筑波ロー・ジャーナル

30 号

2021 年 6 月

論　　説

行動経済学と証券規制（3・完）
…… 木村真生子　1

暗号資産をめぐる税務問題
…… 栗原克文　29

フランス法における家族のメンバーに対する民事責任（4・完）
――家族のあり方と民事責任法の枠組――
…… 白石　友行　75

承認援助法と「主たる営業所」の判断
…… 藤澤尚江　179

中小会社の計算書類の信頼性の確保
――北欧諸国等・オセアニア諸国・カナダ――
…… 弥永　真生　223

判例評釈

破産者に対する立替金等債権を有していた信販会社が、自動車に留保した所有権に基づいて破産者に不足額を通知した場合において、破産者への不足額の通知が破産法162条1項の「債務の消滅に関する行為」に該当するとされた事例
…… 直井　義典　249

筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目　次

論　説

行動経済学と証券規制（3・完）
…… 木村真生子　1

暗号資産をめぐる税務問題
…… 栗原克文　29

フランス法における家族のメンバーに対する民事責任（4・完）
――家族のあり方と民事責任法の枠組――
…… 白石　友行　75

承認援助法と「主たる営業所」の判断
…… 藤澤尚江　179

中小会社の計算書類の信頼性の確保
――北欧諸国等・オセアニア諸国・カナダ――
…… 弥永　真生　223

判例評釈

破産者に対する立替金等債権を有していた信販会社が、自動車に留保した所有権に基づいて破産者に不足額を通知した場合において、破産者への不足額の通知が破産法 162 条 1 項の「債務の消滅に関する行為」に該当するとされた事例
…… 直井　義典　249

論　説

行動経済学と証券規制（3・完）

木　村　真　生　子

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．投資者像の揺らぎ
Ⅲ．投資法制における投資者の保護政策とその限界
Ⅳ．投資行動と認知バイアス
Ⅴ．行動経済学に基づく規制のフレームワーク
　1．行動経済学の分析視座
　2．Nudge（ナッジ）
　3．競争政策との関係（以上、筑波ロー・ジャーナル25号）
　4．民法・消費者契約法による保護との違い
Ⅵ．証券規制における行動経済学の受容
　1．金融恐慌を契機とした行動経済学の台頭
　2．金融商品市場における消費者保護の必要性
　3．証券規制への行動経済学の応用
　　⑴　適合性審査の手法の改善　（以上、筑波ロー・ジャーナル28号）
　　⑵　プロダクト・ガバナンス　（以下、本号）
　　⑶　手数料開示
　4．小括
Ⅶ．おわりに

Ⅵ．3．⑵　プロダクト・ガバナンス

⑵-1．　問題の所在

金融商品取引法において証券として定義される金融商品は、厳格な開示ルールや勧誘販売ルールの下で、事前の商品認可を経ずに金融証券市場で販売され、流通している[1)]。仮に金融商品の開発段階で必要以上の規制を行うことになれば、金融イノベーションが阻害されるという問題が生じうるからである。実際、株式や債券のような規格品にデリバティブが組み込まれた金融商品は、商品単

体のリスクを減殺するリスク管理のツールとして、また、レバレッジを利かせた高収益を期待できる商品として発展を遂げてきた。

もっとも、このような仕組商品は、金融工学に長けた少数の専門家だけしか理解できない高リスクで複雑な内容のものが少なからずある。ただし、これらがリスク許容度の高いプロ同士の間で売買されていれば通常大きな問題にはならない。リスクを移転された側は、リスクに係るコストを客観的・数学的に減少させるために、大数の法則やポートフォリオを通じたリスク分散、ヘッジ、情報優位性といったさまざまなメカニズムを活用することができるからである[2)]。また、契約当事者間で結ばれる契約もこれらの者にとっては相応の意味がある。

ところがリテール・カスケードが起き、リスク移転手段を通常は持たないと考えられるリテール顧客や中小企業にこうした商品が販売されれば問題の本質は変わってくる[3)]。しかしながら、このような情報力や交渉力に欠ける顧客の勧誘にあたり、業者（以下では、顧客のために金融商品を製造・販売する金融商品取引業者一般を指す用語として「業者」という用語を使う場合がある。）が相手方のデリバティブ取引に係るリスク管理能力に配慮すべきであるとするような規範が定立されているわけではない[4)]。また、デリバティブ取引のリスク管理について、金融商品の販売後に業者がアフターケア義務を負うべきだとする見解も学説の域を出ていない[5)]。そこで、金融商品の勧誘・販売時におけ

---

1)　ただし、保険商品については商品認可が必要とされている（保険業法5条1項3号･4号、保険業法施行規則11条、12条等、及び金融庁「保険会社向けの総合的な監督指針」のⅣ．保険商品審査上の留意点等）。

2)　森田果「射幸契約はなぜ違法なのか？」NBL849号35頁（2007）、38-40頁。

3)　福岡高判平成23･4･27判タ1364号158頁②事件は、銀行（被告）が一般の事業会社（原告）に対して販売した金利スワップ取引の説明義務違反が認定され、損害賠償請求が認められた初の事案である。しかし金利スワップ取引は仕組みが単純であるという理由で、適合性原則違反はもとよりや説明義務違反が認められることは稀である。

4)　リスク管理手段や移転手段を一般に持たないリテール投資家へのデリバティブ商品の販売には問題性があることについて、木村真生子「判批」神田秀樹＝神作裕之『金融商品取引法判例百選』（有斐閣、2013）、61頁。

るリテール顧客の側の行動変容を促す戦略だけではなく、業者の側、とりわけ商品の組成や開発、販売会社の支援に携わるアセット・マネージャーの行動変容を促すことが効果的であるという考え方が、欧州を中心に共有され始めている。なぜならば、ハイリスク・ハイリターンの金融商品が安易にマーケティング戦略の対象となれば、「新商品」に目がない消費者の積極的な投資対象になりやすいからである。また、不用意に金融商品を購入した投資者が、司法の場で紛争を通じて投資の失敗の責任を業者に押しつけることになれば、かえって社会的なコストが増大するおそれがある。さらに、金融商品に対する不信感が高まれば、金融証券市場に資金を投じようとする投資心理を冷やすことになり、それは金融イノベーションに期待される効果が商品規制によって減殺されること以上に金融証券市場の運営全体にとって問題になる可能性がある。

⑵-2.「商品」に焦点を当てた規制手法の構造転換

①消費者被害の発見につながる７つの兆候

プロダクト・ガバナンス法制を主導している英国のFCAが[6]、行動経済学の知見を基に行為規制を見直すために参照したのはハーバード大学のCampbell教授らによる文書である[7]。同文書は行政（規制当局）の果たすべき役割について論じており、消費者被害を発見するための８つの兆候を示している。FCAはこの兆候を消費者のバイアスから生じる７つのリスクに捉え直し

---

5)　金融商品取引業者のアフターケア義務の一般的な議論については、川村正幸「判批」金判1034号11頁（1998）、後藤巻則「金融取引と説明義務」判タ1778号40頁（2005）などがある。現行法上、アフターケア義務が金融商品の販売を担う金融商品取引業者に及ぶと考えることは問屋として金融商品取引業者の性質上検討することが難しく、「顧客本位の業務運営」などの指針の下で業者は努力義務を負うにすぎないと考えられる。

6)　英国では、国内の大手銀行が販売した返済補償保険（Payment Protection Insurance：PPI）の不適切販売に対する苦情が2011年頃から急激に増加したことを受けて、消費者被害の回復に向けた対策の抜本的な見直しが進んだ。PPIへのFCAの対応については、上杉めぐみ「イギリスにおけるPayment Protection Insuranceのmis-sellingによる被害の実態と規制の推移－手数料開示義務に焦点を当てて」生命保険論集201号155頁以下（2017）を参照した。

た上で、これをさらに3分類した[8)]。

第1は、企業側に現れる兆候、第2は、商品特性から見て取れる兆候、第3は、消費者の行動や経験に現れる兆候である。第1の企業に現れる兆候とは、「詐欺（rip-offs：不当に高い商品）」と「餌食（suckers：犠牲になりやすい人）」がある。例えば、超過利益が継続している状態（rip-offs の例）や、クロス・サブシダイゼーション（部門間の利益の付け替え）による低価格戦略で顧客を囲い込んでいる場合（suckers の例）など、収益性や販売手法に異常なパターンが見られている場合は消費者被害の兆候が現れているという。

第2の商品特性とは、「格安品（bargains：割安にみえる斬新な商品）」や「罠（traps：行動バイアスを狙った契約特性）」を指す。例えば、「格安品」については、あり得ない価格やリターンが謳われ、手数料は隠されたり十分に強調されない。また、詳細を伝えずに顧客を惹きつけるような金利（teaser rate）、解約違約金、オプトアウト条項などは「罠」として機能する可能性がある。このように、商品に内在する詳細な情報は、消費者にとってリスク性のある商品が市場に何気なく存在していることを示している。これらの兆候は行政側にとっても、業者の商品組成や販売活動及び販売後の対応を図る上で手掛かりになり得る。

一方で、第3の「後悔（regret）」、「愚行（folly：常識から外れた選択）」「困惑（confusion）」という3つの消費者行動に現れる兆候は、消費者被害の兆候を見る上で有益な指標になる。「後悔」とは、予測可能なリスクとは無関係に商品のことをよくわからずに買ってしまうこと、「愚かさ」とは、自分の収益目標や資金計画などと矛盾する商品や、自分にとって価値のない商品を買って

7） *See* John C. Campbell, Howell E. Jackson. Brigitte Madrian, and Peter Tufano, *Making Financial Markets Work for Consumers*：*An Open Letter to America's First Consumer Financial Protection Czar*, 89（7）HARV. BUS. REV. 47（2011）.

8） K. Erta, S. Hung, Z. Iscenko & W. Brambley, *Applying Behavioral Economics at the Financial Conduct Authority for FCA*, Occasional Paper No.1（2013）, at 29-31, available from FCA website.

しまうこと、そして「困惑」とは、購入後に商品の主要な特徴や価格を説明できないことを指す。これらは重要な兆候であるにもかかわらず、各種の消費者を対象にしたサーベイなどでは表れにくい傾向がある[9]。それはすなわち、被害が消費者に発覚してからでないと、金融商品に内在する問題性が明らかにならないことを示している。しかも、締結した契約が長期契約の場合、これらの兆候が現れるタイミングが大きくずれてしまうという問題が主じる。

②規制手法の見直し

上で見たような兆候が金融商品に明示的に表れている場合、消費者行動に生じるリスクを減殺する種々のルールが「表示」に関わる問題として検討ないし活用されてきた。わが国では金商法上において広告規制を設け（金商法37条、金融商品取引業等に関する内閣府令〔以下「金商業府令」という〕72条）、金融商品取引業者が特別の利益を提供することを禁じており（金商法38条9号、金商業府令117条1項3号）、不当景品類及び不当表示防止法では、商品やサービスの品質、内容、価格等を偽って表示を行うことを厳しく規制している[10]。自主規制法人も各種のルールを定めるだけでなく[11]、詳細な指針を作成することによって協会員による違反行為の未然防止に努めている[12]。これらのルールが科学的な根拠に基づいて策定されているかどうかは定かではないが、実際には、認知バイアスにより消費者の意思決定が歪められないよう、業者に要請を行っていると考えることはできる。

しかし、「表示」に関わるバイアスは消費者被害の問題の一端を表しているにすぎないともいえる。表面的な情報ではなく、商品に内在する「機能」に焦

9）　Erta, *et al.*, *supra* note（8）, at 30.

10）　優良誤認表示につき独占禁止法5条1号、有利誤認表示つき同法5条2号を参照。

11）　銀行業においては、銀行業における表示に関する公正競争規約第1条が不当な顧客の誘引を防止し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択及び銀行間の公正な競争を確保することを目的としている。なお、広告等の表示及び景品類の提供に関する規則4条を参照。

12）　例えば、日本証券業協会は「広告等に関する指針」（平成28年）を作成している。

点を当て、消費者の行動や認知の誤りを誘発するようなリスクの存在を調査し、特定することも、また消費者被害の未然防止のためのアプローチの1つになり得る[13]。具体的には、(1)商品に対する誤解を示す兆候が消費者に現れていないかどうかを探知し、(2)表明された商品の機能と、消費者の商品の利用実態の間に不一致があるか否かを調査することが有益であると思われる[14]。例えば、アメリカで金融危機の前に販売されていたステップアップモーゲージ（わが国で販売されているステップアップ償還型住宅ローンに近い）は、返済し始めて数年後に金利が上昇するタイプの住宅ローンであった。この商品が「表明した目的」は、現在は低所得か信用情報に悪い履歴があっても家が買え、その後、借り主の信用状況が改善したらすぐに借り換えを行うことで契約が維持できる、というものであった。しかし実際には、ステップアップモーゲージはサブプライムローン（低所得者向けの住宅ローン）の借り手、つまり、信用スコアに改善の見込みがない者に購入されていた。この事例は、表明された商品の機能と消費者の利用実態の間に不一致があったことを示すものである。商品の需要者と供給者の思惑の不一致から生じるリスクが過少評価されたために、業者が買い手の知識不足につけ込んで商品の販売を拡大し、結果として大量のサブプライムローンが不良債権化したことは深刻に受け止められなければならない[15]。

商品に対する消費者の誤解が金融市場全体の信用不安につながる場合もあることを考えれば、「顧客を知る義務（know-your-customer requirements）を商品レベルに及ぼすこと[16]、つまり、商品の供給元である業者に対し、商品を管理する義務を課すことが必要になる。なぜならば、商品の開発者や販売者は商

13） Campbell らも規制の必要性を判断する際には、商品の名称ではなく、機能を重視しなくてはならないとしている（Campbell et. at., *supra* note（7）, at 51）。

14） Erta, *et al.*, *supra* note（8）, at 31 et esq.

15） サブプライムローン問題について、淵田康之「サブプライム問題の教訓」資本市場クォータリー 2007年秋号2頁（2007）、5頁を参照。

16） *See* Veerle A. Colaert, *Product Governance*：*Paternalism Outsourced to Financial Institutions?*, European Business Law Review（2019）, at 2, available at SSRN：https://ssrn.com/abstract=3455413 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3455413.

品の特徴を正しく理解し、どのような顧客層が当該商品に適合するかをまず考えているからである。その上で、商品の開発者は係る商品の販売先となる市場（target market）を商品ごとに特定する。また、開発する商品やその販売手法が消費者の誤解を生じさせるおそれがないかを検証し、実際に商品が販売された後も、商品の目的と消費者の利用実態が一致しているかどうかを確かめる。とりわけ、複雑で革新的な金融商品については、当該商品の組成・販売に関わる当事者が多くなることから、商品から生じるリスクの所在が不明確にならないよう、商品を管理していくことが必要になる[17]。

③行政による介入方法

英国のFCAは消費者の認知バイアスに対処するために、行政が効果的に市場に介入する方法として以下の4つの方法を示している[18]。

第1は、情報提供である。情報提供において重要なことは、消費者が弱点を突かれないよう、「特別な情報」を提供することにある。例えば、過去の商品の利用例（どのようなニーズがあるときに当該商品を購入しているか）やクレーム率などのデータを消費者に提供することである。これは、特殊なマーケティングや販促資料を提供することなどにより、消費者の行動学的な弱点を狙う不公正な慣習を断ち切ることにつながると考えられている。第2は、消費者の「選択の環境」を変えることである。例えば、指針などを設けて、消費者に積極的に意思決定を行わせることを商品選択時の標準とし、ある商品を買うことが自動的に選択されないようにすることである。第3は、商品の販売を制御することである。具体的には、ある種の顧客に対しては特別の販売チャネルを通じてしか商品を販売できないようにすることや、対面でしか商品を販売できないようにすることである。第4は、商品をコントロールすることである。例えば、特別な特徴を有する商品や、消費者のミスを誘って被害を招くようにみえる商

17） *See* Erta, *et al.*, *supra* note（8）, at 32.

18） Ibid. at 42 et esq.

品の流通・販売を禁止することである。また、高い解約手数料が設定されているような商品を排除したり、解約手数料率を制限するよう、業者に要請することである。第4の介入方法はプロダクト・インターベンションと呼ばれ、EUを始め、英国、オーストラリアなど複数の国で検討され、実施され始めている[19]。

消費者行動に関わる問題の解決はたしかに常に「行動」による必要はない。より強力な商品の「ガバナンスの基準」を業者に課すことや、商品の特徴に制限を加えたり、またある一定の顧客層に対する商品の宣伝広告を禁じたり、ある販売チャネルからの商品の勧誘を禁じ制限することも、消費者被害の改善に大いに関連性がある[20]。

⑵-3　プロダクト・ガバナンスへの取り組み

① EU

プロダクト・ガバナンスとは、金融商品の開発者や販売業者らが商品のライフサイクルに渡って法規制の要件を遵守するよう、商品の設計や認可、販売、商品の継続的な管理をするために、業者が構築するシステムや管理体制のことを指す[21]。EUでは、2010年の初頭からこのような取り組みが検討され始めたが、異なる時期に異なる思惑で検討が進められた結果、複数の指令や規則が存在し、規則相互に矛盾もある[22]。しかしながら、EU加盟国の投資会社（investment firms）[23]が従うべき主な規制として以下の4つの規制、すなわち、第2次金融商品市場指令（MiFID II）[24]、パッケージ型投資金融商品規制（Packaged Retail and Insurance-based Investment Products Regulation；

19）　本論文のⅥ.3.⑵-4「プロダクト・インターベンションの実例」を参照。

20）　Erta, *et al.*, *supra* note（8）, at 42.

21）　FCA, Consultation Paper（CP16/29）：*Markets in Financial Instruments Directive II Implementation – Consultation Paper III*（September, 2016）（hereinafter “FCA CP16/29”）, at 102, available from FCA website.

22）　CFA Institute, *The Brave New World of Product Governance in the EU Asset Management Industry”*（2020）, at 11, available from CFA Institute website.

PRIIPs）[25]、譲渡可能証券への集団投資事業第4次指令（Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities Directive；UCITS IV）[26]、オルタナティブ投資ファンド運用会社指令（Alternative Investment Fund Manager Directive；AIFMD）[27]があり、このうち、MiFID Ⅱと PRIIPs は投資会社による金融商品の開発・販売方法だけでなく、投資者に対する商品の運用状況及びコストの開示方法についても少なからぬ影響を及ぼしている。

MiFID Ⅱによると、すべての投資会社がプロダクト・ガバナンスにおいて遵守すべき内容の要点は以下の7点にまとめられる[28]。すなわち、⑴投資会社が組成・販売する新商品（または商品の再販）のターゲット市場と付随するリスクを評価するための手順（プロセス）を定め、⑵当該プロセスの説明責任を取締役会レベルで果たすとともに、⑶当該プロセスが遵守されているかどうかについて監督する体制を確立することである。また、⑷こうした任務を遂行することができる一定の能力を有する職員を雇用しなければならない。さらに、⑸適切な商品の流通経路を選択し、⑹既存の商品が期待通りに機能しているかどうかをチェックすること、つまり、想定したターゲット市場に商品が販売され、ターゲット市場のニーズに当該商品が引き続き合致しているかどうかを継続的に監視する必要がある。そして、これらの監視によって、⑺問題が特定されたならば、然るべき措置を講じなければならない。とりわけ、商品の組成段階において、投資会社は⑴ターゲット市場のニーズに合う商品を設計し、⑵（市

23） 投資会社とは、1つ以上の投資サービスを第三者に対して提供することを通常の職務または業務、もしくは1つ以上の投資活動を専門的に行うあらゆる法人であると定義される（MiFID Ⅱ4条⑴⑴、MiFID II Annex I Section A, C）。アセットマネージャーのみならず、銀行、ブローカー・ディーラー、ベンチャーキャピタルなど対象は多岐にわたる（有限責任監査法人トーマツ「主要国・地域の運用業規制に関する調査研究についての報告書」（2014）52頁等（金融庁 HP）を参照）。

24） Directive 2014/65/EU. なお、第1次指令では具体案は示されなかった。

25） Regulation（EU）No 1286/2014.

26） Directive 2009/65/EC.

27） Directive 2011/61/EU.

28） Articles 16（3）and 24 II of MiFID II；FCA CP16/29, *supra* note（21）, at 102−103.

場での不測の事態に備えて）商品のストレステストを実施するだけでなく、(iii)商品に課された構造が適切かどうかを評価し、(iv)商品の流通業者に対しても関連する情報を提供しなければならない[29]。また、商品の流通段階においても、投資会社は(i)組成者から関連する情報を集め、(ii)組成者の定期的な商品レビューに役立つ情報を組成者に提供し、(iii)複数の流通業者が商品の販売に関与するときは協力して取り組まなければならない。

②英国

MiFID II の規則を認可業者に遵守させるために、英国の FCA は FCA Handbook の別添として Product Governance Sourcebook（PROD）という規則集を作成している[30]。もっとも、仕組商品（structured products）のプロダクト・ガバナンスについて、FSA（現 FCA）はすでに2007年頃より「プロバイダーと販売業者による顧客の公正な取扱いに係る責任（Responsibilities of Providers and Distributors for the Fair Treatment of Customer：RPPD）」と題するガイド（手引き）を作成していた[31,32]。当時 FSA は、商品のライフサイクルに沿って認可業者が遵守すべき事柄を総称する用語として「ガバナンス」という用語を用いていなかったが、手引きの内容自体は MiFID II のプロダクト・ガバナンスの内容に概ね等しい。

アウトカム・ベースの規制を標榜する FCA は[33]、2015年、RPPD の制定後に仕組商品がどのように作られ、管理されているかについて調査するとともに、プロダクト・ガバナンスに係る行政の点検を行った[34]。調査対象は認可業者

29） FCA CP16/29, *supra* note（21）, at 103 et esq.

30） *See* ibid., Ch. 13.

31） RPPD は法的拘束力のないガイド（手引き）として位置づけられ、FCA 規定集に定められた業務原則（Principles for Business）におけるプリンシプルの1つである顧客本位原則（Treating Customers Fairly：TCF）及び付随する詳細な規則を基に作成されている。これまで4度にわたり改訂されている。

32） RPPD で用いられる "provider" という用語は MiFID II の用語法に合わせて PROD では "manufacturer" と読み替えられている。

だけでなく、金融商品の需要者であるリテール顧客にも及び、多面的な評価がなされた。このうち認可業者の調査では、商品の小売業者と卸売業者の調査が区別して行われ、前者は仕組預金と元本保証型投資商品の組成・販売を請負う9社が対象となり（「リテール・レビュー（retail review）」）、後者は仕組債を組成する投資銀行14社が対象となった（「ホールセール・レビュー（wholesale review）」）。

リテール・レビューの要点は4つある。第1に、業者が組成している商品が、顧客が必要としまた理解している商品であるか、第2に、顧客に対して公正な結果（顧客に不当なコストを転嫁していない等）を出すことができる商品であるか、第3に、堅固な認可組織の承認を得た商品であるかどうかである。これに対し、ホールセール・レビューでは、⑴商品の開発方法、⑵ガバナンス、⑶販売方法、⑷発行市場及び流通市場へのアプローチ方法が検査された。そして調査の結果、以下の点において認可業者がRPPDを遵守していないことが明らかになった[35]。すなわち、⑴認可業者が最終顧客のいるターゲット市場を商品組成の段階で明らかにしていない、⑵バックテストに頼りすぎるなど、十分なロバスト性解析やストレステストを実施していないことである。また、⑶当該商品が最終顧客が支払う金額に見合うだけの価値を表しているかどうかも適切に評価されていなかった。さらに⑷最終顧客に対する義務を果たすために、

33） アウトカム・ベースのレギュレーションでは、業者による規制の遵守状況を規制当局が評価し、その結果を受けて、対応の拙さを指摘された業者が改善策を打ち出す。FSA（現FCA）によるプリンシプル・ベースの規制アプローチに伴うアウトカム・ベース（結果アプローチ）への方向転換について、小立敬「英国FSAにおけるプリンシプル・ベースの実践としての顧客本位原則の取り組み」資本市場クォータリー2008年冬号26頁（2008）、33頁を参照。*See also* Andrew Bailey, The Future of Financial Conduct Regulation, The Future of Financial Conduct Regulation, Bloomberg, London（April 23, 2019）(transcript available from FCA website).

34） *See* FCA, Thematic Review（TR15/12）：*Structured Products*：*Thematic Review of Product Development and Governance*（2015）, available from FICA website（hereinafter "FCA TR15/12"）.

35） Ibid., at 6, 14–22.

商品の流通経路をモニターし、販売業者が商品とターゲット市場に関する十分な情報を有しているかどうかを確かめていなかった。

このうちターゲット市場の特定については、例えば、過去の販売実績における評判の良さに基づいてターゲット市場を特定する因子を抽出し、最終顧客のニーズや目的を理解しようとしていない小売業者があった[36]。また、ホールセール・レビューでは、「リテール顧客に対して複雑でない商品（simple products）を販売すべきである」という原則を採用するだけで、“simple”の定義を曖昧にしている業者が少なからずあった[37]。すなわち、商品が単純であるかどうかは顧客目線ではなく業者目線で判断されており、この姿勢を貫けば、顧客のニーズや適切な販売チャネルについて十分な検討をしないまま、商品の組成・販売がなされてしまうおそれがあった[38]。

なお、投資銀行のプロダクト・ガバナンスについても、FCA はリテール顧客の視点に立って行われているかどうかが不十分であるとしている。商品の利益率が高いことは顧客の利益となるかもしれないが、新商品が最終顧客の利益となっているかどうかを業者がどのように評価しているのかが明らかでないと結論づけている。

一方で、リテール顧客の調査では、定性調査と行動経済学の知見を用いた調査[39]の２つが行われた。定性調査は仕組預金または元本保証型投資商品を調査対象とし、⑴消費者の投資理由、⑵他の商品と比較した際に仕組商品を選ぶ動機、⑶商品の理解度、⑷予想される商品のパフォーマンスを消費者自身がどの程度評価できるかどうかが調査の重点項目となった。調査の結果明らかになったことは以下のようにまとめられる[40]。

36） Ibid., at 14 et esq.

37） Ibid.

38） Ibid.

39） *See* FCA, Occasional Paper No. 9：*Two Plus Two Makes Five? Survey Evidence that Investors Overvalue Structured Deposits*（2015）, available from FICA website. FTSE100 種総合株価指数（FTSE 100 Index）に連動する仕組預金を用い、定性調査とは異なる被験者で、仕組預金を購入したことがあるまたは購入を検討している 384 名を対象に実施された。

第1は、消費者は安全な投資先を求めながらも、定期預金よりも高い金利を求めるために仕組商品を購入していたことである。なお、このとき消費者は業者の販売圧力に大きな影響を受けており、しかも、短期間で投資の意思決定を求められるため、他の商品との比較を行うことができないことがわかった。このような事情の下で契約に応じてしまうことが直接の購入動機となっていること、これが留意するべき第2の点である。そして第3は、消費者は商品の基本的な仕組みは理解できても、詳細について理解することは困難であること、つまり、何が予想利益をもたらす基礎的要素であるのかを理解している者は少なく、投資決定に適した市場水準について考慮を払わない者が多い。仕組商品は定期預金よりも常に金利が高いと考えている結果、利率が悪くなると落胆してしまうのである。このため、消費者が仕組預金の投資結果についてより多くの情報を与えられると、異なる意思決定をする（仕組預金の購入を躊躇する）ことがあるとされる。

これに対して、行動経済学の知見に基づく調査では、⑴投資者（消費者を含む）が仕組預金（指数連動型定期預金）の期待収益を評価する際に、系統的なバイアスが働いていないかどうか、また、⑵特定の情報を与えることで、投資者の評価方法に改善が見られるかどうかが検証された[41]。調査の結果、以下のことが明らかになっている[42]。

第1に、投資者は指数の上昇をかなり控えめに予想していても、期待リターンを過大評価していたことである[43]。これは、投資者が仕組商品について大きな誤解をしていることを示している。第2に、仕組預金の金利が年利3％の定期預金よりも悪くなる可能性があっても、投資者の大半は仕組預金に魅力を感じていたことである。これは、消費者が安定性・安全性が高く、着実に資産を増やせるという定期預金の特徴に引きずられ、仕組商品に非現実的な期待を

40） FCA TR15/12, *supra* note（34）, at 12.

41） Ibid., at 11.

42） Ibid., at 13.

43） その評価は年利1.9％に相当するという（*See* ibid.）。

抱いてしまう可能性を示している[44]。第3に、指数変化に伴いリターン（運用益）がどの程度変化するかについて複数のシナリオを見せても、消費者の仕組商品の評価能力の改善にはあまりつながらなかったことである。一方で、同じように推奨できる定期預金があり、その見込み利益と共に定期預金が仕組預金を上回る可能性があることを示すと、投資者のバイアスは抑制され、仕組預金に魅力を感じなくなることもわかった。

以上の業者側及び2種類のリテール顧客の調査、とくに行動経済学的な知見を用いた実証研究からわかることは、消費者の理解度と業者が考える「消費者の理解度」の間に間隙が生じていることである。そのことが原因なのだろうか、2021年2月にFCAが公表したアセットマネージャー8社に対するプロダクト・ガバナンスの遵守状況の調査結果をみると、依然としてPRODすなわちMiFID IIが示した規範が十分に遵守されないままになっている[45]。仕組商品を購入する消費者の利益を害さないために、業者のプロダクト・ガバナンスの実践は重要である。しかし実証研究の検証結果をみるかぎり、行政側の思惑どおりにプロダクト・ガバナンスが機能しているかどうかは疑問がないわけではなく、有効な対応策の検討が今後も続いていくものと思われる。

⑵-4　プロダクト・インターベンションの実例

①EU

プロダクト・インターベンション（商品介入）は、食品や電化製品と同じように、投資者被害の拡大を未然に防ぐために、金融商品の販売や流通を全面禁止ないし一時停止するための行政による強行的な措置である[46]。ESAs（欧

44）　その意味では、仕組預金の名称に「定期預金」を付けて、例えば「コモディティ連動型定期預金」や「通貨オプション付円定期預金」などとする場合、認知バイアスの影響によって消費者の誤解を生みやすくなる可能性があるかもしれない。

45）　*See* FCA, *MiFID II*：*Product Governance Review*（2021）, available from FCA website.

46）　このような強行的な措置は、従来金融証券市場の健全な発展を阻害するリスクを内包するものとして忌避されてきたと思われる。プロダクト・インターベンションの意義や理論的な背景については別稿において検討したい。

州監督当局）及び加盟国の所轄官庁は、株式や債券、ファンドなどMiFID Ⅱに定義された金融商品[47]のマーケティングや流通、販売または金融上の行為を行う者（投資銀行や投資会社を含む）に対して、金融商品市場規則（Markets in Financial Instruments Regulation；MiFIR）等の規定に基づき、商品に対する介入権限（product intervention powers）を行使する[48]。

介入権限の行使は域内全体と加盟国国内とで役割分担がある。ESMAは域内の業者に対して広く商品介入権限を有するが、一時的な禁止措置（temporary intervention）を講ずるに止まり、その期間も3ヵ月と制約されている[49]。また、ESMAが権限を行使することができるのは以下の要件に当てはまる場合に限られる[50]。すなわち、重大な投資者保護上の懸念がある場合、金融市場またはコモディティ市場の秩序ある機能や統合性にとって脅威となる場合、または金融システムの全部または一部の安定を脅かす場合であって、金融商品又は金融上の行為（financial activity）に適用されるEU法に基づく規制上の要件が上記の懸念に対応しておらず、かつ国内の1つまたは複数の所轄官庁が当該問題に対処するための措置を講じずにいるかまたは当該措置が不十分である場合である。

一方で、恒久的な禁止措置を講ずる権限を有するのは、加盟国内の所轄官庁（National Competent Authority；NCA）である[51]。しかしESMAがNCAから恒久的な商品介入権限を発動することについて通知を受けると、当該禁止措置

47） *See* MiFID II Art. 4 sec. 1（15）, Section C of Annex I.

48） ESMA（欧州証券監督局）はMiFIR40条に基づき、また、加盟国の所轄官庁はMiFIR42条に基づき商品介入権限を有する。EBA（欧州銀行監督局）の権限はMiFIR41条に、EIOPA（欧州保険・企業年金監督局）の権限はPRIIPs15条に基づく。

49） *See* MiFIR Art. 40. ただし、ESMAは行った措置について見直しを行わなければならず、必要があれば3ヵ月の延長措置を講ずることができる。また、何度でも新たな措置を講ずることができ、新たな措置を講じない場合は行為の禁止措置が解除される。

50） ESMA, *Product Intervention*（*Policy Activities*, *MiFID II*）, available at https://www.esma.europa.eu/policy-activities/mifid-ii-and-investor-protection/product-intervention.

51） NCAが商品介入措置を講じようとする場合はESMAへの通知が義務づけられる（*See* MiFIR Art. 42 sec. 1）。

が正当化されるものであるかどうか、均衡の取れた措置であるかどうか判断して意見を述べ、ESMAのウェブサイト上でこれを公開しなければならない[52]。これまで、差金決済取引（Contracts for differences；CFDs）[53]とバイナリーオプションの2つの金融商品のリテール顧客に対する売買が恒久的に禁じられた。

②英国

英国のFCAは金融商品の理解が乏しい消費者のために、「重要な情報（key information）」の内容を商品ごとに定め、その開示を業者に促すなど、販売時における金融商品の開示方法の改善に長年取り組んできた[54]。しかしそのような努力にもかかわらず、消費者の重要情報に対する反応は低かった。消費者は開示された情報を無視することもあるなど、規制の効果は上がらなかった[55]。

そこで、FCAは販売時の開示情報に規制の重心を置くことは即ち消費者被害への対応が後手に回ることであると理解し、商品のライフサイクルの初期の段階に規制の焦点を当てることが重要だと考えた[56]。たしかに、FCAの施策により金融イノベーションが起こりにくくなり、商品の選択肢が狭まるという批判や、消費者に対する過剰な保護に対する批判が業界関係者からは寄せられた[57]。しかしFCAは、消費者の金融商品取引に対する自己責任原則を確認しつつも、消費者が意思決定の際に直面する困難に対処する必要性を認識し、業

52） *See* MiFIR Art. 40.

53） ESMAは2019年3月から現在まで、ベルギーとルーマニアを除く加盟国の所轄官庁によるCFDs（差金決済取引）の禁止措置について公開意見を述べてきている。なお、ベルギーは2016年8月にすでにリテール顧客へのCFDs、Spot FX、バイナリーオプションの勧誘・販売を高リスク取引であるとして禁じている。

54） *See* FSA, *Good and Poor Practices in Key Features Documents*（September, 2007）；The IOSCO Technical Committee, *Principles on Point of Sale Disclosure*（Consultation Paper）,（November 2009）.

55） *See* FCA, Discussion Paper（DP11/1）：*Product Intervention*（January, 2011）, at 19 fn. 12, available from FCA website（hereinafter "FCA DP11/1"）.

56） Ibid., at 20.

者に顧客を公平に扱う義務を果たすように求めなければならないと判断した[58)]。

2012年、FCAは金融サービス・市場法（Financial Service and Market Act of 2000）を改正し、深刻な消費者被害をもたらすような深刻なケースに限り、商品の流通販売を禁じ、必要な特性を商品に付することを命ずる制定法上の権限を得た（FSMA 137D, 138G）。なお、FCAは事前協議をすることなく一時商品介入規則を作ることができ、制定した規則は最大で12か月間継続される。

FCAがこのような介入主義的アプローチを取る理論的根拠は大別して2つある。第1は、業者と消費者の間には情報の非対称性があり、リテール金融商品市場で「市場の失敗（market failure）」が引き起こされていることである[59)]。すなわち、業者は金融商品の特質をよく知っているが、リテール顧客は金融商品に対する理解力が不足しており、商品を購入するかどうかの決定の際に情報を正しく利用できない状況を見過ごしていることである。第2は、消費者の行動特性の問題にFCAが強い関心を抱いていることである[60)]。金融商品は本質的にある程度複雑なものであるが、消費者が認知バイアスの影響を受けている場合、その「複雑さ」は消費者の誤解を誘発する可能性が高いことによる[61)]。

FCAは、2014年8月、条件付転換社債（Contingent Convertible Bonds；Cocos（通称CoCo債））に対して商品介入権限を行使することを公表した。CoCo債とは、株式と債券の中間の性格を有するハイブリット証券であり、転換社債の一種である。発行体の自己資本比率が基準値を下回るなど、偶発的な事象であらかじめ定められた条件に抵触した場合、元本の一部または全部が削減されたり、強制的に普通株に転換される。リスクが比較的高い商品だが、高

57） *See* FCA, Feedback Statement（FS11/3）：*Product Intervention*（June, 2011）, at 27, available from FCA website（hereinafter "FCA FS11/3"）.

58） Ibid., at 30.

59） Ibid., at 23–25.

60） Ibid., at 26, fn. 22；FCA, Policy Statement（PS13/3）：*The FCA's Use of Temporary Product Intervention Rules*（March 2013）, at 27, available from FCA website.

61） FCA DP11/1, *supra* note（55）, at 26.

格付けであるために、リテール顧客は一般の債券と混同してしまうおそれがある。

FCA が CoCo 債への商品介入を検討していた当時、金融機関はバーゼルⅢ規制に対応するために CoCo 債を積極的に発行することで自己資本の充実を図っていた。金融商品の販売業者は市場に出回った CoCo 債の高格付けを売りにして、金融リテラシーの高くないリテール顧客に積極的に販売した。一方で、消費者は商品の仕組みを理解せずに、発行体が知名度の高い金融機関だというだけで CoCo 債を購入していた。FCA はこのような実態を重く見て、初の商品介入権限の発動に踏み切り、新規にリテール顧客に対して CoCo 債を販売することを同年 10 月 1 日から 1 年間停止した[62]。ただし、リテール顧客であっても、わが国の金商法上の特定投資家にあたる者には厳格な顧客審査や顧客管理を条件に、業者は Cocos 債を販売することができた。商品介入措置を講じた結果、たしかに CoCo 債の流動性は低くなり、既保有者が債券を売却しにくくなったなどの批判は出た[63]。しかし FCA は、CoCo 債の流動性が下がることは事前の費用便益分析を通じて織り込み済みであり、それよりも、CoCo 債を新規に購入するリテール顧客を削減できたことの意義は大きいとして、自らの政策を評価した[64]。

2018 年 12 月、FCA はバイナリーオプションの販売停止を行うことを新たに予告し[65]、2019 年 4 月 2 日、リテール顧客に対する当該商品の販売が全面的に禁止された[66]。バイナリーオプションは消費者を害するリスクが商品に内在しており、業者による商品の販売方法も投資者保護に欠けていたことが商品介入

62） *See* Conduct of Business sourcebook（COBS）22.1.

63） *See* FCA, Policy Statement（PS15/14）: *Restrictions on the Retail Distribution of Regulatory Capital Instruments*（June, 2015）, at 32–33, available from FCA website.

64） Ibid.

65） *See* FCA, Consultation Paper（CP18/37）: *Product Intervention Measure for Retail Binary Option*（December, 2018）, available from FCA website.

66） *See* COBS 22.4. *See also* FCA, Policy Statement（PS19/11）: *Product Intervention Measures for Retail Binary Options*（March, 2019）, available from FCA website.

権限発動の理由となっている。その後も、FCAはミニ債券（Mini-bonds）[67]、差金決済取引、SISs（Speculative Illiquid Securities）に対して商品介入権限の行使ないし行使の検討を行っている。

③オーストラリア

オーストラリアには英国の商品介入法理を参考にした商品介入規制がある。規制庁のオーストラリア証券投資委員会（Australian Securities and Investments Commission；ASIC）は、会社法の規定に基づき[68]、商品介入権限を行使することができる。CoCo債などのハイブリッド証券について、2011年11月、ASICは消費者に対して警告文を出した。また、2013年、ASICは業者に対し、ハイブリッド証券の目論見書の記載方法や販売方法の改善を求めた[69]。しかしハイブリッド証券はすでに多くの消費者が購入する馴染みのある金融商品となっており、利率の高さからその人気は衰えなかった。

ASICは商品の特徴とリスクを開示する現在の方法では不十分であり、消費者の認知バイアスに配慮する方法で開示が行われなければならないと考えた。そこでASICは、投資者がハイブリッド証券をポートフォリオに組み込む際に、普通の株式や債券と比較して、どのような認知バイアスがハイブリッド証券の選択に作用するのかを特定するための実験を行った[70]。具体的には、参加者の認知バイアスとリスク態度をまず調査し、その上で投資ゲームに参加させ、債

67） ミニ債券は、一般的に、リテール顧客に販売されている流動性の低い債券をいう（該当する法律用語はない）。その本質は企業の発行する借用証書である。高い利率を謳っているため消費者に人気があるが、満期に返金されるかどうかは企業の業績次第であり、事業が失敗すれば投資金は戻らない（*See* FCA, Mini-bond, available at https://www.fca.org.uk/consumers/mini-bonds）。

68） Part 7.9A of Corporations Act 2001.

69） *See* ASIC, REPORT 365：*Hybrid Securities*（August, 2013）, available from ASIC website.

70） *See* ASIC, REPORT 427：*Investing in Hybrid Securities*：*Explanations Based on Behavioural Economics*”（March, 2015）, at 27–39, available from ASIC website（hereinafter “ASIC REP 427”）.

券、ハイブリッド証券、株式をそれぞれ各自のポートフォリオに配分させる方法で行った[71]。

実験の結果、ハイブリッド証券の投資に関わる認知バイアスとして、①コントロール幻想バイアス（illusion of control）、②自信過剰、③フレーミング効果、④曖昧さ回避（ambiguity aversion）、⑤ブランド化（branding）に、一定の特徴が現れた[72]。具体的には、コントロール幻想バイアスや自信過剰、フレーミング効果の影響を受けやすい被験者は、自らのポートフォリオにあるハイブリッド証券への配分を増加させていたが[73]、曖昧さ回避とブランド化についてバイアスの影響があった被験者は、逆にハイブリッド証券への配分を減少させていた。つまり、株式は債券やハイブリッド証券に比べリスクの高い商品であるにもかかわらず、ハイブリッド証券についてよく知らない場合、身近な株式に投資してしまう傾向があることがわかった。一方で、予測とは異なり、ハイブリッド型証券の発行体の商号が投資決定にそれほどまで大きな影響を及ぼさない可能性もあることがわかった。ただし、実験で被験者に提供された情報がわかりやすく一覧表に示されていたことから、通常利用されるような目論見書が被験者に提供されていれば、実験結果は異なっていた可能性があり、注意が必要である。

ASIC はこのような実験結果を参考にして、ハイブリッド証券の販売方法やハイブリッド証券に固有のリスクを正しく顧客に伝える方法を再検討するだけでなく、投資教育の方法を改めて検討することになった。一方で、現在までのところ、CoCo 債などのハイブリッド証券に対して商品介入権限は発動されていない。これは、ASIC が商品介入権限を行使できる場合を「消費者に著しい損害（significant detriment）をもたらすとき」に限定していることによると思

71） 対象者は主にクィーンズランド工科大学の大学生であり、58％が女性、42％が男性、年齢は概ね18歳から24歳の間に分布していた。ほとんどの学生がマーケティング論や会計学など、ビジネスに関係する学問分野を学んでいた（Ibid., at 27）。

72） ASIC REP 427, *supra* note（70）.

73） Ibid., at 12 et esq.

われる[74]。これに対して、Short Term Credit は2019年9月14日から18カ月間、差金決済取引については2020年11月23日から約4か月間、それぞれ商品介入権限が発動され、リテール顧客向けの商品の発行や勧誘・売買などが停止されている[75]。

⑶手数料開示

フレーミング効果により、消費者は保険商品や投資商品などの広告の表示価格が目立つように表示されると、その表示をもとに投資の意思決定をしがちである。また、勧誘者が取引手数料を金額ではなく「％」を用いて割合で説明する場合、消費者はコスト負担を少ないと感じてしまう。他方で、消費者のこのような認知バイアスを利用して、業者は複雑な価格設定を行い、全体でどのくらいのコストが掛かるのかを容易にはわからないようにしたり、曖昧にすることがある。また、手数料やコストに対する消費者の意識の低さに付け込み、高い手数料率を設定することもある。さらに、広告表示では情報の断片だけを表示することで、手数料にかかる情報を覆い隠すこともある。

カナダのオンタリオ州証券委員会（Ontario Securities Commission；OSC）は、2019年8月、「行動経済学的知見を通じた手数料開示の改善」と題する文書を公表した[76]。カナダでは、Client Relationship Model（CRM）と呼ばれる新たな金融証券規制改革が進められている[77]。従来の商品ベースの規制（銀行、証券、保険、信託の商品ごとの縦割り規制）が実態に合わなくなってきたことから[78]、CRM では顧客とアドバイザー（金融商品仲介業者）の関係強化を目的とした規制のあり方が目指されている。CRM の下では、金融商品サービス業

74） *See* ASIC, Regulatory Guide 272：*Product Intervention Power*（June, 2020）, available from ASIC website.

75） ASIC Corporations（Product Intervention Order – Short Term Credit）Instrument 2019/917；ASIC Corporations（Product Intervention Order – Contracts for Difference）Instrument 2020/986.

76） OSC, *Improving Fee Disclosure Through Behavioural Insights*（Staff Notice 11–787）（August 19, 2019）, available from OSC website.

者は顧客に送付するドキュメント（証拠書類）と報告書をより良いものに改善することが義務づけられる[79,80]。また、2013年から1年毎に段階的な目標が設定され、2017年1月に施行されたCRM第2フェーズ（CRM2）の下で、業者は投資商品やサービスに係る手数料及び報酬に関する明確で完全な開示を行い、かつ資産運用状況に関する意味のある報告書（以下「CRM2レポート」という）を顧客に提供しなければならない[81]。

しかしこのようにして業者が顧客に出したCMR2レポートの評価はさまざまだった。ブリティッシュ・コロンビア州証券委員会（BCSC：British Colombia Securities Commission）が実施した調査では[82]、投資に関する知識が不足していると感じていた52%の投資家が、CRM2レポートによって手数料に関する一般的な理解を増進させたという。また、当初から投資の能力に自信

77） Client Relationship Model（CRM）の前身であるFair Dealing Model（FDM）は2000年2月、OSCが設置した委員会によって検討が開始されたものである。CSAが2005年8月にFDMをCRMと名称変更すると、金融証券規制改革の議論が加速した。2008年の金融危機で顧客に対する不公正な取引が明らかになると、業界全体でCRMを推進する機運が高まり、CRM構想が現実化した。（*See e.g.* Adam Laird, *The History and Background of CRM Phase 2*, available at https://www.highviewfin.com/blog/the-history-and-background-of-crm2/.）。

78） 金融サービス業界のビジネスモデルは投資助言業に重心を移してきており、投資者は「商品」が何であるかということよりも、長期投資において業者と信頼できる関係性を築くことができるかどうかに強い関心を抱いていると、OSCは分析している（OSC, Concept Paper：*The Fair Dealing Model*（January, 2004）, at 9）。

79） *See* CSA, National Instrument 31-103, Registration Requirements, Exemptions and Ongoing Registrant Obligations（NI31-103）, §14.17.

80） CRMは責任の所在の明確化、顧客との全取引の透明性の確保、利益相反の回避の3つを原則として掲げている。原則を遵守するためには、業者だけでなく顧客や行政もそれぞれの立場に応じた責務を果たさなければならない。例えば、OSCは、行政側も金融商品の販売者に対し明確な行為基準を設定する責務があるとしている（Ibid., at 28-29）。

81） Ibid.

82） BCSC, News Release（2017/76）：*Significant Improvements in Investor Knowledge Following New Fee Disclosure Documents, BCSC study finds*（October, 2017）, available from BCSC website.

を示した投資家のうち、16％がCMR2レポートを見て新たな手段で既存のアドバイザーと契約することを決め、25％が投資商品の構成を変え、11％はアドバイザーや証券会社自体を変更したこともわかった。これに対して民間の調査機関が行った調査によれば、CRM2の取り組み自体を知らない投資家が全カナダの約8割に上り、取り組み自体を知っている投資家でも、レポートの体裁が変わったことに気づいた投資家は約半数に止まった[83)]。

手数料や報酬に関する報告書が業者から送付されたこと自体に気づかない投資者や、レポート内容を理解していないと思われる投資家の存在が明らかになったことで、OSCはCRM2の取組みに改善の余地があると考えた[84)]。OSCは英国の行動インサイトチーム（Behavioral Insight Team；BIT）[85)]と手を組み、業者によるCRM2レポートの送付方法やレポートのデザインの改善方法の検討に着手した。まず、カナダにいる投資家から1,900名の被験者を募り、フォーマットの異なる手数料と報酬が記載された4種類のレポートの1つをランダムに被験者に送付した。そして、記載内容の理解度を示す7つの質問をすることで、どのレポートのフォーマットが最も投資家にとって適切かを分析した[86)]。その結果、以下のように、1頁目に手数料の概要を簡潔に示し、2頁目に手数料の詳細を示したレポートのフォーマットが、最も投資者の理解を助けるレポートの形式であることがわかった[87、88)]。

83） Investor Executive, *Low Investor Awareness of CRM2 a Challenge for Firms and Advisors*（Industry News）（August 16, 2018）, available from Investor Executive website.

84） OSC, *supra* note（76）, at 2.

85） BITは英国の内閣府の下で組織され、行動経済学などの行動科学に基づいた政策ツールを考案している。ナッジ・ユニット（Nudge unit）とも呼ばれる。

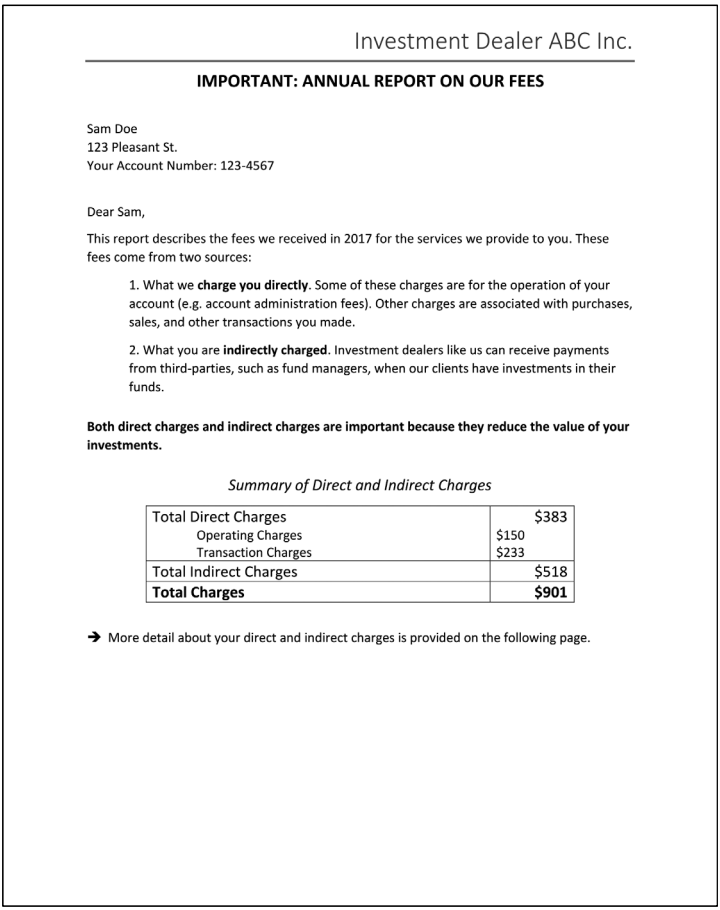
86） OSC, *supra* note（76）, at 5–6.

87） Ibid., at 32.

88） その他にも、CRM2レポートを入れた郵便の開封率を挙げるため、封筒の上書きに大きく太字で “Important Annual Fees Report − Please Read − Fees Impact the Value of Your Investments.” などと書くことが封筒を開封するきっかけとなるなど、有益な実験結果が提供されている（Ibid., at 27）。

The Behavioural Insights Team / Improving fee disclosure through behavioural insights

Summary + Detail



Investment Dealer ABC Inc.

IMPORTANT: ANNUAL REPORT ON OUR FEES

Sam Doe
123 Pleasant St.
Your Account Number: 123-4567

Dear Sam,

This report describes the fees we received in 2017 for the services we provide to you. These fees come from two sources:

1. What we **charge you directly**. Some of these charges are for the operation of your account (e.g. account administration fees). Other charges are associated with purchases, sales, and other transactions you made.

2. What you are **indirectly charged**. Investment dealers like us can receive payments from third-parties, such as fund managers, when our clients have investments in their funds.

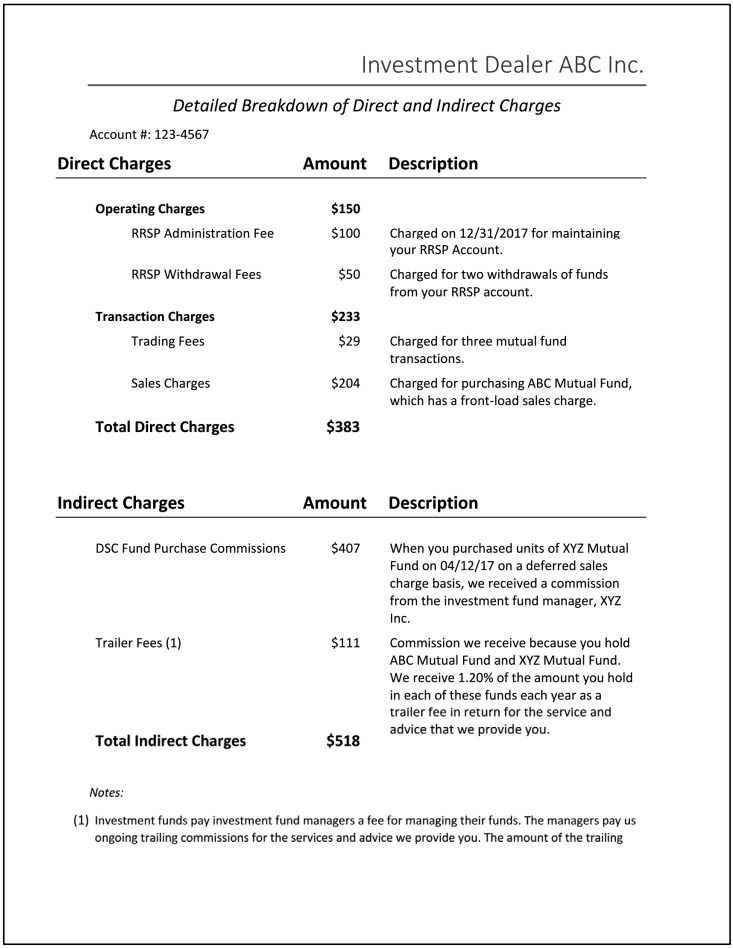
Both direct charges and indirect charges are important because they reduce the value of your investments.

Summary of Direct and Indirect Charges

Total Direct Charges	$383
Operating Charges	$150
Transaction Charges	$233
Total Indirect Charges	$518
Total Charges	**$901**

➔ More detail about your direct and indirect charges is provided on the following page.

Page 1 of 3



Investment Dealer ABC Inc.

Detailed Breakdown of Direct and Indirect Charges

Account #: 123-4567

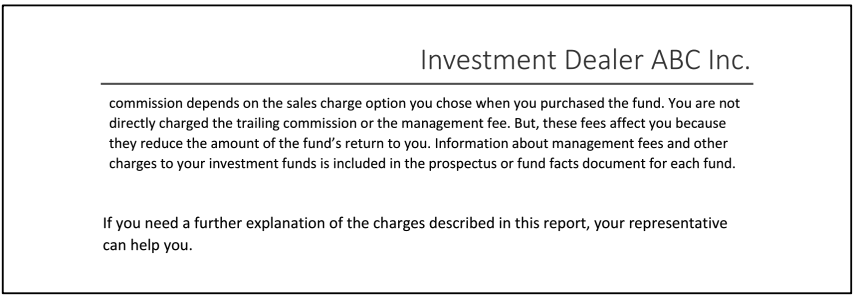
Direct Charges	Amount	Description
Operating Charges	**$150**	
RRSP Administration Fee	$100	Charged on 12/31/2017 for maintaining your RRSP Account.
RRSP Withdrawal Fees	$50	Charged for two withdrawals of funds from your RRSP account.
Transaction Charges	**$233**	
Trading Fees	$29	Charged for three mutual fund transactions.
Sales Charges	$204	Charged for purchasing ABC Mutual Fund, which has a front-load sales charge.
Total Direct Charges	**$383**	

Indirect Charges	Amount	Description
DSC Fund Purchase Commissions	$407	When you purchased units of XYZ Mutual Fund on 04/12/17 on a deferred sales charge basis, we received a commission from the investment fund manager, XYZ Inc.
Trailer Fees (1)	$111	Commission we receive because you hold ABC Mutual Fund and XYZ Mutual Fund. We receive 1.20% of the amount you hold in each of these funds each year as a trailer fee in return for the service and advice that we provide you.
Total Indirect Charges	**$518**	

Notes:

(1) Investment funds pay investment fund managers a fee for managing their funds. The managers pay us ongoing trailing commissions for the services and advice we provide you. The amount of the trailing

Page 2 of 3


Investment Dealer ABC Inc.

commission depends on the sales charge option you chose when you purchased the fund. You are not directly charged the trailing commission or the management fee. But, these fees affect you because they reduce the amount of the fund's return to you. Information about management fees and other charges to your investment funds is included in the prospectus or fund facts document for each fund.

If you need a further explanation of the charges described in this report, your representative can help you.

Page 1 of 3

（出典：OSC, *Improving Fee Disclosure Through Behavioural Insights*（Staff Notice 11-787）, at 36-37）

投資者がアドバイザーと日頃から接し、助言を受けていたとしても、投資者自身の認識とは異なり、投資の意思決定をする能力が不足していることは多くの実証研究が明らかにしてきたことである[89]。OSC は上述したような実験結果を公表することで、業者に手数料開示のための新たな手段を提示し、顧客とアドバイザーの関係だけでなく、投資者の意思決定のあり方を改善しながら、顧客と業者双方の行動変容を促そうとしている。

4. 小括

Ⅵ章では、金融恐慌後、各国の証券規制当局が投資者被害を未然に防止するために、行動経済学の知見を用いた新たな証券規制を行っている状況を見てきた。消費者的な性質を有する投資者が多く参加する現代の金融証券市場では、投資者の認知の歪みを利用した金融商品のマーケティング戦略が先鋭化し、拡大するおそれがある。これに対して、行動経済学や認知心理学という分析ツールは、科学的かつ客観的に投資者の意思決定の歪みに対応するための新たな視座を与えてくれる。

本論文でみた適合性チェックの方法、手数料・報酬の分かりやすい顧客への通知方法は、わが国においても検討を試みる価値があるように思われた。一

89） Ibid., at 12 and fn. 10.

方で、金融商品のライフサイクルに応じた商品管理の方法であるプロダクト・ガバナンスは、業者の自発的な行動に委ねられている部分が多く、実効性の面に懸念がある。プロダクト・ガバナンスのフレームワーク自体には行動科学の影響があったにせよ、実際の取り組みにおいては、行動科学的な知見を利用するノウハウが個々の業者に不足していることに要因の1つがあるのではないだろうか。この点、カナダの手数料・報酬に関するより良い開示のための取り組みは、業者自身の取り組みを行政がレビューし、行政が行動経済学の知見を用いてさらに改善を図っている点で示唆に富む。

カナダでは、現在、高齢者取引について行動科学の知見を用いた新しい規制に向けて取り組みが始められている[90]。実験によって、高齢者は自信過剰、楽観的傾向バイアスに行動が左右されることが明らかになり、これらのバイアスを緩和するために、金融商品の更なる説明の簡素化が進められている。また、勧誘の際、高齢者は金融詐欺に遭いやすい傾向があることを業者が明示的に伝える必要があることを示した。さらに、Trusted Contact Person（TCP：信頼できる連絡先となる者）[91]を指名することが「社会規範」であることを高齢者に直接伝えることで、高齢者にTCPの利用を促している。この点、わが国では、日本証券業協会が高齢者取引のための規則やガイドラインを制定しているが（「協会員の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」5条の3（高齢顧客に対する勧誘による販売）、「高齢顧客に対する勧誘による販売について〔2013年〕」など）、その手法は業者の事務フローの厳格化であり、従来の規制手法に依存しているものと評価できよう。

90） *See e.g.* OSC, *Seniors Strategy*（Staff Notice 11-779）（March 20, 2018）, available from OSC website.

91） Trusted Contact Person（「連絡先となる信頼できる者」）に関するアメリカのFINRAの取り組みについては、萬澤陽子「高齢者の金融資産の保護等に関する取組み――アメリカを例に――」に紹介がある（https://www.jsda.or.jp/about/kaigi/chousa/JCMF/manzawaronbun.pdf）。

Ⅶ. おわりに

消費者的投資者が多く参入している現代の金融証券市場では、とりわけ対象となる商品が複雑な仕組みを有する場合において、開示義務を尽せば投資者保護に不足はないという従来の考え方がなお妥当するかは疑問である。消費者的投資者は特に金融商品取引において認知バイアスの影響を受けやすく、また金融商品取引業者との間にある情報の非対称性を解消することは必ずしも容易ではないからである。このため、いかに業者が最善と思われる手立てを尽くして顧客の利益保護を図ろうとしても、消費者行動に対する本質的な理解が欠けていれば、そのような対応も不十分となる可能性がある。

これらの者を効果的に保護するためには、開示規制を補完するかたちで行動経済学の知見を用い、投資者被害を未然に防ぐためのパターナリスティクな手立てを行政が利用することが有用であるように思われる。行政が行動科学の知見を用いて施策を行い、投資者のバイアスの影響を上手く取り除くための手助けをすることができれば、問題のある自己決定から投資者を守るだけでなく、その取り組みは金融証券市場全体の健全化にもつながっていくことだろう。

（本研究は、JSPS 科研費（課題番号 26380106）の助成金による研究成果の一部である。）

（きむら・まきこ　筑波大学大学院人文社会ビジネス科学学術院教授）

論　説

暗号資産をめぐる税務問題

栗　原　克　文

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　暗号資産の位置づけと性質
　1　暗号資産の定義
　2　暗号資産取引の現状
　3　暗号資産の類型
Ⅲ　会計上・税制上の取扱い
　1　会計上の取扱い
　2　日本での税制上の取扱い
　3　諸外国における暗号資産の税務上の取扱い
Ⅳ　暗号資産取引に関する税務上の論点
　1　所得税法上の論点
　2　法人税法上の論点
　3　消費税法上の論点
　4　相続税法上の論点
　5　国際課税上の論点
　6　税務執行上の論点
　7　小活（暗号資産の性質に応じた税務上の取扱い）
Ⅴ　おわりに―今後の課題

Ⅰ　はじめに

暗号資産[1)]に関しては、税制の整備やガイダンスの公表により税務上の取扱の明確化が行われてきているものの、技術の発展により多くの種類の暗号通貨

1)　Bitcoin に代表される財産的価値を持つ電子記録は、暗号資産、仮想通貨、暗号通貨等と呼ばれるが、本稿においては「暗号資産」を用いる。ただし、参照文書や引用文書による表記については、それらの文書の表記（邦訳）に従う。

が誕生し、その取引形態も多様化している。Bitcoin に代表される管理者のいない暗号資産、米ドル等の法定通貨を裏付けとした暗号資産、（暗号資産の定義からは除かれるが）将来的には各国の中央銀行によるデジタル通貨[2)]など、財産的価値を持つ電子記録の類型、性質は多様化している。その性質は、プログラムの一部を組み替えることにより変更できることから多様化が拡大している。暗号資産は金融資産に類似する面と通貨に類似する面を有しており、また、暗号資産デリバティブは FX 取引に類似する面があるなど、その多面性が税制構築上の難しさにつながっている。本稿における中心となる問題意識は、多様な性質を有する暗号資産に、Bitcoin に代表される分散型暗号資産を念頭においた一律のルールを適用するのが適当か、所有目的や利用目的を踏まえたルール作りが必要ではないかというものである。

本稿は、暗号資産をめぐる税務問題について、暗号資産の性質を勘案しつつ、諸外国における取扱いを参照しながら検討すべき論点を抽出して検討する。まず、暗号資産の位置づけと性質について、暗号資産取引の状況と多様な暗号資産の性質について論述し（第Ⅱ章）、会計上の取扱いを概観した上で、諸外国の税制上の取扱いについて述べる（第Ⅲ章）。その後、各税法等における今後の論点を検討する（第Ⅳ章）。第Ⅴ章はまとめである。

Ⅱ　暗号資産の位置づけと性質

1　暗号資産の定義

2016年6月に改正された資金決済法により、暗号資産が法的に定義された。同法第2条第5項は暗号資産を以下のとおり規定している。

この法律において「暗号資産」とは、次に掲げるものをいう。ただし、金融商品取引法第2条第3項に規定する電子記録移転権利を表示するものを除く。

2)　バハマ中央銀行が2020年10月20日にデジタル通貨「サンドダラー」を世界で初めて発行し、同月28日に中央銀行であるカンボジア国立銀行がデジタル通貨「バコン」の運用を開始している。中国がデジタル人民元の実証実験を2020年に行っているほか、日本銀行は2021年4月5日にデジタル通貨の実証実験を開始した。

一　物品を購入し、若しくは借り受け、又は役務の提供を受ける場合に、これらの代価の弁済のために不特定の者に対して使用することができ、かつ、不特定の者を相手方として購入及び売却を行うことができる財産的価値（電子機器その他の物に電子的方法により記録されているものに限り、本邦通貨及び外国通貨並びに通貨建資産を除く。次号において同じ。）であって、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの

二　不特定の者を相手方として前号に掲げるものと相互に交換を行うことができる財産的価値であって、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの

つまり暗号資産は、物品購入等の代価の弁済のために不特定の者に対して使用することができ、かつ、不特定の者を相手方として購入及び売却を行うことができる財産的価値（法定通貨を除く）であって、電子的に移転することができるものと定義づけられている。

税法上もこの定義を前提とすることになるが、多様な性質を有する暗号資産について区分した定義づけはされていない。以下では、まず、暗号資産取引の現状とその類型を理解する。

2　暗号資産取引の現状[3)]

世界で流通している暗号資産の種類は2,000種類以上ともいわれる[4)]。その内、国内の登録交換事業者の取扱いは20程度となっている。

---

3)　出典：一般社団法人日本暗号資産取引業協会「暗号資産取引についての年間報告」令和２年６月10日［https://jvcea.or.jp/cms/wp-content/themes/jvcea/images/pdf/tokei_20200610.pdf］、一般社団法人日本仮想通貨交換業協会「仮想通貨取引についての現状報告」、金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会」（第１回）、平成30年４月10日、資料３［https://www.fsa.go.jp/news/30/singi/20180410-3.pdf］。

4)　Bitcoin のプログラムはインターネット上で公開されており、そのプログラムのいくつかの要素を変更すれば容易に新しい暗号資産を作れるため、多くの種類の暗号資産が存在している。（Bitcoin 以外の暗号資産は総じて「アルトコイン（Altcoin）」と呼ばれる。）

グローバルで流通している暗号資産全体の時価総額は約15.4兆円であり、そのうち、Bitcoinが50.2%、Ethereumが10.4%、Rippleが9.0%を占めている[5)]。時価総額ではBitcoinが第1位であるが、取引量でみると、香港企業が発行するステーブルコイン（特定の通貨を裏付けとして発行するもの）であるTetherがBitcoinを上回り売買シェアの過半を占める[6)]。Tetherは米ドルを裏付けとして発行されるため、相場変動のリスクが小さいことが取引に使用されやすい理由とされる。

国内での取引量の割合をみると、現物取引[7)]は11%、証拠金取引[8)]、信用取引[9)]、先物取引[10)]の合計で89%となっており、証拠金取引が大半となっている[11)]。その推移を示したものが下表である。

【暗号資産の国内での取引金額】

	2014年度	2015年度	2016年度	2017年度	2018年度
現物取引	24億円	607億円	1.5兆円	12.7兆円	9.4兆円
証拠金・信用・先物取引	2億円	270億円	2.0兆円	56.4兆円	76.5兆円

2014年度以降、特に2016年度から2017年度にかけて、証拠金・信用・先物取引の金額が2.0兆円から56.4兆円へと急増しているが、これは暗号資産証拠金取引が大幅に急増したもので、その背景には、FX取引が移行してきたことがあるとされる。暗号資産の現物取引の割合は限られたものとなっている。

暗号資産を財やサービス購入の支払いに使用できる店舗数は、Bitcoin67,808店舗（内実店舗10,783）、Ethereum115店舗となっており[12)]、家電、中古車、

5） 2018年3月末の数値。
6） 2020年日本経済新聞朝刊1面。
7） 販売所における販売業者との直接売買、取引所を通じた他の顧客との売買。
8） 一定の証拠金を担保にした売買。「暗号資産FX」とも呼ばれる。
9） 一定の証拠金を担保に交換業者から暗号資産を借りて売買するもの。
10） 一定の証拠金を担保に決済期限日に売買することを約する取引。
11） 2018年度の数値。
12） 2018年度の数値。

眼鏡、旅行代理店等での支払いに使用されている。しかし、「それらの店舗においても、宣伝用、デモンストレーション用に使われる程度で、実際の決済手段としての利用件数は極めて少ないのが実情」であり、「店舗の多くでは、仮想通貨を実際に受け渡して支払うのではなく、仮想通貨交換業者に仮想通貨を渡し、後日、円資金が店舗に振り込まれる形で取引されている」状況にある[13)]。つまり、店舗側は暗号資産の相場の変動リスクを回避するため、顧客から暗号資産での支払いを受けた後、直ちに暗号資産交換業者により日本円に換金することが多く、暗号資産を他の支払に使用することは僅少で、暗号資産が支払手段として点々と流通するようなものとはなっていないのが実情である。

暗号資産は、そこで使用されるブロックチェーン技術により、パブリック型非許可型ブロックチェーンを使用する暗号資産とプライベート型許可型ブロックチェーンを使用する暗号資産とに分類できる。前者は不特定多数の者が取引の承認作業（Proof of Work：以下「PoW」）に参加できるブロックチェーンを使用するものである。後者は許可されたコンピュータが取引（ブロック）の承認者となるブロックチェーンを使用するものであり、参加者が制限されている。それらの性質からするとパブリック型非許可型ブロックチェーンは金融資産と類似しており、プライベート型許可型ブロックチェーンは無形資産の管理に類似している[14)]。このように暗号資産の仕組みによってその性質は異なってくる。また、取引状況をみると、前述のとおり現在は現物取引よりも証拠金取引が多くなっており、取引の現状も支払手段としてよりも投資（投機）資産との性質が強くなってきている。黒田東彦日銀総裁は国会において以下のように発言している。

「仮想通貨は、法定通貨ではありませんし、裏づけ資産も持っていません。その結果、現状ではほとんど投機的な投資の対象となっておりまして、送

13） 岩下直行「証券業界と仮想通貨、ICO」月刊資本市場、2018年5月（No.393）、7頁。

14） Ted R. Stotzer, Virtual Currencies－Gaps, Questions, and Pitfalls, Tax Notes, December 17, 2018, pp. 1463-1464.

金や支払いへの使用というのはごくわずかのようでございます。また、国際的にも、信頼や使い勝手を備えた円やドルあるいはユーロといったソブリン通貨を凌駕する形で支払い決済手段として広く使われていく可能性は低いという見方が太宗でございます。」[15)]

このように暗号資産は、支払手段としての性質のみでなく、投資資産としての性質を多分に有しており、税務上の取扱いの検討に当たってはこうした性質を念頭入れていくべきであろう。

3　暗号資産の類型

暗号資産はその性質から類型化することができ、類型化の一例として裏付け資産の有無により分類することができる。裏付け資産のない暗号資産の典型例は Bitcoin であり、裏づけ資産のある暗号資産は「ステーブルコイン」といわれその典型例は Tether である。ステーブルコインは取引価格の変動が比較的小さく、裏付け資産は米ドル等の法定通貨としているものが多いが、コモディティや他の暗号資産等法定通貨以外のものを裏付けとするものもある。

Bitcoin に始まった暗号資産は、その後多様性が広がっている。主なものだけでも、契約を自動化するスマートコントラクトを実行可能なプラットフォームの Ethereum、米ドルに裏付けられたステーブルコインの Tether、リップルネットで国際送金が可能な Ripple 等があり、利用目的に応じた特徴を有するような暗号資産が展開されてきている。

暗号資産の税制上の取扱いを検討するに当たり、同様なものに対しては同等の課税が行われるべきという考え方からは、その性質に応じた制度を構築していくべきであるが、暗号資産は、支払手段と投資資産の両方の性質を有している。この多面性が税制構築上の課題となる[16)]。また、資産と考える場合には、どのような資産に該当するか、つまり、金融商品、外国為替、商品（コモディ

15）　第196回衆議院予算委員会会議録、第10号、2018年2月13日。

ティ）と同等物と考えるか、譲渡所得の対象となる資産かといった点も論点となる。

Ⅲ　会計上・税制上の取扱い

1　会計上の取扱い[17)]

日本では企業会計基準委員会が、実務対応報告第38号「資金決済法における仮想通貨の会計処理等に関する当面の取扱い」（以下「実務対応報告」）を2018年3月に公表した。この実務対応報告は、仮想通貨の期末評価、仮想通貨の売却損益の認識時点、仮想通貨交換業者が預託者から預かった仮想通貨の会計処理、仮想通貨の開示等についての取扱いを示している。主な内容は以下である。

・仮想通貨交換業者又は仮想通貨利用者が保有する仮想通貨の会計処理は、保有する仮想通貨について活発な市場が存在する場合には、市場価格に基づく価額を貸借対照表価額とし、帳簿価額との差額は当期の損益とする。活発な市場が存在しない場合は、取得価額をもって貸借対照表価額とする。

16）何が暗号資産の価値をもたらしているかが不明なことも、税制構築上の困難性につながる。BIS（Bank for International Settlement）によると、暗号資産の本質的価値はゼロであり、その価値は将来、他の財やサービス、一定の法定通貨と交換できるという信頼（belief）にのみからもたらされるとする（BIS, “Digital Currencies,” Committee on Payments and Market Infrastructures, November 2015, p.4）。その価値が「信頼」のみからもたらされることから暗号資産は、その信頼が失われると価値がゼロになるリスクを内包し、相場の大きな変動につながるとともに、価値が生じる源泉を特定することが困難であり、それからもたらされる所得の分類に困難性をもたらしているともいえる。

17）会計上の取扱いや論点については、秋葉賢一「仮想通貨に関する会計上の課題」久保田隆編『ブロックチェーンをめぐる実務・政策と法』第12章、中央経済社、2018年4月、池田幸典「暗号資産の会計問題」企業会計 Vol.72 No.9, 2020年、4頁、酒井克彦・臼倉真純「仮想通貨と会計処理」酒井克彦編著『キャッチアップ　仮想通貨の最新税務』第3章Ⅲ、ぎょうせい、2019年2月、谷田修一「仮想通貨・暗号資産に関する会計」松嶋隆弘・渡邊涼介編著「暗号資産の法律・税務・会計」ぎょうせい、2019年8月、Ⅴ-2章等を参照。

・活発な市場が存在する仮想通貨は、仮想通貨の種類ごとに、自己の取引実績の最も大きい仮想通貨取引所等における取引価格を用いる。
・仮想通貨の売却損益は仮想通貨の売買の合意が成立した時点において認識する。

実務対応報告は保有目的に応じた取扱いを示しており、仮想通貨利用者により投資目的で仮想通貨が保有される場合は、コモディティである金地金に類似した性格を有しているため、トレーディング目的で保有する棚卸資産として会計処理する。また、仮想通貨交換業者が営業目的で所有し、売却を予定して保有する場合も棚卸資産として会計処理することが候補となるとしている。トレーディング目的の場合には市場価格で評価、無形資産や棚卸資産に該当する場合は原価評価としている。

ただし、実務対応報告は当面の取り扱いを示したものであり、カバーされていない論点も残っている。会計上明確となっていない論点として、ICO（Initial Coin Offering）、マイニング、フォーク（分岐）等の取扱いがある。これらは日本のみでなく、世界的にも会計処理方法が明確となっていないことが多い。国際会計基準審議会（IASB：International Accounting Standards Board）は、ICO が多種多様であるため新たな会計基準作成を見送っている状況にあり[18]、IFRS では、暗号資産について個別の基準は設けず、保有目的により、棚卸資産か無形資産に該当するかを区分して棚卸資産又は無形資産の既存の基準に当てはめるとしている。米国においても暗号資産そのものに関する会計基準は制定されていない。

2　日本での税制上の取扱い

日本における暗号資産の消費税法の取扱いについては、2016年6月の資金決

18）Jiří（George）Daniel and Amanda Green, IFRS（#）Accounting for crypto-assets, Ernst & Young Global Limited, 2018.

済法の改正により暗号資産が支払手段として位置づけられたことや諸外国における課税関係等を踏まえて税制改正が行われ、暗号資産は2017年7月1日より支払手段に類するものとして非課税取引とされた[19]。所得税や法人税等の取扱いについては、2018年11月に国税庁が「仮想通貨に関する税務上の取扱い(FAQ)」を公表し、これにより相当の明確化が図られた。2019年度税制改正では、法人が保有する暗号資産の評価方法の法令化等、法人税法、所得税法、国税通則法[20]の改正が行われた。

日本における暗号資産に関する税務上の取扱いの主な内容は以下のとおりである[21]。

［所得税、法人税共通］

・暗号資産を売却（日本円に換金）した場合、その売却価額と暗号資産の取得価額との差額が所得金額となる。
・保有する暗号資産の他の暗号資産への交換は、他の暗号資産の時価と保有する暗号資産の取得価額との差額が所得金額となる。
・暗号資産による商品の購入は、商品価額と暗号資産の取得価額との差額が所得金額となる。
・分裂により新たな暗号資産を取得した場合、新たな暗号資産は分裂時においては取引相場が存しておらず、その時点では価値を有していなかったと考えられることから、取得時点では所得は生じず、その新たな暗号資産を売却又は使用した時点で所得が生じる。
・マイニングにより暗号資産を取得した場合、所得金額は収入金額（取得時点の暗号資産の時価）から必要経費（マイニング等に要した費用）を差し引いて計算する。
・暗号資産の取得価額は移動平均法を用いる（継続適用を要件に総平均法も

19） 消費税法別表1二号、消費税法施行令9条4項。
20） 国税通則法改正は、暗号資産取扱業者に対する報告の徴求制度の創設。
21） 国税庁「仮想通貨に関する税務上の取扱いについてFAQ」令和元年12月。

可）。

［所得税］

・暗号資産取引により生じた利益は、原則として雑所得に区分され、総合課税の対象となる。損失が生じた場合には、他の所得区分の所得との損益通算や損失の繰越控除はできない。

・暗号資産の証拠金取引については、FX 取引と同様に申告分離課税が適用されることはなく、総合課税により申告する。

［法人税］

・暗号資産の譲渡損益は、契約をした日（約定日）の属する事業年度に計上する。

・活発な市場が存在する暗号資産は事業年度末に時価評価して評価損益を益金又は損金の額に算入する（翌事業年度に洗替処理）。

・暗号資産の信用取引で期末に決済されていないものは、期末に決済したものとみなして算出した損益を益金又は損金の額に算入する（翌事業年度に洗替処理）。

［相続税・贈与税］

・暗号資産を相続・遺贈・贈与により取得した場合には、相続税又は贈与税が課税される。その評価方法は、活発な市場が存在する暗号通貨は、納税義務者が取引を行っている暗号資産交換業者が交換する取引価格による。活発な市場が存在しない暗号資産の場合には、その暗号資産の内容や性質、取引実態等を勘案して個別に評価する。

［消費税］

・国内の暗号資産交換業者を通じて保有する暗号資産を譲渡した場合、支払手段の譲渡に該当することから、消費税は非課税となる。

［その他］

・保有している暗号資産は財産債務調書への記載の対象となる。

・国外の暗号通貨取引所に保有している暗号通貨は、国外財産調書の記載の対象外である。暗号通貨の所在地の内外判定は、財産を所有する者の住所

によるため居住者が保有する暗号通貨は国外財産とならない。

日本における暗号資産に関する税務上の取扱いは、国税庁による FAQ の公表で多くの通常取引について明確化された。ただし、この FAQ は、Bitcoin 等初期の暗号資産を念頭におき、また、資金決済法の暗号資産の定義を参考としていることから、暗号資産を支払決済や資金決済の手段として捉え、暗号資産の多様性を勘案しているとはいえない。また、ICO 等通常取引以外の取引の税務上の取扱いや、所得算定に関する実務上の煩雑性といった点への考慮が十分ではない面がある。これらは日本だけではなく、諸外国においても同様の状況にある。検討が必要な各論点については第Ⅳ章で後述する。

3　諸外国における暗号資産の税務上の取扱い

（1）米国

IRS が2014年3月に公表したガイダンスの主な内容は以下のとおりである[22)]。

・暗号資産は資産（property）として扱う[23)]。
・財又はサービスの対価として暗号資産を受け取った場合の簿価は、対価の受領時における米ドル換算金額である。

22）　Notice 2014-21, Internal Revenue Bulletin 2014-16, April 14, 2014.

23）　暗号資産は資産（property）として扱われ、原則として株式、証券、商品（コモディティ）に該当しない。しかし、暗号資産がどのような要件を満たせば税務上証券の要件を満たすかはガイダンスでは示されていない。商品の要件を満たすかは、ルーリング上、商品先物取引委員会が管理する取引所で取引されるものが商品に含まれるとされているところ、Bitcoin デリバティブは取引所（シカゴマーカンタイル取引所、シカゴオプション取引所等）で取引されており、税務上商品に該当すると考えられているが、商品先物取引委員会が管理する取引所で取引されない暗号資産デリバティブ取引については不明となっている。（Mary F. Voce and Pallav Raghuvanshi[23], Blockchain and Cryptocurrency：Federal Income Tax Issue, Tax Notes, November 26, 2018, pp. 1098-1099.）

・暗号資産の売却又は交換によって実現する損益は、資本資産（capital asset）[24]に該当しない限り、通常所得として課税され、資本資産は1年以上保有している場合は低い税率が適用される。
・マイニングにより取得した暗号資産は、マイニングした日の所得金額に加算する。
・暗号資産による支払いは600ドルを超える場合には情報申告書（Form 1099-MISC（その他所得））の提出義務がある。

上記の2014年のガイダンスを発出した後、十分に明確化されていない点についての明確化要望がIRSに寄せられ[25]、IRSは2019年10月に追加ガイダンスを公表した。その主な内容は以下のとおりである[26]。

・暗号資産のハードフォーク（分裂）[27]による新たな暗号資産の受け取りは受取時の時価により課税される。
・暗号資産の売却時の帳簿価額の算定方法は先入先出法であるが、売却したユニットを特定しそのユニットの購入価額を用いることもできる。
・日常品購入への支払いに暗号資産を用いた場合等の一定額以下の取引に対する少額免除の例外はない。

(2) 英国

・暗号資産の取引から得た所得には所得税、法人税又は保有目的に応じてキャピタルゲイン税が課されるが、付加価値税の課税対象とならない[28]。欧州司法裁判所の2015年10月22日判決（Skatteverket v. David Hedqvist, Case

24) 投資又トレーディング目的で保有する財産及び個人的な使用目的で保有している財産。
25) 例えば、米国公認会計士協会からIRSへの多くの提案を含む書簡（2018年5月30日付）［https://www.aicpa.org/content/dam/aicpa/advocacy/tax/downloadabledocuments/20180530-aicpa-comment-letter-on-notice-2014-21-virtual-currency.pdf］
26) Revenue Ruling 2019-24, Oct. 9, 2019.
27) ハードフォークは、暗号資産のシステムの仕様が変更されるもので、新規に発行された暗号資産は、従来のものと互換性がなくなる。

C-264/14. 以下「Hedqvist 判決」）が、暗号資産と法定通貨との交換について、暗号資産は EU 付加価値税指令に規定する「通貨・銀行券・硬貨」のカテゴリーに該当するため課税対象にならないとしたことが、欧州における付加価値税の取扱いに大きな影響を与えている。

・個人が投資活動として有する暗号資産の譲渡にはキャピタルゲイン税が課される。

・現金以外の形態での暗号資産の取得、PoW の報酬、マイニング、エアードロップについては取得時に所得課税が行われる。なお、エアードロップについては、暗号資産のトレードや事業として行われているものでない場合には所得課税は行われない。

・暗号資産の交換は、暗号資産の実質所有者が英国内に所在する場合は英国内で行われたものとみなされる。

・マイニングは、取引には該当しなくても、取得した時点の時価から要した費用を控除した額が課税される。トレーディングによる所得か雑所得かは、活動期間、組織、リスク、商業性により判断する。

・他の暗号資産との交換も譲渡に該当する。

(3) その他の国における特徴的な取扱い

［オーストラリア］[29)]

・2014 年に税務上の取扱いが公表され、暗号資産は金銭でも外貨でもないとされている。GST（goods and service tax）に関しては 2017 年 7 月以降は非課税となっている。暗号資産は、資産としてキャピタルゲイン税が課さ

28） 詳細は、川田剛「Bitcoin 取引が VAT の課税対象にならないとされた事例（EU）」税務事例、Vol.50 No.6、2018 年 6 月、98-104 頁、野一色直人「仮想通貨の取引に係る消費税法上の非課税措置の意義と課題」税研 2017 年 7 月（No. 194）31-33 頁参照。

29） Australian Taxation Office, Tax treatment of crypt-currencies in Australia, Last modified：30 Mar 2020［https://www.ato.gov.au/misc/downloads/pdf/qc42159.pdf］、安河内誠「仮想通貨の税務上の取扱い ―現状と課題―」税大論叢 88 号、平成 29 年 6 月、411-413 頁。

れる（1年以上保有は低税率）が、個人使用の暗号資産で取得価額が1万豪ドル以下であれば課税対象にならない（損失も認識されない）。

［カナダ］[30]

・暗号資産取引からの所得は、状況に応じて一般的に事業所得又は譲渡所得となる。損失が生じる場合は、事業損失又は譲渡損失となる。

・財やサービスの支払いへの暗号資産の使用は、所得税上交換取引と扱われ、交換取引の取扱いが適用される。暗号資産を通貨や他の暗号資産と交換した場合は課税となる。

［アイルランド］[31]

・VAT に関して、暗号資産から通貨への換金は課税の対象とならない。マイニングから得る暗号資産は VAT の対象外である。

・暗号資産による給与支払いについては、支払時のユーロ換算額により源泉徴収税額を計算する。

［スイス］

・暗号資産取引は事業として行われる場合を除き所得税は課税されない[32]。

［シンガポール］[33]

・暗号資産は無形資産として取り扱われる。

・事業取引における暗号資産の譲渡による所得は、暗号資産のトレーディングによる所得として課税され、非課税のキャピタルゲインとはされない。マイニングによる所得も課税対象となる。

・トレーディング目的か、長期保有目的かは、保有目的、取引の頻度、保有

30） Canada Revenue Agency, Guide for cryptocurrency users and tax professional, 27 June 2019.［https://www.canada.ca/en/revenue-agency/programs/about-canada-revenue-agency-cra/compliance/digital-currency/cryptocurrency-guide.html］

31） Irish Tax and Customs, Taxation of cryptocurrency transaction, Tax and Duty Manual（Part 02-01-02）, May 2018, p.3.

32） William Hoke, No Tax Revisions Needed for Blockchain, Swiss Government Says, Tax Notes International, June 29, 2020, p.1540.

33） Internal Revenue Authority of Singapore, e-tax guide, April 2020.

期間等により判断される。長期保有目的の暗号資産を譲渡した場合には、キャピタルゲインとして非課税となる。

以上は各国の暗号資産の取扱いのうち特徴的なものであるが、その取扱いは国により区々となっている。これは暗号資産の性質の多様性や各国の政策の違いにより生じているものであるが、国際的な整合性が望まれるものもある。

OECD は、仮想通貨と取扱いについて各国へのアンケートを実施し、その回答や各国が発出しているガイダンスの内容を取りまとめたレポート（以下「OECD レポート」）を公表している[34)]。以下では OECD レポート等による各国の暗号資産の税務上の取扱いの多様性を勘案しつつ、我が国における暗号資産の税務上の取扱いの今後の論点を検討する。

Ⅳ　暗号資産取引に関する税務上の論点

我が国における暗号資産の税務上の取扱いは、現行法の考え方や枠組みに暗号資産を当てはめたものといえるが、暗号資産の支払手段としての機能から通貨との類似性が重視されているように思われる。通貨は譲渡所得を生じる資産とはされておらず、暗号資産もその譲渡による所得は譲渡所得ではなく、原則として雑所得に該当するとされている。すべての暗号資産を性質による区分けすることなしに一律に扱うことの是非が論点となる。また、暗号資産の売却や使用に関する取扱いについては、国税庁が公表している情報や FAQ により相当程度明確化されている一方で、ICO、フォーク、エアードロップ等の取扱いが公平性の観点から適当かも論点となる。以下では各分野における論点を検討する。

34）　OECD, Taxing Virtual Currencies：An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues, 12 October 2020.

1　所得税法上の論点[35)]

(1) 暗号資産は譲渡所得を生じる資産か。(保有目的により異なる取扱いとすることの是非。)

暗号資産は、支払手段としての位置付けから譲渡所得を生じる資産とはされていないが、暗号資産が譲渡所得の対象となる資産に該当するかが論点となる。暗号資産取引の譲渡所得該当性は、他の譲渡所得と同様に損益通算や損失の繰越の可否にもつながってくる。この点について金子宏教授は、「譲渡所得の意義と範囲に関連して最も問題となるのは、資産とは何かである。まず、資産とは、譲渡性のある財産権をすべて含む概念で、……ビットコイン等の仮想通貨などが広くそれに含まれる。」としている[36)]。

第Ⅱ章2でみたように、取引量からみると暗号資産取引の多くが投資であり、支払手段として用いられることは比較的限定されていることからすると、金融商品との類似性が高いものについては金融商品と同様に譲渡所得の対象となる資産と位置付け、株式等の有価証券と同等の取扱い（株式や投資信託の損失は、3年間繰り越して各年分の株式等譲渡所得から控除できる。）とすることが考えられる。

一方、法定通貨を裏付けとする暗号資産や暗号資産デリバティブについてはFX取引（外国為替証拠金取引）と同等の資産と位置付けて、FX取引と同等の取扱いとすることが考えられる。FX取引による利益は通常雑所得となり、申告分離課税により、他の所得と区分して、「先物取引に係る雑所得等」として課税される[37)]。FX取引や先物・オプション取引の損失は、各年分の他のFX取引や先物取引等に係る雑所得の金額から控除することができるが、FX取引や先物取引等以外の所得との損益通算はできない。しかし、他のFX取引や先物取引等と損益通算してもなお引ききれない損失の金額は、一定の要件の下、翌年以降3年間繰り越すことができる[38)]。暗号資産や暗号資産デリバティブ取

35)　法人税法上の論点と共通のものを一部含む。

36)　金子宏『租税法（第23版）』弘文堂、2019年、261頁。

37)　税率は、所得税15%、住民税5%、復興特別所得税0.315%の合計20.315%。

引に係る雑所得は、現在総合課税の対象であり、損失の繰越しはできないが、これらをFX取引と同等の資産と位置付け、FX取引と同様に申告分離課税、損失の3年間の繰越控除を可能とする提案である[39]。

また、譲渡所得の対象となる資産とされるかに関する諸外国の状況について、OECDレポートは、「ほとんどすべての国は、所得税法上、仮想通貨を財産の一形態と考える。一般的には、のれん以外の無形資産、金融資産又は商品（コモディティ）とする。したがって多くの国においてこれらの資産はキャピタルゲインを生じさせる資産とされ、少数のケースでは事業所得又は雑所得を生じる資産とされる。」としている[40]。暗号資産を金融商品に類似するものとして、株式、投資信託やFX取引等の金融商品と同等の取扱いとする、つまり損失を他の所得と通算し、所得を超える分については翌年以降に繰り延べることも政策上あり得る。ただし、損失が生じた場合にのみ申告を行うことになりかねないといった危惧も生じる。暗号資産取引について、税務当局が暗号資産交換業者から顧客の取引情報の任意提出を受けて税務調査を行った結果、個人、法人を合わせて少なくとも80件、総額約100億円の申告漏れを把握した模様といった報道もある。この報道では、仮想通貨の取引について、2019年3月までの数年間で、少なくとも50人と30社が総額約100億円の申告漏れを国税当局から指摘され、これは、東京国税局の電子商取引を担当する調査部門が、複数の仮想通貨交換業者（取引所）から顧客の取引データの任意提出を受け、全国の国税局がこの情報等に基づき税務調査を行った結果であり、このうち70億円以上は、親族や知人名義の口座で取引したり、実際の取引記録を残しているのに故意に売却益を少なく見せかけたりしていたとして重加算税の対象となる「所

38） 損失を繰り越すためには確定申告を行うことが必要である。

39） 暗号資産の業界団体である日本暗号資産取引業協会と日本暗号資産ビジネス協会は、暗号資産のデリバティブ取引を金融商品取引法上のデリバティブ取引と同様に申告分離課税とし、株式等と同様の税率を適用、損失が生じた場合の他の所得との損益通算、3年間の繰越控除等の税制改正要望を公表している。（「2021年度税制改正に関する要望書」2020年7月31日［https://jvcea.or.jp/cms/wp-content/uploads/2020/07/2021_zeisei-1.pdf］）

40） OECD, supra note 34, p.31, Box 2.2.

得隠し」と判断されたという[41]。損失の繰越しは適正な申告を確保する環境整備と併せて考えていくべきであろう。一方策として、株式の特定口座のような仕組みを創設し、適正な課税を確保した上で、特定口座内での損益通算や損失の繰り越しを可能とすることも考えられよう。

(2) 取引状況や利用目的による取扱いの違い

法定通貨等を裏付けとした暗号資産であるステーブルコイン等は、価格が比較的安定し、投資目的による保有というよりも、交換手段や価値保蔵の手段としての保有が増加していく可能性がある。暗号資産の多様化により、保有目的や利用目的によって暗号資産の税務上の取扱いを区別するよう再検討する時期にきているといえる。金融商品取引法においても、暗号資産は、決済用暗号資産と投資用暗号資産に区分されている。決済型暗号資産は、資金決済法が適用され金融商品取引法上は金銭とみなされる[42]。投資型暗号資産は、流通性の高い電子記録移転権利（「第1項有価証券」）[43]と流通性の低いみなし有価証券（「第2項有価証券」）[44]に区分されている。

我が国では、暗号資産の売却による所得は、原則として雑所得に該当し、事業者が事業用資産として暗号資産を保有し決済手段として使用した場合は事業所得に分類される。各国においても、暗号資産の保有又は使用の状況に応じて異なる税務処理をしており、OECD レポートはその状況について以下のように記述している[45]。

多くの管轄地では、所有や使用の状況に応じて仮想通貨の交換について異なる税務上の取扱いを公表している。この相違は、所有者の地位（例えば、個人かビジネスオーナーか）、取引の性質又は量によって行われるか（非継続的か

41） 朝日新聞、2019年6月5日。
42） 金融商品取引法2条の2。
43） 金融商品取引法2条1項及び3項。
44） 金融商品取引法2条2項。
45） OECD, supra note 34, pp.28–29, Box 2.1.

継続的か、又は取引金額）、取引が事業活動とみなされるかによって生じる。例えば、オーストラリアでは、仮想通貨の取引が個人又は企業により行われるかにより税務上の取扱いは異なる。個人は、資産の処分による利益に課税される。個人利用の特例は、投資目的で保有する資産には適用されない。処分まで資産を1年超保有している場合には、個人はキャピタルゲイン税の減額を受けることができる。損失は、将来のキャピタルゲインと損益通算可能だが、将来の他の所得とは損益通算できない。また、トレーディング、マイニング、交換取引かに関わらず個人が暗号資産を含む事業を行っている場合にはキャピタルゲイン税のルールではなく、資産取引のルールが適用されて通常所得と扱われ、取引資産の取得に要した費用は控除できる。カナダでは事業資産の処分や売却、又は利益獲得目的で仮想通貨を購入した場合には、事業所得として取り扱われる。事業以外での処分はキャピタルゲインとして課税され半額のみが課税される。この場合、損失は他の所得と通算はできず、他のキャピタルゲインとの通算、繰越し又は3年間の繰り戻しが可能である。

このように暗号資産の取引状況、性質、保有目的等を勘案してその性質に応じて課税上の取扱いを再構築していくことが考えられる。暗号資産が支払手段として用いられる場合には、外国為替取引と同様に、現行通り原則として雑所得として取扱うことが適当であるが、投資目的である暗号資産取引からの所得については譲渡所得該当性が認められるものもあろう。Bitcoin 等一部の暗号資産は特定の店舗において支払手段として用いられているものがあるものの、投資資産としての所有や暗号資産デリバティブ取引が多い。暗号資産は、投資目的に保有されるもの、特定の通貨を裏付けとして相場変動が小さく送金や支払いに適したもの（米ドルを裏付けとして発行されるステーブルコインである Tether や、複数国の通貨バスケットを裏付けとして発行することを構想した旧 Libra（Diem に名称変更）等に分類できるが、同様のものに対しては同等の課税との考え方から、その性質に応じた税務上の取扱いが望ましい。投資目的に保有される暗号資産は、譲渡所得の対象となる資産と位置付け、株式等と同様に分離課税の対象とし損益通算や損失の繰越も可能とする。ただし、暗号

資産取引に対する執行の困難性（後述6）に鑑み、損失利用については、執行の困難性とのバランスで、利益を申告せず損失のみを利用することがないよう納税環境の整備が図られるまでは、損失の利用に一定の制限を設けることも検討すべきであろう。

【補論】中央銀行が発行するデジタル通貨

OECD レポートは、中央銀行によるデジタル通貨（CBDC：central bank digital currencies）について概要以下のように説明している[46)]。

CBCD は発行された国の通貨で、その国の通貨と同じ価値を維持することを目的としている。BIS によると、CBDC は「新しい形の金銭」と考えられており、中央銀行の負債として既存の勘定単位で表され、交換と価値の保存が行われる。

CBDC と他の仮想通貨の間には基本的な違いがある。この違いは、他の仮想通貨は通貨に必要な要素を満たしておらず、金銭や通貨とはみなされないことからくる。資産のバスケットに裏付けされたステーブルコインでさえ、まだ変動性が大き過ぎて金銭や通貨の機能を果たせない可能性がある。一方 CBDC は、中央銀行等の中央公的機関によって発行及び裏付けされる場合は、主権当局に裏付けされた安定したデジタル形式の法定通貨である。

CBDC はステーブルコインや他の仮想通貨とは異なる可能性が高く、おそらく国の通貨と同様に、法定通貨のステータスで中央銀行によって完全に保証されることになろう。このような状況では、各国は CBDC を税務上法定通貨と同様に扱うことを検討するであろう。現在まで、CBDC の税務上の取扱いに関するガイダンスを公表している国はない。

このように CBDC は暗号資産には該当しないが、デジタル形式の通貨であり、暗号資産に類似する面を有し、特に法定通貨を裏付けとしたステーブルコインとの類似性があり、ステーブルコインの税務上の取扱いを考える上では

46） Id., pp.46-48.

CBDC も念頭におく必要がある。

(3) 少額免除

暗号資産を商品やサービス購入の支払いに使用した場合、その使用時点での商品価額と暗号資産の帳簿価額の差額が所得金額となる。しかし、消費者が頻繁に日常品を購入しその支払いに暗号資産を使用する場合、支払いの都度所得計算を行うことは極めて煩雑となる。この所得計算では、暗号資産の取得価額は移動平均法（原則）又は総平均法を用いることとされているが、この所得計算を少額物品の購入の都度行うのは現実的ではない。実施可能性の観点からは一定額以下の少額取引については課税を免除する、あるいは簡便な所得計算を許容することが必要であろう。

(4) フォーク

フォークによって新たな暗号資産を取得した場合、取得の時点での取引相場はないため、時価はゼロと考え、取得時点では取得者に所得税は課税されない[47]。その後、売却・使用時点において取得価額ゼロとして所得計算を行い課税される。

価値ある暗号資産の取得であったとしても取得時点で課税されない取扱いとなっているが、この取扱いで問題がないかが論点となる。フォークにより取得する暗号資産には価値を有するものもある。2017年8月の Bitcoin Cash のフォークでは、Bitcoin Classic の所有者に1単位当たり約266ドルの価値のある追加的な Bitcoin Cash のトークンが提供された[48]。米国ではハードフォークによる新たな暗号資産の受け取りは取得時点の時価で課税される。フォークにより受け取る暗号資産を受け取り時点で課税する場合には、収益認識すべき金額（受領時における公正市場価値の算定）、簿価の割り振り、所得の種類等の

47） 国税庁が公表している個人課税課情報第4号（2017年12月1日）の5。

48） Stotzer, supra note 14, p.1467.

明確化を要する。

OECD レポートはハードフォークの課税について以下のように整理している[49]。

トークンの基礎となるプロトコルの変更はチェーンの分割（又はフォーク）をもたらし、ユーザーが使用するプロトコルのソフトウェアを更新する。既存のトークンが前のプロトコルで継続しつつ、変更されたプロトコルで運営される新しいトークンをフォークがもたらす場合をハードフォークという[50]。ハードフォークにより、既存のトークンの保有者は新しいプロトコルの下で追加的トークンを受け取り、これは課税イベントを生じさせる可能性がある。

ハードフォークに関するガイダンスは僅少であり、OECD 諸国において仮想通貨の3つの異なる税務上の取扱いが見られる。

(i) 受け取り時には課税イベントとはされず、処分時にキャピタルゲイン税が課税されるアプローチ[51]

(ii) 受取りにより課税イベントが発生しハードフォークで受け取ったの時点の所得とするアプローチ[52]

(iii) ハードフォークの取扱いが仮想通貨が投資やビジネスに使用されるか否かによって異なるアプローチ[53]

49） OECD, supra note 34, pp.42–43.

50） これに対してソフトフォークは、分岐の一方がいずれ消滅するものである。（片岡義広「ブロックチェーンと仮想通貨をめぐる法律上の基本論点」、久保田隆編著『ブロックチェーンをめぐる実務・政策と法』中央経済社、2018年。第8章、159頁。

51） これはオーストラリア、フィンランド、英国で見られる最も一般的なアプローチである。このアプローチの下では、ハードフォークによる仮想通貨の受け取りは課税イベントとはならず受領者の課税所得とされない。新たなトークンは、受領者が処分した時に、様々な帳簿価額の計算アプローチの下で、キャピタルゲイン税のルールに従って課税される。

52） このアプローチは米国で見られ、新しい仮想通貨を受け取った場合、それがエアードロップか他の移転かに関わらずハードフォークは課税イベントとされ、受け取った新しいトークンの価額が課税所得とされる。ソフトフォークの場合には課税所得は発生しない。

我が国では暗号資産のフォークによる取得は、フォークの時点において取引相場が存していないことから、その時点においては価値を有していないとの考えから、取得時点では課税対象となる所得は発生しないとされている。フォークにより取得する暗号資産も価値を有するものがあり得るが、ハードフォークは株式における株式分割と類似する面もあり、その時点で課税しないのは、持株に応じた比例的な分配であれば税務上の処理は不要な株式分割と同様の取り扱いと考えれば現時点では一つの方策であると考えられるものの、多様なフォークの仕組みがある中、価値を有する暗号資産の取得もあり得るところ、価値はあるものの測定が不能として全てのフォークに適用しても支障がないか注視していく必要があろう。

(5) エアードロップ

エアードロップは暗号資産の分配であり、既存の暗号資産の保有者に無償で分配される。現在、我が国では価値のある暗号資産をエアードロップにより暗号資産を受け取ったとしても、その時点では受け取った者に対して課税は行われず、取得価額ゼロとして売却時に売却時の時価より課税される。エアードロップに関して、価値ある暗号資産を受け取った場合にも受取時に課税されないことが適当かという論点がある。米国では、取得時の時価で課税される。米国での多くの納税者の一般的アプローチは、エアードロップを2～3か月の間モニターし、課税期間末までに相当の価値の増加があった場合にのみ所得に算入するという[54)]。当面は受け取った時点では課税なしとすることも妥当な政策と考えられるが、今後のエアードロップの実態を注視していく必要があろう。

---

53) このアプローチはオーストラリアで見られる。投資のために保有される仮想通貨は、ハードフォークの時点では（通常所得、キャピタルゲインに関わらず）所得を生じない。新しいトークンは、その処分時にキャピタルゲインを生じ、その取得価額はゼロとなる。1年超保有の仮想通貨の場合には、軽減されたキャピタルゲイン税の税率が適用される。しかし、事業活動による仮想通貨に関連するハードフォークは、株式のトレーディングとされ、新しいトークンを受け取った年の課税所得に含めなければならない。

54) Stotzer, supra note 14, p.1467.

(6) マイニング

暗号資産のマイニングに関しては課税のタイミングが論点となる。OECDレポートは、各国においてマイニングによる仮想通貨の取得が最初の課税イベントに該当するかを示している[55)]。

【所得税の下における仮想通貨のマイニングの最初の課税イベント】

マイニングからの新しいトークンの受け取りが課税イベント	アンドラ、アルゼンチン、オーストリア、コートジボワール、コロンビア、クロアチア、エストニア、フィンランド、日本、ルクセンブルク、ニュージーランド、スロベニア、南アフリカ、英国、米国
マイニングによる仮想通貨の処分が最初の課税イベント	クロアチア、チェコ、デンマーク、エストニア、フランス、ラトビア、リトアニア、ポーランド、スロバキア
ビジネス / 継続的なトレーダーと個人 / 非継続的なトレーダーとで異なるアプローチ	オーストラリア、カナダ、ドイツ、香港（中国）、オランダ、ノルウェー、シンガポール、スウェーデン、スイス

一般的には、多くの国がマイニングによる仮想通貨の受け取りを最初の課税イベントと考えるが、相当数の国では仮想通貨の処分までは課税されない。いくつかの国では、マイニングが継続的に行われるか非継続的に行われるかによって最初の課税イベントとなるか異なる取扱いとしている。

我が国におけるマイニングに関する所得税の取扱いでは、マイニングにより取得した暗号資産の時価からマイニングに要した必要経費を控除した額が所得となる。マイニングにより取得した暗号資産を売却した場合の取得価額は、マイニング時点での時価とされる。この取扱いに関してマイニングに要した費用と、報酬として得られる暗号資産の収益の課税時期が一致しないことがあり、費用収益対応の原則との関係を重視し、マイニング費用の計上を収益発生時に繰り延べる（法人税も共通）ことも考えられるが、現行の取扱いは国際的にも一般的なものであり、妥当な取扱いと考えられる[56)]。

55） OECD, supra note 34, p.23, Table2.2.

2　法人税法上の論点

（1）　ICO（Initial Coin Offering）

ICO は、資金調達者が新規トークンを発行し、投資家から一般的に他の暗号資産による払込みを受ける資金調達手段である。資金調達者はホワイトペーパーと呼ばれる ICO に関する説明資料を作成し公表する。このホワイトペーパーは ICO に関するプロジェクト概要、スケジュール、調達資金の使途、トークンの機能等を記載した資料を事前に公表するものだが、株式公開（IPO）と比べて外部専門家による監査が義務付けられておらず、記載内容な簡略なもので、法的な裏付けもないことが大きな違いである[57]。ICO により発行されるトークンの位置づけは、有価証券には該当しない。株式のように経営に参加する権利や配当を受ける権利はなく、社債のように将来償還されるものでもない。ICO による事業が成功した場合に商品やサービスを受ける権利（もしくは割引での利用）が付与されることがあるが、ICO による資金調達者はほとんどオブリゲーションを負わずに調達資金を活用できることになる。

現在 ICO に関する会計ルールは明確化されていない[58]。ICO に関する法律上の位置づけが明確でないため、会計処理の策定が見送られ、個々の企業や監査法人の判断に任されている[59]。ICO の会計ルールについては、「ICO という

56）　なお、我が国における近年の暗号資産のマイニングは、「マイニング事業が成功を収めているという事例を耳にしなくなった一方で、マイニングマシーンの減損損失を計上する会社が数社でてきており、すでに下火になりつつある事業といえるかもしれない。」といった状況である（谷田、前掲注16、273頁）。

57）　IPO に対しては、金融商品取引法や取引所規則が適用され、企業内容の開示や資金調達企業の体制の整備が必要とされるが、従前は ICO にはそうした規制がかけられていなかった。ICO については、2017年より資金決済法における暗号資産規制の下で実施されている。ICO に対する規制の概要については、鬼頭俊泰「暗号資産の利用と金商法との接点」、松嶋隆弘・渡邊涼介編著『暗号資産の法律・税務・会計』ぎょうせい、2019年、Ⅳ章3節、191-192頁参照。

58）　ICO に関する会計上の取扱いについては、秋葉賢一「ICO をめぐる会計問題」企業会計 Vol.70, No.2、2018年、89-95頁、鈴木智佳子・檜垣寛・和田山孝洋「ICO（Initial Coin Offering）の特徴と活用検討時の留意点」企業会計 Vol.69, No.12、2017年、107-116頁参照。

行為を画一的に会計に落とし込むのは難しいし、実務対応報告38号ではICOという用語にすら触れられていない。ICOの会計ルールというものを考えるのであれば、すべてのICO案件を個別にそのホワイトペーパーの真偽と実現可能性、進捗後のフォローを行うことでその経済的実態を把握、定量化し、それらを都度会計処理に落とし込んでいくしかないということになる。その際、（中略）ICOの分類「投資型」「その他権利型」「無権利型」に応じて考えていくといった発想が一つの入口になるものと思われる。」といった意見がある[60]。

このようにICOの会計上の取扱いの明確化が求められているが、税務上の取扱いについても同様である。ICOにより暗号資産を発行し、それを投資家に売却した場合の税務上の取扱いについて明確化すべき重要論点は、ICOによる資金調達が資本、負債、収益のいずれに該当するかである。ICOの収益計上のタイミングについては、クラウドファンディングや保証金・敷金に関する収益計上のタイミングからの考察が有益であり、以下ではまずこれらの取扱いを概観し、その後にICOの税務上の取扱いについて検討する。

クラウドファンディングは、(i)購入型、(ii)投資型、(iii)寄付型に分類できる[61、62]。

(i) 購入型クラウドファンディングは、資金調達者がプロジェクト実施後に

---

59) これまで日本企業によるICOは限られている模様だが、ICOを行ったメタップス（東証マザーズ上場）は、ICOで得た資金11億円を「負債」として計上した（日本経済新聞社編「仮想通貨バブル」日本経済新聞出版社、2018年3月、167頁）。また、ICOにおける暗号資産の販売対価を会計上繰延収益として認識し、「その他流動資産」に含めて表示している例がある（前掲注17、谷田（2019）256頁）。

60) 谷田、前掲注17、279頁。

61) 村上敬子「クラウドファンディングの会計処理と税務―リスクマネー　未来への投資―」福島の進路、とうほう地域総合研究所、2017年11月。

62) 現在大多数のクラウドファンディングは購入型である。なお、クラウドファンディングによる匿名組合型の不動産投資も見受けられる。企業が資金調達のために組成したファンドへ匿名組合を通じて投資を行うもので、「融資型クラウドファンディング」と分類される（伊東修平「クラウドファンディングの活用と税務」税務弘報2021年4月、156頁）。

資金提供者へ商品やサービスの提供を提供するものである。これは売買取引に該当し前受による販売と同様であり、資金調達者が資金を受け取った時点では前受金として処理し、商品等が資金提供者に引き渡された時点で売上に計上する。

(ii) 投資型クラウドファンディングは、集めた資金を貸し付けにより資金調達者に提供する貸付型（プラットフォーム事業者は貸金業法上の貸金業者登録が必要）、株式発行の方法で資金を集める株式型（プラットフォーム事業者は第一種金融商品取引業者の登録が必要）、ファンド持分を資金提供者が購入するファンド型（プラットフォーム事業者は第二種金融商品取引業者の登録が必要）に分類できる。貸付型については「借入金」等の科目で処理し、株式型・ファンド型については新規株式発行と同様に「資本金」などの科目で処理することが考えられる[63]。

(iii) 寄付型クラウドファンディングは、資金調達者が個人の場合は、個人の資金提供者からのものは贈与税、法人の資金提供者からのものは一時所得として所得税が課されることになる。資金調達者が法人の場合は、受け取った金額が受贈益として益金に算入される。

保証金・敷金の収益計上のタイミングについては、返還不要となった部分はその時点で収益に算入される。不動産を賃貸する際に、保証金や敷金といった名目で一定の金銭を預かる場合、預り金であればその受け入れ時点では収益を計上する必要はない。しかし、契約当初から返還を要しない部分が定められている場合や期間の経過に応じて一定の金額が返還を要しないこととなる契約の場合は、返還を要しないことが確定した時点で収益計上する必要がある。

次にクラウドファンディングや保証金・敷金の収益計上のタイミングを、ICO の性質に応じて当てはめつつ検討する。暗号資産（トークン）はその性質に応じて以下に分類できる。

63) 村上、前掲注61、67頁。

(i) 将来商品やサービスを提供するもの：支払いトークン、ユーティリティトークン

将来商品やサービスを提供するものは、支払トークン（商品やサービス購入のために使用できるトークン）やユーティリティトークン（プラットフォームへのアクセスや特定のサービスにアクセスするためのトークン）と呼ばれ、これらは負債と扱い、発行時点での収益認識は行わないことが考えられる。

(ii) 投資型：セキュリティ・トークン、持分トークン

投資型はトークンが企業の持ち分を表象し将来の収益を分配するものである。株式と同様の性質からICOは株式の新規発行と同様に資本取引と扱うことが考えられる。ただし、セキュリティトークン（有価証券の特性を持つトークンで将来の利益や返済権が資産に与えられるもの）や持分トークン（所有者に、裏付けとなる事業体、資産又はプロセスの持分権を与えるトークン）は資本の可能性はあるとしても、通常、暗号資産の新規発行は株式発行とは性質を異にしており資本取引には該当しないと考えられる[64]。なお、株式と同等扱いと位置付けるのは、未公開株を売却しているのと同様とされ金融商品取引法の適用対象となる可能性があることも念頭に置く必要がある。

(iii) 何らの債務も負わないもの：無権利型

クラウドファンディングや保証金・敷金の課税上の取扱いとの対比からすると、何らの債務も負わない無権利型は収益として認識することが原則と考えられる。ICOによる資金調達は、その時点で収益が認識されるべきとの見解が米国では支配的となっている模様である[65]。

課税上の観点からは、その取扱いは、支払トークンか、ユーティリティトー

64） Mary F. Voce and Pallav Raghuvanshi, Blockchain and Cryptocurrency: Federal Income Tax Issues, Tax Notes International, November 26, 2018, p.1083.

65） Stotzer, supra note 14, p.1466.

クンか、セキュリティトークンかといったICOにより発行されるトークンの性質に基づくべきであろう。

日本におけるICOの会計上の取扱いは決まってはいないが、トークン取得のための資金提供者からの支払は株主による払い込みとは異なるため、トークンの発行者の株主資本には該当しないと考えられる。トークンが金融負債に該当する場合にはトークンの発行者の財務諸表において負債に計上され、トークンが棚卸資産や無形資産に該当する場合にはトークンの発行者の売上に計上される可能性があると考えられている[66]。

PwCが世界30カ所の拠点から暗号通貨に関する情報を集約して分析したレポート[67]によると、ICOに関しては、6つの管轄地（フランス、スイス、ドイツ、マルタ、香港、シンガポール）のみがガイダンスを発出している[68]。米国においては、SECはICOにより発行されるトークンを証券として扱う一方、IRSは仮想通貨を資産として扱っているなど政府機関によって取扱いが異なっており、依然としてICOに関するガイダンスは固まっていない。

ICOによる資金調達が将来のサービス提供義務や弁済義務等何らかの義務を負ったものではない場合には負債には該当せず、また、持分権や配当のないようなものは資本にも該当しないため、ICOの時点での収益となり得ると思われるがその是非が問題となる。直接税に関しては、ICOによる収入を現金ベースで課税することは、将来に行われる活動からくる費用を控除することができなくなるので適当ではないとの考えもある[69]。

ICOについては、法律上も会計上も未整備な点が多く、税務上の取扱いもそ

66） 鈴木・檜垣・和田山、前掲注58、115頁。

67） Pricewaterhouse Coopers International Limited, PwC Annual Global Crypto Tax Report 2020.［pwc-annual-global-crypto-tax-report-2020.pdf（pwchk.com）］

68） なお、ICOは2017年から2018年初頭にかけて急増したが、規制当局による審査があるため資本調達の観点からは依然として一般的なものにはなっていない。一方で、取引所等の信頼できるプラットフォームを利用したトークン発行であるIEO（Initial Exchange Offerings）も見られるようになってきている。IEOではプロフェクトチームによるデューデリジェンスが行われ、不正のリスクを削減している（Id., p18）。

れらと整合させつつ明確化することが暗号資産の取引の予測可能性の観点から必要であるが、暗号資産の性質を勘案した取扱いが示されるべきであり、法律上や会計上の取扱いと合わせて、他の類似取引を勘案しつつ税務上の取扱いを明確化していくべきであろう。

(2) 時価評価の対象ではない暗号資産の減損処理

暗号資産の会計処理は、保有する仮想通貨に活発な市場が存在する場合には、市場価格に基づく価額を貸借対照表価額とし、帳簿価額との差額は当期の損益とする。活発な市場が存在しない場合は、取得価額をもって貸借対照表価額とするが、その暗号資産が減損している場合、会計上は評価損を計上する。一方、法人税法上は、暗号資産を発行する法人の資産状態が著しく悪化したとしても、その暗号資産は発行する法人の持分を表象するものではないため評価損を計上することは適当ではないと考えられる（法人税法33条2項、法人税法施行令68条）。なお、株式については50％以上下落して回復の見込みがない場合には、評価損の計上が可能とされており、セキュリティトークン等の暗号資産が有価証券と同等の位置づけとされる場合には、再考の余地があり得るであろう。

3 消費税法上の論点

暗号資産取引に関する消費税（又はVAT）については、各国間での取扱いに比較的共通性が見られる[70]。特にEUでは、欧州司法裁判所のHedqvist判決を受けて、EU加盟国での暗号資産に関するVATの取扱いは比較的一貫している。暗号資産の交換や処分を含む取引に関するVATの取扱いは、所得税とは対照的に、法定通貨と同様の取扱いとしている国が多い。この取扱いは資産の交換取引と考える実務的な観点からくるものである。

以下はEU加盟国における暗号資産のVATの取扱いである[71]。

69） Id., p19.

70） OECD, supra note 34, pp.31–38.

交換	法定通貨 他の仮想通貨 財・サービス	非課税 非課税 通常ルール
マイニング	取引手数料 新トークンによる報酬	通常ルール 非課税
関連サービス	ウォレット 交換プラットフォームを通じた仲介サービス	非課税となり得る 非課税とならない

EU 加盟国での暗号資産に関する VAT の取扱いは比較的一貫しているものの、EU 加盟国の中でより多く見られる相違点は、オンラインのウォレットサービスや交換プラットフォームを通じた交換サービス等の「関連サービス」の取扱いである。EU 加盟国の関連サービスの課税のアプローチには多様性がある。例えば、ドイツは、支払いのためのウォレットサービスの提供及び第三者に提供する交換サービスを VAT の課税対象としている。一方、他の国々は、そのいずれか又は両方の関連サービスを非課税としている。スロベニアは、オンラインでの交換サービスを標準税率で課税する一方、ウォレットサービスの提供を仮想通貨の交換に深く関連したものとして VAT を非課税としている。イタリアは、交換サービスは他の外貨の扱いに合わせて VAT を非課税としている[72)]。

我が国においても関連サービスの消費税法上の取扱いが問題となり得るが、役務提供の対価に該当するか否かで判断していくこととなろう。暗号資産取引自体は非課税だが、役務提供の対価に該当するものは課税となり得る。

マイニングによる報酬（PoW に対する報酬）として暗号資産を受領した場合、マイニング自体は役務提供の相手方が存在せず、役務提供の対価ではないと考えられ、対価性を有しないため課税の対象外と考えられる。一方、近年では Proof of Stake（以下「PoS」）という PoW とは異なる形態の合意メカニズムが利用されるようになってきている。PoS は暗号資産のブロックチェーンネット

71） Id., p.35, Figure 2.3.

72） Id., p.35.

ワークによる分散型コンセンサスを達成するアルゴリズムで、以前のコイン保有に関し、コインの保有量と保有日数（コイン年齢）に応じてトークン又は手数料を受け取るものである。PoS は、PoW のようなマイナー間の計算能力の競争が起きにくく、処理に必要なコンピュータ性能や消費電力を抑えることが可能となる。

OECD レポートは、PoS に関する VAT の取扱いについて以下のように検討の必要性を指摘している[73]。

・PoS は、トークンの生成は個人の既存のトークンの保有に依存しており、個人又はそのエージェントが行わなければならず、個人がブロックチェーン操作を検証すると報酬を得られるため、この税務上の取扱いについて課題を生じさせる。

既存の保有トークンとのリンクは、その行動がマイニングに類似しておりマイニング報酬とする取扱いを支持する考え方もあり得るものの、個人が保有する資産の収益に似ており、収益は個人が所有する資産からのリターンに類似し、投資所得の概念により近い。

・PoW ではなく、PoS のコンセンサス・メカニズムの使用が増加していることは、税務上の観点から、各国はガイダンスが適切かどうかを再評価できることを示唆している可能性がある。本レポートの執筆時点で入手可能なガイダンスの一部は、仮想通貨がほとんど独占的にマイニングにより生成されていた状況で作成された。この影響は VAT で特に明白である。多くの国で新しいトークンの受け取りに採用されているアプローチは、次のような事実に依存している。マイナーと他の当事者との間に、仮想通貨のユニットを生み出す直接的な関係はなく、したがって VAT 上の供給はない。同様に、EU 諸国の仮想通貨の VAT 取扱いのアプローチは Hedqvist 判決に基づいており、これは Bitcoin が検討されたものである。PoW と PoS（及

73） Id., pp.50-51.

び他のコンセンサス・メカニズム）の間で根本的なメカニズムが大幅に異なることを考えると、PoW の特性に基づいて開発された取扱いが、他のメカニズムではが適切でない場合があり得る。

・税務上、PoW と PoS のプロトコルの主な違いは、マイナーとネットワークとの関連性である、前述のように、PoW プロトコルの下では、マイナーはマイニングするトークンのタイプの所有者である必要はない。トランザクションの処理からの報酬は新しいトークンの形で自動システムによって生成される。このアレンジメントは、マイナーと他の取引当事者との間に明白な関係や合意はなく、受け取った収入と、対象の仮想通貨のマイナーの以前の保有との間のリンクもない。PoS によるフォージングを行う者はトークン又は取引手数料しか受け取れないため、PoS のプロトコルは、同じ仮想通貨タイプの以前の保有に関して、仮想通貨の持ち分に基づきトークン又は手数料を受け取るもので、これらの前提を変更する。

PoS による報酬の受取りでマイナーがネットワークとの関連性があり、その受取りが役務提供の対価と考えられる場合には消費税の課税対象となり得るところ、多様化しているマイニング手法について消費税の観点から対価性の有無について注視していくべきであろう。

4　相続税法上の論点

(1) 相続財産としての暗号資産の確認

暗号資産は価値を有する財産であり、相続財産に含まれる。ただし、相続人がウォレットの秘密鍵を知らされていなければ相続人は暗号資産を手に入れることができない（この場合でも相続財産に含まれる）。税務当局にとっても秘密鍵が相続人に承継されていないケース、あるいは相続人が秘密鍵を知っているにも関わらず知らされていないと主張するケースでは執行や財産の確認が困難となる。また、場合の税務当局による確認は困難となるとともに、差押えの実施等の問題は残る（後述6 (3)）。

(2) 活発な市場のない暗号資産の評価

暗号資産は相続財産に含まれるが、相続税の算出においてそれを評価する必要がある。活発な市場が存在する暗号資産については、相続人等が取引を行っている暗号資産交換業者が公表する課税時期における取引価格によって評価する。一方、活発な市場が存在しない暗号資産の評価が問題となる。その評価が不明な場合には、国税庁のガイドライン（FAQ16）は仮想通貨の内容や性質、取引実態を勘案し、個別に評価するとし、例えば、売買実例価額、精通者意見価格等を参酌して評価する方法が考えられるとしているが、それでもなお不明な場合の取扱いが課題となる。暗号資産の中には値が付きにくい状況になるものもあるが、こうしたケースも勘案してある程度の柔軟性をもった評価が可能となるような考慮も必要と考えられる。

5 国際課税上の論点

(1) 所得源泉地

国際課税上の観点から、非居住者・外国法人が暗号資産取引により得た所得の源泉地判定が論点となる。国内にある資産の運用、保有若しくは譲渡により生ずる所得は国内源泉所得とされる（所得税法161条1項2、3号）が、暗号資産取引はインターネット上の取引であり、資産の所在地によって源泉地を判定することは困難である。資産の所在地の判定に関しては、まず、資産に該当するかが問題となる。現物の受け渡しを行わないデリバティブ取引におけるポジション（契約上の地位）については、ポジションが資産に該当するという見解と、該当しないという見解がある[74)]。いずれの見解をとるかにより、国内源泉となるかが異なることとなる。資産に該当するとした場合、暗号資産取引を行った者、又は取引所や交換所の所在地が候補となり得る。この点米国では、非居住者トレーダーによる売却について、米国での事業に実質的に関連する所

74) 林賢輔「暗号資産（仮想通貨）に係る取引から生ずる所得の国内源泉所得への該当性についての考察」税大論叢101号、令和2年6月、192–193頁。

得は国内源泉とされている。我が国において、FX取引の所得の源泉地について、「国内にある資産」該当性が争われた裁決がある[75]。非居住者が行ったFX取引における未決済取引に係る契約上の地位が、国内にある資産に該当するかについて、国内の金融商品取引業者を通じて収益が得られていることから「国内にある資産」とした裁決である。暗号資産の「国内にある資産」該当性について、こうした類似取引の源泉地判定も参照しつつ検討していくべきであろう[76]。

所得源泉地については、国際的二重課税や二重非課税のリスクが生じ得るため、各国間で共通認識が醸成されていくことが望ましい。

(2) 所得の種類

租税条約は、事業による利得、投資による利得（配当、利子、使用料、不動産所得、譲渡収益）人的役務の提供に係る所得、その他所得等、所得の種類ごとに課税権の配分ルールを定めている。暗号資産が国境をまたいで取引される場合に、所得の種類が課税権の配分に影響することになる。したがって、暗号資産取引の所得の種類は、所得税法上の所得分類とともに、国際課税上の論点となる。近年、DeFi（Decentralized Finence）と呼ばれる新たな金融サービスである分散型金融による取引が増加している。DeFiは、取引がブロックチェーン上で処理され、すべての取引の記録がネット上で公開され、取引の実行がブロックチェーン上で行われるものである。DeFiによる金融サービスは多様であり、暗号資産のレンディング、保険、証券、決済、デリバティブ等の分野で利用されている。暗号資産自体の取引に加えて、こうした多様な取引が暗号資産を通じて行われる場合に、各暗号資産取引の性質に従って所得の種類を決定していくことが必要と考えられる。そして所得の種類に関する各国間での共通

75) 平成31年3月25日裁決　国税不服審判所ウェブサイト公表裁決事例。評釈として、青山慶二「最近の判例から見る国際課税に関する課税リスク　第24回：非居住者による店頭外国為替証拠金取引により生じた所得の課税について」TKC税情、2020年8月。

76) 暗号資産の観点から所得源泉地について詳しく検討したものとして、林、前掲注74参照。

認識も醸成していくべきであろう。

(3) ICO、マイニングの取扱い

国によって暗号資産取引に関する所得源泉地や収益認識のタイミングが異なる場合に問題が生じ得る。例えば、マイニングは電子的に行われるため、暗号資産の所在地での判定が困難であり、外国子会社や海外支店を通じたマイニングの所得の源泉地が問題となる[77]。ICO について、国内で行う人的役務の提供を事業とする者の人的役務に係る対価は国内源泉に該当するところ、暗号資産の ICO 等は「国内で行う」といえるかとの問題がある。マイニングの場合にはマイニング設備のある場所と考えるのが妥当であろう。また、海外の設備を借りてマイニング（PoW）を行って暗号資産を受け取る場合、その賃借料の支払は、機械装置の使用料で国内業務に係るものに該当するか、あるいはマイニングの役務提供の対価に該当するかにより所得の種類が異なってくるといった論点もある。

6 税務執行上の論点

(1) 不正への対応

暗号資産取引はブロックチェーン技術を利用した分散型取引が多く匿名性が高いため、脱税、マネーロンダリング、詐欺等に利用される懸念がある[78]。EU においては、特に VAT に関する不正への懸念が強く、イタリア中央銀行の Tax Directorate による論文は、暗号通貨による VAT 不正についての大きな懸念とその対応策について論じている[79]。その論文は、不正防止のために VAT

77) 例えば SBI は 2019 年 8 月に新会社 SBI クリプトを設立し、海外拠点で Bitcoin キャッシュ等のマイニングを行った。（日本経済新聞社編（2018）、前掲注 59、183 頁）

78) 金融庁等は暗号資産取引や ICO に関するトラブルへの注意喚起を促す文書を公表している。（金融庁・消費者庁・警察庁「暗号資産に関するトラブルにご注意ください！」2017 年 9 月 29 日、金融庁「ICO（Initial Coin Offering）について～利用者及び事業者に対する注意喚起～」2017 年 10 月 27 日。）

制度の広範囲にわたる改革の必要性を論じており、対価の支払を分割しVAT相当分について国庫に直接納付する「分割納付」やブロックチェーン技術等のITの活用を提案している。暗号資産を利用した不正は租税分野のみの問題ではないが、適正な暗号資産取引のためにも、本人確認や情報報告のあり方の検討が求められよう。

(2) 暗号資産取引の情報報告

暗号資産取引は支払証書の提出対象となっていない[80]。令和元年度税制改正により一定の場合に税務当局が暗号資産取引業者に情報を照会できる制度が創設されたが、要件が厳しく、また照会できる内容は氏名（名称）、住所及び個人番号・法人番号となっており取引内容までは含まれていない[81]。

米国においては、仮想通貨に関して一定の情報報告が行われている。仮想通貨特有の情報申告制度ではなく、一般的な取引に対する支払い情報等への情報申告制度の中で仮想通貨取引の情報申告を要するものであるが、GAO（米国会計検査院）はそれでは十分ではないと指摘している。GAOが下院歳入委員会あてに作成したレポート[82]は、以下のような仮想通貨に関する情報報告の充実を提言している。

79） Fabrizio Borselli, VAT Fraud, Cryptocurrencies and a Future for the VAT System, International VAT Monitor, September/October 2019, IBFD, pp. 179-186.

80） 暗号資産デリバティブについては、令和2年5月施行の金融商品取引法の改正に伴い支払調書の提出対象となっている。

81） 国税庁が暗号資産取引業者に情報照会できるのは、①年間1,000万円以上の所得を生じ得る特定の取引の税務調査の結果、半数以上でその所得の申告漏れが認められた場合、②取引が違法な申告のために用いられると認められる場合、③不合理な取引形態により違法行為を推認させる場合（いずれも他の方法による照会情報の収集が困難な場合に限る。）であり、照会する情報は氏名、住所及び個人番号・法人番号に限定されている。

82） United States Government Accountability Office, Virtual Currencies：Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance, GAO-20-188, February 2020.

・IRS は仮想通貨に関する税務コンプライアンスの確保のために限られたデータしか入手していない。金融機関を含めた第三者からの情報報告を含めて、情報報告は、所得や取引に仮想通貨が含まれているかを情報報告者が記載することを必要としていない。
・情報報告の対象を拡大することにより、IRS は納税者の税務申告にとって有益な情報を提供することができるとともに、ノンコンプライアンスに対するツールを IRS に与えることにつながる。
・IRS は、外国に保有する金融資産の FinCEN（Financial Crimes Enforcement Network：財務省の金融犯罪取締ネットワーク）への報告義務が仮想通貨にも適用されかについて明確にしていない。これを明確にすることにより税務執行に活用できるデータの向上につながる。

このような GAO の提言を受け、FinCEN は外国金融口座情報の報告に仮想通貨を含めることとしている[83)]。

EU においては、2020年11月に、税の透明性ルールの下でデジタルプラットフォームからの情報報告を義務付けることに合意した[84)]。EU はこれに加えて、暗号資産や電子マネーについても透明性を向上させることを検討中である[85)]。スペインにおいては、暗号通貨を利用した不正に関する強い危機感を有しており、2020年10月に暗号通貨取引と残高に関する情報報告について他の不正対応策とともに法案を提出した[86)]。

我が国において暗号資産は財産債務調書の対象ではあるが、国外転出時課税制度、国外送金等調書、国外財産調書の提出義務の対象となっていない。共通

83） Andrew Velarde, Notice on Virtual Currency FBAR Inclusion Could Be a Harbinger, Tax Notes International, January 11, 2021, p.252.
84） DAC proposal（COM（2020）314 final. 2023年1月から実施される予定。
85） Nana Ama Safro, “Strengthening Tax Transparency in 2021,” Tax Notes International, January 3, 2021, p.7.
86） William Hoke, Spanish Cabinet Proposes Cryptocurrency Control, Tax Amnesty Ban, Tax Notes International, October 19, 20020, p.436.

報告基準（CRS）による自動的情報交換の対象にもなっていない。取引に関する情報提供義務のあり方が課題である。例えば、法定通貨を暗号資産に交換し、暗号資産を海外に送付し、海外で暗号資産を通貨に換金することにより、国外送金等調書の対象外とすることも考えられる。また、国外転出時課税制度の適用対象外であることから、譲渡所得課税のない国に移住して暗号資産を売却することにより課税されないことになり得るといった問題が生じる。暗号資産の取引所、交換業者を通じた一定の取引については、取引所や交換業者に支払調書の提出義務を課すことも考えられる[87]。

OECDは2020年7月にプラットフォーム提供者への税務情報報告のモデル規則を公表した[88]。本モデル規則のプレスリリースにおいてOECDの租税政策・財務行政センターのPascal Saint-Amans局長は、本モデル規則は、OECDの包括的枠組みにより承認されたものであり、デジタル経済における税務上の課題を多国間で解決していくことにつながるとしている[89]。OECDは以下のような本モデル規則の目的を示している。

・売り手がプラットフォームを通じて得た利益に対して納税者及び税務当局が高い質の情報にタイムリーにアクセスできること。
・異なる国の税務当局間での情報報告ルールの標準化を推進すること。
・税務当局に対して質の高い関連情報を収集、報告、交換すること。
・報告の対象は、適切で効率的、十分に網羅的である範囲を設定すること。

本モデル規則はシェアリング・エコノミー及びギグ・エコノミーを対象と

87） 一例として、2012年から金地金取引が支払調書の提出対象となっている。

88） OECD, “Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellars in the Sharing and Gig Economy.”

89） OECD Press Release, “OECD releases global tax reporting framework for digital platforms in the sharing and gig economy,” 3 July 2020.［http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/oecd-releases-global-tax-reporting-framework-for-digital-platforms-in-the-sharing-and-gig-economy.htm］

したものであるが、その目的からは、将来的にはデジタル経済における暗号資産の利用や役割を踏まえて暗号資産取引の情報報告にもつながっていくことも想定される。また、OECD は CRS（共通報告基準）による国際的情報交換の対象に、暗号資産やそれに派生する所得を含めることを検討中である。

暗号資産取引はインターネット上で行われ、取引の場所の特定は困難で、スピードも速い。各国における制度上の一貫性の確保とともに各国当局による執行協力も強く求められる。特定の国のみで規制を強化すると規制の少ない国に取引を移すことが容易に行われる。1998 年に OECD が電子商取引の検討をして共通フレームワークを構築したが、類似のフレームワークを構築していく必要があるとの指摘もある[90]。各国で共通の理解を醸成し政策協調を図っていくべきであろう。

(3) 暗号資産の差押え

破綻した暗号資産交換所の破産管財人に対する暗号資産引渡請求事件（東京地裁平成 27 年 8 月 5 日判決（平 26（ワ）33320）：以下「マウントゴックス事件」）は、破産したマウントゴックス社（Bitcoin 取引所運営会社）の破産管財人に対して、利用者が Bitcoin の引渡しを求めた事件である。利用者は、マウントゴックス社の破産管財人に対して、利用者が所有している Bitcoin 約 459BtC は破産財団を構成しないとして、その Bitcoin の所有権を基礎とする破産法第 62 条の取戻権に基づきその引渡しを求めた。判決の概要は以下のとおりである。

- 所有権の客体である所有「物」は、民法 85 条において「有体物」であると定義されている。
- 所有権の対象となるか否かについては、有体性及び排他的支配可能性が認められるか否かにより判断すべきである。

90） Nana Ama Safro, Gaps and Confusion In Cryptocurrency Taxation, Tax Notes International, October 12, 2020, p.192.

・Bitcoin の仕組み、それに基づく特定の Bitcoin アドレスを作成し、その秘密鍵を管理する者が当該アドレスにおいて Bitcoin の残量を有していることの意味に照らせば、Bitcoin アドレスの秘密鍵の管理者が、当該アドレスにおいて当該残量の Bitcoin を排他的に支配しているとは認められない。
・Bitcoin が所有権の客体となるために必要な有体性及び排他的支配可能性を有するとは認められない。したがって、Bitcoin は物件である所有権の客体とはならないというべきである。

つまり、本判決は Bitcoin の法的性質について、Bitcoin は有体物ではなく所有権の客体ではないため取戻権の対象とならないとした。松嶋隆弘教授・弁護士は、暗号資産（Bitcoin）の法的性質について、マウントゴックス事件からの考察として以下のように述べている[91)]。

「仮想通貨」に関しては、私法上はいかなる意味においても物でも権利でもなく、電磁的記録（民法466③かっこ書）であるという以外に定義しようがない。しかしながら、業法である改正資金決済法の規定を「借用」して、かつ、裁判例を補助的に利用して、総合検討すれば、そこに何らかの無体財産権類似の法律関係が生成しつつあるように見受けられる。

仮想通貨に関して「何らかの無体財産権類似の法律関係が生成」ている可能性がある一方、仮想通貨に対する強制執行については、以下のように考えられている[92)]。

・ 民事執行法は、不動産、動産、債権その他財産権、電子記録債権等の財産の種類によって、それぞれの執行方法を規定する（この点からも、仮想通貨が私法上いかなるものかを確定させる必要がある。）
・ 仮想通貨は、電子記録にすぎないところ、第三債務者もなく、P2P の管

91） 松嶋隆弘「仮想通貨に関する法的諸問題～近時の裁判例を素材として～」税理、2017年11月号、9頁。
92） 片岡、前掲注50、167-168頁。

理であって電子債権記録機関に相当する者もいないうえ、暗号技術が用いられる点が実効性確保のうえで問題がある。

- 仮想通貨に対する執行は、「その他の財産権に対する強制執行」となって、債権執行の例によることになる。そして発行者という第三債務者がいない財産であるので、執行債務者である仮想通貨保有者のみに差押命令を送達してその時に差押えの効力が生じる。
- ただ、譲渡命令が発せられても、差押債権者としては、執行債務者たる仮想通貨保有者が秘密鍵を差押え債権者または執行機関に教える等の協力がないとできないし、売却命令が発せられて執行官が仮想通貨を売却しようとしても同様の問題はある。
- 実効性のある執行方法とするには、電子記録債権と同様に、仮想通貨交換業者が管理している利用者の仮想通貨について、電子債権記録機関と同様の執行法上の取扱いをすることが考えられる。

仮想通貨自体について、人の人に対する請求権である債権ともいえないし、どこにも現実の具体的な合意（法律上の概念としての法令用語としての合意）はない[93)]。そして、仮想通貨の預託については、「一般人の多くは事業者が開設したwallet（＝財布）と呼ばれる仮想通貨の管理ないし取引口座に仮想通貨を預託し、受託者に指図することによって他に移転しうることとして、間接的に仮想通貨を支配しているにとどまる。この法律関係は、一般の利用者の仮想通貨交換業者に対する契約に基づく債権関係である。このことと仮想通貨自体に対する物権的な法律関係とを混同してはならない。」と考えられている[94)]。

以上のように、暗号資産は、所有権の客体とはならないが、利用者は債権としての権利を有する。ただし、債権としての仮想通貨を差し押さえることが可能としても、現行法では暗号資産に関する管理や換価の手続き規定はなく、当

93） 同上、163頁。
94） 同上、164頁。

事者の任意の協力がなければ、差押えや換価を実施することは困難となっている。ただし、仮想通貨の差押えは困難であるものの、仮想通貨に対する強制執行に応じている交換会社はあり、この場合、契約時の約款に「差押えの申し立てを受けた場合、サービスの利用を停止、解約できる」と明記し、日本円に換金した上で指定口座に送金手続きをとるという[95]。しかし、強制執行に任意に協力する交換会社を通さない暗号資産の所有者が暗号鍵を明らかにしない限り差押えや換価は困難である。さらに、差押えを実施できたとしても、債務者が任意に秘密鍵を教示しない限り強制執行できず、その実効性が課題となる。租税の徴収手続きについては、他の法令上の取扱いとの関連を含めた検討が必要となる。

7　小活

暗号資産は資金決済法にその定義が規定されているが、その性質の違いに基づく分類はされていない。暗号資産は多様な性質を有しており、税務上の取扱いは暗号資産の性質を勘案しつつ、保有目的も加味して取扱いを分けていくべきであろう。

今後、暗号資産がますます多様化していくと、暗号資産の性質に応じて、支払手段・決済手段として利用する暗号資産と、投資資産としての暗号資産とに二分化していくことが予想されるとともに、それらの区分は所有目的によっても異なってくる。同じ種類の暗号資産であっても、所有者の目的により支払手段や決済手段となったり、投資資産となり得るが、投資資産としての性格がより強い暗号資産は、税務上金融商品と同等の取扱いとする可能性を検討していくべきであろう。ただし、金融商品取引で可能な損益通算や損失の繰越については適正な申告が行われるための納税環境が整備されるまでは一定の制限を設けることも必要であろう。

ICO については現行制度に当てはめると新規発行時に益金算入となり得るも

95）　日本経済新聞 2018 年 6 月 13 日。

のも想定されるが、暗号資産を政策として推進していく観点を含め、新規発行時の収益認識について会計上のルール、金融商品取引法や資金決済法等他の法律における整理とも併せて考えていくべき論点である。

Ⅴ　おわりに――今後の課題

本稿は、暗号資産の多様化が進展する中で、暗号資産の性質に基づく税務上の取扱いについて検討した。暗号資産に関する税務上の論点に関しては税制だけでなく、他の法律や会計との関連を有するものもあり、一体的に対応していくべきであろう。

暗号資産には多様な種類のものがあり、例えば、Bitcoin を代表例とする中央管理者のいない暗号資産、裏付け資産を有するステーブルコインに分類でき、さらに、その利用目的は、支払・決済手段であったり、投資目的であったりする。また、各国中央銀行が検討しているデジタル通貨も暗号資産と類似の面を多く有する。消費税については、暗号資産は支払手段の一形態との整理により、国際的にみても概ね整合性のあるものとなっている。一方、所得税や法人税等の所得課税における取扱いについては、ステーブルコイン等の新しい類型の暗号資産が多数存在しており、その性質に応じ、また、所有目的にも応じて、税務上の取扱いを考えていくべきであろう。これまでに公表された各国のガイダンスは、初期の暗号資産、特に Bitcoin を念頭において作られたものと考えられ、暗号資産の多様性を十分に反映したものとはなっておらず、画一的な取扱いになっている。画一性には、暗号資産の性質を変更して税務上の取扱いを有利となるように操作することを防止できることや簡素性というメリットもあろうが、類似の性質を有するものは同等の課税との考え方からは乖離する。

現在の我が国における暗号資産の税務上の取扱いの公表は、通常の暗号資産取引に関する課税の明確化に大きく資するものであったと評価できるが、Bitcoin を念頭に作成され、支払手段類似としての性質が多く含まれているように思われる。同様のものに対しては同等の課税という考え方から、こうした暗号資産の多様性を踏まえて暗号資産の性質に応じた課税を検討していくス

テージに入ってきていると考えられる。

所有・利用目的に応じて、投資資産は譲渡所得として課税、支払手段は通貨（外国為替）と同等の課税（雑所得）、その他の暗号資産取引は雑所得又は事業として行う場合は事業所得といった分類も検討すべきであろう。

暗号資産に関して税務上の取扱いの明確化や政策上の措置の必要性が依然として存在している。今後も暗号資産の取引の実態、利用状況、多様化の状況、技術の進展等を見極めつつ、変化しつつある暗号資産の性質を理解した上で、類似する取引の既存の課税ルールを参照しつつ、税務上の取扱いについて明確化していくことを要する。明確化は、納税者にとって税の不確実性を減少させるとともに、暗号資産を利用したビジネスの発展にも資するものである。

（くりはら・かつふみ　筑波大学大学院ビジネスサイエンス系教授）

論　説

フランス法における家族のメンバーに対する民事責任（4・完）

――家族のあり方と民事責任法の枠組――

白　石　友　行

はじめに
Ⅰ.「家族に対する責任」の諸相
　1．一般的な権利または利益の侵害および義務の違反
　2．家族的な権利または利益の侵害および義務の違反（(1)②一まで27号、(1)②二から(2)①まで28号、(2)②一から二まで29号）
Ⅱ.「家族に対する責任」の基礎（以下、本号）
　1.「家族に対する責任」をめぐる議論の再解釈
　2.「家族に対する責任」をめぐる議論の分析
おわりに

Ⅱ.「家族に対する責任」の基礎

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

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

1.「家族に対する責任」をめぐる議論の再解釈

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

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

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

（前頁からつづき）

また、類型Ⓒから類型Ⓕまでに相当する場面を素材に家族法における救済手段やサンクションを分析する研究もあり、これらは、家族のあり方という視点を有しているため、本稿の問題意識からみても有用な視座を提供するが（ただし、これらの研究では、本稿がⅡ2⑴で採用する3つの観点、すなわち、家族の枠、メンバー相互の関係、家族の自律性という観点が示されていないという点でいえば、これらの研究と本稿とで全面的に問題意識が共通しているわけではない）、民事責任法上のサンクションを主要な検討対象とするものでも、民事責任法の側からこれらの素材にアプローチをするものではない。Ex. Desnoyer, supra note 20（離婚、親子関係の成立、親権の喪失を素材に救済手段やサンクションの変容が検討されている）；Égéa, supra note 304（類型Ⓒから類型Ⓕまでの一部に相当する場面を素材に公序の変容とそれに伴う救済手段やサンクションの変化が検討されている）；Id., supra note 442（家族法における裁判官の役割という視点から類型Ⓒから類型Ⓕまでの一部に相当する場面の救済手段やサンクションが検討されている）；Zalewski, supra note 159（扶養または扶助を素材に類型Ⓒから類型Ⓕまでの一部に相当する場面の救済手段やサンクションが検討されている）；Aune, supra note 572（類型Ⓔおよび類型Ⓕの一部に相当する場面等を素材に人の法と家族の法における権利の現れが検討されている）；Niboyer, supra 281（類型Ⓒおよび類型Ⓔに相当する場面等を素材に公序の変容とそれに伴う救済手段やサンクションの変化が検討されている）；Siffrein-Blanc, supra note 135（類型Ⓓおよび類型Ⓕに相当する場面や「家族外に対する責任」等を素材に親の義務と責任のあり方が検討されている）；Garrigue, supra 290（類型Ⓒおよび類型Ⓔに相当する場面等を素材にカップル間の義務の変容とそれに伴う救済手段やサンクションの変化が検討されている）；Ruffieux, supra note 133（類型Ⓒから類型Ⓕまでの各一部に相当する場面等を素材に家族間における義務と救済手段やサンクションのあり方が検討されている）；Saulier, supra note 353（類型Ⓒおよび類型Ⓔに相当する場面等を素材にカップル間における義務と救済手段やサンクションのあり方が検討されている）；etc.

733）若干の相違はあるが、これらの各構想に対応する考え方は、「家族外に対する責任」の基礎、「家族としての保護」および「家族に関わる保護」の基礎としても想定されている（拙稿・前掲注（3）「家族のメンバーによる不法行為と責任」142頁以下、同・前掲注（3）「家族の保護（2・完）」77頁以下）。Ⅱ2⑵③で言及するように、実定法におけるこれらの各構想の現れ方は、「家族に対する責任」が問題となる場面とそれ以外の諸場面とでは、一定の範囲で異なるものの、大局的にみれば共通している。

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

(1) 損害賠償の保護対象

①身分や地位の保護を基礎とする構想（構想①）

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

734）類型Ⓕのうち、女性が匿名出産を選択し自ら出産した子との間で母子関係を成立させなかったことを受けて、子が当該女性に対して損害賠償を請求するケース（Ⅰ2(1)②二、本誌28号49頁以下）は、その典型的な例である。

735）類型Ⓐおよび類型Ⓑに関する一部の裁判例の解決および議論にみられた、全部義務または責任分割についての特別な理解や因果関係の分割または部分的因果関係によって「家族に対する責任」の制約を説明する考え方は（Ⅰ1(1)②およびⅠ1(2)②、本誌27号54頁以下、76頁以下）、（実定法の主流によって採用されていないという意味で）特殊な民事責任法理の理解を単純に適用して損害賠償の制約を基礎付けようとするものである。これらの考え方は、「家族に対する責任」を超える広い射程を持つため、これらを「家族に対する責任」の制約手法に関わる構想の1つとして定式化することは、不適切である。そのため、これらの考え方は、検討の対象から除外される。

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

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

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

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

737） Ⅰ 2(2)②一、本誌29号89頁以下。

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

738）この損害賠償は、身分や地位の喪失に関わる不利益のうち補償給付（または、かつての扶養定期金）によっては塡補されない部分のみを対象とするため、最終的な結果だけをみれば、構想①－１ではなく、構想①－２に基づく法理としても捉えられる。もっとも、婚姻の解消から生ずる損害の賠償を身分や地位に結び付ける考え方が受け入れられていた当時における扶養定期金や補償給付に関する一般的な理解によれば、これらの金銭には賠償的な性格があるとされており、これらの賠償的性格を持つ金銭と損害賠償として支払われる金銭とが相まって、身分や地位の喪失に関わる不利益がすべて塡補されるという構造が描かれていた（Ⅰ2⑵②一、本誌29号94頁以下）。この点を踏まえると、この損害賠償については、構想①－２ではなく、構想①－１の１つの現れとして位置付けることが適切である。

739）Ⅰ2⑵②一、本誌29号120頁以下。

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

741）Ⅰ2⑵②一、本誌29号146頁以下。

742）Ⅰ2⑵②二、本誌29号159頁以下。

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

743）ただし、注（172）で引用した文献にみられるように、認知を争う訴権を行使し親子関係を喪失させたことという側面との関連では、制度の逸脱や脱法という要素を強調してフォートを基礎付ける考え方も存在する。この立場では、虚偽の認知をしてその後に親子関係を喪失させたことそれ自体というよりも、制度の仕組や法に反したことに重心を置いて、虚偽の認知をした者にとっての責任原因が捉えられている。そのため、こうした責任原因の捉え方と関連付けて保護対象を措定する限り、虚偽の認知をされた子の保護法益を子としての身分や地位に結び付けて把握する理解の仕方は、後景に退かざるをえない。反対に、仮にここでも構想①－1の考え方に基づき子についての保護対象を把握しようとするならば、フォートまたは責任原因と保護対象との間で一定の不整合が生じてしまう。これは、Ⅱ2⑵①で言及する、想定されているフォートまたは責任原因は明確であるが、そのフォートまたは責任原因に即して保護対象が捉えられていないケースの1つの例である。

744）Ⅰ2⑴②一、本誌27号98頁以下。

745）Ⅰ2⑴②二、本誌28号45頁以下。

746）Ⅰ2⑴②二、本誌28号46頁以下。

747）Ⅰ2⑴②二、本誌28号50頁以下。

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

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

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

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

類型Ⓓとの関連でいえば、親権を持つ父または母が子の利益を図ることを目

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

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

751）Ⅰ2⑵①、本誌28号71頁以下。

752）Ⅰ2⑵①、本誌28号118頁以下。

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

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

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

754）Ⅰ2⑴①、本誌27号90頁以下。ここでは、両親について子を訪問し受け入れる義務が想定された上で（Cf. Marc Gomy, Vers un devoir de visite et d'hébergement des parents ?, JCP., éd. N., 1999, pp.310 et s.；Siffrein-Blanc, supra note 135, n^{os}575 et s., pp.459 et s.；etc.）、それに対応する子の権利や利益が措定されている（Cf. Gareil, supra note 125, n^{os}212 et s., pp.115 et s.；etc.）。

755）この場合に他方が一方に対して履行を強制したり損害賠償を請求したりすることができるという解決は、裁判例のみならず（注（147）から注（149）までで引用した裁判例を参照）、学説でも一般に承認されている。Ex. Carbonnier, supra note 250, n°622, p.1385；Kessler, supra note 146, n°6, p.4；etc.

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

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

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

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

758）Ⅰ２(1)①、本誌27号92頁以下。

759）Ⅰ２(1)②二、本誌28号59頁以下。本文の理解によるとしても、生計費請求訴権を通じて請求することができる対象は生計費に限られるため、この訴権を構想①－１の枠内で捉えることはできない。

760）Ⅰ２(1)②二、本誌28号67頁以下。この解決について、扶養に限定して父子関係の成立を認めたのと同じ結果が導かれていることを指摘するものとして、Pradel, supra note 267, p.86；Desbois, supra note 267, pp.85 et s.；etc.

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

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

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

761）具体的にいえば、類型Ⓒでカップルの関係がコンキュビナージュである場面で言及した3つ目の法理（Ⅰ2⑵②一、本誌29号150頁以下）、類型Ⓔの不成立の場面のうち第3のケースで言及した1つ目の法理（Ⅰ2⑴②二、本誌28号52頁以下）、および、類型Ⓔの解消の場面で合意の論理に依拠して子からの請求に係る損害賠償を基礎付ける判例の立場（Ⅰ2⑴②一、本誌27号103頁以下）が、それである。

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

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

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

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

764）Ⅰ2⑵①、本誌28号90頁以下。
765）Ⅰ2⑵②一、本誌29号89頁以下。
766）Ⅰ2⑵①、本誌28号118頁以下。
767）Ⅰ2⑵②一、本誌29号137頁以下。
768）一般的な記述であるが、Cf. Niboyer, supra note 281；Ruffieux, supra note 133, n^{os}56 et s., pp.64 et s. et n^{os}125 et s., pp.127 et s.；etc.
769）拙稿・前掲注（2）「2」85頁以下、92頁以下。
770）Ⅰ2⑴①、本誌27号90頁以下。
771）Ⅰ2⑴②、本誌27号95頁以下、同28号43頁以下。

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

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

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

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

772）ただし、母子関係の不成立の場面では子に保護法益は認められていないこと、実定法の主流では、認知義務の考え方は受け入れられておらず、父になるはずであった者が認知をしなかった場合には構想③に基づく解決が問題となるにすぎないこと、母に対する強制性交の結果として生まれた子についても構想③に基づく解決が問題となっていること、更に、親子関係の不存在から生ずる財産的な不利益を塡補するために構想①－2に基づく解決や合意に依拠した構成が用いられる場面も多いこと等を考慮すれば、実定法において、構想①－1が一般的に受容され、親子関係それ自体への権利や利益が確立されているとまではいえない。Cf. Gutmann, supra note 163, n^{os}40 et s., pp.46 et s.；etc.

773）一般的な記述であるが、Cf. Neirinck, supra note 135；Gareil, supra note 135；Pons, supra note 17, n^{os}35 et s., pp.47 et s. et n^{os}336 et s., pp.199 et s.；Siffrein-Blanc, supra note 135；Ruffieux, supra note 133, n^{os}342 et s., pp.333 et s.；etc.

774）拙稿・前掲注（2）「2」86頁以下。

775）これは、Garrigue, supra note 290がいう普遍の義務、Ruffieux, supra note 133, n^{os}46 et s., pp.49 et s. がいう（カップル関係の）規範的義務に相当する。

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

776） Ⅰ2⑵①、本誌28号82頁以下、125頁以下、131頁以下。

777） Ⅰ2⑵②一、本誌29号101頁以下。

778） Ⅰ2⑵②一、本誌29号139頁以下、153頁以下。

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

確な形では説かれていない日本法の議論状況とは対照をなしている[781]。

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

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

781）拙稿・前掲注（2）「2」85頁以下、92頁以下。

782）Ⅰ2(1)①、本誌27号94頁以下。

783）Ⅰ2(1)②一、本誌27号104頁以下。

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

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

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

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

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

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

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

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

786）ユダヤ教を信仰する夫婦が法的に離婚をした後に、元夫が元妻に対して正当な理由なくゲットを引き渡さなかった場合において、元夫が損害賠償の支払を命じられた事例は（Ⅰ2(2)①、本誌28号88頁以下）、その例である。

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

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

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

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

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

790）Ⅰ2⑵②一、本誌29号101頁以下。

791）ただし、詐害的誘惑の法理は、裁判例において、関係の成立によって生じた不利益ではなく、関係の解消によって生じた不利益を賠償の対象としている。その意味で、この法理は、その理論的含意はともかく、実際上の帰結としては、構想③というよりも、構想①または構想②から得られる解決を志向している。この点については、Ⅰ2⑵②一、本誌29号124頁以下を参照。

792）裁判例の中には、婚姻約束の解消の正当性に着目し損害賠償請求の可否を決するものもあった。ここでは、婚姻約束を解消された側の婚姻成立への正当な期待が損害賠償の保護対象として措定されている（Ⅰ2⑵②二、本誌29号177頁以下）。この枠組でも、不法行為の成否の判断において、婚姻約束の解消前に存在していた関係の期間や濃度は基本的には考慮されていない。もっとも、婚姻成立への期待が観念される分だけ、損害額の評価に際して、これらの要素が斟酌される可能性もある。

793）Ⅰ2⑵②二、本誌29号171頁以下。

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

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

⑵ 損害賠償の制約手法

①家族的な一体性から損害賠償の制約を基礎付ける構想（構想㋐）

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

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

794） Ⅰ 2⑴②二、本誌28号44頁以下、51頁。
795） Ⅰ 1⑴②、本誌27号52頁以下。

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

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

796）Ⅰ1⑵①、本誌27号59頁以下。なお、交通事故被害者の状況の向上および補償手続の促進に関する1985年7月5日の法律の適用領域以外の場面では、被害者が損害の発生に関与した家族のメンバーに対して損害賠償を請求することができるという理解を前提として、被害者に損害賠償等を支払った者が当該家族のメンバーに求償等をすることができるという解決が採用されている。従って、ここでは、損害賠償の制約は予定されておらず、構想㋔が基礎に据えられている。

797）Ⅰ1⑵②、本誌27号83頁以下。具体的にいえば、ここでは、直接被害者のフォートを理由に間接被害者に付与される損害賠償を減額する解決を基礎付ける根拠のうち、家族の存在に着目するものと、被害者または損害に着目するものが想定されている。加害者に着目する理由付けを検討の対象から除外することについては、注（735）を参照。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

804）個人の自律の観点から家族連帯に依拠した第3の解決の理由付けを批判する見解として、Fossereau, supra note 79, n°25, p.25；Rodière, supra note 84, pp.751 et s.；Aydalot, supra note 87, p.735；Lambert-Faivre, supra note 88, p.622；Chabas, supra note 79, n°s202 et s., pp.171 et s.；Larroumet, supra note 89, p.116；Chabas, supra note 90, p.91；Viney, Jourdain et Carval, supra note 85, n°436, pp.425 et s.；etc.

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

806）過失相殺を加害者の側から把握し、因果関係の分割や違法性の縮減という観点から捉える考え方によれば、被害者の過失であるか被害者側の過失であるかは大きな意味を持たない。そのため、これらの考え方においては、被害者と損害の発生に関与した家族のメンバーとの一体的把握という問題設定が生ずることもない。その意味で、これらの考え方は、加害者と損害の発生に関与した家族のメンバーとの責任分割等を起点として、被害者に付与される損害賠償の減額を基礎付けていた、かつてのフランスにおける一部の裁判例の理解（Ⅰ1⑴②、本誌27号54頁）と同じ性格を持つ。

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

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

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

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

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

809）最判昭和51年3月25日・前掲注（807）。

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

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

812）Ⅰ2⑴②二、本誌28号64頁以下。

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

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

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

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

構想㋑は、横の家族関係で家族的な権利または利益の侵害および義務の違反が問題になる場面、特に類型Ⓔにおいて、条文上の損害賠償の制約を基礎付けるための論拠として現れている[814)]。婚姻の解消から生ずる損害の賠償については、これを請求することができる時期（民法典266条2項）、および、この損害賠償によりカバーされる対象（同条1項）に関して、限定が付されている

814） Ⅰ2⑵②一、本誌29号109頁以下。

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

815）この損害賠償の請求主体についても、条文および裁判例の解決によって一定の限定が付されている。すなわち、損害賠償を請求しようとする側に何らかのフォート、更に、フォートを基礎付けるほどではないにせよ何らかの落ち度があるときには、この者からの損害賠償請求は否定される（Ⅰ2⑵②一、本誌29号115頁以下）。もっとも、こうした請求主体面での制約を家族秩序または家族の平和の観点から正当化することは、適切さを欠く。というのは、2004年5月26日の法律による改正で、夫婦関係の終局的な変質による離婚の請求を受け自らは離婚を求めていない者にも婚姻の解消から生ずる損害賠償が認められるようになっており（民法典266条1項）、一定の範囲で損害賠償の請求主体が拡張されているため、こうした状況の下で家族秩序または家庭の平和の観点から請求主体が限定されたと理解することは、評価として一貫しないからである。

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

817）Ⅰ2⑵①、本誌28号71頁以下。このような見方を支持する学説として、Ex. Laurent, supra note 278, n°92, p.123；Perreau, supra note 299, p.424；etc. また、同様の視点からこの損害賠償に疑問を示す見解として、Ex. Verdot, supra note 281, n°12, p.124；Guyon, supra note 314, n°11, p.484；Niboyer, supra note 281, n^os^530 et s., pp.557 et s.；etc. 更に、婚姻関係が生身の人間の結合であることに鑑み、当事者には忍耐が要求されるとの観点から、損害賠償の要件としてフォートの重大性および損害の深刻性を設定し、一定の限度を超えた場合にのみ夫婦の一方からの損害賠償請求を認める考え方も、同様の見方に基づく。Philippe, supra note 278, pp.286 et s.

818）Lobin, supra note 484, n°2, p.2.

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

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

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

820）Dumery, supra note 79, n^{os}543 et s., pp.236 et s.；Ben Hadj Yahia, supra note 304, n^{os}432 et s., pp.389 et s.；etc.

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

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

821）拙稿・前掲注（2）「2」78頁以下、88頁以下。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

826）Ⅰ2⑵①、本誌28号71頁以下。

827）Lobin, supra note 484, n°2, p.2.

828）Ⅰ2⑴②一、本誌27号97頁以下。

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

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

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

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

831）Rodière, supra note 287, p.288.

832）拙稿・前掲注（2）「2」89頁、93頁以下。

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

①の末尾で用いた基準に従って構想㋒の特徴を整理すると、次のようになる。

833）Hauser, supra note 453, pp.81 et s.；Rongeat-Oudin, supra note 453, pp.12 et s.；Mulon, supra note 272, n°23, p.107；Hauser et Saint-Hilaire, supra note 453, n°130, p.60；Saulier, supra note 353, n°99, pp.104 et s.；etc. また、民法典266条の修正を提案するものとして、Sadi, supra note 453, n°s12 et s., pp.602 et s.；etc.

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

835）Ⅰ二⑵②一、本誌29号102頁以下、107頁以下。

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

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

④関係する制度の性格から損害賠償の制約を基礎付ける構想（構想㋓）

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

837）ただし、類型Ⓕの解消の場面でみられた構想㋒に関しては、本文の整理は妥当しない。この構想㋒は、虚偽認知をした者による親子関係の異議申立を認めないことを前提としているため、虚偽の認知をしその後に親子関係を否定したことについて責任原因を見出すことはできない。従って、この考え方によると、虚偽認知の対象になった子は、類型Ⓓの場合に準じ、虚偽の認知をした者に対して、子に対する父としての義務を果たさなかったことを理由に損害賠償を請求することはできるが、ほかの類型Ⓕの場面のように、父子関係が解消されたことを理由に損害賠償を請求することはできない。つまり、ここでは、本来的には成立しているはずの損害賠償への権利を制約するという思考プロセスは採用されていない。本文で、構想㋒一般ではなく、典型的な構想㋒という表現を用いたのは、上記の点を考慮したものである。

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

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

839）Ⅰ2⑵①、本誌28号91頁以下。

840）Ⅰ2⑵②一、本誌29号134頁以下、164頁以下。

841）Ⅰ2⑴②二、本誌28号44頁以下。

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

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

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

843）Ⅰ2⑵①、本誌28号105頁以下。

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

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

845）Ⅰ2⑵①、本誌28号110頁以下。

846）そのほか、類型Ⓒのうちカップルの関係が夫婦である場面との関連では、離婚法がフォートから切り離されつつあることを踏まえた上で、類型Ⓒで婚姻から生ずる義務の違反につきフォートを基礎とする不法行為の一般規定の適用を認めると、一般法が特別法の制度を乱すことに繋がることを理由に、その適用に疑問を呈する見解もある（Traullé, supra note 545, n^{os}409 et s., pp.341 et s.；Burgard, supra note 300, p.22）。しかし、類型Ⓒと婚姻の解消に関わる類型Ⓔとでは場面も想定される保護対象も異なるため、この見解は説得力に乏しい。

847）Ⅰ1⑴①、本誌27号44頁以下。

の裁判例の解決も[848]、構想㊔－３に親和性を持つ。

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

848）Ⅰ２(1)①、本誌27号90頁以下。

849）Maury, supra note 283, n^{os}10 et s., pp.522 et s.；Roche-Dahan, supra note 377, n^{os}5 et s., pp.738 et s.；Mignon-Colombet, supra note 304, n^{os}11 et s., p.10；Cornu, supra note 250, la famille, n^{o}24, pp.49 et s.；Ruffieux, supra note 133, n^{os}67 et s., pp.72 et s.；etc.

850）Cf. Bénabent, supra note 18, Note sous Cass. 2ème civ., 29 janv. 1997, n^{o}5, p.297；Desnoyer, supra note 20, n^{os}114 et ., pp.155 et s.；etc.

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

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

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

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

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

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

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

⑤損害賠償の制約を否定する構想（構想㋔）

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

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

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

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

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

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

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

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

858）多くの憲法院判決があるが、「民事責任法と家族」に関係するものとして、Ex. Cons. const. 9 nov. 1999, supra note 412（パクスの解消の場面で損害の賠償が妨げられない旨を規定した2006年6月23日の法律による改正前の民法典515-7条8項（現在の同515-7条10項）が、1789年の人および市民の権利宣言4条とこれに由来する他人に損害を生じさせる人の行為はすべてフォートによってそれを生じさせた者に対してこれを賠償する義務を負わせるという内容の規律（民法典1240条）で要求されている憲法的要請に応えるものとして位置付けられている）；Cons. const., 11 juin 2010, nº2010-2 QPC ; D., 2010, 1557, obs., Inès Gallmeister ; D., 2010, 1976, note, Daniel Vigneau ; D., 2010, 1980, note, Valérie Bernard et Laurence Gay ; RTD civ., 2010, 517, chr., Pascal Puig ; AJDA., 2010, 1178, obs., Séverine Brondel ; RFDA., 2010, 696 ; Constitutions, 2010, 403, chr., Pierre De Baecke ; Constitutions, 2010, 427, chr., Xavier Bioy ; D., 2011, 2570, chr., Anne Laude ; JCP. éd. A., 2011, 2045, chr., Stéphanie Renard.（この判決については、Cf. Jerry Sainte-Rose et Philippe Pédrot, La validation par le Conseil constitutionnel du dispositif《anti-Perruche》et du régime de responsabilité des professionnels et établissements de santé, D., 2010, pp.2086 et s. ; Francis Hamon, Le《droit de ne pa naître》devant le conseil constitutionnel（À propos de la décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010）, PA., 29 juill. 2010, pp.4 et s. ; Nathalie Nefussy-Venta, Les《bébés》des arrêts Perruche et Quarez : une espèce en voie de disparition. - À propos du jugement du tribunal administratif de Nantes du 7 avril 2010 et de la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010, Dr. fam., déc. 2010, étude 14. 社会事業および家族法典L.114-5条3項（同項は、保健衛生の専門家または施設が一定の特徴を持つフォートを犯したことにより胎児の障害を判別することができなかった場合において、これらの専門家または施設が生まれた子の両親に対して責任を負うときは、その両親は、自己の損害についてのみ賠償を得ることができ、障害のため子の人生のすべてにわたって生ずる特殊な負担は、上記の損害には含まれないと規定している。なお、この条文については、拙稿・前掲注（3）「家族の保護（2・完）」64頁以下を参照）が責任原則および平等原則に反するという原告の主張との関連で、1789年の人および市民の権利宣言4条とこれに由来する他人に損害を生じさせる人の行為はすべてフォートによってそれを生じさせた者に対してこれを賠償する義務を負わせるという内容の規律（民法典1240条）は憲法的要請に応えるものであること、もっとも、この憲法的要請は、被害者の諸権利および裁判を受ける権利に対する釣合いのとれない侵害がもたらされない限りにおいて、立法者が一般利益を考慮して責任の要件を修正することを妨げるものではないこと、社会事業および家族法典L.114-5条3項が責任の要件として一定の特徴を持つフォートを要求したり、賠償されるべき損害を限定したりしたことは、被害者の諸権利に対する釣合いのとれない侵害をもたらさないこと等が、判示されている）；etc.

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

862）Ⅰ1⑴②、本誌27号56頁以下。

863）Ⅰ1⑵②、本誌27号71頁。

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

構想㋖は、日本法の文脈では、類型Ⓐおよび類型Ⓑのうち、ある家族のメン

864）損害賠償の制約手法に関わる諸構想は、権利義務または救済手段の次元で家族のメンバー間の損害賠償請求を否定したり制限したりする論理であり、何らかの責任原因により被害者に生じた損害のうちの一部を賠償の対象から除外するという意味での完全賠償原則に対する例外ではない。もっとも、類型Ⓐおよび類型Ⓑの一部のケースでみられたように、解決されるべき紛争が損害を受けたある家族のメンバーと家族外の者との間で生じている場合には（Ⅰ1⑴②、Ⅰ1⑵②）、「家族に対する責任」の制約は、現象としては、前者に対して付与されるべき損害賠償の減額の可否という形になって現れ、機能的に捉えれば、完全賠償原則の制限として位置付けられる。フランス法では、完全賠償が原則とされているため（この点については、文献の所在も含め、拙稿・前掲注（36）287頁以下を参照。ただし、現在の法状況において、完全賠償原則自体に憲法的価値は認められていない。Cf. Christelle Coutant-Lapalus, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, préf. Frédéric Pollaud-Dulian, PUAM., Aix-en-Provence, 2002, n^{os}111 et s., pp.114 et s.（もっとも、この見解は、上記のような現状認識を前提とつつ、完全賠償原則に憲法的価値が認められるべきことを説くものである）；Caroline Lacroix, La réparation des dommages en cas de catastrophes, préf. Marie-France Steinlé-Feuerbach, Avant propos de Dimitri Houtcieff, Bibliothèque de droit privé, t.490, LGDJ., Paris, 2008, n^{o}109, p.53；Stéphanie Porchy-Simon, L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010：réelle avancée ou espoir déçu ?, D., 2011, pp.462 et s.；Girard, supra note 858, n^{os}38 et s., pp.50 et s.）、本文で言及した理由付けも、一定の説得力を持つ。

865）Maury, supra note 283, n^{o}9, pp.520 et s.；D. M., supra note 275, p.188；Nerson, supra note 287, p.516；Chartier, supra note 283, Domicile conjugal..., n^{o}40, pp.545 et s.；Id., supra note 283, La réparation du préjudice, n^{o}269, pp.335 et s.；Thomas, supra note 16, p.302；etc.

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

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

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

2.「家族に対する責任」をめぐる議論の分析

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

868）拙稿・前掲注（2）「2」77頁以下、83頁以下。
869）最判昭和47年5月30日民集26巻4号898頁。
870）拙稿・前掲注（2）「2」88頁以下、93頁以下。
871）Pierre Jean Claux, Faut-il supprimer le droit de la famille ?, in, Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, Paris, 1990, pp.54 et s.

面）が強化され、子の利益を図るべく、そこでの保護公序の役割が増大している[873]。「家族に対する責任」をめぐる実定法および議論は、こうした家族法の展開過程の影響を色濃く受けている。以下では、これらの一般的動向を念頭に置きながら、家族のあり方（(1)）と民事責任法の枠組（(2)）とに分けて、日本法との比較も踏まえつつ、1で抽出した各構想を分析する。

(1) 家族のあり方

①家族の枠

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

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

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

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

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

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

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

874）拙稿・前掲注（3）「家族の保護（2・完）」91頁以下。

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

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

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

また、構想①によれば、類型Ⓒおよび類型Ⓔにおける「家族に対する責任」は、法律上の夫婦である者またはそうであった者相互の間、あるいは、（パクスの当事者にもその地位に由来する一定の義務が課せられ、その違反を理由とする損害賠償が肯定されるという考え方を採用するとすれば[879]、類型Ⓒに限り）パクスの当事者である者相互の間で、問題となる。カップルの関係が夫婦であれば、たとえそれが破綻に瀕していたとしても、制約手法に関する構想㊀により義務ないし権利が弱化することはあるにせよ[880]、構想①に依拠した保護対象が完全に排除されることはない。反対に、コンキュビナージュの当事者であ

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

878）約束または義務の引受に基づく扶養等の支払請求、生計費請求訴権、母からの損害賠償請求を通じた子の扶養に必要な金銭等の確保のほか、出生を取り巻く諸状況に由来する精神的損害の賠償、認知を拒絶する男性側の態度等に由来する精神的損害の賠償が、これに当たる（Ⅰ2⑴②、本誌28号43頁以下）。

879）Ⅰ2⑵①、本誌28号118頁以下。

880）Ⅰ2⑵①、本誌28号90頁以下。

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

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

881）Ⅰ2⑵①、本誌28号121頁以下。

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

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

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

883）Ⅰ2⑵①、本誌28号118頁以下。

884）Ⅰ2⑵②一、本誌29号146頁以下、153頁以下。

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

886）Ⅰ2⑵①、本誌28号80頁以下。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

892）拙稿・前掲注（2）「2」96頁以下。

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

893）Ⅰ2(2)①、本誌28号125頁以下、131頁以下。

894）Ⅰ2(2)②一、本誌29号139頁以下、153頁以下。

895）Ⅰ2(1)①、本誌27号94頁以下。

896）拙稿・前掲注（3)「家族の保護（2・完)」95頁以下。

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

898）注（632）で引用した裁判例を参照。

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

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

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

899）拙稿・前掲注（2）「2」85頁以下。

900）拙稿・前掲注（2）「家族の保護（2・完）」99頁。

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

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

901）より具体的にいえば、婚姻の約束がされたがその後に解消された場合において、その約束を解消された側または解消の原因を作らなかった者がその約束を解消した者または解消の原因を作った者に対して損害賠償を請求する場面（Ⅰ2⑵②二、本誌29号158頁以下）、ある女性が婚姻関係にない男性と親密な関係を持ち、子をもうけたが、この男性が正当な理由なくその子を認知しなかったことを受けて、その子がこの男性に対して損害賠償を請求する場面、および、ある女性が強制性交の結果として子をもうけたが、事実上の理由からその加害者との間で父子関係を成立させなかった場合に、その子がこの加害者に対して損害賠償を請求する場面（Ⅰ2⑴②二、本誌28号43頁以下）が、それである。

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

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

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

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

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

904）Ⅰ1⑵①、本誌27号64頁以下。

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

②メンバー相互の関係

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

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

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

905）拙稿・前掲注（2）「2」98頁。

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

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

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

907）Ⅰ2⑵②一、本誌29号89頁以下。

908）類型Ⓔのうちカップルの関係が夫婦である場面で保護対象に関する構想①－1が一般的に受け入れられていた時代には、個人の自由や自律を起点とした制約手法に関する構想㊀－1は、ほとんどみられなかった。本文の評価は、こうした保護対象に関する構想と制約手法に関する構想との時代的な対応関係からも裏付けられる。

909）Ⅰ2⑵②一、本誌29号94頁以下。

910）Ⅰ2⑵②一、本誌29号146頁以下。

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

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

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

911）拙稿・前掲注（2）「2」85頁以下。
912）Ⅰ2(1)②一、本誌27号98頁以下。

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

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

913）Ⅰ2⑴②二、本誌28号43頁以下。

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

前に自由を享受する個人であるという認識を出発点としている。

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

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

916）Ⅰ2⑵①、本誌28号80頁以下。

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

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

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

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

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

919）Ⅰ2⑵①、本誌28号82頁以下、118頁以下、128頁以下。

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

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

920）Ⅰ2⑴①、本誌27号94頁以下。

921）拙稿・前掲注（2）「2」91頁。

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

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

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

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

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

的な存在であるという民法の基本的な立場からみれば、損害を受けた者を家族またはほかの家族のメンバーに従属させることにより、前者からの損害賠償を制約する論理は、受け入れられない。類型Ⓐおよび類型Ⓑでは、一般的な権利または利益の侵害および義務の違反が問題となる以上、このことは、例外なく承認されなければならない。

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

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

924）拙稿・前掲注（2）「2」102頁以下。

925）以下の分析は、Pons, supra note 17, n^os^256 et s., pp.152 et s. を参考にしたものである。このテーズは、類型Ⓒを念頭に置きつつ、夫婦間で不法行為責任が受け入れられることは指導的な婚姻法の証である一方、夫婦間で不法行為責任が排除されることは調停的な婚姻法の証であるとした上で、後者の解決については、和解への期待および夫婦の紛争解決手段の観点から正当化されると説く。その際、同書は、離婚手続外で民事責任訴権を用いることは夫婦を協力者として把握する家族法の精神に適さないことを強調している。ただし、以下の分析とこのテーズのそれとでは、すべての家族関係を射程に収めるか、それとも、横の家族関係だけを念頭に置くかという点、一言で協力者といってもそこにはいくつかのパターンがあることを認識するか、それとも、認識しないかという点で異なる。また、本稿は、このテーズとは異なり、結論として、類型Ⓒにおける損害賠償に否定的な立場をとるものではない。

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

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

926）Ⅰ2⑵②一、本誌29号109頁以下。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

にしか顧慮されなくなってしまうおそれが存するからである[932]。

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

1つ目として、構想㊓－1は、個人の自由や自律を強調する立場から家族法上の義務の弱化を導く考え方である。そのため、この構想では、家族のメンバーであることよりも、人格を備えた一個人であることに重心を置いて、家族内の各人が捉えられている。その意味で、構想㊓－1は、家族のメンバーの個人化を押し進める意味を有する。他方で、構想㊓－1は、家族のメンバー間で紛争が生じた場面だけを念頭に置くものではなく、従って、法的な問題が生じた後の当事者の関係をどのように規律していくかという点に関心を有しているわけではないため、構想㋑や構想㋒とは異なり、メンバー相互の把握の仕方について特定の含意を持たない[933]。もっとも、未来を見据えた関係の構築に目が向けられていないことを踏まえ、かつ、構想㋑または構想㋒との対比でいえば、この構想は、少なくとも家族のメンバー同士を協調者として位置付ける枠組ではない。また、構想㊓－1は、個人の自由や自律の観点から家族のメンバー間の権利義務の内容を構築する試みであるため、ある家族のメンバーに帰属している権利が、ほかのメンバーの自由や自律のために限定されることはあっても、家族の存在やその特性により制約されることはない。その反面、義務の弱化が

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

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

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

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

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

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

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

936）注（844）で引用した文献を参照。

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

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

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

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

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

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

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

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

940）具体的には、類型Ⓐおよび類型Ⓑのうち、Ⅰ1⑴②、11⑵①、11⑵②で扱った場面が、それである。

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

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

実の両面で把握されていることが分かる。

③家族の自律性

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

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

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

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

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

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

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

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

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

942）これは、類型Ⓔに関する実定法の解決にみられる思考枠組である。

943）これは、類型Ⓒに関する実定法の解決にみられる思考枠組である。

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

945）この限りにおいて、パクスに関しては、一定の範囲という限定は付くものの、その婚姻化を語ることは可能である（Molfessis, supra note 412, n^{o}22, p.405；Fenouillet, supra note 405, pp.111 et s.；Simler et Hilt, supra note 404；Bazin, supra note 304, p.174；etc.)。もっとも、パクスの当事者に課せられる人格的義務が全面的に夫婦間のそれに同一化されているわけではない。

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

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

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

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

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

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

950）Blough, supra note 452, n^{o}32, p.8；Fulchiron, supra note 891, pp.126 et s.；Niboyer, supra note 281, n^{os}266 et s., pp. 133 et s.；etc.

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

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

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

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

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

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

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

951）この理解は、法は家庭に入らずという法諺の現れとして位置付けられる。

は適合しない。

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

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

⑵　民事責任法の枠組

①民事責任法の要件と効果

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

第１に、損害賠償の保護対象との関連では、家族的な権利または利益の侵害および義務の違反が問題となるいくつかの事案類型で、フォートまたは責任原

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

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

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

953）Ⅰ2(1)②一、本誌27号101頁以下。

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

もう1つの例として、保護対象の捉え方としては構想②または構想③が基礎

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

955）Cf. Laszlo-Fenouillet, supra note 203, n^{os}80 et s., pp.47 et s.；Hauser, supra note 205, p.296；Pons, supra note 17, n^{os}38 et s., pp.47 et s.；Siffrein-Blanc, supra note 135, n^{os}441 et s., pp,364 et s.；Le Tourneau, supra note 203, n^{o}2212-292, p.806；etc.

956）Ⅰ2⑵②一、本誌29号146頁以下。

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

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

958）民法典311-20条4項の責任を特別な認知義務の違反を理由とする責任として構成する見解として、Murat, supra note 190, pp.140 et s.；Pons, supra note 17, n^{os}59 et s., pp.61 et s.；Ruffieux, supra note 133, n^{os}454 et s., pp.439 et s.；Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, supra note 211, n^{o}882, p.899；etc. もっとも、こうした理解を前提としつつ、現実に同項を適用した裁判例はないこと、生殖補助医療が用いられた場合にだけ特別に認知義務を課す根拠は存在しないこと、認知義務は母子関係で匿名出産制度が認められていることと整合しないこと等を根拠に、同項に対し立法論として疑問を提示する見解もある。Ex. Andorno, supra note 219, n^{os}441 et s., pp.249 et s.；Deschamps, supra note 750, n^{os}649 et s., pp.430 et s.；etc.

959）Ⅰ2⑵②一、本誌29号119頁以下。

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

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

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

961）Ex. Prothais, supra note 580, n^{os}14 et s., pp.5 et s.；Lécuyer, supra note 611, pp.13 et s.；Id., supra note 619, p.3；Id., supra note 449, p.2；Id., supra note 437, p.2；Ruffieux, supra note 133, n^{os}322 et s., pp.311 et s.；Pizarro, supra note 272, n^{os}234 et s, pp.196 et s.；etc.

962）Ⅰ2⑵②一、本誌29号144頁以下。

963）これに対して、類型Ⓔの不成立の場面で、婚姻約束の解消プロセスの粗暴性等ではなく、解消の正当性の有無を問うことを通じ、婚姻約束を解消された側等からの損害賠償請求の可否を決する枠組については（Ⅰ2⑵②二、本誌29号177頁以下）、保護対象に即したフォートの理解が法的に基礎付けられているかに疑問が残る。この枠組によれば、保護対象として婚姻成立への正当な期待が、フォートとして正当理由のない婚姻約束の解消が取り上げられるが、婚姻約束の解消の自由を前提としつつ、正当理由なく婚姻約束を解消してはならないという内容を持つ義務を措定し、その違反をもってフォートを認めることには（Cf. Garrigue, supra note 290, n^{os}256 et s., pp.200 et s. また、この考え方の中に禁反言の法理を読み取るものとして、Dreifuss-Netter, supra note 139, pp.116 et s.）、困難が伴うからである。

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

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

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

965）1948年5月29日の法律による改正で、相手方の一方的有責別居の判決を得た配偶者が別居によって生じた財産的損害および精神的損害の賠償を得ることを認める条文（当時の同旧311条4項。その後、条文番号の変更により、1975年7月11日の法律による改正前の同旧310-3条）が用意される以前において、一部の裁判例は、別居された側または別居の原因を作らなかった側が当時の同旧301条2項に基づき損害賠償を請求することを認めていた（CA. Aix, 16 déc. 1942, supra note 488；CA. Paris, 15 déc. 1944, supra note 488；CA. Rouen, 4 fév. 1959, supra note 482；etc.）。当時の実定法では同旧301条2項に基づく損害賠償の保護対象として夫または妻という身分や地位が措定されていたことを踏まえると、これらの裁判例の解決に対しては、別居の場合には存在することがないはずの保護対象が想定されてしまっているとの評価が可能となる。ところで、これらの裁判例が共同生活中における婚姻義務の違反等をフォートとしていることは明らかである。従って、これらの裁判例の解決も、本文とは異なる形ではあるが、フォートに即して保護対象が想定されていない例の1つとして位置付けられる。

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

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

966）Ⅰ2⑵②一、本誌29号124頁以下。

967）こうしたフォートの捉え方によれば、関係の解消によって生じた不利益を賠償されるべき損害として取り上げることは不可能である。この要素を賠償の対象に含めると、保護対象と損害との間に不整合が生じてしまう。これは、後者の例の1つでもある。Cf. Nast, supra note 600, p.42；Muller, supra note 580, n°9, p.330；Prothais, supra note 580, n°15, p.6；Hauser et Huet-Weiller, supra note 296, n°573, pp.486 et s.；Vich-Y-Llado, supra note 420, pp.252 et s.；Id., supra note 580, pp.41 et s.；Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°328, p.203；etc. また、Cf. Hauser, supra note 160, p.451 et s.；etc.

968）Ⅰ2⑴②一、本誌27号98頁以下。

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

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

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

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

971）類型Ⓔでいえば、カップルの関係がコンキュビナージュである場合に、自然債務ないし良心の債務を民事債務へと変容させる意思または黙示の合意を認定し、当事者の一方に対して扶養に相当する額等の支払を命ずる法理（Ⅰ2⑵②一、本誌29号150頁以下）が、それである。また、類型Ⓕでいえば、同様の枠組により、父になるはずであった者に対して扶養に相当する額等の支払を命ずる法理（Ⅰ2⑴②二、本誌28号52頁以下）、および、虚偽の認知をした者について父として行動する義務の引受を認定し、その者に対して扶養に相当する額等の支払を命ずる法理（Ⅰ2⑴②一、本誌27号103頁以下）が、それである。

972）注（477）で引用した判例および裁判例を参照。

として取り上げられてしまっている[973]。

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

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

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

他方で、構想㋓のように、権利義務の次元で損害賠償の制約を措定する考え

973）注（292）および注（476）で引用した判例および裁判例を参照。

974）類型Ⓐおよび類型Ⓑに関する一部の裁判例の解決および議論にみられた、全部義務または責任分割についての特別な理解や因果関係の分割または部分的因果関係によって「家族に対する責任」の制約を説明する考え方は（Ⅰ1⑴②および⑵②、本誌27号54頁以下、76頁以下）、特殊な民事責任法理の理解を単純に適用して損害賠償の制約を基礎付けようとするものであり、当該理解が適切かどうかは別としても、一応、民事責任法の論理との整合性を維持している。

975）類型Ⓐおよび類型Ⓑの一部の事例に関する判例の解決で援用されている被害者への実質的な完全賠償の確保という考慮（Ⅰ1⑵①、本誌27号59頁以下）は、これに該当する。

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

②民事責任法の本質と目的

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

976）類型Ⓒでカップルの関係が夫婦である場合に妥当している構想㋑については、民法典266条が用意され（Ⅰ2⑵②一、本誌29号109頁以下）、類型Ⓕの不成立の場面のうち生計費請求訴権における構想㋐については、1993年1月3日の法律による改正前の同旧342-4条が存在していた（Ⅰ2⑴②二、本誌28号64頁以下）。もっとも、いずれも条文もその目的に照らして正当に基礎付けられているとはいえない。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

983）拙稿・前掲注（2）「2」109頁。

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

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

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

985）Pons, supra note17, n^{os}253 et s., pp.155 et s. et n^{os}336 et s., pp.199 et s.；Ruffieux, supra note 133, n^{os}49 et s., pp.55 et s. et n^{os}344 et s., pp.339 et s.；etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

他方で、家族法に由来しない義務の創設と家族法上の規律の補完という点についていえば、実定法の分析からは、以下の例が抽出される。まず、類型Ⓒおよび類型Ⓔで、カップルの関係が夫婦、パクス、コンキュビナージュのいずれであるかにかかわらず、構想②が基礎に据えられている場面では[994]、一般的な誠実や尊重の要請をカップル間で具体化させた行為規範が設定されている[995]。また、類型Ⓓの変型としての位置付けになるが、一部の裁判例の解決および議論では、ある子との関係で訪問権や受入権を持たない家族のメンバー

991）Cf. Pons, supra note 17, n^{os}339 et s., pp.201 et s.；Ruffieux, supra note 133, n^{os}355 et s., pp.353 et s.；Siffrein-Blanc, supra note 135, n^{os}566 et s., pp.584 et s.；etc.

992）Pons, supra note 17, n^{os}35 et s., pp.47 et s. et n^{os}339 et s., pp.201 et s.；Siffrein-Blanc, ibid.；Gonthier et Lemarche, supra note 9, pp.189 et s.；etc.

993）この点を肯定的に評価するものとして、Maury, supra note 283, n°9, pp.520 et s.；Manigne, supra note 856, n°12, p.6；Chartier, supra note 283, La réparation du préjudice, n°271, pp.336 et s.；etc.

994）類型Ⓒについて、Ⅰ2⑵①、本誌28号82頁以下、118頁以下、128頁以下。類型Ⓔについて、Ⅰ2⑵②一、本誌29号101頁以下、139頁以下、154頁以下。

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

995）かつては、類型Ⓔでカップルの関係がコンキュビナージュである場合について、この関係の解消は違法な状態からの離脱であり、違法な関係の解消をフォートとみなすことはできないという理由から、関係を解消した側の民事責任を原則として否定する見方（Guinard, supra note 580, n^{os}50 et s., pp.79 et s.；etc.）が存在し、この見方に対する反論の1つとして、関係の解消との関連でコンキュビナージュの当事者に民事責任を負わせることによって、解消自由という自由結合カップルの利点を消滅させ、このことを通じて、コンキュビナージュの当事者を婚姻へと促すことができるという理解が示されることもあった（Esmain, supra note 599, pp.49 et s.；Id., supra note 580, n^{os}15 et s., pp.772 et s. また、Cf. Muller, supra note 580, n^{o}6, p.329）。この理解においては、民事責任の賦課により、解消プロセスにおける行為規範ではなく、非典型的な関係の解消および法定的な関係の構築に向けた行為規範が設定されている。もちろん、自由結合カップルが社会的に承認されている現状において、こうした理解の仕方は受け入れられない。

996）Ⅰ2⑴①、本誌27号94頁以下。

997）Cf. Pons, supra note 17, n^{os}339 et s., pp.201 et s.；Siffrein Blanc, supra note 135, n^{os}567 et s., pp.461 et s.；etc.

998）Ⅰ2⑴②、本誌28号45頁以下。

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

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

999） Givord, supra note 281, n^{os}36 et s., pp.62 et s. et n^{os}80 et s., pp.121 et s.；Chartier, supra note 283, La réparation du préjudice, n°271, pp.336 et s.；Desnoyer, supra note 20, n^{os}224 et s., pp.284 et s.；Mignon-Colombet, supra note 304, n°14, p.11；Ducrocq Paywels, supra note 272, n^{os}518 et s., pp.346 et s.；etc.

1000） Lobin, supra note 484, n°4, p.3 et n°7, pp.4 et s.；Desnoyer, supra note 20, n^{os}217 et s., pp.276 et s.；Carbonnier, supra note 250, n°607, pp.1355 et s. et n°614, p.1383；Ducrocq Paywels, supra note 272, n^{os}242 et s., pp.151 et s.；etc.

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

1002） Siffrein-Blanc, supra note 135, n°448, pp.368 et s.

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

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

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

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

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

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

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

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

1005） Ⅰ1⑴②および⑵②、本誌27号52頁以下、83頁以下。

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

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

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

③考慮されるべき諸価値への配慮

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

1007） 注（939）で引用した文献を参照。

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

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

次に、加害者として位置付けられる側からみると、学理的な議論は別として、

1008）　拙稿・前掲注（3）「家族の保護（2・完）」78頁以下。

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

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

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

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

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

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

おわりに

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（しらいし・ともゆき　筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

論説

承認援助法と「主たる営業所」の判断

藤　澤　尚　江

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　承認援助法と国内の裁判例
　1．承認援助法
　2．平成24年東京高決
　3．小括
Ⅲ　EU 倒産手続規則・改正倒産手続規則
　1．COMI の判断要素
　2．COMI の判断基準時
　3．小活
Ⅳ　UNCITRAL モデル法
　1．COMI の判断要素
　2．COMI の判断基準時
　3．小活
Ⅴ　各国判例――COMI の判断基準時
　1．連合王国
　2．オーストラリア
　3．シンガポール
　4．アメリカ
　5．小括
Ⅵ　主たる営業所の判断
　1．EU 倒産手続規則・UNCITRAL モデル法との関係
　2．判断要素
　3．判断基準時
Ⅶ　おわりに

Ⅰ　はじめに

2000年以降、日本でも国際倒産法制に関する整備が進んだ。このうちの1つ

が、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）の国際倒産モデル法（モデル法）[1]に準拠した「外国倒産処理手続の承認援助に関する法律」（承認援助法）である[2]。

しかしながら、承認援助法に関し、日本で公開された裁判例は極めて少ない。日本の裁判所の司法統計によれば、日本の裁判所に承認援助が求められた事例の数は、2006年から2020年までの14年間に18件とされる[3]。UNCITRALのホームページでは、UNCITRALの法律文書に関する各国の事例要旨を掲載したデータベース（CLOUT）[4]がある。CLOUTで確認できる日本の裁判例は3件のみである。このうち2件（麻布建物事件[5]、リーマンブラザーズ事件[6]）は、いずれも日本の判例集に未登載の事件であり、CLOUT要旨等からは、外国倒産処理手続の承認・援助に関して特段の争いがあったことは確認できない[7]。

日本の判例集で、承認援助法に関して裁判例を確認できるのは、東京高決平

1） UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency（1997）.

2） その他にも、1999年12月に民事再生法、2000年11月に民事再生法等の改正に関する法律が成立した。

3） 裁判所：司法統計 民事・行政 令和元年度「第1-2表 事件の種類と新受」（http://www.courts.go.jp）（2021年4月13日確認）。

4） Case Law on UNCITRAL Text, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

5） 東京地決平成18年12月7日（判例集未登載）（Clout No.1478）。

6） 東京地決平成21年9月30日（判例集未登載）（Clout No. 1479）。

7） 麻布建物事件については、片山英二ほか「特集 国際（海外・並行）倒産の新展開 日米にまたがる麻布建物（株）に見る～承認援助手続と国際並行倒産」事業再生と債権管理127号67頁以下（2010年）を参照。また、リーマンブラザーズ事件については、井出ゆり「リーマン・ブラザーズ・グループの国際倒産処理手続―国境を越えたグループ企業の倒産処理手続がもたらした問題点」日本国際経済法学会年報29号35頁以下（2011年）等を参照。その他にもCLOUTには掲載されていないが、日本で初めて外国倒産手続の承認が求められた事案として、韓国焼酎メーカー事件もある。しかし、当該事件もいずれの判例集にも登載されておらず、事案については本件に関わった弁護士等の雑誌記事を参照するほかない。たとえば、山本和彦［判批］『国際私法判例百選［第2版］』242-243頁（2012年）、松下淳一［判批］『国際私法判例百選［新法対応補正版］』210-211頁（2007年）、田代祐子ほか「特集 国際（海外・並行）倒産の新展開 香港 酒造メーカーにみる外国倒産手続と承認援助手続」事業再生と債権管理127号103頁以下（2010年）などがある。

成24年11月2日[8]のみである[9]。この裁判例では、外国で行われた倒産手続が承認援助法の「外国主手続」にあたるかが問題となり、その判断基準である「主たる営業所」の所在地について争われた。モデル法では、外国主手続にあたる「主倒産手続」の判断基準として、「COMI（Center of Main Interest）」の概念が用いられるが、COMIの判断に関してはCLOUTでももっとも多く事例が見られる。そして、UNCITRALの国際倒産モデル法立法および解釈ガイド（立法ガイド）の2013年改正版[10]でも、COMIの判断の容易化が改正の目的の1つとされていた[11]。また、モデル法はEU倒産手続規則[12]の前身を参考にしたとされるが、倒産手続規則の2015年改正版（「改正倒産手続規則」）[13]においても、COMIの判断基準の明確化が主たる改正の1つとされる。

しかしながら、立法ガイドの改正がなされた後も、「主たる営業所」・「COMI」の概念は、モデル法を採用した国々で明確になったとはいえない。本稿は、UNCITRALの改正立法ガイドやEU倒産手続規則の改正、他国の裁判例等を参考に、日本における承認援助法の「主たる営業所」の判断基準について検討

8） 判時2174号55頁、判タ1386号354頁、金法1970号118頁、金判1410号39頁。

9） CLOUTには、本判決の原審が、Clout No.1335として掲載される。なお、本件地裁では、イタリア破産手続の効力が、債務者の日本国内にある財産に及ばないものとされていることが明らかであるとして、イタリア破産手続の承認が棄却されるべきかも争われた。

10） 国際倒産モデル法立法および解釈ガイド（UNCITRAL Cross Border Insolvency Law with Guide to Enactment and Interpretation（2013）, *hereinafter mentioned as* “Revised Guide”）。UNCITRALは、倒産モデル法に背景や説明的情報を加えることで、より効果的なツールとなると考えた。これらは、主として立法上必要な改正を準備する立法者や政府の行政部門に向けたものではあるが、裁判官や実務家、研究者等がモデル法を適用したり解釈したりするためにも有益な見解を与えたり、各国がいずれの条文を採用すべきか考える際の参考になるものとされる。本稿は、2013年に改正版として採用されたものを「改正立法ガイド」として参照する。

11） Revised Guide, para. 18 at 24.

12） Council Regulation（EC）No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, O.J.L. L160, 30/06/2000 pp. 1–18.

13） Regulation（EU）No.2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings（recast）, O.J.L.141, 5/6/2015, pp.19–72.

するものである。

本稿では、まず、日本の承認援助法と「主たる営業所」の判断について問題となった日本の裁判例を概観する（Ⅱ）。次に、EUの倒産手続規則、UNCITRALのモデル法および関連する文書が、「COMI」の判断についてどのように規定しているのかを示し（Ⅲ、Ⅳ）、モデル法を採用した国が、近年、特に「COMI」の判断に関してそれぞれどのような見解を示しているのかを明らかにする（Ⅴ）。最後に、日本の承認援助法における「主たる営業所」の判断について、若干の検討を試みるものである（Ⅵ）。なお、本稿は、営業者である法人の倒産を対象とするが、必要な限りにおいてそれ以外の倒産にも触れるものとする。

Ⅱ　承認援助法と国内の裁判例

1. 承認援助法

承認援助法は、外国倒産手続の日本における取り扱いを規律する法律である。前述のようにUNCITRALのモデル法を参考に、2000年に成立し2001年より施行された。外国判決の承認と異なり、外国倒産処理手続が承認された場合に、当該手続の効力が直ちに日本国内で認められるわけではない[14]。当該手続が日本においていかなる効力を有するかは、日本の裁判所の裁量による[15]。

承認援助法は、同一の債務者について複数の承認援助手続が競合する場合に、これらの手続が同時に進行することを認めない。したがって、いずれの手続が優先するかを決する必要がある。本法は、外国倒産処理手続を「外国主手続」と「外国従手続」に区別する。そして、既に承認が決定された外国倒産処理手

14）承認援助法の承認と外国判決の承認との違いは、中西康「承認の理論的性格」山本克己ほか編『国際倒産法制の新展開』（金判増刊1112号）121頁以下（2001年）等参照。

15）「承認援助手続の目的を達成するために必要がある」と裁判所が認めるときにのみ、強制執行等の他の手続の中止・禁止命令（25条・28条）、日本国内の財産の処分・弁済の禁止および処分等に対する許可（26条、31条）、担保権の実行としての競売手続等の中止命令（27条）、日本国内の業務・財産の承認管財人による管理を命ずる管理命令（32条以下）等の処分がされる。

続が「外国主手続」であれば、他の外国倒産処理手続の承認申立てを棄却しなければならない（62条1項）とする。他方、先に承認決定されたのが「外国従手続」であれば、後行の外国主手続は承認され[16]、先行する従手続の承認援助手続は中止される（62条2項）。すなわち、複数の外国倒産処理手続のいずれを承認し援助するかは、第一には「外国主手続」か「外国従手続」かの判断により決せられるのである[17]。

承認援助法では、「外国主手続」を「債務者が営業者である場合にあってはその主たる営業所がある国で申し立てられた外国倒産処理手続」（傍点筆者）（2条2項）、「外国従手続」を「外国主手続でない外国倒産処理手続」と定義する（同条3項）。このように「外国主手続」を「主たる営業所」の所在地により判断するとしながら、承認援助法は、「主たる営業所」について、①いつの時点をもって判断するのか（判断基準時の問題）、②いかなる要素により判断するのか（判断要素の問題）明記しない。この点について争われたのが、次の東京高裁の事件である。

2. 平成24年東京高決[18]

(1) 事案の概要

債務者は、設立準拠法をデラウェア州法、登記上の本店をデラウェア州とする株式会社であったが、営業所はイタリアにあり、イタリア、日本を含む6箇

16) 山本和彦『国際倒産法制』125頁（商事法務、2002年）も参照。

17) 承認が求められる外国倒産処理手続がいずれも「外国従手続」であれば、原則として先に承認の決定がされた外国従手続が優先し、例外的に後行の外国従手続について援助の処分をすることが債権者の一般の利益に適合する場合には後者が優先する（承認援助法62条1項2号）。

18) 本事例の評釈として次がある。すなわち、長谷川俊明［判評］国際商事法務41巻6号840頁2013年、三森仁ほか［判評］季刊事業再生と債権管理27巻2号142～155頁（2013年）、向山純子［判評］NBL1014号72頁（2013年）、嶋拓哉［判評］判例評論660号（判時2205号）151頁（2014年）、多田望［判評］リマークス48号（2014（上））134頁（2014年）、横溝大［判解］平成25年度重要判例解説（ジュリ臨時増刊1466号）308頁（2014年）、道垣内正人＝古田啓昌編『実務に効く　国際ビジネス判例精選（ジュリ増刊）』195頁［田中信隆］（2015年）。

所に子会社を有し、国際的な規模で事業活動を行なっていた。平成23年3月14日、イタリアで本件債務者の破産手続（「イタリア破産手続」）の開始が申し立てられ、同年4月12日、破産手続の開始決定がされ、Yが破産管財人（「イタリア管財人」）に選任された。他方、平成23年5月18日、米国で本件債務者について連邦倒産法第11章に基づく倒産手続（「米国倒産手続」）の開始決定がされ、本件債務者自身がAを代表者として業務および財産の管理処分権限を行使することとされた。

Aは、平成23年8月11日、東京地方裁判所に対し、承認援助法に基づき、米国倒産手続を承認し、援助処分として本件債務者に対する債権者による強制執行等の禁止を求める旨の申立てをしたところ、東京地方裁判所は、同日午後5時、米国倒産手続を承認し、本件債務者に対する強制執行、仮差押え又は仮処分の手続を禁じる（ただし、米国倒産手続において弁済が禁止されていない債権に基づくものを除く。）旨の決定をした。Yは、平成23年10月14日、東京地方裁判所に対し、承認援助法に基づき、イタリア破産手続を承認し、援助処分として本件債務者に対して承認管財人による管理命令を発することを求める申立てをした。

原審（東京地決平成24年7月31日）[19]は、Yによる申立てのうち、イタリア破産手続の承認を求める申立てを棄却し、援助処分としての承認管財人による管理命令を求める申立てを却下した。そこで、Yがこれを不服として抗告した。

⑵ 判旨

① 判断の基準時

まず裁判所は、いつの時点をもって主たる営業所を判断すべきか、次のとおり示す。

19） 判時2174号61頁、判タ1386合359頁、金法1961合99頁、金判1410号45頁。原審に関し、イタリア管財人の代理人が解説したものとして、福岡真之介＝湯川雄介「国際並行倒産における「主たる利益の中心」（COMI）について－ COMI についての本邦初の決定を素材として－」NBL987号56頁以下（2012年）がある。

「承認援助法が、……モデル法を踏まえて策定され、債務者について国際的に整合のとれた財産の清算又は経済的再生を図ることを目的としている（1条）ことに照らせば、同法の解釈として……債務者の「主たる営業所」判断の基準時をどうするかを検討するに当たっても、国際倒産事件が円滑に処理されるよう、判断が各国において区々とならないよう配慮すべきであるし、諸外国やUNCITRALがCOMIの判断についてどのような基準時を採用しているかも参考にすべきと考えられる。」

「外国主手続についての判断は各国において統一されるのが望ましいところ、この判断基準時を各国における承認申立時点と解すると、［1］それぞれ異なる時点をもって判断することとなり統一を欠くこととなる可能性があるし、［2］時点を選んで恣意的な承認申立てが行われる危険も発生することになる。また、時点を異にして複数の外国倒産処理手続の承認申立てがされた場合、後行の承認申立ての時点を判断の基準時とすると、倒産手続開始後の事業活動の変動等により、特にその倒産手続が清算型で事業を継続しない場合や再建型でも事業を譲渡するような場合には顕著であるが、このような場合には、［3］主たる営業所の所在国が動いてしまうことが考えられ、判断の統一性が害されることになる。これに対して、最初に外国倒産手続の開始申立てがされた時点を判断の基準時とすれば、債務者が法的倒産手続の段階に入った動かない時点であり、統一した判断を確保できると考えられる。」

「諸外国の裁判例及びモデル法の解釈としては、概ね、最初の倒産手続開始の申立時が基準時とされているものとみることができる。」

「そして、承認援助法上の承認の対象となる外国倒産処理手続は、開始申立てがされていれば足り、開始決定がされている必要がない（承認援助法17条2項）ことを考慮すると、「主たる営業所」の判断の基準時は、最初に倒産手続開始の申立てがされた時点と考えるのが相当である。もっとも、例えば、最初の倒産手続の開始申立てがされた時点から外国倒産処理手続の承認申立ての時点までに長期間が経過しているような場合や、最初の倒産手続の開始申立ての直前に主たる営業所が移動していたような場合等の特段の事情がある場合に

は、別の考慮も必要となることがあり得よう。

本件においては、……このような特段の事情は存在しないから、債務者について世界で最初に倒産手続開始の申立てがされた時点、すなわちイタリアで破産手続開始の申立てがされた平成23年3月14日……を基準時とするのが相当である。」

② 判断要素

次に、裁判所は、いかなる要素により主たる営業所を判断すべきか、次の通り示す。

「国際的に整合のとれた財産の清算又は経済的再生を図ることを目的とするものであること（1条）に照らせば、債務者の「主たる営業所」の判断基準ないし考慮要素を検討する場面においても、国際倒産事件が円滑に処理されるよう、各国において判断が区々とならないよう配慮すべきであるから、「主たる営業所」と同義であるCOMIについての諸外国の裁判例やUNCITRALの議論がどのような考え方を採用しているかを参酌して、これを検討すべきである」

「グローバル化が進んだ現代において、特に国際的に展開する多国籍企業の事業活動にあっては、生産設備の所在地、販売等活動の地域、原材料購入の場所、それらに基づく債権者の分布、債権額の分布、従業員の配置等といったものは、世界各国に分散しているし、その時々の世界情勢に応じて変化させてゆくことが予定された流動性の高いものといえ、あまり普遍性はないと考えられるのに対して、こうした事業展開について意思決定を行い、企業活動全体を統括する本部機能ないし中枢の所在地といったもの、実際に企業全体の経営管理が行われている場所といったものの方は、企業活動の実質として普遍的な要素と考えられるから、このような観点から、本部機能ないし中枢等の要素が重視されて然るべきであるという考え方、予測可能性の点から債権者から認識可能な場所といった要素が重視されるべきであるという考え方にも、合理的な根拠があると考える。」

「諸々の考慮要素を全体として視野に入れて検討してみると、上述の本部機

能ないし中枢、あるいは債務者の主要な財産及び事業の認められる場所、債務者の経営管理の行われている場所、債権者から認識可能な場所といった要素を重視すればもちろんのこと、その余の要素も全体としてみても、「主たる営業所」ないし「実質的な本社」は米国内に存在すると考えるのが相当である。」

3. 小括

上述の通り、日本で同一の債務者に対する外国倒産処理手続の承認が複数求められた場合、優先順位は、第一には外国倒産手続が「外国主手続」か否かで決まる。債務者が営業者であるとき、「外国主手続」は「主たる営業所」がある国で申し立てられた外国倒産処理手続とされるが、承認援助法は、①主たる営業所の判断基準時、②主たる営業所の判断要素を明らかにしていない。

平成24年東京高決は、①、②のそれぞれについて次のように判断した。すなわち、①主たる営業所の判断基準時は、原則として「最初に倒産手続開始の申立てがされた時点」とし、例外的に、「最初の倒産手続の開始申立てがされた時点から外国倒産処理手続の承認申立ての時点までに長期間が経過しているような場合や、最初の倒産手続の開始申立ての直前に主たる営業所が移動していたような場合等の特段の事情がある場合」には別途考慮が必要であるとする。このような判断の根拠として、各国における判断の統一性が強調される。

次に、②主たる営業所の判断要素については、「債務者に関連する諸要素をすべて全体として視野に入れて検討し、事案に応じた裁判を行う」とし、「本部機能ないし中枢、あるいは債務者の主要な財産及び事業の認められる場所、債務者の経営管理の行われている場所、債務者からの認識可能な場所といった要素については、重点的にその所在を検討して斟酌することとするのが相当」とした。これらは、「企業活動の実質として普遍的な要素」であるという観点から「本部機能ないし中枢等の要素」が、「予測可能性の点から債権者から認識可能な場所といった要素が、それぞれ重視されるべきことに合理的な根拠があるとするものである。

Ⅲ　EU 倒産手続規則・改正倒産手続規則[20)]

EU 法では、外国倒産手続の承認について、EU 倒産手続規則が規定する。EU 倒産手続規則の前身として、1995年に EU 倒産手続条約（Convention on insolvency proceedings)（倒産手続条約）が公表されていた。しかし、倒産手続条約の成立には全加盟国の一致が必要であったところ、英国が批准をしなかったために廃案となった。その後、2000年に、ほぼ同一の内容で倒産手続規則が成立し、本倒産手続規則は2015年に改正倒産手続規則へ改正されるに至った。以下では、改正倒産手続規則の条文に基づいて概要を紹介する。

改正倒産手続規則は、倒産手続を「主倒産手続（main insolvency proceedings)」と「従倒産手続（secondary insolvency proceedings)」とに区別する。主倒産手続の開始決定は、当該手続国で効力を生じた時から、他の加盟国全てにおいて承認される（19条)。原則として、主手倒産続については、開始手続国の法に従い生じるのと同じ効力が、格別の方式なく他の加盟国においても生じる（20条1項)。他方、従倒産手続の効力が及ぶのは、従倒産手続を開始した加盟国の領域内に所在する債務者の財産に限定される（3条2項)。主倒産手続の承認によって､従倒産手続が排除されるものではない(20条2項)。

主倒産手続を開始する管轄権は、債務者の主たる利益の中心（COMI）が自国領域内に所在する締約国の裁判所が有するとされる（3条1項1文)[21)]。そして、COMI が所在する締約国以外の締約国も、自国の領域内に債務者の営業所（establishment)[22)]がある場合には倒産手続を開始する管轄権を有するとされ(3条2項)、この倒産手続が「従倒産手続」とされる（19条2項第2文)。

---

20)　倒産条約・倒産手続規則については、日本の文献として、阿部信一郎「COMI の認定の近時の傾向について」国際商事法務41巻12号1802頁以下（2013年)、芳賀雅顯「国際倒産における担保権」法科大学院論集第7号351頁（2010)､貝瀬幸雄『国際倒産法と比較法』8頁以下、163頁以下（有斐閣、2003年)、河野俊行「ヨーロッパにおける国際倒産関連条約等・UNCITRAL 国際倒産モデル法とわが国の国際倒産法」国際私法年報第3号65頁以下（2001年)、高木新二郎『倒産法の改正と運用』251頁以下（商事法務研究会、2000年）等も参照。

1.　COMI の判断要素

⑴　規則改正前

改正前の倒産手続規則（改正前規則）に、COMI の定義はなかった。「会社または法人の場合、反証されない限り、登録営業所の所在が債務者の主たる利益の中心［(COMI)］と推定される」(改正前規則３条１項第２文)（［ ］内は筆者）との推定規定と、前文に「「主たる利益の中心［COMI］」とは、債務者が自己の利益を通常管理し、そのために第三者から認識可能な場所をいう」(改正前規則前文13)（［ ］内は筆者）との規定があるのみであった。COMI の解釈の手がかりとして、倒産手続条約に関するレポートに次の記載がある[23]。すなわち、COMI の概念は、「債務者が、通常、自らの利益（interests）を管理し、従って、第三者から認識可能な場所と解釈されなければならない。……倒産は、予見可能なリスクである。従って、国際裁判管轄権（当該加盟国の倒産法の適用も含む）は、債務者の将来の債権者に知られる地によることが重要である。これにより、倒産時に見込まれる法的リスクの計算を可能にする。「利益(interests)」という文言の使用には、商業的、産業的、職業的（professional）な活動だけではなく、私人（たとえば消費者）の活動も含まれる。「主たる(main)」の表現は、これらの利益が異なる中心（centres）で行われる様々な活動を含む場合の基準として機能する」。

21）　改正倒産手続規則が適用される範囲についても、債務者の COMI が EU 加盟国（デンマークを除く）にある場合と COMI により確定される。債務者の COMI が EU 加盟国外にある場合や不動産が EU 加盟国外にある場合には、倒産条約の適用はなく各加盟国の国際私法により規律されることになる。*See*, Commentary on The European Insolvency Regulation, para. 0.30 pp.22–23［Kristin van Zwieten］(Reinhard Bork and Kristin van Zwieten eds. 2016)；The EU Reglation on Insolvency Proceedings, para. 3.11 at 52 and para.3.29 pp.63–64［Ian F. Fletcher］(Gabriel Moss et al. eds. 2016).

22）「営業所（establishment)」とは、債務者が人的資源や財産を用いて一時的ではない経済活動を、主倒産手続開始３ヶ月前までに行っていた事業所（place of operations）を意味する（２条10項)。

23）　Miguel Virgos and Etienne Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, para.75（1996).

COMIの判断要素に関して、規則改正前のリーディングケースとされるのはEurofood事件である[24]。この事件で、欧州司法裁判所は次のように示した。すなわち、登録営業所をCOMIとする推定は、「客観的で第三者に認識可能な要素が、登録営業所の所在と異なる場所に現実の所在があることを証明する場合にのみ覆されうる」[25]。このEurofood事件に続き、Interedil事件[26]は、次のように示した。すなわち、「債務者会社のCOMIは、第三者により認識可能な客観的要素に基づいて証明されうるように、債務者の主たる管理（central administration）に重要性をおいて判断すべき」と解釈されなければならないとする[27]。推定を反証する要素に関しては、第三者が認識可能な方法で、債務者会社が経済的活動を行うあらゆる場所、個別の状況に鑑み総体的に検討しなければならないとするのである[28]。このように第三者による認識可能性が重視

24） Eurofood IFSC Ltd. Case C-341/04［2006］ECR I-3813. Eurofood IFSC社は、アイルランドに登録営業所を有していた。Eurofood IFS社に対し、2004年1月27日にアイルランドで強制清算手続が開始され、2004年2月9日にはイタリアで特別管理手続が開始された。Eurofood IFS社のCOMIがアイルランドとイタリアのいずれにあるかが争われ、COMIの決定基準等に関し先行判決を求めて欧州司法裁判所に付託された（本判決についての日本語文献として、野村秀敏「EC倒産手続規則3条1項における主たる利益の中心の決定基準」野村秀敏＝安達栄司『最新EU民事訴訟法判例研究Ⅰ』425頁以下（2013年、信山社）も参照）。

25） Eurofood IFSC Ltd. Case C-341/04［2006］ECR I-3813, para.34.

26） Interedil Srl, in Liquidation v. Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA, Case C-396/09［2011］ECR I-00000 nyr（Celex No. 62009CJ0396）. Interedil社は、イタリア法に基づき設立され、イタリアに登録営業所を有していたが、2001年7月18日に登録営業所をロンドンに移動し、イタリアの登録から離れ、連合王国で登録したが、2002年7月22日には連合王国の登録からも離れた。2003年10月28日にイタリアでInteredil社に対する倒産手続開始が申立てられたため、Interedil社は、登録を連合王国へ移動したことにより、倒産管轄を有するのは連合王国の裁判所であると、イタリア裁判所の管轄に異議を唱えた。COMIの決定基準等に関する先行判決を求めて欧州裁判所に付託された（本判決についての日本語文献として、野村秀敏「財産混同による倒産手続の拡張と国際倒産管轄権」野村＝安達・前掲注（24）438頁も参照）。

27） Interedil Srl, in Liquidation v. Fallimento Interedil Srl, Intesa Ges tione Crediti SpA, Case C-396/09［2011］ECR I-00000 nyr（Celex No. 62009CJ0396）, para.37.

されるのは、倒産手続条約のレポートが示すように、債権者らが、自らの利益に影響をもたらす倒産がいずれの法制度により規律されるのか、事前に認識できるようにすべきであるからとされる[29]。

⑵ 規則改正後

これらの欧州司法裁判所の判断を受け、2015年の改正により、倒産手続規則は、条文中に明文でCOMIの定義を設けることとなった。すなわち、COMIとは、「債務者が日常的に利益の管理を行い、かつ第三者により認識可能な（ascertainable）場所」とする（3条1項第1パラグラフ第2文）。認識可能性の判断については、「債権者と債務者が利益を管理していた場所に関する債権者の認識とに、特別な考慮がなされるべき」であり、債務者がCOMIを移動した場合には、債権者に事業活動を行う新たな場所を知らせるよう求められうる（前文28）。

改正後の規則でも、COMIは反証されない限り債務者が登録営業所を有する場所にあると推定される（3条1項第2パラグラフ）。この反証が可能な場合とは、登録営業所を有する場所以外の加盟国に、会社の主たる管理が行われる場所があることや第三者に認識可能な方法で経営や監督の実質的中心ないし利益の管理の実質的中心があることが、あらゆる要素の総合的な評価により立証される場合とされる（前文30）。そして、登録営業所等[30]による推定が実質的なCOMIの所在により覆される構造は、詐欺的または濫用的な法廷地漁りを防ぐことを目的とするセーフガードであると説明される（前文29・30）。

28） *See also*, Cross-Border Insolvency, para.2.43 at 34（Richard Sheldon general ed. 4th ed. 2011）.

29） Bork & van Zwieten, *supra* note 21, para.3.42 at 131［Wolf-Georg Ringe］.

30） 改正前の規則では、COMIの推定は会社を含む法人以外について規定されていなかったが、改正により、自然人についても、主たる営業所または常居所の所在地をCOMIの所在地とする推定が規定された（3条1項第3・4パラグラフ）。

2. COMI の判断基準時

⑴ 規則改正前

EU の倒産手続規則では、改正前も改正後も EU 加盟国で主倒産手続が開始されれば、その効果は自動的に他の加盟国に及ぶ。したがって、倒産手続の開始の判断をする際に、主倒産手続か否かの判断が必要となる。しかし、倒産手続開始の判断時とはいっても、それが手続開始の申立てがされた時点なのか、申立てがされた後に倒産手続が開始された時点なのかに争いがあった。

これを判断したのが、Staubitz-Schreiber 事件である[31]。欧州司法裁判所は、COMI の判断基準時を倒産手続開始の申立時としたが、その理由は次の通りであった[32]。すなわち、第1に、倒産手続開始申立てから開始決定までの間に、債務者が COMI を他の加盟国に移動させることは、当事者がより良い法的地位をえるため加盟国間で資産や司法手続の移動をする原因を避けるとする倒産手続規則の目的（改正前前文4）に反し、第2に、こうした移動は、債権者に債務者の追跡を続けさせたり手続を長引かせたりすることになり、効率的で有効な国境を超えた倒産手続という目的（改正前前文2・8）にも反する。第3に、申立てられた時点で COMI が所在する裁判所に管轄を認めることは、債権者の法的確実性も保証する。債権者が、債務者と法的関係に入る際、COMI が所在する地で債務者が倒産した場合のリスクを算定しているからである。最後に、主倒産手続の普及的効果、従手続の開始、暫定的管理者の他国に所在する財産

31） Susanne Staubitz-Schreiber, Case C-1/04［2006］ECR 1-701. Staubitz-Schreiber 氏は、ドイツに居所を有する個人事業主であった。Staubitz-Schreiber 氏は、2001年に事業を停止し、同年12月16日にドイツで倒産手続の開始を申立てた。しかし、これを拒絶する決定がされたため、2002年8月4日に当該決定を取消し、倒産手続を開始するよう申立てた。しかし、2002年4月1日に Staubitz-Schreiber 氏が生活と仕事のためスペインに移動していることから、申立ては却下された。これを不服として、ドイツ連邦通常裁判所に特別抗告が申立てられ、欧州司法裁判所に先行判決を求めて付託がされた。本判決についての日本語文献として、安達栄司「EC の国際倒産手続法（2000年 EC 倒産手続規則）における管轄権恒定の原則」野村＝安達・前掲注（23）418頁以下も参照。

32） Susanne Staubitz-Schreiber, Case C-1/04［2006］ECR 1-701 paras. 25-27。

への保全権限により、債務者財産を広く手続の対象とすることが保証されている。

しかし、手続開始申立時を基準としても、債務者が法廷地漁りのために申立ての直前にCOMIを他の締約国に移動させる恐れがあった。この申立直前のCOMIの移動は、前述のInteredil事件で現実となった。これに対し、欧州司法裁判所は、「債務者会社の登録営業所が倒産手続申立前に移動する場合、当該会社の主たる活動の中心は新しい登録営業所の所在と推定される」と判断した[33]。

⑵ 規則改正後

改正後の倒産手続規則では、COMIの推定規定に、倒産手続の開始申立の3ヶ月以内に、登録営業所が移動されない場合にのみCOMIの推定は適用されるとの規定がされるに至った（3条1項第2パラグラフ）[34]。この規定が設けられた理由も、COMIを主倒産手続の基準とすることと同様に「詐欺的または濫用的な」法廷地漁りを回避するためと説明される（前文31）。

3. 小活

EU倒産手続規則は、主倒産手続を登録営業所の所在という形式的な基準ではなく、COMI（主たる利益の中心）という実質的な基準により判断する。この理由は、詐欺的で濫用的な法廷地漁りを回避するためである。改正倒産手続規則は、COMIを、債務者が日常的に利益の管理を行い、かつ第三者により認識可能な場所とする。こうした定義がされた理由は、債権者が、事前に、自らの利益に影響を与える倒産を解決するための法システムを確認できるようにす

33） Interedil Srl, in Liquidation v. Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA, Case C-396/09［2011］ECR I-00000 nyr（Celex No. 62009CJ0396）, para.59.

34） 改正前に同旨を主張したものとして、Gordon W. Johnson, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*：*A Critique of the Convention's Corporate Rescue Paradigm*, 5 INSOL Int'l Insolvency Rev. 80, 93（1996）がある。

るためである。

また、COMI の判断基準時については、改正前の倒産手続規則の下での裁判例が、主倒産手続の開始申立時とする。この理由は、第1に、手続開始申立てから開始決定までの債務者による COMI の移動は、法廷地漁りを回避するという倒産手続規則の目的に反し、第2に、こうした移動は、効率的で有効な国境を超えた倒産手続という目的にも反し、第3に、手続申立時を基準時とすれば債権者の法的確実性も保証するからである。なお、倒産手続規則では、倒産手続開始の判断時に主倒産手続か否かが求められ、UNCITAL のモデル法のように承認申立時が判断基準時の選択肢とはならない。

債務者が開始申立ての直前に詐欺的または濫用的な法廷地漁りをする場合に対処するため、改正倒産手続規則は、倒産手続の開始申立の3ヶ月以内に、登録営業所が移動されない場合にのみ、COMI の推定が適用されるとする。

Ⅳ　UNCITRAL モデル法[35]

UNCITRAL の国際倒産モデル法（モデル法）も、外国倒産手続を「外国主手続（foreign main proceeding）」と「外国従手続（foreign-non-main proceeding）」とに区別する。そして、外国主手続の承認・救済と外国従手続の承認・救済との同時進行を認める。しかし、外国主手続は承認により一定の効果が当然に発生する（20条）[36]のに対し、外国従手続は裁判所の裁量によってしか効果が発生しない（21条）。手続の主従により効果が異なるのは、あらゆる手続に承認による当然の効果を認めることに強い反発があったためである[37]。また、「外国従手続」の承認による救済は「外国主手続」と調和する限

35）　UNCITRAL モデル法に関する日本語文献として、河野俊行「ヨーロッパにおける国際倒産関連条約等・UNCITRAL 国際倒産モデル法とわが国の国際倒産法」国際私法年報第3号65頁以下（2001年）、山本・前掲注（16）201-331頁、花村良一「UNCITRAL モデル法とわが国の国際倒産法制」山本ほか編・前掲注（14）59頁以下、小出邦夫「UNCITRAL 国際倒産モデル法（仮訳）」NBL623号67頁以下（1997年）等も参考にした。

36）　具体的には、債務者の財産に対する個別訴訟または執行の開始・継続の中止、および債務者の財産処分権の停止が認められる。

りにおいて認められる（30条a項・b項）。

「外国従手続」は、「外国主手続以外の外国倒産手続で、本条f号の意味での事業所（establishment）を有する国において行われる外国倒産手続」と定義される（2条c号）[38]。そして、「外国主手続」は、「債務者が主たる利益の中心（COMI）を有する国において行われる外国倒産手続」と「COMI」の概念を用いて定義される（2条b号）。COMIの主たる特性は、債務者と取引する者（特に債権者）に、どこで債務者の倒産手続が開始されるかを認識可能にすることにある[39]。この特性に合致するよう、反対の証拠がない限り、債務者の登録営業所または自然人である場合の常居所をCOMIとする推定規定が設けられている（16条3項）。しかし、債務者のCOMIが登録営業所と一致しない場合もある。この時、登録営業所とは別の要素により、債務者のCOMIがいずれの国にあるかが判断される。

モデル法にはCOMIの定義がなく、COMIの判断をめぐって争いが生じていた。そこで、2010年の第39回ウィーン会合において、米国の提案を元にCOMIの概念の明確化がされることとなった[40]。

37） 山本・前掲注（16）210頁。ただし、特に日本からは、協力手続と別個に、従手続の承認という枠組を設けることの必要性に疑問が呈されている。しかし、①主手続が（迅速に）開始できない事情がある場合や、②多国籍企業のように主手続の所在地が必ずしも明確でない場合等には、なお従手続の承認スキームが必要であるなどと反論されたようである。

38） 「事業所（establishment）」は、「人的手段及び物品またはサービスを用いて継続的な経済活動を行っている業務遂行地（place of operation）」と定義される（2条f号）。

39） Revised Guide, para.144 at 70.

40） Proposal by the delegation of the United States of America for preparation of a model law or model provisions on selected international insolvency law issues, para.8 at 3, A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1（Aug. 30 2010）. この時米国は、企業グループに影響する国際倒産問題に関するモデル法やモデル規定の策定についても提案していた。企業グループに関する国際倒産法制に関して論じたものとして、小池未来「国際倒産法に関するUNCITRALの取組み」国際法外交雑誌118巻1号144頁以下（2019年）がある。

1.　COMI の判断要素

COMI の要素の特定には、あらゆる事件に関連する少数の要素の特定は不可能で不適切との意見があった[41]。COMI の探求には、事案に特有の事情があるためである[42]。これに対して、少数の要素を特定することが明確性と確実性にかなうとの意見があった[43]。

結果、UNCITRAL の改正立法ガイドは、COMI の主たる判断要素として、(a)債務者の中心的な管理（central administration）が行われる場所であり、(b)債権者により容易に認識可能な場所であることの2点をあげる[44]。しかし、判断要素は、これら2点に限られない。(a)、(b)の要素から直ちに COMI を導き出せない場合には、裁判所は、事案に応じて、債務者の事業に関する追加的な要素も考慮しうるとする[45]。すなわち、債務者の帳簿および記録の所在地、資金の計画や承認、管理の行われる地、債務者の主たる財産や事業の所在地、債務者のメインバンクの所在地、被用者の所在地、事業方針の決定される地、会社の主たる契約を規律する法を有する地、売買の方針、スタッフ、買掛金およびコンピューターシステムの管理がされる地、（供給）契約が作成される地、債務者が再建される地、多くの紛争に適用される法を有する法域、債務者が監督や規制に服する地、会計書類の作成および監査を規律する法を有し、これらの作成および監査が行われる地である[46]。しかし、これらが考慮すべき要素の全てではなく、裁判所は他の要素も考慮できるとされる[47]。

41）　Report of Working Group V（Insolvency Law）on the work of its fortieth session, para.25 pp.6–7, A/CN.9/738（Nov.21, 2011）（*hereinafter mentioned as* A/CN.9/738））. 同旨は、米国の Betcorp 判決でも示されている（In re Betcorp ltd. 400 B.R. 266, 290（Bkrtcy. D. Nev. 2009））。

42）　A/CN.9/738, para.25 pp.6–7.

43）　A/CN.9/738, para.24 at 7.

44）　Revised Guide, para.145 pp.70–71.

45）　*Id*. para.147 at 71.

46）　*Id*.

47）　*Id*.

2. COMI の判断基準時

以上の COMI の要素を前提に、改正立法ガイドは、COMI の判断基準時を承認が求められる外国倒産手続の「開始時」とした[48]。しかし、2010年、2011年の UNCITRAL 第五作業部会では、外国倒産手続の「開始時」以外に、外国倒産手続の「開始申立時」や外国倒産手続の「承認申立時」を判断基準時とする可能性が示されていた[49]。

2010年の第五作業部会では、外国倒産手続の「承認申立時」と外国倒産手続の「開始申立時」とが基準時として提案され、外国倒産手続の最初の「開始申立時」を基準時とすることが合意された[50]。外国倒産手続の開始申立てから承認申立てまでに長期間が経過した場合、承認申立時によると不公平な結果が生じる恐れがあり、それはモデル法の精神に反するというのが理由である[51]。翌年の第五作業部会では、承認申立時のデメリットについてさらに、債務者が事業活動を停止し、債務者の COMI や営業所を認識できない可能性があるという点も示された。また、同作業部会では、外国倒産手続の「開始時」よりも外国倒産手続の「開始申立時」が適切であるとされた。倒産手続の申立時から開始時までに、債権者らが債務者の財産に関して措置を講じうるおそれがあるからである[52]。

しかし、改正立法ガイドは、判断の基準時を、外国倒産手続の「開始申立時」ではなく外国倒産手続の「開始時」と規定する。理由として次が示される[53]。

48） *Id.* para.159 at 75.

49） Report of Working Group V（Insolvency Law）on the work of its thirty-ninth session, para.44 at 10 , A/CN.9/715（Dec. 20, 2010）（*hereinafter mentioned as* A/CN.9/715）；A/CN/9/738, para.33 at 9. *See also*, Revised Guide para.159 at 75）.

50） A/CN.9/715 para.45 at 10.

51） *Id.* para.44 at 10.

52） A/CN/9/738, para. 33 at 9.

53） Revised Guide, para.159 at 75. *See also*, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency：The Judicial Perspective, para 134 at 45（2012）（*hereinafter mentioned as* Judicial Perspective）.

すなわち、第1に、承認の申立てには、外国倒産手続の開始と外国管財人の任命を証明する証拠の添付が求められる（15条[54]）。手続開始に関わる証拠との関連性から、当該手続の開始時が適切な基準時とされるのである。第2に、外国倒産手続開始後に債務者が事業活動を停止した場合でも、外国倒産手続の「開始時」を基準にすれば、明確な結論を導き出せる。他方、「承認申立時」を基準とすれば、債務者のCOMIを証明しうるのは、外国倒産手続および破産財団を管理する外国管財人の活動のみとなる[55]。第3に、「手続開始時」をCOMIの判断基準時とすれば、あらゆる倒産手続に確実性を備えたテストが提供される。

さらに、改正立法ガイドでは、COMIが倒産手続開始「前」に移動した場合には、より広い範囲で債務者の状況を考慮し検討するよう示される[56]。他方で、倒産手続開始「後」の移動は、倒産法により禁止されることが多いために生じにくく、もし移動があったとしても、判断基準時は倒産手続開始時とすればCOMIの判断に影響はないとされる[57]。

3.　小活

UNCITRALの改正立法ガイドは、COMIの主たる機能を、債務者と取引する者にどこで債務者の倒産手続が開始されるか認識可能にするものとする。この機能により、COMIは、EUと同様に、実質的な基準により債権者に認識可

54）　モデル法15条「(2)承認の申立てには、以下のいずれかを添付しなければならない。
(a)外国倒産手続を開始し、外国管財人を任命する裁判の認証謄本
(b)(a)号及び外国管財人の任命の存在を証する外国裁判所の証明書
(c)(a)号及び(b)号所定の証拠を欠く場合には、外国倒産手続及び外国管財人の任命に関する、裁判所が受け入れうるその他のあらゆる証拠」

55）　2011年の第五作業部会にて、承認申立の時点では債務者の事業活動が終了しているおそれがあり、債務者のCOMIや事業所を確認できない可能性があるとの指摘があった（A/CN/9/738, para. 33 at 9）.

56）　Judicial Perspective para.126 pp.42–43；Revised Guide, para.148 pp.72–73.

57）　Judicial Perspective para.128 at 43；Revised Guide, para .149 at 72.

能な要素を総合的に考慮し導き出すものとされる。COMIの判断要素について、改正立法ガイドは、(a)債務者の中心的な管理が行われる場所であり、(b)債権者により容易に認識可能な場所の2点を主たる判断要素としてあげる。そして、これら2点から直ちにCOMIを導き出せない場合には、事案に応じて、追加的な要素を考慮しうるとする。

また、COMIの判断基準時は、外国倒産手続の「開始時点」とする。これは、第1に、承認の申立てに、外国倒産手続の開始等の証拠が求められることから、当該手続の開始と関連が深く、第2に、外国倒産手続が開始されると、債務者が事業活動を停止することがあるから、承認申立時を判断基準時とするのは難しく、第3に、あらゆる倒産手続に対する確実性が確保しうるとされることによる。

判断基準時前後のCOMIの移動については、外国倒産手続の開始「前」か「後」かにより対応が異なる。外国倒産手続の開始「前」にCOMIが移動した場合は、より広い範囲で債務者の状況を考慮し検討する。他方、外国倒産手続開始「後」の移動は、COMIの判断に影響を与えない。

Ⅴ　各国判例――COMIの判断基準時

EUの改正倒産手続規則もモデル法に関する改正立法ガイドも、COMIの判断要素については、実質的なCOMIの所在を、債権者から認識可能な要素により事案毎に総体的に判断する方向に集約している。この方向性は、各国の裁判例でも同様であり[58]、各国裁判例の比較から大きな差異を見出すことはできなかった。他方、判断基準時については、各国の差異が明確に存在する。従って、以下では、各国がCOMIの判断基準時についてどのように判断しているのかに焦点をあてて見ていく。

58）*See also*, Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, para.4 at 39（2021）.

1.　連合王国

連合王国[59]の裁判例は、立法法ガイド改正前から、COMIの判断基準時を外国倒産手続が開始された時点としていた（Stanford Int'l Bank事件）[60]。Stanford Int'l Bank事件は、Staubitz-Schreiber事件（前述Ⅲ2(1)）を参照し、判断基準時を外国倒産手続開始時とする。UNCITRALのCOMIの語源（derivation）と解釈に関する様々なUNCITRALのガイドからは、少なくともモデル法のCOMIは［倒産手続規則のCOMIと］同じ意味を有することを意図したものとするのである[61]。そして、モデル法と倒産手続規則のCOMIに、異なる意味を与える必要がない理由として、次の3つの共通点をあげる[62]。第一に、COMIは、ある手続が他の法域の手続に優先すべきかを判断するために用いられること、第二に、重要なのは、債務者と取引をする者が、倒産手続の介入前にいずれの法システムが取引の相手方の最終的な倒産を規律するかを知りうること、第三に、イングランドおよびウェールズではUNCITRALモデル法と倒産手続規則のいずれもが適用されることである。

立法ガイド改正後の裁判例も、Stanford Int'l Bank事件と変わらず、COMIの判断基準時は外国倒産手続の開始時とする（Videology事件）[63,64]。Videology事件は、COMIの判断時について、まず、改正立法ガイドを参照し、次に、EU倒産手続規則では倒産手続の開始申立時にCOMIの判断がなされな

59）　連合王国では、モデル法は、The Cross-Border Insolvency Regulations 2006（CBIR）により、2006年4月4日から施行されている。主倒産手続、従倒産手続に関する定義（2条(g)、(h)）、COMIの推定（16条3項）、主手続が承認された場合の効力（20条）、外国倒産手続が承認された際の救済（21条）について、モデル法と規定に相違はない。

60）　In re Stanford International Bank Ltd.［2010］EWCA Civ 137 para.30. 本件の債務者であるStanford International銀行は、アンティグア・バーブーダ（AG）で設立され、当該国に登録営業所を有していた。当該銀行に対して、米国で2009年2月19日にレシーバーシップが開始、AGでは同月15日にレシーバーシップが、同年4月5日に会社清算が開始された。同年4月22日にAGの清算手続について、5月8日に米国のレシーバーシップについて、それぞれイギリスの裁判所に承認の申立てがされ、いずれが主倒産手続か争われた。

61）　In re Stanford International Bank Ltd.［2010］EWCA Civ 137 para.53.

62）　*Id.* para.54.

ければならないと示す[65]。そして、本件では倒産手続開始時から承認申立時までに実質的な間隔はないが、関連するまたは関連しうるのは、倒産開始申立ての直前に債権者との取引が生じた場所になされる考慮の程度であるとする[66]。Stanford Int'l Bank 事件が採用したアプローチには批判もある[67]。しかし、Videology 事件の Snowden 裁判官は、「連合王国が改正倒産手続規則の当事者である限り、モデル法・CBIR と改正倒産手続規則とで COMI の概念に関して異なるアプローチを採用すべき明らかな理由は見当たらない」[68]とする[69]。

2. オーストラリア

連合王国では、一貫して倒産手続の「開始時」を COMI の判断の基準時としていたが、オーストラリア[70]では、裁判所の見解は分かれる。立法ガイド改正前の2012年の2つの裁判例では、いずれも「裁判所が関連する判断を求められる時点（at the time the Court is called upon to make a relevant decisions）」、

63） In the Matter of Videology Ltd.［2018］EWHC 2186（Ch.）para.49. Videology Ltd. は、イングランドおよびウェールズにおいて設立し登録営業所を有しているが、デラウェア州で設立した Videology Inc. の完全子会社であり、グループ企業の一員であった。2018年5月10日に、Videology Inc. および Videology Ltd. を含む子会社は米国で倒産法第11章の再生手続を申立てた。2018年5月11日に米国での手続が開始され、翌日12日に当該手続の承認がイギリスの裁判所に申立てられた。外国管財人が、Videology Ltd. が COMI を米国に有し、米国倒産手続が外国主手続であると主張するため、COMI の判断について争われた。

64） COMI の判断基準時については明らかにしていないが、COMI の判断について Stanford Int'l Bank 事件を参照し、Eurofood 事件のテストを用いるとした裁判例として In the Matter of 19 Entertainment Ltd.［2016］EWHC 1545（Ch）がある。

65） In the Matter of Videology Ltd.［2018］EWHC 2186（Ch.）para.49.

66） *Id*.

67） *E.g*. 1 Cross-boreder Insolvency a Commentary on The UNCITRAL Model Law, pp.217 seq［Look Chan Ho］（Look Chan Ho ed. 4th ed. 2017）.

68） In the Matter of Videology Ltd.［2018］EWHC 2186（Ch.）para.28.

69） EU 離脱後も、EU 倒産手続規則が適用される場合には、COMI は倒産手続規則に従い決定される（CBIR16条2A項）（*See also*, The Insolvency（Amendment）（EU Exit）Regulations 2019, art.117）.

すなわち承認が求められた時点で判断されるべきとする（Moore 事件[71]、Tannenbaum 事件[72]）。この理由として、Tannenbaum 事件では、モデル法16条3項が、承認は、「当該手続が債務者が主たる利益の中心を有する（has）国において行われている（is taking place）場合には、主手続として」されると、現在形を用いて規定することを挙げる[73]。なお、Moore 事件では、COMI は、判断が求められた時点の事実に照らして判断するものであるが、これらの事実には、判断の時点での状況に至る歴史的な事実も含まれうる[74]とされる。

立法ガイド改正後にも、Moore 事件、Tannenbaum 事件を参照し、COMI の判断基準時を承認の申立時とする裁判例がある[75]。これに対して、COMI の

70） オーストラリアでは、モデル法は the Cross-Border Insolvency Act 2008 として2008年7月1日から国内法として施行されている。主手続、従手続に関する定義（2条(b)、(c)）、COMI の推定（16条3項）、主手続が承認された場合の効力（20条）、外国倒産手続が承認された際の救済（21条）について、モデル法と規定に相違はない。

71） Moore as Debtor-in-Possession of Australian Equity Insolvency v Australian Equity Investors［2012］FCA 1002, para.18：債務者である Australian Equity Investors および the 258 Nest は、いずれもアリゾナ州のリミテッドパートナーシップである。両者に対して、米国で再生手続が開始され、当該手続についてオーストラリアで承認が申立てられた。債務者らの事業活動から、COMI がアリゾナ州にあることに懸念が示され争われた。

72） In the matter of Tannenbaum v Tannenbaum［2012］FCA 904, para.44：Tannenbaum 氏は、南アフリカで生まれた南アフリカ市民であったが、2007年に家族とともにオーストラリアに移住し働いていた。2009年8月18日に Tannenbaum 氏に対する倒産手続が南アフリカで開始され、当該手続の承認がオーストラリアで申立てられた。

73） In the matter of Tannenbaum v Tannenbaum［2012］FCA 904, para.44.

74） Moore as Debtor-in-Possession of Australian Equity Insolvency v Australian Equity Investors［2012］FCA 1002, para.19.

75） In the Matter of Legend International Holdings Inc. v Legend International Holdings Inc.［2016］VSC 308（Legend 社に対して米国で再生手続が開始されたため、オーストラリアで当該手続を主手続として承認しうるかが争われた。Legend 社はデラウェア州法に従い設立された会社であったが、活動の大半がオーストラリアで行われていたため、COMI はオーストラリアに所在するとされた。）；Nicholas Stewart Wood, Michael Leeds and Astra Resources Ltd.［2016］FCA 1192, para.12（Astra Resources 社は、連合王国で設立された会社であるが、株主の大半がオーストラリアに住所を有していた。イギリスで清算（winding-up）が開始されたため、当該手続のオーストラリアでの承認が申立てられた。）.

判断基準時は外国倒産手続の開始時が望ましいとする裁判例もある（Edelsten事件[76]、Zetta Jet（豪）事件[77]）。Edelsten事件では、制定法の現在形の使用からCOMIの判断基準時を承認手続の申立時とする判断（例えばTannenbaum事件）に対し、「17条2項は承認時に当該外国倒産手続が「進行中（current）」であるのを求めているに過ぎないともいえ、単に中立的な（neutral）動詞の時制と解しうるものに多くを読み込むべきではない」とする[78]。そして、COMIの判断基準時を外国倒産手続の開始時とする理由として、第一に、モデル法15条に従い承認の申立てに添付が求められる書類と外国倒産手続開始決定や外国管財人の選任との関連を考慮すれば、外国倒産手続開始時がより関連性を有する時点と考えうること[79]、第二に、確実性や統一性といった利点があることをあげる。第二の点は、COMIの判断時を倒産手続の承認申立時とすれば、COMIの移動や事業活動停止等の債務者の移動や状況の変化によって、手続の開始から承認の申立までになされるCOMIの判断が、その時点毎に異なりうるからである[80]。Zetta Jet（豪）事件では、Perranm裁判官が、承認申立時点では債務者が何ら事業活動を行なっていない可能性があり、承認申立時点を基準時とするのに躊躇いがり、倒産手続開始時を基準時としたEdelsten事件の判断が道理にかなっているとして、これに従うことを提案している[81]。

76） In the matter of Edelsten［2014］FCA 1112, par.36：Edelsten氏はオーストラリア市民であり、オーストラリアに居所を有していたが、米国やドミニカ共和国で事業を行なっていた。米国で開始された破産手続について、オーストラリアで承認が申立てられた。

77） In the Matter of Zetta Jet Pte Ltd.［2018］FCA 1932, para.12：Zetta Jetはシンガポールで設立された法人であり、Zetta Jet USAはカリフォルニア州で設立された法人でありZetta Jettの完全子会社であった（両者を併せて「Zetta Jett等」）。Zetta Jett等は、米国内および米国発着の飛行機のレンタルおよびチャーター事業を行なっていた。Zetta Jet等に対する米国倒産手続について、オーストラリアで承認が求められた。

78） In the matter of Edelsten［2014］FCA 1112, para.35.

79） *Id.* para.36.

80） *Id.* para.37.

81） In the matter of Zetta Jet Pte Ltd.［2018］FCA 1932, para.12.

3.　シンガポール

オーストラリアで最後に紹介したZetta Jet（豪）事件と同じ債務者について、シンガポール[82]はオーストラリアと異なる判断をした。すなわち、シンガポールの裁判所は、COMIの判断基準時を承認の申立時としたのである[83]。理由は、第一に、COMIの定義には現在形が用いられることから、重要なのは承認申立時点の状況だと示すものと考えられ[84]、第二に、COMIの判断を承認申立時まで伸ばせば、合法的手段によりCOMIを別の法域に移動させ[85]、適切なフォーラムでの再建を求めやすくなるからであるとする[86,87]。

82）　シンガポールでは、モデル法は2017年にCompanies Actに組み込まれたが、倒産法の統合に伴い、2018年よりInsolvency, Restructuring and Dissolution Actの一部となるに至った（art. 252）。規定の解釈においては、モデル法立法ガイドが関連を有するとされているが（art.252(2)(b)）、このガイドは改正前のガイドであり、2013年版のガイドを参照はできるが適用する必要はないと考えられる（Chan, supra note 67, at 533）。主倒産手続、従倒産手続に関する定義（2条（f），（g））、COMIの推定（16条3項）、主倒産手続が承認された場合の効力（20条）、外国倒産手続きが承認された際の救済（21条）については、モデル法の規定と相違はないが、営業所（establishment）の定義に、財産を有する場所（where the debtor has property）が加えられている点でモデル法と異なる（2条（d））。これに対して、モデル法も日本の承認援助法も、財産の所在のみを理由に間接管轄を認めていない。財産のみが所在する地で行われた倒産手続は、債務者との関連性が希薄で援助手続を行う必要性・合理性に乏しいためである（深山卓也編著『新しい国際倒産法制』116-117頁（金融財政事情研究会、2001年））。

83）　In re Zetta Jet Pte Ltd and others［2019］SCHV 53, para 27. 本判決前ではあるが、COMIの判断時を申立時とした米国判決の理論がモデル法の文言により合致するのではとするものとして、Chan, *supra* note 67, at 533。

84）　In re Zetta Jet Pte Ltd and others［2019］SCHV 53, para 56.

85）　*Id*. para 57.

86）　*Id*. para 59.

87）　承認申立時点でCOMIの判断をすることは、外国倒産手続の承認を促進するとしながら、モデル法が目指す国際的な調和と協力を達成できず不十分である、と評価するシンガポールの文献として、Gerard McCormack and Wai Yee Wan, *Model Law on Cross-border Insolvency Comes of Age*：*New Times or New Paradigms,* Institutional Knowledge at Singapore Management University（2019）*available at* https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/2964.

4. アメリカ

米国[88]の地裁レベルでは、COMIの判断基準時を倒産手続の開始時とする裁判例も見られる（Millennium事件）[89]。Millennium事件で裁判所は、承認の申立時は偶然の産物（happenstance）であること、COMIが「主たる営業所（principal place of business）」と同義であるなら、債務者は清算が命令され事業を停止した後には営業所を有さなくなること[90]、モデル法が組み込まれる前の米国倒産法304条では主たる営業所の判断基準時を外国手続の開始時としていたこと[91]、EU倒産手続規則でもCOMIの判断は最初の倒産手続の開始時とされること[92]、承認申立時を判断基準時とすれば法廷地漁りの恐れがあること[93]を示す。

しかし、控訴裁判所を含む多くの裁判所は、立法ガイド改正の前後を通じて、判断基準時を倒産手続の承認申立時とする（Betcorp事件[94]、Ran事件[95]、Fairfield Sentry事件[96]、Ocean Rig事件[97]、O'Relly事件[98]）。Betcorp事件では、

88） 米国は、モデル法を2015年4月20日より連邦倒産法の第15章として組み込んだ。主倒産手続、従倒産手続に関する定義（1502条（4）、（5））、COMIの推定（16条3項）、主倒産手続が承認された場合の効力（20条）、外国倒産手続が承認された際の救済（21条）については、モデル法の規定と相違はない。米国倒産法第15章を紹介した日本の文献として、福岡真之介『アメリカ連邦倒産法概説［第2版］』382頁以下（2017年、商事法務）、阿部信一郎「COMIの認定の近時の傾向について−EU規則、米国倒産法第15章、外国倒産承認援助法を外観して−（中）」国際商事法務42巻1号61頁以下（2014年）等を参照。

89） In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 64（Bkrtycy, S.D.N.Y.2011）. Millennium Global Emerging Credit Master Fund Ltd. とMillennium Global Emerging Credit：Fund Ltd.（両者で "Funds"）は、発展途上国の社債や公債に投資するため、バミューダ諸島で設立され、登録営業所もそこにあった。バミューダ諸島における清算手続について、外国主手続として米国で承認が求められた。しかし、投資マネージャーや多数の債権者、債権者集会、プライムブローカーが連合王国に所在し、訴訟も継続していることから、FundsのCOMIは連合王国にあるとの異議が申立てられ、COMIの所在について争われた。

90） In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 64（Bkrtycy, S.D.N.Y.2011）.

91） *Id.* at 75.

92） 「最初の手続の開始時（the date of the opening）が、EU倒産手続規則の文言の起草者が考えたであろう唯一の基準時である」とする（*Id.* pp.73−74）。

93） In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 75（Bkrtycy, S.D.N.Y.2011）.

EU の倒産規則や改正立法ガイドと同様に債務者の COMI は第三者により認識可能なことが重要であるとする。そして、「債務者の利益が特定の国に所在し、第三者がこれを認める（observe）のであれば、過去の利益がいずれにあるかは無関係であ」り、「債権者らは、債務者との間に生じた問題を解決するために債務者が事業を行なっていると認識する（perceive）法域の法を頼りにする」との推定がされるとする[99]。Betcorp 事件に続き、Ran 事件では、次の理由が示される[100]。第一に、制定法上の文言が現在形または現在進行形を用いていることである。議会が現在形を用いる選択をしたことは、裁判所に現時点、すなわち承認申立てがされた時点で COMI の判断するよう求めたものとする。

94） In re Betcorp ltd. 400 B.R. 266, 292（Bkrtcy. D. Nev. 2009）：Betcorp 社は、オーストラリア法に従い設立・登録された会社である。Betcorp 社に対してオーストラリアで任意清算手続が開始され、当該手続を主倒産手続として米国で承認が申立てられた。この申立てに対し、米国で訴訟が継続され、かつての顧客もいること等から異議が唱えられた。

95） In re Ran 607 F.3d 1017, para.8 at 1025（5th Cir. 2010）：Ran 氏は、100 以上のイスラエルの会社の取締役であり株主であった。Ran 氏は 1990 年代後半に財政難に陥り、1997 年 6 月 16 日にイスラエルで Ran 氏に対する倒産手続が開始された。当該手続が開始される前の 1997 年 4 月に、Ran 氏はイスラエルを離れ、妻子とともに米国に移住した。移住から 10 年近く経過した 2006 年 12 月 11 日に、米国でイスラエルの倒産手続承認が申立てられた。

96） In re Fairfield Sentry Ltd. 714 F.3d 127, para.2,3 at 133（2nd Cir. 2013）：Fairfield Sentry 社は英領ヴァージン諸島（BVI）の法に基づき設立された会社である。事業停止後に BVI で清算手続が開始されたため、米国で当該手続を主位的に主倒産手続として承認申立てがされた。

97） In re Ocean Rig UDW Inc., et al., 570 B.R.687, para.9（Bkrtcy. S.D.N.Y. 2017）：本件は、Ocean Rig UDW 社等に対する Cayman 諸島での手続について、米国で承認の申立てがされた事件である。Ocean Rig UDW 社等はマーシャル諸島で登録されていたが、2016 年 4 月にケイマン諸島の会社法に従い登録した。当事者は、マーシャル諸島には再建を認める立法や手続がなかったために、これを認めるケイマン諸島に登録を移したと主張する。

98） In re Anthony John O'Reilly 598 B.R.784（Bkrtcy. W.D.Pa. 2019）：本件は、Heinz 社の元会長兼 CEO である O'Reilly 氏に対するバハマでの倒産手続について、米国で承認の申立てがされた事件である。O'Reilly 氏は、倒産手続開始後に居所を米国から移していたが、承認申立てがされるまでの数年間はフランスに居住していた。

99） In re Betcorp Ltd. 400 B.R. 266, 291（Bkrtcy. D. Nev. 2009）.

100）In re Ran 607 F.3d 1017, 1025（5th Cir. 2010）.

第二に、債務者のCOMIが第三者により認識可能である点を重視ししたことである。債務者のCOMIが特定の国にあり、それを第三者が目にしているのであれば、承認が申し立てられる約10年前に債務者の利益がいずれにあろうと関係ないとする。債務者の過去の利益の調査は、本来の債務者の利益の中心である国における承認を、単なる過去の活動によって拒否することになりうるからである。また、議会が倒産法第15章を施行した目的からすれば事業歴（operational history）ではなく一定の時点に焦点を当てて判断することで、COMIの判断が国毎に対立する可能性を減じるともする[101)]。

立法ガイド改正後のFairfield Sentry事件では、承認承認申立時を判断基準とする理由として次を挙げる[102)]。第一に、法が現在形を用いていること、第二に、他の連邦裁判所がCOMIは連邦倒産法第15章の申立がなされる時点で考慮されるべきとしていることである。本判決は、EU倒産手続規則では自動承認がされ承認申立手続が必要ないから、EUのCOMI判断の時間枠は米国法における考慮に合わないとする[103)]。他方で、EUの規則やその他の国際的な解釈が、債務者のCOMIの恒久性（regularity）や認識可能性に焦点を当てていることから、米国の裁判所も、債務者がCOMIを悪意（in bad faith）をもって利用しないように、外国倒産手続と連邦倒産法第15章の申立との間の期間を考慮しうるとする[104)]。Ocean Rig事件は、Fairfield Sentry事件の判断に従い、COMIは承認の申立がなされた時点により判断し、原則として歴史的な営業活動は考慮しないが、債務者がCOMIを承認の申立以前に移動する場合には、裁判所は債務者が悪意でCOMIを移動させたのではないことを証明するために相対的な判断を行うことができるとした[105)]。また、O'Reilly事件も同様の判断構造をとるが、承認手続の申立時を基準とする理由として、Fairfield Sentry

101）*Id.* at 1025.

102）In re Fairfield Sentry Ltd. 714 F.3d 127, 133（2nd Cir. 2013）.

103）*Id.* at 136.

104）*Id.* at 137.

105）In re Ocean Rig UDW Inc., et al., 570 B.R.687, para.9（Bkrtcy. S.D.N.Y. 2017）.

事件やRan事件で示された理由に加え、債務者に関する状況が変化する前に国際的な倒産案件を迅速に解決するよう促すという理由をあげる[106]。

5. 小括

以上4カ国の裁判例を見る限り、COMIの判断基準時については、UNCITRALの立法ガイド改正後も各国の裁判所の立場は大きく次の2つに分かれている。すなわち、承認される外国倒産手続が開始された時点を基準とする立場（イギリス、オーストラリアの一部）と、承認の申立てがされた時点を基準とする立場（オーストラリアの一部、シンガポール、米国）である。

それぞれの立場を採用する理由を整理すると次のようになる。まず、基準時を外国倒産手続の開始時とする立場を取る理由についてである。第一に、EUの倒産手続規則でCOMIの判断時が倒産手続の開始時とされること（Stanford Int'l Bank事件、Fairfield Sentry事件）、第二に、改正立法ガイドもCOMIの判断基準時を倒産手続の開始時とすること（Videology事件）、第三に、承認申立時に外国倒産手続開始等の証明を添付する必要性から、外国倒産手続開始時がCOMIの決定に関連性を有すること（Edelsten事件）、第四に、COMIの判断時を倒産手続の承認申立時とすれば、COMIの移動や事業活動停止等の債務者の移動や状況の変化によって、COMIの判断が異なる恐れがあることである（Edelsten事件、Zetta Jet（豪）事件）。いずれもEU倒産手続規則に関する判例やUNCITRALの立法ガイド等に示された根拠と重なる。連合王国については、特に、EUの倒産手続規則との統一性を重視している点が顕著である。これは、連合王国がEUの加盟国であったということが大きく影響しているであろう。他方、オーストラリアの判例には、改正立法ガイドとの類似が見てとれる。

他方で、基準時を承認申立時とする立場を取る理由は、次の通りまとめられる。第一に、過去の時点をもって判断することは、現在の債権者を害する結果

106）In re Anthony John O'Reilly 598 B.R.784, 803（Bkrtcy. W.D.Pa. 2019）.

になりうること（Betcorp 事件、Ran 事件）、第二に、制定法上の文言が現在形または現在進行形を用いて規定されていること（Tannenbaum 事件、Zetta Jet 事件（新）、Ran 事件、Fairfield Sentry 事件）[107]、第三に、COMI の合法的な移動を認めれば、適切なフォーラムでの再建を求めやすくなること（Zetta Jet（新）事件）である。この立場でも、EU 規則や UNCITRAL の改正立法ガイド等と同様に COMI の第三者による認識可能性を重視する。しかし、前者が重視するのは、倒産前に取引関係に入った第三者の認識であるのに対して、後者が重視するのは、承認申立時点での第三者の認識である。また、EU 規則や改正立法ガイドが、COMI の移動に消極的な態度を取るのに対して、COMI の移動を柔軟に認めることにも特徴があろう。

Ⅵ　主たる営業所の判断

1.　EU 倒産手続規則・UNCITRAL モデル法との関係

平成24年東京高決でも各国の裁判例においても、程度の差はあれ、UNCITRAL のモデル法に関する文書や EU 倒産手続規則との整合性が意識されていた。以下では、UNCITRAL の文書や EU 倒産手続規則が承認援助法の外国主手続の判断にどの程度影響を与えうるのかについて、まず、モデル法と EU 倒産手続規則との関係を、次に、モデル法と承認援助法との関係をそれぞれに見ていきたい。

⑴　UNCITRAL モデル法と EU 倒産手続規則との関係

モデル法の改正立法ガイドは、EU 倒産手続規則とモデル法の COMI に関する違いを、次のとおり示す[108]。EU 倒産手続規則では COMI の推定規定は、主倒産手続を開始するのに適切な地や準拠法の決定、自動承認に関するもので

107）同様に、モデル法2条の外国主手続の定義および17条2項における現在形の使用が、承認の申立時に判断がされるべきことを強く推奨しているとするものに、Chan, *supra* note 67, at 172.

108）Revised Guide para .141 at 69.

ある。これに対して、モデル法の COMI の推定規定は、既に開始された手続の承認（主としては外国倒産手続を援助しうる救済）の妥当性[109]に関するものである[110]。したがって、COMI の判断は、倒産手続規則では倒産手続開始国の裁判所が当該手続の開始が申立てられた際に求められるのに対して、モデル法では、外国倒産手続の承認が申立てられた際に求められるという違いが生じる。こうした違いから、2011年の第五作業部会では、モデル法と EU 倒産手続規則とでは、COMI の推定に関する基準が同一（same）ではないことが合意されている[111]。

しかし、2010年の第五作業部会では、COMI の概念の重要性から、EU 倒産手続規則とモデル法とにおける解釈の不一致を避けることが望ましいとの見解が示されていた[112]。そして、改正立法ガイドも、モデル法の COMI を用いた主倒産手続の枠組が、EU 倒産手続規則の前身である EU 条約における枠組みに合致するものであるのは、主倒産手続の概念に関する EU 法との調和が基礎とされているためとする[113]。そのため、改正立法ガイドは、EU 倒産手続規則の解釈に関する裁判例は、モデル法の解釈にも関係しうると示している[114]。

⑵ UNCITRAL モデル法と日本法との関係

確かに、承認援助法は、「外国主手続」に関して、次の点でモデル法と違いを有する。第一に、承認援助法は、「外国主手続」を「主たる営業所[115]…があ

109）*See also*, Note by Secretariat, Interpretation and application of selected concepts of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency relating to centre of main interests（COMI）,WP.95/Add.1para.5 at 3（2010）.

110）*See also*, A/CN.9/715 para.14 pp.4-5.

111）A/CN.9/738 para.23 at 6（2011）. 同様に、EU 規則とモデル法の COMI とで同じ基準を適用すべきではないとするものとして、Jay Lawrence Westbrook, *Locating the Eye of the Financial Storm*, 32 BROOK. J. INT'L L. 1019（2007）.

112）A/CN.9/715 para.14 pp.4-5.

113）Revised Guide para .81 at 41.

114）*Id*.

る国で申し立てられた倒産処理手続」と主たる営業所等を用いて定義するが、モデル法は、「主倒産手続」を「主たる利益の中心（COMI）を有する国において行われる手続」と「COMI」を用いて定義する。第二に、承認援助法の「主たる営業所」もモデル法の「COMI」も定義規定は有さないが、モデル法のCOMIには推定規定がある。第三に、承認援助法が、外国倒産手続開始決定前に承認の申立てを認めるのに対して、モデル法は、承認の申立てに外国倒産手続の開始や外国管財人任命の証明を求める。第四に、承認援助法では、外国主手続であっても承認により直ちに効果が生じることはないが、モデル法では、主倒産外国主手続が承認されることで一定の効果が生じる。第五に、承認援助法が複数の承認援助手続の同時進行を認めないのに対し、モデル法は、主倒産手続と主倒産手続の承認・それに基づく救済の同時進行を認める。

しかし、日本の承認援助法は、UNCITRALモデル法に準拠して立法されたものである。「外国主手続」と「外国従手続」との区別や、「外国主手続」の「外国従手続」への優先の構造は、モデル法を範とするものであろう。また、承認援助法の目的は「国際的に整合のとれた財産の清算又は経済的再生を図ること」（1条）である。

これらのことからすれば、承認援助法上の「主倒産手続」の解釈は、UNCITRALのモデル法関連文書やEU倒産手続規則上の「主倒産手続」の解釈に従う必要があるとまでは言えないが、一定程度はこれらを参考にしうるものと考えられる[116)]。

115）債務者が営業者でない場合又は営業所を有しない場合については、個人であれば「住所」、法人その他の社団又は財団であれば「主たる事務所」がある国となる（承認援助法2条2号）。

116）阿部信一郎「COMIの認定の近時の傾向について～EU規則、米国倒産法第15章、外国倒産承認援助法を外観して（下）～」国際商事法務42巻2号221頁（2014年）、嶋・前掲注（18）153頁、横溝・前掲注（18）309頁、福岡＝湯川・前掲注（18）58頁。

2.　判断要素

⑴　実形式上の本店か実質上の本店か

承認援助法では、外国主手続か否かを決める「主たる営業所」が、形式上の本店か実質上の本店かに争いがある。学説には、いずれの立場をとる見解もある。まず、形式上の本店とする見解である。この見解は、「実質的本店概念では何をもって経済活動の中心地とするか判断が不安定である」ので「法的安定重視の立場から形式的本拠概念を採用しておく」とする[117]。次に、実質上の本店とする見解である。この見解は、第一に、「主たる営業所」が優先する手続を決する機能を有するため、実質的な営業の所在地の存否が重要となること、第二に、モデル法が実質的基準によること、第三に国内破産法に関しても、多数説は「実質上の本店」と解すること[118]、第四に、外国主手続承認の効果は純粋に手続的なものであるため、「右基準［設立準拠法国と主手続国］が乖離しても問題は少ない」ことを指摘する[119]。

他方、EU の倒産手続規則やモデル法では、主倒産手続が実質を見て判断されることは明らかである。なぜなら、これらの法は COMI を判断基準としており、COMI は登録された営業所の所在地（形式上の本店）と推定はされるが、この推定は反証により覆されうるからである。確かに、上述のモデル法と承認援助法との差異で示した通り、承認援助法は、第一に、「COMI」の代わりに「主たる営業所」等の文言を使い、第二に、「主たる営業所」等に推定規定を置いていない。しかし、これらの違いから、承認援助法が、倒産手続規則やモデル法と異なり、形式的な基準により外国主手続の判断を行うべきとされるように

117）山本克己「国内倒産処理手続や他の承認援助手続との競合」山本ほか編・前掲注（14）142 頁。

118）前述の東京地裁・東京高裁の決定も、国内倒産法の「主たる営業所」が実質上の本店と解されることを理由としてあげる。

119）山本・前掲注（16）27–28 頁、向山順子「外国倒産承認援助法における「主たる営業所」の判断基準について」―アメリカ連邦倒産法第 15 章手続における「主たる利益の中心地」の検討を通して―」早稲田大学大学院法研論集 130 号 364 頁（2009 年）、福岡＝湯川・前掲注（18）58 頁。

は思われない。

まず、承認援助法が、「COMI」の代わりに「主たる営業所」等を用いる点である。承認援助法の立法担当者の解説によれば、COMIと承認援助法の「主たる営業所」等とでは、前者が「抽象的かつ一般的な概念」であるのに対し、後者が意義を明確にしたというにすぎず、実質的な違いは生じないとされる[120]。法制審議会でも、「モデル法のCOMIの概念が、わが国の民事訴訟法上の「主たる営業所」の概念とほぼ一致すると考えられるから、承認援助法も既存の「主たる営業所」という用語を用いることとした」旨説明される[121]。これらのことからすれば、承認援助法で「主たる営業所」等の言葉を用いたことに、「COMI」と異なる概念を採用する意図はなかったものと考えられる[122]。

次に、承認援助法に「主たる営業所」に関する推定規定がない点である。承認援助法に推定規定が設けられなかったのは、同一債務者に対する複数の倒産処理手続の同時進行を認めず、競合する手続の中止など重大な法的効果を生じさせるから、主たる営業所等の判断をモデル法よりも慎重に行うべきとされたためである[123、124]。主たる営業所が形式上の本店であるとすれば、より慎重な判断を求める必要はなく、このことからも、承認援助法の主たる営業所は実質的な基準により判断されるべきと思われる。

120）深山・前掲注（82）39頁。

121）法制審議会倒産法部会第10回議事録、第20回会議事録等参照。

122）同様に両者に実質的な差異は生じないとするものとして、山本・前掲注（16）404-405頁、向山・前掲注（119）363頁。

123）深山・前掲注（82）41頁。モデル法のCOMIの推定規定は、手続の迅速化のために設けられる（Revised Guide, para.137 at 68）。裁判所は、利害関係人が争わない事実であってもこれに拘束されず、異なる事実を認定することができる。

124）日本の承認援助法は、外国主手続も外国従手続も共に承認に自動的な効果の付与を認めないことから、モデル法のように個々の手続毎に「外国主手続」を判断する必要がない。これも、承認援助法推定規定を設ける必要のなかった理由として考えられうるかもしれない。

⑵ 重視すべき要素

主たる営業所の要素について、平成24年東京高決は、諸要素を全体として考慮し、事案に応じた判断を行うとし、学説にもほぼ異論は見られない[125]。しかし、いずれの要素を重視するかについては、若干の差異がある。

平成24年東京高決は、本部機能ないし中枢等の要素と債権者から認識可能な場所といった要素を重視すべきことを示した(Ⅱ)。前者は、企業活動の実質として普遍的な要素であり、後者は、予測可能性の観点から重視すべきとの理由である。これら2つの要素を重視する結果、具体的に重視すべき要素として、本部機能ないし中枢､あるいは債務者の主要な財産及び事業の認められる場所、債務者の経営管理の行われている場所、債権者から認識可能な場所をあげる。日本でもこの判断を適切とする見解もある[126]。UNCITRALの改正立法ガイドも、債務者の中心的な管理が行われる場所および債権者により容易に認識可能な場所を主たる判断要素として挙げており、原則的な考え方は東京高決の考え方に添うものであろう[127]。

他方、債務者の本部機能や経営管理を重要な判断要素とすることに疑問を呈する見解がある[128]。債務者の本部機能や経営管理は、「通常債権者の利益とは関連性を有さず、また倒産手続では債務者の経営権は奪われる可能性があることが前提であり、経営陣の都合を重視すべきではない」からである[129]。この

125）山本和彦「国際倒産に関する最近の諸問題」法の支配170号13頁（2013年）、横溝・前掲注（18）309頁、嶋・前掲注（18）155頁、向山・前掲注（18）75頁。

126）嶋・前掲注（18）155頁、向山・前掲注（18）75頁。

127）厳密にいえば、改正立法ガイドでは､「債務者の主要な財産及び事業の認められる場所」を追加的な考慮要素としている点が、これを重視すべき要素とする東京高決の判断とは若干異なるように思われる。立法ガイドの改正過程では､「主たる資産」が何により構成されるのか不確実であり、複数の異なる地を指す恐れがあるとの意見もあり（A/CN.9/742（2012）para.53 at 12)、他の要素より重要性が低いとされた（A/CN.9/763（2013）para. 39 at 9)。ただし、清算（liquidation）では経営が行われる地が存在しえないため、資産の所在地がCOMIの重要な判断要素となりうるとの指摘もされている（A/CN.9/742（2012）para.53 at 12)。

128）山本・前掲注（125）13頁。

見解によれば、優劣を決めるのに重要なのは「債権者一般の利益」とされる[130]。競合する手続の双方が外国従手続の場合には、優劣は債権者一般の利益に適合するか[131]により判断される（承認援助法62条1項2号）。外国主手続の場合には、「いわば当然に当該手続が債権者一般の利益に適合すると擬制されている」と考えるのである[132]。

この見解に疑問が生じるのは、承認援助法57条1項との関係についてである。本条項は、国内倒産処理手続と承認援助手続の競合が生じるときに、承認援助手続が認められるのは次の場合とする。すなわち、①外国倒産処理手続が外国主手続であり（1号）、②当該外国倒産処理手続について援助の処分をすることが債権者の一般の利益に適合すると認められ（2号）、③当該外国倒産処理手続について援助の処分をすることが日本国内において債権者の利益を不当に侵害する恐れがない（3号）場合である。「外国主手続」が当然に債権者一般の利益に適合するとされるのであれば、1号の外国主手続の要件とは別に、2号で債権者一般の利益に適合することを要件として定める必要はないように思われる。また、承認援助手続競合の優劣を、債権者一般の利益に適合するかにより判断するのであれば、優劣の決定基準として「外国主手続」という不明確な概念を承認援助法に用いる必要性も見出せない。

他方で、「外国主手続」が債権者一般の利益との適合性により判断されるのでないとすれば、国内倒産処理手続と承認援助手続間、外国従手続どうしの競合については、債権者一般の利益に適合するか否かにより優劣を判断しながら、

129）前掲注。

130）山本・前掲注（125）13頁、山本和彦「[第1部] 基調講演 国際倒産法の規律と若干の個別問題の検討（下）」NBL1106号61頁（2017年）。

131）債権者の一般の利益に適合するとは、「当該外国倒産処理手続について承認援助処分をして、わが国に所在する債務者の財産や事業を当該外国倒産処理手続に取り込ませるほうが、……債権者全般についてより有利な配当ないし計画弁済が見込まれる」こととされる（山本克己「国内倒産処理手続や他の承認援助手続との競合」山本ほか編・前掲注（14）142頁、146頁）。

132）山本・前掲注（125）13頁。

外国主手続と外国従手続間の競合についてのみ債権者一般の利益について考慮されないことになる。これは、整合性に欠けるように思われる。承認援助法の規定自体に再考が必要かもしれない。

3.　判断基準時

「外国主手続」の判断基準時に関し、日本の承認援助法については、次の2つの見解がある。第1の見解は、平成24年東京高決が示したように、判断基準時を最初に「倒産手続開始の申立て」がされた時点とするものである[133]。最初に外国倒産手続の開始申立がされた時点は、債務者が法的倒産手続の段階に入った動かない時点であり、統一した判断を確保できるとする。

さらに、平成24年東京高決は、判断基準時を最初の外国倒産手続開始の申立時点としながら、「最初の倒産手続の開始申立てがされた時点から外国倒産処理手続の承認申立ての時点までに長期間が経過しているような場合や、最初の倒産手続の開始申立ての直前に主たる営業所が移動していたような場合等の特段の事情がある場合には、別の考慮も必要となる」旨を示す[134]。

判断基準時を最初の倒産手続開始時とする見解は、改正立法ガイドが示すところに類似する。しかし、承認援助法に関するこの見解と改正立法ガイドとでは若干の差異もある。まず、改正立法ガイドが外国倒産手続の「開始」時点を判断基準時とするのに対して、外国倒産手続の「申立」時点を基準時とする点が異なる。これは、前述1⑵の通り、モデル法が承認の申立てに倒産手続開始等の証明を求めるのに対して、承認援助法は、外国倒産手続の開始決定前であっても承認の申立てを可能とするという差異による。この差異から、モデル法と異なる解釈をすることに異論は見られない[135]。

また、平成24年東京高決が示した判断の基準時に対する例外も、改正立法

133）嶋・前掲注（18）104頁、横溝・前掲注（18）309頁、向山・前掲注（18）75頁。
134）向山・前掲注（18）75頁は、「法廷地漁りの問題がなく債権者の平等、再建の便宜等のために必要とされるためには、例外を認めることが望ましい」とする。
135）嶋・前掲注（18）104頁、横溝・前掲注（18）309頁、向山・前掲注（18）75頁。

ガイドとは異なる。改正立法ガイドは、判断基準時の直前にCOMIの移動があった場合についてのみ別途の事情を考慮するもので、判断基準「後」のCOMIの移動は判断に影響を与えない。EUの改正倒産手続規則も同じである。他方で、平成24年東京高決の示したところによれば、判断基準時の前後を問わず「特段の事情」の例外を広く認めうる。このように広く例外を認めると、倒産手続開始時を判断基準時とする見解が求める確定性・統一性のいずれをも損なうことになると批判がある[136]。

第2の見解は、判断基準時を競合する「承認申立て」がされた時点とする[137]。承認援助法に従い外国主手続の判断が問題となるのは、同一債務者に対する複数手続のうちいずれを国内で進めるべきか決定する場合のみである。すなわち、優劣の決定は、競合する承認申立てがされた時点で初めて行われる。最初の手続の開始申立から競合する手続の承認申立時までに、事情の変動があったような場合には、最初の手続を進める意義が小さくなっている可能性もある[138]。この時、日本として最初の手続に協力することは承認援助法の制度の趣旨に適合しないとするのである[139]。

承認申立時を基準時とすることに対して、UNCITRALの第五作業部会は一貫して否定的な態度を取る（前述Ⅳ2）。しかし、モデル法を採用した各国の裁判所は、必ずしもそうではない。改正立法ガイドが示された後にも、承認申立時を基準時とする判断がされる（前述Ⅴ）。これらの裁判所が、承認申立時を基準時とする理由は次の通りであった。すなわち、第一に、制定上の文言が現在形または現在進行形を用いて規定されていること、第二に、過去の時点をもって判断することは、現在の債権者を害する結果になりうること、第三に、

136）山本・前掲注（125）12頁、多田・前掲注（18）137頁。

137）山本和彦「国際倒産に関する最近の諸問題」法の支配170号12頁（年）、阿部信一郎「COMIの認定の近時の傾向について～EU規則、米国倒産法第15章、外国倒産承認援助法を外観して（下）～」国際商事法務42巻2号223頁（2014年）。

138）山本・前掲注（125）12頁。

139）前掲注。

COMIの合法的な移動を認めれば、適切なフォーラムでの再建を求めやすくなることである。

第一の理由については、これを支持する文献もある[140]。しかし、改正立法ガイドは、モデル法17条2項が、主手続に関して現在形や現在進行形を用いて規定するのは、承認の決定をする際に当該外国手続が進行中または係争中であることを求めるためとする[141]。すなわち、現在形や現在進行形を用いることで、承認を求める外国手続自体が終了している場合には、モデル法に基づき承認を求めうる手続が存在しないことを意味しているとするのである[142]。少なくとも承認援助法について、時制を判断基準時選択の決定的な理由とするのは難しいだろう。

第二の理由は、承認援助法に関しても妥当であると考える。最初の倒産手続申立後に主たる営業所等の所在が移動したような場合には、その地で債務者と取引をする債権者も現れよう。このような場合に倒産手続開始の申立時を判断基準とすれば、移転後の地を債務者の主たる営業所の所在地として取引をした債権者を害することになるだろう。EUの改正倒産手続規則が倒産手続申立ての3ヶ月以内に登録営業所が移転した場合にCOMIの推定を適用しないとすることについても、移転後の債権者を害すると批判がされている[143]。

興味深いのは、第三の理由である。当事者が倒産手続のなされる地を選択することにより、債務者が適した地で再建を行うことができ、かつ、債権者一般

140）Chan, *supra* note 67, 172.

141）Revised Guide para.158 at 75. 同様の理由により、時勢を根拠として承認の申立時をCOMIの判断基準時とすることを否定する裁判例として、In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 72（Bkrtycy, S.D.N.Y.2011）; In the matter of Edelsten［2014］FCA 1112, para.36。

142）Revised Guide, para.158 at 75. 同様の理由により、時勢を根拠として承認の申立時をCOMIの判断基準時とすることを否定する裁判例として、In re Millennium Global Emerging Credit 457 B.R. 72（Bkrtycy, S.D.N.Y.2011）; In the matter of Edelsten［2014］FCA 1112, para.36。

143）Ringe *supra* note 29, paras.3.85-3.90 pp.142-144.

の利益にもかなうのであるとすれば、確かに、主たる営業所の移動を忌避すべき理由は見当たらないように思われる。EU 倒産規則においても、法廷地漁りへの対応には変化が見られる。改正前の EU 倒産手続規則の前文では、当事者による法廷地の選択は「法廷地漁り」として回避が求められていた（改正前倒産手続規則前文4)。しかし、改正倒産手続規則の前文は、回避されるべき法廷地漁りを「債権者の総体的な利益を害」する場合に制限するよう改正された（改正倒産手続規則前文5）[144]。これは、当事者による法廷地の選択が、全てが悪い影響を与えるものではないとの意見が示された[145]ことによると考えられる。

これら各国の裁判例から導き出される理由に加え、承認申立時を判断基準時とすることには、次のメリットもあるように思う。すなわち、第一に、承認国の裁判官が、主たる営業所と援助処分とを同一時点の状況を考慮し判断できることである。承認援助法は、承認援助を承認国である日本の裁判所が必要と認める限りでしか与えない。具体的な援助処分の必要性は、承認が求められたその時点の現状を鑑みて考慮されるであろう。主たる営業所等の判断基準時が倒産手続開始の申立時であるとすれば、主たる営業所は外国手続申立時の状況を、いかなる援助処分を行うかは、申立てがなされた時点の状況を考慮することになる。他方、主たる営業所等の判断基準時を承認申立時とすれば、いずれの判断も承認申立時の状況のみを考慮して行いうるであろう。また、第二に、裁判

144）改　正　前：It is necessary for the proper functioning of the internal market to avoid incentives for parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position（forum shopping）.

　改　正　後：It is necessary for the proper functioning of the internal market to avoid incentives for parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position **to the detriment of the general body of creditors**（forum shopping）.（太字筆者）

145）The Commission Impact Assessment accompanying the document Revision of Regulation（EC）No.1346/2000 on insolvency proceedings, para.3.4.1.2, SWD（2012）416（Dec. 12, 2012）.

官が確かな証拠を収集しやすいということもあげられるかもしれない。承認援助法によれば、裁判官は、職権で承認援助事件に関して必要な調査をすることができる（承認援助法6条2項）。しかし、実際には、外国管財人等を中心とした利害関係人による資料の提出等が審理に際しては重要な役割を占め、裁判所の公権的な介入は例外にとどまるものと見られる[146]。これは、EU でも同様で、証拠はほぼ申立人の提出した資料により、中には虚偽ないし誤解をまねくものもあるとされる[147]。主たる手続の判断時を最初の手続開始申立時とし、過去の状況についてまで調査が必要になるとすれば、証拠の収集は現状のみの調査よりも困難なものとなろう。これら2つの理由は、いずれも当事者の主張、立証の負担についても言えることであり、承認申立時を判断基準時とすることは、手続の迅速化・円滑化に資するものと考える。

他方、判断基準時を承認申立時とすることには、次の問題点が指摘されている。すなわち、第一に、債務者による恣意的な申立てがされる恐れがあること、第二に、外国倒産手続開始後に債務者が事業活動を停止する恐れがあること、第三に、後行の承認申立ての有無やその時点が確定するまで、債権者の地位を不安定にすること、第四に、承認が申立てられる時点が各国ごとに異なれば、外国主手続が各国毎に異なる恐れがあることである。

しかし、まず、第一、第二の問題は、承認申立時を基準時とする場合に特有の問題とは思われない。登録や資産を移転してから倒産手続開始の申立てをしたり、倒産手続開始の申立てから開始までにに債務者が事業活動を停止したりという事例は、前述の EU やモデル法採用国の裁判例に表れるところである。これらの裁判例からは、判断基準時を手続開始申立時にしても同様の問題は生じうると言えるであろう。また、第一の恣意的な申立てについて、全てを排除すべきであると言えないことは前述のとおりである。

第三の債権者の地位を不安定にするという問題に対しては、判断基準時を最

146）山本・前掲注（15）58頁。

147）Burkhard Hess et al, External Evaluation of Regulation No.1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, para.4.1.3.6.4 pp. 163-164 JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4.

初の手続開始申立時としても、外国従手続の債権者の立場に不安定さが増す恐れがある。前述1⑵の通り、承認援助法では、最初の手続の承認時には、主従の判断がされることなく承認・援助される。しかし、同一の債務者に対し複数の手続が同時に進行することは認めない。そのため、外国従手続に対する承認援助手続がある程度進んだ場合であっても、外国主手続の承認が申し立てられれば、他の棄却事由[148]のない限り従手続の承認援助手続は中止される[149]。判断基準時を最初の手続開始申立時とすれば、承認申立時点で最初の手続開始時から状況が変わり、外国主手続に承認・援助をする必要性が低くなっている場合にもこれが認められてしまう。すなわち、外国従手続が日本国内で承認援助されうるかは、外国主手続が申立てられるか否か次第である。主たる営業所の所在が変わるまで承認の申立てをしなかった者に対して、他者を犠牲にして保護を与える必要性は低いように思われる。

第四の問題については、確かに、承認援助法の目的（1条）にも掲げられており、国際的な整合性はある程度重視されるべきであろう。しかし、前述Ⅴの通り、モデル法を採用した各国の裁判例では既に一貫した判断がされていない状況である。また、倒産処理の根源的な目的が、「総債権者の満足の最大化、利害関係人の権利の公平な実現および債務者の経済的再生」にあるとすれば[150]、これらの目的にかなう場合にまで、国際的な整合性を重視しなければならないとすれば本末転倒ではなかろうか。

以上から、筆者は、外国主手続の判断は、外国倒産処理手続の承認が申立てられた時点でなされるべきと考える。しかし、債務者の主たる営業所の移動に

148）承認援助法21条に示される棄却事由は、費用の予納がない（1号）、外国倒産処理手続の効力が日本国内の財産に及ばない（2号）、援助処分をすることが日本の公序良俗に反する（3号）、援助処分の必要がない（4号）、外国管財人等に報告義務違反がある（5号）、不当な目的で申立がされた等（6号）である。

149）法制審議会でも、従手続がある程度進んでいる場合には、主手続の申立てを却下する可能性を認めることについて発言が見られる（法制審議会倒産法部会第20会議議事録）。

150）伊藤眞『破産法・民事再生法［第4版］』20頁（有斐閣、2018年）、伊藤眞ほか『条解破産法』19-20頁（弘文堂、2010年）等参照。

より、移動前に主たる営業所があった国の債権者の利益が害されることになってはならない。そこで、このような場合には、移動を認めないということがされて然るべきであろう。これに対して具体的にどのように対応すべきかは、別途検討の必要があるだろう。

Ⅶ　おわりに

本稿では、EU の改正倒産規則や UNCITRAL モデル法の改正立法ガイド、モデル法を採用した各国の裁判例を参考に、日本の承認援助法の「主たる営業所」の判断について検討した。

主たる営業所の判断要素については、重視すべき要素に若干の差異はあるものの、債権者から認識可能な要素により事案毎に総体的に判断する方向に集約しているように思われる。他方で、判断基準時については、倒産手続の開始申立時（または開始時）とするか承認の申立時とするかで争いがある。

筆者は、承認の申立時を判断基準時とすべきと考える。その理由は、第一に、倒産手続の開始時を判断の基準時とすれば、主たる営業所が移動した後に債務者と取引をした債権者を害する恐れがあること、第二に、債務者による主たる営業所の移動が、債務者の再建や清算を容易にし、全債権者の利益にかなうのであれば、移動を認めない理由が見当たらないように思われること、第三に、手続の優劣判断と援助処分の必要性判断との基準時を同じくすることで、裁判官も判断をしやすくなるであろうこと、第四に、主たる営業所等の判断の基準時を過去にすれば、証拠収集に困難が生じうるであろうことからである。

しかし、債務者の主たる営業所の移動により、移動前に主たる営業所を有していた国の債権者の利益が害されるべきではなく、どのような対処をすべきかは別途検討の必要があるだろう。今後の検討課題としたい。

未熟な本稿が、今後の国際倒産法制発展の一助となれば幸いである。

（ふじさわ・なおえ　筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

論　説

中小会社の計算書類の信頼性の確保

――北欧諸国等・オセアニア諸国・カナダ

弥　永　真　生

1　EU
（1）　会計指令
（2）　法定監査指令
2　欧州諸国における中小会社の計算書類の信頼性の確保
（1）　法定監査
（2）　レビューなど
3　オーストラリア
4　ニュージーランド
5　カナダ

1　EU

（1）　会計指令

EU 会計指令[1)]34条1項は、構成国は、社会的影響度の高い事業体（public-interest entities）、中規模および大規模企業の財務諸表が指令2006/43/EC に基づいて法定監査を行うことを構成国が認める1人または複数の法定監査人または監査事務所によって監査されることを確保しなければならないと規定し、同条2項は連結財務諸表について第1項を準用している。ここで、社会的影響度

1）　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.

の高い事業体とは規制市場に上場している有価証券を発行しているもの、銀行等（credit institution）、保険会社および構成国が社会的影響度の高い事業体として指定したものをいい（2条1号）、大規模企業とは総資産額2000万ユーロ、純売上高4000万ユーロ、平均被用者数250人という3つの閾値のうち2つ以上の閾値を超えるもの（3条4項）、中規模企業とは総資産額2000万ユーロ、純売上高4000万ユーロ、平均被用者数250人という3つの閾値のうち2つ以上の閾値を超えず、かつ、小規模企業（総資産額400万ユーロ［構成国は600万ユーロまで引き上げることができる］、純売上高800万ユーロ［構成国は1200万ユーロまで引き上げることができる］、平均被用者数50人という3つの閾値のうち2つ以上の閾値を超えないもの。3条2項）でも極小企業（総資産額350万ユーロ、純売上高700万ユーロ、平均被用者数10人という3つの閾値のうち2つ以上の閾値を超えないもの。3条1項）でもないものをいう（3条3項）。

また、会計指令の下では、社会的影響度の高い事業体が企業集団に含まれない場合には、小規模集団は連結財務諸表の作成義務を負わず、構成国は中規模集団についても作成義務を免除できるものとされている（23条1項2項）。そして、小規模集団とは、連結ベースで、総資産額400万ユーロ［構成国は600万ユーロまで引き上げることができる］、純売上高800万ユーロ［構成国は1200万ユーロまで引き上げることができる］、平均被用者数50人という3つの閾値のうち2つ以上の閾値を超えないものをいい（3条5項）、中規模集団とは、連結ベースで、総資産額2000万ユーロ、純売上高4000万ユーロ、平均被用者数250人という3つの閾値のうち2つ以上の閾値を超えないが小規模集団ではないものをいう（3条6項）。

⑵ 法定監査指令

2014年改正後EU法定監査指令[2)]26条5項は、「構成国が小規模企業の法定

2） Directive 2014/56/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, OJ L158, 27.5.2014, p. 196

監査を要求する場合には、構成国は第1項にいう監査基準の適用がそのような企業の活動の規模と複雑性に見合った（proportionate）ものとなるよう定めることができる。構成国は小規模企業の法定監査への監査基準の見合った適用を確保するための措置を講じることができる。」と規定している[3)]。

2 欧州諸国における中小会社の計算書類の信頼性の確保

(1) 法定監査

［EU構成国および若干の非EU欧州諸国の状況］（ユーロへの換算は、2006年分も2020年時点の換算率で行っている）

	総資産額（ユーロ）			純売上高（ユーロ）			平均被用者数
	2020	2006	引上げ率	2020	2006	引上げ率	2020
オーストリア	5,000,000	3,650,000	37%	100,000,000	7,300,000	37%	50
ベルギー	4,500,000	3,650,000	23%	9,000,000	7,300,000	23%	50
ブルガリア	1,000,000	500,000	100%	2,000,000	1,000,000	100%	50
クロアチア	2,000,000	情報を入手できず	n/a	4,000,000	情報を入手できず	n/a	25
キプロス	0	3,400,000	− 100%	0	7,000,000	− 100%	0
チェコ	1,500,000	1,350,000	11%	3,000,000	2,700,000	11%	50
デンマーク *	6,000,000	200,000	2900%	12,000,000	400,000	2900%	50
エストニア *	2,000,000	320,000	525%	4,000,000	640,000	525%	50
フィンランド	100,000	0		200,000	0		3
フランス	4,000,000	1,550,000	158%	8,000,000	3,100,000	158%	50
ドイツ	6,000,000	4,015,000	49%	12,000,000	8,030,000	49%	50
ギリシャ	4,000,000	1,500,000	167%	8,000,000	3,000,000	167%	50
ハンガリー	0	情報を入手できず	n/a	965,000	情報を入手できず	n/a	50
アイスランド	1,400,000	700,000	100%	2,800,000	1,400,000	100%	50

（次頁へ続く）

3) もっとも、改正指令の前文（12）は「国際的な監査基準はすべての法域においてすべての規模の、そしてすべてのタイプの事業体に用いることができるように作られているので、構成国の所轄当局は国際的な監査基準の適用範囲を評価するにあたって小規模会社の事業の規模と 複雑性を考慮に入れなければならない。この点で構成国が採用する規定や措置は法定監査人または監査事務所が国際的な監査基準に従って法定監査を行うことを不可能にするものであってはならない。」と述べている。

（前頁から続き）

	総資産額（ユーロ）			純売上高（ユーロ）			平均被用者数
	2020	2006	引上げ率	2020	2006	引上げ率	2020
アイルランド	6,000,000	1,905,000	215%	12,000,000	1,500,000	700%	50
イタリア	4,000,000	3,125,000	28%	4,000,000	6,250,000	− 36%	20
ラトビア *	800,000	140,000	471%	1,600,000	280,000	471%	50
リトアニア	1,800,000	1,450,000	24%	3,500,000	2,900,00	21%	50
ルクセンブルク	4,400,000	3,125,000	41%	8,800,000	6,250,000	41%	50
マルタ	46,600	46,600	0%	93,000	93,000	0%	2
オランダ	6,000,000	3,650,000	64%	12,000,000	7,300,000	64%	49**
ノルウェー	2,500,000	0		625,000	0		10
ポーランド	2,500,000	2,500,000	0%	5,000,000	5,000,000	0%	50
ポルトガル	1,500,000	1,500,000	0%	3,000,000	3,000,000	0%	50
ルーマニア	3,500,000	3,650,000	− 4%	7,000,000	7,300,000	− 4%	50
スロバキア	2,000,000	500,000	300%	4,000,000	1,000,000	300%	30
スロベニア	4,000,000	3,650,000	10%	8,000,000	7,300,000	10%	50
スペイン	2,850,000	2,374,000	20%	5,700,000	4,748,000	20%	50
スウェーデン	150,000	0		300,000	0		3
スイス	18,203,000	0		36,405,000	0		250
連合王国	6,541,000	4,100,0000	60%	13,082,000	8,200,000	60%	50

* デンマーク、エストニアおよびラトビアは、より小規模の会社にもレビュー（監査を受けることを選択してもよい）を受けることを義務付けている。
** オランダは総資産額および純売上高の閾値を現在のレベルに引き上げた際に、平均被用者数の閾値を 50 人から 49 人に引き下げた。

EC 会社法第 4 号指令および同第 7 号指令の改正ならびに会計指令の制定により、構成国が法定監査を求めることを要しない会社の範囲は徐々に拡大されてきた。これを背景に、大多数の構成国および EEA 諸国は法定監査を義務付ける会社の範囲を狭めてきた。これは、中小企業の負担を軽減することを目的とするものである。

明白に要求が拡大されたのはキプロスであり[4)]、また、イタリアでも 2019 年に要求が拡大された。すなわち、イタリアでは、倒産法の制定（Legge 19

4)　キプロスにおいては、従来から、規模にかかわらず、税法により財務諸表監査を受けることが要求されており、実務上は、会社は監査を受けていたため、2016 年 9 月 16 日以降、会社法上もすべての会社に法定監査を受けることを要求することとされた。なお、マルタにおいても、規模にかかわらず、税法により財務諸表監査を受けることが要求されている。

ottobre 2017, n. 155 Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza）に際して、早期警戒の必要が認識され、外部監査人または監査役会（collegio sindicale）の設置が求められる閾値が、改正前には、総資産額440万ユーロ、純売上高880万ユーロ、平均被用者数50人であったのに対し、2019年1月12日立法命令第14号（Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14）による改正では総資産額200万ユーロ、純売上高200万ユーロ、平均被用者数10人に引き下げられた。もっとも、これでは、負担が重すぎるということから、2019年4月18日立法命令第32号（Decreto Legislativo 18 aprile 2019, n. 32）による改正により、総資産額400万ユーロ、純売上高400万ユーロ、平均被用者数20人とされた（市民法典2477条3項）。

他方、とりわけ、北欧諸国では法定監査要求が大幅に縮小されてきた（スウェーデンは2010年に、ノルウェーは2011年に、フィンランド[5]は2006年に、それぞれ、一定の小規模会社・零細会社について、法定監査を要求しないこととした。また、デンマークは、2006年、2010年および2013年と3回にわたって閾値を引き上げた）。

とはいえ、依然として、スウェーデンおよびフィンランドの閾値は低いため、閾値を引き上げることが検討されてきた。たとえば、2017年に、スウェーデンでは、議会の下に置かれている独立機関としての国家監査局（Riksrevisionen）が「小規模株式会社の監査義務の廃止―費用が便益を上回る改革」という報告書（Riksrevisionen［2017］）[6]をまとめた。そこでは、影響度調査に基づき、監査は中小企業にとっても公益にとっても価値があるとされていた。とりわけ、中小企業に対して監査を受けることを求めないことは、経済にとっての様々なリスク、中でも、会計上の誤謬、脱税および経済犯罪のリスクを高めると指摘

5）　ただし、2006年改正前には、小規模な会社には無資格者による監査が認められていた。なお、会計専門職について、ノルウェーは規制しているが、スウェーデン、デンマークおよびフィンランドでは規制が加えられていない。

6）　要約（英語）＜https://www.riksrevisionen.se/download/18.26c2548c1616574394b157/1518435480894/RiR_2017_35_REVISIONSPLIKT_SUMMARY.PDF＞がある。

されていた[7]。そこで、この調査結果に基づき、スウェーデンでは監査の対象とされる企業の閾値のさらなる引き上げは行われないこととなった。

また、フィンランドにおいても、2018年に公表された経済・雇用省のワーキンググループの報告書「監査法および管理上の負担の軽減に関するワーキンググループの覚書」において、閾値を引き上げ、会計法上の零細会社（直近2会計年度において、総資産額35万ユーロ、純売上高70万ユーロ、平均被用者数10人という3つの閾値について2つ以上みたさない会社）については監査を要求しないとすることが提案された（Työ- ja elinkeinoministeriö［2018］s.4）[8]。この報告書作成の過程において、フィンランド事業者連盟（Suomen Yrittäjät）は、管理コストの負荷を軽減する必要があり、多くの中小会社は会計事務所に記帳および財務諸表の作成を委託しており、さらに監査を受けさせる必要性は乏しく、監査人は脱税や経済犯罪の検査役ではないのだから、閾値を引き上げても脱税や経済犯罪に対して重要な影響を与えないという意見を表明した[9]。また、金融サービス庁（Finanssivalvonta）も閾値の引き上げには賛成した[10]。しかし、フィンランド監査人協会（Suomen Tilintarkastajat）、フィンランド産業連盟（Elinkeinoelämän keskusliitto）およびフィンランドベンチャーキャピタル協会（Suomen pääomasijoitusyhdistys）などは、低い腐敗と不正がフィン

7）　監査人を設置しない会社は経済犯罪を犯す可能性が相対的に高く、監査を受ける義務の廃止は、会社が犯罪の道具として用いられる可能性が高いと指摘したものとして、Ekobrottsmyndigheten［2016］も参照。

8）　2017年には約7万社の会社が監査を受けることを要求されていた。これに対して、かりに、閾値を零細会社のレベルまで引き上げると約3万社のみが、EU指令の要求水準に合わせて、小規模会社のレベルまで引き上げると約3000社のみが監査を受ける義務を負うことになると予想されていた（Työ- ja elinkeinoministeriö［2018］s.66-73）。

9）　Suomen yrittäjät, Lausunto tilintarkastusrajojen nostoa koskevasta hallituksen esityksestä（2.10.2018）<https://www.yrittajat.fi/statement/596189-lausunto-tilintarkastusrajojen-nostoa-koskevasta-hallituksen-esityksesta>.

10）　Finanssivalvonta, Kurjallinen yhteenveto：Hallinnon tarkastus ja tilintarkastusvelvollisuuden rajat（25.10.2016）<https://www.finanssivalvonta.fi/globalassets/fi/saantely/lausunnot/2016/251016.pdf>.

ランドの経済社会に対する信頼を裏付けているなどとして反対した（Työ-ja elinkeinoministeriö［2018］s.64-65）。このような意見を背景として、政府は、監査義務を負う会社の閾値の引き上げを内容とする法案を議会に提出することを見送った（小規模会社については監査に代わる保証サービスを受けることを要求することを検討することとしたことについては、後述(2)3)）。

また、ノルウェーでは、2011年に、一部の会社について、監査を受ける義務を免除したが、それに至る過程で、法定監査義務委員会は、――有力な反対意見は存在したものの――「小規模株式会社に監査を受ける義務を課すことを廃止することは、それらの会社の財務諸表および税務申告書の信頼性を低下させ、脱税を増加させる可能性がある。とりわけ、会社が認可会計士を用いていない場合には、これがあてはまる。さらに、財務当局はどの会社が不適切な財務諸表および税務申告書を提出するか、または重要な会計上の違反を犯したかについての重要な情報を失うことになろう。監査を受ける法定の義務の免除が税務当局に対する統制資源の増加によって埋め合わせられない限り、会社の財務諸表および税務申告書の質の低下は国および地方公共団体の税収を低下させるという結果となることが最もありうる帰結である。」との見解を示した（Revisjonspliktutvalget［2008］s.62）。また、税務当局は、監査人がいないことを、納税者が情報の非対称性を増加させたいと望んでいることのシグナルであると捉える可能性があるとも指摘されていた（Eriksen［2010］）。

そして、ノルウェーにおいては、税務当局のデータによると、監査人を利用する企業は脱税しようとしない傾向があるという研究結果（Haugen/Nygren［2015］）があり、監査を受けることを止めた小規模株式会社は監査人を用いている会社に比べると税務上、より果敢であるとも主張されている（Nygaard［2016］）。そして、監査人を用いない会社において脱税が増加しているという証拠は見出されなかったものの、法定監査義務委員会の予想通り、監査を受ける法定の義務を廃止した後、監査人も会計士もいない会社については、財務当局への財務報告の質が低下しているという研究結果も存在する（Langli［2015］）[11]。

他方、デンマークにおいては、スウェーデンの国家監査局の2017年報告書を背景として、産業庁が監査を受ける義務の緩和の影響についての調査を行い、2018年12月に、監査の意義と監査を受ける義務を緩和した過去の改正の影響について、「監査を受ける義務の将来における必要性の調査」[12]という報告書を作成し、公表した。

この調査によると、年度決算書における会計上の誤謬との関係では、監査を受ける義務は重要な影響を与えていない。すなわち、いずれにしても誤謬の発生率は低いが、監査人が監査であれその他の保証サービスであれ関与している場合には、関与していない場合に比べて優位に誤謬の発生率は低い。また、監査済財務諸表を有する会社は付加価値税の申告においては、誤謬が有意に少ないが、所得税申告における誤謬との関係では有意な差は認められなかった。故意に不正を行い、経済犯罪を犯そうする会社については、監査では違法行為を発見することはできない。

多くの会社は、利用可能な4つの保証サービス（監査、拡張されたレビュー、レビュー、財務諸表の調製）を任意に選択しており、監査を受けることを止めると金融コストが上昇する可能性が高いが、監査を受けないことによる監査報酬の節約は、2017年においては、16億クローネに上ると推計されるとされた。

なお、財務諸表の質は、財務諸表の登録義務によって影響を受けていると指摘されている。すなわち、iXBRL形式で財務諸表を登録当局に提出することが義務付けられており、システムが、財務諸表が一定の閾値をみたしていないなど、財務諸表中の重要な誤謬を識別したときには登録できないからである。他方、システムは、財務諸表に主要な区分が含まれているかどうか、法定されている項目が含まれているかどうか、および、一定の数値の首尾一貫性をチェッ

11） なお、2010年にはすべての有限責任会社が監査人を設置していたのに対し、2014年末には58％の有限責任会社のみが監査人を設置しているにとどまった（Brønnøysundregistrene［2015］）。

12） Undersøgelse af det fremadrettede behov for revisionspligt ＜https://www.ft.dk/samling/20181/almdel/SAU/bilag/75/1983953.pdf＞

クすることができ、システムが財務諸表に誤謬がありうると認識したに過ぎない場合には、登録は可能であるものの、システムでは、財務諸表に誤謬が存在する可能性が識別されたと表示される。

これを背景として、デンマークにおいては、監査を要求する閾値を引き下げるべきかどうか、また、小規模の会社に監査より簡略な保証サービスを受けることを要求すべきかについて議論があるものの、現時点では法改正の動きはみられない。

小規模会社が監査を受ける義務をめぐる北欧における議論では、このように、経済犯罪、とりわけ、脱税の抑止との関連で、義務の免除に対して消極論が唱えられてきた（唱えられている）ことが1つの特徴である。

⑵ レビューなど

⑴で見たように、デンマークでは、法定監査を受けることを義務付ける会社の範囲を大幅に縮小したが、他方で、監査をうけない場合には拡張されたレビューを受けることを要求している[13]。法定監査が要求されない会社に対して、レビューを受けることを要求している国として、エストニアとラトビアが存在する。また、フィンランドでは、現在、この選択肢を検討している。

1） エストニア

EU の指令を国内法化する際に、国際監査基準に従った監査を中小規模の会社について適用することはやり過ぎであるが、同時に、中小会社の株主や社員は会社の計算書類の信頼性についての保証、外部の専門家の見解を必要とし、また、価値を見出すと考えられたため、計算書類のレビュー（ülevaatus）を一定の小規模会社についても要求することとされた（Arengu［2019］）。すなわち、2020年改正後監査人業務法[14]は、売上高400万ユーロ、総資産額200万

13） 弥永［2014］参照

14） Audiitortegevuse seadus, RT I 2010, 9, 41

ユーロ、平均被用者数50人という3つの閾値のうち2つ以上を超えた企業、または、売上高1200万ユーロ、総資産額600万ユーロ、平均被用者数180人という3つの閾値のうち1つでも超えた企業などの年度計算書類は監査を受けなければならないと定めており（91条）、さらに、その事業年度において、売上高160万ユーロ、総資産額80万ユーロ、平均被用者数24人という3つの閾値のうち2つ以上を超えた企業、または、売上高480万ユーロ、総資産額240万ユーロ、平均被用者数72人という3つの閾値のうち1つでも超えた企業の年度計算書類はレビューを受けなければならないと定めている（レビューに代えて監査を受けることも選択できる）（92条）。

		3つのうち2つ以上			3つのうち1つでも		
		売上高（100万ユーロ）	総資産額（100万ユーロ）	平均被用者数（人）	売上高（100万ユーロ）	総資産額（100万ユーロ）	平均被用者数（人）
2010年	監査	2	1	30	6	3	90
2020年	監査	4	2	50	12	6	180
2010年	レビュー	1	0.5	15	3	1.5	45
2020年	レビュー	1.6	0.8	24	4.8	2.4	72

ここで、レビューとは、46条に基づいて定められ、または承認されたレビュー業務の基準に従って提供される監査業務サービスであると定義され、レビューの対象は、適切な閾値に基づいて顧客の作成責任者によって作成された歴史的財務情報であり、レビュー業務実施者の目的は入手した証拠に基づいて、宣誓監査人の報告書において一般化された消極的形式でレビューの要約を利用者に提供することであるとされている（51条）。

そして、46条では、宣誓監査人の専門家業務基準は、①欧州委員会によってEU法化され、欧州委員会規則によって定められた国際的な基準、②①でカバーされていない部分については国際会計士連盟の原則および国際的な基準に基づいて作成された基準、および、③①および②の基準によってカバーされていない部分についての他の基準であると定められている（1項）[15]。ここで、国際的な基準とは、国際会計士連盟によって承認された、国際監査基準、国際

レビュー業務基準、国際保証業務基準、国際関連業務基準、国際品質管理基準、倫理規程、および、宣誓監査人の活動を規律する他の文書であるとされている（3項）。

Arengu［2019］は、2011年には、7,973社が監査を受け、2,144社がレビューを受けたが、監査またはレビューが義務付けられる閾値の引き上げを背景として、2018年には、5,027社が監査を受け、2,746社がレビューを受けたという集計結果を示している（もっとも、中小会社は計算書類の提出が遅いため、レビューを受けた会社は3,000近いと考えられると指摘されている）。そして、レビュー制度の導入は成功であったと評価している。

2） ラトビア

年度財務諸表および連結財務諸表に関する法律[16]の91条は、総資産額80万ユーロ、純売上高160万ユーロ、平均被用者数50人という3つの閾値のうち2つ以上を直前2事業年度において超えている会社などの年度財務諸表および連結財務諸表は宣誓監査人または宣誓監査人会社による監査を受けなければならないと定めている。さらに、同92条1項は年度財務諸表の限定的レビューとは、宣誓監査人に関する法律に従って、財務諸表に示されたデータおよび法人所得税額の準拠性を含む情報に関して実施されるレビュー業務であると定義し、監査を受けることを要しない会社のうち、総資産額40万ユーロ、純売上高80万ユーロ、平均被用者数25人という3つの閾値のうち2つ以上を直前2事業年度において超えている会社の年度財務諸表は宣誓監査人または宣誓監査会社による限定的レビューをうけなければならないと定めている（ただし、監査を受けることを選択することもできる）。

そして、宣誓監査人に関する法律である監査サービス法（Revīzijas pakalpojumu likums） の2015年10月29日 改 正（Latvijas Vēstnesis, 227,

15） ②および③の基準については、監視委員会が承認するものとされている（46条2項）。

16） Gada pārskatu un konsolidēto gada pārskatu likums, Latvijas Vēstnesis, 222, 12.11.2015.

19.11.2015）後28条1項は、宣誓監査人および宣誓監査人会社は、年度財務諸表および連結財務諸表に関する法律にいう年度財務諸表の限定的レビュー（ierobežoto pārbaudi）を、本法の規定により、ラトビアにおいて認められている国際的な監査基準、すなわち、国際レビュー業務基準の要求事項に従って、実施しなければならないと定めている。また、ラトビア宣誓監査人協会は、本項の要求事項に合致するように、宣誓監査人および宣誓監査人会社によって実施されるべき企業所得税額の遵守性レビューの方法論を含む手順を含む手続きを定めなければならないとしている。そして、年度財務諸表の限定的レビューが終了したときは、宣誓監査人はラトビアにおいて認められている国際的な監査基準、すなわち、国際レビュー業務基準の要求事項に従って、レビュー報告書を作成しなければならないとされている（28条2項）。

3） フィンランド

（1)でみたように、2018年の経済・雇用省のワーキンググループ報告書では、監査を受ける義務を負う会社の閾値を引き上げることが提案されたが、その提案は受け入れられなかった。しかし、小規模会社にとっての監査の負担を軽減することについては広い支持が見られた（Työ- ja elinkeinoministeriö［2018］; Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］）。そこで、2019年3月1日に、新たにワーキンググループが設置され、その報告書[17]では、零細会社は、一定の要件の下で、法定監査よりも負担の軽いレビューを選択できるようにすることが提案された（Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s.10）[18]。これは、国際監査・保証審議会が策定した国際レビュー業務基準 2400 に一定の税務上の情報が要求事項に従っているかどうかの検証などのフィンランド固有の要求事項を追加した

17） この報告書における提案について、2020年11月4日まで意見募集が行われた。

18） この変更により、約35,000社の株式会社、3,300社の組合（henkilöyhtiölle）および160の協同組合がレビューを選択できることになると考えられていた。そして、経済・雇用省が行った調査によれば、回答者の明らかに多数がレビューを選択することに興味を持っていた（Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s.33）。

ものであった（Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s.7 ja 13）。また、レビューが法定される場合に、マネーロンダリング防止法の範囲をレビューに拡張することも提案していた。これは、灰色経済が増大するリスクを軽減することを目的としていた。また、会社法および協同組合法に少数派社員・組合員が監査を要求できる権利を定めることを勧告した（Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 13；Tilintarkastus T. Virkilä［2020］）。さらに、業務実施者に関する原則と倫理上の義務は法定監査の場合とレビューの場合とで異ならないものとすることとされていたが（Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s.13；Ammattitilintarkastajat［2020］）、レビューは法定監査と異なり、会計記録および業務を対象としないものとされていた[19]。

他方、この報告書には、ワーキンググループ内で、とりわけ、レビューの対象となる企業、レビューの内容および目的の明確化ならびに国際的な基準の位置づけについて意見の一致を見なかったため、具体的な提案は含められなかった（Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s.10）。実際、この報告書には、9つの反対意見（うち、2つは条件付き、1つは反対および条件付き、1つは補足的）が付されていた（Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s.70-105）。

特定の課題と懸念とが繰り返し述べられ、報告書は法改正のための十分な基礎を提供しておらず、さらに検討が必要とされるものであるとみられている。ワーキンググループに与えられた目的は達成できていないと主張されており（Prepula/Sandell［2020］；Valtiovarainministeriö［2020］；Oikeusministeriö［2020］）、内務省はワーキンググループの提案がそのままの形で実現する可能性は低いと評価している（Sisäministeriö［2020］）。報告書における提案では保

19） フィンランドにおいては、監査の対象はその会社または財団のその会計年度の会計記録、財務諸表および業務（hallinto/förvaltning）であるとされている（監査法［2015年法律第1141号］第3章第1条）。すなわち、監査人は財務諸表のみならず、業務を監査するものとされている。すなわち、取締役構成員等または業務執行者が会社に損害を与える行為をしていないかどうかを判断し、また、一般的に、法令・定款違反行為がないかどうかを調査するものとされている（監査報告書の記載事項を定める監査法5条参照）。

証のための業務量や費用が削減できないため、小規模企業の状況を改善するという目的が実現できているように思われないと指摘され（Sisiäminiteriö［2020］；Karttunen［2020］；Ruohonen［2020］；Valtiovarainministeriö［2020］；Verohallinto［2020］；Oikeusministeriö［2020］）、内務省は、業務実施者の手続および報告は増加する可能性があるとすら指摘している（Sisiäminiteriö［2020］）。フィンランド国税庁も、レビューのための費用は現在の監査のための費用――監査費用は将来さらに高くなるかもしれないが――に近くなると見積もられると述べたし（Verohallinto［2020］）、フィンランド財務管理協会を代表して *Karttunen* は、レビューのための費用は現在の監査のための費用を上回ることすらあると主張した（Karttunen［2020］）。東フィンランド大学の会社法の教授である *Ruohonen* は、利害関係を有する会社の大多数は、実現する可能性が低い費用節減効果に基づいてレビューに関心を持っていると指摘した（Ruohonen［2020］）。

しかも、会社にとっての事務負担は削減されるようには見えない一方で、保証水準は低下するであろうと主張されている（Sisiäminiteriö［2020］；Karttunen［2020］；Prepula/Sandell［2020］；Ruohonen［2020］；Valtiovarainministeriö［2020］；Oikeusministeriö［2020］）。また、レビューを選択すると借入利率が上昇し（Karttunen［2020］）、また、外部からの資金調達が面倒になるであろうと指摘された（Sisiäminiteriö［2020］；Karttunen［2020］；Oikeusministeriö［2020］）。さらに、灰色経済およびマネーロンダリングならびにテロ資金提供のリスクが高まり、フィンランド経済にマイナスの影響を与えることがありうるとまで言われている（Sisiäminiteriö［2020］；Karttunen［2020］；Verohallinto［2020］；Finanssivalvonta［2016］）。COVID-19のために様変わりした環境およびそのための資金ニーズの増加やその他の効果も考慮に入れられるべきであるともコメントされている（Valtiovarainministeriö［2020］；Sisiäminiteriö［2020］；Finanssiala［2020］）。

Prepula と *Sandell*（監査人）は規制の簡素化という目的は達成されず、とりわけ、経営者および所有者の観点からみると規制がむしろ複雑化すると主張し

ている。国際レビュー業務基準2400に基づくレビューは主として質問と分析的手続によるため、財務報告の信頼性は大きく低下する。さらに、税務上の数値との調整は作業量を大きく増加させ、その結果、提案されているレビューは全体としてみれば監査より負担が軽くなるわけではないと指摘した（Prepula/Sandell［2020］）。

もっとも、*Ruohonen* は会計記録および業務がレビューの対象から除外されていることは問題であるが、さまざまなステークホルダーの利害が適切に考慮に入れられるのなら、簡易な監査はありうるという考え方を示し（Ruohonen［2020］）、国税庁は、最も小規模な企業に限定して考えるのではなく、監査制度の改革は全体として検討されるべきであるとの意見を表明した（Verohallinto［2020］）。また、司法省は、よい監査実務の意味を強調し、国際監査基準の適用の影響および監査を受けなければならない企業の閾値を引き上げることが持つ影響を調査することが重要であるという見解を示した（Oikeusministeriö［2020］）。さらに、商工会議所およびフィンランド企業連盟はレビューを認めるのでは不十分であり、フィンランド企業の競争力を高めるために、零細企業には監査を受けることを要求しないように閾値を引き上げるべきであるとの見解を表明した（Keskuskauppakamari/Suomen Yrittäjät［2020］）。また、フィンランド金融業協会は、その活動の性質、所有構造および資金調達の構造などのような会社の特性に基づいて、より正確な保証が必要な会社とより低位の保証で十分な会社とを法令で定めるべきであるとした（Finanssiala［2020］）。

3　オーストラリア

第一次会社法簡素化法（First Corporate Law Simplification Act 1995, No. 115 of 1995）による改正後会社法（Corporations law 1989）283A 条および289 条により大規模閉鎖会社（large proprietary company）に対して、監査人を選任することが求められるに至った[20]。これは、改正前には、経済的には重要であっても、免除閉鎖会社は一定の財務報告上の要求事項からの免除を享受できるという異常（anomaly）があったという認識に基づくものである[21]。当該会計年

度の連結ベースの営業収入が1000万オーストラリアドル以上、当該会計年度末の連結ベースの総資産が500万オーストラリアドル以上、当該会計年度末の会社および子会社の被用者が50人以上という3つの規準のうち2つ以上をみたす閉鎖会社が大規模閉鎖会社であるとされた。

もっとも、閉鎖会社は、監査人として、会社の役員（officer）、会社の役員のパートナー、雇用者もしく被用者または会社の役員の被用者のパートナーも

20） 改正前には免除閉鎖会社（exempt proprietary company）は監査人を選任することを要しないものとされていた。ここで、免除閉鎖会社とは公開会社（public company）が株主に含まれない閉鎖会社であるとされていた。なお、会社および証券に関する議会合同法定委員会（Parliamentary Joint Statutory Committee on Corporations and Securities：PJSC）の閉鎖会社の規制の側面に関する報告書（Report on Aspects of the Regulation of Proprietary Companies, March 2001）は、このような大小区分ではなく、免除閉鎖会社および非免除閉鎖会社という改正前の区分を再導入することを勧告したが（para.4.23）［ただし、労働党の委員は、当面の間は、大小区分を維持すべきであるという反対意見を述べた（Labor Senators' and Members' Minority Report, p.5）］、2001年会社法ではこの勧告は反映されなかった。

21） cf. BILLS DIGEST, No. 12.1995, First Corporate Law Simplification Bill 1994 ＜https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/billsdgs/06320/upload_binary/06320.pdf;fileType=application%2Fpdf#search=%22legislation/billsdgs/06320%22＞, p. 7（Main Provisions, Comment to Clause 4(2)）. もっとも、改正前の1994年6月30日時点では、公開会社17,000社、非免除閉鎖会社23,000社のみならず、免除閉鎖会社20,000社が監査人を選任していたと指摘されている（Review of Requirements for the Registration and Regulation of Company Auditors. Report of a Working Party of the Ministerial Council for Corporations, July 1997, p.33, note 17）。

22） 改正前には免除閉鎖会社についてのみ認められていたが、改正により閉鎖会社すべてに拡張された。なお、このような改正に対して、オーストラリア勅許会計士協会およびオーストラリア公認会計士協会は懸念を表明したが、会社および証券に関する議会法定合同委員会は、この問題には監査および会計作業部会が対応することになると述べた（Report on the First Corporate Law Simplification Bill 1994, para. 2.68）。なお、作業部会は、現在、閉鎖会社が会社の役員または会社の役員と一定の関係を有する者を監査人として選任できるとしている免除規定を削除するように、会社法324条1項f号および2項g号は改正されるべきであると勧告した（Review of Requirements for the Registration and Regulation of Company Auditors. Report of a Working Party of the Ministerial Council for Corporations, July 1997, Recommendation 9.1）。

しくは被用者を選任することができるものとされた（改正後324条1項f号・2項g号）[22]。もっとも、監査人になることができる者は登録会社監査人（registered company auditor）に限られており（改正後324条1項d号）、所属する会計職業人団体の倫理規程に従う必要があり、会社の監査人となるにあたって、倫理規程を考慮に入れる必要があった。

また、313条は、オーストラリア証券委員会は、計算書類の監査を受けることが会社にとって不合理な負担をもたらすときには、その会社に対して監査を受ける義務を免除することができる旨を定め、オーストラリア証券委員会は、その判断にあたって、監査要求に従うことによる予想コストおよび予想便益ならびに監査要求に従う上で会社が直面する実務上の困難（たとえば、監査要求がその会社に適用される初年度において、または、その会社が大規模閉鎖会社と小規模閉鎖会社のカテゴリ―の間で頻繁に動くような場合）を考慮に入れるものとされた。そして、予想便益との関係では債権者および潜在的債権者の数、債権者および潜在的債権者の立場（とりわけ、会社についての財務情報を別途入手する能力）ならびに会社の債務の性質と程度が考慮に入れられる[23]。

その後、2004年会社法経済改革プログラム（監査改革および会社開示）法（Corporate Law Economic Reform Program（Audit Reform & Corporate Disclosure）Act 2004）による改正により、2001年会社法に324CH条が設けられ、監査人の独立性の観点から、監査人は会社との間で一定の関係を有しないことが求められるに至ったが、同条1項1号から9号までの関係（被監査事業体の役員（officer）もしくは監査密接関連被用者（audit-critical employee）[24]、被監査事業体の役員もしくは監査密接関連被用者のパートナー、雇用者もしく

23） これは、会社および証券に関する議会合同法定委員会の1995年第一次会社法簡素化法案の付属文書4の項目1から4についての報告書（Report on Items 1–4, Schedule 4, of the First Corporate Law Simplification Bill 1995）の勧告1に従ったものである。

24） 被監査会社等の被用者であって、雇用されている地位にゆえに、監査の対象となる財務報告書の内容の重要な側面または監査の実施または有効性に重要な影響を与えることができるものをいう（2001年会社法9条）。

被用者、被監査事業体の役員もしくは監査密接関連被用者の被用者のパートナーもしくは被用者、一定の期間内に被監査事業体の役員もしくは監査密接関連被用者であった者など）を有しないという要求事項は、小規模閉鎖会社には適用されないこととされた。これは、*Ramsay* 報告書の勧告に従ったものである[25]。すなわち、*Ramsay* 報告書では、小規模閉鎖会社についてのみ324条が定める雇用関係の禁止の対象外とすることが、大規模閉鎖会社が監査人の独立性ルールに服することを確保することにより、作業部会の主要な懸念に対応するものであり、小規模閉鎖会社に費用の負担を課さないことから、最も適切な方法であると考えるとした[26]。そして、政府も会社法経済改革プログラム・ペーパー第9号でその方針を示していた[27]。

現在では、会社、登録スキームまたは開示事業体は、その財務報告書につき監査を受けることが原則であるが（2001年会社法301条1項）、小規模閉鎖会社は、クラウドファンディングによる株主がいること（2001年会社法292条2項c号）または5%以上の議決権を有する株主による指示により財務報告書を作成するに過ぎない場合には監査を受けることを要せず、その場合でも、前者の場合には会社がこれまで行ったクラウドファンディングの合計額がクラウドファンディングを行ったことを理由として監査が要求される閾値（300万オーストラリアドル）よりも低いときには、後者の場合には監査を受ける旨の指示がないときには、それぞれ、監査を受けることを要しない（2001年会社法301条2項）[28]。なお、2019年7月1日より、大規模とされる規準が引き上げられ

25） 2002—2003 The Parliament of The Commonwealth of Australia, House of Representatives, Corporate Law Economic Reform Program（Audit Reform and Corporate Disclosure）Bill 2003, Explanatory Memorandum, paras.4.13 and 5.158.

26） Review of Current Australian Requirements and Proposals for Reform；Report to the Minister for Financial Services and Regulation, 2001, p.42−43, note 21.

27） CLERP Paper No. 9：Proposals for Reform－Corporate Disclosure：Strengthening the financial reporting framework, 2002, p.52.

28） 保証有限会社についても監査を受けることを要しない場合が規定されている（2001年会社法301条3項4項）。

ており、連結総営業収益5,000万オーストラリアドル以上、連結総資産2,500万オーストラリアドル以上、100人以上の被用者という3つの規準のうち2つ以上をみたす会社が大規模会社とされている（2001年会社法45A条2項、2001年会社規則 regulation 1.0.02B）。

そして、オーストラリア証券投資委員会は、申請に基づいて、一定の規準をみたす場合には、監査を受ける義務から監査を受ける義務から会社、登録スキームまたは開示事業体を免除することができる（2001年会社法340条および341条）。免除できるのは、監査を受ける義務を遵守することが、財務報告その他の報告書をミスリーディングなものとする、状況に照らして不適切である、または、不合理な負担を課すとオーストラリア証券投資委員会が認める場合である（2001年会社法342条1項）。そして、閉鎖会社の場合に、会社に不合理な負担を課すことになるかについては、オーストラリア証券投資委員会は監査要求に従うことによる予想コストおよび予想便益、監査要求に実効的に従う上で会社が直面する実務上の困難（たとえば、監査要求がその会社に適用される初年度において、または、その会社が大規模閉鎖会社と小規模閉鎖会社のカテゴリ―の間で頻繁に動くような場合）、当該会計年度中の会社の営業の非通例的な側面ならびオーストラリア証券投資委員会が関連すると考える他の事項を考慮に入れる（2001年会社法342条2項）。そして、予想便益との関係では債権者および潜在的債権者の数、債権者および潜在的債権者の立場（とりわけ、会社についての財務情報を別途入手する能力）ならびに会社の債務の性質と程度を考慮に入れる（2001年会社法342条3項）。

4　ニュージーランド

大規模会社（外国会社または外国会社の子会社を除き、過去2会計年度末のいずれにおいても連結総資産が6000万ニュージーランドドルを超えるものまたは過去2会計年度のいずれにおいても連結営業収益が3000万ニュージーランドドルを超えるものが大規模とされる［2013年財務諸表法45条1項］。一定の例外あり）、公的企業である会社、大規模外国会社（外国会社または外国会

社の子会社を除き、過去2会計年度末のいずれにおいても連結総資産が2000万ニュージーランドドルを超えるものまたは過去2会計年度のいずれにおいても連結営業収益が1000万ニュージーランドドルを超えるものが大規模とされる［2013年財務諸表法45条2項］。一定の例外あり）および10人以上の株主がいる会社（一定の例外あり）はその財務諸表について資格を有する監査人の監査を受けなければならない（1993年会社法206条・207条）。

10人以上の株主がいるにもかかわらず、監査を受けなくともよいのは、会社法207I条の規定（会社法207条の規定を適用しないことを選択できる旨の規定）を適用しない旨を明示的にその会社の定款に定めておらず、かつ、大規模会社でも公的企業でもなく、かつ、一定の期間[29]内に開催される株主総会において、議決権を有する株主の議決権の95％以上の賛成により、当該会計年度につき監査を受ける要求事項[30]に服さない旨を決議した場合である（1993年会社法207I条）。

同様に、大規模会社が監査を受けなくともよいのは、会社法207J条の規定（会社法207条の規定を適用しないことを選択できる旨の規定）を適用しない旨を明示的にその会社の定款に定めておらず、かつ、公的企業や207E条[31]の下で財務諸表を登録することが要求されている会社でもなく、かつ、一定の期間内に開催される株主総会において、議決権を有する株主の議決権の95％以上の賛成により、当該会計年度につき監査を受ける要求事項[32]に服さない旨を決議

29） 会計年度の開始日から会計年度の開始から6カ月経過した日、当該会計年度中の年度株主総会の会日または会計年度が6カ月未満の場合は貸借対照表日のいずれか早い日までの間。

30） 財務諸表および連結財務諸表を作成する義務や年度報告書を作成する義務に服さない旨を決議することもできる。

31） 大規模外国会社のほか、ニュージーランド外で設立された法人の子会社、ニュージーランド外で設立された法人またはニュージーランドに通常居住していない者が、合わせるとその会社の総会において25％以上の議決権を行使しまたは行使を支配できる権利を保有している大規模会社（一定の例外あり）がこれに該当する（1993年会社法207D条）。

32） 財務諸表および連結財務諸表を作成する義務や年度報告書を作成する義務に服さない旨を決議することもできる。

した場合である（1993年会社法207J条）。

5　カナダ

連合王国の1908年会社統合法に倣って、1917年会社法改正法（8 George V, c.25）に監査を強制する規定が設けられたが（94A条）、これは1916年事業利益戦費税法（Business Profits War Tax Act, 1916, 6 & 7 George V, c.11）および1917年所得戦費税法（Income War Tax Act, 1917, 7 & 8 George V, c.28）の適用のためであったと指摘されている。すなわち、監査を強制する条項と最低限の開示要求はより一貫し、かつ、比較可能な課税の基礎を提供するものであり、財務諸表による開示の適切性に対する評判のよい職業人による保証があることによって「課税の公平」がみたされたとされ、国中が戦争に尽力しているときに、監査を要求するこのような法律が成立したのかについての文献はほとんどみあたらないと指摘されている（Murphy［1980］p. 90–91）[33)]。その後、1970年改正（1969–70, c.70）により、カナダ会社法（Canada Corporations Act）は、総営業収益が1000万カナダドル以下であり、かつ、総資産が500万カナダドルを超えない非公開会社（非公開会社ではない会社の子会社を除く）では、出席株主全員の同意により、会社もしくは子会社の取締役、役員もしくは被用者または取締役、役員もしくは被用者のパートナー、雇用者もしくは被用者を監査人として選任することを認めた（131条2項·2.1項、128条1項b号。*See e. g.* Iacobucci *et al.*［1977］p. 388–389）。

ところが、1975年カナダ事業会社法では、公開会社および総営業収益が1000万カナダドルを超えるか、総資産が500万カナダドルを超える非公開会社はその財務諸表につき監査を受けなければならないこととされた。それ以外の非公開会社は議決権を有する株主を含む総株主の同意により監査人を選任することを要しないものとされた（154条1項・157条）[34,35)]。この規定は、非公開会社に分類されても、大規模なコングロマリットの子会社はカナダにおいてか

33）　もっとも、1914年から1915年にかけて会社の破たんもみられた（Goodman［1917］p.44）。

なりの経済的インパクトを有することに着目したものである。これらの会社のカナダ経済にとっての経済的重要性ゆえに、監査済財務諸表の開示要求による公的説明責任の手段を有することが重要であると考えられた。また、同じ事業を行っている公開会社に比べて、このような大規模非公開会社に情報の非開示による競争上の利益を与えるべきではないと考えられた（Iacobucci *et al.*［1977］p. 389）。さらに、立案担当者は、「ある会社については、その株主が望むのであれば、監査を受けることの便益なしで済ませることができるようにすべきであるということに合意するが、会社に監査人を置くのであれば、その監査人は独立していなければならない。手短に言えば、よい監査か全く監査がないという区別であるべきであり、よい監査と疑問が残る監査という区別であるべきではない」と述べた（Dickerson *et al.*［1971］p.110（para.335））。

しかし、州法を準拠法として設立することによって、会社は連邦法における財務諸表の監査および公開の要求を回避することができた。これは、各州の会社法は1975年カナダ事業会社法に一般的には倣った規定を設けたものの、財務諸表の監査および公開を求める160条などを取り込まない傾向が見られたためである（Canadian Bar Association［1994］p. 7）。この不一致が連邦レベルの立法者にとって懸念の元となっていた。そこで、1994年に、法案C-12が可

34） アルバータ会社法118.1条は、5人以下の株主しかおらず、50万カナダドル以下の総資産、100万カナダドル以下の営業総収益の非公開会社については、総株主が書面で同意した場合には、当該年度につき、監査人を選任することを要しないものとしていた。オンタリオ事業会社法167条以下も同様に規定しており（ただし、子会社の場合にはさらに親会社も監査人の選任を要しないことが要件）、ブリティッシュ・コロンビア会社法202条も、報告会社ではない会社においては、総株主（ただし、子会社の場合にはさらに親会社も監査人の選任を要しないことが要件）が書面で同意すれば、当該年度につき監査人を選任することを要しないものとしていた（プリンス・エドワード・アイランド事業会社法128条も同様）。ニュー・ブラウンズウィック事業会社法129条・130条は、カナダ事業会社法と同様のアプローチを採用したが、閾値は50万カナダドル以下の総資産であって、100万カナダドル以下の営業総収益であることとされた。

35） なお、1979年改正（1978-79, c.9, s.49）で、完全子会社である会社は長官に対して監査人を選任することからの免除命令を申請することができるものとされた。

決され、カナダ事業会社法160条が改正され、非公開会社については、総株主の同意があれば年度財務諸表につき監査を受けないことが認められることとなった（163条）。

1994年改正は、カナダの連邦レベルの会社法を――カナダおよびその他の国におけるほど、大規模な外国非公開会社についての問題がないアメリカ合衆国を主要な例外として――圧倒的に多くのOECDおよびG7諸国に比べて、非公開会社の監査および登録の要求に関して寛大なものとした（Sub-Committee on Bill C-12［1994］p. 1：18）。法案C-12についての議員に対する説明書では、監査済財務諸表を登録することを非公開会社に要求することを止めるカナダ事業会社法の改正の正当化事由として、法曹界および私企業がカナダ事業会社法160条が非公開会社の設立準拠法としてカナダ事業会社法の魅力を失わせると考えていることが指摘された。すなわち、監査済財務諸表の登録についてのこの規定は、貴重な会社の機密情報を競争相手に公開させることになりカナダ事業会社法に基づいて設立された大規模非公開会社の競争力を損なうと述べられた（Industry Canada［1994］Section 160(1)）。このような説明は、カナダ法曹協会が、法案C-12に関する小委員会にあてた書簡の中で、法律家は自己の顧客に対して、160条を理由として、カナダ事業会社法を準拠法とせず、州法を準拠法として設立するように助言してきたと述べていたことを背景としている（Canadian Bar Association［1994］p. 7）。

また、改正についての下院での審議の際に、産業大臣は、大規模な非公開会社による財務諸表の公開は「州によっては要求されていないし、我々の主要な貿易先であるアメリカ合衆国の法によっても要求されていない」と述べ、大規模非公開会社の財務諸表の公開に強制することは、外国企業がカナダで設立すること、とりわけ、連邦法の下で設立することを思いとどまらせる可能性があるという懸念を表明した（*Commons Debates*, May 4, 1994, p. 3903［John Manley］）。

なお、このような監査要求についての改正に対して、会計士団体などは強く反対したが（Rennie *et al.*［2003］p.232-234）、財務諸表利用者はあまり関心

を示さなかったようである（Sub-Committee on Bill C-12［1994］p. 1：24-1：25）。

参照文献

Ammattitilintarkastajatry［2020］*Ammattitilintarkastajat ry：n lausunto* ＜https://api.hankeikkuna.fi/asiakirjat/3c9f73f6-1e04-4d91-8a6c-8d6e3c322a97/5ed9efb7-8a74-4823-b7c6-00417673b2b4/LAUSUNTO_20201106133657.PDF＞

Arengu, M.-M.［2019］*Review engagements in Estonia－the story so far* ＜https://tilintarkastajat.fi/blogit/review-engagements-in-estonia-the-story-so-far/＞

Brønnøysundregistrene［2015］*Fortsatt stor vekst i nye aksjeselskap－færre NUF, Pressemelding* 07.01.2015 ＜http://www.bygg.no/article/1221864＞

Canadian Bar Association, National Business Law Section［1994］*Commentary to the Sub-Committee on industry of the standing committee on Bill C-12：An Act to Amend the Canada Business Corporations Act and to make consequential amendments to other acts*

Dickerson, R.W.V./Howard, J.L./Getz, L.［1971］*Proposal for a New Business Corporations Law for Canada*, vol.1, Information Canada

Ekobrottsmyndigheten［2016］*Effekter på den ekonomiska brottsligheten efter avskaffandet av revisionsplikten för mindre aktiebolag*. Rapport, juni 2016, EBM A-2016/0375 ＜https://www.ekobrottsmyndigheten.se/Documents/Rapporter/PM%202016-06-01%20rapport%20-%20slutversion.pdf＞

Eriksen, Ø.［2010］*Revisjon vs. skatterevisjon*
＜https://www.skatterevisor.no/nyheter/aktuelle-tema/2-fagpolitisk-tema/222-revisjon-vs-skatterevisjon＞

Finanssiala［2020］*Täydentävä lausuma*, in：Työ-ja elinkeinoministeriö［2020］s. 105-109

Finanssivalvonta［2016］*Kurjallinen yhteenveto：Hallinnon tarkastus ja tilintarkastusvelvollisuuden* rajat ＜https://www.finanssivalvonta.fi/globalassets/fi/saantely/lausunnot/2016/251016.pdf＞

Goodman, M.［1917］The Chartered Accountants of the Dominion－A discussion and suggestion, *The Canadian Chartered Accountant*, vol.7（July）：44-46

Haugen, K.S. /Nygren, E.A.［2015］*Virksomheter og skatteunndragelser. En analyse av Skatteetatens kontroller*. Master Thesis, NTNU Business School, Norwegian University of Science and Technology ＜https://ntnuopen.ntnu.no/ntnu-xmlui/bitstream/handle/11250/2368703/Haugen%20Nygren_2015.pdf?sequence=1＞

Iacobucci, F./ Pilkington, M. L./Prichard, J. R. S.［1977］*Canadian business corporations*, Canada Law Book

Industry Canada［1994］*An Act to amend the Canada Business Corporations Act：Briefing Book*

Karttunen、J.［2020］*Eriävä mielipide*, in：Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 77-81

Keskuskauppakamari/Suomen Yrittäjät［2020］Eriävä mielipide tilintarkastusta arivoineen työryhmän mietintöön, in：Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 74-76

Langli, J.C.［2015］*Evaluering av unntak for revisjonsplikt i små aksjeselskaper*. Rapport til Finansdepartementet, knyttet til Finansdepartementets anbud av 17. desember 2012 ＜http://home.bi.no/john.c.langli/paper/Langli_2015.03.26_Evalueringsrapport（625s）.pdf＞

Murphy, G.［1980］Financial statement disclosure and corporate law：The Canadian experience, *International Journal of Accounting*, vol. 15, no.1：87-99

Nygaard, A.A.［2016］*Skatteatferd i små aksjeselskaper*. Master Thesis, NTNU Business School, Norwegian University of Science and Technology ＜https://ntnuopen.ntnu.no/ntnu-xmlui/bitstream/handle/11250/2428760/AndreasArentzNygaard.pdf?sequence=1＞

Oikeusministeriö［2020］*Eriävä ja täydentävä mielipide*, in：Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 96-104

Prepula, J. /Sandell, T.［2020］*Eriävä mielipide*, in：Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 81-86

Rennie, M./ Senkow, D./ Rennie, R./ Wong, J.［2003］Deregulation of the Private Corporation Audit in Canada：Justification, Lobbying, and Outcomes, *Research in Accounting Regulation*, vol.16：227-241

Revisjonspliktutvalget［2008］*Revisjonsplikten for små foretak*. NOU 2008:12.

Riksrevisionen［2017］A*vskaffandet av revisionsplikten för små aktiebolag – en reform som kostar mer än den smakar*（RiR 2017:35）＜https://www.riksrevisionen.se/download/18.3daa1b3d160c00a26d2c0f3/1518435499282/RiR_2017_35_REVISIONSPLIKT_ANPASSAD.pdf＞

Ruohonen, J.［2020］*Eriävä mielipide*, in：Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 87-90

Sisiäminiteriö［2020］*Eriävä mielipide luonnoksesta hallituksen esitykseksi eduskunnan tilintarkastuslain muuttamisesta*. SM2017803, in：Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 71-73

Sub-Committee on Bill C-12［1994］*Minutes of proceedings and evidence of the sub-committee on Bill C-12, an Act to amend the Canada Business Corporations Act and to make consequential amendments to other Acts, of the Standing Committee on Industry*, Queen's Printer for Canada

Tilintarkastus T. Virkilä Oy［2020］Ti*lintarkastus T. Virkilä Oy:n lausunto* ＜https://api.hankeikkuna.fi/asiakirjat/3c9f73f6-1e04-4d91-8a6c-8d6e3c322a97/e964b7ff-6b3b-4596-bf74-5e5a30ca8583/LAUSUNTO_20201106133657.PDF＞

Työ- ja elinkeinoministeriö［2018］*Työryhmän muistio tilintarkastuslain määrätyistä lainkohdista ja hallinnollisen taakan keventämisestä* ＜https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/160475/TEMjul_1_2018_Tilintarkastus.pdf＞

Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］*Kevyemmän tarkastuksen käyttöönottoa valmistelleen työryhmän mietintö*. 2020:38

Valtiovarainministeriö［2020］*Valtiovarainministeriön ehdollinen eriävä mielipide työ- ja elinkeinoministeriölle lakisääteistä tilintarkastusta kevyemmän tarkastuksen käyttöönottoa koskevan töryhmän muistiosta*, in：Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 91- 94

Verohallinto［2020］*Verohallinnon ehdollinen eriävä mielipide työryhmämuistioon*, in：Työ- ja elinkeinoministeriö［2020］s. 95-102

弥永 真生［2014］「中小会社の計算書類の信頼性の確保：デンマーク」會計 186 巻 2 号：137-148

この論稿は、JSPS 科研費 JP 25285026 および JP 19H01427 の助成を受けた研究の成果です。

（やなが・まさお　筑波大学ビジネスサイエンス系教授［2021 年 3 月 31 日時点］）

判例評釈

破産者に対する立替金等債権を有していた信販会社が、自動車に留保した所有権に基づいて破産者に不足額を通知した場合において、破産者への不足額の通知が破産法162条1項の「債務の消滅に関する行為」に該当するとされた事例

直　井　義　典

（否認権行使請求事件、大阪地裁平成30年（ワ）第6880号、令和1年12月20日民事11部判決、一部認容、一部棄却（控訴）、判例時報2462号41頁）

【事実】

⑴　平成26年9月27日、自動車販売会社であるA会社、破産者B及び信販会社であるY会社（被告）は、BがAから自動車（以下「本件自動車」という）を買い受けるとともに、売買代金330万円から頭金6万円を控除した残額324万円（以下「本件残代金」という）をBに代わってAに立替払することをYに委託すること、本件自動車の所有権がBに対する債権の担保を目的としてAに留保されることなどを内容とする本件立替払契約を締結し、同契約において以下の合意をした。

BはYに対し本件残代金額に分割手数料額32万円余りを加算した金員（以下「本件立替金等債務」という）を平成26年11月から平成31年10月までの間、毎月27日までに支払う。

Bは自動車の登録名義の如何を問わず、Aに留保されている自動車の所有権が、YがAに立替払をしたときにYに移転し、本件立替払契約に基づく債務を完済するまでYに留保されることを承諾する。

Bは、支払を停止したときは、本件立替金等債務について期限の利益を失う。

Bは、期限の利益を失ったときは、Yに対する債務の支払いのため、直ちに本件自動車をYに引き渡す。

Yが本件自動車の引渡しを受けたときは、Yは一般社団法人日本自動車査定協会等の評価基準に基づく評価額及び本件自動車のリサイクル料金相当額等をもって、立替払契約に基づく一切の債務等の弁済に充当することができる。充当後、不足額があるときは、Bは直ちにこれをYに支払い、余剰金があるときは、Yは、BのYに対する本件立替金等債務以外の債務等に充当することができ、なお余剰があるときはこれをBに返還する。

⑵　平成26年10月10日、本件自動車について、Aを所有者、使用者をBとする新規登録がなされた。同月頃、YはAに対し本件残代金を立替払した。

BはYに対する平成29年7月分ならびに8月分の分割金の支払を怠った。そして同年9月29日には、BはYに対し本件自動車を引き渡した。

平成29年10月3日、Bの代理人弁護士がYに対して受任通知をしたことによって、Bは、本件立替金等債務について支払を停止して期限の利益を喪失した。

Yは、平成29年10月4日、本件自動車を査定した。同月10日頃には本件立替金等債務に本件自動車の評価額等を充当して清算し、72万円余りの不足額がある旨をBの代理人弁護士に対して通知した（以下「本件不足額通知」という）。不足額の計算は、本件立替金等債務の残高に査定費用を足したものから、本件自動車充当額・リサイクル料預託金・メンテプロパック解約金を引いてなされている。

平成29年11月30日、Yは本件自動車を売却した。

⑶　平成30年2月15日、Bは破産手続開始を申し立て、同年5月16日に破産手続開始決定がなされ、Xが破産管財人に選任された。同月21日、Xは、Yに対して、Yが本件自動車の引渡しを受けて、本件自動車を査定し、Bに不足額の通知をした一連の行為（以下「本件一連の行為」という）を否認するとの意思表示をして、本件自動車の価額償還請求として本件自動車の本体価額、リ

サイクル料預託金相当額、メンテプロパック解約金の合計額である156万円余りの支払を求めたが、支払期限までに支払われなかった。

⑷ そこでXは、本件一連の行為又は不足額の通知による清算行為が破産法162条1項1号に該当するとして、Yに対して否認権を行使し、自動車の返還に代わる190万円余りの価額償還を求めて提訴した。価額償還のうちには、前述した本件自動車の本体価額、リサイクル料預託金相当額、メンテプロパック解約金の合計額のほかに、自動車本体価額の消費税分が含まれる。なお、Xは本件訴訟において、本件自動車本体の評価額を増額し、メンテプロパック解約金については訴えを取り下げた。

【判旨】

一部認容。

「本件立替払契約においては、Yは本件立替金等債務を担保するために留保された所有権を有するにすぎず、同担保部分を除くと、本件自動車の実質的な所有権はBが有していたというべきであり、本件不足額通知により、Bが実質的な所有権を有する本件自動車の評価額等をもって、本件立替金等債務の弁済に充当されたものと認めるのが相当である。また、本件不足額通知は、本件立替払契約……により予定された行為であって、Bの行為と同視することができるものである。

したがって、本件不足額通知は、「債務の消滅に関する行為」に該当する。」

Yは、Bから本件自動車の引渡しを受けたときに代物弁済がされ、この時点で債務がすでに消滅していたと主張するが、【評釈】3⑵に掲げる理由により、本件自動車引渡しの時点では債務消滅の効果が生じていたとは言えない。

そして、平成29年10月3日のBの代理人弁護士によるYに対する受任通知は、Bが一般的、継続的に債務を弁済できないことを明示的に表明したものであるからこのときに「支払の停止があった」と認められ、破産法162条3項により、それ以後は支払不能であったものと推定される。本件不足額通知は、平成29年10月10日頃にされたものであって、上記の支払不能後になされたもの

であるから、破産法162条1項1号イが定める「支払不能になった後」「にした行為」に該当する。また、Yは、平成29年10月3日、Bの代理人弁護士からの受任通知を受けているから、同月10日頃までに、Bに支払の停止があったことを知っていたものと認められるとして、本件不足額通知は、破産法162条1項1号における否認権の要件を充足すると判示した。

価額償還請求における償還義務の有無及びその額については、本判決は以下のように判示した。

否認権の行使により本件自動車の実質的な所有権が破産財団に帰属することとなり、Xはその管理処分権限を有するため、Yに対し本件自動車の返還を請求することができる。Yは、本件不足額通知が否認されたとしても、本件自動車に留保された所有権に基づきBから本件自動車の引渡しを受けているから占有権原を有していたと主張する。しかし、Yは、本件立替払契約により、本件立替金等債務を担保するために留保された所有権を新たに取得したにすぎず、本件自動車の登録手続もしておらず、破産手続開始後に破産管財人に対して対抗できる権利を有していたとは言えない（最判平成22年6月4日民集64巻4号1107頁参照）から、Yの主張には理由がない。否認権行使における償還請求額の算定基準時は否認権行使時であり、平成30年5月21日における本件自動車の本体価額につきYは償還義務を負う。Yは本件自動車の本体価額は自動車の下取価格によって算定されるべきだと主張するが、償還請求額は否認権行使時における目的物の時価額であって、自動車の下取価格が直ちに時価額であるとは認めがたい。リサイクル料預託金は、自動車の所有権譲渡があった時は、譲受人が預託したものとみなされるため、自動車本体の価額とは別に譲受人から譲渡人に支払われることになる。仮に否認権行使により本件自動車が破産財団に復帰し破産管財人が換価すれば、本体価額とともにリサイクル料預託金相当額が譲受人から支払われて破産財団に帰属するのであるから、リサイクル料預託金相当額は本件自動車の価額に含まれる。よってリサイクル料預託金相当額についてもYは償還義務を負う。本件自動車を換価した際に生じる消費税については、仮に破産管財人が換価したとしても、消費税相当分が最終的

に破産財団に帰属するものではないから、Yは消費税相当分の償還義務を負わない。

【評釈】

1　本件の事案は、自動車購入者が販売会社に対して負う代金債務を立替払したものの当該自動車の登録名義を有しない信販会社が、自動車について留保した所有権に基づいて購入者から自動車の引渡しを受けた。その後に、購入者についての支払停止通知が信販会社に対してなされ、さらにその後に信販会社が自動車の査定ならびに不足額通知を行ったところ、購入者について破産手続開始決定がなされたため、破産管財人が否認権を行使したというものである。

本判決は、破産法162条1項柱書の「債務の消滅に関する行為」に該当するのは自動車の引渡しではなく不足額の通知であるとして、破産管財人による否認権行使を認容した。また本判決は、否認権行使の結果として価額償還請求が認められた場合につき、具体的な償還額の算定法を示す。

否認権行使を認容した結論は従前の裁判例の大勢に従ったものと言えるが、後述するいずれの裁判例とも事実関係が異なることから「債務の消滅に関する行為」の内容を詳細に判示しており、かつ、その理由づけが後述する①判決に直結した破産手続開始後には別除権を行使できないからといったものではない点、ならびに、否認権行使の結果としての償還額の算定法を具体的に示した点に意義がある。

2 ⑴　自動車の購入に際しては、購入者が販売会社に対して一括して代金を支払うことは必ずしも多くはなく、信販会社の関与の下、ローンが組まれることが多い。その場合、信販会社が販売会社に売買代金の残額を一括で立替払し、購入者が信販会社に手数料を含んだ額を分割弁済する立替払方式や、信販会社が購入者からの割賦金の回収業務を代行するとともに購入者の負う残代金債務について保証する保証委託方式が取られる。いずれの方式においても、信販会社による立替払や保証債務の履行後であっても、自動車の登録名義は販売会社に残しておくのが慣行である。これは、名義変更にかかる手続費用や管理

のための人件費を節約し、さらにそれに伴い販売価格を低減することを目的とする。

このように信販会社が立替払ないし保証債務の履行をしたにも拘らず販売会社に自動車の登録名義が残されている状況で購入者が倒産状況に陥った場合、信販会社は自らの有する留保所有権を行使し得るのかが問題となる。

(2) すでに購入者について倒産手続が開始され、倒産手続内で留保所有権を別除権として行使することの可否が争われたものとしては、以下の判例がある。

①最判平成22年6月4日民集64巻4号1107頁は、立替払方式で残代金相当額に手数料額を加算した立替金等債権が被担保債権とされた事案につき、購入者の小規模個人再生による民事再生手続開始後に信販会社が所有権留保に基づく別除権行使として[1]自動車の引渡しを求めるには再生手続開始の時点で登記・登録等を具備している必要があるとして、民事再生法45条を参照させる。そして本事例では信販会社は登録名義を有していなかったことから、別除権行使を否定した。民事再生法45条は破産法49条と同内容であるから、同様の趣旨は購入者に破産手続開始決定がなされた場合にも妥当する。

②最判平成29年12月7日民集71巻10号1925頁は、保証委託方式で信販会社が保証債務の履行として販売会社に対して残代金を支払った後、購入者に破産手続が開始された事案につき、留保所有権を別除権として行使することを認容した。その理由は、保証人は代位弁済によって購入者に対して取得する求償権を確保するために、弁済によって消滅するはずの販売会社の購入者に対して有する売買代金債権及びこれを担保するための留保所有権を法律上当然に取得し、求償権の範囲内で売買代金債権及び留保所有権を行使できること[2]、なら

1) 購入者に倒産手続開始決定がなされる前に自動車の留保所有権が行使される場合と同様、ここでも自動車が破産者・再生債務者の責任財産を構成しているかを問題とする余地はあり、責任財産を構成しないのであれば取戻権行使が認められる。しかし、当事者が別除権行使の問題となることについて争わなかったため、①判決ではもっぱら別除権行使の可否が問題となっている。

2) 最高裁はここで法定代位に関する民法500条・501条に言及する。

びに、購入者の破産手続開始時点で販売会社を所有者とする登録がなされている自動車については、所有権が留保されていることが予測しうるから破産債権者に対する不測の影響は生じないことに求められる。

これらの判例の結論の違いは法定代位の有無に求めることができ、信販会社の行使する留保所有権の被担保債権の範囲が自動車の登録名義人である販売会社の有していた債権の範囲と一致していれば、信販会社は自らが登録名義を有することなく留保所有権を別除権として行使し得ることとなる[3)]。

(3) これに対して、購入者に倒産手続開始決定がなされる前の段階で、留保所有権の行使は許されるか。信販会社による留保所有権の実行が、買主の支払不能後に行われた場合には、倒産手続開始後に、その行為が偏頗行為否認の対象となるかという形で問題となる。

否認権行使の一般的要件は以下のように説明されている。否認権が責任財産を回復するための制度であることから、否認権行使の対象となった行為の当時に自動車が購入者の責任財産を構成していたことが前提となる。また、否認権の一般的要件として、倒産債権者にとっての有害性、偏頗行為否認に即していえば債権者間の平等を害することが求められる。さらに、行為がなされた動機や目的を考慮して倒産債権者の利益を不当に害するものでないときは、否認の対象とならない。破産においては否認権行使の対象が破産者自身の行為であることが要求されるか争いがあるが、偏頗行為否認の場合、第三者の行為であっ

3) 立替払方式と保証委託方式とでは代物弁済の時期に相違があることが影響したとも考えられ、阿部弘樹ほか「登録名義を有しない自動車所有権留保の破産手続上の取扱いに関する実務の流れと問題点の検討」事業再生と債権管理155号73頁のように、②判決が出される以前に、立替払方式では信販会社の買主に対する債権を担保するために所有権が留保され、これは販売会社のための担保としてではなく信販会社に所有権を移転するための留保であるのに対し、保証委託方式では販売会社の有する債権を担保するために所有権が留保されているという実質に着目して、保証委託方式では①判決と異なる判断がされる余地が生ずるとしていたものもあった。しかし、ごく短期間であるとはいえ販売会社の売買代金債権を担保するために所有権が留保されると解することもできるから、この違いに着目する必要はないのではないか（阿部ほか・前掲74頁も、販売会社の所有権留保の前提をまったく欠くとまではいえない、とする）。

てもその効果が破産者の行為と同視されるのであれば否認の成立を認めてよい[4]。

そして偏頗行為否認対象性につき、大阪地裁民事第6部は偏頗的代物弁済として否認対象行為となるものとの見解を示す[5]。信販会社は対抗要件のない留保所有権者にすぎず別除権者とは認められないことを理由とする。また、破産法165条によって、強制執行による本旨弁済であっても後に否認されうることも理由として、総債権者間の公平な清算を図るためには、否認対象行為となるのもやむを得ないとする。

それでは、判例・裁判例ではどのように考えられているか。最高裁判例はない。下級審裁判例には以下に挙げるものがある。

③名古屋地判平成27年2月17日金法2028号89頁は軽自動車の事案であり登録が要求される普通自動車のケースとは異なるが、支払不能の通知後に購入者が信販会社に自動車を引き渡し、購入者について破産手続開始決定がなされた後に信販会社が自動車を売却し、弁済充当の上、残額を返還した事案である。裁判所は、占有改定により自動車を占有していたことから信販会社は破産管財人に自動車の所有権留保を対抗でき[6]、したがって、引渡し行為及び充当行為は偏頗弁済行為に当たらないとして、購入者の破産管財人による否認権行使を否定した[7]。

登録自動車についての留保所有権実行が否認権の対象となるかが争われたのが、以下のいくつかの裁判例である。

④神戸地判平成27年8月18日金法2042号91頁は、購入者の代理人弁護士か

---

4)　以上、伊藤眞ほか『条解破産法　第3版』（弘文堂・令和2年）1102-1106頁参照。

5)　福田修久「破産手続・民事再生手続における否認権等の法律問題」法曹時報64巻6号（平成24年）12-13頁、森純子ほか編『はい6民です　お答えします』（大阪弁護士協同組合・平成27年）49頁。

6)　ただし、実質的な争点は占有改定の成否という事実認定の点にあり、占有改定の要否ではなかった点には注意を要する。

7)　同様の判断を示すものとして、東京地判平成27年3月4日判時2268号61頁（ブルドーザー・自走式破砕機の事案）。

ら支払停止通知を受けた後に信販会社が自動車の引渡しを受けた事案である。査定について事前の合意はなかったが、信販会社は、日本自動車査定協会の査定によって換金相当額を算出した上で、自身の子会社に対して自動車の買取を依頼している。買取金額は、査定金額に消費税相当額とリサイクル預託金を加算した金額から自動車税を引いた額である。そして信販会社は子会社による上記買取額から査定費用を控除した額を債務に充当し、購入者に対して不足額が生じる旨の通知をしている。なお、不足額通知と債務への充当との前後関係は明確でない。自動車の登録名義は子会社に移転されている。その後に購入者に破産手続開始決定がなされた。

まず自動車が購入者の責任財産を構成するかについて、裁判所は、売買契約と立替払契約とを別個に考察して、以下のように判示した。売買契約条項では代金等債務を完済したときに自動車所有権が購入者に移転することが合意されており、販売会社に対する代金は信販会社による立替払によって完済されているから、自動車の所有権は購入者に移転している。また、立替払契約によれば信販会社が立替払契約に基づく債権を担保するため販売会社から自動車所有権の移転を受けこれを留保することを合意したものであって信販会社が別除権として行使し得るのは立替払債権を担保するために留保された所有権にすぎず、この部分を除くと自動車は購入者の所有である。したがって、自動車が購入者の責任財産に帰属したことはなく充当行為は否認権行使の対象にならない、との信販会社の主張は認められない。

そして、信販会社は購入者の支払停止の通知を受領しており、購入者が支払不能に陥ったことを知りながら充当行為を行っている。また、「被告による本件充当行為は、破産財団を構成すべき本件車両の引渡しを受けて、これを換価して被告の破産者に対する立替金債権に充当し、債務を一部消滅させる効果を生じさせている」ものであって、自動車の引渡しの段階で、破産法162条1項にいう「債務の消滅に関する行為」があったと評価できるから、否認することができる、と判示した。

また、償還すべき金額は、否認権行使時の本体価額と預託済みリサイクル料

との合計金額であるとし、引上げ手数料相当分として留保所有権者に支払われるべき金額と査定費用は控除すべき理由がないとする。

本事案において両当事者が主として争ったのは、自動車が購入者の責任財産を構成したことがあるか否かである。

これに対して、購入者に関する支払停止通知が自動車の引渡しに先行していることから、自動車の引渡しと不足額通知のいずれが「債務の消滅に関する行為」に該当することとなろうとも結論に差異は生じない。したがって、自動車の引渡しが「債務の消滅に関する行為」に当たるとの判示は傍論であるというべきである。

また原告は、被告は本件自動車の登録をしていないから倒産手続との関係では別除権を行使できず、よって債務充当を破産法162条1項1号イに基づいて否認するとの主張をしていた。しかし、④判決はこのような別除権行使の可否と連動した考えによらず、破産法162条1項の文理解釈のみから結論を導いている。

⑤名古屋地岡崎支判平成27年12月3日金法2056号78頁ならびにその控訴審である⑥名古屋高判平成28年11月10日金法2056号62頁の事案は、購入者についての債務整理開始通知がなされた後に[8]残代金債務を履行した保証人が、販売会社に留保されていた所有権を取得し、引渡し[9]・換価（売却の際に、日本自動車査定協会に現物査定を依頼している）・清算充当したのに対して、購入者の破産管財人が否認権を行使したというものである。保証人は、充当の時点で自動車は購入者の責任財産を構成していないと主張した。

⑤判決は、販売店が留保する所有権は、完全な所有権ではなく、担保目的に縮減された所有権であり、保証人が保証債務の履行によってこの所有権を取得したものである。充当まで終了した本件では、破産手続開始決定の時点では本件自動車の所有権は破産者に帰属していないから、破産者の責任財産を構成し

8）　ただし、ごく一部の履行については、通知の到達との先後関係が不明である。

9）　購入者が引渡しに応じなかったため、仮処分の執行により自動車が引き渡されている。

ない。本件のような留保所有権実行の効果は別除権行使と同一の結果が実現されたものであって有害性がない。換価清算・充当は「債務の消滅に関する行為」に当たらない、として否認権行使を否定した[10]。

⑤判決は破産手続開始決定時点では自動車は破産者の責任財産を構成しないとするものの、自動車の引渡しがなければ別除権が行使されることとなるとしていることから、自動車は引渡し前には購入者の責任財産を構成するものと解している。

⑥判決は、本件留保所有権は債権担保目的であり別除権として扱われるものであるから本件自動車は破産者の責任財産を構成しない、との主張は採用できない。留保所有権に対抗要件が備えられていないから、破産法上別除権としては認められない担保権を実行したことにほかならない[11]。また、動産売買先取特権の行使とも認められない、として、否認権行使を認めた。

⑦東京高判平成30年1月18日LEX/DB25549515は、保証委託方式で保証債務を履行した保証人が、支払不能通知の後に、留保所有権に基づき自動車の引上げ・換価・充当を行った事例である。

原判決は保証人が留保所有権者であって販売会社の留保所有権に法定代位したものではないとして否認権行使を認めた。

本判決も、保証人が留保所有権につき登録を具備していないから破産管財人に対して別除権として主張することができず、否認権を行使できる、とした。保証債務履行前から所有権は保証人が留保しており、保証人が有する留保所有権は法定代位に基づくものとは言い難い事例であった。

⑧仙台地判平成30年3月30日LEX/DB25562493ならびにその控訴審である⑨仙台高判平成30年8月29日LEX/DB25562494の事例では、購入者が信販会社に対して負担する立替金債務について連帯保証をした者が自動車の引上げ等

10) 破産手続開始時点で破産者の責任財産を構成しないというのであれば、なぜ取戻権ではなく別除権が認められることになるのか疑問があるが、説明はない。

11) 保証債務の履行による法定代位があることから、この点は②判決によって結論が変更されることになると考えられる。

を行っている。購入者の支払停止後に自動車が引き上げられ、債務への充当行為まで完結した後に、購入者について破産手続開始決定がなされている。また、売却処分によって得られた処分価格から関係費用を控除した金額を求償債権に充当しており、処分清算型の事例である。

⑧判決は、本件引上げ充当行為が、保証人が破産者の支払不能または支払停止を知った後にされたものであることから、破産法162条1項が適用されるとする。その上で、保証人は自動車の留保所有権を有していたから、破産手続開始決定前に留保所有権に基づいて自動車の引上げ充当を行ったことは否認の対象とならないとの保証人の主張については、破産手続開始後に別除権を行使できないことをもって退けている。保証人は留保所有権者としての登録を得ていなかった以上、自動車は一般債権者の共同担保となるというのである。また、保証人と破産者は対抗関係に立たないから第三者対抗要件は不要であるとの主張に対しては、否認制度は破産手続内における債権者平等を図る趣旨のものであることを理由に、否認権行使は制限されないとする。⑨判決も⑧判決と同様の理由に依った上で、破産手続前の行為が問題となっている本件には①判決の射程が直接及ぶものではないが、本来は自動車の交換価値からの回収を期待できる地位になかった一般債権者の引当財産となるとしても、それは未登録の所有権留保は破産手続において別除権として行使できないという当然の帰結の反射的効果にすぎないという。

⑧判決は、否認権行使の対象は、引上げ充当行為、すなわち、自動車を引き上げて、その自動車を売却処分し、処分価格から関係費用を控除した価額を破産者に対する求償債権に充当した行為とするが、これは被告である破産管財人の主張に沿ったものに過ぎない。自動車の引上げがなされたのは支払停止通知の後であるから、引上げ行為のみが否認権行使の対象であるとしても結論に差は生じない。その意味で、本判決においても「債務の消滅に関する行為」の解釈は傍論に過ぎない。

⑷　⑶で紹介した裁判例は、以下のように整理することができる。

立替払方式の事案が③・④・⑧（＝⑨）、保証委託方式の事案が⑤（＝⑥）・

⑦である。しかし否認権行使を否定したのは⑤判決のみであり、また、⑥判決・⑦判決が出されたのが②判決が出される前ということもあり、方式の差異は直接には否認権行使の可否に影響を及ぼしていなかった。

前述した大阪地裁民事第6部の取扱いに依拠して別除権行使の可否と否認権行使の可否とを連関させるものが③・⑤・⑥・⑦・⑧・⑨である。この中には⑤判決のように否認権行使を否定する判決が含まれることには注意を要する。当初はこの取扱いはもっぱら否認権行使を肯定するものとして機能していたが、②判決によって信販会社が自ら留保所有権の対抗要件を具備することなく別除権を行使しうるケースが認められたことによって、否認権行使を否定する局面でも用いうることとになっている。これに対して④判決は、別除権行使の可否に言及することなく否認権行使の可否を判断する。しかし、否認権行使の可否を別除権行使の可否によって決するのは適切ではないと積極的に述べる裁判例はなく、実務上はこの取扱いは定着したものと言える。

自動車は購入者の責任財産を構成するか。所有権留保目的物の交換価値は留保所有権者に留保されることから購入者の責任財産を構成することはない、との主張が留保所有権者からなされる。そこでこの点が④・⑤・⑥・⑧・⑨の各判決で問題とされた。しかしいずれの判決も、否認対象行為がなされた時点では自動車は購入者の責任財産を構成していたものと解している。

いかなる行為が「債務の消滅に関する行為」に該当するかについては④判決や⑧判決のように判断を示すものも見られるが、留保所有権の実行過程のうちのいずれの行為が「債務の消滅に関する行為」に該当しようとも否認権行使の可否には影響しないことから、いずれも傍論というべきである。裁判所も詳細な検討は加えていない。

3　本判決は立替払方式の事案に対するものであるが、不足額通知の後に購入者について破産手続開始決定がなされ破産管財人によって否認権が行使されたという点では③判決以下の裁判例と共通している。しかし、本件事案において購入者について支払不能の通知がなされたのは、自動車の引上げと自動車価格の査定との間であって、③判決以下の裁判例がいずれも自動車の引上げ前に

支払停止の通知がなされた事案に対するものであるのと異なっている。③判決以下の裁判例の事案では留保所有権の実行過程のいずれもが支払不能以後になされたものであるために、所有権留保の実行が否認権の対象となりうることに疑いはなく、実行過程のうちのいずれが「債務の消滅に関する行為」に該当すると評価できるのかを検討する必要はなかった。これに対して、本件事例では支払不能通知が自動車の引上げと査定との間になされたという特徴があるため、支払不能以前に「債務の消滅に関する行為」があったと言えるのかが直接に争われることとなった。すなわち、否認権行使の対象となるのは破産者が支払不能になった後になされた行為のみであるから、自動車の引上げが「債務の消滅に関する行為」とされると否認権行使の対象とならないのに対し、不足額通知が「債務の消滅に関する行為」とされると否認権行使の対象となるのである。

また、否認権は倒産手続開始前の債務者の財産に係る一定の行為を失効させ、逸出した財産を倒産財団に回復することを目的とするものであるから、否認権行使が認められるためには自動車がBの責任財産を構成していたことを要する。

さらに、否認の対象となる行為の主体が破産者でなければならないかも問題となる。

本判決は、以上のそれぞれについて判断を示す。以下、本件自動車がBの責任財産を構成するか、いかなる行為が「債務の消滅に関する行為」に該当するか、否認対象行為の主体は誰か、の順に、本判決の判示を検討する。

(1) 本判決は、Bには、Yが有する本件立替金等債務を担保するために留保された所有権（担保部分）を除いた、実質的な所有権が帰属しているとする[12]。その理由として、本件立替払契約を解釈し、YがAに残代金を立替払したときには、立替金等債務を担保するために本件自動車の所有権がYに留保

12) 本判決と同様に、購入者に実質的所有権が帰属するとして否認権行使を肯定する裁判例として、阿部ほか・前掲7頁注45の紹介する宇都宮地判平成27年11月4日判例集未登載がある。

されることと、Bが期限の利益を失ったときはYに対する債務の支払いのため直ちに本件自動車をYに引き渡し、Yが引渡しを受けたときはYは本件自動車の評価額等をもって本件立替金等債務の弁済に充てることができることが定められていたこと、ならびに、Yが自動車の引渡しを受けて、本件自動車の査定、不足額通知をしたことが指摘される。

また本判決は、本件立替払契約に基づきAに留保されている自動車所有権がYのAに対する立替払によってYに移転し、立替払契約に基づく債務を完済するまでYに留保されるとの合意がなされたものと認定する。Yはすでに Aに立替払をしているから、自動車の所有権はすでにAからYに移転している。他方、BはYに債務を完済していないからBは所有者ではないこととなる。

しかし以上のような本件立替払契約の解釈からは、Yの留保する所有権が担保目的のものであることは導き出せるものの、この担保部分を除いた実質的所有権がBに帰属していたことは、直接に導き出されるものではない。本件立替金等債務の債務者がBであることから間接的に、担保目的部分を除外した所有権がBの責任財産に帰属していたものであることが示されることとなっている。そして、弁済充当がなされ、不足額通知がなされることから、Bに実質的所有権があると解しているようである。

それではこのBが有する実質的所有権とはいかなる内容の権利なのか。

本判決が所有権からYの留保する担保部分を除いたものが実質的所有権であると判示していることから、実質的所有権とは、立替金等債務の完済によって所有権を取得しうる地位、ならびに、立替金等債務を完済できず留保所有権が実行されたときには清算金を受領しうる地位をいうものと考えられる。そして本判決は、実質的所有権とは所有権の一部が分属したものとは考えていない。なぜなら「実質的所有権」との表現は本来的な所有権とは異なる権利であることを示唆するものであり、また、仮に本判決が所有権の分属という趣旨で「実質的所有権」と述べたものと仮定すると、以下のように説明がつかなくなるからである。

まず、AB間の自動車売買契約によってAの所有権は担保部分に制約され、

Bには残りの実質的所有権が移転した結果、自動車の所有権がABに分属すると考えてみる。これによれば、Yの立替払によりAの有する担保部分のみがYに移転する[13]。しかし、YがBに対して有する債権に残代金相当額のみならず分割手数料額も含むものであるから、Aの担保部分のみではYの債権の担保としては不十分である。しかしAは自己の担保部分の所有権を有するに過ぎないのであるから、Yの担保部分をカバーするためには、Yの立替払によってBの有していた実質的所有権の一部がYに移転したものと説明する必要がある。しかし本判決は、こうしたBからYへの所有権移転には言及しない。

そこで、AB間の売買契約によっても所有権は分属せずAが単独の所有者であり続けるものの、YがAに立替払をしたことによって、自動車所有権のうち担保部分がYに、その他の部分がBに帰属したものと考えてみる。しかし本判決の引用する本件立替払契約では、本件自動車の所有権はYに留保されるものとされており、本判決もAからBへの所有権移転には言及しない。

したがって、上記のいずれの考え方にも本判決は依拠していないこととなり、Bの有する「実質的所有権」は所有権の一部が分属したものではないということになる。

それではBが本件自動車の単独所有者であると考えることはできるか。購入者の倒産手続開始後についてこの考え方を支持する見解もある[14]。ただこの見解は、別除権を対抗できない信販会社は、倒産手続上、所有者とはいえないとするのみであって倒産手続外でも所有者であるとまで主張するものではな

13） 所有権が販売会社と購入者に分属することを前提とするものではないが、福田・前掲5頁では、「販売会社が留保した所有権が、立替金等の完済までファイナンス会社に物上保証的に移転されているという見解」が紹介されている。所有権は物上保証の目的となっているのであるから、被担保債権の範囲が拡大されても、自己の有しない権利を移転したといった問題は生じない。しかし仮に所有権の分属を認めると、販売会社が留保した所有権のみでは信販会社の有する債権の担保としては不十分であり、信販会社がそうした物上保証に同意するとは考え難い。したがって、この見解においても所有権の分属を認めるものではないと解される。なお福田・前掲8頁では、この見解では「自動車の所有権が購入者に移転したかどうかについては、直ちに明確な答えを導くことはできない」とする。

い。また、所有権があっても第三者に対抗できないという事態はあるのであって、第三者に対抗できないから所有者でなくなるというものではない。さらにこの見解は、信販会社も販売会社も所有者ではないから、購入者を所有者とするという消極的な説明をするに過ぎず、どのような過程で購入者が所有者となるのかは十分には説明されていない。

こうしてみると、Yが本件自動車の所有者であることは否定できないものと考えられる。本判決も債権担保のためのものではあるがYが所有者であることは否定していない。

以上のように、Bは本件自動車の所有権を有しない[15)]。

このように留保買主には所有権は帰属していないことから、信販会社による目的物の引上げ・換価処分は債務者の所有財産を減少させるものではない、として否認権行使を否定する見解が主張される[16)]。

---

14) 福田・前掲8頁は、「別除権として破産管財人や再生債務者に対抗できないのであれば、倒産手続上は、〔信販会社を〕所有者と認める余地はないと思われる。販売会社は、……代金の立替払を受けているから、所有者と認める必要はない。」と述べて、購入者が倒産手続きの開始により自動車の所有者となるとする。

15) なお、遠藤元一「所有権留保に関する最新論点」「倒産と担保・保証」実務研究会編『倒産と担保・保証』（商事法務・平成26年）584-586頁は所有権の移転過程については販売会社・購入者・信販会社の三者契約の解釈で決定すれば足りるとするが、所有権の最終的な帰属を三者契約で決定することはできようが、自らの有しない権利を移転することはできないのだから、移転過程をも三者契約で決定することはできないだろう。

16) 田高寛貴「④判決判批」民事判例13号94-95頁。阿部ほか・前掲79頁も、否認肯定説は、一旦は購入者に自動車の完全な所有権が帰属したことを前提としなければ実体法上の理解と整合しないとする。代物弁済の要件事実として「債務者が代物弁済の対象物を所有していたこと」を要求する野上誠一「所有者の登録名義を有していない自動車の留保所有権者が自動車を引き上げて債権の満足を受けた場合の否認可能性」判タ1424号9頁も同様。

なお、留保所有権実行によって債務者の所有財産が減少するものではないとの指摘自体は、債務者が所有者ではない以上、それ自体としては正しい。しかし否認権は責任財産の減少行為を否認するものである以上は所有財産ではなく責任財産を減少させるかを問題とすべきである。また、本文で指摘したように所有権以外の財産権が責任財産を構成しないものと言うことはできないのだから、債務者の責任財産を減少させるものではあるが有害性がないものとして否認権行使を否定すべきである。

しかし、責任財産とは「債務者の総財産から、担保物権により優先的に把握されている部分を控除したもの」[17]、あるいは、「強制執行の対象となる債務者の財産」[18]と定義されるのであり、責任財産を構成するのは所有権に限定されるものではない。

本判決は、前述した内容の「実質的所有権」は所有権そのものではないが責任財産を構成する財産に該当する[19]のだから、否認権行使の対象となると理解しているものと考えられる。

これに対して先行裁判例のうち④判決は、売買契約条項を根拠として、自動車の所有権は販売会社から購入者に移転したものとする。しかし、売買契約と立替払契約とを分断して所有権の所在を検討するのは、販売会社と信販会社とが協働して自動車を販売するという実態に沿わない点が批判される[20]。また⑥判決は、所有権留保が債権担保目的で設定されたことを理由として、「破産者が本件自動車の所有権を取得したことは一切なく、本件自動車は破産者の責任財産を構成しない」との主張を退けている。破産者に所有権が帰属したことがあるかのような判示であるが、所有権の取得過程は明確ではない。これらの裁判例はいずれも購入者に所有権が帰属したとするものであるが、所有権取得過程の理解に問題があったり、取得過程が明確でなかったり、問題を抱えている。これに対して本判決の理解によれば、「実質的所有権」が否認対象行為の時点で購入者の責任財産に帰属していたことさえ言えればよく、取得過程を明確にする必要性はないと解したものと考えられる。

⑵　次に本判決は、不足額通知が「債務の消滅に関する行為」であるとする。その理由として本判決が挙げるのは、不足額通知により弁済充当がなされるこ

17）　潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・平成29年）635頁。

18）　平井宜雄『債権総論　第2版』（弘文堂・平成6年）255頁。

19）　留保買主の有する物権的期待権の担保化について検討するものとして松田佳久「所有権留保における留保買主の有する物権的期待権の担保化に関する一考察」創価法学45巻2号（平成27年）83頁。

20）　田高・前掲94頁。

とである。この点をより詳細に説明するのは、自動車の引渡しが「債務の消滅に関する行為」に当たるとのYの主張を否定した部分である。本判決は、本件立替払契約の解釈によれば自動車の引上げは「債務の消滅に関する行為」に当たらないとして、(i)引上げ時点での代物弁済を前提としていたとは読み取れないこと、(ii)立替払契約とは別個の代物弁済の意思表示がうかがえないこと、(iii)本件不足額通知に「10月10日残債務に充当いたしました」と記載されていること、(iv)代物弁済の合意があったとしても債務消滅の効果が生じるには所有権移転の対抗要件を具備する必要があるのにYには登録がないこと、(v)帰属清算型では清算金がない旨を債務者に通知したときに債務消滅の効果が生じるのであり、本件自動車の評価額が明らかではなく、清算金の有無や金額が明らかとなっていない自動車引渡しの時点では債務消滅の効果が生じていないことの5点を挙げる。

しかし、以下に述べるように、いずれも決定的な理由であるとは言い難い。

(i)に関しては、本件立替払契約では、Yが本件自動車の引渡しを受けたときは、Yは日本自動車査定協会等の評価基準に基づく評価額及び本件自動車のリサイクル料金相当額等をもって立替払契約に基づく債務等の弁済に充てることとされているのであり、自動車の引上げは当然にその後の換価・充当までを予定していると言わざるを得ない。(v)とも関わるが、換価金額もYが恣意的に決定するのではなく、査定の基準は当初から明らかにされていることから、自動車の引渡しを受けることによって清算金あるいは不足額はYの意思によることなく確定される[21]。したがって、(ii)についても、疑問である。確かに本件は帰属清算型の事案ではあるが、Yは担保として自動車所有権を留保してい

21) これに対して、帰属清算型であっても査定基準が明らかとされていない場合や、処分清算型の場合には、自動車の処分価額は信販会社が決定することもできるから、清算金あるいは不足額が自動車の引渡しによって決まるものではない。そのため、これらの場合には自動車の引渡しではなく不足額の通知が「債務の消滅に関する行為」とされる余地はあると考えられる。こうした解決は、事前に査定基準を明確にする方向に実務を誘導するものとなる。

るのであるから、自動車の使用自体には関心がなく引き上げた自動車をＹ自身が使用することは想定されていない。この点、帰属清算型と処分清算型とで違いはなく、自動車の引渡しは換価・充当を生じさせるものと評価してよい。

㈢も債務への充当がなされた日を明らかにしたものにすぎず、これが債務の消滅した日であるとしても、「債務の消滅に関する行為」とは債務を消滅させる行為そのものでなければならないというわけではなく、結果として債務の消滅がもたらされるのであればよい。この点は㈤についても同様である。また、㈢を根拠とすると、不足額通知での充当日の記載次第で「債務の消滅に関する行為」が変動することにもなりかねない。

㈣について、本判決は最判昭和40年4月30日民集19巻3号768頁に言及する。この判決の事案は不動産を代物弁済に供した場合に、弁済をした者に登記が残っていたというものであり、これではその後に不動産が二重譲渡される危険があるので登記までなされてはじめて代物弁済がなされたものと解すべきだとしたものである[22]。これに対して本件では代物弁済をしたＢには自動車の登録はない。したがって、Ｂによる目的物二重譲渡の危険はないのであって、本件でＹに登録を求める根拠とはならない。

また、本件事案では他の裁判例の事案とは異なり、自動車の引渡し後に支払停止の通知がなされている。したがって、自動車を引き上げた時点では信販会社は購入者の経済状態を知り得るとは限らない点で、支払停止通知後に自動車の引渡しを行った事案と比べ信販会社を保護する必要性は高い。

⑶　本判決は、不足額通知がＢ自身の行為ではないもののＢの行為と同視することができるとして、不足額通知は「債務の消滅に関する行為」であるとする。

第三者による弁済について否認が認められることについては、公務員たる破産者に代わって、国や地方公共団体が共済組合に対して貸付金を返済するために退職金を払い込む行為に関して最判平成2年7月19日民集44巻5号837頁、

22）　坂井芳雄「解説」最高裁判所判例解説民事篇　昭和40年度110頁。

最判平成2年7月19日民集44巻5号853頁、最判平成2年10月2日判時1366号48頁が認めている。もっとも、これらの判例は第三者の行為であっても否認の対象になるとしているわけではなく、国家公務員等共済組合法101条2項や地方公務員等共済組合法115条2項の文言に照らして、給与支給機関による共済組合への払込みが「組合に対する組合員の債務の弁済を代行する」ものにほかならないことを理由とするものである。すなわち、法制度上、第三者による払込代行が要請されている場合には破産者自身の行為と同視される旨を判示するものである。

これに対して本判決は、そうした法制度上の要請がない場面でもB自身の行為と同視することができるとの理由で「債務の消滅に関する行為」があったとしたものである。したがって、上記最高裁判決の事案よりも行為者の範囲を拡大したものと評価できる。

本判決がB自身の行為と同視できるとしたのは、本件立替払契約において、BがYに自動車を引き渡すことで、Yによる自動車の査定・弁済充当・清算がなされることが予定されていたことを理由とする。Bによる自動車の引渡しはBの行為そのものであり、引渡しによって清算まで至ることが予定されているのであるから不足額通知に至るまでの留保所有権実行過程はすべてB自身の行為と同視してよいだろう。

したがって、本判決が不足額通知はB自身による行為と同視しうるから「債務の消滅に関する行為」であるとした点は支持できる。

⑷　否認権行使の可否についての本判決の理由づけは、以上のとおりである。購入者に倒産手続開始決定がなされたとしたら別除権が行使できないので否認権行使の対象となるといった、別除権行使の可否と連関した理由づけはなされていない。

それは、本判決がすでに有力な批判がなされている[23]この理由づけを不当な

23)　田高・前掲93頁、中西正「対抗要件を欠く担保権の実行と偏頗行為危機否認」山本克己ほか編『民事手続法の現代的課題と理論的解明』（弘文堂・平成29年）787頁、煙山正大「⑨判決判批」新・判例解説Watch25号224頁など。

ものであると考えたからではなく、この理由づけが否認対象行為の有害性に関わるものであることに起因すると考えられる。すなわち、代物弁済が原則として否認の対象となることから、否認対象行為が有害性を欠くことは否認対象行為をした者の側が主張すべきである[24]。本件においてYはそうした主張をしたものであるのかは明らかではないが、少なくとも裁判所は有害性を欠くとは認定できないと判断したと考えられる。

本件事案はYの担保目的に売買代金残額のみならず手数料債権をも含むものであることから、①判決と同様、Bの破産手続開始後であれば別除権を行使できなかった事案である。そして本判決自体も、不足額通知が否認されるとしても自動車の占有権原を有していたとのYの主張を否定するに際して、①判決を参照させている。そうだとすれば、本判決はあえて別除権行使の可否と否認権行使の可否を連関させる理由付けを否定したものではなく、むしろこの見解を当然の前提としたものであろう。

4　本件自動車がすでにYによって売却されていることから、本判決は否認権行使の効果として価額償還を命じ、償還すべき範囲について詳細な検討を行っている。

価額算定の基準時は否認権行使時である平成30年5月21日としており、これは判例[25]に従うものである。

そして本判決は、自動車の本体価額とリサイクル料預託金相当額が価額償還の対象となるのに対し、消費税相当額は対象とならないとする。この点は④判決と同様である。

本体価額に関しては、本判決は、否認権行使時における時価額で評価すべきであり、下取価格は時価額であるとは限らないことから下取価格によることはできないとする。このことは、価額償還が、本来、否認の効果として原物が破産財団に復帰すれば換価しうべかりし価額により算定すべきものとされること

24）伊藤眞『破産法・民事再生法　第4版』（有斐閣・平成30年）550頁。
25）最判昭和41年11月17日金法467号30頁、最判昭和42年6月22日判時495号51頁。

と、一般論としては矛盾するものではない。また、本件では下取価格に依拠することを否定したが、下取価格が時価額となること自体を否定したものではない。

本件においては平成29年10月の査定に基づく本件自動車の充当額は150万円弱であるのに対し、否認権行使時点での時価額は170万円とされている。時価額の計算に当たり本判決は、平成30年5月時点での本件自動車と同年式、同形式の自動車の小売価格が180万円であり、Xの主張するこの時点での時価額170万円を下回ることではないことを理由として、Yは本体価額として170万円の償還義務を負うとしている。このように時価額を小売価格によって評価するのであれば疑問がある。なぜなら、否認権行使によって本件自動車がBの破産財団に復帰したとして、それを破産管財人であるXが小売価格で換価することが可能とは考え難いからである。エンドユーザーが直接に破産管財人から自動車を購入するような市場が形成されているならともかく、そのような市場が形成されているとは言えない。

リサイクル料預託金は、自動車の譲渡の際に本体価額とは別に譲渡人に支払われるものであることから、Yは償還義務を負うとされる。Yは換価によってこの預託金を受領したはずであるから、償還すべき範囲に含まれることに異論はない。もっとも、本判決には「リサイクル料預託金相当額1万1810円は本件自動車の本体の価額に含まれるものとみるのが相当である」との判示があるが、償還すべき金額の算定においては本体価額と預託金相当額とを合算している。預託金相当額は本体価額に含まれるとの判示は不適切である。

本体価額とリサイクル料預託金が償還の対象とされたのに対して、消費税は償還の対象ではないとされる。消費税相当分が最終的に破産財団に帰属することがないことがその理由とされる。自動車が破産財団に復帰し換価されたとしても消費税相当額が破産財団に帰属しないのは本判決の述べるとおりである。

以上のように、本判決は自動車が破産財団に復帰し換価された場合に破産財団に帰属することとなる価額を償還すべき価額の範囲と考えており、この一般論の限りでは正当であろう。

5 「債務の消滅に関する行為」についての本判決の判示は、同じ文言の民事再生法127条の3や会社更生法86条の3にも妥当することとなる。また、民法424条の3についても同様に妥当する。しかし、倒産手続開始が前提とならない民法上の詐害行為取消権においては、別除権行使の可否によって偏頗弁済の有害性を判断するという手法は採り得ないことを指摘しておく。

（なおい・よしのり　筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

筑波ロー・ジャーナル　30 号

2021 年 6 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

教授　大渕　真喜子
　　岡本　裕樹
　　川田　琢之
　　木村　真生子
　　栗原　克文
　　潮海　久雄
　　本田　光宏

准教授　小林　和子
　　藤澤　尚江
　　渡邉　絹子

助教　川村　藍

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　大石　和彦
　　大塚　章男
　　田村　陽子
　　姫野　博昭
　　森田　憲右

准教授　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

筑波ロー・ジャーナル
30号　2021年6月
筑波大学

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.30 June 2021

Articles

Applying Behavioral Insights to the Design of Securities Regulation (3)
Makiko Kimura 1

Tax Issues of Crypt-assets
Katsufumi Kurihara 29

La responsabilité civile envers les membres de la famille en droit français (4 et fin) : Essai sur les modèles de la famile et les normes de la responsabilité civile
Tomoyuki Shiraishi 75

Study on the Place of a Debtor's Principal Business Office under the Act on Recognition of and Assistance for Foreign Insolvency Proceedings
Naoe Fujisawa 179

Enhancing the Credibility of Financial Statements of SMEs : focusing on Nordic countries and Commonwealth countries
Masao Yanaga 223

Case Note

La nullité d'exercer la propriété cédée à title de garantie
Yoshinori Naoi 249

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan