

フランス法における家族の メンバーに対する民事責任(3)

——家族のあり方と民事責任法の枠組——

白 石 友 行

はじめに

I. 「家族に対する責任」の諸相

1. 一般的な権利または利益の侵害および義務の違反
2. 家族的な権利または利益の侵害および義務の違反 ((1)②一まで27号、(1)②二から(2)①まで28号、(2)②から本号)

II. 「家族に対する責任」の基礎 (以下、次号)

1. 「家族に対する責任」をめぐる議論の再解釈
2. 「家族に対する責任」をめぐる議論の分析

おわりに

I. 「家族に対する責任」の諸相

2. 家族的な権利または利益の侵害および義務の違反

(2) 横の家族関係で家族的な権利または利益の侵害および義務の違反が問題となる場面

②横の家族関係の解消または不成立との関連で損害賠償が請求される場面

一. 横の家族関係の解消との関連で損害賠償が請求される場面

カップルの関係が解消された場合において、その関係を解消された側または関係解消の原因を作らなかった側は、関係を解消した側または関係解消の原因を作った側に対して、どのような根拠に基づき、どのような要件の下、どのような内容の損害の賠償を請求することができるか。以下では、カップルの関係が夫婦であった場合とコンキュビナージュまたはパクスであった場合とに分けて、これらの問題についての実定法の展開過程および現状を分析する。

第1に、カップルの関係が夫婦であった場合について、現在の民法典には、夫婦関係の終局的な変質を理由とする離婚請求の被告となり自らはいかなる離婚請求も提起していなかった者、および、相手方配偶者の一方的有責離婚の宣告を得る者は、婚姻の解消により被った極めて重大な結果の賠償を求めることができるが（民法典266条1項）、この損害賠償は、離婚訴権の際に請求されなければならない（同条2項）という内容の規律が存在する⁴⁵³⁾。これは、2004年5月26日の法律による改正後の形である。それ以前の民法典には、相手方配偶者の一方的有責離婚の宣告を得る者は、婚姻の解消により被った財産的損害または精神的損害の賠償を求めることができるが（同法による改正前の同旧266条1項⁴⁵⁴⁾）、この損害賠償は、離婚訴権の際に請求されなければならない（同旧266条2項）という内容の規律が存在した。また、1975年7月11日の法律による改正前においては、離婚を得た者は、それを宣告された者に対して、婚姻の解消によって生じた財産的損害または精神的損害の賠償を求めることができるという内容の規律（同法による改正前の旧301条2項）、従って、文言に違いはあるものの2004年5月26日の法律による改正前の同旧266条1項のそれに

453) 現在の民法典266条について、Cf. Jean Hauser, *Le divorce nouveau et la responsabilité*, Dr. et pat., avril 2005, pp.79 et s. ; Federica Rongeat-Oudin, *Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ?*, RJPF, fév. 2006, pp.12 et s. ; Dominique Piwnica (Entretien), *Les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil dans la loi du 26 mai 2004*, JCP, 2009, 407 ; Marie-Bénédicte Maizy et Céline Cadars Beaufour, *Conséquences patrimoniales liées à la faute*, AJ fam., fév. 2011, pp.81 et s. ; Pierre-Jean Claux, *Dommages-intérêts : Article 266 de code civil*, AJ fam., janv. 2013, pp.51 et s. ; Mulon, *supra* note 272 ; Casey, *supra* note 272 ; Kessler, *supra* note 272 ; Jean Hauser et Philippe Delmas Saint-Hilaire, *Effets du divorce. – Conséquences du divorce pour les époux. – Effets d'ordre patrimonial. – Prestation compensatoire. Dommages et intérêts*, J.-CL., *Civil Code*, Art 266 à 285-1, Fasc. 10, 2017, n^{os}128 et s., pp.59 et s. ; Pizarro, *supra* note 272, n^{os}393 et s., pp.340 et s. ; Damien Sadi, *Pour une réécriture de l'article 266 du code civil*, RTD civ., 2018, pp.591 et s. ; etc. また、田中通裕「離婚慰謝料についての一考察」関学62巻1号I（2011年）61頁以下も参照。

454) 現在の民法典266条と2004年5月26日の法律による改正前の同旧266条とを特に区別する必要がない場面では、特に何も付さず同266条と記載する。

ほぼ相当する内容の規律が存在したが⁴⁵⁵⁾、訴権の行使時期に関するルールは存在しなかった⁴⁵⁶⁾。これらの規律は、婚姻関係を解消された側または婚姻関係の解消の原因を作らなかった側が一定の要件の下で婚姻の解消により被った損害の賠償を請求することができる旨を定めたルールであるという点で共通する一方で、その文言だけから判断すると、賠償の対象となるのが、婚姻の解消により被った極めて重大な結果であるのか、それとも、婚姻の解消により被った財産的損害および精神的損害であるのかという点（現在の同266条1項と2004年5月26日の法律による改正前の同旧266条1項および1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項との違い）、相手方配偶者の一方的有責離婚判決を得た者以外も損害賠償を請求することができるかどうかという点（同上）、および、損害賠償請求の時期に関する限定について明示的なルールがあるかどうかという点（同266条と1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項との違い）に相違を持つことになる。

婚姻の解消から生ずる損害の賠償についての特別な規定は、1941年4月2日の法律による改正で初めて明文化されたものである。それ以前の多くの判例および裁判例において⁴⁵⁷⁾、婚姻の解消から生ずる損害は、不法行為の一般規定に基づき、ほかの損害から明確に区別されることなく、賠償されていた⁴⁵⁸⁾。不法行為の一般規定には、賠償の対象となる損害、損害賠償請求権者、損害賠償請求の時期等について、明示的な限定が存在しないことからすれば、少なく

455) 婚姻の解消から生じた損害の賠償を請求することができる者について、2004年5月26日の法律による改正前の民法典旧266条1項は、相手方配偶者の一方的有責離婚を得た者と規定し、1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項は、離婚を得た者と規定していたが、後述するように、後者にいう離婚を得た者は相手方配偶者の一方的有責離婚を得た者を意味していたため、この点に関して両者に違いは存在しなかった。

456) 2004年5月26日の法律による改正前の民法典旧266条および1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項について、Cf. Thomas, *supra* note 16, pp.254 et s. ; Guiton, *supra* note 293 ; etc.

457) 1941年4月2日の法律による改正前の実定法の状況について、Cf. Gervésie, *supra* note 395, pp.11 et s. ; etc

とも表面的にみると、不法行為の一般規定に依拠していたかつての解決と上記の各特別規定によるそれとの間には一定の相違が存在していることになる⁴⁵⁹⁾。なお、1941年4月2日の法律による改正の前においては、離婚判決を得た者が不法行為の一般規定に基づき婚姻の解消それ自体から生ずる損害の賠償を請求することを認めない裁判例も存在したが、ごく少数に止まった⁴⁶⁰⁾。従って、実定法は、少なくとも離婚についての有責性が当事者の一方に認められる場面では、一貫して、婚姻の解消から生ずる損害に係る他方からの賠償請求を認め

458) 離婚の原因となった一方の行為によって他方に生じた損害と婚姻の解消によって他方に生じた損害とが区別されることなく民法典1240条に基づき賠償の対象とされた事例として、Cass. req., 2 juill. 1913, *supra* note 299 ; Cass. req., 13 mai 1924, *supra* note 299 ; Cass. civ., 21 juin 1927, *supra* note 299 ; Cass. req., 8 juin 1939, *supra* note 299 (ただし、別居の事案である) ; CA. Montpellier, 10 nov. 1897, *supra* note 299 ; TC. Clermont-Ferrand, 9 août 1900, *supra* note 299 ; CA. Toulouse, 12 mai 1903, *supra* note 299 ; CA. Dijon, 27 fév. 1907, *supra* note 299 ; TC. Rhône, 1^{er} déc. 1926, *supra* note 299 ; CA. Bourges, 4 avril 1928, *supra* note 299 ; TC. Alençon, 19 avril 1932, *supra* note 299 ; etc. また、夫婦の人格的義務の違反やそれ以外の行為によって生じた損害の賠償を肯定する文脈での説示であるが、一般論として、同1240条に基づき婚姻の解消から生じた損害の賠償が認められることを説くものとして、Ex. Cass. civ., 20 fév. 1912, *supra* note 299 ; Cass. req., 27 juill. 1931, *supra* note 299 ; Cass. civ., 29 mars 1938, *supra* note 12 (原審 (CA. Montpellier, 13 mai 1931, DH., 1931, jur., 405 ; S., 1931, 2, 158 ; Gaz. Pal., 1931, 2, jur., 407 ; RTD civ., 1931, 865, chr., Engène Gaudemet ; RTD civ., 1931, 875, chr., René Demogue) も同旨である) ; etc.

459) ただし、注(463)で言及する考え方によれば、婚姻の解消から生ずる損害の賠償は、当時の民法典旧301条による規律の対象に含まれるため、その請求主体や請求時期等についても、当時の実定法が同条の下で示していたルール（この点について、注(468)、注(537)で引用する判例および裁判例を参照）に服することになる。

460) TC. Châlons-sur-Marne, 14 avril 1905, *supra* note 277 (離婚から生ずる状況は当時の民法典旧301条で規律されており、立法者は特別の規定を置くことで離婚判決を得た者の請求を限定しようとしたという理由により、離婚判決を得た夫は同1240条に基づき離婚から生じた損害の賠償を請求することはできないとされた事例) ; TC. Bordeaux, 3 janv. 1912, Gaz. Pal., 1912, 1, jur., 406 ; RTD civ., 1912, 494, chr., René Demogue (相手方の有責離婚または有責別居の判決を得た者は、同1240条に基づき損害賠償を請求することができるが、そのためには、離婚から生じた損害があるだけでは足りず、相手方に暴力行為や人格的義務の違反が存在したことが必要であるとされた事例) ; etc.

ており、時代によって、この損害賠償請求に一定の限定を付したり、他方からの損害賠償請求の可能性を一方に有責性が認められる場面以外にも拡張したりしてきたことになる。

ところで、ここで検討の対象とされる損害賠償は、婚姻の解消の場面において一方から他方に対して支払われる金銭に関わる様々な仕組の一部を構成しているが、以下の二つの制度や仕組とは明確に区別されなければならない。

一方で、この損害賠償は、現在の枠組でいえば、婚姻の解消によって相互の生活条件に生み出された不均衡を可能な限り填補することを目的とした補償給付（民法典270条以下）とは区別される。また、この損害賠償は、1975年7月11日の法律による改正前の枠組でいえば、支払を命ぜられた者の給与の3分の1を超えない限度で離婚を得た者に対し救護や扶養への権利の喪失を填補するために付与される扶養定期金（同法による改正前の同旧301条1項。また、1941年4月2日の法律による改正前の同旧301条もこれとほぼ同旨の条文である）⁴⁶¹⁾とは区別されていた^{462, 463)}。従って、この損害賠償は、現在では⁴⁶⁴⁾、補償給付によっては填補されない損害、補償給付の請求が認められた場面に即し

461) フランス法における補償給付および扶養定期金について、内山慶之進「フランス法に於ける離婚給付(1)～(3・完)」新報59巻6号(1952年)75頁以下、8号67頁以下、11号67頁以下、同「離婚による扶養料取得の条件——フランスの判例を中心として——」新報62巻5号(1958年)71頁以下、同「フランス法における離婚扶養と損害賠償——判例を中心として——」青法1巻1=2号(1959年)135頁以下、大伏由子「フランスにおける離婚給付について」山形13巻2号(1983年)1頁以下、水野紀子「離婚給付の系譜的考察(1)」法協100巻9号(1983年)94頁以下、板倉集一「フランス離婚法の変遷——離婚給付に関する規定を中心として——」関院45号(1986年)1頁以下、同「フランスにおける離婚給付に関する一考察——補償給付規定に関する裁判例を中心として——」関院48号(1987年)、同「フランスにおける離婚給付の現状」ジュリ920号(1988年)88頁以下、水野貴浩「フランス離婚給付法の再出発(1)(2・完)——2000年6月30日法による軌道修正——」民商129巻1号(2003年)6頁以下、2号39頁以下等を参照。

462) 補償給付または扶養定期金の支払を命じられた者がそれらを支払わなかった場合には、民法典266条または同旧301条2項の損害賠償を問題にする(Cass. civ., 12 fév. 1951, *supra* note 335)のではなく、それらの履行の強制を認めれば足りる(Cf. Esmain, *supra* note 335, p.2; Lagarde, *supra* note 335, p.50; etc.)。

ていえば⁴⁶⁵⁾、婚姻の解消から生ずるが生活条件の不均衡には関わらない損害を賠償の対象としていることになる⁴⁶⁶⁾。また、この損害賠償は、かつては⁴⁶⁷⁾、

463) 1941年4月2日の法律による改正で婚姻の解消から生ずる損害の賠償についての特別な規定が設けられる以前においては、扶養定期金によって填補される対象の中に、救護や扶養の喪失に関わる不利益のみならず、婚姻の解消それ自体から生じたものであることを条件にそれらの喪失に関わらない損害をも含めているかのようにみえる見解も存在した (Ex. Lacoste, *supra* note 299, pp.137 et s. ; Perreau, *supra* note 299, p.426 ; etc.)。この見解によれば、婚姻の解消から生ずる損害の賠償は、不法行為の一般規定ではなく、当時の民法典旧301条により基礎付けられることになるため、扶養定期金とは区別されなくなる。もっとも、実定法は、この見解を採用しなかった。一部には、扶養定期金について婚姻の解消から生じた損害のすべてを填補するものとして位置付けているかのようにみえる説示をする判例もないわけではなかったが (Cass. civ., 15 déc. 1909, RTD civ., 1910, 155, chr., Eugène Gaudemet ; D., 1911, 1, 25, note, P. de Loynes ; S., 1912, 1, 313, note, Eugène Gaudemet ; Cass. civ., 6 août 1912, Gaz. Pal., 1912, 2, jur., 386 ; D., 1914, 1, 228 ; Cass. req., 2 juill. 1913, *supra* note 299 ; Cass. civ., 18 oct. 1926, DH., 1926, jur., 563 ; Gaz. Pal., 1926, 2, jur., 693 ; D., 1927, 1, 101, note, André Rouast ; RTD civ., 1927, 180, chr., Eugène Gaudemet ; Rev. crit., 1928, 271, chr., André Rouast ; Cass. req., 27 juill. 1931, *supra* note 299 ; Cass. req., 9 mai 1932, DH., 1932, jur., 330 ; RTD civ., 1932, 1081, chr., Eugène Gaudemet ; Cass. req., 12 fév. 1934, DH., 1934, jur., 221 ; S., 1934, 1, 125 ; JCP, 1934, 1023 ; Gaz. Pal., 1934, 1, jur., 666 ; Cass. civ., 24 oct. 1951, JCP, 1951, II, 6620 ; D., 1952, jur., 577, note, André Ponsard ; Gaz. Pal., 1952, 1, jur., 18 ; RTD civ., 1952, 49, chr., Gaston Lagarde ; etc.)。この説示は、事案の解決に直接的に関わる部分ではなく、意味を持たないものであった。

464) これは、現在の民法典266条および2004年5月6日の法律による改正前の同旧266条が規定する損害賠償という意味である。

465) 婚姻の解消によって相互の生活条件に不均衡が生じたにもかかわらず、裁判官が民法典271条で規定されている諸基準（婚姻の期間、双方の年齢および健康状態、双方の職業の内容と状態、自己のキャリアを犠牲にして子の教育や相手方のキャリアのために共同生活の期間中に行った職業的選択の結果、夫婦財産の清算後における双方の財の状態等）に依拠した衡平の判断に基づき補償給付の付与を拒絶するとき（同270条3項）、または、補償給付の額がそれを付与される側の必要性およびそれを付与する側の資力の状況を考慮して減らされるとき（同271条）、本来的には補償給付によって填補されうる要素、つまり、婚姻の解消から生じた相互の生活条件の不均衡に関わる要素が損害として残る。この場合、理論的には、こうした損害の一部が同266条の損害賠償により填補される可能性がある (Cf. Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°672, p.452 ; Mulon, *supra* note 272, n°5, pp.100 et s. ; Guillaume Kessler, *Le refus de prestation compensatoire : panorama de jurisprudence*, Dr.

扶養定期金によっては填補されない損害⁴⁶⁸⁾、つまり、婚姻の解消から生ずるが救護や扶養の喪失に関わらない損害を賠償の対象としていたことになる^{469, 470)}。更に、この損害賠償は、補償給付や扶養定期金とは別のものである

(前頁からつづき)

fam., janv. 2015, étude, 1, n°12 et s., pp.4 et s.; etc. ただし、そのためには、同266条の要件が充足されていることが必要である。例えば、判例の中には、妻の一方的有責離婚を認めた上で、そのことを理由としてではなく、同271条で規定されている諸基準に依拠した衡平の判断に基づき、妻への補償給付の付与を拒絶するものがある (Ex. Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n°09-66.186; Bull. civ., I, n°165; D., 2010, 1870; D., 2010, 2952, note, Laurence Mauger-Vielpeau; Dr. fam., nov. 2010, com., 161, note, Marie Douris; AJ fam., nov. 2010, 492, obs., Caroline Siffrein-Blanc; etc.)。この場合、妻には婚姻の解消から生じた相互の生活条件の不均衡に関わる要素が損害として残っているが、同266条の要件が充足されていないため、妻は同条に基づきこの部分に係る損害賠償の支払を求めることはできない。従って、本文の説明は、補償給付の請求がそのすべてにおいて認められた場面に即したものであるということになる。なお、同270条3項は、給付を請求する者の一方的な有責で離婚が認められた場合にも、裁判官はその付与を拒絶することができるとしている。しかし、この場合、その者は同266条に基づき損害賠償を請求することができないため、上記のような事態は生じない。

466) この点を明確に示した判例として、Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1984, supra note 292 (夫の一方的有責離婚を前提とした上で妻からの補償給付およびそれによって填補されない損害に係る民法典266条に基づく損害賠償の請求が認められた事例); Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 1990, supra note 292 (同上。ただし、暴力、不貞行為、同居義務違反によって生じた損害の賠償が問題となっており、これらを婚姻の解消から生じた損害として位置付け、同266条に基づく損害賠償を肯定することには疑問が残る); Cass. 2^{ème} civ., 25 mai 1994, n°92-21.957 (同上。ただし、精神的および物理的暴力によって生じた損害の賠償が問題となっており、これらを婚姻の解消から生じた損害として位置付け、同266条に基づく損害賠償を肯定することには疑問が残る); Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1996, n°94-18.103; Bull. civ., II, n°149; D., 1996, IR., 171; JCP. éd. N., 1996, II, 1726; RTD civ., 1996, 886, chr., Jean Hauser (夫の一方的有責離婚判決と補償給付によって婚姻の解消から生じた損害が填補されることになるとの理由で妻からの同266条に基づく損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例); Cass. 1^{re} civ., 17 fév. 2004, supra note 298 (同上); etc. なお、事案の解決には必要でないものの、同旨を述べる判例として、Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, supra note 300; etc.

467) これは、1975年7月11日の法律による改正前の民法典旧301条2項が規定する損害賠償および1941年4月2日の法律による改正前に不法行為の一般規定に基づき認められていた損害賠償という意味である。

ため、これらとは異なり⁴⁷¹⁾、その額の算定に際して、支払を受ける者の必要性の程度や支払を義務付けられる者の資力等が考慮されることはない^{472, 473)}。

468) かつての扶養定期金に関しては、現在の補償給付の場合とは異なり（この点について、注(465)を参照）、扶養定期金の請求が認められなかった場合等において、本来的には扶養定期金によってカバーされうる要素が損害として存続し、この損害が民法典旧301条2項の損害賠償に基づき賠償されるという事態は生じなかったと考えられる。その理由は、以下のとおりである。まず、扶養定期金は、救護や扶養への権利の喪失に係る不利益を填補するための金銭であるから、その支払を受けようとする者の必要性の程度やその支払を義務付けられることになる者の資力の程度を考慮して、扶養定期金の請求が否定されたり、その額が減らされたりする（この点について、注(506)で引用する判例を参照）。しかし、このことは、扶養定期金の支払を求めようとする者について扶養や救護への権利の喪失に係る不利益が存在しなかったり、当該額の限度でしかその不利益が存在しなかったりすることを意味しているにすぎない。従って、この場合に、扶養定期金の支払を受けられず、または、不十分にしかその支払を受けることができなかった者は、少なくとも扶養や救護に関わる部分については、婚姻の解消から生じた損害が存在しないと評価されるため、同旧301条2項に基づき損害賠償を請求することはできない。次に、相手方の一方的有責離婚判決を得た者のみが扶養定期金を請求することができ、離婚請求の被告となった者（Cass. civ., 24 nov. 1886, D., 1887, 1, 335 ; S., 1888, 1, 433（ただし、別居の事案である）; Cass. req., 28 janv. 1925, S., 1925, 1, 55 ; etc.）、双方的有責離婚判決を受けた者（Cass. req., 9 fév. 1925, S., 1925, 1, 102 ; Cass. civ., 20 fév. 1929, S., 1929, 1, 223 ; Gaz. Pal., 1929, 1, jur., 661 ; RTD civ., 1929, 752, chr., Eugène Gaudemet（ただし、別居の事案である）; Cass. req., 8 déc. 1930, RTD civ., 1931, 602, chr., Eugène Gaudemet ; Cass. req., 22 déc. 1930, RTD civ., 1931, 602, chr., Eugène Gaudemet ; Cass. civ., 4 juill. 1932, RTD civ., 1932, 1081, chr., Eugène Gaudemet ; Cass. civ., 7 mars 1951, D., 1951, jur., 331 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 oct. 1954, Bull. civ., II, n°317 ; etc.）、相手方の一方的有責離婚を得たが自己にも一定の落ち度があった者（Cass. req., 4 mars 1946, D., 1946, jur., 239 ; RTD civ., 1946, 306, chr., Gaston Lagarde ; TC. Seine, 22 déc. 1951, D., 1952, jur., 174 ; CA. Bordeaux, 28 janv. 1957, D., 1957, som., 77 ; JCP, 1957, II, 10018 bis ; RTD civ., 1957, 500, chr., Henri Desbois ; etc. ）。ただし、この解決を否定する裁判例も存在した。Ex. CA. Paris, 4 mars 1960, JCP, 1960, II, 11519 ; CA. Paris, 17 fév. 1961, JCP, 1961, II, 12108）等は、扶養定期金を請求することができないとされていた。そのため、これらの者には、救護や扶養への権利の喪失に係る不利益が存続していることになる。しかし、少なくとも1941年4月2日の法律による改正で婚姻の解消から生じた損害の賠償に関する明文の規定が設けられた後においては、判例により、これらの者が同旧301条2項に基づき損害賠償を請求することは否定されていた（この点について、注(564)および注(568)で引用する判例および裁判例を参照）。従って、この場合、扶養定期金の支払を受けられ

他方で、この損害賠償は、①で検討した不法行為の一般規定に基づく損害賠償からも区別される⁴⁷⁴⁾。そのため、この損害賠償は、夫婦の人格的義務の違

(前頁からつづき)

なかった者は、救護や扶養への権利の喪失に係る不利益を受けてはいるものの、同旧301条2項に基づき損害賠償を請求することはできない。

469) この点を明確に示した判例として、Cass. civ., 21 juin 1927, *supra* note 299 (夫の一方的有責離婚を前提とした上で夫の資産状況を考慮し妻からの扶養定期金およびそれによって填補されない損害に係る民法典1240条に基づく損害賠償請求を棄却した原審の判断のうち、損害賠償請求に関する部分が破棄された事例); Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 1952, JCP, 1952, II, 7397, obs., G. M. (夫の一方的有責離婚を前提とした上で扶養定期金によって填補されない損害の不存在を理由に妻からの当時の同旧301条2項に基づく損害賠償請求が棄却された事例); Cass. 2^{ème} civ., 7 juill. 1967, n°66-12.427; Bull. civ., II, n°251 (夫の一方的有責離婚を前提とした上で妻からの扶養定期金およびそれによって填補されない損害に係る当時の同旧301条2項に基づく損害賠償の請求が認められた事例); Cass. 2^{ème} civ., 17 juill. 1975, n°74-12.405; Bull. civ., II, n°225 (同上); Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 1977, n°76-14.765; Bull. civ., II, n°244 (同上); Cass. 2^{ème} civ., 22 fév. 1978, n°77-11.215; Bull. civ., II, n°47 (同上); Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1980, n°79-14.169; Bull. civ., I, n°268 (同上); etc. なお、事案の解決には必要でないものの、同旨を述べる判例として、Cass. 2^{ème} civ., 31 mars 1978, *supra* note 292 (ただし、妻の不行跡によって生じた損害の賠償が問題となっており、これを婚姻の解消から生じた損害として位置付け、当時の同旧301条2項に基づく損害賠償を肯定することには疑問が残る); etc.

470) その結果、補償給付または扶養定期金の支払によっては填補されない損害の存在を明らかにすることなく民法典266条または同旧301条2項に基づく損害賠償請求を認容する判決は、破棄の対象になる。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1960, Bull. civ., II, n°257; D., 1960, som., 129; Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1965, n°64-13.678; Bull. civ., II, n°1002; Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1967, *supra* note 292; Cass. 2^{ème} civ., 27 mai 1970, n°69-12.375; Bull. civ., II, n°180; Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 1975, n°74-10.862; Bull. civ., II, n°18; etc.

471) 補償給付の額は、離婚時の状況および予見可能な将来における状況の変化を考慮し、それを付与される側の必要性およびそれを付与する側の資力に応じて、確定される(民法典271条)。扶養定期金の額も、注(506)で引用する判例が示しているように、その支払を受ける者の必要性の程度およびその支払を義務付けられる者の資力の程度を考慮して、決せられていた(また、Cf. Cass. req., 25 mars 1924, DH., 1924, jur., 334; Rev. crit., 1925, 388, chr., André Rouast; Cass. 2^{ème} civ., 4 janv. 1958, Bull. civ., II, n°8; etc. 更に、これらの事情を考慮し妻による扶養定期金の支払を求める請求を棄却した事例として、Cass. req., 21 juin 1930, DH., 1930, jur., 428; Cass. req., 20 janv. 1941, DA., 1941, 179; etc.)。

反から生ずる損害、より一般的にいえば、離婚の原因となった行為によって生ずる損害とは別に⁴⁷⁵⁾、婚姻の解消それ自体から生ずる損害を賠償の対象としていることになる⁴⁷⁶⁾。離婚の原因となる行為によって何らかの損害が発生し

472) 1941年4月2日の法律による改正前に民法典1240条に基づき認められていた損害賠償について、Ex. Cass. civ., 21 juin 1927, *supra* note 299（夫の資力を考慮して妻からの同1240条に基づく損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例）；CA. Bourges, *supra* note 299（妻による同1240条に基づく損害賠償請求が認められるためには、当時の同旧301条に基づく請求の場合とは異なり、妻が要扶養の状態にあることは必要でないとされた事例）；etc.

1975年7月11日の法律による改正前の民法典旧301条2項に基づく損害賠償について、Ex. Cass. 2^{ème} civ., 22 mai 1968, n°67-12.036 ; Bull. civ., II, n°145 ; D., 1968, som., 109（夫の資力を考慮して妻からの請求に係る当時の同旧301条2項に基づく損害賠償の額を算定した原審が破棄された事例）；Cass. 2^{ème} civ., 4 juill. 1968, n°67-12.630 ; Bull. civ., II, n°198 ; D., 1969, jur., 114（双方の資力を考慮することなく妻からの請求に係る当時の同旧301条2項に基づく損害賠償の額を算定した原審が維持された事例）；Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1969, n°68-11.820 ; Bull. civ., II, n°147（その要扶養の状態を考慮することなく妻からの請求に係る当時の同旧301条2項に基づく損害賠償の額を算定した原審が維持された事例）；Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 1970, *supra* note 292（同上）；Cass. 2^{ème} civ., 8 déc. 1976, n°74-12.548 ; Bull. civ., II, n°326 ; D., 1977, IR., 124（夫婦間に存在した事実上の組合の清算を考慮して妻からの請求に係る当時の同旧301条2項に基づく損害賠償の額を算定した原審が破棄された事例）；CA. Douai, 15 mai 1962, D., 1963, som., 57 ; Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 125（当時の同旧301条2項に基づく損害賠償の額の算定に際して夫の資力は考慮されるべきではないとされた事例）；CA. Paris, 14 juin 1963, JCP, 1963, II, 13450 bis, obs., J. A. ; RTD civ., 1964, 81, chr., Henri Desbois（一方的有責離婚を命じられた夫は自己に資力が存在しないことを理由に当時の同旧301条2項に基づく損害賠償の支払を免れることはできないとされた事例）；etc.

民法典266条に基づく損害賠償について、Ex. Cass. 2^{ème} civ., 6 janv. 1993, n°91-16.672 ; Bull. civ., II, n°2 ; JCP, 1993, IV, 583 ; RTD civ., 1993, 336, chr., Jean Hauser（妻が婚姻中に多くの財産を受け取っていたことおよび仕事を始めたことを理由に妻からの同266条に基づく損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例）；etc.

473) 損害賠償の方式も、民事責任法の一般的なルールに従って決せられる。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 26 janv. 1983, n°81-16.463 ; Bull. civ., II, n°37 ; D., 1984, jur., 17, note, Jacques Massip（民法典266条に基づく損害賠償として夫婦財産のすべてを妻に付与することを認めた原審が維持された事例）；CA. Paris, 7 juin 1977, Gaz. Pal., 1977, 2, jur., 674, note, Jacques Massip（同266条に基づく損害賠償として不動産の用益権を妻に付与することが認められた事例）；etc. この観点からは、現実賠償の可能性を一律に排除しているかのようにみえる判例（Ex. Cass. 2^{ème} civ., 27 janv. 1993, n°91-14.839 ; Bull. civ., II, n°33 ; D., 1993, IR., 44 ; JCP, 1993, IV,

ていたとしても、婚姻の解消から生じた損害が存在していなければ⁴⁷⁷⁾、民法典 266 条または同旧 301 条 2 項に基づく損害賠償は認められない⁴⁷⁸⁾。

(前頁からつづき)

781 ; RTD civ., 1993, 336, chr., Jean Hauser ; D., 1994, jur., 97, note, Béatrice Espesson ; JCP., 1994, I, 3729, chr., Sylvie Ferré-André (同 266 条に基づく損害賠償を不動産の付与の形式で実施すべきことを定めた条文が存在しないことを理由に、同条の損害賠償として婚姻中に分割の形で取得した不動産に関する夫の持分を妻に付与することを認めた原審が破棄された事例)) には、問題がある。

474) その結果、以下の帰結が導かれている。まず、裁判所は、当事者が民法典 266 条に基づき損害賠償を請求しているにもかかわらず、同 1240 条によって損害賠償を基礎付けることはできない。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 14 mai 1985, D., 1986, IR., 16, obs., Jean-Claude Groslière (双方的有責離婚の場面で当事者が同 266 条に基づき損害賠償を請求している場合には裁判所はその請求を棄却すれば足り同 1240 条を適用する義務を負わないとされた事例); Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 1995, n°92-21.549 ; Bull. civ., II, n°168 ; RTD civ., 1995, 869, chr., Jean Hauser ; D., 1996, jur., 247, note, Frédérique Eudier ; RTD civ., 1996, 691, chr., Jacques Normand (2004 年 5 月 26 日の法律による改正前の共同生活の解消による離婚を認め妻からの同法による改正前の同旧 266 条に基づく損害賠償請求を棄却した原審に対して、妻が同 1240 条に基づく損害賠償請求の可否が検討されていないとして上告したが、この上告が棄却された事例); Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2008, n°07-16.477 (妻が同 266 条に基づき損害賠償を請求していたにもかかわらず同 1240 条に基づきその請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n°12-12.338 ; Dr. fam., mai 2013, com., 64, note, Virginie Larribau-Terneyre (同上); etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2012, n°11-22.358 (妻が同 266 条に基づき損害賠償を請求していたにもかかわらず、婚姻の解消から生じた損害とは別の損害の証明がないとして同 1240 条に基づきその請求を棄却した原審が破棄された事例); etc.

また、裁判所は、当事者が民法典 1240 条に基づき損害賠償を請求しているにもかかわらず、同 266 条に基づきこの請求を認容することはできない。Cf. Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 2007, n°06-10.871 ; Bull. civ., I, n°6 ; RTD civ., 2007, 321, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., fév. 2007, com., 37, note, Virginie Larribau-Terneyre ; AJ fam., juin 2007, 272, obs., Stéphanie David ; D., 2008, 814, chr., Guillaume Serra (妻が婚姻の解消から生じた損害とは別の損害の賠償を請求していたにもかかわらず同 266 条に基づきその請求を認容した原審が破棄された事例); etc.

更に、裁判所は、その基礎を明確にすることなく当事者の一方からの損害賠償請求を認容することはできない。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 13 juill. 2000, n°98-23.097 (その基礎を明らかにすることなく夫が妻から社会的地位の高い男性と結婚しているという立場を奪ったことを理由とする妻からの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. 2^{ème} civ., 27 fév. 2003, n°01-14.083 (その基礎を明らかにすることなく夫がほかの女性との関係を公にし

本稿の問題関心を踏まえると、こうした諸前提の下では、以下の形で検討されるべき問いが定式化される。一つは、この損害賠償によって賠償の対象とさ

（前頁からつづき）

たこと等を理由とする妻からの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2004, *supra* note 292 ; Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, *supra* note 300 ; Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2008, n°07-14.609 ; Bull. civ., I, n°278 ; Gaz. Pal., 2009, 2106（その基礎を明らかにすることなく夫の行為により病気に患っていた妻が4人の子の世話をすることを余儀なくされたこと等を理由とする妻からの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); etc. そのため、民法典266条および同1240条に基づき妻の度重なる暴力を理由とする夫からの損害賠償請求を認容した裁判例（CA. Paris, 28 janv. 2009, Dr. fam., mai 2009, com., 54, note, Virginie Larribau-Terneyre）は、適切さを欠くということになる。なお、かつては、その基礎を明確にしなくても当事者の一方からの損害賠償請求を認容することができるかのような判断を示す判例もあったが（Cass. 2^{ème} civ., 20 janv. 1982, n°80-11.685 ; Bull. civ., II, n°11 ; D., 1982, IR., 178（その基礎を明らかにすることなく夫が妻の財政的計画を台無しにしたこと等を理由とする妻からの損害賠償請求を認容した原審に対し夫が上告したという事実で、原審は黙示的に同1240条に基づき損害賠償請求を認容しているとして、この上告が棄却された事例)）、現在では、こうした判例は存在しない。

これらの諸点を踏まえると、民法典266条に基づく損害賠償請求と同1240条に基づく損害賠償請求とが選択的なものであるとの理由により、いずれの請求も認容した原審を破棄した判決（Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2012, *supra* note 292）は、疑問である。

475) 夫婦の一方が他方による人格的義務の違反を理由に損害賠償を得ていたことは、離婚に際し婚姻の解消から生じた損害の賠償を請求することの妨げにはならない。Cf. TGI. Toulouse, 6 janv. 1977, *supra* note 287 ; etc.

476) ただし、一部の判例および裁判例は、原告によって賠償が求められている損害について、婚姻の解消から生じた損害として捉えることができないにもかかわらず、民法典266条または同旧301条2項に基づき当該損害の賠償を認めてしまっている。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 16 déc. 1963, *supra* note 292 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 janv. 1964, *supra* note 292 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juill. 1966, *supra* note 292 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 1970, *supra* note 292 ; Cass. 2^{ème} civ., 31 mars 1978, *supra* note 292 ; Cass. 2^{ème} civ., 26 oct. 1978, *supra* note 292 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 1990, *supra* note 292 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 mai 1994, *supra* note 466 ; Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 2012, *supra* note 292 ; etc. また、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 18 oct. 1989, n°88-16.917（夫の術策により共通財産に属する唯一の不動産が強制売買にかけられ夫のコンキュビーンにより取得されたことを理由とする妻からの損害賠償請求が認容された事例); etc. 下級審の裁判例として、CA. Paris, 13 janv. 1998, *supra* note 292 ; CA. Nancy, 27 avril 1998, *supra* note 292 ; CA. Orléans, 25 nov. 2008, Dr. fam., mai 2009, com., 54, note, Virginie Larribau-Terneyre（夫が別居後も夫婦の住

れている婚姻の解消により被った極めて重大な結果、または、これによって賠償の対象とされていた婚姻の解消により被った財産的および精神的損害が、具体的にどのような損害を意味するのか、言い換えれば、この損害賠償請求において保護対象として想定されている権利や利益はどのようなものであり、かつ、

(前頁からつづき)

居に居座ったことにより妻に生じた損害が同266条で賠償の対象とされる損害に該当するとされた事例。ただし、重大な損害ではないとして、損害賠償請求は棄却されている); CA. Paris, 14 janv. 2009, *supra* note 292; etc.

477) 婚姻の解消から生じた損害として捉えることができるにもかかわらず、民法典1240条に基づき当該損害の賠償を認めてしまっているようにみえる判例も存在する。Ex. Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, n°02-14.906; Dr. fam., nov. 2004, com., 201, note, Virginie Larribau-Terneyre (離婚のためうつ状態になったことによって生じた精神的損害について妻からの同1240条に基づく賠償請求が認容された事例); etc.

478) 婚姻の解消から生じた損害の存在が証明されていないことを理由に、民法典266条または同旧301条2項に基づく損害賠償請求を棄却した判例として、Cass. 1^{re} civ., 25 avril 1978, *supra* note 297 (夫の貞操義務違反および同居義務違反を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求が否定された事例。ただし、同1240条に基づく損害賠償請求は肯定されている); Cass. 2^{ème} civ., 31 mai 1995, n°93-17.127; Bull. civ., II, n°164; RTD civ., 1995, 869, chr., Jean Hauser; D., 1996, jur., 424, note, Catherine Puigelier (妻が子の養育を夫に押し付け、夫が1人で家庭を維持するため仕事を辞めざるをえなくなったという事案で、夫からの同266条に基づく損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. 2^{ème} civ., 28 sept. 2000, *supra* note 292; Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 2001, n°99-14.168 (婚姻の解消から生じた損害の存在を明らかにすることなく妻からの同266条に基づく損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. 2^{ème} civ., 11 avril 2002, *supra* note 292; Cass. 1^{re} civ., 29 sept. 2004, n°02-12.973; Dr. fam., nov. 2004, com., 201, note, Virginie Larribau-Terneyre (夫の一方的有責離婚により妻に確実な損害が生じたという理由だけで妻からの同266条に基づく損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2004, *supra* note 292; Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, *supra* note 292; Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2008, n°07-19.217 et n°07-19.218; Gaz. Pal., 2009, 2107 (夫の行為により妻に精神的損害が生じたという理由だけで妻からの同266条に基づく損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, *supra* note 300; Cass. 2^{ème} civ., 14 oct. 2009, *supra* note 292; Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2016, n°15-16.456; RTD civ., 2016, 829, chr., Jean Hauser; Dr. fam., juill. 2016, com., 135, note, Jean-René Binet (夫の侮辱等を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求が棄却された事例); etc.

それはどのようなものであったかという点である。もう一つは、この損害賠償においては、訴権の行使時期、訴権の原告、賠償の対象等について、時代ごとに異なる形で一定の絞りがかけられてきたが、こうした時期、主体、内容面等に関わる限定が、損害賠償請求の制約に当たるのか、また、仮に制約に該当するとして、それがどのような意味での制約になるのかという点、および、現在の民法典266条では、被告となる者に離婚について有責性が存在しないようにみえる場面であっても、婚姻の解消によって生じた損害の賠償が認められているが、このことが損害賠償請求の拡張に当たるのか、また、仮に拡張に該当するとして、それがどのような意味での拡張になるのかという点、更に、これらの制約や拡張が損害賠償請求における保護対象の理解の仕方に何らかの影響を与えることがあるかという点である。

まず、一つ目の問いについて、個々の判例および裁判例の中で損害賠償請求の保護対象が明確に示されているわけではないため⁴⁷⁹⁾、この点に関する実体法の展開過程および現状を正確に把握することには困難が伴う。とはいえ、この損害賠償と関わりを持つ諸制度との関連も踏まえながら、個々の判例および裁判例の中で問われている法的な問題を意識しつつ、判決文を丁寧に読み込ん

（前頁からつづき）

下級審の裁判例として、TC. Saint-Marcellin, 11 janv. 1946, JCP, 1946, II, 3048, obs., L. M. ; RTD civ., 1946, 217, chr., Gaston Lagarde（自己より20歳も若い妻に嘲弄され捨てられたことを理由とする夫からの当時の民法典旧301条2項に基づく損害賠償請求が棄却された事例）；CA. Paris, 25 avril 1978, supra note 297（夫の貞操義務違反および同居義務違反を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求が棄却された事例。ただし、同1240条に基づく損害賠償請求は肯定されている）；CA. Paris, 25 mai 1978, supra note 297（夫の貞操義務違反および夫による妻と子との間の関係の阻害を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求が棄却された事例。ただし、同1240条に基づく損害賠償請求は肯定されている）；CA. Montpellier, 29 oct. 2014, Dr. fam., janv. 2015, com., 6, note, Anne-Claire Béglier（夫の暴力等を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求が棄却された事例）；etc.

なお、この解決は、婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害の存在が証明されていなければ民法典1240条に基づく損害賠償請求が認められないとした判例および裁判例（この点について、注(300)を参照）のそれと同じ考え方に基づくものである。

でいくと、損害賠償請求の保護対象に係る理解の仕方に関しては、以下の二つの潮流を抽出することができる。そして、大まかにいえば、実定法においては、前者から後者への移行がみられる。

一方で、この損害賠償において、夫または妻という身分や当該婚姻関係における配偶者としての地位を保護対象として措定し、それらの喪失またはそれらから生ずる権利や利益の侵害に係る損害の賠償を問題にする潮流がある。この考え方は、とりわけ、20世紀中頃までにおける多くの裁判例の中に看取される。

例えば、賠償されるべき精神的損害として、夫または妻という身分や当該婚姻関係における配偶者としての地位を失ったことそれ自体に由来する精神的損害や^{480, 481)}、その当時の社会状況や家族観を背景として、とりわけ妻の身分を喪失したことによって生ずる名誉や信用の毀損、場合によっては、尊厳への侵

479) (特に20世紀中頃までにおける) 判例および裁判例では、判決文の中で賠償されるべき損害の具体的な中身が明確にされないことも多い。②の中で既に引用し、これから引用する様々な裁判例のほか (ただし、注(480)、注(482)、注(485)、注(518)、および、注(522)で言及するものを除く)、Ex. Cass. civ., 11 mai 1949, Bull. civ., n°165 (妻の一方的有責離婚により夫に精神的損害が生じたという理由で夫からの損害賠償請求が認容された事例); Cass. 2^{ème} civ., 12 nov. 1959, D., 1959, jur., 447, note, Henri Roland (夫の一方的有責離婚により妻に財産的および精神的損害が生じたという理由で妻からの損害賠償請求が認容された事例); Cass. 2^{ème} civ., 2 mai 1968, supra note 12 (同上); CA. Rennes, 13 nov. 1923, DH., 1924, jur., 18 (離婚原因となった夫の行為により妻に財産的および精神的損害が生じたという理由で妻からの損害賠償請求が認められた事例); CA. Amiens, 8 janv. 1947, D., 1947, jur., 206 (妻の不貞行為を契機とする一方的有責離婚により夫に財産的および精神的損害が生じたという理由で夫からの損害賠償請求が認められた事例); etc.

480) CA. Douai, 15 mai 1962, supra note 472 (当該男性と結婚している女性という地位を奪われたこと、離婚により社会的な信用の低下が生ずること等を踏まえて、妻からの精神的損害の賠償請求が認容された事例); CA. Paris, 16 fév. 1979, D., 1979, jur., 590, note, Jacques Massip (夫が社会的地位を獲得した時期における離婚であったこと、婚姻の解消により社会的地位を持つ夫の妻としての立場を失ったこと等を踏まえて、妻からの精神的損害の賠償請求が認容された事例); CA. Metz, 28 avril 1998 (Cass. 2^{ème} civ., 13 juill. 2000, supra note 474の原審); etc.

481) 民法典旧301条2項で賠償されるべき精神的損害の内容について本文のように捉えることを明確に説くものとして、Ex. Savatier, infra note 482, p.340; etc.

害に係る精神的損害^{482, 483)}の存在を認めた判例や裁判例は、この潮流に属する⁴⁸⁴⁾。同じく、賠償されるべき財産的損害として、扶養定期金等の支払によっては解消されない身分や地位の喪失に由来する財産的損害、特に、夫によって作り出されたその妻としてのより良い地位が奪われたことに関わる損害を想定

482) Cass. req., 2 juill. 1913, *supra* note 299 ; TC. Rhône, 21 déc. 1926, D., 1928, 2, 12 ; Rev. crit., 1928, 273, chr., André Rouast（離婚された女性であることに起因して生ずる精神的損害の賠償請求が認容された事例）; CA. Rouen, 4 fév. 1959, D., 1959, jur., 339, note, René Savatier（離婚されたという状態に結び付いて社会的および地域的な信用が低下することを踏まえて妻からの精神的損害の賠償請求が認容された事例）; CA. Douai, 15 mai 1962, *supra* note 472 ; TGI. Seine, 1^{er} juill. 1964, D., 1965, som., 25（離婚によって尊厳が侵害されたことを理由とする妻からの精神的損害の賠償請求が認容された事例）; etc.

483) 民法典旧301条2項または同266条で賠償されるべき精神的損害の内容について本文のように捉えることを明確に説くものとして、Ex. Givord, *supra* note 281, n°37, pp. 64 et s. ; Guiton, *supra* note 293, n°14, p.240 ; etc.

484) これに対して、学説の中には、1950年代前半までの裁判例において婚姻の解消から生ずる精神的損害として想定されていたのは、事実としての家庭の崩壊に起因する悲しみ等であり、この損害は、婚姻約束の解消の場面でそれを解消された側に発生する精神的損害と類似性を持つと評価するものもあった（Ex. Yvette Lobin, *Les dommages-intérêts en matière de divorce et de séparation de corps*, JCP., 1953, I, 1109, n°6 et s., pp.4 et s.）。しかし、本文および②二における分析を踏まえるならば、第2の潮流に属すると評しうる一部の裁判例を除き、当時の実定法では、法的な身分や地位またはそれらに結び付く権利や利益の喪失によって生ずる精神的損害の賠償が問われており、こうした損害は法的な身分や地位の喪失を伴わない婚姻約束の解消の場面で生じうる精神的損害とは異質なものとして捉えられていたとみるべきである。

485) Cass. civ., 9 déc. 1948, D., 1949, jur., 135（夫によって作り出されたより良い状況が奪われたことを理由とする妻からの財産的損害の賠償請求が認容された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 7 juill. 1967, *supra* note 469（夫によって作り出された快適な生活が奪われたことを理由とする妻からの財産的損害の賠償請求が認容された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 1970, *supra* note 292（夫によって作り出されたより良い状況が奪われたことを理由とする妻からの財産的損害の賠償請求が認容された事例）; TC. Rhône, 1^{er} déc. 1926, *supra* note 299（自らもその確立に貢献してきた輝かしい財産状況が奪われたことを理由とする妻からの財産的損害の賠償請求が認容された事例。ただし、別居の事案である）; TC. Rhône, 21 déc. 1926, *supra* note 482（結婚していれば期待することができた生活条件や金銭状況が奪われたことを理由とする妻からの財産的損害の賠償請求が認容された事例）; CA. Douai, 15 mai 1962, *supra* note

する判例や裁判例も⁴⁸⁵⁾、こうした考え方に基づくものである。

また、別居の場面で民法典旧301条2項の適用を否定するという一時期の判例にみられた解決も、こうした考え方を基礎に据えたものと評しうる。1948年5月29日の法律による改正で、相手方の一方的有責別居の判決を得た配偶者が別居によって生じた財産的損害および精神的損害の賠償を得ることを認める条文（当時の同旧311条4項。その後、条文番号の変更により、1975年7月11日の法律による改正前の同旧310-3条⁴⁸⁶⁾）が用意される以前においては⁴⁸⁷⁾、

（前頁からつづき）

472（別居のままであれば行使することができた権利を奪われたことを理由とする妻からの財産的損害の賠償請求が認容された事例）; etc.

486) この条文について、Cf. Lobin, *supra* note 484 ; etc. なお、この条文は、1975年7月11日の法律による改正で離婚の効果に関する規範が別居の場合にも適用されることを規定した条文（民法典304条）が用意されたことに伴い、削除された。

487) より正確に言えば、ここでは、1941年4月2日の法律により婚姻の解消から生じた損害の賠償についての特別な規定である民法典旧301条2項が用意されてから、1948年5月29日の法律により当時の同旧311条4項が用意されるまでの間に発生した事件に係る判例や裁判例が検討の対象とされる。これに先立つ時期においては、婚姻の解消から生じた損害が、それ以外の理由により生じた損害から区別されることなく、不法行為の一般規定である同1240条に基づき賠償されていたのと同じく、別居から生じた損害も、それ以外の理由により生じた損害から区別されることなく、同条に基づき賠償されていた（Ex. Cass. req., 2 juill. 1913, *supra* note 299（夫による母性および尊厳の侵害を理由とする妻からの夫の一方的有責別居請求および同1240条に基づく損害賠償請求が認容された事例）; Cas. req., 8 juin 1939, *supra* note 299（夫が近所の女性宅を頻繁に訪問していたことを理由とする妻からの夫の一方的有責別居請求および同1240条に基づく損害賠償請求が認容された事例）; CA. Lyon, 22 mai 1907, S., 1907, 2, 176 ; RTD civ., 1907, 596, chr., Louis Josserand ; RTD civ., 1907, 807, chr., René Demogue（夫が侮辱的な手紙を残し妻の財産を持って家を出ていったことを理由とする妻からの夫の一方的有責別居請求および同1240条に基づく損害賠償請求が認容された事例）; CA. Caen, 28 fév. 1908, D., 1908, 2, 297, note, P. de Loynes ; RTD civ., 1908, 689, chr., René Demogue（妻の婚姻義務違反を理由とする夫からの一方的有責別居請求および同1240条に基づく損害賠償請求が認容された事例）; TC. Bordeaux, 3 janv. 1912, *supra* note 460 ; TC. Rhône, 1^{er} déc. 1926, *supra* note 292 ; etc.）。その結果、婚姻の解消から生じた損害の賠償と別居から生じた損害の賠償とを同じ規範に従属させることは適切かという問いが意識されることもなかった。

別居された側または別居の原因を作らなかった側が当時の同旧301条2項に基づき損害賠償を請求することができるかどうかが争われていた。これを肯定する裁判例⁴⁸⁸⁾や学説⁴⁸⁹⁾も存在したが、破毀院は、別居の場面への同旧301条2項の適用を否定していた⁴⁹⁰⁾。この解決については⁴⁹¹⁾、その根拠として、別居の場合には婚姻は解消されず救護義務が存続するという点が挙げられることもあったが⁴⁹²⁾、適切ではない。同旧301条2項の損害賠償で賠償の対象とされる損害が救護義務の喪失とは別の損害であるとすれば、救護義務の有無は旧同項の損害賠償が認められるかどうかを決するための指標にならないはずだからである⁴⁹³⁾。従って、この解決は、同旧301条2項の損害賠償が離婚に伴う身分や

488) CA. Aix, 16 déc. 1942, Gaz. Pal., 1943, 1, jur., 76 (Cass. civ., 2 mai 1945, infra note 490 の原審); CA. Paris, 15 déc. 1944, D., 1945, jur., 205; Gaz. Pal., 1945, 1, jur., 23; CA. Poitiers, 20 avril 1951, D., 1951, jur., 464; RTD civ., 1951, 367, chr., Gaston Lagarde (ただし、別居手続中に損害賠償が請求されていないとの理由で結論としては損害賠償請求が棄却された事例である); CA. Rouen, 4 fév. 1959, supra note 482 (ただし、別居の際に民法典旧301条2項に基づき損害賠償が付与されている場合において、離婚に際し重ねて旧同項に基づく損害賠償の請求が認められるかどうかが問われた事案である。また、この判決は、旧同項に基づく損害賠償を配偶者としての身分や地位の喪失に結び付けて理解しているため、こうした損害の捉え方からすると、別居の場合に旧同項の適用を認めることには問題がある); etc.

489) Carbonnier, infra note 490, pp.49 et s.; etc.

490) Cass. civ., 2 mai 1945, S., 1945, 1, 105; JCP, 1945, II, 2826, obs., J. F. L. C.; Gaz. Pal., 1945, 2, jur., 16; RTD civ., 1945, 185, chr., Gaston Lagarde; D., 1946, jur., 49, note, Jean Carbonnier (夫の一方的有責別居を得た妻からの民法典旧301条2項に基づく損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. civ., 27 fév. 1950, D., 1950, jur., 316 (同上); etc. また、Cf. Cass. civ., 28 janv. 1946, D., 1946, jur., 214, note, J. C.; JCP, 1946, II, 3047, obs., G. M.; Gaz. Pal., 1946, 1, jur., 131; RTD civ., 1946, 121, chr., Gaston Lagarde (別居の場合に同旧301条2項の適用が排除されることは不法行為の一般規定に基づき損害賠償を請求することの妨げにはならないとして、夫の一方的有責別居を得た妻からの同1240条に基づく損害賠償請求を認容した原審が維持された事例); etc. 下級審の裁判例として、CA. Lyon, 10 juill. 1944, DA., 1944, 111; etc.

491) この解決を支持する学説として、J. F. L. C., supra note 490, p.2; André Breton, L'ordonnance du 12 avril 1945 et la loi du 18 mars 1946 sur le divorce et la separation de corps, JCP, 1946, I, 575, n°22, pp.11 et s.; etc.

492) Ex. Cass. civ., 2 mai 1945, supra note 490; Cass. civ., 27 fév. 1950, supra note 490; etc.

地位またはそれらに由来する権利や利益の喪失を填補することを目的としているという理解を前提に、別居の場合には身分や地位またはそれらに由来する権利や利益の喪失がない以上、旧同項の適用もないと判断したものとして位置付けられるべきことになる⁴⁹⁴⁾。なお、別居された側または別居の原因を作らなかった側が、1948年5月29日の法律による改正前の法状況の下では同1240条に基づき、または、同法による改正後の法状況の下では同旧311条4項(条文番号の変更後の同旧310-3条)に基づき請求することができた損害賠償の中身

493) この理由付けは、別居の場面では救護義務が存続する以上、その喪失を填補することを目的とした民法典旧301条1項に基づく扶養定期金の支払が問題とならないことを説明しているにすぎない (Cf. Carbonnier, *supra* note 490, pp.49 et s.; etc.)。従って、この理由付けは、別居の場合にも同旧301条1項に基づく扶養定期金の請求が可能であるとしていた初期の判例 (Cass. civ., 4 fév. 1889, D., 1889, 1, 250; S., 1889, 1, 228 (別居判決に際して妻に付与された扶養定期金は当時の同旧301条に基づくものであり、その後に別居が離婚に転換されたとしても、妻はこの扶養定期金の受給権を失わないとされた事例); Cass. req., 3 janv. 1893, D., 1893, 1, 126; S., 1893, 1, 225, note, Joseph-Émile Labbé (同上); Cass. req., 2 mai 1900, D., 1900, 1, 382 (同上); Cass. req., 2 avril 1901, S., 1903, 1, 221 (別居判決を得た妻は当時の同旧301条に基づき扶養定期金の支払を求めることができるとされた事例); Cass. req., 13 mars 1918, S., 1918-1919, 1, 174 (同上); etc. また、Cf. Cass. req., 7 avril 1873, S., 1873, 1, 337; D., 1874, 1, 342 (別居の場合に当時の同旧301条の適用があることを前提としつつ、本件のように双方向的有責別居のケースでは同条の適用はないこと、従って、本件別居判決に際して夫が支払を命ぜられた扶養は同旧301条ではなく同212条に基づくものであることを理由として、夫の死亡によりこの扶養義務は消滅し、妻は夫の相続人に対してその支払を求めることはできないとされた事例); Cass. civ., 24 nov. 1886, *supra* note 468 (別居の場合に当時の同旧301条の適用があることを前提としつつ、本件では別居請求の際に妻が同212条に基づく扶養しか請求をしておらず、その請求を認容した判決の判断は同旧301条に基礎を置く離婚後の扶養定期金には及んでいないこと、離婚請求の被告となった者は同旧301条により扶養定期金の支払を求めることはできないことを理由に、夫の請求に基づく別居から離婚への転換に際しての妻からの扶養定期金の請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. civ., 20 fév. 1929, *supra* note 468 (別居の場合に当時の同旧301条があることを前提としつつ、本件のように双方向的有責別居のケースでは同条の適用はないとされた事例); etc.) を否定する意味しか持たず、別居の場合に同旧301条2項に基づく損害賠償の請求が不可能であることを説明するものではない。

494) Cf. Savatier, *supra* note 482, p.340; etc.

に関して、当時の実定法がその内容を明確に示すことはなかった⁴⁹⁵⁾。別居の場合には夫や妻としての身分や地位の喪失が観念されない以上、事実としての関係の阻害や感情の侵害によって生ずる精神的損害の賠償が問題となっていたのではないかと推察される⁴⁹⁶⁾。

更に、1975年7月11日の法律による改正前の民法典旧301条2項の損害賠償、または、1941年4月2日の法律による改正前の法状況の下で婚姻の解消から生じた損害につき不法行為の一般規定に基づかせる形で認められていた損害賠償に関して、それらを身分や地位またはそれに由来する権利の喪失に結び付けて捉える考え方がかつての裁判例で一般的に受け入れられていたことは、1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条1項、または、1941年4月2日の法律による改正前の同旧301条が規定していた扶養定期金の法的性質をめぐる当時の議論の状況からも裏付けられる。この扶養定期金の法的性質に関しては⁴⁹⁷⁾、これを婚姻関係中の扶養義務の延長として捉える考え方や⁴⁹⁸⁾、婚姻関

495) この時期の判例では、1948年5月29日の法律による改正後の民法典旧311条4項（条文番号の変更後の同旧310-3条）に基づく別居によって生じた損害の賠償と同212条に基づく扶養とを区別すべきことが強調されていたが（Ex. Cass. 2^{ème} civ., 18 juin 1954, D., 1954, jur., 714; RTD civ., 1955, 88, chr., Gaston Lagarde（両者を区別することなく扶養および補償として妻からの請求を認容した原審が破棄された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 8 juill. 1970, n°69-13.504; Bull. civ., II, n°243（後者によって填補される損害とは別の損害を明らかにすることなく妻からの前者の請求を認容した原審が破棄された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 3 juill. 1974, n°73-11.619; Bull. civ., II, n°215（妻が前者だけを求めていたにもかかわらず後者を認容した原審が破棄された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 20 fév. 1975, n°74-11.559; Bull. civ., II, n°61（後者によって填補される損害とは別の損害を明らかにすることなく妻からの前者の請求を認容した原審が破棄された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 3 déc. 1975, n°74-14.457; Bull. civ., II, n°321（後者によって填補される損害とは別の損害が明らかにされているとして妻からの前者の請求を認容した原審が維持された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 19 juill. 1976, n°75-13.536; Bull. civ., II, n°261（同上）; etc.）、前者によって賠償されるべき損害の中身が一般論として示されることはなかった。

496) このように理解すれば、別居判決に際して一方に損害賠償の支払が命じられていたとしても、そのことはその者に婚姻の解消によって生じた損害の賠償を命ずることの妨げにならないという解決（Ex. CA. Douai, 15 mai 1962, supra note 472; etc.）にも、説明がつく。

係が終了しているためこれを扶養の枠組の中で把握することはできないという理解を前提に扶養の喪失に係る純粋な損害賠償として位置付ける考え方⁴⁹⁹⁾もあったが、判例は、多数の学説と同じく⁵⁰⁰⁾、この扶養定期金について、損害賠償と扶養というハイブリッドな性格を備えた給付、より具体的にいえば、制度の面で損害賠償と扶養のそれぞれに類似する部分を併せ持った民事責任に基礎を持つ給付として捉えていた^{501, 502)}。そして、当時の実定法では、扶養定期金が損害賠償の性質を持つという理解から、例えば、一方の要扶養の状態が他

497) この問題について、Cf. Georges Ripert, *Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce*, DH., 1927, chr., pp.53 et s. ; Gervésie, *supra* note 395 ; Germain Laguette, *Rapports pécuniaires des époux à partir de l'instance en divorce ou en séparation de corps : Pension alimentaire et régime matrimonial*, Sirey, Paris, 1938, pp.55 et s. ; Jean Dabin, *Le système de la pension alimentaire après divorce*, RTD civ., 1939, pp.885 et s. ; Jean-Philippe Pierron, *La nature juridique de la pension alimentaire allouée en cas divorce*, JCP., 1950, I, 862 ; Pierre Hébraud, *La pension de l'article 301 du code civil et les conventions en vue du divorce*, JCP., 1952, I, 978 ; Paul Esmain, *Le double visage et les singularités de la pension après divorce*, D., 1953, chr., pp.67 et s. ; H. Sinay, *Les conventions sur les pensions alimentaires*, RTD civ., 1954, pp.228 et s. ; R. Boulbes, *Le fondement indemnitaire de la pension de l'article 301, alinéa 1^{er}, du code civil et la responsabilité des conjoints dans la dissolution du mariage. La question des torts prépondérant*, JCP., 1959, I, 1535 ; Jacques Borricand, *Les effets du mariage après sa dissolution : Essai sur la pérennité du lien conjugal*, préf. Pierre Kayser, Bibliothèque de droit privé, t.18, LGDJ., Paris, 1960, n^{os}160 et s., pp.121 et s. ; Léontin-Jean Constantinesco, *Le principe de la causalité en matière de pension alimentaire après divorce (Essai sur la signification du dernier revirement jurisprudentiel)*, RTD civ., 1965, pp.761 et s. ; etc.

498) Laurent, *supra* note 278, n^o53, pp.77 et s. et n^{os}308 et s., pp.357 et s. ; Huc, *supra* note 268, n^o415, pp.444 et s. ; Pilon, *supra* note 299, pp.551 et s. ; Ripert, *supra* note 497, pp.53 et s. ; Borricand, *supra* note 497, n^{os}165 et s., pp.126 et s. ; Pelissier, *supra* note 230, pp.33 et s. ; Philippe, *supra* note 278, pp.113 et s. ; etc.

499) Valéry, *infra* note 537, p.25 ; Loynes, *supra* note 487, pp.297 et s. ; Constantinesco, *supra* note 497 ; etc.

500) Gervésie, *supra* note 395, pp.155 et s. ; Esmain, *infra* note 506, p.377 ; Id., *supra* note 497, pp.67 et s. ; Laguette, *supra* note 497, pp.57 et s. ; Dabin, *supra* note 497, pp.887 et s. ; Thomas, *supra* note 16, pp.255 et s. ; etc.

方の有責離婚を原因とする場合に限って一方からの扶養定期金に係る請求が認められるという解決や⁵⁰³⁾、扶養定期金の支払を義務付けられていた者が死亡

501) この点を明確に示した判例として、Cass. req., 16 déc. 1931, Gaz. Pal., 1932, 1, jur., 423 ; RTD civ., 1932, 411, chr., Eugène Gaudemet ; Cass. req., 9 mai 1932, supra note 463 ; Cass. req., 12 fév. 1934, supra note 463 ; Cass. civ., 28 juin 1934, S., 1934, 1, 377, note, Paul Esmain ; Gaz. Pal., 1934, 2, jur., 399 ; Cass. req., 12 mai 1936, D., 1936, 1, 109, note, René Savatier ; Gaz. Pal., 1936, 2, jur., 164 ; Cass. civ., 11 janv. 1937, RTD civ., 1937, 338, chr., Gaston Lagarde ; D., 1938, 1, 37, note, Jeanne Vandamme ; Cass. civ., 17 janv. 1939, DH., 1939, jur., 145 ; S., 1939, 1, 174 ; JCP, 1939, II, 1024, obs., R. D. ; Gaz. Pal., 1939, 1, jur., 436 ; RTD civ., 1939, 452, chr., Gaston Lagarde ; DC., 1941, 121, note, Marcel Nast ; Cass. req., 26 août 1940 (2 arrêts), Gaz. Pal., 1940, 2, jur., 98 ; Cass. civ., 28 janv. 1942, DC., 1942, 151, note, Marcel Nast ; Gaz. Pal., 1942, 1, jur., 187 ; RTD civ., 1942, 79, chr., Gaston Lagarde ; Cass. req., 13 juin 1946, D., 1946, jur., 326 ; Cass. civ., 2 fév. 1948, D., 1948, jur., 141, note, Roger Lenoan ; RTD civ., 1948, 207, chr., Gaston Lagarde ; S., 1949, 1, 135 ; Cass. civ., 28 fév. 1949, D., 1949, jur., 301, note, Georges Ripert ; S., 1949, 1, 86 ; JCP, 1949, II, 4888, obs., Paul Esmain ; RTD civ., 1949, 408 et 520, chr., Gaston Lagarde ; Cass. civ., 23 mai 1949, D., 1949, jur., 443 ; JCP, 1949, II, 5202, obs., Paul Esmain ; Gaz. Pal., 1949, 2, jur., 113 ; RTD civ., 1949, 520, chr., Gaston Lagarde ; Cass. civ., 28 juill. 1949, D., 1949, jur., 443 ; Cass. civ., 11 avril 1951, Bull. civ., n°107 ; Cass. civ., 24 oct. 1951, supra note 463 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 1952, supra note 469 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 janv. 1953, D., 1953, jur., 235 ; Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 1953, D., 1953, jur., 223 ; JCP, 1953, II, 7516 ; S., 1954, 1, 8 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 juill. 1960, Bull. civ., II, n°468 ; D., 1960, jur., 614 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 mai 1963, Bull. civ., II, n°384 ; etc. また、下級審の裁判例として、Ex. CA. Colmar, 28 oct. 1949, D., 1950, jur., 98 ; CA. Paris, 10 fév. 1959, D., 1959, jur., 249 (Cass. 2^{ème} civ., 13 juill. 1960, supra の原審) ; CA. Paris, 17 fév. 1961, supra note 468 ; CA. Paris, 16 nov. 1962, JCP, 1962, II, 12942, obs., R. B. ; etc.

502) ただし、法的問題との関係で扶養定期金に損害賠償の性格があることを指摘すれば事案の解決として十分である場合には、扶養定期金の制度に扶養の側面があることは指摘されなかった。Ex. Cass. civ., 10 mars 1903, D., 1903, 1, 593, note, Marcel Planiol ; S., 1903, 1, 222 ; Cass. civ., 15 déc. 1909, supra note 463 ; Cass. civ., 6 août 1912, supra note 463 ; Cass. req., 2 juill. 1913, supra note 299 ; Cass. civ., 18 oct. 1926, supra note 463 ; Cass. req., 27 juill. 1931, supra note 299 ; Cass. civ., 17 déc. 1935, S., 1936, 1, 111 ; Cass. civ., 4 nov. 1936, S., 1937, 1, 51 ; RTD civ., 1937, 338, chr., Gaston Lagarde ; Cass. req., 15 fév. 1938, DH., 1938, jur., 210 ; S., 1938, 1, 132 ; JCP, 1938, II, 723, obs., R. D. ; RTD civ., 1938, 439, chr., Gaston Lagarde ; Cass. civ., 31 juill. 1952, JCP, 1952, II, 7317, obs., J. P. ; D., 1953, jur., 36 ; S., 1953, 1, 101, note, René Rodière ; RTD civ., 1953, 89, chr., Gaston Lagarde ; Cass. 2^{ème} civ., 17 janv. 1958, D., 1958,

した場合にはこの支払義務がその者の相続人に移転するという解決⁵⁰⁴⁾等が導かれ⁵⁰⁵⁾、扶養定期金の制度に扶養としての側面があるという理解から、債権者の要必要性の状態および債務者の資力を考慮して定期金の額が改訂されたり、定期金の支払が停止されたりするという解決⁵⁰⁶⁾、扶養定期金の支払を受

(前頁からつづき)

jur., 247, note, Michel le Galcher-Baron ; JCP., 1959, II, 11316, obs., R. B. ; RTD civ., 1958, 382, chr., Henri Desbois ; CA. Paris, 25 nov. 1954, D., 1955, jur., 98 ; etc.

503) Cass. civ., 18 oct. 1926, supra note 463 (離婚判決の確定後に健康状態が悪化したこと等を理由に要扶養の状態になったと主張し元妻が元夫に対して扶養定期金の支払を求めた事案で、要扶養の状態は元夫の有責離婚を原因とするものではないとして、元妻の請求を認容した原審 (CA. Aix, 13 oct. 1923, Gaz. Pal., 1923, 2, jur., 669 ; D., 1924, 2, 40 ; RTD civ., 1924, 94, chr., Eugène Gaudemet) が破棄された事例) ; Cass. req., 15 fév. 1938, supra note 502 (否定例) ; Cass. civ., 1^{er} mai 1939, DH., 1939, jur., 387 ; JCP., 1939, II, 1249, obs., R. D. ; Gaz. Pal., 1939, 2, jur., 64 ; RTD civ., 1939, 727, chr., Gaston Lagarde (肯定例) ; Cass. req., 26 août 1940 (1^{re} arrêt), supra note 501 (肯定例) ; Cass. civ., 28 janv. 1942, supra note 501 (否定例) ; Cass. req., 6 mai 1947, S., 1948, 1, 71 (肯定例) ; Cass. civ., 11 avril 1951, supra note 501 (肯定例) ; Cass. civ., 13 mai 1952, JCP., 1952, II, 7133 ; RTD civ., 1952, 490, chr., Gaston Lagarde ; S., 1953, 1, 101, note, René Rodière (肯定例) ; Cass. civ., 31 juill. 1952, supra note 502 (否定例) ; Cass. 2^{ème} civ., 24 juill. 1954, jur., D., 1954, jur., 681 (否定例) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 fév. 1955, D., 1955, jur., 441 (肯定例) ; Cass. 2^{ème} civ., 17 janv. 1958, supra note 502 (ただし、この判決については、以下の点に注意が必要である。この判決は、離婚判決の確定後に健康状態が悪化したこと等を理由に要扶養の状態になったと主張し元妻が元夫に対して扶養定期金の支払を求めた事案で、要扶養の状態は元夫の有責離婚を原因とするものであるとして元妻の請求を認容した事例である。類似の事案を扱った Cass. civ., 18 oct. 1926, supra note 463 等と比べると、この解決では要扶養の状態と有責離婚との間の因果関係が著しく緩められており、その結果、ここでの扶養定期金は、補償というよりも、扶養に接近している (Cf. Galcher-Baron, supra note 502, p.248 ; Thomas, supra note 16, pp.285 et s. ; etc. なお、Constantinesco, supra note 497, n°5, pp.764 et s. は、この判決の中に保障理論への接近の過程を見出している)。CA. Paris, 17 janv. 1958, D., 1958, jur., 253 ; JCP., 1958, II, 10527, obs., G. M. ; RTD civ., 1958, 382, chr., Henri Desbois ; CA. Paris, 4 mars 1958, D., 1958, jur., 363 ; RTD civ., 1958, 586, chr., Henri Desbois も、同様の判断を示している) ; etc. また、下級審の裁判例として、CA. Colmar, 28 oct. 1949, supra note 501 (肯定例) ; CA. Douai, 30 avril 1951, D., 1951, jur., 371 (否定例) ; CA. Paris, 25 nov. 1954, supra note 502 (否定例) ; etc. なお、このことは、扶養定期金の支払を受けている者からのその増額請求についても妥当する。Cf. Cass. req., 16 avril 1931, Gaz. Pal., 1931, 1, jur., 864 (否定例) ; etc.

けていた元妻が再婚をすると、扶養義務が新たな夫に生ずるため、元夫の扶養定期金の支払義務が消滅するという解決⁵⁰⁷⁾、更に、扶養定期金が和解や放棄の対象にならないという解決⁵⁰⁸⁾等が導かれていた⁵⁰⁹⁾。この理解の仕方によれば、扶養定期金として付与される金銭は、配偶者としての身分の喪失との関連で被った財産的不利益のうちの一部、つまり、救護や扶養への権利の喪失につき、扶養の観点に基づき制度的な修正を施した上で損害賠償の形で填補するもの、言い換えれば、配偶者としての身分に結合した財産的利益のうちの一部を

504) Cass. civ., 2 avril 1861, D., 1861, 1, 97; S., 1861, 1, 410（この判決では、扶養定期金の法的性質が明確に示されているわけではないが、夫婦間の救護義務と扶養定期金の支払義務との相違が強調されていることからすれば、この判決は以下で引用する諸判決と同旨を説くものとして捉えることができる。ただし、この判決の事案は、扶養定期金の支払義務を負った者の死亡後にその相続人が当該義務に付されていた法定抵当権の消滅を求めたというものである); Cass. civ., 10 mars 1903, supra note 502; Cass. civ., 24 oct. 1951, supra note 463; Cass. 2^{ème} civ., 17 janv. 1953, supra note 501; Cass. 2^{ème} civ., 8 fév. 1957, JCP, 1957, II, 10183, obs., G. M.; RTD civ., 1957, 501, chr., Henri Desbois; etc.

505) Cass. civ., 17 déc. 1935, supra note 502は、当時の民法典旧301条の扶養定期金に損害賠償としての性格があることを理由に、妻が同1240条に基づく請求しかしていなかったとしても、その請求の中には同旧301条の請求が黙示的に含まれていたと理解することができるとして、夫に対し同旧301条に基づく扶養定期金の支払を命じた。

506) Cass. req., 16 déc. 1931, supra note 501; Cass. req., 9 mai 1932, supra note 463; Cass. civ., 17 janv. 1934, S., 1934, 1, 377, note, Paul Esmain; Gaz. Pal., 1934, 1, jur., 673（ただし、元妻からの扶養定期金の増額請求を認容した原審の理由付けについて、破毀院によるコントロールを可能にするものではないとして、これを破棄した事例である); Cass. req., 12 fév. 1934, supra note 463; Cass. civ., 28 juin 1934, supra note 501; Cass. req., 12 mai 1936, supra note 501; Cass. civ., 17 janv. 1939, supra note 501; Cass. req., 26 août 1940 (2^{ème} arrêt), supra note 501; Cass. req., 13 juin 1946, supra note 501; Cass. civ., 28 juill. 1949, supra note 501; Cass. 2^{ème} civ., 30 déc. 1953, D., 1954, jur., 127; Cass. 2^{ème} civ., 13 juill. 1960, supra note 501（原審(CA. Paris, 10 fév. 1959, supra note 501)は、同様の理解を示しつつも、元妻に付与されていた定期金が民法典旧301条2項に基づくものであるとして、元夫からの減額請求を否定していた); Cass. 2^{ème} civ., 27 mai 1963, supra note 501; etc. また、扶養としての側面から基礎付けられているわけではないが、同様の解決を示すものとして、Cf. Cass. req., 7 janv. 1901, D., 1901, 1, 32; Cass. civ., 10 mars 1903, supra note 502; Cass. civ., 18 oct. 1926, supra note 463; Cass. req., 17 mars 1931, Gaz. Pal., 1931, 1, jur., 754; etc.

保護対象とするものとして解釈される⁵¹⁰⁾。

こうした理解の延長線上に、1975年7月11日の法律による改正前の民法典旧301条2項に基づく損害賠償、または、1941年4月2日の法律による改正前の法状況の下で婚姻の解消から生じた損害に関して不法行為の一般規定に基づかせる形で認められていた損害賠償を、身分や地位またはそれらに由来する権利の喪失に結び付けて捉える考え方が浮かび上がってくる。というのは、婚姻の解消に伴う配偶者としての身分の喪失に関わる金銭的給付の基礎を民事責任に求めるという前提の下では、理論上、そこで把握されるべき損害を救護や扶養への権利の喪失に限定することはできないはずであり⁵¹¹⁾、仮に扶養という

507) Cass. civ., 21 avril 1920, RTD civ., 1921, 210, chr., Eugène Gaudemet ; D., 1924, 1, 91 ; Cass. req., 21 déc. 1938, DH., 1939, jur., 116 ; RTD civ., 1939, 452, chr., Gaston Lagarde ; DC., 1941, 121, note, Marcel Nast ; Cass. civ., 1^{er} juill. 1952, JCP, 1952, II, 7177, obs., G. M. ; RTD civ., 1952, 490, chr., Gaston Lagarde ; Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 1953, supra note 501 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 janv. 1960, Bull. civ., II, n°19 ; D., 1960, jur., 245 ; TC. Louviers, 4 janv. 1951, D., 1951, jur., 213 ; RTD civ., 1951, 240, chr., Gaston Lagarde ; etc. 元妻が離婚後にほかの男性と継続的かつ安定的なコンキュビナージュの関係を形成したという事案で同様の理解を示すものとして、TGI. Paris, 24 nov. 1972, D., 1973, jur., 414, note, Jean-Claude Groslière. これとは対照的に、扶養定期金の支払を義務付けられていた元夫が再婚をしたとしても、それにより元夫の資力に大きな影響が生じたのでない限り、当該扶養定期金の支払義務が消滅したり、減額されたりすることはない。Ex. Cass. civ., 30 juin 1952, JCP, 1952, II, 7178 ; RTD civ., 1952, 490, chr., Gaston Lagarde.

508) Cass. civ., 28 fév. 1949, supra note 501 ; Cass. civ., 23 mai 1949, supra note 501 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 janv. 1953, supra note 501 ; Cass. 2^{ème} civ., 30 déc. 1953, supra note 506 ; CA. Colmar, 28 oct. 1949, supra note 501 ; etc. これらの判例は、扶養定期金が婚姻から生ずる扶養とは異なることを理由に一方当事者によるその放棄を認めていた従前の判例の立場（Cass. req., 28 juill. 1903, D., 1904, 1, 37 ; S., 1905, 1, 9, note, E. Naquet）を変更したものである。ただし、一定額の扶養定期金を支払う旨の合意が離婚判決の後にされた場合、当該合意は、その額の改定に相当するものとして効力を持つとされていた。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 30 janv. 1958, D., 1958, jur., 689, note, Gérard Cornu ; RTD civ., 1969, 78, chr., Henri Desbois.

509) もっとも、双方的有責判決を受けた者や相手方の一方的有責離婚判決を得たが自己にも一定の落ち度があった者は扶養定期金の支払を求めることができないという解決（この点について、注(468)で引用した判例を参照）に関しては、いずれの観点によってもこれを正当化することは困難である。

観点から当該権利の喪失に関わる金銭的給付の制度を実質的に修正することが適切であるとの評価を踏まえ1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条1項または1941年4月2日の法律による改正前の同旧301条が特別に用意されたと捉えるのであれば、配偶者としての身分や地位の喪失との関連で被った財産的不利益のうち上記に関わらない部分および精神的不利益はそれとは別の民事責任の一般的な枠組の下で把握されていると理解すべきことになるからである。かくして、1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項の損害賠償または不法行為の一般規定に基づく損害賠償は、身分や地位またはそれらに由来する権利の喪失のうち、扶養定期金でカバーされる救護や扶養の喪失以外の部分を填補するもの、言い換えれば、配偶者としての身分や地位に結合した救護や扶養とは関わりを持たない財産的利益および精神的利益を保護対象と

510) 判例が用いていた表現でいえば、扶養定期金として付与される金銭は、予期しない婚姻の解消およびそこから生ずる権利の消滅によって生じた損害を賠償するもの（Cass. civ., 15 déc. 1909, *supra* note 463 ; Cass. civ., 6 août 1912, *supra* note 463 ; Cass. req., 2 juill. 1913, *supra* note 299 ; Cass. civ., 18 oct. 1926, *supra* note 463 ; Cass. req., 27 juill. 1931, *supra* note 299 ; Cass. req., 9 mai 1932, *supra* note 463 ; Cass. req., 12 fév. 1934, *supra* note 463 ; Cass. civ., 24 oct. 1951, *supra* note 463 ; etc.）、または、救護や扶養への権利の消滅によって生じた損害を賠償するもの（Cass. civ., 28 juin 1934, *supra* note 501 ; Cass. req., 12 mai 1936, *supra* note 501 ; Cass. req., 15 fév. 1938, *supra* note 502 ; Cass. civ., 17 janv. 1939, *supra* note 501 ; Cass. req., 26 août 1940 (2 arrêts), *supra* note 501 ; Cass. req., 13 juin 1946, *supra* note 501 ; Cass. civ., 28 fév. 1949, *supra* note 501 ; Cass. civ., 23 mai 1949, *supra* note 501 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 1952, *supra* note 469 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 nov. 1952, JCP, 1952, II, 7495, obs., G. M. ; RTD civ., 1953, 316, chr., Gaston Lagarde ; Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 1953, *supra* note 501 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 janv. 1958, *supra* note 502 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 juill. 1960, *supra* note 501 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 oct. 1962, *supra* note 12 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 mai 1963, *supra* note 501 ; CA. Paris, 25 nov. 1954, *supra* note 502 ; CA. Paris, 10 fév. 1959, *supra* note 501 ; CA. Paris, 17 fév. 1961, *supra* note 468 ; CA. Paris, 16 nov. 1962, *supra* note 501 ; etc.) である。

511) 一部の学説が、1941年4月2日の法律による改正で民法典旧301条に2項が付加される前の法状況の下で、当時の同旧301条が規定する扶養定期金の中に、救護や扶養の権利の喪失に係る不利益のみならず、婚姻の解消から生ずる損害のすべてを含ませていたのは（この点について、注(463)を参照）、本文で述べた観点を意識したことによるものと考えられる。

するものとして解釈される。そして、この理解によれば、1941年4月2日の法律による改正後の同旧301条は、その全体で、配偶者としての身分や地位の喪失に関わる損害をカバーしていたことになる。

他方で、この損害賠償において、配偶者としての身分や地位それ自体ではなく、相手方配偶者との事実的な関係に由来する個人としての人格、または、こうした関係からも切り離された個人の権利や利益、場合によっては、個人の感情等を保護対象として想定し、こうした意味での権利や利益の侵害から生ずる損害の賠償を問題にする潮流がある。この考え方は、20世紀中頃以前から一部の裁判例の中に看取されたが、20世紀後半以降の裁判例においては⁵¹²⁾、より顕著な形でみられるようになっている。

例えば、財産的損害については、その大部分が実質的には補償給付でカバーされているため^{513, 514)}、民法典266条でその賠償が実施される例はごく僅かし

512) 比較的最近の裁判例について、Cf. Casey, *supra* note 272, n°2 et s., pp.1 et s.; Catherine Lafon, *Panorama de jurisprudence. – Domages-intérêts entre époux dans les décisions de cours d'appel*, Dr. fam., juill. 2015, dossier 37; etc.

513) 補償給付によって財産的損害のすべてが填補されていると判断したものとして、Ex. TGI. Toulouse, 20 janv. 1977, JCP, 1977, II, 18681; D., 1978, IR., 18, obs., André Breton (妻からの損害賠償請求について精神的損害の賠償として6万フランのみが認容された事例); TGI. Nice, 1^{er} juin 1977, JCP, 1978, II, 18907, obs., Laymond Lindon (妻からの損害賠償請求について精神的損害の賠償として2万フランのみが認容された事例); etc.

514) また、補償給付との関係でその正当性には疑問が残るものの(Cf. Batteur, *infra*, pp.2 et s.; Massip, *infra*, p.290; etc.)、判例の中には、一方の行為態様等を考慮して、一方が他方に対し扶養等を提供する旨を合意したこと、または、扶養等を提供する自然債務が民事債務へと変容したことを理由に、他方が一方に対して扶養等に相当する額の金銭の支払を求める可能性を認めているようにみえるものが存在する(Ex. Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 1971, n°70-12.348; Bull. civ., II, n°234 (否定例。自然債務から民事債務への変容を基礎付ける事実の証明の不存在); Cass. 2^{ème} civ., 25 janv. 1984, n°82-14.595; Bull. civ., II, n°13; D., 1984, jur., 442, note, Catherine Philippe; RTD civ., 1985, 146, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi; JCP, 1986, II, 20540, obs., Annick Batteur (肯定例); Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1988, n°87-18.561; Bull. civ., II, n°111; D., 1989, jur., 289, note, Jacques Massip (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, n°04-19.099; Bull. civ., I, n°264; D., 2006, 1561; RTD civ., 2006, 538, chr., Jean Hauser; AJ fam., juin 2006, 287, obs., François Chénéde; Defrénois, 2007, art. 38562, 467, note, Rémy Libchaber

が存在しないことが指摘されており⁵¹⁵⁾、このことは、配偶者としての身分や地位の喪失に結び付く財産的損害を同条で賠償すべき要請がほとんどないことを示している⁵¹⁶⁾。同条に基づき財産的損害の賠償が認められた例をみても、子の養育の負担等、それ以外の法理によって十分な手当が付与されているはずの要素や⁵¹⁷⁾、離婚のために夫婦で営んでいた事業を終了せざるをえなくなったり、その業績が傾いたりしたことに伴う損害⁵¹⁸⁾等といった配偶者としての身分の喪失とは直接的な関わりを持たない要素の賠償が問題となっているにすぎない。また、精神的損害に関しては、補償給付では填補されないため⁵¹⁹⁾、実務では同266条に基づきその賠償が認められることは多いものの⁵²⁰⁾、実際に損害賠償が付与された例をみると、配偶者としての身分や地位の喪失それ自

（前頁からつづき）

（否定例。期限の定めなく扶養等を継続する意思の不存在；etc.）。仮にこの法理が一般的に認められるとすれば、民法典266条により配偶者としての身分や地位の喪失に結び付く財産的損害の賠償を実施する要請は更に小さくなる。

515) Jeanne de Poulpique, Les prestations compensatoires après divorce, JCP, 1977, I, 2856, n°20, p.5 ; Guiton, supra note 293, n°13, pp.239 et s. ; Colombet, supra note 250, n°291, pp.368 et s. ; Hauser, infra note 522, p.303 ; Id., supra note 453, pp.81 et s. ; Carbonnier, supra note 250, n°607, pp.1355 et s. ; Niboyer, supra note 281, n°556, p.283 ; Garrigue, supra note 290, n°449, pp.378 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n°155 et s., pp.166 et s. ; Pizarro, supra note 272, n°417 et s., pp.353 et s. ; Le Tourneau, supra note 203, n°2211-61 et s., pp.759 et s. ; etc.

516) 学説の中には、主として、注(465)で整理した場面を念頭に置きつつ、補償給付ではすべての財産的損害が填補されないと理由で、財産的賠償の賠償における民法典266条の存在意義を強調するものがある（Bulgard, supra note 300, pp.19 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n°670 et s., pp.450 et s. ; Mulon, supra note 272, n°5, pp.100 et s. ; Kessler, supra note 272, n°6, pp.2 et s. ; etc.）。とはいえ、これは、例外的な事象であるほか、補償給付の規律を実質的に潜脱し、立法者の意思から乖離するものである（本稿の問題意識とは異なるが、Cf. Ducrocq Paywels, supra note 272, n°673, p.452）。

517) 必ずしも財産的損害の内容が明確にされているわけではないが、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 24 mars 1971, n°70-11.114 ; Bull. civ., II, n°130 ; D., 1971, jur., 539（未成年の子の養育をすべて引き受けざるをえなくなったこと等から生じた損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, n°05-11.682 ; D., 2007, 616, chr., Guillaume Serra（妻が3人の子の養育を引き受けているにもかかわらず少ない資産の下で夫から関係を解消されたことにより生じた損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；etc.

体に由来する精神的損害ではなく、婚姻の期間、年齢、離婚の前後における心身の状態や仕事の状況、子の有無や養育の負担、そのほかの家族との交流の可能性、宗教上の信念等、様々な事情を考慮した上で、相手方配偶者との事実的な関係に由来する個人としての人格、場合によっては、こうした関係からも切り離された個人の人格や感情の侵害により生じた精神的損害⁵²¹⁾の賠償が認め

518) Cass. 1^{re} civ., 19 fév. 2011, n°10-14.853 (離婚を契機として夫が経営から離脱したことにより夫婦が共同で運営していたボニークラブの業績が悪化したことを理由とする妻からの民法典266条に基づく損害賠償請求が認容された事例); CA. Rouen, 21 mars 2013, *supra* note 12 (夫が営んでいた農業に妻が無償で協力してきたという事案で社会的および職業的関係の喪失を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求が認容された事例); etc. 少し古いが、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 27 nov. 1952, *supra* note 510 (離婚により取引の利益を奪われたことを理由とする妻からの当時の同旧301条2項に基づく損害賠償請求が認容された事例); etc.

519) 民法典270条によれば、補償給付によって填補される対象は双方の生活条件における不均衡とされており、そこでは、明確な形で精神的な不均衡が排除されているわけではないとして、精神的損害が補償給付によってカバーされうることを見解もある。この見解によると、民法典266条の有用性はほとんど存在しなくなる。Cf. Hauser, *supra* note 453, pp.81 et s.; etc.

520) 民法典266条の損害賠償の主要な機能が精神的損害の賠償にあることを指摘するものとして、Poulpiquet, *supra* note 515, n°20, p.5; Guiton, *supra* note 293, n°13, pp.239 et s.; Carbonnier, *supra* note 250, n°607, pp.1355 et s.; Niboyer, *supra* note 281, n°556, p.283; Bulgard, *supra* note 300, pp.19 et s.; Ruffieux, *supra* note 133, n°155 et s., pp.166 et s.; Pizarro, *supra* note 272, n°394 et s., pp.341 et s.; Le Tourneau, *supra* note 203, n°2211-61 et s., pp.759 et s.; etc.

521) 民法典266条または同旧301条2項で賠償されるべき精神的損害の内容について本文のように捉えることを明確に説くものとして、Ex. Lobin, *supra* note 484, n°5 et s., pp.3 et s.; Claux, *supra* note 453, p.53; Mulon, *supra* note 272, n°4, p.100 (ただし、国家が世俗化している以上、離婚によって生じた個人の宗教上の信念に対する侵害に係る精神的損害の賠償を認めることには疑問があるとする); Pizarro, *supra* note 272, n°412 et s., pp.350 et s.; etc.

522) Ex. Cass. 2^{ème} civ., 24 mars 1971, *supra* note 517 (考慮されている事由は財産的損害の認定に際して挙げられていたのと同じである); Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 1977, *supra* note 469 (婚姻の期間、妻の年齢、妻に生じた失望、現在および過去の状況を考慮した上で、夫による気ままな婚姻関係の解消から生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1980, *supra* note 469 (長い共同生活の後に関係を解消されたこと

られているだけである⁵²²⁾。カップル関係のあり方に関わる立法および社会意識の変化、特に、離婚の容易化等といった現象を踏まえ、最近では、配偶者としての身分の喪失を伴う離婚という事実のみによっては精神的損害が発生しないことを認める裁判例も存在する^{523, 524)}。

（前頁からつづき）

から生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1984, *supra* note 292 (長い共同生活の後に夫が若い新たなパートナーと生活を始めるために捨てられたこと等によって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 1987, n°86-11.106; Bull. civ., II, n°99 (長い共同生活の後に関係を解消され複数の子を抱えて生活せざるをえなくなったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 2^{ème} civ., 7 oct. 1987, n°86-16.024 (身体に障害のある状態で関係を解消されたこと、通常の生活への期待が消滅したこと等によって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 2^{ème} civ., 16 nov. 1988, n°87-15.163; Bull. civ., II, n°221 (関係の回復を願っていたにもかかわらずそれが叶わず長い共同生活が終焉を迎えたことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 2^{ème} civ., 27 janv. 2000, n°96-11.410; Bull. civ., II, n°17; D., 2000, IR., 96; RTD civ., 2000, 303, chr., Jean Hauser (長い共同生活の後に関係を解消され1人で暮らさざるをえなくなったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, n°02-12.245; Defrénois, 2004, art. 37926, 588, note, Jacques Massip; Dr. fam., mars 2004, com., 34, note, Virginie Larribau-Terneyre (孫と離れなければならなくなったこと、うつ病にり患した子を1人で引き受けなければならなくなったこと等によって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例。ただし、別居の事案である); Cass. 1^{re} civ., 17 fév. 2004, n°02-13.061 (夫が障害のある子の養育を押し付けて家を飛び出したという事実から精神的損害の存在を導くことができるとして、妻からの精神的損害の賠償請求を棄却した原審が破棄された事例); Cass. 1^{re} civ., 28 fév. 2006, n°04-19.127; D., 2007, 616, chr., Guillaume Serra (30年にわたる共同生活の後に1人で暮らさざるをえなくなったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2006, n°04-19.296; D., 2007, 616, chr., Guillaume Serra (同上); Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, *supra* note 517 (当該事案の下で精神的損害の賠償が認められた事例); Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2010, n°09-73.014 (離婚のためうつ状態になったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2012, n°11-12.140; JCP, 2012, 1166; D., 2013, 802, chr., Mélina Douchy-Oudot (夫が障害のある子の養育を押し付けて家を飛び出したためキャリアを放棄せざるをえなくなったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例); etc.

更に、1975年7月11日の法律による改正で、離婚の効果に関する規範が別居の場合にも適用されるようになったこと（民法典304条）、および、別居の場合における損害賠償を規律した同旧311条4項（条文番号の変更後の同旧310-3条）が削除されたことを受けて、判例および裁判例は、別居の場面に適用される離婚の効果に関する規範の一つとして同266条を挙げ、別居された側または別居の原因を作らなかった側が同266条に基づき損害賠償を請求することを認めている⁵²⁵⁾。こうした解決も、同266条の損害賠償が配偶者としての

（前頁からつづき）

下級審の裁判例として、CA. Orléans, 15 déc. 1997, Méd. et dr., 1999, vol.38, 8, chr., Véronique Barabé（乳がんになり患し心理的に衰弱していた状態で離婚され更に心理的外傷が生じたことについて妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 3 fév. 2005, supra note 285（幸せな結合が打ち砕かれたことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 18 sept. 2008, Dr. fam., nov. 2009, com., 141, note, Virginie Larribau-Terneyre（1人で暮らさざるをえなくなったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 15 janv. 2009, Dr. fam., mai 2009, com., 54, note, Virginie Larribau-Terneyre（離婚によりうつ状態となり芸術的世界を奪われたことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Bordeaux, 24 nov. 2009, D., 2010, 1243, chr., Lina Williatte-Pellitteri；Dr. fam., fév. 2010, com., 19, note, Virginie Larribau-Terneyre（離婚により宗教的信念に反する結果が生じたことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 9 sept. 2010（1^{re} arrêt）, Dr. fam., déc. 2010, com., 183, note, Virginie Larribau-Terneyre（離婚後も母国を離れフランスで暮らさざるをえないことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 9 sept. 2010（2^{ème} arrêt）, Dr. fam., déc. 2010, com., 183, note, Virginie Larribau-Terneyre（重大な進行性の病気になり患しているため第三者に頼って暮らさざるをえなくなったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Riom., 27 mars 2018, supra note 285（夫に裏切られたという感情が生じたことに起因する精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；etc.

523) CA. Grenoble, 12 janv. 2004, Dr. fam., janv. 2005, com., 13, note, Virginie Larribau-Terneyre（自らが離婚ではなく別居を選択していれば道徳的および宗教的信念に反する結果が生ずることはなかったとして妻からの精神的損害の賠償請求が棄却された事例）；CA. Montpellier, 17 mai 2018, Dr. fam., sept. 2018, com., 207, note, Anne-Marie Caro（夫が妻に以前から離婚の意向を示していたことからすれば妻はこれに準備をすることができたはずであるとして妻からの精神的損害の賠償請求が棄却された事例）；etc.

身分や地位の喪失という思考から切り離されていることを示している。同266条が配偶者としての身分や地位の喪失という思考に結び付けられているとすれば、それらの喪失を伴わない別居の場面で同条を適用することはできないはずだからである⁵²⁶⁾。

524) これらの裁判例は、諸状況を踏まると関係を解消された側または関係解消の原因を作らなかった側に精神的損害の存在を認めることはできないという理由で、その者による損害賠償請求を棄却しているだけであって、精神的損害が発生しているにもかかわらず、その賠償を否定したものではない。そのため、一方の有責離婚によって他方に精神的損害が発生している場合には、民法典266条に基づき後者からの損害賠償が認められなければならない。後者が前者の一方的有責離婚判決を得たからといって、そのことにより精神的損害が填補されるわけではない。この点を明確に示した判例として、Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1996, *supra* note 466（夫の一方的有責離婚の宣告および補償給付によって賠償されるのとは別の損害が証明されていないとして妻からの損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例）; Cass. 1^{re} civ., 17 fév. 2004, *supra* note 298（同上）; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, *supra* note 298（同上）; Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2006, n°05-16.920（妻の一方的有責離婚の宣告によって賠償されるのとは別の損害が証明されていないとして夫からの損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例）; Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 2012, *supra* note 298（夫の一方的有責離婚の宣告および補償給付によって賠償されるのとは別の損害が証明されていないとして妻からの損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例）; etc.

525) Cass. 2^{ème} civ., 22 mai 1979, n°78-10.604 ; Bull. civ., II, n°154（夫の一方的有責別居の場面で妻からの民法典266条に基づく損害賠償請求が認容された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 7 mai 2002, n°00-18.026 ; Bull. civ., II, n°96 ; RTD civ., 2002, 493, chr., Jean Hauser（同上）; Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, *supra* note 522（同上）; Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2005, n°04-12.755（同上）; Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 2012, *supra* note 292（同上。ただし、この判決は、別居の場合には同266条は適用されないとの理由で妻からの損害賠償請求を棄却した原審につき、同条をビザに、認定事実によれば夫による日常的な暴力の存在は明らかであり、認定事実から法律上の帰結が導かれていないとして破棄したものである。この事案では、同266条ではなく同1240条によってカバーされる損害の賠償が求められていたのであるから、破毀院としては、同1240条をビザに、同条の不適用を理由として原審を破棄すべきであった。Cf. Hauser, *supra* note 292, Chr. sous Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 2012, p.106); etc. また、理由は明示されていないが、Cass. 2^{ème} civ., 6 janv. 1993, *supra* note 472 ; etc.

526) 少し古い⁵²⁷⁾が、1948年5月29日の法律による改正前の法状況において、当時の民法典旧301条2項の適用を離婚の場面に限定する理由はないとの観点から、別居の場面で旧同項に基づく損害賠償請求を認容した裁判例も（CA. Paris, 15 déc. 1944, *supra* note 488）、同様の理解を基礎に据えたものと解釈することができる。

なお、1975年7月11日の法律により扶養定期金が補償給付に改められた後の時期においては、民法典266条に基づく損害賠償の基礎を補償給付のそれに準える形で理解するという発想も後景に退くことになる。補償給付については、謎が多いことや理論と実態の乖離があること⁵²⁷⁾等が指摘され、法的性質の理解の仕方に関しても、その制度について数次にわたる重要な法改正が行われているため、前提としている条文の状況に起因する重心の置き方によって大きく異なってくる⁵²⁸⁾。もっとも、本稿の検討に必要な範囲で最大公約数的な理解に従って補償給付の法的性格を表現すれば、その対象に扶養や救護を超える要素が含まれることに鑑みると、この給付を単純に扶養の考え方に基づかせることはできず⁵²⁹⁾、また、有責性等の発想から切り離されていることに鑑みると、この給付を単純に民事責任の論理に依拠させることもできないため、この給付は、制度の面で扶養や損害賠償に類似する側面を持つことは否定されえないものの⁵³⁰⁾、生活条件の均衡を図るために予定された特別な補償の仕組みと

527) Alain Sériaux, *La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris*, RTD civ., 1997, pp.53 et s. ; Hugues Fulchiron et Renaud Daubricourt, *La prestation compensatoire, mythes et réalités*, D., 2010, pp.2170 et s. ; etc.

528) 例えば、2004年5月26日の法律による改正前においては、一方的有責離婚の判決を宣告された者は原則として補償給付への権利を持たないとされ（同法による改正前の民法典旧280-1条。現在では、原則と例外が逆転している。すなわち、一方的有責離婚の判決を宣告された者も原則として補償給付への権利を持つが、裁判官は衡平の判断に基づきその者への補償給付の付与を拒絶することができる（同270条3項））、また、その債務者が死亡した場合、定期金の負担が相続人に移転するものとされていた（同法による改正前の旧276-2条。現在では、債務者の相続人は人的には補償給付を支払う義務を負わず、補償給付の支払は相続財産の限度ですべての相続人等により実施されるにすぎない（同280条））。その結果、比較的初期の議論では、補償給付における賠償の側面を強調する見解も存在した。Ex. Poulpique, *supra* note 515, n°15 et s., pp.4 et s. ; Guiton, *supra* note 293, n°6, p.238 ; Berthet, *supra* note 230, n°98 et s., pp. 64 et s. ; etc.

529) 補償給付によって確保されるのは、生活に必要な最小限の要素ではなく、その最大限の要素である。この点を捉えて、補償給付による生活水準への権利の実現という観点で語られることもある。Cf. Orianne Vergara, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. Bernard Vareille, Collection de Thèses, t.58, Defrénois, Paris, 2017, n°672 et s., pp.239 et s. ; etc.

して位置付けられるという形で整理することができる⁵³¹⁾。

こうした理解の下では、かつての扶養定期金の法的性質に関する実定法の理解にみられたように、配偶者としての身分や地位の喪失によって相手方に生じた不利益の一部を、補償給付という仕組みを通じて、離婚につき有責である者に転嫁するという思考は、排除される⁵³²⁾。補償給付によって填補される対象には単なる身分や地位の喪失に係る不利益を超える部分が含まれるし、仮に補償給付により身分や地位の喪失に結び付く要素の一部が実質的に填補されているとしても、それは民事責任の論理によるものではないからである⁵³³⁾。その結果、補償給付の枠組においては、夫ないし妻の身分や地位を損害賠償請求の保護対象として措定するという考え方それ自体が受け入れられないものとなる。従って、補償給付の基礎および保護対象と同266条の損害賠償のそれらとの間に整合性を持たせるために、後者を身分や地位の喪失という思考に接合させる必要性もなくなる。ここにおいて、同266条の損害賠償は、身分や地位の喪失という発想から解放され、個人の人格の問題に還元されうる素地が形成されたこと

530) 例えば、判例では、補償給付に扶養としての側面があることを理由に、補償給付として付与される定期金または一時金を差し押さえることはできないという解決が導かれている。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1985, n°84-14.663 ; Bull. civ., II, n°131 ; D., 1986, jur., 230, note, Catherine Philippe ; D., 1986, IR., 112, obs., Alain Bénabent ; RTD civ., 1987, 227, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi ; Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2005, n°02-14.268 ; Bull. civ., II, n°66 ; Defrénois, 2005, art. 38278, 1844, note, Jacques Massip ; AJ. fam., avril 2005, 143, obs., Stéphane David ; etc.

531) Carbonnier, supra note 250, n°609, pp.1358 et s. ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°790, pp.381 et s. ; Bénabent, supra note 264, n°371, pp.276 et s. ; Égée, supra note 310, n°382, p.207 ; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, supra note 211, n°275, pp.245 et s. ; Pierre Murat (sous la dir.), Droit de la famille, 8^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2019, n°135.31 et s., pp.358 et s. ; etc.

532) Cf. Sériaux, supra note 527, n°4, pp.58 et s.

533) 仮に補償給付において賠償の論理を強調する立場によったとしても、そこでは身分や地位の喪失という視点ではなく当事者の状況の客観的な分析に基づく評価がされることになる以上、補償給付の保護対象と民法典266条の損害賠償のそれとの間に整合性を持たせるために後者を身分や地位の喪失に結び付ける必要があるという発想は生まれてこない。Cf. Poulpiquet, supra note 515, n°22 et s., pp.5 et s. ; etc.

になる。

次に、二つ目の問いとの関連では、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を請求することが認められている時期、婚姻の解消から生ずる損害のうちこの損害賠償でカバーされる対象、そして、この損害賠償を請求することができる者またはこの損害賠償を請求することが可能とされている場面の順に、実定法の展開過程および現状を検討し、これらの3つの素材を精査することを通じて、この損害賠償請求の制約または拡張のあり方とそれらが持つ意味を分析することが要請される。

始めに、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を請求することができる時期について、民法典266条2項には、損害賠償は離婚訴権の際に請求されなければならないという限定が存在している^{534, 535)}。こうした損害賠償請求の時期的な制限は、1975年7月11日の法律による改正により明文化されたものである。同法による改正前においては、当時の同旧301条2項では訴権の行使時期につき制限が設定されていなかったこと⁵³⁶⁾、当時の同旧301条1項に基づく扶養定期金の支払を求める請求に関しては離婚判決の後もすることができるとされていたこと⁵³⁷⁾、①で整理したように、婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害の賠償を求める不法行為の一般規定に基づく請求に関しては離婚判決の後もすることができるとされていること等を根拠として、同旧301条2項に基づく損害

534) 離婚判決の確定後に元妻が婚姻期間中の元夫の行為によって生じた損害の賠償と婚姻の解消によって生じた損害の賠償を求めた事案で、これらをいずれも認容した原審の判断は、後者を認容する部分について破棄の対象となる。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 6 fév. 1985, n°81-14.052; Bull. civ., II, n°29; D., 1986, IR., obs., Danièle Huet-Weiller.

535) 控訴審の段階で初めて民法典266条に基づく損害賠償を請求することは許される。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 16 janv. 1980, n°78-15.364; Bull. civ., II, n°10; Cass. 1^{re} civ., 13 fév. 2013, *supra* note 341; etc.

536) 1975年7月11日の法律による改正前の民法典旧301条2項では、訴権の行使時期につき何の限定も設けられていなかったことに加えて、「離婚を得た」者および「離婚を宣告された」者という過去形が使われ、「離婚を得る」者および「離婚を宣告される者」という現在形が使われていないことが根拠として挙げられていた。Cf. Lagarde, *infra* note 539, p.241; etc.

賠償は離婚判決の後でも請求することができると判示していた判例および裁判例が多かったが⁵³⁸⁾、この損害賠償に関しては離婚訴訟の中でしか行使することができないと判断した判例も存在した⁵³⁹⁾。

民事責任法の論理による限り、民法典266条2項が定めるような損害賠償請求の行使時期についての制約を正当化することは不可能である。そのため、この制約の根拠は、平和化、中立化、非劇場化といった離婚法全体を取り巻く精神を踏まえた上での考慮⁵⁴⁰⁾、より具体的にいえば、離婚後に紛争を引き延ばしたり、その火種を残したりしないようにするための配慮にあるという形で理解せざるをえない⁵⁴¹⁾。しかし、このような配慮が適切に実現されているかどうかには疑問が残る。一方で、夫婦の人格的義務の違反等を理由とする同

537) Cass. civ., 10 mars 1891, D., 1891, 1, 175 ; Cass. req., 23 mai 1939, DH., 1939, jur., 403 ; CA. Montpellier, 19 mars 1901, D., 1902, 2, 25, note, Jules Valéry ; Rev. dr. civ., 1902, 392, chr., Albert Chéron ; CA. Paris, 14 nov. 1958, D., 1959, jur., 15, note, R. D. ; JCP, 1959, II, 11347 ; CA. Paris, 17 fév. 1961, supra note 468 ; CA. Paris, 16 nov. 1962, supra note 501 ; etc.

538) Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 1961, n°60-10.263 ; Bull. civ., I, n°557 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 juill. 1962, n°61-10.893 ; Bull. civ., II, n°591 ; D., 1962, jur., 737 ; TC. Lisieux, 14 fév. 1951, D., 1951, jur., 266 ; RTD civ., 1951, 367, chr., Gaston Lagarde ; CA. Aix-en-Provence, 24 mai 1951, D., 1951, jur., 552 ; CA. Colmar, 25 fév. 1952, D., 1952, jur., 425 ; JCP, 1952, II, 7012, obs., G. M. ; RTD civ., 1952, 356, chr., Gaston Lagarde ; S., 1953, 2, 59 ; CA. Rouen, 2 avril 1952, D., 1952, jur., 427 ; JCP, 1952, II, 7058, obs., G. M. ; RTD civ., 1952, 356, chr., Gaston Lagarde ; TC. Seine, 22 avril 1952, D., 1952, jur., 427 ; CA. Colmar, 21 nov. 1952, D., 1953, jur., 122 ; etc.

539) Cass. civ., 3 janv. 1951, D., 1951, jur., 239 ; S., 1951, 1, 152 ; JCP, 1951, II, 6160, obs., Paul Esmain ; RTD civ., 1951, 240, chr., Gaston Lagarde（元妻が元夫の一方的有責離婚判決と扶養定期金の請求を認容する判決を得た後に、元夫からその支払の停止を求める訴訟を提起され、その中で元夫に対して民法典旧301条2項に基づく損害賠償を請求したという事案で、この損害賠償請求が棄却された事例）； CA. Poitiers, 20 avril 1951, supra note 488（ただし、別居の事案である）； etc.

540) 民法典266条の中にこうした精神が埋め込まれていることを指摘するものとして、 Cf. Guiton, supra note 293, n°36 et s., pp.244 et s. ; Fulchiron, supra note 291, pp.1118 et s. ; Hauser et Saint-Hilaire, supra note 453, n°136, p.62 ; etc.

541) Fenouillet, supra note 17, n°20, p.6 ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°731, pp.358 et s.

1240条に基づく損害賠償請求の行使には時期的な制約が課されていないため、婚姻の解消から生ずる損害の賠償に係る請求の行使についてのみ時期的な制約を付したとしても、離婚後に紛争が再燃することを回避するという目的は十分に達成されない^{542,543)}。他方で、離婚を取り巻く状況を平和的に解決するという目的をより完全な形で実現するためには、およそ婚姻の解消から生ずる損害の賠償を認めないという態度決定をすることが必要となる。同266条では、損害賠償請求の時期が制限されているだけで、損害賠償請求の可能性自体が否定されているわけではないから、仮に離婚に際して当事者の一方が他方に対し同266条に基づき損害賠償の支払を求め、この損害賠償請求が認容されたときには、元夫婦の間に一定のしこりが残るという事態も想定されうる。同条が離婚を取り巻く状況の平和化や非劇場化への志向と人間的考慮との間の妥協の産物等と評され⁵⁴⁴⁾、同条に含まれる損害賠償請求の時期的制約について限界が指摘されているのは、そのためである。

次いで、この損害賠償でカバーされる損害に付された要件について、現在の民法典266条1項には、極めて重大な結果のみが賠償の対象になるという形での限定が存在する。これに対して、2004年5月26日の法律による改正前の同旧266条1項および1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項は、

542) まず、一方的有責離婚が認められたケースでは、婚姻から生ずる債務および義務の違反が重大または繰返しのもので、共同生活の維持を耐え難くするものであることが明らかにされているため（民法典242条を参照）、離婚判決を得た者は、その要件が充足されている限り、同1240条に基づき損害賠償を請求することができる。次に、相手方の請求に基づく夫婦関係の終局的な変質による離婚が認められたケースであっても、相手方に夫婦の人格的義務の違反等が存在し、これによって婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害が生じていれば、離婚請求を受けた者は、同1240条に基づき損害賠償を請求することができる。

543) 1975年7月11日の法律による改正前の法状況を前提としたものであるが、当時の民法典旧301条1項に基づく扶養定期金の支払請求に時期的な制約が付されていない以上、同旧301条2項に基づく損害賠償請求に時期的な制約を付しても紛争の早期終結という目的は達成されないとの理由から、Cass. civ., 3 janv. 1951, *supra* note 539を批判するものとして、Lagarde, *supra* note 539, p.241.

544) Lemouland, *supra* note 291, p.1834.

これらの条文で賠償される損害について、単に婚姻の解消によって生じた財産的損害または精神的損害とだけ規定していた。また、当時の判例も、少なくとも一般論の上では、賠償されるべき損害につき何らの限定もしていなかった。従って、2004年5月26日の法律による改正で、婚姻の解消から生ずる損害の賠償に関しては、賠償されるべき損害の次元で極めて重大なものに限るという形で絞りかけられたことになる。なお、①で整理したように、同1240条は婚姻の解消から生じた損害とは区別される損害だけを賠償の対象とするものであるため、婚姻の解消から生じた損害のうち極めて重大ではないと評価された部分は、同条によって賠償されることはなく、完全に賠償の対象から除外される⁵⁴⁵⁾。このような解決は、この損害賠償請求における保護対象が配偶者としての身分や地位それ自体から個人の人格へと変化してきたことに裏打ちされている。仮にこの損害賠償請求の保護対象を配偶者としての身分や地位に結び付けて捉えるのであれば、こうした身分や地位それ自体を保護するという態度決定をしながら、その喪失から生ずる損害を極めて重大なものではないと評価することに疑問が生ずるからである⁵⁴⁶⁾。

ところで、原告によって賠償が求められた損害が極めて重大なものであるかどうかが争われ、それについて極めて重大なものである⁵⁴⁷⁾、または、極めて

545) Garrigue, *supra* note 290, n°450, p.379 ; Mulon, *supra* note 272, n°7 et s., pp.101 et s. また、Cf. Julie Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, préf. Patrice Jourdain, Bibliothèque de droit privé, t.477, LGDJ., Paris, 2007, n°409 et s., pp.341 et s. et n°428 et s., pp.360 et s.

546) また、仮にこの損害賠償請求の保護対象を配偶者としての身分や地位それ自体に求め、その喪失から生ずる損害については極めて重要なものだけが賠償の対象になるという形で理解をした場合、夫婦の人格的義務の違反を理由とする民法典1240条に基づく損害賠償請求の場面で、配偶者としての身分や地位に由来する個別的な権利や利益が何の限定も付されることなく保護の対象とされていることと平仄が合わなくなってしまう。

547) Cass. 1^{re} civ., 1 déc., 2010, n°09-71.863 (25年にも及ぶ共同生活が解消され妻が困窮状態に置かれたという事実から妻には婚姻の解消から極めて重大な結果が生じているとした原審が維持された事例) ; Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n°09-14.835 (妻が長期間にわたり放置されすべての収入源を失っていたという事実から妻には婚姻の解消から極めて重大な結果が

重大なものではない⁵⁴⁸⁾と判断した判例および裁判例の説示を丁寧に検討しても、それらから重大性の評価に関する統一的な基準や指標を抽出することは困難である^{549,550)}。重大性の評価においては裁判官による裁量の余地が非常に大きく、裁判所や裁判官ごとにその評価の仕方が異なっていることが指摘されて

(前頁からつづき)

生じているとした原審が維持された事例); Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2012, *supra* note 522; etc. のほか, CA. Paris, 14 janv. 2009, *supra* note 292 (妻が繰り返し暴力を受けた後に婚姻関係を解消されたという事実から妻には婚姻の解消から極めて重大な結果が生じているとされた事例); CA. Paris, 9 sept. 2010 (2 arrêts), *supra* note 522; etc.

548) Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2009, n°08-17.825; Bull. civ., I, n°145; D., 2009, 1897, obs., Camille Le Douaron; RTD civ., 2009, 705, chr., Jean Hauser; Dr. fam., sept. 2009, com., 103, note, Virginie Larribau-Terneyre; AJ fam., sept. 2009, 347, obs., Stéphane David; D., 2010, 1253, chr., Guillaume Serra; PA., 28 janv. 2010, 11, note, Jacques Massip (39年にも及ぶ結婚生活が解消され妻が困窮状態に置かれたという事実から妻には婚姻の解消から極めて重大な結果が生じているとした原審が破棄された事例); Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, n°13-14.790; RTD civ., 2014, 349, chr., Jean Hauser (夫が婚姻係属中に精神的なハラスメントを続けていたことや妻の私生活を侵害したこと等から妻には婚姻の解消から極めて重大な結果が生じているとした原審が破棄された事例。ただし、原審の認定事実の一部は婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害を基礎付けるものにすぎないことからすると、主張されている損害の一部が極めて重大な結果ではないという点に加えて、主張されている損害の別の一部が婚姻の解消から生じた結果ではないという点が破棄の理由になっていると考えられる); Cass. 1^{re} civ., 15 avril 2015, n°14-11.575; Bull. civ., I, n°90; D., 2015, 922; RTD civ., 2015, 594, chr., Jean Hauser (夫が突然住居を離れ離婚訴訟を提起したこと、夫が日常的に不貞行為に及んでいたこと等から、妻には婚姻の解消から極めて重大な結果が生じているとした原審が破棄された事例。ただし、同上); Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 2018, n°16-24.736 (夫が重大な精神的障害を抱えていた妻に負担を押し付け自己の財産状態が向上した後に離婚をしたという事実から妻には婚姻の解消から極めて重大な結果が生じているとした原審が破棄された事例); etc. のほか, CA. Orléans, 25 nov. 2008, *supra* note 476 (夫が別居後も夫婦の住居に居座ったという事実だけでは妻に婚姻の解消から極めて重大な結果が生じたとはいえないとされた事例。ただし、当該事実は、婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害を基礎付けるにすぎないものであり、本来的には民法典266条による評価を受けないはずである。Cf. Larribau-Terneyre, *supra* note 476, p.2); CA. Paris, 2 déc. 2009, *supra* note 341 (当該事実関係において妻には婚姻の解消から極めて重大な結果が生じていないとされた事例); CA. Lyon, 23 mai 2011, *supra* note 285 (当該事実関係において夫には婚姻の解消から極めて重大な結果が生じていないとされた事例); etc.

いる⁵⁵¹⁾。ここから、賠償される損害を極めて重大なものに限るという制約手法に関しては、その目的と手段が整合的でないのではないかと疑問が生じてくる。こうした制約手法は、民事責任法の論理から導かれるものではなく⁵⁵²⁾、離婚法の観点から何らかの形で基礎付けられなければならないが、その目的がどこにあるのかは必ずしも明確にされていないほか⁵⁵³⁾、仮にこの制約手法が一定の形で損害賠償請求を制約し夫婦間での紛争を生じさせないようにすることを意図したものであると理解するにしても⁵⁵⁴⁾、裁判官による事後的かつ裁

549) 一部の裁判例は、重大性の評価について一定の基準を提示している。例えば、CA. Paris, 3 mars 2016, *supra* note 285は、極めて重大な結果とは同じ状況に置かれたすべての人が感じるものを超える部分を意味するとした上で、夫の同居義務違反および貞操義務違反を理由とする本件離婚によって妻には極めて重大な結果が生じていないと判示し、妻からの民法典266条に基づく損害賠償請求を棄却した。もっとも、このように判断の基準を定立する裁判例は少数である。

550) 学説においても、裁判所による損害の重大性の評価は極めて厳格である（Garrigue, *supra* note 290, n°450, p.379. また、民法典266条全体についての記述であるが、Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°681, pp.457 et s.）、かつては厳格であったが、最近では少し緩やかになりつつある（Mulon, *supra* note 272, n°6, p.101）といった一般的な印象が語られているにすぎない。

551) Hauser, *supra* note 453, p.81 ; Claux, *supra* note 453, p.53 ; Sadi, *supra* note 453, n°11, pp.600 et s. ; etc.

552) Ruffieux, *supra* note 133, n°155 et s., pp.166 et s. ; Pizarro, *supra* note 272, n°394 et s., pp.341 et s. ; etc.

553) 民法典266条が損害の重大性を損害賠償請求の要件として設定した目的については、以下のような見方もありうる。2004年5月26日の法律は、共同生活の解消による離婚を夫婦関係の終局的な変質による離婚に改め、いわゆる苛酷条項（同法による改正前の同旧240条）を削除し、その引換えとして、相手方配偶者の一方的有責離婚を得た者のみならず夫婦関係の終局的な変質による離婚の請求を受けた者についても、婚姻の解消から生じた損害の賠償を認めたが、それと同時に、その要件として損害の重大性を設定することにより、離婚の可否の次元からは放逐された苛酷条項の精神を損害賠償の次元に再導入した（Cf. Niboyer, *supra* note 281, n°556, p.283）。とはいえ、この見方による場合には、なぜ損害賠償の次元に苛酷条項の精神を再導入する必要があったのかが説明されなければならない。

554) Hauser et Saint-Hilaire, *supra* note 453, n°136, p.62. また、夫婦間の人格的義務の違反を理由とする民法典1240条に基づく損害賠償請求の要件として損害の深刻性を設定する解釈論を示す文脈での記述であるが、Cf. Philippe, *supra* note 278, pp.286 et s.

量的な評価の下で損害の重大性を判断するという枠組の下では、損害賠償請求が行使された後でその審査がされることになるため、その行使それ自体を防ぐことはできず、従って、紛争の予防という目的を実現することもできないからである⁵⁵⁵⁾。

最後に、この損害賠償を請求することができる者について、現在の民法典266条1項は、相手方配偶者の一方的有責離婚の判決を得た者および夫婦関係の終局的な変質による離婚の請求を受け自らは離婚を求めている者と規定している。これによると、相互の同意による離婚の場合や婚姻解消の原則の承諾による離婚の場合における両当事者、フォートに基づく離婚の場合であっても双方的有責離婚判決を得たにすぎない者⁵⁵⁶⁾、および、夫婦関係の終局的な変質による離婚の場合であって自ら離婚を求めていた者は、同条に基づき損害賠償を請求することはできないことになる⁵⁵⁷⁾。これに対して、2004年5月26日の法律による改正前の同旧266条1項は、相手方配偶者の一方的有責離婚判決を得た者に対してのみ、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を請求することを認めていた。これによると、(当時の)相互の同意による離婚の場合および共同生活の解消による離婚の場合⁵⁵⁸⁾における両当事者⁵⁵⁹⁾、および、フォートに基づく離婚の場合であっても双方的有責離婚判決を得たにすぎない者は⁵⁶⁰⁾、同

555) 問題関心は異なるが、Cf. Saulier, *supra* note 353, n°99, pp. 104 et s.

556) この点を確認した裁判例として、CA. Montpellier, 13 mars 2011, *Gaz. Pal.*, 2011, 1784 ; etc.

557) ①で整理したように、民法典1240条は婚姻の解消から生じた損害とは区別される損害だけを賠償の対象とするものであるため、これらの者は、相手方に離婚それ自体に関わるフォートを肯定することができるような事実が存在したとしても、同条に基づき、婚姻の解消から生じた損害の賠償を求めることはできない。いずれも2004年5月26日の法律による改正前の法状況を前提とした記述であるが、Cf. Massip, *supra* note 293, p.85 ; Guition, *supra* note 293, n°34 et s., p.244 ; Id., *supra* note 272, n°19 et s., pp.250 et s. ; etc. Contra. Revel, *infra* note 559, p.282 ; Lécuyer, *supra* note 292, Note sous Cass. 2^{ème} civ., 28 sept. 2000, p.3 ; etc.

558) この問題について、Cf. Massip, *supra* note 293, pp.81 et s. ; Guition, *supra* note 293, n°17 et s., pp.240 et s. ; etc.

項に基づき損害賠償を請求することはできなかったことになる。更に、1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項は、その文言をそのまま用いれば、離婚を得た者に対して、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を請求することを認めていた。もっとも、1975年7月11日の法律による改正の前においては、原則としてフォートに基づく離婚しか認められていなかったこと、当時の判例によれば双方的有責離婚の場面では同旧301条2項の適用がないとされていたこと^{561,562)}を踏まえると、結局のところ、当時の実定法は、一方的有責離婚の判決を得た者についてのみ同項に基づく損害賠償を認めていたことになる⁵⁶³⁾。

559) 共同生活の解消による離婚の請求を受けた者が離婚の反訴を提起することなく当時の民法典旧266条に基づき損害賠償を請求することを認める裁判例も存在したが（TGI. Toulouse, 6 janv. 1977, *supra* note 287 ; TGI. Bayonne, 31 janv. 1977, D., 1978, IR, 39, obs., Alain Bénabent ; etc.）、判例および多くの裁判例は、これを否定していた。Cass. 2^{ème} civ., 23 janv. 1980, n°78-13.755 ; Bull. civ., II, n°15 ; D., 1980, jur., 281, note, Janine Revel ; JCP, 1980, II, 19369, obs., Raymond Lindon ; Gaz. Pal., 1980, I, jur., 355, note, Jean Viatte ; RTD civ., 1980, 337 et 758, chr., Roger Nerson ; Defrénois, 1980, art. 32421, 1204, note, Jacques Massip（共同生活の解消による離婚の被告となった妻からの同旧266条に基づく損害賠償請求を棄却した原審が維持された事例。ただし、同1240条に基づく損害賠償請求は可能であることが示唆されている）；TGI. Paris, 12 nov. 1976, JCP, 1976, II, 18513 bis, obs., Raymond Lindon（共同生活の解消による離婚の被告となった妻は離婚の反訴を提起しその認容判決を得た場合にしか同旧266条に基づき損害賠償を請求することはできないとされた事例）；TGI. Créteil, 30 déc. 1976, D., 1978, IR, 39, obs., Alain Bénabent（同上）；TGI. Avranches, 7 janv. 1977, D., 1978, IR, 39, obs., Alain Bénabent（同上）；CA. Paris, 29 juin 1978, JCP, 1979, II, 19064, obs., Laymond Lindon ; RTD civ., 1980, 337, chr., Roger Nerson（同上。ただし、同1240条に基づく損害賠償請求は認められている）；CA. Riom, 16 oct. 1978, JCP, 1979, II, 19091, obs., Raymond Lindon（同上）；etc.

560) この点を確認した判例として、Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, n°04-12.234 ; Bull. civ., I, n°383 ; D., 2005, 2899 ; Dr. fam., déc. 2005, com., 269, note, Virginie Larribau-Terneyre ; RTD civ., 2006, 97, chr., Jean Hauser ; etc.

561) Cass. civ., 13 mars 1951, JCP, 1951, II, 6237, obs., J. P. ; RTD civ., 1951, 367, chr., Gaston Lagarde ; D., 1952, jur., 636 ; S., 1954, I, 141, note, René Rodière ; Cass. 2^{ème} civ., 4 juill. 1962, n°61-10.059 ; Bull. civ., II, n°553 ; etc.

562) この問題について、Cf. Jean-Philippe Pierron, Le divorce à torts réciproques : Fait-il échec à l'application de l'article 301, alinéa 2, du code civil ?, JCP, 1951, I, 914 ; etc.

以上の展開過程を本稿の問題関心に即して整理すると、次のようになる。実定法は、ほぼ一貫して⁵⁶⁴⁾、相手方に離婚についてのフォートが存在する場面では他方からの損害賠償を認めているが、請求主体側にも離婚について何らかのフォートがあるケースでは婚姻の解消から生ずる損害の賠償を否定するという考え方を採用することにより、請求主体の観点からこの損害賠償請求を制約している。また、2004年5月26日の法律による改正後の実定法は、相手方に離婚についてのフォートが存在しないようにみえる場面でもその配偶者による損害賠償請求を肯定することにより、それ以前の状況との対比でいえば、前提となる離婚の場面の点でこの損害賠償請求を拡張している。

もっとも、これらのうち、双方的有責離婚の場面で婚姻の解消から生ずる損害の賠償が否定されている点については、その理由は必ずしも明らかでない。民事責任法の論理からすれば、相手方配偶者に離婚についてフォートが認めら

563) 従って、ここでの検討素材に関しては、民法典旧301条2項の規律は、2004年5月26日の法律による改正前の同旧266条1項のそれと同じということになる。

564) 1941年4月2日の法律による改正で当時の民法典旧301条2項が設けられるよりも前の時代においては、不法行為の一般規定に基づき婚姻の解消から生ずる損害の賠償が認められていた。そのため、相手方のフォートを前提とする離婚判決を得た者は、同1240条に基づき、この損害賠償を請求することができた。もっとも、離婚判決を得た者にも一定のフォートが存在した場合に、この損害賠償が認められていたかどうかは明確でない。当時の判例には、この点を直接的に判断するものは存在しなかった。また、その一般論からは、上記の問題について、二つの読み方を導くことができた。当時の判例によれば、自己に有利な離婚の判決を得た配偶者は、一般法の要件において、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を得ることができるとされており (Cf. Cass. civ., 21 juin 1927, supra note 299. なお、同1240条に基づく損害賠償請求は、当時の同旧301条に基づく扶養定期金の請求から区別されるため、自己に有利な離婚の判決の付与に従属するものではないと判示した判例もあるが (Cass. civ., 29 mars 1938, supra note 12)、この説示は、妻が夫に離婚および損害賠償の支払を求める訴訟を提起した後に死亡し、妻の両親が損害賠償請求だけを承継したという事案で、その請求を認容するために付されたものであり、同1240条に基づく婚姻の解消から生じた損害の賠償請求が双方的有責判決の場合でも認められうることを示したものである)、このうち、自己に有利な離婚の判決を得たという部分を強調すれば、上記の問いは否定され、一般法の要件においてという部分を強調すれば、上記の問いは肯定されることになるからである。

れる以上、請求主体側に離婚について何らかのフォートが存在したとしても、責任分割が問題となり、損害賠償の額が減らされるだけであって、損害賠償請求自体が否定されるという結論は導かれないこと⁵⁶⁵⁾、また、相手方配偶者に夫婦の人格的義務の違反等が存在した場合には、双方的有責離婚のケースであっても、他方からの同1240条に基づく損害賠償請求が認められており⁵⁶⁶⁾、そこでは、夫婦や元夫婦の関係を考慮して損害賠償請求を制約するという思考が排除されていることからすれば、この解決には、離婚に固有の文脈で何らかの説明が付されなければならないが、その理由は示されてこなかった。それどころか、裁判例の中には、その理由を明確にすることなく、かつ、条文の文言と民事責任法の論理を無視して⁵⁶⁷⁾、相手方配偶者の一方的有責離婚が認められた場合であっても、請求主体側に離婚の有責性を基礎付けるほどではないにせよ何らかの落ち度があったときには、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を求めることは許されないと判示するものすら存在した⁵⁶⁸⁾。こうした裁判例が存在することを考慮すれば、離婚というものに対する消極的な評価が支配して

565) Thomas, *supra* note 16, pp.271 et s. ; etc.

566) Cass. 2^{ème} civ., 15 oct. 1981, *supra* note 296 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1987, *supra* note 296 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 1988, *supra* note 296 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 déc. 1998, *supra* note 296 ; Cass. 1^{re} civ., 29 fév. 2012, *supra* note 296 ; Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2012, *supra* note 296 ; Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012, *supra* note 296 ; Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, *supra* note 296 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2017, *supra* note 296 ; etc.

567) 民事責任法の論理に従えば、こうした落ち度を理由に損害賠償の額が減らされることがあるだけである。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 23 mai 1964, n°63-11.004 ; Bull. civ., II, n°395 (夫の一方的有責離婚を肯定した上で妻の態度を考慮することなく妻からの民法典301条2項に基づく損害賠償請求を認容した原審について、損害賠償額の算定に際して妻の態度が考慮されていないとして破棄した事例) ; etc.

568) Cass. civ., 28 juill. 1952, D., 1952, jur., 636 ; RTD civ., 1953, 90, chr., Gaston Lagarde ; S., 1954, 1, 141, note, René Rodière (夫の一方的有責別居を肯定した上で妻の態度が婚姻関係の弛緩に無関係ではなかったとして妻からの民法典旧301条2項に基づく損害賠償請求を棄却した原審が維持された事例) ; CA. Bordeaux, 28 janv. 1957, *supra* note 468 (夫の一方的有責離婚を前提としつつ妻の態度を理由にその同301条2項に基づく損害賠償請求が棄却された事例) ; etc.

いた時代にあつては、離婚に寄与した者は一種のサンクションとして損害賠償を請求する権利を奪われるという説明を与えることが考えられないわけではない。しかし、こうした理由付けは、離婚に対する消極的含意が消滅し、または、少なくともそれが大きく薄れている現代では、妥当性を欠くものである。

他方で、夫婦関係の終局的な変質による離婚の請求を受け自らは離婚を求めなかった者に対して婚姻の解消から生ずる損害の賠償が認められるようになった点は、民事責任法の観点からみると、この損害賠償の支払を義務付けられる者の責任原因、言い換えれば、この損害賠償の基礎それ自体を大きく変容させ、この損害賠償制度の存在意義を否定する契機にもなりうるものである。2004年5月26日の法律による改正前においては、一方的有責離婚を命じられた者のみが婚姻の解消から生ずる損害の賠償を義務付けられていたため、この損害賠償の基礎をその者のフォートに求めることができた⁵⁶⁹⁾。しかし、現在のように、一方的有責離婚を命じられた者のみならず夫婦関係の終局的な変質による離婚を求めた者もこの損害の賠償を義務付けられるようになると、この損害賠償の基礎をこれらの者のフォートに求めることはできなくなる⁵⁷⁰⁾。一部の学説は、相手方がそれを受け入れていない場面で離婚を求めることがフォートになると捉えることで、夫婦関係の終局的な変質による離婚を求めた者に対し

569) 相手方配偶者の一方的有責離婚が認められたケースでは、婚姻から生ずる債務および義務の違反が重大または繰返しのもので、共同生活の維持を耐え難くするものであること、つまり、離婚についてのフォートが明らかにされているため（2004年5月26日の法律による改正前の民法典旧242条を参照）、離婚判決を得た者は、そのフォートを証明することなく、当時の同旧266条に基づく損害賠償を請求することができた。Cf. Guiton, *supra* note 293, n^{os}17 et s., pp.240 et s.

570) Pons, *supra* note 17, n^{os}291 et s., pp.175 et s. et n^o563, p.317 ; Ruffieux, *supra* note 133, n^{os}155 et s., pp.166 et s. ; Claux, *supra* note 453, p.52 ; Mulon, *supra* note 272, n^o23, p.107 ; Pizarro, *supra* note 272, n^{os}394 et s., pp.341 et s. ; etc. また、2004年5月26日の法律による改正前の法状況の下で、共同生活の解消による離婚の請求を受けた者が当時の民法典旧266条に基づき損害賠償を請求することを認めた裁判例（TGI. Toulouse, 6 janv. 1977, *supra* note 287 ; TGI. Bayonne, 31 janv. 1977, *supra* note 559 ; etc.）の存在を前提とした上での記述であるが、Cf. Guiton, *supra* note 293, n^{os}36 et s., pp.244 et s.

て義務付けられる損害賠償の基礎をなおフォートに結び付けようとするが⁵⁷¹⁾、その当否はともかく離婚への権利の存否が問われうるような法状況の下で⁵⁷²⁾、法的に認められている形で夫婦関係の終局的な変質による離婚を申し出ることがフォートに当たると理解することは適切でない⁵⁷³⁾。

そうすると、民法典266条の損害賠償責任にはフォート以外の基礎が与えられなければならない。ところで、2004年5月26日の法律による改正で、夫婦関係の終局的な変質による離婚の請求を受けた者に婚姻の解消から生じた損害の賠償が認められたのは、共同生活の解消による離婚が夫婦関係の終局的な変質による離婚に改められると同時に、いわゆる苛酷条項（同法による改正前の同旧240条）が削除されたことの引換えとして⁵⁷⁴⁾、この者に結果の次元で特別な保護の手段を与える必要があると考えられたことによるとされている⁵⁷⁵⁾。そして、一部の学説は、こうした考慮をより一般化させつつ、この損害賠償を離婚について責めのなかった配偶者に与えられる特別な保護の手段として⁵⁷⁶⁾、または、この損害賠償責任を衡平に基づく責任として、定式化する⁵⁷⁷⁾。しかし、

571) Niboyer, *supra* note 281, n^{os}548 et s., pp.281 et s. また、民法典266条に基づく損害賠償の中に離婚を申し出ることに対する一種のサンクションを読み取るものとして、Larribau-Terneyre, *supra* note 291, Deuxième partie, n^o37, p.10 ; Saulier, *supra* note 353, n^o99, pp.104 et s.

572) Cf. Desnoyer, *supra* note 20, n^o107 et s., pp.143 et s. ; Anne-Claire Aune, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. Anne Leborgne, PUAM., Aix-en-Provence, 2007, n^{os}659 et s., pp.305 et s. ; etc.

573) 2004年5月26日の法律による改正前の法状況の下で、共同生活の解消による離婚の請求を受けた者が当時の民法典旧266条に基づき損害賠償を請求することができないとされていたのも、この離婚を請求した者にはフォートを認めることができないという理由によるものであった。Cf. Massip, *supra* note 293, p.84 ; Id., *supra* note 559, p.1204 ; Guiton, *supra* note 293, n^{os}26 et s., pp.242 et s. ; etc.

574) Sadi, *supra* note 453, n^o11, pp.600 et s. ; etc.

575) 民法典266条が、責任の論理よりも、夫婦関係の終局的な変質による離婚の請求を受けた者および相手方配偶者の一方的有責離婚を得た者が婚姻の解消により置かれることになる結果に着目していることは、同条で損害という単語ではなく結果という言葉が使われていることから明らかにするとされている。Cf. Garrigue, *supra* note 290, n^o448, pp.376 et s. ; Hauser et Saint-Hilaire, *supra* note 453, n^o136, p.62 ; Sadi, *supra* note 453, n^o8, p.597 ; etc.

仮に衡平に基づく責任という考え方を受け入れるとしても、今度は、ここでの衡平が具体的に何を意味するのか、衡平という観点だけで補償給付とは別に損害賠償請求が可能であることを基礎付けることができるのか、実際の裁判例において衡平の観点からみて適切な額の損害賠償が付与されているのか、衡平の観点に基づく特別の救済手段が夫婦関係の終局的な変質を理由とする離婚の請求を受けた者または一方的有責離婚を得た者にしか与えられていないのはなぜかといった疑問が浮かび上がってくる。また、かつての実定法にみられたように、この損害賠償請求の保護対象を配偶者としての身分や地位それ自体として捉えることを前提とするのであればともかく、現在の実定法のように、その保護対象を個人の人格として捉えることを前提とするならば、こうした人格の保護が、離婚の場面においてだけ、しかも、一定の原因を持つ離婚の場面との関連でのみ、衡平の観点に基づき図られている理由も明らかにされなければならない。しかし、これらの問いへの解答は、現在までのところ、全く用意されていない。

以上の実定法の状況を本稿の問題関心に従って整理すると、次のようになる。実定法は、婚姻の解消から生じた損害の賠償を通じて、かつては、夫や妻としての身分や地位それ自体を保護しており、現在では、身分や地位からは切り離された関係に由来する個人としての人格、こうした関係からも切り離された個人の権利や利益、場合によっては、個人の感情等を保護している。また、実定法は、婚姻の解消との関連で生じうる紛争を平和的に解決するため、いわば家族の視点から民事責任法の論理を制約し⁵⁷⁶⁾、請求の時期、主体、内容面で訴権を限定しようとしている。しかし、いずれの制約手法についても、その目的

576) Garrigue, *ibid.* ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°663 et s., pp.443 et s. ; Pizarro, *supra* note 272, n°394 et s., pp.341 et s. ; etc.

577) 用いられている表現は様々であるが、Guiton, *supra* note 293, n°42, pp.245 et s. (ただし、2004年5月26日の法律による改正前の民法典旧266条をフォートに基づかない損害賠償責任を定めた規定として理解することを前提とした記述である) ; Pons, *supra* note 17, n°563, p.317 ; Hugues Fulchiron, *Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ?*, D., 2009, pp.1705 et s. ; Claux, *supra* note 453, p.52 ; etc.

が十分に実現されているとはいえない状況にある。更に、実定法は、特定の形で離婚をされた者または離婚を余儀なくされた者についてだけ、相手方配偶者のフォートの存在に従属させることなく、婚姻の解消から生じた損害の賠償を認めている。しかし、この損害賠償請求の保護対象が身分や地位の保護から切り離され個人の人格に求められている現状において、ほとんどのケースでは補償給付によって財産的な不利益が十分に填補されていることをも併せて考えると、特定の者に対してのみ、民事責任法の論理から切断された特別の保護手段を与えるべき理由は存在しない。その結果、婚姻の解消から生じた損害の賠償を不法行為の一般規定に委ねることを前提に、民法典266条の削除が提案されることになる⁵⁷⁹⁾。

第2に、カップルの関係がコンキュビナージュまたはパクスであった場合について、民法典には、パクスが解消された場合において、当事者がそこから生じた権利および義務の清算を実施し、当事者の同意がないときには、裁判官が解消に伴う財産上の結果につき判断をすること、そして、当事者の一方が他方に対しパクスの解消によって被った損害の賠償を請求することができることを規定した条文が存在する（民法典515-7条10項（2006年6月23日の法律による改正前の同515-7条8項））。これに対して、コンキュナージュの関係が解消された場合に関しては、当事者の一方が他方に対しその解消によって被った損害の賠償を請求することができる旨を規定した条文は存在しない。しかし、判例は、いくつかの法理を生成することを通じて、一定の場面でコンキュビナージュの関係の解消によって生じた不利益の填補が図られうることを認めてきた。また、民法典515-7条10項の規律も、コンキュビナージュの解消によって生じた損害の賠償に関する判例法理、より正確に言えば、以下で述べる諸法

578) Fenouillet, *supra* note 17, n°20, p.6.

579) 視点は様々であるが、Hauser, *supra* note 453, pp.81 et s. ; Rongeat-Oudin, *supra* note 453, pp.12 et s. ; Mulon, *supra* note 272, n°23, p.107 ; Hauser et Saint-Hilaire, *supra* note 453, n°130, p.60 ; Saulier, *supra* note 353, n°99, pp.104 et s. ; etc. また、民法典266条の修正を提案するものとして、Sadi, *supra* note 453, n°12 et s., pp.602 et s. ; etc.

理のうち二つ目の法理の存在を前提として用意されたものである。そこで、以下では、まず、コンキュビナージュの解消によって生じた損害の賠償に関する実定法の展開過程および現状を分析し、次いで、その成果を踏まえながら、パックスの解消によって生じた損害の賠償に関する実定法の状況を検討する。

一点目について、コンキュビナージュの関係が解消され、その関係を解消された側に何らかの損害が発生した場合に、これを填補することを目的として生成された判例法理には、関係成立時における他方当事者の行為についてフォートを認定しこれによって生じた損害の賠償を認めるもの、関係解消時における他方当事者の行為についてフォートを認定しこれによって生じた損害の賠償を認めるもの、および、厳密には民事責任の論理によるものではないが、これら二つの民事責任の法理を補完するものとして、関係を解消した側による義務の引受または約束を認定しこれらから一定の金銭の支払を基礎付けるものがある⁵⁸⁰⁾。実際には、これらの法理のいずれか、または、そのうちの複数が、時

580) これらの法理について、Cf. Paul Esmain, *Le problème de l'union libre*, RTD civ., 1935, n^{os}15 et s., pp.772 et s. ; René Savatier, *L'union libre et la jurisprudence française*, Rev. crit., 1936, pp.413 et s. ; Pierre Guinard, *Les effets juridiques de l'union libre en jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1938, n^{os}45 et s., pp.70 et s. ; Nicole Jeanmart, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, préf. François Rigaux, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1975, pp.210 et s. ; Michèle Muller, *L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources*, D., 1986, chr., pp.328 et s. ; Alain Prothais, *Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux*, JCP, 1990, I, 3440 ; Vich-Y-Llado, supra note 420 ; Id., *La désunion libre*, t.2, préf. Françoise Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, Paris, 2001 ; Adeline Gouttenoire-Cornut, *Responsabilité civile en rupture unilatérale du concubinage*, in, *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé*, Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi, Litec, Paris, 2002, pp.257 et s. ; Pons, supra note 17, n^{os}107 et s., pp.87 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272 ; Olivier Gazeau, Hugues Lemaire et Franck Vancleemput, *Les effets propres à la rupture volontaire du concubinage*, Defrénois, 2015, art. 39145, pp.1673 et s. ; Frédérique Granet-Lambrechts, *Concubinage*, J.-CL., Civil Code, Art. 515-8, Fasc. unique, 2016, n^{os}73 et s., pp.51 et s. ; Jourdain, supra note 9, n^{os}13 et s., pp.6 et s. ; Pizarro, supra note 272, n^{os}23 et s., pp.25 et s. ; etc. また、Cf. Yann Delbrel, *La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIX^e siècle*, RRJ., 2002, pp.1522 et s. ; etc.

代ごとに異なる形で、当事者によって主張され、裁判所によって用いられてきた。

一つ目は、詐害的誘惑の法理、すなわち、関係の成立を取り巻く状況を検討し、その中から当事者の一方にフォートがあったことを認定して、このフォートにより他方に生じた損害の賠償を認める法理である⁵⁸¹⁾。より具体的にいえば、この詐害的誘惑の法理は、当事者の一方が、守るつもりがないにもかかわらず婚姻の約束をする等の詐害的術策を伴う誘惑をしたり⁵⁸²⁾、相手方の年齢や障害等に由来する理解の欠落、経験不足、貧困等につけこんだり、当事者の年齢、経験、財産状況の差や使用関係の存在等に起因して生成された地位を濫用したり、心理的な強制をしたりする等の濫用的な手段を用いて他方との間で親密な関係を形成し、その後この関係を解消した場合において、これらの濫用的手段を用いて婚姻外関係を形成したことがフォートに該当すると評価

581) 厳密に言えば、詐害的誘惑の法理は、現在の視点から捉えた場合のコンキュビナージュに限らず、広く婚姻外関係一般を射程に収めるものであった。古いものが多いため当事者の親密さの程度が明確にされていないことも多いが、以下で引用する判例および裁判例の事案にも、現在の視点から捉えた場合には必ずしもコンキュビナージュとはいえない関係の成立に際して濫用的な手段が用いられたケースも含まれている。

582) 詐害的誘惑の法理は、濫用的手段を用いて婚姻外関係を形成したことについてフォートを認めるものであるから、この法理により損害賠償を基礎付けるためには、濫用的手段が関係の成立に先立って用いられたのでなければならない。例えば、婚姻の約束は、その関係が成立する前にされたものでなければ、詐害的誘惑とは評価されない。この点を明確に示した裁判例として、CA. Grenoble, 18 mars 1864, D., 1865, 2, 21 ; S., 1865, 2, 169 ; CA. Dijon, 20 déc. 1867, D., 1868, 2, 48 ; CA. Orléans, 2 mars 1881, *supra* note 231 ; CA. Nîmes, 29 juin 1887, S., 1887, 2, 216 ; CA. Paris, 14 fév. 1890, *supra* note 235（原審（TC. Avallon, 18 janv. 1888, D., 1891, 2, 309）も同旨である）；CA. Douai, 18 mars 1895, D., 1895, 2, 351 ; TC. Quimper, 30 nov. 1904, Gaz. Pal., 1905, 1, 343 ; TC. Valognes, 26 juill. 1906, RTD civ., 1906, 898, chr., René Demogue ; TC. Seine, 16 nov. 1922, D., 1922, 5, 19 ; Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 33 ; CA. Riom, 20 fév. 1923, Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 625 ; TC. Châteaulin, 17 fév. 1926, Gaz. Pal., 1926, 2, jur., 28 ; TC. Bourg, 25 oct. 1927, *supra* note 235 ; TC. Béthune, 13 déc. 1933, *supra* note 231 ; TC. Moulins, 13 oct. 1942, Gaz. Pal., 1942, 2, jur., 237 ; CA. Lyon, 22 juill. 1947, D., 1948, som., 14 ; etc. また、誘惑的な内容を含む手紙との関連で同旨を説く裁判例として、CA. Amiens, 6 mai 1952, *supra* note 231.

し、その者に対して、この意味でのフォートによって他方に生じた損害の賠償を義務付けるものである^{583, 584, 585)}。この法理においては、関係を解消したこと

583) Cass. civ., 26 juill 1864, *supra* note 267 (年齢、経験、財産状況等の差に起因して生成された優越的地位の濫用。原審 (CA. Caen, 10 juin 1862, *supra* note 267) も同旨である); Cass. req., 17 mai 1870, D., 1871, 1, 52 (婚姻約束); Cass. req., 17 juill. 1911, S., 1911, 1, 440; D., 1915, 1, 52 (同上); Cass. civ., 21 juin 1933, *supra* note 267 (年齢および財産状況の差に起因して生成された優越的地位の濫用、使用人としての立場の利用); Cass. civ., 18 oct. 1950, *supra* note 231 (優越的地位の濫用); Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1953, Bull. civ., I, n°225 (年齢の差に起因して生成された優越的地位の濫用); Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1957, JCP, 1957, II, 10235; D., 1958, jur., 493, note, René Savatier; S., 1958, 269; RTD civ., 1958, 81, chr., Henri et Léon Mazeaud (年齢、経験、社会的状況の差に起因して生成された優越的地位の濫用); Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1959, D., 1959, jur., 61, note, André Rouast; S., 1959, 48; Gaz. Pal., 1959, 1, jur., 118; RTD civ., 1959, 542, chr., Henri et Léon Mazeaud (詐害的術策); Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1961, n°59-11.461; Bull. civ., I, n°258 (事案の詳細は不明); etc. また、Cf. Cass. civ., 3 déc. 1924, D., 1925, 1, 124; S., 1925, 1, 29; Gaz. Pal., 1925, 1, jur., 131 (証拠としての書証の端緒があるとして詐害的誘惑を理由とする損害賠償請求訴権が受理された事例); Cass. civ., 28 mai 1935, Gaz. Pal., 1935, 2, jur., 235 (詐害的術策の有無を検討することなく婚姻約束の不存在だけを理由に女性からの損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例); etc.

下級審の裁判例として、CA. Bordeaux, 23 nov. 1852, S., 1853, 2, 245; D., 1856, 2, 23 (婚姻約束、年齢および経験の差に起因して生成された優越的地位の濫用。原審 (TC. Bordeaux, 19 déc. 1851, S., 1853, 2, 245; D., 1856, 2, 23) も同旨である); CA. Colmar, 31 déc. 1863, D., 1865, 2, 21; S., 1865, 2, 169 (婚姻約束); CA. Toulouse, 28 nov. 1864, S., 1865, 2, 5 (同上); CA. Bordeaux, 14 déc. 1864, S., 1865, 2, 5 (年齢および経験の差に起因して生成された優越的地位の濫用); CA. Rouen, 24 fév. 1865, S., 1866, 2, 5 (年齢の差および被誘惑者の両親との関係に起因して生成された優越的地位の濫用); CA. Metz, 20 avril 1866, S., 1866, 2, 176 (婚姻約束); CA. Nîmes, 2 janv. 1867, S., 1867, 2, 39 (年齢および経験の差に起因して生成された優越的地位の濫用); CA. Dijon, 1^{er} déc. 1868, D., 1868, 2, 248 (原告が12歳で物事を理解することができない状況にあったことの利用、家族関係および社会的関係に由来する優越的地位の濫用); CA. Aix, 21 mai 1874, D., 1876, 2, 85 (使用人としての立場の利用、婚姻約束); CA. Nîme, 21 déc. 1875, D., 1876, 2, 206 (使用人としての立場の利用、年齢の差に起因して生成された優越的地位の濫用); CA. Paris, 14 fév. 1877, D., 1877, 2, 96 (婚姻約束。原審 (TC. Seine, 10 fév. 1876, *supra* note 231) も同旨である); CA. Bourges, 28 mai 1879, D., 1880, 2, 111; S., 1880, 2, 166 (使用人としての立場の利用、年齢および財産状況の差に起因して生成された優越的地位の濫用); TC. Loudun, 8 fév. 1883, Gaz. Pal., 1883, 1, jur., 360 (婚姻約束); CA. Nîmes, 29 juin 1887, *supra* note 582 (同上); CA. Paris, 14 fév. 1890, *supra* note 235 (年齢、

ではなく^{586,587)}、また、単に関係を成立させたことでもなく⁵⁸⁸⁾、詐害的手法により関係を成立させたことが問題に付されている⁵⁸⁹⁾。従って、この考え方を

（前頁からつづき）

財産状況、立場に起因して生成された優越的地位の濫用。原審（TC. Avallon, 18 janv. 1888, supra note 582）も同旨である）；CA. Paris, 16 mars 1892, D., 1893, 2, 541 ; S., 1894, 2, 3（優越的地位の濫用）；CA. Lyon, 30 mai 1895, supra note 231（使用人としての立場の利用）；CA. Nîme, 18 mars 1901, S., 1902, 2, 206 ; Rev. dr. civ., 1902, 898, chr., René Demogue（年齢、身体的能力、知的能力、財産状況、社会的関係の差に起因して生成された優越的地位の濫用）；CA. Alger, 13 fév. 1908, D., 1909, 2, 5 ; S., 1909, 2, 215 ; RTD civ., 1909, 893, chr., René Demogue ; Rev. crit., 1911, 143, chr., Georges Ripert（年齢の差に起因して生成された優越的地位の濫用、使用者の子としての立場の利用）；TC. Seine, 20 déc. 1910, D., 1911, 5, 14（事案の詳細は不明）；CA. Caen, 4 fév. 1914, RTD civ., 1914, 637, chr., Albert Wahl（使用人としての立場の利用）；CA. Paris, 27 juill. 1920, RTD civ., 1921, 225, chr., Eugène Gaudemet ; RTD civ., 1921, 730, chr., René Demogue（詐害的術策）；CA. Nancy, 22 déc. 1921, Gaz. Pal., 1922, 1, jur., 367（同上）；TC. Bordeaux, 12 déc. 1922, D., 1923, 2, 44 ; Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 269（社会的地位の濫用、婚姻約束）；CA. Montpellier, 5 fév. 1923, Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 578（年齢および生活状況の差に起因して生成された優越的地位の濫用、原告の母から寄せられていた信頼の利用）；CA. Poitiers, 12 fév. 1923, Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 579（年齢、知的能力、財産状況の差に起因して生成された優越的地位の濫用、死亡した夫の父という立場の利用）；TC. Seine, 18 fév. 1923, Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 269 ; RTD civ., 1923, 486, chr., René Demogue（医師と看護師という関係の利用、婚姻約束）；CA. Poitiers, 28 mars 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, jur., 226 ; RTD civ., 1927, 629, chr., Eugène Gaudemet ; S., 1929, 2, 1, note, Marcel Garaud（婚姻約束、詐害的術策）；TC. Marseille, 6 avril 1927, Gaz. Pal., 1927. 2. jur., 226（年齢、身体的能力、知的能力、財産状況、社会的関係の差に起因して生成された優越的地位の濫用）；CA. Bordeaux, 8 juin 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, jur., 606（原告が精神障害にり患していたという状況の利用）；CA. Poitiers, 22 mai 1928, S., 1929, 2, 1, note, Marcel Garaud（詐害的術策）；TC. Poitiers, 5 nov. 1928, supra note 267（年齢の差に起因して生成された優越的地位の濫用、使用者としての立場の利用）；CA. Montpellier, 2 juin 1932, supra note 231（年齢および財産状況の差に起因して生成された優越的地位の濫用、使用者としての立場の利用）；CA. Riom, 9 janv. 1934, S., 1934, 2, 137（優越的地位の濫用）；CA. Poitiers, 18 oct. 1937, DH., 1937, jur., 594 ; D., 1938, 2, 13, note, Pierre Voirin（婚姻約束。原告が子を出産した経験を持つことについては、詐害的術策の存否を判断するに際して考慮しなくてよいとされた事例）；TC. Pontivy, 1^{er} mars 1938, Gaz. Pal., 1938, 2, jur., 61（使用人の子としての立場の利用）；TC. Toulon, 9 mars 1948, D., 1948, jur., 221（原告が16歳で物事を理解することができない状況にあったことの利用、婚姻約束）；CA. Poitiers, 16 janv. 1951, D., 1951, jur., 124 ; RTD civ.,

損害賠償の保護対象と結び付けるとすれば、それは、法律上の身分を伴わない関係を自らの自由意思に基づくことなく⁵⁹⁰⁾強制されないことという形で捉え

(前頁からつづき)

1951, 251, chr., Henri et Léon Mazeaud (年齢および経験の差に起因して生成された優越的地位の濫用); etc. また、Cf. CA. Rouen, 6 mai 1905, S., 1906, 2, 263; D., 1908, 2, 246 (詐害的誘惑に係る証拠の提出が認められた事例); etc.

584) 否定例として、Cass. req., 23 avril 1901, D., 1901, 1, 360; S., 1902, 1, 128 (詐害的術策および優越的地位の濫用の不存在); Cass. civ., 2 déc. 1907, Gaz. Pal., 1907, 2, jur., 591; D., 1908, 1, 201, note, P. B.; RTD civ., 1908, 109, chr., Eugène Gaudemet; S., 1909, 1, 553, note, Joseph Hémard (婚姻約束の証明の不存在); Cass. req., 10 fév. 1909, D., 1909, 1, 157; S., 1909, 1, 553, note, Joseph Hémard; Gaz. Pal., 1909, 1, jur., 362; RTD civ., 1909, 376, chr., Eugène Gaudemet (同上); Cass. req., 30 juin 1924, DH., 1924, jur., 543 (年齢の差に起因して生成された優越的地位の濫用および詐害的術策の不存在); Cass. civ., 9 juill. 1935, supra note 231 (婚姻約束、権限濫用、精神的強制の不存在); Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1953, Bull. civ., I, n°210; D., 1953, jur., 596; Gaz. Pal., 1953, 2, jur., 231; JCP, 1954, II, 7976, obs., Paul Esmain; RTD civ., 1954, 84, chr., Henri et Léon Mazeaud (道徳的強制、権限濫用、詐害的誘惑の不存在); Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1955, D., 1955, jur., 736; Gaz. Pal., 1955, 2, jur., 240 (婚姻約束と関係形成との間の関連性の不存在); Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1965, n°64-10.274; Bull. civ., I, n°299 (同上); Cass. 2^{ème} civ., 24 nov. 1976, D., 1977, IR, 99 (詐害的術策の不存在); Cass. 2^{ème} civ., 3 avril 1978, n°77-10.079; Bull. civ., II, n°109 (原告が35歳で十分な経験を有し精神障害にもり患していなかったことを理由に被告による優越的地位の濫用の存在が否定された事例); etc.

下級審の裁判例として、CA. Caen, 24 avril 1850, supra note 268 (年齢、経験、知識の差に起因して生成された優越的地位の濫用の不存在); CA. Grenoble, 18 mars 1864, supra note 582 (婚姻約束の証明の不存在); CA. Paris, 19 janv. 1865, D., 1865, 2, 21; S., 1865, 2, 5 (婚姻約束の証明、および、年齢、経験、地位の差に起因して生成された優越的地位の濫用の不存在); CA. Nancy, 25 fév. 1865, S., 1865, 2, 169 (詐害的術策および優越的地位の濫用の不存在); CA. Rennes, 11 avril 1866, D., 1866, 2, 184 (婚姻約束の証明の不存在); CA. Dijon, 20 déc. 1867, supra note 582 (年齢の差の不存在等を理由とした優越的地位の濫用の否定、関係成立前の婚姻約束の不存在); TC. le Puy-en-Velay, 29 janv. 1869, D., 1869, 3, 12 (原告の26歳という年齢および成熟度等を理由とした被告による優越的地位の濫用等の否定); TC. Navers, 2 janv. 1877, D., 1877, 3, 64 (原告の31歳という年齢等を理由とした被告による優越的地位の濫用等の否定); CA. Orléans, 2 mars 1881, supra note 231 (関係成立前の婚姻約束および詐害的術策の不存在); CA. Bourges, 6 juin 1881, D., 1882, 2, 117; S., 1882, 2, 149 (優越的地位の濫用および婚姻約束の不存在); CA. Amiens, 1^{er} déc. 1881, Gaz. Pal., 1881, 2, jur., 486; D., 1882, 2, 117; S., 1882, 2, 149 (詐害的術策および心理的強制の不存在); CA. Gand, 25 nov.

られる。

しかし、詐欺的誘惑の法理は、実際上は、法律上の身分を伴わない関係を強

（前頁からつづき）

1882, D., 1884, 2, 136（詐欺的術策の不存在）; CA. Douai, 1^{er} mai 1894, D., 1895, 2, 47（同上）; TC. Seine, 26 fév. 1895, Gaz. Pal., 1895, 1, 398（詐欺的術策の不存在。原告の早熟さを理由とする年齢の差の不問）; CA. Douai, 18 mars 1895, supra note 582（詐欺的術策、物理的暴力、および、関係成立前の婚姻約束の不存在、原告の26歳という年齢等を理由とした被告による優越的地位の濫用等の否定）; CA. Grenoble, 2 fév. 1897, D., 1898, 2, 57（婚姻約束および詐欺的術策の不存在）; TC. Seine, 5 fév. 1897, Gaz. Pal., 1897, 1, 245（同上）; TC. Sens, 13 juin 1901, Gaz. Pal., 1901, 2, jur., 488（同上）; TC. Quimper, 30 nov. 1904, supra note 582（詐欺的術策、優越的地位の濫用、関係成立前の婚姻約束の不存在）; TC. Quimper, 15 mars 1905, Gaz. Pal., 1905, 1, jur., 670（詐欺的術策および婚姻約束の証明の不存在）; CA. Paris, 28 mars 1905, supra note 231（詐欺的術策の不存在）; CA. Paris, 10 juin 1905, RTD civ., 1906, 400, chr., René Demogue（同上）; CA. Rouen, 4 nov. 1905, RTD civ., 1906, 158, chr., René Demogue（同上）; CA. Paris, 27 déc. 1905, D., 1906, 2, 239（年齢および財産状況の差の不存在等を理由とした優越的地位の濫用の否定）; TC. Valogne, 26 juill. 1906, supra note 582（関係成立前の婚姻約束の不存在）; CA. Riom, 29 déc. 1909, RTD civ., 1910, 418, chr., Eugène Gaudemet（詐欺的術策の不存在）; CA. Paris, 12 mars 1912, Gaz. Pal., 1912, 1, jur., 584（同上）; TC. Seine, 8 mars 1913, Gaz. Pal., 1913, 1, jur., 643（原告の24歳という年齢および結婚歴等を理由とした被告による優越的地位の濫用の否定、婚姻約束の不存在）; TC. Mayenne, 9 janv. 1914, supra note 231（詐欺的術策の不存在）; CA. Poitiers, 20 janv. 1919, supra note 231（婚姻約束の証明の不存在）; CA. Paris, 17 déc. 1920, D., 1921, 2, 59（詐欺的術策の不存在）; CA. Paris, 25 fév. 1921, supra note 231（状況の差の不存在を理由とした優越的地位の濫用の否定）; TC. Seine, 16 nov. 1922, supra note 582（関係成立前の婚姻約束の不存在）; TC. Fontenay-le-Comte, 31 mai 1922, Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 579（婚姻約束の不存在。CA. Poitiers, 12 fév. 1923, supra note 583の原審）; CA. Riom, 20 fév. 1923, supra note 582（関係成立前の婚姻約束の不存在）; CA. Lyon, 26 oct. 1923, Gaz. Pal., 1924, 1, jur., 78（婚姻約束の証明の不存在）; TC. Nice, 19 nov. 1923, Gaz. Pal., 1924, 1, jur., 185 ; RTD civ., 1924, 346, chr., René Demogue（年齢の差の不存在を理由とした優越的地位の濫用の否定、詐欺的術策の不存在。ただし、この部分は誘惑者の父の責任を否定するための前提としての説示である）; CA. Rennes, 2 fév. 1925, Gaz. Pal., 1925, 1, jur., 570（詐欺的術策の不存在）; TC. Belfort, 13 mars 1925, S., 1925, 2, 121, note, André Roux（年齢や地位の差の不存在を理由とした優越的地位の濫用の否定、心理的強制および婚姻約束の不存在）; TC. Châteaulin, 17 fév. 1926, supra note 582（詐欺的術策および関係成立前の婚姻約束の不存在）; TC. Rouen, 22 mars 1927, Gaz. Pal., 1927, 1, jur., 718（婚姻約束の証明の不存在）; TC. Bourg, 25 oct. 1927, supra note 235（関係成立前の

制されないことという要素を保護の対象としてこなかっただけでなく、今後もしそのようなものとして機能することはないと考えられる。まず、判決文の中で

(前頁からつづき)

婚姻約束の不存在); TC. Mayenne, 8 déc. 1927, *supra* note 231 (詐害的術策の不存在); TC. Seine, 13 janv. 1928, *supra* note 235 (原告の年齢および結婚歴を理由とした被告による優越的地位の濫用の否定、詐害的術策の不存在); TC. Valenciennes, 10 mai 1928, JCP, 1928, 686 (婚姻約束の不存在); CA. Bordeaux, 14 mai 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, 2, jur., 657 (原告の出産歴および人生経験を理由とした被告による優越的地位の濫用の否定、詐害的術策の不存在); TC. Rouen, 19 nov. 1928, *supra* note 231 (婚姻約束の証明、詐害的術策、および、優越的地位の濫用の不存在); CA. Lyon, 20 déc. 1930, *supra* note 231 (詐害的術策の不存在); TC. Carcassonne, 3 mars 1931, *supra* note 231 (詐害的術策の不存在、原告の27歳という年齢および被告の18歳という年齢を理由とした被告による優越的地位の濫用の否定、婚姻約束と関係形成との間の関連性の不存在); CA. Angers, 29 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, 2, jur., 584 (詐害的術策の不存在); CA. Nîmes, 12 déc. 1932, *Gaz. Pal.*, 1933, 1, jur., 454 (同上); TC. Céret, 13 janv. 1933, *DH.*, 1933, jur., 112 (婚姻約束の証明の不存在); TC. Bourg, 21 nov. 1933, *supra* note 267 (婚姻約束および詐害的術策の不存在。原告の18歳という年齢および被告の28歳という年齢に起因する知力や経験の差の不考慮); TC. Béthune, 13 déc. 1933, *supra* note 231 (関係成立前の婚姻約束および詐害的術策の不存在); TC. Rochefort-sur-Mer, 17 avril 1934, *Gaz. Pal.*, 1934, 2, jur., 101 (詐害的術策および精神的強制の不存在); CA. Nîmes, 25 juin 1934, *supra* note 231 (詐害的術策の不存在); CA. Montpellier, 22 oct. 1934, *Gaz. Pal.*, 1934, 2, jur., 882 (婚姻約束の不存在、原告の23歳という年齢および被告の18歳という年齢を理由とした被告による優越的地位の濫用の否定); CA. Angers, 19 nov. 1935, *DH.*, 1936, jur., 75 (詐害的術策、優越的地位の濫用、および、精神的強制の不存在); CA. Chambéry, 25 mai 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 439 (物理的および精神的強制、婚姻約束、および、詐害的術策の不存在); TC. Moulins, 13 oct. 1942, *supra* note 582 (関係成立前の婚姻約束の不存在); TC. Chartres, 6 juin 1945, *supra* note 268 (婚姻約束および優越的地位の濫用の不存在); TC. Saumur, 17 avril 1947, *supra* note 231 (詐害的術策の不存在); CA. Lyon, 22 juill. 1947, *supra* note 582 (関係成立前の婚姻約束の不存在); TC. Lille, 10 mars 1948, *D.*, 1948, jur., 287 (原告による被告の状況の認識、使用者としての立場の利用の不問); TC. Trévoux, 13 déc. 1949, *supra* note 231 (婚姻約束の証明の不存在); CA. Amiens, 6 mai 1952, *supra* note 231 (関係成立前の詐害的術策の不存在); TC. Seine, 27 mai 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, 2, 215 (詐害的術策および精神的強制の不存在); CA. Paris, 14 déc. 1962, JCP, 1963, II, 13041, obs., R. B (婚姻約束と関係形成との間の関連性の不存在); CA. Paris, 12 mai 1977, *supra* note 267 (詐害的術策および婚姻約束の証明の不存在); etc. また、Cf. TC. Aix, 11 août 1873, *D.*, 1876, 2, 85 (詐害的誘惑の存在を認めつつ、裁判所は損害賠償請求を認容することに謙抑的でなければならぬとして、

賠償されるべき損害の内容が明確に示されたものとみると、過去の裁判例では、関係の成立それ自体によって生じた不利益ではなく、女性がその相手方との間

（前頁からつづき）

女性からの損害賠償請求が否定された事例。CA. Aix, 21 mai 1874, *supra* note 583 の原審); etc.

585) 誘惑者が未成年であった場合には、その父母は、民法典 1242 条 4 項（同旧 1384 条 4 項）に基づき、その子が許害的誘惑により生じさせた損害について賠償を義務付けられる。Ex. CA. Toulouse, 28 nov. 1864, *supra* note 583 ; CA. Bourges, 6 juin 1881, *supra* note 584（ただし、許害的誘惑の存在が否定された結果、誘惑者の父母の責任も否定された事例である）; TC. Seine, 5 fév. 1897, *supra* note 584（ただし、同上）; TC. Nice, 19 nov. 1923, *supra* note 584（ただし、同上）; TC. Pontivy, 1^{er} mars 1938, *supra* note 583 ; etc.

また、民法典 1242 条 4 項に基づく父母の責任が成立しない場合であっても、その父母は、監督義務違反を理由に、同 1240 条に基づいて損害賠償の支払を義務付けられることがある。Cf. Cass. req., 10 fév. 1936, DH., 1936, jur., 180 ; S., 1936, 1, 141 ; RTD civ., 1936, 474, chr., René Demogue（ただし、未成年の子について不法行為の成立が肯定されているため、同 1242 条 4 項の責任を問題にすれば十分であった事案である）; TC. Seine, 5 fév. 1897, *supra* note 584（ただし、未成年の子について不法行為の成立が否定されているため、この理解によると、父母は未成年の子の違法でない行為について監督を義務付けられることになってしまう）; CA. Alger, 13 fév. 1908, *supra* note 583（ただし、未成年の子について不法行為の成立が肯定されているため、同 1242 条 4 項の責任を問題にすれば十分であった事案である）; etc.

586) 許害的誘惑の法理が関係の解消の側面と関わりを持たないことは、関係の解消に関わる行為態様がフォートの評価対象から外されていることに現れている。例えば、Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1957, *supra* note 583 は、許害的誘惑を基礎付ける事実に加えて、理由なく関係を解消したという事実から、男性側のフォートを認定し、女性からの損害賠償請求を認容した原審（CA. Paris, 5 fév. 1954, Gaz. Pal., 1954, 2, 22 ; D., 1955, jur., 865）について、解消を取り巻く状況との関連で示された理由付けは余分であるが、この部分を捨象すれば、その判断は法律上正当化されていると判示した。

587) ここから、被誘惑者が誘惑者から関係を解消された後に別の者と結婚したとしても、そのことは誘惑者の責任の成否および範囲に影響を及ぼさないという帰結が導かれる。Cf. CA. Paris, 27 juill. 1920, *supra* note 583 ; CA. Montpellier, 5 fév. 1923, *supra* note 583 ; CA. Amiens, 5 janv. 1949, *supra* note 267 ; etc.

588) これに対して、一部の裁判例は、関係成立時における許害的誘惑の存在を要求することなく、一方（典型的には男性）が他方（典型的には女性）との間で親密な関係を成立させたこと（および、男性が女性との間で子をもうけたこと）それ自体の中にフォートを求

で子をもうけ⁵⁹¹⁾ 関係解消に伴いその後1人でその子を養育しなければならなくなったことや、資力のない状態で捨てられたこと⁵⁹²⁾等、関係の解消によっ

(前頁からつづき)

めていた (Ex. TC. Gray, 5 juin 1902, Rev. dr. civ., 1903, 651, chr., René Demogue (詐欺的誘惑の存在を否定しつつ男性が女性と親密な関係を持ち女性を妊娠させたことがフォートに該当するとしてこれによって女性に生じた損害の賠償が認められた事例); CA. Poitiers, 29 oct. 1928, Gaz. Pal., 1928, 2, jur., 806; D., 1929, 2, 19, note, Pierre Voirin; S., 1929, 2, 1, note, Marcel Garaud (詐欺的誘惑の存在を否定しつつ男性が女性との間で親密な関係を築いたことがフォートに該当するとしてこれによって女性に生じた損害の賠償が認められた事例); TC. Privas, 28 fév. 1952, supra note 231 (詐欺的誘惑の存在を否定しつつほかの女性と結婚している男性が婚姻外で別の女性との間で親密な関係を築いたことが当該女性との共通フォートに該当するとして、これによって当該女性に生じた子の誕生および養育という損害の賠償が一部認められた事例); etc. また、詐欺的誘惑の存在が証明されているため傍論ではあるが、Cf. TC. Marseille, 6 avril 1927, supra note 583 (同上); etc. 更に、詐欺的誘惑の存在を明確にすることなく損害賠償請求を認容した裁判例として、CA. Amiens, 5 janv. 1949, supra note 267; etc.)。しかし、注(590)で引用する判例および裁判例が示しているように、詐欺的誘惑が存在しなければ、その関係は相互の同意に基づいて形成されたものにすぎないため、関係を築いたことそれ自体の中にフォートを認めることはできない(ただし、一方が他方を連れ去り生活をともにする行為が刑法上の犯罪(例えば、未成年者の誘拐罪等)を構成する場合は別である。Ex. CA. Rouen, 13 fév. 1904, D., 1905, 2, 229; etc.)。

589) 初期には、濫用的手段を用いて婚姻外関係を形成したことに加え、その関係を解消したことがフォートに該当すると理解しているようにみえる判例も存在した (Ex. Cass. req., 24 mars 1845, D., 1845, 1, 177; S., 1845, 1, 539; etc.)。しかし、単なる関係の解消にフォートの契機を求めてしまうと、コンキュビナージュの関係における解消の自由が実質的に害されることになる。その後の判例が関係の成立の場面だけを問題にするようになったのは、そのためである。

590) 詐欺的誘惑が存在しなければ、その関係は、相互の自由意思、同意、愛情に基づき形成されたものにすぎなくなるため、一方は、他方に対して、関係が成立したことによって被った損害の賠償を求めることもできなくなる。用いられている表現は様々であるが、Cf. Cass. req., 30 juin 1924, supra note 584; CA. Nancy, 25 fév. 1865, supra note 584; TC. Aix, 11 août 1873, supra note 584; TC. Navers, 2 janv. 1877, supra note 584; CA. Bourges, 6 juin 1881, supra note 584; TC. Seine, 26 fév. 1895, supra note 584; TC. Seine, 5 fév. 1897, supra note 584; TC. Mayenne, 9 janv. 1914, supra note 231; CA. Paris, 25 fév. 1921, supra note 231; TC. Seine, 16 nov. 1922, supra note 582; CA. Lyon, 26 oct. 1923, supra note 584; TC. Belfort, 13 mars 1925, supra note 584; TC. Châteaulin, 17 fév. 1926, supra note 582; CA. Angers, 29 juin

て生じた不利益が賠償されるべき損害として取り上げられていた⁵⁹³⁾。そのため、本来であれば考慮されるべき関係の成立によって生じた不利益が賠償の対象になる損害として想定されず、かつ、詐害的誘惑と因果関係を持たないため

（前頁からつづき）

1932, supra note 584 ; CA. Nîmes, 25 juin 1934, supra note 231 ; CA. Angers, 19 nov. 1935, supra note 584 ; CA. Chambéry, 25 mai 1936, supra note 584 ; TC. Saumur, 17 avril 1947, supra note 231 ; etc. また、この点を強調する学説として、René Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ., Paris, 1937, n°71, p.127 ; Id., supra note 267, p.1 ; Guinard, supra note 580, n°47 et s., pp.74 et s. ; etc.

591) 一部の裁判例は、賠償されるべき損害の中身について、被誘惑者が子を妊娠および出産し、その結果、公衆の嘲笑に曝され、評判を毀損されたこととして捉えていた (Ex. Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1959, supra note 583 ; CA. Nîme, 18 mars 1901, supra note 583 ; TC. Seine, 16 nov. 1922, supra note 582 (ただし、詐害的誘惑の存在が否定されているためこの部分は傍論である) ; etc. また、CA. Rouen, 13 fév. 1904, supra note 588 ; etc. 更に、この考え方を明確に説くものとして、Ex. Givord, supra note 281, n°34, pp.60 et s. ; etc.)。しかし、当時の社会状況の下では未婚の状態ですを出産することそれ自体が消極的な評価の対象になったとしても (Cf. Savatier, supra note 267, p.2)、本人がそれを望み、相手方から財産的な支援を受けている場合にまで、その者に損害が発生したということとはできない。従って、上記の裁判例においても、関係を解消されたことに関わる要素が暗黙の裡に損害の中に取り込まれていたとみるべきである。

592) この要素が賠償されるべき損害に含まれることを強調するものとして、Ex. Gabriel Marty, Note sous Cass. crim., 28 fév. 1930, S., 1931, 1, pp.150 et s. ; etc.

593) CA. Caen, 24 avril 1850, supra note 268 (関係の解消により名誉および将来への希望が害されたこと。ただし、否定例である) ; CA. Caen, 10 juin 1862, supra note 267 (関係の解消により将来への希望を奪われたこと、職業を失ったこと、6人の子を1人で養育しなければならなくなったこと) ; CA. Metz, 20 avril 1866, supra note 583 (関係の解消により健康状態、地位、名誉、評判が悪化したこと) ; CA. Aix, 21 mai 1874, supra note 583 (関係の解消により悲劇的な結果が生じたこと) ; CA. Nîme, 21 déc. 1875, supra note 583 (関係の解消により将来が危険に曝されたこと) ; CA. Paris, 27 juill. 1920, supra note 583 (子の誕生で不利な結婚をせざるをえなくなったこと、関係の解消により子の養育を引き受けなければならなくなったこと) ; TC. Bordeaux, 12 déc. 1922, supra note 583 (元夫との離婚の契機となったこと、財産のない状態で捨てられたこと) ; CA. Poitiers, 28 mars 1927, supra note 583 (妊娠および出産の後に捨てられたこと) ; TC. Poitiers, 5 nov. 1928, supra note 267 (関係の解消により1人で子を養育しなければならなくなったこと) ; Cass. civ., 21 juin 1933, supra note 267 (同上) ; CA. Amiens, 5 janv. 1949, supra note 267 (同上) ; etc.

本来であれば取り上げられるべきではない関係の解消によって生じた不利益が賠償の対象になる損害として観念されている⁵⁹⁴⁾という二つの点で、責任原因と損害との間の関連性が歪められていた。このことは、予期せぬ関係の解消によって一方が被る不利益を填補するために詐害的誘惑の法理が仮託的に用いられたにすぎないことを示している⁵⁹⁵⁾。実際、詐害的誘惑の法理は、関係解消時におけるフォートを問題にする二つ目の法理が十分に展開していなかった19世紀から20世紀前半にかけては頻繁に用いられたが、二つ目の法理が定着した20世紀後半以降においてはほとんどみられなくなっている⁵⁹⁶⁾。次に、仮に詐害的誘惑の法理から導かれる論理的な帰結を受け入れるとしても、現在では、損害賠償の基礎を濫用的な手段によって婚姻外の関係を形成したことに求めたり⁵⁹⁷⁾、損害賠償の保護対象を法律上の身分を伴わない関係を強制されないことに求めたりすることは困難である。婚姻外の関係に消極的な評価が与えられていた時代であればともかく、それが一般的に受け入れられている現状においては、婚姻外の関係の形成という要素を否定的に捉え、それを損害賠償の基礎や保護対象の中に取り込むことはできないからである。従って、現時点で詐害的誘惑の法理がそのままの形で機能することはない。もっとも、詐害的誘惑の法理の基礎にある発想それ自体は、なお一定の意味を持ちうる。詐害的誘惑

594) Cf. Nast, *infra* note 600, p.42 ; Muller, *supra* note 580, n°9, p.330 ; Prothais, *supra* note 580, n°15, p.6 ; Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 296, n°573, pp.486 et s. ; Vich-Y-Llado, *supra* note 420, pp.252 et s. ; Id., *supra* note 580, pp.41 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°328, p.203 ; etc.

595) 詐害的誘惑の法理においては、實際上、関係を解消したことに関わるフォートが問われているとも評されている。Jeanmart, *supra* note 580, pp.232 et s. ; Muller, *supra* note 580, n°10 et s., pp.330 et s. ; Hauser et Huet-Weiller, *ibid.* ; etc.

596) Cf. Gouttenoire-Cornut, *supra* note 580, pp.259 et s. ; Pons, *supra* note 17, n°202 et s., pp.128 et s. ; etc.

597) 恋愛関係のあり方の変化や性教育の充実等により、詐害的誘惑と評価されるような行為が減少し、かつ、その相手方も当該行為の意味を十分に理解しそのリスクを引き受けるようになっていることを理由に、詐害的誘惑の法理がほとんど用いられなくなっていることを指摘するものとして、Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°602 et s., pp.399 et s.

惑の法理から、婚姻外の関係の形成という側面が取り払われれば、つまり、法律上の身分や地位との関連における思考が排除されれば、この法理は、単に自らの意思に反する形で関係を強制されないこと、言い換えれば、個人の自由や人格それ自体を保護の対象とするものとして再構成されることになるからである⁵⁹⁸⁾。

二つ目は、関係の解消を取り巻く状況を検討し、その中から当事者の一方にフォートがあったことを認定して、このフォートにより他方に生じた損害の賠償を認める法理である。

20世紀前半における多くの判例および裁判例は、コンキュビナージュが本質的に一時的かつ不安定な関係であること、その背景として、当事者には関係を解消する自由があることを理由に⁵⁹⁹⁾、一つ目の法理が適用されない場合には、その解消を理由とする損害賠償請求は認められないとの判断を示し^{600,601)}、当時の学説の支持を得ていた⁶⁰²⁾。これらにおいては、およそコンキュビナージュ

598) CA. Pau, 16 déc. 2013, JCP, 2014, 503, obs., Anne Etienney-De Sainte Marie は、Y がほかの男性 A と婚姻関係にあったにもかかわらず、自己の家族や財産の状況を秘匿する等の駆け引きを用いて X との間で親密な関係を持ち、子 B を妊娠および出産した後に、B が A から自己の子であることを否認されたため、X に対し、A を代理して、父子関係の成立および扶養等の支払を求める一方で、X が、反訴を提起し、Y に対して損害賠償の支払を求めたという事案で、Y の本訴請求を認容するとともに、X の反訴請求についても、Y による上記の駆け引きがフォートに該当し、そこから X には精神的損害が発生していると判示し、2000 ユーロの限度でこれを認容した。この裁判例には、再構成された形での許害的誘惑の法理の一端が看取される。ただし、この裁判例は、傍論ではあるが、一方が他方に対して当該関係から妊娠が生じないことを偽って保証していたというような事情があれば、同意に基づく性的関係から子が誕生したことも賠償されるべき損害に該当する可能性がある」と判示しており、この点で問題を孕んでいる。

599) もっとも、解消の自由を過度に強調して関係を解消した側の損害賠償責任を否定する考え方に対しては、関係を解消した者に損害賠償責任を課し、責任を伴わない解消の自由というコンキュビナージュの利点を消滅させることを通じて、コンキュビナージュの関係を婚姻関係へと移行させるべきであるとの観点から、批判を提起する見解もあった。Ex. Paul Esmain, *L'union libre*, DH., 1935, chr., pp.49 et s. ; Id., *supra* note 580, n°15 et s., pp.772 et s. ; etc.

ジュの当事者としての地位はすべて、その関係の一時性や不安定性のために、損害賠償請求の保護対象に含まれないという理解の仕方が示されている⁶⁰³⁾。ところで、この点との関連では、この場面においては、コンキュビナージュの当事者の一方が何らかの不法行為により死亡した場合に他方がその加害者に対して損害賠償を請求する場面、つまり、「家族としての保護」の場面とは異なり⁶⁰⁴⁾、コンキュビナージュの当事者としての地位が損害賠償の保護対象に含まれないという見方を導くために、コンキュビナージュが法の外にある関係であること、または、それが婚姻秩序や良俗に反する違法な関係であること等といった根拠がほとんど用いられていなかったことが⁶⁰⁵⁾、注目される。コンキュビナージュの関係の違法な性格に着目した根拠付けによれば、婚姻およびコンキュビナージュに対する意識の変化を背景にコンキュビナージュの関係が違法な結合ではないとの評価を受けるに至れば、その当事者の地位も関係の解消を理由とする損害賠償の保護対象に含まれることになるのに対し、コンキュビ

600) Cass. civ., 9 juill. 1935, *supra* note 281 ; Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1953, *supra* note 584 ; etc. のほか、CA. Lyon, 18 janv. 1929, D., 1929, 2, 37 ; CA. Paris, 8 fév. 1930, DH., 1930, jur., 233 ; CA. Aix, 28 déc. 1933, Gaz. Pal., 1934, 2, jur., 83 ; JCP., 1934, 382, obs., H. M. ; D., 1935, 2, 41, Marcel Nast ; TC. Seine, 4 mars 1935, Gaz. Pal., 1935, 1, jur., 811 ; CA. Angers, 19 nov. 1935, *supra* note 584 ; CA. Chambéry, 25 mai 1936, *supra* note 584 ; TC. Nantua, 21 juin 1951, D., 1952, som., 28 ; TC. Seine, 27 mai 1958, *supra* note 584 ; etc.

601) また、同様の結論を導くに際して、解消自由の裏返しである解消された側による解消のリスクの引受という視点を強調する裁判例もあった。TC. Seine, 8 mai 1950, D., 1950, jur., 554 ; CA. Paris, 7 oct. 1954, D., 1955, jur., 100 ; RTD civ., 1955, chr., Henri et Léon Mazeaud ; etc.

602) この点を明確に説くものとして、Voinet, *supra* note 588, p.21 ; Nast, *supra* note 600, p.41 ; Guinard, *supra* note 580, n^{os} 47 et s., pp.74 et s. ; Henri Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1951, n^o728, p.495 ; Mazeaud, *infra* note 608, p.86 ; H. et L. Mazeaud, *infra* note 608, pp.215 et s. ; etc.

603) 関係を解消された側に賠償されるべき損害が存在しないことを説くものとして、Nast, *supra* note 600, pp.42 et s. ; etc.

604) この点については、拙稿・前掲注(3)「家族の保護(1)」191頁以下を参照。

605) こうした根拠を用いる裁判例 (Ex. TC. Rouen, 22 mars 1927, *supra* note 584 ; etc.) や学説 (Ex. Guinard, *supra* note 580, n^o50, pp.79 et s. ; Mazeaud, *infra* note 608, p.86 ; etc.) が存在しなかったわけではないが、ごく少数であった。

ナーズの関係の一時性や不安定性だけに着目した根拠付けによれば、それが上記の評価を受けた後であったとしても、その当事者としての地位それ自体が関係の解消を理由とする損害賠償の保護対象に含まれることはないからである。実際、実定法は、コンキュビナーズの関係が社会的に受容された後、更には、その定義が立法の中に取り込まれた後であっても（民法典515-8条）、今日に至るまで、コンキュビナーズの関係が事実上の結合で、解消の自由を前提としており⁶⁰⁶⁾、当事者の一方が関係を解消したとしても⁶⁰⁷⁾、それだけでフォートが肯定されることはないという理解を出発点とする考え方を放棄していない⁶⁰⁸⁾。そして、このことは、多くの学説によって支持されている⁶⁰⁹⁾。

606) ただし、コンキュビナーズ関係を解消する自由の基礎付け方については、変遷があった。初期には、この関係の解消が違法な状態から離脱する方向性に作用することが強調されていたが、現在では、それが当事者の意思に基づくものであることが重視されている。この点については、Cf. Muller, *supra* note 600, n°6, p.329 ; Vich-Y-Llado, *supra* note 420, pp.43 et s. ; etc.

607) また、当事者の一方がその生前に自己の死後における他方の状況に配慮した措置を講じなかったことも、フォートではない。Cf. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1957, *supra* note 232.

608) 注(600)で引用した判例および裁判例のほか、Cass. civ., 11 mars 1936, *supra* note 233 ; Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 1960, Bull. civ., I, n°117 ; D., 1960, som., 61 ; Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 1962, n°61-10.122 ; Bull. civ., I, n°385 ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1964, n°63-10.528 ; Bull. civ., I, n°123 ; Gaz. Pal., 1964, 2, jur., 83 ; RTD civ., 1964, 707, chr., Henri Desbois ; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1976, n°75-13.535 ; Bull. civ., I, n°248 ; Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1977, n°75-12.386 ; Bull. civ., I, n°449 ; Gaz. Pal., 1978, 1, som., 69 ; Gaz. Pal., 1978, 2, jur., 345, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1978, n°76-11.589 ; Bull. civ., I, n°39 ; Gaz. Pal., 1978, 1, som., 145 ; Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, n°90-20.367 ; Bull. civ., I, n°204 ; D., 1992, IR., 221 ; JCP, 1992, IV, 2509 ; Gaz. Pal., 1992, 2, pan., 246 ; RTD civ., 1992, 747, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 1992, art. 35395, 1436, note, Jacques Massip ; RCA, oct. 1992, com., 343 ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Paris, 4 janv. 1952, D., 1952, jur., 112, note, G. H. ; S., 1952, 2, 85, note, Henri Mazeaud ; JCP, 1952, II, 6842, obs., Paul Esmain ; Gaz. Pal., 1952, 1, jur., 167 ; RTD civ., 1952, 214, chr., Henri et Léon Mazeaud ; CA. Lyon, 18 déc. 1973, D., 1974, som., 73 ; RTD civ., 1974, 603, chr., Georges Durry ; CA. Paris, 27 fév. 1979, D., 1979, IR., 508, obs., Didier Martin ; CA. Paris, 16 nov. 1999, Dr. fam., mai 2000, com., 56, note, Hervé Lécuyer ; CA. Bordeaux, 4 janv. 2000, *supra* note 449 ; CA. Orléans, 25 avril 2000, Dr. fam., nov. 2000, com., 125, note, Hervé Lécuyer ; CA. Rouen, 29 janv. 2003, *supra* note 437 ; etc.

しかし、20世紀中頃以降になると⁶¹⁰⁾、判例および裁判例は、こうした出発点を維持しつつも、関係を解消した側に関係の解消それ自体とは区別されるフォートが認められるときは、関係を解消された側は、そのフォートによって生じた損害の賠償を求めることができるという内容の法律論を示すようになった^{611, 612)}。ところで、これらの判例および裁判例は、これ以上の一般論を提示

609) Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 296, n°570 et s., pp.484 et s. ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et Leveneur, *supra* note 250, n°708, p.46 ; Cornu, *supra* note 250, La famille, n°48, pp.92 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°328, pp.202 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n°468, p.345 ; Jourdain, *supra* note 9, n°19, pp.7 et s. ; etc.

610) 20世紀の前半においても、コンキュビナージュの関係を解消を理由とする損害賠償請求を認容する裁判例はあったが、どのようなフォートが想定されているのかは明確でなかった。Ex. TC. Seine, 27 déc. 1904, RTD civ., 1905, 329, chr., René Demogue ; CA. Lyon, 20 déc. 1930, *supra* note 231 ; TC. Marseille, 28 oct. 1932, *supra* note 231 ; TC. Dax, 7 fév. 1935, *supra* note 267 ; etc.

611) この点を明確に判示した判例として、Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 1960, *supra* note 608 (関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことを基礎付けることなく損害が発生したというだけで関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例) ; Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 1962, *supra* note 608 (関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことが証明されていないとして関係を解消された側からの損害賠償請求を棄却した原審が維持された事例) ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1964, *supra* note 608 (同上) ; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1976, *supra* note 608 (関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことを理由に関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審が維持された事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 24 nov. 1976, *supra* note 584 (関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことが証明されていないとして関係を解消された側からの損害賠償請求を棄却した原審が維持された事例) ; Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1977, *supra* note 608 (関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことを理由に関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審が維持された事例) ; Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, *supra* note 608 (関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在しないにもかかわらず関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例) ; Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 1995, n°93-12.863 ; RCA., avril 1995, com., 119 (関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことが証明されていないとして関係を解消された側からの損害賠償請求を棄却した原審が維持された事例) ; Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1998, n°96-10.581 ; JCP., 1998, I, 151, chr., Hubert Bosse-Platière ; RTD civ., 1998, 884, chr., Jean

することなく⁶¹³⁾、事実関係の評価を行い、関係の解消それ自体とは区別されるフォートの存在を肯定したり、否定したりしているため、このフォートの判

（前頁からつづき）

Hauser ; Defrénois, 1998, art. 36895, 1385, note, Jacques Massip ; Dr. fam., juin 1998, com., 81, note, Hervé Lécuyer ; PA., 17 fév. 1999, 10, note, Jacques Massip（関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことを理由に関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審が維持された事例）; etc. また, Cass. civ., 11 mars 1936, supra note 233 は、詐欺的誘惑および関係の解消における責任原因行為の存在が証明されていないとの理由で関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審を破棄しており、上記の諸判例の端緒になったものとして位置付けられる（これに対して, Mazeaud, supra note 608, p.86 ; H. et L. Mazeaud, supra note 608, p.215 は、この判決がいう関係の解消における責任原因を暴力や脅迫として理解する）。

下級審の裁判例として, CA. Paris, 4 janv. 1952, supra note 608（ただし、関係を解消された側からの損害賠償請求を認めるためには関係を解消した側に一定の重大なフォートが存在することが必要であるとされた事例である）; CA. Lyon, 18 déc. 1973, supra note 608（関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことが証明されていないとして関係を解消された側からの損害賠償請求が棄却された事例）; CA. Paris, 27 fév. 1979, supra note 608（同上）; CA. Paris, 16 nov. 1999, supra note 608（関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことを理由に関係を解消された側からの損害賠償請求が認容された事例）; CA. Bordeaux, 4 janv. 2000, supra note 608（同上）; CA. Orléans, 25 avril 2000, supra note 608（関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことが証明されていないとして関係を解消された側からの損害賠償請求が棄却された事例）; CA. Rouen, 29 janv. 2003, supra note 437（関係を解消した側に関係の解消それ自体から区別されるフォートが存在したことを理由に関係を解消された側からの損害賠償請求が認容された事例）; etc.

612) このことも、多くの学説により支持されている。Colombet, supra note 250, n°71, p.101 ; Cornu, supra note 250, La famille, n°48, pp.92 et s. ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°328, pp.202 et s. ; Bénabent, supra note 264, n°468, p.345 ; Gazeau, Lemaire et Vancleemput, supra note 580, p.1677 ; Jourdain, supra note 9, n°20 et s., p.8 et s. ; etc.

613) 判決文の中で一般論を示していないものの、同様の理解を基礎に据えているものとみられる判例として, Ex. Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1964, Bull. civ., I, n°474 ; JCP, 1964, II, 14149, obs., M. J.（関係を解消した側にフォートが存在したことを基礎付けることなく関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例）; Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, n°70-11.056 ; Bull. civ., I, n°163（関係を解消した側にフォートが存在したことが証明されていないとして関係を解消された側からの損害賠償請求を棄却した原審が維持された事例）;

断の仕方を統一的に把握することには困難が伴う。もっとも、損害賠償の保護対象という本稿の問題意識を踏まえながら、個々の判例および裁判例における事実の取り上げ方を丁寧に分析していくと、フォートの判断の仕方に関しては、以下の二つの考え方を抽出することができる^{614, 615)}。その結果、実定法では、この損害賠償において二つの異なる保護対象が想定されていることも明らかになる⁶¹⁶⁾。

まず、コンキュビナージュの関係が続いた期間、当事者の年齢、職業や財産の状況、子の有無等を考慮した上で^{617, 618)}、当該事案における関係解消のプロセス、特に、その粗暴性や乱雑性を評価し、関係を解消した側に関係の解消そ

(前頁からつづき)

Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1978, *supra* note 608 (関係を解消した側にフォートが存在したことを基礎付けることなく損害の発生だけで関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例); Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1984, n°83-12.665; Bull. civ., I, n°250; Defrénois, 1985, art. 33581, 1005, note, Jaques Massip (関係を解消した側にフォートが存在したことを理由に関係を解消された側からの損害賠償請求を認容した原審が維持された事例); Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 2006, n°04-11.016; JCP, 2006, I, 199, chr., Hubert Bosse-Platière; Defrénois, 2006, art. 38415, 1056, note, Jacques Massip; Dr. fam., 4 avril 2006, com., 85, note, Verginie Larribau-Terneyre; AJ fam., mars 2006, 111, obs., François Chénédé (同上); Cass. 1^{re} civ., 2 avril 2008, *supra* note 449 (同上); Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2008, n°07-14.628; Defrénois, 2008, art. 38871, 2420, note, Jacques Massip; D., 2010, 735, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau (婚姻義務の違反に相当するようなフォートが存在しないことを理由に関係を解消された側からの損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例); etc.

614) 二つの判断の仕方が明確に示されているわけではないが、以下の整理について、Cf. Pons, *supra* note 17, n°202 et s., pp.128 et s. (ただし、一つ目の捉え方が二つ目の捉え方の中に組み込まれているようにみえる); Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°606 et s., pp.402 et s.; Ruffieux, *supra* note 133, n°217 et s., pp.222 et s. et n°313 et s., pp.303 et s.; Granet-Lambrechts, *supra* note 580, n°77, pp.53 et s.; Pizarro, *supra* note 272, n°232 et s., pp.195 et s.; etc.

615) 以下の本文での分析によれば、関係の解消それ自体とは区別されるフォートと関係の解消それ自体とを明確に区別することはできないため、前者を肯定することは後者につきフォートを否定することと整合しないという内容の批判 (Prothais, *supra* note 580, n°15, p.6) は、受け入れられない。

616) ただし、裁判例の中には、二つの異なるフォート、従って、二つの異なる損害賠償の保護対象のいずれをも想定しているようにみえるものが存在する。

れ自体とは区別されるフォートの存在を認める判例および裁判例がある⁶¹⁹⁾。こうした判例および裁判例は、20世紀後半から現在に至るまで存在し、その主流を形成している。このように関係解消のプロセスに着目する考え方においては⁶²⁰⁾、コンキュビナージュの関係を解消したことそれ自体ではなく、その関係の解消という自己決定の領域に属する事柄が相手方の人格等を尊重しつつ誠実さを持って行われなかったことが問題に付されている。その意味で、この考え方は、個人間の関係を踏まえた誠実や相互的尊重の観点をコンキュビナー

617) これらの事情を重視するものとして、Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 296, n°573, pp.487 et s.; Gazeau, Lemaire et Vancleemput, *supra* note 580, p.1678; etc.

618) 本文で述べた諸事情は、関係解消時に求められる誠実さの程度を評価するための指標にすぎない。これらの事情が存在した、または、それが存在しなかったというだけでは、関係を解消した側にフォートを認めたり、または、それを否定したりすることはできない。CA. Paris, 16 nov. 1999, *supra* note 608は、当事者の間に子がいなかったこと、当事者がともに職を有していたことから、関係を解消した側にフォートは存在しなかったという結論を導いているが、不適切である（Lécuyer, *supra* note 608, Note sous CA. Paris, 16 nov. 1999, pp.3 et s.）。

619) Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1976, *supra* note 608（コンキュビースの妊娠が明らかになってから数週間後にコンキュバンがコンキュビースに財産的および精神的な支援を提供することなく関係を解消したことについてフォートが肯定された事例）; Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1984, *supra* note 613（コンキュビースが子を出産した後にコンキュバンがコンキュビースに財産的および精神的な支援を提供することなく関係を解消したことについてフォートが肯定された事例）; Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, *supra* note 608（コンキュバンにおいて誠実な行動がとられていたと評価しつつも、コンキュバンにフォートが存在しなかったからといってその者が損害賠償の支払を免れることは適切でないとして、コンキュビースからの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例。ただし、コンキュビースが子を出産した直後にコンキュバンが何の支援もすることなく関係を解消したという事実が認定されており、Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1976, *supra* note 608の考え方によれば、フォートを肯定することができた事案である。Cf. Massip, *supra* note 608, Note sous Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, p.1437); Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 2006, *supra* note 613（コンキュバンが40年近くも夫のように振舞いながら突然に関係を解消したことについてフォートが肯定された事例）; Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2008, *supra* note 613（コンキュビースが財産的および精神的に厳しい状態にある中でコンキュバンが突然に関係を解消したことについてのフォートが検討されていないとしてコンキュビースからの損害賠償請求を棄却した原審が破棄された事例）; etc.

ジュの解消の場面で具現化させたものとして位置付けられる^{621,622)}。従って、この考え方を損害賠償の保護対象と結び付けるとすれば、それは、何らかの法定的な身分でないことはもちろん、コンキュビナージュの当事者としての地位でもなく⁶²³⁾、解消した側との事実上の繋がりに由来する人格、こうした繋がりからも切り離された個人としての感情、場合によっては、その個人としての利益として定式化される。こうした理解によると、コンキュビナージュの解消の場面で賠償されるのは、特段の事情がない限り、その相手方との関係に結び

(前頁からつづき)

下級審の裁判例として、CA. Rennes, 4 juin 1999, Dr. fam., janv. 2000, com., 1, note, Hervé Lécuyer (コンキュバンがコンキュビースに何の支援もすることなく突然に関係を解消し住居からの立退を求める訴訟を提起したことについてフォートが肯定された事例。ただし、この裁判例では、関係解消の場面とは関わりのない行為や関係解消時の不誠実さを示すとはいえない態度もフォートとして取り上げられている); CA. Bordeaux, 4 janv. 2000, supra note 449 (コンキュバンが関係の解消を明確に告げなかったこと、関係の解消から生ずるリスクへの対処を申し出なかったこと、新たなパートナーの存在を通じて関係の解消を知らしめたことについて、フォートが肯定された事例); CA. Rouen, 29 janv. 2003, supra note 437 (コンキュビースが困窮状態にある中で、コンキュバンが何の支援もすることなく突然に関係を解消し不動産の水道や電気等を止めたことについてフォートが肯定された事例); CA. Paris, 13 juin 2013, supra note 449 (コンキュビースが家を不在にしている間にコンキュバンが家財をすべて持ち出し、子のゆりかごと写真だけを家に残しておいたことについて、フォートが肯定された事例); CA. Metz, 8 janv. 2015, D., 2015, 1416, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; Dr. fam., avril 2015, com., 70, note, Anne-Claire Réglier (コンキュバンが約1か月前から準備をしていたにもかかわらずその旨を告げることなく突然に家を飛び出したことについてフォートが肯定された事例); etc. また、否定例であるが、Cf. CA. Paris, 27 fév. 1979, supra note 608 (コンキュビースの健康状態が悪化している中で関係を解消したというだけではコンキュバンにフォートを認めることはできないとされた事例); CA. Orléans, 25 avril 2000, supra note 608 (関係の解消が突然にされたものではないことを理由にフォートが否定された事例。ただし、関係を解消した側によって経営されていた会社が清算手続に入っていたこともその責任を否定する根拠となっている); CA. Paris, 14 fév. 2003, D., 2003, 1939, chr., Jean-Jacques Lemouland (コンキュビースが妊娠中絶手術を受け、コンキュバンと共同で不動産を取得した直後に、コンキュバンが突然に関係を解消したことについて、フォートが否定された事例。ただし、この裁判例におけるフォートの評価は、ほかの裁判例のそれと比べると極めて厳格である。Cf. Lemouland, supra, p.1940); etc.

付く人格または関係から切り離された純粹に個人としての感情が侵害されたことによって生じた非財産的損害であり、損害賠償の額も、関係の期間⁶²⁴⁾、当事

620) 用いられている表現は様々であるが、この考え方を明確に説くものとして、Esmain, supra note 599, p.51 ; Id., supra note 580, n°18, pp.780 et s. (ただし、このフォートによって生じた損害としてコンキュビナージュ当事者の地位の喪失が想定されているようにも見える) ; Durry, supra note 608, pp.603 et s. ; Hauser, supra note 160, pp.451 et s. ; Dreiffus-Netter, supra note 139, pp.116 et s. ; Garrigue, supra note 290, n°270 et s., pp.213 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n°606 et s., pp.402 et s. (ただし、裁判例の傾向を示す文脈での記述である) ; Ruffieux, supra note 133, n°316 et s., pp.306 et s. ; Saulier, supra note 353, n°98, pp.103 et s. ; Égéa, supra note 310, n°550, pp.278 et s. ; etc.

621) Cf. Égéa, supra note 304, n°37 et s., pp.678 et s. (解消の場面における一般的な誠実の要請) ; Garrigue, supra note 290, n°237 et s., pp.182 et s. (解消の場面における普遍の義務) ; Ruffieux, supra note 133, n°223, pp.228 et s. (解消プロセスの道德化) ; Saulier, supra note 353, n°98, pp.103 et s. (解消の場面における尊重義務、最小限度の指導的公序) ; Pizarro, supra note 272, n°245 et s., pp.208 et s. (解消の場面における誠実義務、解消プロセスの道德化) ; etc. また、パクスの解消の場面に関する記述ではあるが、Cf. Fenouillet, supra note 405, pp.92 et s. (解消の前にその旨を知らせること、突然に解消をしないことといった善良なパクス当事者の行為、相手方の尊厳および自由を尊重する義務) ; etc.

622) コンキュビナージュの解消に関わる問題を期間の定めのない契約の解消に関わる問題に準えて考える立場からも (Aurélien Molière, Et si le concubinage était un acte juridique ?, RTD civ., 2018, n°29 et s., pp.39 et s.)、同様の理解が導かれる。

623) 注(619)で引用した判例および裁判例の中には、関係を解消した側のフォートを基礎付けるための事実として、相手方に財産がない状況で関係を解消したことや、相手方に補償等を提供することなく関係を解消したことを取り上げるものがある。これらにおいては、一見すると、コンキュビナージュの各当事者が扶養や救護等を提供したり、関係解消時に一定の補償を支払ったりする義務を負っていること、反対からいえば、各当事者が相手方から扶養や救護等の提供を受けたり、関係解消時に一定の補償を得たりする権利や利益を有していることが前提とされているようにも見える。しかし、コンキュビナージュの各当事者は相手方に対して扶養や救護等を提供する義務を負わない以上、また、コンキュビナージュには離婚の場合における補償給付のような仕組みが存在しない以上、これらを提供しなかったことがフォートに該当すると理解し、また、これらの提供を受けることがコンキュビナージュの当事者としての地位に結び付く権利や利益にあたると理解することは適切でない (こうした観点から、この注の冒頭で触れた判例および裁判例を批判するものとして、Ex. Lécuyer, supra note 611, p.13 ; Id., supra note 619, p.3 ; Id., supra note 437, p.2 ; etc. ; etc.)。そもそも、実定法は、コンキュビナージュの解消それ自体がフォートを構成し、コ

者の年齢、子の有無、解消の態様等を斟酌した上で算定されることになる⁶²⁵⁾。

この考え方を婚姻の解消から生ずる損害の賠償の場面でみられた保護対象の捉え方と対比すると、次のような整理をすることが可能となる。一方で、この考え方は、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を通じて配偶者としての身分や地位それ自体の保護を図ってきたかつての実定法の立場とは大きく異なっている。他方で、この考え方は、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を通じて相手方配偶者との事実上の関係に由来する個人としての人格や権利またはこうした関係からも切り離された個人としての人格や権利の保護を図っている現在の実定法の立場に類似する。そして、①で検討したように、夫婦間でも、コンキュビナージュの当事者間におけるのと同じように、次第に尊重や誠実といった一般的義務を介し個人としての人格の保護が図られるようになってきたこと、この

(前頁からつづき)

ンキュビナージュの当事者としての地位それ自体が保護に値するという理解の仕方を明確に否定している。こうした前提と整合性を持たせようとするならば、関係を解消した側のフォートを基礎付けるための事実として相手方に財産がない状況で関係を解消したこと等が取り上げられていることにも、別の意味が与えられなければならない。ところで、本文で示した考え方によれば、これらの事実は、解消のプロセス、特に、関係の粗暴性や乱雑性を基礎付けるための一つの要素として位置付けられることになる。そして、注(625)で示すように、これらの裁判例において認容されている損害賠償の額が比較的低いことも、こうした読み方を後押しする。問題関心は異なるが、Cf. Garrigue, *supra* note 290, n^o182 et s., pp.131 et s.

624) 関係解消時の不誠実な行為態様によって関係を解消された側に生じた非財産的損害の評価に際して、コンキュビナージュとしての関係が存続した期間の長さが重要であることを指摘するものとして、Égéa, *supra* note 304, n^o37 et s., pp.678 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n^o223, p.229 ; etc.

625) この考え方では、コンキュビナージュの当事者としての地位に結び付きうような財産的な権利や利益が保護対象の外に置かれるため、認容される損害賠償の額も比較的低く算定されている (Ex. CA. Paris, 13 juin 2013, *supra* note 449 (精神的損害の賠償として1万ユーロ) ; CA. Metz, 8 janv. 2015, *supra* note 619 (精神的損害の賠償として3000ユーロ) ; etc.)。もっとも、本文で示した諸事情を考慮して、その額が高く算定されることもある (Ex. Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 2006, *supra* note 613 (損害の賠償として10万フラン) ; CA. Rennes, 4 juin 1999, *supra* note 619 (財産的および精神的損害の賠償として6万フラン) ; etc.)。

二つ目の法理が、婚姻の解消から生ずる損害の賠償により個人としての人格や感情を保護する理解の仕方が裁判実務で主流になると時を同じくして生成されてきたことを併せて考慮すれば、関係の解消から生ずる損害の賠償については、こうした保護対象の捉え方に関する限り、コンキュビナージュの婚姻化ではなく、婚姻のコンキュビナージュ化が看取されるという形で理解することができる。

もっとも、このことは、婚姻の解消の場面とコンキュビナージュ関係の解消の場面とで、関係に由来する個人としての人格や関係からも切り離された純粹に個人としての感情が全く同じような形で保護されているということを意味しない。まず、関係の解消から生じた損害は、前者の場面では、解消の局面における行為態様のみならず共同生活中における婚姻義務の違反の評価を通じて明らかにされる離婚のフォートが存在するか、または、夫婦関係の終局的な変質による離婚のケースであれば離婚のフォートが存在しなかったとしても賠償の対象になるのに対し、後者の場面では、少なくとも判例で示されている論理に従う限り、解消の局面における行為態様の評価を通じてフォートが認定される場合にしか賠償の対象にならないことからすれば、両場面では、これらが保護される範囲に違いが認められる⁶²⁶⁾。確かに、後者の場面においても、不法行為上のフォートの観念が歪められていると評せざるをえないほどに⁶²⁷⁾極めて緩やかな形でフォートの存在を認めたり、関係の継続中における行為と関係の

626) 例えば、夫婦の一方に尊重義務（民法典212条）に対する違反が存在した場合、その違反により損害が発生していれば、他方は、婚姻の継続中であるかその解消後であるかを問わず、その賠償を請求することができ（同1240条）、その違反が重大または繰返しのもので共同生活の維持を耐え難くするものであるときには、他方は、相手方の一方的有責離婚を求めるだけでなく（同242条）、自己に離婚に関する有責性が存在しなければ、婚姻の解消によって被った損害の賠償を得ることもできる（同266条）。他方で、コンキュビナージュの一方に一般的な関係を規律する誠実ないし尊重義務に対する違反が存在した場合、その違反により損害が発生していれば、他方は、関係の継続中であるかその解消後であるかを問わず、その賠償を請求することができるが（同1240条）、その違反を原因として関係が悪化し解消されたときであっても、他方は、自ら関係を解消するという決断をした以上、関係の解消の局面で一方に特段の不誠実さが存在していなければ、関係の解消によって被った損害の賠償を得ることはできない（同条）。

解消時における行為とを区別することなく、本来であれば後者しか取り上げることができないにもかかわらず前者を考慮してフォートを認定したりする裁判例もあるが⁶²⁸⁾、例外的である^{629, 630)}。また、関係の解消から生じた損害について、前者の場面では、多くのケースで、格別の事情がない限りその存在が認められ、その後、2004年5月26日の法律による改正後の枠組では当該損害が極めて重大なものであるかどうかという審査（民法典266条1項を参照）がされるのに対し、後者の場面では、例えば、当該関係が考慮されるべきコンキュビナージュに該当するかどうかという審査⁶³¹⁾、または、当該関係が考慮されるべきコンキュビナージュに該当することを前提としつつその関係が当事者の人格の

627) コンキュビナージュの関係の解消から生じた損害の賠償を認めるために、不法行為の一般規定が歪められてしまっていることを批判するものとして、Prothais, *supra* note 580, n°14 et s., pp.5 et s.; Lécuyer, *supra* note 619, p.3; Id., *supra* note 449, p.2; Ruffieux, *supra* note 133, n°322 et s., pp.311 et s.; Pizarro, *supra* note 272, n°234 et s., pp.196 et s.; etc.

628) Ex. Cass. 1^{re} civ., 2 avril 2008, *supra* note 449（コンキュバンが妊娠中のコンキュビースおよび生まれてきた子に無関心であったことがフォートを基礎付ける事実として取り上げられた事例）; CA. Rennes, 4 juin 1999, *supra* note 619（コンキュバンがコンキュビースに結婚を意識させたことがフォートを基礎付ける事実の一つとして取り上げられた事例）; CA. Pau, 30 janv. 2012, *supra* note 449（コンキュバンが虚言等を用いてコンキュビースに関係の維持を信じさせようとしたり、関係の解消を想像することができなくさせたりすることで、人為的に関係を維持したという事情は存在しないとして、コンキュバンにフォートを認めることはできないとされた事例。ただし、コンキュバンの妊娠中に関係が解消されたことが認定されており、関係解消の粗暴性や乱雑性の観点からフォートを基礎付けることも可能であった事案である）; etc.

629) Lécuyer, *supra* note 449, p.2は、CA. Bordeaux, 4 janv. 2000, *supra* note 449について、個別的にはフォートを基礎付けることができない個々の事実を組み合わせ、全体としてフォートの存在を導いてしまっていると評価する。しかし、コンキュビナージュの解消の場面で具現化された誠実や相互的尊重という観点からすれば、いずれの事実もフォートの存在を基礎付けうるものである。

630) 従って、一般的な誠実や尊重の観点から解消のプロセスを評価する枠組に関する限り、裁判例においては関係の解消それ自体とは区別されるフォートが緩やかに認定されているとの理解を示した上で、裁判例の中に損害賠償の付与の点でコンキュビナージュの関係を解消された者と婚姻を解消された者とを可能な限り等しく扱おうとする傾向を読み取ることは（Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°329, p.203）、適切でない。

実現にとって不可欠なものであったかどうかという審査を行うこと等を通じて、その存否が決められうることからすれば⁶³²⁾、両場面では、これらが保護される程度にも違いが認められる⁶³³⁾。

次に、コンキュビナージュの当事者の一方（典型的にはコンキュバン）が、

631) これは、Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°555 et s., pp.365 et s. が強調する生活の共同または共同生活の質に関わる審査である。ただし、当該関係が民法典 515-8 条にいうコンキュビナージュに該当すること、すなわち、それが安定性と継続性を備えた共同生活を営むものであることという点は、関係を解消された側に個人としての人格や感情の侵害があったことを認めるための必要不可欠な要件となるわけではない。この点は、上記の判断を行うに際しての、重要ではあるが、一つの指標となるにすぎない。

632) CA. Toulouse, 23 janv. 2001, Dr. fam., juill. 2001, com., 69, note, Hervé Lécuyer ; D., 2002, 614, obs., Jean-Jacques Lemouland は、X が、ほかの女性 A と結婚している Y との間で 4 年あまりの間コンキュビナージュの関係を形成し子をもうけた後に関係を解消されたことから、Y に対して損害賠償の支払を求めたという事案で、X は、Y が A と婚姻関係にあることを認識し、Y との間の関係が一時的ものになりうることを受け入れ、そのリスクと不確実性を知りながら自らの意思でその関係に入ってしまったこと、および、重婚的なコンキュビナージュは、違法でその性質上一時的かつ不安定なものにすぎないことを理由に、X からの請求を棄却した。この判決は、前者の理由の部分で、本文で示した審査を行い、X に人格や感情の侵害があったといえるかどうかを評価し、否定の結論を導いている。ただし、後者の理由は、本文で示した審査のあり方としては、不適切である。現在の社会状況の下では、重婚的なコンキュビナージュであるという一事をもって、当該関係が違法である、または、一時的かつ不安定なものにすぎないとはいえないほか（Lemouland, *supra*, p.615. また、Cf. José Vidal, L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable, JCP, 1971, I, 2390, n°15, pp.6 et s. (ただし、この論文は重婚的なコンキュビナージュの違法性については認めざるをえないとする))、仮にこうした理解を受け入れるにしても、当該関係に違法な性格があることや当該関係が一時的かつ不安定であることだけから、直ちに関係を解消された側に人格や感情の侵害は存在しないという結論を導くことはできないからである。Cf. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1990, Defrénois, 1990, art. 34825, 943, note, Jacques Massip (関係を解消した者がほかの女性と結婚し子を有していたことについて、関係を解消された者が認識していたという事実は、後者が解消によって生じた損害の賠償を求めることの妨げにならないとされた事例); TGI. Épernay, 15 oct. 1999, Dr. fam., déc. 1999, com., 133, note, Hervé Lécuyer (重婚的なコンキュビナージュを解消された者からの損害賠償請求が認容された事例。ただし、関係を解消された者にも一定の落ち度があるとして責任分割がされている); etc.

他方（典型的にはコンキュビーン）について、家事や子の養育に専念させたり、その仕事を辞めさせたりするなどして、経済的な面で自己に依存せざるをえない状態に位置付けながら、その後に、他方に資力が無い状態で何の手当もすることなく関係を解消したことを捉えて、一方側に関係の解消それ自体とは区別されるフォートの存在を認める判例および裁判例がある⁶³⁴。こうした判例および裁判例は、それほど多くはないものの、20世紀後半の一時期にみられたものである。この考え方においては、自己との関係における相手方の依存または従属的状态を自らの手で作り出しながらその財産的な地位を奪ったことが問題に付されている⁶³⁵。従って、この考え方を損害賠償の保護対象と結び付け

633) ただし、前者の場面で、離婚という事実のみによっては精神的損害が発生しないことを認める裁判例が存在すること（この点については、注(523)で引用した裁判例を参照）、および、損害が極めて重要なものであるかという審査は裁判官の裁量に服していることを強調すれば、前者の場面と後者の場面とで関係の解消から生じた損害の賠償が認められる程度に実際上どれだけの差があるのかという点についても、本文のように整理することはできなくなる。

634) Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1977, *supra* note 608（コンキュバンがコンキュビーンに対し同居を促し、働くことを禁止して、必要な扶助をすべて提供してきたこと、このような状況の下で関係を解消したことについて、フォートが肯定された事例）; Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1998, *supra* note 611（コンキュバンがコンキュビーンに対し家庭と子のために仕事を辞めるよう促したこと、ほかの女性と暮らすために必要なものを提供することなくコンキュビーンを家から追い出したことについて、フォートが肯定された事例。ただし、後者の側面を強調すれば、一つ目の考え方を示すものとして位置付けることもできないわけではない）; etc. また、Cf. CA. Paris, 16 nov. 1999, *supra* note 608（注(618)で整理した部分に、当事者間に子が存在し、関係を解消された側に仕事が必要ならば、関係を解消した側にフォートが認められるということが含意されているとすれば、この裁判例も本文の考え方を基礎に据えていることになる）; CA. Orléans, 25 avril 2000, *supra* note 608（注(619)で整理した部分に、関係を解消した側によって経営されていた会社が清算手続に入っていなければ、その者にフォートが認められるということが含意されているとすれば、この裁判例も本文の考え方を基礎に据えていることになる。Cf. Lécuyer, *supra* note 608, Note sous CA. Orléans, 25 avril 2000, p.2); etc. 更に、古い裁判例であるが、Cf. CA. Colmar, 4 nov. 1932, *Gaz. Pal.*, 1933, 1, jur., 232（コンキュバンがコンキュビーンに仕事を辞めさせ、自己が経営する宿屋の主人として働かせた後に、その関係を解消したことについて、フォートが肯定された事例）; etc.

るとすれば、それは、法定的な身分ではないものの、関係を解消された側がそれを解消した側との間で形成していたコンキュビナージュの当事者としての財産次元での地位の一部として定式化される。この理解によると、コンキュビナージュの解消の場面で賠償されるのは、上記のような地位を喪失したことによって被った財産上の不利益の一部ということになる⁶³⁵⁾。

この考え方を、婚姻の解消から生ずる損害の賠償の場面でみられた保護対象の捉え方と対比すると、次のように整理することができる。一方で、この考え方は、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を通じて相手方配偶者との事実上の関係に由来する個人としての人格や権利の保護を図っている現在の実定法の立場とは大きく異なっている。他方で、この考え方は、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を通じて配偶者としての身分や地位それ自体の保護を図ってきたかつての実定法の立場と一定の限度で類似している。そのため、この考え方は、身分や地位を起点として横の家族関係の解消の場面における損害賠償の保護対象を把握する古典的な思考枠組へと回帰するものである。これは、婚姻の解消の場面では、補償給付の仕組が存在するため、身分を喪失したことによって生ずる財産的な不利益を損害賠償の方法で填補すること、つまり、この古典的な思考枠組を維持することについて、実際上の有用性が乏しいのに対して、コンキュビナージュの解消の場面では、財産の清算に関しては、それが十分に機能しているかどうかは別として、物権法上の分割、不当利得、事実上の組合等の法理

635) この考え方を明確に説くものとして、Muller, *supra* note 580, n°14, pp.331 et s. ; Gouttenoire-Cornut, *supra* note 580, pp.267 et s. ; Berthet, *supra* note 230, n°255 et s., pp.148 et s. ; Pons, *supra* note 17, n°202 et s., pp.128 et s. ; Blough, *supra* note 452, n°42, p.10 ; Ruffieux, *supra* note 133, n°224, pp.230 et s. et n°230, pp.234 et s. ; Jourdain, *supra* note 9, n°22, p.8 ; etc. また、Cf. Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°614 et s., pp.408 et s. ; etc.

636) この考え方では、コンキュビナージュの当事者としての地位に結び付きうような財産的な権利や利益が保護対象になるため、認容される損害賠償の額も比較的高く算定されている。Ex. Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1998, *supra* note 611（財産的損害および精神的損害の賠償として50万フラン）；etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1977, *supra* note 608（転居のための費用、雇用の喪失に伴う不利益、精神的損害）；etc.

があるものの⁶³⁷⁾、当事者の一方がコンキュビナージュ当事者の地位を喪失したことによって被る財産的な不利益を填補するための仕組みは存在しないことから、この古典的な思考枠組に依拠し損害賠償の形でその不利益を填補することについて、実践的な意味があることによる。

このように整理すると、二つ目の傾向に属する判例および裁判例において、コンキュビナージュの解消から生ずる損害の賠償は、不法行為の一般規定に依拠せざるをえないことに由来する制約を受けるとはいえ⁶³⁸⁾、いわば補償給付の代用物としての機能を果たしていることが分かる⁶³⁹⁾。また、こうした損害賠償の保護対象の捉え方に関する限りにおいて、ここでは、婚姻のコンキュビナージュ化ではなく、コンキュビナージュの婚姻化という現象が看取されることになる。そして、これらの機能および現象を肯定的に捉える立場からは、解釈論として⁶⁴⁰⁾、例えば、当事者の一方が生活に必要なものを提供しないことそれ自体をフォートとして捉え、関係の解消があれば、ほとんどのケースで損害賠償を肯定することができるようにしたり⁶⁴¹⁾、保障理論⁶⁴²⁾等に依拠しつつ、ここでの損害賠償をフォートから切り離し、解消前と同じ程度の生活への

637) これらの法理について、Cf. Jeanmart, *supra* note 580, pp.194 et s. ; Helen Marty-Schmid, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre : Étude des droits suisse, français et allemand*, Librairie Droz, Genève, 1986 ; Vich-Y-Llado, *supra* note 420 ; Id., *supra* note 580 ; Pizarro, *supra* note 272 ; Vergara, *supra* note 529 ; Granet-Lambrechts, *supra* note 580, n^{os}59 et s., pp.38 et s. ; etc.

638) 例えば、ここでの損害賠償においては、請求主体は、関係を解消された側に限定される。また、この損害賠償を肯定するためには、関係を解消した側に自らの手で請求主体の依存または従属の状態を作り上げそれを奪ったという意味でのフォートが存在したことが必要となる（ただし、このフォートは損害の存在から自動的に導かれていると評価する見解もある。Ex. Gouttenoire-Cornut, *supra* note 580, pp.267 et s. ; etc.）。

639) この機能を肯定的に捉えるものとして、Gouttenoire-Cornut, *ibid.* ; Zalewski, *supra* note 159, n^{os}176 et s., pp.139 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n^{os}224 et s., pp.230 et s. ; Bazin, *supra* note 304, pp.173 et s. ; etc. また、この機能を批判的に捉えるものとして、Massip, *supra* note 608, Note sous Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, p.1437 ; Lécuyer, *supra* note 611, pp.13 et s. ; Id., *supra* note 619, p.2 ; Id., *supra* note 608, Note sous CA. Paris, 16 nov. 1999, pp.3 et s. ; etc. 更に、Cf. Pizarro, *supra* note 272, n^{os}264 et s., pp.222 et s. ; etc.

権利や利益の侵害があれば、解消された側からの損害賠償請求を認めることができるようにしたりする提案⁶⁴³⁾が生まれてくる。これらの見解において、ここでの損害賠償は、コンキュビナージュの当事者としての地位それ自体を直接的に保護するための損失填補の仕組になっている⁶⁴⁴⁾。もちろん、自由結合であるコンキュビナージュの解消の場面において、その地位の喪失から生ずる財産的な不利益を補償給付のような形で填補すること自体が真に要請されるのかどうかは別に問われなければならないが、これらの考え方は、それが肯定されることを所与の前提としている。

三つ目は、関係の存続中またはその解消時における当事者の言動等を検討し、そこから、当事者の一方による金銭の支払に係る引受または約束の存在を認定して、他方が一方に対してその金銭の支払を求めることを認める法理である。その金銭の意味の捉え方については、二つの系統がある。一つは、特に初期の裁判例でみられた捉え方であり、ここでの金銭を損害賠償として位置付けるものである⁶⁴⁵⁾。この合意に基づく損害賠償でどのような損害が賠償されることになるのかという点については、ほとんど明確にされることはなかったが、一

640) 立法論としては、例えば、生計費請求訴権（この訴権について、②二を参照）をモデルとした訴権を創設する提案や（Claire Neirinck, *Vers un droit commun de la rupture ?*, PA., 20 déc. 2007, pp.32 et s.）、生活条件の不均衡ではなくその不安定さに基礎を置く補償の仕組を用意する提案（Ruffieux, *supra* note 133, n^{os}326 et s., pp.314 et s.）等がある。

641) Jeanmart, *supra* note 580, pp.233 et s.（ただし、自ら望んだコンキュビナージュではなく、強いられたコンキュビナージュであることを議論の前提とするものである）；François Alt-Maes, *Chosir la vie maritale ou chosir la vie conjugale*, JCP., 1983, I, 3119, n^o26, p.8 ; etc.

642) Boris Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérés en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. Maurice Picard, L. Rodstein, Paris, 1947.

643) Zalewski, *supra* note 159, n^{os}176 et s., pp.139 et s. ; Jérôme Casey, *Quel droit commun de la désunion ?*, *Gaz. Pal.*, 2009, pp.1861 et s. ; Blough, *supra* note 452, n^o42, p.10（ただし、解消リスクが片面的で異常なものである場面だけを想定した上での提案である）；etc.

644) CA. Grenoble, 25 juill. 1990 (Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, *supra* note 608の原審)は、コンキュバンが自由な選択に基づく行為をしたことによりコンキュビヌに生じさせた損害については、たとえ自らが関係の解消に際して誠実な行動をとっていたとしても、自らが負担しなければならないと説く。

部の裁判例では、子の養育に要する費用、解消された側の生活の維持に必要となる費用等が挙げられていた⁶⁴⁶⁾。もう一つは、現在に至るまでの裁判例で見られる捉え方であり、ここでの金銭を生活維持のための給付や扶養の代替物等として位置付けるものである。コンキュビナージュの当事者間に法定の身分関係は存在しないため、関係の存続中に、一方（典型的にはコンキュバン）が、他方（典型的にはコンキュビーン）に対し、生活のための糧を提供してきたとしても、それは自然債務または良心の債務に基づくものにすぎない。このような前提の下、判例は、一方がそれまで扶養等を継続してきたという事実や、一方が関係の解消に際し他方に宛てて記した手紙等の中に、扶養等に関する自然債務または良心の債務を民事債務へと変容させる一方の意思を読み取ったり、場合によっては、当事者の間に扶養等の支払に関する黙示の合意が存在することを認定したりすることで、一方に対して、関係の解消後も一定額の金銭を支払うよう義務付けてきた⁶⁴⁷⁾。この法理は、一つ目の法理および二つ目の法理における第1の考え方では⁶⁴⁸⁾、コンキュビナージュの関係の解消によって他

645) Cass. civ., 26 juill. 1864, *supra* note 267（原審（CA. Caen, 10 juin 1862, *supra* note 267）も同旨である）; etc. のほか、CA. Nîme, 17 déc. 1849, D., 1852, 2, 69; CA. Douai, 3 déc. 1853, *supra* note 267; CA. Grenoble, 23 janv. 1864, S., 1864, 2, 222; CA. Nîme, 22 déc. 1875, D., 1876, 2, 206; CA. Paris, 14 fév. 1890, *supra* note 235（原審（TC. Avallon, 18 janv. 1888, *supra* note 582）も同旨である）; CA. Dijon, 27 mai 1892, S., 1892, 2, 197; D., 1893, 2, 183; CA. Rennes, 20 oct. 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2, jur., 676; CA. Nîmes, 25 juin 1934, *supra* note 231; etc.

646) CA. Douai, 3 déc. 1853, *supra* note 267（子の養育に要する費用）; CA. Nîme, 22 déc. 1875, *supra* note 645（金銭的援助）; CA. Dijon, 27 mai 1892, *supra* note 645（妊娠および出産に伴う負担）; etc.

647) 用いられている表現は様々であるが、Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1956, *Bull. civ.*, I, n°211; *Gaz. Pal.*, 1956, 2, jur., 83（否定例。迷惑行為をしないことを前提として扶養等を引き受ける旨の約束がされ給付を受ける者に該当行為が存在した事例）; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1957, *supra* note 232（否定例。将来効を持つ約束の不存在）; Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, *supra* note 613（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）; Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1998, n°96-13.664; Defrénois, 1998, art. 36895, 1385, note, Jacques Massip; JCP, 1999, I, 101, chr., Hubert Bosse-Plantière; *PA.*, 17 fév. 1999, 10, note, Jacques Massip（肯定例）; etc.

方に生ずる財産的な不利益を十分な形で賠償することができないという認識を前提に⁶⁴⁹⁾、仮託構成として約束または義務の論理を採用することで⁶⁵⁰⁾、この不利益を填補しようとするものである^{651, 652)}。その意味で、この法理に基づいて支払われる金銭は、当事者の行動や意思によって規定されるものではあるが⁶⁵³⁾、現在の枠組でいえば補償給付の、1975年7月11日の法律による改正前

（前頁からつづき）

下級審の裁判例として、CA. Aix, 10 janv. 1878, S., 1878, 2, 211（肯定例）；CA. Lyon, 30 déc. 1890, D., 1891, 2, 309（肯定例。原審（TC. Lyon, 29 juin 1888, D., 1891, 2, 309）も同旨である）；CA. Bordeaux, 11 mars 1896, S., 1898, 2, 141（否定例。証拠としての書証の端緒の不存在）；TC. Rocroi, 16 déc. 1898, *supra* note 231（肯定例）；TC. Mamers, 26 déc. 1898, *supra* note 231（肯定例。ただし、この債務の違反を理由とする損害賠償が問題にされた事案である）；TC. Sens, 13 juin 1901, *supra* note 584（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）；CA. Rennes, 7 mars 1904, RTD civ., 1904, 416, chr., René Demogue ; D., 1905. 2. 305, note, Marcel Planiol ; S., 1907, 2, 241, note, Joseph Hémard（肯定例）；TC. Seine, 5 avril 1913, RTD civ., 1914, 123, chr., René Demogue（肯定例）；T. de paix Seine, 26 déc. 1913, *supra* note 231（肯定例）；TC. Seine, 11 mars 1927, DH., 1927, jur., 262 ; RTD civ., 1927, 436, chr., René Demogue（肯定例）；CA. Angers, 19 nov. 1935, *supra* note 584（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）；CA. Chambéry, 25 mai 1936, *supra* note 584（否定例。同上）；CA. Paris, 7 oct. 1954, *supra* note 601（肯定例。Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1956, *supra* の原審）；CA. Paris, 11 juin 1998, Dr. fam., déc. 1998, com., 166, note, Hervé Lécuyer ; JCP, 1999, I, 101, chr., Hubert Bosse-Plantière（肯定例）；etc.

また、約束または引受の対象に生活維持のための給付や扶養の代替物が含まれているかどうかは明確でないが、Cf. CA. Nancy, 12 nov. 1896, *supra* note 267（子の養育費を支払う旨の約束。ただし、この債務の違反を理由とする損害賠償が問題にされた事案である）；TC. Quimper, 30 nov. 1904, *supra* note 582（誤りを認める、協力する、約束したことを守るという内容の約束。ただし、同上）；TC. Quimper, 15 mars 1905, *supra* note 584（関係成立後の約束。ただし、同上）；TC. Clamecy, 17 déc. 1941, Gaz. Pal., 1942, 1, jur., 118（約束または引受の内容は不明）；etc.

648) 二つ目の法理における第2の考え方によれば、一定の限度で、コンキュビナージュの関係の解消によって生じた財産的な不利益は填補される。

649) Émile Gruwez, *L'évolution de la législation et de la jurisprudence en ce qui concerne les droits de la concubine*, th. Lille, 1935, pp.86 et s.

650) Cf. Prothais, *supra* note 580, n^{os}17 et s., pp.6 et s. ; Laszlo-Fenouillet, *supra* note 203, n^{os}152 et s., pp.90 et s. ; Vich-Y-Llado, *supra* note 420, pp.261 ; Id., *supra* note 580, pp.41 et s. ; etc.

の枠組でいえば扶養定期金の代用物として機能する。この法理は、コンキュビナーージュの当事者としての地位に結び付く財産的な利益の一部を夫婦間の関係に準える形で保護しようとするものである⁶⁵⁴⁾。

二点目について、パクスの関係が解消され、その関係を解消された側に何らかの損害が発生した場合には、その者は、関係を解消した側に対して、この損害の賠償を求めることができる（民法典515-7条10項）。この損害賠償は、関係存続中にパクスの当事者に課されている義務の違反によって生じた損害ではなく⁶⁵⁵⁾、関係の解消によって生じた損害の賠償を目的とするものである。また、この損害賠償は、コンキュビナーージュの関係の解消から生じた損害を填補することを目的とした諸法理のうち二つ目の法理と同じ考え方に基づいてい

651) かつての一部の裁判例では、コンキュビナーージュの当事者の一方（典型的にはコンキュバン）が何らかの不法行為により死亡した場合に他方（典型的にはコンキュビース）がその加害者に対して損害賠償を請求する場面で、他方に生じた権利や利益の侵害または損害を基礎付けるために、一方が他方に対して自然債務に基づき生活の糧を提供していたという事実が援用されていた（Ex. CA. Lyon, 23 oct. 1929, D., 1929, 2, 169, note, Pierre Voirin ; DH., 1929, 525 ; Gaz. Pal., 1929, 2, jur., 885 ; S., 1930, 2, 4（ただし、加害者にフォートが存在しなかったとして、損害賠償請求は棄却された事例）；CA. Lyon, 31 mars 1930, D., 1930, 2, 64 ; etc.）。しかし、自然債務しか存在しない場合に権利や利益の侵害を語ることはできないはずであるから、この考え方には問題が存在した（Cf. Marty, *supra* note 592, p.147）。

652) ただし、コンキュビナーージュ関係の解消の場面において、自然債務の法理は、生活の維持に必要となる給付の基礎としてのみならず、財産の清算の基礎としても、機能することがある。Ex. Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n°17-27.855 ; D., 2019, 920, chr., Jean-Jacques Lemouland ; JCP, 2019, 215, chr., Marie Lamarche ; JCP, 2019, 306, note, Sylvain Ravenne ; AJDI., 2019, 147（コンキュビナーージュの当事者の一方であるYが所有する土地の上に居住用の建物を建築する資金を得るために、当事者の他方であるXが貸付を受け、その際、一定の期日まではXがその月々の返済を行うことにしたが、その期日が来る前に関係が解消されたことを受けて、Xが不当利得に基づきYに対して返済のために支出した金銭の返還を求めた事案で、Xの請求を認容した原審について、Xによる支出が解消の際の諸事情を背景とする良心の義務によって正当化されるかどうか探求されていないとして破棄した事例）；etc.

653) Cf. Ruffieux, *supra* note 133, n°219 et s., pp.224 et s.

654) Cf. Égéa, *supra* note 304, n°64 et s., pp.706 et s.

る^{656, 657, 658}。すなわち、パックスの当事者には関係を解消する自由が存在するため⁶⁵⁹、パックスの解消それ自体をフォートとして捉えることはできないが、関係の解消を取り巻く諸状況からその解消とは区別されるフォートが認められるときには、関係を解消した側に損害賠償の支払が義務付けられる⁶⁶⁰。そして、

655) 民法典515-7条10項の損害賠償をこのように理解しているようにみえるものとして、Lemouland, *supra* note 422, p.485 ; Id., *Formation et la dissolution du Pacte civil de solidarité*, JCP. éd. N., 2000, n°35, p.9（ただし、同項の損害賠償には関係の解消によって生じた損害の賠償も含まれるとされている）; Jean Hauser, *Le PACS à l'épreuve du droit des contrats (Le PACS est-il un organisme génétiquement modifié ?)*, in, *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, *supra* note 423, p.61 ; Raymond, *supra* note 435, p.10 ; etc.

656) Lemouland, *supra* note 655, n°35, p.9 ; Jean-François Molas, *La rupture du pacte civil de solidarité*, Dr. et pat., avril 2000, p.90 ; Beignier, *supra* note 423, pp.69 et s. ; Hervé Lécuyer, *Les dissolutions du pacte civil de solidarité*, in, *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, *supra* note 423, pp.112 et s.（ただし、民法典515-7条10項の読み方の一つを示す文脈での記述である）; Zalewski, *supra* note 159, n°192 et s., pp.153 et s.（ただし、コンキュビナーージュの解消によって生じた損害の賠償をフォートなしの責任として構成することを前提とした記述である）; Isabelle Dauriac et Sophie Gaudement, *La rupture ou le vrai visage du PACS*, in, *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, n°5 et s., pp.143 et s. ; Wilfried Baby, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité : L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, préf. Marc Nicod, postf. Bernard Beinier, Collection de Thèses, t.51, Defrénois, Paris, 2013, n°249 et s., pp.291 et s. ; Saulier, *supra* note 353, n°98, pp.103 et s. ; Cornu, *supra* note 250, *La famille*, n°51 bis, p.111 ; Égée, *supra* note 310, n°529, p.271 ; etc.

657) このように理解すると、パックスの解消によって生じた損害の賠償は不法行為の一般規定により基礎付けられうるため、民法典515-7条10項は必要不可欠な規定ではなくなる。Cf. Pizarro, *supra* note 272, n°234, pp.196 et s.

658) 憲法院は、2006年6月23日の法律による改正前の民法典515-7条8項（現在の同515-7条10項）について、関係を解消された側が、とりわけ関係を解消した側において解消を取り巻く諸条件に起因するフォートが存在する場合に、これによって被った損害の賠償を請求することができる旨を定めた規定として理解する（Cons. const., 9 nov. 1999, *supra* note 412）。

659) パックスの解消によって生じた損害の賠償に関わる場面でこの点を強調するものとして、Dauriac et Gaudemet, *supra* note 656, n°5 et s., pp.143 et s. ; etc.

関係の解消とは区別されるフォートについても、上記の二つ目の法理におけるのと同様、個人間の関係における一般的な誠実や尊重の観点から、当該事案における関係解消のプロセス、特に、その粗暴性や乱雑性を評価することによってその有無を判断する裁判例と⁶⁶¹⁾、少数ではあるが、一方が他方を経済的に従属した状態に位置付け、その状態を維持したり悪化させたりして、その後に関係を解消したかどうかという評価によってこれを判断する裁判例⁶⁶²⁾とが存在している⁶⁶³⁾。前者では、パクスの当事者としての地位ではなく、事実上の関係に由来する、または、こうした関係からも切り離された個人としての人格や利益が⁶⁶⁴⁾、後者では、パクスの当事者としての財産次元での地位の一部が損害賠償の保護対象とされていることになる。なお、学理的な議論では、パクスをコンキュビナージュではなく婚姻に引きつけて捉えること⁶⁶⁵⁾、および、民法典515-7条10項が規定する損害賠償にコンキュビナージュの解消に際してのそれとは異なる意味を持たせることを前提として⁶⁶⁶⁾、この損害賠償をフォートから切り離し離婚の場面における補償給付の完全な代替物として、本

660) CA. Paris, 9 nov. 2006, *supra* note 403 (否定例); TI. Lille 7 sept. 2009, D., 2010, 69, note, Abba Koumdadjji et Xavie Labbé (否定例); CA. Montpellier, 4 janv. 2011, *supra* note 417 (否定例); TGI. Lille, 30 mai 2012, JCP., 2012, 783, obs., Xavier Labbé (肯定例); CA. Rennes, 5 mai 2015, *supra* note 417 (否定例); etc.

661) CA. Montpellier, 4 janv. 2011, *supra* note 417 (関係を解消された側が病気の状態にあったにもかかわらず子を残して関係を解消したことは関係を解消した側のフォートに該当しないとされた事例); CA. Rennes, 5 mai 2015, *supra* note 417 (本件における関係の解消は突然かつ苛酷なものではなく関係を解消した側にフォートは存在しないとされた事例); etc.

662) CA. Montpellier, 4 janv. 2011, *supra* note 417 (一方が勉学および職業上の希望を放棄し家庭の中に止まったことは、その者の意思によるものであるとして、他方にフォートは存在しないとされた事例); etc.

663) コンキュビナージュとは異なり、パクスでは当事者間に一定の義務が存在し、人的な結合がより強固になることを理由に、ここでのフォートも容易に認められることになるとの見方がある (Ex. Grimaldi, *supra* note 407, n°6, p.818 ; etc.)。しかし、裁判例にそうした傾向は現れていない。

664) 前者によると、機会の喪失を賠償されるべき損害として捉えることは (Molas, *supra* note 656, p.90)、できなくなる。

稿の問題関心に即していえば、この損害賠償の保護対象をパックスの当事者の地位それ自体として位置付ける見解もある^{667, 668)}。しかし、現在の実定法は、こうした見解を受け入れていない⁶⁶⁹⁾。

ところで、パックスの解消の場面でも、理論上は、コンキュビナージュの関係の解消から生じた損害を填補することを目的とした諸法理のうち一つ目の法理

665) Cf. Rémy Cabrillac, *Libres propos sur le PACS* (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale), D., 1999, chr., n°16, p.74 (パックスの解消に対しても場合によっては離婚の規定を類推適用すべきことが示唆されている); Philippe Jestaz, *Synthèse*, in, *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, supra note 423, pp.196 et s. (パックスの解消から生じた損害の賠償については、コンキュビナージュのモデルではなく、婚姻のモデルへと接近していくことが予想されるとしている); Fenouillet, supra note 405, p.125 (婚姻とパックスを完全に一致させると両者の相違が消滅してしまうため、合理的な範囲で後者に対して前者の規定を類推適用すべきことが示唆されている); etc.

666) その条文解釈上の根拠としては、以下の2点が想定される。まず、民法典515-7条10項は、解消の場面で当事者の権利義務の清算が行われるべき旨を定め、その際、損害の賠償が妨げられないことを規定しているだけであり、この損害賠償を不法行為の一般規定に基づかせ、フォートに従属させることを明文の形で予定しているわけではない。次に、憲法院は、同項について、「とりわけ」関係を解消した側において解消を取り巻く諸条件に起因するフォートが存在する場合に、関係を解消された側がこれによって被った損害の賠償を請求することができる旨を定めた規定として捉えているが (Cons. const., 9 nov. 1999, supra note 412)、「とりわけ」を強調して読めば、上記のフォートが存在しない場合に関係を解消された側がこれによって被った損害の賠償を請求する可能性を排除しているわけではなくなる。Cf. Lécuyer, supra note 656, pp.112 et s. (ただし、民法典515-7条10項の読み方の一つを示す文脈での記述である); Gouttenoire-Cornut, supra note 580, pp.263 et s.; etc.

667) Zalewski, supra note 159, n°192 et s., pp.153 et s.; Lécuyer, *ibid.* (ただし、ありうる解釈の一つを示す文脈での記述である); etc.

668) 立法論の文脈では、損害賠償という枠組に依拠する必要がなくなるため、パックスの解消の場面でも一定の補償給付を認めるという形での提案が示されることになる。Ex. Nadède Barbier, Matthias Martin, Aurélie Mussier, Jacqueline Passalacqua et Estelle Vagost, *Pacs : À quand le coming-out de la prestation compensatoire ?*, AJ fam., avril 2011, pp.203 et s.; Ruffieux, supra note 133, n°326 et s., pp.314 et s.; etc. また、この提案を批判的に検討したものと、Baby, supra note 656, n°253 et s., pp.295 et s.; etc.

669) Cf. Barbier, Martin, Mussier, Passalacqua et Vagost, supra note 668, p.203

および三つ目の法理が機能する余地はある⁶⁷⁰⁾。しかし、一つ目の法理は、パクスが立法化された当時において既に廃れていたため、また、三つ目の法理は、パクスの当事者間において関係解消後の生活の支援等がされるときには明確な形で合意されることが多いと思われるため、裁判例には現れていない。

②一での検討課題に関する実定法の現状を本稿の問題関心に即して整理すると、以下ようになる。まず、関係の解消との関連で問題になる損害賠償の保護対象については、いずれのカップル関係においても、大まかには、身分や地位それ自体または身分を伴わない関係の非強制といった身分や地位を起点とする捉え方から、事実上の関係に由来する、または、こうした関係を捨象した形で捉えられる人格、感情、利益という、身分や地位それ自体から切り離された個人を起点とする捉え方への移行がみられる。後者の捉え方によると、身分や地位の喪失に伴って生じうる財産上の不利益の取扱いに問題が生ずる。婚姻の解消の場面では、補償給付という損害賠償とは別の制度による手当が存在するが、自由結合カップルの解消の場面では、こうした制度的仕組は存在しない。この点を重くみる立場は、当事者の一方に片面的な形で解消リスクを負わせるようなタイプの自由結合を念頭に置きつつ、当事者の地位に関わる財産的な利益の一部をここでの損害賠償の保護対象に取り込もうとする。とはいえ、こうした理解の仕方は、現在ではほとんどの自由結合が当事者の意思に基づく選択の結果であること、別の法理による手当も存在していること等を理由に、主流を形成していない。実定法は、関係の解消から生ずる財産的な不利益を填補するための制度ないし仕組という次元では、カップル関係の多元的な把握を前提とした規律を用意し、関係の解消から生ずる損害賠償の保護対象という次元では、その保護の程度に強弱を付けてはいるものの、カップル関係の一元的な把握を前提とした捉え方を示している⁶⁷¹⁾。

次に、関係の解消との関連で問題になる損害賠償の制約手法については、婚

670) パクスの解消の場面においても三つ目の法理が有用であることを説くものとして、Jestaz, *supra* note 665, pp.196 et s. ; Baby, *supra* note 656, n^{os}253 et s., pp.295 et s. Contra. Molas, *supra* note 656, p.90.

婚姻の解消の場面でのみ、紛争の平和的解決という観点等に由来する請求主体、請求時期、および、賠償対象の限定が存在している。自由結合カップルの解消の場面では、不法行為の一般規定が援用されているため、法律論の上ではこうした限定は存在しない⁶⁷²⁾。ここには、身分の変動を伴わない自由結合の解消においては紛争の平和的解決という考慮に基づく損害賠償請求の制約は不要であるとの判断があるのかもしれない。しかし、婚姻の解消の場面における各制約手法が紛争の平和的解決という目的を十分に達成することができていないこと、および、それらが民事責任法の論理に反していることを想起し、かつ、同じ保護対象を想定しながら制約の有無の点で異なるルールを用意することには整合性の面で問題があることを強調すれば、これらの制約を課さない自由結合カップルの場面での規律こそが望まれる姿として浮かび上がってくる。

二. 横の家族関係の不成立との関連で損害賠償が請求される場面

婚姻の約束がされたがその後に解消された場合において、その約束を解消された者または約束解消の原因を作らなかった者は、その約束を解消した者または約束解消の原因を作った者に対して、損害賠償の支払を求めることができる^{673, 674)}。損害賠償の保護対象として想定されているものは何かという本稿の問題関心に照らせば、まず、婚姻約束が契約として有効なものであるかどうか、

671) 問題関心は異なるが、Cf. Fulchiron, *supra* note 577, n°9, pp.1706 et s. ; Saulier, *supra* note 353, n°98, pp.103 et s.

672) まず、婚姻の解消につき有責である者は、相手方に有責性が認められたとしても、民法典 266 条に基づき損害賠償を請求することができないのに対して、自由結合カップルの関係の解消につき有責である者は、相手方にフォートが認められれば、同 1240 条に基づき損害賠償を請求することができる（ただし、責任分割を理由に賠償額は減らされる）。次に、同 266 条に基づく損害賠償請求は離婚訴訟の時にしかすることができないのとは異なり、自由結合カップルの解消から生じた損害の賠償請求はいつでもすることができる。最後に、離婚の場面では、多くのケースで婚姻の解消から損害が発生したことは肯定され、その後に、損害が極めて重大なものであるかどうかという審査がされるのに対し、自由結合カップルの解消の場面では、賠償されるべき損害が存在するかという次元での審査だけが行われ、それが極めて重大なものであるかどうかという審査はされない。

次に、それが肯定される場合に、どのような内容の契約が想定され、その不履行についてどのような救済手段が予定されることになるか、または、それが否定される場合に、どのような根拠に基づき、どのような要件の下で、不法行為が成立することになるかという問いを起点にして、この問題についての実定法の展開過程および現状を分析することが有益である。

一方で、初期の一部の裁判例は、婚姻約束を有効な契約として捉えていた⁶⁷⁵⁾。これは、民法典制定前後の有力な学説の考え方を受け入れたものである⁶⁷⁶⁾。19世紀後半以降の判例および裁判例では、婚姻約束の契約としての有効性を肯定する立場はみられなくなったが⁶⁷⁷⁾、学説においては、少数ではあるものの、現在に至るまでその有効性を肯定する見解が脈々と存在している⁶⁷⁸⁾。ところで、婚姻約束が契約として有効であるとすれば、当事者は、この契約に基づき、婚姻をするという内容を持つなす債務を負うことになる^{679, 680, 681)}。そして、仮にこの場面で債務の履行または不履行に関する一般原則がそのまま適用されるとすれば、一方がその債務の履行を拒む場合には、他方は、その履行の強制を求めることができ、または、債務不履行を理由とする

673) この問題について、少し古いが、Cf. Georges Vidal, *Étude sur les moyens organisés par la loi et jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, Impr. Durand, Fillous et Lagarde, Toulouse, 1884 ; Ambroise Colin, *Droit Romain, Des fiançailles ; Histoire du droit et droit français, Des fiançailles et des promesses de mariage*, Arthur Rousseau, Paris, 1887 ; Francis-Félix Dubois, *supra* note 268 ; Louis Josserand, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles*, DH., 1927, chr., pp.21 et s. ; Jean Lefebvre, *Le problème de la rupture des fiançailles ou promesses de mariage en jurisprudence : Étude de droit comparé*, Jouve, Paris, 1935 ; etc. また、比較的最近のものとして、Jourdain, *supra* note 9, n^{os}2 et s., pp.3 et s. ; etc. 最近では、この問題への関心は相対的に低く (Pons, *supra* note 17, n^{os}182 et s., pp.121 et s.)、この問題を包括的に論じた文献はほとんどない。

674) 一旦は成立した婚姻がその後に無効とされた場合において、無効の原因を作らなかった者がその原因を作った者に対して損害賠償の支払を求めるという事例も想定される。しかし、この事例に関わる裁判例はほとんど存在せず、本稿の問題関心にとって有意な議論が行われているわけでもないため (Cf. Cass. req., 5 mars 1838, S., 1838, 1, 287 ; TC. Seine, 24 nov. 1905, RTD civ., 1906, 391, chr., Louis Josserand ; TC. Seine, 17 nov. 1926, RTD civ., 1927, 649, chr., René Demogue ; etc.)、以下では、この事例を検討の外に置く。

損害賠償の支払を求めることができるはずである。もっとも、婚姻約束が契約として有効であることを認める見解の多くは、上記の帰結をそのまま受け入れてこなかった。裁判例および学説を丁寧分析していくと、上記の帰結を否定する方法には、二つの型が存在することが分かる。

一つ目は、婚姻をするという内容を持つ債務に係る履行の強制だけを否定し、その不履行から生ずる損害の賠償を肯定するタイプの見解である。まず、この見解は、婚姻約束により婚姻をするという内容を持つ債務が発生することを認

675) 婚姻約束の有効性それ自体を直接的な争点とするものではなく、婚姻約束の不履行を理由とする損害賠償請求の可否を判断する前段階としてその有効性を当然の前提としてい
ると考えられる裁判例であるが、CA. Rouen, 20 mars 1813, S., 1815, 2, 114 ; CA. Rouen, 28
fév. 1815, S., 1815, 2, 224 ; CR. Colmar, 23 janv. 1833, S., 1834, 2, 40（ただし、この判決は、な
す債務またはなさない債務がその不履行の場合に損害賠償へと変わることを規定した2016
年2月10日のオルドナンスによる改正前の民法典旧1142条のみならず、不法行為の一般規
定である同1240条をも援用している）; CA. Toulouse, 5 juill. 1843（Cass. req., 24 mars 1845,
supra note 589の原審。ただし、同上）; CA. Nîmes, 2 janv. 1855, D., 1855, 2, 161 ; S., 1855, 2,
38（ただし、同上）; CA. Rouen, 15 janv. 1865, S., 1865, 2, 169（ただし、この判決は、婚姻約
束が契約として有効であることを前提としつつも、その不履行を理由とする損害賠償を同
1240条によって根拠付けている）; etc.

676) Robert-Joseph Pothier, *Traité du contrat de mariage*, in, *œuvres de Pothier annotées et
mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*, par M. Bugnet, t.6, Videcoq,
père et fils, Paris, 1846, n^{os} 42 et s., pp.18 et s. ; Charles Bonaventure Marie Toullier, *Droit civil
français*, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la
pratique, t.6, 4^{ème} éd., Warée, Paris, 1824, n^{os} 293 et s., pp.305 et s. ; Philippe-Antoine Merlin,
Répertoire universel et raisonné de jurisprudence : Ouvrage de plusieurs jurisconsultes,
réduit aux objets dont la connaissance peut encore être utile et augmenté des chargements
apportés aux lois anciennes par les lois nouvelles, tant avant que depuis l'année 1814 ; de
dissertations, de plaidoyers et de réquisitoires sur les unes et les autres, 5^{ème} éd., t.12, Opt. –
Pre., Garnier, Paris, 1827, pp.287 et s. ; etc.

677) 婚姻約束を有効な契約として捉えているかのようにみえる判例がないわけではないも
のの（Cass. 2^{ème} civ., 28 avril 1993, n^{os} 91-18.855 ; D., 1995, jur., 330, note, Bruno Mathieu ; RTD
civ., 1995, 604, chr., Jean Hauser（婚姻約束の不存在を理由にその不履行を理由とする損
害賠償請求を棄却した原審が維持された事例））、単発的で、公式判例集にも未掲載であ
る。

めつつ、その不履行の場合に履行の強制を認めると婚姻約束を解消した者の婚姻自由が否定されることになってしまうため、当事者はその履行の強制を求めることはできないとする^{682, 683)}。しかし、この型に属する見解は、婚姻をするという内容を持つ債務の不履行によって損害が発生した場合に、婚姻約束を解消された者が⁶⁸⁴⁾解消した者に対して⁶⁸⁵⁾債務不履行を理由とする損害賠償の支払を求めること、および、婚姻約束の中で違約金ないし損害賠償額の予定に関する定めを置き、これに従って、婚姻約束を解消された者が損害賠償等の支払

678) Jossérand, *supra* note 673, pp.21 et s. ; Lefebvre, *supra* note 673, pp.22 et s. et pp.129 et s. ; Roger Pirson et Albert de Villé, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, t.2, Établissement Émile Bruylant, Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1935, n°469, p.584 ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Chabas et Leveneur, *supra* note 250, n°725 et s., pp.70 et s. ; Mathieu, *supra* note 677, n°12, p.332 ; Labbée, *supra* note 373, *Les rapports juridiques...*, pp.112 et s. ; Mustapha Mekki, *Intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t.411, LGDJ., Paris, 2004, n°525 et s., pp.320 et s. ; Cornu, *supra* note 250, *La famille*, n°151 et s., pp.269 et s. ; etc.

679) この点を明確に説くものとして、Pothier, *supra* note 676, n°48 et s., pp.20 et s. ; Toullier, *supra* note 676, n°300, pp.320 et s. ; Jossérand, *supra* note 673, p.24 ; Lefebvre, *supra* note 673, pp.162 et s. ; etc. 注(675) で引用した裁判例はこの点を明確に判示していないが、このことを当然の前提としているものと考えられる。

680) 婚姻約束を締結した当事者が婚姻をするという内容を持つ債務を負うことを強調すれば、両当事者はいわば婚姻のプレリュードの状態にあり、そのことを理由として当事者には貞操義務が課されるとの理解を導くこともできないわけではない。Cf. Guy Raymond, *Le consentement des époux au mariage : Étude de droit positif français*, préf. Gérard Cornu, Bibliothèque de droit privé, t.62, LGDJ., Paris, 1965, pp.10 et s. ; Ben Hadj Yahia, *supra* note 304, n°707 et s., pp.642 et s. ; etc.

681) ただし、婚姻約束が契約として有効であることを認めたとしても、そこから直ちに、当事者に婚姻をするという内容を持つ債務が課せられているとの理解が導かれるわけではない。婚姻約束においては、婚姻の成立に向けて誠実に努力するという内容を持つ債務だけが発生すると捉えることも可能である。このような理解を示すものとして、Ex. Mekki, *supra* note 678, n°533, pp.324 et s. ; Cornu, *supra* note 250, *La famille*, n°151 et s., pp.269 et s. ; etc.

682) Pothier, *supra* note 676, n°51, pp.21 et s. ; Lefebvre, *supra* note 673, pp.162 et s. ; Labbée, *supra* note 373, *Les rapports juridiques...*, pp.124 et s. ; etc.

を求めることについては、これを肯定する^{686, 687)}。ところで、この損害賠償は、債務不履行の一般原則に基づくものであるため、その対象には被った損失のみならず失った利益も含まれ（民法典1231-2条（2016年2月10日のオルドナンスによる条文番号の変更前の同旧1249条））、かつ、その範囲も、婚姻約束の締結時に予見しまたは予見することができたものによって画される（同1231-3条（同旧1250条））⁶⁸⁸⁾。その結果、婚姻約束の不履行を理由とする損害賠償によって填補されるべき損害には、婚姻をするという内容を持つ債務が履行さ

683) 婚姻をするという内容を持つ債務の不履行を理由とする損害賠償請求の根拠条文として、なす債務またはなさない債務がその不履行の場合に損害賠償へと変わることを規定した2016年2月10日のオルドナンスによる改正前の民法典旧1142条を挙げる見解も（Ex. Toullier, *supra* note 676, n°300, pp.320 et s. ; etc.）、なす債務において履行の強制が認められないこと、つまり、婚姻をするという内容を持つ債務の履行強制が否定されることを当然の前提としていた。

684) この考え方によると、婚姻約束の不履行に基づく損害賠償を請求することができる者は、婚姻約束を解消された者であり、婚姻約束の解消の原因を作らなかった者ではない。自ら最終的に婚姻約束の解消を申し出た者は、たとえその原因が相手方にあったとしても、相手方に婚姻をするという内容を持つ債務の不履行は存在しないため、損害賠償を請求することはできない。

685) この考え方によると、婚姻約束の不履行に基づく損害賠償の支払を義務付けられる者は、婚姻約束を解消した者である。もっとも、例えば、婚姻約束の一方当事者の両親等が婚姻の成立を妨害したことでその約束が解消された場合には、約束を解消された者は、その要件が充足されている限りにおいて、その両親等に対して不法行為に基づく損害賠償を請求することができる。ここでは、第三者による契約または債権侵害が生じているからである。

686) CA. Rouen, 20 mars 1813, *supra* note 675（ただし、一方による婚姻約束の履行拒絶が正当であるとの理由で他方からの損害賠償請求が棄却された事例である）；CA. Rouen, 28 fév. 1815, *supra* note 675（ただし、婚姻約束の証明の不存在を理由に損害賠償請求が棄却された事例である）；CR. Colmar, 23 janv. 1833, *supra* note 675；CA. Nîmes, 2 janv. 1855, *supra* note 675；CA. Rouen, 15 janv. 1865, *supra* note 675（ただし、根拠条文として民法典1240条が援用されている）；etc.

687) この点を明確に説くものとして、Pothier, *supra* note 676, n°53, p.22；Toullier, *supra* note 676, n°300, pp.320 et s.；Merlin, *supra* note 676, pp.287 et s.；Lefebvre, *supra* note 673, pp.162 et s.；Pirson et Villé, *supra* note 678, n°469, p.584；etc.

れ婚姻が成立していれば得ることができたであろう利益の喪失に関わる要素が含まれることになる^{689, 690}。従って、この考え方によれば、婚姻約束を解消された者からの債務不履行による損害賠償の保護対象として、相手方の配偶者になること、婚姻関係が存在すること、または、婚姻関係の存在に由来する個別的な権利や利益が想定される⁶⁹¹。

二つ目は、婚姻をするという内容を持つ債務に係る履行の強制のみならず、その不履行から生ずる損害の賠償をも否定し、この債務の不履行とは別の責任原因に基づく損害賠償だけを認める見解である。この見解は、婚姻約束により婚姻をするという内容を持つ債務が発生すること、その履行の強制が認められないことについては、一つ目の型と理解を共有する一方で、この債務の不履行を理由とする損害賠償に関しては、必ずしも明示していないものの、これを認めると、婚姻約束を解消した者に対して婚姻が成立した場合と同じ状況を金銭の形で作り出すよう義務付けることになり、少なくとも間接的な形で婚姻自由を制約する結果となってしまうとの理由により否定する。この考え方によれば、婚姻が成立していれば得ることができたであろう利益は、権利義務の次元では想定されているが⁶⁹²、サンクションの次元で保護対象から除外される。しかし、この型に属する見解は、婚姻約束の解消の場面で一切の損害賠償を否定するわけではない。例えば、婚姻約束には一方的に契約を解消する権利が内在されて

688) この点について、拙稿・前掲注(36) 287頁以下を参照。

689) CA. Rouen, 15 janv. 1865, *supra* note 675 (損害賠償として400フランの終身年金の付与が認められた事例); etc. もっとも、裁判例の中には被った損失の賠償しか認めないものもあった。Ex. CA. Nîmes, 2 janv. 1855, *supra* note 675 (婚姻約束の解消のために無駄になった費用等); etc.

690) この点を明確に説くものとして、Toullier, *supra* note 673, n°300, pp.320 et s.; Lefebvre, *supra* note 673, pp.162 et s. et pp.207 et s.; etc.

691) 従って、婚姻約束を注(681)で示したような内容を持つ契約として捉えたり、二つ目の考え方に基づいて依拠したりするのであればともかく、そうでない限り、婚姻約束が契約として有効であることを前提とした場合に導かれる具体的な結論と婚姻約束が契約として無効であることを前提とした場合に導かれるそれとがほぼ同じになるという理解は、不正確である。

おり⁶⁹³⁾、この権利が行使されることによって、婚姻をするという内容を持つ債務に係る履行の強制やその不履行を理由とする損害賠償は実質的に排除されるが、その権利の行使に濫用が認められるときには、婚姻約束を解消した者は⁶⁹⁴⁾その濫用を理由に解消された者に対して⁶⁹⁵⁾損害賠償責任を課せられる等と説明される⁶⁹⁶⁾。もっとも、この損害賠償の保護対象は、婚姻関係の存在に関わる要素ではなく、一方的かつ濫用的に婚姻約束を解消された者の人格や感情にすぎないことに、注意が必要である⁶⁹⁷⁾。

他方で、実定法は、初期の一部の裁判例を除き、婚姻約束に拘束力を認めると当事者の婚姻自由が否定されることになるとの理由により、一貫して、婚姻約束およびそれに付随する違約条項等は契約として効力を持たないとしてき

692) この見解は、婚姻が成立していれば得ることができたであろう利益を権利義務の次元で想定している点において、婚姻約束の契約としての有効性を否定する見解とは異なる。

693) もっとも、継続的契約以外の場面でこうした権利を当事者に留保すると、合意を無にするのと同じ結果が導かれることになってしまう。Cf. Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°47, p.29; etc.

694) この考え方によると、婚姻約束の解消の濫用を理由に損害賠償の支払を義務付けられる者は、婚姻約束を解消した者である。もっとも、例えば、婚姻約束の一方当事者の両親等が婚姻の成立を妨害したことでその約束が解消された場合には、約束を解消された者は、当該妨害行為が両親等に帰属する権利の濫用と評価されるものであれば、その両親等に対して不法行為に基づく損害賠償を請求することができる。

695) この考え方によると、婚姻約束の解消の濫用を理由に損害賠償を請求することができる者は、婚姻約束を解消された者であり、婚姻約束の解消の原因を作らなかった者ではない。自ら最終的に婚姻約束の解消を申し出た者は、たとえその原因が相手方にあったとしても、相手方に婚姻約束を解消する権利の濫用は存在しないため、損害賠償を請求することはできない。

696) Louis Josserand, *De l'abus des droits*, Arthur Rousseau, Paris, 1905, pp.40 et s.; Id., *supra* note 673, p.24; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Chabas et Leveneur, *supra* note 250, n°725, pp.72 et s.

697) 従って、この二つ目の考え方による限り、婚姻約束が契約として有効であることを前提とした場合に導かれる具体的な結論と婚姻約束が契約として無効であることを前提とした場合に導かれるそれとは、ほぼ同じになる。Cf. Thomas, *supra* note 16, p.34; Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°50 et s., p.31; Mathieu, *supra* note 677, n°10, pp.331 et s.; etc.

た⁶⁹⁸⁾。また、実定法は、婚姻約束を解消したことそれ自体についてフォートを認め、このフォートに基づきこれを解消した者に対して損害賠償の支払を義務付けると、実質的にこの者の婚姻自由が損なわれることになってしまうとの理由により、ほぼ一貫して⁶⁹⁹⁾、婚姻約束の解消だけを理由とする損害賠償請求を認めることはできないと理解してきた^{700, 701)}。そして、これらの考え方は、

698) Cass. civ., 21 déc. 1814, S., 1815, 1, 159 (婚姻約束に付随する違約条項); Cass. crim., 31 mars 1836, S., 1836, 1, 574 (同上); Cass. réun., 7 mai 1836, D., 1836, 1, 161 (別の問題が争われた Cass. civ., 29 mai 1827, D., 1827, 1, 253 の移送後の再上告審。婚姻約束およびそれに付随する違約条項); Cass. civ., 30 mai 1838, D., 1838, 1, 286; S., 1838, 1, 492 (婚姻約束); Cass. civ., 10 mai 1943, DA., 1943, 65 (婚姻約束); etc.

下級審の裁判例として、CI. Amiens, 30 mai 1812, S., 1814, 2, 19 (Cass. civ., 21 déc. 1814, supra の原審。婚姻約束に付随する違約条項); CR. Poitiers, 29 mai 1834, S., 1834, 2, 354 (Cass. civ., 30 mai 1838, supra の原審。婚姻約束); CA. Caen, 6 juin 1850, D., 1855, 2, 178 (同上); CA. Douai, 3 déc. 1853, supra note 267 (婚姻約束およびそれに付随する違約条項); CA. Toulouse, 28 nov. 1864, supra note 583 (婚姻約束); CA. Aix, 23 fév. 1865, S., 1866, 2, 28 (同上); CA. Dijon, 20 déc. 1867, supra note 582 (同上); TC. Navers, 2 janv. 1877, supra 584 (同上); TC. Loudun, 8 fév. 1883, supra note 583 (同上); CA. Dijon, 10 fév. 1892, S., 1892, 2, 197 (婚姻約束およびそれに付随する違約条項); TC. Tulle, 18 mai 1895, Gaz. Pal., 1895, 2, jur., 90 (婚姻約束); TC. Châteaudun, 6 août 1896, Gaz. Pal., 1896, 2, jur., 273 (同上); TC. Gien, 21 juin 1898, Gaz. Pal., 1898, 2, jur., 535 (CA. Orléans, 17 déc. 1898, infra note 700 の原審。同上); TC. Sens, 13 juin 1901, supra note 584 (同上); CA. Grenoble, 24 mars 1908, D., 1910, 2, 134 (同上); TC. Dunkerque, 14 fév. 1913, Gaz. Pal., 1913, 1, jur., 470 (同上); CA. Poitiers, 13 nov. 1922, Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 31 (原審 (TC. Roche-sur-Yon, 10 janv. 1922, Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 31) も同旨である。同上); CA. Paris, 4 juin 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, jur., 457 (同上); CA. Dijon, 14 juin 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, jur., 408; RTD civ., 1927, 962, chr., Eugène Gaudemet (同上); CA. Dijon, 7 fév. 1928, D., 1928, 2, 169, note, Pierre Voirin; Gaz. Pal., 1928, 2, jur., 501 (同上); TC. Metz, 4 juin 1928, Gaz. Pal., 1928, 2, jur., 677 (同上); TC. Grenoble, 13 nov. 1928, Gaz. Pal., 1929, 1, jur., 197 (同上); TC. Seine, 10 mai 1932, DH., 1932, jur., 390 (同上); TC. Seine, 13 mai 1932, DH., 1932, jur., 390 (同上); TC. Lille, 6 janv. 1933, Gaz. Pal., 1933, 1, jur., 538 (同上); TC. Seine, 4 mai 1943, Gaz. Pal., 1943, 1, jur., 283 (同上); TC. Lyon, 15 fév. 1950, D., 1950, som., 44; Gaz. Pal., 1950, 1, jur., 318 (同上); CA. Paris, 11 fév. 1955, D., 1955, jur., 369 (同上); etc.

なお、20世紀後半以降の判例および裁判例は、事案の解決に必要なでないこともあって、このことを明示していない。

多くの学説による支持を受け続けている⁷⁰²⁾。こうした考え方によれば、婚姻約束の解消の場面において、相手方の配偶者になることや婚姻関係が存在する

699) ただし、裁判例の中には、婚姻自由の観点を意識することなく、婚姻約束の解消それ自体がフォートを構成すると理解しているようにみえるものもあった。Ex. CR. Toulouse, 14 mai 1842, D., 1843, 2, 31（財産的損害についての説示）; CA. Caen, 24 avril 1850, supra note 268（同上）; etc.

700) Cass. civ., 11 juin 1838, S., 1838, 1, 492（婚姻約束の解消だけを理由に解消された者からの損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例）; Cass. req., 12 nov. 1901, Gaz. Pal., 1901, 2, jur., 668; D., 1902, 1, 46; S., 1902, 1, 237; Rev. dr. civ., 1902, 410, chr., F. Amiot（婚姻約束の解消とは区別されるフォートがあれば損害賠償請求が認められることの前提としての説示）; Cass. civ., 2 mars 1926, DH., 1926, jur., 286; S., 1926, 1, 369, note, J.-P. Niboyer; Gaz. Pal., 1926, 2, jur., 24; D., 1927, 1, 67, note, A. C.（同上）; Cass. req., 1^{er} mars 1938, DH., 1938, jur., 264; Gaz. Pal., 1938, 1, jur., 764（同上）; Cass. req., 23 juin 1938, Gaz. Pal., 1938, 2, jur., 586（同上）; Cass. civ., 10 mai 1943, supra note 698（同上）; Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 1955, D., 1955, jur., 324; RTD civ., 1955, 498, chr., Henri et Léon Mazeaud（同上）; Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1961, Bull. civ., I, n°74（同上）; Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1964, Bull. civ., I, n°412（同上）; Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1965, supra note 584（同上）; Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1967, n°65-14.054; Bull. civ., II, n°210（同上）; Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1995, n°92-21.767; D., 1995, jur., 251, note, Alain Bénabent; RTD civ., 1995, 604, chr., Jean Hauser; RCA., mars 1995, com., 85（同上）; etc.

下級審の裁判例として、CR. Nîmes, 25 janv. 1839, S., 1939, 2, 177（Cass. civ., 11 juin 1838, supraの移送審）; CA. Caen, 6 juin 1850, supra note 698（ただし、2016年2月10日のオルドナンスによる改正前の民法典旧1142条の適用を否定する文脈での説示である）; TC. Bordeaux, 19 déc. 1851, supra note 583（婚姻約束が詐欺的誘惑の手段として用いられたのでなければその解消を理由とする損害賠償請求は認められないとされた事例）; CA. Bordeaux, 23 nov. 1852, supra note 583（同上）; CA. Grenoble, 18 mars 1864, supra note 584（婚姻約束の解消とは区別されるフォートがあれば損害賠償請求が認められることの前提としての説示）; CA. Toulouse, 28 nov. 1864, supra note 583（同上）; CA. Dijon, 20 déc. 1867, supra note 582（同上）; TC. Nîmes, 2 janv. 1877, supra note 584（婚姻約束が詐欺的誘惑の手段として用いられたのでなければその解消を理由とする損害賠償請求は認められないとされた事例）; TC. Loudun, 8 fév. 1883, supra note 583（婚姻約束の解消とは区別されるフォートがあれば損害賠償請求が認められることの前提としての説示）; CA. Dijon, 10 fév. 1892, supra note 698（同上）; CA. Rennes, 6 nov. 1894, Gaz. Pal., 1894, 2, jur., 629（同上）; TC. Châteaudun, 6 août 1896, supra note 698（婚姻約束の時点でのフォートがなければその解消を理由とする損害賠償請求は認められないとされた事例）; CA. Orléans, 17 déc. 1898, Gaz. Pal., 1899, 1, jur., 306（婚姻約束の解消とは区別されるフォートがあれば損害賠償請求が認

はずであったことといった要素は、明確に保護対象から除外される⁷⁰³⁾。ここでは、婚姻が成立していれば得ることができたであろう利益の賠償は認められない⁷⁰⁴⁾。

もっとも、判例および裁判例は、こうした出発点を維持しつつも、古くから、婚姻約束を解消した者または解消の原因を作った者に婚姻約束の解消それ自体

(前頁からつづき)

められることの前提としての説示); CA. Paris, 18 déc. 1898, Gaz. Pal., 1899, 1, jur., 449 (同上。原審 (TC. Corbeil-Essonnes, 16 déc. 1896, Gaz. Pal., 1899, 1, jur., 449) も同旨である); TC. Sainte-Menehould, 15 mai 1901, Gaz. Pal., 1901, 1, jur., 750 (同上); TC. Sens, 13 juin 1901, supra note 584 (同上); TC. Seine, 12 janv. 1904, RTD civ., 1905, 330, chr., René Demogue (同上); CA. Paris, 12 mars 1912, supra note 584 (同上); TC. Dunkerque, 14 fév. 1913, supra note 698 (同上); CA. Paris, 16 oct. 1913, Gaz. Pal., 1913, 2, 504 (同上); CA. Poitiers, 13 nov. 1922, supra note 698 (同上); CA. Riom, 20 fév. 1923, supra note 582 (同上); TC. Belfort, 13 mars 1925, supra note 584 (同上); CA. Paris, 4 juin 1927, supra note 698 (同上); CA. Dijon, 14 juin 1927, supra note 698 (同上); TC. Valenciennes, 10 mai 1928, supra note 584 (同上); TC. Metz, 4 juin 1928, supra note 698 (同上); TC. Grenoble, 13 nov. 1928, supra note 698 (同上); CA. Caen, 20 avril 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 144 (同上); TC. Seine, 10 mai 1932, supra note 698 (同上); TC. Seine, 13 mai 1932, supra note 698 (同上); TC. Lille, 6 janv. 1933, supra note 698 (同上); TC. Seine, 10 janv. 1933, Gaz. Pal., 1933, 1, jur., 666 (同上); CA. Riom, 12 juin 1934, DH., 1934, jur., 549 (同上。原審 (TC. Clermont-Ferrand, 22 mars 1933, DH., 1934, jur., 549) も同旨である); TC. Seine, 17 juin 1935, Gaz. Pal., 1935, 2, jur., 400 (同上); CA. Angers, 19 nov. 1935, supra note 584 (同上); CA. Riom, 26 mars 1941, S., 1941, 2, 45 (同上); TC. Moulins, 1^{er} déc. 1942, Gaz. Pal., 1943, 1, jur., 36 (同上); TC. Seine, 4 mai 1943, supra note 698 (同上); TC. Saumur, 17 avril 1947, supra note 231 (同上); TC. Lyon, 15 fév. 1950, supra note 698 (同上); CA. Montpellier, 19 mars 1954, D., 1954, jur., 377 (同上); CA. Paris, 22 avril 1955, D., 1955, jur., 598; JCP, 1955, II, 8913 (同上); CA. Colmar, 12 juin 1970, D., 1971, jur., 406, note, Georges Wiederkehr (同上。Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 1973, infra note 707 の原審); CA. Paris, 3 déc. 1976, D., 1978, jur., 339, note, Claude Isabelle Foulon-Piganiol (同上); CA. Montpellier, 8 juill. 1986, RTD civ., 1989, 282, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi (同上); TGI. Périgueux, 24 oct. 1995, PA., 26 juill. 1996, 33, note, Gérard Charollois (同上); CA. Paris, 1^{er} juill. 1999, D., 2000, som., 411, obs., Jean-Jacques Lemouland (同上); CA. Aix-en-Provence, 3 mars 2005, Dr. fam., nov. 2005, com., 235, note, Virginie Larribau-Terneyre (同上); CA. Rennes, 27 mars 2019, AJ fam., mai 2019, 292, obs., Isabelle Corpart (同上); etc.

701) 婚姻約束をした当事者の一方が死亡したことによりその実現が不可能になったとしても、他方は一方の包括受遺者に対して損害賠償の支払を求めることはできない。CA. Bordeaux, 4 déc. 1935, D., 1936, 2, 135, note, Marcel Nast; Gaz. Pal., 1936, 1, jur., 250.

とは区別されるフォートが認められるときは、婚姻約束を解消された者または解消の原因を作らなかった者は、そのフォートによって生じた損害の賠償を求めることができるとしてきた^{705,706)}。ところで、これらの判例および裁判例は、これ以上の一般論を提示することなく⁷⁰⁷⁾、事実関係の評価を行い、婚姻約束

702) これらは、古くから (Alexandre Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général*, suivant le code civil, t.1, Nève, Paris, 1819, n°288 et s., pp.357 et s. ; Id., *Cours de droit français suivant le code civil*, t.2, Nève, Paris, 1825, n°187, p.135 ; M. Allemand, *Traité du mariage et de ses effets*, t.1, G. Thorel, Paris, E. Leboyer, Riom, 1846, n°144, pp.133 et s. ; Juste-Louis-Arthur Benoist, *Droit romain, Du mariage ; Droit français, De la responsabilité civile en matière de délits et des quasi-délits*, th. Strasbourg, 1859, pp.149 et s. ; François Laurent, *Principes de droit civil français*, t.2, Bruylant-Christophe et Cie, Bruxelles et Librairie A. Durand & Pedone Lauriel, Paris, 1870, n°304 et s., pp.404 et s. ; Victor-Napoléon Marcadé, *Explication théorique et pratique de code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t.1, 7^{ème} éd., Delamotte et fils, Paris, 1873, n°562, pp.435 et s. ; Vidal, *supra* note 673, pp.43 et s. ; Colin, *supra* note 673, pp.185 et s. ; Huc, *supra* note 268, n°5 et s., pp.12 et s. ; Dubois, *supra* note 268, pp.139 et s. ; Givord, *supra* note 281, n°33, pp.57 et s. ; etc.)、現在に至るまでの (Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°43 et s., pp.27 et s. ; Colombet, *supra* note 250, n°6, pp.27 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°148, pp.103 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n°65, p.62 ; Égée, *supra* note 310, n°60, pp.40 et s. ; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, *supra* note 211, n°103, pp.93 et s. ; Jourdain, *supra* note 9, n°3 et s., pp.3 et s. ; Murat, *supra* note 531, n°111.91 et s., pp.27 et s. ; etc.) 一般的な理解の仕方である。

703) CA. Paris, 25 oct. 1963, JCP., 1963, II, 13455, obs., R. B. ; D., 1964, jur., 58, note, Paul Esmain は、ほかの女性と婚姻関係にあった Y が X との間で婚姻の約束をしその後にこれを解消したという事案で、当該婚姻約束が違法なものであることを理由に、Y に対する X からの損害賠償請求を棄却した。しかし、ここでの損害賠償の保護対象が相手方の配偶者になることといった要素ではないことからすると、違法性を起点として X からの損害賠償請求を棄却することには問題がある。Y に配偶者があることを知りながら自ら望んで婚姻約束をした以上、X には人格や感情の侵害は存在しないという理由が付されるべきであった。

704) この点を明確に説くものとして、Duranton, *supra* note 702, *Traité des contrats...*, n°288, pp.356 et s. ; Allemand, *supra* note 702, n°145, p.134 ; Laurent, *supra* note 702, n°306, pp.408 et s. ; Colin, *supra* note 673, pp.186 et s. ; Givord, *supra* note 281, n°38 et s., pp.59 et s. ; Chartier, *supra* note 283, *La réparation du préjudice*, n°288, pp.358 et s. ; Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°70, pp.40 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°151, pp.105 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n°68, p.65 ; etc. また、Cf. CR. Nîme 25 janv. 1839, *supra* note 700 ; etc.

の解消それ自体とは区別されるフォートの存在を肯定したり、否定したりしているため、このフォートの判断の仕方を統一的に把握することには困難が伴

705) Cass. req., 12 nov. 1901, supra note 700 (肯定例); Cass. civ., 2 mars 1926, supra note 700 (否定例); Cass. req., 1^{er} mars 1938, supra note 700 (否定例); Cass. req., 23 juin 1938, supra note 700 (肯定例); Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 1955, supra note 700 (否定例); Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1961, supra note 700 (否定例); Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1964, supra note 700 (否定例); Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1965, supra 584 (否定例); Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1967, supra note 700 (否定例); Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1995, supra note 700 (否定例); Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 1995, supra note 611 (否定例); etc.

下級審の裁判例として、CA. Grenoble, 18 mars 1864, supra note 584 (ただし、該当するフォートとして詐欺的誘惑が想定されている); CA. Toulouse, 28 nov. 1864, supra note 583 (ただし、同上); CA. Dijon, 20 déc. 1867, supra note 582 (ただし、同上); TC. Loudun, 8 fév. 1883, supra note 583 (ただし、同上); CA. Dijon, 10 fév. 1892, supra note 698 (肯定例); CA. Rennes, 6 nov. 1894, supra note 700 (肯定例); TC. Tulle, 18 mai 1895, supra note 698 (肯定例); TC. Gien, 21 juin 1898, supra note 698 (否定例。ただし、重大なフォートが必要であるとされている); CA. Orléans, 17 déc. 1898, supra note 700 (肯定例); CA. Paris, 18 déc. 1898, supra note 700 (肯定例); TC. Sainte-Menheould, 15 mai 1901, supra note 700 (肯定例); TC. Sens, 13 juin 1901, supra note 584 (否定例); CA. Paris, 27 déc. 1905, supra note 584 (ただし、該当するフォートとして詐欺的誘惑が想定されている); CA. Grenoble, 24 mars 1908, supra note 698 (肯定例); CA. Paris, 12 mars 1912, supra note 584 (肯定例); CA. Lyon, 5 fév. 1913, Gaz. Pal., 1913, 1, jur., 473; S., 1914, 2, 47 (肯定例); TC. Dunkerque, 14 fév. 1913, supra note 698 (肯定例); CA. Paris, 16 oct. 1913, supra note 700 (肯定例); CA. Poitiers, 13 nov. 1922, supra note 698 (肯定例); CA. Riom, 20 fév. 1923, supra note 582 (否定例。ただし、損害の不存在が理由になっている); TC. Belfort, 13 mars 1925, supra note 584 (否定例。ただし、婚姻約束の不存在が理由になっている); CA. Paris, 4 juin 1927, supra note 698 (肯定例); CA. Dijon, 14 juin 1927, supra note 698 (否定例); CA. Dijon, 7 fév. 1928, supra note 698 (否定例); TC. Valenciennes, 10 mai 1928, supra note 584 (ただし、該当するフォートとして詐欺的誘惑が想定されている); TC. Metz, 4 juin 1928, supra note 698 (肯定例); TC. Grenoble, 13 nov. 1928, supra note 698 (肯定例); TC. Epinal, 18 juill. 1929, Gaz. Pal., 1929, 2, jur., 599 (肯定例); CA. Caen, 20 avril 1932, supra note 700 (肯定例); TC. Seine, 10 mai 1932, supra note 698 (肯定例); TC. Seine, 13 mai 1932, supra note 698 (否定例); TC. Lille, 6 janv. 1933, supra note 698 (否定例); TC. Seine, 10 janv. 1933, supra note 700 (肯定例); TC. Alençon, 4 juill. 1933, DH., 1933, jur., 519 (肯定例); CA. Riom, 12 juin 1934, supra note 700 (肯定例); TC. Seine, 17 juin 1935, supra note 700 (肯定例); CA. Angers, 19 nov. 1935, supra note 584 (否定例。ただし、婚姻約束の不存在が理由になっている); CA. Riom, 26 mars 1941, supra note

う⁷⁰⁸⁾。しかし、個々の判例および裁判例における事実の取り上げ方を丁寧に分析していくと⁷⁰⁹⁾、フォートの判断の仕方に関しては、以下の二つの考え方

（前頁からつづき）

700（肯定例）；TC. Moulins, 13 oct. 1942, *supra* note 582（否定例）；TC. Moulins, 1^{er} déc. 1942, *supra* note 700（否定例）；TC. Seine, 4 mai 1943, *supra* note 698（否定例）；TC. Saumur, 17 avril 1947, *supra* note 231（ただし、該当するフォートとして詐欺的誘惑が想定されている）；CA. Montpellier, 19 mars 1954, *supra* note 700（否定例）；CA. Paris, 11 fév. 1955, *supra* note 698（肯定例）；CA. Paris, 22 avril 1955, *supra* note 700（肯定例）；TC. Seine, 18 juin 1957, D., 1957, jur., 575（肯定例）；CA. Paris, 12 nov. 1964, JCP, 1962, II, 14104, obs., R. B.（否定例）；CA. Colmar, 12 juin 1970, *supra* note 700（肯定例）；CA. Toulouse, 9 mars 1976, D., 1976, som., 88（否定例）；CA. Paris, 3 déc. 1976, *supra* note 700（肯定例）；CA. Montpellier, 8 juill. 1986, *supra* note 700（否定例）；TGI. Périgueux, 24 oct. 1995, *supra* note 700（否定例）；CA. Paris, 1^{er} juill. 1999, *supra* note 700（肯定例）；CA. Aix-en-Provence, 3 mars 2005, *supra* note 700（肯定例）；CA. Rennes, 27 mars 2019, *supra* note 700（否定例）；etc.

706) このことも、古くから（Duranton, *supra* note 702, Cours de droit français..., n°137, p.135 ; Allemand, *supra* note 702, n°145, p.134 ; Laurent, *supra* note 702, n°308 et s., pp.412 et s. ; Marcadé, *supra* note 702, n°563, p.437 ; Vidal, *supra* note 673, pp.51 et s. ; Huc, *supra* note 268, n°6 et s., pp.13 et s. ; Givord, *supra* note 281, n°33, pp.57 et s. ; etc.）、現在に至るまで（Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°67, pp.38 et s. ; Colombet, *supra* note 250, n°7, pp.28 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°152, pp.106 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n°68, pp.63 et s. ; Égée, *supra* note 310, n°60, pp.40 et s. ; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, *supra* note 211, n°103, pp.93 et s. ; Jourdain, *supra* note 9, n°3 et s., pp.3 et s. ; Murat, *supra* note 531, n°111.93 et s., pp.28 et s. ; etc.）、多くの学説によって支持されてきた。

707) 判決文の中で一般論を示していないものの、同様の理解を基礎に据えているものとみられる判例として、Ex. Cass. civ., 30 mai 1838, *supra* note 698（否定例）；Cass. req., 17 mai 1870, *supra* note 583（肯定例）；Cass. req., 16 janv. 1877, D., 1877, 1, 85, rapport, Onofrio ; S., 1877, 1, 165, rapport, Onofrio（肯定例）；Cass. req., 25 fév. 1890, D., 1890, 1, 412 ; S., 1893, 1, 423（肯定例）；Cass. req., 29 déc. 1936, Gaz. Pal., 1937, 1, jur., 399（肯定例）；Cass. civ., 3 juill. 1944, Gaz. Pal., 1944, 2, jur., 121 ; D., 1945, jur., 81（肯定例）；Cass. 1^{re} civ., 10 nov. 1954, Gaz. Pal., 1955, 1, jur., 26（肯定例）；Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1955, *supra* note 584（否定例）；Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1956, Bull. civ., I, n°463（肯定例）；Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1956, Bull. civ., I, n°464 ; D., 1957, jur., 71（肯定例）；Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1958, Bull. civ., I, n°19（否定例）；Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1958, Bull. civ., n°170（肯定例）；Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 1959, *supra* note 267（肯定例）；Cass. 1^{re} civ., 28 déc. 1960, n°59-12.023 ; Bull. civ., I, n°574（肯定例）；Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1961, Bull. civ., I, n°20（肯定例）；Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1961, Bull. civ., I, n°172（肯定例）；Cass.

を抽出することができる^{710, 711)}。その結果、損害賠償の保護対象についても、実定法においては、微妙な相違を含むいくつかの捉え方が存在していることが明らかになる。

第1に、解消の時期、婚姻に向けた準備の進展度、解消の態様、当事者の認

(前頁からつづき)

1^{re} civ., 17 mai 1961, supra note 583 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1961, n°59-12.487; Bull. civ., I, n°440 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1963, supra note 267 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1964, n°63-10.095; Bull. civ., I, n°129; Gaz. Pal., 1964, 1, jur., 405; RTD civ., 1964, 706, chr., Henri Desbois (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1965, n°62-13.779; Bull. civ., II, n°426 (否定例); Cass. 1^{re} civ., 19 juill. 1966, n°64-13.163; Bull. civ., I, n°443; D., 1966, jur., 632; RTD civ., 1967, 378, chr., Roger Nerson (否定例); Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1966, Bull. civ., I, n°495; Gaz. Pal., 1967, 1, jur., 164 (否定例); Cass. 2^{eme} civ., 2 juill. 1970, n°69-11.842; Bull. civ., n°235; D., 1970, jur., 743; RTD civ., 1971, 829, chr., Roger Nerson (肯定例); Cass. 2^{eme} civ., 22 oct. 1970, n°69-14.260; Bull. civ., II, n°285; Gaz. Pal., 1971, 1, som., 3 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 20 juill. 1971, supra note 267 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 1972, n°68-13.442; Bull. civ., I, n°54; JCP, 1972, II, 17111, obs., Raymond Lindon (肯定例); Cass. 2^{eme} civ., 18 janv. 1973, n°71-13.001; Bull. civ., II, n°25; D., 1973, IR., 54; JCP, 1974, II, 17794 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1974, n°73-10.029; Bull. civ., I, n°296; Gaz. Pal., 1975, 1, som., 4 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 1976, n°75-13.423; Bull. civ., I, n°301 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1976, n°74-14.289; Bull. civ., I, n°322 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1980, n°78-10.774; Bull. civ., I, n°5; Gaz. Pal., 1980, 1, pan., 328 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 29 avril 1981, n°80-11.172; Bull. civ., I, n°143 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 29 avril 1981, n°80-10.823; Bull. civ., I, n°144 (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 15 mars 1988, supra note 255 (肯定例); etc.

708) このフォートの判断の仕方が明確でないものとして、Ex. CA. Montpellier, 10 mai 1851, D., 1855, 2, 177 (肯定例); CA. Orléans, 12 janv. 1893, S., 1893, 2, 267 (肯定例); TC. Sens, 13 juin 1901, supra note 584 (否定例); etc.

709) Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1973, n°71-12.339; Bull. civ., I, n°167; D., 1973, IR., 166; Gaz. Pal., 1973, 2, som., 179は、偽りの婚姻約束を認定しそこから解消とは区別されるフォートの存在を認めた原審を維持しているが、婚姻約束の成立の場面とその解消の場面とを混同してしまっており、適切さを欠く。

710) 以下の二つの考え方について、Cf. Bénabent, supra note 264, n°68, pp.63 et s.; Jourdain, supra note 9, n°8 et s., pp.4 et s.; Murat, supra note 531, n°111.94 et s., pp.30 et s. また、必ずしも二つの考え方が明確に提示されているわけではないが、Cf. Pons, supra note 17, n°112 et s., pp.88 et s. et n°182 et s., pp.111 et s.

識等を考慮して、婚約約束の解消における粗暴性や乱雑性の有無を問う考え方が^{712, 713, 714)}ある。こうした判例および裁判例は、19世紀から現在に至るまで存在し、その主流を形成している。このように解消のプロセスに着目する考え方

711) フォートの認定に際して、以下で述べる二つの要素をいずれも考慮しているようにみえる裁判例も存在する。Ex. Cass. req., 23 mars 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 19; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1956, supra note 707; Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1961, supra note 707; Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1965, supra note 707; Cass. 2^{ème} civ., 22 oct. 1970, supra note 707; Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1974, supra note 707; CA. Paris, 12 mars 1912, supra note 584; TC. Dunkerque, 14 fév. 1913, supra note 698; CA. Paris, 16 oct. 1913, supra note 700; TC. Alençon, 4 juill. 1933, supra note 705; CA. Riom, 12 juin 1934, supra note 700; CA. Riom, 26 mars 1941, supra note 700; TC. Lyon, 15 fév. 1950, supra note 698; CA. Colmar, 12 juin 1970, supra note 700; etc.

712) Cass. req., 16 janv. 1877, supra note 707（自らが主導して婚姻に向けた準備をほぼ終えた後に何の理由も述べることなく突然に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例）; Cass. req., 12 nov. 1901, supra note 700（婚姻に向けた準備をほぼ終えた後、結婚式の直前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例）; Cass. req., 23 mars 1932, supra note 711（解消された者をアメリカからフランスに連れてきた後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている）; Cass. req., 29 déc. 1936, supra note 707（婚姻に向けた準備をほぼ終えた後に虚偽の理由に基づき婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例）; Cass. req., 23 juin 1938, supra note 700（婚姻に向けた準備をすべて終えた後、結婚式の当日に行方をくらまし婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例）; Cass. crim., 16 oct. 1956, JCP., 1956, II, 9646, obs., Paul Esmain（軽率かつ不誠実に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例）; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1956, supra note 707（結婚式の前夜に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている）; Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 1959, supra note 707（詐欺的な形で婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例）; Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1961, supra note 583（解消された者が妊娠していることを知りながら婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例）; Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1961, supra note 707（時宜に遅れて突然に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている）; Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1963, supra note 267（解消された者が妊娠していることを知った直後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例）; Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1964, supra note 707（婚姻に向けた準備をほぼ終えた後、突然に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている）; Cass. 2^{ème} civ., 2 juill. 1970, supra note 707

においては、婚姻約束を解消したことそれ自体ではなく、婚姻自由によって基礎付けられた婚姻約束の解消やその解消に向けた各種の行動が相手方の人格等

(前頁からつづき)

(婚姻に向けた準備をはほぼ終え、解消された者が仕事を辞めた後、結婚式の5日前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); Cass. 2^{ème} civ., 22 oct. 1970, *supra* note 707 (婚姻に必要な手続を終え、解消された者が子を出産した直後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている); Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1974, *supra* note 707 (解消された者が妊娠した後、突然に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、同上); Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1976, *supra* note 707 (婚姻が成立することを信じさせ、解消された者が子を出産する直前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1980, *supra* note 707 (婚姻の予定を公にし、共同生活のための住居を購入して、解消された者が妊娠した直後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); Cass. 1^{re} civ., 29 avril 1981, *supra* note 707, n°80-11.172 (結婚式の数週間前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); Cass. 1^{re} civ., 15 mars 1988, *supra* note 255 (結婚式の具体的日程を決定し、解消された者が妊娠した後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); etc.

下級審の裁判例として、CR. Nîme 25 janv. 1839, *supra* note 700 (解消された者が仕事を辞め、元の住居から遠く離れた場所に転居した後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Orléans, 17 déc. 1898, *supra* note 700 (婚姻のための公示と準備を行い、結婚式の日時を決定した後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Rennes, 18 juill. 1906, RTD civ., 1906, 897, chr., René Demogue; D., 1907, 2, 70; S., 1909, 2, 82 (婚姻のための公示を行った後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); TC. Dunkerque, 14 fév. 1913, *supra* note 698 (婚姻のための公示と準備を行い、結婚式の数日前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている); CA. Paris, 16 oct. 1913, *supra* note 700 (同上); CA. Angers, 5 mai 1925, Gaz. Pal., 1925, 2, jur., 175 (婚姻に向けた準備をすべて終え、結婚式の直前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Montpellier, 24 mars 1927, DH., 1927, jur., 342; RTD civ., 1927, 646, chr., René Demogue (宗教上の儀式を終え、長期間にわたる同居の後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、この判決はコンキュビナージュの解消の問題として捉えている); CA. Paris, 4 juin 1927, *supra* note 698 (婚姻のための公示を終えた後に、嫁資の条件を伝えていなかったにもかかわらずそのことを理由に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事); TC. Metz, 4 juin 1928, *supra* note 698 (仕事を辞めることを要請した後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた

を尊重しつつ誠実さを持って行われなかったことが問題に付されている。その意味で、この考え方は、責任原因に即していえば、コンキュビナージュの関係の解消によって生じた損害を填補することを目的とした諸法理のうち二つ目の

（前頁からつづき）

事例); TC. Seine, 10 mai 1932, *supra* note 698 (時宜に遅れて突然に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); TC. Seine, 10 janv. 1933, *supra* note 700 (婚姻のための準備をすべて終えた後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); TC. Alençon, 4 juill. 1933, *supra* note 705 (婚姻のための公示を行い、結婚式の日程を決め、相当程度の準備を終えた後に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている); CA. Riom, 12 juin 1934, *supra* note 700 (婚姻のための公示を行い、新居および結婚式の準備を終えた後、結婚式の4日前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている); TC. Seine, 17 juin 1935, *supra* note 700 (婚姻に向けた準備をすべて終えた後、結婚式の当日に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Riom, 26 mars 1941, *supra* note 700 (異常かつ濫用的な婚姻約束の期間 (7年) の後にこれを解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている); TC. Lyon, 15 fév. 1950, *supra* note 698 (時宜に遅れて突然に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている); CA. Paris, 11 fév. 1955, *supra* note 698 (解消された者が妊娠していることを知りながら婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Paris, 22 avril 1955, *supra* note 700 (結婚式の前日に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Colmar, 12 juin 1970, *supra* note 700 (突然に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例。ただし、婚姻約束の解消に正当理由が存在しなかったことも考慮されている); CA. Paris, 3 déc. 1976, *supra* note 700 (長い婚約期間の後に婚姻の直前になって何らの理由も述べることなく婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Douai, 8 janv. 1985, RTD civ., 1989, 281, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi (結婚式の8日前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Paris, 1^{er} juill. 1999, *supra* note 700 (婚姻に向けた準備をすべて終えた後、結婚式の4日前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Aix-en-Provence, 3 mars 2005, *supra* note 700 (結婚式の準備を終え、共同生活のためのアパートマンを購入した後、結婚式の1週間前に婚姻約束を解消したことがフォートに該当するとされた事例); CA. Rouen, 15 juin 2005, Dr. fam., nov. 2005, com., 235, note, Virginie Larribau-Terneyre (結婚式の1週間前から行方をくらまし、相手方と招待客が揃っていたにもかかわらずその挙行を回避したことがフォートに該当するとされた事例); etc.

法理における第1の考え方と同じ基礎を持ち^{715,716)}、個人間の関係を踏まえた誠実や相互的尊重の観点を婚姻約束の解消の場面で具現化させたものとして位置付けられる⁷¹⁷⁾。もっとも、この考え方は、保護対象の面からみると、コンキユ

713) 否定例として、Cass. civ., 30 mai 1838, *supra* note 698 ((当時の法状況の下で) 解消した者が父の同意を得なければ婚姻をすることができない年齢であり、解消された者もそのことを認識していたことを理由に、前者についてフォートを否定した原審 (CR. Poitiers, 29 mai 1834, *supra* note 698) が維持された事例); Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1966, *supra* note 707 (解消した者が上官の許可を得なければ婚姻をすることができないことについて解消された者も認識していたこと、解消した者が許可を得られない場合に婚姻をすることまで約束されていなかったことを理由に、フォートを否定した原審が維持された事例); Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1995, *supra* note 700 (解消された者も婚姻約束の解消を予見していたにもかかわらず、不意打ちさのフォートを基礎付けることなく、事前の対話をしないままこれを解消したことだけからフォートを肯定した原審が破棄された事例); etc.

下級審の裁判例として、CA. Dijon, 14 juin 1927, *supra* note 698 (婚姻約束から15日後にこれを解消したことがフォートに該当しないとされた事例); CA. Dijon, 7 fév. 1928, *supra* note 698 (解消を取り巻く態度を考慮しフォートが否定された事例); TC. Seine, 4 mai 1943, *supra* note 698 (婚姻約束の解消は、気まぐれ、軽率、不誠実なものでなければフォートを構成せず、本件はこれに該当しないとされた事例); TC. Abrenches, 27 avril 1953, D., 1953, jur., 363 (結婚式の日時を決めた後、突然に婚姻約束を解消したというだけでは、不誠実なものということではできないとされた事例); CA. Montpellier, 19 fév. 1985, RTD civ., 1989, 282, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi (解消した者がその6か月後にほかの者と婚姻をしたというだけでは、フォートを認めることはできないとされた事例); TGI. Périgueux, 24 oct. 1995, *supra* note 700 (婚姻約束の解消は、不誠実、軽率、濫用的なものでなければフォートを構成せず、本件はこれに該当しないとされた事例); CA. Aix-en-Provence, 8 déc. 2009, PA., 2-3 sept. 2010, 12, note, Caroline Siffrein-Blanc ; Dr. fam., juill. 2010, com., 110, note, Caroline Siffrein-Blanc (行政的な手続および共同生活の準備が進展し、結婚式の予定が公になっているのであれば、婚姻約束の解消はフォートを構成することはないとされた事例。ただし、婚姻約束の存在自体が否定されているため、上記の部分は傍論である); CA. Lyon, 29 nov. 2018, D., 2019, 911, chr., Jean-Jacques Lemouland ; Dr. fam., fév. 2019, com., 22, note, Jean-René Binet (婚姻のための公示および宗教上の儀式を終えた後、結婚式の15日前にされた婚姻約束の解消がフォートに該当しないとされた事例); CA. Rennes, 27 mars 2019, *supra* note 700 (結婚式の3か月前にされた婚姻約束の解消がフォートに該当しないとされた事例); etc.

714) この考え方を明確に説くものとして、Hauser, *supra* note 160, pp.451 et s. ; Dreifuss-Netter, *supra* note 139, pp.116 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n°316 et s., pp.306 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°152, pp.106 et s. ; etc,

ビナージュの解消の場面でみられた二つ目の法理における第1の考え方とは、微妙ではあるものの一定の相違を持つとも考えられる。というのは、コンキュビナージュの解消の場面で見られた二つ目の法理における第1の考え方では、フォートや損害の認定に際して、解消の前に存在していた関係の期間や濃度が考慮されており、従って、損害賠償の保護対象としても、純粹に個人としての人格や利益に加えて、相手方との事実上の関係に由来する人格が想定されていたのに対し、この考え方では、責任原因や損害の認定において、これらの要素が基本的には考慮されておらず、損害賠償の保護対象としては、純粹に個人としての人格や利益だけが措定され、相手方との事実上の関係に由来する人格は想定されていないようにみえるからである。かくして、この考え方における損害賠償の保護対象は、婚姻関係の成立でないことはもちろん、フィアンセとしての地位でもなく、婚姻約束を解消された者または解消の原因を作らなかった者の純粹に個人としての人格、感情、利益として定式化される。そして、この考え方によれば、この損害賠償によって賠償されるべき損害は、婚姻約束の解消に伴い無駄になった費用相当額、生活方法を変更したことによって生じた不利益等のほか、個人としての人格や感情を侵害されたことによって生じた非財産的損害等ということになる⁷¹⁵⁾。なお、ここでは、婚姻約束の解消のプロセスにおける誠実さや相互の尊重が問題となっているため、自らが最終的に婚姻約束の解消を申し出た場合であっても、その原因が相手方にあるようなときに

715) この点を指摘するものとして、Hauser, *ibid.* ; Garrigue, *supra* note 290, n^{os}267 et s., pp.210 et s. ; etc. なお、Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 1995, *supra* note 611 は、コンキュビナージュの解消におけるフォートと婚姻約束の解消におけるフォートとを同列に論じている。

716) 第2の考え方であればともかく、第1の考え方による限り、フォートの認定の場面で、婚姻約束の存在を援用することが、コンキュビナージュの関係の存在を援用するよりも、原告にとって有利に作用するわけではない。Cf. Rubellin-Devichi, *infra* note 720, p.282 ; etc. Contra. Lemouland, *supra* note 700, p.412 ; etc.

717) Cf. Bernard Beignier, *L'honneur et le droit*, préf. Jean Foyer, Bibliothèque de droit privé, t.234, LGDJ., Paris, 1995, pp.451 et s. ; Garrigue, *supra* note 290, n^{os}267 et s., pp.210 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n^{os}316 et s., pp.306 et s. ; etc.

は、その者からの損害賠償請求が肯定されることになる⁷¹⁹⁾。

第2に、婚姻約束の解消について正当理由があったかどうかを問う考え方がある^{720)、721)}。こうした判例および裁判例は、20世紀の中頃まで頻繁に現れていたが、現在ではあまりみられなくなっている⁷²²⁾。これらにおいては、例えば、夫婦財産制について考え方が一致していないこと、婚姻をするために一定の者による同意が必要とされているにもかかわらずその同意が得られないこと等の

718) 婚姻約束を解消されたことそれ自体に消極的な評価が与えられていた時代にあつては、特に婚姻約束を解消された者が女性であつた場合に、賠償されるべき損害の具体的な中身として、評判の侵害、名誉の毀損、職業や結婚への障害等によって生ずる精神的損害が挙げられていた (Ex. Cass. req., 16 janv. 1877, supra note 707; CA. Orléans, 17 déc. 1898, supra note 700; TC. Dunkerque, 14 fév. 1913, supra note 698; CA. Paris, 16 oct. 1913, supra note 700; CA. Angers, 5 mai 1925, supra note 712; TC. Seine, 10 mai 1932, supra note 698; TC. Seine, 10 janv. 1933, supra note 700; CA. Riom, 12 juin 1934, supra note 700; etc. また、Cf. Allemand, supra note 702, n°145, p.134; etc.)。しかし、現在では、こうした社会的な考慮に基づく精神的損害が想定されることはない (Ex. CA. Paris, 1^{er} juill. 1999, supra note 700; CA. Aix-en-Provence, 3 mars 2005, supra note 700; CA. Rouen, 15 juin 2005, supra note 712; etc.)。この点については、Cf. Chartier, supra note 283, La réparation du préjudice, n°288, pp.358 et s.; Beignier, ibid. etc. その結果、精神的損害の証明の難しさや (Colombet, supra note 250, n°7, pp.28)、その額の少なさ (Cornu, supra note 250, La famille, n°152, p.270) も指摘されている。

719) この考え方によると、婚姻約束の解消における粗暴性や乱雑性を理由に損害賠償を義務付けられる者は、婚姻約束を解消した者または約束解消の原因を作った者である。従つて、例えば、婚姻約束の一方当事者の両親等が婚姻の成立を妨害したことでその約束が解消された場合、約束を解消された者は、当該妨害行為が誠実さや尊重に欠けるものである等と評価されれば、その両親等に対して損害賠償の支払を求めることができる。このような観点から婚姻約束の解消に加担した、または、婚姻の成立を妨げた両親等の責任を基礎付けた裁判例として、Ex. CA. Alger, 9 avril 1895, D., 1895, 2, 320; S., 1896, 2, 79 (否定例); TC. Tulle, 18 mai 1895, supra note 698 (肯定例); CA. Lyon, 13 janv. 1907, RTD civ., 1907, 403, chr., Louis Josserand; D., 1908, 2, 73, note, Louis Josserand; S., 1909, 2, 310; Rev. crit., 1908, 589, chr., E.-H. Perreau; Rev. crit., 1909, 144, chr., Paul Louis-Lucas (肯定例); TC. Nice, 19 nov. 1923, supra note 584 (否定例); CA. Paris, 27 janv. 1955, D., 1956, som., 8 (肯定例); TI. Fougères, 21 nov. 1962, D., 1963, som., 78; Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 424; RTD civ., 1963, 696, chr., Henri Desbois (肯定例); etc. また、Cf. CA. Paris, 26 juin 1894, S., 1894, 2, 261; D., 1895, 2, 86.

事情が存在する場合に、正当理由のない婚姻約束の解消ではない、または、正当理由のある婚姻約束の解消であると判断され、解消された者からの損害賠償

720) Cass. req., 25 fév. 1890, *supra* note 707（婚姻約束の解消に正当理由がないとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例）; Cass. req., 23 mars 1932, *supra* note 711（同上。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている）; Cass. civ., 10 mai 1943, *supra* note 698（両者ともに未成年でいずれの家族も婚姻に反対していたという状況下における婚姻約束の解消についてフォートを否定した原審が維持された事例）; Cass. civ., 3 juill. 1944, *supra* note 707（婚姻約束の解消に正当理由がなかったかどうかを探求することなく解消した者のフォートを否定した原審が破棄された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 1955, *supra* note 700（軽率で気まぐれによる婚姻約束の解消であることが証明されていないとして解消した者のフォートを否定した原審が維持された事例）; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1956, *supra* note 707（気まぐれによる正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている）; Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1958, *supra* note 707（解消された者に家族としての名誉を傷つけるような事実が存在していたことを理由とする婚姻約束の解消についてフォートを否定した原審が維持された事例）; Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1958, *supra* note 707（婚姻約束の解消に何の理由もなかったとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例）; Cass. 1^{re} civ., 28 déc. 1960, *supra* note 707（気まぐれによる正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例。）; Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1961, *supra* note 707（同上）; Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1961, *supra* note 707（同上）; Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1964, *supra* note 707（家族が望んでいないというだけでは婚姻約束を解消する正当理由にならないとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている）; Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1965, *supra* note 584（婚姻約束の解消に正当理由がなかったかどうかを探求することなく解消した者のフォートを肯定した原審が破棄された事例）; Cass. 1^{re} civ., 19 juill. 1966, *supra* note 707（夫婦財産制についての不一致が婚姻約束を解消する正当理由になるとして解消した者のフォートを否定した原審が維持された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 22 oct. 1970, *supra* note 707（気まぐれによる正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている）; Cass. 1^{re} civ., 20 juill. 1971, *supra* note 267（父が反対しているというだけでは婚姻約束を解消する正当理由にならないとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例）; Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 1972, *supra* note 707（気まぐれによる正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 1973, *supra* note 707（性格の不一致というだけでは婚姻約束を解消する正当理由にならないとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例）; Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1974, *supra* note 707

請求が否定されている。このように二通りの書き方をしたのは、正当理由の有無に関する証明責任の所在について、婚姻約束の解消に正当理由が存在しな

(前頁からつづき)

(気まぐれによる正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートを肯定した原審が維持された事例。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている); Cass. 1^{re} civ., 29 avril 1981, *supra* note 707, n°80-10.823 (同上); etc.

下級審の裁判例として、CA. Caen, 6 juin 1850, *supra* note 698 (正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例); CA. Nîmes, 17 mai 1882, S., 1883, 2, 95 (同上); TC. Loudun, 8 fév. 1883, *supra* note 583 (同上。ただし、最終的には詐欺的誘惑の法理によって処理された事例である); CA. Dijon, 10 fév. 1892, *supra* note 698 (同上); TC. Tulle, 18 mai 1895, *supra* note 698 (同上); TC. Gien, 21 juin 1898, *supra* note 698 (気まぐれ、意地悪による婚姻約束の解消ではないとして解消した者のフォートが否定された事例); CA. Paris, 18 déc. 1898, *supra* note 700 (正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例); TC. Sainte-Menehould, 15 mai 1901, *supra* note 700 (同上); CA. Paris, 28 mars 1905, *supra* note 231 (両親による許可を得られなかったことは婚姻約束を解消する正当理由になるとして解消した者のフォートが否定された事例); CA. Grenoble, 24 mars 1908, *supra* note 698 (正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例); CA. Paris, 12 mars 1912, *supra* note 584 (同上。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている); CA. Lyon, 5 fév. 1913, *supra* note 705 (同上); TC. Dunkerque, 14 fév. 1913, *supra* note 698 (同上。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている); CA. Paris, 20 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, jur., 671 (慎重な考慮に基づく婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが否定された事例); CA. Poitiers, 13 nov. 1922, *supra* note 698 (正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例); CA. Riom, 20 fév. 1923, *supra* note 582 (同上。ただし、賠償されるべき損害の不存在を理由に損害賠償請求を棄却した事例である); CA. Rennes, 2 fév. 1925, *supra* note 584 (同上); CA. Rennes, 2 fév. 1925, *Gaz. Pal.*, 1925, 2, jur., 27 (同上); TC. Chateaulin, 17 fév. 1926, *supra* note 582 (両親による許可を得られなかったことは婚姻約束を解消する正当理由になるとして解消した者のフォートが否定された事例); TC. Grenoble, 13 nov. 1928, *supra* note 698 (正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例); T. de paix Puy-laurens, 7 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, 2, jur., 275 (同上); TC. Epinal, 18 juill. 1929, *supra* note 705 (同上); CA. Aix, 24 déc. 1929, *RTD civ.*, 1930, 787, chr., René Demogue (同上); CA. Caen, 20 avril 1932, *supra* note 700 (同上); TC. Alençon, 4 juill. 1933, *supra* note 705 (嗜好の違いや愛情の喪失というだけでは婚姻約束を解消する正当理由にならないとして解消した者のフォートが肯定された事例。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている); CA. Riom, 12 juin 1934, *supra* note 700 (両親

かったことを解消された者が証明すべきことを前提とする多くの判例および裁判例のほかに⁷²³⁾、婚姻約束の解消に正当理由が存在したことを解消した者が証明すべきことを前提としているようにみえる裁判例⁷²⁴⁾が存在している点を踏まえたものである。なお、ここでは、婚姻約束の解消プロセスにおける正当性ではなく、その解消自体における正当性が問題となっているため、自らが最終的に婚姻約束の解消を申し出た場合には、たとえその原因のすべてが相手方

（前頁からつづき）

による反対や取りに足らないトラブルがあったというだけでは婚姻約束を解消する正当理由にならないとして解消した者のフォートが肯定された事例。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている); TC. Moulins, 1^{er} déc. 1942, *supra* note 700 (正当理由のない婚姻約束の解消ではないとして解消した者のフォートが否定された事例); TC. Lyon, 15 fév. 1950, *supra* note 698 (正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例。ただし、解消を取り巻く不誠実さも考慮されている); CA. Montpellier, 19 mars 1954, *supra* note 700 (結婚式の数日前の解消であり時宜に遅れているが、38歳年下の女性との無謀な婚姻を避けるという正当理由によるものであるとして、解消した者のフォートが否定された事例); TC. Seine, 18 juin 1957, *supra* note 705 (気まぐれによる正当理由のない解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例); CA. Paris, 8 nov. 1957, D., 1958, jur., 45, note, Emmanuel Blanc ; RTD civ., 1958, 232, chr., Henri Desbois (正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例。ただし、認定事実からは第1の考え方でもフォートが肯定されうる事例である); CA. Paris, 14 déc. 1962, *supra* note 584 (同上); CA. Paris, 12 nov. 1964, *supra* note 705 (著しい性格の不一致が婚姻約束を解消する正当理由になるとして解消した者のフォートが否定された事例); CA. Toulouse, 9 mars 1976, *supra* note 705 (正当理由のない婚姻約束の解消ではないとして解消した者のフォートが否定された事例); CA. Bordeaux, 6 juin 1978, JCP, 1980, IV, 231 (結婚式直前の解消であるが、当事者の不和が婚姻約束を解消する正当理由になるとして解消した者のフォートが否定された事例); CA. Reims, 30 juin 1983, *supra* note 252 (正当理由のない婚姻約束の解消であるとして解消した者のフォートが肯定された事例); CA. Paris, 12 mai 1987, D., 1987, IR., 142 ; RTD civ., 1989, 281, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi (結婚式直前の解消であるが、正当理由のない婚姻約束の解消ではないとして解消した者のフォートが否定された事例); etc.

721) この考え方を明確に説くものとして、Laurent, *supra* note 702, n°309, pp.415 et s. ; Vidal, *supra* note 673, p.43 ; Colin, *supra* note 673, pp.188 et s. ; Huc, *supra* note 268, n°6, p.13 ; Blanc, *supra* note 720, p.46 ; Raymond, *supra* note 680, pp.25 et s. ; Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°67, pp.38 et s. ; etc.

にあったとしても、相手方による解消が存在しない以上、その者からの損害賠償請求は否定されることになる^{725, 726)}。

ところで、解消についての正当理由の有無を問うアプローチにおいて、何が責任原因とされ、その結果、何が損害賠償の保護対象として想定されることになるかという点は、判決文だけでは必ずしも明確にならない。もっとも、こ

722) Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1995, *supra* note 700 は、不意打ちさのフォートを基礎付けることなく、事前の対話をしないまま婚姻約束を解消したという事実からフォートを肯定した原審を破棄している。事前の対話をしなかったことが婚姻約束の解消を正当化しなかったことに相当するとすれば、この判決は、第2の考え方だけからフォートを認定することはできず、第1の考え方によってフォートを明らかにすべきことを示したものであるということになる。つまり、この判決は、第2の考え方を否定し、第1の考え方によるべきことを示唆している（問題関心は異なるが、Cf. Bénabent, *supra* note 700, p.252）。実際、これ以降、第2の考え方によってフォートの有無を判断する裁判例はほとんどみられなくなっている（Cf. Jourdain, *supra* note 9, n°12, pp.5 et s. また、Cf. Garrigue, *supra* note 290, n°256 et s., pp.200 et s. et n°267 et s., pp.210 et s.）。

723) 多くの判例および裁判例は、このような理解を前提としている。この点を明確に判示したものとして、Ex. Cass. civ., 2 mars 1926, *supra* note 700（婚姻約束の解消に正当理由があったことの証明がされていないとして損害賠償請求を認容した原審が破棄された事例）；Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 1955, *supra* note 700（婚姻約束の解消に正当理由がなかったことの証明がされていないとして損害賠償請求を棄却した原審が維持された事例）；Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1965, *supra* note 707（婚姻約束を解消した者が正当理由の存在を証明すべき旨を主張した上告が、これを解消された者が正当理由の不存在を証明すべきことを理由に棄却された事例）；etc.

724) Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 1972, *supra* note 707 ; CA. Lyon, 5 fév. 1913, *supra* note 705 ; CA. Reims, 30 juin 1983, *supra* note 252 ; etc.

725) TC. Alençon, 15 mars 1932, D., 1933, 2, 39, note, M. N.（婚姻約束の解消を理由とする損害賠償は、正当理由のない婚姻約束の解消から生じた損害を賠償することを目的としているため、自らその解消を申し出た者はこの損害賠償の支払を求めることはできないとされた事例）；etc.

726) この考え方によると、正当理由のない婚姻約束の解消を理由に損害賠償の支払を義務付けられる者は、婚姻約束を解消した者である。従って、例えば、婚姻約束の一方当事者の両親等が婚姻の成立を妨害したことでその約束が解消された場合、約束を解消された者は、当該妨害行為が両親等の帰属する権利の濫用と評価されるときでなければ、その両親等に対して損害賠償を請求することができない。

の第2の考え方をめぐる学理的な議論を手がかりにすると、この点については、以下のように理解することができる。すなわち、婚姻約束をした者には正当理由なく婚姻約束を解消してはならないという内容の義務が課されており、この義務の違反がフォートを構成するため、正当理由なく婚姻約束を解消した者はこのフォートに基づき損害賠償の支払を義務付けられる⁷²⁷⁾。このことを損害賠償の保護対象の側から捉え直せば、それは、正当理由なく婚姻約束を解消されないこと、言い換えれば、婚姻の成立への正当な期待として定式化される^{728, 729)}。賠償されるべき損害として想定されるものは、第1の考え方による場合と同じく、婚姻約束の解消に伴い無駄になった費用相当額、生活方法を変更したことによって生じた不利益、非財産的損害等となるが、婚姻の成立への正当な期待が観念される分だけ非財産的損害の内容が明確になり、損害賠償の額が高く算定される可能性もある。しかし、こうした理解の仕方に対しては、議論の前提になっているはずの婚姻自由が裁判官の主観により大きく制約されることになるという問題が指摘される⁷³⁰⁾。また、この理解の仕方は、婚姻約束を解消する者に対して濫用や矛盾行為の禁止のみならず自己の行動の正当化をも求めている点、その結果、解消された者の人格や感情を関係形成への期待という観点からより強く保護しているという点で、第1の考え方をより強化し

727) Garrigue, *supra* note 290, n°256 et s., pp.200 et s. は、このことを一貫性義務による婚姻自由の拘束として捉えている。

728) この点を明確に判示した裁判例として、T. de paix Puylaurens, 7 mai 1929, *supra* note 720 ; etc. また、Cf. Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°70, pp.40 et s. ; Égéa, *supra* note 310, n°60, pp.40 et s. ; etc.

729) 正当理由の証明責任に関してその存在につき解消した者が証明するという立場からは、その論理には、婚姻約束の解消には正当理由がないことが通常であること、または、正当理由に関する証拠が婚姻約束を解消した者に偏在していることを前提に、正当理由なく婚姻を解消してはならないという内容の義務の違反が事実上推定され (Cf. Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°67, pp.38 et s. ; Jourdain, *supra* note 9, n°12, pp.5 et s. ; etc.)、その結果、解消した者がフォートの不存在、つまり、正当理由のある婚姻の解消であることを証明しなければならないものとされたという説明が付されることになる。これによると、婚姻成立への正当な期待がより強化された形で保護される。

たものといえる。そのため、ここでは、婚姻約束をした当事者相互間における人格保護の要請がコンキュビナージュやパクスの当事者相互間におけるそれよりも強く捉えられていることの当否が問われることになる。

二での検討課題に関する実定法の現状を本稿の問題関心に即して整理すると、以下ようになる。実定法は、横の家族関係の不成立との関連で損害賠償が請求される場面においては、縦の家族関係の不成立との関連で損害賠償が請求される場面とは異なり、ほぼ一貫して、身分や地位から生ずるはずであった権利や利益を損害賠償の保護対象から除外してきた。また、実定法は、婚姻約束をした当事者間にコンキュビナージュの関係が伴っていなければ、関係に由来する人格の保護といった視点を強調することなく、解消された者または解消の原因を作らなかった者の個人としての人格、感情、利益だけを損害賠償の保護対象としてきた。なお、実定法は、現在までのところ、コンキュビナージュまたはパクスの不成立との関連における損害賠償請求の問題を扱っていないが、二での検討成果を参考にすれば、これらの問題は、次のように捉えられることになる。まず、コンキュビナージュは事実上の結合であるため、コンキュビナージュの関係になることについて、何らかの形で法的に意味を持ちうる約束といったものを想定することはできない。従って、仮にあるカップルがコンキュビナージュの関係になることを事実として約束し、その後それが実現されなかったとしても、単にカップル一般の関係の解消に関わる問題が生ずるにすぎない。次に、パクスは共同生活を規律するための契約であるから、理論の上はパクスの予約が想定される。しかし、パクスの予約は、パクスを締結するかどうかの自由を侵害するものとして、無効であると考えられており⁷³¹⁾、この理解を前提にすると、パクスの予約をした当事者に対して、パクスの締結に

730) Marcel Planiol, Georges Ripert et Paul Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t.6, Obligations, première partie, 2^{ème} éd., LGDJ., Paris, 1952, n°516, p.699 ; Ruffieux, *supra* note 133, n°316 et s., pp.306 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n°68, p.65 ; Jourdain, *supra* note 9, n°12, pp.5 et s. ; etc.

731) Fenouillet, *supra* note 405, pp.113 et s.

向けた何らかの義務が課せられることはない。ただし、当事者の一方に、パクスを締結しなかったことそれ自体ではなく、パクスの不締結とは区別されるフォートが存在する場合には、不法行為の一般規定の適用により、他方からの損害賠償請求が認められる可能性はある。

以上のとおり、実定法は、横の家族関係の解消または不成立との関連で損害賠償が請求される場面では、身分や地位それ自体、または、そこから生ずる、もしくは、生ずるはずであった権利義務関係ではなく、請求主体の個人としての人格、感情、利益の保護を図ろうとする傾向にある。また、実定法は、横の家族関係の解消との関連で損害賠償が請求される場面では、請求主体が相手方との関わりの中で形成していた人格をも保護対象として指定しているが、その不成立との関連で損害賠償が請求される場面では、こうした要素を考慮していない。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究C「現代における「人の法」の構想」（課題番号20K01388）の研究成果の一部である。

（しらいし・ともゆき 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）