

契約責任における不可抗力の位置づけ

——フランスにおける議論を中心として——

萩野奈緒

目次

第一章 はじめに

第二章 我が国における議論—帰責事由論の展開と不可抗力の位置づけ—

第一節 学説の状況

第一款 伝統的通説

第二款 過失の客観化と帰責事由論の展開

第三款 結果債務の承認と帰責事由論のさらなる展開

第二節 裁判例の状況

第三章 フランスにおける議論—不可抗力による契約責任の免責—

第一節 緒論

契約責任における不可抗力の位置づけ

同志社法学 五八巻五号

三五三 (二〇二七)

第二節 不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜか

第一款 序説

第二款 アンリ・マゾーの見解

第三款 クリスチャン・ラルーメの見解

第四款 アンドレ・タンクの見解

第五款 ボリス・スタルクの見解

第三節 検討と評価

第一款 結果債務における不可抗力

第二款 手段債務における不可抗力

第四章 結びにかえて

第一章 はじめに

我が国では、近時、過失の客観化や、結果債務・手段債務区分論の登場とともに、契約責任における帰責事由論が、大きな展開を見せている。その結果として、従来、帰責事由であるとされてきた債務者の過失が、契約責任において果たす独自の役割は、低下の一途を辿っているということが出来る。これに対して、不可抗力が、契約責任における免責事由として果たすべき役割は増大しつつある¹⁾。

ところで、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのは、これまで、当然の理だと考えられてきたように思われる。不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題が議論の表舞台に登場することはほと

んどなく、不可抗力については、その意義に関するものを中心に、僅かに研究がなされてきたにすぎない。⁽²⁾ 不可抗力と帰責事由との関係に関する議論は、「民事責任法でまだ未解明の領域である」とされてきたところである。⁽³⁾

しかしながら、不可抗力は、契約責任の帰責事由であるから、契約責任の成否を決する分水嶺としての役割を果たすこととなる。このことを考えたとき、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題について、検討しておく必要があるものと思われる。この問題について検討を加えることで、契約責任の帰責根拠を何に求めるのか、また、契約責任の成立要件はいかに解されるべきか、という問題に対する示唆が得られるものと考えられるからである。⁽⁴⁾ また、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題についてどのように考えるのかは、不可抗力の意義をいかに解するののかという問題にも、少なからず影響を与えることは想像に難くない。

このような問題意識から諸外国の議論を眺めてみたとき、フランスでは、契約責任の分野において、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題について、一定の議論がなされている。そして、日本民法四一五条の沿革を辿ると、同条がフランス民法典一一四七条に由来するものと考えられていることや、フランスでは、一九世紀の終わり以降、⁽⁵⁾ フォートの客観化⁽⁶⁾ が進み、さらに、結果債務・手段債務区分論が登場する中で、不可抗力による免責に関する議論が展開されていることに鑑みれば、フランスにおける議論を検討することによって、上述のような問題意識に対する重要な示唆が得られるものと考えられる。

本稿では、まず、我が国において、不可抗力が、契約責任の成立要件との関係で、どのように位置づけられてきたのかという視点から、契約責任の帰責事由に関する議論の状況を概観する(第二章)。次いで、フランスにおいて、契約責任の分野で、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題について、どのような見解が主張されているのかを紹介し、検討を加える(第三章)。最後に、このような検討によって得られた若干の示唆をもとに、

今後の課題を指摘することで、本稿を閉じることとしたい(第四章)。

第二章 我が国における議論——帰責事由論の展開と不可抗力の位置づけ——

我が国では、契約責任の分野において、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題について、明確に論じたものはあまりみられない。また、不可抗力が、契約責任の成立要件との関係で、どのように位置づけられるのかという視点から、契約責任に関する議論をみたとき、契約責任の帰責根拠や帰責事由に関する理解を同じくする見解であっても、不可抗力の位置づけについては、必ずしも理解が同じではないように思われる。以下では、我が国における諸学説および裁判例が、契約責任の成立要件との関係で、不可抗力をどのように位置づけているのかを概観する。

第一節 学説の状況

まず、学説は、契約責任の分野で、不可抗力をどのように位置づけてきたのか。本節では、帰責事由論の展開に即して、各見解が、契約責任の成立要件との関係で、不可抗力をどのように位置づけているのかをみることにする。

第一款 伝統的通説

一 帰責事由に関する理解

我が国における伝統的通説は、契約責任の成立要件として、債務不履行(履行遅滞、履行不能、または不完全履行)、

債務の不履行について債務者の責に帰すべき事由（帰責事由）があること、債務の不履行が違法であること、損害の発生、債務不履行と損害との間の因果関係が必要であると考えてきた。⁸そして、帰責事由を「債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」と解し、契約責任の成立要件として債務者の過失を要求してきた。債務者の過失の内容は、債務者が、取引関係上一般に要求される程度の注意（善良なる管理者の注意）を欠いたために、債務不履行という違法な結果の発生を認識しないことだとされてきたところである。

二 不可抗力の位置づけ

民法四一九条三項にいう不可抗力に関しては、帰責事由のないこと、つまり、債務者の無過失と同視する見解と、これを債務者の無過失よりも狭く解する見解とが主張されてきた。¹¹

前者の見解に属する、於保不二雄博士、奥田昌道教授とともに、民法四一九条三項にいう不可抗力を、厳格な意味での不可抗力¹²とは区別して、「債務者の責に帰すべからざる事由」と同義のものと考えており、これらの見解によれば、不可抗力は、債務者の過失と表裏のものとして位置づけられることになる。

これに対し、後者の見解が、不可抗力について、契約責任の成立要件とどのような関係にあると考えているのかは、必ずしも明らかではない。

第二款 過失の客観化と帰責事由論の展開

一 帰責事由に関する理解

不法行為の分野を中心として、いわゆる過失の客観化が進むにつれ、契約責任の成立要件としての債務者の過失の内

容に関する理解にも変化が生じるに至った。契約責任における債務者の過失を、具体的行為義務違反ないし附随義務違反ととらえる見解が登場したのである。その代表的なものとして、主たる債務の履行が、債務の履行段階における債務者の具体的行為義務が適切に履行されることによって実現することに着目し、帰責事由としての債務者の過失とはこのような具体的行為義務の懈怠であるとする北川善太郎教授の見解や、附随義務を、債務の本旨にしたがって履行がなされ得るようにする債務者および債権者の作為・不作為義務と定義し、その違反が帰責事由という過失であるとする前田達明教授の見解が挙げられる。

なお、前田教授は、契約責任の成立要件として、上記の意味での債務者の過失を要求するが、契約責任の帰責根拠は、過失責任主義ではなく、「信頼原則」であると主張している。すなわち、契約を締結した債権者が、債務者が契約を履行してくれるものと信頼するであろう点に着目し、かかる債権者の信頼は保護されるべきであるが、他方で、債権者はいかなる場合にも契約の履行を要求することはできないとして、「標準人に期待し得る行為義務を尽くしても回避し得なかつた債務不履行は、債務者に帰責し得ないというのが、合理的」だとする¹⁵⁾のである。

二 不可抗力の位置づけ

(1) 北川教授の見解

北川教授によれば、「不可抗力概念は……無責事由と完全に同一化している、とまではいえない」。同教授は、「無責事由のなかには、債務者の行為……にかかわる事由ではあるが債務者を非難しえない事由が入って」おり、それはまさに有責性の問題であるのに対して、「不可抗力で問題になる事由は、もともと債務者の行為に一切かわりのない外部事情」であって、「不可抗力『免責』の本来の意味は、違法性を否定することにあるとすべき」だと主張する¹⁷⁾。

ここにいう違法性に関しては、次のように考えられている。同教授によれば、まず、債務不履行における違法性は、「債権関係の不正常な展開のために契約目的の実現が阻害されている状態である、と解しうる」が、このような違法状態には二つの要因が考えられる。「事故不履行責任に該当する場合」つまり「債務者の意思・行為あるいは態度とは無関係な事由によつて債務の不履行が生じている」場合と、「債務者の行為（意思）により債務の不履行が発生している場合」である。そして、前者の場合には、事由の如何を問わず給付義務が履行されていないことが違法性の要件要素であるが、後者の場合には、債務者の行為により給付義務が履行されていないことがその要件要素であることとなる（二段階の違法性）¹⁸。このような違法性に関する理解を前提として、同教授は、給付義務違反を理由に損害賠償を請求する者は、各種の不履行類型への該当事実（債務不履行事実）を主張・立証する必要があるが、過失不履行責任の場合には、債務者が、「その不履行事実が債務者の行為……に關係のない原因により発生していることを、評価障害事実として主張・立証すれば、違法性はないことになる」とする¹⁹。そして、その意味は、「違法性の判断において、もっぱら第三者の行為が原因事実であるかあるいは自然現象が原因事実である場合、過失不履行責任の前提となる、債務者の行為に起因する原因事実がないので、違法と評価し得る状態がないと考えられる」ところにあるとする²¹。以上からすれば、同教授は、不可抗力が認められる場合には、「もっぱら第三者の行為が原因事実であるかあるいは自然現象が原因事実である」から違法性が否定されると考えているものと思われる。

したがって、北川教授の見解においては、不可抗力は、債務者の行為によつて不履行事実が生じたのではないという意味で、契約責任の成立要件としての違法性を排斥するものと位置づけられ、帰責事由たる債務者の過失とは別の次元において機能することとなる。

(2) 前田教授の見解

前田教授は、不可抗力は、「『無過失責任』を負う場合の免責事由」であるとして、これを帰責事由たる債務者の過失と同義ではなく、「商法五九四条と同じく、より高度な限定されたもの」だと解している。⁽²²⁾

同教授は、債務者の無過失を導くところの「標準的債務者に回避不可能な事由」について、① 専ら 債務者にとって支配不可能な債権者側の事由、② 専ら 債務者の支配下でない第三者側の事由、③ 専ら 大地震や暴風雨など債務者の支配不可能な自然力たる事由が含まれるとし、これに対して、不可抗力には、上記②などは含まないと解するのが良いと思」と述べている。このような記述からすれば、同教授は、不可抗力を、帰責事由たる債務者の過失がない場合、換言すれば、債務者の責に帰すべからざる事由の一部としてとらえているものと解される。⁽²³⁾ そうであるとすれば、過失を要件とする契約責任においては、過失があれば不可抗力がないことは明らかであるために、不可抗力について論じる実益はないということとなろう。

第三款 結果債務の承認と帰責事由論のさらなる展開

一 帰責事由に関する理解

近時、主として諸外国における新たな立法例や国際的な契約法の諸原則、あるいはフランスにおける議論から示唆を得て、債務内容によって帰責事由の内容ないしは判断方法が異なるとする見解が有力に主張されている。債務内容によって、結果実現保証が帰責原理となる場合と債務者の過失が帰責原理となる場合とがあるとし、帰責事由に関しては、「前者については不可抗力および債権者の圧倒的な帰責性をもって免責事由とし、後者については、債務不履行の事実の確定をもって債務者への帰責性が同時に確定される」とする潮見佳男教授の見解や、⁽²⁴⁾ いわゆる結果債務・手段債務区

分論を採用し、契約責任の法的根拠である帰責事由の帰責根拠を、債務者が自らの意思によつて設定した契約の拘束力に求めて、結果債務を「結果の不実現があれば、それが不可抗力によらない限り、その不履行の事実のなかに債務者の『帰責事由』が含まれていると判断される類型」、手段債務を「債務者に『帰責事由』があると認定判断するためには、結果の不実現のみならず債務者が一定の行為義務違反があつたことの評価を必要とする類型」と考える森田宏樹教授の見解⁽²⁶⁾が挙げられる。

これらの見解と従来の見解との大きな相違点は、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力と結びつけて理解している点、および、結果の実現そのものが債務の内容たり得ることを一般的に認めている点であるといえよう。⁽²⁶⁾

二 不可抗力の位置づけ

(1) 潮見教授の見解

潮見教授によれば、不可抗力は、結果実現保証が帰責原理となる債務類型、つまり、当該債権関係の中で、債権者にとつて獲得が期待されている利益（債権者利益）の実現それ自体を自らが担保（保証）することを引き受けている場合における免責事由として位置づけられる。そして、不可抗力があつた場合に債務者が免責されるのは、不可抗力が「契約類型上の危険分配あるいは特別に約定された危険分配の枠を超えた障害」であるからだとされる。⁽²⁷⁾

なお、同教授は、不可抗力の意義に関しては、「およそ債務者の行為可能性（したがって合理人の注意義務）を前提としない結果実現保証を前提とし、結果不実現を理由とする損害賠償責任からの解放事由としての意義を有するものであるから、履行過程において債務者としてどこまで合理的な注意を尽くして行動すべきであつたかという観点から問題となる事象の支配・回避（克服）可能性を吟味するのは適当でない。むしろ、不可抗力の本来の意義に立ち返り、個人

による支配という観念を容れる余地がある事象かどうかで判断すべき」であると主張している。⁽²⁸⁾

(2) 森田教授の見解

森田教授は、不可抗力とは、「何人も予見も回避もし難い事情」であるとし、これを、結果債務における免責事由として位置づけている。そして、不可抗力があつた場合に債務者が免責されるのは、「その契約上の債務の内容・射程が不可抗力を克服してまでも結果を実現するところまで及んでいないから」であつて、不可抗力の概念は「結果債務における債務の射程ないし厳格さの限界を画するものとして理解することができる」とする。⁽²⁹⁾ さらに、同教授は、「債務不履行における『帰責事由』とは、債務者が『契約において約束したことを（不可抗力によらず）履行しないこと』の中に含まれている」とも主張し、⁽³⁰⁾ 「不可抗力免責と、結果債務においては債務者に『帰責事由』がないことは理論的には同一のものである」としている。⁽³¹⁾ これらの記述からすれば、森田教授は、不可抗力が認められるときには、債務者にはそもそもそのような場合にまで結果を実現すべき義務が課せられておらず（したがつて債務不履行はないということとならう）、帰責事由もないと考えているといえるのではないか。

第二節 裁判例の状況

我が国の裁判所は、契約責任の分野において、不可抗力による免責の問題をどのように取り扱ってきたのか。裁判例の状況をみると、不可抗力に該当し得るような事象について、これを債務者の過失の有無の問題に取り込んで処理しているものと、因果関係の問題として処理しているものとがみられる。以下では、最近の裁判例のうち、それぞれの典型例を一つずつ、紹介することとしたい。

一 債務者の過失の有無の問題に取り込んで処理している裁判例

不可抗力に該当し得るような事象について、これを債務者の過失の有無の問題に取り込んで処理している裁判例としては、阪神淡路大震災により倉庫内の化学薬品（NMP）が荷崩れにより漏出し、他の貨物から流出した水分と化合して発火した火災により貨物が焼失した事故に関する、東京地方裁判所平成十一年六月二二日判決が挙げられる。^②

この事件の原告は、本件貨物の荷主に保険金を支払った保険会社であり、被告らは、荷主と運送契約を締結した運送業者、および、本件貨物を保管していた倉庫業者である。原告は、保険代位によって取得した、運送業者に対する債務不履行に基づく損害賠償請求権と、倉庫業者に対する不法行為に基づく損害賠償請求権とを行使し、それぞれに対して損害賠償を請求したが、同判決は、概ね次のように判示して、倉庫業者には過失がなく、そうである以上、運送業者の債務不履行責任も認められないとして、原告の請求をいずれも棄却した。すなわち、同判決は、まず、「本件大震災による揺れを契機に、三段に重ねられたパレットから本件ドラム缶が飛び出るような形態で転倒して落下し、中の本件NMPが漏出し、さらに、付近にあった洋酒、清涼飲料水等も地震の揺れにより転倒、破壊され、中身が流出し、本件NMPとそれらの水分とが化合し、反応熱を発生させ、発生した水酸化ナトリウムとメチルアルコールの混合気体が発火して本件火災を発生させた」と認定した。その上で、同判決は、「過失が認められるためには、結果発生を予見することができ、それを予見すべきであり、結果の回避ができ、回避すべきであったことが必要である」ことを前提に、倉庫業者の過失の有無に關し、「我が国が地震多発国であることからすると、地震の発生それ自体は予見可能というべきであろうが、本件大震災規模の地震の発生を予見することも可能であったとは困難であ」つて、倉庫業者には、「本件火災について、本件大震災規模の地震を予見することはできなかったから、……過失があるものというべきでない。すなわち、原告の主張は、本件大震災規模の大地震が発生した場合でも、倉庫業者としては火災が発生しない

ように貨物を保管すべき義務を負うというものであるところ、被告（倉庫業者）……としては、……貨物の転倒防止措置につき、通常想定される事態に対応できる程度の必要な措置を講じていたと認められる上、本件大震災という大地震に起因する本件火災については、その原因の一つである本件大震災の発生についての予見可能性がないから、注意義務（結果回避義務）違反の過失があるとはいえないのである」と判示したのである。

二 因果関係の問題として処理している裁判例

不可抗力に該当し得るような事象について、これを因果関係の問題として処理している裁判例としては、市の住民である原告が、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき、市の上下水道事業管理者である被告に対し、集中豪雨により²川が溢水し浸水被害が生じたのは、ポンプ場の管理を請け負っている補助参加人の債務不履行があつたためであると主張して、被告が補助参加人に対して損害賠償を請求するよう求めた事案に関する津地方裁判所平成一七年八月四日判決⁽³³⁾がある。

同判決は、まず、補助参加人の過失を判断する前提として、補助参加人の職員Fは、平成一二年九月一日午後一時三〇分の時点で、午後一時から二時までの降雨量が一時間あたり四〇ミリメートルに達する恐れがあること、そのような場合には、bポンプ場の一号ポンプを手動で運転する必要があることを予見できたこと、また、同日午後二時二〇分過ぎころには、補助参加人には、a川の水位を下げ、bポンプ場からのa川の溢水を防ぐため、一号ポンプを手動運転し、b樋門を開扉する必要性があつたこと、また、Fが、遅くとも、同日午後二時時点で、その旨を認識して適切にbポンプ場への人員配置を行えば、午後二時二〇分過ぎにbポンプ場の一号ポンプを手動運転し、b樋門を開扉することは可能であつたし、Fがこのように認識判断することは十分可能であつたことを認めている。その上で、

同判決は、「Fとしては、平成二二年九月一日午後一時三〇分の時点で、午後一時から一時三〇分までの降雨量が二〇・五ミリメートルもあり、今後も同様の激しい雨が予想されたのであるから、f ポンプ場に派遣した三名の職員に携帯電話で緊急連絡を取り、そのうち一名を直ちにb ポンプ場に赴かせ、必要に応じて一号ポンプ場を手動で運転開始し、場合によりa 川の河口に設置されたb 樋門を電動操作ボタンにより開けるように指示する注意義務があったと認められる。また、遅くとも、同日午後二時に一時間降雨量が五ミリメートルに達した時点では、無人であったb ポンプ場に少なくとも作業員一名を配置しなければならない明白な注意義務があったと認められる。しかし、チームリーダーとして三年以上の経験を有するFは、そのような必要性を認識するに至らず、上記の注意義務に違反している。したがって、補助参加人には、履行補助者Fの上記行為に関し、ポンプ場運転管理業務委託契約について善管注意義務違反の過失があったといわざるを得ない。」とした。その上で、同判決は、因果関係について、「補助参加人には……ポンプ場の運転管理業務委託契約における善管注意義務違反は認められるが、……本件豪雨は、通常の子想外の猛烈なもので、それにより生じた洪水は、想定外の自然現象による不可抗力によるものであったといわざるを得ない。したがって、補助参加人の運転管理業務委託契約上の上記善管注意義務違反の事実と、……ポンプ場が浸水し……川が溢水して、……市が本件支出を行った事実との間に因果関係を認めることはできない」と判示したのである。

第三章 フランスにおける議論——不可抗力による契約責任の免責——

第一節 緒論

本章では、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題について、フランスにおいて主張

されている見解のいくつかを紹介し、検討を加えていきたい。この問題に関して、フランスでは、主として、不可抗力が認められたときに契約責任の成立要件のいずれが排斥されるのかという観点から、多様な主張が展開されている。そこで、本節では、このような議論の前提となる、契約責任に関する理解について、概観しておくこととする。

一 契約上の債務と契約責任との関係

フランスにおける通説的見解は、契約責任 (reponsabilité contractuelle) の存在を認め、契約から第一次的な債務 (履行義務) が生じるが、その債務が履行されなかった場合に新たな法的関係としての損害賠償義務が生じるといふ、いわゆる修正二元説をとっている。フランスでは、一九世紀の終わりを以降、契約責任と不法行為責任 (reponsabilité delictuelle) との関係に関して、いわゆる二元説と一元説との対立があった。二元説は、一八八四年に発表されたサンクテレットの論文³⁵によって提唱された見解であり、契約責任と不法行為責任との同一性を完全に否定し、契約責任は、私的意思の作り上げた契約の遵守を確保する目的を有する保障 (garantie) であって、公の意思の作り上げた法の遵守を確保する機能を持つ責任 (responsabilité) とは異なるものとするものである。これに対して、一元説は、一八九二年に発表されたグラナムーランの論文³⁶によって提唱された見解であり、契約責任と不法行為責任との相違を否定するものである。これによれば、契約から直接生じた債務は目的の滅失または不能により消滅するのであって、契約上の債務の不履行を理由とする損害賠償義務は、契約から原始的に生じたものではなく、一三八二条³⁷を基礎として生じる新たな債務であるとする。このような二元説か一元説か、という対立は、一九三〇年頃以降、修正二元説 (折衷説) が登場し、定着することによって、収束に向かうこととなる。修正二元説は、契約責任と不法行為責任とを区別しつつ、契約責任が単なる契約の効果であることは否定して、契約から生じる債務と契約責任とを一応区別しつつ、契約責任は、発生した

損害の填補という不法行為責任と同様の目的を有するものだと考える見解である。³⁸⁾ 修正二元説によれば、契約責任は、不法行為責任とともに、民事責任 (reponsabilité civile) という上位概念に包摂されるものと考えられる。

なお、このような、契約責任を契約上の債務とは一応別のものとして、その存在を肯定しつつ、不法行為責任とも区別して並存させるとする立場の中でも、契約上の債務と契約責任との関係をどの程度結び付けて理解するか、また、不法行為責任と対比したときに、契約責任の独自性をどの程度認めるかに関しては、濃淡があり得る。また、契約責任の基礎 (fondement) を何に求めるのかという問題に関しても、見解の対立があり得るところである。

二 契約責任の成立要件

契約責任が単なる契約の効果であることを否定して、契約上の債務の不履行があつた場合に契約責任が生じると解した場合、契約責任の成立要件として何が必要であるかが問題となる。通説的見解によれば、まず、損害、債務不履行、および、これらの間の因果関係が必要であるとされる。また、これらに加えて、契約上のフォート (faute contractuelle) も必要だとするのが一般的である。フランスにおいては、債務者のフォートは、我が国における債務者の過失と同様、明文上は契約責任の成立要件とされていない。³⁹⁾ それにもかかわらず、通説は、民事責任はすべてフォート責任主義に依拠しているとし、契約責任の基礎もフォートにあると考えて、契約責任の成立要件として、契約上のフォートを要求してきたのである。

そして、古くは、「物の保存について注意する義務は、合意が当事者の一方のみの便益 *utilité commune* を目的とする場合であれ、共通の便益 *utilité commune* を目的とする場合であれ、保存の任にあたる者を善良な家父としてのすべての注意を払う〔義務〕に服せしめる」と規定する民法典一一三七条一項が、契約上のフォートの内容・判断方法について定めたも

のと目され、契約上のフォートの有無は、一般的に、善良な家父の注意を尽くしたか否かによって判断されると解されていた。しかし、その後、この規定は、契約上のフォートについて一般的に規定したのではなく、一定の類型における債務の内容(範囲)について定めたものにすぎないと解されるに至った。このような理解からは、当該類型において、債務者が善良な家父の注意を尽くした場合に免責されるのは、債務不履行はあるが契約上のフォートがないからではなく、そもそも債務不履行がないからだとされる。そして、現在の多数説によれば、債務内容の如何に関わらず、債務を履行しなかった債務者には契約上のフォートがあるとされている。⁴⁰⁾ ジェラルド・コルニユが編纂した法律用語辞典⁴¹⁾においても、契約上のフォートは、「債務者による、契約から生じた義務の違反(全部不履行、不完全履行、履行遅滞)であつて、その契約責任を生じさせるもの」と定義されているところである。

三 結果債務・手段債務区分論

債務を履行しなかった債務者には契約上のフォートがあると考えた場合、契約上のフォートの現れ方は、契約上の債務の内容によって異なることとなる。そして、フランスにおける通説的見解は、契約上の債務に関し、いわゆる結果債務・手段債務区分論を採用している。⁴²⁾

結果債務・手段債務区分論は、ドゥモングによって提唱された債務の分類であるが、これによって、次のような帰結が正当化される。すなわち、結果債務においては、結果の不実現があれば、債務不履行があるとされるか、少なくとも債務不履行が推定されて、債務者は、不可抗力を立証しない限り、契約責任を免れ得ない。これに対し、手段債務においては、債務者は、履行に際して注意を尽くしていたことを証明すれば、行為態様の過誤がなかった、つまりフォートが存在しないという理由から、債務者は契約責任を負わない。このような帰結の正当化に際し、結果債務・手段債務区

分論の意義を何に認めるのか、つまり、結果債務・手段債務区分論をして、契約責任の成立要件としての契約上のフォートの要否を決する際の基準とするか、契約上のフォートの内容・判断方法に関する基準とするか、あるいは単に、契約上のフォートの証明責任を分配する際の基準とするかという点に関しては、諸説あり得るところである。前二者は、結果の実現そのものが債務の内容たり得ることを認める立場であつて、結果債務・手段債務区分論に実体法上の意義を認めるものといえるのに対し、後二者は、これに実体法上の意義を認めない立場であるといえよう。多数説は、結果債務・手段債務区分論の意義を、契約上のフォートの内容・判断方法に関する基準であるとし、ある債務が結果債務であるか手段債務であるかという区別は、当事者が、明確に定められた結果の実現が確実であると約束したのか、結果を実現すべき努力することのみを約束したにとどまるのかによつて決せられるとしている。

第二節 不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜか

第一款 序説

一 不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題に関する議論を紹介する前に、まず、フランスにおいて、不可抗力の意義が、通常、どのように理解されているのかについて、簡単に確認しておくこととしたい。

既に述べたように、フランス民法典は、「外在的事由」⁽⁴³⁾の一つとして、「不可抗力又は偶然事」⁽⁴⁴⁾について規定し、これを契約責任における免責事由だとしている。しかしながら、その意義について明確に定義している民法典上の規定はなく、不可抗力の意義や要件をいかに解するかは、判例・学説の役割に委ねられている。伝統的な通説および判例によれば、不可抗力の要件は、外部性 (exteriorité)、予見不能性 (imprévisibilité)、抵抗不能性 (irrésistibilité) の

三つであると考えられてきたところであり、⁴⁵⁾ コルニユが編纂した法律用語辞典によれば、不可抗力は、「債務者……の外部の原因から生じた、予見不能で抵抗不能の事象……」と定義されている。ここで、留意しておかなければならないのは、特定の事象（例えば、戦争や暴動、あるいは、洪水、嵐、地震などといった自然現象）が自動的に不可抗力に該当するのではなく、一定の要件（性質）を備えた事象が不可抗力を構成することである。すなわち、「不可抗力は、事象というより性質である。つまり、それ自体で不可抗力を構成するものが存在するわけではなく、あらゆるものが、外部性、予見不能性、抵抗不能性の要件を充たすことによって不可抗力たり得る」⁴⁷⁾のである。

上記の不可抗力に関する伝統的な三要件について、それぞれ若干敷衍すると、まず、外部性とは、個人の所為による責任が問題となっている場合には、不可抗力事象が債務者の活動の外になければならない、ということの意味する。⁴⁸⁾

次に、予見不能性とは、債務者が当該事象を予見できなかったということであるが、債務者が予見できなかったか否かは、当該事象が生じた時と場合、附随する状況に応じて、相対的に決せられる。⁴⁹⁾ また、当該事象が予見不可能だったか否かは、契約責任の分野においては、通常は、契約締結時を基準として判断されるべきだとするのが通説および判例である。⁵⁰⁾

最後に、抵抗不能性とは、債務者が、彼がそれに対してどうすることもできない事象によって、その債務を履行することができないことを意味する。⁵¹⁾ 多数説によれば、当該事象が抵抗不能だったか否かは、同様の状況下におかれた合理人との対比において、判断される。⁵²⁾ また、不可抗力事象に抵抗できないことの結果として生じる履行不能は絶対のものでなければならぬ。⁵³⁾ それゆえ、フランスの通説および判例は、契約責任の分野では、いわゆる不予見理論を採用しておらず、事情変更によって債務者による債務の履行が困難になっているというだけで、債務者が免責されることはない。⁵⁴⁾

二 契約責任の分野において、不可抗力が問題となる場面は、主として、結果債務の不履行があつた場合である。上述のように、結果債務・手段債務区分論を採用した場合には、結果債務において結果が達成されなかつたとき、債務者は、行為態様に過誤がなかつたことを証明しても免責されず、不可抗力を立証した場合、つまり、債務の履行を妨げた事象が外部性、予見不能性、抵抗不能性を備えていることを証明した場合にしか、契約責任を免れ得ない。つまり、結果債務においては、不可抗力が唯一の免責事由として機能するのである。

他方、通説によれば、契約責任の基礎はフォートにあるとされ、伝統的には、フォートとは行為態様の過誤を意味するとされてきた。このことを前提とした場合には、債務者は、行為態様の過誤がなかつたことを証明すれば、免責されるはずである。

このように考えると、結果債務において結果が実現されなかつた場合に、債務者は不可抗力を証明することによつてしか免責されないという結論と、契約責任の基礎はフォートにあるという理解との間には、矛盾が存在する可能性がある。すなわち、次のような疑問が生じ得る。契約責任の基礎をフォートに求め、かつ、このフォートを行為態様の過誤ととらえるのであれば、問題となつている債務が結果債務であろうと手段債務であろうと、債務者に行為態様の過誤がなかつたこと、つまり、フォートがなかつたことを証明すれば、債務者は免責されるはずである。ところが、結果債務においては、債務者に行為態様の過誤がなかつたことを証明しても債務者は免責されず、不可抗力がその唯一の免責事由とされている。そうすると、結果債務の場合に生じる契約責任は、もはやフォートを基礎とするものとはいえないのではないかという疑問である。

以上をふまえ、次款以降では、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題に関する、フランスにおける議論の一端を紹介していくこととする。

第二款 アンリ・マゾーの見解

一 まず、契約責任に関する理解について、通説的立場に属するとされるアンリ・マゾーの見解を紹介しよう。

契約責任に関して、マゾーは、「契約が締結された場合、その契約から債務が生じ、その債務の不履行から責任が生じるのである。つまり、二つの段階が存在する。まず、債務が存在するという段階があり、次に、この債務の不履行がある段階がある」と主張して、修正二元説にたつことを明らかにしている。⁵⁶ また、契約責任の成立要件として、契約上のフォートが必ず必要であるとしつつ、結果債務と手段債務とは契約上のフォートの内容・判断方法が異なるとして、結果債務・手段債務区分論は実体法上の意義を有すると考えている。⁵⁷ マゾーによれば、フォートがあるというためには先存する義務への違反がなければならないが、契約の分野においては、先存する義務とは契約上の債務のことである。この契約上の債務には、結果の実現そのものを内容とするものと、結果の実現に向けて注意義務を尽くすことを内容とするものがある。前者は結果債務、後者は手段債務であるが、問題となつている債務がこのいずれに該当するのかは、当事者が約束した内容によって判断される。⁵⁸

二 マゾーは、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題について、一方では、不可抗力が認められる場合には、必然的にフォートは存在しないこととなつて、他方では、不可抗力が認められる場合には、債務者の行為が損害の原因ではないこととなるから債務者は免責される、つまり、不可抗力は因果関係を排斥すると主張する。⁵⁹ このような主張はいかに理解されるべきか、マゾーの契約上のフォートに関する理解をふまえて、検討する。⁶¹

(1) マゾーは、契約責任の成立要件として、契約上のフォートが必ず必要だとしつつ、問題となつては債務が結果債務であるか手段債務であるかによつて、契約上のフォートの現れ方が異なると主張する。

曰く、手段債務においては、債務者が結果の実現に向けて一定の注意を尽くして行為しなかったことが債務不履行を構成することとなるから、このような場合に、債務者に責任を負わせるためにフォートが必要であることは明らかである。これに対し、結果債務においては、結果の不実現そのものが債務不履行を構成することとなるから、このような場合には、債務者の行為態様は問題とならず、一見すると契約上のフォートは契約責任の成立要件ではないようにもみえる。しかし、思慮深い債務者は約束を守って結果を達成するのであるから、結果の不実現があれば、それが債務者の所為によるものである限り、債務者には契約上のフォートがあると考えるべきである。それゆえ、手段債務における結果債務におけるとにかかわらず、外在的事由によらないあらゆる債務不履行が契約上のフォートを構成することとなる。すなわち、結果債務においては結果の不実現、手段債務においては行為義務違反が、それぞれ、債務不履行であり、これらが外在的事由によらない場合は、契約上のフォートが認められるのである。⁽⁶²⁾

(2) このようなマゾーの契約上のフォートに関する理解をふまえると、次のような帰結が導かれよう。すなわち、契約上のフォートとは、債務者の所為による（外在的事由によらない）債務不履行であるが、不可抗力が認められる場合には、債務不履行は不可抗力によるものであって、債務者の所為によるものではなくなる。つまり、不可抗力が認められることによって、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係が排斥されることとなる。そして、不可抗力が認められると、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係が排斥されて、債務不履行が債務者の所為によるものといえなくなる結果、契約上のフォートも排斥されるのである。⁽⁶³⁾

三 以上のようなマゾーの見解においては、不可抗力が認められたときには契約上のフォートが排斥されるともされているものの、不可抗力が直接作用するのは、因果関係に対してである。⁽⁶⁴⁾ ここにいう因果関係は債務者の所為を始点と

し、債務不履行を終点とする因果関係であるといえよう。

この点に関し、マゾーは、因果関係には二種類のものがあるとしている。一方は、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係であり、債務不履行は債務者の所為によるものでなければならぬということの意味するものである。他方は、債務不履行と損害との間の因果関係であり、被害者が賠償を求める損害は、債務者に課せられた債務の不履行の結果として生じたものでなければならぬということの意味するものである⁶⁵。そして、マゾーは、不可抗力によって排斥される因果関係は、前者の因果関係だとしている。

また、マゾーは、手段債務においては、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係を論じる実益に乏しいとする。その理由は、手段債務の不履行を証明するということは、債務者が行為義務に違反したということを証明することと同義に帰するところ、当該行為義務違反が債務者の所為によることは、その時点で既に明らかとなっており、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係が、債務不履行と別途に問題となることはないからである⁶⁶。

第三款 クリスチャン・ラルーメの見解

一 前款でみたマゾーの見解は、債務者の所為による（外在的事由によらない）債務不履行が契約上のフォートを構成すると考えていた。このような見解においては、契約上のフォートの有無を判断するにあたって、債務者の行為態様に対する評価は必ずしも必要でなくなる。その意味で、かかる見解は、フォートの概念を著しく客観化するものといえよう。

これに対して、フォートの概念をこのように客観化することをせず、フォートはあくまで債務者の行為態様の評価を必要とするものだとしつつ、契約責任の成立要件として必ずしもフォートを必要としないとする立場も登場してい

るところである。⁽⁸⁷⁾ クリスチャン・ラルーメの見解は、このような立場に属する。

ラルーメによれば、フォートは、常に、債務者の行為態様についての評価を前提とするものである。それゆえ、手段債務の場合には、契約責任の成立要件としてフォートが必要とされる。しかしながら、結果債務の場合には、債務者の行為態様について評価を加えることがない以上、そのような債務の不履行から生じる契約責任は客観的責任であって、その成立要件として、フォートは不要である。したがって、手段債務の場合には、債務者はフォートの不在によって免責されるが、結果債務の場合には、債務者はフォートの不在によつては免責され得ないこととなるのである。⁽⁸⁸⁾ このようなラルーメの見解は、結果債務と手段債務とで、契約責任の成立要件としての契約上のフォートの要否に相違があるとする点において、結果債務・手段債務区分論に実体法上の意義を認めるものである。

二 ラルーメは、債務者が不可抗力を証明した場合に免責されるのは、結果不実現の原因が債務者ではなく不可抗力にあると考えられるからだと言張する。つまり、不可抗力が認められるということは、債務者の所為が損害発生の原因となっていないことを意味し、因果関係が欠けるのだとする。⁽⁸⁹⁾ 以下では、ラルーメが、このような帰結に至った過程について詳しくみていくことにしたい。

(1) ラルーメは、民事責任は、被害者に生じた損害が被害者以外の者の所為に起因する場合に生じるものだという考え方を前提とし、因果関係は、民事責任の本質的要件であつて、因果関係が否定されるような場合には民事責任は生じないとする。そして、ラルーメによれば、民法典一一四七条および一一四八条は、契約責任の分野においても因果関係が必要だということを示すものである。契約責任の成立要件として因果関係が必要だという点については、結果債務の場合も手段債務の場合も同じであるが、結果債務の場合には、債務不履行があれば、その債務不履行が債務者の所為に起因することが推定される。不可抗力の証明は、債務不履行が債務者の所為ではなく不可抗力

に起因することの証明であるから、前記推定は、債務者が不可抗力を証明することによって覆される。⁷⁰⁾

なお、ラルーメは、債務者が、その所為が損害の発生原因となっていないような場合にも責任を負うと約束しているような債務類型の存在も認めており、このような債務は、保障債務 (obligation de garantie) と呼ばれる。保障債務においては、債務者は、結果の不達成があれば、フォートが存在しないことを理由として免責されないことはもちろん、不可抗力の証明によっても免責されない。ただし、保障債務は、その不履行から生じる契約責任の成立要件として、因果関係を要求しない点、つまり、債権者に生じた損害が債務者に帰責できない場合にも債務者の損害賠償義務を認めるという点で、厳密には、狭義の民事責任ではないと考えるべきだとされる。⁷¹⁾

- (2) ラルーメによれば、結果債務の場合であっても手段債務の場合であっても、上述のような不可抗力の機能に変わるところはない。手段債務においても、債務者が同様の状況におかれた勤勉な債務者であればとったであろう行為態様をとったか否かという問題、つまり、債務者にフォートがあるか否かという問題とは全く別の問題として、債務者のフォートが損害発生の原因となっているか否かという問題、つまり不可抗力の問題が現れることとなる。⁷²⁾したがって、手段債務の場合には、契約上のフォートの不存在は債務者が契約責任を免れる理由となるが、仮に契約上のフォートがあったとしても、それが損害の原因ではない場合には、債務者は契約責任を免れ得る。このような場合には、債務者のフォートと債権者が被った損害との間の因果関係が排斥されるからである。要するに、不可抗力によって排斥される因果関係の始点は債務者の所為であるが、この債務者の所為は、フォアティフ (faute)⁷³⁾である (手段債務の場合) と否 (結果債務の場合) とを問わないというのである。

以上のような、ラルーメの見解は、不可抗力が認められたときに因果関係が排斥されること自体から、不可抗力による免責を説明しようとするものだといえよう。

三 マゾーとラルーメとは、いずれも、不可抗力が作用する対象は因果関係だと考えており、その意味で、両見解には、類似性があるとも言えよう。もつとも、それぞれの見解において、不可抗力によって排斥される因果関係についての理解に相違点が存在することにも注意しておくべきであろう。

すなわち、マゾーとラルーメとは、不可抗力によって排斥される因果関係の終点に関する考え方に相違があるように思われる。マゾーは、不可抗力によって排斥される因果関係の始点は債務者の所為であり、終点は債務不履行であると考えている。これに対し、ラルーメは、不可抗力によって排斥される因果関係の始点については、マゾー同様、債務者の所為だとしているが、その終点は、結果債務であると手段債務であると問わず、結果不実現（ないし損害）だと考えている⁽²⁴⁾。ラルーメが、マゾーとは異なって、不可抗力が手段債務においても、結果債務と同様に機能すると考えているのは、このような相違に起因するものではないかと考えられる。

ただし、ラルーメの見解によっても、手段債務の場合と結果債務の場合とは、次のような相違点が存在することになる。まず、手段債務においては、債務者のフォートが契約責任の成立要件であるとされ、原則として、債権者が、債務者にフォートがあったことについて立証責任を負担する。このため、不可抗力によって排斥される因果関係の始点は、必然的に特定されることとなる。また、このような因果関係の立証責任は、原則として、債権者が負担することとなる。これに対し、結果債務においては、債務者のフォートは契約責任の成立要件とされていない上、債務者の所為と結果不実現との間の因果関係は債務不履行があれば推定され、この推定は、不可抗力によってしか覆らない。このため、このような因果関係の始点は必ずしも特定される必要はないのではないかと思われる。

第四款 アンドレ・タンクの見解

一 マゾーのいうような結果債務・手段債務区分論は、民法典一一三七条一項と一一四七条の「二律背反」に関する解釈論を前提として、展開されている。すなわち、一一三七条一項と一一四七条を、いずれも、契約上のフォートの内容・判断方法について定めた規定であると解した場合には、債務者の注意は善良な家父のそれで足りるとする一一三七条一項と、債務者は外在的事由によってしか免責され得ないとする一一四七条との間には二律背反が存在することとなる。この点に関し、マゾーは、一一三七条一項は契約上のフォートの基準を一般的に定めた規定ではなく、一定の契約類型(手段債務の場合)において債務者が尽くすべき注意義務の内容、つまり債務の内容を定めた規定であるのに対し、一一四七条は契約責任の成立に関する規定であるから、両条文は扱っている問題場面を異にすると考えて、上記のような「二律背反」は生じないと主張する⁽¹⁶⁾。このように、債務内容の問題と契約責任の問題が峻別されることを前提として、マゾーは、債務内容は契約類型によって異なり、その債務内容次第で契約上のフォートの内容・判断方法が異なるという結果債務・手段債務区分論を展開しているのである。

これに対して、債務内容の問題と契約責任の問題とを峻別することを批判し、一一三七条一項と一一四七条との間に矛盾が存在し得ることを認める見解がある。アンドレ・タンクの見解である⁽¹⁶⁾。タンクは、責任の唯一の基礎であるフォートが義務違反(債務不履行)と定義されるとすれば、債務の内容の問題は、責任の有無の判断における唯一の法的問題であって、これが解決されれば、あとはその債務が履行されたか否かという事実の問題が残るにすぎないと指摘する。そして、不可抗力によって契約上のフォートの不存在が導かれることを前提として、債務内容の問題と不可抗力の問題とを区別して考えることは不可能なのではないか、と主張している。

二 タンクは、不可抗力が認められたときには、契約上のフォートが排斥されると主張している。その見解をもう少し

詳しくみてみよう。⁽⁷⁾

タンクは、まず、契約責任はフォートを基礎とするものであるとし、それにもかかわらず、債務不履行があつた場合に、債務者が、単にフォートの不在を証明するだけでは免責されず、不可抗力を証明しなければ解放されない場合を認めることは「実に驚くべきことだ」とする。フォートが責任の唯一の基礎であるとすれば、債務者が責任を負うか免責されるかという問題はすなわち、フォートが存在するか否かという問題であるはずだからである。⁽⁸⁾

また、タンクは、債務者に完璧を求めることはできないから、債務の内容は債務者が一定の注意を尽くすことであるといふべきであつて、当事者の望んだ結果が不達成だつたというだけでは、厳密には債務の不履行があつたとはいえず、フォートも存在しないとす。具体的には、債務者が結果を実現するに至るまでには、様々な障害を乗り越えなければならぬが、そのような障害を乗り越えることが、債務者に課された注意義務、つまり、契約上の債務の内容なのであつて、このことは、当該債務が「手段債務」と評されるようなものであるときはもちろん、結果債務」と評されるようなものであつたとしても変わるところはないとする。⁽⁹⁾つまり、タンクは、結果債務・手段債務区分論を実体法上意義あるものとしては認めず、これに訴訟法上の意義（立証責任の転換という限度での意義）しか認めない。⁽¹⁰⁾

このようなタンクの立場を前提とすれば、免責事由たる不可抗力が認められるということは、帰責根拠たるフォートの不在を意味することとなり、しかも、ここにいうフォートは、債務者の行為態様を問題とするものである。それゆえ、タンクのいう不可抗力は、「債務者の注意、活動と反対の方向にはたらくあらゆる作用であつて、それを克服するためには、債務者が契約によつて課された以上の程度の注意を払わなければならないもの」と定義されることとなる。⁽¹¹⁾そして、債務者が、その債務の履行にあたり、契約によつて求められる注意を払っていたにもかかわらず、

当事者が望んだ結果が達成されなかった場合には、その債務の履行は、契約によって乗り越えるべきとされる障害以上の障害、つまり、不可抗力事象に衝突したといえることとされ、契約上債務者に課された注意と不可抗力とは、「絶対的な相関関係 (correlation absolute)」にあるとされる。⁸⁶⁾

それゆえ、タンクによれば、結局、不可抗力の証明と債務者が契約によって課された注意を尽くしていたことの証明とは、いずれも、契約上のフォートが存在しないことの立証を目的とするものであることとなる。前者は、結果の達成を妨げた具体的事象の証明であり、後者は、債務者によって、通常であれば結果へと導かれるべき行為がなされていたこと、換言すれば、結果不実現の障害を遠ざけるために通常必要な注意が尽くされていたことの証明である。⁸⁸⁾

以上のような理由から、タンクは、債務者が不可抗力を証明した場合に免責されるのは、不可抗力が認められれば、契約上のフォートの不存在が証明されるからだと言張している。そうすると、タンクのいうところの、契約上のフォートの内容も、不可抗力も、契約によって債務者に課されていた注意義務の程度如何によって、変化可能な概念であることとなる。結局、タンクは、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのは、債務者が当該事象を乗り越えるために必要な注意義務を、契約によって課されていなかったからだと考えているともいえよう。

三 タンクのような見解を前提とした場合、不可抗力に関する伝統的な三要件は維持し得なくなる。⁸⁶⁾ それというのも、不可抗力が予見不能かつ抵抗不能という性質を有するとすれば、債務者には、予見不能であつて、全く乗り越えられないようなもの以外の障害はすべて乗り越えるべきであるという極めて高度な注意義務が課されていることとなるが、そのように考えることは、債務者が契約によって負う債務は、当事者の意思によってその程度が変化し得るものであり、通常は善良な家父の注意であるとする民法典一一三七条に反するからである。⁸⁷⁾ タンクは、不可抗力が認められるか否かの判断にあたって、伝統的な三要件を基準とすることを否定し、債務者の履行を阻害した障害(事象)が

存する場合において、これが不可抗力を構成するか否かは、債務者が当該事象を予見し得たか、抵抗し得たかということによつてではなく、債務者が当該事象を乗り越えるべきであつたか否かということから、判断されるべきであると結論する。⁽⁸⁸⁾

このようなタンクの見解は、彼が、契約責任の基礎がフォートにあると主張し、かつ、結果債務・手段債務区分論を実体法上意義あるものとしては認めないでいることからの帰結であると考えられる。すなわち、タンクのように、契約責任の基礎がフォートにあるとしつつ、結果の実現そのものを債務の内容として認めないとすれば、債務者に行爲義務違反がなくフォートが認められない場合には、契約責任はその根拠を失い、債務者が免責されるべきこととなる。これに対し、結果債務の不履行があつた場合の債務者の免責可能性を不可抗力が認められる場合に限定し、かつ、不可抗力の要件は伝統的な三要件、つまり、外部性、予見不能性、抵抗不能性であると考えた場合には、債務者にフォートがないというだけでは、不可抗力が認められない限り、その免責は認められないという結論に至る。これらの帰結の間に重大な矛盾が存在することは明らかである。このような矛盾を回避するための方策としては、債務者に平均的な注意義務のみを課して不可抗力の要件を緩和するか、債務者の注意義務の程度を引き上げて、全く抵抗できないような障害以外は乗り越えなければならぬと考えるか、という二つの方策が考えられる訳であるが、タンクは、このうちの前者の方策をとり、不可抗力の要件について伝統的な三要件を採用せず、不可抗力がフォートの不存在を裏側から見たものと位置づけたのである。⁽⁸⁹⁾

第五款 ボリス・スタルクの見解

- 一 マゾーヤタンクが契約責任の基礎をフォートに求めているのに対し、これを明確に批判する見解が存する。ボリス・

契約責任における不可抗力の位置づけ

スタルクの見解である。スタルクは、契約責任に関して、保障理論を展開しているが、これは、前述した、不法行為責任と契約責任に関する二元説の理解に近似する見解だといえることができる。⁹⁰⁾

スタルクの考察するところによれば、古くは、人間の意思だけでは、債務の発生源として不十分であると考えられ、超越的真実 (verité transcendante) が必要とされてきたし、ドマの時代にあっても、約束 (engagement) の拘束力が認められていたとはいいながらも、その当時、契約の多くは誓約を伴うものであり、契約の不履行は宗教上の罪でもあった。しかし、一八世紀から一九世紀にかけて、意思主義 (autonomie de la volonté) の理論が開花し、「適法に形成された合意 (convention) は、それを行った者に対しては、法律に代わる」(一一三四条一項) という、合意原則 (PACTA SUNT SERVANDA) が確立された。ここから、契約上の債務の存在や内容を確定するにあたっては、合意を解釈して当事者意思を探求すれば足りると考えられ、さらに、上記債務の存在と内容が確定すれば、あとはその実現の確保が問題となるのみであって、その際に契約外の正当化根拠は必要ないとの見解が導かれるに至った。合意を根拠とする契約保障理論である。ところが、その後、合意原則では (契約責任の基礎として) 不十分であるとする見解が登場し、通説は契約責任の分野にフォートの概念を持ち込むようとしている。⁹¹⁾

これに対し、スタルクは、契約責任の分野にフォートを持ち込むことは無用であって有害でしかないと主張し、契約保障理論への回帰を提案する。具体的には、債務と責任との峻別を否定し、契約責任は、強制履行と同様、契約から生じる債務の不履行があった場合に、債権者に与えられる救済手段にすぎないとする。そして、契約の拘束力の根拠は当事者の意思にあり、フォートとは無関係のものであるから、契約責任もフォートを基礎とするのではなく、契約責任は、契約によって債権者が得るべき利益の保障手段だとするのである。⁹²⁾

二一 スタルクは、不可抗力が認められたときには因果関係が排斥されるとしている。⁹³⁾ しかしながら、不可抗力が認めら

れたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題に関する彼の理解は、マゾーやラルーメの見解とは相当異なっているように思われる。以下では、スタルクの見解について詳述する。

スタルクによれば、債務の不履行を生じさせる事象としては、①債務者のフォートないし故意 (dol)、②フォートないし故意 (dol) ではない債務者の所為、③不明の原因、④不可抗力ないし偶然事が考えられる⁹⁴。そして、債権者がこれらの事象の全てに対して保護されているのか、つまり債権者の利益は完全に保障されているのか、それとも、そのいずれかのみが制限的に保障されているにとどまるのかという問題が提起される。そして、スタルクは、通説は、債権者の保護を、①債務者のフォートないし故意が不履行を生じさせた場合に限定していると指摘し、これに対して批判を加える。すなわち、債務者は、合意原則に則り、その約束の限り、債権者の利益を保障しなければならないはずであって、債権者がどの範囲について保障されているのかは、約束 (promessa) の範囲によって決せられるべきだとする。そして、その約束の範囲は個々の契約によって様々であるから、債務者は、債務の内容、つまり、保障の範囲によって、フォートの不存在を証明すれば免責される場合もあれば、不可抗力を証明しない限り免責されない場合もあるとする⁹⁵。そうすると、結局、債務者が不可抗力を証明することによってしか免責されないのは、契約による保障の範囲が、①債務不履行の原因が、債務者のフォートないし故意であった場合にとどまらず、②その原因が債務者のフォートないし故意であった場合や、③原因不明の場合をも含むからだと説明されることとなる。

以上からすれば、スタルクは、不可抗力が認められたときには因果関係が排斥されるとしているが、そのことによって契約責任からの債務者の免責が当然に正当化されるわけではなく、問題となつている契約における保障の範囲が、不履行が不可抗力によって生じた場合を含まないと解される場合にはじめて、債務者が不可抗力を証明した場合に免責されることが正当化されるのである。結局、スタルクの見解の本質は、債務者が不可抗力を証明した場合に免

責されるのは、債権者が不可抗力によって債務不履行が生じた場合までは保障されていなかったからだという点にあるといえるのではないか。

第三節 検討と評価

以上の各見解を眺めてみると、まず、契約責任の成立要件との関係で、不可抗力をいかに位置づけるかという観点からみたときには、二つの異なる理解があり得ることがわかる。具体的には、タンクは、不可抗力が排斥するのは契約上のフォートだとしているが、その他の見解は、不可抗力が（直接的に）排斥するのは因果関係だとしている。

また、不可抗力によって排斥される契約責任の成立要件は何かという問題について、結論を同じくする見解であつても、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという観点からみたときには、必ずしも同様の説明をしているわけではないこともわかる。具体的には、マゾー、ラルーメおよびスタルクは、いずれも、不可抗力によって因果関係が排斥されるとしているが、そのことのみから不可抗力による免責を説明しているのはラルーメのみであり、その他の見解は、別の説明を付加している。

これらの見解間の相違は、何に起因しているのだろうか。本節では、結果債務における場合と手段債務における場合とに分けて、各見解の対立点を探ることを試みたい。なお、ここにいう結果債務とは、結果の実現そのものを内容とする債務を指し、手段債務とは、結果の実現に向けて注意義務を尽くすことを内容とする債務を指すものとする。

第一款 結果債務における不可抗力

一 前節において紹介した見解のうち、タンクは、そもそも、結果債務・手段債務区分論を実体法上意義あるものとし

ては認めていない。タンクによれば、債務の内容は、常に債務者が一定の注意義務を尽くすことであって、結果の実現そのものが債務の内容になることはないのである。したがって、タンクの見解において、結果債務における不可抗力の位置づけが問題となることはない。

これに対して、マゾー、ラルーメ、スタルクは、いずれも、結果債務・手段債務区分論に実体法上の意義を認めている。つまり、これらの見解によれば、結果債務における債務の内容は、結果の実現そのものである。それでは、これらの見解は、結果債務において、不可抗力をどのように位置づけているのか。

マゾー、ラルーメ、スタルクは、いずれも、結果債務における不可抗力を、(直接的には)因果関係を排斥するものとして位置づけている。そして、いずれの見解によっても、結果債務において、不可抗力によって排斥される因果関係の始点は債務者の所為であり、その終点は結果不実現となろう。そして、結果債務において、結果不実現は債務不履行を構成すると考えられるところ、結局、結果債務の不履行があつた場合に、不可抗力によって排斥される因果関係は、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係だということとなるものと考えられる。このような、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係は、結果の実現そのものを債務の内容として認めたことよって、顕在化したものと考えられる。すなわち、債務の内容が行為義務にとどまると考える場合には、債務者の行為義務違反が構成するところの債務不履行が、債務者の所為と無関係に生じるという事態は、およそ考えられない。それゆえ、このような場合には、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係というものは、そもそも想定し難い。これに対し、結果の実現そのものが債務の内容となることを認めた場合には、結果の不実現すなわち債務不履行は必ずしも債務者の所為から生じたものに限られないこととなる。ここに、債務者の所為と債務不履行とが乖離し、それゆえ、これらの間の因果関係が顕在化するのである。

また、そうであるとすれば、ここで扱われているのは、結果債務において、結果不実現つまり債務不履行があった場合に、債務者に対して、直ちに、つまり、それが債務者の所為とは無関係に生じたものであったとしても、そこから生じた損害を賠償すべき義務（契約責任）を、直ちに負わせて良いのか、それとも、債務者の所為と結果不実現との間に関連性がない場合には、債務者に契約責任を負わせるべきではないのか、という問題であるように思われる。そして、不可抗力によって、債務者の所為と債務不履行との間の因果関係が排斥されると考えることは、結果債務の不履行が債務者の所為ではなく不可抗力によって生じたものである場合には債務者の免責を認めるということであつて、後者の立場、つまり、債務者の所為と債務不履行との間に関連性がない場合には、債務者に契約責任を負わせるべきではないという立場を前提とするものであると考えられる。なお、これに対し、ラルーメのいう保障債務の場合には、上記のような意味での不可抗力による免責も認められないとされているところ、このような類型においては、前者の立場、つまり、債務不履行が債務者の所為とは無関係に生じた場合であっても、債務者に契約責任を負わせるべきだという立場が前提とされているといえよう。

二 マゾー、ラルーメ、およびスタルクは、いずれも、結果債務における不可抗力を、（直接的には）因果関係を排斥するものとして位置づけているが、不可抗力による免責をどのように説明するのかという点では、相違が存するよう思われる。すなわち、不可抗力による免責について説明するに際し、マゾーは、不可抗力が債務者の所為と債務不履行との間の因果関係を排斥する結果、債務者のフォートが排斥されるからだと主張している。これに対し、ラルーメは、不可抗力が因果関係を排斥すること自体から不可抗力による免責を説明しているものと思われる。また、スタルクが、債権者が不可抗力によって債務不履行が生じた場合までは保障されていなかったことを不可抗力による免責の理由としていることは、上述のとおりである。

このような相違は、それぞれの見解における、契約責任の基礎に関する理解を反映したものであるように思われる。以下、詳述する。

まず、マゾーによれば、契約責任の基礎はあくまでフォートに求められるから、結果債務においても、契約上のフォートの有無が契約責任の成否を決するものであるべきこととなる。マゾーが、不可抗力が認められた場合に、（間接的にであつても）フォートが排斥されるという結論を維持しているのは、このためであるように思われる。言い換えれば、マゾーは、不可抗力によつて排斥される因果関係の終点を債務不履行とし、このような因果関係を契約上のフォートの中に取り込むことによつて、不可抗力が認められた場合に因果関係が排斥される結果、契約上のフォートも排斥されるといふ結論を導くことで、フォートが契約責任の基礎であり、それが欠ければ契約責任は成立しないといふフォート責任主義を維持しようとしているものと考えられる。

次に、ラルーメは、結果債務の場合には、契約責任の成立要件として、フォートを要求していない。このような立場は、契約責任の基礎を必ずしもフォートには求めないものと評価できるものと思われ、そうであるとすれば、契約責任の成否を決するものが契約上のフォートである必要はなくなる。そして、ラルーメが、民事責任の本質的要件は因果関係だと考えていることからすれば、契約責任の成否を決するものは因果関係だと考えることは充分可能であり、彼が不可抗力によつて因果関係が排斥されること自体から不可抗力による免責を説明していることは、そのような考え方の帰結であるともいえるのではないか。

最後に、スタルクは、通説が債務と責任とを峻別している点を批判し、契約によつて直接約束された現実の履行も、不履行があつた場合に法を媒介として生じる損害賠償も、いずれも、当事者の意思を根拠とするものであるとする。さらには、契約責任は単なる救済手段にすぎず、契約による約束の強制力を実現するためのものであつて、旧来の債

務が損害賠償に変形しているものともいえるとしている。⁽⁹⁶⁾このような考え方を前提とすれば、契約責任の成否は、契約による約束、つまり債権債務の内容次第で、左右されることとなる。⁽⁹⁷⁾スタルクが、不可抗力が認められる場合に債務者が免責される理由として、不可抗力によって債務不履行が生じた場合までは債務者の利益が保障されていないことを挙げているのは、このような理解を反映したものであるといえよう。

第二款 手段債務における不可抗力

一 既に指摘したように、マゾーは、不可抗力によって排斥されるのは債務者の所為と債務不履行との間の因果関係だと考えており、手段債務においては、かかる因果関係について論じる実益に乏しいとしている。また、スタルクによれば、手段債務においては、債権者の保護は、債務者のフォートないし故意が不履行を生じさせた場合に限定されることとなる。したがって、これらの見解においては、手段債務の場合に、不可抗力が問題となることは、事実上ないものと思われる。

これに対して、タンクやラルーメは、手段債務においても不可抗力が問題となる余地を認めている。まず、タンクによれば、彼のいう「結果債務」の場合には、債務者が、契約上のフォートの存在を否定するために、不可抗力を立証することとなる。そして、不可抗力と契約によって債務者に課された注意とは、「絶対的な相関関係」にあるとされ、不可抗力は、フォートを排斥するものとして位置づけられている。

他方、ラルーメによれば、手段債務においても、不可抗力は因果関係を排斥するものとして位置づけられる。ここにいる因果関係は、債務者の所為と結果不実現(ないし損害)との間の因果関係である。⁽⁹⁸⁾ラルーメは、結果債務の場合と手段債務の場合とで、不可抗力の位置づけに相違があるとは考えていないようであり、ただ、結果債務の場合は、

不可抗力によって排斥される因果関係の始点である債務者の所為はフォーティフでなくとも良いのに対し、手段債務の場合は、これはフォーティフでなければならぬという差があるにすぎない。したがって、手段債務の場合に、不可抗力によって排斥される因果関係は、債務者のフォートと結果不実現（ないし損害）との間の因果関係だということとなろう。さらに言えば、手段債務において、債務者のフォート（行為義務違反）と債務不履行とは同義であることとなろうから、結局、ここにいう因果関係は、債務不履行と結果不実現（ないし損害）との間の因果関係であるとも言い得る。

二 このようにしてみると、タンクとラルーメは、いずれも、手段債務において、不可抗力を問題としているけれども、不可抗力の位置づけ方には大きな相違があることがわかる。このような相違は、どこからくるのか。

ひとつには、このような相違は、それぞれの見解における、契約責任の基礎に関する理解の相違を反映しているものと考えられる。タンクは、契約責任の基礎をフォートに求めている。そのため、彼によれば、契約上のフォートの有無が契約責任の成否を決するものであることとなり、不可抗力が認められるということは、契約上のフォートの存在を意味するものでなければならない。タンクが、不可抗力を、契約上のフォートを排斥するものとして位置づけているのは、このためであろう。これに対し、ラルーメは、前述のとおり、契約責任の基礎を必ずしもフォートに求めず、契約責任を含む民事責任の本質的要件は因果関係であると考えていることから、不可抗力を、因果関係を排斥するものとして位置づけているのであろう。

三 ここで、一つの疑問が生じる。それは、ラルーメが、手段債務の場合に、不可抗力によって排斥されるとしているような因果関係、つまり、債務者のフォート（債務不履行）と結果不実現（ないし損害）との間の因果関係は、タンクの見解では問題とならないのだろうかという疑問である。

この点に関するタンクの理解は、必ずしも明確ではない。タンクが改訂作業を行った体系書においては、民事責任の成立要件として、フォートと損害との間の因果関係が要求されており、「民事責任の分野において、因果関係は、フォートとは別の要件を構成する」と述べられている。⁽⁹⁾ このような記述のみから判断すると、タンクは、債務者のフォートとは別に、債務者のフォートと結果不実現との間の因果関係を問題としているようにも思われる。しかし、同書では、「フォートと不可抗力は、結果債務において、債務者が当事者によって期待された結果を得られなかった場合の、二者択一的な選択肢である」、あるいは、「債務者は、すべきことをした場合には、免責されなければならない。不可抗力とは、債務者が彼に課された注意を尽くしていたにもかかわらず、目指された結果を得ることを阻害した事象につけられた名称である」とも述べられており、また、因果関係はフォートや損害から全く区別して理解されるべきではないとされている。⁽¹⁰⁾ これらの記述に加え、上述のように、タンクが、契約上の債務の内容について、債務者が結果を実現するために乗り越えるべき障害を乗り越えることであり、契約によって乗り越えるべきとされた以上の障害が不可抗力事象であるとしていることを考え合わせると、タンクは、少なくとも彼のいう「結果債務」の場合には、結果の不実現があったことを前提として、それを阻害した障害を乗り越えるべき注意義務が債務者に課されていたか否かによって、不可抗力の成否、つまり、債務者のフォートの有無を判断しているというべきではあるまいか。このとき、仮に債務者が注意義務を尽くしていたとすれば結果の不実現を阻害した事象を乗り越えることが可能であったこと、つまり、フォートがなければ結果が実現できたであろうことは、債務者に注意義務を認める当然の前提となっているものと思われる。そうであるとすれば、このような場合には、債務者のフォートとは別に、フォートと結果不現実との間の因果関係の有無が問題となる余地はないこととなる。⁽¹¹⁾

これに対し、ラルーメは、手段債務における債務不履行の有無の問題と、債務不履行と結果不現実との間の因果関

係の存否の問題とを、厳然と區別している。そして、手段債務の場合に、債務者が不可抗力を証明するということは、そのフォートが債権者の被った損害の原因となっていないことを証明することであるとし、その例として、医師が患者に對して、術式に従った手術を施していなかったとしても、そのようなフォートと無關係に生じた心臓停止によつて手術中に当該患者が死亡した場合を挙げている。そして、このような場合に、この医師が責任を負わないのは、彼に彼にフォートがなかったとしても、その患者は心臓停止によつて死亡したのであるからだとされる⁽¹⁰⁾。

このような結論の相違は、手段債務において、契約上のフォートの有無を判断する際に、具体的な結果不實現を前提としてこれを回避すべきだったか否か（結果の實現を妨げた障害を乗り越えるべきだったか否か）という判断構造をとるのか、契約の履行過程において、その当時の状況に照らして、債務者がとるべきであつた行為態様と實際の行為態様との間に齟齬があるか否かという判断構造をとるのかという問題についての考え方の相違に起因するのではないか。タンクは、少なくとも彼のいう「結果債務」に関しては、前者のような判断構造をとり、ルールメは後者のような判断構造をとっているように思われる。

第四章 結びにかえて

本稿では、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題について、契約責任の成立要件や帰責根拠との關係を念頭において、考察してきた。本章では、これをふまえて、我が国において、いまだ議論が尽くされていないと思われる点を指摘し、また、今後に残された課題を明らかにすることで、結びにかえたい。

一 前章において検討したところによれば、結果債務・手段債務区分論を実体法上意義あるものとして認めた場合、結

果債務においては、債務者の所為と債務不履行とが乖離し、これらの間に因果関係が観念され得ること、不可抗力はかかる因果関係を排斥するものとして位置づけられていることが判明した。そして、不可抗力が債務者の所為と債務不履行との間の因果関係を排斥するという考え方は、結果債務を認めた場合に、債務者の所為と債務不履行との関連性が全くなくとも契約責任を生じさせて良いのか、それとも、債務者の所為と債務不履行との間に一定の関連性がなければ契約責任は生じないのか、という問題について、後者の理解にたつものといえることを指摘した。

このような、契約責任を生じさせるために、債務者の所為と債務不履行との間の関連性が必要か否かという問題は、我が国において、結果債務を認める立場においても、ほとんど、意識されていないのではないかと思われる。例えば、潮見教授は、一方で、結果実現保証が帰責原理となる債務類型においては、「債権関係に入った当事者（債務者）は、当該債権関係の中で、債権者にとって獲得が期待されている利益、すなわち給付利益の実現それ自体をみずからが担保（保証）することを引き受けている」と主張しており、¹⁰⁵債務者の所為と債務不履行との間の関連性を不要としているようにも思われる。同教授が、免責事由たる不可抗力は、「およそ債務者の行為可能性（したがって合理人の注意義務）を前提としない結果実現保証を前提とし、結果不実現を理由とする損害賠償責任からの解放事由としての意義を有するものであるから、履行過程において債務者としてどこまで合理的な注意を尽くして行動すべきであったかという観点から問題となる事象の支配・回避（克服）可能性を吟味するのは適当でない」として、¹⁰⁶これを狭く解そうとしていることもその現れなのかもしれない。しかしながら、同教授は、他方で、不可抗力による免責を、「契約類型上の危険分配あるいは特別に約定された危険分配の枠を超えた障害」だと説明している。¹⁰⁷このような説明は、保証された事態が発生しなかったことの原因が何であるかを問題とし、その原因となった危険が当事者のいずれに分配されていたのかによって、債務者に責任を負わせるか否かを決しようとする態度を前提とするものと考えられる。このよ

うな態度をとるのであれば、危険分配の方法如何によつては、債務者の所為と債務不履行との間に一定の関連性がなければ契約責任は生じないという理解にたつことも可能となるようにも思われる。

これに対し、北川教授による、不可抗力が認められたときには、違法性がなくなるために、債務者が免責され得るという主張の中には、契約責任を生じさせるために、債務者の所為と債務不履行との間の関連性が必要か否かという視点をみることができるよう思われる。北川教授は、前述のとおり、違法性二段階論を主張し、法的に重要な違法状態は二種類あるが、その一方は事故不履行責任であつて、事由の如何を問わず給付義務が履行されていないというだけで違法性が肯定される場合であり、他方は、「債務者の行為（意思）により債務の不履行が発生している場合」であつて、債務者の行為により給付義務が履行されていない場合に違法性が肯定される場合であるとする。そして、同教授によれば、後者は、さらに、「債務の不履行に対し、債務者の責に帰すべき事由（有責性）がないにもかかわらず、債務不履行責任が発生する無過失不履行責任の場合と、有責性を要件とする過失不法行為責任の場合とに區別しうる⁽¹⁰⁾」。不可抗力によつて違法性が排斥され得るのは、事故不履行責任以外の場合であり、この場合には、「その不履行事実が債務者の行為……に關係のない原因により発生していること（天災地変や第三者の行為）を……主張・立証すれば、違法性はないことになる⁽¹¹⁾」。以上を要するに、北川教授のいう過失不履行責任は、契約責任の成立要件として、不履行事実があることに加え、当該不履行事実が債務者の行為によつて生じたこと（違法性）、および、債務の履行に向けた具体的行為義務への違反があつたこと（有責性）が必要な類型であるのに対し、無過失不履行責任は、契約責任の成立要件として、有責性は不要であるが、当該不履行事実が債務者の行為によつて生じたこと（違法性）が必要な類型である。また、事故不履行責任は、不履行事実があれば、それだけで契約責任が生じる類型であるといえよう。このような分類の仕方は、ルールメによる手段債務、結果債務、保障債務の区分と類似するものであるよう

に思われる。ラルーメによれば、手段債務の場合には、契約責任の成立要件として、フォートが必要であり、また、これとは別に、フォートと結果不実現との間の因果関係、つまり、結果不実現が債務者のフォートイフな所為によって生じたことも必要であるのに対し、結果債務の場合には、契約責任の成立要件として、フォートは必要ないが、債務者の所為と結果不実現との間の因果関係、つまり、結果不実現が債務者の所為によって生じたことは必要である。また、保障債務の場合には、結果不実現があれば、それだけで損害賠償義務が生じることとなる。北川教授とラルーメの債務類型を比較してみると、過失不履行責任は手段債務の場合に、無過失不履行責任は結果債務の場合に、事故不履行責任は保障債務の場合に、それぞれ対応するものではないか。このように考えると、北川教授は、因果関係という概念を用いてはいないが、違法性という概念によって、債務者の所為と債務不履行との間の関連性を問題とし、事故不履行責任以外の場合には、無過失責任であっても、債務者の所為と債務不履行との間の関連性がなければ契約責任は生じないと解しているものと評価することが可能であろう。

二 また、前章における検討によって、不可抗力による免責をどのように説明するのかについては、契約責任の基礎に關する理解が反映していることも判明した。

このような観点から、我が国における議論をみたとき、森田教授が、不可抗力が認められた場合に債務者が免責されるのは、債務の「内容・射程が不可抗力を克服してまでも結果を実現するところまで及んでいない」からだとしている点は、注目される。森田教授のいう「債務の内容・射程」は、契約解釈によって決せられるものと解されるところ、このような見解は、契約責任の成否を、契約において約束された内容如何によって決しようとする立場、つまり、スタルクやタンクのように、債務と責任とを峻別することを否定する立場につながり得るものとも考えられるのではないか。

債務と責任とを峻別することの当否は、契約責任の基礎を何に求めるかという問題や、契約責任の機能を、弁済（契約利益の実現）とみるのか、賠償（損害の填補）とみるのかという問題など、契約責任概念の根底に関わる問題と深く関係しているものと思われる。この点に関して、フランスでは、近時、契約責任概念そのものの当否を考え直すべくとする見解が登場したことを契機として、活発な議論が展開されている。民事責任に関するフランスの学説は、転換期にあると言われる所以である。¹¹⁵ この問題は、契約責任による損害賠償の範囲についてどのように解釈するのかといった諸問題にも派生していくことが容易に予想されるところであり、今後も学説の動向を注視していきたい。

三 さらに、前章での検討において、手段債務の場合に、債務者のフォート（債務不履行）と結果不実現との間の因果関係が、フォートとは別に問題となるのだろうかという疑問が生じた。そして、このような疑問は、契約上のフォートの有無について、どのような判断構造を採用するのかという問題と関連しているのではないかと思われた。

このような観点から、我が国における議論をみたとき、次のような仮説をたてることが可能なのではないか。すなわち、伝統的通説のように、帰責事由は債務者の過失であるとし、かつ、過失とは債務不履行事実という違法な結果の予見・回避義務違反であると解した場合には、既に発生してしまった債務不履行事実という結果を前提として、その具体的な結果について、予見・回避義務があつたか否かを、事後的に判断することとなるのではないか。そうであるとすれば、債務者に債務不履行事実を予見・回避する義務への違反があつたにもかかわらず、債務者の過失と債務不履行事実との間の因果関係が認められないという事態は、債務者に、債務不履行事実を回避する可能性はあつたが、これを回避する蓋然性はなかつた場合のような、ごく限られた事例でしか考えられないのではないか。これに対して、北川教授や前田教授のように、帰責事由たる債務者の過失を、具体的行為義務違反ないし附随義務違反と解した場合には、これらの義務の内容は事前に契約によって定まっております、そこから導かれる行為規範と債務者の現実の行為と

の間に齟齬があれば過失が肯定されると考える余地が生まれる。このように考えたときには、債務者に過失はあったけれども、その過失と債務不履行事実との間の因果関係が認められないということが想定できるように思われる。この点に関し、前田教授が、「帰責事由と債務不履行（という結果）の間には、『因リテ』という『因果関係』が存することが要求されており、過失の前提たる注意（行為）義務の違反があっても、他の事由に因って債務不履行結果が発生すれば、『帰責事由』と債務不履行の間の『因果関係』は不存在で免責され」と指摘していることが注目される。¹⁴⁾

また、同様の観点から、我が国の近時の裁判例を眺めてみたとき、前記東京地方裁判所平成一一年六月二二日判決が、「過失が認められるためには、結果発生を予見することができ、それを予見すべきであり、結果の回避ができ、回避すべきであったことが必要である」とした上で、倉庫業者は「本件火災について、本件大震災規模の地震を予見することはできなかったから、……過失があるものということはできない」と判示しているのに対して、前記津地方裁判所平成一七年八月四日判決が、補助参加人にポンプ場運転管理業務委託契約について善管注意義務違反の過失があったことを前提としつつ、豪雨による洪水が「不可抗力によるものであった」として、それゆえに、「補助参加人……善管注意義務違反の事実と、……川が溢水して、……市が本件支出を行った事実との間に因果関係を認めることはできない」と判示している点も注目される。

もつとも、上記のような仮説の当否についての検証を行うためには、本稿における考察はあまりに不十分である。契約責任における過失の判断構造を明らかにすることは本稿の目的ではなく、ここでは疑問点を指摘するに止めざるを得ない。

四 本稿は、不可抗力が認められたときに債務者が免責されるのはなぜかという問題に関する、フランスにおける議論の一端を紹介・分析することによって、不可抗力を契約責任の成立要件との関係でいかに位置づけるべきかについて

のいくつかの可能性を示し、また、契約責任の帰責根拠や成立要件について考察するにあたり、念頭に置いておくべき諸問題の一部を指摘することができたとすぎない。そもそも、契約責任における不可抗力の意義や要件をどのように解すべきかについては未検討であり、また、不可抗力を契約責任の成立要件との関係でどのように位置づけるべきか、ひいては、契約責任の帰責根拠や成立要件についていかに解するべきかについて、何らかの結論に至るまでには、なお、解決すべき課題が多い。今後は、これら未検討の課題について、さらに研究を進めていきたい。

(1) 一方で、医療契約等の一定の類型において、債務不履行と債務者の過失とが同化する可能性が指摘され(中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」『根孝』Ⅱ有泉亭編『現代損害賠償法講座』四七一頁以下(日本評論社、一九七四年)『過失の推認』弘文堂、一九七八年)所収、九一頁以下)以降、このような問題意識がもたれているところである。他方では、債務者が無過失を立証しても免責されない責任類型を認めることが提唱されている(後述する)。このような考え方にたつた場合、債務不履行があつたときになお債務者が免責される可能性があるとすれば、それは、不可抗力が認められる場合に限られるのではないか。

また、この点に関し、「フランス式に『債務不履行』と『過失(フォート)』との一元化をはか」ることを提案し、そうしたときには「非帰責事由は本来の姿に戻り『不可抗力等』に解消できるのではないか」とする見解も主張されているところである(吉田邦彦「債権の各種——『帰責事由』論の再検討——」『星野英一編集代表』『民法講座別巻』二四八頁(有斐閣、一九九〇年)『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣、二〇〇三年)所収、一頁以下)。

なお、内田貴ほか「債権法の改正に向けて(下)——民法改正委員会の議論の現状」ジュリスト一三〇八号一三六頁、一三七頁(窪田発言)(二〇〇六年)では、「債務不履行+不可抗力その他の免責事由」という枠組み」が示されている。

(2) 伊澤孝平「不可抗力の意義(一)(二・完)」『民商法雑誌』三卷三号四一七頁(一九三六年)、三卷四号六五七頁(一九三六年)など。英米法との比較的考察を行ったものとして、北川善太郎「不可抗力免責(上)(下)」——英米法を中心として——JCAジャーナル一九七四年一月号二頁、同年一月号二頁。

(3) 奥田昌道編『注釈民法(9)債権(1)』三九三・三九四頁(北川善太郎)(有斐閣、一九八七年)。

(4) これに対し、不可抗力は「人の統御力が及ばないから損害賠償責任の帰責を認めるのは酷だとして、免責事由とされるものを一般的に指

契約責任における不可抗力の位置づけ

すことばにすぎ」ず、「理論的な意味の」とほしい用語である」とする見解もあるが(加藤一郎「『不可抗力』について」法学教室一号五四頁(一九八〇年)〔民法ノート(上)〕(有斐閣、一九八四年)所収、一三七頁以下)。このような主張は、様々な責任分野における不可抗力を統一的・抽象的に論じようとするところからくるものであるといえよう。しかし、そもそも、帰責根拠や成立要件を異にする責任分野において、免責事由を統一的に理解することが不可能であるのはむしろ当然のことであって、そうであるからと言って、それぞれの責任分野における不可抗力の役割を解明する必要性が否定されるわけではないと思われる。

なお、加藤教授は、不可抗力に関しては、「過失責任原則の下では、不可抗力による免責の問題は、過失がない、または、因果関係がないという形で、不法行為の成立要件を欠くものとして処理されることになり、不可抗力という概念を持ち出す必要はない」とし、「無過失責任においては、不可抗力が免責事由または減責事由として意味をもつことになるが、不可抗力の内容は不明確であり、具体的にその内容・程度を検討する必要があることになる」としている(五四頁)。

- (5) フランス民法典一一四七条は、「債務者は、必要がある場合には、その者の側になんら悪意が存しない場合であっても、不履行がその者の責めに帰すことができない外在的事由 *cause étrangère* から生じたことを証明しないときはすべて、あるいは債務の不履行を理由として、あるいは履行の遅滞を理由として損害賠償の支払いを命じられる。」と規定し、この外在的事由を具体化するものとして、一一四八条は、「債務者が、不可抗力 *force majeure* 又は偶然事 *cas fortuit* の結果として、債務を負ったものを与え、若しくは行うことを妨げられ、又は禁じられたことを行ったときは、いかなる損害賠償も生じない。」と規定している。なお、本稿におけるフランス民法典の条文訳については、特に断らない限り、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——物権・債権関係——』(法曹会、一九八二年)に拠ることとする。

- (6) 北川・前掲注(3) 三一八頁、吉田・前掲注(1) 五頁以下、中田裕康「民法四一五条・四一六条(債務不履行による損害賠償)」(広中俊雄)『星野英一編』『民法典の百年Ⅲ』一頁以下(有斐閣、一九九八年)。ただし、日本民法四一五条は、フランス民法の系譜をひくものではなく、むしろスイス債務法の積極的な摂取がなされているばかりか、いくつかの国々の立法例の影響を受けているので、日本独自ものと評価できるとする見解もある(石崎泰雄「債務不履行法体系の基本構造——履行遅滞・履行不能・不完全履行の三分体系の検討——」早稲田大学院法研論集五一号七頁(一九八九年))。

- (7) ただし、この違法性は、一般的には、留置権や同時履行の抗弁権といった、債務の不履行を正当化する事由が存在しないという形で現れるとされる。

- (8) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』九九頁以下(岩波書店、一九六四年)、於保不二雄『債権総論(新版)』八九頁以下(有斐閣、

一九七二年)など。

- (9) 我妻・前掲注(8) 一四五頁、於保・前掲注(8) 九三頁など。
- (10) 於保・前掲注(8) 九三頁、奥田昌道「債権総論(増補版)」一四〇頁(悠々社、一九九二年)など。多数説であるといわれる。
- (11) 伊沢孝平「不可抗力と民事責任」関西大学法学会編『木村教授在職三十年記念論文集』一八五頁(関西大学人文科学研究所、一九六〇年)など。有力説であるといわれる。
- (12) 於保博士は、厳格な意味での不可抗力を「異常の事変または最高度の事変であつて、ローマ法以来、債務者に無過失責任をおわせる場合に、その免責事由として認められてきたものである」とする(於保・前掲注(8) 九六頁、奥田・前掲注(10) 一二五頁も参照)。
- (13) 北川善太郎「債務不履行における有責性」法学論叢一一八巻四・五六号一二二頁(一九八六年)。北川教授が、これら具体的行為義務について、その懈怠によって直ちに損害賠償責任を生じさせるものではないと考えていることには注意を要する。つまり、ここにはいう具体的行為義務は、給付義務や安全・保護義務といった法的義務とは異なり、訴求可能性がないとされている(同頁)。
- (14) 前田達明「債務不履行責任の構造」判例タイムズ六〇七号二頁(一九八六年)、『民法隨筆(成文堂、一九八九年)所収、一二七頁以下)。前田教授も、北川教授同様、附随義務は、原則として訴求することはできないとする。ただ、それが法規や契約によって履行義務に高められた場合があることを認めて、その場合には、さらにその履行義務を守るための附随義務が存在し、その違反が過失となるとする(同頁)。
- (15) 同教授が、このように考える背景には、過失責任主義を帰責根拠とすることに對する次のような疑問がある。すなわち、過失を善管注意義務違反であるとし、その注意義務の基準を「標準人」のそれと考えた場合、「債務者個人がどれほど注意していても、その人の能力が劣っていて、彼の能力では債務不履行結果を予見ないし回避し得なかつたとしても、『標準人』ならできたという場合は免責され」ない。このように、契約責任が債務者の「意思」とは無関係に帰責されるとすれば、契約責任において「意思ドグマ」は妥当しないのではないかという疑問である(前田達明「口述 債権総論(第三版)」一三七頁(成文堂、一九九三年))。
- (16) 北川・前掲注(3) 三九五頁。
- (17) 北川・前掲注(3) 三九五・三九六頁。
- (18) 北川・前掲注(3) 三八四頁以下。なお、北川教授は、後者の場合を、さらに、「債務の不履行に對し、債務者の責に帰すべき事由(有責性)がないにもかかわらず、債務不履行責任が発生する無過失不履行責任の場合と、有責性を要件とする過失不履行責任の場合とに區別しうる」とする。

(19) 北川教授は、債務不履行事実と違法性とを別の要件であるとしつつ、両者間の密接なつながりを認め、「不履行類型への該当性があれば違法性の存在を一応推定されると解しよう」とする(北川・前掲注(3)三八六頁)。また、同教授は、違法性を規範的要件であるとし、違法性は不履行類型への該当事実と不履行原因事実とを総合的に判断してえられるところであるとして、不履行事実が債務者の行為と関係のない原因により発生していることを違法性の評価障害事実であるとする(三八七・三八八頁)。

(20) 北川・前掲注(3)三八八頁。なお、同教授は、事故不履行責任の場合は、債務不履行事実が主張・立証されれば原因事実の如何を問わずに違法性が認められるので、債務者は同時履行の抗弁権等の違法性阻却事由を抗弁として主張できるとし、また、無過失不履行責任の場合に、債務者の行為による違法状態が前提とされているのか否かについては争いのあり得るところであるとす。

(21) 北川・前掲注(3)四一三頁。

(22) 前田・前掲注(15)一五三・一五四頁。

(23) 前田・前掲注(15)一四四頁以下、一五四頁。

(24) 潮見佳男『債権総論(第二版)』I(二七〇・二七一・二八二頁(信山社、二〇〇三年)。結局、同教授によれば、債務者が契約により約束した債務内容から逸脱したことが債務不履行であることとなり、債務不履行があれば、不可抗力等のない限り、債務者は免責されない。もつとも、債務者が約束する債務内容には、結果実現保証と具体的行為義務とがあり、前者の場合は、債務者は無過失をもって抗弁となし得ず、不可抗力のない限り免責されないが、後者の場合は、債務者は無過失であれば(具体的行為義務違反がなければ)免責される(そもそも債務不履行がない)こととなる。

(25) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について——債務不履行における『帰責事由』鈴木祿弥先生古稀記念『民法法学の新展開』一五六頁(有斐閣、一九九三年)。「債務不履行責任の帰責構造(有斐閣、二〇〇二年)所収、一頁以下)。

(26) ここで、結果の実現そのものを債務の内容と考えることは、債権・債務観に関するパラダイム転換につながるものであり、従来の債権・債務についての考え方を根底から覆すことになり得るものであることに注意する必要がある。我が国では、伝統的に、債権の本質について、「特定の人をして特定の行為をなさせる権利である」とされてきた(我妻・前掲注(8)五頁、於保・掲注(8)五頁など)。これに対し、近時、債権関係について、債権者が債権関係を通じて獲得しようとする利益(債権者利益)を中心に、その実現を保障する体系として債権関係をとらえなおそうという動きが活発化している。結果の実現そのものを債務の内容とすることを認めることは、このような方向性と親和的なものといえよう。

- (27) 潮見・前掲注(24) 二七〇・二七一頁。
- (28) 潮見・前掲注(24) 二七八・二七九頁。もっとも、これに対しては、「たぶん潮見さんは不可抗力という言葉で、従来考えられていた不可抗力よりも、もう少し広いものを想定しておられるのではないかと思います」との指摘もなされている(内田貴ほか・前掲注(1) 一四八頁(内田発言))。
- (29) 森田・前掲注(25) 一五八・一五九頁。
- (30) 森田・前掲注(25) 一六三頁。森田教授による帰責事由の解釈に関しては、加藤雅信ほか「鼎談」瑕疵担保責任を語る」判例タイムズ 一一二二号 一三頁以下〔森田発言〕(二〇〇六年)も参照。
- (31) 森田・前掲注(25) 一五九頁。
- (32) 判例タイムズ一〇〇八号二八八頁。
- (33) 公刊物未搭載。LEXDBインターネットTKO法律情報データベース文献番号二八一〇二〇〇五。
- (34) フランスにおける契約責任の生成過程については、今野正規「フランス契約責任論の形成(1)(2) (三・完)」北大法学論集五四巻四号 一四一〇頁(二〇〇三年)、五四巻五号一八二四頁(二〇〇三年)、五四巻六号二四一四頁(二〇〇四年)に詳しい。
- (35) Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, 1884.
- (36) J. GRANDMOULIN, *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, 1892.
- (37) 「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すべて、過失(faute)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」(括弧内筆者)。
- (38) 古典的二元説、一元説、修正二元説の登場と議論の展開に関しては、平野裕之「一九世紀後半におけるフランス契約責任論の胎動——完全性利益の侵害と契約責任論——」法律論叢六〇巻四・五号六一五頁(一九八八年)、同「二〇世紀におけるフランス契約責任論の展開——完全性利益の侵害と契約責任論——」同六〇巻六号四五頁(一九八八年)を参照。
- (39) これに対し、不法行為責任に関しては、日本民法におけると同様、加害者のフォートが明文上、要件とされている。フランス民法典 一三八二条の規定内容については、前掲注(37)を参照。
- (40) 以上のような学説の展開について説明しているものとして、森田・前掲注(25) 一三二頁以下。
- (41) G. CORNU, *Vocabulaire juridique* 8^e éd., PUF, 2000.

契約責任における不可抗力の位置づけ

- (42) フランスにおける結果債務・手段債務区分論については、森田・前掲注(25)が詳細に紹介・分析している。
- (43) 外在的事由には、不可抗力のほか、債権者の所為 (*fait du créancier*) や、第三者の所為 (*fait d'un tiers*) も含まれるが、不可抗力の効果は全部免責であるのに対し、後二者の効果は一部免責にとどまると解されている。もともと、債権者の所為や第三者の所為も、不可抗力の要件をみたせば、不可抗力として、全部免責の効果を生じさせることに、注意を要する。
- (44) この「不可抗力」と「偶然事」とが同義であることについては、今日では、解釈上、異論のないところである。
- (45) これら要件は、不変のものであったわけではない。その生成過程に目を向けることは、有意義であるように思われるが、本稿の目的から外れるため、その検討は、今後の課題として、別稿に譲ることとした。
- (46) 前掲注(41)。
- (47) F. CHABAS, *Gaz. Pal.*, 1984, *doc.*, p. 109.
- (48) *Rép. Civ. Dalloz*, 1997, *Vrs Contrats et obligation, Responsabilité civile*, par F. CHABAS, nos 43, 58 et s.
- (49) *Rép. Civ. Dalloz*, *supra* note 48, n^{os} 12 et s.
- (50) *Rép. Civ. Dalloz*, *supra* note 48, n^o 27.
- (51) *Rép. Civ. Dalloz*, *supra* note 48, n^{os} 31 et s.
- (52) *Rép. Civ. Dalloz*, *supra* note 48, n^{os} 40 et s.
- (53) *Rép. Civ. Dalloz*, *supra* note 48, n^o 31.
- (54) 不予見理論とは、主として継続的契約において、偶発の事故または不可抗力とはいえない事情の変更によって、その履行が契約締結当時に債務者の予期したものよりはるかに負担になる場合に、その債務者に契約の解除、解約または改訂を要求する権利を認めるという理論であり、我が国でいう事情変更の原則に相当するものである。不予見理論に関しては、五十嵐清『契約と事情変更』三六頁以下（有斐閣、一九六九年）を参照。
- (55) H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, *RTD civ.* 1936, I, n^o 38.
- (56) この問題に関するベレンの見解の詳細については、H. MAZEAUD, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, *RTD civ.* 1929, 551. を参照。
- (57) H. MAZEAUD, *supra* note 55, n^{os} 56 et s.

なお、マゾーは、「結果債務 obligations de résultat」「手段債務 obligations de moyens」という用語を用いず、「確定債務 obligation déterminée」「熟慮・注意債務 obligation générale de prudence et diligence」という用語を用いるが、その意味するところは変わらない。

(58) H. MAZEAUD, *supra* note 55, n° 45 et s.

(59) H. L. et J. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, Tome II, 2^e éd., Montchrestien, 1962, n° 452.

(60) H. L. et J. MAZEAUD, *supra* note 59, n° 574.

(61) 結論としては、マゾーと同じく、不可抗力が認められたときに、フォートと因果関係の双方が排斥されるとする見解であっても、マゾーとは異なる考え方から、同様の帰結を導いている見解も存することに注意しなければならない。例えば、ジュヌヌヴィエーヴ・ヴィネーは、不可抗力は、「債務者が、損害の発生に際して、極めて付随的な役割しか果たしていない」と同時に、債務者の態度が何ら非難されるべきものではないこと」を示すものであるから、不可抗力は複数の要件（フォートと因果関係）に対して作用するとする。ヴィネーによれば、一方で、不可抗力事象の乗り越えがたいという性質は債務者の関与の消極性を意味するものであるから因果関係の問題に關係し、他方で、不可抗力の予見不能や抵抗不能性は、債務者がそれ以上上手く行動することが不可能であることを意味するものであるからフォートの問題に關係するものとなるであろう（G. VINEY, *Traité de droit civil*, Les obligations La responsabilité : conditions, L.G.D.J., 1982, n° 403.）。

(62) H. MAZEAUD, *supra* note 55, n°s 56 et s.; H. L. et J. MAZEAUD, *supra* note 59, n° 436.

(63) つまり、マゾーは、契約上のフォートの内容の一部として、当該債務不履行が債務者によってもたらされたものであることを要求しており、不可抗力が認められれば、当該契約違反は債務者によって引き起こされたものではなかったことになるため、債務者は免責されると考えているものと言える。すなわち、不可抗力は、契約上のフォートの内容としての債務者の所為と債務不履行との間の因果関係を排斥する事由であるとするのである。

(64) このことは、プラニオル・リペールが、マゾーの見解について、不可抗力による免責をフォートの排斥ではなく因果関係の排斥によって説明している指摘していることからわかる。プラニオル・リペールは、その上で、マゾーの見解は、通常想定されているような、不履行が損害の物質的原因になっているという意味での因果関係ではなく、その肯否の判断をするためには債務者の行為態様の評価を必要とする道德的因果関係（causalité morale）を認めるものであるとして「これに対する批判を展開している」（M. PLANIOL et G. RIPERT, *Droit civil français*, Tome VI, 2^e éd., L.G.D.J., 1952, n° 383.）。

(65) H. L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome II, 6^e éd., Montchrestien, 1970, n°

- (66) H. L. et J. MAZEAUD, *supra* note 59, n° 574.
- (67) 義務違反という客観的要素をもってフォートを一元的に規定しようとする立場と、その客観的要素のほかに主観的要素を加えて二元的にこれを説明しようとする立場に関しては、野田良之「フランス民法における *faute* の概念」我妻先生還暦記念「損害賠償責任の研究」上 一〇九頁（有斐閣、一九五七年）を参照。
- (68) C. LARROUMET, *Droit civil*, Tome III, *Les obligations, le contrat*, 5e éd., *Economica*, 2003, n° 607.
- (69) C. LARROUMET, *supra* note 68, n° 720.
- (70) C. LARROUMET, *supra* note 68, n° 610.
- (71) C. LARROUMET, *supra* note 68, n° 659.
- (72) C. LARROUMET, *supra* note 68, n° 720.
- (73) フォーティフ (*faufif*) とは、フォート (*faute*) の形容詞形である。これを、「違法な」、または「有責な」と訳することは、いずれも不正確であると思われる。ヤンバ、本稿では「当該形容詞 (*faufif*) が修飾する名詞がフォートを構成する」という意味で、「フォーティフな」という用語を用いることとする。
- (74) ラルメは、契約責任の成立要件としての因果関係については、債務者の所為と損害との間の因果関係を問題とし、結果債務の不履行があった場合に推定される因果関係は債務者の所為と債権者の被った損害との間の因果関係であると述べているが (C. LARROUMET, *supra* note 68, n° 659)、不可抗力の立証は、不可抗力事象が債務不履行 (債務不履行結果つまり結果不実現を指すものと思われる) の原因となっていたことを示すものとされ、また、結果債務において、債務不履行、つまり、債権者が満足を得られなかった事実を立証した場合には、その債務不履行は債務者の所為に帰責されることが推定されるところ (C. LARROUMET, *supra* note 68, n° 659)、ラルメが不可抗力によって排斥されるとしている因果関係は、正確には、債務者の所為と結果不実現との間の因果関係であると考えるのが妥当なのではないかと思われる。
- (75) H. MAZEAUD, *supra* note 59, n°s 43 et s.; H. L. et J. MAZEAUD, *supra* note 59, n°s 435 et s.
- (76) タンクは、マンローによる体系書の改訂作業に関わっているが、タンクによる改訂版においては、債務内容と責任の峻別の可否に関する部分は、マンローによる旧版を批判する形で論述されている (H. et L. MAZEAUD et A. TUNO, *Traité théorique et pratique de la responsabilité*

civile délictuelle et contractuelle, Tome I, 6^e éd., Montchrestien, 1965, n^{os} 662 et s.)^o

- (7) 本稿で紹介するタンクの見解は、基本的に「A. TUNIC, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, RTD civ. 1945, 235, 中々示されたものに依拠する」ととする。
- (78) A. TUNIC, supra note 77, n^o 1.
- (79) A. TUNIC, supra note 77, n^o 3.
- (80) この点に関するタンクの見解については「A. TUNIC, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, JCP 1945, I, 449, 参照。
- (81) A. TUNIC, supra note 77, n^o 3.
- (82) A. TUNIC, supra note 77, n^{os} 9 et 18.
- (83) A. TUNIC, supra note 77, n^o 5.
- (84) 結論としては、タンクと同じく、不可抗力が認められたときにはフォートが排斥されるとする見解であっても、タンクとは異なる考え方から、同様の帰結を導いている見解も存することに注意しなければならない。例えば、ブラニオール・リベールは、民法典一一四七条は、フォートを強く推定するものであるが、通常の推定であればフォートのないことが証明されれば、その推定が覆されるのに対し、かかる強い推定の場合には、損害の原因が不明である限り、債務者がその発生に何らの寄与もしていないのか否かが不明であるから覆されないとされている。かかる推定を覆すためには、債務者は、損害発生状況が全て明らかになった上で、債務者の行為態様に過誤がないことを証明しなければならないとするのである (M. PLANOL et G. RIPPERT, supra note 64, n^{os} 377 et s.)^o。
- (85) タンクは、マンゾーラによる体系書の改訂作業を行っているが、タンクによる改訂版における不可抗力の要件に関する論述は、旧版と異なることを明示して展開されている (H. et L. MAZEAUD et A. TUNIC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome II, 5^e éd., Montchrestien, 1958, n^{os} 1563 et s.)^o。
- (86) 同条一項の規定内容については、本文中で既に指摘したとおりである。同条二項は、「この義務は、一定の契約に関しては、拡大され、又は縮小される。この点については、契約の効果は、それらに関する章で説明される。」と規定している。
- (87) A. TUNIC, supra note 77, n^{os} 10 et s.
- (88) A. TUNIC, supra note 77, n^o 18.

契約責任における不可抗力の位置づけ

同志社法学 五八巻五号 四〇六（二〇八〇）

- (88) A. TUNQ, *supra* note 77, n°18.
(90) B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la Responsabilité Civile considérée en sa double fonction de Garantie et de Peine Privée*, L. Rodstein, 1947, p.271 et s.

なお、スタルクは、不法行為の分野においても保障理論を展開しているが（不法行為の分野におけるスタルクの保障理論については、淡路剛久「スタルク教授の民事責任論——『保障理論』を中心にして——」日仏法学一〇号一頁（一九七九年）を参照）、契約責任の分野における保障理論は、不法行為の分野におけるそれとは異なり、危険理論と対立するものではなく、かえって、契約の分野において、危険の負担を問題とすることは、保障という考え方を認めることにつながるのだとする。なぜならば、スタルクによれば、契約の分野においては、一方当事者の「利益（profit）」と、それに対応する他方当事者の「負担（charge）」とは、契約によって規律されており、契約から生じる危険は債務を引き受けることによって生じるものに限られるからである。

- (91) B. STARCK, *supra* note 90, p.271 et s.
(92) B. STARCK, *supra* note 90, p.290 et s.
(93) B. STARCK, *Droit civil: obligation, Librairies techniques*, 1972, n° 735.
(94) B. STARCK, *supra* note 90, p.275.
(95) B. STARCK, *supra* note 90, p.276 et s.
(96) B. STARCK, *supra* note 90, p.291 et s.
(97) これに対し、通説のように、債務と責任とを峻別した場合には、債務内容への違反があれば債務不履行が構成されることとなるが、それだけで契約責任が生じるわけではない。債務不履行があったことを前提に、契約責任の成立要件が充たされた場合に、当初の契約とは一応別の法律関係として、契約責任が生じることとなるのである。
(98) これに対し、上述のとおり、マゾーによれば、不可抗力によって排斥される因果関係の終点は、あくまで債務不履行である。マゾーのように、契約責任の基礎をフォートに求めたときには、契約上のフォートが認められない場合には、契約責任はその基礎を失うことになる結果、債務者は契約責任を負わないと解すべきこととなる。このような見解においては、フォートが契約責任の帰責の限界を画すべきこととなり、免責事由たる不可抗力は、常に、フォートの排斥につながらなければおかしい。そのため、マゾーのいう因果関係は、契約上のフォートの範囲内のもの、つまり、債務不履行を終点とするものでしかあり得ないこととなるのである。そうであるとすれば、このような因果

関係が顕在化するのとは結果債務の場合に限られる。手段債務の場合には、債務不履行は、債務者の行為義務違反によって構成されること、債務不履行が債務者の所為によって生じたものでないということは考えられないからである。

(99) H. et L. MAZEAUD et A. TUNIC, *supra* note 85, n° 1425 et s.

(100) H. et L. MAZEAUD et A. TUNIC, *supra* note 76, n° 664.

(101) H. et L. MAZEAUD et A. TUNIC, *supra* note 76, n° 667.

(102) H. et L. MAZEAUD et A. TUNIC, *supra* note 85, n° 1425, それゆえ、多くの場合、被告が「外来原因」を主張するということは、同時に、フォートと因果関係を否定するということなのだといふ。

(103) これに対し、タンクは、彼のいう「手段債務」の場合には、フォートとは別に、フォートと損害との間の因果関係が問題になるとし、ただし、そのような因果関係は、外来原因との関係で扱われるべきものではないとしている (H. et L. MAZEAUD et A. TUNIC, *supra* note 85, n° 1432)。そうすると、タンクは、「結果債務」の場合と、「手段債務」の場合とで、フォートの有無についての判断方法を違えているのかもしれない。

(104) C. LARROUMET, *supra* note 68, n° 720.

(105) 潮見・前掲注 (24) 二七五頁。

(106) 潮見・前掲注 (24) 二七八・二七九頁。

(107) もっとも、そもそも、保証責任において、保証された事態が発生していないにもかかわらず、債務者が免責される余地を一般的に認めることの当否は、問題とされなければならないようにも思われる。

(108) 潮見・前掲注 (24) 二七〇・二七一頁。このように考えるのであれば、任意に設定され得る危険分配の枠次第で、不可抗力概念が伸縮する可能性すらあるようにも思われる。ただし、そのような可能性を認めることと、保証責任という性質との整合性については問題があるのではないかとも思われる。

(109) 北川・前掲注 (3) 三八五頁。

(110) 北川・前掲注 (3) 三八八頁。

(111) フィリップ・レミイ教授に代表される見解である。Ph. REMY, *Critique du système français de responsabilité civile*, *Droit et cultures* 1996, 31; La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept, *RTD civ.* 1997, 323; Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et

契約責任における不可抗力の位置づけ

同志社法學 五八卷五号 四〇八（二〇八二）

intérêts en cas d'inexécution du contrat, in mélanges Pierre Couvrat, PUF, 2001, 121, 130 et seq. La « responsabilité contractuelle »: histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, 323 (où il est dit que, 邦語訳がある（フィリップ・レシイ〔平野裕之訳〕「契約責任」誤った観念の歴史」法学論叢 七四卷二二三号二七二頁（二〇〇一年））。

(112) E. SAVAUX, La fin de la responsabilité contractuelle, RTD civ. 1999, 1.

(113) いろいろな可能性について指摘するものとして、P. REMY-CORLAY, Exécution et réparation : deux concepts ?, RDC, Février 2005, 13, 43°。

(114) 前田・前掲注(15)一四八頁。

〔後記〕 本編脱稿後に、潮見佳男ほか「契約責任論の再構築」ジュリスト三二二八号八一頁（二〇〇六年）に接した。