

## 民事過失の分析方法について スイス法

中京大学法科大学院教授

奥 野 久 雄

### 1 はじめに

不法行為が成立するためには、加害者に故意または過失のあることが必要とされる。これが過失責任の原則などと呼ばれるものである。この原則から必要とされる過失は、本来的には、個々人を基準とした具体的過失であるとされる。なぜなら、その者が損害の発生を防止しえたにもかかわらずそれを防止しなかった点に責任の根拠が求められるからである。

ところが、実際には、不法行為の成立のために求められる過失は、抽象的過失であるとするのが一般的である。被害者としては、加害者の方で標準的な注意を払うものと思って行動しう、と考えられているからであろうと思われる。もっとも、ここで抽象的過失といわれている意味について、加藤一郎著『不法行為 [増補版]』(1974年、初版は1957年) 70頁は、次のように述べている。すなわち、「本来、主観的な過失として具体的過失を要求すべきところを、ある程度客観化して抽象的過失で足りるとすることは、被害者との関係において過失に一定の法的な評価を加えたものといえよう」と。これは、そのように不法行為の要件としての過失の基準を考えるにあたって、主観的過失を考慮しうる余地を、理論上は必ずしも否定するには及ばないことを示唆した<sup>1)</sup>ものではないだろうか。

この点をめぐって、スイス法においては、民事過失の基準の抽出方法について同様の問題が出されている。そこで、本稿は、この問題についての議論を紹介しようとするものである。

### 注

- 1) 幾代通『不法行為』(1977年) 40頁は、不法行為成立要件としての過失を抽象的過失とするのと「責任能力制度は過失責任主義の論理的前提である」とするのは必ずしも矛盾ではないとされる。

### 2 問題の所在

スイスにおいても、わが国と同様に、不法行為法における帰責法理として、過失責任の

原則が採られている。この原則によれば、損害を賠償すべき義務は、加害者が過失をおかしたという事実によって判定されるため、一般に、法令によって命ぜられる義務についての意思の欠如が、過失の判断要因として要求されることになるものとされる。<sup>1)</sup>したがって、過失とは、二つの《過誤 (erreur)》として理解されるべきであると考えられる。

まず、一つは、《意思の欠如 (manquement de la volonté)》であり、これは、主観的過失 (faute subjective) などと呼ばれる。そして、この過失は、行動の逸脱と関連させて、知的・意思能力 (faculté intellectuelle et volontaires) につきなされたその行使上の過誤から構成される、と解される。もう一つは、《法秩序によって命じられた義務の違反 (violation du devoir imposé par l'ordre juridique)》であり、これは、客観的過失 (faute objective) などと呼ばれる。そして、この過失は、加害者と同じ状況におかれた思慮深い人ならば、とるであろう行動と加害者がとった行動との間に存する差異から成る、とされる。

そして、これらの二つの過誤を合わせたものが、アクイリア過失 (faute aquilienne)<sup>2)</sup> または、スイス債務法典41条の意味での過失 (faute) などといわれている。したがって、損害を賠償すべき義務は、個人的非難 (意思の欠如) および、社会的非難 (社会が個人的に期待する行動の欠如) に基礎づけられるべきものとされ、二つの過誤は、必然的に結合せしめられる、と解されるのである。<sup>3)</sup>

もっとも、スイス不法行為法における無過失責任の法理は、アクイリア過失 (faute aquilienne) を構成する、二つの過誤のうち、一方または双方とも除外される、という点で過失責任の法理と区別されるのである。すなわち、一方の過誤 (主観的過失) が除かれる、アクイリア過失なき責任 (客観的過失に基づく責任) と、双方の過誤 (主観的過失と客観的過失) が除かれる、アクイリア過失なき責任 (主観的過失も客観的過失もない責任) である。そして、前者の客観的過失に基づく責任は、いわゆる特殊の不法行為に対する賠償責任であって、法秩序によって命ぜられる義務 (勤勉の義務) 違反が、アクイリア過失に代わって、不法行為の一般要件 (これは、賠償義務を生ぜしめるため必ず満たす必要があるもので、①損害 <préjudice> ②因果関係 <rapport de causalité>、③法規定に違反すること (manquement aux règles du droit) を示す<sup>4)</sup>) に付加される。例えば、未成年者の加害行為に対する家長の監督責任<sup>5)</sup>、被用者の不法行為に対する使用者の責任<sup>6)</sup>、<sup>7)</sup>などがそれである。

そして、また、後者の主観的過失も客観的過失もない責任は、法律上賠償義務に結びつけられる行状がアクイリア過失に置き換えられて不法行為の一般要件に付加される。したがって過失をおかしていない者でさえ、加害行為が特別の関係によりこの者に帰属せしめられる限りにおいて、その責任を負担させられるのである。例えば、鉄道事業、電気事業、あるいは原子力施設事業に基づく責任などがそれである。ゆえに、いずれの責任も、行為者の弁識能力の有無を問題にする余地はないものと解される。

したがって、弁識能力が過失とどのようにかわるのかという点が、アクイリア過失に基づく不法行為責任についてのみ問われることとなるが、スイス法においては、アクイリア過失の分析方法についての議論が古くから前述の点に関連してなされてもいるので、以下では、その議論を見てみよう。

#### 注

- 1) Henri Deschenaux=Pierre Tercier, La responsabilité civile, 2<sup>e</sup>éd., Berne 1982 P79n°3.
- 2) アクイリア法 (lex Aquilia) を想起させるものである (Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>e</sup>éd., Berne 1997, P441).
- 3) Franz Werro, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, 2<sup>e</sup>éd., Universitaire Fribourg Suisse 1986, P.10 n°45.
- 4) もっとも、Deschenaux=Tercier の見解によれば、①損害と②因果関係の二つの要件を不法行為責任の一般要件と考えている。なぜなら、③法規定に違反すること、すなわち、違法性については、すべての損害が被害者の権利の侵害を前提としているからである。(Deschenaux=Tercier, P41. n°24)。
- 5) スイス民法典333条は、次のように定める。すなわち、《未成年もしくは禁治産の、精神耗弱もしくは精神病の家族構成員が損害を惹起したときは、家長は、監督上通常かつ事情により必要とされる程度の注意をなしたことを証明することができない限り、その責任を負う。》(1項)。《家長は、精神病もしくは精神耗弱の家族構成員の状態からこれらの者自身にも他の者にも、危険もしくは損害が生じないよう配慮すべき義務がある》。
- 6) スイス債務法典55条は、次のように定める。すなわち、《使用者は、自己の使用人又は労働者がその職務の執行にあたって損害を惹起したときは、事情によりその種の損害を予防するために必要なすべての注意を用いたこと、又は、かかる注意を用いるも損害を予防することができなかったことを証明しない限り、その責任を負う》(1項)。《使用者は、損害を惹起した者に対し、その者が自ら損害賠償責任を負う限りにおいて、求償権を行使することができる》(2項)。
- 7) ほかに、動物占有者の責任を定めるスイス債務法典56条、建物又はその他の工作物の所有権の責任を規定するスイス債務法典58条等がある。

### 3 過失の内容

#### (1) 序

スイス法においては、債務法典41条が、不法行為責任の一般原則について次のように定めている。すなわち、《違法な仕方、あるいは、故意に、あるいは、不注意又は無思慮によって、他人に損害を惹起する者は、これを賠償する責任を負う》というのがこれである。<sup>1)</sup>ここでいう不注意又は無思慮、すなわち、過失は、一般的に二つの側面を有するものとされる。それは、客観的側面および主観的側面であって、もし、客観的過失のある行為が検討されるべきときには、客観的過失をおかした人についても同時に検討されるべきであるとする立場にほかならない。<sup>2)</sup>

この点、フランス法においては、不法行為責任の一般原則についての規定が、民法典の

中におかれている。すなわち、1382条が、《他人に損害を惹起する者の行為は、いかなる行為といえども、フォート (faute) によって損害を惹起する者をしてこれを賠償すべき義務を負わせる》と定めており、そして1383条は、《各人は、その行為によってのみならず、その懈怠もしくは無思慮によって惹起した損害につき責任を負う》と定めている。そして、フランスの伝統的な学説・判例の見解の立場によれば、スイス法と同じく、フォートは、二つの側面から構成されるとする考え方である。すなわち、一つは、客観的側面であり、「違法性 (illicéité)」ということばで指示される、義務違反であって、もう一つは、主観的側面であり、「帰責性 (imputabilité)」ということばで示される、加害者に対し非難を加える必要性である。<sup>3)</sup>しかし、不法行為制度の本質的機能が損害填補にあることを強調する立場から、主観的側面からの議論を不要と見る見解が有力になっている。<sup>4)</sup>

そこで、本稿における前述の課題を検討するのに必要な範囲で、スイス債務法典41条という過失、すなわち、アクイリア過失の内容を見てみよう。その際に、過失、すなわちフォートの内容の客観化がいわれているフランス法の議論にも若干言及することにしたいと思う。

## (2) 客観的過失の内容

ところで、客観的過失は、一般的な行為規範から逸脱する人の行為から構成され、その存否は、損害の原因にあたる行為との関連で検討される。したがって、そこでは、被害者がその権利を侵害されたかどうか問われることになる。そうだとすると、スイス法におけるアクイリア過失は、どのような仕方で認定されるのであろうか。

前述したように、アクイリア過失<sup>5)</sup>は、行為者本人の弁識能力の有無次第でその存否が左右されるため、この者の行為のみが客観的過失の検討対象にされることになり、行為者本人の弁識能力とその行為の結果(侵害)との関係は客観的過失の分析対象から除外されることになってくる。なぜなら、侵害が違法であるということは、侵害原因たる行為の主体が自由な意思を喪失している場合においてさえ、認められうることを考えられるからであり、そして、人のすべての行為が被害者に対して損害を惹起する違法な侵害原因となる場合には、その行為は必ずしも客観的過失ではなく、つまり、侵害の原因行為は客観的過失ではないとしても、それは有害な侵害を生じさせることがあるからである。<sup>6)</sup>

もっとも、人の行為が客観的に過失にあたると評価されるためには、これが法秩序又は契約によって課される行為義務の違反として構成されるべきであると解される。非難されるべき行動を規律するところの行為準則を措定することによって、客観的過失の存否が判断されるのである。<sup>7)</sup>

この点について、フランス法においては、フォートは、個々の具体的状況に適用されるべき準則によって命ぜられた行為を無視する行動に出ることであると解されており、そこでは、実際に、違法性は民事フォートの構成要素として捉えられていて、これを権利侵害



もしくは義務又は債務の怠りから生ぜしめうると解されているのである。<sup>8)</sup>

要するに、スイス法における客観的過失は、フランス法におけるそれと同様に、加害者が個々の具体的状況の要請に適応すべき行為をしたかどうかということが問われることによって、探索されなければならないと考えられているのであろう。<sup>9)</sup>したがって、客観的過失は、加害者との関係ではなく、一般的規範との関係において、その存否が認定されることになっているのである。

### (3) 主観的過失の内容

それから、スイス債務法典41条にいう意味での過失、すなわち、アクイリア過失の内容の一つとしての主観的過失は、行為者本人の個人的義務違反から構成されるものであり、それは客観的過失が行為者に帰せしめられるべきときに考慮されなくてはならないのである。そして、この主観的過失の判定に際しては、その前提として、行為者が一般的規範によって課される義務に従って行動する能力を有しているかどうかが問われるのである。そしてそこで、もしこの点が肯定されるにもかかわらず、そうした行動をとらなかったならば、客観的過失がこの者に帰責せしめられるであろうと解される。<sup>10)</sup>ゆえに、このように主観的過失を捉えることができるとするならば、これについて次のことを指摘することができるであろう。すなわち、行為者が侵害を生ぜしめないように課される、客観的義務に違反するために自らの能力を行使するならば、主観的過失は意思から構成されるであろう。<sup>11)</sup>そして、この過失には、次の三つの段階があるとされる。<sup>12)</sup>すなわち、イ) 意図、ロ) 直接的意図、ハ) 未必の故意がこれである。そして、イ) は、行為者が直接生じる結果を意欲しているものであって、例えば、人を殺害することを意欲して射撃する行為をいう。つぎに、ロ) は、行為者が直接には生じる結果を意欲していないけれども、所定の目的を実現する必要性から、その結果を知っているものであって、例えば、ダイヤモンドを奪うために陳列窓を壊す行為をいう。さらに、ハ) は、行為者が直接には生ずる結果を意欲していないけれども、その結果が生ずるであろう場合においてそれを知っているというものであって、例えば、放火犯人が何よりもまず嫌な人の家を壊すことを意欲していて、そこに居る人々に火を放っていないけれども、ただこの者がその結果を予見し、これらの人々が焼かれるのを知っていることをいう。もっとも、こうした区分は、刑法に由来し、民法では実際におこなわれているのではなく、意図が求められ、その強さいかんにかかわらず、損害賠償が義務づけられるというふう<sup>13)</sup>に考えられるのである。<sup>14)</sup>

フランス法においても、これと類似する議論が見受けられる。すなわち、一方、故意によるフォート (faute délictuelle) をおかすのは、損害を生じさせることを意図して行動する者であると解する有力な見解があり、<sup>15)</sup>ただ、この見解の立場によれば、意図することができない者は、あたかも意図していたかのように加害行為について責任を負担せしめら

れることになり、したがって、これは、フォート概念から帰責性概念を排斥するという考え方にほかならない。<sup>16)</sup> 他方、これに対して、裁判官が故意によるフォートの存否を知るためには、主観的側面からの検討を必要とする考え方が伝統的に採られてきている。そして、この考え方の立場によれば、裁判官は、行為者本人の心理状態を探求し、その者の意識を調べなくてはならないとする見解であって、故意によるフォートは具体的に評価されるべきであると解されるのである。<sup>17)</sup>

#### (4) まとめ

以上、スイス法におけるアクイリア過失の内容を見てきて、次のことが明らかになった。すなわち、この過失の内容は、客観的過失と主観的過失という二つの過失を含むものとして構成されており、そして、このように区別される実益は、客観的過失の存否が一般的基準に依拠し、また主観的過失の存否が個別的基準に依拠して判定されるというふうに体系化することができる点にあるとされる。もっとも、二つの側面を混同し、理論的混迷を招かないように留意すべきであるといわれている。<sup>18)</sup> それでは、このようなアクイリア過失は、どのようにして認定されるべきであろうか。つぎに、過失の判断基準の抽出方法について若干検討することにしよう。

#### 注

- 1) 契約責任については、スイス債務法典97条1項が、次のように定めている。すなわち、《債権者が債務の履行をうけないか、あるいは、不完全にしかそれをうけない場合には、債務者は、いかなる過失も債権者に帰責しえないことを証明しないかぎり、それによって生じた損害を賠償する責任を負う》と。
- 2) Werro, op. cit., P.58. n°274 ; 《過失》を理解することの困難さは、スイスの法律家の宿命ではないことに留意すべきであろうとされる。なぜなら、ドイツやフランスの法律家も同様にそれに直面しているからである。しかし、フランスでは、過失の厳格な客観的概念の確立に成功して以来、今日では、問題が簡略化されている。例えば、1968年1月3日法は、成年者の不法行為能力に明示的な修正をもたらした。このときに挿入された、フランス民法典489条の2は、《精神障害の支配下にあるとき他人に対し損害を発生させた者は、その賠償責任を負う》と定めたのである (Werro, op. cit., P.58 n°276 ; P37 n°187)。
- 3) R.Demoge, Traité des obligations en général, t., . 1923, n°226; R.Savatier., Traité de la responsabilité civile en droit français, t. , 2°éd., 1951, n°4; M.planiol et G.Ripert, Traité pratique de droit civil français, obligations, t. 2°éd., 1952, n°477; A.Colinet H.Capitant, Traité de droit civil, obligations, t. , 1959. n°1092.
- 4) H.L.Mazeaud et A.Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile-délictuelle et contractuelle, 6°éd., t. , 1965, n°395; Aubry et Rau, Droit civil français, 7°éd., par A.Ponsard et N.Dejean de la Batie, 1975, n°343.
- 5) アクイリア法 (lex Aquilia) を想起させるものである (Egel, op. cit., P441) が、同法については、原田慶吉『日本民法典の史的素描』(1954年) 339頁以下、河上正二訳著『歴史の中の民

法 ローマ法との対話』(2001年) 265頁、277 - 286頁。また、スイス法におけるアクイリア過失については、奥野久雄「不法行為法における責任能力について スイス法 」大阪商業大学論集116号 (2000年) 81項。

- 6) Werro, op. cit., P.60. n°282.
- 7) Werro, op. cit., P.60. n°283.
- 8) Mazeaud et Tunc., op. cit., n°395; G.Viney et P.Jourdain, Traité de droit civil-les conditions de la responsabilité, 2<sup>e</sup>éd., L.G.D.J.1998, n°443は、次のことを指摘する。すなわち、《ここでは、違法性 (l'illicéité) は、民事フォート (faute civil) の構成要素として理解される。それは、権利侵害または義務もしくは債務の怠りから生じうる》とし、《例えば、先存義務違反 (la violation d'une obligation préexistante) としてフォートを定義することによって、違法性又は違反された義務の概念をフランスにおいて最初に強調したのは planiol であり、彼に続いて、多くの学者達がそれを自らの見解として採用し、民事フォートの定義に必須のものとした》ことがこれである。
- 9) Werro, op. cit., p61. n°286.
- 10) Werro, op. cit., p61. n°287, 288.
- 11) H.Deschenaux et P.Tercier, La responsabilité civile, 2<sup>e</sup>éd., Berne. 1982, n°21; Werro, op. cit., P.61n° 290.
- 12) Deschenaux et Tercier, op. cit., n°21.
- 13) Werro, op. cit., P61. n°290.
- 14) Werro, op. cit., P61. n°291. は、行為者が侵害を惹起することを意図したときを除き、客観的義務を怠ったときの、不注意 (négligence) が主観的過失を構成するとし、もっとも、そこでは、この不注意につき、意識的不注意 (négligence consciente) と無意識的不注意 (négligence inconsciente) の区別がなされうことを指摘している。そして、それは、前者について、課される義務に従って行動しないという目的のため、その能力を行使する ー ただし、侵害に対し同意するものではない ー という行為であり、後者の無意識的不注意につき、客観的義務の怠りを回避するため、その能力を行使しないという行為をさす旨を指摘している。
- 15) Mazeaud et Tunc., op. cit., n°415.
- 16) Werro, op. cit., P.62, n°293.
- 17) F.Terre et P.Simler et Y.Lequette, Droit civil les obligations 8<sup>e</sup>éd., Dalloz, 2002, n°727; Het L.Mazeaud et J.Mazeaud et F.Chabas, Leçons de Droit civil Tome ー, obligations théorie generale 9<sup>e</sup>éd Montchrestien, 1991, n°446.
- 18) Werro, op. cit., P62. n°295.

#### 4 過失の分析方法

##### (1) 序

ところで、既に言及したように、スイス法においては、不法行為の一般原則を定める債務法典41条のいう意味での過失、つまりアクイリア過失は、二つの義務違反 ー 客観的義務違反と主観的義務違反 ー から成るものであると理解されている。そして、ある行為が客観的過失にあたるかどうかを判断するためには、法秩序によって命ぜられる作為義務 (以下では、行為規範という) を知らなくてはならない。そして、この規範は、

これが指定されるならば、これによって同時にある行為がそれに違反するかを明らかにしうるのであると考えられる。そこで、ある行為の行為者に客観的過失が存するとされたならば、今度は、この者に主観的過失が存しえたかどうか、つまり、その客観的過失をこの者に帰責せしめうるかどうかの問題にされなければならないであろう。

スイス法では、この問題をどのような方法で分析すべきであるか、という点について議論がなされてきている。以下では、この点の議論について、若干の紹介をおこなうことにしたいと思う。過失責任の原則が妥当する領域において、責任能力とアクイリア過失の関係について考察するにあたって、何らかの示唆を与えうると考えられるからである。

## (2) 過失の分析方法に関する従来の見解

ふるくからアクイリア過失の分析方法について、次のような見解が出されていた。すなわち、これは、アクイリア過失が客観的かつ主観的側面を有していることを一般的に承認するという考え方であり、そして、主観的側面を意思の欠如として捉えることにより、弁識能力とこれを結合せしめないで弁識能力を不注意の客観化の極限としてのみ理解すべきであるとみる見解である<sup>1)</sup>。そして、この見解の立場によれば、過失の主観的側面は、別の基準によって、不適応、虚弱または酷い無知として理解される、すなわち、行為者が行動できるはずであったところとは違ったふうに行動したこととして考えられるのである。このようにして、弁識能力を左右する身体的諸機能がその能力から切り離されることによって、義務と能力が同化せしめられると解されることになるのであろう<sup>2)</sup>。

そこで、この分析方法によれば、裁判官は、合理的で慎重な人ならば当該事件の諸事情下においてとるべきであると考えたであろう行動と、当該行為者が実際にとった行動とを比較し、年齢・教育・性・職業を考慮すべきである、と解される。したがって、スイス債務法典41条にいう意味での過失の判定にさいしては、抽象的な標準人に依拠しながら、加害者についてその内部の諸事情に応じた、客観的な能力の修正が問題とされることになり、ゆえに加害者本人の個人的能力は勘案されないことになる。もっとも、そこでの過失の判断基準も、すべての人に適用されるのではなく、同じカテゴリーに属する人にもみそれが適用されるべきである、と解される<sup>3)</sup>。要するに、抽象的な標準人の態度と行為者の態度とが比較されるという意味において、このように従来からの過失に関する分析方法によれば、まさに客観化された過失が議論されるものといえよう。

しかし、このような見解の立場に対しては、次のような理由から若干の批判が寄せられている<sup>4)</sup>。すなわち、まず一つは、同じ事情（例えば、年齢）が、過失の客観的要素の分析と弁識能力の分析において取り上げられるという矛盾を有している点である。このため、過失の主観的要素（例えば、若い年齢を理由とする能力の低下）が客観化されるとともに、過失の客観的要素（若い年齢にもかかわらず課される義務の違反）が主観化されることに



なり、したがって、両者の評価基準が曖昧なものになってしまうとされるからである。今一つは、従来の見解の立場によれば、行動の過誤についての一層の客観的概念を認めるべき点である。つまり、行動の過誤を過失に結びつけて理解するのではなく、これを違法性と結合させて捉えるべきであるとされるからである。そうでなければ、客観的過失と行動の違法性との間に根拠のない区別を設けることになると考えられるからである。そうすると、例えば、損害回避のための安全措置を怠ることは、違法であると評価されるべきであろうし、また、もしこのような安全措置義務がこれを課される者の能力を客観的に越えているならば、そもそもこのような義務は存在しえなかったと解すべきであろうとされる。

そこで、このような批判を踏まえた見解が今日新たに提唱されているのである。

### (3) 過失の分析方法に関する新見解について

これは、アクイリア過失を《抽象的》方法および《具体的》方法などと呼ばれる手法で分析し、行為者の弁識能力を考慮に入れて過失の存否を判定する点に特色を有するものである。それぞれの方法について見てゆこう。

《抽象的》方法について この方法によれば、裁判官は、行為規範を措定するために依拠しなければならない諸規定を明確にすることを目指すものである。実際には、ある行為が客観的に過失にあたるかどうかを知りたいときには、加害者の行動と法令・判例の準則・契約条項の定める行為とを比較するだけにとどめることができないのが普通である。法令等は、加害者の行動を評価するにあたり、裁判官を導きうるが、ただこれらは、その法文の意味が明確でないことが少なくなく、さらにその規範内容も必ずしもそれほど詳細なものではないとされるからである。そうだとすれば、それらを明確にすべく多くの任務が、裁判官に課されることとなるであろうとされる。<sup>5)</sup>

もっとも、その際、遵守されるべき規定への違反行為が客観的な過失でないと評価されることもありうるし、また同様に、そのような規定に違反していない者がそれにもかかわらず客観的な過失をおかしていると考えられることもありうる。このため、裁判官は、行為主体から切り離された、加害行為自体を検討することによって行為規範を措定し、そして比較という手法を用いて、別の人に加害者と同じ状況に置かれていたとするならば、この者も加害者と同じように当該加害行為をしたであろうかどうかを自問するものとされる。そこで、(加害者と)比較される別の人とは、どのような者であるか、また、(加害者が置かれていたのと)同じ状況とはどのようなものかが問題とされるのである。<sup>6)</sup>

つとに、これについては、フランス法における有力な学説が論及していた。この学説の立場によれば、比較型または《標準型》を抽象型として定義し、それを次のように捉える考え方である。すなわち、《これは、極めて慎重な人間あるいは極めて思慮深い人間では

なく、普通に慎重な人間あるいは普通に思慮深い人間でもないものであって、それは慎重で思慮深い人間である<sup>7)</sup>と。

しかしながら、スイスの過失分析方法に関する新見解によれば、この観念的な人間を過失の判断基準に据えることは、これにより加害者の置かれている状況から具体的要因を識別するのを妨げるべきではないものとされる。実際には、架空の無制約な人間は時間と空間を越えて存在しないのであって、裁判官が考慮しなければならない評価要因は、フランスのこの学説が内的状況との対比によって定義している、外的状況などと呼ばれているもの<sup>8)</sup>なのである。したがって、問題とされるのは、行為者の個人的でないすべての諸要因、すなわち、行為者の個性自体、その身体的・心理的精神的特徴に起因しない諸要因であって、このような個人的諸要因を考慮することは問題とされえないであろうとされる。かくて、裁判官は、問題の活動を取り巻く時間および場所についての客観的・具体的諸要因を取り上げなければならないであろうし、このような意味において、裁判官は、標準型（人）<sup>9)</sup>を採択することができるであろうと解されるのである。

したがって、標準人は、所定の場所・時間における活動のみを加害者と共有し、問題の活動が客観的に明らかにされるのであって、よって行動規範が指定されると同時に加害者の態度と標準人がとったであろう態度とが比較されることで十分であるとされる。なぜなら、そこで逸脱があるならば、客観的過失が存するであろうと解しうるからである。<sup>10)</sup>

《具体的方法》について アクイリア過失の分析方法に関する新見解の立場によれば、ある行為に客観的過失が認められるならば、その行為の帰責性を分析するように求められるであろう。この《具体的方法》は、帰責性を判定するための準則を明らかにすることを旨とするものであって、人が主観的過失をおかしたかどうかを知るためには、加害行為を検討するのではなく、行為者にそれを回避させ、または、それを意欲させる、個人的能力が具わっているか否かを検討するものであるとされる。そこでは、行為者が問題の行為を回避することができたかどうかを知るためには、その回避の失敗を明らかにするような内部事情を考慮する必要はないとされる。もし、裁判官がそうする必要性を考えるならば、加害者の態度と標準人のそれとを比較することは何らの意味も有しないものと解されるからである。このことは、行動の客観的規範を創造し、同時に、行為者に対し個人的理由からその違反を正当化することを許容するものとされる。したがって、法律によって定められている諸事情が考慮されるべきであると解される。<sup>11)</sup>

要するに、スイス法では、問題は弁識能力を明らかにする諸事情である。したがって、裁判官は、まず、行為者がいかなる範囲でその行為の危険を分別し、異常性を知る能力を有するかを自問し、つぎに、この能力の欠如が人間の若い年齢、その精神病等の原因に因るか<sup>12)</sup>を検討しなくてはならないとされているのである。

## 注

- 1) Pierre Tercier, Le droit des obligations 2<sup>e</sup>éd., Schulthess § Zurich, 1999 n°1453.
- 2) Werro, op. cit., P68. n°312.
- 3) Peter Gauch et Walter R.Schluep et Pierre Tercier, Partie générale du droit des obligations Tome 2<sup>e</sup>éd., Schulthess, Zurich, 1982, n°1612 ss; Deschenaux et Tercier, P83. n°27.
- 4) Werro, op. cit., P.68-69 n°315-317.
- 5) Werro, op. cit., P.64 n°299.
- 6) Werro, op. cit., P.64 n°300.
- 7) Mazeaud et Tunc, op. cit., n°428.
- 8) Werro, op. cit., P.64 n°301.
- 9) Werro, op. cit., P.65 n°301.
- 10) Werro, op. cit., P.65 n°302.
- 11) Werro, op. cit., P.66 n°306.
- 12) Werro, op. cit., P.66 n°306.

## 5 おわりに

以上、スイス法においては、過失責任の原則がとられ、故意・過失の存在が不法行為の成立要件となっている限りにおいて、伝統的な見解の立場によれば、過失はこれを客観化して抽象的なもので足りるとする考え方であったといえる。これに対して、所定の場所・時間における活動のみを加害者と共有する、標準人の態度と問題の加害者のそれとを比較して客観的過失を判定し、もしこれが認定されるならば、客観的過失ある行為の帰責性を判定して、不法行為成立要件としての過失を総合的に見極めようとする見解が新たに提唱されていたのであり、注目される。というのは、客観的過失の存否を一般的基準によって、また主観的過失の存否を個別的基準によって判定するというふうに不法行為法の体系化を考えることができる点に実益があるように思われるからである。