

イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(2)

—R. v. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867—

ルドルフ・フォン・イエーリング(著)

川 角 由 和(翻訳)

〔目次〕

序 論

第1節 ローマ私法における帰責要素・概説

(以上、龍谷法学53巻4号)

第2節 その展開(1)——より古いローマ法における帰責要素

- ①人間の法感情と法的サンクション
- ②法感情の克服と「不法」概念の形成
- ③古代ローマ法における民事罰の諸相
- ④古代ローマ法における民事訴訟の機能及び訴訟上の不法行為
- ⑤古代ローマ法における民事罰の機能
- ⑥古代ローマ法に関する考察の総括

(以上、本号)

第3節 その展開(2)——より新しいローマ法における帰責観念の支配領域と
現実化の形態

第4節 帰責要素の内面的形成と発展的形成——帰責がなければ行為について
いかなる答責性もないこと、すなわちいかなる損害賠償の義務も負わ
ないこと

- 1. 不法行為訴権
- 2. 契約訴権
- 3. 対物訴権

第5節 帰責の基準

第6節 過責と報復とのバランス

第7節 罰の消滅

第2節 その展開(1)——より古いローマ法における帰責要素

①人間の法感情と法的サンクション（本翻訳で丸数字の見出しは訳者が任意に付したものである。以下同様）

私は、かの命題「帰責なければ害悪なし」„kein Uebel ohne Schuld”という命題を永遠なる真理として挙げた。だが、その永遠なる真理もまた、人類によって初めて発見され、体験され、認識されるべきものである。かの命題は、歴史の初めから妥当してきたものではない。むしろ、法の諸々の始原（die Anfänge des Rechts）を顧みれば、あらゆる民族のもとで、その（永遠なる真理という）命題と激しく対抗する法的諸原則や法的諸制度があったことが我々に示される。それでは、かの命題はどこから由来するのだろうか。人間の目は、帰責の知覚や帰責喪失の知覚ということに対し閉じられてきただろうか。それについては、日常の体験が我々に回答を与えるであろう。たとえば、子供というものが目の前にある気に食わぬ石を投げつけることがあるように、そして大人の場合ですら、痛みの最初の感覚として、無責の原因（unschuldige Ursache）に対する立腹（Unwille）と憤懣（Grolle）の感情の動きを（子供の場合と）同様に感じるように——無教育な人々や癪癪持ちの人間の場合には、きわめて容易にその暴力的な言動によってせいせいした気分させるような感情の動きがみられるものだが——、人間の法感情もまた苦痛（Schmerzen）の支配下にある⁷。不法というもの（das Unrecht）は、その原因に基づいて評価されるのではなく、その作用（Wirkung）に基づいて評価される。言い換えれば、それは、行為者の人格におけるモメントに即してではなく、純粹に被侵害者の

7 ここで私は、（本書の叙述内容として）部分的に、私が著した『ローマ法の本質』第1巻（第2版）127頁から幾つかの命題を繰り返すことにしたい。なお本書は、『ローマ法の本質』で内容的に補充すると約束した事柄のうち、少なくともその歴史的側面に関しては、その履行を果たすという目的をもつものである。

立場から（rein vom Standpunkt des Verletzten aus）評価されるのである。たとえば、石が彼にぶつかった。彼は痛みを感じる、そしてその痛みは彼をして報復へと駆り立てる。その（報復のための）手を導いたのが、故意であるのか、過失であるのか、はたまた偶然であるのか。ともあれ、それは、湧き上がる激情とかかわりを持たないであろうか。その激情こそは、無責な者（der Unschuldigen）に対しても贖罪（Sühne）を求めてやまないものであった。

そして、その激情にとっては、単なる矛盾（der bloße Widerspruch）からして、すでに不法なものとして現象する。その矛盾こそ——激情だけであればその矛盾に耐え難いであろうが——人の自己制御（Selbstbeherrschung）を試すものである。未熟な人間であれば、すでに見解の相違があるというだけでイライラしてしまう。そして彼は、意図的な虚偽と難癖をつけて、その見解の相違が誘発した彼の癪癢（Heftigkeit）を正当化するのである。すなわち彼にとって、虚偽を口にすることは、子供がするのと同様の意味をもって、嘘をついたことを意味する。このような観察は、個人の場合のみならず民族にとっても等しく妥当する。何らかの形で、あるイデオを激情的に湧き立てる民族においては、単なる見解の相違そのものが刑罰の対象となる。たとえば、火あぶり用の薪の山（Scheiterhaufen）やギロチン（Guillotine）をもって、異なった見解を押しつぶす。すなわち、集団にとって好ましからぬ真実、あるいはその集団が理解しない真実は、誤謬の種であって、それ自体、犯罪なのである。（民族の）幼年期の法におけるこのような傾向の表出こそ、訴訟手続きに服する側（「被告」）に対する刑罰にほかならない。その者は、一体、どのような犯罪を犯したのであろうか。たとえば、その者は、なにがしか真実でないことを主張したのであり、すなわち、おそらくは真実であってもただ証明できないことを主張したに過ぎないか、あるいは相手方が誓約して否認したことを主張したか、もしくは裁判官が単に理解を示そうと欲しなかったことを

主張しただけである。まあ、それはどうでもいいことだ！ 要するにその者は不法をしでかした。それゆえ結果的に罰せられたわけである。いわゆる天真爛漫な民族の幼年時代の基本的な諸特徴をなすもの、それこそ不信 (Misstrauen) であり、非情さ (Härte) であり、不寛容さ (Nachsichtslosigkeit) であった！

②法感情の克服と「不法」概念の形成

衝動的なものに囚われた法感情のこの段階が克服されて初めて——そして諸民族の場合と同様に諸個人のもとでも、このことが教育の成果 (das Resultat der Erziehung) として現れて初めて——(裁判の) 判決は、「不法」(Unrecht) 及び「矛盾」(Widerspruch) を正しく評価するための正当な基準を獲得した。これこそ、われわれが問題にする帰責の規準 (Massstab der Verschuldung) にほかならない。その基準が市民法及び刑法のさまざまな諸関係のもとでいかに適用されたか、その仕方は、法の文明段階の最も確実な諸基準の一つ (eins der sichersten Kriterien der Culturstufe der Rechte) に属することである。なぜなら、(法の) 真の形成のまぎれもない徴表こそ、判決から激情を取り去ること (die Leidenschaftslosigkeit) であり、判決に自己抑制を確保せしめることにあるからである。しかし、そのための最も困難な試金石は、相手方に対する関係での自己抑制それ自体の働かせ方にある。この試金石こそ、民族が乗り越えるべきものである。そして、その民族こそ、いかに相手方との関係を把握するかを、その法のうちに適時に示すべきものである。法がいかに語るかとは、民族がいかに思考するかにはほかならない (*Wie das Recht spricht, denkt das Volk.*)。

先ほど素描したところの、法における衝動が支配する段階とは、古代ローマ市民法 (das altrömische Civilrecht) がきわめて明瞭な具象性をもって、われわれをそこに導き入れるもののことである⁸。この関係にお

いて、その古代ローマ法が私をして抱かせる印象を短い言葉で要約するなら、なにより私は、その古代法の基本的特質として「受けたる不法に対する反作用の激情性」（*die Heftigkeit der Reaktion gegen erlittenes Unrecht*）を挙げたい。その場合、この反作用は、以下の二重の関係において程度を超えて甚だしいものである。

その第一は、この反作用が激情の盲目性（*Blindheit der Leidenschaft*）に駆られて「帰責要素」（*Schuldmoment*）を無視してしまう限りで。

その第二は、この反作用が、不法の不利益結果の単純な廃棄に満足することなく、むしろさらに、刺激され、そして害された感情に対する個人的な満足、つまりは「罰」（*Strafe*）を要求したという限りで。

以上の二つのうち、第一の事実に関して言えば、それは、なるほど一般に知られたことであり、争う余地なく明白なことであった⁹。にもかかわらず、このことは従来は圧倒的に刑事法に関して述べられてきた要点であったと言えようし、それゆえ市民法や民事訴訟法に関しては、なお一層充実なものに仕上げる余地があると言えよう。以下、私は、全体として私

8 ローマ人たちは、その後の時代には、みずからその事実をきわめて十分な形で自覚するに至った。たとえば、脚注10及び11におけるキケロ（Cicero）とゲリウス（Gellius）の言明をみよ。

9 ケストリン（Köstlin, Cristian Reinhold, 1813-1856）もまた——彼は、その「故殺と殺人」に関する論稿（*Die Lehre vom Mord und Totschlag*, 1838）の42頁以下、67頁以下とか、あるいは彼のドイツ刑法の体系書第1巻（*System des deutschen Strafrechts*, Bd. 1, 1855）129-133頁で、古代ドイツ法及び古代ゲルマン法における可罰原理を想定するにあたって他の論者よりも先行しているのだが——市民法上の私的復讐（*vindicta private*）に関してやはり上記のことを認めている。ただし、すでに「かなり早い段階」から（*schon „sehr früh“ hinüber*）、可罰原則が民事刑法（*das Privatstrafrecht*）に採用されていたことについて、私は、ケストリンのもとでそのための証明が足りないことを遺憾とするものである。なお、ゲルマンの諸法が本書本文における命題のために提供するのとパラレルな側面については、ケストリンの后者（『ドイツ刑法の体系・第1巻』）130-132頁における豊富な法源と文献指示を参照せよ。

に周知の学問的な手掛かりを要約して示すことにする。

③古代ローマ法における民事罰の諸相

最も古いローマの法によれば、いわゆるヌマの立法 (Gesetz von Numa) が殺人者の親族の一人から差し出された雄羊、つまりローマ古代の贖いの雄羊 (Sündenbock des römischen Alterthums) の提供によって殺人罪から解放されることを許すまでは、帰責なくして他人を殺した者もまた、仇討ち (Blutrache) の対象となった¹⁰。同様にして、身体への侵害の場合に措定された「同害報復」(Talion) の罰や、それに代わる「賠

10 Serv. ad Virg. Ecl. IV 43 (フシュケ [Huschke] によって、出生子に代わって父親側の血族 [agnatis] に修正された。また、スカリガー [Scaliger] によって、担保の代わりに〔公的場所への〕召集へ [concione] と修正された。)。これは、復讐のための攻撃、及び殺人者を奴隷にする儀式 (Fest. subiei und subigere.) と関わる。なお、このことに関しては、キケロ (Cicero pro Tullio §. 51 Topica c. 17) の言葉に耳を傾けるべきであろう。彼は、そこで12表法の原則を取り上げている。すなわち、「〔試訳〕もし、〔仇討ちの相手が〕武器を投げ出すよりはむしろ、それを手にしたまま逃げ出すならば、その後は、あなた方の訴訟においてかの雄羊は (あなた方に) 委ねられることだろう。」(„si telum manu fugit magis, quam jecit“, ex quo aries ille subiicitur in vestris actionibus.)——この法文に繋げてキケロが次のように記すことも注目に値する。「〔試訳〕むしろ、恩赦にふさわしい者が、もし不注意で殺害されたならばどうか。誰もそのようなことは想像だにしない。なぜなら、このようなことは、法が沈黙している以上、賢慮ある人々からすれば、決して不幸なる罰を執行されることはなかったと考えるのが人間性にかなったことだからである。しかしながら、このような刑の赦免は、祖先の人々にとって放置されるべきことではなかったようだ。というのも、もし武器を放りだすならば、という限りで、それ〔罰に処せられるということ〕は、12表法における法だからである。」(quis est, cui magis ignosci conveniat .. quam si quis imprudens occiderit? Nemo opinor; haec enim tacita lex est humanitatis, ut ab homine consilii, *non fortunae poena* repetatur. Tamen hujusce rei *veiniam majores non dederunt*, nam lex est in XII tabulis: si telum caet.)——この件につきより詳しいことは、Ed. Platner, Quaest. de jure crim. Rom. p. 37; Rein, Criminalrecht der Römer, S. 403をみよ。その場合、雄羊 (der Widder) は、他の地域でも罪人の代理であったようだ。この点、Arnob. adv. gentes V. c. 21を参照。

償金支払いの強制」(Abfindungszwang)は、有責者のみならず無責者にも課された¹¹。そして、その者のもとの、盗まれた物が家探しによって発見されたところの者は、彼が盗人について知っていたか否かを問題とすることなく、(盗品の価格の)三倍額の賠償金支払いを課された¹²。同様に、(売買契約において)買主から目的物が追奪された場合には、売主は、彼がその売買目的物が他人の物であったことを知っていたかどうかの区別なしに、(代金の)二倍額の賠償金の支払いが課されたし¹³、また(他人の建材の)善意の占有者に対してすら、梁木組立訴権(actio de tingo juncto)によって二倍額の支払い義務を負わすことができたのである¹⁴！

12表法によれば、未成年者もまた、彼が成人と比べてかなり低年齢で

11 Gellius XX, 1, §. 15, 16, 34を参照。そこには、「(試訳)物事を自由意思によってこんなに思慮深く考えて行動した者であっても、つまり、その者がたとえ〔その主観において〕注意深く行動したとしても、結果的に軽率な形で物を破壊した場合には、〔生じるであろう結果を〕吟味し判断した上で行為をしたものとはみなされないであろう。」(neque ejus .. tantam esse habendam rationem arbitrate sunt, ut an prudens imprudensve rupisset, spectandum putarent.)とある。

12 Gajus III §. 186を参照。それによれば、「たとえ(被告が)盗人でなかったとしても」(quamvis fur non sit)、そのことは決定的な意味をもたないであろう、とされる。とはいえ、その187節では、寄託者に対する「持ち込まれた盗品に基づく訴権」(actio furti obliti)が、その盗品が発見されたところの者に帰属すると記されている。なお、その際、そういう事例がないわけではないのだが(1.6 §. 3. Mand. 17. 1)、主に上記本文のようなケースのもとで、受託者が(盗品であること)を了解の上で保管したのではなかったことが考慮される必要がないことについて、立ち入って述べる必要は、ほほないであろう。より古い時期の法学者の疑念が根拠のないものであることにつき、Köstlin, Mord und Totschlag, S. 71. をみよ。

13 Paulus S. R. II 17 §. 3. キケロの「義務について」(De Officiis, III. 16)によれば、銅衡式売買(Mancipatio)の際になされるべき宣誓を拒絶することによって12表法のもとで課される二倍額の罰が、相続人にも適用される場合、ひとが古き法の問題においてそう仮定することが許されるように、そのような二倍額の罰が上記本文のケースでも妥当可言えよう。

14 詳しいことについては、Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I §. 300をみよ。

あったとしても、窃盗を働けば、それによって罰を課された¹⁵。とはいえ、その後の法における場合と同様に、個人的な精神的成熟度及び責任能力が別途問われることはあったろう¹⁶。そして、動物や死んだ物ですら、それによって惹起された損害について（それらの所有者が）責めを負うのである。後者（死んだ物の場合）については、少なくとも、その物が被害者の手に帰した場合に彼がその物を保持することが許容されている限りで、その物にかかる（原所有権者の）責任が発生した¹⁷。また前者（動物の場合）については、このような要件とは無関係に、被害者はその動物の所有者から動物の引き渡しを強制することができたし、それを通じて彼は彼のもとで生じた損害を補填するのである（したがってこれは、一種の民事罰である。動物の所有権者が罰金を支払えない場合、その動物は被害者である債権者に帰するのであった！たとえば、Dirksen, Civil. Abhandlugen, I. S. 104.; Hepp [Fn. 17] , S. 103 ff. なお、後者は他の諸法から数多くの例を挙げている。）。その際、動物が、その種の本性に反して（*contra naturam sui generis*）加害をなしたに違いないとされる要件、すなわちその事件関係への過責の観念（*Idee der Verschuldung*）の適用が古代にまで遡ることはほぼありえないであろう（後述のところを参照）。古代法がこの点で問題にする加害行為に対する罰の最たるものは、周知の12表法における人的執行であって、それはひとが刑法の地盤に置き換えられたものと考え、しかもきわめて悪質な犯罪にあつては宗教へ置き換えられたものと考えるところの市民法の行為（*ein Akt des Civilrechts*）であつた。そのような市民法の行為のもとでは、罪と罰との不均衡（*Missverhältniss zwischen Schuld und Strafe*）は最も甚だしい程度に達するに至る。不運がもたらした無責のケースで財産喪失に至っ

15 Gellius XI 18 §. 8. Plin. H. N. X VIII. 3.

16 この点、Goldschmidt, AcP B. 37, S. 440 ff. に詳しい記述があるので、私が立ち入って論ずるまでのことはないであろう。

17 1. 9. §. 3 *Damn. inf.* (39. 2), 1. 5. §. 4 *ad exhib.* (10. 4). なお、Hepp, *Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts*, 1838, §. 11. を参照。

た債務者もまた、(当時の) 法によれば、彼の存在そのものの破滅 (Ruin seiner ganzen Existenz) に至るのであった。

④古代ローマ法における民事訴訟の機能及び訴訟上の不法行為

われわれの上記の観点は、ローマ法上の民事訴訟において、一個の全く固有の適用領域を見出すものであった。民事訴訟は、それ自体なお今日の法においても一部、このような方向で維持されてきた。われわれは、ここで問題となる様々な現象を、訴訟上の不法という観点 (Gesichtspunkt des *processualischen Unrechts*) のもとで、すなわち訴訟上相争う当事者の一方が、理由あるものとして提起された請求権を彼が否認し、あるいは理由づけされえない請求権を彼が提起することによって犯した不法という観点のもとで概括してみよう。これらのことが (訴訟上の行為として) 善意でなされた場合、その不法は純然たる客観的不法 (ein bloss *objectives Unrecht*) である。これに対し、自己の陳述が無意味であることを意識して上記行為を行ったということが付加される場合、その場合の不法は、主観的不法 (das *subjective Unrecht*) ないし讒訴 (die *Calumia*) という一種独特な性質を帯びる。なぜなら、この場合に不法が訴訟の適法な方式をまとい上げるという事態そのものが、不法行為のモメントを含みもつからである。言い換えれば、悪意 (*dolus*) の場合と同様に、それと同様の実態が認められる悪意ある意図とか相手方への危険な行為などというのは、不法行為のモメントを排除しないからである。意図的に相手方の請求を否認する者は、その相手方をして彼自身のものを失わせようとする者である。原因なき請求権を意図的に主張する者も同様である。すなわち、このような行為は、適法な訴訟方式をまとった一種の窃盗 (eine Art des Diebstahls in legaler Form) にほかならない。

古代ローマ法はこのことを正当に感じ取った。それゆえにこそ、それは、訴訟上の不法を訴訟外の不法と同様に罰をもって責任追及したのである。

しかも、上記に描出した見解の精神において——そのことはわれわれにとって興味深いものであるのだが——敗訴者が意識して間違いを犯したのか、それとも無意識にそうしたのかを区別することなしに、義務づけられたところの罰が、有責者のみならず無責者にとっても同様に妥当したのである。

ローマ訴訟法のここで考慮される個別諸規定は、その度合いにおいて学問的に確定されたものであり、よく知られたものである。それゆえ、それをただ概略的に列挙すれば十分である。以下にそれらを示す。

- 1) 神聖賭金宣誓訴訟 (Sacramentsprocess) において敗訴した敗訴者のための保証金の喪失。
- 2) 古い時代の物的返還訴訟 (der alte Vindicationsprocess) において、返還を求めた対象物を受け取ったが、しかし訴訟に敗れた場合の (si vindicam falsam tulerit) 当事者のための二倍の果実 (doppelten Früchte) の賠償。
- 3) 拿捕を通じての法律訴訟 (legis actio per manus injectionem) に基づく罰及びそれをモデルとした (原告の訴えを) 否認する被告の罰に関するあらゆる事例。たとえば「訴えが (被告によって) 拒絶された場合には、(罰が) 二倍にふくらむ」(ubi lis infitiando crescit in duplum) という準則。
- 4) 被告のための罰金を内容とする誓約 (sponsio poenalis) という罰及びそれに対応する原告のための反対問答契約 (restipulatio)。それについては、確定物の不当利得返還訴権 (condictio certi) の場合にだけ「三分の一の誓約」(sponsio tertiae partis) が適用される。
- 5) 占有物を競売するにあたって (bei der Versteigerung des Besitzes) 最高額の付け値を申し出たが、競売に負けた者のために、「不動産占有保持に関する特示命令」(interdictum uti posside-

tis) が適用される場合の「競売の収益金額」(summe fructus licitationis)。これについては、方式訴訟手続きに関して上記2)で示した規則が踏襲される。

6) 「過多請求」(plusretio) の事案において、原告に関する当該訴訟の全面的敗訴が帰結される場合。

7) 「反訴」(contrarium iudicium) が原告に対して提起された場合¹⁸の、その原告の訴えが棄却された際に彼に課されるところの、目的物に関する10分の1、あるいは5分の1の価額に関する罰。

⑤古代ローマ法における民事罰の機能

これらの罰が、故意による不法（「讒訴」die Calmunia）の要件と結びつけられていなかったということは、そのうちの幾つかの罰についてはっきりと述べられていることであるし¹⁹、またそれ以外の罰についても、それらがわれわれに伝えられてきた様式からおのずと理解されるものである。ただ、上記3)の「二倍額の罰」(Strafe des Doppelten) 及び5)の「誓約罰」(sponsio poenalis) に関してだけは疑いの余地がある。すなわち、

18 Gaius IV 177, 178. では、次のように記されている。「(試訊) しかし、もし原告が訴えの原因を有していないのであれば、たとえ、何らかの意見に影響を受けてみずから正しい訴えを提起したと信じているとしても、反訴によって、原告は全く訴えを棄却されるだろう。」(contrario iudicio vero omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opnionie inductus crediderit se recte agere.)

19 上記7) のケースについては、すでに記した脚注を参照。反対問答契約についてはGaius IV 180をみよ。——「(試訊) もし原告が訴えの原因を有しない場合には、反訴によっていかに完全に原告が全面的な訴えの棄却を被るか(明らかである)。その場合には、原告は(裁判官から) 尋ねられることもなく、あるいはみずから正しい訴えを提起していると認識しているわけでもない。そのようにして原告は、罰に関する反対問答契約によって、全面的な訴えの棄却を被るのである。」(et quemadmodum contraio iudicio omnimodo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita et restitutionis poena omnimodo damnatur actor.)

Gaius IV 172の不完全な法文からは、その限りで、債務者の相続人や女性及び未成年者も、かの罰に関しては責任を緩和する形で取り扱われていたことが窺えるのである。というのも、彼らの場合、(原告の訴えについての) 濫訴の宣誓 = 善意の宣誓 (juramentum calumniae) をすることによって(裁判から) 離脱したからである。これに対して、その特権がどの程度拡張されたのか、すなわち上記3) と5) 両方の罰が相続人に免除されていたのか、また二倍額の罰もまた女性や未成年者には免除されていたのか。これにつき、先ほどのGaiusの法文からは詳しいことが分からないのである。これに対し、習わしを手書きで書き表したことが正しいとするなら、その限りにおいて躊躇せずに言えることだが、先ほど挙げた後二者(女性や未成年者)の両方に関して伝えられた法文の文章が初めから妥当したものではなく、その後の、古代法とは別の精神によって活力を与えられた実務の所産であったという点にこそ、示唆が得られるように思われる²⁰。被相続人の罰を相続人が承継するということは、確かにきわめて古い法の命題にある。また、その相続人に対する古い「拿捕を通じての法律訴訟」(die alte legis actio per manus injectionem gegen die Erben) も単に一倍額 (das Einfache) の罰に向けられたにとどまるということも、どうやらなおありうることも知れない (immerhin möglich bleibt)。にもかかわらず、推測による言明が許されるならば、私としては、この場合、それがあまりにも過度に行き過ぎるよう導いたのではないかという理由から、そのことは、本当らしくは思わないのであるが…。ともあれ、上記で挙げた罰にさらに幾つかの罰が付加される。すなわちそれは、敗訴した当事者について明らかにその人格における責任 (Schuld in seiner Person) の要件と結合された罰である。

20 Gaius I 121 (「(試訳) しかし、彼らは不在の農地を渡されるのが習わしである。」 *paedia vero absentia solento mancipari*) と比較せよ。これにつき、私の『ローマ法の精神』第2巻598頁を参照。

1. 第一に挙げられるべきは、名誉を害する契約訴権をもとに有責判決を下された被告に関する不名誉の罰 (die Strafe der Infamie) である。その罰は、ただ単に有責者にのみ課されるのであり、その相続人には及ばない²¹。その罰も裁判の帰結であって、行為それ自体の帰結ではない。なぜなら、行為者が裁判によらずに相手方に満足を与え、あるいは満足を与えるための意思表示をする場合には、彼はその罰から免れるからである。
2. その二は、「金銭弁済約束訴権」(actio de pecunia constituta) の場合の「二分の一の誓約」(sponsio dimidiaie partis) である。これは、ローマの法学者たちがこの訴権に関してしたような言明の様式に従えば²²、そして、その訴権の法務官告示的な起源 (prätorische Ursprung) をもつこと、すなわちその訴権の比較的早期の段階のものであることを顧慮すれば、ひとは、その罰が約束の文言に違反した者にだけ及び、その者の相続人には及ばないということを想定することが許されよう。
3. 第三に、「専決的訴権」(actio arbitraria) のもとで仲裁人の判断 (arbitrium) に従わないことに向けられた罰がある (それは、「四倍額の罰」[quadruplum] とか、「訴訟における宣誓」[juramentum in litem] に基づく罰である)。なぜなら、その罰は、被告の悪意 (dolus) とか出廷拒否 (contumacia) によって条件づけられたものだからである。

21 l. 1. pri. de his qui not. (3. 2) には、「(試訳) 彼の名においてのみ有責判決が下される (suo nomine...damnatur)」とある。

22 たとえば、以下の法文を参照。l. 1. pri. de pec. const. (13. 5) では「信義に反することは重大なことである」(grave est fidem fallere) とされ、また l. 25 pr. ibid では、「訴訟行為によって信義を損なうこと」(fidem constitutae rei frangere) とある。同様の記述として、Theophilus, IV. 6 §. 8 がある。Bruns, Zeitschr. f. R. G. I. S. 55, 56.

4. 第四に、「濫訴の訴訟」(judicium calumniae)に基づく罰がある。

これは、その、あらゆる訴訟について10分の1の罰を被告に課すものであり、特示命令の場合には (bei den Interdicten) 4分の1の罰が被告に課された。要するに、「濫訴の訴訟」は、原告の人格における意図的な不法の証明を前提とするものであった、とされる²³。

われわれにとって、古代ローマ法の知識について詳論する余裕はなかったとはいえ、上記によってかなりのことはやはり知識として拡大することができた訳であり、そのことを論証する幾つかの事柄は、本書の先ほどの主張を理由づけるに十分すぎるほど完全なものである。われわれが先ほど指摘したことであるが、古代ローマ法が帰責要素 (das Schuldmoment) を無視したか、それともその古き法にとって行為が帰責の十分な証明として機能したかはどうでもいいことである。要するに、罰は無責者にも課されたのであり、キケロが上記で活用した法文に関してははっきり示しているように、「賢慮ある人々にとってはそうでなかったとしても、しかし不幸なる罰が執行される」 („non consilii, sed fortunae poena repetitur") ことはあったのだから。すなわち、行為の外形そのものが決定的意義を担ったのであり、その行為と意思との関係がさらに顧慮されるかどうかを問うことはなかったからである。最近のある論者は、このような純朴な観察方法から一定の理念的な、あるいは倫理的な側面を取り出そうとする。その者は、結局のところ「運命論」(Fatalismus)に依拠するわけだが、次のように言う²⁴。すなわち、「ひとは——彼はそう言うのであるが——宿命のもとで生きるものであり、彼の運命は彼が抵抗することのできないより高次

23 Gaius IV. 175, 178.

24 Heinrich Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, Bd. I. 1836, S. 74.

の力によって彼の貢献に応じて彼に割り当てられたものである。このような見地によれば、運命とは、ひとの貢献として現象したり、その者の帰責として現象するようにみえる。それに応じて、その者は、たとえ彼の意味によることがなくても、また彼の原因なしにであっても、よき結果を得たり、悪しき結果を得たりするのである。」

このような未開の文明のもとで繰り返される運命論的な観念形態も意味をもつかも知れないが、しかし、にもかかわらず私は、そのような観念形態を介在させることなしに、私の上述の解説に従って考察を進めたく思う。被侵害者が相手方の帰責を考慮することに対して阻害要因となってきたものは、宗教的な信仰心ではなくて、むしろありのままの利益（das nackte Interesse）であった。彼が被った損害こそ、彼の請求の内容を（客観的に）画するものであり、また、裁判官の人格における（被侵害者の）利己主義への加担を可能にするその人的要素こそは、彼をしてその加担を是認せしめるところのものである。

このような見解は、その支えを、上記で定立された第二の命題、すなわち古代法における罰の優位のうちに見出す。もし、単なる宿命論的な考えであれば、惹起された損害の完全な賠償のもとでのみ安心しうるのであろう。しかるに激発的な感情（Leidenschaft）は（古代法のもとでは）その賠償にとどまりえないのであり、その感情はより多くのものを要求する。すなわち、報復心の充足、相手方への懲らしめ、要するに民事罰（Privatstrafe）こそ、それであった²⁵。刑罰は、古代ローマ法の民事罰の隅々まで浸透している。それ自体そもそも罰を含んでいるか、あるいは訴えを通じて罰が与えられるかにかかわらず、刑罰の要素を帯びざるものはほばない。その結果、ますます、民事罰が発生したとき如何なる場合に刑罰の要素が欠けるのかという問題が探求される価値をもつのである。たとえば、手足

25 以下において、私は、私のかつての論述（『ローマ法の精神』の11節〔第2版の11a節〕）を素材に、それを短く要約して示すことにしたい。

をこなごなにされたとか、顔をえぐられたとか、あらゆる種類の加害行為、すなわち物や人に対して向けられたあらゆる不法は、金銭（罰金）で贖うべきであり、また、それは可能なことであった。妻の不品行（Liederlichkeit）や姦通（Ehebruch）も、その程度に応じて嫁資＝持参金（Dos）から控除されるという帰結を導いた。金銭を支払う能力をもたない者だけが彼の人格に罰を加えられるのである。そもそも窃盗の現行犯（der fur manifestus）のみは例外であった。なぜなら、一方で窃盗の非現行犯（der fur nec manifestus）であれば、その者は二倍額の罰で解放されたが、窃盗の現行犯であれば——その後法務官（der Prätor）が四倍額の罰金支払いでその者を免責するまでは——現行犯の全財産ごと、窃盗の被害者に奴隷（Sklave）として身を委ねることになったからである。この場合、盗人がその犯行の現場で捕まったか、それとも一旦身を隠した後に捕まったかというのは単なる偶然に過ぎないことであるが、一体どのようにしてそのような偶然が——窃盗の過責（Verschulden）という点ではまったく同質のものであるにもかかわらず——かくも大きな責任の違いを根拠づけたのか、唐突ながら（読者諸氏に）問いかけてみたと思う。私は、すでに別の機会にそれに対する回答を与えておいた²⁶。すなわち、われわれにとって、そこから見て取るべき激情の本質というものがある。たとえば、窃盗の現行犯の場合には、その場での（盗人と被害者との）直接的な感情の野蛮な激発に遭遇する。他方、窃盗の非現行犯の場合には、経過した時間が（被害者の）感情を鎮める力を発揮するだけでなく、多かれ少なかれ失った物を再び回復したという所有権者の喜びもまた事態を善処するのであり、ついには彼にとって寛大さをもたらす条件をも創り出すのである。

とはいえ、激情にはまた、打算（Calcül）も付きまとう。少なくとも所有権のもとで物の価値（算定）の安定的な根拠となっていた罰の定額表

26 前注25の私の『ローマ法の精神』第1巻の第2版128頁を参照。

（Tarif der Strafe）なるものを理解することは、それほど困難なことではない。たとえば、私の物を私からなんらかのやり方で奪おうとする行為を働いたあらゆる者に適用される通常の罰は——私とその犯人をその犯行現場で直に取り押さえる場合を除けば——二倍額の罰金（das Doppelte）がそれであった。したがって、この二倍額の罰は本来の意味での（非現行犯の）盗人にだけ適用されたのではなく、以下の者たちについても適用されたのである。すなわち、寄託（das Depositum）の場合の受寄者²⁷、（貸付契約において）債務不履行の場合に隷属状態になる原因債務（die Nexus-schuld）を負う債務者、（有責判決による）義務づけを通じての遺贈（das Damnationslegat）の責めを負う相続人、銅衡行為（die Mancipation）のもとで誓約をなしたる売主、私の物を毀損したがそれを否認した加害者、被後見人を騙した後見人（「後見人計算訴権」actio rationibus distrahendis）、追奪担保の対象たる他人の物を私に売った売主、私の物の占有者であって物権的返還訴訟の継続中に果実を収取した者、あるいは当該返還訴訟を免れるために私の物を神々に奉納した者²⁸、さらに私の物をその者の居宅の材料として利用した者などが、そうである。なにゆえ、二倍額の罰が上記のあらゆる場合に適用されたのであろうか。それは、平等の法則のゆえにである（Des Gesetzes der Gleichheit wegen）。すなわち、被告が（有罪判決から免れるために）目をつけた試みが成功すれば、彼は私の物を獲得しただろうが、その試みに失敗したならば、彼は、もし成功していれば獲得したであろう場合と同等の額だけ失うことにならざるをえない。いわば、それは、その場合に（双方の）賭け金が等しくあらねばならない賭け事の観念（die Idee eines Spiels, bei dem die Einsätze gleich sein müssen）を表わすものである。その観念はまた、古代ローマ法の神聖賭金訴訟（sacramentum）及びそれより新しい訴訟である罰金にかかる誓約

27 Collat. X. 7. §. 11.

28 l. 3. de litig. (44. 3.)

(sponsio poenalis) のもとで繰り返し表現されたものである。要するに、(その賭け事に) うまくいった場合に他人の財貨を利得する者は、逆に失敗した場合には——自分で他の何かを失うことなしに——(その他人の財貨と) 同じ価値だけ返還するわけであり、それで見事に賭けが成立したことになるわけである！

これに対し、盗人であれば、その他人の物が彼のもとで家宅搜索ののち見つかった場合に三倍額の罰 (das Dreifache) に高まり、さらに彼がその家宅搜索を阻止しようとした場合には四倍額の罰 (das Vierfache) にまでせりあがるのであった。これは、改めて正当な計算の上に組み立てられた罰である。前者 (三倍額の罰) の場合、盗人が仮に二倍額の罰だけを受けるとすれば、彼は——物を自発的に返還する代わりに——相手方がその物を発見しないであろうという望みもあるわけだから、なぜ家宅搜索をあえて甘受しないはずがあるだろうか？ それゆえにこそ、(家宅搜索の要請を受けた) 盗人は、彼の側でこのような (物が見つからないかも知れないという) 希望の対価として (盗んだ物よりも高い) 賭け金を支払わねばならないことは当然なことである。そしてまた (後者の四倍額の罰のケースでは) ——物の発見よりも多大な不利益が盗人にもたらされるわけではない以上——盗人が、(家宅搜索を許せば) その物が見つかるに違いないという確信を持っているがゆえに家宅搜索の許可を拒む場合、彼は——(もし家宅搜索を妨害しても) 彼にいかなる損失もふりかからないとすれば (家宅搜索を拒んだ方が得になるわけだから) ——なにゆえ (搜索者に対して) 卑屈な態度をとってでも家宅搜索を阻止しようとしなくてはあろうか。まさしくそれゆえにこそ、(家宅搜索を阻止しようとした) 盗人には四倍額の罰が課されたのである。

⑥古代ローマ法に関する考察の総括

以上の、まさしく古代ローマ法に関して描き出されたイメージは、われ

われに心地よい印象を胸に残すに適したものではなかった。とはいえ、古代ローマ法のもとでも問題となるのは、法における激情の支配（Walten der Leidenschaft im Recht）と、われわれを（法学的に）先導するところのものと（mit dem, was es uns vorführt）を和解せしめるため正しい解明を図るということである。ひとが今日的な法の高次の発展段階に立つ場合、以上のような（古代ローマ法に見られた）現象を排撃するのは容易なことである。なぜなら、今日の法の発展段階にとっては、法における激情などはすでにその法たるゆえんを喪失しているからである。言い換えれば、すでに制定法の客観的な力（die objective Macht des Gesetzes）こそが、主観的情動（Affekt des Subjects）に取って代わったからである。しかしながら、法の原初的な段階にあっては事情が異なる。なぜなら、（当時において）法秩序の安定性、つまりは法を現実化するに確実なものは、本質的に、諸個人のエネルギッシュな協働（die energische Mitwirkung der Individuen）に依存していたのであり、しかもこのエネルギーこそは、改めて、被った不法に対する主観的な法感情のリアクションの激しさに依拠するものであったからである。言い換えれば、人間というものは、法的諸命題をまずはそのものとして感じ取らないわけにはいかない（fühlen muss）のであり、そのようにして人間は法的諸命題を胸に刻み込むことになるからである。たとえば、盗人を犯行現場で殴り殺した被害者は、国家的な保安組織の設置が不十分であったために共同体＝国家が機能しなかった不備を補ったという功績のゆえに共同体＝国家に貢献したことになる。そのようにして、ますます強力に、ますます確固として、各人は、制定法がその固有の法の領域内で彼に付与した監督権をみずから行使するのである。そのようにして、ますます頑健に、制定法が全体（die Gesamtheit）のために組織化した網の目が広く張り巡らされるに至る。そのように制定法によって制限された領域の内部で、制定法に基づく監視人及び報復者は、彼の貢献に対する褒賞として彼にその行使が許された民事罰による鼓舞を受

けつつ (gespornt durch die Privatstrafe, die ihm als Prämie für seine Dienstleistung in Aussicht gestellt ist)、法の理念を実現することを目的として彼に割り当てられた任務を遂行するのである。その任務の遂行が完全であればあるほど、彼は、ますます疑り深く彼の権利へのあらゆる侵害を監視するのであり、それだけにますます情け容赦なく、ますます頑なに、彼は自己の権利の侵害をはねつけ、それに報復するのである。彼をそのように駆り立てるところの（第三者からの侵害の対象となった）彼の権利がいかに素朴で粗末なものであったとしても、そのようなことは問題ではない、と言うべきなのではないだろうか。こうして、歴史のやりくりというもの (Haushalt der Geschichte) を見ると、古いものがより高次の、そしてより高貴なものに取って代わられるまでは、その動機がいかに低次なものであったとしても有効に活用されることがある、ということを、われわれは教えられるのである。

(未完)