

フランス法における家族の メンバーに対する民事責任（4・完）

——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)②一から二まで29号)

II. 「家族に対する責任」の基礎（以下、本号）

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

II. 「家族に対する責任」の基礎

フランスでは、Iで整理した実定法の状況およびその変遷を受ける形で、ある者がその家族のメンバーとして捉えられる者の権利や利益を侵害した場合に、その者がいかなる場合に、どのような理由に基づき、どの範囲で、損害賠償の支払を義務付けられるかという問いが、場面ごとに様々な視角から議論されてきた。もっとも、そこでの議論のすべてが家族のあり方および民事責任法の枠組という視点を意識しているわけではないため、一部の議論の問題設定と本稿のそれとの間にはズレも存在する。また、Iで整理した各場面についてその全体を家族のあり方と民事責任法の枠組という観点から包括的に論じた研究もない⁷³²。従って、本稿冒頭の課題に応えるためには、Iの各場面に即して展開されてきた様々な議論をそれ自体として検討することよりも、実定法の状況およびその展開過程を「家族に対する責任」の基礎という視点から捉え直し、

そこから、損害賠償の保護対象および制約手法の両面につき、いくつかのありうる構想を抽出した上で、そこに上記の各議論を接合させながら、諸構想を正確に位置付けることが必要となる(1)。その後、そこで得られた成果について、家族のあり方と民事責任法の枠組という2つの視点から分析するとともに、どのような点に、どのような理由に基づき、フランス法の特徴が現れているかを明らかにしながら、日本法の状況と照らし合わせつつ検討する(2)。

1. 「家族に対する責任」をめぐる議論の再解釈

一方で、損害賠償の保護対象に着目すると、個々の言説の中で明確な形で定式化されているわけではないものの、類型Cから類型Fまでにおいては、「家族に対する責任」の基礎につき、共通していくつかの構想が看取される。「家族に対する責任」を、身分や地位の保護の問題として捉える構想、家族との関わりの中で生きる個人の人格や利益の保護の問題として位置付ける構想、家族

732) 民事責任法と家族を題材とした主要な研究として以下の論文や тезис 等があるが、これらは、I で取り上げられたすべての類型および各類型で扱われたすべての場面を対象とするものではなく、また、一部で重なる部分はあるものの、本稿とは問題意識を異にする。Ex. Thomas, *supra* note 16, pp.211 et s. (類型Cおよび類型Eに相当する各場面を素材にカップル関係と民事責任法との関係が検討されている) ; Chabas, *supra* note 17 (類型Aおよび類型Bに相当する各場面を素材に家族内における民事責任の拡大が検討されている) ; Denis Mazeaud, *Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation)*, in, *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, pp.569 et s. (「家族外に対する責任」および「家族としての保護」を素材に賠償のイデオロギーの現れが検討されている) ; Gonthier et Lemarche, *supra* note 9 (類型C、類型D、類型Eの各一部に相当する場面を素材に家族とフォートとの関係が検討されている) ; Pons, *supra* note 17 (類型Cから類型Fまでに相当する場面を素材に家族法による民法典1240条の受容のあり方が検討されている) ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272 (類型Cおよび類型Eに相当する場面を素材にカップルの関係における民事責任のあり方が検討されている) ; Jourdain, *supra* note 9 (類型A、類型B、類型E、類型Fの各一部に相当する場面について、実定法の展開過程が整理されている) ; Fenouillet, *supra* note 17 (「家族としての保護」、「家族外に対する責任」、類型Cおよび類型Dの各一部に相当する場面を素材に家族と民事責任法との関係が検討されている) ; etc.

から切り離された個人の人格、感情、利益の保護の問題として把握する構想が、それである。もっとも、実定法におけるこれらの構想の現れ方は、類型ごとに、かつ、時代に応じて異なっている⁷³³⁾。また、場合によっては、複数の構想が競合的に用いられることや、保護対象が指定されないこともある⁷³⁴⁾ ((1))。他

(前頁からつづき)

また、類型©から類型Ⓔまでに相当する場面を素材に家族法における救済手段やサンクションを分析する研究もあり、これらは、家族のあり方という視点を有しているため、本稿の問題意識からみても有用な視座を提供するが(ただし、これらの研究では、本稿がⅡ2(1)で採用する3つの観点、すなわち、家族の枠、メンバー相互の関係、家族の自律性という観点が示されていないという点でいえば、これらの研究と本稿とで全面的に問題意識が共通しているわけではない)、民事責任法上のサンクションを主要な検討対象とするものでも、民事責任法の側からこれらの素材にアプローチをするものではない。Ex. Desnoyer, *supra* note 20 (離婚、親子関係の成立、親権の喪失を素材に救済手段やサンクションの変容が検討されている)；Égée, *supra* note 304 (類型©から類型Ⓔまでの一部に相当する場面を素材に公序の変容とそれに伴う救済手段やサンクションの変化が検討されている)；Id., *supra* note 442 (家族法における裁判官の役割という視点から類型©から類型Ⓔまでの一部に相当する場面の救済手段やサンクションが検討されている)；Zalewski, *supra* note 159 (扶養または扶助を素材に類型©から類型Ⓔまでの一部に相当する場面の救済手段やサンクションが検討されている)；Aune, *supra* note 572 (類型Ⓔおよび類型Ⓕの一部に相当する場面等を素材に人の法と家族の法における権利の現れが検討されている)；Niboyer, *supra* 281 (類型©および類型Ⓔに相当する場面等を素材に公序の変容とそれに伴う救済手段やサンクションの変化が検討されている)；Siffrein-Blanc, *supra* note 135 (類型Ⓓおよび類型Ⓔに相当する場面や「家族外に対する責任」等を素材に親の義務と責任のあり方が検討されている)；Garrigue, *supra* 290 (類型©および類型Ⓔに相当する場面等を素材にカップル間の義務の変容とそれに伴う救済手段やサンクションの変化が検討されている)；Ruffieux, *supra* note 133 (類型©から類型Ⓔまでの各一部に相当する場面等を素材に家族間における義務と救済手段やサンクションのあり方が検討されている)；Saulier, *supra* note 353 (類型©および類型Ⓔに相当する場面等を素材にカップル間における義務と救済手段やサンクションのあり方が検討されている)；etc.

733) 若干の相違はあるが、これらの各構想に対応する考え方は、「家族外に対する責任」の基礎、「家族としての保護」および「家族に関わる保護」の基礎としても想定されている(拙稿・前掲注(3)「家族のメンバーによる不法行為と責任」142頁以下、同・前掲注(3)「家族の保護(2・完)」77頁以下)。Ⅱ2(2)③で言及するように、実定法におけるこれらの各構想の現れ方は、「家族に対する責任」が問題となる場面とそれ以外の諸場面とでは、一定の範囲で異なるものの、大局的にみれば共通している。

方で、損害賠償の制約手法に着目すると⁷³⁵⁾、各類型で問題となっている様々なケースの分析と断片的な形で行われている議論の再解釈を通じて、「家族に対する責任」の制約につき、いくつかの構想が抽出される。損害賠償の制約を、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に存在する家族的な一体性により基礎付ける構想、家族秩序または家族の平和の保護という観点から基礎付ける構想、家族法的な救済手段としての適合性という観点から基礎付ける構想、婚姻や親子といった関係する制度の性格から基礎付ける構想のほか、損害賠償の制約を否定する構想がそれである。ただし、これらの構想の現れ方も、各類型または想定されている保護対象の捉え方に応じて、かつ、時代により大きく異なっている ((2))。

(1) 損害賠償の保護対象

①身分や地位の保護を基礎とする構想（構想①）

第1に、「家族に対する責任」を家族としての身分や地位の保護の問題として捉える構想（構想①）がある⁷³⁶⁾。構想①は、ある者がほかの家族のメンバーに対して一定の行為等をしたたり特定の行為等をしなかったりすることによ

734) 類型⑥のうち、女性が匿名出産を選択し自ら出産した子との間で母子関係を成立させなかったことを受けて、子が当該女性に対して損害賠償を請求するケース（I 2(1)②二、本誌28号49頁以下）は、その典型的な例である。

735) 類型④および類型⑧に関する一部の裁判例の解決および議論にみられた、全部義務または責任分割についての特別な理解や因果関係の分割または部分的因果関係によって「家族に対する責任」の制約を説明する考え方は（I 1(1)②およびI 1(2)②、本誌27号54頁以下、76頁以下）、（実定法の主流によって採用されていないという意味で）特殊な民事責任法理の理解を単純に適用して損害賠償の制約を基礎付けようとするものである。これらの考え方は、「家族に対する責任」を超える広い射程を持つため、これらを「家族に対する責任」の制約手法に関わる構想の1つとして定式化することは、不適切である。そのため、これらの考え方は、検討の対象から除外される。

736) この構想の背後には、人の身分およびそこから生ずる権利や利益を人格権の1つとして位置付けたり（Perreau, supra note 396, pp.508 et s.; etc.）、家族への権利を人の本質的属性の1つとして捉えたりする（René Savatier, Le dommage et la personne, D., 1955, chr., p.5; etc.）考え方があ

て、前者との関係における後者の身分や地位またはそれらに由来する権利が侵害されることを、損害賠償の基礎とする。構想①には、場面に応じて、身分や地位それ自体または総体としての身分や地位の侵害を問題にする考え方（構想①-1）と、身分や地位から生ずる個別的な権利や利益の侵害を問題にする考え方（構想①-2）とが存在している。実定法では、構想①-1は、身分や地位で結ばれた関係が消滅したり、それが成立しなかったりする場面でのみ想定されてきたが、構想①-2は、身分や地位で結ばれた関係が消滅したり、それが成立しなかったりしたかどうかに関わりなくみられる。

まず、構想①-1は、類型⑤の一定の場面に関するかつての裁判例の解決および議論のほか、類型⑥の多くの場面に関する裁判例の解決および議論の中に見出される。

前者についていえば、カップルの関係が夫婦であった場合に、民法典266条または1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項に基づく損害賠償を配偶者としての身分の喪失に由来する不利益の填補に結び付けていたかつての判例の理解および議論は、構想①-1を基礎に据えている⁷³⁷⁾。ただし、離婚の場面では、金銭的な救済手段として、現在の枠組に即していえば補償給付（同270条以下）が存在し、かつては扶養定期金（1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条1項、1941年4月2日の法律による改正前の同旧301条）が存在していたため、實際上、この損害賠償の対象には、身分や地位の喪失に関わる不利益のうちこれらの金銭によっては填補されない部分のみが含まれる⁷³⁸⁾。また、2004年5月26日の法律による改正で同266条に基づく損害賠償の請求主体が拡張されたこと等を踏まえ、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の保護の手段として定式化する試みも、構想①-1に親和性を持つ⁷³⁹⁾。というのは、構想②や構想③で想定されている保護対象では、離婚の場面でのみ特別な救済が与えられることの説明が付かず、構想①-1のように身分や地位の喪失を問題にして初めて、特別の保護手段は

737) I 2(2)②一、本誌29号89頁以下。

正当化されうるからである⁷⁴⁰⁾。次に、カップルの関係がコンキュビナーージュまたはパクスであった場合に、一方当事者による依存または従属の状態の作出とその地位の奪取という視点から他方当事者の請求に係る損害賠償を基礎付ける一部の裁判例の解決および議論や、関係を解消された側からの損害賠償が補償給付の代用物としての機能を果たしていることを強調し、権利保障の視点を踏まえ、関係の解消という事実のみによって損害賠償を肯定しようとする議論等も、コンキュビナーージュまたはパクスの当事者としての地位の喪失に起因する不利益の填補に力点を置くものであり、構想①-1に基づく理解として位置付けられる⁷⁴¹⁾。更に、厳密に言えば、存在した身分や地位ではなく、存在するはずであった身分や地位が保護対象として措定されているものの、婚姻約束の解消の場面で、この約束の有効性と婚姻をするという内容を持つ債務の存在を認めることを前提にその不履行に基づく損害賠償を想定していた初期の一部の裁判例の解決および議論も、構想①-1の枠内で捉えられる⁷⁴²⁾。ここでは、婚姻約束とそこから生じた債務に一定の拘束力が認められる結果、約束の相手方について上記の保護対象を措定することが可能となっているからである。

738) この損害賠償は、身分や地位の喪失に関わる不利益のうち補償給付（または、かつての扶養定期金）によっては填補されない部分のみを対象とするため、最終的な結果だけをみれば、構想①-1ではなく、構想①-2に基づく法理としても捉えられる。もっとも、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を身分や地位に結び付ける考え方が受け入れられていた当時における扶養定期金や補償給付に関する一般的な理解によれば、これらの金銭には賠償的な性格があるとされており、これらの賠償的性格を持つ金銭と損害賠償として支払われる金銭とが相まって、身分や地位の喪失に関わる不利益がすべて填補されるという構造が描かれていた（I 2(2)②一、本誌29号94頁以下）。この点を踏まえると、この損害賠償については、構想①-2ではなく、構想①-1の1つの現れとして位置付けることが適切である。

739) I 2(2)②一、本誌29号120頁以下。

740) しかし、このように理解すると、今度は、身分や地位が特別な保護対象として措定されながら、賠償の対象が婚姻の解消から生ずる極めて重大な結果に限定されていることの説明が付かなくなる。

741) I 2(2)②一、本誌29号146頁以下。

742) I 2(2)②二、本誌29号159頁以下。

後者についていえば、類型⑥の解消の場面で、虚偽の認知をしその後親子関係の存在を否定したことに責任の基礎を求めていたかつての判例の解決および議論は⁷⁴³⁾、構想①-1に基づく解釈の典型的な例である⁷⁴⁴⁾。また、類型⑥の不成立の場面で、父になるはずの者にとっての認知義務と子についての親子関係成立への権利や利益を指し損害賠償を基礎付ける一部の裁判例の解決および議論と⁷⁴⁵⁾、認知義務の存在を前提とした民法典311-20条4項の規律のほか⁷⁴⁶⁾、法的な理由のために父子関係を成立させることができない状況の下で、子に父子関係の不存在に由来する損害が発生することを認める裁判例の解決⁷⁴⁷⁾等も、構想①-1の枠内に属する⁷⁴⁸⁾。これらの各場面では、存在したはずの身分や地位が奪われたという面のみならず、存在するはずであった身分や地位が成立しなかったという面でも、子としての身分や地位が保護対象として指定されている⁷⁴⁹⁾。もっとも、このような形で子についての保護対象を指定

743) ただし、注（172）で引用した文献にみられるように、認知を争う訴権を行使し親子関係を喪失させたことという側面との関連では、制度の逸脱や脱法という要素を強調してフォートを基礎付ける考え方も存在する。この立場では、虚偽の認知をしてその後親子関係を喪失させたことそれ自体というよりも、制度の仕組や法に反したことに重心を置いて、虚偽の認知をした者にとっての責任原因が捉えられている。そのため、こうした責任原因の捉え方と関連付けて保護対象を指定する限り、虚偽の認知をされた子の保護法益を子としての身分や地位に結び付けて把握する理解の仕方は、後景に退かざるをえない。反対に、仮にここでも構想①-1の考え方にに基づき子についての保護対象を把握しようとするならば、フォートまたは責任原因と保護対象との間で一定の不整合が生じてしまう。これは、II 2(2)①で言及する、想定されているフォートまたは責任原因は明確であるが、そのフォートまたは責任原因に即して保護対象が捉えられていないケースの1つの例である。

744) I 2(1)②一、本誌27号98頁以下。

745) I 2(1)②二、本誌28号45頁以下。

746) I 2(1)②二、本誌28号46頁以下。

747) I 2(1)②二、本誌28号50頁以下。

748) これらの様々な解決を発展的に解消させ、子を作るリスクを引き受けた者はその子に起源を確保しその子を養育しなければならないという理解の仕方を出発点として、親子関係を成立させなかった者につき特別の責任を設けることを提案する見解も（Siffrein-Blanc, *supra* note 135, n^{os} 436 et s., pp.361 et s.）、構想①-1に基づく考え方の一種として捉えられる。

すると、構想①-1の考え方を基礎に据えた損害賠償が父になるはずの者と子との間でのみ問題となり、匿名出産が利用された場合において母になるはずの者と子との間では問題にならないことに関して、その立法的な態度決定の適切さが問われる⁷⁵⁰⁾。子としての身分や地位という保護対象は、母になるはずの者との関係でも想定されるはずだからである。

次に、構想①-2は、主として、類型㉔の一定の場面に関する裁判例の解決および議論のほか、類型㉕の多くの場面に関する裁判例の解決および議論、類型㉖の一部の場面に関する立法、裁判例の解決、および、学理的な議論の中に現れている。

類型㉔との関連でいえば、カップルの関係が夫婦である場合において、一方が夫婦関係から生ずる人格的な義務に違反したときに他方が一方に対して損害賠償を請求することを認める判例の解決や⁷⁵¹⁾、カップルの関係がパクスである場合において、そのパートナーがパクスの当事者としての地位に由来する同居義務および貞操義務を相互に負うことを認めた上で、一方がこれらの義務に違反したときに他方が一方に対して損害賠償を請求することを認める解釈は⁷⁵²⁾、構想①-2に基づく理解である。確かに、これらの解決や解釈は、現実的には、ほとんどの場合にカップルの関係が悪化したり解消されたりした後機能する。しかし、この場合であっても、これらの議論は、カップルの関係が存続していた当時における当該関係や地位に由来する個別的な権利や利益を回顧的に保護するものとして位置付けられなければならない。

類型㉕との関連でいえば、親権を持つ父または母が子の利益を図ることを目

749) 前者の面との関連で、こうした保護対象の捉え方を示す見解として、Desnoyer, *supra* note 20, n^{os}122 et s., pp.167 et s. et n^{os}269 et s., pp.337 et s. ; Pons, *supra* note 17, n^{os}66 et s., pp.65 et s. ; etc.

750) Cf. Victor Deschamps, *Le fondement de la filiation : De la biologie à l'engendrement, Étude sur la cohérence du titre VII du livre premier du code civil*, préf. Dominique Fenouillet, Bibliothèque de droit privé, t.592, LGDJ., Paris, 2019, n^{os}679 et s., pp.450 et s. ; etc.

751) I 2(2)①、本誌28号71頁以下。

752) I 2(2)①、本誌28号118頁以下。

的とした義務を果たさなかった場合に、子が当該親に対してその義務の違反を理由に⁷⁵³⁾ 損害賠償を請求することを認める判例の解決および議論は、構想①-2を基礎に据えている⁷⁵⁴⁾。また、類型①の変型としての位置付けにはなるものの、親の一方が他方による訪問権や受入権等の行使を妨げたり子との関係構築を妨害したりした場合や⁷⁵⁵⁾、両親または親の一方が民法典371-4条1項に基づく祖父母の訪問権や受入権等を妨げたり、同条2項に基づく一定の家族のメンバーの子との関係形成への利益を害したりした場合に⁷⁵⁶⁾、子の利益という観点を考慮しつつ、他方または祖父母等が一方または親に対して損害賠償を請求することを認める解決は、子の利益を背景とした他方または祖父母等の身分や地位に由来する権利の侵害を問題にするものであり⁷⁵⁷⁾、構想①-2の考え方に親和性を持つ⁷⁵⁸⁾。

類型②との関連でいえば、生計費請求訴権は、扶養の欠如を金銭的に填補するための民事責任訴権として位置付けられており、機能的にみると、構想①-2の考え方に親和性を持つ。生計費請求訴権については、訴権を基礎付ける事

753) かつての裁判例のように、親権の義務性ではなく、その権利性を強調し、権利濫用等の事情がない限り不法行為の成立が認められないとする立場によると、その保護対象の内容も不明確となる。そのため、これらの裁判例においていずれの構想が基礎に据えられているかについて判断をすることは、不可能である。

754) I 2(1)①、本誌27号90頁以下。ここでは、両親について子を訪問し受け入れる義務が想定された上で (Cf. Marc Gomy, *Vers un devoir de visite et d'hébergement des parents ?*, JCP, éd. N., 1999, pp.310 et s. ; Siffrein-Blanc, *supra* note 135, n^o575 et s., pp.459 et s. ; etc.)、それに対応する子の権利や利益が措定されている (Cf. Gareil, *supra* note 125, n^o212 et s., pp.115 et s. ; etc.)。

755) この場合に他方が一方に対して履行を強制したり損害賠償を請求したりすることができるという解決は、裁判例のみならず (注 (147) から注 (149) までで引用した裁判例を参照)、学説でも一般に承認されている。Ex. Carbonnier, *supra* note 250, n^o622, p.1385 ; Kessler, *supra* note 146, n^o6, p.4 ; etc.

756) 祖父母が民法典371-4条1項に基づき孫との関係で訪問権や受入権を有している場合でなければ、または、一定の家族のメンバーが同条2項に基づき子との間で関係を形成したり構築したりすることを認められている場合でなければ、構想①-2の考え方は妥当しない。もっとも、これらに該当しないときであっても、構想②が用いられる可能性はある。

実の証明の仕方に関する現在の判例の立場を踏まえて、その制度が父子関係を成立させるための訴権に接近しつつあるとの評価をすることも可能であり、これによれば、この訴権は、完全に構想①-2の枠内で捉えられる⁷⁵⁹⁾。また、類型⑤の不成立の場面でみられた、母からの損害賠償請求の中で子の扶養や教育等に関わる負担を考慮する解決も、構想①-2の考え方の現れである⁷⁶⁰⁾。

なお、類型⑥でカップルの関係がコンキュビナージュである場合ならびに類型⑥の解消および不成立の場面でみられた、約束または義務の論理に依拠して関係を解消した者または父のように行動していた者に一定の金銭の支払を義務付ける諸法理も⁷⁶¹⁾、コンキュビナージュ当事者の地位の喪失または父子関係の不存在に由来する財産的不利益の一部を填補するものとして、実際上の結果からみれば、構想①-2の変型として捉えられる⁷⁶²⁾。ただし、これは、最終

757) 両親について、Cf. Duvert, *supra* note 138, p.1587 ; Pons, *supra* note 17, n^{os}357 et s., pp.210 et s. ; etc. また、祖父母について、本文の問題を想定した記述ではないが、Cf. Geneviève Viney, Du 《Droit de visite》, RTD civ., 1965, n^{os}15 et s., pp.240 et s. ; Alain Sayag, Les grands-parents dans le droit de la famille, RTD civ., 1969, pp.56 et s. ; Geneviève Sutton, Du droit des grands-parents aux relations avec leurs petits-enfants, JCP., 1972, I, 2504 ; Thierry Garé, Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, in, Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : Liber amicorum, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 1994, n^{os}4 et s., pp.183 et s. ; Hubert Bosse-Platière, La présence des grands-parents dans le contentieux familial, JCP., 1997, I, 4030 ; etc. 更に、より一般的な記述であるが、Cf. Alice Philpott, Le jeu des grands-parents sur la scène du droit extrapatrimonial de la famille, RRJ., 2013, pp.1709 et s. ; Mélanie Courmont-Jamet et Joséphine Tillaye-Duverdier, Droits des beaux-Parents et des grands-parents en cas décès de l'un ou des deux parents de l'enfant, Gaz. Pal., 2019, pp.104 et s. ; etc.

758) I 2(1)①、本誌27号92頁以下。

759) I 2(1)②二、本誌28号59頁以下。本文の理解によるとしても、生計費請求訴権を通じて請求することができる対象は生計費に限られるため、この訴権を構想①-1の枠内で捉えることはできない。

760) I 2(1)②二、本誌28号67頁以下。この解決について、扶養に限定して父子関係の成立を認めたのと同じ結果が導かれていることを指摘するものとして、Pradel, *supra* note 267, p.86 ; Desbois, *supra* note 267, pp.85 et s. ; etc.

的な結果、または、これらの仮託法理としての意義に着目した評価であり、約束または義務の論理に依拠した金銭的な支払の義務付けは、その論理的な帰結として、本来的に扶養等の関係が存在しない場面で広く機能する可能性を有しており、身分や地位に由来する権利や利益の保護と直結しているわけではない⁷⁶³⁾。

ところで、実定法の変遷過程を振り返ると、現在において、構想①を基礎に据えた説明に関しては、横の家族関係（類型③および類型⑤）ではその影響力の低下という傾向を、縦の家族関係（類型④および類型⑥）ではその影響力の上昇という傾向を、明確な形で指摘することができる。

一方で、前者については、カップルの関係が夫婦である場合に関して、類型③では一定の範囲で婚姻制度や夫婦であることに由来する人格的義務の強度の弱化がみられ、そのことに応じて保護対象に関する構想①-2の影響力も弱まらざるをえないこと⁷⁶⁴⁾、類型⑤では構想①-1の考え方が受け入れられなく

761) 具体的にいえば、類型③でカップルの関係がコンキュビナージュである場面で言及した3つ目の法理（I 2(2)②一、本誌29号150頁以下）、類型⑤の不成立の場面のうち第3のケースで言及した1つ目の法理（I 2(1)②二、本誌28号52頁以下）、および、類型⑥の解消の場面で合意の論理に依拠して子からの請求に係る損害賠償を基礎付ける判例の立場（I 2(1)②一、本誌27号103頁以下）が、それである。

762) ただし、類型⑥の解消の場面で合意の論理に依拠して子からの請求に係る損害賠償を基礎付ける解決についていえば、多くの判例および裁判例は、この解決を通じて、認知の解消による身分や地位それ自体の喪失に結び付く損害の賠償をも認めている（注（189）で引用した判例および裁判例を参照）。ここでは、理論的には、構想①-2の変型として、財産上の不利益の一部のみが賠償の対象とされるべきところ、実際的には、構想①-1によってしか得ることができない結果が導かれてしまっている。

763) パートナーの一方と親子関係にない他方の子との間における扶助等について、注（241）で引用した裁判例および注（242）で引用した文献を参照。また、兄弟姉妹間における扶助について、Cf. Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2005, n°02-18.904 ; Bull. civ., I, n°4 ; D., 2005, 1393, note, Grégoire Loiseau ; JCP, 2005, II, 10159, note, Mustapha Mekki ; RTD civ., 2005, 397, chr., Jacques Mestre et Bertrand Fages. ; etc. ただし、この判例は、Yが祖母Aからある財産の遺贈を受け、その際、この財産についてAと直系の関係にないYの兄弟Xと分け合っただけで欲しいとの願いを伝えられ、これに書面で承諾していた事案で、この承諾による自然債務から民事債務への変容を認めた事例である。

なっていることが⁷⁶⁵、その理由である。また、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る場合、および、婚姻約束に基づく場合に関して、類型
㉔では基本的に婚姻関係上の義務に類するような人格的義務の存在は否定され
（コンキュビナージュ、婚姻約束）、または、限定的な範囲でしか人格的義務が
認められていない（パクス）こと⁷⁶⁶、類型㉕で現在の裁判例の多くは構想①
- 1を基礎に据えていないことも⁷⁶⁷、前者の理由である。このような横の家
族関係における構想①の影響力の低下には、横の家族関係を規律する現代のフ
ランス法において、カップルの関係それ自体の保護ではなく、カップル内の個
人の権利や利益の保護に重心が置かれていることが反映している⁷⁶⁸。また、
こうした現在のフランス実定法の基本的な立場は、類型㉔および類型㉕で、構
想①を基礎に据えた解釈が一般的に受け入れられている日本法の状況とは大き
く異なっている⁷⁶⁹。

他方で、後者については、類型㉕では実定法上ほぼ異論なく構想①- 2に基
づく解釈が受け入れられていること⁷⁷⁰、類型㉖では様々な法的構成を用いて
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
った権利や利益の保護ないしそれと等しい財産的結果の確保を図ろうとする傾向
が顕著であることが⁷⁷¹、その理由である⁷⁷²。縦の家族関係における構想①の
影響力の上昇は、縦の家族関係を規律する現代のフランス法において子の利益
の保護が第一義的な課題とされていることの現れでもある⁷⁷³。そして、こう
したフランス法の状況は、日本において類型㉕および類型㉖に関する紛争が少

764) I 2(2)①、本誌28号90頁以下。

765) I 2(2)②一、本誌29号89頁以下。

766) I 2(2)①、本誌28号118頁以下。

767) I 2(2)②一、本誌29号137頁以下。

768) 一般的な記述であるが、Cf. Niboyer, *supra* note 281 ; Ruffieux, *supra* note 133, n^o56 et s., pp.64 et s. et n^os125 et s., pp.127 et s. ; etc.

769) 拙稿・前掲注(2)「2」85頁以下、92頁以下。

770) I 2(1)①、本誌27号90頁以下。

771) I 2(1)②、本誌27号95頁以下、同28号43頁以下。

なく、損害賠償の基礎に関わる学理的な関心が乏しいことを改めて浮き彫りにする⁷⁷⁴⁾。

②家族との関わりの中で生きる個人の人格や利益の保護を基礎とする構想（構想②）

第2に、「家族に対する責任」を家族との関わりの中で生きる個人の人格や利益の保護の問題として捉える構想（構想②）がある。構想②は、ある者がほかの家族のメンバーに対して一定の行為等をしたり特定の行為等をしなかったりすることによって、前者との間で後者が形成していた人格の実現に不可欠な関係が害されたり、実質的な関係に由来する財産的な利益が侵害されたりしたことを損害賠償の基礎とする。

構想②は、類型③の一定の場面に関する裁判例の解決と議論、および、類型⑤の多くの場面に関する裁判例の解決と議論の中に現れている。具体的にいえば、第1に、類型③で、カップルの関係が夫婦、パクス、コンキュビナージュのいずれであるかにかかわらず、カップルの当事者以外でも問題となるような一般的な誠実または尊重に関わる義務を措定し⁷⁷⁵⁾、その違反を理由とする損

772) ただし、母子関係の不成立の場面では子に保護法益は認められていないこと、実定法の主流では、認知義務の考え方は受け入れられておらず、父になるはずであった者が認知をしなかった場合には構想③に基づく解決が問題となるにすぎないこと、母に対する強制性交の結果として生まれた子についても構想③に基づく解決が問題となっていること、更に、親子関係の不存在から生ずる財産的な不利益を填補するために構想①-2に基づく解決や合意に依拠した構成が用いられる場面も多いこと等を考慮すれば、実定法において、構想①-1が一般的に受容され、親子関係それ自体への権利や利益が確立されているとまではいえない。Cf. Gutmann, *supra* note 163, n^o40 et s., pp.46 et s. : etc.

773) 一般的な記述であるが、Cf. Neirinck, *supra* note 135 ; Gareil, *supra* note 135 ; Pons, *supra* note 17, n^o35 et s., pp.47 et s. et n^o336 et s., pp.199 et s. ; Siffrein-Blanc, *supra* note 135 ; Ruffieux, *supra* note 133, n^o342 et s., pp.333 et s. : etc.

774) 拙稿・前掲注(2)「2」86頁以下。

775) これは、Garrigue, *supra* note 290がいう普通の義務、Ruffieux, *supra* note 133, n^o46 et s., pp.49 et s. がいう（カップル関係の）規範的義務に相当する。

害賠償を肯定することで、人格の実現に必要不可欠な関係に由来する権利や利益の保護を図る裁判例の解決および議論⁷⁷⁶⁾、第2に、類型⑤で、カップルの関係が夫婦であった場合に、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財産上の不利益や、配偶者との間で形成していた事実的な関係に由来する個人としての人格の侵害から生ずる損害の賠償を認める裁判例の解決⁷⁷⁷⁾、第3に、同じく類型⑤で、カップルの関係がパクスまたはコンキュビナージュであった場合に、一般的な誠実や尊重の観点に基づく関係解消のプロセスの評価を経て損害賠償を基礎付けることで、事実上の関係に由来する個人としての権利や利益の保護を図る裁判例の解決および議論は⁷⁷⁸⁾、構想②に基づく考え方の例である。そして、第1の規律における構想②が、婚姻の場面では構想①-2の影響力の低下を背景にこれを補うための構想として⁷⁷⁹⁾、第1の規律と第3の規律における構想②が、パクスまたはコンキュビナージュの場面での主要な構想として、および、第2の規律における構想②が、現在の支配的な構想として現れていることを踏まえると、横の家族関係において、構想②は、現在の実定法における強い潮流として位置付けられる。このことは、個人を家族から完全に切り離すのではなく、家族を個人の幸福実現のための手段として把握しつつ、カップル内の個人の権利や利益の保護を図ろうとする考え方の現れとして評価される⁷⁸⁰⁾。また、こうした傾向は、類型③および類型⑤で、構想①を基礎に据えた解釈が一般的に受け入れられ、構想②を基礎に据えた理解が明

776) I 2(2)①、本誌28号82頁以下、125頁以下、131頁以下。

777) I 2(2)②一、本誌29号101頁以下。

778) I 2(2)②一、本誌29号139頁以下、153頁以下。

779) 実定法は、婚姻制度や夫婦であることに由来する人格的義務を弱め、構想①-2の考え方によって基礎付けられる権利や利益が保護される範囲を狭めている。もっとも、これは、単純に婚姻を脱制度化または契約化ないし意思支配化させ、婚姻という存在の意義を弱体化させようとするものではない。実定法は、人と人との関係に由来する人格的義務を夫婦間で具体化させつつ、構想②に基づく権利や利益が保護される範囲を広げており、これは、人が家族上の身分ではなく家族的な繋がりの中で生きていく存在であることを正面から捉えようとするものとして、位置付けられるからである。

確な形では説かれていない日本法の議論状況とは対照をなしている⁷⁸¹⁾。

他方で、構想②は、微かな形ではあるものの、類型①または類型②でも看取される。例えば、類型①の変型としての位置付けにはなるが、ある子との関係で訪問権や受入権を持たない家族のメンバーが親等によりその子との交流を阻害された場合に、その者と子との間に存在した実質的な関係の評価を踏まえて損害賠償請求の可否を決する裁判例の解決については⁷⁸²⁾、当該家族のメンバーには子との関係で身分や地位に由来する権利や利益が存在しないため、構想①の考え方によって正当化することは不可能である。また、類型②の解消の場面で、虚偽認知の対象になった子における虚偽性の認識の有無や虚偽認知からその異議申立までの間の期間等を考慮して損害賠償請求の可否や賠償の範囲を決する裁判例の解決に関しても⁷⁸³⁾、子に父子関係の消滅という不利益が現に生じている以上、構想①の考え方からは説明が付かない⁷⁸⁴⁾。これらの解決は、いずれも、構想②の考え方によるのでなければ基礎付けられない。ところで、一部の学説は、類型①の多くの場面で、親が子に対して負う義務は一般的な誠実義務に、その義務の違反により子が被る損害は愛情の欠如に解消されると評価する⁷⁸⁵⁾。この見方は、本稿の分析枠組でいえば、類型①の大部分を構想②

780) 一般的な記述であるが、Cf. Égéa, *supra* note 304, n°30 et s., pp.670 et s. : Aune, *supra* note 572 ; Niboyer, *supra* note 281, n°97 et s., pp.67 et s. : Masson, *supra* note 353, n°21 et s., pp.823 et s. : etc.

781) 拙稿・前掲注 (2)「2」85頁以下、92頁以下。

782) I 2(1)①、本誌27号94頁以下。

783) I 2(1)②一、本誌27号104頁以下。

784) また、学説の中には、身分や地位の喪失を問題にする考え方について、この枠組では親子関係の異議申立により子に生じた愛情的または心理的な障害を賠償することができなくなるという点を問題視する見解もある。Pascale Salvage-Gerest, *De la loi du 3 janvier 1972 à la loi du 8 janvier 1993... ou plaidoyer pour une vraie réforme du droit de la filiation, in, Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : Liber amicorum, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 1994, pp.424 et s.*

785) Gonthier et Lemarche, *supra* note 9, pp. 181 et s. : Kamdem, *supra* note 141, n°15, p.888 : etc.

の考え方に依拠させるものである。しかし、こうした方向性は、類型①に関する実定法の状況に反するのみならず、子の利益の保護を第一義的なものとして位置付ける家族法の動向にも調和しない。子が親に対して抱いている愛情や尊敬といった感情、または、子が親との関係に基づき形成していた人格が保護されるべき要素であることに疑いはないものの、子との関係で親権者の義務が現実に行われること、そうでなくても、それが履行されたのと等しい状態が金銭的に確保されることこそが、子の利益に適うのであり、親との事実上の関係に由来する子の人格が保護されるだけでは、子の利益の実現手段として十分とはいえないからである。以上のように、縦の家族関係における構想②は、現在の実定法では、家族法の規律が及ばない場面や領域で構想①を補完し、損害賠償の保護対象を多層化することを通じて、子の利益の保護を図る役割を果たしている。そして、このことは、類型①（場合によっては類型⑥）に関わる家族法の規律が必ずしも十分に用意されているとはいえない現在の日本法の下で、構想②がより広く機能する可能性を持つことを示唆している。

③家族から切り離された個人の人格、感情、利益の保護を基礎とする構想（構想③）

第3に、「家族に対する責任」を家族から切り離された個人の人格、感情、利益の保護の問題として捉える構想（構想③）がある。構想③は、ある者がほかの家族のメンバーに対して一定の行為等をしたり特定の行為等をしなかったりすることによって、前者ないし前者との家族関係とは関わりなく存在する後者の人格や利益が侵害されたことを損害賠償の基礎とする。

構想③は、明確な形ではないものの、類型③の一定の場面に関する一部の裁判例の中に現れている。例えば、個人間の関係を踏まえた誠実や相互的尊重の義務を夫婦関係の解消後にも想定し、その違反を理由とする損害賠償を認める裁判例の解決は、その時点で当事者間に人格の実現に不可欠な関係が形成されていたとみることができないことを踏まえると、構想②ではなく構想③に親和性を持つ⁷⁸⁶⁾。その結果、類型③に関する現在の実定法では、身分や地位に起

因しない義務とその違反がどの時点で問題になるかによって、構想②と構想③が使い分けられていることが明らかとなる⁷⁸⁷⁾。また、学理的な議論では、類型㉔でカップルの関係がコンキュビナージュである場合について、当事者間に身分や地位に由来する人格的および財産的な義務が存在しないこと、本稿の分析枠組でいえば、構想①-2が妥当しないことを前提に、例えば、扶養義務を健康への権利によって、扶助義務を健康の保護への権利によって、救護義務を社会保障への権利によって基礎付ける等、関係とは無関係に存在する個人の権利を起点にしてそのパートナーに一定の義務を課そうとする見解がある⁷⁸⁸⁾。仮にこれらの義務の違反に基づく損害賠償請求が認められるとすれば、その保護対象は関係から切り離された個人としての権利となり、この考え方も構想③に基づくものとして位置付けられる⁷⁸⁹⁾。

また、類型㉕では、カップルの関係が夫婦、パクス、コンキュビナージュのいずれであるかにかかわらず、存在していたカップルの関係の喪失から生ずる精神的損害のみならず、その関係からは切り離された個人としての人格の侵害から生ずる精神的損害の賠償も認められることがある。例えば、離婚によって

786) ユダヤ教を信仰する夫婦が法的に離婚をした後に、元夫が元妻に対して正当な理由なくゲットを引き渡さなかった場合において、元夫が損害賠償の支払を命じられた事例は (I 2(2)①、本誌28号88頁以下)、その例である。

787) カップルの関係がパクスやコンキュビナージュである場合、これらの関係で解消の自由が前提とされていることを強調すれば、誠実や相互的尊重に関する義務により保護される対象についても、構想②のような関係に由来する人格ではなく、構想③のようにそこから切り離された個人的な感情として捉える考え方が浮かび上がってくる。しかし、たとえパクスやコンキュビナージュでは解消の自由が基礎に据えられているとしても、その当事者が当該関係を自己の人格の実現にとって必要不可欠な存在として位置付けることは十分に可能である。従って、関係の存続中には、構想②が主要な枠組として、構想③はこれを補完する枠組として設定されるべきである。

788) Sauvat, *supra* note 438, n^{os}269 et s., pp.225 et s.

789) もっとも、この考え方は、その前提において、説得力を欠いている。仮に、個人に健康への権利、健康の保護への権利、社会保障への権利が帰属するという前提を受け入れるとしても、そのことだけから、コンキュビナージュの関係にあるパートナーに一定の義務を課すという帰結は導かれないからである。

生じた個人の宗教上の信念に対する侵害に関わる精神的損害の賠償等が、その例である⁷⁹⁰⁾。この解決は、相手方との関係というよりも、個人の人格を起点とした評価をしており、構想②ではなく、構想③によって初めて基礎付けられる。その結果、類型⑤に関する現在の実定法では、構想②の考え方が中心になっているが、構想③の考え方も併用されていることが明らかとなる。更に、類型⑤で触れた詐害的誘惑の法理をその文字通りの意味で理解し、この法理の保護対象を自らの自由意思にもとづくことなく（法律上の身分を伴わない）関係を強制されないこととして捉える立場や⁷⁹¹⁾、類型⑤の不成立の場面で婚姻約束の解消のプロセスに着目し⁷⁹²⁾損害賠償請求の可否を決する裁判例の解決は⁷⁹³⁾、詐害的誘惑ないし婚姻約束の解消前に存在していた関係の期間や濃度を考慮の外に置くため、構想③を基礎に据えるものとして位置付けられる。

他方で、構想③は、類型⑤の一定の場面に関する一部の裁判例の解決にも現れている。類型⑤の不成立の場面で、父になるはずであった者にとっての認知義務の存在を否定しつつ、その者の態度と子の人格や感情の侵害を問題にして損害賠償を基礎付ける多くの裁判例の解決および議論、および、母に対する強制性交により生まれたが事実上の理由からその加害者との間で父子関係を成立させられなかった子について、出生を取り巻く諸状況に由来する精神的損害の

790) I 2(2)②一、本誌29号101頁以下。

791) ただし、詐害的誘惑の法理は、裁判例において、関係の成立によって生じた不利益ではなく、関係の解消によって生じた不利益を賠償の対象としている。その意味で、この法理は、その理論的含意はともかく、實際上の帰結としては、構想③というよりも、構想①または構想②から得られる解決を志向している。この点については、I 2(2)②一、本誌29号124頁以下を参照。

792) 裁判例の中には、婚姻約束の解消の正当性に着目し損害賠償請求の可否を決するものもあった。ここでは、婚姻約束を解消された側の婚姻成立への正当な期待が損害賠償の保護対象として措定されている（I 2(2)②二、本誌29号177頁以下）。この枠組でも、不法行為の成否の判断において、婚姻約束の解消前に存在していた関係の期間や濃度は基本的には考慮されていない。もっとも、婚姻成立への期待が観念される分だけ、損害額の評価に際して、これらの要素が斟酌される可能性もある。

793) I 2(2)②二、本誌29号171頁以下。

発生を認める裁判例の解決は、構想③によって基礎付けられる⁷⁹⁴⁾。ここでは、子と父になるはずであった者との間には何らの関係も存在しないため構想②を用いることはできず、また、法的に父子関係の成立が不可能ではないため構想①を使用することもできないことを踏まえて、構想③がこれらを補完するものとして援用されている。

以上のように、構想③は、現在の実定法において、横の家族関係のみならず縦の家族関係でも、構想①または構想②による規律が及ばない場面につき保護対象の面でこれを補完する役割を果たしている。

(2) 損害賠償の制約手法

①家族的な一体性から損害賠償の制約を基礎付ける構想（構想㉗）

第1に、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に存在する家族的な一体性により「家族に対する責任」の制約を基礎付ける構想（構想㉗）がある。構想㉗は、ある者がほかの家族のメンバーに対して一定の行為等をしたり特定の行為等をしなかったりすることによって、後者に何らかの権利や利益の侵害および損害が発生したとしても、両者の間に家族的な一体性が存在することを理由に、後者への損害賠償の付与を否定または制限する論理である。

構想㉗は、実定法では、家族のメンバー同士の紛争に関わる場面において直接的な形ではなく、家族のメンバーと家族外の者との間の紛争に関わる場面において間接的な形で、類型Aおよび類型Bの一部における損害賠償の制約手法として現れている。具体的には、第1に、ある者が直接被害者として家族外の者に対し損害賠償を請求する場面において、直接被害者の一定の家族のメンバーが当該損害の発生に関与していたときに、直接被害者と損害の発生に関与した者との間に存在する家族連帯を理由に損害賠償を減額していたかつての裁判例の解決および議論⁷⁹⁵⁾、第2に、交通事故の被害者に損害賠償等を支払っ

794) I 2(1)②二、本誌28号44頁以下、51頁。

795) I 1(1)②、本誌27号52頁以下。

た者が当該事故の発生に関与したその者の一定の家族のメンバーに対して求償等をする場面において、被害者と事故の発生に関与した者との間に存在する具体的な共同生活の存否と完全賠償の阻害の有無を基準として当該求償等の可否を決する判例の解決および議論⁷⁹⁶⁾、および、第3に、ある者が間接被害者として家族外の者に対し損害賠償を請求する場面において、直接被害者であるその者の一定の家族のメンバーにも何らかのフォートが存在したときに、間接被害者と直接被害者との間に存在する家族連帯または家族関係を直接的ないし間接的に考慮し損害賠償を減額する判例の解決および議論⁷⁹⁷⁾は、構想⑦の考え方を前提としている。

もっとも、これらの解決では、家族的な一体性の捉え方またはその意義に違いがあり、この相違が現在の実定法における構想⑦の位置付けにも反映している。まず、どの次元における家族的な一体性を問題にするかという点に相違がある。第1の解決、および、第3の解決を家族連帯により直接的に基礎付ける手法⁷⁹⁸⁾は、いわば人格の次元における家族的な一体性を問題にし、ある者のフォートがその者の家族のメンバーによる損害賠償請求に影響を与えることを

796) I 1(2)①、本誌27号59頁以下。なお、交通事故被害者の状況の向上および補償手続の促進に関する1985年7月5日の法律の適用領域以外の場面では、被害者が損害の発生に関与した家族のメンバーに対して損害賠償を請求することができるという理解を前提として、被害者に損害賠償等を支払った者が当該家族のメンバーに求償等を行うことができるという解決が採用されている。従って、ここでは、損害賠償の制約は予定されておらず、構想④が基礎に据えられている。

797) I 1(2)②、本誌27号83頁以下。具体的にいえば、ここでは、直接被害者のフォートを理由に間接被害者に付与される損害賠償を減額する解決を基礎付ける根拠のうち、家族の存在に着目するものと、被害者または損害に着目するものが想定されている。加害者に着目する理由付けを検討の対象から除外することについては、注(735)を参照。

798) 具体的にいえば、直接被害者のフォートを理由に間接被害者に付与される損害賠償を減額する解決を説明するために、家族の存在を直接的な価値判断として用いる考え方が想定されている。

799) ベルギーの破毀院判決に対する評釈であるが、Cf. Jean Dabin, *Les ayants droit de la victime, agissant en réparation de leur dommage personnel, peuvent-ils se voir opposer la faute commise par celle-ci ?*, Rev. crit. juris. belge, 1962, pp.176 et s.

説明しようとする⁷⁹⁹⁾。これに対して、第2の解決、および、第3の解決を財産的な利害関係の調整手段として位置付ける手法⁸⁰⁰⁾は、財産の次元における家族的な一体性を問題にし⁸⁰¹⁾、実際的に妥当であると主張される財産的な帰結を得るために「家族に対する責任」の制約を想定する。次に、どのような形で家族的な一体性を用いるかという点に相違がある。第1の解決、および、第3の解決に関する一部の基礎付けでは、家族的な一体性が損害賠償を制約するための直接的な根拠として用いられている。これに対して、第2の解決、および、第3の解決のうち家族連帯を直接的な基礎付けとして利用しない手法では、家族的な一体性は、外在的な考慮、すなわち、第2の解決でいえば、被害者への実質的な完全賠償の確保という考慮、第3の解決でいえば、相続が介在する場合の不都合の回避または加害者側への配慮⁸⁰²⁾という考慮を支え、これらの考慮をいわば記述するために用いられているにすぎない。家族内における個人の自律が重視される現在の法状況において、実定法で、第1の解決が否定される一方⁸⁰³⁾、家族の一体性を前面に出さない形で、第2の解決が採用されたり、第3の解決が維持されたりしているのは⁸⁰⁴⁾、上記の2つの相違に基づく。換言すれば、類型①および類型②に関する現在の実定法では、ほかの優越的な価値

800) 具体的にいえば、直接被害者のフォートを理由に間接被害者に付与される損害賠償を減額する解決を説明するために、相続法理が介在した場合に生ずる実際的な不都合の回避という視点を強調する考え方が想定されている。

801) 第2の解決に関する記述であるが、Cf. Lambert-Faivre, supra note 65, p.584 ; Aubert, supra note 67, p.326 ; Quézel-Ambrunaz, supra note 55, n°617 et s., pp.638 et s. ; Fenouillet, supra note 17, n°20, p. 6 ; etc. また、Cf. Groutel, supra note 55, p.213 ; etc. ただし、第2の解決との関連では、財産の次元における家族的な一体性という発想は、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に存在する具体的な共同生活を基準として前者に損害賠償を支払った者による後者への求償等の可否を決する解決と必ずしも整合するものではないという指摘も、存在する。Cf. Jourdain, supra note 55, n°44, pp.17 et s.

802) Cf. Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle, 5^{ème} éd., Litec, Paris, 1995, n°184, pp.104 et s.

803) 個人の自律の観点から家族連帯に依拠した第1の解決の正当化方法を批判する見解として、Vray, supra note 29, p.101 ; Larroumet, supra note 46, pp.3 et s. ; Warembourg-Auque, supra note 29, n°27, p.349 ; etc.

や実際の考慮を踏まえ必要であると考えられる範囲内において、かつ、財産の次元でのみ、構想㉑が採用されている。

これとは対照的に、日本法では、現在においても、読み方によっては、類型㉑および類型㉒の一部で家族的な一体性を直接的な根拠とする型の構想㉑として把握する可能性を持つ解決が存在する⁸⁰⁵⁾。それは、被害者側の過失の法理に現れている。過失相殺を加害者の側ではなく被害者の側から把握する考え方を前提に⁸⁰⁶⁾、被害者側の過失に関する判例の説示、すなわち、民法722条2項という被害者の過失には被害者本人と身分上ないし生活関係上一体をなすとみられるような関係にある者の過失も含まれるとする理解のうち⁸⁰⁷⁾、身分上の一体性という部分を強く読めば、この法理は人格の次元における一体性を問題にするタイプの構想㉑として⁸⁰⁸⁾、また、上記の部分のうち生活関係上の一体性という部分を強く読み、かつ、夫婦関係が既に破綻に瀕している等の特段の

804) 個人の自律の観点から家族連帯に依拠した第3の解決の理由付けを批判する見解として、Fossereau, supra note 79, n°25, p.25 ; Rodière, supra note 84, pp.751 et s. ; Aydalot, supra note 87, p.735 ; Lambert-Faivre, supra note 88, p.622 ; Chabas, supra note 79, n°202 et s., pp.171 et s. ; Larroumet, supra note 89, p.116 ; Chabas, supra note 90, p.91 ; Viney, Jourdain et Carval, supra note 85, n°436, pp.425 et s. ; etc.

805) 以下の記述は、筆者による判例の理解の仕方を示すものではなく、ありうる判例の理解の仕方をその可能性として提示するものである。

806) 過失相殺を加害者の側から把握し、因果関係の分割や違法性の縮減という観点から捉える考え方によれば、被害者の過失であるか被害者側の過失であるかは大きな意味を持たない。そのため、これらの考え方においては、被害者と損害の発生に関与した家族のメンバーとの一体的把握という問題設定が生ずることもない。その意味で、これらの考え方は、加害者と損害の発生に関与した家族のメンバーとの責任分割等を起点として、被害者に付与される損害賠償の減額を基礎付けていた、かつてのフランスにおける一部の裁判例の理解（I 1(1)㉑、本誌27号54頁）と同じ性格を持つ。

807) 最判昭和42年6月7日民集21卷6号1507頁、最判昭和51年3月25日民集30卷2号160頁、最判昭和56年2月17日判時996号65頁、最判平成9年9月9日判時1618号63頁、最判平成19年4月24日判時1970号54頁等。

808) この読み方によると、被害者側の過失の法理は、家族連帯を根拠に損害の発生に関与した家族のメンバーのフォートを考慮して被害者に付与される損害賠償を減額していた、かつてのフランスにおける一部の裁判例の理解と同列に位置付けられる。

事情がある場合の除外を強調すれば⁸⁰⁹⁾、この法理は財産の次元における一体性を問題にするタイプの構想㉗として位置付けることができるからである⁸¹⁰⁾。ここでは、同種の事案についての解決が異なるという点のみならず、その読み方次第という留保は付くが⁸¹¹⁾、一定の範囲で構想㉗またはその発想が機能し続けているという点でも、フランス法との対比における日本法の特徴が浮かび上がる。

他方で、類型㉔から類型㉒までにおいては、構想㉗は、ほとんどみられない。かつては、類型㉒のうち生計費請求訴権の場面で、母の性的放縦を理由に子からの請求が否定されるという規律が存在しており（1993年1月3日の法律による改正前の民法典旧342-4条）⁸¹²⁾、これは、人格の次元における母と子との一体性を問題にするタイプの構想㉗として位置付けることができた⁸¹³⁾。もっとも、現在では、この規律は削除されている。このことも、実定法において、構想㉗が直接的な形では受け入れられていないことを示している。

最後に、ほかの構想との対比を容易にするため、制約の対象と観点に即して構想㉗の特徴を整理すると、次のようになる。構想㉗は、被害を受けた者の保

809) 最判昭和51年3月25日・前掲注（807）。

810) 被害者側の過失に関する判例法理の背後に、夫婦や親子の経済的な一体性、または、両者の財布共通といった発想が存在することを指摘するものとして、批判的に検討する文脈での記述であるが、錦織成史「判批」論叢100巻2号（1977年）105頁、品川考次「判批」ジュリ642号（1977年）84頁等。また、この発想を肯定的に評価するものとして、山本進一「過失相殺と被害者の範囲」ジュリ431号（1969年）182頁以下、舟本信光「過失相殺における被害者側の範囲」判タ268号（1971年）176頁以下等。

811) 例えば、判例の説示のうち、身分上ないし生活関係上の一体性という部分を強く読むことなく、加害者から損害の発生に関与した家族のメンバーへの求償を回避し紛争を一回で処理するという利点（最判昭和51年3月25日・前掲注（807））を強調すれば、被害者側の過失に関する判例法理については、上記の外在的な考慮をいわば記述するためだけに家族的な一体性を援用するものとして理解することができる。

812) I 2(1)②二、本誌28号64頁以下。

813) Rassat, supra note 243, n°92, pp.434 et s. は、母の性的放縦の結果を子に負担させることは適切でないとしつつ、母と子との一体性、訴訟の削減という観点から、その規律に説明を付すことはできると説く。

護法益やその者が被った損害の内容および損害の発生に関与した者の義務の内容に変容を生じさせず、本来的には成立しているはずの損害賠償への権利を制限するという論理を基礎に据えており、前提となる権利義務の次元ではなく、救済手段の次元でのみ損害賠償の制約を措定している。また、構想①は、現在のフランス実定法のそれに関する限り、当該家族の生活状況を起点とした制限であるという点で各家族に即した制約を予定しているが、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間でどのような取決めがされ、どのような調整が実施されようとしていたか等に関心を示していないという点では外在的な観点からの制約を課している。なお、かつての裁判例の解決や議論でみられたように、人格の次元における家族的な一体性を直接的な根拠として損害賠償の制約を想定するとすれば、それは、当該家族の実態とは関わりなく外在的に損害賠償の制約を課すことを意味する。

②家族秩序または家族の平和の保護から損害賠償の制約を基礎付ける構想（構想①）

第2に、家族秩序一般または家族の平和の保護という観点から「家族に対する責任」の制約を基礎付ける構想（構想①）がある。構想①は、ある者がほかの家族のメンバーに対して一定の行為等をしたり特定の行為等をしなかったりすることによって、後者に何らかの権利や利益の侵害および損害が発生したとしても、後者からの損害賠償請求を認めることが家族秩序や家族の平和を害することを理由に、後者への損害賠償の付与を否定したり制限したりする。

構想①は、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になる場面、特に類型⑤において、条文上の損害賠償の制約を基礎付けるための論拠として現れている⁸¹⁴⁾。婚姻の解消から生ずる損害の賠償については、これを請求することができる時期（民法典266条2項）、および、この損害賠償によりカバーされる対象（同条1項）に関して、限定が付されている

814) I 2(2)②一、本誌29号109頁以下。

ところ⁸¹⁵⁾、一般的な理解によれば、これらの損害賠償の制約は、離婚後に紛争を引き伸ばしたり、当事者間の関係を終局的に悪化させたりしないようにするための配慮、すなわち、当該元家族の平和の維持という考慮に基づくものとされているからである⁸¹⁶⁾。しかし、既述のとおり、この目的は、当該条文による制約が全面的ではなく、かつ、婚姻の解消とは関わりのない損害に関する民事責任の一般規定に基づく賠償に制約が設けられていないため、十分に実現されていない。また、構想④は、類型③で損害賠償を認めると夫婦間に決定的な亀裂が生じてしまうとの危惧からこれを否定していた、かつてのごく一部の裁判例の解決や議論⁸¹⁷⁾、および、別居の場面で損害賠償を認めると関係回復の機会が奪われてしまうとの観点からこれに疑問を提示していた、かつての一部の議論⁸¹⁸⁾等の中にも看取される。もっとも、現在では、こうした理解の仕

815) この損害賠償の請求主体についても、条文および裁判例の解決によって一定の限定が付されている。すなわち、損害賠償を請求しようとする側に何らかのフォート、更に、フォートを基礎付けるほどではないにせよ何らかの落ち度があるときには、この者からの損害賠償請求は否定される (I 2(2)②一、本誌29号115頁以下)。もっとも、こうした請求主体面での制約を家族秩序または家族の平和の観点から正当化することは、適切さを欠く。というのは、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自らは離婚を求めている者にも婚姻の解消から生ずる損害賠償が認められるようになっており (民法典266条1項)、一定の範囲で損害賠償の請求主体が拡張されているため、こうした状況の下で家族秩序または家庭の平和の観点から請求主体が限定されたという理解することは、評価として一貫しないからである。

816) Hauser et Saint-Hilaire, *supra* note 453, n°136, p.62 ; Fenouillet, *supra* note 17, n°20, p.6 ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°731, pp.358 et s. ; etc.

817) I 2(2)①、本誌28号71頁以下。このような見方を支持する学説として、Ex. Laurent, *supra* note 278, n°92, p.123 ; Perreau, *supra* note 299, p.424 ; etc. また、同様の視点からこの損害賠償に疑問を示す見解として、Ex. Verdout, *supra* note 281, n°12, p.124 ; Guyon, *supra* note 314, n°11, p.484 ; Niboyer, *supra* note 281, n°530 et s., pp.557 et s. ; etc. 更に、婚姻関係が生身の人間の結合であることに鑑み、当事者には忍耐が要求されるとの観点から、損害賠償の要件としてフォートの重大性および損害の深刻性を設定し、一定の限度を超えた場合にのみ夫婦の一方からの損害賠償請求を認める考え方も、同様の見方に基づく。Philippe, *supra* note 278, pp.286 et s.

818) Lobin, *supra* note 484, n°2, p.2.

方はみられない。これは、直接的には、構想⑤が受け入れられている場面を除き、構想④の考え方が支配的であることに起因する。この点との関連では、類型③における損害賠償が、権利や利益を侵害された者に金銭的な救済を付与しつつ、当事者に離婚を回避させ関係回復の可能性を探らせる意味を持つことを指摘し、この類型における構想④の意義に正面から疑問を示す見解があることが注目される⁸¹⁹⁾。

類型③および類型⑥以外の場面における構想④の用いられ方についても簡単に整理しておく。まず、構想④は、実定法上、縦の家族関係において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になる場面ではみられない。このことは、損害賠償の保護対象に関する構想①から構想③までにより基礎付けられる子の利益の保護が家族秩序または家族の平和の維持や確保に優先すると考えられていることを示している。次に、構想④は、一部の学説により、類型④および類型⑧の一部の場面、具体的には、交通事故の被害者に損害賠償等を支払った者がその者の一定の家族のメンバーに求償等をする場合において、当該求償等を制約するための論拠として挙げられることもある⁸²⁰⁾。しかし、ここで説かれている家族の平和の内容は、必ずしも明確でない。この求償等が家族のメンバーの間で問題となるものではないことを踏まえると、その内容は、構想④が想定しているような請求それ自体による家族の平和の阻害というよりも、請求により家族内の財が減少することに伴う経済的な平和の阻害という意味で理解される。従って、この議論の仕方は、構想④の考え方に基づくものではなく、単に構想⑦を家族の平和という言葉で置き換えたものとして捉えられるべきである。

819) Lacoste, *supra* note 299, p.137 ; Maury, *supra* note 283, n°9, pp.520 et s. ; Chartier, *supra* note 283, *Domicile conjugal...*, n°40, pp.545 et s. ; Thomas, *supra* note 16, p.302 ; etc. また、Ruffieux, *supra* note 133, n°56 et s., pp.64 et s. は、この類型における損害賠償を未来志向のサンクションの1つとして位置付けている。

820) Dumery, *supra* note 79, n°543 et s., pp.236 et s. ; Ben Hadj Yahia, *supra* note 304, n°432 et s., pp.389 et s. ; etc.

このようなフランス法における構想①をめぐる議論の状況は、日本法の文脈でみられた「家族に対する責任」を家族秩序または家族の平和の観点から制約する議論とは、2つの点で対照をなしている。まず、構想①は、フランスの実定法においては、類型⑤の一部で現れており、かつては類型③でも一部の裁判例の解決でみられたのに対して、日本法においては、学理的な議論はともかく実定法の次元では、類型④および類型⑥に関するかつての判例および裁判例の説示でのみ看取される⁸²¹⁾。この相違は、家族秩序または家族の平和からの制約が損害賠償の保護対象の特性との関連で捉えられているかという点、より具体的にいえば、構想①が、家族的な権利または利益の侵害および義務の違反と家族外でも生じうる一般的な権利または利益の侵害および義務の違反のうち、いずれに妥当する法理として想定されているかという点の理解の仕方に関係する。すなわち、構想①は、フランス法では前者に関わる「家族に対する責任」を制約する法理として、かつての日本法では後者に関わる「家族に対する責任」を制約する法理として機能してきた。次に、構想①の考え方は、フランスの議論では、専ら個々の家族の平和を保護するという目的に基づき主張されているのに対し、日本の議論では、個々の家族の平和のみならず、抽象的な家族秩序一般を保護するという目的のために説かれることもあった⁸²²⁾。この相違は、家族の捉え方の差となって現れる。

①の末尾で用いた基準に従って構想①の特徴を整理すると、次のようになる。構想①は、民事責任法理からは正当化することができない制約を家族秩序また

821) 拙稿・前掲注(2)「2」78頁以下、88頁以下。

822) 類型④および類型⑥における損害賠償の制約を、醇美なる家族制度の精神や古来の醇風である孝道の見地（大判昭和18年7月12日民集22巻2頁620頁。また、東京地判昭和7年11月24日新聞3491号5頁）、情誼倫理の観念（東京高判昭和44年4月5日高民集22巻2号263頁）、社会全体の秩序の維持（表現の仕方は様々であるが、東京地判昭和44年7月16日判時561号20頁、青森地判昭和45年2月12日判時587号14頁、東京高判昭和46年1月29日高民集24巻1号13頁、東京地判昭和46年4月20日判タ265号252頁、大阪地判昭和46年9月27日判タ271号373頁、神戸地判昭和46年9月28日判タ275号334頁、名古屋地判昭和47年4月26日判時673号66頁等）等の観点から正当化する考え方が、それである。

は家族の平和という観点から基礎付け、かつ、当事者の実体的な権利義務に変容を迫る契機を持たないため、権利義務の次元ではなく救済手段の次元における制約を措定している。また、構想④は、当該家族の状況を考慮することなくおよそ家族（現在のフランスの実定法における用いられ方に即していえば、元夫婦）一般を起点とした制限を設定しており、外在的な評価に基づく制約を想定している。

③家族法的な救済手段としての適合性から損害賠償の制約を基礎付ける構想（構想⑤）

第3に、民事責任には家族法的な救済手段としての適合性があるかという観点から「家族に対する責任」の制約を基礎付ける構想（構想⑤）がある。構想⑤は、ある者がほかの家族のメンバーに対して一定の行為等をしたり特定の行為等をしなかったりすることによって、後者に何らかの権利や利益の侵害および損害が発生したとしても、民事責任法を通じた損害賠償による解決が家族法的な救済手段としての適合性を欠くこと、または、損害賠償のほかにより適合的な救済手段が存在することを理由に、後者からの損害賠償請求を否定したり制限したりする。

構想⑤は、いくつかの場面において断片的な形でのみ現れている。例えば、類型③における夫婦の人格的義務の違反に基づく損害賠償について、これを認めても単に道徳に反する形で金銭が付与されるだけであって⁸²³⁾、自由な意思に基づく人格的義務の実現が確保されるわけではないこと⁸²⁴⁾等を理由に、その意義を否定したり、消極的に理解したりする議論や、より適合的な救済手段

823) 注（273）で引用した裁判例のほか、「家族の保護」の場面に即した議論であるが、Cf. André Tunc, *Chr. sous CA. Paris*, 5 juill. 1960, *RTD civ.*, 1960, p. 644 ; Gérard Mémeteau, *La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale*, *Gaz. Pal.*, 1978, 2, doc., pp.401 et s. ; etc

824) Cf. Catherine Labrusse, *Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint (Étude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique)*, *RIDC.*, 1967, pp.449 et s. のほか、Laurent, *supra note 278*, n°92, p.123 ; etc.

として別居や離婚の仕組が存在することを理由にこれを否定していた、かつての一部の裁判例の解決及び議論は⁸²⁵⁾、構想⑤の考え方に基づく⁸²⁶⁾。また、かつては、別居を原因とする損害賠償について、別居の場合には基本的に婚姻から生ずる財産的な義務が存続すること、カトリックの考え方によれば別居から生ずる精神的損害は小さいこと等を理由に、その意義を否定する見解も存在した⁸²⁷⁾。この見解も、上記の諸議論と同列に位置付けられる。更に、類型⑥の解消の場面では、虚偽の認知をした者による親子関係への異議申立を認めた上で、虚偽の認知をしその後に親子関係の存在を否定したことを理由にその者に対して損害賠償の支払を命ずる解決よりも、虚偽の認知をした者による親子関係の異議申立を認めず、子に父子関係の法的効果享受させ、その者に対し父としての義務を果たさせる解決の方が事態に適合するという形の議論もある⁸²⁸⁾。これも、構想⑤の考え方を背景とするものとして位置付けられる⁸²⁹⁾。

これらの解決は、損害賠償という救済手段が当事者による自律的な紛争の解決に適さないとの評価を前提に、類型③および別居の場面では夫婦関係におけるより適合的な救済手段の利用によって、また、類型⑥では禁止規範の創設とそれに伴う民事責任法理の意義の消滅を基礎とした親子関係におけるより適合的な救済手段の利用によって、可能な限り自律的かつ現実的に保護対象として

825) 注 (275) で引用した裁判例を参照。また、Labrusse, *supra* note 824, pp.450 et s. は、婚姻義務の違反について不法行為の一般規定を無条件に適用する立場には問題があることを指摘した上で、この問題に対処するための方策としては、①家族法上のサンクションを適用する方法、②夫婦関係に適合させる形で不法行為の一般規定を適用する方法、③事実上の別居に関する法的効果の規律を用意する方法があると説く。このうち、①および③は、本稿の分析枠組でいう構想⑤である。

826) I 2(2)①、本誌28号71頁以下。

827) Lobin, *supra* note 484, n°2, p.2.

828) I 2(1)②一、本誌27号97頁以下。

829) 虚偽の認知をした者による親子関係の異議申立を認めつつ、効果の次元では限定的な形でのみ親子関係の消滅を導くことにして、一定の範囲で、この者に父としての義務を負わせ続けるべきであると説く見解も、構想⑤の考え方に依拠している。Cf. Boulbès, *supra* note 163 p.4 ; Fenouillet, *supra* note 163, pp.509 et s. ; etc.

措定される権利や利益を保護しようとする議論として位置付けられる。ただし、類型Cにおける構想⑦に対しては、夫婦の人格的義務に関して履行の強制は認められていないため、離婚または別居のほかに適切な救済手段は存在せず⁸³⁰⁾、この損害賠償を制約すると、損害を受けた者には離婚または別居をするか現状に耐えるかという2つの選択肢しか残されなくなること⁸³¹⁾等を理由とする批判が成り立つ。また、別居の場面における構想⑦に付された論拠については、特定の宗教上の考え方に依拠していない者からすると、または、仮に特定の宗教上の考え方を前提とする場合であっても、構想①ではなく構想②または構想③に依拠して損害賠償の保護対象を措定するならば、別居により一定の精神的損害が生じうるため、この論拠から民事責任は家族法的な救済手段として不適合であると結論付けることには疑問がある。更に、類型Eにおける構想⑧に関しては、虚偽の認知をした者による親子関係の異議申立を認めないという前提それ自体の当否が慎重に問われなければならない。

構想⑧の考え方は、日本法の文脈では、学理の次元にとどまるが、一部の学説によって、類型Cまたは類型Eの場面における損害賠償の制約手法として主張されている。類型Cでは家事事件手続法等による損害賠償以外の手段を認めれば、また、類型Eではその充実を条件に離婚給付を認めれば、救済としては十分であるという議論が、それである⁸³²⁾。これとは対照的に、フランス法の類型Eでは、構想⑧の発想は明確な形で説かれていない。婚姻の解消から生ずる損害の賠償について規定した民法典266条の削除または修正を提案する見解もあるが⁸³³⁾、これは、民事責任の家族的な救済手段としての不適合やほかの救済手段による対処可能性を理由に同条の有用性を否定する議論ではなく、反対に、その有用性を当然の前提とした上で、同条で対象とされている損害の賠

830) Dekeuwer-Défossez, supra note 393, p.219 ; Carbonnier, supra note 250, n°548, p.1223 ; Cornu, supra note 250, la famille, n°25 et s., pp.51 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n°305, pp.194 et s. ; etc.

831) Rodière, supra note 287, p.288.

832) 拙稿・前掲注(2)「2」89頁、93頁以下。

償を不法行為の一般規定に委ねるべきことを説くものである。フランス法の類型⑥で構想⑦が説かれていない理由は、離婚を理由とする損害賠償の仕組みによりカバーされている損害の填補について、この損害賠償のほかにより適切な救済手段が存在しないこと、従って、仮にこの損害賠償が否定されると、一定の被害が填補されないまま放置されてしまうことに求められる。財産分与の中に精神的損害の賠償の要素を含めることができることとされている日本の実定法の解決とは異なり⁸³⁴⁾、フランスにおける一般的な理解によれば、補償給付（民法典270条以下）またはかつての扶養定期金（1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条1項、1941年4月2日の法律による改正前の同旧301条）の中に財産的不利益以外の要素の填補は含まれないとされているため⁸³⁵⁾、これらの救済手段が認められるだけでは、離婚によって生ずる精神的損害の賠償は十分に確保されない。また、一部の学説が示唆するように⁸³⁶⁾、仮に補償給付の中に精神的損害の賠償の要素を含める方向性を目指すとしても、生活条件の不均衡を是正することを目的とした補償給付では、保護対象に関する構想①で措定されている権利や利益の侵害から生ずる損害であればともかく、構想②または構想③で措定されている権利や利益の侵害から生ずる損害のすべてをカバーすることはできない。日本法の類型⑥で主張されている構想⑦に対応する考え方では、こうした諸点、特に後者の問題が十分に意識されているようには思われず、フランス法との対比を踏まえると、その採用には慎重な検討が求められる。

①の末尾で用いた基準に従って構想⑦の特徴を整理すると、次のようになる。

833) 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.

834) 最判昭和31年2月21日民集10巻2号124頁、最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁等。

835) I 二(2)②一、本誌29号102頁以下、107頁以下。

836) Hauser, *supra* note 453, pp.81 et s. ; etc.

典型的な構想㉔は、被害を受けた者の保護法益や損害の内容および損害の発生に
関与した者の義務の内容に変容を生じさせることなく、本来的には成立して
いるはずの損害賠償への権利を制限するという論理を基礎に据えており、構想
㉔および構想㉕と同じく、救済手段の次元で損害賠償の制約を措定してい
る⁸³⁷⁾。また、構想㉔は、当該家族に即した評価をするわけではないが、当事
者による紛争の自律的な解決を促進するという視点を併せ持つため、各家族に
つき内在的な視点から制約を措定する考え方として位置付けられる。

④関係する制度の性格から損害賠償の制約を基礎付ける構想（構想㉕）

第4に、カップルの関係や親子関係といった関連する諸制度の性格を起点と
して「家族に対する責任」の制約を基礎付ける構想（構想㉕）がある。構想㉕
は、ある者がほかの家族のメンバーに対して一定の行為等をしたり特定の行為
等をしなかったりすることによって、後者に何らかの権利や利益の侵害および
損害が発生したときであっても、カップルの関係や親子関係を規律する制度の
性格を考慮して、前者の責任の成立を否定したり制限したりする。ところで、
構想㉕は、関連する制度の内容とその性格の把握の仕方によって、様々な形に
なって現れる。議論を見通しやすくするために、関連する制度を把握する際の
重心の置き方を起点として実定法および従前の解釈における構想㉕の現れを整
理すると、次のようになる⁸³⁸⁾。

837) ただし、類型㉔の解消の場面でみられた構想㉔に関しては、本文の整理は妥当しない。

この構想㉔は、虚偽認知をした者による親子関係の異議申立を認めないことを前提として
いるため、虚偽の認知をしその後親子関係を否定したことについて責任原因を見出すこ
とはできない。従って、この考え方によると、虚偽認知の対象になった子は、類型㉔の場
合に準じ、虚偽の認知をした者に対して、子に対する父としての義務を果たさなかったこ
とを理由に損害賠償を請求することはできるが、ほかの類型㉔の場面のように、父子関係
が解消されたことを理由に損害賠償を請求することはできない。つまり、ここでは、本来
的には成立しているはずの損害賠償への権利を制約するという思考プロセスは採用されて
いない。本文で、構想㉔一般ではなく、典型的な構想㉔という表現を用いたのは、上記の
点を考慮したものである。

1つ目として、関連する制度において個人の自由や自律を重視する立場から義務の弱化を導き、そのことを通じて、それ以前の解決によれば義務に違反した評価される場合にも責任原因を否定するタイプの議論（構想㊦-1）がある。例えば、類型㉔でカップルの関係が夫婦である場合に、性の側面における個人の自由を強調し、一定の範囲で夫婦間の貞操義務、性関係を持つ義務、生殖に関わる義務等の一般的な弱化を認め、そのことを通じてフォートの存在を否定することにより、これらの義務の違反を理由とする相手方からの損害賠償請求を棄却する裁判例の解決は、構想㊦-1を基礎に据えている⁸³⁹⁾。ところで、構想㊦-1は、家族法上の義務の内容を現代の家族のあり方に適合させるべく解釈した結果として現れるものであり、この解釈の結果を基準として現象を捉えれば、この構想それ自体に損害賠償を制約する契機は含まれていない。しかし、それ以前に一般的に受け入れられていた義務の内容に関わる理解を基準とすれば、構想㊦-1は、義務の弱化を通じて結論的に損害賠償が認められる場面を狭めるものとして把握されるため、検討の便宜のために、この構想を損害賠償の制約手法として位置付けておくことが有益である。なお、類型㉕の解消の場面で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る場合に、または、同類型の不成立の場面で、コンキュビナージュもしくはパクス関係の解消の自由または婚姻約束の解消の自由を起点として、解消それ自体につきフォートの存在を否定する判例の解決および議論や⁸⁴⁰⁾、類型㉖の不成立の場面で、認知の自由を起点として認知をしないことそれ自体につきフォートの存在を否定する裁判例の解決および議論⁸⁴¹⁾等も、婚姻外のカップル関係や婚姻外の父子関係といった諸制度における個人の自由を重視する立場から関係を解

838) 以下で示される3つの下位分類は、フランスの実定法に現れた構想㊦として解釈することができる様々な解決を本稿の問題意識に即して再構成した結果として得られたものではない。従って、この分類の仕方は唯一の絶対的なものであるわけではない。

839) I 2(2)①、本誌28号91頁以下。

840) I 2(2)②一、本誌29号134頁以下、164頁以下。

841) I 2(1)②二、本誌28号44頁以下。

消した者または認知を拒絶した者の義務の内容を捉えていく考え方であるが、これらの場面では、それ以前の解決と比べて義務の内容が弱められているわけではないため⁸⁴²⁾、本稿の問題関心からすると、これらの議論を損害賠償の制約手法として位置付けることはできない。

2つ目として、関連する制度において当事者の自律を重視する理解の仕方から義務の弱化を導き、そのことを通じて、当事者による規律がなければ義務に違反したと評価される場合にも責任原因を否定するタイプの議論（構想⊕-2）がある。例えば、類型Ⓒでカップルの関係が夫婦である場合に、夫婦間の合意または相手方配偶者の同意や許可により貞操義務等の夫婦関係に由来する人格的義務が排除されたり弱まったりすることを認め、そのことを通じてフォートの存在を否定することにより、これらの義務の違反を理由とする相手方からの損害賠償請求を棄却する一部の裁判例の解決および議論は、構想⊕-2の考え方として位置付けられる⁸⁴³⁾。構想⊕-2では、カップル内の個人を起点とするのではなく、両当事者の意思を介して損害賠償の制約が導かれている点に、その特徴がみられる。ただし、夫婦相互の人格的な義務が合意や同意に馴染むかには疑問があり⁸⁴⁴⁾、そのため、構想⊕-2は、実定法および学理的な議論における主流を形成していない。

842) ただし、類型Ⓔの不成立の場面で解消の自由を起点として婚姻約束を解消したことそれ自体につきフォートの存在を否定する判例の解決および議論は、婚姻約束を有効な契約として捉えそこから婚姻をするという内容を持つ債務が発生することを認める民法典制定前後の有力な学説の考え方を基準とするのであれば、本文で示した見方によっても、損害賠償の制約手法として位置付けられる。

843) I 2(2)①、本誌28号105頁以下。

844) 貞操義務について、Edon-Lamballe, *supra* note 367, pp.80 et s. ; Cornu, *supra* note 250, La famille, n°29, p.56 ; Mirabail, *supra* note 367, pp.122 et s. ; Niboyer, *supra* note 281, n°302 et s., pp.167 et s. ; Garrigue, *supra* note 290, n°607 et s., pp.517 et s. ; Ben Hadj Yahia, *supra* note 304, n°695 et s., pp.628 et s. et n°703 et s., pp.637 et s. ; Moracchini-Zeidenberg, *supra* note 281, n°11, p.780 ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°1476, pp.691 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n°151, p.128 ; etc. 人格的義務一般について、Cf. Buffelan-Lanore et Garcia, *supra* note 342, n°53, p.17 ; etc.

3つ目として、関連する制度の仕組を重視する理解の仕方から義務または権利の弱化を導き、そのことを通じて、通常の解決によれば義務に違反し権利を侵害したと評価される場合にも不法行為の成立を否定するタイプの議論（構想㊦-3）がある。例えば、類型㊦でカップルの関係が夫婦である場合に、婚姻の制度的性格を強調し、夫婦の義務に客観的な相互性を認め、夫婦の一方による婚姻義務の違反がある場合に他方が婚姻義務から解放されることを承認して、通常であれば他方に婚姻義務の違反が認められる場面でもそのフォートの存在を否定することにより、他方の婚姻義務の違反を理由とする一方からの損害賠償請求を棄却する一部の裁判例の解決や、この解決を不履行の抗弁の場面に準えて理解する学理的な議論等は⁸⁴⁵⁾、構想㊦-3の発想を基礎に据える⁸⁴⁶⁾。また、類型㊦のうち離婚訴訟の場で私生活の尊重への権利の侵害が問題となる場合には、暴力またはフロードがない限り、通常であれば正当化されないような私生活の尊重への権利の侵害であってもその違法性が否定されるという解決が示されている。これによれば、上記の場合には、私生活の尊重への権利を侵害されたと主張する者からの損害賠償請求も否定される⁸⁴⁷⁾。この解決も、離婚を基礎付けるための証拠の収集に関わる仕組を反映した形で損害賠償の制約を基礎付けようとするものとして、構想㊦-3の中に位置付けられる。更に、類型㊦で、親権における親の権利性を強調する立場を前提に、親につき義務違反に相当するような行為または態度があったとしても、それが権利の濫用にわたると評価されない限り、不法行為の成立を認めていなかった、かつての一部

845) I 2(2)①、本誌28号110頁以下。

846) そのほか、類型㊦のうちカップルの関係が夫婦である場面との関連では、離婚法がフォートから切り離されつつあることを踏まえた上で、類型㊦で婚姻から生ずる義務の違反につきフォートを基礎とする不法行為の一般規定の適用を認めると、一般法が特別法の制度を乱すことに繋がることを理由に、その適用に疑問を呈する見解もある（Traullé, supra note 545, n^o409 et s., pp.341 et s. ; Burgard, supra note 300, p.22）。しかし、類型㊦と婚姻の解消に関わる類型㊦とでは場面も想定される保護対象も異なるため、この見解は説得力に乏しい。

847) I 1(1)①、本誌27号44頁以下。

の裁判例の解決も⁸⁴⁸⁾、構想㊦-3に親和性を持つ。

しかし、これら3つの構想㊦-3の現れは、現状では、十分な説得力を有してない。第1の法理については、既述のとおり、婚姻義務に客観的な相互性を認めたり不履行の抗弁を適用したりすることはできないこと⁸⁴⁹⁾、第2の法理に関しては、通常の訴訟の場では証拠への権利と私生活の尊重への権利とが慎重に衡量されているにもかかわらず、離婚を基礎付けるという目的がある場合に限って衡量を経ることなく前者を優越させる理由を見出すことは困難であること⁸⁵⁰⁾、第3の法理については、親の権利性を強調した親権の把握方法は現在の親権法の構造に適合せず子の利益に反することが⁸⁵¹⁾、その理由である。これらをより一般化すれば、以下の見方が導かれる。構想㊦-3は、その前提となる制度の仕組が適切に構築されていなければ、損害賠償の制約の十分な基礎付けとはならない。このことは、換言すれば、その前提となる制度の仕組が適切に構築され理由付けられていれば、構想㊦-3が損害賠償の制約手法として有用なモデルとなりうることを意味する。例えば、類型㊧の変型としての位置付けにはなるが、一方の親が他方の親による子の受入れや子への訪問を認めなかった場合であっても、そのことが訪問権や受入権の基礎にある子の利益の観点から正当化されれば⁸⁵²⁾、他方の親からの損害賠償は否定される。この解

848) I 2(1)㊦、本誌27号90頁以下。

849) Maury, supra note 283, n^{os}10 et s., pp.522 et s. ; Roche-Dahan, supra note 377, n^{os}5 et s., pp.738 et s. ; Mignon-Colombet, supra note 304, n^{os}11 et s., p.10 ; Cornu, supra note 250, la famille, n^o24, pp.49 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^{os}67 et s., pp.72 et s. ; etc.

850) Cf. Bénabent, supra note 18, Note sous Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 1997, n^o5, p.297 ; Desnoyer, supra note 20, n^{os}114 et s., pp.155 et s. ; etc.

851) ただし、未成年の子の婚姻に対する父母や尊属の同意（民法典148条）等のように、立法の段階で、父母の権限等が自由裁量的なものとして認められている場合には、別の評価が妥当する。この場合には、権限等の行使により子に一定の不利益が生じたとしても、それが権利濫用に当たると評価されない限り、父母の不法行為は成立しない。

852) 具体的にいえば、親権の委譲（民法典376条以下）やその剥奪（同378条以下）があった場合、または、重大な理由に基づき訪問権や受入権の行使が否定される場合（同372-2-1条2項）が、これに当たる。

決は、構想⑤-3の発想を出発点として、子の利益の確保という正当な目的に基づき他方の親の権利を制限し、これによって損害賠償の制約を基礎付けるものである。

ところで、現在の実定法では、構想⑤-1および構想⑤-3のうち第2の法理が一般的に受け入れられ、構想⑤-2および構想⑤-3のうち第1の法理が一部の裁判例により援用されている。従って、構想⑤による損害賠償の制約は、横の家族関係でのみ問題となり、縦の家族関係では問題となっていない。構想⑤-3が縦の家族関係で用いられる可能性はあるものの、それは類型①の変型として位置付けられる場面に関わり、子からの損害賠償請求の制約としては機能しない。縦の家族関係で構想⑤が現れていない理由は、親の自由や親と子と間の合意（場合によっては、両親間での合意）によって親が子に対して負う義務を免れることは、子の利益を第一義的なものとして位置付ける家族法の立場に反すること、縦の家族関係を規律する制度の中に、親の義務や子の権利を弱める契機は含まれていないことに求められる。他方で、日本法の文脈では、学理の次元で、類型③に即して構想⑤-3に類似した理解が説かれることはある⁸⁵³⁾。しかし、構想⑤-1または構想⑤-2に関しては、「家族に関わる保護」のうち配偶者の一方からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面に即して貞操義務の弱化または非法化が語られることはあるものの⁸⁵⁴⁾、「家族に対する責任」が問題となる場面では、その可能性は、ほとんど意識されていない⁸⁵⁵⁾。このことは、日本法において、横の家族関係においてカップルの当事者が負う義務の分析が十分に行われていないことを示している。

853) 有地亨「夫婦間の義務の reciprocity——婚姻の身分上の効果の実効性と限界——」私法 22号（1960年）102頁以下、上野雅和「婚姻の破綻と婚姻の効果：同居義務、扶助義務（婚姻費用の分担義務）、夫婦の契約取消権についての裁判例をめぐって」松商12巻2号（1961年）1頁以下等。詳細については、拙稿・前掲注（2）「2」90頁を参照。

854) この点を明確に述べるものとして、松本克美「判批」判評434号（1995年）39頁、二宮周平「判批」判タ1060号（2001年）112頁以下、同「不貞行為の相手方の不法行為責任」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』（信山社・2008年）167頁以下等。詳細については、拙稿・前掲注（2）「1」101頁。

①の末尾で用いた基準に従って構想⑤の特徴を整理すると、次のようになる。構想⑤は、被害を受けた者の保護法益や損害の内容および損害の発生に関与した者の義務の内容に変容を生じさせることを通じて、損害賠償への権利が生じないことを認めるものであり、構想⑦から構想⑩までとは異なり、権利義務の次元で損害賠償の制約を措定している。また、構想⑤は、当該家族の状況に即して権利義務の内容を確定するため、各家族に内在する観点から損害賠償の制約を措定している。ただし、構想⑤-1または構想⑤-2と構想⑤-3とでは、個々の家族とそのメンバーに焦点を当てた内在的制約であるか、制度の仕組み自体に焦点を当てた内在的制約であるかという点で相違がある。

⑤損害賠償の制約を否定する構想（構想④）

第5に、「家族に対する責任」の制約を否定する構想（構想④）がある。構想④は、ある者がほかの家族のメンバーに対して一定の行為等をしたり特定の行為等をしなかったりすることによって、後者に何らかの権利や利益の侵害および損害が発生した場合には、何らの制約もなく、前者の責任の成立または後者からの損害賠償請求を認める考え方である。

実定法では、問題となる事案が構想⑦から構想⑩までで予定されている場面に該当しない限り、損害賠償の制約は想定されていない。構想④が原則であり、損害賠償の制約は例外的な規律である。このことは、類型①から類型⑩までのいずれの場面であっても異ならない^{856, 857)}。構想④が原則とされているのは、不法行為の一般規定には憲法的価値が備わっているため⁸⁵⁸⁾、その要件が充足されている限り損害を受けた者に対しては損害賠償が付与されなければならないという民事責任法に起因する理由に加えて⁸⁵⁹⁾、家族内の個人が自律的な法

855) 夫婦の一方が不貞行為をした他方に対して損害賠償を請求する場面との関連では、最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁の考え方をこの場面でも援用し、婚姻関係がその当時既に破綻していたかどうかによって不法行為の成否を判断する裁判例があるものの（東京高判平成7年1月30日判時1551号77頁（肯定例）、東京地判平成24年1月20日平22（ワ）18409号（否定例）等）、その制約の枠組は明らかでない。

主体であることを出発点とするならば、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に家族の関係が存在することは後者の責任または前者の損害賠償への権利を制約する根拠にはなりえないという実質的な理由が存するからである。そして、こうした理解の仕方は、家族的な繋がりや弛緩化を背景として、各人について、他者と家族であることや家族に属することよりも、自由で自律的な個々の法主体であることを重視する現代法の動向に適合する⁸⁶⁰⁾。

856) 類型④および類型⑤に即して、損害賠償の制約がないことを明確に説くものとして、Alain Bénabent, *La liberté individuelle et le mariage*, RTD civ., 1973, n°44 et s., pp.476 et s. ; Thomas, supra note 16, pp.321 et s. ; Chartier, supra note 283, *La réparation du préjudice*, n°263, pp.327 et s. ; Gonthier et Lemarche, supra note 9, pp.185 et s. ; Jourdain, supra note 9, n°37, p.14 ; etc.

また、類型③に即して、損害賠償の制約がないことを明確に説くものとして、Maury, supra note 283, n°9, pp.520 et s. ; Ponsard, supra note 275, pp.113 et s. ; D. M., supra note 275, p.188 ; J. Mazeaud, supra note 287, p.80 ; Rodière, supra note 287, p.288 ; Nerson, supra note 287, pp.515 et s. ; Chartier, supra note 283, *Domicile conjugal...*, n°40, pp.545 et s. ; Id., supra note 283, *La réparation du préjudice*, n°268 et s., pp.334 et s. ; Thomas, supra note 16, pp.297 et s. ; Jourdain, supra note 9, n°24 et s., pp.8 et s. ; etc. なお、婚姻から生ずる個別の義務の違反に基づく損害賠償に即した記述であるが、Cf. Auguste Bedel, *Nouveau Traité de l'adultère et des enfants adultérins, selon les lois civiles et pénales*, Warée fils aîné, F. Bernard, Paris, 1826, n°42, pp.64 et s. ; Rebel, supra note 395, n°184 et s., pp.141 et s. ; Molinié, supra note 342, pp.21 et s. et p.41 ; Roger Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, préf. Paul Roubier, LGDJ., Paris, 1939, n°138, pp.278 et s. ; Marie-Christine Manigne, *La communauté de vie*, JCP, 1976, I, 2803, n°12, p.6 ; Edon-Lamballe, supra note 367, p.86 ; Carbonnier, supra note 250, n°548, p.1223 ; Mignon-Colombet, supra note 304, n°13, p.11 ; Cornu, supra note 250, *la famille*, n°25 et s., pp.51 et s. ; Burgard, supra note 303, n°23, pp.1866 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n°305, pp.194 et s. ; Larribau-Terneyre, supra note 309, n°40 et s., pp.22 et s. ; Bénabent, supra note 264, n°140 et s., pp.122 et s. ; Égéa, supra note 310, n°1098, p.518 ; etc.

857) ただし、類型③でみられた構想⑤-1の考え方は、特定の義務に即した判断ではあるが、多くの裁判例で受容されており、必ずしも例外的規律とはいえない。もっとも、既述のとおり、構想⑤-1は、それ以前に一般的に受け入れられていた解決との関連では損害賠償の制約として位置付けられるものの、その論理それ自体に制約の契機を内在させるものではない。この点をも含めていえば、たとえ構想⑤-1が実定法で承認されているとしても、損害賠償の制約は、やはり例外的規律として位置付けられる。

そのほか、類型④および類型⑤に即した評価であるが、ある家族のメンバーが別のメンバーに対して損害賠償を請求する場面では、家庭内暴力や夫婦間の

858) 多くの憲法院判決があるが、「民事責任法と家族」に関係するものとして、Ex. Cons. const. 9 nov. 1999, supra note 412（パクスの解消の場面で損害の賠償が妨げられない旨を規定した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）が、1789年の人および市民の権利宣言4条とこれに由来する他人に損害を生じさせる人の行為はすべてフォートによってそれを生じさせた者に対してこれを賠償する義務を負わせるという内容の規律（民法典1240条）で要求されている憲法的要請に応えるものとして位置付けられている）；Cons. const., 11 juin 2010, n°2010-2 QPC ; D., 2010, 1557, obs., Inès Gallmeister ; D., 2010, 1976, note, Daniel Vigneau ; D., 2010, 1980, note, Valérie Bernard et Laurence Gay ; RTD civ., 2010, 517, chr., Pascal Puig ; AJDA., 2010, 1178, obs., Séverine Brondel ; RFDA., 2010, 696 ; Constitutions, 2010, 403, chr., Pierre De Baecke ; Constitutions, 2010, 427, chr., Xavier Bioy ; D., 2011, 2570, chr., Anne Laude ; JCP. éd. A., 2011, 2045, chr., Stéphanie Renard.（この判決については、Cf. Jerry Sainte-Rose et Philippe Pédrot, La validation par le Conseil constitutionnel du dispositif « anti-Perruche » et du régime de responsabilité des professionnels et établissements de santé, D., 2010, pp.2086 et s. ; Francis Hamon, Le « droit de ne pas naître » devant le conseil constitutionnel (À propos de la décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010), PA., 29 juill. 2010, pp.4 et s. ; Nathalie Nefussy-Venta, Les « bébés » des arrêts Perruche et Quarez : une espèce en voie de disparition. – À propos du jugement du tribunal administratif de Nantes du 7 avril 2010 et de la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010, Dr. fam., déc. 2010, étude 14. 社会事業および家族法典 L.114-5条3項（同項は、保健衛生の専門家または施設が一定の特徴を持つフォートを犯したことにより胎児の障害を判別することができなかった場合において、これらの専門家または施設が生まれた子の両親に対して責任を負うときは、その両親は、自己の損害についてのみ賠償を得ることができ、障害のため子の人生のすべてにわたって生ずる特殊な負担は、上記の損害には含まれないと規定している。なお、この条文については、拙稿・前掲注（3）「家族の保護（2・完）」64頁以下を参照）が責任原則および平等原則に反するという原告の主張との関連で、1789年の人および市民の権利宣言4条とこれに由来する他人に損害を生じさせる人の行為はすべてフォートによってそれを生じさせた者に対してこれを賠償する義務を負わせるという内容の規律（民法典1240条）は憲法的要請に応えるものであること、もっとも、この憲法的要請は、被害者の諸権利および裁判を受ける権利に対する釣合いのとれない侵害もたらされない限りにおいて、立法者が一般利益を考慮して責任の要件を修正することを妨げるものではないこと、社会事業および家族法典 L.114-5条3項が責任の要件として一定の特徴を持つフォートを要求したり、賠償されるべき損害を限定したりしたことは、被害者の諸権利に対する釣合いのとれない侵害をもたらさないこと等が、判示されている）；etc.

強姦性交、子への虐待等への適切な対応を図るため構想④の意義が再確認されていること⁸⁶¹⁾、および、ある者が直接被害者として家族外の者に損害賠償を請求する場面において、その者の一定の家族のメンバーが当該損害の発生に関与していたとしても、そのことを理由に損害賠償が減額されることはないとする現在の判例の解決および議論や⁸⁶²⁾、ある者が間接被害者として家族外の者に損害賠償を請求する場面において、直接被害者であるその者の一定の家族のメンバーに何らかのフォートが存在したとしても、そのことを理由に損害賠償が減額されることはないとするかつての刑事部と第2民事部の解決とこれを支持する議論⁸⁶³⁾の背景に、可能な限り被害者に完全な賠償を付与しなければならないという基本的な態度決定が控えていることも⁸⁶⁴⁾、重要である。なお、類型③では、かつて、構想④を支持する理由の1つとして、この損害賠償が否定されると、損害を受けた者は離婚をしなければ金銭的救済を得ることができなくなるため、離婚へと促されてしまうという点が挙げられていた⁸⁶⁵⁾。しかし、

(前頁からつづき)

なお、この問題については、Cf. Nicolas Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. Michel Gobert, Bibliothèque de droit privé, t.287, LGDJ., Paris, 1998, n^{os}370 et s., pp.293 et s. ; François Chabas, *L'article 1382 du Code civil : Peau de vair, ou peau de chagrin ?*, in, *Études offertes à Jacques Dupichot : Liber amicorum*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp.79 et s. ; Traullé, supra note 545, n^{os}234 et s., pp.199 et s. ; Stéphanie Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. Tristan Azzi, Collection des thèses, t.64, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2012, n^{os}55 et s., pp.65 et s. ; Jonas Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, préf. Yves Lequette et Christian Katzenmeier, Bibliothèque de droit privé, t.548, LGDJ., Paris, 2013, n^{os}566 et s., pp.412 et s. ; Bénédicte Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droit fondamentaux*, préf. Muriel Fabre-Magnan, Bibliothèque de droit privé, t.562, LGDJ., Paris, 2015, n^{os}14 et s., pp.23 et s. ; etc.

859) 「家族に対する責任」の場面でこの点を強調するものとして、Garrigue, supra note 290, n^{os}525 et s., pp.448 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n^{os}594 et s., pp.394 et s. ; etc.

860) Gonthier et Lemarche, supra note 9, pp.185 et s. ; etc.

861) Gonthier et Lemarche, supra note 9, p.188 ; Jourdain, supra note 9 ; etc.

862) I 1(1)②、本誌27号56頁以下。

863) I 1(2)②、本誌27号71頁。

この理由付けは、離婚が厳格な要件でのみ認められ、それに消極的意味が与えられていた法状況の下であればともかく⁸⁶⁶⁾、現在のように、離婚が緩やかに認められ、それへの消極的評価が低下している法状況の下では⁸⁶⁷⁾、説得力を欠く。

構想④は、日本法の文脈では、類型①および類型②のうち、ある家族のメン

864) 損害賠償の制約手法に関わる諸構想は、権利義務または救済手段の次いで家族のメンバー間の損害賠償請求を否定したり制限したりする論理であり、何らかの責任原因により被害者に生じた損害のうちの一部を賠償の対象から除外するという意味での完全賠償原則に対する例外ではない。もっとも、類型①および類型②の一部のケースでみられたように、解決されるべき紛争が損害を受けたある家族のメンバーと家族外の者との間で生じている場合には（I 1(1)②、I 1(2)②）、「家族に対する責任」の制約は、現象としては、前者に対して付与されるべき損害賠償の減額の可否という形になって現れ、機能的に捉えれば、完全賠償原則の制限として位置付けられる。フランス法では、完全賠償が原則とされているため（この点については、文献の所在も含め、拙稿・前掲注（36）287頁以下を参照。ただし、現在の法状況において、完全賠償原則自体に憲法的価値は認められていない。Cf. Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, préf. Frédéric Pollaud-Dulian, PUAM., Aix-en-Provence, 2002, n^{os}111 et s., pp.114 et s.（もっとも、この見解は、上記のような現状認識を前提とつつ、完全賠償原則に憲法的価値が認められるべきことを説くものである）；Caroline Lacroix, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, préf. Marie-France Steinlé-Feuerbach, Avant propos de Dimitri Houtcieff, Bibliothèque de droit privé, t.490, LGDJ., Paris, 2008, n^o109, p.53 ; Stéphanie Porchy-Simon, *L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ?*, D., 2011, pp.462 et s. ; Girard, supra note 858, n^{os}38 et s., pp.50 et s.）、本文で言及した理由付けも、一定の説得力を持つ。

865) Maury, supra note 283, n^o9, pp.520 et s. ; D. M., supra note 275, p.188 ; Nerson, supra note 287, p.516 ; Chartier, supra note 283, *Domicile conjugal...*, n^o40, pp.545 et s. ; Id., supra note 283, *La réparation du préjudice*, n^o269, pp.335 et s. ; Thomas, supra note 16, p.302 ; etc.

866) こうした法状況の下では、当事者に離婚を回避させることが法的に重要な課題となる。その結果、離婚を前提とすることなく金銭的な満足を与えるという解決は、この課題に応えるための1つの重要な法理を形成する。

867) こうした法状況の下では、当事者に離婚を回避させることが法的に重要な課題とはならない。その結果、離婚を前提とすることなく金銭的な満足を与えるという解決は、何らかの課題に応えるための法理として機能しない。

バーが別の家族のメンバーの保険会社に損害賠償を請求する場面等で明確に説かれている⁸⁶⁸⁾。ただし、判例の説示では⁸⁶⁹⁾、損害賠償請求権の行使が夫婦の共同生活体を破壊するような場合等には権利の濫用としてその行使が許されることがあるとの留保も付せられており、構想①を妥当させる可能性も開かれている。この点で、日本の判例の説示とフランスの実定法の基本的な立場とでは微妙な差異がある。また、日本法において、類型㉔から類型㉙までの多くの裁判例では、特段の損害賠償の制約は想定されていない⁸⁷⁰⁾。ここでは、構想㉚が当然の前提とされている。

2. 「家族に対する責任」をめぐる議論の分析

民法典の制定以降、社会的には、家父長を中心とする家族からカップルと子を中核とする家族へ、また、農業モデルにみられるような経済的有用性を持つ家族から愛情的な関係で結ばれた家族への移行等がみられる⁸⁷¹⁾。これらの現象と並行するようにして、横の家族関係に関する法では、個人主義、多元主義が強調され、婚姻に対する社会的要請および指導的な婚姻公序または家族それ自体を守るための公序による規律が低下し、婚姻の脱制度化または契約化ないし意思支配化とも称される理念の下でカップルの関係を規律する方向性が顕著になりつつある。現在、横の家族関係については、家族や身分ないし地位を保護するための権利や利益というよりも、個人的な関心事を充足させるための権利や利益が重視され、そこでは、総体としての家族でも、家族に属するとされるメンバー全員でもなく、家族内の個人に重心を置いた法を構想する傾向が存在している⁸⁷²⁾。他方で、縦の家族関係においては、平等主義と永續主義が基本理念に据えられ、新たな社会的要請の出現に伴い親の責任（親権の責任的側

868) 拙稿・前掲注(2)「2」77頁以下、83頁以下。

869) 最判昭和47年5月30日民集26巻4号898頁。

870) 拙稿・前掲注(2)「2」88頁以下、93頁以下。

871) Pierre Jean Claux, Faut-il supprimer le droit de la famille ?, in, *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, pp.54 et s.

面)が強化され、子の利益を図るべく、そこでの保護公序の役割が増大している⁸⁷²⁾。「家族に対する責任」をめぐる実定法および議論は、こうした家族法の展開過程の影響を色濃く受けている。以下では、これらの一般的動向を念頭に置きながら、家族のあり方 ((1)) と民事責任法の枠組 ((2)) とに分けて、日本法との比較も踏まえつつ、1で抽出した各構想を分析する。

(1) 家族のあり方

①家族の枠

家族の枠またはサークルという視点から、1で整理した各構想を検討する。ここでは、損害賠償の保護対象に関する各構想および損害賠償の制約手法に関する各構想が「家族に対する責任」の場でどの範囲の家族のメンバーを家族として捉えているかが問われる。

第1に、損害賠償の保護対象との関連で抽出された各構想について、これらの諸構想から導かれる家族の枠の捉え方を整理し、分析する。

まず、構想①のように、「家族に対する責任」を家族としての身分や地位を保護するための法理として位置付けると、「家族に対する責任」は、構想①-1によれば、法的な身分や地位が存在している者もしくは法的な身分や地位が存在するはずであった者相互間でのみ、または、構想①-2によれば、法的な身分や地位から生ずる権利義務が存在している者もしくは法的な身分や地位から生ずる権利義務が存在するはずであった者相互間でのみ問題となる。この考え方によると、家族的な権利または利益の侵害および義務の違反との関係で「家族に対する責任」が問題になる家族のメンバーの範囲は、法定的かつ画一的に

872) この点との関連では、一種のスローガンとして、家族の問題について、Nous から Je への移行が語られていることが示唆的である。Aune, *supra* note 572, n^{os}55 et s., pp.43 et s. ; Niboyer, *supra* note 281, n^{os}164 et s., pp.102 et s. ; etc.

873) 以上の点については、一般的な記述であるが、Cf. Égée, *supra* note 304, pp.651 et s. ; Dekeuwer-Défossez, *supra* note 399, pp.167 et s. ; Niboyer, *supra* note 281 ; Ruffieux, *supra* note 133 ; Masson, *supra* note 353, pp.809 et s. ; etc.

設定される。上記の意味における「家族に対する責任」が問われる場面では、自らの行為等によりほかの家族のメンバーが持つ自己との関係における身分や地位を失わせることができる者の範囲、反対に、ほかの家族のメンバーの行為等によりその者との関係における身分や地位を失う可能性がある者の範囲、および、ほかの家族のメンバーとの関係で身分や地位に基づき権利を持ちまたは義務を負う者の範囲は、いずれも法的に画定されているからである。このことは、「家族としての保護」の場面で構想①に対応する考え方を採用する場合には、身分にも遠近が存在することを受けて、また、例えば、ある者が何らかの不法行為によって死亡した場合にその者の家族のメンバーがそのことを理由に損害賠償を請求するケースを想起すれば明らかとなるように、家族外の者の行為によって侵害が想定される身分や地位に法的な限定はないため、実際上はともかく、少なくとも理論上は、家族外の者の責任原因との関連で保護されるべき身分を持つ者の範囲が一義的に決まらないこととは対照をなしている⁸⁷⁴⁾。

構想①によると、類型⑤および類型⑥における「家族に対する責任」は、法律上の親子関係が存在する者または法律上の親子関係が存在するはずであったのに法的な理由でそれが形成されなかった者相互の間でのみ問題となる。たとえ当該時点において親子関係が希薄になっていたり、親子間の交流が存在しなかったり、親になるはずの者と子との間で事実上の繋がりが存在していなかったりしたとしても、そのことは、子について保護対象に関する構想①の適用を排除する理由にはならない⁸⁷⁵⁾。また、フランス法では、日本法とは異なり⁸⁷⁶⁾、ある子が父になるはずであった者との間で法的な理由により法律上の

874) 拙稿・前掲注(3)「家族の保護(2・完)」91頁以下。

875) いずれの類型においても、実際的には、本文で述べたような事情がある場合にこそ、構想①に依拠した損害賠償請求は機能する。

876) 日本法には、子の父と母との間に一定の親族関係の存在に起因する婚姻障害があり、一方との関係で既に親子関係が成立しているときには、他方との間で親子関係を成立させることはできない旨を規定したフランス民法典310-2条のような規定は、存在しない。従って、日本法においては、ある子が父になるはずであった者との間で法的な理由により父子関係を成立させることができないという場面は、想定されない。

父子関係を有することができなかつた場合であっても、その子を構想①が妥当する家族の枠の中を含め、その子について、父子関係が存在した場合のそれと等しい財産的結果を可能な限り実現しようとする傾向がみられる。これは、子に関する平等主義の立場から、1972年1月3日の法律による改正で実現された嫡出子と非嫡出子との間の平等化を超えて⁸⁷⁷⁾、具体的な親子関係の有無にかかわらず、およそ子一般に対して親子関係が存在する場合と同じ財産的結果を与えるべきであるとの考慮に基づくものと考えられる。それと同時に、こうした平等主義の観点、父子関係の成立が法的には不可能でないため、構想①が想定する対象の枠内に入らない子についても、構想①に依拠した損害賠償に代わる補完的規律により一定の救済を付与することが必要であることを示唆している⁸⁷⁸⁾。

また、構想①によれば、類型③および類型⑤における「家族に対する責任」は、法律上の夫婦である者またはそうであった者相互の間、あるいは、(パクスの当事者にもその地位に由来する一定の義務が課せられ、その違反を理由とする損害賠償が肯定されるという考え方を採用するとすれば⁸⁷⁹⁾、類型③に限り)パクス当事者である者相互の間で、問題となる。カップルの関係が夫婦であれば、たとえそれが破綻に瀕していたとしても、制約手法に関する構想⑤により義務ないし権利が弱化することはあるにせよ⁸⁸⁰⁾、構想①に依拠した保護対象が完全に排除されることはない。反対に、コンキュビナーージュの当事者であ

877) なお、嫡出子と非嫡出子の平等化が実現される以前の法状況にあっても、特段の事情がない限り、子は非嫡出子であることを理由に父に対して損害賠償を請求することはできないとされていた。Cf. Cass. civ., 8 juin 1948, D., 1948, jur., 422 ; S., 1948, 1, 149 ; RTD civ., 1949, 85, chr., Henri et Léon Mazeaud.

878) 約束または義務の引受に基づく扶養等の支払請求、生計費請求訴権、母からの損害賠償請求を通じた子の扶養に必要な金銭等の確保のほか、出生を取り巻く諸状況に由来する精神的損害の賠償、認知を拒絶する男性側の態度等に由来する精神的損害の賠償が、これに当たる（I 2(1)②、本誌28号43頁以下）。

879) I 2(2)①、本誌28号118頁以下。

880) I 2(2)①、本誌28号90頁以下。

る者相互の間（または、パクスの当事者にはその地位に由来する義務が課せられることはないという考え方、もしくは、パクス当事者にはその地位に由来する一定の義務が課せられるが、その違反を理由とする損害賠償は否定されるという考え方を採用することを前提に、パクス当事者である者相互の間⁸⁸¹⁾には、責任原因の評価の基礎となるような身分や地位に由来する権利義務は存在しないため、類型④では、構想①に基づく「家族に対する責任」は問題とならない。加えて、コンキュビナージュまたはパクス当事者であった者相互の間には過去の時点で一定の身分は存在していなかったため、類型⑤でも、構想①を基礎とした「家族に対する責任」は問題とならない。これが構想①を前提とした諸法理に関わる実定法および多くの議論における水平方向での家族の枠の捉え方である。

これに対して、日本法では、事実主義の立場から、婚姻外のカップルに関しても、法律上の夫婦との実質的同一性を理由に、構想①を妥当させる方向性が示されている。すなわち、婚姻外カップルの当事者間でも夫婦に認められているのと同じような権利義務の存在を肯定することによって類型④の紛争を規律したり、婚姻外カップルの当事者にも法律上の配偶者の場合と同じような身分や地位を問題にすることにより、離婚のケースに準じた形で類型⑤の紛争を解決したりする考え方が、それである⁸⁸²⁾。ところで、フランス法においても、類型④および類型⑤における夫婦間の損害賠償の扱いと自由結合カップル間の損害賠償の扱いとを一定の範囲で接近させようとする考え方それ自体は、一部の裁判例の解決や議論の中に存在している。例えば、類型④で、パクスやコンキュビナージュの当事者にも一定の人格的義務があることを認め、構想①-2

881) I 2(2)①、本誌28号121頁以下。

882) 類型④について、東京地判昭和32年8月24日不法下民昭和32年度607頁（婚姻予約不履行構成）、東京地判昭和33年12月25日判時174号23頁、東京地判昭和39年9月3日判時391号10頁、東京地判昭和62年3月25日判タ646号161頁、東京地判平成6年1月28日判タ873号180頁等。類型⑤について、最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁のほか、宇都宮地判昭和31年1月11日不法下民昭和31年度341頁、千葉地館山支判昭和35年10月13日判タ112号74頁、大阪高判昭和38年3月26日高民集16巻2号110頁等。

を基礎として、その違反を理由とする損害賠償を肯定したり⁸⁸³⁾、類型⑤でパクスやコンキュビナージュ当事者としての財産次元での地位の喪失を保護対象として措定し、構想①-1を応用して、関係を解消された側からの損害賠償請求を基礎付けたりする考え方が⁸⁸⁴⁾、それである。しかし、その法解釈学的な意味は、この考え方と日本の実定法の考え方とは、大きく異なる。その理由は、以下のとおりである。

一方で、類型③の場面についていえば、フランス法では、カップルの関係がパクスである場合につき構想①を基礎付けるための一応の立法的基盤はあるものの⁸⁸⁵⁾、日本法では、こうした条文は存在しない。加えて、フランス法では、カップルの関係がパクスまたはコンキュビナージュである場合に適用されるルールをそれが夫婦である場合に妥当するルールに接近させる解釈の前提として、婚姻関係において夫婦の人格的な義務を弱化したり婚姻外でも妥当する一般的な誠実や尊重の義務を強化したりする現象、すなわち、一定の範囲という限定は付くものの、婚姻の自由結合カップル化という現象が肯定的に受け入れられているのに対して⁸⁸⁶⁾、日本法の対応する議論では、こうした前提が意識されないまま、単純な自由結合カップルの婚姻化が志向されている。他方で、類型⑤の場面についていえば、フランス法では、パクスまたはコンキュビナージュの解消の場面でこれらの地位の喪失に伴う財産的不利益を填補しようとする議論は、少なくとも解釈論としては⁸⁸⁷⁾、これらの関係を婚姻に準えるので

883) I 2(2)①、本誌28号118頁以下。

884) I 2(2)②一、本誌29号146頁以下、153頁以下。

885) 民法典515-4条1項によれば、パクスの当事者は、相互に、共同生活、財産的援助、相互扶助に関する義務を負うとされている。もっとも、この条文は、夫婦間で認められている人格的義務のすべてに対応する様々な義務をパクスの当事者に課しているわけではない。

886) I 2(2)①、本誌28号80頁以下。

887) これに対して、立法論としてパクスやコンキュビナージュとの関連でも補償給付に類似した制度を用意すべきであるという提案（Ex. Barbier, Martin, Mussier, Passalacqua et Vagost, supra note 668, pp.203 et s.; etc.）は、これらの関係を婚姻に準えようとするものである。

はなく、あくまでも自由結合カップルの当事者としての独自の地位の喪失を問題とするだけであるのに対して、日本法の対応する議論では、内縁カップルにおいても婚姻に準じた地位の喪失が問われている。本稿の分析枠組によれば、フランス法における上記の諸解釈は、一定の範囲における夫婦の人格的な義務の脱身分的な把握または自由結合カップルにおける独自の地位の創設を媒介として、パクスまたはコンキュビナーージュの当事者を一定の範囲で構想①の考え方が妥当する家族の枠に含ませ、その結論の一部に関して、かつ、限定的な範囲でのみ、「家族に対する責任」における婚姻カップルの扱いと自由結合カップルのそれとを結果的に同一化するものであるのに対して、日本法の対応する議論は、婚姻外のカップルを夫婦と同一視することを出発点として、前者の当事者を構想①の考え方が妥当する家族の枠に含める処理をする。

更に、家族の枠という問題関心からは、上記のフランスの諸解釈が、実定法の大勢に反するばかりでなく⁸⁸⁸⁾、多くの批判の対象になっていることが注目される⁸⁸⁹⁾。例えば、以下の批判がそれである。類型©および類型⑥において、カップルの関係がコンキュビナーージュまたはパクスである場合に適用される規律を婚姻のそれに接近させることは、社会の実情に適合しない。異なる状況には異なる規律が適用されなければならない⁸⁹⁰⁾。自由結合カップルの側からみると、当事者の意思や選択を無視してカップルの関係に婚姻の規律を及ぼすことは自由の後退であり、婚姻の側からみると、このことは婚姻の意義を希釈化

888) 構想①を前提として法律上の夫婦と自由結合カップルとを法的に同一視する考え方は、「家族に対する責任」に関する実定法の状況のみならず、「家族の保護」に関する判例法理の立場にも反する。「家族としての保護」の場面でパクスやコンキュビナーージュの当事者に損害賠償が付与されているのは、構想①ではなく、構想②または構想③に相当する考え方に基いている。拙稿・前掲注(3)「家族の保護(2・完)」92頁以下。

889) その基礎にある考え方は、自由結合カップルの当事者には、夫婦のような身分や地位は存在しないというものである。Cf. Alt-Maes, *supra* note 442, pp.646 et s. ; Alain Sériaux, *De l'opportunité d'un statut des concubins*, in, *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, *supra* note 423, n°7, pp.33 et s. ; etc.

させることに繋がる⁸⁹¹⁾。婚姻の制度としての保護が重要な課題として受け止められていた時代には、主に後者の観点から、関係を解消されたコンキュビナージュの当事者に金銭的な利益を付与することに疑問が示され、詐害的誘惑の法理を除き、解消の場面を起点とする損害賠償の法理がほとんど発展していなかったこと、そして、自由結合カップルが社会的に承認された後の時代には、主に前者の観点から、地位の喪失を理由とする損害賠償の付与に慎重な姿勢が強く現れていることを想起すれば、こうした批判には説得力が認められる。同時に、このことは、類型③および類型⑤で構想①の影響力が弱まっていることの1つの説明にもなる。構想①は、身分や地位またはそれらに関する規律をほかの場面に拡張することはできないという基本姿勢の下では、自由結合カップルの増大とその社会的承認という現実に対応することができないからである。

このような両国における議論の仕方の違い、および、フランス法における学理的なやり取りの内容を踏まえると、自由結合カップルを夫婦に準じて扱い、前者を構想①の対象になる家族の枠に含ませる日本法の枠組の問題性は、より一層明確になる⁸⁹²⁾。

次に、構想②によれば、「家族に対する責任」が問題となる家族の枠の決定は、構想①のような画一的判断には服さない。「家族に対する責任」を問うことができるのは、一定の行為等をしたり特定の行為等をしなかったりした者との間で、自己の人格の実現に必要な不可欠な関係を形成したり、実質的な扶助の提供

890) 問題意識は様々であるが、Cf. Françoise Dekeuwer-Défossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, RTD civ., 1995, pp.252 et s. ; Id., supra note 450, pp.32 et s. ; Lemouland, supra note 450, pp.133 et s. ; Clothilde Brunetti-Pons, *Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille* : 1 partie, Dr. fam., mai 2003, chr., 15, n^{os}9 et s., pp.4 et s. ; Blough, supra note 452, n^{os}28 et s., pp.7 et s. ; Niboyer, supra note 281, n^{os}226 et s., pp.133 et s. ; Mauge-Vielpeau, supra note 450 ; etc.

891) Blough, *ibid.* ; Hugues Fulchiron, *Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ?*, in, *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, Paris, 2012, pp.126 et s. ; Niboyer, *ibid.* ; etc. また、Cf. Dekeuwer-Défossez, supra note 399, pp.168 et s. ; Vich-Y-Llado, supra note 580, pp.109 et s. ; etc.

892) 拙稿・前掲注(2)「2」96頁以下。

を受けたりしていた者である。前者との間で法定の身分や地位が存在したかどうかは、上記の関係の有無を評価するための1つの判断要素にすぎない。その意味で、構想②における家族の枠は、構想①のそれよりも広がる。このことは、カップルの関係が身分や地位の思考に馴染まないパクスやコンキュビナージュである場合において、類型㉔で一般的な誠実や尊重に関わる義務の違反を理由とする損害賠償を認めたり⁸⁹³⁾、類型㉕で解消プロセスの粗暴性等を起点に損害賠償を認めたりする判例および裁判例の解決や⁸⁹⁴⁾、類型㉖の変型としての位置付けにはなるが、ある子との関係で訪問権や受入権を持たない家族のメンバーからのその子との関係阻害を理由とする損害賠償請求を認める裁判例の解決をみれば⁸⁹⁵⁾、明らかである。また、「家族としての保護」の場面では、コンキュビナージュ一般、または、より限定した形で、重婚的コンキュビナージュ、二重のコンキュビナージュ、同性間のコンキュビナージュ等を念頭に置き、家族秩序の観点から構想②に対応する考え方にに基づき損害賠償請求を制約していた時代もあったが⁸⁹⁶⁾、「家族に対する責任」の場面では、こうした関係の違法性に着目した議論は、ほとんど存在しない。重婚的コンキュビナージュまたは二重のコンキュビナージュであったという事実は⁸⁹⁷⁾、カップルの繋がりを解消された者がこれを解消した者との間で人格の実現に必要な不可欠な関係や実質的な扶助を受ける関係を形成していたかどうかを評価するための判断要素として、意味を持つにすぎない⁸⁹⁸⁾。他方で、構想②における家族の枠については、理論的にみると、構想①のそれより狭くなる可能性もある。例えば、カップル

893) I 2(2)①、本誌28号125頁以下、131頁以下。

894) I 2(2)②一、本誌29号139頁以下、153頁以下。

895) I 2(1)①、本誌27号94頁以下。

896) 拙稿・前掲注(3)「家族の保護(2・完)」95頁以下。

897) 本文で同性間のコンキュビナージュであったという事実を除外したのは、民法典515-8条で同性間のコンキュビナージュが予定され、同性間のコンキュビナージュと異性間のコンキュビナージュとに差は存在しない以上、このことは、本文の評価を実施するための判断要素にはならないと考えられるからである。

898) 注(632)で引用した裁判例を参照。

の関係が夫婦である場合において、類型③で一般的な誠実や尊重に関わる義務の違反に基づく損害賠償が問われたときに、夫婦の状況などを考慮して、こうした義務の存在が否定されたり弱められたりすることで、構想②に基づく保護対象が認められなくなる可能性も排除されないからである。

このように、構想②では、家族の枠が身分や地位から切り離される。そのため、構想②は、家族法上の規律が及んでいない家族のメンバー間における「家族に対する責任」や、家族法上の規律が及んでいる家族のメンバー間における家族法上の規律に関わらない「家族に対する責任」との関連で、救済法理として機能する。これに対して、日本法では、フランス法の状況とは対照的に、構想②の存在は、ほとんど意識されていない⁸⁹⁹⁾。こうした構想②をめぐる議論の相違は、日本法では、多様な形を持つ家族の存在が意識されながらも、婚姻およびそれに準ずるカップルと親子にしか目が向けられていないこと、これら以外の多様な家族のあり方が民事責任法により十分に汲み取られていないことを示している。

最後に、構想③のように、「家族に対する責任」を家族から切り離された個人の人格、感情、利益を保護するための法理として位置付けると、その保護対象の性格上、家族の枠という問題設定自体が成立しない。ただし、以下の2つの点に留意が必要である。まず、「家族としての保護」の場面で抽出された構想③に対応する考え方は、生命や身体等を侵害された者の恋人、友人、面識はないもののその者に尊敬の念を抱いていた者等による損害賠償請求等の例をみれば明らかとなるように、損害賠償の請求主体を無限定に拡張する契機を含むのに対して⁹⁰⁰⁾、「家族に対する責任」の場面における構想③は、こうした契機を持たない。「家族に対する責任」の場で特殊な保護対象が措定される類型③から類型⑥まででは、加害行為をした者と請求主体との間に一定の家族的な繋がりがあることが前提とされているからである。次に、家族の枠という問題設

899) 拙稿・前掲注(2)「2」85頁以下。

900) 拙稿・前掲注(2)「家族の保護(2・完)」99頁。

定からみた場合、構想③は、構想①および構想②による保護法益を想定することができない者に対して損害賠償を付与することができるという点で、独自の意味を持つ。例えば、類型⑤および類型⑥の解消の場面のよう、ある者との間で一定の家族関係にあったのにそれが解消されたという場合や、類型⑥の不成立でみられた諸ケースのうち、法的な理由のためにある者との間で一定の家族関係が形成されなかったという場合であれば、構想①または構想②による保護法益を想定しそれに基づく損害賠償の付与を認めることが可能であるが、類型⑤および類型⑥の不成立の場面でみられたように、ある者が一定の家族関係を持つことを拒絶しただけである場合には⁹⁰¹⁾、その相手方は、特殊な法的理解を介在させない限り⁹⁰²⁾、構想①または構想②による保護法益を享受することができず、構想③によるのであれば、損害賠償の請求主体の枠に入らないからである。

第2に、損害賠償の制約手法との関連で抽出された各構想について、これらの諸構想から導かれる家族の枠の捉え方を整理し、分析する。もっとも、構想⑦ではほかの家族的な救済手段との関連で、構想④では関係する制度との関わりで損害賠償の制約が措定されているため、構想⑦および構想④が想定する家族の枠も、これらの仕組によって規定される。そのため、これらの構想それ自体について、家族の枠という問題設定から有意な議論は行われぬ。また、構想⑧は、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に一定の家族関係が

901) より具体的にいえば、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側または解消の原因を作らなかった者がその約束を解消した者または解消の原因を作った者に対して損害賠償を請求する場面（I 2(2)②二、本誌29号158頁以下）、ある女性が婚姻関係にない男性と親密な関係を持ち、子をもうけたが、この男性が正当な理由なくその子を認知しなかったことを受けて、その子がこの男性に対して損害賠償を請求する場面、および、ある女性が強制的性交の結果として子をもうけたが、事実上の理由からその加害者との間で父子関係を成立させなかった場合に、その子がこの加害者に対して損害賠償を請求する場面（I 2(1)②二、本誌28号43頁以下）が、それである。

902) 注（901）で挙げた第1の場面であれば、婚姻約束をした当事者に婚姻をするという内容を持つ債務があることを認める考え方、第2および第3の場面であれば、父になるはずであった者に認知義務があることを認める考え方が、それである。

あることは損害賠償請求の成否及びその範囲に影響を及ぼさないとする考え方であるため、この構想では、家族の枠という問題設定も成立しない。従って、以下では、構想㉗および構想㉘のみが検討の対象となる。

まず、構想㉗によれば、損害賠償の制約が問題となるのは、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に家族的な一体性が存在する場合である。この一体性が人格の次元におけるそれを意味するとすれば、一体性を語りうる家族の枠は、親子や夫婦といった最近親の家族関係により画されるはずである⁹⁰³。反対に、この一体性が財産の次元におけるそれを意味するとすれば、問題となる紛争形態によっても異なるが、現在の実定法で問題になっている場面、すなわち、交通事故の被害者に損害賠償等を支払った者がその者の一定の家族のメンバーに求償等をする場面に即していうと、一体性が認められる家族の枠は、両者の間に実質的な共同生活があり、いわば財布が共通する関係にあることという基準により画される⁹⁰⁴。ここでは、一応の基準は設定されているものの、家族の枠が一意的に画定されるわけではなく、個別の事案でどこまでの一体性が認められると損害賠償の制約が課されるかは、必ずしも明確でない。

次に、構想㉘については、かつての日本の実定法でみられたように、類型㉗および類型㉘でこの構想による損害賠償の制約が課されるとすれば、家族の枠の画定は、重要な課題となる。個人に帰属する権利を家族の存在によって制約することが何らかの理由によって正当化されると仮定しても、その範囲に明確

903) 人格の次元における家族的な一体性を理由に損害賠償の制約を基礎付ける考え方は、ある者が直接被害者として家族外の者に損害賠償を請求する場面において、その者の一定の家族のメンバーが当該損害の発生に関与していたときに、直接被害者と損害の発生に関与した者との間に存在する家族連帯を理由に損害賠償を減額していた、かつての裁判例の解決の中にみられた。そこでは、子が損害を受けた場合に両親のフォートを考慮して子に付与される損害賠償を減額すること、および、夫婦の一方が損害を受けた場合に他方のフォートを考慮して一方に付与される損害賠償を減額することが問題となっていたにすぎない。

904) I 1(2)㉘、本誌27号64頁以下。

な枠付けが設定されないのであれば、その制約は、権利保障の手段である不法行為法のあり方として大きな問題を孕むからである⁹⁰⁵⁾。これに対して、フランス法では、構想④は、類型⑤のうち夫婦関係の解消を理由とする損害賠償に関する条文および類型③のうち別居の場合における損害賠償に関する一部の裁判例の解決にしか現れておらず、当該紛争の特性上、損害賠償の制約が予定される家族の枠は、夫婦という形で明確に画されている。従って、フランス法における構想④では、権利保障のための制度において損害賠償の制約に明確な形で人的枠が設定されないという問題は生じていない。

②メンバー相互の関係

家族のメンバー相互の関係がどのように把握されているかという観点から、1で整理した各構想を検討する。ここでは、損害賠償の保護対象に関する各構想および損害賠償の制約手法に関する各構想のみならず、両次元における各構想を組み合わせた結果として得られるより具体的な解釈学的帰結についても、上記の観点から分析することが有益である。

第1に、損害賠償の保護対象との関連で抽出された各構想について、これらの諸構想から導かれる家族のメンバー相互の関係把握の仕方を整理し、分析する。

まず、構想①-1に関して、フランス法では、この構想は、類型⑤および類型⑥、すなわち、カップルや親子の関係の解消により身分や地位が喪失したり、カップルや親子の関係が成立しなかったりする場面でのみ想定されてきた。これらの場面では、構想①-1による限り、保護対象が侵害されたという事実には疑いは生じないため、それ以上に、身分や地位の具体的な内容が問われることはほとんどない。そのため、構想①-1それ自体から、メンバー相互の関係に関する特定の把握方法を直接的に導くことは、困難である⁹⁰⁶⁾。もっとも、構想①-1を具体的な解決と結び付けて捉え直せば、その中に一定の関係把握の

905) 拙稿・前掲注(2)「2」98頁。

仕方を見出すことが可能となる。そして、こうした作業を通じて明らかにされる関係把握の仕方は、横の家族関係と縦の家族関係とで異なる評価を受ける。

一方で、横の家族関係についていえば、類型⑤で構想①-1を基礎にしているとみられる裁判例の解決、すなわち、相手方の行動自由を特段考慮することなく離婚に至るプロセスにおける相手方の有責性を認めた上で、その一方的有責離婚判決を得た者が夫または妻としての身分の侵害を理由とする損害賠償を請求することができるとしていた、かつての裁判例の解決には⁹⁰⁷⁾、請求主体である夫または妻は一定の範囲で相手方の自由を支配することができるという発想が垣間みられる。ここでは、夫または妻としての身分の保護が相手方の自由の顧慮に優越しているからである。このことは、全面的なものではないものの、保護対象である夫または妻としての身分の中に、相手方への支配的要素が含まれていることを示唆している⁹⁰⁸⁾。また、1975年7月11日の法律による改正前の扶養定期金（同法による改正前の民法典旧301条1項、1941年4月2日の法律による改正前の同旧301条）を、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保護対象とし、民事責任に基礎を置く制度として理解するかつての一般的な解釈や⁹⁰⁹⁾、コンキュビナーージュの解消の場面で自己との関係における相手方の依存または従属の状態を自らの手で作り出しながらその財産的地位を奪ったことを問題にする一部の裁判例でみられた解決では⁹¹⁰⁾、関係を解消された者が関係を解消した者との関連で財産的に依存または従属する

906) 不法行為に基づく損害賠償が侵害された権利や利益を価値的に回復または実現するための法理であるとすれば、保護対象としての身分や地位をどのように捉えるかという点は、効果の次いで損害賠償額をどのように算定するかという点にも影響を及ぼすはずである。もっとも、フランス法では、こうした視点からの議論は、ほとんどみられない。

907) I 2(2)②一、本誌29号89頁以下。

908) 類型⑤のうちカップルの関係が夫婦である場面で保護対象に関する構想①-1が一般的に受け入れられていた時代には、個人の自由や自律を起点とした制約手法に関する構想⑤-1は、ほとんどみられなかった。本文の評価は、こうした保護対象に関する構想と制約手法に関する構想との時代的な対応関係からも裏付けられる。

909) I 2(2)②一、本誌29号94頁以下。

910) I 2(2)②一、本誌29号146頁以下。

状態にあったことが前提とされている。このことは、保護対象である夫もしくは妻としての身分またはコンキュビナーージュの当事者としての地位の中に、相互依存的要素が含まれていることを示唆している。このように、類型⑥でみられた構想①-1の考え方の中には、家族のメンバー同士を相互的な支配または依存の関係として把握する発想が看取される。更に、かつての日本法における一部の議論でみられたように、類型③でも構想①-1の考え方を受け入れるとすれば、上記の発想は、より強く現れる。類型③では、身分や地位それ自体の喪失はないため、仮にこの場面で構想①-1に基づき身分や地位の侵害それ自体を理由とする損害賠償を基礎付けようとするれば、保護対象である身分の中に支配的な内容を読み込み、相手方の家族法的な義務の違反によりこの支配的分権が侵害されるという論理を介在させなければならないからである⁹¹¹⁾。

しかし、こうした見方は、家父長的な家族や日本の「家」的家族の下での夫婦関係であればともかく、現代のカップルの関係には適合しない。現代においては、カップル内の個人の拘束よりも、その自律や自由が強調されているからである。今日のフランスにおいて類型③および類型⑥で構想①-1に親和的な議論が支持されていない理由は、この点に求められる。これとの対比で日本法における議論を振り返ると、そこでは、個人の自由の重要性が指摘されながらも、類型③および類型⑥では構想①-1の発想が強く現れていることが明らかとなる。このことは、類型③および類型⑥における「家族に対する責任」をめぐる日本での議論が、身分的発想に囚われていること、現代のカップルにおける相互関係の現実を十分に反映しきれていないことを示している。

他方で、縦の家族関係についてみると、虚偽認知をしその後に親子関係の存在を否定したことに責任の基礎を求めるかつての裁判例の解決および議論の中には⁹¹²⁾、横の家族関係の場面と同じように考えるとすれば、虚偽認知の対象になった子が虚偽認知をした者に依存しているという関係把握の仕方を読み取

911) 拙稿・前掲注(2)「2」85頁以下。

912) I 2(1)②一、本誌27号98頁以下。

することもできる。もっとも、子が親から扶助や教育等を受けて成長していく存在であることに鑑みれば、親との関係で子について依存的関係を措定することは、何ら不自然ではない。また、類型⑤の不成立の場面で親子関係を構築することができなかつたことにその責任の基礎を求める議論では⁹¹³⁾、現実には存在していない親子関係の形成への利益の保護が問題となっているため、子と親になるはずであった者との間に依存的な関係は想定されていない。更に、これらの各議論は、親子関係の存在が子の成長にとって必要かつ有益であるとの前提の下、類型⑤の解消の場面では存在したはずの身分や地位が奪われたという面で、および、類型⑤の不成立の場面では存在するはずであった身分や地位が成立しなかつたという面で、子としての身分や地位を保護対象とするものであり、関係把握の仕方として依存的要素が指摘されるかどうかにかかわらず、子の利益を第一義に考える現代の親子法の方向性に沿う考え方であることに変わりはない。以上の諸点を踏まえれば、構想①-1から導かれる縦の家族関係の把握方法は、横の家族関係のそれとは異なり、それほど不合理なものとはいえない。

次に、構想①-2のように、身分や地位に由来する個別的な権利や利益を保護するための法理として「家族に対する責任」を位置付ける場合、個々の家族法上の権利が通常の債権的な権利として措定される限りにおいて⁹¹⁴⁾、その保護対象の捉え方それ自体の中に、家族のメンバーの一方が他方を一方的に支配するという思考、または、メンバー相互を依存的または従属的に把握する理解の仕方は現れない。ここでの家族のメンバーは、相互に権利義務の主体になるという意味で、独立した対等な存在として捉えられるからである。このように、構想①-2は、構想①-1とは異なり、家族内の各人が家族のメンバーである

913) I 2(1)②二、本誌28号43頁以下。

914) 個々の家族法上の権利を支配的または絶対的な権利として捉えると、夫婦の関係では、同居、協力、扶助、貞操等を相互に支配する権利が、子と親との関係では、親からの監護、教育、愛情等を享受する絶対的な権利が問題となる。その結果、この考え方によれば、家族のメンバー相互の捉え方は、構想①-1から導かれるそれとほぼ同じになる。

前に自由を享受する個人であるという認識を出発点としている。

もっとも、構想①-2は、このことと引き換えに、身分から生ずる個別的な権利や利益の侵害を観念することができる場合にしか意味を持たなくなり、「家族に対する責任」に関わる実定法のすべてを説明する道具にならない⁹¹⁵⁾。また、この構想は、家族のメンバー相互の関係を家族法上の権利義務に還元してしまう点で、そのみでは家族の豊かな内実を捉え尽くすことができなくなる。現在の実定法が、類型Cのうちカップルの関係が夫婦である場面で構想①-2のみならず構想②および構想③を併せて用いているのは⁹¹⁶⁾、そのためである⁹¹⁷⁾。加えて、構想①-2は、前提となる権利義務の内容によっては、「家族に対する責任」の問題を捉えるために相互的な自由の拘束を強調しなければならなくなる。例えば、類型Cで、夫婦が相互に貞操義務、性関係を持つ義務、生殖に

915) 構想①-2の考え方は、類型Cまたは類型Dに関する裁判例の中に看取されるが、同じ類型Cでもカップルの関係がコンキュビナージュ（および、パクス当事者にはその地位に由来する義務が課せられることはないという理解の仕方、または、パクス当事者にはその地位に由来する一定の義務が課せられるが、その違反を理由とする損害賠償は否定されるという理解の仕方によれば、パクス）である場合や、同じ類型Dでも子との間で家族法上の権利や利益を付与されていない家族のメンバーへの侵害行為が問題となる場合には、妥当しない。これらにおいては、その当事者間に身分や地位に由来する権利または義務は存在しないからである。また、構想①-2の考え方は、類型Cでカップルの関係が夫婦であったとしても、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財産上の不利益や、配偶者との間で形成していた事実的な関係に由来する個人としての人格の侵害から生ずる損害の賠償を認める裁判例を説明するための枠組にはならない。これらの裁判例において、身分や地位に由来する権利の侵害は問題となっていないからである。

916) I 2(2)①、本誌28号80頁以下。

917) これに対して、類型Dに関する裁判例では、管見の限り、構想①-2に加えて構想②または構想③が併用された事例はみられない。もっとも、このことは、子が親との関係で自己の人格の実現に必要な不可欠な関係を形成することはないという理解が基礎に据えられていることを意味しない。というのは、類型Dにおける構想①-2の考え方は、子が親から監護、教育、愛情等を受ける子の権利が想定されるが、こうした権利は、子の人格の実現や形成に直接的な関わりを持つため、親との関係に結び付く子の人格権の侵害についても、この権利の侵害の中に包摂して把握することができるからである。つまり、ここでは、構想②に基づく保護対象は、構想①-2に基づくそれの中に含まれている。

関わる義務等を無条件に負うことを前提に、これらの義務の違反に基づく損害賠償を肯定するという解決によれば、夫婦は、他者と性関係を持たない、相手方と性関係を持つ、相手方との間で生殖を実施するという各側面で、相互に自由を拘束し合う存在として位置付けられる。確かに、これらの自由の拘束は、婚姻に内在する価値の現れとして捉えることもできる。しかし、カップル内の個人の自由が強調される法状況の下では、このような無条件での自由の拘束が受け入れがたいものになりつつあることは事実である。そのため、類型㉔で構想①-2が採用され、その結果、相互的な自由の拘束が顕著になる場面では、こうした問題に対処するために、制約手法に関する構想㉕-1による自由への配慮が介在している⁹¹⁸⁾。

続いて、構想②のように、家族との事実上の関わりの中で生きる個人の人格や利益を保護するための法理として「家族に対する責任」を位置付ける場合には、構想①とは異なり、保護対象の次元で家族のメンバーが相互に支配的または依存的ないし従属的な関係にあるという発想が入り込む余地はない。もっとも、構想②は、家族のメンバー同士を全く無関係な人の関係として捉えるのではなく、身分や地位を超えた繋がりを重視する。その意味で、構想②は、家族内の個人を、ほかの家族のメンバーに従属させるわけでも、ほかの家族のメンバーから完全に切り離すわけでもなく、緩やかな形で個人化させる試みである。

構想②によれば、類型㉔の一定の場面に関する裁判例の解決と議論、および、類型㉕の多くの場面に関する裁判例の解決と議論にみられるように、横の家族関係に対して、家族法上の権利義務に還元されない豊かな内容が与えられる。この保護対象は、身分や地位からは切り離されているため、夫婦の義務の内容についてどのような立場を採用するにしても、また、当該カップルがパクスやコンキェピナージュの関係であったとしても、想定される⁹¹⁹⁾。また、構想②

918) これに対して、類型㉔では、子の利益を第一義的なものとして位置付ける立場が前提とされている以上、仮に子の親に対する権利や利益を想定することにより親の自由が一定の範囲で制約されたとしても、類型㉔におけるような問題は生じない。

919) I 2(2)①、本誌28号82頁以下、118頁以下、128頁以下。

によれば、類型④の変型および類型⑤の一定の場面に関する裁判例の中に垣間みられるように、ある子と法律上の身分関係または身分法上の権利義務関係を持たない者と当該子との関係に対しても、法定の扶養や訪問または受入に還元されない豊かな内容が与えられる⁹²⁰⁾。子が、一定の身分を持つ者との関係のみならず、それ以外の家族的な繋がりを持つ者との関係をも基礎としつつ、自己の人格を形成し、発展させていく存在であるとすれば、構想②は、子の利益の保護に資する枠組である。換言すれば、構想②は、子を自律的な存在として把握しながら、完全に独立した存在として位置付けることもせず、子に対して、親のみならずそれ以外の一定の家族との関係でも身分上または身分外の法的繋がりを提供しようとする考え方である。それにもかかわらず、日本法の文脈では、構想②の存在は、ほとんど意識されていない。このことも、「家族に対する責任」をめぐる日本の議論が身分的発想に囚われていること、現代の家族における相互関係の現実を十分に反映しきれていないことを示している⁹²¹⁾。

最後に、構想③は、「家族に対する責任」を家族から切り離された個人の感情、人格、利益の保護の問題として位置付ける。構想③によれば、家族内の個人は、ほかの家族のメンバーから完全に切り離され、身分的にも事實的にも完全に個人化して捉えられる。従って、構想③の発想は、現代の家族における個人主義的な傾向に沿う。現代において構想③に親和的な解決が一部の裁判例で示されているのは、こうした傾向を踏まえたものである。その反面、構想②との対比でいえば、構想③は、家族の存在意義を身分やこれに由来する権利義務だけに帰着させ、それ以外の問題をすべて個人の感情、人格、利益に還元して捉えることを意味する。そのため、家族や家族のメンバーとの関わりが個人の自己同一性の一要素を構成すると考える立場からは⁹²²⁾、構想③だけに依拠した解決は、行き過ぎた個人主義と評せざるをえない。現在の実定法が構想①または構想②の規律が及ばない場面でのみ構想③を用いているのは、そのためである。

920) I 2(1)①、本誌27号94頁以下。

921) 拙稿・前掲注(2)「2」91頁。

922) Gutmann, *supra* note 163, n°125, pp.117 et s.

第2に、損害賠償の制約手法との関連で抽出された各構想について、これらの諸構想から導かれる家族のメンバー相互の関係把握の仕方を整理し、分析する。

まず、構想①のうち人格の次元における家族的な一体性を問題にするタイプの議論によると、損害を受けた家族内の個人は、自己および損害の発生に関与したほかの家族のメンバーを含む家族に埋没してしまう。家族内の個人はそれぞれ独立の法人格を持ち権利義務の帰属主体であるという民法の基本的な立場からみれば、夫婦や親子を一体的に把握することによって損害を受けた者からの損害賠償を制約する論理は、民法の規律に由来しない家族観によって外在的に個人の権利を制約するものとして、受け入れられない⁹²³。また、構想②のうち財産の次元における家族的な一体性を問題にするタイプの議論によると、損害を受けた家族内の個人の財は、自己および損害の発生に関与したほかの家族のメンバーを含む家族全体の財に埋没してしまう。家族内の個人の財はそれを所有する本人に帰属するという民法の基本的な立場からみれば、夫婦や親子の財を一体的に把握することを通じて損害を受けた者からの損害賠償を制約する論理は、民法の規律に由来しない家族および財の構想によって個人の権利を制約するものとして、受け入れがたい。実定法で、前者のタイプの議論が否定され、後者のタイプの議論が前面に押し出されていないのは、こうした評価が存在するからである。

次に、構想③について、あるべき家族秩序一般または家族の平和という観点から損害賠償の制限を認めることは、本来的には損害を受けた者に帰属するはずの権利を、家族秩序またはその者が属する家族全体もしくはほかの家族のメンバーのために制約することを意味する。この点において、損害を受けた家族内の個人は、救済手段の行使の点で、家族全体やほかの家族のメンバーに従属させられてしまう。家族内の個人はそれぞれ独立の法人格を持ち、かつ、自律

923) 個別の問題との関連における記述であるが、注（803）および注（804）で引用した文献のほか、Neirinck, *supra* note 135, n°177, pp.165 et s. ; Branlard, *supra* note 249, n°678 et s., pp.258 et s. ; etc

的な存在であるという民法の基本的な立場からみれば、損害を受けた者を家族またはほかの家族のメンバーに従属させることにより、前者からの損害賠償を制約する論理は、受け入れられない。類型④および類型⑤では、一般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以上、このことは、例外なく承認されなければならない。

これに対して、類型⑥から類型⑦まででは、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ため、構想①における家族のメンバー相互の関係把握の仕方について、単純に損害を受けた者が家族またはほかの家族のメンバーに従属させられるという形で結論付けることはできない。これらの類型では、保護対象の特性および制約手法の特徴を踏まえた上で、家族のメンバー相互の関係がどのように把握されるかを分析することが必要になる⁹²⁴⁾。

実定法においては、既述のとおり、類型⑥のうち婚姻の解消の場面に関する条文と類型⑦の別居の場面に関する一部の裁判例の解決で、損害賠償の請求により夫婦または元夫婦の対立を悪化させたり、当事者間で新たな紛争を生じさせたりしないようにするため、構想①が用いられてきた。これらの規律では、関係の回復または関係解消後の未来に目が向けられており、対立的な当事者ではなく、調停的な当事者のモデルが基礎に据えられている⁹²⁵⁾。従って、類型④および類型⑤における構想①において、夫婦または元夫婦は、完全に分断さ

924) 拙稿・前掲注(2)「2」102頁以下。

925) 以下の分析は、Pons, *supra* note 17, n^{os}256 et s., pp.152 et s. を参考にしたものである。

この тез は、類型④を念頭に置きつつ、夫婦間で不法行為責任が受け入れられることは指導的な婚姻法の証である一方、夫婦間で不法行為責任が排除されることは調停的な婚姻法の証であるとした上で、後者の解決については、和解への期待および夫婦の紛争解決手段の観点から正当化されると説く。その際、同書は、離婚手続外で民事責任訴権を用いることは夫婦を協力者として把握する家族法に精神に適さないことを強調している。ただし、以下の分析とこの тез のそれとは、すべての家族関係を射程に収めるか、それとも、横の家族関係だけを念頭に置くかという点、一言で協力者といってもそこにはいくつかのパターンがあることを認識するか、それとも、認識しないかという点で異なる。また、本稿は、この тез とは異なり、結論として、類型④における損害賠償に否定的な立場をとるものではない。

れた対立する個人ではなく、家庭を築き、または、夫婦関係の解消後も共に子を育てていく協調者として把握されている。ただし、構想①による制約は、各家族に内在する視点ではなく、外在的な評価に依拠した家庭の平和という視点に基づくため、この協調者は、自律的というよりも、外部から強制された協調者である。また、構想①は、権利義務の次元ではなく、救済手段の次元で損害賠償の制約を措定するため、相手方に損害を生じさせた夫婦の一方は、婚姻に由来する義務を負い続けるものの、損害賠償というサンクションに関しては婚姻による拘束から免れる。その結果、外部から強制された協調者の相手方になる者は、サンクションから自由化された協調者として位置付けられる。

こうした整理を前提にすると、構想①には、以下の課題が存在することが明らかになる。まず、類型⑤のうち婚姻の解消の場面では、構想①による損害賠償の制約が全面的ではなく、離婚訴権の際に求められた極めて重大な結果の賠償に関わる請求であれば何の制約も存在していないため、構想①の考え方は、貫徹されていない。また、たとえ婚姻の解消から生じた損害の賠償についてこの制約が適用されるとしても、婚姻の解消から生じたのではない損害の賠償については不法行為の一般規定に基づく請求が可能であるため、この場合には、構想①と構想④とが併存する⁹²⁶⁾。これらの結果、元夫婦は、外部から強制された協調者であると同時に（構想①）、敵対者でもある（構想④）存在として捉えられるため、類型⑤における構想①の実効性は、著しく損なわれている。次に、仮に婚姻の解消の場面で構想①による損害賠償の制約を全面的に認める仕組を用意したり⁹²⁷⁾、類型③でも構想①の考え方を採用し不法行為の一般規定に基づく損害賠償を制約したりすることで⁹²⁸⁾、婚姻の解消後には元夫婦間

926) I 2(2)②一、本誌29号109頁以下。

927) 具体的には、民法典266条を削除し、その代わりに、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を認めない旨を規定した条文を新設することが考えられる。

928) Laurent, *supra* note 278, n°92, p.123 ; Perreau, *supra* note 299, p.424 ; etc. また、Cf. Verdoy, *supra* note 281, n°12, p.124 ; Guyon, *supra* note 314, n°11, p.484 ; Niboyer, *supra* note 281, n°530 et s., pp.557 et s. ; etc.

で一切の損害賠償請求を認めないことにするとしても、これらにより家族の平和の確保という目的が十分に達成されるかには疑問が残る。というのは、外部から強制された協調者には相手方がサンクションから自由化されることにつき不満が生ずることも想定され、そのことが元夫婦間の平和を害することに繋がりがねないからである⁹²⁹⁾。更に、類型③および類型⑤で措定される保護対象の中に、構想①や構想②ではなく構想③に基づく権利や利益が含まれるとすれば、その保護対象は家族外でも問題となりうる一般的な権利または利益に接近し、その場合には、類型④および類型⑥における構想④と同様の問題が生ずる⁹³⁰⁾。加えて、類型①および類型⑦で構想④を採用することは、子または類型①の変型では子の利益のために行動する父もしくは母を外部から強制された協調者として位置付けることになるため、子の利益の保護にとって有害ですらある。家族の平和のためには協調者であるべきという理念の下で、子の利益に適うはずの請求が犠牲にされてしまうからである。これらの諸点を踏まえると、日本法の類型③から類型⑥までにおいて構想④が基礎に据えられていないのは、正当である。

続いて、構想⑦について、保護対象の特性および制約手法の特徴を踏まえた上で、家族のメンバー相互の関係がどのように把握されるかを分析する。構想⑦は、既述のとおり、類型③のうち夫婦の人格的な義務の違反を理由とする損害賠償請求に関する一部の裁判例の解決と類型⑥の解消の場面に関する学理的な議論の中で、損害賠償とは別のより適切な救済手段の利用によって自律的かつ現実的な解決を図るという目的の下、援用されてきた。これらの解釈または立法論では、当事者の対話を重視した関係の回復または未来の構築に目が向

929) 構想④は、外部から強制された協調者に損害賠償への権利が帰属していることを前提に、その行使を制約する枠組である。そのため、この者に補償給付等のほかの手段が残されており、その行使によって一定の救済が付与されるとしても、この考え方によれば、婚姻の解消から生じた損害または婚姻の解消とは無関係に生じた損害が賠償されないまま放置されることになってしまうため、本文のような事態が想定されうる。

930) 婚姻の解消から生じた損害または婚姻の解消とは無関係に生じた損害を受けた元夫婦の一方は、救済手段の行使の点で、家族全体や元夫婦の他方に従属させられてしまう。

けられており、構想④と同じく、調停的な当事者のモデルが基礎に据えられている。従って、類型③および類型⑥でみられる構想⑤の考え方において、夫婦または親子は、完全に分断された対立する個人ではなく、家庭を築く協調者、または、扶助や教育等を受けたり与えたりする協調者として把握されている。そして、構想⑤による制約は、当事者による対話と自律的な解決を重視する視点に基づくため、この協調者は、未来志向の能動的な協調者である。また、典型的な構想⑤は、権利義務の次元ではなく、救済手段の次元で損害賠償の制約を措定するため、類型③の場面に即していえば、相手方に損害を生じさせた夫婦の一方は、婚姻に由来する義務を負い続けるものの、損害賠償というサンクションに関しては婚姻による拘束から免れる⁹³¹⁾。

構想⑤は、構想④のような外在的視点に基づく制約ではないため、ほかの救済手段による適切な解決が予定されている限りにおいて、構想⑦および構想④におけるような権利の制約の問題は生じない。しかし、ほかに適切な救済手段が用意されていなければ、また、一定の救済手段があるとしてもそれが十分なものでなければ、同様の問題が生じうる。この場合には、本来的に損害を受けた者に帰属する権利が対話を通じた解決という名目により制約され、この者は救済手段の行使の点で相手方に従属させられてしまうからである。このことは、日本法における学理的な議論で構想⑤の有用性が説かれている類型⑤との関連で、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を認めなければ填補されない損害が残ってしまうこと等を理由に、民法典266条に基づく損害賠償を一律に排除し、この損害の賠償を完全に否定する考え方、つまり、同類型における構想⑤がフランス法では支持されていないことにも現れている。また、こうした関係把握の仕方およびその前提としての当事者による自律的な解決の重視は、横の家族関係では一定の範囲で妥当性を持ちうるが、縦の家族関係では適切さを欠く。当事者による自律的解決に委ねたのでは、子の利益は大人の利益に一致する場合

931) 類型⑥の解消の場面における構想⑤の考え方に対しては本文の分析が妥当しないことについて、注(837)を参照。

にしか顧慮されなくなってしまうおそれが存するからである⁹³²⁾。

また、構想⑤については、関連する制度の内容とその性格の把握の仕方により様々な形になって現れるため、従前の解釈の分析から抽出された構想⑤の下位類型ごとに、家族のメンバー相互の関係把握の仕方を明らかにする必要がある。

1つ目として、構想⑤-1は、個人の自由や自律を強調する立場から家族法上の義務の弱化を導く考え方である。そのため、この構想では、家族のメンバーであることよりも、人格を備えた個人であることに重心を置いて、家族内の各人が捉えられている。その意味で、構想⑤-1は、家族のメンバーの個人化を押し進める意味を有する。他方で、構想⑤-1は、家族のメンバー間で紛争が生じた場面だけを念頭に置くものではなく、従って、法的な問題が生じた後の当事者の関係をどのように規律していくかという点に関心を有しているわけではないため、構想④や構想⑥とは異なり、メンバー相互の把握の仕方について特定の含意を持たない⁹³³⁾。もっとも、未来を見据えた関係の構築に目が向けられていないことを踏まえ、かつ、構想④または構想⑥との対比でいえば、この構想は、少なくとも家族のメンバー同士を協調者として位置付ける枠組ではない。また、構想⑤-1は、個人の自由や自律の観点から家族のメンバー間の権利義務の内容を構築する試みであるため、ある家族のメンバーに帰属している権利が、ほかのメンバーの自由や自律のために限定されることはあっても、家族の存在やその特性により制約されることはない。その反面、義務の弱化が

932) 損害賠償を念頭に置いた記述ではないが、Cf. Dekeuwer-Défossez, *supra* note 890, pp.261 et s. なお、このような問題は、注(244)で言及したように、生計費請求訴権の場面でも存在する。

933) 構想④または構想⑥は、ある家族のメンバーに一定の責任原因が認められた後に、これにより損害を受けた者の救済手段の行使を制約する枠組であるため、これらの構想では、法的な問題が生じた後の当事者の関係をどのように規律していくかという点に関心が向けられる。これに対して、構想⑤-1は、ある家族のメンバーに一定の責任原因が認められるかどうかにかかわらず、家族のメンバー間における権利義務をどのように把握するかという点に関わる枠組であるため、この構想では、上記の点に関心が向けられることはない。

認められる範囲によっては、この構想は、家族のメンバー間の関係を身分や地位を伴わない者同士の関係に接近させる可能性を秘めている⁹³⁴⁾。ところで、実体法では、構想㊥-1の考え方は、類型㉔でのみ看取され、縦の家族関係に関する類型㉕および類型㉖ではみられない。これは、子との関連において親の自由や自律を強調し親としての義務の弱化を認めると、子の利益に反する結果が生じてしまうことを踏まえたものであり、親子の関係を個人化させることの危険性を示唆している。

2つ目として、構想㊥-2は、当事者の合意または同意を強調する立場から家族法上の義務の弱化を導く考え方である。この構想は、当事者があらかじめ家族間の義務の内容を決定し、また、当事者が事後的な合意または同意により自律的に紛争を解決することを認める。従って、当事者の対話を重視した関係の回復または未来の構築に目が向けられているという意味では、家族のメンバーは、共に家庭を築いていく能動的な協調者として位置付けられる一方、ここでの合意または同意が未来の関係を見据えてではなく自己の利益を図るために行われる可能性があることをも踏まえると⁹³⁵⁾、家族のメンバーは、能動的な敵対者としても捉えられている。この構想の問題は、こうした家族のメンバーの関係把握の仕方にある。当事者が自己の利益を最大限に図るべく合意または同意により家族法上の権利を制約したり義務を免れたりすることを認めてよいかには、疑問が残るからである⁹³⁶⁾。

3つ目として、構想㊥-3は、制度の仕組を強調する立場から家族法上の義務または権利の弱化を導く考え方であるため、当該制度の内容により家族のメンバー相互の関係把握の仕方も異なる⁹³⁷⁾。例えば、類型㉔に関する一部の裁

934) 例えば、性の側面における個人の自由を強調し、夫婦間における貞操義務、性関係を持つ義務、生殖に関わる義務等の存在を否定すると、これらの場面では、夫婦関係は、身分や地位を伴わない者同士の関係と同じになる。

935) 例えば、夫婦の一方が、自らの性の自由を最大限に享受するため、他方に対して、相互に貞操義務を免れる旨の合意をいわば強制するような事態も想定される。

936) 注(844)で引用した文献を参照。

判例の解決および議論でみられた構想⑤-3の考え方は、夫婦の一方による婚姻義務の違反があった場合に他方が婚姻義務の履行を免れることを認め、当事者間の均衡を図るとともに、このことを通じて一方による婚姻義務の履行を促し⁹³⁸⁾、あるべき婚姻秩序の回復を図ろうとする。そのため、この考え方では、夫婦は、関係の回復を目指す協調者として位置付けられている。もっとも、夫婦が関係の回復に向けて何らかの行動をとることは想定されていないため、ここでの協調者は、構想⑥におけるような能動的な協調者ではなく、受動的な協調者である。しかし、こうした夫婦相互の関係把握の仕方は、婚姻義務の違反をめぐる問題が生じている場面に関するものとしては、適切でない。この捉え方では、関係の改善が望めないばかりでなく、他方が一方の婚姻義務違反を契機として自己の婚姻義務の履行を免れる結果、更なる関係の悪化が招来されるおそれも存するからである⁹³⁹⁾。

最後に、構想④によれば、損害賠償の制約は想定されないため、家族のメンバー相互の関係は、通常どおり、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との関係として捉えられる。このことは、一般的な権利または利益の侵害および義務の違反が問題になる場合であっても、家族法上の権利または利益の侵害お

937) 類型①に関するかつての裁判例の解決でみられた構想⑤-3では、親の権利性を起点とした親権の把握方法が前提とされているため、子は親の権利の前に従属する存在であるという関係把握の仕方が看取される。他方で、類型①の一部の事案に関する判例の解決でみられた構想⑤-3では、離婚訴訟の場では証拠への権利が私生活の尊重への権利に優越するという判断の結果が前提とされており、その適否はともかく、個人の権利間の衡量として問題が捉えられているため、元夫婦の関係把握の仕方について特定の理解は基礎に据えられていない。

938) この解決が不履行の抗弁に準えられて理解されていることを強調すれば、この解決では婚姻義務を果たそうとしない夫婦の一方に対してその履行を促すことが意図されていると考えられる。必ずしも明確に説かれているわけではないが、Cf. Thomas, *supra* note 16, p.101.

939) Pillebout, *supra* note 375, n°177, p.174 ; Maury, *supra* note 283, n°10 et s., pp.522 et s. ; Thomas, *ibid.* ; Ruffieux, *supra* note 133, n°67 et s., pp.72 et s. ; etc. また、Cf. Mignon-Colombet, *supra* note 304, n°11 et s., p.10 ; Cornu, *supra* note 250, la famille, n°24, pp.49 et s. ; etc.

よび義務の違反が問題になる場合であっても異ならない。その結果、家族のメンバーは、理論的には敵対者として描かれる。ただし、家族のメンバー間で損害賠償が請求される場面でなければ⁹⁴⁰⁾、敵対者としての側面が前面に出ることはない。

第3に、損害賠償の保護対象に関する各構想と損害賠償の制約手法に関する各構想とを統合し、これらを組み合わせた結果として得られるより具体的な解釈学的帰結について、家族のメンバー相互の関係把握の仕方という視点から検討する。ただし、想定される組合せのすべてを取り上げると論旨が不明確になるおそれがあるため、以下では、横の家族関係と縦の家族関係とに分けて、現在の実定法の主流として位置付けられる立場に関する解釈学的帰結のみを分析の対象とする。

横の家族関係について、カップルの関係が継続していることを前提とする類型©では、保護対象を想定する際の基本的立脚点として、第1に、その関係が夫婦であるときには、構想①-2が中心であるものの、構想②が併用されるとともに、構想③も補完的に用いられ、第2に、その関係がパクスであるときには、構想①-2が妥当する余地を残しつつも、構想②が中心となり、構想③も部分的に併用され、第3に、その関係がコンキュビナーージュであるときには、構想②が基礎に据えられ、構想③も部分的に併用されている。その上で、保護対象として構想①-2に基づき身分や地位から生ずる個別的な権利や利益が指定される場面では、制約手法として構想⊕-1および一部では構想⊕-2の各考え方が用いられている。このように、実定法は、一定の範囲で個人化させる形で身分や地位から生ずる権利の保護を図りつつ、家族的な繋がりから生ずる権利や利益、家族的な繋がりとは無関係に存在する権利や利益にも配慮を示している。また、カップルの関係が解消され、または、それが成立しなかったことを前提とする類型Ⓔでは、その関係がいずれの型であったとしても、保護対

940) 具体的には、類型Ⓐおよび類型Ⓑのうち、I 1(1)②、11(2)①、11(2)②で扱った場面が、それである。

象の捉え方として、構想②が中心に据えられ、構想③が補充的に利用されている。なお、カップルの関係が夫婦であったときには、制約手法として、構想④の考え方が用いられているが、その正当化には困難が伴う。このように、実定法は、家族的な繋がりから生ずる権利や利益、家族的な繋がりとは無関係に存在する権利や利益の保護を図る一方で、元夫婦を外部から強制された協調者として位置付けることにより平和的な紛争の解決を実現しようとしているが、その目的を達成することはできていない。以上によれば、横の家族関係では、カップルの関係それ自体というよりも、カップル内の個人に関心が置かれ、カップルの関係を緩やかに個人化する方向性が描かれていることが分かる。しかし、保護対象の捉え方として構想③が優越しているわけでも、制約手法の捉え方として構想⑤が貫かれているわけでもないことからすれば、カップルの関係は完全に個人化して捉えられていない。

縦の家族関係について、親子関係が存在していることを前提とする類型①では、保護対象を想定する際の基本的立脚点として、構想①-2が用いられ、この構想が妥当しない場面で構想②が補充的に利用されている一方、親子関係が存在していない場面を想定する類型⑥では、保護対象として、構想①-1が想定され、部分的に構想①-2や構想②が用いられるとともに、これらの構想が妥当しない場面で構想③が補充的に作用している。また、いずれの類型でも、個人の自由や当事者の自律を起点とした構想⑤-1または構想⑤-2の各考え方による損害賠償の制約、家族の平和という観点に出た構想④の考え方による損害賠償の制約は想定されていない。このように、縦の家族関係が問題となる場面では、横の家族関係が問題となる場面とは異なり、家族のメンバーを個人化させる傾向はみられず、子が親に依存する存在であることを前提に、民事責任法を通じて、子について家族法上の身分やそれに由来する権利を可能な限り保護しようとする傾向が顕著である。もっとも、それだけではなく、子が他者との関わりを通じて成長していく存在であることを踏まえ、保護対象の捉え方として構想②や構想③が補充的に用いられていることにも注意が必要である。以上によれば、子を起点とした場合、子と家族のメンバーとの関係は身分と事

実の両面で把握されていることが分かる。

③家族の自律性

仮に典型的な家族というものが想定されているとすればその典型的な家族の像との関係という視点、および、家族以外の存在による家族への介入の有無という視点から、1で整理した各構想を検討する。前者では、「家族に対する責任」に関わる家族のメンバーが典型的な家族像との関係で自律的であるか、また、どの程度自律的であるかという問いが、後者では、「家族に対する責任」において家族という存在にどのような意味での自律性が認められているかという問いが立てられる。

第1に、前者の視点からの検討では、「家族に対する責任」の場面で展開されてきた各構想は典型的な家族像を想定しているか、想定しているとすればそれはどのような家族像か、および、この家族像にはどのような意味付けが与えられているか等が問われる。ここでの典型的な家族像には、2つの異なる意味が込められている。1つは、法が規律の対象とする家族という意味であり、もう1つは、法が望ましいものとして措定する家族という意味である。以下、それぞれの典型的な家族像との関係で各構想がどのように位置付けられるかを分析する。

まず、法が規律の対象とする家族との関係では、主として損害賠償の保護対象に関する各構想が、婚姻カップルや法律上の親子を典型的な家族として位置付け、これらの中で問題になる「家族に対する責任」と、自由結合カップルや事実上の親子の間で問題になるそれとを異なる規律に服させるかという点が検討課題となる。

構想①は、法定の身分や地位を保護するという発想を起点にしているため、基本的に、夫婦を典型的なカップルとして、また、法律上の親子を典型的な親子として位置付け、これらの中の典型的な家族の間で生ずる「家族に対する責任」、または、これらの典型的な家族のメンバーとしての身分や地位もしくはそこから生ずる個別的な権利や利益の保護のみに関心を示す考え方である。従って、

この構想では、典型的な家族の間で問題になる「家族に対する責任」と、非典型的な家族の間で問題となり非典型的な地位や利益の保護に関わる「家族に対する責任」とに対しては、異なる規律が適用される。より正確に言えば、前者の「家族に対する責任」には構想①の考え方が適用され、後者のそれには構想①の考え方は適用されない⁹⁴¹⁾。これに対して、構想②および構想③は、法定の身分や地位を保護するという発想を起点にしていないため、典型的なカップルや典型的な親子を想定することなく、「家族に対する責任」全般を射程に収める考え方である。

横の家族関係についてみると、現在のフランスの実体法は、一方で、類型㉔のうちカップルの関係が夫婦である場面では、保護対象の捉え方として構想①-2を基礎としつつ、制約手法に関する構想㉕-1または構想㉕-2の各考え方を通じて婚姻義務を弱体化させるとともに、保護対象の捉え方として構想①-2のみならず構想②および構想③をも併用することによって、他方で、類型㉕では、カップルの型を問うことなく保護対象の捉え方として構想②および構想③を用いることによって、結果的に、一定の範囲で、夫婦間における「家族に対する責任」の規律を自由結合カップルの当事者間における「家族に対する責任」の規律に接近させている。こうした帰結は、一見したところ、保護対象の捉え方に関する構想①を基礎としつつ、事実主義を媒介として、一定の範囲で、自由結合カップルにおける「家族に対する責任」の扱いを夫婦間における「家族に対する責任」のそれに接近させようとする日本の実定法の考え方に類似しているようにもみえる。しかし、法が規律の対象とする家族との関係における自律性という視点からみると、両者の意味は全く異なる。その理由は、以下のとおりである。日本の実定法の立場は、法が規律の対象とする家族である法律上の夫婦を典型的なカップルとして位置付けた上で、自由結合カップルをこの典型的なカップルに準えて把握することにより、自由結合カップルにおける「家

941) 非典型的な家族の間で問題となり非典型的な地位や利益の保護に関わる「家族に対する責任」においてどのような保護対象が措定されるかについては、構想①からは明らかとならない。

族に対する責任」を法律上の夫婦におけるそれに近づけようとする考え方である。これは、自由結合カップルの婚姻化として捉えられる。これに対して、フランスの実定法の立場は、法が規律の対象とする家族である法律上の夫婦を典型的なカップルとして位置付けることなく⁹⁴²⁾、または、その典型性を弱めた上で⁹⁴³⁾、一定の範囲で法律上の夫婦における「家族に対する責任」を自由結合カップルにおけるそれに近づける一方で⁹⁴⁴⁾、類型©のうちカップルの関係が夫婦および(パクスの当事者にもその地位に由来する一定の義務が課せられ、その違反を理由とする損害賠償が肯定されるという考え方によれば⁹⁴⁵⁾) パクスであるときに、保護対象の捉え方として構想①-2が機能する場面を残すことで、各カップルの型に応じた特別な扱いをも残存させようとする考え方である。これは、多元主義を前提とした限定的な範囲における婚姻の自由結合カップル化として捉えられる⁹⁴⁶⁾。

このように、フランスの実定法において、横の家族関係が問題となる場面では、人と人との関係に由来しすべてのカップル関係に共通する規律と各カップルの型に固有の規律とが併存しており⁹⁴⁷⁾、多元主義が基礎に据えられている⁹⁴⁸⁾。そして、各カップルが自由にその型を選択することができるという意

942) これは、類型⑥に関する実定法の解決にみられる思考枠組である。

943) これは、類型©に関する実定法の解決にみられる思考枠組である。

944) 学説の中には、本文のような実定法の状況を踏まえた上で、限定的な効果の婚姻を創設し、婚姻の効果から貞操義務や扶助義務を排除して、そこに子の成長のために必要となる要素だけを含める構想も提示されている (Calais-Auloy, *supra* note 354)。しかし、実定法は、婚姻関係の特性、本稿の分析対象でいえば、類型©で構想①-2に基づく保護対象が指定される可能性を排除していないため、この構想は、実定法の現状には適合しない。また、こうした人格次元における婚姻の効果を生自由結合カップルのそれと同一化することは、多元主義の放棄に繋がり、適切さを欠く (Cf. Niboyer, *supra* note 281, n^{os}185 et s., pp.112 et s.)。

945) この限りにおいて、パクスに関しては、一定の範囲という限定は付くものの、その婚姻化を語ることは可能である (Molfessis, *supra* note 412, n^o22, p.405 ; Fenouillet, *supra* note 405, pp.111 et s. ; Simler et Hilt, *supra* note 404 ; Bazin, *supra* note 304, p.174 ; etc.)。もっとも、パクスの当事者に課せられる人格的義務が全面的に夫婦間のそれに同一化されているわけではない。

味で、どのカップルの型が典型的かという思考プロセスは排除されている⁹⁴⁹⁾。その背景には、選択の自由はカップルの型ごとにルールの変異があつて初めて成り立つところ、カップルの型が典型的なカップルの像の下で同一化されると、個人による選択の自由も否定されることになってしまうとの認識がある⁹⁵⁰⁾。

縦の家族関係についていえば、現在のフランスの実定法は、類型⑥の多くの場面で、保護対象の捉え方として構想①-1や構想①-2を基礎に据えることにより、「家族に対する責任」を通じて、ある者との関連で法的な親子関係が解消されまたは成立しなかった子に対し、親子関係が存在する場合と同様の金銭的な結果を付与しようと試みる。この立場は、法律上の親子を典型的な親子として位置付けた上で、(虚偽の認知をした者について、虚偽の認知をしその後親子関係の存在を否定したことにその責任の基礎を求めていた、かつての

946) カップル関係における個人の自由を過度に強調する考え方によれば、身分や地位に由来する権利義務の存在ないしその意義が否定されるという点で(このような見方を示すものとして、Gonthier et Lemarche, *supra* note 9, pp.181 et s. ; etc.)、また、カップル関係における当事者の自由を過度に強調する考え方によれば、法による規律の意義が否定されるという点で(このような方向性を旨とするものとして、Labbée, *supra* note 373, *Les rapports juridiques...* ; Id., *Reconstruire la famille...*, *supra* note 451, pp.4 et s. ; Id., *supra* note 451, *Le ministre et les violences...*, D., pp.2814 et s. ; Id., *supra* note 373, *Le droit commun...* ; Id., *supra* note 398, *Le mariage homosexuel...*, pp.1642 et s. ; Id., *supra* note 398, *L'obligation implicite de fidélité...*, p.67 ; Id., *supra* note 398, *La contractualisation du droit familial...*, pp.261 et s. ; etc. また、Cf. Janine Revel, *Les conventions entre époux desunis* (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial), JCP, 1982, I, 3055 ; etc.)、いずれも、横の家族関係における「家族に対する責任」へのアプローチの仕方が一元化される。しかし、実定法は、そこまでには至っていない。

947) 問題関心は様々であるが、Cf. Égéa, *supra* note 304, n^{os}45 et s., pp.689 et s. ; Saulier, *supra* note 353 ; etc.

948) Dekeuwer-Défossez, *supra* note 890, pp.252 et s. ; Id., *supra* note 450, pp.32 et s. ; Lemouland, *supra* note 450, pp.133 et s. ; Brunetti-Pons, *supra* note 890, n^{os}9 et s., pp.4 et s. ; Niboyer, *supra* note 281, n^{os}226 et s., pp.133 et s. ; Mauge-Vielpeau, *supra* note 450 ; etc.

949) Masson, *supra* note 341, n^{os}3 et s., pp.810 et s. は、このことを法的唯名論と称している。

950) Blough, *supra* note 452, n^o32, p.8 ; Fulchiron, *supra* note 891, pp.126 et s. ; Niboyer, *supra* note 281, n^{os}266 et s., pp. 133 et s. ; etc.

判例の解決および議論を前提とした場合における）ある者により虚偽の認知をされその後に異議を申し立てられた子、（法的に可能であるにもかかわらず父子関係を成立させなかった者について、認知義務の違反にその責任の基礎を求める、一部の裁判例の解決を前提とした場合における）父になるはずであった者により認知をされなかった子、生殖補助医療によって生まれたがそれに同意した者により認知をされなかった子、法的な理由のために父子関係を成立させることができなかつた子、母との間で親密な関係を持った者に生計費請求訴権を行使する子等に対して、請求の相手方との関連で法律上の親子関係は存在しないものの、こうした典型的な親子像が妥当する場面で得られるのと同じ財産的な結果を可能な限り確保および実現しようとする考え方として位置付けられる。ここでは、横の家族関係が問題となる場面とは異なり、法が規律の対象とする典型的な家族像を起点とした思考枠組が採用されている。

次に、法が望ましいものとして措定する家族の像との関係では、損害賠償の制約手法に関わる各構想があるべき家族の姿を描いているか、また、家族のメンバーに対して、こうした家族の姿を強制しているかという点が検討課題となる。

構想㊦または構想㊧では、法が家族的な一体性または家族秩序や家族の平和の観点からあるべき典型的な家族像を措定し、これらの家族像を強制することを通じて、損害賠償を制約する。これらの構想では、「家族に対する責任」を認めることは典型的な家族像から外れることを意味し、その結果、家族のメンバーからの損害賠償が否定されるという点で、そこからの離脱を許さない強制的なあるべき家族像が問題になっている。また、構想㊨または構想㊩-2ないし構想㊩-3では、家族のメンバーは協調者として捉えられている。そのため、法は、当事者に対して協調者であることを要請している。これも、1つのあるべき家族像である。もっとも、構想㊨では、損害賠償とは別の救済手段の行使が予定されていること、類型㉔でみられた構想㊩-3では、受動的な協調者が問題となるにすぎないこと、構想㊩-2では、当事者に敵対者としての側面も存在することを踏まえると、これは、そこからの離脱の可能性を含む推奨され

たあるべき家族像として位置付けられる。最後に、構想⑤-1では、個人の自律や自由が重視されており、この目的の実現のために損害賠償の制約が措定される。ここでは、家族のメンバーの個人としての自律や自由は最大限に尊重されるべきであるという形で家族の理念が描かれている。そして、構想⑤-1が家族法上の義務の解釈に関わり、自由や自律の尊重が強制的な性格を持つことを強調すれば、これも、そこからの離脱を許さない強制的なあるべき家族像の1つとして位置付けられる。とはいえ、これは、個人の自由や自律への配慮という目的に出た強制的な家族像であり、構想⑦または構想④から導かれるあるべき家族像のように、抽象的かつ外在的な観点に基づき課された強制的な家族像ではない。

第2に、後者の視点からの検討では、「家族に対する責任」の場面で展開されてきた損害賠償の制約手法に関わる各構想が家族という存在にどの程度の自律性を認めているか、および、このこととの関連で家族内の個人をどのように位置付けているか等が問われる。

損害賠償の制約手法に関わる各構想は、「家族に対する責任」が問題となる場面で民事責任法の介入を否定したり制限したりする考え方である。従って、そこでは、家族内で紛争を処理することが予定されており、家族という存在に一定の自律性が認められている。もっとも、ここでいう家族の自律性の意味は、構想ごとに異なっている。

まず、構想⑦および構想④は、家族的な一体性または家族の平和という外在的な観点から家族内の問題への法の介入を否定したり制限したりする⁹⁵¹⁾。その結果、これらの構想では、家族のメンバーを超えた家族という存在の自律性が強調され、損害を受けた家族のメンバーは家族という存在への従属を強いられる。このことは、家族が法との関連で自律性を持つことを過度に強調すると、家族内の個人が家族という存在に埋没してしまうことを示している。従って、これらの構想は、家族という存在よりも家族内の個人に焦点を当てる現代法に

951) この理解は、法は家庭に入らずという法諺の現れとして位置付けられる。

は適合しない。

次に、構想㊦ならびに構想㊧-2および構想㊧-3は、家族のメンバー相互の関係を外部から強制されない協調者として位置付け、民事責任法の介入を抑えることを通じて、家族内での自律的交渉による紛争の解決を目指す。従って、これらの構想では、家族それ自体の自律性というよりも、家族内の個人または当事者の自律性が強調される。また、損害を受けた家族のメンバーは、損害の発生に関与したほかの家族のメンバーとの対話を求められるにすぎず、損害賠償以外の救済手段を用いたり、合意による規律をしたりすることができる。ここでの家族内の個人は、家族という存在に埋没していない。

最後に、構想㊧-1は、個人の自由や自律を強調する立場から家族法上の義務の弱化を認めるだけであり、弱化したものであったとしてもこの義務の違反があり、それによって損害が生じている限り、損害を受けた家族のメンバーは義務に違反したほかの家族のメンバーに対して損害賠償を請求することができる。その意味で、構想㊧-1は、「家族に対する責任」の問題を処理するにあたり、家族という存在または家族内のメンバーに一定の自律性を認める枠組からは、距離を置いている。

(2) 民事責任法の枠組

①民事責任法の要件と効果

民事責任法の要件および効果の枠組との整合性という視点から、1で整理した諸構想を検討する。「家族に対する責任」に関わる裁判例の解決および議論の中には、民事責任法の要件および効果の枠組と十分に接合していなかったり、不整合を生じさせていたりする解釈も存在する。ここでは、損害賠償の保護対象と制約手法とに分けて、その具体的な現れを整理し、その現れと1で整理した各構想との関係を分析することによって、各構想が民事責任法の要件および効果の枠組との関係でどのように位置付けられるかを明らかにする。

第1に、損害賠償の保護対象との関連では、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いくつかの事案類型で、フォートまたは責任原

因と保護対象との関連性が不明確になっている場面、および、保護対象と損害との関連性が不明確になっている場面が存在する。また、前者の場面については、その中で更に、2つの意味での不明確さが問題となる。1つ目は、指定されている保護対象は明確であるが、その保護対象に即してフォートまたは責任原因が構成されていなかったり、その保護対象に即したフォートまたは責任原因の評価が困難であったりするケースであり、2つ目は、想定されているフォートまたは責任原因は明確であるが、そのフォートまたは責任原因に即して保護対象が捉えられていないケースである⁹⁵²⁾。

まず、前者のうち1つ目の例として、保護対象の捉え方としては構想①が基礎に据えられているものの、その保護対象に即してフォートまたは責任原因が構成されていなかったり、その保護対象に即したフォートまたは責任原因の評価が困難であったりする場面がある。例えば、類型⑥の解消の場面で、虚偽の認知をしてその後これを争う訴権を提起し親子関係を喪失させたことをフォートして構成するかつての裁判例の解決および議論では、保護対象として子にとっての身分や地位が予定されていることは明らかであるものの、法的に許容されているにもかかわらず認知の効力を争うことをフォートとして捉えることができるかに疑問がある⁹⁵³⁾。また、類型⑥の不成立の場面で⁹⁵⁴⁾、認知をしなかったことをフォートとして構成する一部の議論でも、保護対象として子という身分や地位が想定されていることは確かであるが、現在の法状況において認知義務を指定しその違反をフォートとして捉えることができるかに疑問が生ずる⁹⁵⁵⁾。更に、類型⑥のうちカップルの関係がパクスやコンキュビナーージュである場合について、自己との関係における相手方の依存または従属の状態を作り出しながらその地位を奪ったことにフォートを求める一部の裁判例の解決および議論では、保護対象としてパクスまたはコンキュビナーージュの当事者という地位が想定され、この損害賠償によって、離婚における補償給付のような

952) ただし、後に本文で言及するとおり、実際には、いずれのケースに属するかを判断することが難しい場合もある。

953) I 2(1)②一、本誌27号101頁以下。

仕組の構築が目指されているが⁹⁵⁶⁾、コンキュビナージュまたはパクスの婚姻化を図ろうとするあまり、上記の意味でのフォートが適切に認定されているかには疑問も示されている⁹⁵⁷⁾。これらは、いずれも、保護対象の捉え方として構想①が採用される場合に、それに即する形でフォートまたは責任原因を設定することが、特別の法的仕組を介在させない限り、困難であることを示している。このことは、類型⑥の不成立のうち生殖補助医療が用いられた場合について民法典311-20条4項が生殖補助医療に同意した後にそこから生まれた子を認知しない者に対して責任を課す特別の条文を用意していることから間接的に裏付けられる⁹⁵⁸⁾。

もう1つの例として、保護対象の捉え方としては構想②または構想③が基礎

954) ある女性が強制的性交の結果として子をもうけその子と母子関係を成立させたが、その加害者が当該女性の一定の親族であったために、その子と加害者との間に法的な父子関係を成立させることができなくなったことを受けて、その子が、強制的性交の加害者である女性の尊属、卑属、兄弟に対して損害賠償を求める事案では、裁判例上、保護対象として、子という身分や地位が想定されていることは明らかであるが、その保護対象に即したフォートとして何が取り上げられているかは明確でない。日本法の枠組に即して考えれば、当該保護対象との関連で強制的性交の加害者にどのようなフォートが認められるかが問われなければならない。もっとも、フランス法では、責任原因としてのフォートを被害者や保護対象となる権利や利益ごとに相対的に把握する考え方は受け入れられていないとされており（注（110）で引用した文献を参照）、この前提に立てば、女性に対して犯された強制的性交それ自体に関わるフォートを、子の保護対象との関連でも責任原因として取り上げることは妨げられない。しかし、女性に対する強制的性交の時点で、その結果として生まれてきた子は、未だ存在すらしていない以上、受胎された子はその利益が存するときはいつでも生まれたものとみなされるという法原則の適用を受けないため、上記の意味でのフォートを子との関係で取り上げることは困難である。以上によれば、子からの損害賠償請求の場面では、女性に対して侵された強制的性交それ自体に関わるフォートとは別のフォートが想定されなければならない。とはいえ、こうした意味でのフォートは明らかにされていない。

955) Cf. Laszlo-Fenouillet, *supra* note 203, n^{os}80 et s., pp.47 et s. ; Hauser, *supra* note 205, p.296 ; Pons, *supra* note 17, n^{os}38 et s., pp.47 et s. ; Siffrein-Blanc, *supra* note 135, n^{os}441 et s., pp.364 et s. ; Le Tourneau, *supra* note 203, n^o2212-292, p.806 ; etc.

956) I 2(2)②一、本誌29号146頁以下。

957) Gouttenoire-Cornut, *supra* note 580, pp.267 et s. ; etc.

に据えられているものの、その保護対象に即してフォートまたは責任原因が構成されていない場面がある。例えば、類型⑤のうちカップルの関係が夫婦である場合について、現在の実定法では、保護対象に関する構想②または構想③が用いられている一方で、婚姻の解消から生ずる損害賠償を規定した民法典266条は、2004年5月26日の法律による改正を経て、その責任の基礎をフォートから切り離すに至ったため、この損害賠償は衡平責任等によって基礎付けられなければならないとなった。しかし、生命や身体または構想①によるときのように特別な身分や地位の保護が問題とならない場面で、かつ、構想②または構想③の保護対象が様々なケースで想定されるにもかかわらず離婚の場面についてだけ、衡平という特別な責任原因を設定することには疑問がある⁹⁵⁹⁾。ここでは、構想②または構想③に基づく保護対象の捉え方とフォートから切り離された責任原因との接合が十分に行われていない。これとは対照的に、日本法では、婚姻の解消から生ずる損害賠償についての特別の条文はなく、この損害賠償は過失に基づく一般不法行為の枠内に入るため、また、同法による改正前のフランス法のように、婚姻の解消から生ずる損害賠償について特別の条文があったとしても、この損害賠償を一般不法行為と同じ基礎に基づくものとして理解するのであれば、保護対象に関する構想②または構想③を採用したとしても、過失が保護対象との関連で適切に認定される限り、過失と保護対象との論理的な不整合という問題は生じない⁹⁶⁰⁾。なお、類型⑤のうちカップルの関係がコンキュービナージュまたはパクスである場合について、関係の解消それ自体と関係の解

958) 民法典311-20条4項の責任を特別な認知義務の違反を理由とする責任として構成する見解として、Murat, *supra* note 190, pp.140 et s. ; Pons, *supra* note 17, n^{os}59 et s., pp.61 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n^{os}454 et s., pp.439 et s. ; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, *supra* note 211, n^o882, p.899 ; etc. もっとも、こうした理解を前提としつつ、現実に同項を適用した裁判例はないこと、生殖補助医療が用いられた場合にだけ特別に認知義務を課す根拠は存在しないこと、認知義務は母子関係で匿名出産制度が認められていることと整合しないこと等を根拠に、同項に対し立法論として疑問を提示する見解もある。Ex. Andorno, *supra* note 219, n^{os}441 et s., pp.249 et s. ; Deschamps, *supra* note 750, n^{os}649 et s., pp.430 et s. ; etc.

959) I 2(2)②一、本誌29号119頁以下。

消から区別されるフォートとの区別の困難さや、関係の解消から区別されるフォートを緩やかに認める一部の裁判例の傾向を指摘し、この場面における責任原因の評価の困難さ、本稿の問題関心からいえば、構想②または構想③に基づく保護対象の捉え方に即したフォートの評価の困難さを説く見解がある⁹⁶¹⁾。しかし、既述のとおり、解消プロセスの粗暴性を問う評価枠組によれば、構想②または構想③を前提にそれに即したフォートを基礎付けることは十分に可能であり、この指摘は当たらない^{962,963)}。

これらの整理からは、以下の点が明らかとなる。構想①に基づき損害賠償の保護対象を措定する場合、それに即したフォートまたは責任原因を設定するためには、そのことを規定した立法や条文、または、フォートの評価の前提になる家族法上の義務を規定した立法や条文もしくは社会的要請に基づく行為規範が必要となる。そうでなければ、構想①を前提とした解釈は、フォートまたは責任原因を明確に措定することができず、民事責任法の要件枠組との整合性を

960) ただし、古くから指摘されてきたように、日本の実定法の解決については、通常の意味での故意や過失を認定することなく離婚に伴う損害賠償を肯定しているかのような解決との関係で、あらゆる場合に有責性を認めることができるかという疑問は残る。川島武宜「離婚慰藉料と財産分与との関係——法的保護と法的構成との関係の問題として——」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』（有斐閣・1957年）270頁以下等。

961) Ex. Prothais, *supra* note 580, n^o14 et s., pp.5 et s. ; Lécuyer, *supra* note 611, pp.13 et s. ; Id., *supra* note 619, p.3 ; Id., *supra* note 449, p.2 ; Id., *supra* note 437, p.2 ; Ruffieux, *supra* note 133, n^o322 et s., pp.311 et s. ; Pizarro, *supra* note 272, n^o234 et s., pp.196 et s. ; etc.

962) I 2(2)②一、本誌29号144頁以下。

963) これに対して、類型⑥の不成立の場面で、婚姻約束の解消プロセスの粗暴性等ではなく、解消の正当性の有無を問うことを通じ、婚姻約束を解消された側等からの損害賠償請求の可否を決する枠組については（I 2(2)②二、本誌29号177頁以下）、保護対象に即したフォートの理解が法的に基礎付けられているかに疑問が残る。この枠組によれば、保護対象として婚姻成立への正当な期待が、フォートとして正当理由のない婚姻約束の解消が取り上げられるが、婚姻約束の解消の自由を前提としつつ、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を持つ義務を措定し、その違反をもってフォートを認めることには（Cf. Garrigue, *supra* note 290, n^o256 et s., pp.200 et s. また、この考え方の中に禁反言の法理を読み取るものとして、Dreifuss-Netter, *supra* note 139, pp.116 et s.）、困難が伴うからである。

失う。他方で、構想②または構想③に基づき損害賠償の保護対象を指定する場合、一般不法行為の枠組の中でそれに即したフォートを設定することに理論上の困難はなく、特別の立法や条文は必要とされない。

次に、前者のうち2つ目の例として、以下の諸解決がある。類型⑤のうちカップルの関係が夫婦である場合について、共同生活中における婚姻義務の違反にフォートの基礎を求めるとすれば、直接的には、構想①-2が問われるはずだが、かつての裁判例は、構想①-1を採用していた。これは、構想①-1に基づく保護対象に即してフォートが想定されていないという点では1つ目の例として捉えられるが⁹⁶⁴、当該フォートに即した保護対象が指定されていないという点で2つ目の例としても位置付けられる⁹⁶⁵。また、類型⑤のうちカップルの関係がコンキュビナージュである場面で展開されていた詐害的誘惑の法理では、濫用的な手段を用いて関係を成立させたことがフォートとして捉えられていることは明らかであるが、その保護対象として何が想定されているかは明らかでない⁹⁶⁶。詐害的誘惑の法理を文字通りに理解し、法律上の身分を伴わ

964) 構想①-1の考え方に基づき夫または妻としての身分や地位それ自体を保護対象として想定するならば、その保護対象に即したフォートの認定に際して、単に婚姻義務の違反があったことだけではなく、それが婚姻の解消を導く性格のものであることを明らかにしなければならないはずである。

965) 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）が用意される以前において、一部の裁判例は、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を認めていた（CA. Aix, 16 déc. 1942, *supra* note 488 ; CA. Paris, 15 déc. 1944, *supra* note 488 ; CA. Rouen, 4 fév. 1959, *supra* note 482 ; etc.）。当時の実定法では同旧301条2項に基づく損害賠償の保護対象として夫または妻という身分や地位が指定されていたことを踏まえると、これらの裁判例の解決に対しては、別居の場合には存在することがないはずの保護対象が想定されてしまっているとの評価が可能となる。ところで、これらの裁判例が共同生活中における婚姻義務の違反等をフォートとしていることは明らかである。従って、これらの裁判例の解決も、本文とは異なる形ではあるが、フォートに即して保護対象が想定されていない例の1つとして位置付けられる。

ない関係を強制されないことといった要素をその保護対象として措定する場合には、婚姻外のカップル関係に否定的意味付けを与えていない現在の法の状況において、婚姻外の身分関係の形成という点に責任原因の一端を求めることは困難であるという批判が成り立つ一方で、裁判例の多くが関係の解消によって生じた不利益を賠償されるべき損害としていることを踏まえて、関係の解消によって失った地位それ自体をこの法理の保護対象として措定する場合には、この保護対象とフォートの捉え方との間で不整合が生ずるという問題が浮き彫りになる⁹⁶⁷⁾。更に、類型⑤の解消の場面では、虚偽の認知をしたことそれ自体にフォートを求める裁判例および議論も存在したが、この解釈によると、構想①-1に基づく保護対象、すなわち、子としての身分や地位を喪失したことを問題にする解決との間に乖離が生じ、その中身が不明確になってしまう⁹⁶⁸⁾。

これらの例からは、以下の点が明らかとなる。類型⑤または類型⑥の中に位置付けられるべき諸ケースにおいて、関係を解消したことそれ自体または関係を成立させなかったことそれ自体をフォートとして取り上げることはできないとの評価を前提に、それに先行する行為態様を捉えてフォートを認定する解釈は、構想①-1に基づき保護対象を措定する立場と整合しない。このことは、構想②に基づく保護対象とそれに即したフォートの捉え方が十分に発展していなかった状況において⁹⁶⁹⁾、または、それらの発展が想定されていなかった状

966) I 2(2)②一、本誌29号124頁以下。

967) こうしたフォートの捉え方によれば、関係の解消によって生じた不利益を賠償されるべき損害として取り上げることは不可能である。この要素を賠償の対象に含めると、保護対象と損害との間に不整合が生じてしまう。これは、後者の例の1つでもある。Cf. Nast, supra 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. また、Cf. Hauser, supra note 160, p.451 et s. ; etc.

968) I 2(1)②一、本誌27号98頁以下。

969) 類型⑥のうちカップルの関係がコンキュビナージュである場合に、解消プロセスの粗暴性の評価等を起点として損害賠償を認める判例および裁判例の解決が一般的に受け入れられてからは、詐害的誘惑の法理は、ほとんど用いられていない。

況において⁹⁷⁰⁾、上記の意味での不整合を回避するために当事者の意思や合意に依拠した仮託理論が頻繁に用いられていたことから明らかとなる⁹⁷¹⁾。

最後に、後者の例について、ここでは、想定された保護対象と賠償されるべきものとして認定された損害との間に整合性が欠けていると評すべき個別の裁判例ではなく、上記のように評すべき全体としての傾向ないし実定法における有力な潮流を取り上げる。例えば、類型㉔のうちカップルの関係が夫婦である場合において、婚姻から生ずる義務の違反に基づき損害賠償が請求されるケースでは、保護対象の捉え方として構想①-2が採用され、これによれば、当該義務の違反によって生じた財産的損害および非財産的損害のみが賠償の対象になる。もっとも、婚姻から生ずる義務の違反に基づく損害賠償は多くの事例で離婚とともに請求されるため、少なくない数の裁判例では、この義務の違反に由来する損害のみならず、婚姻関係の解消から生ずる損害までもが、ここでの損害賠償により填補されるべき対象として取り上げられてしまっている⁹⁷²⁾。同様に、類型㉕のうちカップル関係が夫婦である場合において、かつての裁判例では保護対象の捉え方として構想①-1が採用され、これによれば、身分や地位の喪失によって生じた財産的損害および非財産的損害のみが賠償の対象になる。もっとも、離婚を理由とする損害賠償は多くの事例で婚姻継続中の相手方の行為態様を契機とする損害賠償と同時に請求されるため、少なくない数の裁判例では、婚姻関係の解消に由来する損害のみならず、婚姻から生ずる義務の違反に由来する損害までもが、ここでの損害賠償により填補されるべき対象

970) 既述のとおり、類型㉕の解消の場面では、構想②は、微かな形でしか看取されない。

971) 類型㉕でいえば、カップルの関係がコンキュビナージュである場合に、自然債務ないし良心の債務を民事債務へと変容させる意思または黙示の合意を認定し、当事者の一方に対して扶養に相当する額等の支払を命ずる法理（I 2(2)②一、本誌29号150頁以下）が、それである。また、類型㉕でいえば、同様の枠組により、父になるはずであった者に対して扶養に相当する額等の支払を命ずる法理（I 2(1)②二、本誌28号52頁以下）、および、虚偽の認知をした者について父として行動する義務の引受を認定し、その者に対して扶養に相当する額等の支払を命ずる法理（I 2(1)②一、本誌27号103頁以下）が、それである。

972) 注（477）で引用した判例および裁判例を参照。

として取り上げられてしまっている⁹⁷³⁾。

これらの例は、場合によって、構想①-1と構想①-2とが明確に区別されずに用いられていること、従って、保護対象の捉え方に関する構想①を基礎に据えるときには、当該事案の損害賠償により填補されるべき対象が身分や地位それ自体であるのか、それとも、身分や地位から生ずる個別的な権利や利益なのかを正確に評価しなければ、侵害された権利や利益が十分な形で価値的に回復されなかったり、過剰な形で価値的に回復されてしまったりすることを示唆している。

第2に、損害賠償の制約手法との関連では、救済手段と権利義務のいずれの次元で損害賠償の制約が指定されるかにより、当該制約手法と民事責任法の論理との整合性が異なる形で評価される⁹⁷⁴⁾。

一方で、構想㉗から構想㉙までのように、救済手段の次元で損害賠償の制約を指定する考え方によれば、民事責任法上の要件が充足されているにもかかわらず、同法の論理とは関わりのない考慮に基づき、損害を受けた者からの損害賠償請求が否定されたり限定されたりする。従って、構想㉗から構想㉙までは、基本的に、民事責任法の要件および効果の枠組と整合していない。その結果、救済手段の次元における損害賠償の制約を正当化するためには、民事責任法の枠外で、権利濫用や信義則等の一般条項またはより上位の理念によるか⁹⁷⁵⁾、その目的に照らして正当に制約を基礎付ける立法の存在を待つしかない⁹⁷⁶⁾。

他方で、構想㉚のように、権利義務の次元で損害賠償の制約を指定する考え

973) 注(292)および注(476)で引用した判例および裁判例を参照。

974) 類型㉔および類型㉕に関する一部の裁判例の解決および議論にみられた、全部義務または責任分割についての特別な理解や因果関係の分割または部分的因果関係によって「家族に対する責任」の制約を説明する考え方は（I 1(1)㉔および(2)㉔、本誌27号54頁以下、76頁以下）、特殊な民事責任法理の理解を単純に適用して損害賠償の制約を基礎付けようとするものであり、当該理解が適切かどうかは別としても、一応、民事責任法の論理との整合性を維持している。

975) 類型㉔および類型㉕の一部の事例に関する判例の解決で援用されている被害者への実質的な完全賠償の確保という考慮（I 1(2)㉔、本誌27号59頁以下）は、これに該当する。

方によれば、その制約には民事責任法の論理によって一応の説明が与えられる。構想⑤-1、構想⑤-2、および、類型③に関する一部の裁判例の解決に現れた構想⑤-3では、義務の不存在または義務の存在を認めた上での義務違反の不存在が損害賠償を制約する理由となっており、制約の基礎付けは、フォートまたは責任原因の枠内で与えられる。また、類型④に関する判例の解決に現れている構想⑤-3や類型①に関するかつての裁判例の解決に現れていた構想⑤-3では、権利や法律上保護される利益の不存在、または、権利や利益の存在を認めた上での衡量を媒介とした権利や利益の侵害の不存在が損害賠償を制約する理由となっており、制約の基礎付けは、フランス法の文脈でいえばフォートまたは損害、日本法の文脈でいえば権利侵害または違法性の枠内で捉えられる。

②民事責任法の本質と目的

民事責任法の本質および目的との整合性という視点から、1で整理した諸構想を検討する。ここでは、損害賠償の保護対象と制約手法とに分けて、1で整理した各構想が民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念との関係でどのように位置付けられるかを明らかにすることが課題となる。また、議論の見通しをよくするために、以下では、民事責任法の本質や目的として、権利の保障、行為規範を設定するタイプの抑止または制裁、非難を強調するタイプの制裁のみが取り上げられる。ところで、これらの本質や目的のうち、後二者については、「家族に対する責任」に関する議論の場でも一定の範囲でその意義が論じられている一方、前者に関しては、かつては、特定の権利に対する侵害に関しては責任の基礎をフォートから解放すべきではないかとの問題関心に

976) 類型③でカップルの関係が夫婦である場合に妥当している構想④については、民法典266条が用意され（I 2(2)②一、本誌29号109頁以下）、類型⑤の不成立の場面のうち生計費請求訴権における構想⑦については、1993年1月3日の法律による改正前の同旧342-4条が存在していた（I 2(1)②二、本誌28号64頁以下）。もっとも、いずれも条文もその目的に照らして正当に基礎付けられているとはいえない。

基づき⁹⁷⁷⁾、現在では、憲法やヨーロッパ人権条約の価値を踏まえつつ⁹⁷⁸⁾、または、法的に保護される権利や利益の階層化を志向しつつ⁹⁷⁹⁾、被害者側の権利または利益の保護と加害者側の権利または自由への配慮とのバランスをどのようにとるかとの問題意識から説かれることが多いため、権利保障の観点が「家族に対する責任」の場面で強調されることはほとんどない。そのため、後二者との関連では、フランスで展開されている議論の内容を踏まえて、また、前者との関連では、フランス法に外在的な観点から、1で整理した諸構想の分析を行うことが求められる。

第1に、損害賠償の保護対象に関する諸構想についていえば、いずれの構想も、それ自体としては、民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念と整合性を持つが、各構想に基づく具体的な解決の中には、結果の次元で、上記の諸理念に照らして若干の問題が内包されているものがある。

まず、権利保障との関連でみると、構想①から構想③までは、いずれも、家族という集まりに属する権利や利益ではなく、個人に帰属する権利や利益を損害賠償の保護対象として措定する考え方であり、これらの枠組それ自体は、この本質や目的に適合している。もっとも、実際の裁判例の中には、構想①から

977) Starck, supra note 642 ; Christophe Radé, *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile*, 2 – Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté, D., 1999, chr., pp.323 et s. ; etc.

978) Fabien Marchadier, *La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTD civ., 2009, pp.245 et s. ; Girard, supra note 858 ; etc. また、民事責任法に特化したものではないが、Cf. Molfessis, supra note 858 ; Anne Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. Laurent Leveneur, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 15, Dalloz, Paris, 2002 ; etc.

979) Jean-Sébastien Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réprables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, in, *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ., Paris, 2008, pp.145 et s. ; Christophe Quézel-Ambrunaz, *La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil : À la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés*, RTD civ., 2012, pp.251 et s. ; Marie Dugué, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, préf. Patrice Jourdain, Bibliothèque de droit privé, t.588, LGDJ., 2019 ; etc.

構想③までで想定されている権利や利益を価値的に回復または実現するのに十分な賠償が必要な範囲で付与されているか⁹⁸⁰⁾に疑問が残る解決もみられる⁹⁸¹⁾。例えば、構想①-1や構想①-2との関連では、類型③または類型⑤のうちカップルの関係が夫婦である場合において、婚姻の解消から生ずる損害と婚姻の解消とは関わりのない損害との区別が明確でないことと相まって、一部の裁判例の解決でみられるように、類型③で保護対象の捉え方として構想①-2を基礎に据えているにもかかわらず婚姻の解消から生ずる損害を賠償の対象としたり、類型⑤で保護対象の捉え方として構想①-1を基礎に据えているにもかかわらず婚姻の解消とは関わりのない損害を賠償の対象としたりすると、権利や利益が過剰な形で価値的に回復されてしまう一方、類型⑤で保護対象の捉え方として構想①-1を基礎に据えているにもかかわらず婚姻の解消から生ずる損害の一部を賠償の対象から除外すると、権利や利益が過少な形でしか価値的に回復されなくなってしまう⁹⁸²⁾。これらの問題は、日本法の文脈でも同様に当てはまる⁹⁸³⁾。また、類型③または類型⑤のうちカップルの関係が夫婦である場合において、現在の実定法では保護対象の捉え方として構想②または構想③を基礎に据えているとみられる立場が有力な潮流になっているところ、そこでは最終的に認容される損害賠償の額が少なく、場合によっては象徴的損害賠償にとどまっているとの評価もされている⁹⁸⁴⁾。しかし、構想③のように

980) 権利の価値的な回復または実現という視点については、潮見佳男『不法行為法』(信山社・2005年)222頁以下、長野史寛『不法行為責任内容論序説』(有斐閣・2017年)等を参照。

981) こうした問題意識との関連で、権利の価値的な回復および実現という視点から純粋経済損失の算定の問題を論じた、近刊予定の拙稿「取引的不法行為と純粋経済損失の算定基準——権利の価値的な回復及び実現という視点からの検討——」新美文文ほか編『不法行為法研究 第2巻』(成文堂・2021年)所収も参照。

982) この点は、各構想と民事責任法の要件および効果との整合性を検討した①で既に言及されている。

983) 拙稿・前掲注(2)「2」109頁。

984) Colombet, *supra* note 250, n°54, p.79 ; Mignon-Colombet, *supra* note 304, n°14, p.11 ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°252, pp.158 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°1488, pp.698 et s. ; etc.

個人的な感情等を保護対象とするのであればともかく、構想②のように他者との繋がりに由来する人格等を保護対象とするときには、こうした額の少ない損害賠償によってこれらの権利や利益が十分な形で価値的に回復されるかには疑問が生ずる。ただし、このような損害賠償額の算定に関わる問題は、権利保障の観点に基づき各構想から論理的に導かれる帰結が賠償額の次元で徹底されていないことを意味するにすぎない。この問題は、具体的事案において慎重に損害賠償額を評価することを通じて解消されうる。その意味で、これは、各構想それ自体に内在する欠陥ではない。

次に、行為規範を設定するタイプの抑止や制裁との関連では、一部の学説において、類型③から類型⑤までの場面で「家族に対する責任」を認めることには、以下の2つの意義があることが指摘されている。第1に、この責任を肯定することは、家族法上の様々な規範を民事責任法の中に取り込むことによって、民事責任法の抑止機能を介して、家族のメンバーに対し家族法上の規範に即した適切な行動を促すことができ、その結果、家族法の実効性の確保に資する⁹⁸⁵⁾。また、第2に、この責任を肯定することは、民事責任法の適用を通じ家族法の規定で明確に定められていない義務の存在を明らかにし、民事責任の規範的機能を介して、家族のメンバーに対し相手方の状況に配慮した行動を促すことができ、その結果、家族法の補完となりうるルールの創設に寄与する⁹⁸⁶⁾。本稿の分析枠組に即していえば、第1点は、保護対象の捉え方として構想①が基礎に据えられる場合の民事責任法の規範的機能に、第2点は、保護対象の捉え方として構想①および構想②（または、場合によっては構想③）が基礎に据えられる場合のそれ⁹⁸⁷⁾に関係する。ところで、こうした議論は、より広い視点からみると、民事責任法における規範的機能を回復させ、その意義を強調する考え方の1つとして位置付けられるが⁹⁸⁸⁾、ほかの場面で展開され

985) Pons, supra note 17, n^{os}253 et s., pp.155 et s. et n^{os}336 et s., pp.199 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^{os}49 et s., pp.55 et s. et n^{os}344 et s., pp.339 et s. ; etc.

986) Pons, supra note 17, n^{os}32 et s., pp.45 et s. et n^{os}107 et s., pp.87 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^{os}250 et s., pp.251 et s. ; Gonthier et Lemarche, supra note 9, pp.189 et s. ; etc.

ている議論との対比でいえば、若干の特殊性を有している。というのは、このような傾向に属する立論は、多くの場合、民事責任法が被害者保護に傾斜しすぎていること⁹⁸⁹⁾、特にフォートなしの責任が広く認められすぎていることへの反省に基づき、フォートなしの責任との関係におけるフォートに基づく責任の意義を指摘するために、後者の規範的機能を強調するのに対して⁹⁹⁰⁾、「家族に対する責任」の場面で抑止等を強調する議論は、こうした前提とは関係なく、フォートに基づく責任の規範的意義を説くものだからである。

もっとも、「家族に対する責任」の場で民事責任の規範的機能を説く議論に対する評価は、前記の2つの点のうちいずれが問題となるか、また、想定されている類型および保護対象は何かによって異なる。

一方で、家族法に由来する義務の実効性の確保という点についていえば、民事責任法の適用を通じて、家族法上の行為規範が強化され、その結果、義務者によるその履行が促されることは、確かである。家族法上の人格的義務の違反

987) 「家族に対する責任」の問題を通じて、一般的誠実や尊重の観点に基づく義務が家族のメンバー間で具体化されている場面では、保護対象として構想②（または、場合によっては構想③）が基礎に据えられる場合における民事責任の規範的機能が作用し、条文に規定された家族法上の義務が社会状況を踏まえ現代に即する形で具体化されている場面では、保護対象として構想①が基礎に据えられる場合における民事責任の規範的機能が作用する。

988) 例えば、民事責任法において予防（Stéphanie Grayot, *Essai sur le rôle des juges civiles et administratifs dans la prévention des dommages*, préf. Geneviève Viney, Bibliothèque de droit privé, t.504, LGDJ, Paris, 2009；Cyril Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préf. Catherine Thibierge et Pierre Noreau, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol.110, Dalloz, Paris, 2011；etc.）や私的罰（Suzanne Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. Geneviève Viney, Bibliothèque de droit privé, t.250, LGDJ, Paris, 1995；Alexis Jault, *La notion de peine privée*, préf. François Chabas, Bibliothèque de droit privé, t.442, LGDJ, Paris, 2005；etc.）を強調する議論が、それである。

989) 他方で、こうした反省は、賠償のイデオロギーの告発へと連なる。Cf. Cadiet, *supra* note 76；Mazeaud, *supra* note 732；etc.

990) 「家族外に対する責任」との関連で展開されている議論について、拙稿・前掲注（3）「家族のメンバーによる不法行為と責任」168頁以下。

に関しては、民事法のみならず刑事法や行政法の領域も含め、実効的なサンクションの仕組がほとんど存在していないため⁹⁹¹⁾、このことは、特に重要な意味を持つ。もっとも、「家族に対する責任」が縦の家族関係と横の家族関係のどちらで問題となるかによって、その意義が異なる形で評価される可能性もある。縦の家族関係では、上記のような状況下で、民事責任法を通じて父母等を責任化し、父母に対して子への義務を尽くさせたり、親の一方または双方に対して子の利益に関わる他方またはほかの家族のメンバー等への義務を果たさせたりすることには、子の利益の確保という観点から重要な意味がある⁹⁹²⁾。これに対して、横の家族関係では、類型㉔で婚姻に由来する人格的な義務の弱화가みられる状況下においてサンクションの賦課を通じて人格次元に関わる行為規範を強化したり⁹⁹³⁾、類型㉕で婚姻関係の解消が緩やかに認められるようになっている状況の中で関係の維持に向けた行為規範の存在を強調したりすることには、異論もありうる。

他方で、家族法に由来しない義務の創設と家族法上の規律の補完という点についていえば、実定法の分析からは、以下の例が抽出される。まず、類型㉔および類型㉕で、カップルの関係が夫婦、パクス、コンキェビナーージュのいずれであるかにかかわらず、構想㉒が基礎に据えられている場面では⁹⁹⁴⁾、一般的な誠実や尊重の要請をカップル間で具体化させた行為規範が設定されている⁹⁹⁵⁾。また、類型㉖の変型としての位置付けになるが、一部の裁判例の解決および議論では、ある子との関係で訪問権や受入権を持たない家族のメンバー

991) Cf. Pons, supra note 17, n^os339 et s., pp.201 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^os355 et s., pp.353 et s. ; Siffrein-Blanc, supra note 135, n^os566 et s., pp.584 et s. ; etc.

992) Pons, supra note 17, n^os35 et s., pp.47 et s. et n^os339 et s., pp.201 et s. ; Siffrein-Blanc, ibid. ; Gonther et Lemarche, supra note 9, pp.189 et s. ; etc.

993) この点を肯定的に評価するものとして、Maury, supra note 283, n^o9, pp.520 et s. ; Manigne, supra note 856, n^o12, p.6 ; Chartier, supra note 283, La réparation du préjudice, n^o271, pp.336 et s. ; etc.

994) 類型㉔について、I 2(2)①、本誌28号82頁以下、118頁以下、128頁以下。類型㉕について、I 2(2)②一、本誌29号101頁以下、139頁以下、154頁以下。

が親等によりその子との交流を阻害された場合に、保護対象に関する構想②の考え方を前提として、その者と子との間に存在した実質的な関係の評価を踏まえ損害賠償請求の可否が決せられているところ⁹⁹⁶⁾、これを義務者の側からみれば、この解決は、子の利益を考慮しつつ、子との訪問や交流等に関わる家族法上の権利を持たない家族のメンバーとの関係で親が尽くすべき行為規範を設定するものとして位置付けられる⁹⁹⁷⁾。更に、類型⑥に関する一部の裁判例の解決および議論では、保護対象に関する構想①-1の考え方を基礎として、身分や地位それ自体の保護が図られており⁹⁹⁸⁾、この解決を父になるはずの者の側から捉え直せば、父子関係の成立に向けた行為規範の存在が浮かび上がってくる。これらのうち、前二者のように、保護対象に関する構想②の考え方を前提に、家族法上の規律を補うべく、一定の関係に由来する人格の保護を図り、その裏返しとして、家族法の外で一定の行為規範を設定することは、家族的な繋がり豊かなさをより多面的に考慮するものとして、適切である。しかし、後者のように、保護対象に関する構想①-1の考え方を前提に、身分や地位それ自体の保護を図り、その裏返しとして、身分や地位の成立に向けた行為規範を

995) かつては、類型⑥でカップルの関係がコンキュビナージュである場合について、この関係の解消は違法な状態からの離脱であり、違法な関係の解消をフォートとみなすことはできないという理由から、関係を解消した側の民事責任を原則として否定する見方 (Guinard, *supra* note 580, n^o50 et s., pp.79 et s. ; etc.) が存在し、この見方に対する反論の1つとして、関係の解消との関連でコンキュビナージュの当事者に民事責任を負わせることによって、解消自由という自由結合カップルの利点を消滅させ、このことを通じて、コンキュビナージュの当事者を婚姻へと促すことができるという理解が示されることもあった (Esmain, *supra* note 599, pp.49 et s. ; *Id.*, *supra* note 580, n^o15 et s., pp.772 et s. また、*Cf.* Muller, *supra* note 580, n^o6, p.329)。この理解においては、民事責任の賦課により、解消プロセスにおける行為規範ではなく、非典型的な関係の解消および法定的な関係の構築に向けた行為規範が設定されている。もちろん、自由結合カップルが社会的に承認されている現状において、こうした理解の仕方は受け入れられない。

996) I 2(1)①、本誌27号94頁以下。

997) *Cf.* Pons, *supra* note 17, n^o339 et s., pp.201 et s. ; Siffrein Blanc, *supra* note 135, n^o567 et s., pp.461 et s. ; etc.

998) I 2(1)②、本誌28号45頁以下。

課すことは、家族法の価値判断とは相容れない義務を想定することにもなりかねず、疑問がある。このことは、保護対象として構想①-1を基礎に据える場合には、解釈の仕方によっては家族法の規律に反する行為規範が設定される可能性があることを示唆している。

最後に、非難を強調するタイプの制裁との関連では、類型③でカップルの関係が夫婦である場合に認められる損害賠償⁹⁹⁹⁾、類型⑤でカップルの関係が夫婦である場合に認められる損害賠償¹⁰⁰⁰⁾、類型⑥の中で言及した民法典311-20条4項に基づく責任¹⁰⁰¹⁾、類型⑦で構想されていた自らがもうけた子との関係で親子関係を成立させなかった者の特別の責任¹⁰⁰²⁾等に関して、罰の発想に基づく説明の有用性が説かれることがある¹⁰⁰³⁾。これらの説明のうち、第1の損害賠償、第2のうち一方的有責離婚判決を受けた者が負う損害賠償、および、第3の損害賠償については、責任の基礎としてフォートが採用されているため、その当否は別としても、私的罰からの正当化は不可能ではないが、第2のうち夫婦関係の終局的変質による離婚を求めた者が負う損害賠償、および、第4の損害賠償については、責任原因としてフォートは想定されておらず、衡平またはリスクに基づく責任が問題となるため、私的罰からの正当化は困難である¹⁰⁰⁴⁾。また、前二者に関しても、現在の法状況、すなわち、婚姻に由来する

999) Givord, *supra* note 281, n^{os}36 et s., pp.62 et s. et n^{os}80 et s., pp.121 et s. ; Chartier, *supra* note 283, La réparation du préjudice, n^o271, pp.336 et s. ; Desnoyer, *supra* note 20, n^{os}224 et s., pp.284 et s. ; Mignon-Colombet, *supra* note 304, n^o14, p.11 ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n^{os}518 et s., pp.346 et s. ; etc.

1000) Lobin, *supra* note 484, n^o4, p.3 et n^o7, pp.4 et s. ; Desnoyer, *supra* note 20, n^{os}217 et s., pp.276 et s. ; Carbonnier, *supra* note 250, n^o607, pp.1355 et s. et n^o614, p.1383 ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n^{os}242 et s., pp.151 et s. ; etc.

1001) Desnoyer, *supra* note 20, n^{os}219 et s., pp.278 et s.

1002) Siffrein-Blanc, *supra* note 135, n^o448, pp.368 et s.

1003) 必ずしも明確に罰の発想が示されているわけではないが、虚偽の認知をしその後撤回した者がその対象となった子に対して負う損害賠償について、Radé, *supra* note 170, p.3. また、強制性交をした者がその結果生まれた子に対して負う損害賠償について、Radé, *supra* note 122, p.3.

人格的な義務の弱化がみられ、婚姻関係の解消が緩やかに認められるようになっていく状況の下では、人格的な義務に違反したことや婚姻関係を維持しなかったことに罰を科すという発想は受け入れがたい。このことは、保護対象として構想①を基礎に据える場合には、場面によっては過剰な罰が課される可能性があることを示している。

第2に、損害賠償の制約手法に関する諸構想についていえば、その中には、民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念に照らして受け入れられないと評価すべきものが存在する。

まず、構想②および構想④は、民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念とは整合しない。これらの考え方は、「家族に対する責任」が家族のメンバー相互の間における紛争との関連で問題となる場合に、本来的には個人に帰属する権利の保護が図られるはずの場面で、または、守られるべきものとして設定された行為規範への違反が存在するはずの場面で、更には、法秩序に反する行為がされたとして否定的評価に伴う罰が科されるべき場面で、損害賠償請求を制約するものであり、個人の権利保障、行為規範を設定するタイプの抑止や制裁、非難を強調するタイプの制裁といういずれの本質や目的にも反する。ただし、類型⑤でみられた構想④は、非難を強調するタイプの制裁の観点に限っていえば、一定の範囲で、正当化される余地を持つ。民法典266条にみられた損害の重大性による制約に関しては、立法により極めて重大な結果を生

1004) 私的罰と賠償との区別の基準については議論が存するものの、少なくとも前者の場合にフォートが必要とされることに関しては、一般的に承認されている。CF. Marie-Ève Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, préf. Pierre Hébraud, Bibliothèque de droit privé, t.135, LGDJ., Paris, 1974, pp.59 et s. ; Coutant-Lapalus, *supra* note 864, n^{os}447 et s., pp.381 et s. ; Jault, *supra* note 988, n^{os}20 et s., pp.15 et s. ; Clothilde Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Yves Lequette, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 45, Dalloz, Paris, 2005, n^{os}155 et s., pp.121 et s. ; Charlotte Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, préf. Yves Lequette, Bibliothèque de droit privé, t.570, LGDJ., Paris, 2016, n^{os}238 et s., pp.193 et s. ; etc.

じさせないような行為に対しては非難が不要であるとの態度決定がされたと理解することもできるからである。もっとも、同条に存在する行使時期や請求主体に関する制約は、それらが行為者側の非難の程度に影響を与える要素ではない以上、制裁の観点からは正当化されない。

なお、構想⑦および構想④は、「家族に対する責任」が家族のメンバーと家族外の者との間における紛争に関わって間接的に意味を持つ場合、より具体的にいえば、類型①でみられた、ある者が直接被害者として家族外の者に対し損害賠償を請求する場面において、その者の一定の家族のメンバーが当該損害の発生に関与していたときに、直接被害者と損害の発生に関与した者との間に存在する家族連帯を理由に損害賠償を減額していたかつての裁判例の解決や議論、および、ある者が間接被害者として家族外の者に対し損害賠償を請求する場面において、直接被害者であるその者の一定の家族のメンバーにも何らかのフォートが存在したときに、間接被害者と直接被害者との間に存在する家族連帯または家族関係を考慮し損害賠償を減額する判例の解決や議論においても¹⁰⁰⁵⁾、民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念に反する結果をもたらしている。この場面で賠償の減額を受ける者自身には何らのフォートも存在しないため、これらの解決は、権利保障の目的に反するばかりでなく、損害の発生または拡大の抑止に繋がらず、また、罰の目的に応えるものでもないからである¹⁰⁰⁶⁾。

次に、構想⑤は、適切な形で基礎付けられた損害賠償以外の救済手段の仕組が十分なものであり、これらを通じて権利保障が実現され、または、行為規範の遵守が確保される限りにおいて、権利保障や行為規範を設定するタイプの抑止や制裁という本質や目的に反しない。もっとも、現在の実定法では、既述のとおり、構想⑤が用いられたりその有用性が指摘されたりしている場面でもより適合的な救済手段が用意されているとはいえず、構想⑦を採用すると、上記の

1005) I 1(1)②および(2)②、本誌27号52頁以下、83頁以下。

1006) Cf. Viney, Jourdain et Carval, *supra* note 85, n°428, p.402.

諸目的が実現されなくなってしまう。また、構想⑦は、仮に損害賠償以外の救済手段の仕組が十分に確保されているとしても、それが制裁の意味を有していなければ、非難を強調するタイプの制裁という目的に反する。例えば、類型③で家族法上の義務の履行を確保するための仕組が用意され、損害賠償とは別のより適合的な救済手段として捉えられると仮定しても、その仕組は、行為者への非難を意味するものではないから、罰という目的は実現されないまま放置される。

最後に、構想⑤は、権利義務の次元における損害賠償の制約、つまり、当該場面において義務違反による権利や利益の侵害の存在を認めない考え方であり、本来的に保護されるべき権利の保障を否定する枠組ではないため、権利保障という本質や目的には反しない。同様に、構想⑥は、その基本的な考え方に照らせば、守られるべきものとして設定された行為規範への違反や法秩序に反する行為の存在そのものを否定するため、基本的には、行為規範を設定するタイプの抑止や制裁、非難を強調するタイプの制裁という本質や目的にも反しない。しかし、構想⑤-3については、前提となる制度の内容によっては、民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念に反する事態が生ずる。例えば、類型③に関する一部の裁判例の解決および議論でみられた構想⑤-3には、既述のとおり、一方に婚姻義務の違反がある場合に他方による婚姻義務の違反を促進させる効果があるため¹⁰⁰⁷⁾、これによれば、守られるべき行為規範への違反を促したり、法秩序に反する行為に罰を科さなかったりする帰結が導かれてしまう。

③考慮されるべき諸価値への配慮

民事責任法の枠内で斟酌されるべき対抗価値や当該問題の解決に際して考慮されるべき諸価値への配慮の仕方という観点から、1で整理した各構想を検討する。「家族に対する責任」が問題となる場面では、考慮されるべき諸価値は

1007) 注(939)で引用した文献を参照。

損害賠償の保護対象および制約手法に関する各構想の中に直接的な形で反映されており、この点はこれまでの検討からある程度明らかとなる。そのため、ここでは、被害者として位置付けられる側と加害者として位置付けられる側とに分けて、対応する日本法の議論および「家族の保護」または「家族外に対する責任」に関わる議論と対比させつつ、ごく簡単な整理をするにとどめる。

まず、被害者として位置付けられる側からみると、現在のフランス法においては、横の家族関係では、構想①の発想に基づき身分や地位に配慮する場面を残しつつも、構想②および構想③の各発想に基づき可能な限り家族内の個人に焦点を当てる考え方が明確に現れている一方、縦の家族関係では、構想①の発想に基づき身分や地位に配慮する思考、とりわけ、子の利益を考慮する考え方が強く現れている。ところで、「家族の保護」に関わる場面では、横の家族関係では、構想②に対応する考え方が支配的であり、縦の家族関係では、構想②に対応する考え方が主流でありつつ、一定の場面で構想①に対応する考え方もみられた¹⁰⁰⁸⁾。これらの整理を踏まえると、被害者として位置付けられる側に焦点を当てる際に考慮されるべき価値に関しては、「民事責任法と家族」全体の傾向として、横の家族関係では、問題となる場面に応じて濃淡に差はあるものの、身分や地位から個人への緩やかな形での移行が看取され、縦の家族関係では、問題となる場面に応じて可能な限り子の利益に配慮すべく、身分や地位を強調する議論と個人を強調する議論とが使い分けられていることが分かる。これに対して、日本法の文脈における「家族に対する責任」では、いずれの傾向もそれほど強くない。すなわち、横の家族関係で「家族に対する責任」が問われる場合に個人の保護に重心を置く傾向も、縦の家族関係で「家族に対する責任」が問われる場合に身分や地位の保護と個人の保護をともに図る傾向も、実定法ではみられない¹⁰⁰⁹⁾。

次に、加害者として位置付けられる側からみると、学理的な議論は別として、

1008) 拙稿・前掲注 (3)「家族の保護 (2・完)」78頁以下。

1009) 拙稿・前掲注 (2)「2」71頁以下。また、「家族の保護」について、同・前掲注 (2)「1」64頁以下。

少なくとも実定法の次元では、保護対象である権利や利益の内容に応じて責任原因の強度に差は付けられていないため¹⁰¹⁰、特別の立法がない場面では、民事責任の要件としてフォートが設定され、その中で加害者側の権利や自由が考慮される。その上で、横の家族関係では、構想⑤-1および構想⑤-2に基づき、権利義務の次元で、加害者として位置付けられる側の自由や自律により一層の配慮が示されている一方¹⁰¹¹、縦の家族関係では、こうした配慮がないばかりでなく、一定の場面では、認知義務を措定する解決にみられるように、加害者として位置付けられる側の自由の余地を残さないフォートの解釈が提示されたり、生計費請求訴権のように、特別の立法によりフォートの有無を問わない責任が創設されたりしている。ところで、「家族外に対する責任」のうち、民法典1242条4項に基づく未成年者の行為に関する父母の責任が問われるケースでは、構想①に対応する考え方が支配的であり、しかも、現在の実定法では、この責任はフォートの有無を問わない当然責任として位置付けられており、親の行動自由への配慮は、ほとんどみられない¹⁰¹²。これらの整理を踏まえると、問題となる場面に応じて濃淡に差はあるものの、「民事責任法と家族」全体の傾向として、縦の家族関係では、親の自由に何らかの配慮を示すことなく、身分や地位を起点として、子または家族外の第三者に対する親の責任を構築する傾向が明確に看取される。これに対して、日本法の文脈における「家族に対する責任」では、横の家族関係で加害者とされる側の自由や自律に特段の配慮を

1010) この点については、Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation : Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance (GRERCA), Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t.36, IRJS., Paris, 2012に収められた、Hadi Slim, Les intérêts protégés par la responsabilité civile en droit français, pp.113 et s. および Geneviève Viney, Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile : Synthèse, pp.149 et s. を参照。

1011) ただし、類型⑥でカップルの関係が夫婦である場合には、民法典266条により、一定の範囲でフォートなしの責任が認められている。その結果、この場面では、損害賠償の支払を義務付けられる者の自由への配慮が後退している。

1012) 拙稿・前掲注(3)「家族のメンバーによる不法行為と責任」127頁以下、142頁以下。

示す傾向も、縦の家族関係で加害者とされる側の自由に配慮することなくその責任を導く傾向も、明確な形ではみられない¹⁰¹³⁾。

おわりに

フランス法では、「家族に対する責任」について、日本法と同じく、身分や地位それ自体またはこれらから生ずる個別的な権利や利益の保護の問題として位置付ける考え方（構想①）、および、家族のメンバーとの関わりの中で生きる個人の人格や利益の保護の問題として把握する考え方（構想②）が存在するほか、日本では明確な形で説かれていない構想として、家族から切り離された個人の人格や利益の保護の問題として捉える考え方（構想③）も存在する。また、フランス法では、日本法と同じく、「家族に対する責任」を、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間の家族的な一体性の観点から制約する考え方（構想⑦）、家族秩序または家族の平和の観点から制約する考え方（構想④）、救済手段としての適合性の有無という視点から制約する考え方（構想⑤）、および、問題となる制度の性格を踏まえて制約する考え方（構想⑥）が存在し、これらとは対照的に、「家族に対する責任」の制約を一切認めない考え方（構想⑧）も存在する。そして、家族のあり方および民事責任法の枠組という視点から上記の各構想を分析すると、それぞれの構想に関しては、フランス法と日本法とでほぼ共通した評価が得られる。もっとも、具体的な場面における各構想の現れ方については、フランス法と日本法とで一定の相違がある。

まず、損害賠償の保護対象に関する構想についていえば、日本の議論では、類型③から類型⑤までのいずれの場面で「家族に対する責任」が問われているかにかかわらず、基本的に構想①-1または構想①-2の各考え方が受け入れられているのに対し、フランスの議論では、現代における家族のあり方を踏まえる形で、横の家族関係が問題となる類型③および類型⑤で「家族に対する責

1013) 拙稿・前掲注(2)「2」71頁以下。また、「家族外に対する責任」について、同・前掲注(2)「3・完」21頁以下。

任」が問われる場合には、保護対象の捉え方として、構想①-2の考え方だけでなく、構想②（および、場面によっては構想③）の考え方が併用され（類型④）、または、構想①の考え方が排斥された上で、構想②と構想③の考え方が利用されている（類型⑤）一方で、縦の家族関係が問題となる類型⑥および類型⑦で「家族に対する責任」が問われる場合には、保護対象の捉え方として、基本的には、構想①-1および構想①-2の各考え方が用いられ、構想②および構想③の各考え方は、補充的な形でのみ使われている。こうした両法における保護対象の捉え方の相違は、より具体的には、第1に、構想②の考え方を広く利用することによって、横の家族関係と縦の家族関係のそれぞれにつき、家族法上の権利義務に還元されない豊かな内容を保護対象の次元に取り込むかどうか、第2に、横の家族関係と縦の家族関係のそれぞれの特質を踏まえる形で、「家族に対する責任」の保護対象を措定するかという点に現れている。そして、フランス法における上記のような各構想の現れ方は、横の家族関係では個人の自由と自律を重視する基本的な発想を、縦の家族関係では子の利益と親の責任化を強調する基本的な発想を反映したものとなっている。

確かに、フランス法と日本法では、「家族に対する責任」の問題を検討するにあたり前提となる家族法の仕組が異なっている。しかし、家族法の仕組としてどのようなものが用意されているかという点にかかわらず、家族を個人の幸福実現のための手段として位置付ける立場からは、家族としての繋がりには家族法上の権利義務に解消されない法的な意味が付与されなければならない。保護対象に関する構想②は、こうした要請に応える枠組である。従って、上記の第1点は、日本法の下でも、肯定的に理解されるべきである。より具体的に言えば、構想②に基づく保護対象の捉え方は、家族法の仕組の相違とは無関係に、日本法においても広く受容されるべきである。また、日本でも、少なくとも一定の範囲では、カップルの当事者の自由や自律が重視され、子の利益を保護することの重要性が指摘されている。そのため、フランス法でみられたような徹底した立場をとるかどうかはともかく、保護対象に関する構想②の考え方をより広く受け入れることを前提として、横の家族関係において構想①-1の影響

力を弱めること、縦の家族関係において構想①-2の影響力を強めることは、日本法の下でも十分に考えられる。

次に、損害賠償の制約手法に関する構想についていえば、日本の議論では、構想㉗および構想④として理解することができる立場が示されることがある一方で、学理的な次元ではともかく、実定法の次元では、構想㉗および構想㉘は看取されないのに対し、フランスの議論では、構想㉗として位置付けられる立場でも家族的一体性の発想は前面に押し出されていない点、構想④に基づくものとして理解されている条文は家庭の平和の確保または維持という目的を実現することができていない点、構想㉗として位置付けられる立場はとりわけ人格的義務の違反の場面では損害賠償以外の救済手段の不十分さゆえに一般的に受け入れられていない点で、構想㉗から構想㉘まではいずれも否定的に捉えられているものの、横の家族関係で問題となる「家族に対する責任」に限れば、構想㉘-1または構想㉘-2の発想に基づく権利義務次元での制約は、実定法で影響力を有している。こうした両法における制約手法の捉え方の相違は、より具体的には、第1に、構想㉗や構想④といった外在的観点からの損害賠償の制約手法が機能する余地を認めるか、第2に、構想㉗や構想㉘-1ないし構想㉘-2のような家族それ自体ではなく個人の自由や当事者の自律に着目した損害賠償の制約手法に一定の意味が与えられるかという点に現れている。

本稿における分析の成果を踏まえれば、上記の第1点については、家族のあり方および民事責任法の枠組のいずれの観点からも、否定的に理解されなければならない。すなわち、構想㉗および構想④は、受け入れられない。これに対して、上記の第2点に関しては、日本法では十分な展開がみられないものの、少なくとも横の家族関係で問題となる「家族に対する責任」に限っていえば、理論的には、構想㉗や構想㉘を採用する余地はある。ただし、そのためには、これらの各構想を受け入れる前提が確保されることが必要不可欠となる。まず、構想㉗による場合には、家族法上の救済手段が整備され、権利や利益を保護するための枠組が適切に用意されていなければならないが、類型㉔と類型㉕のいずれの場面でも、現状では、その条件が充足されているとはいえない。次に、

構想⑤-2による場合には、当事者の合意によって家族法上の権利義務を規律する可能性が認められなければならないが、夫婦の場合はもちろん、自由結合カップルの場合であっても、とりわけ人格的次元の権利義務関係を当事者の合意により規律することには疑問がある。最後に、構想④-1による場合には、個人の自由や自律に配慮して権利義務を捉え直すことが求められる。フランス法でみられたような形で婚姻義務の弱化が受け入れられるとすれば、構想④-1は、日本法の下でも十分に機能する。

前稿および本稿の検討によれば、各類型における損害賠償の保護対象および制約手法の捉え方については、以下の方向性が目指されるべきである。

まず、類型①および類型②においては、家族外でも問題となる一般的な権利や利益の侵害および義務の違反が問題となる以上、損害賠償の制約は否定されなければならない。この結論は、家族のあり方および民事責任の枠組という視点に基づく各検討成果から、支持される。

次に、類型③および類型④においては、家族関係が存続している中で家族法的な権利や利益の侵害および義務の違反が問題となるため、構想①-2の考え方にに基づき、身分や地位から生ずる個別的な権利や利益の保護が図られるべきことはもちろんであるが、家族という存在またはほかの家族のメンバーとの関わりが個人の人格や生活にとって有益であること、構想①-2の考え方ではこうした見方を民事責任法の中で受け止めることができないことを踏まえれば、それに加えて、構想②（または、場合によっては構想③）の考え方にに基づき、身分や地位とは無関係に存在する個人としての人格や利益の保護も図られなければならない。その際、損害賠償の制約手法については、構想④の考え方が原則とされるべきである。横の家族関係が問題となる類型③では、構想⑦または構想⑤-1の各考え方にに基づき損害賠償の制約を措定することは、家族のあり方および民事責任法の枠組からの検討成果によれば、理論的には妨げられず、特に、構想④-1の考え方には現代のカップルのあり方に適合的な面が含まれているものの、現状では、その前提が十分に確保されているとはいえない。

最後に、類型⑤および類型⑥においては、失われた、または、成立しなかった身分や地位それ自体を保護することには、家族のあり方および民事責任法の枠組からの検討を踏まえると困難が伴うため、構想②および構想③が基礎に据えられるべきである。類型⑥では、フランス法でみられたように、子の利益を最大限に考慮するため、構想①-1および構想①-2の各考え方を広く用いることも考えられないわけではないが、少なくとも、現在の日本法を前提とする限り、それを可能にするような制度的および解釈論的基盤は存在しない。もちろん、類型⑤および類型⑥でも、損害賠償の制約は否定されなければならない。

【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）