

不可抗力と民事責任

伊 沢 孝 平

目 次

- 一 はし が き
- 二 不可抗力の觀念の現代的意義
- 三 不可抗力の觀念の沿革的意義
- 四 不可抗力の觀念の定義
- 五 定義の整理
- 六 不可抗力の觀念の相對性
- 七 不可抗力と民事責任
 - 一 總説
 - 二 客觀説を基準とすべき場合
 - 三 折衷説を基準とすべき場合
 - 四 主觀説を基準とすべき場合
- 一 は し が き

不可抗力の觀念は、契約上または不法行為上の免責事由として、民事責任上重要な意義を有する。私は今を去る二

不可抗力と民事責任

一三九

十三年前に「不可抗力の意義」と題して、この問題を取扱ったことがある。^④今に至つて旧稿を再吟味するに、その根本については改むべき点を発見しえないが、訂正を要する若干の箇所もあり、また旧稿は独逸の学説を中心とし、英米法上の見解には殆ど触れていない怨みがあるので、その欠を補いたいと思うし、且つまた近時に至つて、不可抗力の觀念の重要性は、益々昂揚しつつあるので、ここに再び問題を拉し來つて、燕稿を草することにした。執筆の方針としては、成るべく通説的見解を紹介するため、法律辞典や教本類を渉獵することとした。^⑤

前述の旧稿において、私は、不可抗力の意義は、これを三種に分かつて定義するのが妥当であると述べたが、その考は今もなおこれを變更すべき理由を見出さない。この三種の不可抗力の概念を、民商法上の具体的問題に適用して、その当否を考究して見ることは、有意義な企であるように思う。以上が本稿の執筆の動機ないし方針である。

① 拙稿・「不可抗力の意義」民商法雑誌第三卷（昭和十一年）第三号四一七頁以下第四号六五七頁以下、拙稿・不可抗力（岩波・法律学辞典Ⅳ二二九六頁）。

② 英米法についての参考文献 有斐閣・英米法辞典 Jenks, *The Book of English Law*, 1928 and 1953; Anson, *Law of Contract*, 1920 and 1949; Salmond, *Law of Torts*, 1924 and 1928; Terry, *The Common Law*, 1923; Bouvier's *Law Dictionary*, Rawle's Third Revision; Black's *Law Dictionary*, 1951.

③ 民法のこころは Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 1936; Dalloz, *Petit dictionnaire de droit*, 1951; R. Thomik-E. Weinhold, *Dictionnaire Économique, Commercial et Financier*, 1952; Jean Escarra, *Cours de droit commercial*, Nouvelle Edition, 1952; George Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1951, no 2438.

④ 燕稿のこころは Sier-Somlo, *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, 1928; E. Christiani, *Bürgerliches Rechts-Lexikon*, 1908; Rudolf Müller-Erzbach, *Deutsches Handelsrecht zweite und dritte Auflage*, 1928.

なお参照の便宜のため、註①所掲の旧稿執筆に際して参考とした文献の主なものを左に掲げておく。

松本丞治・不可抗力の意義(商法第三百五十四條第一項の解釈)同・私法論文集(改訂新版)三二二頁以下、同・商法解釈の諸問題三四五頁以下、法律評論第一卷第三号。

加藤正治・羅馬の「レオプソム」の責任の法理と後世への影響、同・海法研究第二卷二六六頁以下、法協三一巻七・八号。

牧野英一・「不可抗力としての戦争」志林一八巻七号六二頁以下、八号二〇頁以下。

Goldschmidt, „Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. Eine geschichtlichdogmatische Abhandlung“, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. III S. 58 ff., 331 ff.

Exner, Der Begriff der höheren Gewalt (vis major) im römischen und heutigen Verkehrsrecht, Wien 1883 (Grünhut Z. Bd. 10. S. 497 ff.).

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (1929) 5C I § 701.

H & L Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 1931 n. 1540.

二 不可抗力の觀念の現代的意義

不可抗力の文字は、民商法典のいたるところに使用せられており、手形法・小切手法においてもまた使用せられている。たとえば民法第二七四条・第二七五条・第三四八条・第四一九条・第六〇九条・第六一〇条・商法第五七六条・第五九四條・第七四一條・第七五二條・第七五六條・第七六一條・第七八二條・第七九九條・第八二一條・第八二五條・第八三二條・手形法第五四條・小切手法第四七條などである。しかし不可抗力とは、どんなものを定義した規定は民商法典の何処にもない。

またフランス民法典でも、不可抗力 (force majeure) という文字が、所々に出てくる。たとえば第一一四八條・第一六三一條・第一七三〇條・第一七三三條・第一七五四條・第一七五五條・第一七八四條・第一九二九條・第一九

三四条・第一九五四条などがこれである。しかしフランス民法典でもまた不可抗力の定義はしていない。

不可抗力の観念は、民商法上重要な観念であるにも拘らず、法はこれを積極的に定義することなく、その意義は、学説判例の定めるところに委ねている。

ドイツ法においても「不可抗力」の観念は、勿論問題とされており、前掲の二十三年前の研究は、大きく独逸文献に負っている。E. Christiani は、その民法辞典の不可抗力の項のなかで、「不可抗力が存在するか否かの問題は、各個の場合において、これに回答を与えることが極めて困難であり、就中、その観念は、学問上も、立法上も未だかつて一度も正確に定められたことがない。」と云っている。^①

英米でも、運送人の責任、旅宿の主人の責任、不動産の占有者の責任に関連して、不可抗力の観念が問題とされているが、それは各個の場合において、先例に従って定められており、このことは、判例法の国たる英米においては当然のことである。^②立法がこれを定義してないからとて不思議はない。

欧米諸国において問題とされている不可抗力の観念がわが国で、問題にならぬ筈はない。松本丞治、加藤正治両博士によつてとりあげられただけでなく、^③苟も民商法に関する体系書に筆をとつた学究は、皆これに触れているし、^④後述の如く多くの判例もある。しかし、後にも述べるように、従来、不可抗力の観念を論じたものは、その沿革的意義が示すように、運送人の責任、受寄者の責任ないしは債務の不履行に関連したものであつて、近代的意味の過失責任（危殆責任）よりの免責事由としての不可抗力の観念ではない。民事責任の変遷とともに不可抗力の観念についても再吟味を必要として来た。

不法行為法における過失責任主義は、契約自由の原則と表裏をなして個人の自由な活動を伸張してきたのである

が、近代社会において危険性を伴った企業が発達したことは、過失責任主義に対する批判を生ぜしめることになった。第一に、鉄道、自動車、航空機といった高速度交通機関の発達は、従来存しなかつた加害の危険を社会へ与えており、第二には、鉱業、電気事業、原子力事業など危険な設備をもつ企業が大規模に活動して、従来なかつた新たな危険を作り出している。しかもこれらの企業は、その危険性を伴った企業活動によつて収益をあげており、その収益は他人に或る程度まで必然的に損害を与えながら得られたものであるから、その収益のなから、他人に与えた損害を賠償するのが公平であるとすると批判が生れてくるのは当然のことである。

そこで従来の意味での過失がないとしても、右のような企業活動から生じた損害は、その企業が賠償するのが公平だとするいわゆる無過失責任主義が生れてきた。これは原始的な素朴な原因主義または結果責任主義ではなく、それを克服した過失責任主義を、さらに再克服した新しい意味の結果責任主義である。かような新結果責任主義が誕生した限り、この主義から生ずる責任よりの免責事由ということも、また新しく考えて見る必要を生じる。

なお民事責任は、本来、無過失責任主義であるとする石本博士の見解にしたがうとすれば、民事責任を回避しようと欲すれば、不可抗力のみが、守護神となるのである。以下暫く石本博士の見解を紹介して、不可抗力の觀念の現代的意義を闡明する一助としよう。

石本博士によれば、無過失責任主義は、別に近時に至つて新しく抬頭して来たものではなく、ローマ法以来認められ来たものである。過失主義の本来の伝統的解釈によれば、過失による加害とは、不可抗力による場合を除いて、人の自発的な容態を通じて損害を与えることである。さらに石本博士の説明にしたがえば、『ローマ法以来の古い伝統的過失責任主義のもとにおいては、原則として、自己の行為により他人の法益を侵害したところに過失ありとされた

が、近代的過失責任主義のもとにおいては、予見すべき加害の結果を予見せずして損害を惹起せしめたところに過失ありとされたのである。そして、各人は自己に過失なくしてはみだりに他人によつて法益を侵害されるべきではないという市民法の原理からみれば、無過失の被害者は常に被害を補填されねばならない筈であるから、市民法は右の近代的過失責任の原則をみとめることによつて自己の原理に対し一見救い難い矛盾を背負いこんだのである。……そして過失責任について結論的にいえば、不可抗力による場合を除いては、従来の解釈においては、加害者に過失がない限り被害者に過失がない場合にも過失ある者と同様に保護されないのに反して、右にのべたような解釈によれば、被害者に過失がない限り常に加害者は過失ある者として賠償の責を負うことがみとめられるのである。』かくして従来の過失責任主義と無過失責任主義とを統一せられている。今ここで、この論の是非を検討すべきいとまもなければ、また私にはその能力もないが、無過失責任主義の抬頭ないしは石本説の展開は、不可抗力の概念の探求を要請し来るのである。蓋しこれらの学説によれば、加害者は、その加害が不可抗力に出でたることを証明しなくては、無過失の被害者に対する損害賠償責任を免れえないからである。

さて、近時抬頭して来た無過失責任主義の根本理念は、危険性を伴つた企業活動によつて収益をあげている企業は、その収益のなかから、他人に与えた損害を賠償するのが公平である。蓋しその収益は、他人にある程度まで必然的に損害を与えながら得られたものであるからであるというにある。だから危険企業に課せられた無過失責任主義は、他人に損害を加えたら、いつでも損害の賠償をしるという主義ではなく、賠償をすることが公平に合すると考えられるときは、加害者に過失がなくとも賠償せよとするものである。しかして損害が不可抗力によつて生ぜしめられたときは、この無過失責任主義のもとでも、加害者が免責せられるのが公平に合するのである。その不可抗力とは何

をいうのであろうか。これこの観念の検討を要する所以である。

このように、不可抗力の観念は、かような近代的無過失責任主義との関連において問題となるだけでなく、債務の履行についても屢々問題とされる。民法第四一九条第二項は、金銭債務の不履行については、債務者は**不可抗力**を以て抗弁となすことをえないとしており、^⑧また債務者は、遅滞後履行の提供前に発生した**不可抗力**については責任を負うとすること通説であるが、ここに**不可抗力**とは何をいうのか。また商法第五九四条によると客の来集を目的とする場屋の主人は、客より寄託を受けた物品の滅失又は毀損につき、**不可抗力**に因つたことを証明しなくては、損害賠償の責を免れえないとされているが、ここに**不可抗力**とはどんな事故をいうのであろうか。上述した無過失責任（危殆責任）の免責事由と同一の**不可抗力**であらうか。それとも、これとは異つた観念であらうか、これも研究を俟つていゝる問題である。

さらに、自己の権利をまもるために必要なものとして、法の定めた一定の期間の遵守が、**不可抗力**によつて妨げられたときは、この期間の不遵守によつて必ずしも権利を失わないとせられることがある（**手五四条**（**小四七条**））。また民法第一六一一条は、**時効**の期間満了の時に当たり天災その他避くべからざる事変のため**時効**を中断することができなかつたときはその**妨碍**の止んだ時から二週間内は、**時効**は完成しないとしているが、これもまた**不可抗力**によつて一定の期間内に、**時効**を中断して権利を守ることができなかつた場合の一つである。また**民訴第一五九条**は、当事者がその責に帰すべからざる事由に因り、**不変期間**を遵守することができなかつた場合には、その事由の止んだ後、一週間内に限り懈怠した訴訟行為の追完をなすことができるとしているが、その責に帰すべからざる事由とは、**改正前民訴第一七四条**の「天災其他避く可カラサル事変」に該当するのであつて、これまた通常は、**不可抗力**と呼ばれている。かように

不変期間を遵守しえなかつたことから生ずる不利益より免かれしめる事由としての不可抗力とは、どういふ観念であらうか。上述二者と同一であろうか、それとも相互に異なるのであろうか。これらの問題は、民法上、大いに研究されねばならぬ事柄である。

不可抗力を理由として免責されること、または不利益より免脱しうることを認めたのは、いずれも一般原則をそのまま画一的に、あらゆる場合に適用すると、不公平な結果を生ずるからである。すなわち不可抗力の斟酌ということ、各場合場合に応じて具体的に妥当する公平な結果をえようとして行われるのである。そうすると不可抗力の観念自体も又各場合に妥当するものであつてこそ、よくこの目的を果しうるのであつて、千変一律に、固定した不可抗力の観念を適用するのは、誤であるということが出来る。

- ① E. Christiani, a. a. O. S. 224.
- ② Anson, op. cit. 1920, pp. 340/341 Ch. XII. § 3, Jenks, op. cit. 1928, p. 414; Salmond, op. cit. 1924, p. 269; Terry, op. cit. p. 569.
- ③ はしがき註②所掲文献参照。
- ④ たとえば小町谷操三・商行為法論二六九番四二二頁、勝本正晃・債権総論上巻三三四頁以下。
- ⑤ 小町谷操三・原子力の平和利用に伴う私法上の問題——保険法を中心として——志林五六巻二号一頁以下、殊に不可抗力に關連しては一二頁参照。なお小町谷操三||加藤一郎・原子力の平和利用に伴う私法上の諸問題——保険法を中心として——大正海上火災保険株式会社企画部編パンフレット一〇六号(一九五八年八月)、日本原子力産業会議||原子力補償問題特別委員会・原子力災害補償問題研究報告書——第三者補償問題を中心として——(昭和三四年七月)参照。
- ⑥ 石本雅男・過失責任主義と無過失責任主義の統一(我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究上六五頁以下、九五頁)。本文中の傍点は筆者。

⑦ 石本雅男・上掲一〇六頁。

⑧ 過失責任主義を克服して生れた近代の無過失責任主義は、法の発展に伴う分科であり、民事責任の技術化であつて、過失責任主義と無過失責任主義とが両々相俟つて、一方、人の活動の自由を保障するとともに、他方、社会に対する危険を保障しているのであると思う。但し無過失の被害者は常に被害を補填されねばならない筈であるとの石本説には、全面的に賛成である。私はこの理想の実現を、責任保険制度の合理的発展のうちに期待している（拙稿・「責任保険の発展と過失の付保」法学二〇巻四号八頁参照。なお拙稿「責任保険の発展と被害者の保護」法学二二巻一、二頁以下、同・「責任保険の発展とその止揚——損害賠償の社会化——」我妻先生選暦記念 損害賠償責任の研究（中）五五頁以下、拙稿・「民事責任の社会化と責任保険の役割」綜合法学第二巻第二号八八頁以下参照）。

石本博士の学説に対する高い評価については、我妻栄・岡松参太郎著 無過失損害賠償責任論（有斐閣・學術選書）序七頁参照。

⑨ 金銭債務以外の一般債務の履行遅滞については、民四一九条二項の反対解釈により、不可抗力を以て抗弁となしうるとするのと通説である（末弘巖太郎・債権総論〔現代法学全集民法Ⅲ〕五三頁、勝本正晃・債権総論中巻②一八〇頁以下、大判・大正一四・二・二七民集四卷九七頁一〇一頁）。

なお民法第四一五条の「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」とは、故意過失だけでなく、不可抗力を除く歸責事由をいう。たとえば履行補助者の行為に対する責任をも含んでいる。したがつて「責に歸すべからざる事由」と不可抗力とは同義となる。不法行為の問題について、従つて履行補助者の問題ではないが、独立の営業者の過失についても、雇主に責任があるとするアメリカの判例がある。それは *Gerrard v. Fricker* [1935] U. S. Av. R. 118 であるが、被告は飛行機から殺虫剤を散布してその農園の害虫を駆除することを決意し、航空散布業者に、それを依頼した。然るに業者の過失で隣地の蜜蜂を多量に殺してしまつた。農園主に損害賠償責任ありとせられた。判決は曰く「彼が、もしこの危険な性質を有する企て（Operation）を実行することを選んだのであれば、彼は独立の業者（Independent contractor）を雇うことによつて、その責任より免れることはできない。而して損害は、これと因果関係がないものではない。」と、これは不可抗力による損害ではない。

不可抗力と民事責任

⑩ 勝本正晃・債権総論中巻(2)二〇九頁以下、我妻栄・債権総論(民法講義Ⅳ)(二二八)三(2)二二四頁、津曲蔵之丞・債権総論上巻(現代法学全書)一一七頁、Dalloz, *petit dictionnaire de droit*, 1951 p. 647 (4-III).

三 不可抗力の觀念の沿革的意義

不可抗力という言葉は、ラテン語の *vis major* の翻譯であつて、ドイツでは *höhere Gewalt* フランスでは *force majeure* 英米では *act of God and King's enemies* といふことになる。

近世諸国法における不可抗力の觀念は、英米法は暫く除き、その淵源をローマ法のレセプツム責任の法理に有している。ローマ時代には、今日のように社会秩序が備つていなかったので、旅宿の主人とか、船主とかには特別に重い責任を負担せしめて、旅行の安全や運送の確實を期する必要があつた。当時は旅宿の主人と盗人とが共謀して旅行者の所持品を掠奪したり、また船主が海賊と共謀して運送品を横領するようなことが屢々行われたが、これを防止すべき警察制度は、未だ極めて不完全であつた。そこで風紀の矯正と取引の安固とを計る目的のために、船主、旅宿主をして、その引受けた運送品または客の携帶品について、絶対的の返還義務を負わしめる必要を生ぜしめた。この担保責任の厳正を緩和する目的のもとに発せられたローマの法務官の告示のうちに、船主、旅宿の主人などの免責事由として「不可抗力」があげられている。すなわち今日のいわゆる不可抗力の觀念は、ローマ法の「レセプツム」責任の例外たる免責事項として、主として發達してきたものである。従つて、不可抗力の觀念を論ずる者は、多くこの沿革的理由により、専ら運送人または旅宿主人の免責事由として、これを研究している。「はしがき」の註に掲げたゴールドシュミットならびにエッキスナー両氏の研究も、また運送人らの免責事由としての不可抗力の觀念を検討したも

のである。然るに、不可抗力の觀念については、既にローマの法源の解釈についてさえ争があつて、主観説客観説の対立をみている。のみならず不可抗力の使用例も多岐にわたり、単に運送業者らの免責事由としてあげられるにとどまらず、或いは一般契約上または不法行為上の損害賠償責任の阻却事由として、或いは不変期間懈怠の不利益より救出する事由として使用せられるようになってゐる。また不可抗力の意義に関する学説においても、近時は、折衷説のめざましい抬頭を見ている。そして、さらに、近代企業における無過失責任からの免責事由として、不可抗力の觀念は、新たに脚光を浴びることになつた。

① Exner, a. a. O. S. 6 に於ては、höhere Gewalt という言葉は、Corpus juris のなかで出づる vis major, casus major, damnum fatale, vis divina などの翻訳である。vis major という言葉はローマ人の間では、法律術語ではなかつたが、ドイツに於て、初めて法律術語として使用せられるようになった。旧来使用せられてゐる Gottes und Feindes Gewalt と別物ではない。プロキヤ法またはオーストリア法に於ける unabwehrbare Zufall というのは、causus cui resisti non potest の訳であつて、不可抗力の内容の説明ではない。

Salmond, op. cit. 1924, p. 269, § 65 note (g) に於て act of God と vis major とは同義語である。act of God はキーンピアの *Gods Bie v. 案*、ミナシ語の vis major の案 (D. 19, 2, 25, 6, D. 39, 2, 24, 4)。他の同義語は damnum fatale (D. 4, 9, 3, 1, D. 18, 6, 2, 1), vis naturalis (D. 19, 2, 59), vis major (D. 4, 9, 3, 1), casus casus major (D. 44, 7, 14) である。

不可抗力の沿革的意義については、拙稿民商誌三卷三号四一八—四二〇頁参照。

② 岩田健次・「レケプトゥム責任の法理」神戸商船大学紀要・文科論集第四号一七五頁以下参照。岩田氏によると、ローマ法における *Receptum* を表音的に書く方法としては「レケプトゥム」責任が最も正確であつて、少くとも「レケプトゥム」責任と書くのが許される限度である(同氏上掲一七九頁)。

四 不可抗力の觀念の定義

一 総説 不可抗力の觀念は、その適用せられる場合場合によつて異なるものであるが、以下には法学辞典や、契約法・不法行為法・商法等の一般的研究のなかで、不可抗力の觀念がどのように定義せられているかを概観して見ようと思う。これによつて、従来、不可抗力の觀念が、一般にどのように理解せられていたかを知ることができる。仏・独・英米の順で瞥見してみよう。

二 フランス法 (1)カピタンの定義 先ず *Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 1936, p. 258* を抜いてみよう。ここには次のようにいつている。

ある事故（自然力、第三者の行為、官憲の行為）であつて、それは、予見しえないし、また防止もできないもので、債務者をしてその債務の履行不能の責任から免れしめ、または加害者をして被害者たる債権者または第三者に対して、その損害を受けることをさけしめることができなかったことによる損害賠償責任から免れしめるものである。例・商品の引渡をすることを妨げた通常の火災但し事業主の過失または不注意からでたものでないとき、偶然に小銃から飛び出した弾丸の爆発。次の条文においてはフォルス・メジュールは、偶然な事故 (*cas fortuit*) と同義に使用されている。即ち仏民第一一四八条・一七三三条・一七八四条がこれである。不可抗力という言葉だけを使用している条文がある。すなわち仏民一六三一条・一七三〇条・一七五四条・一七五五条・一九二九条・一九三四条・一九五四条がこれである。判例および学説の多数は不可抗力と偶然な事故とを同義のものと見てゐる。しかし或る著者によると、不可抗力は加害者の行動範囲の外から来た事故であつて、加害者をして常にその責任を免れしめるのに反し、

偶然な事故は、彼の行動の性質上当然に伴う危険たることもあつて、反対の法の規定がない限り、その行為者の責任に帰しうるとしている。

(2) ドロース法学辞典の定義 次には Dalloz, *Petit dictionnaire de droit*, 1951, p. 646 を、繕いて見よう。次のような、かなり詳しい説明がある。

Force majeure (民法典一一四七条以下、一七三三条および一七八四條)

1、——Ⅰ・不可抗力の特性——偶然なる事故および不可抗力は、人の行動以外の事故である。——事故は偶然なものまたは制御できない力によるものである。——事故は打ちかちえない性質をもつてるときにのみ不可抗力となる。単なる実行の困難はこのうちに入らない。——このほか事故は予見しえないものたることを要する。——法が區別しないで使用している不可抗力または偶然の事故の中には次のものは入らない。すなわち自己の保管にかかる物の内部に存した欠陥または日常の過程における事故、恐怖による眩暈、車輪のタイヤの破裂やまた経済状態または価額の混乱による困難、貨幣価値の切下げなどがこれである。

2、——Ⅱ・不可抗力の主な場合——第一、自然力、——天変地異・台風・洪水・地震・凍結であつて、次のような性質を有するもの、すなわち殆どありえないものであり、また打ち勝ちがたいものであり且つ予見しにくいものであるもの。

3、——第二、国家の行為、——ある行為を命じたまたは禁止する公権力者の行為。不可抗力たる性質は疑う余地がない。蓋し権力者の命令に反抗することは不可能であり、反抗は屢々不法行為さえ構成するものだからである。正規の政府によつてなされた命令でさえもそうである。——第三、戦争状態、——これはそれ自体だけで不可抗力に

なるのではない。それは履行の困難をもたらすものではあるが、不可能をもたらすものではない。なお戦時に結ばれた総ての契約にあつては、この困難は予見されているものである。——第四、ストライキ、——ストライキは債務の履行を困難にするが、併し不能にはしない。但し職人 (*main-d'oeuvre*) の入替が不能で且つストライキが急で予見しえなかつた場合はこの限りでない。このほかに、不可抗力として援用しうるためには、工場主の先立つ過失にもとづいて生じたものではないことを必要とする。——工場主のロックアウトは、それだけでは不可抗力とはならない。蓋し履行をなすべき者が自ら勝手にやつたのであるから、だからもし労働の全き休止を余儀なくさせられた場合はこの限りでない。——第五、第三者の行為、——第三者の行為は、それが予見しえず且つ防止不能のものでない限り、不可抗力とはならない。——第三者の行為は、その行為について責任を負うべき人に対しては常に不可抗力とはならない。——第六、窃盜、——ある債務者の借りていた物の盜失が、その債務者の債務の履行を妨げることがある。それは債務者が若しその窃盜を予見したり防止したりすることができないなら、不可抗力となる。——判例は、窃盜は武器を持つて行われたか、一揆 (内乱) または海賊によるものでなくては不可抗力とならないものとしている。

4、——Ⅲ・不可抗力の効果、——原則として、不可抗力は、債務者をしてその債務から免れしめる。そして契約上または不法行為上のあらゆる責任から解放せられる。——債務者はその責に帰すべからざる外部の原因により、履行不能となりまたは遅滞に陥つたことを証明しうるときは、債務者より免れる。彼はこれを証明する責任を負う。——しかしこの原則は、若し債務者にこれに先立つ過失があつたかまたは不可抗力の発生した際に、既に遅滞にあつたときは、適用がない。——私法上の責任については、損害を発生せしめた者と見られる者も、若しそこに不可抗力があるなら、責任を負わされない。自分自らの行為についてもまた自分の保管する物である

とする理由によつても。

以上によつて、長文の説明の紹介を終る。

(3) リベールの定義 Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1951 n. 2438 を開けて見ると、リベール氏は運送人の責任を説くに當つて *Cas fortuits et de force majeure* と題して次のように説明している。運送にあつては、異常な自然的事故は、不可抗力と見られる。すなわち車輛の破壊を生ぜしめた嵐、雪崩、洪水、積荷に損害を加えるに至つた異常の寒気または暑気（自註・判例が沢山あげてあるが略す）などがこれである。また国家の行為も不可抗力となる。すなわち用具の徵発、官憲による駅の閉鎖、一定の運送の禁止、税関の検査（自註・判例は略す）などである。最後に防止することの不能な第三者の行為も不可抗力となる。すなわち武装した強盜、敵の行為（自註・判例は省く）、他線に原因している列車の遅延（自註・判例は省く）などがこれである。

これに反して、たとえば脱線、用具の瑕疵、車輛の火災、人員の不足が、運転をより良く確保するために運送人にとるべかりし必要な手段をとつていなかったことに歸しうる場合には、不可抗力とはならない。用具の欠乏による故障または車輛を解放するための適時の奪回が行われなかつたことによる故障は、ただそれだけでは、不可抗力とはならない（自註・判例は省く）。若しそれが防止不能または予見不能の事故に基いておるならば、不可抗力たりうる。ストライキは、それがゼネラル・ストライキであつて、これを避けることが不能であり且つ企業者の過失に基因していないときのみ、不可抗力となる（自註・判例は省く）。戦争は、戦争それ自体だけでは不可抗力にはならない。蓋し運送は戦争中と雖も、相変らず続行されているからである（自註・判例は省く）。併し戦争が破壊または防止し難い障害を生ぜしめたなら、不可抗力となる。

(4) エスカラの定義 終りに、やはり運送人の責任に関連して、不可抗力の定義を試みた Jean Escarra, Cours de droit commercial, nouvelle édition, 1952, p. 735 を引用して、フランス法紹介の結びとしよう。

曰く、予見しえず且つ抗拒不能の事故で、企業の外部から生じたものである。たとえば戦争およびその結果、ストライキ、官憲の命令、天災地異、火災、窃盗などは、事情により或いは不可抗力とみられ、或いはみられない。あまつさえ偶然なる事故または不可抗力は、これに先立ちまたはこれと競合する運送人の過失にして、それがなければ事故が生じなかつたかまたはそれを免れしめえたような過失のない場合に限つて免責事由となる。

フランス法上における不可抗力の定義に、共通的に観取せられる要件は、企業の外部から発生した事故であることと、その事故の発生を予見することができず且つそれを防止することができないことの二点である。

三 ドイツ法 平常親炙している二、三の文献を探つて、次のような説明をえた。

(1) クリスチアニの定義 E. Christiani, Bürgerliches Rechts-Lexikon, 1908, S. 224 は、曰く

人は事情によつては無過失責任を負う。たとえば鉄道の責任、運送人の責任、旅宿の主人の責任などである。しかし偶然の事故 (Zufall) に対して責任を負う者も、不可抗力に対しては原則として責任を負わない。すなわち次のような結果に対してである。最大の注意を払い最善の予防手段を以てしても、さげえないような結果であつて、たとえば異常な自然現象 (Naturereignissen) の結果生じた損害事故 (Unfälle) (水火の災難、嵐、地震、疾病) または敵兵の襲撃およびこれに類するものである。その事故は非常のものでなくてはならない。それで日常生活上は、その事故は考慮に入れられていないので、それへの用意などはありえないものでなくてはならぬ。各個の場合において不可抗力があるかどうかを定める問題は、回答が非常に困難である。であるから、この観念は、学説でも立法でも、未だ

嘗て一度も精密に確定されたことはない。

② エルスターの定義 続いて Sier-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1928, S. 196ff.によつて Alexander Eister 氏が、不可抗力の項を執筆している。抄録してみると次のようである。

1、不可抗力の先験的概念 不可抗力の問題は法律上の責任の問題である。結果と責任との間に介在する問題である。これ不可抗力の觀念の相対性が認められる所以である。また不可抗力の觀念は、違法性の問題とも関連を有する。個々の積極的な違法性は、不可抗力の存在することによつて消滅せしめられる。

2、ドイツ実定法上の不可抗力の概念 ドイツ民法典第二〇三条（時効の完成の停止）、第七〇一条（旅宿主人の責任）、第一九九六条（相続人の財産目録作成の障害）、商法典第四五六条 Eisenb. VO.（鉄道交通条例）第八四条および Hafpflicht G.（責任法）第一条 Kraftfahrzeug G.（自動車法）第七條等には不可抗力による免責の規定がある。また民事訴訟法第二三三条、刑事訴訟法第四四條は、ともに、単に Naturereignissen（天災）および unabweidbaren Zufällen（避け難い事変）と云つてゐるにすぎないが、やはり、相對説に立つて、不可抗力に因る免責を認めたのである。

A 高度の責任に対しその免除事由として認められた不可抗力の例は、責任法第一条、鉄道交通法第八四條、商法典第四五六條、自動車法第七條、郵便法（Post G.）第一条および民法典第七〇一條である。

B 期間の懈怠の宥恕原因としての不可抗力の觀念の例としては、民法典第二〇三条および第一九九六條、民訴第二三三條、刑訴第四四條に規定せられたものが、これに該当する。

C 通常の責任の解除原因としての不可抗力の觀念の例としては、賃貸借契約の解除事由としての土地の徵収があ

げられると。

不可抗力の観念は、各場合によつて異なるべきであることを強調している。

(3) ミューレル・エルツバッハの定義 ドイツ法における不可抗力の観念について、特異の見解を披瀝しているものとして Müller-Erbach, Deutsches Handelsrecht 2/3 Aufl. 1928, S. 627ff. がある。氏はその把持する危険負担の原則 (Grundsatz der Gefahrrtragung) から、不可抗力の観念を導き出している。危険負担の原則というのは、ある危険の発生を支配しうる者が、その危険から生じた損害を負担すべきであるとする原則である (Müller-Erbach, a. a. O. S. 451ff.)。氏は不可抗力の観念は、この危険負担の原則による責任から、責任者を解除するものであるとしている。そして鉄道の責任を論ずるに当つて、次のように述べている。

鉄道は運送品の滅失毀損があつたときは、危険負担の原則に従つて賠償の責に任ずるが、これに対しては、重要な例外がある。すなわち滅失毀損が不可抗力によつて生じたときがこれである (商法第四五六条参照)。然らば不可抗力とは何か? 危険負担の原則に照らして見れば、この屢々問題とされた不可抗力の観念は、解明済みといつてよい。この原則によると、従来主張されている所謂主観説とか相對説とかは、正皓を射ていないことが分かる。この説は、ここでも、また過失責任主義を固持しており、従つて不可抗力は、次の場合にのみ存在しうるとする。すなわち「可能なとして事情上要求しうるあらゆる注意」を払つても、なお且つ避けえなかつた損害が生じた場合にのみ存在するものであると (L. Goldschmidt)。これに反して Exner 氏は、その主張する客観説または絶対説によつて、やや肯綮に合する認識に到達している。併し彼もまた、今日の学説が一般にそうであるように、一定の合理的な考究を基礎としていふ (vgl. z. B. Staub-Koenige 12. 13 Erl. 7ff. zu § 456)。

Exner 氏は不可抗力について次のようにいつている。不可抗力は当該企業の経営範囲の外部から生じた事故でなくてはならない。そうしてこの経営の範囲内に属するものは、何であるかという点、それはこの企業の目的を成し遂げるために使用せられるあらゆる空間および対象を含むのである。したがって総ての機械、労力を使用するための畜類、企業上のあらゆる使用人すなわち商業使用人は固より労務者をも含むのである。尤も使用人はそれがその任務を遂行中である場合に限る。

Exner 氏のこの標準は、多くの場合、不可抗力を正しく把握しているが、なお正確とはなし難い。若しもわれわれが危険負担の思想により、Exner 氏の経営の範囲という觀念の代りに、支配範囲 (Machbereich) という考をおこなうならば、法律政策的には、一層正しく且つ簡明を期することができる。すなわちわれわれは次のような一箇の標準にだけよれば足ることになる。換言すれば、鉄道はある危険に対して、なんとか対策を講じえたか、たとえ完全にその危険を免れえないとしても、このような意味で、その危険を支配しえたか、鉄道の支配圏内に、ある危険があつたかどうかということである。支配圏内にある危険より生じた損害は、支配下にある事故 (als niederen Zufall) として責任を負うべきである。その他の総ての場合には、鉄道の責に帰しえない不可抗力が存するものとなすべきである。それが革命時における継続的の射撃のように、仮令予見できた事故であるとしてもそれは不可抗力とすべきである (R.G. Bd. 95 S. 65 u. Bd. 104 S. 104 S. 151 も同見)。

危険が支配可能のものであるか否かは、経済的に見て合理的であると思われる手段を以てして、その危険を克服するか否かによつて定める。このような考え方は既に帝国高等商事裁判所 (ROHG) が展開している。世人が、これと異り、若しも予防手段に必要とする費用を顧慮することなく、あらゆる企業危険を克服することを強制しようと欲し

たとせば、このような要求にもとづく企業経営費の非経済的な増大は、一般社会のために、少しの役にも立たないであらう。

これに反して *Erner* 氏が要求しているような、これ以上の条件の存することを求める必要はない。すなわちその発生の態様および重大性において、通常の生活過程上予期しうべからざる事故たることの明瞭なものという条件は、必要でない。かような条件は、それが如何なる場合に存するかを決定することが困難であり且つまたこれを要求する根拠をも発見することができない。支配しうべき危険に関するか否かのみがきめ手となりうる。

この意味では次の諸事故は支配可能のものであるといえる。たとえば軌条または車輪の破損、機関からの火の子による運送品の燃焼、機関士の発狂による損害の発生、鉄道のストライキ——但しゼネラルストライキのように外部からの強制によるものはこの限りでない。

支配しえない危険たとえば山岳の崩壊による軌条の破壊、運行中の列車への爆撃の如きは不可抗力による事故である。

① 危険負担の原則については岡松参太郎・無過失損害賠償責任論(有斐閣學術選書)四五三頁以下、五〇七頁参照。

四 英米法 英米法では不可抗力のことを *act of God and King's enemies* と呼んでいるが、*act of God* (神の業) は相当の注意をしても防止しえない自然力による天災事変を指し、人為の介入によつて生ぜしめられた事故を含まない。

King's enemies (王敵) というのは、やはり防止しえない敵軍の攻撃や占領などをいい、勿論、これは天災ではなくて人災である。さらに加害者の免責事由として以上の二者のほかに、もう一つ認められているものは、加害者と全

く無関係の第三者の行為による防止し難い加害である。不可抗力 (*vis major*) という言葉は、通常は神の業 (*act of God*) すなわち天災と同義に解せられているが、^① 不可抗力という觀念が認められるに至つた法律的理由すなわちそれが免責事由であることから考えると、以上の三者を含めて不可抗力と理解すべきである。以下各種の定義を窺つてみよう。

(1) 有斐閣編の英米法辞典の定義、有斐閣編の英米法辞典 (*Anglo-American Law Dictionary, 1952*) の一一頁には、*Act of God* の項の説明として次のように述べている。

〔神業 (かみわざ) 不可抗力、不可抗力に基く出来事、自然現象〕人間の力が全く加わることがなく、相当な注意を用いたとしても防止することができないような、自然現象とみるべき事故をいう。例えば、自然死、暴風雨、地震、落雷。(→*vis major*)。⑴ 保険契約において保険者は被保険者に対して、特約のない限り、不可抗力による損害を補填する義務を負わない。⑵ 契約法において、契約に特約のない限り、契約違反に基く訴訟で不可抗力は有効な抗弁となる。⑶ 不法行為において、行為者の行為を直接の原因とすることなく、不可抗力を直接の原因として発生した損害に対しては、損害賠償義務は発生しない。⑷ 法律上一定の義務を負担している者が、不可抗力によつてその義務を遂行することができなくても、なら責任を問われることはない。

次に *Vis major* 「不可抗力」の項には (上掲辞典四八九頁) 事実上抗拒不能の力を指す。例えば暴風雨、地震、群衆の行為等がこれにあたる。不可抗力を直接の原因とする損害に対しては、特約のない限り、何人も賠償責任を負うことはない。*vis major* は *act of God* と呼ばれる事故の大部分を包含する。^② 時には殆んど同意義に用いられることがあると説明されている。

- ① Salmond, *op. cit.* 1924, § 65 note (1).
 ② 天災たる自然力にもとづく事故だけでなく、暴動、一揆などの人災をも含んでいるから、*the act of God* を含み、かつこれよりも広い概念であるといつてゐるのである。

(2) ブービエの法律辞典の定義 Bouvier's Law Dictionary, Rawle's Third Revision p. 116 〇 *Act of God* 〇 項下にも、神の業とは、直接に且つ全く自然的原因に基く事故であつて、人為による中断のないものであり、どんな予見を働かしてみても、また努力してみても、また合理的に期待しうべき注意をしてみても防止しえない事故であり、たとえば落雷、地震、台風のようなものであると説明してある。

(3) ブラック法律辞典の定義 Black's Law Dictionary, 1951 にも上述と同じく、*Act of God* とは *An act occasioned exclusively by violence of nature without the intervention of any human agency.* であるとし、人為の介入のない物理的原因のみによつて生じた事故であるとしている。

(4) ジェンクスの定義 Jenks, *The Book of English Law*, 2nd ed. p. 414, 5th ed, 1953 p. 321 は、土地の占有者の責任に関する *Fletcher v. Rylands* 事件(後述のサルモンドの説明参照)を引用しながら、不可抗力とは、未曾有の且つ予見しえない性質のもので人間の予見力を以てしては、その事故に対する防衛措置をとることの不可能な事故であるとしている。

(5) テリーの定義 Terry, *The Common Law*, 8th ed. p. 569 は、*旅館の主人または運送人の責任に關連して神の業とは、急激 (sudden and violent) 且つ通常起りえない (unusual) 自然力の活動であつて、人為 (human acts) の共同なくして損害を生ぜしめるものである。たとえば落雷、地震、通常起らないような嵐や洪水、時ならぬ嚴霜で*

ある。一定の時節には通常おこり、予め計算に入れうるような通常の風とか出水とかは不可抗力にならない。しかし不可抗力という名の下に精確に何を意味せしめるかについては、判例の間に多くの矛盾があるといつてゐる。

(6) アンソンの定義 Anson, Law of Contract, 1920 (Part V, Chap, XII, §3) pp. 340/341, 19th ed. 1949 pp. 312/313 は公運送人の債務不履行より生ずる免責事由としての不可抗力の觀念について次のような説明をしてゐる。神の業という文句は説明することを必要とする言葉だ。

Nugent v. Smith, 1 C. P. D. 423. 事件で、海上公運送人 (common carrier) たる被告が、原告から、ロンドン、アバーディーン間を運送することを頼まれて受取つた牝馬の死亡について、その責任を問われたとき、その免責事由として不可抗力 (the act of God or the King's enemies) が問題とされることになつた。事實はこうだ。航海中に船が荒天に遭遇し、牝馬は非常に驚いて大変にもがき苦しむ、負傷した結果死亡した。ところがその死亡については被告に過失があつたという何の立証もされてゐない。そこで問題とされたのは、天候は荒れてはいたが、「不可抗力」といわれる程のひどい非常のものではなかつたということおよび牝馬の「もがき」は、それだけでは、その牝馬はその性質上の瑕疵によつて負傷したものだということを示すに足りないという二点であつた。控訴裁判所は、下級審裁判たる Common Pleas の判決を破毀して、被告には責任がないとして、次のように判示した。

すなわち James, L. J. は曰く、不可抗力というのは、運送人に責任がないという命題を簡潔に表現したものだ。公運送人は、その事故は、直接的に且つ全的に自然的原因に基くものであり、人為の介入がないことおよび彼に対して合理的に期待しうべき予見力と努力と注意力とをどんなに働かしてみても、防止できなかつたということを証明しうるときは、このような事故に対しては、彼は責任を負わない。本件では被告はこの証明を果したと。Mellish, L.

「は言つた。運送人は、自然の行為に対して保険をするものではない。また運送品自体の瑕疵を保険するものではない。併し抗弁を成立せしめるためには、上のどちらかの原因が各自独立にかまたは互いに競合して、この損害の唯一の、直接のそして防止し難い原因をなしていることを証明しなくてはならないと。

④ 公運送人 (common carrier) の責任 *Jasper Ridley, The Law of the Air, 2nd ed. 1953 p. 154* は、次のように説明してゐる。

公運送人の特殊の責任として次の二つがある。第一は、自己が通常運送している品物と同種の品物については、その品物を運送する余地を有する限り、相当な運賃を支払わうとしている人に対しては何人に対しても、その運送を引受ける義務があることである。第二には、特別非常の重い責任を負ふことであり（それは有償の通常の受寄者の責任を超えるものであり）、運送品の滅失毀損については、それが the act of God, the Queen's enemies, "inherent vice"（その性質上の瑕疵）または自然の消耗磨滅 (fair wear and tear) を含む運送品の不完全 (defects) または運送品の所有者自身の過失によつて生じたことを証明しなくては、その責を免れないことである。

なお英国の公運送人の責任については *Jasper Ridley, The law of the carriage of goods by land, sea and air, 1957 pp 13-19* 参照。Ridley, op. cit. p. 16 は Act of God の意義を次のように説明してゐる。天の業とは、自然力の活動であつて人類の予見力または巧智 (skill) を以つてして、それを予知することを期待するのは無理であるような活動である (Pollock on Torts) (15th ed.), p. 380; Winfield on Torts (6th ed.) p. 54)。そこで現に生きている人の記憶にないような大雷雨は、天の業である (Nichols v. Marsland (1876), 2 Ex. D. 1)。運送人はその事故が前代未聞のものであるとか、または彼にとつては防止不能のものであつたとかとつて証明する必要がある。運送人は、その事故は滅多にない事故であつて、それを防止することを期待するのは無理であつたことを証明すれば足りる (Nugent v. Smith (1876), 1 C. P. D. 423, 434-8, per Cockburn, C. J.) と。また上掲書九九一—一〇〇頁は、海上運送人の責任に関連して、天の業の意義をのべ、例えば例外的な性質を有する激甚な嵐、船舶を閉ち込めた流水、或いは帆船についていへば船を動かす風がなくなつたような場合をいうとしてゐる。

アメリカにおける公運送人と私運送人 (private carrier) の意義および公運送人の注意義務の高度なものであることについて

は Anne Mathes and Theodore Matern, *Manual of aviation law* (Legal Almanac Series No. 27), 1952 pp. 59, 60]を参照されたい。また公運送人は、損害が act of God, public enemy または運送品の性質に因つて生じたものであるときのみ、その責を免れうるものたることについては、上掲書六〇頁を参照されたい。

(7) サルモンドの定義 Salmond, *The Law of Torts*, 6th ed. pp. 269 et s., 7th ed. 1928 pp. 358 et. s. は、土地の占有者が、その土地内に貯めておいた水その他そこへ持ち込んだ危険物が逸出して他人に損害を加えた場合には、無過失責任 (absolute liability) を負わねばならぬとする *Rylands v. Fletcher* (1866), L. R. 1 Ex. 265; (1868), L. R. 3H. L. 330 (Salmond, op. cit. p. 257 et s.) の原則に対する一例外として、右の逸出が不可抗力に基く場合を挙げ、この Act of God または vis major の意義を論じている。

そうして大要次のように論を進めている。右の無過失責任に重大な制限を設定した判例は *Nichols v. Marsland* (1875), L. R. 10 Ex. 255 である。この事件の内容は次の如くである。被告は自然の流を堰き止めて造つた人造池を占有していた。その堤防は堅固に且つ注意深く構築されていて通常一般の事故 (all ordinary occasions) に対しては、すべて堪えうるものであつた。然るに猛烈極まる嵐——証人の証言によると人類の記憶にある嵐のうちで最大のものであるとされている——が、その堰堤を破壊したので、水は奔流して、数個の橋を流失せしめ、損害を生ぜしめた。それでこの損害の賠償を求めて訴が提起された。

本件の判決要旨は次の如くである。すなわちライランド対フレッチャー事件の原則があるにも拘らず、何びとにも過失がなく、事故は直接に不可抗力に基いている限り、被告には責任がないと。ライランド対フレッチャー事件は、無過失責任の原則を認めたものと言われているが、実は貯水池を築造した請負人に過失があり、その過失によつて事

故が発生したのである。そしてその過失に対して貯水池の所有者が使用者責任 (vicarious liability) を負わせられたのである (ニコルス事件こそ真の無過失責任よりの免責を認めたものである)。

だから、無過失責任からの免責事由といわれているこのニコルス事件における不可抗力という言葉は、仔細に検討しなくてはならない。この問題を現存する判例によつて、決定することは困難であるが、土地占有者の免責事由としてのここにいう不可抗力とは、何びとが合理的注意をしても防止することのできなかつた総ての事故であるということができると思う。これは運送人の免責事由としてあげられている不可抗力の意義とは異つてゐる。併し土地占有者の責任については、運送人の場合よりも、不可抗力の觀念を広く解してもよい十分の理由がある。さてこの不可抗力についての解釈をニコルス対マースランド事件の原則に当てはめて見ると、土地の占有者は第三者 (stranger) の行為または不可抗力 (act of God) に基くあらゆる逸出については責任を負わない。すなわち何びとにも過失がない場合または唯一の過失は第三者の犯したものである場合には、土地の占有者は責任を負わないということになるのである。この原則における第三者とは、土地の占有者の許諾の下に合法的に、その土地に在る者以外の者をいう。だから雇人であろうと独立の請負人であろうと、土地の占有者の家族であろうと被許可者であろうと、それらが上述の意味の第三者でない限り、その者の過失についてはライランド対フレッチャー事件の原則により、土地の占有者は使用者責任を負う。何びとにも過失がないときはニコルス対マースランド事件の原則に従い、彼は責任より免かれるのである。また過失があつても、それが純然たる第三者の過失であれば *Box v. Jubb* (1879), 4 Ex. D. 76 によつて、土地の占有者は、責任を免れるのである。

併しニコルス対マースランド事件において使用されている「神の業」なる言葉は、その最も厳格な意義に解釈すべ

きであるかも知れない。すなわち、そうすることによつて、この事件によつて設定された例外を、一層狭い範囲に限定してもよいだろう。そこでこの厳格な意義とは何であるかを仔細に確定する必要がある。これをやるにあつて唯一ともいふべき好適な判例は公運送人の責任に関するそれである。蓋し公運送人は、その受託した運送品の滅失については無過失責任を負い、それが the act of God or of the King's enemies によつて生じた場合にのみ責任を免れうるからである。公運送人の責任に関する先決例たる *Nugent v. Smith* (1876), 1 C. P. D. p. 444 の中で、この問題の不可抗力という言葉は James, L. J. によつて次のように定義されている（この定義については上掲のアンソンの説明参照）。また Lord Mansfield は *Forward v. Pitard* (1785), 1 T. R. p. 33 事件で、次のように言つてゐる。『act of God とは何か？ 私は思う。それは人の行為に對置されている或ものを意味する。……争訟や通謀や説明することの不可能な事情の中へ、探求を進めてゆくことをさけるために、法は、その滅失は王敵 (King's enemies) によつて為されたかまたは嵐や落雷のような人為の介入によつて生ぜしめようとしても生ぜしめえない所為によつて生じたことを、運送人が証明しない限り、その不利益に推定するものである。』と。

もし不可抗力という言葉を、この意味に使用するときは、何びとの過失にももつかない事故であるというだけでは、不可抗力であるとするには、不十分である。第二の条件を充たさなくてはならぬ。すなわち人為の介入しない自然的原因から直接に生じたものでなくてはならぬ。

ヌーゼント対スミス事件で Cockburn, C. J. はいつてゐる。『不可避の事故、予見することのできない事故 (casus fortuitus) の総ての原因は、二種に分類できる——人の行為 (agency of man) またはその他の原因と関係のない自然の元本的力によつて生ぜしめられたものと、その原因の全部または一部が人の行為にあるものとである。』と。こ

ここにいう不可抗力は人の行為と対置されたものである。

かく考えると、もし船舶が台風で坐礁したなら、それは天の業にもとづくものであるが、霧中を航行中、過つて坐礁したのなら、いくら船長としては、さげえなかつた事故であつたとしても、これは人の行為によるものである。かくの如くして建物が落雷で焼けたら、これは天の業によるものであるが、同じことが人の行為によるランプの顛倒によつて起つたのなら、それが過失に基かなくとも天の業によるものではない。多くの場合は人の行為と自然の力が競合して結果を生ぜしめるが、天の業にもとづくか人為かを定めるに當つては直近原因のみが狙上に上げされる。船が台風で難破した場合、船主が船を出さなければ難破しなかつたであろうという関係があつても、滅失は *the act of God* にあつてゐるのである。

このような嚴重な解釈を、ニユルス対マースランド事件において、採用したとすると、次のような結果になる。すなわち土地の占有者は下に掲げる二箇の場合を除いて、無過失責任を負う。(1) 損害が純然たる第三者 (*stranger*) の過失によつて生ぜしめられたとき。(2) 損害が自然力によつて直接的に惹起され、何びとの過失にもとづいていないとき、但し損害が直接に人為にもとづいておるときは、その事故を積極的に惹起した者が純然たる第三者でない限りは、何びとにも過失がなくとも、土地の占有者は責任を負う。

しかし右のように説明することは、土地占有者の責任に関する法を、精確に述べたものとはいへないことを認めざるをえないし、また直接人為にもとづく事故と直接自然的原因にもとづく事故とを区別することは、それが、運送人の責任に関して、いかに実質的理由があるとしても、今問題にしている土地の占有者の責任については、適切でないことを認める。運送人の場合において、自然的事故と人為的事故とを区別することに意味を認めうるのは、それ

は立証上の考慮からであるが、土地の占有者の場合には、その必要がない。運送人が人為的事故については絶対的責任をとるにも拘らず、自然力を原因とする結果については責任を負わないのは、人の行動の結果が問題になる場合には、法は通謀、詐欺または過失の存在することを確定的に推認しているが、これに反して、自然力を原因とする結果が問題となる場合は、事故の性質がそのような推定を打破するに充分だからである。しかしこれは運送人および他の一定範囲の人々に対する推定に局限せられているのであり（古代においては疑もなく充分な理由があつた）そして、これを土地の占有者に拡大するのは、間違いである。

結論として、*act of God*（天の業）という言葉についてありうる二の誤解を、指摘しておいたほうがよからう。先づ第一に、人の行為と対立したものとしてのあらゆる自然力が天の業を構成するものであつて、ただそのひどさが異常に達しているものと全く減多に生じない範囲のものとか、だけに限定されていないこと。天の業か否かの区別は、性質の区別であつて、程度による区別ではない。事故のひどさとか稀有性とかは、それが合理的の注意を以てすれば防止しえたか否かを考慮するに當つて関係があるだけである。若し合理的な注意を払つても防止できなかったとしたら、その事故の発生原因がいかに些細なことでありまた日常起りうることであつても、天の業となる。天の業は自然力による事故のうちの特殊のものだけに限られてはいない。

第二に、天の業ありやを決定する場合の注意義務の標準は、他の場合において法が採用しているものと同一であり、決してそれより重いものではない。ここでの問題は、他の場合におけると同様に、事故は合理的の注意を以て防ぎえたか否かにあるのであつて、極限的または想像しうべきあらゆる注意力を以てしても防ぎえなかつたかどうかにはない。Nugent v. Smith 事件で Cockburn, C. J. はつづつてゐる『*vis major* は人がどんなに注意しても、またそ

の巧みを尽しても、これを抗拒できないものであるとかまたは人類の能力を以てしては防止できない損害でなくてはならぬとするような判例は発見しえない。そしてこのような法の解釈は誤であると、自分は考へる。』と。すなわち注意力の標準については、不可抗力の存在を定めるときも、他の場合におけると同様に、合理的な注意をしても防止しえなかつた否かにある。

以上に見て来たように、英米法においても不可抗力の意義は、必ずしも一定されてはいない。運送人の免責事由としての不可抗力と土地の占有者の免責事由としての不可抗力については、挙証の難易という政策的理由が斟酌されて、異つた意義を与えることを妥当とする見解も行われている。また事故発生の頻度の問題やそのはげしさの問題についても、色々の見解のあることが分る。

五 定義の整理

一 総説 煩をいとわず、各国の各種の定義を紹介して来たのは、その間になんらかの共通点があるかどうか、またどんな点が、不可抗力の要件として問題にされているかを知らたいがためであつた。

以上の諸定義を概観して見ると、不可抗力による事故とはどんな原因による事故をいうかという、いわば不可抗力の質的要素について、仏独の定義は、多く特定事業の外部から生じた事故であるとし、英米の定義は自然力から生じたものであるとしている。すなわち英米の考え方は、俗にいう天災と人災とを区別して天災と称せられる事故を以て厳格の意味の不可抗力に属する事故とするのである。併しこの両種の定義は、表現方法は異つてゐるが、大体は同じことをいつているのである。英米では人為は厳格な意味の不可抗力の中に算入してゐなくとも、純然たる第三者の行

為による事故も場合によつては、不可抗力たる自然力による場合と同様に、免責事由のうちに入れてるのであり、また戦争やゼネラルストライキや暴動・一揆などは人為ではあるが、或いは the act of King's enemies として或いは純然たる第三者の行為として上述の不可抗力と同列に取扱つてるのである。結果的に同一になるのであれば、事業の外部から生じた事故というふうに統一的に表現した方がよいと思う。

次に質的要素に対して量的要素とでも称すべき諸点について概観して見ると、事故は、その発生を予見できなかったことを必要とするか否については、仏のカピタン、エスカラ、英米のブービエの辞典、ゼンクス、アンソンの教本中であげられた判事ゼームス卿、後述のエッキスナーなどは、必要だとし、独のミューレル||エルツバッハ、英のサルモンドなどは不必要だとしている。また不可抗力たるがためには、その発生の態様および重大性において日常生活上予期しうべからざるものたることを要するかについては、上述の発生の予見性の要否と同様に争がある。後述のエッキスナー、前述のテリー両氏はこれを必要とし、ミューレル||エルツバッハ、サルモンド両氏は、これを不要としている。

予見性の存否は問題にならずその事故の発生を防止しえたか否かを以て、不可抗力の存否を定めようとする説(たとえばサルモンド説、反対説として後述の客観説あり)にも、最高最大の注意を用いても、なお且つ防止しえない事故たることを要とする説(例えばゴールドシュミットの説)と、他の諸場合におけると同様な相当の注意を用いても防止できなかった事故たるを以て足るとする説(たとえばサルモンド説、ミューレル||エルツバッハ説)がある。

このように説が分かれて来る原因の一つは人々の懐く公平の観念が異なるためであり、他の一つは場合々々によつ

て、不可抗力の観念は異なるべきものであるためである。また予見可能性の問題については、これを防止可能性または企業危険に算入済みの問題と同一の事柄と考えるか否かによつて見解の相違が生じてくる。

二 学説の概観

ここには不可抗力の定義を整理する規準として、先ず運送人または場屋主人の免責事由としての不可抗力に関して述べられている主な説を紹介しよう。^①これを大別して主観説、客観説、折衷説とすることをうる。但しこの分類は、異を去り同に就いての大別であることは、上にその一斑を示したように、無数の定義があることから察知しうる筈である。

(1) 主観説 商法の權威として令名の高いゴールドシュミット氏の創唱にかかる説である。同氏の説を要約すれば、義務者において最大至高の注意 (*Gussersten, peinlichsten Sorgfalt*) を以てするも免れないような事故を以て不可抗力による事故とする。この説は不可抗力の観念を積極的に定義することなく、最大の注意を加えても、なお避けえない出来事であると消極的に定義することで甘んじている。

この定義の基本には「過失なければ責任なし」とする過失責任主義が採用せられている。然るに運送人や場屋主人の責任は、その沿革上、故意過失を問わない客観的な「レセプツム」の責任であるから、不可抗力の観念を決定するに当つて、既に一度び追放した故意過失の観念をここに再び導入することは、制度の精神に反する。また通常の注意と最大の注意とを区別することは困難であるとの批評が加えられている。そこで主観説に対して客観説が登場することになる。

(2) 客観説 ウィン大学教授であつたエッキスナー氏によつて唱導せられるに至つた説である。広い支持を受けて

いる。この説によれば、不可抗力とは、特定の事業の外部より生じて事業内部を侵犯して、人命または物品に損害を及ぼすに至つた事故であつて、その發生の態様および重大性において、通常の生活過程上予期しえないことの明瞭なものをいう。これは次のような沿革的理由と法律政策的理由によつて基礎付けられている。

第一に運送人の責任が故意過失の存在を必要としない客観的のものである限り、その免責事由もまた客観的標準によつて定められねばならない。この必要性は往昔の運送人や旅宿主人についてののみ存するのではなく、現代のような複雑した機構の下で大量取引の行われている時代においてこそ一層必要である。たとえば物の寄託にせよ運送にせよ、これに種々の機関や企業が参与して履行せられるのであつて、物品所有者がその有する損害賠償請求権について、その根拠を立証することは、益々困難になつてきている。換言せば「レセプツム」の責任を認めた沿革的理由は、異つた社会状態のもとにも依然として存在しうる。

第二に法律政策的には、権利者の保護ということが必要である。凡そ権利はその基く事実関係の立証が困難なときは有名無実に終る。企業機構の複雑性は、企業主をして容易にその無過失を立証せしめうるに反し、被害者側をして損害發生の事実状態に関する不案内のために事業主の責任を問うことを不可能ならしめる。故に企業主の免責事由たる不可抗力の觀念も、なにびとの目にも企業主の故意過失に基かないことを明瞭に認識しうべき事故に限定しなくてはならぬ^③。このようにして不可抗力の觀念に關して一種の型を作り、公平の美名のもとに行われる裁判官の自由裁量を排斥せねばならぬ。

さて不可抗力の觀念を決定する要素としては、質的のものと量的のものとがある。質的のものといふのは、事業の外部より發生した事故ということである。量的要素といふのは通常その發生を予期しえない重大事故ということである。

ある。

質的要素を事業の外部より発生した事故としたのは、事業の内部より発生した事故については事業主が絶対的に責任を負うのが当然であると考えられるからである。蓋し被害者は事故発生の実況状態に通曉しないからである。事業の内外の区別については、事業を最も広く解する。すなわちその事業を経営するに必要な総ての物的および人的設備を含むのである。換言すれば、一個の企業を形成するために共同的に作用している物および人の総括体が、取引社会に対して事実上統一体として現われており、したがつてまた法律的にも、あるいは生じうべき損害賠償義務につき、その主体たる組織体として考えられるときには、この組織体内に原因を有し且つ発生した事故は、不可抗力とはならない。

次に量的要素についてこれをいえば、通常の生活過程上では発生を予期し難い重大事故でなければならぬとしたのは、このような事故は、公知であり且つ世人の印象に判然と残るから、立証の困難が除かれるからである。この量的要件も質的要件に劣らず、外部的客観的のものでなくてはならない。従つて一定の事故が、具体的事情のもとにおいて、これに関係している事業主の有しまたは有すべかりし防禦力によつて防止しえたか否か或いはまた同種企業にとつて避けえなかつた事故であつたか否かによつて決せらるべきではない。それは明瞭または公知たることを要するから、たとい事業の外部から発生した事故であり且つ最大の注意を以てしても避けえなかつたものであつても、窃盗による積荷の喪失あるいは疾走中の列車の獵銃による狙撃にもとづく積荷の損傷のような事故は、不可抗力によるものとはなしえない。これに反し敵国軍艦による砲撃あるいは地震による損傷であるならば、不可抗力にもとづくものかという。蓋しこの場合には、その主張事実が虚構ではないかとの嫌疑は、事故自体の性質によつて除去せられるか

らである。

以上がエッキスナー氏の唱道した客観説の概要であるが、この説が一度び発表せられるや、フランスの学説にも多大の影響を及ぼした^③。なお前掲のクリスティニアニ氏の定義はこの客観説に入れるべきものである。

この説に対しては、客観的標準によることの正当なことは、これを認めるが、しかも、事業の種類その範囲の大小を問わず、各事業について同一の絶対的標準によつて、不可抗力の意義を定めようとするところに不当があるとの非難が加えられている。

(3) 折衷説 この説は近時、急に抬頭した説であつて、現在の通説であるといつてよい。事故の性質については、客観説によつて、特定事業の外部から発生した出来事たることを要するとし、その量的要件としては、主観説に依拠している。その一例としてドイツ帝国裁判所の判例がある (RG. 117 S. 12; Jur. W. 1931 S. 885)。次のようにいつている。『不可抗力とは、事業に関係のない外的の自然力または第三者の行爲によつて招来せられた事故であつて、人類の知識経験を以てしては免れることができず、且つ経済上可能な方法と事情に応じ合理的に期待しうる最大の注意を以てしても、その有害な結果を防止できないものであり、しかして、かような事故の頻発の故に、事業主において既にこの事故を計算に入れていような種類のものではない事故である。』と。

上に概観して来た不可抗力の諸定義は、ここに紹介した主観説、客観説、折衷説の何れかの範疇に属せしめることができる。

損害賠償義務の免除原因として如何なる事故を擬するのが、公平の觀念に合するかについて、各人の有する見解が異なること、また免除原因が問題とされている具体的の場合が夫々異なることによつて、このような定義の差異が生れた

のであると思うし、またそれは正当なことであると思う。

① 拙稿・民商法誌三卷三号四二〇頁以下参照。

② 英法において運送人の免責事由を天の業または王敵の行為に限つたのも、このような立証の問題にもとづいている(上述のサルモンドの定義中の説明参照)。

③ 拙稿・民商法誌三卷三号四二六頁註⑥参照。G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1951, n° 2438 はエッキスナー氏の説をあげて、ジョスラン氏はこれを採用していることを述べ、その説自体は決して誤ではないが、判例は、運送人の免責事由としての不可抗力については、防止不能であり且つ予見し難い性質の事故であるとして説明している。

六 不可抗力の觀念の相對性

一 総説 ここにいう不可抗力の觀念は、いうまでもなく法律上の觀念であつて、自然科学上の觀念ではない。公平の觀念を基礎として考えらるべきものであつて、自然科学的精確性や真理性を標準として定義せらるべきものではない。したがつてその使用せらるべき目的にしたがつて、不可抗力の觀念もまた異なるべきものである。

法律上、不可抗力が問題とされる場合は、大別すると責任または債務の免除原因とされる場合と一定期間を徒過したことによる不利益からの救済原因とされる場合との二となる。さらに前者を二つの場合に分かつことができる。

一つは事業の危険性の故に負わされた無過失責任(危殆責任)からの免除原因となる場合であり、他は過失責任主義の基盤に立ちながら、責任免除原因として、無過失以上の何ものかが要求せられている場合である。不可抗力とは事業の外部から生じた事故でなければならぬとか、天災たることを原則とすとかいわれるのは、これらの事故には、義務者の側が、無過失であるだけでなく、これに責を帰せられるに足る非難原因がないからである。換言せば、義務

者から非難原因を除去するものが不可抗力である。

然るに第三の場合たる不変期間の徒過より生ずる不利益から免れしめる事由としての不可抗力は、上述二者の場合とは、その認められた趣旨が異つてゐる。この場合は、期間徒過者にある不利益を与えることによつて期間の遵守を促進しようとするのが、目的の一つであるから、この不利益を与えても、この目的を遂げえない場合には、利益喪失の不利益より免かれしめた方が公平に合する場合がある。ここには保護を受くべき被害者はいないのであつて、権利喪失の不利益に晒されている権利者がいるだけである。加害の責任を免除するのなら、加害者に非難原因の存しないことを要するが、不変期間の懈怠を戒めるためならば、懈怠者に主観的の帰責原因が存しなければ、権利喪失の不利益から救つてもよいと思う。そうするとこの場合の不可抗力は、必ずしも、その原因を外部に有している必要はない。

それでは他の二場合においては、何故に事業の外部から生じた事故でなくてはならないか。またそのような事故による損害については、加害者に何故に非難原因がないとされるのであるか。

この点については、エックスナー氏が不可抗力の質的要素として、事業の外部より生じたことという要件を主張してより、一世翕然としてこれになびいている事実が、その正当性を証明しているといつてよいが、その理由を詳説して見ると次のようになる。

第一に、加害者被害者の両当事者の地位を比較するに、加害者たる事業主自身が、その事業上の危険発生原因に近接しているので、彼は事業内部の危険については、その発生を防止しうる地位にある。第二に、事業主は事業上の危険は自らよく知つてゐるから、これを報酬中に加算してゐる。第三に、事業主の責任感を強くするためにも、事業上の

危険はこれに負担せしむべきである。第四に、不可抗力は事業危険以外のものとするときは、不可抗力に至るまでの責任主義（レセプツムの責任はその一例）と過失責任との区別を明瞭ならしめうる。第五に、事業上の危険は事業主の監督防禦のもとに立つものであつて、他人よりは、よくこれを認識しえないから、証明の難易の方面からいつても、これを事業主の負担とせねばならぬ。第六に、不可抗力なる文字から見ても事業危険以外のものたること明かである。事業危険は事業主の防止しうべきものたること明かであり、そうでなければ事業そのものが成立しないからである。^①

ここに非難原因というのは、違法であるとか、公序良俗に反するとかということではなく、加害が已むをえないものとして承認されえない性格を帯びているということである。事業の内部に原因を有する事故は、上述の諸理由によつて、これによつて他人に損害を加えても、已むをえないものとは認めえないのである。

然らば、外部から生じた事故は、総て已むをえざるものとして非難原因を有しないかという点、決してそうではなく、外から生じた事故でない限り、常に非難原因を有するということとどまる。外部から生じた事故であつても、その発生を予期しえ従つて事業の計算の中に入れてある事故、または防止可能の事故であれば、この事故による加害には、非難原因がある。

しかしこの予見性防止可能性は、その要求せられる程度が場合によつて異なるのであつて、強度に要求せられている場合には、その要求を満さなければ、加害に非難性を生ぜしめるのであつて、他の場合の要求に合致しているか否かはこの場合の非難性決定の標準とはならない。

近来、原子産業を初めとして高速度運送具による運送業、毒害を撒布する鉱業・化学工業など、社会大衆に危険を

及ぼす事業の数が増加して来た。これらの事業においては、その事業活動が不可避免的に社会大衆に危害を及ぼすものである反面、これら事業は、このような大衆への危害の危険を犯して利益をあげているのである。故に社会大衆の被る損害は事業主に故意過失があるか否かを問わず、填補せらるべきものである。そこで、かような事業活動より生じた損害については、概ねいわゆる危殆責任と称する無過失責任が負課されている。

無過失責任は加害者の主観を問題としない客観的の責任である。故にこの責任からの免責事由もまた客観的のものでなくては、社会大衆の保護を全うすることはできない。だから無過失責任からの免責事由としての不可抗力の觀念を定めるには、客観説が大いに参考となる。^⑧

そうするとこの場合の不可抗力は、事業の外部から生じたものであり且つ日常生活上は殆ど生起しない非常重大事故でなければならぬ。そのうえに、この事故は人類の知識経験を以てしては防止できないものたることを要する。このような事故は、これを事業主の危険計算の中に算入することを期待するのは無理であるし、またその防止も客観的に不能なのであるから、免責事由とするに適當である。またこのような事故は、その存在が公知であり明瞭であることと通常とすから、挙証関係において被害者も加害者と同様の地位に立つことができる。

このような標準によるときは、事業の種類その範囲の大小を問わず、各事業について同一の絶対的標準によつて不可抗力の意義を決することとなり、不当であるとの非難があるが、それは必ずしも当らないと思う。蓋しあらゆる企業がその種類大小を問わず一律平等に無過失責任を負わされているのではなく、無過失責任を負わさるべき事業または行為自体が、その種類、大小、危険の程度を斟酌して定められるから、公平を破る機械的画一性は生じないからである。また日常発生しない重大な出来事であつて、予想を絶するものであるか否かを判定するにあつても、全く当該

事業種類を離れて抽象的に決定するということは不可能であるから、客観説をとつても、その画一的定型性に煩わされる虞はないと思う。

これを要するに危殆責任と称する種類の無過失責任を負わされているいわゆる危険なる企業にあつては、事業の外部から生じた事故であり且つその事業種類につき、客観的に見て非常且つ防禦不能である事故による加害のみが、非難原因なきものとせられるのである。すなわち加害者は不可抗力を理由として、その免責を主張しうるのである。

次に通常的不法行為責任または契約責任より免かれる原因としての不可抗力の觀念は、折衷説によつて決すべきであると思う。

この場合は、過失責任主義を前提としているのであるが、単純なる無過失の立証だけでは、加害行為から非難性を除去することのできない場合である。折衷説のいわゆる量的要件たる「通常必要と認められる予防方法に欠漏なく、しかもその発生を防止することができなかつたもの」^①というものは、無過失に該当するのであつて、これだけでは、非難原因は消滅しない。これにいわゆる質的要件たる「特定事業の外部より発生した出来事」という要素が付加されて、初めて非難原因が消滅するのである。主観的に無過失であると同時に客観的にも、加害の原因は、加害者になし、初めにのみ、非難原因なきものとされるのである。換言すれば、無過失であつただけでなく、加害者の行為と損害との間に相当の因果関係がないときにのみ免責されるのである。客観説と異るところは、日常発生しえない事故たることの必要でない点、またその事故の防止に用いた注意の程度も、人類の知識経験の教える科学技術の粋を尽したことは必要でなく、その種の事業において通常用いられる防止方法をとつただけでよい点である。

① 加藤正治博士『羅馬ノ「レセプツム」ノ責任ノ法理ト後世ヘノ影響』同博士海法研究第二卷三〇八頁以下。

② 拙稿・民商法誌三卷四号四二頁参照。平野義太郎・「危殆責任と免責事由としての不可抗力反証——とくに自動車災害に即して——」民商法誌六卷一〇一四頁以下参照。特に一〇三六頁は、無過失責任（危殆責任）は企業の性質に伴う災害の損失を社会的衡平により填補し、それを担保せんとする公衆の保護を目的とする客観的標準による責任であるから、その例外をなす不可抗力の観念もまた客観的標準によつて定められると言われている。

③ 拙稿・民商法誌三卷三号四二五頁に引用の松本丞治博士の言葉を参照。

七 不可抗力と民事責任

一 総説 上に整理を試み且つ三種に大別した不可抗力の観念を、具体的事例に適用しようとするのが、以下の課題である。判例のあるものは、できる限りこれを引用紹介することによつて、不可抗力の実際の機能を描出したいと思ふ。

二 客観説を基準とすべき場合

無過失責任を負わされるにも、色々と根拠があるが、客観説を基準として定められる不可抗力によつてのみ、その責任から免脱できる無過失責任は、いわゆる危殆責任の場合である。すなわちその企業活動が、その性質上必然的に社会大衆の生命身体財産に危険を及ぼす種類の企業においてである。かような企業者はこのような企業危険による災害損失は、常にこれを商業的計算のなかに入れておくべきものである。だから、この種の災害について無過失責任をとらされても、企業の存続発展には影響を及ぼさない筈である。然るに企業の外部から生じた予期を絶した非常災害で、現在の人智を以てしては防止しえない事故についてまで責任を負わされては、企業は成り立たないし、企業の一方的不利益において大衆を保護するものとして、却て、不公平な取扱となる。故にこれらの企業には、客観説的基準

による不可抗力を、その免責事由とすべきである。

このような種類の企業は近時、漸次にその数を加えつつある。その結果として過失責任の原則が修正され、次第に無過失責任への傾向を示して来た。現にわが国でも、鈹害賠償責任について、鈹業権者の無過失責任を認め、また自動車損害賠償保障法も無過失責任に近い責任を認めた。^① なおまた航空機による損害などについても、無過失責任を認めた種々の立法や条約が現れている。^②

以下、危殆責任からの免責について、二、三の具体例に即して考究して見よう。

① 法律時報二七卷一一号四四頁以下の「各国における無過失責任への傾向」、加藤一郎・不法行為法（法律学全集）一三頁以下参照。

② 航空機による損害に関する無過失責任については、小町谷操三・航空機事故と賠償責任第一編第一章 結果責任主義の立法、第二編第二章第一節、池田文雄・国際航空法概論一七二頁、Mc Nair, *The Law of the Air*, 2nd ed. 1953, pp. 74, 75; Dan N. Stanesco, *La Responsabilité dans la Navigation Aérienne* *Domages causés aux tiers à la surface*, 1951, pp. 11-16 参照。主要諸国における無過失責任の立法については、岡松参太郎・無過失損害賠償責任論（有斐閣学術選書）五二頁以下、加藤一郎・不法行為（法律学全集）一五—一七頁参照。最近アメリカでは航空運送は特別に危険な運送企業であり、従つて無過失責任を認むべきであるとす理論は、古い理論として漸次に捨てられ、過失責任主義に帰せらるゝのである（Anne Marthes and Theodore Mattern, *Manual of aviation law*, 1952, p. 63）。

(1) 原子力の平和利用と不可抗力

原子力の平和利用による危険については、過失責任主義によるべきであるか、結果責任主義によるべきであるかについては、説が分れているが、社会大衆に大きな害毒を及ぼす危険のある事業の随一とも称すべきものであるから、これについては社会的の危険の担保すなわち客観的な損害補償制度を設くべきものであり、当然無過失責任を負わさ

るべきものであると思う。^③

然らば、この結果責任は、不可抗力による危険をも含むかについて考えて見よう。小町谷博士は「不可抗力は、何人にとつても災厄であるけれども、原子力の利用という事実がなければ、この不可抗力による損害は、発生しなかつたのであるから、その損害は、これを原子力の利用者に負担せしめるのが、公平である。」として、不可抗力をも含むものとせられている。

併し原子力の利用という事実を、前提としてのみ、ある損害は不可抗力によつて生じたものとして、原子力利用者の填補責任外にあるべきか否かが問題とされるのである。博士の論法でゆくと、例えば、不可抗力によつて、農薬工場の毒薬が流出して損害を与えた場合にも、農薬の製造という事実がなければ、この不可抗力による損害は、発生しなかつたものであるから、その損害は、これを農薬製造業者に負担せしめるのが、公平であるということになる。

それでは、結果責任からの免責事由として不可抗力を認めることは、原子力利用の場合だけでなく、何れの場合にも困難なことになる。^④

惟うに、その事業がなかつたら、その損害は発生しなかつたであろうという関係は、どの事業の場合においても一応の前提とされているので、もしこれがなければ、その事業に関する不可抗力の存否を問題にすること自体が、おかしいことになる。

右のような理由により、原子力事業にあつても、他の種の結果責任を負わせられている事業と同様に、客観説を基準とする不可抗力のあつたことを立証して、その責を免かれうるのが、公平に合すると思う。そうしないと、このよ
うな産業の発展が阻害され、結局社会大衆の不利益に帰することになる。併し危険の防止方法が未だ充分な発達を遂

げていず、その危険を原因とする損害の発生さえも、これを知ること容易でない現段階においては、原子力の利用を許可した国家の責任を、別に考うべきである。^⑥

③ 日本原子力産業会議「原子力補償問題特別委員会・原子力災害補償問題研究報告書——第三者補償問題を中心として——（昭和三四年七月）四頁以下二〇頁以下三三頁以下四二頁以下五七頁、小町谷操三・原子力の平和利用に伴う私法上の問題——保険法を中心として——法学志林五六卷二号一頁以下殊に一一頁参照。

④ 不可抗力についてまで原子力利用者に責任を負わすべきか否かについては、加藤一郎教授は疑問を提出されている（大正海上火災保険株式会社企画部編パンフレット【No. 106, August, 1958】四五頁参照）。

⑤ 国家が原子力産業を国家政策として推進するのであれば、最後まで国家が責任を持つべきである（前掲パンフレット三八頁の加藤教授の意見参照）。国家は企業の責任を保険するのではなく、国家の直接の責任として、不可抗力による損害についても、これを填補すべきである。なお上掲の原子力災害補償問題研究報告書五八頁参照。

(2) 鈹害賠償と不可抗力

鈹業法第一〇九条は、鈹業権者に無過失責任を負わすとともに、その第一一三条は、損害の発生に関して被害者の責に帰すべき事由があつたときは、裁判所は、損害賠償の責任及び範囲を定めるについて、これをしんじやくすることができる。天災その他の不可抗力が競合したときも、同様とすると規定している。

爆発物の蔵置を業務の内容を含む企業とか航空企業とか、ここにあげた鈹業とかは、企業の危険性のゆえに、無過失責任を課せられるのであるから、その免責事由たる不可抗力の觀念は、客観的標準によらねばならない。^⑦

⑥ 鈹業法第一〇九条第一項は「坑水若しくは廢水の放流……又は鈹煙の排出」と規定しているが、このような事実によつて、もし他人の有する不動産上の権利の享受を妨げたとしたら、英米法では私的生活妨害 (Private nuisance) という不法行為が成立する。また危険を生ぜしめる虞のあるもの (dangerous things) を自己の占有する土地内に貯めている者は、そのものが逸出し

て他人に損害を加えるようなことがあつたら、その土地の占有者は無過失責任 (absolute liability) をとらねばならぬ (The Rule in Rylands v. Fletcher)。しかし、その損害が、the act of God によつて直接に生ぜしめられたものであるときは、土地の占有者と雖も、責任を負わなくてよい (Nichols v. Marstrand 事件) と、いうことになつてゐる。

ここにいう the act of God の意義については、サルモンズ氏は、何びとが合理的注意をしたとしても防止しえないような自然力による事故であるとしてゐるが (Salmond, Law of Torts, 6th ed. § 65 p. 269)、ニコルズ事件の事実認定によると、貯水の逸出を生ぜしめたものは、人類の記憶に残こるうちの最大の嵐であるといつてゐるので、ここに起つた「天の業」は、折衷説によつては勿論のこと、客観説によつても、不可抗力となすに足る質的および量的要素をとくに具備しているように思われる。

鉱業法における不可抗力の觀念を定めるにあたつては、英米法上の private nuisans の制度ならびに、ニコルズ事件は、よい参考となるように思われる。

(3) 自動車損害賠償責任と不可抗力

私は、我妻先生の還曆を祝する論文の中で次のように言つた。『企業生活を中心とする現代の社会においては、社会の責任に帰すべき損害が増大しつゝある。自動車事故による損害の如きは、その著しい例である。』と。自動車事故は、已むをえない社会悪の一つであるから、加害者の主観的状态の如何にかかわらず、社会の責任において、これから生じた損害は填補しなければならぬと考えるが、個人的責任を立前とする現代の法制のもとでは、さしずめ、加害者に無過失責任を課するという方策をとらねばならぬ。しかし民法は、このような挙に出していないが、昭和三〇年に成立した自動車損害賠償保障法の第三条は、自己のために自動車を運行の用に供する者に、無過失責任に近い責任を課した。「近い責任」といつたのは、責任から免れうる要件の一つとして右の責任者が、自己および運転者が自動車の運行に關し注意を怠らなかつたことを証明したときを、あげてゐるからである。ここに過失責任の片鱗をのぞかせてゐるのである。しかし、これも、同時に、被害者または運転者以外の第三者に故意または過失があつたこと並

びに自動車に構造上の欠陥または機能の障害がなかつたことの二要件の立証がともに可能なきに初めて主張できるのであつて、單純な過失責任では、もちろんない。

右の三要件が全部立証できなければ、不可抗力に至るまでの責任を負うのである。立法の趣旨からいつても、ここに不可抗力というのは、客觀的標準にもとづくものでなければならぬ。

⑦ 拙稿・責任保險の發展とその止場（我妻先生遷曆記念 損害賠償責任の研究（中）五五九頁）。

⑧ この法律の紹介批評については、拙稿・「自動車損害賠償保障法の批判」民商法誌三三卷六号七九一頁以下、我妻栄・「自動車損害賠償保障法」比較法研究一三三号、加藤一郎・「自動車損害賠償保障法案」ジュリスト八六号参照。

(4) 企業の危険性にもとづかない結果責任と不可抗力

無過失責任を課せられる根拠にも色々あるが、その企業または行為の性質上、人命、身体または財産に危害を与え、危険があるためである場合（危険企業の危殆責任）もあるし、また損害の予防を強力に進めようとする場合もあり、立証の困難を除くことによつて被害者を保護しようとする場合もあり、信用を維持し取引の安全を保護しようとする場合もある。

沿革上、かつて運送人や旅宿の主人に認められていたいわゆるレセプツムの責任は、主として立証上の不利益を除くためであり、独占禁止法第二五条に定める無過失責任は、損害の予防を強力にすすめることを目的としており、表示による禁反言の責任は、強い道徳的の要請と取引安全保護の要請（信用責任）にもとづいてゐる。

そこで右のような理由にもとづいて無過失責任を負わされている者が、その無過失責任から免れるには、どのような意味の不可抗力が存在したことを立証すべきであろうか。これらを行わゆる危険企業にもとづく危殆責任の場合と

同一に論ずるのは、均衡を失うように思われる。

商法に定められている一般の運送人は、往昔とは異つて、過失責任を負つてにすぎないから、ここには論外におくこととするが、商法第五九四条に定める客の來集を目的とする場屋の主人は、依然として不可抗力に至るまでの無過失責任を負わされているので、同条にいう不可抗力の意義を論究する必要がある。

私は旧稿において『商法第三五四条（現第五九四条）所定の場屋主人の責任についても、現時の社会状態上依然として「レセプツム」責任（結果責任）を負わしむることを正当とするならば、同条に所謂「不可抗力」の意義は客觀說によつて之を解釈するのが至当である。問題は寧ろ、場屋主人にかかる結果責任を負はしむべき社会的必要ありや否やにある。』とし、さらに『現時の社会状態上、場屋主人をしてレセプツムの責任を負はしむるは適當でないと思ふが、事は立法論であつて、解釈上は運送人と同列におくことは難しい』として、これを形式的に結果責任を負うが故に、その免責事由たる不可抗力は、客觀說によつて定むべきであると結論した。^⑧

しかし場屋の主人についても、運送人におけると同様に、盗人と共謀する虞とか、立証上の困難とかは、昔日の如く甚しくはなく、したがつて結果責任を認めること自体が、不条理である。かりに結果責任を認めるべきものとしても、その根拠は事業の危険性にあるのではないから、その免責事由としての不可抗力の觀念は、客觀說によつて定めるのは不当である。さりとて商法第五九四条の「不可抗力」を、無過失と読み替えるのは、解釈の域を脱しているで、この不可抗力の觀念は、折衷說にしたがつて定めるのが正当であると思う。

なおまた独占禁止法第二五条所定の責任からの免責事由としての不可抗力も、客觀說によつて定むべきではなく、折衷說によるべきである。ここには、その行為のうちに社会大衆の生命身体財産に損害を及ぼす危険は包蔵されてい

ないからである。

だから、旧稿で述べたように、無過失責任のあるところ、影の形に副うごとく客観説が採用せられると、一概に論断することはできない。

⑨ 岡松参太郎・無過失損害賠償責任論（有斐閣學術選書）五三九頁以下、勝本正晃・債権総論上巻三四四頁以下参照。

⑩ 岡松参太郎・前掲五八九頁は、運送人または受寄者が、運送品または受寄物の安全について支配力を有していることを理由として、彼等の責任は危険支配に基く結果責任であるとせられている。

⑪ 峯村光郎・正田彬・私的独占禁止法（法律学体系コンメンタール篇27）四三三頁参照。

⑫ 拙著・表示行為の公信用——商事と禁反言参照。『禁反言則も単なる道徳律ではなくて、一種の法的原则に外ならないから、社会的・経済的需要に順応して成長発展を遂げざるを得ない。我々はこの発展の傾向として「表示」の意義の極度の拡張と、故意過失より進んで一種の無過失責任化せんとする努力とを認め得るであろう（伊沢・前掲六五頁以下参照）。かくして、禁反言則の法的発展は、遂に外観法理への接近又は外観法理化に至るのである。』（西原寛一・日本商法論第一巻（第二版昭二五・六・三〇発行）一〇〇頁より引用）。全く同感である。

⑬ 拙稿・民商法誌三巻四号六六三頁六六六頁。

三 折衷説を基準とすべき場合

(1) 総説 不変期間の徒過による不利益よりの救済の場合および上に述べた客観説的標準による場合以外における不可抗力の観念は、折衷説によつて定めるのが妥当である。というわけは、折衷説の根柢を流れている思想は主観説と同じく過失責任主義であり、特別な理由がない限りは、民事責任に関する一般原則たる過失責任主義に立つのが正当だからである。

客観主義は、被害者より立証の困難を除くことによつて一般公衆を保護するに適する制度であり、この制度によつ

て、法が意図するところは、当事者双方の公平な保護ではなく、一般公衆の保護である。然るに折衷説によつて、法がとげようとしている目的は、当事者双方を平等な地位において、その主観（故意過失）をも考慮に入れて公平に保護しようとするところにある。

すなわち本来は、無過失を理由に免責せらるべきであるが、それでは過失のない被害者に対して酷に当るといふ公平の考慮から、不可抗力に至るまでの責任を加害者に負わしめて、両当事者を公平に保護しようとする場合に、折衷説を基準とする不可抗力は、登場し来るのである。

それでは、不変期間を徒過した場合は、何故に、折衷説によらないかということ、期間不遵守による不利益の負課は、過失ある、または原因をまいた不遵者を訓戒して過ちを再び犯さしめまいとするところに一つの狙いがあるから、過失もなく原因もまいていない者は救済されてよいのであり、また、この不利益から免れしめることによつて、無填補のままに放置される被害者はここでは存在しないのであるが、他の場合における不可抗力による免責にあつては、免責される者の相手方は、その損害を甘受せられるという相違があるからである。

(2) 折衷説の補説 折衷説の具体的適用を検討する前に、折衷説による不可抗力の内容につき重ねて補充的説明を試みておきたい。

本説にいうところの外部的力（*vis externa*）ないしは外部から生じた事故というのは、自然力たとえば燃焼、氾濫、落雷、嵐、山崩、地沁り、地震のようなものであると、また人為たとえば戦争、暴動、略奪、ゼネラルストライキ、^⑧意思無能力者の行為のようなものたるを問わない。この意味で英米法の天の業（*act of God*）とは広い。

また外部から生じた事故といつても、それは空間的の意味ではなく、義務者の事業設備外の原因から発生し、また

は義務者の側の主観的原因にもとづかないことをいつているのである。だから、たとえば列車の乗客が、密かに持ち込んだ揮発油の爆発による死傷は、¹⁵⁾列車内で起つても、それは鉄道営業以外の外部的原因にもとづくものである。これに反して、車掌の発狂による刃傷沙汰は、外部的原因によるものとはいえない。

このように不可抗力は、折衷説によつても、外部的原因にもとづいた事故でなくてはならないから、単なる無過失または責に帰すべからざる事由とは異なるのである。

次に事故の発生を予見しうべかりしか否かが問題ではなく、相当の注意を以てしても防止しえなかつたか否かが問題である。予見しうる事故が不可抗力と見られないのは、予見が可能であつたことそれ自身がその理由ではなく、予見しえたがゆえに、その危険はその事業の商業計算のうちに算入せられていた筈だからである。だから、たとえば戦乱の断えない国では、戦乱を予見しうるけれども、若しそれが企業計算のうちに算入されないのが通常であり、かつ相当の設備をしても、その戦乱より生ずる災禍を免れえないものであれば、不可抗力とするのを妨げない。また相当の注意をしても防止しえない事故であつても、その頻発のために事業危険に算入されることが、通常であれば、不可抗力とはならない。

¹⁴⁾ ストライキが不可抗力となりうるためにはそのストライキの原因が、当該企業の外部から生じたものたることを要するから、たとえば同種の企業の労働者全体にわたるゼネラルストライキまたはストライキに入つた他の労働組合の威嚇、詐欺その他の不当行為により、当該企業の労働組合がストライキをなすの余儀なきに至つたような場合に限つて、不可抗力と認められる(小町谷操三・「ストライキは不可抗力か」私法第一巻一七頁以下特に二二頁以下、西原寛一・「会社法と労働法との相関問題」商事法務研究会報九一号昭和三四年四月二八頁参照)。拙稿・民商法誌三卷三号六七頁。

¹⁵⁾ バスの乗客が持ち込んだガソリンが発火し他の乗客が死亡したという事案につき、東京高裁判決昭和三〇・一〇・三一(下級

民集六卷一〇号二三一頁)は、車掌が異常携帯品の持込拒絶など危害発生を未然に防止する措置をとるべき注意義務を怠つたときは、運送会社に責任があるとしている。これは外部から発生した事故だが、事業主に民七一五条の責任があるから、不可抗力として免責をうることはできない。

(3) 折衷説による具体例 客観説を採用した判例は、これを検索しえなかつたが、折衷説によつたものは多数これを見いだすことができた。具体的事案に即しながら紹介して見よう。

(4) 不可抗力の意義 折衷説によつて不可抗力を定義した判例には、次のようなものがある。

『凡そ不可抗力なる詞は、外部より来る事変にして、之に因る損害発生が取引觀念上其の防止に必要と認めらるべき一切の方法を尽すも尚避くべからざるものを意味し、其の事変が予期し得べきものなると否と又之に因る損害程度が甚大なると否とを問ふべきに非ず。従て不可抗力に因る損害は、取引觀念上必要とする最高の手段を尽すも尚防止する能はざるもの』である(大判・昭和三・一〇・三一昭和三オ)。これは、人力車の賃借人が、不可抗力に起因する場合と雖も賃借物の滅失に關して責任を負うとの特約をしていたところ、大正十二年九月一日に起つた関東大震災火災により、賃借物が滅失したので、賃借人は、特約にいう不可抗力とは、このような意想外の事変を意味するものでないと主張した事案についてなされた判決である。賃借人は、特約に「不可抗力」とは、折衷説にいう不可抗力の意であつて、関東大震災火災の如きは、客観説にいう不可抗力に屬し、不可抗力をも含む責任を特約していても、その中には入らないといつたのに対して、大審院は、不可抗力の觀念についてそのような區別はなく、不可抗力といえば客観説にいうそれも、折衷説によるそれも、ともに含むものであるとして、折衷説によつて定義を試みたのである。しかし、不可抗力の觀念には大別しても三種あるのであるから、当事者の意図した「不可抗力」は何であるかを、究明すべき

であつたと思う。

大審院は、その発生を予知しうると否とは不可抗力の要件ではないとして、下級審の判例に

『凡そ不可抗力とは其の発生を予知することを得ず、且つ有害なる結果を防止することを得ざる事変を云ふ。而して有害なる結果は必ずしも絶対に防止し得ざるものに止まらず尚相對に防止し得ざるものたるを妨げず。』(横浜地判・明二五法律新聞六四七号一二頁、小町谷川伊沢・商事判例) というのがある。これはサウンディング・パイプに破損があつて積集台本上六〇〇頁下段一番台本下一〇四四頁中段五番) というのがある。これはサウンディング・パイプに破損があつて積荷たる赤砂糖に、漏水した事故が、船舶の堪航能力に欠けたところがあつたために生じたのか、それとも海上危険たる不可抗力にもとづくものであるかが問題となつた事案についてなされた判決である。

予知が可能かどうかは、先にもいつたように、それ自体が問題なのではなく、予知が可能なので、通常その危険は商業計算のうちに算入されているかどうかの問題なのである。だから大審院のようにもいえるし、横浜地裁のようにもいえるのだが、不可抗力の要件としては、要は企業計算のうちに算入されないことを通常とする危険であることを要とするにある。

関東大震災火災は、折衷説によつては、もとよりのこと、客観説によつても不可抗力となる。

前掲のサウンディング・パイプの事件は、第一審では不可抗力とされ、これに反して、第二審の東京控訴院では、本件の測水管の破損は、船体動揺して管を圧迫しこれを屈折したのではなく『測水管の設備完全ならざりしに基くものなるを以て、船員に於て、相当の注意を施したらんには、測水管破損の発生及び有害なる結果を防止し得たりしものと謂ふを得べし、左れば被控訴代理人の本件破損は、不可抗力に基くものなりとの論弁は之を容るるに由なきものとす。』と判示して(東京控判・大正元・一〇・一九新聞八三九号)、不可抗力によるものとされなかつた。

これに対して大審院は、ある人にとつては不可抗力でない事故も、他の人にとつては不可抗力となりうるとし、船主にとつては不可抗力となりえなくとも、荷主にとつては不可抗力となりうるものとした。そして次のようにいつている。不可抗力とは『通常有害なる結果を受くべき人の方面より取引の通念を以て觀察し、其の危険の生ずる場合に於ける事物の状況に應じ相当と認むべき人力を以て其發生及び有害なる結果を回避防止すること能はざるものを指稱し、其自然力に出づると將た人為に出づるとを問はざるものとす。殊に本件の如きに於ては、船主船員の方面より見れば、必ずしも不可抗力に基因するものと謂ふを得ざるも、荷主の方面よりすれば、通常荷物を積載する船舶設備の瑕疵及び之が予防に関する船主船員の行為不行為を予測し其の有害なる結果を回避防止し得る地位に非ざるを以て、特に自ら之を予測防止する事を得べかりし事蹟其他之に關し自己の責に歸すべき事由の存せざる限り、不可抗力に基因するものと看做すを普通の事例なりとす。』(大判・大正二・一二・二〇〇民録一九輯一〇)と。

不可抗力の觀念は相對的のもので、ある人にとつて不可抗力になりえなくとも、他の人にとつては不可抗力となる。また同一の事故でも或場合には不可抗力となつても、他の場合には不可抗力とならない。

(四) 売主の免責事由としての不可抗力 売買契約の約款中に、不可抗力に因つて生じた一切の損害については、売主においてその責に任じない旨の特約があつた場合について、『船舶が独逸巡洋艦エムデン号の爲め其積荷と共に撃沈せられたるは不可抗力による損害に該る。』(大阪地判・大正六・五・三〇大正五)と判示されている。

(ハ) 運送人の損害賠償責任の阻却事由としての不可抗力 商法の規定する運送人は過失責任を負うている(商五七七条七六六条)。故に運送品の損害が不可抗力に因ることを証明した以上は、運送人の過失に因らないことは自ら立証せられたものとするとの判旨を前提として、大審院は『不可抗力とは或事變にして之に遭遇せる者が自己の地位に應ずる

施設を為すも其發生及び有害なる結果を防止し得ざるものを謂ふ。』と判示している(大判・明治四三・一一・二五民録一頁下段)。「事変」という言葉で不可抗力の質的要件を示し、これに続く文章で、その量的要件を示している。

また運送中の貨物が、大正十二年九月一日の大震災火災によりて焼失し、または大震災火災に次で起つた罹災民の掠奪行為によつて滅失したときは、不可抗力によつて滅失したものであつて、運送人は損害賠償責任を負わないとする判例がある(東京地判・大正一四・一二・一五法律新聞二五)。(六三号一頁、商判集台本上五七五頁上二九番)。

次に海上運送人の責任に關連して、大審院は、冬期に秒速二十米以上の烈風が稀でない函館地方の海上を、その冬期に航行する船舶については、最大速度秒速二・二米三の烈風も「何人も全然予測し難き突風なりと速断し難き」ものであるとともに、烈風来襲の約二時間半以前に、青森を出港した船舶にとつては、「船長其他の甲板部船員に於て、相當の注意を用いたらんには、之を予見し得たるべく、従つて荷物の積付に十分注意し、危険防止の手段を講ずべき余裕と機会とを有したることを推断するに難しとせず」故にこれを以て不可抗力とはいえないとしている(大判・昭和三〇法律四卷一一号一四六三頁、商判集追録一、三一)。(六頁上段五番、小町谷伊沢、商事判例回顧三八六頁)。

(二) 旅館主の責任と不可抗力 客の来集を目的とする場屋の主人は、客より寄託を受けた物品の滅失または毀損については、不可抗力に至るまでの責任を負わされている(商五九四)。(条第一項)。旅館主が客から寄託を受けた自転車を自己の地位に応じた施設をして保管していたが、盗人が暴力を以て戸を外し、内庭に侵入してこれを窃取した場合には、人による不可抗力と見るべきであるとす判例がある(徳山区判・大正一一・五・五法律新聞二〇一〇)。(号二〇頁、商判集追録一、二三三頁中段一番)。

次に浴場における盗難について、終戦直後の異状な混雑状態は、不可抗力とはいえないとの判例がある。すなわち浴場主は使用人全部を動員して客の携帯品等の盗難を防止するに全力を尽すべきであつたのに、一時的とはいえ、脱

衣場に看視者を配置せず、番台に座つて金銭の授受をしなければならぬ者一人をおいたにすぎないのは、浴場主の不注意であり、また、多量にして嵩ばるものの窃取行為を發見しなかつたのは、番台に座つていた浴場主の使用人の不注意であつて、しかも、かような最悪環境下の社会情勢自体は、不可抗力とはいえないとしている（大阪地判・昭和二五・二・一〇下級民集一卷二号一七六頁、商判集追録二補遺五四頁下段一番。本件については、菅原菊志・浴場主の責任（判例評釈）法学一六卷四号五三六頁がある）。

(イ) 碇泊料と不可抗力 商法第七五二条所定の碇泊料と関連して、陸揚港の封鎖その港における戦争は不可抗力であるが、船荷輻輳または人夫不足の如き事由は、不可抗力とならないと例示した判例がある（大阪控判・大正一三・一一・頁商判集台本下一〇一一頁中段二番）。また傭船者の側で「品川沖に於ける滞船の如きは天災地変と同視すべき水上警察署の命に依り生じたるものなれば、船主側に於て之が支払を請求し得ざる旨」を主張したのに対して、判例は「当時芝浦は、関東大震災直後のこととて、船舶輻輳し入津には一々水上警察署の指揮を受け、之に数日を費すべき状態にて、当時かかる事情は、船舶業者は固より、関係荷主にとりて一般周知の事実なりしことを窺ふに十分なるを以て、本件にありては、品川沖滞船の原因たる水上警察署の命令を以て天災地変と同視するを得ず」と判示している（東京地判・昭和七・四三二一頁上段一番）。官憲の命令と雖も、それが予期しえられ、従つて荷主側がその危険を当然考慮し、商業計算の中に入れておるべき筈のときは、不可抗力とはならない。

(ウ) 運送契約の解除事由としての不可抗力 商法第七六一条所定の「航海又は運送が法令に反するに至りたるとき其他不可抗力に因りて契約を為したる目的を達すること能はざるに至りたるとき」のいわゆる不可抗力につき、大審院は、運送の途中、第三者の強制執行によつて、運送人が積荷の占有を失つた場合は、これに該当するとしている（大判明治四五・一・二六民録一八輯三六）。頁商判集台本一〇一八頁上段一番）。

不可抗力と民事責任

一九三

ところが、日本商社と在米船主（パナマ共和国法人）との間の傭船契約の解除につき、日本商社が、通産省の輸入承認がえられなかつたのは、不可抗力によるもの（商七六〇条一項2号）であると抗弁したのに対して、東京地方裁判所（昭和三一・一一・二九下級）（民集七卷一一号三四三〇頁）はおよそ貿易業者としては、いわゆる輸入承認申請の受付停止は、原則としてない筈であるとの通産省の見解をうのみにすることなく、かつ自動承認制といつても外国為替予算の制約があり、かつ昭和二六年四月当時の思惑〔輸入〕横行の経済状況に思を致し、近い将来に、いわゆる受付停止のありうべきことを考慮して速かに輸入承認申請をすべきであつたものとし、これをもつて不可抗力と論ずることは到底不可能であるとした。

(b) 海上保険における積荷の売却と不可抗力 商法第八三二条の「航海の途中に於て不可抗力に因り保険の目的たる積荷を売却したるとき」の例としては、「天災若くは衝突の爲め船体損傷し指定港に運漕する能はざる如き」（大判三六・二・二五民録九輯一八五頁）があり、また「絶対に其運送の目的を達すること能はざるに至りたるが爲め売却を遂げたるが如き場合のみを指したるに非ずして、本件の如く衝突事故に因り航海を継続すること能はざるに至り、他の方法を以て絶対に運送の目的を達すること能はざるにあらざるも其目的を達するには非常に莫大の費用を要し、途中に於て売却したる場合に比し却て一層多額の損失を受けざるべからざるが如き場合をも包含する。」（大判・明治三七・六九四頁商判集台本下）とすものがあつた。（大判・明治二〇輯八一〇五三頁下段二番）とすものがある。

(イ) 手形の保全手続と不可抗力 手形法第五四条および小切手法第四七条は、手形または小切手の保全手続が、不可抗力によつて妨げられたときは、あるいは保全手続の期間を延長し、あるいはこれを執ることを免除している。

ここに不可抗力というのは、不変期間の不遵守から生ずる不利益より免れしめる事由であるから、主観説によるべきものであるが、手形法・小切手法は、単純な人的事由は不可抗力を構成するものと認めないと規定しているから、

折衷説により修正せねばならぬこととなる。従つて手形法または小切手法に不可抗力といつてゐるのは、外部から生じた手形上（小切手上）の権利の適法な保全手続の執行を妨げる障碍であつて、合理的に期待しうべき最高の注意をしても、なお避けえられないものであり、かつ手形（小切手）所持人または拒絶証書作成機関に、その發生の責を帰しえない事故であると解すべきである。^⑩

この問題については、進駐軍の命による檢閲のため、郵送小切手が延着したために法定の呈示期間を徒過したことは、不可抗力となしうるとの判例がある（大阪高判・昭和二五・四・一四下級民集一卷五五〇頁）。

⑩ 拙稿・民商法誌三卷四号六六七—六六九頁、拙著・手形法・小切手法四八一頁参照。

(9) 請負契約の不履行と不可抗力 船舶救助の請負契約の不履行が、不可抗力にもとづくものか否かの認定に關し、函館地方裁判所（大正元・一〇・九明治四〇〇七七三号法律新聞八二）は「当時の風浪は、前叙の如く非常の暴風高浪と云ふにあらずして、冬期北海航路に於て有り得べき普通の風波に過ぎざるが故に、排水機関其他の設備にして不完全ならざりせば、石炭動揺唧筒壅塞汽罐脱出パイプ破損等の事故決して發生す可からざりに、設備不完全の爲め之等の事故發生し、以て排水不能に陥らしめたるものなれば、当該關係に於て被告会社が必要にして完全なる設備を施すも尚且之を避くること能はざりし事變と云ふ可らざるが故に、之を以て不可抗力と云ふ可らず。」といつてゐる。

(x) 履行遅滞中の不可抗力 債務者が遅滞に陥つて後に、不可抗力によつて履行が不能になつたときは、債務者は賠償義務を免れえないことは上述した。^⑪ 大正十二年九月一日の関東大震災火災による履行不能と雖も、この例外にはならない。被告たる売主が履行遅滞中にたまたま大震災火災に遭い、貨物の大部分は暴徒の掠奪にあい滅失した場合においては、右の掠奪による滅失毀損は、不可抗力によるものといひうるが、被告の履行遅滞中に生じたものだから、被

告においてその責に任せねばならぬとした判例がある（東京地判・昭和三・六・一四大正一四ワ）。また、債権者取消権の目的となつてゐる建物が、同じく大震災火災で滅失した場合につき、これは不可抗力による滅失であるから、返還義務者たる受益者に、履行遅滞がない限り、返還責任を免れると判示した判例もある（東京地判・大正一四・七・一〇大正一〇頁）。

債務者のこの場合の責任は、いわゆる危殆責任ではないのであるから、折衷説による不可抗力の責任からは免れえないとしても、客観説による不可抗力が存在する場合には、免責を認めても、敢て公平の観念または信義則に著しく反するとは評し難いと思う。

註⑩ 本稿二の註⑩所掲の学説参照。

(4) 工作物の瑕疵による責任と不可抗力 民法第七一七条は、土地の工作物の設置または保存に瑕疵がある場合に、工作物の占有者および所有者について、特殊の責任を認めている。危険性の多い物を管理し所有する者は、危険の防止に十分の注意を払うべきであり、万一危険が現実化して損害が生じた場合には、その賠償責任を負わせるのが社会的に見て妥当であるとするのが、この責任の根拠である。危殆責任の場合のような絶対的の無過失責任ではないから、この責任の免脱事由としての不可抗力の観念も、客観説によらず、折衷説によつて定むべきものである。たとえば予想しえない強風や豪雨のために工作物が破壊され、通常の損害防止手段を講じても、なおかつ、損害の発生を見るに至つた場合には、不可抗力によるものとして、工作物による責任は生じないものと解すべきである。しかし、ある程度までの強風や豪雨に対しては、本来いちおうの備えがあるべきであり、工作物の瑕疵が損害の発生しないしは拡大の一因をなしていれば、やはり責任を免れない。長野地方裁判所上田支部（昭和八・四・一四昭和七ワ五二）号法律評論二二卷民訴二二二頁）は、煙

突が烈風によつて倒壊し、人命を傷けた事案に関して「工作物の保存上の瑕疵と自然力と競合して生じたる事故は、不可抗力に基因するものと目することを得ない」と判示している。

⑬ 加藤一郎・不法行為（法律学全集）一九二—三頁。

四 主観説を基準とすべき場合、たびたび繰り返したように、不変期間の不遵守から生ずる不利益より免れしめる事由としての不可抗力の観念は、大体において主観説によつて定めらるべきである。換言せば、具体的事情に応じ合理的に期待しうべき最大の注意をなすも避けえない障害は、不可抗力といつて差支えなく、外部より生じた事変たと否とまた重大なると否と、予測の能否はこれを問うべきでない。これ公平の見地よりする期間徒過者の救済事由であつて、責任免除の事由ではないからであることは、既述した^⑭（本項の三）の(1)。そうとすれば手形法第五四条小切手法第四七条にいう「不可抗力」もまた主観説に準拠してこれを定むべきであるが、これを折衷説によらしめた理由は上述した^⑮（本項の三）の(3)イ）。

なお不可抗力の観念は、主観説によつても、無過失と同義にはならない。無過失であつても避けられない事故と雖も、その事故の発生になんらかの原因を与えておるならば、そこには一種の非難性があり、不可抗力とはいひ難い。

以下、主観説の適用がある代表的場合を検討して見よう。

(1) 時効の停止と不可抗力 民法第一六一条は、天災その他避くべからざる事変を以て時効の停止原因としていゝる。独逸民法第二〇三条第二項が、不可抗力といつてゐるのと同義である。時効期間満了の時に當つて存した不可抗力によつて、時効の中断をすることができなかつた場合には、時効完成の不利益から、権利者を免かれしめるほうが公平に合するし、またこの際、権利を喪失せしめて見ても、訓戒の目的はとげられない。そこで不可抗力の影響を斟

酌することにしたのであるから、その不可抗力の観念は、主観説によつて定めらるべきである。

(2) 懈怠した訴訟行為の追完と不可抗力 民訴第一五九条は、当事者が其の責に帰すべからざる事由に因り不変期間を遵守すること能はざりし場合に於ては、其の事由の止みたる後、一週間内に限り懈怠したる訴訟行為の追完を為すことを得と規定している。この規定は改正前民訴第一七四条に該当し、そこには、「其の責に帰すべからざる事由」というに代えて「天災其他避く可からざる事変」とあつた。これも主観説にしたがつた不可抗力というのと同義である。

独逸民事訴訟法第二三三条も、天災 (Naturereignisse) その他避くべからざる事変 (andere unabwehbare Zufälle) により、不変期間または……に定めた期間の遵守を妨げられた当事者は、申立により原状回復を許すと規定している。わが民訴第一五九条と同趣旨の規定である。^②そしてここに天災その他避くべからざる事変とは、いわゆる不可抗力のことであり、「その事変の特別な状況に鑑み、その状況に相応し且つ理性に合する注意を用いるも、なおその発生を避けることのできない事変をいう。たとえば地震若は洪水のため通行が杜絶し、または戦争若は悪疫流行のため通行すること能わざるが如きをいう。しかのみならず吾人の行為または不行為により惹起したる障碍、たとえば疾病に罹りたる如きも、いわゆる不可抗力である」と説明されている。^③この不可抗力の観念は、明かに、主観説に準拠して決せられている。期間の不遵守について、非難性がないときは、不可抗力ありとせられるのである。

(3) 海上旅客運送の契約解除と不可抗力 商法第七八二条は、旅客が発航前に死亡、疾病其他一身に關する不可抗力によりて、航海を為すこと能はざるに至りたるときは、船舶所有者は、運送賃の四分の一を請求することを得と規定している。これは不変期間の不遵守の場合ではないが、このような不可抗力によつて生じた損害は、契約の当事者

間で、適当に分配して負担するのが公平であると考えられた結果、かような規定が設けられるに至つたのである。この点から見ても、また一身に関する不可抗力といつてゐる文字解釈から見ても、主観説によるべきものであると思ふ。

⑲ Ennecerus, Lehrb. des Bürgerliches Recht Bd. I. 1 § 200 II は、期間不遵守の不利益解除原因たる不可抗力については主観説によるべしとし、これに属するものとして、独民第一九九六条所定の不可抗力による相続人の財産目録調製期間不遵守の場合、第二〇三条の不可抗力による権利行使の不能と時効完成の停止、民訴第二三三条（わが改正前民訴第一七四条に該当）の天災その他避く可らざる事象のために不変期間を遵守することができなかった場合をあげている。Alexander Eisler, siter-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1928, S. 197 も同様である。

⑳ 無過失責任の根拠として原因主義が強く主張せられていることについては、岡松参太郎・無過失損害賠償責任論（有斐閣学術選書）三九七頁以下参照。上述（本稿二不可抗力の観念の現代的意義の項）の石本博士の所説は、この原因主義の一種であると評しえよう。

㉑ 斎藤常三郎∥中田淳一・独逸民事訴訟法（現代外国法典叢書）三二九頁。

㉒ 前註所掲文献参照。特許法第二五条も民訴第一五九条と同趣旨の規定である。期間の不遵守が代理人の過失に起因する場合には、たとえ本人には過失がなかつたとしても、その責に帰すべからざる事由によるものとすることはできない（最高裁判・昭和二四・四・一二民集三卷九四頁等。内田修・「特許法二五条による追完の許否」民商法誌四〇卷四号一二〇頁以下とくに一三〇頁参照）。

（昭和三四年八月）