

Title 身体損害についての損害賠償責任の一元化：フランス民事責任改革準備草案
Sub Title

身体損害についての損害賠償責任の一元化

——フランス民事責任改革準備草案——

平 野 裕 之

- 1 はじめに
- 2 不法行為責任と契約責任の関係をめぐる議論
 - (1) はじめに
 - (2) 19 世紀後半の二元説と一元説の議論
 - (3) 20 世紀以降の学説の状況
- 3 近時の法改正の動き 1——カタラ草案及びテレ草案
 - (1) カタラ草案
 - (2) テレ草案
- 4 近時の法改正の動き 2——2010 年民事責任改革法案
 - (1) 2009 年民事責任改革委員会報告書
 - (2) 2010 年民事責任改革法案
- 5 近時の法改正の動き 3——2016 年 4 月 29 日民事責任の改革についての準備草案
 - (1) 2 つに分けられた民法改正の手続き
 - (2) 身体損害についての特別規定の導入
- 6 おわりに——日本法への示唆

1 はじめに

フランス古法においては、契約と不法行為とが債務発生原因として区別され、契約の不履行による損害賠償訴権は契約上の訴権に組み込まれ、契約責任——契約「責任」といった位置付けさえ未だない——が不法行為のように独立した訴権として議論されることはなかった。1804 年のフランス民法典もこの状況を変えることはなく、TITRE III「契約及び契約上の債務一般」→CHAPITRE III「債務の効果」→SECTION4「債務不履行による損害賠償」という形で契約責任規定が置かれ、契約上の債務の効果として損害賠償

請求が契約上の訴権の延長として位置付けられていた。学説により民事責任として2つの責任が再構成されるのは、21世紀を待たなければならなかった。

フランス民法典施行後の注釈学派による支配が終焉し学者が創造的な議論を取り戻すやいなや、19世紀後半には、契約責任と不法行為責任との関係が盛んに議論されるようになる——契約責任という用語もこの時期に創造された——。契約責任は代償による契約の履行であり契約上の債務なのか、それとも、不法行為責任とパラレルな損害賠償制度に過ぎないのかが議論されるようになる。ところが、20世紀に入ると、契約責任を損害賠償責任制度と理解して2つの責任に本質的な差はないと理解しつつも、「制度」として2つの異なる責任制度があり、その間に必然的に差を認める——契約責任は契約との関連性があるため特則であり、それゆえ、契約責任は不法行為責任を排除するという「non-cumulの法理」が確立される——「中間的学説」が確立されていった。他方で、判例において、20世紀になると労災事故や医療過誤の事例について契約責任が認められるようになり、更には安全義務の承認後は——鉄道事故についての1911年判決を皮切りとする——契約責任が認められる領域が飛躍的に拡大されていった。

しかし、契約責任として損害賠償請求を構成する実益については、20世紀に契約責任において手段債務と結果債務との区別が導入され、契約責任では原告（債権者）は被告（債務者）のフォート（faute）の証明を免れるという実益が手段債務では失われる。安全義務は手段債務の代表例とされるからである。また、2008年の時効規定の改正により契約責任と不法行為責任とで時効の規律が統一され、この点でも契約責任に依拠する実益が失われていった——当初はいずれも30年の原則的時効期間によっていたが、1985年の改正により不法行為責任については10年の時効期間が導入されていた（旧2270-1条1項）¹⁾——。それどころか、20世紀において不法行為法において無過失責任たる無生物責任が確立されるに及び、non-cumulの法理の結果、無生物責任を選択しえず手段債務たる契約責任によって責任追及をしなければならないことになった。かえって被害者に不利益をもたらすという逆転現

象を生じることになったのである。

このように被害者保護という観点から不法行為責任を排してまで契約責任を拡大することについて疑問が生じてきたときに、学説により契約責任の拡大に対する理論的な疑問提起がなされる。20 世紀に上述の中間的学説が確立された後、2つの責任を近づける動きがみられたが、Huet により契約責任には損害賠償だけでなく代償による契約の履行という異質な部分が含まれることが再び指摘され、代償による履行に再びスポットが当てられる。1990 年代には身体損害につきこれを契約責任により律することに疑問が提起されるようになり、その集大成が 1997 年の Remy 論文である。契約責任を不法行為責任と平行に損害賠償「責任」と位置付けるのは誤った理解であり、「代償」による「契約の履行」のみが問題とされるべきであり、「損害賠償」を契約責任から放逐し不法行為責任と構成することが主張される²⁾。医療過誤や安全配慮義務が問題となる身体侵害による損害（以下、身体損害という）については、不法行為責任によることが主張されたのである。しかし、確立した判例に影響を及ぼすことはなく、判例の安全義務による契約責任を認める立場は、現在に至るまで揺らぐことはない——ただし、限界領域の揺らぎは見られ批判されている——。また、学説においても Remy の提案に対してはすぐさま批判が巻き起こった。

一方、日本に目を移してみると、1968 年に、医療過誤の法的構成が盛んに議論された時期に不法行為責任によるべきことが鈴木俊光教授により主張され³⁾、安全配慮義務については 1984 年に新美育文教授による債務不履行責任——日本では契約責任よりも債務不履行責任の用語が好まれる——構成への批判がされていた⁴⁾。より一般的には、1987 年に、筆者が債務不履行責任の拡大に批判的な論文を公表した⁵⁾。その後は請求権競合論から、大久保教授により、人の生命・身体・健康にかかわる不法行為上の義務は、当事者の合意によって引き下げることはできず、私的自治の外的問題であり、契約法によるリスク配分になじまず、不法行為責任しか成立しないという提案がされた⁶⁾。しかし、フランスとは異なり契約責任の拡大に対抗する大きな流れを生み出すことはなく、また、契約責任という観点から契約と関連付け

て掘り下げた議論がされることはなかった。債務不履行という観点から信義則により支配される信頼関係としての「債権関係」として債務不履行を広く基礎付けるドイツ法の影響を大きく受けていたためである。その後、日本においては、消滅時効を除いて、債務不履行責任と不法行為責任とに実際の訴訟運用上の差が認められず、上記の問題については実務家の関心から離れ学者も議論をしなくなる。

ところが、再度フランスに目を戻してみると、近時、立法における注目される動きがある。2016年4月29日にフランス司法省により公表された「民事責任の改革についての準備草案」には、身体損害 (dommage corporel) については、不法行為責任による損害賠償請求に限定する衝撃的な規定が設けられている (改訂版につき [後記] 参照)。すなわち、同準備草案 1233 条は、まず、契約責任と不法行為責任の関係について、「契約上の債務の不履行の場合、債務者も債権者も、契約外責任についての特別の規律を自己に有利に選択して、契約責任についての固有の規定の適用を免れることはできない」と規定し (1 項)、non-cumul の法理を宣言する。ところが、続けて、「ただし、身体損害は、契約の履行に際して引き起こされたものであっても、契約外責任の規律によって賠償がなされる」と規定したのである (2 項)。それ以前のカタラ草案は、身体損害につき厚い保護を与えようとして non-cumul の法理の例外を認め、被害者に不法行為責任を選択することを認めることが提案されていたが、不法行為責任により排他的に規律することにしたのである。

日本においては、身体損害が問題となる医療過誤や安全配慮義務違反においては、法曹実務家は両者の現実の運用に差はなく、いまや責任の種別や性質論には関心を持っていない⁷⁾。古くは債務不履行による救済が救世主のように過大な期待をかけられたが、過失の証明をめぐり期待外れともいべき運用になることが明らかになり、唯一残された大きな差であった消滅時効も、民法改正により身体の侵害に関する限り消滅時効は統一されるため、無関心に益々拍車がかかることは必至である。しかし、フランスのように non-cumul の法理が採用されていない日本では、差がないなら請求権競合で自由

に選択をすることに何も不都合はないという意識が実務家の一般的なものであり、差がないなら責任を一元化するという発想にはつながっていない。

将来、日本でも不法行為法の改正も検討されるべき時に来ており、改めて身体損害についての損害賠償請求権の規律が検討される必要がある。まずは、上記フランスの準備草案についてその周縁的議論と共に紹介し日本法への示唆を得たい。そして、続稿では、医療過誤そして安全配慮義務ないし保護義務が問題になる事例について、日本法において一元的解決が可能かどうか検証をしてみたい。

2 不法行為責任と契約責任の関係をめぐる議論

(1) はじめに

後述の立法提案を理解する前提として、契約責任と不法行為責任とについてのフランスにおける議論状況は、既に筆者も紹介したので 1990 年までの議論は要旨のみを確認し、1990 年代以降の新たな流れについては、改正法の議論の背景を知るためにも少し詳しく紹介しておく⁸⁾。21 世紀に入ってから、債務不履行が第三者に損害を与えた場合についての責任の性質が議論され、それ以前からの連鎖売買など契約連鎖の場合の契約責任の議論と共に、立法においてもその問題の解決が大きな議論になっている。この点については既に荻野准教授による詳細な紹介がある⁹⁾。

冒頭にも述べたように、1804 年のフランス民法はドマの体系を承継し、TITRE III は「契約及び……合意による債務関係一般」と TITRE IV 「合意なしに形成される債務関係」という区別をする。こうして、契約責任を規定する 1147 条以下と不法行為責任を規定する 1382 条以下との位置付けが異なり、契約責任は「合意なしに形成される債務関係」ではなく、契約上の債務の効力として契約上の債務の不履行による損害賠償も「契約及び……合意による債務関係」の中に規定されていた (2016 年改正で変更される)。民法施行後の注釈学者らはこの区別を自明のものとしており、2 つの責任 (responsabilité¹⁰⁾) の関係が議論されるようになるのは 19 世紀末になってか

らである。

(2) 19世紀後半の二元説と一元説の議論

(a) 二元説 (thèse de la dualité) —— 契約責任は契約上の債務

1884年に、ベルギーの弁護士 Saintelette により (C. Saintelette, De la responsabilité et garantie, Bruylant, 1884)、不法行為責任と契約責任とを全く異なるものとして断絶する見解が示される。契約責任は「責任」(responsabilité) というのは適切ではなく、不法行為責任のみを「責任」と呼び、契約責任には(履行ないし弁済の)「保証」(garantie) という用語を充てたのである。①「責任」では、損害が発生しそれを賠償するという独自の原因に基づく債務が新たに成立するが、②「保証」(契約責任)は、既に発生している契約上の債務の延長に過ぎず(同一性理論)、契約上の債権に過ぎないという整理をする(LabbéやDemolombeもこれに従う)。2つの損害賠償義務を全く異質のものと理解したのである。

義務の発生原因において法と契約とを対置し、不法行為責任は公序の問題であり法に準拠して規律されるべきであるが、「保証」(契約責任)は私的利益の問題であり当事者が契約により自由に規律できるものとする。契約責任は、現実の履行ができない場合の代償による契約の履行に過ぎず、新たな債務を発生させるものではなく契約上の債務の効果に過ぎないとする。債務発生原因としては、民法の構成通り契約と不法行為責任を対置する。性質が異なり制度が異なるため、両者ではフォートの証明、遅滞時期、免責条項の効力などについて差が生じることを認める。一方は賠償(réparation)、他方(契約責任)は弁済[履行](paiement)であるとされ、「保証」(契約責任)を責任の原理で規律することは、誤解であり正義に反するとまでいう。

この立場は2つの責任の性質を断絶し、一見すると後述のRemy教授の考えと通じるところがあるが、労働災害や鉄道事故について契約責任によることを認めるため、契約責任を限定するための説明ではなく、契約責任を契約不履行によって生じた損害の賠償につき認めることを制限するものではない。

(b) 一元説 (thèse de l'unité) —— 契約責任も不法行為責任と同様に新たに成立した債務であり契約上の債務ではない

二元説の提案から 8 年後の 1892 年に、Grandmoulin はまったく対立する理論を提案した (J. Grandmoulin, De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des Obligations contractuelles, thèse Grenoble, 1892)。損害賠償義務として不法行為責任のみを認め——契約責任は契約の履行ではない——、契約責任も不法行為責任も同じ性質の責任であり異ならないという提案をする。違反された義務が法により生じるか契約により生じるかは本質的な差をもたらすものではないと考えるのである。契約責任を契約の履行に過ぎず契約上の債務に過ぎないという理解から、まったく発想を異にする契約責任についての理解である。2 つの責任の性質に差はなく、規定に反しない限り両者に同じ規律を適用しようとする。

契約責任と不法行為責任は区別できず、いずれもフォートによる損害の発生がなければ認められず、いずれの責任も既存の義務 (obligation) —— *devoir* と *obligation* とが厳格に用語として区別されていないのはフランス法の特徴——の違反であるとされる。契約上の当初の義務は、目的物の消滅や不能により消滅し、損害賠償義務は契約から生じた義務ではなく、不法行為と同様に法律により新たに生じた義務であるという。そしてその法とは 1382 条 (当時) の不法行為規定であるとする。契約責任も、履行をしなければならぬという法に違反するものであり、一般法上の義務違反であり、いずれもそれにより生じた損害を賠償すべき新たな債務を発生させる債務の発生原因——契約責任でも契約とは別の——であって、契約の不履行もそれ以外の義務違反も 1382 条 (現行 1240 条) による不法行為責任を生じさせることになる。

(3) 20 世紀以降の学説の状況

(a) 20 世紀における中間的学説の確立

判例は、契約責任と不法行為責任との区別を認め、契約責任が不法行為責任の一部なのか、契約責任が新たな債務の発生原因なのかといった学理的議

論には関心を示さず、これが争点とされ判断を示すことはない。判例は、契約責任を代償による契約の履行などとは位置付けず、単純に債務不履行により生じた損害の賠償と理解し、そのため安全義務といった擬制的ないし人為的に契約に結び付けられた不法行為法上の義務と同質の義務の違反にも契約責任を認めていくのである（1911年の鉄道事故の判決以来）。

20世紀における学説はPlaniolにより議論が始まる。Planiolは伝統的な契約責任ではフォートが推定され、不法行為ではフォートの証明が必要であるという理解を批判し——その後の手段債務・結果債務の区別に結実する——、また、いずれの場合にも新たな債務発生原因であり、いずれについてもフォートは既存の義務の違反であると考えている。すなわち、契約上の義務か法定の義務かを問わずフォートの一般原理を提案したのである。契約責任の損害賠償義務も、契約により生じたものではなく、不履行の事実より新たに成立した債務であると位置付ける。この契約責任を不法行為責任同様に新たな債務発生原因とする理解は、Mazeaudらによって認められるようになる。

このように、20世紀の学説は、上記の両極端な2つの学説のいずれかに全面的に依拠することはなく、契約責任を不法行為同様の新たな発生原因として位置付け、代償による契約の履行に過ぎず契約上の債務という位置付けを否定しつつも（以上の点では一元説を支持）、契約責任の契約との関係での特殊性から独自の責任「制度」として不法行為責任とは異なることを認め、2つの異なる責任制度が存在することを認める理解が一般化していく。契約責任と不法行為責任とは、まったく別でも、まったく同一でもない理解する中間的学説（*thèse intermédiaire*）が採用されるのである。一元説と二元説の中庸が真であるともいわれ、Brunは、1931年のテーズで（A. Brun, *Rapports et Domaines des Responsabilités Contractuelle et Délictuelle*, thèse Lyon, 1931）、性質の異なる「2つの責任があるのではなく、2つの責任制度があるに過ぎない」と結論をまとめる。契約責任と不法行為責任との責任の「性質」には差はないが、「制度」として異なる2つの責任「制度」を認め、制度ということにより2つの責任の差を正当化しようとするのである。この2つの制度を過度に断絶させる必要はなく、かなりの共通の規律を認めよう

とする理解が、Brun のテーズ以降確立されていく。

この中間的学説では、2つの責任の性質に差はないと考えつつも、制度として2つの責任制度の差は認め契約責任制度の独自性を認めようとする——例えば、契約責任では契約締結時に予見可能な損害に限定される——。ただし、安全義務の発見とその拡大による契約責任の領域の爆発的な拡大は、non-cumul の法理への疑問と共に、2つの責任の差についての理解に波風を生じさせることになる。

(b) 代償による契約の履行の再認識——20世紀後半の新たな提案

20世紀に入り中間的議論が確立しつつあった最中の1978年に、Huetはそのテーズにおいて (J. Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux orders de responsabilité, thèse Paris II, 1978)、忘れられていた「代償による契約の履行」という概念を復活させる。

契約責任は、不法行為責任同様に損害を填補するものであり「責任」(損害賠償責任)であるといえるが——古典的な二元説には回帰しない——、不法行為責任とは異なりもう1つの性質をもっており、それは「履行(exécution)」である。そのため責任制度としては、不法行為責任と契約責任と性質の異なる2つの責任に分かれることを認める。「2種類の損害賠償を区別することが必要である。一方で、合意により約束された満足が得られないことを補償するためのものであり、その権利者は履行を受けなかった契約上の債務の債権者が有する弁済(paiement)の権利の延長である。他方で、損害が発生した後に事実の下の状態を回復するものであり、すべての契約上または不法行為上の被害者に与えられる損害賠償の権利が認められることになる」。このように、Huetは、契約責任について「損害賠償」であり「責任」であることを認めつつ、同時にそれが弁済という性質を併せ持つ点で特殊なことを強調したのである。損害賠償責任としての内容を持つことを認めるため、売却物の瑕疵による拡大損害に契約責任を肯定しており、契約責任を代償による履行に限定することはない。

契約責任は、①既存の債務の[・]効果でありその不履行に対する制裁であると同時に、②被った損害を賠償する新たに生じた[・]債務であり、損害賠償制度により新たな債務が契約に接木され、本来の履行に変わる履行（弁済）として機能することになる。契約責任に2つの機能を認め、2つの種類の契約責任を区別したのである。これに学説はどう対応するか迫られることになる。

なお、安全義務による契約責任の判例による人為的なまたその爆発的な拡大に対する学説の対応については、既に Carbonnier は、「われわれが契約責任と呼んでいる者は非常に限定的であるべきである。すなわち、債権者が契約に期待した利益の代償を付与する義務に限定すべきである。契約責任に腕の骨折や人の死亡を含めることは技巧的である」と論じていた¹¹⁾ (1950年の初版からこの記述はあったといわれている)。学説はこの安全義務への対応も同時に迫られることになる。

(c) 契約「責任」を疑問視する見解の登場——20世紀末～21世紀における議論の再燃

(ア) 代償による履行への契約責任の限定——新たな二元説の登場

Huet による契約責任を認めつつその中に代償による契約の履行を復活させる提案がされてから、契約「責任」という表現をせず、損害賠償と認めつつも契約責任を弁済 (paiement)、履行されなかった契約上の債務の履行と位置付けるないし契約責任たる損害賠償を「代償による履行」(execution par équivalent) と表現して説明する学説が続く。

Le Tourneau は、契約責任における損害賠償は契約の履行の一態様であり、代償による履行であり、「責任」という概念に結び付けるのは擬制的であると述べる¹²⁾。1990年代には日本的にいうと生命身体への拡大損害の事例について、契約責任を問題にすることについて疑問が提起されるようになる¹³⁾。1993年には、Atias は、医療過誤について契約責任というものを批判し、責任 (responsabilité) という言葉を医療過誤について使用することを否定し、これを契約外の状況に限定しようとした¹⁴⁾。1994年には、Tallon は、契約責任について契約上のフォートということを語ることを批判し、そ

これは不法行為責任からの不適切な流用であり、契約責任では不履行があるかどうかを考えればよいと述べる¹⁵⁾。このような一部の学説によってつくられた流れに乗って、1997年には、Remyが、契約責任を「誤った観念」と断ずるショッキングな論文を公表し、冒頭に述べたような契約「責任」とは誤った観念であり、代償による履行に過ぎないことを主張する。代償による履行といえるもののみを契約責任とし、それ以外の損害については契約の履行に際してもたらされたものでも不法行為責任に過ぎないと言い切るのである¹⁶⁾。医療過誤や労働災害などはすべて不法行為責任となり、契約責任ではないと主張したのである。

このように 20 世紀末に契約責任を限定的に理解する学説が一時期勢いを得るが、21 世紀にはこれへの批判が堰を切ったように現れる。

(イ) 契約責任を代償による履行に限定することへの批判

Remyの代償による履行に契約責任を限定する理論は、学説の支持するところとはならなかった。「理論倒れ」といった議論ととらえられ、判例に何ら影響を及ぼさなだけでなく、学説からの厳しい批判を浴びる。

① Vineyによる批判

例えば、VineyはRemy論文の4年後の論文において、契約責任とは、契約の不履行による得べかりし利益または生じた損失の損害賠償をするものであり、ただ単に契約当事者間で生じた損害——貸貸人が賃借人と値上げ交渉で口論になり殴るなど——を賠償するものとは異なると主張する。契約上予定された経済的な損失を契約不履行は引き受けるものであり、それだけでなく、債権者はそれとは別に契約の不履行により合意された給付の経済的価値をはるかに超える損害を受けることがあるという¹⁷⁾。また、Vineyはその後の体系書においても、同様の主張を展開している¹⁸⁾。約束された給付の不獲得(内在的損害)と、不履行により生じた損害(外在的損害)とを区別すべきであるといい、これは既にPothierの主張していたものであり、近時

では P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution contractuelle : essai de classification*, thèse Paris I, 2000 は、「不履行と不可分一体の損害」と不履行の「結果として生じた損害」(dommages consécutifs à l'inexécution) とを対

置していることに注目をする。そして、不履行により生じた損害の賠償を代償による履行ととらえることを批判し、例えば、金銭債務の不履行「によって生じた損害」(遅延損害)は代償による履行ではないから、不法行為責任が成立するなど考える必要はないという。また、役務給付では問題はより重大であり、不履行の結果生じた損害は、不履行とされた役務給付の価値をはるかに超えると批判する。また、契約責任を代償による「履行」と同視することは、歴史に反しまた正確ではないと論じる。民法は、契約責任における損害賠償を解除や履行の強制とは異なる契約不履行に対する特別の救済方法と位置付けており、このことから不法行為との類似性が導かれ、2つの制度を「責任」という観念により結び付けることができるのであると評する。

② Gibeili による批判

また、安全義務など付随義務による契約責任の拡大に好意的な観点から、Gibeili は、代償による履行という理論には賛成しつつ、契約責任をこれだけに限定することを以下のように批判する¹⁹⁾。

契約責任の拡大は伝統的には不法行為責任により担われてきた役割を契約責任に果たさせることになる。契約責任は実定法上「弁済」としての機能のみを果たすに過ぎないものではない。不法行為責任と同様に「賠償」の役割も果たすべきである。合意により債権者が期待した利益の代償を供与するだけでなく、第2の役割として、契約に際してもたらされた損害を賠償するという役割も担うべきである。換言すれば、契約責任は、契約利益の代償による履行というほかに契約に際して受けた損害の賠償という二重の役割を果たすべきである。(履行利益についての)満足機能と(履行利益以外についての)補償機能が果たされるべきである。

弁済という役割については、不法行為責任とは根本的に異なるものである。損害賠償義務は契約上の義務の延長に過ぎない。法定の新たな債務ではなくその原因は契約である。他方で、契約に際して生じた損害の賠償という役割については、不法行為責任と全く同じ性質のものである。安全義務などの付随義務の発見は、契約責任に不法行為責任と同じ役割を果たさせることになった。

中間的学説とも異なり、不法行為責任と断絶して代償による契約の履行という領域が存在することを Remy 同様に認めつつ、ここに契約責任を限定せず、契約責任二元説ともいうべき理論を提唱し、拡大領域では不法行為責任と同じ賠償機能を果たすが、この分野も契約責任に含めるのである。

(ウ) 新たな一元説 (民事責任一元説)

Remy による二元説の再登場後も、債務不履行には履行に尽きず損害賠償が含まれ、その意味で不法行為と本質的に変わらないという中間的学説が通説として維持されることは次に述べる通りであるが、一元説の復活を推奨する主張がなされている。Juen のテーズであり、以下のものである。

法も契約も規範でありそのいずれの違反も違法であり、損害を生じさせる。契約の場面であろうと不法行為の場面であろうと、腕を骨折したことによる経済的損失に変わりがあるわけではない。契約責任の不法行為責任に対する特殊性は否定しえず、本質的なものでありまた数多くあるという古典的な理解に対して、法政策的な選択の結果に過ぎないとして、その統一を模索する (n^{os} 611 et s. pp. 477 et s.)。立法また判例によってもこの統一が進められていることを論証する。①まず、消滅時効について 2008 年 6 月 17 日の法律による改正により 5 年に統一された (2224 条)。起算点も主観的起算点に統一された。②遅滞時期について、契約上の債務については遅滞に陥ってから損害賠償を義務付けられることが規定されているが (1231 条 [旧 1146 条])、不法行為上の債務については同様の規定はないものの、両者に差を認めるべきではなく、契約上の債務についても、不履行により契約当事者に損害がもたらされる以上、付遅滞がなくても損害賠償を受ける権利を有することが確認されている (Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, Bull. ch. mixte, n^o 9)。③証明規範については、契約責任では手段債務と結果債務とが区別されているが、結果債務における結果の不実現も契約規範の違反であり、手段債務における手段を尽くさなかったのとこの点では同様である。いずれの違反も「合理人」の行為を基準として判断されいずれの違反も賠償請求者が証明しなければならない。証明の難易度は異なるがいずれも違反を証明しなければならないことは同じであり、これが証明されれば帰責性についての事実上の推定が認められ、債

務者が不可抗力を証明しなければならない (n° 618, p. 482)。同様に不法行為責任においても、手段債務・結果債務の区別が認められ、例えば手助けをする義務は手段債務に過ぎないが、契約前の消費法典 111-1 条による情報提供義務は結果債務である。フォートを証明するためには被告がどのようなことを義務付けられていたのかを明らかにしなければならないことはいずれの義務も同じである。④損害の内容も評価もいずれにおいても同じであり、過失相殺の処理も差がない。1231-3 条 (旧 1150 条) では契約責任については予見可能な損害のみを賠償の範囲としており、これが大きな差として残されるが、これも実際には差が生じておらず責任の統一の障害にはならない。

2つの責任「制度の統一」(unité de régime) が可能であると主張する。法規範に違反するか契約に違反するか、既存の規範による義務に違反することに代わりはなく、既存の義務への違反であり、それが法か契約かは重要ではない。民事責任は統一的制度により規律されるべきであり、契約の当事者か第三者かは差はない。統一的制度の方が実務上も簡単であり具合がよい。民事責任は1つであり、性質に差があったり2つの制度に分けられるものではない。要件は3つであり、「加害事実」により「損害」が「もたらされたこと」である。いずれの責任も生じた損害を賠償する (réparer) ということであり、場合によっては懲罰するということも含まれる。制度が2つあるというのは幻想に過ぎない。non-cumul の法理は、契約自体を認めるかどうか問題となる事例があり、また、立法や判例により契約当事者に課せられる義務が契約的性格を持つものなのかは明確ではないことが多く、更には契約当事者と第三者との問題もある。

こうして Juen は契約責任は存在しないというが、それは、Remy のように、その性質が「責任」ではないからではなく、不法行為責任とその制度は異なるからであるという。民事責任は1つであると考えるのである。二元説のように2つの責任制度を責任自体区別するものでも、中間説のように責任の性質は異ならないが制度が異なるとするのでもなく、責任も制度も統一すべきであるという、一元説の再来である。ただ、Grandmoulin は不法行為に一元化したのに対して、表現だけの問題かもしれないが民事責任とい

う名の下に一元化をしようとしている。

(エ) 学説・判例の現状

現在の学説は、代償による履行という表現に従うものも少なくはないが、その部分を不法行為責任とは断絶してかつての二元説を復活させる主張も一部ではあるものの、契約責任と不法行為責任とに性質の差はなく、契約責任の損害賠償義務も新たに発生した債務であり契約上の債務ではない、契約責任は「履行」(弁済)ではなく「賠償」であると理解する中間的学説が一般的に支持されているといえる。

この議論の鍵を握るのが安全義務などの契約上の付随義務の問題であり、これを契約責任に含める限り、契約責任を「代償による履行」として説明はできなくなる。その解決方法は、① Remy のように、安全義務などを「賠償」の問題として不法行為責任に放逐し、契約責任を代償による履行(弁済)に限定して古典的な二元説に回帰する方法、② Gibeili のように、契約責任には2つの内容があり、代償による履行については不法行為責任と断絶し二元説の理論を適用しつつ、「賠償」の機能を持つ契約責任も認めるべきであり、この分野には安全義務などの事例を位置付ける方法、そして、③ 契約責任はおよそすべて「賠償」であり——履行利益についての代償による履行ではなく賠償——、不法行為責任と同じ新たな債務であり、代償かどうか問うことなく不履行によって生じた——因果関係に解消——損害を「賠償」するものであり、安全義務を特別視しないで契約責任に位置付ける方法が考えられている。

20世紀以降の一般的な理解は③であり、Huetによる一部取り崩し、Remyらによる全面攻撃があったにもかかわらず、Vineyの議論に見るようにこれが揺るぎない通説を構成し続けているものと評することができる²⁰⁾。Jeunの提案を含めれば、第4の流れとして、民事責任を損害賠償として一元化する学説もあり、③との差は性質だけでなく制度しても差はなく、2つの責任の差をなくし完全に統一しようという点である。

判例はRemy論文後も③のような理解を維持している²¹⁾。また、そもそも代償によるのが「履行」といえるのかも疑問視されている²²⁾。ところが、

このような現状の中であって、次に見るような立法がされようとしており、裁判官からそれでは困るといった意見は出されることはない²³⁾。次に民事責任法改正準備草案をそれまでの経緯と共に見てみよう²⁴⁾。

3 近時の法改正の動き 1——カタラ草案及びテレ草案

(1) カタラ草案

2005年に公表された債権法改正のためのいわゆるカタラ草案（準備草案）²⁵⁾は、上記のような学説による議論の渦中において作られたものである。カタラ草案は、改正ケヴェック民法典が「契約責任」という用語を条文に採用するように（1458条——ただし、契約責任と不法行為責任との競合・選択を認めている——）、契約責任という表題を導入している。すなわち、契約責任（*responsabilité contractuelle*）という表現を正式に民法典に取り入れ、これと対置する責任を不法行為責任ではなく契約外責任（*responsabilité extra-contractuelle*）と表現する。カタラ草案1340条は、「他人に損害を生じさせるすべての異常または違法な事実は、それにつき責任のある者にその損害を賠償することを義務づける」（1項）と規定し、次いで、「債権者に損害を生じさせる契約上の義務の不履行はいかなるものであろうと、その債務者にその損害の賠償を義務づける」（2項）と、2つの民事責任があることを冒頭に規定した。そして、第3節「民事責任」と題して2つの責任をまとめて1340条から1386条に規定を置き、2つの責任について多くの共通の規律を導入しようとしている。民事責任の規定は、第1款「共通規定」、第2款「契約責任についての規定」、第3款「契約外責任についての規定」の3つから構成されている。

これは、不法行為の起草を担当したVineyの説明によると、契約責任は「責任」ではなく「履行」であるというRemyの考えは判例に合致しないし——判例は安全義務違反も契約責任とする——、また、学説の多数説の支持するところではないため、履行の強制、契約解除と共に契約責任を維持すること、不履行に対する他の2つの制裁とは別個の「責任」を問題にすること

を明らかにしたものである。先の Viney の Remy 論文の批判そのまま草案が起草されたのである。伝統的な 2 つの責任「制度」を維持しつつも、2 つの責任の差を可能な限り解消しようとしたのである。

2 つの責任を認めるため、契約責任と不法行為責任の競合の問題が残されるが、伝統的にフランスで認められている non-cumul の法理がカタラ草案でも採用されている。不法行為の選択を認めることは、契約当事者の予測可能性を害し、契約条項を無に至らしめるということなどが理由であるが、この法理を条文化するかどうかについて委員の間で意見が分かれた。しかし、多数意見に従い、草案 1341 条に「契約上の義務の不履行の場合には、債務者も債権者も、契約責任の特別規定の適用を避け、契約外責任を自己に有利に選択することは許されない」(1 項) と、non-cumul の法理を宣言しつつ、「ただし、契約上の債務の不履行が身体損害を生じさせる場合には、契約当事者は損害賠償を受けるのに最も有利な規定を選択することができる」と例外を認めた (2 項)。身体損害を伴う契約不履行については、契約責任と不法行為責任との選択を認めたのである²⁶⁾。20 世紀初頭に、不法行為責任は公の秩序であり排除できないとして競合・選択を認める主張がされたが (Planiol)、これを身体損害についてのみ承認することになる。なお、身体損害に対する厚い保護としては、2008 年 6 月 17 日の法律による時効法改正により身体損害の損害賠償請求権についての特則が導入される (注 1 も参照)²⁷⁾。

その後、契約法、民事責任法につき別々に異なる作業グループにより法案作成が検討される。

(2) テレ草案

テレ (Terré) 草案 (2009 年) は、Remy が債務不履行部分を起草したこともあり、①契約法の条文提案においては、97 条以下を「(契約上の) 債務の不履行について」と題して規定を置き——カタラ草案とは異なり「契約責任」という表題は採用しない——、不履行があった場合に、履行の強制、契約解除そして損害賠償を請求しうることを宣言し、損害賠償の内容について詳しく規定する。契約責任という言葉は敢えて避けられていることは注目さ

れる。②この Remy の色付けは不法行為についての規定にも現れており、民事責任、契約外責任といったタイトルではなく、「不法行為 (Des délits)」というこれまで通りの表題を不法行為責任に当て、ここでは不法行為についてのみが規定されている。

そして、注目されるのが、不法行為についての条文提案3条であり、「特別規定がない限り、人の身体ないし身体的完全性の侵害は、たとえそれが契約の履行の際に引き起こされたものであっても、本章〔不法行為の章〕の規律に従い賠償がなされる」と規定している。Remy の本領が発揮された規定であり、責任の競合・選択を認めるのではなく、身体損害については不法行為しか認めないのである。

カタラ委員会の草案を、委員を総入れ替えして検討し直させ、しかも異説の Remy を委員にして損害賠償規定を起草させるという公平・公正さは評価できるが、Remy により草案が起草される限りこのような草案は予見できたところである。2012年2月の破毀院がテレ草案に対して検討を加えた報告書では、「不法行為 (Des délits)」を「民事責任」に名称を変更することを提案するが、身体損害についての不法行為責任によるという提案規定については特に異論を出していない。

4 近時の法改正の動き 2——2010年民事責任改革法案

元老院 (sénat) において、2010年7月9日に議員立法として Béteille 元老院議員により民事責任改革法案が提出されている。元老院では不法行為法が判例法によりケースバイケースで規律されていることから、2008年に体系的に立法により整理することを検討するための作業グループを設置し、2009年7月15日にその報告書が元老院に提出されている²⁸⁾。そこでは、判例法の明文化だけでなく、ヨーロッパ不法行為法の統一などとの関係も検討されている。

(1) 2009 年民事責任改革委員会報告書

上記の 2009 年報告書は、契約責任と不法行為責任との関係についての検討課題として、「契約責任」を否定し代償による履行以外は不法行為責任とする Remy 説への対処、不法行為責任と契約責任とを分ける基準が不明瞭であることへの対処、non-cumul の法理が認められているので責任の評価選択を誤った場合の問題点などが指摘される。依頼を受けて他人を好意で助ける場合に——例えば、畑に車が落ちて困っている運転手に農家が手を貸して、トラクターにロープをつけて車を引き上げようとして農家が転倒し負傷するなどの事例の判例がある——、手助けをする合意 (une convention d'assistance) を認めて好意的行為者に対する依頼者の責任を契約責任 (安全義務?) とするか²⁹⁾、また、どのような契約に安全義務 (une obligation de sécurité) を認めるかなど³⁰⁾、判例上も不明瞭な点が残っている。

(a) 2つの民事責任の維持

報告書は契約責任と不法行為責任という 2つの責任を維持する——Remy 理論は採用しない——。契約不履行の場合に損害を賠償する制度が履行の強制とは別個に必要であり、また、契約責任について、損害賠償の範囲を预见可能性により制限したり、責任制限条項の効力を認めたり不法行為責任とは異なる特別の規律が必要になることがその理由である。提案 6 では契約責任と不法行為責任の区別を維持し、提案 7 では、non-cumul の法理を維持するが、身体損害の被害者には例外を認め、選択を可能とする、また、提案 8 では、債務不履行による第三者たる被害者による債務者への不法行為責任の追及を認めている (報告書 33 頁以下)。関係団体や学識経験者に対して意見聴取がなされているが、MEDEF (フランスの経団連) も契約責任の維持には賛成という意見を出している。契約責任を代償による履行と理解し、民事責任として統一的な規律に支障になる Remy 理論は実務家の理解するところではなく、実務家からも民事責任という統一的規律の方向は容認されていると
いってよい。

(b) 身体損害についての特別の考慮

また、身体損害について特に厚い保護を与えることが検討され、委員会では学者らの意見聴取がなされている。そのいくつかを紹介したい。Christophe Radé（ボルドー第4大学教授）により、身体損害については完全で、簡単で実効的な救済が必要なことが主張され、これまでの散漫な責任制度を整理することの必要性が強調されている。これは、カタラ草案に対する破毀院の報告書にも現れていた意見である。Radéは、身体損害に対する実効的救済の付与は人の尊厳の保護のために必要であり、契約の履行に対して身体損害を受けた被害者に、non-cumulの法理により契約責任のみを適用し不法行為法の救済を拒むことは、不法行為だけの被害者との衝撃的な不均衡をもたらすことになり、身体損害を厳密な意味で契約上の損害（dommage contractuel）とすることは技巧的ではないかという疑問を提起する。また、André Gariazzo 弁護士は、身体の完全性に対する侵害のみならず、人についての危険一切については、民事責任の一切の区別を撤廃（民事責任の一元化）することを提案するが、Radég教授はそこまでは認めるべきではないという。報告書は、この点についてとりあえず4つの領域では民事責任の一元化がされるべきであるとし、①交通事故³¹⁾、②製造物責任³²⁾、③旅客運送事故、④労働災害を挙げる。

Matthieu Poumarède（トゥールーズ大学教授）は、不法行為の態様ではなく、損害から民事責任の構築をすることの必要性を主張し、Christophe Radé（上記）は、身体損害についての民事責任か国家補償かを問わず1つの原理を定立することを主張した。強制保険基金の代表は、身体損害について損害賠償また補償をすべてカバーする独自の法典を創設することを提案したが、報告書はこれは無理であると思われると評する。

(c) non-cumulの法理

報告書は、不法行為責任と契約責任の競合問題については、non-cumulの法理を維持し、ただ身体損害については例外を認め、被害者が自己に有利に責任を選択することを認めるべきであると、カタラ草案と等しい結論を採用する。

(2) 2010 年民事責任改革法案

元老院は、上記委員会の報告書に基づいて 2010 年に法案を作成し、作業グループの責任者である Laurent BÉTEILLE 元老院議員（弁護士）の名で議員提出法案として元老院に提出している。

1382 条以下を「責任について (DE LA RESPONSABILITÉ)」と題して——現行法は、不法行為及び準不法行為 (Des délits et des quasi-délits) —— 2 つの民事責任をまとめて規定する。総論では、「他人に損害を生じさせる人による何らかの事由 (fait) 又は一切の契約上の義務の違反は、その行為者にその損害を賠償する義務を負わせる」(草案 1382 条) と、民事責任についての不法行為責任と契約責任を 1 つの条文に規定する。第 2 節「責任の要件」については、契約責任と不法行為責任の共通の要件 (第 2 節の 1)、不法行為責任の特有の要件 (第 2 節の 2)、契約責任に特有の要件 (第 2 節の 3)、第 2 節の 3 の中に、草案 1386 条の 17 の 1 項で「契約不履行の被害者たる契約当事者は、本節の適用を免れることはできない」と non-cumul の原則を採用しつつも、2 項で、「ただし、上記不履行が身体損害を生じさせるものである場合には、債権者または債務者は、本章第 2 節の 2 の規定する要件により損害賠償を取得することができる」と規定し、選択を認める。

以上のように、先の報告書の結論通りに、民事責任として契約責任と不法行為責任の 2 つの責任を認め、non-cumul の法理も維持しつつ、身体損害については厚い保護を与えるという指導原理の下に被害者に 2 つの責任の有利な方を選択することを認めている。

5 近時の法改正の動き 3——2016 年 4 月 29 日民事責任の改革についての準備草案

(1) 2 つに分けられた民法改正の手続き

(a) 民事責任法の改正の手順

司法省は契約法について 2013 年 10 月 23 日に準備草案を公表し、その 125 条で契約不履行について規定し、履行の強制、代金減額、契約解除及び

損害賠償請求ができることを宣言し、履行の強制などについては詳細に規定しつつ、契約不履行による損害賠償については、元老院（議会）により検討がなされているためブランクにされていた。そして、2016年2月10日成立の民法改正オールドナンスは1231条、1231-1条から1231-7条（旧1146条から1153-1条）に「契約の不履行による損害の賠償」という節を設ける。このオールドナンスによる民法の大改正は議会の批准を経て既に2016年10月1日より発効しているが、体系をかなり変更している。

TITRE III「債務の発生原因」という新たなTITREを設定し、SOUS-TITRE I「契約」、CHAPITRE IV「契約の効力」、SECTION V「契約の不履行」と構成し、「契約の不履行」の冒頭規定たる1217条に契約の不履行または不完全な履行の場合に、契約当事者は、①自己の債務の履行を拒むこと（同時履行の抗弁権）、②代金減額、③契約解除、④「不履行の結果の賠償請求」ができること（1項）、これらは重疊的であり損害賠償については常に他の救済と競合すること（2項）が規定された。そして、SECTION V「契約の不履行」のSOUS-SECTION 5「契約不履行により生じた結果の賠償（*La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat*）」が1231条から1231-7条までに規定がされている。そして、TITRE III「債務の発生原因」の第2番目として、SOUS-TITRE II「契約外責任」が規定された（1240条～1245-17条）。その後、SOUS-TITRE III「その他の債務の発生原因」（事務管理、非債弁済及び不当利得を規定する）が3番目に続くことになる。

上記下線を引いた契約責任と不法行為責任の部分は、改正オールドナンスでは、現行の規定を移行させただけであり内容的な改正はなく、この部分（民事責任規定）の改正は、オールドナンスによるのではなく、議会審議を経る法案形式によることになっている。これは、議会と司法省との交渉により、契約の部分はオールドナンスによる改正を認めるが、民事責任法については議会で審議することにされ——議会の法案ではなく司法省が法案を提出することにされた——、オールドナンスとは別に議会で審議される法案が準備されることにされたのである。

この方針に則り、オールドナンスに少し遅れて司法省は2016年4月29日の

民事責任の改革についての準備草案（以下、準備草案と略称する）を公表している。これは上記の元老院による 2010 年民事責任改革法案と同様の構成を採用しているが、微妙な差がある。8 月末がパプコメの期限、これを受けて 2016 年末までに法案を確定し、2017 年 3 月に法律成立の予定になっているが、未だ 2017 年 2 月末の段階においても法案の提出はされていない³³⁾。

(b) 準備草案の構成

準備草案は、とりあえず既存規定を移して発効している「契約の不履行による損害の賠償」の部分（1231～1231-7 条）を削除し、1231 条を新たに「有効に成立した契約から生じた債務の債権者は、不履行があった場合に、第 2 編の 2 に規定する要件の下で損害の賠償を求めることができる」と規定し、この適用先の規定を示す 1 カ条の規定を置くに止める。そして、「契約外の責任」の部分の現行規定もすべて削除し、これを「民事責任 (responsabilité civile)」に変更して、ここに契約責任と不法行為責任とをまとめて規定している。

その構成は、第 1 章「総論規定」、第 2 章「責任の要件」——これが、第 1 節「契約責任と契約外責任との共通規定」（「賠償されるべき損害」と「因果関係」の 2 つの従属節に分けられる）、第 2 節「契約外責任に固有の規定」（「契約外責任を生じさせる事実」と「他人による損害についての帰責」の 2 つの従属節に分けられる）、第 3 節「契約責任に固有の規定」——、第 3 章「責任の排除または免責原因」、第 4 章「責任の効果」及び第 5 章「責任についての主要な特別の制度」（製造物責任と交通事故責任を規定する）となっている。第 2 章の要件のところでは契約責任と契約外責任の固有の規定がそれぞれ置かれるほかは、民事責任を統一する大胆な提案になっている。これにより、比較法的に異例である non-cumul の法理の問題性の緩和を図ろうとしたのである。

(2) 身体損害についての特別規定の導入

(a) 身体損害を不法行為責任に一元化

そして、本稿の注目する身体損害については、冒頭に紹介したように、契約の不履行による損害であろうと契約外責任によってのみ賠償がなされることが規定されているのである（準備草案 1233 条 2 項³⁴）。先の Remy によるテレ草案の規定が採用され、責任の選択を例外的に認めるカタラ草案及び 2010 年民事責任改革法案にはよらなかった。その理由は、準備草案には趣旨説明がないので不明である。1 つには、民事責任を限りなく統一し、要件のところそれぞれの特有規定を置くが、契約責任についての固有規定は 3 つしかなく（準備草案 1250 条～1252 条）、その内容も、債務者は、契約上の債務の不履行によって債権者に生じた損害につき賠償責任を負うというだけの確認規定（1250 条）の他は、故意または重過失がない限り、契約締結の時に契約上の債務不履行により生じることが合理的に予見できた損害であることを要件とする規定（1251 条）、そして、履行遅滞についての規定（1252 条）だけであり、問題になるのは 1251 条だけであり、身体損害についてはこのような制限を回避するということが意図されている。何故身体損害は契約関係でも予見可能な損害という要件を不要としてよいのかは、理由説明はないので不明である。

いずれにしても、民事責任に準一元化し限りなく責任内容を統一するため、そもそも区別の意義自体が殆どなくなるという背景事情は大きいといわざるをえない³⁵。また、non-cumul の法理という比較法的にまれな原理があるというフランス法の特殊事情も考えなければならない。

(b) 不法行為責任への一元化により回避された問題

non-cumul の法理の弊害は指摘されていたところであるが、non-cumul の法理は維持しつつ³⁶——契約責任では予見可能な損害という要件は必須であり否定されるべきではない——、身体損害に契約責任の規律を及ぼすことを否定したのである。判例は、身体損害につき安全義務(obligation de sécurité)³⁷を次から次へと増加させていったが、その問題性が気づかれる

ようになっている。まず、安全義務にも結果債務と手段債務が区別され、安全義務が手段債務とされると契約責任を適用することで望まれた実益が得られないことが明らかになっていく。また、それだけでなく、安全義務がどのような契約でどのような事例において認められるか、裁判所によりケースバイケースで判断される不安定さが残される³⁸⁾。また、安全義務が本来的には不法行為を導く一般的義務に過ぎず、non-cumul 法理により不法行為法を排除することは適切ではないことが指摘されている³⁹⁾。安全義務による契約責任の拡大を否定しても不都合はなく、むしろ被害者保護に資するとも評されている。というのは、安全義務では手段債務とされるのに対して、不法行為責任では無生物責任 (1384 条 1 項 [現 1242 条 1 項]) とされ、無過失責任が認められるからである⁴⁰⁾。いずれにせよ、不法行為への一元化により安全義務が認められ契約責任によるのか——不法行為責任は排除される——、それともこれを認めず不法行為責任によるのかを議論する必要がなくなり、一般的な行為義務としてどのような義務が認められるかを問題とすれば足りることになったのである。

更には、近親者についての責任については、被害者自身は契約責任の追及によるが、近親者固有の損害賠償請求は不法行為によるという不調和——同じ義務違反で直接被害者は契約責任 (non-cumul の法理による) ——が生じることなどが問題になっていた。契約不履行が第三者に損害を与えた場合に、契約当事者は契約責任、第三者は契約不履行を不法行為として責任追及が認められており、当事者が第三者かで責任の性質が異なることになっていたのである。他方で、契約連鎖の場合には、契約関係にない物の間で契約責任の追及が認められ、この場合にも non-cumul の法理が認められている。

この問題の解消のために、カタラ草案と 2010 年民事責任改革法案は身体損害について non-cumul の法理に対する例外を認め責任の選択を認めたが⁴¹⁾、準備草案はテレ草案同様に不法行為責任へと統一したのである。被害者が契約当事者であろうと第三者であろうと、不法行為責任による規律に統一したのである。また、責任法制度の混乱を避けるというだけでなく、身体損害の被害者に厚い保護を与えるという実践的意図もある。

このような身体損害について契約責任を排除して不法行為責任による規律に任せることは、安全義務への疑問提起として、Remy だけでなく、Remy と同一路線の何人かの学説が主張していたところである。例えば、Le Tourneau も、次のように述べていた⁴²⁾。

安全義務は結果債務でなければ認める実益はない。だったら手段債務の安全義務を切り捨てるのが考えられるが、それは中途半端である。安全義務という契約上の債務を認めるのは根本的な誤りであり、契約は契約当事者の身体的安全を強化も軽減もしない。他人の安全に対してこれを害してはいけない一般的義務 (devoir général) が認められ、この義務の違反から導かれるのは必然的に不法行為責任である。したがって、被害者が契約により結びついているか否かは重要ではなく、身体損害は契約不履行を構成しない。それは不法行為のみを導くだけである。かくして、実益がないという実際の理由と共に、身体という完全性利益は契約で処分しうるもの、契約責任の対象としうるものではなく、一般的行為義務の対象となり不法行為責任を導くのみであるという理論的根拠づけにも支えられているのである。寄託などの財産はこれを滅失・損傷する類型も、当事者により契約責任の対象とすることができ、契約責任を導く——non-cumul なので契約責任のみを——ことになる。

(c) 不法行為責任への一元化の問題点

他方で、不法行為責任への一元化の問題点も指摘されている⁴³⁾。契約上の義務の不履行は認められるが、不法行為上の過失従って不法行為責任が認められない事例について、身体損害につき不法行為を選べないという問題点が指摘されている。

契約当事者が、例えば旅客運送を引き受けた業者が、運送を従業員に行わせるのではなく、他の業者に下請けに出した場合、この下請け業者の起こした事故により契約の相手方たる旅客に生じた身体損害については、不法行為上の過失はなくまた従業員による事故でもなく使用者責任は成立しないことになる。従前は契約責任 (だけ) が認められていたため、被害者たる旅客は下請け業者を用いた運送業者に対して契約責任を追及できたが、準備草案で

は不法行為責任しか問題にできないので、旅客は事故を起こした下請け業者に対して不法行為責任を追及することしかできなくなる。

そのため、Boffa は、不法行為責任が成立せず責任の競合が問題にならない場合には、契約責任の適用を認めることを提案する。すなわち、non-cumul の法理に抵触することなく、被害者の権利を確保するために、次のような 1233 条 2 項の修正提案をする⁴⁴⁾ (下線部を付け加える)。

「身体損害は、契約の履行に際して引き起こされたものであっても、契約外責任の規律によって [のみ] 賠償がなされる。ただし、被害者が契約外責任を生じさせる事実を援用することができない場合は別である。」

この修正案は、理論的整合性よりも被害者保護を重視した解決である。Remy のように身体損害については契約責任は成立せず、不法行為責任の改善を図るという方向での理論的一貫性を貫くものではない。しかし、[後記]に書いたように、改定版ではこの点の修正は盛り込んでいない。

6 おわりに——日本法への示唆

以上にみたように、フランスにおける民事責任改革準備草案は、身体損害について不法行為責任のみを認めることにより、身体損害に限っては民事責任の一元化を図っている。フランスにおける民事責任のいわば準統合の背景には、世界的な潮流がある。既に Tunc は比較法的研究を基礎として、契約責任と不法行為責任との統合が適切であると提案していた。2つの責任が区別されるがために、その基準が明確ではなくまた国によって異なるため問題を生じさせているとも指摘していた。Viney も、どこの国でも2つの責任を区別しているが、近時の傾向としては、2つの責任の差を緩和し両者を接近させる傾向がみられることを指摘する。民事責任という形で契約責任と不法行為責任とをまとめて規定する近時の立法として、オランダ民法、ポーランド民法、チェコスロバキア民法(分裂前)が挙げられている。スイス債務法 99 条 3 項は、「違法行為に由来する責任 [不法行為責任] の規律は、契約上のフォートの効果についても類推適用される」と規定する。その後、

2000年のスイス民法の改正準備草案42条1項は、本章（不法行為）の規定は、契約上の義務の違反により生じた損害の賠償にも適用されると規定しており、責任の一元化が図られている——ただし、2009年には、スイス政府は改正を放棄したことを宣言している⁴⁵⁾——。フランスでも、解釈論として民事責任を統一するJuenの提案があることは先に述べた。

2009年民事責任改革委員会報告書でも「とりあえず」責任の統一化がなされるべき領域として4つが掲げられていたが、いずれも身体損害の事例であり、身体損害一般について責任を統一ししかもこれを不法行為責任で規律することにより「民事責任の統一ないし一元化」を実現したものと評価することができる。世界の趨勢は、契約責任を代償による履行に限定せず、付随義務も含めて債務不履行「によって生じた損害」の場合を広く含めて考え契約責任を拡大している。しかし、2つの責任の差をなくすことにより——契約不履行に対する債権者の保護には損害賠償以外に履行の強制、同時履行の抗弁権、契約解除などの契約法の規律が適用される——、限界事例がいずれと分類されようと不都合が生じないようになっている。

カタラ草案が、身体損害に厚い保護を与える趣旨から被害者に責任の選択を認めたのと変わらないようにも見えるが、全く趣を異にする立法と評価すべきものである。non-cumulの法理を採用しつつその不都合を緩和するという実践的な理由と、身体については契約による処分の対象にはならず一般的義務のみが問題になるという理論的理由に基づくものである。Remyの異説の影響は必ずしも否定はしえない。ただし、身体損害については不法行為責任しか認めないため下請事例についての問題が指摘されたところである⁴⁶⁾。

さて、フランスにおける身体損害の賠償責任の不法行為責任への統一を、日本での将来の不法行為法の改正においてどう評価すべきであろうか。異例な立法として距離を置いて傍観すべきであろうか。民法改正法案には、身体損害の賠償については注目される規定が置かれている。相殺禁止が不法行為であろうと債務不履行であろうと適用され（改正法案509条2号）、また、身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効については、5年と10年の債権の時効の原則（166条1項）につき、10年を20年に修正し（改正法案167条）、

また、不法行為について 3 年と 20 年の原則 (724 条) に対して、3 年を 5 年とする特則を設けることにより (改正法案 724 条の 2)、規律が共通化されている。1 つの流れに過ぎないが、大きな流れを作り出す可能性がある。

債務不履行責任と不法行為責任を 1 つの「民事責任」の章にまとめて規定し、2 つの責任の差を可能な限り解消すると共に、身体損害については責任を不法行為に一元化することは日本でもありうる選択肢である。例えば、前者についていうと、履行利益の賠償であろうと寄託契約などにおける不法行為法上の一般的保護法益の賠償であろうと、債務不履行 (契約不履行) により生じる損害については、取引における計算可能性を保障すべきであり、債務不履行か不法行為かではなく、債務不履行によって生じた損害は責任の性質はどうあれ制限賠償主義が採用されるべきである。続稿においては、後者の身体損害について、医療過誤及び安全配慮義務違反の事例を取り上げて責任を統合しても問題はないのか、解釈論のみならず立法論についても検討してみたい。

- 1) その後の 1998 年 6 月 17 日の法律により、拷問、残虐な行為、暴力、または未成年に対する性的暴行による損害については、20 年の時効期間に服するものという条項が追加されていた (旧 2270-1 条 2 項)。2008 年の時効法の改正により、債権の消滅時効の原則期間は 5 年とされ (2224 条)、契約責任・不法行為責任を問わず損害賠償請求権も原則としてこれに服するが、責任の性質を問わずに、身体損害についての賠償請求権の時効期間は 10 年とされ (2226 条 1 項)、更に、旧 2270-1 条の拷問等の 20 年の特則も新規定に承継されている (同 2 項)。
- 2) フィリップ・レミイ (平野裕之訳) 『『契約責任』、誤った観念の歴史』法律論叢 74 巻 2-3 号 (2001) 271 頁に翻訳をした。
- 3) 鈴木俊光「診療過誤訴訟上の諸問題」法律論叢 41 巻 4・5・6 号 (1968) 301 頁。簡単には、同「医療過誤訴訟の理論と実務」法律論叢 61 巻 4・5 号 (1989) 510 頁以下。
- 4) 新美育文「『安全配慮義務』の存在意義」ジュリスト 823 号 (1984) 99 頁、同「『安全配慮義務の存在意義』再論」法律論叢 60 巻 4・5 号 (1988) 583 頁。
- 5) 拙稿「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、同「利益保障の二つの体系と契約責任論——契約責任の純正化及び責任競合否定論」法律論叢 60 巻 2・3 号 (1987) 519 頁。

- 6) 大久保邦彦「請求権競合」『新損害賠償法講座第 1 巻総論』（日本評論社・1997）216 頁以下。
- 7) 本稿は、東京地裁において医療部の裁判官を中心として運営されている「損害賠償請求訴訟の最先端を考える会（先端研）」において報告した内容のフランス法の部分である。席上貴重なご意見をいただいた裁判官や弁護士また学者（我妻学教授、米村滋人准教授）の方々に感謝したい。日本法の部分は別稿で発表したい。
- 8) 既に筆者自身 1990 年以前までについては議論状況を紹介しているが、2000 年初頭までの議論については、今野正規「フランス契約責任論の形成 (1) ～ (3・完)」北大法学 54 巻 4 号 314 頁、5 号 280 頁、6 号 402 頁 (2003～4) が詳細な紹介をしている。また、白石友行『契約不履行法の理論』（信山社・2013）もフランス契約責任論を詳細に紹介している。この問題については、フランスでも近時、Emmanuelle Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, *LJDG*, 2016 が、近時の議論をまとめている。
- 9) 荻野奈緒「契約不履行により経済的損害を被った第三者の不法行為法による保護：フランス破毀院全部会二〇〇六年一〇月六日判決前後の議論を中心に」同志社法学 60 巻 6 号 (2009) 391 頁参照。
- 10) *responsabilité*（責任）というフランス語は歴史的に新しいものであり、アカデミーフランセーズ 1789 年に初めて登場したものである。それまで、契約責任という言葉さえなかったといわれている。
- 11) J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22^e éd. 2000, n° 295, p. 520.
- 12) Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Dalloz*, 2010/2011, n° 807, p. 324 も、契約責任では代償による履行が問題になり、不法行為責任のような損害賠償が問題になるものではないとする。Christian Larroumet, *Droit civil. T. 3, Les obligations, le contrat*, 2^e éd., 1990, *Economica*, n°s 598 et s., pp. 578 et s. は、契約不履行に対する救済として、現実の強制履行と「代償による」履行の 2 つを位置付ける。しかし、「代償による履行」という表現を用いながらも、不履行、不完全履行または履行遅滞を金銭により補償する (*compenser*) ことを目的とするとしており、契約責任を限定的に捉えるという考えによるものではない。ちなみに、Christian Larroumet, Sarah Bros,

Droit civil. T. 3, Les obligations, le contrat, 8^e éd., 2016, Economica, n^{os} 597 et s., pp. 608 et s. は、依然として代償による履行というという表現を用いているが、表題については「契約責任」という表題に変更をしている。

- 13) Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1955, D. 1955. J. 350, P. Jourdain は、拡大損害についても、事業上の売主は、買主に対してだけでなく第三者に対して身体や財産に対して危険をもたらさないよう義務付けられるとして契約責任を認めたが、P. Jourdain はこの評釈において、安全義務は契約上の義務となることは決してなく、契約当事者関係を超えた一般的な義務に属する、他人の財産や身体的完全性を尊重することは、契約外の安全性の問題に属すると述べている。
- 14) C. Atias, « Spécificité de l'activité médicale et responsabilité », La responsabilité civile du médecin, PUAM, 1993, p. 109.
- 15) D. Tallon, L'inexécution du contrat, pour une autre présentation, RTDciv. 1994, p. 223 も、「填補するという機能のみを有する不法行為上の損害賠償と、契約を維持し代償による弁済〔履行〕という役割を担う契約上の損害賠償とを同一の平面に位置付けることはできない」という。D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle? », Ecrits en hommages à G. Cornu, p. 429 では、契約責任において「フォート」を論じるのは、不法行為から濫用的に借用された議論であり、契約責任については不履行があるかどうかを論じればよいと主張している。
- 16) P. Rémy-Corlay, « Exécution ou réparation? », RDC2005, p. 27 et s. は、基本的に Remy の方向性を支持しつつも、契約上の損害賠償は「その性質上、契約の修復 (restauration) を可能にするものでなければならない」、そして、契約に契約当事者が合理的に期待できる利益が含まれなければならない」とし、更には、特に契約上の有用性が当事者に知られていたのであれば、契約の不履行によりこの有用性に対する損害賠償も含まれる」という。Marianne Faure-Abbad, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat, préf. Ph. Remy, Paris, LGDJ, 2003 も、Remy 同様に、代償による履行であり契約に由来し、不履行は新たな損害賠償責任を生じさせるものではないという観点から、物による場合と他人による契約責任について考察をしている。
- 17) G. Viney, La responsabilité en question, Mélanges J. GHESTIN, Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, pp. 921 et s. このように、契約責任は、不履行によって生じた損害といった「外在的損害」(prejudices extrinsèques) も含まれると考えるのが一般的理解である

(Philippe Gilliéron, Les dommages-intérêts contractuels, CEDIADAC, 2011, n° 19, p. 20)。

- 18) G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., L. G. D. J., 2008, n^{os} 166-6 et s., pp. 408 et s.
- 19) Mireille Bacache-Gibeili, *Traité de Droit civil, Tome 5, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle* 3^e éd. Economica, 2016, n^{os} 60 et s., pp. 60 et s. n° 74, p. 71 も、契約責任は、厳格な契約上の義務の不履行の結果である外在的損害を填補するということの代償による履行に尽きるものではなく、契約に結び付けられた一般的な義務の違反に対する制裁でもあり、換言すれば、契約利益を代償により履行するというだけでなく、債権者に不履行により生じた損害を賠償するという2つの目的を持つものであるという。そして、代償による履行という点では、契約上の義務の延長であり法により生じた新たな義務ではなく契約に由来するものであり、契約責任は不法行為責任と根本的に異なるが、代償ではない損害賠償の場合には、法により新たに発生した義務であり、この場合の契約責任は不法行為責任と性質を異にするものではないといわれる(n° 75, p. 71)。
- 20) 契約責任における損害賠償義務は、契約上の債務ではなく不法行為同様に新たに発生した債務であると考えるのが、20世紀初頭のPlaniol以降の一般的理解である。P. Rémy-Corlay, *op. cit.*, p. 24によると、スイスではこの点につき学説が分かれ、契約上の債務との同一性を保った変形であるという理解と、契約上の債務とは別の新たな債務という理解とが対立しており、ドイツでは新たな債務と考えられるということが紹介されている。
- 21) Patrice Jourdain, *La distinction des responsabilités délictuelles et contractuelles en droit positif français*, in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, IRJS, 2011, pp. 67 et s.
- 22) P. Rémy-Corlay, *Exécution et réparation : deux concepts?* RDC, 2005, pp. 15 et s. は、履行 (execution) と賠償 (reparation) とは区別されるべきであるとして、代償による「履行」という分析に反対する。Eric Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle?* RTDciv. 1999, p. 26 は、いつの日か——それは100年くらいかかるであろうか——、契約責任ということを放棄し、代償による履行ということを論じたことが誤った観念と判断される日が来るかもしれないと批判的に締め括っている。
- 23) Viney, *op. cit.*, n° 166-17, p. 417.
- 24) 改正の動きの中での「契約責任」の理解をめぐることは、荻野奈緒「フランス

- 契約法改正諸草案にみる『契約責任』の一断面』同志社法学 62 卷 6 号 (2011) 346 頁参照。
- 25) その翻訳として、上井長十「フランス債務法及び時効法改正草案構想 (avant-projet) —カタラ草案—試訳 (1) ~ (4・完)」三重大学法経論叢 26 卷 2 号 (2009) 145 頁、27 卷 1 号 (2009) 21 頁、28 卷 1 号 (2010) 47 頁、28 卷 2 号 (2011) 127 頁がある。
- 26) non-cumul の法理が問題にされているのは、とりわけ無生物責任(1384 条 1 項)が不法行為責任では適用される事例であり、医療過誤において問題となっている (Geneviève Viney, Patrice Jourdain, Suzanne Carval, Les conditions de la responsabilité : Dommage, fait générateur, régimes spéciaux, causalité, 4^e éd., LGDJ, n^{os} 742 et s., pp. 890 et s. 参照)。
- 27) カタラ草案では、債権の時効期間は原則 3 年であり (草案 2274 条)、身体損害——草案で「身体損害」があらわれたのはこれが最初か——及び残虐な行為については時効期間が 10 年とされるという例外が認められている (草案 2275 条 1 号)。
- 28) この報告書については、荻野奈緒「元老院調査報告書五五八号 (二〇〇八—二〇〇九) の概要——フランス民事責任法の現代的課題」同志社法学 62 卷 2 号 (2010) 473 頁に紹介がされている。
- 29) この点は、拙稿「契約責任の要件としての契約の存在——フランス法における契約責任と不法行為責任の接点 (その一)」法律論叢 67 卷 2-3 号 (1995) 275 頁に紹介した。好意的行為 (手助け) をした者が被害にあった事例につき、補助の合意を認めて好意的行為を受ける者の契約責任を認める判例、不法行為による判例、事務管理による判例などに分かれるのである。
- 30) この点については、G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, op. cit., n^{os} 550 et s., pp. 629 et s. 参照。
- 31) 交通事故の被害者の状況改善のための 1985 年 7 月 5 日の法律は、交通事故についての同法の規定が「被害者が契約に基づいて運送されていた場合であっても」適用されるものと規定しており、non-cumul の法理により契約責任が適用され不法行為責任についての同法の規定が排除されることはないことを明記する。non-cumul の法理があるためにこのような注意的規定をする必要がある点はフランス法の特殊性による。
- 32) 製造物責任も 1245 条 (旧 1386-1 条) において製造者は「被害者と契約関係にあるか否かを問わず」と交通事故についてと同じ表現を採用している。改正前の体系的な位置付けは、契約責任でも不法行為責任でもないことを示すために、

不法行為の章として規定せずに、旧 1386-1 条以下に独立した節として規定しており、交通事故による損害賠償責任と共に、契約上の義務でも不法行為上の義務でもない法定の義務であると評されている (Laurent Aynès, Philippe Malaurie, Philippe Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016, n° 996, p. 581)。この点は、2016 年のオルドナンスによる改正によって、契約外責任の中に規定が置かれている。身体損害には不法行為責任のみが適用になるので、不法行為法に位置付けるという趣旨であろうか。

- 33) フランスにおける不法行為法の改正の動き全般については、廣峰正子「フランス不法行為法改革の最前線」法時 89 卷 2 号 (2017) 94 頁参照。
- 34) 身体損害という概念は、既に 2008 年の時効法改正により 2226 条 1 項に身体損害による損害賠償請求権について時効期間を 10 年とする特別規定が導入されているが、その内容は解釈に任される——身体侵害により生じた損害一切が含まれるといわれが、間接被害者は問題になる——。司法大臣の下に 2002 年 11 月 18 日に設けられた Perben 司法大臣が議長を務める「被害者のためのアクションプログラム」の 2003 年 2 月の「身体侵害の補償についての報告書」(rapport sur l'indemnisation du dommage corporel) では、身体損害 (dommages corporels) を「人の身体的または心理的完全性に対するすべての侵害 (toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne) と定義している (同報告書 9 頁) ——心理的完全性を含めるので過労でうつ病になるのも含まれよう——。身体侵害は医師による鑑定に服することから、この定義は医師が考えたものと説明されている。身体損害とその損害を金銭評価した身体損害 (préjudices corporels) とは区別され、身体侵害による損害評価については、2005 年 7 月の破棄院第 2 民事部議長 Jean-Pierre DINTILHAC による「身体損害についての用語体系を作り上げるための作業グループ報告書」により、損害の評価方法などについての報告書が出されている。身体損害について、不法行為か債務不履行かによる差は考えられていない。
- 35) 伝統的にはフォートの証明責任が異なると考えられていたが、Demogue により契約責任につき手段債務と結果債務とが区別されるようになるものの、不法行為によっても義務については実際上同様の運用がされていると評されている (G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n^{os} 457 et s., pp. 467 et s.; E. Juen, *op. cit.*, n° 619, p. 483)。また、2016 年の改正オルドナンスには、手段債務と結果債務についての規定を置いていない。
- 36) フランスの non-cumul の法理は比較法的に孤立したものであることはフランスの学者も自認するところである。ドイツ民法は不法行為責任が非常に限定さ

れているので責任の競合（請求権競合）が容易に認められるが、フランス民法では不法行為責任にすべての損害惹起を含めることが可能なため、競合を認めたのでは大変であるといわれる。なお、フランス民法を承継したベルギー民法において、オランダの学説を介して、イギリスやドイツの影響を受け議論があったが、2006年の破毀院判決により、契約の目的以外の財産また身体の完全性に対する侵害については、契約責任と不法行為責任の競合が認められるに至っている（P. Ancel, Synthèse des travaux du GRERCA, in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, IRJS, 2011, pp. 748 et s.）。

- 37) フランスにおける安全義務については、古いものであるが、石川良雄「フランス判例における安全債務の諸問題」判タ 514号 [民事法研究5号] (1984) 45頁、伊藤浩「手段債務としての安全債務と結果債務としての安全債務：安全配慮義務の解釈視点—1」立教法学 28号 (1987) 50頁の紹介がある。
- 38) P. Jourdain, *op. cit.* p. 75; Philippe Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd., LexisNexis, 2016, n^{os} 127 et s., pp. 85 et s. 参照。例えば、旅客運送において1911年の破毀院判決により運送事故につき安全義務を認めて契約責任が肯定されたが、その後、運送の最中にのみその適用は限定され、運送前また運送後には適用が否定されている（Cass. civ. 1^{re} 7 mars 1989, Bull. civ. I n^o 118, D. 1991, p. 1, note P. Maraurie）。
- 39) Mireille Bacache-Gibeili, *op. cit.*, n^o 121, p. 135 は次のように説明している。契約上の義務は経済的利益を実現しようとするものに限られず、判例により安全義務のように一般的義務へと拡大されている。この場合には、契約責任だけでなく、一般的な義務の違反にも該当することになる。この場合には、non-cumul の法理は、もはや契約の規律を保持するという要請が妥当せず、その妥当性を失う。それ故に、カタラ草案が non-cumul の法理をこの場合に排除したのである。契約責任の範囲の人為的な拡大は、契約外責任による損害填補の傷害にはならない。むしろ、契約責任による侵害に対して保持されるべきは不法行為制度の方である。人身の安全は契約に人為的に結び付けられた一般的義務にすぎず、契約上の安全義務の不法行為法の規律に対する障害にはならない。
- 40) ただし、この点は、結果債務たる安全義務を認めることで契約責任の巻き返しを図ることは可能である。医療過誤については、当初は不法行為責任によっていたが、1936年5月20日の破毀院第1民事部判決（メルシェ判決）依頼契約責任によることが認められているが、判例も、Cass. civ. 1^{re} 9 nov. 1999, Bull. civ. I. n^o 300, D. 2000 j., p. 117, note P. Jourdain により、レントゲン検査の際に検

査台から患者が転落して負傷した事例で——不法行為では無生物責任の可能性がある——医療行為に際して用いられた物により損害を受けた場合には、医師は結果債務たる安全義務を負うことを認める。ただし、事案では、台に何ら異常は認定されておらず、請求を棄却した控訴審判決は正当であるとされており、傍論に過ぎない。その後、2002年3月4日の法律により、公衆衛生法典（Code de la santé public）が改正され、1141-1条以下が追加され、契約関係の有無を問わずに医療機関の責任について適用され独自の消滅時効規定も置かれている（1142-28条）。

- 41) P. Jourdain, *op. cit.*, p. 87 は、non-cumul の法理を緩和することが必要であるとして、カタラ草案と司法省草案（ベタイユ草案）に好意的な評価をしている。
- 42) Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2010/2011, n° 3309, p. 928.
- 43) J.-S. Borgetti, *L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile*, D. 2016. 1386 ; R. Boffa, *Dispositions préliminaires, Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromise*, Réponse à la consultation publique, *Études coordonnées par Mustapha Mekki, LJDG*, 2016, p. 62.
- 44) R. Boffa, *op. cit.*, p. 63.
- 45) P. Wessner, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en Suisse, Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, IRJS, 2011, pp. 89 et s. このような背景には、スイスの判例法では、ドイツ民法学の影響を受けて、信頼関係に基づく責任（保護義務）、契約準備段階の責任や第三者のための保護効を持つ契約の理論など債務不履行責任の拡大が図られているという事情がある。このような責任の統一には、学説も賛否両論があるということである。
- 46) 確かに物品運送または旅客運送を下請けに出し、下請業者が事故を起こし多くの第三者に損害を与えたのであれば元請業者が不法行為責任を負うことはない。しかし、先行行為に基づいて元請業者は旅客の運送中の安全について積極的に配慮する作為義務が、不法行為上の義務を既に負担しているのである。多くの第三者に対しては行為義務違反を問題にできないが、旅客に対しては運送中の安全を自らまたは第三者を用いて図るべき不法行為上の行為義務（作為義務）が認められ、旅客については元請人の不法行為も問題にする余地がある。

[後記]

校正の段階の 2017 年 3 月 13 日において、パブリックコメントに寄せられた意見を参考にした準備草案の改訂版が司法省により公表されている。当初の草案では、1233 条 1 項に non-cumul の原則が宣言され、2 項に身体損害についての規定が置かれていたが、改訂版では、1233 条は non-cumul の原則を宣言するだけの規定とされ、旧 1233 条 2 項は 1233-1 条 1 項に移される。新たに 1233-1 条 2 項が追加され、「ただし、被害者は、契約外責任の規律の適用よりもより有利な契約上の明示的な約定を援用することができる」と規定されている。契約において不法行為責任よりも被害者にとり有利な約定がされていたのに、それが無駄にされてはならないというものである。請求できるのはあくまでも不法行為に基づく損害賠償ではあるが、それよりも有利な合意内容についてはその効力を援用することは認められるものとしたのである。不法行為についての特約としての効力を認めるものといえる。そして、反対解釈をすれば、不法行為責任よりも被害者により不利な契約上の合意はその効力は認められないことになる。

その後、再校の段階（2017 年 5 月 20 日）でも法案の提出はされていない。大統領選挙があったためであるが、マクロン大統領は就任後各大臣に立法を促しており、法案の提出が見込まれる。