

筑波ロー・ジャーナル

29号

2020年12月

論 説

「コインハイブ事件」に含まれる憲法上の争点	大石 和彦	1
AIへの法人格付与に関する私法上の覚書（2・完）	岡本 裕樹	21
新たなフランス民法における債務のコースの役割の存続とその課題 ——1135条2項・1169条・1186条の場合を中心に	小林 和子	51
フランス法における家族のメンバーに対する民事責任（3） ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	75
不動産購入資金提供者の先取特権	直井 義典	185
中小企業向けIFRSはなぜ受け入れられないのか	弥永 真生	225



目 次

論 説

「コインハイブ事件」に含まれる憲法上の争点	大石 和彦	1
AI への法人格付与に関する私法上の覚書（2・完）	岡本 裕樹	21
新たなフランス民法における債務のコースの役割の存続とその課題 ——1135 条 2 項・1169 条・1186 条の場合を中心に	小林 和子	51
フランス法における家族のメンバーに対する民事責任（3） ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	75
不動産購入資金提供者の先取特権	直井 義典	185
中小企業向け IFRS はなぜ受け入れられないのか	弥永 真生	225

論 説

「コインハイブ事件」に含まれる憲法上の争点

大 石 和 彦

はじめに

第1 総説

第2 法令違憲

1 総説

2 本件について

(1) 漠然不明確性

(2) 手段違憲

第3 本件被告人に刑法168条の3を適用し処罰することの違憲性

第4 刑法168条の3を憲法適合的に解釈すれば本件被告人の行為は同条の構成要件に該当しないこと

1 総説

2 本件について

はじめに

以下は、「コインハイブ（Coinhive）事件」被告人側主任弁護人を通じ、私が最高裁判所に提出した意見書である（そのため、普通「本稿」というべきところ「本意見書」との表記となっている部分がある。）。

同事件は、被告人が自ら運営するインターネット上のウェブサイトにて、閲覧者の同意を得ることなく閲覧者の電子計算機に仮想通貨の採掘作業（マイニング）を実行させるプログラムコードを設置したことについて、不正指令電磁的記録保管の罪（刑法168条の3）で起訴されたというものである。1審の横浜地判平成31年3月27日・判時2446号78頁は、上記プログラムコードにつき、その機能内容や本件当時における同種のプログラムに対する関係者の評価等に

鑑みれば、不正な指令を与えるプログラムに該当すると判断するには合理的な疑いが残るから、不正指令電磁的記録に該当せず、被告人において、人の電子計算機における実行の用に供する目的があったとも認められないとして無罪としたが、2審（東京高判令和2年2月7日・判時2446号71頁）の有罪判決を受け、被告人側から上告がなされた。

同事件被告人側主任弁護人の平野敬氏（電羊法律事務所所長）は当法科大学院修了生であり¹⁾、彼が本件上告に当たりクラウドファンディングで資金調達して意見募集を行った例²⁾は、立法事実の顕出のための基礎資料収集方法に新たな選択肢を加えるものとしても注目される。

第1 総説

本件をめぐり、憲法に照らしつつ展開可能な議論としては、以下の三つが想定される。

- 1) 本件被告人が行った行為に対し原審が適用した刑法168条の3が憲法に違反する。
- 2) 本件被告人が行った行為に対し、仮に裁判所が刑法168条の3を適用し処罰する判決を下すとしたら、その判決が憲法に違反することになろう。
- 3) 刑法168条の3にいう「前条第1項…各号に掲げる」、すなわち同法168条の2第1項第1号にいう「その意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える」との要件を憲法適合的に限定解釈し、あるいは同法168条の3にいう「正当な理由」を憲法適合的に（拡張）解釈した場合、本件被告人が行った行為は同条の構成要件に該当しない。

1) <https://elsh.jp/>

2) <https://www.hacker.or.jp/coinhiveopinion/>

このうち最高裁が1)の判断を行う場合は、裁判所法10条2号にいう「法律…が憲法に適合しないと認めるとき」に、また2)を行う場合は、同号の「処分が憲法に適合しないと認めるとき」に、それぞれ該当しようが、3)は、そもそも真正面から憲法判断を行うわけではなく、それ自体は刑罰法規の解釈に過ぎないから、上記各号いずれにも該当しない。

上記のうち3)は、さらに以下のとおり二分できる。

3-1) 刑法典上の上記両規定に用いられた文言を一般的な字義どおり解する
なら違憲であると疑われるところ、両規定の構成要件該当範囲を限定的に（一般的な字義の射程範囲から違憲部分を取り除いて）解釈する場合

3-2) 両規定そのものの憲法適合性については特段問うことなく、両規定の構成要件該当範囲を限定解釈し、そうした限定解釈をすべき理由（の一つ）を憲法に求める場合

上記のうち3-1)は両規定そのものに違憲の疑いを見出す点で1)に近い側面を持つが、3-2)は、両規定そのものの違憲性についても、刑法168条の3により被告人を処罰することの違憲性についても、真正面から問うものではない³⁾。

3) 宍戸常寿「シンポジウム 憲法適合的解釈についての比較法的検討1. 日本」比較法研究78号(2016)4頁以下は、3-1)を「合憲限定解釈」、3-2)を「狭義の憲法適合的解釈」と呼び、前者の例として「都教組事件」上告審判決（最大判昭和44年4月2日・刑集23巻5号305頁）、「札幌税関検査事件」上告審判決（最大判昭和59年12月12日・民集38巻12号1308頁）、「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決（最三小判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁）等を、後者の例として「西山記者事件」上告審判決（最一小判昭和53年5月31日・刑集32巻3号457頁）、「『四畳半襖の下張り』事件」上告審判決（最二小判昭和55年11月28日・刑集34巻6号433頁）、「堀越事件」上告審判決（最二小判平成24年12月7日・刑集66巻12号1337頁）等をあげている。

第2 法令違憲

1 総説

上記のうち1)、すなわち当該事件において適用される法令そのものを憲法判断の対象とする場合にも、どのような観点からそれを行うかにより、以下の二種がある⁴⁾。

1-1) 当該規定が本来的に意図した規制対象範囲が広過ぎることそのものを憲法判断の対象にするのではなく、同規定が本来的に意図した規制対象範囲と、それを表すために用いられた文言の一般的な語義との間のズレの大きさ（漠然不明確性または過度の広範性）を憲法判断対象とする場合

1-2) 当該規定の（もちろん本来的な）目的が合憲かどうか、または規制手段に行き過ぎ（当該規定が本来的に意図した規制対象範囲が広範に過

4) ドイツでは、憲法上の権利を制約する規定が「正当化」される（憲法上の権利を制約しているにもかかわらず、結論的には合憲とされる）か否かの判断には、当該規制手段に行き過ぎ（過剰）が無いかどうかを「比例原則」に照らして審査することを含む「実質的」正当化（本文にいう1-2）に相当）と並び（おそらくはそれに先立ち）「形式的」正当化があるとされる。「形式的正当化」を構成する要素の中でも主たるものとしてまずあげられるのは、「法律の留保」（当該規定が形式的意味の法律に当たらない行政立法等の場合、法律上の根拠があるかどうか）である。また、「法律の留保」と並び、「規範の明確性」（さらには「過度の広範性」問題を含め、本文にいう1-1）に相当する問題）も「形式的正当化」を構成する要素の一つとされる。「規範の明確性」を「形式的正当化」問題の一つに数える渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I 基本権』（日本評論社2016）69頁以下 [松本]、「正当化」のうちの「形式的観点」の一つと表現する小山剛『「憲法上の権利」の作法（第3版）』（尚学社2016）47頁以下。渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究71号（2009）1頁以下 [19頁]、同「憲法訴訟の現状」法政研究76巻1・2号（2009）33頁以下 [53頁]、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法論証を求めて』（日本評論社2013）79頁は、形式的正当化の要素として明確性（漠然性のゆえに無効）に加え、過度の「広汎」性の問題をあげる。

ぎることを含む。)がないかどうかを憲法判断対象とする場合

つまり、一言で(規制対象範囲の)「広範性」を憲法判断対象とする場合といっても、当該立法が本来的に意図した規制対象範囲が広範に過ぎることを問題視するのであれば1-2)に、当該規定に含まれる文言の一般的な語義の広範性ゆえ、立法が本来的に意図した範囲を超えて規制が及んでいるものと被治者が誤解してしまうことを問題視するのであれば1-1)に、それぞれ該当することになる。なお1-1)は、とりわけ憲法21条が保障する表現の自由等(集会の自由もしくは知る権利を含む。)を制約する法令または刑罰法規が憲法判断対象とされる場合に限り問題とされてきた⁵⁾。

1-1)においては、法令上用いられた文言の語義の漠然不明確性または過度の広範性により、本来は規制されていない(合法的)行為にまで規制が及んでいる(可能性がある)ものと被治者が誤解(または萎縮)し、当該行為を控えてしまうことが問題となる。これが、いわゆる「萎縮的効果」の名で語られてきたものである。1-2)が本来的な法効果が及ぶ範囲の過度の広範性を問題視するのに対し、1-1)において問題視される萎縮的「効果」なるものは、「効果」とはいつても、本来的法効果の射程の問題ではなく、当該行為に対し本来は及んではないはずの法効果が及ぶ(可能性がある)ものと、あくまで被治者の側が誤解(または萎縮)するという、いわば“事実上”の効果の射程の過度の広範性を問題視する点に、両者の間の違いがある。

1-1)における問題には、「漠然不明確性」と「過度の広範(広汎)性」の二様あるとされてきたが、両者の間にはどのような違いがあるのか、そもそも

5) 刑罰法規に当たらない(行政処分の根拠)法令の文言の射程範囲の不明確性ゆえ憲法21条に違反するか否かが争われた事案としては「札幌税関検査事件」(前掲注3)、表現の自由に当たらない自由を制約する刑罰法規の明確性および広範性に関する事例としては「福岡県青少年保護育成条例事件」(最大判昭和60年10月23日・刑集39巻6号413頁)、表現または集会の自由を制約する刑罰法規の広範性が問題とされた事案としては「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決(前掲注3)を、それぞれあげることができる。

両者を分けることができるのかについては、これまでのところ必ずしも明快な説明はなされてこなかったのが実情であると思われる。もっとも「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決⁶⁾は、「条例がその文言どおりに適用されることになる」と、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題がある」と認めた上、この（過度の広範性の）問題につき、かなりのスペースを割いて検討したのに対し、「本条例…の各規定が明確性を欠き、憲法21条1項、31条に違反する旨」の上告人（被告人）側主張に対しては、「各規定の文言が不明確であるとはいえない」と応答したのみであり、要するに、漠然不明確性については、問題につき検討したのではなく、問題の存在自体を認めなかった。つまり同判決に従う限り、（広島市暴走族追放条例事件には含まれていなかった）漠然不明確性の問題と、（まさに広島市暴走族追放条例事件に含まれていた）過度の広範性の問題とは、区別することができるし、また、そうすべきだ、ということになる。では、両者はどのような点で区別し得るのか。次のように考えることができよう。

漠然不明確な法令が被治者の自由に対して害をもたらすケースとしては、以下の二種が想定される。

A) 被治者が本来合法的な行為を、委縮して控えてしまうケース

B) 被治者が本来違法な行為を合法だと誤解して行ってしまうケース

上記のうち、いわゆる「萎縮的効果」論が想定するのがケースAである。これに対しケースBが「萎縮的効果」論の射程には入らないことは、いうまでもない。ケースBの被告人は、「萎縮」せず違法行為を行っているからだ。特に刑罰法規が漠然不明確であってはならないことは、憲法31条の含意の一つである罪刑法定主義の、とりわけ自由主義的側面のコロラリーと考えられる

6) 前掲注3。

が、漠然不明確な刑罰法規が被治者の自由に対して害悪をもたらす際の、もたらし方が、AとBとは異なっている。ケースAでは、「萎縮」した被治者は、本来合法的な（科刑という法効果が及ばないはずの）行為を控えてしまうという、いわば“事実上”の「効果」によって自由を害されるのに対し、ケースBにおいて逮捕起訴された被告人は、いわば「不意打ち」的に、本来的法効果である科刑の危険に晒される。ケースBに該当する刑事事件の場合、当該法令の漠然不明確性により不利益を被ったのは、当の被告人自身であるから、当該法令の漠然不明確性につき被告人に違憲主張適格が認められるべきことは当然（いい換えれば、裁判所が漠然不明確性問題につき憲法判断回避しなければならない理由はない）であろう。これに対し、構成要件該当行為を「萎縮」せず、あえて行った（挑戦的な）被告人が、当該刑罰法規の漠然不明確ゆえ不特定多数の（善良な）訴外第三者が、ケースAの想定どおり「萎縮」している可能性があることを理由に違憲主張した場合には、付随的違憲審査制の下で、訴外第三者に及ぶ不利益をめぐる主張適格が認められるか（被告人がそのような違憲主張をしても、裁判所は判断回避すべきではないか）が問題となる⁷⁾。以上要するに、ケースAに含まれる「萎縮的效果」問題については、訴外第三者の自由に対して及ぶ事実上の「効果」を、自身は萎縮しなかった被告人が主張する形となるのに対し、ケースBの「不意打ち」問題については、まさに「不意打ち」を受けた当の被告人自身が、自身の自由が侵害された旨、裁判の場で主張する形となる。

漠然不明確な文言を含む法令が、上記A、B両方のパターンの害をもたらす可能性を持つのに対し、過度に広範な文言を含む法令をめぐる場合は、上記Aのみ想定すれば足り、Bを想定する必要はなからう。最高裁が、過度に広範かが問題とはなるものの、漠然不明確ではないと断言した広島市暴走族追放条例を例に、これを説明しよう。同条例をめぐる憲法問題の所在は、「暴走族」の

7) この問題を提起した典型例が「徳島市公安条例事件」上告審判決（最大判昭和50年9月10日・刑集29巻8号489頁）における高辻正巳裁判官意見である。

定義規定に当たる同条例2条7号が用いた、「暴走行為をすることを目的として結成された集団又は公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団」との部分に表れている。このうち、最高裁は「又は」の前の部分、すなわち「暴走行為をすることを目的として結成された集団」を「社会通念上の暴走族」または「本来的な意味における暴走族」と呼び、「本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され…」とした上、「このように限定的に解釈すれば、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえない」との結論に至った。つまりここでも、ある種の漠然不明確性、すなわち条例が本来意図した規制対象範囲の境界線が必ずしも明らかでないことが問題となっはいるものの、それは条例が本来想定する規制対象範囲の境界線の、専ら「外側」、すなわち上記定義規定のうち「又は」以下の部分のどこで引かれているのかが不明確なため、上記AB2パターンのうち、専らAにおいて想定される萎縮的効果が問題とされているのであって、条例が本来想定する境界線の「内側」、すなわち「社会通念上の暴走族」または「本来的な意味における暴走族」による集会行為に対する「不意打ち」的な科刑の危険（上記のうちB）が問題とされているわけでは全くない。同事件被告人が引退後も引き続き「面倒見」として事実上支配し、同人が主催した集会の参加者が所属していた「観音連合」が「社会通念上の暴走族」に当たることについては、市の職員による中止・退去命令により当該集会が条例の規制対象である旨が明確化される以前に、被告人自身にとっても既に明確であったはずであろう。そうであったにもかかわらず、同事件被告人は、条例に対する独自の反抗心から、同条例の本来的規制対象となることを知りつつ、あえて当該集会を強行しようとした、挑戦的な者である⁸⁾。同人は、Bパターンの想定する、

特に法に対して独自の反抗心があったわけではなく、「不意打ち」的に逮捕起訴された被告人とは明らかに対照的である。以上要するに、上記1-1)の問題にも、A（外側に及ぶ萎縮の効果）とB（内側に及ぶ不意打ち的科刑）の両方が問題となる事例パターンと、専らAが問題となるパターンとがあり、前者が「漠然不明確性」、後者が「過度の広範性」の名で、それぞれ呼ばれてきたものと整理することができる。

2 本件について

(1) 漠然不明確性

以上を念頭に見るなら、本件はBパターンの事例である。つまり、法による本来的規制対象とはならないと信じ、当該行為を行った被告人が「不意打ち」的に逮捕起訴された類型の事件である。このことから、本件につき被告人側から1-1)の観点で違憲性を主張する場合、法の文言の「過度の広範性」ではなく、「漠然不明確性」を主張すべきことになる。すなわち、本件被告人が運営するインターネット上のウェブサイト「ボカログ」の閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置に仮想通貨モネロの取引履歴の承認作業等の演算を行わせるプログラムコードが蔵置されたサーバコンピューターに、同サイト閲覧者の同意を得ることなく同電子計算機をアクセスさせ、同プログラムコードを取得させ、同電子計算機に上記演算を行わせるためのプログラムコードを、ボカログを構成するファイル内に蔵置保管した本件被告人の行為は、事件当時の一般的な評価では「グレー」とされていたこと、すなわち違法との認識が一般的であったとは言い難いことに鑑みれば、これを違法とは思わずに継続した被告人に対し、刑法168条の3の「前条第1項…各号に掲げる」、すなわち同法168条の2第1項第1号の文言のうち、特に「不正な」との部分は、十分な事前告

8) 同事件原審（広島高判平成17年7月28日・刑集61巻6号662頁）が認定した事実によれば、「このままでは命令を出すよ。」との市職員による警告に対し、同事件被告人は「出してみやあ。何が条例やあ。怖ないんじゃ。」と応じ、集会を継続していることから、同人が全く「萎縮」していないことがうかがわれる。

知機能を果たさなかったことが明らかであり、その不明確性ゆえ、憲法31条に違反するというべきである。

(2) 手段違憲

法令上用いられた文言の漠然不明確性または過度の広範性を理由に、法令が憲法31条に違反すると断じられた場合、法改正により明確な、または過度に広範でない文言へと差し替えれば、法令が本来的に規制しようとした行為を取り締まること自体が妨げられるわけではない。漠然不明確性または過度の広範性を理由とした法令違憲判断は、法令の本来的規制対象が広過ぎることを難するものではなく、あくまで規制対象を表現するための文言選択の不適切性を難するに過ぎないからである。だが、もし仮に刑法168条の3の構成要件該当範囲の本来的な射程が、検察官および原審がいう通り、本件被告人の行為にまで及ぶというのであれば、同条は1-2)の観点からも、憲法に違反すると考えられる。本件被告人が行った上述の行為は、それ自体としては経済的利益の追求であり、憲法22条1項の射程の問題とはなりうるであろうが、本件被告人が用いた「Coinhive」は、ネット上のウェブサイトを通じた表現活動を安定的に維持するために必要な費用を賄うための一手段としても期待されていた面を持つことに鑑みると、仮に被告人の行為が刑法168条の3の構成要件に本来的に該当するとすれば、同条は憲法21条1項が保障する表現の自由そのものを直接制約するわけではないにせよ、その趣旨に反する疑いもある。また、被告人が行った、閲覧者が用いる電子計算機に特段の実害を加えることのない行為⁹⁾にまで科刑範囲を広げる刑法168条の3は、その限りで憲法31条の含意の一つとしての「『罪刑の均衡』の原則」¹⁰⁾に反するとも考えられる。

不正指令電磁的記録に関する罪の保護法益（立法目的）は、電子計算機のプ

9) 本件被告人がボカログを構成するファイル内に蔵置保管したプログラムコードにより所定の演算を強られる際、ボカログ閲覧者が用いる電子計算機にかかる負荷（一時的な消費電力の増加や処理速度の低下）が「使用者の気づかない程度」ととどまるものであったことは、有罪判決を下した原審も認めるところである。

プログラムに対する社会一般の信頼（を保護すること）であるが、こうした立法目的自体が憲法に反するわけではないことはいうまでもない。だが、こうした規制目的と、同目的を達成する手段として本件被告人の行為にまで規制範囲を広げることとの間の関係性につき、とりわけそれらの間の均衡性（狭義の比例性）という観点から見ると、刑法168条の3は憲法22条1項、31条、さらには表現の自由を保障した憲法21条1項の趣旨に反するものといわざるを得ない。すなわち、まずは本件被告人の行為を規制対象とすることにより得られる利益につき考えると、本件被告人による、特段の実害を認めることのできない行為を取り締まるのが、電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼の保護という立法目的達成のために有意な関連性、必要性を持つものとは到底考え難い。一方、本件被告人の行為を規制対象とすることにより犠牲とされてしまう利益を考えると、独り本件被告人がウェブ上の表現発信を安定的に維持するための費用を賄うための有力な一選択肢を失うにとどまらず、今後のウェブ・サービスの質を向上させるための資金源となる可能性のある選択肢の芽を摘むことにより、将来的にはウェブサイト閲覧者一般に提供される情報の多様性が損なわれることとなる。このように考えると、本件被告人が行った実害の認め難い行為にまで規制範囲を広げることは違憲というべきである。少なくとも、本件被告人が行った一事例に適用される限りで、刑法168条の3は違憲であるともいえるし¹¹⁾、あるいは同条が、本件被告人が行ったような行為類型一般に対し適用を予定する部分に限っては違憲である¹²⁾。

10) 例えば芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第7版）』（岩波書店2019）253頁は、「『罪刑の均衡』の原則」を憲法31条の一含意とする「通説」に対し、「ほぼ妥当なものと評」している。

11) 当該刑罰法規の保護法益を実質的に害するとは考えられない行為を被告人が行った当該一事例に適用される限りで、刑罰法規が違憲であるとの判断手法を採った日本における代表例は猿払事件第1審判決（旭川地判昭和43年3月25日・刑集28巻9号676頁）である。

第3 本件被告人に刑法168条の3を適用し処罰することの違憲性

仮に刑法168条の3そのものが違憲とはいえないとしても、本件被告人に対し同条を適用し処罰すること（それは結局、有罪判決だということになる。）が憲法に違反する。

法令そのものではなく、それを根拠として行われる個別具体的な公権力的行為（行政処分や裁判判決など）に対する憲法判断の例は、最高裁判例に限っても少なくないが、それらの事例においては、法令を対象として憲法判断を行う場合のような、立法目的と規制手段に分けての「二段構え」の審査¹³⁾ではなく、例えば「博多駅テレビフィルム提出命令事件」¹⁴⁾、「君が代不起立事件」¹⁵⁾等に見られるように、当事者の憲法上の権利を制約することによって得られる利益と失われる利益との間の均衡性を端的に検討したものが多¹⁶⁾。「立川自衛隊官舎ビラ配布事件」上告審判決¹⁷⁾は、刑罰法規そのものではなく、それを被告人の行為に適用して処罰することの合憲性を検討した点で、ここでの検討課題に近いものがあるため、合憲判断の理由を述べた部分を以下に引用する。

(ア)「本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われている

12) こうした、法令が想定する適用対象の一部に適用される限りで違憲とする判断手法については、郵便法（当時）68条、73条の規定のうち、書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分、および特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分が憲法17条に反するとした最大判平成14年9月11日・民集56巻7号1439頁、および女性について6箇月の再婚禁止期間を定めていた民法733条1項（当時）のうち100日超過部分につき、上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点において憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反するに至っていたとした最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁という先例がある。

13) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和48年度』（法曹会1975）144頁 [田尾勇]。

14) 最大決昭和44年11月26日・刑集23巻11号1490頁。

15) 最二小判平成23年5月30日・民集65巻4号1780頁。

のではなく、表現の手段すなわちビラの配布のために『人の看守する邸宅』に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われている…」

- (イ)「…本件で被告人らが立ち入った場所は、防衛庁の職員及びその家族が私的生活を営む場所である集合住宅の共用部分及びその敷地であり、自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に入出入りすることのできる場所ではない。たとえ表現の自由の行使のためとはいえ、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私的生活を営む者の私生活の平穩を侵害するものといわざるを得ない。」

16) その理由については、これまで必ずしも明示的に語られてきたわけではないが、これにつきあえて考えてみると、個別具体的な国家行為の合憲性を検討する際には、その目的の憲法適合性審査が不要になる(手段レベルの合憲性しか問題にできない。)という要因を、一つには考慮に入れるべきだろう。つまり、個別具体的な国家行為の場合、その目的とは、その根拠となった法令のそれと、少なくとも通常の場合、一致すると考えられるところ、仮に法令の目的自体が違憲であるとすれば、個別具体的行為の違憲性を問う以前に、そもそも根拠法令自体が違憲だということになるため、根拠法令が違憲かどうかは問わないという前提の下で(その問題についてはショートカットして)、それを根拠として行われた個別具体的行為の合憲性のみを論じる際の、その前提に矛盾することになる。また、仮に法令の目的とは異なる目的で個別具体的な行為が行われた場合、その行為は、違憲性を問う以前に、根拠法令に照らし違法というべきであろう。「オウム真理教解散命令事件」に関する最一小決平成8年1月30日・民集50巻1号199頁は、宗教法人法81条に規定する宗教法人の解散命令の制度の目的の合理性、および当該解散命令が必要でやむを得ない法的規制であること等を、同解散命令が合憲である理由としているが、ここで注意すべきは、「目的」審査の対象はあくまで「制度」一般のそれであって、当該解散命令ではないことである。つまり同判決は、個別具体的な国家行為の合憲性審査に当たっても「目的」と「手段」の「二段構え」の審査が行われた例のように一見したところ見えるものの、実は個別具体的な国家行為独自の(法令審査における立法目的に対する審査とは別の)目的審査はあり得ないことを示す例というべきであろう。

17) 最二小判平成20年4月11日・刑集62巻5号1217頁。

上記のうち（ア）では、「表現の手段」の一つに過ぎない行為の処罰の合憲性が問題となっている当該事件においては、表現の自由に対する制約の程度は、少なくとも「表現そのもの」に対する処罰との比較で、低いとの見積もりが示されている。一方（イ）では、「私生活の平穩」という、被告人がした（ような）行為を処罰対象とすることにより保護される利益が大きいとの見積りが示されていると同時に、「たとえ表現の自由の行使のためとはいっても」との部分からすれば、被告人の表現の自由を制約（犠牲に）しても、それにより得られる「私生活の平穩」という利益が前者との比較上も十分大きい（均衡性を失するものではない）という価値衡量判断も示されていると考えられる。

上記諸判例に倣い、本件につき見るに、本件被告人の行為を規制対象とすることにより得られる利益と失われる利益との間に均衡性が認められないことは、上記第2・2・(2)において述べたとおりである。

第4 刑法168条の3を憲法適合的に解釈すれば本件被告人の行為は同条の構成要件に該当しないこと

1 総説

上記第1で見た3-1) において行われる「合憲限定解釈」にしても、3-2) において行われる「(狭義の) 憲法適合的解釈」にしても¹⁸⁾、そうした解釈の対象となる法令をめぐる論じ得る憲法問題には、第2で見たとおり1-1) と1-2) の二種があり得る。例えば3-1) の例とされる「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決は、

(ア)「本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限

18) これらの用語の意味については注3で述べた。

られるものと限定されると解される。」

とした上で、これに続けて次のように述べる。

(イ)「そして、このように限定的に解釈すれば、本条例16条1項1号、17条、19条の規定による規制は、広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穏を害してきたこと、規制に係る集会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制によっていること等にかんがみると、その弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照らし、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえない…。」

以上のうち(ア)は、上記のように限定解釈するという、いわば条件付きで、当該条例には1-1)の法令違憲問題(条例上の文言の「過度の広範性」問題)はないとの判断である。

これに対し、条例の「目的」および「手段」に言及する(イ)は、1-2)の法令違憲問題はないとの判断である。このように、合憲限定解釈によって解消される法令違憲の疑いには、1-1)が想定するものと、1-2)が想定するものの二種があり得る。

また、いわゆる「堀越事件」上告審判決¹⁹⁾も、国家公務員法102条1項が禁ずる、国家公務員による「政治的行為」(これは刑罰法規(同法110条1項19号(当時))の構成要件とされてもいる。)の範囲につき、「国民は、憲法上、表現の自由(21条1項)としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自

19) 前掲注3。

由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることを理由（の一つ）として、「その範囲が画されるべきもの」、すなわち「同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの」に限られると解しているため、これを合憲限定解釈の一例と考えることもできようが（おそらく、そう理解するのが素直であろう。）、同判決に付された千葉裁判官補足意見によれば、「これは、いわゆる合憲限定解釈の手法…を採用したというものではない」という。だとすれば、本意見書における上記分類でいえば、同判決は3-1（合憲限定解釈）ではなく、3-2（（狭義の）憲法適合的解釈）の例ということになる。しかし、この、同判決が採った手法が「合憲限定解釈」なのか、それとも「（狭義の）憲法適合的解釈」なのかという、どちらかというところノミナルな問題はさておき、国家公務員法102条1項にいう「政治的行為」に対し行った上記解釈の帰結として、同判決が実際に述べている肝心の中身の方は、以下のように、広島市暴走族追放条例事件上告審判決の上掲部分とパラレルに理解し得るものであることが明らかである。

- (ア)「…上記の解釈の下における本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえないと解される。」
- (イ)「…本件罰則規定により…禁止の対象とされるものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。」

やはり堀越事件上告審判決も、限定解釈を施す限りにおいて、国家公務員法

の罰則には1-1)の法令違憲問題はない(「政治的行為」という文言が「不明確なものとも、過度に広汎」ともいえない)と述べる(ア)の部分と、その「目的」達成手段が「必要かつ合理的な範囲のもの」として、1-2)の法令違憲問題が認められないとする(イ)の部分から成っていることがわかる。

もちろん、3-1)の「合憲限定解釈」が行われた事例においても、3-2)の「(狭義の)憲法適合的解釈」が行われた事例においても、必ず(ア)と(イ)の両方が行われる、というわけではなく、それらのうちの一方のみが行われる事例²⁰⁾の方が、むしろ多い。

2 本件について

本件は刑罰法規の解釈適用をめぐる事案であることから、その文言の明確性および罪刑の間の均衡性が、憲法31条から要請されることは上記第2にて述べたとおりである。また本件被告人の行為が、今後のウェブ・サービスの質を向上させるための資金源となる可能性を探る実験としての意味を持つものであることに鑑みれば、そうした行為を取り締まることは、間接的にせよ、憲法21条1項が保障する表現の自由にもかかわるものといえる。これらの点に照らせば、刑法168条の3にいう「前条第1項…各号に掲げる」、すなわち同法168条の2第1項第1号にいう「その意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える」との要件は憲法適合的に限定解釈されるべきである(そう解すること

20) (ア)と同種の、つまり専ら1-1)に対応する法令文言の「漠然不明確性」または「過度の広範性」に関する例として、徳島市公安条例事件(前掲注7)、福岡県青少年保護育成条例事件(前掲注5)等、(イ)と同種の、つまり専ら1-2)に対応する憲法問題を限定解釈によって払拭(しよう)した例として、都教組事件(前掲注3)、よど号ハイジャック記事抹消事件上告審(最大判昭和58年6月22日・民集37巻5号793頁)、インサイダー取引事件(最大判平成14年2月13日・民集56巻2号331頁)等をあげることができよう。特にこれらのうち最後の平成14年判決は、憲法21条1項により保護された表現の自由等の制約に関するケースでも、また刑罰法規の合憲性をめぐるケースでもないため、1-1)が想定するタイプの法令違憲問題を論じようのない(法令違憲問題を論じるとすれば、専ら1-2)のタイプでしかありえない)事例といえる。

により、刑法168条の3は上記第2・2・(1)および(2)において述べた二種の法令違憲問題を両方とも免れることになる。)。すなわち、そのうち「不正な」とは、刑法168条の3の保護法益に対する侵害が単に観念的なものにとどまらず、実質的に認められる場合に限られるというべきである。このように刑法168条の3の構成要件該当範囲を限定的に解した場合、本件被告人の行為がそれに該当するか否かについては、少なくとも本件第1審がいうとおり、「合理的な疑いが残る」といわざるを得ない。

確かに本件被告人の行為は、「グレー」、すなわち「白」(当該規定が本来規制対象とはしなかったことが明らかなケース)とはいえない、という見方もあるかもしれない。だが、逆にいえば「黒」(当該規定が本来規制対象に含めたことが明らかなケース)といい切ることができないことも、また確かである。こうした微妙なボーダーライン上のケースにつき、処罰範囲の射程が及ぶものと、捜査官、検察官が、そして最終的には有罪判決をもって裁判官が決めてしまうことは、実質的に見れば、いうまでもなく本来は立法府に独占されるべき刑罰法規の射程の決定権を、その極々一部ではあれ、彼(女)らに委任するに等しい。罪刑法定主義の民主主義的側面(刑罰法規を定立しうるのは民主的に選挙された代表者からなる立法府のみに許されるという、近代国家の大原則)、そして権力分立的側面(刑罰法規を定立する者と、それを適用する者は、同じであってはならないという建前)、さらには憲法41条の含意である国会中心立法の原則の趣旨からすれば、「グレー」な事例が刑罰法規による規制の射程に入るとの最終判断は、裁判所が有罪判決という形でこれを行うべきではなく、裁判所としては、まずは無罪の判決を行った上、被告人の行為を将来的に本当に規制の射程に入れるべきか否かの判断は、国会による再検討に委ねることが、憲法41条(にいう「立法」に含まれることが明らかな刑罰法規に対象を特化した特別規定としての同31条)の命ずるところと考えられる。かくして本意見書が至った結論は、被告人の行為の構成要件該当性につき「合理的な疑いが残る」本件については、第1審判決がいうとおり、まずは現時点では無罪とし、同行った(ような)行為を本来的な処罰対象に含めるべきか否かの最終判

断は、立法府へと差し戻すべきであり、そうすることこそが、公的機関相互間の権限分配に関する近代憲法の基本想定に沿う（「憲法適合的」な）ものというべきである。

（おおいし・かずひこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

AI への法人格付与に関する 私法上の覚書 (2・完)

岡 本 裕 樹

- I 本稿の考察内容
- II AIに法人格を付与することの可能性
- III 権利能力を承認するための契機
- IV 動物の「法的地位」
 - 1 「物」としての動物
 - 2 「特殊な物」としての動物
 - 3 動物法人論 (以上、第28号)
 - 4 議論の整理①——法人格を認められるべき「動物」の意義
 - 5 議論の整理②——他の法的選択肢
 - 6 議論の整理③——動物に法人格を認める際の諸問題
 - 7 小括
- V AIに法人格を付与すべきか
 - 1 AIを法主体とすることの必要性
 - 2 AIの権利主体としての適格性
- VI まとめに代えて (以上、本号)

IV. 動物の「法的地位」(承前)

4 議論の整理①——法人格を認められるべき「動物」の意義

さて、ここまでの議論について、動物への法人格付与が否定される要因を探る観点から、いくつか整理しておきたい。

まず、問題となる場面ごとに想定されている「動物」が異なっていることが、議論の進展を妨げていると考えられる。

最も抽象度の高いレベルでは、動物一般を念頭においたと思われる主張がある。個体としての動物の権利主体性を検討する青木の動物法人論は、このレベ

ルにおいて、動物への法人格付与に関する理論的議論の場を整備しようとするものと評価されよう¹⁾。ただし、青木の議論では、動物法人に認める権利を「不必要に殺されたり虐待されたりせず天寿をまっとうする権利」に限定している。こうした立場からは、法人化されうる動物の範囲も、この権利を享受しうるものに限るとの考えにつながりやすい²⁾。

次に、少し抽象度が下がり、一定の動物の集合体について、権利能力が問題とされることがある。「オオヒシクイ訴訟」と「アマミノクロウサギ訴訟」で見られた主張が、これに当たる。もっとも、これらの訴訟で原告代理人ないし原告となった者らの目的は、最終的には自然環境の保護であり、動物の当事者能力を争ったのは、この最終目的を達成するために援用したロジックの一つでしかなかった。とりわけ、後者の原告弁護団の一員だった者自身が、動物愛護ないし動物の権利をテーマにした訴訟というのは完全な誤解であると明言し、むしろ自然物に固有の権利を承認することに反対している³⁾。この論者の企図するところから離れてしまうことを自覚しながらも、本稿の観点から興味深い事象であるため、ここで少し強調しておきたい⁴⁾。

-
- 1) アメリカでは、NONHUMAN RIGHTS PROJECT (<https://www.nonhumanrights.org/> [2020. 10. 28]) が、実験施設や動物園などに収容されている個別のチンパンジーや象について、それらの法的人格、および、身体的自由をはじめとする基本的権利の帰属を訴訟で争っている。こうした活動も、動物一般について権利主体性を付与することを目的としたものと位置付けられる。この活動については、青木人志「アニマル・ライツ—人間中心主義の克服？」愛敬浩二編『人権の主体』（法律文化社、2010）246頁以下、同「動物の法的地位のゆらぎ—人間と非人間のはざままで」法時90巻12号（2018）28頁以下を参照。
 - 2) 青木人志『動物の比較法文化』（有斐閣、2002）267頁、青木人志『日本の動物法』（東京大学出版会、2009）224頁（以下、前者を「青木『比較法文化』」、後者を「青木『動物法』」として引用）。
 - 3) 山田隆夫「奄美自然の権利訴訟の提起するもの—環境法の今日的課題」自正49巻10号（1998）14頁・16頁・23頁、また、同「環境法の新しい枠組みと自然物の権利」山村恒年＝関根孝道編『自然の権利』（信山社、1996）37頁以下・61頁以下も参照。この見解は、自然物に法的当事者性ないし法的主体性を認めることには肯定的でありながら、自然物自体の固有の利益を措定するのではなく、自然環境保護を目的とするものであり、こうした主張が理論的に整合性を有するのかが疑問である。

さらに、特定の個体の個性に着目して、当該個体に限定した権利能力の例外的承認という考え方もありえよう。ペット動物のみを念頭においた議論は、こうした個別的取扱いと親和的である。だが、日本ではまだそうした主張は見られず、逆に否定的な評価が散見される。たとえば、吉田克己は、ペット動物をその飼主から人格的価値を付与された財（「愛着財」）と評価し、通常の財とは異なる特別な法的取扱いを承認する一方で⁵⁾、人・物峻別論を維持し、動物が権利の主体になることを否定している⁶⁾。

5 議論の整理②——他の法的選択肢

続いて、動物に権利能力を認める必要性があるのかも考えておこう。青木が強調するように、法人格付与という法技術の利用を正当化するには、現行制度上の問題に対する効果的な解決策たることを示すというのが常道である⁷⁾。

それでは動物への法人格付与により、いかなる問題がどのように解決されるのであろうか。まず、ペット動物の飼主が自身の死亡などによって自分では飼育できなくなる場合に、残されたペットに食料や医療サービスなどが供給されるよう備えておくことが考えられる。こうした需要には、現行信託法のもと

4) 誤解のないように述べておこうが、本稿は私法的観点からの考察のみを目的としているに過ぎない。筆者に自然保護活動の在り方について定見があるわけではなく、訴訟外の具体的な活動態様を批判するつもりは全くない。近時、アマミノクロウサギの生息数が大きく回復したことが報道された（2019年3月25日付朝日新聞夕刊）。こうした具体的成果に接し、一市民として敬服の念を抱いている。

5) 吉田克己「財の多様化と民法学の課題—鳥瞰的整理の試み」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014）12頁以下。大村敦志が、動物の法主体性を否定しつつ、「動物自体に人格を認めることはできないとしても、人間の人格の投影物として、これに特殊な保護を与えることは考えられる」としているのも、同趣旨といえる。大村敦志『民法読解 総則編』（有斐閣、2009）35頁・38頁・124頁。

6) 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999）178頁・190頁以下、同・前掲注5・16頁。吉井啓子「動物の法的地位」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014）264頁もこの吉田の見解を支持する。

7) 青木『比較法文化』266頁以下、青木人志『法と動物—一つの法学講義』（明石書店、2004）237頁（以下、「青木『法と動物』」として引用）、同『動物法』220頁以下。

での受益者の定めのない信託（目的信託 信託258以下）が対応している⁸⁾。特定個体の保護が求められる場面では、この目的信託で処理されうところが大きいであろう。

ただ、この方法は飼主が善良であることが前提となる。これに対し、青木が想定しているのは、虐待・遺棄された動物の世話についてである。こうした被害動物を法人化し、その機関たる自然人や団体が、当該動物を遺棄した飼主に対する扶養請求や食餌代相当分の金銭の請求を、もしくは、動物虐待者に対する虐待行為の差止請求や損害賠償請求を、動物の名において裁判所に申し立てることに、動物法人制度の意義を見出そうとしている⁹⁾。

これらのうち、動物虐待の差止めに関する裁判所への請求は、目の前の虐待への対処として迂遠である。端的に警察署等に通報するほうが、急を要する動物保護に資するのであり、それで十分であろう。

これに対し、飼主と動物との扶養義務関係や被虐待動物の損害賠償請求権という法律関係の設定を志向して、動物に権利能力を承認する契機をこの法律関係に見出そうとする方向性は、検討に値する。動物に法主体性がなければ、そうした法律関係は認定されないからである。この仮説の検証も含めて、次に、動物に法人格を認めることに伴う諸問題を確認しよう。

6 議論の整理③——動物に法人格を認める際の諸問題

(1) 法人格を付与する動物の範囲

(ア) 扶養義務関係を想定しうる動物の類型

最初にして最も困難な問題が、どの動物に権利能力を認めるか、その範囲の画定である。

先の青木の議論に即して、扶養義務関係を例に考察を進めよう。ここで考えられている扶養とは、経済的な支援のみならず、身上監護も含められている。

8) 新井誠『信託法〔第4版〕』（有斐閣、2014）431頁、道垣内弘人『信託法』（有斐閣、2017）316頁。

9) 青木『比較法文化』267頁、同『動物法』221頁。

そうした責任まで課されるのは、自然人の間でも、未成年の子の親権者に限られる（民法820条・877条1項）¹⁰⁾。

同様の関係性を動物と人の中で考えれば、野生動物について想定する余地はない。それ以外の非野生動物については、青木の分類に従うと、動物の個性の重要性の観点から、個性が重視される伴侶動物・展示動物（動物園・水族館などに展示されている諸動物）と、個性は重要ではない産業動物（牛、豚、鶏などの畜産動物）・実験動物（実験に使われるマウス、ラット、兎、猫、犬、猿など）に類別され、このうち伴侶動物はさらに愛玩動物（ペット動物、コンパニオン・アニマル）と就労働物（盲導犬、介助犬、聴導犬など）に分けられる¹¹⁾。これら非野生動物に関して、動物の所有者・占有者は現状でも、その種類・習性等に応じた適正な飼養・保管により動物の健康・安全を保持する責務を負っている（動物愛護管理法7条1項）。

とはいえ、産業動物・実験動物については、一定の制約はあるものの（同法40条1項・41条2項・3項参照）、所有者にそれらの殺傷が容認されているため、権利者の生活維持を目的とした扶養義務関係を認めるのは困難である。むしろ、ここでの飼養・保管に関する責務の内容に鑑みれば、これに対応した私法関係に置き換えるとすると、生殺与奪の場面を除き、相手方の身体や健康などの安全の確保を内容とする安全配慮義務関係（労契法5条参照）に類似している。このように理解すると、そこでの問題状況は、虐待を理由とする損害賠償請求の場面と多くの部分が重なってくることとなろう¹²⁾。

したがって、扶養義務関係を認めうるのは、伴侶動物・展示動物という個性に重要性が認められる動物となる。現行法のもとでも、これらの動物に関し

10) 未成年後見人は未成年被後見人に対し身上監護義務を負うが（民法857条・820条）、当然に経済的な扶養まで義務付けられるわけではなく、未成年後見人の財産管理を行うにとどまる（民法859条1項）。成年後見人であれば、自らが被後見人の身上監護を行う義務もない（民法858条）。また、経済的支援を内容とする法的扶養関係は、最大で3親等内の親族間にしか認められていない（民法877条1項・2項）。

11) 青木『動物法』35頁以下。

ては、所有者といえども殺傷や遺棄が禁じられており（動物愛護管理法44条1項・3項）、その延長線上に扶養義務関係を位置づけることは、比較的受け入れられやすい印象を受ける。

（イ）扶養義務関係の承認に対する阻害要因

ただし、その先には更なる問題が待っている。伴侶動物・展示動物の全てについて所有者との私法上の扶養義務関係を認めるとすると、そこには非現実性と過剰性が見受けられるためである。

非現実性とはどういうことか。法人格を認められる団体について登記制度があるように、動物に権利能力を認めるのであれば、権利能力を付与される動物のために、それ以外の動物と区別するための登録制度の創設が必要となると思われる。その際、その登録申請を誰が担当するのかが問題となる。法人の場合は設立者が行うが、動物の場合、動物自身が申請するのは不可能である。所有者となる者による申請も期待できない。登録しなければ必ずしも済む法的責任を自ら進んで引き受けるといふ利他的行動は、極めて稀にしか想定しえないからである。現状でも、狂犬病予防法において登録と観察の装着が義務付けられている犬について、その登録率は高くなく、個体登録を義務付けてもその実現のための方策が別途必要とされている¹³⁾。この実状からは、地方自治体や動物愛護団体などが全ての動物飼育関係を捕捉しようにも、それは非常に困難であることが確認できよう。

過剰性については、2つのことがいえる。第一に、扶養や身上監護が論じられる場面として想定されるのは、前述のとおり、善良ではない飼主が動物を虐

12) もちろん、安全配慮義務違反と虐待行為は同義ではない。安全配慮義務の内容の理解については議論があるものの、いずれにしても、動物愛護管理法44条2項に挙げられている虐待行為があれば、安全配慮義務違反との認定もされやすいであろうが、安全配慮義務を負う者には、その相手方の生命・身体・健康が侵害されない状況を積極的に整える責任も課されるため、虐待行為がなければ安全配慮義務違反もないということにはならない。また、安全配慮義務を巡っては、結果責任として捉えるのではなく、義務者に対する履行請求も認めるべきかにつき、争いがある（潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017）178頁以下とそこに挙げられている文献を参照）。

待・遺棄する場合である。善良な飼主についてわざわざ現状を変更するのは、過剰であり不要である。そうであれば、被虐待動物や被遺棄動物のみについて権利能力を検討すべきことになる。ただし、この検討の先には別の問題がある。すなわち、虐待・遺棄後に当該被害動物へ権利能力を付与するとしたとき、この効力が虐待・遺棄時に遡及することを認めなければ実効性はない。したがって、動物への法人格付与と権利能力の遡及的取得という、二重の例外的取扱いが要求されることになる。

今一つ、より重要なこととして、これは遺棄の場面に限定されるが、被遺棄動物にとり引続き人間の庇護を受けることが幸福といえなければ、もはや当該個体への権利能力の付与は不要なはずである。遺棄されたペット動物が飼主の元に戻ってくるという事例も多く耳にする。しかし、人間による拘束から解かれ、野生化することを選択したい動物もまた、少なくないはずであり、そうした動物まで人間の社会規範に組み入れるのは、やはり過剰である¹⁴⁾。そうすると、動物への法人格付与を探究するに際し、個体としての動物の尊厳を基礎とするならば、動物の「意思」が決定的な判断基準となる。だが、そうした動物の「意思」を確認する手段は、現在のところ存在しない。これに対し、被遺棄動物を收容する目的が、周辺住民に対する危害や公衆衛生悪化の予防、生態系を含めた自然環境の保護といった人間社会の事情に基因している限り、そこには動物の法的主体性を根拠づける契機は存在しない。さらに、被遺棄動物に対する憐憫の情や遺棄した飼主に対する義憤を感じて、当該動物の世話をし、その費用を元の飼主に請求しようとする行動は、当該動物を「人間の人格の投影

13) 青木『動物法』71頁。

なお、2019年改正動物愛護管理法において、犬や猫の販売業者にマイクロチップの装着と所有者情報の環境省への登録が、登録された犬猫を購入した飼主に情報変更の届け出が、それぞれ義務付けられるとともに、動物虐待への罰則も強化された。このうち、マイクロチップの義務化は、3年以内に施行するものとされているが、既に犬や猫を飼っている者には、装着の努力義務が課されるのみとなっている。この登録制度がどれほど実効性をもって運用されるのかについては、今後を見守るほかない。

14) 吉田・前掲注6・191頁。

物」としている状況といえ、そこでの行為主体は、やはり当該動物ではなく人間である。

（ウ）人間活動の道具たる性質の受容

このように、動物の尊厳の尊重を思考の基礎に据えると、法人格を付与すべき動物は、人間社会での生活を自ら欲し、主体的に他の法主体に対して権利行使する「意思」を有しているものに限定される。しかし、そうした動物を想定すること自体が、別の非現実性を帯びている。

そのため、それでも被害動物の保護の観点から動物の権利能力を認めたほうが便宜であるというのであれば、動物への法人格付与の主たる趣旨を動物の尊厳に求めるのではなく、率直に「人間の人格の投影物」としての動物を用いた人間の活動のための制度として設計すべきことになる。こうした考え方はまた、現在の動物愛護管理法の目的とも、法人制度の趣旨とも、整合的である。動物愛護管理法が目的とするのは、一方において、国民間での「動物を愛護する気風」の招来・「生命尊重、友愛及び平和の情操の涵養」と、他方において、「動物による人の生命、身体及び財産に対する侵害並びに生活環境の保全上の支障」の防止であり、最終的にはこれらを通じて「人と動物の共生する社会の実現を図ること」にある（同法1条）。つまり、同法も、あくまでも人間社会の利害に対応するものであり、動物の立場を基点としているわけではない。また、法人制度は、理念的には、団体を形成する構成員が、個人としての活動だけでは実現できない利益の追求を可能にする法技術として整備されている。団体の活動の中で、構成員個人の利益から独立した団体独自の利益が当然に生じてくるとしても、そうした団体が社団であろうが財団であろうが、法人制度が法人構成員の活動のための法的手段にすぎないことには変わりはない¹⁵⁾。したがって、

15) 民法起草者の一人である梅謙次郎は、社団法人と財団法人との間に種々の点で相違があるとしながらも、ある団体が社団法人となるか、財団法人となるかは、その団体の性質のほかに、設立者が団体運営に関与しようとする程度により選択される旨を述べており、両者の違いを絶対視していなかった。同『民法原理総則編卷之一』（有斐閣、1903年）164頁以下。

動物を権利主体として利用する際の第一義的な目的を人間の活動の便宜とするのも、想定しうる思考方針の一つといえよう。

こうした方向性のもとでは、法人格を付与する動物は、これを利用しようとする人間の選択により決定され、かつ、法人格を有する動物の範囲も、これにより画定されることになる。すると、続いて考察すべきは、誰が権利主体としての動物を利用できるのか、ということである。

（2）法人格を認められる動物の法定代理人の選任

ここまでの考察によると、善良な飼主にとって動物に法人格を付与される必要性はない。ペットとして大切に飼育したいのであれば、自己の所有物でありさえすれば十分であり、他人による殺傷の場合には、所有者として加害者に損害賠償請求できる。また、自己の財産を用いたペット動物の生活保障には、目的信託の方法がある。

そのため、繰り返しになるが、問題となるのは虐待・遺棄された動物の保護であり、動物を権利主体として利用することを許容されうる者の候補となるのは、そうした被害動物の保護を目的として活動する個人・団体である。動物が権利能力者となる状況につき、制限行為能力者類似のものとして考えるならば、これらの保護活動主体は動物の法定代理人として、青木の主張のように法人として制度化するならば（その際には、本来は物である動物に法人格を認めるため、財団法人に準ずることになる）、動物法人の代表者（理事）として、動物に帰属している権利を行使することとなる。

ただし、誰でもそうした動物の代理人的地位を認められるかといえば、そうとは限らない。被遺棄動物の場合、これを保護しようとする者は、無主物先占（民法239条1項）により、動物の所有者となりうる。しかし、元の所有者の責任を追及するには、現在の所有権だけでは不可能であるため、先に見たように動物への法人格付与と権利能力の遡及的取得という二段階の例外的取扱いが必要となる。これは、別の観点からみれば、動産所有権を契約によることなく原始取得した者が、元の所有者に対して過去における目的物の管理責任を問う

という、類例のない法的主張を認めることも意味する。また、現に虐待されている動物の保護に際しては、所有権者による所有物管理に部外者が介入していくという、財貨帰属秩序に対する例外的行為を認める形となる。これら例外的措置を特別に承認する場合、基本的な私法秩序からの乖離が大きいため、その範囲は限定的にならざるを得ない。そのため、動物の代理人的地位を認められるには、まず、当該動物を保護するための知識・経験・財務基盤といった適格性が必須であり、さらに、動物保護のための例外的措置であることから、関係する個人の利益を目的とするのではなく、もっぱら当該動物の保護のために行動することが要求される。そのうえで、これらに該当する者に、当該動物の保護に必要な範囲を限度として、動物の代理人的地位に基づく権利主張が容認されると解される。

このように動物の代理人的地位に立ちうる者を限定する場合、代理人としての適格性の評価が必要となる。そうした評価については、裁判所の後見的立場からの個別判断に委ねる方法（民法25条1項・775条・811条5項・826条・830条2項・840条・843条・849条・952条1項・1010条などを参照）や、消費者契約法上の適格消費者団体（消契法13条以下参照）のように、法律で定めた基準に従って所轄官庁（動物については環境省か）が一定の団体等に適格性を認定する方法が考えられよう。

(3) 権利帰属主体である動物の利益の保護手段

ただし、動物保護活動をしている個人や団体に動物に代わって意思決定や権利行使を行いうる法的地位を認めるときには、その地位が動物の法人格を前提とした代理人的な立場である以上、既存の法制度に照らせば、これらの者から本人たる動物の利益を守るための規律も必要になる。

すなわち、動物の法定代理人ないし動物法人の代表者は、動物に対して、善良な管理者の注意をもって職務を執行する義務（善管注意義務、民法644条・一般法人法172条1項参照）と動物の利益のために忠実に職務を行う義務（忠実義務、一般法人法197条・83条参照）¹⁶⁾を負うことになろう。より具体的には、

善管注意義務の一内容として、動物に帰属すべき財産を自己の財産と分別して管理しなければならず¹⁷⁾、これに付随して、動物の財産に関する会計帳簿等の作成が必要となると考えられる（一般法人法199条・120条・123条参照）。また、忠実義務からは、自己または第三者の利益のための代理権行使や自己契約・双方代理、動物の利益と自己の利益が相反する行為が禁じられる（民法107条・108条）¹⁸⁾。これらの禁止は、一般的には、本人のあらかじめの許諾があれば解消されるが、動物にはそうした許諾を想定できない。そこで、動物の利益において必要な利益相反行為については、特別代理人等の選任（民法826条1項・860条参照）、ないしは、理事会の承認（一般法人法197条・84条1項）が求められることになる。その際、動物愛護担当職員（動物愛護管理法34条）や動物愛護推進員（同38条）の制度を活用し、これらの者を特別代理人としたり、あるいは、あらかじめ動物法人の理事としておいたりすることも考えられる。

ただし、複数個体について動物に法人格を認めようとする際には、個体別に以上のことが当てはまり、とりわけ、財産の分別管理が求められる。このことは、従来の動物保護活動の実態、たとえば、動物愛護団体の単一の財産単位のもとで複数の動物の飼育・管理費用を支出しているという状況にそぐわないであろう。

16) 民法には代理人の忠実義務を明記した規定はないが、民法108条・826条・860条の解釈から、代理人についても一般的な忠実義務が課されるものと解されている。四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第9版〕』（弘文堂、2018）350頁以下。

17) 潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ』（新世社、第3版、2017）262頁。

18) なお、アマミノクロウサギ訴訟の原告弁護士は、前述のとおり、表向きは動物の名のもとで訴訟提起を試みながら、動物固有の利益を追求するのではなく、逆に動物の権利主体性を否定する立場を基礎として、自然環境保護という利益を実現しようとしていた。こうした態度を忠実義務の観点から評価すれば、単なるパフォーマンスとの批判とは別に、全く質の異なる法的な問題性をはらんでいたといえよう。

（4）手段としての法人格付与の妥当性

（ア）手段としての妥当性を検討するための二つの観点

ここまで、動物に法人格を認める場合に想定されるいくつかの問題について考察してきた。最後に、動物の保護を実現するために、法人格付与という手段が果たして妥当なのかを、二つの観点から改めて検討したい。一つは、動物保護という目的との適合性であり、もう一つは、動物に関する法主体としての適合性である。

（イ）目的適合性からの検討

このうち、目的適合性を検討するうえで指摘しておきたいのが、動物の法人化は現行制度でも可能なことである。一般法人法に基づいて財団法人を設立する際、設立者は300万円以上の価額の財産を拠出しなければならないが（一般法人法153条1項5号・2項）、この財産は金銭である必要はない（同法157条1項本文参照）。したがって、問題となる動物を財産として拠出して一般財団法人を設立することも、制度上は妨げられていない¹⁹⁾。ここでは動物を物として取り扱っているため、私法上の人と物の峻別にも抵触しない。

もっとも、当該動物を含めて300万円以上の価額の財産を準備し、法人機関を担当する人員を整えるというのは手間である。法人設立は、こうしたコストをかけてでも実現すべき目的を本質的動機とする。他方で、ここまで主に考察対象としてきたのは、虐待や遺棄の被害動物の保護に要した食餌代・医療費・施設費等に関する加害者に対する損害賠償請求である。これは一回的な権利行使で終了する法律関係である。この1回の権利行使の目的が、財団法人設立の動機となりえるのかを考えると、甚だ疑問である。

仮に、より簡易な法人格付与の方法が特別に制定されたとしても、法人格付与という手段が1回の権利行使という目的と適合するとは思われない。民法に一回的な財産処理のための法人制度がないかという点、相続人の存否が不明で

19) AIについて、この点を指摘するものとして、齊藤邦史「人工知能に対する法人格の付与」情報通信学会誌35巻3号（2017）21頁。

ある場合に相続財産を法人とする相続財産法人制度（民法951条）をそのように評することはできる。この制度の趣旨は、相続財産を無主物として取り扱わないようにするとともに、相続財産管理人を法人の代理人とすることで、相続人の搜索及び相続財産の管理・清算を担当する相続財産管理人の権限を法的に整備するところにある²⁰⁾。継続的な団体活動のために設立される一般の法人と比較すると、この相続財産法人は、死者の財産の帰属先を定める相続法の中で、相続財産を清算し、究極的にはそれ自体の解散を目的とするという極めて例外的な性質を帯びている。つまり、相続財産法人については、一回的な財産処理の後に消滅することが確定している。他方、動物への法人格付与が一回的な権利行使のためだけの場合、それ以降の生存期間における法人格の存続は不要であり、目的に対して過剰である。そのため、権利行使後は、再び物としての法的位置づけに復帰すべきことになろう。そうなると動物法人の場面では、ある存在がその存続の間、あるときは権利主体となり、あるときは客体となるという、相続財産法人制度にも見受けられないような、現在の私法秩序では基本的に想定されていない例外的処理を重ねることとなる。

率直に考えて、被害動物を保護した者に生じた費用負担を加害者に転嫁するという人間間の利益調整が実際の目的であれば、特殊な事務管理的制度ないしは不法行為責任を策定するなどして、保護者から加害者に対する直截的な請求を認めることのほうが、動物への法人格付与よりも現実的に映る²¹⁾。

（ウ）適格性からの検討

もう一つの権利主体としての適格性という点は、この目的適合性の問題と関連している。

始めに断っておくと、ここでの検討は、「人・物峻別論により権利の客体で

20) 谷口知平=久貴忠彦編『新版注釈民法(27)相続(2)〔補訂版〕』(有斐閣、2013) 674頁〔金山正信=高橋朋子〕

21) さらにいえば、民事法の枠組みで加害者の責任を追及する必要もない。たとえば、被害動物を保護した自治体が加害者から行政罰としての過料を徴収することにより、実質的なコスト回収を行うことも考えられる。

しかない動物には法的主体性が認められない」との命題を基礎とするものではない。この命題は一定の説得力をもつものの、これだけでは、動物に権利能力が認められないことの論拠としては不十分である。なぜ不十分なのか。先の命題に対して、「物であっても財団法人制度において法人格を付与されうる」ことを反証とし得るからであろうか。ただ、これも本質的な論証とはいえない。財産を権利帰属主体とするのは、その財産そのもののためというよりも、その財産を用いて社会活動をする構成員のための形式的な手段に過ぎず、「主」としての人により物が「従」として利用されているという図式に変わらないからである。むしろ、より重要なのは、先に権利能力平等の原則に関して確認したように、人であっても権利能力が否定されうるということである。奴隷は、人間であっても物、つまり権利の客体として取り扱われていた。また、近代以前であれば、個人は家協同体に属して生活し、完全な権利能力者は家協同体の代表者たる家長のみであった。これに対し、近代私法が権利能力の平等を基本原則とした背景には、個人の尊厳を法制度の中心に据えることについての思想的・哲学的潮流と、家協同体から離脱した個人が都市部での生活などで個別の取引主体として活動するようになったという社会状況の変化があったものとされてきた。こうした変遷は、近代私法における人と物の峻別を基礎づける理論的根拠とともに、時代によっては物とされる存在であっても権利主体としての地位を認められる可能性も示している。

翻って動物についてみると、単に物であるという指摘のみでは、なぜ物の範疇から抜き出して権利主体性を認めないのか、という問いに答えたことにはならない。その理由をここにみた権利能力平等の原則をめぐる状況に照らして考えると、2つのことを指摘すべきことになろう。すなわち、動物に権利主体性を認める思想的・哲学的基盤の未確立と、個別の取引主体としての実態の欠如である。このうち、後者についていえば、個人が独立した取引主体としての存在になったという事実こそが、私法上の権利主体性を承認することの実体的契機となっていた²²⁾。これに照らせば、動物に法人格が認められない根拠は、観念的に物として位置づけられていることではなく、私法の規律する社会生活

において主体的活動を行っていない点に求められる。動物虐待・遺棄の事実と被害動物の保護の必要性をいかに説いたとしても、それは動物が人間による保護の客体であることを示すにとどまり、動物が独立した取引主体であるとの事実の提示には繋がらない。動物保護の観点から出発する限り、権利主体としての動物の適格性を根拠づけるまでに至りえないのである。

この取引主体性の観点から法人制度を振り返ると、前述のように、構成員の財産から分別された団体の責任財産を創り出す法技術であることが重視されてきた。法人はこの責任財産を用いて、構成員個人から独立して取引活動を行っている。団体の独立した取引主体性を法的に基礎づけるのが、法人制度であるということもできよう。こうした法人制度の機能をもとに青木の動物法人論に再び目を向ければ、そこでは、被害動物の財産から保護者の財産を区別し、被害動物の債権者に対する排他的責任財産を作り出す需要は指摘されていない。つまり、青木の動物法人論では、現行の法人制度とは本質的に趣旨の異なる制度が提唱されていることにもなる。加えて、法人制度が存在するのは、突き詰めれば、社団法人であれ、財団法人であれ、構成員による社会活動の便宜のためであることも、改めて指摘しておきたい。青木の主張の中では、「主」として位置づけられるのが動物なのか人間なのかが不明確に映る。

7 小括

ここまで、動物の法的取扱いについて考察してきた。青木の動物法人論に依拠しながら動物への法人格付与について詳しく検討したのは、本稿の主題に照らし、AIと同様に現状では法主体性が認められていない動物についてその要因を明確にしておくことで、比較素材を準備できると考えたからである。これまでの考察の要点を改めて確認しておこう。

動物に法人格を認めようとする場合、まず、どのような動物を対象とするか、個別の議論ごとに抽象度において差がみられた。また、従来の考えでは、物に

22) エーアリッヒ著（川島武宜＝三藤正訳）『権利能力論』（岩波書店、改訳版、1975）65頁。

過ぎない動物に権利主体性を認めるというのであれば、現行制度の限界という意味での必要性により正当化されるべきとされていた。これらの点は関連しており、後者の必要性を明確にすると、その必要性に対応して前者の対象範囲が限定されるという関係にある。ここでは、青木の問題意識に沿って、動物の遺棄・虐待の場面を想定して検討を進めた。その中で、法人格を認める動物を他の動物から区別するための登録制度につき、現状ではその利用を期待するのは実際上困難であること、ならびに、個性に重要性が認められる伴侶動物・展示動物を対象を限定するとしても、そのすべてに法人格を認めるのは、その必要性和個々の動物の尊厳の観点から、過剰であることを指摘した。これらから、結局のところ人間は動物を自己の活動の道具として使用しているとの認識のもとで、そうした動物に法人格を認めた場合には、それを利用できる者の適格性や、この利用者に課される法定代理人ないしは代表者としての責任が問題となることを確認した。そのうえで、現行制度のもとでも動物を財産として抛出して財団法人を設立できることを前提に、一回的な被害救済のための権利行使という目的に法人格付与という手段が適格的であるか、ならびに、取引主体性を伴う存在に権利能力を認めてきたことに照らし、それを欠く動物に法主体としての適格性を認めるべきかという2つの観点から、動物に対して法人格を付与することの妥当性について、疑問を呈した。

このように、本来的には法律において「物」に分類される動物に法人格を付与することに伴う論点は、多岐にわたる。これらを踏まえて、AIの法主体性に関する検討に移ろう

V AIに法人格を付与すべきか

1 AIを法主体とすることの必要性

(1) 知的財産法上の議論

動物法人論の中で青木が強調している方法論として、現状で法主体ではない存在への法人格付与を正当化するために、その実目的や意義、そうすることで初めて解決される問題を明示すべきとの指摘があった²³⁾。そして、この

ことは、AIの権利主体性の認定においても、影響を与える要素としている²⁴⁾。そこで、まずはこうした観点から、AIへの法人格付与を検討する。

AIの権利主体性との関連で少し前に議論になったのが、AIが生成したモノに関する知的財産法上の権利である。AIを使って絵や音楽、詩歌・小説などを制作したとき、その生成物に関する著作権などが法的に保護されるかが検討された。ただ、この議論では、AI生成物のうち「AIによって自律的に生成される創作物」が「AI創作物」と定義され²⁵⁾、現在の知財制度のもとでは、AI創作物は、それがコンテンツであれ、技術情報であれ、権利の対象とならないものと確認された²⁶⁾。こうした解釈がとられるのは、著作権については、AI創作物は「思想又は感情を創作的に表現したもの」たる「著作物」（著作権2条1号）に当たらないためとされる。しかし、他方で特許等については、発明の主体が「産業上利用することができる発明をした者」（特許29条1項柱書）でいう自然人ではないことが、その理由とされている。また、商標であれば、「商標法による保護対象」となりうるという²⁷⁾。さらに、その後の議論において、人間がAIを「道具」として使用してAI制作物を得たときには、当該AI生成物に著作物性が認められる一方で、人間の創作的寄与がなければ、当該AI生成物はAI創作物として、現行法上は著作物と認められないとの見解が示されている²⁸⁾。

この議論をみるに、2つの問題を分けて考えなければならない。すなわち、AI生成物が知財法上の保護に値するか、という問題と、知財法上の保護を受けるべきAI生成物に関する権利がAIに帰属しうるのか、という問題である。著作権に関しては、前者の点で否定されている。特許等に関しては、後者の問

23) 青木『比較法文化』266頁以下、同『法と動物』237頁、同『動物法』220頁以下。

24) 青木人志「「権利主体性」概念を考える—AIが権利をもつ日は来るのか」法教443号（2017）60頁。

25) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2016」（2016）6頁。

26) 知的財産戦略本部・前掲注25・8頁。

27) 知的財産戦略本部・前掲注25・8頁・脚注5。

28) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2017」（2017）13頁。

題が否定されている。また、商標に関しては、前者について肯定されている。そのような評価も可能であろう。

ただ、先の見解は、そうした趣旨のものではないと思われる。著作権については上の理解でいいとしても、特許等については、自然人による発明ではないから保護の対象とならないと解されているのであろうし、また、商標については、その権利の帰属先への言及はみられない。つまり、先の見解は、上の2つの問題のうち、前者のみに関するもので、後者については何も触れていないと理解するのが適当であろう。さらに、AIが人間の「道具」として利用される限り、著作権のみならずその他の知的財産権についても、AI生成物に関する権利は当該利用者に帰属するというのが基本となっているようである²⁹⁾。

こうした理解によると、知財法上の観点のもとでも、AIの権利主体性の可否についてまだ十分な議論はされていないことになる。ただし、人間の創作的寄与のないAI創作物について知財法的保護の要請が高まれば、AIへの法人格の付与を認めるための一つの契機となる可能性は否定できない。

(2) AIの社会的信用

ところで、本稿冒頭で引用した文献では、別の文脈でAIへの法人格付与について言及されている。そこで想定されているのは、AIに倫理的な問題を自律的に判断させる場面であり、AIへの法人格付与によりその法的責任を問えるようになることで、消費者が企業を評価するように「人工知能法人」の倫理的判断が評価され、その社会的信用が成立するとともに、それを担保にAIがさらに社会進出していくとの構想である³⁰⁾。

この構想自体は、まだ存在しないAIを前提としているために、現実性のある主張として受け止める必要はない。また、そこで述べられていることに法人格の付与が不可欠であるか、疑問もある。IBMの「ワトソン」に見られるよ

29) 横山久芳「AIに関する著作権法・特許法上の問題」法時91巻8号（2019）50頁以下。

30) 羽生善治＝NHKスペシャル取材班『人工知能の核心』（NHK出版、2017）129頁以下。

うに、実績を重ねていきさえすれば、ある企業が提供するサービスに用いられるAIの社会的信用は自然と高まる。また、AIの法的責任を問うために法人格を与えるという場合、AIの財産的基盤がしっかりしていなければ、社会的信用にはつながらない。むしろ、信用のある企業に帰属しているAIのほうがより高い安心感を得やすいのではないか。つまり、少なくとも目的適合性の観点から、こうした構想には賛同できない。

(3) AIへの法人格付与を検討する契機

これらのことから、現時点ではAIへの法人格付与は必要とされていない。考察対象が少なすぎるかもしれないが、その少なさ自体が、法人格付与の需要の不存在を示しているともいえる。

もっとも、これらの議論を需要という観点から分析するというのは、適切な態度でもないと思われる。ここでは、被害動物の保護といった要請は働いていない。AIをめぐる議論の根底にあるのは、人間に匹敵する知的活動を行うAIが現れたときに、このAIを法的に人間と同列に取り扱うべきではないか、という直感的な推論である。言い換えれば、実効的な保護のために法人格付与が必要であるという理由ではなく、法人格を付与するに値する存在であるという理由をもって、他のモノとは異なるAIの法的取扱いを正当化しようとする試論と解されるのである。そのため、法主体としての適格性の観点からの検討が重要となる。

2 AIの権利主体としての適格性

(1) AIと動物との比較

適格性に関する検討のために、先にこれを否定した動物と比較してみよう。

AIと動物は、現状では法の世界において主体ではなく、客体ないし「道具」として位置づけられているという点で共通している。伴侶動物・展示動物・産業動物・就労働物は当然のこと、動物保護活動においても、動物は人間の「道具」として用いられているというのが本稿の評価である。また、本稿冒頭で紹

介したように、内閣府の提唱する「人間中心の AI 社会原則」において AI は、今後も「人間の道具」としての活用が予定されている。

もっとも、こうした「人間の道具」であることは、その権利主体性を否定するものではない。前述のように、法人も自然人の活動の「道具」として利用されているが、法人格を認められた存在である。ただ、そうした法人との対比において、現状の動物と AI とに存する共通点でより決定的なのは、これらに権利主体性を認める思想的・哲学的基盤が確立されていないこと、ならびに、取引主体として社会に現れていないことにある。これら2つの観点から、AI も動物も法人格を付与するに適格な存在たりえていない。動物も AI も確かに、一部の能力について自然人を凌駕している。しかし、これらが社会生活の中で人間と同等の存在であるとの理解は一般的に浸透しておらず、周囲の者から独立して取引を行っている事実もない。そのために、法主体性も認められていないのである。

ただし、そうした共通性をもつ両者ではあるが、先に示したとおり、法人格付与をめぐる議論の契機が異なる。動物は、人間と同様に、生命を宿した生身の存在であるがために、その保護の必要性が認識されており、動物法人論も動物保護のための試案であった。これに対し、AI に関しては、知的能力において人間と同等かこれを上回るものが出現してきている状況に接し、人間と同様の法的取扱いの要否が議論されるに至っている。

この AI の法的取扱いの在り方につき本稿の主題との関係で考えると、現時点での AI の私法上の位置づけを確認すれば、それで目的は達せられる。そして、本稿における結論としての評価としては、動物と同じく、法人格を付与するには不適格とした。そのため、本来ならこれ以上の検討は不要である。ただし、現在の議論のいくつかは、将来の AI のさらなる発達を見越している。そこで、本稿も補論的に、将来において AI が取引主体性を備えて権利能力を付与されるべき存在となりうるのかについて、試論しておくこととする。

(2) AIの性能

(ア) 第3次AIブームの原動力

ここからは科学技術について全くの素人である筆者の理解した限りの叙述となり、多くの誤解が懸念される。この点を予めご了承いただきたい。

さて、AI開発にも様々なアプローチや目標、あるいは哲学がある中で、第3次AIブームを牽引したのは、ビックデータをもとにしたマシンラーニング（機械学習）と、この機械学習の新たな方法であるディープラーニング（深層学習）であるとされる³¹⁾。この背後には、インターネット登場後における利用可能なデータの増加と、コンピュータの性能の向上という事情がある³²⁾。

これらのうち、この時期のブレイクスルーをもたらしたのがディープラーニングである。このディープラーニングの画期的な点を要約すると、次のようである。

まず、機械学習とは、ある入力データに対応した正解としての出力データをコンピュータが提示できるようにするために、コンピュータに与えられた訓練用のデータを用いて、AIのプログラム自身が学習する仕組みをいう³³⁾。従来の機械学習では、正解の出力データを導くために、入力データのどの特徴に着目すべきか、また種々の特徴のそれぞれにどの程度の重要性を与えるか、といった「特徴量（素性）」の設計を人間が行う必要があり、機械学習の精度の向上には、この「特徴量」の調整が重要かつ困難であった³⁴⁾。

そうした「特徴量」の分析をコンピュータ自らが行えるようにする機会学習の方法が、ディープラーニングである³⁵⁾。これまで長年の知識と経験に基づく職人技の世界だったものが、突然コンピュータにより代替されうることになった

31) 松尾豊『人工知能は人間を超えるか ディープラーニングの先にあるもの』（KADOKAWA、2015）61頁以下。

32) 松尾・前掲注31・114頁以下、鳥海不二夫『強いAI・弱いAI－研究者に聞く人工知能の実像』（丸善出版、2017）36頁〔山田誠二発言〕。

33) 松尾・前掲注31・116頁以下。

34) 松尾・前掲注31・134頁以下。

35) 松尾・前掲注31・144頁以下。

たのであるから、この手法の衝撃的革新性は、素人にも容易に推察できる。

（イ）ディープラーニングの限界

もっとも、ディープラーニングだけで人間と同等以上の能力を備える真のAIを開発できるわけではない。ディープラーニングが切り開いたのはAIの認識能力である³⁶⁾。あるデータがどのような概念や評価と結び付くのか、その判断基準をコンピュータ自身が設定し、判断することが可能になった。このこと自体が長足の進歩であるとしても、それだけではまだ、人間の知能の一部を代替するに止まる。というのも、ディープラーニングによる「特徴量」の分析に際してコンピュータが行っているのは、データ間の相関関係の探索だからである。

より具体的には、相関性の認められるデータ群から「特徴量」を抽出し、この「特徴量」をもとにデータに対応する概念を作り出している³⁷⁾。データ内容の意味や、データ間の意味的つながり、あるいは、データ間の因果関係といったものを理解して、入力データと出力データを結び付けているわけではない。たとえるなら、百人一首かるたで、短歌の内容を理解せずに、上の句の数文字からこれに対応する下の句を選定できるよう、上の句の分析を行っているようなものである。あるいは、風の強い日には火災への注意が必要であることを、その理由もわからず、強風と火災発生数の相関性のみから推測しているような場合もあろう。

また、そこで抽出される「特徴量」が、人間が同一のデータを認識するときの「特徴量」と同じであるとは限らず、人間とは異なる視点から「特徴量」の探索を行っている可能性もある。このとき、人間の知覚している現実世界とAIの認識している現実世界とは、必ずしも一致しない³⁸⁾。出力データが入力データと対応しているという点で「正解」であるとしても、それが人間の理解している意味における回答であるかは定かではない。

36) 鳥海・前掲注32・62頁以下〔松尾豊発言〕

37) 松尾・前掲注31・155頁・162頁。

さらに、コンピュータが自ら抽出した「特徴量」に基づいて出力するデータにつき、その正誤の評価基準は人間によって作成される³⁹⁾。この評価をもとに、コンピュータがより正確な「特徴量」を抽出することで、AIの判断性能が向上するのである。しかし、AI自体は、何をもって「正解」とすべきかに関する判断能力を未だ備えていない。「馬は通るべからず」との立札のある木製の橋に、牛や鹿、あるいは自動車が通行してよいのか、ディープラーニングだけでは判断基準を作成できない。

この正誤の自律的判断に関わる問題は、データ間の相関性のみを頼りにしていることによるディープラーニングに内在的な当然の限界といえよう。しかし、より根本的に、現在のAI全般にかかわる限界にも起因していると考えられる。それは、AIの目的指向性の欠如である⁴⁰⁾。いかに人間の能力を超える知的作業が可能となったAIであっても、どのような目的のためにその作業を行うのかを自律的に判断するに至っていない。先の橋の例でいえば、どのような目的で馬の通行を禁止しているかにより、その他の通行の可否に関する判断が分かれる。また、囲碁や将棋などで人間を打ち負かすAIであっても、何のために勝利を目指すかを認識していないため、どのように勝つことが自らにとって最も望ましいのかということを考える余地は皆無である。確定されたルールと過去のデータに基づいて「特徴量」を抽出するのみで、その作業を行う一定の目的に適合しようとする自発的な態度がなければ、どのような回答が望ましいといえるのかを自律的に評価することはできない。こうした目的指向性の欠如は、真の意味でのAI（あるいは「強いAI」）を開発するうえで、乗り越えなければならぬ大きな壁とされている⁴¹⁾。

38) 松尾・前掲注31・192頁以下。

もっとも、人間では発見が困難な「特徴量」を用いた認識は、逆に人間の能力を超えたデータ処理も可能にすることもあり、ディープラーニングによる機械学習の利点でもある。

39) 松尾・前掲注31・165頁。

40) 鳥海・前掲注32・201頁・207頁・209頁〔栗原聡発言〕・223頁〔中島秀之発言〕。

41) 鳥海・前掲注32・236頁〔中島秀之発言〕。

加えて、物的な限界として、機械学習のために大量のデータが必要という制約がある⁴²⁾。そのため、ディープラーニングを利用できるのは、訓練データを作成できる分野に限定される⁴³⁾。

（ウ）ディープラーニングの欠点

ディープラーニングについては、その欠点についても、留意すべきである。それは、入力データに対して正解としての出力データを提示した際に、どのような計算を行ったのかを人間が理解しづらいという特性（可読性の欠如）である⁴⁴⁾。それゆえに、時として、AIの思考プロセスは「ブラックボックス」と称される⁴⁵⁾。このことは、AIの判断にもミスがありうるという事情と相まって、AIに対する信用を阻害する要因となっている。そのため、AIの思考プロセスの「可読化」が要請されている⁴⁶⁾。この点は、法的責任論においても考慮すべき要素となる。

（3）AIが取引主体性を備えるための要素

（ア）自然人に準じる場合

こうしたAIの性能を踏まえて、AIが取引主体性を備えたとの私法上の評価を受けるために何が必要であるのかを考えてみよう。

先に見たように、近代私法は、実際の個々人の多様な個性を捨象し、人という存在を抽象的に捉えて、権利能力を付与している。その際に「経済人」を前提とした近代私法は、その「虚構」性から、雇用関係、不動産賃貸借、および消費者取引の領域において、一定の具体的な社会的類型の人間を保護するための変容を迫られたものの⁴⁷⁾、抽象的な権利能力制度（民3条1項）ないし権利

42) 松尾・前掲注31・132頁。

43) 鳥海・前掲注32・39頁〔山田誠二発言〕。

44) 鳥海・前掲注32・37頁〔山田誠二発言〕。

45) 鳥海・前掲注32・113頁〔羽生善治発言〕。

46) 「初の試み、責任論の壁」日経ビジネス1991号（2019）31頁以下。

47) 星野英一「私法における人間—民法財産法を中心として—」同『民法論集第6巻』（有斐閣、1986）34頁以下〔初出、1983〕。

能力平等の原則は、今なお個人の尊厳の思想・個人主義的理念（憲13条、民2条）によって堅持されている⁴⁸⁾。換言すれば、全ての人間が、その個人的・具体的な知性や理性を問われることなく、自らの意思により自由かつ自律的に自身の私法関係を形成し、個人的な利益を追求できる存在であることに關しては、なんらの修正を受けることなく、依然として法が絶対的に保障している。

また、権利能力平等の原則が承認された社会的背景には、協同体から離脱した個人が独立した取引主体として活動するようになったという事実的現象があった。これには、協同体の拘束から解放された個人が自由を得たという側面と、協同体による庇護を失った個人が自己の利益を自身で守らなければならなくなったという側面の両方がある。

これらの思想・哲学上の要因と社会実態上の要因とが合わさり、近代私法は、自己にとって何が利益ないし幸福であるかを決定し、その個人的利益・幸福の実現のために活動する存在として、自然人を抽象的に把握し、権利能力を付与した。こうした歴史的経緯に照らすと、AIに目的指向性が欠けている限り、独自の利益を自律的に設定する能力はないため、独立した取引主体性を備えたものと評価される見込みもない。つまり、AIが目的指向性を獲得したときに初めて、その法的主体性の肯否を検討するための前提が満たされる。それと同時に、人間ではないモノについて、法的に、さらには社会的に、その尊厳を保障することへの一般的承認が不可欠であろう。すると、現代においてAIの法人格を観念的に議論することは、やはり、はるか遠い将来に向けた夢のある準備的思考実験としての意味しかない。法的主体性が認められるAIの範囲をどう画定するかについては、その検討の端緒すら存在しないといえよう。

（イ）法人に準じた制度

現状でのAIの知的特性に着目して、自然人に準じた存在として取り扱いて

48) 平成29年民法（債権法）改正に向けた議論の中で、普遍的な「人」概念を維持しつつ、現実の「人」の際に留意した規律を民法典に盛り込むことが検討されたことにつき、吉田克己「民法（債権法）改正と「人」概念の再定義」民商153巻1号（2017）33頁以下とそこで引用されている文献を参照。

きるかということだけではなく、法人に準じた法人格付与の可能性についても簡単に確認しておこう。こちらは夢のない現実的な話である。

動物法人論に際して述べたように、AIの財団法人化は、現行の一般法人法のもとでも可能である⁴⁹⁾。ただし、法人活動による収益を構成員に分配するという意味での営利を目的することはできない。したがって、AIの法人化のために現状において欠けているのは、営利財団法人制度ということになろう。

先にみた法人論に従うと、このようなAI法人を承認する際には、AI法人独自の財産を、法人構成員の債権者から隔離することが不可欠である。この財産隔離こそが、法的にも実際上も、法人に独立した取引主体性を付与しているからである。

この財産隔離を基礎として、設立者が設定した目的に沿って、AI法人の業務運営が行われる。したがって、法人制度であれば、AI自体が自律的に目的を設定する必要はない。

そのうえで、内部組織の在り方や意思決定機関の責任、登記・登録制度、ならびに、財務・会計上の処理などに関する規律が整備されることになる。その中で、収益からの配当を受ける構成員が負う責任についても議論されるであろう。また、AI法人の債権者を始めとする部外者を害するような法人格の利用に対しては、詐害行為取消し・否認制度や法人格否認の法理による規制を受けるのは当然である。

こうした営利財団法人としてのAI法人は、先にみた動物法人と異なり、一回的権利行使だけを目的とするものではなく、事業活動を継続的に行うために設立されるものであることから、既存の法人制度からの乖離は小さい。

ただ、このようなAI法人制度を新設するとしても、現行制度のもとで会社の業務執行に関する判断に際してAIを活用することと実態的に変わりがないのであれば、新制度に対する実際の需要がどの程度あるのか定かではない。また、その判断に「可読性」を欠くAIである限り、AI法人に取引上の信用が与

49) 齊藤・前掲注19・21頁。

えられるものなのか、疑問が残る。

VI まとめに入れて

以上、本稿は、容易に予見しうる結論を確認したにとどまる。民法学の多くの研究者にとり、AIの権利主体性は、現状で論じるべきほどの事柄ではないと考えられているに違いない。

将来のあるべき社会秩序を検討するには、抽象的・観念的な議論は避けられず、そこでは哲学的叡智の果たす役割が絶大である。権利能力平等の原則が確立された過程を振り返っても、数世紀をかけて生まれ、社会に定着した豊饒な哲学的素地の上に花開いたものであった。

動物法人論を主唱する青木人志は法哲学の観点から、動物やAIに権利主体性が与えられるかどうかは、人間がそれを「社会の構成員」と認定するかどうかにかかっていると述べる⁵⁰⁾。本稿の考察によると、そうした認定を受けるには、自然人における「人間の尊厳」に当たるような哲学的・思想的な価値基盤が、より具体的に提示され、一般的に受容される必要がある。さらに、そうした一般的な受容を促進させうるのが、「社会の構成員」と評価すべき活動実態、すなわち、自律的に設定された固有の利益を志向する独立した取引主体性であることになる。新美南吉の物語の世界でいえば、『ごんぎつね』におけるキツネと人との間の精神的な相互理解・交流だけでは、「物」に法人格を承認する契機とはなりえない。寒さをしのぐために、硬貨を持って手袋を買うキツネ（『手袋を買いに』）でなければ、私法の領域で「社会の構成員」と認められる資格はないというのが、本稿の結論である。

現時点でAIは人間の「道具」であり、また、今後も「道具」として位置づけられるというのが近い将来に向けた指針となっている。「道具」である限り、たとえそれが使用者の知的能力を超える判断を自律的に獲得した基準のもとで行う存在であるとしても、近世以前の奴隷や協同体構成員がそうであった

50) 青木・前掲注24・60頁。

ように、権利主体性を認める契機としては不十分である。そうした自律的判断を行う「道具」が何らかの問題を生じさせ得るとしても、その際に私法の領域で議論されるべきは、「道具」自体ではなく、その所有者や使用者の責任である。そうした議論では、これまでの理論的基盤、すなわち過失責任を原則としながら、危険責任や報償責任も帰責原理とすることから出発し、それでもなお解決困難な未知の事象が認識されるところで、新たな帰責基準や対策が模索されるべきであろう⁵¹⁾。

そのはるか先、AIが独立した法的主体として現実の社会に参加する未来は訪れるのであろうか。いわゆる「シンギュラリティ」が到来して、AIの能力が人間を飛躍的に超越したときに、人間にとってのディストピアが訪れるという扇動的予測も見られるところである。だが、その種の議論は未だSFの世界のお話でしかない。また、素人考えながら、AIが人間の知覚とは異なる「特微量」をもってこの世界を認識するのであれば、人間の認識している世界を前提とした予測は意味をなさないように思われる。つまり、いかにAIの知能の程度が高まろうとも、AI自体は人間の社会生活に参画する意味や動機を見出さないまま、固有の「知覚」に照らして自身にとり望ましい「活動」を行い、さらには、そうした「活動」が「人間の道具」性から逸脱しない可能性もある⁵²⁾。仮にそのような状況となったときには、AIを独立した法的主体として人間の社会秩序に位置づけることの過剰性が問われるであろう。

ブームに乗ることができなかった者が、ある意味では自明の、またある意味

51) 近い将来に開発が見込まれている自動運転システムに関しては、運行支配と運行利益を基準とする現行自賠法上の運行供用者責任を維持したうえで、保険会社等から自動車メーカー等に対する求償権行使の実効性確保のための仕組みやハッキングにより引き起こされた事故の損害に関する政府保障事業などの検討が予定されている（内閣官房情報通信技術（IT）総合戦略室「自動運転に係る制度整備大綱」の概要）ひろば71巻7号（2018）13頁）。

52) 主に言語理解の困難さや「身体性」の必要性の観点から、AIに人間と同様の意識や心具備させることの至難さを具体的に分析するものとして、角田篤康「ロボット・AIと人間性」法時90巻12号（2018）31頁以下。

では勇み足的な考察を提示するしかできなかったことを恥じ、また、自省しながら、これからの人間社会の発展を楽しみにしたい。

（本研究はJSPS 科研費JP18K18551の助成を受けたものです。）

（おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

新たなフランス民法における債務の コースの役割の存続とその課題

——1135条2項・1169条・1186条の場合を中心に

小林 和子

- I 序
- II 草案
 - 1 カタラ草案
 - 2 テレ草案
- III 新たなフランス民法における債務のコースの役割の存続
 - 1 1135条2項の場合
 - (1) 従来の方
 - (2) 改正
 - 2 1169条の場合
 - (1) 単一の契約の場合
 - (2) 複数の契約の場合
 - 3 1186条の場合
 - (1) 1186条1項
 - (2) 1186条2項・3項
- IV まとめ——その課題

I 序

かつて、フランス民法にはコース理論があった¹⁾。根拠となる条文は、1108条と1131条である。1108条は、「債務における適法なコース」を合意の有効条

1) コース理論に関する邦文の文献については、小粥太郎「フランス契約法におけるコースの理論」早稲田法学70巻3号1頁以下、竹中悟人「契約の成立とコース(1)～(8・完)」法学協会雑誌126巻12号2367頁以下、127巻1号1頁以下、127巻2号189頁以下、127巻3号371頁以下、127巻4号576頁以下、127巻5号613頁以下、127巻6号775頁以下、127巻7号879頁以下などを参照。

件の1つとしていた。1131条は、コースの存在および適法性を要求していた。コースは、「なぜ債務を負ったのか」という問いに対する答えである²⁾。

「なぜ債務を負ったのか」の問いに対する答えには様々なものがある。売買契約を具体例とする。

売主が物を引き渡す義務を負ったのは、買主が代金を支払うからであり、買主が代金を支払う義務を負ったのは、売主から引き渡された物の所有者となるからである。ここでは、「なぜ債務を負ったのか」の問いに対する答えは、いかなる売買契約であっても同じである³⁾。各契約の類型ごとに決まっているコースは、「債務のコース」などと呼ばれる。

次に、売主が物を引き渡す義務を負ったのは、買主が代金を支払うからであるが、受け取った代金をどのように使うかはそれぞれの売主によって異なる。債務の返済に充てるためか、他の物を買うためか、あるいは、誰かのために寄付をするか、様々である。ここでは、「なぜ債務を負ったのか」の問いに対する答えは、同じ種類の契約であってもそれぞれの場合によって異なる⁴⁾。同じ種類の契約であっても、それぞれの場合によって異なるコースは、「契約のコース」などと呼ばれる。

「債務のコース」や「契約のコース」の関係をどのように考えるかは、様々な考えがあり⁵⁾、例えば、「債務のコース」はコースが存在しているか、「契約のコース」はコースが適法であるか、を確認する役割を持つのだと考える見解などがあった⁶⁾。

近時、コース理論には様々な視点から批判が多く寄せられた⁷⁾。ヨーロッパ

2) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, Droit civil, Les obligations, 12^e éd., Dalloz, 2018, p.441.

3) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., pp.441 ÷ 442.

4) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., pp.442.

5) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p.442.

6) D. Mazeaud, La cause, in 1804 ÷ 2004 Le code civil, un passé, un présent, un avenir, Université Panthéon ÷ Assas, Dalloz, 2004, pp.454 ÷ 459.

7) X. Lagarde, Sur l'utilité de la théorie de la cause, D. 2007, p.740.

での法の統一の動きの中で、コーズ理論を持たない国から、法の統一の妨げとなるのではないかという意見⁸⁾、コーズの理論は他の法制度に置き換えることができる理論ではないかという意見⁹⁾などである。

2016年2月10日のオルドナンス第131号により、フランス民法は改正された。改正されたフランス民法には、コーズという言葉はない。しかし、その役割は様々な箇所に残されていると言われる。本稿では、様々なコーズの役割の中でも、その存在が問われる場合について、着目をしたい。その中でも特に、1135条2項・1169条・1186条の場合に着目したい。それぞれの条文は以下の通りである¹⁰⁾。

1135条2項 ただし、恵与の動機に関する錯誤は、それがなければ表意者が処分をしなかったであろうときは、無効原因である。

1169条 有償契約は、その成立時において、約務を負う者のために約された対価が名目的又は僅少であるときは、無効である。

1186条1項 有効に成立した契約は、その本質的要素の1つが消滅した場合には、失効する。

1186条2項 同一の取引の実現のために数個の契約の履行が必要な場合において、その1つが消滅したときは、この消滅によって給付が不能になった契約、及び、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった契約は、失効する。

1186条3項 ただし、失効は、それを援用される当事者が、その同意を与えた時に、一体の取引の存在を認識していた場合でなければ生じない。

8) B. Fauvarque - Cosson, La réforme du droit français des contrats : perspective comparative, RDC2006, pp.152 - 154 ; Ph. Rémy, Réviser le titre du livre troisième du Code Civil ? RDC2004, pp.1181-1183.

9) Y. Lequette, Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? RDC2015, p.618.

10) 改正法の条文の訳については、荻野奈緒・馬場圭太・齋藤由起・山城一真「フランス債務法改正オルドナンス（2016年2月10日のオルドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法学69巻1号279頁以下がある。

債務負担の正当化の存在が問われる場合に関連する以上の条文では、①その適用範囲に問題はないだろうか、また、②近時問題とされた債務のコースの主観化をどのように解しているだろうか。現在では、取引が複雑なものが多くなり、交換型の契約のみならず、協力型の契約、複数の契約によって構成される取引もある。

論述の順序は、Ⅱ 草案、Ⅲ 新たなフランス民法における債務のコースの役割の存続、Ⅳまとめ——その課題、とする。

Ⅱ 草案

新たな民法が制定されるまで、いくつかの草案が出された。ここでは、カタラ草案(1)とテレ草案(2)についてみる。

1 カタラ草案¹¹⁾

1125条 初めから、約束された対価（*contrepartie*）が名目的であり、あるいは僅少である場合、正当化されるものにはならない。現実的なコースは存在しない。

1125÷4条 恵与の意図がなければ贈与や遺贈は存在しない。恵与には、それがなければ表意者が処分をしなかったであろう、決定事由がなければ現実的なコースは存在しない。

1131条 有効に成立した合意は、その有効性が委ねられた外部の要素が失われたこと、あるいは本質的要素のうちの1つが失われたことにより、失効する。

1172条 同時に又は順次になされる複数の契約は、その履行がこれらの契約が属する一体的取引の実現のために必要である場合には、以下に定める範囲において相互依存的な関係であるとされる。

11) Colloque, La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, RDC2006, pp.212 ÷ 213, 216, 231.

1172条-3条 相互依存的な契約のうちの1つが無効となった場合、同一の集合に属する他の契約の当事者は、他の契約の失効を主張することができる。

2 テレ草案¹²⁾

61条 双務契約において、債務のうちの1つがその目的 (objet) を有しない場合、関連する債務は相対的に無効となる。

63条 債務を負担する意思が存在しない場合、恵与はそもそも存在しない。債務を負担する意思を決定づけた事由 (motif) が存在しない恵与は相対的に無効となる。

89条 本質的な要素のうちの1つが消滅した場合、有効に成立した契約は失効する。

非本質的な要素でありつつも、契約の効力がそれに依拠している場合、この非本質的な要素が失われた場合、同様に、契約は失効する。

取引全体の実現を目的として複数の契約が締結され、そのうちの1つの消滅が他の契約の履行を不可能にした場合、あるいは、いかなる利益ももたらさないものとした場合、他の契約は失効する。他の契約が失効するには、契約の失効を求められた当事者が、同意をする際、取引全体の存在を認識していた必要がある。

III 新たなフランス民法における債務のコースの役割の存続

1135条2項(1)、1169条(2)、1186条(3)の場合について、以下ではみていく。

1 1135条2項の場合

(1) 従来の方

恵与¹³⁾には反対給付が存在しない。かつて、学説では、恵与の債務のコース

12) F. Terré (sous la dir.de), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008, p.19, pp. 22-23.

は、恵与する意図、何の対価も受け取らない意図にあるとされていた¹⁴⁾。しかし、これでは合意そのものであり、なぜ債務を負ったのかの問いに対する答えにはならないとの批判を受けた¹⁵⁾。そこで、恵与する意図の背後にある決定的な動機に着目し、これによって、債務のコースが存在しているか否かを判断すべきであるとされた¹⁶⁾。

この問題を扱う判例では、動機が存在しない場合ではなく、動機に間違いがある場合が多い¹⁷⁾。破産院は、恵与の決定的な動機が恵与のコースであるとし、そこに問題があれば、1131条により、契約は無効となるとの立場をとった¹⁸⁾。

(2) 改正

1135条2項の規定により、かつて、恵与の債務のコースが担っていた役割は、動機の錯誤が担うことになった¹⁹⁾。

この規定の適用範囲は、恵与に限られている。このような限定的な適用範囲に対し、反対する見解もある。例えば、無償の消費貸借契約や寄託契約の場合、金銭等を貸与する債務や物の保管をする債務のコースは、いかなる理由により貸主、あるいは受託者は、貸与をすること、あるいは保管をすることを決定したのかにあり²⁰⁾、規定の適用範囲をこのような場合にまで認めたほうがよかったのではないかとの見解²¹⁾がある。

13) 恵与のコースに関する邦語の文献には、森山浩江「恵与における「目的」概念—コース理論を手掛かりに—」九大法学1頁以下がある。

14) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p.328.

15) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p.328.

16) Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, Droit des obligations, 15^e éd., LexisNexis, 2019, p.312.

17) B. Grelon, L'erreur dans les libéralités, RTDciv. 1981, pp.288 ÷ 296.

18) F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats, 2^e éd., Dalloz, 2018, p.57.

19) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laitier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, 2^e éd., Lexis Nexis, 2018, p.227.

20) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p.465.

2 1169条の場合

単一の契約の場合 ((1)) と複数の契約の場合 ((2)) についてみる。

(1) 単一の契約の場合

交換型の契約 (contrat ÷ échange) ((i))、協力型の契約 (contrat ÷ cooperation) ²²⁾ ((ii)) についてみる。

(i) 交換型の契約 (contrat ÷ échange) の場合

(a) 従来考え方

一方当事者の債務のコースは他方当事者の債務の内容 (objet) である。交換型の契約において、通常、債務のコースの存在の有無を判断する場合、いかなる理由により当事者は契約の締結を決定したのかは問題とされないはずである。しかし、近時、当事者の契約締結の理由を問題としている破毀院判決があり、これらの判決に対して、学説は、債務のコースの主観化があるとの指摘をする ²³⁾。債務のコースの主観化の例としてしばしば紹介される判決である、ポワン・ビデオ判決を以下では紹介する。

- 破毀院商事部 1996年7月3日判決 ²⁴⁾

【事実】 自らが居住する村でレンタル・ビデオ店を経営するため、経営者は、

21) F. Chénéde, op. cit., p.77 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, op. cit., p.313.

22) 他に、組織型の契約 (contrat ÷ organisation) がある。F. Chénéde, Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale de l'obligation, thèse Paris II, 2008, p.281 ; P. Didier, Brèves notes sur le contrat organisation, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, 1999, p.636 によると、組織型の契約とは、当事者それぞれがお互いに財産やサービスを提供し合い、共通の一定の目的を達成させ、経済的利益を享受する契約である。

23) B. Fages et J. Mestre, L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations, RTDcom. 1998, p.81 ; J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006, pp.256 ÷ 264.

24) Civ 1^{re}, 3 juillet 2006, Bull civ. I, n° 286 ; D. 1997, p.500, note Ph. Reigné ; RTDciv. 1996, p.903, obs. J. Mestre ; JCP1997. I. 4015, obs. F. Labarthe.

8か月の間、40000フランを支払い、200のビデオ・カセットを借りた。経営者は、貸主から借りたビデオ・カセットを顧客に転貸しレンタル料を稼ぐことを考えていた。しかし、レンタル・ビデオ店は顧客の数が少ない非常に小さな村にあり、この経営者の目的はその達成が困難であった。貸主が賃料の支払いを求めたところ、経営者はコースが存在しないので賃貸借契約は無効であるとして、拒絶した。

控訴院は、借主の契約締結に至る決定的な動機、すなわち、コースは、顧客にビデオ・カセットを転貸することにあつたこと、しかし、借主らの事業は居住者の数が1314人である村では困難であったこと、を考慮し、借主らとのビデオ・カセットの賃貸借契約とレンタル・ビデオ店設立の契約は、コースが存在しないため無効であると判断した。双務契約において一方当事者の債務のコースは他方当事者の債務の内容であり、借主の債務のコースはビデオ・カセットを自由に使わせることにあるなどと貸主は主張した。

【判旨】「事業を展開する目的のために締結されたビデオ・カセットの賃貸借契約について、契約当事者が欲したエコノミーに基づいて賃貸借契約を履行することが不可能であったことを指摘し、控訴院は、レンタル・ビデオ店設立の合意において、借主が負うべきレンタルビデオの賃料の支払債務に対して、いかなる現実的な対価も存在しないと考えた、賃貸借契約にはコースが存在しない、と控訴院は正しく判断した。」

学説ではこの流れに対して慎重な見解がある。テレは、次のように述べる²⁵⁾。相手方の契約締結の目的を知り、また、この目的の達成ができないと考えられる場合には、当事者は、債務のコースが存在しないことを根拠として、契約の無効を主張できることになり、これでは、契約の安定性を欠くことにな

25) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p.459.

るのではないか。

反対に、この流れに対して賛成する見解もある。ウィッカーは、相手方の契約締結目的が達成不可能であると分かった段階で、あらゆる契約当事者は契約を締結すべきではないことになり、評価されるべきであるとする²⁶⁾。

ポワン・ビデオ判決後、類似した事実関係において、同様の問題が生じ、いくつかの判決が出た。破毀院商事部2007年3月27日判決²⁷⁾は、当事者が望んだエコノミーに従うと契約の履行が不可能になる場合、債務のコースの不存在によって契約は無効となるが、本件では、契約の無効は認められないと判断した²⁸⁾。破毀院商事部2009年6月9日判決²⁹⁾は、双務契約において一方当事者の債務のコースは他方当事者の債務にあるとし、本件では、債務のコースの不存在による契約の無効を認めないと判断した。

(b) 改正

1169条は、約された対価が名目的又は僅少であるときは、無効であるとする。テレは、この規定について、もはや債務のコースの主観化は問題とならないとする³⁰⁾。テレは、その根拠として、まず、1169条の規定には「期待された利益」や「契約締結の理由」ではなく「約された対価」という文言が使われていること、次に、単なる動機に関する錯誤は当事者が明示的にその者の同意の決定的要素としない限り契約の無効原因ではないとする、動機の錯誤に関する1135条1項があること、をあげる³¹⁾。さらに、テレは、一定の目的の達成を両当事

26) G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat, in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen du contrat (sous la dir. de P. Corlay et D. Fenouillet), Dalloz, 2004, p.156.

27) Com., 27 mars 2007, D. 2007, p.2970, obs. S. Amerani-Mekki; JCP2007. II. 10119, note Y.-M. Serinet; RDC2008, p.231, obs. D. Mazeaud.

28) マゾー評釈は、債務のコースの主観化の否定はしていないが、その役割や範囲に一定の制限をかけたものであると評価している。

29) Com., 9 juin 2009, RDC2009, p.1345, obs. D. Mazeaud.

30) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p. 461.

者が明確に合意した場合にのみ、契約の有効性を判断する際、いかなる理由により当事者は契約の締結をしたかが問われることになる、とする³²⁾。

(ii) 協力型の契約（*contrat à coopération*）の場合

(a) 従来の考え方

協力型の契約は、売買契約のように、売主が代金の支払いを買主に請求し、買主が物の引渡しを売主に請求するといった、それぞれが相手方に何らかの請求をするという側面と、組合契約のように、経済的な利益を享受するという目的を達成するため、当事者が集まるという側面を持つ契約であるとされる³³⁾。具体例には、出版契約やフランチャイズ契約などがある。

出版契約では、著作者は著作物を複製する権限を出版社に譲渡する（知的財産法典 L.132-1条）。複製するために必要な原本を著作者は出版社に渡す必要がある（知的財産法典 L.132-9条）。複製権を譲渡された出版社は、契約の内容に従い、一定期間、著作物を複製する権限、頒布する権限を持ち、不正な複製があった場合、訴訟を提起することができる（知的財産法典 L.132-12条）。出版社は、著作物の頒布数に応じて、著作者に一定の著作権使用料を支払わなければならない（知的財産法典 L.132-6条）。この契約によると、出版社は、自己責任によって、複製・頒布のために必要な費用を負担しつつ、複製・頒布からの収益を享受する³⁴⁾。著作者は、複製・頒布による収益の一部を享受するのではなく、著作物の頒布数に応じた著作権使用料を受け取るに過ぎない³⁵⁾。全く頒布することができなかつた場合、出版社は著作権使用料を著作者に支払わなくてよい³⁶⁾。

31) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p.461.

32) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p.461.

33) S. Lequette, *Le contrat à coopération (contribution à la théorie générale du contrat)*, *Économica*, 2012, p.90.

34) S. Lequette, *op. cit.*, p.94.

35) S. Lequette, *op. cit.*, p.94.

36) S. Lequette, *op. cit.*, p.94.

フランチャイズ契約では、フランチャイザーは、ノウハウを提供し、その商標を使うことを許可し、物品等を提供し、フランチャイジーは、提供されたノウハウや商標を用い、経済活動により収益を得ることを目標にする³⁷⁾。フランチャイジーは、フランチャイザーにより指示された一定のルールに従う必要があり、フランチャイザーに対し、ノウハウを得たことに対する対価と、売上高の一部を支払う必要がある³⁸⁾。このように、フランチャイズ契約では、事業の発展のための両当事者の協力が必要となる。

それぞれの当事者がなぜ債務を負ったのかを考える際、ルケットは、両当事者による事業の達成を考える必要があるとする³⁹⁾。

(b) 改正

テレは、協力型の契約において当事者が望んだ事業の実現が不可能である場合には、1169条の拡大解釈により、約された対価は名目的であると判断されるとする⁴⁰⁾。

(2) 複数の契約の場合

保証取引以外の場合 ((i)) と保証取引の場合 ((ii)) についてみる。

(i) 保証取引以外の場合

(a) 従来の考え方

債務のコースが存在するか否かの問題が生じた場合、その判断を、1つの契約においてではなく、複数契約において判断した判決がある⁴¹⁾。

37) S. Lequette, *op. cit.*, p.99.

38) S. Lequette, *op. cit.*, p.100.

39) S. Lequette, *op. cit.*, p.97.

40) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p.473 ; Th. Genicon, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats*, D. 2015, p.1551.

41) M.Fabre ÷ Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd. Puf, 2019, p.483.

●破毀院第一民事部 1993年3月3日判決⁴²⁾

【事実】1980年2月28日、Aは、Bが所有するレンガ工場の施設を1750000フランで買い受けた。Aは、Cが所有するレンガ工場の土地について1フランで買い受けた。契約書では、Bの債務である1880500フランをAは引き受けることになっていた。Aが買い受けた土地にはDの抵当権がついていた。Aは裁判上の清算手続きに入った。Dは抵当権の実行を申し立てた。債務のコースが存在せず土地の売買契約は無効であるとCは主張した。

A・B間の売買契約はBの債務の清算を可能にすることを指摘した上で、C（Bの株主）の所有する土地を1フランでAに譲渡することはCにとって好都合であったと判断し、A・C間の売買契約は有効である、と控訴院は判断した。Cによる破毀申立てを破毀院は棄却した。

【判旨】「工場が設置された1フランの土地の売買契約は、事業計画の実現に必要な不可欠な条件であったこと、土地の売買契約とレンガ工場の施設の売買契約やAによる債務引受けは、切り離すことができない関係にあり、これらは不可分な全体（tout indivisible）を構成したこと、土地の売買契約は債務の清算と経済活動の継続を可能にしたこと、債権者からの追及を免れることができ、妻と共にBの株式のうちの約半分を保有していたCにとって土地の譲渡は好都合であったことを考慮し、控訴院は、契約のエコノミーの枠組みにおいて、土地の売買には債務のコースがあり、反対給付が現実存在すると正当に判断した。」

42) Civ 3^e., 3 mars 1993, Bull civ. III, n° 28 ; RTDciv. 1994, p. 124, obs. Y. Gautier ; RTDcom. 1993, p. 665, obs. D. Danet et C. Champaud.

43) Civ 1^{re}., 13 juin 2006, D. 2006, p.2642, obs. S. Amerani-Mekki ; RDC2007, p.256, obs. D. Mazeaud.

●破産院第一民事部2006年6月13日判決⁴³⁾

【事実】1996年、1997年、A（作曲家）はB社（音楽出版社）との間で、3つの契約で構成される音楽出版契約を締結した。そのうちの1つの契約であるサウンドトラックの譲渡契約が1フランでなされたので、Aは債務のコースの不存在により無効であると主張した。

控訴院は、1フランの譲渡契約はその対価が僅少であり債務のコースが存在せず無効である、音楽出版契約の枠組みから生じる債務にもそのコースは存在しない、と判断した。

【判旨】「・・譲渡契約が不可分な契約全体を構成するか否かを控訴院は検討せず、1131条に照らして、適切な根拠を示すことなく、正当な判断をしなかった。」

(b) 改正

1169条はその適用範囲を有償契約に限っている。今後、約された対価が名目的あるいは僅少であるかの判断を、1つの契約の中ではなく、複数の契約による取引全体で判断する必要がある場合、1169条がその根拠となりうるかは問題がある。

(ii) 保証取引の場合

保証契約を債権者と保証人が締結することにより、保証債務が発生する。保証人は、債務を債務者が履行しない場合、その債務を履行する責任を負う。保証人による保証債務のコースは何か。保証人は、保証契約により債権者から何らかの利益を得るわけではないので、保証債務のコースは、保証契約の外にあるのではないかが従来、学説と判例では問題となっていた。

(a) 従来 of 学説

保証契約の債務のコースについて、学説ではいくつかの見解が存在していた。

第一に、債権者と主債務者の関係をみる説がある⁴⁴⁾。保証人は、債務者が債権者から金銭の貸付けなど何らかの利益を得るために、保証債務を負うことにこの見解は着目する。従って、債権者から債務者に金銭の貸付けなどがなかった場合、保証債務のコースはないと判断される。

付従性の規定である2289条により、保証債務は主たる債務が成立して初めて成立することになる。従って、債務のコースの有無の判断が妥当する場合は、2289条が適用されない場合である。この点について、例えば、主たる契約が締結され、その後、時間が経過したが、主債務者の支払い能力が失われる状況になったので、債権者が債務者に対し保証人を要求したが、債務者が債権者から何らかの利益を得ることができなかつたため、保証人は、保証債務のコースが存在しないことを根拠とし、保証契約の無効を主張する場合が該当するとの見解がある⁴⁵⁾。

第二に、主債務者と保証人の関係をみる説がある⁴⁶⁾。主債務者と保証人の関係が保証契約の条件となっている場合、関係の変更が消滅原因となっている場合は、保証契約に影響を及ぼすと考える見解がある⁴⁷⁾。これに対し、主債務者と保証人の関係は、債権者にとって、契約外の問題に過ぎないので、この関係に何らかの問題が生じたとしても、保証契約に影響を及ぼすのは適切ではないとする見解⁴⁸⁾もある。

44) Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, op. cit., pp.311 ÷ 312 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p.470.

45) F. Chénéde, op. cit., p.79.

46) Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, op. cit., pp.311 ÷ 312.

47) F. Chénéde, op. cit., p.79.

48) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, op. cit., p.470.

(b) 従来判例

家族や友人のために保証人となったが、その関係が悪化した場合や、個人企業のために社長として保証人となったが、社長の地位を失った場合など、主債務者と保証人の関係に契約締結後、何らかの変更があると、保証契約にはもはや債務のコースが存在せず、保証契約が無効であると保証人が主張する場合があるが、主債務者と保証人の関係に変更があっても債権者には関係がないため、この主張を破毀院は認めない⁴⁹⁾。

債権者と主債務者の関係に債務のコースがあるとする判決がある。最近の具体例を以下ではみる。

●破毀院商事部2017年5月17日判決⁵⁰⁾

【事実】2008年5月16日、B(会社)を債務者としてA氏はBの保証人となった。債権者はC(銀行)である。2009年7月3日、Bは、裁判上の更生手続きに入り、2009年7月21日、裁判上の清算手続きに入った。この手続き開始後もA氏はBの保証人であった。2009年12月12日、A氏は、倒産手続き前のBのCに対する債務(100000ユーロ)について保証人となった。Cから債権の譲渡を受けたDから支払いの請求を受けたため、2009年12月12日の契約は債務のコースが存在せず無効であるとA氏は主張した。

債務者が支払不能となったとしても当該債務者の保証人になることは可能である、債務者が負う債務は存在し続け、債務者の経済状況について保証人の認識に誤りがないことは、債務のコースの不存在がないことを意味する、A氏は、保証契約を締結する際、債務者が清算手続きに入っていることを知っていたことから、保証契約には債務のコースが存在する、と控訴院は判断し、A氏の債務の支払いを認めた。

49) F. Chénéde, op. cit., p.79.

50) Com., 17 mai 2017, D. 2017, p.1694, noteD. Mazeaud ; RTDciv. 2017, p.640, obs. H. Barbier ; JCP E 2017. 1667, obs. Ph. Simler.

この判断に対し、保証契約の債務のコースは、債権者が債務者に対し何らかの利益を与えることにある、しかし、CはBに対し、保証契約の締結にもかかわらず、追加的な利益（例えば、期限の延長や利息の軽減など）を与えなかったため、既発生であるが支払いが滞っている債務の保証人にAはなったにすぎないため、この清算手続き開始後の保証契約は債務のコースが存在せず無効である、にもかかわらず、債務者が支払不能となったとしても保証人となることは可能である、債務者の経済状況についての保証人の認識に誤りがなく、保証契約の債務のコースは存在するとした控訴院の判断は、1131条や2289条により、誤っているとA氏は主張した。

【判旨】「債権者は債務者に利益の供与を行わなかったため、倒産手続き開始前の債務の保証を債務者の清算手続き開始後に行ったA氏による保証契約の債務のコースについて、控訴院は正確な判断ができていない、控訴審の判断は、正当な根拠を欠いたものであるといえる。」

(c) 改正

保証取引にも1169条は適用される。1169条が適用されるには、有償契約である必要がある。保証契約では、保証人は利益を債権者から得ることはないの
で、1169条を拡大解釈する必要があるとされる⁵¹⁾。

また、1169条では、「約務を負う者のために約された対価」とされているが、保証契約の場合には、「債務者のために債権者と保証人が約し、債務者にもたらされる対価」として、1169条を解釈する必要があるとされる⁵²⁾。

51) F. Chénéde, op. cit., p.80.

52) F. Chénéde, op. cit., p.80.

3 1186条の場合

(1) 1186条1項

(i) 従来のお考え方

2016年改正前、本質的要素が契約締結後に消滅したことにより、履行段階で、契約が失効するとの規定は、民法やその他の法律には存在しなかった。しかし、学説や判例において、失効に関する議論はなされていた。失効の効力は、当事者の意思表示も裁判における手続きも必要なく生じるとされる⁵³⁾。

(a) 学説

失効を肯定する判例について、デセイは、次のように分析する⁵⁴⁾。破産院は、双務契約ではなく、片務契約について、契約の履行段階における失効を肯定する傾向にある。契約の失効が認められるかの判断には、いかなる理由により契約の締結を当事者は決定したかを考える必要がある。契約成立の段階において、債務のコースの存在の有無を判断する際にも、客観的に判断する双務契約とは異なり、片務契約や無償契約では、いかなる理由により契約の締結を当事者が決定したかを考えることになるので、より契約の失効が認められやすい。

(b) 判例

判例では、有効に成立した契約が、その後、何らかの理由によりその本質的要素を失い、失効 (caducité) と判断される場合がいくつかある。以下は肯定例である。

●破産院第一民事部2008年10月30日判決⁵⁵⁾

【事実】離婚した夫婦は、「1972年12月1日から、毎月3000フラン、合計額360000フランを、元夫は元妻に、子供の養育費として、支払う。」という継続

53) G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil 2^e éd.*, Dalloz, 2018, p.438.

54) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laitier, *op. cit.*, p.398.

的な契約を締結した。1974年11月以降、子供の養育を元夫が行うことになった。元夫は元妻に対して子供の養育費の支払いを止めた。元妻は、養育費の支払いの継続を主張した。

控訴院は、1974年11月以降、子供の養育を元夫のみが行うことになったので、養育費の支払いに関する契約のコースが失われ、もはや元夫は元妻に対し、支払いを続けなくてよいと判断した。元妻は、債務のコースの存在の有無の判断は、契約成立時に行われるべきであり、1972年に締結した契約のコースは1974年11月に消滅したとの控訴院の判断は、1131条に反すると破毀申立てをした。元妻による破毀申立てを破毀院は棄却した。

【判旨】「両当事者の意思によると、この契約は元夫が養育費の支払いをする継続的な契約である、コースが失われたこの契約は失効したと正当に控訴院は判断した。」

●破毀院商事部2015年9月10日判決⁵⁶⁾

【事実】 C（大株主）はA（部長）とB（部長）に対し、企業の再建など企業への貢献を評価し、株式を贈与することにした。Cからその地位を引き継いだDはBよりもAにより多く配分を行うことを決定した。しかし、2008年11月26日、Bと良好な関係を保つため、贈与を受ける株式を均等に配分することにしたと、AはDに伝えた。2009年1月29日、贈与を受ける株式を均等に配分すること、贈与を受ける株式は減少する可能性があることを、AはBに伝えた。Dから株式を贈与されるごとに、AはBに半分を配分した。Bが退職をしたため、従来地位にとどまったAは、Bに株式を配分することなく、全て自ら贈与を受けた。株式の配分をBはAに対し要求した。

55) Civ 1^{re}., 30 octobre 2008, Bull civ. I, n° 241 ; RDC2009, p.49, obs. D. Mazeaud ; RTDciv.

2009, p.118, obs. B. Fages et p.111, obs. J. Hauser ; D. 2009, p.753, obs. P. Chauvin et C. Creton.

56) Com., 10 septembre 2015, RDC2016, p.11, obs. Th. Genicon.

【判旨】「企業の再建と進展のためにはBとの良好な関係が望ましいと考え、贈与を受けた全ての利益をBと均等に分け合うことをAが望んでいたことを控訴院は考慮している・・Aによる期限の定めのない一方的な約束は、2009年3月27日にBが退職したことでそのコースを失い、同日、失効したと控訴院は正当に判断した。」

(ii) 改正

学説では、2016年改正により、コースは1186条1項にいう「本質的要素」においてもその役割を担い続けているという見解⁵⁷⁾が多い。

シェンデは、1186条1項にいう本質的要素は、1128条にいう、契約の有効要件である、適法でありかつ確定した内容に関するとする⁵⁸⁾。すなわち、1186条1項にいう契約がその本質的要素を失う場合には、目的あるいはコースが適法なものでなくなる場合、債務のコースが後に失われる場合が考えられるとする⁵⁹⁾。

(2) 1186条2項・3項

(i) 従来の考え方

(a) 判例

判例は様々な根拠により複数の契約の消滅を認めてきた⁶⁰⁾。かつて、コースを根拠として、複数の契約が消滅することを認めることもあった⁶¹⁾。

57) Ch. Larroumet et S. Bros, Les obligations Le contrat Tome3, 9^e éd., ÉCONOMICA, 2018, pp.456 ÷ 457.

58) F. Chénéde, op. cit., p.104.

59) F. Chénéde, op. cit., p.105. O.Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laitier, op. cit., p.398 も 1186条1項で解決されるべき問題は専ら、コースが失われた場面であるとする。

60) S Bros, L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme des contrats, D. 2016, p.29.

61) S. Bros, Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, D. 2009, p.962.

●破毀院商事部2000年2月15日判決⁶²⁾

【事実】A（薬局）は、店内において広告の画像を流す契約を、4年間の間、B（広告会社）との間で締結した。Aは、同じ期間、広告を流すための画像再生装置をCからリース契約に基づいて借りることにした。BからAに支払われる広告料によって、AはCにリース料を支払っていた。しかし、Bが広告を流すことをやめた。画像再生装置が必要なものではなくなったため、Aはリース料の支払いを拒んだ。リース契約には、「広告契約が履行されずに解除された場合や、無効とされた場合でも、賃借人は契約の期間終了までリース料を支払わなければならない」という条項が存在していた。そこで、Cはこの条項の適用を主張し、Aにリース料の支払いを求めた。

【判旨】「Cは、リースされた画像再生装置はBの広告を流すために用いられることを知らされ、Cは、その使用目的を認めていた、画像再生装置は非常に特殊なものであった、リース契約の唯一のコース（la seule cause）は、広告を流す契約にあった、これらのことから、両契約は、相互に依存していたこと、Bの不履行によって広告を流すことが不可能になったことから、リース契約は解消せざるをえなかったことを控訴院は考慮している、問題となった条項は契約のエコノミー（économie générale du contrat）と矛盾するものであったことを、控訴院は、正当に判断したといえる。」

●破毀院第一民事部2006年4月4日判決^{63,64)}

【事実】1989年、病院のボイラー室の利用契約（5年の継続期間を予定。解約

62) Com., 15 février 2000, Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000, somm., p.364, obs. Ph. Delebecque ; RTDciv. 2000, p.325, obs. J. Mestre et B. Fages.

63) Civ 1^{re}., 4 avril 2006, Bull. civ. I, n° 190 ; D. 2006, pan., p.2641, obs. S. Amrani-Mekki ; RDC2006, p.700, obs. D. Mazeaud ; D. 2006, p.2656, note R. Boffa.

64) 渡邊貴「複数契約の密接関連性の考慮要素に関する考察—フランスにおける契約の不可分性の議論を中心に—」法学政治学論究122号229頁～230頁に紹介がある。

権あり。)をA社はC(病院)と更新した。1991年、病院のボイラー室の利用のためのガス供給契約(3年の継続期間を予定。1994年11月30日まで。)をA社はBと締結した。1993年、Cは、都市暖房を利用することを決定し、10月に利用契約を終了することにした。同一の日にガス供給契約を終了することをA社はBに告げた。しかし、Bは、契約期間終了まで契約を継続すると主張し、A社に対し料金を請求した。

【判旨】「A社とBが締結したガス供給契約には、一般条項や特別条項において、ガスがどのように利用されるかについて詳細に示されていた、病院のボイラー室の利用契約の履行は、Bが独占するガスを供給する契約の唯一のコース(cause)である、法的あるいは経済的な支配力や地位などが原因となっている契約期間の違いはあるが、A社とC、A社とBで締結された複数の契約は、他の選択の余地のない、同一の経済的作用に服するものであることを控訴院は考慮している、2つの契約が不可分な契約上の全体を構成することを考慮し、控訴院は、利用契約の解消により供給契約が失効することを正当に認めた。」

(b) 学説

マゾーは、複数の契約の消滅が問題となった近時の破毀院判決である、前掲・破毀院商事部2000年2月15日判決や前掲・破毀院第一民事部2006年4月4日判決において、破毀院がコースに言及していることに着目をする⁶⁵⁾。マゾーは、これらの判決の背景には、コースの主観化の考え方があるとする⁶⁶⁾。マゾーは、この考え方に基づき、複数の契約の場合、全体としていかなる目的を当事者は達成しようとしていたかを考え、その目的が達成できない場合、契約はコースを失うことになるとする⁶⁷⁾。

65) D. Mazeaud, RDC2006, op. cit., p.700.

66) D. Mazeaud, La cause, op. cit., p.463.

67) D. Mazeaud, Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?, in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, pp.142 - 145.

(ii) 改正の内容⁶⁸⁾に関する学説

1186条2項は、以下の基準に基づき、複数の契約が消滅することを規定している。

まず、1186条2項には、「数個の契約の履行が必要な場合において、その1つが消滅したときは、この消滅によって給付が不能になった契約は失効する」とある。ある物の売買契約とその物の修理契約が、この場合の具体例とする見解がある⁶⁹⁾。客観的に複数の契約が相互に依存している場合である。

次に、1186条2項には、「数個の契約の履行が必要な場合において、その1つが消滅したときは、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった契約は失効する」とある。前掲・破毀院第一民事部2006年4月4日判決のように、ボイラー室の利用契約が終了したため、ガス供給契約が不要となった場合などが、この場合の具体例とする学説がある⁷⁰⁾。主観的に複数の契約が相互に依存している場合である。

1186条2項は、一方の契約が他方の契約の本質的な要素となっている場合、すなわち、かつて主観的なコースが問題となっていた場合、をその対象としていとされる⁷¹⁾。

さらに、1186条3項によると、それを援用される当事者が、その同意を与えた時に、一体の取引の存在を認識していた場合でなければ、失効は生じないとしている。この要件では、取引の存在についての「同意」ではなく「認識」が要求されているに過ぎない。取引の存在を当事者が認識していない場合には失

68) 複数契約に関する改正内容についての邦語文献には、ピエール・クロック（野澤正充・訳）「債務法改正後における契約の相互依存性」立教法務研究10号202頁以下、渡邊貴「フランスにおける相互依存的契約論の新たな展開—契約の連鎖的消滅の場面を中心に—」法学政治学論究124号333頁以下などがある。

69) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laitier, op. cit., p.402.

70) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laitier, op. cit., p.402.

71) S. Bros, Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, in Libre propos sur la réforme du droit des contrats, Lexis Nexis, 2016, p.93 ; S. Bros, Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, JCP2016, p.1682.

効は生じないことになる⁷²⁾。

IV まとめ——その課題

本稿の問題意識は、債務負担の正当化の存在が問われる場合に関連する条文では、①その適用範囲に問題はないだろうか、②近時問題とされた債務のコースの主観化をどのように解しているだろうか、という点である。以上の判例や学説から、少なくとも、次のような課題が残されているように思われる。

まず、①について。1135条2項では、その対象が惠与に限られているが、他の契約への適用はどうなるのか。1169条は、協力型の契約や保証契約の場合、約された対価を複数の契約の中で検討する場合、どのように適用されるのか。

次に、②について。1169条は、「約された対価」という文言を用いていることから、債務のコースの主観化の考え方を排除しているようである。しかし、1186条1項において有償契約に適用される場合には、当事者の契約締結理由が問題となり、債務のコースの主観化の問題が生じる可能性は残されていると思われる⁷³⁾。

本研究は、JSPS 科研費 JP19K01390の助成を受けたものです。

(こばやし・かずこ 筑波大学大学院ビジネスサイエンス系准教授)

72) Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, op. cit., p.412.

73) O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laitier, op. cit., pp.398-399.

フランス法における家族の メンバーに対する民事責任(3)

——家族のあり方と民事責任法の枠組——

白 石 友 行

はじめに

I. 「家族に対する責任」の諸相

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

II. 「家族に対する責任」の基礎 (以下、次号)

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

おわりに

I. 「家族に対する責任」の諸相

2. 家族的な権利または利益の侵害および義務の違反

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

②横の家族関係の解消または不成立との関連で損害賠償が請求される場面

一. 横の家族関係の解消との関連で損害賠償が請求される場面

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

する判例や裁判例も⁴⁸⁵⁾、こうした考え方に基づくものである。

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

保護対象とするものとして解釈される⁵¹⁰⁾。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

512) 比較的最近の裁判例について、Cf. Casey, supra note 272, n^o2 et s., pp.1 et s.; Catherine Lafon, Panorama de jurisprudence. – Dommages-intérêts entre époux dans les décisions de cours d'appel, Dr. fam., juill. 2015, dossier 37; etc.

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

514) また、補償給付との関係でその正当性には疑問が残るものの(Cf. Batteur, infra, pp.2 et s.; Massip, infra, p.290; etc.)、判例の中には、一方の行為態様等を考慮して、一方が他方に対し扶養等を提供する旨を合意したこと、または、扶養等を提供する自然債務が民事債務へと変容したことを理由に、他方が一方に対して扶養等に相当する額の金銭の支払を求める可能性を認めているようにみえるものが存在する (Ex. Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 1971, n^o70-12.348; Bull. civ., II, n^o234 (否定例。自然債務から民事債務への変容を基礎付ける事実の証明の不存在); Cass. 2^{ème} civ., 25 janv. 1984, n^o82-14.595; Bull. civ., II, n^o13; D., 1984, jur., 442, note, Catherine Philippe; RTD civ., 1985, 146, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi; JCP, 1986, II, 20540, obs., Annick Batteur (肯定例); Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1988, n^o87-18.561; Bull. civ., II, n^o111; D., 1989, jur., 289, note, Jacques Massip (肯定例); Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, n^o04-19.099; Bull. civ., I, n^o264; D., 2006, 1561; RTD civ., 2006, 538, chr., Jean Hauser; AJ fam., juin 2006, 287, obs., François Chénéde; Defrénois, 2007, art. 38562, 467, note, Rémy Libchaber

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

（前頁からつづき）

下級審の裁判例として、CA. Orléans, 15 déc. 1997, Méd. et dr., 1999, vol.38, 8, chr., Véronique Barabé（乳がんになり患し心理的に衰弱していた状態で離婚され更に心理的外傷が生じたことについて妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 3 fév. 2005, supra note 285（幸せな結合が打ち砕かれたことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 18 sept. 2008, Dr. fam., nov. 2009, com., 141, note, Virginie Larribau-Terneyre（一人で暮らさざるをえなくなったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 15 janv. 2009, Dr. fam., mai 2009, com., 54, note, Virginie Larribau-Terneyre（離婚によりうつ状態となり芸術的世界を奪われたことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Bordeaux, 24 nov. 2009, D., 2010, 1243, chr., Lina Williatte-Pellitteri；Dr. fam., fév. 2010, com., 19, note, Virginie Larribau-Terneyre（離婚により宗教的信念に反する結果が生じたことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 9 sept. 2010（1^{re} arrêt）, Dr. fam., déc. 2010, com., 183, note, Virginie Larribau-Terneyre（離婚後も母国を離れフランスで暮らさざるをえないことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Paris, 9 sept. 2010（2^{ème} arrêt）, Dr. fam., déc. 2010, com., 183, note, Virginie Larribau-Terneyre（重大な進行性の病気になり患しているため第三者に頼って暮らさざるをえなくなったことによって生じた精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；CA. Riom., 27 mars 2018, supra note 285（夫に裏切られたという感情が生じたことに起因する精神的損害について妻からの賠償請求が認容された事例）；etc.

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

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

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

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

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

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

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

528) 例えば、2004年5月26日の法律による改正前においては、一方的有責離婚の判決を宣告された者は原則として補償給付への権利を持たないとされ（同法による改正前の民法典旧280-1条。現在では、原則と例外が逆転している。すなわち、一方的有責離婚の判決を宣告された者も原則として補償給付への権利を持つが、裁判官は衡平の判断に基づきその者への補償給付の付与を拒絶することができる（同270条3項））、また、その債務者が死亡した場合、定期金の負担が相続人に移転するものとされていた（同法による改正前の旧276-2条。現在では、債務者の相続人は人的には補償給付を支払う義務を負わず、補償給付の支払は相続財産の限度ですべての相続人等により実施されるにすぎない（同280条））。その結果、比較的初期の議論では、補償給付における賠償の側面を強調する見解も存在した。Ex. Poulpique, *supra* note 515, n^o15 et s., pp.4 et s. ; Guiton, *supra* note 293, n^o6, p.238 ; Berthet, *supra* note 230, n^o98 et s., pp. 64 et s. ; etc.

529) 補償給付によって確保されるのは、生活に必要な最小限の要素ではなく、その最大限の要素である。この点を捉えて、補償給付による生活水準への権利の実現という観点で語られることもある。Cf. Oriane Vergara, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. Bernard Vareille, Collection de Thèses, t.58, Defrénois, Paris, 2017, n^o672 et s., pp.239 et s. ; etc.

して位置付けられるという形で整理することができる⁵³¹⁾。

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

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

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

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

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

になる。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

569) 相手方配偶者の一方的有責離婚が認められたケースでは、婚姻から生ずる債務および義務の違反が重大または繰返しのもので、共同生活の維持を耐え難くするものであること、つまり、離婚についてのフォートが明らかにされているため（2004年5月26日の法律による改正前の民法典旧242条を参照）、離婚判決を得た者は、そのフォートを証明することなく、当時の同旧266条に基づく損害賠償を請求することができた。Cf. Guiton, *supra* note 293, n^o17 et s., pp.240 et s.

570) Pons, *supra* note 17, n^o291 et s., pp.175 et s. et n^o563, p.317 ; Ruffieux, *supra* note 133, n^o155 et s., pp.166 et s. ; Claux, *supra* note 453, p.52 ; Mulon, *supra* note 272, n^o23, p.107 ; Pizarro, *supra* note 272, n^o394 et s., pp.341 et s. ; etc. また、2004年5月26日の法律による改正前の法状況の下で、共同生活の解消による離婚の請求を受けた者が当時の民法典旧266条に基づき損害賠償を請求することを認めた裁判例（TGI. Toulouse, 6 janv. 1977, *supra* note 287 ; TGI. Bayonne, 31 janv. 1977, *supra* note 559 ; etc.）の存在を前提とした上での記述であるが、Cf. Guiton, *supra* note 293, n^o36 et s., pp.244 et s.

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

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

571) Niboyer, *supra* note 281, n^o548 et s., pp.281 et s. また、民法典266条に基づく損害賠償の中に離婚を申し出ることに対する一種のサンクションを読み取るものとして、Larribau-Terneyre, *supra* note 291, Deuxième partie, n^o37, p.10; Saulier, *supra* note 353, n^o99, pp.104 et s.

572) Cf. Desnoyer, *supra* note 20, n^o107 et s., pp.143 et s.; Anne-Claire Aune, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. Anne Leborgne, PUAM., Aix-en-Provence, 2007, n^o659 et s., pp.305 et s.; etc.

573) 2004年5月26日の法律による改正前の法状況の下で、共同生活の解消による離婚の請求を受けた者が当時の民法典旧266条に基づき損害賠償を請求することができないとされていたのも、この離婚を請求した者にはフォートを認めることができないという理由によるものであった。Cf. Massip, *supra* note 293, p.84; Id., *supra* note 559, p.1204; Guiton, *supra* note 293, n^o26 et s., pp.242 et s.; etc.

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

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

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

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

576) Garrigue, *ibid.* ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n^o663 et s., pp.443 et s. ; Pizarro, *supra* note 272, n^o394 et s., pp.341 et s. ; etc.

577) 用いられている表現は様々であるが、Guiton, *supra* note 293, n^o42, pp.245 et s. (ただし、2004年5月26日の法律による改正前の民法典旧266条をフォートに基づかない損害賠償責任を定めた規定として理解することを前提とした記述である) ; Pons, *supra* note 17, n^o563, p.317 ; Hugues Fulchiron, *Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ?*, D., 2009, pp.1705 et s. ; Claux, *supra* note 453, p.52 ; etc.

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

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

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

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

理のうち二つ目の法理の存在を前提として用意されたものである。そこで、以下では、まず、コンキュビナージュの解消によって生じた損害の賠償に関する実定法の展開過程および現状を分析し、次いで、その成果を踏まえながら、パクス⁵⁸⁰の解消によって生じた損害の賠償に関する実定法の状況を検討する。

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

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

代ごとに異なる形で、当事者によって主張され、裁判所によって用いられてきた。

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

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

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

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

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

られる。

しかし、詐害的誘惑の法理は、実際上は、法律上の身分を伴わない関係を強

（前頁からつづき）

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

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

(前頁からつづき)

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

ンキュビナーージュの当事者としての地位それ自体が保護に値するという理解の仕方を明確に否定している。こうした前提と整合性を持たせようとするならば、関係を解消した側のフォートを基礎付けるための事実として相手方に財産がない状況で関係を解消したこと等が取り上げられていることにも、別の意味が与えられなければならない。ところで、本文で示した考え方によれば、これらの事実は、解消のプロセス、特に、関係の粗暴性や乱雑性を基礎付けるための一つの要素として位置付けられることになる。そして、注(625)で示すように、これらの裁判例において認容されている損害賠償の額が比較的低いことも、こうした読み方を後押しする。問題関心は異なるが、Cf. Garrigue, *supra* note 290, n°182 et s., pp.131 et s.

624) 関係解消時の不誠実な行為態様によって関係を解消された側に生じた非財産的損害の評価に際して、コンキュビナーージュとしての関係が存続した期間の長さが重要であることを指摘するものとして、Égéa, *supra* note 304, n°37 et s., pp.678 et s.; Ruffieux, *supra* note 133, n°223, p.229; etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

630) 従って、一般的な誠実や尊重の観点から解消のプロセスを評価する枠組に関する限り、裁判例においては関係の解消それ自体とは区別されるフォートが緩やかに認定されているとの理解を示した上で、裁判例の中に損害賠償の付与の点でコンキュビナージュの関係を解消された者と婚姻を解消された者とを可能な限り等しく扱おうとする傾向を読み取ることは（Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n^o329, p.203）、適切でない。

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

次に、コンキュビナーージュの当事者の一方（典型的にはコンキュバン）が、

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

643) Zalewski, *supra* note 159, n^o176 et s., pp.139 et s. ; Jérôme Casey, *Quel droit commun de la désunion ?*, *Gaz. Pal.*, 2009, pp.1861 et s. ; Blough, *supra* note 452, n^o42, p.10（ただし、解消リスクが片面的で異常なものである場面だけを想定した上での提案である）；etc.

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

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

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

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

次に、関係の解消との関連で問題になる損害賠償の制約手法については、婚

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

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

二. 横の家族関係の不成立との関連で損害賠償が請求される場面

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

676) Robert-Joseph Pothier, *Traité du contrat de mariage*, in, *œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*, par M. Bugnet, t.6, Videcoq, père et fils, Paris, 1846, n^o42 et s., pp.18 et s. ; Charles Bonaventure Marie Toullier, *Droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t.6, 4^{ème} éd., Warée, Paris, 1824, n^o293 et s., pp.305 et s. ; Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence : Ouvrage de plusieurs jurisconsultes, réduit aux objets dont la connaissance peut encore être utile et augmenté des chargements apportés aux lois anciennes par les lois nouvelles, tant avant que depuis l'année 1814 ; de dissertations, de plaidoyers et de réquisitoires sur les unes et les autres*, 5^{ème} éd., t.12, Opt. - Pre., Garney, Paris, 1827, pp.287 et s. ; etc.

677) 婚姻約束を有効な契約として捉えているかのようにみえる判例がないわけではないものの（Cass. 2^{ème} civ., 28 avril 1993, n^o91-18.855 ; D., 1995, jur., 330, note, Bruno Mathieu ; RTD civ., 1995, 604, chr., Jean Hauser（婚姻約束の不存在を理由にその不履行を理由とする損害賠償請求を棄却した原審が維持された事例））、単発的で、公式判例集にも未掲載である。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

688) この点について、拙稿・前掲注(36) 287頁以下を参照。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

702) これらは、古くから (Alexandre Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général*, suivant le code civil, t.1, Nève, Paris, 1819, n^{os}288 et s., pp.357 et s. ; Id., *Cours de droit français suivant le code civil*, t.2, Nève, Paris, 1825, n^o187, p.135 ; M. Allemand, *Traité du mariage et de ses effets*, t.1, G. Thorel, Paris, E. Leboyer, Riom, 1846, n^o144, pp.133 et s. ; Juste-Louis-Arthur Benoist, *Droit romain, Du mariage ; Droit français, De la responsabilité civile en matière de délits et des quasi-délits*, th. Strasbourg, 1859, pp.149 et s. ; François Laurent, *Principes de droit civil français*, t.2, Bruylant-Christophe et Cie, Bruxelles et Librairie A. Durand & Pedone Lauriel, Paris, 1870, n^{os}304 et s., pp.404 et s. ; Victor-Napoléon Marcadé, *Explication théorique et pratique de code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t.1, 7^{ème} éd., Delamotte et fils, Paris, 1873, n^o562, pp.435 et s. ; Vidal, *supra* note 673, pp.43 et s. ; Colin, *supra* note 673, pp.185 et s. ; Huc, *supra* note 268, n^{os}5 et s., pp.12 et s. ; Dubois, *supra* note 268, pp.139 et s. ; Givord, *supra* note 281, n^o33, pp.57 et s. ; etc.)、現在に至るまでの (Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n^{os}43 et s., pp.27 et s. ; Colombet, *supra* note 250, n^o6, pp.27 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n^o148, pp.103 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n^o65, p.62 ; Égée, *supra* note 310, n^o60, pp.40 et s. ; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, *supra* note 211, n^o103, pp.93 et s. ; Jourdain, *supra* note 9, n^{os}3 et s., pp.3 et s. ; Murat, *supra* note 531, n^{os}111.91 et s., pp.27 et s. ; etc.) 一般的な理解の仕方である。

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

704) この点を明確に説くものとして、Duranton, *supra* note 702, *Traité des contrats...*, n^o288, pp.356 et s. ; Allemand, *supra* note 702, n^o145, p.134 ; Laurent, *supra* note 702, n^o306, pp.408 et s. ; Colin, *supra* note 673, pp.186 et s. ; Givord, *supra* note 281, n^{os}38 et s., pp.59 et s. ; Chartier, *supra* note 283, *La réparation du préjudice*, n^o288, pp.358 et s. ; Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n^o70, pp.40 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n^o151, pp.105 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n^o68, p.65 ; etc. また、Cf. CR. Nîme 25 janv. 1839, *supra* note 700 ; etc.

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

第1に、解消の時期、婚姻に向けた準備の進展度、解消の態様、当事者の認

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

714) この考え方を明確に説くものとして、Hauser, supra note 160, pp.451 et s. ; Dreifuss-Netter, supra note 139, pp.116 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^o316 et s., pp.306 et s. ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n^o152, pp.106 et s. ; etc,

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

715) この点を指摘するものとして、Hauser, *ibid.* ; Garrigue, *supra* note 290, n^o267 et s., pp.210 et s. ; etc. なお、Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 1995, *supra* note 611 は、コンキュビナージュの解消におけるフォートと婚姻約束の解消におけるフォートとを同列に論じている。

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

717) Cf. Bernard Beignier, *L'honneur et le droit*, préf. Jean Foyer, Bibliothèque de droit privé, t.234, LGDJ., Paris, 1995, pp.451 et s. ; Garrigue, *supra* note 290, n^o267 et s., pp.210 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n^o316 et s., pp.306 et s. ; etc.

は、その者からの損害賠償請求が肯定されることになる⁷¹⁹⁾。

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（しらいし・ともゆき 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

不動産購入資金提供者の先取特権

直 井 義 典

はじめに

第1章 フランス法

第1節 不動産購入資金提供者先取特権の内容

第2節 他者との競合

第3節 小括

第2章 わが国における不動産購入資金提供者の先取特権

第1節 旧民法典まで

第2節 現行法制定過程

第3節 小括

第3章 考察

おわりに

はじめに

民法典には先取特権が規定されているが、通説的な考えによれば、先取特権には近代法の公示の原則に適合しない面があり他の債権者に不測の損害を被らせることから先取特権は広く認めるべきではないとされる¹⁾。他方で、特定の債権について優先弁済の実現を図るとの政策的判断に基づいて^{2,3)}、特別法上の先取特権が増加の一途をたどっている。拙稿でも先取特権を新たに付与する

1) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店・昭和43年)48頁、柚木馨=高木多喜男『担保物権法 第3版』(有斐閣・昭和57年)42頁。

D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du credit*, 13^eéd., 2019, n°658も、先取特権は恣意的・扇動的なものであって公示が不十分であることを指摘して、先取特権の廃止が望ましいが、現実的には数を減らすようにすることが望まれるとする。

ことによって優先弁済が認められるべき債権があるのではないかとの問題を提起したことがある⁴⁾。

公示のない先取特権が他の債権者に不測の損害をもたらすのは確かであるが、公示のある担保権を有していなくても保護されるべき債権者が存することは否定できない⁵⁾。そこで、「問題は、現行法において先取特権を与えられている債権者が、現代社会において真に保護されるべき債権者なのか、あるいは、逆に、保護されるべきとされる債権者に与えられている先取特権が十分に実効的なものであるか、という点にある」⁶⁾と指摘されることとなる。この問題への1つのアプローチ方法としては、先取特権の母法とされるフランス法⁷⁾において認められているがわが国では認められていない種類の先取特権を取り上げて、債権者に先取特権を付与している理由、あるいは、その先取特権の実効性について検討することが考えられる。そして、公示がないことから生じる問題点に捉われた議論に陥らないためには、公示手段が備えられており、公示の不十分性が比較的問題となりにくい不動産先取特権⁸⁾から題材をとるのが最も適切であると考えられる。

そこで日仏の不動産先取特権規定を比較してみると、フランスにおいては不動産売買先取特権と並んで不動産購入資金提供者にも先取特権が付与されていること、しかもそれが実務上も重要なものとして認識されていること⁹⁾が注目

2) 林良平編『注釈民法(8)』(有斐閣・昭和40年)84頁〔林良平〕は、「特定の債権者の保護という形態をとろうとするときには、この先取特権の制度が技術的方法として最適なもの」とする。

3) Legeais, *op.cit.*, n°656.

4) 直井義典「倒産手続における不法行為に基づく損害賠償請求権の処遇に関する序論的考察」筑波ロー・ジャーナル21号(平成28年)153頁以下、直井義典「損害賠償請求権の実効性確保に向けた制度構築について」河上正二＝大澤彩編『人間の尊厳と法の役割』(信山社・平成30年)165頁以下。

5) 道垣内弘人『担保物権法 第4版』(有斐閣・平成29年)47-48頁。

6) 道垣内・前掲48頁。

7) 道垣内弘人編『新注釈民法(6)』(有斐閣・平成31年)139頁〔今尾真〕。

8) もっともフランスの不動産一般先取特権(2375条)は登記が免除されている(2378条)。

される。わが国でも現行法ではこの種の前取特権は認められていないが、旧民法典には規定が置かれていた。不動産購入資金が不動産に姿態変換した点からすれば、不動産は購入資金の物的な現れであると評価することができ、購入資金提供者が買主の責任財産を増加させたというつながり¹⁰⁾が明確である。したがって、フランス法のように購入資金提供者に先取特権を付与するのは極めて自然なことのようにも見える。また、裁判外での企業再建手続等で新規融資の優先的回収が求められ¹¹⁾、交換的担保供与については詐害行為取消（424条の3）・否認権行使（破162条・民再127条の3）が否定されるように、新規融資を優遇することによって新規融資を活性化する制度も見られる。

そこで本稿では不動産購入資金提供者の前取特権を題材として、その存立理由・実効性等を検討していくこととする。

以下、第1章では、フランスの不動産購入資金提供者先取特権について、その内容ならびに存在意義を明らかにする。そして第2章ではわが国の民法制定過程でこの種の前取特権がなぜ受容されないこととなったのかを明らかにする

9) M. Cabrillac = Ch. Mouly = S. Cabrillac = Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 10^eéd., 2015, n°891 は、売主先取特権と不動産購入資金提供者の前取特権を重要性の高いものと位置づけ、同書 n°895 では、実務上の重要性は強調するまでもないという。Legeais, *op.cit.*, n°675 も同様であり、不動産購入資金提供者の前取特権は不動産先取特権のうちで最も重要なものとし、公証人慣行がそれを決定づけているとする（これに対して、建築家・請負人に与えられた先取特権は廃れているとも言う。）。

L. Aynès = P. Crocq, *Droit des sûretés*, 13^e éd., 2019, n°705 もまた、売主自身によって不動産買主に信用供与がなされることは少なく、銀行やクレディフォンシエ等の専門機関によって信用供与がなされることから、不動産売主の前取特権よりも購入資金提供者の前取特権が重要であるとする。

10) 不動産先取特権の法的根拠は、財産分離の前取特権を除き、債務者の財産体に価値を付け加えたことに求められている。（Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°891.）

11) フランスにおいて、「調停手続内で認可された同意を」することによって新たな財または役務を債務者に提供した債権者、あるいは、「企業の活動継続・永続を保証するために」新たな資金提供に同意した債権者のように「新規金銭（new money）」の供与によって生じた債権を有する者には商法 L.611-11 条で先取特権が付与されている。この先取特権を有する者は、倒産手続開始後の債権者や倒産手続開始前の抵当権者に優先する。

こととし、第3章では比較法的な考察を行う。

第1章 フランス法

第1節 不動産購入資金提供者先取特権の内容

本節ではフランス民法における不動産購入資金提供者先取特権の内容を明らかにする。もっとも、この先取特権を定めた規定は1971年に文言の補足を受けており、このことが先取特権の性質論争に終止符を打つ役割を果たしたこと、ならびに第2章で説明するようにボワソナードが当時のフランス民法の規定を大いに参照して草案を作成していることから、まずは1804年の原初規定から見えていくこととする。

(1) 不動産特別先取特権¹²⁾のリストを提示する旧2103条は次のように規定する。

旧2103条「不動産に対する先取特権債権者は、以下の者である。

一 売却された不動産に対して、代金の支払いについて売主

その代金の全部又は一部が未払いの数個の連続した売買がある場合には、第1の売主が第2の売主に、第2の売主が第3の売主に、及び以下同様に優先する。

二 不動産の取得のために金銭を供与した者 ただし、その金銭をその用途に充てるのが借入証書によって、またその支払いを借入金によって行ったことが売主の受領証書によって公に確認されることを条件とする。

三 [略]〔相続不動産分割の先取特権〕

四 建築家、請負人、石工、及び建築物、導管その他何らかの工作物を建造し、再建し、または修繕するために雇用されるその他の製作者 ただし、所有者が行う意図を有すると申述する工作物に関して、土地の原状を確認

12) 不動産特別先取特権とは、2375条に規定される不動産一般先取特権に対置されるもので、後者が債務者の有する全不動産を先取特権の目的とするのに対して、前者はわが国の不動産先取特権と同様に、債務者の有する特定の不動産のみを目的とする先取特権である。

するために、建築物の所在地を管轄する大審裁判所が職権で選任する鑑定人があらかじめ調書を作成したこと、及び工作物の完成から遅くとも6月内に、同様に職権で選任する鑑定人が工作物を受領したことを条件とする。

ただし、先取特権の額は、第2の調書によって確認された価額を超えることができず、不動産の譲渡のときに存在し、かつ、それについて行われた工事から生じる増価に縮減される。

五 製作者に対して支払い、または償還するために金銭を貸し付けた者は、同一の先取特権を享受する。ただし、不動産の取得のために金銭を貸し付けた者についてさきに述べたように、その用途が借入証書及び製作者の受領証書によって公に確認されていることを条件とする。

六 〔略〕

本稿の検討対象が2号であることは言うまでもない。ただ、資金提供者に先取特権を認めているという点では、4号を受けて工作物の制作者に対する支払・償還目的での金銭提供者に先取特権を付与した5号も同様の趣旨の規定である¹³⁾。

(2) これら資金提供者の先取特権が認められる理由は、以下のようなものである。資金提供者によって信用が供与されることで、買主は不動産の購入・修繕等が可能となる。それによって買主の責任財産が増加し、このことは買主の全債権者にとって有益である、というわけである¹⁴⁾。この点、不動産売主の先取特権と同じである¹⁵⁾。

13) 磯部四郎『仏国民法先取特権及抵当権講義』（構法会出版・明治25年）241-242頁は、2号と同様のものとして説明する。

14) Aynès = Crocq, op.cit., n°702.

15) Ch. Aubry = Ch. Rau, Cours de droit civil français, 5^eéd., t.3, 1900, p.286 note17.

先取特権が認められる理由ばかりでなく、先取特権の目的不動産も共通とされる（Y. Picod, Droit des sûretés, 2016, n°362.）。Cass. civ3, 10 juin 1981, Gaz. Pal., 1982.1.pan32 も、2103条2号により金銭貸与者の先取特権は売主の先取特権と同視され、付合による建造物にも及ぶとする。

こうした理由によって先取特権が認められることから、資金提供者の提供した資金が、不動産の取得という形で買主の責任財産を増加させたことが要求される。そこで不動産購入資金提供者に先取特権が認められるための要件は以下の2点ということになる。第1は、借入証書・受領証書が公正証書の形式で作成されていることであり、第2は、借入証書において借入金の使途が不動産購入にあることが示され、受領証書において代金はその借入金をもって支払われたことが明確にされていることである。この二重の証書要件は、債務者の承諾による人的代位の要件と同様である（旧1250条2号¹⁶⁾。

二重の証書要件が課されることによって、貸付金が代金支払に用いられたことが確かなものとなり、債務者が不動産の代金支払のための借入金であると称して他の債権者を害して特定の債権者のみを優遇することが回避される¹⁷⁾。なお、売買契約自体は公正証書によってなされる必要はない¹⁸⁾。また、金銭の貸し付けは売買と同時になくてもよく、売買契約に後れるのでもよい¹⁹⁾。そして、法定担保物権であるから、先取特権の成立に債務者の同意は不要である。売買契約が無効であっても、先取特権は消滅しない²⁰⁾。

判例・学説ともに、上記の書面要件は、先取特権の成立要件ではなく対抗

16) 旧1250条「この代位は、以下の場合には合意による。

一 第三者から弁済を受領する債権者が、その者を債務者に対する自己の権利、訴権、先取特権又は抵当権について代位させるとき。この代位は、明示的で、かつ、弁済と同時に行われるものでなければならない。

二 債務者が、金銭を借り入れて自己の負債を弁済し、かつ、債権者の権利についてその貸主に代位させるとき。

この代位が有効であるためには、借入証書及び受領証書を公証人の面前で作成しなければならない。借入証書においては、その金銭を弁済を行うために借り入れたことが申述されなければならない。受領証書においては、弁済を、そのために新たな債権者が供与した金銭で行ったことが申述されなければならない。この代位は、債権者の意思の協力なしに行われる。」

現行1346-2条の原規定であり、おおむね同内容である。

17) H., L. et J. Mazeaud = F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t.3, premier vol., par Y. Picod, 7^eéd., 1999, n°334 ; J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, 9^eéd., 2018, n°419. 磯部・前掲219頁。

18) M. Planiol = G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.12, 1927, n°645.

要件にすぎないから、書面が作成されなくても当事者間では先取特権の成立が否定されるものではないと考えている。破産院は、こうした形式は第三者に対して金銭の出所を確かにする意味しか有しないとして、受領証書の欠如を援用して2314条を根拠に保証の免責を主張したのを認めず、第三者が先取特権の存在について異議を唱えなければ受領証書が欠如していても先取特権は妨げられない、と判示した²¹⁾。この判決は、仮に公証証書による領収書の欠如がこれを利用することに利益のある当事者によって先取特権者に対抗されないとしても、先取特権によって利益を受ける者は公証証書による領収書が作成されていないことに依拠して先取特権は失われたものと主張することはできない、とする。

(3) このように債務者の承諾による人的代位と同様の要件が先取特権の対抗要件とされたことから、不動産購入資金提供者の先取特権には自律性がなく、不動産売主の先取特権に代位したもの²²⁾に過ぎないのではないかという先取特権の性質論が争われた。

この議論の実益は、被担保債権に含まれる利息の利率に関わる²³⁾。すなわち、不動産購入資金提供者の先取特権が自律した先取特権であるとするれば、被担保債権は貸付金債権であるから、金銭消費貸借契約において定められた約定利率によって算定された額が先取特権の被担保債権額ということになる。これに対

19) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°896 ; Legeais, op.cit., n°679.

もっとも、売買代金の全部または一部は未払いでなければならない。金銭貸与時にすでに売買代金が完済されていると、不動産購入資金の供給とはならないからである。金銭の出所に言及することなく代金が払われていた場合には、売主が後になって言及しても欠落を埋め合わせることはできない (Aubry = Rau, op.cit., § 263, p.287.)。

20) Cass. civ3, 26 oct. 2017, n°16-15754.

21) Cass. civ3, 18 fév. 1987, B. III. n°31.

22) なお、売主は第三者から弁済を受けることによって明示の宣言によって旧1250条1号の代位を認めることを排除するものではない。(Aubry = Rau, op.cit., § 263, p.287.)

23) 下村信江「フランス先取特権制度論」帝塚山法学3号(平成11年)120頁。

して売主の先取特権に代位するのだとすると、代位権者である資金提供者は売主が有する権利以上のものを取得することはできないから、先取特権によって担保されるのは売買代金債権の利率によって算定された額ということになる。通常は金銭消費貸借の約定利率の方が高いから、資金提供者としては自律した先取特権を有することに利点を見出すのである²⁴⁾。

比較的古い学説は代位説を支持していた²⁵⁾。例えばプラニオル＝リペールは、旧2103条には5つの先取特権が列記されているが実際には3つであり、2号と5号は代位の場合にすぎないとの理解を示していた。そして、債務者の同意による代位（旧1250条2号）によって売主の先取特権が移転されたものであるとし、また、売主は第三者から弁済を受けて受領書に明記することでその者に先取特権を代位させることも妨げられない（旧1250条1号）、とする²⁶⁾。また、代位説の根拠として旧2108条²⁷⁾の文言も挙げられていた^{28,29)}。

ところが1971年7月16日の法律579号第47条によって旧2103条2号³⁰⁾は次

24) C. A. Thibierge, *L'autonomie du privilège de prêteur de deniers et les prêts à l'acquisition immobilière*, Defrénois, 1971, p.1281, n°5 ; G. Daublou, *Les prêts à l'acquisition immobilière*, Defrénois, 1994, p.1057, n°1 ; Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°895. ドブロンは、約定利率は法定利率を大きく上回っていた (*excédaient largement*) とする。ただし、Daublou, *op.cit.*, p.1057 note2 では、この論文が公表された時点では少なくとも住居の取得に関しては約定利率は法定利率に近づいていると指摘する。

25) 「不動産ノ買主ニ資本ヲ貸与スル者モ亦法律上当然売主ノ先取特権ニ代位ス」とする磯部・前掲218頁もこの見解に立つものである。

26) Planiol = Ripert, *op.cit.*, n°622 et. 645

27) 旧2108条（1918年改正法）「先取特権を有する売主は、取得者に対する所有権移転証書であって、その代金の全部または一部の弁済がないことを証するものの登記によりその先取特権を保存する。このためには、取得者が契約の移転登記をした時には、売主にとり、及び支払代金を買主に提供して当該契約による売主の権利に代位する貸主にとり、先取特権の登記と同一の効力を有する。しかし、抵当権登記官は、売主ならびに貸主のため、所有権移転行為によって生じた債権の登記を、第2148条所定のものと同性質の登記用紙に職権でなすことを要し、これに違反したときは第三者に対して損害を賠償する責任を負う。売買契約の登記がないときは、代価について有する債権の登記の効果をj得るため売主及び買主もまた自らその売買契約の登記をなさしめることができる。」

28) Mazeaud = Chabas, *op.cit.*, n°334.

のように改められ、この議論には決着がつくこととなった。

「二 代位が生じない場合であっても、不動産の取得のために金銭を供与した者 ただし、その金銭をその用途に充てることが借入証書によって、またその支払いを借入金によって行ったことが売主の受領証書によって公に確認されることを条件とする。」

一見して明らかなように、冒頭に「代位が生じない場合であっても」の文言が追加されたのみで残部に変化はない。この「代位が生じない場合であっても」の文言が付け加わることによって、前記の議論は不動産購入代金供与者の先取特権に自律性が認められることで決着した³¹⁾。もっとも、ティビエルジュによれば、自律性肯定説の萌芽はすでに1955年1月4日のデクレの時点で見受けられたとされる。すなわち、このデクレには伝統的解釈を覆すまでの意図はなかったものの、すでにこの時点で旧2103条2号は売主先取特権への代位を認めたものであるとの理解は揺らいでいたとする³²⁾。そして1967年7月7日の法律で挿入された旧2108-1条³³⁾は、限定された領域においてではあるが、資金提供者の先取特権に自律性を認める意図を有するものであった。もっとも、それを旧2103条2号の領域にまで一般化してもよいのかは問題となっていたのであ

29) もっとも、「同じ契約において、売主の権利に代位する」との表現は、売買行為 (acte de vente) に代位の明示的な宣言が含まれていなければならないことを意味するものではないものと解されていた (1250条2号と対比せよ) (Aubry=Rau, op.cit., p.593 note18.)。

30) 2006年改正後の2374条2号であるが、文言に変化はない。

31) Thibierge, op.cit., n°1 ; Aynès=Crocq, op.cit., n°705.

32) Mazeud = Chabas, op.cit., n°334 は、1955年に旧2108条が改正されたことで代位説を示唆するものがなくなったために、資金提供者の先取特権には自律性が認められていたとする。

旧2108条 (1955年改正法)「①先取特権を有する売主又は不動産の取得のために金銭を貸与した貸主は、登記によってその先取特権を保存する。この登記は第2146条及び第2148条に定める形式において、かつ、売買行為から起算して2月の期間内に、その者の発意によって行われなければならない。先取特権は当該行為の日付で順位を有する。

②売主の先取特権の消滅ののちは、又は前項が付与する期間内にその先取特権の登記がない場合には、第1654条に定める解除の訴権は、取得者として不動産に対する権利を取得し、かつ、それを公示した第三者を害して行使することができない。」

り³⁴⁾、一般化を肯定したのが1971年の法律であるとする^{35,36)}。

(4) しかし、不動産購入資金提供者の先取特権が自律性を有する³⁷⁾からといって、不動産売主の先取特権への代位が全く意味を失うわけではない。

代位自体が認められることは、旧2103条2号に挿入された文言が「代位が生じない場合であっても」というものであることから導かれる³⁸⁾。すなわち、この文言は売主先取特権への代位が生じる余地を認めたものと解されるのである。

代位の効果は売主が有していた権利を資金提供者が行使できるということである。この中にはもちろん売買代金債権の利率に基づいて計算された額の被担保債権を回収する権能が含まれるが、前述したように消費貸借の利率の方が高いのが通例であるから、この点には代位の利益はない。

代位の利益が見いだされるのは、解除権行使の点である³⁹⁾。不動産購入資金提供者は売買契約の当事者ではないから、貸し付けた金銭が返還されないからといって売買契約を解除することはできない⁴⁰⁾。売買契約の解除権を有するの

33) 旧2108-1条「第1601-2条に従って期限を付して締結する建築用不動産の売買の場合には、売主の先取特権又は金銭ノ貸主の先取特権は、その登記を公署証書によるその不動産の完成の確認から起算して2月の期間の満了前に行う場合には、売買の日付で順位を有する。」

34) Thibierge, op.cit., n°2.

35) Thibierge, op.cit., n°3.

36) Mazeaud = Chabas, op.cit., n°334は、債務者の同意が不要であることを理由として、代位説は支持し得ないとする。

37) 自律性を有するとは不動産売主の先取特権と不動産購入資金提供者の先取特権は全く別個の権利であることを意味するから、書面要件の不具備などの理由で後者を行使することができなくても、代位の要件がみたされる限り前者を行使することはできる。(Aubry = Rau, op.cit., § 278, p.593.)

38) Thibierge, op.cit., n°6. ただ、こうした説明が本当に説得的なものであるかは疑問もある。代位が生じる場合に資金提供者独自の先取特権が認められることは法文から説明されるが、売主の先取特権への代位が常に認められるのかは明らかでない。

39) Thibierge, op.cit., n°8 ; Aynès = Crocq, op.cit., n°705.

は売主である。売主の権利に代位をすることで、本来は解除権を有しない資金提供者が売買契約を解除することができるようになる。解除の効果は原状回復であるから、資金提供者が売主に代位して売買契約を解除した場合、既払代金を返還しなければならない反面、解除権を行使した資金提供者に不動産所有権が移転する⁴¹⁾。そして、資金提供者は解除権行使の結果として入手した不動産を他の買主に売却することを通じて貸付金の回収を図るのである。

もっとも、代位によって解除権を行使できるかについては検討を要する。レミーは次のように、代位の性質と解除権の性質との両側面から、解除権の移転が可能であることを根拠づける⁴²⁾。

代位の性質との関係では、代位が弁済の効果にすぎないことが問題となる。弁済には消滅効があり（旧1234条）、消滅した債権に付随する権利を代位者が取得するのは擬制である。19世紀には、代位に債権譲渡と同様の移転効を認めるのは、法的擬制は狭く解すべきだとの解釈を超えて旧1249条以下の擬制を拡大解釈することになるので許されないとの見解が主張された。これによれば、売主の先取特権を移転することはできるが解除権を移転することはできないこととなる。レミーは、伝統にそぐわないこと、起草者の意思に反すること、「権利への代位」・「すべての権利に代位」との条文の文言（旧874条・旧1249条・旧1250条・旧2029条）に反することを理由に、こうした見解は支持し得ないとする。また、ワイル＝テレの見解を引いて、被代位者の訴権の移転は法的擬制の効果ではなく実務上の必要に基づく法制度であるとする。

解除権の性質との関係では、代位等による債権の移転によって、債権の実行ではなく遡及的消滅に向かう権利を与えることができるのが問題となる。レミーは、契約の解除は債権の強制執行と同じ目的を有するものであり、解除権は実行の手段にすぎないとジョスランの見解を引く。そして、この見解を支

40) Picod, op.cit., n°362.

41) Thibierge, op.cit., n°9.

42) Ph. Rémy, La subrogation du prêteur de deniers dans l'action résolutoire du vendeur d'immeuble, JCP N1978, p.79, n°5 et s.

持するのであれば、支払いを受けていない売主の解除権は、代金債権の取得者に必ず移転することとなる。支払強制権限は債権と共に存するからである、とする。

以上のようにして、レミーは代位によって解除権を行使することを認めても、代位の性質にも解除権の性質にも反しないものと論じる。

このように解除権を代位行使することは可能であるが、後述するように、解除権行使が可能となる点を売主の先取特権を代位行使するメリットとすることについては疑問も呈されている。

(5) 不動産購入資金提供者の先取特権は、不動産売主の先取特権と同様、売買行為から2か月以内に登記されなければならない（2379条⁴³⁾ ⁴⁴⁾。この期間に遅れて登記された場合には、先取特権は法定抵当として扱われることとなる。先取特権として扱われることのメリットは遡及効にある⁴⁵⁾。すなわち、売買行為から2か月以内に登記がなされることにより、売買行為の日を遡って先取特権が対抗要件を具備したものと扱われるのである⁴⁶⁾。

43) 2379条「①先取特権を有する売主又は不動産の取得のために金銭を供与した貸主は、登記によってその先取特権を保存する。この登記は、第2426条及び第2428条に定める形式において、かつ、売買行為から起算して2月の期間内に、その者の発意によって行われなければならない。先取特権は、当該行為の日付で順位を有する。

②売主の先取特権の消滅のちは、又は前項が付与する期間内にその先取特権の登記がない場合には、第1654条に定める解除の訴権は、取得者として不動産に対する権利を取得し、かつ、それを公示した第三者を害して行使することができない。」

なお、2374条5号の先取特権については、2382条が登記の遡及効を定める。

2382条「建築家、請負人、石工、及び建築物、導管その他の工作物を建造し、再建し、又は修繕するために雇用されるその他の製作者、及びそれらの者に支払い、償還するために金銭を貸し付け、その用途が確認された者は、〔以下の調書の〕二重の登記によって、最初の調書の登記の日付でその先取特権を保存する。

- 一 その地の原状を確認する調書
- 二 〔工作物の〕受理の調書

44) 実務上は、登記はほとんどすべての場合に売買の公示と同時になされるようである（Aynès = Crocq, op.cit., n°704.）。

このように登記に遡及効が与えられていることで、不動産取引の安全が大きく害されているにも見える。ところがこうした危険は存在しないという。それは、所有権を取得したいあるいは抵当権を設定したい不動産が、売主や抵当権設定者によって購入されたばかりであることは、容易に知り得ること、公証人も売却や共有物分割から2か月を経過しない不動産についての取引をしないように助言することによって根拠づけられている⁴⁷⁾。不動産についての新たな物権変動は2か月以上の間を空けることが実務上推奨されているということである。

先取特権によって担保されるのは、主債務と3年分の約定利息である（2432条）⁴⁸⁾。

また、2007年2月20日の法律により先取特権を充填式抵当権に転化することが認められたが、これは資金提供者に有利なものと認識されている⁴⁹⁾。

第2節 他者との競合

不動産購入資金提供者の有する先取特権の内容は第1節で見たとおりである。

それではこの先取特権は、他者の有する権利との関係でどのようなものとして位置づけられるのか。不動産売主の解除権との関係、不動産売主の先取特権

45) 法定抵当として扱われることのデメリットとしては、順位の付与が登記日になってしまいう結果、登記前に差押え・不動産の転売・買主の倒産等の事象が発生すると登記ができなくなること、登記が遅れた場合に解除権を行使できなくなる可能性があること（2379条2項）が挙げられている（Aynès = Crocq, op.cit., n°704.）

46) このように被担保債権発生日に遡及する点は、不動産特別先取特権共通の特質であり（Seube, op.cit., n°415 ; Legeais, op.cit., n°674.）、先取特権の優位を保証する唯一の手段と評価される（Aynès = Crocq, op.cit., n°702.）

フランスにおける不動産先取特権の優先順位については、深川裕佳「先取特権の優先順位の設定方法についての一考察」東洋法学54巻1号（平成22年）71頁以下。

47) Aynès = Crocq, op.cit., n°702.

48) Cass. civ3, 31 mars 2005, B. III . n°79.

49) Legeais, op.cit., n°678.

との優劣、ならびに保証人の代位権との関係の3点から考察する。

(1) 第1は、売主の有する売買契約解除権との関係である。売主は代金の完済を受けるまで解除権を有する。売主に解除権が留保されていること自体が不動産購入資金提供者の先取特権を危殆化させる。すなわち、解除がなされると、目的不動産は元の所有者に返還されるのであり、金銭貸与者に優先的に充当されるのではないとされている⁵⁰⁾ために解除によって先取特権は消滅してしまう⁵¹⁾。そこで資金提供者は売主に対して解除権の放棄を求めることになる⁵²⁾。

(a) 資金提供者が解除権に代位することの意義という観点から検討を加えたのがティビエルジュとレミーである⁵³⁾。

ティビエルジュは、資金提供者が売主に代位して解除権を得ることに意味があるのかを検討する。その際、未払代金額の大きさと解除権の帰属主体の2点に着目して考察を加える。

まず、未払代金額の大きさという観点からは、買主が代金の大部分を支払っ

50) 貸金債務の保証人が金銭貸主に代位した事例である Cass. com., 5 déc. 1995, B. III . n°286.

51) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°897.

これに対して、売主が解除されたときであっても先取特権は存続するとの裁判例 (TGI Paris, 19 avr. 1982, Gaz.Pal., 1982.1. som.181.) もある。また学説にも、先取特権は自律したものであり担保の法的な性質から、解除によって影響されない。こうした解決は、貸主による支払を受け入れることで売主は利益に与るという行為に対して法律が付与した効果が先取特権であるとの考え方にも適合的であるとするものが見られる (Legeais, op.cit., n°680.)。

52) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°897 は、資金提供者は売主に対して解除権への代位や解除権の放棄を求めることが考えられるが、代位は一部弁済しか受けていない債権者を害しないことから、後者の形態の方が望ましい、という

53) このほか、Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., p.670 note 21 は、強制競売を避けられる分、売主が完全な弁済を受けている場合には、代位の方が有利である、とする。これはすなわち、自己固有の先取特権によるのでは資金提供者は解除権を行使できないために一般債権者の差押えに基づく強制競売を回避できないが、売主の解除権を代位行使することによってこの差押えを空振りさせることができるという意味と考えられる。

ている場合には資金提供者には解除権を代位行使するメリットはない、とされる。その理由は、解除権を行使しても既払代金を返還しなければならないし、同じ代金で、さらには利息と費用を付加して、新たな買主を探さなければならない、ことにある⁵⁴⁾。したがって、未払代金額が大きい場合でなければ解除権行使にはそれほどの意味はないこととなる。

次に、解除権の帰属主体という観点から、解除権が複数人に属する場合の検討を加える。具体的には、売主と貸主が与信した場合や複数の与信者がいるような場合が考えられる⁵⁵⁾。ティビエルジュによれば、これらの場合、解除権の移転による購入資金提供者の保護は幻想であるとされる。複数いる解除権者のうちの1人による解除権行使が認められると、譲渡がなされることに利益をもつ他の者は害される。全員が解除権を放棄するのが適切である。

そこで、金銭貸与者が1人で、かつ、買主がほとんど支払いをしていない場合にのみ、解除権への代位が不動産購入資金提供者の保護に有用であるのかを検討するに値する。この場合、競売にかけても十分な債権回収ができるとは限らない。そこで、解除権を行使して不動産所有権を回収しより良い条件で再度任意売却することになる。しかし、判決が適時に出されるのであれば、貸主は不動産所有権を取得するために解除権を代位行使する必要はないということを忘れてはならない。競売では不十分だと考えれば、貸主自身が競落人となれば足りる。解除権行使による方が競落によるよりは時間がかからないという点くらいしか違いはない。結論として、ごく例外的な場合を除いては、金銭貸与者には、売主の権利に代位する利益は全くなく、旧2103条2号の先取特権のみを考慮するので良い⁵⁶⁾。結局のところ、競売手続にかかるコストと解除による取戻のコストの比較ということになる。

以上のように、ティビエルジュによれば、不動産購入資金提供者に代位によっ

54) Thibierge, *op.cit.*, n°9.

55) このほか、現実にはあまり多くはないだろうが資金提供者が売買代金全額を融資したが買主はその一部のみを売主に弁済している状況においても同様となる。

56) Thibierge, *op.cit.*, n°9.

て解除権を行使するメリットがあるのは、解除権が資金提供者自身に単独で帰属しており、買主による未払代金額が相応の額に及んでいることという要件が充たされた場合で、なおかつ、競売のコストに比べて取戻のコストの方が低い場合に限られることとなる^{57,58)}。

(b) レミーは、代位が完全なものであるか部分的なものであるかを分けて、資金提供者による解除権代位行使の意義を検討する⁵⁹⁾。

完全な代位の場合については、2つの視点から検討を加える。執行費用の観点、ならびに、先取特権や解除権の買主倒産手続における帰趨の観点である⁶⁰⁾。前者については、解除の後に再売却する場合、価格には解除費用・取戻費用・解除権行使における所有権移転費用が含まれるから、不動産の差押え費用よりも高額になる、とされる⁶¹⁾。よって、執行費用の観点では、完全な

57) Daublon, *op.cit.*, n°2 も、解除権の優位性は現実のものと言うより見かけだけのものとする。

58) ティピエルジュ論文は実務に多大な影響を与えたようであり、資金提供者の先取特権のみが用いられることとなった。これで実務が満足した理由として、不動産信用では伝統的に抵当権が用いられてきたこと、抵当権が設定されていることで債務者は代金を完済するまでは所有者ではないとの感情を抱くこと、抵当権によっては使用・収益が妨げられないこと、先取特権の遡及効により資金提供者の担保の効力が強化されていること、先取特権の公示により正確な情報が提供されること、抵当権に追及効があること、が挙げられている。もっとも、売主の債権者との関係では先取特権は十分な保護にはならない。売主に先取特権が付与されるのは、取得者の財産体の中に、取得者の債権者の共通担保となる不動産を投入したからである。同様のことは旧2103条2号についても言えて、取得に要する金銭を貸与した者は取得者の財産体の中に資産を投入したと言える。しかし売主の債権者との関係では同様には言えない。提供された金銭は売主の財産体の中で不動産に取り替わっているものであり、それを増大させてはいない。そのため、売主の債権者との関係では資金提供者に先取特権を認めることはできない。旧2108条によって金銭貸与者に認められた遡及効は先取特権を対抗できる債権者に対してのみ機能する、すなわち取得者の債権者に対してのみ認められるのであって、売主の債権者に対しては遡及効は認められないのである（以上、Daublon, *op.cit.*, n°3.）。

59) Rémy, *op.cit.*, n°18.

60) Rémy, *op.cit.*, n°19.

61) Rémy, *op.cit.*, n°22 et 23.

代位の場合には解除権の独自の有用性はない。この点はティビエルジュと同じである。

しかし、買主倒産時における先取特権・解除権の帰趨という観点からは解除権への代位にも意味を見出すことができる⁶²⁾。レミーによれば、倒産手続では少なくとも次の5点が先取特権の阻害要因となる⁶³⁾。登記実行の義務付け・他の債権者と同様に課される届出義務・先取特権の被担保債権確定までの追及権の停止・1967年法41条の失権・強制和議終結以前に提出されなかった債権の失権である。これらの場合には先取特権行使が認められないのに対して、解除権は行使できる。したがって、ここでは解除権行使に独自の利益がある。これはティビエルジュには見られなかった観点である。

レミーは売主が完全に弁済を受けた結果として完全な代位が生じる場合、買主倒産という特別な事情の下では、解除権への代位にも利益があるとする⁶⁴⁾。

他方、部分的な代位の場合には、売主と資金提供者の双方が解除権を有することとなるが、解除権には訴権の不可分性が認められる⁶⁵⁾から解除権者全員が一致して行使することが要求される⁶⁶⁾。その結果、売主と資金提供者のいずれも単独では解除権を行使できないことになる⁶⁷⁾。レミーは、売主は1670条⁶⁸⁾にも拘らず単独で解除権を行使できるとの見解を取らない。レミーによれば、こうした考え方は、旧1252条⁶⁹⁾が一部しか弁済を受けていない被代位者と代

62) Rémy, op.cit., n°24 et 26.

63) レミー論文は1978年に公表されたものであるので、1967年の法律の下での議論であることには注意を要する。

64) Rémy, op.cit., n°30.

65) この点は必然ではない。レミーは、以下のようにして解除権の不可分性を根拠づける。

金銭債権が分割債権となるという原則はここでも排除されない。しかし、解除権の不可分性は、共同売主による買戻しやレジオンによる取消しに関する1670条・1685条の類推適用による。この規定の趣旨は、一部が解除されることによって買主が共有状態に置かれるのを避けることにある。これが共同売主による解除についても同様でなければならない。類推の根拠も、共有を避けることにある。(Rémy, op.cit., n°34.)

66) Rémy, op.cit., n°32.

67) Rémy, op.cit., n°35.

位者の関係にのみに関する規定であることを忘れたものであって不適切であるとされる⁷⁰⁾。このように売主単独での解除権行使を否定する点でレミーはティエルジュと異なる見解に立つ。

そしてレミーは、解除権の共同行使を義務付けることの意義を売主単独では解除権を行使できない点に見出す⁷¹⁾。売主が単独では解除権を行使できないことから、資金提供者の先取特権が保存されるということである。

しかしこれでは資金提供者自身も解除権を行使できず、両すくみとなってしまふ。そこで実務上、資金提供者の便宜のために、売主に資金提供者のために解除権を行使することを義務付ける条項と、売主が解除権を放棄する条項が用いられる⁷²⁾。

後者の条項については、代金完済前になされる解除権の事前放棄は無効なのではないかとの疑念が生じる。レミーは、第1に、売主に解除権を与えた1654条⁷³⁾は公序ではないこと、第2に、類推の観点から、解除が損害賠償と同様にフォートによる契約の不履行に対する救済であるのであれば、免責条項と同様に解除権放棄も認められなければならないことを理由に解除権の事前放棄も有効であるとする⁷⁴⁾。

68) 1670条「ただし、前二条の場合には、取得者は、すべての共同売主又はすべての共同相続人の間で土地建物の全部の取戻しについて協議をととのえるために、それらの者が訴訟に参加することを要求することができる。それらの者が協議をととのえない場合には、取得者は、請求を免れる。」

69) 旧1252条「前数条に定める代位は、債務者に対しても、保証人に対しても生じる。部分的にのみ弁済したときは、代位によって債権者を害することができない。この場合には、債権者は、部分的弁済のみを行った者に優先して、自己に支払われるべきものについてその権利を行使することができる。」

70) Rémy, op.cit., n°36.

71) Rémy, op.cit., n°37 et s.

72) Rémy, op.cit., n°49. これらが認められれば代位は不要とされる (Rémy, op.cit., n°53.). M. Dagot, La renunciation anticipée à l'action résolutoire de la vente d'immeuble, JCP N1986, p.361, n°3によれば、解除権放棄はしばしば行われているという。

73) 1654条「買主が代金を支払わない場合には、売主は、売買の解除を請求することができる。」

以上のように、部分的な代位の場合は、資金提供者による解除権への代位には、売主による解除権行使を妨げることによって、自己の有する先取特権が消滅しないようにするという意義がある。

(c) 解除権の事前放棄が有効であることについてはダゴが詳細に論じている。

ダゴによれば、解除権の放棄が抵当権者のような第三者のためになされる場合、その有効性を否定するのは難しいとされる⁷⁵⁾。それは、解除権が放棄されることによって買主が融資を得られるようになり、売買代金が回収できるようになるという意味で、売主にとっても利益があるからである。

これに対して、当事者間では、売買契約の双務契約性ゆえに解除権事前放棄条項は無効ではないかとの疑念が生じる⁷⁶⁾。破毀院⁷⁷⁾は賃貸借において支払請求権事前放棄を無効としており、これが売買契約にも適用されるかが問題となる。しかしダゴは、破毀院判決の射程は売買契約の解除権放棄には及ばないとする⁷⁸⁾。その理由は、第1に、売買契約の解除において問題となるのは支払訴権ではないことである。解除権を放棄しても売主は買主の有する財産を差し押さえる広範な権利を保持している点で、履行請求自体ができなくなる支払訴権の放棄とは異なる。第2に、解除権の放棄といっても、売買契約に特有の1654条であって双務契約一般に関する旧1184条⁷⁹⁾ではないことである。1654条は、

74) Rémy, op.cit., n°53.

75) Dagot, op.cit., n°15.

76) Dagot, op.cit., n°22.

77) Cass., 19 janv. 1863, S.1863.1.185.

78) Dagot, op.cit., n°27-37.

79) 旧1184条「①解除条件は、双務契約において、両当事者の一方がその約務をなんら満たさない場合についてつねに予定されている。

②この場合には、契約は、なんら法律上当然に解除されない。約務の履行をなんら受けなかった当事者は、あるいはそれが可能であるときは合意の履行を他方当事者に強制し、あるいはその解除を損害賠償とともに請求する選択権を有する。

③解除は、裁判上で請求しなければならない。被告には、状況に従って期間を付与することができる。」

第三者の利益をも考慮した規定であって、支払いを受けていない売主のために導入された独自性のある担保である。支払訴権が解除権によって担保されるという関係に立つ。ダゴによれば、こうした仕組みは、不動産売主先取特権の公示がなされていない限りは解除権行使が第三者に及ばないという、解除権と不動産売主先取特権とのつながりによって根拠づけられる。解除権が真の担保であるからこそ、こうした公示の仕組みが構築されるのである。

このように解除権は担保である。そして、不動産売主は担保を放棄することができるのであるから、売主先取特権を放棄できるのと同様に事前に解除権を放棄することができる⁸⁰⁾。また、権利自体は保持しつつも公示を放棄することもできる。対抗要件を具備しない担保権ということになる。

ダゴによれば、解除権放棄は第三者のためになされるときはそれが売主の利益ともなることから有効であり、そうでない場合であっても解除権が担保権としての性質を有することから放棄可能と結論付けられるのである。

(2) 第2に、売主の先取特権と資金提供者の先取特権との優劣が問題となる。見解は分かれている。

一方の見解によれば、資金提供者の先取特権は売主の先取特権に劣後する⁸¹⁾。その理由は、購入資金捻出のために買主が資金提供を受けるという制度趣旨に求められる⁸²⁾。また、この見解を支持する論者によるものではないが、債務者の財産体に財を最初に投入したのは売主だからだとされる⁸³⁾。

これに対して、売主と貸主が競合するときは、両者は平等に扱われるとする見解も見られる。レミーは、旧2103条は順位付けをするものではないこと、1971年の法律によって旧2103条2号が改正される以前であれば資金提供者は

80) Dagot, op.cit., n°38.

81) Legeais, op.cit., n°677.

82) Thibierge, op.cit., n°12は、明文はないが当事者の関係から明らかであるとするが、本文で述べたような趣旨であろう。

83) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°897.

売主の先取特権を代位行使するものとして一部弁済の場合は被代位者が代位者に優先するとの旧1252条により売主は貸主に優先すると言えたのが妥当しなくなったこと、こうした規定がないところでは先取特権の順位の一般原則によって売主優先の理由を探らなければならないがそのようなものは存しないこと、を理由とする⁸⁴⁾。また、カブリラックらは、資金提供者による融資がなければ不動産が債務者の責任財産に含まれることはなく、また、売主と資金提供者の両者の対抗力も同時に生じるものと規定されていることを理由とする⁸⁵⁾。

もっとも、合意により優先権を放棄することは許される⁸⁶⁾ことから、この対立は実際上の問題を生じさせない⁸⁷⁾。

(3) 第3に、先取特権の被担保債権たる不動産購入代金債権について保証人がいる場合、先取特権者である資金提供者が保証人に対して負う義務が問題となる。破毀院は、先取特権者は特段の合意がなくても保証人に対して先取特権を登記する義務を負う。その結果、先取特権の登記がなされなかった場合には債権者にはフォートがあることになり、保証人は免責される、という⁸⁸⁾。

この判決の註釈でルジェは次のように論ずる⁸⁹⁾。2314条⁹⁰⁾の文言を引き合いに出して先取特権者の登記義務を導き出すことも可能ではあるが、これには異論を提起しうる。また、この判決によれば、従前に比べて金融機関の義務が

84) Rémy, *op.cit.*, n°2.

85) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°897.

86) Picod, *op.cit.*, n°362は、実務では金融機関は売主に対して売主先取特権の事前譲渡と解除権の放棄を要求するという。

Thibierge, *op.cit.*, n°13によれば、こうした変更合意は誰をも害しないので公示しなくてよいとされる。ただ、売主の債権者をも害することがないのか疑問もある。

87) この問題に関する判例が存しない理由として、実務上は事前に売主から譲渡がなされていることを挙げる (Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°897.)。

88) Cass. civ1, 3 avr. 2007, JCP E 2007, n°23, p.17.

89) Note par D. Legeais, JCP E 2007, n°23, p.17 et s.

90) 2314条「保証人は、債権者の行為によって、債権者の権利、抵当権及び先取特権への代位が保証人のためにもはや生じえないときは免責される。」

重くなり、金銭消費貸借契約において保証人の存在が予期されていない場合であっても、先取特権を登記しなければならない。先取特権を登記しない限り、保証と他の担保との重畳によって債権者の権利が弱体化するという、当初の目的に反する結果となる。破産院の狙いは先取特権の登記を義務付けることによって、担保の重畳を制限する点にある。被担保債権に保証人が付された場合には抵当権へと移行することになろう⁹¹⁾。ただし、設定者が抵当権設定を拒絶した場合には抵当権設定を強要することはできず損害賠償に止まるため、問題が生じうる。また、抵当権設定の方が先取特権の登記よりも費用が掛かるが、保証人保護のために、主債務者に抵当権設定費用という追加負担を課するのが適切なのかという問題もある。

ルジェの見解に依拠するのであれば、保証人を徴求できるような強い債権者は先取特権によるのではなく、合意による抵当権設定へと誘導される。その意味では、先取特権はもっぱら保証人を徴求できないような弱い資金提供者のためのものということになるであろう。また、抵当権設定費用は主債務者の負担になるであろうから、不動産買主の資金調達費用は上昇することとなる。資金の供給を促進することによって不動産取得を促進するという目的には反することになりそうである。

もっとも、先取特権の登記義務付けが実務上どれだけの負担増をもたらすのかは明らかではなく、ルジェの見解の妥当性判断には慎重な検討を要する。

第3節 小括

不動産購入資金提供者の先取特権は民法典制定時から明文で認められていた。ここでは、提供された金銭と購入された不動産との牽連性を明らかにする目的で二重の証書要件が課された。このように金銭の出所が明確にされることにより購入者の他の債権者を害することが防止されている。ところが、この二

91) なぜ抵当権に移行するのか、この論理は必ずしも明確ではない。当初は保証人の存在を予期しておらず、二重の証書要件が満たせなかったゆえに先取特権を登記できないケースを想定するものだろうか。

重の証書要件は人的代位のそれと同一であり、不動産売主にも先取特権が認められていることから、資金提供者の有する先取特権の位置づけが争われた。当初の学説では代位説も有力に主張された。しかし、1971年の改正により代位がなくとも先取特権が認められることが明らかとなり、この論争は終結した。

資金提供者は自身の有する先取特権を行使することによって、消費貸借契約で定められた約定利率に基づいて利息を得ることができる。この利息は通常は売主が取得しうる利息よりも高額となる。とはいえ、資金提供者が売主の先取特権に代位する意味がなくなったわけではない。代位によって売主の有する解除権を行使し得る点に代位の意味が見いだされている。ところが、資金提供者が解除権を代位行使することに意味があるのかについてはティビエルジュやレミーによって再検討がなされ、限定された状況でのみ意味があることが明らかとなった。すなわち、解除後の再売却にかかる費用と競売手続に係る費用とを比較して前者の方が低い場合、買主が倒産した場合には解除権を代位行使することに意義が見いだされる。また、代位が部分的なものに止まる場合、資金提供者が解除権を代位行使することには、売主が単独で解除権を行使するのを妨げる機能がある。逆に言えば、解除権の代位行使が認められない場合には、資金提供者自身の先取特権に独自の意義が認められることとなる。

不動産売主の先取特権と資金提供者の先取特権との優劣については、前者が優先するとの見解と平等であるとの見解とに分かれる。しかし実務上は合意による優先権放棄がなされることから、問題が生じることはない。

不動産購入代金債権について保証人がいる場合、先取特権者はそれを登記する義務を負う。その結果、保証人を徴求できるような資金提供者は先取特権に頼るのではなく抵当権を利用するように方向づけられることとなり、先取特権の重要性が低下する可能性がある。

第2章 わが国における不動産購入資金提供者の先取特権

現行法において、不動産購入資金提供者には先取特権は認められていない。この種の先取特権はボアソナード草案と旧民法典には規定されていたものの、

現行法の制定過程において消滅している。起草者によれば先取特権規定は旧民法債権担保編第4章に修正を加えたものとされる⁹²⁾が、修正によって消滅しているのである。

本章では、ポアソナードはフランスにおける不動産購入資金提供者の先取特権制度をそのまま移入しようとしたものなのか、なぜこの種の先取特権は現行法に取り入れられなかったのかを検討する。

第1節 旧民法典まで

(1) 不動産購入資金提供者の先取特権はすでに明法寮改刪未定本民法1085条⁹³⁾で認められている⁹⁴⁾。次のような規定である。

「不動産ニ付テノ特権ヲ有スル者ハ左ノ如シ

第一 不動産ヲ売リタル者ハ其値ヲ得ル為メ其不動産ニ付テノ特権ヲ有ス可シ

不動産ノ所有者数人ヨリ数個ノ不動産ヲ買入シ者値ノ全部又ハ一部ヲ払ハサルトキハ最初ノ売主第二次ノ売主ヨリ先ニ償ヲ得第二次ノ売主第三次ノ売主ヨリ先ニ償ヲ得其他皆之ニ倣フヘシ

第二 不動産ヲ買入ル、為メノ金高ヲ貸与ヘシ者其金高ハ不動産買入ノ用ニ供スル為メ貸与ヘシモノタルコトヲ証書ニ記シ且売主ノ受取書ニ其買主ノ払フタル金高ハ其貸主ノ貸与ヘタル金高ナルコトヲ証書ニ記シタルトキハ其貸主其不動産ニ付テノ特権ヲ有ス可シ

第三 建築者請負人等家屋ヲ建造シ及ヒ溝渠ヲ穿開シ及ヒ此等ノ物ヲ修理シ又ハ其他ノ造築ヲ為スタメノ使用ヲ受ケタル人夫ノ賃銀ニ付テハ其償ヲ得ル為メ亦前項ニ等シキ特権ヲ有スヘシ

原二千四百
十案見合

第四 又人夫ノ雇賃ヲ払フ可キ為メ其金高ヲ貸与ヘタル者モ亦特権ヲ有ス可シ但シ其権ヲ得ルニ付テハ其金高ハ人夫ノ雇賃ニ供ス可キコトヲ証書ニ記シ且人夫ノ受取書ニ其金高ヲ以テ其雇賃ヲ得タルコトヲ証書ニ記ス可キコト第二項

92) 『法典調査会民法議事速記録 二』(商事法務研究会・昭和59年) 368頁〔穂積陳重〕。

93) 前田達明編『史料民法典』(成文堂・平成16年) 344頁。

94) 皇国民法仮規則(明治5年) 1085条・1090条も同様である(前田編・前掲440-441頁)。

ニ記スル所ニ等シトス」

以上がフランス民法旧2103条1号・2号・4号・5号とほぼ同じであることは明らかである。

明治11年民法草案⁹⁵⁾では第三が付加されることによって、条文構造がさらにフランス民法に近づく。

1672条「不動産ニ付テノ先取りノ特権ハ左ノ如シ

第一 不動産ヲ売リタル者ハ其値ヲ得ル為メ其売リタル不動産ノ価額ニ付キ先取りノ特権ヲ有ス可シ

一箇ノ不動産ヲ数人ニ転売シテ其代価ヲ受取ラサル時ハ第一次ノ売主ハ第二次ノ売主ニ優リシ先取りノ特権ヲ有シ第二次ノ売主ハ第三次ノ売主ニ優リシ先取りノ特権ヲ有ス可シ

第二 不動産ヲ買入ル、為メノ金額ヲ買主ニ貸与ヘシ者公証人ニ其貸渡ノ証書ヲ記セシメテ其金額ハ不動産買入ノ用ニ供スル為メ貸与ヘシモノタルコトヲ証シ且売主モ亦公証人ニ其代価ノ受取書ヲ記セシメテ其買主ノ払フタル金額ハ其貸主ノ貸与ヘタル金額ナルコトヲ証シタル時ハ其貸主其不動産ノ価額ニ付キ先取りノ特権ヲ有ス可シ

第三 [略][不動産分割の先取特権]

第四 家屋ヲ建造シ溝渠ヲ穿開シ及ヒ此等ノ物ヲ修復シ又ハ其他ノ造築ヲ為シタル建築者請負人及ヒ其他ノ工丁ハ其造築ヲ為ス前ニ其地ノ初審裁判所ヨリ任シタル評価人ヲシテ其不動産ノ値ヲ証スル評価書ヲ作ラシメ且其造築ヲ完了シタルヨリ六月内ニ更ニ其裁判所ヨリ任シタル評価人ヲシテ其不動産ノ値ヲ証スル評価書ヲ作ラシメタル時ハ其造築ニ因レル不動産ノ増価ニ付キ先取りノ特権ヲ有ス可シ

第五 前項ニ記スル建築者請負人及ヒ其他ノ工丁ノ払フ可キ金額ヲ貸与ヘタル者公証人ニ其貸渡ノ証書ヲ記セシメテ其金額ハ造築ノ入費ニ供スル為メ貸与ヘシモノタルコトヲ証シ且建築者請負人及ヒ其他ノ工丁モ亦公証人ニ其金額ノ

95) 前田編・前掲596頁。

受取書ヲ記セシメテ其造築ヲ為サシメタル者ノ払フタル金額ハ其貸主ノ貸与ヘタル金額ナルコトヲ証シタル時ハ其貸主前項ニ記スル所ニ等シキ先取りノ特権ヲ有ス可シ」

いずれもフランス民法を引き写したのみであり、不動産購入資金提供者の先取特権を自覚的に導入したものとは言い難い。

(2) ボアソナード草案では、不動産購入資金提供者の先取特権の存在につき1671条第四が、先取特権の成立要件につき1680条が定める。それぞれ以下のような規定である⁹⁶⁾。

1671条「左ノ債権ニ付テハ下ニ定メタル条件ニ従ヒ不動産ニ係ル先取特権アルモノトス

第一 売買、交換又ハ其他ノ有償所為若クハ負担ヲ帯ル無償所為ニ関スルモ不動産ヲ移付シタル者ハ其移付シタル不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス

第二 共同派分者ハ派分中ニ包含シタル不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス

第三 工匠、土木師及ヒ工事請負人ハ自己ノ工事ニ因リテ不動産ニ生スル増価ニ付キ先取特権ヲ有ス

第四 先取特権ヲ発生セシム所為ノ当時ニ於テ全部又ハ一分ニテ移付者、共同派分者、工事請負人ニ支払ヒタル金円ノ貸主ハ右同一ノ不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス

第五 〔略〕〔財産分離の先取特権〕

1680条「前条ニ掲ケタル先取特権ハ移付、派分又ハ工匠、技術師若クハ工事請負人トノ契約ノ当時ニ於テ売買若クハ不分明物公売ノ代価、交換若クハ派分ノ補足額又ハ工事ニ付キ内金トシテ支払ヒタル金額ノ弁済ノ為メ金円ヲ貸付ケタル者ニ直接ニ且法律ニ憑テ属ス但其金円ノ貸付及ヒ使用ヲ此等ノ所為ノ関係アル証書中ニ記載シタルトキニ限ル

若シ移付者、共同派分者又ハ工事ノ為メノ債権者ノ利益ニ於テ先取特権ノ発

96) 前田編・前掲897頁。

生セル後ニ金円ヲ貸付ケタルトキハ貸主ハ第千二条及ヒ第千三条ニ定メタル条件ト方式トニ従ヒ債権者又ハ債務者ヨリ合意上ノ代位ヲ得タルニ非サレハ先取特権ヲ得取セス

〔3項略〕

ボアソナードによれば、不動産先取特権の根拠は動産特別先取特権の場合と同様に、債権者が未払いの対価を受け取るのを条件としてある価額を債務者の資産中に給付した点にあり、価額提供者と競合する形でこうした価値から他の債権者が支払いを受けるのは不当である点に求められる。そして、資金提供者の先取特権については、「貸主カ交代シタル (ils ont pris la place) 前ノ三箇ノ債権者ニ対スルト異ナル所ナシ」と説明しており、資金供給という形で債務者の責任財産を増加させたことが先取特権を付与する理由とされる⁹⁷⁾。この点は、フランスにおける議論と同様である。

ボアソナード草案がフランス民法と異なる点は次の2点ある。

第1に、資金提供者の先取特権がフランス民法と同様に2号と5号に分離されていたものが、4号に一括して規定されるようになる。この点につきボアソナードは4号がフランス民法旧2103条2号や5号と比べてより広範な規定となっていることを理由とする⁹⁸⁾。本稿に関する限りでは形式的な整理の仕方の相違のみであり、内容にかかわるものではない。

第2に草案は、貸付の関係する所為のときに貸し付けた場合と、それ以後に貸し付けた場合とを区別している。前者においては、先取特権は主たる債権者に関係なく債権者の身に直接かつ法律によって成立する。貸付金によって契約時に弁済を受けた売主・分割者・請負人は暫時の間も債権者とならないとされる。なぜなら、この場合には資金提供者は先取特権に代位するのではなく初

97) G. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, nouvelle édition, t.4, 1891, n°332.

98) Boissonade, *op.cit.*, n°331. フランス民法が特別の理由もないのに分割の補足金・共有財産の競売代価を弁済するためにした貸与を遺脱しているのを不当として、これを包含している (Boissonade, *op.cit.*, n°352.)。

めから法律によって先取特権を与えられたものだからである。この場合は代位の生じる余地がないということである。こうした理由により、草案ではフランス民法と異なり、2つとも公署証書である金銭の用法を付した貸付証書と起源を指示し代位を記載した領収証とを要求せず、ただ貸付とその使用をその関係する証書中に記載することで足りるとした。よって、証書は私署証書でも公署証書でもよい。後者においては、先取特権付債権がまず売主・分割者・請負人に帰属する。よって、この場合は草案1002条・1003条の定める「合意による代位」によらなければ、先取特権の付与された債権は金銭貸与者に移転しない⁹⁹⁾。

草案1002条は債権者の与えた代位について規定しており、受取証書に代位を明記することで足りる。また草案1003条は債務者の与えた代位について規定しており、この場合は、借用証書に金銭の用途を記載し受取証書に金銭の出所を記載することが要件となる。

また、資金提供者の先取特権についてボアソナードは、この先取特権は金銭貸主が先取特権を有する本主に弁済したことによって合意による代位をするのと必ずしも常に重複するものではないことに注意を要するという¹⁰⁰⁾。これはボアソナード自身が代位説に立たず¹⁰¹⁾、19世紀末という比較的早い時期に自律説に立っていたことを示すものである。

公示方法については草案1191条に定められており、譲渡人、分割者、工事請負人と同一の方法¹⁰²⁾によるものとされる（同条1項）。

このほか、フランス民法自体には定めがないものの金銭を貸し付けた者の先

99) 以上、Boissonade, *op.cit.*, n°352.

100) Boissonade, *op.cit.*, n°331.

101) ただし、前述のように「貸主か交代シタル (ils ont pris la place) 前ノ三箇ノ債権者」とも述べており、ここには代位説の片鱗を見て取る事ができる。

102) 譲渡人の場合は所有権移転証書の登記（草案1184条1項）、分割者の場合は分割証書の登記（草案1185条）、工事請負人の場合は工事開始前に作成された原状を明らかにする証書と工事完成後3か月以内に作成された工事による増価を証する証書の登記である（草案1179条1項）。

取特権が規定されている。それは、動産特別先取特権を定めるポアソナード草案1151条第9に掲げられた、保証金を供する義務がある公吏に保証金を貸し付けた者の先取特権である。ポアソナードは保証金を貸し付けた者は公吏の職務上の行為による被害者が弁済を受けて初めて先取特権を行使し得ると定める草案1168条の註釈においてフランスの法律¹⁰³⁾を参照させており、この先取特権はポアソナードの独創というわけではない。この先取特権が認められた理由は次のように説明される¹⁰⁴⁾。公吏になろうとする者が保証金を提供するだけの財産を有さず、財産を有する者が能力を有しない。そこで財産を有する者に公吏志望者への貸付を奨励するのが望ましい。その最良の方法が保証金に先取特権を付することである。そして先取特権の公示に関しては、他の債権者を害さないために、金銭貸主は貸付時にまたは異議又は差押えがなされる前に規則に従って権利を知らせることが求められるが、この保証金提供の対象となる職種・金額・保証金の払い込み先となる公的期間・利息などを定めるのは民法典ではないので、公示に関しては民法典に規定を置かなかつたものとされる。

(3) 旧民法債権担保編の関連規定はポアソナード草案の直訳といっても良いものであり、説明もポアソナードのそれと酷似する。債権担保編165条が草案1671条に、債権担保編176条が1680条に、債権担保編146条が草案1151条に、債権担保編162条が草案1168条にそれぞれ対応する。

旧民法の解説書においても、不動産購入資金等の提供者に認められる先取特権は、代位とするフランス民法とは異なる性質のものとされている¹⁰⁵⁾。また、契約時に金銭の支払がなされる場合には代位の生じる余地がない¹⁰⁶⁾とする点

103) 1805年1月15日の法律、1805年2月25日の法律、1806年8月28日の法律、1812年12月22日の法律が挙げられている。

104) Boissonade, op.cit., n°322.

105) 宮城浩蔵『民法正義 債権担保編 第一巻』(新法注釈会・刊行年不明) 845頁。

106) 鶴丈一郎ほか『民法疏義 担保編』(岡島宝文館・明治24年) 525頁、井上操『民法詳解 債権担保編之部 下巻』(岡島宝文館・明治25年) 267頁。

もボアソナードの見解を踏襲するものである。

債権担保編176条の存在理由は次のように説明される。売主・分割者・請負人に先取特権を付与する必要があるというのであれば、その債務者に金銭を貸し付け、債権の弁済を可能ならしめた者にも先取特権を付与する理由があることは一層明白である。なぜなら、その貸付は債務者の急を救い、契約を完全に履行するのを可能とし、当事者の関係を円滑に終了させるものだからである¹⁰⁷⁾。この説明はボアソナードの説明と比べると詳細であるが、草案1168条に対する説明で金銭の貸付を奨励するものとして先取特権が位置付けられていたことを想起させる。債権担保編162条但書の存在理由は、公吏が第三者と共謀して保証金は第三者から借り入れたものであるとして他の債権者を害するのを避けることにある¹⁰⁸⁾。この説明はボアソナードと同一である。

第2節 現行法制定過程

(1) 法典調査会で先取特権について説明をしたのは穂積陳重である。

穂積は「先取特権ニ関シマスル既成法典ノ規定ハ全体カラ申シマスト既成法典ノ中デ最モ能ク整フテ居ルモノト私ハ考ヘルノデアリマス」。順序を整え理屈を貫徹させるために規定が細密となり微妙な区別がなされたために「其規則ガ繁雜ニナツテ居ルト云フ弊ガアラウト思ヒマスガ余程研究ガ能ク届イテ居ルモノト考ヘマス」として、旧民法の先取特権規定は多少煩雑ではあるものよくできた規定であるとの肯定的評価をする¹⁰⁹⁾。

その上で、先取特権を認める際の基本方針として、以下の3点を挙げる¹¹⁰⁾。すなわち、先取特権を認めると他の債権者に害を及ぼす恐れがあることから総債権者を害さないようにすること、先取特権を認めないことによってある債権者が自己の財産を他の債権の弁済に供することになるのを避けること、優先権

107) 井上・前掲266頁。

108) 鶴ほか・前掲465頁、井上・前掲181頁。

109) 速記録368頁〔穂積〕。

110) 速記録369頁〔穂積〕。

を与えないと「社会ノ風儀上或ハ経済上」害を及ぼす場合には先取特権を認めること、である。ここで、物の保存に関する先取特権の例を挙げ、この場合先取特権を認めないと保存者が損失を被り他の債権者が不当に利益を得るとする。

ところが、穂積はここで先取特権の成立範囲を旧民法と比べて狭める方向を示す¹¹¹⁾。すなわち、債権の力の強弱、社会の需要に対する必要の多少はわかりにくいことから、やむを得ないものだけに先取特権を付与するという主義をとった。動産が不動産に付着した場合や目的物が旅店主人の手を離れた場合のように目的物が変容した場合にも先取特権を存続させるというのも理由のないことではないが、これも簡単にしてやむを得ない場合にとどめるのを本則とした、というのである。目的物が姿態変換をした、あるいは、目的物の所在が変動した場合には、先取特権を認めないということである。したがって、先述した3点の基本方針に反するような場合であっても、法内容の明確性を保つために先取特権を認めない場合が生じることとなった。理論上、先取特権の正当化ができないために否定されるわけではない。本稿で取り上げた不動産購入資金提供者の先取特権については言及されていないが、法典調査会に提出された原案では削除されており、先取特権の目的物が姿態変換した一例として扱われたものと考えられる。

不動産先取特権を列記する草案325条では不動産賃貸・売買の先取特権のみが認められていた。旧民法で認められていた不動産先取特権を削除した理由について、わずかではあるが説明がなされている。

旧民法では不動産の譲渡に含まれていた補足額や負担を伴う譲渡・交換の先取特権を削除した点については以下のように説明する。これらを削除したのは旧民法に理屈がないからではなく、先取特権は極めて特別の保護であるし、簡単にして必要なものに限るという主義によるのである、というのである¹¹²⁾。これは前述の方針そのものである。また、分割の場合を削除した理由は、

111) 速記録369頁〔穂積〕。

弁済を受けるためには売却を請求できるという規定〔現259条2項〕があることから、先取特権を付与する必要がほとんどなくなった。先取特権を付与してしまうと259条が効力を全う出来なくなってしまう、とされる¹¹³⁾。

そして、本稿の対象である資金提供者の先取特権については、先取特権がなくとも代理訴権で同じ保護を受けるから、金銭貸主に動産先取特権を付与しなかったのと同様にしたと説明されるのである¹¹⁴⁾。

以上のように、先取特権規定の簡素化を図る目的、ならびに、その1つの現れでもあるが、他の法制度によって処理できる場合については先取特権を付与しないとの考えから、先取特権が削除されているのである。

公吏保証金貸与者の動産先取特権も削除されている。その理由は次のように説明される。先取特権の原因が間接の原因にすぎないものには先取特権を与えないこととした。例えば、公吏の保証金を貸与した債権者の先取特権である。これを認める理由がないというわけではないが、認めてしまうと特権付与の範囲が広きに失することから削除した。先取特権は強力な優先権であって他の債権者に不利益なものであるから、特権付与の範囲及び目的物を限定しやむを得ない場合にのみ先取特権を認めるという主義を取った¹¹⁵⁾。

ここでもやはり、先取特権の削除は理論上の問題ではないとされる。そして、先取特権付与の範囲を限定することが削除の理由とされる。先取特権規定の簡素化という不動産先取特権の場合の理由づけとは多少理由づけが異なるようにも見えるが、先取特権成立原因を限定することが他の債権者にとっての予見可能性を高めることになることから、同様の目的であると言ってよいであろう。

112) 速記録498頁〔穂積〕。ただし、交換については経済上の重要性が低く事例も少ないこと、補足額がある場合は交換規定において補足額について売買の規定が適用されることになると考えられることも指摘している。

113) 速記録498頁〔穂積〕。

114) 速記録499頁〔穂積〕。

115) 広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣・昭和62年）317頁。

(2) 旧民法では認められていた資金提供者の先取特権が否定された理由は以上の通りであるが、草案327条の議論において磯部四郎が、不動産工事に用いられた材料を供給した者の売買代金債権を担保するために先取特権を認めるべきとの提案を行っている¹¹⁶⁾。供給したものが姿態変換して不動産となっているという点で不動産購入資金提供の場合と共通していることから、この提案をめぐる議論を概観する。

この提案に対しては、起草者である穂積が、材料が動産として存していれば322条〔現321条〕によって先取特権が存するが、不動産の一部となった場合に材料売主が先取特権を不動産全部に持つというのは難しい。よって、目的物の変質した場合はやむを得ない場合であると考えて、先取特権がなくなるとしたつもりである。ただし、毀損することなくして動産を不動産から取り去ることができる場合は、その動産について先取特権を存しておくのが良いのではないかと考えたが、そういったものには先取特権はないとした方がよいとの相談が起草者間でまとまった。旧民法債権担保編157条¹¹⁷⁾の規定はあるが、不動産工事では分離することができないことが多い。また、同条が定めるのは主として用法による不動産の場合であるから不要であると考えて削除した、と返答した¹¹⁸⁾。

これに対して磯部は、柱1本・石1つで全体に先取特権を及ぼすのが不都合であるというのならば、一部分だけ工事をした場合であっても同じように不都合なはずである、と批判する¹¹⁹⁾。磯部はさらに、請負人に材料を売って請負人がそれを工事に使う場合には、請負人の訴権を代理して持つ、間接に先取特

116) 速記録502頁〔磯部四郎〕。

117) 旧民法債権担保編157条「先取特権ハ売却物カ用方ニ因リ又ハ不動産ニ合体スル因リテ不動産ト為リタルトキト雖モ猶ホ買主ノ占有ニ在リ且變形セサル間ハ存続ス但合体ノ場合ニ於テハ不動産ヲ毀損セスシテ其物ヲ分離スルヲ得ルコトヲ要ス」

旧民法においては用途による不動産を認めていた（財産編9条）から、不動産を毀損せずに分離しうる場合が広く認められたことに注意を要する。

118) 速記録500-501頁〔穂積〕。

119) 速記録501頁〔磯部〕。

権を持つことになる。旧民法に規定がないのは、動産が不動産に変じたから材料供給者に先取特権を認めないという趣旨であるに違いないが、工匠・技師の労力や材料の供給という要素が合して不動産となっている以上、材料供給者の先取特権を省く理由はないとして、修正案を正当化する¹²⁰⁾。

これを受けて穂積は、材料供給者が請負人の先取特権を代理行使するからといって、材料供給者が請負人に対して有する債権についても不動産先取特権が認められるとは言えない。材料を請負人に渡して請負人がその材料を使用したときには材料供給者の先取特権はなくなってしまう。よって間接訴権でいく場合と材料供給者自身が直接に債権を持っている場合とは異なる。それゆえ、請負人を通した材料の供給者に先取特権があるとは言えないと考える、とした¹²¹⁾。

以上の議論では、磯部が材料の供給によって不動産の価値が高まっていること、不動産工事先取特権との類似性があることを理由として先取特権を認めるべきだとしているのに対し、穂積は目的物が姿態変換している以上は先取特権がなくなるものとしている。また、請負人の有する先取特権の代位行使が可能であることも磯部の論拠とされており、穂積も代位行使の可能性は否定していない。しかし、やはり代位行使と材料供給者が自己の権利として先取特権を有することとの間には差異があると言わざるを得ないだろう。

第3節 小括

初期の民法草案ではフランス民法がほぼそのまま引き写されたため、資金提供者の先取特権も無自覚に導入された。

ボアソナード草案ではフランス民法を大いに参照しつつも、独自の規律も見られるようになった。本稿との関係では、資金提供が売買契約時になされた場合と売買契約後になされた場合とで分けて規律していることである。その理由

120) 速記録503頁〔磯部〕。速記録506頁でも、築造物の一原料は材料から成り立っていることは明らかであるから先取特権を認めるべきである、とする。

121) 速記録503-504頁〔穂積〕。

は、前者の場合には代位の生じる余地がないことに求められていた。また、ボアソナードはフランスの特別法を導入して、公吏の供した保証金を貸し付けた者に動産先取特権を与える。この先取特権は、保証金の貸付を奨励するという政策的目的を持ったものであった。旧民法典はその解説も含めてボアソナード草案と同様である。

資金提供者の先取特権は、法典調査会に提出された原案の段階ですべて削除されていた。その理由として挙げられるのは先取特権付与の範囲を限定するという目的であり、代位によることで先取特権を付与したのと同じ目的が達せられることであった。それと同時に、民法典の起草者自身も理論的な理由で削除したものではないことは認めていた。そして同様の考え方は、不動産工事材料提供者の先取特権を否定する際にも見られたものである。

第3章 考察

前章までで紹介した不動産購入資金提供者の先取特権をめぐる日仏の議論をもとに、先取特権を認めるか否かを決定する要素としていかなるものがあるのか、フランスで認められた不動産購入資金提供者先取特権は実効性のあるものなのかを検討する。

フランスではこの先取特権が認められ、わが国では認められていないという点からすると、日仏では全く異なる判断がなされたかのように見える。しかしそのように即断するのは適切ではない。わが国においても、理論上不適切だから不動産購入資金提供者には先取特権は認められないとされたわけではない。購入資金が姿態変換して不動産となったこと自体は認めているのである。これはすなわち、フランスにおいてこの先取特権が認められた理由である、債務者の財産増加への寄与を意味する。もっとも、厳密には消費貸借の利息分については不動産に姿態変換したとは言えない面もある。確かに、フランスではこの問題は議論されてはいないようである。しかし、不動産売主の先取特権への代位ではなく不動産購入資金提供者自身の有する先取特権を行使することの意義が消費貸借契約における約定利息を得られることにあることからすれば、この

問題を無視することはできない。とはいえ、不動産売主の先取特権についても同様の問題は生じている。すなわち、売買契約時に売却代金が一括して支払われる場合に比べて、遅れて支払われる場合には不動産売却価格は上昇する。売主が買主に対して与信しているわけである。この場合についても姿態変換が欠如しているのではないかという疑いが生じているわけではない。この問題をどのように説明するのか。この点は、不動産購入資金が提供されなければ不動産を購入すること自体ができなかったという牽連性の存在によって説明することができるだろう。また、公吏の保証金貸主に先取特権を認めた理由が、資金提供の奨励という政策判断にあったことも想起されてよいだろう¹²²⁾。ただ、姿態変換が認められない利息分について無条件で先取特権を認めることができないため、3か月分に限定しているわけである。

日仏でこの先取特権の認否を分けたものは、先取特権規定の簡素化と売主先取特権への代位の位置づけである。前者はまさしく政策的な判断であり、どの程度の種類の先取特権を民法典に書き込むかという問題である。不動産買主の他の債権者からすれば、売主のほかに購入資金提供者が先取特権を有するのでは、購入資金提供者の存否を探索しなければならず複雑であるとも考えることもできる。しかし他方で、対抗要件を具備しない限りは他の債権者に先取特権を対抗できないのだから特に問題はないとも考えることもできる。不動産購入資金提供者に優先権を与えるべきか否かの価値判断が前面に出てくる問題である。

しかし、先取特権を否定したわが国の民法典起草者は不動産購入資金提供者に優先権を与える必要はないと考えたわけではない。売主先取特権を代位行使するので十分であると判断したわけである。そこで問題は、売主先取特権への代位で足りるかという問題に移る。

122) しかし、公吏保証金への資金提供の奨励が、有能ではあるが資金を有しない者であっても公吏となれるようにするという意味を持つものに対して、不動産の購入一般を奨励することが政策判断として正当化できるのかは疑問もある。居住用不動産に限定するのであれば資金提供を奨励するとの政策判断も肯定する余地があるが、そのような限定がなされているわけではない。

フランスにおいてはティビエルジュやレミーがこの問題に対する見解を示している。そこでは、解除権行使に伴うコストと先取特権行使の方法としての競売によることのコストの比較、倒産手続での先取特権の扱い、複数人に解除権が帰属した場合にそのうちの1人のみによる解除権行使の可否が問題を解決するための視点として提起されていた。これらの視点に立ってわが国の法制度を検討すると以下ようになる。

第1点に関しては、ティビエルジュも指摘するように解除後に再売却を行う場合には利息・費用を加算した金額での売却が可能であるかが問題となる。また、解除権を行使された買主を立ち退かせるのに要するコストも解除権行使に伴うコストに含まれる。競売のコストとしては競売費用のほかに競売費用が低く抑えられる傾向がある点も加味しなければならない。いずれのコストがより低いものと評価できるのか。この点については確定的な判断材料はなく、売主先取特権への代位が購入資金提供者の先取特権の代替物となりうるかは明らかではない。

第2点は倒産手続において先取特権にどのような効力を認めるかという問題に還元される。わが国においては民事再生・会社更生の場合には担保権消滅請求が認められており（民再148条以下・会更104条以下）、解除権の代位行使に優位に働く場面があることは否めない。

第3点は、わが国では民法544条で解除権に不可分性があること明らかとなっていることから、一部代位の場合に売主による単独での解除を制約する手段としての解除権代位行使の意義が見いだせる。もっともこの前提には解除権の行使によって購入資金提供者の先取特権は消滅するとの理解がある。先取特権の機能不全を補うものとして代位が位置付けられているものと言える。

以上のように、わが国においても、限られた領域では代位に独自の意義が認められる。

もっとも、フランスでは近時判例が出されていることから推測されるように、不動産購入資金提供者の先取特権は実務上も用いられている。対抗要件として二重の証書要件と登記が要求されるが、前者についてはフランスでは不動

産取引には公証人が介在するのが通例であることから、特段の負担を資金提供者に課すものとはいえない。また、登記には遡及効が認められることから抵当権設定に比べて有利であり、先取特権の登記をする誘因となっている¹²³⁾。これらの要素が不動産購入資金提供者の先取特権の実効性を高める役割を果たしている。こうした制度の上にさらに売主先取特権への代位を認めることの意義がフランスでは問題となっているのであり、資金提供者自身に先取特権を認めていないわが国とは出発点が異なる。

そこで検討すべきは資金提供者の先取特権に独自の意義が認められるかという問題である。これは消費貸借の約定利率が取れるようになる点に求められていた。しかしその他の点では売主先取特権と同様の規律の下に置かれていることから、独自の意義は認めがたい。

以上から、利息の問題を除いては売主先取特権を代位行使することで足り、資金提供者に独自の先取特権を認める必要はないものと判断される。

おわりに

以上、日仏の議論を検討した結果、わが国で不動産購入資金提供者に先取特権を付与する必要はないとの結論に至った。その理由は不動産売主の先取特権への代位で足りるからというものである。

しかしこのことは、不動産売主の先取特権が実効性を有していることを意味するものではない。また、代位権を行使するためには被代位権利が存在しなければならない。民法340条は不動産売買先取特権の効力保存要件として¹²⁴⁾、売買契約と同時に不動産の代価又は利息の弁済がされていない旨の登記を要求する。しかし、不動産売買では代金未払いのまま買主に所有権移転登記がなされることは稀であるので、不動産売買先取特権の実際の意義は極めて薄いとさ

123) 道垣内編・前掲454-455頁〔今尾〕は、わが国においても売買目的物の所有権移転登記に後れての登記が認められてよいとする。

124) これを對抗要件と解するのが通説である。

れる¹²⁵⁾。そのため不動産売主先取特権の登記がなされることも少なく、代位権は行使できないこととなる。またボアソナードの指摘するように、売買契約と同時に資金提供がなされて代金が弁済された場合、被代位権利が発生しないから代位の余地はない。

このように、わが国では不動産売主の先取特権の代位行使には実効性がないと言わざるを得ない。そうだとすると、不動産購入資金提供者に先取特権を認める必要性が再度浮かび上がってくるのである。

*本稿は2019年度科学研究費補助金・基盤研究(C)による研究成果の一部である。

(なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授)

125) 道垣内編・前掲454頁〔今尾〕。

中小企業向け IFRS はなぜ 受け入れられないのか

弥 永 真 生

- I 問題の所在
 - 1 中小企業向け IFRS
 - 2 中小企業向け IFRS の採用状況
- II アメリカ合衆国
 - 1 会社法
 - (1) 模範事業会社法
 - (2) カリフォルニア
 - (3) デラウェアおよびニューヨーク
 - 2 アメリカ公認会計士協会と財務会計基準審議会
 - 3 非公開会社に関する意思決定フレームワーク
 - 4 中小企業の財務報告フレームワーク
- III 連合王国／アイルランド
 - 1 小規模会社に対する会計基準の適用
 - 2 「小規模事業体のための財務報告基準」
 - 3 会社法の現代化
 - 4 「小規模事業体のための財務報告基準」に対する評価と改訂
 - 5 IFRS の導入と中小企業向け IFRS
 - 6 小規模事業体制度と零細事業体制度
 - (1) 5つの制度
 - (2) 零細事業体制度
 - (3) 小規模事業体制度
 - 7 小規模上場企業の財務報告
 - 8 まとめ
- IV 欧州連合および EEA 諸国
 - 1 EU
 - (1) 中小企業向け IFRS 公開草案および中小企業向け IFRS に対する欧州のステークホルダーの反応
 - (2) 欧州委員会と欧州議会

- (3) EC 会社法第4号指令 2009年改正案
- 2 ドイツ
 - (1) 業界団体
 - (2) ドイツ会計基準委員会
 - (3) 連邦議会と連邦法務省
- 3 フランス
- 4 オランダ
- 5 イタリア
- 6 スペイン
 - (1) 中小規模企業一般会計原則
 - (2) 零細企業についての特例
 - (3) 中小企業向け IFRS
- 7 ポルトガル
 - (1) 分別化された会計基準
 - (2) 財務報告会計基準
 - (3) 「小規模事業体のための財務報告会計基準」
 - (4) 「零細事業体のための会計基準」
- 8 デンマーク
- 9 スウェーデン
- 10 ノルウェー
 - (1) 会計法と NRS8
 - (2) 中小企業向け IFRS 導入の検討
 - (3) ノルウェー会計財団およびノルウェー会計基準委員会の対応
 - (4) ノルウェー会計基準第21号
- V オーストラリア／ニュージーランド／カナダ
 - 1 オーストラリア
 - (1) 会計基準に従った財務報告書の作成義務
 - (2) 中小企業向け IFRS と軽減された開示要求
 - (3) 軽減された開示要求の改善の必要
 - (4) ITC39
 - (5) AASB 1060 と AASB2020-2
 - (6) まとめ
 - 2 ニュージーランド
 - (1) 分別化報告フレームワークと IFRS の導入
 - (2) 経済開発省の討議資料と ASRB の討議資料
 - (3) ニュージーランドの会計基準と軽減された開示体制
 - (4) まとめ
 - 3 カナダ
 - (1) 非公開会社向け会計基準の必要性の認識

- (2) 公開企業の財務情報についての討議資料
 - (3) 非公開企業向け会計基準
 - (4) まとめ
- VI 中小企業向け IFRS はなぜ受け入れられないのか

I 問題の所在

1 中小企業向け IFRS

国際会計基準審議会は、2004年6月に、討議資料「中小企業向け会計基準に関する予備的見解 (Preliminary Views on Accounting Standards for Small and Medium-sized Entities)」を、2007年2月に、公開草案「中小企業向け国際財務報告基準案 (Exposure Draft Proposed International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities)」(IASB [2007]) を、それぞれ公表し、2009年7月に「中小企業向け国際財務報告基準 (International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities)」(IASB [2009]) (中小企業向け IFRS) を公表した。

中小企業向け IFRS は趣意書と 35 の章から成っている。

	趣意書	18	のれん以外の無形資産
1	中小企業	19	企業結合およびのれん
2	概念および全般的な原則	20	リース
3	財務諸表の表示	21	引当金および偶発事象
4	財政状態計算書	22	負債および資本
5	包括利益計算書および損益計算書	23	収益
6	持分変動計算書ならびに損益および剰余金計算書	24	政府補助金
7	キャッシュフロー計算書	25	借入コスト
8	財務諸表の注記	26	株式報酬
9	連結および個別財務諸表	27	資産の減損
10	会計方針、見積りおよび誤謬	28	従業員給付
11	基礎的金融商品	29	法人所得税
12	その他の金融商品に関する事項	30	外貨換算
13	棚卸資産	31	超インフレ
14	関連会社に対する投資	32	後発事象
15	ジョイント・ベンチャーに対する投資	33	関連当事者開示
16	投資不動産	34	専門的活動
17	有形固定資産	35	「中小企業向け IFRS」への移行

完全版 IFRS で認められている会計方針の選択肢の一部は中小企業向け IFRS では利用できないものとされている（BC94）。ただし、第 11 章「基礎的金融商品」および第 12 章「その他の金融商品に関する事項」の 2 つの章については、この 2 つの章を適用するほかに、IAS 第 39 号「金融商品：認識および測定」の認識と測定の規定を適用するという選択肢が認められている（11.2 および 12.2）。これは、第 11 章および第 12 章では、IAS 第 39 号で認められている選択肢（たとえば、公正価値オプション）が削除されており、さらに、国際会計基準審議会は、中小企業向け IFRS の公表当時、IAS 第 39 号の包括的見直しを行っていたため、その作業が完了するまでは、中小企業が、IAS 第 39 号が認めている会計方針を適用できるようにしたものである（BC106）。

なお、完全版 IFRS には含まれていないが、中小企業にとって必要だと考えられたため、結合財務諸表（9.28 から 9.30 まで）、株式またはその他の資本性金融商品の当初発行（22.7 から 22.10 まで）、オプション、株主割当およびワラントの売り建て（22.11）、ならびに、資本組入れまたは株式の無償交付および株式分割（22.12）が中小企業向け IFRS には追加されている（BC151）。

完全版 IFRS に比べて、中小企業向け IFRS では、認識および測定に関する要求事項の簡素化（BC98）、表示科目の簡素化（BC155）、および、開示の簡素化（BC156）が図られている。

認識および測定に関する要求事項の簡素化について、具体的には、①「売却可能金融資産」および「満期保有目的投資」という保有目的による分類は採用されていない、②認識の中止に適用される「継続的関与アプローチ」およびパス・スルー取引に関する認識の中止は含まれていない、③ヘッジ会計の適用対象を、償却原価で測定される負債証券の金利リスク、確定約定または蓋然性のきわめて高い予測取引における為替リスクまたは金利リスク、商品の価格リスクまたは商品売買の確定約定もしくは蓋然性の高い予定取引における価格リスク、在外営業活動体への純投資における為替リスクの 4 つに限定している、④組込デリバティブに対する別途の会計処理規定がない（ただし、主契約と密接な関係のない組込デリバティブを含んだ非金融契約は、公正価値で会計処

理)、⑤関連会社およびジョイント・ベンチャーに対する投資について、a) 原価法（原価から累計減損損失を減じた額で当該投資を測定する）、b) 持分法、c) 公正価値モデル（公正価値で測定し、差額を損益計算書で損益として認識する方法）の3つが、連結財務諸表ベースで認められている、⑥当初認識後の投資不動産の測定の際、公正価値が過度の費用および努力なしに測定できない場合には原価モデルによって当該投資不動産を測定する。また、原価モデルによった場合にも、当該投資不動産の公正価値の開示は求められない、⑦売却目的で保有する非流動資産に関する規定がない（減損の兆候の1つとして「資産の処分意図」を列挙）、⑧有形固定資産・無形資産の耐用年数、残存価額、償却方法に変更をもたらすような兆候があった場合のみ見直しを要求する、⑨すべての研究開発費を即時費用処理する、⑩のれんを資金生成単位もしくは資金生成単位グループに配分できない場合には、a) 当該のれんがまだ統合されていない被取得企業に関わるものであれば被取得企業全体の回収可能価額、b) 当該のれんがすでに統合されている被取得企業に関わるものであればすでに統合された企業を除く、企業グループ全体の回収可能価額を決定することによって、のれんの減損テストを行う、⑪耐用年数を確定できない無形資産は10年を耐用年数と仮定し償却を行い、のれんは、無形固定資産の償却規定に従い、償却を行うが、信頼性のある耐用年数を見積もることができない場合には、耐用年数を10年と仮定する、⑫オペレーティング・リースにおいてインフレ率の上昇がリース料に反映されるようなリース契約が結ばれている場合には、定額法によるリース収益・費用認識を要しない、⑬政府補助金は、具体的な将来の活動要件を規定していないものは、補助金が入受可能となった時に、活動要件を規定しているものは、その要件を満たした時に収益として認識（政府補助金はすべて一時に収益として認識）する、⑭借入費用は全額を発生した期間の費用として認識する、⑮持分決済型の株式報酬取引において受け取った財貨またはサービスの公正価値、さらに付与した持分証券の公正価値を、信頼性をもって見積もることができない場合には、当該持分証券の公正価値を、取締役の最善の見積もりによって決定する、⑯企業または相手方に現金決済または持

分金融証券での決済の選択権が与えられている場合には、(a)企業が以前に、同様の契約のもとで持分金融証券を発行したことがある、または(b)現金決済の選択肢が取引上実質を有していない、という条件を満たしていない限り、当該株式報酬は現金決済型の株式報酬取引として処理する、⑰従業員給付における給付債務の測定において、予測単位積増計算に基づく情報がすでに利用可能である、または過度の費用もしくは努力を必要とせず当該情報を入手可能である場合、予測単位積増方式を適用する、⑱予測単位積増方式に基づく情報が利用可能でなく、または当該情報の入手に過度の費用もしくは努力が必要な場合には、予測単位積増方式を基礎としつつも、将来の昇給、従業員が将来提供する役務、雇用期間中の死亡率、従業員が退職後給付金を受け取ると予測される日など、保険数理上の仮定を無視できる、⑲給付債務の包括的な評価を每期行う必要はなく、計算上の前提に大きな変化がなければ、従業員数や給与水準の変化にあわせ前期の測定値を調整し、給付建債務を計算できる、⑳在外事業活動体に対する報告企業の正味投資額の一部を構成する貨幣性項目については、在外事業活動体および報告企業を含む財務諸表の中で、その他の包括利益において、持分の一構成要素として報告し、その後正味投資額が処分された時でも損益計算書で再認識しないなどの違いがある。

中小企業向け IFRS は、3年に一度を超えない頻度で定期的に見直すこととされている。そして、2012-2014年レビューサイクルにおいては、2015年に改正が加えられた。

第1に、新たに有形固定資産の再評価モデルの使用に関する選択肢を認め、企業が無形資産の耐用年数を信頼性をもって見積りができない場合に、耐用年数は10年を超えるべきではないという要求に修正された。第2に、繰延税金資産の主要な認識および測定の要求事項は、IAS 第12号「法人所得税」の現行の要求事項に、探査および評価資産の主要な認識および測定の要求事項をIFRS 第6号「鉱物資源の探査および評価」に、それぞれ、そろえた。第3に、企業結合において無形資産を個別に認識する要求、および、法人所得税資産と負債の相殺の要求に関する過大なコストまたは努力の免除規定を追加した。第

4に、解雇給付の会計方針に関する開示要求を削除した。

2 中小企業向け IFRS の採用状況

中小企業向け IFRS は中南米、アフリカおよびアジアにおいて、広く採用されている。

すなわち、中南米では、チリおよびベネズエラでは強制適用とされ、アルゼンチン、コロンビア、エクアドル、グアテマラ、ホンジュラス、ジャマイカ、パナマ、ペルー、エルサルバドル、パラグアイ、ブラジル（一部変容）、ウルグアイ（一部変容）などでは、選択肢の1つとされている。また、中小企業向け IFRS を世界で初めて採用したのは南アフリカであると推測され（SAICA [2007a]; SAICA [2007b] para.10）、アフリカでは、ナイジェリア、タンザニア、ウガンダ、ケニア、ボツワナ、ガーナ、マダガスカル、モーリシャス、ルワンダ、ザンビア、ジンバブエなども選択肢の1つとしている。また、アジアでは、アゼルバイジャン、バングラデシュ、カンボジア、バーレーン、グルジア、ヨルダン、カンボジア、フィリピン、カタール、スリランカ、パキスタン（一部変容）、サウジアラビア（一部変容）などで選択肢の1つとしている。

しかし、いわゆる先進国では、スイス¹⁾、香港、マレーシア（一部変容）およびイスラエルが選択肢の1つとしていることを別とすれば、ほとんど採用されていない。

参考文献

IASB (International Accounting Standards Board) [2007] *Exposure Draft Proposed International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities*

IASB [2009] *International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities*

SAICA (South African Institute of Chartered Accountants) [2007a] *SA first country to adopt proposed International Financial Reporting Standards for SMEs*

<<https://www.saica.co.za/resources/ShowItem.asp?Item=888&ContentPageID=330>>

1) 債務法 957a 条 [一般に受け入れられた会計原則]、一般に受け入れられた会計原則についての命令 (Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung : VASR) 1 条第 1 文 b 号。

SAICA [2007b] Circular 09/07, *Statement of Generally Accepted Accounting Practice for Small and Medium-sized Entities (SMEs)*, SAICA

II アメリカ合衆国

1 会社法

会社法は州法であり、デラウェア、カリフォルニアおよびニューヨークは独自の会社法を有しているが、これら以外の州は模範事業会社法（以前の模範事業会社法を含む）をベースとした会社法を制定している（やや古いが、弥永 [1993] ; Barnett *et al* [2000] 参照）。そして、カリフォルニア（会社法典 1501 条）を別とすると、計算書類について詳細な規定を設けておらず、模範事業会社法²⁾を取り入れた州において株主に対する提供義務が規定されているにとどまる。他方、カリフォルニアを例外として³⁾、会計帳簿資料の閲覧請求権は単独株主権とされている⁴⁾。

-
- 2) 模範事業会社法 § 16.20(a)項は、「株主による書面による請求があったときは、その会社の作成された年度財務諸表のうち直近のものを送付するか、ウェブサイトへの掲載その他一般に認められた方法でその請求株主が利用できるようにしなければならない。財務諸表が当該期間について GAAP に基づいて作成されたときは、会社は、その財務諸表をその請求株主に送付し、または、利用できるようにしなければならない。送付または利用可能にする年度財務諸表が監査その他公共会計士による報告の対象となっているときは、その公共会計士の報告書もまたその請求株主に送付し、または、利用できるようにしなければならない。」と定めている。しかし、§ 16.20 に対する公式注釈の 1 では、「これは、会社に財務諸表と作成することを要求するものではない。これは、多くの小規模な、非公開会社 (closely held corporation) は、銀行、仕入先その他の第三者によって求められない限り、通常、正式な財務諸表を作成していないことを認識している。」とされている。
 - 3) カリフォルニア会社法典 1600 条は発行済議決権付株式の 5%（連邦証券取引委員会にスケジュール 14A を登録している会社または連邦預金保険法によりその預金が付保されている銀行の場合は FormF-6 を連邦銀行監督当局に登録しているものについては 1%）以上を有する株主に限定している。
 - 4) デラウェア一般会社法 220 条、ニューヨーク事業会社法 624 条。模範事業会社法 § 16.02.

(1) 模範事業会社法

模範事業会社法 § 16.01 に対する公式注釈3では、本法は作成され、保存されるべき財務諸表についての規範的な基準を定めておらず、§ 16.01(b)項に定める財務諸表は、第三者による要求に応える場合を含め、その事業の運営において会社が作成した財務諸表であるとしている。そして、会社によって作成される財務諸表の様式は、その会社の事業の性質と複雑さならびに税務当局に対する税務申告書の作成と提出についての要求事項のような第三者による要求事項にある程度依存するとし、本条項の適用を受ける多くの異なったタイプの事業会社の必要をみとすため、本法は会社が GAAP に基づいて財務諸表を作成し、保存することを要求していないとしている。

また、模範事業会社法 § 16.20 に対する公式注釈の1では、「§ 16.20 は株主に送付または利用できるようにすべき財務諸表を GAAP に基づいて作成された財務諸表に限定していない。多くの小規模会社は GAAP に基づいて財務諸表を作成したことがない。「現金主義」財務諸表（小規模会社の税務申告書の作成にしばしば用いられる）は GAAP に準拠していない。発生主義で記帳し、発生主義で連邦所得税申告書を提出している中小会社はしばしば、GAAP に基づいて財務諸表を作成するために必要な調整を加えていない。（それが作成したすべてであれば）アメリカ合衆国内国歳入庁に提出した税務申告書を含む、その状況に照らして合理的な会計慣行および原則に基づいて内製または外製された財務諸表は、これらのタイプの会社には十分であり、他の目的のために、どのような形態であれ作成した財務諸表を送付または利用できるようにすることによって、§ 16.20 の下での会社の義務はみとされる。」としている。

他方、分配規制との関係では、模範事業会社法 1979 年改正案で、以下のような規定を設けることが提案された。

45条（株主への分配）

基本定款に定める諸制限に従い、次の各号に掲げる場合を除き、取締役会は分配を決議し、かつ会社は分配を行うことができる。（中略）

(b)会社の資産総額が、少なくとも負債総額と清算時にすべての発行済清算優先株式に支払うべき最高限度額の合計額を下回る場合

(b)項のもとでの決定は、(I)当該状況に照らして合理的な会計慣行および原則に基づいて作成された財務諸表、または(II)当該状況に照らして合理的な公正価値評価もしくはその他の方法のいずれかに基づいて行うことができる。

この提案については、「取締役はこの点に関して、一般に認められた会計原則を用い、かつ職業的会計士の助言を重視することができるが、この新たな条文は当該状況において合理的と認められる会計慣行および原則を用いることを要求し、一般に認められた会計原則を法律で規定することはしなかったということを知ってもらうことが重要である。」、「当委員会は、多様な会計原則をめぐって広範囲に論争が行われており、かつまたそうした原則が絶えず見直されているという事実に着目すると、法律的には、そうした会計原則を解釈する際に判断が必要となる分野があること、ならびに特定の問題に関しても等しく認められる代替的な方法があることから、合理性という基準を法文上で明定する必要があると判断した。」、「このことは、法が一般に認められた会計原則に準拠することを拒否しようということを意味するものではない。むしろ、逆に、多くの場合に一般に認められた会計原則の使用が基本となることを想定しているのである。しかしながら、分配の適法性を最終的に判断するためには、当該状況の下で会計原則を適用する際に全体の事情に精通した経営判断が必要となることを法律上規定する必要がある。」などと説明されていた（Committee on Corporate Laws [1979] p.1884 [訳は伊藤 [1996] に依拠した]）。

そして、この方針にしたがって、1984年模範事業会社法6.40条(a)⁵⁾は、取締

5) 表示資本を前提とした旧模範事業会社法型の規制をしているデラウェアおよびニューヨークを含む9州ならびにカリフォルニアおよびアラスカを除く、39州およびコロンビア特別区がこのタイプの規制を採用している。

役会の決議により、会社は株主への分配を、基本定款による制限および(c)項における制限に従って行うことができると定め、(c)項は、分配した後に、(1)弁済期が到来する会社の債務を会社が通常の営業過程において支払うことができない、または、(2)会社の資産総額が、少なくとも負債総額と清算時にすべての発行済清算優先株式に支払うべき最高限度額との合計額を下回る、という結果になる場合には、分配はできないと定めている。その上で、同条(d)項は、「(c)項のもとで分配することができる金額の決定は、当該状況に照して合理的な会計慣行および原則に基づいて作成された財務諸表、または当該状況に照らして合理的な公正価値評価もしくはその他の方法のいずれかに基づいて行うことができる。」とする。これは、公開会社以外の会社の多くは一般に認められた会計原則に準拠して財務諸表を作成していないという事実を考慮したものであると説明されている (Official Comment to section 6.40, 3. Balance Sheet Test)。

(2) カリフォルニア

1975年改正により、カリフォルニア会社法典 114 条は、「本法にいう会社の財務諸表、貸借対照表、損益計算書および財政状態変動表、さらに、資産、負債、利益、留保利益およびそれに類するいかなる会計項目も、本法の個々の条文によって特定の会計処理が要求される場合を除き、その時点で適用されるべき一般に認められた会計原則に従って作成または決定され、かつそれが本来表示すべき事項を適正に表示している財務諸表または項目を意味する」と定めた⁶⁾。

これについて、*Marsh* は、「次のような基本的な決定が当起草委員会によっ

6) 2006年改正後は、「本法にいう会社の財務諸表、貸借対照表、損益計算書およびキャッシュフロー計算書、さらに、資産、負債、利益、留保利益およびそれに類する会社のいかなる会計項目も、本法の個々の条文によって特定の会計処理が要求される場合を除き、その時点で適用されるべき一般に認められた会計原則に従って作成または決定され、かつそれが本来表示すべき事項を適正に表示している財務諸表、比較表または項目を意味する」と定めている。

て下された。それは、権威ある会計の専門家がこれまでに発表してきた文字おり数百にも及ぶ公表文書にあらわれた、会計原則審議会や財務会計基準審議会の仕事のすべてをやり直そうと試みるのでもない限り、様々な項目の会計処理を特定しようとすることはできないであろうというものである。法律家はこの領域において、そのような原則を決定する本来の責任をもつ人々をしのぐ知識と賢明さを持ち合わせているとうそぶくことはできないのであるから、このようなことは実際にも不可能であるし、また、おろかであると考えられた。」と説明した。そして、「配当や分配に対する制限を定めている第5章に出てくるさまざまな会計項目は、財務会計基準審議会（またはその前身の会計原則審議会）によって決められた「一般に認められた会計原則」に従って決定されるべきであるとの決断が下された。もちろん、これらの原則は絶えず発展し改善されており、したがって法律においてそれらを固定化しようとする試みは、1931年の立法がそうであったように、きっと非生産的なものとなるだろう」とした（Marsh [1977] p.127 [訳は伊藤 [1996] に依拠した]）。

そして、カリフォルニア会社法典（2012年改正前）500条は以下のように定めていた。

会社またはそのいずれの子会社も、次の場合を除き、当該会社の株主に対していかなる分配も行ってはならない。

- (a) 分配の直前の留保利益の額が分配提案の額に等しいかこれを超えるのであれば、当該分配をすることができる。
- (b) 分配の直後に次の条件がみたされるのであれば、当該分配をすることができる。
 - (i) 会社の資産の総額（のれん、資産計上されている研究開発費および繰延借方項目を除く）が少なくとも会社の負債（繰延税金、繰延利益その他の繰延貸方項目を除く）の1.25倍に等しくなること、および、
 - (ii) 会社の流動資産が少なくとも流動負債と等しくなるか、または、直近の2会計年度の税引前かつ支払利息控除前の利益の平均がそれらの会計年

度の支払利息の平均額より低かった場合には、流動資産が少なくとも流動負債の1.25倍に等しくなること

しかし、カリフォルニアも2012年改正により、分配規制との関係では、一般に認められた会計原則との強固な結びつきを放棄し、模範事業会社法6.40条(d)項と同様の規定を設けた。すなわち、2012年改正後カリフォルニア州会社法典500条(c)項は、取締役会は、(1)当該状況の下で合理的な会計の実務および原則に基づいて作成された財務諸表、(2)公正な評価または(3)当該状況の下で合理的な他のいかなる方法のいずれに基づいても、500条(a)項⁷⁾または501条⁸⁾の下で分配が禁止されていないことを判断することができることと定めている。

なお、この改正の理由は、改正前の規律に対しては、財政的に健全な会社、とりわけ、過去に損失を計上した会社や値上がりした財産を有する会社に対して、分配にあたって不必要な制約を課すものであるとの批判が加えられていたことに対応したと説明されており、一般に認められた会計原則では評価益の計上が認められない場合であっても、分配規制との関係では、(未実現)評価益を考慮に入れることを認めた。

(3) デラウェアおよびニューヨーク

デラウェア一般会社法およびニューヨーク事業会社法では一般に認められた会計原則に基づく財務諸表の作成は求められておらず⁹⁾、また、分配規制との関係でも一般に認められた会計原則は認知されていない。

-
- 7) (a)項は、会社またはその子会社は、(1)会社の留保利益の額がその分配の直前に、(a)提案される分配の額と(b)未払優先配当額との合計以上である、または、(2)分配の直後に、会社の資産の額が負債総額と優先権〔清算時優先株式の優先権（発生しているが未払の配当額を含む）〕の額の合計以上であるのいずれかであると、取締役会が誠実に判断した場合を除いて、会社の株主に対して一切の分配を行ってはならないと定めた。
- 8) 会社またはその子会社は、分配の時点においてまたは分配の結果として、弁済期が到来した負債（他にその支払が確保されているものを除く）を弁済できない可能性が高い（be likely to）場合には、会社の株主に対して一切の分配を行うことができない。

すなわち、分配規制との関係で、デラウェア一般会社法170条は(1)剰余金から、または(2)剰余金がない場合には当期および／もしくは前期の純利益から配当することができるかと定めている。

また、ニューヨーク事業会社法510条は、(a)現時点で支払不能もしくは分配により支払不能となる場合または設立証書の規定に反する場合を除き、会社は配当その他の分配をすることができるとし、(b)剰余金（分配後の純資産が表示資本と同じか上回る場合）から、または、剰余金がない場合には当期および／もしくは前期の純利益から配当することができるとしている。

しかし、いずれの州においても、剰余金は純資産が表示資本を上回る額であるとするものの、純資産および純利益の算定方法は定められていない。すなわち、会計処理の原則については沈黙している¹⁰⁾。

これらを背景として、「アメリカ合衆国における非公開会社の財務報告は規制によってではなく、市場によって決定されている」と指摘されている。

2 アメリカ公認会計士協会と財務会計基準審議会

1959年からアメリカ公認会計士協会（AICPA）の会計原則審議会が、1973年からは財務会計基準審議会（FASB）が、会計基準を公表してきた。これらが公表した意見書（pronouncement）およびSECによって求められる詳細な開示と相まって、会計原則の成文化が進められた結果、小規模・非公開企業

9) そもそも、デラウェア州では、財務諸表の作成は要求されていない。株主の帳簿書類閲覧請求権の対象として財務諸表や年度報告書は明示されていない（一般会社法220条(b)）、株主総会の招集にあたって報告書を提供することも求められていない（一般会社法222条(a)）。他方、ニューヨーク州では、株主からの書面での要求があったときは、会社は直前の年度の貸借対照表および損益計算書をその株主に提供または送付しなければならないと定める一方で、「会社にはそのような年度貸借対照表および損益計算書を作成するために合理的な期間が認められなければならない」と定めている（事業会社法624条(e)）。

10) 表示資本に着目した旧模範事業会社法の配当規制に倣っている州としては、この2州のほか、アーカンソー、カンザス、ルイジアナ、ミズーリ、オハイオ、オクラホマ、テキサスがある。これを紹介したものとして、安藤 [2015] 参照。

の財務諸表に対する GAAP 適用に関する問題がより明らかになった (AICPA [1976] p.14)¹¹⁾。

そこで、こじんまりした (little) GAAP¹²⁾が検討されることとなった (Chazen/Benson [1978] p.48)。すなわち、1974年に、AICPAの会計基準部会は、小規模・非公開企業への GAAP 適用について調査を行うために、小規模および／または非公開企業のための GAAP に関する委員会を設置し、1976年8月に、その報告書が公表された。この報告書は、同一の測定原則がすべての事業体の一般目的財務諸表に適用されるべきであるとしつつ、FASBは、すべての事業体の財務諸表上で GAAP によって求められる開示と追加的または分析的データを提供する開示と区別する規準を定立すべきであると勧告していた (AICPA [1976] p.8)。

また、1978年に AICPA が設置した中小企業に関する特別委員会は、1980年10月に、その報告書を公表した。そこでは、事業体の規模や特性にかかわらず、GAAPの測定原則は同一であるべきであり、かつ、1組の GAAP のみが存在すべきであるとされた (AICPA [1980] p.13)。

もっとも、FASB が追加的開示から一部の会社を免除するとしても、「多くの公認会計士は、GAAP 中の一部の測定基準に従うことは、小規模な所有者経営会社には有用ではなく、経済的にも正当化されないと感じている」と指摘し、AICPA に対して、「小規模事業体にとってコストに見合わない会計基準からの追加的な救済を提供する代替的な手段を研究する特別委員会」の設置を提案した (AICPA [1980] p.13)。そこで、AICPA は、1981年に会計基準の過剰負担に関する特別委員会を設置し、1983年2月に、その報告書が公表された。この報告書では、小規模・非公開会社の特別なニーズを応えるため、分別化された測定 (differential measurement) の選択肢を拡張することが必要とされると

11) 「意見書はきわめて専門的になり、報告要求を遵守するための費用は著しく増大した」と指摘されていた (Stanger/Gunther [1981] p.1210)。

12) 伝統的な GAAP は大がかりな (big) GAAP とよばれていた (Stanger/Gunther [1981] p.1211)。

され (AICPA [1983] p.12)、すでに受け入れられている分別化された開示 (differential disclosure) のルールに加え、利用者の目的適合性やコストーベネフィットについての考慮を踏まえ、大規模事業体と小規模事業体または公開事業体と非公開事業体とを区別した、分別化された測定に基づいた解決策を考えなければならない」とされ (AICPA [1983] p.7)、「小規模・非公開会社についての分別化された開示と分別化された測定に基づくアプローチ」をとることが勧告された (AICPA [1983] p.10)。なお、この委員会が1981年12月に公表した討議資料「会計基準の過剰負担に関する特別委員会の暫定的結論と勧告」では、とりわけ小規模・非公開会社にとっての会計基準の過剰負担を緩和するために (AICPA [1981] para.90)、税務基準を GAAP の代わりに使用することを前提として、税務基準に基づいて作成される財務諸表の開示および測定のガイダンスを公表することが暫定的に提案されたが (AICPA [1981] para.98)、報告書では、そのようなガイダンスは公表しないこととされた (AICPA [1983] p.15)。

他方、FASB は、1980年に、どのような属性の企業がどのような種類の情報を開示すべきかについて、「財務諸表と他の財務報告手段」によって¹³⁾、1981年に、小規模・非公開会社の経営者、財務諸表利用者 (銀行)、公認会計士を対象に利用者の情報ニーズとコストーベネフィットについて、「非公開会社と小規模公開会社における財務報告」(FASB [1981]) によって、それぞれ、コメント募集を行った。そして、FASB は、1983年2月に調査報告「非公開会社による財務報告：FASB によるコメント募集に対する回答の要旨」(FASB [1983a]) を、1983年8月に「非公開会社による財務報告：分析と結果」(FASB [1983b]) を、それぞれ、公表したが、そこでは、利用者と公認会計士との間で見解が分かれていることが明らかにされた。そして、FASB は、利用者のニーズを重視し、GAAP は一組であるべきであるが、コストとベネフィットの評価

13) FASB [1980] paras.36-42. しかし、小企業と小会計事務所はコメントをほとんど寄せなかった (FASB [1981] para.38)

に基づいて、非公開会社または小規模公開会社については一部の開示要求が免除されるべきであるという帰結を導いた (Wishon [1985a] p.6 ;Wishon [1985b] p.101 参照)。

その後も、FASB は、非公開会社を含むすべての事業体が同一の認識と測定の要求に従うべきであるという結論を維持している (FASB/AICPA [2006] para.10)。結局、大がかりな GAAP とこじんまりした GAAP という考え方は 1990 年代に復活したが (Zanzing/Flesher [2006] p.41-42 参照)、失敗に終わったと評価されている (Cheney [2004] p.20)。

なお、2005 年に AICPA の非公開会社財務報告タスクフォース報告書が公表され、そこでは、GAAP は非公開会社の利害関係者 (constituents) のニーズには合致しておらず、GAAP とは別の非公開社向け財務報告基準が開発されるべきである、例外を設けた GAAP または OCBOA は非公開会社の財務報告基準の代替物として受け入れ可能ではない、そして、非公開会社の利害関係者の財務報告ニーズが満たされることを確保するために、現行の基準設定プロセスには根本的な変革が必要であるとされた (AICPA [2005])。

3 非公開会社に関する意思決定フレームワーク

SEC 登録会社以外の会社は、公認会計士などによる外部監査を受ける場合でなければ、財務会計基準審議会 (FASB) が公表している会計基準などに従う必要はないのが一般的である。たとえば、貸し手から要求されない限り、US GAAP を適用しないのが一般的であるといわれている。もっとも、いったん、外部監査を受けるということになると、州会計審議会およびアメリカ公認会計士協会のルールの下で、公認会計士等は、重要性がない場合を除き、財務会計基準審議会が公表している会計基準などに準拠しないで作成された財務諸表 (計算書類) については、無限定適正意見を表明しないため、財務会計基準審議会が公表している会計基準が重要な意味を有する。

そこで、財務会計基準審議会は、2006 年 6 月に、非公開会社会計基準策定にあたって、非公開会社関係者の意見を聴くために非公開会社財務報告委員会

(Private Company Financial Reporting Committee) を設置した (FAF [2011] p.1. 川西 [2011b] 35頁)。

非公開会社財務報告委員会は、2008年4月に、「非公開会社会計基準のための将来ロードマップ—非公開会社のための GAAP モデル (Roadmap Ahead for Private Company Accounting Standards—GAAP Models for Private Companies)」をまとめた。そこでは、非公開会社向け GAAP について、中小企業向け IFRS (非公開会社は中小企業向け IFRS、IFRS または、その他の包括的会計基準に従うことができるとするもの)、アメリカ合衆国版中小企業向け IFRS (アメリカ合衆国におけるニーズに応じて中小企業向け IFRS に加除修正を加えるもの)、分別化された報告を伴う IFRS (ニーズに応じて、完全版 IFRS を加除修正するもの)、独立したアメリカ合衆国の非公開会社向け GAAP (現行の US-GAAP をレビューし、修正して、非公開会社向けの包括的で自己完結する1組の会計基準を開発するというもの) および—アメリカ合衆国においても、公開会社は IFRS によることになることを想定しつつ—現行の US-GAAP (現行の US-GAAP を非公開会社が用いるというもの) という5つのモデルが提示され、それぞれについて、想定される利点と欠点が挙げられていた。

他方、2009年12月には、アメリカ公認会計士協会、財務会計財団および州会計審議会全国協会が、ブルーリボン・パネルを設置した。

このブルーリボン・パネルは、財務会計財団の評議員会に非公開会社にとっての標準的な会計基準を提供することを任務としており (FASB [n.d.] History of Establishing the PCC ; 川西 [2011b] 35頁)、非公開会社が US-GAAP を適用する際、会計基準の複雑性や負担が大きいことを認識しつつ、検討を加えた (Blue-Ribbon Panel [2011] p.1-2)。

ブルーリボン・パネルの第2回会議では、中小企業向け IFRS についてのプレゼンテーションが行われ、また、中小企業向け IFRS を採用している国とそうではない国における基準設定とアメリカ合衆国における基準設定との比較が行われた (Blue-Ribbon Panel [2011] Appendix B)。そして、現行の US-GAAP には、非公開会社の財務諸表の利用者には有用でないまたはコスト・ベ

ネフィットの観点から正当化できない要求事項が多くあるとし、推奨する新たな会計基準の策定形式と構造とを検討した（Blue-Ribbon Panel [2011] p.11）。

ブルーリボン・パネルでは、新たな会計基準の策定方法として、複数のモデルを検討し、「非公開会社についての適用除外および修正を伴いつつ US-GAAP（現状維持）」、「非公開会社についての適用除外および修正を伴いつつ US-GAAP（プロセスの改善）」「ベースラインとなる US-GAAP を定め、公開会社については追加的要求」、「現在の US-GAAP に由来する独立した別個の非公開会社向け US-GAAP（カナダのアプローチ）」、「堅牢な非公開会社フレームワークに基づいて開発される独立した別個の非公開会社向け US-GAAP」、「IASB が策定した中小企業向け IFRS」または「アメリカ合衆国の非公開会社のためにカスタマイズされた中小企業向け IFRS」を適用することなどが検討された（Blue-Ribbon Panel [2011] p.13；川西 [2011a] 107 頁）。

このうち、「非公開会社についての適用除外および修正を伴いつつ US-GAAP（現状維持）」は受け入れられないとされ、また、「堅牢な非公開会社フレームワークに基づいて開発される独立した別個の非公開会社向け US-GAAP」という案は時間がかかりすぎることおよび比較可能性の観点から、「中小企業向け IFRS の適用」については、公開企業に対する（完全版）IFRS の適用を検討しているところであり、非公開会社に先に適用するのは時期尚早であるとして、それぞれ、退けられた（Blue-Ribbon Panel [2011] p.14）。さらに、長期的には、「ベースラインとなる US-GAAP を定め、公開会社については追加的要求」および「現在の US-GAAP に由来する独立した別個の非公開会社向け US-GAAP」が最善であり得るが、時間と費用を要することから採用されなかった。この結果、ブルーリボン・パネルが2011年1月に提出した報告書では「非公開会社についての適用除外および修正を伴いつつ US-GAAP（プロセスの改善）」というアプローチが支持された（Blue-Ribbon Panel [2011] p.15）。すなわち、非公開企業の会計について、米国会計基準に対する例外や修正を認めることに焦点をあてることや財務会計基準審議会とは別の審議会を財務会計財団の下に創設することを提案した。非公開企業の財務諸表の利用者が意思決定に

有用な情報を受け取ることができる範囲内で、非公開企業のために、米国会計基準に対する例外と修正を適切に行うようにすることを確保するための審議会を設け、この新しい審議会は財務会計基準審議会の活動と審議をモニターし、必要に応じて、財務会計基準審議会と共同して作業を行うことによって、異なる会計基準を非公開企業に適用することが正当化される場合には、それが効率的かつ効果的に定められるようにするという任務を与えられるべきであるとしていた。

このブルーリボン・パネル報告書を受けて、財務会計財団は、2011年10月4日に、「非公開会社の会計基準を改善する計画」を公表し、非公開会社会計基準改善審議会 (Private Company Standards Improvement Council) を設置するかどうかにつきコメント募集を行い¹⁴⁾、7000通強のコメントレターを受け取った (FAF [2012a] para.2)。非公開会社会計基準改善審議会の設置につき賛成意見が多数を占めるのではないかという事前の予想に反し、回答者の約63%は非公開会社会計基準改善審議会の設立には反対し、反対者の大半は「独立した別個の会計基準を策定すること」を望んでいた。また、「提案されている非公開会社会計基準改善審議会はその性質において、当初意図されていた目的を達成できなかった財務会計基準審議会の非公開会社財務報告委員会とあまりに類似している」(FAF [2012a] para.13(e))、「財務会計基準審議会から完全に独立した組織として設立すべきである」(FAF [2012a] para.24(a)) というような意見も表明された (川西 [2011b] 35頁。FAF [2011] p.8も参照)。

このように反対意見を述べるコメントが多数寄せられたため、円卓会議¹⁵⁾やウェブを用いた討議を経て、財務会計財団は、2012年5月に、US GAAP を非

14) News Release 10/04/11, *Financial Accounting Foundation Seeks Comments on Plan to Improve Standard Setting for Private Companies* <https://www.accountingfoundation.org/cs/ContentServer?c=FAFContent_C&cid=1176158992486&d=&pagename=Foundation%2FFAFContent_C%2FFAFNewsPage>

15) *See* <<https://www.accountingfoundation.org/jsp/Foundation/Page/FAFSectionPage&cid=1176158985794>>

公開会社向けの会計基準としてふさわしいものとするために修正を要する事項を識別・審議し、評決を行う（ただし、決定については財務会計基準審議会によるエンドースメントが必要）非公開会社評議会（PCC）を設けるとした（FAF [2012b]；FAF [2012c] p.7）。もっとも、非公開会社評議会の議長は財務会計基準審議会のメンバーであり「財務会計基準審議会から完全に独立した組織として設立すべきである」というコメント募集に際して寄せられた意見は反映されなかった。

そして、US GAAP を非公開会社に適したものとするために変更や適用除外が必要かどうかについて、非公開会社評議会が決定する際の手引きとなる意思決定フレームワークを、財務会計基準審議会と非公開会社評議会との間で、適用前に合意しなければならない。そこで、2012年7月には、財務会計基準審議会が、「非公開会社に関する政策決定フレームワーク：非公開会社向け財務会計・報告指針を評価するための枠組み（Private Company Decision-Making Framework：A Framework for Evaluating Financial Accounting and Reporting Guidance for Private Companies）」という討議資料を公表した。

この討議資料では、US GAAP が想定してきた公開会社と非公開会社の重要な相違点と、それが財務報告に与える影響とがまず分析された。ここでは、重要な相違点として、以下のような点が指摘された。すなわち、非公開会社の財務諸表の利用者は、公開会社に比べてはるかに少数であること、非公開会社の財務諸表は、貸し手その他の債権者と株主・社員が主要な利用者であり、そのような利用者は、追加的な重要情報と分析を得るために経営者へ直接アクセスすることができ、必ずしも財務諸表に表示されている必要はないこと、非公開会社に対する投資家は公開会社に対する投資家よりも長期的に持分を保有し続ける傾向があり、その投資回収・退出戦略の中心は配当を受け取ることであり、場合によっては、バイアウトや企業結合、まれには IPO による投下資本回収であること、非公開会社においては、所得税、遺産税、相続対策、持分の譲渡制限および社員の責任と損失負担という問題に注意が払われる傾向がみられること、非公開会社においては、公開会社に比べ、会計の知見を有するス

スタッフが少数であり、また、スタッフの会計についての専門性が低いのが一般的である結果、基準設定プロセスに積極的に参加することが少なく、また、会計上のガイダンスの変更を絶えずモニターすることは少なくなること、および、多くの非公開会社の財務諸表作成者は、新たな財務会計および財務報告のガイダンスを事業年度の後半に知り、重要な参考資料も年に1、2回しか受け取らず、新しい会計・報告のガイダンスを知るタイミングが遅れるという現象が見受けられることが指摘された。

続いて、スタッフの暫定的勧告がなされていた。公開会社と非公開会社とで異なる可能性のある領域として適用時期、表示、開示、認識と測定、移行方法が取り上げられていた。費用便益分析のための指針・視点が具体的かつ詳細に示されており、たとえば、認識と測定との関連では、利用者にとっての有用性、コストと複雑性について考慮に入れるべきポイントが具体的に示されていた。また、開示、表示、適用時期、移行方法に関する適用除外や修正を認めるかどうかを決定するフレームワークがフローチャートの形で例示されていた。いずれにせよ、このディスカッション・ペーパーでは、非公開会社向け会計基準は一部変更を加えるとはいえ、一般に認められる会計基準（GAAP）の範疇に含まれるものという位置付けが与えられていた。

その後、財務会計基準審議会は、2013年4月15日に改訂版を公表し、同年12月23日に「非公開会社政策決定フレームワーク：非公開会社のための財務会計および報告の評価のガイド（Private Company Decision-Making Framework. A Guide for Evaluating Financial Accounting and Reporting for Private Companies）」を公表した。これは、非公開会社にとっての目的適合性や利害関係者、コスト・ベネフィットを考慮し、現行の公正価値評価が非公開会社にとって有用でないことを認識したうえで策定されたものであり、基本的には、US-GAAPからの例外・修正を認める会計基準を提案したものである。

この方針に基づいて、非公開会社評議会の合意を財務会計基準審議会がエンドースしたのものとしては、会計基準コーディフィケーションのトピック350無形資産一のれんその他と異なり、のれんを10年またはそれよりも短い耐用

年数で償却し、減損テストは減損の兆候がある場合に行うことを許容する ASU 2014-02、一定のブレインバニラ金利スワップについて会計基準コーディフィケーションのトピック 815 デリバティブとヘッジに比べ簡素化された会計処理を認める FASB ASU 2014-03、会計基準コーディフィケーションのトピック 805 企業結合に比べ識別しなければならない無形資産を限定することを認める ASU 2014-18、共通支配下にある持分変動事業体（VIE）に関する会計処理について会計基準コーディフィケーションのトピック 810 連結の例外を認める ASU 2018-17（以前はリース契約との関係のみで、ASU 2014-07）がある。

4 中小企業の財務報告フレームワーク

アメリカ公認会計士協会は、2012年11月に公開草案「中小企業の財務報告フレームワーク案（Proposed Financial Reporting Framework for Small-and-Medium-Sized Entities）」を公表し、寄せられたコメントを踏まえて、2013年6月に「中小企業の財務報告フレームワーク（Financial Reporting Framework for Small-and Medium-Sized Entities）」（中小企業向け FRF）を公表した。当該中小企業向け FRF はカナダ勅許会計士協会（CICA）から許諾を得て CICA ハンドブックの内容をアメリカ企業向けに必要な部分の改訂を行い作成されたものである（p. ii）。とりわけ、財務報告の概念フレームワークは、CICA ハンドブック中の概念フレームワーク「財務諸表の諸概念」の内容をほぼ踏襲したものである。

AICPA が公表した中小企業向け FRF は、GAAP に基づく財務諸表の作成が義務づけられていない場合に、一般目的（general use）の財務諸表の作成と当該財務諸表の外部的な利用にとって適切な規準となるものと考えられている（p. v）。従来、GAAP に準拠した財務諸表の作成が義務づけられていない場合の会計実務の基準として、その他の包括的会計基準（other comprehensive bases of accounting）（OCBOA）が適用されてきた。

OCBOA に基づく財務諸表の作成は、AICPA の監査基準審議会が公表した監

査基準書第62号「特別報告」(SAS623)において認知されている¹⁶⁾。SAS623では、OCBOAとして、政府規制当局による基準、税務申告のための税法基準、現金主義および修正現金主義、特定の項目に適用される物価水準会計があげられている（パラグラフ4）。

AICPAは中小企業向けFRFの採用を義務づける権限を有するものではなく、企業経営者による任意の選択に委ねられているが、中小企業向けFRFに準拠して財務諸表を作成した場合、経営者は当該財務諸表が特別目的のフレームワークである中小企業向けFRFに準拠している旨を表明することができる（p. vii）。

中小企業向けFRFでは、その適用が想定される会社は、GAAPに準拠した財務諸表を作成する必要がなく、またその作成が義務づけられていないとされている（AICPA [2013]）。それらの会社は、通常、小規模の企業であって、株式を公開し所有構造を変更する意図はなく、高度に専門化した事業を行っているわけではない。また、そのほとんどは、出資と経営が一致した所有者による経営形態で、営利を目的とした事業活動を行っている。さらに、社内には公認会計士などの会計スタッフがいない場合が多く、外部の会計事務所に会計業務を依存している。

OCBOAに内在していた制度上の問題点（設定主体や基準の正統性等）を解決し、不特定多数の外部利用者に向けた定期的な財務報告ではなく、特別目的の枠組みに準拠して作成された財務諸表の監査と連携させることを眼目としている。そして、中小企業向けFRFに基づく財務諸表は、堅牢で（robust）、簡素であり（simplified）、有用であり（useful）、首尾一貫し（consistent）、簡潔

16) Madrey [2006] p. 1.02. もともとは、監査基準書（SAS）第14号「特別報告」（1976年）において認知された。また、AICPA 中小企業に関する特別委員会報告書（1980年）は、OCBOAは、所有者、与信者その他の小規模会社の財務諸表の利用者のニーズに応えることができるとして、「小規模事業体にとってコストに見合わない会計基準からの追加的な救済を提供する代替的な手段を研究する特別委員会」において、OCBOAを研究することを勧告していた（AICPA [1980] p.13）。

であり (concise)、関連性を有する (relevant) ことが目指されている (AICPA [2013])。中小企業向け FRF はアメリカの小規模企業社会の必要にコストに見合った方法で応えようとするものである¹⁷⁾。

そして、中小企業向け FRF に基づく会計情報の認識・測定・伝達に関する特徴は伝統的で実績のある会計方法、絞り込んだ開示規定、歴史的原価による測定原理、財務諸表を利用者に合わせたものとするための選択可能性、複雑でなく、原則主義、ならびに、単純化された連結モデル (変動持分事業体の概念を含まない) であるとされている (AICPA [2013])。

中小企業向け FRF の特徴は、より具体的には、中小企業の会計実務を考慮して、発生主義会計に基づく伝統的な会計原則を許容している点である。とりわけ、収益費用対応の原則に基づく会計処理に言及されている。すなわち、収益に対応する費用の計算は、発生した取引または事象に基づいて当該会計期間に関連づけられ、または、配分によって関連づけられ (para. 1.39)、売上高と売上原価の直接的対応、売上高と販売費・一般管理費の期間的対応について、明示的に説明されている。また、支出が将来の経済的便益をまったく生み出さないとき、または、将来の経済的便益を資産として認識する適格性がないとき、または適格性がなくなったときには、当期の費用として認識する (Para.1.42)。

そして、中小企業向け FRF では、たとえば、歴史的原価を測定基礎とし、デリバティブの公正価値評価を要求していないが、これは公正価値評価の複雑性に着目したものであり、ヘッジ会計や株式報酬の複雑な会計処理も要求していない。また、開示 (注記) も財務諸表の利用者が必要とする有用な情報に絞り込んでいるが、これは、必要であれば、それらの利用者は経営者から追加的な情報を得ることができることに着目したものである¹⁸⁾。

さらに、2012年公開草案では、投資の減損、固定資産の減損、無形資産の減損、リースの減損、金融資産の減損等が挙げられていたが、最終的には、減

17) なお、中小企業向け FRF によって作成された財務諸表の主要な利用者として、中小企業の所有者、法曹および医者、銀行その他の与信者、保険会社、保証人および個人投資家があげられている (AICPA [2013])。

損会計に関する規定は設けられなかった。以上に加えて、原価の算定方法として後入先出法が許容されている。これは、アメリカでは、税法上、後入先出法が認められていることを背景としたものであり、中小企業の会計実務における税法基準と中小企業向け FRF との間の相違を少なくするためである¹⁹⁾。

なお、国際会計基準審議会は AICPA によって国際的な会計基準設定主体として認められており²⁰⁾、中小企業向け IFRS は GAAP に基づく財務諸表を必要とする中小事業体にとっての選択肢となりうるが（*See e. g. Pacter [2009] p. 30 ; Rossi [2009] p. 1*）、中小企業向け FRF はわざわざアメリカ合衆国の事業体のために策定されたことから、中小企業向け FRF の方が現時点ではより理解しやすく、かつ有用であると考えられること、また、中小企業向け FRF では中小企業向け IFRS に比べてアメリカ合衆国の税法との親和性を高めることができることが指摘されていた²¹⁾。

参考文献

Abdel-khalik, A.R. *et al.* [1983] *FASB Research Report, Financial Reporting by Private Companies : Analysis and Diagnosis*, FASB

American Accounting Association's Financial Accounting Standards Committee [2006] *Financial Accounting and Reporting for Private Entities, Accounting Horizons*, vol.20, no.2 : 179-194

AICPA (American Institute of Certified Public Accountants) [1976] *Report of the Committee on*

18) AICPA, FRF for SMEs Frequently Asked Questions<<https://www.aicpa.org/interestareas/frc/accountingfinancialreporting/pcfrrf-smes-faq.html>>, "How does the FRF for SMEs framework avoid needless complexity and cost?"

19) AICPA, FRF for SMEs Frequently Asked Questions, "Why not promote the use of IFRS for SMEs rather than develop a new framework?"

20) AICPA, Code of Professional Conduct, Rules 202 and 203 : Council Resolution Designating Bodies to Promulgate Technical Standards [Added by Council, May 18, 2008 : readopted by Council, May 19, 2013]. ただし、中小企業向け IFRS が州の会計審議会によって GAAP として受け入れられるかという問題があることについて、Fitzpatrick/Frank [2009] および AICPA [2014] p.207, note 4 参照。

21) AICPA, FRF for SMEs Frequently Asked Questions, "Why not promote the use of IFRS for SMEs rather than develop a new framework?".

- Generally Accepted Accounting Principles for Smaller and / or Closely Held Business*
- AICPA [1980] *Report of the Special Committee on Small and Medium Sized Firms*
- AICPA [1981] *Discussion Paper, Tentative Conclusions and Recommendations of the Special Committee on Accounting Standards Overload*
- AICPA [1983] *Report of the Special Committee on Accounting Standards Overload*
- AICPA [2004] *Discussion Paper, Private Company Financial Reporting*
- AICPA [2005] *Private Company Financial Reporting Task Force Report*
- AICPA [2013] *Evolution of a New Non-GAAP Reporting Option*<<https://www.aicpa.org/content/dam/aicpa/interestareas/frc/accountingfinancialreporting/pcfrr/downloadabledocuments/firf-sme/firfforsmes-backgroundunder.pdf>>
- AICPA [2014] *Audit & Accounting Guide : Entities with Oil and Gas Producing Activities*, John Wiley & Sons
- AICPA, Private Companies Practice Section [1995] *Standards Overload : Problems and Solutions*
- AICPA, Private Companies Practice Section, Special Task Force on Standards Overload [1996] *Report of the Private Companies Practice Section, Special Task Force on Standards Overload*
- Barnett, Julie A. et al. [2000] The MBGA and State Corporation Law—A Tabular Comparison of Selected Financial Provisions, *The Business Lawyer*, vol. 56, no. 1 : 69-81
- Blue-Ribbon Panel [2011] *Blue-Ribbon Panel on Standard Setting for Private Companies* <https://www.accountingfoundation.org/cs/ContentServer?site=Foundation&c=Document_C&pagename=Foundation/Document_C/DocumentPage&cid=1176158181336>
- Chazen, Ch./Benson, B. [1987] Fitting GAAP to Smaller Businesses, *Journal of Accountancy*, vol.14, no.2 : 46-51
- Cheney, G. [2004] Differential Accounting : Problems and Possibilities, *Financial Executive*, vol.20, no.2 : 20-22.
- Committee on Corporate Laws [1979] Changes in the Model Business Corporation Act – Amendments to Financial Provisions, *The Business Lawyer*, vol.34 : 1867-1889
- FAF (Financial Accounting Foundation) [2011] *Plan to Establish the Private Company Standards Improvement Council, Focus on Private Company Issues*<http://www.accountingfoundation.org/cs/ContentServer?site=Foundation&c=Document_C&pagename=Foundation/Document_C/DocumentPage&cid=1176158991959>
- FAF [2012a] *Plan to establish the Private Company Standards Improvement Council, Comment Letter Summary*<http://www.accountingfoundation.org/cs/ContentServer?site=Foundation&c=Document_C&pagename=Foundation/Document_C/DocumentPage&cid=1176159990176>
- FAF [2012b] *Financial Accounting Foundation Establishes New Council to Improve Standard Setting for Private Companies*<<http://www.accountingfoundation.org/cs/ContentServer?site>

=Foundation&c=FAFContent_C&pagename=Foundation/FAFContent_C/
FAFNewsPage&cid=1176160049265>

FAF [2012c] *Establishment of the Private Company Council, Final Report*<https://www.accountingfoundation.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=Foundation/Document_C/DocumentPage&cid=1176160066778>

FASB (Financial Accounting Standards Board) [1980] *FASB Invitation to Comment, Financial Statements and Other Means of Financial Reporting*

FASB [1981] *FASB Invitation to Comment, Financial Reporting by Private and Small Public Companies*

FASB [1983a] *FASB Special Report, Financial Reporting by Privately Owned Companies : Summary of Responses to FASB Invitation to Comment*

FASB [1983b] *Research Report, Financial Reporting by Private Companies : Analysis and Diagnosis*

FASB [1983c] Board Responds to Concerns about Standards Overload, *FASB Status Report*, No.150 : 1-6

FASB [1986] FASB Analyzes Small Business Concerns about Accounting Standards, *FASB Status Report*, No.181 : 1-4

FASB [n.a.] *Private Company Council*<<https://www.fasb.org/cs/Satellite?c=Page&cid=1351027243391&d=Touch&pagename=FASB/Page/SectionPage>>

FASB/AICPA [2006] *Invitation to Comment, Enhancing the Financial Accounting and Reporting Standard-Setting Process for Private Company*

Fitzpatrick, M./Frank, F. [2009] IFRS for SMEs : The Next Standard for U.S. Private Companies?, *Journal of Accountancy*, vol. 208, no.6 : 50-54

Hepp,G.W./McRae, T.W. [1982] Accounting Standards Overload : Relief is needed, *Journal of Accountancy*, vol.153, no.5 : 52-62

Madrey, J. L. [2006] *OCBOA Guide*, 2007 edition, CCH.

Marsh, H., Jr. [1977] *California Corporation Law and Practice*, vol.2, West Publishing

Pacter, P. [2009] For Most Private Companies. Goes Live, *Financial executive*, vol.25, no. 7 : 28-30

Rossi, J. D. [2009] IFRS for Private Enterprises, *Pennsylvania CPA Journal*, vol.79, no.4 : 1-2

Stanger, A.M./Gunther, S.P. [1981] "Big GAAP-Little GAAP" : Should there be different financial reporting for small business?, *New York University Law Review*, vol.56, nos.5-6 : 1209-1235

Wishon, K. [1985a] The FASB and Small Business, *FASB Status Report*, No.165 : 6-10

Wishon, K. [1985b] The FASB and Small Business : improving the dialogue, *Journal of Accountancy*, vol.159, no.2 : 100-105

Zanzig, J.S./Flesher, D.L. [2006] GAAP Requirements for Nonpublic Companies : New Views

- on 'Big GAAP' Versus 'Little GAAP', *The CPA Journal*, vol.76, no.5 : 40-44
- 安藤英義 [2015]「株式会社の配当規制の各国現状比較：日・欧・米」専修商学論集101号：61-79
- 伊藤邦雄 [1996] 会計制度のダイナミズム（岩波書店）
- 川西安喜 [2011a]「非公開企業のための会計基準設定に関するブルー・リボン・パネルの報告書」会計・監査ジャーナル23巻4号：105-110
- 川西安喜 [2011b]、「コメント募集『非公開企業会計基準改善会議を設置する計画』」会計監査ジャーナル23巻12号：35-40
- 弥永真生 [1993]「未実現評価益と配当規制」企業会計45巻11号：91-96

Ⅲ 連合王国／アイルランド

1 小規模会社に対する会計基準の適用

連合王国では、会社法の文脈において、私会社について貸借対照表および年度報告書の提出義務を免除した1907年会社法以降、少なくとも100年間にわたって、分別化された報告についての論争が繰り返されてきたと評されていた（Powling *et al.* [2002] para.1.1）。

連合王国における、拘束力を有すると考えられる会計基準の設定は、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会（ICAEW）が1970年に設けた会計基準起草委員会によるものが嚆矢であるが（弥永 [2013] 359頁参照）、その初期において、一定の規模規準を満たした会社に対して、ある会計基準の適用免除がピースミール基準で与えられてきたと指摘されている（Powling *et al.* [2002] para.3.1）。たとえば、会計実務基準書（SSAP）3「1株当たり利益」（1972年）では、非公開会社については、1株当たり利益の開示が免除されたし（para.13）、SSAP16「現在原価会計」（1980年）では、一定の条件をみたした会社は現在原価基準に基づく財務諸表を作成することが免除された（para.46）。

その後、会計基準設定主体となった会計基準委員会は、1983年に、「基準設定プロセスの再検討（Review of the Standard Setting Process）」において、会計基準は、財政状態と損益の真実かつ公正な概観を表示する目的のために、すべての会社の財務諸表に普遍的に適用されるという基本的な特徴を有すべきである（para.3.5）という一般論を採りつつ、大規模会社と小規模会社とでは、そ

の財務諸表利用者の情報ニーズが異なりうるという認識 (para.3.6) を示し、「この問題は費用便益テストを用いることによって最もよく解決される」(para.3.7) という考え方を示した。

そして、1986年には、小規模会社に対する会計基準の適用について調査するためのワーキンググループを設置し、1988年2月には、テクニカル・リリース (TR) 690「会計基準の小規模会社への適用に関する会計基準委員会によるステートメント (Statement by the Accounting Standards Committee on the application of accounting standards to small companies)」を公表したが、「一般に、真実かつ公正な概観を与える財務諸表を作成しなければならないのであれば、小規模会社が会計基準を遵守することを過度に煩わしいとみていることを示唆する証拠はなかった」とした (para.5)²²⁾。ただし、TR690では、会計基準委員会は、将来公表する基準の適用除外を小規模会社について検討するとされていた (para.17)。すなわち、会計基準委員会は、将来には概念的または実務的理由のために、会計基準を小会社に適用できない状況があると認識していた (McCahey/Ramsay [1989] p.15)。

そして、1988年7月の TR706「会計基準を適用するための「小会社」の定義に関する会計基準委員会によるステートメント (Statement by the Accounting Standards Committee on the definition of 'small company' for the purpose of applying accounting standards)」では、

会計基準の適用除外が適切であるかどうかを判断するために会計基準委員会が考えている原則の概要を示し、通常、適用除外の対象となる企業の分類を定義し、適用除外をどのように策定するかを示した (para.1.1)。TR706において、

22) 1985年に *Carsberg* 教授らが行った、連合王国における小規模会社による財務報告に関する調査では、会計基準その他の報告上の要求事項による負担は小規模会社に関係する人々の間では、重要な懸念事項 (a matter for primary concern) ではないように思われると結論付けられた (*Carsberg et al.* [1985] p. 83)。そして、これは、「おそらく、小規模会社の経営者は、会計のこの側面を専門家であるアドバイザーに任せているため、基準に準拠することに何がかわっているのかをほとんど認識していない」からなのではないかとの見解を示していた (*Id.*, p. 83-84)。

会計基準委員会は、特定の状況下では、小規模企業を会計基準の特定の規定につき適用除外する場合があることを認めるが、そのような適用除外は、認識や測定の方法よりも開示の要件に関連することが多いとした（パラグラフ 5.1.1）。会計基準委員会は、特定の事例において適用除外に値すると認めた場合には、公開有限責任会社（plc）、公開有限責任会社を子会社とする会社、および、真実かつ公正な会計を作成することが要求されるその他の報告企業で、1985年会社法247条の下で中規模企業として扱われるための適格条件²³⁾の10倍を超えるものを除き、適用除外するという形での緩和を提案した（para. 5.2）²⁴⁾。

これに沿って、会計基準委員会は、SSAP13「研究開発の会計」（1989年改訂）およびSSAP25「セグメント報告」（1990年）については、小規模会社を適用除外とした（SSAP13、para.22；SSAP25、paras.4 and 41）。

同様に、1990年に会計基準設定機関となった会計基準審議会（ASB）も、会計基準ごとに規模または社会的重要度の相対的に欠けていることに基づいて、基準のすべてまたは一部からの免除を特定の企業に認めるべきか否かを検討するというアプローチを採り続け（CCAB [1994] Preface）、たとえば、財務報告基準（FRS）1「キャッシュ・フロー計算書」（1991年）では、会社法上の小会社は適用除外されたが（para.8(a)）、FRS3「財務業績の報告」（1992年）については、小会社を適用除外しなかった（para.12）。

2 「小規模事業体のための財務報告基準」

ピースミールで適用除外を認めるのでは十分ではなく、小規模会社への会計

23) 1985年会社法247条は、(a)売上高が8,000万ポンドを超えていないこと、(b)貸借対照表の合計が3,900万ポンドを超えていないこと、および、(c)その年の平均雇用者数が2,500人を超えていないことの3つの規程のうち、2つ以上をみとすことを適格条件としていた。

24) 会計基準委員会が「大規模会社と小規模会社との間には、その財務報告能力と利用者の期待に関して、もっともな差異がある」（para.2.1）と述べつつ、規模に着目した規程を設定したことには批判が加えられている（Davies/Paterson/Wilson [1997]）。

基準適用の問題は未解決であると考えられたため（Powling *et al.* [2002] para.3.9）、会計基準審議会は、会計士団体諮問委員会（CCAB）に対して、広範な協議に基づいて、小規模会社に対する適用除外の適切な規準を勧告することを依頼した。そこで、会計士団体諮問委員会はワーキンググループを設置し、1994年11月に意見募集文書「基準からの規模または社会的重要度に基づく免除」（CCAB [1994]）を公表して、意見募集を行った。ここでは、1985年会社法が定める小会社の定義を満たすすべての事業体には、一部の標準会計実務基準書（SSAPs）と緊急問題専門委員会要約（UITF Abstracts）を除き²⁵⁾、会計基準に従うことを要求しないこととすることが勧告されていた。すなわち、すべての企業に適用されるべき中核的な会計基準を識別することを試みる（para.8.1）アプローチこそが最も適切な方策であるという認識のもと（para.9.1）、財務諸表利用者の必要性をより密接に反映した小規模会社のための新しい一連の会計基準（para.8.1）を開発するという方向を示した。これを背景として、会計士団体諮問委員会は、1995年12月に、「ふさわしく作られた一小規模事業体のための財務報告基準」（CCAB [1995]）を公表し、小規模企業に適用するすべての会計基準の要求事項を規定するものとしての（para.1.4）小規模事業体のための財務報告基準を提案した。

この提案に基づいて、会計基準審議会は、1996年12月に、「公開草案 小規模事業体のための財務報告基準」を公表し、1997年12月に「小規模事業体のための財務報告基準」（FRSSE）を、会社法上の小会社および小規模グループが適用できるものとして、最終化した²⁶⁾。

25) SSAP4「政府補助金の会計」、SSAP9「棚卸資産と長期請負契約」、SSAP13「研究開発の会計」、SSAP17「後発事象の会計」およびSSAP18「偶発事象の会計」ならびにUITF7「真実かつ公正な概観を優先した開示」が小会社にも適用されるべき会計基準とUITF要約として挙げられていた（para.10.4）。

26) FRSSEについて、詳細に紹介したものとして、河崎 [2001a,b,c]

3 会社法の現代化

会社法再検討起草グループは、1999年の意見募集文書「競争的経済のための現代会社法：戦略的枠組み」(Company Law Review Steering Group [1999])において、第1に、「会計規制に関する限り、内部的財務管理は事業の成功を確実にするために不可欠であるが、(究極的には適切な管理会計から導かれるものであるものの)法定年度計算書類の作成は、経営者にとっては、事業における優先順位が低く、経営情報としては価値がほとんどないと見られているかもしれない。取締役にとって、法定年度計算書類を作成することの主な利点は、結果として生じうる法的・財務的なペナルティーを回避し、潜在的な債権者との関係で評判や信頼性を失うことを回避することであると考えられている」、小規模企業を対象としたいくつかの調査(Freedman/Godwin [1992]; Freedman [1994]; Hicks/Drury/Smallcombe [1995]; Freedman [1999])では、「取締役は、付加価値税(VAT)などの他の問題と並んで、法定年度計算書類の作成を事業上の重要な規制上の負担として挙げている」と指摘したうえで、すべての有限責任会社について、計算書類の公表を要求しているEUの会社法第4号指令に留意する必要があるとしていた(para.5.2.14)。

第2に、財務諸表に対する債権者の利害関係については、小会社に当たる企業に求められる現在の公開レベルは基本的に会計期間終了後10ヶ月以内に公表される未監査の要約貸借対照表を要求するにすぎないのであって、債権者にとってはほとんど価値がなく、準備と提出の面で企業に一定の負担を強いると指摘されているとした。そして、これらの要求事項をより意味のあるものにすべきか、または債権者にとってより価値のあるもの、たとえば年度支払能力宣言などに置き換えたり、補足したりすべきかという問題があるとした²⁷⁾。とりわけ、おそらく大多数の小規模企業が採用している最新のソフトウェアは、追加コストなしで、作成の負担がはるかに少なく、現在の財務諸表よりも債権者

27) 会社法上の計算書類は、小規模会社においても、経営者に情報を伝達し、格付け機関や与信担当者もこれに依拠するが、要約されていることや監査を受けていないことにつき、外部の利用者からは批判を受けていたことについて、たとえば、Pratten [1998]

にとってより価値のある最新の情報を入手することができるようにすることができる可能性があるとする一方で、税務上の会計記録の要求をどの程度、会社法の要求を決定するために用いたり、適応できる可能性があるのか²⁸⁾という関連する問題があると指摘した (para.5.2.15)。

第3に、計算書類は、小規模な会社であっても、経営に直接関与しない社員の保護に役立ち、現行の要求事項には価値があると考えており、債権者のための改善や内部管理のための改善は、社員にとっても有益となる可能性が高いとした (para.5.2.16)。

そして、起草グループは、次のフェーズでの会計・報告問題に関する作業では、社内外の目的のための会社法上の計算書類の価値と、代替・補足の可能性を検討すべきであることを提案し、とりわけ、小規模企業とその関係者のニーズという文脈でのコメントも歓迎するとした (para.5.2.17)。その上で、「多くの会社 (たとえば、すべての社員・株主が取締役である会社) にとって、計算書類に関する問題は、外部者の利害、大部分は債権者に関するものである。これらの問題は、経済的に小規模な企業の負担と部外者にとってのリスクとのバランス、開示の範囲および適切な経済的閾値など、基本的に単純な問題を提起するものである。たとえば、会計上の適用除外が不正行為を助長しているのではないかと、または、銀行などの貸手は完全な会計報告書を見せることを要求するので、適用除外の現実的な便益は限定的なのではないかという指摘がなされることがある。これらの疑問に対する現在の解決策は、報告に関する作業の一環としてさらなる検討が必要であることは明らかである。すでに指摘したように、会計に関する内部的な疑問は、これらが解決されれば、大部分は解決されると期待される」とした (para.5.2.18)²⁹⁾。

続いて、起草グループは、2000年3月の意見募集文書「競争的経済のための現代会社法：枠組みの開発」(Company Law Review Steering Group [2000a])

28) とりわけ、大多数の営利企業がVAT申告を行っていると考えられ。現在は会社法上の計算書類で対応しているニーズを満たすために、これらを活用できるかどうかという問題提起がなされていると指摘されていた (p.60 fn.66)。

において、まず、会社の会計と報告は、ガバナンス機能を行使する上での株主（「発言」、債務者の状況と見通しを明確に把握する必要がある債権者、事業に対する持分（stake）を取得すべきか、保有し続けるべきか、売却すべきか（「退出」と「参入」）を知りたい、現在および潜在的な投資家（株主と債権者）、企業とさまざまな関係を持つ他の利害関係者（従業員を含む）や広く一般の人々のニーズを含む幅広いニーズをみたすものでなければならないとした（para.5.4）。そして、このような状況下では、より広範な価値の概念と競争力にとってのその重要性和、会社の業績に正統な利害を有する広範な人々について認識の高まりに注意を払う必要があり（para.5.5）、このような幅広い関係者の利害は、公開企業については前世紀から、民間企業については1960年代から、計算書類の公表が義務付けられることによって認識されてきたとし、公表された報告書および計算書類は、現在では非常に幅広い用途に使用されており（Jarvis [1996]）、これらの利用者の正統な必要を理解し、認識しなければならないと指摘した（para. 5.6）。

また、会計基準委員会や会計基準審議会が開発した会計基準はいまや真実かつ公正な概観を与える、適切かつ権威ある方法（a proper and authoritative means of giving a true and fair view）³⁰⁾であると認識されていると指摘した（para.5.15）。

そのうえで、まず、会社が計算書類および報告書を作成することについての基本的な枠組みを会社法では定めずに非政府主体に委ねるという選択肢もあるが、基本的な仕組みは制定法に定めるべきであるという結論を示した（para.5.18）。その上で、会社による会計処理および開示についてのルールを制定する権限を適切な主体に委ねることが望ましく、その主体としては財務報告

29) なお、小会社においては、株主に提供される計算書類の簡略化が認められていることの文脈において、FRSSEに従って計算書類を作成できることに言及されていた（p.120, fn.138）。

30) ただし、法的に厳密に言えば、真実かつ公正な概観を与える唯一の方法ではないと指摘していた。

評議会（FRC）およびその下にある会計基準審議会が最も明らかな候補であるとした（para.5.41）。そして、様式、会計原則および評価ルールは適切な主体に制定権限を委ねる会計基準に含められるべきであり、会計基準審議会はこれらの事項の多くのものについて、専門的能力を有し、かつ、すでに基準を公表しているから、このような変更は重複を解消することにつながるとした（para.5.56）。

小規模会社の会計および開示については、まず、「大企業や上場企業が直面する多くの開示問題は、一般的に中小企業には無関係であることが広く受け入れられている。したがって、中小企業の報告ニーズを個別に検討することは賢明である」とし、この検討にあたっては、大企業のための要求事項を前提として、中小企業について適用除外を認めるという現行の方法を採用するのではなく、全体としての「think small first」のアプローチに沿って、原則に基づくべきであると考えた（para.8.2）。そして、①小規模会社の計算書類は、大規模会社の計算書類とは別個に検討されるべきである（単に大規模会社の計算書類フォーマットからの免除を採用するのではなく、小規模会社とその計算書類の利用者の特定のニーズに対応すべきである）、②経営プロセスをサポートし、正統な利害を有する人々のために経営の監視とレビューを可能にするために十分な情報がなければならない、③しかし、必要な効果を達成するために自己利益や市場に依存できる場合には、法的要求を課すべきではない、④法的要求は便益に比例したものでなければならない（小規模企業では、経営者や所有者についての法的要求のコストは大きく、公益的な便益は比較的小さいかもしれない）という基本原則を採用した（para.8.3）。

この意見募集文書では、小会社の会計処理方法についての方針は示されていないが、計算書類の様式の文脈において、既存の第8附則による計算書類はFRSSEの下で作成されており、計算書類の様式を考える出発点となるとしており、その要求事項は複雑さと重複を除去して、簡素化されているが継続企業的前提によって作成されており、かつ、真実かつ公正な概観を表示していると評価していた（para.8.37）。

2000年11月の意見募集文書「競争的経済のための現代会社法：構造の完成」(Company Law Review Steering Group [2000b])では、まず、報告と計算書類の小規模企業に対する要求事項を制定法から基準に移すという提案を回答者の大多数は支持し、また、多くの回答者は、FRSSEのこれまでの成功についてコメントしているとし、要求事項の制定法と基準との間での振り分けは、中小企業についても他の企業と同じであるべきであると考えているとされた(para.2.43)。また、小会社の財務諸表の様式と内容についてのすべての要求事項(たとえば、当時の第8附則³¹⁾)は、会計基準の問題とすることを提案するとし、すべての要求事項が拡大されたFRSSEの一部となることを想定しているが、要求事項をどのようにパッケージするかの詳細は基準設定者がしかるべく決定することになるであろうとした(para.2.44)。これに沿って、「競争的経済のための現代会社法：最終報告書」(Company Law Review Steering Group [2001])では、「我々は、現在の第8附則など、小規模会社の計算書類の様式と内容を支配するすべての要求事項が、法令に裏打ちされた会計基準の問題とされるべきことを提案する。基準委員会は、中小企業のために異なる規則を設定する権限を与えられるべきである。我々は、小規模企業に対する要求事項のすべてが、改訂された小規模企業のための財務報告基準(FRSSE)の一部となることを想定しているが、要求事項をどのようにパッケージするかの詳細は基準委員会が今後決定することになるであろう。」とされた(para.4.35)³²⁾。

政府が2002年に作成した白書(Department of Trade and Industry [2002])においても、小規模企業にはキャッシュフロー計算書や連結財務諸表(小規模グループの親企業の場合)を提供することは求められないし、小規模企業は、より簡略な補足情報を作成することができるようになるとする一方で、会社法再検討起草グループの最終報告書は、現行の小規模企業のための財務報告基準(Financial Reporting Standard for Smaller Entities (FRSSE))をベースに、小

31) Form and Content of Accounts Prepared by Small Companies

32) 最終報告書では、基準審議会(Standards Board)に会計基準の設定を委ねることが想定されていた。

規模企業のためのより簡略な会計制度の原則を提案しているが、政府は、EC指令が許容する限り、このアプローチを採用する意向であるとされた（para.4.20）。

4 「小規模事業体のための財務報告基準」に対する評価と改訂

FRSSEの公表と会社法再検討起草グループによる会社法改革についての1999年の意見募集とは、大がかりな（big）GAAP³³⁾とこじんまりとした（little）GAAPとを別個に設定する方向への急加速であると指摘された（John/Healeas [2000] p.5）。もっとも、当初、FRSSEの主な効果は、「完全なGAAP」で要求される開示の多くから小会社を免除するにすぎなかったところ、そのような開示が要求される事象は多くの小規模企業では生じなかったため、多くの小規模企業にとってFRSSEは実益をもたらさなかった（John/Healeas [2000] p.6）。そこで、*John / Healeas* は、FRSSEがもたらした変化は表面的（cosmetic）なものであって、本質的なものではなかったと評価していた（John/Healeas [2000] p.7）。

すなわち、小規模企業についても真実かつ公正な概観を与えることが制定法上要求されている以上、分別化された報告基準を提案する際にも、会計基準審議会としては、「真実かつ公正」の概念を希釈化することなく、見かけ上の矛盾を説明する必要性に配慮した。すなわち、会計基準審議会は、合理的な理由があれば、適用除外や異なる扱いを正当化することができるという法的助言を得たと述べており³⁴⁾、提案を開発する際には、それぞれの要求事項に関して以下の点を考慮したと述べている³⁵⁾。

(a) 基準または要求事項は、一般的に適用されるべきものと考えられる可能性が高く、すべての事業体のための一般に認められた会計慣行の本質的な要素であるか；

(b) 基準または要求事項は、企業の所有者または経営者による取引の理解に

33) 一般に受け入れられた会計実務（generally accepted accounting practice）

対応するように、容易に認識されるような方法でその取引が処理されることにつながる可能性が高いか；

(c) 基準または要求事項は、小規模企業の計算書類の利用者の情報ニーズおよび正統な期待を満たす可能性が高いか；

(d) 基準または要求事項は、そのような利用者にとって意味があり包括的なものとなる可能性が高い開示をもたらすか、開示が特定のグループの利用者を対象としている場合に、そのグループは、要約計算書類にしかアクセスできない可能性があることを考えても、そのグループは情報を受け取ることになるか；

(e) 基準の要求事項は、法令で要求される処理方法を大幅に増大させるか；

(t) 基準または要件で規定されている処理方法は、内国歳入庁が課税利益を計算する際に既に使用している、または使用すると予想されている処理方法と両立するか；

34) *Richard Sykes* 氏の 1995 年 12 月の 法的助言の要旨 (reproduced in : FRC [2013c] Appendix I, para.12) は以下のようなものであった。私は、(i) FRSSE が要求する処理方法が、既存の基準で要求されている処理方法と同じであるか、またはその処理方法を簡略化したものである、(ii) 将来設定される基準が、大がかりな GAAP が適用される会社 (Big GAAP Companies) のみに新たな処理方法を求めているが、中小企業にとっても重要である可能性がある場合につき、会計基準審議会が FRSSE の改訂時に中小企業の取扱いを変更しないことを合理的な (rational) 根拠に基づいて正当化することができる、(iii) 将来において、重要な事項について FRSSE が既存の基準と著しく異なる処理方法を要求する場合に、会計基準審議会が、中小企業の場合のそのような異なる処理方法を合理的な根拠に基づいて正当化することができる、または、(iv) FRSSE でカバーされていない事項について、中小企業がどのように会計処理するかを決定するための出発点は、既存の実務であり、中小企業は、その規模に関連して合理的な理由に基づいて、そのような実務からの離脱を正当化できなければならないと認識されている (この問題が大がかりな GAAP 基準でカバーされている場合には、その基準が既存の実務を決定する上での明白な根拠となる) のであれば、基準を支持することに関して、いかなる法に抵触するものではなく、また、会計基準審議会や財務報告審査会 (FRRP) の権限が弱まる可能性はないと考える。

異なる取り扱いを正当化するための合理的な根拠には、(i) 事業体の性質の違い、(ii) とりわけ、異なる処理方法が開示の分野にある場合、財務諸表の異なる利用者、および、(iii) 基準または FRSSE の改訂版の発行時に存在する確立された慣行が含まれる。

35) Accounting Standards Board [1996] Preface.

- (g) 基準または要求事項は、複雑でない企業のために、望ましい会計処理および／または開示を達成するための最も煩瑣ではない方法を規定しているか；
- (h) 基準は、小規模企業の取引に広く関連すると予想されるガイダンスを提供しているか、また、そのような企業が理解できる用語で書かれているか；
- (i) 基準に規定されている測定方法は、小規模事業者にとって合理的に実用的である可能性が高いか。

このような思考過程を経て策定された FRSSSE の実際の効果は、FRSSSE がなければ、中小企業にも適用されていたであろう多くの開示要求事項の遵守を免除するというものにとどまった。他の基準に含まれる測定のルールについては、その説明がある程度簡素化されたものの、実質的な修正は加えられなかった。したがって、FRSSSE は、本質的には、中小企業のニーズに合わせた新しい財務報告の形というよりは、開示規則の実利的な緩和であると評されていた (Davies/Paterson/Wilson [1997] p.28)。

FRSSSE は、1998年（1999年3月から適用）および1999年（2000年3月から適用）に改訂されたが、会社法再検討起草グループによる意見募集などと並行して、会計基準審議会は、2001年2月に、FRSSSE の実効性を検討し、その利用を促進するという目的で、討議資料「FRSSSE の見直し (Review of the Financial Reporting Standard for Smaller Entities (FRSSSE))」を公表した。この討議資料に対する意見ならびに会社法再検討起草グループの最終報告書および白書をふまえて、会計基準審議会は、2003年1月に、意見募集文書（案）「『ワン・ストップ・ショップ』小規模事業者のための財務報告基準 (A 'one-stop shop' Financial Reporting Standard for Smaller Entities (FRSSSE))」(ASB [2003]) を公表した。この文書では、会社法中の小会社の計算書類の形式と内容に関する規定³⁶⁾をFRSSSE に組み込むことにより、会社法の要請と会計基準の要請とを同時にみとす「ワン・ストップ・ショップ」という考え方が提示された。なお、このFRSSSE 改革については、EU加盟国に対するIASの国内法化問題、

36) 主に、1985年会社法第8附則の規定。

国際会計基準審議会における中小企業向け IFRS の議論および会社法改正の動向が影響を与えるものと認識されていた (ASB [2003] p.4-5)。

そして、FRSSE の 2004 年改訂 (2005 年 1 月から適用) により、FRSSE を適用する会社の便宜のために (para.3)、会社法上の要求事項が FRSSE に反映されたが、FRSSE の要求事項と区別するためにスモールキャピタルで表示されることになった³⁷⁾。

5 IFRS の導入と中小企業向け IFRS

連合王国では、計算書類の作成にあたって、「国務大臣によって作成される規定」(2006 年会社法 396 条) と国際財務報告基準 (IFRS) の選択適用 (2006 年会社法 395 条 1 項) が認められている。ここで、「国務大臣によって作成される規定」とは財務報告評議会 (Financial Reporting Council : FRC) 体制の下で設定・公表される財務報告基準 (FRS) を中心とする会計基準をいう。すなわち、会社法第 15 部にいう「会計基準」とは、規則で定める機関が発行する標準的会計実務 (standard accounting practice) 書 (2006 年会社法 464 条 1 項) であるとされているが、2012 年法定監査人 (2006 年会社法の改正および任務の委託等) 命令 (S.I. 2012/1741) が財務報告評議会をその機関と定めている (23 条および 2 条)³⁸⁾。

会計基準審議会は、2009 年 8 月に、意見募集文書「方針の提案：連合王国の GAAP の将来 (Policy Proposal : the Future of UK GAAP)」を公表した。そこでは、3 つの層に分ける会計制度が提案されていた。すなわち、第 1 層に属する企業 (EU 域内での上場企業、AIM (新興市場) 上場企業、公的説明責任の

37) その後、FRSSE については、2006 年会社法の改正および財務報告基準および UITF 要約の改訂などに対応するために、2007 年 (2007 年 1 月から適用) および 2008 年 (2008 年 4 月から適用) に改訂がなされた。

38) 財務報告評議会の 2012 年の改組により、会計基準審議会は廃止され、財務報告評議会が会計基準を公表するようになったため (FRC [2012a] 参照)、会計基準審議会ではなく、財務報告評議会が指定された。

ある企業〔小規模企業を除く〕にはEUがエンドースしたIFRSを、第3層に属する企業（公的説明責任のない小規模企業）にはFRSSEを、第2層に属する企業（EUがエンドースしたIFRSもFRSSEも適用しない企業）には中小企業向けIFRSを、それぞれ、適用することを原則とするものであった（para.1.2）³⁹⁾。

この意見募集に寄せられたコメントを分析した上で、2010年10月に、「連合王国およびアイルランド共和国における財務報告の将来（The Future of Financial Reporting in the UK and Republic of Ireland）」を公表した。これは、公開草案第43号「財務報告基準の適用」（Application of Financial Reporting Standards）と公開草案第44号「中規模企業に対する財務報告基準」（Financial Reporting Standards for Medium-sized Entities：FRSME）とから成っていた。公開草案第43号では、意見募集文書と同様、公的説明責任⁴⁰⁾を負っているかどうかおよび小規模会社⁴¹⁾であるかどうかに着目した3層の会計制度が提示されたが、第2層に属する企業については中小企業向けIFRSの適用ではなく⁴²⁾、FRSMEの適用を原則とするものとし（paras. 1.5 and 1.6）⁴³⁾、また、第1層および第2層に属する会社の適格子企業⁴⁴⁾については開示の軽減を認めることと

39) なお、連合王国およびアイルランドが中小企業向けIFRSの採用に積極的な姿勢を示していたことにつき、たとえば、Beiersdorf *et al.* [2009] p. 1549およびMcQuaid [2009] p. 25参照。

40) 2006年会社法384条1項では、公開会社および認可された保険企業、銀行、電子マネー発行者、ISD投資会社（欧州経済領域内に登録事務所を有している投資会社）、譲渡可能証券集団投資事業管理会社、保険市場活動を行う会社などは小会社にあたらないとしているのにとどまっているのに対して、中小企業向けIFRSにいう公的説明責任（para.1.3）と同様の概念によろうとした。すなわち、企業は、公開市場において金融商品を発行するため、報告日時点で証券委員会もしくは他の規制機関に財務諸表を提出しているか、もしくは準備中である場合、または、広範囲に及ぶ外部関係者グループに代わって、その受託者としての資格に基づいて資産を保有している場合（たとえば、銀行、保険会社、証券会社、年金基金、投資信託または投資銀行など）に公的説明責任を負うとされていた（Section I, para. 3）。

41) 小規模企業とは、売上高650万ポンド、総資産326万ポンド、平均被用者数50人という3つの閾値の2つ以上を超えない企業をいうものとされていた（p.8）。

され (para.9)、第44号では FRSME の草案が示された。

FRSME は中小企業向け IFRS をベースにしていたが、2006年会社法の会計規定や EU の指令との整合性を図るための調整が加えられていた。たとえば、EU 株主権指令 (Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, OJ L 184, 14.7.2007, p. 17) との整合性を図って関連当事者を定義、会社法および財務報告基準第2号で認められている連結財務諸表作成免除の許容のほか、EU 会計指令と整合させるために、金融負債の公正価値測定は要求しないこととする (追加的開示を求める)、のれんの見積り耐用年数を5年とする、負ののれんの即時収益認識には実現利益の定義をみたすことを要求する、のれんの減損損失の戻入れを許容する、未払込資本金と持分との相殺は要求し

42) たとえば、会計基準審議会の緊急問題タスクフォースのメンバーであったことがある *Bush* は、会計基準審議会およびビジネス・イノベーション・技能省に対する書簡で、中小企業向け IFRS に基づく会計基準審議会の変更提案には法的かつ致命的に欠陥があると主張した。すなわち、国際会計基準審議会は「利用者にとって有用である」高品質な情報を提供することが目的であるという前提で中小企業向け IFRS を設定したが、「利用者にとって有用である」というのは、かりにあいまいでなくとも、きわめて主観的な目的であるため (*Bush* [2010] p.15)、スチュワードシップと結びついた資本維持および債権者保護という目的に照らし、変更提案は連合王国の会社法に抵触するとした。言い換えるならば、中小企業向け IFRS はスチュワードシップよりも投資家に力点を置いており、「中小企業向け IFRS プロジェクトの歴史は、国際会計基準審議会が中小企業向け IFRS の目的は課税所得計算 (税引き前の段階での利益配当の実施) や配当 (税引き後の段階での利益配当の実施) のために用いられることにあるのではないと決定したことを示している。これは、議会在新会社法の導入とともに、2006年に計算書類が何に用いられるかを定め、再度決定したことに反する」と指摘した (*Bush* [2010] p.15)。

43) 第2層に属する企業が EU がエンドースした IFRS を用いることや、第3層に属する企業が EU がエンドースした IFRS または FRSME を用いることは認められるとされていた。これは、その企業が IFRS を適用する企業集団に属している場合があり、また、IFRS を適用することにより、より有用な情報提供が可能となることがあることによる。

44) 適格子企業とは、公的説明責任を負わず、その親企業が公的に入手可能な財務諸表 (当該子企業が連結されている) を作成しており、かつ、開示の免除についてその株主による反対がない子企業をいう (paras.4 and 9)。

ない、EU 会計指令で認められていない選択権は認めないなどの相違点があった。

その後、2012年1月に、公開草案第46号「財務報告上の要求事項の適用 (Application of Financial Reporting Requirement)」および公開草案第48号「連合王国およびアイルランド共和国において適用される財務報告基準 (The Financial Reporting Standard applicable in the UK and Republic of Ireland)」が公表されたが、公開草案第46号では公的説明責任概念の撤回が提案され、この提案は、寄せられたコメントでも支持された (FRC [2012b] p.22 [The Accounting Council's Advice to the FRC to issue FRS 100, para.12])。すなわち、EU がエンドースした IFRS の適用範囲を会社法その他の法令ですでに定められているより拡大することは断念された。

そこで、公開草案第48号では、公開草案44号などの提案によれば公的説明責任を有するとされた企業のみならず、規制市場に上場している単一企業、非規制市場に上場している企業を含むより広いグループの企業および金融機関が保有する金融商品についての追加的開示に対応して (FRC [2012b] p.22 [The Accounting Council's Advice to the FRC to issue FRS 100, para.11])、公開草案第44号で提案した内容を改訂した。また、公開草案第47号「軽減された開示の枠組み (Reduced Disclosure Framework)」も公表された。

そして、2012年11月に、公開草案第46号が FRS 第100号「財務報告上の要求事項の適用」として、公開草案第47号が FRS 第101号「軽減された開示の枠組み」として、それぞれ、公表された。公開草案第48号については、その改訂案が2012年に公開草案として公表され、2013年3月に FRS 第102号「連合王国およびアイルランド共和国において適用される財務報告基準」が公表された。そこで、従来適用されていた標準会計実務基準書、財務報告基準および IUTF 要約が、すべて撤廃されることとなった (FRC [2012b] para.14)。

これをうけて、2012年 (2015年1月より適用) に (FRC [2012b] para.16)、また、存続期間を合理的に見積もることができないのれんおよび無形資産についての規定および資産の減損についての規定の明確化を図るために2013年

(2015年1月より適用)に、それぞれ、FRSSEは改訂されたが、EU会計指令において零細事業体というカテゴリーが設けられたことに対応して、2013年11月に2013年小会社(零細事業体の計算書類)規則(The Small Companies (Micro-Entities' Accounts) Regulations 2013) (SI 2013/3008)が制定されたことをうけて、2014年(2015年1月より適用)に、FRSSEの改訂が行われた。

上述した経緯から、FRS第102号を開発するにあたって、FRCは中小企業向けIFRSを出発点として使用したが、連合王国およびアイルランド共和国のビジネス実務や情報ニーズに適合した基準を作成するために修正を加えた。もっとも、修正を行う際に、FRCは、FRS 102全体がIFRSベースの基準となるように、可能な限り、EUがエンドースしたIFRSの特徴を取り入れたとされている(FRC [2013b] para.5.5)。そして、FRCは、意見募集手続きを通じて、IFRSとの整合性を図ることが適切でない、または達成できない状況を特定した。これらの状況には、法律を遵守するために必要な修正や、企業の規模や複雑性、利用者の情報ニーズに応じた質の高い理解可能な財務報告というFRCの基本的な目的を明確に満たす分野が含まれている(FRC [2013b] para.5.6)。とりわけ、中小企業向けIFRSに修正を加える必要があったのは、FRS第102号が(EU会計指令を国内法化した)2006年会社法に準拠することを確保するためであり、また、報告企業が会社法と相容れない選択権を行使することを制限するためであった(FRC [2013b] para.5.7)。

また、IASBは、中小企業向けIFRSを開発するにあたり、すべての報告企業が、通常、「税務上の貸借対照表」を作成しているわけではないことを認識した上で、IAS第12号「所得税」と比べて繰延税金についての要求事項を簡素化することを目指した。その際、IASBは、IAS第12号改正公開草案における提案を中小企業向けIFRSに取り入れたが、結局、IASBは公開草案における考え方を追求しないことを決定し、その結果、中小企業向けIFRSはIAS第12号に基づいていないことになった。そこで、IASBは当初、中小企業向けIFRSの法人税の部分をIAS第12号に置き換えることを提案していたが、FRS第102号の適用を受ける企業にとっては複雑になりすぎているとの意見が寄せ

られ、FRC は独自の「期間差異プラス」アプローチを開発した（FRC [2013b] para.5.8）。

さらに、中小企業向け国際財務報告基準は公益事業体（public benefit entities）に特有の財務報告の要求事項を扱っていないが、FRS 第102号には公益事業体に特有の取引に関する要求事項を含めた（FRC [2013b] para.5.9）。

6 小規模事業体制度と零細事業体制度

(1) 5つの制度

2015年7月に、財務報告評議会は、「財務報告基準第105号 零細事業体制度に適用される財務報告基準」⁴⁵⁾を公表し、FRSSEを廃止した。同時に、「財務報告基準第100号 財務報告要求事項の適用」、「財務報告基準第101号 軽減された開示枠組み」および「財務報告基準第102号 連合王国およびアイルランド共和国において適用される財務報告基準」⁴⁶⁾（セクション1A 小規模事業体を新設）を改訂した。これらは、2016年1月1日以降開始される会計期間から適用されている。

そして、改訂後財務報告基準第100号の下では、UK GAAP 制度に対応するものとして、財務報告基準第101号、財務報告基準第102号および財務報告基準105号が示されている。これらの3つの財務報告基準の下で、UK GAAP には5つの制度が含まれることになる。すなわち、①零細事業体制度（財務報告基準第105号）、②小規模事業体制度（財務報告基準第102号のセクション1A）、③小規模事業体制度以外の財務報告基準第102号によるもの、④軽減された開示枠組み（財務報告基準第101号）⁴⁷⁾および⑤子会社と最終親会社に適

45) FRS 105 : The Financial Reporting Standard applicable to the Micro-entities Regime.

IFRS に比べ簡略化されているものの、本文だけでも92頁におよび、収益認識については25の例が示されている。

46) 財務報告基準101および財務報告基準102については、たとえば、沖野 [2011]、齊野 [2014] 参照。

47) 国際財務報告基準によるが、キャッシュフロー計算書、金融商品、関連当事者との取引、株式報酬、企業結合、減損および廃止事業などの一定の開示の簡素化。

用される軽減された開示枠組み（財務報告基準第102号のパラグラフ1.8から1.13）である。

① 零細事業体制度を適用できる事業体

零細事業体制度を適用できるのは、現時点では、会社に限られており、①その売上が632,000ポンド以下、②総資産額が312,000ポンド以下、③従業員数が10人以下という3つの規準の2つ以上をみたすものである（2006年会社法384A条から384B条）。保険会社や金融機関、連結計算書類を作成することを選択したものおよび連結子会社はこの制度を適用できないものとされている。

② 小規模事業体制度を適用できる会社

小規模事業体制度を適用できるのは、会社、有限責任パートナーシップその他の事業体（チャリティなど）のうち、①その売上が10,200,000ポンド以下、②総資産額が5,100,000ポンド以下、③従業員数が50人以下という3つの規準の2つ以上をみたすものである（2006年会社法382条から384条）。公開会社（public company）および保険会社や金融機関はこの制度を適用できない。

(2) 零細事業体制度

財務会計基準第105号は、以下の26のセクションから成っている。

- | |
|---|
| 1 範囲 |
| 2 概念と一般的（pervasive）原則 |
| 3 財務諸表の表示 |
| 4 財政状態計算書（Statement of Financial Position） |
| 5 損益計算書（Income Statement） |
| 6 計算書類の注記 |
| 7 子会社、関係会社、協働支配企業体および仲介者支払アレンジメント（Intermediate Payment Arrangements） ⁴⁸⁾ |
| 8 会計方針、見積もりおよび誤謬 |

- 9 金融商品
- 10 棚卸資産
- 11 ジョイントベンチャーに対する持分
- 12 不動産、プラント、設備および投資不動産
- 13 のれん以外の無形資産
- 14 企業結合とのれん
- 15 リース
- 16 引当金 (Provisions) と偶発債務
- 17 負債と持分
- 18 収益
- 19 政府補助金
- 20 借入費用
- 21 株式報酬 (Share-based Payment)
- 22 資産の減損
- 23 従業員給付
- 24 所得税
- 25 外国為替換算
- 26 後発事象
- 27 特別な活動
- 28 本財務報告基準への移行

財務報告基準第105号の下では、第1に、財政状態計算書および損益計算書の作成のみが要求され、キャッシュフロー計算書、持分変動計算書または包括利益計算書の作成は要求されない。しかも、財政状態計算書および損益計算書における区分表示も簡素化されている（パラグラフ4.3）。財政状態計算書について例示されている様式では、催告済未払込株式資本、固定資産、流動資産、前払費用および未収収益、債務（1年以内に弁済期到来）、債務（1年超後弁済期到来）、負債性引当金、未払費用および前受収益、資本および準備金とのみ区分している。損益計算書について例示されている様式では、売上高、その他の収益、原材料および消耗品費、給料等、減価償却その他の償却額、その他の費用、税、利益または損失とのみ区分されている（パラグラフ5.3）。

第2に、資産の評価は取得原価基準によるものとされており（パラグラフ12.4. 棚卸資産は低価法 [パラグラフ10.3]）、公正価値で測定したり、再評価

48) 典型例は信託型従業員持株制度（ESOP）である。

することは許されない。デリバティブについても公正価値による測定は認められていない（パラグラフ 9.10）。ただし、資産の減損についてセクション 22 が定めている（金融資産についてはパラグラフ 9.16）。また、オペレーティング・リースはレシーにおいてはオフバランスとされている（パラグラフ 15.14）。

第 3 に、開示事項も、2006 年会社法 472 条（1A）が要求する、財務上のコミットメント、保証および偶発債務の総額、提供している物上保証の性質および形態、取締役に対する前払いおよび与信の額（利率、重要な条件および支払われ、または貸倒償却されもしくは免除された額を含む）、取締役のために保証したコミットメントに絞り込まれている。（パラグラフ 6.2）

第 4 に、繰延税金および株式決済型の株式報酬は認識せず（パラグラフ 24.7、21.2）、開発費の資産計上や借入費用の資産化は認められていない（パラグラフ 13.5、20.2）。

しかし、何よりも大きな特徴は、この財務報告基準に従った零細事業体の計算書類は真実かつ公正な概観を示すものと推定され（パラグラフ 3.2）、取締役は、当該計算書類が真実かつ公正な概観を示すためにどのような追加的開示をしなければならないことがありうるかを検討する必要がないとされている点である（これは、FRSSE との最大の差異といってよい）。

(3) 小規模事業体制度

財務報告基準第 102 号のセクション 1A が定める小規模事業体制度の下でも、認識および測定についての規律は、財務報告基準第 102 号の他のセクションが定める規律と同じであり（たとえば、デリバティブを公正価値で認識しなければならない）、開示が軽減されるにとどまる⁴⁹⁾。しかも、零細事業体制度と異なり、取締役は、当該計算書類が真実かつ公正な概観を示すためにどのような追加的開示をしなければならないことがありうるかを検討する必要がある。

49) なお、2006 年会社法が要求している最低限度どおり、小規模事業体には、財政状態計算書および損益計算書の作成のみが要求され（セクション 1A.8）、FRSSE と異なり、キャッシュフロー計算書や総認識利得損失計算書などの作成は要求されない。

7 小規模上場企業の財務報告

2015年6月に、財務報告評議会は、「小規模上場会社および AIM 上場会社による報告の質の改善」⁵⁰⁾というディスカッション・ペーパーを公表した⁵¹⁾。

財務報告評議会は、国際財務報告基準が AIM 上場会社を含むすべての上場会社にとっての財務報告の枠組みであるべきであるという強いコンセンサスが存在するとしつつも、基準の改正の頻度を減少させるという意味で国際財務報告基準がより安定すること、および、小規模な上場会社については開示を減少させることが望まれていると指摘する。そして、財務報告評議会は、国際会計基準審議会その他の基準設定主体に、基準の改正の頻度が見合った

50) Improving the Quality of Reporting by Smaller Listed and AIM Quoted Companies.

51) European Commission [2015] でも、中小会社、とりわけ、証券取引の場にアクセスしようとするものに完全版 IFRS によることを要求することは追加的な費用発生の原因となることから、多角的取引システム (MTF) に上場している会社に合わせた簡素化された、共通の、そして高品質の会計基準の開発が、透明性と比較可能性の面での前進となりうると指摘され、その基準が折り合いがとれた形で適用されれば、クロスボーダーでの投資を求める会社にとってより魅力的になると指摘されていた。そして、その基準は中小企業の成長市場の特質の1つとなりえ、かつ、広く用いられうるとされていた (p.14)。これに対して、IFRS 財団はコメント (IFRS Foundation [2015]) を提出し、「MTF に上場している中小企業のための EU 共通の会計基準を開発する価値はあるか」、「この基準は中小企業成長市場の特質となるか。なるとすれば、どのような条件によるか」という質問に対し、資本市場同盟の成功には、企業の規模にかかわらず、単一の財務報告基準が重要であるとし、クロスボーダーの投資を惹きつける能力も重要であるから、財務報告基準は国際的に比較可能であることが重要であると指摘したうえで、中小企業を含むすべての企業は、その発行証券が取引の対象となっている限り公的説明責任を有しており非規制市場で取引されている場合であっても一、IFRS の適用がそのニーズを満たすとし、また、公的説明責任に基づき SME には異なる報告が求められると考えられ、財団は、公的説明責任を有さない SME およびその利用者のために中小企業向け IFRS を開発してとした。そして、非規制市場に証券を上場している企業の多くは、いずれは規制市場に上場することを考えているであろうし、投資家は規制市場における投資パフォーマンスと非規制市場における投資パフォーマンスを比較しようとしているから、規制市場と非規制市場に同じ財務会計フレームワークを適用すること、また規制市場と非規制市場との差異を最小限にする類似のフレームワークを有することにベネフィットが認められると財団は考えるとした。また、Walton [2015] p.147 も参照。

(proportionate) もものとなることを確保するために影響を与え続けるつもりであるとし、小規模な上場会社を含むすべての会社にとっての開示の削減の意義を検討するとしている (p.22-23)。

なお、財務報告評議会は、多くの作成者と投資家は、年度報告書はあまりにも長く、不必要に複雑になっていると考えていると指摘している。国際財務報告基準の目的は投資家に有用な情報を提供することであるが、詳細な要求事項を適用することは有用性がより低い情報を作成することにつながるとする。たとえば、規制当局によって問題とされることを恐れて重要でない開示を省くことをちゅうちょすることがあるし、重要性についての判断を行うためにはかなりの努力と時間を費やすことになるので、いったん、開示されると、単に「そのままにしておく」ことがより簡単だということになりうると述べている。そして、財務担当取締役に対する調査結果によれば、彼ら／彼女らは、金融商品、株式報酬および取締役の報酬開示についての要求事項をみたすことに最も困難を覚え、多くの時間を費やすが、それらは特に有用な (relevant or useful) わけではないと考えている。監査人の意見によれば、会社は、会計処理を考えることが求められるまでは、契約を締結しようとする金融商品の複雑性を検討しないことがある。そして、これらの会社において財務報告につき責任を負っている者たちは、会計基準や報告要求事項の変更についていくことは困難な課題であり、しばしば、監査人に助言を求めているとする。勅許会計士は、継続的専門研修を通じて技能のレベルを維持することが求められているが、財務報告評議会としては、継続的専門研修制度の実効性にいくばくかの懐疑を抱いており、また、倫理規程上、自己監査のリスクに対する実効的な安全策を講じるという観点から、被監査会社に助言を与えることができる範囲も問題となるとする。

そして、AIM 上場会社に国際財務報告基準に代えて UK GAPP による報告を認めるという要望が存在するかどうかについては、投資家、監査人および作成者の圧倒的多数から、それは比較可能性を低下させ、潜在的な投資を減少させかねないとして、適切ではないという回答を得たとしている。作成者および監

査人は、今や国際財務報告基準はなじみがあると指摘しており、国際財務報告基準を適用することが上場しようとする場合の会社にとっての適切なハードルであることは受け容れられていると財務報告評議会は指摘する。

他方、すべてのステークホルダーの一般的なコンセンサスとして、基礎にある会計の枠組みが首尾一貫している限り、その事業にとって関連性が乏しい領域については開示要求を削減することが歓迎されているという見方を財務報告評議会は示している⁵²⁾。

4 まとめ

連合王国は、IFRS と類似した会計処理方法を多く定める連合王国独自の確立した会計基準をすでに有しており、連合王国のような先進国には向かない、会計処理方法を定めている中小企業向け IFRS を採用することは後退と受け取られる可能性があった（ASB [2012a [; ASB [2012b]）。そして、*Saucke* は、もし、中小企業向け IFRS を採用すると、「連合王国の会計基準審議会の役割は連合王国における GAAP を開発し、改善するものから、IFRS を連合王国における GAAP に反映させるというものへと根本的に変わってしまう」と指摘していた（*Saucke* [2015] p.280-281）。したがって、中小企業向け IFRS を採用することは選好されなかった。

しかし、連合王国は、上場会社の連結財務諸表は EU がエンドースした IFRS によって作成されることを前提として、原則的な会計基準（財務報告基準第102号）を中小企業向け IFRS をベースとして作成した数少ない欧州の国であると評価できる。その上で、零細事業体についてはより簡略な会計基準を設定し、かつ、真実かつ公正な概観を提供することを建前として要求しつつ、取締役は、当該計算書類が真実かつ公正な概観を示すためにどのような追加的

52) 財務報告評議会は、2012年に、「広い脈絡において開示を考える：開示フレームワークのロードマップ（Thinking about disclosures in a broader context : A road map for a disclosure framework）」を公表した。そこでは、重要性の原則を適用して、重要ではない開示が行われないようにすることが肝要であるとされた。

開示をしなければならないことがありうるかを検討する必要があるとすることによって、零細事業体（の経営者）の負担を大幅に軽減している。また、財務報告基準第102号に基づく認識および測定を前提としつつ、——オーストラリアやニュージーランドと同様——開示を軽減することも、一定の要件の下で認めているという点で、分別化された報告フレームワークをきめ細やかに定めている。

参考文献

- ASB (Accounting Standards Board) [1996] Exposure Draft, *The Financial Reporting Standard for Smaller Entities*, ASB
- ASB [2003] *A 'one-stop shop' Financial Reporting Standard for Smaller Entities (FRSSE)*, ASB
- ASB [2009] *Policy Proposal : the Future of UK GAAP*, FRC
- ASB [2010] *The Future of Financial Reporting in the UK and Republic of Ireland : Exposure Draft*, FRC
- ASB [2012a] *The future of financial reporting in the UK and Republic of Ireland : Revised frequently asked questions*, FRC
- ASB [2012b] *The key facts : FREDs 46, 47 and 48*, FRC
- Beiersdorf, K./Eierle, B./Haller, A. [2009] International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities (IFRS for SMEs) : Überblick über den finale Standard des IASB, *Der Betrieb*, 62.Jg., Heft 30 : 1549-1557
- Bush, T. [2010] *Assessing the impact of the Accounting Standards Board ("ASB") proposals for the future of UK and Irish financial reporting*. Open letter to the Accounting Standards Board <<http://www.taxresearch.org.uk/Documents/ASBUKIrishFinalResponse.pdf>>
- Carsberg, B. V. *et al.* [1985] Small Company Financial Reporting, Prentice-Hall International
- CCAB (Consultative Committee of Accountancy Bodies) [1994] *Consultative Document, Exemptions from Standards on Grounds of Size or Public Interest*, CCAB
- CCAB [1995] *Designed to fit - A Financial Reporting Standard for Smaller Entities*, CCAB
- Collis, J./Dugdale, D./Jarvis, R. [2001] Deregulation of Small Company Financial Reporting in the UK, in : McLeay, S./Riccaboni, A. (eds.), *Contemporary Issues in Accounting Regulation*, Kluwer : 167-185
- Company Law Review Steering Group [1999] *Modern Company Law for a Competitive Economy : the Strategic framework*, Department of Trade and Industry (DTI)
- Company Law Review Steering Group [2000a] *Modern Company Law for a Competitive Economy : Developing the Framework*, DTI

- Company Law Review Steering Group [2000b] *Modern Company Law for a Competitive Economy : Completing the Structure*, DTI
- Company Law Review Steering Group [2001] *Modern Company Law for a Competitive Economy : Final Report*, vol.1, DTI
- Department of Trade and Industry [2002] *White Paper, Modernising company law*, Cm 5553, TSO
- Davies, M./Paterson, R./Wilson, A. [1997] *UK GAAP : Generally Accepted Accounting Practice in the United Kingdom*, 5th ed., Ernst & Young
- European Commission [2015] *Green Paper, Building a Capital Markets Union*, COM (2015) 63 final
- FRC (Financial Reporting Council) [2012a] *Proposals to Reform the Financial Reporting Council : a Joint Government and FRC Response*, FRC
- FRC [2012b] *FRS 100, Application of Financial Reporting Requirement*, FRC
- FRC [2013a] *FRS 102, The Financial Reporting Standard applicable in the UK and Republic of Ireland*, FRC
- FRC [2013b] *Impact Assessment : FRS 100 Application of Financial Reporting Requirements ; FRS 101 Reduced Disclosure Framework ; FRS 102 The Financial Reporting Standard applicable in the UK and Republic of Ireland*, FRC
- FRC [2013c] *Financial Reporting Standard for Smaller Entities* (effective January 2015), FRC
- Freedman, J. [1994] Small Businesses and the Corporate Form : Burden or Privilege?, *Modern Law Review*, vol. 57, no.4 : 555-584
- Freedman, J. [1999] The Quest for an Ideal Form for Small Businesses : A Misconceived Enterprise?, in : Rider, B./Adenas, M. (eds), *Developments in European Company Law : the Quest for the Ideal Form for Small Businesses*, Kluwer Law International : 5-34
- Freedman, J./Godwin, M. [1992] Legal Form, Tax and the Micro Business, in : Caley, K. et al. (eds), *Small Enterprise Development : Policy and Practice in Action*, Paul Chapman Publishing : 106-131
- Hicks, A./Drury, R./Smallcombe, J. [1995] *Alternative Company Structures for the Small Business* (ACCA Research Report 42), ACCA
- IFRS Foundation [2015] European Commission Green Paper on a Capital Markets Union : IFRS Foundation response (12 May 2015) <<http://archive.ifrs.org/Alerts/Governance/Documents/2015/20150512-CMUresponse.pdf>>
- Jarvis, R. [1996] *Users and Uses of Unlisted Companies' Financial Statements - a literature review*, ICAEW
- John, B./Healeas, S. [2000] *Financial Reporting Standard for Smaller Entities : A fundamental or cosmetic change ?* (Occasional Research Paper No.30), ACCA
- McCahey, J.E./Ramsay, A.L. [1989] *Differential Reporting : Nature of the Accounting Standards*

- Overload Problem and a Proposal for its Resolution* (Discussion Paper No.13), AARF.
- McQuaid, L. [2009] IFRS for SMEs. More good news!, *Accountancy Ireland* 2009, no. 4 : 24-25
- Powling, H./Pryde, A./Sharp, I. [2002] *Financial Statements for Smaller Companies : A Guide to Practice and the FRSSE*, 4th ed., Crouner
- Pratten, C. [1998] *The Uses of the Accounts of Small and Medium-sized Companies and the Effects of the Audit Exemption Regime*, ICAEW
- Saucke, M. [2015] *Full IFRS and IFRS for SMEs adoption by private firms : Empirical evidence on country level*, PL Academic Research
- Walton, P. [2015] IFRS in Europe - An Observer's Perspective of the Next 10 Years, *Accounting in Europe*, vol.12, no.2 : 135-151
- 沖野光二 [2011]「英国財務報告制度の将来像の新たな展開—英国 ASB 財務報告公開草案(草案 FRS100,101 and 102) を手掛かりとして—」国際会計研究学会年報2011年度2号 : 75-91
- 河崎照行 [2001a,b,c]「英国における中小会社の会計基準 (FRSSE) : その全体像と簡素化のプロセス(1)~(3)」税経通信 56 巻 8 号 : 34-44 ; 10 号 : 17-30 ; 11 号 : 35-42
- 齊野純子 [2014]「IFRS を基軸とするイギリス会計規制の概観」関西大学商学論集 59 巻 3 号 : 41-55
- 弥永真生 [2013] 会計基準と法 (中央経済社)

IV 欧州連合および EEA 諸国

1 EU

(1) 中小企業向け IFRS 公開草案および中小企業向け IFRS に対する欧州のステークホルダーの反応

ドイツおよびフランスの反応について、2および3で概観するが、欧州会計士連盟 (FEE) は IASB が中小企業向け IFRS を開発するプロジェクトには賛成していたものの、そのプロジェクトが中小企業および公的説明責任を負っていない企業にとってより有用なものとなるためには、公開草案に対しては、とりわけ、その自律性と簡素化の点において、根本的な変更が必要であるとしていた (FEE [2010])。イタリアの公認公共会計士全国評議会も簡素化が不十分であると指摘し (CNDC [2007])、連合王国の勅許公認会計士協会もさらなる簡素化が必要であるとした (ACCA [2007])⁵³⁾。

また、2010年に欧州委員会が行った意見募集の結果 (European Commission

[2010]) では、中小企業向け IFRS の EU 会計制度の組入れの要否に関して、賛成が多数であった構成国は 19 カ国（ブルガリア、キプロス、チェコ、デンマーク、エストニア、ギリシャ、スペイン、ハンガリー、アイルランド、リトアニア、ルクセンブルク、マルタ、オランダ、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア、スウェーデン、スロベニア、連合王国）であり、反対が多数であった構成国は 6 カ国（オーストリア、ベルギー、ドイツ、フランス、イタリア、スロバキア）であった。

(2) 欧州委員会と欧州議会

2006年2月に開催された会計規制委員会において、国際会計基準審議会によって公表された中小企業向け IFRS が IAS 規則 (Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards, OJ L 243, 11.9.2002, p. 1) の下でエンドースされるかどうかという質問に対して、欧州委員会は、EU レベルでの決定には別個の法令 (legal measure) または IAS 規則の改正が必要であると回答した⁵⁴⁾。

また、欧州委員会は、「中小企業のための現在の簡素化計画と時期を同じくして、国際会計基準審議会 (IASB) は中小企業向け国際財務報告基準の草案を公表した。最初の分析の結果、中小企業の会計についての IASB の現在の活動が欧州の中小企業の活動を容易にするために十分な基礎を与えるものであると委員会は考えない。委員会は、その代わりに、中小企業に簡素化をもたらす、多くの他の具体的な方策を突き止めている。」と述べていた (Commission of

53) なお、国際会計士連盟も IASB は中小企業特有のニーズをさらに考慮に入れるべきであるとしていた (IFAC [2007])。

54) Summary Record, Meeting of the Accounting Regulatory Committee and Contact Committee of 17 February 2006, p 10. これを根拠に、たとえば、Beiersdorf/Davis [2006] は、中小企業向け IFRS が IAS 規則の範囲には含まれないという見解を欧州委員会が採っていると解釈している。他方、Haller/Eierle [2004] は、中小企業向け IFRS は IAS 規則の下でエンドースされうると解していたようである。

the European Communities [2007] p.8)。

他方、欧州議会における *Radwan* 報告書⁵⁵⁾は、第1に、IASB が、どの企業が中小企業向け IFRS を利用すべきか、利用すべきでないかを規定することは不適切である、中小企業向け IFRS にヒントを見出すことができるかどうかは、民主的に選出された機関に委ねられるべきであるとした。そして、だれが IASB に中小企業のための IFRS を提案する権限を与えたのかは不明であり、そのような基準の必要性や需要があったのかも疑問であるとし、中小企業向け IFRS の自主的な利用を促進したり、奨励したりすることさえ、民主的プロセスを短絡的にし、立法者との関係を断つことになるという報告者の見解が示された。

第2に、中小企業は一般的に、IASB は、中小企業のニーズに合致した単純な基準を開発し、中小企業に安定したプラットフォームを与えることに専念すべきであると考えているが、中小企業からの最初の反応を考えると、IASB はそれを実現することができなかつたとし、中小企業は、公開草案があまりにも複雑であり、自己資金の定義が中小企業の特定のニーズを満たしていないと考えており、IASB が1年おきに基準を変更するという見通しも、中小企業を心配させているとした。

第3に、IASCF/IASB が、公開されていない中小企業のための単純な基準を開発し、たとえば、中小企業が様々な形態をとる可能性があることを考慮に入れるための専門知識を持っているかどうかは疑問であるとされた。

第4に、少数の構成国が最終的な中小企業向け IFRS の適用を決定した場合、域内市場の分断化につながり、EU 全体でみたときの中小企業のための統一的な会計処理を妨げる可能性さえあるとされた。

そして、「欧州議会は少なくとも当初評価を行うことができ、欧州の中小企業が IASB が作成した中小企業向け IFRS を求め、必要としているとは考えて

55) Report of 5 February 2008 on International Financial Reporting Standards (IFRS) and the Governance of the International Accounting Standards Board (IASB) (2006/2248 (INI)), Explanatory Statement, 4. IFRS for small and medium-sized enterprises (SMEs)

いない。たとえば、中小企業向け IFRS に関する EFRAG（欧州財務報告諮問グループ）の意見などに基づいて、欧州の中小企業基準を提供することが適切であろう。また、欧州の中小企業基準は、特定の地域の特性（たとえば、会社法に関連するもの）を考慮に入れることを可能にするであろう。」と指摘された。

この報告書を踏まえて、欧州議会は、以下のような決議を行った⁵⁶⁾。

第1に、欧州議会は、IASB は、中小企業向け IFRS の公開草案について、広範な協議（consultation）とフィールドテストを行っていることに留意し、今後、中小企業向け IFRS の公開草案の場合よりも、このような意見募集とフィールドテストから得られた結果に真剣に注意を払うことを要請し、欧州連合が中小企業向け IFRS の採用や、中小企業向け IFRS とのコンバージェンスを目的とした EU の中小企業向け基準の採用を検討し始める場合には、これが必要であることを強調する（35項）。

第2に、欧州議会は、IASB が提案した中小企業向け IFRS は、中小企業にとってあまりにも複雑であり、また、多くの箇所で（完全な）IFRS を参照しているというのが中小企業の間で広く共有されている見解であると考え、注記に関する義務はあまりにも包括的であり、情報提供の義務に関する負担は、それから生じる便益とは不釣り合いであるとの見解を持っている、公開草案が比較的大規模（従業員50名以上）の中小企業を念頭に置いて作成されたことを懸念しており、ほとんどの中小企業は小規模であると主張する、中小企業は、IASB が2年ごとに基準を変更しようとしていることを懸念していることにも留意している、より大規模で拡大している中小企業にとっては、有用な任意での移行となり得ることが、これを強制的な調和化への通過点にしてはならないことを強調する（36項）。

第3に、欧州議会は、IFRS の自主的な使用を促進（奨励）することにはリスクがないわけではないとの見解および一部の構成国が IASB が決定した形で

56) European Parliament resolution of 24 April 2008 on International Financial Reporting Standards (IFRS) and the Governance of the International Accounting Standards Board (IASB) (2006/2248 (INI))

最終的な中小企業向け IFRS を適用することを決定した場合、それは域内市場の分断化につながり、欧州連合全体の中小企業の会計を害する可能性さえあるとの見解をとる（37項）。

第4に、欧州議会は、中小企業向け IFRS を開発するための政治的権限が IASB に与えられていないことを強調し、エンドースメント手続は、公開企業のための国際会計基準および解釈にのみ適用されることに留意し、エンドースメント手続は中小企業向け IFRS の承認には用いることができないことにも留意している（38項）。

第5に、欧州議会は、IASB が作成した基準から欧州連合内の中小企業が何らかの利益を得るかどうかをまず評価することを提案する、一般的に、IASB は、自らを資本市場投資家の利益のための基準設定者と考えていることに留意し、IASB は、中小企業が資本市場投資家のためのものとは異なる要求に直面していることを「結論の基礎」で確認していることを認める、中小企業に関するバランスが、現在の IASB の中で十分であるかどうかを疑問視している、世界の他の地域から中小企業のための基準を開発する要請があるかもしれないことを認め、その要請をより正確に評価することを提案するが、これは EU がその後の基準を受け入れることを妨げるものではないことを強調する（39項）。

第6に、第4号会社法指令と第7号会社法指令は、欧州連合における中小企業の年度決算書の法的枠組みを提供しており、IASB が提案している中小企業向け IFRS が第4号会社法指令と第7号会社法指令にどのように関係するかという問題は、まだ明確にされていないと指摘し、第4号会社法指令と第7号会社法指令は、パートナーシップを含む EU の中小企業の会計の要求事項の基礎となりうると欧州議会は考えるとする（40項）。

第7に、欧州連合は、中小企業向け IFRS にコミットすること、または中小企業のための独自の独立した包括的な解決策を開発することのそれぞれの利点を慎重に評価すべきである、さらに、そのような EU の解決策は、中小企業に（完全な）IFRS を使用することを要求することなく、IFRS の概念的枠組みに適合することが可能であるとの見解を欧州議会とる（41項）。

第8に、欧州議会は、欧州連合における中小企業の会計の要求事項は、利用者のニーズに合わせて調整されなければならないとの見解を示し、このような背景から、利用者のニーズを、再度、詳細に分析するよう助言する（42項）。

これらを背景として、欧州議会は、欧州委員会が、関連する立法措置、特に第4号および第7号会社法指令を通じた中小企業のための会社法、会計、監査の簡素化に関する活動を継続することを勧めるとした（43項）。

欧州議会は、また、会計のルールは、商事法の全分野に非常に強い影響力を及ぼし、中小企業のための新しいIFRSは、中小企業に広範な影響を与え、特に、法人税に関する国内法に大きな影響を及ぼすであろうことを指摘し、公正価値原則に基づく中小企業向けIFRSは、他の法域で広く受け入れられている資本維持原則に反し、中小企業の最善の（税務上の）利益とは限らないとした（44項）。また、欧州議会は、中小企業向けIFRSは、EUには異なる形態の事業（パートナーシップや協同組合など）が存在するという事実を考慮に入れなければならないという見解を有しており、したがって、そのようなIFRSには、中小企業の特定のニーズを考慮に入れた「自己資本（own fund）」の明確な定義が含まれていなければならないと考えているとした（45項）。そして、中小企業向けIFRS公開草案が、中小企業の決算書の受取人が、公開会社の場合のように匿名の投資家ではなく、主に個人の株主、債権者、取引先、従業員であり、これらの受取人が短期的な投資ではなく長期的なビジネス関係に関心を持っているという事実を十分に考慮に入れていないことを遺憾に思うとした（46項）。

このような評価に基づいて、欧州議会は、欧州委員会に対し、欧州連合における中小企業のための会計フレームワークに関する徹底的な協議手続きを、通常の立法提案と同様に実施し、EU内部プロセスが終了していない限り、中小企業向けIFRSの実施・採択へのコミットメントを撤回し、EU内で基準が並行的に適用されることを防止することを求める、会計・監査の分野における中小企業のための事務負担軽減の機会を検討することを勧めるとした（47項）。

(3) EC 会社法第4号指令2009年改正案

会社法第4号指令および会社法第7号指令においても、会社の規模（小会社、中会社および大会社に区分）に応じて、貸借対照表や損益計算書の簡略化を認めたり、登記所における開示の軽減を図ってきたが、2009年2月、欧州委員会が、会社法第4号指令に新たに「零細事業体」(micro entity: 総資産額50万ユーロ以下、純売上高100万ユーロ以下、平均従業員数10人以下のうち、2つ以上の規準に合致するもの)の概念を導入し、零細事業体に計算書類の作成義務を免除することを構成国に認めること（EC 会社法第4号指令に1a条を追加）を内容とする同指令の改正案（Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies as regards micro-entities, COM (2009) 83 final）(2009年改正案)を公表した。この対象になる会社は、EU域内企業約700万社のうち、500万社程度と推定されていた。また、この改正案と同時に公表された照会文書（Consultation on the Review of the Fourth and Seventh Company Law Directives<http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/accounting/20090226_consultation_en.doc>）では、小会社についてのルールを定め、大会社および中会社について、要件を加重していくという「ボトム・アップ・アプローチ」の是非についても意見の照会がなされた。この提案に対しては、賛否を表明した回答者のうち75%が賛成し、とりわけ、作成者、会計士および監査人は85%が賛成した。

結局、零細事業体に計算書類の作成義務を免除するというアプローチは採用されず、会社法第4号指令を改正する指令2012/6/EU（Directive 2012/6/EU of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 amending Council Directive 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies as regards micro-entities, OJ L 81, 21.3.2012, p. 3）は零細事業体に要求される計算書類の簡素化等を構成国に認めるものとなった。この指令では、零細事業体⁵⁷⁾とは、総資産額35万ユーロ以下、純売上高70万ユーロ以下、平均従業員数10人以下のうち、2つ以上の規準に合致するものをいうものとされ、

EUの会社のうち、約75%がこれに該当するものと考えられていた。

このような改正は、会社の計算に関し、従前の指令が定める要求事項の複雑さと広範囲さは零細事業体に不必要なコストを生じさせ、そのコア・ビジネス活動から資源を割く結果となっており、より大規模な企業と比較すると、不釣り合いに大きな負担を零細事業体に課しているという認識に基づき、零細事業体の負担を軽減するものであった。また、零細事業体による財務報告に対するニーズは、より大きな会社による財務報告に対するニーズと根本的に異なり、零細事業体の財務報告の典型的利用者は洗練された会計や広範な開示を必要としていないとの認識も前提とされていた。

もっとも、この改正は、零細事業体（上場会社を除く）には会社の計算に関する要求事項のうちの相当部分を求めないとするを構成国に認めるもの（構成国は認めないこともできる）であった。すなわち、構成国は、零細事業体にはきわめて単純化された貸借対照表（未払込済引受済資本、創立費、固定資産、流動資産、資本金および準備金、当期純損益、引当金および負債が記載事項とされている）と損益計算書（純売上高、他の収益、原材料、貯蔵品、人件費、価値修正額、他の費用、税、利益または損失が記載事項とされている）の作成のみを要求することができる。また、注記についても、自己株式および取締役に対する金融保証および前渡金がある場合に、それらを注記することのみを要求することができる。さらに、構成国は、一定の費用について、年度ご

57) 零細、小規模および中規模企業の定義に関する欧州委員会勧告2003/361/EC(Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (C (2003) 1422), OJ L 124, 20.5.2003, p. 36) では、欧州共同体および欧州経済領域における欧州共同体の政策との関係で、たとえば、零細企業（micro-enterprises）は10人未満を雇用し、かつ、年度売上高および／または総資産額が200万ユーロを超えない企業とすることが提案されていた（付属書2条。ただし、構成国、欧州投資資金または欧州投資銀行はより低い閾値を定めることができるという前提であった（2条））。しかし、構成国からは、勧告2003/361/ECが定める閾値は会計目的からは高すぎるという意見が寄せられ、指令2012/6/EUでは零細企業の部分集合として零細事業体（micro-entities）を定義し、より高い閾値を定めたとされている（指令2012/6/EU 前文(3)）。

とに前払費用と未払費用とを認識しないことを零細事業体には認めることができる。以上に加え、構成国は、計算書類の公開について、1つの管轄当局に提出することで足りるものとするができる。

(4) 会計指令

欧州委員会は、2011年10月25日に、小規模企業の負担を軽減することなどを目的として、2009年改正案とは別に、会社法第4号指令および会社法第7号指令を改正する指令案（Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, COM (2011) 684 final）（2011年改正案）を公表した。そこでは、認識および測定に関するルールについてはほぼEC会社法第4号指令および同第7号指令を踏襲しつつ、たとえば、注記についてはボトムアップ・アプローチを採用し、指令の対象とされるすべての会社に共通して求められる注記事項を示したうえで（17条1項）、小規模企業（総資産額500万ユーロ以下、純売上高1000万ユーロ以下、平均従業員数50人以下の規準のうち2つ以上を満たすもの）について、それを超える注記を構成国が求めることを禁止し（17条2項）、小規模企業には貸借対照表および損益計算書（ならびに注記）以外の作成を構成国が求めることも禁止することが提案された（4条1項後段）。また、指令案は、構成国は、小規模企業については損益計算書および事業報告書の公開を免除する（貸借対照表のみ公開すれば足りるものとする）ことができるものとするものとされた（31条1項）。

なお、(2)でみた欧州議会の決議を背景として、この指令案では、EU域内での使用を義務付けるために中小企業向けIFRSを受け入れることが選択肢の1つとして検討されたが、利害関係者、とりわけ、公的当局間で意見が分かれ、影響度分析においてもこの新しい基準の導入は、簡素化および業務上の負担の削減という目標を実現しないと結論付けられたと述べられた。また、中小企業向けIFRSは比較的新しいものであるため、世界的に見てもその導入の経験が

不十分であるとされ、中小企業向け IFRS の義務付けの導入は本指令案においては方針の1つとされていないとされ、未払込引受済資本金の表示や有用年数を信頼性をもって見積ることができないのれんの償却期間における本指令案と中小企業向け IFRS との相違点（See EFRAG [2010]）は、中小企業向け IFRS の明示的かつ完全な導入が不可能なことを示していると指摘された（Explanatory Memorandum, 3.3.）。

この提案にあたって、影響度分析が行われたが、そこでは、零細企業以外に中小企業向け IFRS を強制適用することは、規模に応じた要求事項および小規模企業に対する簡素化・過剰な要求事項の撤廃の観点からは好ましくないが、大規模・中規模・小規模企業にとっての明瞭性と比較可能性および財務諸表の情報価値の維持（情報の有用性）の観点からは好ましいとされ、企業にとってのコストを、従来の EC 会社法第4号指令および同第7号指令が適用される場合に比べ、1.6億ユーロ増加させるとされ、この選択肢は選好されないと結論付けられていた（European Commission [2011] p.27-30）。

結局、2011年改正案に若干の修正が加えられたうえで、2013年6月に、会計指令（Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC, OJ L 182, 29.6.2013, p. 19）が定められた⁵⁸⁾。

58) もっとも、会計指令では、未払込引受済資本金を除き、EFRAG [2010] で指摘された中小企業向け IFRS と EC 会社法第4号指令および同第7号指令との抵触は解消されたという評価もある（Kaufhold [2015] p.1950）。また、EU 会計指令は、たとえば、ドイツ、イタリアおよびオランダの国内基準と IFRS との間に相違がある原因ではない（Brouwer/Hoogendoorn [2017] ; Di Pietra [2017] ; Fülbier *et al.* [2017]）。

2 ドイツ

欧州連合の IAS 規則を背景として、IFRS がコンツェルン決算書に導入されたときに、ドイツの中小企業に中小企業向け IFRS の適用が求められるのではないかということで議論が巻き起こった (DRSC [2007a] ; Fülbier/Gassen [2010] ; Oehler [2005] ; Schildbach [2009] ; von Keitz/Stibi [2004] ; Winkeljohann/Herzig [2006] など参照)。

(1) 業界団体

中小企業向け IFRS の公開草案に対して、ドイツの団体から提出されたコメントはおおむね否定的なものであった (European Commission [2010] も参照)。

第1に、適用のために要する追加的コストについて、現行のドイツ法の下では正規の簿記の諸原則に従った計算書類は課税所得算定上も受け入れられることから、二重に作成する必要がないのに対し、中小企業向け IFRS に従って計算書類を作成することが求められると、二重の作業が必要となり、これは過度の負担を中小企業に課すことになると指摘された (CL3 : Association of the Bavarian Chambers of Business, Bavarian Chamber of Industry and Commerce, Bavarian Association of Cooperatives, Association of Bavarian Savings Banks)。また、中小企業向け IFRS への移行は、従業員の訓練が相当程度必要となることを含め、さまざまな実務上の問題をもたらすとされるが、中小企業は内部留保のほか、主として銀行からの長期借入れによって資金を調達しているが、そのような銀行は中小企業に対して IFRS に基づいた会計処理を行うことは求めておらず、将来、追加的な報告書を作成することが法律上要求されるまではそのような要求をしないとしていると指摘していた (CL27 : Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH))。

第2に、完全版 IFRS を中小企業に向くようにするための国際会計基準審議会の手法に対して、懸念が表明された。すなわち、中小企業向け IFRS の分量が完全版 IFRS よりも削減されたとしても、それは完全版 IFRS の複雑性を解消するものではないと指摘された。また、注記においてあまりにも多くの詳

細な内容を開示する広範な義務についても懸念が表明された。中小企業向け IFRS 公開草案の要求事項が完全版 IFRS に比べて削減されているとしても、ドイツの正規の簿記の諸原則に基づくルールに比べると多く、中小企業に過重負担を生じさせ、受け入れがたいという意見が表明された (CL3)。また、この公開草案は、本質的には、単なる、完全版 IFRS の規定の編集上の化粧直し (an editorial face-lift) にすぎないと指摘し、新規な、簡略化された中小企業のための会計基準を創る機会を国際会計基準審議会は無駄にしているとコメントした (CL27)。さらに、提案されている中小企業向け IFRS は理解することが難しい複雑な規則の集合であり、国際会計基準審議会は中小企業向け IFRS は独立した基準であるというが、完全版 IFRS をたびたび参照しているため、完全版 IFRS を考慮に入れなければならないと指摘した。そして、利用者は、どちらか適しているかを判断するため、完全版 IFRS と中小企業向け IFRS の両方を知らなければならないことになるという問題があるとした (CL66 : Bundessteuerberaterkammer)。

第3に、中小企業向け IFRS はドイツには全くふさわしくないという意見が寄せられた。

たとえば、中小企業向け IFRS は株主価値を強調し、中小企業のニーズを考慮せず、国際会計基準審議会は中小企業の利用者を考慮に入れていないとコメントされた。たとえば、秘密準備金を伴う保守主義的な会計方針をとる中小企業の長期的戦略が中小企業向け IFRS で考慮に入れられていないと主張された (CL3)。そして、中小企業向け IFRS の強制適用の前に、欧州連合の会計ルールの変更が必要であると指摘した。また、新たな基準が、中小企業にとって適切な方法で利益の分配、課税および支払不能テストの基礎となるとしたら、それは中小企業向け IFRS ではなくドイツの正規の簿記の諸原則の改訂版であると考えた (CL3)。さらに、商法典上の貸借対照表および税務貸借対照表のほかに、中小企業向け IFRS の任意適用が認められる場合であっても、いずれ、強制適用されるという懸念や、中小企業向け IFRS が欧州連合に導入されると、ドイツの銀行はそれに合わせて与信評価を行おうとするという懸念

も表明された。以上に加えて、現在、欧州レベルおよびドイツで行われている既存の会計基準の改革が中小企業向け IFRS の作成やその欧州連合への導入についての見解の相違によって妨げられてはならないと述べられた。また、ドイツの中小企業は世界的な決算書類を必要とせず、中小企業向けの国際的な会計基準の開発に対して批判的な見解が示された (CL27)。

また、連邦税理士会は、ドイツはすでに適切な基準を有しているとした。すなわち、商法典に従った年度決算書は、資本の維持、分配可能額の計算、債権者保護および課税所得の算定基礎を提供しており、意思決定に有用な情報を提供するという以上の機能を果たしているとした。これに対して、IFRS に従って作成される計算書類はそのような多様な機能を有する財務諸表ではなく、商法典に従った年度決算書が有するような機能を果たするための他の財務諸表を作成しなければならないことになり、中小企業にとっての負担は大きく増加すると論じた。また、ドイツの中小企業およびその構成員・株主にとって、年度決算書は、主として銀行および構成員に対して情報を提供するためのものであり、顧客や下請け業者に対する情報の提供は重要性が劣るし、中小企業の資金調達は主として銀行からの与信によるものであり、外部の投資者からではないと指摘した (CL66)。

(2) ドイツ会計基準委員会

ドイツ会計基準委員会 (DRSC/GASC) は、中小企業向け IFRS の設定に対して、積極的に対応し、さまざまなインプットを行った (たとえば、潮崎 [2017] 114 頁の表⁵⁹⁾ 参照)。

2007 年に、国際会計基準審議会は、その中小企業向け IFRS 公開草案について調査とフィールドテストを行うことを依頼したが、ドイツ会計基準委員会は、提案された基準がドイツの中小企業の必要と期待に応えるものであるかどうか

59) ただし、公開草案に対するコメントレターは 2007 年 12 月 14 日付であり、本文で述べるように、2008 年 10 月 7 日にも国際会計基準審議会に対してコメントレターを提出している。

につき、*Haller* と *Eierle* に実証的証拠の収集を目的とする調査を依頼した。当該調査に参加したドイツの中小企業については、たとえば、その計算書類の主要な利用者は経営者、所有者、銀行および課税当局であり、国際会計基準審議会が、外部の利用者を念頭に置いた一般目的財務諸表に重点を置いていることは適当ではないことが明らかになった（DRSC [2007a] p.10）。そして、ドイツ会計基準委員会は、国際会計基準審議会の中小企業向け IFRS 公開草案に対する EFRAG の回答案に対するコメントにおいて、基準は大幅に簡素化し、中小企業とその財務諸表の利用者のニーズをより把握し、より綿密に評価する必要があるとする EFRAG の主張に与した（DRSC [2007b]）。

また、IASB に提出したコメントレターにおいても、この公開草案が正しい方向への重要な一歩であることを認めるが、それがドイツにおいて受け入れられることを妨げるいくつかのきわめて重要な問題を含んでいると指摘した。すなわち、公開草案はあまりに複雑であり、いまだ中小企業およびその財務諸表の利用者のニーズに十分に適応されていないとした。この中小企業向け基準は、完全版 IFRS と関係なく読むと、読みづらく、理解しにくい、そして、中小企業向け IFRS の構造と表現、一部の測定および開示の要求事項を簡略化する余地があるとした。また、中小企業向け IFRS が適用されるためには、会社が一組のルールのみを適用すれば足りることを確保することがきわめて重要であるように思われるとし、独立した文書を開発するという国際会計基準審議会のアプローチを支持するが、このことには完全版 IFRS を参照したり、選択肢を一般的に排除することが含まれるべきであるとした。公開草案は、特定の IFRS や IFRS 中の選択肢を明示的に参照するのみならず、一般論として、まだ、完全版 IFRS と多くの類似点があると指摘し、完全版 IFRS の要求事項を定めるパラグラフを含めるという基本的アプローチを与件とすると、表現を調整したり、基準全体で表現を整える余地がほとんどなく、また、草案において調整を加えた場合には、（たとえば、減損テストの変更について）結論の根拠でより詳細に説明するという結果になっていると指摘した。したがって、完全版 IFRS と中小企業向け IFRS との間で、首尾一貫して結びつきを断つことが必要

であると考えとした。以上に加えて、以前にも指摘したように、ドイツ法の下では、負債と資本の区分が主要な問題点となると述べた (DRSC [2007c])。

この後、ドイツ会計基準委員会は、再び、15社の参加を得て、中小企業向け IFRS 公開草案のフィールドテストを行い、参加企業は8つの貸借対照表、7つの損益計算書、6つのキャッシュフロー計算書および5つの注記表を作成したが、一般に、この基準の適用は負担が重く、外部の監査人の助けなしには適用できず、増加する開示要求と詳細な注記表のため、機微を要する事業上の情報を公表することにつながると評価した (DRSC [2008a])。

ドイツ会計基準委員会は、国際会計審議会における再考後の決定事項に対しても当初の公開草案に含まれていた完全版 IFRS に対する参照を削除し、独立した文書としようとする努力は評価できるが、提案されている形では、いまだ、大部分の中小企業・非公開企業とはいわないにしても多くの中小企業・非公開基準にとっては複雑すぎ、負担が重すぎるとした。複雑さについての懸念は、とりわけ、構造と表現、一部の測定と開示の要求事項ならびにコスト・ベネフィットの側面の考慮にあてはまり、このままでは、ドイツにおいてこの基準が受け入れられないおそれ大きいとした。公開草案に対するコメントレーターおよびワーキンググループの勧告は、公開草案の再考の過程に過程において国際会計基準審議会に示された基準の簡素化についての提案につながったが、そのような提案の大半を国際会計基準審議会が受け入れなかった理由に鑑みると、受け入れられなかった簡素化提案の多さは、結局、この基準が受け入れられないことにつながると確信するとした(例として、のれんの減損のみアプローチはコスト・ベネフィットの点から中小企業には適切ではないという理由に基づいた、のれんの償却を認めるという提案が受け入れられなかったことを挙げた) (DRSC [2008b])。

他方、2010年に、ドイツ会計基準委員会は、ドイツの小規模上場会社にとっての中小企業向け IFRS の有用性の調査を委託し、多くの参加者は、中小企業向け IFRS によれば、完全版 IFRS に比べ開示要求事項が大幅に簡素化され、削減されるため、中小企業向け IFRS の使用を支持するという結果となった

(DRSC [2010c])。もっとも、非公開企業は中小企業向け IFRS を使用することを支持しない可能性が高いであろうし、公開企業に比べ、それについての知識は乏しいであろうことは認識されていた。

そして、この直後に、ドイツ会計基準委員会は欧州委員会の中小企業向け IFRS についての議論に対し、コメントしたが、この時は、国際会計基準審議会は草案に比べ中小企業向け IFRS を簡素化し、国際的に事業活動を行っている会社、国際的な企業集団を構成する会社または上場を予定している会社にとって、中小企業向け IFRS は有用でありうるとした。もっとも、この基準が適用される事業体の範囲は質的特徴によるよりも規模規準に基づくべきであるとした (DRSC [2010a])。その上で、ドイツ会計基準委員会は、国内会計基準に従った追加的計算書類を作成することを要求せずに、IFRS または中小企業向け IFRS を単体の計算書類に適用することを提案した。このようにすることは、ドイツのように国内基準と利益の分配、税および資本維持が結びついており、国際会計基準審議会の基準を単体の計算書類に適用することを認めてこなかった法域においては多くの問題を生じさせるが、KPMG の調査結果 (KPMG [2008]) に言及しつつ、これらの問題や障害は乗り越えられないものではないとした (DRSC [2010a])。

また、ドイツ会計基準委員会は、EFRAG が行った中小企業向け IFRS と EC 指令との比較についてもコメントし、ドイツ会計基準委員会としては、EFRAG の分析で示された問題点は中小企業向け IFRS を EU 域内で採用することを退ける十分な根拠となるとは考えておらず、欧州委員会は、事業体が中小企業向け IFRS を適用できるように必要な手段を講じるべきであるとした (DRSC [2010b] p.2)。すなわち、ドイツ会計基準委員会は、EFRAG が指摘した相違は重大なものではなく、中小企業では、中小企業向け IFRS と EC 指令とが異なるような取引がしばしば生ずる可能性は少ないとした。

(3) 連邦議会と連邦法務省

連邦議会は、2004年に、中小企業向け IFRS について、連邦政府に対して、

他の EU 構成国及び欧州委員会と協力して、国際会計基準審議会において「中小企業向け IFRS」プロジェクトが高い優先順位を与えられ、かつ中規模会社に利益が正しく考慮されて、完了するように適切な方法で作業を進めること、及び、商法典中の既存の規制をさらに発展させることによって、中規模会社にとっての適切な法的基礎の他の選択肢を検討することを求めた⁶⁰⁾。連邦議会は、IFRS は、第一に、資本市場とそこで活動する企業、その出資者、投資家、アナリストその他のステークホルダーのニーズに合わせたものであるとし、とりわけ、中規模企業にとって IAS/IFRS の適用はより困難であるから、「中小企業向け IFRS」を開発しようという IASB の努力には高い優先順位が与えられるとした。そして、「中小企業向け IFRS」プロジェクトが成功裡に完了すれば IAS/IFRS の中規模会社に対する適用についての立法者による将来の決定に重要な影響を及ぼし得ると連邦議会は確信すると述べつつも、このプロジェクトの成果がまだ判明しないため、中小企業のための選択肢を提供し、国内の会計法に適切な解決策を定めることが不可欠となりうるとした⁶¹⁾

結局、会計法現代化法政府法案（2008年7月30日）では、会計法現代化法の目的の1つとして、「信頼できる商法典会計法を堅持し、国際的会計基準との関係において完全に等価で、しかも商法典の下での決算書が依然として配当可能額及び課税所得の算定の基礎であるという商法典会計法の土台と従来の正規の簿記の諸原則の体系とを放棄することなく、効率的で簡素な選択肢を改善すること」が挙げられ、このための解決策として、「商法典会計規定の現代化を通じて、商法上の個別決算書及び連結決算書の情報機能を強化する。会計規定を、ドイツの中小企業によって拒絶された IFRS の完全に等価でしかも簡素な選択肢として改善する」ことが挙げられていた⁶²⁾。

60) Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards in Deutschland sachgerecht und transparent fortentwickeln, BT-Drucksache 15/4036 (27. 10. 2004)

61) BT-Drucksache 15/4036, S.3.

62) Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts. (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), BT-Drucksache 16/10067, S.1

また、法案理由書⁶³⁾においては、「コスト上の理由から、小規模及び中規模企業に対して、確立しており、簡素でコストのかからない商法会計から IFRS への移行を要求することは合理的ではない。ここで重要なのは、商法規定は IFRS とは概念的に異なるという点である。商法の会計規定をはるかに超えて、IFRS は、とりわけ、詳細な注記のような決算書の受け手に対する包括的情報の提供という思考を強調する。他方、商法会計を支配する慎重性の原則は背後に押しやられる。IFRS への移行には、便益をもたらさないのみならず、むしろ要求される開示の詳細さのレベルゆえ、競争上、重要なデータをも開示しなければならなくなるという危険がある。このことは、資本市場指向企業については必要であり、資本市場指向でなくとも多角化し国際的に活動する企業には受け入れられるとしても、小規模及び中規模企業にとっては、その存続が脅かされることになりかねない。このような背景をもって、現在、議論されている「中小企業向け IFRS」公開草案（2007年2月）は、その複雑性と規制の密度に照らし、必要な範囲での情報を与える会計に対する小規模及び中規模企業のニーズに適切に対応するにはふさわしくない」という評価が示された。

3 フランス

全国会計審議会（CNC）は、そのワーキンググループ報告書（CNC [2005]）をふまえて、IASB のプロジェクトは、財務情報にのみ焦点をあてており、利用者のニーズに十分に争点をあてておらず、過度に複雑であると指摘した（CNC[2007]）⁶⁴⁾。CNC が2008年に行った中小企業678社を対象とする、フィールドテストを含む調査（CNC [2008]）によると、単体の決算書は主として租税目的に用いられており、会計と税のルールが分離されると、それによって得られる便益は明らかではないにもかかわらず、コストが増加すると会社は予想していた。もっとも、中小会社向け IFRS を用いることによって、たとえば、リー

63) BT-Drucksache16/10067, S.33

64) たとえば、カナダ公認会計士協会も同様の指摘をした（CGA-Canada [2007]）。

ス、長期性引当金の割引および工事契約について、内部的意思決定および外部へのコミュニケーションのいずれについて情報の有用性は高まる可能性があるという結果も示された。また、*Mazars* が行った調査 (*Mazars [2008]*) によると、フランスの回答会社の76パーセントは、IFRSを解釈することは難しいと指摘していた。

また、会計基準局 (ANC) が行った意見聴取では、大多数の会社は中小企業向け IFRS を決算書作成に用いようとしていないことが明らかになった (ANC [2010a])。この結果もふまえて、会計基準局 (ならびに全国会計監査役協会および専門会計士協会高等評議会) は、会計基準の変更はさまざまなレベルにおける会計慣行に予想しないような変化をもたらす可能性があり、中小企業向け IFRS の一般的な適用やそれを欧州の法的フレームワークに導入することには反対であるとしていた (ANC [2010a]; CNCC et CSOEC [2010])。会計基準局は、個別財務諸表に IFRS を適用するためには、関連するすべての法律 (財政法、商法、会計法、民法等) の改正が必要であり、社会的なコストが高いこと、IFRS を中小企業に完全適用する場合、IT システムだけではなく、人事・経理・販売を含む中小企業の経営の枠組みそのものに影響を与え、中小企業に過度の負担を強いること、IFRS は投資家に対する情報提供を一義的な目的としていることを考慮すれば、資本市場ではなく銀行等から資金調達をしている中小企業にはなじまないことなどを根拠として挙げていた (ANC [2010b] p.15-21)。

4 オランダ

会計基準設定主体である年度報告評議会は、欧州委員会の意見募集文書についてステークホルダーと円卓会議を行ったこと (DASB [2010a]) を除けば、中小企業向け IFRS の採用の要否・可否は政府が判断することであるという観点から、特に詳細な検討を加えなかった。

年度報告評議会は2007年のEFRAGへの書簡において、中小企業向け IFRS 公開草案に関する根本的な懸念を表明した。すなわち、中小企業向け IFRS 公

開草案は複雑すぎ、その範囲は広範すぎ、国際会計基準審議会のトップダウン・アプローチは不適切であるとした。ボトムアップ・アプローチによってさまざまなステークホルダーの必要と選好を反映させることができ、バランスのとれた基準となることから、中小企業向け IFRS の開発にあたってはボトムアップ・アプローチが必要であると論じた（DASB [2007]）。欧州委員会への書簡でも、国際会計基準審議会は基準を簡素化したのが、やはり、複雑すぎ、役に立たず、財務諸表を国際的に調和化するという中小企業のニーズを無視していると評価した。そして、オランダの中小企業はオランダの会計ルールがそのニーズを満たしているため、それを選好しているとした（DASB [2010a]）。さらに、EFRAG が識別した EC 指令と中小企業向け IFRS との不整合以外の不整合を指摘し、かつ、その不整合の程度についても明らかにした（DASB [2010a]；DASB [2010b]）。

また、*Hoogeveen / Jordaan* が行った、大規模非上場会社 400 社を対象とし、72 社が回答した調査によれば、ほとんどは民法典第 2 編第 9 章および年度報告ガイドラインが定める、現行のオランダの会計ルールを選好し、わずかな会社が完全版 IFRS に従って年度決算書を作成していることが明らかになった。その上で、回答企業の約半数が中小企業向け IFRS に切り替えるかどうかは年度報告ガイドラインとの違いの大きさによるとし、違いが大きいかほど切り替えないであろうと回答した。そして、中小企業向け IFRS の利点は情報の国際的比較可能性の向上と外国子会社を容易に連結することができることであり、基準の複雑性、より多くの開示要求、年度決算書作成に要する会計費用および時間の増大が不利な点として挙げられた。そして、大多数の会社は中小企業向け IFRS の導入は任意であるべきであるとし、少数の会社は全く導入すべきではないと回答し、3 社に 1 社は中小企業向け IFRS を任意に導入することを望むとした。

他方、オランダの司法省は、国際会計基準／国際財務報告基準に対して、好意的であり、かつ、中小企業向け IFRS に対しても積極的な評価を与えていた。

すなわち、会計指令の国内法化のための民法典第 2 編の改正案の立法理由書

においては、非上場会社にとっては、会計指令のほかに、中小企業向け IFRS が重要であるとされ、中小企業向け IFRS は上場会社や銀行ではなく、公的説明責任を負わない会社のためのものであり、たとえば、国際的なステークホルダーを有する場合には、これを用いることにベネフィットがあると述べられた。そして、オランダの法人は、その適用が会計指令を反映したオランダ民法典第2編第9章の規定に反しない限り中小企業向け IFRS を用いることができると指摘された。そして、未払込引受済資本金の表示について、会計指令と中小企業向け IFRS とは異なり、会計指令は資産として計上することを要求するのに対し、中小企業向け IFRS は株主持分からの控除項目とされているが、のれんの償却について、会計指令は耐用年数を信頼性をもって見積もることができない例外的な場合には5年以上10年以下の加盟国が定める年数で償却しなければならないことについては、10年と定めれば衝突は生じないと指摘された⁶⁵⁾。

なお、国際的な会計基準への対応を行うための民法典第2編の改正の際にも、その立法理由書では、とりわけ、国際的な資本市場に訴える会社にとっては報告基準の調和化が必要であると、年度報告評議会は1990年代初頭には、国際会計基準をEC会社法第4号指令および同第7号指令ならびにオランダ民法典第2編第9章の枠内でできる限りオランダの実務のためのガイドラインに取り組み始めたと指摘した。この方針に従って、年度報告評議会はオランダでの国際会計基準の受容に影響を与え、オランダ産業・雇用者連合(VNO-NCW)の依頼を受けて、作成し、2000年3月に公表した『国際的な報告ルール(Internationale verslaggevingregels)』という報告書では、ますます多くの会社とその財務報告を国際的な基準に従って行うことを検討していることが明らか

65) Kamerstuk, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2014-2015, 34176 Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) (Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening), Nr. 3 Memorie van toelichting, p.2

になったこと、プライスウォーターハウスクーパースが2000年11月27日に公表した報告書では、欧州の大多数の大規模会社は報告ルールと国際会計基準との調和化に賛成であること、および、欧州会計士連盟（FEE）もこの議論に積極的に参加していることを指摘していた⁶⁶⁾。

5 イタリア

中小企業向け IFRS の内容が EC 会社法第 4 号指令および同第 7 号指令と整合しないこと（Santucci [2008] p.161-162；Mattei [2014] p.104）および利用者のニーズに合致しないことから（Mattei [2014] p.103-104）、中小企業向け IFRS の導入についての議論はほとんどみられず、何らの決定もなされなかった。すなわち、イタリア会計機構は欧州委員会に対する書簡において、中小企業向け IFRS は IFRS の基本的原則を維持し、非公開会社にはふさわしいと思われるが、イタリアの会計ルールは税や資本維持と直接に結びついているため、イタリアでは歓迎されないであろうと述べた。すなわち、中小企業向け IFRS を導入すると、イタリアの中小企業はそれとは別に税務目的でイタリアの会計ルールに従った計算書類を作成しなければならなくなり、中小企業の負担が増加するし、イタリア政府にとっても、中小企業向け IFRS をその規制、税制および会計実務に取り込む必要が生じ負担になると指摘し、国際的な投資家を引き付けることを含む、期待される便益は、予想されるコストを上回らないので、存在する障壁は克服できないとした。さらに、EC 会社法指令と中小企業向け IFRS との間の重要な差異の存在も指摘した（OIC [2010] p.3）。

6 スペイン

原則的な会計原則（Plan General de Contabilidad：PGC）⁶⁷⁾のほか、中小規

66) Kamerstuk, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2001-2002, 28 220 Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gebruik van internationale jaarrekeningstandaarden, Nr. 3 Memorie van toelichting, Memorie van toelichting, p.4

模企業一般会計原則 (Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas)⁶⁸⁾が設定されており、小規模企業⁶⁹⁾はこれを適用することができる」とされている。さらに、一定の要件を満たす零細企業⁷⁰⁾については、中小規模企業一般会計原則が定める会計処理の例外が認められている。

国際会計基準／国際財務報告基準の採用に向けた EU における動きなどを背景として、2001年3月に、経済・財政省は、専門家委員会を立ち上げ、2002年に「スペインにおける会計改革のための白書」(Ministerio de Economía/ICAC [2002]) (白書) が取りまとめられた。白書では、まず、一般的勧告として、EU がエンドースした国際的な会計基準を連結財務諸表で用いることを非上場会社にも認めること、および、IAS/IFRS の要求事項をプラン・ヘネラル・デ・コンタビリダ (PGC) に可能な限り取り込んで改訂することが提案された。また、会計基準の具体的内容についての勧告としては、IAS/IFRS で認められている会計方針のうち、スペインの会計モデルに近いものを選択すること、IASB の概念フレームワークの重要な特色を取り込むこと、キャッシュフロー

67) Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, Publicado en : 《BOE》 núm. 278, de 20 de noviembre de 2007, páginas 47402 a 47407. PGC と IFRS の差異については、たとえば、Garrido Miralles/Vázquez Meira [2011] および Gonzalo Angulo [2014] 参照。

68) Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas, Publicado en : 《BOE》 núm. 279, de 21 de noviembre de 2007, páginas 47560 a 47566.

69) Real Decreto 1515/2007 の2条1項 (総資産:2,850,000ユーロ以下、売上高:5,700,000ユーロ以下、平均従業員:50人以下の3つの要件のうち、少なくとも2つの要件を2年連続で満たす場合に適用できる)。なお、株式が EU 加盟国の規制証券取引所に上場している場合、連結財務諸表を作成または作成しなければならない企業グループに属している場合、適用通貨がユーロでない場合、特別な会計規定が定められている金融機関である場合は、中小企業一般会計原則を適用できない。

70) Real Decreto 1515/2007 の4条1項 (総資産:1,000,000ユーロ以下、売上高:2,000,000ユーロ以下、平均従業員:10人以下の3つの要件のうち、少なくとも2つの要件を2年連続で満たす場合に適用できる)。

計算書および持分変動計算書を主要財務諸表に含めること、公正価値の使用を認めること、包括利益の概念を採用すること、その会社の財務および事業の方針を決定できるものを含むように連結の範囲を拡大することが提案され、制度についての勧告としては、一般的な基準およびルールは法律または王令で定めるが、より詳細な基準はそれより下位の法令で定めること、基準設定主体を一本化すること、会計エンフォースメント・メカニズムを設けること、および、会計と税との分離を維持することなどが提案された。

白書では、個別財務諸表については上場の有無を問わず、スペインの国内規制に服させるべきであるとした。たしかに、上場会社および非上場会社のうちで大規模なものまたはスペインの企業集団に含まれるものについては、個別財務諸表も EU がエンドースした IAS/IFRS を適用して作成することができるが、純粋な会計的観点からは、便宜であるが、中小企業にとっては一部の IAS/IFRS は複雑すぎると指摘した（ICAC [2002] p.90）。同時に、個別財務諸表に IAS/IFRS を直接適用することを認めることには深刻な欠点があるとした。すなわち、資本維持、株主による経営者の評価、配当の決定という観点、課税所得の計算にあたっては年度決算書上の数値が出発点となること（そのため、企業は二重に会計システムを有しなくなること）、法的な観点からは、会計上の数値が権利・義務の決定に用いられること、財務諸表の様式が異なることによって企業間比較可能性が損なわれるおそれがあること、IAS/IFRS が認める複数の評価基準の中から自由に選択できるとすると企業間比較可能性が損なわれるおそれがあること、IAS/IFRS はすべての国で適用できるように策定されているため、スペインの会社が行っている事業に影響を与える特殊性が考慮に入れられていないこと、他の EU 構成国でも個別財務諸表について IAS/IFRS の適用を要求しまたは認めている例は多くないことが指摘された。もっとも、連結財務諸表を作成するために二重の会計システムを有しなければならないということにならないように、個別財務諸表作成についてのスペインの会計規制は IAS/IFRS および概念フレームワークと統合的な評価および表示の基準を含むべきであるとされていた（Ministerio de Economía/

ICAC [2002] pág.91-92 y 351-352)。

そして、中小企業について、会計記録の簡素化や財務諸表の簡略化はともかく、一たとえば、ファイナンスリース、税効果会計など一会計処理方法の簡略化については、真実かつ公正な概観の要求と抵触することがあり得るとして、消極的な立場を採っていた (Ministerio de Economía/ICAC [2002] pág.183, 187-188 y 193)。

白書でなされた提案のうち、緊急性の高いものに対応するため、2003年法律 62号 (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, Publicado en :《BOE》 núm. 313, de 31 de diciembre de 2003, páginas 46874 a 46992) が制定された一方、会計および会計監査協会は、PGCの改訂作業を行ったが (Gonzalo Angulo [2014] pág.135)、このような白書の方向性を背景として、中小企業に着目した会計基準の設定は行わなかった。

しかし、欧州連合の規則に基づく国際的調和化のための会計に関する商事法制の改革と適応のための法案 (Proyecto de Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. (Número de expediente 121/000086)) の下院における審議の過程で、中小企業向け PGC の策定が要求された。すなわち、国民党の *Mantilla Rodríguez* 議員は、社会労働党の発言者は、中小企業向けプランがあるべきであるという利害関係を有する業界の懸念を認識しているにもかかわらず、会計および会計監査協会の約束に反して、一般プランはすでにインターネットに掲載されているのに対し、中小企業向けプランにはまったくふれられていない、われわれは、あるタイプの会社のためだけに作られたプランに従うことを中小企業は要求されるべきではないといったと発言した (Diario de Sesiones [2007a] pág.4)。同様に、集中と統一の *Sánchez i Llibre* 議員は、われわれがきわめて重要であると考えている問題点にわれわれは直面している、われわれは、中小企業のための簡略化された PGC という簡単なシステムを導入しようとしていると述べた (Diario de Sesiones [2007a] pág.3)⁷¹⁾。これをうけて、政府は、中小企業向け PGC および零細企

業についての特則を定めることに同意し、それを承認する王令の起草—会計および会計監査協会が行うものであるが—を議会の会派による特別なモニタリングの対象とすることとし（Diario de Sesiones [2007b] pág.12253 [社会労働党の *Torres Balaguer* 議員] . See Anónimo [2007])⁷²⁾、全会一致で可決され、2007年法律第16号（Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, Publicado en :《BOE》 núm. 160, de 5 de julio de 2007, páginas 29016 a 29047）となった。

(1) 中小規模企業一般会計原則

中小規模企業一般会計原則は、一般会計原則と基礎的な構造は同じであるが、小規模企業の活動に見合うように、一般会計原則の一定の項目を除外し、また、簡略化したものである（Gonzalo Angulo [2014] pág.135）。除外されている項目は、「のれん」、「売却可能非流動資産」、「複合金融商品」、「デリバティブ（原商品が非上場資本性金融商品に該当し、公正価値を信頼性をもって測定することのできないもの）」、「金融デリバティブ契約」、「保証の提供と受保証」、「ヘッジ会計」、「長期従業員給付引当金」、「持分決済型取引」、「企業結合」、「合併、分社化および企業グループ間の事業の非貨幣的抛出」、「株式報酬」、機能通貨での換算、である（Introducción, II, 7）。また、「金融商品」の認識および測定要件の単純化、一定の金融資産区分（売却可能金融商品、公正価値で測定し損益を認識するその他の金融資産および金融負債）は設けないことにより、簡略化されている（Introducción, II, 9）。さらに、ファイナンスリースについては、

71) *Doadrio* らが行ったインタビューによると、議会においては、中小企業向けプランが作られないのであれば、法案を通すことはできないという姿勢をとる会派があった（*Doadrio et al.* [2015] pág.210）。

72) *Doadrio* らが行ったインタビューによると、たとえば、税の規準と会計の規準とを一致させれば十分であるなどの理由に基づいて、中小企業向け PGC 開発の必要はないという意見も見られた（*Doadrio et al.* [2015] pág.210）。

借手は、リース開始時のリース資産の公正価値でリース資産およびリース負債を計上し、公正価値計算にあたって、金融負債の割引現在価値を上限としないこととしている。以上に加えて、財務諸表の様式および開示は一般会計原則が定める省略標準財務諸表と同じであるが、中小規模企業一般会計原則でカバーされていない項目や領域は含まれていないし、キャッシュフロー計算書や総認識利得変動計算書の作成は要求されない。中小規模企業一般会計原則の下では、費用および収益が資本を直接変動させる取引は定められておらず、資本の部には評価差額は含まれない。売却目的の非流動資産や売却目的の処分グループというカテゴリーは存在しない。

(2) 零細企業についての特例

零細企業についての特例 (Real Decreto 1515/2007 の4条3項) は、他の要件が満たされる限り、少なくとも3年間継続して適用しなければならないこととされているが、零細企業には、土地または無限の耐用年数を有する資産を対象としないファイナンスリースまたはそれと類似した契約につき、その会計年度の支払リース料を費用として認識し、購入オプションを行使したときは、当該資産はオプション行使価格で測定すること、および、所得税について、当該期間について確定した税額を税費用として認識することという特例が認められている。

(3) 中小企業向け IFRS

改革の過程で、重要な争点の1つは、中小企業向け会計基準を EU がエンドースした IFRS から示唆を得て策定するか、中小企業向け IFRS の最終化を待つかということであったと指摘する者もある (Ibars [2012] slide 13)⁷³⁾。

しかし、上述したように、早期に中小企業向け PGC の策定を行うことが議

73) 中小企業向け IFRS はスペインでは採用されておらず、現在のところ、採用される予定はないと指摘されている (Anónimo [2019])。

会で求められたことにより、会計および会計監査協会（および政府）としては、一般プランを簡略化するというアプローチをとることになった。

また、白書で個別財務諸表についてはスペインの会計ルールを適用するものとされた理由、および、スペインにおいては、企業会計は主として公的規制（商法典、会社法、税法などと PGC）の対象とされていることから、中小企業向け IFRS に規律を委ねるという選択肢はとりえなかったものと考えられる（Hermosa [2016] pág.150）。

さらに、中小企業向け IFRS の内容に着目してもスペインの中小企業には適当ではないと考えられた可能性が十分にある。たとえば、Lamas は、のれんの非償却は規制市場または公的な監督当局に説明責任を負う会社についてのみ適切であるし、簡素化が十分ではないと指摘し、さらに、連結財務諸表の作成との関係でも、PGC と異なる認識と測定のルールを適用することは現実的ではないと指摘した（Lamas [2009] pág.44）。

7 ポルトガル

(1) 分別化された会計基準

商事会社法が会社の計算を規律しているが、行政令 (Decreto-Lei) 第 98/2015 号により EU 会計指令が国内法化された。他方、行政令第 134/2012 号により、財務省の下に設けられた会計標準化委員会 (Comissão de Normalização Contabilística (CNC)) に会計標準化システム (Sistema de Normalização Contabilística (SNC)) を構成する会計基準の設定権限が付与されている。

会計標準化システムの下では、上場会社等は EU がエンドースした IFRS に基づいて、会計を行うが、CNC は、上場会社、銀行、金融機関、保険会社を除く会社に原則として適用される財務報告会計基準 (Normas Contabilísticas de Relato Financeiro)、小規模事業体のための財務報告会計基準 (Normas Contabilísticas de Relato Financeiro para Pequenas Entidades)、零細事業体のための会計基準 (Norma Contabilística para Microentidades) などを策定し、

これらは、行政令 (Decreto-Lei) により承認され、公布されている。

「小規模事業体のための財務報告会計基準」と「零細事業体のための会計基準」との違いは、項目については、前者のみが「農業」と「工事契約」を取り扱っていること、および、前者には、第19章として「後発事象」が含められていることという違いが存在する。また、後者においては、認識および測定について、多くの特別なルールが定められている。さらに、各項目についての規定の詳細さについて、後者は前者に比べて簡略であるという違いがある。

「小規模事業体のための財務報告会計基準」と「零細事業体のための会計基準」との違いは、項目については、前者のみが「農業」と「工事契約」を取り扱っていること、および、前者には、第19章として「後発事象」が含められていることという違いが存在する。また、後者においては、認識および測定について、多くの特別なルールが定められている。さらに、各項目についての規定の詳細さについて、後者は前者に比べて簡略であるという違いがある。

(2) 財務報告会計基準

財務報告会計基準は、国際会計基準・国際財務報告基準を、簡略化して取り入れたものであるが（国際会計基準または国際財務報告基準との対応については表参照）、会計標準化委員会のリソースの制約もあり⁷⁴⁾、近年の国際財務報告基準等の設定・改訂には対応できていない。現時点では、28本の財務報告会計基準と2本の解釈指針（Normas interpretativas）（NI 1－連結－特別目的会社（Consolidação—Entidades de Finalidades Especiais）およびNI 2－現在価値および使用価値算定技法の使用（Uso de Técnicas de Valor Presente Para Mensurar o Valor de Uso））を公表している。

74) 2019年5月7日に会計標準化委員会で行ったインタビューの結果に基づく。会計標準化委員会は非常勤の委員から成り、しかも、研究スタッフなどはいない。

対応する IAS/IFRS	財務報告会計基準		小規模事業体 のための財務 報告会計基準	零細事業体 のための会計基 準
			章	章
IAS1	NCRF 1	財務諸表の構造と内容 (Estrutura e Conteúdo das Demonstrações Financeiras)	4.1から4.20	4.1から4.15
IAS7	NCRF 2	キャッシュフロー計算書 (Demonstração de Fluxos de Caixa)		
IFRS1	NCRF 3	NCRFの初度適用 (Adopção pela primeira vez das NCRF)	5.1から5.5	5.1から5.4
IAS8	NCRF 4	会計方針、会計上の見積りの変更および誤謬 (Políticas Contabilísticas, Alterações nas Estimativas Contabilísticas e Erros)	6.1から6.10	6.1から6.8
IAS24	NCRF 5	関連当事者開示 (Divulgações de Partes Relacionadas)		
IAS38	NCRF 6	無形資産 (Activos Intangíveis)	8.1から8.23	8.1から8.19
IAS16	NCRF 7	有形固定資産 (Activos Fixos Tangíveis)	7.1から7.27	7.1から7.18
IFRS5	NCRF 8	売却目的で保有する非流動資産および非継続事業 (Activos Não Correntes Detidos para Venda e Unidades Operacionais Descontinuadas)		
IAS17	NCRF 9	リース (Locações)	9.1から9.15	9.1から9.14
IAS23	NCRF 10	借入れコスト (Custos de Empréstimos Obtidos)	10.1から10.12	10.1から10.2
IAS40	NCRF 11	投資不動産 (Propriedades de Investimento)		
IAS36	NCRF 12	資産の減損 (Imparidade de Activos)		
IAS28/ IAS31	NCRF 13	ジョイント・ベンチャーに対する持分および関連会社に対する投資 (Interesses em Empreendimentos Conjuntos e Investimentos em Associadas)		
IFRS3	NCRF 14	企業結合 (Concentrações de Actividades Empresariais)		
IAS27	NCRF 15	子会社に対する投資および連結 (Investimentos em Subsidiárias e Consolidação)		
IFRS6	NCRF 16	鉱物資源の探査および評価 (Exploração e Avaliação de Recursos Minerais)		
IAS41	NCRF 17	農業 (Agricultura)	20.1から20.13	
IAS2	NCRF 18	棚卸資産 (Inventários)	11.1から11.27	11.1から11.11
IAS11	NCRF 19	工事契約 (Contratos de Construção)	21.1から21.12	
IAS18	NCRF 20	収益 (Rédito)	12.1から12.11	12.1から12.7
IAS37	NCRF 21	引当金、偶発負債および偶発資産 (Provisões, Passivos Contingentes e Activos Contingentes)	13.1から13.29	13.1から13.7

IAS20	NCRF 22	政府補助金の会計処理および政府援助の開示 (Contabilização dos Subsídios do Governo e Divulgação de Apoios do Governo)	14.1から14.12	14.1から14.9
IAS21	NCRF 23	外国為替レート変動の影響 (Os Efeitos de Alterações em Taxas de Câmbio)	15.1から15.5	15.1から15.5
IAS10	NCRF 24	後発事象 (Acontecimentos Após から Data do Balanço)	19.1から19.10	
IAS12	NCRF 25	所得税 (Impostos Sobre o Rendimento)	16.1から16.7	16.1から16.6
	NCRF 26	環境に関する事項 (Matérias Ambientais)		
IAS 32 / IAS 39 / IFRS7	NCRF 27	金融商品 (Instrumentos Financeiros)	17.1から17.19	17.1から17.7
IAS19	NCRF 28	従業員給付 (Benefícios dos Empregados)	18.1から18.13	18.1から18.7

(3) 「小規模事業者のための財務報告会計基準」

「小規模事業者のための財務報告会計基準」は、財務報告会計基準をベースとしているがかなり要約されている（官報⁷⁵⁾で15頁弱）。

「小規模事業者のための財務報告会計基準」を用いることができる小規模事業者は、総資産額400万ユーロ以下、純売上高800万ユーロ以下、平均被用者数50人以下という3つの閾値の2つ以上をみたす事業者である（行政令第98/2015号による改正後）行政令第158/2009号9条2項）。

行政令第98/2015号の付録「会計標準化システム」では、「小規模事業者のための財務報告会計基準」は小規模事業者に適用されるべき、最低限の要求事項と考えられるものを財務報告基準から抽出した認識および測定的主要な側面を凝縮したものであると位置づけられている（パラグラフ6.2）。

具体的には、財務諸表の表示と開示について簡略化が図られているほか、財務報告会計基準に比べ簡略な規定となっている。無形資産の再評価は認められない一方で、有形固定資産については、原価モデルによる帳簿価額が公正価値と大幅に異なる場合にのみ例外的に再評価が認められるが、その場合には、財務報告基準第25号（所得税）を全面的に適用する必要がある（「小規模事業者

75) http://www.cnc.min-financas.pt/pdf/SNC/2016/Aviso_8257_2015_29Jul_NC_PE.pdf

のための財務報告会計基準」パラグラフ7.10. 別段の規定がある場合を除き、繰延税金資産および繰延税金負債は認識されない（これは例外である）。リースとの関係では、貸手の会計処理は規定しておらず、また、リースバックについての規定も設けられていない。金融商品については償却原価法は認められておらず、また、公正価値による測定も当該商品が活発な規制市場で取引されている場合にのみ認められる。退職後給付の会計処理についての具体的な規定は設けられていないが、財務報告会計基準第28号を参照している。ヘッジ会計についての規定は設けられていない。なお、資産の減損についての章は設けられていないが、パラグラフ7.22およびパラグラフ8.22は財務報告基準第12号に言及しており、資産の減損を認識する必要がある。また、財務報告基準第26号の規定の一部が第8章無形資産に含められており（パラグラフ8.8および8.9）、第13章には環境に関する引当金についての規定（パラグラフ13.29）が設けられている。

なお、小規模事業体（零細事業体はこの要件もみたま）についてはキャッシュフロー計算書や持分変動計算書の作成が義務付けられていないため（行政令第158/2009号11条2項）、財務報告会計基準第2号に対応するセクションは「小規模事業体のための財務報告会計基準」にも「零細事業体のための会計基準」にも設けられていない。

ある事業体に会計または財務報告の観点で生じる取引または事象の特定の側面に「小規模事業体のための財務報告会計基準」が対応していない場合、または真実かつ適切な方法である時点での財政状態および対象期間の経営成績を反映する情報を提供するという目的が実現できないほどに問題となっているギャップが重要である場合には、そのギャップを埋めるというのみの観点から、補充的に、①財務報告会計基準および解釈指針、②EUがエンドースした国際会計基準、③国際財務報告審議会が公表した国際会計基準および財務報告基準ならびに対応するSIC-IFRIC解釈書の順で参照するとしている（行政令第98/2015号の付録「会計標準化システム」パラグラフ6.3、「小規模事業体のための財務報告会計基準」パラグラフ2.3）。

(4) 「零細事業体のための会計基準」

「零細事業体のための会計基準」は「小規模事業体のための財務報告会計基準」をさらに簡略化したものである（官報⁷⁶⁾で8頁弱）。「零細事業体のための会計基準」を用いることができる零細事業体は、総資産額350 000ユーロ以下、純売上高700 000ユーロ以下、平均被用者数10人以下という3つの閾値の2つ以上をみたす事業体とされている（行政令第98/2015号による改正後）行政令第158/2009号9条1項）。

「零細事業体のための会計基準」は、零細事業体に適用されるべき簡素化された会計上の要求事項であると考えられる認識と測定の側面を定めるものであると位置づけられている（行政令第98/2015号の付録「会計標準化システム」パラグラフ7.1）。

具体的には、「零細事業体のための会計基準」は、たとえば、数理計算上の差異は発生時に全額損益計算書において認識する方法、発生時に全額その他の包括利益に直接認識する方法のいずれも許容し、新たな給付制度の導入または給付制度の変更により、給付債務に生じる増減額（過去勤務費用）は、当該期間の損益として認識することなどを定めている。また、損益計算書において機能別開示はせず、附属明細書の記載事項も簡略化されている。さらに、歴史的な原価と異なる公正価値の適用は規定されておらず、有形固定資産および無形固定資産の再評価は許容されていない。いわゆる投資不動産も有形固定資産として取り扱われる。また、借入費用は取得原価に含めることができず、費用処理しなければならない。消費型生物資産および農産物は資産計上し、棚卸資産として扱われるが、生物製造資産は有形固定資産として扱われる。金融資産および金融負債について償却原価法は認められていない。資産の減損も定められていない。持分法も認められていない。税効果会計は適用されない。

「零細事業体のための会計基準」は他の基準の補充的適用は定めていないが、ある取引その他の事象または状況に具体的に適用される本基準に規定がないと

76) http://www.cnc.min-financas.pt/pdf/SNC/2016/Aviso_8255_2015_29Jul_NC_ME.pdf

きは、経営機関は、情報が利用者が経済的判断を行う上で有用であり、財務諸表が信頼性を有し、当該事業体の財政状態および経営成績を忠実に表示し、取引、その他の事象および状況の単に法的な形式ではなく、経済的実質を反映し、先入観なく中立的であり、慎重であり、かつ、すべての重要な点において網羅的であることとなるように、会計方針を定め、適用するにあたって価値判断を行うものとするとしている（パラグラフ6.2）。そして、パラグラフ6.2にいう価値判断を行うにあたって、経営機関は、①同種または関連する問題を扱っている本基準中の要求事項およびガイダンス、②概念フレームワークに含まれている資産、負債、収益および費用の定義ならびに認識および測定のプロセスの順に、その適用可能性を検討しなければならないとしている（パラグラフ6.3）⁷⁷⁾。概念フレームワーク（Aviso n.º 8254/2015, Diário da República, 2.ª série, N.º 146, 29 de julho de 2015, páginas 20735 - 20742）は、国際会計基準審議会の概念フレームワークに基づいて作成されたものである。

8 デンマーク

財務諸表法（Årsregnskabsloven）⁷⁸⁾が企業の会計を規律している。財務諸表法は、報告主体A,B,CおよびDのクラスに分けて規制を加えている（7条）。3条1項は、年度報告書を作成する義務を負うものとして、(1)株式会社、株式合

77) もっとも、2011年時点の「零細事業者のための会計基準」(Aviso n.º 6726-A/2011, Diário da República, 2.ª série, N.º 51, 14 de Março de 2011, páginas 12226-(2)- 12226-(8)) のパラグラフ6.3では、適用可能性を検討すべきものの第2順位として、同種または関連する問題を扱っている会計標準化システムの会計および財務報告基準の要求事項およびガイダンスが挙げられていた。

78) 2015年改正後財務諸表法がIFRSとの整合性を相当程度図ったことについては、Thinggaard [2017] 参照。また、Lovforslag nr. L 117, Folketinget 2014-15, Forslag til Lov om ændring af årsregnskabsloven og forskellige andre love (Reduktion af administrative byrder, tilpasning til de internationale regnskabsstandarder, gennemførelse af det nye regnskabsdirektiv, ændringer til gennemsigtighedsdirektivet m.v.) <https://www.folketingstidende.dk/RIpdf/samling/20141/lovforslag/L117/20141_L117_som_fremsat.pdf>, Bemærkninger til lovforslaget, p.25, 47.

資会社、有限会社、(2)(a)すべての社員が株式会社、株式合資会社、有限会社または同種の法形式を有する会社である合名会社または合資会社、すべての社員が(a)の会社である合名会社または合資会社、(3)商事財団 (erhvervsdrivende fonde)、(4)有限責任企業および有限責任社団 (virksomheder og foreninger med begrænset ansvar) および有限責任協同組合 (andelselskaber med begrænset ansvar) (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § § 3, 4) のうち、財務諸表法4条により作成が免除されていないもの、ならびに(5)ヨーロッパ協同組合 (SCE) を列挙している。

そして、3条1項の下で年度報告書の作成義務を負っていないにもかかわらず、任意に年次報告書を作成する企業は報告主体クラス A に適用されるルールに従うことが求められる (7条1項1号)。年度報告書の作成義務を負う小規模企業は報告主体クラス B に適用されるルールに従うことが求められるが (7条1項2号)⁷⁹⁾、小規模企業とは2連続事業年度の貸借対照表日において、3つの規準(総資産額4400万デンマーククローネ、収入8900万デンマーククローネ、事業年度内の平均従業員数(常勤換算)50人)のうち2つ以上の規準を超えない企業をいう (7条2項1号)。年度報告書の作成義務を負う中規模企業および大規模企業は報告主体クラス C に適用されるルールに従わなければならないが (7条1項3号)、中規模企業とは、2連続事業年度の貸借対照表日において、3つの規準(総資産額15600万デンマーククローネ、収入31300万デンマーククローネ、事業年度内の平均従業員数(常勤換算)250人)のうち2つ以上の規準を超えない企業をいい (7条2項2号)、大規模企業とは小規模企業でも中規模企業でもないものをいう (7条2項3号)。国有株式会社およびその株式・持分、負債証券その他の有価証券が EU/EEA の加盟国の規制市場に上場している会社であって年度報告書の作成義務を負っているものは、規模の大小にか

79) なお、22a 条が零細企業を3つの規準(総資産額270万デンマーククローネ、収入540万デンマーククローネ、事業年度内の平均従業員数(常勤換算)10人)のうち2つ以上の規準を超えない企業と定義し、EU 会計指令の要求に基づいて、22b 条が附属説明書の記載事項を軽減している。

かわらず、報告主体クラス D に適用されるルールに従わなければならない (7 条 1 項 4 号)。

デンマークは中小企業向け IFRS の許容について、積極的である。まず、2008 年に、商業・会社庁の *Nilsen* は、規制当局の立場から、欧州の会計指令は欧州内の会計規制の調和化を確保できないが、IFRS は多くの会社にとって用いるには複雑すぎるとし (*Nilsen* [2008] slide 6)、まだ、議論はなされていないが、一般論として中小企業向け IFRS の許容について積極的であるとした (*Nilsen* [2008] slide 9)。しかし、公正価値を用いることができる可能性を削減しないことが重要であり (*Nilsen* [2008] slide 9)、IFRS の下で許容されるすべての選択権は中小企業にも認められるべきであり、中小企業向け IFRS には独立した基準であり、長すぎず、実務指針を伴うことが求められるとした (*Nilsen* [2008] slide 10)。認識および測定については IFRS のフレームワークの中で簡素化を図るべきであり (たとえば、のれんの減損テスト)、開示は簡素化されるべきであり、かつ、たとえば、ヘッジとの関係では文書化の要求も簡素化されるべきであると述べた (*Nilsen* [2008] slide 11)。しかも、すべての変更は負荷をもたらすことから、中小企業向け基準はあまり頻繁に変更されるべきではない (ただし、IFRS が変更されれば、中小企業向け基準も変更せざるを得ない) とした (*Nilsen* [2008] slide 12)。その上で、とりわけ、中小企業にとっての事務負担を軽減する差異を除き、デンマーク法ならびに現在の IFRS の認識および測定のルールとの差異を最小化すべきであるとし、デンマークにおいては、中小企業向け IFRS の使用はおそらく強制しないが、2009 年から認められる可能性があるとしていた (*Nilsen* [2008] slide 14)。結果的には、上場会社は IFRS の使用を要求される一方で、最小限の要求事項を定めるものとして、財務諸表法は上場会社以外のすべての会社にとっての法的基盤であるが、すべての会社は IFRS または中小企業向け IFRS を任意に計算書類および連結計算書類のために用いることができるという、新たなレンガ積み体制 (“brick-on-brick” system) がデンマークでは採られるという予想を示した (*Nilsen* [2008] slide 15)。また、2010 年の欧州会計士連盟の会議において、

実務家の観点から、*Koktvedgaard* は、デンマークの会計規制は「ビルディング・ブロック・アプローチ」であり、会計クラスが上になるほど、要求事項が追加されるという仕組みであると説明し (*Koktvedgaard* [2010] slides 2,3 and 4)、デンマーク産業連盟の考え方として、中小企業向け IFRS は企業の規模にかかわらず、欧州で広く用いられるのに適している、国際的な比較可能性の向上は利用者に便益をもたらす、中小企業向け IFRS の採用は EU の会計についての法的枠組みにおいて規定されるべきである、EU の（上場会社以外の）すべての会社に中小企業向け IFRS を用いる選択権を直接与えるべきであって、構成国選択権は次善の策であると主張した (*Koktvedgaard* [2010] slide 6)。

そして、財務諸表法の2015年改正では、137a 条として「商務庁は、中小企業の必要に合わせた国際的な会計基準を適用することが必要な場合には、本法の特定の規定からの離脱を認める規則を定めることができる」という規定が新設された。

これについては、中小企業向け IFRS は多くの国において、国内の会計ルールのよい代替物と見られ、広い支持を受けているという認識を示し、中小企業向け IFRS を中小企業が適用することを望むのであれば、EU 会計指令の枠組みの中で可能な限りにおいて、デンマーク財務諸表法の要求事項からの離脱を認めるルールを制定する権限を商務庁に与える規定を設けることを提案すると説明された。そして、たしかに、中小企業向け IFRS はデンマーク財務表法に比べれば多くの開示要求事項を含んでいるが、(完全版) IFRS に比べればはるかに少ないとし、中小企業向け IFRS に従って計算書類を作成することはデンマーク財務諸表に従って作成するのに比べれば負担がやや重いと予想されるが、やや高い情報価値を持つことになる」と指摘した。そして、少なからぬデンマークのステークホルダーはデンマークにおける中小企業向け IFRS の適用可能性を求めているが⁸⁰⁾、商務庁は、与えられた権限を行使する前に、中小企業向け IFRS を適用する特定のニーズについて調査し、中小企業向け IFRS を適用する幅広い希望があれば、商務庁は、中小企業向け IFRS を適用すると中小企業が選択した場合に、そうするために離脱することが必要となるデンマーク

財務諸表法の規定を決定するために、財務諸表法も中小企業向け IFRS も国際的な会計基準に基礎を置いているため、差異は限定的なものとなると予想されるものの、デンマーク財務諸表法と中小企業向け IFRS との間の差異の分析を開始するとしていた。その上で、中小企業向け IFRS は定期的に改正されるため、中小企業向け IFRS を適用することを選択した場合に会社が離脱することができるべき規定を財務諸表法に直接規定するのではなく、商務庁にこの点について行政命令で定める権限を与えることを提案するとされた。そうすれば、中小企業向け IFRS の改正により、離脱することができるべき規定についての改正が必要になったときに、行政命令によって継続的に対応することができるからである。その上で、このような離脱は EU 会計指令の枠組みの中でのみ可能であり、EU 会計指令と中小企業向け IFRS との間の抵触がない限りにおいて、中小企業向け IFRS の適用可能性は認められると指摘した。そして、EU 会計指令の要求事項によると、厳密には、中小企業向け IFRS に 100% 従うことができないが、中小企業向け IFRS を選択した会社がその基準に、デンマークの法令と適応できる限りにおいて、完全に従うことが当然の前提となるとしていた⁸¹⁾。

なお、現在のところ、商務庁は、この委任に基づく行政命令を制定しておらず、デンマーク政府は、近年でも、欧州委員会が中小企業向け IFRS を EU 域内で使用するためにエンドースすることおよび中小企業向け IFRS を会社が選択できるようにすることを支持するとし、さもなければ、認識および測定については IFRS に従って、しかし、開示については軽減して、財務諸表を作成することを選択することを会社に認めるために会計指令を改正すべきであるとしている（Ministry of Business and Growth, Denmark [2018] p.2）。

80) たとえば、デンマーク産業連盟は、財務諸表法 2015 年改正案に対するコメントにおいて、デンマークの会社が中小企業向け IFRS を任意適用して計算書類を作成することができるようにする提案を高く評価した（Høringssvar vedrørende udkast til forslag til lov om ændring af årsregnskabsloven m.v., 1. december 2014, p.6<<https://www.ft.dk/samling/20141/lovforslag/1117/bilag/1/1490262.pdf>>）

81) Lovforslag nr. L 117, Folketinget 2014–15, Bemærkninger til lovforslaget, p.121.

9 スウェーデン

簿記法 (Bokföringslag (SFS 1999 :1078)) の第4章第2条は、「記帳の義務は、よい会計実務 (god redovisningssed) に従って履践されなければならない」と定め、年度報告書法 (Årsredovisningslag (SFS 1995 :1554)) の第2章第2条も、「年度報告書 (årsredovisning) は、明瞭に、かつ、よい会計実務に従って作成されなければならない」と定めている。1976年簿記法により、よい会計実務の開発を促進することを任務とする会計基準審議会 (Bokföringsnämnden, BFN)⁸²⁾ が創設された。会計基準審議会は、財務省の下に設けられた行政庁 (myndighet) であり、政府機関としての規律に服する。

会計基準審議会は、「国際的会計とスウェーデンの企業 (Internationell redovisning i svenska företag)」(SOU 2003 : 71) における提案をふまえて、2004年にいわゆる K プロジェクトを開始し (BNF [2004])、K1, K2, K3 および K4 という4つのカテゴリーに分けて、商人・会社の年度報告書についての規律が定められている (K-regelverk)⁸³⁾。

国際財務報告基準に従って連結決算書を作成している会社 (K4) を除き株式会社の年度報告書 (årsredovisning) は、原則として、K3 - BFNAR 2012 : 1「年

82) 会計基準審議会への指示に係る政府令 (SFS 2007 : 783) によれば、会計基準審議会は11人以下の委員から成ることされ (4条)、会議体 (kansli) であるとされている (5条)。そして、会計基準審議会と金融監督庁との間の協定に基づき、金融監督庁が施設を提供し、事務局機能を遂行するとされている (6条)。

83) K1は、簡素化された年度決算書 (förenklat årsbokslut) を作成する (年度売上高が300万 SEK を超えない) 個人商人、非営利社団および登録宗教組織などが用いるフレームワークである。BFNAR 2006 : 1「簡素化された年度決算書を作成する個人商人 (Enskilda näringsidkare som upprättar förenklat årsbokslut)」および BFNAR 2010 : 1「簡素化された年度決算書を作成する非営利社団および登録宗教組織 (Ideella föreningar och registrerade trossamfund som upprättar förenklat årsbokslut)」が定められている。他方、K4は連結報告書を国際財務報告基準に従って作成する会社 (上場会社など) のためのフレームワークである。BFNAR 2012 : 3「財務報告評議会からの勧告書の適用 (Tillämpning av rekommendationer från Rådet för finansiell rapportering)」、RFR 1「企業集団のための追加的会計ルール (Kompletterande redovisningsregler för koncerner)」および RFR 2「法人のための会計 (Redovisning för juridiska personer)」が定められている。

度報告書および連結報告書 (Årsredovisning och koncernredovisning)」に従って作成しなければならないが、平均被用者数50人以下、年間売上高8000万 SEK 以下および総資産額5000万 SEK 以下という3つの閾値 (年度報告書法 [Årsredovisningslagen : ÅRL]) の2つ以上をみたす会社は、K2 - BFNAR 2016 : 10「小規模企業の年度報告書 (Årsredovisning i mindre företag)」⁸⁴⁾に従って作成することを選択することができる⁸⁵⁾。

K3は利用者目線のフレームワークであり、国際的な会計基準に合理的な修正を加えたものとして位置付けられており、原則主義的な基準であり、かつ、網羅的な基準である。すなわち、K3は中小企業向け IFRS をベースに作成されているため (BNF [2017])、IFRS や 会計評議会⁸⁶⁾の勧告 (RR) とは異なるが、中小企業向け IFRS とは別の基準であり⁸⁷⁾、必要な場合には中小企業向け IFRS とは異なる定めをしている。たしかに、K3の章立ては中小企業向け IFRS と同

84) 年度決算書 (årsbokslut) を作成すれば足りる企業については、年度決算書 (BFNAR 2017 : 3) が公表されている。

85) K2からK3への変更は自由に行うことができるが、K3からK2への変更には第1回目を除き、正当な理由が必要であり、税務上の理由は認められない。

86) 1989年には、上場会社のための会計基準設定主体として、会計評議会 (Redovisningsrådet, RR) が創設されたが、2005年に会計基準の開発を中止するとし、2007年以後は、財務報告評議会 (Rådet för finansiell rapportering) が会計評議会の勧告 (Redovisningsrådets rekommendation, RR) およびその緊急問題チームのステートメント (Uttalande från Redovisningsrådets akutgrupp, URA) のうち RR30からRR32までならびに URA5からURA7までおよび URA42からURA47までを改訂するという役割を引き受けている。

87) IASB の討議資料「中小企業の会計基準についての暫定的見解」(2004年) に対して、BNF は、そのコメントレーターにおいて、上場せず、高度な外部の利害関係を持たずに世界の資本市場で活動している企業のために、簡素化された国際会計基準が必要であることに同意するとしつつ、このようなニーズがあるのは比較的大規模な企業に限られると考えているとし、そのようなニーズを持つ可能性のある比較的小規模な企業も一連の国際基準を選択できるようにすべきであるが、その基準は主に、比較的大規模な企業のニーズに合わせて形成されるべきであるとした。そして、BNF は、どの企業が (完全な) IFRS を使用するのか、中小企業向け IFRS を使用するのかは、各国が決定する必要があるという点で IASB に同意し、IASB が比較的大規模な企業のための簡素化された会計基準の開発に集中すべきであると考えているとした。

じであり⁸⁸⁾、コメントの文言も一部は中小企業向け IFRS からとられている。しかし、K3が要求する注記は中小企業向け IFRS よりも少ない。また、中小企業向け IFRS に含まれるルールのうち、スウェーデン法上、受け入れることができないものについては、年度報告書法および所得税法に従って修正が加えら

(前頁からつづき)

また、公認監査人協会 (FAR) は、IASB のディスカッション・ペーパーおよび公開草案に対して意見を提出したが、公開草案に対するコメントでは、規模基準に基づき、被用者数 50 人、売上高 5,000 万クローネ、総資産額 2,500 万クローネの 3 つの閾値のうち少なくとも 2 つを超える企業につき、中小企業向け IFRS の使用を認めるべきであるとした。また、IASB は、基準を作成するにあたり、被用者数 50 人程度の中小企業に焦点を当てているが、提案されている基準は、このような規模の企業にとって、ユーザーのニーズとコンプライアンスのコストとの間の適切なバランスをもたらすものではなく、むしろかなり大きな規模の企業 (被用者が 250 人程度) に適していると思われるとした。そして、被用者が 50 人程度の企業に適用可能な基準とするためには、(完全な) IFRS と比較して、より簡素化する必要があると考えるとした。たしかに、IFRS をさらに簡素化することは、小規模な企業には許容できるが、大規模な企業には許容できないという議論もあるが、中小企業のニーズに基づいて基準を作成すべきであるとの見解を示した。また、規模の制限を設けるべきかどうかは、当該国の規制当局が決めることができ、市場の力によって、最大規模の企業であっても上場していない企業が IFRS に移行することも考えられることから、提案されている基準の適用範囲は規模によって画されないとすべきであり、したがって、この基準のタイトルに SME という用語を使用しないことを提案した。

このように、会計分野においてスウェーデンを代表する組織は中小企業向け IFRS に対して好意的であったが、たとえば、*Aamir / Farooq* は、以下のように指摘していた (*Aamir / Farooq* [2010] p. 70)。すなわち、スウェーデンの中小企業は財務報告において中小企業向け IFRS を採用する意思がなく、欧州委員会やスウェーデンの規制当局には中小企業向け IFRS の適用を義務化する兆候はない。スウェーデンでは、中小企業はスウェーデン会計基準に準拠しており、中小企業向け IFRS を踏まえて設計・作成されている K3 プロジェクトに関しても、さらなる変更と改善の過程にある。スウェーデン会計基準は約 100 年前からスウェーデンの企業で使用されており、スウェーデンの法律や税務上のルールとの親和性があるため、企業はスウェーデン会計基準に新しい会計基準を採用することは容易ではない。スウェーデンの中小企業の大多数は、中小企業向け IFRS は、その適用に、多くのコストを要し、自社の業務や収益性に大きな影響を与える複雑な会計基準であると考えている。スウェーデンでは、企業と税務当局との間で緊密な連携が行われており、事業で発生した事象や取引に対する税法上の会計処理が多く、中小企業向け IFRS とは異なるため、企業と税務当局の双方にとって業務を複雑にする可能性がある。

れている (Far Info nr 6/7, 2010)。たとえば、年度報告書法の下で公正価値で評価できる資産よりも中小企業向け IFRS の下で公正価値評価が許される資産の範囲は広いため、K3は年度報告書法が許容する範囲のみ公正価値評価を認めている (See Nilsson [2011])。K3は一体として適用されなければならない、離脱は認められない。ある特定の取引について K3が十分なガイダンスを提供していないときには、まず、類似した論点を取り扱っている K3の他の章に答えを求め、さもなければ、原則が示されている第2章を参照することになる。

他方、K2は作成者目線のフレームワークであり、K2では簡素化 (選択肢を限定することを含む) と年度報告書が税務上のルールに適合すること⁸⁹⁾とが目指されている細則主義の基準である (BNF [2017])。金融の知識を有することなく、K2に基づく年度報告書を作成することができるようにするために、難しい評価や見積りは排除され、また、禁止されている。

具体的には、K2とK3との会計処理方法の相違として、たとえば、以下のような点が挙げられる。第1に、K2では発生主義の例外が認められている。SEK 5,000未満の収益または費用は発生時に認識することを要しない (2.4)。また、年度間で20%以下しか変動しないと考えられる費用も支払時または請求時に

88) ただし、第36章 (財団および財団類似の形態で運営されている企業のための特則) および第37章 (非営利社団および登録宗教組織ならびに類似した社団のための特則) という2つの章が追加されている。

89) スウェーデンの会計実務においては課税所得計算が強い影響力を持ち (Artsberg [1996])、課税所得を減少させるために利益数値を最小化することが伝統的に「よい実務」とみなされてきた (Oldham [1975] p. 154-155)。そして、年度報告書法の制定過程で、会計と税務の制度的関係を切断することが提案されたが (SOU 1994 : 17 Års- och koncernredovisning enligt EG-direktiv : delbetänkande, s.16-17。また、SOU 1995 : 43 Sambandet redovisning - beskattning : delbetänkande, s.12-15)、これは実現せず (Artsberg [1996] p. 802参照)、その後も、結び付きを緩めることが提案されてきたが、実現していない (SOU 2003 : 71 ; SOU 2008 : 80 Beskattningstidpunkten för näringsverksamhet)。むしろ、この結びつきが会社の計算の質を維持する上で貢献していると評価されてきたと指摘されている (SOU 1995 : 43, s.92 ; SOU 2003 : 71, s. 82 ; SOU 2008 : 80, Del 1, s. 147参照)。また、RSV Rapport 1998 : 6 Sambandet mellan redovisning och beskattning, s. 19)

認識すれば足りる(7.9)。これに対して、K3では重要性がある限り、発生時に認識しなければならない。第2に、K2では、原価計算が簡略化されており、製品の取得原価に間接製造費用を含めないことができるが、K3では重要性がある限り含めなければならない。第3に、K2では、自己創設無形資産(たとえば、プログラム開発費)を資産として認識することはできない(費用として計上)が、K3では評価し、資産として認識することができる。第4に、K2では、リース契約はつねにオペレーティングリースとして、リース資産・リース負債は認識されず、リース料は費用認識されるのに対し、K3ではファイナンスリースについてリース資産・リース負債を認識することが求められている。第5に、K2では、有形固定資産および無形固定資産を、税務上のルールに従って(たとえば、備品であれば5年、建物であれば50年。その資産がより長い耐用年数を有するときはそれより長い期間でもよい)償却することができるが、K3では、帳簿価額は公正価値を反映しなければならないので、耐用年数は合理的に見積もることが要求され、また、有形固定資産については、重要性がある限り、その構成部分ごとにそれに対応する耐用年数(たとえば、構造体は〇年、窓は×年)で償却することを要する。第6に、K2では、金融資産の測定につき、取得原価が上限(一定の場合には減損を認識しなければならない)が⁹⁰⁾K3では、市場価値で測定できる場合がある。また、K2では、金融固定資産の価値が帳簿価額を下回った額が25,000SEKと期首の自己資本の10%とのより少ない場合には減損を認識することを要しないこととされているが(11.20)、K3では、そのような例外は認められていない。第7に、K2では繰延税金資産を認識できないが、K3では認識しなければならない。第8に、K2では、単純化という観点から、損益計算書の表示として性質別分類のみが認められており、機能別分類は認められていないが、K3では両者とも認められている。

90) 税務と会計ルールの緊密な関係を1つの根拠にして、スウェーデンの中小企業会計においては、公正価値会計よりも原価主義会計のほうが適合性が高いとし、部分適用であれ、中小企業向けIFRSの適用には慎重であるべきであるという主張がみられた (Indarti, *et al.* [2006] p. 68)。

第9に、K2で求められる注記は絞り込まれており、K3で求められる注記に比べて大幅に少ない。K2は、細則主義的であるため、ある取引や事象についてルールが定められていないときは、類似の問題を取り扱ったK2中のルールに指針を求めることになり、答えが見いだせないときは、年度報告書法第2章4条第1パラグラフおよびK2の第2章の基本原則⁹¹⁾を参照することとなる（1.7）。

10 ノルウェー

(1) 会計法とNRS8

ノルウェーにおいては、会計法とよい会計慣行が会社の会計を規律している。

ノルウェー会計基準委員会（Norsk RegnskapsStiftelse）は、ノルウェー会計基準（Norsk RegnskapsStandard）を公表しているが、2000年11月に小規模企業の会計のためにノルウェー会計基準第8号（NRS8）「小規模企業のためのよい会計慣行（Norsk RegnskapsStandard 8 God regnskapsskikk for små foretak）」を策定・公表し、その後も、会計法の改正などに合わせて改訂を行っている。

会計法の主な規定はすべての計算書類作成義務者に適用されるが、小規模企業は特定の簡略化されたルールを用いることを選択できる。小規模企業とは、売上高7000万NOK、総資産3500万NOK、平均被用者数（常勤換算）50人という3つの規準のうち2つ以上を超えないものとされている（会計法1-6条）⁹²⁾。

小規模企業について簡素化された会計ルールを用いることを認める目的は、これらの企業の財務報告費用を削減することである。関連する会計情報の有用な価値は、財務諸表の作成に必要な費用とリソースに照らして評価する必要がある。大企業の決算書と比較して、小規模企業の決算書の外部利用者は少ない。また、利用者の情報ニーズは小規模企業以外の企業とは異なる性質を持っている

91) 重要性の原則、継続企業の原則、首尾一貫した適用、慎重性の原則、発生主義の原則、個別評価、総額主義と相殺の禁止、および、継続性の原則が挙げられている。

92) 詳細について、NRS8の1.2参照

る場合がある。

そこで、小規模企業のための単純化されたルールは、原則として、会計法に定められている。また、会計法は、よい会計慣行という形で、小規模企業のための簡素化されたルールの開発を可能としている。ところが、NRS 8（および NRS 21）以外のノルウェー会計基準（NRS）は小規模企業ではない会社のために作成されたため、多くの場合、小規模企業に適用される会計ルールとしてはふさわしくないため、NRS 8が小規模企業のためのよい会計慣行を定めている。NRS8の目的は、基本的な会計原則と他の小規模企業のための会計法の規定を補足し解釈することである。NRS 8は、有用な信頼できる情報を含みながら、法律の範囲内で小規模企業が年度決算書を作成することを支援することを目的としている。有用な情報の要求は必要とされるリソースと見合う必要がある。小規模企業のためのルールは納税義務者にとって単純でコストが見合うものでなければならないが、同時に、そのルールは決算書の利用者の情報ニーズに応えるものでなければならない。

小規模企業が会計法と NRS 8が定める簡略化されたルールをい用することを選択した場合に、決算書は、通常、よりよい発生主義および一般に受け入れられている会計原則から逸脱することになる。したがって、小規模企業にとってのよい会計慣行は、常に最良の理論的解決を提供するとは限らないため、この概念はコスト／ベネフィットを考慮するという観点から理解する必要がある。

NRS 8で扱われていない事項や項目については、関連するノルウェー会計基準が参照される。

会計法3-2a 条は、年度決算書は会社の資産および負債ならびに財政状態および損益の真実かつ公正な概観を提供するものではないと認め、離脱を要求している。すなわち、特に例外的な場合において、会計法の第4章から第7章までの規定を適用すると、真実かつ公正な概観を提供できないときには、真実かつ公正な概観を提供するためにそれらの規定によるべきではないとしている。とはいえ、真実かつ公正な概観を提供することが要求されていることが、小規模企業のための簡素化されたルールの適用を排除するわけではな

い。したがって、簡素化されたルールの適用それ自体は真実かつ公正な概観を提供するという要求に反する評価、その結果、簡素化されたルールから離脱し、それに伴う注記をする義務を生じさせるわけではない（NRS 8 の 2.4）

小規模企業は、会計法が定める会計の基本原則のうち3つから離脱することが認められている。

すなわち、小規模企業は、小規模企業にとってのよい会計慣行に従う限り、稼得されたときに収益を損益計算書で認識するという原則（発生主義の原則）および費用は関連する収益と同じ会計期間に計上されるという原則（費用収益対応の原則）から離脱することができ、また、ヘッジングの原則からも離脱できることとされている（会計法4-1条第2パラグラフ、NRS8の2.1.5）。

また、適用する会計原則の変更および過去の年度決算書における誤謬の訂正は資本に直接反映させることも（会計法4-3条）、損益に反映させることも選択できる。

会計法4-4条は継続性の原則を定めており、これは原則としてすべての会社に適用される。そして、会計法は、適用する会計原則の変更はそれがよりよく発生事実を示す場合にのみ許されるという考え方によっている。また、会計法が定める原則的な規定を適用することが小規模企業にとっての特則を適用するよりも、通常は、よく発生事実を示すと考えられる。しかし、小規模企業にとっての特則が実務上重要なものとなったときには、小規模企業は、会計原則を変更することがよりよく発生事実を示すことにならないとしても適用する会計原則を変更できなければならない。そこで、コスト／便益の衡量に基づいて適用する会計基準を変更する場合には、小規模企業はよくよく発生事実を示すという要件にかかわらず、会計期間間で、適用する会計原則を変更することができる。もっとも、同一会計期間に、同じ項目について異なる会計原則を適用することはできない。また、会計法は、適用する会計原則の変更についてはその理由を注記で説明し、適用する会計原則の変更の効果を開示しなければならないものとしている。

小規模企業が、適用する会計原則の変更の効果を資本に直接反映させるので

はなく、損益に反映させる場合には、その効果は、損益計算書において、経常損益とは別個に「会計原則の変更の効果」(特別項目。会計法6-1条22号)として記載されなければならない。適用する会計原則の変更の効果の会計処理(資本に直接反映させるか損益に反映させるか)は首尾一貫していなければならない。したがって、ある会計期間において、適用する会計原則の変更の効果を資本に直接反映させるときには、すべての変更についてその効果を資本に直接反映させなければならない。他方、ある会計項目に関連する適用する会計原則の変更が複数回なされるときには、——当該会計期間において適用する会計原則の変更の効果をどのように会計処理するかとは関係なく——その変更の効果は毎回同じように会計処理されなければならない。

会計法が定める評価ルールは同法の第4章に定められている基本的会計原則に基づいているが、会計法のその例外を定めるほか、小規模企業が適用を選択できる例外的評価ルールを定めている(3-1条)。

すなわち、小規模企業は取得原価を算定するにあたって変動製造費用を常に用いることができる(5-4条)。また、小規模企業は代替可能な金融資産の取得原価を算定するにあたって先入れ先出し法を用いることができ(5-5条)、市場性を有する金融流動資産について最低価値原則を適用することができる(5-8条)。さらに、株価連動報酬を相殺せず(5-9a条)、保険型年金負債(5-10条)およびリース(5-11条)をオフバランスにすることができ、また、長期工事契約について工事完成基準(5-12条)によることができる。以上に加えて、小規模企業の合併または分割の場合、その法形式および実際の内容にかかわらず、簿価引継ぎ法によることができる(5-16条)。

企業は、同じ決算書において本則と特則とを併用できるが、NRS8が認めている場合を除き、中間的な会計処理を選択することはできない。

損益計算書および貸借対照表の表示については、小規模企業も他の会社と同じであり(6-1条および6-2条)、別個に持分変動計算書を作成することができるが、キャッシュフロー計算書を作成することは要しない。

要求される注記は簡略化されており(7-1条、7-35条から7-45条まで)、7-

42条から7-45条までが定める注記を除き、決算書作成義務者の財政状態および経営成績を評価するために重要でない注記は省略できる。もっとも、7-35条から7-45条までに定められていなくとも、企業の財政状態および経営成績を評価するために必要であり、かつ、その情報が他の年度決算書において開示されていないときは、注記が求められる。また、会計法の規定を適用したのでは、真実かつ公正な概観を提供するために不十分である場合には、追加的情報を提供しなければならない。真実かつ公正な概観を提供するために、会計法から離脱した場合には、その旨、その具体的かつ網羅的な理由、離脱が資産および負債ならびに財政状態および経営成績に与える影響についての情報を記載しなければならない。任意に連結決算書を作成している場合には、企業集団の財政状態および経営成績を評価するために重要でない、連結決算書に対する注記は省略できるが、企業集団の税制状態および経営成績を判断するために必要な情報は含めなければならない。真実かつ公正な概観の提供の要求は連結決算書についても同様に存在する。

(2) 中小企業向け IFRS 導入の検討

財務省は、会計法の2004年改正法案（Ot.prp. nr. 39（2004-2005）Om lov om endringer i lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v.（regnskapsloven）og enkelte andre lover（evaluering av regnskapsloven））において、中小企業向け IFRS が国際的な会計基準の簡素化された適用についてのルールの制定に有用であり得ると考えられるとし、それは国際的に受容され、ルールの開発に必要な資源を節約することにもなり得るとしていた（p.30）。これをうけて、ノルウェー会計財団は、2010年10月に、かなり詳細な報告書（Norsk RegnskapsStiftelse [2010b]）を付して書簡を財務省に提出したが、そこでは、中小企業向け IFRS はノルウェーで用いるのにふさわしいとした（Norsk RegnskapsStiftelse [2010a]）。

そして、2015年に、財務省は、新しい会計法についての調査委員会報告書（NOU 2015：10 Lov om regnskapsplikt）につき意見聴取を行った。そこで、

提案された改革の一部は、ノルウェーの会計基準を小規模企業向けの IFRS に基づく要求事項に置き換えることであり (p.25, 305-306)⁹³⁾、これは、2016年調査委員会報告書⁹⁴⁾でも維持された。

しかし、2017年法案⁹⁵⁾では、会計法を改正後 EU 会計指令に合わせるためにすら必ずしも十分でない程度まで、改正は最小限にとどめられた⁹⁶⁾。この理由は以下のように説明されている。すなわち、意見聴取段階において、ノルウェーの会計基準を小規模企業向けの IFRS に基づく要求事項に置き換えるという提案に対して、聴取対象団体の意見は分かれた。提案に反対するものは、決算書作成義務者にとって、初期コストが生ずるのみならず、将来にわたってコストの増加が見込まれるが、このコストは決算書利用者にとってのベネフィットの増加によっては埋め合わせられない、調査委員会は提示した提案以外の、現行の会計法に最も近い変更という選択肢が社会・経済的な解決策とならないかどうかを検討していないと指摘した。これをうけて、財務省は、新しい法についての調査委員会の提案について判断する前に、さらに作業をすることが必要であると考えに至ったため、法案では、調査委員会の提案のうち、ビジネス社会にとって重要な簡素化をもたらすもの、すなわち、限定決算書作成義務、小規模会社についての年度報告書 (årsberetning) 作成義務の免除⁹⁷⁾、会社法における開始貸借対照表および臨時貸借対照表作成義務の撤廃⁹⁸⁾、および、暦年以外の会計年度を選択できる場合の拡張のみを対象とした。また、EU 会計

93) また、よい会計実務 (god regnskapsskikk) に従うことを要求する規定を会計法から削除し、会計基準設定主体についての規定を置くことを提案した (p.27-28)。

94) NOU 2016 : 11 Regnskapslovens bestemmelser om årsberetning mv

95) Prop. 160 L (2016-2017) Endringer i regnskapsloven mv. (forenklinger)

96) このことは、会計学の研究者や会計専門職業人の期待 (See Stenheim/Schwencke [2016] ; Stenheim *et al.* [2017] ; Kvall [2017] p.153) に反するものであった。

97) 改正後会計法の下では、小規模企業は年度報告書を作成することを要しないが (3-1条)、3-3a 条に従って、年度報告書を作成する場合には、その旨を年度報告書に記載することが推奨されている (NRS 8)。そして、この場合には、小規模企業にも NRS 16 「年度報告書」が適用される。また、小規模企業が連結決算書を任意に作成する場合には、年度報告書は企業集団全体の活動も対象としなければならない。

指令（2013/34/EU）にノルウェー法が従うためにはしなければならない作業が残っており、財務諸表は、そのための改正法案を改めて、議会に提出する⁹⁹⁾と法案で説明されていた¹⁰⁰⁾。

この法案は、財務委員会における審議¹⁰¹⁾および本会議における審議¹⁰²⁾を経て、2017年12月15日法律第105号として成立し、会計法が改正された。

(3) ノルウェー会計財団およびノルウェー会計基準委員会の対応

ノルウェー会計基準委員会は、2014年に、中小企業向けIFRSをベースとした会計基準について意見を求め、2018年末までには会計基準を完成させる予定であった。そして、このように会計法に中小企業向けIFRSを反映するという方針が放棄されたが、2018年3月時点では、この計画通り、2018年末までに、作業を完了するというのが会計基準委員会のメンバーの多数意見であり、ノルウェー会計財団理事会はその方針を維持した。しかし、同年5月14日に、会計基準委員会のメンバーであり、大手の監査事務所であるEY, DeloitteおよびPwCが会計財団の理事会に対し、法律が改正されるまでは、中小企業向け

98) 設立、合併、分割または株式会社の公開株式会社への転換の際の開始貸借対照表または臨時貸借対照表の作成が要求されなくなった。

99) その後、金融監督庁（Finanstilsynet）の提案（Gjennomføring av regnskapsdirektivet i norsk rett, brev av 22. mars 2019）がなされたが、そこでも、EU会計指令との整合性を図ることに絞られており、中小企業向けIFRSの規律に近づけるという観点からの提案はされていない。そして、非財務情報の開示については、Prop.63 L（2018-2019）Endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven（etablering av et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering og en styrking av aktivitets- og redegjørelsesplikten）が提出され、2019年6月21日法律第57号（Lov om endringer i diskrimineringsombudsloven og likestillings- og diskrimineringsloven（etablering av et lavterskeltilbud for behandling av saker om seksuell trakassering og en styrking av aktivitets- og redegjørelsesplikten））として成立し、会計法が一部改正された。

100) Prop. 160 L（2016-2017）, p.7.

101) Innst.46 L（2017-2018）Innstilling frå finanskomiteen om Endringer i regnskapsloven mv.（forenklinger）

102) Lovvedtak 5（2017-2018）Vedtak til lov om endringer i regnskapsloven mv.（forenklinger）

IFRS をベースとした基準設定作業は中止すべきであるという書簡を送付し、会計財団は、それに沿って、10月に、方針を変更し、中止を決定した（Hanstad [2018]）。

この文脈において、ノルウェー会計財団は現在の仕組みからノルウェーに適応させた中小企業向け IFRS の移行が初期費用および継続的な増分費用を生じさせないことを明らかにする任務を引き受けることになり（Hanstad [2018] p. 48）、2018年12月21日には、財務省に、現行の仕組みとノルウェーに適応させた中小企業向け IFRS との重要な相違点を示す分析結果と一会計上の影響はほとんどなく、重要ではないことを示すのにふさわしい一計算書類の例を含む書簡を送付した（ただし、この書簡は、注記の変更についてふれていなかった）。また、分析結果は、ノルウェーに適応させた中小企業向け IFRS への移行のための負担もほとんどないことを示していた。

(4) ノルウェー会計基準第21号

小規模企業のうち、営業者が無限責任を負う1人企業および社員（有限責任会社が社員に含まれないことが要件）が無限責任を負う企業は、それがよい会計慣行であるとみなされる場合には、追加情報を伴った、年度損益および残高についての税務上の報告に基づいて年度決算書を作成できるとされている（会計法3-2b条）。

これをうけて、会計法3-2b条に基づいて、限定された会計ルールに従って、年度決算書を作成することを選択した決算書作成義務者のためのよい会計慣行の内容を明らかにするため、ノルウェー会計基準委員会は、2019年9月に、ノルウェー会計基準第21号（NRS 21）「限定決算書作成義務を負う企業のためのよい会計慣行（God regnskapsskikk for foretak med begrenset regnskapspflicht）」を策定し、公表した。

会計法3-2b条の下で年度決算書を作成することを選択した決算書作成義務者には、会計法の第3章 年度決算書および年度報告書（3-2b条を除き、3-1条から3-9条まで）、第4章 基本的な会計原則およびよい会計慣行（4-1条か

ら4-6条まで）、第5章 評価のルール（5-1条から5-20条まで）、第6章 損益計算書、貸借対照表およびキャッシュフロー計算書（6-1条から6-6条まで）および第7章 注記情報（7-1条から7-46条まで）の適用はない。他方、年度決算書を限定された会計ルールに従って作成する決算書作成義務者にも年度決算書を限定された会計ルールに従って作成する決算書作成義務者にも、会計法の第1章 範囲、義務者および定義ならびに第8章 公開、決算書の提出および罰則は、他の決算書作成義務者と同様に適用される。

限定決算書作成義務についてのルールは、作成義務者が所得申告書（næringsoppgave）を提出する義務を負っていること（租税手続法8-2条第1パラグラフaおよび8-9条）を前提としている¹⁰³⁾。そして、国税局は、限定された会計ルールに従って年度決算書を作成する決算書作成義務者および決算書作成義務を負わないパートナーシップと法性決定された企業のための所得申告書の様式として所得申告書5（RF-1368）を定めている。

要件をみだす決算書作成義務者は、年度決算書を限定的な決算書作成ルールに従って作成するか、会計法が定める原則的なルールに従って、作成するかを選択することができる。

納税義務者が年度決算書を限定された会計ルールに従って作成することを選択したときは、会計法3-2b条およびノルウェー会計基準第21号に定められているルールに従わなければならない、会計法が定める原則的なルールを適用することはできない。

納税義務者が年度決算書を追加情報を伴った、年度損益および残高についての税務上の報告に基づいて作成することで年度決算書作成義務を果たしたことになるということは、会計法のルールに従って年度決算書情報を作成する代わりに、収益および費用の認識時点ならびに資産および負債の測定に関する税法上のルールに従って作成された所得申告書5からの情報を報告することで足り

103) したがって、所得申告書を提出する義務を負わない決算書作成義務者は会計法が定める原則的なルールに従って年度決算書を作成しなければならない。

ることを意味する。提供される会計情報は税務上の報告で示されている数値に基づかなければならない。年度決算書において、税務上の報告中の数値と異なるような変更をしたり、再表示することはできない。

そして、この限定決算書作成義務の帰結は、企業の年度利益は課税所得（事業所得）と一致するということである。この結果、非課税所得および損金算入できない費用は損益計算書には表示されない。収益および費用は会計法が定める取引認識原則、発生主義原則、費用収益対応原則および慎重性の原則（会計法4条）によって認識されるものではない。また、限定決算書作成義務の下では、流動資産は低価法によって測定されず、非流動資産は価値の低下があってもその帳簿価額の減額はなされない。さらに、貸借対照表には、原則的な会計原則および評価ルールの下では貸借対照表において認識されないような純粋な税務上のポジションを示す項目¹⁰⁴⁾が含まれることがある。

年度決算書を限定された会計ルールに従って作成することを選択した決算書作成義務者には、2つの損益計算書および貸借対照表の表示方法が認められている。1つは、限定決算書作成者および決算書作成義務を負わないパートナーシップであると法性決定された企業のための所得申告書5をその年度決算書とすることを選択できる。もう1つは、所得申告書5に含まれている情報を要約することによって年度決算書を作成することである。この場合、損益計算書には、営業収益、売上原価、労務費、その他の営業費用、営業費用合計、営業利益、財務収益／財務費用、課税所得を記載し、貸借対照表には、固定資産、流動資産、資産合計、課税資本 (Skattemessig egenkapital)、非課税資本 (Ubeskattet egenkapital)、長期負債、短期負債、資本・負債合計が記載される。

限定された会計ルールに従って年度決算書を作成する決算書作成義務者にはいくつかの注記が求められる。第1に、年度決算書が限定された会計ルールに従って作成された旨を注記しなければならない。所得申告書5を年度決算書と

104) たとえば、損失が実現した事業資産に係るプラスの残高勘定またはマイナスの損益勘定（資産）および利得が実現した事業資産に係るマイナスの残高勘定またはプラスの損益勘定（非課税資本）。

して用いることを選択した決算書作成義務者は、最初の頁の「事業情報」の下に、これを記載する¹⁰⁵⁾。所得申告書5からの要約情報によって年度決算書を作成することを選択した決算書作成義務者の場合、通常、会計法3-2b条およびノルウェー会計基準第21号に言及しつつ、年度決算書が限定された会計ルールに従って作成された旨を記載すれば足りる。

第2に、当該会計年度における平均従業員数（常勤換算）を記載しなければならない。所得申告書5を年度決算書として用いることを選択した決算書作成義務者は、最初の頁の「事業情報」の下に、これを記載する。

第3に事業継続についての不確実性がある場合には、その不確実性を開示しなければならない。所得申告書5を年度決算書として用いることを選択した決算書作成義務者は、最初の頁の「事業情報」の下に、これを記載する。そして、納税義務者が年度決算書における不確実性について追加的な情報を提供しようとするときは、当該不確実性を記載した別の文書を作成することができ、それを年度決算書に添付する。

第4に、課税資本の調整表を記載する。非課税資本は含めない。調整表には、少なくとも、期首残高、課税所得、非課税所得、控除対象外費用、その他の資本調整および期末残高を含めなければならない

所得申告書5をその年度決算書として用いることを選択した決算書作成義務者にとっては、資本の調整表は所得申告書5の4頁に示されている様式に従うことになる。他方、所得申告書からの要約情報によって年度決算書を作成することを選択した決算書作成義務者は、重要な非課税所得、重要な控除対象外費用およびその他の重要な資本の修正を区分して資本の調整表に示すことになる。所得申告書5の4頁に示されている区分は参考となる。

非課税所得および控除対象外費用は、それが課税対象または控除対象であれば認識されたであろう会計年度の資本の調整表に含めなければならない。決算

105) 現実には、電子申告なので、納税義務者が当該企業は会計法の下で限定決算書作成義務を負っているか、所得申告書5を年度決算書として用いるかおよび年度決算書が限定された会計ルールに従って作成されたかという質問に肯定的に答えることになる。

書作成義務者が限定された会計ルールに従って年度決算書を作成することを選択した最初の会計年度の期首残高を再表示する必要はない。

年度決算書の公開と提出に関する会計法第8章の規定は、年度決算書を限定された会計ルールに従って作成する決算書作成義務者にも他の決算書作成義務者と同様に適用される。

会計法8-1条に従った年度決算書の公開は、すべての者がその内容を知ることができることを意味する。したがって、所得申告書5をその年度決算書と用いることを選択した決算書作成義務者の場合はその所得申告書5（4頁すべて）が公表決算書となり、それはだれでも閲覧することができる権利を有することとなる。年度決算書を所得申告書からの要約情報から作成することを選択した決算書作成義務者にとっては、当該年度決算書が公表決算書となる。年度決算書の承認から1カ月以内に、会計法8-2条に従って、作成義務者は年度決算書の写しを決算書登記所（Regnskapsregisteret）に送付しなければならない。

限定決算書作成義務を負う場合には、年度決算書作成義務は所得申告書5からの情報を報告することによって果たされる。したがって、年度決算書を作成し、提出した後に、新たな所得申告書を提出した場合には、所得申告書5をその年度決算書として用いている決算書作成義務者は常に新たな年度決算書を決算書登記所に送付しなければならない。他方、納税義務者が所得申告書5からの要約情報によって年度決算書を作成している場合には、所得申告書の変更が年度決算書の内容に影響を与えるときに限り、新たな年度決算書を作成し、承認し、提出しなければならない。

限定された会計ルールの適用から会計法が定める原則的なルールの適用へ移行する場合には、決算書作成義務者は、会計法1-2-1条第2パラグラフから第4パラグラフまでの規定に従って、資産の価値を算定しなければならない。取得原価が不明な場合には、公正価値を上限として、取替原価から減価償却累計額を控除した額または課税価格を開始貸借対照表において用いることができる。

参考文献

- Aamir, S./Farooq, U. [2010] *Assessing the Preparedness of Small and Medium-sized Entities in Sweden to Adopt International Financial Reporting Standard (IFRS) for Small and Medium-sized Entities (SMEs)*, Umeå School of Business, Umeå University.
- Abrahamsson, G./Arnell, G./Overud, M. [2011] Kan BFN : s K3-regelverk lyfta svensk redovisning? *Balans*, nr. 3 : 42-44
- André, P. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from European Countries, *Accounting in Europe*, vol. 14, no. 1/2 : 1-12
- Anónimo [2007] *El Congreso supervisará el nuevo plan contable simplificado para pymes*
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2007/03/23/economia/1174632987_850215.html
- Anónimo [2019] *¿Cómo se aplican en España las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) ?*, Posted on 25 noviembre 2019<<https://circulante.com/finanzas-corporativas/niif-normas-internacionales-informacion-financiera/>>
- Antão, A. et al. [2009] Sistema contabilístico para pequenas empresas : recomendações e boas práticas, *TOC Revista*, N.º 109 : 28-34
- Artsberg, K. [1996] The link between commercial accounting and tax accounting in Sweden, *European Accounting Review*, vol.5, supplement 1 : 795-814
- ACCA (Association of Chartered Certified Accountants) [2007] *IFRS for SMEs*, 28 November 2007
- ANC (Autorité des Normes Comptables) [2010a] *Consultation sur la norme internationale d'information financière pour les petites et moyennes entreprises*, 12 mars 2010
- ANC [2010b] *Plan stratégique ANC 2010-2011*
- Baksaas, K. M. [2010] Bør Norge innføre IFRS for SMEs?, *Magma*, vol.13, nr. 8 : 24-34
<<https://www.magma.no/bor-norge-innfore-ifrs-sme>>
- Beiersdorf, K./Davis.A. [2006] IASB-Standard for Small and Medium-sized Entities : keine unmittelbare Rechtswirkung in Europa, *Betriebs-berater*, 61.Jg., Heft 18 : 987-990
- Biebel, R. [2008] Rechnungslegung aus europäischer Sicht, *Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung*, 3.Jg., Heft 2 : 79-83
- Bokföringsnämnden (BNF) [2004] *Information om ändrad inriktning på normgivningen (2004-05-10)*
<<https://www.bfn.se/om-bokforingsnamnden/k-projektet/#normgivningen?>>
- Bokföringsnämnden (BNF) [2017] *K-regulations (2017-12-20)*
<<https://stage.bfn.se/om-bokforingsnamnden/k-projektet/#normgivningen>>
- Brouwer, A./Hoogendoorn, M. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from the Netherlands, *Accounting in Europe*, vol. 14

- no. 1/2 : 137-149
- Bruns, H.-G./Beiersdorf, K. [2006] Das IASB-Projekt zur Entwicklung von Accounting Standards for Small and Medium-sized Entities (IFRS for SMEs), in : Winkeljohann, N./Herzig, N. (hrsg.) (2006) *IFRS für den Mittelstand. Perspektiven - Anwendung - Praxisberichte*, Schäffer-Poeschel : 45-70
- Burlaud, A. [2007] Faut-il un droit comptable pour les PME?, *Revue du financier*, n° 168 : 121-137
- Burlaud, A./Colasse, B. [2011] International accounting standardisation : Is politics back?, *Accounting in Europe*, vol.8, no.1 : 23-47
- Caria, A.A./Rodrigues, L.L. [2014] The evolution of financial accounting in Portugal since the 1960s : A new institutional economics perspective, *Accounting History*, vol. 19, no.1/2 : 227-254
- CGA-Canada (Certified General Accountants Association of Canada) [2007] *Re : Exposure Draft of International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities (IFRS for SMEs)*, 1 october 2007
- Cheney, G. [2003] Big GAAP and Little GAAP : Has this idea's time come?, *Accounting Today*, vol.17, no.21 : 5 and 48
- Chua, W.F./Taylor, S.L. [2008] The rise and rise of IFRS : An examination of IFRS diffusion, *Journal of Accounting and Public Policy*, vol.27, no.6 : 462-473
- Commission of the European Communities [2007] *Communication from the Commission on a simplified business environment for companies in the areas of company law, accounting and auditing*, COM (2007) 394 final
- CNC (Conseil National de la Comptabilité) [2005] *Modernisation comptable française : Incidences comptes individuels / PME (PME / IAS)*, 21 juin 2005 <<http://www.focusifrs.com/content/view/full/1812>>
- CNC [2007] *Re : ED IFRS for SMEs*, 4 octobre 2007
- CNC [2008] *IFRS for SMEs - Survey of the expectations and needs of SMEs including field tests*
- CNCC (Compagnie nationale des commissaires aux comptes) et CSOEC (Conseil supérieur de l'Ordre des Experts Comptables) [2010] Consultation européenne sur la norme internationale d'information financière pour les petites et moyennes entités (IFRS PME) - novembre 2009, 4 mars 2010
- CNDC (Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti) [2007] *Re : comment letter on IASB ED IFRS for SMEs*, 25 October 2007
- Damak-Ayadi, S. [2009] De l'efficacité des mesures de convergence pour préparer le passage aux IAS/IFRS en France, *Revue des sciences de gestion*, n° 236 : 73-84
- Degos, J.-G. [2007] Le futur de la comptabilité est-il compatible avec la comptabilité du futur?, *Revue des sciences de gestion*, n° 224-225 : 185-197

- Di Pietra, R. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from Italy, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 121-130
- Diario de Sesiones [2007a] Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones*, Año 2007, VIII Legislatura, Núm. 764, Economía y Hacienda, Sesión núm. 40, 27 de febrero de 2007
- Diario de Sesiones [2007b] Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación permanente*, Año 2007, VIII Legislatura, Núm. 243, Sesión plenaria núm. 225, 22 de marzo de 2007
- Doadrio, L./Alvarado, M./Nieves, C. [2015] Reforma de la normativa contable española : análisis de su entramado institucional, *Revista de Contabilidad*, vol.18, no.2 : 200-216
- DASB (Dutch Accounting Standards Board/Raad voor de Jaarverslaggeving) [2007] Letter to EFRAG regarding the exposure draft of a proposed IFRS for Small and Medium-sized Entities <<http://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/ProjectDocuments/33/CL08-EDIFRSforSMEs-DASB.pdf>>
- DASB [2010a] Consultation on the International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities <[https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/FISMA/markt_consultations/Library/accounting/2010_consultation/authorities_standard/NL-\(DASB\)DutchAccountingStandardsBoard_en.pdf](https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/FISMA/markt_consultations/Library/accounting/2010_consultation/authorities_standard/NL-(DASB)DutchAccountingStandardsBoard_en.pdf)>
- DASB [2010b] Letter to EFRAG regarding compatibility of the IFRS for SMEs and the EU accounting directive <<http://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/ProjectDocuments/172/CL01DASB.pdf>>
- DRSC (Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee/Accounting Standards Committee of Germany) [2006] *IASB Project : Accounting Standard for Small and Medium-sized Entities (SMEs)* https://www.drsc.de/app/uploads/2017/04/IASB_SME_160206-3.pdf
- DRSC [2007a] *Final report of the survey on the ED-IFRS for SMEs among German SMEs* https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/071213_cl_GASB_SME_Final-Report_partIII.pdf
- DRSC [2007b] *EFRAG's draft comment letter on the exposure draft of an International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities (ED-IFRS for SMEs)* https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/cl_EFRAG_IFRSforSMEs.pdf
- DRSC [2007c] *Exposure Draft of an International Financial Reporting Standard for Small and Medium-Sized Entities (ED-IFRS for SMEs)* https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/071213_cl_GASB_SME_partI.pdf
- DRSC [2008a] *Report on the field tests in Germany regarding ED-IFRS for SMEs* https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/080408_ReportonGermanFieldTests.pdf

- DRSC [2008b] *IASB Exposure Draft "International Financial Reporting Standard for Private Entities"*
https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/081007_cl_GASB_IFRSforPEs.pdf
- DRSC [2010a] *Consultation on the International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities* https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/100312_GASB_EU-Consultation_IFRSforSMEs.pdf
- DRSC [2010b] *EFRAG's draft letter advice on compatibility of the IFRS for SMEs and the EU accounting directives*
https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/100419_cl_GASB_EFRAG_compatibility_IFRSforSMEs_EU.pdf
- DRSC [2010c] *Final report of the survey on the IFRS for SMEs among German "small" publicly traded entities* https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/110110_sme_survey_small-publicly.pdf
- Eierle, B./Haller, A. [2009] Does size influence the suitability of the IFRS for Small and Medium-sized Entities? Empirical evidence from Germany, *Accounting in Europe*, vol.6, no.2 : 195-230
- European Commission [2010] *Summary report on the responses received to the Commission's consultation on the IFRS for SMEs*
- European Commission [2011] *Commission Staff Working Paper, Part I Impact Assessment, Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings*, SEC (2011) 1289 final
- EFRAG (European Financial Reporting Advisory Group) [2005] Re : IASB Questionnaire on Possible Recognition and Measurement Modifications for Small and Medium-sized Entities (SMEs), 6 July 2005
- EFRAG [2006] Re : *IASB SME Project*, 1 February 2006
- EFRAG [2008] Re : *ED of a Proposed IFRS for Small and Medium-sized Entities*, 7 February 2008.
- EFRAG [2010] *Advice on compatibility of the IFRS for SMEs and the EU Accounting Directives* <[https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/ProjectDocuments/172/Letter to European Commission.pdf](https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/ProjectDocuments/172/Letter%20to%20European%20Commission.pdf)>
- Evans, L. *et al.* [2005] Problems and opportunities of an International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities : The EAA FRSC's comment on the IASB's discussion paper, *Accounting in Europe*, vol.2, no.1 : 23-45
- FEE (Fédération des Experts-comptables Européens) [2010] *FEE Position on EC Consultation on IFRS for SMEs*, 12 March 2010
- Fülbier, R.U./Gassen, J. [2010] *IFRS for European Small and Medium-Sized Entities? A*

Theoretical and Empirical Analysis. Research Report commissioned by DGRV, Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e.V.

- Fülbier, R. U. *et al.* [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from Austria and Germany, *Accounting in Europe*, vol. 14, no. 1/2 : 13–28
- Gallo, G./Torricelli, C./van Soest, A. [2018] Individual heterogeneity and pension choices : Evidence from Italy, *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol.148 : 260–281
- Garrido Miralles, P./Vázquez Meira, P.J. [2011] NIIF vs. PGC 2007 : las diferencias más notables, *Partida Doble*, Nº 232 : 10–23
- Gassen, J. [2017] The effect of IFRS for SMEs on the financial reporting environment of private firms : An exploratory interview study, *Accounting and Business Research*, vol.47, no.5 : 540–563
- Gomes, J./Pires, J. [2011] *Normalização Contabilística para Microentidades – Casos Práticos e Enquadramento Legal*, Vida Económica –Editorial
- Gonzalo Angulo, J.A. [2014] La reforma contable española de 2007 : un balance, *Revista de Contabilidad*, vol.17, no.2 : 183–200
- Goransson, W. [2008] *The Pain Versus the Gain : A Qualitative Study on the Proposed IFRS for SMEs Whether It Would Be Suitable for Companies in Sweden*
<<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:142517/FULLTEXT01.pdf>>
- Haller, A./Eierle, B. [2004] Accounting Standards for Small and Medium-sized Entities – erste Weichenstellung durch das IASB, *Betriebs-Berater*, 59.Jg., Heft 34 : 1838–1845
- Hanstad, P. [2018] Regnskapsreguleringen i Norge – hva er egentlig status?, *Magma*, vol.21, nr.1 : 47–51<<https://www.magma.no/regnskapsreguleringen-i-norge>>
- Heintzen, M. [2001] Der EU-Verordnungsentwurf zur Anwendung von IAS : Kein Verstoß gegen Unionsverfassungsrecht, *Betriebs-berater*, 56. Jg., Heft 16 : 825–829
- Hellmann, A./Perera, H./Patel, Ch. [2013] Continental European accounting model and accounting modernization in Germany, *Advances in Accounting*, vol.29 : 124–133
- Hermosa, P. Y. [2016] Normas contables internacionales y su aplicación a las pymes españolas, *Economistas*, Nº 149 : 146–151
- Hoogeveen, R./Jordaan, G. J. [2011] IFRS SME ja of nee?, *Accountant*, nr. 3, 2011 : 18–19
- Indarti, L./Huang, L./Pham, T.T.H. [2009] *Accounting for Small and Medium Sized Enterprises in Sweden*
<<http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/1626979/file/2435635.pdf>>
- Ibars, J. P. [2012] Nuevos desafíos para la profesión contable : NIIF para pymes, modelo español<<http://www.cilea.info/public/File/26 Seminario Sucre/1 - ESPANA Puigvert PONENCIA 120627.pdf>>
- IASB (International Accounting Standards Board) [2003] *Board decisions on International*

- Financial Reporting Standards : Small and Medium-sized Entities*
<<http://www.ifrs.org/Updates/IASB-Updates/2003/Documents/sep03.pdf>>
- IASB [2007] *Exposure draft : IFRS for Small and Medium-sized Entities*
- IASB [2009] *Basis for conclusions : IFRS for Small and Medium-sized Entities*
<<https://www.dejongeaccountants.nl/wp-content/uploads/2014/08/IFRSforSMEsBasisforConclusions.pdf>>
- IFAC (International Federation of Accountants) [2007] *Exposure Draft of International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities*, 30 November 2007
- Isidro, H./Pais, Cl. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules - Evidence from Portugal, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 164-176
- Janssen, J. [2009] *Rechnungslegung im Mittelstand*, Springer Gabler
- Jarva, H./Silvola, H. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules - Evidence from Finland, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 88-93
- Kaufhold, G. [2015] Compatibility of the IFRS for Small and Medium-sized Entities and the new EU-Accounting Directive, *Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis*, vol.63, no.6 : 1945-1951
- Kaya, D./Koch, M. [2015] Countries' adoption of the International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities (IFRS for SMEs) - early empirical evidence, *Accounting and Business Research*, vol.45, no.1 : 93-120
- von Keitz, I./Stibi, B. [2004] Rechnungslegung nach IAS/IFRS - auch ein Thema für den Mittelstand?, *Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR)*, 4. Jg. : 423-429
- Kirwan, C. E./Pierce, A. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules - Evidence from Ireland, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 113-120
- Kormann, J. [2009] Der Rechtsrahmen für Rechnungslegungsvorschriften zu Lasten von nichtkapitalmarktorientierten KMU und Handwerksbetrieben, in : Hinterdobler, T./Küpper, H.-U. (hrsg.), *Ausrichtung der Rechnungslegung für KMU und Handwerksbetriebe - Kriterien, Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen ihrer Regulierung in europäischen Kontext* : 77-103
- KPMG [2008] *Results of the external study on the feasibility of an alternative to the capital maintenance regime of the Second Company Law Directive and the impact of the adoption of IFRS on profit distribution*
- Kvaal, E. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules - Evidence from Norway, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 150-157
- Lamas, F.R. [2009] La nueva NIIF para pyme : parecidos y diferencias con el PGC, *Partida doble*, N° 216 : 34-45
- Le Manh, A. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National

- Accounting Rules – Evidence from France, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 94–101
- Lo Russo, R. [2008] Où en est-on du projet de l'IASB de normes IFRS pour les PME?, *Revue française de comptabilité*, n° 415 : 33–38.
- Lo Russo, R. [2010a] Où en est-on avec le projet de l'IASB de norme IFRS adaptée pour les PME?, *Revue des sciences de gestion*, n° 245–246 : 141–148
- Lo Russo, R. [2010b] *Droit comptable européen*, Larcier
- Marton, J. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from Sweden, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 207–216
- Matos Pereira, E. [2012] *O Regime de Normalização para as Microentidade*, Universidade de Aveiro Instituto Superior de Contabilidade e Administração.
- Mattei, M. [2014] Il progetto IFRS for SMEs e le sue relazioni con le proposte di revisione delle Direttive Europee, *Piccola Impresa / Small Business*, no.1 : 89–113 <<http://rivistapiccolaimpresa.uniurb.it/index.php/piccola/article/view/165/167>>
- Mazars [2008] *Les Normes IFRS pour les PME : Perceptions et Attentes à Travers l'Europe*
- Ministerio de Economía/Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) [2002] *Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España)*, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
- <[http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/1.Nacional/07.Otra_documentacion/2.Otros/10.Libro Blanco de la Contabilidad.pdf](http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/1.Nacional/07.Otra_documentacion/2.Otros/10.Libro_Blanco_de_la_Contabilidad.pdf)>
- Mora, A. [2017] The Role and the Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from Spain, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 199–206
- Nilsen, J.-Ch. [2008] IFRS for small and medium sized companies – from a regulators perspective
- <<http://www.iasb.org/NR/rdonlyres/8C3BCD05-9EC2-45D5-9F0C-694F3F341338/0/RegulatorsPerspectiveJanChristianNielsen10May.pdf>>
- Nilsson, P. [2011] Kort om K3-reglerna för årsredovisning företag, *Skattenytt*, nr 5 : 263–272
- Norsk RegnskapsStiftelse [2010a] *Regnskapsstiftelsens brev til Finansdepartementet om IFRS for SMEs*
- Norsk RegnskapsStiftelse [2010b] *IFRS for SMEs, notat fra arbeidsgruppen*, del I og II <<http://www.regnskapsstiftelsen.no/wp-content/uploads/2015/06/IFRS-SME-rapport-del-1.pdf>> ; <<http://www.regnskapsstiftelsen.no/wp-content/uploads/2015/06/IFRS-SME-rapport-del-2.pdf>>
- Oehler, R. [2005] *Auswirkungen einer IAS / IFRS-Umstellung bei KMU*, Herbert Utz Verlag
- Oldham, K.M. [1975] *Accounting Systems and Practice in Europe*, Gower Press
- OIC (Organismo italiano di contabilità) [2010] *Consultation on the International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities*

- <http://www.fondazioneoic.eu/wp-content/uploads/downloads/2010/12/2010-03_OIC_Consultation-questionnaire-on-IFRS-for-SMEs.pdf>
- Pacter, P. [2007] IFRS für kleine und mittelgroße Unternehmen? – Interview mit Paul Pacter, *Wirtschaftsprüfung*, 60.Jg., Heft 8 : 327-332
- Pacter, P. [2017] *Pocket Guide to IFRS Standards : the global financial reporting language*, IFRS Foundation <<https://cdn.ifrs.org/-/media/feature/around-the-world/pocket-guide/pocket-guide-2017.pdf>>
- Ram, R./Newberry, S. [2013] IFRS for SMEs : The IASB's due process, *Australian Accounting Review*, vol. 23, no. 1 : 3-17
- Ram, R./Newberry, S. [2017] Agenda Entrance Complexity in International Accounting Standard Setting : The case of IFRS for SMEs, *Abacus*, vol.53, no.4 : 485-512
- Roque, O. [2010] O SNC e as microempresas, *TOC Revista*, N.º 124 : 49-52
- Santucci, S. [2008] General observations about the adequacy of the proposed ED IFRS for SMEs issued by IASB as a suitable accounting framework for SMEs, *Economia Aziendale Online*, vol.1, no.2 : 151-163 <<http://riviste.paviauniversitypress.it/index.php/ea/article/view/550/525>>
- Saucke, M. [2015] *Full IFRS and IFRS for SMEs adoption by private firms : Empirical evidence on country level*, PL Academic Research
- Schildbach, T. [2009] Rechnungslegung nach IFRS und ihre Beurteilung aus der Sicht der Anforderungen von KMU und Handwerksbetrieben, in : Hinterdobler, T./Küpper, H.-U. (hrsg.), *Ausrichtung der Rechnungslegung für KMU und Handwerksbetriebe, Kriterien, Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen ihrer Regulierung im europäischen Kontext*, Ludwig-Fröhler-Institut : 33-76
- Schwencke, H.R. [2019] Standardsetting på regnskapsfeltet – på stedet hvil?, *Magma*, vol.22, nr.1 : 11-13 <<https://www.magma.no/standardsetting-pa-regnskapsfeltet-pa-stedet-hvil>>
- Scott, D. [2020] Second comprehensive review of the IFRS for SMEs Standard. What does alignment mean? <<https://cdn.ifrs.org/-/media/project/2019-comprehensive-review-of-the-ifrs-for-smes-standard/inbrief-smes-august-2020.pdf?la=en>>
- Sellami, Y./Gafsi, Y. [2018] What drives developing and transitional countries to adopt the IFRS for SMEs? An institutional perspective, *Journal of Corporate Accounting and Finance*, vol.29, no. 2 : 34-56
- da Silva Couto, M.C.R./da Silva Monteiro, S. M. [n.d.] *Normativo Contabilístico para Pequenas e Microentidades : implicações ao nível do Relato Financeiro* <<https://www.occ.pt/news/comcontabaudit/pdf/119.pdf>>
- Stenheim, T./Baksaas, K.M./Schwencke, H.R. [2017] Forslag til ny Norsk regnskapsstandard : Nasjonale avvik i forhold til IFRS for SMEs, *Revisjon og Regnskap*, no.1 : 33-38
- Stenheim, T./Schwencke, H. R. [2016] IFRS for SMEs som grunnlag for ny norsk

regnskapsstandard, *Praktisk økonomi og finans*, vol.32, no.4 : 333-344

Stiftung Familienunternehmen/VMEBF e.V. (hrsg.) [2010] *Die internationale Bilanzierungsrichtlinien (IFRS for SME). Implikationen für Familienunternehmen und den Gesetzgeber*, Stiftung Familienunternehmen

<https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Internationale-Bilanzierungsrichtlinien_IFRS-SME.pdf>

Teixeira de Carvalho, C.M. [2011] A NCRF-PE e as NCRF do SNC : principais diferenças, *TOC Revista*, N.º 133 : 30-34

Thinggaard, F. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules - Evidence from Denmark, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 67-79

Winkeljohann, N./Morich, S. [2009] IFRS für den Mittelstand : Inhalte und Akzeptanzaussichten des neuen Standards, *Betriebs-berater*, 64.Jg., Heft 31 : 1630-1634

潮崎智美 [2017] 「IASB デュー・プロセスにおける会計基準設定主体の行動—中小企業向け IFRS に対するドイツの対応」小津稚加子 (編著) 『IFRS 適用のエフェクト研究』(中央経済社) : 103-119

V オーストラリア／ニュージーランド／カナダ

1 オーストラリア

(1) 会計基準に従った財務報告書の作成義務

オーストラリアにおいては、小規模閉鎖会社 (small proprietary companies) および小規模保証有限会社 (small companies limited by guarantee) を除き¹⁰⁶⁾、原則として、会計年度ごとに財務報告書および取締役報告書を作成しなければ

106) 小規模閉鎖会社は、5%以上の議決権を有する株主による書面による要求があった場合またはオーストラリア証券投資委員会により指示された場合、その年度の全部または一部の期間、外国の会社によって支配され、かつ、登録外国会社または会社、登録スキームもしくは開示事業体がオーストラリア証券投資委員会に提出した財務諸表の連結の範囲に含まれていない場合、または、その年度に1人またはそれ以上のクラウドファンディングによる株主 (CSF shareholder) (2001年会社法9条) が存在した場合にのみ財務報告書および取締役報告書を作成すれば足りる (2001年会社法292条2項・293条・294条)。同様に、小規模保証有限会社は、5%以上の議決権を有する社員による書面による要求があった場合またはオーストラリア証券投資委員会により指示された場合にのみ財務報告書および取締役報告書を作成すれば足りる (2001年会社法292条3項・294A条・294B条)。

ならないとされている（2001年会社法292条）。そして、財務報告書には当該年度の財務諸表および財務諸表に対する注記ならびに財務諸表および注記についての取締役による確認書が含まれる（2001年会社法295条1項）。

財務報告書は、会計基準に従わなければならないものとされているが（2001年会社法296条1項）¹⁰⁷⁾、小規模閉鎖会社は、当該財務報告書が株主の要求に応じて作成された場合であって、当該要求において当該財務報告書が特定の会計基準に従うことを要しない旨が明示され、かつ、クラウドファンディングによる株主が存在しないときには、特定の会計基準に従うことを要しない（2001年会社法296条1A項）。同様に、小規模保証有限会社は当該財務報告書が社員の要求に応じて作成された場合であって、当該要求において当該財務報告書が特定の会計基準に従うことを要しない旨が明示されているときには、特定の会計基準に従うことを要しない（2001年会社法296条1B項）。

ここで、閉鎖会社には株式会社（Limited by shares）および株式無限責任会社（Unlimited with share capital）が含まれ（2001年会社法112条1項）、閉鎖会社は、被用者ではない株主が50人（この50人にはクラウドファンディングによる株主は含めない）を超えてはならない（2001年会社法113条1項）。そして、閉鎖会社のうち、会計年度末に従業員数100人未満、その会計年度の連結総営業収益5,000万ドル未満、および、その会計年度末の連結総資産2,500万ドル未満という3つの規準のうち2つ以上をみたすものが小規模閉鎖会社とされる（2001年会社法45A条2項、2019年会社改正（閉鎖会社閾値）規則）¹⁰⁸⁾。

107) 会社の場合であれば、財務諸表およびその注記はその会社の、さらに、連結財務諸表を作成することが要求されているときは、連結された企業集団（consolidated entity）の、それぞれ、財政状態および経営成績の真実かつ公正な概観を与えなければならない（2001年会社法297条）。もっとも、この要求は、会計基準を遵守して財務報告書を作成する義務に影響を与えないものとされている。

(2) 中小企業向け IFRS と軽減された開示要求

オーストラリア会計基準（Australian Accounting Standards）は、2001年会社法の下で財務報告書を作成しなければならないすべての事業体¹⁰⁹⁾、すべての報告事業体（reporting entity）¹¹⁰⁾、その他一般目的財務報告書を作成する事業体が適用しなければならないものとされている。ところが、会社法経済改革プログラム文書（CLERP Paper）第9号「企業開示—財務報告の枠組みの強化（Corporate Disclosure – Strengthening the Financial Reporting Framework）」（2002年）の Paragraph 6.2 で示された根拠に基づき、財務報告評議会による戦略的指示に従って、2005年1月1日以降に開始する報告年度から適用されるオーストラリア会計基準はオーストラリア版国際財務報告基準（Australian equivalents to International Financial Reporting Standards）¹¹¹⁾を中核とするものとなった。そのため、過重負担が生じているのではないかという懸念が示されるようになった（CPA Australia [2007] p.51 ; Durkin [2009] p.5 ; ICAA [2007] p.5 ; Reilly [2009]）。

そこで、当初、オーストラリア会計基準審議会（AASB）は、中小企業向け IFRS のオーストラリアにおける適用とそれが分別化された報告に対して有す

108) 2019年の改正により、総資産額および総営業収益の額について閾値が2倍に引き上げられた。AASBの調査（AASB [2019b]）によると、オーストラリア証券・投資委員会に財務諸表を提出している約7295の事業体のほか、若干の大規模閉鎖会社などがこれにより影響を受けると推計されていた。

109) オーストラリア証券投資委員会はこのように解してきたが（ASIC [2005] para.2）、2001年会社法は、「会計基準（accounting standards）」に従うことを要求しているに過ぎない。

110) オーストラリアの開示規制における重要な概念であり、これについては、会計概念書第1号（Statement of Accounting Concepts : SAC 1）「報告事業体の定義（Definition of the Reporting Entity）」（1990年8月）が、資源の配分に関する意思決定をなし、またはその意思決定を評価するにあたって、有用な情報として、その一般目的財務諸表に依存する利用者が存在することが合理的に予想される事業体をいうと定義していた。そして、AASB 101「財務諸表の表示（Presentation of Financial Statements）」も同様に定義している（Aus7.2）。

111) オーストラリア版とされているのは、報告事業体には、非営利事業体や公的セクターが含まれているため、営利事業体を前提とする IFRS のみではカバーできないものが付加されているためである。

るインプリケーションについて検討を行っていた (Financial Reporting Council [2008] p. 4 and 33-34 ; AASB [2010] BC11)¹¹²⁾。すなわち、IASB は中小企業向け IFRS の公開草案を 2007 年 3 月に公表したが、AASB は、同年 5 月にコメント募集文書 (Invitation to Comment) 第 12 号「オーストラリアにおける分別化された報告制度の改正提案および IASB の中小企業向け IFRS 公開草案に対するコメント募集 (Request for Comment on a Proposed Revised Differential Reporting Regime for Australia and IASB Exposure Draft of A Proposed IFRS for Small and Medium-sized Entities)」(ITC 12) を公表した。ITC12 には、報告事業体という概念ではなく、一般目的財務諸表にオーストラリア会計基準を適用することを求めるべきか、かりに報告事業体という概念を維持する場合には、その概念をどのように改良すべきか、公的説明責任という概念に基づいて、営利事業体のうち、オーストラリア版 IFRS を適用すべきものと中小企業向け IFRS を適用すべきものとを分けるべきか、どのような財務諸表を一般目的財務諸表と考えるべきか、などのほか、中小企業向け IFRS はオーストラリアの事業体に適しているかというような質問が含まれていた。

たとえば、営利事業体については、ITC12 における AASB の提案によると、(a) 公衆が利用可能な財務報告書は一般目的財務報告書と考えられることになり、現在に比べると特別目的財務報告書の数は減少する、(b) 規模規準を下回る中小規模の営利事業体であって、現在は報告事業体にあたるものは、もはやオーストラリア版 IFRS を適用せず、オーストラリア版中小企業向け IFRS を適用することを選択できる、(c) 小規模閉鎖会社は影響を受けないのが原則であるが、財務報告書を作成し提出する場合には、オーストラリア版中小企業向け IFRS を適用することが求められる、(d) 大規模閉鎖会社は規模規準をみたま場合にはオーストラリア版 IFRS を適用するが、規模規準を下回る場合にはオーストラリア版中小企業向け IFRS を適用することになる、(e) 閉鎖会社以外の営利事業

112) Cummings/Evans/Yip [2007] は、中小企業向け IFRS の公開草案の公表は、「警鐘 (wake-up call)」であったと表現している (p.60)。

体であって、上場しておらず、預金受入機関でもないが、一般目的財務報告書を作成または作成しようとするものは、規模規準をみたまときはオーストラリア版 IFRS を、規模規準を下回るときはオーストラリア版中小企業向け IFRS を適用することになるというものであった。

そして、提案されている中小企業向け IFRS の公開草案では、完全版 IFRS に含まれている認識と測定原則について若干の簡素化が提案されているが、それらを IASB は利用者のニーズとコスト・ベネフィットの考慮に照らして適切なものと考えていると指摘しつつ（Preface, p.ix）、提案されている中小企業向け IFRS はオーストラリアとニュージーランドで採用されうるとしていた（Preface, p.xii）。そして、IFRS をオーストラリアの報告枠組みに採用したアプローチと整合的に、AASB は営利事業体との関係では、中小企業向け IFRS の内容を修正するつもりはないとした。これは、修正をすると、中小企業向け IFRS を適用する他の法域との比較可能性をもたらすし、中小企業向け IFRS を修正なしに採用すればオーストラリアにおける基準の手入れのために必要な労力を最小化できるからであるとした（BC53 項 [Preface, p.xxvii]）。

また、AASB は、2009年時点でも、審議会は、IASB の中小企業向け IFRS のベネフィットの多くを速やかに取り込むことを意図しているとし、この基準がオーストラリアで完全に採用されるかどうかは、この基準が他の法域でどの程度広く採用されるかおよびこの基準の将来の変更がどのようにオーストラリアの財務報告上の必要をみたま助けになるかにかかっているとしていた（AASB [2009] p.1）。

しかし、AASB の意見募集文書「分別化された財務報告—削減された開示要求（Differential Financial Reporting – Reduced Disclosure Requirements）」（2010年2月）および公開草案第192号「改訂された分別化された財務報告枠組み（Revised Differential Reporting Framework）」（2010年2月）では、公開草案第192号に示されているような軽減された開示要求、中小企業向け IFRS、現状の維持という3つの選択肢が示され、少なくとも、その時点では、コスト・ベネフィット、利用者のニーズ、および、取引中立性の観点から軽減された開

示要求がより適切であるという見解が示されていた。

結局、AASB 1053「オーストラリア会計基準の階層別適用（Application of Tiers of Australian Accounting Standards）」(2010年6月)によって、公的説明責任¹¹³⁾を負う営利事業体などは、Tier 1の要求にしたがわなければならないものとされ、従来と同様、IFRSを完全に取り込み、オーストラリア特有の要求事項を若干追加したオーストラリア会計基準の適用が要求されるが、公的説明責任を負わない事業体などはTier 2の要求に従えば足りるとして、軽減開示スキームの適用を認めることとした。Tier 2の要求である「オーストラリア会計基準—軽減された開示要求（Australian Accounting Standards - Reduced Disclosure Requirements）」の下では、開示事項はかなり削減されているが（AASB 2010-2「軽減された開示要求から生ずるオーストラリア会計基準の改訂（Amendments to Australian Accounting Standards arising from Reduced Disclosure Requirements）」(2010年6月)が規定）、認識および測定はIFRSと変わらない。

AASB1053では、中小企業向けIFRSを採用しなかった理由について詳細に説明されている。

すなわち、中小企業向けIFRSに対してよせられたコメントはさまざまであって、多くのコメントは開示要求の削減には賛成したが、完全版IFRSと異なる認識および測定の要求には懸念を示した、特定の要求事項が定められていない場合における会計方針の選択の序列について中小企業向けIFRSと完全版IFRSとで異なることについての懸念も示されたとし、また、2組の基準のための訓

113) 公的説明責任とは、経済的意思決定を行うが特定の情報ニーズに適った報告書を作成することを事業体に要求する立場にはない、事業体外の現在および潜在的な資源提供者その他の人々に対する説明責任をいう。私的部門の営利事業体は、公開市場で負債商品または持分商品が取引され、もしくは、公開市場で取引されることを目的として負債商品または持分商品を発行する過程にあるとき、または、事業体の主たる業務に関連して、事業体外の幅広いグループの人々に対して受託責任を負う資産を事業体が保有しているとき（銀行、信用組合、保険会社、証券ブローカー、証券ディーラー、投資信託会社、投資銀行など）に公的説明責任があるとされる。

練と教育には、職業人レベルおよび高等教育レベルでの追加的な初期費用と継続的な費用が生ずることも指摘されたとしている（BC67, 68 and 69）。

そして、中小企業向け IFRS についての IASB に対するコメント¹¹⁴⁾において、AASB は、提案されている中小企業向け IFRS ではそれだけで完結した文書ではなく、完結したものとするためには、完全版 IFRS からより多くのトピックや会計処理方法の選択肢を取り入れる必要があるとコメントした（BC70）。また、公的説明責任を有する事業体の子事業体の中には、親事業体の連結目的のために完全版 IFRS の認識および測定 of 要求事項に従ってその財務情報を作成する必要があるため、提案されている中小企業向け IFRS を一般目的財務諸表の作成にあたって適用することが煩瑣であるとするものがある。そのような子事業体自身は公的説明責任を負っていないが、（連結目的で完全版 IFRS に基づく認識および測定を適用しているため）完全版 IFRS を適用している場合には、作成するのに煩わしくにもかかわらず、しばしば利用者にとっては何らの便益ももたらさない情報を開示することが求められる。そして、中小企業向け IFRS を採用した場合に、それが取り扱っていないものについて完全版 IFRS を参照すると、今度は、完全版 IFRS の開示要求に従わなければならないことになるという問題があるから、完全に最小限の必要な開示、しかし、完全版 IFRS からのより多くのトピックと会計処理方法を取り入れた、完結した中小企業向け IFRS がこの問題を軽減できる可能性があると AASB は指摘した。もっとも、大きな企業集団の子事業体は企業集団に属さない中小事業体に比べると、より広範な活動と取引に関与する可能性が高いから、IASB は、中小企業向け IFRS が要求するのと同様の軽減された開示を認めつつ、完全版 IFRS のすべての認識および測定 of 要求事項を適用して一般目的財務諸表を作成することを公的説明責任を負っている事業体の子事業体に認めることを検討する必要があるという意見を提出した。

114) https://www.aasb.gov.au/admin/file/content106/c2/IASB_ED_IFRSforSMEs_submission.pdf

しかし、確定した中小企業向け IFRS はこれらの懸念の多くに応えなかった。中小企業向け IFRS は特定の選択肢を要求しもしくは排除し、または新たな選択肢を導入するという形で、完全版 IFRS の下での認識および測定 of 会計方針のいくつかの選択肢に変更を加え、中小企業は完全版 IFRS の下での認識および測定 of 会計方針のいくつかの選択肢を利用できないことになり、対応する完全版 IFRS の下での認識および測定 of 要求事項との相違点が存在することになった (BC72)

これらを背景として、AASB は、(a)排除された会計方針の選択肢のいくつかは、多くのオーストラリアの事業体が選好していた会計方針であること、(b)中小企業向け IFRS の下での完全版 IFRS の認識および測定 of 要求事項への変更や中小企業向け IFRS におけるいくつかの会計方針の選択肢の欠如は、親事業体が完全版 IFRS を適用する場合に子事業体が連結目的で会計方針を調整しなければならないことにつながる、(c)中小企業向け IFRS の改訂は広く採用されてから2年後に1回、その後は3年おきになされるので、中小企業向け IFRS を適用する事業体は完全版 IFRS の下では得られる改善と簡素化に与ることができないこと、(d)中小企業向け IFRS を適用する海外の事業体との比較可能性から生じうる便益は、(i)それがどれだけ広く採用されるかに依存し、(ii)国際的な資本市場にアクセスしようとする事業体は通常完全版 IFRS を適用するから、限定的であり、(iii)オーストラリア内ではすべてのタイプの事業体の一般目的財務諸表間の比較可能性を損なうため、減殺されること、(e)認識と測定 of 要求事項の異なる流れを有することは異なる知識の流れを引き起こし、高等教育レベルにおける、または会計職業人内での教育と訓練のコストを高めることになること、(f)一般目的財務諸表を作成している事業体はすでに完全版 IFRS を適用しているので、初期費用を要すること、(g)中小企業向け IFRS の採用はすでに完全版 IFRS の認識と測定 of 会計方針を採用している国にとっては後退するものとみられうること、(h)中小企業向け IFRS における認識および測定 of 要求事項の現実の変更は、オーストラリアの中小事業体にとっての真の経済性をもたらすものではないこと、および、(i)ある事業体が完全版 IFRS へ変更す

る場合または完全版 IFRS から変更する場合に、ある報告階層の認識および測定
の要求事項から他の報告階層のそれにより換えるための費用が生ずること、
を理由として、中小企業向け IFRS を採用することには懸念が残ると判断
し（BC73）、2010年時点では、中小企業向け IFRS はオーストラリアの Tier 2
にはふさわしくないとした（BC74）。

（3） 軽減された開示要求の改善の必要

従来のアプローチは、(a) Tier 2 認識および測定要求事項が中小企業向け
IFRS のそれらと同じ場合には、中小企業向け IFRS 中の開示要求事項を利用し、
(b) Tier 2 認識および測定要求事項が中小企業向け IFRS の下で認められるもの
と同じではない場合には、IASB が中小企業向け IFRS の開発にあたって適用
した「利用者のニーズ」と「コスト-ベネフィット」原則を適用するというもの
であった（AASB [2009] para.14）¹¹⁵⁾。このアプローチに基づいて、完全版
IFRS の開示事項のうち削除できるものを識別するために、現在の基準では陰
影（shading）が用いられた（AASB [2009] para.15）。しかし、現在の Tier 2
フレームワークについての AASB が行った適用後レビューの結果、パラグラ
フ 14 で述べたアプローチを用いて決定された現在の Tier 2 開示要求事項は期
待したような成果をもたらさなかったこと、および、財務情報の利用者にと
つてのベネフィットと作成者にとっての情報を提供するコストとの適切なバラ
ンスを実現するために、軽減された開示要求のレベルを決定するために用いられ
る原則を洗練する必要性¹¹⁶⁾が識別された（AASB [2009] para.16）。

この結果をうけて、AASB は、ニュージーランド会計基準審議会との共同プ
ロジェクトとして、2016年5月に公開草案 277 号「Tier 2 事業体のための軽減
された開示要求」を公表し、実務ガイドラインとともに、軽減された開示要求
の判断枠組みを提示した。この枠組みは、主要な開示領域（KDAs）¹¹⁷⁾に基づ

115) AASB 1053 Application of Tiers of Australian Accounting Standards, BC76.

116) See ED 277 Reduced Disclosure Requirements for Tier 2 Entities.

くものであり、利用者のニーズに合致した情報をもたらそうというものであった。この枠組みを適用にするにあたっては判断が求められ、Tier 2 事業体がなすべき開示をけているにあたっては利用者のニーズとコスト-ベネフィットという原則が考慮に入れられた。受け取ったコメントレーターを分析した結果、AASB は、さらにアウトリーチと意見募集を行うこととしたが¹¹⁸⁾、IASB の改訂概念フレームワークが公表されたことを受けて、公開草案 277 号での提案を再度検討するのではなく、他の解決策を見出すことが必要となった (paras.17, 18 and 19)。

(4) ITC39

2018 年 5 月に、AASB は ITC39 意見募集文書「IASB の改訂概念フレームワークの適用および報告事業体と特別目的財務諸表問題の解決 (Applying the IASB's Revised Conceptual Framework and Solving the Reporting Entity and Special Purpose Financial Statement Problems)」を公表した。

そこでは、2つの問題が取り上げられていた。第1に、会計概念書 (SAC) 第1号「報告事業体の定義」およびいくつかのオーストラリア会計基準 (AAS) における報告事業体概念は改訂概念フレームワークは異なって定義され、用いられている。そのため、改訂概念フレームワークを修正なしにオーストラリアで適用すると、オーストラリアの報告事業体の定義を取り除いてしまい、IASB による改訂概念フレームワークの定義がオーストラリア会計基準全体を

117) 主要な開示領域とは、(a)当該事業体の現在の流動性と支払能力および(b)財務諸表によって表示されている当該事業体の事業を理解するために意義がありまたは重要である取引その他の事象である。後者については、当該事業体にとって意義がありまたは重要である取引または事象の性質、ある取引または事象に特有な関連するリスク、ある取引または事象に特有な関連する認識または測定についての会計方針、ある取引または事象に特有な関連する重要な見積りと判断、コミットメントと偶発事象、減損、関連当事者および後発事象についての開示が含まれる。

118) See minutes of the August 2017 AASB meeting https://www.aasb.gov.au/admin/file/content102/c3/M159_AASB_Minutes_15Aug2017_unsigned.pdf

通じて適用されることになりかねない。会計概念書第1号およびオーストラリアの報告事業体概念を取り除くことは事業体が特別目的財務諸表を作成できなくなることにつながる（para.5）。第2の問題は、特別目的財務諸表である。オーストラリアは、法令その他（たとえば定款）が財務諸表を会計基準に従って作成することを求めている場合に、自らのどのタイプの財務報告が求められているかを判断することを事業体に認めている唯一の国である。そのため、2つの類似した事業体が、一方は堅牢で首尾一貫したフレームワークを用いて一般目的財務諸表を作成し、他方は、自らが選択した要求事項に従って特別目的財務諸表を作成するというように全く異なる財務報告書を作成することができる。このことは、同様の経済的状況にある事業体の比較可能性を低下させ、信頼と透明性の土台を壊す（para.6）。

そこで、AASB はこれらの問題の解決策として、(a)選択肢1：IASB の改訂概念フレームワークの適用についての2段階アプローチ、すなわち、短期的には、公的説明責任を負う事業体および自主的にIFRSを遵守しているとしている事業体がIFRSを遵守し続け（第1段階）、中期的には、オーストラリアの報告事業体概念を廃止し、特別目的財務諸表をオーストラリア会計基準から取り除き、かつ、Tier2についての代替的な一般目的財務諸表のフレームワークを定めることによって、IFRSを基礎とし続けること（第2段階）、(b)選択肢2：2つの概念フレームワークを併存させること、すなわち、ある事業体にはIFRSを遵守し続けるためにIASBの改訂概念フレームワークを適用し、他の事業体に従来のフレームワークを維持する（オーストラリアの報告事業体概念および特別目的財務諸表を維持する）こと、(c)選択肢3：2020年1月1日までに、IFRSを遵守し、IFRSを基礎とし続けるためにすべての事業体はIASBの改訂概念フレームワークを適用時期が来たら適用し、オーストラリアの報告事業体概念および特別目的財務諸表を廃止すること、(d)選択肢4：何もせずに、IFRS遵守を止め、既存のフレームワーク（オーストラリアの報告事業体概念と特別目的財務諸表）を維持すること、および、(e)選択肢5：2020年1月1日までに、IFRSを遵守し、IFRSを基礎とし続けるためにすべての事業体はIASBの改訂概念

フレームワークを適用時期が来たら適用し、オーストラリアの報告事業体概念の名称を変更し、かつ、特別目的財務諸表についての最低限の要求事項を定める（自己判断メカニズムと特別目的財務諸表を維持し、特別目的財務諸表についての最低限の要求事項を定める）こと、という5つの選択肢を検討した（para.10）。その上で、AASBとしては、選択肢1によるのが最適なアプローチであるとの結論に至った（para.11）。その根拠は、この選択肢によると、(a)公的説明責任を負う営利事業体（たとえば、上場・開示事業体）および任意にIFRSを遵守して報告を行っているその他の事業体が継続的にIFRSを遵守し続けることが可能になる、(b)短期的には、その他のすべての事業体にとって現状を維持でき、AASBに、オーストラリア会計基準中の特別目的財務諸表にとって代わるものとしてのTier2の代替的一般目的財務諸表フレームワークについて意見を募集し、決定する時間的な余裕が与えられる（その後は、法令その他によってオーストラリア会計基準に従って財務諸表を作成することが求められている場合には、事業体にはもはや特別目的財務諸表を作成するという選択肢はなくなる）、(c)IFRSをすべての事業体にとっての基礎とし続けることができ、中期的にはすべての事業体にとって改訂概念フレームワークとオーストラリア会計基準との連携を可能にし、2つの概念フレームワークおよび一組のオーストラリア会計基準から生ずる可能性がある混乱と不適切な会計方針および解釈上の判断のリスクを軽減する、(d)中期的には、すべての事業体が改訂概念フレームワークを適用し、改訂概念フレームワークで定義されている「報告事業体」がオーストラリア会計基準内で整合的に適用されるため、報告事業体問題を解決する、(e)中期的には、首尾一貫した、比較可能で、透明性を有し、有用な財務諸表を促進するよう特別目的財務諸表問題を解決する、(f)非営利基準設定フレームワークに従って、改訂概念フレームワークに対して加える必要がありうる非営利についての修正について意見を募集し、決定する時間的余裕をAASBに与える、そして、(g)比較可能性を促進し、オーストラリア会計基準に従うことが求められている事業体にとって適切な会計基準が存在することを確保するというAASBの法律上の義務（オーストラリア証券・投資委員会法224条および

び229条）に合致するというものであった（para.12）。

そして、選択肢1の下での第1段階（短期的アプローチ）には、中小企業向けIFRSに含まれる改訂されたIASBの定義とそろえるためAASB 1053「オーストラリア会計基準の階層別適用」における公的説明責任の定義に変更を加えることが含まれ（para.13(c)）、第2段階（中期的アプローチ）には、改訂後概念フレームワークをオーストラリア会計基準に従うことが法令その他によって要求されているすべての事業体に適用することに加え（para.14(a)）、AASB1053中のTier 2フレームワークを改訂することが含まれていた。このTier 2フレームワーク改訂は(i)代替案1：一般目的財務諸表—軽減された開示要求（RDR）—従来のTier 2（認識と測定はIFRSに完全に従うが、個々の会計基準において最低限度の開示を定め、開示を軽減する。連結財務諸表の作成が要求されている場合には子会社を連結し、持分法を適用する）または(ii)代替案2：一般目的財務諸表—特定開示要求（SDR）—新たなTier 2（認識と測定はIFRSに完全に従うが、該当する場合には連結および持分法を含め、いくつかの会計基準において求められている開示のみを要求する）という形で行うものとされていた（para.14(b)）。特定開示要求は、オーストラリア証券・投資委員会に特定目的財務諸表を提出することが要求されている事業体に対して、オーストラリア証券・投資委員会の規制ガイド85「非報告事業体に対する報告要求事項」(ASIC [2005])の下で要求されているものにおおむね基づくものであった。すなわち、認識と測定はIFRS（ただし、非営利特有の事項については変更が加えられている）に完全に従うが、開示については、規制ガイド85が定める基準（AASB 101 財務諸表の表示、AASB 107 キャッシュフロー計算書、AASB 108 会計方針、会計上の見積りの変更および誤謬、AASB 1048 基準の解釈、および、AASB 1054 オーストラリアにおける追加開示）および新たな開示基準（関連当事者開示、資産の減損、収益および所得税）のみを適用し、連結財務諸表の作成が要求されている場合には子会社を連結し、持分法を適用するというものであった。

円卓会議、調査およびITC39に対して提出された意見では、現行の軽減さ

れた開示要求における開示要求事項は過大であるが、特定開示要求で提案されている開示ではある場合には過少であり、その間が適当であるということが示された (AASB [2019a] para. 20)。

(5) AASB 1060 と AASB2020-2

AASB は、2019年8月に、公開草案「一般目的財務諸表—営利および非営利 Tier 2 事業体のための簡素化された開示 (General Purpose Financial Statements—Simplified Disclosures for For-Profit and Not-for-Profit Tier 2 Entities)」を公表し、2020年3月に、従来のオーストラリア会計基準—軽減された開示要求フレームワークに代わるものとして、新たな独立した開示の基準として、AASB 1060「一般目的財務諸表—営利および非営利 Tier 2 事業体のための簡素化された開示」を公表した。AASB 1060は、AASB 2020-2「オーストラリア会計基準の改正—一定の私的部門の営利事業体にとっての特別目的財務諸表の廃止 (Amendmentsto Australian Accounting Standards – Removal of Special Purpose Financial Statements for Certain For-Profit Private Sector Entities)」との関連で開発された。AASB 1060は、(a) AASB 2020-2が適用になると特別目的財務諸表を作成することを禁止される営利事業体にとって、特別目的財務諸表から Tier2に移行するコストと利用者の必要を適切にバランスさせるような Tier 2 報告要求事項を定め、かつ、(b)一般財務諸表を作成するための現在の Tier 2 報告要求事項を用いている営利および非営利事業体の報告上の負荷を軽減するものと位置付けられている¹¹⁹⁾。

AASB 2020-2によれば、2021年7月1日以降、2001年会社法の下で財務諸表を作成する営利会社のうち、大規模な閉鎖会社、上場されていない公開会社、外国人によって支配されている小規模な会社、金融サービスの免許を受けている者およびクラウドファンディングを行った小規模閉鎖会社など、オーストラ

119) もっとも、AASB1060は、Tier 2 報告要求事項を適用することができる事業体の範囲および Tier 2 の認識および測定についての Tier 1 と同じ要求事項に変更を加えるものではない

リア会計基準または会計基準に従って財務諸表を作成することを法令により要求されているその他の私的部門の営利事業体、2021年7月1日以降に作成されまたは変更された定款その他の文書によってオーストラリア会計基準に従って財務諸表を作成することが求められているその他の営利事業体、ならびに、一般目的財務諸表を作成することを選択した（私的部門および公的部門の）事業体は、財務報告要求事項を自ら判断し、特別目的財務諸表を作成することは許されないこととなる。

(6) まとめ

公的説明責任のない会社については開示要求を相当程度軽減するが、（オーストラリア）会計基準に従って財務報告書を作成しなければならない会社にはIFRSと同じ認識および測定の要求事項を適用するというアプローチを採用している。このように、会社の負担が重くなりそうなアプローチが採用できた背景には、まず、完全版IFRSの導入が決定されたため、公的説明責任のない会社について開示要求を相当程度軽減するだけでも、規制緩和と評価されたことがある（Ram/Gray [2017] p.151）。また、中小企業向けIFRSが導入されなかった理由としては、オーストラリアの会計規制は取引中立性を志向しており、公的部門は有形固定資産の再評価が認められることを求めたこと、完全版IFRSによって連結財務諸表を作成する会社の連結の範囲に含まれる子会社の負担を最小限にとどめるためには完全版IFRSで認められているすべてのオプションを認める必要があること、会計基準の適用に必要な教育と経験を少なく抑えることができることがあったと指摘されている（Ram/Gray [2017] p.148-150 and 151）。もっとも、（オーストラリア）会計基準に従って財務報告書を作成しなければならない会社の範囲を狭く定める（小規模閉鎖会社には要求されないとされ、大規模とされる閾値は上述のようにかなり高く設定されているため、多くの閉鎖会社は小規模なものにあたる）ことによって、小規模会社にとっての過重負担を回避していると評価できる。

2 ニュージーランド

(1) 分別化報告フレームワークと IFRS の導入

小規模事業体には複雑性の少ない財務諸表を作成する必要があるとの認識の下、1994年には、「分別化された報告のフレームワーク (Framework for Differential Reporting : DIFFREP)」が公表された。そこで、財務報告基準審議会 (FRSB) が2003年および2004年に IFRS を検討した際に、これらの基準を用いている中小事業体の財務報告に対応するために、ニュージーランド版 IFRS に分別化された報告制度を組み込もうとした。そして、審議会は、経済開発省に対して勧告を行ったが、IFRS の採用が決定された時点ではどの事業体が IFRS を用いることを義務付けられるのかは明確にされていなかった。そのため、FRSB は、ニュージーランドの体制の下での財務報告の適用除外が十分に広くないのではないかという中小事業体からの圧力にさらされた。

そのような状況の下で、2004年6月に、IASB が討議資料「中小企業のための会計基準についての暫定的見解」を公表し、FRSB は分別化された報告という概念自体には賛成したが、IASB のアプローチには反対した。*Sealy-Fisher* によれば、FRSB は、IFRS を出発点として、基準を中小事業体に適合するように修正していくというトップダウン・アプローチを選好したのに対し、IASB のアプローチは IFRS とは別個の1組の中小企業向け会計基準を開発するボトムアップ・アプローチであって、類似の取引が異なった事業体では異なった会計処理されるというリスクを有していた¹²⁰⁾。また、提案されている中小企業向け IFRS は実際のところ、ニュージーランド法の下では、大規模であるが公的説明責任を負っていない事業体向けであると指摘された (Whittington [2007] p.17)。

いずれにしても、その時点では、IASB のプロジェクトは調査段階であり、ニュージーランドで適用するために十分な詳細さを有していなかった。そこで、

120) *Sealy-Fisher* [2006] p.27-29. もっとも、たとえば、Whittington [2007] p.16は、IASB のアプローチもトップダウン・アプローチであり、ニュージーランドのアプローチはよりトップダウン・アプローチであるにすぎないと評価している。

2005年に、FRSBは、中小規模事業体が早急な対応を望んでいることを踏まえて、「既存の分別化された開示のフレームワークの短期的な改装（conversion）」（Sealy-Fisher [2005] p.14）となることを期待して、ED-98「分別化された報告のフレームワーク（Framework for Differential Reporting）」を公表した¹²¹⁾。

2007年にIASBが中小企業向けIFRSを公表した後に、FRSBは、ニュージーランド勅許会計士協会の会員と意見交換を重ね、分別化された報告フレームワークを伴うニュージーランド版IFRSと中小企業向けIFRSのいずれが好ましいかという議論にはさほど関心がないことを認識した。すなわち、中小規模事業体（およびその会計士）は外部向け財務諸表を作成する必要を認めておらず、オーストラリアのように、小規模事業体には作成を免除することを選択していた。そこで、FRSBは経済開発省に対して、分別化された報告および公的部門の規準は財務報告システムの中に残しつつ、オーストラリアとの調和化を図るため、オーストラリアの報告事業体の概念を取り入れることを勧告した。また、ニュージーランド勅許会計士協会¹²²⁾や会計検査院（Office of the Auditor-General）もニュージーランドにおける財務報告体制のレビューを強く要請した。これをうけて、経済開発省は、ニュージーランドにおける財務報告の法定フレームワークについての2008/2009年に包括的なレビューを行った¹²³⁾。このレビューの過程において、FRSBは分別化された報告制度を選択し続け、また、容易に入手できない情報を必要とする投資家がいる大規模事業体

121) なお、この公開草案において、FRSBは中小事業体とされるための閾値を引き上げることを提案した。すなわち、被用者50名未満、（連結）総資産額1000万ニュージーランドドル未満、（連結）年度総営業収入2000万ニュージーランドドル未満という3つの閾値のうち2つ以上をみだす場合には分別化された報告フレームワークの適用を認めることとしていた。

122) このような変更によってニュージーランド勅許会計士協会は利益を受けることができた。というのは、協会は会計基準の開発のための財源をどのように確保するかについて頭を悩ましており、もし、公的部門事業体および大規模な営利事業体がIFRSを適用し、小規模事業体は外部向け財務報告書を作成しないということであれば、協会は基準設定のためのコストを削減することができるからである。

および社会に対して説明責任を負う公的部門の事業体が外部向け財務報告書を作成すべきであるとした。

他方、会計基準検討審議会（ASRB）は、経済開発省によるレビューが行われている間の、IFRS に準拠するコストを懸念している中小事業体のための暫定的な措置として、2007年9月に、通牒（Release）9「一定の小規模事業体へのニュージーランド版 IFRS の強制適用の延期（Delay of the Mandatory Adoption of New Zealand Equivalents to International Financial Reporting Standards for Certain Small Entities）」を公表した。これによれば、ニュージーランド版 IFRS は非営利事業体および一定の小規模事業体には強制適用されない。すなわち、通牒9は、2006年財務報告改正法による改正後1993年財務報告法にいう証券の発行者ではなく、1993年財務報告法19A条の下で大規模でなく、同19条により会社登記所に財務諸表を提出することを要求されていない事業体を適用除外することとした。さらに、FRSB が、2007年に、「ニュージーランド版 IFRS 報告制度が適用される事業体についての分別化された報告フレームワーク（Framework for Differential Reporting for Entities Applying the New Zealand Equivalents to International Financial Reporting Standards Reporting Regime）」を公表し、大規模でなく、2006年財務報告改正法の適用を受けず、かつ、公的説明責任を負わない事業体に IFRS の適用除外を認めた（Perry/Crook [2007b] p.12；George [2008] p.25）。

(2) 経済開発省の討議資料と ASRB の討議資料

経済開発省は、2009年9月に、レビューの結果に基づいて、討議資料「財務報告の法定フレーム」(Ministry of Economic Development (MED) [2009]) を公表した。この文書では、どのような状況の下で、法は事業体に対して一般目

123) 経済開発省は、2003年から2004年にかけて1983年財務報告法のレビューを行い、これは2006年財務報告改正法につながったが、そのレビューでは基準設定体制に対して変更を加えることは提案されなかった。もっとも、このレビューの時点でも、ASRB の役割と権限を拡張するという方向性は検討された（Wilson [2004] p.16）。

的財務報告書を作成し、公表し、それについて保証を受けることを要求すべきかが検討され、一般目的財務報告書を作成することが要求される事業体が一般目的財務報告書を作成するにあたって用いるべき会計基準およびそれらの報告書について提供されるべき保証水準に主として焦点が当てられていた。この文書では、オーストラリアの財務報告体制とのコンバージェンスを図るためにさまざまな変更を加えるほか、ASRB に代えて、ASRB よりも広範な権限を有する、ニュージーランドの基準設定戦略ならびに基準の開発および承認を行う外部報告審議会（XRB）の創設が提案されていた。また、私的部門、公的部門および私的部門における非営利事業体のための三層の財務報告体制を提案した。

この経済開発省の討議資料と同時に、ASRB も（FRSB と協力して作成した）討議資料を公表した（ASRB [2009]）。こちらでは、ニュージーランドの事業体がどのような会計基準を適用すべきかの詳細に焦点があてられていた。ASRB は、私的部門における分別化された報告についての経済開発省の提案に賛成し、証券を発行しておらず、公的説明責任を負っていないこと、2006年財務報告改正法19条の意味における大規模ではないこと、および、所有と経営が分離していないこと、という3つの規準のうち2つ以上をみたす私的部門¹²⁴⁾の事業体は一般目的財務諸表を作成することを要さず、したがって、ニュージーランドの一般に認められた会計実務（GAAP）に従うことを要しないとすることが提案されていた¹²⁵⁾。そして、一般目的財務諸表を作成しなければならない私的部門の事業体を2つの階層に分け、第1層は、IASBの規準に照らして公的説明責任を負う事業体によって、第2層は証券を発行していない事業体、会社ではない大規模な営利組織および公開市場で取引されていない

124) 経済開発省も ASRB も一般目的財務諸表の作成が必要かどうかは公的な説明責任に着目して判断されるという立場を採っていたので、公的部門の事業体は営利事業体であれ、非営利事業体であれ、また、その規模にかかわらず、公的な説明責任を負っている以上、一般目的財務諸表を作成することが要求されるとしていた。

125) 経済開発省の推計によると、98～99%の私的部門の事業体はこれに該当するとされていた。

証券を発行している事業体によって、それぞれ、構成されることを提案した。その上で、第1層に属する事業体は IFRS に従い、第2層に属する事業体は IASB が公表した中小企業向け IFRS またはニュージーランドおよびオーストラリアによって共同で開発された分別化された IFRS に従うことを提案した。このように、経済開発省も ASRB も、オーストラリアにおける将来の基準設定体制を考慮に入れ、経済開発省の文書では、基準設定主体は、ニュージーランドとオーストラリアとで1つの主体となり¹²⁶⁾、両国の法制に従って変更を加えられた国際的な会計基準を承認することがあり得るという前提がとられていた。

2007年以降も、FRSB は IASB の動向を注視し、ニュージーランド特有の分別化された報告制度を維持するか中小企業向け IFRS を採用するか (See Sealy-Fisher [2009]) についての検討を続けていたが (Perry/Crook [2007a] p.7)、ASRB の2010年10月の会議において、階層構造の中で、認識と測定についての要求事項を一貫させることのベネフィットが大きいという作業部会の提案が承認され、この結果、中小企業向け IFRS は採用されないことになった。

(3) ニュージーランドの会計基準と軽減された開示体制

2011年9月14日¹²⁷⁾に外部報告審議会が公表した「営利事業体による一般目

126) See Rahman *et al.* [1991]. See also Bradbury [1998]:Goldfinch [2000]:Goldfinch [2008].

また、2009年8月に、ニュージーランド政府とオーストラリア政府とは、単一経済市場成果枠組み (The Single Economic Market Outcomes Framework) <<http://www.beehive.govt.nz/release/ministers-english-and-swan-progress-trans-tasman-relationship>> を合意し、そこには財務報告についての章が設けられ、ニュージーランドが軽減された開示枠組みによることを採用するかどうかを検討することが定められた。

127) 政府も、同月15日に、証券を発行していない会社であって、大規模 (年間収入3000万ニュージーランドドル超または総資産額6000万ニュージーランドドル超) でない会社には一般に認められた会計実務に従った財務報告書の作成を法律上義務付けることをやめるという方針を公表した。これによって、一般目的財務諸表を作成しなければならない会社は46万社から1万社未満に減少し、それによって、企業にとってのコストが1年あたり9000万ニュージーランドドル減少すると期待されるとしていた<<https://www.beehive.govt.nz/release/simplified-financial-reporting-proposed-smes-charities>>。

の財務報告のための会計基準の枠組み（Accounting Standards Framework for General Purpose Financial Reporting by For-profit Entities）」という意見照会文書では、外部報告審議会は第2層の会計基準について、中小企業向け IFRS、（認識、測定および開示について軽減する）分別化された報告のフレームワークの改訂、および、軽減された開示要求という3つの選択肢を検討したが、完全なニュージーランド版 IFRS の認識および測定の要求事項を維持するという点で、軽減された開示要求アプローチが適切であると考えたとされた。これによって、作成者および利用者は1組の認識および測定の要求事項を知っていればよいことになり、異なる層の間での財務情報の比較可能性が確保でき、連結の範囲に含まれる事業体が複数の層に属する場合の連結財務諸表の作成が単純化されるという利点があるとされた。また、オーストラリア会計基準審議会は2010年に軽減された開示要求アプローチを採用しており、軽減された開示要求アプローチを選択することはオーストラリアとの調和にもつながるとした。もっとも、外部報告審議会は、中小企業向け IFRS が第2層の報告の将来における選択肢の1つであり続けると考えていると述べていた（p.6）。

結局、2012年3月に、外部報告審議会は「ニュージーランドの会計基準枠組みの提案（Proposals for the New Zealand Accounting Standards Framework）」を公表し、同年4月2日に商務大臣により承認された。そこでは、営利事業体については、2つの層に分け、公的説明責任を負う事業体¹²⁸⁾および大規模な営利目的公的部門事業体が第1層とされ、ニュージーランド版 IFRS の適用が要求され¹²⁹⁾、公的説明責任を負わない事業体および大規模でない営利目的公的部門事業体が第2層として、認識および測定についてはニュージーランド版 IFRS と異なるニュージーランド版 IFRS 軽減された開示体制が適用されることとされた。

128) XRB A1 (External Reporting Board Standard A1 Application of the Accounting Standards Framework), para.7.

129) XRB A1, para.17

(4) まとめ

ニュージーランドにおいては、一般に認められた会計実務により一般目的財務諸表を作成する義務を負う事業体、2013年金融市場活動法（Financial Markets Conduct Act 2013）にいう FMC 報告事業体¹³⁰⁾、1993年会社法の下での大規模事業体（過去2事業年度において年間収入3000万ニュージーランドドル超または総資産額6000万ニュージーランドドル超。2013年財務報告法45条1項）、および、大規模な外国会社、外国会社の大規模な子会社、大規模な外国会社の大規模なニュージーランド拠点（過去2事業年度において年間収入1000万ニュージーランドドル超または総資産額2000万ニュージーランドドル超。2013年財務報告法45条2項）に限定することによって、そのような事業体については、ニュージーランド版 IFRS に含まれる認識および測定 of 要求事項に従うことを要求することによるコストとベネフィットとのバランスを図っているということができる。これは、オーストラリアと同じアプローチである。

3 カナダ

(1) 非公開会社向け会計基準の必要性の認識

カナダ勅許会計士協会（Canadian Institute of Chartered Accountants：CICA）の会計基準審議会（Accounting Standards Board：AcSB）は、2005年に、IFRSの適用を視野に入れた「カナダ会計基準：将来の方向性－戦略計画公開草案（Accounting Standards in Canada：Future Directions－Draft Strategic Plan）」を公表し、寄せられたコメントをふまえて、2006年には「カナダ会計基準：新しい方向性－戦略計画（Accounting Standards in Canada：New Direction－Strategic Plan）」を公表した。そこでは、公開企業、非公開企業・公的説明責任を負っていない事業体（private enterprises：non-publicly accountable entities）、非営利組織（not-for-profit organizations）について、異なる会計戦略（異なる

130) 規制対象商品の発行者、上場発行者、免許を得ている市場運営者、導管発行者からの資金受入者、登録された銀行、免許を得ている保険者、信用組合、住宅金融組合など

会計基準）を適用するという方針が示された。これは、公開草案に対して、多くの利害関係者から、当時のカナダ会計基準は詳細かつ複雑であるため、過度な負担が生じ、費用に見合った効果が期待できないため、非公開会社向けの会計基準が必要であるという意見が寄せられたことをうけ、非公開企業と公開企業とでは取り巻く状況などが異なることを着目し、非公開企業の財務情報の利用者のニーズに対応し、費用にみあった効果が得られ、経営管理に資するような非公開企業向けの会計基準を早急に設定することが必要不可欠であるという考えによったものである（CICA [2007]）。

（2）公開企業の財務情報についての討議資料

AcSB は、戦略計画を背景として、非公開企業の会計基準については、財務情報の利用者への調査を踏まえた上で、公開企業とは異なる会計基準を採用する可能性を示唆し（AcSB [2006] p.1-3）、2007年に、非公開企業向け会計基準の発展に寄与する、最も適切な、カナダ独自の財務報告アプローチをとるために、財務報告の将来の方向性に対するコメント募集手続きを行い、同時に非公開企業の財務情報についての討議資料を公表した（AcSB [2007]）。その討議資料では、非公開企業の財務情報利用者ニーズの包括的調査の結果に基づいて、重要な問題に対する暫定的な結論が示され、また、非公開企業向け会計基準設定にあたって、採用されうる3つのアプローチが提示されていた。

すなわち、暫定的な結論としては、あらゆる会社にとって会計基準は適用可能であるべきであるから、非公開企業にとっても適用可能でなければならない、「外部の財務諸表利用者に対して一般目的財務諸表を公表するが、重要な外部の情報利用者は存在しない」という非公開企業の特徴をふまえて、非公開企業のニーズに応えることができる会計基準を設定する（たとえば、GAAP以外の基準またはGAAP以外の財務報告の枠組みの利用も検討する）、すべての非公開企業には、その規模にかかわらず、非公開企業向け会計基準の適用を認める、非公開企業と公開企業との間で概念フレームワークを共有する、財務報告のニーズに適う場合には、従来の会計基準に準拠することを選択できるものと

すること、が挙げられていた。

また、非公開企業向け会計基準設定アプローチとしてとりうるものとしては、①公開企業向け GAAP に基礎を置くトップダウンアプローチ、②中小企業向け IFRS (IFRS for SMEs) 草案に基礎を置くアプローチ、および、③非公開企業向け会計基準を独自に開発するというアプローチが挙げられていた。

(3) 非公開企業向け会計基準

②については、中小企業向け IFRS (草案) は、カナダの非公開企業にとっては技術的にかなり複雑であるため、適用できない、できるとしても適用するために相当の修正を加えなければならないと考えられた。そこで、従来のカナダ会計基準の前提となっている概念フレームワーク (IASB の「財務諸表作成および公表のためのフレームワーク」を参照したもの) を共有することを前提に、従来のカナダ会計基準を修正したり、必要な項目を新たに規定することによって、非公開企業向け会計基準を独自に設定するという③のアプローチを採用し、AcSB は、2009年4月に「非公開企業向けカナダ会計基準 (Accounting Standards for Private Enterprises in Canada : ASPE) 公開草案」を公表し、コメント募集を行なった。この公開草案は、測定についての要求事項の簡素化(測定についての複雑な要求事項の排除)と要求される注記の大幅な削減を目指したものであった。ここでは、従来基準に特段の問題点があるわけではないこと、必要な時間を短縮できること、教育・訓練費を削減できること、そして、利用者が理解しやすいことを理由として、2008年6月1日時点のカナダ会計基準を基礎として必要な部分のみを修正して作成する、IFRS への移行を視野に入れて、また、情報利用者のニーズに対応するために必要な場合には、ASPE は迅速かつ適時に改訂する、原則主義とし、適切かつ迅速な判断が必要な場合は専門家の判断に任せる、それだけで全体をカバーする基準として公表する、比較可能性や報告すべき情報の一貫性の観点から、公開企業向け基準 (IFRS) との連繋を確保する、などの基本的なアプローチが示された。

AcSB は、公開草案に対して寄せられたコメントを踏まえて、修正を加え、

2009年12月に「非公開企業向けカナダ会計基準 (Accounting Standards for Private Enterprises in Canada : ASPE)」(改訂後 CICA Handbook¹³¹⁾ — Accounting の Part II) を公表し、非公開企業には IFRS と ASPE とのいずれかを選択し適用することを求めることとした (CICA [2010] p.11)。2009年6月時点のカナダ会計基準と比較すると、費用対効果、測定の簡素化の観点から、ASPE では、資産除去債務 (S3110)、転換負債の分類 (EIC-122)、連結、重要な影響を与えることができる投資およびジョイント・ベンチャー (S1590/S3051/S3055)、従業員に対する将来の給付 (S3461)、金融商品 (S3855/S3861/S3862/S3863)、所得税 (S3465)、償却をしないのれんと無形固定資産、内部開発無形資産 (S3064)、リース (S3065) および株式報酬 (S3870) について要求事項に変更が加えられた。

そして、IFRS と比較すると、現在の ASPE では、たとえば、第1に、従業員給付について、ASPE は退職給付債務を会計目的のみならず、拠出目的で用いられた数理計算によって測定することを認めていること、退職給付債務の計算にあたって、当該債務を弁済することができる金額に固有の利率を用いることも認めていること、ASPE はその他包括利益という概念を用いないので、再測定による差額は純利益に反映されることなどの点で異なる (S3462)。第2に、金融商品については、公正価値区分と償却原価区分の2区分のみであり、前者には相場のある持分金融商品のみが含まれ、公正価値の変動はヘッジ会計が適用される場合を除き、損益として認識される。発生した減損のみが認識される。また、開示は主として定性的なものにとどまり、定量的開示は限定的である (S3856)。第3に、リースについては、借り手の会計処理はオペレーティング・リースであるかキャピタル・リースであるかによって定まり、オペレーティング・リースについてはリース資産およびリース負債は認識されず、リース料の支払いは費用として認識される (S3061/3062)。第4に、投資不動産は取得原価で測定され、他の有形固定資産と同様、減価償却を行うものとされ、公

131) 現在では、CPA Canada Handbook となっている。

正価値評価は認められていない (S3061)。第5に、ASPE は、国際会計基準第18号と同様、リスクと経済価値の移転に着目して収益認識を行うものとしており、IFRS 第15号のような5段階モデルにはよっていない。また、履行義務を分解することも多くの場合は要求されない (S3400)。第6に、資産の減損との関係では、減損損失は帳簿価額が公正価値を超過している場合の差額であり、無限の使用可能期間を有する無形資産を除き、2段階減損テストによっている。他方、のれんや有限の使用可能期間を有する無形資産については、減損の兆候がある場合に限って減損テストを行えば足りるものとしている。グルーピングは、他のキャッシュフローから独立した識別可能なネット・キャッシュフローの最小レベルに基づく資産グループについて行うこととされている。なお、ASPE は、のれんの場合を除き、減損損失の戻し入れを禁止している (S3063/S3064)。第7に、法人税については、納税額法の選択が認められており、税効果会計は強制されていない (S3465)。第8に、共同支配企業に対する投資については原価法、持分法、または、個別の資産・負債についての権利を有するの純資産に対する権利を有するのかを分析する方法のいずれによるかを選択できるとされ、また、重要な影響を与えることができる投資についても原価法と持分法との選択が認められている。第9に、対象となる義務には衡平法上の義務が含まれる一方で、その義務を果たすために資源の流出が生ずる可能性が高い (likely) ——IFRS の下で引当金が設定される規準である可能性が高い (probable) よりも高い——場合に偶発損失を認識するものとされている。第10に、株式報酬との関係で、その株式の期待ボラティリティの代わりに適切な業種株価指数の歴史的ボラティリティを用いて算定する選択肢を認めている。他方、他方、従業員以外との取引について、IFRS は受け取った財または用益の公正価値は信頼性をもって測定できるという反証可能な推定を定めているが、ASPE はそのような推定を定めていない (S3870)。第11に、子会社に対する投資と連結との関係で、ASPE と IFRS とでは支配の概念が異なる。また、ASPE の下では、親会社は、連結財務諸表を作成せずに、個別財務諸表に子会社株式を原価法または持分法を適用して計上することなどを選択することがで

きるものとされている。

（4）まとめ

カナダでは、会社法上、中小規模の非公開会社であっても、広く、財務諸表の作成を要求していることを背景として、IFRSと比較して、単に開示を削減するだけではなく、認識および測定についても異なる定めを設けて、非公開会社の負担を軽減するというアプローチを採用している。しかも、IFRSを出発点とするのではなく、従来のカナダ会計基準を出発点として、費用対効果を確保するという観点から、測定についての簡素化された要求事項に従うことを選択できるようにしたということ指摘できる。

参考文献

AcSB (Accounting Standards Board) [2006] *Accounting Standards in Canada : New Directions*, CICA

AcSB [2007] *Financial Reporting by Private Enterprises*, CICA

Accounting Standards Review Board (ASRB) [2009] *Proposed Application of Accounting and Assurance Standards under the Proposed New Statutory Framework for Financial Reporting*, Discussion Document

AASB (Australian Accounting Standards Board) [2009] *Action Alert from the Australian Government and the Australian Accounting Standards Board (AASB)*, no. 128 (25 September 2009)

<http://www.aasb.gov.au/admin/file/content102/c3/Action_Alert_128_Sept_2009.pdf>

AASB [2010] *Application of Tiers of Australian Accounting Standards*

AASB [2019a] *IFRS for SMEs disclosures – new Tier 2 framework*, Staff Paper (AASB February 2019) <https://www.aasb.gov.au/admin/file/content102/c3/7.1_SP_IFRS_for_SMEs_M169.pdf>

AASB [2019b] AASB Research Report 12, *Financial Reporting Practices of For-Profit Entities Lodging Special Purpose Financial Statements*<https://www.aasb.gov.au/admin/file/content102/c3/RR12_ASIC_08-19_1565850176017.pdf>

ASIC (Australian Securities and Investments Commission) [2005] *Regulatory Guide 85 Reporting requirements for non-reporting entities*<http://download.asic.gov.au/files/Reporting_for_non-reporting_entities_guide.pdf>

Bradbury, M. [1998] *Harmonising with overseas standards : a New Zealand perspective*,

- Australian Accounting Review*, vol. 8, no. 2 : 18-23
- Bradbury, M. [2003] Harmonisation, convergence and beyond, *Abacus*, vol. 39, no. 1 : 137-141.
- Bradbury, M. [2008] Discussion of Whittington, *Abacus*, vol. 44, no. 2 : 169-180
- Brady, K. [2008] Do NZ IFRS meet the public sector's needs?, *The Chartered Accountants' Journal*, vol. 87, no. 10 : 19-20
- Canadian Institute of Chartered Accountants (CICA) [2007] *Developing new accounting framework for owner-manager business*, CICA
- CICA [2010] *The CICA's Guide to Accounting Standards for Private Enterprises in Canada*, CICA
- Durkin, P. [2009] Accounting Standards may get tougher, *Australian Financial Review*, 13 July : 5
- George, S. [2008] Adoption delayed pending review, *The Chartered Accountants' Journal*, vol.87, no.6 : 25-27
- Goldfinch, S. [2000] *Remaking New Zealand and Australian Economic Policy : Ideas, Institutions and Policy Committees*, Victoria University Press
- Goldfinch, S. [2008] Doing Business, in: Mein Smith, P./Hempenstall, P./Goldfinch, S. (eds.), *Remaking the Tasman World*, Canterbury University Press : 122-142
- CPA Australia [2007] Survey supports IFRS for SMEs, *Intheblack*, vol.77, no.9 : 51
- Cummings, L./Evans, E./Yip, P. [2007] Wake up late, *Charter*, vol.78, no.1 : 60-62
- Financial Reporting Council [2008] *Financial Reporting Council, Australian Accounting Standards Board and Auditing and Assurance Standards Board Annual Reports 2007-08*
- Handley, K./Wright, S./Elaine, E. [2018] SME Reporting in Australia : Where to Now for Decision-usefulness?, *Australian accounting review*, vol. 28, Issue 2 : 251-265
- Institute of Chartered Accountants in Australia (ICAA) [2007] *Financial Reporting for Small and Medium-sized Entities : Discussion Paper*, ICAA
- Ministry of Economic Development (MED) [2009] *The Statutory Framework for Financial Reporting*
- Perry, J. [2005] *Accounting Standards / Financial Reporting Working Group Report*, Australia New Zealand Leadership Forum
- Perry, J. [2008] Review of the Financial Reporting Framework, *The Chartered Accountants' Journal*, vol. 87, no. 6 : 4
- Perry, J. [2009] On the Cusp, *The Chartered Accountants' Journal*, vol. 88, no. 6 : 26
- Perry, J./Crook, K. [2007a] Financial Reporting by SMEs, *The Chartered Accountants' Journal*, vol. 86, no. 4 : 6-7
- Perry, J./Crook, K. [2007b] Future of financial reporting requirements for SMEs, *The Chartered Accountants' Journal*, vol. 86, no. 6 : 12-14
- Rahman, A.R./Perera, M.H.B./Tower, G.D. [1991] *Towards an accounting regulatory union between New Zealand and Australia*, Discussion Paper Series : 118, Division of Accountancy,

Massey University

Ram, R./Gray, S.J. (境宏恵 (訳)) [2017] 小津稚加子 (編著) 『IFRS 適用のエフェクト研究』(中央経済社) : 137-155

Ravlic, T. [2003] New Zealand : giving time and consideration to IAS adoption, *Accountant* (January, 2003) : 17.

Reilly, K. [2009] Lite on?, *Intheblack*, vol.79, no.7 : 52-53

Sealy-Fisher, V. [2005] Differential reporting and financial reporting by SMEs- an update, *The Chartered Accountants' Journal*, vol. 84, no. 6 : 14-16

Sealy-Fisher, V. [2006] Financial Reporting by small and medium sized entities, *The Chartered Accountants' Journal*, vol.85, no.6 : 27-30

Sealy-Fisher, V. [2009] IASB's IFRS for SMEs, *Chartered Accountants Journal*, vol.88, no. 6 : 30-32

Wilson, M. [2004] Review of the Financial Reporting Act 1993, *The Chartered Accountants' Journal*, vol. 83, no. 11 : 16-17

Whittington, G. [2007] IASB's Exposure Draft on new international standard for SMEs, *The Chartered Accountants' Journal*, vol.86, no.6 : 16-18

VI 中小企業向け IFRS はなぜ受け入れられないのか

国際会計基準審議会の目的は、別個の1組の財務報告基準を策定することではなく、中小企業が用いるための簡略版を公表することであったため、中小企業向け IFRS を策定するにあたって、国際会計基準審議会は国際財務報告基準およびその概念フレームワークを用いた (IASB [2003])。そのため、中小企業向け IFRS は財務諸表についての中小企業による利用とニーズは、公開企業のそれらと同じであるという前提によっているものとみることができる。しかし、IFRS の概念フレームワークは公的説明責任を有する会社を主として対象とするものであり (Evans *et al.* [2005])、受託責任よりも、意思決定有用性と投資者保護に力点をおいている (Chua/Taylor [2008])。

中小企業の財務報告書についてのニーズと利用は公的説明責任を有する事業体のそれらと異なるため (IASB [2003]; Ram [2012]; Ram/Newberry [2017])、国際会計基準審議会は IFRS のフレームワークを中小企業向け IFRS の概念フレームワークとして用いることが適切であるかどうかについて必ずしも確信をもっていたわけではなかったようである (IASB [2007] BC26)。しかし、中

小企業のニーズに基づく、完全に新しい会計基準を開発するためには、新たな概念フレームワーク、新たな財務報告の目的、財務情報ならびに測定および認識の原則が必要とされるため、公開草案は IFRS の概念フレームワークに基づいて開発された。国際会計基準審議会は、「フレッシュスタート」アプローチは費用を要し、時間を要し、究極的に無駄であるとした (IASB [2007] BC68 ; IASB [2009] BC97)。また、ボトムアップ・アプローチによって会計基準を開発することは費用を要し、正当化できないといわれていることも考慮に入れて、中小企業向け IFRS をトップダウン・アプローチ (Pacter [2007] S.329 ; Scott [2020] . See also IASB [2007] BC 66 and 67) によって開発した。

2008年に、中小企業向け IFRS 草案について、20の法域で116の事業体においてフィールドテストが行われたが、その結果、公正価値の適用は難しい、開示の要求事項が煩瑣すぎる、簡素化がさらに必要などのコメントが得られた (Information for Observers, Board Meeting : April 2008, *IFRS for Small and Medium-sized Entities, Summary of Issues Raised in the Field Tests* (Agenda Paper 6) <<https://cdn.ifrs.org/-/media/feature/meetings/2008/april/jointiasbefrag/ifrs-for-small-and-medium-sized-entities/ap6-summary-of-issues.pdf>> paras. 23-26)。

国際会計審議会が中小企業向け IFRS の開発にあたって採ったこのようなアプローチゆえ、中小企業向け IFRS を世界中で用いることが果たして適切といえるのか、各国の会計基準設定主体が中小企業向け IFRS を必ずしも受け入れないことを説明しつつ、少なからぬ研究者が中小企業向け IFRS の策定に関する国際会計基準審議会の正統性に対して疑問を投げかけることになっている (e.g. Burlaud/Colasse [2011] ; Ram [2012] ; Ram/Newberry [2017] ; Gassen [2017])。いくつかの研究によると、中小企業の多くは重要な国際的な活動を行っていないし、上場すること、外国からの投資を受けることや国際的な企業集団に属することに興味を持っていないため、IFRS のフレームワークは中小企業にとっては魅力ではない (e.g. Eierle/Haller [2009] ; Brouwer/Hoogendoorn [2017] ; Gassen [2017] ; Di Pietra [2017] ; Fülbiert et

al. [2017] ; Gallo *et al.* [2018] ; Sellami/Gafsi [2018])。

また、すでに、中小企業向けの会計ルールが存在している国においては、中小企業向け IFRS の適用を中小企業に強制すると、中小企業に少なからぬ変更時コストが生じるが、そのような増加コストを上回るような一個々の中小企業にとってという意味におけるミクロ的なもののみならず、国民経済的にという意味におけるマクロ的な一ベネフィットを示すことは難しいということも指摘できる。

さらに、課税所得や分配可能額の算定と企業会計は結びついており、会計ルールの変更により中小企業が一二重に会計システムを構築・維持しなければならないことを含め一不利益をこうむらないようにするためには、税制や分配規制を変更する必要があるが、そのための当該法域の手間とコストを中小企業向け IFRS を採用することにより生ずる当該法域のマクロ的なベネフィットが上回るということを一とりわけ、任意適用を認める場合には一確証することは難しい。

本稿における比較制度の結果からは、オーストラリアやニュージーランドのように完全版 IFRS を広く採用した国においては、中小企業向け IFRS を適用すると完全版 IFRS を適用している企業との比較可能性が損なわれ、また、完全版 IFRS との間での移行という問題が生ずることが認識されており、他方で、欧州諸国においては、中小企業向け IFRS では、必ずしも、十分な簡素化がなされておらず、中小企業向け IFRS は現実に多数存在する中小企業にとって過重であると認識されているということが出来る (Walton [2015])。つまり、中小企業向け IFRS は「帯に短し、たすきに長し」という評価を受けていると観察される。たしかに、各法域においても、会計ルールの設定は、理論的な根拠のみに基づくものではなく、政治的過程・民主主義的過程における妥協の産物という面を有するが、(完全版) IFRS または中小企業向け IFRS は民主主義的な決定プロセスを経たことによって正統性が付与されているわけではないし、また、各法域における特殊性を織り込むこともできていないという弱点を有している。

以上に加えて、中小企業向け IFRS は先進国よりも途上国が用いるために作られている (Kaya/Koch [2015] ; Saucke [2015])。途上国または国内の会計基準設定主体を有しない法域においては、何もなところから会計基準を設定するよりも、中小企業向け IFRS を採用することがはるかに簡単な解決方法であり、そのような国のために開発されたとみられているというイメージの問題がある (Dundjerovic [2017])。

参考文献

- Brouwer, A./Hoogendoorn, M. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from the Netherlands, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 137-149
- Burlaud, A./Colasse, B. [2011] International accounting standardisation : Is politics back?, *Accounting in Europe*, vol.8, no.1 : 23-47
- Chua, W.F./Taylor, S.L. [2008] The rise and rise of IFRS : An examination of IFRS diffusion, *Journal of Accounting and Public Policy*, vol.27, no.6 : 462-473
- Di Pietra, R. [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from Italy, *Accounting in Europe*, vol. 14 no. 1/2 : 121-130
- Dundjerovic, A. [2017] Is the IFRS for SMEs good for SMEs?
<<https://ion.icaew.com/financialreporting/b/weblog/posts/is-the-ifrs-for-smes-good-for-smes>>
- Eierle, B./Haller, A. [2009] Does size influence the suitability of the IFRS for Small and Medium-sized Entities? Empirical evidence from Germany, *Accounting in Europe*, vol.6, no.2 : 195-230
- Evans, L. *et al.* [2005] Problems and opportunities of an International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities : The EAA FRSC's comment on the IASB's discussion paper, *Accounting in Europe*, vol.2, no.1 : 23-45
- Fülbier, R. U. *et al.* [2017] The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from Austria and Germany, *Accounting in Europe*, vol. 14, no. 1/2 : 13-28
- Gallo, G./Torricelli, C./van Soest, A. [2018] Individual heterogeneity and pension choices : Evidence from Italy, *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol.148 : 260-281
- Gassen, J. [2017] The effect of IFRS for SMEs on the financial reporting environment of private firms : An exploratory interview study, *Accounting and Business Research*, vol.47, no.5 : 540-563
- IASB (International Accounting Standards Board) [2003] Small and medium-sized entities,

- IASB update*, December 2003<<https://cdn.ifrs.org/-/media/feature/news/updates/iasb/2003/dec03.pdf>> : 10-11
- IASB [2007] *Exposure Draft Proposed International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities*
- IASB [2009] *International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities*
- Kaya, D./Koch, M. [2015] Countries' adoption of the International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities (IFRS for SMEs) – early empirical evidence, *Accounting and Business Research*, vol.45, no.1 : 93-120
- Pacter, P. [2007] IFRS für kleine und mittelgroße Unternehmen? – Interview mit Paul Pacter, *Wirtschaftsprüfung*, 60.Jg., Heft 8 : 327-332
- Ram, R. D. [2012] *Development of the International Financial Reporting Standard for Small and Medium-sized Entities*, University of Sydney
- Ram, R./Newberry, S. [2017] Agenda Entrance Complexity in International Accounting Standard Setting : The case of IFRS for SMEs, *Abacus*, vol.53, no.4 : 485-512
- Saucke, M. [2015] *Full IFRS and IFRS for SMEs adoption by private firms : Empirical evidence on country level*, PL Academic Research
- Scott, D. [2020] Second comprehensive review of the IFRS for SMEs Standard. What does alignment mean?<<https://cdn.ifrs.org/-/media/project/2019-comprehensive-review-of-the-ifrs-for-smes-standard/inbrief-smes-august-2020.pdf?la=en>>
- Sellami, Y./Gafsi, Y. [2018] What drives developing and transitional countries to adopt the IFRS for SMEs? An institutional perspective, *Journal of Corporate Accounting and Finance*, vol.29, no. 2 : 34-56
- Walton, P. [2015] IFRS in Europe – An Observer's Perspective of the Next 10 Years, *Accounting in Europe*, vol.12, no.2 : 135-151
- Young, J. [2003] Constructing, persuading and silencing : The rhetoric of accounting standards, *Accounting, Organizations and Society*, vol.28, no.6 : 621-638

本研究は JSPS 科研費 25285026 および 19H01427 の助成を受けたものです。

(やなが・まさお 筑波大学大学院ビジネスサイエンス系教授)

筑波ロー・ジャーナル 29号

2020年12月発行

発行者 筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
ビジネス科学研究群
法学学位プログラム
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL 03-3942-5433
FAX 03-3942-5434

筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
法曹専攻〈法科大学院〉
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL/FAX 03-3942-6897

教授 大淵 真喜子
岡本 裕樹
川田 琢之
木村 真生子
栗原 克文
潮海 久雄
平嶋 竜太
本田 光宏
弥永 真生

准教授 小林 和子
藤澤 尚江
渡邊 絹子

教授 大石 和彦
大塚 章男
田村 陽子
姫野 博昭
森田 憲右

准教授 岩下 雅充
白石 友行
直井 義典
日野 辰哉
萬澤 陽子
吉田 大輔
渡邊 卓也

編集者 筑波ロー・ジャーナル編集委員会
制作 株式会社TKC
印刷所 倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.29 December 2020

Articles

- Some Constitutional Issues in "Coinhive Case"
..... **Kazuhiko Oishi** 1
- Zur Rechtsfähigkeit vom AI – Will das AI denn sich Handschuhe kaufen? (2)
..... **Hiroki Okamoto** 21
- Concernant les articles 1135 al.2, 1169, et 1186, est-on certain d'
avoir bien conservé les utilités de la cause objective dans le nouveau
droit des obligations en France ?
..... **Kazuko Kobayashi** 51
- La responsabilité civile envers les membres de la famille en droit français (3) :
Essai sur les modèles de la famille et les normes de la responsabilité civile
..... **Tomoyuki Shiraishi** 75
- Du privilege du prêteur de deniers pour d'acquisition d'un immeuble
..... **Yoshinori Naoi** 185
- The reasons why the IFRS for SMEs has not been endorsed in developed
countries
..... **Masao Yanaga** 225

ISSN:1881-8730