HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランス契約責任論の形成（３・完）
Author(s)	今野, 正規; KONNO, Masanori
Citation	北大法学論集, 54(6), 402-346
Issue Date	2004-02-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15261
Type	departmental bulletin paper
File Information	54(6)_p402-346.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

フランス契約責任論の形成（３・完）

今　野　正　規

目　次

Ⅰ．序
Ⅱ．フランス契約責任論の形成
　第１節　序説
　第２節　フランス民法典の基本構造
　第３節　契約責任の変容と民事責任の形成　（以上、54巻４号）
　第４節　民事責任の確立　（以上、54巻５号）
　第５節　契約責任の衰退
　　１．判例・学説の迷走
　　(1)　結果債務と手段債務の区別の不明確性
　　(2)　安全債務の拡散とその不都合
　　(3)　看護債務の硬直とその不都合
　　２．契約責任の再構成
　　(1)　契約責任の問題点と再構成の可能性
　　(2)　契約責任の部分的排除
　　３．小括
Ⅲ．総括－日本法への示唆－
　　１．はじめに
　　２．フランス契約責任論の形成
　　(1)　契約責任の内在的・連続的展開
　　(2)　契約責任の外在的・非連続的展開
　　３．フランス契約責任論の解体
　　(1)　契約責任の不法行為責任的構成からの離脱

(2)　不法行為責任の契約責任的構成からの離脱
４．むすびにかえて　（以上、本号）

第５節　契約責任の衰退

これまでみてきたように、20世紀に入り判例・学説は、契約責任と不法行為責任という従来の区別を客観的責任（フランス民法1147条およびフランス民法1384条１項）と主観的責任（フランス民法1137条およびフランス民法1382条）という新たな区別へと置き換えていった。このようにして確立された民事責任の二分論は、Demogue による結果債務と手段債務という区別のもとに、契約責任の領域においても定着していった。その意味で、新しい区別を通して形成された契約責任は、契約責任という概念をもって表現するよりも、むしろ民事責任そのものであったと言うことができる。もっとも、この二分論について判例・学説は必ずしも一致して賛成していたわけではない。すなわち、判例は－学説による多くの提案にもかかわらず[245]－破毀院連合部1930年２月13日判決以降、「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条１項）の適用領域を一般化し続け、それによって反射的に主観的責任の領域を圧迫していったのであり、また二分論そのものに対して学説は－たとえ破毀院民事部1936年５月20日判決によって Demogue の区別の影響力が学説上増大したと評価できるとしても－その区別の基準および意義について紛糾していったのである。

このような状況は、必然的に判例・通説的見解に対する批判へとつながる。それでは、判例・通説的見解に対してなされた批判とは具体的にどのようなものであろうか。以下では、まずこれまでみてきた判例・通説的見解に対してなされている批判および今日の判例・学説の陥っている混乱の状況を概観し、その後に、その混乱に対して提示されている学説の議論を一瞥することにしたい[246]。

---

[245]「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条１項）に対する学説の批判については野田・前掲注（177）（一）224頁以下参照。

[246] 安全債務・看護債務を中心にした契約責任の混乱とそれに関する近時の議論については C. Bloch, *supra* note 168. が詳しい。

1．判例・学説の迷走

20世紀における学説は、契約責任を客観的責任（結果債務）と主観的責任（手段債務）の２つの側面から理解する。しかし、結果債務と手段債務という明確な区別は、一方でこの区別の基準およびその意義の曖昧さについて、他方でこの区別の曖昧さから派生的に導かれる帰結について非常に困難な問題をもたらしている。とりわけ後者の問題は、この区別の登場の契機となった領域（安全債務・看護債務）において顕著にみることができる。ここでは、まずこの区別に対してなされた批判の検討を通して、結果債務と手段債務という区別に内在する問題をみることにし、次にそこから派生的に導かれる問題を、安全債務と看護債務についてなされている議論を通してみることにしたい。

(1)　結果債務と手段債務の区別の不明確性

既にみたようにDemogueは、債務者に課される先存債務の多様性を、約束された結果の観点から「債務者が偶然事または不可抗力によって履行不能に陥ったということを証明しない限り」債務者に契約責任が課される性質の結果債務と呼びうるものと「結果を約束する代わりに、法律によってまたは合意によって一般的に特定の結果を導きうるような一定の手段を執ることを義務づけられうる」手段債務と呼びうるものに区別して示した[247]。そして、これを受けるかたちで破毀院民事部1936年５月20日判決が、契約責任の領域に看護債務を導き入れたことについても既にみたとおりである。

もっとも、手段債務として性質決定される債務に対しては、比較的早い時期から多くの批判がなされてきた[248]。すなわち、契約とそれから生じる債務は、前者の目的を成就するために後者が存在する関係にあるが、看護債務のように「債務の目的」自体が曖昧な場合には、「契約の目的」と「債務の目的」が区別できない[249]。したがって、一方でMartonのように「手段債務と呼ばれるも

---

247 R. Demogue, *supra* note 210, n° 1237, pp.538 et s.

248 Paul Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle, *R.T.D.civ.* 1933, n° 3, p.633.; Pierre Wigny, Responsabilité contractuelle et force majeure, *R.T.D.civ.* 1935, pp.45 et s.; G. Marton, Obligation de résultat et obligation de moyens, *R.T.D.civ.* 1935, n° 7, p.510 et s.

249 看護債務の目的およびそれに対する批判についてはJ. Bellissent, *supra* note 83, n^{os} 875 et s., pp.385 et s. 参照。

のは、細分化された結果によって、〔または〕部分化された仕事によって、目的が狭く明確化された債務でしかない」というかたちで結果債務と手段債務の構造上の不明確さに対する批判がなされ[250]、他方でPaul Esmeinのように－Demogueの指摘するように「債務の目的」が多様であることは認めつつも－「債務は常に一定の結果を目的としており、さもなければ債務の目的自体が欠如しているはずであり、それは債務の必要な要素である」という批判がなされることになる[251]。とりわけ、一定の結果を目的としない契約は、「契約の目的」が欠如している以上、有効な契約として認めることはできないので、これは手段債務のような債務を「契約上の債務」として処理することができるかどうかという根本的な問題に連なるものである[252]。さらに、仮に「契約の目的」を特定の手段に向けることを認めるとしても、一般の契約当事者間にそのような合意の存在を認めることが－規範的解釈としてならば兎も角－事実に適合的な解釈と言えるかどうかが問題とされた[253]。

ところで、Henri Mazeaudが「債務の内容」の確定・不確定という観点から二分論を基礎づける場合には、これらの問題がうまく回避されている。つまりHenri Mazeaudは、全ての「契約の目的」を一定の結果に向けつつ、それを実現するための債務には予め確定された内容を有するもの（＝結果債務〔フランス民法1147条・1384条〕）とそうでないもの（＝手段債務〔フランス民法1137条・1382条〕）があるとして、結果債務と手段債務という分類に全ての債務を振り分けたのであった[254]。そのため、「契約の目的」と「債務の内容」の問題を切り離すことによって、契約の有効性の問題自体は一応回避されている。し

---

250 G. Marton, *supra* note 248, n° 9, p.517.

251 P. Esmein, *supra* note 248, n° 3, p.633.

252 言うまでもなく、「契約の目的」は確定性、可能性、合法性の3つの性質を充たすものでなければならない（山口・前掲書注〔20〕43頁）。もっとも、このような批判に対しては、形式的にすぎるという指摘がなされることがある（Claude Thomas, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, *Rev. crit. légis. et juris.* 1937, p.643.）。

253 André Tunc, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, *J.C.P.* 1945, I, 449, n^{os} 3 et s.; Andre Plancqueel, Obligation de moyens, obligation de résultat -Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution, *R.T.D.civ.* 1972, p.337.

254 ただし、前注（206）参照。また、後注（261）も参照。

かし、「債務の内容」によって結果債務と手段債務を区別するとしても、それは直ちに別の問題を引き起こす。すなわち、どのような債務が確定されており、反対にどのような債務が確定されていないのかについての基準が求められるのである。この点について、Henri Mazeaud は、「債務の内容」を契約当事者の合意および法律にしたがって確定するように主張した。すなわち、Henri Mazeaud は、不法行為責任の場合には条文を参照することによって「債務の内容」が判断され、契約責任の場合には一次的に契約（ないし契約当事者の意思）によって、明示の条項がない場合には二次的に（補足的に）任意規定を参照することによって「債務の内容」が判断されるとするのである。確かにこのように機械的に「債務の内容」が判断される場合、「債務の内容」は全く問題なく確定される[255]。しかし、このような判断はさらに次の２つの点で、結果債務と手段債務という区別の存在について問題を引き起こすことになる。

すなわち第１の問題は、この区別の射程に関するものである。というのは、「債務の内容」が、原則として契約当事者の合意によって決定されるとすれば、実際に契約責任が問題となる場面で検討されなければならないのは「①債務者がなさなければならないこと、②債務者がなさなければならないものを十分に行ったということ」のみとなる[256]。言い換えれば、債務者が契約責任を負担する根拠は、結果債務や手段債務という区別から導かれる「債務の内容」に求められるのではなく、あくまで契約当事者の合意から導かれる「債務の内容」に求められるのである。その意味において、結果債務や手段債務という表現が用いられる必然性は、全くない。それゆえ、契約当事者の合意から導かれる帰結を結果債務や手段債務と言い換えることは「むなしい論理的な婉曲表現」にすぎないことになろう[257]。また結果債務と手段債務という区別が法律ないし合意のある場合に積極的な存在意義を持たないとすれば、いかなる債務が結果債務でいかなる債務が手段債務であるかという区別の問題は、契約当事者の合意（ないしそれを補完する任意規定）が存在しない場合に関する「債務の内容」の確定、言い換えれば契約解釈の問題に解消されることになる[258]。実際に Henri

---

255 H. Mazeaud, *supra* note 45, n° 49, pp.43 et s.

256 Ph. Rémy, *supra* note 11, Critique du système français de responsabilité civile, p.45.

257 *Ibid.*

258 このように結果債務と手段債務という区別が限られた領域でしか積極的な

Mazeaud は－法律（立法者の明示的な意思）や合意（契約当事者の明示的な意思）の検討のみによって「債務の内容」を判断する場合には、一定の曖昧さが残ることを考慮しつつ－契約解釈による「債務の内容」の検討を強調している[259]。

そして第2の問題は、この契約解釈による「債務の内容」の検討にある。すなわち、第2の問題は、以上のような契約当事者の合意の解釈が問題となる場面において結果債務と手段債務の区別がどのようなかたちで基礎づけられるかということである。言い換えれば、「faute」の検討の要否を基礎づけるために、一定の規則にしたがって結果債務と手段債務を序列化する新たな理論が模索されなければならない。ここで重要なのは、これに関連するかたちで Henri Mazeaud が－しかしあくまで契約解釈の基準として－「債務の目的の射倖性」を提示していることである[260]。すなわち、契約を解釈する際には、「債務の目的」は可能なものでなければならないので「債務者において確定された〔債務の〕ように債務の履行を考えることができない場合には、この債務は単純な慎重注意債務として分析されなければならない」[261]。言い換えれば、Henri Mazeaud において手段債務とは「不確実な計画」（entreprise aléatoire）を目的とする債務であり、反対に結果債務とは確実な計画を目的とする債務なのである。

かくして、結果債務と手段債務の区別基準は、債務をその強度にしたがって

存在意義を認められないことは、この区別の誕生の契機となった債務が、厳密に言えば、衡平概念に基づく安全債務と法律上の債務である看護債務という契約当事者の合意を基礎としない債務であったことを想起すれば、全く不思議なことではない。

259 H. Mazeaud, *supra* note 45, n° 50, pp.44 et s.

260 *Ibid.*

261 *Ibid.* もっとも、このような Henri Mazeaud の見解は、債務を有効なものとするために「債務の目的」を調整するものであるが、これは無効な債務を有効な債務に転換するものであり、論理的に倒錯していると言わざるを得ない。Henri Mazeaud は、これをフランス民法1157条によって正当化しようとするが、フランス民法1157条は無効な債務を有効な債務に転換する趣旨の条文ではない。

フランス民法1157条〔有効に解すべきこと〕　ある条項が2つの意味にとれるときは、なんらの効果も生じることができない意味においてよりもむしろ、なんらかの効果を有することができる意味において理解しなければならない。

結果債務から手段債務へという一定の勾配のもとに序列することに行き着くことになる。ところが、このような「債務の目的の射倖性」という基準は一確かに債務の強度の多様性を表現している点で直観的には支持しうるものであるにもかかわらず一判例の実態を説明するにはあまりに不適切な基準であった。というのは、Henri Mazeaud 自身が認めるように、「債務の目的の射倖性」という基準は、とりわけこの区別に積極的な存在意義が認められる一つまり、契約当事者の合意が存在しない一安全債務の領域で判例と全く反対の帰結を導くものであったからである。すなわち、破毀院民事部1911年11月21日判決以降、破毀院が運送契約における乗客の安全に関する責任を客観的責任として処理してきたこと、そして Demogue がこれに示唆を得て結果債務という類型を提示したことは既にみたとおりである。しかし Henri Mazeaud は、運送契約の履行中に乗客には行動する自由があることを理由に一したがって、「債務の目的」に射倖性が認められるので一判例の態度を批判するのである[262]。そして、このことの含意は明白であろう。すなわち、Henri Mazeaud のように「債務の目的の射倖性」にしたがって債務を序列するならば一結果債務が運送契約に関する客観的責任に着想を得て考案された概念であるにもかかわらず一結果債務としての安全債務の基礎にある衡平の要請はこの基準との乖離を招き、これによって判例と学説の乖離を導くことになるのである。

結局、結果債務と手段債務という区別は、今日において契約責任として扱われる領域のなかの限られた領域一厳密に言えば、契約当事者の明確な合意が存在しない領域一でのみ存在意義を有すると言わなければならない。その際に契約解釈を通して生み出される債務が、どのような内容を有する債務であるかについて、学説は判例を基礎づけるための明確な指導原理を提示できなかったと評価せざるを得ない。実際に、今日に至るフランス契約責任論の混乱は、まさにこのような背景のもとに展開しているのである。

(2) 安全債務の拡散とその不都合

既にみたように、安全債務はフランス民法1135条に基づいて契約における衡平を担保し、被害者の利益のために機能する債務であった。そのため、安全債務を論じるということは、究極的には司法的な介入がどのような場合に必要と

---

[262] *Id.*, n° 52, pp.46 et s.

されるのかという極めて政策的な議論に帰着する。また、このような便宜的な性格は、破毀院民事部1911年11月21日判決において－フランス民法1134条１項による「意思の自律」に基づく原則的な合意とフランス民法1135条による衡平に基づく例外的な（黙示の）合意を対置させることによって－本来の「契約の目的」、債務者のなすべき給付、債権者の期待と無関係に合意を創造することを可能としたのであった[263]。その結果、今日の判例においては、安全債務がどのような場合に認められるのかについての基準を見出すことがもはや困難なものとなっており、学説も明確な基準を提示できない状況にある[264]。もっとも、今日の判例が破毀院民事部1911年11月21日判決と同じ意味における安全債務のみを、言い換えれば安全債務を結果債務としてのみ性質決定し続けたのであれば、安全債務の存在そのものを肯定することには－たとえその存在を認めるための明確な基準を提示できないとしても－あまり問題はなかったように思われ

---

263 Jourdain は、判例が安全債務をあくまで衡平概念に基づく黙示の合意として構成する以上、少なくとも安全債務は債務者の主たる給付に結び付けられる必要があるとし、このような判例の態度を批判している（Patrice Jourdain, L' obligation de sécurité à propos de quelques arrêts récents, *Gaz. Pal.* 1993, 2, doctr. p.1214.）。また、今日の判例は運送契約に限らず、あらゆる契約において安全債務の存在を認めており、また法律によって安全債務が課される場合もある。したがって、今日において安全債務の発生原因は分散しており、その対象も人身損害に限られない。安全債務の分散状況については Philippe Delebecque, La dispersion des obligation de sécurité dans les contrat spéciaux, Colloque de Chambéry du 15 novembre 1996, sur *Le développement de l'obligation de sécurité, Gaz. Pal.* 1997, pp.1184 et s. 参照。個別の判例については、さしあたり石川・前掲注(151) 63頁以下、伊藤浩「手段債務としての安全債務と結果債務として安全債務（二・完）」立教法学31号（1988）119頁以下参照。

264 ちなみに、近時では安全債務の基礎をフランス民法1135条の衡平概念ではなく、誠実な履行を義務づけるフランス民法1134条３項に求める見解が見られるようであり（Michel LEROY, *Contribution à la notion de professionnel : les devoirs de repondre des risques créés et de maîtrise des professionnels*, Thèse Toulouse, cité par C. Bloch, *supra* note 168, n^os^ 46 et s., p.38.）、この見解に従えば、安全債務は主たる「契約上の債務」の履行のために不可欠な限りで認められることになりそうである。しかし、Bloch の指摘するように、判例は「契約上の債務」の履行に不可欠とは言えない場合にも安全債務の存在を認めており、この見解は少なくとも判例の説明には適していない。

る。というのは、そもそも安全債務に関する当初の学説・判例は、被害者救済のためのいわば「窮余の一策」として、理論上の無理を承知のうえで安全債務の存在を認めてきたのであり、その意味で安全債務は本質的にその存在における便宜的性格を内在させているからである。したがって、この便宜的性格のみをもって安全債務の実益ないし実際に担ってきた機能を否定するわけにはいかない[265]。実際に、今日において安全債務に対してなされている批判の矛先は、その存在を判断する基準の不明確さとは別のところに向けられている。

今日において安全債務がもたらしている困難は、破毀院が一定の安全債務を手段債務として性質決定したことに由来している。既にみたように手段債務という構成の起源は、破毀院民事部1936年5月20日判決によって認められた診療契約上の看護債務の法的性質を表現するために学説において用いられたことに

---

[265] 興味深いことに、1980年代後半以降、売買契約において安全債務が認められる場合には、安全債務の実益の観点から結果債務として性質決定される傾向が顕著である。この傾向には、不法行為責任においては既にみた「物の所為による不法行為責任」が厳格責任であることとの均衡やヨーロッパ共同体レベルでの製造物責任に関する法統一（1985年7月25日の指令）の影響をみることができる。もっとも、契約責任と不法行為責任との関係について non-cumul を原則とするフランスでは、売買契約に関する安全債務の存在を認める場合に、その債務の効力がどの程度までおよぶのか、言い換えれば債権者と契約関係に立たない第三者に契約責任を追及することが可能かどうかという問題について諸説が紛糾している。また1998年5月19日の法律によって製造物責任に関する詳細な規定がフランス民法1386条の1以下に新設されたことにより、安全債務に基づく契約責任とこれらの規定に基づく不法行為責任との調整の問題が議論されている。売買契約に関する安全債務の近時の動向および近時における製造物責任と安全債務の関係に関する議論については Paulette VEAUX-FOURNERIE et Daniel VEAUX, *L'obligation de sécurité dans la vente, Éditions du juris-classeur, Litec*, Paris, 2002. 参照。第三者の契約責任に関する議論について、都筑満雄「契約責任と第三者－フランス契約群理論の検討を通じて－（1）-（7・完）」早稲田大学大学院法研論集100号（2001）171頁以下、101号（2002）153頁以下、102号（2002）71頁以下、103号（2002）127頁以下、104号（2002）225頁以下、105号（2003）251頁以下、106号（2003）225頁以下参照。フランスにおける製造物責任法の立法経緯ないし内容については、後藤巻則「フランスにおける製造物責任法の成立」ジュリスト1138号（1998）72頁以下、鎌田薫「フランスの製造物責任法」別冊 NBL 53号（1999）198頁以下参照。

あり、当初は主たる「契約上の債務」を表現するために用いられた構成である。したがって、医師の負担する主たる債務である看護債務の法的性質と契約に付随する債務である安全債務の法的性質の差異を考慮するならば、看護債務の法的性質を表現する手段債務という構成をそのまま安全債務に適用することには躊躇せざるを得ない[266]。それにもかかわらず、破毀院民事部1936年5月20日判決以降、破毀院は当然のように安全債務を手段債務として性質決定していった。

破毀院が安全債務を手段債務と性質決定した理由を考えるにあたって重要なのは、破毀院民事部1936年5月20日判決が医師の責任を手段債務として性質決定する際に考慮した要素である。既にみたように、破毀院民事部1936年5月20日判決は医師の責任の厳格責任化（「物の所為による不法行為責任」化）を回避する目的のもとに契約責任構成を採用したのであった。この理由について－破毀院は明確に言及していないが－この事件の第1審判決が被害者側の危険の引き受けを理由として挙げていたことは、既にみたとおりである[267]。また、この時期の学説においては、債務の性質決定にあたり被害者側の事情を斟酌すべきであるという主張が非常に強かったことも忘れてはならない[268]。そして、このような考慮は徐々に安全債務に関する破毀院の態度を揺るがすようになり、破毀院商事部1949年2月7日判決は、Tバーリフトに関する事故について運送契約上の安全債務が「事業の制御や履行のために、人的な介入や旅客の側の活動なしに、旅客が全体的に運送人に委ねられていることを前提とする」として安全債務が結果債務として性質決定される領域を限定しつつ、運送契約においても手段債務として性質決定される領域があることを認めるに至ったのであ

---

266 安全債務と看護債務の法的性質の差異は、結果債務と手段債務という「債務の内容」の差異という点、前者が付随債務であるのに対し後者は主たる債務であるという点のほかにも、前者がその根拠を「衡平」に置くのに対し後者は法律上の債務と同内容の債務を基礎づける契約当事者間の合意に置く等の点で異なる（もっとも、判例は安全債務の根拠をしばしば黙示の合意に求めている）。

267 Trib. Civ. Marseille, 5 mai 1930, *supra* note 193.

268 すなわち Henri Mazeaud は一自らの提示する「債務の目的の射倖性」という基準が安全債務を結果債務として性質決定した判例と異なることを認めつつ一運送契約上の安全債務が結果債務として性質決定されるのは、運送中の旅客に行動する自由があることを考慮すると合理的ではないとしていたことを想起したい（H. Mazeaud, *supra* note 45, n° 52, pp.46 et s.）。

る[269]。つまり、破毀院民事部1936年5月20日判決以降の判例・学説は、看護債務と同様に政策的考慮を安全債務にも持ち込むことによって、契約責任の領域に手段債務としての安全債務を増加させていったのである。そして、手段債務としての安全債務の存在が肯定されたことによって、主に次のふたつの弊害がもたらされた。

第1の弊害は、結果債務としての安全債務の存在のほかに手段債務としての安全債務の存在が認識されたことによって、その性質決定基準が問われることとなったことである。この問題は、先述した債務一般の性質決定基準の問題に連なるが、契約当事者の明示的な合意が存在しない安全債務においてはとりわけこの基準の問題が関心を集めた。学説において提示された基準は、「債務の目的の射倖性」を前提としつつ、それを危険の現実化の可能性や履行における債権者の行為さらには債権者による危険の引き受け等の観点から債務を序列するものである[270]。もっとも、「債務の目的の射倖性」という基準が判例を説明できなかったのと同様に－安全債務が判例によって創出された概念であるにもかかわらず－これらの提示は悉く判例を整合的に説明することができなかった[271]。

---

[269] Cass. Comm., 7 février 1949, *J.C.P.* 1949, II, 4959 et note R. Rodière.; *D.* 1949, 377 et note F. Derrida. もっとも、破毀院は最終的に契約の性質を無名契約として性質決定することによって運送契約上の安全債務との牴触を回避している。

[270] 安全債務の性質決定基準に関する学説の概観については、C. Bloch, *supra* note 168, n° 148, pp.104 et s. 参照。

[271] しかし、この原因は学説の知的怠慢というよりも、むしろ破毀院が安全債務の性質決定にあたり、先例にあたる諸判決との整合性を悉く無視した性質決定を行ったことにある。たとえば、先述した破毀院商事部1949年2月7日判決において、破毀院はリフト経営者の負担する債務を手段債務として性質決定したが、その後、結果債務として性質決定するに至り（Cass. Civ. 1re, 8 octobre 1968, *D.* 1969, p.157 et note J. Mazeaud.; *R.T.D.civ.* 1969, 345, obs. G. Durry.）、近時再び手段債務へと回帰している（Cass. Civ. 1re, 4 novembre 1992, *D.* 1994, 45 et note Ph. Brun.; *R.T.D.civ.* 1993, 364, obs. P. Jourdain.; *Gaz. Pal.* 1993, 2, 436 et note J. Leroy.）。また、駅構内での事故については、少なくとも1969年まで鉄道会社に課される安全債務を結果債務として性質決定するのが判例の態度であった（Cass. Civ. 1re, 28 novembre 1955, *D.* 1956, 173 et note R. Savatier.; Cass. Civ. 1re, 17 mai 1961, *J.C.P.* 1961, II, 12217 bis et note R. Rodière.; Cass. Civ. 1re, 9 octobre 1968, *J.C.P.* 1969, 15792 et note M. Roitard et A. Rabut.; *R.T.D.civ.* 1969, 345, obs.

そして、このような手段債務としての安全債務の創造は、第2の弊害を伴ってヨリ複雑なものとなる。すなわち第2の弊害は、不法行為責任における処理と契約責任における処理との均衡に関係するものである。周知のように、20世紀以降のフランスの判例は契約責任と不法行為責任との関係を「民法典1382条以下の規定は、契約から生じた債務の履行において犯されたfauteを検討する際には適用され」ず[272]、「契約上の債務」の債権者はその債務者に対し、たとえ利益のある場合ですら、不法行為責任規範を援用できないというnon-cumul原則によって理解する[273]。したがって、被害者と加害者の間に契約関係がある場合には契約責任が排他的に問題とされ、不法行為責任を争う可能性は認められない。このことは、「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条1項）の射程を考慮すると被害者に不利益をもたらすことになる。たとえば、判例においては、次のような不都合が指摘された。まず安全債務の典型事例である旅客運送契約については、破毀院民事第1部1969年7月1日判決以降、列車の乗車前後に駅構内で生じた事故に関して運送人に課される安全債務を手段債務として性質決定するのが判例の立場であった[274]。したがって、乗車前後の駅構内における事故について、債権者は運送人の責任を問うために、運送人の「faute」を証明しなければならない。ところが、駅構内の事故に関して運送人と契約関係にない第三者については、「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条1項）の適用が肯定される。その結果、被害者（債権者）は安全債務が認められなければ得られたであろう保護を安全債務によって奪われるこ

G. Dury.）。ところが、1969年以降破毀院は、これを手段債務として性質決定するようになったのである（Cass. Civ. 1re, 1er juillet 1969, *J.C.P.* 1969, II, 16091, concl. Lindon, obs. M. Boitard et A. Rabut, *D.* 1969, 641.; Cass. Civ. 1re, 12 novembre 1969, *J.C.P.* 1970, II, 16190.; Cass. Civ. 1re, 21 juillet 1970, *J.C.P.* 1970, II, 16488.）。

[272] Cass. Civ. 11 janvier 1922, *supra* note 231.

[273] このような理解が本来の意味でのnon-cumul原則とは異なることについては後注（302）参照。フランスにおける契約責任と不法行為責任のnon-cumul原則に関する判例の展開については、松浦・前掲注（107）101頁以下参照。また、このフランスにおける両責任の競合に関するヨリ一般的な考察として能登真規子「契約責任と不法行為責任の競合問題—責任の観点からの再考察(一)」名古屋大学法政論集175号（1998）105頁以下がある。

[274] Cass. Civ. 1re, 1er juillet 1969, *supra* note 271.

ととなったのである[275]。とりわけこのような不都合は、被害者が無賃乗車の旅客であるような場合に通常の旅客以上の保護が与えられるという帰結をもたらすことになりかねず、強く意識されることになる[276]。

以上のように判例は、安全債務に看護債務と同様の政策的考慮を認めたことによって、結果債務と手段債務の性質決定基準に関する困難な問題を抱え込み、同時に被害者救済のために認めた安全債務によって被害者がヨリ不利益な状況に置かれるという極めて奇妙な矛盾を抱え込むに至った。それでは、このような判例の迷走の原因とはなにか。この原因は、安全債務の登場契機を想起すれば明らかであろう。すなわち、判例はフランス民法1384条1項と同様の解決を導くために構築した安全債務に基づく契約責任という構成（結果債務としての安全債務）をフランス民法1384条1項と同様の解決を回避するために用いる（手

---

[275] Viney はこのようは判例の態度が「〔このような解決が導く〕実務的な延長や帰結を考慮せずに、純理論的な仕方で到達する場合に法的な理屈を導く非常識の代表作」であるとする（Geneviéve Viney, Rapport de synthése, Colloque de Chambéry du 15 novembre 1996, sur *Le développement de l'obligation de sécurité, Gaz. Pal.* 1997, doctr. p.1215.）。結局、最終的に判例はこの矛盾を解消するために旅客運送契約に関する契約責任を厳密な意味における契約の履行中（運送中）の事故にのみ適用し、それ以外の事故については原則として不法行為責任に服するものと判示するに至った（Cass. Civ. 1re, 7 mars 1989, *D.* 1991, 1 et note Ph. Malaurie.; *Gaz.* Pal. 1989, 2, 632 et note G. Paire.; *R.T.D.civ.* 1989, 548, obs. P. Jurdain.）。おそらく学説上この不都合をはじめに指摘したのは Paul Esmein である。彼は、判例が階段での事故について、負傷したのが賃借人である場合に手段債務としての安全債務による構成を採用しているのに対し、負傷したのが第三者の場合には「物の所為による不法行為責任」によって処理されることの不均衡について「私は階段で負傷した賃借人と第三者という差異の形態にしたがって所有者に責任をもたらすことを受け入れられがたいと考える」とし、「所有者はそこに侵入することが厳格に禁じられている者を除き（中略）それを利用することが認められた全ての者、いわば全ての人に対してそれを良好な状態に保たなければならない」のであり「ここで考慮される被害者のふたつの分類について異なる要件のもとに当然に所有者に責任をもたらすことに」確信をもつことができないとした（Paul Esmein, La chute dans l'escalier, *J.C.P.* 1956, I, 1321.）。

[276] Cass. Civ. 2éme, 5 octobre 1988, *Bull. civ.* II, n°189, cité par C. Bloch, *supra* note 168, n° 211 note 394, p.130.

段債務としての安全債務）ことによって自己矛盾に陥ったのである。

かくして、判例は同一の利益状況における全く反対の問題（「物の所為による不法行為責任」〔フランス民法1384条1項〕の取り込みと排除）を安全債務の拡散（手段債務としての安全債務の創出）によって解決しようとし、これによって一般化された安全債務が今日大きな混乱を招いているのである。これに対し、手段債務の登場契機となった診療契約に基づく看護債務に関しては、その硬直的な性質が非難の対象となっている。次にこれをみることにしよう。

(3) 看護債務の硬直とその不都合

既にみたように破毀院民事部1936年5月20日判決は、診療契約に基づいて医師の負担する債務を「科学的知見に適した良識的で注意深い看護を患者に与える約務」と定義した。この看護債務の法的性質に関して、破毀院はその基礎を医師と患者の間の有効な契約関係ないし契約当事者間に「先存する合意」に求めた。それゆえ医師の負担する看護債務は、その後の判例・学説によってあくまで契約当事者の合意に基づく主たる債務として位置づけられると同時に－「治癒」という結果からは区別された「看護」という医師の行為自体を目的とする債務であるがゆえに－手段債務として性質決定されてきた。破毀院民事部1936年5月20日判決以降、判例・学説は看護債務の手段債務的性質を驚くほど当然に受容していった[277]。ところが、今日において破毀院民事部1936年5月20日判決は、多くの批判にさらされている。

医師の負担する看護債務を手段債務として性質決定することは、確かに医療行為が一定の予測できない危険のもとになされる範囲－つまり、「治癒」という目的の射倖性を考慮する限り－において是認しうるものである[278]。しかしな

[277] 破毀院民事部1936年5月20日判決以降に問題となった事案としては、この事件と同様に時効に関するもの（Cass. Civ., 18 janvier 1938, *S.* 1939, 1, 201 et note P. Esmein.; *Gaz. Pal.* 1938, 1, 314）に加え、証明負担が問題となった事案（Cass. Civ., 27 juin 1939, *S.* 1940, 1, 73 et note Morel.; *D.C.* 1941, J, 53, note Nast.; *Gaz. Pal.* 1940, 1, 98.; *Sem. jur.* 1940, II, 1438 et note Dallant.）がみられ、さらに患者がフランス1384条1項の「物の所為による不法行為責任」を利用しうるかどうかが争点となったもの（Cass. Civ., 27 mai 1940, *S.* 1940, 1, 84.; *D.* 1940, 1, 53 et note Nast.; *Gaz. Pal.* 1940, 2, 81.）もみられるが、いずれも診療契約上の看護債務という構成を採用する。

[278] 最近においても看護債務が手段債務を原則とすることを強調するものがあ

がら、医師の活動の全てが同様の困難のもとにおかれているというわけではなく[279]、このような医師の責任のあり方は－医学上の発展もさることながら－実際に患者に施される医療行為の多様性また医療行為によって引き起こされる損害の重大さを考慮するとき、さらには物（ないし施設）によって患者に損害がもたらされた場合に、何故医師の責任だけが緩和されるのかという観点から再検討を迫られることになる[280]。それゆえ学説上、一定の医療行為については責任を厳格化する法律構成が模索された。ここで、医師の責任を厳格化するために想起される法律構成は、言うまでもなく「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条１項）の適用と結果債務としての安全債務に基づく契約責任である。

ところが、これらの法律構成にはそれぞれいくつかの困難があった。まず「物の所為による不法行為責任」については、non-cumul 原則が問題となった。すなわち、医療関係を医師と患者の間に締結された有効な契約関係として理解する限り、non-cumul 原則は不法行為責任の適用を排除する。したがって、医師（ないし施設）の責任を不法行為責任として構成することはできない。また、結果債務としての安全債務については次のような困難があった。すなわち、既に述べたように破毀院民事部1936年５月20日判決による看護債務の定義は、医師によってなされるべき具体的看護の内容を医師の裁量に委ねるものであった。既にみたように、看護債務はその非常に曖昧な性質ゆえに様々な約務を包摂する債務であり、これには患者の安全へ配慮する約務も含まれうる。つまり、安全債務に基づく契約責任を用いる際に認識された問題とは、医師の負担する主たる債務に安全債務が包摂されている以上、看護債務の付随債務として安全債

る。François Chabas, L'obligation de moyens du médecin, *in, L'indemnisation des accidents médicaux*, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de Geneviève VINEY, *Bibliothèque de Droit Privé*, Tome 289, *L.G.D.J.*, Paris, 1997, pp.5 et s.

[279] Hocquet-Berg は破毀院1936年５月20日判決が特殊な事案であり、この判決で示された規範は医療に関する全ての法的問題に解決を与えるものではなかったとする（S. Hocquet-Berg, *supra* note 153, n^{os} 43 et s., pp.25 et s.）。

[280] とりわけ判例は医療に関する事案について様々な考慮のもとに判決を下しており、看護債務の名の下に一様な解決が図られているというわけではない。この点については尾中普子「医療過誤における医師の責任――九七〇年と一九七一年のフランス破毀院の判決について―」大東法学創刊号（1974）31頁以下参照。

務を認めることはできないのではないか、という点にある。実際に、破毀院は当初看護債務を安全債務と両立しないものとして理解していた[281]。結局、医師の責任からは結果債務としての安全債務に基づく契約責任も排除される。そのため、医師の責任については、「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条１項）や結果債務としての安全債務に基づく契約責任という法律構成を用いて厳格化することができない。言い換えれば医師の責任について問題となっていたのは、医師の責任が－医療行為の多様性や医療行為によって引き起こされた損害の重大さにもかかわらず－常に主観的責任として理解されざるを得ない状況に陥ったことである[282]。

もっとも、判例・学説は医師の責任を常に主観的責任として性質決定することの不都合を看過してきたわけではない。むしろ判例・学説は、あるいは全く別の構成を用いることによって、あるいは端的に安全債務の存在を肯定することによって看護債務の手段債務としての性質を大きく後退させていった[283]。

まず判例・学説は、看護債務を細分化することによって医師の負担する主たる債務そのものを強化する方向で展開した。ヨリ具体的には、まず医師に治療上の危険を患者に予め知らせることを義務づける情報債務（obligation d'information）や助言債務（obligation de conseil）の創出による実質的な責任の厳格化を挙げることができよう。これらの債務は従来手段債務として性質決定されてきたが、判例は近時この債務の証明負担を転換し[284]、患者にヨリ好意的な構

---

281 Cass. Civ. 1re, 6 mars 1945, *D.* 1945, 217.

282 このような不都合は、診療契約のみならず子の監護に関する契約や教育に関する契約においても同様にみられた。

283 破毀院民事部1936年５月20日判決以降における主観的責任の後退については Patrice Jourdain, L'evolution de la jurisprudence judiciaire et l'indemnisation des accidents médecaux, *in, L'indemnisation des accidents médicaux*, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de Geneviève VINEY, *Bibliothèque de Droit Privé*, Tome 289, *L.G.D.J.*, Paris, 1997, pp.21 et s. 参照。

284 Cass. Civ. 1re, 25 février 1997, *Gaz. Pal.* 1997, rapport M. le Cons. P. Sargos et note J. Guigue.; *D.* 1997, 81.; *D.* 1997, 315, p.319, obs. J. Penneau.; *J.C.P.* 1997, IV, 881, rapport M. le Cons. P. Sargos. なお、この判決は証明負担が転換される根拠として、債務者に債務を履行したことの証明を義務づけるフランス民法1315条を挙げる。

成を採用するに至っている[285]。また、判例は比較的早い時期から診療契約に基づく看護債務と血清の投与や輸血等の製造物の供与債務とを区別し、後者を別個の結果債務として医師に負担させるという構成を採用することによって医師の責任を厳格化してきた[286]。さらに行政法の領域では、既に1960年代に予防接種禍に関する厳格責任立法がなされていた[287]。

しかし、判例・学説の展開はこれにとどまらない。とりわけ1990年代にはヨリ大胆なかたちで医師（ないし施設）の責任が厳格化された。最初に責任の強化がなされたのは、行政法の領域においてである。1993年4月9日にConseil d'Étatは－5つの厳格な要件のもとに－「faute」に基づかない医師（ないし施

---

[285] 学説には、これらの債務を結果債務として性質決定することに積極的な見解も見られる。これについてはMuriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, préface de J. Ghestin, *Bibliothèque de Droit Privé*, Tome 221, *L.G.D.J.*, Paris, 1992, n^{os} 544 et s., pp.431 et s. 参照。

[286] 看護債務から製造物供与債務を区別し、医師側に結果債務を課す判例は早い時期から見られる。たとえば、判例は梅毒輸血に関する事案（Cass. Civ. 2ème, 17 décembre 1954, *D.* 1955, 269 et note R. Rodière.; *J.C.P.* 1954, II, 8490 et note R. Savatier）および血清投与に関する事案（Cass. Civ. 1re, 4 février 1959, *D.* 1959, 153 et note P. Esmein）についてこのような構成のもとに医師に結果債務を負担させている。なお、近時のものとしては輸血によるエイズウィルス感染が問題となった事案がある（Cass. Civ. 1re, 12 avril 1995, *J.C.P.* 1995, II, 22467 et note P. Jourdain）。また、義歯補綴についても看護に関する手段債務とは別に結果債務が課される（Cass. Civ. 1re, 15 novembre 1972, *D.* 1973, 243.; *R.T.D.civ.* 1974, 160, obs. G.Durry.）。

[287] とりわけフランスでは、1957年以降公衆衛生機関の行うサービス一般（公衆医療サービスに限定されない）に関する事案が、行政裁判所の管轄に服することとなったため、行政裁判所が民事と類似の状況にある医師の責任について判断する機会が多く、行政法上の判例と私法上の判例との間に、しばしば類似の医療事故の処理に関する見解の相違が見られた。したがって―同一の過誤ないし事故が公衆衛生機関で生じたか私立病院で生じたかによって区別される不当性への配慮から―これらの判例が相互に影響を与える関係にあり、1990年代においてこの点が強調されるようになる。行政判例の展開についてはJacques Moreau, L'indemnisation des accidents médicaux survenus dans les hôpitaux publics par les juridictions administratives, *in, L'indemnisation des accidents médicaux*, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de Geneviève VINEY, *Bibliothèque de Droit Privé*, Tome 289, *L.G.D.J.*, Paris, 1997, pp.11 et s.

設）の責任を肯定した[288]。そして、行政法上の責任が強化されると、反射的になにゆえ民事上の責任のみが一律に「faute」を要求されなければならないのかについて疑問が呈されるようになる。その帰結として民事に関する判例・学説は、端的に医師の責任の厳格化を志向するようになる。

まず判例における注目すべき展開としては、看護債務に付随する安全債務の存在が肯定されたことを挙げることができる。まず破毀院民事第１部1996年５月21日判決は、手術室内での院内感染（infection nosocomiale）の事案について「faute」の推定による処理を認めた[289]。破毀院民事第１部1999年６月29日判決は、それをさらに強化し、医療施設内での感染一般について結果債務としての安全債務を課し、行政上の判例よりも厳格な判決を下すに至った[290]。また破毀

---

[288] C.E. ass., 9 avril 1993, *J.C.P.* 1993, II, 22061 et note J. Moreau. 事案は神経障害を患った42歳の女性が脳波およびスキャノグラフィーによる検査を経て、麻酔のもとに行われた動脈造影後に四肢麻痺になったものである。Conseil d'État は、「患者の診療または処置に必要な医療行為がある危険を示し、その危険の存在は知られているが現実化することは例外的でありそして患者が特別にそれにさらされると想起することにどんな理由も認めることができない場合、公衆サービスの責任はその行為の履行が損害の直接的な原因であり、損害が患者の最初の状態やその状態の予想しうる進展と無関係でありそして極めて重大な性質を示す場合に服さしめる」とし、これは学説によって①損害を引き起こした行為が医療行為であること、②損害を引き起こした行為と損害との間に直接的な因果関係が存在すること、③患者の被った損害がきわめて重大なものであること、④当該行為が患者の生命または治癒に必要な行為であったこと、⑤患者の当初の状態や予想された症状の進展と損害との間に関係がないことの５つにまとめられた。もっとも、①④⑤の要件について実際に問題となることはほとんどないと言われる（J. Moreau, *supra* note 287, p.18.）。

[289] Cass. Civ. 1re, 21 mai 1996, *Gaz. Pal.* 1997, 2, 565 et note S. Hocquet-Berg.; *R.T.D.civ.* 1996, 913, obs. P. Jourdain.; Cass. Civ. 1re, 16 juin 1998, *J.C.P.* 1998, I, 187, obs. G. Viney.; *J.C.P.* 1999, II, 10122 et note I. Denis-Chaubet.; *D.* 1999, 653 et note V. Thomas.（分娩室での感染事例）。

[290] Cass. Civ. 1re, 29 juin 1999, *J.C.P.* 1999, II, 10138, rapport P. Sargos.; *R.T.D.civ.* 1999, 841, obs. P. Jourdain. 行政判例の民事責任への影響については Cristophe Radé, L'obligation de sécurité et responsabilité médicale, *in, L'obligation de sécurité*, sous la direction de Bernard SAINTOURENS et Dalia ZENNAKI, Actes du colloque franco-algérien Université Montesquieu Bordeaux IV Universite d'Oran Es-Senia 22 mai 2002, *Presses Universitaires de Bordeaux*, Pessac, 2003, p.117. 参照。

院民事部第1部1999年11月9日判決は、放射線検診後に患者が検査台から転落し、負傷した事案について、「患者と医師の間で締結された契約は、医師に、保障による場合を除き、あるいは診療の、あるいは看護の医療行為の履行のために用いる設備に関するものについて結果債務としての安全債務を負担させる」とし、「物の所為による不法行為責任」に代わる「物の所為による契約責任」を－債権者に結果債務としての安全債務を負担させるという構成のもとに－構築することによって医師の責任を厳格化した[291]。

以上のような判例の動きに伴って－あるいはこれらの判例の動きをうけて－、学説においても一定の場合に医師（ないし施設）の負担する債務を結果債務として性質決定することに積極的な態度を示す見解が現れた。近時の学説において一定の場合に医師に結果債務を課す見解としては、次のふたつが提示されている。すなわち、ひとつは「患者が担当医に相談し、診療契約に合意した場合の侵襲の結果」の問題と「契約の履行の状況において患者にその病気に加えて損害を引き起こさず、そしてそれとは無関係に、言い換えれば少なくとも患者の当初の状態を維持すること、という患者の安全」の問題とを区別し、患者にもたらされる損害が「前者は医師によるその主たる債務の不履行から生じるものである」のに対し、「後者は診療契約に付随的な債務の不履行から引き起こされる」ものであるので、前者に付随するかたちで診療契約に結果債務としての安全債務の存在を認めることができるとするものである[292]。そして、もうひ

---

[291] Cass. Civ. 1re, 9 novembre 1999, *D.* 2000, n° 6, jur., p.117 et note P. Jourdain.; *J.C.P.* 2000, II, 10251 et note Ph. Brun. ちなみに、この事件では結果的に患者の請求自体が棄却されている。また、手術の際に施された消毒によって患者が火傷した事案（Cass. Civ. 1re, 7 novembre 2000, *J.C.P.* E. 2001, n° 1, p.37 et note J.L. Respaud）について破毀院は「患者と私的医療機関とを結ぶ入院または看護契約は、医療機関に対し、製造物投与に関する結果債務としての安全債務を負担させる」とする。なお、一般的な「物の所為による契約責任」については、後注(311)参照。

[292] S. Hocquet-Berg, *supra* note 153, n° 498, pp.281 et s. また基本的にこのような構成を支持する見解として Geneviève Viney et Patrice Jourdain, L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de Cassation ?, *J.C.P.* 1997, I, 4016.; P. Jourdain, *supra* note 282, pp.25 et s.; Geneviève Viney, Rapport de synthèse, *in, L'indemnisation des accidents médicaux*, Acte du colloque du 24 avril 1997, sous la direction de Geneviève VINEY, *Bibliothèque de Droit Privé*, Tome 289, *L.G.D.J.*, Paris, 1997, pp.111 et s. がある。

とつは「結果債務の本質的基準が、一方で、その債務の債権者の自律性の不存在にあり（これは運送手段の乗客の古典的な例である）、他方で、あまりに重大な射倖性の不存在にある（現代的運送手段の不可避の危険が重大なものである場合に、われわれはある結果債務を決してつなぎとめておくことができないであろう）」としたうえで、診療契約においても「第１に、患者が、医療行為の期間中に、まさに自律性を奪われそして臨床医の学識と良心にのみ委ねられている」点および「第２に、それらの行為の射倖性が限られている」点で結果債務の基準に合致する場合があるので、そのような場合には診療契約に主たる債務として結果債務の存在を認めることができるとするものである[293]。

これらの見解は、診療契約から生じる債務が原則として手段債務であるという理解については一致している。また例外的に認められる結果債務が－前者が結果債務を安全債務として構成するのに対し、後者が主たる「契約上の債務」を結果債務として性質決定する点では異なるものの－フランス民法1135条を根拠とする点で理論的根拠に実質的な違いはないと評価できる[294]。しかし、結果債務と手段債務という区別の基準について若干の相違がある。すなわち、後者はこの基準について「医師と患者の間に形成される契約の性質が原則として担当医に手段債務を課すものであるとしても、彼はそれにもかかわらず診療や処置に必要な医療行為によって患者に引き起こされた損害を賠償することを結果債務に基づいて義務づけられる場合があり、それはその損害が当初の状態やその状態から予想できる進展と無関係なものである場合である」と述べている[295]。したがって、この基準によれば、「損害の原因」が当初の患者の状態やその状態から予想できる進展と無関係であるかどうか、無関係である場合に当該損害が診療や処置に必要な医療行為によって引き起こされたものかどうかという２

---

[293] Pierre Sargos, Réflexion sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de Cassation en matière de responsabilité médicale, *D.* 1996, chron. n° 16, p.370.

[294] Sargos は付随債務として安全債務を課すことによる解決を、安全債務には手段債務もありうることを理由に明確に否定している（*Id.*, n° 15, p.369.）。もっとも、付随債務として安全債務を課す見解は、安全債務の存在意義を結果債務の場合にのみ認め、手段債務として構成することに否定的な態度を示しているので結論に差はない（S. Hocquet-Berg, *supra* note 153, n° 484, pp.271 et s.）。

[295] P. Sargos, *supra* note 293, n° 17, p.370.

つの観点から債務の性質が決定されることとなる。これに対し、前者は「医師が原則としてその患者に費やす看護に関して手段債務を義務づけられる場合、彼は、全ての faute の証明から独立に、それらの損害が看護の失敗の通常の帰結とは無関係である限りにおいて、その侵襲から偶発的に生じた損害を賠償する債務を負担する」[296]とし、「損害の原因」による区別のみを挙げる点で後者と異なる[297]。

もっとも、以上のような判例・学説の動きは看護債務の硬直化の不都合を完全に回避できているわけではない。まず判例のように、主たる債務としての看護債務のほかに、情報債務や助言債務さらには結果債務としての安全債務の存在を認める場合、主たる債務としての看護債務は、これらの債務とどのような関係に立つのか、これらの債務から区別された意味での看護債務とはいかなるものを意味するのか、という点が問題となり、この評価次第で、今度は反対に看護債務そのものの存在意義が問われかねない。また、これに関連して破毀院民事部1936年5月20日判決が医師の責任の厳格化を回避する目的で看護債務という構成を選択したことを想起するならば、近時の判例・学説の提示する解決はフランス民法1384条1項と同様の解決を回避するために用いた看護債務に基づく契約責任という構成（手段債務としての看護債務）を、今度はフランス民法1384条1項と同様の解決を導くために回避するという安全債務の状況に類似した帰結に行き着くことになりかねない。

確かに近時の学説は、診療契約が原則として医師に手段債務を負担させるという理解を前提にしつつ、診療契約において結果債務が肯定される領域をヨリ明確に確定していく方向性を志向している。しかし、学説の提示する結果債務と手段債務の性質決定基準はそれでもなお不十分である。というのは、「損害の原因」（当初の患者の状態やその状態から予想できる進展と無関係であるか

---

296 G. Viney et P. Jourdain, *supra* note 292, n° 22.

297 したがって、この基準によれば、「看護または処置の失敗から生じた損害は手段債務の制度に服したままであり」、「反対に、看護の失敗や病気それ自体から独立に生じた損害は、医療上または外科上の処置または侵襲によって加えられたものであるが、（中略）医師または看護施設によって犯された一定の faute の存在を検討することなく塡補されなければならない事故の領域に属する」ので、「患者に通常保障されなければならないであろう安全の違反である」ということになる（G. Viney, *supra* note 292, p.111.）。

どうか）に加え、「損害惹起行為」（損害が診療や処置に必要な医療行為によって引き起こされたものかどうか）を要求し、結果債務の領域を限定するとしても－患者にもたらされる損害は多かれ少なかれ「診察や処置に必要な医療行為」によってもたらされるものである以上－この基準に従えば、結果的にはほとんどの場合に医師の債務が結果債務として性質決定されることとなりかねないからである。これに対し、「損害の原因」のみをもって結果債務と手段差異の性質決定基準とする場合には、医師（ないし施設）の責任のほとんどが厳格責任として処理されることになり、反対に、医師の責任についてしばしば問題となるような「損害の原因」が不明の場合に、患者は一律に救済を否定される結果となろう。そのため、これらの見解はしばしば医療事故補償制度の存在を前提として（あるいはそれと一括するかたちで）議論を展開する[298]。しかし、このように他の損害補償制度を前提としなければならないという事実それ自体が、医師の責任を従来の枠組みで扱うことの困難を示しているといえよう[299]。

かくして、契約責任の二分論に纏わる難問が判例・学説によって意識されるようになると、必然的に契約責任という制度自体の意味と機能に関して根本からの再検討が促されるようになる。

２．契約責任の再構成

以上のように、客観的責任（結果債務）と主観的責任（手段債務）という二分論によって完成したかに思われたフランス契約責任論は、今日非常に困難な問題に直面している。しかしながら、その原因が契約責任を取り巻く環境の変化ではなく契約責任に内在する議論から生じていることに鑑みれば、われわれは契約責任というひとつの制度がその完成と同時に混乱に陥っていたと評価できるであろう。それでは、これまでみてきた諸問題に対し、今日のフランスではいかなる解決策が提示されているのであろうか。ここではまずこれまでみてきたフランス契約責任論の混乱の原因を明らかにすることからはじめることに

298 P. Jourdain, *supra* note 283.; G. Viney, *supra* note 292.

299 ちなみに、フランスでは2002年３月４日の法律によって院内感染等の一定の事案に関する医療事故補償制度が構築された。ここでこの法律の詳細について立ち入ることはできないが、近時ではこの法律と従来から存在する他の制度（血液製剤に関する補償制度や製造物責任等）との関係やその射程・実効性についての議論が展開されている（Ch. Radé, *supra* note 290, pp.122 et s.）。

したい。そして、これを明らかにすることによってわれわれは今日学説によって提示されている解決策に一定の方向性を見出すことができるであろう。

(1) 契約責任の問題点と再構成の可能性

まず今日おける契約責任の混乱が契約責任の形成過程のどこに由来するものなのかについて若干検討しておくことにしよう。

今日のフランスにおける契約責任の混乱は、安全債務や看護債務といった契約責任が不法行為責任と同一の機能（＝「損害塡補機能」）を担う領域においてみることができる。この領域は19世紀末から20世紀初頭の判例・学説が、意識的に契約責任に組み込んだ領域である。もっとも、当初の判例は、労働災害に関して契約責任による解決を明確に拒否し、不法行為責任による解決を選択していたことに注意しなければならない[300]。このことは、判例が契約責任を現実に採用するためには単に契約責任と不法行為責任が同一の機能を担うだけでは不十分であったということを含意している。言い換えれば、フランスにおいて契約責任と不法行為責任の機能上の融合に伴う契約責任の拡大は、契約の拡大が承認されることによってはじめて判例上認知されるに至ったのである。そして、今日における契約責任の混乱は、契約（ないし「契約上の債務」）の次元と契約責任の次元にその問題の発端を見出すことができるのである。それでは今日における契約責任の混乱は、契約の次元と契約責任の次元においてそれぞれどのような文脈のもとに位置づけることができるのであろうか。

まず契約の次元においては、既にみたようにその拡大（ないし契約解釈による債務の創造）に、２つの契機を見出すことができた。第１の契機は、安全債務の議論と並行して進行した契約の客観的解釈と「先存債務に対する違反」という「faute」の定義である。これは運送事故について安全債務に基づく契約責任構成を採用した破毀院民事部1911年11月21日判決に大きな影響を与えた。すなわち、この判決を取り巻く学説の議論は、安全債務に基づく契約責任という構成をフランス民法1135条に基づく契約の客観的解釈を媒介とした契約概念の拡大によって基礎づけたのである[301]。これによってその後の判例・学説はあら

300 Cass. Civ., 16 juin 1896, *supra* note 93.

301 これと同様の基礎づけは医師の責任について契約責任構成を採用した破毀院民事部1936年５月20日判決にもみられる。すなわち、この判決では「法律上の債務」と「契約上の債務」を同一視することによって契約の存在を肯定した。

ゆる状況において契約（ないし「契約上の債務」）を創り出すことが可能となった。そして、このような動きはもうひとつの契機と連動して加速した。すなわち第２の契機は、不法行為上の客観的責任（危険説ないし「物の所為による不法行為責任」〔フランス民法1384条１項〕）の一般化に対する危惧である。ここで注意すべきは、このような危惧が正反対のふたつの側面から認識されたことである。すなわち、安全債務の場合には、危険説の一般化に対する危惧のもと、契約責任の領域で危険説と同一の帰結を導くために結果債務という形式で実質的に不法行為責任が実現されたのに対し、看護債務の場合には、「物の所為による不法行為責任」の一般化に対する危惧のもと、契約責任の領域で「物の所為による不法行為責任」と異なる帰結を導くために手段債務という形式で実質的に不法行為責任が実現されたのである。そして、このように契約責任が正反対の２つの要請を包摂するようになった結果として引き起こされた混乱が、結果債務と手段債務の性質決定基準である。つまり、今日における債務の性質決定に関する基準の不明確さは、判例が同一の状況下で当該債務の登場の契機をなした事情（不法行為上の客観的責任〔フランス民法1384条１項〕の回避）を無視し、契約の客観的解釈（ないし衡平）という不安定な基礎に基づいて「契約上の債務」を創出し続けたことにある。

次に、契約責任の次元では、その拡大の契機を不法行為責任の制度的補塡に求めることができる。このような発想は、保障説にはじまり破毀院民事部1911年11月21日判決において実現された。ここで注意すべきは、このような構成が当初は不法行為責任による処理を回避するために意識的に契約責任に不法行為責任と同様の機能を担わせるものであったにもかかわらず、責任の性質としてはあくまで不法行為責任ではなく契約責任として認識されたことである。そして、今日における契約責任の混乱は、契約責任が不法行為責任と同様の機能を担うようになったにもかかわらず－それがあくまで契約責任として認識されたために－判例によって non-cumul 原則が維持されたことに由来する[302]。その結

また付随的に「契約上の債務」と一般的義務（一般規範）の混同および「契約の目的」と「債務の目的」の混同、またはその緩和が行われたことも忘れてはならない。

302 若干敷衍すれば、次のようになる。本来契約責任と不法行為責任の間の non-cumul 原則とは、それぞれの責任によって担保される利益による区別（契約利益か否かによる区別）であり、その意味において両責任が絶対的に交錯す

果として引き起こされた混乱が、被害者は同一の状況で同一の損害を被ったにもかかわらず、契約関係がなければ享けることができたフランス民法1384条1項の利益を契約関係があるばかりに享けられなくなるという不都合である[303]。それゆえ、「損害の賠償が2つの場合において問題となる場合、被害者の地位(第三者または契約当事者)にしたがって同様の損害のタイプに対して異なる原理が〔損害の〕塡補に適用されるのはなぜか。賠償が全ての場合に同様の規範にしたがってなされないのはなぜか。そしてふたつの制度が存在する場合、被害者はそれを選択できないのはなぜか」[304]ということが問題とされるようになる。

このように、今日における契約責任の混乱は、契約の次元と契約責任の次元にそれぞれ位置づけることができる。ここで注意すべきは、これらの原因が契約責任を取り巻く環境の変化ではなく、契約責任に内在する議論から生じていることである。つまり、今日における契約責任の混乱の原因は、19世紀末から20世紀初頭にかけてなされた契約ないし契約責任概念の変容のうちにみることができ、いわば契約責任というひとつの制度がその完成と同時に混乱に陥っていたということを示しているのである。そして、これらの原因は契約責任がフランス民法典本来の契約責任とは異質な要素を取り込んだことにある。つまり、安全債務のような契約当事者間に認められる「それらの債務は確かに全く契約の外部のものであるというわけではないが(中略)、それでもなおそれらは非契約当事者間の関係においてすら同様に全ての契約から独立に現れるのであり、というのはそれらが行為の一般規範を表現するものでしかないからである」り[305]、

ることはないという極めて当然の理を示す原則であった(契約が契約当事者の合意のみに依拠する場合、契約利益は契約当事者の合意によって予期された範囲に画定されることの当然の帰結である)。ところが、安全債務や看護債務に基づく契約責任が問題となる場面では、両責任が同一の機能のもとに同一の利益を扱うことになる。したがって、本来の意味での non-cumul 原則は－両責任が交錯している以上－維持しえず、また維持する必要もない(したがって、契約責任と不法行為責任の融合を主張した Planiol は、non-cumul 原則を否定していた)。しかし、判例・学説において契約責任による不法行為責任の制度的補塡は、あくまで契約責任そのものの適用として現象した。その結果、両責任は実質的に同一の機能のもとに同一の利益を処理することになったにもかかわらず、形式的には全く別の責任として認識されたのである。

303 前注(275)参照。

304 E. Savaux, *supra* note 52, n° 13, p.10.

305 G. Viney, *supra* note 32, n° 239, pp.435 et s.

また今日における「契約責任は支払（paiement）と賠償（réparation）の２つの機能を果たしている」のである[306]。

以上のような今日の判例・学説が抱える問題に対しては、論理的に正反対の２つの調整方法を予想することができる。すなわち、ひとつは契約責任と不法行為責任の差異を排除し、契約責任と不法行為責任を同一の制度とするものであり、もうひとつは契約責任と不法行為責任の差異を明確化することによって両制度の棲み分けを図るものである。もっとも、少なくとも近時の学説においては、純粋に前者の立場を貫く見解はなく[307]、多かれ少なかれ契約責任の領域

---

[306] Jérôme HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle -Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, volume I , Thèse, dactyl., Paris II, 1978, n° 11, p.11.

[307] このような見解が採用されない理由はあまり明らかではない。しかし、両責任の統合は、確かに事案の解決に関する実務上の不都合を回避するかもしれないが、実際には問題そのものを先送りするだけあり、また両責任を通じて問題となりうる客観的責任と主観的責任の基準の不明確さという理論的な不都合についてなんら解決を与えるものではない。もっとも、特別法においては、従来契約責任として処理されてきた事案についても不法行為責任の差異にこだわることなく、言い換えれば統一的な民事責任という概念のもとに契約当事者と第三者とを分けることなく扱っているものを見出すことができる。たとえば、1985年７月５日の法律（Badinter 法）１条は、交通事故の被害者の処遇についての規定であるにもかかわらず、「契約による運送」にも適用されるとする。したがって、事故の被害者が第三者であるか契約当事者であるかを問わず適用される。また、1983年７月21日の法律（Lalimiere 法）１条は、製造物の専門家や製造者およびサービスの供給者に対し、人の安全を侵害しない法律上の安全債務を規定し、これをうけた1992年６月29日のヨーロッパ指令は、この安全債務を医療や食料などの領域にも拡大した。さらに、1985年７月25日のヨーロッパ指令は－損害を被ったのが第三者であるか契約者当事者であるかを問わず－製造物の安全性の欠如から被害を受けた者全てに対して、欠陥製造物の製造者への責任追及を認めた。このような動きはフランス民法典のなかにもその影響をみることができる。1998年５月19日に追加されたフランス民法1386条の１は欠陥製造物について引き起こされた損害は契約の存在を問わず責任を負うと規定している。なお、契約責任の拡大とこのような立法動向を踏まえたうえで、契約責任と不法行為責任の融合を指摘する見解として Christian Lapoyade-Deschamps, Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français, *in, Failure of Contracts : Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences edited by F. D.*

に一定の制限を設けることによって、両責任の差異を明確化すべきであると主張されている。したがって、以下では、後者の議論を中心にみることにしたい。

(2) 契約責任の部分的排除

これまでみてきたように、今日における契約責任の混乱は、契約(ないし「契約上の債務」)の次元と契約責任の次元に、その問題の発端を見出すことができる。そして、近時の学説は契約責任の領域に一定の制限を設けることによって、両責任の差異を明確化することによる調整を志向している。もっとも、この調整方法については、必ずしも意見が一致しているというわけではない。したがって、以下ではこれらの見解を形式論理的に考えられる3つの分類、すなわち－契約の対象と契約責任の対象の両方を維持するという選択肢を除き－第1に、契約の対象を絞りつつ契約責任の対象を維持する見解、第2に、契約の対象を維持しつつ契約責任の対象を限定する見解、第3に契約の対象と契約責任の対象の両方を限定する見解の3つに分類して、近時の学説を検討することにしたい[308]。

まず、契約の対象を絞りつつ契約責任の対象を維持する見解としては、契約責任として構成することに実益がある場合にのみ従来の契約責任概念を維持す

ROSE, Hart Pub., 1997, p.175. がある。1985年7月5日の法律については斉藤純子「1985年交通事故被害者救済法」外国の立法26巻4号（1985）151頁以下、淡路剛久「フランスにおける交通事故法の新たな展開－1985年7月5日法の制定を契機として－」立教法学8号（1986）183頁以下、松原哲「フランスにおける交通事故損害賠償の現代的展開－複数原因と交通事故被害者の地位－」判例タイムズ637号（1987）63頁以下、河合幹雄「交通事故被害者損害賠償の法理と道徳－フランスの制度変遷の理解を通して－」棚瀬編『現代の不法行為法－法の理念と生活世界』（有斐閣・1994）241頁以下参照。

フランス民法1386条の1　製造者は、被害者と契約関係を結んでいたか否かにかかわらず、その製造物の欠陥によって生じた損害について責任を負う。

フランス民法1386条の18　①本章の規定は、損害を被った者が契約責任法若しくは不法行為責任法又は特別の責任制度に基づいて行使する権利を妨げない。(条文の訳は、鎌田・前掲注〔265〕199頁以下による)。

[308] もっとも、後述するようにこの分類はあくまで相対的なものにすぎない。ここでこのような分類を用いるのは、契約責任の部分的排除を志向するいくつかの見解の特徴（差異）を示すのにこの分類が有用であるからであり、その意味ではあくまで説明の便宜のためであることを予め了承されたい。

る見解を挙げることができる[309]。この見解が問題視するのは、「契約上の債務」と一般的義務（一般規範）の同一視である。たとえばVineyは、契約責任の領域において引き起こされる不都合の原因を、契約責任の領域では手段債務として性質決定されるのと同様の債務（一般規範）が不法行為の領域では「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条1項）の適用によって厳格責任とされていることに求める。言い換えれば、契約責任の領域で引き起こされる不都合は、加害者と被害者との間に契約関係が存在する場合に、ア・プリオリに契約責任として処理され、不法行為責任による処理が排除されること（non-cumul原則）に由来するということである。そのためVineyは、被害者に不利益がもたらされる限り、たとえ契約当事者間に契約関係があったとしても被害者に「契約責任の領域に位置づけられることを強制できず、少なくとも不法行為制度を選択する可能性を有することを認める」べきであるとする[310]。

他方で、契約責任構成の実益を問題とする観点からは、契約責任として構成することが被害者に有利に作用する限り、契約責任による処理はそのまま維持されることになる。したがって、判例のように「物の所為による不法行為責任」と同様の「物の所為による契約責任」（結果債務としての安全債務）を構築することは[311]、制度を超えて妥当する独自の原理に基づく新しい制度として肯定される。

---

309 G. Viney, *supra* note 52.; *supra* note 275.

310 G. Viney, *supra* note 32, n° 239-1, pp.435 et s.

311 Cass. Civ. 1re, 17 janvire 1995, *D.* 1995. 350 et note P. Jourdain.; *R.T.D.civ.* 1996, 634, obs. Jourdain.; *J.C.P.* 1995, I, 3853, n° 9, obs. G. Viney. 4歳の少女が（私立）学校に設置されているシーソーの損壊によって怪我をした事案に関して、破毀院は－子の監督について課される主たる「契約上の債務」（＝手段債務）に関する従来の判例の立場を維持しつつ－「教育施設には、託された生徒の安全を確実に行う契約上の義務があるので、そのfauteによって引き起こされた損害のみならず、契約上の債務の履行のために用いられた物の所為による損害にもまた責任を負う」と判示した。もっとも、この判決によって肯定された「物の所為による契約責任」について、破毀院はその債務に関する制限を付さなかったために、判決の射程の一般化が危惧された。その結果、破毀院はその後診療契約についてこの債務を安全債務の存在が認められる場合に限定することで判決の射程を制限するに至ったのである。この判決の診療契約への適用については前注（291）参照。

また、以上の見解とは別に、契約責任構成の実益に即した観点から、安全債務を結果債務として性質決定されるものに限定する見解がある[312]。たとえば、結果債務としての安全債務による構成を実際の運送中の事故に限定し、その前後の駅構内における事故を原則として不法行為責任によって処理することを明言した破毀院民事部1989年3月7日判決[313]に対し、「一方で、一般的に安全債務は手段債務としての安全債務の干上がり（assechement）のようなものによって縮小する（略）。他方で、安全債務として存続するであろうものは、結果債務の範疇を補強するであろう」[314]という予測が立てられた。つまり、この見解は－手段債務としての安全債務が消滅する帰結として－安全債務を結果債務として性質決定されるものに限定するのである。その根拠は安全債務が当初人身損害を被った被害者の損害を塡補するために「衡平」概念に基づいて認められたものであり、「衡平」を根拠とする以上、被害者の状況が改善される場合にのみ安全債務の存在が認められるべきであるという安全債務の理論的基礎に求められる。また、安全債務を結果債務として性質決定されるものに限定する見解は、安全債務の存在が認められる場合の基準として「契約の履行が債権者を第三者が通常さらされないような損害の特別な危険にさらす」ことという基準を提示する[315]。つまり安全債務は、債権者が日常生活において先天的に遭遇する危険によって損害を被った場合には認められず、主たる「契約上の債務」の履行が日常生活において先天的に遭遇する危険以外の特別の危険を創り出した場合にのみ認められることとなる[316]。

---

312 G. Viney et P. Jourdain, *supra* note 208, n° 501, p.412.; P. Jourdain, *supra* note 210.; Yvonne Lambert-Faivre, Fondement et régime de l'obligation de sécurité, *D.* 1994, chron. p.81.

313 Cass. Civ. 1re, 7 mars 1989, *supra* note 275.

314 Hubert Groutel, Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats ?, *Resp. civ. et ass.* 1989, chron. n° 16.

315 G. Viney et P. Jourdain, *supra* note 208, n° 501, p.412.; P. Jourdain, *supra* note 263, p.1172.; Le fondement de l'obligation de sécurité, Colloque de Chambéry du 15 novembre 1996, sur *Le développement de l'obligation de sécurité, Gaz. Pal.* 1997, doctr. p.1199.; E. Savaux, *supra* note 52, nos 40 et s., pp.24 et s.

316 もっとも、このように安全債務の存在を契約の履行が債権者にもたらす危険の観点から枠づけるならば、従来判例として確固たる地位を確立してきた破毀院民事部1911年11月21日判決の理解が異なるものとなってくる。すなわち、

以上のように、第1の見解は契約責任として構成することに実益がある場合にのみ従来の契約責任概念を維持するものである。このような観点からは、契約責任による処理と不法行為責任による処理との間に不均衡が生じる場合に、不法行為責任の前提となる一般的義務（一般規範）がア・プリオリには「契約上の債務」と同一視されない点で、従来の契約の対象に一定の制限が設けられることとなる。他方、実益がある場合には契約責任と不法行為責任が同一の機能のもとに理解されるので、契約責任の対象（ないし機能）そのものは維持されているといえよう。もっとも、実益がある場合にのみ従来の契約責任概念を維持する見解に対しては、契約責任の実益をどのようにして判断するのかについての基準の提示が、また結果債務としての安全債務に限定する見解に対しては、主たる「契約上の債務」の履行によってもたらされる危険の評価に関する基準の提示が要求されるであろう。そして、これらの評価基準次第では、契約責任が認められる領域は極めて限定されることになる。そして、ここに第2・第3の見解が登場する契機を見出すことができる。

次に、契約の対象を維持しつつ契約責任の対象を限定する見解としては、比較法の観点から契約の客観的解釈を維持しつつ、契約責任の機能をフランス民法典本来の「同等物による強制履行」機能に回帰させることを主張する見解を挙げることができる[317]。この見解は、まず債務の履行が－債務者の行為ではなく－債権者の意図した期待の満足という債権者の観点から判断されることを前提に、「契約上の faute」の問題を「不履行の事実」の問題に置き換える。すなわち、従来から民事責任の基礎とされてきた「faute」という要件は、しばしば契約責任に関しては不履行と同一視（ないし包摂）されてきたが、このような理解は「契約上の faute が契約不履行であるならば、なにゆえ単純に不履行を

今日において安全債務に広範な射程が認められているのは、破毀院民事部1911年11月21日判決が本来の債務の履行とは無関係に安全債務を認めたことに起因するものである。つまり、破毀院民事部1911年11月21日判決の事案は、被害者にもたらされた損害が契約の履行を必然的な原因とするものであったかどうかは疑わしい事案であった（前注〔172〕参照）。したがって、安全債務の存在を契約の履行が債権者にもたらす危険の観点から枠づけるためには、少なくとも破毀院民事部1911年11月21日判決の新しい理解が必要とされる。

317 D. Tallon, *supra* note 58.; Pourquoi parler de faute contractuelle ?, *in, Droit civil, Procédure, Linguistique, Juridique -Ecrits en hommage à Gérard Cornu, P.U.F., Paris*, 1994, p.429 et s.; Hélène AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur droit*

語らないのか」[318]という疑問を引き起こす。確かに判例や通説的見解においては「損害の原因」として、しばしば「不履行の事実」から区別されて「契約上の faute」が独立に論じられてきた。しかしながら－「不履行の事実」から区別された意味で－独立に「契約上の faute」が論じられるようになったのは、「契約上の faute」を「不法行為上の faute」と同一視し、契約責任と不法行為責任を包括する単一的民事責任に則ったものであり、フランス民法典の沿革に必ずしも合致する議論ではない。それゆえ、この見解は「契約上の faute」を「不法行為上の faute」と区別して論じる必要があるとする。とりわけこの見解において強調されるのは、英米法やウィーン条約、さらにヨーロッパ契約原理においても契約違反として問題とされるのが、常に「債権者は約束した給付を受け取ったか」どうかという「不履行の事実」のみであり、このような比較法の趨勢は「契約上の faute」を論じることに全く意味がないことを示しているという点である[319]。したがって、契約責任を論じる際に、債権者は「不履行の事実」のみを証明しさえすればよく、一旦これが証明された以上、債務者は当該「不履行の事実」が外来原因に因ることを証明することによってのみ免責されうるにすぎないことになる。

この見解によれば「契約上の faute」が「不履行の事実」と一体化される帰結として、客観的責任と主観的責任に基づく契約責任の二分論が否定され、契約責任は客観的責任のみによって一元的に基礎づけられることになる[320]。もっとも注意すべきは、この見解が今日において契約責任として処理されている事案の全てを厳格責任として一律に処理することを主張しているわけではないということである。すなわち、この見解において契約責任は、債権者の意図した期待の満足を担保する制度であり、契約責任の範囲は、契約締結時に契約の履行によってもたらされることを期待した利益の範囲に限定されることになる。したがって、それらの期待が一般的義務（一般規範）の履行によってもたらさ

---

français des contrat, préface de Alain Ghozi, *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 2002, n^{os} 410 et s., pp.399 et s.

318 D. Tallon, *supra* note 317, p.429.

319 *Id.*, p.437.

320 その結果、結果債務と手段債務という区別についても無益であるとされる（H. Aubry, *supra* note 317, n^{os} 421 et s., pp.408 et s.）。

れるものである場合には、契約責任の対象とはならない[321]。

以上のように、第2の見解は契約責任の要件として「不履行の事実」のみを考慮することによって、契約責任を客観的責任として一元的に基礎づけるものであり－確かに契約責任の対象を契約締結時に契約の履行によってもたらされることを期待した利益の範囲に限定するので、これは結果的に契約の対象を限定することになるが－その意味において契約の対象そのものについてとりたてて問題としていない[322]。もっとも、契約責任の対象を限定する帰結として人身損害を契約責任の対象から排除する点で－契約の対象についても実質的に限定されるので－次にみる第3の見解と大きな差異がないということができる[323]。

最後に、契約の対象と契約責任の対象の両方を限定する見解としては、20世紀において構成されてきた契約責任を支える諸概念を排除し、契約責任を契約利益の「同等物による強制履行」機能へと回帰させることを主張する見解を挙げることができる[324]。この見解は契約責任の本質的機能を－損害塡補機能では

---

321 *Id.*, n° 434, p.420.

322 たとえばTallonは契約における信義則の役割を重視し、情報債務や助言債務等の一定の債務の拡大に好意的な見解を示しており（D. Tallon, *supra* note 58, n° 29, p.232.）、またHélène Aubryも契約責任の対象を限定する反面、契約の客観的解釈には好意的である（H. Aubry, *supra* note 317, n^{os} 445 et s., pp.433 et s.）。もっとも、このような第2の見解による契約の対象の理解が実質的に第3の見解の理解と大差のないものであることについては後注（327）参照。

323 とりわけ第2の見解や次にみる第3の見解のように契約責任の対象を「同等物による強制履行」に限定する見解は、人身損害の賠償を契約責任の対象とすることに否定的な見解が多い。またこのように契約責任の対象を「同等物による強制履行」に限定し、人身損害の賠償を契約責任の対象から排除するという発想は、既にCarbonnierの見解にみることができる。すなわち、「契約責任と呼ばれるものは、いくつかのとても制限されたものとして理解されなければならないであろう。〔すなわち、それは〕契約に期待した（金銭的）利益の同等物を債権者にもたらす債務〔である〕。そのなかに腕の切断や人の死を入れさせることは人工的である」（J. Carbonnier, *supra* note 15, n° 295, p.520.〔ちなみに、同様の記述は1950年代に出版された同書の初版に既にみることができる〕）。

324 回帰を主張するものとして、Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3^{e} édition, *Dalloz*, Paris, 1982, n^{os} 158 et s., p.63 et s.; Ph. Rémy, *supra* note 11, Critique du système français de responsabilité civile.; *supra* note 11, La responsabilité contractuelle.; Laurence Leturmy, La responsabilité délictuelle du contractant, *R.T.D. civ.* 1998, p.839 et s.; J. Bellissent, *supra* note 83.

なく－契約利益の「同等物による強制履行」に求める点で第２の見解と同様の基礎に立脚するものである。しかし、債務の履行を－債権者の意図した期待の満足ではなく－フランス民法典の本来の趣旨と同様にあくまで債務者の行為によって判断する点で、第２の見解と一線を画する。言い換えれば、第２の見解は－債務の履行を債権者の意図した期待の満足に結び付ける形で－「不履行の事実」の存在を契約責任の要件とするのに対し、第３の見解は債務者が契約で義務づけられた行為を行わなかったことという不履行そのものを契約責任の要件とする点で両見解には差異がある。もっとも、契約責任をフランス民法典本来の射程へと回帰させる場合には、債務者が契約で義務づけられた行為を行うことによって、ほとんどの場合に債権者の意図した期待は満足される。そのうえ証明負担に関しても第２の見解は「不履行の事実」の証明を債権者に課すのに対し、第３の見解は履行の証明を債務者に課す（債務不履行の推定）ので、両見解の間には実質的な差はない[325]。

また、契約責任をフランス民法典本来の姿へ回帰させることによって、契約責任に関するいくつかの混乱に対する解決が得られる。すなわち、契約責任と不法行為責任が－契約関係の有無ではなく－それぞれの機能にしたがって厳格に区別されることによって、non-cumul 原則は妥当性を回復する。契約責任は厳格な意味で契約から生じた債務の履行のみを対象とする以上（＝「同等物による強制履行」機能）、契約締結時に予見されなかった損害や損害が単に契約の相手方当事者によって引き起こされただけの場合には－それがたとえ契約当事者間に生じた損害の賠償を問題とするものであったとしても－不法行為責任

[325] ただし、これらの見解は証明負担に関するフランス民法1315条の理解について若干相違を示す。すなわち、第２の見解は、フランス民法1315条が Actori incumbit probation（原告は挙証の責任を負う）および Reus in excipiendo fit actor（被告は抗弁の提出によって原告となる）という法諺に由来するとして、債務者の債務の履行を推定し、債権者に一律に債務の存在と「不履行の事実」の証明を負担させる（このような見方に好意的なものとして H. Aubry, *supra* note 317, n^os^ 425 et s., pp.412 et s. がある）。これに対し、第３の見解においては、債権者が債務の存在の証明を負担し（フランス民法1315条１項）、債務者が債務の履行の証明を負担することになる（フランス民法1315条２項）というフランス民法1315条の文理が強調される。そして、この帰結として「債務不履行の推定」が導き出される（このような見方に好意的なものとして、J. Bellissent, *supra* note 83, n^os^ 609 et s., pp.268 et s. がある）。

によって処理される（＝損害塡補機能）[326]。また、言うまでもなく、安全債務や看護債務のような契約利益とは無関係な債務が契約責任の領域から排除されるので、必然的にその存在を判断する基準や性質決定基準に関する混乱も回避することができる[327]。

---

[326] したがって、契約当事者間においても不法行為責任は成立する。契約当事者間の不法行為責任については L. Leturmy, *supra* note 324.; J. Bellissent, *supra* note 83, n^{os} 1057, pp.443 et s. 参照。また、契約責任が本来の機能へ回帰することによって、契約責任の範囲はフランス民法1150条の論理的な適用にしたがって処理される。つまり、契約責任の範囲については従来次のような矛盾が生じていた。すなわち、民事責任が損害塡補機能を主たる機能とするものであるとすれば、契約責任は被害者が被った損害全部の賠償を原則とする（判例は民事責任の目的について次のように述べている。「民事責任固有の性質は損害によって損なわれた均衡をできるだけ正確に回復し、そして、責任を負う者の費用によって、被害者が損害を被らなければあったであろう地位に戻すことにある」とする〔Cass. Civ., 28 octobre 1954, *J.C.P.* 1955, II, 8765 et note R. Savatier.; *Gaz. Pal.* 1955, 1, 10.〕）。しかし、契約責任が被害者の被った損害の塡補を原則とするのであれば－フランス民法1150条が契約締結時の予見可能性を基準に損害賠償の範囲を制限する規定であるにもかかわらず－そもそもそれを制限するという考え方とは両立しない。そのうえ、通説的見解の主張するように「契約上の債務」と契約責任を区別して考えるのであれば、そもそも何の必要があって契約締結時の予見可能性を問題とするのか説明できない。契約責任の機能を「同等物による強制履行」に限定し、契約責任を「契約上の債務」の延長として理解する場合には、このような矛盾は生じない。フランスにおける契約責任の範囲については、関口晃「フランス法における損害賠償の範囲および方法について」東京都立大学創立十周年記念論文集編集委員会編『東京都立大学創立十周年記念論文集［法経編］』（東京都立大学・1960）93頁以下、松野友芳「フランス法における損害賠償の範囲について（一）（二・完）」大阪市立大学法学雑誌26巻2号（1980）60頁以下、27巻1号（1981）75頁以下、難波譲治「フランス法における契約損害の予見可能性（一）（二・完）」法学論叢124巻2号（1988）40頁以下、125巻3号（1989）80頁以下。また、フランスにおける賠償額算定の基準時に関する議論については、平井宜雄「損害賠償額算定の『基準時』に関する一考察―債務不履行を中心として―（二）」法学協会雑誌84巻3号（1967）1頁以下参照。

[327] もっとも、このような一定の債務の排除による契約の対象の縮小は必ずしも第2の見解との決定的な差異を示すものではないことに注意したい。すなわち、今日フランスにおいて付随債務として一括されている債務には、安全債務

以上、今日における学説を3つに分類してみてきた。これらの学説が契約責任の意味およびその機能について従来のフランス契約責任論に対する根本的な批判を提起していることは明らかであろう。またこれらの学説は－それぞれが拠って立つ基礎が異なるにもかかわらず－実質的にはあまり差がないことにも注意しなければならない。確かに、第1の見解が従来の通説・判例を基礎にその不都合を回避するという手法を採り、従来の通説・判例を可能な限り活用す

のほかに情報債務や助言債務等が含まれる。したがって、これらの債務が主たる「契約上の債務」でない以上、一見これらの付随債務についても一律に契約責任から排除されることとなりそうである（このような観点から情報債務や助言債務が「契約上の債務」とは性質の異なる債務であることを強調するものとして Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat－Essai d'une théorie*, préface de Roger Bout, *Bibliothèque de Droit Privé*, Tome 337, *L.G.D.J.*, Paris, 2000, n^{os} 148 et s., pp.134 et s.)。確かにこれらの債務については、安全債務と同様に被害者の損害塡補を導き出すために衡平の観点から事後的に存在の認められる範囲において、一般規範（不法行為上の先存債務）から区別された意味での固有の存在意義はない。しかし、情報債務や助言債務のなかには安全債務とは全く異なる役割を有する債務が含まれており、第2の見解はこの債務の存在を契約の客観的解釈ないし信義則によって肯定している。とりわけ、今日において情報債務や助言債務は、「意思の自律」の誇張によって崩れた均衡を立て直すための手段として、言い換えれば契約当事者間に要求される「給付の均衡」を維持・回復するための役割を担うことがあり、第3の見解がこれを認めないとすれば批判を免れないであろう。しかし、この給付の均衡を維持するための情報債務や助言債務の存在は、実質的に第3の見解においても認められるように思われる。というのは、契約概念の理解をフランス民法典およびその編纂者の意図した範囲まで回帰させるとすれば—契約当事者の合意が純粋な意思の自律（ないし契約自由）の観点からではなく「衡平」の観点からのコントロールに服する帰結として—情報が不均衡な状況でなされた合意に法的拘束力はないはずであり、「給付の均衡」を確保することが合意の前提として要請されるはずであるからである（前注〔23〕参照)。そうであるとすれば、契約責任の対象を「同等物による強制履行」に限定する見解においても—合意が「給付の均衡」を前提とする以上—「給付の均衡」が図られていなければならないのである（このような観点から情報債務や助言債務にアプローチするものとして J. P. Chazal, *supra* note 172, pp.106 et s.)。もっとも、「給付の不均衡」がみられる場合には、合意そのものの効力を否定するか、合意を維持しつつ、その修正ないし再交渉を義務づけるかという、解決の方法についてはさらに検討の余地が残る。

ることを主張しているのに対し、第２の見解および第３の見解が端的にフランス民法典およびその編纂者の立場への回帰を志向している点で違いや対立をみることができる。しかし、これはあくまでそれぞれの見解に見られる一般的な傾向にとどまり、それぞれの見解が、他の見解と全面的な対立関係にあることを意味するわけではない。むしろ第２の見解と第３の見解はしばしば同一視され、また－第２の見解や第３の見解の批判の対象とされているにもかかわらず－第１の見解ですら、契約責任の無意味な拡張については否定的な理解を示す点で第２の見解や第３の見解と軌を一にしているのである。いずれにせよ、ここで改めて強調しておかなければならないのは、客観的責任と主観的責任という二分論に基礎づけられたフランス契約責任論が今日様々な混乱を抱えていることであり、その解決に向けて学説には一程度の差こそみられるものの－契約責任を限定しようとする動きがみられるということである。

３．小括

ここで、これまでみてきたところをまとめておくことにしよう。

20世紀初頭に民事責任の一部としてその基礎が確立されたフランスにおける契約責任は、今日では様々な問題を抱え、そして批判がなされている。

まず、結果債務と手段債務の二分論に対しては、比較的早い段階から批判が向けられた。すなわち、学説における結果債務と手段債務の区別の登場に基礎を提供した安全債務や看護債務は、本来不法行為責任における問題を背景とするものであった。そのため、判例・学説は不法行為責任の問題をあくまで契約責任として処理するために「契約上の債務」概念を曖昧にすることによって対応しようとした。このような状況のもとに、Henri Mazeaud は全ての契約を一定の結果に向けつつ、その結果を実現するための債務に予め確定されたもの（結果債務）とそうでないもの（手段債務）があるとし－契約当事者に「債務の内容」に関する合意が存在しない場合について－結果債務と手段債務の性質決定基準を「債務の目的の射倖性」に求めることで、一元的な観点から二分論を基礎づけた。

ところが、「債務の目的の射倖性」という基準は、従来の判例の認識とは相容れない側面を有していた。というのは「債務の目的の射倖性」を考慮するならば、運送契約のように運送中に旅客に行動する自由がある契約では、運送契約上の安全債務が－判例によって結果債務として性質決定されているにもかか

わらずー手段債務として性質決定されなければならないからである。これは「衡平」の要請に基づいて便宜的に責任を厳格化する結果債務に基づく安全債務という判例の構成そのものを揺るがすようになり、契約責任の領域に手段債務としての安全債務を増加させていった。そして、今日の判例・学説によって指摘されている問題は、このように契約責任の領域に主観的責任が増加したことによって引き起こされたのである。ヨリ具体的にはこれらの問題は次の2点に集約することができる。

第1に、破毀院は当初「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条1項）と同様の解決を導くために構築した安全債務に基づく契約責任という構成（結果債務としての安全債務）を今度は「物の所為による不法行為責任」と同様の解決を回避するために用いた（手段債務としての安全債務）。これによって破毀院は安全債務の性質決定基準を問われることとなったが、その基準を提示することができず、整合性を失っていった。また、当初は被害者の利益のために認められた安全債務がー「物の所為による不法行為責任」の適用が認められる場面ではー被害者の不利益に機能するという倒錯した状況を生じさせるに至った。

第2に、破毀院は契約当事者の合意を根拠に看護債務を手段債務として性質決定することによって、診療契約当事者間の債務の多様性を剥奪した。これによって破毀院は診療契約において医師の責任を厳格化する手段を失った。そのため破毀院は、あるいは看護債務を情報債務・助言債務によって補強することによって、あるいは端的に診療契約に結果債務としての安全債務を認めることによって医師の責任を厳格化したが、今度は主たる「契約上の債務」（看護債務）とそれらの債務との関係およびー安全債務と同様にーその性質決定基準が問われることとなった。

翻ってフランス契約責任論の形成過程においてこのような問題の契機を探究するならば、この問題の契機は契約の拡大と契約責任の拡大に求めることができる。すなわち、一方で、契約の次元では契約の客観的解釈や「先存債務に対する違反」という「faute」の定義を通して契約概念そのものが拡大され、他方で、不法行為責任を制度的に補填するために、「契約上の債務」から契約責任を切り離すことによって契約責任概念は不法行為責任と同様の損害塡補機能を担うようになった。そして、今日における問題の核心は、このようにして契約責任の領域に導き入れられた不法行為責任があくまで契約責任固有の問題とし

て認識されていることにある。言い換えれば、全く同一の問題を処理するにもかかわらず、その処理は契約関係の有無によって全く異なる制度に服するという点が問題を生じさせているのである。

このような問題に対して、今日の学説はいくつかの解決策を提示している。これらの学説は、契約の対象を限定することによって、あるいは契約責任の対象を限定することによって、さらには、それらの両方を限定することによって（言い換えればフランス民法典本来の姿へと回帰することによって）、契約責任の領域に一貫性を回復させることを試みている。確かに、これらの見解は必ずしも一致しているわけではなく、表面的には対立もみることができる。それにもかかわらず、これらの見解は一定の範囲で契約責任の領域を限定する点で同一の方向性を志向しているとみることもできるのである。

とはいえ、このような動きがフランス契約責任論の崩壊を意味するものであるのかどうかは必ずしも明らかではない。また、フランス契約責任論が今後歩むべき途について判断することは、少なくとも今のわたくしのなしうる仕事ではない。とりわけ今日のフランス契約責任論に関する「フランス民法学説はその歴史の転換点にある」と言われ[328]、また不法行為責任との関係においてのみならず、社会保障制度やヨーロッパにおける法統一の動きにも配慮して議論がなされなければならないことを考慮するならば、これまでみてきた議論のみをもってこのような判断を行うのは安直に過ぎるであろう[329]。しかしながら、本稿の目的に鑑みれば、これまでみてきたフランス契約責任論の形成過程からわが国の議論を検討するために必要な示唆を得ることができたのではなかろうか。ここではこの成果のみをもって十分に満足しうるものと考える。したがって、次にフランス契約責任論から得られた知見を確認する作業に移ることにしたい。

---

328 E. Savaux, *supra* note 52, n° 1, p.1.

329 また、近時の判例の複雑な動きも、これに拍車をかけている。たとえば、Cass. Civ. 1re, 7 mars 1989, *supra* note 275. は不法行為責任への回帰を示した判決とみることもでき、またこれに呼応する動きを近時のいくつかの判決にみることができるのも事実である（Cass. Civ. 2éme, 10 janvier 1990, *R.T.D.civ.* 1990, 481, obs. P. Jourdain.; Cass. Civ. 2éme, 5 juin 1991, *J.C.P.* 1992, IV, 3572, obs. G. Viney.; Cass. Civ. 1re, 29 mai 1996, *R.T.D.civ.* 1997, obs. P. Jourdain.）。しかしながら、現在でも多くの判決において安全債務の存在が認められている（Cass. Civ. 1re, 14 mars 1995, *R.T.D.civ.* 1996, 633.; Cass. Civ. 1re, 21 février 1995, *R.T.D.civ.* 1996, 634.; Cass. Civ. 1re, 17 juin 1997, *R.T.D.civ* 1998, 119, obs. P. Jourdain.）。

Ⅲ．総括－日本法への示唆－

1．はじめに

以上、われわれはフランスの判例・学説における契約責任論の形成過程およびそれが引き起こしている問題を概観した。最後にこれまでみてきたところをもう一度確認し、概括的に展望を試みておくことにしよう。

ここで、本稿の目的を再度確認しておきたい。われわれの疑問は、近時有力である債務二分論（結果債務・手段債務）と帰責原理二分論（保証責任・過失責任）による契約責任論が－その区別の有用性については異論がないにもかかわらず－区別の基準および個別の要件の位置づけについて不明確さを払拭しきれない理由とは何かという点にあった。そして、この理由を明らかにするためには、まずなによりも近時の契約責任論の二分論を支える基礎を明らかにすることが前提作業としてなされなければならない。それにもかかわらず、従来はこのような作業が必ずしも十分になされていない。そこで、本稿は近時の契約責任論の二分論を支える基礎を明らかにするために、フランス契約責任論の形成過程を明らかにすることを課題とした。それでは、われわれはフランス契約責任論の形成過程からどのような知見を得ることができたであろうか。具体的検討結果は、次のようにまとめることができる。

2．フランス契約責任論の形成

ここではフランス契約責任論から得られた具体的検討結果を、まずフランス契約責任論に内在的・連続的な観点からまとめ、次にその内在的・連続的展開過程に現れた歪を再確認する作業を通して、フランス契約責任論に外在的・非連続的な観点からまとめることにしたい。

(1)　契約責任の内在的・連続的展開

まずわれわれの分析の出発点となったフランス民法典およびその編纂者の見解によれば、債務者に課される契約責任は「同等物による強制履行」を本質的機能とするものである。したがって、契約責任の原因はあくまで契約そのものにある。もっとも契約責任の原因が契約そのものにあるならば、その原因である契約と契約責任の要件はどのような位置関係のもとに理解されるのであろうか。すなわち、契約責任に関するフランス民法1147条は、その要件として「不

履行」のみを規定しており、契約責任の原因である「契約上の債務」と「不履行」要件との関係が問題となる。この点について証明負担に関するフランス民法1315条は、債権者が債務の存在を証明した場合、債務者は当該債務の履行を証明しない限り債務から解放されない旨を規定している（ただし、当該不履行が外来原因に因ることを証明した場合には免責される）。つまり、契約責任は－債務不履行概念の内容よりもむしろ－「契約上の債務」が履行されたかどうかないし債権者が契約利益の給付を享けることができたかどうかという問題に帰するというのが、フランス民法典およびその編纂者の意図である[330]。このように契約責任の機能に接続される形で契約責任の要件は構成されるのである。

ところが、19世紀後半に多発した労働災害を契機に、学説は契約責任によって不法行為責任の不備を補塡することを主張し、これによって契約責任を意図的に変容させた。その際に契約責任は、契約責任本来の「同等物による強制履行」機能とは異なり、不法行為責任の機能である損害塡補機能を担うことになる。そして、この動きが19世紀末から20世紀初頭に著されたPlaniolの見解に結実していくのである。すなわち、Planiolは「faute」を「先存債務に対する違反」と定義することによって、「不法行為上のfaute」と「契約上のfaute」を「民事上のfaute」として一体化し、一方で－「契約上の債務」と社会的一般

---

[330] フランス民法典およびその編纂者の意図した契約責任が今日において主観的責任と呼ばれるものとは異なるものであることを強調しておきたい。すなわち、確かに、フランス民法典およびその編纂者の見解においても「契約上のfaute」が要件であったことは既に見たとおりである。しかし、今日おいて主観的責任と呼ばれるものは、「契約上のfaute」によって引き起こされた損害を担保するものであるのに対し、フランス民法典およびその編纂者の意図した契約責任は「契約上の債務」の履行・契約利益の給付を担保する点で決定的に異なる。したがって、フランス民法典およびその編纂者の見解において契約責任の原因はあくまで契約にあるのに対し、今日における契約責任の原因は「契約上のfaute」にある。また、フランス民法典およびその編纂者の意図した契約責任は債務者が契約によって義務づけられた行為をなしたかどうかによって「債務不履行」（＝「契約上のfaute」）を判断する点で客観的責任とも異なる。そもそも主観的責任と客観的責任という区別自体、ひとつのドグマであり、責任が必ずしもどちらかに分類されなければならないというわけでもない。もっとも、契約責任に関するフランス民法典の基本構造が客観的責任に近いことについてはH. Aubry, *supra* note 317, n^os^ 410 et s., pp.399 et s. 参照。

に課される一般的義務（一般規範）を同一次元の概念として位置づけ－あらゆる「規範」に「債務」としての地位を与えることを可能にし、他方で不法行為責任と契約責任を共に「債務不履行の効果」として同化した。したがって、20世紀初頭に契約責任は「民事上の faute」を原因とするようになり、「先存債務に対する違反」という形式のもとに、「債務不履行の効果」として理解され、その機能は被害者の被った損害の塡補であると理解されるようになる。もっとも、Planiol によって模索された「民事上の faute」に基づく単一的民事責任は契約責任と不法行為責任を共に主観的責任とするものであり－学説上大きなインパクトを持ったものの－判例によって直ちに採用されたわけではなかった。その後の判例・学説は、Planiol の見解に依拠しつつも、彼とは異なる客観的責任・主観的責任という二分論に基づいて民事責任論を構築していくことになる。

契約責任の領域では、19世紀末の学説の動きをうけて、破毀院民事部1911年11月21日判決が、「運送契約の履行は、運送人に対し、旅客を無事に目的地まで導く債務を伴う」ものであると判示した。この判決は、一方で契約の客観的解釈や Planiol による「faute」の定義を介して「契約上の債務」を契約当事者の合意とは無関係に創出し、他方で「債務不履行の効果」として契約責任を構成することによって契約責任に不法行為責任と同様の損害塡補機能を認めるものであった。そして、その際に契約責任の原因として位置づけられる「債務不履行」（＝契約上の「faute」）は「損害の発生」という外形的事実をもって認定されるので、安全債務に基づく契約責任は以後客観的責任として理解されるようになった。

破毀院によって契約責任の領域に客観的責任の存在が認められたことを契機に、学説は判例の立場と Planiol の見解との接合を試みるようになる。その試みのひとつが Demogue による結果債務と手段債務の区別である。すなわち、彼は Planiol の見解に依拠し、民事責任の要件として「faute」・「損害」・「faute」と「損害」の間の「因果関係」を挙げつつ、判例においては労働災害や運送事故のように「損害の発生」をもって「faute」の存在が認定される場合があるとし、これを結果債務と名づけたのである。もっとも、「損害の発生」をもって「faute」の存在が認定される場合があるというだけでは、その基礎が十分ではない。というのは、損害が発生した場合には－他の原因が関与している可能性を完全に払拭できない以上－当然に「faute」があるとはいえないからである。

つまり、「損害の発生」という外形的事実をもって「faute」の存在が認定されるための理論的基礎が必要となった。

この基礎は、Henri Mazeaud によって付与された。彼は結果債務と手段債務という区別の存在を「債務の内容」に結びつけることによって基礎づけた。すなわち、彼は、債務には予め確定された内容を有するものとそうでないものがあり、「債務の内容」が確定されている場合にはフランス民法1147条のみが問題となり、「債務の内容」が確定されていない場合には、フランス民法1137条にしたがって「良家父」に要求される一般的な慎重さと注意が「債務の内容」となるとする。結局、Henri Mazeaud にとって「損害の発生」をもって「faute」の存在が認定される場合とそうでない場合があるのは、合意または法律によって債務が確定されている場合とそうでない場合があるからである。

かくして債務二分論による基礎づけが行われると、破毀院民事部1936年５月20日判決は契約責任の領域に主観的責任の存在を明言する。すなわち、破毀院は「医師とその患者との間には、担当医に対して、全く明確に患者を治癒する約務ではなく（中略）科学的知見に適した良識的で注意深い看護を患者に与える約務を伴う正真正銘の契約が形成されている」とし、契約ないし「債務の目的」を曖昧にすることによって医師の責任を実質的に主観的責任として処理したのである。かくして、判例・学説は「faute」に基づかない「客観的責任」と「faute」に基づく「主観的責任」という区別に至る。

以上がフランス契約責任論の内在的・連続的展開である。確かに、われわれはここにフランスにおける単線的な契約責任論の形成過程をみることができる。ここにあるのは、安全債務と看護債務という新しい概念の登場によって客観的責任と主観的責任という区別に至った、という極めて単純な図式であり、このような理解は契約責任の領域で生じた事実を平板に羅列する限りにおいて有効である。しかし、問題はいったいなぜ特定の時代に、特定の議論が客観的責任と主観的責任という区別を強調したのか、あるいはしなければならなかったのか、ということにある。そしてわれわれは、それぞれの事実の背景にある事情および認識とは何かを執拗に問いかけることによって、フランス契約責任論の形成に別の側面があることを理解しうるのである。

(2)　契約責任の外在的・非連続的展開

既に述べたように、以上のような内在的・連続的な契約責任の形成過程を顧

みるならば、確かに客観的責任・主観的責任という二分論は一応妥当しているかのようである。しかしながら、われわれはこのような構成を担保しているのが、「危険説」ないし「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条1項）の存在であることをみた。そして、このことを想起するならば、客観的責任と主観的責任の二分論が契約責任に外在的・非連続的にもたらされたことを理解しうるであろう。つまり、フランス契約責任論は単線的に展開してきたというよりも－フランス民法典およびその編纂者の意図した契約責任とも異なるという意味で－新たに創造されたと表現するほうが適している。

今日においてフランス契約責任論を支える安全債務や看護債務－さらにはそれをもとに学説上確立された結果債務・手段債務の区別－という主要な概念は、それぞれの概念の登場した時代背景に応じて、政策的な特別の考慮のもとに登場した概念である。

まず判例においてはじめて安全債務が登場したとき、破毀院の判断の背後にあったのは、危険説の一般化に対する危惧である。すなわち、労働災害を巡るひとつの解決策として提示された保障説は、その後の危険説の台頭によって忘れ去られたかに思われた。しかしながら、Planiol や Sarrut に代表される学説の批判によって－そして、労働災害について立法的に解決が図られたこともあり－その後の判例・学説は危険説の一般化に危惧を示し始める。つまり、危険説の一般化を回避しつつ、それと同様の解決を契約責任構成の採用によって導いたのが、破毀院民事部1911年11月21日判決である。

しかしながら、その後の不法行為責任の動向は、破毀院民事部1911年11月21日判決およびそれに連なるいくつかの判決で示された考慮を無意味なものとする。というのは、破毀院連合部1930年2月13日判決が「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条1項）という形式で実質的に危険説の一般化を承認したからである。もっとも、これによって逆に不法行為責任のかなりの領域が厳格責任化されてしまうという別の問題が生じた。すなわち、不法行為責任の領域には、「物の所為による不法行為責任」による厳格責任が適している領域とそうでない領域が混在している。そして、「物の所為による不法行為責任」の一般化の結果として、不法行為責任の領域における主観的責任の別の活路が必要となったのである。このような問題は、特に医師の責任を巡って認識された。そして、このような考慮が明確に示されたのが、破毀院民事部1936年5月20日判決なのである。それゆえ、この判決における「医師とその患者との

間には、担当医に対して、全く明確に患者を治癒する約務ではなく（中略）科学的知見に適した良識的で注意深い看護を患者に与える約務を伴う正真正銘の契約が形成されている」という判示部分は、「物の所為による不法行為責任」の一般化に対する危惧を示唆しているのである。

このように、今日におけるフランス契約責任論は、フランス不法行為責任論との相互関係において位置づけられる。そして、この点を明確に認識することによって、ようやくわれわれは客観的責任と主観的責任という区別に内在する理論構造を理解することができるのである。フランス契約責任論の内在的・連続的な理解の背景にあるのは、本質的に契約責任として処理されるべき問題を契約責任によって処理できないので、そのような不都合に対処するために様々な法律構成が検討され、受容されてきたという考えである。確かにこのような観点からみれば今日に至るフランス契約責任論の展開は、法発展の歴史ということができるのかもしれない。しかし、フランス契約責任論の展開の契機をなしたのが、常に不法行為責任に関して意識された問題であったことに鑑みれば、われわれはフランス契約責任論を契約責任という枠組みにおいてのみ理解することに躊躇せざるをえないであろう。もっとも、ここで注意すべきは、フランス契約責任論の展開を外在的・非連続的に理解することが、直ちに契約責任と不法行為責任の同一視を導くものではないということである。つまり、不法行為責任の領域で扱われた問題を契約責任の領域で処理する場合には、常に契約責任に内在的な基準に則して不法行為責任の問題が再構成される。そして、このような問題の置き換えは、フランス契約責任論の形成過程にはっきりと読み取ることができる。すなわち、一方で厳格責任化を実現し（安全債務）、他方で厳格責任化を回避する（看護債務）という不法行為責任の問題を、判例・学説は「債務の内容」という契約責任に内在的な問題に置き換えることで処理してきたのである。このようにみれば、フランス契約責任論の展開は、不法行為責任の問題を、まさに契約責任に潜在的な問題として加工し、処理してきたことに意義が認められよう。そして、「債務の内容」という一元的な問題を客観的責任と主観的責任（ないし結果債務と手段債務）という二分論によって分析するという試みは、まさに以上のような問題の置き換えを象徴的に示しているのである。

3．フランス契約責任論の解体

さて、フランス契約責任の形成過程は、我々に何を教えるであろうか。まずここで改めて強調しておかなければならないのは、今日においてフランス契約責任論を支える諸概念（安全債務、看護債務、結果債務と手段債務の区別）が本来は不法行為責任の領域に属する問題を契約責任の領域で処理するために創り出された概念であり、その結果、フランスでは契約責任が不法行為責任と互換的に機能するに至ったという点である。つまり、ひとつの歴史的連続体としての契約責任なるものは実際には存在しない。このことは契約責任という概念が、時代によって異なる概念として－歴史的な発展の産物として－理解されているというよりも、むしろ今日において契約責任と呼ばれるものが、実はその起源においては契約責任なるものと契約責任ならざるものを同時に含んでいたということを示している。そして、今日のフランスにおける契約責任の二分論とは、この契約責任なるものと契約責任ならざるものの混在を－おそらく後者の観点から、しかしあくまで契約責任の問題として－一律的に決定し、固定したものの産物にすぎない。それゆえ、近時の学説にはフランス民法典およびその編纂者の意図したものへと純化させると同時に、フランス契約責任論を支える諸概念の放棄によってフランス契約責任論の混迷の収拾を主張する見解まで登場している。

しかしながら、わが国ではそもそも契約責任ならざるものから区別された意味での契約責任なるものがあるのかどうか、またはそうした区別の不存在を民法典の解釈ないし法発展の歴史として肯定的に理解すべきなのかどうかについて自明ではない。それでは、われわれはわが国における契約責任論の再構成へ向けてフランス契約責任論はいかなる示唆を与えるであろうか。次にこれをみることにしよう。

(1)　契約責任の不法行為責任的構成からの離脱

まず近時のフランスにおける議論は、不法行為責任との関係において発見・拡大された契約責任の領域を本来の契約責任の領域から分離して扱うことも可能であること、そして今日において際限なく拡大している契約責任を、統一的に把握するという途のみがわれわれの選択すべき唯一の途ではないことを示唆している。

今日におけるフランス契約責任論の混乱の背景には、一方で契約の拡大ないし「契約上の債務」の多様化が、他方で契約責任の拡大があった。そして、こ

のような状況は non-cumul 原則の機能不全によってもはや維持しえない。そのためフランスでは、一定の範囲で契約責任を縮小することが主張されているのであった。

もっとも、このように契約責任の縮小そのものが必ずしも直接的に二分論を否定することにつながるものではないであろう。というのは、Henri Mazeaud によって促された結果債務と手段債務の区別は、「債務の内容」の検討に帰するものであり、その意味では「債務の内容」の検討を促す限りにおいて、この区別には存在意義があると言えなくもないからである。そして、近時のフランスの学説の流れは「債務の内容」の検討を強調する点において、通説的見解と完全に同調しているようにもみえるのである。確かにわが国でもしばしば主張されているように、「債務の内容」の検討は、契約責任の判断にとって必要不可欠である。とりわけ結果債務と手段債務という区別を通して「債務の内容」を検討する必要性が強調されるに至ったわが国では－この区別の沿革を度外視して－まさに「債務の内容」を検討するために結果債務と手段債務という区別の有益性が説かれるかもしれない。しかし、結果債務と手段債務という区別の沿革を考慮する限り、近時のフランスの学説は、次の２つの点についてわれわれにヨリ綿密な検討を要求しているように思われる。

すなわち第１に、フランス民法典および編纂者において「契約上の債務」は、常に特定の給付と結び付いていた。注意すべきは、ここでいう「給付」がフランス民法典においては非常に限定された概念でしかなかったということである。すなわち、フランス民法1128条は、「取引される物」に限り「合意の目的」とすることを認めており、したがって、取引しえないものを合意の目的とすることを否定している[331]。またフランスでは、フランス民法６条が公序良俗に関する法律を合意によって適用除外とすることを禁止しているため、「安全」を契約の目的とすることがこの規定に違反することにならないかどうかについても

---

331 フランス民法1128条の規定については前注(158)参照。またフランスでは身体の完全性を無条件に合意の対象とすることに、しばしば慎重な態度が示されてきたことにも留意しなければならないであろう。医療関係についてこの点を強調するものとして小粥太郎「フランス医事法における患者の自律」早稲田法学74巻２号（1999）１頁以下参照。ただし、契約責任の領域から安全債務や看護債務を排除するという見解が、必ずしも付随債務を一律に排除することを主張するものではないことにつき、前注（327）参照。

検討が促されているところである。つまり、これらの規定に則して考えられる契約上の給付は、ほとんどの場合、典型契約に代表されるような対価的な取引を中心とするものに限定されることとなろう。その意味で、契約利益と契約責任は一体であり、検討の対象となる「債務の内容」も限定されることになるのである。しかし、今日における契約ないし契約責任の拡大は、検討の対象となる債務を必然的に拡大するものである。たとえば、Henri Mazeaud にしたがって「債務の内容」を検討する場合には、「契約上の債務」はもはや特定の給付と無関係に位置づけられているのであり、このような債務は一般的義務（一般規範）と区別することができない。そのため、結果債務と手段債務の区別を介して検討される「債務の内容」（ないしその不履行の判断）は、結果的に「不法行為上の faute」の評価との区別がつかないのである。このことによって「契約上の債務とは何か」という極めて当然になされなければならない検討が覆い隠されている。

これに関連して、第2に、結果債務と手段債務という象徴的な区別のもつ意味は、契約当事者の合意のない領域で合意に代替するものとしての役割に限られてくる。すなわち、結果債務と手段債務の区別は、運送事故や診療契約という合意の存在が不明確な領域でその存在意義が認められたのであり、必ずしも一般的な射程をもつ区別ではなかった[332]。したがって、結果債務と手段債務の区別が意味をもつ領域（合意が存在しない場合）とそうでない領域（合意が存在する領域）とは区別して考えられるべきであり、全ての債務が結果債務と手段債務（ないし客観的責任と主観的責任）の二分論に拘束される必然性はない。

以上に加えわが国の議論を検討する際には、さらに次のような点が考慮されなければならないであろう。すなわち、フランス民法典およびその編纂者の見解から保障説および危険説を経て結果債務と手段債務の二分論に辿りついたフランスとは異なり、わが国ではもともと契約責任が一律に過失責任に服するという理解から出発し、それを技術的に肯定するために、またはそれに対するアンチ・テーゼとして二分論が展開されている。形式的に言えば、契約責任と不法行為責任の対置を客観的責任と主観的責任の対置に置き換えることを前提に二分論が機能したフランスと契約責任と不法行為責任がともに主観的責任とし

[332] 合意があるならば、このような区別は必要ないことはもとより、この区別は Planiol のように「契約上の債務」と契約責任の区別を明確化することによってはじめて可能となった区別である。なお、後注（333）参照。

て理解されることを前提に二分論が持ち込まれたわが国とでは二分論の含意が全く異なるものとなるということである。つまり、フランスでは、契約責任を技術的に不法行為責任化してみせたことに二分論の意義が認められるのに対し、わが国では契約責任と不法行為責任が同一の基礎に基づくものである以上、このような議論が成立する余地はない。確かに契約責任と不法行為責任がともに過失責任を前提としてきたわが国では－結果債務としての安全債務という構成を持たないので－フランス以上に「債務の目的の射倖性」という発想が馴染みやすいところがある。しかし、二分論の背景を見失って二分論のみが継受されるならば、それは従来の過失責任に基づく解決を「債務の内容」に従って並べ替える作業に終始し、ともすれば現状追認の議論に終始することになりかねない。また、このような現状を追認することによって今日契約責任が抱える現実を変えることができるのか、客観的責任と主観的責任にそれぞれ分類することに終始することで重要な問題を看過したまま胸をなで下ろすことにならないのかという付随的な問題についても検討される必要があろう。そして、伝統的通説に対して批判的な立場を維持するためには、契約責任の枠組みそのものの変化を期待しうる理論的提示こそが必要とされているのではないか。

また、フランスにおいて契約責任が客観的責任と主観的責任に二分化されたのは、いずれも危険説ないし「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条１項）との関係によるものであり、フランスのように一般的な厳格責任の類型をもたないわが国では、これとは異なる観点から契約責任論を再構成することも可能であることに留意すべきであろう[333]。何より、契約責任を議論す

[333] また厳格責任の一般化という不都合が認識されないわが国では、そもそも何の実益も認められない場合にまで一体何のために契約責任の領域で過失に基づく不法行為責任の処理（安全配慮義務や診療債務等）が図られなければならないのかが問題となろう。この点について、わが国では契約責任と不法行為責任の関係について請求権競合説の立場を採用しているために、non-cumul 原則を採用するフランスのように契約責任の拡大による不都合についての危機感が十分に認識されない。（ただし比較法的にみれば、両責任の競合が実質的な意義を求められないまま認められるという立場は稀である）。またわが国において契約責任と不法行為責任の差異があまり強調されない原因のひとつに、ドイツ民法典に由来する債務と責任の区別について、ほとんど異議が唱えられることはないことが挙げられる（ただし、平野教授による一連の批判がある。平野裕之「契約責任の本質と限界―契約責任の拡大に対する批判的考察（序説）－」

る場合には、具体的状況において契約責任が果たしうる機能－たとえば、契約責任が契約利益を担保しているのか、それとも人身損害の塡補を担保しているのか－を捨象して抽象的に要件・効果を論じてみたところで余り意味はなく、またその際に要件を演繹するために一定の債務を結果債務または手段債務と言い換えてみたところで、契約責任の要件が一義的に確定しうるものでもない。むしろわれわれに求められているのは、何が結果債務で何が手段債務であるかという議論ではなく、結果債務や手段債務という性質決定の背後でわれわれが行ってきた評価を認識の対象に引き出すことであろう[334]。

法律論叢58巻4＝5合併号〔1986〕575頁以下、同「完全性利益の侵害と契約責任論—請求権競合論及び不完全履行論をめぐって－」法律論叢60巻1号〔1987〕43頁以下、同「利益保障の二つの体系と契約責任論」法律論叢60巻2＝3合併号〔1988〕519頁以下。もっとも、フランス民法典およびその編纂者においては、契約責任の要件が－債務不履行が推定され、「契約上の債務」から独立して損害が問題とされないというかたちで－契約責任の「同等物による強制履行」機能に接続されていたのに対し、平野教授の見解においてはこのような認識が十分に貫徹されていないため－平野教授自身はフランス民法典本来の契約責任概念を志向しているにもかかわらず－結果的に構成としては今日におけるフランス契約責任論に接近〔ないし同一化〕しているように思われる。また、平野裕之『債権総論』〔信山社・1994〕168頁では契約責任と不法行為責任とは本質的に異ならないとし、損害賠償責任というかたちの「統一的な責任概念」を想定されるに至っている。そして、近時の議論も基本的にこの図式のうえに展開されているように思われる。近時の見解については平野・前掲注〔3〕参照)。契約責任の領域は、わが国においてドイツからの学説継受の弊害が最も批判された領域のひとつであることを考慮すると、この点についてほとんど見直しがなされないのは奇妙でもある（ちなみに、Rémy はドイツ法上の Schuld、Haftung 両概念をそれぞれフランス法上の engagement・devoir、responsabilité という概念に対応させる翻訳を不適切であるとしつつ、このような翻訳が今日における契約責任概念の構築に貢献しているとする。Ph. Rémy, *supra* note 11, La responsabilité contractuelle, n° 2 note 8, p.325)。もっとも、フランス契約責任論がこの区別をドイツから継受したこともあり、従来のわが国の学説がドイツ法の継受以降のフランスの学説に示唆を受けていたことに鑑みれば、この区別について疑問が提示されないのは当然ともいえようか。また、結果債務と手段債務の区別がこの区別を前提とした概念であることは既にみた通りであり、この暗黙の前提こそ通説と近時の学説が思いのほか違いを示すことができない原因であるように思われる。

[334] おそらくこの点の認識は、結論としてわが国の近時の学説の認識と一致す

このようにみるならば、わが国の契約責任の研究にとってまずなされるべき課題は、まず今日において契約責任として処理されている事案をそれぞれの契約およびその機能に則して整序し、それに基づいてわが民法典において契約責任として処理しうるものについての適合的な法律構成と、そうでないものについてのヨリ適合的な法律構成を探求することである。ヨリ具体的には、いかなる合意が契約を形成するのか、契約が形成される場合にその契約によって意図された契約利益とは何かということを明らかにする作業からはじめなければならないであろう。その際に、いかなる合意が契約を形成する合意であるかについては、母法であるフランス民法典におけるコーズ理論や合意の有効要件に関する議論が有益な視点を提供してくれるであろうし、またいかなる合意がいかなる給付を構成するかについては典型契約論が分析視角として貢献しうるであろう[335]。

ところで、これまでみてきたように「契約上の債務」と一般的義務（一般規範）の区別がフランスにおいて今日改めて説かれるようになった背景には、契約責任と不法行為責任の区別を維持するべきであるとするフランスの伝統的な判例・学説の態度（non-cumul 原則の維持）を見て取ることができる。これに対して、わが国では従来契約責任と不法行為責任の区別がとりたてて強調されてきたわけではなく、そのため客観的責任と主観的責任の二分論に纏わる弊害が、ほとんど意識されない。したがって、このような観点からフランスとわが国の違いを強調することによって、わが国に固有の意味での二分論を維持し、残された問題は性質決定基準の問題に解消するという議論が全くありえないというわけではない。とりわけ昨今のわが国における議論状況は、このようなアプローチに親和的であるように思われる。しかし、フランス契約責任論が示唆

るのではないかと考えるがどうであろうか。たとえば、フランスにおいても今日の安全債務に関する混沌とした議論に決着を付けるために、結果債務と手段債務という二分論の背後にある様々な要素を正面に引き出して議論する必要があるとされている（G. Viney, *supra* note 275, p.1218.）。

335 それぞれの領域において、いくつかの先行業績が存在する。比較的最近のものとして、フランスにおけるコーズ理論の歴史的展開については小粥太郎「フランス契約法におけるコーズの理論」早稲田法学70巻３号（1995）１頁以下、典型契約の意義に注目するものとして大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣・1997）がある。

しているのは、契約責任と不法行為責任の区別が単に責任の次元にとどまらず－「契約上の債務」や一般的義務（一般規範）に対する違反を原因とし、その結果として引き起こされた損害を賠償するというかたちで線形に責任を導く－責任判断の抽象的思考図式そのものの再検討であるように思われる。すなわち、フランスにおける近時の議論には、ここでもやはり不法行為責任の動向が大きく影響しているように思われるのである。ヨリ具体的には、契約責任と不法行為責任の併置のみならず、「契約上の債務」と一般的義務（一般規範）という従来形の併置が、ア・プリオリには是認されなくなったことが影響しているように思われる。

(2) 不法行為責任の契約責任的構成からの離脱

われわれは、フランスにおいて19世紀末から20世紀初頭にかけて展開された議論が、契約責任を不法行為責任として構成するものであったのと同時に、不法行為責任を契約責任として構成するものであったことを想起する必要がある。すなわち、19世紀末に Saleilles によって提示された危険説は－「規則」や「一般的注意」という形式で表現されるところの－一般的義務（一般規範）の違反をもって不法行為責任の出発点とするものであり、これは後に Planiol による「faute」の定義を介して契約責任と不法行為責任の融合を導いたのであった。Saleilles や Planiol によって提示された解釈は、労働災害をはじめとする新しい紛争類型をフランス民法典が想定した有限かつ単一の不法行為責任制度によって処理することを可能とするためになされたものであり、法発展という観点からみるかぎりにおいて完全に正当化されるものである[336]。しかしながら、一般的義務（一般規範）を想定しその違反に対する制裁として責任を課すという不法行為責任の契約責任的構成は、今日岐路に立たされている。そしてこのことは、今日におけるフランス契約責任論の解体が、一方で契約責任そのものの縮小であるのと同時に不法行為責任の契約責任的構成からの離脱によって特徴づけられるものであることを示している。

まずわれわれが念頭に置かれなければならないのは、フランス民法典およびその編纂者の見解が－解決の妥当性という問題を別とすれば－紛争類型の新旧

336 とりわけ、わが国以上に立法による解決がほとんど進展しなかったフランスでは、一般的義務（一般規範）の程度を操作することによる解決が好まれたのは必然的な帰結とも言いうる。

を問わず、個別の事案について一定の解決を与えるに足るものであったということである。というのは、フランス民法典およびその編纂者によれば「賠償が課されるためには、損害が誰かの側の faute または不注意（imprudence）の結果（effet）でなければならない」ので、「もし損害がこれらに起因するものではないのであれば、当該損害はもはや運命の仕業でしかないのであり、それぞれがその不運を甘受しなければならな」かったからである[337]。つまり、フランス民法典およびその編纂者によれば、労働災害や運送事故は「運命の仕業」でしかなかった[338]。そうであるとすれば、Saleilles や Planiol の狙いは、フランス民法典が賠償を明確に否定していた紛争類型をまさにフランス民法典の適用によって賠償を可能にすることにあったと評価できる。

ここで重要なのは、Saleilles や Planiol がフランス民法典の解釈として、責任を一般的義務（一般規範）からの逸脱ないし違反として基礎づけたことによって、帰責概念の転換が図られたことである。すなわち、少なくともフランス民法典およびその編纂者によれば「損害の原因」とは、まさに損害を引き起こした直接の行為（＝「損害の直接的原因としての faute」）であった。ところが、危険説は民事責任を創出された危険の考量によって判断するものであり、ヨリ具体的には加害者自身の活動が危険であること、損害を生む蓋然性に関して特に高い指標を持っていることを「損害の原因」として考慮するものである。すなわち、Saleilles にとって「損害の原因」の判断は、もはやどのような行為（faute）によって損害がもたらされたかではなく、加害者がどのような活動を行う人物であるかという点に帰することになり、加害者が存在するということのみをもって－彼は危険を生み出す者であるから－加害者に責任を課すというものである[339]。したがって、Saleilles の危険説を「faute」を通して批判的に継

[337] P. A. Fenet, *supra* note 23, p.488.

[338] これを Saleilles は因果関係の証明の不可能性に結び付けて批判したことも想起されたい。

[339] たとえば、フランスの哲学者 Michel Foucault は Saleilles の危険説を「科学」としての犯罪学と刑法との接木として位置づけている。そして、危険説によって科学と法学が接木された結果として Foucault は、20世紀以降の刑事裁判が、人によってなされたことに行使される裁判ではなく、人が何者であるかに関して行使されることを目指す裁判、つまり個人の責任ではなく危険性に向けられた裁判に変化したという。Michel Foucault, About the Concept of the "Dangerous Individual" in 19th-Century Legal Psychitry, translated by Alain Baudot and Jane

受したPlanioにおいては、「faute」が細分化され、その判断に際して加害者の属性が重要な考慮因子とされることになる[340]。そして、このような解釈は、一方で－フランス民法典およびその編纂者において「運命の仕業」として理解されていた「損害の原因」の範疇がもはや認められないことの帰結として－「損害の原因」が常に何らかの行為や決定に求められ、他方で損害が発生する前に既に損害が発生した場合の責任の帰属（人物の危険性）が確定していることによって基礎づけられている。

このようにフランス民法典およびその編纂者において「運命の仕業」というかたちで認識され、各人に帰属していた損害の不確実性が、19世紀末には、もはや「運命の仕業」として認識されなくなった。その結果、判例・学説は一般

Couchman, *in, international Journal of Law and Psychiatry*, volume 1, 1978, p.14.（ミシェル・フーコー〔上田和彦訳〕「十九世紀司法精神医学における『危険人物』という概念の進展」『ミシェル・フーコー思考集成Ⅶ1978知・身体』〔筑摩書房・2000〕39頁以下）。また、このように個人の危険性を想定する議論は、通常人という基準を定立することによってはじめて可能となるが、このように基準となる一定の規範を定立し、その規範を尺度として人間を評価するという発想は、歴史的に見れば19世紀になってみられるようになった言説であることはしばしば指摘されているところである。法的判断形式における「標準（norme）」の意義については、中山竜一「標準と正義」京都大学人文科学研究所『人文学報』76号（1995）101頁以下参照。

[340] たとえばわが国でも、いわゆる抽象的過失の基準として「具体的事例における普通人の」「職業や地位、事件の環境などが、過失の認定について、当然に考慮される」とされる（加藤一郎『不法行為〔増補版〕』〔有斐閣・1974〕70頁）。確かに今日では人の職業や地位などを、「faute」の認定について考慮するのは、いわば当然のことという認識があるかもしれない。しかし、少なくともフランス民法典の編纂以降、しばらくの間「faute」の認定について、人の職業や地位などの加害者の危険性が責任判断の要素として考慮されることはなかった。これは不法行為責任が人によってなされたことに課される責任であり、人が何者であるかに関して課される責任でなかったことの当然の帰結である。たとえば、フランス民法典の編纂では、医師や弁護士の職業に基づく不法行為責任を否定しており（Jacques de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'État*, Tome III, 2e édition, *Garnery*, Paris, 1807, p. 190.）、破毀院審理部1835年6月18日判決（前注〔188〕参照）も、医師がその職務の執行について「faute」を問われないとしていた。

的義務（一般規範）という形式を通じて損害の発生に先立つかたちで責任を基礎づけることにより、責任を社会化してきたのである。ここで注意すべきは、このような認識が－因果関係の問題を一般的義務（一般規範）からの逸脱・違反があったので損害が発生したというかたちで集約すると同時に－一般的義務（一般規範）を遵守し未来の結果を算定することによって損害を回避することができるという一定の予測（ないし確実性）を前提としていることである[341]。つまり、契約責任と不法行為責任の判断に関する抽象的思考図式は、特定の時点における行為・決定が－契約の目的の実現、損害の発生の回避というかたちで－その未来に対して線形的に影響を与えることができるという観念に由来し、この観点から同一視されている。とりわけ「運命の仕業」に損害を帰属することが認められない場合には、損害は必ず「誰かの側の faute または不注意（imprudence）の結果（effet）」に帰することになり、その結果この予測に対する期待はさらに大きなものとなる。そして、今日における不法行為責任の契約責任的構成からの離脱はこの予測の崩壊に端を発するものである。すなわち、一般的義務（一般規範）からの逸脱・違反があったので損害が発生したという一義的なかたちで損害が発生することは、今日ではほとんどない[342]。また、現在における未来の確実な予測を前提に「契約上の債務」と一般的義務（一般規範）

[341] この予測があってはじめて不法行為責任に予防という機能が付与される。Foucault は危険説の目的が、一方で損害を埋め合わせるために、他方で損害をもたらす危険を将来減少させることにあるとし、このような考え方を通して、避けられない危険に対し、防衛・防御し、圧力をかける機能を法に導き入れたとする。M. Foucault, *supra* note 339, p.16.（ミシェル・フーコー・前注〔339〕41頁）。

[342] たとえば、われわれが「損害の原因」を探求する場合には、「損害の発生」という事実を前提に事後的にその原因を探求することになる。しかし、ある事故が発生した場合にその状況のなかで誤りとされることやその代わりになすべきことを明確に確認できるのは事故後でしかなく、－遵守すべき一般的義務（一般規範）の存在を認識することができない以上－一般的義務（一般規範）を遵守し未来の結果を算定することによって損害を回避することができるという予測は擬制でしかない。そのうえ、多くの場合に損害の発生の原因がひとつではないことを考慮すれば、このような予測が予定通りに機能する場面は今日においてほとんどないと言わざるを得ない。また、「現在」における規範定立は、「未来」の不確実性を考慮する限り、かなり困難なものであることについても十分に認識される必要がある。

が同一視されてきたとすれば、もはや今日における損害がもつ不確実性を前提にする限り、不法行為責任と契約責任との予測可能性を同一視することはできず、さらにそもそも一般的義務（一般規範）というものを明確なかたちで定立することすら不可能であるといわざるを得ない[343]。かくして、不法行為責任の契約責任的構成は否定される。

興味深いことに、近時のフランスの議論は、不法行為責任の解体というかたちで、「運命の仕業」という不確実性への対処を示唆している。すなわち、決して回避されることのない危険の存在が認識されるならば、それはもはや責任の次元で語ることはできない[344]。そのため、従来民事責任の内部に位置づけられてきたもののなかに、逆説的に責任の限界が認識されると同時に、責任の領域画定が議論されるようになったのである。たとえば、フランスでは「物の所為による不法行為責任」（フランス民法1384条１項）が伝統的にフランス民法1382条の適用を大幅に制限してきたことに加え[345]、近時では既にみたように医

---

343 もっとも、このことは Saleilles や Planiol が議論を展開した時期に一定の予測可能性を前提に「契約上の債務」と一般的義務（一般規範）を同一視することが不可能であったということを意味するものではない。すなわち、François Ewald が指摘しているように、20世紀初頭の「保険」というテクノロジーは、リスクの計算可能性をひとつの特徴としていた（François Ewald, Insurance and risk, *in, The Foucault Effect : Studies in Governmentality with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, edited by G. BURCHELL, C. GORDON, and P. MILLER, *University of Chicago Press*, Chicago, 1991, pp.197-210.）。これは先述した未来の予測の存在を前提とするものである。確かに今日においてこのような計算可能性が全く存在しないわけではない。しかし、問題としなければならないのは、この計算可能性の枠組みのみをもって今日みられる全てのリスクを処理することが妥当であるかどうかということであり、その意味で一般的義務（一般規範）というものを明確なかたちで定立することの不可能さが意識されるのである。

344 もっとも、これは従来のように一般的義務（一般規範）を想定し、それに対する逸脱ないし違反というかたちの法律構成が、論理的に不可能になったということではない。何らかの一般的義務（一般規範）を想定して、それに対する逸脱・違反に対し責任を課すという条件プログラムへの論理的包摂による処理は全く可能である。もっとも、このような決定モデルを維持するためには、絶えず規範と事実の擬制ないし操作が必要となる。その結果、このような紛争解決は、一方で法解釈と実態との遊離を招き、他方で紛争解決に関する法システムへの「信頼」を喪失させることになりかねない。

345 この点はフランスとわが国における民事責任論の相違点として淡路教授の

師（ないし施設）の責任を「損害の原因」によって区別することが主張され、さらに近時の医療事故に関する立法は－損害が「faute」に因るものであるかどうかという観点から－責任と補償を区別するに至っている[346]。そして、このような傾向はヨリ検討されるべき－しかし極めて当然な－問題を示している。すなわち、「唯一断言しうることは、われわれの法システムが損害の激増（これはわれわれが危険な物でいっぱいにした世界の代償であるが）と賠償費用の増加を甘受し続けるということである。環境損害と治療事故補償による、新しい問題がわれわれの前にある－そしてそれ以外にもあるだろう」[347]。つまり、今日においてわれわれに検討が促されている問題とは、われわれの社会には、如何なる一般的義務（一般規範）が課されようとも、また如何に一般的義務（一般規範）が遵守されようとも、それによって予防も回避も、そして認識すらされることがない危険がいくらでも存在し、そして今後も増加していくということについての正しい認識の獲得である。

このような認識は、ヨリ抽象的な次元において一般的義務（一般規範）の遵守の帰結が果たして安全という確実性を保障するものであるのかどうかという問いに行き着くことになる。そして、今日における問題の複雑さは、一方でそのような科学的な認識を前提とすることはできない点でこれまでの抽象的思考図式を維持できず、他方でフランス民法典およびその編纂者のようにもはや損害の不確実性を「運命の仕業」というかたちで各人に帰属することは許されないという点にある[348]。いわば、ここで不法行為責任の契約責任的構成からの離

指摘するところである（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10号〔1979〕48頁）。

[346] 注意すべきは、このようなフランスの議論が、責任の外部として位置づけられてきたものを立法によって対処するという類のものではなく、明確に責任の内部に位置づけられてきたものを分離することで対処するものであるということである。

[347] Ph. Rémy, *supra* note 11, Critique du système français de responsabilité civile, p.32.

[348] もっとも、このような問題に対しては「保険」や「社会保障」という制度的補塡による解決が主張されるかもしれない。しかし、この問題を直截に「保険」や「社会保障」の制度的補塡へと結び付けることはできない。ここで立ち入ることはできないが、Ewald の示しているように「保険」というテクノロジーは、特定の集団におけるリスクの計算可能性を資本によってカバーすることを前提

脱というかたちで表現した抽象的思考図式の転換は、特定の時点における行為・決定が未来に対して影響を与えることができるというまさに近代的なイデオロギーに対する異議申し立てなのである。確かに今日における民事責任論を取り巻く状況は非常に複雑であり、われわれが従来の枠組みを超えたヨリ有益な議論を提供できるという保証はどこにもない。しかし、そうであるからといって、試みないでよいという道理はどこにもないであろう。

4．むすびにかえて

以上でフランス契約責任論の検討を終える。本稿ではフランス契約責任論の形成とその今日的状況を明らかにすることによってわが国における契約責任論の再構成の示唆を得ることを目的とした。そして、わが国で近時有力に主張されている客観的責任と主観的責任の二分論が、フランスではその形成過程において既に多くの問題を抱え、そしていくつかの点においてア・プリオリに是認できる性質の議論ではないことを確認した。

もっとも、改めてフランス契約責任論を回顧するならば、われわれは今日におけるフランスの議論を契約責任論と呼ぶことに何かしらのためらいを感じるであろう。フランスにおける契約責任論は、もはやひとつの制度として理解することが憚られるほどの多様性を秘めている。そして、このような状況は、われわれに「契約責任とは何か」という契約責任の本質の検討に加え、これまで「契約責任」の名のもとにわれわれが何を扱いそして議論してきたのかという議論の相対化を要求するのである。翻ってわが国の議論を顧みるならば、果たしてわが国における契約責任論とは、いったい何を意味するのであろうか。少なくとも、フランスであれ、わが国であれ、契約責任の検討がもはや契約責任の枠組みのみで理解しきれるものではないということだけは確かなようである。もっとも、フランスの議論を踏まえつつ、わが国の議論を再検討する試みは、別稿に譲らざるをえない。残された問題の大きさを確認しつつ、ここでひとまず擱筆することにしたい。（完）

とするのであり、したがって損害の不確実性を前提とする場合には成立・機能しえない（F. Ewald, *supra* note 343.）。そして、まさにこの点にこそ損害の不確実性を前提とする議論の困難があるように思われる。