

筑波ロー・ジャーナル

28号

2020年6月

論 説

- AIへの法人格付与に関する私法上の覚書(1)
..... 岡本 裕樹 1
- 行動経済学と証券規制(2)
..... 木村真生子 25
- フランス法における家族のメンバーに対する民事責任(2)
——家族のあり方と民事責任法の枠組——
..... 白石 友行 43
- 回復請求における盗品・遺失物占有者の主観的要件に関する考察
..... 直井 義典 135
- 会社の計算と外部的エンフォースメント(3)
——オーストラリア——
..... 弥永 真生 171

翻 訳

- 死刑および終身刑の廃止について
..... ジュディス・リクテンバーグ/田村 陽子 訳 191



目 次

論 説

AI への法人格付与に関する私法上の覚書 (1)	岡本 裕樹	1
行動経済学と証券規制 (2)	木村真生子	25
フランス法における家族のメンバーに対する民事責任 (2) ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	43
回復請求における盗品・遺失物占有者の主観的要件に関する考察	直井 義典	135
会社の計算と外部的エンフォースメント (3) ——オーストラリア——	弥永 真生	171

翻 訳

死刑および終身刑の廃止について	ジュディス・リクテンバーグ／田村 陽子 訳	191
-----------------	-----------------------	-----

AI への法人格付与に関する私法上の覚書(1)

岡 本 裕 樹

- I 本稿の考察内容
- II AIに法人格を付与することの可能性
 - 1 AIと自然人との違い
 - 2 AIへの権利能力の付与に資する法技術
- III 権利能力を承認するための契機
 - 1 権利能力平等の原則の歴史的背景
 - 2 法人の法人格の基礎
- IV 動物の「法的地位」
 - 1 「物」としての動物
 - 2 「特殊な物」としての動物
 - 3 動物法人論（以上、本号）
 - 4 議論の整理①——法人格を認められるべき「動物」の意義
 - 5 議論の整理②——他の法的選択肢
 - 6 議論の整理③——動物に法人格を認める際の諸問題
 - 7 小括
- V AIに法人格を付与すべきか
- VI まとめに代えて

I 本稿の考察内容

現在は第3次のAIブームが落ち着きはじめ、そこで得られた新規技術が着実に実用化されつつある段階となっている。ブームは、その只中にある人々に高揚感を与えるとともに、普段はブームの対象に馴染みのない者にも、その存在を知らしめる。AIについて、後者に属する筆者にとっては、AIに関する基礎知識を持ち合わせていないこともあって、実態の把握がおぼつかない。

まず、AIと呼ばれるべきものは、どのようなものなのだろうか。Artificial

Intelligence（人工知能）の省略表記であることは、少し以前の映画のおかげで、一応は認識している。しかし、その次の話であるAIの定義と、何がこれに当てはまるものと評価されているのかについて、門外漢の筆者には全く見当がつかない。もっとも、そもそもAI研究の領域でも、現時点でのAIの厳密な定義が定まっていないとされる¹⁾。未だ開発途上の技術であるので定義も固まりようがないのが実情であろう。その意味で致し方ないところではあるが、雲をつかむような印象は否めない。

そのため、筆者の専門から関心が生じるAIの私法上の取扱いについて検討しようにも、その際に基本モデルとして想定すべきAIがどのようなものであるのか、確定しようがない。「ターミネーター」や「AI」などの映画にみられる人型であるのか、ドラえもんのような動物型であるのか、そうした人体のような装置を備えていないロボットなのか、それは工作機械であったり、ドローンであったり、自動運転技術を備えた車であったりするのか、そもそも有体物でもないコンピュータ・プログラムそのものであるのか。さらには、人の能力を超えたものである必要はあるのか。これらのうち、何を想定するかによって、論点も考察の方向性も変わってくる。実のところ、「AI」と一括して論じることには無理があり、個々の「AI」と呼ばれる技術ごとに、議論を進めていくよりほかないのかもしれない。

このような混沌した状況において、ときに、法人格ないし権利能力、すなわち、私法上の権利・義務の帰属主体たりうる資格を、AIに付与すべきではないかとの問題提起がみられる²⁾。もっとも、ブームの高揚感に乗せられ過ぎてか、あるいは、この雰囲気春意に便乗してのことか、新たな技術に対する過度に思える期待をもとにした「思考実験」も散見されるところである。ここでは、人間と同等またはそれ以上に様々な事象に対して自律的判断をすることができる「汎用人工知能」(あるいは「強いAI」)の開発、ないしは、人間の能

1) 内閣府・統合イノベーション戦略推進会議『人間中心のAI社会原則』(2019) 1頁。日本の人工知能の専門家による諸見解については、松尾豊『人工知能は人間を超えるか ディープラーニングの先にあるもの』(KADOKAWA, 2015) 45頁を参照。

力を超えた人工知能により人間と機械が統合された世界（「シンギュラリティ」³⁾）の到来を、ある程度現実的に想定した考察がされている⁴⁾。非常に好奇心をくすぐる言葉が並んでいるが、人工知能に関する研究者の多くは、近い将来における「汎用人工知能」・「強いAI」の「誕生」や「シンギュラリティ」の到来について否定的である⁵⁾。また、内閣府は、AIを「Society 5.0」(先端技術が社会に実装され、今までにない新たな価値を生み出し、多様な人々がそれぞれの多様な幸せを尊重し合い、実現でき、持続可能な人間中心の社会)の実現にカギとなる技術と考え、あくまでも「人間の道具」として活用されるべきものと位置付けてたうえで、「人間中心のAI社会原則」を提唱している⁶⁾。

こうした状況の中、本稿は、人の能力を凌駕しつつあるAIを広く抽象的に想定しながら、そうしたAIへの法人格付与の可能性について、私法の観点から、将来に向けた一里塚としての基礎的検討を行うこととする。AIが「人間の道具」であり続けるならば、そうした議論は不要であるように感じるかもしれないが、

2) 羽生善治=NHKスペシャル取材班『人工知能の核心』(NHK出版、2017)130頁。

なお、齊藤邦史「人工知能に対する法人格の付与」情報通信学会誌35巻3号(2017)19頁以下は、その論題からやや離れて、人工知能を用いた事業に際しての責任を限定するための法人スキームの提案(ただし、法人の業務執行に際して人工知能を用いるのか、人工知能を用いた役務を提供するための事業スキームなのか、判然としないところがある)と外国で法人格を認められた人工知能の日本での取扱いを主題としており、人工知能そのものへの法人格の付与を論じたものではないため、本稿の関心から外れることから、同論稿の内容についてはここでは立ち入らないこととする。

3) レイ・カーツワイル(井上健監訳)『ポスト・ヒューマン誕生 コンピュータが人類の知性を超えるとき』(日本放送出版協会、2007)。

4) 青木人志「「権利主体性」概念を考える—AIが権利をもつ日は来るのか」法教443号(2017)54頁、大屋雄裕「外なる他者・内なる他者—動物とAIの権利」論究ジュリ22号(2017)50頁脚注11)。

5) 松尾豊『人工知能は人間を超えるか』(KADOKAWA、2015)203頁、鳥海不二夫『強いAI・弱いAI—研究者に聞く人工知能の実像』(丸善出版、2017)45頁以下〔山田誠二発言〕・135頁以下〔我妻広明発言〕・191頁〔栗原聡発言〕、アジェイ・アグラワル「AIは国のあり方をも問う」日経ビジネス1991号(2019)40頁。

6) 内閣府・統合イノベーション戦略推進会議『人間中心のAI社会原則』(2019)1頁・4頁・8頁以下。

後に触れるように、自然人と並んで私法上の法主体性を認められている法人も、「人間の道具」に過ぎず、人間中心社会の発展を支えてきた。そのため、「人間の道具」としての性質は、その法主体性を必ずしも否定するものではない。

AIの法人格について論じた先行研究では、憲法上の人権や刑法上の責任能力を考察対象とするものもある⁷⁾。本稿がこれらに立ち入らないのは、筆者の専門領域から外れるという能力不足の問題も当然あるが、異なる理論的・哲学的・法政策的観点から構成されている各種の法的地位を単一の場で考察することにより生じうる議論の錯綜を避けるためである（そうした錯綜状態が生じることも筆者の能力不足が原因ともいえるが）。また、同様の理由から、日本国内を想定した検討とする。

なお、予め本稿の立場を示しておくとして、「AIに法人格を付与することは可能か」という問いを立てるのであれば、その回答は「法技術的には可能」となると考える。しかし、「AIに法人格を付与すべきか」という問いを立てるのであれば、法人格を有するAIを運用していくうえで、「AI固有の利益」を想定しうる状況にはないことから、AIへの法人格付与は時期尚早と解する。

II AIに法人格を付与することの可能性

1 AIと自然人との違い

はじめに、AIへの法人格付与が可能であることを確認するために、AIと自然人との違いを検討してみよう。

まず、AIには肉体がなく、生命を宿していない。そのため、自らの意思で

7) 人権の共有主体性について、青木・前掲注4・55頁以下、刑事責任について、今井猛嘉「自動車の自動運転と刑事実体法」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017）519頁以下、深町晋也「ロボット・AIと刑事責任」弥永真生＝宍戸常寿編『ロボット・AIと法』（有斐閣、2018）217頁以下、川口浩一＝佐久間修「特集・AIと刑法」刑ジャ57号（2018）4頁以下。また、スザンネ・ベック（只木誠監訳・富川雅満訳）「ロボット工学と法」比雑50巻2号（2016）95頁、根津洗希「スザンネ・ベック「インテリジェント・エージェントと刑法—過失、答責分配、電子的人格」」千葉31巻3・4号（2017）117（162）頁も参照。

移動することもできない。同じ「種」を増やすという点では、プログラムの自動コピーは可能かもしれないが、コピー先となる媒体を自ら製作するという事は、現時点で考えにくい。

次に、自律的な情報収集・認識・評価・判断が可能な範囲はどうか。これらにつき、AIは限定的である。いわゆる「特化型人工知能」であれば当然、まだ見ぬ「汎用人工知能」があらゆる事象に関する作業を処理できるようになったとしても、外部から設定された作業の範囲から外れて、独自に関心を持つに至った作業を行ったり、AI自体のメンテナンスや作動に関わる事柄（ソフトウェアや物理的な不具合への対処、電源やネットワーク環境の確保など）について能動的に対応したりする機能まで備えるようになるのかといえ、依然として現実から完全に乖離したSFの世界の話であろう。

もっとも、こうしたAIとの比較に際しては、いかなる自然人を対置するかという点で注意が必要である。

近代私法が制定される際、そこで前提とされた人のモデルは、「経済人（homo oeconomicus）」であったとされる。すなわち、合理的判断により自己の利益を最大化できる知性や理性を備え、自らの意思により自由かつ自律的に自己の私法関係を形成できる強く賢い人間が、法制度の基礎とされていたのである⁸⁾。こうした人間像を前提とする限り、権利能力を付与するために求められるAIの性能は高度なものとなり、少なくとも、現在に存在する「特化型人工知能」の全てについて、権利能力を認める余地がなくなる。

しかし、この近代法的な人間像はすでに、「虚構」⁹⁾ないしは「擬制」¹⁰⁾であると喝破されている。つまり、現実の自然人のほとんどは、筆者を含めて、そ

8) 牧野英一「法律における抽象の人間と具体的人間」『法律学の課題としての神』（有斐閣、1938）167頁以下〔初出、1935〕、星野英一「私法における人間—民法財産法を中心として—」同『民法論集第6巻』（有斐閣、1986）7頁・17頁〔初出、1983〕。

9) グスタフ・ラートブルフ著（桑田三郎＝常盤忠允訳）「法における人間」『ラートブルフ著作集第5巻 法における人間』（東京大学出版会、1962）10頁。

10) 牧野・前掲注8・169頁。

うした「強く賢い人間」からほど遠い。むしろ、「必ずしも自己の利益を正しく認識するわけではなく」、「他人に動かされやすく、感情的、軽率で気も弱い人間」、すなわち「愚かな人間」であるとされる¹¹⁾。

こうした実情を前に、民法典の立場は現実的である。個々人の知性や理性、身体能力、経済力や社会的地位などを問うことなく、出生した自然人全てに権利能力を認めている（民3条1項、「権利能力平等の原則」）。自らの意思で移動することも、自己の周辺事情を適切に認識することもままならない乳児でも、負傷・疾病・障害・加齢などが原因で肉体的機能や認識・判断能力の低い成人でも、権利能力が否定されることはない。また、民法3条2項の文言からは、外国人の権利能力は、法令・条約の規定により制約されることが予定されているようにも読めるが、同項の趣旨は、むしろ、民事実体法上、権利能力について「内外人平等主義の原則」を宣言した点にある¹²⁾。さらにいえば、日本人であっても、政策的見地から、法令により個別的に権利取得が制限される場合もあり、このことは外国人に限ったことではない¹³⁾。つまり、外国人の権利能力が制約されうるとするのは、当然のことを述べているに過ぎない。

こうしてみると、権利能力を付与することの当否を判断する際、自己の法律関係に関わる事柄全てを正確に認識し、それらに関する合理的判断をして、その判断の内容を実行する諸々の能力が要求されるわけではない。これらのいずれかが不十分であったり、一部を欠いていたりしたとしても、権利能力を認めることに決定的な支障とはならない。また、自然人とAIとの間には、肉体の有無、生命の有無について、なお本来的な相違が残るも、これらは、自然人と並ぶ私法上の権利主体である法人にも当てはまる。

11) 星野・前掲注8・38頁以下。

12) 山野目章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』（有斐閣、2018）358頁以下〔早川眞一郎〕。

13) 山野目・前掲注12・369頁〔早川〕。たとえば、禁制品取引の無効（民90条）、相続欠格事由による相続権の否定（民891条）、農業委員会の許可のない農地等の所有権移転の無効（農地3条本文）などを挙げることができる。

2 AIへの権利能力の付与に資する法技術

(1) 法的人格の抽象的性質

ただ、AIが近代私法の想定した社会から外れた存在であることは、事実である。そうしたAIへの権利能力の付与は、法的にいかにして可能となるか。

まず、権利能力を一般化するうえで「経済人」を想定したという事情が、自然人以外の存在への権利能力の承認に積極的に働く。すなわち、現実離れた「経済人」が想定されることにより、実際の個々人の知性や理性の程度、経済力、社会的地位を捨象して、全ての人に法的人格を認めることとなったのであり、その意味で、近代私法における法的人格は、抽象的性質を備えている¹⁴⁾。このことを星野英一は、具体的な人間性全体から、「法律の舞台において演ずる地位・役割」の部分を取り離したものが法的人格であると表現した。そうした、まさに人間性と関係を有しない法律上の特別の資格であるからこそ、自然人ではない法人にも権利能力を承認することが可能であったというのである¹⁵⁾。このことは、とりわけ、人の集団ですらない財団法人において顕著といえる。

この法的人格の抽象的性質により、自然人とは異なる存在であるAIに権利能力を認めること自体についても、権利能力概念となんらの矛盾もきたすことはない。

(2) 法人制度

また、既に言及してきた法人制度は、自然人以外の存在への権利能力の付与を実現する法技術である。この制度の存在自体が、AIにも権利能力を付与する可能性を示している。

そして、法人については定義規定がないことにも注目すべきである。これは、教科書的な定義を避けるという民法起草時の一般の方針の現れである¹⁶⁾。その結果、法人の定義はア・プリオリに画定されておらず、逆に言えば、法律さ

14) 牧野・前掲注8・167頁。

15) 星野・前掲注8・7頁・10頁以下。

16) 法典調査会民法主査会議速記録第4巻11丁表以下（学振版）。

え認めれば、その限りでAIも法人の一形態となりうるともいえる。この点、日本の法人制度が、営利法人と公益法人に始まり、個別の特別法に基づく各種法人の承認、NPO法人や中間法人の制度拡張を経て、現在において一般法人法により非営利法人の設立が広範に認められるに至ったことは、参考に値する。

(3) 権利能力の範囲の限定

さらに、逆説的ではあるが、AIが自然人でないことは、権利能力を付与する際の支障を小さくもする。

自然人であれば、法の下での平等（憲14条）が基本原則として憲法上要請されるところであり、それは私法の領域においても変わらない（民2条）。そのため、自然人について権利能力を限定することには、十分な正当化根拠が求められる。他方で、法人については、その能力は、法令の規定や定款等で定めた目的によって、権利を有し、義務を負う範囲が限定されることとされている（民34条）。つまり、法人の能力は限定的なものでありうるというのが、法の基本的な態度であり、この点で自然人と根本的に異なる。

AIについても、同じように考えることができる。AIごとの機能や役割に応じて、限定的な権利能力だけを与えるというのも、選択肢の一つとなりうるのである。もちろん、民法34条をめぐるのは、いくつかの解釈問題がある。そこで限定される法人の「能力」は権利能力か否か、法人類型ごとに限定する際の基準が異なりうるか、あるいは、「能力」の限定は不法行為責任の負担を妨げうるのではないか、といったことが、これまで議論の対象となってきた¹⁷⁾。ただ、これらはいずれもすでに議論の蓄積がある分、AIについて新たに論じるべき事柄はほとんどないであろう。そもそも、同条を法人の権利能力を限定した規定とする見解¹⁸⁾の存在自体が、自然人以外の法的主体の権利能力を予め限定しうることを示している。

17) 林良平＝前田達明編『新版注釈民法(2)総則(2)』（有斐閣、1991）220頁以下〔高木多喜男〕、山野目・前掲注12・730頁以下〔後藤元伸〕。

(4) 意思決定や現実の行為を行う代理人の設置

こうした権利能力の範囲に関わりなく、AI自体には、その機能や肉体の不存在により、活動範囲が必然的に制限される。その処理能力から外れる事柄に関する判断や現実的な行為が必要となる場面において、AI単体では対処できない。しかし、こうした点も、乳児や法人などと同様、代理人を置くことで対処可能である。

(5) 取引類型ごとの補整

そのほか、AIの特性に伴う実際上の不都合を補整する方法としては、自然人・法人に対する関係で、AIが定型的に不利な立場となる取引類型につき、当該取引類型におけるAIにとり不合理な不利益を実質的に払拭するための規制を設けることも考えられる。一部の自然人が行為能力を制限されるように（民5条・9条・13条・17条）、AIもその個々の性能や判断可能領域に応じて、一定の取引について代理人に同意権や取消権を付与しておくこともできよう。あるいは、労働法制や不動産賃貸借法制、消費者保護法制などが整備されているようなことを、必要に応じてAIを当事者とする取引についても準備するというのも、一つの選択肢かもしれない。たとえば、契約締結前の情報提供や契約書の作成をする際、AIに認識されうる一定の書式を使用することや、AIの存続に必要なインフラに関わる契約（とりわけ、預金契約や電気供給契約、あるいは自然人にとっての診療契約に相当する点検・修補契約など）について、インターネット上でAI自身が申込みできるようなシステムの構築を義務付けるというようなイメージである。

18) これが現在でも「通説的見解」と位置付けられており（山野日・前掲注12・731頁〔後藤〕）、また、判例の立場でもある（最判昭和27年2月15日民集6巻2号77頁、最判昭和30年10月28日民集9巻11号1748頁、最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁など）。

Ⅲ 権利能力を承認するための契機

1 権利能力平等の原則の歴史的背景

このように、AIに私法上の権利能力を認めるための法技術は、既に存在する。したがって、問題は、AIに権利能力を付与するという選択をすべきかである。このことを考えるために、現状において、権利能力が認められている存在、あるいは認められていない存在が、そうした取扱いを受けている要因を確認しておこう。

まずは、自然人についてである。今でこそ、少なくとも日本では、権利能力平等の原則が確立している。しかし、歴史的にみれば、自然人であっても、奴隷制度や人種差別政策のもとで、私法上の法的主体性が否定・制限されることも稀ではなかった¹⁹⁾。そこで、既に広く知られているところではあるが、どのように権利能力の一般的承認へ至ったのかについて、少し振り返ってみる。

これまでの定説的な理解においては、権利能力平等の原則が近代に打ち立てられた歴史的背景について、主としてエーアリッヒの『権利能力論』²⁰⁾を参照しながら、説明されてきた。これによると、すべての者に完全な権利能力を認めることの思想的・哲学的基礎とされているのは、個人主義（各個人の独立と不拘束への努力）であり、これは革命期に突発的に生じた理念ではなく、数世紀にわたり様々な分野で現れていった社会的潮流であった²¹⁾。フランスでは、中世以降、神の前における人間の平等性を説くキリスト教が、宗教的・道徳的意義において、人間の尊厳の思想を基礎づけ、18世紀になり、近代的・世俗主義的な個人主義・自由主義的色彩を持つ啓蒙哲学や近代自然法論が、フランス革命における人権宣言へと結実したとされる²²⁾。

19) 能見善久「人の権利能力—平等と差別の法的構造・序説—」平井古稀『民法学における法と政策』（有斐閣、2007）69頁以下。

20) Eugen Ehrlich, Die Rechtsfähigkeit, 1909. エーアリッヒ著（川島武宜＝三藤正訳）『権利能力論』（岩波書店、改訳版、1975）。

21) エーアリッヒ（川島＝三藤訳）・前掲注20・91頁以下。

加えて、権利能力の一般化は、先行的な理念のみを頼りに近代国家が制度として社会に定着化させたというものではない。より重大な影響を及ぼした経済的事象として、社会を構成する中間団体としての各種協同体の崩壊と、商品経済の発達による自給自足生活の崩壊が挙げられている。

中世において人々は、様々な協同体に複層的に属していた。各人は、農民、商業・手工業を営む市民、貴族、さらには都市部の無産労働者の経済的集団である等族(Stand)のいずれかの構成員であり、各等族内で、さらに小さな職業的・地域的な協同体(Genossenschaft)に分化していた。いずれの協同体に属するかにより、土地所有権の取得や営業の自由の享受などの可否が異なり、これらが認められる共同体の外部の者の権利能力を制限する結果となっていた²³⁾。また、人々は家協同体内で生活し、財産を取得することはできた。しかし、家構成員が財産を取得できるのは、相続・贈与という特定の原因がある場合に限り、その他の原因によるときには、家産の中に組み入れられた。こうした家産について、裁判所において家協同体を代表し、あるいは、法律行為による処分が可能だったのは、家長だけだった。のみならず、家構成員自身の財産は家長の用益権に服し、家長が家構成員に自由な処分を認めた財産(特有財産)などを除き、この家構成員の財産を処分できたのも、家長だけだった²⁴⁾。男子の家構成員が、自己の財産について完全な能力を持ちうるのは、家長である父の家協同体から去って、自分の世帯を起し、自己の経営体を創設したときであり²⁵⁾、女子の家構成員は、婚姻の際に財産が引き渡され、この女子は新たな家協同体に属することとされた²⁶⁾。つまり、家構成員は家協同体に留まる限り、基本的には、家協同体の外部との関係において財産についての権利を有しないこととなっていた²⁷⁾。

22) 星野・前掲注8・10頁。

23) エーアリッヒ(川島=三藤訳)・前掲注20・72頁以下。

24) エーアリッヒ(川島=三藤訳)・前掲注20・69頁以下。

25) エーアリッヒ(川島=三藤訳)・前掲注20・49頁。

26) エーアリッヒ(川島=三藤訳)・前掲注20・78頁。

しかし、国家の権力が強大になるにつれ、教育制度、経済上の諸政策、社会政策といった、それまでは各共同体が担っていた任務を国家が遂行するようになった。これにより、国において個人と交渉する官庁を組織する必要が生じた結果、個々人を中間団体に集団化する力が弱まり、旧来の協同体が徐々に瓦解していった²⁸⁾。他方で、商品経済が発達すると、自給自足生活をしていた農民も職人や商人から商品を購入するようになり、そのための金銭を調達するために自己の農産物を売るようになった。こうした生活の変化は、財貨の生産と消費の単位であった家から、財貨生産の機能を奪うこととなり、家協同体の結合を弛緩させた²⁹⁾。さらに、大工業の発達に伴い、人々は農村部の協同体から離れ、都市部で生活するようになり、その多くは工場での労働に従事し、そこで得られる賃金により生活をした³⁰⁾。ここに至り、家協同体から離脱した個々人に、雇用や消費生活に関する契約上の権利義務の帰属を広く認めることが不可避になったのであった³¹⁾。

こうした変遷から、近代民法において権利能力平等の原則をもたらしたとされる要因として、差し当たり2つの事象を書き留めておこう。一つには、長い時代を経て熟成された思想的・哲学的基盤の存在であり、もう一つには、協同体内部で生活し、外部と財産上の接触を行うことのなかった個々人が、広く協同体の外に出て独立した世帯を持ち、新たに取引の主体として活動するようになったという社会構造の変化である。

27) 星野・前掲注8・10頁。

28) エーアリッヒ（川島＝三藤訳）・前掲注20・83頁以下。

29) エーアリッヒ（川島＝三藤訳）・前掲注20・86頁以下、川島武宜「民法における「人」の権利能力」同『川島武宜著作集(6)』（岩波書店、1982）30頁〔初出、1942〕。

30) エーアリッヒ（川島＝三藤訳）・前掲注20・89頁以下。

31) 星野・前掲注8・10頁。

2 法人の法人格の基礎

(1) 法人理論の展開

次に、法人である。法人の制度はすでに中世より存在していたが、近世になり著しく発達した。そのため、近代に民法典を編纂する際に、法人制度も民法典に取り込まれるようになった。日本では、民法典制定以前は団体に独立して財産を所有させることができなかったが、団体の法人化に対する需要があり、ヨーロッパの民法（とりわけドイツ民法草案）に倣って法人制度が導入された³²⁾。こうした法人の法制化とともに、法人の本質をめぐる法人理論が勃興し、その中で、法人が私法の世界において、自然人以外の法人格を備えた存在たりえていることの基礎についても論じられてきた。この議論の推移も周知ではあるが、その概略を示しておく。

古くは、ドイツ法学説とフランス法学説の影響を受けて、日本でも法人理論において対立がみられた。その中での諸見解は、権利義務の主体は自然人に限るべきで、自然人以外に権利義務の主体たりうるのは、法律の力によって自然人に擬制されたものとする法人擬制説、法人には構成員個人や財産のほかに社会的実体がなく、多数主体者の活動を単一化して処理するための法的帰属点として法人制度が用いられているに過ぎないとする法人否認説、ならびに、法人を独立の統一体としての社会的実在であることを承認する法人実在説に分けられ、さらに、法人実在説に属するものとして、法人の社会的実在性を、個人の結合体が一体として社会的有機体を構成し、固有の団体意思を有することにあると解する有機体説、固有の意思を持つ存在であることを不要とし、法律的に意思を主張しうるよう編成された、法的価値評価に耐えうる組織体であればよいとする組織体説と、これらに加えて、独立の社会的作用を担当するための法主体として社会的価値を有するものと評価されることに求める社会的作用説に整理されてきた³³⁾。

32) 富井政章『訂正増補民法原論 第1巻 総論（大正11年合冊版復刻版）』（有斐閣、1985）217頁以下。

(2) 議論の止揚

ただ、私法学においては、法人理論の所説を対立的に把握する態度に対して、かなり以前から否定的な評価が定着している。その主唱者である川島武宜は、これらの所説は、それぞれの歴史的時代環境の中でのその時々課題に対して、別々の方法論やアプローチで答えようとしたものであり、異なる平面で議論を展開しているために、無批判に同一平面において並列してその優劣を論ずるということは妥当ではないとする³⁴⁾。こうした理解のもと、法人を成り立たせる契機には、社会的・経済的観点からみて、取引の主体となるのに適した実体（社団・財団）が存在するという実体的契機、政策的見地からの価値判断により、その社会の歴史的・社会的事情のもとで取引の主体となるに値するものと判断される価値的契機、ならびに、自然人でない存在を権利義務の統一的な帰属点たらしめる技術であるという技術的契機の3つがあるとする四宮和夫の分析³⁵⁾が、支配的な支持を得ている³⁶⁾。

(3) 法人の技術的契機の具体的内容

このような段階を経て、議論の対象は、技術的契機の観点から、いかなる団体にどのような要件のもとでどのような効果を与えるべきかに移ってきた。この点、川島は、近代法における法人について、社会集団の権利義務をその集団の複数の構成員に帰属させず、団体という単一体に集中帰属させ、この権利義務関係の単一的帰属に対応させて、権利義務関係を団体の構成員等の権利義務関係から分別して処理する技術であると分析し、さらに進んで、団体（特に社団）が存在しなくても、財産関係の分別と独立とがあるかぎり、そこに法人化

33) 林=前田・前掲注17・3頁以下〔林良平〕・281頁以下〔前田達明=窪田充見〕、山野目章・前掲注12・649頁以下〔後藤〕。

なお、こうした整理方法の成り立ちについては、海老原明夫「法人の本質論……その一〜三」ジュリ950号12頁・952号10頁・954号12頁（いずれも1990）を参照。

34) 川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965）88頁・92頁。

35) 四宮和夫『民法総則（第4版補訂版）』（弘文堂、1996）75頁。

36) 山野目・前掲注12・650頁以下〔後藤〕。

への社会的条件が存在すると説いた³⁷⁾。

これを受けて星野は、「財産関係の分別」が具体的に意味するところを問うたうえで、「構成員の個人財産から区別され、個人に対する債権者の責任財産ではなくなって、法人自体の債権者に対する排他的責任財産を作る法技術」であると結論付けた。もちろん、法人がその名において、契約の締結、権利の取得、義務の負担を行い、その権利義務のために訴訟当事者となることの重要性も認める。しかし、権利については、構成員の帰属としても相手方にとり総構成員が原告となる場合とで結果に変わりなく、法人側の便宜の問題にすぎないとして、法人の債務、特にその責任財産の問題がより重要であると説く。そのうえで、「団体に提供された財産が、団体に対する債権者の優先的な責任財産となり、構成員に対する債権者からの追及を免れるという点に、法人の意義がある」と強調した³⁸⁾。ただ、その一方で、団体構成員の有限責任については、団体が法人であることによって当然に生じる帰結ではなく、別個の要請から認められる効果として位置づけて、有限責任が認められるのは、「団体に対する債権者とその責任財産として団体財産だけをあてにしている、構成員個人の財産を差し押さえることができないと覚悟しており、またはそう考えるのが妥当であるような団体に限られる」とし、「構成員に対する債権者による団体債権の執行を断ち切っておくこと」と「資本充実の原則が存在すること（脱退が持分払戻を伴わないこと）」が有限責任制度に必要であり、構成員が利益配分の請求権を有するか否かも考慮要素となるとの立場を示した³⁹⁾。

(4) 「法人の理想型」を措定した見解

この星野の問題意識に賛同しつつ、結論において異なる立場を示すものとし

37) 川島武宜「企業の法人格」同『川島武宜著作集(6)』(岩波書店、1982) 45頁・52頁以下〔初出、1952〕。

38) 星野英一「いわゆる「権利能力なき社団」について」同『民法論集第1巻』(有斐閣、1970) 270頁以下〔初出、1967〕。

39) 星野・前掲注38・271頁・294頁以下。

て、上柳克郎の研究がある。ここでも、財産法における法人の法人格の目的を、「法人自身の財産とその構成員・機関構成員等の財産とをきりはなし、法人という独自の財産の主体を創り出すことにある」との見解が基礎とされる。これをもとに、法人財産の独立性が最も純粹に貫徹された場合としての「法人の理想型」に際しては、①③その名において権利を取得し義務を負うことができる、②その名において民事訴訟の当事者となることができる、④その名義の債務名義によって、かつ、そのような債務名義によってのみ、その財産に対して強制執行ができる、⑤法人の財産は専ら法人の債権者に対する責任財産とされ、法人債権者以外の者が法人財産に対して強制執行することは許されない、⑥法人格の承認に伴い、その効果を補強する法的技術として、法人財産の充実維持のために種々の形態の法的規制が加えられる、⑦法人財産以外の財産、なかんずく、人の団体が法人とされる場合の構成員の財産は、法人債権者の追及を免れる（「社員の有限責任」といった諸属性があるとの整理がされた⁴⁰⁾。こうした上柳の主張は、①a②b④・⑤Aにおいて、星野の見解に従っている。ただ、③を法人の属性に含め、さらに②Bを⑤Aや③と並列的に位置づけており、これらについて星野説と本質的に対立している。この点について上柳は、③も法人財産の独立性を実現するための法的技術である点で⑤Aと同性質であること、ならびに、②Bは⑤Aの実現しようとする目的と実質的に同一方向の目的のための法技術であることから、③と⑤A②Bの3つ問題は、実質上相互に密接な関連があるとの理解を、その根拠としている⁴¹⁾。

(5) 本稿で確認すべき点

さて、こうした議論に際して、本稿はいかなる態度を採るべきであろうか。本稿は、法人理論や法人構成員の有限責任に関する要件論を対象とするものではなく、自然人以外の存在に法人格を認めることの法的基礎を探ることを目的

40) 上柳克郎「法人論研究序説」同『会社法・手形法論集』（有斐閣、1980）1頁以下〔初出、1972〕。

41) 上柳・前掲注40・5頁以下。

として、法人をめぐる議論を参照したところであった。そうした本稿の視角からすると、団体の立場から法人格を認められるための必要条件を確認できればよく、法人のあるべき「理想型」の検証に立ち入ることは不要である。また、現在でも、無限責任社員が存在する合名会社（会社576条2項）と合資会社（同3項）があり、構成員の有限責任は法人格の付与と切り離されている。加えて、星野説も上柳説も、社団に関する見解であるところ⁴²⁾、社員の存在しない財団にも法人格が認められている。

これらのことから、本稿では、法人構成員の責任の範囲について立ち入ることはしない。法人制度をめぐる議論の中からここで本稿が確認しておくべき点は、法人制度は近代私法以前より存在しており、日本でも団体の法人化に対する需要に対応する形で、近代私法制度の一部として民法典に取り込まれたこと、また、法人制度は「構成員の個人財産から区別され、個人に対する債権者の責任財産ではなくなって、法人自体の債権者に対する排他的責任財産を作る法技術」として機能論の見地から把握されるようになったこと、ならびに、そうした法技術が認められる前提として、取引主体性を基礎づける団体の財産があり、かつ、取引の主体に値するものとの社会的および政策的な価値的評価が求められることである。

IV 動物の「法的地位」

1 「物」としての動物

続いて、法人とは異なり、また、AIと同様に、未だ法人格を認められていない動物について、その法的取扱いを確認する。この議論の考察は、後にAIへの法人格付与の妥当性を検討するに際し、有益なものとなる。

まず、人と物を峻別する近代私法の下では、動物は物（有体物）に分類されている。物である限り、権利義務の客体であり、主体とはなりえない。こうした理解は、現在でも未だ覆されていない。そのことを示すのが、著名な「オオ

42) とりわけ上柳は、営利法人を念頭に置いている。上柳・前掲注40・8頁。

ヒシクイ訴訟⁴³⁾と「アマミノクロウサギ訴訟」⁴⁴⁾である。

前者では、茨城県の一定の地域で越冬するオオヒシクイの地域個体群を原告、茨城県知事を被告とした住民訴訟が提起された。その中で、「原告の代理人」を名乗った弁護士らからは、「原告」とされたオオヒシクイの当事者能力について、「自然物一般につきその存在の尊厳から、一種の権利（自然物の生存の権利）が派生する、その自然物の生存を図ろうとする自然人等が存在せず、あるいは現行法上当事者適格を認められるものが存在しない場合には、当該自然物自体が訴訟に直接参加することが当該自然物の生存のための究極、最善、不可欠の手段であることから、右権利の実定法的効果として自然物の当事者能力が認められる」旨の主張がされた。これに対し、第一審の水戸地裁は、当時の民事訴訟法と民法その他の法令上、「自然物に当事者能力を肯定することのできる根拠は、これを見出すことができ」ず、「事物の事理からいっても訴訟関係の主体となることのできる当事者能力は人間社会を前提にした概念とみるほかになく、自然物が単独で訴訟を進行することが不可能であることは明らかであり、自然物の保護は、人が、その状況を認識し、代弁してはじめて訴訟の場に持ち出すことができるのであって、自然物の存在の尊厳から、これに対する人の倫理的義務を想立しても、それによって自然物に法的権利があるとみることにはできない」と判示した。また、東京高裁も控訴審において、「およそ訴訟の当事者となり得る者は、法律上、権利義務の主体となり得る者でなければならず、このことは民法、民事訴訟法等の規定に照らして明らかなるところというべきであり、したがって人に非らざる自然物を当事者能力を有する者と解することは到底できない」と断じた。

後者では、アマミノクロウサギ・アマミヤマシギ・ルリカケス・オオトラツグミという奄美に野生する希少野生動物・絶滅危惧種の動物が原告として

43) 第一審は水戸地判平成8年2月20日、控訴審は東京高判平成8年4月23日（ともに判タ957号194頁）。

44) 第一審は鹿児島地判平成13年1月22日2001WLJPCA01229002、控訴審は福岡高宮崎支判平成14年3月19日2002WLJPCA03199003。

挙げられたが、第一審の鹿児島地裁は動物の種名を原告とした訴状部分を却下したことから、自然人の原告の表示を「アマミノクロウサギこと〇〇」(「〇〇」は人名)と変更して訴訟を継続したとのことである⁴⁵⁾。そのため、この訴訟で主要な争点となったのは、ゴルフ場開発の許可が争われた林地やその周辺に居住しているわけではないが、当該地域で動植物の生態観察や自然保護等の活動を行っている個人や団体の原告適格の有無であり、動物の権利能力ないしは当事者能力ではなかった。そのような訴訟において、鹿児島地裁は、原告らがアマミノクロウサギをはじめとする奄美の自然を代弁しようとしたことに積極的な意義を認め、原告らの主張内容にある程度まで同調している。しかし、そうした立場からも、「わが国の法制度は、権利や義務の主体を個人(自然人)と法人に限っており、原告らの主張する動植物ないし森林等の自然そのものは、それが如何に我々人類にとって希少価値を有する貴重な存在であっても、それ自体、権利の客体となることはあっても権利の主体となることはないとするのが、これまでのわが国法体系の当然の大前提であった(例えば、野生の動物は、民法239条の「無主の動産」に当たるとされ、所有の客体と解されている……)」ことから、「現行の行政訴訟における争訟適格としての「原告適格」を、個人(自然人)又は法人に限るとするのは現行行政法の当然の帰結と言わなければならない」との判示がされている。

これらの訴訟の後、民事訴訟や行政訴訟の制度改正を経たが、現在においても、動物に権利能力ないしは当事者能力を認めないのが定説である⁴⁶⁾。

2 「特殊な物」としての動物

もっとも、動物は、その特性から、法律上の特別な保護の対象とされている。これは他の有体物に見られない、動物の法的特殊性といえる。こうした特別扱

45) 環境法研究会「いわゆる「アマミノクロウサギ訴訟」について—〈一〉第一審判決—」久留米大学法学42号(2001)115頁〔宗岡嗣郎〕。

46) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上〔第2版補訂版〕』(有斐閣、2013)174頁。六車明『環境法の考え方I—「人」という視点から』(慶應義塾大学出版会、2017)223頁以下も参照。

いが容認される背景には、古くより一部の動物が人間と共生してきたことがある。動物は人と同様に感覚・感情を有する生物と認識されながら、多くの動物がペット動物として人に飼育されており、中には真の意味で人間との家族関係を形成しているものもある。また、馬や牛などの人より大きな動力を発揮するものは、輸送手段として活用されてきた。人よりも優れた嗅覚を持つ犬は、捜索や捜査に役立てられている。そのほか、様々なショービジネスの場で人と共演したり、あるいは、一定の状態にある人を補助する側として働いていたりすることもある。これらの事実は、動物にも一定程度の知能が備わっており、かつ、一部の能力については人を上回っていることの証左でもある。

こうしたことから、とりわけ飼主からの愛情を受けるペット動物について、他の財産とは異なる法的評価がされることがある。具体的には、ペット動物が負傷・殺傷させられた場合に、損害賠償の範囲について特別な考慮がされる。通常の財産侵害であれば、財産的損害の回復により精神的損害も填補されるものとして、慰謝料は発生せず、また、修理費が損傷した財産の時価を上回る場合には、財産の時価が賠償範囲の上限となる。これに対し、ペット動物については、慰謝料請求⁴⁷⁾や、時価を超える治療費の賠償⁴⁸⁾が認められることがある⁴⁹⁾。

制定法としては、日本では動物愛護管理法が、「動物の虐待及び遺棄の防止、動物の適正な取扱いその他動物の健康及び安全の保持等の動物の愛護に関する

47) 東京地判昭和44年3月1日判時560号73頁、東京地判昭和45年7月13日判時615号35頁、東京地判平成16年5月10日判時1889号65頁、名古屋高金沢支判平成17年5月30日判タ1217号294頁、名古屋地判平成18年3月15日判時1935号109頁、東京高判平成20年9月26日判タ1322号208頁、大阪地判平成21年2月12日判時2054号104頁など、牧野ゆき「財産権侵害事例における慰謝料請求の可否」上法50巻1号（2006）43頁以下・51頁。大阪地判平成9年1月13日判時1606号65頁も参照。

48) 名古屋高判平成20年9月30日交民41巻5号1186頁。

49) 吉田克己「財の多様化と民法学の課題—鳥瞰的整理の試み」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014）14頁以下、吉井啓子「動物の法的地位」同書254頁以下。

事項」を定めている。これにより、動物の所有者であっても、その処分や管理の自由が制約されている。こうした愛護・管理を要請する動物の特性とされているのは、「命あるものであること」(同2条1項)である。ただし、同法は動物所有者・占有者と動物販売業者の一般的責務や刑事罰を定めているものの、基本的には行政法規として位置づけられるべきものであり、私法上の法的取扱いを直接的に規律するものではない。

そのほか、日本法の外に目を向けると、ヨーロッパのいくつかの国では、民法典の中で、動物がその他の物とは区別されるべき存在であることを明示する規定が設けられている。その先駆者としての役割を果たしたのが、オーストリアであり、「動物は物ではない」と定めた (ABGB285a 条1文)。ドイツとスイスがこれに続き、同様の規定を置いている (BGB90a 条1文、ZGB641a 条1項)。また、最近になって、フランスでも、動物を「感覚を備えた生命ある存在 (des êtres vivants doués de sensibilité)」とする規定 (C.c. 515-14 条) が盛り込まれた⁵⁰⁾。

しかし、私法上の動物の「法的地位」は、人のそれに近づけられるまでに至っていないのも、また事実である。動物を一般的な有体物とは異なる存在であることを明示するヨーロッパ諸国の法においても、法的取扱いの点では、結局のところ、「物 (Sachen)」(ABGB285a 条2文、BGB90a 条3文、ZGB641a 条2項) ないしは「財産 (bien)」(C.c. 515-14 条後段) に準じる。そのため、動物を単純な物と区別する明文の規定があっても、未だ象徴的な意味しかないとの評価もある⁵¹⁾。

50) 青木人志『動物の比較法文化』(有斐閣、2002) 164頁以下、吉井・前掲注49・258頁以下、吉井啓子「民法における動物の地位—フランスにおける議論を中心に—」伊藤傘寿『現代私法規律の構造』(第一法規、2017) 234頁、榎橋明香「動物の法的地位—2015年のフランス民法典改正—」瀬川=吉田古稀『社会の変容と民法の課題 [上巻]』(成文堂、2018) 55頁以下。なお、C.c. 515-14 条の規定の和訳に際しては、吉井によるものを参照した。

51) 吉井・前掲注50・250頁。椿久美子「ドイツのペット事情」法時73巻4号(2001)17頁以下も参照。

3 動物法人論

そうした中、こうしたヨーロッパ諸国（特にフランス）における議論を参考として、動物を法人として取り扱い、動物への法人格付与に向けた議論の必要性を主張する見解が、青木人志によって示されている⁵²⁾。その内容を要約すると、次のようなものである。

まず、この見解の前提となっているのは、人・物二元論を基礎とする日本の民法は「人」にしか権利主体性を認めておらず、かつ、人とは自然人か法人でなければならない中で、ヒト（ホモ・サピエンス）ではない動物は自然人と呼べない以上、動物が法律上の「人」たりうるのは、動物を「法人」にするよりほかないとの認識である⁵³⁾。このように動物を法人と構成する際、末弘巖太郎の見解⁵⁴⁾を援用し、法人は権利主体のないところに権利主体性を認めるための技術であり、社団・財団に限定する必要はないため、原理的な障害はないとし、その当否は法人技術を用いる実用的な意味があるかにかかっていると⁵⁵⁾。この点、動物法人には自然人と同じ権利が全て付与されるわけではなく、「動物の権利」として語られてきたものが主として個体動物の虐待防止を内容とするものであったことを踏まえ、「不必要に殺されたり虐待されたりせず天寿をまっとうする権利」に限定されるという⁵⁶⁾。ただし、こうした権利主体性を動物に認めるとしても、権利侵害に際しては、現実に自身で裁判を起こすことのできない動物法人に代わって自然人や団体が訴訟提起する必要がある

52) 青木・前掲注50・249頁以下、同『法と動物——一つの法学講義』（明石書店、2004）232頁以下、同『日本の動物法』（東京大学出版会、2009）218頁以下。動物への法人格付与に関するフランスにおける議論については、吉井・前掲注49・262頁以下、同・前掲注50・246頁以下も参照。

53) 青木・前掲注52『動物法』・218頁。

54) 末弘巖太郎「実在としての法人と技術としての法人」同『末弘著作集Ⅱ・民法雑記帳上巻』（日本評論社、第2版、1980）104頁以下〔初出、1941〕（青木が引用しているのは、107頁以下）。

55) 青木・前掲注50・266頁以下、同・前掲注52『動物法』・219頁以下。

56) 青木・前掲注50・267頁、同・前掲注52『動物法』・219頁以下。

る⁵⁷⁾。青木は、ここに、日本法で動物法人を議論する限界に突き当たる。なぜなら、フランスやイギリスと異なり、日本では、動物保護団体に動物虐待関連犯罪における私訴権や訴追権限が認められていないため、動物保護団体を動物法人の機関としうる制度的基盤が存在しないだけでなく、動物保護団体にフランス・イギリスと同じ機能を期待できる社会的基盤も整っていないからである⁵⁸⁾。そのため、動物法人は日本の現行法の解釈では認められず、立法論にとどまるとする⁵⁹⁾。

こうした青木の動物法人論については、以下の検討の中で分析していくこととする。

(おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)

57) 青木・前掲注52『動物法』・220頁。

58) 青木・前掲注52『動物法』・224頁以下・248頁以下。青木は、これに加えて、フランス法の議論をそのまま日本法上の解釈論として展開することを阻害する前提的相違として、フランス民法理論は日本と違って法人法定主義を採用しておらず、法人に帰属させるべき固有の利益があることと、その法人の集団的意思表示の機関があることの2つの条件さえそろえば、法人格が広く認められていることを挙げる(青木・前掲注52『動物法』・224頁)。この点については、次の2つのことを指摘しておきたい。まず、日本では、民法に基づく法人の設立が事実上限定的にしか許可されてこなかった時期に、「権利能力なき社団」論が展開され、社団としての実質がある限りそれに対応して法人と同様に取扱うことが、判例・通説として広く認められてきた。また、一般法人法が制定された現在、法人法定主義が法人設立を妨げているという事情は、広範に解消されている。なお、フランスにおけるアソシエーションへの能力付与については、大村敦志「結社の自由」の民法学的再検討・序説」NBL767号(2003)60頁以下を参照。

59) 青木・前掲注50・265頁以下、同・前掲注52『動物法』・218頁以下。

行動経済学と証券規制 (2)

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
 - (1) 適合性審査の手法の改善 (以上、本号)
 - (2) プロダクト・ガバナンス
 - (3) 手数料開示
 4. 小括
- VII. おわりに

4. 民法・消費者契約法による保護との違い

(1) 阻害された自由な意思決定と私法上の保護

事業者・消費者間に構造的な情報力格差や交渉力格差があることなどが原因で、問題のある意思表示がなされた場合、民法の規定により、詐欺・脅迫、錯誤などの瑕疵ある意思表示の効力を認めないことで、従来消費者の保護は図られてきた(民法96・95条)。しかし、消費者の被害の救済が認められるため

には、消費者が事業者の故意を立証しなければならないなど、消費者側の立証負担が重い。そこで、消費者契約法は、事業者の故意・過失を問題としないか（4条1項）、故意の立証負担を緩和することで（4条2項）、救済されるべき消費者の範囲を拡大した。また脅迫についても、民法が物理的な圧力だけを対象としていたのに対し、消費者契約法は心理的な圧力が加えられた場合も契約の取消しができる場合に含めた（4条3項）。すなわち、消費者契約法4条3項は、精神的に不安定な状況や経済的に相手方に依存せざるを得ない窮状に置かれた消費者につけ込むかたちで契約が締結された場合など、一方当事者が他方当事者に生じた合理的な判断をすることができない事情を利用して締結した契約の取消しを定めている。たしかに、困惑惹起行為を禁じた特定商取引に関する法律によっても、被害者を救済できる場合はあるが、その場合でも同法が定める取引類型（訪問販売、電話勧誘販売等）に該当することが前提となる。その意味では、消費者契約法4条3項の規定は当事者が不当な勧誘によって救済を受ける場合をより一般化し、明確にしたという点で意義を有するだろう。ただし、消費者契約法4条3項の保護を受ける場合においても、消費者が困惑した状況は限定列挙されたケースに該当していなければならない。事業者の不退去（同項1号）や消費者の退去阻止（同項2号）、靈感商法（同項6号）に加え、判断力の低下は社会生活上の経験の乏しさ（同項3・4号）及び加齢又は心身の故障（同項5号）に起因することが要件となる。

もっとも、消費者契約法の要件に該当しない場合でも、不公正な取引方法に当たる場合には、信義則や公序良俗違反などの民法の一般規定を用いることで消費者の被害は救済されてきた¹⁾。とりわけ、公序良俗違反の一類型として判例法上認められてきた「暴利行為」は、他人の窮迫、軽率又は無経験を利用し、著しく過当な利益を獲得することを目的とする場合や（大判昭和9・5・1民集13巻875頁等）、著しく不公正な方法により取引したことを要素として（名古屋高判平成21・2・19判時2047号122頁）、公序良俗違反を認定してきた。

しかしながら、民法・消費者契約法はその性質上、私人間の紛争において事後的に被害の回復を行うことを主な目的としている。被害は金銭賠償よって

填補されるが、被害が生じてからでは遅すぎる場合もある。紛争の解決には金銭的・時間的なコストがかかり、消費者にとってのメリットは必ずしも大きいとは言えず、制度上の限界はある。

(2) 困惑惹起行為と認知バイアス

翻って、このような困惑惹起行為が心理学的な手法を用いて行われること、つまり無意識の思考の癖を事業者が利用することは、消費者契約法4条3項においても明示的な要件とはされていない。金銭的な決定はストレスや不安、損失に対する恐れ、後悔などの感情に基づいてなされることが少なくなく、これらの感情に基づく行動は、被害者の過失とみなされる可能性が十分にありうる。また、そのような感情と心理学的な手法を用いた勧誘行為との因果関係を証明できるかどうかも定かではない。たしかに、事後的には、事業者の行為が心理学的な手法を用いていたと観察・分析することができるとしても²⁾、そのような手法を用いて消費者を困惑させることが、直ちに違法と判断されるかどうかは必ずしも自明ではない。また、事業者がそのような手法を用いることは故意に行われる場合もあるが、認知バイアスの作用により、事業者自身も無意識にそのような手段を用いてしまうことが少なからずあるように思われる。

1) 判例上、相手方の窮乏に乗じて、過大な利益の獲得を目的とする行為は公序良俗とされる。「公序良俗」には通常の不当性では足りない強度の基準が設定されており、そのことで、当事者自治や契約の自由の原則との調和を図っている（長尾治助「消費者取引と公序良俗則（上）」NBL457号7頁（2000）を参照）。裁判例として、未公開株商法が公序良俗に違反するとした東京地判平成19・12・13消費者法ニュース75号290頁などがある。その他裁判例の分析については、村本武志「消費者取引における心理学的な影響力の行使の違法性」姫路ロージャーナル1・2号合併号193頁（2008）216-225頁において詳細な分析が行われている。なお、米国法においては消費者の認知バイアスを悪用して契約の締結に至る場合、非良心性の法理を用いるかまたは不当威圧の問題として取り扱われ、被害者救済が行われている。

2) 村本・前掲注（1）233-236頁を参照。

(3) 認知バイアスを利用した行為に対する行政規制の必要性

誤解を恐れずに言えば、事業活動において心理学的な手法を用いることは、相手方の認知バイアスを利用する、あるいは悪用することにはほかならない。このような手法はこれまでも、主に広告を用いた勧誘行為などで用いられてきた。これに対して、景品表示法は2条4項において「表示」を定義し³⁾、商品、役務・サービスの取引に関して行われる不当表示を規制している。また、金融商品取引法も、利用者保護を図る立場から広告等の規制を行っており（同法37条）、広告類似行為を行う金融商品取引業者等（以下、「金商業者等」という）に商号や登録番号を表示すること（金融商品取引業等に関する内閣府令（以下、「金商業等府令」という）72条1項）を定めている⁴⁾。同規定は、投資者と無登録業者との取引を阻む事実上の効果を意図しており、人の心理に働きかけて行動変容を促すという、ナッジの手法が採用されているとも言える。また、金商業者等が広告等をするときは、一定の事項について使用する文字等の大きさを変えることが義務づけられている（金商業等府令73条）ことについても、同様の効果が期待されていると考えられそうだ。

行政規制はこのように私法規制とは異なり、消費者等の被害を未然に防止することを主な目的としている。ただし、行政規制は私法との協働⁵⁾あるいは私法への介入⁶⁾によって、私法の限界を補完するものであり、消費者の保護に資するという面では民法・消費者契約法と同じ機能を有している。

3) 具体的にどのようなものが表示に当たるかについては、昭和37年公正取引委員会告示第3号が規律する。

4) 日本証券業協会は「広告等に関する指針」を作成し、金融商品取引業者等が適切な広告等を行うことができるように、金融商品の種類や広告媒体等に応じた詳細な自主規制ルールを定めている。

5) 大村敦志「取引と公序（下）」ジュリ1025号66頁（1993）72頁を参照。

6) 内田貴「民営化（privatization）と契約（6・完）制度的契約論の試み」ジュリ1311号142頁（2006）148頁、吉村良一「公私の交錯・協働と私法の「変容」立命館法学312号472頁（2009）482-483頁等を参照。

(4) 規制に依らない行政手法の利用とナッジ

人の認知バイアス（思考の癖）を正して行動変容を促す場合、上述したように規制に依る行政手法もあるが、規制に依らない行政手法によって目的を達成することも可能である。行動経済学の知見を用いたナッジによる手法は主に後者を指しており、実験によってデータを集め、複雑な環境要因を分析しながら因果関係を特定し、ある行為がどのような環境要因によってコントロールすることが可能かどうかを導き出すという一種の科学的な手法により、政策への応用可能性を模索する⁷⁾。例えば、イギリスやミネソタ州では、納税率を上げることを目的に、人の同調バイアス（周囲の大多数の人に協調的な行動をすることで、「集団の一員である」という安心感を得ようとするために起こる心理現象）の作用を利用して、税金滞納者に手紙を送る際に、地域の90%以上の住民が期限内に納税をしているという情報を合わせて提供することにより、地域全体としての納税率を上げたという⁸⁾。

科学的な知見を用いて現行の規制の盲点を明らかにし、より実効性のある行政手法を取り入れることは証券規制においても可能なのかについては、以下で詳述する。

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

第2次世界大戦後の経済政策や金融・証券法制は、市場の効率性と人の合理的な行動に基礎づけられた伝統的な経済学のモデルに支配されてきた⁹⁾。そこでは、人は情報を与えれば与えるほど、よりよい選択を行うことができ、情報

7) See, ASIC (Australian Securities & Investments Commission), *Investing in Hybrid Securities : Explanations Based on Behavioral Economics*, Report 427 (March, 2015), at 4.

8) 正木宏長「情報を用いた誘導への一視座——行動経済学、ナッジ、行政法——」立命館法学362号1056頁(2015)1087頁注(23)などを参照。

9) See, e.g., R. A. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (3rd ed., 1986), at 15-17; P. Samuelson, *Proof that Properly Anticipated Prices Fluctuate Randomly*, 6 *INDUSTRIAL MANAGEMENT REVIEW* 41 (1965).

に基づく権利を利用して自らの利益を増大できると考えられた¹⁰⁾。このような政策観が支配する規制の下では、あらゆる不均衡が自己修正され、市場が大きな衝撃に見舞われることはない¹¹⁾。もっとも、人が必ずしも合理的に行動できないことに経済学者はすでに気づいていたが、合理性の仮定を見直すことが必要なほど人が頻繁に誤りを犯し、その間違いが「系統的」でかつ「意味のある」誤りであるとは想定していなかった¹²⁾。ところが、実際には、市場とりわけ金融市場において、合理的な説明がつかないような事象が少なからず起き、そのような市場で密かに進行していた問題は、2007年から2008年に起きた世界金融恐慌の後、手痛い犠牲となって現れた¹³⁾。すなわち、規制の自由化によって、複雑な仕組商品が投資経験の浅い投資者に多数販売された後に市場が急変し、個人投資家に大きな損失をもたらした。

このような事態を受けて、行動経済学の立場から、合理的経済人を前提としてきた従来の政策や規制に対して様々な批判が行われ始める¹⁴⁾。その1つが開示規制に対する批判である。難解で詳細すぎる開示資料とその多さは、情報処理能力に限界がある一般の個人投資家にとって過大な負担となっており、非効率だというものである¹⁵⁾。また1つは、投資アドバイスの実態に係る問題であ

10) OSC Investor Office, *Behavioral Insights Report*, Staff Notice 11-778 (2017), at 17-18.

11) *Id.*

12) K. Erta, S. Hung, Z. Iscenko & W. Brambley, *Applying Behavioral Economics at the Financial Conduct Authority* for FCA, Occasional Paper No.1, at 16 (2013), at 11-12.

13) OSC, *supra* note (10).

14) 人間の行動法則性を科学的に解明しようとする学問分野を証券規制の分析に取り込む試みは金融恐慌以前から行われており、証券規制が前提とする合理性の概念について、批判や新しい規範の提唱がなされてきた（例えば、R. Prentice, *Whither Securities Regulation? Some Behavioral Observations Regarding Proposals for Its Future*, 51 DUKE L. J. 1397 (2001); L. A. Cunningham, *Behavioral Finance and Investor Governance*, 59 WASH & LEE L. REV. 767 (2002); D. C. Langevoort, *Taming the Animal Spirits of the Stock Markets: A Behavioral Approach to Securities regulation*, 97 NW. U. L. REV. 135(2002), at 150を参照)。しかし一方で、行動経済学の分析を証券規制に取り込むことについては、実証的な分析に欠けるという厳しい批判もあった（例えば、J. J. Rachlinski, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism* 97 NW. U. L. REV. 1165, 1166-68 (2003)などを参照)。

る。すなわち、金融商品市場では、消費者の認知バイアスを悪用した不公正な金融契約が結ばれている可能性があるだけでなく、法令違反をした投資アドバイザーに対して、規制の効果は限定的であるというものである^{16,17)}。行動経済学や行動ファイナンス理論は、従来の投資者保護政策のアプローチが不十分であること、また少なくとも、従来の政策は金融消費者が陥りがちな拙い選択の問題を解決できずにいることを明らかにした¹⁸⁾。

とはいえ、行動経済学の知見を直ちに証券規制に用いることに批判がないわけではない。例えば、認知バイアスが負の影響だけをもたらすことはなく、バイアス自体がかえってよい作用をもたらす場合もありうる。例えば、「損失回避」(loss aversion) という認知バイアスには、幸福を増進する機能があるとされる。すなわち、金融証券市場では損失回避の傾向が「自信過剰 (overconfidence)」の心的な傾向に対する毒消しとなり、2つの認知バイアスが逆に作用すること

15) See O. Ben-Shahar & C. E. Schneider, *The Failure of Mandated Disclosure*, 159 U. PA. L. REV. 647, 738 (2011); O. Ben-Shahar & C. E. Schneider, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW : THE FAILURE OF MANDATORY DISCLOSURE (2014), § 1.

人の計算技能には限界があり、記憶力にも重大な欠陥があるとされ (C. Jolls, C. R. Sunstein and R. Thaler, *A Behavioral approach to Law and Economics*, 50 STANFORD L. Rev. 1471, at 1477)、情報が多いことは必ずしも人の意思決定において有利とはいええないとする結果が示されている (C. F. Camerer, G. Loewenstein & M. Weber, *The Curse of Knowledge in Economic Settings : An Experimental Analysis*, 97 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 1232 (1989), at 1233, 1246)。

16) 英米では、わが国と異なり、独立投資アドバイザー (independent financial adviser) が個人向けの投資サービスを牽引し、消費者や投資者の投資行動に大きな影響を与えている。

17) 少なからぬ実証研究により、投資アドバイザーが罰金を支払った後も違法行為を続けようとする事分かっている (OECD, *Behavioral Insight and New Approaches to Policy Design : The Views from the Field*, Summary of an International Seminar (2015), available at https://www.oecd.org/naec/NAEC_Behavioural-Insights-Programme_23-Jan.pdf, accessed on 31 March, 2020, at 6)。

18) G. Mitchell, *Why Law and Economics' Perfect Rationality Should not be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence*, 91 GEO. L. J. 67 (2002), at 72 (法と行動経済学は過度に限定された実証データに基づいた限定合理性をモデルとしていると批判する)。

で、取引を差し控える方向に働くという¹⁹⁾。しかしながら、このような批判を払拭するに足る十分な実証研究の結果が徐々に蓄積されてきたことで、行動経済学は市場規制の分析に欠かせないものとして信頼度を増してきた²⁰⁾。情報処理過程としての人間の精神機能を科学的に解明する認知心理学を取り込んだことが、かえって市場における消費者や企業の行動を正確に分析できるツールと捉えられているのである。

2. 金融商品市場における消費者保護の必要性

(1) 金融商品市場における消費者の特性

個人投資家の属性を消費者ないし金融消費者と位置づけた上で証券規制を行う場合、とりわけ以下の2つの特徴的な点に留意することが必要である。第1は、消費者の財政面及び投資判断能力の問題である。消費者は余裕資金で投資を行うほど経済的な余裕がない場合があることに加え、投資に対する不安や投資に関する知識・経験が不足していることにより対応が遅れがちになる²¹⁾。例えば、2006年にイギリスのFSAが市民を対象に実施した財政的な能力の基礎調査（Financial Capability Baseline Survey）では、収入の落ち込みや予定外の出費のために退職後の計画を十分に立てることができない者が多いこと、さまざまな金融商品を比較することができない者が多いために、気がつくリスクを取っていることがあり、本来のニーズに対応した金融商品を選ぼうとしても十分な手段を講じることができないという分析結果を得ている。

第2に、モノを扱う市場では、例えば車やコンピューターなどを買う場合に

19) E. Avgouleas, *Cognitive Biases and Investor Protection Regulation: An Evolutionary Approach* (2006), SSRN Electronic Journal, unpublished paper, available at <http://ssrn.com/abstract=1133214>, at 30-33. また、「合理性」の仮定が経済学で受け入れられている背景には、理論構築上有効であることや技術的取扱い、集計上の扱いやすさなどがあるとされる（下川哲矢「意思決定モデルの精緻化は何をもたらすのか——神経経済学」川越敏司（編著）『経済学に脳と心は必要か？』（河出書房新社、2013）41頁。

20) Avgouleas, *supra* note (19).

21) FSA, Consumer Responsibility, DP08/05 (2008) at 22, s. 4.x.

自分の好みでモデルを選べるように、消費者は商品の購買時に積極的に関与することができ、モノと金銭の対応関係について理解をすることが可能である。しかしそれが金融商品である場合、不確かな将来の価値を見込んで投資を決定しなければならないだけでなく、リスクとリターンへの対価性を評価することがむずかしい。モノを購入する場合に比べて商品の価値を理解することは相対的に困難を伴うのである。しかも、金融商品の販売者と消費者の間には知識量に格段の差が生じている。

消費者が自らの最善の利益を守るために取ることのできる手段には限りがあり、投資勧誘・販売過程で消費者と事業者がそれぞれに負担する責任の程度を規制によって変える必要性が生じてくる²²⁾。

(2) 資産運用代理人の支配からの脱却

ファンド・マネージャーに代表される資産運用代理人は投資のプロであり、消費者の投資行動において見られるような認知バイアスに左右されることは稀である。しかし資産運用代理人であっても、ハーディング（群れ現象：herding）、投資視野の短期バイアス（myopic bias）、過度のリスク回避バイアス（risk aversion bias）など²³⁾、自身が有するバイアスの影響によって、運用委託者である消費者（本人）の利益を害してしまうおそれがある。例えば、自己の利益を優先しようとして、個人投資家に対して独善的な提案をしたり、投資家にとっては利益にならない短期投資戦略を推し進めてしまうことがある。その際には故意にまたは無意識に、個人投資家のバイアスを巧みに操ろうと考えることもあるだろう²⁴⁾。したがって、顧客である消費者の保護を資産運用代理人だけに任せることは適切ではなく、消費者が自らの裁量に頼って投資行動ができるよう、行政規制による介入方法を検討すべきことになる。

22) FSA, *supra* note (21), at 22, s. 5.2.

23) 首藤恵「ファンド・マネージャーの行動バイアスとインセンティブ構造」早稲田大学ファイナンス総合研究所ワーキングペーパーシリーズ WIF-08-003 (2008) を参照。

3. 証券規制への行動経済学の応用

金融危機で信頼を失った市場と、銀行や投資アドバイザーなど金融商品の販売に携わる事業者（以下、「証券会社ら」という）への信頼を回復するために、各国の規制当局は投資者保護の強化を図ることになった。欧州では、2007年に発効したMiFID（The Market in Financial Instruments Directive：金融商品市場指令。2014年にMiFID IIとして改正され、同指令は2018年から施行されている）²⁵⁾において、(1)金融商品の情報提供と(2)顧客に対する受託者責任を、投資者保護のための2つの重要な方針として掲げた²⁶⁾。(2)の顧客に対する受託者責任は、証券会社らに対して支払う手数料（報奨金）に制限を設けることに加え、各加盟国が証券会社らに対して行為義務を課すことを通じて実現されるものとされた。このうち、行為義務はリテール顧客に対して課されるものとされ、次の3つに重点が置かれた。すなわち、①最良執行義務、②顧客が投資アドバイザーまたはポートフォリオ管理を求める際に、顧客に提供するサービスの適合性（suitable）を確保するための顧客情報の収集義務、及び複雑な商品（デリバティブ）の取引を行う際の妥当性（appropriateness）テストの実施、そして③顧客注文の正しい取扱いである。

しかしながら、MiFIDが加盟国の規制当局に強化を要請した行為義務の内容は曖昧で、従来の行為義務といかなる点に相違があるのかは必ずしもよくわからなかった。このため、MiFIDにおいて当該行為を新たに義務化することは官僚主義的に過ぎ、追加的に課される監督者及び投資者双方への報告義務は業務負担を重くするとして批判され、フランスやベルギーなど少なからぬ加盟国において、規制当局と証券会社らとの間に確執を生んだ²⁷⁾。

24) See D. C. Langevoort, *Selling Hope, Selling Risk : Some Lessons for Law from Behavioral Economics about Stockbrokers and Sophisticated Customers*, 84 CAL. L. REV. 627 (1996) at 657-658 ; Avgouleas, *supra* note (19), at 55-56, 63-65.

25) Directive 2004/39/EC.

26) 大橋善晃「EUの『金融商品市場指令（MiFID）』と最良執行義務」(日本証券経済研究所、2006)、11頁以下を参照。

そこで、各加盟国の規制当局は MiFID の求める高い水準の顧客保護を実現するために²⁸⁾、当時進められていた証券規制に関する行動経済学の研究を取り入れるかたちで、自国の従来の規制を客観的に分析する独自の取組みを始めた²⁹⁾。証券規制の分野で行動経済学の知見を用いた政策を推進することによって、顧客の行動変容が期待されると考えられている分野は、本論文 IV. 1 で述べたように、投資勧誘と開示に関わるものである。以下では、投資勧誘の分野について(1)適合性の審査（具体的には、リスク許容度に関わる顧客情報の収集方法）、開示の分野について(2)プロダクト・ガバナンスと(3)手数料開示を取り上げて検討する。

(1) 適合性審査の手法の改善

(1)-1. 従来の適合性審査における問題点

投資者が自らのニーズやリスク選考を正確に把握しながら、自らにとって最適な金融商品を探ることができるならば、証券会社の外務員や投資アドバイザーらから敢えて投資に関するアドバイスを受ける必要はない³⁰⁾。しかし実際にはそれが容易ではないために、証券会社らが顧客に代わり、あらゆる次元か

27) G. Hübner & S. Plunus, *Accommodating Profile Dynamism in MiFID II* (2013), available on the Semantic Scholar's website, accessed on 31 March, 2020, at 2 (original article published in 3 REVUE BANCAIRE ET FINANCIERE 235).

28) 欧州委員会が2005年に公表した「金融サービス政策白書 2005—2010 (WHITEPAPER Financial Service Policy 2005-2010)」では、金融サービスに関する単一市場を実現するために、発行者と投資者双方に資する流動性の高い資本市場の構築と、顧客主導型のサービス（金融消費者の満足度とその保護レベルを維持しながら、消費者の選択を保障すること）を提供するために、統一的な規定を作るための障害を除去することを重点として掲げていた（大橋善見「EUの新たな金融サービス政策」(日本証券経済研究所、2006)、3頁。

29) 英国 FCA のように、規制当局の内部で行動経済学を用いた分析を進める国もあれば、フランス AMF（金融市場庁）のように、実証研究を外部に委託して政策の検討を進める国もある（AMF の施策は Delams-Marsalet の研究 (J. Delmas-Marsalet, *Report on the Marketing of Financial Products* (2005), submitted to the French finance ministry, available at AMF website) を基礎にしている)。

ら顧客情報を分析し、顧客に対して最適な商品を選び（適合性審査）、推奨を行っている。ある者に最適な金融商品を選ぶためには、適合性の審査の過程において十分な顧客情報を収集し、適切な分析を行うことが不可欠である。

しかしながら、実際には、証券会社らが顧客から必要な情報を入手している場合でも、適合性の審査過程に問題があり、顧客に不適切な投資アドバイスをしている例は少なからずある。これについて、英国では、FCAが銀行業を対象に2008年3月から2010年9月までの期間に行われた顧客の適合性の審査の実態を調査した。その結果、顧客のリスク許容度を判断するための質問の54%が不適切であることが明らかになった³¹⁾。また、顧客のプロファイリングがスムーズにできた場合でも、顧客の投資意向に沿わない商品を勧めていたり、不適切なポートフォリオを組んでしまう場合もあった。さらに、投資アドバイザーらが投資リスクの性質をよく理解しないまま、顧客に型通りの質問をしたり、自らはリスクについてよく理解しないまま、端末を用いて顧客のプロファイリングをする者もあった。そのような場合、顧客がマニュアル通りに回答しないと、顧客のリスク許容度を過度に低めに設定し、顧客に適切なリスクを取らせずに、預金だけで資産を運用させてしまうケースもあった。

このような状況に対処するために、MiFID19条は、加盟国に対し、証券会社が顧客に最良の投資サービスを提供するためのより厳格な行為義務を定め、その4項で、顧客情報の収集義務（顧客または潜在顧客の知識、経験、財務状況、

30) 投資アドバイスに係る手数料の削減と投資アドバイスの質の向上を図るため、証券会社らは対面の投資アドバイスに代わる自動投資システム（いわゆる「ロボ・アドバイザー」）を開発し、顧客への提供を始めている。ESMA（欧州市場監督局）が公表したガイドライン（*Guidelines on Certain Aspects of the MiFID II Suitability Requirements* / ESMA35-43-1163 [06/11/2018]）では、すでにロボアドバイザーによる顧客情報の収集について一定の手引きが記されている。ロボアドバイザーの利活用の現況を踏まえたロボアドバイザー規制の在り方については、拙稿「ロボアドバイザー規制の構築に向けた新たな視座」証券経済研究109号31-42頁（2020）を参照。

31) See, FCA, *Assessing Suitability: Establishing the Risk a Customer is Willing and able to Take and Making a Suitable Investment Selection*, available at <https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fsa-fg11-05.pdf> (accessed on 31 March, 2020), at 9-25.

投資目的に係る必要情報の入手)を規定した³²⁾。しかし MiFID における顧客情報の収集義務についての定義はいわば素案の状態で、実際上の審査において実効性が担保されていないという指摘がなされていた³³⁾。もっとも、加盟国で証券会社らが行っていた顧客の情報収集過程については以前から少なからぬ問題があり、とりわけ投資者のリスク許容度の評価方法は問題があることが、行動経済学や心理学の研究者によって明らかにされていた。

i. 学説

行動経済学者の D. Ariely によれば³⁴⁾、投資アドバイザーが顧客情報を入手する際に行う質問のうち、(1)退職後、今の生活を維持するために、現在の給与のどれくらいの金額が必要になると思うか、(2)投資リスクに対する姿勢を7段階で評価すると自分はどのあたりか、といった質問は、行動経済学的な見地からすれば、実に奇妙であり、また無益であるという。

(1)の質問については、被験者らは概ね現在の給与の75%ほどが必要になると答えたという。しかしその理由を尋ねると、当該数字は投資アドバイザーから聞いたことがある数字だからだと回答したという³⁵⁾。つまり、投資アドバイザーは自ら質問し、自ら答えていることになる。そこで、Ariely は、被験者らに(1)の質問をする代わりに、退職後どのような生活をしたいか、どこに住みたいか、退職後に参加したい活動やしてみたいことは何かなど、退職後に望む

32) MiFID19条5項は証券会社らのための一種のセーフハーバー・ルールになっており、証券会社らが同条4項による義務に基づき、顧客または潜在顧客に属性情報等の提供を要求しても顧客らが情報の提供を拒んだ場合、適合性の審査に支障がでる旨を「警告」すべきであると規定している。ただし、顧客に対する警告方法は(顧客にとって黙示の同意となりやすい)標準約款を用いるものとされている点には注意が必要である。

33) De palma & picard, *infra* note (39), at 38.

34) See, Dan Ariely, *Asking the Right and Wrong questions* (30 August, 2011), available at <http://danariely.com/2011/08/30/asking-the-right-and-wrong-questions/> (accessed on 31 March, 2020).

35) *Id.*

生活の質に関する定性的な質問を行った。そして、その回答をもとに必要な費用を算出したところ、実際には75%と回答した者が135%の資金を必要とすることが明らかになったという。

一方、(2)の質問についても、Ariely は被験者らに通常投資アドバイザーが行っている質問よりも精緻な質問をすることで、被験者のリスク志向に変化があるかどうかを調べた。しかし不可解な回答が多かったという。具体的には、リスク志向を10段階評価させる際に、(1)現金のままの状態をレベル1相当、株に85%、債券に15%を投資する場合をレベル10相当とする指標を与えるグループと、債券投資をレベル1相当、デリバティブ取引への投資をレベル10相当とする指標を与えるグループとに分け、その上で、10段階で自らのリスク志向の高低を分析させた。ところが、被験者らはそのような指標とは無関係に、平均的なリスク志向者をレベル5とした上で、自らが平均より少し上であれば6または7、下であれば4または5と回答し、リスクに対する態度について特に明確な考えを持っていないことがわかった。

他方で、Hallanhan らはリスク許容度を複雑な心理学上の概念であると捉えた上で、5,000人のオーストラリア人を対象にしてリスク許容度に関する実証研究を行っていた。Hallanhan らは(1)主観要素と実際のリスク許容度との関係を明らかにするとともに、(2)リスク許容度に関する人口統計学上の分析を加えた³⁶⁾。分析の結果、被験者の大半がリスクを過少評価していることがわかり、主観要素に頼りすぎるフィナンシャル・プランナーは、顧客に対して不適切な提案をするリスクを冒しやすいことを突き止めた³⁷⁾。

ii. 規制当局による分析

一方で、MiFID に対する批判から、フランスやイタリアなど³⁸⁾複数の加盟

36) See, T. A. Hallanhan, R. W. Faff & M. D. Mckenzie, *An Empirical Investigation of Personal Financial Risk Tolerance*, 13 FINANCIAL SERVICES REVIEW 57 (2004), at 59-60.

37) *Id.* at 62-64, 75. なお、参加者の人口統計学的分析を通じて、リスク耐性は性別、収入、資産との関連性が高いが、既婚か未婚かの別、年齢の2つの要素とは関連性が低いという。

国で、MiFID の求める顧客情報の収集義務の妥当性や実効性について行動経済学の知見に基づいた科学的な分析が行われた。

例えば、フランスの AMF（金融市場庁）の依頼に基づいて行われた調査では³⁹⁾、MiFID が収集を求める4つの顧客情報（知識、経験、財務状況、投資目的）を14の要素に分けて分析し、7割を超える質問事項がリスク許容度に関連していたことがわかった。しかしこれらの質問はいずれも表面的な内容にとどまっており、また、リスク許容度を数値化するための質問は大抵が曖昧なものだったという。不確実性下の意思決定で掛かり易くなる認知バイアスの作用によって、顧客のリスク許容度は正確に測ることができないということが明らかになった。そして、MiFID が求める高レベルの投資者保護を実現するために具体的どのような質問を行うべきか、指標を構築したりモデルが示されなければならないと結論づけられた。

(1)-2. 顧客情報の収集過程における認知バイアスの排除

クロッシング・ネットワークなどの出現によって、進行する市場構造の複雑化などに対処するために改正された MiFID II⁴⁰⁾は、顧客情報の収集義務についても改訂を行った。MiFID II の下では、投資サービス会社⁴¹⁾は、顧客の(1)投資経験や財務知識の評価を通じた「妥当性 (appropriateness)」のチェック、(2)財政状況の確認、(3)リスク特性 (risk profile) のチェックを通じて (リスク特性とは、投資目的、投資の計画対象期間、リスク許容度、損失負担能力を指す)、顧客の適合性審査を行わなければならない。ただし、投資アドバイス

38) See, N. Marinelli & C. Mazzoli, *An Insight into the Suitability Practice : The Standard Questionnaire Dilemma* (January 10, 2011), available at SSRN : <https://ssrn.com/abstract=1853230>.

39) See, A. De Palma & N. Picard, *Evaluation of MiFID Questionnaire in France* (2011), available at the AMF website (accessed on 31 March, 2020).

40) Directive 2014/65/ EU.

41) 投資サービス会社とは、MiFID II に規定される投資サービス及び投資活動を業として営む者をいい (MiFID II 4(1)(1)条)、わが国の金融商品取引業者に匹敵する。

を行う場合及びポートフォリオ管理を行う場合に、(2)及び(3)が義務づけられ、(1)については要求レベルにとどめている（MiFID II 25(2)(3)(4)条⁴²⁾。

また、MiFID II の実効性を高めるために作られたガイドライン⁴³⁾は、投資サービス会社が顧客のリスク特性のチェックをする過程で生じうるトラブル等に対処するため、投資サービス会社に対して次の3つの点を考慮することを求めている^{44,45)}。

第1は、顧客から得る情報が過剰な自己評価に基づくことがないよう、顧客の情報に信頼性と一貫性（ないし整合性）があるかどうかをチェックすることである⁴⁶⁾。また、顧客の自己評価が過剰になっていないかどうかを確かめるためには、ナッジの手法を用いて、例えば顧客に対して次のような質問を行うことも有効である⁴⁷⁾。「リスクとリターンのトレードオフ」や「リスク分散」などの概念についての知識を問う代わりに、顧客に具体例を示し、ポジティブなシナリオとネガティブなシナリオの両方を提示する。また、ある金融商品に投資するための十分な経験があると思うかどうかを尋ねる代わりに、顧客はどのようなタイプの商品に馴染みがあり、最近よく取引している金融商品は何かを尋ねることなどである。なお、顧客情報の信頼性と一貫性をチェックをするた

42) なお、MiFID II 24(2)条は、投資サービス会社に対していわゆる合理的根拠適合性（商品適合性）を遵守することを規定している。

43) ESMA, *Final Report – Guidelines on Certain Aspects of the MiFID II Suitability Requirements* / ESMA-35-43-869 (28 May 2018), available on the ESMA’s website, accessed on 31 March, 2020 [hereinafter *MiFID II Suitability Guideline*].

44) *Id.* at 149–156.

45) 改訂前のMiFIDのガイドラインでは、顧客からの情報収集を正確に行うために、リスク耐性を調べる際に具体例を示すことや、顧客に合わせたテラーメイドの質問を行うことが望ましいことなどを挙げていた（ESMA, *MiFID Supervisory Briefing – Suitability* / ESMA/2012/850 (19 December 2012), available on the ESMA’s website, accessed on 31 March, 2020) ことに比べると、MiFID II のガイドラインはより投資の意思決定における顧客の認知バイアスの影響に配慮していると考えられる。

46) MiFID II Suitability Guideline, *supra* note (43), at 43 (3.4 Annex IV – General guidelines 4, 44, 45).

47) *Id.* at 43 (3.4 Annex IV – General guidelines 4, 46).

めには、顧客情報を入手する際に必ず対話などの記録を取り、必要に応じてしかし頻繁に顧客情報の更新を行うことが重要である。

第2は、損失回避 (loss aversion) の評価に係るものである。人はリスクを過少評価する傾向がある。このため、顧客が負担できるリスクの大きさを直接問うことは望ましくないため、負担できる損失の程度を代わりに問うことが望ましい⁴⁸⁾。第3は、顧客から情報収集を行うときは、シンプルな言葉遣いをすることである。認知的儉約家である人は複雑な情報に接したときや膨大な量の選択肢を提示されたときに、ヒューリスティックによって情報処理のために時間を使うことを避け、典型的な判断枠組みや誤った経験則等を用いて、正しい選択ができないことがあるからである。

(1)-3. 小括

リスク許容度は主観的なリスク態度と客観的なリスク負担能力から成る。従来、金融商品の販売者らはリスク態度に重きを置き、顧客のリスク許容度を必ずしも正しく測定することができない質問項目を用い、また、顧客情報を定量的に分析した上で、顧客に適切であると思われる金融商品を機械的に判断し、そのような商品との関係で顧客の適合性を審査していた。しかしそのことが業者と顧客の間にアドバイス・ギャップを生み、結果として、顧客の意向にそぐわない商品が販売されていたということが考えられる。しかし、顧客が投資の意思決定をするときに認知バイアスの作用を受けやすいというという科学的な事実を事前に業者が考慮に入れることができれば、適合性の審査の精度がより向上することに期待が持てる。顧客に定性的な目標を立てさせた上で、さまざまな顧客情報を考慮に入れながら、業者が情報の分析を行うことができれば、顧客の投資意向に寄り沿ったアドバイスが実現するかもしれない⁴⁹⁾。

しかしそのような新たな試みの実効性を高めるためには、行政が牽引役を務めることが不可欠になるだろう。適合性審査における人の認知バイアスの問題

48) *Id.* at 44 (3.4 Annex IV – Guidelines 47).

についていち早く調査を行い、業務行為規定集において適合性審査のガイドライン（COBS 9.3）を定めた英国でも、依然として問題は解決されていないようである。2017年に行われたFCAの調査によれば、業者の適合性審査に対する顧客の満足度は93%に向上したとされるが、複雑な仕組みとリスクを有する年金リスクの移転取引については、依然として顧客の満足度が低い⁵⁰⁾。これは、業者に主体的な取組みを促すためとして、同ガイドラインを抽象的な内容にとどめたことに原因があるという⁵¹⁾。2019年9月、FCAはある会議において具体的な改善策を口頭で示したというが⁵²⁾、規制当局者からのより具体的で明確な指針の提示が待たれている。

（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 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

49) テーラーメイドの適合性審査をするためにはさまざまなコストが掛かる。適切なアドバイスは無料で提供されるべきものではなく、顧客が質の高いサービスを楽しむためには一定のコストを負担しなければならないことは、とくにわが国においては十分に理解されなければならない。

50) FCA, *The Assessing Suitability Review – Results* (May, 2017), available at FCA website (accessed on 31 March, 2020), at 8.

51) See, e.g., G. Anthony, *Lessons in Ensuring Suitability of Advice from the FCA* (23 September, 2019), available at <https://www.natlawreview.com/article/lessons-suitability-advice-fca> (accessed on 31 March, 2020).

52) 十分な時間を掛けて顧客のニーズや投資目的を把握することや、投資者に関するソフト情報（家族構成やそのライフイベント等）を入手すること、業者は常に顧客が説明を理解していない可能性を疑うことなど、FCAは適合性審査において何を為すべきかについて例示をしたという（FCA, *Improving the Suitability of Financial Advice* (Speech by D. Gupta, delivered at Money Marketing Interactive Conference 2019, Harrogate), available at FCA website (accessed on 31 March, 2020)。

フランス法における家族の メンバーに対する民事責任(2)

——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)②二から(2)①まで本号)

II. 「家族に対する責任」の基礎

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

おわりに

I. 「家族に対する責任」の諸相

2. 家族的な権利または利益の侵害および義務の違反

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

② 縦の家族関係の解消または不成立との関連で損害賠償が請求される場面

二. 縦の家族関係の不成立との関連で損害賠償が請求される場面

ある者とある子との間に親子関係が成立するための基礎は存在したが、事実上もしくは法律上の理由により、両者の間に親子関係が成立しなかった場合、または、両者の間における親子関係の成立が事実として遅れた場合、その子は、親になるはずであった者または遅れて親になった者に対して、いかなる根拠に基づき、どのような内容の損害の賠償を求めることができるか。以下では、まず、法律上は両者の間に親子関係を成立させることができたにもかかわらず、親になるはずであった者がそれをしなかった、または、遅れてそれをしたケー

スだけに関わる問題を、次に、法的な理由により両者の間に親子関係を成立させることができなかったケースだけに関わる問題を、最後に、2つのケースのいずれにも関わる問題を扱う。

第1に、前者のケースについて、典型的な例は、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、または、その子が未成年者である間は女性がその子の代理人として、この男性に対し、認知をしなかったことにより、または、後になって認知がされたときには認知をするのが遅れたことにより、子に生じた損害の賠償を求めるというものである²⁰²⁾。

判例は、認知をするかどうかは本人の意思に委ねられるべきことを出発点として、男性が子との関係で認知義務を負うことを否定し²⁰³⁾、フォートの不存在を理由に男性が認知をしなかったことを理由とする子からの損害賠償請求を否定する²⁰⁴⁾。もっとも、近時の裁判例では、認知義務が存在しないことを前提としながらも、当該事案を取り巻く諸状況、特に、自己の子であることを認識しながらそのことを頑なに拒絶するといった男性側の態度を問題にして、認知をしないこととは別の形で男性にフォートの存在を認め、子に生じた精神的損害の賠償を肯定するものが多い^{205,206)}。この考え方では、認知の不存在から一応切り離れた形で男性側のフォートの有無が評価されている。この考え方を子からの損害賠償請求の保護対象という視点から捉え直すと、そこでは、保護

202) この問題については、Cf. Pons, supra note 17, n^{os}35 et s., pp.47 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^{os}454 et s., pp.439 et s. ; etc.

203) ②二における検討対象との関連で認知の自由を強調するものとして、Ex. Dominique Laszlo-Fenouillet, La conscience, préf. Gérard Cornu, Bibliothèque de droit privé, t.235, LGDJ., Paris, 1993, n^{os}80 et s., pp.47 et s. ; Hauser, infra 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. ; Philippe Le Tourneau (sous la dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, 11^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017, n^{os}2212-292, p.806 ; etc.

204) Cass. civ., 28 oct. 1935, DH., 1935, jur., 537 ; Gaz. Pal., 1935, 2, jur., 623 ; JCP., 1936, 325 ; RTD civ., 1936, 157, chr., Gaston Lagarde ; CA. Versailles, 15 mai 2014, JCP., 2014, 1059, obs., Guillaume Kessler ; etc.

の対象として、認知されること、つまり、父子関係が設定されることではなく、男性の態度により子自身の人格や感情が害されないことといった要素が想定されることになる。

学説には、これらの裁判例の中に父であるはずの者に対して実質的な認知義務を課す傾向を読み取ろうとする見解や²⁰⁷⁾、更に進めて、男性の認知義務の裏返しとして、子について親子関係成立への権利や利益の存在を肯定する見解がある²⁰⁸⁾。そして、こうした視点は、一部の裁判例でも明確に採用されている。例えば、認知をしなかったこと、特に、子であるはずの者に扶養や教育を与えなかったことそれ自体が男性のフォートであるとか²⁰⁹⁾、自己の子であることを知りながら子であるはずの者を認知せず、その子に身分および法律上の父子関係に結び付く利益を付与しないことは、子に対する基本的な義務の違反であり、こうした行為を禁止する特別の条文がなかったとしても、このことはフォートを構成するといった理解を前提に²¹⁰⁾、子は上記の各フォートによって生じ

205) Ex. CA. Aix-en-Provence, 5 fév. 1998, *Juris-Date*, n°1998-040785 (自己の子であることを認識しながら別の男性の子であると頑なに主張する態度がフォートに該当するとされた事例); CA. Paris, 29 avril 2003, *Juris-Date*, n°2003-218097 (自己の子ではないと頑なに主張し親子関係の存否についての鑑定を拒絶する態度がフォートに該当するとされた事例); CA. Paris, 23 fév. 2006, *RTD civ.*, 2006, 295, *chr.*, Jean Hauser (自己の子であることを認識しながら長期間 (22年以上) にわたり認知をしなかった態度および訴訟中における攻撃的な態度がフォートに該当するとされた事例); etc.

206) Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2011, n°09-15.381 ; *Dr. fam.*, juill. 2011, *com.*, 121, *note*, Sylvie Rouxel は、男性が父子関係の真实性を疑い女性からの子の養育に係る金銭的要求に抵抗し続けたことについて、フォートに該当する旨の証明がされていないことを理由に、子からの損害賠償請求を棄却した原審を維持している。この判例も、認知をしなかったことは別の形でフォートの存在が証明されれば、男性に対する子からの損害賠償請求が認められることを示唆している。

207) Pons, *supra* note 17, n°94 et s., pp.80 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n°454 et s., pp.439 et s. ; etc.

208) Desnoyer, *supra* note 20, n°122 et s., pp.167 et s. et n°269 et s., pp.337 et s.

209) CA. Colmar, 23 juin 2005, *Dr. fam.*, déc. 2005, *com.*, 263, *note*, Pierre Murat.

210) CA. Caen, 29 mars 2012, *Dr. fam.*, nov. 2012, *com.*, 168, *note*, Claire Neirinck.

た損害の賠償を求めることができるとする裁判例がこれである。この構成によると、子からの損害賠償請求の保護対象は、認知されること、つまり、父子関係が存在することそれ自体、または、父子関係の存在に由来する個別的な権利や利益として定式化されることになる。

ところで、このように、親子関係を成立させなかったこと自体に責任の基礎を求め、親子関係の存在またはそこから生ずる個別的な権利や利益を子からの損害賠償請求の保護対象として措定する理解の仕方は、生殖補助医療の場面では、立法の形となって現れている。

夫婦またはコンキュビナージュの当事者は、生殖のために第三提供者の関与を必要とする医療補助を用いることにつきその同意を与えたときは、子が生殖補助医療から生まれたのでないことを主張するか、同意に効力がないことを主張するのでない限り、親子関係の設定または異議申立訴権を行使することができず（民法典311-20条1項、2項）、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は、母およびその子に対して、責任を負う（同条4項）。そして、この民法典311-20条4項については、子との関係では、生殖補助医療を用いて父になることに同意した者にはそこから生まれた子を認知する法定の義務が課せられており、生殖補助医療によって誕生した子を認知しないことはフォートに該当するという理解を前提に、こうした意味でのフォートに基づく責任を認めた規定として位置付け、親子関係の存在またはそこから生ずる個別的な権利や利益を子からの損害賠償請求の保護対象として観念するしかないと思われる。その理由は、それ以外の法的な説明の仕方が成り立ち難いことに求められる。

まず、民法典311-20条4項が規定する責任は虚偽の認知をしその後これに異議を申し立てた者の責任と同列に位置付けられるという理解の仕方を前提に²¹¹⁾、後者の法的性格に関する現在の判例の解釈に倣って²¹²⁾、同項の責任を

211) Zalewski, *supra* note 159, n^{os}343 et s., pp.228 et s. ; François Terré, Charlotte Goldie-Genicon et Dominique Fenouillet, *Droit civil, La famille*, 9^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2018, n^o882, p.899 ; etc.

父になるはずであった者と子になるはずであった者との間の合意の違反により基礎付けること、すなわち、生殖のために第三提供者の関与を必要とする医療補助に同意をした者は、この同意によって子になるはずであった者との関係で父として行動する義務を引き受けたが、認知を拒絶することによりこの約束に違反したと理解することは²¹³⁾、適切でない。この場面では、当事者による生殖補助医療への同意の時点で子になるはずであった者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は妥当せず、父になるはずであった者と子になるはずであった者との間の合意を観念することもできないからである²¹⁴⁾。次に、生殖補助医療に関する立法の制定以前に一部の裁判例が示唆していたように²¹⁵⁾、生殖補助医療を用いて生まれた子を認知しなかったことのみならず、生殖補助医療を用いて子を誕生させたことにフォートの契機を求めること²¹⁶⁾、従って、子からの損害賠償請求の保護対象として、単なる親子関係の存在ではなく、同

212) Cass 1^{re} civ., 21 juill. 1987, supra note 185 ; Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, supra note 185 ; Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, supra note 185 ; Cass. 1^{re} civ., 5 nov, 1996, supra note 185 ; Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, supra note 185 ; etc.

213) Zalewski, supra note 159, n^o387 et s., pp.249 et s. は、生殖補助医療への同意を認知=父として行動する義務の約束として捉える方向性を模索している。

214) 同様の問題は、CA. Toulouse, 21 sept. 1987, supra note 199の理由付けに対しても指摘することができる。同判決は、Xが、コンキュビナーージュの関係にあったAが第三者提供の精子を用いた人工授精を実施することに同意し、AがYを出産した後に認知したが、Aとの関係が解消されたことを受けて、Yに対して認知の解消を求める一方、Yが反訴を提起して損害賠償の支払を求めたという事案で、本件では人工授精を実施することについてXとAとの間に合意が存在したこと、この合意は違法なコースを持つものとして無効であること、生まれてくる子は、その着床の時から、潜在的に人間としての権利、この場面では、父および母を持つことについての権利を有することからすると、この合意の締結はYとの関係でフォートを構成すると判示して、Yの反訴請求を認容した。しかし、仮に生まれてくる子にその着床の時から人間としての権利が認められ、その時点以降に締結された合意の内容がその子との関係でフォートを構成するとしても、その子が合意の時点で未だ着床していなかった場合にまで当該構成を妥当させることはできない。

215) CA. Toulouse, 21 sept. 1987, supra note 199.

定可能な血縁関係で結ばれた親子関係の存在を措定することも²¹⁷⁾、受け入れられない。この理解によると、生まれてきたこと自体に消極的な意味付けが与えられかねないほか²¹⁸⁾、生殖補助医療の利用が一定の要件の下で許容されている状況において、これを用いること自体をフォートの評価の中に組み込むこと、そして、同定可能な血縁関係で結ばれた親子関係の存在を子からの損害賠償請求の保護対象として捉えることは²¹⁹⁾、評価矛盾を引き起こすことになるからである。最後に、同項が規定する子との関係における責任をリスクに基づく責任として把握する理解の仕方も²²⁰⁾、生殖補助医療を用いて子をもうける

216) Alain Sériaux, *La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilités*, D., 1988, chr., n^o21 et s., pp.205 et s. また、生殖補助医療に関する立法の制定後に民法典311-20条4項の責任を本文のように理解するものとして、Zalewski, *supra* note 159, n^o365 et s., pp.240 et s.; etc.

217) Sériaux, *supra* note 216, n^o16, p.204.

218) Huet-Weiller, *supra* note 199, p.188 ; Id., *supra* note 185, p.518 ; Marnierre, *supra* note 199, pp.3 et s. ; Jourdain, *supra* note 185, p.119 ; etc.

219) この理解によると、第三提供者は、生殖に関与しながら血縁関係にある子との間で親子関係を成立させなかったという評価を受けるため、理論上は子との関係で不法行為責任を負うことになる。こうした帰結は、第三提供者と子との間に親子関係が成立することはないと規定している民法典311-19条1項と明らかに衝突する。ところで、同条2項は、第三提供者に対してはいかなる責任訴権も行使することができないと規定する。この規律は、病気等が子に遺伝した場合における第三提供者の免責を予定したものとされているが（Cf. Roberto Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses : À l'épreuve des procréations artificielles*, préf. François Chabas, Bibliothèque de droit privé, t.263, LGDJ., Paris, 1996, n^o438 et s., pp.246 et s. ; Annick Batteur, *Assistance médicale à la procréation et responsabilité civile de droit privé (1^{re} partie)*, PA., 26 juin 2002, n^o5, pp.5 et s. ; Fenouillet, *supra* note 17, n^o20, p.6 ; etc.)、本文の理解を前提にすると、同条1項との調和を図るため親子関係不成立との関係で第三提供者の免責を予定した条文として位置付けざるをえなくなる（このような理解を示すものとして、Mirkovic, *supra* note 178, pp.608 et s.）。

220) 必ずしも明確に示されているわけではないが、Cf. Dreifuss-Netter, *supra* note 163, pp.25 et s.; etc. また、生殖補助医療が用いられた場面に限らず、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考え方を出发点として、親子関係を成立させなかった者の責任を捉えようとするものとして、Siffrein-Blanc, *supra* note 135, n^o436 et s., pp.371 et s.

ことを父になるはずであった者にとっての特別のリスクとして捉えることになるため、適切さを欠く。

結局、民法典311-20条4項が規定する子との関係における責任は、認知義務の違反を根拠としており、父子関係が存在することそれ自体、または、父子関係の存在に由来する個別的な権利や利益を保護対象とするものとして理解される²²¹⁾。その結果、同項に基づく子からの損害賠償の対象には、本来的には存在したはずの父子関係がなかったことによって子に生じた財産的および精神的損害のすべてが含まれる²²²⁾。

以上の実定法の状況を本稿の問題関心に従って整理すると、次のようになる。実定法は、父になるはずであった者が親子関係を成立させることができたにもかかわらずそれをしなかったこととの関連で損害賠償が請求される場面では、その解消との関連で損害賠償が請求される場面とは異なり、原則として、子の身分や地位ではなく、子の人格や感情を保護対象として想定する。もっとも、今日では、この場面においても、一定の範囲で子の身分や地位またはそれに由来する結果を損害賠償請求の保護対象として措定する傾向が看取される。とはいえ、こうした整理の仕方は、父子関係が成立しなかったケース、または、それが遅れて成立したケースについてのみ妥当する。母子関係が成立しなかったケース、典型的には、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ケース（民法典326条を参照）では、たとえ、その子が後になって自らを出産した女性の同一性を認識し、この母になるはずであった者に対して損害賠償を請求したとしても、この請求は否定されることになると考えられる²²³⁾。匿名出産の制度が立法で認められている以上、この制度を利用して母子関係を成立させなかったことについてフォートを認めることはできないからである。従って、母になるはずであった者が親子関係を成立させるこ

221) Murat, *supra* note 190, pp.140 et s. ; Pons, *supra* note 17, n°59 et s., pp.61 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n°454 et s., pp.439 et s. ; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, *supra* note 211, n°882, p.899 ; etc.

222) Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, *supra* note 211, n°885, pp.902 et s.

とができたにもかかわらずそれをしなかったこととの関連で損害賠償が請求される場面では、子の身分や地位はもちろん、子の人格や感情も保護対象から除外される。

第2に、後者のケース、すなわち、法的な理由により子と親になるはずであった者との間に親子関係を成立させることができなかったケースについて、その典型的な例は、ある女性が強姦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尊属、卑属、兄弟であるために、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（民法典310-2条を参照）、その子が、または、その子が未成年者である間は女性がその子の代理人として、強姦性交の加害者である女性の尊属、卑属、兄弟（子からみれば、尊属、兄弟、伯父または叔父）に対して、子に生じた損害の賠償を求めるというものである。

実定法は、子について、近親者による強姦性交の被害を受けたことにより母に精神的な不調が生じ、これによって母から養育を受けることができなくなり、児童社会扶助機関に預けられたこと等といった要素に関わる損害に加えて、強姦性交の加害者との間で法的な父子関係を設定することができないことそれ自体に関わる損害、または、法的な父子関係の不存在から生ずる財産的および精神的な不利益が発生することを認め、これらの賠償を肯定する²²⁴⁾。従って、ここでは、身分や地位それ自体または身分や地位から生ずる権利や利益が子からの損害賠償請求の保護対象として想定されていることが分かる²²⁵⁾。もちろん、こうした保護対象の理解の仕方は、法律上の規定により子が血縁関係にあ

223) もっとも、実際には、子が自らを匿名で出産した女性に対して損害賠償を請求するという場面を想定することは困難である。子が損害賠償を請求するためには匿名出産の事実および自らを出産した女性の情報を認識していなければならないが、こうした状況に至るのは極めて例外的であること、子がほかの女性の養子になっているときには、子の身分や地位またはそれに由来する結果を損害賠償の形で請求するインセンティブがないことが、その理由である。子が自らを匿名で出産した女性に対して母子関係の成立を求める訴権についての記述であるが、Cf. Christine Lassalas, *La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité...*, PA., 16 juin 2016, p.10.

る者との間で父子関係を成立させることができない状態にあることを前提とする。そのため、父子関係を成立させることにつき事実上の障害があるにすぎない場合、例えば、ある女性が親族関係にない者による強姦性交の結果として子をもうけたが、その加害者と関係を持ちたくない等の理由に基づき、子と加害者との間の父子関係を成立させなかったという場合において、子が強姦性交の加害者に対して損害賠償の支払を求めるときには、出生を取り巻く諸状況に由来する精神的損害の賠償は認められるものの^{226, 227)}、男性が認知を頑なに拒絶している等の事情がない限り²²⁸⁾、父子関係の不存在に関わる要素が賠償の対象になることはない²²⁹⁾。

第3に、前者のケースであるか後者のケースであるかにかかわらず、子と親

224) TGI. Lille, 6 mai 1996, D., 1997, jur., 543, note, Xavier Labbé (母の兄に対する損害賠償請求の肯定); CA. Paris, 25 juin 1999, D., 1999, IR., 226 (事案の詳細は不明); CA. Grenoble, 29 juin 2005, RCA., fév. 2006, com., 48, note, Christophe Radé (母の父に対する損害賠償請求の肯定); etc. また、どのような内容の損害が賠償の対象とされているのかは明確でないが、Cf. Cass. crim., 4 fév. 1998, n°97-80.305; Bull. crim., n°43; JCP, 1998, I, 185, chr., Geneviève Viney; Dr. pén., juill. 1998, com., 104, note, Albert Maron; RSC., 1998, 579, chr., Jean-Pierre Dintilhac; D., 1999, jur., 445, note, Derothée Bourgault-Coudeville; JCP, 1999, II, 10178, note, Isabelle Moine-Dupuis; RTD civ., 1999, 64, chr., Jean Hauser (母の父に対する損害賠償請求の肯定); Cass. crim., 23 sept. 2010, n°09-84.108; Bull. crim., n°139; D., 2010, 2365, obs., Maud Léna; PA., 30 déc. 2010, 9, note, Amandine Cayol; RCA., déc. 2010, com., 313, note, Sophie Hocquet-Berg; D., 2011, 40, chr., Philippe Brun; D., 2011, 126, chr., Laurence Lazerges-Cousquer; D., 2011, 2233, chr., Jean Pradel; D., 2011, 2570, chr., Anne Laude; JCP, 2011, 435, chr., Cyril Bloch; JCP, 2011, 878, chr., Christian Byk; Gaz. Pal., 2011, 1574, note, Mustapha Mekki; RTD civ., 2011, 132, chr., Patrice Jourdain; AJ pén., janv. 2011, 27, obs., Coralie Ambroise-Castérot; Méd. et dr., 2012, 36, chr., Christina Corgas-Bernard (同上); etc.

225) Cf. Labbé, supra note 224, p.544; Nathalie Glandier Lescure, L'inceste en droit français contemporain, préf. Claire Neirinck, PUAM., Aix-en-Provence, 2006, n°602, p.354; Émilie Gaillard, Générations futures et droit privé : Vers un droit des générations futures, préf. Mireille Delmas-Marty, Bibliothèque de droit privé, t.527, LGDJ., Paris, 2011, n°112 et s., pp.85 et s.; Mélanie Bourguignon, La prohibition de l'inceste, préf. Gérard Mémeteau, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2018, n°84, p.114; etc.

になるはずであった者との間に親子関係が成立しなかった場合には、子またはその法律上の親からの請求に基づき、親になるはずであって者に対して、法律上の親子関係の不存在により生ずる財産的な不利益を填補するための一定の金銭等の支払が義務付けられることがある。本稿の問題関心に照らすと、以下の3つの規律を取り上げることが有益である。

1つは、約束または義務の引受に基づく扶養等の支払請求である。ある女性がある男性と親密な関係を持ち、子をもうけて、この男性が父子関係を成立させることなくその子に事実上の扶養等を提供してきたが、その後、この女性と男性との関係が解消され、子への扶養等が停止された場合に、その子が、または、その子が未成年である間は女性がその子の代理人として、男性に対し、父子関係の成立を求めることなく、子の扶養等に相当する額の支払を求めることがある²³⁰⁾。この場合、男性と子との間に親子関係は存在しないため、男性が

226) CA. Caen, 7 nov. 2000, JCP, 2002, II, 10001, note, Alain Sériaux. また、Cf. Cass. crim., 23 sept. 2010, n°09-82.438 ; Bull. crim., n°139 ; RCA, déc. 2010, com., 313, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2011, 40, chr., Philippe Brun ; D., 2011, 126, chr., Laurence Lazerges-Cousquer ; D., 2011, 2233, chr., Jean Pradel ; JCP, 2011, 435, chr., Cyril Bloch ; JCP, 2011, 878, chr., Christian Byk ; Gaz. Pal., 2011, 1574, note, Mustapha Mekki ; RTD civ., 2011, 132, chr., Patrice Jourdain ; AJ pén., janv. 2011, 27, obs., Coralie Ambroise-Castérot.

227) この点については、拙稿・前掲注(3)「家族の保護(2・完)」61頁以下での分析を参照。

228) このような事情があれば、第1で言及した認知義務の違反に基づく損害賠償を通じて、父子関係の不存在に関わる要素が賠償の対象とされる可能性がある。

229) ただし、子は、第3の2つ目で言及する生計費請求訴権を行使すれば、父子関係の不存在から生ずる財産的な不利益の一部の填補を求めることはできる。

230) この問題については、Cf. Fernand Derrida, L'obligation d'entretien : Obligation des parents d'élever leur enfants, préf. André Breton, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université d'Alger, t.16, Dalloz, Paris, 1952, pp.63 et s. ; Vu Van Mau, Les engagements d'entretien des enfants adultérins à travers la jurisprudence récente, JCP, 1953, I, 1121 ; Jean Pelissier, Les obligations alimentaires : Unité ou Diversité, préf. Roger Nerson, Bibliothèque de droit privé, t.28, LGDJ., Paris, 1961, pp.92 et s. ; Pascal Berthet, Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, préf. Jacqueline Rubellin-Devichi, L'Harmattan, Paris, 2000, n°s 134 et s., pp.82 et s. ; etc.

子に対して父であることを理由に扶養等の支払を義務付けられることはない。また、男性がそれまで子に与えてきた扶養等も自然債務または良心の債務に基づくものにすぎない。このような前提の下、判例は、男性がそれまで扶養や養育等を継続してきたという事実や、男性が解消に際し女性に宛てて記した手紙等の中に、扶養等に関する自然債務または良心の債務を民事債務へと変容させる男性の意思を読み取ったり、場合によっては、男性と女性との間に子の扶養等の支払に関する黙示の合意が存在することを認定したりすることで、一定の場合に、男性に対して、扶養等の債務の履行を義務付けてきた^{231,232,233})。この法理は、かつては、父子関係の成立が法的に認められていなかった場面、特に、懐胎の時に父になるはずの者が母以外の者と婚姻関係にあった場面等重要な意味を有していた²³⁴)。というのは、一方で、1972年1月3日の法律による改正以

231) Cass. civ., 27 mai 1862, D., 1862, 1, 208 ; S., 1862, 1, 566 (肯定例) ; Cass. civ., 15 janv. 1873, D., 1873, 1, 180, concl., Blanche ; S., 1873, 1, 29 (肯定例) ; Cass. req., 3 avril 1882, D., 1882, 1, 250 ; S., 1882, 1, 404 (肯定例) ; Cass. req., 20 avril 1912, S., 1913, 1, 214 (肯定例) ; Cass. civ., 8 fév. 1927, D., 1927, 1, 76, note, H. L. ; DH., 1927, jur., 165 ; Gaz. Pal., 1927, 1, jur., 619 ; RTD civ., 1927, 640, chr., Eugène Gaudemet (否定例。無効な認知による民事債務への変容の否定) ; Cass. req., 2 nov. 1932, DH., 1932, jur., 572 ; S., 1933, 1, 50 ; Gaz. Pal., 1933, 1, jur., 62 (肯定例) ; Cass. req., 18 avril 1934, Gaz. Pal., 1934, 1, jur., 1031 (肯定例) ; Cass. req., 30 avril 1934, S., 1934, 1, 391 (肯定例) ; Cass. civ., 9 juill. 1935, DH., 1935, jur., 444 ; JCP, 1935, 1321, obs., H. M. ; Gaz. Pal., 1935, 2, jur., 555 ; S., 1936, 1, 29 (肯定例) ; Cass. civ., 23 déc. 1935, DH., 1936, jur., 115 ; Gaz. Pal., 1936, 1, jur., 148 ; S., 1937, 1, 3 (肯定例) ; Cass. civ., 4 mai 1948, Gaz. Pal., 1948, 2, jur., 40 ; RTD civ., 1948, 466, chr., Gaston Lagarde (否定例。無効な認知による民事債務への変容の否定) ; Cass. civ., 25 oct. 1948, JCP, 1948, II, 4634, obs., Raoul Cavarroc ; Gaz. Pal., 1948, 2, jur., 259 (男性側の日記や証人の証言について自然債務から民事債務への変容を基礎付ける証拠にはならないとした原審を破棄した事例) ; Cass. civ., 18 oct. 1950, Bull. civ., n°195 ; Gaz. Pal., 1950, 2, 389 ; D., 1951, som., 7 ; RTD civ., 1951, 251, chr., Henri et Léon Mazeaud (否定例。証拠としての書証の端緒の不存在) ; Cass. civ., 25 oct. 1950, D., 1951, jur., 2 ; Gaz. Pal., 1951, 1, jur., 31 ; RTD civ., 1951, 241, chr., Gaston Lagarde (否定例。無効な認知による民事債務への変容の否定) ; Cass. civ., 18 déc. 1951, D., 1952, jur., 289 (否定例。証拠としての書証の端緒の不存在) ; Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1954, JCP, 1955, II, 8516, obs., Jean Savatier ; RTD civ., 1955, 288, chr., Gaston Lagarde (否定例。同上) ; Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1960, Bull. civ., I, n°270 ; D., 1960, jur., 681, note, G. Holleaux (肯定例) ; etc.

前においては、上記の場面でその子と父になるはずであった者との間の親子関係の成立は認められておらず（同法による改正前の民法典旧342条1項、同旧335条）、子が父子関係の存在を前提に扶養等の支払を求めることはできなかったため、他方で、2つ目で言及するように、1955年7月15日の法律による改正

（前頁からつづき）

下級審の裁判例として、CA. Angers, 30 avril 1873, D., 1873, 2, 139（肯定例）；TC. Seine, 10 fév. 1876, D., 1877, 2, 96（肯定例）；CA. Orléans, 2 mars 1881, D., 1882, 2, 244（肯定例）；CA. Lyon, 30 déc. 1890, D., 1891, 2, 309（肯定例）；CA. Paris, 30 juin 1893, D., 1894, 2, 526（肯定例）；CA. Lyon, 30 mai 1895, D., 1896, 2, 278（肯定例）；TC. Rocroi, 16 déc. 1898, Gaz. Pal., 1899, 1, jur., 94（肯定例）；TC. Mamers, 26 déc. 1898, Gaz. Pal., 1899, 1, jur., 659（肯定例）；TC. Sainte-Menehould, 15 mai 1901, Gaz. Pal., 1901, 1, jur., 750（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）；CA. Lyon, 4 juin 1902, RTD civ., 1904, 867, chr., René Demogue（肯定例）；CA. Paris, 28 mars 1905, Gaz. Pal., 1905, 1, jur., 739；RTD civ., 1905, 638, chr., Louis Josserand（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）；CA. Paris, 18 fév. 1910, S., 1910, 2, 220；RTD civ., 1910, 419, chr., Eugène Gaudemet（肯定例）；TC. Toulon, 12 avril 1912, Gaz. Pal., 1912, 1, jur., 595；RTD civ., 1912, 736, chr., René Demogue（否定例。母による男性からの扶養等の提供の放棄）；CA. Aix, 5 avril 1913, S., 1913, 2, 313, note, E. Naquet（肯定例）；T. de paix Seine, 26 déc. 1913, RTD civ., 1914, 636, chr., Albert Wahl（肯定例）；TC. Mayenne, 9 janv. 1914, D., 1915, 5, 8（肯定例）；CA. Poitiers, 20 janv. 1919, Gaz. Pal., 1919, 2, jur., 105（肯定例）；CA. Paris, 25 fév. 1921, RTD civ., 1922, 168, chr., Eugène Gaudemet（肯定例）；TC. Mayenne, 8 déc. 1927, D., 1928, 2, 159, note, René Savatier（肯定例）；TC. Rouen, 19 nov. 1928, DH., 1929, jur., 79；Gaz. Pal., 1929, 1, jur., 496（肯定例）；CA. Lyon, 20 déc. 1930, RTD civ., 1932, 143, chr., Eugène Gaudemet（肯定例）；TC. Carcassonne, 3 mars 1931, Gaz. Pal., 1931, 1, jur., 798（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）；CA. Montpellier, 2 juin 1932, DH., 1932, jur., 452；S., 1933, 2, 48（肯定例）；TC. Marseille, 28 oct. 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 946（肯定例）；CA. Amiens, 10 avril 1933, Gaz. Pal., 1933, 2, jur., 126；RTD civ., 1933, 878, chr., René Demogue（肯定例）；TC. Béthune, 13 déc. 1933, Gaz. Pal., 1934, 1, jur., 340；RTD civ., 1934, 405, chr., René Demogue（否定例。男性が未成年者であることを理由とする意思の不存在）；CA. Nîmes, 25 juin 1934, DH., 1934, jur., 502；Gaz. Pal., 1934, 2, jur., 449；RTD civ., 1934, 812, chr., Gaston Lagarde（肯定例）；CA. Rennes, 11 nov. 1941, DA., 1942, 104（肯定例）；CA. Caen, 9 fév. 1942, Gaz. Pal., 1942, 2, jur., 29（肯定例）；TC. Blois, 17 déc. 1943, Gaz. Pal., 1943, 2, jur., 273（肯定例）；CA. Paris, 20 avril 1944, Gaz. Pal., 1944, 1, jur., 287（肯定例）；CA. Paris, 5 janv. 1945, Gaz. Pal., 1945, 1, jur., 208（肯定例）；TC. Boulogne-sur-Mer, 18 mai 1945, Gaz. Pal., 1945, 1, jur., 207（肯定例）；TC. Saumur, 17 avril

以前においては、上記の場面で子が親子関係を成立させることなく扶養の請求をすること（同法による改正後の同旧342条2項以下。なお、1972年1月3日

（前頁からつづき）

1947, D., 1947, som., 38 ; JCP, 1947, II, 3737, obs., A. S. ; Gaz. Pal., 1947, 1, jur., 271 ; RTD civ., 1947, 425, chr., Gaston Lagarde（肯定例）；TC. Seine, 10 déc. 1947, Gaz. Pal., 1948, 1, jur., 129（肯定例）；TC. Reims, 11 déc. 1947, Gaz. Pal., 1948, 2, jur., 52 ; RTD civ., 1948, 466, chr., Gaston Lagarde（肯定例）；CA. Paris, 4 mai 1948, Gaz. Pal., 1948, 2, jur., 192（肯定例）；TC. Fontainebleau, 22 juin 1949, Gaz. Pal., 1949, 2, jur., 208（肯定例）；TC. Trévoux, 13 déc. 1949, Gaz. Pal., 1950, 1, jur., 198（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）；TC. Seine, 14 mars 1950, D., 1950, jur., 495 ; Gaz. Pal., 1950, 2, 26 ; RTD civ., 1950, 347, chr., Gaston Lagarde（肯定例）；TC. Dieppe, 10 mai 1950, JCP, 1950, II, 5710, obs., J. S. ; RTD civ., 1950, 491, chr., Gaston Lagarde（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）；CA. Colmar, 21 juill. 1950, Gaz. Pal., 1950, 2, jur., 260 ; D., 1951, jur., 68 ; JCP, 1952, II, 6772, obs., René Savatier（男性に扶養等を支払う義務があることを前提に子からの増額請求について判断した事例（否定例））；CA. Paris, 15 fév. 1952, D., 1952, jur., 403 ; JCP, 1952, II, 7104, obs., René Savatier ; Gaz. Pal., 1952, 1, jur., 398 ; RTD civ., 1952, 358, chr., Gaston Lagarde（同上（肯定例））；TC. Privas, 28 fév. 1952, S., 1952, 2, 148, note, J. B. ; RTD civ., 1952, 506, chr., Henri et Léon Mazeaud（肯定例）；CA. Amiens, 6 mai 1952, Gaz. Pal., 1952, 2, jur., 129 ; RTD civ., 1952, 492, chr., Gaston Lagarde（否定例。扶養等を引き受ける明確な意思の不存在）；CA. Paris, 18 juin 1953, JCP, 1953, II, 7773 ; Gaz. Pal., 1953, 2, jur., 134 ; RTD civ., 1953, 683, chr., Gaston Lagarde（肯定例）；TC. Marseille, 19 oct. 1956, JCP, 1956, II, 9602, obs., André Rouast（肯定例）；CA. Paris, 9 avril 1957, D., 1957, jur., 455 ; JCP, 1957, II, 10177, obs., Roger Nerson ; RTD civ., 1957, 670, chr., Henri Desbois（肯定例）；CA. Paris, 9 oct. 1958, supra note 156（肯定例）；etc.

232) ある女性が男性と親密な関係を持ち、子をもうけて、この男性が父子関係を成立させることなくその子に事実上の扶養等を提供してきたという状況の下、この男性が死亡したという場合でも、判例は、同様の理由により、男性の相続人に対して扶養等に相当する額の支払を命じていた。Ex. Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1959, D., 1960, jur., 681, note, G. Holleaux ; RTD civ., 1961, 90, chr., Henri Desboisのほか、CA. Bordeaux, 11 mars 1947, JCP, 1947, II, 3800, obs., G. B. ; CA. Aix, 4 déc. 1950, D., 1951, jur., 32 ; JCP, 1952, II, 7072 ; RTD civ., 1953, 91, chr., Gaston Lagarde ; CA. Pau, 3 mars 1953, Gaz. Pal., 1953, 2, jur., 15 ; RTD civ., 1953, 683, chr., Gaston Lagarde ; CA. Lyon, 12 déc. 1957, JCP, 1958, II, 10394, obs., Roger Nerson ; RTD civ., 1958, 241, chr., Henri Desbois ; etc. 否定例として、Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1957, JCP, 1957, II, 9791（証拠としての書証の端緒の不存在）；Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1957, Bull. civ., I, n°146（諸事情を考慮した上で将来効を持つ民事債務への変容が否定された事例）；etc.

の法律による改正後においては、生計費の請求をすること）も認められていなかったため、この法理は²³⁵⁾、子からの扶養等に相当する額の支払請求を基礎付けうるほぼ唯一の手段となっていたからである²³⁶⁾。現在では、上記の場面で、子が父子関係の成立を求めこれを前提に扶養等を請求することも、父子関係の成立を求めることなく生計費の請求をすること（民法典342条以下）も認めら

233) 本文で述べた状況の下では、男性は、子またはその母に対して、自らが提供した扶養等に相当する額の返還を求めることはできない。Cf. Cass. req., 5 mars 1902, D., 1902, 1, 220 (男性の包括受遺者からの返還請求の否定); Cass. civ., 11 mars 1936, S., 1936, 1, 171; Gaz. Pal., 1936, 1, jur., 850; JCP, 1936, 716, obs., H. M.; RTD civ., 1936, 862, chr., René Demogue; D., 1937, 1, 16 (男性からの返還請求の否定); etc. ただし、男性が血縁関係の存在を誤認して扶養等の約束をした場合には錯誤を理由とする取消しが認められる可能性はある。Cf. CA. Rennes, 27 fév. 1961, JCP, 1962, II, 12461, obs., René Savatier.

234) 注(231)および注(232)で引用した裁判例のほとんどがこのケースに関わる。なお、事例としては少なかったが、懐胎の時に母が父になるはずの者以外の者と婚姻関係にあった場合において、母の夫がその子との父子関係を否定したときにも、この法理は、本文で述べるのと同じ理由で、重要な意味を有していた。Ex. Cass. civ., 14 janv. 1952, D., 1952, jur., 177, note, Roger Lenoan; CA. Paris, 4 juin 1954, D., 1954, jur., 544; JCP, 1954, II, 8343, obs., Jean Savatier; TC. Amiens, 12 nov. 1954, Gaz. Pal., 1955, 1, jur., 40; etc. また、母の夫がその子との父子関係を否定しなかった事案に関するものであるが、Cf. Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1959, Bull. civ., I, n°525; D., 1960, jur., 241, note, Jean Savatier.

235) 判例は、かつて、親子関係を成立させることが法的に禁止されている場面で行われた無効な認知に関して、自然債務または良心の債務を民事債務へと変容させる契機とみることはできないとしていた(Ex. Cass. civ., 8 fév. 1927, supra note 231; Cass. civ., 4 mai 1948, supra note 231; Cass. civ., 25 oct. 1950, supra note 231; etc. もっとも、下級審の裁判例の中には、これを肯定するものもあった。Ex. CA. Paris, 23 juin 1949, D., 1949, jur., 433; RTD civ., 1949, 517, chr., Gaston Lagarde; JCP, 1950, II, 5253, obs., Jean Savatier; CA. Paris, 4 juin 1954, supra note 234; etc.)。この解決は、判決文の上では、姦生子に対する認知に法的な効果を認めることはできないという理解を根拠としていたが、その背後には、それ以上に、これを認める親子関係の成立が法的に禁止されている場面において一定の範囲で親子関係が成立したのと同じ結果がもたらされてしまうとの考慮があった(姦生子に対する無効な認知が問題となった事案ではないが、一部の裁判例は、こうした考慮に基づき、親子関係のない子に対する自然債務または良心の債務が民事債務へと変容すること自体を否定する。CA. Paris, 14 fév. 1890, D., 1891, 2, 309; TC. Bourg, 25 oct. 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, jur., 886; TC. Seine, 13 janv. 1928, Gaz. Pal., 1928, 1, jur., 411; etc.)。そのため、1955年7月15日

れているが、子またはその母が父子関係の成立を欲せず、かつ、生計費請求訴権が否定されるような場面では²³⁷⁾、この法理はなお機能している²³⁸⁾。

この法理は、厳密に言えば、民事責任ではなく、約束または義務の論理に属する。これは、特にかつての裁判例の立場を前提にすると、父になるはずであった者が子を認知しなかったこと、そして、母との関係を解消した後法的には父子関係のない子への扶養等を停止したことについて、不法行為を基礎付けう

(前頁からつづき)

の法律により、親子関係を成立させることが法的に禁止されている場面で、子が親子関係を成立させることなく扶養の請求をすることが認められようになると、上記の考慮は、もはや妥当しなくなる。実際、判例は、同法の制定後は、1972年1月3日の法律により姦生子に対する認知が認められるようになるまでの間にあっても、結論としては、無効な認知により自然債務または良心の債務が民事債務へと変容することを認めている (Cass. 1^{re} civ., 16 mai 1960, Bull. civ., I, n^o259 ; D., 1960, jur., 681, note, G. Holleaux ; RTD civ., 1961, 90, chr., Henri Desbois のほか, TC. Marseille, 19 oct. 1956, supra note 231 ; CA. Paris, 9 avril 1957, supra note 231 ; etc.)。もちろん、今日では、本文で述べた場面で認知がされると親子関係が成立することになるため、無効な認知による自然債務から民事債務への変容を論ずる意味はない。

236) こうした状況は、母と父になるはずであった者との間に一定の親族関係がある場面にも当てはまる。より正確に言えば、この場面では、現在においても、子が両者との間で親子関係を持つことは禁止されており (民法典310-2条)、母子関係が先に成立すると、父になるはずであった者との間で父子関係が成立することはなく、従って、子が父子関係の成立を求めた上で扶養等を請求することもできないため、理論上は、この法理が機能する余地はより広い (Cf. Bourguignon, supra note 225, n^o79, p.107)。しかし、実際には、この場面で、子が自然債務または良心の債務から民事債務への変容等を主張して父になるはずであった者に対し扶養等に相当する額の支払を求めることは、それほど多くない。一方で、父になるはずであった者が母との間で強制的に性的関係を持ったときには、この者が子に対して扶養等を引き受けたとみることができるような行動をとることはなく、自然債務または良心の債務を民事債務へと変容させる契機を見出すことは困難であること、他方で、父になるはずであった者が母との間で愛情等に基づき性的関係を持ったときには、子に対する扶養等の履行が任意に行われうるため、そもそも紛争にならないことが、その理由である。

237) 子が成年に達してから2年以内に訴権が行使されなかった場合 (民法典342条2項) がその例である。また、1993年1月8日の法律による改正前においては、被告が母の性的放縦を証明した場合にも生計費請求訴権は否定された (同法による改正前の民法典旧342-4条)。

るようなフォートとみることに疑問が残り、民事責任法理の枠内で子自身からの請求を受け止めることには困難が伴うことを踏まえ、約束または義務の論理が仮託の構成として採用されたことによる²³⁹⁾。実定法は、自然債務または良心の債務から民事債務への変容という法的構成を用いて、本来的には家族法によって、または、家族法が機能していない場合には民事責任法理によって確保されるべき保護の対象、すなわち、父子関係の不存在に由来する財産的な不利益の一部を金銭の形で填補している。そして、この法理は、約束または義務の論理を基礎に据えているため²⁴⁰⁾、二での検討対象を超えて、ある者とある子との間に血縁等の親子関係を成立させるための基礎は存在しなかったが親子に類似した関係があったところ後になってこれが解消されたケース、典型的には、あるカップルの一方が他方の子と同居しその子に扶養や養育等を提供してきた場合において、カップル関係の解消に伴い扶養や養育等が停止されたというケースでも、機能する余地がある²⁴¹⁾。カップル関係の解消と別のカップル関

238) Ex. Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2006, n°04-14.388 ; Bull. civ., I, n°428 ; AJ fam., nov. 2006, 418, obs., François Chénédy ; Defrénois, 2007, art. 37541, 306, note, Jacques Massip ; Defrénois, 2007, art. 38562, 467, note, Rémy Libchaber ; Dr. fam., janv. 2007, com., 3, note, Pierre Murat. XがYに対して父子関係の成立を求める訴えを提起した後、Yから大学の卒業まで毎月3000フランを支払う旨の約束を受けたために、この訴えを取り下げたが、やがてYがその支払を停止するに至ったため、Yに対して生計費の請求を求めた事案で、本件訴権を生計費請求訴権として性質決定した上で所定の期間内に訴えが提起されていないことを理由にXの請求を棄却した原審について、破毀院は、上記の約束によって自然債務が民事債務に変容されているかどうかを確認されていないとして、これを破棄した。

239) Cf. Laszlo-Fenouillet, supra note 203, n°152 et s., pp.90 et s.

240) ここから、扶養等の支払を約束した者は、その後に対象となった子が別の者によって認知されたとしても、そのことだけを理由に扶養等の支払を免れることはできないという、家族法的な扶養義務の考え方とは異なる解決が導かれる（Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1976, n°73-13.164 ; Bull. civ., I, n°237 ; D., 1978, jur., 489, note, Pierre Guiho のほか、TC. Reims, 11 déc. 1947, Gaz. Pal., 1948, 2, jur., 52 ; RTD civ., 1948, 466, chr., Gaston Lagarde (CA. Nancy, 10 juin 1948, infra の原審) ; CA. Riom, 6 juin 1953, JCP., 1953, II, 7907, obs., Pierre Raynaud ; RTD civ., 1954, 72, chr., Gaston Lagarde ; etc. Contra. CA. Nancy, 10 juin 1948, Gaz. Pal., 1948, 2, jur., 52 ; RTD civ., 1948, 466, chr., Gaston Lagarde ; CA. Paris, 23 juin 1949, supra note 235 ; etc.)。

係の再構築とが頻繁に行われている現状を鑑みると、この法理は、更に発展していく可能性を秘めている²⁴²⁾。

もう1つは、生計費請求訴権である²⁴³⁾。子は、その父子関係が成立しなかったときには、母が受胎した時にこの母と親密な関係を有していた者に対して、生計費の支払を求めることができる(民法典342条以下)。この生計費請求訴

241) Ex. Cass. req., 30 juill. 1900, D., 1901, 1, 502; S., 1901, 1, 259 (夫が妻の子に対して扶養等を提供することは良心の債務を民事債務として履行することにほかならないとして、そのことを考慮することなく離婚時の財産の清算を実施した事例); CA. Grenoble, 10 fév. 1903, D., 1904, 2, 469 (夫が妻の子に対して任意に扶養等を提供していたときにはその返還を求めることはできないとされた事例); CA. Colmar, 20 déc. 1960, D., 1961, jur., 207 (ある男性Yがカップルの関係にあった女性の子Xに対して扶養等を提供することは自然債務を民事債務に変容させることにほかならないとして、XからのYに対する扶養等の請求を認容した事例); etc. また、Cf. T. de paix Duclair, 23 fév. 1954, D., 1954, jur., 216 (ある者Yが父の妻になった者の母Xに対して扶養等を提供することは自然債務を民事債務に変容させることにほかならないとして、XからのYに対する扶養等の請求を認容した事例); etc. なお、ある者が自己の嫡出子の非嫡出子に提供していた扶養等の返還を求めたケースについて、Cf. TC. Alençons, 28 janv. 1931, D., 1931, 2, 127; RTD civ., 1932, 165, chr., René Demogue.

242) 本文の場面でこの法理の有用性を説くものとして、Berthet, *supra* note 230, n^o338 et s., pp.189 et s. また、教育、愛情、財政という3つの負担の引受から、親として行動する意思的な約務を認定し、これに基づき別居後の扶養関係の維持を認める方向性を模索するものとして、Muriel Rebourg, *Libre propos sur la reconnaissance d'un lien de droit entre l'enfant et de son beau-parent*, RRJ., 2017, pp.39 et s.

243) 生計費請求訴権については、Cf. Michèle-Laure Rassat, *Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1973 portant réforme du droit de la filiation*, RTD civ., 1973, n^o76 et s., pp.419 et s.; André Meerpoel, *Les interférences entre l'action à fins de subsides de l'article 342 nouveau du code civil et la recherche de paternité naturelle*, RTD civ., 1978, pp.787 et s.; Marie-Claude Catala de Roton, *L'action à fins de subsides et la pratique des tribunaux*, RTD civ., 1990, pp.1 et s.; Claudine Gonon, *La rapprochement de l'action à fins de subsides et de l'action en recherche de paternité naturelle : Aspects de procédure et de fond*, JCP., 1998, I, 158, pp.1477 et s.; Splange Mirabail, *Repenser l'action à fins de subsides*, Dr. fam., sept. 2011, étude 19 (なお、JCP., 2011, 1063にも同タイトルで同じ内容の論文が掲載されている); Isabelle Ardeeff, *Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides*, AJ fam., janv. 2012, pp.39 et s.; Frédérique Granet-Lambrechts, *Filiations. — Action à fins de subsides*, J.-CL., Civil Code, Art. 342 à 342-8, Fasc. unique, 2015; etc.

権は、子と当該人物との間に法的な父子関係が存在することを根拠として扶養の支払を求めるものではなく、両者の間に血縁上の父子関係が存在する可能性があることを根拠として扶養とは別の生計費の支払を求めるものである。そのため、この訴権は、子と当該人物との間で父子関係を法的に成立させることができない場合、具体的には、子の母と当該人物との間に一定の親族関係がある場合（同310-2条を参照）には、子の生計費を確保するための手段として重要な意味を持つ。また、子と当該人物との間で父子関係を法的に成立させることができる場合であっても、子は、当該人物に対して、父子関係の存在を証明した上で扶養等の支払を求めるか、母と当該人物との間の親密な関係を証明した上で生計費の支払を求めるかを選択することができる²⁴⁴⁾。

現在の生計費請求訴権は、1955年7月15日の法律により導入された特別な扶養訴権を発展させたものである。この特別な扶養訴権は²⁴⁵⁾、近親子および姦生子について、母との間で親子関係が成立すると父になるはずであった者と

244) もっとも、子が未成年である間は、訴権は法定代理人である母によって行使されるため、どちらの訴権が選択されるかについては、實際上、子の利益というよりも、母の利害が大きく関わる。例えば、強姦性交により子が生まれた場面等では、母は、父子関係を成立させるための訴権ではなく生計費請求訴権を選択し、当該人物に対して父であることに由来する権利を付与することなく、子とこの者との間の実際上の関係を断って財産上の支援だけを得たり、子に別の父を持つ可能性を残しておいたりする。確かに、上記の場面で母が生計費請求訴権を選択することは、子にとっても有益である。しかし、それ以外の場面で、母の一存により子の身分関係が決定されてしまうことに関しては、疑問もある。Ex. *Rassat*, supra note 243, n°78, pp.421 et s. ; *Hauser et Huet-Weiller*, supra note 183, n°705, pp.470 et s. ; *Mirabail*, supra note 243, n°11 et s., p.4 ; etc. 反対に、この点に生計費請求訴権の有用性を見出すものとして、Ex. *Ardeeff*, supra note 243, pp.41 et s. ; *Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron*, *Droit de la famille*, 6^{ème} éd., LGDJ., Paris, 2017, n°1362, pp.628 et s. ; *Terré, Goldie-Génicon et Fenouillet*, supra note 211, n°724, pp.694 et s. ; etc.

245) この訴権については、Cf. *André Rouast*, *Les réformes réalisées en faveur des enfants illégitimes par la loi du 15 juillet 1955*, JCP., 1955, I, 1269 ; *Paul Esmain*, *La preuve de la filiation naturelle et la condition des enfants adultérins ou incestueux (Loi du 15 juillet 1955)*, *Gaz. Pal.*, 1955, 2, doc., pp.21 et s. ; *Georges Ripert*, *La condition des enfants adultérins après les lois des 15 juillet 1955 et 5 juillet 1956*, D., 1956, chr., pp.133 et s. ; etc.

の間で親子関係を成立させることができなくなることから生ずる財産上の不利益を填補するために、親子関係の存在を法的に宣言することなく扶養の支払のみを求めることを認めたものであった（1972年1月3日の法律による改正前の民法典旧342条2項から4項まで）。この意味で、同訴権は、親子関係それ自体を成立させることなく、親子関係の存在から生ずる権利または利益の一部だけを保護の対象にしようとするものであった²⁴⁶⁾。しかし、この訴権を付与されていたのが近親子または姦生子だけであったため、それ以外の婚外子は、父になるはずであった者から認知をされなかったとしても、父子関係を成立させること自体は法的に可能である以上、この訴権を行使することができず²⁴⁷⁾、前二者に対する取扱いと後者に対するそれとの間に重大な不均衡が生じていた²⁴⁸⁾。そこで、1972年1月3日の法律は、この特別な扶養訴権を廃止し、新たに、法的に父を持たないすべての子に対して開かれ、かつ、父子関係ではなく父子関係の可能性を根拠とする生計費請求訴権を導入した。

246) 父であることを法的に認めることなく、父であることに由来する義務を肯定することについては、その非論理性を指摘する見解もあった。Ex. Paul Esmain, Obs. sous CA. Paris, 16 fév. 1956, JCP, 1956, II, 9327; etc.

247) Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1959, Bull. civ., I, n°21; D., 1959, jur., 61, note, André Rouast; S., 1959, 48; JCP, 1959, II, 10952, obs., Paul Esmain; RTD civ., 1960, 306, chr., Henri Desboisのほか、TGI. Strasbourg, 1^{er} juin 1956, D., 1957, jur., 253, note, E. de G. de Lagrange; S., 1957, 236; RTD civ., 1956, 578, chr., Pierre Hébraud et Pierre Raynaud; RTD civ., 1957, 512, chr., Henri Desbois; CA. Amiens, 19 fév. 1957, JCP, 1957, II, 10028; RTD civ., 1957, 512, chr., Henri Desbois; TC. Colmar, 27 fév. 1957, D., 1957, jur., 404; S., 1957, 307; RTD civ., 1957, 512, chr., Henri Desbois; CA. Caen, 8 oct. 1957, D., 1958, jur., 200; CA. Rouen, 5 avril 1960, D., 1960, jur., 439; S., 1960, 266; JCP, 1960, II, 11633; RTD civ., 1960, 630, chr., Henri Desbois (Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1959, supra の移送審); CA. Paris, 5 juill. 1960, D., 1960, som., 117; JCP, 1960, II, 11887, obs., R. B.; etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 20 mai 1969, n°67-11.414; Bull. civ., I, n°193; D., 1969, jur., 429, concl., Raymond Lindon et note, Claude Colombet; JCP, 1969, II, 16113, obs., Henri Blin; RTD civ., 1969, 544, chr., Roger Nerson; RTD civ., 1969, 607, chr., Pierre Hébraud et Pierre Raynaud (Aの妻BがYとの間でもうけた子XがYに対して扶養訴権を行使した事案で、XがAから父子関係を否認されていないことを理由にこれを棄却した事例。この判決については、Cf. François Boulanger, L'action alimentaire des enfants

このような形で生計費請求訴権を家族法上の扶養の論理から切り離すと、その結果として、この訴権をどのように性質決定すればよいかという問題が生じてくる。この点については、子をもうけることとの関連でフォートやリスクを構想することの問題性、生計費の提供という効果と民事責任法理の考え方との不適合等を根拠に、この訴権を民事責任の枠組の中で捉えことを放棄し、かつ、その制度の一貫性の欠如を強調して、生計費請求訴権に関しては立法者の意思に基づく法定の制度として位置付けるしかないとする理解の仕方もある²⁴⁹⁾。しかし、一般的には、生計費請求訴権について、補償と扶養というハイブリッドな性格を備えたりリスクに基づく責任訴権、すなわち、効果は扶養に類似するが、その基礎は性的関係を持つことにより子をもうけることになるかもしれないというリスクに基づく民事責任にあるものとして位置付ける考え方が受け入れられている²⁵⁰⁾。そして、生計費請求訴権を民事責任の枠内で捉える考え方は、ある未成年者に対する生計費請求訴権が肯定されたときにはその親が民法典1242条4項（旧1384条4項）に基づき父母としての責任を負う可能性があることを示唆する裁判例の解決や²⁵¹⁾、複数の者が同時に生計費を支払う義務を負うことを認める裁判例の解決²⁵²⁾とも親和性を持つ²⁵³⁾。従って、本稿の問題

（前頁からつづき）

illégitimes après de la cour de cassation du 20 mai 1969, JCP, 1970, I, 2301)。ただし、裁判例の中には、少数ではあるが、近親子および姦生子以外の婚外子に対し旧342条2項に基づく扶養訴権を認めるものもあった。CA. Paris, 15 juin 1956, D., 1956, jur., 508 ; S., 1956, 67 ; JCP, 1956, II, 9411, obs., André Rouast ; Gaz. Pal., 1956, 2, jur., 17 ; RTD civ., 1956, 578, chr., Pierre Hébraud et Pierre Raynaud ; RTD civ., 1956, 702, chr., Henri Desbois（また、Cf. Paul Esmain, Les pères nourriciers, Gaz. Pal., 1956, 2, doc., pp.3 et s.）； CA. Paris, 30 oct. 1956, D., 1957, jur., 452 ; S., 1957, 298 ; RTD civ., 1957, 512, chr., Henri Desbois（Cass. 1^{er} civ., 13 janv. 1959, supra の原審）； CA. Rouen, 16 déc. 1957, D., 1958, jur., 435 ; JCP, 1958, II, 10607, concl., Hardy ; RTD civ., 1958, 388, chr., Henri Desbois ; etc.

248) Cf. Ernest Frank, Pourquoi refuser l'action alimentaire à l'enfant naturel ?, D., 1968, chr., pp.86 et s.

249) Rassat, supra note 243, n^{os}93 et s., pp.435 et s. また、Cf. Jean-Paul Branlard, Le sexe et l'état des personnes : Aspects historique, sociologique et juridique, préf. François Terré, Bibliothèque de droit privé, t.222, LGDJ., Paris, 1993, n^{os}678 et s., pp.258 et s.

関心に即していえば、生計費請求訴権は、父子関係の不存在から生ずる不利益の一部、すなわち、扶養の欠如を金銭的に填補するための民事責任訴権、ある

-
- 250) 細部に違いはあるが、Gérard Cornu, *La naissance et la grâce* (à propos du projet de loi sur la filiation), D., 1971, chr., n°16, p.168 ; Id., *Droit civil, La famille*, 9^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2006, n°56 et s., pp.124 et s. ; Roger Nerson, *La situation des enfants nés hors mariage*, Deuxième partie, RTD civ., 1975, n°40 et s., pp.639 et s. ; Jean Bosquet-Denis, *Réflexion sur la distinction de l'alimentaire et de l'indemnitaire*, JCP, 1981, I, 3010, n°11 et s., pp.5 et s. ; Neirinck, supra note 135, n°171, pp.158 et s. ; Joly, infra note 253, p.3 ; Haser et Huet-Weiller, supra note 183, n°705, pp.470 et s. ; Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas et Laurent Leveneur, *Leçons de droit civil*, t.1, vol.3, *La famille : Mariage — Filiation — Autorité parentale — Divorce et séparation de corps*, 7^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1995, n°997-6, pp.413 et s. ; Claude Colombet, *La famille*, 6^{ème} éd., PUF, Paris, 1999, n°137, pp.205 et s. ; Jean Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, *Introduction, Les personnes et La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige, PUF, Paris, 2004, n°645, p.1446 ; Zalewski, supra note 159, n°304 et s., pp.208 et s. ; Nadège Voidey, *Le risque en droit civil*, préf. Georges Wiederkehr, PUAM., Aix-en-Provence, 2005, pp.236 et s. ; Lescure, supra note 225, n°585, pp.346 et s. ; Ardeeff, supra note 243, pp.40 et s. ; Granet-Lambrechts, supra note 243, n°9, pp.6 et s. ; Bourguignon, supra note 225, n°77, pp.104 et s. ; Le Tourneau, supra note 203, n°2211-91, p.764 ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°1361, pp.627 et s. ; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, supra note 211, n°725, p.695 ; etc. また、この点を明確に説く裁判例として、Ex. CA. Paris, 27 sept. 1974, D., 1975, jur., 507, note, Jacques Massip ; Gaz. Pal., 1975, 1, jur., 285, note, Jean Viatte ; etc.
- 251) CA. Paris, 6 mai 1977, D., 1978, jur., 145, note, Jacques Massip ; RTD civ., 1978, 347, chr., Roger Nerson (ただし、監督および教育上のフォートの不存在を理由に父の免責が認められた事例) ; etc. この解決と民事責任法理の親和性を指摘するものとして、Cf. Catala de Roton, supra note 243, n°16, p.8 ; Hauser et Huet-Weiller, supra note 183, n°705, pp.470 et s. ; etc.
- 252) Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 1979, n°78-10.706 ; Bull. civ., I, n°214 ; D., 1980, jur., 185, note, Jacques Massip ; D., 1980, IR., 64, obs., Danièle Huet-Weiller ; Defrénois, 1980, art. 32403, 1139, note, Jacques Massip (ただし、5人の被告のうち4人については父でないことの証明がされ、結論的には1人に対してのみ生計費の支払が命じられた事例)のほか、TGI. Angers, 9 avril 1974, D., 1975, jur., 71, note, Danièle Huet-Weiller ; RTD civ., 1975, 98, chr., Roger Nerson ; CA. Reims, 30 juin 1983, D., 1986, IR., 64, obs., Danièle Huet-Weiller ; etc. この解決と民事責任法理の親和性を指摘するものとして、Cf. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Chabas et Leveneur, supra note 250, n°997-6, pp.413 et s.

いは、父子関係が存在していれば得られたはずの財産的結果の一部を保護対象とする損害賠償請求として定式化される²⁵⁴⁾。

更に、生計費請求訴権との関連では、以下の2点を付言しておくことが有益である。

まず、かつては、被告は母の性的放縦を証明することによって生計費の支払を免れることができるとされていたが（1993年1月8日の法律による改正前の民法典旧342-4条）、その後、1993年1月8日の法律による改正で、この規律が削除されたことである。これは、性的放縦の意味を厳格に解釈する裁判例の傾向²⁵⁵⁾を踏まえつつ、母の行為態様が子からの請求の可否に影響することの問題性²⁵⁶⁾を意識したものである。従って、この改正によって、子の利益と母

253) これに対して、民法典342条以下に基づき生計費を付与する旨の判決を創設的なものとして位置付け、訴権行使前の期間に関する生計費の請求を認容した原審を破棄した判決は（Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1985, n°84-10.219 ; Bull. civ., I, n°100 ; D., 1985, jur., 533, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1985, art. 33581, 1003, note, Jacques Massip ; JCP, 1986, II, 20665, obs., André Joly）、民事責任の考え方とは整合的でない（Joly, *supra*, pp.3 et s.）。

254) この点を強調すれば、生計費請求訴権については、民事責任法理に仮託した形で限定的に自然親子関係を成立させるための訴権として位置付けることもできる。Cf. Meerpoel, *supra* note 243, n°69, p.820.

255) 民法典旧342-4条にいう性的放縦は同旧340-1条1項にいう明白な不品行よりも狭い概念であり、母が自由奔放で多くの噂の対象になっていたり、該当の期間にほかの男性と性的関係を持っていたり、ポルノ映画に出演していたりしたというだけではこれに当たらないとされていた。Cass. 1^{re} civ., 1^{er} fév. 1977, n°75-11.712 ; Bull. civ., I, n°59 ; D., 1978, jur., 145, note, Jacques Massip ; RTD civ., 1978, 350, chr., Roger Nerson ; Cass. 1^{re} civ., 15 mars 1978, n°76-13.215 ; Bull. civ., I, n°109 ; D., 1978, jur., 553, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1978, n°77-10.172 ; Bull. civ., I, n°349 ; D., 1979, IR., 244, obs., Danièle Huet-Weiller ; D., 1980, jur., 185, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1980, art. 32403, 1139, note, Jacques Massip（ただし、母と被告との間に親密な関係があったかどうかを確認されていないとして生計費請求訴権を認容した原審を破棄した事例）；Cass. 1^{re} civ., 22 mai 1979, n°78-11.251 ; Bull. civ., I, n°149 ; D., 1980, IR., 64, obs., Danièle Huet-Weiller ; Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1982, Defrénois, 1983, art. 33082, 773, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1986, n°85-11.493 ; Bull. civ., I, n°237 ; Gaz. Pal., 1987, 1, jur., 229, note, J. M. ; Cass. 1^{re} civ., 15 mars 1988, n°86-16.152 ; Gaz. Pal., 1989, 1, jur., 374, note, J. M. ; Defrénois, 1988, art. 34309, 1012, note, Jacques Massip ; etc. 下級審の裁判例として、TGI. Thonon-les-Bains, 1^{er} juin 1973, D., 1974, jur., 104, note,

のそれとの一体的な把握を前提としているかのような²⁵⁷⁾生計費請求訴権に対する外在的な制約が排除されたことになる。

次に、現在の実定法においては、被告が生計費の支払を免れる目的で子の父でないことを証明するために（民法典342-4条）DNA鑑定等が用いられるだけでなく²⁵⁸⁾、原告が生計費の請求を基礎付ける目的で被告と母との間に親密な関係が存在したことを証明するためにもDNA鑑定等が用いられていること²⁵⁹⁾、しかも、後者の場面では、DNA鑑定等はそれを実施しない正当な理由がある場合を除き権利であるとされ、被告に正当な理由がなければ原告の請求に基づきDNA鑑定等が実施されていることである²⁶⁰⁾。そして、こうした取扱い、原告が被告に対して父子関係の成立を求める場面でのそれ²⁶¹⁾と同じである²⁶²⁾。ここでは、被告と母との間に親密な関係が存在したことを証明することにより、被告と子との間に親子関係が存在する可能性があることを明らかにし、これによって生計費請求訴権を基礎付けるという本来の形が消え去り、

（前頁からつづき）

Jacques Massip ; CA. Paris, 6 mai 1977, supra note 251 ; TGI. Paris, 15 janv. 1979, D., 1979, jur., 274, note, Gilbert Paire ; CA. Paris, 8 fév. 1979, D., 1980, jur., 185, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1980, art. 32403, 1139, note, Jacques Massip ; CA. Paris, 22 fév. 1979, D., 1980, jur., 185, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1980, art. 32403, 1139, note, Jacques Massip ; CA. Reims, 30 juin 1983, supra note 252 ; etc. 性的放縦の存在を認めた裁判例として、CA. Agen, 7 janv. 1981, D., 1982, jur., 584, note, Jacques Massip（母が数分おきに繰り返し複数の男性と性的関係を持ったことが性的放縦に該当するとされた事例）; etc.

256) Cf. Neirinck, supra note 135, n°177, pp.165 et s. ; Branlard, supra note 249, n°678 et s., pp.258 et s. ; etc.

257) Rassat, supra note 243, n°92, pp.434 et s. は、子の利益と母のそれとの同一性および訴訟数の削減の要請から、旧342-4条の規律に説明を付けることができないわけではないと説く。

258) 被告が子の父でないことを証明するためにDNA鑑定等が用いられた事例として、Cass. 2^{ème} civ., 21 fév. 1978, D., 1980, IR., 64, obs., Danièle Huet-Weiller ; TGI. Paris, 18 avril 1989, D., 1989, som., 365, obs., Danièle Huet-Weiller ; etc. また、Cf. Cass, 1^{ère} civ., 19 nov. 1991, n°90-11.216 ; Bull. civ., I, n°317 ; D., 1993, jur., 29, note, Jacques Massip（被告により要請されたDNA鑑定等を命じなかった原審を破棄した事例）; etc.

DNA 鑑定等を通じて被告と子との間に親子関係があることを証明することにより、被告と母との間に親密な関係が存在したことを明らかにし、これによ

259) 判例によれば、母と被告との間に親密な関係があったことの証明はすべての方法で行うことができ (Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1980, n°79-14.618 ; Bull. civ., I, n°262 ; Gaz. Pal., 1981, 2, jur., 475, note, Jacques Massip ; etc.)、そこには、DNA 鑑定等も含まれる (Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1983, n°82-12.600 ; Bull. civ., I, n°93 ; Gaz. Pal., 1983, 2, jur., 561, note, Jacques Massip ; RTD civ., 1983, 728, chr., Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi ; Defrénois, 1983, art. 33133, 1163, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 1995, n°93-13.369 ; Bull. civ., I, n°81 ; D., 1995, som., 224, chr., Frédérique Granet-Lambrechts ; JCP, 1995, II, 22569, note, Catherine Puigelier ; Defrénois, 1995, art. 36210, 1385, note, Jacques Massip ; D., 1996, jur., 111, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n°94-16.758 ; Defrénois, 1997, art. 36591, 724, note, Jacques Massip ; CA. Paris, 22 fév. 1991, JCP, 1991, II, 21777, obs., Solange Mirabail ; etc.)。そして、被告が DNA 鑑定等を拒絶したことは、それだけでは上記の親密な関係の存在を明らかにする事情にはならないが (Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2003, n°01-13.856)、その存在を推定させる事情にはなる (Cass. 1^{re} civ., 5 fév. 1991, n°89-13.584 ; Bull. civ., I, n°48 ; D., 1991, jur., 456, note, Jacques Massip ; RTD civ., 1991, 509, chr., Danièle Huet-Weille ; Defrénois, 1991, art. 35047, 673, note, Jacques Massip ; CA. Agen, 15 fév. 2007, AJ fam., juill.-août, 2007, 323, obs., François Chénéde ; CA. Aix-en-Provence, 16 janv. 2008, Dr. fam., avril 2009, com., 40, note, Anaïs Gabriel ; etc.)。

260) Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005 (2 arrêts), n°03-12.641 et n°04-13.901 ; Bull. civ., I, n°253 et n°254 ; D., 2005, 1804 ; RTD civ., 2005, 768, chr., Jean Hauser (n°03-12.641) ; Defrénois, 2005, art. 38278, 1848, note, Jacques Massip ; Dr. fam., sept. 2005, com., 182, note, Pierre Murat ; D., 2006, 1141, chr., Frédérique Granet-Lambrechts ; Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005, n°15-11.150 ; Bull. civ., I, n°478 ; D., 2006, 14 ; D., 2006, 1141, chr., Frédérique Granet-Lambrechts ; RTD civ., 2006, 98, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2006, art. 38415, 1065, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2009, n°08-18.223 ; Bull. civ., I, n°159 ; PA., 16 sept. 2009, 6, note, Marlène Burgard ; AJ fam., oct. 2009, 402, obs., François Chénéde ; etc. また、これらに先立つ下級審裁判例として、Ex. CA. Paris, 22 fév. 2001, JCP, 2001, II, 10558, note, Thierry Garé ; etc.

261) Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, n°98-12.806 ; Bull. civ., I, n°103 ; D., 2000, IR., 122 ; D., 2000, jur., 731, note Thierry Garé ; JCP, 2000, I, 253, chr., Christian Byk ; JCP, 2000, II, 10409, obs., Marie-Christine Monsallier-Saint Mleux ; RTD civ., 2000, 304, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2000, art. 37194, 769, note, Jacques Massip ; PA., 5 sept. 2000, 8, note, Nathalie Nevejans-Bataille ; PA., 27 nov. 2000, 13, note, Corinne Daburon ; Dr. fam., juin 2000, com., 72, note, Pierre Murat ; D., 2001, 976, obs., Frédérique Granet ; Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n°98-16.059 ; Dr. fam., oct. 2000, com., 108, note, Pierre Murat ; D., 2001, 976, obs., Frédérique Granet ; etc.

て生計費請求訴権を基礎付けるという論理の逆転が起きている²⁶³⁾。かくして、現状における生計費請求訴権は、父子関係を成立させるための訴権または父子関係の存在に基礎を置く扶養訴権に接近しており²⁶⁴⁾、父子関係が存在していれば得られたはずの財産的結果に相当する部分の一部ではなく、父子関係の存在から生ずる権利や利益それ自体を直接的に保護の対象とするものになりつつある²⁶⁵⁾。

最後の1つは、母からの損害賠償請求を通じた子の扶養等の確保である。ある女性がある男性と婚姻外で親密な関係を持ち、子をもうけたが、その後、この女性と当該男性との関係が解消されたときには、この女性は、当該男性に対して、婚姻の約束があるケースでは男性側の詐害的誘惑または婚姻約束の解消

262) また、DNA鑑定等の結果を根拠に生計費請求訴権を認容する判決が確定し、その後に父子関係を成立させるための訴権および扶養等の支払を求める訴権が行使された場合、父子関係の存在については、前訴で既に明らかにされているため、後訴で再度これを争うことはできない。Cf. Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1995, n^o93-10.870 ; Bull. civ., I, n^o7 ; Defrénois, 1995, art. 36145, 1024, note, Jacques Massip.

263) Mirabail, supra note 259, p.5 ; Id., supra note 243, n^{os}6 et s., pp.2 et s.

264) Gonon, supra note 243, pp.1477 et s. ; Berthet, supra note 230, n^o143 et s., pp.87 et s. ; Mirabail, supra note 243, n^o9, p.3 ; Alain Bénabent, Droit de la famille, 4^{ème} éd., LGDJ., Paris, 2018, n^o695, pp.512 et s. ; etc.

265) こうした評価および注(244)で言及した問題が指摘される状況の下では、生計費請求訴権の存在意義が問われ、その修正または廃止が提言されることになる。まず、DNA鑑定等により確実に親子関係の存在が証明され、いかなる場合においても子が親子関係を成立させた上で扶養請求をすることに事実上の障害は存在しないとすれば、生計費請求訴権の機能領域を親子関係の成立が法的に禁止されている場面(現状では、母になるはずであった者と父になるはずであった者との間に一定の親族関係が存在する場面)に限定すること、そして、男性が先に子を認知したときには、母子関係を成立させることができない状況が生ずることも想定されることから、母になるはずであった者に対する関係でもこの訴権を認めることが考えられる(Mirabail, supra note 243, n^{os}14 et s., pp.4 et s. のほか、Cf. Gutmann, supra note 163, n^{os}54 et s., pp.54 et s. ; Bourguignon, supra note 225, n^o78, p.106 et n^o80, pp.108 et s.)。また、上記の場面での親子関係の成立を法的に肯定するという立法上の態度決定をすれば、生計費請求訴権それ自体を廃止することも考えられる(Gutmann, ibid. ; Mirabail, supra note 243, n^o17 et s., pp.5 et s.)。

に際してのフォート等を理由に、そうでないケースでも男性側の詐害的誘惑または関係解消に際してのフォート等を理由に、損害賠償の支払を求めることができる²⁶⁶⁾。その際、裁判例の中には、子の存在を考慮して、子の扶養や教育等に係る負担を女性に付与される損害賠償の対象の中に含めるものがある²⁶⁷⁾。

この解決は、かつては、第2で言及した特別の扶養訴権や生計費請求訴権が

266) これらの法理は、横の家族関係の不成立または解消との関連で損害賠償が請求される場面の諸ケースの一部として、(2)②で扱われる。

267) Cass. civ., 21 juin 1933, Gaz. Pal., 1933, 2, jur., 539 ; RTD civ., 1933, 1174, chr., René Demogue (詐害的誘惑を理由とする損害賠償の中に子の扶養や教育に要する費用相当額の賠償を含めた事例) ; Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1963, Bull. civ., I, n°292 ; D., 1964, jur., 621, note, Jean Pradel ; RTD civ., 1964, 85, chr., Henri Desbois ; RTD civ., 1965, 137, chr., René Rodière (婚姻約束の解消における男性のフォートを理由とする損害賠償の中に子が成年に達するまでの毎月の扶養に相当する額の賠償を含めた事例) ; Cass. 1^{re} civ., 20 juill. 1971, n°70-13.317 ; Bull. civ., I, n°247 ; D., 1971, som., 218 (婚姻約束の解消における男性のフォートを理由とする損害賠償の中に女性が子を1人で養育しなければならなくなったことの負担から生ずる損害の賠償を含めた事例) ; Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1973, n°71-12.339 ; Bull. civ., I, n°167 ; D., 1973, IR., 166 ; Gaz. Pal., 1973, 2, som., 179 (同上。ただし、旧342条2項に基づく扶養定期金の支払請求も認容された事例) ; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1976, n°75-13.535 ; Bull. civ., I, n°248 (コンキュビナージュの解消における男性のフォートを理由とする損害賠償の中に子の誕生後に女性へ財産的な支援をしなかったことから生ずる損害の賠償を含めた事例) ; etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 1959, Gaz. Pal., 1960, 1, jur., 250 ; RTD civ., 1960, 463, chr., Henri et Léon Mazeaud (子との関連における男性のフォートの基礎付け方に疑問は残るが、婚姻約束の解消における男性のフォートを理由に子に対して付与される損害賠償の中に扶養定期金に相当する額の賠償を含めた事例) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Douai, 3 déc. 1853, S., 1854, 2, 193 ; D., 1855, 2, 132 (女性との間で交わされた子の扶養や教育等に関する約束の違反を理由とする損害賠償が認容された事例) ; CA. Caen, 10 juin 1862, D., 1862, 2, 128 (同上。上告審 (Cass. civ., 26 juill 1864, D., 1864, 1, 347 ; S., 1865, 1, 33, note, Em. Moreau) も同旨である) ; CA. Nancy, 12 nov. 1896, D., 1896, 2, 520 (同上) ; TC. Marseille, 6 avril 1927, Gaz. Pal., 1927. 2, jur., 226 (フォートの基礎付け方に疑問は残るが、婚姻外で性的な関係を持つという男性および女性の共通フォートを理由とする損害賠償の中に子の扶養や教育に要する費用相当額の賠償を含めた事例) ; TC. Poitiers, 5 nov. 1928, Gaz. Pal., 1929, 1, jur., 142 (詐害的誘惑を理由とする損害賠償の中に子の扶養や教育に要する費用相当額の賠償を含めた事例) ; TC. Dax, 7 fév. 1935, Gaz. Pal., 1935, 1, jur., 666 (フォートの基礎付け方に疑問は残るが、関係解消における男性のフォート

存在しなかったという状況の下、とりわけ男性と子との間に親子関係を法的に成立させることができなかった場面で²⁶⁸⁾、母に対して子の扶養や養育等に要する費用相当額を付与するための手段、従って、子に対して扶養や養育等を実質的に確保するための手段として機能した²⁶⁹⁾。また、この解決は、現在においても、例えば、親子関係が成立しないことについて親になるはずであった者に子との関係でのフォートを認めることができず、しかも、法定の要件を充足しないため生計費請求訴権を用いることができない場面では、一定の意味を持

(前頁からつづき)

を理由とする損害賠償の中に子の扶養や教育に要する費用相当額の賠償を含めた事例); TC. Clamecy, 17 déc. 1941, Gaz. Pal., 1942, 1, jur., 118 (許害的誘惑を理由とする損害賠償の中に子の扶養や教育に要する費用相当額の賠償を含めた事例); TC. Privas, 28 fév. 1952, supra note 231 (フォートの基礎付け方に疑問は残るが、婚姻外で性的な関係を持つという男性および女性の共通フォートを理由とする損害賠償の中に子の扶養や教育に要する費用相当額の賠償を含めた事例。ただし、自然債務から民事債務への変容を理由とする扶養請求も認容されている); CA. Paris, 12 mai 1977, Gaz. Pal., 1978, 2, jur., 370, note, Jacques Massip (自己の子であることを知りながら扶養の支払を拒絶したことを理由とする損害賠償の中に女性が子を1人で養育しなければならなくなったことの負担から生ずる損害の賠償を含めた事例); etc. また、Cf. CA. Paris, 27 juill. 1920, RTD civ., 1921, 225, chr., Eugène Gaudemet; RTD civ., 1921, 730, chr., René Demogue (許害的誘惑を理由とする損害賠償の中に子の扶養や教育に要する費用相当額の賠償が含まれることを前提に、女性が後に別の男性と結婚しこの男性が子を認知したとしても当該損害賠償請求の成否には影響がないとされた事例); TC. Bourg, 21 nov. 1933, Gaz. Pal., 1934, 1, jur., 284; RTD civ., 1934, 389, chr., Gaston Lagarde (子との関連における男性の責任の基礎付け方に疑問は残るが、「もっとも明白な正義」を理由に子に対して付与される損害賠償の中に扶養定期金に相当する額の賠償を含めた事例); CA. Amiens, 5 janv. 1949, JCP, 1950, II, 5254, obs., Jean Savatier (フォートの基礎付け方に疑問は残るが、単なる誘惑を理由とする損害賠償の中に子の扶養や教育に要する費用相当額の賠償が含まれることを前提に、女性が後に別の男性と結婚しこの男性が子を認知したとしても当該損害賠償請求の成否には影響がないとされた事例); etc. 更に、賠償の対象となった損害の中身は明確にされていないものの、300万フランという認容額からみて子の扶養や教育に要する費用相当額が損害賠償の対象に含まれていると考えられるものとして、CA. Paris, 4 janv. 1952, D., 1952, jur., 112, note, G. H.; S., 1952, 2, 85, note, Henri Mazeaud; JCP, 1952, II, 6842, obs., Paul Esmain; Gaz. Pal., 1952, 1, jur., 167; RTD civ., 1952, 214, chr., Henri et Léon Mazeaud.

ちうる。実定法は、子になるはずであった者に対して、子の身分や地位に由来する権利や利益それ自体ではないものの、親子関係が存在していれば得られたはずの財産的結果に相当する部分の一部を、母からの損害賠償請求という間接的な手段によって与えている。

結局、これら3つの訴権は、いずれも、親子関係の存在に由来する権利義務の一部またはそれに相当する財産的結果を、約束や義務、法定の責任制度、または、ほかの者からの損害賠償という回路を用いて、実質的に担保するものとして位置付けられる。

以上のとおり、実定法は、縦の家族関係の解消または不成立との関連で損害賠償が請求される場面では、濃淡はあるものの、可能な限り、身分や地位それ自体、または、そこから生ずる、もしくは、生ずるはずであった権利義務関係の保護を図り、それが不可能であるときには、様々な法的構成に仮託させることで、身分や地位等が存在する場合と等しい財産的結果を導こうとする傾向にある。

268) この場面で子の扶養や教育等に係る負担に相当する額を女性に付与される損害賠償の中に含めると、実質的に父子関係の成立を認めたのと同じ結果になるとの理由から、この解決を否定する裁判例として、Ex. TC. Chartres, 6 juin 1945, Gaz. Pal., 1945, 2, jur., 130 ; RTD civ., 1945, 267, chr., Henri et Léon Mazeaud ; etc. この裁判例は、上記の解決によると一定の場合に親子関係を法的に成立させないという立法上の態度決定が実質的に潜脱されることになってしまうという学説からの批判（Henri Mazeaud, L'《absorption》 des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, DH., 1935, chr., p.7の批判が有名である。これに先立つものとして、Théophile Huc, Commentaire théorique et pratique de code civil, t.2, art. 144 à 311, Librairie Cotillon, Paris, 1892, n°8, pp.16 et s. ; Francis-Félix Dubois, Les fiançailles et promesses de mariage en droit français, th. Rennes, 1897, pp.160 et s. ; etc. また、Cf. Savatier, supra note 267, p.2 ; Rodière, supra note 267, p.138 ; etc.）を踏まえたものであった。なお、初期の裁判例で同旨を説くものとして、Ex. CA. Caen, 24 avril 1850, D., 1855, 2, 177.

269) Pradel, supra note 267, pp.621 et s. ; Desbois, supra note 267, pp.85 et s. ; Pons, supra note 17, n°79 et s., pp.73 et s. ; etc.

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

① 横の家族関係の内容との関連で損害賠償が請求される場面

カップルの一方が、共同生活を一方的に停止したり、性的な関係を持つことを拒んだり、ほかの者と親密な関係を持ったりする等した場合、他方は、この一方に対して、損害賠償の支払を求めることができるか。以下では、カップルの関係が夫婦である場合、パクスである場合、そして、コンキュビナージュである場合に分けて、これらの問題についての実定法の展開過程および現状を分析する。

第1に、カップルの関係が夫婦である場合について、夫婦の一方が、夫婦関係から生ずる人格的な内容を持つ義務、例えば、尊重義務（民法典212条）、貞操義務（同条）、生活共同義務（同215条）等に違反した場合²⁷⁰⁾、他方は、義務に違反した者の人格や自由への配慮の必要性という理由により、これらの義務につき履行の強制を求めることはできないが²⁷¹⁾、その違反により損害が発生しているときには、不法行為の一般原則（同1240条（同旧1382条）、同1241条（同旧1383条））に基づき、損害賠償の支払を求めることができる²⁷²⁾。このことは、以下で引用する裁判例の豊富さが示しているとおり、古くからほぼ一貫して承認されてきた。一部には、夫婦の一方による人格的義務の違反を契機として他方が財産的な利益を得ることは不道德であること²⁷³⁾、仮にそうでなくても、夫婦の人格的義務の違反を理由とする損害賠償請求は復讐心に動機付けられているにすぎないこと²⁷⁴⁾、夫婦の人格的義務の違反については別

270) 財産的な性格を持つ義務、例えば、婚姻費用分担義務等では、その違反に対して履行の強制を求めることが可能であるため（民法典214条を参照）、その義務に違反した者に害意や濫用的な拒絶等が存在しない限り（Ex. CA. Paris, 30 nov. 1988, D., 1989, IR., 15（夫が妻に対して婚姻費用分担訴権の提起を余儀なくさせたことを理由とする不法行為の成立を肯定した事例）; etc.）、不法行為による損害賠償請求が問題になることはない。

271) ただし、初期の裁判例の中には、（妻に対する）婚姻義務の履行の強制を肯定するものもあった。Ex. CA. Nîme, 10 juin 1862, D., 1863, 2, 193（同居義務）; CA. Pau, 11 mars 1863, D., 1863, 2, 193（同居義務）; etc.

居や離婚といったサンクションの手段が用意されているため、それとは別に不法行為の一般原則に基づき損害賠償を認めることはできないこと²⁷⁵⁾、こうした形での損害賠償請求を認めると夫婦間または元夫婦間に決定的な亀裂が生じてしまうこと²⁷⁶⁾等を挙げて、人格的義務の違反を理由とする損害賠償請求を認めない裁判例もないわけではなかったが、ごく少数に止まっている²⁷⁷⁾。こうした状況は、学理的な議論でも同様である²⁷⁸⁾。

離婚が禁止されていた時代、または、離婚がほとんど認められていなかった時代においては、夫婦の一方による人格的義務の違反があった場合、他方にとっては、不法行為による損害賠償請求がほぼ唯一の救済となっていた²⁷⁹⁾。そのため、夫婦の人格的義務の違反を理由とする損害賠償請求は、夫婦関係の存続中にそこから生ずる個別的な権利や利益を保護するための手段として機能し

272) この問題については、Cf. Didier Guiton, Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant d'un fait antérieur au divorce, D., 1980, chr., pp.247 et s. ; Karine Ducrocq Paywels, Responsabilité civile et rupture du couple, th. Lille 2, 2013 ; Élodie Mulon, Dommages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil, Gaz. Pal., 2014, pp.99 et s. ; Jérôme Casey, Articles 1382 et 266 du Code civil. — Analyse de jurisprudence et synthèse, Dr. fam., juill. 2015, dossier 34 ; Guillaume Kessler, Les dommages et intérêts dans le divorce : panorama de jurisprudence, Dr. fam., juill. 2015, dossier 35 ; Laura Pizarro, Le traitement juridique de la rupture du couple : Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la couple, préf. Isabelle Barrière-Brousse, Collection de Thèses, t.59, Defrénois, Paris, 2017 ; etc.

273) CA. Pau, 11 mars 1863, supra note 271 ; TGI. Brest, 9 juill. 1974, D., 1975, jur., 418, note, Jacques Prévault (夫が離婚請求を棄却された後に妻の同居拒絶を理由に損害賠償を請求した事案)

274) TGI. Brest, 9 juill. 1974, supra note 273.

275) CA. Paris, 27 juin 1963, JCP, 1963, II, 13360, obs., R. B. ; D., 1964, jur., 112, note, André Ponsard ; S., 1964, 187, note, D. M. ; RTD civ., 1964, 79, chr., Henri Desbois (Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1965, infra note 287の原審) ; TGI. Brest, 9 juill. 1974, supra note 273.

276) CA. Pau, 11 mars 1863, supra note 271 ; TGI. Brest, 9 juill. 1974, supra note 273.

277) CA. Paris, 27 juin 1963, supra note 275 ; TGI. Brest, 9 juill. 1974, supra note 273のほか、TC. Châlons-sur-Marne, 14 avril 1905, S., 1906, 2, 52 ; RTD civ., 1906, 402, René Demogue(妻の同居義務は損害賠償に解消されるものではないことが理由として挙げられている) ; etc.

た²⁸⁰⁾。ところが、離婚が広く認められるようになると、夫婦の一方による人格的義務の違反があった場合に、その者の配偶者が夫婦関係の継続を望みつつ不法行為の一般原則に基づき損害賠償を請求するという事例は、ほとんど想定されなくなる²⁸¹⁾。当事者がともに夫婦関係の継続を欲しているときには、両者の間で協議に基づく処理がされたり、被害者による宥恕があつたりするはずであるし、仮にこれらが存在しなかったとしても、被害者が夫婦関係を継続させることの妨げになることを危惧して²⁸²⁾損害賠償請求を回避するはずだから

278) 人格的義務の違反を理由とする夫婦間の損害賠償請求を否定する見解 (Ex. François Laurent, *Principes de droit civil français*, t.3, Bruylant-Christophe et Cie, Bruxelles et Librairie A. Durand & Pedone Lauriel, Paris, 1870, n°92, p.123. 愛情関係と金銭による強制とが両立しないことを根拠とする) や、限定的な場面でのみこれを肯定する見解 (Ex. Catherine Philippe, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux : Essai sur l'entraide conjugale*, préf. Georges Wiederkehr, Bibliothèque de droit privé, t.170, LGDJ., Paris, 1981, pp.284 et s. 要件としてフォートの重大性および損害の深刻性を要求することで適用領域を限定すべきことが主張されている) がないわけではなかったが、ごく少数に止まっている。

279) この時代の裁判例として、Cass. req., 26 juin 1878, D., 1879, 1, 80 (妻の同居義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); CA. Nîme, 20 fév. 1862, D., 1863, 2, 193 (同上。同判決は、夫からの損害賠償請求が認められないとすれば、妻は罰せられることなく義務に違反することができてしまうと判示する); TC. Castel-Sarrazin, 8 avril 1864, D., 1864, 3, 46; S., 1864, 2, 82, note, Latailhède (CA. Toulouse, 29 juin 1864, infraの原審); CA. Toulouse, 29 juin 1864, D., 1864, 2, 174; S., 1864, 2, 155 (同上); CA. Besançon, 10 juill. 1866, D., 1866, 2, 135; S., 1867, 2, 5 (同上。ただし、同判決は、別居裁判の中で主張すべき事柄であるとして夫からの請求を棄却する); etc. また、Cf. Cass. civ., 5 fév. 1873, D., 1873, 1, 209; S., 1873, 1, 289, note, Joseph-Émile Labbé (妻が夫に対して不貞行為を理由に損害賠償を支払う義務を負うことを前提に、夫が妻の不貞行為の相手方との和解に基づき受け取った金銭は夫婦の共通財産を構成しないとされた事例); etc.

280) Cf. Pons, supra note 17, n°258 et s., pp.156 et s.; etc.

281) 挙げられている理由は様々であるが、Cf. François Givord, *La réparation du préjudice moral*, Dalloz, Paris, 1938, n°37, pp.63 et s.; René Verdout, *La cohabitation*, D., 1964, chr., n°12, p.124; Frédérique Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, préf. Janine Revel, Bibliothèque de droit privé, t.494, LGDJ., Paris, 2008, n°537, p.236; Ruffieux, supra note 133, n°55, pp.62 et s.; Stéphanie Moracchini-Zeidenberg, *La contractualisation du droit de la famille*, RTD civ., 2016, n°18, p.783; Fenouillet, supra note 17, n°19, p.6; etc.

である²⁸³⁾。従って、現在では、夫婦の人格的義務の違反を理由とする損害賠償請求は²⁸⁴⁾、通常、離婚請求と同時に行為²⁸⁵⁾、場合によって、離婚後に²⁸⁶⁾、または、事実上の別居状態の中で離婚に向けた手続が開始されている時や、離婚の成立要件が充足されていないため夫婦関係は継続中であるが実質

282) これに対して、Ducrocq Paywels, *supra* note 272 は、夫婦間における不法行為に基づく損害賠償請求を認めることが関係の修復にとって有用であるかどうかには疑問が残るものの、請求の意図等につき裁判官の審査に委ねることにより適切な解決を導くことは可能であり (n°299 et s., pp.191 et s.)、これを認めても離婚の平和化という立法の一般的な動向に反するわけではないと説く (n°683 et s., pp.458 et s.)。

283) 婚姻継続中であっても人格的義務の違反を理由とする夫婦の一方からの損害賠償請求を認めるべき理由として、これを否定すると、違反された側は、離婚をしなければ損害賠償を請求することができなくなるため、婚姻の継続を欲しているとしても、損害賠償を請求するために離婚へと促されることになってしまうという点が挙げられることもあるが (Jean Maury, *La séparation de fait entre époux*, RTD civ., 1965, n°9, pp.520 et s. ; Yves Chartier, *Domicile conjugal et vie familiale*, RTD civ., 1971, n°40, pp.545 et s. ; Id., *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 1983, n°269, p.336 ; Thomas, *supra* note 16, p.302 ; etc.)、本文の理解によると、この説明は説得的でない。

284) 夫婦関係の終局的な変質による離婚または一方的有責離婚のケースでは、前者の被告または後者の原告に、婚姻の解消により被った極めて重大な結果の賠償が認められるが (民法典 266 条 1 項)、この請求は離婚訴権と同時にしかすることができない (同条 2 項)。これに対して、不法行為の一般原則に基づく損害賠償請求には、このような訴権の行使時期に関する制約はない。

285) 比較的最近の判例で、損害賠償請求の基礎となる事実が明確に示され、それに基づき請求が認容されているものに限定しても、Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, n°04-11.942 ; Bull. civ., I, n°143 ; D., 2005, 1053 ; RTD civ., 2005, 375, chr., Jean Hauser ; D., 2006, 343, chr., Guillaume Serra (夫の貞操義務違反および侮辱を理由とする妻からの損害賠償請求) ; Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 2006, n°04-18.767 (夫の貞操義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求) ; Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 2006, *supra* note 12 (夫の暴行および貞操義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求) ; Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, n°05-16.062 ; D., 2007, 616, chr., Guillaume Serra (夫の貞操義務違反および同居義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求) ; Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2008, n°08-10.251 ; Gaz. Pal., 2009, 2106, note, Amandine Cléret ; PA., 5 fév. 2009, 16, note, Marlène Bulgard (夫の貞操義務違反、暴行、アルコール依存を理由とする妻からの損害賠償請求) ; Cass. 1^{re} civ., 11 fév. 2009, *supra* note 12 (妻の貞操義務違反等を理由とする夫からの損害賠償請求) ; etc.

的には破綻している状況の下で²⁸⁷⁾行われる²⁸⁸⁾。もちろん、このことは、夫婦関係の継続中には人格的義務の違反を理由とする損害賠償が事実上ほとんど請求されないことを示しているだけであり、それが法的な形で制約されていることを意味するものではない。このように、夫婦の人格的義務の違反を理由とす

(前頁からつづき)

下級審の裁判例として、CA. Paris, 21 fév. 2002, RTD civ., 2002, 278, chr., Jean Hauser (妻の貞操義務違反および同居義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); CA. Paris, 3 fév. 2005, Dr. fam., juill. 2005, com., 167, note, Virginie Larribau-Terneyre; D., 2006, 343, chr., Guillaume Serra (夫の貞操義務違反および同居義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求); CA. Montpellier, 14 mai 2008, Dr. fam., oct. 2008, com. 141, note, Virginie Larribau-Terneyre (夫の貞操義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求); CA. Paris, 25 mars 2010, Dr. fam., déc. 2010, com., 182, note, Virginie Larribau-Terneyre (妻の貞操義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); CA. Aix-en-Provence, 3 mai 2011, JCP, 2011, 1156, obs., Laura Pizarro; Gaz. Pal., 2011, 3392, note, Emmanuèle Pierroux; RTD civ., 2012, 297, chr., Jean Hauser (夫による性的な関係を持つことについての拒絶を理由とする妻からの損害賠償請求); CA. Angers, 23 mai 2011, Dr. fam., nov. 2011, com., 165, note, Virginie Larribau-Terneyre (妻の尊重義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); CA. Lyon, 23 mai 2011, Dr. fam., nov. 2011, com., 165, note, Virginie Larribau-Terneyre (妻の生活共同義務および尊重義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); CA. Aix-en-Provence, 27 nov. 2012, JCP, 2013, 122, obs., Laura Pizarro (夫の貞操義務違反、暴行、娘への強制性交を理由とする妻からの損害賠償請求); CA. Paris, 10 avril 2013, Dr. fam., sept. 2013, com., 116, note, Jean-René Binet (夫の貞操義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求); CA. Bourges, 13 fév. 2014, Dr. fam., avril 2014, com., 56, note, Jean-René Binet (妻の貞操義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); CA. Bordeaux, 9 sept. 2014, Dr. fam., nov. 2014, com., 157, note, Jean-René Binet (夫の貞操義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求。ただし、離婚については否定例); CA. Aix-en-Provence, 20 janv. 2015, supra note 15 (夫の貞操義務違反、暴行、娘への強制性交等を理由とする妻からの損害賠償請求); CA. Rouen, 22 oct. 2015, Dr. fam., fév. 2016, com., 21, note, Anne-Claire Réglier (妻の貞操義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); CA. Basse-Terre, 18 mai 2015, JCP, 2015, 2059, obs., Valérie Doumeng (夫の貞操義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求); CA. Riom, 3 nov. 2015, Dr. fam., fév. 2016, com., 22, note, Anne-Claire Réglier (同上); CA. Paris, 3 mars 2016, Dr. fam., juin 2016, com., 121, note, Anne-Claire Réglier (同上); CA. Versailles, 23 juin 2016, Dr. fam., oct. 2016, com., 195, note, Anne-Marie Caro (同上); CA. Riom., 27 mars 2018, Dr. fam., juill. 2018, com., 176, note, Julie Colliot (夫の尊重義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求); etc.

る損害賠償請求は、現状では、主として、夫婦関係の解消後にそこから生ずる個別的な権利や利益を回顧的に保護するための手段として機能しうる^{289, 290}。

286) TC. Nice, 27 mars 1922, Gaz. Pal., 1922, 2, jur., 281 ; RTD civ., 1923, 143, chr., René Demogue (妻の一方的有責離婚が成立した後の元夫からの損害賠償請求) ; CA. Angers, 23 déc. 1931, Gaz. Pal., 1932, 1, jur., 347 (夫の一方的有責離婚が成立した後の元妻からの損害賠償請求。否定例) ; CA. Bordeaux, 4 fév. 1999, RTD civ., 2000, 554, chr., Jean Hauser (夫婦間で別居が成立し、妻による損害賠償が認容され、夫婦間で離婚が成立した後に、この元妻による別の損害の賠償が認容された事例) ; CA. Versailles, 10 sept. 2015, JCP, 2015, 1259, obs., Guillaume Kessler (夫の貞操義務違反を理由とする元妻からの損害賠償請求。否定例) ; etc.

287) Cass 1^{re} civ., 9 nov. 1965, n°63-13.236 ; Bull. civ., I, n°597 ; JCP, 1965, II, 14462 ; Gaz. Pal., 1965, 2, jur., 14 ; D., 1966, jur., 80, note, Jean Mazeaud ; RTD civ., 1966, 288, chr., René Rodière ; RTD civ., 1966, 514, chr., Roger Nerson (夫が2度にわたり別居請求をしたが、いずれも棄却された後に、妻が離婚または別居を求めることなく夫による同居拒絶等を理由に損害賠償を請求した事案) ; TGI. Brest, 9 juill. 1974, supra note 273 (否定例) ; CA. Aix-en-Provence, 22 juin 1978, D., 1979, jur., 192, note, Jacques Prévault (夫が離婚請求をしたが棄却された後にコンキュービーストと生活を開始したことを受けて、妻が離婚または別居を求めることなく同居拒絶および貞操義務違反等を理由に損害賠償を請求した事案) ; etc. なお、Cf. TGI. Toulouse, 6 janv. 1977, D., 1978, IR, 39, obs., Alain Bénabent (妻が婚姻中に夫の貞操義務違反を理由に損害賠償を得ていたことは離婚に際して婚姻の解消から生じた損害の賠償を請求することの妨げにならないとされた事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 14 nov. 2002, n°01-03.217 ; Bull. civ., II, n°256 ; RTD civ., 2003, 66, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2003, art. 37727, 615, note, Jacques Massip (妻の一方的有責離婚を命じた原審について、妻がそれ以前に損害賠償の支払を命じられていることを理由に上告したが、これが棄却された事例) ; etc. また、夫の姦通罪を規定していた刑法典旧339条または妻の姦通罪を規定していた旧338条の適用との関連が問題となった判決であるが、Cf. CA. Agen, 18 juill. 1902, D., 1903, 2, 344 (夫が不貞行為を理由に妻とその相手方に対して損害賠償を請求した事案) ; T. de corr. Seine, 14 mars 1944, Gaz. Pal., 1944, 2, jur., 69 (妻が不貞行為を理由に夫とその相手方に対して損害賠償を請求した事案) ; T. de corr. Toulouse, 6 nov. 1951, D., 1952, jur., 300 (夫が不貞行為を理由に妻とその相手方に対して損害賠償を請求した事案) ; Cass. crim., 17 oct. 1956, Gaz. Pal., 1956, 2, jur., 387 ; D., 1957, jur., 245, note, André Breton ; RTD civ., 1957, 125, chr., Henri et Léon Mazeaud ; RTD civ., 1957, 308, chr., Henri Desbois (妻が不貞行為を理由に夫とその相手方に対して損害賠償を請求した事案。ただし、損害の不存在を理由に請求は棄却された事例) ; Cass. crim., 4 juill. 1963, n°63-90.827 ; Bull. crim., n°241 (妻が不貞行為を理由に夫に対して損害賠償を請求した事案) ; Cass. crim., 22 fév. 1966, n°65-90.164 ; Bull. crim., n°59 (妻が不貞行為を理由に夫とその相手方に対して損害賠償を請求した事案) ; etc.

なお、離婚が認められる4つのケース（相互の同意による離婚、婚姻解消の原則の承諾による離婚、夫婦関係の終局的な変質による離婚、フォートに基づく離婚。民法典229条を参照）のうち、夫婦関係の終局的な変質による離婚または一方的有責離婚のケースでは、前者の被告または後者の原告に、婚姻の解消により被った極めて重大な結果の賠償が認められる（同266条²⁹¹）。しかし、この損害賠償は、婚姻の解消から生ずる損害だけを対象とし、それ以外の損害をカバーするものではない²⁹²。また、相互の同意による離婚および婚姻解消

288) Cf. Jourdain, *supra* note 9, n^o24 et s., pp.8 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n^o1488, pp.698 et s. ; etc.

289) 問題関心は異なるが、Cf. Pons, *supra* note 17, n^o267 et s., pp.161 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n^o79 et s., pp.83 et s. ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n^o299 et s., pp.191 et s. ; etc.

290) Jean Garrigue, *Les devoirs conjugaux : Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. Laurent Leveneur, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2012, n^o528, pp.452 et s. は、離婚におけるフォートの役割を低下させるという2004年5月26日の法律による改正の精神を守ること、有責離婚を宣告された者にも補償給付は支払われうるところこの者に対して過剰な損害賠償を義務付けると補償給付の実質が奪われてしまうこと等を理由に、近時の裁判例では損害賠償の額を小さくする傾向がみられるとして、その実効性に疑問を呈する。しかし、仮にこうした傾向がみられるとしても、以下の本文での分析を踏まえるならば、そのことは、損害賠償請求の実効性の欠如を示すものというよりも、人格的義務の強度の低下や想定されている損害賠償請求の保護対象の変化に規定されたものと考えるべきである。

291) 2004年5月26日の法律（同法については、Cf. Jean-Jacques Lemouland, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, D., 2004, pp.1825 et s. ; Florence Bellivier, *Divorce. Loi n^o2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* (JO 27 mai 2004, p.9319), RTD civ., 2004, pp.565 et s. ; Hugues Fulchiron, *Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004)*, Defrénois, 2004, art. 37999, pp.1103 et s. ; Virginie Larribau-Terneyre, *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? — Première partie : Variations sur les intentions du législateur*, Dr. fam., juin 2004, étude 13, — Deuxième partie : Les moyens du changement, Dr. fam., juill. 2004, étude 16, — Troisième partie : Les risques d'immobilisme, Dr. fam., sept. 2004, étude 19 ; etc.) による改正前においては、一方的有責離婚のケースに限り、その原告に婚姻の解消から生ずる財産的および精神的損害の賠償が認められていた（同法による改正前の民法典旧266条。1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項も同旨である）。この点も含め、民法典266条については、②一で扱われる。

の原則の承諾による離婚のケース、ならびに、フォートに基づく離婚のケースであっても双方向的有責離婚の場合には、民法典266条の適用がない²⁹³。その

292) ただし、実定法において、民法典266条で賠償の対象とされる婚姻の解消から生ずる損害と同1240条で賠償の対象とされるそれ以外の損害との区別は、必ずしも明確でない。夫婦の人格的義務の違反により生じた損害についてみると、裁判例の多くはこれを後者の中に含めているが（既に引用し、これから引用する様々な裁判例のほか、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1967, n°66-12.700 ; Bull. civ., II, n°229（夫の不貞行為を理由とする妻からの民法典旧301条2項に基づく損害賠償請求を肯定した原審について、救護権の喪失とは区別される損害の存在が明らかにされていないとして破棄した事例）; Cass. 2^{ème} civ., 28 sept. 2000, n°98-22.952 ; Dr. fam., janv. 2001, com., 5, note, Hervé Lécuyer（夫の不貞行為を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求を肯定した原審について、本件損害は婚姻の解消から生じたものではないとして破棄した事例）; Cass. 2^{ème} civ., 11 avril 2002, n°00-13.417 ; Dr. fam., oct. 2002, com., 114, note, Hervé Lécuyer（夫による受入権行使の妨害を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求を肯定した原審について、婚姻の解消から生ずる損害の存在が明らかにされていないとして破棄した事例）; Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, n°02-16.255 ; Dr. fam., mai 2005, com., 104, note, Virginie Larribau-Terneyre ; D., 2006, 343, chr., Guillaume Serra（妻の不貞行為を理由とする夫からの同266条に基づく損害賠償請求を肯定した原審について、本件損害は婚姻の解消から生じたものではないとして破棄した事例）; Cass. 2^{ème} civ., 14 oct. 2009, n°08-20.037（夫の暴力および不貞行為を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求を肯定した原審について、婚姻の解消から生ずる損害の存在が明らかにされていないとして破棄した事例）; etc. また、Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2004, n°02-20.652 ; Bull. civ., I, n°321 ; RTD civ., 2005, 113, chr., Jean Hauser（夫の継続的な暴力を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求を肯定した原審について、婚姻の解消から生ずる損害の存在が明らかにされていないとして破棄した事例）; etc.）、一部の裁判例は、婚姻の解消から生ずる損害として捉えることができないにもかかわらず、これを前者の中に包含させてしまっている（Cass. 2^{ème} civ., 16 déc. 1963, Bull. civ., II, n°826 ; D., 1964, jur., 227 ; JCP, 1964, II, 13660, obs., J. A ; RTD civ., 1964, 533, chr., Henri Desbois（夫による性的な関係を持つことについての拒絶を理由とする妻からの同旧301条2項に基づく損害賠償請求の肯定例）; Cass. 2^{ème} civ., 4 janv. 1964, n°62-13.043 ; Bull. civ., II, n°13（夫の不行跡を理由とする妻からの同旧301条2項に基づく損害賠償請求の肯定例）; Cass. 2^{ème} civ., 11 juill. 1966, n°65-13.602 ; Bull. civ., II, n°764（夫の不貞行為を理由とする妻からの同旧301条2項に基づく損害賠償請求の肯定例）; Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 1970, n°69-12.775 ; Bull. civ., II, n°198 ; D., 1970, som., 206（同上）; Cass. 2^{ème} civ., 31 mars 1978, n°77-11.231 ; Bull. civ., II, n°92（妻の不行跡を理由とする夫からの同旧301条2項に基づく損害賠償請求の肯定例）; Cass. 2^{ème} civ., 26 oct. 1978, D., 1980, IR, 75, obs., Alain Bénabent（夫の不貞行為および同居

ため、一部の例外的な裁判例を除き²⁹⁴⁾、実定法は、同266条に基づく損害賠償とは別に、どのような理由による離婚のケースであるかを問わず²⁹⁵⁾、また、離婚について(元)夫婦の双方に有責性が存在するとき、つまり、損害賠償請求の原告にも離婚についての有責性が存在するときであっても²⁹⁶⁾、同1240条に基づく損害賠償の可能性を認め、後者の中で、夫婦の人格的義務の違反から生ずる損害を賠償の対象としてきた^{297, 298, 299)}。そして、婚姻の解消から生ずる損害は同266条によってカバーされるため、同1240条に基づく損害賠償が認められるためには、同266条で賠償の対象とされる損害とは別の損害、つまり、婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害が存在していなければならない³⁰⁰⁾。

(前頁からつづき)

拒絶を理由とする妻からの同旧301条2項に基づく損害賠償請求の肯定例); Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1984, n°83-11.861; Bull. civ., II, n°106 (夫が若い女性と暮らすために夫婦の住居を離れたことを理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求の肯定例); Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 1990, n°88-19.923 (夫の暴力、不貞行為、同居拒絶を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求の肯定例); CA. Paris, 13 janv. 1998, Méd. et dr., 1999, vol.38, 8, chr., Véronique Barabé (夫が妻の入院中に愛人を夫婦の住居に住ませたことを理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求の肯定例); CA. Nancy, 27 avril 1998, Méd. et dr., 1999, vol.38, 8, chr., Véronique Barabé (妻の同居義務違反を理由とする夫からの同266条に基づく損害賠償請求の肯定例); etc. また、CA. Paris, 14 janv. 2009, Dr. fam., mai 2009, com., 54, note, Virginie Larribau-Terneyre (夫の暴力を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求の肯定例); Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 2012, n°10-21.838; RTD civ., 2012, 105, chr., Jean Hauser (妻からの同266条に基づく損害賠償請求を棄却した原審について、夫による継続的な暴力の存在は明らかであるとして破棄した事例); Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2012, n°11-27.410; Dr. fam., fév. 2013, com., 28 (夫による身体的および精神的完全性への侵害を理由とする妻からの同266条に基づく損害賠償請求の肯定例); etc.)。本文の記述は、実定法の主流を前提としたものである。

293) 2004年5月26日の法律による改正前においては、相互同意による離婚および共同生活の解消による離婚のケース(ただし、反対の裁判例も存在した。この点も含め、Cf. Jacques Massip, *Le divorce pour séparation de fait et la pratique des tribunaux*, D., 1978, chr., pp.81 et s.; Didier Guiton, *Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce*, D., 1980, chr., n°s17 et s., pp.240 et s.; etc.)、ならびに、フォートに基づく離婚であっても双方の有責離婚の場合には、民法典旧266条の適用がなかった。

294) CA. Paris, 27 juin 1963, supra note 275; TGI. Brest, 9 juill. 1974, supra note 273; etc.

このことから、夫婦の人格的義務の違反を理由とした同1240条に基づく損害賠償請求の保護対象を、夫婦関係の存在それ自体に結び付く包括的な要素、換言すれば、配偶者という身分や地位そのものとして想定することはできないことが明らかになる³⁰¹⁾。

ところで、実定法においては、夫婦間の人格的義務の違反を理由とする損害

295) 双方向的有責離婚のケース（注（296）で引用する裁判例を参照）、婚姻解消の原則の承諾による離婚のケース（CA. Agen, 7 mai 2015, JCP, 2015, 844, note, Charlotte Claverie-Rousset ; RTD civ., 2015, 860, chr., Jean Hauser（ただし、婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害の存在が証明されていないとして請求が棄却された事例）; etc.）、および、2004年5月26日の法律による改正前における共同生活の解消による離婚のケース（Cass. 2^{ème} civ., 25 fév. 1981, n°79-12.223 ; Bull. civ., II, n°41（夫の婚姻義務違反により妻に生じた損害の賠償が請求された事例）; TGI. Amiens, 9 juill. 1976, D., 1977, jur., 85, note, Alain Bénabent（夫の貞操義務違反により妻に生じた損害の賠償が請求された事例）; CA. Paris, 11 mai 1978, JCP, 1978, II, 18980, obs., Raymond Lindon ; RTD civ., 1980, 337, chr., Roger Nerson（同上。なお、原審（TGI. Paris, 7 fév. 1977, JCP, 1977, II, 18599, obs., Raymond Lindon ; D., 1978, IR., 9, obs., André Breton）は離婚原因とは別のフォートの不存在を理由に妻からの請求を棄却した）; CA. Paris, 29 juin 1978, JCP, 1979, II, 19064, obs., Raymond Lindon ; RTD civ., 1980, 337, chr., Roger Nerson（同上）; etc.）であっても、民法典1240条に基づく損害賠償請求は認められる。

296) Cass. 2^{ème} civ., 15 oct. 1981, n°80-13.925 ; Bull. civ., II, n°186 ; Gaz. Pal., 1982, 2, jur., 489, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1982, art. 32930, 1248, note, Jacques Massip（共通財産の横領および不行跡により妻に生じた損害の賠償が請求された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1987, D., 1987, som., 277（妻の侮辱、暴行、同居義務違反により夫に生じた損害の賠償が請求された事例）; Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 1988, n°87-14.391（主張された損害の中身は不明）; Cass. 2^{ème} civ., 17 déc. 1998, n°97-14.142（夫がコンキューヌとの関係を公にしその者を妻として扱ったことにより妻に生じた損害の賠償が請求された事例）; Cass. 1^{ère} civ., 29 fév. 2012, n°10-25.734（妻の貞操義務違反および同居義務違反により夫に生じた損害の賠償が請求された事例）; Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2012, n°11-16.964 ; Dr. fam., juill. 2012, com., 118, note, Virginie Larribau-Terneyre ; RCA., sept. 2012, com., 223（主張された損害の中身は不明）; Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2012, n°11-13.001（妻の貞操義務違反により夫に生じた損害の賠償が請求された事例）; Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2013, n°12-14.463 ; RTD civ., 2013, 584, chr., Jean Hauser（主張された損害の中身は不明）; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2017, n°16-16.874 ; RTD civ., 2017, 622, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., sept. 2017, com., 177, note, Anne-Marie Caro（同上）; etc.

賠償請求との関連でみた場合に、その適用場面を拡大させる方向に作用する諸解決と、これを限定させる方向に作用する諸解決とが存在している。とはいえ、これらは、相反する解決として位置付けられるべきものではなく、いずれも、人格的義務の違反を理由とする損害賠償請求の保護対象の中に、配偶者としての身分や地位に由来する個別的な権利や利益だけでなく、それとは切り離された個人としての人格的な権利や利益が含まれること、更にいえば、保護対象の

(前頁からつづき)

もっとも、一時期の判例は、双方向的有責離婚の場合には、民法典1240条に基づき損害賠償を請求することはできないかのような判断を示していた (Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2001, n°99-19.183 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 avril 2004, n°02-11.359 ; Dr. fam., juin 2004, com., 106, note, Virginie Larribau-Terneyre ; Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 2004, n°03-13.874 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006, n°04-17.165 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 oct. 2007, n°06-20.701 ; Dr. fam., nov. 2007, com., 208, note, Virginie Larribau-Terneyre ; D., 2008, 807, chr., Lina Williatte-Pellitteri ; Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n°07-21.907 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 oct. 2009, n°08-11.742 ; Cass. 2^{ème} civ., 23 fév. 2011, n°09-72.079 ; RTD civ., 2011, 328, chr., Jean Hauser ; AJ fam., juin 2011, 328, obs., V. Avena-Robardet ; etc.)。しかし、この解決を民事責任法理の枠内で説明することは困難であり (Cf. Garrigue, supra note 290, n°527, pp.450 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n°172 et s., pp.111 et s. ; etc.)、これらの判例は学説による支持を得ていなかった (Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille : Dissolution de la famille*, LGDJ., Paris, 1991, n°485, p.421 ; Carbonnier, supra note 250, n°614, p.1373 ; Mulon, supra note 272, n°17, pp.104 et s. ; etc.)。

297) 既に引用し、これから引用する様々な裁判例のほか、Ex. Cass. civ., 9 mai 1951, Bull. civ., n°141 (妻の貞操義務違反により夫に生じた損害の賠償が請求された事例) ; Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 1978, D., 1979, jur., 35, note, Jacques Massip (夫の貞操義務違反および同居義務違反により妻に生じた損害の賠償が請求された事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 4 fév. 1981, n°79-12.595 ; Bull. civ., II, n°23 (夫の無関心により妻に生じた損害の賠償が請求された事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 fév. 1981, n°79-14.612 ; Bull. civ., II, n°30 (同上) ; Cass. 2^{ème} civ., 2 déc. 1987, n°86-17.539 (妻の貞操義務違反により夫に生じた損害の賠償が請求された事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 1991, n°90-17.502 (夫の卑猥な言動により妻に生じた損害の賠償が請求された事例) ; Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 2009, n°08-10.538 ; Gaz. Pal., 2009, 2106, note, Élodie Mulon ; AJ fam., juin 2009, 259, obs., Stéphane David ; D., 2010, 1253, chr., Guillaume Serra (夫が離婚手続中に子を奪ったことにより妻に生じた損害の賠償が請求された事例) ; Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2009, n°08-13.413 ; D., 2010, 1253, chr., Guillaume Serra (夫の無関心により妻に生じた損害の賠償が請求された事例) ; etc.

中心が前者から後者へと移行しつつあることを示すものである³⁰²⁾。

一方で、適用領域の拡大に作用する諸解決としては、夫婦それぞれに、婚姻

（前頁からつづき）

下級審の裁判例として、CA. Grenoble, 13 janv. 1947, D., 1947, jur., 173 ; RTD civ., 1947, 310, chr., Henri et Léon Mazeaud（夫の不行跡により妻に生じた損害の賠償が請求された事例。ただし、損害の不存在を理由に請求は棄却されている）；TC. Mamers, 10 juin 1954, D., 1954, jur., 468 ; RTD civ., 1954, 464, chr., Gaston Lagarde（夫の貞操義務違反および侮辱により妻に生じた損害の賠償が請求された事例）；CA. Paris, 25 avril 1978, JCP, 1979, II, 19187, obs., Raymond Lindon ; RTD civ., 1980, 337, chr., Roger Nerson（夫の貞操義務違反および同居義務違反により妻に生じた損害の賠償が請求された事例）；CA. Paris 25 mai 1978, JCP, 1978, II, 18981, obs., Raymond Lindon ; D., 1979, IR., 19, obs., André Breton ; RTD civ., 1980, 337, chr., Roger Nerson（夫の貞操義務違反および夫による妻と子との間の関係の阻害により妻に生じた損害の賠償が請求された事例）；CA. Toulouse, 10 juin 1985, Gaz. Pal., 1985, 2, jur., 724（妻の貞操義務違反により夫に生じた損害の賠償が請求された事例）；etc. また、Cf. CA. Paris, 25 mars 1955, D., 1955, jur., 444 ; RTD civ., 1955, 659, chr., Henri et Léon Mazeaud（夫の不貞行為の相手方に対する妻からの損害賠償請求との関連で、妻が夫に対して貞操義務違反を理由に損害賠償を請求することができることが判示された事例）；CA. Paris, 9 nov. 1963, D., 1964, jur., 294 ; S., 1964, 324（同上）；TGI. Lille, 13 mars 1984, Gaz. Pal., 1990, 2, jur., 675, note, Xavier Labbé（同上）；CA. Bordeaux, 13 mai 1997, RTD civ., 1997, 909, chr., Jean Hauser（同上）；etc.

298) その結果、以下のような判決は破棄の対象になる。離婚の場面で民法典 1240 条の適用を否定する判決（Cf. Cass 1^{re} civ., 9 nov. 1965, supra note 287 ; Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1990, n°87-17.785 ; Bull. civ., I, n°21 ; Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2005, n°02-19.016 ; Bull. civ., I, n°13 ; D., 2005, 242 ; RTD civ., 2005, 375, chr., Jean Hauser ; AJ. fam., avril 2005, 144, obs., Stéphane David ; D., 2006, 343, chr., Guillaume Serra ; Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2011, n°11-11.273 ; RTD civ., 2012, 105, chr., Jean Hauser ; etc.）、婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害が存在するにもかかわらず同 1240 条に基づく損害賠償請求を棄却する判決（Cf. Cass. 2^{ème} civ., 27 oct. 1966, n°65-13.406 ; Bull. civ., II, n°876 ; D., 1967, jur., 177, note, André Rouast ; RTD civ., 1967, 380, chr., Roger Nerson（夫による追い出しにより妻に生じた損害の賠償が請求された事例。ただし、別居のケース）；Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1979, n°78-12.435 ; Bull. civ., II, n°134 ; RTD civ., 1980, 337, chr., Roger Nerson（夫の行為により妻に生じた健康上および職業上の損害の賠償が請求された事例）；Cass. 2^{ème} civ., 28 fév. 1996, supra note 12（夫の暴行等により妻に生じた損害の賠償が請求された事例）；Cass. 2^{ème} civ., 17 déc. 1998, supra note 296 ; Cass. 1^{re} civ., 17 fév. 2004, n°02-13.461 ; Dr. fam., mai 2004, com., 79, note, Virginie Larribau-Terneyre ; Dr. fam., nov. 2004, com., 201, note, Virginie Larribau-Terneyre（主張された損害

制度または夫婦であることに由来する義務に加えて、個人間の一般的な行為規範の夫婦関係における具体化とも評すべき義務が課されていることを示すものを挙げるができる³⁰³⁾。夫婦間の貞操義務との関係では³⁰⁴⁾、配偶者以外の者と性的な関係を持たないという意味での不作為義務の違反のほかに³⁰⁵⁾、性的な関係を伴わない親密な交流³⁰⁶⁾、出会いを求める行為³⁰⁷⁾、特定の人物への精神的な傾倒³⁰⁸⁾等が、その違反として捉えられている³⁰⁹⁾。これらの場面では、貞操義務が脱物化、観念化、道徳化、精神化されており³¹⁰⁾、その当否はとも

(前頁からつづき)

の中身は不明); Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005, supra note 285; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, n°04-10.081; Bull. civ., I, n°307; D., 2005, 2103; RTD civ., 2005, 767, chr., Jean Hauser; Dr. fam., oct. 2005, com., 212, note, Virginie Larribau-Terneyre; D., 2006, 343, chr., Guillaume Serra (主張された損害の中身は不明); Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, supra note 285; Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2008, supra note 285; Cass. 1^{re} civ., 11 fév. 2009, supra note 12 (妻の貞操義務違反により夫に生じた損害の賠償が請求された事例); Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2010, n°09-11.511 (夫が財産状況の証拠資料を提出しなかったことにより妻に生じた損害の賠償が請求された事例); Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2016, n°15-27.900; RTD civ., 2017, 110, chr., Jean Hauser (夫の暴力的な行為により妻に生じた損害の賠償が請求された事例); etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 2012, n°11-10.959; Gaz. Pal., 2012, 914; RCA., avril 2012, com., 100 (婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害が存在したとしても、それは一方的有責離婚宣告および補償給付等により填補されているとして、同1240条に基づく損害賠償請求を棄却した原審を破棄した事例); etc.)、および、婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害の存在が主張されているにもかかわらず、同1240条に基づく損害賠償請求の可否を判断することなく、婚姻の解消から生ずる損害の不存在を理由に同266条(または同旧301条2項)に基づく損害賠償請求を棄却するに止まる判決 (Cf. Cass. 2^{eme} civ., 17 oct. 1962, supra note 12 (夫が会社の経営を妨げたこと、病気をうつしたこと、不貞行為をしたことにより妻に生じた損害の賠償が請求された事例); Cass. 2^{eme} civ., 15 déc. 1975, n°74-14.909; Bull. civ., II, n°344; D., 1976, IR, 93 (主張された損害の内容は不明); Cass. 2^{eme} civ., 27 fév. 1980, n°78-16.612; Bull. civ., II, n°45; D., 1980, IR., 437; RTD civ., 1980, 758, chr., Roger Nerson; Defrénois, 1980, art. 32494, 1462, note, Jacques Massip (夫が愛人の名でアパルトマンを取得したことにより妻に生じた損害の賠償が請求された事例); Cass. 2^{eme} civ., 25 juin 1980, n°79-11.310; Bull. civ., II, n°161 (夫による婚姻義務違反により妻に生じた損害の賠償が請求された事例); Cass. 2^{eme} civ., 5 juin 1991, n°90-14.314; Defrénois, 1992, art. 35212, 304, note, Jacques Massip (夫が愛人を連れて公の場に現れたことにより妻に生じた損害の賠償が請求された事例); etc.) が、それである。

かく³¹¹⁾、一般的な誠実義務としても捉えられうる内容が貞操義務の中に入り込んできていること³¹²⁾は確かである³¹³⁾。また、尊重義務についても³¹⁴⁾、同様

299) 婚姻の解消から生ずる損害の賠償についての特別の規定（民法典266条、2004年5月26日の法律による改正前の同旧266条、および、1975年7月11日の法律による改正前の同旧301条2項）は、1941年4月2日の法律により初めて明文化されたものである（同法については、Cf. André Breton, *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps*, JCP, 1941, I, 205 ; Id., *La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps devant la jurisprudence*, JCP, 1943, I, 339 ; Paul Esmain, *La réforme du divorce et de la séparation de corps*, *Gaz. Pal.*, 1941, 1, doc., pp.101 et s. ; etc.）。それ以前の実定法は、当時の民法典旧301条が規定する扶養定期金の支払によってカバーされない部分について、婚姻の解消から生ずる損害であるかどうかを問わず、不法行為の一般規定に基づきその賠償を認めていた（*Cass. civ.*, 20 fév. 1912, S., 1912, 1, 569 ; *Gaz. Pal.*, 1912, 1, jur., 337 ; *RTD civ.*, 1913, 183, chr., René Demogue（夫の侮辱的な態度を理由とする妻からの損害賠償請求）；*Cass. req.*, 2 juill. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, jur., 284 ; *RTD civ.*, 1913, 787, chr., Eugène Gaudemet（夫による母性および尊厳の侵害を理由とする妻からの損害賠償請求）；*Cass. req.*, 13 mai 1924, DH., 1924, jur., 389 ; *Rev. crit.*, 1925, 390, chr., André Rouast（夫による重大な侮辱を理由とする妻からの損害賠償請求）；*Cass. civ.*, 21 juin 1927, DH., 1927, jur., 398 ; S., 1927, 1, 299 ; JCP, 1927, 969 ; *Gaz. Pal.*, 1927, 2, jur., 243 ; D., 1928, 1, 5, note, Georges Ripert ; *Rev. crit.*, 1928, 273, chr., André Rouast（夫による度重なる暴力を理由とする妻からの損害賠償請求）；*Cass. req.*, 27 juill. 1931, DH., 1931, jur., 507 ; *Gaz. Pal.*, 1931, 1, jur., 675 ; *RTD civ.*, 1931, 864, chr., Eugène Gaudemet（夫が悪意をもって審理を遅延させたことを理由とする妻からの損害賠償請求）；*Cass. civ.*, 29 mars 1938, *supra* note 12 ; etc.）。また、この損害賠償は、同旧301条が規定する扶養定期金とは無関係であるため、原告側に扶養を必要とする状況があることは、その要件にならなかった（*Cass. civ.*, 21 juin 1927, *supra* ; CA. Bourges, 4 avril 1928, DH., 1928, jur., 309 ; etc.）。

夫婦の人格的義務の違反を理由とする損害賠償に関わる裁判例として、*Ex. Cass. req.*, 8 juin 1939, DH., 1939, jur., 421（夫が近所の女性宅を頻繁に訪問していたことを理由とする妻からの損害賠償請求）；etc.のほか、CA. Montpellier, 10 nov. 1897, D., 1899, 2, 15 ; S., 1901, 2, 137, note, P. Lacoste ; *Rev. crit.*, 1902, 405, chr., Étienne-Ernest-Hippolite Perreau（夫による性的な関係を持つことについての拒絶を理由とする妻からの損害賠償請求）；CA. Montpellier, 29 nov. 1897, *Rev. dr. civ.*, 1902, 184, chr., Albert Chéron（同上）；TC. Clermont-Ferrand, 9 août 1900, *Gaz. Pal.*, 1900, 2, jur., 620（夫による軽蔑的な無関心、性的な関係を持つことについての拒絶、婚姻義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求）；CA. Agen, 18 juill. 1902, *supra* note 287 ; CA. Toulouse, 12 mai 1903, S., 1903, 2, 240 ; D., 1904, 2, 186 ; *RTD civ.*, 1904, 549, chr., Eustache Pilon（妻の婚姻義務違反を理由とする夫からの損害賠償

の傾向がみられる。この義務は、家庭内暴力や夫婦間の強制性交等を抑制するという観点を念頭に置きつつ、2006年4月4日の法律による改正で民法典212条に付加されたものである。もっとも、それ以前から、そして、それ以降においてはより一層、裁判例では、夫婦それぞれに、物理的な侵襲をしない義務、尊厳や名誉を侵害しない義務、過度に性的な関係を求めない義務³¹⁵⁾等に加え

(前頁からつづき)

請求); CA. Dijon, 27 fév. 1907, S., 1907, 2, 64 (夫の婚姻義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求); T. de corr. Orléans, 31 mars 1911, Gaz. Pal., 1911, 2, jur., 55; RTD civ., 1911, 647, chr., René Demogue (妻の貞操義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); TC. Nice, 27 mars 1922, supra note 286 (妻の貞操義務違反を理由とする元夫からの損害賠償請求); TC. Rhône, 1^{er} déc. 1926, S., 1927, 2, 20; DH., 1927, jur., 147; Gaz. Pal., 1927, 1, jur., 555; Rev. crit., 1928, 273, chr., André Rouast (夫による同居拒絶を理由とする妻からの損害賠償請求); TC. Alençon, 19 avril 1932, DH., 1932, jur., 342; Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 255 (妻の同居義務違反を理由とする夫からの損害賠償請求); CA. Montpellier, 28 janv. 1936, Gaz. Pal., 1936, 1, 623 (夫による同居拒絶を理由とする妻からの損害賠償請求); etc.

300) 婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害の存在が証明されていないことを理由に民法典1240条に基づく損害賠償請求を棄却した判例および裁判例として、Cass. 2^{ème} civ., 13 janv. 1993, n°91-16.684; Cass. 2^{ème} civ., 17 déc. 1998, n°97-14.130; Cass. 2^{ème} civ., 28 mars 2002, n°00-17.225; Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n°10-11.760; Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 2013, n°12-20.325; Gaz. Pal., 2013, 411; etc. のほか、CA. Montpellier, 13 mars 2011, Gaz. Pal., 2011, 1784; CA. Agen, 7 mai 2015, supra note 295; CA. Riom, 27 mars 2018, supra note 285 (ただし、尊重義務違反や暴行等がフォートとして取り上げられていることからするとこの評価には疑問が残る); etc. また、婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害の存在を確認することなく同1240条に基づく損害賠償請求を認容した原審を破棄した事例として、Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, n°07-15.718 et n°07-19.923; Gaz. Pal., 2009, 2107, note, Amandine Cléret; Dr. fam., janv. 2009, com., 5, note, Virginie Larribau-Terneyre; PA., 5 fév. 2009, 16, note, Marlène Bulgard; etc.

301) ただし、1941年4月2日の法律により婚姻の解消から生ずる損害の賠償についての特別の規定が明文化される以前においては、不法行為の一般規定は、当時の民法典旧301条が規定する扶養定期金の支払によってカバーされない部分のすべてを賠償の対象としていた。そのため、同1240条に基づく損害賠償の保護対象の中に配偶者という身分や地位それ自体も含まれていた。この点は、②一で扱われる。

302) 本稿の問題意識とは異なるが、Cf. Gonthier et Lamarche, supra note 9, pp.179 et s.; Garrigue, supra note 290; etc.

て、婚姻前から存在していた治癒の見込みがない重大な病気³¹⁶⁾、性的な障害³¹⁷⁾、過去の犯罪歴³¹⁸⁾、同性愛³¹⁹⁾等といった³²⁰⁾、夫婦生活に大きな影響を及ぼすような重要な事実を隠し続けられないという意味での率直さに関わる義務³²¹⁾、夫婦生活のみならず配偶者の健康にも甚大な影響を及しかねない自己の病気の治療に取り組むこと³²²⁾、配偶者の意向を無視して生殖行為をしないようにすること³²³⁾、配偶者に相談することなく性転換手術や民事身分の変更を行わないようにすること³²⁴⁾等といった、自己決定の領域に属する事柄について配偶者の人格等を尊重して行うという意味での誠実さに関わる義務³²⁵⁾、

303) こうした義務の区別は、Garrigue, *supra* note 290 がいう夫婦の義務と普通の義務との対比、Ruffieux, *supra* note 133, n^o46 et s., pp.49 et s. がいう（カップル関係の）規範的義務と一般的義務との対比にほぼ相当する。また、Cf. Gonthier et Lamarche, *supra* note 9, pp.181 et s. ; etc. 更に、本文で示した婚姻制度または夫婦であることに由来する義務は、Marlène Burgard, *L'obligation essentielle en droit commun et l'obligation fondamentale en droit de la famille ; À la recherche d'un régime juridique unique*, RRJ., 2009, pp.1855 et s. がいう基本的義務に当たる。

304) 夫婦間の貞操義務一般について、Cf. Caroline Chabault, *De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute*, Dr. fam., juill.-août 1998, chr., 11, pp.6 et s. ; Marie-Cécile Villa-Nys, *Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille*, Dr. et pat., sept. 2000, pp.88 et s. ; Guy-Auguste Likillimba, *La fidélité en droit privé*, préf. Jacques Mestre, PUAM., Aix-en-Provence, 2003, n^o195 et s., pp.137 et s. ; Catherine Philippe, *Quel avenir pour la fidélité ?*, Dr. fam., mai 2003, chr., 16 ; Vincent Égéa, *L'impératif en droit de la famille*, RRJ., 2004, n^o30 et s., pp.670 et s. ; Astrid Mignon-Colombet, *Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux ?*, PA., 31 janv. 2005, pp.6 et s. ; Laetitia Antonini-Cochin, *Le paradoxe de la fidélité*, D., 2005, pp.23 et s. ; Éric Bazin, *La fidélité dans les couples*, Gaz. Pal., 2012, pp.169 et s. ; Ben Hadj Yahia, *La fidélité et le droit*, préf. Bernard Beignier, Bibliothèque de droit privé, t.551, LGDJ., Paris, 2013, n^o679 et s., pp.615 et s. ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n^o377 et s., pp.249 et s. ; etc.

305) この点との関連では、2013年5月17日の法律により同性婚が承認される以前から、貞操義務違反となりうる配偶者以外の者との性的な関係に同性とのそれも含まれるものとされてきたことが重要である。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 27 mars 1963, *infra* note 368（ただし、結論としては貞操義務違反が否定された事例）；CA. Paris, 10 avril 2013, *supra* note 285；CA. Aix-en-Provence, 18 sept. 2014, Dr. fam., nov. 2014, com., 156, note, Jean-René Binet ; etc. また、Cf. CA. Dijon, 6 juill. 2012, *infra* note 306 ; etc.

配偶者に重大な影響を与えるような行為をしないという意味での慎み深さに関わる義務^{326,327)}、および、配偶者や子等におおらかな態度を示したり、配偶者の意見を取り入れながら共同の事柄を実施したりするという意味での寛容さに関わる義務等³²⁸⁾、様々な無名の義務があることが承認されている³²⁹⁾。これらの義務も、一般的な誠実義務が夫婦関係の中で具体化されたものとして位置付けられる³³⁰⁾。言い換えれば、同212条の尊重義務を媒介として、夫婦

306) Cass. req., 8 juin 1939, supra note 299 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 déc. 1960, n°59-12.093 ; Bull. civ., II, n°810 (妻が特定の女性と特別な交友関係を結んでいたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2003, n°02-15.813 (夫がほかの女性とカフェでくつろいだり、夜間にこの女性の家を訪問したりしたことが離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例) ; Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 2014, n°13-16.649 ; RTD civ., 2014, 627, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., juin 2014, com., 95, note, Jean-René Binet (妻がSNS上で多数の男性と頻繁にメッセージのやりとりをし写真の交換をしていたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Dijon, 6 juill. 2012, AJ fam., oct. 2012, 503, obs., V. A.-R. (バイセクシュアルである夫がSNS上で特定の男性と親密なメッセージのやりとりをしていたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc.

307) Cass. 2^{ème} civ., 28 sept. 2000, n°98-21.110 (妻が頻繁に夜遊びをし不特定多数の男性に対して誘惑的な態度をとっていたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Amiens, 19 mai 2010, AJ fam., janv. 2010, 50, obs., Mikaël Benillouche (夫が妻と同居中に出会い系サイトに登録していたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Riom, 2 sept. 2014, Dr. fam., déc. 2014, com., 179, note, Jean-René Binet (妻が数か月の間出会い系サイトに登録していたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc.

308) CA. Paris, 13 fév. 1986, Gaz. Pal., 1986, 1, jur., 216, note, J.-G. M. (妻が精神的な意味で神父に傾倒し夫から距離を置いたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc.

309) Cf. Yvaine Buffelan-Lanore et Kïteri Garcia, Cas de divorce. — Divorce pour faute. — Faits imputables à un époux : principales applications, J.-CL., Civil Code, Art. 242 et 247-2, Fasc. 20, 2016, n°95 et s., pp.33 et s. ; Virginie Larribau-Terneyre, Mariage. — Organisation de la communauté conjugale et familiale. — Principes directeurs du couple conjugal : réciprocité des devoirs entre époux (C. civ., art. 212). — Principes structurant la communauté familiale : direction conjointe de la famille et contribution conjointe aux charges du mariage (C. civ., art. 213 et 214), J.-CL., Civil Code, Art. 212 à 215, Fasc. 10, 201, n°21 et s., pp.15 et s. ; etc.

という身分や地位それ自体ではなく、相互に対等な個人間の関係に着目した人格的義務のモデルが形成されつつある³³¹⁾。更に、こうした個人間の関係を踏まえた誠実や相互の尊重の観点は、夫婦関係の解消に向けた手続きを進めている時はもちろん³³²⁾、夫婦関係の解消後にも現れる。例えば、ユダヤ教を信仰す

310) 用いられている表現は様々であるが、Cf. Hauser et Huet-Weiller, supra note 183, n^{os}1017 et s., pp.746 et s. ; Carbonnier, supra note 250, n^o547, p.1221 ; Égéa, supra note 304, n^{os}30 et s., pp.670 et s. ; Id., Droit de la famille, 2^{ème} éd., LexisNexis, Paris, 2018, n^o1090, p.516 ; Garrigue, supra note 290, n^{os}104 et s., pp.87 et s. ; Bazin, supra note 304, pp.171 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^o132, pp.135 et s. ; Ben Hadj Yahia, supra note 304, n^{os}803 et s., pp.731 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n^{os}395 et s., pp.259 et s. ; Delphine Chauvet, La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition !, AJ fam., mars 2016, pp.148 et s. ; Bénabent, supra note 264, n^o150, pp.127 et s. ; etc.

311) 貞操義務の内容について性的な意味での不貞関係を持たないことに限定すべき旨を主張するものとして、Garrigue, supra note 290, n^{os}104 et s., pp.87 et s. ; Larribau-Terneyre, supra note 309, n^{os}21 et s., pp.15 et s. ; etc.

312) CA. Dijon, 6 juill. 2012, supra note 306は、夫の当該行為について、誠実、信頼、尊厳に反するものとして性格付けている。また、CA. Basse-Terre, 18 mai 2015, supra note 285は、夫がほかの女性との間で不貞関係を継続し2人の子をもうけたこと自体を尊重義務に対する違反として性格付けている。

313) Cf. Hauser et Huet-Weiller, supra note 183, n^{os}1017 et s., pp.746 et s. ; Égéa, supra note 304, n^{os}30 et s., pp.670 et s. ; Catherine Philippe, L'article 212 du code civil : Du XX^e au XXI^e siècle, in, De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, Paris, 2009, pp.629 et s. ; Garrigue, supra note 290, n^{os}77 et s., pp.65 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^o132, pp.135 et s. ; Luciano Olivero, L'infidélité sans adultère à l'époque d'internet : Une comparaison entre la France et l'Italie, RIDC., 2015, pp.549 et s. ; etc.

314) 夫婦間の尊重義務一般について、Cf. Buffelan-Lanore et Garcia, supra note 309, n^{os}8 et s., pp.5 et s. ; Larribau-Terneyre, supra note 309, n^{os}56 et s., pp.28 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n^{os}476 et s., pp.319 et s. etc. 2006年4月4日の法律による改正前の状況について、少し古いが、Cf. Yves Guyon, De l'obligation de sincérité dans le mariage, RTD civ., 1964, pp.473 et s.

315) TGI. Dieppe, 25 juin 1970, JCP, 1970, II, 16545 bis ; Gaz. Pal., 1970, 2, jur., 243 ; RTD civ., 1971, 367, chr., Roger Nerson (夫が高齢の妻に性的な関係を執拗に求めることが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc. また、Cf. TGI. Bernay, 3 juin 1981, Gaz. Pal., 1981, 2, som., 299 (日常的な性行為の要求は、それが濫用にわたるものでない限り、離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; etc.

る夫婦が法的に離婚をした後、夫が妻に対して正当な理由なくゲットと呼ばれる離縁状を引き渡さなかった場合には、夫にフォートが認められ、夫に対して損害賠償の支払が命じられているが³³³⁾、この解決は、夫婦関係の解消後にお

316) Cass. civ., 7 mai 1935, D., 1935, 1, 78, note, Paul Appleton ; S., 1935, 1, 220 (ただし、夫が病気を隠し続けたことに加えて、妻にその病気をうつしたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 1956, D., 1956, jur., 609 ; S., 1956, 172 ; RTD civ., 1957, 92, Henri Desbois (夫による健康状態の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1960, Bull. civ., II, n°309 ; D., 1960, som., 97 (夫による重大な病気の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Aix, 3 juin 1936, DH., 1936, jur., 546 ; Gaz. Pal., 1936, 2, jur., 454 ; RTD civ., 1936, 850, chr., Gaston Lagarde (妻による精神病の秘匿。ただし、婚姻前から存在していた精神病の秘匿がその意思によるものではないとの理由で離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; TC. Nîmes, 2 fév. 1942, JCP, 1942, II, 1826 (ただし、夫婦の生活に影響を及ぼすような病気ではないとの理由で離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; CA. Nancy, 6 mai 1946, Gaz. Pal., 1946, 2, jur., 7 (夫による重大な病気の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Montpellier, 25 oct. 1961, D., 1961, jur., 775 (妻による重大な病気の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. 7 déc. 1998, Dr. fam., juill.-août 1999, com., 80, note, Hervé Lécuyer (同上) ; etc.

317) Cass. req., 25 janv. 1922, S., 1922, 1, 152 ; D., 1924, 1, 7 (夫による性的障害の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; Cass. civ., 7 mai 1951, D., 1951, jur., 472 ; Gaz. Pal., 1952, 2, jur., 47 ; RTD civ., 1951, 505, chr., Gaston Lagarde (妻による性的障害の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Orléans, 4 mars 1904, S., 1904, 2, 301 ; D., 1905, 2, 67 (夫による性的障害の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; TC. Dax, 30 nov. 1906, D., 1907, 2, 135 (同上) ; CA. Toulouse, 13 déc. 1910, D., 1913, 2, 159 (夫による性的障害の秘匿。ただし、当事者の年齢等を理由に離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; CA. Colmar, 26 juin 1928, Gaz. Pal., 1928, 2, jur., 685 (夫による性的障害の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; TC. Chateau-Chinon, 24 nov. 1948, Gaz. Pal., 1949, 1, jur., 7(事案の詳細は不明) ; CA. Nancy, 12 mai 1958, Gaz. Pal., 1958, 2, jur., 20 (夫による性的障害の秘匿が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc.

318) CA. Pau, 14 déc. 1998, Dr. fam., juill.-août 1999, com., 80, note, Hervé Lécuyer.

319) CA. Aix-en-Provence, 29 mars 2004, Dr. fam., déc. 2004, com., 225, note, Virginie Larribau-Terneyre.

いても、元夫婦のそれぞれに、相互の人格を尊重したり、誠実に取決めを実行したりする義務が課せられることがあることを示している^{334,335}。

他方で、適用領域の縮小に作用する諸解決としては、一定の場合に婚姻制度または夫婦であることに由来する義務が弱められていることを示すものを挙げ

320) それ以外の例として、Ex. Cass. 2^{ème} civ., 25 oct. 1961, n°59-13.488 ; Bull. civ., II, n°687 ; JCP, 1962, II, 12514, obs., Paul Esmain (婚姻前に妻から夫へ渡された手紙が妻の母により書かれたものであることを隠し続けることが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Bordeaux, 1^{er} déc. 1913, S., 1914, 2, 199 (婚姻前から存在していた事実を婚姻後も隠し続けることは離婚原因としてのフォートに該当するが、妻が婚姻前の男性関係を夫に隠し続けたことはこれに該当しないとされた事例) ; TC. Gannat, 3 avril 1933, DH., 1933, jur., 375 ; RTD civ., 1933, 857, chr., Gaston Lagarde (同上) ; CA. Riom, 24 mai 1934, Gaz. Pal., 1934, 2, jur., 207 (同上) ; etc.

321) これらの場面では、病気や性的な障害の存在それ自体（もちろん、病気等の存在がその責めに帰すべき事由に由来するときは別である。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 1962, n°61-13.256 ; Bull. civ., II, n°820）、犯罪歴それ自体、同性愛者であることそれ自体ではなく、一方が他方に影響を与えるような事実を隠し続けたことが、フォートの中身となる。従って、他方がこうした事実を認識していたときには、尊重義務の違反は否定される。Ex. TC. Valence, 16 mars 1955, D., 1955, jur., 585, note, André Breton ; Gaz. Pal., 1955, 2, jur., 431 (夫が婚姻前から妻のアルコール依存等を認識していた場合には当該事実は離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; etc.

322) 病気等の存在を知り、それが夫婦生活や配偶者に影響を及ぼすことを理解しながら、正当な理由なくその治療を行わないことは、離婚原因としてのフォートに該当する。Ex. CA. Paris, 12 août 1895, Gaz. Pal., 1895, 2, jur., 512 (ただし、夫が病気の治療を拒絶したことに加えて、妻にその病気をうつしたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Caen, 10 mai 1926, S., 1926, 2, 52 ; Gaz. Pal., 1926, 2, jur., 120 (夫による治療拒絶) ; CA. Nancy, 6 mai 1946, supra note 316 (同上) ; CA. Nancy, 3 déc. 1958, D., 1959, som., 50 (同上) ; CA. Lyon, 30 avril 1996, JCP, 1997, II, 22869, note, Thierry Garé (妻による治療拒絶) ; etc. また、Cf. TC. Havre, 9 juill. 1926, Gaz. Pal., 1926, 2, jur., 588 (妻による手術の拒絶が自己の健康状態を考慮した結果であることを理由に離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; TC. Valence, 16 mars 1955, supra note 321 (妻による治療の拒絶が証明されていないことを理由に離婚原因としてのフォートが否定された事例) ; etc. もっとも、その病気が治癒したものと信じて治療等をしなかったという場合には、フォートは否定される。夫が妻に性病をり思させたことに関わる事案であるが、Ex. CA. Nancy, 26 janv. 1901, Gaz. Pal., 1901, 1, jur., 276 (否定例) ; TC. Saint-Quentin, 24 janv. 1906, Gaz. Pal., 1907, 1, jur., 536 (否定例) ; CA. Douai, 7 janv. 1908, Gaz. Pal., 1908, 2, jur., 255 (肯定例) ; etc.

ることができる。この傾向に属する実定法の様々な解決を丁寧に分析すると、以下の3つの系統が抽出される。

1つは、個人の自律や自由の観点を踏まえ一定の状況の下で義務それ自体の弱化を認めるものである。

323) CA. Nîme, 21 mars 2007, D., 2007, 2587, note, Marie Lamoureux ; JCP., 2007, II, 10149, note, Joëlle Vassaux ; Dr. fam., oct. 2007, com., 189, note, Laurence Mauger-Vielpeau ; D., 2008, 807, chr., Lina Williatte-Pellitteri ; RTD civ., 2008, 91, chr., Jean Hauser (2度にわたり子が出生後すぐに死亡してしまったという経験をしたことから、夫が子を持ちたくないと考えていたにもかかわらず、妻が夫に知らせることなく妊娠し夫の子をもうけたことが、夫を単なる生物学上の親に帰着させるもので離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Versailles, 22 janv. 2015, Dr. fam., mai 2015, com., 87, note, Jean-René Binet (妻が避妊措置を講じたにもかかわらず妊娠したことを夫との関係が悪化した後も3か月あまり知らせなかったことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc. Contra. CA. Caen, 5 fév. 2006, Dr. fam., juill. 2006, com., 149, note, Virginie Larribau-Terneyre (妻が夫に知らせることなく妊娠し夫の子をもうけたことが離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; etc. この場面では、妊娠したこと、または、子をもうけたことそれ自体ではなく、妻が夫に相談することなく1人で決定したことが、フォートの中身となる (Cf. Mauger-Vielpeau, supra, pp.3 et s.)。

324) 性転換のための手術を受けること、民事身分における性別を変更すること等は、自己決定の領域に属するため、それ自体では他方配偶者との関係でフォートを構成しないが、夫婦生活に与える影響を考慮することなく一方的に決定されたものであるときは、他方配偶者への誠実さを欠く行為としてフォートと評価される。Ex. TGI. Caen, 28 mai 2001, D., 2002, 124, note, Laurence Mauger-Vielpeau ; RTD civ., 2002, 274, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., avril 2002, com., 42, note, Hervé Lécuyer. これに対して、CA. Nîme, 7 juin 2000, RTD civ., 2001, 335, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., janv. 2001, com., 4, note, Hervé Lécuyer ; PA., 12 avril 2001, 20, note, Jacques Massip は、夫が男性器を切除するための手術を受けたこと自体が離婚原因としてのフォートを構成するとしている。しかし、この理解は、妻の自由や利益との衡量をすることなく夫による自己決定の領域を消滅させるものであり、受け入れられない。

325) それ以外の例として、夫が愛人を住居に迎え入れるよう妻に強要すること (Cass. 2^{ème} civ., 19 mars 1958, D., 1958, som., 121)、夫が妻に対して繰り返し人工授精をするよう求めること (CA. Lyon, 28 mai 1956, D., 1956, jur., 646, note, André Breton)、夫が約束に反して結婚のための宗教上の儀式を挙行しないこと (TC. Seine, 3 mars 1933, Gaz. Pal., 1933, 1, jur., 757) 等も、フォートとして取り上げられている。

例えば、夫婦間の貞操義務との関係では、1975年7月11日の法律による改正で不貞行為が絶対的な離婚原因ではなくなったこと³³⁶⁾、その結果、不貞行

326) 裁判例において、慎み深さに関わる義務は、様々な形で現れている。Ex. CA. Metz, 7 sept. 2004, JCP, 2005, IV, 2646 (妻が夫への腹いせとして子らに対し第三者により提供された精子を用いた人工授精から生まれた子であると告げることが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); CA. Dijon, 29 sept. 2005, JCP, 2006, IV, 2882 (夫の露出狂および妻以外の女性に対するセクハラ行為が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); CA. Angers, 23 mai 2011, supra note 285 (妻が別居の解消後も扶養定期金の支払を求め続けたことが離婚原因および損害賠償請求の基礎としてのフォートに該当するとされた事例); CA. Lyon, 23 mai 2011, supra note 285 (妻が夫との共有名義で登録している自動車で交通犯罪を繰り返したことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); CA. Aix-en-Provence, 20 janv. 2015, supra note 15 (夫が子の面前で場違いな言動をしたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); etc. また、少し古い事例であるが、Cf. TC. Seine, 23 juin 1932, S., 1932, 2, 192 (夫が過度にヌーディズムにはまったことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); etc.

327) 1975年7月11日の法律による改正前においては、一定の犯罪行為は絶対的な離婚原因とされていた。ここには、夫婦間の名誉の連帯という発想が看取される。これに対して、現在では、夫婦の一方が犯罪を繰り返していることは、それ自体では離婚原因としてのフォートにはならず、そのことが他方との関連で尊重義務違反を構成すると評価される場合に限り、離婚原因としてのフォートになる (Ex. CA. Paris, 20 sept. 2007, JCP, 2007, IV, 3015; D., 2008, 807, chr., Lina Williatte-Pellitteri.)。名誉の連帯という発想が後退し、相互的な人格の尊重という視点が前面に出ている。

328) 例えば、配偶者の反対にもかかわらず子に一定の措置を講じたり、配偶者の要請にもかかわらず子に一定の措置を講じなかったり、配偶者と子との関係の構築を妨げたりすること等が、フォートとして取り上げられている。Ex. CA. Colmar, 4 juill. 1952, D., 1952, jur., 751 (当初の約束に反して夫が子に洗礼を受けさせないことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); CA. Paris, 13 oct. 1959, JCP, 1960, II, 11552, obs., Pierre Barbier (夫婦の同意に基づき子に洗礼を受けさせたにもかかわらず、妻が夫の知らないうちに子を改宗させたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); etc. なお、Cf. TC. Briançon, 6 janv. 1948, D., 1948, jur., 579, note, Jean Carbonnier; JCP, 1948, II, 4163; RTD civ., 1948, 205, chr., Gaston Lagarde (夫が自己と異なる信仰を持つ妻による子への宗教的な教育の実施に反対することは離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); etc. それ以外の例として、Ex. CA. Reims, 30 nov. 2012, Dr. fam., janv. 2013, com., 8, note, Virginie Larribau-Terneyre (妻が同性愛者である自己の子に対し攻撃的な態度をとったことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); etc.

為が離婚（および別居）原因としての貞操義務違反＝フォートを構成するかどうかについて裁判官の評価に服するようになったことを背景として^{337, 338}、事

329) 本文における整理の仕方は、Bénabent, *supra* note 264, n°s137 et s., pp.120 et s. ; Buffelan-Lanore et Garcia, *supra* note 309, n°s63 et s., pp.25 et s. を参考にしたものである。

330) Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n°10-10.154 ; Dr. fam., sept. 2011, com., 123, note, Jacques Massip ; AJ fam., mai 2011, 258, obs., Félicité Mbala Mbala は、興味の喪失および尊重の欠如から離婚原因としてのフォートを認定した原審の判断を維持している。

331) Cf. Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°s520 et s., pp.347 et s.

332) Ex. Cass. req., 5 fév. 1940, DH., 1940, jur., 99 ; Gaz. Pal., 1940, 1, jur., 471 ; RTD civ., 1940-1941, 259, chr., Charlotte Béquignon-Lagarde（夫が離婚手続中に妻に対して双方の有責離婚を認めさせ妻から扶養定期金を主張する機会を奪ったことが損害賠償の基礎としてのフォートに該当するとされた事例）；Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2009, *supra* note 297 ; etc. のほか、CA. Paris, 18 juin 1935, DH., 1935, jur., 430 ; RTD civ., 1935, 819, chr., René Demogue（夫が離婚手続中に妻からの別居請求を放棄させ自己の離婚請求に異議を申し立てないように仕向けたことが損害賠償請求の基礎としてのフォートに該当するとされた事例。原審（TC. Seine, 15 mars 1934, Gaz. Pal., 1934, 1, jur., 951）も同旨である）；etc.

333) Cass. 2^{ème} civ., 13 déc. 1972, n°71-12.043 ; Bull. civ., II, n°320 ; D., 1973, jur., 493, note, Christian Larroumet ; D., 1973, IR., 27 ; Gaz. Pal., 1973, 1, jur., 416, note, J.-P. D. ; Cass. 2^{ème} civ., 21 avril 1982, n°81-11.775 ; Bull. civ., II, n°62 ; D., 1983, IR., 345 ; Gaz. Pal., 1983, 2, jur., 590, note, François Chabas ; RTD civ., 1984, 114, chr., Georges Durry（妻の再婚への希望の侵害を認めた原審を維持した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1985, n°84-11.088 ; Bull. civ., II, n°113 ; Gaz. Pal., 1986, 1, jur., 9, note, François Chabas ; JCP, 1987, II, 20728, obs., Éric Agostini（また、Cf. Pierre Barbier, Le problème du 《Gueth》, Gaz. Pal., 1987, 2, doc., pp.484 et s.）；Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1988, n°86-15.476 ; Bull. civ., II, n°146 ; D., 1988, IR., 191 ; Gaz. Pal., 1988, 2, pan., 205 ; RTD civ., 1988, 770, chr., Patrice Jourdain ; JCP, 1989, II, 21223, obs., Marie-Luce Morançais-Demeester（Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1985, *supra*の移送後の再上告審。離婚から得ることができる自由の侵害を認めた原審を維持した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 21 nov. 1990, n°89-17.659 ; Bull. civ., II, n°239 ; D., 1991, jur., 434, note, Éric Agostini（ただし、アストラントの下での離縁状の引渡請求と損害賠償請求を認容した原審について、その引渡しは夫の良心に委ねられるべきものであるため、損害賠償のみが認容されなければならないとして、これを破棄した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 12 déc. 1994, n°92-17.098 ; Bull. civ., II, n°262 ; Gaz. Pal., 1995, 2, pan., 134 ; RCA, fév. 1995, com., 45 ; etc.

下級審の裁判例として、TC. Seine, 22 fév. 1957, D., 1957, som., 79 ; Gaz. Pal., 1957, 1, jur., 246 ; CA. Grenoble, 7 mai 1958, RTD civ., 1959, 300, chr., Henri Desbois ; CA. Versailles, 31 oct. 1994, D., 1995, jur., 245, note, Éric Agostini（宗教的感情の侵害を認めた事例）；etc.

実上の別居中、和解不成立のオルドナンスの後、または、離婚手続開始後においては、貞操義務が消滅したり、弱められたりするため、その段階での不貞行為は離婚（および別居）原因としてのフォートを構成しないとの規範を明示する裁判例が、少数ではあるものの存在し³³⁹⁾、この方向性を支持する見解もある³⁴⁰⁾。多くの裁判例³⁴¹⁾および学説³⁴²⁾は、一般論としては上記の理解を否定するが、夫婦の状況や行為を取り巻く諸事情を考慮して、これらの段階での不貞行為が離婚（および別居）原因としてのフォートに該当しないとの判断をする

334) 注（328）で引用した裁判例において取り上げられたフォートは、夫婦が離婚した後であっても問題となる（Ex. CA. Paris, 29 sept. 2000, supra note 138（割礼）；CA. Douai, 22 juin 2004, supra note 149（訪問権および受入権の行使の阻害）；CA. Paris, 25 fév. 2005, supra note 148（関係構築の阻害）；CA. Nîmes, 20 juin 2012, supra note 147（外国への連れ出しと宗教的教育）；CA. Agen, 3 juill. 2014, Dr. fam., déc. 2014, com., 183, note, Claire Neirinck（訪問権および受入権の行使の阻害）；etc.）。このことも、個人間の関係を踏まえた誠実や相互の尊重の観点から夫婦関係の解消後にも現れることを示している。Cf. Kessler, supra note 146, n^{os}3 et s., pp.2 et s. ; Pizarro, supra note 272, n^{os}124 et s., pp.99 et s.

335) その他、離婚に際して決定された事項を誠実に遵守することも、夫婦関係の解消後における相互的な尊重義務の一内容である。尊重義務という視点を介在させなくても不法行為の成立を肯定することができる事案ではあるが、Ex. Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 1998, n^o94-21.763 ; Dr. fam., fév. 1999, com., 16, note, Hervé Lécuyer（元夫が離婚判決の中で命じられた子への扶養定期金の支払を免れるために支払不能を偽装したことが元妻との関係で不法行為に該当するとされた事例）；Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n^o10-16.096 ; Gaz. Pal., 2011, 2481（元夫が離婚判決の中で命じられた補償給付の支払を害意とともに拒絶したことが元妻との関係で不法行為に該当するとされた事例）；etc. なお、単に離婚に際して決定された補償給付が支払われないだけであるときは、損害賠償ではなく、履行の強制を認めれば足りる。Cass. civ., 12 fév. 1951, JCP, 1951, II, 6591, obs., Paul Esmain ; RTD civ., 1952, 50, chr., Gaston Lagarde は、夫による扶養定期金の不払を理由とする妻からの不法行為に基づく損害賠償請求を認容するが、同判決に付された評釈が指摘しているように、法律論としては疑問である。

336) この点については、Cf. Yves Mayaud, L'adultère, cause de divorce, depuis la loi du 11 juillet 1975, RTD civ., 1980, pp.494 et s. ; etc.

337) 1975年7月11日の法律による改正前においては、不貞行為は絶対的な離婚原因とされていた。そのため、不貞行為の存在が認められると、当該行為を取り巻く事情や配偶者による黙認の有無等とは無関係に、離婚原因としてのフォートも肯定された。Ex. Cass. req.,

余地を認めている³⁴³⁾。こうした裁判例については、夫婦関係が回復する可能性があるかどうかを慎重に審査しているだけであり、必ずしも貞操義務の弱화를示したものではないとの評価もある³⁴⁴⁾。しかし、不貞行為の相手方は原則として他方配偶者との関係で不法行為責任を負わないとしたり³⁴⁵⁾、従前の立

(前頁からつづき)

5 août 1901, D., 1901, 1, 470 ; Cass. civ., 29 janv. 1936, DH., 1936, jur., 146 ; S., 1936, 1, 312 ; RTD civ., 1936, 453, chr., Gaston Lagarde ; D., 1937, 1, 15 (この判決については、Cf. René Rodière, La notion de cause péremptoire en matière de divorce, JCP, 1937, I, 12) ; Cass. req., 27 juin 1944, RTD civ., 1945, 27, chr., Gaston Lagarde ; Cass. civ., 1^{er} juin 1950, JCP, 1950, II, 5782, obs., Andrée Jack-Mayer ; RTD civ., 1951, 65, chr., Gaston Lagarde ; Cass. 2^{ème} civ., 12 nov. 1953, D., 1954, jur., 24 ; JCP, 1954, II, 7927, obs., G. Madray ; RTD civ., 1954, 287, chr., Gaston Lagarde ; Cass. 2^{ème} civ., 21 juill. 1960, Bull. civ., II, n°517 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juill. 1963, D., 1964, som., 13 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 avril 1972, n°71-10.475 ; Bull. civ., II, n°118 ; Cass. 2^{ème} civ., 22 oct. 1975, D., 1976, IR., 7 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 juin 1979, n°78-11.472 ; Bull. civ., II, n°179 ; RTD civ., 1980, 334, chr., Roger Nerson ; CA. Montpellier, 5 nov. 1952, D., 1953, jur., 87 ; Gaz. Pal., 1953, 1, jur., 13 ; RTD civ., 1953, 315, chr., Gaston Lagarde ; etc. また、Cf. Cass. civ., 1^{er} mai 1939, DH., 1939, jur., 337 ; JCP, 1939, II, 1168 ; RTD civ., 1939, 725, chr., Gaston Lagarde ; DC., 1941, 56, note, Jean Carbonnier (夫の一方的有責離婚を命じた第一審判決の後、控訴審の段階で妻が不貞行為をしたことについて、第一審の判決により妻が貞操義務から解放されたと信じるのは無理のないことであるとして夫からの妻の有責離婚請求を棄却した原審 (CA. Angers, 10 mai 1937, D., 1938, 2, 55, note, Jean Carbonnier) を破棄した事例) ; etc.

338) 1975年7月11日の法律による改正の直後には、不貞行為が絶対的な離婚原因とされていたそれ以前の法状況の影響を受けて、不貞行為が証明されたときには離婚(および別居)原因としてのフォートの存在も推定されると理解しているかのようにみえる裁判例も存在した。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 17 oct. 1979, n°78-14.080 ; Bull. civ., II, n°240 ; RTD civ., 1980, 334, chr., Roger Nerson ; Cass. 2^{ème} civ., 23 avril 1980, n°78-16.636 ; Bull. civ., II, n°80 ; etc. 学説では、現在においても、このような評価をするものもあるが (Ex. Mignon-Colombet, supra note 304, n°8, p.9)、実定法の理解としては適切でない。

339) CA. Toulouse, 18 nov. 1991, RTD civ., 1993, 103, chr., Jean Hauser (和解不成立のオルドナンス後には貞操義務が消滅するとの理由によりその後の不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; CA. Paris, 4 oct. 2000, Dr. fam., mars 2001, com., 28, note, Hervé Lécuyer (和解不成立のオルドナンスの後には貞操義務の拘束力が弱まるとの理由によりその後の妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; CA. Montpellier, 18 nov. 2008, Gaz. Pal., 2009, 2105 (離婚訴訟が長期間にわたり続く

場³⁴⁶⁾を変更して、不貞関係を維持する目的でのコンキュビーンへの恵与等のコースは良俗に反するものではないとしたり³⁴⁷⁾、配偶者を持つ者がした結婚相談所への入会契約は公序良俗に反するコースを持つものとして無効になるわけではないとしたり³⁴⁸⁾、不貞行為の暴露や非難はそれだけでは名誉毀損を構

（前頁からつづき）

こと、別居を認めるオルドナンスが出されたことは、必然的に貞操義務の拘束力を弱めるとの理由により、上記のオルドナンスから2年後にされた不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); etc. 貞操義務以外の人格的義務の違反について、Cf. CA. Bordeaux, 7 déc. 2004, Dr. fam., avril 2005, com., 77, note, Virginie Larribau-Terneyre (事実上の別居は妻によるその後の行為からフォートの性格を奪うとされた事例); etc.

340) Gaël Henaff, La communauté de vie du couple en droit français, RTD civ., 1996, pp.551 et s.; Serra et Williatte-Pellitteri, infra note 341, pp.833 et s.; etc.

341) 和解不成立のオルドナンス、離婚訴訟の提起、事実上の別居等は、配偶者相互に人格的義務を免れさせ、その違反につき免責の効果を付与するものではない。Cass. 2^{ème} civ., 17 juill. 1975, n°74-14.135; Bull. civ., II, n°226 (和解不成立のオルドナンス後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとした原審を維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1982, D., 1982, IR., 406 (離婚訴訟提起後の妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1987, n°86-13.659; D., 1987, IR., 160; RTD civ., 1989, 46, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi (和解不成立のオルドナンス後に夫がほかの女性と生活を開始したことは離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 2^{ème} civ., 27 oct. 1993, n°92-13.408; JCP, 1994, II, 22260, note, Patricia Lemasson-Bernard; RTD civ., 1994, 571, chr., Jean Hauser (和解不成立のオルドナンス後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 2^{ème} civ., 3 mai 1995, n°93-13.358; Bull. civ., II, n°130; RTD civ., 1995, 607, chr., Jean Hauser; D., 1996, som., 63, obs., Édith Blary-Clément; Defrénois, 1996, art. 36272, 325, note, Jacques Massip (和解不成立のオルドナンス後に夫がほかの女性と生活を開始しその女性との間で子をもうけたことは離婚原因としてのフォートに該当するとした原審を維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 6 mars 1996, n°94-17.596; Bull. civ., II, n°60 (離婚訴訟提起後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 1997, n°95-19.401 (和解不成立のオルドナンス後の妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとした原審を維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 1998, n°96-10.566; Dr. et pat., oct. 1998, 87, obs., Alain Bénabent (離婚訴訟提起後の妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 2000, n°98-20.622; Dr. fam., oct. 2000, com., 111, note, Hervé Lécuyer

成しないとしたりする³⁴⁹⁾等、判例上、夫婦外の第三者との関係でその拘束力を弱める動向が顕著にみられることを想起するとき³⁵⁰⁾、夫婦間においても、一定の範囲という限定は付くものの³⁵¹⁾、貞操義務の強度を弱化させる傾向が観察されると理解するのが正当である³⁵²⁾。そして、こうした傾向が強くなっ

(前頁からつづき)

(事実上の別居後に夫がほかの女性と生活を開始したことは離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2004, *supra* note 296 (離婚訴訟提起後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2005, n°03-20.235 (同上); Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, n°05-19.080 (離婚訴訟提起後の妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとした原審を維持した事例); Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, n°07-15.516; Bull. civ., I, n°63; D., 2008, 922; AJ fam. avril 2008, 162, obs., Stphanie David (離婚訴訟提起後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2008, n°07-19.714; RTD civ., 2008, 661, chr., Jean Hauser; AJ fam., nov. 2008, 434, obs., L. G.; D., 2009, 832, chr., Guillaume Serra et Lina Williatte-Pellitteri (同上); Cass. 1^{re} civ., 13 fév. 2013, n°11-28.671 (事実上の別居中の夫による不貞行為を考慮することなく妻からの夫の一方的有責離婚の請求を棄却した原審を破棄した事例); Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avril 2015, n°14-12.823; Gaz. Pal., 2015, 1826, note, Delphine Hornecker; AJ fam., juin 2015, 341, obs., Benoit de Boysson (和解不成立のオルドナンス後の不貞行為を理由に双方的有責離婚を認めた原審を維持した事例); Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2016, n°15-27.968; D., 2017, 1089, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau; JCP, 2017, 186, chr., Marie Lamarche; Dr. fam., janv. 2017, com., 1, note, Jean-René Binet; AJ fam., janv. 2017, 67 (離婚訴訟提起後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた原審を破棄した事例); Cass. 1^{re} civ., 11 avril 2018, n°17-17.575; AJ fam., juin 2018, 348, obs., Jérémy Houssier (夫がほかの女性と生活を開始してから1か月後に妻が出会い系サイトに登録してほかの男性と出会いこの男性と生活を開始したことを理由に双方的有責離婚を認めた原審を維持した事例); etc.

下級審の裁判例として、TC. Castel-Sarrazin, 8 avril 1864, *supra* note 279; CA. Toulouse, 29 juin 1864, *supra* note 279; CA. Riom, 12 fév. 1985, Gaz. Pal., 1985, 2, som., 237 (事実上の別居後の不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); CA. Dijon, 27 mars 1986, D., 1987, som., 276 (同上); CA. Riom, 12 sept. 2000, Dr. fam., mars 2001, com., 28, note, Hervé Lécuyer (和解不成立のオルドナンスの数か月後から夫がほかの女性と生活を開始したことは離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); CA. Paris, 2 déc. 2009, *supra* note 15 (和解不成立のオルドナンス後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例); CA., Pau, 29 mai 2012, Dr. fam., mars 2013, com., 36, note, Virginie Larribau-Terneyre (同上); CA. Aix-en-Provence, 27 nov. 2012, *supra* note 285

ていることには、夫婦とその間に生まれた子からなる家族を優遇する思想が排除されたこと等にみられるような貞操義務における指導的公序としての側面の後退という観点に加えて³⁵³⁾、夫婦それぞれの性的自由の尊重という観点が作

（前頁からつづき）

（離婚手続中の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；CA. Douai, 28 fév. 2013, RTD civ., 2013, 583, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., juin 2013, com., 83, note, Jean-René Binet（和解不成立のオルドナンス後の妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；CA. Paris, 17 nov. 2016, D., 2017, 1089, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau : Dr. fam., janv. 2017, com., 2, note, Jean-René Binet（事実上の別居後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；etc. なお、Cf. T. de corr. Laval, 9 janv. 1948, JCP, 1948, II, 4119 ; RTD civ., 1948, 206, chr., Gaston Lagarde（姦通罪の成否との関連で、離婚判決の確定まで貞操義務が存続するとされた事例）；CA. Douai, 22 sept. 1994, D., 1996, som., 63, obs., Édith Blary-Clément（事案の詳細は不明であるが、離婚手続の終了まで貞操義務が存続するとされた事例）；CA. Besançon, 7 sept. 1999, Dr. fam., mars 2001, com., 28, note, Hervé Lécuyer（同上）；etc.

また、貞操義務以外の人格的義務の違反について、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 1955, JCP, 1955, II, 8828（和解手続開始後の侮辱行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審を破棄した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 20 oct. 1955, JCP, 1955, II, 8982（離婚訴訟提起後の侮辱行為が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；Cass. 2^{ème} civ., 31 janv. 1973, D., 1974, jur., 3, note, Odile Lhuillier（和解不成立のオルドナンス後の妻による侮辱行為が離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；Cass. 2^{ème} civ., 2 fév. 1977, n°75-13.059 ; Bull. civ., I, n°23（離婚訴訟提起後の夫による扶養義務違反を考慮することなく妻からの離婚請求を棄却した原審を破棄した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 2 oct. 1980, n°79-12.634 ; Bull. civ., II, n°192（和解不成立のオルドナンス後の行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審を破棄した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 15 déc. 1982, n°81-15.991 ; Bull. civ., II, n°164（事実上の別居後の夫による行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審を破棄した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 18 juin 1997, n°95-22.317 ; Bull. civ., II, n°189 ; RTD civ., 1998, 80, chr., Jean Hauser（離婚訴訟提起後の夫による犯罪行為が離婚原因としてのフォートに該当するとした原審を維持した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 23 sept. 1999, n°98-12.028 ; Bull. civ., II, n°141 ; JCP, 1999, IV, 2816 ; Dr. fam., déc. 1999, com., 139, note, Hervé Lécuyer ; Gaz. Pal., 2000, 13 ; RTD civ., 2000, 91, chr., Jean Hauser（離婚訴訟提起後の妻による行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審を破棄した事例）；Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2006, n°04-17.743 ; Bull. civ., I, n°410 ; D., 2007, 616, chr., Guillaume Serra（離婚訴訟提起後の妻による侮辱行為が離婚原因としてのフォートに該当するとした原審を維持した事例）；Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, n°09-14.006 ; AJ. fam., juill.-août 2010, 328, obs., Mikaël Benillouche

用している³⁵⁴⁾。

また、生活共同義務の一部として位置付けられる配偶者と性的な関係を持つ義務との関連でも³⁵⁵⁾、裁判例は、性的な関係を持つことについての拒絶から

(前頁からつづき)

(離婚訴訟提起後の夫による場違いな行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審を破棄した事例); Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 2010, n°08-21.913 (和解不成立のオルドナンス後の妻による卑劣な言動が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審を破棄した事例); etc.

342) Pierre Molinié, *Situation juridique de la femme abandonnée de son mari*, Arthur Rousseau, Paris, 1935, pp.40 et s.; Maury, *supra* note 283, n°13, p.525; Laurent Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préf. Michelle Gobert, Bibliothèque de droit privé, t.212, LGDJ., Paris, 1990, n°333, p.410 et n°340, p.417; Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 296, n°604 et s., pp.516 et s.; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et Leveneur, *supra* note 250, n°1534, p.812; Colombet, *supra* note 250, n°300, p.380; Niboyer, *supra* note 281, n°302, p.167; Garrigue, *supra* note 290, n°585 et s., pp.503 et s.; Yvaine Buffelan-Lanore et Kiteri Garcia, *Cas de divorce. — Divorce pour faute. — Faits imputables à un époux : définition, caractères et appréciation*, J.-CL., Civil Code, Art. 242 et 247-2, Fasc. 10, 2014, n°13, pp.6 et s. et n°28, p.11; Ids., *supra* note 309, n°105, p.36 et s.; Caroline Watine-Drouin, *Séparation de corps. — Causes. Procédure. Effets*, J.-CL., Civil Code, Art. 296 à 304, Fasc. unique, 2016, n°72 et s., pp.26 et s.; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, *supra* note 211, n°345, p.298; Bénabent, *supra* note 264, n°192, p.157 et n°202, p.163; etc.

343) Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1994, n°92-16.814; Bull. civ., II, n°123; RTD civ., 1994, 571, chr., Jean Hauser; Defrénois, 1995, art. 36210, 1375, note, Jacques Massip (和解不成立のオルドナンスから2年後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審の判断を専権的評価によるものとして維持した事例。この判決については、Cf. Véronique Balestrieri, *Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce*, PA., 8 nov. 1995, pp.17 et s.); Cass. 2^{ème} civ., 22 mars 1995, RTD civ., 1995, 607, chr., Jean Hauser; D., 1996, som., 64, obs., Édith Blary-Clément (夫が正当な理由なく別居を開始した後の妻による不貞行為が離婚原因に該当しないとした原審を維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 25 nov. 1999, n°98-12.796 (事実上の別居後に夫がほかの女性と生活を始めたことは離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審の判断を専権的評価によるものであるとして維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 20 avril 2000, n°98-15.786 (妻が正当な理由なく別居を開始した後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審の判断を専権的評価によるものとして維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 2000, n°98-21.110 (同上); Cass. 2^{ème} civ., 7 mai 2002, n°00-10.030 (和解不成立のオルドナンス後の妻による不貞行為が離婚原因

直ちに離婚（および別居）原因としてのフォートを導くのではなく³⁵⁶⁾、当該拒絶に正当な理由があったかどうかを慎重に判断した上でフォートの有無を評価しており³⁵⁷⁾、このことは、個人としての自律や自由を意識して³⁵⁸⁾一定の場面で性的な関係を持つ義務が弱められていることを示している。そして、個人

（前頁からつづき）

としてのフォートに該当しないとした原審の判断を専権的評価によるものとして維持した事例）；Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n°03-11.334（妻が正当な理由なく別居を開始した後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審の判断を専権的評価によるものとして維持した事例）；Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2008, n°07-17.431（和解不成立のオルドナンス後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとした原審の判断を専権的評価によるものとして維持した事例）；etc.

下級審の裁判例として、CA. Paris, 10 oct. 1990, D., 1990, IR., 265（夫がほかの女性と生活を開始した後にされた妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Douai, 28 janv. 1999, Dr. fam., déc. 1999, com., 139, note, Hervé Lécuyer（別居の開始から3年半余りが経過した後、離婚訴訟の係属中の妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Pau, 1^{er} juin 2004, Dr. fam., déc. 2004, com., 226, note, Virginie Larribau-Terneyre（妻による不貞行為が事実上の別居前にされたものであることが明らかにされていないことを理由に当該行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Douai, 27 sept. 2007, RTD civ., 2008, 280, chr., Jean Hauser；Dr. fam., fév. 2008, com., 27, note, Virginie Larribau-Terneyre（夫が妻を5年余りにわたり放置した後にされた妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Amiens, 19 mai 2010, supra note 307（離婚手続が長期に及んだこと等を理由に和解不成立のオルドナンスから長期間経過した後の妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Pau, 19 nov. 2012, Dr. fam., mars 2013, com., 36, note, Virginie Larribau-Terneyre（別居の開始から20年あまりが経過した後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Douai, 14 mars 2013, Dr. fam., juin 2013, com., 83, note, Jean-René Binet（和解不成立のオルドナンス後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Bordeaux, 9 sept. 2014, supra note 285；CA. Aix-en-Provence, 11 déc. 2014, Dr. fam., mars 2015, com., 47, note, Anne-Claire Réglier（妻が仕事のために夫婦の住居を離れ両者の愛情が薄れた後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Rouen, 22 oct. 2015, supra note 285（和解不成立のオルドナンス後の夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；etc.

344) Villa-Nys, supra note 304, pp.93 et s.；Mignon-Colombet, supra note 304, n°10, pp.9 et s.

としての自律や自由への配慮という観点をより強調し、夫婦間の性的侵害に関する刑法典の規律の変容を強く意識しながら³⁵⁹⁾、この問題を民法典でも深刻

345) Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2001, n°99-21.445 ; Bull. civ., II, n°136 ; D., 2001, 2363 ; RTD civ., 2001, 856, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2001, 893, chr., Patrice Jourdain ; RCA., oct. 2001, com., 277 ; D., 2002, 1318, obs., Philippe Delebecque ; JCP, 2002, II, 10139, note, Dimitri Houtcieff ; PA., 6 août 2002, 15, note, Didier R. Martin ; Defrénois, 2003, art. 37657, 119, note, Jacques Massip. また、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 4 mai 2000, n°95-21.567 ; JCP, 2000, II, 10356, note, Thierry Garé ; RTD civ., 2000, 810, chr., Jean Hauser ; etc. この問題については、拙稿「家族の保護(1)」246頁以下での整理を参照。

346) かつての判例は、当該恵与が不道德な関係の形成、継続、回復を目的としてされたものであるときはそれを無効とし (Cass. req., 2 fév. 1853, D., 1853, 1, 57 (コンキュビーンへの恵与) ; Cass. req., 4 mars 1914, D., 1916, 1, 27 (コンキュビーンへの包括遺贈指定) ; Cass. civ., 11 avril 1932, D., 1932, 1, 169, note, René Savatier (コンキュビーンへの恵与) ; Cass. civ., 14 oct. 1940, DH., 1940, jur., 174 ; Gaz. Pal., 1940, 2, jur., 165 (同上) ; Cass. 1^{ère} civ., 8 oct. 1957, JCP, 1957, II, 10234 ; D., 1958, jur., 317, note, Paul Esmain ; RTD civ., 1958, 73, chr., Henri et Léon Mazeaud (コンキュビーンを受益者とする生命保険契約) ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1964, n°62-10.542 ; Bull. civ., I, n°12 (コンキュビーンへの恵与) ; Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 1972, n°70-12.679 ; Bull. civ., I, n°25 ; D., 1972, jur., 413, note, Philippe Le Tourneau (愛人への仮装贈与) ; Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 1976, n°74-13.138 ; Bull. civ., I, n°51 (コンキュビーンを受益者とする生命保険契約) ; Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 1982, n°81-13.815 ; Bull. civ., I, n°321 (同上) ; etc.)、そうでないときには、その効力を認めていた (Cass. civ., 11 mars 1918, D., 1918, 1, 100 ; S., 1918-1919, 1, 170 ; RTD civ., 1919, 508, chr., René Demogue (関係維持の目的について証明の不存在) ; Cass. req., 8 juin 1926, DH., 1926, jur., 362 ; D., 1927, 1, 113, note, René Savatier (損害の賠償という目的) ; Cass. civ., 20 juill. 1936, DH., 1936, jur., 441 (良心の義務の履行という目的。原審 (CA. Paris, 8 juill. 1926, S., 1926, 2, 91) も同旨である) ; Cass. req., 12 janv. 1937, DH., 1937, jur., 145 (同上) ; Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1956, Bull. civ., I, n°353 ; JCP, 1957, II, 9707 (同上) ; Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1959, JCP, 1959, II, 11305, obs., Paul Esmain ; D., 1960, jur., 515, note, Philippe Malaurie (同上) ; Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 1960, n°58-11.304 ; Bull. civ., I, n°494 (コンキュビーンではなく事業の協力者への恵与) ; Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 1961, n°59-12.988 ; Bull. civ., I, n°526 ; D., 1962, som., 69 (良心の義務の履行という目的) ; Cass. 1^{ère} civ., 22 déc. 1965, n°64-11.103 ; Bull. civ., I, n°730 (同上) ; Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1967, JCP, 1967, II, 15287 (同上) ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1975, n°73-13.984 ; Bull. civ., I, n°119 (コンキュビーンの生活への配慮という目的) ; Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 1975, n°73-13.192 ; Bull. civ., I, n°225 (関係維持の目的について証明の不存在) ; Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1980, n°79-14.744 ; Bull. civ., I, n°269 (同上) ; Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 1982, n°81-15.738 ; Bull. civ., I, n°319 (良心の義務の履行という目的) ; CA. Paris,

なものとして受け止める方向を目指すのであれば、夫婦が相互に性的な関係を持つ義務を負うという考え方それ自体に疑問も生じてくる³⁶⁰⁾。

このような個人としての自律や自由を背景とした義務の弱化は、婚姻と生殖

（前頁からつづき）

19 nov. 1974, D., 1975, jur., 614, concl., Jean Cabannes ; JCP, 1976, II, 18412, obs., Hervé Maurice Synvet (同上) ; etc. 事案に即した判断であるが、Cf. Cass. req., 26 mars 1860, D., 1860, I, 255. また、恵与のコースが問題となった事案ではないが、Cf. Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1983, n°81-16.307 ; Bull. civ., I, n°15 ; JCP, 1984, II, 20127, obs., François Boulanger ; Cass. 1^{re} civ., 29 fév. 1984, n°82-15.712 ; Bull. civ., I, n°81 ; D., 1985, jur., 601, note, Didier Martin ; JCP, 1985, II, 20443, obs., Raymond Le Guidec ; etc.)。

347) Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 1999, n°96-11.946 ; Bull. civ., I, n°43 ; D., 1999, jur., 267, rapport, Xavier Savatier et note, Jean-Pierre Langlade-O'sughrue ; D., 1999, som., 307, obs., Michel Grimaldi ; D., 1999, som., 377, obs., Jean-Jacques Lemouland ; JCP, 1999, II, 10083, note, Marc Billiau et Grégoire Loiseau ; JCP, 1999, I, 160, chr., Hubert Bosse-Platière ; JCP. éd. N., 1999, 723 ; JCP. éd. N., 1999, 1430, note, François Sauvage ; RTD civ., 1999, 364 et 817, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 1999, 892, chr., Jean Pararin ; Defrénois, 1999, art. 36998, 680, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1999, art. 37008, 738, note, Denis Mazeaud ; Defrénois, 1999, art. 37017, 814, note, Gérard Champenois ; Dr. fam., mai 1999, com., 54, note, Bernard Beignier ; PA., 17 nov. 1999, 10, note, Michèle Mestrot ; Gaz. Pal., 2000, 70, note, Stéphane Piedelièvre ; Gaz. Pal., 2000, 646, note, François Chabas (コンキュビーンヌへの恵与。この判決については、Cf. Christian Larroumet, La libéralité consentie par un concubin adultère, D., 1999, chr., pp.351 et s. ; Laurent Leveneur, Une Libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?, JCP, 1999, I, 152, pp.1333 et s.) ; Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, n°03-11.238 ; Bull. ass. plén., n°12 ; D., 2004, 2972 ; D., 2004, 3175, note, Daniel Vigneau ; Defrénois, 2004, art. 38073, 1732, note, Rémy Libchaber ; Dr. fam., déc. 2004, com., 230, note, Bernard Beignier ; D., 2005, 813, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; JCP, 2005, II, 10011, note, François Chabas ; RTD civ., 2005, 104, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2005, art. 38096, 234, note, Stéphane Piedelièvre ; Defrénois, 2005, art. 38183, 1045, note, Véronique Mikalef-Toudic ; CCC., mars 2005, com., 40, note, Laurent Leveneur ; AJ fam., janv. 2005, 23, obs., Frédéric Bicheron (コンキュビーンヌへの包括受遺指定。この判決については、Cf. Philippe Malaurie, Libéralités, bonnes mœurs et relations adultères (Les voyous du sexe et la Cour de cassation : le vieux polisson pigeonné : à propos de Cass. ass. plén., 29 octobre 2004) , Defrénois, 2006, art. 38305, pp.38 et s.) のほか、Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000, n°98-15.950 ; Defrénois, 2000, art. 37229, 1049, note, Jacques Massip ; Dr. fam., sept. 2000, com., 102, note, Bernard Beignier (コンキュビーンヌへの恵与) ; Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, n°96-19.878 ; Bull.

との分離が促進されつつある法状況とも相まって、生殖に関わる義務³⁶¹⁾についても看取される。かつては、夫婦が自然的な生殖に応じる義務を負うことを前提に、子をもうけることについての拒絶はそれだけでフォートに該当するとされていたが³⁶²⁾、現在では、こうした裁判例の立場が維持されているかどうかは不明であるものの、少なくとも夫婦の一方に不妊の原因がある場面については、当該配偶者が不妊治療をしたり生殖補助医療を用いたりする義務を負うことはなく、不妊治療に応じなかったり、生殖補助医療を利用しなかったりし

(前頁からつづき)

- civ., I, n°35 ; AJ fam., juin 2005, 234, obs., François Chénéde (コンキュビーンへの贈与) ; etc. また、配偶者を持たない者同士によるコンキュビナーズ間で行われた贈与に関わるものであるが、Cf. Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2002, n°00-18.987 ; Defrénois, 2002, art. 37548, 681, note, Jacques Massip ; Dr. fam., juin 2002, com., 64, note, Hervé Lécuyer ; Dr. fam., juill. 2002, com., 93, note, Bernard Beignier ; CA. Paris, 9 juin 1987, D., 1987, IR., 166 ; etc.
- 348) Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2011, n°10-20.114 ; Bull. civ., I, n°191 ; AJ fam., déc. 2011, 614, obs., François Chénéde ; D., 2012, 59, note, Rémy Libchaber ; RTD civ., 2012, 93, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2012, 113, chr., Bertrand Fages ; Dr. fam., fév. 2012, com., 21, note, Daniel Vigneau. これに対して、かつての裁判例は、こうした契約を無効としていた。Ex. CA. Paris, 1^{er} déc. 1999, D., 2000, som., 415, obs., Jean-Jacques Lemouland ; etc.
- 349) Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2015, n°14-29.549 ; Bull. civ., I, n°333 ; D., 2016, 77 ; D., 2016, 279, chr., Emmanuel Dreyer ; D., 2016, 1344, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; JCP, 2016, 285, obs., Arnaud Latil ; JCP, 2016, 1724, chr., Adeline Gouttenoire et Marie Lamarche ; RTD civ., 2016, 81, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., mars 2016, com., 42, note, Jean-René Binet ; AJ fam., fév. 2016, 109, obs., Benoît de Boysson (不貞行為が刑事罰の対象から外れたこと、慣習および道徳の捉え方が変化したことが根拠として挙げられている。また、Cf. Evan Raschel, La révélation d'une infidélité est-elle encore une atteinte à l'honneur ou à la considération ?, D., 2016, pp.724 et s.) ; Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2016, n°15-24.879 ; D., 2017, 1089, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; Dr. fam., fév. 2017, com., 27, note, Cécile Berthier (同上) ; etc.
- 350) TGI. Paris, 9 fév. 2017, Dr. fam., avril 2017, com., 72, note, Jean-René Binet ; AJ. fam., avril 2017, 252, obs., Jérémy Houssier ; D., 2018, 1109, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau は、夫婦間の貞操義務が指導的公序ではなく保護的公序に関わるにすぎないことを明示した上で、夫婦の一方が他方と第三者との間の契約の無効を主張するために貞操義務違反を援用することはできないとする。

たことはフォートに該当しないとされているからである³⁶³。ここには、生殖行動をしないことに関する自由への配慮という視点が現れている³⁶⁴。そのほ

351) 貞操義務は、夫婦外の第三者との関係における効力との対比でみると、夫婦間ではなお一定の効力を持ち続けている。例えば、受贈者による贈与者への重大な侮辱等があった場合には生前の贈与の撤回が認められるが（民法典955条2号）、判例によれば、夫婦の一方による不貞行為はこの意味での重大な侮辱に該当し、他方の承継人は一方に対して贈与の撤回を求めることができる。Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2017, n°16-21.136; Bull. civ., I, n°224; D., 2017, 2206; Dr. fam., déc. 2017, com., 247, note, Bernard Beignier; D., 2018, 1109, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau; PA., 16 fév. 2018, 7, note, Paul-Ludovic Niel et Marcie Morin.

352) これは、Balestriero, supra note 343, pp.19 et s. がいう貞操義務の拘束力の弱化、Ben Hadj Yahia, supra note 304, n°774 et s., pp.702 et s. がいう貞操義務の伸縮性に相当する。

353) この観点を強調するものとして、Philippe, supra note 304, pp.3 et s.; Égée, supra note 304, n°20, pp.661 et s.; Ben Hadj Yahia, supra note 304, n°682 et s., pp.618 et s.; Larribau-Terneyre, supra note 309, n°13 et s., pp.11 et s.; Maïté Saulier, Le droit commun des couples : Essai critique et prospectif, préf. Anne-Marie Leroyer, Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t.79, IRJS., Paris, 2017, n°86, p.96; Charles Masson, L'ordre public familial en péril?, RTD civ., 2018, n°15 et s., pp.817 et s.; etc.

354) Antonini-Cochin, supra note 304, n°53 et s., pp.23 et s.（ただし、この観点を過度に強調することに対して疑問を提示する文脈での叙述）; Catherine Philippe, Vers un droit commun des effets du contrat de couple, PA., 20 déc. 2007, pp.18 et s.; Ruffieux, supra note 133, n°52, pp.59 et s. et n°87, pp.90 et s.; etc. また、貞操義務の削除を主張する文脈での叙述であるが、Cf. Marie-Thérèse Calais-Auloy, Pour un mariage aux effets limités, RTD civ., 1988, n°8, pp.257 et s.

355) 配偶者と性的な関係を持つ義務を貞操義務の積極的側面として位置付ける見解もある。Ex. Ben Hadj Yahia, supra note 304, n°682 et s., pp.618 et s.

356) かつての裁判例の中には、特段の審査をすることなく、性的な関係を持つことについての拒絶だけから離婚（および別居）原因としてのフォートを導いているようにみえるものもあった。Cass. req., 12 nov. 1900, Gaz. Pal., 1900, 2, jur., 662; S., 1901, 1, 80; D., 1902, 1, 21（夫が妻と性的な関係を持つことを拒絶していることが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）; Cass. 2^{eme} civ., 16 déc. 1963, supra note 292（同上）; Cass. 2^{eme} civ., 8 oct. 1964, Bull. civ., II, n°599（同上）; Cass. 2^{eme} civ., 8 oct. 1970, Gaz. Pal., 1971, 1, jur., 26（同上）; Cass. 2^{eme} civ., 10 fév. 1972, D., 1972, jur., 379（妻が夫と性的な関係を持つことを拒絶していることが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）; Cass. 2^{eme} civ., 17 déc. 1997, n°96-15.704（同上）; etc.

か、宗教活動や組合活動等への傾倒およびそれらに伴う一定の範囲での人格的な義務の違反は、それが過剰で共同生活の維持に重大な支障をきたす場合のみ離婚原因としてのフォートを構成するという解決も、個人としての自律や自由への配慮という観点から人格的義務の強度を制限した例である³⁶⁵⁾。

もう1つは、夫婦間の合意または配偶者による同意や許可により婚姻から生ずる義務が弱められる可能性を示すものである。貞操義務に即していうと、一般的には、貞操は合意に馴じまないため、あらかじめの合意に基づき夫婦が相

(前頁からつづき)

下級審の裁判例として、CA. Montpellier, 10 nov. 1897, supra note 299 ; TC. Clermont-Ferrand, 9 août 1900, supra note 299 ; CA. Lyon 28 mai 1956, supra note 325 (妻が結婚後7か月の間に1回しか性的な関係に応じなかったことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Paris, 27 oct. 1959, D., 1960, jur., 144 (同上) ; CA. Amiens, 3 mars 1975, D., 1975, jur., 706, note, Yves Géraldy (妻が宗教上の信念に基づき性的な関係を持つことを拒絶したことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Paris, 28 fév. 1996, Gaz. Pal., 1996, 2, jur., 445 (妻が1年間にわたり性的な関係を持つことを拒絶したことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc. また、Cf. TC. La Roche-sur-Yon, 30 oct. 1923, Gaz. Pal., 1923, 2, jur., 751.

357) CA. Aix-en-Provence, 3 mai 2011, supra note 285 (夫による性的な関係を持つことについての拒絶が健康上の理由によるものでないことを理由に離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例) ; CA. Paris, 16 avril 2015, Dr. fam., juill. 2015, com., 141, note, Jean-René Binet (夫による性的な関係を持つことについての拒絶が妻から性的な関係を奪う意思ではなく身体的要因によるものであることを理由に離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; etc. また、少し古い事例であるが、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 5 nov. 1969, n°68-13.246 ; Bull. civ., II, n°298 ; D., 1970, jur., 223, note, Georges Wiederkehr (夫による性的な関係を持つことについての拒絶が夫のフォートに由来するものであるかどうか探求されていないとして、夫の一方的有責離婚を認めた原審を破棄した事例) ; CA. Paris, 17 avril 1961, Gaz. Pal., 1961, 2, jur., 67 (妻による性的な関係を持つことについての拒絶が妻のフォートに由来するものではないことを理由に離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例) ; etc.

358) Jean-Michel Bruguière, Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge, D., 2000, chr., pp.10 et s. は、性的な関係を持つ義務との関連で意思および性的自由の尊重という観点を強調することの重要性を説く。また、Cf. Ducrocq Paywels, supra note 272, n°453, pp.302 et s.

互に貞操義務を免れることはできないとされ³⁶⁶⁾、多くの学説もこれを支持するが³⁶⁷⁾、夫婦の一方が犯した過去の貞操義務違反に関しては、合意や同意の

359) 刑法典は、夫婦間においても強制性交等の犯罪が成立しうることを認めた判例（Cass. crim., 5 sept. 1990, n°90-83.786 ; Bull. crim., n°313 ; D., 1991, jur., 13, note, Henri Angevin ; JCP, 1991, II, 21629, obs., Michèle-Laure Rassat ; RTD civ., 1991, 301, chr., Jean Hauser ; Cass. crim., 11 juin 1992, n°91-86.346 ; Bull. crim., n°232 ; D., 1993, jur., 117, note, Michèle-Laure Rassat ; JCP, 1993, II, 22043, note, Thierry Garé ; RSC., 1993, 107, chr., Georges Levasseu）の登場を受けて、2006年4月4日の法律による改正でそのことを明確にし（同法による改正後の刑法典旧222-22条2項）、その後、2010年7月9日の法律による改正で夫婦の性行為に対する同意の推定に関する規律を削除して（同222-22条2項）、夫婦間における強制性交等の犯罪についての特別な取扱いを止めている。

360) Cf. Anne-Marie Leroyer, *Mariage—Couple—Communauté de vie*. Loi n°2006-399 du 4 avril 2006, RTD civ., 2006, pp.405 et s. ; Pizarro, *supra* note 285, Obs. sous CA. Aix-en-Provence, 3 mai 2011, p.1927 ; Pierroux, *supra* note 285, pp.2393 et s. ; etc.

361) この義務一般については、Cf. Garrigue, *supra* note 290, n°42 et s., pp.45 et s. ; etc.

362) CA. Caen, 26 déc. 1899, S., 1900, 2, 143（夫が妻の知らないうちに避妊具を使用したことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；TC. Seine, 12 nov. 1948, Gaz. Pal., 1949, 1, jur., 7（夫が生殖行為を拒絶したことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；Cass. 2^{ème} civ., 27 mars 1974, n°73-10.788 ; Bull. civ., II, n°111 ; JCP, 1974, IV, 178（妻が夫の知らないうちに妊娠中絶手術を受けたことが離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；etc.

363) CA. Bordeaux, 1^{er} oct. 1991, JCP, 1992, IV, 1043 ; JCP, 1992, I, 3593, chr., Thierry Garé, Pierre Murat, Isabelle Sayn, Jacqueline Rubellin-Devichi, Sylvie Bernigaud, Hugues Fulchiron et Olivier Matocq ; RTD civ., 1992, 56, chr., Jean Hauser（不妊治療を拒絶することが離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；CA. Aix-en-Provence, 5 juill. 2005, Dr. fam., nov. 2005, com., 247, note, Virginie Larribau-Terneyre（生殖補助医療を拒絶することが離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；etc. 一部の裁判例は、不妊治療の拒絶それ自体からフォートの存在を導くが（CA. Bordeaux, 7 juin 1994, RTD civ., 1994, 836, chr., Jean Hauser ; D., 1996, som., 63, obs., Édith Blary-Clément ; JCP, 1996, II, 22590, note, Joëlle Vassaux）、個人の自律や自由の保護という観点からみると問題がある（Cf. Vassaux, *supra*, pp.91 et s.）。もちろん、夫婦が生殖補助医療を用いることに同意し、これを開始した後に、一方が正当な理由なく突然これを打切って別居を開始した等の事情があれば、別である（Ex. CA. Paris, 27 juin 2013, Dr. fam., déc. 2013, com., 164, note, Claire Neirinck）。

364) Garrigue, *supra* note 290, n°42 et s., pp.45 et s.

存在、場合によっては他方による黙認を理由に、これをフォートとして取り上げることを否定した裁判例がある^{368,369)}。この解決では、単に一方が貞操義務に違反したことでなく、一方が他方のあずかり知らないところで貞操義務に違反したことが、フォートとして捉えられていることになる³⁷⁰⁾。なお、離婚

365) Cass. req., 19 juill. 1909, D., 1909, 1, 503 (宗教への傾倒が過剰であること、家庭が放棄されたこと、妻からの要請が無視されたことを理由に、離婚原因としてのフォートを認めた原審を維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 19 juin 1975, D., 1975, IR., 208; Gaz. Pal., 1975, 2, jur., 721, note, Pierre Barbier (宗教への傾倒が過剰であること、そのために家族の生活が混乱したことを理由に、離婚原因としてのフォートを認めた原審を維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 25 janv. 1978, Gaz. Pal., 1978, 2, jur., 505, note, Pierre Barbier (同上); Cass. 2^{ème} civ., 8 nov. 1995, n°94-10.685; Bull. civ., II, n°271 : RTD civ., 1996, 367, chr., Jean Hauser; Defrénois, 1997, art. 36516, 300, note, Jacques Massip (密教への入信が離婚原因としてのフォートに該当するとした原審について、夫婦生活に対する影響の有無が評価されていないとして破棄した事例); Cass. 2^{ème} civ., 9 oct. 1996, n°95-10.461; Bull. civ., II, n°224; JCP, 1997, I, 4045, chr., Hubert Bosse-Platière; RTD civ., 1997, 103, chr., Jean Hauser (宗教への傾倒が過剰であること、そのために家族の生活が混乱したことを理由に、離婚原因としてのフォートを認めた原審 (CA. Montpellier, 7 nov. 1994, JCP, 1995, I, 3855, chr., Sylvie Ferré-André; JCP, 1996, II, 22680, note, Jean-Michel Bruguière; RTD civ., 1996, 368, chr., Jean Hauser) を維持した事例); Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2007, n°05-18.735; Dr. fam., sept. 2007, com., 168, note, Virginie Larribau-Terneyre; D., 2008, 807, chr., Lina Williatte-Pellitteri (同上); etc.

下級審の裁判例として、TC. Seine, 18 juin 1945, Gaz. Pal., 1945, 2, jur., 38; RTD civ., 1945, 184, chr., Gaston Lagarde (特定の宗教団体に加入することは離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); CA. Nîmes, 10 juin 1967, D., 1969, jur., 366, note, Jean Carbonnier; RTD civ., 1969, 552, chr., Roger Nerson (宗教への傾倒が過剰であること、その結果、配偶者への関心が失われたことを理由に離婚原因としてのフォートを認めた事例); CA. Paris, 12 janv. 1972, D., 1972, jur., 217, note, J. C.; RTD civ., 1972, 762, chr., Roger Nerson (同上); CA. Paris, 5 janv. 1973, Gaz. Pal., 1973, 1, jur., 465, note, Pierre Barbier (同上); CA. Paris, 11 juin 1976, Gaz. Pal., 1976, 2, som., 317 (同上); CA. Douai, 12 oct. 1984, D., 1985, jur., 523, note, Edith Blary-Clémen (組合活動への傾倒が過剰であること、そのために夫婦生活に甚大な影響が生じていることを理由に、離婚原因としてのフォートを認めた事例); CA. Grenoble, 4 juin 1991, JCP, 1991, II, 21744, note, Jean Hauser; RTD civ., 1991, 710, chr., Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller (宗教団体への加入により夫婦生活に有害な影響が生じたことが証明されていないことを理由に離婚原因としてのフォートを否定した事例); CA. Dijon 23 sept. 1997, JCP, 1998, IV, 3143; RTD civ., 1999, 69, chr., Jean Hauser (宗教団体への加入はそれ自体で離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); etc.

原因として援用することができる事実があった後に夫婦間で和解がされると、和解後に発生したり発見されたりした事実がある場合を除き、当該事実を離婚原因として援用することができなくなる旨を規定した民法典244条も、同様の

366) Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 1997, n°96-12.631（別々に暮らすことについての夫婦間の合意は貞操義務違反を正当化するものではないとされた事例）；CA. Grenoble, 3 mai 2000, Dr. fam., mars 2001, com., 28, note, Hervé Lécuyer（同上）；CA. Bordeaux, 7 nov. 2000, RTD civ., 2002, 78, chr., Jean Hauser（同上）；CA. Aix-en-Provence, 30 mars 2004, Dr. fam., mai 2005, com., 107, note, Virginie Larribau-Terneyre（同上）；etc. また、生活共同義務について、Cf. CA. Orléans, 17 oct. 2006, mai 2007, com., 109, note, Virginie Larribau-Terneyre（夫がほかの女性と生活をする事について妻による許可があったことは夫による生活共同義務の違反を正当化するものではないとされた事例）；etc.

367) Carole Edon-Lamballe, La situation juridique de ceux par qui le scandale arrive : Réflexions sur l'adultère, RRJ., 2002, pp.80 et s. ; Cornu, supra note 250, La famille, n°29, p.56 ; Solange Mirabail, Les obligations personnelles au sein du couple, in, Les états généraux du mariage : L'évolution de la conjugalité, sous la dir. Claire Neirinck, PUAM., Aix-en-Provence, 2008, pp.122 et s. ; Niboyer, supra note 281, n°302 et s., pp.167 et s. ; Garrigue, supra note 290, n°607 et s., pp.517 et s. ; Ben Hadj Yahia, supra note 304, n°695 et s., pp.628 et s. et n°703 et s., pp.637 et s. ; Moracchini-Zeidenberg, supra note 281, n°11, p.780 ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°1476, pp.691 et s. ; Bénabent, supra note 264, n°151, p.128 ; etc. また、人格的義務一般について、Cf. Buffelan-Lanore et Garcia, supra note 342, n°53, p.17 ; etc.

368) Cass. 2^{ème} civ., 27 mars 1963, n°62-11.068 ; Bull. civ., II, n°287（夫による同性との不貞行為の後妻が5年にわたり夫と生活をともにしてきたことを踏まえて当該不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；Cass. 2^{ème} civ., 4 juill. 1973, n°72-12.110 ; Bull. civ., II, n°214（他方による黙認が存在する場合には一方による不貞行為は離婚原因としてのフォートに該当しなくなるとして、黙認が相互的でないことを理由に夫による黙認を考慮することなく妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとした原審を破棄した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1979, n°78-14.005 ; Bull. civ., II, n°193（他方による黙認が存在することを理由に一方による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, n°05-12.126 ; Dr. fam., janv. 2006, com., 7（10年以上前の夫による不貞行為について妻がその当時何も不平を述べなかったことを踏まえて当該不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；etc. また、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 15 avril 1970, n°69-12.576 ; Bull. civ., II, n°120（妻が夫から問い詰められたにもかかわらず不貞行為を継続してきたという事情の下では、夫が妻による不貞行為を黙認したとみることはできず、妻による不貞行為は離婚原因としてのフォートに該当するとされた事例）；etc.

趣旨に基づく³⁷¹⁾。また、これらの諸解決を発展的に捉え直すことを通じて、実定法が合意による貞操義務の排除を認める方向に向かいつつあるとの評価を示し³⁷²⁾、これを積極的に推進しようとする見解があるほか³⁷³⁾、裁判例の中には、ごく一部ではあるものの、夫婦間の合意により貞操義務があらかじめ免除

(前頁からつづき)

下級審の裁判例として、CA. Paris, 18 juill. 1893, D., 1893, 2, 517 ; S., 1893, 2, 277 (夫婦が別居に同意し相互にほかの異性と親密な関係を持つことを黙認していたという事情の下では双方の不貞行為は離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); TC. Lyon, 1^{er} mai 1902, Rev. dr. civ., 1902, 883, chr., Louis Jossierand (妻の黙認が存在することを理由に夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); CA. Paris, 5 janv. 1903, S., 1905, 2, 80 (夫の黙認が存在する場合には妻による不貞行為は離婚原因としてのフォートに該当しないが本件では夫の黙認は存在しないとされた事例); TGI. Laval, 29 sept. 1969, JCP, 1970, II, 16384, obs., J. L. D. (夫の黙認が存在することを理由に妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); TGI. Quimper, 20 avril 2001, Dr. fam., sept. 2001, com., 78, note, Hervé Lécuyer (夫婦としてではなく単なる親族として生活する旨の合意が存在したという事情の下では夫による不貞行為は離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); CA. Pau, 6 fév. 2006, Dr. fam., sept. 2006, com., 165, note, Virginie Larribau-Terneyre (夫婦の一方がほかの異性と親密な関係を持つことにつき他方が認識および承諾していたという事情の下では一方による不貞行為は離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); CA. Pau, 9 mai 2011, Dr. fam., nov. 2011, com., 165, note, Virginie Larribau-Terneyre (夫婦が別居に同意して相互にほかの異性と親密な関係を持っていたという事情の下では別居後の夫による不貞行為は離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); CA. Chambéry, 4 fév. 2014, JCP, 2014, 697, obs., Guillaume Kessler (夫婦が放蕩生活を送ることに合意し10年あまりにわたってこうした生活を続けてきたという事情の下では夫による不貞行為は離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例); CA. Versailles, 10 sept. 2015, supra note 286 (妻が夫の二重生活を承諾していたという事情の下では夫の貞操義務違反を理由とする妻からの損害賠償請求は認められないとされた事例); etc. また、Cf. CA. Montpellier, 5 nov. 1952, supra note 337 (夫がその過ちを認め妻の不貞関係を認めることを内容とする手紙は無気力からくるものであり妻の不貞関係の黙認には該当しないとされた事例); etc.

369) これに対して、Mignon-Colombet, supra note 304, n^{os}16 et s., pp.11 et s. は、注 (368) で引用した裁判例について、合意や同意が存在したことなく、原告側に一定の有責性があつたことを理由に、離婚請求を否定したものと位置付ける。しかし、判決文の内容からは、こうした理解を導くことはできない。

370) Larribau-Terneyre, supra note 368, p.1.

されることを明確に認めたものがある³⁷⁴⁾。

最後の1つは、夫婦間の義務の相互性という観点から夫婦の一方による義務の違反がある場合に他方による義務の不尊重を正当化するものである。一部の学説は、双務契約で一方当事者に債務の不履行がある場合には他方当事者に不履行の抗弁が認められることに準えて、夫婦関係でも、特定の義務に限定した上で、夫婦の一方に人格的義務の違反がある場合には他方に特定の義務につき不履行の抗弁が認められるべきことを主張する³⁷⁵⁾。そして、一部の裁判例は、この考え方を一般化し、また、婚姻の制度的性格を強調して、夫婦の一方が婚姻義務を尊重せず他方を苦しい状況に置く場合、裁判所には、他方が自己の婚

371) 裁判例の中には、夫婦間の和解の効力が第三者との関係でも一定の意味を持ちうることを認めるものもある。例えば、夫婦の一方が不貞行為をした他方に対して許しを与えた場合、そのことは、一方が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することの妨げになる。Ex. TGI. Seine, 6 fév. 1963, Gaz. Pal., 1963, 2, jur., 36 ; RTD civ., 1964, 114, chr., André Tunc. もっとも、この解決を理論的に説明することには困難が伴う。

372) 注 (373) で引用する文献のほか、Ex. Antonini-Cochin, supra note 304, n^{os}4 et s., pp.23 et s.

373) Xavier Labbé, Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuel ?, préf. Jean Hauser, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 1996, pp.76 et s. ; Id., Le droit commun du couple, 2^{ème} éd., Presses Universitaires de Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2010, pp.103 et s. ; Likillimba, supra note 304, n^{os}195 et s., pp.137 et s. ; Chauvet, supra note 310, p.152 ; etc. また、貞操義務の免除について裁判官の評価に服させることを前提とするものであるが、Larribau-Terneyre, supra note 309, n^{os}30 et s., pp.19 et s.

374) TGI. Lille, 26 nov. 1999, D., 2000, jur., 254, note, Xavier Labbé (相互に貞操義務を免れる旨の条項を含む離婚に向けた一時的な合意について執行力の付与の請求が認められた事例) ; TGI. Paris, 9 fév. 2017, supra note 350 (貞操義務が保護的公序に関わるにすぎないことを導くに際し当事者の同意によりこの義務を免れることができることを根拠とした事例) ; etc.

375) Jean-François Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexécution, préf. Pierre Raynaud, Bibliothèque de droit privé, t.119, LGDJ., Paris, 1971, n^{os}175 et s., pp.172 et s. ; Thomas, supra note 16, pp.80 et s. ; André Brunet, Les incidences de la réforme du divorce sur la séparation de fait entre époux, D., 1977, chr., pp.191 et s. ; etc. また、Cf. Claude-Isabelle Foulon-Piganiol, Le droit de ne pas demander le divorce : À propos de la dispense de cohabitation et de l'arrêt de Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1969, D. 1970. 148, D., 1970, chr., pp.140 et s.

姻義務から解放されることを認める権限があるとする³⁷⁶⁾。この立場は、婚姻義務一般について、客観的な意味での相互性³⁷⁷⁾を理由に、夫婦の一方による違反の場合に他方の義務からの解放を認めるものである。これに対し、多くの裁判例は、夫婦の一方による人格的義務の違反は他方による人格的義務の違反を正当化するものではないとの立場から、上記の考え方を明確に否定する³⁷⁸⁾。夫婦の一方による人格的義務の違反がある場合に、一般的な形で他方に不履行の抗弁を認めたり、人格的義務を免れさせたりすると、例えば、貞操義務の場面では他方による不貞が促進されてしまう等、関係の悪化に繋がり、不履行の抗弁の制度趣旨にも反することになるからである³⁷⁹⁾。この意味において、夫

376) CA. Toulouse, 30 janv. 1961, D., 1961, jur., 324, note, Henri Roland ; RTD civ., 1962, 77, chr., Henri Desbois.

377) 客観的相互性と主観的相互性については、Cf. Janick Roche-Dahan, Les devoirs nés du mariage : Obligations réciproques ou obligations mutuelles ?, RTD civ., 2000, n^{os}5 et s., pp.738 et s.

378) Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 1997, supra note 366 (妻の態度は夫の貞操義務違反を正当化するものではないとして双方の有責離婚を命じた原審を維持した事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 7 mai 2003, n^o01-14.635 ; RTD civ., 2003, 686, chr., Jean Hauser (妻の同居義務違反および貞操義務違反は夫の貞操義務違反を許容するものではないとして双方の有責離婚を命じた原審を維持した事例) ; Cass. 1^{re} civ., 11 avril 2018, supra note 341 ; etc. また、原則として妻による姦通だけに刑事罰が科されていた時代のものであるが³, Cf. Cass. crim., 20 nov. 1885, S., 1886, 1, 88 (夫が夫婦の住居でコンキューブスと暮らしていることは妻の姦通罪を免責するものではないとされた事例) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Orléans, 8 fév. 2005, Dr. fam., juill. 2005, com., 166, note, Virginie Larribau-Terneyre (一方による性的な関係を持つことについての拒絶は他方による貞操義務違反を許容するものではないとして双方の有責離婚が命じられた事例) ; CA. Versailles, 17 mars 2016, Dr. fam., juin 2016, com., 118, note, Jean-René Binet (夫からの愛情の不存在は妻の貞操義務違反を許容するものではないとして双方の有責離婚が命じられた事例) ; CA. Montpellier, 15 nov. 2017, D., 2018, 1109, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; Dr. fam., mars 2018, com., 60, note, Cécile Berthier (妻の度重なる貞操義務違反は夫の貞操義務違反を許容するものではないとして双方の有責離婚が命じられた事例) ; etc. Contra. TGI. Creteil, 3 fév. 1977, Gaz. Pal., 1977, 1, jur., 201 ; RTD civ., 1978, 628, chr., Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi (双方の貞操義務違反は各行為について離婚原因としてのフォートを否定する効果を持つとして双方からの離婚請求が否定された事例) ; etc.

婦間の人格的義務については客観的な意味での相互性が否定されている³⁸⁰⁾。とはいえ、夫婦の一方による人格的義務の違反が他方による人格的義務の違反の評価に全く影響を及ぼさないというわけではない。例えば、夫婦の一方に同居義務違反がある場合、正当な理由があれば他方による扶助や婚姻費用の履行拒絶が認められ³⁸¹⁾、また、夫婦の一方に扶助義務等の違反がある場合、正当な理由があれば他方による同居拒絶が認められる³⁸²⁾。また、裁判例の中には、夫婦の一方による人格的義務の違反の存在およびその程度を考慮して、他方による人格的義務の違反が離婚（および別居）原因としてのフォートになるかどうかを評価するものがある³⁸³⁾。更に、民法典245条1項によれば、離婚訴権を提起した者にフォートがある場合、そのフォートは、相手方配偶者の非難されるべき行為から離婚原因となりうるような重大な性格を奪うことがあるとされている³⁸⁴⁾。これらの規律は、履行拒絶に際しての正当な理由や他方当事者による義務違反の重大性等を考慮し、夫婦間の人格的義務についていわば主観的

379) Pillebout, *supra* note 375, n°177, p.174 ; Maury, *supra* note 283, n°10 et s., pp.522 et s. ; Thomas, *supra* note 16, pp.101 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n°67 et s., pp.72 et s. ; etc. また、理由は付されていないが、Mignon-Colombet, *supra* note 304, n°11 et s., p.10 ; Cornu, *supra* note 250, La famille, n°24, pp.49 et s. ; etc.

380) Roche-Dahan, *supra* note 377, n°5 et s., pp.738 et s.

381) Ex. Cass. 1^{re} civ., 8 mai 1979, n°77-15.822 ; Bull. civ., I, n°135（同居を拒絶している妻からの婚姻費用分担の請求を否定した事例）；Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 1983, D., 1984, jur., 39, note, Janine Revel（同上）；CA. Riom, 15 oct. 2002, Dr. fam., déc. 2003, com., 138, note, Hervé Lécuyer（同居を拒絶している妻からの救護義務の履行請求を否定した事例）；etc. もちろん、同居を拒絶されている妻からの請求は可能である（Ex. Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1973, n°71-14.190 ; Bull. civ., I, n°97 ; D., 1974, jur., 453, note, Philippe Rémy ; etc.）。

382) Cass. req., 20 nov. 1860, D., 1861, 1, 305（夫が住環境を整えないことを理由とする妻による同居拒絶が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）；Cass. req., 2 janv. 1877, D., 1877, 1, 162, rapport, Onofrio（夫が夫婦の住居に無関係な者を居住させたことを理由とする妻による住居からの離脱請求を認めた事例）；Cass. 2^{eme} civ., 15 janv. 1969, n°68-11.259 ; Bull. civ., II, n°16 ; D., 1970, jur., 148, note, Joseph Le Calonnec（同居拒絶を理由に妻の一方的有責離婚を命じた原審について、それが夫の行為により正当化されるかどうか探求されていないとして破棄した事例）；etc.

な形で相互性を持たせることで³⁸⁵⁾、違反された側の義務の効力だけを弱めるものということができる。

なお、これらの様々な解決の多くは、フォートに基づく離婚（および別居）のケースにおけるフォートの評価に関わり、直接的には、損害賠償請求の基礎

383) Cass. req., 23 mai 1923, D., 1924, 1, 76（一方の有責行為が他方の有責行為を宥恕することになるかは裁判官の専断的な評価に服するとして、夫による不貞行為の存在を考慮することなく妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当するとした原審を維持した事例）; Cass. 2^{ème} civ., 5 fév. 1986, n°84-14.467; Bull. civ., II, n°9（夫の行為態様を考慮して妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）; Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 2006, n°04-18.767, supra note 285（夫による不貞行為が先行していたことを考慮して妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）; Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2009, n°08-11.598; PA., 20 mai 2009, 8, note, Armand Lylian Ondo（妻に強度のアルコール依存があったこと等を考慮して夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）; etc.

下級審の裁判例として、CA. Alger, 26 fév. 1895, D., 1895, 2, 344（妻による婚姻義務違反が夫の非難されるべき行為に由来するときは夫の一方的有責離婚または双方的有責離婚が命じられるべきであるとされた事例）; TC. Cherbourg, 23 déc. 1908, RTD civ., 1909, 141, chr., Albert Wahl（自らも貞操義務に違反していた妻が夫の一方的有責離婚を求めることはできないとされた事例）; CA. Paris, 30 juin 1978, Gaz. Pal., 1980, 1, jur., 231, note, J. M.; RTD civ., 1980, 333, chr., Roger Nerson（妻による不貞行為が先行していたことを考慮して夫による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）; TGI. Albertville, 27 nov. 1979, D., 1981, jur., 16, note, A. B.; JCP., 1981, II, 19609, obs., R. L. et Ph. B.（夫が妻に残忍な行為をしていたこと等を考慮して妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）; CA. Chambéry, 29 mai 1984, JCP., 1985, II, 20347, obs., R. L.（夫が不貞行為を繰り返し妻への愛情を失っていたこと等を考慮して妻による不貞行為が離婚原因としてのフォートに該当しないとされた事例）; CA. Douai, 27 sept. 2007, supra note 343; CA. Pau, 9 mai 2011, supra note 367; CA. Douai, 19 déc. 2013, Dr. fam., fév. 2014, com., 22, note, Jean-René Binet（妻がほかの男性との間で子をもうけたことが夫による生殖の拒絶に由来することを理由に、フォートに基づく離婚が否定され、夫婦関係の終局的な変質による離婚が命じられた事例）; TGI. Paris, 9 fév. 2017, supra note 350（貞操義務が保護的の公序に関わるにすぎないことを導くに際し一方の行為態様により他方の貞操義務違反がフォートに該当しないと評価されることを根拠とした事例）; etc.

384) 245条1項の規律を不履行の抗弁の現れとして位置付ける見解もある。Buffelan-Lanore et Garcia, supra note 309, n°60 et s., pp.19 et s.; Moracchini-Zeidenberg, supra note 281, n°16, pp.781 et s.; etc.

としてのフォートの評価に関わるものではない。また、離婚（および別居）原因としてのフォートと不法行為上のフォートとの間には、一定の相違もある³⁸⁶⁾。前者は、客観面では、後者のような単なる義務の違反ではなく³⁸⁷⁾、婚姻から生ずる債務および義務の違反が重大または繰返しのもので、共同生活の維持を耐え難くするものであることを（民法典242条、296条を参照）³⁸⁸⁾、主観面では、後者とは異なり³⁸⁹⁾、帰責のための前提として識別能力が存在することを求めているからである³⁹⁰⁾。しかし、いずれのフォートにおいても、義

385) Roche-Dahan, *supra* note 377, n°14 et s., pp.748 et s. また、Cf. Chartier, *supra* note 283, *Domicile conjugal...*, n°36 et s., pp.543 et s.

386) Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n°61 et s., pp.49 et s. は、離婚（および別居）原因としてのフォートにおいては主観的要素が必要とされていること等を理由に、これと不法行為上のフォートとを同一視することはできないとする。しかし、仮に上記の相違が存在するとしても、いずれのフォートでも義務違反が前提とされ、その評価方法が共通していることに変わりはないため、その限りにおいて、2つのフォートを同列に捉えることは差し支えない。

387) 不法行為上のフォートの客観的側面については、拙稿・前掲注（36）81頁以下。

388) その結果、離婚原因としてのフォートの存在が否定され、民法典1240条にいうフォートの存在が肯定されることはある。Ex. CA. Bordeaux, 9 sept. 2014, *supra* note 285.

389) 不法行為上のフォートの主観的側面については、拙稿・前掲注（36）81頁以下、同・前掲注（3）「家族のメンバーによる不法行為と責任」124頁以下。

390) Cass. req., 5 août 1890, D., 1891, 1, 365 ; S., 1894, 1, 15（心身喪失状態の下でされた妻による暴行等について離婚原因としてのフォートが否定された事例）；Cass. req., 4 mars 1902, D., 1902, 1, 192 ; S., 1902, 1, 388（精神障害の影響下でされた夫による暴行、侮辱等について別居原因としてのフォートが否定された事例）；Cass. req., 15 mai 1912, D., 1912, 1, 303 ; S., 1912, 1, 360（同上）；Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1955, Bull. civ., II, n°331 ; D., 1956, som., 34（精神障害の影響下でされた妻による失踪、浪費、侮辱的言動等について離婚原因としてのフォートが否定された事例）；Cass. 2^{ème} civ., 10 oct. 1956, Bull. civ., II, n°498（精神障害の影響下でされた妻による侮辱行為について離婚原因としてのフォートが否定された事例）；Cass. 2^{ème} civ., 13 mars 1957, Bull. civ., n°224（精神障害が離婚原因としてのフォートを否定するほどのものではないとして妻の一方的有責離婚を認めた原審を維持した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 19 janv. 1961, Bull. civ., n°55（精神障害が離婚原因としてのフォートを否定するほどのものではないとして夫の一方的有責離婚を認めた原審を維持した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 31 oct. 1962, n°61-11.952 ; Bull. civ., II, n°683（精神障害が離婚原因としてのフォートを否定

務違反の存在が前提とされていることに変わりはなく、この部分の判断の仕方は共通している³⁹¹⁾。夫婦の一方のフォートを理由とする離婚を肯定し、特段の理由を付すことなく他方からの民法典1240条に基づく損害賠償請求を認容

(前頁からつづき)

するほどのものではないとして妻の一方的有責離婚を認めた原審を維持した事例); Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1963, Bull. civ., II, n°437 (精神障害の影響下でされた夫による家族の放棄について離婚原因としてのフォートが否定された事例); Cass. 2^{ème} civ., 19 janv. 1966, n°64-13.849; Bull. civ., II, n°75 (精神障害の影響下でされた夫による婚姻義務の違反について離婚原因としてのフォートが否定された事例); Cass. 2^{ème} civ., 12 mars 1980, D., 1981, IR., 76, obs., André Breton (心神喪失状態の下でされた妻の行為について離婚原因としてのフォートが否定された事例); Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1991, n°90-14.277 (同上); Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2009, n°08-20.710; D., 2010, 1243, chr., Lina Williatte-Pellitteri; Dr. fam., janv. 2010, com., 8, note, Ingrid Maria (当該行為が精神障害の影響下でされたものであるかどうか探求されていないとして妻の一方的有責離婚を認めた原審を破棄した事例); Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, n°10-17.566 (精神障害が離婚原因としてのフォートを否定するほどのものではないとして妻の一方的有責離婚を認めた原審を維持した事例); etc. また、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 2 mai 1958, D., 1958, jur., 509, note, André Rouast; RTD civ., 1959, 76, chr., Henri Desbois (離婚原因としてのフォートを認めるためには行為者に識別能力があれば足り故意の存在は必要でないと言われた事例); Cass. 2^{ème} civ., 19 juill. 1976, n°75-12.692; Bull. civ., II, n°257 (同上); etc. なお、識別能力が存在しないことを理由にフォートの不存在を導いたものかどうかは判然としませんが、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 29 mai 1957, D., 1957, jur., 480 (妻が10人の子を産み育てていたという事情の下でされた行為について、重い負担に由来する精神的な反応であること理由に、離婚原因としてのフォートが否定された事例); etc. 夫の精神的な病気を考慮して妻に付与されるべき損害賠償の額を算定したものとして、Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1998, n°96-13.589.

下級審の裁判例として、CA. Alger, 11 juill. 1892, D., 1893, 2, 20 (心神喪失状態の下でされた妻による暴行、暴言、放浪について、その状態が自ら招来されたものであることを理由に、離婚原因としてのフォートが肯定された事例); CA. Aix, 3 juin 1936, supra note 316; CA. Rennes, 8 mars 1944, DA., 1944, 101 (妻による放浪が精神障害の影響下でされたものであるかどうかを判断するため鑑定人の選任が命じられた事例); CA. Montpellier, 11 mars 1953, D., 1953, jur., 258; JCP., 1953, II, 7557, obs., G. M.; RTD civ., 1953, 521, chr., Gaston Lagarde (心神喪失状態の下でされた妻による不貞行為について離婚原因としてのフォートが否定された事例); TGI. Coutances, 13 janv. 1965, JCP., 1965, II, 14130, obs., J. A. (精神障害の影響下でされた妻による嫉妬行為等について離婚原因としてのフォートが否定された事例); CA. Toulouse, 29 oct. 1997, Dr. fam., avril 1998, com., 51, note, Hervé Lécuyer (精神

する裁判例の解決は、このことを明確に示している³⁹²⁾。そして、裁判官は、フォートに基づく離婚（および別居）が認められるかどうかを評価することを通じて、夫婦関係における新たな義務を創造し³⁹³⁾、または、夫婦の人格的義務の外延を明らかにしている³⁹⁴⁾。従って、これらの様々な解決は、損害賠償請求の場面でも、一方では、一般的な誠実義務の観点を踏まえて、その基礎となる夫婦間の人格的義務の範囲を拡大させることに繋がり、他方では、夫婦関係の状況、合意や一方による同意の存在、義務の主観的な相互性という視点を

（前頁からつづき）

分裂病にり患した妻による行為について離婚原因としてのフォートが否定された事例)；CA. Grenoble, 10 janv. 2000, Dr. fam., juill. 2002, com., 84, note, Fédérica Oudin（心神喪失状態の下でされた妻による子の殺害行為について離婚原因としてのフォートが否定された事例)；CA. Bordeaux, 8 janv. 2002, Dr. fam., juill. 2002, com., 84, note, Fédérica Oudin（精神障害の影響下でされた妻による夫への暴力行為および社会的孤立について離婚原因としてのフォートが否定された事例)；CA. Agen, 5 déc. 2013, Dr. fam., avril 2014, com., 68, note, Ingrid Maria（精神障害の影響下でされた夫による妻への暴力行為について離婚原因としてのフォートが否定された事例)；etc.

391) Pons, supra note 17, n°301 et s., pp.180 et s. ; etc. これに対して、Kessler, supra note 272, n°9 et s., pp.3 et s. は、夫婦の人格的義務の違反を理由とする損害賠償請求においては、その基礎となる不法行為上のフォートについて、単純フォートではなく、一定の特徴付けられたフォートが要求されていると評価する。

392) Ex. CA. Angers, 23 mai 2011, supra note 285 ; CA. Lyon, 23 mai 2011, supra note 285 ; CA. Aix-en-Provence, 27 nov. 2012, supra note 285 ; CA. Paris, 10 avril 2013, supra note 285 ; CA. Bourges, 13 fév. 2014, supra note 285 ; CA. Rouen, 22 oct. 2015, supra note 285 ; CA. Riom, 3 nov. 2015, supra note 285 ; etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 2012, n°10-23.411 ; RTD civ., 2012, 105, chr., Jean Hauser（離婚原因としてのフォートとは別のフォートの存在が証明されていないとして妻からの損害賠償請求を棄却した原審について、離婚原因としてのフォートにより婚姻の解消から生ずる損害とは別の損害が発生したかどうか探求されていないとして破棄した事例)；etc. なお、夫の一方的有責離婚を認めること、従って、妻に離婚原因としてのフォートが存在しないことを確認することにより、夫からの民法典1240条に基づく損害賠償請求の要件が充足されていないことを明らかにしたことになるとしたものとして、Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2009, n°08-16.916.

393) Françoise Dekeuwer-Défossez, Impressions de recherche sur les fautes causes de divorce, D., 1985, chr., pp.219 et s. ; Garé, supra note 322, p.311.

394) Bénabent, supra note 264, n°135, pp.119 et s.

踏まえて、その基礎となる夫婦間の人格的義務の範囲を縮小させることに繋がる。

以上の実定法の状況を本稿の問題関心に従って整理すると、次のようになる。実定法は、婚姻制度や夫婦であることに由来する人格的義務の強度を一定の面で弱める一方、個人間における一般的な誠実または尊重の観点を夫婦関係の中で具体化させたかのような義務を強化する傾向にある。このことを損害賠償請求の保護対象という視点から捉え直すと、実定法は、配偶者としての身分や地位に由来する個別的な権利や利益の保護を弱め³⁹⁵⁾、夫婦という身分や地位に着目することなく³⁹⁶⁾、人格の実現に必要不可欠な関係に由来する権利や利益、または、個人としての人格的な権利や利益の保護を強化しているといえることができる³⁹⁷⁾。そして、こうした変化の背後には、緩やかな形で³⁹⁸⁾婚姻の脱制度化または契約化ないし意思支配化³⁹⁹⁾、更に、夫婦という制度的なユニットよりも個人を重視する、カップルに関わる法の基本的な動向がある⁴⁰⁰⁾。また、実定法は、いずれの解決においても、少なくとも法律論の上では、問題を義務の次元で捉えており、夫婦間の義務をそのままにしておいて、サンクションの次元だけでこれを強化したり⁴⁰¹⁾、制約したりすることはしていない。この点は、特に、人格的な義務の違反が存在し、不法行為に基づき損害賠償を請求するための要件が充足されているにもかかわらず、夫婦関係の存在や家庭の平和と

395) かつては、配偶者という身分や地位に由来する個別的な権利や利益を損害賠償請求の保護対象として指定する考え方を前提に、精神的損害の具体的な内容について、夫または妻としての名誉、評判、および、尊厳等を想定する理解が多かったが (Théodore-François-Nicolas Rebel, *L'adultère*, Colillon, E, Dentu, Paris, 1861, n^o184 et s., pp.141 et s. (妻による貞操義務違反を理由に夫に生ずる損害); Lacoste, *supra* note 299, p.137 (夫による性関係を持つことについての拒絶を理由に妻に生ずる損害); Pierre Gervésie, *Pension alimentaire après divorce* (Article 301 du Code Civil), LGDJ., Paris, 1928, pp.56 et s. (貞操義務違反を理由に生ずる損害); Thomas, *supra* note 16, pp.306 et s. (同上); Guiton, *supra* note 272, n^o3, p.247 (婚姻中の違法行為を理由に生ずる損害); etc.)、今日では、こうした理解の仕方はほとんどみられない。

396) Cf. Perreau, *supra* note 299, pp.425 et s. また、Cf. Id., *Des droits de la personnalité*, RTD civ., 1909, pp.508 et s.

いった外在的理由によりその請求が制限されることはないという意味でも、重要性を持つ。

第2に、カップルの関係がパクスである場合について、パクスの当事者の一

397) このことは、夫婦の一方による貞操義務の違反を認めながら、当該夫婦の実態を踏まえ、損害が生じていないことを理由に他方からの損害賠償請求を否定したり、他方に付与されるべき損害賠償の額を減らしたりする判例の解決にも現れている。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 8 mars 1989, n°88-11.765（夫婦双方が不貞関係を維持していたという事案で、損害の不存在を理由に夫からの損害賠償請求を棄却した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 7 oct. 1999, n°98-12.282（双方の責めに帰すべき原因により夫婦関係が破綻していた時に夫がほかの女性と親密な関係を持ったという事案で、妻に生じた損害を1フランと算定した原審を維持した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 8 fév. 2001, n°99-15.476（事実上の別居から12年後に夫がほかの女性と親密な関係を持ったという事案で、損害の不存在を理由に妻からの損害賠償請求を棄却した事例）；etc. また、Cf. CA. Dijon, 28 nov. 1995, RTD civ., 1996, 589, chr., Jean Hauser. これは、Ducrocq Paywels, supra note 272, n°404 et s., pp.264 et s. が強調する点である（ただし、フォートと損害との混同がみられる）。

398) 実定法は、一部の学説が主張するような急進的ないし全面的なカップル関係の契約化（Labbé, supra note 373, Les rapports juridiques... ; Id., supra note 373, Le droit commun... ; Id., Le mariage homosexuel et l'union civile, JCP, 2012, 977, pp.1642 et s. ; Id., L'obligation implicite de fidélité dans le concubinage, Gaz. Pal., 2014, p.67 ; Id., La contractualisation du droit familial : Et après ?, in, Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck, LexisNexis, Paris, 2015, pp.261 et s. ; etc.）からは距離を置いている。

399) 本文で扱った素材だけからも明らかになるとおり、実定法は、夫婦間の問題、特に夫婦の人格的な側面を規律するために契約という法技術および契約に関わる制度を常に用いているわけではない。従って、婚姻の契約化という表現は、一種の比喩として用いたり、契約法の基本原則である契約自由や意思自治だけを示すものとして使用したりするのであればともかく、契約の法制度に依拠するという意味で使うとすれば、適切さを欠く。実定法では、婚姻の契約化というよりも、一定の枠の下における個人意思による支配が現れるとみるべきである。Cf. Françoise Dekeuwer-Défossez, La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in, Approche critique de la contractualisation, sous la dir. Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez avec soutien de la Mission de recherche Droit et Justice et du Centre René Domogou de l'Université de Lille 2, LGDJ., Paris, 2007, p.178. 同じく契約というよりも個人の意思に力点を置いた説明をするものとして、Niboyer, supra note 281, n°269 et s., pp.153 et s.

400) Niboyer, ibid. ; Ruffieux, supra note 133, n°56 et s., pp.64 et s. et n°125 et s., pp.127 et s. ; etc.

方が、同居を一時的に停止したり、ほかの者と親密な関係を持ったりした場合には、パクスの解消とは関わりなく⁴⁰²⁾、他方当事者に対して損害賠償の支払を義務付けられることはあるか、仮にこの問いが肯定されるとして、どのような内容の損害を賠償する義務を負うか。これらの問いに答えるためには、その前提として、パクスの当事者は、夫婦と同じように、相互に同居や貞操等の人格的な内容を持つ義務を負うのか、それとも、一般的な誠実または尊重の義務を負うにすぎないのか、本稿の問題関心に即していえば、上記の場面における損害賠償請求の保護対象として、パクスの当事者という地位から生ずる個々の人格的な権利や利益が想定されるのか、それとも、こうした地位とは切り離された個人としての権利や利益だけが想定されるのかという点の解明が必要となる。

パクスは、1999年11月15日の法律により導入された制度である。当時の条文によれば、パクスの当事者に対しては相互に財産的な援助をする義務だけが課されており（2006年6月23日の法律による改正前の民法典旧515-4条1項）、少なくとも条文の上では、パクスにおいて人格的な内容を持つ義務は存在しなかった⁴⁰³⁾。その後、2006年6月23日の法律による改正に伴い、パクスの当事

401) 例えば、離婚について有責である配偶者の資力やフォートの重大性を考慮して他方からの損害賠償を増額することは認められない。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 21 juill. 1982, n°81-15.236; Bull. civ., II, n°109; D., 1982. IR, 426; Defrénois, 1983, art. 33022, 336, note, Jean-Luc Aubert; Defrénois, 1983, art. 33082, 771, note, Jacques Massip（離婚について有責である配偶者の資力を考慮して損害賠償額を算定した原審を破棄した事例）; Cass. 2^{ème} civ., 12 janv. 2011, n°09-15.426（離婚について有責である配偶者のフォートの重大性を考慮して損害賠償額を算定した原審を破棄した事例）; etc.

402) 本文で述べたような状況が生じた場合、現実的には、まずパクスが解消され、その後他方当事者による損害賠償請求が行われる。そのため、実際上は、関係継続中の出来事に由来する損害の賠償と関係の解消によって生ずる損害の賠償とが同時に主張される。もっとも、夫婦の人格的義務の違反から生ずる損害の賠償と離婚によって生ずる損害の賠償とが明確に区別されているのと同じく、理論的にみれば、フォートの中身においても、保護対象の点においても、両者は厳密に区別されなければならない。なお、パクスの当事者が関係の解消との関連で被った損害の賠償については、②一で扱われる。

403) CA. Paris, 9 nov. 2006, AJ fam., fév. 2007, 94, obs., François Chénéde は、救済義務および扶助義務の不存在を理由に、これらの違反を理由とする損害賠償請求を棄却している。

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ものとされるに至った（同515-4条1項）⁴⁰⁴⁾。この改正によって、パックスの当事者には、一定の範囲での人格的義務、すなわち、共同生活および相互扶助という人格的な内容を持つ義務が課されていることが明らかにされた。

こうした経緯との関連では、以下の2点に留意が必要である。1つは、2006年6月23日の法律による改正でパックスの当事者に人格的義務が課されたことを契機として、パックスの婚姻化⁴⁰⁵⁾、準婚姻としてのパックス⁴⁰⁶⁾、第2の婚姻としてのパックス⁴⁰⁷⁾、婚姻のクローンとしてのパックス⁴⁰⁸⁾、コンキェビナーージュを超えるものから小さな婚姻への移行⁴⁰⁹⁾等が語られるようになってきているが、仮にこうしたスローガンが適切な表現であるとしても、このことだけから、パックスの当事者に対して婚姻の場合と同じ強度の人格的義務が課されているとの理解を導くことはできないという点である。例えば、パックスの当事者と夫婦に対して等しく同居義務が課されているとしても、パックスと婚姻とにおいて関係の

404) この点については、Cf. Philippe Simler et Patrice Hilt, Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, JCP, 2006, I, 161 ; Judith Rochfeld, Réforme du PACS. Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO 24 juin 2006, p.9513), RTD civ., 2006, pp.624 et s. ; Hugues Fulchiron, Le nouveau PACS est arrivé ! (Commentaire de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions), Defrénois, 2006, art. 38471, pp.1621 et s. ; Virginie Larribau-Terneyre, L'amélioration du Pacs : un vrais contrat d'union civile. — À propos de la loi du 23 juin 2006, Dr. fam., janv. 2007, étude 1 ; etc.

405) Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, in, La contractualisation de la famille, sous la dir. Dominique Fenouillet et Pascal de Vareilles-Sommières, Economica, Paris, 2001, pp.111 et s. ただし、2006年6月23日の法律による改正前の状況を批判的に検討する文脈での表現である。

406) Simler et Hilt, supra note 404.

407) Michel Grimaldi, Réflexions sur le Pacte civil de solidarité du droit français, Defrénois, 2003, art. 37763, n°10, p.822. ただし、2006年6月23日の法律による改正前の状況ではパックスに人格的義務はないためそのようなものとして位置付けることはできないという文脈での表現である。

408) Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°357, pp.217 et s.

409) Bénabent, supra note 264, n°424, p.315.

解消や義務違反のサンクション等に関わる仕組が異なっていることを強調すれば、両者の同居義務の強度に差があると理解することも可能になるはずだからである⁴¹⁰⁾。もう1つは、民法典515-4条1項の文言だけから、パクスの当事者には共同生活および相互扶助以外の人格的な内容を持つ義務が課されることはないという解釈や、2006年6月23日の法律による改正前のパクスでは一切の人格的な内容を持つ義務は存在しなかったという理解を導くこともできないという点である。パクスが共同生活を組織するための契約である（同515-1条）とすれば、当事者に対しては、一方で、契約によって作り出される義務や契約であることに由来する義務が、他方で、人と人との関係に由来する一般的な義務が課される可能性があり、こうした意味での義務の中に人格的な内容が含まれるという理解の仕方も想定されるからである。以上のことを前提に、条文に明示されている共同生活の義務の違反を理由とする損害賠償請求と、そこに明示されていない当事者以外の者と親密な関係を持ったことを理由とする損害賠償請求の問題を検討する。

まず、パクスの当事者の一方が共同生活の義務に違反したことを理由とする他方からの損害賠償請求についてみると、共同生活の義務の中身として具体的に何を想定するかという点、すなわち、夫婦に義務付けられている生活の共同（民法典212条）とパクスの当事者に義務付けられている共同生活（同515-4条1項、同515-1条）との間に有意な差を認めるかという問いとの関連も含め⁴¹¹⁾、どこまでを共同生活の義務として捉えるかという点は別としても⁴¹²⁾、

410) Cf. Ruffieux, *supra* note 133, n^o175 et s., pp.191 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n^o387 et s., pp.230 et s.

411) この点については、夫婦間における生活の共同には、生活や住居という側面に加えて、運命や人生といった側面の共同が含まれるのに対し、パクスおよびコンキュビナージュにおける共同生活には、文字通りの生活や住居の共同という側面だけが含まれるとする見解（Ex. Niboyer, *supra* note 281, n^o204, p.123 ; Mirabail, *supra* note 367, pp.120 et s. ; etc.）と、両者を同一視してそれらに運命や人生の共同という意味を込める見解（Ex. Labbé, *supra* note 373, *Le droit commun...*, pp.99 et s. ; Philippe, *supra* note 354, pp.20 et s. ; Saulier, *supra* note 353, n^o72 et s., pp.85 et s. ; etc.）とがある。

現在の条文を前提とした場合に⁴¹³⁾、最低限の要素として同居が共同生活の中に含まれること、従って、パクスの当事者が相互に同居義務を負うことは明らかである。そして、ここから、一方当事者が同居を拒絶したときには他方当事者からの同居義務違反を理由とする損害賠償請求も認められるとの理解が導かれうる。この理解では、パクスの当事者という地位に由来する同居への権利ないし利益が損害賠償請求の保護対象として想定される。

とはいえ、これは、理論的な可能性の1つにすぎない。まず、理論的な可能性にすぎないというのは、仮に上記の理解の仕方を受け入れるとしても、パクスの場合には、婚姻の場合とは異なり、関係の解消が容易であるため、当事者の一方が同居を拒絶しながらパクスを解消せず、かつ、他方も関係を維持しながら損害賠償だけを請求するという事態は、現実的には想定されないからであ

412) 憲法院は、民法典515-1条にいう共同生活には、単なる同居のみならず、カップルとしての生活も含まれること、そのことから、一定の近親者間で締結されたパクス、婚姻関係にある者によって締結されたパクス、および、既にパクスを締結している者によって締結されたパクスを無効とする条文（同515-2条）が正当化されることを判示している（Cons. const., 9 nov. 1999, n°99-419 DC ; PA., 1^{er} déc. 1999, 6, note, Jean-Eric Schoettl ; D., 2000, som., 424, obs., Stéphanie Garneri ; JCP, 2000, I, 280, chr., Geneviève Viney ; RTD civ., 2000, 109, chr., Jacques Mestre ; PA., 26 juill. 2000, 11, note, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux ; RDP, 2000, 203, note, Philippe Blanchère et Jean-Baptiste Seube. この判決については、Cf. Nicolas Molfessis, La réécriture de la loi relative au PACS par le conseil constitutionnel, JCP, 2000, I, 210, pp.399 et s. なお、JCP. éd. N., 2000, pp.270 et s. にもほぼ同じ内容の論文が掲載されている）。憲法院判決では、ここでいうカップルとしての生活が具体的に何を意味するかについて明らかにされていないが、カップルとしての生活という点から正当化されている条文の内容を踏まえて判断すると、そこに性的な要素が含まれていることは確かである。従って、この憲法院判決を前提にすれば、パクスの当事者は、少なくとも居住の側面および性的な側面については、夫婦間の生活共同義務と同じ内容を持つ義務＝共同生活義務を負っていることになる。

413) 2006年6月23日の法律による改正前においては、条文上パクスの当事者には共同生活義務が課されていなかったため、コンキュビナーージュの場合と同様、共同生活はパクスの存続要件であり、当事者の義務を構成しないと理解することも可能であった。Ex. Françoise Dekeuwer-Défossez, PACS et famille : Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTD civ., 2001, p.540 ; Grimaldi, supra note 407, n°5, p.817 ; etc.

る⁴¹⁴⁾。次に、可能性の1つにすぎないというのは、パクスの場合には、婚姻の場合とは異なり、同居義務違反についてフォートに基づく離婚のような特別のサンクションが予定されていないだけでなく、解消の自由が前提とされていることからすると⁴¹⁵⁾、立法的な態度決定として、同居への権利ないし利益およびその母胎となるパクスの当事者という地位それ自体が弱いものとして措置されていると理解することもでき、そこから、この場面では、同居との関連で法的に保護される権利や利益が存在しないと解釈する可能性もあるからである⁴¹⁶⁾。

次に、パクスの当事者の一方が他方以外の者と親密な関係を持ったことを理由とする他方からの損害賠償請求が認められるかどうかは、パクスの各当事者に対して他方との関連で貞操に関わる何らかの義務が課されているか、反対からいえば、パクスの各当事者が他方に対して貞操に関わる何らかの権利や利益を主張することができるかという問いに従属する。

一方で、パクスにおいて貞操義務は存在しないというのが多くの裁判例による理解の仕方である⁴¹⁷⁾。これらの裁判例は、その理由を明示していないが、これを支持する多くの見解によれば、その根拠は、立法だけが性の排他性を命ずることができるところ515-4条1項はその対象から貞操義務を除外することによりパクスの当事者に貞操義務を課さないという明確な態度決定をしたこと⁴¹⁸⁾、作為義務と不作為義務とは性格が全く異なるため同居という作為義務

414) Ruffieux, *supra* note 133, n^{os}181 et s., pp.197 et s. ; Ducrocq Paywels, *supra* note 272, n^o335, p.214.

415) 婚姻の場合には、離婚が認められるケースが定められているが（民法典229条を参照）、パクスの場合には、そのような規律は存在しない。

416) 問題関心は異なるが、Cf. Ruffieux, *supra* note 133, n^{os}175 et s., pp.191 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n^{os}387 et s., pp.230 et s.

417) CA. Montpellier, 4 janv. 2011, Dr. fam., juin 2011, com., 89, note, Virginie Larrribaut-Terneyre ; D., 2012, 983, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau（貞操義務違反を理由とする損害賠償請求の否定）；CA. Rennes, 5 mai 2015, RTD civ., 2015, 855, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., juill. 2015, com., 140, note, Jean-René Binet ; D., 2016, 1343, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau（同上）；etc.

の中に貞操という不作為義務を読み込むことはできないこと⁴¹⁹⁾、各人が誰とどのような性的関係を持つかという点をパックスの当事者の合意によって規律させるのは適切でないこと⁴²⁰⁾等⁴²¹⁾に求められる⁴²²⁾。これらの根拠は、いずれも、究極的には当事者の性的自由への配慮という視点に立脚する⁴²³⁾。この理解によれば、パックスの当事者の一方が他方以外の者と親密な関係を持ったとしても、貞操義務の違反は存在せず、他方はそのことを理由に損害賠償を請求すること

418) Jean Hauser, Statut civile des partenaires, JCP éd. N., 2000, n°36, p.6 ; Id., infra note 429, p.271 ; Dekeuwer-Défossez, supra note 413, pp.540 et s. ; Fenouillet, supra note 405, pp.86 et s. ; Likillimba, supra note 304, n°252, pp.167 et s. (ただし、当事者の合意により貞操義務を導入する可能性を肯定する) ; Fulchiron, supra note 404, p.1633 ; Niboyer, supra note 281, n°213, pp.127 et s. ; Bazin, supra note 304, p.173 ; Garrigue, supra note 290, n°208, pp.155 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n°231, pp.235 et s. ; Moracchini-Zeidenberg, supra note 281, n°12, p.780 ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°389, pp.231 et s. ; etc.

419) Hauser, infra note 429, p.270 ; Likillimba, ibid. ; Garrigue, supra note 290, n°209, p.156 ; Ruffieux, supra note 133, n°233 et s., pp.236 et s. ; etc.

420) Hauser, supra note 418, n°36, p.6 ; Id., infra note 429, p.271 ; Dekeuwer-Défossez, supra note 413, pp.540 et s. ; Fenouillet, supra note 405, pp.86 et s. ; Dominique Vich-Y-Llado, La désunion libre, t.1, préf. Françoise Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, Paris, 2001, pp.108 et s. ; Fulchiron, supra note 404, p.1633 ; Larribau-Terneyre, supra note 404, n°19, p.7 ; Mirabail, supra note 367, pp.122 et s. ; Niboyer, supra note 281, n°215 et s., pp.128 et s. ; Bazin, supra note 304, p.173 ; Garrigue, supra note 290, n°213 et s., pp.158 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n°238 et s., pp.239 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n°422, pp.283 et s. ; Saulier, supra note 353, n°84, pp.94 et s. ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°389, pp.231 et s. ; Frédérique Granet-Lambrechts, Le pacte civile de solidarité, J.-CL., Civil Code, Art. 515-1 à 515-7-1, Fasc. unique, 2017, n°99, pp.37 et s. ; etc.

421) 貞操義務が婚姻の指導的公序に属することを理由にパックスにおける貞操義務の存在を否定する見解もあるが (Sébastien de Benalcázar, Pacs, Mariage et filiation : Étude de la politique familiale, préf. Bernard Beignier, Collection de Thèses, t.27, Defrénois, Paris, 2007, n°103 et s., pp.121 et s.)、実定法で夫婦間における貞操義務の脱指導的公序化という現象がみられることに鑑みると説得的でない。

422) 理由は付されていないが、貞操義務を否定するものとして、Jean-Jacques Lemouland, Présentation de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civile de solidarité, D., 1999, chr., p.484 ; Grimaldi, supra note 407, n°5, p.817 ; Égée, supra note 310, n°1158, pp.546 et s. ; etc.

はできない。言い換えれば、パクスの各当事者は、相手方の性的自由への配慮という視点に基づき、相手方の貞操との関連で法的に保護される権利や利益を持たない。

もっとも、この立場を前提とする場合であっても、パクスの各当事者に対して個人間の関係を規律する尊重義務や誠実義務が課され、また、パクスの各当事者が他方から自己の人格を尊重されることについて権利や利益を持つと理解することは否定されない。こうした尊重や誠実の観点を、契約法理、例えば、契約連帯やパクスという契約の類型的な解釈によって基礎付けるのか⁴²⁴⁾、それとも、一般的な信義誠実から正当化するのか⁴²⁵⁾という点には議論がありうるが、このことを措くとすれば、パクスの各当事者に、相手方以外の者と性的な関係を持たないという意味での貞操義務ではないものの、個別の状況に応じて相手方に配慮を示しその人格を尊重するという意味での誠実義務が課せられること、そして、このような義務の違反を理由とする損害賠償請求は可能であることが、貞操義務の存在を否定する見解によっても説かれている⁴²⁶⁾。確かに、場合によっては、パクスの当事者の一方が他方以外の者と性的な関係を持つことにより他方の人格等が害されること、性的関係の存在が誠実義務の違反を基礎付ける事実となりうることもあるが、この場面における損害賠償請求の保護対象は、あくまでも他方との繋がりに由来する一方の個人としての人格的な権

423) Hauser, *infra* note 429, p.271 ; Dekeuwer-Défossez, *supra* note 413, pp.540 et s. ; Fenouillet, *supra* note 405, pp.86 et s. ; Bernard Beignier, *Le droit des personnes à l'épreuve du PACS*, in, *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défossez, LGDJ., Paris, 2002, p.69 ; Larribau-Terneyre, *supra* note 404, n°19, p.7 ; Niboyer, *supra* note 281, n°216, p.129 ; Garrigue, *supra* note 290, n°210, p.157 ; etc.

424) Cf. Hauser, *supra* note 418, n°40, pp.6 et s. ; Larribau-Terneyre, *ibid.* ; Ruffieux, *supra* note 133, n°235 et s., pp.237 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n°428, pp.316 et s. ; etc.

425) Cf. Beignier, *supra* note 423, p.69 ; etc.

426) Hauser, *supra* note 418, n°40, pp.6 et s. ; Beignier, *ibid.* ; Larribau-Terneyre, *supra* note 404, n°19, p.7 ; Garrigue, *supra* note 290, n°237 et s., pp.182 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n°235 et s., pp.237 et s. ; Bénabent, *supra* note 264, n°428, p.316 ; etc.

利や利益であり、他方の貞操との関連における権利や利益ではない。そのため、このことを誠実義務の名の下における貞操義務の再導入⁴²⁷⁾と評することは適切でない。とはいえ、夫婦間においても、他者と性的な関係を持たないという狭い意味での貞操義務のほかに、一般的な誠実義務に解消されうるような貞操義務が存在したことを想起するとき、パクスの当事者間においては、前者の意味での貞操義務は存在しないが、後者の意味での貞操義務は存在するという形で整理することは差し支えない⁴²⁸⁾。

他方で、一部ではあるが、パクスにおいて貞操義務の存在を認める裁判例もある^{429, 430)}。この裁判例およびこれを肯定的に評価する見解を厳密に分析していくと、2つの説明の仕方を抽出することができる。1つは、夫婦関係における貞操義務を範型として⁴³¹⁾、およそすべてのパクスにおいて貞操義務の存在を認めるものである。この説明の仕方は、民法典515-4条1項に規定されている共同生活や相互扶助の義務の中に貞操義務が含まれることや⁴³²⁾、二重のパクスが禁止されていること⁴³³⁾を、その根拠とする。もう1つは、合意を起点

427) Beignier, *ibid.*

428) Cf. Ruffieux, *supra* note 133, n^o235 et s., pp.237 et s.

429) TGI. Lille, 5 juin 2002, D., 2003, 515, note, Xavier Labbé ; RTD civ., 2003, 270, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., mai 2003, com., 57, note, Bernard Beignier (パクスの当事者に貞操義務が課されていることを前提に当事者の一方による不貞行為の事実確認を目的とした執行吏の選任が認められた事例)

430) 一部の学説は、Cons. const., 9 nov. 1999, *supra* note 412がいうカップルとしての生活の中に貞操義務を読み取ろうとする。Molfessis, *supra* note 412, n^o22, p.405 ; Bazin, *supra* note 304, p.174 ; Ben Hadj Yahia, *supra* note 304, n^o735 et s., pp.665 et s. ; Granet-Lambrechts, *supra* note 420, n^o98, p.37 ; etc.

431) Molfessis, *ibid.*

432) Labbé, *supra* note 373, Le droit commun..., pp.101 et s. ; Villa-Nys, *supra* note 304, pp.98 et s. ; Simler et Hilt, *supra* note 404, n^o13, p.4 ; Philippe, *supra* note 354, pp.21 et s. ; etc. また、TGI. Lille, 5 juin 2002, *supra* note 429は、(当時の法状況ではこれを認める明文の規定が存在しなかったため民法典515-1条から導かれる) 共同生活義務と信義則とを接合させて、パクスの当事者には共同生活を誠実に履行する義務が課せられており、そこには、あらゆる形式の不貞行為をしない義務が含まれるとする。

として、一定のパクスにおいてのみ貞操義務の存在を認めるものである。この説明の仕方は、夫婦間で合意に基づく貞操義務の排除が認められることがあるとすれば⁴³⁴⁾、パクスの当事者間でも合意に基づき貞操義務を導入することは可能であるとして⁴³⁵⁾、合意を介してカップル間の貞操の問題を一元的に把握しようとするものである。貞操義務に関する合意の存在を推定する等、合意の認定の仕方によっては、この説明の仕方は、前者のそれに接近する。これらの理解によれば、パクスの当事者の一方が他方以外の者と親密な関係を持ったときには、貞操義務の違反が存在し、他方はそのことを理由に損害賠償を請求することができる。言い換えれば、パクスの各当事者は、相手方の貞操との関連で法的に保護される権利や利益を持つ。しかし、実定法において夫婦間の貞操義務を弱める傾向が強く現れていたことを想起し、かつ、貞操義務を免れさせることとそれを課すこととは個人の自由に与える意味が全く異なることを強調すれば、現在の法状況の下でパクスの当事者間における貞操義務を強めようとするには、全体としての整合性の点で疑問が残る⁴³⁶⁾。

パクスの各当事者に課されている人格的な内容を持つ義務の違反を理由とする損害賠償請求の問題について、実定法の状況およびその理解をめぐる学理的な議論を本稿の問題関心に従って整理すると、次のようになる。実定法は、パクスの当事者という地位から生ずる人格的義務については、夫婦間のそれよりも弱い強度のものとして予定したり（共同生活義務）、夫婦間とは異なりその

433) Ben Hadj Yahia, *supra* note 304, n°735 et s., pp.665 et s. しかし、パクスの当事者はパートナー以外の者と婚姻することができ、これによりパクスが解消されることからすると（民法典515-7条1項）、この根拠は説得的でない。Cf. Dekeuwer-Défossez, *supra* note 413, pp.540 et s. ; Garrigue, *supra* note 290, n°211, pp.157 et s. ; etc.

434) ただし、こうした把握の仕方は必ずしも実定法の現状を正確に捉えたものではない。

435) Labbé, *supra* note 373, *Le droit commun...*, pp.103 et s. ; *Id.*, *supra* note 429, pp.517 et s. ; Guy Raymond, *Pacs et droit des contrats*, CCC., oct. 2000, chr., 14, p.5 ; Likillimba, *supra* note 304, n°252, pp.167 et s. ; Ben Hadj Yahia, *supra* note 304, n°735 et s., pp.665 et s. ; Chauvet, *supra* note 310, p.152 ; etc.

436) Antonini-Cochin, *supra* note 304 ; Niboyer, *supra* note 281, n°214, p.128 ; etc.

存在を否定したり（貞操義務）する一方、個人間における一般的な誠実または尊重の観点をカップル関係の中で具体化させたかのような義務を強化する傾向にある。一部では、パックスの当事者という地位に結び付く人格的義務を強化しようとする議論もあるが、実定法全体の状況とは整合しない。このことを損害賠償請求の保護対象という視点から捉え直すと、実定法では、パックスの当事者としての地位に由来する個別的な権利や利益の保護はほとんど想定されておらず、人格の実現に必要不可欠な関係に由来する権利や利益、または、個人としての人格的な権利や利益の保護が中核に据えられているということになる。

第3に、コンキュビナーージュの当事者の一方が、同居を一方向的に停止したり、ほかの者と親密な関係を持ったりした場合に、コンキュビナーージュの解消とは関わりなく⁴³⁷⁾、他方当事者に対して損害賠償の支払を義務付けられることはあるかという問いについて、実定法は、コンキュビナーージュの当事者間においては夫婦間（および一定の範囲でパックスの当事者間）のそれに類するような人格的な内容を持つ義務が存在しないという理解を前提に⁴³⁸⁾、上記の事実それ自体を理由とする損害賠償を否定しつつ、諸状況に照らして一般的な誠実または尊重の義務の違反が認められれば、損害賠償を肯定するという点でほぼ一貫

437) 現実的には関係継続中の出来事に由来する損害の賠償と関係の解消によって生ずる損害の賠償とは同時に請求されるが、理論的には両者が厳密に区別されるべきことについて、注（402）を参照。なお、CA. Rouen, 29 janv. 2003, Dr. fam., juin 2003, com., 69, note, Hervé Lécuyer は、コンキュビナーージュの解消、それに先行する出来事、および、それに続く出来事のそれぞれについて、フォートの有無を検討すべきことを説いている（ただし、実際には、解消を取り巻く事情とそれに続く出来事のみが検討されている）。

438) 身分や地位とは別の法理に基づき夫婦間で認められている人格的な内容を持つ義務の一部をコンキュビナーージュの当事者間でも肯定しようとする見解もあるが（Ex. Christophe Sauvat, *Réflexions sur le droit à la santé*, préf. Anne Leborgne, PUAM., Aix-en-Provence, 2004, n°269 et s., pp.225 et s.（健康への権利による扶助義務等の正当化）; Anne-Laure Fabas-Serlouten, *L'obligation de soins en droit privé*, préf. Hugues Kenfack, Collection des thèses de IIFR, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2015, n°46 et s., pp.59 et s.（良心の義務による看護義務の正当化）; etc.）、少なくとも同居および貞操に関しては、そのような主張はみられない。

している。

まず、民法典515-8条が示しているように、コンキュビナージュは事実上の結合であるため⁴³⁹⁾、地位や身分といった思考には馴染まず⁴⁴⁰⁾、当事者は、コンキュビナージュの関係にあることに由来して何らかの人格的な義務を負うものではない⁴⁴¹⁾。例えば、コンキュビナージュにおいてカップルとしての生活＝性的な関係の存在が本質的な要素の1つであるとしても、このことは性的な関係の排他性を意味するものではないため、貞操義務が問題になることはない^{442,443)}。また、同条によれば、コンキュビナージュは安定的かつ継続的な性格を持つ共同生活を前提とするため、同居はコンキュビナージュの存続それ自体に関わり、当事者の義務を構成するものではない⁴⁴⁴⁾。更に、事実上の結合

439) コンキュビナージュの当事者間に法的に結合しようとする意思と約務があると仮定しても (Cf. Aurélien Molière, *Et si le concubinage était un acte juridique ?*, RTD civ., 2018, pp.21 et s.)、それは婚姻およびパクスを選択しないことによりそれらから生ずる権利や義務に従わないことを意味するものにすぎないため、この約務を理由としてコンキュビナージュの当事者に人格的義務を課すこともできない。

440) Cf. 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.

441) Cf. Ruffieux, supra note 133, n°172 et s., pp.187 et s.

442) Louis Josserand, *L'avènement du concubinat*, DH., 1932, chr., p.47 ; Françoise Alt-Maes, *La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français*, RTD civ., 1983, pp.646 et s. ; Hauser et Huet-Weiller, supra note 183, n°1121, p.799 ; Colombet, supra note 250, n°75, p.104 ; Niboyer, supra note 281, n°211 et s., pp.126 et s. ; Vincent Égée, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. Anne Leborgne, Collection de Thèses, t.43, Defrénois, Paris, 2010, n°472 et s., pp.296 et s. ; Id., supra note 310, n°1179 et s., pp.554 et s. ; Garrigue, supra note 290, n°170 et s., pp.125 et s. ; Bazin, supra note 304, pp.172 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n°231 et s., pp.235 et s. ; Ducrocq Paywels, supra note 272, n°422, pp.283 et s. ; Olivier Gazeau, Hugues Lemaire et Franck Vancleemput, *Les effets propres à la rupture volontaire du concubinage*, Defrénois, 2015, art. 39145, p.1677 ; Saulier, supra note 353, n°84, pp.94 et s. ; Malaurie et Fulchiron, supra note 244, n°315, p.195 et n°321, p.198 ; Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet, supra note 211, n°383, p.333 ; Bénabent, supra note 264, n°463, p.339 ; etc.

であるコンキュビナージュの関係に対して、法的な結合である婚姻に関する様々な規定が適用されることはなく^{445,446)}、コンキュビナージュの当事者が、民法典212条や同215条に基づいて、貞操、救護、扶助、生活の共同等を義務

443) 当事者の合意により貞操義務を導入する可能性を認める見解もあるが (Labbée, *supra* note 373, *Les rapports juridiques...*, pp.136 et s. ; Id., *supra* note 373, *Le droit commun...*, pp.403 et s. ; Id., *supra* note 398, *L'obligation implicite de fidélité...*, p.67 ; Villa-Nys, *supra* note 304, pp.98 et s. ; Likillimba, *supra* note 304, n°252, pp.167 et s. ; Ben Hadj Yahia, *supra* note 304, n°715 et s., pp.652 et s.)、少数に止まる。

444) Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 183, n°1121, p.799 ; Niboyer, *supra* note 281, n°206 et s., pp.124 et s. ; Garrigue, *supra* note 290, n°173, p.126 ; Saulier, *supra* note 353, n°72 et s., pp.85 et s. ; Malaurie et Fulchiron, *supra* note 244, n°310 et s., pp.193 et s. et n°321, p.198 ; etc.

445) Cf. Leveneur, *supra* note 342, n°345 et s., pp.423 et s.

446) 例えば、コンキュビナージュの当事者に家事債務の連帯を規定した民法典220条が適用されることはないため、一方が家庭の維持または子の教育のために締結した契約により負担した債務について他方が連帯して義務を負うことはない (Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1984, n°82-16.198 ; Bull. civ., I, n°12 ; D., 1984, IR., 275, obs., Didier Martin ; Defrénois, 1984, art. 33354, 933, note, Gérard Champenois ; Defrénois, 1984, art. 33367, 1003, note, Jacques Massip ; Gaz. Pal., 1985, 1, jur., 133, note, J. M. ; RTD civ., 1985, 171, chr., Jacques Mestre ; Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2000, n°98-19.527 ; Bull. civ., I, n°244 ; D., 2000, 611, obs., Jean-Jacques Lemouland ; Dr. fam., déc. 2000, com., 139, note, Bernard Beignier ; D., 2001, 497, note, Rémy Cabrillac ; JCP., 2001, II, 10568, note, Thierry Garé ; JCP. éd. N., 2001, 1822, note, Thierry Garé ; RTD civ., 2001, 111, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2001, art. 37287, 93, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, n°98-22.836 ; Bull. civ., I, n°111 ; D., 2001, 1772 ; RTD civ., 2001, 565, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2001, art. 37394, 1003, note, Jacques Massip ; Dr. fam., sept. 2001, com., 79, note, Luc Perrouin ; D., 2002, 612, chr., Jean-Jacques Lemouland ; JCP., 2002, I, 103, chr., Georges Wiederkehr ; JCP., 2002, II, 10009, note, Rémy Cabrillac ; RTD civ., 2002, 556, chr., Bernard Vareille ; Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, n°02-16.291 ; Bull. civ., I, n°113 ; D., 2004, 2968, obs., Daniel Vigneau ; RTD civ., 2004, 487, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2004, 510, chr., Jacques Mestre et Bertrand Fages ; Dr. fam., sept. 2004, com., 140, note, Virginie Larribau-Terneyre ; AJ fam., oct. 2004, 362, obs., François Chénéde ; JCP., 2005, II, 10008, note, Georges Cavalier ; Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2011, n°09-71.261 ; Dr. fam., juin 2011, com., 91, note, Virginie Larribau-Terneyre ; D., 2012, 980, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; CA. Paris, 21 sept. 1989, D., 1990, jur., 500, note, Gilles Paisant ; etc.)。また、コンキュビナージュの当事者に婚姻費用の分担を規定した同214条は適用されないため、当事者の意思が明らかでなければ、各自が共同生活の費用を負担する (Cass. 1^{re} civ., 19 mars

付けられることもない。従って、コンキュビナージュの当事者は、相互に人格的な内容を持つ義務を負わず、上記の場面における損害賠償は、こうした義務の違反を根拠とするものでも、コンキュビナージュの当事者という地位から生ずる個々の人格的な権利や利益を保護の対象とするものでもない。

とはいえ、コンキュビナージュの当事者間にいかなる法的な義務も発生しないというわけではない。コンキュビナージュも人と人との関係であることに変わりはないため、他方を尊重したり、他方に誠実さを示したりする一般的な義務は問題となる^{447,448)}。従って、一方が他方との同居を一方的に停止したり、ほかの者と親密な関係を持ったりしたこととの関連も含めて、一方が他方との関連で誠実義務や尊重義務の違反と評価される行動や態度をとったときには、

(前頁からつづき)

1991, n°88-19.400 ; Bull. civ., I, n°92 ; Defrénois, 1991, art. 35088, 942, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2006, n°02-19.277 ; Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2006, n°04-15.480 ; Bull. civ., I, n°517 ; Dr. fam., fév. 2007, com., 32, note, Virginie Larribau-Terneyre ; AJ fam., janv. 2007, 33, obs., François Chénéde ; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n°18-12.311 ; D., 2019, 7 ; D., 2019, 919, chr., Jean-Jacques Lemouland ; JCP., 2019, 215, chr., Marie Lamarche ; Gaz. Pal., 2019, 240, note, Solange Mirabail ; AJ fam., fév. 2019, 94, obs., Jérémy Houssier ; etc. このことは、コンキュビナージュの当事者が後に夫婦になったとしても、婚姻に先立つ時点における費用負担について妥当する。Cf. Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1979, n°77-12.991 ; Bull. civ., I, n°11 ; Gaz. Pal., 1979, 2, jur., 500 ; D., 1981, jur., 241, note, André Breton ; RTD civ., 1980, 340, chr., Roger Nerson)。その他、Cf. Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, n°02-12.884 ; Bull. civ., I, n°253 ; Defrénois, 2004, art. 37926, 585, note, Jacques Massip (2006年6月23日の法律による改正前の同日832条の不適用) ; etc.

447) Hauser et Huet-Weiller, supra note 183, n°1120 et s., pp.799 et s. ; Égée, supra note 304, n°45 et s., pp.689 et s. ; Pons, supra note 17, n°138 et s., pp.99 et s. ; Garrigue, supra note 290, n°237 et s., pp.182 et s. ; etc. また、Pizarro, supra note 272, n°23 et s., pp.25 et s. は、主として関係の解消の局面を念頭に置いたものであるが、3つのカップルの形態に共通する共同生活という要素からいずれのカップルでも当事者相互に誠実義務が課せられるとする。更に、Suzel Castagné, Mariage, PACS, concubinage. — Analyse comparative, JCP. éd. N., 2008, 1325, n°57 et s., pp.19 et s. は、民法典212条にいう尊重義務がコンキュビナージュ当事者にも課されるべきことを説く。ただし、この見解は、同212条にいう尊重義務の中に貞操義務も含めて捉えるものであり、この限りにおいて、適切さを欠く。

他方からの損害賠償請求も認められる⁴⁴⁹⁾。もちろん、この損害賠償請求では、コンキュビナーージュの当事者という地位から切り離された個人としての人格的な権利や利益だけが保護対象として想定されることになる。

①での検討課題に関する実定法の現状を大枠として整理すると、以下のようになる。一方で、実定法は、カップル関係の多元的な把握を基礎として⁴⁵⁰⁾、夫婦の一方からの損害賠償請求では、次第にその強度を弱めながら、配偶者としての身分に由来する個別的な権利や利益を保護対象として想定し、パクス

448) Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2008, n°07-14.628 ; Defrénois, 2008, art. 38871, 2420, note, Jacques Massip ; D., 2010, 735, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau は、コンキュビナーージュの当事者には婚姻義務が課されていないこと、従って、その違反も存在しないことを理由に、コンキュビーンからの損害賠償請求を棄却した原審について、コンキュバンが精神的な混乱の中で自己を放置しておいたことがフォートを構成するというコンキュビーンの主張に答えていないとして破棄している。この判決では、コンキュビナーージュの当事者にはその地位から生ずる人格的な義務は課されないが、個人間の関係に由来する一般的な義務が課されうることが示唆されている。

449) 例えば、コンキュバンが妊娠中のコンキュビーンおよび生まれてきた子に無関心であったこと (Cass. 1^{re} civ., 2 avril 2008, n°07-13704 et n°07-13.756 ; Dr. fam., juin 2008, com., 87, note, Pierre Murat) 等は、損害賠償の基礎としてのフォートに該当する。その他、Cf. CA. Bordeaux, 4 janv. 2000, D., 2000, som., 411, obs., Jean-Jacques Lemouland ; Dr. fam., mars 2000, com., 34, note, Hervé Lécuyer (コンキュバンが関係の解消を明確に告げなかったこと、ほかの女性と関係を有していたこと、コンキュビーンがほかの女性の存在を通じて関係の解消を認識したこと等の事実から、損害賠償の基礎としてのフォートが肯定された事例) ; CA. Pau, 30 janv. 2012, Dr. fam., mai 2012, com., 76, note, Virginie Larribau-Terneyre (コンキュバンがほかの女性と関係を持ちながら虚言等を用いてコンキュビーンとの関係を維持したことの証明がされていないとして、損害賠償の基礎としてのフォートが否定された事例) ; CA. Paris, 13 juin 2013, Dr. fam., oct. 2013, com., 133, note, Jean-René Binet ; D., 2014, 1352, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau (コンキュバンがコンキュビーン不在の間に子の写真だけを残してすべての家財を運び出したことが損害賠償の基礎としてのフォートに該当するとされた事例) ; etc.

450) Jean-Jacques Lemouland, Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?, D., 1997, chr., pp.133 et s. ; Françoise Dekeuwer-Défossez, À propos du pluralisme des couples et des familles, PA., 28 avril 1999, pp.32 et s. ; Niboyer, supra note 281, n°226 et s., pp.133 et s. ; Laurence Mauger-Vielpeau, L'autonomie du pacs, Dr. fam., oct. 2008, étude 22 ; etc.

当事者の一方からの損害賠償請求では、解釈の仕方にもよるが、限定的な範囲でパートナーとしての地位に由来する個別的な権利や利益を保護対象として想定する余地を残し、コンキュビナージュの一方からの損害賠償請求では、こうした可能性を否定する。他方で、実定法は、いずれのカップル関係においても、尊重や誠実といった一般的な義務を認めることを通じて、当事者の一方からの損害賠償請求の保護対象として、人格の実現に必要不可欠な関係に由来する権利や利益、または、個人としての人格的な権利や利益を想定する。とはいえ、このことは、実定法がカップルの多元性を放棄し単一のカップルの地位を生成する方向⁴⁵¹⁾に向かっていることを意味するものではない⁴⁵²⁾。この現象は、カップルの形態がどのようなものであっても、カップルの当事者という身分や地位からは切り離れた形で、個人としての人格を保護することの重要性が強調されるようになっていることを示すものにすぎない。

(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)

451) こうした方向を目指すものとして、Ex. Labbé, supra note 373, Les rapports juridiques... ; Id., Reconstruire la famille : Le droit commun du couple, PA., 20 déc. 2007, pp.4 et s. ; Id., Le ministre et les violences dans le couple, D., 2009, 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 ; etc. また、カップル関係の完全な一元化を説くものではないが、Cf. Clotilde Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, RTD civ., 1999, pp.27 et s. ; Saulier, supra note 353 ; etc.

452) 問題関心は異なるが、Cf. Rachel Blough, Le concubinage, dix ans après, Dr. fam., avril 2009, étude 19.

論 説

回復請求における盗品・遺失物占有者の 主観的要件に関する考察

直 井 義 典

序論

第1章 フランス法

第2章 ボアソナード草案

第3章 旧民法典

第4章 法典調査会での審議

第5章 検討

おわりに

序論

(1) 民法193条・194条は、盗品又は遺失物の回復について定める。そして、193条は動産について即時取得を認めた192条の例外規定であり¹⁾、194条は193条のさらに例外に当たると解されている²⁾。すなわち、取引の安全を図るべく動産の即時取得を認める192条に対して、193条は真の権利者を保護する規定として位置付けられる。このことは、193条の対象となるのが盗品・遺失物に限定されており、そこでは占有喪失に際して真の権利者の意思の関与がないことが理由とされる³⁾。また194条は、競売・公の市場等での買受について、193条による静的安全の行き過ぎを是正して取引の安全を確保した規定であ

1) 舟橋諄一『物権法』(有斐閣・昭和35年)250頁、星野英一『民法概論Ⅱ』(良書普及会・昭和51年)75頁、我妻栄著 有泉亨補訂『新訂物権法』(岩波書店・昭和58年)229頁、鈴木禄弥『物権法講義 5訂版』(創文社・平成19年)216頁、河上正二『物権法講義』(日本評論社・平成24年)174頁、安永正昭『講義物権・担保物権法 第3版』(有斐閣・平成31年)(以下、「安永・前掲①」とする)111頁。

る、というのである。

しかしながら、これらの規定を一体のものとして整合的に理解しようとするとき、疑問を生じさせる文言がある。それが194条の「善意」という文言である。

(2)(i) この文言をめぐるはずで、192条が「善意であり、かつ、過失がない」ことを要求している以上、194条においても善意ばかりでなく無過失をも要件とするのであれば整合的ではない、との批判がなされていたところである⁴⁾。この論者によれば、この不整合は旧民法証拠編144条・145条の「正権原」を「無過失」とした際に、旧民法証拠編146条に「正権原」が明記されていなかったために放置されてしまった、いう立法技術上のミスによるものと推測されている⁵⁾。それならば、なぜ旧民法証拠編146条に「正権原」の文言がなかったのかが問われるべきであるが、その点は検討されていない。このほかにも、おそらくは問題意識を共有して、194条に善意のほか無過失も読み込む見解が見られる⁶⁾。しかし、なぜ条文にない無過失要件⁷⁾を読み込むことができるのか、特に説明はなされていない⁸⁾。

(ii) このように194条においても無過失を要件とする見解は説明が不十分と思われるのだが、そもそも194条で改めて「善意」を要求するのはなぜかが問

2) 舟橋・前掲252頁、我妻・前掲229頁、鈴木・前掲217頁。

岡松参太郎『4版 注釈民法理由 中巻』(有斐閣書房・明治31年) 88頁は194条の表題を「前条ノ場合ニ於テ所有者ノ負担スヘキ義務」としており、ここでも194条が193条の例外であることが明確にされている。

安永正昭「民法192条～194条（動産の善意取得）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅱ』(有斐閣・平成10年)(以下、「安永・前掲②」とする) 464頁でも、旧民法と現行法を比較して、盗品遺失物についての例外的な扱い、公の市場等における取得についての再例外的な扱いが、そのまま維持されている、とされる。

3) 河上・前掲174頁は、即時取得という制度は単純な占有の外観信頼保護ではなく、真の権利者が自己の意思に基づいて動産を占有させた他人による裏切り行為があった場合に第三者を保護する制度であるとする。

4) 川島武宜＝川井健編『新版注釈民法(7)』(有斐閣・平成19年) 223頁〔好美清光〕。

なお、本稿に関連する限り、川島武宜編『注釈民法(7)』(有斐閣・昭和43年)における192条～194条に関する記述は新版のそれと変わりがないので、注釈民法は新版をもって代表させる。

われなければならない。なぜなら、193条は「前条の場合において」と規定していることから、同条が192条を受けているのは明らかである⁹⁾。「前条の場合」

5) 川島＝川井編・前掲223頁〔好美〕。もっとも、川島＝川井編・前掲224頁〔好美〕には、「取得者が善意である限り、その買受けの特別の状況からして典型的に無過失であると考えられ、あえて無過失を成文上の要件として問題とするまでもない、との利益衡量だともいえよう」との記述も見られ、単純な立法上のミスと断定しているわけではない。佐久間毅『民法の基礎2物権 第2版』(有斐閣・平成31年)157頁もまた、194条に無過失が規定されていないのは、競売等で善意で買い受けた者には過失がないためと考えられるからである、したがって、194条は192条の即時取得の要件を緩和するものではない、とする。「この場合〔競売等において動産を買い受けた場合〕は、丙〔盗品・遺失物の購入者〕に対し乙〔店舗経営者〕が無権利者だと疑うことを要求することはまずできず、そんなことをしたら取引は実に危険となるので、丙は特に保護に値するからである」とする星野・前掲76頁も同様。末弘厳太郎『物権法 上巻』(有斐閣・大正10年)273頁が、194条で「善意」のみが要求される趣旨を「占有者が其物の不正品なることを知らないのも至極尤もだから」とするのも同趣旨と思われる。

なお、最判昭和39年5月29日民集18巻4号715頁は、動産の競売においては「動産の強制競売における競落人は、動産が占有者である債務者の所有に属し、執行吏にこれを競売する権限があると信ずるのが普通の事例であるから、たとえ右動産が第三者の所有に属するとしても、競落人には、第三者の所有であることを疑うに足る特段の事情のない限り、右動産の所有権者を確認するための調査をする義務がないものと解するのを相当とし、従って、競落人が右調査をしないで右動産を債務者の所有に属すると信じたとしても、かく信じたことにつき過失があつたものとなし得ず」として、原則として過失は認められないものとする。ただし、参照条文として挙げられているのは192条であって194条は挙げられていないことから、194条で無過失が要件とされないことの直接的な理由と考えるに適した判例ではない。

6) 石田穰『物権法』(信山社・平成20年)289頁、生熊長幸『物権法』(三省堂・平成25年)290-291頁。

7) 本文では194条に独自の要件として無過失を要求するものとしてこの見解を位置付けた。しかしこの見解を、193条が「前条の場合において」として192条の善意・無過失をそのまま移入しているのと同様に、192条の無過失要件が194条においてもそのまま移入されるに過ぎないとする見解であると解することも不可能ではない。もっとも、善意は192条と194条とで別途要求しておきながらそれと並置される無過失については192条と194条とで全く同じものと解するのが不自然であることは否めない。とりわけ、後述のように、192条と194条とでは一応は善意の対象が異なることからすれば、このような理解はすべきではないだろう。

とはいかなる場合を指すのか見解は分かれる¹⁰⁾ものの、いずれの見解に立っても善意・無過失が193条の要件に含まれることに変わりはない。そして194条は193条の特則とされるのであるから、193条で要求される善意ならびに無過失は194条でも要求されることとなる¹¹⁾。したがって、193条が要求している

8) これとは反対に競売・公の市場で買い受けたときは悪意であっても代価の弁償を受けるとして、194条の「善意で」という文言を無視する見解もある。その理由は、競売もしくは公の市場における取引の信用を一層強固なものとする、これらの売買は公然のものであって被害者・遺失者が他人に先んじて無償でその物を回復しうる機会を有するのにそれを怠って他人が購入するに任せたものであることにある（松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎『帝国民法正解 第3巻』（有斐閣書房・明治29年）325-327頁）。動的安全を強化するために盗品・遺失物の例外を極力認めないという見解は現在でも存在するところであり、立法論としては傾聴に値するが、明文規定を無視する点で採用し難いことから、本稿ではこれ以上は取り上げない。

9) 大判昭和4年12月11日民集8巻923頁。最判昭和59年4月20日判時1122号113頁も、「民法一九三条によれば、動産に関する盗品の被害者は、同法一九二条所定の善意取得の要件を具えた占有者に対してその物の回復を請求することができるとしているから、同法一九三条は、盗品の被害者が右の要件を具えない占有者に対してその物の返還請求権を有することを当然の前提とした規定であるといわなければならない。」と判示する。

すでに昭和4年判決以前に、『法典質疑問答 民法物権 全 第4版』（有斐閣書房・明治42年）64頁〔塚田達二郎〕は、遺失主が遺失物の回復請求ができるのは「遺失物ノ占有者カ第九十二条ニ依リ権利ヲ取得シタル場合ニ限ル」とし、中島玉吉『民法釈義 卷之二 物権篇上』（金指芳流堂・大正3年）192頁は、占有が192条の要件を具備しない場合には193条は適用されないと明言していた。

10) 192条の「前条の場合において」とは、前掲・大判昭和4年12月11日の言うように「平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者」が「善意であり、かつ、過失がないとき」に係るものとするか、それとも192条の全体を受けて善意占有者が権利を取得する場合においてと読むかは、文言のみから形式的に決することはできない（末川博「昭和4年判決判批」法学論叢24巻3号（昭和5年）448頁）。いずれであるかによって、回復請求以前の所有権の所在が変わってくる。

11) 「本条〔194条〕ハ占有者カ善意ニテ第九十二条ノ条件ヲ具フル場合ニ之ヲ回復スル場合ニ適用セラル、モノナルカ故ニ悪意ノ占有者ヨリ回復ヲ為ス場合ニハ本条ノ適用ナシ」とする中島・前掲195頁、「〔194条の〕法文上は無過失は必要とされていないが、沿革および民193条の例外という位置づけから占有者は民192条の要件を満たす必要がある。」との松岡久和＝中田邦博編『新・コンメンタール 民法（財産法）』（日本評論社・平成24年）333頁〔松岡久和〕は、この点を特に明確にしている。

善意を194条で再度規定する理由はなく、無過失については、193条が要求している以上は改めて194条が規定しないのはむしろ当然であるようにも見える。すなわち、立法技術上のミスというならば、194条に「無過失」を付加しなかったことではなく、194条の「善意」を削り忘れたことこそがミスであったとも考えられるからである。現に、敢えて194条の「善意」という要件を無視しているかのように見受けられる見解も存する¹²⁾。

もちろん、立法技術上のミスなどと軽々に論じるべきものではない。まずは192条から194条を整合的に解釈する方法を追求すべきである。

(iii) まず考えられるのは、192条の「善意」と194条の「善意」とは異なる内容であるから192条の「善意」に加えて194条の「善意」を要求することは重複にはあたらないとの考え方である。

192条の「善意」とは、「動産の占有を始めた者において、取引の相手方がその動産につき無権利者でない」と誤信したことを指す^{13,14,15)}。これに対して194条の「善意」とは、買い受けた動産が盗品・遺失物であることを知らないことを指す¹⁶⁾。

192条の「善意」に加えて194条の「善意」が要求されることに独自の意味があるのは、192条の「善意」は満たすが194条の「善意」は満たさないというケースである。そのようなケースはあるのだろうか。前述した定義によれば、取引の相手方がその動産について無権利者ではないと誤信しつつ、当該動産が盗品・遺失物であることは知っているケースが存するのかが問題となるわけ

12) 広中俊雄『物権法 第2版増補』(青林書院・昭和57年) 201頁は「被告が194条にいう「競売若クハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販売イル商人ヨリ……買受ケタル」こと(「公ノ市場」には「広く店舗を含む」)を立証して「代価」の弁償と引換に返還すべき旨を主張したときは、[後略]とするが、ここでは「善意ニテ」の4文字のみが省略されている。単にスペースの関係であって4文字のみを省略するとは考え難く、「善意」の位置づけに苦慮したことが窺われる。

田島順『物権法』(弘文堂書房・昭和10年) 132頁、星野・前掲76頁、七戸克彦『物権法I』(新世社・平成25年) 155頁、河上・前掲174頁(ただし、同書176頁では、「194条の善意占有者による代価弁償請求」とする)も、194条の要件から「善意」を外している。

である。これを満たすためには、盗品・遺失物について処分権原を有する者というものを観念しなければならなくなる。もちろん、盗品・遺失物の真の所有者は処分権原を有するが、真の所有者が動産を処分することができたのであれば、その動産は盗品・遺失物ではなくなっているから、この場合は除外

13) 最判昭和26・11・27民集5巻13号775頁。富井政章『民法原論 第2巻物権』（有斐閣・大正3年）692頁、我妻・前掲220頁、松岡久和『物権法』（成文堂・平成29年）210頁等も同様である。

これに対して、「前主が所有者でないことを知らず、それについて過失がないということ」とする星野・前掲74頁のように誤信の点を強調しない見解もある（田島・前掲130頁も同様。）。松波=仁保=仁井田・前掲306頁が186条の説明を参照させ、同書245頁が186条の「善意」を「占有者カ自己ニ占有ヲ為ス権ナキコトヲ知ラスシテ物ノ占有ヲ為スハ善意ニ占有ヲ為スモノナリ」と説明するのもこうした見解に立つものである。この見解では前主の無権利の側面が無視されているようにも見えるが、同書307頁には、「前例ノ如キ場合ニハ占有者ハ通常相手方ニ権利ナキヲ知ルカ少クトモ心中之ヲ疑フヲ以テ多クハ善意ノ占有者ト為ル」とあるので、前主の無権利についても無視しているわけではない。

舟橋・前掲241頁は「前主が無権利者であることを知らず（善意）、かつ、知らないことについて過失のないこと（無過失）をいう」としており、後説に立つようにも見える。しかし、「権利外観（Rechtsschein）に信頼したならば（^{すなわち、善意・}無過失ならは）」（同書230頁）、「前主が占有して権利外観を有していることにより、取得者が、前主にこれに対応する権利ないし権限があるものと誤信し、かつ、誤信するにつき過失がないときは、かような誤信を保護し、その期待どおりの効果を与える」（同書241頁）といった表現を用いていることから、前説に立つものと見るべきである。

占有者の善意概念に関する見解の相違については、乾政彦「善意占有ニ於ケル善意ノ意義」法学志林15巻9号（大正2年）66頁以下も参照。

14) 安永・前掲②483頁は、条文の成り立ちからは、取得者の占有が実は本権に基づかない占有であるが、そのことを知らず（善意）、知らないことにつき過失がないこととし、善意・無過失は次の2つの場合に基礎づけられることがありうるといふ。第1は、前主が本当の所有者であるが取得の法律行為に瑕疵があり、その瑕疵について善意・無過失である場合であり、第2は、無権利の前主と有効に所有権移転を基礎づける（または質権を基礎づける）行為をなし、その前主の無権利について善意・無過失である場合である。そして同書484頁は、このうち第1の場合について、判例も192条を援用することで保護される善意無過失ではないと考えているはずで学説でも異論はないとする。同書485頁は、このように第1の場合が除外されることは、善意取得を取得する動産占有の効果と見る構造理解から、前主の占有の有する本権表象機能を基礎とする制度であるとみる理解へと展開した結果の当然の帰結であるといふ。

される。そこで考えられるのが192条で即時取得をした者が盗品・遺失物を処分する場合となる¹⁷⁾。確かに、即時取得者が即時取得した動産を処分すること

15) 「無過失」については、「過失ナシトハ物ヲ占有スルニ際シテ通常ノ注意ヲ加フルコトヲ言フ」(松波=仁保=仁井田・前掲306頁)とされる。注意すべきは同書306-307頁で、「親友朋友其他縁故アル者ヨリ物品ヲ貰ヒ受ケテ所持スルハ過失ナキ占有ナルモ一面識モナキ行路人ヨリ貴重ノ宝玉ヲ貰ヒ受ケ一応ノ理由モ糺サスシテ之ヲ所持スルハ多クハ過失アル占有ナルヘシ」と、誰から取得するかという点に着目していることである。もっとも、ここでの記述では貴重な宝玉をもらい受けた場合が取り上げられているのであり、動産の高価性と取引の無償性も無視できない。

16) 松波=仁保=仁井田・前掲326頁、岡松・前掲89頁、中島・前掲196頁。

近時は194条の善意について一切説明を加えないものも多い(例えば我妻・前掲233頁)。

17) 盗品・遺失物に即時取得が認められるかについては争いがあった(小出廉二「盗品又は遺失物の即時取得と回復請求権」法律論叢17巻2号(昭和13年)4頁以下参照)。

富井・前掲707頁以下は、古来の観念に符合すること、「回復」との語義に適合することを理由に消極説に立ち、同様の判例もある(大判大正10年7月8日民録27輯1373頁、大判昭和4年12月11日民集8巻927頁)。これに対して岡村玄治「盗品又は遺失物と即時取得」法学志林32巻9号(昭和5年)1092頁は、古来の観念がわが民法に採用されたとは言いきれない、「其ノ物ノ回復」といっても「占有の回復」といっているわけではないから消極説の根拠とできないとして、積極説に立つ。しかし、消極説の理由からは、ここでの議論は所有権の所在に関するものにとどまり、占有者は全くの無権利者というわけではないというべきである。

なお、『ボアソナード氏起稿 再閲修正民法草案註釈 第5編』(出版者・刊行年不明)720頁(G. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, t.5, 1889, p.371の翻訳)には、「物カ占有者ノ手ニ接スルノ前ニ数人ノ手ヲ経タルトキハ占有者ハ他ノ総テノ場合ニ於ケルト同様ナル保護ヲ受ケサルヲ得スヒ又ハ偷マレタル物ノ特別ナル一部類ヲ形ツクルモノト看做サル可カラズ故ニ此等ノ物ハ之ヲ物ノ区別中ニ掲ケス」とある。盗品・遺失物を動産のうちの特種な類型として扱うことを否定するものであり、他のすべての場合と同様の保護を受けるとあるから、積極説をとるものと考えられる。

これに反して、ここでの消極説の内容を、盗品・遺失物については即時取得が一切成立しえない、すなわち、占有者は全くの無権利者であると解すれば、193条・194条の位置づけが変わってくる。すなわち、193条は盗品・遺失物については即時取得は全く成立しえないとの原則を示したものの、194条は193条の例外として競売等によって盗品・遺失物を買受けた占有者のみが例外的に代価の弁償を受ける権利を有するとしたもの、ということになる。この見解は、盗品・遺失物とそれ以外の動産とを別に扱うものであるから、後述する192条と194条とを切り離す見解の一種ということになる。

は認められるだろう。このことは、193条に基づく回復請求がなされるまでの動産所有権の所在が被害者又は遺失者であろうと占有者であろうと変わりはないはずである。なぜなら、回復請求を受けるまでは占有者はその動産上に所有権¹⁸⁾を有効に取得したものと信じていたのだからである。そうだとすると、その動産が盗品又は遺失物であると知る者が、占有者にはその動産の処分権原があると信じるのが許されるのだろうか。そのような動産を買い受けるのは回復請求権の行使を困難にするのだから、許されないのではなかろうか。

以上のように考えると、194条の「善意」は屋上屋を重ねたものということになり、192条と194条の「善意」の内容が異なることをもって、194条の「善意」の存在意義とすることはできない。

(iv) それでは、194条が192条の例外の例外とされることの意味を考察することによって、194条の「善意」に意味を持たせることはできないだろうか。

例外の例外とは本則に復することを意味すると理解することもできる。このように解した場合には、194条においては192条の要件が当然に課され、それに加えて194条に独自の要件・効果が付加されることとなる。前述のように192条の「善意」に加えて194条で「善意」を要求することに意味はないから、この見解に立つのであれば、194章では「善意」を削除すべきということになる¹⁹⁾。

これとは異なり、例外の例外とは本則に戻るという意味ではないと解することも可能である²⁰⁾。すなわち、例外の例外には本則の効力が及ぶものではないとして、194条を192条から完全に切り離して理解するというものである。こ

18) 質権や譲渡担保権も192条によって取得される権利であるが、ここでは所有権をもって代表させる。

19) 岡松・後掲89-90頁は194条が占有者の善意を要求したのは当然のことであるとするが、その理由は「悪意ニテ買受タルモノ即チ他ニ真正ノ所有者アルコトヲ知ルモノハ之ヲ保護スルノ要ナキモノトス」というのみである。これでは192条の「善意」に対する194条の「善意」の独自性は見えてこない。

20) なお、Boissonade, op.cit., p.372は、草案1483条の説明において、フランス民法2280条は例外の例外を設けたが全く原則に復したわけではなかったと指摘する。

のように理解すれば、192条の要件と194条の要件とは全く無関係なのだから、194条が192条とは別個に「善意」を要求しても何ら問題はない²¹⁾。

しかし、最判平成12年6月27日民集54巻5号1737頁は、「民法一九四条は、盗品等を競売若しくは公の市場において又はその物と同種の物を販売する商人から買受けた占有者が同法一九二条所定の要件を備えるときは、被害者等は占有者が支払った代価を弁償しなければその物を回復することができないとすることによって、占有者と被害者等との保護の均衡を図った規定である」と判示して、194条は192条の要件を備えていることを要求しており、194条の192条からの切り離しを否定する。

さらに、194条を192条から切り離して理解しようとする、193条の位置づけがうまく説明できないように思われる。

前述のように193条が192条を受けたものであることは明らかである。これだけであれば、192条・193条という一連の規定と、194条という別系統の規定が存在すると説明することはできる²²⁾。しかし、平成16年法律第147号によって条文の一部として付記されることとなった見出しが194条にはついていない。193条と194条が一体となって「盗品又は遺失物の回復」という見出しの下に置かれているのである。このことは、少なくとも平成16年に現代語化を行った際には194条を193条から切り離して理解するという方針は採用されなかったことを意味する。192条と193条とが一連の規定であり、193条と194条が切り離せないものである以上、192条と194条も切り離せないこととなる。

21) もっとも、無過失が要求されていないことから善意・有過失者の扱いに問題が生じる。すなわち、192条によれば有過失者については即時取得は成立しないのだから、動産の真の権利者は代価弁償なしに動産を取り戻すことができる。しかし、194条によれば盗品又は遺失物を競売等において善意・有過失で買い受けた場合であっても、占有者は代価弁償を求めることができることとなる。これでは193条が盗品・遺失物の真の権利者を他の動産のそれに比べて保護したことと矛盾するわけである（石田穰・前掲288-289頁参照）。しかし、だからこそ194条においても無過失を要求すべきだとの解釈が正当化されるのだとの反論がなされることとなろう。

22) 後述のように、フランス民法の条文構成はこのようになっている。

そこで平成16年改正の際の見出しの付記方針が誤っていたのだと理解することも考えられる。しかしこれでは、競売等において買い受けられる盗品・遺失物とその他の盗品・遺失物とが別のカテゴリーを形成するものとして分断されることとなる。さらに、193条で課されている2年の期間制限が194条の場合にはかからないこととなって²³⁾、競売等で買い受けた占有者は取得時効にかかるまではいつまでも代価弁償を伴う回復請求のリスクにさらされることになってしまう。

以上のように、194条を192条から切り離して理解する試みも成功していないと言わざるを得ない。

(3) 本稿では、194条の「善意」要件をどのように理解すべきかを明らかにすべく、193条・194条の沿革をたどることとする。もっとも、本稿の目的はこの点に尽きるのであって、回復請求以前の盗品・遺失物の所有権の所在や、盗品・遺失物について即時取得に関する特則を設けることの可否を検討するものではない。

192条から194条の原規定は、旧民法証拠編144条から146条であり、これはボアソナード草案1481条から1483条の2に由来する。また、法典調査会では旧民法典の規定のほかに参照条文としてフランス民法旧2279条・2280条を初めとする諸外国法²⁴⁾が挙げられており、ボアソナードも草案作成に際してフランス民法のこれらの条文を意識していたことが伺われる。

そこで以下では、現行民法典の形成過程における法文の変容を明らかにするという観点から、第1章フランス法、第2章ボアソナード草案、第3章旧民法典、第4章法典調査会における審議の順に192条から194条の形成過程をたどり、

23) 最判昭和4年12月11日民集8巻923頁は、194条の場合に2年の期間制限がかかるとする。

24) フランス法のほかにはロシア法、イタリア法、スイス法、スペイン法が挙げられている。このうち、イタリア法とスペイン法は、ドイツ法等の他の外国法と並んで、志田鉦太郎「民法第百九十二条乃至第百九十四号ノ沿革並ニ法制比較」法学新報15巻5号（明治38年）24頁以下で翻訳・紹介されている。

第5章で第4章までの分析結果に基づいて194条の「善意」要件の有する意義を検討する。

第1章 フランス法

(1) フランス民法において動産の即時取得ならびに盗品・遺失物について定めるのは、2276条と2277条である。それぞれ以下のように規定する²⁵⁾。

2276条〔即時取得〕「① 動産に関しては、占有は権原に値する。

② ただし、物を遺失し、又は盗まれた者は、遺失又は盗難の日から起算して3年間、その物がその手中にある者に対して、その物の返還を請求することができる。ただし、この者が、その物を入手した者に対して求償することを妨げない。』

2277条〔同前：市場を経由した場合〕「① 盗品又は遺失物の現在の占有者が、その物を不定期市若しくは定期市において、又は公売において、又は同種の物を販売する商人から購入した場合には、本来の所有者は、占有者に、その物の購入に要した代価を償還してでなければ、その物を自己に返還させることができない。』

(2) わが国と比較すると、盗品・遺失物に関して特別の規定を設けている点、盗品・遺失物については一定期間は真の権利者からの回復請求が認められる点、占有者が盗品・遺失物を市場等で買い受けた場合には代価の償還がなされて初めて回復請求が認められる点は共通している。大きな枠組みはわが国とフランスとで共通しているのである。

しかし、細かな点に相違が見られる。第1に、条文の構造に相違がある。す

25) 翻訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典——物権・債権関係——』（法務資料441号）（昭和57年）によった。

2276条は当初の2279条、2277条は2280条にあたり、2006年の民法典改正によって条文番号が変わったが、条文内容に変更はない。2277条2項は1892年7月11日の法律によって追加されたものであるが、わが国の民法典起草にあたって影響を及ぼしたとは言えないことから省略する。

なわち、日本民法が3か条に分けて規定を置いているのに対して、フランス民法は日本民法192条・193条にあたる規定を1か条にまとめて規定する。そのため、動産一般に関して即時取得が認められることの例外として盗品・遺失物については回復請求が認められていることが明確になっている。そして、盗品・遺失物に関する規定が2276条2項と2277条1項とされていることにより、後者が前者の例外であるといった位置づけが必然ではない構造となっている。第2に、即時取得の成立にあたってわが国では善意・無過失・平穩・公然が要求されているのに対して、フランス民法2276条1項は法文上はそれを要求していない。また、2277条1項も法文上は占有者の善意を要求していない。第3に、2276条1項に即時取得の要件がほとんど示されていないことも関係するが、2276条2項は日本民法193条のように直接の規律対象が善意・無過失の占有者に限定されることとはならない。とりわけ、フランス民法2276条2項は、同条1項のただし書きとして位置づけられることから、盗品・遺失物の占有者一般に対して、すなわち占有者の主観の如何を問うことなく適用されることとなる。

以上が条文の文言のみから導かれる比較ということになる。

(3) それではこれらの条文はどのように解釈されているのだろうか。

これらの条文の関係については、2276条2項と2277条1項は2276条1項の例外をなすものとされる。その際、まず、2277条1項は合法的な取引 (*le commerce loyal*) のみが保護に値するという意味で2276条1項に対する制約であると説明され、次いで、真の所有者の利益は無視されていないとして2276条2項を挙げ、真の所有者が物の占有を失った状況を無視することはできないと説明される²⁶⁾。ここでは、2276条2項と2277条1項とが2276条1項の例外²⁷⁾として並置されているのであって、後者を前者の例外としては位置づけていない。また、合法的取引の保護が先行して説明され、その後に真の所有者の

26) G. Cornu, *Droit civil, Les biens*, 13e éd., p.307.

27) Ph. Malaurie=L. Aynès, *Les biens*, 7e éd., 2017, n°580は2276条2項のみを同条1項の例外として明記する。

保護が説明されることから、2277条1項は2276条2項の例外とは考えられていないかのように見える²⁸⁾。しかし、こうした理解は正しいものではない。2276条2項の要件が充たされるとしても常に取戻が可能ではなく2277条1項が真の所有者にさらなる負担を掛けていると説明する学説が見られるのである²⁹⁾。もっとも、わが国における193条と194条の関係とは位置づけが異なる。わが国においては、法文上193条と194条とで占有者の主観的要件が異なっているが、後述するように、フランス民法では解釈論上も2276条と2277条とで占有者に要求される主観的要件は一致しているからである。そのため、公売等による盗品・遺失物の買受の場合は2277条、それ以外の方法での盗品・遺失物の占有取得の場合は2276条が適用されるのであり、盗品・遺失物を取得した場の相異という客観的な要件のみによって適用条文が分けられる。

また、法文上は善意・無過失は要求されておらず、これらの要否が18世紀には激しく争われていた³⁰⁾が、2276条・2277条のいずれにおいてもこれが要求されるものと解されている³¹⁾。したがって、悪意または有過失者については2276条1項の反対解釈によって即時取得が成立せず³²⁾、2277条1項の適用もないこととなる。

(4) フランス法においては、占有者が悪意または有過失の場合には、取得時効が成立しない限りは回復請求にさらされる。これに対して占有者が善意かつ無過失の場合は、盗品・遺失物の場合とそれ以外の動産の場合で異なる。盗品・遺失物以外の動産であれば回復請求にさらされることはない。盗品・遺失物であれば盗難・遺失から3年以内は回復請求を受けることとなる。これは真の所有者が物の占有を失った状況を加味してのこととされる。ただし、公売等で

28) 盗品・遺失物について即時取得を制約する最大の理由が合法的取引の保護にあることは、Cornu, *op.cit.*, p.313が、2276条1項の目的は、信頼を裏切られた真の所有者を犠牲にするといったサンクションにあるのではなく、同条2項の例外が示すように、良質な取引 (*le commerce de bon aloi*) の保護にある、としていることからもうかがわれる。

29) Cornu, *op.cit.*, p.315.

30) Th. Huc, *Commentaire théorique & pratique du Code Civil*, t.14, 1902, n°514.

買い受けた場合は占有者は代価の償還を受ける。この点は、物の起源が不正なものであるとは疑いえないことによって説明される。

2276条・2277条のいずれにも占有者の主観的要件は規定されていないことから、2277条1項を2276条1項の例外の例外と位置付けても、わが国におけるような善意要件の重複の問題は顕在化しないものと言える。

第2章 ボアソナード草案

(1) 次にボアソナード草案について検討を加える。後述するように、ボアソナードはフランス民法を基本としつつも、その規定が不明確である点について語句を補う等して明確なものとし、さらに、内容面でも変更を加えている。

ボアソナード草案のうち本稿の対象となるのは1481条から1483条の2であ

31) 2276条で善意・無過失が要求されることは判例（Cass. req., 22 mai 1906, D.1906.1.351.）・学説（Cornu, op.cit., p.310；Maurie=Aynès, op.cit., n°579.）とも認めている。Maurie=Aynès, op.cit., n°579は、2276条の特則である1198条1項〔動産の二重譲渡に関する規定である〕で「善意（bonne foi）」が要求されていることをここで善意を要求する理由として挙げる。善意の意味につき Cornu, op.cit., p.310は、占有者が、取得の時点で、自己が正統な所有者から権利を取得したと信じたこと、Maurie=Aynès, op.cit., n°579は、占有者が真の所有者と契約したものと信じたこととする。

2277条で占有者が無過失でなければならないことについても判例がある（Cass., 17 mars 1856, D.56.1.393.）。また、同条で善意が要求されるべきことについては、学説がある。Cornu, op.cit., p.316は、〔2277条の規定する公売などの〕動産が取得された状況と取得者の善意とのつながりは明白である。こうした市場において非合法的取引を保護するのは法外であるが、疑わしいところのない公売における取得者を保護するのは自然なことである。取得の状況は善意の証拠を補強するものと言え、占有者を保護する理由となるとし、Maurie=Aynès, op.cit., n°583は、2277条1項におけるような物の不正な起源を疑いえないという要件の下では盗品・遺失物の取得者の主観的要件は緩和されるが、取得者の善意は問題とされうる、とする。

32) 悪意・有過失者に2276条2項の適用が排除されるのかは明確ではないが、少なくとも、同項の定める3年の期間制限は取戻の相手方である占有者が善意の場合にのみ適用され、占有者が悪意の場合、すなわち占有者が盗取者・隠匿者・遺失物の発見者・盗品又は遺失物を悪意で譲り受けた者である場合には、3年ではなく30年の期間制限が適用されるものと解されている。（Cornu, op.cit., p.315；Maurie=Aynès, op.cit., n°583.）

る。以下のように定める³³⁾。

1481条「① 時効ノ利益ハ正名義 (juste titre) 及ヒ善意ニテ有体動産ノ占有ヲ取得スル者ニ属ス。但第1470条及ヒ第1471条ニ記載シタルモノヲ妨ケス。

② 此場合ニ於テ若シ反対カ証セラレサルトキハ占有者ハ正名義且善意ニテ占有スルモノト推定セラル。」

1482条「① 動産物ノ占有者カ正名義ヲ有シ且善意ナル場合ニ於テモ若シ其物カ此ヨリ以前ニ所有者ノ盗取セラレ又ハ遺失シタルモノナルトキ占有者直チニ (directement) 盗人、共犯者、発見者又ハ是等ノ者ノ代人ヨリ物ヲ収受シタルニ於テハ其所有者ハ遺失又ハ盗難ノ時ヨリ一ヶ年間ニ在リテハ占有者ニ対シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得。但占有者カ其物ヲ有償名義ニテ受ケタルトキハ占有者ヨリ其占有ヲ譲渡シタル者ニ対スル求償ヲ妨ケス。

② 本条ハ背信ニ因リテ窃取シ又ハ詐欺ヲ以テ得タル物ニ之ヲ適用セス。但其物ハ前条ノ規定ニ従フ」

1483条「① 遺失シ又ハ盗取セラレタル物ヲ競売又ハ公ノ市場ニ於テ又ハ此類ノ物ノ商人若クハ古物商人ヨリ善意ニテ (de bonne foi) 買受ケタルトキハ所有者ハ其物ノ回復ヲ為スコトヲ得ス

② 此場合ニ於テ右ノ代価ニ付キ所有者ハ売主ニ対シテ求償権ヲ有シ又売主ハ譲受人ニ対シテ求償権ヲ有シスリ如クシテ盗者又ハ発見者ニ遡ル可シ。」

1483条の2「① 所有者前二条ノ適用ニ因リ占有者ニ対シテ物ノ回復ヲ為スヲ得サル場合ニ於テハ盗人、其従犯人、発見者又ハ是等ノ代人ニ対シ物ノ価額ニ付キ対人訴権ヲ行フヲ得

② 右ノ訴権ハ取得ノ善意ナル場合ニ於テハ遺失又ハ盗取ノ時ヨリ一个年ニ之ヲ制限ス」

(2) 動産について即時取得が認められること、即時取得を即時の時効として位置づけること³⁴⁾、盗品・遺失物について回復請求が認められうることに

33) 翻訳は、前掲・再掲修正民法草案註釈によったが、訳が漏れている部分を適宜補った。また、翻訳の際に条文番号が500条ずつ大きくされているが、条文番号についてはボアソナードの原案を踏襲した。

いては、現行法ならびにフランス民法典と共通している。またボアソナードは、「1482条は、フランス民法の認めた2種の例外を維持したもの」と述べており³⁵⁾、盗品・遺失物について即時取得の例外規定が置かれたとの位置づけも共通である。盗品・遺失物についてのみ特別規定を設けた点についてボアソナードは、窃盗の被害に遭い、もしくは、偶然に自己の物を失う（遺失する）というのは、所有者は通常の注意に拘わらずこの予防をなし得ないものとみなされるべき事実であること、すなわち真の権利者に帰責性がないことを理由とする³⁶⁾。

(3) フランス法との相違点は、以下の3点である。

(i) 第1は、1481条1項等が「正名義及ヒ善意」と明記し、1483条1項が「善意」と明記した点である。フランス民法では、占有者の主観的要件については一切規定がなかったところ、それでは曖昧である³⁷⁾ことから、ボアソナードが占有の条件として必要十分な2つのものとして正名義と善意とを掲げたのである³⁸⁾。ボアソナードは、ここで求められている占有とは自己のために有する意思に物質上の所持を合わせた占有であるとし³⁹⁾、「正名義及ヒ善意」を要求する理由を次のように述べる。不動産については、占有によって取得時効の完成期間を短縮するためには、占有は正名義（*juste titre*）と善意という2個の資格を有することが要件とされている⁴⁰⁾。そこでフランス民法旧2279条（現2276条）

34) Boissonade, *op.cit.*, p.365. もっとも、即時時効と称する時効の真の基礎は占有にあるとする。

35) Boissonade, *op.cit.*, p.370.

36) Boissonade, *op.cit.*, p.370.

盗品・遺失物の場合に占有者よりも真の所有者を保護するのは、この場合の所有者が買主に比べると不注意なところがやや少ないとみなされるためであるとする Boissonade, *op.cit.*, p.371も同様。ボアソナードが真の所有者の帰責性の低さを重視していることは、1482条2項の存在からも見て取れる。

37) Boissonade, *op.cit.*, p.367.

38) なお、ボアソナードは1481条はフランス民法旧2279条（現2276条）に依拠したものであることを明言している（Boissonade, *op.cit.*, p.365.）。

39) Boissonade, *op.cit.*, p.367.

の占有もこのように理解すべきであり、この占有に値するのは正名義かつ善意の占有である、というのである。

このようにポアソナードは、即時取得における占有者の主観的要件がフランス民法では曖昧であったことから、それを明らかにするために「正名義及び善意」という文言を付加する。そしてその際、即時取得を即時の時効と位置付けたことから、不動産の取得時効に合わせて要件を定めている。

1483条1項で「正名義」が要求されない理由は明らかではないが、競売等による買受が「正名義」に該当するものと判断したものと考えられる。

(ii) 第2は、1482条で回復請求の相手方を盗人・発見者等から動産を直接に取得した者に限定した点である⁴¹⁾。なぜこのような限定を加えたのか。ポアソナードは次のように説明する。盗取者または拾得者から占有を取得した者は、一般に、自己に提供された物について隠し立てがあることに気づきうるのだから疑念を抱くべきである。すでに疑わしい点がある以上は、譲受の約定をしてはならないのである。よって、たとえ占有者が正名義を有しかつ善意であっても、その占有者に対する取戻請求を許すのである。これが例外規定に対する唯一の説明であるから、フランス民法に対して修正を加え、取戻を占有者が窃取され遺失した物の盗取者・拾得者・その共犯者・その名代人から直接に得た場合に限定した。物が占有者の下に到達するまでに数人の手を経たときは、他のすべての場合と同様の保護を受ける⁴²⁾。

このようにポアソナードは、盗取者・拾得者から直接に占有を取得すること自体に過失があると考えている。そのために、正権原があり善意の占有者に対しても⁴³⁾、その者が直接取得者である限りは回復請求にさらされるものと規

40) フランス民法旧2265条ならびに現2272条2項参照。

41) 安永・前掲②462頁は、この点を回復請求期間の相違と並んで、フランス民法典とポアソナード草案の相違点とする。

また Boissonade, *op.cit.*, p.370は、フランス法に比べて占有者に損失を被らせるところが少なくなっている、とする。

42) Boissonade, *op.cit.*, p.370-371.

定したのである。なお、正権原並びに善意の少なくともいずれかの要件を欠く占有者に対して回復請求ができることは、1482条1項が「場合ニ於テモ」と規定していることから明らかである。

そして直接取得者以外の者が正権原を有し善意である限りはその者に対する回復請求を認めない理由として、ボアソナードは以下の2種の損害を除去すべきことを挙げる。第1は、買受や受贈を通じて動産を占有することとなった者が予想しなかった取戻に遭うときにその個人に生じる損害、さらにはこうした損害を被る者が多数に上ることから生じる一般的な損害、第2は、非常に注意をすればその損害を何とか回避できるとしても動産取引が稀有なものとなるために拡大される損害である⁴⁴⁾。前者は占有取得者に事後的に生じる損害、後者は動的安全が確保されず回復請求にさらされるのを嫌うことによって動産取引が不活発になるという事前的な損害を意味する。

こうした目的から、ボアソナードは直接取得者以外の者についてはあえて無過失を要求していなかったのである。

(iii) 第3は、盗品・遺失物を競売等により善意で買い受けた場合には、代価弁償による物の回復請求を認めるのではなく、物の回復請求を一切認めない点である。

フランス法と異なる規定を置いた理由につき、ボアソナードは次のように述べる。

フランス法がこの場合に占有者は代価の償還を受けることによって計算上は損害がないように手当てをしつつも動産を失うこととしたのはなぜか。それは占有者が買い求めたときの状況で、占有者にその譲渡人が所有権を譲渡する権利を有するか否かを疑わせることができないからである。よって占有者は過失を免れるものである (*exempte de faute*)⁴⁵⁾ というのならば、なぜ旧所有者は占

43) Boissonade, *op.cit.*, p.373は、盗取者・拾得者から直接に取得した占有者は争いの目的である物をいまだに占有しているのであれば取戻の請求を受けるのであるから、たとえ善意であっても責任を免れないのは勿論であるとする。

44) Boissonade, *op.cit.*, p.368.

有者から物を奪うのだろうか⁴⁶⁾。このようにボアソナードはフランス法の処理では中途半端であるというのである。そこでボアソナードが適切と考えたのは、占有者を保護して取戻の憂いをなくすことなのである⁴⁷⁾。

(4) 以上のようにボアソナード草案はフランス民法典とは異なる点を有する。

まず、即時取得を認めるに際しての占有者の主観的要件を明記した点については、ボアソナードはフランス民法で不明確であった点を明らかにしたものである。フランス民法においても解釈論上は善意・無過失が要求されることから、善意要件についてはフランス法と共通している。

フランス民法典と大きく異なるのは、回復請求の相手方を盗品・遺失物を盗取者・拾得者から直接に占有を取得した者に限定していること、競売等による買受人に対しては回復請求が一切認められないものとされていることである。これらの点で、フランス民法典に比べて真の権利者の保護が手薄となっている。このように定めたのは、占有者自身に過失がないと解されるためである。逆に言えば、盗取者・拾得者からの直接の譲受人は過失があるものと典型的に判断される⁴⁸⁾ことから、回復請求にさらされることとなっている。個々の占有者の過失の有無ではなく、動産の占有開始状況からする規範的な過失の有無によっているのが特徴的である。

45) 競売等の場合には、取得者は一律に無過失として扱われるということである。

この点で、占有者の過失を前提とする1482条と対置されるのであり、ボアソナードの構想には整合性があったものと言える。

窃取者・拾得者からの直接の取得者は原則として1482条により取戻請求を受け、競売等によって取得した場合にのみ1483条により取戻請求を受けない。転得者については規定がなく、1481条が直接に適用されることで常に即時取得が認められる。

46) Boissonade, op.cit., p.372.

47) Boissonade, op.cit., p.373.

48) なおボアソナードは、1482条2項の説明において、詐取者・受託者・賃借人・不実の受託者と善意で約定した占有者は、詐欺があったことを疑いうる状況にはないという(Boissonade, op.cit., p.372.)

第3章 旧民法典

(1) 旧民法証拠編の関連規定は以下のとおりである。

144条「① 正権原⁴⁹⁾且善意⁵⁰⁾ニテ有体動産物ノ占有ヲ取得スル者ハ即時ニ時効ノ利益ヲ得但第三百三十四条及ヒ第三百三十五条⁵¹⁾ニ記載シタルモノヲ妨ケス

② 此場合ニ於テ反対カ証セラレサルトキハ占有者ハ正権原且善意ニテ占有スルモノトノ推定ヲ受ク」

145条「① 動産物ノ占有者カ正権原ヲ有シ且善意ナル場合ニ於テモ其物カ所有者ノ盗取セラレタルモノ又ハ遺失シタルモノナルトキハ其所有者ハ盗難又ハ遺失ノ時ヨリ二个年間ハ占有者ニ対シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得但占有者カ其物ヲ有償ニテ受ケタルトキハ其譲渡人ニ対スル求償ヲ妨ケス

② 背信ニ因リテ隠匿シ又ハ詐欺ヲ以テ得タル物ニハ本条ヲ適用セスシテ前条ノ規定ニ従フ」

146条「① 盗取セラレ又ハ遺失シタル物ヲ競売又ハ公ノ市場ニ於テ又ハ此類ノ物ノ商人若クハ古物商人ヨリ善意ニテ買受ケタル者アルトキハ所有者ハ其買受代価ヲ弁償スルニ非サレハ回復ヲ為スコトヲ得ス

② 此場合ニ於テハ右ノ代価ニ付キ所有者ハ売主ニ対シ又売主ハ譲渡人ニ対シテ求償権ヲ有シ終ニ盗取者又ハ拾得者ニ遡ル」

(2) ボアソナード草案との共通点としては、第1に即時取得の成立に「正権原且善意」が要求されていること（144条1項⁵²⁾、第2に即時取得を即時時効

49) 正権原の占有・無権原の占有は、旧民法財産編181条が定める。

旧民法財産編181条「① 法定ノ占有カ占有ノ權利ヲ授付ス可キ性質アル權利行為ニ基クトキハ譲渡人ニ授付ノ分限ナキヲ以テ其効力ヲ生スル能ハサルトキト雖モ其占有ハ正権原ノ占有ナリ

② 占有カ侵奪ニ因リテ成リタルトキハ其占有ハ無権原ノ占有ナリ」

50) 善意の占有は、旧民法財産編182条1項が定める。

旧民法財産編182条「① 正権原ノ占有ハ権原創設ノ当時ニ於テ占有者カ其権原ノ瑕疵ヲ知ラサリシトキハ之ヲ善意ノ占有トシ此ニ反スルトキハ悪意ノ占有トス」

51) 配偶者間および財産の管理人と被管理者との関係についての規定である。

として位置づけていること、第3に「正権原ヲ有シ且善意ナル場合ニ於テモ」(145条1項)として無権原または悪意の占有者に対しては当然に回復請求ができるという条文構造になっていること、第4に競売等における買受者であっても善意の者のみについて規定が置かれており、かつ、ここでは正権原の有無や過失の有無は問われていないこと(146条1項)である。

第4点に関連して、146条で「無過失」が要求されない理由については、「占有者カ其盗取物又ハ拾得物ナリシニ心付カサリシモ是レ決シテ不^〇注^〇意ナリト云フヲ得ス」〔圈点原文〕⁵³⁾とされていることから、競売等での買受の場合は定型的に過失が認められないものと解されていたと推測される。善意の内容は説明されていないが、「人民カ公ノ信用ニ因リ為シタル契約」と説明するものが見られ⁵⁴⁾、また、「其道ノ商人等カ盗賊又ハ遺失品ヲ売ルカ如キハ最モ非常ニシテ買主ノ意想外ノ事」とされる⁵⁵⁾ことから、その動産が盗品・遺失物であることを知らないことと解してよいだろう。

(3) 他方、ボアソナード草案との相違点としては、第1に145条1項にはボアソナード草案にあった「直チニ」の文言が欠落していること、第2に競売等における善意の買受人に対して代価の償還により回復請求が可能とされたことである。その結果、フランス法に近接することとなった⁵⁶⁾。

各条文の相互関係については、144条の説明において、「第百四十五条及ヒ第百四十八条ノ場合ハ特別ナリトス」とされ⁵⁷⁾、146条の説明では、「前条ノ

52) なお、岸本辰雄『民法正義 証拠編』(新法註釈会・刊行年不明(明治23年か?)) 609頁は、144条の説明において「買主等ニ至リテハ其売主ノ真所有者ニ非サルヲ知ラサリシトテ些兒ノ過失トモ云フ可カラサル」としており、無過失を要求するようにも見られる。

53) 岸本・前掲616頁。磯部四郎『大日本新典民法積義 証拠編之部』(長島書房・明治26年) 384頁も同様。

54) 岸本・前掲616頁。

55) 磯部・前掲385頁。

56) 安永・前掲②462頁は、旧民法典において盗品・遺失物については、フランス法と同様に例外的な扱いがなされているところ、相違点は、回復につき、フランス法が3年の期間を認めるのに対し、旧民法は2年間とする点のみであるという。

57) 岸本・前掲606頁。

場合ニ於テ」との表記が見られる⁵⁸⁾ことから、145条・146条は144条の例外⁵⁹⁾、146条は145条の例外と位置付けられている⁶⁰⁾。

このように146条は145条の例外とされるわけだが、第1の相違点があることによって、146条が145条の例外とされることの意味が異なってくる。ボアソナード草案の場合は、原則としては盗取者・拾得者からの直接の取得者のみが回復請求を免れるのに対して、中間者が介在していても、競売等で入手した場合は無過失だから例外的に占有者が保護されるとされる。すなわち、中間者が介在していてもという部分が例外となる。これに対して旧民法典では、145条には占有者の直接取得という要件はないから、競売等によるときに限っては代価の償還を要する点で占有者保護が手厚くなっている。すなわち、競売等における買受であるという、占有者の動産取得手段が例外をなすことになるのである。

また、第1の相違点があることによって回復請求の相手方は盗品・遺失物の占有者一般に拡大されたわけであるが、回復請求が認められる理由は、正権原を有し善意であっても商人等ではない素人から取得した占有者には過失があることに求められている⁶¹⁾。こうした説明自体はボアソナードにも見られたところであるが、ボアソナードの場合は盗取者・拾得者からの取得者のみが回復

58) 岸本・前掲615頁。

59) 岸本・前掲611頁でも、「本条〔145条〕ハ前条ニ対スル二個ノ例外ヲ規定」したものとされる。

60) 堀三友ほか『民法疏義 証拠編』(岡島宝文館・明治25年)444頁も、146条は145条に規定する例外法の例外であるとする。

61) 岸本・前掲612頁、磯部・前掲382頁。岸本は「素人ヨリ（第四百四十六条ノ場合ニアラス）取得シタル者」は過失があるとするのに対し、磯部はこのような説明を加えていない。しかしながら磯部・前掲385頁は、146条の説明において、145条を「単ニ通常人間ノ授受ヲ想像シタル」とするとしていることから、岸本と同様の見解であると言える。

これに対して堀ほか・前掲442頁は、窃取者・拾得者から物の占有を取得した者は、「多クノ場合ニ於テ此等ノ者ヨリ己レニ提供シタル物ニ付キ多少隠密ノ廉アルヲ発見シ從テ胸中自ラ疑心ヲ起サ、ルヲ得サルヘシスク多少ノ疑点アルトキハ之ヲ譲受ケ占有スルニ於テ憚カル所ナカル可カラス」とのボアソナードと類似の説明を加えるのみである。

請求の相手方であったから、これらの者の占有態様に疑わしい点があることが過失の根拠となった。これに対して岸本や磯部においては、競売や公の市場等を通じて取得しないこと自体が過失の根拠ということになる。146条1項に列記された状況以外での動産取引には慎重な姿勢がうかがえる。

他に、真の所有者に帰責性がないという観点からの説明も見られる。「是レ如何ナル場合ニ於テモ所有者ニ過失ナキハ則チ同一ナレハ之ヲ保護セサル可カラサルカ為メニシテ修正其当ヲ得タルモノト謂フ可シ」⁶²⁾というのである。

以上からは、ボアソナードが占有者の過失の有無にのみ重点を置いていたのに対して、旧民法典では占有者の過失の有無と同時に真の権利者の帰責性欠如が盗品・遺失物について特則を置く理由となっていることが明らかとなる。

第2の相違点、すなわちボアソナード草案と異なりフランス民法典と同様に代価の償還を認めた理由としては、146条で認められた場合には相当の手を経て目的物が移転してきており、かつ、購入時の状況も占有者に譲渡人の処分権原について疑わせる隙がないのだから、占有者には過失がないことが挙げられている⁶³⁾。占有者には過失がないことを理由とする点は、ボアソナードと同様である。しかし、ボアソナードと異なる処理方法を規定した理由についての説明は見受けられない。

第4章 法典調査会での審議

法典調査会に提出された草案は、現代語化される前の民法典の法文とほぼ同じ⁶⁴⁾である。そこで法文を提示することはせずに、法典調査会での議論を検討していくこととする。

62) 岸本・前掲614頁。

63) 堀ほか・前掲445頁。岸本・前掲616頁、磯部・前掲384頁も不注意がないとする。

64) 即時取得によって得られる権利を所有権としていた点が異なっていた。法典調査会では修正の試みはすべて否定されたものの、衆議院に提出された議案ではすでに平成16年の現代語化以前の条文と全く同じものとなっている（広中俊雄編著『第九回帝国議会の民法審議』(有斐閣・昭和61年)294頁)。

(1) 192条から194条の起草を担当したのは穂積陳重のようである。

穂積はまず、即時取得の性質を説明する。穂積によれば、192条は元々は即時時効の規定として構想されたが、起草者たちは、占有の結果として所有権を取得するのを時効の規定として整理するのは不都合であると考えた⁶⁵⁾。その理由は、即時時効というのは自家撞着であること、すなわち、時の経過によって効果が生じるのが時効であるのに、即時時効では時が経過していないことに求められる。そして時効は時の経過であるというのが根本と定まった以上は、既成法典のように即時取得規定を時効の箇所に配置することができなくなってきたために、占有の効力の箇所に配置したものだという。ここに旧民法典に至るまで一貫して見られた即時取得は即時時効であるとの見解からの一大転換が見られる。

これに対しては、箕作麟祥が、192条は所有権取得の方法の箇所に規定すべきではないかと質問する。これに答えた穂積は、起草者間で議論したわけではなく単なる私見であるが所有権取得の方法の箇所には所有権取得のみに関わることを規定したのであって、192条の主眼を所有権の取得に置くというのであれば、所有権取得の方法の箇所で規定してもよい⁶⁶⁾、即時取得は占有の最も顕著な効果であることから占有権の効力の箇所に配置するのが便利であろうと考

65) 『法典調査会民法議事速記録 一』(商事法務研究会・昭和58年)(以下「速記録一」とする) 657頁〔穂積陳重〕。

もっとも梅は、立法後においても192条を時効規定と理解しているようでもあり、梅謙次郎『民法要義 卷之二 物権編』(有斐閣書房・明治44年)(以下「梅・前掲①」とする) 59頁には「本条〔192条〕ハ所謂瞬間時効又ハ即時時効 (prescription instantané) ニ関スル規定ナリ」〔圈点原文〕との表現が見られる。しかし梅・前掲①60頁は「時ヲ要セサル時効アルヘキ謂レナキカ故ニ其不当ナルコトニ既ニ之ヲ述ヘタリ」として時効規定ではなく占有の効力として理解すべきものと説明していることから、「所謂」という形で読者の理解を簡便にしたにすぎず梅自身は192条を時効規定とは考えていないことは明らかである。とはいえ梅・前掲①61頁は、192条の要件は不動産の取得時効に関する162条2項と同じであるとのポアソナードと類似の見解を述べ、特別の保護を受けるべき占有者は動産についても不動産についても同一であるのが当然だからとしており、時効規定との関連性を全面的に否定するものではない。

えたのであるとした⁶⁷⁾。また梅は、起草者間では異議がなかったから協議をしなかったのである。所有権取得の方法の箇所には、純然たる所有権取得だけの問題を規定したのである、として占有権の効力箇所への存置を主張した⁶⁸⁾。箕作はなおも遺失物に関する規定（240条）が所有権の取得の箇所にあることから、遺失物についてだけでも所有権の取得の箇所に入れた方が良いとした⁶⁹⁾ものの、この直後に別の問題点が指摘されたため、即時取得の性質に関する議論は終結した。ここで注目すべきは、即時取得は即時時効であるとの見解からの反対論が全く見られなかったことである。

(2) 次いで穂積は192条の趣旨を説明する。穂積は、192条は自然の結果ではなく、公益のために所有権取得の簡易な方法を設けたものである。こうした結果をいかなる場合にも一律に及ぼすのは真の所有者にとって酷であるから、真の所有者の保護と並んで善意かつ公然平穩な占有者も保護することができるのであればそうした方が良い、という⁷⁰⁾。真の権利者保護と占有者保護の双方のバランスを強調する見解であり、占有者の帰責性に重点を置いていたポアンナードの見解とはやや重点の置き方を異にするものと言えよう⁷¹⁾。

旧民法証拠編144条1項が「正権原」を要求していたのに対して192条は「無過失」を要求する。この点については、162条に関する法典調査会での議論の中で説明がなされていた⁷²⁾。梅は、正権原では杓子定規であるから過失の有無

66) なお、穂積は後述のように、192条は公益のために所有権取得の簡易な方法を定めたものとする（速記録一661頁）。

67) 速記録一657頁〔穂積〕。

68) 速記録一658頁〔梅謙次郎〕。

69) 速記録一658頁〔箕作麟祥〕。

70) 速記録一662頁〔穂積〕。

71) 192条の趣旨につき、松波=仁保=仁井田・前掲310-311頁は、占有者を保護することで占有者が動産取引を容易にしうるものとした（「取引ノ安全ヲ保ツ」）ものとして真の権利者が害される場合があってもやむを得ない。他方で、真の権利者に過失があるとの理由や、物を返還すべきものとする物が転々流通していた場合には多くの訴訟を生じて面倒であるとの理由は「寧ろ附随ノ理由ナリ」とする。ポアンナードの見解に比較的近いものと言えようか。

を問う方が良い結果が得られると考え、ドイツ民法草案に言及する。これのみではわかりにくいことから、後年の梅の著作も合わせて見ておく⁷³⁾。梅によれば、正権原ある有過失者よりも正権原なくとも無過失の者を保護するべきである。ローマでは初めは過失なき善意占有を要するとの意味であり、ただ過失がないとするためには通常は権原を要するとしたにすぎない。ローマ法には数多くの例外があって、権原がなくとも占有者に過失がなければ時効の利益を受けるものとしている、と説明される。以上の説明からは、正権原と無過失とは別個の要件として理解されていた⁷⁴⁾こと、ローマ法の結論を維持するのに適切な要件として正権原の代わりに無過失が選択されたことがわかる。

ところが192条の善意・無過失の内容に関しては全く議論がなされなかった⁷⁵⁾。

(3) 193条について穂積は、192条の例外として⁷⁶⁾真の所有者を保護するものという⁷⁷⁾。そして、旧民法証拠編145条と実質において少しも変わりはないつもりであり、旧民法証拠編145条1項但書ならびに同条2項はわかりきったことだから省略したとする⁷⁸⁾。

このように起草者の主観では盗品・遺失物の回復請求に関しては旧民法典

72) 速記録一515頁以下〔梅〕。

73) 梅謙次郎『訂正増補民法要義 卷之一 総則編』(有斐閣書房・明治44年)(以下、「梅・前掲②」とする)410-412頁。

74) 後の見解であるが、横田秀雄『改版増補 物権法』(清水書店・大正7年20版)224頁は、正権原の占有であることは、明文規定がないが善意無過失のうちに含まれており、法律の主眼が権利を取得したものと信ずべき正当の理由を有する者を保護することにあることから、正権原が必要であるとする。

75) これはおそらく、162条2項と同様と解されたためであると考えられる。

梅は192条の説明においては「善意」・「無過失」の内容を明らかにしていない。162条2項の「善意」とは「自ら其所有者タルコトヲ信スルヲ云フ」、⁷³⁾「過失ナキ」とは「普通人ノ為スヘキ注意ヲ為スヲ云フ」とされる(梅・前掲②409頁)。

76) 梅は、一方では即時時効によって所有権を取得するが、193条の場合だけはまだ所有権は取得していないということを明らかにするために、192条の例外として193条を掲げたものとし(速記録一666頁〔梅〕)、穂積は、193条では所有権が移らないという点が192条の例外であるとする(速記録一669頁〔穂積〕)。

と同様の規定とされている。しかしながら、以下の相互に関連する2点に注意しなければならない。

第1は、冒頭に「前条ノ場合ニ於テ」という文言が付加されたことである。穂積によれば、「前条ノ場合ニ於テ」という文字は当初はなかったが、ことさらに付加したものである。通常192条で即時取得が成立して所有権を取得するが、193条の場合だけはまだ所有権は取得していないということを明らかにするためにことさらに前条の例外として193条を掲げたのであるという⁷⁹⁾。「前条ノ場合ニ於テ」という文言が付加されたことによって193条の適用範囲は占有者が善意・無過失・平穩・公然な占有をする場合に限定されることとなった。しかし、起草者は193条の適用範囲を限定することを目的としたのではなく、192条が適用される場合と対比して、193条が適用される場合に限っては占有者に所有権が移転しないことを明らかにしようとしたのである。すなわち、192条・193条とも、善意・無過失・平穩・公然たる占有者のみを念頭に置いた規定である。悪意または有過失の占有者は念頭に置かれていない。このことは第2点と関わってくる。

第2は、旧民法証拠編145条1項では「場合ニ於テモ」とされていたのが「場合ニ於テ」とされたこと、すなわち「モ」の文字が削除されたことである。わずか1文字であるが、この点は以下のように条文の内容に重大な変化をもたらす。

旧民法証拠編144条1項・145条1項のいずれにも「正権原ヲ有シ且善意ナル」との文言があり、現行法の起草過程において192条の文言が「正権原」から無過失と変更されたのであるから、193条で「前条ノ場合ニ於テ」と規定しても特段の問題点はないように見える。しかし「モ」が削除されたことによって、

77) 速記録一662頁〔穂積〕。梅・前掲①62頁、松波=仁保=仁井田・前掲320頁も同様。

なお富井・前掲687-688頁は、192条こそが所有者以外の者がした処分を有効とする点で一般原則に対する例外であるとする（同書692頁も同様）。

78) 速記録一661頁〔穂積〕。

79) 速記録666頁〔穂積〕。

旧民法証拠編145条1項が占有者に正権原がない場合や悪意の場合をも包摂した規定であったこと、すなわちこれらの場合は当然に回復請求が可能であるが、このほか、旧民法証拠編145条1項の要件を満たす場合においても占有者に対する回復請求が可能という意味であったのが変容してしまったのである。193条が直接適用されるのは占有者が善意かつ無過失の場合のみということになり、勿論解釈の部分が消えてしまったわけである⁸⁰⁾。

また、193条が盗品・遺失物のほか詐取された動産等にも適用されるか⁸¹⁾について穂積は、詐取とか受寄物消費とかよりも一歩甚だしい盗品・遺失物というものは確かにわかることと、詐取・受寄物横領の場合は真の権利者に不注意があるから193条の保護を与える理由がないと「見タモノデアラウト思ヒマス」から、盗品・遺失物に保護を止める「コトニナッテ居ルモノジヤラウト思ヒマス」とする⁸²⁾。ここからは2つのことが明らかになる。第1に、本条においてもやはり真の権利者の保護と占有者の保護の双方のバランスが重視されていること⁸³⁾、第2に、もっぱら伝聞調の理由付けがなされていることから、盗品・遺失物に限定して即時取得の例外を設けることについて穂積の独自性はないこと、である。したがって、ここからも193条があえて悪意または有過失の盗品・遺失物占有者に対する回復請求を否定したものではないと結論付けられる⁸⁴⁾。

(4) 194条は旧民法証拠編146条1項に文字の修正を加えただけのものであ

80) とはいえ、前条の趣旨説明に見る如く、穂積は真の権利者保護と占有者保護とを同時に目的としていた。したがって、善意・無過失・平穩・公然でない占有者に対する回復請求をあえて否定する、すなわち、盗取者・拾得者・それらの者の悪意または有過失の特定承継人については占有訴権を行使すれば足りるとの見解を支持するものとは考え難く、旧民法と実質的に変わりはないとの説明に偽りはないことになろう。

81) 土方寧の質問である。

82) 速記録一662頁〔穂積〕。

83) このことは、土方が遺失主には詐欺の被害者の場合と同等に落ち度があるから遺失物の場合も真の所有者を保護するのは妥当ではないとするのに対して、穂積が全体としては遺失物の場合の方が真の権利者の過失が少ないと評価できるとする（速記録一663頁）点にも現れている。

り、実質において異なるところはなく、「善意」のみが要求されており無過失に言及されない点も変わりはない。法典調査会では趣旨等の説明もなされていない^{85,86)}。ただ、横田國臣の質問を受けて194条は193条の例外であるとするのみである⁸⁷⁾。これを受けた横田は、194条を193条2項として「若シ競売若シクハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販売スル商人ヨリ前項ノ物件ヲ買受ケタルトキハ」とすれば2年という期間制限も当てはまるとする⁸⁸⁾。梅は条文構成を変容させて194条を193条2項とする点については賛成しないものの、194条には2年の期間制限がかかるとの見解に立つ⁸⁹⁾。いずれも193条と194条とを一体のものとして理解する。

84) さらに、横田國臣が、この「占有者」とは192条の善意かつ無過失の占有者を指すのか確認したのを否定して、穂積は193条の「占有者」にはすべての者が入るとする（速記録一668-669頁〔穂積〕）。もっとも、穂積も「前条ノ場合ニ於テ」の文言があるから、直接に適用されるのは善意・無過失の占有者であることは認めており、この文言の挿入によって生じる解釈の変化に全く無頓着であったわけではない。

85) 速記録一669頁〔穂積〕。旧民法証拠編146条3項〔2項の誤りと思われる〕については、特別にこうした規定を置く必要はないものと考えたとする。

86) 衆議院においては穂積が「本条ノ精神ト云フモノハ、盗品又ハ遺失品ヲ一己人が窃ニ売渡ストカ云フノ防グ精神デゴザイマスカラ、何人ナリ買入ヲ集メテ大勢ノ真中デ売渡スト云フヤウナコトデアリマスルト、其買主ニ於キマシテモ是ハ不正品デハナイ、相当ノモノデアラウト云フ信用ハ自ラアル」(広中編著・前掲153頁)としており、194条に規定するような状況では買受人の信用が保護されるべきであることを指摘する。

また、松波=仁保=仁井田・前掲325頁は、競売・公の市場における取引・商人となす取引に関する信用を強固ならしめるものとし、無償で回復されてしまうのでは誰もが物を買うのに不安の心を起こし一般の取引を遅緩ならしめ遂には商業の衰退を来すとする。

このような取引の安全を強調する見解に対し、富井・前掲709頁は、「此等ノ場合ニ於テハ占有者ハ買得ノ際其物ノ瑕疵（盗品又ハ遺失物ナルコト）ヲ覚知スルコト能ハサルヲ常トス從テ之ヲ買受クルモ何等ノ過失アリト謂フコトヲ得ス」と買受人の無過失に重点を置いた説明をする。梅・前掲①64頁も同様。

87) 速記録一669頁〔穂積〕。速記録一666頁〔穂積〕にも「尚ホ本条〔193条〕ニ対シテ例外ヲ出シマスル為メニ次ノ百九十四条ヲ置キマシタ」との発言が見られる。

後の著書であるが、梅・前掲①64頁も、「本条〔194条〕ノ規定ハ前条ノ規定ニ対スル一ノ制限ニシテ稍々第百九十二条ノ本則ニ復帰セントスルモノナリ」とする。

88) 速記録一670頁〔横田〕。

横田の発言には、もう1点注目すべきものがある。それが、「善意ト云フコトモ前ニナイカラシテ勿論ノコトニナラウト思ヒマス」との発言⁹⁰⁾である。この発言が何を言わんとしたものであるかはわかりにくい。「前」というのは193条を指すと思われる。193条にも善意という文言がないのだから、194条の内容を193条2項に入れるのであれば、「善意」という文言を削除しても問題はないと横田は考えているようである。すなわち、193条では省略されている「善意」の内容と194条の「善意」の内容とは同じものと考えているのではないか。したがって、この横田の見解は、194条の「善意」は本来的には不要であるとの考えを示唆するものとも考えられるのである。同様の示唆は次のやり取りからも得られる。横田の提案を受けた富井は、194条をこのままで193条の2項にしてはどうかと問い、それに対して横田は「此儘テモ意ハ同ジコトデアル」と答えている⁹¹⁾。これによれば、「善意」という文言のある194条をそのまま193条2項とするのと「善意」という文言のない横田の提案とは「意ハ同ジ」ということだから、主眼は194条の場合であっても2年の期間制限がかかることを明確する点にあるとしても、横田は194条に「善意」という文言を残しておくことに意味はないものと考えていると思われるのである⁹²⁾。ところが横田の修正案には賛同がななくやむやになってしまった。

第5章 検討

以上、フランス民法典からボアソナード草案・旧民法典を経て現行法の規定が形成されるまでの過程を見てきた。

この中ではボアソナード草案が、盗品・遺失物を盗取者・拾得者から直接

89) 「百九十三條ニ於テ盗品又ハ遺失物ハ二年間デナケレバ回復ハデキスト云フコトハ極マツテ居ルノデアル百九十四條ニモ斯ウ云フ事情ガアレバ代価ヲ弁償シナケレバナラスト云フノデ百九十三條ニ於テ特別ニ保護スベキ理由ガアツテモ代価サヘ払ヘバ十年デモ宜シイト云フ解釈ハ出テ来ヤウ筈ハナイト思ヒマス」(速記録一670頁〔梅〕)。

90) 速記録一670頁〔横田〕。

91) 速記録一670頁〔富井・横田〕。

に取得した者に対してのみ回復請求を認めていた点、が特筆される⁹³⁾。また、即時取得の成立要件としてボアソナード草案と旧民法典では正権原と善意が要求されていたのが、現行法では善意・無過失と変更されている。これは結論の妥当性を追求したものである。なお、フランス民法典には即時取得における占有者の主観的要件は規定されていないが、学説上は善意・無過失が要求されている。

占有者の主観的要件が明記されたのはボアソナード草案に始まるが、194条に相当するボアソナード草案1483条・旧民法証拠編146条のいずれにおいても善意のみが要求されており、現行法はその系譜を引き継ぐものである。これらの規定において正権原が要求されていなかったのは意図的なものである。すなわち、競売等における買受自体が正権原に相当するのだから、これに加えて正権原の文言を付加する必要はない。したがって、旧民法典に正権原の文言がなかったために正権原を無過失に置き換えた際に放置されてしまったという立法技術上のミスとするのは適切ではない。立法技術上のミスだとするのであれば旧民法証拠編146条1項に「正権原」の文言がないこと自体もミスだとされなければならないが、ボアソナード草案・旧民法典のいずれについても、競

92) 梅にも194条の「善意」に192条のそれと異なる独自の意味を持たせる趣旨ではないと窺わせる発言がある。それは193条と240条との適用範囲の相違を論じた部分であり、「百九十三条並二百九十四条ニアル規定ハ夫レトモ丸デ性質ノ変ハツタモノデアリマシテ遺失シテ其遺失物ハ知レテ居ル遺失主モ知レテ居ル唯併ナガラ拾主カラシテ善意ノ第三者ニ夫レヲ売ツテ仕舞ツタ其場合ニ善意ノ第三者ガ百九十二条ノ規定ニ依テ直グニ所有者トナラレルカ何ウカト云フコトヲ極メタノデアリマス」(速記録一667頁[梅])とする。193条・194条は、遺失物の善意の占有者が192条によって所有者となるか否かを定めたものだというのである。それならば、192条の「善意」と194条の「善意」とは同内容のものとするのが自然であろう。

93) 現行法の解釈としても回復請求の相手方を盗取者・拾得者から直接に取得した者に限定する見解もある(石田文次郎『物権法論』(有斐閣書房・昭和7年)361頁以下、小出・前掲23頁以下)が、ボアソナード草案の文言を敢えて変更していること、194条が適用されるのが盗取者・拾得者が商人である場合など極めて限定された範囲にとどまることから、この見解は採らない。

売等における買受そのものが正権原に該当するとの説明がなされている⁹⁴⁾。このように194条は系譜上、占有者の無過失という主観的側面に着目した規定ではなく、競売等という公開の場における買受であることに着目した規定なのである。そのために、個々のケースにおいては占有者の過失の有無を問題視するのではなく、規範的に公開の場における買受であれば過失はないものとの判断が加えられているのである。したがって194条は個々の占有者を保護する規定ではなく、取引の場に対する社会の信頼を保護した規定と位置づけられる。

しかし、このように194条では無過失要件は不要だと言ったところで、192条で要求される無過失要件が同条と密接に関連する193条を介して194条にも及んでいるのではないか、との疑念はぬぐえない。それはまさに本稿が善意要件についても指摘した点である。この点はどう考えるのか。

占有者の主観的要件を規定しないフランス民法ではこの問題は生じない。ボアソナード草案以降に生じた問題である。ボアソナード草案1482条1項では、占有者が正名義を有し善意である場合においても、盗品・遺失物を盗取者・拾得者から直接に取得した場合には回復請求の対象となると規定されていた。したがって、占有者が正名義を有しておらずまたは悪意の場合であれば当然に回復請求の相手方となることは法文上明らかであった。こうした事情は旧民法財産編145条1項でも全く同様である。

これが現行法の起草過程において、起草者が旧民法の内容をそのまま維持しようとしたにもかかわらず所有権の所在を明確にする目的で193条に「前条の場合において」との文言を挿入してしまったがために変容が生じてしまった。また、「も」の文言が挿入されなかったことから、193条は善意かつ無過失の占有者に限定して回復請求を認めた規定という位置づけとなってしまった。すなわち、悪意または有過失の占有者についての規定がなくなってしまったのである。

この欠を埋めるべく193条の「前条の場合において」は「前条の場合であっ

94) 近時のフランス民法の説明でも同様である。

ても」と読むのが妥当である、と指摘する学説はすでに存在する⁹⁵⁾。この見解は、193条によれば2年以内に盗難又は遺失の事実を証明することで回復請求が可能であるのに、過失ある占有者に対して回復請求権がおよそ発生しないとすると、盗取されたのが賃借人である場合には占有回収の訴えによるほかなく、占有を奪われた事実と相手方が特定承継人である場合にはその者が侵奪の事実を知っていたことを証明して、1年以内に提訴しなければならないために、193条による場合に比べて不利になるという。善意無過失の占有者に対して193条が適用されるのだから、悪意または有過失の占有者には当然に193条の回復請求権が認められるべきだということである^{96,97)}。この見解は結論の妥当性からしたバランス論に依拠するものであるが、この結論は、起草過程からも正当化することができる。すなわち、起草者には193条に「前条の場合において」との文言を付加することによって同条の適用範囲を制約する意図は全くなかったことから、文言の選択が適切ではなかったと考えることができるのである。

95) 安永・前掲①124頁。判例も同様である（前掲・最判昭和59年4月20日）。

96) 生熊・前掲294-295頁も同旨。

97) 果たしてこれが、193条の直接適用を意味するのかが問題となりうる。

安永・前掲①123頁は、193条を直接適用するのであれば論じるまでもないにも拘らず回復請求権の行使期間についてわざわざ論じていることから、「193条の回復請求権」という表現が見られるものの、これは回復請求の主体・内容が193条と同じものが認められるかという趣旨に止まり、193条を直接適用する趣旨ではなからう。また、松岡・前掲205頁は、前掲・最判昭和59年4月20日によれば、「192条の要件が不備の場合には、被害者または遺失者は、当然に返還請求ができる」としており、193条の直接請求を認めるものではないと思われる。

これに対して生熊・前掲292頁は、「バランス上、被害者等は、盗品等を悪意または善意有過失で買い受け占有している者に対しても、193条の回復請求権を行使し得ると解すべきである」とした上で、同書294-295頁は「193条の盗品等回復請求権は、被害者等に無償回復を認めるものであるから、回復請求の相手方につき192条の要件が充たされていなくても差し支えないが、194条の盗品等回復請求権は、相手方への代価弁償を伴うものであるから、相手方に192条の要件が充たされていることを要すると解すべきである」とする。193条と194条とを対比して193条については192条の要件を満たさない場合であってもよいとしており、悪意または有過失の占有者に対する回復請求を193条の直接適用によって認めるものと思われる。

このように193条の「前条の場合において」は「前条の場合であっても」と読むのが適当だとすると、194条の「善意」はどのように解されることになるのか。193条から「前条の場合において」という制約が外されることで、193条・194条とも悪意または有過失の占有者も対象とした規定と位置づけることができるようになる。その結果194条は、動産の回復請求にあたり、善意者には代価弁償が必要であるが悪意者には代価弁償は不要という意味を有することになる。

これは序論で否定した192条と194条とを切り離す読み方と同じことになる。しかしここでは192条と193条とが一体のものとして想定されていたが、193条の「前条の場合において」を「前条の場合であっても」と読み替えることによって、192条と193条の一体性は失われる。その結果、192条と194条とを切り離すことが可能となる。そして194条が193条の例外であることから、回復請求は2年の期間制限にかかることとなる。

194条は192条とは切り離された規定であるから、無過失が要件とされないとしてもそのこと自体には問題はない。しかし起草過程からは、占有者の無過失の要素が完全に放棄されていると解するべきではない。競売等で買い受けることが無過失と等置されているのである⁹⁸⁾。これは無過失が推定されるというのとは異なる。仮に占有者が有過失であったとしても、占有者は代価弁償を受けることができる。有過失の反証によって回復請求者は代価弁償を免れること

98) 注5に掲げた好美・佐久間・星野の見解を参照。

99) 本文のように解した場合、注21に掲げた善意・有過失者の扱いの点はどのように解されることになるのか。結論から言えば、194条において真の権利者の保護は192条におけるよりも弱体化していることは否めない。しかし、両条の目的の差異から、これは矛盾であるとは考えない。すなわち、192条は占有者に善意・無過失を要求することによって、前主には処分権原があるとの占有者の信頼を保護する規定である。これに対して194条は、競売等の取引環境そのものに対する社会の信頼を保護することによって取引コストを低減させることをも目的とした規定であって、前主の処分権原について特定の占有者が抱いた信頼を保護する規定ではない。異なる目的を有する規定の適用結果を対比するのは適切ではないということである。

はできないものと解すべきである⁹⁹⁾。なぜなら、前述のように、194条は個々の占有者が抱いた信頼を保護する規定ではなく、取引の場に対する社会の信頼を保護することを通じて取引コストの低減を図った規定と位置づけられるからである。この点で、公信の原則を採用したとされる192条とは意味合いが異なる。

以上が現行法の解釈論である。しかし、悪意または有過失の占有者に対しては193条の勿論解釈によって回復請求ができると解することができるとしても、「前条の場合において」との文言を軽視していることは否定できない。立法論としては193条の「前条の場合において」は削除すべきものであろう。そうすると、所有権の所在を明らかにするという起草者の狙いが達せられないこととなりそうである。しかし、2年の期間が経過する以前における盗品・遺失物所有権の所在をめぐっては争いがあるところであり、「前条の場合において」という文言を挿入することによって解決される問題であったわけではない。したがって、「前条の場合において」を削除しても問題はないものと解する。

おわりに

本稿は、現行法における盗品・遺失物の取り扱いを前提として、194条の「善意」要件の位置づけを中心に考察した。しかし、動的な安全への配慮から、盗品・遺失物について即時取得の例外を認めるべきではないとの見解も根強い。本稿はこうした見解に対して回答するものではなく、現行の法制度を前提とするものにとどまっている。

本稿における起草過程の分析からは、競売・公の市場など、194条が適用される場には来歴の確かではない盗品・遺失物は現れないとの信頼が強く保護されていることが明らかとなる。そこでは、商人ではない素人からの取得においては買主の過失が認められやすいといった相関関係も見られる。

しかし、現代においては、対面販売のみならずインターネット取引が活発になされるようになり、商人ではない者も売主として市場に登場するようになってきている。そこでは売主の属性は必ずしも明らかでない。そうした

論説（直井）

状況においてもなお、競売・公の市場等を特別視する194条の規定ぶりが維持できるのかが改めて問われることとなろう。

（なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

会社の計算と外部的エンフォースメント(3)

—オーストラリア—

弥 永 真 生

1 オーストラリア証券・投資委員会 (ASIC)

1997年に、いわゆるウォレス委員会最終報告書¹⁾は、金融システムの安定と消費者保護という2つの理念を掲げて、預金取扱機関、保険及び年金の監督を主たる任務とするオーストラリア健全性規制委員会 (Australian Prudential Regulation Commission) と会社の規制、証券市場の誠実性の確保及び金融の利用者保護を主たる目的とする会社・金融サービス委員会 (Corporations and Financial Services Commission) との創設を勧告し、会社・金融サービス委員会は、当時適用されていたさまざまな行為及び開示に関する法律をつかさどる権限を有するものとして制定法により創設されるべきであるとした。この勧告をうけて、1998年7月1日にオーストラリア証券・投資委員会 (Australian Securities and Investments Commission : ASIC) が創設された。

ASICの権限とその所管は、Australian Securities and Investments Commission Act, 2001 (以下、2001年法) が規定しており、Corporations Act, 2001のほか (2001年法11条1項)、Insurance Contracts Act, 1984 及び National Consumer Credit Protection Act, 2009の一部の施行を任務としている。

2018-19年度では、市場チームのうち、財務報告及び監査を担当しているの

1) Wallis, S. (chairman), *Financial System Inquiry Final Report*, Australian Government Publishing Service, 1997.

は28人（常勤換算）、エンフォースメント局の市場エンフォースメント部門のうち会社及びコーポレート・ガバナンス部門を担当しているのが36人（常勤換算）となっている²⁾。

2 ASIC 創設前の財務報告監視

ニューサウスウェールズของบริษัท問題委員会（Corporate Affairs Commission）が1976年に行った調査によると、30%の会社が会社法の1つまたはそれ以上の規定に違反しており、30%の会社がすべてのオーストラリア証券取引所の上場規則に従っておらず、80%の会社は会計基準に完全には従っていなかったと報告されている³⁾。また、1974年に、オーストラリア勅許会計士協会は公表された会社の77組の計算書類をレビューしたが⁴⁾、その結果はオーストラリア勅許会計士協会の1984年年次報告書⁵⁾で初めて明らかにされた⁶⁾。

また、1983年公司・証券法制（雑改正）法80条による改正後1981年公司法269条8A項は、取締役は、計算書類または連結計算書類を、適用されるべき承認された会計基準に従って作成しなければならないと定め、不遵守に対する制裁は会社・証券全国委員会（NCSC）が担うことが予定されていた⁷⁾。会社・

2) ASIC, *Annual Report 2018-19*, p.230.

3) Clarke *et al.* (2014) p.43.

4) Australian Accountancy Profession Joint Submission (1982). 20通の書簡が監査人である会員に送付され、うち11通は軽微な問題に関するものであったとされていた。なお、オーストラリア勅許会計士協会は、1984年にはレビューの範囲を信用組合及び住宅金融組合に拡張するとし、1985年には商業銀行及び相当額の大衆の資金が投資されるものに拡張するとした。オーストラリア勅許会計士協会の年次報告書によると、1985年には101組の財務諸表が対象となり、59通の書簡が監査人に送付され、そのうち32通は軽微な問題に関するものであった。1986年には164組の財務諸表が対象となり、83通の書簡が監査人に送付された。1987年には130組の財務諸表が対象となり、44通の書簡が監査人に送付され、そのうち24通は軽微な問題に関するものであった。1988年には145組の財務諸表が対象となり、64通の書簡が監査人に送付され、そのうち30通は軽微な問題に関するものであった。

5) Institute of Chartered Accountants in Australia (1984).

6) Kestel *et. al* (1996) p.294.

7) Parker *et al.* (1987) p. 243-244 ; Langfield-Smith (1990) p. 19-25.

証券全国委員会は、承認された会計基準の不遵守が会社法に違反する場合には、公訴を提起し、または1980年証券業法40条または1981年会社法574条に基づき差止めを請求できることとされていた。もっとも、会社・証券全国委員会は、まず、取締役に対して不遵守の事情についての説明を求め、その説明に満足しない場合であっても、会社の取締役が、これからは会社法の要求に従う旨を書面で約束し、会社法に従った計算書類を会社の株主に配布し、かつ、会社・証券全国委員会の受任者 (Delegate)⁸⁾にその計算書類を提出した場合には、刑事訴追を行わないという方針をとっていた⁹⁾。

しかも、会社・証券全国委員会には財務報告をレビューするために平均して2人のスタッフしかおらず¹⁰⁾、オーストラリアの規制当局は、1980年代には、会社法の規定や会計基準の不遵守にほとんど対応しようとせず、実務に対する実効的なモニタリングやサンクションの賦課には最低限の資源しか割こうとしなかったという評価もある¹¹⁾。

1991年から、オーストラリア証券委員会 (ASC) は、財務報告監視プログラム (financial reporting surveillance program) を開始した¹²⁾。このプログラムは、会社法附則5、適用されるべき会計基準及びオーストラリア証券取引所の上場規則の遵守を促進し、財務諸表が真実かつ公正な概観を提供することを目的としていた。レビューの対象となる財務報告は、告発、首尾一貫しない財務報告の実務、付託、除外事項付監査報告書、報道及びオーストラリア証券委

8) 各州の会社問題委員会が受任者とされていた。

9) See NCSC Media Release 66/87, Non-compliance with Approved Accounting Standards (7 December 1987), reproduced in : *Butterworths Company Law Bulletin*, No.1, 1988, p.4-5.

10) Kestel *et. al* (1996) p.294. また、Parker *et. al.* (1987) p.243 も参照。

11) Walker (1994).

12) なお、オーストラリア勅許会計士協会もその会員が財務諸表の作成者 (つまり、勅許会計士が事業体の取締役である場合) または監査人として適切に業務を遂行することを促進するという観点から財務諸表をレビューするプログラムを実施していた (Kestel *et. al* (1996) p.299-302)。また、オーストラリア勅許会計士協会及びオーストラリア公認会計士協会の品質管理プログラムにおいても、財務諸表のレビューがその中核を成していた (Kestel *et. al* (1996) p.302-303)。

員会の他の情報収集活動の結果に基づいて選定されていた。まず、財務諸表が会社法附則5及び会計基準を遵守していることを確かめ、営業報告書が会社法の関連規定に従っているかどうかを机上レビューする。このプログラムでは財務報告書を主としてレビューするが、さらに情報が必要な場合には監査調書も対象とされた。そして、何らかの不整合が発見されたときには、会社の取締役に対して説明を求める書簡を送付し、その写しを監査人に送付した¹³⁾。このような場合、多くの会社は財務報告書を修正したが、情報が欠けている情報がより重要である場合には、オーストラリア証券委員会は、会社に対し、株主及び証券取引所に対して補足的情報を送付するように命じた。さらにより深刻な場合には、財務報告書の再発行が求められた。そして、オーストラリア証券委員会は、法に従った計算書類の作成を取締役に強制する裁判所の命令を得ることもできた。以上に加えて、真実かつ公正な概観の要求に違反した取締役を起訴し、取締役が刑事罰に課されることも想定されていた。

このように、最終的には、法的なエンフォースメント手段をとることになりうるが、その過程で、識別された重要な欠陥が人々の目に触れるようになることが抑止力となることをオーストラリア証券委員会は狙っていた¹⁴⁾。

	対象会社	是正措置要求
1991-92	478	196
1992-93	546	215
1993-94	463	186
1994-95	303	107
1995-96	143	情報なし

(各年度の *Annual Report* から抽出)

13) Grant (1994)

14) Kestel *et. al* (1996) p.296.

年次報告書における開示は、年度によって精粗にばらつきがあるが、最も詳細なデータを示した1993-1994年度版では以下のような細分化された情報が示されていた（公式な調査（investigation）手続きは0件であった）¹⁵⁾。

上場会社上位 150 社	重大な是正措置要求	7
	その他の是正措置要求	6
その他の上場会社	重大な是正措置要求	19
	その他の是正措置要求	87
非上場公開会社	重大な是正措置要求	12
	その他の是正措置要求	46
私会社	重大な是正措置要求	2
	その他の是正措置要求	7

なお、1996-97年度にはランダムチェックを止め、オーストラリア証券取引所（ASX）から回付された5件を検査しているとしていた¹⁶⁾

3 ASIC による財務報告監視プログラム

ASIC も、創設以来、財務報告監視プログラム（financial reporting surveillance program）を実施している¹⁷⁾。これは、ASIC は、会社法によってまたは会社法の下で与えられた任務と権限を有し（2001年法11条1項）、その任務の遂行に必要であり、関連し、または合理的に付随することを行う権限を有していること（2001年法11条4項）に基づくものである。

ASIC は、創設当初は、対象領域を絞ったレビューを行っており¹⁸⁾、ASIC の

15) ASC, *Annual Report 1993-94*, p.52. なお、1994-95年度では、重大な修正が求められた事業体が29（うち、上場会社が15、非上場会社が14）、その他の修正が求められた事業体が78であった（ASC, *Annual Report 1994-95*, p.18及びASC, Media Release, Financial Reporting Surveillance Programme（15 August 1995））。

16) ASC, *Annual Report 1996-97*, p.31.

17) Commonwealth of Australia（1999）p.29.

18) Commonwealth of Australia（1999）p.29. 1998年には180社を対象として行った。

議長の *David Knott* は、2002年7月12日に、ASIC は、2002年6月30日に終了した会計年度につき、選定された上場会社に適用するためのより厳格な監視手法を開発していると表明した¹⁹⁾。そのプロジェクトの主たる焦点は一連の特定の会計基準²⁰⁾への遵守をレビューすることにあつた。

ところが、この ASIC の動きを捉えて、議会の公共会計及び監査合同委員会の報告書（2002年9月18日に下院と上院とに提出）²¹⁾において、「当委員会は、適切なレベルのサンクションと罰を伴う、財務報告監視プログラムは、会計基準のエンフォースメントと2001年会社法の遵守において重要な意味を持つと考えており、ASIC が財務監視の領域における活動のレベルを高める意図を示したことを喜んでいる」とし（パラグラフ3.96）、「当委員会は、活動レベルのこの増加が1回きりの（unique）できごとではなく、毎年なされ、かつ、すべての上場会社がレビュー対象に選定される等しい可能性を有するような体系的なプロセスを ASIC が進展させるよう勧める。会計基準の遵守を確保すると同時に、ASIC が財務諸表に含まれる情報が真実かつ公正な概観を提供するのに十分であるかどうかを評価することが考えられる。」と述べられた（パラグラフ3.97）。

そこで、ASIC は、2003年に新たな方針を採用することを公表した²²⁾。すなわち、特定の業種または会社に焦点をあてたりリスク・ベースのレビューを行うことに加え、2004年までに、すべての上場会社の財務諸表全体が少なくとも4年に1回はレビューされるように、このプログラムを拡大するという方針をとるとされた²³⁾。ASIC は、レビューの対象となる会社をランダム・サンプ

19) ASIC, MR 02-249 ASIC's accounting surveillance <<https://asic.gov.au/about-asic/news-centre/find-a-media-release/2002-releases/02249-asic-s-accounting-surveillance/>>

20) AASB 1040 Statement of Financial Position、AASB 1018 Statement of Financial Performance、AASB 1004 Revenue 及び AASB 1024 Consolidated Accounts.

21) Parliament of Australia (2002).

22) ASIC, MR 03-242 440 listed entities to be reviewed by ASIC <<https://asic.gov.au/about-asic/news-centre/find-a-media-release/2003-releases/03-242-440-listed-entities-to-be-reviewed-by-asic/>>. See also Costa (2003).

リングとリスク・ベースに選定を組み合わせ、選定するとし、会計基準不遵守を理由として除外事項が付された監査報告書を受け取った会社を含めるとしていた。このレビューはすべての会計基準への準拠性を網羅するが、市場の状況と不適切な報告の趨勢の兆候に対応するため絶えずモニターされる²⁴⁾。そして、このような財務報告監視プログラムはプロアクティブな規制にとって不可欠の構成要素であり、質の良い財務報告は投資者保護にとっても金融市場に対する信認の促進にとっても決定的なものであると主任会計士の Pound は指摘していた。

現在は、財務報告監視プログラムは以下のように実施されている²⁵⁾。まず、市場における「ホット・トピック」ならびに現在の会計及び開示の重要な問題を反映したさまざまな規準に基づいて、レビューの対象となる計算書類は選定される。いくつかの会社は ASIC の他の活動の結果として、また、寄せられた告発に基づいて対象に含まれることがある。ASIC が会社に対して明確化

23) ASIC, MR 05-31 ASIC releases preliminary results of 2004-05 financial reporting surveillance project <<https://asic.gov.au/about-asic/news-centre/find-a-media-release/2005-releases/05-31-asic-releases-preliminary-results-of-2004-05-financial-reporting-surveillance-project/>>では、2003年度(約400社)と2004年度(約400社)とで、上場会社の約半数について、会計基準の一般的な遵守性をレビューしたとされている。これは、2005年度においても、同様であり、約440社の上場会社について会計基準の一般的な遵守性をレビューしたと報告されている(ASIC, MR 05-304 ASIC's 2005-06 financial reporting surveillance program focuses on international accounting standards <<https://asic.gov.au/about-asic/news-centre/find-a-media-release/2005-releases/05-304-asic-s-2005-06-financial-reporting-surveillance-program-focuses-on-international-accounting-standards/>>)。他方、IMF (2006) は、オーストラリア証券取引所は上場会社による定期的開示(年度報告書及び半期報告書)について、包括的なレビューを行っておらず、ローテーション及びリスク・ベースでのレビューを行っていないと指摘していた(p.24)。

24) Pound は、継続的なモニターによって、ASIC は潜在的な問題を先取りすることができる、たとえば、会社の利益に対する圧力が長期にわたる環境をふまえて、ASIC は収益認識及び繰り延べられた費用についての会計方針に焦点をあてることができると述べていた。

25) <https://asic.gov.au/regulatory-resources/financial-reporting-and-audit/directors-and-financial-reporting/asics-financial-reporting-surveillance-program/>

を求める必要があると考える争点がない限り会社は自らがレビューの対象とされていることは知らない。

そして、選定された計算書類は、ASIC の職員によって、会社法及び会計基準を遵守しているかを判断するためにレビューされる。ASIC は不遵守が生じる領域を検討し、その重要性を評価する。

ASIC が机上レビューの結果、懸念を抱いたときは、ASIC は会社に対してさらに情報を求めて連絡をすることがある。ASIC は会社にもその懸念を伝えて、適用した開示及び会計処理方法を明確化するために回答を求める。ASIC は、会社からの回答を検討し、さらに議論が必要かどうか、ASIC の懸念が払拭されたかどうかを判断する。懸念が払拭された場合には、さらなる措置はない。他方、ASIC が依然として懸念をいただいているときは、財務諸表の再発行が求められることもあるし、将来の財務諸表に修正を反映することのみが求められることもある。

Brown 及び *Tarca* の調査によると、1998年から2004年の間に、42の案件のうち、財務諸表の再発行が求められたのは5件、補足的書類または公表の実施が求められたのが7件、公表の実施 / 暫定的公表の修正及び将来の財務諸表に修正を反映することが求められたのが7件、将来の財務諸表に修正を反映することのみが求められたのが21件、裁判の結果、是正措置が要求されなかったのが2件となっていた。なお、42件のうち、裁判所の判断をASICが求めたのは6件であり（うち、4件でASICの主張が支持された）、ASICに対して会社が一定の対応を約束した（強制可能な約束 [enforceable undertaking]）事案が4件あった²⁶⁾。

なお、報告書提出時期の終わりに、ASIC は監視プログラムでの検出事項を公表する。これによって、焦点を当てるべき現在のトピック、及び、財務報告の質の向上という目的をもってASICが認識した遵守のレベルを財務報告書の作成者が知ることができるようにすることが目指されている。

26) *Brown and Tarca* (2007) p.451, Table 5.

	レビュー対象会社数					サーベイランスの結果、重要な修正を行った発行体	
	合計	上場企業 上位500社 (平均頻度)	その他の 上場会社 (平均頻度)	非上場事業体 (平均頻度)	大規模私会社 (平均頻度)		
2018-19	294					3%	うち、8の事業体で併せて、2億3250万オーストラリアドルの純資産及び利益の修正
2017-18	320					4%	うち、14の事業体で併せて、16億オーストラリアドルの純資産及び利益の修正
2016-17	320	205	80	35		4%	うち、11の事業体で併せて、9億3700万オーストラリアドルの減損その他の評価損の認識
2015-16	350 以上	(2.4年)	167	35		4%	うち、14の事業体で併せて、17億オーストラリアドルの資産の減損を認識。
2014-15	400 以上	(2.9年)	(9年)	(25年)			うち、10のオーストラリア証券取引所上場会社で併せて、6億3000万オーストラリアドル以上の利益の修正
2013-14	525	(3年)	(9年)	(25年)	100 (54年)	4%	
2012-13	750	(3年)	(12年)		300 (90年)		
2011-12	450	(3年)	(12年)	(多くの利用者がいる100社については毎年)			

(ASICの各年度のAnnual Reportより抽出)

4 財務報告パネル

財務報告パネルは、2004年会社法及び経済改革プログラム（監査改革及び会社開示）法（Corporate Law and Economic Reform Program（Audit Reform and Corporate Disclosure）Act, 2004）に基づいて²⁷⁾創設され、財務報告に関する

る事柄に関する紛争を裁判所における法的手続きを開始することなく、解決することを目的としていた。財務報告パネルは効率的で費用と効果とが見合ったように紛争を処理する方法、必要な専門性を有する者に審理してもらう機会を与え、裁判所が会計基準を十分に理解していないのではないかという懸念を払拭するように設計された。

ASIC と会社との間の紛争に決着をつけるためにパネルを導入するという構想は、ASIC v. MYOB 事件²⁸⁾で、2002年に ASIC が敗訴した後に現れた。この事件では、議会による会計基準の不許容²⁹⁾がなされた場合に、会社がその会計基準を用いることができるかどうか争われたものである。MYOB は、AASB 1015に基づいた会計処理を行ったが、ASIC はそれは不適切であるとして、裁判所の判断を求めた³⁰⁾。議会は会計基準の本体から当該条項を削除したものの、会計基準の内容を参照する経過規定を削除しなかったことに着目して、裁判所は ASIC の主張を退けた。

たしかに会計基準は法であるが、他の法律と異なった方法で書かれていることから、この裁判において、会計の専門家たちは、法的議論の論調に対して懸念を示し、論争の双方当事者の中には裁判所の判断によらない他の紛争解決方法を選好するものもあった。また会計基準の解釈が争われる典型的な事例ではなかったものの、ASIC としてはこのようなことが再び起きないことを望んだ³¹⁾。ASIC は、HIH 事件に関する王立委員会に対して提出した文書³²⁾の中で、会計基準の適用が困難さを生じさせている場合に、低コストで、迅速で、かつ、

27) 2001年会社法の Part 2M.3 及び 2001年オーストラリア証券・投資委員会法の Part13。

28) *ASIC v. MYOB Ltd*, [2002] 21 VSC 34.

29) 弥永 (2008) 23-24 頁

30) 詳細については、たとえば、Groen and Lanis (2004) : ASIC, MR 02/95 Decision on MYOB accounting treatment <<https://asic.gov.au/about-asic/news-centre/find-a-media-release/2002-releases/0295-decision-on-myob-accounting-treatment/>>

31) Ravlic (2012)

32) ASIC (2002). ASIC は財務報告パネルの導入を支持していたと指摘されている (Brown and Tarca (2005) p.74)

決着をつける (decisive) 紛争解決メカニズムが必要であると、会社による会計基準の不遵守に関する紛争をすばやく解決する権限が ASIC に与えられるべきであると主張した³³⁾。

財務報告パネルへの付託は、ASIC (会社法 323EC 条) も (ASIC の同意を条件として) 会社 (会社法 323EG 条) もすることができ、申立てをうけて、財務報告パネルはその申立てが管轄の範囲内かどうか、及び、手続きを開始するかどうかを検討する。手続きを開始する場合には、議長は、重要な利益相反がない、3人のメンバーを担当パネルとして任命する。付託した企業の要請がなければ、手続きは非公開で行われる。付託の日から60日以内に³⁴⁾、財務報告パネルは財務諸表をレビューし、両当事者 (及び、企業が上場会社または上場登録スキームである場合には、市場開設者) にその結論の写しを交付する。財務報告パネルの判断は ASIC も会社も拘束せず、当該紛争は裁判所で争うことができるが、会社が適用される会計基準に従ったかどうかを判断するにあたって、裁判所は、財務報告パネルの結論を考慮に入れることができるものとされていた (会社法 323EM 条)³⁵⁾。

しかし、2010年7月までの間、財務報告パネルに付託された事件は1件にとどまり³⁶⁾、連邦政府は、予想したよりも付託が少なかったとして、財務報告パネルを廃止する旨の公表した。しかし、2010年8月に ASIC が4件、財務報告

33) また、適格性を有する監査人の報告や通報なしには不遵守を発見することは難しいから、法令違反を報告する監査人の義務を強化すべきである、監査基準にも会計基準と同様の法的拘束力 (force of law) が与えられるべきであるなどとも主張した。

34) 4件の事件については、2カ月をわずかに超えた期間で、企業にとっても ASIC にとってもわずかな費用で、判断を下したとされている。Financial Reporting Panel, *Annual Report 2010–2011*, p.1

35) 財務報告パネルは会計、監査、ビジネス、会社経営または法律についての学識経験を有する非常勤のメンバーから構成されていた。2011年時点では、Ken McKenzie (Chairman, New South Wales), David Boymal (Victoria), Michael Burgess (South Australia), Roger Cotton (Victoria), Allen Craswell (Queensland), Brigid Curran (Queensland), Martin Fensome (Victoria), Bill Palmer (South Australia) 及び Ted Rofe (New South Wales) という9人から構成されていた。

パネルに付託したため、政府は財務報告パネルを廃止するかどうかの判断を延期した。2011年11月に、連邦政府は、意見を求めて、ディスカッション・ペーパー³⁷⁾を公表した。そこでは、①財務報告パネルの現在のプロセスと権限を維持する、②ASICの同意なく企業が財務報告パネルに付託できるようにすることを含め、付託プロセスを手直しする、③財務報告パネルの任務を撤回し、財務報告パネルを廃止するという3つの選択肢が示されていた。

これに対して、寄せられた意見は、財務報告パネルは報告事業体はその報告上の要求事項をみたく、または紛争があったときに、ASICと合意に達するインセンティブを与えるとして、財務報告パネルを維持することを支持し、かつ、その多くは付託プロセスの手直しも支持した³⁸⁾。とりわけ、会計士団体は、2011年に財務報告パネルを存続させることが適切であるという回答を提出した。そこでは、財務報告パネルがあることによって、ASICと会社とが争点を解決することができる場が提供されることが理由とされていた。また、財務報告パネルに監査人とASICとの間の意見が対立している事項についても付託してはどうかという提案もなされた³⁹⁾。しかし、2012年2月7日に、財務大臣政務官である *David Bradbury* が、政府は、財務報告パネルを廃止するという当初の決定を実施すると公表した。これは、財務報告パネルを維持し、それについて報告するコストは、付託がない以上正当化できないというものであった。2010年8月の後は1件も付託されておらず、付託プロセスを修正しても、付託件数が必ずしも増加するわけではないというコメントがディスカッション・ペーパーに寄せられたとも指摘されていた⁴⁰⁾。そして、Corporations Legislation

36) 2007年7月に、ASICが財務報告パネルに付託した事件が1つあったが、企業はASICが適切であるという会計処理方法に変更したため、パネルの結論は示されなかった (Corporations Legislation Amendment (Financial Reporting Panel) Bill 2012, Explanatory memorandum, para.1.7)。

37) *Future of the Financial Reporting Panel*

38) Corporations Legislation Amendment (Financial Reporting Panel) Bill 2012, Explanatory memorandum, para.1.10.

39) Ravlic (2012)

Amendment (Financial Reporting Panel) Bill 2012 の理由書では、財務報告パネルへの付託の数が少なかったことが廃止の理由とされ、Corporations Legislation Amendment (Financial Reporting Panel) Act 2012 (No.118, 2012) により、2001 年会社法及び 2001 年オーストラリア証券・投資委員会法中の財務報告パネルに言及している規定が削除され、財務報告パネルは 2012 年 10 月 1 日に廃止された。

結局、財務報告パネルは 6 年間で 4 つの事件 (ASIC に有利な判断を示したものが 2 件⁴¹⁾、企業に有利な判断を示したものが 2 件⁴²⁾) についてしか判断を示すことができなかった。

5 ASIC による財務報告エンフォースメント

(1) 不適切な財務報告に対応するエンフォースメント

ASIC は、刑事訴追を行い、また、差止請求、民事制裁金の賦課その他の民事上の命令を発することを裁判所に求めることができる⁴³⁾。また、行政上の措置を講ずることもできる。さらに、オーストラリアに特有なスキームとして強制可能な約束があり⁴⁴⁾、裁判所に対する強制可能な約束のほか、ASIC に対する強制可能な約束というスキームが存在する。

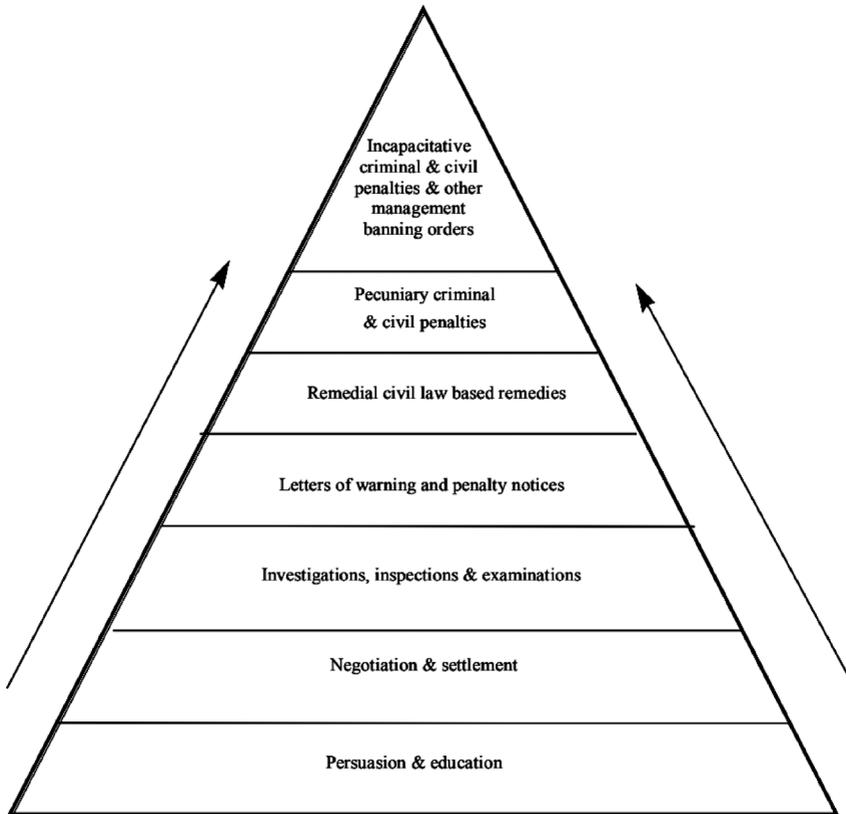
40) Corporations Legislation Amendment (Financial Reporting Panel) Bill 2012, Explanatory memorandum, para.1.11.

41) Sino Strategic International Limited ; BBX Property Investment Fund Limited.

42) ING Real Estate Entertainment Fund ; Oaks Hotels & Resorts Limited.

43) Australian Government (2017) 参照。

44) さらに、適時開示義務 (continuous disclosure) 違反については、反則通知 (infringement notice) という行政罰を課す制度があり、これに応じて支払うと、民事制裁金の対象とはならない (日本における交通法規違反の反則金と罰金との関係と平行)。これについては、たとえば、Desai and Ramsay (2011) 及び Ramsay and Webster (2017) 参照。



(Gilligan *et al.* (1999) p.428)

(2) 強制可能な約束

強制可能な約束 (enforceable undertaking) とは、事業者が ASIC に対してする約束であり、ASIC が受け入れたものであるが、裁判所によって強制的に実現されるものである。強制可能な約束は、通常、ASIC が所管している法令に対する違反があった場合になされる民事上または行政上の措置に代わるものと位置づけられている⁴⁵⁾。たとえば、ASIC は、2001年法の下で ASIC が有

45) 2008年までの状況については、Taing (2009) 参照。

している任務または権限に関係する事項に関して強制可能な約束を受け入れることができるが(2001年法93AA条)、財務報告は2001年法の下でASICが有している任務または権限に関係する事項の1つである。

ASICは、Regulatory Guide 100 Enforceable undertakings (RG 100)(2015年2月)を公表している。そこでは、ASICは、些細なことについて強制可能な約束を受け入れることはしないと、この救済策が民事上または他の行政上の措置よりもより実効的に規制目的を達成できる、より深刻な事案において受け入れるかどうかを検討するとしている(RG 100.3)。強制可能な約束は会社、個人または責任を負っている事業体の側から提案することができ、または、その当事者とASICとの話し合いの結果として提案されることができる。ASICは、2001年法93AA条の下ではある者に対して強制可能な約束をするように求める権限を有しないし、また、強制可能な約束を受け入れるように強制されることもない(RG 100.8)。

ASICに対して強制可能な約束をしようとする者は、まず、当該調査を担当するASICの担当官と話し合いをしなければならず(RG 100.10)、提案がなされ、強制可能な約束の内容が話し合われた後、その提案を受け入れるか拒絶するかはASICの上級管理者が決定する(RG 100.11)。

強制可能な約束の内容の決定の過程において、ASICは、適切な規制上の成果を得られるように、約束者と約束の内容を交渉する(RG 100.12)。なお、ASICがある特定の状況の下である強制可能な約束を受け入れたことは将来の行動にとっての拘束力を有する先例であるとみなされるべきではない。ASICがある約束を受け入れるかどうかは、問題とされている行為によってその利益が害されまたは害される可能性のある消費者及び投資者の立場、当該規制対象者の将来の行為に与える影響、規制対象となっている者全体に対する影響及び規制上の成果が可能限り迅速かつ費用対効果よく実現されることによる社会の便益、ならびに、強制可能な約束がオーストラリアの金融市場及びコーポレートガバナンスの完全性及びそれに対する公衆の信頼を促進するかどうか、特に、その者が当該約束につながった行為を行うことを将来抑止するかどうか、当該

行為及び当該行為を行うことから生ずる帰結をビジネス社会が気づくことを一般的に抑止することを促進するかどうか、改善されたコンプライアンスプログラムによって継続中の便益をもたらすかどうかという要素（RG 100.24-RG 100.25）に依存する（RG 100.13）。

ASIC は、(a)ある者に対する刑事手続の開始に代えて、(b)民事罰（pecuniary civil penalty）の支払いを担保するために、(c)当該事件が専門家団体への回付後、(d)故意になされた非行、不正（fraud）もしくは高度の無謀さが認められる事案（強制可能な約束の受け入れが緊急の保護的目的を達成するために最善であるときであって、将来の裁判を妨げない場合を除く）について、(e)些細なことまたは(f)条件付救済命令が遵守されない場合の代替的な救済命令としては強制可能な約束を受け入れることはしない（RG 100.21）。

強制可能な約束は強制可能な約束を受け入れる権限を有する ASIC の上級管理者が正式に受け入れるまでは効力を有さず、ASIC と約束者が強制可能な約束の署名済原本を保管する（RG 100.14）。その後、ASIC は強制可能な約束登録簿において、強制可能な約束を閲覧に供し、強制可能な約束の内容が遵守されているかどうかについて、その強制可能な約束によって要求されている専門家の報告書があれば、その内容も含めて、公に報告する（RG 100.15）⁴⁶⁾。

Table 3 では、開示との関係では、ASIC が受け入れる可能性がある（RG 100.32）強制可能な約束の例として、過去の誤ったもしくは誤導的な開示または約束者に責任がある継続的な誤解を正するために市場に知らせることや内部的なコンプライアンス計画を立て、実施し、市場に対して定期的に報告することが挙げられている。

(3) 近年の状況

2011年7月から2019年6月までの状況については、ASIC enforcement outcomes（2011年7月～2018年6月）及び ASIC enforcement update（2018年

46) RG 100.78-RG 100.93 も参照。

7月～12月及び2019年1月～6月)に基づくと、財務報告に関するエンフォースメントは独立項目としてはデータが示されていない。したがって、すでにみたように、ASICとの討議に基づいて、ほとんどの場合、会社は、財務諸表の修正を行っていると推測される。

そして、事後的なエンフォースメントは主として監査人に対するものとして行われているようであるが、監査人に対するエンフォースメントの状況は以下のようにになっている(内容は、業務停止または監査人として業務を行わないことの約束などである)。

	刑事罰	民事制裁金	行政処分	強制可能な約束	合意
2011/7-2011/7				2	
2012/1-2012/6				2	
2012/7-2012/12				2	
2013/1-2013/6				1	
2013/7-2013/12				1	
2014/1-2014/6			1	3	
2014/7-2014/12			1	1	
2015/1-2015/6				1	
2015/7-2015/12			5		
2016/1-2016/6					1
2016/7-2016/12			2		
2017/1-2017/6			1		
2017/7-2017/12			4		1
2018/1-2018/6			7		1
2018/7-2018/12			6		
2019/1-2019/6			8		

参考文献

ASIC (2002) *Future policy directions, submission to the HIH Royal Commission*

Australian Accountancy Profession Joint Submission (1982) Submission to National Companies and Securities Commission regarding the establishment of an Australian Accounting

- Standards Review Board, reproduced in : *The Australian Accountant*, vol.52, no.5 : 108-110 and *The Chartered Accountant in Australia*, June 1982 : 11.
- Australian Government (2017) *ASIC Enforcement Review*
- Brown, Ph. and A. Tarca (2005) 2005 — It's Here, Ready or Not : A review of the Australian financial reporting framework, *Australian Accounting Review*, vol. 15, no. 2 : 68-78
- Brown, Ph. and A. Tarca (2007) Achieving High Quality, Comparable Financial Reporting : A review of independent enforcement bodies in Australia and the United Kingdom, *Abacus*, vol. 43, no. 4 : 438-473
- Clarke, F., G. Dean and M. Egan (2014) *The Unaccountable & Ungovernable Corporation : Companies' use-by-dates close in*, Routledge
- Commonwealth of Australia (1999) *Making Transparency Transparent : An Australian Assessment* <<https://treasury.gov.au/publication/making-transparency-transparent-an-australian-assessment>>
- Costa, G. (2003) Accuracy a Qualified Success, *The Age*, 18 December 2003 < <https://www.theage.com.au/national/accuracy-a-qualified-success-20031218-gdwykw.html>>
- Desai, A. and I. Ramsay (2011) The Use of Infringement Notices by ASIC for Alleged Continuous Disclosure Contraventions : Trends and Analysis, *Australian Business Law Review*, vol.39, no.4 : 260-281
- Financial Reporting Panel (2011) *Annual Report 2010-2011*
- Gilligan, G., H. Bird and I. Ramsay (1999) Civil Penalties and the Enforcement of Directors' Duties, *University of New South Wales Law Journal*, vol.22, no.2 : 417-461
- Grant, S. (1993) Address to Chartered Accountants Symposium, Sheraton Towers Southgate, April 1-2, In Keynote Session 2 'The Profession and the Regulators', The Institute of Chartered Accountants in Australia (Victoria Branch) : 21-27.
- Groen, B. and R. Lanis (2004) The Saga of a Disallowed Accounting Standard, *Australian Accounting Review*, vol. 14, no. 3 : 56-63
- Parliament of Australia, House of Representatives, Joint Committee of Public Accounts and Audit (2002) Report 391 : *Review of Independent Auditing by Registered Company Auditors*
- IMF (2006) *Australia : Financial Sector Assessment Program—Technical Note—Investor Protection, Disclosure, and Financial Literacy*, IMF Country Report No. 06/437 (December 2006)
- Institute of Chartered Accountants in Australia (1984), *Annual Report 1984*.
- Langfield-Smith, I. (1990) Enforcing Accounting Standards in Australia, *Company and Securities Law Journal*, vol.8 : 5-25
- Kestel, J., P. Hancock and P. Robinson (1996) An Examination of the Financial Reporting Surveillance Arrangements in Australia, the United States and the United Kingdom, *Accounting Forum*, vol. 19, no. 4 : 291-315

- Parker, R.H., C.G. Pierson and A.L. Ramsey (1987) Australian Accounting Standards and the Law, *Company and Securities Law Journal*, vol.5 : 231-246
- Ravlic, T. (2012) Financial Reporting Panel finishes (June 2) <<https://www.publicaccountant.com.au/features/financial-reporting-panel-finishes>>
- Ramsay, I. (2015) Enforcement of Continuous Disclosure Laws by the Australian Securities and Investments Commission, *Company and Securities Law Journal*, vol. 33, no. 3 : 196-204
- Ramsay, I. and M. Webster (2017) ASIC Enforcement Outcomes : Trends and Analysis, *Company and Securities Law Journal*, vol. 35, no. 5 : 289-321
- Taing, C. (2009) *A Report on Enforceable Undertakings Accepted by ASIC from 1998 to 2008* <https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0010/1709776/59-A_report_on_enforceable_undertakings_accepted_by_ASIC__17_April_2009_1.pdf>
- Walker, R.G. (1992) Interaction between government and the profession in the regulation of financial reporting : the Australian experience, in : Bromwich, M. and A.G. Hopwood (eds.), *Accounting and the Law*, Prentice Hall : 112-129
- 弥永真生 (2008)「商事法における会計基準の受容(1)オーストラリア」筑波ロー・ジャーナル 4号 : 1-33

本稿は、科学研究費補助金 基盤 B (19H01427) の助成を受けて行っている研究の成果の一部である。

(やなが・まさお 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)

死刑および終身刑の廃止について

ジュディス・リクテンバーグ
ジョージタウン大学
【訳】田村陽子

- I. 背景
- II. 厳罰の正当性：公共安全
- III. 厳罰の正当性：応報
- IV. 終身刑と死刑廃止肯定論
 - (1) 責任の軽減
 - (2) 終身刑および死刑の廃止の利点
 - (3) 刑罰および個人の尊厳
- V. 結論

本日¹⁾は、皆様にお話できることを光栄に存じます。また、来て下さった皆様に感謝申し上げます。今日の私のテーマは、刑事司法制度における刑罰についてです。私は、アメリカの重罪の刑罰は一般的に過度に長く厳しいと主張したいと存じます。死刑およびすべての終身刑を廃止して、より短期の刑に替えるべきであると主張いたします。

I. 背景

私がいかにこのテーマに注目するようになったかにつき、説明するところから始めさせていただきます。道徳哲学者として、私は長年、刑事罰について興味がありました。刑罰は、人に対する意図的な加害に関わることであるので、道徳

1) 訳者注：本講演は、2019年3月11日に筑波大学東京キャンパスにて開催されたときのものであるが、原稿中のデータは、今回の翻訳掲載のために、2020年1月25日時点での最新のものに更新して頂いている。なお、原文では章節番号および目次はついていないが、読む便宜のために訳者の方で付けた。

的観点からは、意図的な加害には正当化事由が必要だろうと思っています。刑罰の正当化について探究することは、非常に深い哲学的な領域へと我々を導きます。刑罰の正当化については、これがどの程度成功しているか否かと併せて、この後すぐに話すことにいたします。

アメリカでは大量拘禁として知られている現象をより意識するようになってきており、この大量拘禁のテーマ（これは多少抽象的であると考えられますが）に関する私の最近の哲学的関心も、ここ数年の間に非常に強くなりました。まずは、ここに、アメリカ人が注目し、なじみ深いと思われるいくつかの事実を引用させて下さい：

アメリカの人口は世界の5パーセント未満にも拘わらず、アメリカの囚人は世界の約25パーセントです。この数値は、世界の国の中で、最も高い被拘禁割合です（ルワンダ、ロシア、およびブラジルが続いて；中国は7番目です）。

今日、アメリカの刑務所関連施設（prison および jail）には、40年間で500パーセント増加して、220万人の人々がいます。理由の一つが、1980年から2016年までに、薬物違反のために投獄された人々の数が、10倍に増大したことにあります。もう一つの理由は、最低限の量刑が義務化されたことおよび仮釈放で釈放される人が少なくなったこともしくは終身刑が大きく増えたことにあります。

現在、拘禁された人々の7人に1人が、終身刑です。

硬直的な人種の不均衡は、刑事司法制度のすべての面に存在しますが、アフリカ系アメリカ人およびラテン系アメリカ人について最も現れています。アフリカ系アメリカ人は、白人の5倍以上拘禁されており、同様にラテンアメリカ人は、白人の約3倍拘禁されています。

(世界一の拘禁者数および硬直的な人種の不均衡という) 前述の2つの懸念からも問題意識が増したほか、厳罰廃止の私見に影響したその他のことには、過去4年間メリーランド州(私の住所地)の刑務所(prison)およびワシントンDC(私の勤務地)の拘禁施設(jail)で、私が大学レベルの哲学の授業を教えてきたことがあります。これは、私を変える経験であり、長い量刑の役割についている人々に対する私の態度を形成してきました。

もちろん、今日皆さんに話すことを準備するとき、私は、日本の刑事司法制度について、できるだけ知っておきたかったです(せいぜい単なる「知識がある」程度にしかならなかったようです)が、少なくとも、両国の違いは控えめに言っても著しいものがあります。アメリカの殺人割合は、日本の14倍以上です; 全体のアメリカ被拘禁割合も日本の14倍以上です。

しかしながら、2つの国の刑事司法制度の間に1つの著しい類似点があります。それは、世界の高度に発展したほぼすべての民主主義国と異なり、両国が死刑制度を維持していることです。日本では2003年から2012年までの死刑判決の平均的な数は年に13.9件で、ただし、その期間に死刑執行の平均的な数は、年4.8件でした。近年日本での終身刑(訳者注: 無期懲役刑)の数が増大したことは、また真実であります。終身刑となるには、最低20年の懲役刑を必要としていたのに対して、2004年に、日本の刑法は、それを30年に改正しました; 現在、そのような終身刑受刑者の多くが、刑務所の中で死ぬこととなります。

これらの理由につき、本日、私が長く厳しい量刑についてお話することが、アメリカだけでなく、日本の刑事司法制度とも関連していることを、皆さんが分かってくくださることを願っております。

II. 厳罰の正当性: 公共の安全

これらの終身刑と死刑判決をより厳密にみて、何がこれら(の刑)を正当化しうるのか見てみましょう。数分前に私が述べたことを広げますと、現在アメリカでは、20万6,000人を超える人々が終身刑を受けており、——被拘禁者の7人中1人以上にあたります。これは、仮釈放ありの10万8,000人以上と、仮

釈放なしの5万3,000人と、50年以上の懲役刑という——「仮想（ヴァーチャル）終身」刑を受けている4万4,000人を含みます。

さらに、2019年7月1日時点で、アメリカでは、2,656人が死刑執行待ちです。しかしながら、実際に死刑が執行されることは、いくつかの理由により、アメリカではますます少なくなっています。「死刑は（他の刑とは）異なる」と広く信じられており、死刑執行待ちの人々は、自動的な上訴権を有し、そして、執行前に通さなければならない手続が非常に厳格で、それは何年もかかるからです。アメリカの死刑囚は、死刑宣告から執行までに平均で15年以上を費やします；これは、1984年から2倍以上になっています。（これに対して、日本の死刑囚の「典型的な死刑執行までの期間」は「5年から7年の間です。）。その上、近年では、ほとんどのアメリカの死刑執行（致死薬注射による）を行うために必要とされる薬を提供する製薬会社が、真の道徳的な良心の呵責によるのか、単なる悪い社会のイメージのおそれによるからか、二の足を踏み始めています。それゆえ、死刑執行は、最近の20年間では、比較的減っており、1999年の98件の最高水準に比べると、2018年には、25件の死刑執行にとどまっています。

もちろん、執行手続上の懸念に加えて、多くの人々は道徳的な理由で死刑に反対しています。ただし、そのうちのまた多くの人々は、皮肉なことかもしれませんが、死刑が廃止される可能性は、一定程度、終身刑の存在があることにもよるだろうと考えています。すなわち、別の言葉で言い換えますと、死刑を禁止すべきとする人々の意向としては、死刑になっていたような者が死刑の代わりに死ぬまで塙の中に閉じ込められることが確実であることによると、これらの人々は考えているのです。

したがって、終身刑が、それ自体で正当化され合法であるか否かを問うことが重要になります。この問題に答えるために、刑罰の主な理論的根拠を概観しておきます。これは、道徳哲学と犯罪学で大きな問題とされてきました。哲学においては、この問題は、最近の過去数十年の間、多くの注目を集めてきており、考えられてきた刑罰の正当性が入り混じり、変容し、大きさを増してきた

とは言えるでしょう。本日、私の目的は、このスキーマを多少簡素化することにあります。

大きく述べると、刑罰には2つの主な理由があります。1つ目は、公共安全に関することで、2つ目が道徳的罰（moral desert）と応報刑に関することです。両者はとても異なるものです。大きくみて、1つ目は、効用主義もしくは結果主義または「前向き」の考えです。2つ目は、義務（行為主義）論または「後ろ向き」の考えです。

まず、公共安全を取り挙げてみましょう。これには主に2つの側面があります。第1の側面は、「一般抑止」です。もし罪を犯すと、自身に悪いことが起きますよ、とのメッセージを、他の人々に伝えるべく、罪を犯した人々を罰します。罪を犯したAを処罰する際、私達は、犯罪に携わろうと考えているほかの人々に、Aの例がこれらの人々を阻止するのに十分に明白で強力であることを期待して、Aという先例を作ります。

処罰の正当化根拠を公共安全とする第2の側面は、「特別抑止」または「無害化（incapacitation）」です。（これらは微妙な点で違うかもしれませんが、ここでの私の目的にとっては、それらは十分同じです。）人々がコミュニティ（地域社会）にとって罪を犯した者が危険であると示した時には、罪を犯した者がこれ以上害を与えることができないように、罪を犯した者を閉じ込めます。そしてまた、私達は、罪を犯した者が処罰されたことで、最終的に罪を犯した者が釈放されるときには、——罪を犯した者が、道徳的に改良されてもはや法律を破りたくならないか、または、犯した行為の費用対効果が良くないと分析判断するようになってきているか、のいずれかの理由で、彼らが害を与えるようなことを抑止することを望んでいます。

広い意味で、これらの刑罰の正当化は有効です。私が主張するのは、最初の一般抑止を採用することです。もし犯罪に刑罰が全然ないならば、犯罪はより拡散すると想定することがより安全でしょう。（同時に、刑罰が期待していることは、明らかに人々が犯罪をしないということだけではありません。私達が他人を殺すことを控えるのは、それが違法という理由だけではありません。）

したがって、いくつかの刑罰が、一般抑止のために必要です。特別抑止のためには、もし罪を犯した人々が社会から追放されて閉じ込められないならば、彼らのうちの何人かは、他人を害し続けるでしょう。凶暴な行為をした人の多くは、他の人々を危険にさらします。

しかし、たとえもし一般的かつ特別な抑止という両方の理由でいくつかの刑罰が必要であるとしても、問題は、どれくらいこれらの刑罰の長さや厳しさが必要か、です。そして、ここでは、その（長さや厳しさが不必要なこと）の根拠はかなり明白です。第1に、一般抑止です：根拠は、刑罰の厳しさではなく、処罰される「おそれ」もしくは可能性にあります。最も重要な理由は、犯罪と刑罰の間には、——逮捕され、起訴され、審理され、有罪宣告され、量刑宣告される——というような、多くの段階があることが処罰の可能性を減らしており、したがって、潜在的犯罪者は、この処罰されるリスクが罪を犯すメリットを上回るか、合理的に判断しえます。

特別抑止の点では、残虐な罪を犯した者を含むほぼすべての犯罪者が、中年になる前に犯罪するには年を取ることがあります。ある研究では、「FBIが接近追跡した8つの重罪について逮捕までの期間を測ると、5年から10年が、成人がこれらの罪を犯す典型的な期間であった」と言われています。さらに、彼らが年を取ると、囚人を世話するコストが大幅に増大します。一般に、拘禁された人々は、他の人より健康ではないので、彼らは、55歳を過ぎると年寄りとして考えられることが多くなり、刑務所外の同年代の人に比べ医療をより必要とします。そのため、長期刑の利点はさらに減少します。

Ⅲ. 厳罰の正当性：応報

これらの理由（と今回は省略するいくつかの理由）から、私は、終身刑と死刑判決の唯一可能な正当化根拠は、応報または応報主義と考えております。したがって、私はここで応報の見解を検討し、この見解が成り立つものであり正当化されるものであるか否かを見極めたいと思います。

ここに終身刑に対する応報主義者の主張の簡単な表現があります：

1. 彼らが、その人生を刑務所に費やすに十分値するほど、彼らの犯罪が極悪であること
2. 彼らは、値すべき刑罰を受けるべきであること。

応報主義が終身刑をまさに正当化するか否かを判断するためには、私達は、最初に、応報主義の見解をよく理解している必要があります。応報主義とは何を含意するのか？ その限界は何か？

応報主義の伝統的な理解は、同害報復です：報復の法「目には目を。」です。同害報復は、加害者が、自分が他人にしたことをされるべきことを暗示しています。したがって、拷問した者は拷問されるべきで、強姦した者は強姦されるべきこととなります。多くの人々は、この見解は道徳的に受け入れられないとします。——なぜなら、人道的でも文明的でもなく、下劣だからです——そのため、最も現代的な思想家は、同害報復を否定し、応報主義という異なる意味で捉えます。これは、「比例応報主義」と呼ばれることがあります：罪を犯した人々を（彼らが狂っているかもしくは無責任能力者ではない限り）道徳的に罰しなければならぬという考えで、かつ彼らをその犯罪に比例して彼らを罰すべきだとします。——しかし、必ずしもそれらの犯罪と同程度である必要はありません。この考え方において、私達は、最もひどい犯罪が最もひどい処罰を受ける、次にひどい犯罪には次にひどい刑罰をといた、犯罪と刑罰の順位づけを構築すべきです。順位付けは単に順番どおりでなくてもよいのですが、もし最もひどい刑罰が軽すぎるならば、それが値する犯罪について重く受け止められないでしょう。

私達はこの考え方を受け入れるべきでしょうか？ そして、これは終身刑についてどのような意味を持つでしょうか？ これらの問題を順に検討してみましょう。

最初の質問は、どのような種類の応報主義であっても、これは正しい考え方なのか、を本質的に問うものです。これは大きな問題です！ ほとんどではな

くとも多くの人々は、何かしら強い応報主義的観念を持っています。彼らは自らに値するべき刑を受けるべきであり；苦しみを引き起こした人々が苦しみを受けるのは、正義に直接適うことのように見えます。

しかしながら、応報主義は、その反対説と同様に、基本的に（自説が）成り立ちえませんし、（反対説）を論破することもできません。2015年6月に、サウス・カロライナのチャールストンにある教会で、9人の教区民を殺害したディラン・ルーフの犯罪に対応する2人の人を考えてみましょう。ルーフは殺人に対する後悔を見せていません。彼は刑務所で書いた白人至上主義のマニフェストで、「明々白々にしておきたいのですが、私は自分のしたことを後悔していません。申し訳ないとも思いません。私が殺した、罪のない人々に対して、涙を1滴も流していません。」と述べています。陪審員は彼を有罪とし、2017年1月に彼は死刑判決を受けました。

多くの人々にとって、ルーフは悪の権現です。彼は9人の罪のない人を殺しました。彼らは教会で、聖書研究会に参加していました。彼は被害者達と時を過ごし、彼らと話していました。彼の行為は人種的憎悪によって動機づけられていました。これらの行為は計画的でした。彼は後悔を示しませんでした。彼は、私達のシステムが許す最も厳しい罰の宣伝見本のようなものです。おそらく彼について肯定的に言える唯一のことは、彼がこれらの行為を意図的に実行したことを、否定も言い訳もしていないということです。

しかし、ルーフの行動については同様に否定的であっても、彼について異なる評価をする人がいます。彼は哀れであり、憎むよりも哀れむべき人だと評価するのです。私達は彼になりたくないでしょう。犯行性は、処罰ではなく治療が必要な病気とする単純な見解を否定したとしても、彼の精神が異常であるという考えを避けることは困難です（たとえあなたが人々の精神について話す習慣がなくても）。間違った行為は無知の一つの形態であるという結論に至ったプラトンの考え方に追従する準備ができていないとしても、この考えを罪と罰のプラトンの見解と呼べるかもしれません。しかし、たとえ誰かが私達を害したとしても、決して誰のことも害してはならないというプラトンの考えに同

意するかもしれません。ディラン・ルーフのような人への「罰」は、プラトンの考えに引き寄せられた人たちには、意味がないことと思われるかもしれません。たしかに彼らも、ルーフが変化したり、悔い改めたり、少なくとも危険ではなくなったりするために苦しむことに同意するかもしれません(もちろん、ルーフは変わらないかもしれず、拘禁からの釈放には向かないかもしれません)。しかし、プラトンの考えと、たとえいかに効果がなくてもとにかく彼が苦しむべきだと主張する報復主義とは、異なるのです。

私は応報主義を否定する方向であります。多くの人々が応報主義の考えに深く依拠しているので、自説の終身刑・死刑廃止論の根拠として、応報主義を否定しようとは思いません。したがって、人は自らの犯罪について(一定の制約の中で)苦しまなければならないと信じている応報主義の枠組みを私達は受け入れると仮定しましょう。人の刑罰は、2つの事柄:第1に犯罪の「答責性」の程度、そして第2に犯罪の「深刻さ」、に相関していなければならないことは明らかでしょう。

私が、なぜ応報主義者であっても終身刑と死刑を科すべきではないと信じているか説明する前提として、一定の人々の心に浮かびそうな疑問に答えておくことが重要かと思います。もし私達が、「目には目を」が応報主義の正しい解釈にはなりえないことに同意するとして、その理由が、これがレイプと拷問のような野蛮な実務を正当化することになりうるからとしましょう。それにも拘わらず、皆さんは、終身刑さらには死刑が、道徳的な範囲の外にあることにはならないと主張するかもしれません。少なくともより短い刑期では、いくつかの残虐な犯罪が受けるべき非難を適正に表すものではない、おそらく犯罪を矮小化さえしていると皆さんは思うかも知れません。アンダース・ブレイビックは、2011年のノルウェーでの夏期学習で、69人の若者およびその他8人を殺して21年の量刑判断を受けました;ノルウェーでは、これがすべての犯罪における最も重い刑です。そして、最近、「終身刑(Life)の意義」というマーク・モイヤーとアシュリー・ネリスによる量刑プロジェクトに基づいた新しい本では、アメリカでも、すべての犯罪に対する最も重い刑は20年であるべ

きだと主張されております。この量刑は軽すぎるのでしょうか？

これが反論に値するか否かを判断するために、私達は、客観的に与えられる刑罰に適合性・相当性があるか、もしくはどの程度であればそうか；または逆に、それらはいかなる範囲で文化的に相応かまたは社会的に認められるかについて、問う必要があります。ブレイビックに対する21年の量刑は、彼の被害者および法の支配を明らかに軽視しているのでしょうか？ このことは、ノルウェー人がアメリカ人より生命の価値を少なく見積もり、またそれゆえ、このより短期の量刑が、ノルウェー人が人間性を軽視していることの現れであるとは、私には非常に信じがたく思われます。

この事例は、私の（見解に対する）加点事由として有利ではなく不利に働くように考えられえます。おそらく、短めの刑期が、ノルウェーでは、被害者および法に対する軽視の現れではないかもしれないので、（私見に不利ではないと）争いうるかもしれません；が、アメリカの習慣および慣習の下では、アメリカでは、短めの刑期は軽視の現れとなりうるからです。しかしながら、この主張は、文化的慣行および習慣が不変であるとの間違った示唆を与えています。（社会の）態度の変化は一夜で生じるものではありません。改革は、公衆の感情を遙かに超えたところではなく、公衆の感情によって部分的には駆り立てられて、徐々に生じるものにちがいません。ちょうどアメリカの最高裁において、少年たちに対する死刑および仮釈放なしの終身刑（の意義）が低下したことと同様に、公衆の感情は、すべての事件で量刑実務のあり方が進化していくことと、関係しています。

妥当で適切な最小限の量刑という概念は、完全に適合的ではありません。レイプに対する100ドルの罰金は、少なすぎるでしょう；万引きに対する20年の懲役刑は多すぎるでしょう。しかし、量刑の概念は、被害者や正義または法の支配を矮小化せずに終身刑と死刑を廃止させうるには、十分柔軟に適合するものです。

IV. 終身刑と死刑廃止肯定論

この講演の残りの部分において、私は、終身刑と死刑を廃止することに肯定的な論拠を提供したいと思います。すでに示した論述と併せると、厳しい刑は廃止されるべきであるという方向に、根拠を積み重ねることになると存じます。

以下の考え方は、3つのグループ（学派）に分かれます。第1派は、違法行為者の答責性と、量刑を減らしうる状況に着目するものです。第2派は、終身刑と死刑を廃止することによって、行為者のみならずその家族やそのコミュニティもしくは社会に対して生じる有益な効果を考慮するものです。第3派は、罰を受けるような罪を犯した人々とは、罰を与える人々が、非常に異なるとすることの合理性または合理性の欠如について考慮するものです。

(1) 責任の軽減

終身刑および死刑の全面的な廃止の主張は、罪を犯した者が耐えるべき量刑が罪を犯した者の罪の重さを矮小化することができないとしても、罪を犯した者が重大な変化を遂げうる可能性を認めるという、個人およびその代理人の尊厳を考慮するとの見解に、一部依拠しています。アンダース・プレイビックやディラン・ルーフのような人々が変わるかもしれないと考えることは、不可解に見えるかもしれませんが、このことは無関係です。「もし」彼らが変わる「ならば」、彼らは釈放されるよう考慮されなければならないという原則だからです。

今もなお、終身刑と死刑をかたくなに擁護する人々は、彼らのような人々には、終身刑と死刑「のみ」が適切であるとして、もちろん賛成しないでしょう。（厳罰を擁護する）人々は、量刑の意味として犯罪行為と一部が相対的であればよいということを否定するか、または、終身刑と死刑は、罪を犯した彼らが受けるに「値する」ものだという使い古した言い回しを、単に再度主張するでしょう。

「極悪人の中の極悪人。」に対する終身刑または死刑を擁護する人々の理屈に

は、矛盾の徴候があります。それは、ブレイビックのような人々が悪人であり続けることを示唆するからです。では、このような人々は変わるはずがないのでしょうか、また彼らは変わろうとしないのでしょうか。もし後者だとすれば、しょうがありません；彼らは拘禁され続けるべきです。（しかし）もし前者であれば、刑罰のまさにその考え方を脅かす自由意思と責任についての重要な疑問に行き当たります。

私はここまでのところ、このような問題提起を避けてきました。応報主義を否定する多くの人は、実際の原理として自由意思やそれによる純粋な道徳上の責任の存在を疑うところもあって、このような問題提起を避けてきたかもしれません。皆さんは、彼らが苦しみに値するような行為について道徳的に責任があると思わなければ、彼らが苦しみに値すると信じることはできないでしょう。精神病質者のケースは示唆に富みます。彼らは、（本意に拘禁されているわけではないとしても）刑罰を免除されうる通常の子供や法的不正気の基準には適合しません。しかし、彼らは、どのように、自分自身を「やってきた」のでしょうか？ 彼らが、生まれつきもしくは環境によって、他人の苦しみに無関心な性格を持つようになっているのであれば、どのような道徳的基準に基づいて、私達は彼らを罰すればよいのでしょうか？ 同様な議論は、精神病質者ではない犯罪者についてもすることができます。終身刑で拘禁された多くの、おそらくほとんどの者は、（性質によるものか養育によるものかまたはその両方の）罪を犯すことに寄与する体得的（experienced）条件を有しています；もし彼らがこれらの体得的条件を有していなかったならば、彼らがそれらの罪を犯すことは、たしかにほぼなかったでしょう。

犯罪に寄与するような体得的条件は、いかなる刑罰に値するかを決定することに「関連」するのでしょうか？ しかし、もし関連するのであれば、私達は、誰も決して道徳的にその行動について責任がなく、それゆえ誰も決して正しく罰せられえないという結論にすべり落ちることを、いかにして避けることができるのでしょうか？

ここに、すべりやすい斜面を避けるための一つの方法があります。私達がど

ちらも完全に捨てることができない2つの強力で直観的な物の見方の間で妥協することです。一つは、私達は、現実的にかつ人間的にも、彼らがほとんどの時間についてその行為に対する責任があるとしなければならないことです。私達は、自分自身や他人について、それ以前に彼らに起きたすべての避けられない結果による態様は、そのままだと考えることはできません。しかし、この原則とこの結論は、人が罪を犯すのに寄与した多くの要因は彼らの自由を著しく制限していて——等しく避けられないという別の原則と抵触します。

私達は、高度の貧困、貧しい学校、銃と（違法）薬物への容易なアクセス、完全ではない家族、きちんとした雇用へのアクセスの不十分さなど——ある種の欠損がある環境にて成長することは、人々が犯罪をし続ける可能性を大いに増大させることを知っています。例えば、もし皆さんがボルチモアの街に住んでいるならば、皆さんが凶暴な犯罪をするという可能性は、アメリカ全体の住民の5倍以上です。この比較の結果はかなり控えめにみえています。なぜなら、全体としてのアメリカの数値は、多くの犯罪率の高い地域を含んでいるからです。したがって、例えば、ボルチモアの凶悪犯罪率は、ボルチモアの1時間西に行った小さな街であるメリーランド州フレデリック市の30倍以上だからです。罪を犯した者が受けるべき量刑を判断するときに、このような相違を無視することは、まったく不公平であるように思われます。このような事実を耳にすると、犯罪が多い地域に住んでいたら、犯罪の被害者になる確率も高くなると思うのが典型的でしょう。しかしながら同様に重要なことは、犯罪の加害者になる機会の方がはるかに大きいということです。

以上から、罪を犯した者が受けるべき量刑を判断する際、この不均衡を無視することは正しいことではありません。丸を四角にする（物事を正しくする）には、もし厳格な自由意思の理念を一層考慮するのであれば、私達が罰しようとしていたほどには厳しくなく罰しなければなりません。純粹に理論的な観点からは、この解決では、まったく不十分なように見えるかもしれません。理論的な観点からは、（応報と自由意思の）両方を必要としますが、考慮中の2つの原則のうちのどちらかをゆがめなければなりません。しかし、折衷説は、私

達がこの世界で見つけることを望みうる程度の正義をもたらすと、私は信じません。

(2) 終身刑および死刑の廃止の利点

終身刑および死刑廃止の別の理由は、単純に厳罰を廃止することで、多くのよい結果をもたらせそうだからです。最初に、量刑が短縮される拘禁者のことを検討しましょう。彼らは、拘禁され続けるよりも、良い状態になるでしょう。このことは、思ったほどには明らかではありません。以前拘禁された人々は、教育、トレーニング、そしてお金に欠けているまま——彼らはこれらに欠けていることが多いので——外できちんとした生活を確保することは非常に難しいことが分かるからです。それでも、私は、そのような状況に変化がないとしても、以前拘禁された人々が、刑務所の外で良くなると推測します。証拠の一つとしては、彼らのほとんどが熱心に外に出たいと思っていることです。

終身刑および死刑廃止が社会に対してもたらす、より一般的な効果とは何でしょうか？ 終身刑によって一生もしくは何十年間の人生を無駄にすることは、不合理だけでなく悲劇であって、いくつかの強力な利点で相殺できなければ正当化できません。私達が見てきたように、長い量刑が一般的または特別な抑止の価値を持っているとの証拠は不十分です。拘禁には非常にお金がかかり、拘禁者が年を取るほどお金が多くかかります。

もちろん、終身刑と死刑の利点を考慮する際、私達は被害者の利害を無視できません。被害者の中には、犯罪者に可能な最高刑を受けてほしい、さもなければ不幸を感じるか、不安であってほしいと思う者がいます。しかし、すべての被害者ではありません；なぜなら、一つの生命が失われれば他も失われるべきだとの考えを否定する者もいるからです。

罪を犯した人々の家族およびコミュニティ（彼らもまた被害者です）も同様に重要です。コミュニティのメンバー、——特に男性で、不均衡なことに、若い黒人——が、同時に何年間もコミュニティにいないことの害は、たとえ凶暴な人々が連れ去られることの利点を考慮したとしても、量りしれません。非常

に長い量刑の利点と、これらの害を比較衡量することは難しいでしょう。しかし、私は、この比較において、終身刑と死刑を含む量刑の長さの利点が、これらのコストを上回るとすることには、疑義があります。

また、より報復的ではないアプローチを採用する人々にも、この利点が関連します。このアプローチ——人間性への信義 (faith) と呼びえます——を採用することは、人間の善と償いの可能性について、特定の楽観論を表明することになります。哲学者ライアン・プレストン＝ローダーは、人間性への信義は、信義を有する者およびその者を信頼する者の両方にとって、世界をより良くすると主張します。最初に、信義を有する者を信頼する者にとって良いという考えを取り上げます。精神療法医でアウシュビッツ生存者のピクトール・フランクルは、「もしわれわれが、人々を彼らがそうあるべきであるように扱うならば、彼らになりうる者になることを助ける。」と明言しています。当然これは良いことに思われます。しかし、この考え方を確信させる良い社会的・科学的証拠もあります——例えば、人々は、他人の考え方を内面化する傾向があり、人々が他人の反応に一定の期待を有している場合、彼らは、確認してほしい相手に微妙なシグナルを送ることができることを示しています。これらおよびそのほかの理由から、「人々の品格 (decency) を信頼することは、彼らが正しく行動することを促進する傾向がある」と言えます。(たしかに) それは簡単なことではありません；私達は誤りを犯しますし、私達は巧妙に付け込む者に取り込まれることもあります。盲目の信頼は、お勧めできません。しかし、公民権弁護士ブライアン・ステイーブンソンが実践しているように、彼らが最悪な行為を減らすことにならないような(盲目的な)信頼をするのでもなく、また彼らに犯罪者のレッテルを恒久的に貼るのでもない態度が、より成功するようです。これはまた、彼らの多くが、宗教、道徳および精神的な教えを敬愛し続けていることにも依拠します。

しかし、人間性への信義は、他人への効果とは関係なくとも、人間性への信義を持っている人々に良いかもしれません。希望的で楽観的であることは、人の自らの幸福に良いことを、多くの研究が示しています。(たしかに) これだ

けでは、人間性への信義を推奨するのに、十分ではありません。しかしながら、もし、信義を持つ者に対する利点と他人への信頼の利点を比較考量して、私達が信義を持つことに賛同するのであれば、この特性を美德として捉えることができます。私達が、ひどいことをした人々に見切りをつけずに彼らを違う所へ向かうよう促すことをめざす世界は、他の世界よりも良い世界なのです。

(3) 刑罰および個人の尊厳

終身刑と死刑を廃止する最後の理由は、何年も前に罪を犯した人がその後劇的に変わるかもしれないのに、その人を罰し続けることの不可思議さに関係します。これは、長期刑を受けた多くの人々のアメリカでの状況です。彼らがティーンエイジャーのときに殺人を犯すと、30年から60年後にも終身刑を受け続けていることとなります。刑罰を科し続けることの道徳的正当性はさておき、この合理性については疑問が生じます。自分がしたことの間違いを認識している人、もうそれらの行為と関係していない人、ずっと以前の自分とはもはや似ても似つかなくなっている人を罰する「意味 (point)」は何でしょうか。彼はもはや同じ人間ではないと言いたくなります。

この判断は、私達を哲学の深い茂みの中に連れて行くかもしれません。しかし、それは本当にそんなに複雑でしょうか？ 被拘禁者が17歳の時の彼とある意味同じ人間であり別の意味では同じではないと言うことでは、(たしかに)不十分かもしれません。——しかし、このことは十分正確なことのようで、私達が一般的に論ずる方向に合致します。

これらの考察は抽象的に見えるかもしれません。これらの考察が具体的で明白になるためには、若い時から拘禁された人々または単に長い間拘禁された人々と知り合いになることが役に立ちます。彼らと知り合いになることは、皆さんに、これらの人々をその人生の終わりまで罰し続けることに意味があるのか、という問いかけをすることになりうるでしょう。この質問に対する答えは、私の経験からは、ノーです。

V. 結論

私は、終身刑と死刑を廃止する利点がたくさんあり、廃止しないことの利点はないと主張してきました。これらの刑を正当化することを望みうるための唯一の合理的根拠は、応報的なものです。しかしたとえもし、応報主義が確固たる原則であるとしても、これが明らかにこのような厳しい刑罰を支持したり必然としたりするわけではありません。1つの理由は、いかなる状況下にあったとしても、対等な刑罰が執行され「なければならない」とするカントのような見解を受け入れるのでなければ、私達は、刑罰を決定するには、他の考慮も関連することを認識しなければなりません。したがって、たとえもし誰かが一定の刑罰に値している、特定の刑を受けなければならないということにはなりません；拷問に対して拷問、強姦に対して強姦というような刑を科すのは観念的すぎます。さらに、応報主義は、特定の刑罰を示しているわけではないので、それゆえ、残る問題は、どのような刑が相当で適切かということです。量刑を加減するということは、彼らが応じるべき犯罪の重さを矮小化することになるわけではありません。なぜなら、量刑が表す意味は、他の量刑や文化的規範などに一部関連するので、可鍛性（かたんせいmalleable、適合的柔軟性）があるからです。

これらの議論は、正義が終身刑または死刑を要求していないことを示しています。しかし、終身刑や死刑がなぜ間違っているかを論証するには、廃止のための肯定的な実態（case）を作ることが必要です。私はこの結論につき、いくつかの根拠を提供してきました。第1に、ほとんどの人々は自分の犯罪行為について完全な答責性はなく、したがって、私達はそれに応じて彼らの刑罰を和らげるべきことです。第2に、終身刑と死刑の廃止が、被拘禁者や彼らが愛する人たち、コミュニティ、または刑の廃止を支持する人々に対して、多くの利点をもたらす傾向があることです。最後に、数十年も前に罪を犯した時点とは、大きく離れた人格に変わっている人を罰し続けるのは、意味がないということです。

原 文

Against Life and Death Sentences

Judith Lichtenberg
Georgetown University

I am honored to be speaking to you today and I thank all of you for coming. My subject today is sentencing in the criminal justice system. I will argue that in general criminal sentences for serious crimes in the United States are excessively long and harsh. I argue that the death penalty and all life sentences should be abolished and replaced with shorter sentences.²⁾

Background

Let me begin by explaining how I came to be focused on this subject. As a moral philosopher, I've been interested for many years in criminal punishment. Punishment seems to involve intentionally inflicting harm on a person, and from a moral point of view the intention infliction of harm requires justification. Exploring the possible justifications takes us into very deep philosophical territory. I'll talk more about these justifications — and to what extent they succeed or fail — shortly.

My philosophical interest in the subject (which on its own might be considered somewhat abstract) has intensified over the last few years as we in the United States have become more fully aware of the phenomenon known as mass incarceration. Let me just recite a few facts, which have become familiar to Americans who are paying attention:

Although the U.S. has less than five percent of the world's population, it has almost 25 percent of the world's prisoners.³⁾ That's the highest incarceration rate of any country in the world (followed by Rwanda, Russia, and Brazil; China is seventh).⁴⁾

Today there are 2.2 million people in U.S. prisons and jails, a 500 percent increase in forty years.⁵⁾ One reason is that the number of people imprisoned for drug offenses increased tenfold between 1980 and 2016. Another is that sentences have become much longer, as a result of mandatory minimum sentences, fewer people released on parole, and a large increase in life sentences.

One in seven incarcerated people is now serving a life sentence.⁶⁾

Stark racial disparities exist in every aspect of the criminal justice system. African American men are more than five times as likely to be incarcerated over their lifetimes as white men, Latino men almost three times as likely.⁷⁾

Something else that has influenced my perspective on these issues (and that grew naturally out of the previous two concerns) is that for the past four years I have been teaching university-level philosophy courses at a state prison in Maryland (my home state) and in a jail in Washington, DC (where I work). It's been a transformative experience, and has shaped my attitudes toward long sentences and those serving them.

2) This lecture is drawn from a longer article: Judith Lichtenberg, "Against Life Without Parole," *Washington University Jurisprudence Review* 11 (2018), 39–65, https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1186&context=law_jurisprudence. The reader will there find some of the arguments sketched here developed at greater length.

Of course in preparing to speak to you today I wanted to become acquainted, as best I could, with the Japanese criminal justice system. (I'm afraid mere "acquaintance" is all that I have achieved.) The differences are striking, to say the least. The homicide rate in the U.S. is more than 14 times what it is in Japan; the overall U.S. incarceration rate is also more than 14 times Japan's.

There is one striking similarity between the two countries' criminal justice systems, however. It is that both retain the death penalty — unlike almost every other highly developed democracy in the world. The average number of death sentences in Japan between 2003 and 2012 was 13.9 a year, although the average number of executions for that period was 4.8 a year.⁸⁾ The number of life sentences in Japan has increased in recent years. Whereas determinate life sentences used to require a minimum of 20 years served, in 2004 the Penal Code was revised to make it 30 years; it is thought that many such lifers will now die in prison.⁹⁾

For these reasons, I hope you will find what I have to say today about long and harsh sentences relevant to Japan's criminal justice system as well as that of the U.S..

3) Michelle Ye Hee Lee, "Does the United States really have 5 percent of the world's population and one quarter of the world's prisoners?," *Washington Post*, April 30, 2015, <https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2015/04/30/does-the-united-states-really-have-five-percent-of-worlds-population-and-one-quarter-of-the-worlds-prisoners/>

4) Sentencing Project, Criminal Justice Facts, <https://www.sentencingproject.org/criminal-justice-facts/>

5) Ibid.

6) Sentencing Project, Criminal Justice Facts, <https://www.sentencingproject.org/publications/deterrence-in-criminal-justice-evaluating-certainty-vs-severity-of-punishment/>

Justifying harsh sentences: public safety

Let's look more closely at these life and death sentences and what might justify them. To expand on what I said a few minutes ago, over 206,000 people are currently serving life sentences in the U.S. — more than 1 in 7 incarcerated people. That includes over 108,000 people serving life with parole, over 53,000 serving life without parole, and about 44,000 serving “virtual life” sentences — sentences of 50 years or more.¹⁰⁾

In addition, 2,656 people were on death row in the U.S as of July 1, 2019.¹¹⁾ Nevertheless, it is increasingly rare in the U.S. for the death penalty to be carried out, for several reasons. Because it is widely believed that “death is different,” people on death row have the legal right to automatic appeals, and the procedures that must be followed before an execution may take place are very stringent, and take years. A U.S. prisoner spends on average more than 15 years on death row from sentencing to execution; the time has more than doubled since 1984. (By contrast, the “typical period on death row” for Japanese prisoners “is between 5 and 7 years.”¹²⁾) Moreover, in recent years pharmaceutical companies, which provide the drugs needed to carry out most U.S. executions (done via lethal injection), sometimes hesitate, whether because of genuine moral qualms or just the fear of bad publicity. Executions, then, are relatively rare, and have been declining over the last twenty years.¹³⁾

Of course, in addition to procedural concerns many people oppose the death penalty on moral grounds. But many of those believe, perhaps ironically, that the

7) Sentencing Project, Criminal Justice Facts, <https://www.sentencingproject.org/criminal-justice-facts/>

8) Koichi Hamai and Tom Ellis, “Crime and Punishment in Japan,” in W.G. Jennings et al., eds., *The Encyclopedia of Crime and Punishment* (Wiley-Blackwell, 2015), 11.

9) Hamai and Ellis, “Crime and Punishment in Japan,” 12.

likelihood of its abolition depends partly on the existence of life sentences. They think, in other words, that people's willingness to ban the death penalty depends on the assurance that those who would have been sentenced to death will instead be locked up till they die.

So it's important to ask whether life sentences are themselves justified and legitimate. To answer this question, we have to consider briefly the rationales for criminal punishment. This has been a large subject both in moral philosophy and in criminology. In philosophy, the subject has received a lot of attention over the last several decades, and it seems fair to say that the supposed justifications for punishment have mixed, morphed, and multiplied. For my purposes today, I will simplify the schema somewhat.

Broadly speaking there are two main kinds of reasons for punishment. One has to do with public safety, and the other with moral desert and retribution. These are very different. The first is broadly utilitarian or consequentialist or "forward-looking," the second is deontological, justice-based, or "backward-looking."

Let's take public safety first. It has two main aspects. One is *general deterrence*. We punish people for committing crimes in order to send a message to others that bad things will happen to you if you commit a crime. In punishing person A for criminal activity, we make an example of A to others who might be

10) Marc Mauer and Ashley Nellis, *The Meaning of Life : The Case for Abolishing Life Sentences* (New York: New Press, 2018), 13.

11) Death Penalty Information Center, Death Row Prisoners by State, at <https://deathpenaltyinfo.org/death-row-inmates-state-and-size-death-row-year>

12) Death Penalty Information Center, Time on Death Row, at <https://deathpenaltyinfo.org/time-death-row>. For Japan: Julius Weitzdorfer, Yuji Shiroshita, and Nicola Padfield, "Sentencing and Punishment in Japan and England: A Comparative Discussion," in Jianhong Liu and Setsuo Miyazawa, eds., *Crime and Justice in Contemporary Japan* (Cham, Switzerland: Springer, 2018), 205.

considering engaging in crime, hoping the example will be vivid and strong enough to deter them.

The other aspect of the public safety justification for punishment is *specific deterrence* or *incapacitation*. (These are different in subtle ways, but for my purposes here they are similar enough.) When people have shown they are dangerous to the community we lock them up so they can no longer do harm.¹⁴⁾ And we also hope that having been punished they will be deterred from doing harm when they are released — either because they have reformed morally and no longer desire to break the law or because they now judge that the costs of law-breaking outweigh the benefits.

These justifications for punishment are valid in a broad sense. Here's what I mean. Take first general deterrence. It's safe to assume that if there were no punishments for crimes, crimes would be more prevalent. (At the same time, the prospect of punishment is certainly not the only reason people don't commit crimes. We don't refrain from killing others only because killing is illegal.) So some punishments are necessary for purposes of general deterrence. As for specific deterrence, if law-breakers weren't taken out of society and locked up, at least some of them would continue to do harm. Many of those who have committed violent acts pose dangers to others.¹⁵⁾

But even if some punishments are necessary on grounds of both general and specific deterrence, the question is how long and how harsh they should be. And here the evidence is pretty clear. First, on general deterrence: the evidence

13) Death Penalty Information Center, Facts About the Death Penalty, at <https://deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf>. It's surprising, then, that although the number of people on death row has dropped since the peak around the turn of the century (3,593 in 2000), more than 2,700 still remain on death row today. Death Penalty Information Center, Death Row Prisoners by State, at <https://deathpenaltyinfo.org/death-row-inmates-state-and-size-death-row-year#year>

shows that it's the *likelihood* or probability of punishment, not its severity, that deters. The most important reason is that the many steps between crime and punishment — being caught, accused, tried, convicted, sentenced — greatly reduce the likelihood of punishment, and so the would-be offender may rationally judge that the risks outweigh the benefits.¹⁶⁾

As for specific deterrence, almost all offenders, including violent ones, age out of crime before middle age.¹⁷⁾ One study concludes that “for the eight serious crimes closely tracked by the F.B.I....five to 10 years is the typical duration that adults commit these crimes, as measured by arrests.”¹⁸⁾ Moreover, the costs of caring for prisoners increase substantially as they age. Because incarcerated people are generally less healthy than others, they are often considered elderly by age fifty-five and require more medical care than those outside prison. Thus the benefits of long prison sentences are further diminished.

Justifying harsh sentences: retribution

For these reasons (and a few others I'll skip over here), I believe the only possible justification for life and death sentences is *retribution* or *retributivism*. So I want now to examine this view and see whether it stands up and what it justifies.

Here is a simple formulation of the retributivist argument for life sentences:

1. Some people's crimes are sufficiently heinous that they deserve to spend their lives in prison.
2. People ought to get the punishment they deserve.

14) Of course they can still harm prisoners and employees of the prison, but the overall likelihood of harm is much less.

15) But not all do. For example, victims of abuse who kill their abusers rarely pose a danger to anyone else.

To decide whether retributivism does indeed justify life sentences, we need first to understand the view better. What does it entail? What are its limits?

The traditional understanding of retributivism is *lex talionis*: the law of retaliation, “an eye for an eye.” *Lex talionis* implies that offenders should have done to them what they have done to others. It follows that torturers should be tortured and rapists should be raped. Many people find this view morally unacceptable — because it’s inhumane, uncivilized, degrading — and so most contemporary thinkers reject *lex talionis* in favor of a different understanding of retributivism. It is sometimes called *proportional retributivism*: the idea that morally we ought to punish people who commit crimes (unless they are insane or otherwise non-responsible) *in proportion* to their crimes — but not necessarily *equally* to their crimes. On this view, we should construct an ordinal ranking of crimes and punishments in which the worst crimes get the worst punishments, the next worst crimes get the next worst punishments, etc.¹⁶⁾ The ranking should not be purely ordinal, however. If the worst punishment is too light, it will not take seriously the crimes it addresses.

Should we accept this view? And what implications does it have for life sentences? Let’s consider these questions in turn.

16) Valerie Wright, “Deterrence in Criminal Justice: Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment,” The Sentencing Project, November 2010, at <http://www.sentencingproject.org/publications/deterrence-in-criminal-justice-evaluating-certainty-vs-severity-of-punishment/>. See also Michael Tonry, “Sentencing in America, 1975–2025,” *Crime and Justice* 42 (2013), 176.

17) See, e.g., Dana Goldstein, “Too Old to Commit Crime?,” The Marshall Project, March 20, 2015, at <https://www.themarshallproject.org/2015/03/20/too-old-to-commit-crime#.jVKAeF0cA>; and John F. Pfaff, *Locked In : The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform* (2017), 193, 231.

18) They are “murder, rape, robbery, aggravated assault, burglary, larceny-theft, arson, and car theft.” Alfred Blumstein, Jacqueline Cohen, and Paul Hsieh, “Duration of Adult Criminal Careers: Final Report,” National Institute of Justice (1982), 12–22.

The first question essentially asks whether retributivism of *any* sort is the right view. That's a big one! Many if not most people have some strong retributivist intuitions. It seems to them like a straightforward matter of justice that people should get what they deserve; those who have caused suffering *deserve* to suffer.

But retributivism, like its opposite, is a foundational position that is impossible establish or disestablish. Consider two people responding to the crimes of Dylann Roof, who killed nine parishioners at a church in Charleston, South Carolina in June 2015. Roof has shown no remorse for the murders; in a white supremacist manifesto he wrote in prison, he said, "I would like to make it crystal clear I do not regret what I did. I am not sorry. I have not shed a tear for the innocent people I killed."²⁰⁾ The jury found him guilty and in January 2017 he was sentenced to death.

To many people, Roof personifies evil. He killed nine innocent people; they were in a church, at a Bible study meeting; he had spent time with the victims and talked with them; his acts were motivated by racial hatred; they were premeditated; he showed no remorse. He appears to be the poster child for the harshest punishment our system permits. Probably the only thing that can be said in his favor is that he neither denies nor makes excuses for having intentionally carried out these acts.²¹⁾

Others, however — although equally appalled by Roof's actions — may see him differently. He's pathetic, to be pitied rather than hated. We would not want to be him. Even if we reject a simple view of criminality as disease in need of treatment rather than punishment, it is hard to avoid the thought that his soul is disordered (even if you are not in the habit of talking about people's souls). This may be called a Platonic conception of crime and punishment, even if we are not

19) See Jeffrey Reiman, "Justice, Civilization, and the Death Penalty," *Philosophy & Public Affairs* 14 (1985), 119–20.

prepared to follow Plato all the way to the conclusion that wrongdoing is a form of ignorance. But we might agree with Plato that we should never harm any person, even if they have harmed us.²²⁾ *Punishment* of someone like Dylann Roof may seem to those drawn to this perspective beside the point. They may agree that he will have to suffer in order to change, to become repentant or at least not dangerous. (And of course he may not change, and may never be fit for release from incarceration.) But that's different from retributivism, which insists that he ought to suffer no matter what — even if it does no good.

Although I am inclined to reject retributivism, I do not want to rest my case against life and death sentences on its rejection, since many people are deeply drawn to the retributive idea. So let's suppose we accept some form of retributivism, believing that people ought to experience suffering for their crimes. It seems clear that a person's punishment should be a function of two things: first, the degree of their *culpability* for the crime, and second, the crime's *severity*.

Before explaining why I believe that even enlightened retributivists should reject the imposition of life or death sentences, I want first to respond to an objection that may be lurking in the minds of some. Suppose we agree that “an eye for an eye” cannot be the right interpretation of retributivism, since it would justify barbaric practices like rape and torture. One might nevertheless argue that life sentences, or even death sentences, might still be justified. One might think that lesser sentences do not adequately express the condemnation some

20) Alan Blinder & Kevin Sack, “Dylann Roof, Addressing Court, Offers No Apology or Explanation for Massacre,” *New York Times*, January 4, 2017,

<https://www.nytimes.com/2017/01/04/us/dylann-roof-sentencing.html?action=click&contentCollection=U.S.&module=RelatedCoverage®ion=EndOfArticle&pgtype=article&r=0>

21) At the same time, proudly avowing one's intention to murder innocent people and spark a race war is not exactly a mark in someone's favor.

crimes deserve, perhaps even that they trivialize these crimes. Anders Breivik received a twenty-one-year sentence for killing sixty-nine young people and eight others at a summer program in 2011 in Norway; that's the maximum sentence for any crime in Norway. And in their new book *The Meaning of Life*, Marc Mauer and Ashley Nellis of the Sentencing Project argue that twenty years should be the maximum sentence for any crime in the U.S.²³⁾ Are these sentences too light?

To decide whether this objection has merit, we need to ask whether or to what extent the fit and proportionality of punishments are objectively given — and, conversely, to what extent they are culturally relative or socially determined. Does a twenty-one year sentence for Breivik express disrespect for his victims and the rule of law?²⁴⁾ I don't think it's credible that Norwegians value life less than Americans do, and thus that their shorter sentences express disrespect of humanity.

This example might be thought to tell against my point, not for it. Maybe shorter sentences do not express disrespect for victims and the law in Norway, it might be argued; but given American habits and customs, in the U.S. they would. But this claim wrongly suggests that cultural practices and customs are immutable. Changes in attitude do not happen overnight. No doubt reforms must occur gradually, not too far ahead of public sentiment and partly spurred by it. That is likely to be the way sentencing practices would evolve in any case, just as they have with the U.S. Supreme Court's erosion of the death penalty and life-without-parole sentences for juveniles.

22) "It is never just to harm anyone," Socrates says in the Republic after an exchange in which Polemarchus asserts it is just to treat one's friends well and to harm one's enemies. Plato, *Republic* bk. I, at 335e (G.M.A. Grube trans., (Hackett, 2d ed., 1992). If as is often thought punishment necessarily involves harming a person, then Plato would deny that we should ever punish people.

The concept of a reasonable and appropriate minimum sentence is not completely malleable. A hundred-dollar fine for rape is too little; a twenty-year prison sentence for shoplifting is too much. But the concept is flexible enough to accommodate the abolition of life and death sentences without trivializing victims, justice, or the rule of law.

Positive arguments for the abolition of life and death sentences

In the remainder of this talk, I want to offer positive arguments for abolishing life and death sentences. Together with the foregoing arguments,²⁵⁾ I think they add up to an overwhelming case that such sentences should be abolished.

The considerations that follow divide into three groups. The first focuses on a wrongdoer's culpability, and circumstances that might reduce it. The second concerns the beneficial consequences of abolishing these sentences — not only to offenders but to their families and their communities, as well as society at large. The third considers the rationality, or lack of it, of punishing people who are importantly different from those who committed the crimes for which we are punishing them.

Mitigated Responsibility

The argument for the abolition of life and death sentences rests partly on the view that as long as the sentences offenders endure do not trivialize the gravity of their crimes, respect for persons and their agency means leaving open the

23) Marc Mauer and Ashley Nellis, *The Meaning of Life: The Case for Abolishing Life Sentences* (New York: The New Press, 2018).

24) The sentence does not mean he will be released after twenty-one years; he can be sentenced "to an unlimited number of five-year extensions if he is still deemed a risk to the public." Dana Goldstein, "Too Old to Commit Crime?," *The Marshall Project*, March 20, 2015, at <https://www.themarshallproject.org/2015/03/20/too-old-to-commit-crime>.

possibility that offenders can undergo significant change. It may seem laughable to think that people like Anders Breivik or Dylann Roof might change, but that's irrelevant. It's the principle that *if* they do they should be considered for release.

Now of course adamant defenders of life and death sentences will disagree, asserting that *only* these sentences are appropriate for such people. Either they deny that the meaning of sentences is partly relative, or they simply reassert the well-worn phrase that life and death sentences are what these people *deserve*.

There is a hint of paradox in the reasoning of those who defend life or death sentences for "the worst of the worst." It suggests that people like Breivik are evil through and through. Is it, then, that such people cannot change, or that they will not? If the latter, so be it; they should remain locked up. If the former, we come up against grave questions about free will and responsibility that threaten the very idea of punishment.

I have so far avoided such questions. It may be that many who reject retributivism as a matter of principle do so partly because they doubt the existence of free will and thus genuine moral responsibility. You cannot believe people *deserve* to suffer unless you think they are morally responsible for the acts that have rendered them deserving of suffering. The case of psychopaths is instructive. They do not fit the usual criteria for mental illness or legal insanity, which would excuse them from punishment (although not from involuntary incarceration). But how did they *get* the way they are? If they were either born or made by their environments to be indifferent to others' suffering, on what moral basis can we punish them? Similar arguments can be made about wrongdoers who are not psychopaths. Many, perhaps most, of those incarcerated for life have experienced conditions (whether due to nature or nurture or both) that have

25) I take the foregoing arguments to be "negative," in the sense that they aim to show that life and death sentences are not *required* by retributivism. Thus the need also for positive arguments.

contributed to their committing crimes; if they had not experienced these conditions they would almost certainly not have committed those crimes.

Isn't that *relevant* to determining how much punishment they deserve? But if it is, how do we avoid falling down the slippery slope to the conclusion that no one is ever morally responsible for their actions and thus no one can ever justly be punished?

Here is one way to avoid the slippery slope. We do it by compromising between two powerful, intuitive perspectives neither of which we can abandon entirely. One is that, practically and humanly, we must hold people responsible for their actions most of the time. We cannot think of ourselves or others as beings whose behavior is the inevitable outcome of everything that happened to them before.²⁶⁾ But the principle and its upshots clash with another one that is equally indispensable — that many of the factors that contribute to a person's committing crimes have severely limited their freedom.

We know that growing up in environments with certain kinds of deprivations — high poverty, poor schools, easy access to guns and drugs, non-intact families, inadequate access to decent employment — greatly increases the likelihood that people will go on to commit crimes. For example, the probability that if you live in the city of Baltimore you will commit a violent crime is more than five times greater than for residents of the United States as a whole. This comparison significantly understates the effect, since the figures for the U.S. as a whole include many places with high crime rates. So, for example, Baltimore's violent crime rate is more than thirty times that of Frederick, Maryland, a small city about an hour west of Baltimore.²⁷⁾ On hearing such facts, we typically think of the increased probability of being the victim of a crime if you live in a high-crime area. But equally significant is the far greater chance of being a perpetrator of crime.

It seems altogether unjust to ignore such disparities in judging what offenders

deserve.

The way to square this circle is to punish, but to punish less harshly than we would if a more robust conception of free will were in play.²⁶⁾ From a purely logical point of view, this solution may appear wholly inadequate. It wants to have it both ways, and must distort each of the two principles under consideration. But the compromise, I believe, does as much justice as we can hope to find in this world.

Benefits of abolishing life and death sentences

Another reason to abolish life and death sentences is simply that doing so will have many good consequences. Consider first those whose sentences would be shortened. They will be better off than if they remained incarcerated. That's not quite as obvious as it might seem, since formerly incarcerated people can find it

26) An important and nearly universally acclaimed source of this view is P.F. Strawson, "Freedom and Resentment," *Proceedings of the British Academy* 48 (1962), 1; reprinted in P. F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays* (Routledge 2008). This is the lesson of (or perhaps the reason for) *soft determinism*, also known as *compatibilism*, probably the dominant view of the free will problem among contemporary moral philosophers and criminal law theorists. Compatibilism says that determinism (universal causation) and free will or moral responsibility are compatible — that if one's actions are caused in the right way or by the right things, then we are morally responsible for them. (Different theories will offer different accounts of what the right way or the right things are.) After all, the compatibilist rightly points out, if our actions were *not* caused they would be uncaused, i.e. random, and that would hardly make them free. Like many other moral philosophers, I think of myself as a compatibilist. The view is satisfying as long as you don't push hard on it, which we can often avoid doing. For an excellent and concise discussion of the free will problem, see Theodore Sider, "Free Will and Determinism," in Earl Conee and Theodore Sider, *Riddles of Existence : A Guided Tour of Metaphysics*, 2d ed. (Clarendon Press, 2015). For the perspective of a neuroscientist skeptical of moral responsibility, see David Eagleman, "The Brain on Trial," *The Atlantic*, July/August 2011, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2011/07/the-brain-on-trial/308520/>

very difficult to secure a decent life on the outside in the absence of education, training, and money — which they so often lack. Still, I assume that even in the absence of such changes formerly incarcerated people will be better off out of prison than in it. One piece of evidence is that most of them fervently want to get out.

What about the effects of abolition on society more generally? The waste of human lives condemned to prison for life, or even for decades, is tragic as well as irrational, and can be justified only by some powerful offsetting benefits. As we have seen, there is scant evidence that long sentences have either general or special deterrent value. Incarceration is very expensive, and becomes more so as prisoners age.

Of course, in considering the benefits of life and death sentences, we cannot ignore the interests of victims. Some victims want offenders to receive the maximum penalties possible and may otherwise feel unhappy or insecure. But not all victims do; some reject the idea that because one life has been lost others must be as well.

Just as important are the families and communities of those who have

27) I have calculated these comparisons based on rates of violent crime as reported in Table 6 of the FBI's 2017 Statistics on Crime in the United States. See *FBI : Uniform Crime Reporting Program, Violent Crime* (2017), <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2017/crime-in-the-u.s.-2017/topic-pages/tables/table-6>

28) Part of the problem is that it's hard to imagine what a robust conception of free will could be. If the only alternative to an event or action's being caused is its being uncaused, we don't have a solution, because randomness is not freedom. This is, of course, one of the appeals of compatibilism. It reasons that if uncaused actions would not be free, then perhaps caused actions are not necessarily unfree, because otherwise freedom would be logically impossible. So we must mean something by freedom that is not incompatible with causation, i.e. causal determinism. For a good survey of compatibilism and its varieties, see Michael McKenna & D. Justin Coates, "Compatibilism," *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Feb. 25, 2015), <https://plato.stanford.edu/entries/compatibilism/>

committed crimes, who are also victims. The harms of having their members — especially men and, disproportionately, young black men — disappear from the community for years at a time are incalculable, even taking account of the benefits of having violent people taken away.²⁹⁾ It's hard to know how to weigh these harms against any benefits of very long sentences. But I doubt that in this comparison the benefits of lengthy sentences, including life and death, outweigh their costs.

Also relevant are the benefits to those who adopt a less vindictive approach. To embrace this approach — which we may call faith in humanity — is to express a certain optimism about the possibilities of good and redemption in human beings. The philosopher Ryan Preston-Roedder argues that faith in humanity makes the world better both for those who have faith and for those in whom they have faith.³⁰⁾ Take first the idea that it is good for those in whom one has faith. Viktor Frankl, psychotherapist and Auschwitz survivor, proclaimed that “if we treat people as if they were what they ought to be, we help them become what they are capable of becoming.”³¹⁾ It sounds nice, of course. But there is good social-scientific evidence confirming this view — showing, for example, that people tend to internalize others' view of them, and that when people have certain expectations of others' behavior they may send subtle signals to which those others then conform.³²⁾ For these and other reasons, “having faith in people's decency tends to encourage them to act rightly.”³³⁾ It's not foolproof; we can make mistakes, and we can sometimes be taken in by clever actors. Blind trust is not advisable. But an attitude that does not reduce people to their worst acts, as the civil rights lawyer Bryan Stevenson puts it, and that does not permanently label them as criminals is more likely to succeed.³⁴⁾ It is also very much in keeping with religious, moral, and spiritual teachings many people hold dear.

But faith in humanity can be good for those who have it even apart from its

effects on others. Many studies show that to be hopeful and optimistic is good for one's own well-being.³⁵⁾ That alone is not sufficient to recommend it. But we can count this trait as a virtue if we agree that having it is on balance good for those who possess it and for others. A world in which we do not give up on people who have done terrible things, and where we aim to facilitate their journey to a different place, is a better world than the alternative.

Punishment and Personal Identity

A final reason to abolish life and death sentences has to do with the strangeness of continuing to punish a person who committed a crime years earlier but may have changed radically since then. This is the situation of many people serving long sentences in the U.S. They may have committed murder when they were teenagers, and are still serving life sentences thirty or fifty years later. Leaving aside the moral legitimacy of continued punishment, we may question its rationality. What is the *point* of punishing a person who recognizes the wrongness of what he has done, who no longer identifies with those acts, and who bears little resemblance to the person he was so many years earlier? It's tempting to say he is no longer the same person.

That judgment might appear to land us in dense philosophical thickets. But is

29) See, e.g., Robert D. Crutchfield & Gregory A. Weeks, "The Effects of Mass Incarceration on Communities of Color," *Issues in Science and Technology* 32 (2015), <https://issues.org/the-effects-of-mass-incarceration-on-communities-of-color/>; Katy Reckdahl, "Mass Incarceration's Collateral Damage: The Children Left Behind," *The Nation*, January 15, 2015, <https://www.thenation.com/article/mass-incarcerations-collateral-damage-children-left-behind/>

30) Ryan Preston-Roedder, "Faith in Humanity," *Philosophy and Phenomenological Research* 87 (2013), 664-65.

31) Viktor Frankl, *The Doctor and the Soul : From Psychotherapy to Logotherapy*, quoted in Preston-Roedder, *supra*, at 664.

it really so complicated? To say that the prisoner is in one sense the same person he was at seventeen, and in another sense not, may seem unsatisfying — but it seems pretty accurate, and conforms to ways we commonly talk.³⁶⁾

These considerations may seem abstract. For them to become concrete and palpable, it helps to become acquainted with people who have been incarcerated from a young age or even just for a long time. Doing so can cause you to ask whether it makes any sense to continue to punish these people to the end of their lives. From my experience, the answer is no.

Conclusion

I have argued that we have many good reasons to abolish life and death sentences, and no good reasons not to. The only rationale for punishment that can hope to justify these sentences is a retributive one. Even if retributivism is a sound principle, however, it does not obviously support or entail such harsh sentences. One reason is that unless one accepts a view like Kant's that

32) See Preston-Roedder, *supra*, at 676. The well-known phenomena at work include the self-fulfilling prophecy, a now-ubiquitous term coined by Robert Merton in "The Self-Fulfilling Prophecy," *Antioch Review* 8 (1948), as well as stereotype threat, where lower expectations of African Americans or women produce lower results on tests. See, e.g., Claude M. Steele and Joshua Aronson, "Stereotype Threat and the Intellectual Test Performance of African Americans," *Journal of Personality and Social Psychology* 69 (1995), 797; Claude Steele, "Thin Ice: Stereotype Threat and Black College Students," *The Atlantic*, August 1999), <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1999/08/thin-ice-stereotype-threat-and-black-college-students/304663/>

33) Preston-Roedder, *supra*, at 676.

34) Bryan Stevenson, *Just Mercy : A Story of Justice and Redemption* (Spiegel & Grau, 2015), 15-18. An excellent movie adaptation of the book, starring Michael B. Jordan and Jamie Foxx, has just appeared.

35) See, e.g., Ciro Conversano et al., "Optimism and Its Impact on Mental and Physical Well-Being," *Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health* 6 (2010), 25, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2894461/>, and references therein.

appropriate punishments *must* be carried out whatever the circumstances, we must acknowledge that other considerations are relevant to determining punishments. Thus, even if someone deserves a certain punishment it does not follow that they should get it; some punishments, like torturing the torturer or raping the rapist, are too ghastly to be imposed. Furthermore, retributivism does not dictate particular punishments, so the question remains which are reasonable and appropriate. Tempering sentences need not trivialize the gravity of the crimes to which they respond, because the expressive meaning of sentences is partly relative — to other sentences and to cultural norms, which are malleable.

These arguments show that justice does not demand life or death sentences. But demonstrating why they are wrong also requires making a positive case for abolition. I have offered several reasons for this conclusion. First, few people are fully culpable for their criminal acts, and so we should mitigate their punishment accordingly. Second, abolishing life and death sentences is likely to bring many benefits, to prisoners, their loved ones, the community, and to those who support abolition. Finally, it is pointless to continue to punish a person who has undergone changes of character that distance him greatly from the person who committed the crime many decades earlier.

36) Jennifer Lackey, “The Irrationality of Natural Life Sentences,” *New York Times*, February 1, 2016), <https://opinionator.blogs.nytimes.com/2016/02/01/the-irrationality-of-natural-life-sentences/>. Lackey argues that it is irrational to ignore such information in sentencing decisions. It’s only irrational, however, if there are no good moral reasons for ignoring it. I have tried to show here that there are no good moral reasons.

筑波ロー・ジャーナル 28号

2020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

筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
法曹専攻〈法科大学院〉
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL/FAX 03-3942-6897

教授 大淵 真喜子
岡本 裕樹
川田 琢之
木村 真生子
潮海 久雄
平嶋 竜太
本田 光宏
弥永 真生

准教授 小林 和子
藤澤 尚江
渡邊 絹子

助教 川村 藍

教授 大石 和彦
大塚 章男
田村 陽子
姫野 博昭
松家 元
森田 憲右

准教授 岩下 雅充
白石 友行
直井 義典
日野 辰哉
萬澤 陽子
渡邊 卓也

編集者
制作
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会
株式会社TKC
倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.28 June 2020

Articles

- Zur Rechtsfähigkeit vom AI – Will das AI denn sich Handschuhe kaufen? (1)
.....**Hiroki Okamoto** 1
- Applying Behavioral Insights to the Design of Securities Regulation (2)
..... **Makiko Kimura** 25
- La responsabilité civile envers les membres de la famille en droit français (2) :
Essai sur les modèles de la famille et les normes de la responsabilité civile
.....**Tomoyuki Shiraishi** 43
- La signification du mot 'bonne foi' de l' article 194 alinéa 2 du Code civil japonais
..... **Yoshinori Naoi** 135
- External Enforcement of Financial Reporting (3) : Australia
.....**Masao Yanaga** 171

Translation

- Against Life and Death Sentences
.....**Judith Lichtenberg (Translated by Yoko Tamura)** 191

ISSN:1881-8730