によれば、不法行為における不法は、法的秩序を破ることを意味し、この法的秩序は社会化された権利感情によって方向づけられており、それゆえ、不法は時代を問わず常に権利感情の毀損として理解される。この不法に対しては、原始社会では復讐がもたらされ、時代が下るとそれが損害賠償へと置き換えられていくものの、いつの時代もその根底に権利感情がある点では不変である。つまり、復讐と損害賠償制度は、権利感情の毀損への反作用として同じ観点から理解される、というのである。

復讐と損害賠償とを連続的なものとして理解することは、民事責任に刑罰的要素を認めることにつながるであろう。実際、末川は、不法行為法の発展が必ずしも単線的なものではないことを端的に認めている。たとえば、末川は、違法性の評価を検討するにあたって、許容的法規による法律秩序の形成＝権利と呼

54) 前稿では、我妻の議論を中心に検討を加えた。拙稿・前掲注(1)324頁以下。

55) 末川博『権利侵害論——不法行為に関する研究の一部として』(弘文堂書房、1930)4頁以下(同『権利侵害と権利濫用』[岩波書店、1970]263頁以下に所収。以下では同書の頁数で引用する)。ちなみに、末川が主として参照しているのは、イエーリングの影響を受けたフランスの法史学者ポール・フレデリック・ジラルの議論である。同268頁以下。

56) 末川・前掲書注(54)269頁以下。

ばれるものの形態を問題とし、その内容を検討する際に、権利が法律（ないし国家）に先立って存在するとする自然法学的な考え方を採り上げ、復讐が現代でも部分的に肯定されていることを次のように説明している。

自然法学的な権利論では天賦の権利であるとされていた自助（復讐）は、時代を下ると法律秩序と相容れない違法なものとされ、国家による権利実現機関の創設によって置き換えられていった。こうした国家以前から国家以後への歩みは、一般に、自助（復讐）から訴訟への進展として描かれている。しかし、こうした歩みは、必ずしも単純ではない。「ここでいわれる国家以前から国家以後へ、または自助から訴訟への進展は一朝にして行われるものではないから、そこには極めてほんやりした過程があることは認めざるを得ない」<sup>57)</sup>。なぜなら、こうした文脈からは、実質的に自助（復讐）にあたる正当防衛や緊急避難も、現代では禁止されなければならないはずであるが、今日でもそれらは肯定されているからである。それゆえ、不法行為法の発展は、必ずしも単線的なものではない。「上に述べたところは、これを第一章で不法行為法発展の一般史的考察として述べたところと対比するならば、吾々はそこに一の発展過程についての両面からの観察が為されていることを知り得るであろう。即ち所謂自助の権利が否定されて自助から訴訟へと進んで来たことは、個人的で主観的な権利感情の毀傷がやがて社会的で客観的な違法の評価へと醇化されて来たことを意味するものであり、それはまた復讐から損害賠償制度への転化を内面的に基礎づけているものであるといえよう。しかもこうした流れの中には不断に一条の脈絡が貫いて、自助の如きもなおその片鱗を今日の法制の上に伝えていることを認めなければならない」（圏点は引用者）<sup>58)</sup>。

このように末川は、行為の違法性評価の中に自助（復讐）を許容する側面があることを端的に認める<sup>59)</sup>。こうした議論は、復讐と損害賠償制度とを連続的

57) 末川・前掲書注(54)429頁。

58) 末川・前掲書注(54)430頁。

59) ちなみに、正当防衛や緊急避難をもって自助（復讐）のあらわれとする末川の議論には、イエーリングが『権利のための闘争』の最後に取り組んだ議論に通ずる理解を見ることができる。すなわち、イエーリングは、同講演の最後において、正

に理解し、民事責任に刑罰的要素を認める観点からイエーリングの議論を継受するものであり、その限りで分化論の前提とする思考様式とは一線を画するものであったと評価することができよう<sup>60)</sup>。また、分化論の前提とする思考様式が、要件論のレベルでも既に相対化されていたことを示すものとして重要であるように思われる。

## 第5節 結びに代えて

以上、本稿では、わが国の分化論の根底にある思考様式を念頭に、デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響を考察してきた。これまでみてきたところを要約しよう。

まず、本稿では、デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響を確認するために、デュルケーム社会学におけるイエーリングの影響を消極的に評価するジェームズ・ホイットマンの議論を採り上げ、検討を加えた(第2節)。その結果、ホイットマンの指摘にもかかわらず、デュルケームの議論とイエーリングの議論との間には、法が権利感情や集合的意識の侵害に対する復讐の感情を鎮静化し、それらを再確立するために機能すること、原始社会における私的復讐による解決と近代社会における裁判手続による解決とが連続的に捉えられること等について、類似性があることを指摘した。

次に、両者の類似性について、法の「進化」に関する思考様式に着目しつつ検討を加えた(第3節)。その結果、イエーリングもデュルケームも、当初は——刑罰の消滅と損害賠償の財産的利益への還元や抑止的法律の後退と復原的法律の優越という形で——法の「進化」を刑罰的要素の後退と結び付けて理解

---

↘当防衛が権利感情の毀損に対する反作用であり、人が生まれながらにして有している自然の権利であるとしつつ、被害者が自らの権利が侵害された際に反撃することすら認められず逃避するほかないとすれば、それは人格の放棄を促すことを意味するとして、正当防衛を縮減すべきであるとする当時の議論を批判していた。

*Jhering*, a. a. O. (Fn. 30), S. 91 ff. 邦訳132頁以下。

60) なお、末川が民事責任に刑罰的要素が反映されることを認め、その限りで民刑事両責任の区別を相対化していたことについては、前稿においても、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効に関して若干言及した。拙稿・前掲注(1)327頁。

していたものの、その後、そうした思考様式に反省的考察を加え、刑罰的要素——すなわち、侵害された権利感情や集合的意識を癒し、それらの権威を再確立すること——を再評価するに至ったことを確認した。

最後に、以上の検討を踏まえて、わが国の分化論の若干の読み直しを行った（第4節）。その結果、わが国の議論は、法の「進化」の図式的理解に固執するがゆえに、過失責任を個人の活動の自由からのみ根拠づけるという一面的な説明に陥っていること、また表面的には民事責任と刑事責任の分化を説く見解の中にも、民事責任の違法性評価の際に自助（復讐）が反映されることを端的に認め、復讐と損害賠償制度とを連続的に捉えるものもあることをみた。

本稿の主題であるデュルケーム社会学におけるイエーリングの影響という観点からは、両者の思考様式の間類似性が存在することは否定できない。しかし、その類似性は、法の「進化」の図式的理解のみならず、法の目的的理解にも求められるべきである、というのが本稿の検討から得られた帰結である。とりわけわが国の分化論の思考様式との対比でいうならば、デュルケームとイエーリングの議論は、刑罰的要素を再評価した点において決定的に重要である。彼らにとって、原始社会における私的復讐による解決から近代社会における裁判手続による解決への移行は、私的復讐からの切断というよりも、私的復讐に内在する刑罰的要素の制度的保障として捉えられる。そして、彼らにとっての刑罰とは、犯罪の抑止や財産的利益の填補ではなく、侵害された権利感情や集合的意識を癒し、侵害によって奪われたそれらの権威を再確立するものであった。こうした議論は、わが国の分化論にみられる思考様式、さらにはその延長線上に導かれる帰結が必ずしも普遍的なものではないことを教えるであろう。そうであるとすれば、法の「進化」に伴って、民事責任から応報感情が切断され、その目的が損害填補に純化されるはずであるという不確実な命題から、民刑事両責任を明確に区別すべきであるとか、民事責任から刑罰的要素を排除すべきであるという帰結を導くことには慎重である必要があるように思われる<sup>61)</sup>。

61) 拙稿・前掲注(1)306頁以下でみたように、この点については、わが国の分化論も必ずしも十分な論証を提示できていないわけではないことにも留意すべきである。