



Title	フランス私法学史における「フォウト」概念の成立（一）
Author(s)	飛世, 昭裕
Citation	北大法学論集, 41(5-6), 531-590
Issue Date	1991-10-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16808
Type	bulletin (article)
File Information	41(5-6)_p531-590.pdf



[Instructions for use](#)

フランス私法学史における「フォオト」概念の成立（一）

飛世昭裕

目次

はじめに

第一章 サレイユ以前のフランス私法学に

おける「フォオト」

一 ドマ、ポチエ、民法典編纂過程に

おける「フォオト」

二 註釈学派における「フォオト」

三 補論——「物・他人の所為に基づく責任」論

小括

(以上本号)

第二章 サレイユの民事責任論

第三章 プラニオルの民事責任論

第四章 サレイユの民事責任論とプラニオルの

民事責任論との関係

おわりに

はじめに

フランス科学学派^① (école scientifique) が台頭した一九世紀末から二十世紀初頭、サレイユ^② (Raymond Saleilles, 1855—1912) とプラニオル^③ (Marcel Planiol, 1853—1931) には民事責任論^④ (ここでは特に不法行為責任論) に関して共通の問題意識があった。「フォオト (faute)」^⑤ は不法行為責任の要件の一つとされているが、その概念がいかなるものかということである。一九世紀の註釈学派^⑥ までの私法学においては、「フォオト」には明確な定義がほとんど与えられず、後に触れるように、専ら主観的な意味、または、日常用語に近い意味で用いられていたといわれている^⑦。そのような状況において、サレイユは、労働災害に関する判例の中で論じられている「フォオト」が、法學上一般に説明されているものとは別物であると認識し、従来のような「フォオトに基づく責任」論^⑧ に対して疑問を提起した。彼は、「フォオトに基づく責任」という考え方を捨てて、彼が労働災害に関する判例の中で形成されつつあると考えた「危険の(分配の)原理」に基づく民事責任 (フォオトなき責任・危険責任) の理論を不法行為一般に関して構築しようとした^⑨。それに対してプラニオルは、「フォオト」という用語が法學上共通の了解

の下に用いられていないのではなにかとの疑問を抱き、従来の民事責任論 (とくに民事責任の根拠論、「フォオト」論) の十分さを感じたが、「フォオト」が実務上依然として有効であり、また、民事責任の根拠として不可欠であると考えて、「フォオト」の概念を明確にする途を選んだ。プラニオルは、第一に、サレイユの出発点としている労働災害に関する責任が、特別法 (一八九八年四月九日法) により立法的に解決されており、また、実際には「フォオトに基づく責任」とは原理を異にする例外にすぎないがゆえに、それを不法行為に関して一般化しえないことを、また第二に、彼からみれば、サレイユが主張する危険責任論がなお完全に「フォオトに基づく責任」の考え方から脱却していないこと、そして第三に、危険責任論によれば偶発事故 (cas fortuit) や不可抗力 (force majeure) の場合にさえ責任が生じる可能性があり、個人の責任を不当に拡張する危険性があることを主張した^⑩。

この両者の関係は、今世紀初頭におけるいわゆる「危険責任論争」であるが、「フォオト」概念に関してみれば、一九世紀の民事責任論に対するサレイユの問題提起とそれに対するプラニオルの批判的検討・解答として図式化できよう^⑪。かくして、プラニオルの民事責任論では、責任の要件として「フォオト」概

念を維持する必要性があるという認識に基づき、それまでほとんど正面からなされなかった「フォオート」の定義を「学問的」に試みたうえで、「自己のフォオートに基づく責任」が不法行為責任の基本原則として検討の視点に据えられ、「自己の行為に基づく責任」(第一論文)、「物の所為に基づく責任」(第二論文)、「他人の行為に基づく責任」(第三論文)に関する基本原則の射程距離を画定する作業が行なわれている。その結果、「自己のフォオートに基づく責任」の例外とされたのが、一八九八年四月九日法の規律する労働災害の「職業上の危険(risque professionnel)」、使用者(commettant)責任(報償責任)などである。しかも、プラニオルの民事責任論においては、原則(自己のフォオートに基づく責任)と例外(とくに報償責任)との二元論をとることによって、両領域を支配する原理・法則が鮮明に対比され、自覚されていると考えられる。また、現代との関連では、プラニオルが与えた「フォオート」の定義が現代フランス民法学における「フォオート」の定義の基礎となったといわれている^②。以上のことから、フランス私法学史上「フォオート」概念が鮮明な形を以て姿を現した過程(「フォオート」概念の成立)を検討することが本稿の課題である。

まず本題に入る前に、一九世紀末当時のフランス民法典の規

定の特色を整理し、本稿の検討の視点を設定しておく。

フランス民法典の不法行為に関する規定の構造は、原則として自己の行為に基づく責任がおかれ(一三八二・一三八三条、要件①加害者のフォオート[違法性(milicite)]・帰責性[imputabilite])、②被害者の損害、③フォオートと損害との間の因果関係)、それに対してその例外的事例として他人の行為に基づく責任(一三八四条)、物の所為に基づく責任(二三八五・一三八六条、そして、一九世紀末からは一三八四条一項)が付加された形をとっているが、後の二者は、一九世紀においては、責任を負う者のフォオートが推定(挙証責任の転換)されるのであるとして、自己の行為(フォオート)に基づく責任の原則と矛盾するとは考えられていなかった。本稿での考察の中心となるのは、一三八二条に置かれた「フォオート」(また、その一形態として一三八三条に置かれた「無思慮(imprudence)」・「懈怠(negligence)」)の概念はいかなるものか、ならびに、一三八四条において主人・使用者に対して課された「反証を許さぬフォオートの推定」と、一九世紀末に一三八四条一項に関して物の保管者の責任(無生物責任)を新たに構成しようとする新説(危険責任論)の登場後には、物の保管者に対して課される「反証を許さぬフォオートの推定」とが、「フォオート」概念との関連でどのように考えられ、

また、「フォオト」概念の形成に關していかなる役割を果たしたかということである。

- (1) 例えば、福井勇二郎「一九世紀に於ける仏国民法学の発達—ユーージェーヌ・ゴドゥメの講演に拠りて—」同編『仏蘭西法学の諸相』(日本評論社 一九四三年)七一頁以下。碧海・伊藤・村上編『法学史』(東大出版会 一九七六年)山口俊夫「フランス法学」二〇一頁以下。松阪佐一「シェニイの『解釈方法論』を顧みて」『民法解釈の基本問題』(名古屋大学出版会 一九八五年)三四九頁以下。
- (2) 例えば、福井前掲八〇頁以下。サレイユの生涯と業績については、杉山直治郎「サレイユ、カピタン、ジェニー」『法源と解釈』(有斐閣 一九五七年)三二三頁以下。さらにサレイユの学問について、とくに野田良之「サレイユにおける自然法の客観的表現」『法における歴史と理念』(東京大学出版部 一九五一年)四三頁以下。M. E. Thaller, *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Arthur Rousseau, Paris 1914.
- (3) マルセル・フェルナン・プラニオル (Marcel Fernand Planiol) は今世紀初頭のフランス民法学を代表する学者の一人である。同時期のフランスの民法学者、例えば、サレイユ、ジェニイ、アンリ・カピタンなどがすでに日本に

詳しく紹介されているのに比べてプラニオルについての紹介は皆無といえる状態なのでここでリペェルに拠って紹介しておく。

彼は、一八五三年九月二三日にフランス西北部のナントで生まれた。ナントのリセで勉強し、そこでの古典学研究 (études classiques) を終えるに際して、一八七二年、全国リセ・コレージュ・コンクワル (Concours général) で哲学部門の賞 (Prix d'honneur au Concours général des Lycées et Collèges des départements, dissertation philosophique) を授与された。その後、高等師範学校 (École normale supérieure) 入学を志し一八七三年に合格したが、法学の勉強に励み、パリ大学法学部学生、パリ控訴院弁護士 (Avocat a la Cour d'appel de Paris) を経て博士号取得試験に合格、一八七九年法学博士となる。一八八〇年教授資格を授与される。グルノオブル大学法学部の教授資格者(一八八〇—一八八一年、民法担当、他に登記法・ロオマ法の講義も持つ)、ブルタアニユのレンヌ (Renne) 大学法学部の教授資格者(一八八一年—一八八七年、民法担当) 他に法制史の講義も担当)を経て、一八八七年パリ大学に教授資格者として招かれ、ロオマ法、産業関係の諸立法、刑法などの教育にたずさわった。一八九三年同助教授となり、同年以降民法を担当した。一八九五年民法教授 (Professeur de droit civil) となる (リモン・カン・Ch.

Lyon-Caenによれば、プラニオルは一八九八年からブタンCh. Beudantの後継者として民法講座の一つを担当したという)。同年、彼の故郷ブルタアニューの制度や法律家に関する研究・論文に対して、アカデミー・フランセーズの人文・社会科学アカデミー(Académie des sciences morales et politiques)よりOdilon Barrot賞を授与された。また同年、教育功労勲章受勲者(Officier de l'Instruction publique)となる。一九二〇年、レジオン・ドヌール勲章騎士章の受勲者(Chevalier de la Légion d'honneur)。パリ大学法学部名誉教授となった。その後、一九三二年八月三十一日パリで没した。

彼の業績については、彼はわが国では民法学者として有名であることから、むしろ主として民法に関するものが多いけれども、他面、彼の経歴からも窺うことが出来るように、歴史に対する関心が非常に強く、ロオム法、フランス法制史にも造詣が深い。特に、彼の生まれ故郷であるブルタアニュー地方の古法に関する研究が多く、多くの受賞の対象となっている。

彼の著作・論文を、彼の追悼文集(『Marcel Planio』1853-1931, L. G. D. J. Paris 1931)から、資料として転載しておく。なおこの追悼文集は、フランス国立図書館所蔵のものを参照した。Cpr. Catalogue général des Livres Imprimés de la Bibliothèque Nationale n° 152

p. 459 [L 27 n 64884]

[著書]

《学位論文》

Droit romain. Des bénéfices accordés aux héritiers.

Droit français. Du bénéfice d'inventaire. Paris 1879.

《法制史に関する著書》

La très Ancienne coutume de Bretagne, texte

critique avec le recueil des anciennes Assises et constitutions du Parlement et Ordonnances duciales de

1185 à 1485 et un choix de fragments coutumiers et

de textes anciens, 1 vol. in 8, Rennes, 1885, 566p.

[この本は近年複製された。] Champion - Slatkine,

Paris-Genève 1984.]

Histoire du droit public et privé de la Bretagne

depuis l'époque romaine jusqu'à la rédaction défini-

tive de la Coutume au XVI siècle. (Mémoire présenté

à l'Académie des Sciences morales et Politiques, en

1895, le prix Odilon Barrot)

[この本は、長い間公刊されなかったが、近年刊行を

れるに至っている。]

Histoire des institutions de la Bretagne. 5 tomes.

tome I : L'armorique romaine, l'époque bretonne

primitive.

tome II: La Bretagne au IX^e siècle, La féodalité bretonne.
 tome III: La Bretagne ducale, Le gouvernement - L'église - Finances - Justice
 tome IV: La Bretagne ducale, Institution militaire - Les villes - Industrie et commerce - Les campagnes - La famille - Les contrats - Assistance, enseignement, goût et mœurs
 tome V: XVI^e siècle, Souveraineté et administration générale - Finances - Institutions de la coutume - La justice - La noblesse et les fiefs - Les campagnes - Droit privé
 Association pour la publication du manuscrit de M. Planiol, Mayenne 1981-1984.]
 《民法史圖考の整理》
 Traité élémentaire de droit civil français. 3 vols. 1^{re} éd. (1899) ; 2 éd. (1902) ; 3 éd. (1904-1905) ; 4 éd. (1907) ; 5 éd. (1908-1910) ; 6 éd. (1911-1912) ; 7 éd. (1914-1919) ; 8 éd. (1920-1921) ; 9 éd. (1922-1924) ; 10 éd. avec le concours de G. Ripert (1925-1929) ; 11 éd. avec le concours de G. Ripert (1928-1930) ; 12 éd. en cours de publication, (1931) [民法史圖考の整理]

民法 Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol, 4 vols. 1956-59. 各冊に於ては「1931年」
 Traité pratique de droit civil français. 14 vols. (en cours de publication) ; 11 vols. publiés de 1925 à 1931, avec le concours de G. Ripert et de Professeurs des Facultés de droit. [「民法」第一版が一九三四年の記録「第二版」が一九五〇年、一九六三年の各冊の刊行を以て「第三版」の開始の年とせらるゝ。]
 [整理編入]
 《法華史圖考の整理編入》

i L'assise au Comte Geoffroi, Étude sur les successions féodales en Bretagne. *Nouvelle Revue historique de droit* (1887) t. XI, p. 117 et 652, tirage à part Rennes, 1888, 102 p. in-8.

ii *Les appropriations par bananes*. Étude historique sur l'ancien droit du duché de Bretagne, Paris et Rennes, (1890) *Nouvelle Revue historique de droit*, 1890, t. XIV, p. 493.

iii *L'esprit de la coutume de Bretagne*, Vannes, 1891. *Revue de Bretagne et de Vendée*, 1891, t. V, p. 1.
 iv *Julien Fauric*: Notice sur sa vie et ses ouvrages avec un supplément inédit à son Commentaire sur l'Usement de Cornouaille, Paris et Rennes, (1893)

- Nonnelle Revue historique*, 1893, t. XVII, p. 470.
- 5 *La donation d'Anouareth*, Textes et commentaires, Vannes, 1895. *Annales de Bretagne* (1894)
- 6 *Les villes de Bretagne au XVIII^e siècle*, d'après les recherches de M. Antoine Depuy, ancien doyen de la Faculté des lettres de Rennes. *Nouvelle Revue historique* (1894) p. 128-137. 《史料と歴史の雜誌編年》
- 1 Une donation immobilière non transcrit est-elle opposable aux héritiers du donateur? *Revue critique*, 1880, p. 164.
- 2 Les caisses départagne et le régime de communité. *Revue critique*, 1882, p. 42.
- 3 De la vente des valeurs mobilières par l'héritier bénéficiaire. *Revue critique*, 1882, p. 117.
- 4 Note sur la nature, les effets et la prescription de l'action Paulienne. *Revue critique*, 1882, p. 494.
- 5 La cession des droits successifs peut-elle produire l'effet déclaratif du partage? *Revue critique*, 1883, p. 588.
- 6 Observation sur un arrêt de la Chambre des requêtes. *Revue critique*, 1883, p. 570.
- 7 Origine romaine de la saisine héréditaire. *Revue critique*, 1885, p. 437.
- 8 Régime dotal. Règlement d'une succession en partie dotale, en partie paraphernale échue à la femme. *Revue critique*, 1886, p. 307.
- 9 Dol civil et dol criminel. *Revue critique*, 1893, p. 545 et 645.
- 10 De l'inutilité d'une révision générale du Code civil, 1904.
- 11 Livre du Centenaire du Code civil, t. II, p. 555.
- 11 Classification des sources d'obligations. *Revue critique*, 1904, p. 223.
- 12 Classification synthétique des contrats, *Revue critique* 1904, p. 470.
- 13 Étude sur la responsabilité civile. *Revue critique*, 1905, p. 277 ; 1906, p. 60 ; 1909, p. 470.
- 14 Une association méconnue, auteurs et directeurs de théâtre. *Revue critique*, 1907, p. 10.
- 15 Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral. *Revue critique*, 1913, p. 152.
- 91 Les baux à fermage variable. *Revue critique*, 1926, p. 223.
- Examens doctrinaux de jurisprudence dans la "Revue

critique”

Contrats à titre onéreux, 1886, p. 609.

État et capacité des personnes, 1887, p. 689.

Contrats à titre onéreux, 1888, p. 293.

Donations et successions, 1888, p. 705.

État et capacité des personnes, 1889, p. 545.

Propriété et contrats, 1890, p. 321.

Succession, donation et legs, 1891, p. 481.

Transmission à titre gratuit, 1892, p. 513.

Contrats à titre onéreux, 1893, p. 193.

《“GRANDE ENCYCLOPÉDIE”のなげの執筆項目》

V^{is} Code, Code civil, Codes Grégorien et Hermogénien, Code de Justinien, Code Marillac, Code Théodosien.

Droit, Droit civil, Droit public, Droit féodal, Droits seigneuriaux.

その他「ダロオズ判例集(Le Recueil de jurisprudence générale de Dalloz)」に掲載された彼の判例評釈は、前掲書によれば「一八九〇年から一九一六年の間に一三五件ものほゑる。

彼の学風は、シオルジュ・リペエルによれば、第一に論理的な明晰さがある。また、いたずらに難解な、抽象論を好まず、現実と密接に関連をもたせつつ、簡明な叙述で要

点をおさえることにも秀でていた (op. cit. p. 31-32, 37-38)。リペエルの言葉は「プラニオルの民法の概説書 (Traité élémentaire de droit civil)」の12版の序文 (実質的に追悼文であるが、概説書の特徴を彼なりにまとめている) であるが、プラニオルの人格を含めて学風を偲ぶには「プラニオルの後継者であり、親交のあった彼に頼らざるをえないので、それに依拠すると(以下は一九三一年のプラニオル追悼文集の頁で引用)」。

「マルセル・プラニオルは少しも法を覆そうという願望を持ってはいなかった。そのうえ彼は、哲学的な思索(空論?)を趣味としてはいなかったが、法の基礎を探索することを長いこと中断することもなかった。彼が許容するところができなかったのは、法学者によつて「現実(réalité)」に専心することもなく鍛えあげられた抽象的な構成 (la construction abstraite) である。例えば、彼が物権や法人(格)の古典的な考え方を打破したのは、それらが彼にとつては無益に複雑化されたように思われたのである。また、彼は同様の敵しい吟味を新しい考え方にも受けさせた。危険説 (théorie du risque) や附合契約の理論は、彼にとつては危険な幻想のように思われたし、また、彼は、例えば権利の濫用のような古典的表現が問題である場合でさえも、無意味な言葉の羅列 (logomachie) をすべて非難している。

彼が非常に早くに幾人かの者によって時代遅れの法学者とみなされたことは驚くにはあたらぬ。彼にとつては斯く斯く然々の学派に分類されるということはどうでもよいことであつた。彼は、何世紀にもわたる法を知つていたし、また、古めかしい諸準則の力も即席の諸準則の効力も信じていなかった。驚異的な法的なセンスを持ち、完全に節度を保ちながら、彼は研究しそして判断する。彼が解決を選んだとき、それは見事な刻印をもつた文章の形で、すなわち、完全な明晰性を伴つた持ち札の形でなされるが、その場合にも同じ理性が存在する。・・・」(op. cit. p. 31-32)

これを本稿に關してみれば、フォオート概念(第一論文)、「自己」のフォオートに基づく責任の原理と「報償責任」(idée d'entreprise, la loi de connexité entre le profit et le risque)の原理との區別、「選任・監督上の過失」を根拠とする「法律上のフォオートの推定」に対する批判的な検討、等にそれを垣間見ることができるといえよう。

第二に、判例の明晰な分析である。彼は現実と密接な關連性を保つために特に判例を綿密に研究していた。リベールの言葉を借りると、

「とりわけ、彼の関心をひきつけたのは、綿密に判例を研究して現実(à réalité)と接觸することが民法学者には必要であるということである。おそらく他の者たちも彼以

前にそれをしたし、彼ももちろんのことオウブリとロオの概説書を非常に活用した。しかしながら、彼は新しいことをもたらした。それは、彼の、判例の權威についての考え方である。それは、判例が通説と少しも一致しないばあいに、その判例を非難するということにもはやかかわらない。学説と判例という古典的な対比は何事も示さない。なぜなら、それら二つの權威は同じ見取り図(plan)の上には存在しないからである。法廷(tribunaux)の判決から生じた法は一種の、眞の慣習法(droit coutumier)であり、成文法のそれと同等の価値を持つ。判例は法律を適用することを唯一の役割としてゐるのではない。判例は、法律の支配(le commandement légal)を尊重しさえすれば、立法者の考えを遵守しなくてはならないわけではない。彼はそのことを彼の概説書の各頁でそれを断言し、証明する。これらのことはすべて今日では平凡なことと思われる。しかし、この著作が「公刊された」時期を忘れてゐる。当時、判例の諸解決に法律と同等の価値を与えること、すなわち、法の教育は、学生たちが、実務によつて認められた諸解決が彼らに与えられなかつたということに気付いたときその權威が失われないうに、判例を考慮しなければならぬということ宣言することには相當の勇氣が必要であつた。

そのうえおそらく、民法学者にとつて判例の研究ほど難

しいものはない。先例を絶対的な權威として引用することは奇妙な濫用である。引用を蓄積するのもまた同じである。判決のリストの中で選択できることが必要である。マルセル・プラニオルは、この判例研究において比類ない。重要な判例は一つとして忘れられておらず、引用する必要のあるものの各々がすべてあるべきところに正確に配置されている。判例の進化があれば的確にその時期が指示され、解決が恒常的であれば明瞭な文章で片付けられた。何年もの間、ダロオズの判例集は彼が公にした諸評釈から恩恵を受けた。プラニオルは、これにより得られた経験を彼の概説書において利用している。」(op. cit. p. 35-37)

これを本稿に関してみれば、民事責任第二論文において、労働災害を除いた「物の所為に基づく責任」を判例の中から分析して簡潔に問題点を叙述している点に窺うことができる。

第三に、歴史的な関心が強く、かつ優れたロマニストであつて、法制度の歴史およびその要点を簡潔に叙述する能力、センスにおいて卓越していたということである。リペールによれば、

「この『プラニオルの』理性がさかのぼっていく諸々の源の中でも第一の地位におくべきなのが歴史の知識である。註釈家たちは、我が民法の諸解決を、あたかも継承が直接であるかのようにロオマ法の諸解決と対比していた。

彼らは法の進化についての歴史学派の教訓を無視していた。マルセル・プラニオルは優れたロマニストであつた。しかもそのうえ、彼は歴史家の資質を持っていた。彼は、古の慣習「法」と著作家「の著作」を読んだ。彼の概論 (Traité) は適切かつ趣のある引用に富む、しかも、事柄が有用である場合には、制度や準則の歴史をおおきなフレスコ画で展示した。例えば彼が動産の取り戻しの進化に充てたペエジを読むならば、どんな光が我が民法二二七九条によつて確立された準則に投影されているかが分かるであろう。もちろん彼は、現代の実定法をその過去から切り離して教育することが可能であると判断したような人ではない。彼はフランス精神の一つの欠陥、すなわち合理主義の影響下での歴史的センスの喪失を暴いている。歴史は単に現在を理解するのに有用であるのみならず、現在を健全に判定するのにまた有用である。過去を研究すること、これは最新の制度が最上のものであると称賛する幻想あるいは思い上りに屈しない唯一の方法である。」(op. cit. p. 33-34)

これを本稿に関してみれば、第三論文における物の保管者の責任に関するクストディア、レケプトウム責任についての考察と叙述、ならびに主人・使用者の責任に関する民法一三八四条三項の起源に関するロオマ法からドマ、ブルジョン、ポチエを通じての学説史の簡潔・明快にして的を

えた叙述などにその片鱗を見ることができるといえよう。

第四に、彼ほど経済学を勉強していた民法学者はいないとリペエルはいつているが、「経済的な諸利益は時代や人々に従つて異なるものであり、法の諸準則を理解するためにはそれら経済的な諸利益を知る必要がある」(op. cit. p. 30) がゆえにプラニオルは「経済的な側面を見失つて法律家を取り扱ひうるような法的な問題は存在しない」という考えをもつていたと思われ、そのような観点で、特に不動産所有権、抵当、弁済などの問題を取り扱つたといわれている。

これを本稿に関してみれば、第三論文における「他人の行為に基づく責任」の新しい構成、すなわち、「利益と危険の間の関連性の法則」や「企業という考え方」の理論や、第一論文における「職業上の危険」の経済的な観点からの分析にこの特色が現われているといえよう。

最後に、これまでの特色と相俟つて、彼の真理に対する謙虚さがある。リペエルによると、

「そのうえ、マルセル・プラニオルは、彼が真理に十分に近づいていないということに気づいたときには彼の著作を修正することを決したためらわなかつた。彼は公刊されたものをすべて読んだ。本、雑誌論文、判例評釈、博士論文、外国出版物、それらすべてが細心さをもつて言及されている。彼は新版を出すたびに彼の著作を修正した。彼

に与えられた指示をすべて喜んでうけ入れた。私が思い起すことは、Traité pratique の最初の巻を刊行する際、私に彼に、「一箇所 Traité élémentaire で与えられた解決を採用することが困難であるように思われる旨説明したところ、よく考えた後で彼は、彼が確信したことと彼の Traité élémentaire を修正する必要があるとだけ簡単に述べたことである。自身が彼固有の權威により彼の諸解決を強要する権利を持たないことを認め、最上に仕上げるためにのみ彼の著作に楽しみを見出す人によって示される謙虚さの見事な教訓「というべきか。」

このような、彼の人格・学風は、細心さをもつて問題を追求し、危険説を徹底的に検討し、「他人の行為に基づく責任」については、一見譲歩ともとれる結論(本文第三章参照)に至っていることなど、彼の民事責任論全体を通じてもみてとれよう。

(4) 厳密には、民事責任 (responsabilité civile) は、契約責任 (responsabilité contractuelle) と不法行為責任 (responsabilité délictuelle) の両者を含むが、本稿では、特に断りのないかぎり、後者を指すものとする。

(5) 「フォウト」とは、大雑把にいえば、「過失」と訳されるが、厳密には、日本における故意・過失の他、違法性、論者によつては帰責性(むしろ責任能力と言うほうが適切かもしれない)をも含む複雑な概念である。参照、山口俊夫『フ

ランス債権法』(東大出版会 一九八六年)一〇〇頁以下。
 星野英一「故意・過失、権利侵害、違法性」『民法論集第
 六卷』(有斐閣 一九八六年)三〇七頁以下。とくに三二
 三頁。

なお、フランス法における「フォオト」についてはすで
 に我が国に紹介したいくつかの論稿がある。例えば、岡松
 参太郎『無過失損害賠償責任原因論』(有斐閣 学術選書
 (3)一九五三年)五〇九頁以下。野田良之『フランス民法に
 おける fault 概念』我妻教授還暦記念「損害賠償責任の研究(上)」(有斐閣 一九五七年)一〇九頁以下(以下「フォ
 オト」論文で引用する)。

さらに、「フォオト」の訳語についても、「フォオト」(野
 田「ドマ・フォオト」論文)、「過失」(岡松前掲書)、「非行」
 (山口前掲書)、「有責行為」(山口「社会法と民事責任」日民法
 学4(一九六七年)八頁)等それぞれ考慮されているが、本
 稿では、その概念が時代とともに多少の変化をしていると
 も考えられるので、野田「フォオト」論文に従い、「フォ
 オト」としておく。

(6) 例えば、福井前掲一頁以下。山口「フランス法学」一九
 八頁以下。野田良之「註釈学派と自由法」『法哲学講座』
 第三卷有斐閣 一九五六年)一九九頁以下。また、「註
 釈学派」という呼称に対する批判も含め、一九世紀のフラ
 ンス民法学の状態について、金山直樹「一九世紀フランス

における民法学と自然法」日仏法学17(一九九〇年)(一
 九九一年有斐閣)一八頁以下。

(7) 野田「フォオト」論文一一五頁以下。

(8) Raymond Saleilles, Les accidents de travail et la
 responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de
 la responsabilité délictuelle). A. Rousseau, Paris 1897.
 (以下 Saleilles, Les accidents. またはサレイユ「労災」
 論文で引用する)この論文については、我が国では、すで
 に、新関輝夫「フランス不法行為法における無生物責任法
 理の理論的基礎に関する研究(三)」法学論叢(福岡大学)
 (二四巻四号)一九八八年)三六一頁以下(以下、新関論文(II)
 ③で引用する)が紹介している。

その他、同時期の同じ問題に関する論稿が二つある。

Saleilles, Note sur Cass. civ. rej. 16 juin 1896 et
 Cass. req. rej. 30 mars 1897. D. 1897. I. 433-439. (以
 下 Saleilles, Note またはサレイユ「評釈」で引用する)この
 評釈についても、新関「無生物責任法理の成立——判例の
 展開を中心にして——」福岡大学研究所報第二二号(一九
 七四年)三三頁以下、特に四九頁以下(以下、新関論文(I)
 で引用する)が紹介している。

Le risque professionnel dans le Code civil (commu-
 nication à la société d'économie sociale) Ref. soc.
 1898, 1^o t. XXXV, p. 634-649. (以下、Saleilles, Le risque

professionnelまたはサレイユ「職業上の危険」論文で引用する) サレイユの説については、前記の論稿により紹介されているが、それは専ら無生物責任法理、無過失責任論に関する学説史の中で紹介されているので、法史上の観点、とりわけ、科学学派、また、その台頭と時期を同じくする「民事責任に関する論争——危険責任論争」との関連においての紹介が不十分であると思われる。それゆえにあえて重複する点が多いと思われるけれどもそのような観点からの分析を行なった。

(9) Planol, *Études sur la responsabilité civile*.

1^{re} Étude, "fondement de la responsabilité civile" Rev. crit. t. 54 (1905, nouv. sér. 34) p. 277-292. (以下 1^{re} Étude または第一論文で引用する) この論文については牧野英一「民事責任の基礎としての過失の概念」法協二三卷八号一一四三頁以下(一九〇五年)による紹介があり、また、野田「フォオト」論文二二七頁以下に簡単な学説史上の位置付けが為されている。

2^e Étude, "responsabilité du fait des choses" Rev. crit. t. 55 (1906, nouv. sér. 35) p. 80-99. (以下 2^e Étude または第二論文で引用する)

3^e Étude, "responsabilité du fait d'autrui" Rev. crit. t. 58 (1909, nouv. sér. 38) p. 282-301. (以下 3^e Étude または第三論文で引用する) この論文については、国井和郎

「フランスにおける使用者責任論」阪大法学七九号(一九七一年)三一頁以下に学説史の一部として紹介されている。

プラニオルの学説は、このように各所で部分的に紹介されているが、その民事責任論が全体として、さらに、法史上重要な論争の中でそれがどのような意義をもち、また、どのように位置づけられるかについては、わが国には未だ十分には紹介されていないように思われる。本稿は、各所で紹介している論稿と重複する点が多々あると思われるが、その全体像と、法史上の位置付けを目的とするものであるので、重複する点もあえて紹介し、本稿が新しく紹介、指摘した点についてはできるだけ註において明示するよう心掛ける。

(10) 野田「フォオト」論文一二三頁以下参照。

(11) 野田「フォオト」論文一一九頁註(一)、一二七頁参照。

(12) 野田「フォオト」論文二二七頁参照。

(13) 詳細については、山口「フランス債権法」九一頁以下参照。一八〇四年の原始規定については、関口晃「ナポレオン法典」久保正幡還暦記念『西洋法制史史料選III 近世・近代』(創文社 一九七九年)二〇六頁以下参照。また、二〇世紀前半の規定の解説については、現代外国法典叢書『仏蘭西民法典』III財産取得法(有斐閣 一九五六年)三〇六頁以下参照。

「faute」の他の「négligence, imprudence」の訳語については、前者は「懈怠」、¹⁵⁾「怠慢」等、後者は「無思慮」、「軽率」、「粗忽等いろいろ考えられているが、本稿では、後述のように、ロオマ法や古法での様々なフォオトの類型を考慮する必要から、基本的に両者については、現代外国法典叢書と野田「ドマ」論文に従い、négligenceには「懈怠」を、imprudenceには「無思慮」を訳語とすることにした。このフォオトの類型に関しては、後註(21)、(24) 参照。

第一章 サレイユ以前のフランス

私法学における「フォオト」

一 ドマ、ポチエ、民法典編纂過程における「フォオト」

フランス私法学における「フォオト」はドマに由来すること、¹⁶⁾また、ドマ以降、とくに民法典成立後においては、民事責任は「フォオト」に基づくものと理解されていたことは一般に認められている。しかし、それが法学上の用語ないし概念として定着した過程については必ずしも明らかではない。このことは、日常用語としての「フォオト」が「……が欠けていること

(manquement contre...)」と定義され、「誤り」・「落ち度」等を意味し(したがって、そもそも客観的なものといえる)、その上、単なる事実判断を表す場合から非難という価値判断を含む場合まで極めて広い意味を持つことによる。¹⁶⁾したがって、本稿では、一般に法学上「フォオト」の定義がプラニオル以降議論されるようになったといわれていることを考慮して、¹⁷⁾一九世紀までのフランス私法学における「フォオト」が日常用語としてのそれと判然と区別されず、また法学上も極めて曖昧なものであり、¹⁸⁾専ら主観的な意味に用いられていたといわれる「フォオト」が法学上どのように扱われていたかということを、サレイユやプラニオルの議論との関連において考察する。

(一) まず、ドマにおいては、一般的な不法行為(Des dommages causés par des fautes qui ne vont pas à un crime, ni à un délit. Les lois civiles, t. 1, liv. 2, tit. 8.)に関する責任は「フォオト」に基づくものであることは明らかであるが、そこにみられる「フォオト」は極めて広い意味で用いられており、日常用語と連続的であることはすでに指摘されているとおりである。¹⁹⁾

ただし、注意を要する点が若干ある。第一に、例えば、フランス民法一三八二・一三八三条に影響を及ぼしたとされる箇所

では「無思慮、軽率、知るべきことを知らぬこと、その他類似の諸フォオート (imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes)」と「フォオート」の諸類型が列挙されている点に関して、従来の見解は「フォオート」の主観的要素が明らかであるとする点である。²³⁾ この見解は、それらの列挙が「害する意図 (intention de nuire)」と対置されていることからして心理状態を表現しうるものであることを理由とすると考えられるが、ドマの原文は、「誰かある人の行為によつて、それが無思慮、……であれ (par le fait de quelque personne, soit imprudence, etc.)」と続くのであつて、問題の「フォオート」の類型と同格にあるのは「行為 (fait)」であるといふことを考慮していない。したがつて、これらの列挙から単純にドマの「フォオート」を主観的と結論づけることはできない、むしろ行為の態様を表していることにならう。それに關連して、第二に、それらの列挙は、ロオマ法の「クルパ」に数えられるもの、すなわち「クルパ」の具体的な、個別類型の伝統に従つたものであるといふこと、²⁴⁾ 第三に、現代のロオマ法学者のいう「定型化された故意 (typisierter dolus)」、²⁵⁾ 「定型化された過失 (typisierte culpa)」といふ考え方を援用すれば、故意や過失を行為の態様の形で定型化された意思の諸態様として

理解することが、まさにドマの列挙する、意思が表わされた、類型化された「フォオート」を構成する行為 (の態様) において可能なのではないかといふことである。しかし、第四に、ドマの「フォオート」が客観的であるという意味に関して、従来の見解はドマの「フォオート」の客観的な要素として「義務違反」を挙げるが、ドマ自身が「フォオート」を「義務違反」と述べていたのでは必ずしもないように思われる。むしろ、例えば、「合意に基づく債務に対して缺けたところがある、人々の「フォオート」 (celles [fautes] des personnes qui manquent aux engagements des conventions. Lois civiles, liv.2, tit. 8, préliminaire)」、「債務の履行を缺くこともまた一つのフォオートである (Le défaut de s'acquitter d'un engagement, est aussi une faute : op. cit. h. t., sect. 4, §. 2)」といふ彼の叙述は、契約を念頭においていることが明白である (前者ではそれ自体として、後者ではそれに続く文章からそのようにいえる)。そしてこれは債務不履行という行為の態様をもつてフォオートと判断されるもの、すなわち「定型化された過失」と考えられる。このことは、従来フォオートの客観的側面として理解されていた「義務違反」は、「懈怠」・「無思慮」等と同じく、行為に対する非難をも含んだ「フォオート」の諸類型と同じ次元にあると考えられると

いうことである。⁽²⁸⁾

このように考えると、ドマにおいては、「フォオト」は「フォオト」を構成する、定型化された行為の態様の総称であり、それは、日常用語の「誤り」や「落度」と大差がないものであるのと同時に、ロオマ法の「クルパ」とも大差がないと考えられる。その意味において、ドマの「フォオト」はそもそも客観的であるといえよう。⁽²⁹⁾

しかし他方、ドマの「フォオト」が「義務違反」と觀念されていた点に関しては、その義務が法的な義務(例えば債務)であるか(理性や意思に関連する)道徳的な一般的義務(例えば「他人を害してはならない」という道徳上の義務)であるかにより、あるいは、その「義務違反」が抽象的に(例えば平均人・標準人を基準として)評価するのか具体的に(例えば、個人を基準として、または、内面の意思について)評価するのにより、その意味するところは異なつてくると考えられる。⁽³⁰⁾ ドマは、厳密にいえば、とくに法的な義務のみならず、一般的な道徳上の義務をも念頭においていたと思われること⁽³¹⁾から、道徳上の義務との関連において責任を問題にしているという点において、主観的責任論と解される余地があるといえよう。

このように、ドマにおいては、客観的な行為の態様としての

「フォオト」の理解と、道徳上の義務に対する違反として非難性をも伴う「フォオト」の理解とが成り立つが、全体を整合的に理解しようとする、道徳的な義務違反に対する非難は必ずしも個別具体的な評価によることについて深まっているとは断定できないので、行為の態様についての非難性として捉えることが可能と思われる。その意味では、ドマの主観的責任論は、客観的な、行為の態様としての「フォオト」とは矛盾しないように思われる。

さらに、問題として指摘しておかなければならないことは、ドマが「フォオト」に基づく責任として第四款で扱っているのは専らフランス民法学という準非行の領域であるということであり、故意すなわちフランス民法学という非行の領域もその叙述の対象に入っているのか、あるいは、故意に基づく責任を格別に扱うのかは必ずしも明らかではない。⁽³²⁾

(二) ポチエにおいては、全体として、後の民法解釈論の準備がなされていると考えられる。第一に、非行 (*délits*: 故意的 *intentionnelle*: ポチエの説明では、故意 *doi* 又は害意 *malignité* により他人に損害を与える行為) と準非行 (*quasi-délits*: 非故意的 *non-intentionnelle*: ポチエの説明では、害意はないが許されない無思慮 *imprudence qui n'est pas excusable* により他人に損害を与える

行為)との区別(註116)。第二に、理性の使用を考慮した意思に基づく責任論(主観的責任論)である(註118-120)。

ポチエの責任論では、「フォオート」は前面に現われておらず、彼の債務論の該当箇所(註116-122)における「フォオート」の語の使用は三カ所にすぎず(註119で二カ所、註120で一カ所)、また、ロオマ法以来の伝統に関してみれば、非行については故意 *doi* と善意 *malignité* が、準非行については無思慮 *imprudence* が用いられているにすぎない。ここで注意すべきことは、ポチエの「私(達)が準非行と呼ぶ、軽率というフォオートは (*les fautes d'imprudence que nous appelons quasi-délits*)」(註120)という言葉にも表わされているように、従来の伝統的なフォオートの類型を彼の「準非行」の概念の中に統合しているように思われることである。さらに特筆されるべきことは、ポチエにおいては、非行および準非行は債務を発生させる原因(行為・事実)として位置付けられているが(註116, 117)、それらは準契約が法律によって許される行為 (*un fait permis par les lois*) との対比において「責められるべき行為 (*un fait condamnable*)」とされており(註117)、「法律によって」許される行為 (*fait illicite*)」として観念されていると考えられる。しかもそれは、ドマのフォオートが準非行のフォオートに関するものでしかないように思われるのに対して、ポチエでは、非行と準非行の両領域を通じた統一的概念に形成されており、責任を発生させる事実の総称として、客観的に用いられていると考えられる。このような用法は、いわば、後のフォオートの観念——注釈学派における *fait illicite* やプラニオルにおける *acte illicite*——に通じるものであり広義の「フォオート」に該当するものとして理解できるのではなからうか。さらに、それは、*«condamnable»* という非難性を表す修飾語を伴っており、主観的な責任の要件、すなわち帰責性 (*imputabilité*) と一体をなしている。このことは、ロオマ法以来の伝統的な「定型の故意・過失」の類型を継承する(「フォオート」に相当する)統一的概念として理解できるのではないかと思われる。また、ポチエの責任論を主観的責任論たらしめるところの「理性を使用する人間 (*les personnes qui ont l'usage de la raison, qui en soient capable*)」の想定は、後の民法学における「フォオート」の主観的側面 (*imputabilité*) の議論と一致する。ただし、ここでのポチエの議論は「理性の使用」によって責任論を意思に関連して(すなわち主観的に)精緻にしたとはいえず、その内容は、心理状態を前提とするものではなく、むしろ今日我国やドイツにおける責任能力の問題に近いという点に注意を要するのであり、ポ

チエにおける「非難されるべき行為」あるいは「非行」・「準非行」(すなわち「フォオート」)は依然として行為の態様の問題にとどまっていると理解できる。ポチエの責任論をそのような意味における主観的責任論と考える必要があるであろう。

以上のことから、ポチエにおいては、フランス民法学の民事責任論の基本的な枠組が形成されているが、少なくとも用語法上では、民事責任論の基礎的概念としては未だ「フォオート」が法学上確固としたものに形成されてはおらず、ロオマ法のクルバの訳語または古法あるいは日常用語としての「フォオート」を継承していたということが明らかとなったと思われる。

(三) 民法典制定過程においては、「フォオート」は最初から法典に規定されていたわけではなかったという。⁽³⁶⁾ すなわち、カンパセレスの第一・第二・第三草案ではそもそも「フォオート」の語はみられず、続くジャックミノ(第四)草案では規定の内容自体も不明であるという。最後の共和暦八年の政府草案において「フォオート」が用いられていたことが確認できる。その政府草案は、当初準非行のみについて規定しており(IV. 3. tit. 3. Des engagements qui se forment sans convention, ou des quasi-contrat ou quasi-délit, sec. 2. Des quasi-délits) 現行一三八二・一三三三条に相当する草案一六・一九条にはそれ

ぞれ *faute, negligence-imprudence* の語が用いられていた。いかなる経過で民法典草案に「フォオート」が挿入されたにせよ、準非行が「フォオート」に基づくこと、「フォオート」の例示として『解意』・『無思慮』が用いられていることは、ドマ以来の伝統に従っているといえよう。何故草案が当初非行を除外していたかは不明である(Fenet, t. X, p. 202 et s.)。しかし、Tribunal du Cassation に提出された段階では⁽³⁷⁾ その節は「Des délits et quasi-délits, et responsabilité dans quelques espèces particulières」と改められており、非行も含まれていることに注目しなければならない(条文自体には修正がない)。その後、国務院に提出された段階以降は、「Des délits et quasi-délits」の表題の下に現行一三八二・一三三三条と同文で審議が進められ、現行規定が成立した。国務院に提出された後の議論では、委員・弁士の説明は、民事責任が社会的義務・道徳的義務に基づくことに専ら集中している。⁽³⁸⁾ 「フォオート」に関しては次の点が指摘できる。第一に、トレヤアルは、非行・準非行を説明するのに「フォオート」の語を一度も使っていない(Fenet, t. XIII p. 467)。むしろ、責任を発生させる事実として「非行」・「準非行」自体に重点が置かれ、今日「フォオート」を用いるのが常である箇所に、非行に関しては *malice* (悪意) 準非行に関しては *negli-*

gence, imprudence」という伝統的な定型化された「フォオート」の類型が用いられている。このことは、「フォオート」自体がそれらの定型化された「フォオート」の総称、一般的観念であるとしても、なお個々の定型化された「フォオート」に比べて法學上未成熟であることを表しているのではなからうか。それに対して、第二に、ブルラン・ド・グレイユは「フォオート」を用いて非行・準非行の両方を比較的詳細に説明している。

「個人は全て自己の保証人である。このことは社会の第一の(最も重要な)行動の指針(道徳基準 maxime)である。そのことから、もしその行為が他人に何らかの損害を惹起した場合には、その損害を生ぜしめたフォオートによりその者はその損害を賠償することになる。この、草案により確立された原則は、少しも例外を認めない。この原則は、あらゆる重罪、あらゆる軽罪(非行 delit)、一言で言えば、他人の権利を傷つけること全てを含んでいる。この原則は、懈怠あるいは無思慮の結果でしかない損害(tort)の賠償という帰結にさえ通じるのである。」¹⁾

この言葉から、彼が「フォオート」を非行にも準非行にも用いていることは明らかであり、ここでの「フォオート」は先のポチエの「un fait condamnable」に相当するといえよう。ただし、ここでは、「フォオート」は一言でいえば「他人の諸権利を侵害す

るものすべて」と(定義)されており、いわば客観的事実である。しかし、他面、「フォオート」は重罪 crime、軽罪 delit、(これらはドマの「フォオート」の観念には入っていない)から、準非行と称される négligence, imprudence (ドマ以来の伝統的な、狭義の「フォオート」という定型化された「フォオート」の総体として捉えられている。また、一三八三条に関連しては、賠償責任は「懈怠」・「無思慮」の結果であるとしたうえで、「フォオート」があるのは、自分自身の監督の不十分においてであり、法的には準非行と呼ばれるものがこのフォオートである(C'est dans ce défaut de vigilance sur lui même qu'existe la faute, et c'est cette faute, qu'on appelle en droit quasi-délit)。」²⁾としてゐる。ここでは、やはり準非行と同義で用いられている(しかも準非行が法律上のものとして対置されている)ので行為の態様を示しているといえよう。冒頭の原理(社会的義務・道徳的義務)または vigilance sur lui mêmeとの関連において主観的要素が入りこむ余地があると考えられるが意識的にとくに用いられているかどうかは明瞭ではない。

以上のことから、民法典制定過程においては、ブルラン・ド・グレイユのように後の解釈論に通じる考え方があつたことは否定できないが、なお、法學上、従来の非行・準非行概念、伝

統的な定型化された「フォオト」に比べて、確固たる地位を占めているとは断定できない。ここで注目しておくべきことは、条文上「フォオト」が非行をもその適用領域に入れたといふことである。さらに、条文がドマの影響を強く示しているといえ、民事責任論の基本的枠組はポチエのそれに近いということであろう。

(14) 野田「フォオト」論文一一六頁。同「ジャン・ドマとフランス民法典——民事責任の規定を中心として——」比較法雑誌三卷(一九五六年)三号九三頁—一〇二頁(以下単に「ドマ」論文として引用する)。

(15) 野田「フォオト」論文一一五頁以下、山口「フランス債権法」九三頁。特に Marty et Raynaud, Droit Civil, Les Obligations, 2^e éd. (1988) n° 411, p. 432 et s. Mazeaud = Tunc, 6^e éd.

(16) 野田「フォオト」論文一一七頁—一二〇頁。この指摘から考えると、「フォオト」とはそもそも客観的に「誤り」、「落度度」という事実を意味するものと言えよう。なお、

註(21) 参照。

(17) 野田「フォオト」論文一一九頁註(一)、一二七頁以下。「フォオト」の定義に関しては一九世紀の民法学の体系書、

論文中にも見られるが(後述)、「フォオト」論の議論を活発にした点では、このように考えられよう。なお Ghestin/Viney, Traité de Droit Civil, Les Obligations: condition (1982, L. G. D. J.) n° 443. Marty = Raynaud, n° 454.

(18) 「フォオト」概念の日常語との連続性を明確にし、その点を強調した点は、おそらく野田「フォオト」論文の功績であると考えられる。また、その点から、プラニオルの「フォオト」定義の法学上の意義を評価した点についても考慮するに値すると考えられるけれども、なおこれから本文で述べるようにその真価を判断するについてはなお検討が必要であろう。

ところで、一九世紀においては、「フォオト」概念が曖昧であったという指摘は多く見られるが、野田「フォオト」論文の日常用語との連続性の指摘の他、その曖昧さについて明確に、どのように曖昧であるかを具体的に示しているものはほとんど見受けられないように思われる。通常は、プラニオル以後「フォオト」の定義が議論となつたと説明されている(例えば前掲のマルチーレイノオ、ヴィネイなど)。マンオは、一九世紀末(Mazeaud, 4 éd. n° 380 et ss)から今世紀初頭にかけてのサレイユの定義(因果関係としての「フォオト」、後述)(Mazeaud, 4^e éd. n° 383)レヴィの定義(社会の信義の観点からみて、正当な信頼に対し

て欺くこと: la confiance légitime trompée (後述)」、プラニオルの定義(後述)、『ドゥモオグの定義(後述)などを「正確さを欠く定義」として一括して言及してゐる(Mazeaud, 4^e éd. n° 387 et ss.)。

(19) 野田「フォウト」論文二一五頁以下、とへん二二〇頁以下。

本稿の目的は、必ずしもドマから一九世紀の註釈学派に至るまでの「フォウト」概念、民事責任論の網羅的研究ではなく、サレイユ、プラニオルらの議論が生じてる背景(主観的フォウト観念の支配というサレイユの理解、あるいはフォウトについて共通の理解がない、掴み所のないものというプラニオルの理解)を具体的にイメエジして、その意義を検討することにある。その意味で、ドマ、ポチエ、註釈学派(の各学者)の民事責任論については、一面的な検討といわざるを得ない。それらの民事責任論、またその果たした役割の本格的な検討は今後の課題である。

(20) 野田「ドマ」論文九三頁。新関論文(II)三頁。Husson, op. cit. p. 165 et s. Ourliac = De Malafosse, Histoire du droit privé, t. 1 Les Obligations, 2 éd. 1969. (Themis) n° 380, p. 412.

(21) 野田「ドマ」論文九四頁。

なお、フランス古法での「フォウト」を筆者のみた範囲で整理しておく、ドマ、ポチエを除けば、一八世紀から

一九世紀にかけては、辞典において以下のように説明されていた。

1 Claude-Joseph de Ferrière, Dictionnaire de droit, et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes & de pratique, avec jurisprudence de France, Nouvelle édition, Paris 1762, t. I, p. 895: "FAUTE".

「フォウト」は二つの無知(ignorance)がある。あるいは未熟(imperitie)である。三種類「のフォウトがある。すなわち重いフォウト(lourd faute)」、軽いフォウト(faute légère)」、および最も軽いフォウト(faute très-légère)である。」

さらに、同書にある、「未熟」と「無思慮」の項も紹介しておく。

「未熟。未熟は、人が職業としている技術(art)についての無知(ignorance)である。そしてこの無知は、それが誰かに害を与える場合には、とりわけ、損害が彼の職業としてゐる技術に係属してゐる事実(fait)において惹起された場合には、許されるべきではない。(続く)ロオマ法文が引用されているが省略する。D. 50, 17, 132)

同様に、法廷では、外科医を「未熟によって不具にされた者」に対して損害賠償すべきと有責判決する。薬剤師についても、私がユスティニアヌス帝法学提要の翻訳において

述べたように、外科医と同じである。D. 50, 17, 132

しかし、どうして医者たちが彼らの職業とする医学に関して犯した諸フォオトは、罰せられないのであろうか。それは、多くの人々の意見によれば、医師は推測による技術だからである。

未熟によつて、判決を不正なものにした判事たちについては、ユステイニアヌス帝法学提要の私の翻訳四卷五章の始めを参照。」 t. II, p. 7

「無思慮。無思慮は不注意 (粗忽 inadverteance) を意味する。それについては、無思慮によつて犯されたフォオトはそれが誰かある人に損害を惹起した場合には、許されえ (excusable) ないことに注意しなければならぬ。

私のユステイニアヌス帝法学提要、四卷四章について私が述べたことを参照。」 t. II, p. 10

2 Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, ouvrage de plusieurs juriconsultes, réduit aux objets dont la connaissance peut encore être utile, et augmenté. t. 6, "ENF. FOUR.", Paris 1827. p. 522 et ss. "FAUTE":

「フォオト、これは、法的には、無知 (ignorance) によつてであれ、未熟 (imperitie) によつてであれ、懈怠 (négligence) によつてであれ、時宜を得ない作為 (action) あるは不作為 (omission) である。」

メルランは、続いて、フォオトの三分類、専ら契約上のフォオトについての説明に終始している。

それに対して "Quasi-délit" (t. 13, "PRÉ. QUA.", Paris 1823, p. 739 et ss.) の項では、比較的詳細にフォオトについても論じている：

「準非行は、人が悪意 (malignité) はないが、軽率によつて、他人に何らかの損害を惹起する行為 (事実 *fait*) である。

I 準非行は、行為者本人に対して、その結果生じた損害 (害悪 *mal*) 賠償の債務をもたらず。法律が債務を生じさせるのがフォオトである。「なお、この箇所には、後に付加された民法一三八二条の引用があるが、ここでは省略する」

II 『下マが言うには、何らかの損害が生じうるフォオトには三つの種類を区別することができる：

重罪 (crime) あるいは軽罪 (délit) になるフォオト。

合意に基づく債権・債務関係 (engagemens des conventions) に対して欠けたところのある者、例えば、売却した物を引渡さない売主や引渡す義務を負う物を引渡さない貸借人のフォオト。

そして、合意には少しも関係をもたず、また重罪や軽罪にもならないフォオト、例えば、軽率さ (légereté) によつて人が何か物を窓から投げ捨てて「人の」衣服を台無しにしたり、保管の悪い動物が何か損害を与えたり、人が無思

慮 (imprudence) によって火災を起こすことなどである。」

一見したところでは、この法文 (loi) には何か厳格なものがある。その法文は、人間の心が悪意のない、単なる軽率や無思慮の場合に、行為 (action) を罰する。生れつき非常に能力的に劣った (si faible par sa nature) 人、諸々のフォオートや災いに非常に縁の深い人 (si près des fautes et du malheur) は、法文によって情け容赦なく取り扱われなければならないのか？ それでは、あらゆる警察力 (force publique) が彼のなす故意的でないフォオートにさえ備えるとするれば、社会の秩序が彼に約束する保護はいったい何であろうか？

理性がしばしばその法文に反対する気にさせられるという諸々の不平は、ほとんどただ一つの目的をもつ見方 (la vue d'un seul objet) にしか基づいていない。それに対して、その法文は二つの「目的」を考慮している。

「不平をいう」人々は、ここで誤り (erreur) のために罰せられる人の不幸 (malheur) しか考えていない。しかし、この誤りの被害者の不幸もまた考えなければならぬ。人間たちが、彼らの同胞の無思慮によって彼らに生ぜしめられうるあらゆる害悪 (maux) に対する方策を持っていないとしたら、社会状態における人間のうちの被害者はどのようなであろうか？ 正義にかなった厳格さが有用な模範によって絶えずそれらの無思慮を予防しうるので

はあるが、どれほどこれら無思慮がこの無処罰によってさらに増加するであろうか？ 十分に警告された様々な逸脱 (行為) を避けるのが人間の本性である。しかも人間は、自身にとつての危険の観念によるよりもよく警告されることは決してない。

その法文は誤る者と被害を被る者との間で揺れ動くこととはありえない (原文斜字体)。その法文がある市民について損失 (perte) をみとめる場合にはいつでも、その損失を「もたらした」行為者本人を追求する。この法文は、その行為者本人にとつてその損失を引き起こさないことが可能であったか否かを吟味する。そして、その法文は行為者本人に不注意 (inattention)、軽率、無思慮を見出す以上、彼に彼がなした害悪 (maux) について賠償すべく有責判決する。しかし、その法文はそれのもつ厳格さに諸々の正当な限界を設けている。法文は人 (Personne) に対しては厳しく罰することはない。法文はその人の名譽を寛大に扱う。法文は被害者の損害賠償 (dédommagement) 以外の満足を要求しない。すなわち、法文は、加害者に対して自己の財産からの「経済的」出費 (sacrifice) を要求するのであり、それを災禍 (malheur) からのがれる方策としてしか要求しない。このことは正しく真実であり、その法文は、その災禍が生じない場合には、その災禍を招きかねなかつた事実が現実にあるとはいへ、当該行為を犯すこと

を予め禁止していかぎりはいかなる罰をも加えない。それで罰 (peine) は実定的な非行 (un delit positif) から、法律に対する違反 (une desobéissance à la loi) から生じる。

法文は、損害賠償を命じることにより、それを確固たるものにしようとしている。すなわち、法文は損害を惹起した者に常に目を向けているわけではない。この者はしばしば財産を持っていないか、あるいは財産が損害賠償には十分でない。この場合に、法文はこの者が従属する者に訴えることを認めている。法文は後者を訴訟の保証人 (garans) にしている。なぜなら、その者は、従属する者に対して、権限を有し、比較的多くの注意によつて従属する者「が損害を惹起するの」を妨げることができるからである。(非行 第五款、および家父権 第三節第一款参照)

しかし、人が自己がその原因となった損害 (mal) について責任を負うことができるためには、その行為にフォオトが存在することが必要である。彼にとつて、自身についてより多くの用心深さをもつて、自らの責任を負うことができたことが必要である。このフォオトはロオマ法が準不法行為 (Quasi-délit) と呼ぶものである。人が他人を重大な(抗しがたい)原因の支配下で書した場合にはいつても、彼は損害賠償を免れる。彼は、受動的な道具であり、生じた災禍の決定的な原因ではない。災禍は、全ての人間が服

従する運命にしかもはや帰せしめられえない。

しかしながら、我々が惹起した損害を見させるこの哀れみの感情の強さ (force) は、外来の力 (force étrangère) あるいは抗しがたい偶然 (Hasard avengé) のようなものが、その者を災禍を惹起した張本人とするようなそんな災禍の賠償を、義務として、自己に課すような感受性の強い人はほとんどいないほどである。

この賠償の範囲 (mesure) は、特定されるにはあまりに諸般の事情に左右される。まず第一に、損失 (perte) に等しく賠償が定められる (perte)。事故を惹起した本人に明白かつ許しがたいフォオトがある場合には、賠償の範囲はそのようにされる。しかし、これらの事故においては、必然的に人間の無思慮によつて生じたものと、偶然によつて生じたものとの混合物が存在するのであり、それは、賠償責任がふりかかるべき人のフォオトを減じる。

これが、準非行に関して単純な理性 (la simple raison) が、我々に指図する諸原理である。それらを我々は法文の諸条項の中で再び見いだすであらう。

メルランについては、ドマの叙述に基づいた古法の説明がみられるが、前者とあわせて考えても、ロオマ法のクルバ、とくに個々のクルバの類型である「無思慮」・「懈怠」・「未熟」等に基づいたフォオト、あるいはフォオトの類型の説明に終始していることが理解できよう。そしてこれ

が、ドマヤボチエの叙述の様式との比較においても、ロオマ法のクルパや、それに相当すると考えられるフランス法のフォオートの説明の一般的な様式であると断定してよいと考えられるのではなからうか。この点に関しては、後註(24)でのロオマ法辞典で説明参照。

(24)でのロオマ法辞典で説明参照。
さらに、メルランにおいて、フォオートは、ロオマ法でい

えば準不法行為にあたるという叙述もみられ、訳出箇所参照(行為としてとらえられていることも注意を要しよう)。
(22) Domat, Les lois civiles, éd. 1705, L. II, Tit. VIII, Sect. IV, art. 1:

Toutes les pertes, & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, legereté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'auroit pas eu intention de nuire. Ainsi celui qui joutant imprudemment au mail dans un lieu où il pouvoit y avoir du peril pour les passans, vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il aura causé.

「ある人の行為、例えば、無思慮、軽率、知るべきことを知らなかつたこと、あるいはその他類似のフォオートであ

れ、たとえそれらがいかに軽微であつても、「その行為」によつて生じうる損失および損害は全て、それらの損失および損害を生ぜしめた無思慮またはその他のフォオートがある人によつて賠償されねばならない。何故ならば、その者が害意を有していなかつた場合といえども、彼が為したことは害悪だからである。たとえば、通行人に危険を生ぜしめる可能性のあるところで、無思慮にもペルメル遊戯に興じている者が誰かをたまたま傷つけたら、彼が惹起した損害(悪事・禍)について義務を負わねばならないだろう。」

なお、新関前掲論文(II)(二)法学論叢(福岡大学)二九巻(一九八五年)一・二・三・四号三頁参照(以下新関論文(II)②で引用する)。

(23) 野田「ドマ」論文九三頁、とくに九五頁註(四)の列挙参照。

(24) このフランス語の「フォオート」がロオマ法大全(corpus iuris civilis)の「クルパ(culpa)」の訳語にあてられていることは疑いえない。一九世紀初頭辞典では、以下のよう

にロオマ法のクルパについて、フランス民法と関連付けて説明がなされていた。
1 Fieffe-Lacroix, La clef des lois romaines, ou dictionnaire analytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le Corps de Droit. Metz 1809, t. I, p. 227, "Faute".

「フォオト。フォオトは懈怠(négligence)」、あるいは誰かある人を害する未熟(imperitie)である。[フォオトには]三種類ある。すなわち、粗雑なあるいは重いフォオト(faute grossière ou lourde)、『軽』(Ja légère)「フォオト」、『非常に軽』(Ja très-légère)「フォオト」である。粗雑なあるいは重いフォオトは、許し難い懈怠あるいは救い難い無知(ignorance crasse)である。これは、他の人が全て理解することを理解していないことである。例えば、受託者が誰でも入れる場所に、彼の監護(garde)に任された物を置いたような場合である。このフォオトは、厳密に言えば、故意(dol)ではない。なぜなら、これは害する意思を伴っていないからである。それが非常に故意に近づく、その結果、契約においては重いフォオトは故意と同じとみなされる。したがって、故意について義務を負わない契約が存在しないのと同様に、重いフォオトについて責任を負わない場合もまた一つも存在しない。D. 50, 16, 213, 2, h. t. 223 et 226; D. 48, 8, 16 et 17; D. 36, 1, 29; D. 3, 5, 20; D. 17, 1, 29; et D. 11, 6, 1, 1.

軽いフォオトは、大部分の人が慣行とするのと同じく気を配ってさえいれば、人が認めないであろうフォオトである。例えば、ある者が高価な物を実際には誰もが自由に入れるわけではないが、幾人かには自由に入れる場所に置いたため、その物が失われたというような場合である。そし

てこのフォオトは、善良なる家父の厳格な注意(diligence exacte)に対置される。D. 18, 6, 11.

非常に軽いフォオトは、非常に用心深くかつ非常に注意深い人なら犯さないフォオトである。例えば、ある者がしっかりと閉められた部屋のテーブルの上にダイヤモンドを置き、そして戸をこじ開けた泥棒がその部屋に入り、ダイヤモンドを盗んでしまった場合である。これは、非常に軽いフォオトでしかない。これは、善良なる家父の非常に厳格な注意(Ja diligence très-exacte)に対比される。すなわち、非常に注意深い人は、しっかりと閉まった部屋にダイヤモンドを置くのでは満足しないから、ダイヤモンドをより注意深く保管し、かつたんすの中あるいはどこか他の十分に安全な場所に置くであろう。D. 13, 6, 5, 2.

重大な懈怠はフォオトであり、重大なフォオトは故意である。D. 50, 16, 226 — アクイリウス法は不正に(injustement)惹起された損害しか罰し(reprimer)ない。ところで、損害が不正に惹起されたというのは、損害が故意またはフォオトによって惹起された場合である。損害が権利に依じて、あるいは損害を惹起した者の側にはフォオトがなく偶発事故(cas fortuit)によって惹起された場合には少しも不正に惹起されてはいない。そのことに、不正に惹起された損害に関しては注意する必要がある。アクイリウス法が罰する(punit)のは人間達の悪意(malice)のみなら

ず、彼らのフォウト、しかも最も軽微なものまでも含む。参照。D. 9, 2, 44, h. t. 52, 4.

参照。ナポレオン法典第三編第四章第一節 非行および準非行について。」

さらに、「フォウトの類型である「未熟」・「無思慮」・「懈怠」についてもみておく。

「未熟 (imperitie)。無知 (ignorance)。職業における熟達さの缺けていること (defaut d'habileté)。Imperitia。未熟は、損害についての無知によって誰かに対して犯すような仕事を職業とする者の重いフォウトである。そういうわけで、瀉血の誤りによってあるいは病氣に対して有害な処置法によって奴隷を死なせた医者はアキイリウス法に基づいて「賠償の」義務を負う。Inst. 4, 3, 7, D. 9, 2, 7, 8, h. t. 8; D. 50, 17, 132.

未熟によって、逃げだすラバを少しも御することのできないラバ引きは、ラバが誰かをひいた場合にはフォウトについて責めを負う (coupable)。彼のラバを御する能力が非常に乏しい場合も同じである。そして能力の乏しさ (faiblesse) が、この場合フォウトとみなされることは不当とは思われないにちがいない。なぜなら、誰も、面識のないラバ引きに口出しすべきでないし、また彼は彼の能力の乏しさが誰かを害する可能性があることを知り、あるいは知っているべきであるからである。さらに、未熟あるいは

能力の乏しさによって、暴れる癩の強い馬を御することが少しもできない御者についても同様である。D. 9, 2, 8, 1. 未熟はフォウトに数えられるべきである。そうであるから、ある者が賃約 (louage) の名目で、飼養するために子牛を、あるいは加工するために材料を、磨くために材料を受け取る場合には、その者は自己のフォウトについて責任を負わなければならない。そして、未熟によって犯したフォウトを同じように考える。なぜならば彼は賃約の目的物を受け取る職人 (ouvrier) の外観をもつからである。D. 19, 2, 9, 5.

参照。ナポレオン法典一三二条および一三三条。」
op. cit. t. 1, p. 439.

「無思慮 (imprudence)。熟慮の欠けていること (defaut de prudence)。いかなる権利ももたない場合に物を占有すること、また、いかなる利益も持たない事柄にかかわることには、無思慮が存在する。D. 50, 17, 36。」 op. cit. t. 1, p. 442.

「懈怠 (Négligence)。注意と専心に欠けていること (Manque de soin et d'application)。Negligentia。懈怠はあらゆる物に有害である。D. 1, 18, 14; D. 42, 9, 24; および C. 9, 49, 9. についての注釈。

誰かの懈怠が、他人に損害を与えるとは限らない。D. 3, 5, 27; D. 9, 4, 26, 6. についての注釈。

誰かある者は、自己の固有の物においてより多くの注意を注いでいなければならないことを口実として、他人の事務 (affaires) において犯した懈怠を免れることはできない。D. 24, 3, 24, 5.

重大な懈怠 (grande négligence) はノオトであり、重大なノオトは故意 (dol) である。D. 17, 1, 29; D. 50, 16, 226.

甚だしい懈怠 (extreme négligence) は「重しノオト (faute grossière) である。」「ノオト」参照。

懈怠は罰せられる。C. 1, 5, 8; D. 27, 8, 4; D. 41, 2, 27 の二つの注釈。

懈怠は有害である。それに対して善良なる家父の注意 (diligence) 好ましく (avantagense)。Nov. 88, 2, 1. non obdormiat の文言についての注釈。

人が詐欺的行為 (fraude) を懈怠にいつて責任を負う契約とは、委任、使用貸借 (prêt à usage)、売買 (vente)、担保 (gage)、貸貸借 (貸約、louage)、嫁資の交付 (délivrance)、後見 (tutelle)、他人の事務の管理 (administration des affaires d'autrui) である。しかし、最後の二つは多少に多大な注意を要する。Inst. 3, 15, 2 & 4; D. 3, 5, 3, 9. h. t. 11; D. 13, 6, 1, 2. h. t. 5, 2, h. t. 18; D. 16, 3, 1, 2 & 10; D. 17, 1, 8, 9 & 10. h. t. 60, 4; D. 18, 1, 1, 2. h. t. 35, 2; D. 26, 7, 35; D. 47, 2, 14; D. 50, 17, 23;

C. 2, 19, 20; C. 4, 35, 11 & 12, C. 4, 65, 20; C. 5, 51, 7. — 同じく、組合と物の共有 (communauté de biens) とは、我々に詐欺的行為と懈怠にいつての責任を当然に負わしめる。とりわけ、これら二つの事項にいつても約定にいつた場合は。Inst. 3, 26, 9; D. 10, 2, 16, 4. h. t. 25, 16; D. 17, 2, 1. h. t. 52, 2, C. 3, 37, 4, sur la fin. 監獄の番人は、自己の懈怠にいつて、その職務から解かれる。D. 48, 3, 8.] (なお、ロー民法文の引用は現代風に改めてある)

2 Feu M. Thévenot-Dessales, Lesparat, Dessans, Dictionnaire du Digeste ou Substance des Pandectes Justiniennes, t. I, A.-L., Paris 1808, p. 278, n 813: 「ノオト。」「ノオトにより惹起された損害」の項目を参照せよ。]

1 重大な懈怠 (négligence) はノオトである: Magna negligentia culpa est. D. 50, 16, 226.
2 「人が従事する仕事 (art) である職業 (profession) における」未熟 (imperite) はノオトに加えられる: Imperitia culpae annumeratur. D. 19, 2, 9, 5; Inst. 4, 3, 7; Inst. 4, 5 pr. D. 9, 2, 7, 8. h. t. 8; D. 50, 13, 6.
3 信頼を損なふこと (foiblesse) をめぐり、信頼が害を与えうるような仕事に従事する者の側のノオトである:

- Cuiam affectare quisquam non debeat, in quo vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram. D. 9, 2, 8, 1. — 例えば、ラム引きが彼の雌ラバを御する力が無かったこと。同節。あるいは騎手が彼の馬を御することができなかった場合。同節。
- 4 私達のものではない物、あるいは私達に関係のない物（または私達に無縁の物）に手を出すこともフォオートの一つである：Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. D. 50, 17, 36.
- 5 重大なフォオート (la grande faute) は故意 (dol) である：Magna culpa dolus est. D. 50, 16, 226.
- 重さフォオート (la faute lourde) は故意に比肩する：Lata culpa plane dolo comparabitur. D. 11, 6, 1, 1; D. 16, 3, 32; D. 36, 1, 22, 3.
- 重いフォオートは全ての人が理解することを理解しないことである：Lata culpa est magna negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt. D. 50, 16, 213, 2. h. t.
- 6 人が、自己の物と同じ注意を他人の物に注がない場合には、重いフォオートがある：D. 16, 3, 32.
- 7 重いフォオートは、重罪 (crime) に関しては、故意に比肩する：Nec in hac lege (Cornelia) culpa lata pro dolo accipitur. D. 48, 8, 7.
- 8 軽いフォオート (la faute légère) は、人が自己の固有の仕事 (affaires) におこす犯す懈怠 (négligence) である：Levis culpa. D. 36, 1, 22, 3; D. 17, 2, 72; D. 30, 47, 5.
- 9 最も軽いフォオート (faute très légère) も存在する：Levissima culpa. D. 9, 2, 44. (寄託の第32法文に関して、注釈は未熟 (impérite) に由来するフォオートの最も軽いフォオートとみなされること述べている。)
- 10 慣行 (l'usage) に従っている者は、少しもフォオートにならず：Si naufragio quid perit, cum non aliàs merces quam navi soletent adveni. D. 17, 2, 52, 4, in fin.
- 服従する義務を負っている者（または服従するのを免れない者）もまた「フォオートになら」：Ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit. D. 50, 17, 169.
- 裁判官に従う者も「フォオートになら」：D. 50, 17, 167.
- 物事を妨げることができない者も「フォオートになら」：Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest. D. 50, 17, 50, h. t. 109.
- 11 各人は「自己」の家の中に「入ることを」認めた者のフォオートについても責任を負う：Mihi ita placet ut culpam, etiam eorum quos induxit, praestet suo nomine. D. 50, 17, 50, h. t. 109.
- そのような者たち「が入ることを」認めたのが誤っていることが想定される：Si tamen culpam in inducendis

admitti, quod tales habuerit, vel suos, vel hospites. Ibidem.]

さらに同書においてロオマ法のクルパの個別具体的な類型がどのように扱われているかを概観しておく：

「934 未熟(imperitie)。未熟はフォオトに数えられる： Imperitia culpæ annumeratur. D. 50, 17, 132. (以下省略)」

「1277 懈怠(negligence)。「フォオト参照。」自分の物のように、物をおろそかにした者についていかなる人も不満をいうことはできない： Qui, quasi suam, rem neglectit, nulli querelæ subiectus est. D. 5, 3, 31, 3」

(なお、ロオマ法文の引用は現代風に改めている)

以上のことから、第一に、フォオトの議論は契約上のフォオトと不法行為上のフォオトとを厳密に区別しておらず、専ら詳細に論じられているのは契約上のフォオトであり、それと対応して不法行為上のフォオト、すなわちアクイリウス法のフォオトが論じられていること(これはロオマ法のクルパの議論、とくに階梯の議論が、契約上の責任、とりわけ監護(クストディア)責任に関して発展したことによる。それが不法行為責任のクルパについても影響を及ぼしているといえる。この点に関しては、例えば、原田慶吉『民法七〇九条の成立する迄』『日本民法典の史的

素描』(創文社 一九五四年)三二七頁以下、石本雅男『無過失損害賠償責任原因論』(法律文化社)第一卷(第二版一九八四年)、第二卷(一九八三年)、第三卷(一九八九年)とくに、ドマ、ポチエに関しては三卷六五頁以下、フランス民法制定過程に関しては三卷三七八頁以下、小菅芳太郎『クストディア(保管・監護)責任覚書』北法三九卷五・六号(一九八九年)一六六頁以下参照。Cpr. Mazeaud, t. 1, 4^e ed. n. 403)、第二に、ここでは、厳密には、「故意」と区別されて基本的に狭義の過失としてフォオトが理解、あるいは訳語があげられていること、第三に、フォオトの概念が、例えば「義務違反」のような包括的概念としてはなく、フォオトを構成する典型的な個別類型、すなわち、「未熟」、「懈怠」、「軽率」、「無思慮」といったもので説明されているのはロオマ法の伝統に由来することが明らかになったと思われる。

なお、クルパあるいはフォオトの個々の類型の意義については後註(25)参照。

また、ドマが叙述の根拠とするロオマ法文の多くは、第四節(§ 4)では、学説彙纂第九卷第二章「アクイリウス法について」の部分であることを指摘しておかなければならない。ロオマ法のアクイリウス法では、「クルパ」は当初は故意と過失とを含むものであった(広義の「クルパ」)が、しかし後には故意と対置されて、かつ原則として故意

を含まない過失(狭義の「クルパ」)として理解されていた(5) (Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl. (1971) S. 505, Jörs = Kunkel = Honsel, *Römisches Recht*, 4. Aufl. (1987) S. 231) 中世ローマ法以降はなおのこと故意と対比される場合には狭義の過失であったと考えられる。その意味において、ドマの叙述でも故意あるいは害意との対比で用いられる「フォオート」は、フランス民法でいう準非行を主として念頭に置いていたということが考えられるということになる。この点については、すでに註釈学派のロオランにおいて認識されており、とくに「アクイリウス法のフォオート (faute aquilienne)」として取り扱われている(後述。Laurent, *Principes de droit civil français*, t.20, 3^e éd. 1878, n° 402 et ss. notamment n° 402)。なお、石本前掲書第三卷三八九頁以下参照。

ところで、この「アクイリウス法のフォオート」の意味する内容は、現代では、「契約上のフォオート (faute contractuelle)」との対比において「不法行為上のフォオート (faute délictuelle)」と同義で用いられているようである (Vocabulaire juridique, P. U. F., 1988, p. 61. “Aquilien, ienne”)が、その意味の他、一九世紀においては、「非行のフォオート(故意的フォオート: *faute intentionnelle, faute délictuelle*)」との対比における「準非行のフォオート

(非故意的フォオート *faute non-intentionnelle, quasi-délictuelle*)」の同義で用いられている場合があると考えられるから(6) (Laurent, *ibid.* Cpr. Baudry = Lacantinerie et Balde, *Traité Théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 4, 3^e éd. (1908) n° 2865)。そしてとくに後者の場合に含まれると考えられるのが、まさにその言葉の示すとおり、アクイリウス法に関わる「クルパ」の個別類型をなす、「無思慮」・「軽率」・「懈怠」・「未熟」「知るべきことについての無知」等の総称としての「フォオート」である。

なお、ドマの法学史上の意義については、野田「ドマ」論文九〇頁参照。

(25) ロオマ法学者が言う、「定型化された故意」・「定型化された過失」というのは、「一言で言えば、行為の態様(事実)において定型化された意思の諸態様として理解された故意・過失を意味する。

カアザアによれば、ロオマ法の初期の段階において、責任を「定型的に捉える (*typisierend erfassen*)」というのは、すなわち「個々の事件の具体的な債務者に対して義務違反が咎められるべきか否かを個々の事件ごとに吟味するのではなくて、その者の作為あるいは不作為が一般的な経験に従って (*nach der allgemeinen Erfahrung*) 有責に為されるのを常とするようなものであるかどうかが吟

味られたことについては、Kaser, *Römisches Privatrecht. Juristische Kurz-Lehrbücher*. 14. Aufl. (1986) S. 170. カーザー（柴田光蔵訳）『ローマ私法概説』（創文社一九七九年）二八九頁。なお古ロオマ法における「定型化されたトルス」については、Kaser, *Typisierter "dolus" im altromischen Recht. BIDR 65 (1962) S. 79ff.*。そこから出発して、古典期では「トルスとクルパはなお定型的なやり方で（in typisierender Weise）」経験的にみて故意や過失をもつて行われた行為の態様（eine erfahrungsgemäß mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangenes Verhalten）についての客観性（Verantwortlichkeit）として理解された。さらに、この程度、監護（クストディア）とそれに等置されるもの、および客観的な諸基準（objektive Kriterien）によつてはかられるトルスやクルパと並んで、すでに古典期の法学者たちが真の有責任（wirklicher Schuldhaftung）へと進んでいったかが問題となるが、個別的な非難可能性（Vorwerfbarkeit）の意味における「クルパ」が後古典期に持ち込まれたこと、また古典期の法学者の諸見解が後古典期以後に個別化するという意味において（in einem individualisierenden Sinn）解釈しなおされていることは明らかであり、その場合でも基線は古典期の法学者によつて描かれているということである（Kaser, *Zur Methodologie der römischen*

Rechtsquellen-Forschung. (1972) S. 78-79. なお、全体の概観については、Kaser, *R. P.*, Bd. I, S. 506, Anm. 19, 20, 21, Bd. II, §. 258, S. 346 ff., insbes. S. 349, Anm. 20, 21, 22.）。

また「クンケルによれば、古典期の「クルパ」は、本来、不注意（Fahrlässigkeit）ではなく過失（Verschulden）であり、常に客観的な色彩を帯び、特定の有責任行為に結合しており、個別の具体的事案を眼前に置いたカズイステイクな方法をとる古典期の法学者にとつては過失的な出来事ぬきでは「クルパ」はおよそ考えられないという（Kunkel, *'Diligentia'* SZ. 45 (1925) S. 337-8. なお、前田達明『不法行為帰責論』（創文社 一九七八年）三三頁、小菅前掲論文一六七八頁以下参照）。ここでの「客観的な色彩を帯びた有責な行為」というのは非難性を伴った行為の態様として理解できよう。さらに、ホンゼルはこのクンケルの叙述について、古典期の客観的な過失（Verschulden）から後古典期の主観的過失への発展を「客観的—定型的過失（objektivtypischen Verschulden）」から「主観的過失」へと至つたと評している（Jörs = Kunkel = Honsel, *Römisches Recht*. 4. Aufl. (1987) S. 232, Anm. 11.）。

また、ホンゼルによれば、監護（クストディア）責任は、その起源からして過失（Verschulden）の存否が、個々の具体的事例の個別の状況によつてではなく、定型的な要件

のメルクマール (typischen Tatsbestandsmerkmalen) によって判決された過失責任の非発展形態の一つ (eine unentwickelte Form) であるという。このことは、監護の義務違反(例えば、保管した物を壊してしまった場合)という客観的な事実を以て過失を認めるものであり、とくに契約法において、債務について缺けたところのあるという(非難性を伴った)行為の態様を意味すると考えられる (Jörs = Kunkel = Honsel, S. 234)。

なお、「ドマ」の「フォオート」をロオマ法学者の「定型化された故意・過失」で理解することについて、小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police (一)」北法三八巻(一九八八年)三三二-三四六頁註(41)参照。

(26) 野田「ドマ」論文九三頁。新聞論文(II)②四頁。

(27) 野田「ドマ」論文九三頁参照。その他、同九六頁註(五)において挙げられている「何らかの義務によって防止すべき債務を負っている損害を防止しうるにもかかわらず、この義務を缺いた者は、状況に応じて責任を負わされることがありうる。」(Les lois civiles, liv. 2, tit. 8, sect. 4, §. 8)などは、契約に関してドマが述べている箇所であることに注意する必要がある。契約では、違反される義務(債務)、あるいは、債務不履行の事実是不法行為よりも明白といえよう。それゆえに、「債務について、缺いたところのある」として定型的に「フォオート」を定式化しやすいとい

えるのではなからうか。その点に注意しないで、単純に「無思慮」・「軽率」等の非難性を伴う行為の態様である「フォオート」の類型についても、その非難性に「義務違反」を重ね合わせて、ドマが「フォオート」を「義務違反」として定式化していたと断定することはできないのではなからうか。したがって、本文および註において引用した箇所、あるいはドマの叙述全体から後人が読み込むものと考えるのがより自然な理解なのではなからうか。Cpr. Ourliac = Malafosse, op. cit. p. 42. なお、小川前註(25)引用箇所参照。

(28) また、結局ドマの「フォオート」の観念が広いものであるために、第四節序文(priminaire. この部分の訳については、註(21)のメルランが引用したドマの叙述にその前半部分が、また、野田「ドマ」論文八二頁に全訳がある)でも、「フォオート」の一般的な定義を示すことがなく、例えば、「義務(債務)に対して缺けたところのある」、すなわち「義務違反」という定式は前註で述べたように少なくとも言葉の上では合意に関する責任に限定されているように思われ、不法行為に関してはロオマ法以来の「クルパ」ないし「フォオート」の個別類型を列挙するに止まっている。そして、その第四節でドマが問題とする「フォオート」の第三の種類をさらに例示的に類型で示しているが、そこには、①一般的な準非行のフォオート、②動物責任における保管・監護のフォ

オト、③建造物責任における保管・監護のフォオトがあり、それはさらに、後のプラニオルやマンオが「フォオト」を先存債務あるいは一般的義務に応じて区別したような類型と類似している点があるように思われる：

<et celles [fautes] qui n'ont point de rapport aux conventions, et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gêne un habit (＝①) ; si des animaux mal gardés font quelque dommage (＝②) ; si on cause un incendie par une imprudence (＝①) ; si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre, et y fait du dommage (＝③)>

ところで、野田「ドマ」論文八二頁は、第四節序論冒頭でドマが提示する三種類の「フォオト」の用語法は今日の「責任」というに等しいと指摘しているが、ここでの用法も行為の態様を表わすと考えて差し支えないと思われる。ただし、注意を要する点は、そこでの三種類の「フォオト」は損害を生じる原因となる行為の態様(落度、過ち、罪等)の総称といえるが、この第四節では、フランス民法学でいう「準非行」に関して議論を進めていることである。

(29) 本稿で、客観的な「フォオト」という場合は、行為の態様として理解されたものを表わすこととする。なお、この判断基準は、基本的に、前田前掲書二九頁以下のロオマ法

およびドイツ普通法での主観的過失概念と客観的過失概念との区別の基準に従っている。

(30) この過失概念の主観性・客観性を「義務違反」の側面から判断する基準についても前註と同様、原則として前田前掲書の基準によっている。さらに、主観的な過失概念については、個別具体的な評価によるものというカアザア前掲書の判断基準にも従っている。なお、フランス民法学における「フォオト」の評価基準についての紹介として吉田雅章「フランス不法行為法におけるフォオトの評価について」阪大法学二四八号(一九八八年)三二二頁以下参照。

また、本稿で主観的責任論という場合には、第一に、義務違反に関しては道徳的な義務を主として想定している。法律上の義務(債務)や社会的義務を想定する場合は、「フォオト」が客観的なものとなる程度が高いのに対して、道徳的義務の場合は「フォオト」が意思的、内面的なものとなる程度が高いと思われるが、両者とも「フォオト」に基づく責任であるという意味において主観的責任論として考える。第二に、意思能力や理性の使用、とくに責任能力の問題を考慮している場合には、意思に関連した責任論という意味において主観的責任論とした。

(31) 野田「ドマ」論文九二頁註(七)。

(32) 石本 前掲箇所。野田「ドマ」論文は、この点を明確にして取り扱っていないように思われる。同八二頁以下、特

に八四頁註(一)参照。

ドマにおおつて、*delit (pénal)* と *delit civil* (これは *sect. IV* の不法行為一般 (*quasi-délicte*) に含まれる可能性もあるが)とがどのように区別されていたかは文面上明らかではない。すなわち問題は、故意による損害惹起行為であつて刑事上の制裁が科されないもの(フランス民法上の、またはポチエの言う非行)がどのように取り扱われるかということが明示されていないことである。少なくとも言えることは、第八章序論(Donat, *Les lois civiles, 1^{re} partie, Liv. II, tit. VIII.*)におおつて、重罪(*crime*)、軽罪(*délicte*)は民事に関係がないということ、第四款第一項(*sect. IV n. 1*)において「なぜなら、彼が害する意図を有していなかった場合といえども、彼が為したことは害悪であるからである(註(22)参照)」と述べているように、故意(害する意図)がなくても責任があるという点にのみ力点があるのか、故意はもろろんのこと故意がない場合にも責任があるということとを述べているのか、いずれもの意味にも解する余地のある叙述があるということである。第四節が、アクイリウス法を中心に根拠としていることから、力点は狭義のクルパ・過失(すなわち故意を含まない)にあるように思われるので、とくにこの点を問題にした。なお、「フォウト」が、刑事上の重罪、軽罪に至るものをも含めて「責任」と同義で用いられている場合について

の野田「ドマ」論文八二頁以下の指摘参照。

(33) 新聞論文(II)②五頁以下。

ポチエ『債務論』の叙述は以下のとおり：

一一六、非行(*délicte*)は債務を生ずる第三の原因(*cause*)である。そして、準非行(*quasi-délicte*)は、第四の「原因である」。

私は、次のような行為(*ou fait*)を非行と呼ぶ。すなわち、その行為によつて、ある人が、悪意(*vol*)あるいは害意(*malignité*)によつて、損害(*dommage*)あるいは何らかの損害(不正 *tort*)を他人に惹起するものである。

準非行(*quasi-délicte*)は、それによつてある人が、害意(*malignité*)はないが、しかし許される(*inexcusable*)無思慮(*imprudence*)によつて、何らかの損害(不正 *tort*)を他人に惹起するものである。

一一七、非行あるいは準非行は、次の点において準契約(*quasi-contrat*)と異なる。すなわち、準契約が生じる行為が諸法律により許されている行為であるが、しかるに、非行あるいは準非行を構成する行為は非難されるべき(有責判決されるべき *condamnable*)行為であるという点においてである。

一一八、私が非行および準非行に関して与えた定義から次のようなことになる。すなわち、理性を用いる、(すなわち)それを用いる能力のある人しか存在しない(考え

ていない」ということである。なぜなら、理性を備えていない人々は、「例えば」子供や狂人のように、害意をもつこと (de malignité) も無思慮であること (de imprudence) もありえないからである。

そういうわけであるから、ある子供あるいは狂人が、ある人に損害 (on) を惹起するような何事かを行なっても、そのことから、それら子供あるいは狂人本人のいかなる債務も生じない。なぜならば、その行為は、この種の人間が為すことのできない軽率も害意も含んではいないので、非行でも準非行でもないからである。

人間が理性を用いる、したがって、ある人間が他の人間よりも理性を用いることによって、害意を持つことができ、年齢を正確に定義することはできない。これは諸般の事情によって評価されるのである。しかし、ある人が理性を用いる以上、そしてある人が他の人に損害を惹起した行為に熟慮や害意を見出す以上は、その行為は非行である。そしてその非行を犯した人は、未だ思春期に達していなかったとしても、その人が惹起した損害を賠償する義務を負うのである。そこから次の格言は生まれたのである。Neminem in delictis aetas excusat 「非行においては、年齢は誰をも弁護しない。」

軽率は、若年の人々においては、ずっと容易に許される。

一一九、酩酊 (ivresse) が理性を使用できなくなるとは

いえ、人は、酩酊状態においてある人に生じせしめた損害を賠償する義務を負わせられずにはおかれぬ。なぜならば、自己の意思によつて (volontairement) そのような状態になったことが彼のフォオトだからである。そしてその点において、酩酊した人は、いかなるフォオトも帰せしめられえない子供や狂人とは異なるのである。

一二〇、浪費癖のために禁治産者とされた人 (un interdit) は、契約することによつてはいかなる債務を負うこともできないとはいへ、彼の犯した非行あるいは準非行によつて惹起した損害を賠償する義務を負うことは疑いない。

この相違の理由は明白である。その「禁治産者とされた」者が契約を締結した人々は、禁治産 (une interdiction) が公 (周知・公然 public) 「のこと」であるから、したがって、彼らに知られている (connu) に違いないのであるから、彼と契約を締結したことについて自分で責任を負わねばならない。しかし、その者に、その非行あるいは準非行により何らかの損害を生じさせた人々に対してのいかなる責任も負わせることはできない。すなわち、彼らが彼の禁治産により不利益を被つて (souffrir; 損害を受忍する?) はならないし、禁治産がその者の非行を罰しないということを引き起こしてはならないということである。

この理由は、以下のことを決定するのにも役立つ。すなわち Leg. si quis, 7, Cod. Unde vi. に関するグロッサ

(標準註釈)の見解「Leg. is qui bonis, 6. ff. de Verb. obl. に関するバルトオルスの見解(そして) Potest quidem se obligare ad poenam corporalem, sed non ad poenam pecuniariam, quia res suas alienare non potest」[たしかに身体上の罰に拘束されうるが、しかし金銭上の罰には拘束されえない、なぜならば自己の事柄を他人のものとするができないからである]と述べている他の幾人かの権威者たちの見解に反して、その者の非行あるいは準非行を原因とする金銭上の罰(罰金 *amends pécuniaires*) について有責判決されうるということがある。なぜならば、禁治産とは、ひとえにその者が無謀に契約することを妨げるために確立された「制度な」のであって、その者の無処罰を引き起こすために確立されたのではないからである。

私が禁治産者に関して只今述べたことはすべて、さらに後見人(保護者 *tuteurs*)の支配(権)下にある思春期の未成年者あるいは思春期近くの者についても適用される。ただし、私が準非行と呼ぶ無思慮(*imprudence*)というフォオートは、浪費癖が原因である青年の禁治産者においてよりも、それらの者たちにおいてより容易に許される」という点は別である」。

一二一、非行あるいは準非行を犯した人が、自身の惹起した損害(*dommages*)について賠償の義務を負わせられるのみ

ならず、その者を自己の権力(支配)下に持つ(avoir sous leur puissance)者、例えば、父、母、後見人(*tuteurs*)、および教師(家庭教師 *precepture*)のような者は、非行あるいは準非行が彼らの面前で為された場合、あるいは一般的にいえば、それらを妨げることができたのにそれをしなかった場合には、その義務を負わねばならない。しかし、それらの者たちがそれを妨げることのできなかつた場合には、それらの者たちは少しもその義務を負わない。L. 109, ff. de Reg. jur. [D. 50. 17. 109] Nullum crimen patitur is qui non prohibet, quum prohibere non potest. 「妨げることができない場合に妨げない者はいかなる咎めも受けない。」その非行が、彼らの面前および彼らの知るところで (*a leur vu et su*) 行なわれたといえども、[彼らはその義務を負わぬ]。Culpa caret qui scit; sed prohibere non potest. L. 50. ff. eod. tit. [D. 50. 17. 50] 「知ってはいるが、妨げることのできない者にはクルパはない。」

同様に、主人たち (*maîtres*) は、彼らが何らかの奉仕の義務 (*service*) に用いる召使 (*serviteurs*) あるいは労働者たち (*ouvriers*) の非行あるいは準非行により惹起された損害 (*dommages*) について責任があるものとされる。主人たちは、非行あるいは準非行が前述の召使あるいは労働者たちによって、その主人の面前ではないけれども、主

人によりそのために雇われた職務 (fonction: 事業) の執行 (exercice) において為された場合には、非行あるいは準非行を妨げることができなかったといえども、責任があるものとされる。このことは、主人たちを善良な家事使用人しか使用しないように注意深くするために、確立されたのである。

それらの召使いあるいは労働者たちがその職務の外で為した非行あるいは準非行に関しては、主人たちは少しも責任を負わない。

一二二、以下のごとくに注意せよ。すなわち、他の「彼らが」少しも協力して (concoure) いない者たちにより犯された非行に基づく債務を負う者たちは、その非行を犯した者とは別(様)にその非行について義務を負っているのであることを。非行を犯した者は、その「者が」惹起した損害の賠償のために有責判決された金額の支払につき身柄を拘束されるとはいえ、その非行がそのような拘束(強制 cette contrainte)の原因となる性質の者である場合には、その者の非行について有責である物たちは、民事上有責でしかなく、そして彼らの財産の差し押え (saisie) によってしか拘束(強制 être contraintes)されえないのであって、彼ら自身が投獄されることによって拘束されえないのである。

(34) 本文二以下。なお、非行と準非行に分けて一三八二条と

一三八三条を考えることをサレイユが、「このことは、民法典をポチエを通じて説明することであり、正文 (textes)」、それらの価値、それらの定式 (formule) を忘れることである。」と述べているのは、「このことを象徴しているといえるだろう。Satellites, Les accidents, n° 26, p. 42 et s.

(35) 福田伸子「精神障害者の民事責任と過失主義」法政論集 (名古屋大学) 九六号 (一九八三年) 四四八頁 新関論文 (II) ②五頁参照。

(36) 新関論文 (II) ②五頁以下。

(37) Fenet, Recueil, t. X, p. 202 et s.

野田「ドマ」論文八五頁以下、特に八七頁註(二)はこの草案の規定を引用しているが、準非行のみについて規定されていることを問題としていない。しかし、この点は、ロオマ法以来の「フォオト」概念を考察するうえでは見落としてはならない点と思われる(特に二〇世紀の広義のフォオト概念との関連において)。新関論文 (II) ②前掲七頁はこの点に言及しているが、なお意識的に取り扱っていないように思われる。

(38) Fenet, Recueil, t. II, p. 604 et s. なぜ非行 (délits) も付加されたかについては説明がなく不明である。

(39) Fenet, Recueil, t. XIII, p. 456 et ss. ただし、国務院における討議の過程で、草案一八条(民法典一三八三条に相

当)の冒頭の〈On〉が〈Chacun〉に修正されている。Fenet, Recueil, t. XIII, p. 462.

(40) この点に関しては新関論文(II)②七頁参照。

(41) Fenet, Recueil, t. XIII, p. 474.

二 註釈学派における「フォオート」

次に、註釈学派においても、基本的には民事責任を「フォオート」に基づくと考えていたことには違いないが、その用語法、民事責任の成立要件としての位置付け等は必ずしも明確ではない。平均的な民事責任論の構成はおおよそ次のように理解される⁽⁴²⁾。民事責任を発生させる行為は損害を生じさせるもの(dommageable)、「許されざるもの(sillicite)・責めを帰せしめられるもの(imputable)であつて、⁽⁴³⁾ 非行と準非行に区別され、前者は(刑事上の非行、すなわち重罪(crime)・軽罪(délit)・違警罪(contravention)とは区別される民事上の責任であつて)害する意図を以て為される許されざる行為(un acte illicite, commis avec intention de nuire)を必要とし、⁽⁴⁴⁾ 後者は、責めを帰せらるべき者が害する意図を以て為さずまた刑事上の法律によつて制裁を受けないが、損害を惹起する法律によつて許されない行

為(Les faits non permis par la loi)であつて「フォオート」・「懈怠」・「無思慮」を前提とするものである⁽⁴⁵⁾。註釈学派においてはこのような枠組で民事責任が論じられているのであるが、先にも触れたように、この枠組自体はポチエのそれに基づいていることが明らかである。

以下、各々の法学者の「フォオート」の取り扱いを概観してみよう。

(一) 初期から中期の註釈学派では、民事責任論の深化はそれほどみられない。マルヴィルにおいては立法過程の議論の繰り返しであり、トゥリエでは、基本的にポチエの枠組に従いながら、「フォオート」については「権利なくしてなした行為」と⁽⁴⁶⁾ えるがロオマ法以来の議論の繰り返しに止まっている観がある⁽⁴⁷⁾。

(二) デュラントン⁽⁴⁸⁾は基本的にこの平均的枠組により論じているが、非行を「社会・誰かに対して害する意図を以て為された、人の許されざる行為(action illicite) 全て、⁽⁴⁹⁾ 準非行を「他人を害するが、害する意図なくして(sans dessein de nuire) 行なわれた許されざる行為(un fait illicite)」であるとし、⁽⁵⁰⁾ 不法行為を違法性の側面から捉えている。彼は、条文(したがって par la loi)を引用するに止まり「フォオート」を正面から論じてい

ないが、「フォオト」を準非行に關して使用し、一三八二・一三
 八三条の解釈として、前者は積極的行為 (*faits positifs, in
 comitendo*) に關わり、後者は意思によつて為された積極的行
 為・軽率のみならず「為すべきであつたことを為さなかつたフォ
 オト」すなわち (*faute in omittendo*) にも關するものであ
 る⁽⁵⁵⁾、というようにロオマ法以来の伝統的な「フォオト」の類型
 を以て説明している。注意すべき点は彼がこれら類型化された
 「フォオト」を行為の事実として捉えているようであつて、意思
 の側面から捉えていないようであることである。

(三) オウブリーロオは平均的枠組で論じている。不法行為が
 成立するためには、「損害を及ぼす事実 (*un fait dommageable*)」
 が①「許されざること」、②「加害者に責めを帰せしめられるこ
 と」、③非行にあつては「知り、かつ害する意図をもつて行為し
 たこと」、準非行にあつては「フォオト、無思慮又は懈怠」、の
 三つを要件とする⁽⁵⁶⁾。彼らも「フォオト」を正面から論じておら
 ず、「フォオト」を準非行に關して使用している。一三八二・一
 三八三条の解釈として、「害を及ぼし、行為者に責めを帰せしめ
 るべき行為⁽⁵⁷⁾」が準非行を構成するのは、行為者の側に、積
 極的フォオトであれ、無思慮であれ、少なくとも懈怠であれ、
 存するかぎりである⁽⁵⁸⁾。」と述べているが、他方帰責性に関し

て、その事実が彼の自由な決定 (*une libre détermination*) の
 結果と考へられていることから考へると、「フォオト」が主観的側面
 において理解されているようにも思へるが、子供、狂人を考慮
 している(すなわち責任能力の問題) 文脈から考へると、これ
 も「定型化されたフォオト」と考へてよいのではないかと思わ
 れる。

(四) ムルロンは不法行為を論ずるに「フォオト」を前提とし
 て正面から論じ、また、非行・準非行の両方に關して一般的に、
 「フォオトは他人の権利を不当に傷つけるところのもの全てで
 ある。」と定義している⁽⁵⁹⁾。彼によれば、「フォオト」は作為ない
 し不作為の行為 (*action, omission d'action*) にあり⁽⁶⁰⁾、いわば
 客観的な事実として捉えられているが、一方で、「フォオト」は
 法律によつて作為が禁じられ、不作為が命じられていることを
 前提とするというように違法性と関連づけられ、他方で、子供
 と狂人の考慮から、「フォオト」は損害回避の自由と手段とを前
 提とするというように帰責性と関連づけられている⁽⁶¹⁾。この点に
 おいて、彼の民事責任論は主観的責任論である。しかし、彼は
 「フォオト」が損害を及ぼす場合に、その「フォオト」が非行・
 準非行であるとし(両者の区別は故意 (*intention*) の存否である)、
 非行・準非行の要件は、行為が①違法であること、②行為者に

責めを帰せしめうることに、③損害を及ぼすものであること、の三点であるとす。この点で、彼の考えている「フォオート」は非行、準非行よりも広い事実を指す点に注意を要しよう。

(五) ドゥモロムプは、民事責任(非行・準非行)の理論の基礎に關して重要なのは、万人に等しく課せられる、他人の権利を尊重する社会的義務(*devoir social*)、すなわちあらゆる特定の先存債務(*toute obligation particulière préexistente*)とは別の一般的義務(*devoir général*)であるとす。(民事上の)非行を「害する意図を以て為される違法かつ損害を及ぼす行為であつて、刑事上の法律により抑制されるものとされないものがある」と、そして、準非行を「害する意図を以てなされず、また、刑事上の法律によって抑制されないという二重の状況を伴う、違法かつ損害を及ぼす行為」と定義する。そして、一三八二・一三八三条からして、非行・準非行の成立要件は、行為が、①行為者に帰責しうることに、②違法であること、③損害を及ぼすものであること、である。そしてさらに、非行・準非行を構成する要素を、①行為と②「フォオート」とに分け、前者は具体的な行為(事実、*un fait matériel*)であつて後者の結果であり、後者は帰責性という要件であるとする。ここでは、「フォオート」は、具体的事実という意思とは独立の要素との対比におい

て帰責性に關連して用いられているので、主観的意味であるところが比較的明瞭であるといえよう。他面、従来の伝統的な類型化された「フォオート」の用法も散見され、また、「違法であるという、損害を及ぼす行為のこの性格が、非行・準非行を生ずる「フォオート」・「懈怠」・「無思慮」を構成するのである」というように違法性とも關連づけられている場合もある。これらを総合して考えると、ドゥモロムプ自身においても「フォオート」の位置づけは曖昧であるといわざるを得ず、従来の定型化された「フォオート」の域を完全に脱してはいないように思われる。

(六) ロオランは、「フォオート」の意味が曖昧であることを自覚し、註釈学派においてもつとも厳密かつ詳細に論じようと努めたと思われる。彼は必ずしも平均的な枠組には固執していないようであり、条文中、ポチエ以来の非行・準非行の区別はなされていらない点、また、非行も準非行も結果は同じである点を指摘する。かくして彼は「一三八二条の規定から出発し、「フォオート」の理解から議論を始める。彼によれば、法律は「フォオート」の語を非常に広く捉えており、あらゆる帰責性の原因、すなわち、悪意(*do*)から非常に軽微な無思慮まで含んでいる。そして、一三八三条は、一三八二条の繰り返しであつて有用でないというのではなく、一三八二条が限定していない「フォオート」の程

度を示している。すなわち、行為 (fait) と懈怠・無思慮を對比することにより、軽い懈怠・無思慮を含むことはもちろん、本来いかなる種類の「フォオト」も含まない「行為」の語により懈怠・無思慮より重い「フォオト」を含むことを示している。

「法律の意思 (la pensée de loi)」においては、非行・準非行が存在するためには、単なる「行為」では足りないということが明らかであり、一三八二条は形式的に損害が「フォオト」により惹起されたことを要求している。したがって、「フォオト」なくしては非行・準非行は存在しない⁽⁶⁶⁾。彼は、極めて明確に不法行為の一般的要件を、①損害を及ぼす行為、②違法な行為、③行為者に責めを帰せしめうる行為、④「アクイリウス法(準非行)のフォオト」(faute aquilienne)の存在とする⁽⁶⁷⁾。彼は帰責性と「フォオト」とを分けているが、彼の説明によれば、帰責性を判断するには「フォオト」の存在を必要としているのである、他方、違法性については『違法な行為』を為す権利を有しない場合全て」と捉えて「フォオト」と関連づけていない、その意味で彼の「フォオト」は主観的に理解されているといえよう。また、彼は「フォオト」を意識的に取り上げているのであるが、「フォオト」概念自体を構成せず、依然として、伝統的な類型化された「フォオト」で捉えている。しかも彼はその類型

を、条文上の懈怠・無思慮のみならず、アクイリウス法(準非行)の「フォオト」なしドマの挙げる類型である「未熟 (impétite)」・「知るべき」と知らぬこと (ignorance des choses que l'on doit savoir)」も含めて理解している。

(七) ラロムビエルは、基本的に平均的な枠組みで論じているといえる。彼もまた、「フォオト」を正面から論じてはいない。彼は不法行為の成立には①損害②意図や動機(したがって意思)とは独立の違法性、③帰責性を要するとして、その帰責性の中で、「フォオト」に触れているが、伝統的な、非行の故意 (intention) との対比における準非行の類型化された「フォオト」としての説明に止まっている⁽⁷⁰⁾。ただ、「不作為のフォオト」に関して、「フォオト」が「法律上の義務 (obligation légale)」に対する違反として捉えているのがみられる⁽⁷¹⁾。

(八) スルダは、民事責任の構成要素を「フォオト」と損害と考へ、「フォオト」に関しては、咎められるべき行為の中に見いだされる行為者の意思を考慮する。そして、社会秩序に対してもたらされた侵害は、人間の社会に対する義務違反 (la violation d'un devoir) である以上、道徳に反する行為 (un délit moral) である、という刑法の考え方は民事責任の基礎としても役立つと考へ、民事責任も同様に、人間の社会に対する義務の違反 (la

violation d'un devoir de l'homme en société) を構成する、道徳秩序に対する侵害を想定しているとした。⁽²²⁾ 彼はこのように「フォオート」を非行・準非行の一般的要件として捉えているのだが、この場合の「フォオート」も従来の「定型化されたフォオート」として理解することができると思われ、彼の民事責任論全体は依然として従来の平均的な枠組に従っているといえよう。⁽²³⁾

(九) コルメ・ドゥ・サンテルの説明は非常に簡単であるが、非行・準非行の成立要件は、①違法な行為、②行為の非難性・帰責性、③損害を及ぼす行為、であり、「フォオート」は違法性と帰責性の判断基準である。彼もまた「フォオート」自体を論じてはいない。

(十) 後期註釈学派に属するポオドリ・ラカンティヌリ・バルドは、すでに註釈学派の平均的枠組から離れつつあるように思われる。彼らによれば、非行・準非行の成立要件は、①違法な行為、②その行為についての行為者への帰責性、③その行為により惹起された損害、である。彼らは、非行性を「法律によって許されないこと」と解し、「フォオート」を帰責性に関連して論じている。そして、帰責性は、「行為 (acte) が自由な意思 (une volonté libre) から生じたことを前提とし、その行為が「フォオート」を構成するためにはそのことが必要である。⁽²⁴⁾ この「自由

な意思」の前提も、狂人や分別のない子供の無責を考慮していることが文脈上明らかであり、「行為」がフォオートを構成するというようにフォオートを行為の態様と捉えていることから、従来の「定型化されたフォオート」を彼らが念頭においているという理解の妨げにはならないように思われる。しかし他面、彼らは非行と準非行の「フォオート」を一般的に捉えて (faute délictuelle ou aquilienne)、「非行あるいは準非行のフォオートは、法律によつて制裁を加えられる、一般的な義務に対して缺けたところがあることである」と定義を与え、従来の定型化された「フォオート」の諸類型による説明もしていない。これは、すでに、彼らがサレイユやプラニオルと時代を同じくすることと無関係とは思われない。

(十一) 同じく後期註釈学派のユクは、不法行為を非行と準非行とに分け、非行に関しては刑事上のそれと民事上のそれとに分けて対比して論じている点は従来の考え方と同じであり、基本的にはポチエの枠組みに拠っているように思われるが、「フォオート」の理解については若干特異な存在と考える余地があるように、多少立ち入って紹介しておく。

彼は、非行に関して、すなわち、一三二二条に関して、「フォオート」に言及している (no. 403 et 404) が、まず、民事上の

非行を刑事上の非行と區別して次のように言う。

「民事上の非行」は、私人の利益の侵害および賠償債務を前提としているので、非行という性格が存在するためには、その侵害という具体化している行為 (le fait matériel de cette violation) が証明されること、および、その行為が、「フォオト」すなわち、行為者が有している責任をもたらす精神の命令のひとつの要素 (une faute, c'est-à-dire d'un élément de l'ordre moral impliquant responsabilité de l'agent) の結果であるということと十分である。⁽²¹⁾

そして、これらを帰責性 (imputabilité) の要素とあるとして、これらの要素がいかなる要素の下に存在するかの検討に移っていく。

彼によれば、非行を構成する諸要素を確定することに (déterminer)、この非行の要件に関する主要な難点があるのであり、その理由は、一三八二条がその点について条文上二つのことしか知らせていないことによる。ユクは、その二つの要素を事実上の要素と主観的要素に分けて以下のように言う。

「1. 「二つは」事実上の要素であり、それは損害を及ぼす行為である (le fait dommageable)。ただし、単なる不作為 (失念 la simple omission) は、失念なれた行為を為す債務が存

在したかぎりでしか責任をもたらさないものと思われる。

2. 「第二のものは」主観的要素であつて、それはフォオトである。⁽²²⁾

さらに続けて、彼は「フォオト」を次のように定義している。「フォオトは、許されざる行為 (不法・違法な行為 un acte illicite) を犯そうとする意図に、あるいは実行される行為が持つ非行という性格を知っていることに、あるいは最後に、(その行為の) 諸帰結またはその性格に気づかないことにつき犯した懈怠に存するのである (La faute consiste dans l'intention de commettre un acte illicite, ou dans la connaissance des caractères délictuels du fait accompli, ou enfin dans la négligence l'on a mis à ne pas en découvrir les conséquences ou ses caractères)」⁽²³⁾

このことから、ユクにおいては、「フォオト」が主観的に、意思 (心理状態) として、考えられているように説めるが、彼はさらに続けて次のように言っている。

「しかし、いづれにせよ、意思の (持つ) 非行という要素は、行為それ自体の非行という性格から生まれる (由来する) のであり (L'élément délictuel de la volonté dérive du caractère délictuel de l'acte lui-même) したがって、当該行為 (考察

された行為)がそれ自体として潔白(無実: innocent)である場合には、それを実現しようとして持った意図(intention)もそれ自体同様に潔白なのである。ところで、私が注意を促すことは、一三八二条は、具体化した行為を損害を及ぼす行為としてしか指し示していないということである。したがって、他人に対して損害を惹起しうる行為は全て、それ自体として、法に反する行為である(en lui même, un fait contraire au droit)と、そしてまた、フォオートとは、(人・自分が)企画する行為から、損害が生じる可能性があるということを「人が」知っているということにある(La faute consiste à savoir qu'il peut résulter dommage de l'acte qu'on entreprend) という推論をせざるをえないであろう。⁽⁴²⁾

以上から考えて、ユクにおける「フォオート」の観念は、行為者の心理状態であることが比較的明瞭に表れている点は註釈学派の中でも特記されるべきである。ただし、実際には、行為から判断される「フォオート」であるから、行為者の外的様態を問題にしているという理解も成立つ点に留意しておく必要がある。

(註) これまで、註釈学派における不法行為論とそこにおける「フォオート」の位置付けと概念を概観したが、そこにみられる不

法行為論は、論者により様々であり、一応平均的なポチエ以来の枠組みが想定することができるにすぎないといえよう。「フォオート」論に関しても、不法行為の成立要件の中で帰責(あるいは責任能力)の問題に位置づけられるのが多数説といえようが、その「フォオート」概念自体については、民事責任の基礎として考えられているものの、確固とした統一概念には練り上げられておらず、ロオマ法、ドマ、ポチエ以来の、「無思慮」、「懈怠」等の個別に類型化された「フォオート」概念に固執している状態であるということが明らかに became と思われる。しかも、ここでは、主観的責任論とはいえず、心理状態というよりも、(社会的、道徳的な)義務に対する違反という行為の外的な態様が念頭におかれている場合が多いのではないかと思われる。

(42) 一九世紀半ばの平均的な理解を伝えるものとしてレパルトワールが有用と考え、本稿では、それを基に整理した。以下のものを参照した。

- 1) Dalloz, *Jurisprudence Générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, tome XXXIX, 1858 Paris, <RESPONSABILITÉ> p. 293 et ss. (以下 Dalloz, Répertoire, <Responsabilité> で引用する)

- 2.) Dalloz, idem, Supplément, tome XV, 1897 Paris, <RESPONSABILITÉ> p. 463 et ss. (以下 Dalloz, Supplément, <Responsabilité> び引用す)
- 3.) A. Carpentier-G. Frèrejouan du Saint, sous la direction de Ed. Fuzier-Hermann, Recueil général des lois & des arrêts et journal du palais, Répertoire général alphabétique du droit français, tome XXXII. Sirey, Paris 1901, <RESPONSABILITÉ CIVILE> p. 753 et ss. (以下 Sirey, Répertoire, <Responsabilité civile> び引用す) et tome XXXIII. Sirey Paris 1904, <RESPONSABILITÉ PÉNAL> p. 1 et ss. (以下 Sirey, Répertoire, <Responsabilité pénale> び引用す)
- (43) この三要件「損害(dommage)」「違法性(illicéité)」「有責性(imputabilité)」は専ら一八三二条冒頭の「Tout fait quelconque」に関わるものであるが、この点の整理はドゥモロンプ、オウプリー、ロオ、ロオラン、ムルラン、ポオドリール、カントイヌリール、バルド等の主要な体系書を参考にした。
- (44) この点は、前註引用の体系書の他、デュラントン、スルダ等も民事上と刑事上の非行・準非行を対比しつつ論ずるのを常とするのであえて付加した。なお、野田「フォオト」論文二〇頁以下参照。

さらにフランスの刑事責任については、小野清一郎(フ

ランス語刑法学における責任論」(一)ジュリスト二九八号(一九六四年)一〇頁以下、(二)同二九九号(同年)四八頁以下、G・ステファニ、G・ルブアール、B・ブーロック著 澤登俊雄、澤登佳人、新倉修訳「フランス刑事法[刑法総論]」(成文堂一九八一年)とくに一六四頁以下。一九世紀の刑事責任論については、平野泰樹「フランスの刑事責任」(一)——オルトランの責任論——「國学院大学院紀要一〇号(一九七八年)一二九頁以下、同「フランスの刑事責任」(二)——新古典主義の成立過程と刑罰論——「國学院法政論叢第二輯(一九八一年)一七一頁以下、(三)同第三輯(一九八二年)一七二頁以下、同「フランス刑法における culpabilité の諸相」(一)國学院女子短期大学紀要第二号(一九八三年)九七頁以下、(二)同第三号(一九八四年)八三頁以下、江口三角「フランス新古典派の刑法思想」『団藤重光博士古稀祝賀論文集』第一卷(有斐閣 一九八三年)五〇頁以下、上野芳久「フランス刑法と過失 —— その予備的考察 ——」國学院法政論叢第六輯(一九八六年)八六頁以下、とくに、刑事責任と民事責任との関係については、上野芳久「フランスにおける刑事過失と民事過失」(一)國学院法政論叢第七輯(一九八六年)五九頁以下、(二)同第八輯(一九八七年)四五頁以下参照。なお、最後の、刑事責任と民事責任との関係については上野論文(二)二八〇頁でも、フランス刑法に過失の定義規

定がなく、いくつもの過失形態が並べられてゐるといふ状況をフランス実定法上の特殊性であると指摘してゐる。この点は注目に値する。

(45) Dalloz, Répertoire, <Responsabilité> n° 25.

(46) idem, <Responsabilité> n° 86. 同書は「準非行が存在するためにはこのやうなものがフォオートであるか」(tit. I, n° 86 et ss.)と題して、わざわざフォオートに關して「判例を類型ごとに分けて示してゐる。それによれば、フォオートとは①積極的行為(fait positif: 権利行使)②無思慮(imprudence)③懈怠ないし不作為(négligence ou omission)である。一見したところ、フォオートの(非行をも含めた)包括的定義は存在しないやうである。

(47) Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat, t. 3, 2^e éd. 1807 p. 189 et ss.

(48) Toullier = Duvergier, Le droit civil français suivant l'ordre du Code, t. 11, n° 113-115.

(49) Toullier = Duvergier, n° 119. 新聞論文(II) ②一七頁以下参照。

(50) Toullier = Duvergier, n° 119.

(51) Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, t. VIII, 4^e éd. 1844, n° 699, p. 688.

(52) Duranton, n° 699, p. 689.

(53) Duranton, n° 712, p. 699.

(54) Aubry et Rau, Cours de droit civil Français, 4 éd. 1871. t. IV, § 444 et § 446.

(55) Aubry et Rau, § 446, p. 755.

(56) Aubry et Rau, § 444, p. 747, § 446, p. 754 et ss.

(57) Mourlon, Répétitions écrites sur le deuxième examen de Code Napoléon, 8. éd. 1869. t. II, n° 1690, p. 886. 新聞論文(II) ②一〇頁参照。

(58) Mourlon, n° 1690. p. 886.

(59) Mourlon, n° 1690. p. 886 et s.

(60) Mourlon, n° 1691. p. 887. :「フォオートは、それが損害を及ぼすものでなければ、少しも義務を負わせない。例えば、狩猟で、私があなたの馬を殺す意図で射った。しかし、命中しなかつた。私はあなたにいかなる損害賠償の義務も負わない。なぜなら私はいかなる損害もあなたに与へてゐないからである。」

フォオートは、行為者が意図をもって損害を与えた場合に非行であり、「意図のない」反対の場合に準非行となる。

要するに、「三つの要件が同時に生じた場合にしか、非行あるいは準非行は存在しない。人の不満をいう行為が、①違法であること②その行為者に帰せしめうること③損害を及ぼすことが必要である。」

ここに付けられた表題が「フォオートはすべて義務を負わ

せられるのか」というのであり、その意圖するところは「フォオート」という行為がすべて非行あるいは準非行にあたるわけではないことにあると思われる。その意味で、「フォオート」は非行あるいは準非行よりも広いと考えられるが、新関論文(II)二〇頁に「ムールロンは・・・他人に損害を与える行為全てがフォオートであるとは限らざらんとする。」としている点、あるいは右に挙げた三要件が満足された場合に限りフォオートがあるとしている点は誤解と思われる。ムールロンにおいては、「フォオート」は行為であるが、権利の通常の行使ではない点であらゆる「行為」よりも狭く、損害を及ぼさない行為も含む点において非行あるいは準非行よりも広い「行為」が考えられていると理解する方が自然であろう。そのように考えるとムールロンの「フォオート」の位置付けは、註釈学派においては特異と云ふことができよう。

- (19) Demolombe, *Traité des engagements qui se forment sans convention, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IX, Cours de Code Napoléon, t. XXXI, Paris 1882, n° 449 et ss. notamment n° 479 et 480. 新関論文(II) ②一八頁以下参照。
- (20) Demolombe, n° 456 et 457.
- (21) Demolombe, n° 459.
- (22) Demolombe, n° 464.

- (95) Demolombe, n° 468.
- (96) Demolombe, n° 470.
- (97) Demolombe, n° 665.
- (98) Laurent, *Principes de droit civil français*, 3^e éd. t. XX, 1878, n° 384, p. 405 et ss. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, 1881, n° 347-361, notamment n 357 et ss.

- (99) Laurent, *Principes*, nos 462-465, p. 492-497, *idem*, *Cours*, n° 357-361, p. 211-213.

- (70) Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire*, t. 7, nouv. éd. 1885, sur les art. 1382, 1383, n° 3.

- (71) Larombière, n° 4 et ss.

- (72) Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t. I, 5. éd. Paris 1902, n° 6, n° 13.

- (73) Sourdat, *op. cit.* n° 642 et ss. 岡松前掲書五一〇頁が、*スルダを引用して*「フランス法の「フォオート」とは結局行為を為す権利のないことと損害を防止すべき義務を怠つたことをいうにすぎず、それは心理問題ではなく行為の客観的性質で決まる」と指摘している。

- (74) Colmet de Santerre (Demante), *Cours analytique de Code civil*, t. V, 1883, n° 363 et ss.

(75) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, 3^e éd. t. IV, Paris 1908. n° 2850 et ss. 婦責任・フォオートとの関係の説明に「*ce n'est pas la faute*」n° 2856。

(76) Baudry-Lacantinerie et Barde, n° 2865: *La faute délictuelle ou aquilienne est un manquement à un devoir général sanctionné par la loi.*

その箇所に付された註においてプラニオルの第一論文と概説書を引用している。

(77) Huc, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. IX, Paris 1895, n° 402 et ss.

(78) Huc, n° 404, p. 534: 野田「フォオート」論文二二二頁註(一)

(79) Huc, n° 404, p. 534.

(80) Huc, n° 404, p. 534-535.

三 補論——「物・他人の所為に基づく責任」論

次に、サレイユとプラニオルの議論に移る前に、彼らの議論と関係する範囲で、一三八四条の「物の所為に基づく責任(一項、後の無生物責任)」と「他人の行為に基づく責任(ここではとくに

三項の主人・使用者の責任)」について簡単に触れておく。

(一) 一三八四条一項末尾の「*自口の保管下にある物の所為(fait)*」により惹起した損害」についても責任を負うという文言については、そもそも一三八四・一三八五条は草案では一カ条にまとめられており、それが後続の二項以下の「他人の所為に基づく責任」と「動物所有者の責任」の前触れの規定であるというのが一般的理解であり、「物の所為に基づく責任」の一般的规定として独立した存在価値を持つとするのはロオランの少数説であつた。⁽⁸¹⁾

(二) 「他人の行為に基づく責任」に関する一三八四条の規定は、ドマの影響の強い不法行為に関する規定の中にあつて異色であり、ポチエの影響が決定的であるといわれている。⁽⁸²⁾

(イ) ポチエは彼の『債務論』の非行・準非行に関する項で既に「他人の行為に関する責任」に関して一般的に述べていた。彼はそこで父・母・後見人(家庭)教師の子供の行為についての責任と主人の使用人・労働者の行為についての責任とを分け、前者については、監護責任を考えているようであり、父母らが子供らの非行・準非行を妨げることが可能であるのにかかわらずそれをしない場合にはそれを理由として責任を負いそれが不可能な場合には免責される、と定式化し、それに対して、後者

については、使用人・労働者の非行・準非行が職務の執行において行なわれた以上は、主人の面前で行なわれたのではない場合といえども、主人は責任を負わねばならない、と厳格に定式化していた。そのような主人の責任の根拠は「選任上の過失 (*culpa in eligendo; mauvais choix*)」であった。ただし、ポチエの意識においてはその厳格な責任は「職務の執行」に限定されていた。

(四) このようなポチエの論述に従って一三八四条は起草された。立法委員、弁士等の立法理由説明によれば、主人が使用人・被用者の非行・準非行を妨げえなかつたことを証明することによって免責されない厳格な規定の根拠は、基本的にポチエの見解に従い「誤った選任 (*mauvais choix*)」であるとす⁽⁸⁶⁾。その他、「監督不十分 (*défaut de surveillance*)」という理由⁽⁸⁷⁾、報償責任な理由⁽⁸⁸⁾、保証の責任という理由⁽⁸⁹⁾も散見される。ここで注意しておくべきことは、「誤った選任」・「監督不十分」もロオマ法以来の「選任上の過失」・「監督上の過失 (*culpa in vigilando*)」というクルパの類型を受け継いだ定型化された「フォオト」であるということである。

(イ) 註釈学派においては、「他人の行為に基づく責任」は不法行為の一般原則 (一三八二・一三八三条) と矛盾するものではな

く、選任あるいは監督についての自己責任と考えられており、一般原則と区別される点は、「フォオトの推定 (*présomption de faute*)」である⁽⁹⁰⁾。問題は、第一にその「フォオトの推定」の法的性質が何であるか、第二にそれを基礎付ける責任の根拠は何か、という点であった。第一の点については、学説は父・母・教師・親方に課されるそれを「免責のための」反証を許す推定 (*présomption juris tantum*)、主人・使用者に課されるそれを「免責のための」反証を許さない推定・覆しえない推定 (*présomption juris et de jure; présomption irréfragable*) と解することに一致していた。第二の点については、学説は父・母・教師・親方の責任の根拠は「監督不十分 (*défaut de surveillance*)」であることについては一致していたが、主人・使用人の責任の根拠に関しては二つに分かれていた。

この「免責のための」反証を許さないフォオトの推定を課される主人・使用者の責任の根拠が大問題である。第一の見解は「誤った選任」であるとしこれが通説といえる⁽⁹²⁾。この見解は主人・使用者の「自由な選任 (*libre choix*)」を前提とする。主人・使用者は、使用人・被用者の選任にあたり、それらの者たちの誠実さおよび能力、すなわち第三者に対して損害を与えることなく職務を執行する適性を有するか否かを慎重に確認しな

ければならず、したがって、使用人・被用者がその「フォウト」により損害を惹起した場合には、そのような誠実さ・職務執行能力を欠く、不器用または軽率な者を選任したことに「フォウト」があるとみなされる。この見解が挙げる根拠は、①ポチエの見解、②立法者の理由説明、③すでにロオマ法にもこの理由(culpa in eligendo)が存在すること、である。

それに対して、第二の見解は、「誤った選任」と並んで「監督不十分」という理由が存在するとする。⁽⁹³⁾これによれば、第一の見解が挙げる「自由な選任」は主人・使用者の要件として重要な要素であるが唯一の要素ではなく、したがってそれだけでは不十分であり、さらに優るとも劣らず決定的な要素として「主人・使用者が使用人・被用者に対して有する指揮・命令・監督の権利」ないし「従属関係」が必要である。⁽⁹⁴⁾スルダはこの権利から第三者の利益のために、使用者が彼の被用者により惹起される可能性のある損害の発生を防止する義務が生じるのであると、それゆえに、被用者の「フォウト」が使用者に遡るのであると説明している。⁽⁹⁵⁾

この見解には、実際の訴訟では、主人・使用者の家事使用人・被用者に対する法律上の権限(指揮・命令・監督権)の存在が主人・使用者の責任の存在を左右する、重要な点あるいは争点で

あるという認識があったのではないかと思われる。

事実、判例は、一九世紀の初めから第二の見解に対応する判断基準を定式化していたのであり、これが判例の立場であるといえる。⁽⁹⁶⁾

以上が主人・被用者の責任に関する学説であるが、責任の根拠として「誤った選任」は異論がなく、唯一、「監督不十分」に関して論争があったにすぎない。

(三) 最後に、「フォウト」概念との関連で指摘をしておけば、この「他人の行為に基づく責任」論に関しても、「フォウト」の前提である「自由な選任」と「主人・使用者の権威・権利」に対応する義務(監視 surveillance の義務)が設定され、それに対する落度としての「誤った選任」と「監督不十分」という「フォウト」の類型が主観的責任の観点から「軽率」あるいは「懈怠」と同様に考えられている。注意を要するのは、家事使用人または被用者の不法行為による損害の発生という事実によって「定型的に」この責任が発生するものであり、「反証を許さないフォウトの推定」という法技術によって支えられているとはいえず、「誤った選任」と「監督不十分」とはその意味において定型的な「フォウト」である。しかも、ロオマ法以来の伝統に忠実な学説によってほとんど疑いの余地のない自明のことのように考え

られていたことである。

(81) 野田良之「自動車事故に関するフランスの民事責任法(一)」法協五七卷(一九三九年)二号二〇九頁以下。

ロオランの見解については詳しい紹介がないので付加しておく、Laurent, t. 20, n. 639:「民法一三八四条の文言では、人は自己の保管の下に有する物の所為によって惹起された損害について責めを負う。一三八六条はこの原則を建造物に適用したものである。すなわち、『建造物の所有者は、その建造物の崩壊が保全の不十分の結果によって、あるいはその構造上の瑕疵によって生じた場合には、その崩壊について責めを負う』と。この規定から、ある物を保管する者に課せられる責任の本性(nature)が理解される。保全の不十分および構造上の瑕疵がフォオトにあたる。すなわち、所有者が責めを負うのはこれらのフォオトのためである。一般的な文言で、人は自己の保管の下に有する物について責任を負うとしている一三八四条と同じ意味に理解しなければならない。すなわち、私たちが責任を負うのは、私たちが物の保管において懈怠あるいは無思慮を犯しているからである。これは、フォオトのない責任など存在しないという原則の適用である。一三八四条と同様に一三八六条も準非行を、すなわち、損害を惹起した者

の懈怠あるいは軽率によって生じた損害を及ぼす行為(事實 faits dommageables)を想定しているのである。

この点に関して、疑うことはできない。しかし、ある物を保管している者がフォオトにあると推定されるかどうかはまだ分からない。法律はその難点を建造物に関しては解決している。法律は、建造物の所有者がその崩壊により生じた損害につき責任を負う場合を明確に規定しているからである。従って、原告が証明すべきことは何もない。ただし、被告には反証が「認められており」、これは推定に関しては当然のことである(Bruxelles, 11 novembre 1874 (Paschisic, 1875, 2, 78))。何か他のもの、例えば爆発するものに関するときは、何を判断しなければならぬのであろうか。機械を保管している者がフォオトにあると推定されるのであろうか? フォオトの推定があるとなれば、原告には損害の事実を除くと証明すべきことは何もなく、必要があれば、自身が非難されるべきフォオトがないことを証明すべきであるのは被告である。逆に、フォオトの推定がないとすれば、原告が、物を保管している者のフォオトによって損害が惹起されたことを証明しなければならぬだろう。その問いには疑問の余地がある。破毀院は、民法一三八二条、一三八三条の一般原則を適用することが必要であると判決した。すなわち、フォオトが責任の要件であり、機械を保管している者がフォオト

を犯したことの証明責任が原告に課されていることである(棄却、民事部一八七〇年七月一九日(Dalloz, 1870, 1, 361)。同旨ブリュッセル一八七二年四月一六日(Pasicrisie, 1872, 2, 176))。

破毀院は、一三八四条も一三八六条も引用せず、一三八三条を拠り所としている。この「一三八三条の領域では、先の問いには疑問の余地がない。しかし難点は、まさしく、他人の行為に基づく責任を取り扱う一三八四条乃至一三八六条が一三八二条および一三八三条の一般準則を修正しているか否かを知ることにある。破毀院が、明白に、付け加えていることは、非行あるいは準非行によって侵害されたと主張する者は、原告の資格において、その旨を証明する義務を負っているということ、すなわち、その証明をしない場合には、彼の請求は、被告が免責の抗弁(*une exception de libération*)の基礎とする事実を証明するまでもなく、棄却されるということである。損害を及ぼす行為(事実)を一三八二条および一三八三条で観る者にとっては、それは疑いの余地のないことである。「しかし」蒸気機関の爆発によって惹起された損害がそれらの規定の適用下におかれるかどうかはまだわからない。

破毀院は、それを肯定的に判決した。「『自己の被った損害の賠償を請求する者は、事故に加えて、責任があるとして彼が所有者に帰するフォウトを証明しなければなら

い。』破棄院が示す唯一の理由は、『同様な出来事は、偶発事故あるいは不可抗力の結果でありうるので、必然的かつそれ自体として、フォウトあるいは被告の怠慢(*incurie*)を意味しないが故に、』ということである。

実際、それは真実である。しかし、破棄院が少しも触れていない法的な難点がある。機械によって惹起された損害は物によって惹起された損害であり、これは直接的な準非行ではなく、むしろ一三八四条によって想定された責任の事例である。ところで、この条文は法律が有責であるとして宣言している者に対してフォウトの推定を設けており、これは原告に証明を免除し、その証明の負担を被告に転換している。一三八四条が物によって惹起された損害についての責任に関する唯一の法律の規定であるか否か迷うことなくこのように判断しなければならぬだろう。しかし、さらにもう一つ「の規定」、一三八六条が存在する。これは、損害が建造物の崩壊によって生じた場合に、原告に証明責任を負わせている。すなわち、原告は建造物の崩壊が構造上の瑕疵あるいは保全の不十分によって生じたことを証明しなければならぬ。建造物についてはそうであるとしても、一般に構造上の瑕疵あるいは保全の不十分によって同様に生じる蒸気機関の爆発についても同じでなければならぬことはないであろうか? 類似は明白である。しかし、その類似は一三八四条によって確立さ

れた原則を退けるのに十分であろうか？ 一三八六条から

一般原則を作り出すことは、一三八四条から保管されている物によつて生じた損害に関する規定を消し去ることである。一三八四条はフォオトの推定を確立し、他方、一三八六条は証明を原告の負担としている。私は、条文に従わなければならないと考える。すなわち、一三八四条は一般原則として維持し、一三八六条を建造物にしか適用するべきでないと考える。この解釈はさらに衡平や諸事実とも調和する。機械によつて惹起される事故は日常的であり、それはほとんど機械の不完全さから(ブリュッセル、一八七三年一月二日 Paschise, 1873, 2, 196)、あるいは労働者の懈怠からしか生じえない。それゆえに、立法者はフォオトを推定したのかもしれない。機械の不完全さは科学の不完全さから生じうるといふことは真実であり、科学の不完全さは所有者に帰せしめられない。しかしその場合には、衡平の考慮の余地がある。すなわち、被害者である人よりもむしろ機械の所有者が損害を負担するのが正しいのではないのか？ ということである (シレイ判例集 1871, 2, 196 の破棄院判決に関する評釈を参照せよ)。」

ロオランは、一三八四条第一項に関しても「条文から出発して一三八二—一三八六条の諸規定相互間の関係を画定しようと努めている。ここでは、文面上条文への固執がみられるけれども、増加傾向にある蒸気機関など機械の保

管に係わる、直接的な準非行ではない事故の類型(後の「物の所為に基づく責任」)について「フォオト」の原理に基づくことを認めつつも、「フォオトの推定」による挙証責任の転換が認められる理由の中に、衡平や科学の不完全さなど諸々の現実問題を考慮していることが認められる。

(82) Henri et Leon Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome I, 4^e éd. 1947, n° 710 et s. (以下「単に Mazeaud, I, 4^e éd.」で引用す⁸²) Mazeaud et Tunc, *id.* 6^e éd. 1965, n° 710 et s. (以下「単に Mazeaud = Tunc, I, 6^e éd.」で引用す⁸³)

フランス民法の父・母・主人・使用者・教師・親方等の責任に関する一三八四条の規定起源については、ロオマ法、フランス各地の慣習法などにあると言われ、諸説分かれているが、一三八四条の規定に対して直接に影響を及ぼしたのはポチエであるという点については異論がないといつて良い。

一三八四条の起源に関して、A.-E. Giffard et Robert Villeurs, *Droit romain et ancien droit français (obligations)* 4^e éd. 1976, n° 400 p. 284 et s.

父・母の責任に関して、Mazeaud = Tunc, 6^e éd. n° 732, Jean Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, n° 100. (以下、単に著者名のみで引用す⁸⁴)

主人・使用者の責任に関しては、本稿で紹介するプラニオルも独自の見解とあって良いが、他の代表的な民法学者の見解については、Mazeaud = Tunc, 6^e éd. n. 857, Carbonnier, n. 102. 参照。なお、使用者責任については、本邦では、勝本正晃「仏蘭西民法に於ける使用者の責任」『民法研究・第一巻』(一九三二年)所収三五頁以下にフランス古法の状態が紹介されているが、これはドマの紹介とあってよい。その意味で、ポチエの本格的な紹介が欠けているといえる状況である。

(83) Pothier, op. cit. n. 121-122. ポチエの叙述については註(29)参照。

(84) 一三八四条の起草過程については、勝本前掲論文一六頁以下に詳細に紹介されているので参照されたい。ここでは必要な限りで、注意すべき点のみについて私なりに要約しておく。

(85) 共和暦一二年霜月二日(一八〇三年一月二四日)ピゴ・ブレアムヌウにより國務院により提出された草案では第五項の免責のための反証が主人と使用者にも認められていたが、共和暦一二年霜月一六日(一八〇四年一月七日)護民院立法部の審議において、主人と使用者には免責のための反証を認めないとする修正の提案を受けた。その修正の提案理由は、第三項において、主人と使用者が、彼らの家事使用人や被用者により惹起された損害については、それ

らの者たちをそのために雇った職務の執行において惹起された場合にしか責任を負わないものとしている以上、主人と使用者に関して規定する必要があることは全て第三項の中に規定されていること、そしてさらに、主人と使用者に第五項規定の抗弁(例外、exception)を認めることは、その結果として、損害が家事使用人や被用者によりその職務において惹起された場合でさえ主人がその場に居合わせなかつたという一事を以て免責されるということになり危険であり、かつ草案起草者の意思にも反するであろうということであった。國務院と護民院の協議の後、修正が採用された。

(86) 例えば、國務院におけるトレヤアルの理由説明(Fenet, Recueil, t. XIII, p. 468) 護民院におけるブルトラン・ド・グリュイユの理由説明(Fenet, Recueil, t. XIII, p. 476)などにみられる。ブルトラン・ド・グリュイユは、当該規定が従属者たちについての保証(担保、garantie)を宣言したものであること、また、主人と使用者の責任は衡平に基づくものであって、しかも判例において確立された厳格な責任であるとする。そして、家事使用人や被用者がそのために雇われた職務において惹起された損害の発生を妨げることが不可能であったことの証明が主人と使用者に認められない理由は、その損害の最初で真の原因が主人や使用者の為した「誤った選任」にあるからだとしている…

「主人は、悪しき (méchants) 、不器用な (maladroits) あるいは軽率な (imprudens) 者に彼の信頼をおいたことに対して自らを咎めるべきではないのか。しかも第三者たちが、依然として、彼らの被った損害の最初の原因であり、真の源である思慮に欠けた信頼 (confiance inconsidérée) の被害者のままでいることが正当なのでしょいか。」

(87) この点は、立法院における護民官タリブルの理由説明において強調されている (Fenet, Recueil, t. XIII, p. 489) が、彼は、その厳格な責任が規定されている理由を、「主人や使用者たちに、彼らに課せられる義務の厳格さを想起させることにより彼らの被従属者達に対する細心な注意を自覚させることにあると考えている。」

(88) ブルラン・ド・グルイユは、註 (86) で紹介した箇所直前で、次のように述べている：「実際、主人賠償すべしと有判決される害悪 (mal) を生じさせているのは、主人が利益を引出す、その業務 (奉仕) ではないのか (N'est-ce pas en effet le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer?)」 (Fenet, Recueil, op. cit. p. 476.)

この点は、後の報償責任論に拠る学説が指示するところである。また、危険説をとるサレイユも、その論拠の一つとして、この箇所を挙げている (Salleilles, Les accidents de travail, p. 32, n. 52)。

(89) 例えば、後の保証説が引用するのが、トレヤールの以下の箇所である：

「父、教師、主人の責任は一種の保証である。」 (Fenet, Recueil, op. cit. p. 467/s.)

しかし、この見解は、トレヤールの文字面に固執しすぎているようである。トレヤール自身は必ずしも保証の観点から理論を構築したのではなく、その責任の根拠を結局は「誤った選任」あるいは「懈怠」というフォオトに求めているからであり、また、「願わくはその責任の負担が家長たちをより思慮深く (plus prudence) そしてより注意深く (plus attentifs) することができぬことを」と述べていることから、ポチエと同様の考えとということができよう (Cpr. Pothier, Traité des obligations, n° 121, なら註 (86) 参照)。

(90) Sirey, Répertoire, "Responsabilité civile", n° 475-477; Toullier, t. 11, n° 283; Demolombe, t. 31, n° 588-560; Larombière, t. 7, sur l'art. 1384, n° 1; Sourdat, t. 2, n° 884; Aubry et Rau, t. 4, n° 446, p. 756; Laurent, t. 20, n° 550-552; Colmet de Santerre, t. 5, n° ; Baudry-Lacantinerie-Barde, t. 4, n° 2897; Huc, t. 8, n° 443-444.

(16) Sirey, Répertoire, "Responsabilité civile" n° 478-480, Toullier, t. 11, n. 283. ; Duranton, t. 13, n° 724;

Larombière, t. 7, sur l'art. 1384, n° 8; Demolombe, t. 31, n° 611, 612; Sourdat, t. 2, n°s 903, 918; Aubry et Rau, t. 4, n° 447; Laurent, t. 20, n° 588; Colmet de Santerre, t. 5, n° 365; Baudry-Lacantinerie-Barde, t. 4, n° 1352; Huc, t. 8, n° 444;

(82) Duranton, t. 13, n° 724; Demolombe, t. 31, n° 610; Colmet de Santerre, t. 5, n° 365 bis VII; Laurent, t. 20, n° 570ss.; Baudry-Lacantinerie-Barde, t. 4, n° 1352; Huc, t. 8, n° 444;

(93) 主人・使用者の要件と「指揮・監督・命令権」を挙げる見解として、Sourdat, n° 885 et s. Larombière, n°s 8-11. Note sous Cass. civ., 25 oct. 1886, S. 1887, I. 457. また Aubry et Rau, n° 447, p. 761 は、主人・使用者の責任の根拠についてあまり明確には述べていないが、使用者の要件として、「従属・依存の関係にあること (dans un rapport de dépendance)」を考えているので、この見解に属すると考えられよう。

(94) Larombière, n°s 8-11. 第二の見解の有力な主張者であるラロムビエルによれば、主人・使用者を真の主人・使用者たらしめる「従属関係 (subordination)」および「権威 (autorité)」の基礎を与えるのがこの権利であり、これは「一三八四条により想定されているのである」という。ただし、その権利あるいは従属関係というのは、事実上のそれ

ではなく、法律上のそれを彼らは想定していたのである。したがって、主人・使用者が使用人・被使用者の執行する業務についての知識を有し、またその権利を行使することが現実において可能であったか否かを、すなわち事実上の指揮・命令・監督権行使の可能性を考慮すべきではなく、専ら法律上の権利・権限の有無によって判断すべきであると考えていた。

(95) Sourdat, n° 885.

(96) 例えば、Cass. crim. 20 août 1847, S. 1847, I. 855, Cass. req. 4 fevr. 1880, D. 1880, I. 392. Cass. civ. 25 oct. 1886, S. 1887, I. 457, D. 1887, I. 225. そして、この最後の破毀院判決によれば、次のように判決理由を、すなわち主人・使用者の要件を定式化して述べていた：

「民法一三八四条が使用者に課する責任は、単に彼らがそれらの被使用者を選任したことのみなならず、彼らがそれらの被使用者をそのために雇った職務を執行する方法につき命令 (ordres) および指示 (instructions) を被使用者に与える権利をもまた想定しているがゆえに……、それなくしては真の使用者が存在しない、権威 (autorité) と従属関係 (subordination) を基礎づけるのがこの権利であるがゆえに……」

(97) この論争を紹介すると、以下のようなものである。第一の見解の有力な主張者であるドゥモロムプは、監督不十分

が主人・使用者の責任（の根拠）については無関係であるとし、主人・使用者の責任を監督不十分に結びつけたスルダを非難し、さらにスルダと同じ立場をとる判例に対して反対の立場をとる。本文で触れたように、主人・使用者に対して一三八四条に規定された責任の法律上の推定は、彼らが彼らの使用者・被用者を選任したことにおいてフォオトを犯したとされることにあり、この理由がフォオトの推定を受けさせるのに十分であると考える彼の見解によれば、監督不十分が、主人・使用者の責任の根拠とならないことは、次の二点から説明される。第一に、その監督というのとはほとんど常に不可能であるからである。その意味は、おそらく、常に随伴していなければ実際上の監督は不可能であるということだと考えられる（Demolombe, n. 610. Colmet de Santerre, n. 365 bis VII.）。そして第二に、実際には、裁判において原告は主人・使用者に対して彼らの監督不十分を援用することになろうが、それが立証される場合には、その立証は主人・使用者の責任をますます明らかにし、さらに責任を加重することにしかならないのであって、それは、一三八四条の責任というよりもむしろ一三八二条または一三八三条に規定された「自己の行為に基づく責任」の成立原因であるからである。そしてまさにそういう理由で、実際には、一三八四条に規定された「フォオトの推定」が適用されるためには、いかなる証明

も必要のないのに対して、監督不十分は、事実上証明されねばならないのであるとする。そしてドゥモロムプは、この点に関連して第二の見解を次のように批判している。使用者・被用者が損害を惹起する行為を妨げることが不可能であったことを証明することにより主人・使用者が免責されるかという点、そうではなく、一三八四条に規定された「フォオトの推定」は、この場合には、損害を惹起した行為が使用者・被用者によつて、彼らがそのために雇われた職務の執行において為されている以上免責を認めていないのが実状である（Demolombe, n. 611.）。また、使用者・被用者による損害を惹起する行為について、単に主人・使用者が不在または不知であつて、かつ命令も指示も与えないのみならず、主人・使用者の禁止にもかかわらず、禁止の命令の非常に明白な無視により主人・使用者の面前で行なわれた場合にもまた主人・使用者は責任を負うということが、判例・学説上明らかである（Demolombe, n. 612.）。このように指摘して、第二の見解が主張する監督不十分という理由が、「反証を許さないフォオトの推定」を説明するにつき難点があると批判したうえで、ドゥモロムプは、主人・使用者の責任を、父、母、教師、親方の責任から区別する根拠は明らかに「誤った選任」にあるのだと結論づける。さらに、第一の見解の有力な論者の一人であるロオランは、ドゥモロムプよりもさらに極端である。彼によれ

ば、主人・使用者の責任の根拠は、伝統的な理由(主としてポチエの見解)、法典起草者の見解に従えば、人が他人を選任したことにあるのであるが、しかし、判例が、それらの伝統や条文に反して、指揮・監督権の存在という別の原理を創りだしたのにすぎないのであるとして、判例とそれに賛同する学説(ラロムビエル)を批判している。そしてより実質的な批判は、次の二点にあるように思われる。第一に、一三八四条の規定する主人・使用者の責任に関して重要であるのは、「フォオートの推定」、すなわち法律が絶対的に主人・使用者を有責とする点であるはずであるが、その責任の根拠が、指揮・監督上の誤りにあるとすれば、そのような「フォオートの推定」は反証を認めなければならぬということになり(この点はドゥモロムブと共通である)、したがって、非常にしばしば使用人・被用者によって、惹起された損害について主人・使用者の責任がないということになってしまう。第二に、法律は、使用者と主人を同列に置いているのであるから、それらの責任の原理は同一かつ唯一のものでなければならぬはずであり、また、主人も使用者に他ならないはずであるのに、使用者について主として考えられている指揮・監督権という別の原理を適用することになる、と考えている点である。以上のことからロオランは、主人・使用者に対して絶対的に発生する責任は「他人をある職務に選任したこと」に十分な根拠がある

のであり、指揮・監督権の存在(したがって、それが前提とする「従属関係の存在」も)は根拠として全く重要でないということを強く主張する(Laurent, n° 578)。

以上のような第一の見解からの批判に対して、第二の見解は次のように反論している。第二の見解によれば、ドゥモロムブが想定しているのは、事実上指揮・監督が不可能である場合であって、彼の理解には混同があるのであるという。第二の見解の言う指揮・監督権というのは事実上のそれではなく、使用者が事実上被用者に対して有効に指揮・監督権を行使する能力(capacité)、適性(apitude)、方法・手段を有していたということではなくて、法的に指揮・監督権を有していたということ、すなわち使用者としての法的な権限(autorité)を有しているということ、法的な従属関係(subordination)が存在しているということなのであるという(note sous Cass. civ. 25 oct. 1886, S. 1887, I. 457, Cpr. Larombière, n° 11.)。

そしてまた、使用者の監督不十分は主人・使用者の責任の根拠にはならないとするドゥモロムブ自身が被用者を定義する際には、被用者が使用者に対して従属しているという状況(une situation subordonnée)を想定している(Demolombe, n° 619)のべきであると指摘されている(Daloz, Supplement, "Responsabilité" n° 751.)

小括

最後に、サレイユとプラニオルの「フォオト」論ないし「危険責任」論争の前の、フランス私法学における民事責任論と「フォオト」についてまとめておく。

第一に、民事責任の要件として自明のごとく考えられているためか、「フォオト」自体を正面から論ずるものは極めて少数である。

第二に、とくにポチエの影響が著しいフランス民法学の民事責任論の枠組みは、民事責任の前提として「理性」あるいは「自由な意思」の存在を要求する点において、主観的な責任論といることができるが、それは主として責任能力のない者を考慮するためのものということができ、幼児や精神異常者以外は「理性」や「分別」を持つということから出発することになるため、「フォオト」は必ずしもいわゆる主観的な、あるいは個別具体的に評価される心理状態を表すのではなく、客観的に一般的、社会的な評価により非難されるべき行為の態様を表す可能性が大きいということである。このことは、「フォオト」が、違法性要件に結びつけられて違法な行為 (*fait illicite*) あるいは準非行

(*quasi-délit*)と同義で用いられたり、帰責要件と結びつけられて行為 (*acte*) の意思的側面と考えられたりする議論の不一致をもたらしただけで関連すると考えられる。またそのことは、後述するサレイユの「フォオト」を心理状態ととらえる旧学説に対する批判がフランスの「フォオト」学説よりもむしろドイツの責任論を主として念頭においたものであるということと関連するのであり、注意をしておかなければならないであろう。

第三に、フランスの註釈学派における「フォオト」論の未成熟は、伝統的な、ロオマ法以来のクルパの個々の類型である「無思慮」、「懈怠」、「選任上の過失」、「監督上の過失」、「保管上の過失」などを受け継いだドマやポチエの議論に対して自明のごとくに考え、批判的に検討することもなく維持していたことに原因があらう。

それらをいわば「科学的に」検討しようとしたのが、次章以下でみるサレイユとプラニオルの民事責任論である。

(未完)