

# フランス民事責任における フォート概念の存在意義

廣 峰 正 子\*

- 一．はじめに
- 二．客観的責任と民事罰概念の交錯
  - 1．客観的責任の出現と主観的フォートの衰退
    - (1) 伝統的な主観的「フォート」
    - (2) 主観主義に対する批判
    - (3) フォート自体の客観化
    - (4) 1968年1月3日法による民法典489-2条の創設
    - (5) 小 括
  - 2．責任の客観化の中でフォートが有する意義
    - (1) タンクの見解
    - (2) ヴィネイの見解
  - 3．フォートの段階化と民事罰
    - (1) フォートの客観化がもたらした副作用
    - (2) フォートの段階化
- 三．おわりに

## 一．はじめに

私は、かつて、フランスにおける民事罰概念の生成と展開を明らかにしつつ、フランス民事責任論において、抑止的機能や制裁的機能がどのように考えられてきたのかを考察した<sup>1)</sup>。そこで明らかとなったのは、わが国の不法行為法と多くの類似点を有し、とりわけ損害填補を損害賠償の主たる目的とするフランス民事責任法にあっても、決して民事の枠組みの中で、

---

\* ひろみね・まさこ 神戸学院大学准教授

1) 拙稿「民事責任における抑止と制裁 フランスにおける民事罰概念の生成と展開をてがかりに (1)・(2・完)」立命館法学297号121頁以下、同299号270頁以下。

抑止や制裁，あるいは予防ということが考慮されないわけではない，それどころか，それはもはや，一部の少数説にとどまるものでない，という事実であった。それには，民事罰概念とそれをめぐって発展してきた様々な議論が少なからず影響していると思われる。例えば，精神的損害の賠償を認める根拠が民事罰であることは，わが国にもすでに広く紹介されているところであるし，フランスではすでに通説である。しかし，フランスにおける状況は，算定困難な慰籍料に仮託した若干の調整にとどまるわが国のそれとは，大きく異なる。民事罰概念「peine（罰）」という概念を基本理念として私法の枠組みの中でも認めたこと，それがこの違いを生み出したのではなからうか。というのも，peine を課せられるべきは，何も加害者のみに限ったことではない，加害者の事情のみならず被害者の事情も斟酌して peine が語られるとき，「損害の公平な分担」という美名では決して覆いつくせないような，過責の根拠があらわとなるのである。それこそが，わが国とフランスの決定的な違いを生み出した源なのである。

フランスでは，現在債務法の現代化をめざした改正作業が進行している。2005年9月に公表された準備草案（いわゆるカタラ草案<sup>2)</sup>）では，民事責任においても予防や抑止ということが明確に意識され，懲罰的損害賠償を認める規定が起草されている。私は，以前も述べたとおり<sup>3)</sup>，この草案は，契約責任と不法行為責任を統一的に規定する等，大胆な転回を図る一方で，これまでの判例・学説が積み上げてきた理論の上に成り立っているものであると考えている。では果たして，懲罰的損害賠償の導入をはじめとする民事責任論の変容は，英米法を接木するにすぎない無謀な試みなのか，従前の判例・学説理論の集積なのか。カルバルが民事罰を唱えてから数えてもすでに13年余りが経過したが，あらためて，民事責任をめぐるフランス

---

2) P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.

3) 拙稿「フランス債務法改正草案に関する覚書 懲罰的損害賠償制度導入をはじめとする民事責任の変容と発展について」法科学39号169頁以下。

の議論を追うことにする。

## 二．客観的責任と民事罰概念の交錯

### 1．客観的責任の出現と主観的フォートの衰退

不法行為の一般的規定であるフランス民法典1382条は、「他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであっても、フォートによってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる」<sup>4)</sup>と定める。ここから導き出される成立要件は、現在では、フォートの存在、損害の発生、

フォートと損害の因果関係である。これをわが国の民法709条と比較で考えれば、フォートの存在という要件は、おおよそ「故意・過失」の要件に相当する。そこで、場合によっては、フォートを「過失」と訳しても差し支えない場合も多い。しかし、「主観的フォート」や「客観的フォート」「フォートの客観化」という文脈で語られている内容は、わが国において主観的過失や客観的過失が語られている文脈とはやや異なる事情を含む。というのも、フランスにおける「フォート」は、伝統的に、*illicéité*（違法性）及び *imputabilité*（帰責性）を含むものと考えられてきたからである。後述するように、確かに、この違法性が客観的な注意義務違反とされていく過程は、わが国における過失の客観化の議論を想起させるものである。しかし、帰責性については、2つの意味が含まれる。第一に、加害者に責任を負わせてもよいという精神的帰責性がある、という意味における帰責性である。ここでは、自由な意思に基づいた行動であったことが必要であるので、加害者に事理弁識能力<sup>5)</sup>があったか否かが問題とされる。第

---

4) 山口俊夫『概説フランス法 下』（東京大学出版会・2004年）157頁参照。なお、山口教授は、フォートを「非行」と訳し、「各人はその所為によってばかりでなく、その怠慢 *négligence* または軽率 *imprudence* によって生じさせた損害についても責任を負う」と規定する1383条につき、「1383条は、賠償責任を発生させる加害行為は、故意によるものばかりでなく、過失（怠慢と軽率）の場合も含むことを確認的に述べる」とされる。

5) なお、フランス法でいう「事理弁識能力」は、我が国のそれとは異なるので注意が必

二に、加害者に損害を転嫁してもよいという意味での帰責性である。ここでは、損害が加害者の所為によらずに発生していないか、すなわち不可抗力によって発生した損害ではないかということが検討されなければならない。したがって、因果関係にかかわることになる。さらに付言すれば、明文の過失相殺規定を持たないフランス民法においては、被害者の所為やフォートは、不可抗力と並ぶ「外来原因」とされ、加害者を減責ないし免責する根拠となる。ここでも、被害者のフォートによる全面的免除を、因果関係の中断と解する余地もあるだろうから、場合によっては、フォートと因果関係の関係をますます見えにくいものとするのである。現に、被害者のフォートに基づく減免責の解釈をめぐることは、様々な見解があるが、因果関係の問題として捉える見解もある。

ところで、かつては、不法行為の成立要件として挙げられていたのは、フォートと損害のみであった<sup>6)</sup>。現在では、これに加えてフォートと損害の間の因果関係も要件とされるが、この因果関係が独立の要件として認識されたのは、だいたい20世紀以降のことであるとされる。これには、いく

---

要である。たとえば、山口俊夫教授は、「未成年者について問題とされる（かつては成年者についても問題とされた）善悪を区別する能力。この能力があるとされると、不法行為を負う適正があることになる。物心のつく年齢 *âge de raison* になっているかどうかによって決められるが、その判断は事実問題である。」とされる（山口俊夫編『フランス法辞典』東京大学出版会・2002年、171頁）。

かつて、刑事フォートと民事フォートが同一であると考えられていたときは、事理弁識能力はフォートの要素であり、これを欠く者は、刑事上も民事上も責任を負わないものとされた。これに対して、民法典489-2条創設により、民事フォートについて事理弁識能力が不要とされていく過程が、フォート自体の客観化の問題として、まさに本稿で述べようとしている点である。したがって、現在では、事理弁識能力を欠く者は、刑事責任は負わないが民事責任は負うのである。

なお、意思能力との関係については、後掲・注(13)も参照のこと。

- 6) さらに、当初は、フォートさえも要件ではなかったとの指摘がある（飛世昭裕「フランス私法学史における『フォート』概念の成立（一）」北大法学41巻5・6号531頁以下）。飛世教授によれば、要件は、「不法性」・「帰責可能性」・「損害」であるが、19世紀の「帰責可能性」は、責任能力のような人的資質であって認識可能性ではなかったから、客観的行為義務違反を責任の根拠としたことと矛盾しないという。

つかの理由が考えられよう。

まず、「フォート」は、伝統的に違法性 (illicéité) と帰責性 (imputabilité) を含むものであると考えられたが、これは、刑事フォートと民事フォートは同一であるとする1912年の破毀院判例にも一致するものである<sup>7)</sup>。したがって、その所為が本人に由来し外来原因によるものではないかという意味での帰責性を考慮する際に、いわゆる事実的因果関係も考慮されていたと思われる。さらに、危険責任が登場する前は、損害を発生させる所為を特定することは、それほど困難ではなく、因果関係が特に意識される必要もなかったのであろう。

しかし、フォートの客観化、責任の客観化が、「因果関係」概念に大きな影響を及ぼすことになる。20世紀フランス民事責任の大きな特徴の一つとして、被害者保護に向けられた責任の客観化が挙げられるが、実は、これには、二重の意味がある。第一に、フォートから帰責性などの主観的要素を排除していくという、フォート自体の客観化であり、第二に、無生物責任といったフォートに基づかない客観的責任の承認である。リペールは、無生物責任法理の登場で、責任根拠がフォートからリスクへ移行したことにより、それまで後景に退いていた因果関係概念が責任判断において前面に出てくる<sup>8)</sup>、と述べている。

#### (1) 伝統的な主観的「フォート」

「フォート」なる概念は、過失、違法性、因果関係、そしてときには故意を含むフランスに特有の概念であり、フランス国内においてさえ、フォート概念の維持は、ヨーロッパ法との調和への大きな障害であると認識されている<sup>9)</sup>。おそらく、このようにフォートが多義的であるのは、伝

---

7) F. CHABAS, Cent ans de responsabilité civile, *G.P.*, Aout, 2000, n°8.

8) G. REPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949 (4<sup>e</sup> éd.), n° 115.

9) G. VINEY, Pour ou contre un «principe général» de responsabilité civile pour faute?, *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 568. 初出は、Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour

統的に、フォートには *illicéité*（違法性）と *imputabilité*（帰責性）と呼ばれる主観的要件が必要とされてきたからであろう。そして、この *imputabilité* という主観的要件が徐々に排除されてきたのが、前述した、フォート自体の客観化なのである。

*illicéité* は、アクィリウス法にその起源が見出され、損害が「*injuria datum*」<sup>10)</sup> であること、つまり、意図的に権利に対して惹起されたことを課していた、と言われる<sup>11)</sup>。したがって、もともとは主観的な要素を含んでいたのではないかと推察されるが、現在では、後述のとおり、先在義務や行為規範、義務に対する違反と定義され、フォートの客観的要件であるとされるに至っている。

*imputabilité* は、一般的に、フォート観念の第二の構成要素と考えられている、主観的要素である。法律用語辞典によれば、「本人が自由な意思で自覚的に関与したことを理由に、フォートとしてその者に負担させうる性質（フォートに関する *imputabilité* 要件）、ないし、より一般的には、その所為が本人に由来し他の外来原因によるものではないゆえに、フォートとしてその者に負担させうる性質」とされている<sup>12)</sup>。したがって、行為が法的に非難されるためには、それは、自由で事理弁識能力（*discerne-*

---

faute ? , OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW No. 49, p. 33 et s. とされる。

10) 山口編・前掲(5)によれば、この法諺はフランス語で “*Domage injustement cause*”（不当に惹起された損害）であり、「[賠償の本義は]本人の非行が生じさせた損害」であると述べられている（271頁）。

H. RORAND, *Lexique juridique expressions latines*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 2002, p. 44 によると、フランス語で “*dommage causé contrairement au droit*”（法に反して惹起された損害）とされ、「填補される損害の特質：賠償は、法的に保護された利益の侵害がある場合にしか課せられない」と述べられている。

11) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, édition Montchrestien, 1965, n°389; A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et penale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, L. G. D. J., 1986, Paris, préface Pierre Raynaud de l'institut p. 92, note 2.

12) G. CORNU, *Vocabulaire juridique* 8<sup>e</sup> éd., puf, 2007, voir, “*imputabilité*”.

ment)を有する意思から生じなければならず、この意味で、imputailitéは、主観的要素といわれるのである<sup>13)</sup>。フルール=オベールは、imputabilitéがこのように解されるので、何人も、道徳的に有責でなければ法的に有責でありえない、ということの意味し、それは責任に対して道徳的次元を付与するものである、と述べる<sup>14)</sup>。他方、imputabilitéは、実際にある者に訴権を付与することをも可能とするのであり、その意味では、この要件は、因果関係に近づくことになる<sup>15)</sup>。

この点ヴィネイは、さらに進んで、精神的帰責性がもはや民事フォートに不要であることは既定であると認めつつ、帰責性を、フォートに外在する、もうひとつの要件であると主張する。すなわち、この帰責性が要求さ

- 13) ヴィネイは、フォートにつき、学説の多数は、illicéité(違法性)であると同時に帰責可能な(imputable)作為ないし不作為の存在を意味する伝統的概念に忠実であると述べる。そして、客観的な義務違反に主観的要素である culpabilité ないし imputabilité と呼ばれる要素が付け加えられるが、それは、「行為者が自己の行為の射程を理解してその結果を引き受ける心理的能力(apptitude psychologique)である」と説明する(G. VINEY et P. JORDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2006, n°442)。

なお、わが国でいうところの意思能力と事理弁識能力との関係が気になるところである。上述の aptitude とは、「(法律上の)能力、資格」と訳されるが、capacité の概念より広いものとされる。capacité で扱われているのは、権利能力、訴訟能力、行為能力などである。後述の事理弁識能力 discernement に関する記述では、「capacité、とりわけ契約を締結するための能力と区別されなければならない」等の記述は見出せるが、「意思能力」に対応する専門用語は、フランス語にはなさそうである。

カルボニエは、契約上の能力という語のシンメトリーとして、不法行為能力という語が現れたと説明する。しかし、契約上の能力が、無能力者保護のためであるのに対して、不法行為能力は被害者のためにあるものであり、結局、不法行為能力においては、物的因果関係によって結び付けられた損害を惹起する所為は客観的に違法なのである、とする(J. CARBONNIER, *Droit civil t. 4. Les obligations*, 21<sup>e</sup> éd., puf, 1998, n°224)。

なお、「権利能力」、「意思能力」、「行為能力」はドイツ法に由来する概念であり、口語化前の現行民法においても、「無能力者」として、フランス法から旧民法由来の未成年者・禁治産者・準禁治産者の三類型が維持されたこと、及び、「意思能力」という概念が実体法上認められてきた過程や議論については、須永醇「権利能力、意思能力、行為能力」星野英一編集代表『民法講座第1巻』(有斐閣・1984年)97頁以下参照のこと。

- 14) J. FROUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, *Les obligations 2. Le fait juridique*, Armand colin, 2001, n°99.  
15) DORSNER-DOLIVET, *op. cit.* (11), n°119.

れていたときでさえ、それはフォートの一要素であったかどうかは定かではないし、帰責性の排斥は、全ての場合を根拠付けるものではないのである。おそらく、ヴィネイは、帰責性を事理弁識能力と解して、帰責性をフォート、因果関係と並ぶ不法行為責任の一要件とするのであろう。また、損害を発生させる所為と有責者の行為を結びつけるという要件は、確かに *imputabilité* という表現によって表されることもあるが、現実には因果関係と関係するのである、と結論付けている<sup>16)</sup>。

## (2) 主観主義に対する批判

マゾーは、フォートは一般的に「行為者に帰責しうる違法な所為」と定義され、そこには、*illicéité* と *imputabilité* の2つの要素を含む、とまず述べる。しかし、第一の *illicéité* については、「フォートとは、違法な行為である」と述べることはトートロジーにすぎず、何の定義にもなっていないと述べる。そして、第二の *imputabilité* なる要件についても、これを放棄すべきであると述べる。ただし、第一に、*imputable* とは *attribuable*（起因しうる）と同義であり、フォートの定義とは関係がないからである。損害を発生させる所為が被告に起因されうべきであると言うことは、何らフォートを定義したことにはならない。単に、不可抗力や第三者の所為、被害者の所為から生じた損害は被告によって賠償されないと繰り返しているだけである。第二に、*imputabilité* という言葉は論者によって多義的に用いられている。例えば、事理弁識能力があるとか、自己の行為の射程を理解しうる、などである。そして、それは、幼児や精神病者などに責任を負わせるべきでないとするフランス判例を説明するためである。しかし、それは、フォートを一般的に定義した後に出てくる帰結であって、厳密な意味でのフォートの定義に資するものではない。したがって、*imputabilité* はフォートの要素のひとつではないのである。マゾーは、フォートを抽象的に評価し、フォートが存在するか否かは、「被告の行為を、他の人

---

16) VINEY et JORDAIN, *op. cit.* (13), n°441-1.



であればしたであろう行為と比較」しなければならない、とする。

しかし、こうした抽象的評価の公準は、全く新しいものではない。すでに、リベールは、自己の行為なき者はフォートの状態にないという古典的理論の述べる自由の要請を認めつつ、不器用なことがフォートであるように、精神病であることがフォートであると述べた(但し、留意すべきは、リベールがここで語っているフォートは法的な意味でのフォートであり、道徳的意味でのそれではない)<sup>17)</sup>。マゾーは、まず、フォートを行動の過誤(*erreur de conduite*)であるとし、社会的に行動しない者は、フォートの状態であり、行為者の精神的状態はほとんど重要でないとする。というのも、民事フォートは、もっぱら社会的観念であり道徳的観念ではなく、したがって、行為の客観的評価を前提とするからである。

ところで、より急進的な学説は、精神的帰責性という伝統的な責任根拠に代えて、単なる因果関係 *rapport de causalité* という客観的な根拠を用いることを提唱した。こうした主張は、責任の主観的次元と客観的次元の均衡を回復することを志向する立場と、抽象的に評価されるフォートという客観的観念を採用する立場の2つの流れを生み出した<sup>18)</sup>。前者が、スタルクや、後述するタンクの立場であり、彼らは、損害の性質などに応じて異なる効果を付与することを主張する。後者が、マゾーに代表される見解である。

### (3) フォート自体の客観化

まず、*illicéité* (違法性) について概観する。*illicéité* とは、例えば法律用語辞典を調べれば、「不法行為責任発生の条件となる、行為規範の侵犯(民法典1382, 1383条)、又は禁止された因果関係の実現(民法典1384条1項, 1385, 1386条)」と記載されているが、こうした義務違反という概念を最も強調したのは、プラニオルである。プラニオルは、フォートを先在

---

17) REPERT, *op. cit.* (8), n°125.

18) D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, ECONOMICA, 2007, p. 752.

義務違反と定義し、違法性概念ないし義務違反概念を強調したのである。

しかし、マゾーやマルティは、この違法性概念を激しく批判した。マゾーは、この違法性概念は、曖昧であるだけでなく、役立たずで危険であるとすら述べる。すなわち、この違法性概念は、法律上ないし規則上の義務に服して行動する者は決して責任を負わないと考えさせる危険を孕むというのである。とはいえ、彼らの批判の中心は、当該義務を予め定義づけることの困難さにあり<sup>19)</sup>、彼らは、違法性概念にかえて、「行動の逸脱 (ecart de conduite)」概念に置き換えることを主張する<sup>20)</sup>。しかし、ヴィネイに言わせれば、「行動の逸脱」とは必然的に違法な行為なのであり、illicéité の有する境界画定の困難さは、結局「行動の逸脱」の解釈に戻るものであり、両者の対立は決定的なものではなく、結局、行為者に課せられる規範ないし義務の違反として現れるのだという。したがって、illicéité の定義をめぐる学説の対立は、それほど本質的なものではないと言えよう。

ヴィネイは、フォートを行為規範ないし注意義務に対する違反と定義するカタラ草案1352条を、「新民法典1352条」として参照している。こうして、フォートの一要素である違法性については、抽象的評価の勝利は、伝統とさえ言われるのである<sup>21)</sup>。

しかし他方、imputabilité をめぐる学説の論争は、深刻であると思われ

---

19) マルティは次のように述べる。「障害は、その違反がフォートの基本的要素を構成するであろう義務が何であるかを明確に定義することの困難さにある。正確かつ技術的な意味で、有責者・被害者間に予め存在する法鎖という義務関係が問題となっているのではなく、行為規範が問題なのであり、この点で、規範 (réglementation) は、それがいかに濃密で正確であっても、社会生活に発生しうる損害を惹起しうる無数の過程について無限に変化しうる状況を予測し到達することは不可能なのである。」G. MARTY, *Illicéité et responsabilité, Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, p. 334.

20) ジョスランは、別の観点から批判する。すなわち、不法行為責任は、いわゆる先在義務から生じるのではなく、フォート自体から生じるのである……最初に、予め確定された強制的網目をじっくりと作成し、続いて、いわゆる立法者の命令に対する違反として不法行為を提示することは、技巧的手法である。(L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 1930, p. 422.)

21) CHABAS, *op. cit.* (7) n°9.

る。ヴィネイによれば、サヴァティエ、エスマン、スタルク、カルボニエに代表される、フランス学説の大部分は、カノニストに遡る伝統に列を連ねており、フォートは、必然的に精神的とか心理的と性質付けられる主観的要素を含むものと理解しているので、ある行為がフォートと評価されるためには、行為者が完全な意識と自己がなしたことを理解する能力をもって振舞ったはずであるという意味において、その行為者に帰責できなければならないことになる、とされる。例えば、エスマンは、理性のある者にその所為を断罪しうるのは、その者が自己の行為について道徳的に有責であることを前提としており、幼児や精神病者は、民事的にも刑事的にも道徳的にも無答責である；これはポティエの見解である、と述べている<sup>22)</sup>。しかし、この立場は、今日なおも多数派であるとしても、1930年代以降、前述したように、マゾー、タンク、シャバス、ル・トゥルノーに代表される「客観主義」学説の攻撃に見舞われることになる。客観主義をとる論者らの主張に差異はあるものの、押しなべて言えば、民事フォートであるというためには行動の逸脱ないし法準則によって課される義務違反が確認されれば十分であり、フォートは、いかなる主観的要素も含まない、というのである。したがって、帰責性は、フォートの不可欠の構成要素ではなくなり、法人や幼児、精神障害を負う者も、フォートを犯しうることになる。タンクは、さらに進めて、こうした主観的判断自体に異論を唱える。すなわち、人が人を裁くことは不可能であり、損害惹起者について精神的判断を主張することなくして被害者に賠償を得させるという社会的任務を、裁判官に委ねているのである。

#### (4) 1968年1月3日法による民法典489-2条の創設

1968年1月3日法は、「成人無能力者に関する法」と題されており、その一環として、民法典に489-2条<sup>23)</sup>を創設した。同条は、「他人に損害を

22) M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI (Obligations), 2<sup>e</sup> éd., par P. ESMEIN, L.G.D.J., 1952, n°496.

23) 現在は、2007年3月5日法(2009年1月1日施行)により、414-3条となっているが、

惹起した者は、たとえ精神障害の支配下にあったとしても、やはり賠償義務を負う。」と規定する。同条をめぐっては、その適用領域などにつき、すぐさま議論的となった。すなわち、フォートの伝統的理解においては、事理弁識能力がなく自己の行為の結果を認識できない者には、*imputabilité* の要件を欠くがゆえに、責任を負わせることができないからである。事理弁識能力を欠く者とは、言うまでもなく、幼児や精神病患者であり、同条の規定は、この大原則に反することになる。しかし、他方で、同条は、成年無能力者保護を企図した法律の一環をなすものであり、この領域にしか適用されない特別法であると解せば、一般法たる1382条の解釈をゆがめる必要性はないとも考えられる。おそらく、立法者の意図はそうであったと思われる。しかしながら、他方で、このように489-2条に自律性を認めることは、理性を有さない者に対して、理性を有する者よりも重い責任を課すことになってしまうのである。そして、破毀院は、1977年に、「489-2条は、何ら特別の責任を定めるものではなく、民法典1382条以下が規定する全ての（不法行為）責任に適用される」<sup>24)</sup>と判示したのである。このように精神的障害が無答責の原因でなくなった以上、成年と未成年を区別する合理的理由はないから、破毀院は、同条を未成年の精神病患者に対して適用することを認めた<sup>25)</sup>。そして、ついに1984年、破毀院は、幼児に対しても、何ら精神的障害に陥っていないにもかかわらず、同条の適用を認めるに至る。すなわち、破毀院は、裁判官は、未成年者が自己の行為の結果を認識する能力があったか否かを確認する責めを負わない、と判示したのである。フルール＝オペールは、この解釈を論理的であると述べる。というも、未成年者に責任を認める1310条は、何ら年齢による区別をしていないが、これを幼児のために予め区別するとすれば、それは幼児が精

文言に変更はない。

24) Civ. 2<sup>e</sup>, 4 mai 1977, D.1978.393.

25) Civ. 1<sup>er</sup>, 20, juillet 1976, *Bull. civ.*, n°270, *JCP* 1978. . 「民法典489-2条が規定する損害賠償義務は、精神障害の支配下で他人に損害を惹起した全ての者 成年者ないし未成年者 を含む」。

神病者と同様事理弁識能力を欠くからである。ところで、事理弁識能力の欠如が精神病者にとって果たすべき役割を失った以上、幼児に対してもこれを維持すべき理由はないのである<sup>26)</sup>。

他方、シャバスは、異なる視点からの問題提起をする。489-2条が1382条の解釈の枠組みにとどめられる限り、1382条は事理弁識能力を要求していないとの帰結にならないか。破毀院は長い間この結論に抵抗していたが、1984年5月9日に下した3つの大法廷判決によって、ついにそれを認めるに至った。しかし、この判決のうちの1つは、9歳の子供の故意(*faute intentionnelle*: 故意的なフォート<sup>27)</sup>)を取り上げている点に留意すべきである。このようなフォートを取り上げること自体、裁判官は暗黙に事理弁識能力があることを認めているし、反対に、抽象的評価を強調する場合は、フォートが事理弁識能力を欠く者によって犯されたと判断したことを意味すると理解できはしないか。こうして、「特徴的なフォート」という問題が提起されたのである<sup>28)</sup>、と。

#### (5) 小 括

1804年の民法典制定前後からフォートが客観的なものだったのか否かは、今後の課題としてさておくとして、伝統的にフランス学説にあっては、フォートとは違法性と帰責性をその要素とする主観的なものであると捉えられてきた。違法性概念については、対立があるものの、プラニオルによる先在義務違反という定義が最も一般的なものであるといえよう。カタラ草案でも、1352条2項において、「法律又は規則によって課される行為規範に対する違反、一般的な慎重注意義務違反は、フォートとなる。」と規定されている。一方、帰責性要件については、事理弁識能力の要否と因果関係という、異なる2つの問題を含む。そして、この事理弁識能力をめく

---

26) J. FROUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.* (14), n°101; MAZEAUD, *op. cit.* (11), n°100.

27) 山口編・前掲(5)227頁は、「故意による非行」と訳し、「他者を害する意図で行われる非行。広義では、他者に損害を与えることを知りながら行われる非行を指す。」とする。

28) CHABAS, *op. cit.* (7), n°10.

る理解が、まさしくフォートを主観的たらしめるものであり、この要件の排除こそが、フォート自体の客観化をもたらしたのである。この点、帰責性要件の排除は、2つの途がありうる。一方は、純粋に客観的な因果関係に還元することであり、他方は、事理弁識能力を不要とするフォートの抽象的評価方法である。すなわち、「慎重な人であったならばそうは行動しなかったであろう行動」と実際の行為者の所為を比較して、フォートの存否を決する、言い換えれば、事理弁識能力を欠く者であったとしても、そのようなフォートは犯しうると評価する手法である。これによって、事理弁識能力を欠く精神病患者や幼児に対しても、あるいは法人に対しても、不法行為責任を負わせることが可能となる。489-2条をめぐる判例の解釈もあいまって、フォートの定義から帰責性要件を排除する見解が多数となった。カタラ草案でも、1340-1条において「他人に損害を惹起した者は、たとえ事理弁識能力を欠いていたとしても、賠償義務を負う。」と規定されている。この点留意すべきは、フォートにつき主観的立場を採る者からも、フォートの定義に拘泥することは無意味であり、フォートとは「違法な所為」<sup>29)</sup> であるとして、所為そのものに着目すべきと主張される場合があるということである。したがって、所為のみに着目すれば、軽率や不器用といった、厳密な意味でフォートと呼ばれるものではなく、「過誤」としか性質決定されないような所為について、それを違法であると評価することに躊躇はあっても、「フォートである」と性質決定されることは疑いがなく、と結論付けられることになる。結果としてフォートについての抽象的評価をしたのと同じ結論を導くことになる。

あるいはエスマンは、伝統的にフォートを理解するものの、フォートを「義務違反」と定義する。しかし、例えば不作為について、人が理性を有しかつ社会生活の要請に従って義務を課しつつ自分自身で行動を管理している以上、保護されるべき利益が不作為によって侵害されたという事実の

---

29) CARONNIER, *op. cit.* (13), n°220.

みでは、フォートは存在しない、行為者が非難されるべきでなければならぬ、と述べている<sup>30)</sup>。一見すると客観的な定義と差がないように思えても、やはりどこかで主観的要素を維持していると思われる。

しかし他方で、このような希釈化されたフォートに基づくために被害者の得る賠償額を制限しようとする考慮が働く場合もあれば、それに矛盾を感じて、やはり被害者の得る賠償額を全額賠償に近づけようとする配慮が働く場合もある。この点、フォートの定義から帰責性要件を排除したこと自体に異論を唱える見解もあるが、それは既定のものと同様の上で、別の途を模索することも可能である。それは、そのように希釈化されたフォートを一応最低限の成立要件として維持した上で、場合に応じて結び付けられる効果を変化させる試みである。そのひとつが、後述する「フォートの段階化」の問題であり、シャパスの問題提起も同様の趣旨であると思われる。しかし、このような態度は、フォートをめぐる主観主義からも客観主義からも生じうる帰結であったことに、留意すべきであろう。

## 2. 責任の客観化の中でフォートが有する意義

### (1) タンクの見解

上述のように、タンクは、フォートについて客観主義を採り、さらに、主観的要素を裁判官が判断すること自体に異論を唱えている。さらに周知のように、タンクは、交通事故賠償法(1985年7月11日法)に尽力した人物であり、アプリアリには、被害者保護、賠償拡大の立場から、客観的責任を推進する立場ではないか、とも思われる。ところが、タンクは、「責任に関する法的概念の変遷」<sup>31)</sup>と題した論文で、フォートに基づく責任について以下のように論じるのである。

第一に、民法典におけるフォートに基づく責任の位置を相対化すべきで

---

30) PLANIOL et RIPERT, par ESMEIN, *op. cit.* (22), n°505.

31) A. TUNC, Evolution du conception juridique de responsabilité, *DROIT et CULTURES*, 31, 1996, p. 19 et s.

ある。確かに、論理的次元では、自己のフォートによって損害を惹起した者がその責を負うべきであるのが普通であるが、そのことは、フォートなき責任は存在しない、ということまでを強いるものではない。また、フォートから *inputabilité* を排斥し賠償を拡大する流れには賛同するが、それは、賠償義務と道德との関係を幻想的にしてしまっているのではないか。そして、賠償することだけが問題ならば、フォート以外に責任の根拠を認めることも、また有用なのではないか。こうして、タンクは、労働事故や自動車事故といった領域では、自動的な賠償の必要性を説き、それは、保険などによって可能であるとするのである。

しかし、他方で、保険は、意図的なフォート (*faute délibérée*) をカバーすべきではない。また、不正競争や偽造などの領域では、被害者が訴訟をあきらめることも多く、民事責任の有する抑止的価値は非常に脆弱である。したがって、意図的な行為から生じる損害の領域においては、フォートは、責任の根拠でなければならぬし、その根拠はほぼ唯一のものである。これには、経済的領域及び人格に対する精神的損害の領域も含まれる。

反対に、損害が本質的に偶然であり、リスクの実現により生じる領域では、賠償は自動的でなければならず、一種の共済になるべきである。このように、タンクは、伝統的に民事責任でカバーされていた領域には、フォートに基づく責任と、自動的に賠償が認められる領域があり、両者を明確に区別すべきであるとして、大部分スタルクの結論に賛同する<sup>32)</sup>。

そして、第二に、このような付加価値をもつフォートに基づく責任について、2つの重要な指摘をなす。すなわち、懲罰的損害賠償を認めるべきであるとの指摘、及び、それが制裁するものは、時として、過誤から生じる結果でもありうるとの指摘である。タンクは、フォートに基づく責任が抑止的效果を有するためには懲罰的損害賠償を認めなければならないが、

---

32) スタルクの見解（保障理論と民事罰）については、拙稿・前掲(1)299号283頁以下を参照されたい。



そこへ到達しつつあるとして、カルバルの博士論文を賞賛する<sup>33)</sup>。加えて、アメリカで認められている3倍賠償は、賠償の観点から見ても、ある種の正義であり、おおよその確実性ではあるが、証明された損害賠償により近い絶対的正義である、と述べている。

## (2) ヴィネイの見解

ヴィネイは、フォートに基づく責任という一般準則を維持すべきかにつき、次のように論じる<sup>34)</sup>。

第一に、この準則を容認する積極的側面として、次の2点を挙げる。第1点は、新しい状況、とりわけ社会構造と技術の変遷がその出現を助長するところの、新しいタイプの損害への直接的な適合能力を有する点である。第2点は、一定の権利の存在を明らかにできる点である。とりわけ人格権は、裁判所が名声や氏名、基本的自由の侵害などを1382条に基づいて損害賠償を認めていったことから、学説が人格権理論を形成していったのである。そして、人格権は、全ての者に対抗できる権利とされ、この権利に対する侵害は、フォートと損害を同時に推定することを可能とした。このことは、不法行為訴訟を容易にするとともに、将来に向かってこれらの侵害を止めさせる有責判決を正当化することも、可能とするのである。しかしながら、こうした1382条がもつ一般性は、被害者保護に資する反面、一定の領域ではその行き過ぎがあったことも否めない事実なのである。

第二に、この準則を容認する消極的側面として、まず、1382条が保護すべき利益の順序付けをしていない点を指摘する。すなわち、1382条は、損害の間にいかなる差異も設けておらず、裁判所は、いとも当然に「填補すべき損害」という非常に広範な概念を採用し、純粹に経済的損失や精神的損害、さらに生活の楽しみや愛情への侵害までもをこれに含ましめた。したがって、1382条の一般的準則は、責任の領域をアプリアリに制限し明

33) S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L. G. D. J., 1995, Paris, préface G. VINEY. なお、拙稿・前掲(1)299号287頁以下も参照されたい。

34) VINEY, *op. cit.* (9), p. 555 et s.

確にすることを可能にするいかなる手段も裁判所に与えていないし、保護法益にヒエラルキーがあるということを知らないのである。さらに、1382条は制度的な一貫性を企図している。すなわち、フォートが責任を發動させるにとどまらず、この責任を同一の要件に従わせ、そして主張される損害の性質がいかなるものであれ、全額賠償という同一の効果に結びつけるのである。これに対して、1900年のBGB編纂者は、原則として、民事責任領域を一定の保護される利益に対する侵害へと単純化し、この利益を法律によって列挙された利益とすることで、こうした一貫性に反対の立場を採ったのである。したがって、こうした民事責任準則の修正は、ドイツの裁判官に、損害の性質に応じて被害者に付与される保護に段階をつける可能性を付与しているし、責任の範囲をアプリアリに限定し明確にすることを可能にしているのである。しかし、フランスの裁判官には、それはできないことである。かつて、スタルクが、賠償の社会的必要性に基づく順序付けを創設し、身体的損害、財産的損害、及び純粋に精神的損害の各々に適用しようとする責任制度を多様化することを主張したが、学説に及ぼす影響力は弱かった。とはいえ、実際、このような考え方は、特別法によって部分的に実現されている。しかしながら、フォートに基づく責任という一般準則の存在は、特別法の独自性をかなり制限するものとなっているのである。そして、第二の消極的側面であるが、こうした特別法と一般準則の境界をどのように決めるのかという問題を生じさせるのである。

しかし、ヴィネイは、このように長所・短所を論じた上で、フォートに基づく責任という一般準則を維持すべきであると結論づける。確かに、被害者保護に傾きすぎたきらいはあったにせよ、そうであるならば、裁判官は、有責とされる者の正当な利益を配慮するためにも同じく裁量権を行使できるはずだからである。例えば、因果関係の評価や、フォートの解釈の厳格化である。そして、この一般準則は、フランスの法的伝統、文化にあまりにも深く根ざしたものであり、ヨーロッパ法との調和が不可避的であるとしても、この準則の根絶を期待するのは現実的でない、と述べるので

ある。

### 3. フォートの段階化

#### (1) フォートの客観化がもたらした副作用

フォートの定義につき主観主義を採るのか客観主義を採るのか、あるいは民事責任の要件や機能をどのように考えるか等、その拠る立場は様々であるが、今や、フォート(あるいは最軽のフォート<sup>35)</sup>)の成立に事理弁識能力が不要であるということを前提とした上で、議論を構築していくのが現実的であると思われる。フォートの客観主義は大勝利を収めた<sup>36)</sup>かも知れないが、その反面、いくつもの問題に直面させた。

第一は、被害者に付与される賠償額の減額である。おそらく、事理弁識能力を欠く者に対して、すなわち道徳的に有責でない者に対して賠償義務を課すことと均衡を保つべきではないか、との配慮も影響していると思われる。「避けられえた行為によって損害を惹起した者に賠償を命じることが道徳的であり、その精神的障害ゆえに自己の行為の影響力を評価できない者に対して有責判決を下すのは不道徳である……しかし、この道徳は今日、被害者はできる限り賠償されなければならないという別の命題に置き換えられる<sup>37)</sup>」<sup>37)</sup>、との言明は、このことを如実に語っている。しかし、その一方で、被害者をできうる限り救済するという要請の下、賠償額を増額する努力も続けられたのである。もともとフランスにおいては、被侵害利益について制限する規定はない。判例の基準は、原則として、「填補される損害」が否か、「直接の」損害が否か、である。この基準に基づいて、

---

35) *faute légère* (軽いフォート)とは、認識の存否や意図の存在を問わず、例えば粗相もしくは不手際、又は軽い評価の誤りによる過誤など、同様の状況下で善良な家父がなしたであろう行為からさほど乖離しない行為によるフォートである(山口編・前掲(5)228頁参照)。なお、不法行為法にあっては、*In lege Aquilia et culpa levissima venit.* (アクウーリウス法[不法行為法]にあっては、最軽のフォートも考慮される)との法諺がある。

36) VINEY et JORDAIN, *op. cit.* (13), n° 444. など多数が指摘する。

37) FROUR, AUBERT et SAUAUX, *op. cit.* (14), n°101.

多くの損失が損害項目として考慮された。例えば、近親者の慰藉料請求では、わが国の711条のような制限もなければ、愛情損害も広く認められ、ペットを失った悲しみさえ賠償される<sup>38)</sup>。スポーツを楽しむことができなくなった等「生きる喜びの侵害」も考慮されうるし、純粹に経済的損失を損害項目から排除すべき理由もない。さらに、いわゆる機会の喪失理論は、本来因果関係の中で扱うべき問題であるとも考えられる。あるいは、被害者の近親者に認められる反射（波及）損害<sup>39)</sup>は、損害の直接性が認められる限り近親者に固有の賠償権を認めるものであるが、因果関係の問題なのか損害項目の問題なのか。様々なところで、フォートと損害、因果関係の混同が看取されるのである。

しかしながら、第二に、やはり、このような道徳的根拠を持たない責任に対しては、被害者の全額賠償を制限する配慮が残る。それは、被害者の所為やフォートに基づく減免責である。とりわけ、賠償を確保するために発達した交通事故賠償法（1985年7月11日法）や保険制度において、ある矛盾が顕著となる。すなわち、タンクが主張したように、加害者は保険でカバーされ何ら痛みを伴わないのに対して、被害者のフォートは常に詳細に斟酌され、加害者を減免責する根拠となるのである。この点、加害者のフォートは、保険でカバーされるがゆえに、そして被害者保護の視点もあるいは加わるのかもかもしれないが、その性質はあまり問題とされない。それが、真にフォートと性質決定されうる所為なのか、単なる過誤なのか

38) Civ 1<sup>er</sup> 16 janvier 1962, D. 1962. 199; Civ. 1<sup>er</sup> 27 janvier 1982, *J.C.P.* 1983. . 19923.

39) ある者に加えられた侵害行為の波及効果として、被害者の近親者などに引き起こされる損害。当初の被害者に対する賠償とは独立に、波及的被害者についても、損害の直接性が認められる限り、固有の賠償権が生じる。例えば、死亡事故の被害者の債権者は、被害者が生存していれば弁済を受けえたとであろうと主張して、加害者に賠償を請求することはできない（損害の間接性）。これに反し、被害者から生前に養育を受けていた子や同居の親族は、養育費や生計費の喪失を理由に、直接的被害者として賠償請求をなす。なお、間接損害とは、主張された損害についての原因と結果の因果関係が離れすぎており、賠償の算定に当たっては判事により考慮されないものであるが、反射損害を含めていう場合がある。（山口編・前掲(5)182頁）。

さえ、重要ではないとされる。その一方で、被害者のフォートは、その多くは保険会社が抗弁として主張するのであるが、詳細に検討されることになる。とりわけ身体的損害の場合、確かに被害者に軽微な落ち度があるかもしれない。そして、フォートを「行為の過誤」と定義すれば、それはフォートと性質決定されうるものであるだろう。しかし、それは死亡損害を帰責される程重大なフォートなのか。被害者のフォートのみが自身に帰責されている、これがタンクの述べるパラドックスである。しかし、これは、1382条の一般準則と特別法のレジームが混在していることにも起因するのではないか。すなわち、*specialia generalibus derogant*（特別法は一般法に優先する）との法諺にもかかわらず、その境界はあいまいであり、破毀院は、被害者の賠償を確保するという意図の下、特別法を排斥してでも一般法を導入してきた経緯があるからである<sup>40)</sup>。したがって、加害者は、特別法による保護の恩恵を受ける一方で、一般法介入の余地があるがために、被害者のみが一般法に服して過失相殺による不利益を受けるというパラドックスを生み出しているのではないかと考えられるのである。

第三に、以上の点ともかかわるが、フォートや民事責任の不道德化の視点は、やはり無視できないのではないか。それは、フォートにつき主観主義をとるスタルクやリペールからも、客観主義をとるタンクからも発せられる問題提起である。そしてこうした問題意識とともに、上述の矛盾を解消するためにも、被侵害利益あるいは行為態様に応じて責任の効果を変化させることが志向されてきたのである。すなわち、被侵害利益ごとに賠償額に差を持たせるスタルクの見解と、フォートをその重大性に応じて段階化しようとする動向である。結局、1804年民法典編纂者が、責任発生要件として、フォートという単一概念を提示しようとしていたにもかかわらず、彼らは、フォートの重大性や、対象とされた行為の行為者の意図を、完全に捨象することができなかった。そして、20世紀の責任論の発展は、

---

40) VINEY et JORDAIN, *op. cit.* (13), n° 17.

フォートのヒエラルキーないし「段階」を再構築するのに資したのである。

## (2) フォートの段階化

皮肉なことに、フォートの段階化を意識させたのは、フォートの定義から *imputabilité* 要件を排除したことであった。というのも、事理弁識能力を欠く者は、客観的フォートを犯すことができるが、どのようなフォートをも犯せるわけではない、との認識を生み出したのである。すなわち、事理弁識能力のない者は、損害惹起を欲することはできないので、少なくとも *faute intentionnelle*（故意的なフォート；故意）を犯すことはできない<sup>41)</sup>。フルール=オベールは、489-2条が1382条を消し去ったわけではないのだから、不法行為責任は、フォートの証明、すなわち行動の不全（*défaillance de conduite*）の証明に服せしめられたままであると述べる。すなわち、帰責要件の削除がフォートの存在を決定するために損害惹起者の精神状態を検証することを無用にするとしても、そのことは、反対に、犯されたフォートの性質決定のために必要であり続けるのである<sup>42)</sup>。こうして、特徴的なフォート *faute intentionnelle*, *faute inexcusable*（弁解の余地のないフォート）、*faute lourde*（重いフォート）などが、フォートの重大性に応じたヒエラルキーを構築していくことになる。

ところで、このように考えることは、上述の副作用の大部分に答えうるものではなからうか。というのも、第一に、事理弁識能力を欠く者に過大な責任を負わせないからである。フルール=オベールは、不法行為責任の成立が1382条によってフォートの立証にかからしめられる以上、事理弁識能力を欠く者も、通常の者と同様に、慎重で注意深い人間がそうするであ

41) FROUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.* (14), n°101; MAZEAUD, *op. cit.* (11), n°410.

42) FROUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.* (14), n°101.

ヴィネイは、特徴的なフォートであっても、それを客観的に評価することは可能である；しかし、実際には、特徴的なフォートの場合に489-2条を適用するのをためらうのである。というのも、このような特徴的なフォートは責任の加重をもたらすが、このことは、常に制裁概念によって説明されるからである、と述べる（VINEY et JORDAIN, *op. cit.* (13), n°590.）

ろう振舞いと合致する振舞いをすれば賠償義務を免れるのであり、負うべき責任はそれ以上でも以下でもない、と結論付ける。第二に、事理弁識能力の存否に応じてフォートを段階化すれば、事理弁識能力を欠く者は損害惹起を意欲することができないので、意図的なフォートに結び付けられた加重な責任を負わされることもないし、加害者のフォートがそのような特徴的なものであった場合、被害者のフォートに基づく過失相殺を斟酌しなくてもよい余地が生じる。このことは、被害者が事理弁識能力を欠く者であった場合に限らず、被害者だけが自己のフォートを帰責させられるという副作用を回避することにも資し、被害者の得る賠償を全額賠償に近づけることが可能となる。こうして、客観的責任が有する不道德化という副作用を緩和することにつながると思われるのである。

しかし他方で、このようなフォートの段階化は、被害者保護にも資するものである。例えば、重いフォート (faute lourde) である。重いフォートとは、行為主体の行為のおろかさ、すなわち、最も思慮を欠く者であってもそうはしなかったであろう行為である、と定義される。ところで、*Cupla lata dolo aequiparatur* (重いフォートは悪意に同視される) との法諺がある。そして、1150条は、契約責任につき、故意の場合を除き予見可能な損害の賠償に制限することを定めているが、判例は、1150条又は責任制限約款等の約定の責任の上限を回避するために、この法諺を用いたのである。この点、エスマンは、この手法は、契約責任領域だけでなく、不法行為責任でもなされるべきであるという<sup>43)</sup>。シャバスは、判例は、問題と

43) PLANIOL, RIPERT, par ESMEIN, *op. cit.* (22), n<sup>os</sup>511 et 512.

このほか、エスマンは、faute intentionnelle について述べている。これは、必ずしも害する意図を必要としない。したがって、主として悪意に動かされた行為 (acte inspiré essentiellement par la malveillance) の方が、非難性が高い。他方で、faute intentionnelle は単なる négligence よりも重大である。(n<sup>o</sup> 513)。

他方、négligence, imprudence は、それ自体としては適法な行為であり、他人に損害を及ぼしようという性質として検討され、他人の人格や財産に損害を惹起しないという一般的な慎重注意義務が存在する。したがって、それを予見でき、かつ回避しうることが必要である (n<sup>o</sup>517)。

なっている利益の重大性を考慮しつつ、重いフォートを抽象的に評価した<sup>44)</sup>ので、徐々にその厳格さを失っていったと指摘する。ただし、エスマンと同様に、賠償の上限を回避することにその理由があったとも述べている<sup>45)</sup>。

こうした動向に対して、立法者は、弁解の余地のないフォート（faute inexcusable）という、重いフォートと故意の間に位置するフォートを説明した。端緒は、現在は社会保障法典に組み込まれている、1898年4月9日法である。同法は、弁解の余地のないフォートに対して、被用者の賠償訴権を減額したり、使用者の免除を減殺する効果を付与していた。1941年に、破毀院連合部は、弁解の余地のないフォートとは、「作為ないし自発的不作為や、行為者が有するようになった危険の認識、一切の正当化理由の欠如から生じる、例外的に重大なフォートであり、フォートの有する意図的要素を欠いているがゆえに」故意と区別されるフォートである、と定義した<sup>46)</sup>。このほか、弁解の余地のないフォートは、1985年の交通事故賠償法3条1項にも登場するが、そこでは、弁解の余地のないフォートが事故の唯一の原因である場合に、運転手ではない被害者から、その人格に対する侵害から生じた損害についての一切の賠償請求権を剥奪する。このように、弁解の余地のないフォートとは、被害者についても加害者についても考慮されうるので、どちらか一方の保護に資するものではない。

そして、このようなフォートの段階化の一つの到達点を示すのが、カタラ草案1371条であろう。同条は、明白に意図的なフォート（faute manifestement délibérée）、とりわけ営利的なフォート（faute lucrative）に対して懲罰的損害賠償を課しうることを規定している。ついに、特徴的なフォートから引きだされる効果は、全額賠償を超えうることになったのである<sup>47)</sup>。

44) Civ. 1<sup>er</sup>, 11 octobre 1966, *J.C.P.* 1967. . 15193.

45) CHABAS, *op. cit.* (7), n°11.

46) Réu. 15 juillet 1941, *J.C.P.* . 1705.

47) 客観主義が台頭しつつある1930年、ジョスランは、以下のように述べていた：  
*in lege Aquilia et culpa levissima venit*（不法行為法にあっては最軽のフォートも考慮



### 三. おわりに

20世紀のフランス民事責任論には、相反する2つの特徴があると思われる。第一は、被害者保護を目指した賠償拡大の動きである。フォート自体の客観化、フォートに基づかない客観的責任の生成・発展、賠償項目の拡大など、判例・学説による様々な努力が続けられた。また、交通事故賠償法など、補償を確保する努力も続けられた。この点、補償基金など保障制度の発展は、最近耳にすることの多い「solidarité(連帯)」という概念に依拠するものであろう。かつては、こうした考え方は、社会主義につながるとのイデオロギー的な批判にもさらされたようであるが、タンクは、決して社会主義思想につながるものではなく、フランスの文化、とりわけキリスト教の友愛に基づくものであると反論する<sup>48)</sup>。

他方で、このような被害者保護に偏りすぎたという反省もあってか、あるいは別の理由からか、民事責任に抑止機能や予防機能、制裁的機能を持たせようとする動きがある。カタラ草案に懲罰的損害賠償の明文規定がもりこまれたが、それだけではなく、懲罰的損害賠償制度の是非を論じる論文は少なくない。とりわけ、名誉毀損や不正競争、寄生的行為など、意図的な利得追求行為であり「やり得」になりやすい侵害行為に関して論じられることが多く、こうした状況は、わが国やドイツとも共通するものである。

ところで、このように民事責任に抑止的機能や制裁的機能を持たせることは、先験的には、行為者の意図や行為態様といった主観的要素を考慮することに結びつき、上述の責任の客観化に反し退行するものではないか、

---

される)の法諺に従い、フォートの重大性は、原則として重要でない。……しかし、しばしば、犯されたフォートの程度を明確にすることは、興味深い。なぜなら、判例は、重いフォートや故意の場合に、被害者により多額の賠償を付与する傾向があるからである (JOSSELAND, *op. cit.* (20), n°427.)

48) TUNC, *op. cit.* (31), p. 25.

と感じられるかもしれない。ところが、カタラ草案を見ても明らかなように、フォートは行為義務違反・注意義務違反と客観的に定義され、かつ、事理弁識能力さえ不要である、との客観主義の立場は何ら変わっていないのである。ヨーロッパ法との調和のためにフォート概念の放棄さえ議論されている現況で、あるいは、過失責任そのものの妥当性を疑問視されうる中で、この2つの相反する流れを、どのように理解すべきであろうか。

伝統的な意思主義を維持する以上、自由な意思の存在しない主体に、要するに事理弁識能力を欠く主体に、無条件に帰責することは、やはり矛盾を残すのではないか。この点、ドイツ法やスイス法等との比較を通じて、事理弁識能力を欠く者に対して不法行為責任を課すことが、決して珍しいことではないように説明されている。しかし、その多くは、両親など代位責任を負うべき者がいない場合の補充的規定であって、決して無制限に認めているわけではないとの指摘もある<sup>49)</sup>。フォートの定義から帰責性要件を排除したとしても、そのことは、民事責任自体の成立要件から帰責性要件を排除することに必ずしも直結しない。帰責性要件を独立の要件として位置づけることも可能であるし、フォートを行為者の主観に応じて性質決定する際に基準として残す途もあったのである。こうして、皮肉なことに、フォートから主観的要素を排斥して客観的に純化していく過程は、結果として、主観に基づく様々なフォートを生み出し、フォートのヒエラルキーを作り上げてきたのである。そして今や、全額賠償原則や「フォートの重大性は賠償額に影響を及ぼさない」との大原則までもを揺るがすときが近づきつつあるように、私には思われるのである。

興味深いのでは、主観主義と客観主義という相対立する立場相互が、視点の相違にもかかわらず、同じ結論に到達したことである。もちろん、異なる効果を付与する基準を、被侵害利益に置くのか、行為者の主観に置くのかは、わが国の現状の議論状況を見ても、大変興味深いところである。

---

49) PLANIOL, et RIPERT, par ESMEIN, *op. cit.* (22), n°496.

加藤雅信教授が主宰する民法改正試案では、被侵害利益に応じて、立証責任や責任の効果を異ならせる手法が模索されているようである<sup>50)</sup>。

最後に留意すべきは、どのように客観的責任が発展しようとも、必ず主観的要素は残るのであり、その均衡に考慮すべきである、ということである。なぜなら、不法行為制度そのものを廃止し、総合救済システムのような制度によって十全に補償されるのでない限り、生じた損害を誰かに転嫁するためには、誰に帰責しうるのか、誰に帰責すべきなのか、という視点が、必ず残るからである。この点、489-2条が全てのフォートに適用可能かについて述べるヴィネイの言説が印象的である。

特徴的なフォートであっても、それを客観的に評価することは可能である。しかし、実際には、特徴的なフォートの場合に489-2条を適用するのをためらうのである。というのも、このような特徴的なフォートは責任の加重をもたらすが、このことは、常に制裁概念によって説明されるからである。こうして、民事判決は、少なくとも部分的には、民事罰の性質を帯びるのであり、それを帰責するためには、道徳的帰責性が要求されるのが自然である……<sup>51)</sup>。

---

50) 起草・民法改正研究会『日本民法改正試案(民法改正研究会・暫定仮案[平成20年10月13日提出]第2分冊:債権法』(有斐閣・2008年)。

51) VINEY et JORDAIN, *op. cit.* (13), n°590.