

筑波ロー・ジャーナル

26号

大野雅人教授退職記念論文集

2019年6月

講義録

欧州におけるデジタル課税の潮流 ——従来の国際課税原則の見直しの議論——	大野 雅人	1
--	-------	---

論 説

フランス民事責任法における「家族の保護」(2・完) ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	27
担保法に対する信託法理の影響	直井 義典	121
中小会社の計算書類の信頼性の確保：連合王国	弥永 真生	141
大野雅人教授略歴／研究業績		207



目 次

講 義 録

欧州におけるデジタル課税の潮流 ——従来の国際課税原則の見直しの議論——	大野 雅人	1
--	-------	---

論 説

フランス民事責任法における「家族の保護」(2・完) ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	27
担保法に対する信託法理の影響	直井 義典	121
中小会社の計算書類の信頼性の確保：連合王国	弥永 真生	141
大野雅人教授略歴／研究業績		207

欧州におけるデジタル課税の潮流

——従来の国際課税原則の見直しの議論——

大野 雅人

本稿は、2019年3月23日に行われた当研究科・企業法学専攻の授業「租税法研究Ⅰ」における、大野雅人教授の講義の要旨です。

はじめに

皆さん、こんにちは。今日は、2018年度通年講義の「租税法研究Ⅰ」の最終回です。今日のテーマは、「欧州におけるデジタル課税の潮流」です。デジタル課税については、最近しばしば新聞でも取り上げられ、学会等でも報告が行われています¹⁾。この税はかねてOECDとEUにおいて検討が続けられていたところ、EUでは加盟各国が合意に至ることができず、議論の舞台はOECDに移りました。現在は、OECDで議論が続けられているところですが、EU加盟国のデジタル課税推進派の国は、OECDでの結論を待たず、既に単独で「デジタルサービス税」という名の新税を導入し、あるいは近く導入することを宣言しています。今回、このデジタル課税の問題を取り上げたのは、この税が過去100年の間に構築されてきた国際課税の原則の見直しを迫るものであり、将

1) 最近では、2019年3月8日のIFA日本支部総会における吉村政穂・一橋大学教授による報告、同年3月16日の国際取引法学会における岡直樹・東京財団政策研究所研究員による報告などがあり、筆者も聴講させていただいた。本講義に当たっては、脚注に挙げたもののほか、これらの講演も参考にさせていただいた。

来の1～2年間、G20、OECD、EU等の動きから目が離せないことになると
思われるため、皆さんにも是非関心を持って議論の推移を見守ってほしいと思
うからです。

1. 議論の背景

デジタル課税の議論の背景は、第一に、電子商取引（インターネットを通じ
た商取引）の進展により、消費者（購入者）の居住地国に物理的拠点を持つこ
となく多額の利益を上げる企業が出現したこと、また、第二に、インターネッ
ト上のプラットフォームを利用した情報（意見、画像等を含む）の個人間の交
換が一般化したことに伴い、巨大プラットフォーマーによる情報の集積が進み、
集積された情報を巨大プラットフォーマーが第三者に提供（販売）するという
新しい収益モデルが生まれたことにあると思われます。

これにより、様々な分野において、従来の社会基盤の変動が起っています。
個人情報プラットフォーマーによる集積とその個人情報の広告業者等への販
売は、特定の個人に対する差別的取扱いの可能性の問題、競争法違反の問題、
個人情報保護の問題、消費者保護の問題等を生じさせ、それぞれの分野で対応
策が検討されていることは、新聞等で毎日のように報道されています。また、
米国では、インターネット販売を行う企業（アマゾン等）に押された小売店が
廃業し、地元のモールが廃墟化し、それが当該地域の政府の税収減につながる
という現象も指摘されています²⁾。このような現象も、米国の小売上税をめ
ぐる2018年6月21日のウェイフェア事件連邦最高裁判決（ある州に物理的拠
点を持つことなく当該州の居住者に物品を販売する企業と当該州との間に、小
売上税に関する nexus が存するとして判例変更を行った³⁾）の背景にあるの

2) 例えば2019年3月3日付日経朝刊2面参照。

3) South Dakota v. Wayfair, Inc., 138 S. Ct. 2080. 本事件の解説として、野本誠「米国税務最
新動向」国際税務38巻8号8頁（2018）、浅妻章如「Quill から Wayfair へ：電子商取引課税」
租税研究828号187頁（2018）、高橋良＝佐々木知也「米国最高裁判所のウェイフェア判決
とエコノミック・ネクサス」国際税務39巻3号44頁（2019）。

ではないかと思われます。

さらに、インターネット取引企業及び「GAF A」と総称される、Google、Apple、Facebook、Amazonを始めとする巨大プラットフォームに対する課税の問題が生じました。これらの企業は、物理的拠点を持つことなく多くの国において利得を得ているのに、物理的拠点が置かれていないからという理由で課税権がないのは何かおかしいのではないかと、物理的拠点が置かれていない国々が感じ始めたためです。

しかし、物理的拠点（恒久的施設）の存在を、外国企業の事業所得の課税根拠とするのは、1920年代以来の国際課税の原則です。このことの妥当性が疑われているということは、1920年代以来の課税原則の妥当性が、改めて問われているということに他なりません。この問いは、従来型の事業モデル（「old economy」あるいは「brick-and-mortar businesses」）から新たな電子的事業モデル（「new economy」あるいは「digital businesses」）への変化に対応して、課税原則をどう変えていくべきなのか、という問いかけです。

そこで、ここでは、100年前の議論を振り返りつつ、現在の議論を眺めてみたいと思います。その前提としては、次のような整理を行っておくことが有益かと思ひます。

まず、誰をターゲットにする課税かという問題です。デジタル課税の議論は、GAF Aを始めとする、インターネットを通じた商品・サービスの提供者及び巨大プラットフォームに対する課税の議論です。プラットフォームを利用する小規模事業者・個人（メルカリに出品する個人、Airbnbを利用して民泊を提供する個人等）や仮想通貨のトレーダーに対する課税については、2018年の租税法学会のテーマであり、また、平成31年度税制改正では特定事業者等への照会制度が創設されますが（国税通則法の新74条の7の2）、ここでの議論の対象ではありません。

次に、どの種類の税についての議論なのかという問題があります。もしそれが所得に対する課税であるとすれば、二国間所得税条約が適用されます。そして、条約の規定に合致しない課税が行われた場合には、条約に基づく相互協議

の対象となります。他方、所得に対する課税でなければ、二国間所得税条約は適用されませんから、原則として相互協議の対象とはなりません。各国は租税条約にしばられることなく、自由に課税ができることとなります。

デジタル課税については、所得税の文脈で論じられることもあれば、所得税ではない税（売上に対する税）の文脈で論じられることもあるので（後述4(2)参照）、それぞれの場面において、混乱しないよう、思考の切り替えが必要になります。

2. 国際課税（PE と事業所得課税）の100年間

デジタル課税についての議論の中心的な問題のひとつは、恒久的施設（PE：Permanent Establishment）の存在を認めるかどうかという議論ですので、まず、恒久的施設についての議論を振り返ってみたいと思います。

(1) PE 概念の誕生

居住地国（企業の所在地国）と源泉地国（その企業が経済活動を通じて利得を稼得する地域を管轄する国）との間で、当該企業の所得に対する課税権をどのように配分するかという問題は、19世紀から議論されてきました。最も古い租税条約といわれる1899年のプロイセンとオーストリア＝ハンガリー帝国の租税条約は、「事業所得に対しては、『事業上の施設（Betriebsstätte）』がなければ課税できない」旨が規定され、そこにいう事業上の施設とは、「支店施設、工場、倉庫、事務所、購入販売が行われる場所、及びその他の営業所で、それにより所有者、組合員、業務代理人又はその他の恒久的代表がその通常の実業活動を行うものを含む」とされていました。ここでいうドイツ語の「die Betriebsstätte」とは「der Betrieb」（企業、操業）と「die Stätte」（場所）を組み合わせた造語ですが、その英訳が「Business Establishment」です。それが、1927年の国際連盟専門家会議の第8回報告書から「Permanent Establishment」の語が使用されています⁴⁾。これは、言葉の中に「常設」又は「継続的」というニュアンスを含めるためではないかと思われます。したがって、「恒久的施設」

の語は、1899年にまで、約120年もの時を遡るということですし、逆に言えば、人類の歴史の中で、たかだか120年の歴史しかないということでもあります。

なお、当時の年表については、【資料1】(末尾)をご参照ください。年表にある、第一次世界大戦や第二次世界大戦は、税の話とは直接関係しませんが、時代を画する出来事として記載しています。

(2) 国際連盟及び国際連合による検討

さて、このプロイセンとオーストリア＝ハンガリー帝国の租税条約の後、中央ヨーロッパ諸国では同条約の規定に倣っていくつかの租税条約が締結され、「事業上の施設」の概念は中部ヨーロッパに広がります。そして、世界レベルで事業所得の配分ルールの議論が開始されるのが、1921年の国際連盟財政委員会での検討です。4人の学者による基礎研究が行われた後、1923年に専門家会議が設置され、1927年のロンドン会議報告書により、モデル条約の草案が報告されました。それが1928年の国際連盟モデル租税条約となります。したがって、今年(2019年)は、最初のモデル条約からほぼ90年目の年となります。

上記の4人の学者は、1922年に、次のような報告を行っています⁵⁾。

- ・ 課税する国が課税を行う利害を有している場合、その利害に応じて所得を分割し一度だけ課税することが、国際的二重課税を回避する理想的解決法である。
- ・ 「経済的関連性原則」(Economic Allegiance)の概念の導入。経済的関

4) 「恒久的施設」概念の形成の経緯については、吉村典久「国際租税法における恒久的施設概念(PE.)に関する若干の考察」ジュリスト1075号47頁(1995)、宮武敏夫「国際課税における恒久的施設〈連載①〉」国際税務16巻11号18頁(1996)参照。吉村教授は、1864年の東部プロイセンの“stehende Gewerde”(恒久的営業)という用語を恒久的施設概念の嚆矢をなすものとしている。

5) 報告の内容と国際連盟による検討の経緯については、矢内一好「国際連盟によるモデル租税条約の発展～事業所得を中心として～」税大論叢20号377頁、388頁以下(1990)による。

連性原則には、経済的側面として、(i) 経済的価値が物理的・経済的に生産される場所（＝製造）、(ii) 財産としての富の所在地（＝保管）、(iii) 生産物に係る権限を行使する場所（＝管理）、(iv) 富が消費又は処分される場所（＝消費）、の4つの要素が内包される。

- ・ 国際課税の難しさは、上記4つの要素が、異なる課税管轄で生じ得ることにある（報告書は、財の種類ごと（土地、配当、利子等）に居住地国と源泉地国のどちらに課税の優先権があるのかを検討）。
- ・ 二重課税排除のために、次の4方式を提言。
 - ① 外国税額控除方式（推奨されない）
 - ② 源泉地国免税方式（＝居住地国のみが課税）（簡易であるが、源泉地国が受け入れないかもしれない）
 - ③ 分割方式
 - ④ 課税対象所得を源泉地国と居住地国で分類する方式

この報告を受け、国際連盟の専門家会議は、数次の検討を重ね、第5回報告書（1925年）において、「事業所得については商工業上の施設が源泉地国にある場合、源泉地国において生じた所得が原則として課税される」べき旨を報告し、第8回報告書（1927年）において国際連盟モデル租税条約の草案を示しました。1928年の国際連盟モデル租税条約は、PEの所得について総合主義（*entire income principle*）を採用し、この総合主義は、1963年のOECDモデル租税条約草案が帰属主義（*attributable income principle*）を採用するまで続くこととなります（我が国も、国内法では、平成26年度改正まで総合主義が採られていました）。

事業所得の配分については、国際連盟において検討が続けられ、1933年には「事業所得の配分に関する条約草案」が、1935年には同草案の改正案が報告されました。そして1943年にはメキシコ・モデル条約が、また、国際連盟が国際連合となった後の1946年にはロンドン・モデル条約が、それぞれ公表されました。メキシコ・モデル条約は、源泉地国にとって有利な規定となっ

ていましたが、ロンドン・モデル条約は源泉地国に有利な規定を見直し、居住地国にとって有利な規定に変更したとされています。ただし、どちらのモデル条約も、外国法人が自国内において事業を行う場合には、当該外国法人が自国内に PE を有しない限り課税されない、という原則（「PE なければ課税なし」）を規定していました⁶⁾。ここでは、恒久的施設の本質としては、(i) 事業を行う一定の場所 (a fixed place of business) であること、(ii) 事業を行う場所が事業所得に貢献する (contribute to the business earnings) こととされ、このため、直接に事業所得に貢献しない研究機関、実験設備、情報収集のための事務所、商品購入のための事務所、展示場は PE に含まれないとされました。

(3) OECD による検討

恒久的施設と事業所得の配分については、1948年に設立された OEEC（その後1961年に OECD に改組）においても検討が行われ、1963年には OECD モデル租税条約草案が公表されました。この草案では、PE の所得につき、総合主義ではなく、帰属主義を採用しました。このため、PE の帰属所得の範囲をどのように考えるべきかが問題となりました。

そして、1990年代にはいると、電子商取引が発展し、電子商取引に対する課税をどのように行うべきかが議論されるようになりました。1998年には、OECD 電子商取引に関するオタワ閣僚会議が開催されましたが、この会議では、従来の課税原則（=PE なければ課税なし）は、電子商取引に対しても適用されることが確認されました⁷⁾。すなわち、従来型取引と電子商取引の中立性を確保するという観点から、電子商取引に対し特別な課税ルールを適用すること

6) この点について、モデル条約の審議過程で、一部の国からこの方法は租税回避に利用される可能性があり、現実に PE を操作することで租税回避を行っている企業もあるという意見が出されたが、PE がいない場合に課税されないことは確立された原則であることを理由に退けられた。また、実務上、PE が存しない場合には課税が困難ということも認識されていた。矢内・前掲注5、411頁。

7) OECD Ministerial Conference, "A Borderless World : Realising the Potential of Global Electronic Commerce", Ottawa, 7-9 October 1998, SG/EC (98) 14/Final.

は否定され、電子商取引についても、PEがある場合にのみ課税されることになりました。そして、物理的施設であるサーバがPEとして取り扱われることとなりました⁸⁾。

その後は、代替的PE概念としての「サービスPE」の概念がはいり（OECDモデル租税条約2008年改定）、PEの帰属所得の計算につき、移転価格課税における独立企業原則に準じた「OECD承認アプローチ」（AOA：Authorised OECD Approach）が採用され（同2010年改定）、最近では、BEPS最終報告書を受けて、租税回避防止の観点からPEの概念が若干拡大されました（同2017年改定）。

(4) 小括

以上が、PE概念をめぐるこの120年間の（かなり粗雑な描写ではありますが）の動きです。ここからは、まず、従来から、源泉地国はPEの概念を広く解して課税範囲を広げようと試みるのに対し、居住地国は恒久的施設の範囲を限定して源泉地国の課税に制限をかけようと試みていることが読み取れます⁹⁾。また、電子商取引については、特別なルールを設定することなく、従来のPE概念を適用し、物理的施設であるサーバが存在するかどうかによってPEの有無を判定しようとしてきました。

3. 巨大IT企業の節税スキーム

2010年代の半ば頃から、巨大IT企業による節税スキームが問題とされるようになりました。その代表例が、アップルの節税スキームとグーグルの節税スキームです。

8) OECDモデル租税条約2003年改定後のコメンタリー第5条関係の42.1～42.10参照。

9) PEの定義につき、吉村典久教授は、「国際的な租税管轄権の配分に関する十分な理論的基準はいまのところなく、それゆえ、その国際的な租税管轄権の配分の考えと密接に関連する恒久的施設概念も確固とした定義をなすことは不可能である。」（吉村・前掲注4、50頁）としている。

(1) アップルの節税スキーム (Irish Disregarded Entity)

アップルの節税スキームについては、【資料2】を参照してください¹⁰⁾。アップル社（米国法人）は、アイルランドに、アイルランド法を準拠法として100%子会社のAOI（Apple Operational International）社（取締役3人、従業員はいない）を設立しました。AOI社の取締役会は米国アップル社の会議室で行われていたため、AOI社は、法人の居住地判定について設立準拠法地主義でなく管理支配地主義を採るアイルランド法の下ではアイルランド法人とは認識されず、また、設立準拠法地主義を採る米国の法の下でも米国法人とは認識されず、結局どの国の居住者ともならない法人となって、多額の所得（AOI社につき、2009年から2012年までの4年間で299億ドル）にどの国からも一切課税されないままだった（溜まったお金はバミューダの銀行に預金していた）、という事案です¹¹⁾。なお、AOI社はアイルランドに実体のある子会社を持っているために、米国のCFC税制はAOI社には適用されません。

事実関係は、米上院の公聴会において明らかにされましたが、この公聴会において、アップル社のティム・クック CEO は、事実関係を説明した上で、「アップルの国外所得については、法令の規定により、米国での課税対象とされていない」と述べました¹²⁾。

なお、これには後日談があり、2016年8月に、EUの公正競争委員会（マルグレーテ・ベステアー委員長）が、アップルとアイルランド政府との租税関係合意はEU法が規制する「国家補助」(State Aid) に該当するとして、アイルランド政府に対し、アップル社から130億ユーロ（約1兆6000億円）を徴収するよう命令しました。この命令については、現在、欧州裁判所（CJEU）で

10) アップルの節税スキームについては、大野雅人「意味ある法人の税法上の居住地」租税研究771号238頁（2014）参照。

11) AOI社の孫会社であるASI社（アイルランド）も、2009年から2011年までの3年間で380億ドルの所得があったが、アイルランド政府に支払った法人税は2100万ドル（所得の0.06%）に過ぎない。

12) *Tax Notes Int'l*, Jan. 6, 2014, p. 23.

係争中ですが、アップルは2018年9月にアイルランド政府に利息を含め143億ユーロ（約1兆9000億円）を納付しました¹³⁾。この場合、アップル社は米国で外国税額控除ができるのでしょうか。米国財務省はEUの決定を批判しています。

さらに、EU欧州委員会は、2017年10月には、同じく「国家補助」に該当するとして、ルクセンブルク政府に対し、アマゾンから2億5000万ユーロ（約300億円）を徴収するよう命令しています¹⁴⁾。EU法における「国家補助」の問題は、巨大IT企業の租税回避問題として、今後議論になるものと思われます。

(2) グーグルの節税スキーム（Double Irish with Dutch Sandwich）

アップルの節税スキーム問題とほぼ同時期に問題となったのが、グーグルの節税スキーム問題です¹⁵⁾。スキームの概要は【資料3】をご覧ください。これは、所得を、アイルランドからオランダへ、そしてオランダから再びアイルランドへと移転させるので、「Double Irish with Dutch Sandwich」と呼ばれるスキームです。米国グーグル社（親会社）からIP使用権を譲り受けたアイルランドのG1社（グーグルの子会社で、前述のAOI社と同様、どの国の居住者にもならない法人）は、そのIP使用権をオランダのGN社（従業員のいないペーパーカンパニー）に与え、GN社はさらにその使用権をアイルランドのG2社に与えます。G2社が稼得した利得は、使用料としてGN社に支払われます。このためG2社には所得は残らず、G2社が支払う使用料にアイルランドは課税せず、GN社が受け取る使用料にオランダは課税しません。GN社が稼得した使用料は、次はG1社に対する使用料として支払われますが、オランダは使用料に対する源泉徴収は行いません。G1社は、アイルランド法に基づいて設立された法人ですが、管理支配はバミューダで行われているため、管理支配地基準を採

13) *Tax Notes Int'l*, Sep. 24, 2018, p. 1348.

14) *Tax Notes Int'l*, Oct. 9, 2017, p. 112.

15) グーグルの節税スキームについては、今村隆「米国における最近の国際的租税回避に対する議論の状況」租税研究768号193頁（2013）参照。

るアイルランドにとっては外国法人となり、G1社がGN社から受け取る使用料にはアイルランドは課税しません。米国のCFC税制も、アイルランドのG2社に実体があるため、同じく（米国からみて）アイルランド法人であるG1社には適用されないこととなります。このスキームによって、利益はG1社に、どの国からも課税されないままに蓄積されています。

(3) スターバックスの納税を巡る英国での議論（参考）

話は少し横にそれて、IT大手の話ではありませんが、英国において、スターバックスの納税額が少ないことが問題にされたことがありました。同社は、関連会社間でのコーヒー豆等の取引につき、低税率国の関連会社に多額の利益が生じるように価格を設定していた模様です。したがって、古典的な関連会社間の取引価格の調整事案のようなのですが、スターバックスに対する英国の消費者の不買運動等が起り、スターバックスは結局、2016年1月に、実際の所得に関係なく法人税1億3000万ポンドを支払うことで英国HMRC（歳入関税庁）と合意し、その翌年も同額の法人税を支払いました（これは法人税といえるのでしょうか）。そこで一旦はスターバックスに向けられた非難は収まったのですが、今度はHMRCが、その金額で合意したことの妥当性を英国議会から問われることとなりました。このスターバックスの事例も、大手多国籍企業が適切な納税を行っていないことについて、人々がフラストレーションを募らせていることの一例だと思えます¹⁶⁾。

16) この時期、米国連邦議会上院では、2012年9月にヒューレット・パカードとマイクロソフトに対して、また、2013年5月にはアップルに対して、それぞれヒアリングが行われ、英国議会下院では、2012年11月に、スターバックス、アマゾン及びグーグルに対してヒアリングが行われた。英国議会下院決算委員会での公聴会で、グーグルは、同社の租税計画は法的には許容されていると主張したが、マーガレット・ホッジ委員長は、「私たちは、あなたたちの行為が違法（illegal）だと非難しているのではない。あなたたちが非道徳的（immoral）だと非難しているのだ。」と応じた。<https://www.bbc.com/news/business-20288077>.

(4) 大手 IT 企業の租税負担

上記のアップルやアマゾンのような租税回避策をとらなくとも、もともと IT 企業は居住地以外には PE を持つ必要がない場合が多く、したがって、IT 企業がインターネットを通じて経済活動を行っていても、消費者の居住地国には、「PE なければ課税なし」の原則により、IT 企業の事業所得に対しては課税することはできないこととなります。つまり、IT 企業がインターネットを通じて実物のモノ（例えば書籍）を販売しても、電子コンテンツ（例えば音楽ファイル）を販売しても、プラットフォームを提供しても（例えば民泊事業者と旅行者のマッチング）、消費者の居住地国は IT 企業の所得には課税できません（消費税については、B to B 取引であれば一部リバースチャージが適用されたり、B to C 取引であれば登録制が採用されたりしていますが、ここでは消費税ではなくて所得税の議論をしています。）。さらに、アップルやアマゾンのような、関係国の課税制度や租税条約の規定を利用して節税スキームを仕組めば、居住地国でも税金を払わなくてよくなります。EU によれば、IT 大手の納めた税金の実効税率は平均 9.5% であり、一般的な多国籍企業の平均 23.2% を大きく下回っています¹⁷⁾。

4. OECD と EU の動き

(1) OECD の動き—2015 年の BEPS 最終報告書と 2018 年の中間報告まで

OECD は 2012 年に「税源浸食と利益移転」(BEPS: Base Erosion and Profit Shifting) 対抗プロジェクトを開始し、13 の分野について検討を行い、2014 年 10 月に第一次報告書を公表し、2015 年 9 月に最終報告書を公表しました。13 の分野の第 1 が電子商取引についての課税問題でしたが、これについては対策がまとまらず、第 1 の報告書である「Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy」は、「重要な経済的プレゼンス」(SEP: Significant

17) European Parliamentary Research Service, “Briefing: Corporate taxation of a significant digital presence”, PE 623.571, December 2018.

Economic Presence) の概念について記述した上で、2020年までに結論を出すこととして、TFDE (Task Force on the Digital Economy) で議論を継続することとなりました。

その後、OECD は2018年3月21日に213頁の中間報告 (Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018) を公表しました。

(2) EU の動き

EUにおいても、OECD の BEPS 最終報告書をスタート台として、IT 企業に対する課税の議論が行われ、2017年9月には欧州委員会から「デジタル単一市場のための EU における公平で効率的な課税システム」¹⁸⁾が公表され、さらに、2018年3月には、EU デジタル税指令提案が公表されました。この提案は、次に述べるように、中長期的に検討されるべき提案と、同提案が検討されている間に暫定的に実施されるべき提案の2つに分かれています¹⁹⁾。

(a) 中長期的提案

まず、中長期的に検討されるべきとされる提案は、「重要なデジタルプレゼンスに対する法人税の課税についての理事会指令の提案」(Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules to the corporate taxation of a significant digital presence)²⁰⁾です。ここでは、BEPS 最終報告書によく似た、「**重要なデジタルプレゼンス**」(SDP : significant digital presence) の概念について記述しています。これは、IT 企業が PE (デジタル事業の物理的商業プレゼ

18) Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, “A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market” COM (2017) 547 final of 21.9.2017. なお、この文書の詳細については、青山慶二「デジタル経済の課税についての EU の取組とビジネスの反応」租税研究 824 号 122 頁 (2018) 参照。

19) 2018年3月の提案内容の詳細については、岡田至康「EU におけるデジタル課税に係る中長期的提案—デジタルプレゼンス及びデジタル CCCTB に係る理事会指令案」租税研究 832 号 291 頁 (2019) 参照。

20) COM (2018) 147 final of 21.3.2018.

ンス）を持たない場合の、当該事業と所得源泉地国（消費者等の居住地国）との「結びつき」あるいは「関連」（nexus）を生じさせる概念であり、既存のPE概念に追加されるものです。IT企業は、これまで物理的な拠点を持たない限り当該国では課税されなかったのが、「重要なデジタルプレゼンス」があれば、物理的な拠点を持っていないとも課税されることとなります。

では、どのような場合に「重要なデジタルプレゼンス」を持っているとされるかという点、同指令提案は、「重要なデジタルプレゼンス」は、収益、ユーザー数、契約数という、利用者ベースの3つの基準（当該国での収益が700万ユーロを超える場合、当該国でのデジタルユーザー数が10万を超える場合、当該国でのデジタルサービスに係るビジネス契約数が3000を超える場合）で判断されるとしています。

(b) 暫定提案

EUは、上記の指令提案を公表すると同時に、上記の指令提案は検討に時間を要するとして、暫定的な対応策として、「一定のデジタルサービスの提供から生じる収益に対するデジタルサービス税についての理事会指令の提案（Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services）²¹⁾を公表しました。これは、「現在効果的に課税されていないこれらの諸活動が加盟国にとっての当面の歳入をもたらす始める」ようにするための、暫定的な課税措置の提案です。具体的には、①インターフェースのユーザーをターゲットにしたデジタルインターフェースへの広告掲載、②マルチサイトのデジタルインターフェースのユーザーへの提供、③ユーザーについて収集されるデータ、又はデジタルインターフェースでのユーザー活動から生じるデータの送信、という3つの活動から生じた総収益に対し、3%の税率のデジタルサービス税（DST：Digital Services Tax）を課税することを提案するものです。課

21) COM (2018) 148 final of 21.3.2018.

税対象となる企業は、年間全世界収益が7億5000万ユーロ（約945億円）超で、EUでの年間課税デジタル収益が5000万ユーロ（約62億円）超の企業に限定しています。

しかし、この暫定提案については、これに賛成する加盟国と反対する加盟国との間で合意に至らず、OECDでの議論を見守ることとされました。特にIT企業が物理的拠点を置くアイルランドや、全世界的ミニマム・タックスの導入を主張するドイツが強く反対した模様です。税に関する提案については、EUでは全加盟国一致による決定が原則とされているために、決めることはなかなか難しいのです。

(3) EU加盟各国の動き

上記のとおり、EUではデジタルサービス税の暫定的導入については加盟国間で合意が得られず、OECDでの検討を見守ることとなったのですが、EU加盟国のうちデジタルサービス税の導入に賛成する国は、OECDでの結論を待つことなく、独自にデジタルサービス税の導入に動いています。最近の動きについて、もう一度【資料1】をご覧ください。なお、これらの国は、全くの独自案で新税を導入しようとしているものではなく、課税国の法令や提案の背景には、前述のEUの暫定提案があり、各国は暫定提案をベースにとり、課税対象を一部修正するなどしているものです。

(a) 英国

まず、英国は、2018年10月に、2020年中に国際的な合意が得られない場合には2020年4月から英国独自のデジタルサービス税（全世界売上5億ユーロ超の企業を対象、税率2%）を行う旨を公表しました。ただし、BEPS最終報告書でOECDが目標とした「2020年」中に「国際的な合意が得られない場合」という条件が付されているので、英国はOECDでの議論を尊重する姿勢を一応は示しています（ただし、後述のように、OECDで英国が提案する案が他の国に受け入れられるかどうかはわかりません）。

(b) フランス

フランスは、OECDでの議論を待つことなく、フランス独自のデジタルサービス税を導入する旨を2018年12月に公表し、ルメール財務相は、2019年1月から実施すると断言しました。2018年末の時点では法案も何もできていなかったのですが、法令等については2019年2月に公表し、2019年1月に遡って適用するというスケジュールを示しました。全世界売上7億5000万ユーロ超、フランス国内売上2500万ユーロ超の企業を対象とし、税率は最大で5%とのことです。その後、フランスは2019年3月4日にデジタルサービス税法案の概要を公表しました。

フランスは英国と異なり、デジタルサービス税の実施を急いでいますが、その背景には、フランス国民が現政権への不満を募らせているために、できることは急いでやろうという気持ちになっているのではないかと考えられます。シャンゼリゼ通りでフランス人が略奪・放火を行う（2019年3月16日）などというのは、やはりかなり深刻な事態なのだろうと思います。

(c) イタリア

イタリア議会は、2018年12月29日に3%のデジタルサービス税法を可決しました。全世界売上7億5000万ユーロ超、イタリア国内売上550万ユーロ超の企業が対象となります²²⁾。

(d) オーストリア

オーストリアは、デジタル課税の2020年中の導入を目指して、2019年1月に案を公表し（全世界売上7億5000万ユーロ超、オーストリア国内売上1000万ユーロ超の企業が対象）、パブリックコメント手続きにはいったということです²³⁾。

22) イタリアのデジタルサービス税については、Roberta Moscaroli and Fabrizio Capponi, "Italy's Problematic New Digital Services Tax", *Tax Notes Int'l*, March 18, 2019, p. 1191 参照。

23) *Tax Notes Int'l*, Jan. 21, 2019, p. 333.

5. OECD の動き—2019年

(1) Policy Note (2019年1月)

加盟国間で合意ができなかった EU からゲタを預けられた形となった OECD は、2019年1月23日にポリシー・ノート (Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note)²⁴⁾を公表しました。このポリシー・ノートは、わずか3ページの短い文書ですが、「デジタル経済の幅広い問題と課税権の配分 (nexus 問題を含む)」と「その他の BEPS 問題」の2つの柱について記載されています。

第1の柱については、「利益配分の枠組みでは (これまででは) 考慮されていない、ユーザーの参加又は市場を通じた事業活動により価値が創造される状況の下においては、市場又は利用者の管轄 (jurisdiction = 国・地域) により多くの課税権を配分する」との方針で「包摂的枠組み」(Inclusive Framework)の参加国 (129か国) は一致したとされています。また、「go beyond the arm's length principle」という表現で、従来の関連企業間の所得配分原則である独立企業原則から離れた形での課税ルールの策定の可能性を示唆しています。

また、第2の柱については、「課税権限を持つ管轄が低税率を適用する場合には、他の管轄の課税権限を強化する」(つまり、何らかのタックスヘイブン対策を行う) ことで「包摂的枠組み」の参加国は一致したとされています。

ところで、第1の柱にある、「go beyond the arm's length principle」という文言は、従来の国際課税の原則である、「関連者間の取引価格については、独立企業間価格 (ALP: arm's length price) で行われたものとして、所得の計算上調整する」という原則からの乖離又は離脱を示唆しています。移転価格税制においては、関連者であるそれぞれの企業が独立した企業であればとの (事実とは異なる) 仮定を置いて、価格や所得の調整等を行います。このような方式

24) <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>.

は「SA (Separate Accounting) 方式」又は「分離会計方式」と呼ばれます。これに対して、煩瑣な独立企業間価格の算定を避けるために、SA方式に替えて、関連者の所得を合算して一定の（あらかじめ定められた）算式で按分計算を行う方式が採用され、あるいは提案されています。例えば、米国の各州は、州境を越えて活動する法人の州法人税の所得計算において、従前から様々な定式配分方式を採用しています²⁵⁾、EUの共通連結法人課税ベース（CCCTB：Common Consolidated Corporate Tax Base）の指令案は、関連者の所得を合算して、売上（3分の1）、賃金（6分の1）、従業員数（6分の1）、資産（3分の1）の要素で加盟国間に所得を按分計算する方法を提案しています²⁶⁾。これらは「FA (Formulary Apportionment) 方式」又は「定式配分方式」と呼ばれますが、OECDの提案は、関連企業間の所得配分基準について、SA方式からFA方式へ軸足を移すものである可能性があります。

(2) パブリック・コンサルテーション資料（2019年2月）

上記のポリシー・ノートをいわば予告編として、OECDは、2019年2月13日に、パブリック・コンサルテーション資料（Public Consultation Document：Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy²⁷⁾）を公表しました。その中では、上記のポリシー・ノートの第1の柱の具体案として次の3案を提案し、2019年2月13日から3月1日まで民間の意見を公募しました。

(a) ユーザー・パーティシペーション（“user participation”）提案

これは英国が提案したといわれる案です。「高度にデジタル化したビジネス」

25) 各州の売上高による按分や、売上高・賃金・資産額による按分など。詳細につき、池上岳彦「アメリカにおける州企業課税の動向―課税ベースの選択を中心に―」（2016）。www.chizai.or.jp/pdfdata/pdf28/1zaiken/zai2804.pdf。

26) CCCTBの配分方式につき、大野雅人「CCCTBに関する2011年3月欧州委員会提案の概要と展望」筑波ロー・ジャーナル11号43頁（2012）。

27) <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>。

(HDB : Highly Digitalised Business) を対象に課税するというものです。HDBとは、具体的には、① SNS プラットフォーム、②サーチエンジン、③オンラインマーケットプレイスを指します。

この案では、ユーザー国（海外プラットフォームにとって重要かつコミットしたユーザーベースのある国）に新たに課税権が与えられます。具体的には、残余利益分割法により、各国に配分される non-routine income の総額がまず決定され、その non-routine income の総額を、アクティブなユーザーの存在を考慮し、質的・量的な基準又は事前に決めた率で配分する、というものです。

(b) マーケティング・インタンジブル (“marketing intangible”) 提案

これは米国が提案したといわれる案です。課税の対象は HDB には限定されません（ただし、HDB においてはマーケティング・インタンジブルの果たす役割が大きいことから、実質的には HDB が対象となるとも考えられますが、HDB のみが狙い撃ちされるものではありません）。

この案では、市場国に、マーケティング・インタンジブルの価値に応じて、新たに課税権が与えられます。具体的には、これもやはり残余利益分割法により、non-routine income を、マーケティング・インタンジブルの価値に応じて、市場国に配分するというものです。マーケティング・インタンジブルの価値の測定は、要したコストを基にした計算や、一定率を加算する方法によとされています。

(c) 重要な経済的存在 (“significant economic presence”) 提案 (途上国の案)

この案はインド等の途上国が提案したものとされています。前述の2案では、計算方法が複雑すぎて、移転価格税制の十分な執行経験がない途上国では実施困難ということで、この案が提案されたようです。

この案は、デジタル企業一般を対象とし、「重要な経済的存在」(SEP) がある国に課税権を認めるというものです。SEPの有無は、ユーザーベースの存在、コンテンツの量、現地通貨による決済、現地語によるサイト、カスタマーデス

クが存在、マーケティングの実施等により判断されます。SEPがあるかどうかの判断基準は、前述のEUの中長期的提案のSDP（significant digital presence）とは少し違いますが、SEPがnexusとなる点は共通です。各国に配分される所得の具体的な計算方法は、部分割当方式（Fractional Apportionment Method）により、企業グループの全世界ベースの利益率を、SEPがある国で産み出された売上に乗じることで、その国に課税される所得が計算されます。

6. まとめ

以上がデジタル課税を巡る最近の動きです。OECDの議論の行方についても目が離せませんが、欧州各国のデジタル課税がどのように執行されるのか、また、OECDで2020年までに与えられるという結論が欧州各国のデジタル課税にどのような影響を及ぼすのかなどについても、関心は尽きません。

いずれにしても、デジタル課税についての議論は、「PE（＝物理的な拠点）なければ課税なし」といわれる国際課税の原則を見直そうとするものであると同時に、「独立企業原則」に基づき「仮に独立企業であればどのように行動するか」を基準に考えてきたSA方式（分離会計方式）をFA方式（定式配分方式）に変えるともいえるものであり、従来の国際課税の原則を大きく変えることとなる可能性があります。

私が国税庁に在籍してOECDの第6作業部会（WP6）に出席していた当時の米国財務省の代表で、のちに第6作業部会の議長も務めたMichael McDonald氏（現在は退職して会計法人勤務）が、今日の国際課税の議論について、「私たちは不均衡の、あるいは不安定な均衡の時期にある」（We're in a period of disequilibrium, or an unstable equilibrium.）と言っていました²⁸⁾、私もそのとおりだと思います。2019年6月には、日本が議長を務めるG20財

28) “OECD Digital Proposals Are Latest Threat To Arm’s-Length Concept”, *Tax Notes Int’l*, February 25, 2019, p. 873.

務相・中央銀行総裁会議福岡会合でも、この問題が議論されるものと思います。財務省で麻生財務大臣を支えるのは、OECD 租税委員会議長として BEPS の議論を取りまとめた浅川正嗣財務官、日銀のトップは元財務省財務官の黒田東彦総裁です。皆さんも今後の議論に注目してください。

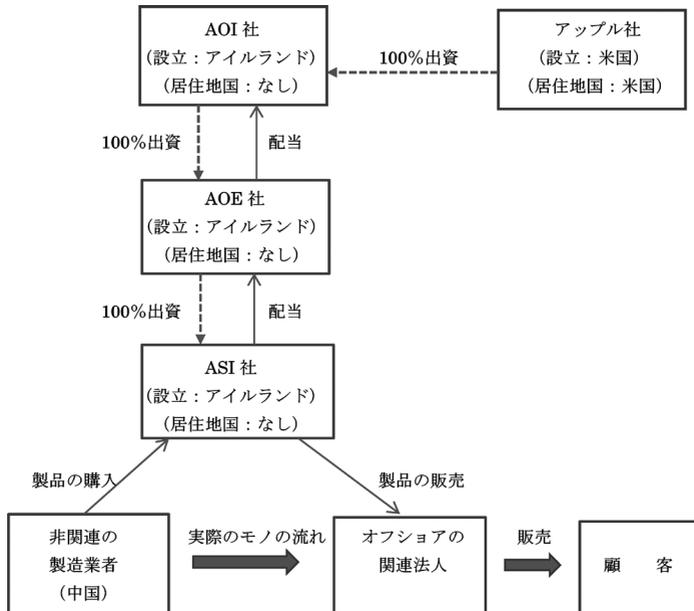
(丁)

【資料1】 PE とデジタル課税についての経緯

1890年代	1899年	・ 最も古い租税条約であるプロイセン・オーストリア＝ハンガリー租税条約が締結され、その中に「事業上の施設」(die Betriebstätte) の概念が置かれる。その後、第一次世界大戦前に、中央ヨーロッパ諸国でいくつかの租税条約が締結される。
1910年代	1914年	・ オーストリア皇太子がサラエボで暗殺される。オーストリアがセルビアに宣戦布告。第一次世界大戦が始まる。
	1918年	・ 第一次世界大戦終結。
1920年代	1920年	・ ヴェルサイユ条約発効。国際連盟 (League of Nations) が発足。
	1921年	・ 国際連盟財政委員会の依頼により、4人の学者による租税条約の基礎研究が行われる。
	1923年 ～ 1927年	・ ドイツ・チェコスロバキア租税条約が締結される。 ・ 国際連盟に、7か国 (後に13か国に拡大) の租税専門家から構成される専門家会議が設置される。1927年のロンドン会議の報告書 (第8回報告書) により、モデル租税条約の草案が報告される。
	1928年	・ 国際連盟モデル租税条約。
	1929年	・ 国際連盟財政委員会が、国際的に事業を行う企業の事業所得の国家間配分について検討開始。
1930年代	1932年	・ 米仏租税条約。米国が締結した初めての包括的租税条約。
	1933年	・ 国際連盟財政委員会が「事業所得の配分に関する条約草案」を報告。
	1935年	・ 国際連盟財政委員会が、1933年条約草案の改正案を報告。
	1938年	・ ドイツがオーストリアを併合。
1940年代	1939年	・ ドイツがポーランドに侵攻。イギリスとフランスがドイツに宣戦布告。第二次世界大戦が始まる。
	1941年	・ 太平洋戦争が始まる。
	1943年	・ メキシコ・モデル租税条約。投資所得につき所得源泉地国有利の規定が多く置かれる。
	1945年	・ 第二次世界大戦が終結。 ・ 国際連合 (United Nations) が発足。
	1946年	・ ロンドン・モデル租税条約。メキシコ・モデル租税条約における所得源泉地国有利の規定を修正。
1948年	・ OEEC (Organisation for European Economic Cooperation) が設立される (OECD の前身)。	
1950年代	1956年	・ OEEC 財政委員会がモデル租税条約の制定作業を開始。
1960年代	1961年	・ OEEC に米国とカナダが加わり、OEEC が OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development) に改組される。
	1963年	・ OECD がモデル租税条約草案を採択。
	1964年	・ 日本が OECD に加盟。
1970年代	1971年	・ 国際連合がモデル租税条約を公表。
	1977年	・ OECD がモデル租税条約を公表。
	1979年	・ OECD が移転価格ガイドラインを公表。
1990年代	1995年	・ OECD が新移転価格ガイドラインを公表。
	1998年	・ OECD オタワ閣僚会議で課税の基本的枠組みについての方向を確認 (10月)。その後、5つの TAG (Technical Advisory Group) を設置し議論を継続。

2000年代	2003年	<ul style="list-style-type: none"> OECD モデル租税条約コメントリーにおいて、サーバが PE となり得る旨が記述される。
	2008年	<ul style="list-style-type: none"> 「サービス PE」が、代替的 PE として OECD モデル条約5条のコメントリーに置かれる（国連モデル条約には従前からあり）。
2010年代	2010年	<ul style="list-style-type: none"> PE の帰属所得計算についての OECD 承認アプローチ（AOA）が OECD モデル租税条約に導入される。
	2012年	<ul style="list-style-type: none"> OECD が BEPS 行動計画を公表。
	2014年	<ul style="list-style-type: none"> BEPS 第一次報告書が公表される。
	2015年	<ul style="list-style-type: none"> BEPS 最終報告書が公表される。その第1報告書である“Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy”では、デジタル経済における課税問題につき、2020年に結論を得ることを目指して検討を続けることとされる。
	2017年	<ul style="list-style-type: none"> EU 欧州委員会が「デジタル単一市場のための EU における公平で効率的な課税システム」を公表。 BEPS 最終報告書を受けて、OECD モデル租税条約が改訂され、PE の範囲が拡大される。
	2018年	<ul style="list-style-type: none"> OECD が中間報告書「Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018」を公表（3月）。 EU 欧州委員会が「重要なデジタルプレゼンスに対する法人税の課税についての理事会指令の提案」及び「一定のデジタルサービスの提供から生じる収益に対するデジタルサービス税についての理事会指令の提案」を公表（3月）。 英国がデジタルサービス税の導入を表明（10月）。 フランスがデジタルサービス税の導入を表明（12月）。 イタリア国会がデジタルサービス税法を可決（12月）。
	2019年	<ul style="list-style-type: none"> スペイン政府がデジタルサービス税法案を議会に提出（1月）。 OECD が Policy Note を公表（1月）。「包摂的枠組み」で検討の方向性につき合意。 OECD がディスカッション・ドラフトを公表（2月）。3つの案を提示した上で民間意見を求める。 フランスがデジタルサービス税の概要を公表（3月）。 OECD がパブリック・コンサルテーションを実施（3月）

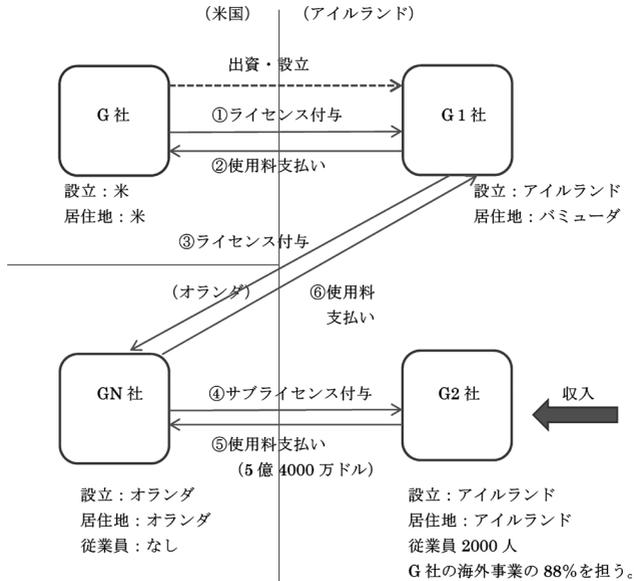
【資料2】アップル社のスキーム



- ・ AOI社は、アイルランドで設立されているが米国で管理支配されているために、アイルランド税法上はアイルランド法人でなく、米国税法上は米国法人でない。アイルランド国内源泉所得はなく、設立以来どの国にも法人税を払っていない。AOI社の2009年～2012年の4年間の所得は約299億ドル。
- ・ ASI社はApple本社とCCA（費用分担契約）を締結し、Apple社のIP所得につき、Apple社製品の国外販売割合相当分の持分を持つ。また、販売会社としても多額の利益を得ている。しかし、AOI社同様にアイルランド税法上はアイルランド法人とはみなされず、アイルランド国内源泉所得にのみ課税されている。ASI社の2009年～2011年の3年間の所得は約380億ドルで、アイルランドに支払った法人税は2100万ドル（0.06%）。ASI社の利益はAOE社を経由してAOI社に配当として支払われている。
- ・ AOI社とASI社に対する米国のCFC税制の適用は、ASI社が実体のある事業活動を行っているため、回避されている。

（参考）米連邦議会上院国土安全・政府事項委員会常設調査小委員会資料（Memorandum to Members of the Permanent Subcommittee on Investigation, May 21, 2013, Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code – Part 2 (Apple Inc.)、大野雅人「海外論文紹介：意味ある法人の税法上の居住地」租税研究771号238頁（2014）。

【資料3】 グーグル社のスキーム



- ・ G1社はアイルランドで設立されているが、管理地がバミューダにあるために、アイルランド税法上はアイルランド法人とならず、バミューダ法人となる。従ってアイルランド源泉所得がなければアイルランドでは課税されない。
- ・ GN社はペーパー・カンパニー（従業員なし）。
- ・ G2社の収入の大部分はGN社に使用料として支払われる（G2社に利益は残らない）。GN社への使用料の支払いに対しアイルランドは課税しない（EU加盟国間の送金のため）。
- ・ GN社がG2社から得た使用料の大部分はG1社に支払われる。G1社への使用料の支払いに対しオランダは課税しない。
- ・ G1社が受け取った使用料はアイルランド源泉ではないので、アイルランドは課税しない。米国のCFC税制の適用は、チェック・ザ・ボックス規則の適用により（実体を有するG2社が同一国内に存在するため）回避できる。

（参考）今村隆「米国における最近の国際的租税回避に対する議論の状況」租税研究768号193頁（2013）。

フランス民事責任法における 「家族の保護」(2・完)

——家族のあり方と民事責任法の枠組——

白石友行

はじめに

I. 民事責任法における「家族の保護」の諸相

1. 家族としての保護
2. 家族に関わる保護 ((1)①まで25号、(1)②から本号)

II. 民事責任法における「家族の保護」の基礎

1. 「家族の保護」をめぐる議論の再解釈
2. 「家族の保護」をめぐる議論の分析

おわりに

I. 民事責任法における「家族の保護」の諸相

2. 家族に関わる保護

(1) 自己以外の者に対する行為による場合

② 過去の家族のメンバーに対する一定の行為を理由に損害賠償が請求される場合

ここでは、ある死者の私生活の尊重、肖像、名誉、尊厳などとされるものが侵害され、または、侵害されようとしている場合に、その家族のメンバーとして捉えられる者が、損害賠償を請求したり、当該侵害行為の除去や停止などを求めたりすることができるかという問題に関わる実定法の状況を、どのような権利や利益が想定されているのかという観点から分析する。その際、この類型に属する若干の特徴的な事案にも言及する。

裁判例の多くは、死者は権利の主体ではないという理解、従って、私生活の尊重、肖像、名誉などの権利はその帰属主体の死亡によって消滅するという理解を基礎に、ある者の私生活の尊重、肖像、名誉などがその死後に侵害の対象

になったとしても、その死者の承継人は、当該死者が自らの権利や利益の侵害を理由に取得した損害賠償請求権または除去や停止などの権利を引き継いだと主張して、これらを行行使することはできないとする^{178,179)}。この立場は、家族のメンバーであった者による損害賠償請求または権利行使の基礎を死者本人が取得した権利の承継に求めるという意味での死者基底的構想を明確に否定す

178) この点を明確に説く判例として、Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, Bull. civ., n°345 ; D., 2000, IR., 40 ; D., 2000, jur., 372, note, Bernard Beignier ; D., 2000, som., 266, obs., Christophe Caron ; JCP, 2000, II, 10241, concl., Cécile Petit ; Gaz. Pal., 2000, 881 ; RTD civ., 2000, 291, chr., Jean Hauser ; PA., 22 mai 2000, 8, note, Stéphane Prieur（私生活の尊重への権利）； Cass. 2^{eme} civ., 20 nov. 2003, Bull. civ., II, n°354 ; RCA., mars 2004, com., 57 ; Gaz. Pal., 2005, 1224, note, Pierre Guerder（私生活の尊重への権利）； Cass. 2^{eme} civ., 8 juill. 2004, Bull. civ., II, n°390 ; D., 2004, 2088 ; RTD civ., 2004, 714, chr., Jean Hauser ; RCA., nov. 2004, com., 324 ; D., 2005, 2644, chr., Agathe Lepage ; JCP, 2005, I, 143, chr., Bernard Beignier ; Dr. et pat., fév. 2005, 129, obs., Grégoire Loiseau（私生活の尊重への権利）； Cass. 1^{re} civ., 15 fév. 2005, Bull. civ., I, n°86 ; D., 2005, 597 ; D., 2005, 2644, chr., Agathe Lepage ; JCP, 2005, I, 143, chr., Bernard Beignier ; RTD civ., 2005, 363, chr., Jean Hauser（肖像への権利）； Cass 1^{re} civ., 12 déc. 2006, Bull. civ., I, n°551 ; D., 2007, 90, obs., Inès Gallmeister ; D., 2007, 541, note, Emmanuel Dreyer ; JCP, 2007, II, 10010, note, Bertrand de Lamy ; RTD civ., 2007, 732, chr., Jean-Pierre Marguénaud ; RCA., mars 2007, com., 92（名誉）； Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2018, n°16-23.591 ; RTD civ., 2018, 364, chr., Denis Mazeaud（肖像への権利）； etc.

下級審の裁判例として、CA. Paris, 3 nov. 1982, D., 1983, jur., 248, note, Raymond Lindon（私生活の尊重への権利）； CA. Paris, 22 oct. 1986, D., 1987, som., 140, obs., Raymond Lindon（私生活の尊重への権利）； CA. Paris, 21 sept. 1993, D., 1993, IR., 224 ; RTD civ., 1994, 75, chr., Jean Hauser（無罪推定への権利）； CA. Paris, 6 mai 1997, D., 1997, IR., 160 ; D., 1997, jur., 596, note, Bernard Beignier ; D., 1998, som., 87, obs., Christophe Bigot ; RTD civ., 1998, 71, chr., Jean Hauser（私生活の尊重への権利）； CA. Paris, 27 mai 1997, JCP, 1997, II, 22894, note, Emmanuel Derieux ; Gaz. Pal., 1997, 2, som., 362 ; D., 1998, som., 85, obs., Thierry Massis（Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, supraの原審）； CA. Versailles, 17 juin 1999, D., 1999, IR., 230 ; D., 2000, jur., 372, note, Bernard Beignier（私生活の尊重への権利）； CA. Metz, 12 avril 2000, D., 2000, jur., 817, note, Sophie Hocquet-Berg（私生活の尊重への権利）； TI. Montreuil-sur-Mer, 25 sept. 2003, D., 2004, 2530, note, Pascal Labbé（肖像への権利）； etc.

179) ただし、肖像などに財産的価値が認められる結果、その部分が相続の対象となり、相続人が当該肖像などの財産的価値に対する侵害を理由に損害賠償を請求することは妨げられない。Cf. CA. Paris, 10 sept. 1996, D., 1998, som., 87, obs., Christophe Bigot ; etc.

る。その上で、これらの裁判例は、死者に対する一定の行為によりその者の家族のメンバーであった者自身に何らかの権利や利益の侵害が発生していれば、そのことを理由とする損害賠償請求または権利行使が可能であるとする¹⁸⁰⁾。ここでは、家族のメンバーであった者による損害賠償請求または権利行使の基礎を当該家族のメンバー自身に帰属する権利や利益に求めるという意味で、近親者基底の構想が前提とされている。もっとも、家族のメンバーであった者からの請求の場面で保護の対象として想定されているものは何かという観点から個々の判決文を丁寧に読むと、これらの裁判例の中には、明確に区別されるべき3つの構想を看取することができる。

第1に、死者とその家族のメンバーであった者との間に存在した家族としての一体性を理由に、死者の人格などに対する侵害から家族のメンバーであった者の人格などに対する侵害を直接的に導き、このことを根拠に家族のメンバーであった者からの損害賠償請求または権利行使を認める裁判例がある¹⁸¹⁾。ここでは、家族のメンバーであった者自身の人格などの侵害が観念されてはいるものの、その者に焦点を当てる形で権利や利益の侵害が個別に評価されることはない。この点に、第2の考え方および第3の考え方との相違がある。この考え方は、生存している直接被害者が名誉毀損や侮辱などを受けた場合において、家族的な一体性を根拠にその近親者からの愛情損害の賠償請求を肯定する見方を¹⁸²⁾、侵害行為の対象となっている存在が死者であるために直接被害者に相

180) この点を明確に説く判例として、Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, supra note 178 ; Cass. 2^{eme} civ., 8 juill. 2004, supra note 178 ; etc.

下級審の裁判例として、TC. Seine, 16 juin 1858, D., 1858, 3, 62 ; CA. Paris, 3 nov. 1982, supte note 178 ; CA. Paris, 22 oct. 1986, supra note 178 ; TGI. Paris, 4 nov. 1987, D., 1988, som., 199, obs., Daniel Amson ; TGI. Paris, 18 janv. 1996, D., 1996, IR., 61 ; JCP, 1996, II, 22589, note, Emmanuel Derieux (Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, infra note 187 の第1審) ; CA. Paris, 13 mars 1996, JCP, 1996, I, 3970, chr., Bernard Teyssié ; JCP, 1996, II, 22632, note, Emmanuel Derieux ; Gaz. Pal., 1996, 1, jur., 162, obs., Brigitte Gizardin (Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, infra note 187 の原審) ; CA. Paris, 6 mai 1997, supra note 178 ; CA. Paris, 27 mai 1997, supra note 178 ; CA. Versailles, 17 juin 1999, supra note 178 ; CA. Metz, 12 avril 2000, supra note 178 ; TI. Montreuil-sur-Mer, 25 sept. 2003, supra note 178 ; etc.

当する者を観念することができない場面にも妥当させたものである¹⁸³⁾。これによると、損害賠償請求または権利行使をすることができる者は、死者との間で一体性を語りうる程の身分上の繋がりを有していた者となる。

第2に、死者の人格などを侵害する一定の行為が、死者の人格などへの侵害から切り離して、家族のメンバーであった者が当該死者に対して抱いていた愛情や尊敬の念を侵害するものであるかどうかを問題にし、これが肯定される場合に、家族のメンバーであった者からの損害賠償請求または権利行使を認める裁判例がある¹⁸⁴⁾。また、遺体が家族の所有に属すること、身体の尊重への権

181) TC. Seine, 12 juin 1902, D., 1906, 2, 266 (故 A の妻 X1 と子 X2 らが A の名誉を毀損する記事を掲載した週刊誌の発行者 Y に対し損害賠償の支払を求めた事案で、家族のメンバーを結び付けている名誉の連帯により死者に対する名誉毀損は必然的にその承継人を侵害するとの理由で X らの請求が認容された。控訴審の CA. Paris, 28 mai 1903, D., 1906, 2, 266 は、原審とは異なる理由に依拠してこの結論を維持した) ; TGI. Paris, 4 nov. 1987, supra note 180 (故 A の死因が愛人関係のもつれに起因する自殺であることを示唆する内容を含む著書が公刊されたことから、A の妻 X1 と子 X2 らが著者 Y1 と出版社 Y2 に対して該当部分の削除と損害賠償の支払を求めた事案で、同じ血縁に属する者の間に存在する連帯により A に対する私生活の親密さに対する侵害は必然的に X2 らに対して損害を生じさせるとの理由で、X2 らの請求が認容された。なお、X1 からの請求については、第3の考え方に従った判断がされている (注 (187) を参照)) ; etc.

182) Cf. CA. Montpellier, 12 nov. 1855, supra note 139 ; etc.

183) 本文では、家族のメンバーであった者の人格などに対する侵害が想定されているという点で、この考え方を近親者基底の構想の一部として位置付けた。しかし、死者の人格などに対する侵害を問題にすることはできないという前提に立つならば、それを基礎として成り立つ家族のメンバーであった者の人格などに対する侵害も観念することはできないはずである。こうした批判を意識すると、この考え方は、死者の人格などに対する侵害の成立を前提に家族的な一体性を根拠にその近親者からの愛情損害の賠償請求を肯定する立場として再定式化されるべきことになる。とはいえ、これは死者基底の構想に他ならない。

184) 明確な説示ではないが、Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2009, Bull. civ., I, n^o211 ; RTD civ., 2010, 79, chr., Jean Hauser ; RCA., janv. 2010, com., 1 ; Dr. fam., juin 2010, com., 106, note, Christelle Assimpoulos (著名なコメディアンであった故 A の家族生活などを記した A の子 Y1 と Y2 の書籍が公刊されたことから、A の子 X が Y1 と Y2 および出版社 Y3 に対して損害賠償の支払を求めた事案で、X の私生活の尊重および肖像への侵害を理由とする請求が認容される一方、A の肖像への侵害を理由とする請求を棄却した原審に対する X からの上告につい

利を規定した民法典16-1条の趣旨からすると遺体は家族による尊重の対象となり続けることを理由に、誤って遺体を墓地から掘り出し納骨堂に収めた行為

(前頁からつづき)

ては、近親者が死者の肖像の公表に反対することができるのは死者に対する尊重への侵害を理由に損害を被った場合に限り得られるとして棄却された)；Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2010, Bull. civ., I, n°211；D., 2010, 1870；D., 2010, 2044, note, Pierre-Jérôme Delage；JCP., 2010, 942, note, Grégoire Loiseau；RTD civ., 2010, 526, chr., Jean Hauser；D., 2011, 782, Emmanuel Dreyer (拘束され拷問を受けている状態の故Aを捉えた写真がY1の雑誌に掲載されたことから、Aの母X1と姉妹X2らが、Y1と編集長Y2に対して、①Xらの私生活が侵害されたことの確認、②当該雑誌の販売停止および損害賠償の支払を求めた事案で、近親者が死者の肖像の公表に反対することができるのは死者に対する尊重への侵害を理由に損害を被った場合に限り得られるところ、本件写真の公表は、「人間の尊厳に反し、死者の思い出または死者に対する尊重、従って、近親者の私生活への侵害」を構成するとの理由で、②を認容した原審に対するYらからの上告が棄却された)；etc.

下級審の裁判例として、TC. Seine, 16 juin 1858, supra note 180 (死後に横たわっている故Aの肖像のデッサンが、Aの兄弟Xにその権利が帰属する旨の約定が存在したにもかかわらず、Yらにより複製および販売されたことから、XがYらに対して上記複製の回収などを求めた事案で、家族の同意がなければ死者の肖像を複製し公にすることはできず、この複製に反対する権利は家族の尊重にその原理を持ち、その侵害は家族内の情および敬愛という最も親密で尊重されるべき感情を傷つけるとして、Xの請求が認容された)；TGI. Paris, 23 oct. 1996, JCP., 1997, II, 22844, note, Emmanuel Derieux；D., 1998, som., 85, obs., Thierry Massis (Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, supra note 178の第1審。家族に与えられるべき尊重の念を無視する形でAの情報が公表されたことにより、Xらの最も深い感情への甚大な侵害が生じたとして、Xらの請求が認容された)；CA. Versailles, 17 juin 1999, supra note 178 (Yのテレビ番組の中でAの死体発見の状況が放送されたことから、Aの近親者XらがYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件番組によるAの私生活に対する侵害は確実かつ明確な形でXらの感情を害しXらに人的損害を生じさせているとして、Xらの請求が認容された)；CA. Metz, 12 avril 2000, supra note 178 (Xらが行方不明になっていた子Aを探す目的でその写真を配布したところ、Aの死亡が明らかになった後に上記Aの写真が事故の経緯とともにYの週刊誌に掲載されたことから、XらがYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件記事が確実かつ明確な形でXらの感情を害しXらに人的損害を生じさせているとして、Xらの請求が認容された)；etc. 否定例として、CA. Paris, 3 nov. 1982, supra note 178 (病気で苦しんでいた晩年の故Aの様子に言及したY1の雑談を含む記事がY2の雑誌に掲載されたことから、Aの子XらがYらに対して記事の削除および損害賠償の支払を求めた事案で、XらはAの思い出を守ることはできるが、本件ではYらが

が死者への尊重の念への侵害に該当すると判断した裁判例もある¹⁸⁵⁾。これらの裁判例は、死者との実質的な繋がり由来する個人としての人格を保護しようとしている。従って、この考え方は、直接的な侵害行為の対象となっているのが法主体性を持つ存在であるか、法主体性を持たない死者であるかという点で異なるものの、保護対象として想定されている権利や利益の中身という点では、愛情損害の賠償を直接被害者との間で形成していた実質的關係から生ずる愛情を保護する法理として位置付ける立場¹⁸⁶⁾と同じ構造を持つ。そうすると、損害賠償請求または権利行使をすることができる者も、死者の承継人や死者と身分關係にあった者に限定されない。ここでは、過去における死者と請求主体との間の実質的な關係を踏まえ、請求の可否が判断される。また、この考え方を基礎とする場合、家族のメンバーであった者からの損害賠償請求の根拠条文は、不法行為の一般原則を示した民法典1240条に求められ、この者は、愛情や尊敬の念の侵害について相手方にフォートが存在すること、これによって自己に損害が発生したことを証明しなければならない。

第3に、死者の人格などを侵害する一定の行為が、死者の人格などへの侵害

(前頁からつづき)

真実尊重義務に違反したとはいえないとして、Xらの請求が棄却された)；TGI. Strasbourg, 31 mai 1989, D., 1989, som., 357, obs., Daniel Amson ; Gaz. Pal., 1990, 1, som., 196 (著名人であった故Aの記事がYの雑誌に掲載されたことから、Aの相続人XらがYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、Xらは悪意または重大な過失をもって公表された記事からAの思い出を守ることはできるが、本件では上記の事情は存在しないとして、Xらの請求が棄却された)；TI. Montreuil-sur-Mer, 25 sept. 2003, supra note 178 (電車の衝突事故により死亡したAの葬儀の様子を捉えた写真がYの雑誌に掲載されたことから、Aの両親XらがYに対して出版の差止および損害賠償の支払を求めた事案で、「家族の苦痛が要請する尊重」を原理として死者の承継人はその死体の公表に反対することができるが、本件写真は棺の写真を書したものに過ぎないとして、Xの差止請求が棄却された)；etc.

185) TGI. Lille, 10 nov. 2004, D., 2005, 930, note, Xavier Labbé.

186) 具体的には、1(1)①の場面における1930年頃までの裁判例の主流、1930年頃から1960年代までの裁判例の読み方②、1970年代以降の裁判例の主流、1(1)②の場面における判例の1つ目の読み方、1(2)①の場面における1970年代中頃までの裁判例の2つ目の潮流、1970年代中頃以降の裁判例の2つ目の読み方がこれに該当する。

から切り離し、かつ、死者との関係に関わる評価も捨象して、家族のメンバーであった者自身の私生活の尊重、肖像、名誉などを侵害するものであるかどうかを問題にし、これが肯定される場合に、家族のメンバーであった者からの損害賠償請求または権利行使を認める裁判例がある¹⁸⁷⁾。この考え方は、死者と

187) Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, *supra* note 178 (元大統領であった故Aの在職中における心身の状態を記したY1の著書が出版されたことから、Aの家族Xらが、①A自身の私生活の尊重に対する侵害、②Xらの私生活の尊重に対する侵害を理由に、Y1およびその代表者Y2に対して出版の差止および損害賠償の支払を求めた事案で、①に基づく請求を棄却した原審(CA. Paris, 27 mai 1997, *supra* note 178)に対するXらからの上告が棄却される一方、②に基づく請求を認容した原審に対するY1からの上告が棄却されるとともに、Y2の責任を認めなかった原審の判断が破棄された)；Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2000, Bull. civ., I, n°341；D., 2001, 885, note, Jean-Pierre Gridel；D., 2001, 1990, obs., Agathe Lepage；JCP, 2001, II, 10488, concl., Jerry Sainte-Rose et note, Jacques Ravanais；RTD civ., 2001, 329, chr., Jean Hauser (県知事Aが殺害された直後の様子を写した写真がYの週刊誌に掲載されたことから、Aの妻X1と子X2らがレフュレで雑誌の発売停止および私生活を侵害した旨の公式声明の公表などを求めた事案で、民法典9条に基づきYに対しXらの私生活を侵害した旨の公式声明の公表を命じた原審が維持された。同事件については、Cf. Jean-Pierre Gridel, *Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité*, D., 2001, pp.872 et s.)；etc. 否定例として、Cass. 2^{ème} civ., 22 mai 1996, Bull. civ., II, n°106；D., 1996, IR., 196；JCP, 1996, I, 3970, chr., Bernard Teyssié (故AがBから親子関係確定訴権および生計費請求訴権を行使されていたことなどを内容とする記事がY1の週刊誌に掲載されたことから、Aの非嫡出子X1とその母X2がY1と編集長Y2および執筆者Y3に対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件記事がXらの私生活に言及するものでないことを理由にXらの請求が棄却された)；Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, Bull. civ., I, n°231；D., 2004, 1634, obs., Agathe Lepage；RCA, fév. 2004, com., 26；Gaz. Pal., 2005, 1223 (少女A殺人事件との関連でAと父X1の写真および証拠物件の写真などがYの雑誌に掲載されたことから、X1、Aの母X2および兄弟X3らがYに対して損害賠償の支払などを求めた事案で、本件記事による私生活の尊重および肖像への侵害は認められるが、本件記事が報道の自由の枠内に属することを理由に、Xらの請求が棄却された)；Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 2003, *supra* note 178 (故Aについての「車庫の中のミステリアスな死」と題する記事がYの雑誌に掲載されたことから、Aの妻X1と子X2らがYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件記事の中にXらの情報が含まれていないことを理由にXらの請求を棄却した原審が維持された)；Cass. 2^{ème} civ., 8 juill. 2004, *supra* note 178 (「ロヴァーニの古い家族の歴史」と題するY3の記事がコミューンY1の市報に掲載され、その中で19世紀前半

請求主体との間に存在していた関係に特段の意味を持たせず、問題を完全に個人化して捉える。これによると、損害賠償請求または権利行使をすることができる者は、自己の私生活の尊重、肖像、名誉などを侵害された者となり、そこには、死者との間で身分または実質的な関係を有していなかった者も含まれう

（前頁からつづき）

まで同市で暮らしていた一家のことが扱われていたことから、その子孫 X らが Y1 とその市長 Y2 および Y3 に対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件記事は歴史的記述に終らし X らの私生活に言及するものではないとして、X らの請求が棄却された）；etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2009, supra note 184 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2010, supra note 184 ; etc.

下級審の裁判例として、TGI. Paris, 16 nov. 1976, JCP, 1977, II, 18701, obs., Raymond Lindon（故 A の死亡に関する根拠のない仮説が Y の雑誌に掲載されたことから、A の両親 X らが Y に対してその差止を求めた事案で、家族の私生活への耐え難い侵害が存在することを理由に X らの請求が認容された）；TGI. Paris, 4 nov. 1987, supra note 180（本件記事は X1 の私生活の親密さを侵害するものであるとして、X1 からの請求が認容された）；TGI. Paris, 18 janv. 1996, supra note 180 et CA. Paris, 13 mars 1996, supra note 180（Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, supra note 178 と同一の事案に関するレフェレの事件である。この事件については、Cf. Eric Agostini, *Le grand secret*, D., 1996, chr., p.58 ; Gérard Mémeteau, *L'honneur d'un président*, Gaz. Pal., 1996, 2, doc., pp.754 et s. ; Thierry Massis, *Le secret du président et le juge des référés*, D., 1997, chr., pp.291 et s. 両判決ともに、X らの私生活の親密さに対する侵害の存在を認め、アストラントの下での出版停止の請求を認めた。なお、上告審の Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, Bull. civ., I, n°249 ; D., 1997, jur., 452 ; JCP, 1997, II, 22964, note, Emmanuel Derieux は、X らの私生活の親密さに対する侵害には言及せず、医師の職業上の秘密の観点からのみ本件出版の違法性を基礎付けている）；TGI. Paris, 23 oct. 1996, supra note 184（本件著書の出版による X ら自身の私生活の親密さに対する侵害が認められた）；etc. 否定例として、CA. Paris, 22 oct. 1986, supra note 178（映画の製作者で犯罪被害者であった故 A が賭博場に通っていたことなどを内容とする記事が Y の雑誌に掲載されたことから、A の妻 X が Y に対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件記事は X や A の子の私生活を侵害するものではないとして、X らの請求が棄却された）；CA. Paris, 6 mai 1997, supra note 178（弁護士であった故 A の自殺に関わる記事が Y の雑誌に 3 回にわたって掲載されたことから、A の妻 X が Y に対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件記事は X や A の子の私生活を対象とするものではないとして、X らの請求が棄却された）；Metz, 12 avril 2000, supra note 178（本件記事は X らの私生活の親密さを侵害するものではないとして、民法典 9 条に基づく X らの請求が棄却された）；TI. Montreuil-sur-Mer, 25 sept. 2003, supra note 178（本件記事は時事情報の提供という正当な目的を追求するものであるから X らの私生活の尊重に対する侵害も存在しないとして、X らの請求が棄却された）；etc.

る。また、私生活の尊重への権利、肖像、無罪推定への権利については、これらの権利の存在とその侵害に対する特別の救済方法を規定した民法典9条または9-1条が存在することから、この構想を基礎とする場合、家族のメンバーであった者は、これらの条文に基づいて、損害賠償の支払または侵害の停止や回避の措置を求めることができる。そして、現在の判例によると、「民法典9条によれば、私生活への侵害の立証だけで賠償への権利が開かれる」とされているため¹⁸⁸⁾、この者は、損害賠償請求に際し、上記の諸権利が侵害されたことだけを証明すれば足り、それとは別にフォートおよび損害の存在を証明する必要はない¹⁸⁹⁾。

これら3つの考え方を「家族に関わる保護」の観点から捉え直すと、第1の考え方は、家族のメンバーであった者が死者との間で有していた身分関係また

188) Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996, Bull. civ., I, n°378 ; D., 1997, jur., 403, note, Sylvaine Laulom ; D., 1997, som., 289, obs., Patrice Jourdain ; JCP, 1997, I, 4025, chr., Geneviève Viney ; JCP, 1997, II, 22805, note, Jacques Ravanas ; RTD civ., 1997, 632, chr., Jean Hauser ; RCA., janv. 1997, com., 1 (私生活の尊重への権利に対する侵害を理由に損害賠償請求を認容した原審につき損害の存在が証明されていないにもかかわらず請求を認容することはできないとの趣旨でされた上告の棄却) ; Cass. 1^{re} civ., 25 fév. 1997, Bull. civ., I, n°73 ; JCP, 1997, II, 22873, note, Jacques Ravanas ; Gaz. Pal., 1997, 2, pan., 272 ; RCA., mai 1997, com., 148 ; RTD com., 1998, 147, chr., André Françon (同上) ; Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1998, Bull. civ., I, n°274 ; D., 1999, som., 376, obs., Jean-Jacques Lemouland ; Gaz. Pal., 1999, 1, pan., 32 ; RTD civ., 1999, 62, chr., Jean Hauser (同上) ; Cass. 3^{eme} civ., 25 fév. 2004, Bull. civ., III, n°41 ; D., 2004, 1631, obs., Christophe Caron ; RTD civ., 2004, 482, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2004, 729, chr., Jacques Mestre et Bertrand Fages ; RDC., 2004, 988, obs., Jean Baptiste Seube ; Defrénois, 2004, art. 38072, 1721, note, Jean-Luc Aubert ; D., 2005, 753, chr., Nicolas Damas (私生活の尊重への権利に対する侵害につきフォートが存在しないとして損害賠償請求を棄却した原審の破棄) ; Cass. 2^{eme} civ., 18 mars 2004, Bull. civ., II, n°135 (私生活の尊重への権利および肖像への権利に対する侵害を理由に損害賠償請求を認容した原審の維持) ; Cass. 2^{eme} civ., 30 juin 2004, Bull. civ., II, n°341 (肖像への権利に対する侵害を理由に損害賠償請求を認容した原審の維持) ; etc.

189) この判例に関しては様々な理解の仕方がある。この点も含め、私生活の尊重への権利、肖像、無罪推定への権利と民事責任法との関係については、続稿として予定している「民事責任法と人」の中で扱われる。

は身分としての家族それ自体を保護するものとして、第2の考え方は、家族のメンバーであった者が死者との間で構築していた実質的關係に基づく正当な愛情を保護するものとして、第3の考え方は、家族のメンバーであった者が死者との間で構築していた実質的關係とは関わりなく有している固有の人格を保護するものとして位置付けられる。なお、近親者基底的構想を前提とする場合、家族のメンバーであった者は、死者に対する侵害の間接被害者としてではなく、直接被害者として損害賠償を請求することになる。そのため、ここでは、直接被害者の生命以外の権利または利益が侵害されたときにその家族のメンバーが損害賠償を請求する場面において一部の裁判例が示唆していたような形で¹⁹⁰⁾、単なる感情の侵害の有無だけを評価すれば足りるとする理解は存在しない。

もっとも、これらのうち、第2の考え方と第3の考え方は、互いに排斥し合うものではない。死者に対する一定の行為との関連で、その家族のメンバーであった者につき両者をもとに問題にすることも可能である¹⁹¹⁾。死者の人格などを侵害する行為が、家族のメンバーであった者が当該死者に対して抱いていた愛情や尊敬の念を侵害すると同時に、その者自身の私生活や肖像などをも侵害するという事態は、十分に想定されうるからである¹⁹²⁾。この観点からは、いずれか一方の考え方にしか言及していない裁判例については、当事者の主張の仕方や当事者が求めている請求の内容に規定されたものと読むべきことになる。しかし、これら2つの考え方を区別することなく用いる裁判例は、いずれ

190) 具体的には、1(2)①の場面における1970年代中頃以降の裁判例の1つ目の読み方、1(2)②の場面における裁判例の主流がこれに該当する。

191) Cf. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2009, supra note 184 (第2の考え方に基づく請求を棄却し第3の考え方に基づく請求を認容した原審の維持) ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2010, supra note 184 (2つの考え方に基づく請求を認容した原審の維持) ; etc. 下級審の裁判例として、Cf. TGI. Paris, 23 oct. 1996, supra note 184 (2つの考え方に基づく請求の認容) ; Metz, 12 avril 2000, supra note 178 (第3の考え方に基づく請求の棄却、第2の考え方に基づく請求の認容) ; etc.

また、Cr. Prieur, supra note 178, p.10 ; Jean-Louis Mouralis, L’empreinte juridique du défunt, in, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, pp.298 et s. ; etc.

を基礎に据えるかによって、家族の捉え方に対して持つ意味が異なってくるという本稿の視点からはもちろん、適用条文や救済手段に相違が生ずることからしても、批判されなければならない¹⁹³⁾。愛情や尊敬の念に対する侵害とその者自身の私生活や肖像に対する侵害とは明確に区別されるべきである。

以上の評価を踏まえ、また、現代の裁判例には第1の考え方がほぼ見られないことを勘案すると、現在の実定法の主流では、死者が一定の侵害行為の対象になった場合におけるその家族のメンバーであった者からの損害賠償請求または権利行使は、当該家族のメンバー固有の権利や利益を保護するだけでなく(第3の考え方)、家族の存在が個人にとって本質的な要素であることを根拠に死者との実質的な繋がりを保護するための規律(第2の考え方)として現れていると評しうる。

ただし、上記の整理については、報道の自由に関する1881年7月29日の法律の適用領域では、一定の修正を付す必要がある。それは、同法と民法典1240条の適用関係という問題に関わる¹⁹⁴⁾。

192) どちらの考え方に基づいて判断をしているのか明らかでない裁判例も存在する。Ex. CA. Paris, 26 avril, 1983, D., 1983, jur., 376, note, Raymond Lindon (歌手で作曲家であった故Aの死後の写真がYの週刊誌に掲載されたことから、Aの妻X1と子X2らがYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、Yにフォートがあること、Xらに損害が発生したことは明らかであるとして、Xらの請求が認容された)；CA. Paris, 6 mars 1998, Gaz. Pal., 1998, 2, som., 553；D., 1999, som., 166, obs., Thierry Massis (Yが不正確な情報に基づきフリーメイソン辞典に故Aの写真を掲載したことから、Aの妻X1と子X2がYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、Aの私生活に関する不正確な情報はXらに重大な精神的損害を与えているとして、Xらの請求が認容された)；etc.

193) CA. Paris, 24 fév. 1998, D., 1998, jur., 225, note, Bernard Beignier；Gaz. Pal., 1998, 1, jur., 160, note, J.-G. M.；D., 1999, som., 123, obs., Théo Hassler；D., 1999, som., 167, obs., Thierry Massis；RTD civ., 2000, 291, chr., Jean Hauser (Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2000, supra note 187の原審)は、本件写真の公表が「Xらの愛情、従って、Xらの私生活に対する重大な侵害を構成する」と判示して、Yに対しXらの私生活を侵害した旨の公式声明の公表を命じた。しかし、民法典9条は私生活の尊重に対する権利を規定した条文であるから、同条に基づいて侵害の回避または停止措置を命ずるために近親者としての愛情に対する侵害を問題にする必要はない (Cf. Sainte-Rose, supra note 187, pp.547 et s.)。

1881年7月29日の法律は、その23条以下で、報道またはその他の出版などによる重罪および軽罪を規定する。かつての判例は、同法所定の犯罪の構成要件を充足する場合にはそのことを理由に、同法所定の犯罪の構成要件を充足しない場合であっても、民法典1240条の要件が充足されているときには同条に基づいて、または、私生活の尊重への権利、肖像、無罪推定への権利が問題となるときには民法典9条や9-1条に基づいて、報道などにより一定の権利や利益を侵害された者は損害賠償または結果の除去などを請求することができるとしてきた。ここでの検討対象に即して言えば、以下の枠組が受け入れられていた。1881年7月29日の法律34条は、死者に対する名誉毀損や侮辱について、行為者が生存している相続人、配偶者、包括受遺者の名誉または評判を侵害する意図を有していた場合に限り、犯罪になる旨を規定する。上記の理解によると、ある死者に対する報道が一定の近親者の名誉または評判を害する意図をもってされたときには、所定の近親者は、同条に基づきその加害者に対して損害賠償を請求することができる¹⁹⁵⁾。また、同条所定の要件が充足されていない場合であっても、ある死者に対する報道がフォートによってされ、これにより家族のメンバーであった者に愛情や尊敬の念または人格などの侵害が生じているときには、その者は、民法典1240条に基づき損害賠償を請求することができ、更に、ある死者に対する報道により家族のメンバーであった者の私生活が侵害されているときには、その者は、民法典9条に基づき損害賠償を請求したり、結果の除去などを求めたりすることができる¹⁹⁶⁾。

これに対して、現在の判例は、報道の自由への配慮に基づき、1881年7月

194) この問題の詳細については、続稿として予定している「民事責任法と人」の中で扱われる。

195) Cass. crim., 15 nov. 1900, D., 1901, 1, 286 (著名人であった故Aの子XがAの姦生子である旨を記載した記事がYの雑誌に掲載されたことから、XがYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件記事はAの姦通を示すものとしてその死後の名声を毀損しており、また、Xの名誉および評判を害する意図で掲載されているとして、1881年7月29日の法律34条に基づくXの請求が認容された):etc. なお、同法施行前の事案に関するものであるが、Cf. Cass. crim., 27 mai 1881, S., 1883, 1, 41, note, Edmond Villey.

29日の法律で予定され刑罰の対象とされている表現の自由の濫用は民法典1240条に基づきその結果を賠償させられることはないとの判断を示してい

196) Cass. 2^{ème} civ., 14 janv. 1981, Bull. civ., II, n°4 (故Aの妻X1と子X2が、Yの小冊子によりAの名誉および評判が毀損されていると主張し損害賠償の支払を求めた事案で、Xらの請求を1881年7月29日の法律34条に基づくものと理解しYにはXらの名誉または評判を害する意図がなかったとしてXらの請求を棄却した原審が、Xらの主張を違法に変更するものであるとして破棄された)；Cass. 2^{ème} civ., 22 juin 1994, Bull. civ., II, n°165；JCP, 1994, I, 3809, chr., Geneviève Viney；D., 1995, som., 268, obs., Thierry Massis (軍人であった故Aの承継人Xらが、Aの拷問行為を記したYの記事により損害を被ったと主張し民法典1240条に基づき損害賠償の支払を求めた事案で、1881年7月29日の法律34条の要件が充足されていないとしてXの請求を棄却した原審が、Xらの主張に依っていないとして破棄された。ただし、移送審のCA. Paris, 17 sept. 1997, Gaz. Pal., 1997, 2, som., 500；D., 1998, jur., 432, note, Nathalie Mallet-Poujol；D., 1999, som., 165, obs., Thierry Massisは、注(197)で引用する判例と同じ理解に基づき、民法典1240条の適用を排除した)；etc.

下級審の裁判例として、TC. Seine, 12 juin 1902, supra note 181 (本件記事はAの死後の名声を毀損するものであるが、Yには真実を探求する意図しか存在しなかったため1881年7月29日の法律34条が適用されることはないが、本件記事はXの名誉と連帯したAの名誉を毀損するものであるため民法典1240条の適用があると判示された。控訴審のCA. Paris, 28 mai 1903, supra note 181もほぼ同旨である)；TGI. Paris, 15 mai 1991, Gaz. Pal., 1992, 1, som., 238 (元軍人であった故Aがアルジェリア戦争の際に拷問に加わっていた旨の記載を含むYの著書が公刊されたことから、Aの妻X1と子X2らがYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件著書はXらの愛情を侵害するものであるとして、民法典1240条に基づきXらの請求が認容された)；CA. Paris, 6 mars 1998, supra note 192 (本件書籍の内容はXらの名誉または評判を害するものではないため1881年7月29日の法律34条が適用されることはないが、Aの私生活に関する不正確な情報はXらに重大な精神的損害を与えるものであるため民法典1240条の適用があるとされた)；TGI. Paris, 16 nov. 2000, D., 2002, 2766, obs., Thierry Massis (Yの週刊誌上で集団自殺事件を引き起こした組織の主催者としてAの名が挙げられたことから、Aの承継人Xらが民法典1240条に基づきYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、YにはXらの名誉または評判を害する意図がなかったため本件事案に1881年7月29日の法律34条は適用されないものの、Xらに精神的損害が発生していることは明らかであり、民法典1240条の適用を排除すると憲法的な価値を持つ賠償への権利が害されることになるとして、Xらの請求が認容された)；etc. 否定例として、CA. Paris, 15 janv. 1932, D., 1932, 2, 119, note, Henri Lalou (著名人であった故Aの愛情生活を明らかにする記事がYの雑誌に掲載されたことから、Aの孫XがYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、YにはXの名誉または評判を毀損する意図はなかったとして

る^{197,198)}。つまり、同法で予定されている行為に関しては、同法所定の犯罪の構成要件を充足する場合に限って被害者による損害賠償請求が認められ、民法典1240条に基づく損害賠償請求は排除される¹⁹⁹⁾。この理解によると、報道が

（前頁からつづき）

1881年7月29日の法律34条に基づく請求が棄却され、本件記事は歴史的批判権の範囲を逸脱するものではなくYにフォートは存在しないと民法典1240条に基づく請求も棄却された)；CA. Paris, 3 nov. 1982, *supra* note 178 ; etc.

197) Cass. ass. plén., 12 juill. 2000 (2 arrêts), Bull. ass. plén., n°8 ; D., 2000, som., 463, obs., Patrice Jourdain ; JCP, 2000, I, 280, chr., Geneviève Viney ; RTD civ., 2000, 842 et 845, chr., Patrice Jourdain ; RCA., nov. 2000, com., 335 ; PA., 14 août 2000, 4, note, Emmanuel Derieux ; Defrénois, 2002, art. 37535, 602, note, Philippe Brun et Stéphane Piedelièvre. また、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 8 mars 2001, Bull. civ., II, n°46 ; Gaz. Pal., 2001, 831 ; PA., 18 mai 2001, 21, note, Emmanuel Derieux ; RCA., juill. 2001, com., 228 ; D., 2002, 2767, obs., Thierry Massis ; JCP, 2002, I, 122, chr., Geneviève Viney (1881年7月29日の法律41条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 8 mars 2001, Bull. civ., II, n°47 ; Gaz. Pal., 2001, 821, rapport, Pierre Guerder ; PA., 18 mai 2001, 21, note, Emmanuel Derieux ; D., 2002, 2767, obs., Thierry Massis ; JCP, 2002, I, 122, chr., Geneviève Viney (同法24条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 2001, Bull. civ., II, n°67 ; RCA., juill. 2001, com., 228 (同法29条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 12 déc. 2002, Bull. civ., II, n°285 (同法29条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 23 janv. 2003, Bull. civ., II, n°16 (同法65条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 6 fév. 2003, Bull. civ., II, n°29 (同法29条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 6 fév. 2003, Bull. civ., II, n°32 (同法29条と32条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 2003, Bull. civ., II, n°347 (同法29条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 2003, Bull. civ., II, n°384 ; JCP, 2004, I, 147, chr., Bernard Beignier ; Gaz. Pal., 2005, 1220, note, Pierre Guerder ; Gaz. Pal., 2005, 1400, note, Pierre Guerder (同法29条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 fév. 2004, Bull. civ., II, n°48 (同法29条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2004, Bull. civ., II, n°114 ; D., 2004, 925 (同法29条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, *supra* note 188 (同法29条と32条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, Bull. civ., I, n°215 ; D., 2007, 2902, chr., Philippe Brun (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2008, Bull. civ., I, n°33 (刑法典R.621-1条と同法65条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2008, n°07-12.337 ; D., 2009, 1779, chr., Thierry Massis (同法29条の適用) ; Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} oct. 2008, Bull. civ., III, n°144 ; RCA., nov. 2008, com., 328 (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 11 fév. 2010, n°08-22.111 ; D., 2011, 783, Emmanuel Dreyer (同法29条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 18 fév. 2010, n°09-65.351 ; RCA., mai 2010, com., 118 ; D., 2011, 783, Emmanuel Dreyer (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, Bull. civ., I, n°103 ; D., 2010, 1286 ; JCP, 2010, 1258, chr., Emmanuel Dreyer ; RCA., sept. 2010, com., 221 ; D., 2011, 783, Emmanuel Dreyer (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2010, n°10-10.732 ; D., 2011,

ある者の死後の名声を対象としている場合において、その報道によって、その家族のメンバーであった者が当該死者への愛情や尊敬の念を侵害され、そのことにつき報道側にフォートが存在したとしても、民法典1240条の適用は排除されるため、死者との関係に基づくこれらの正当な愛情が賠償されることはな

(前頁からつづき)

783, Emmanuel Dreyer ; RCA, fév. 2011, com., 76 (同法29条と65条の適用) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 déc. 2010, n°10-11.469 ; D., 2011, 783, Emmanuel Dreyer (同法29条と33条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2011, n°10-11.547 ; AJ. fam., nov. 2011, 546, obs., Luc Briand ; D., 2012, 768, chr., Emmanuel Dreyer ; Gaz. Pal., 2012, 361, note, François Fourment (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2011, Bull. civ., I, n°159 ; D., 2011, 2476 ; D., 2012, 768, chr., Emmanuel Dreyer ; RCA, janv. 2012, com., 16 (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2011, n°10-21.677 ; RCA, janv. 2012, com., 16 (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 2012, n°10-27.107 ; D., 2013, 466, chr., Emmanuel Dreyer (同法29条と33条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2013, n°12-21.309 ; Gaz. Pal., 2014, 424, note, Anne Guégan-Lécuyer ; RCA, janv. 2014, com., 5 (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2013, n°12-26.696 ; Gaz. Pal., 2014, 424, note, Anne Guégan-Lécuyer (同法31条と33条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2014, Bull. civ., I, n°179 ; D., 2014, 2242 ; D., 2015, 345, chr., Emmanuel Dreyer ; RCA, janv., 2015, com., 4 (同法29条の適用) ; Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2014, n°13-22.038 ; D., 2015, 345, chr., Emmanuel Dreyer ; RCA, janv. 2015, com., 4 (同法29条の適用) ; Cass. 3^{ème} civ., 3 nov. 2016, Bull. civ., III, n°148 ; D., 2016, 2283 ; Gaz. Pal., 2017, 336, note, Nathalie Blanc ; RCA, fév. 2017, com., 29, note, Hubert Groutel (同法29条の適用) ; etc.

198) 判例は、一時期、「1881年7月29日の法律で予定されている」という限定を付すことなく、「表現の自由の濫用は民法典1382条(現1240条—筆者注)に基づいて訴追され賠償されることはない」と判示していた(Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005, Bull. civ., II, n°348 ; Gaz. Pal., 2005, 4149, note, Sylvia Lasfardeas ; D., 2006, 85, note, Théo Hassler ; D., 2006, 768, note, Guillaume Lécuyer ; D., 2006, 1932, chr., Patrice Jourdain ; RTD civ., 2006, 126, chr., Patrice Jourdain ; D., 2007, 1039, chr., Jean-Yves Dupeux et Thierry Massis ; Cass. 2^{ème} civ., 25 janv. 2007, Bull. civ., II, n°19 ; D., 2007, 2902, chr., Philippe Brun ; RTDciv., 2007, 354, chr., Patrice Jourdain ; RCA, avril 2007, com., 132. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, Bull. civ., I, n°273 ; Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, Bull. civ., I, n°275 ; D., 2006, 1914 ; RTD civ., 2007, 354, chr., Patrice Jourdain)。これを文字通り捉えたと、およそ表現の自由が問題となる場面では民法典1240条の適用が排除され、民法典9条のような特別の規定がない限り、その被害者は損害賠償を請求することができなくなるため、表現の自由と人格の保護との衡量のあり方として大きな問題を孕む。そのため、今日の判例は、再び「1881年7月29日の法律で予定されている」という限定を付して、民法典1240条の適用を排除している。

い²⁰⁰⁾。従って、現在の判例を前提とする限り、1881年7月29日の法律の適用領域では、第2の考え方が機能する余地はない²⁰¹⁾。

これとは逆に、第3の考え方は、現在の判例を前提とした場合であってもなお意味を持つ。まず、ある死者に関する報道により一定の近親者の名誉や評判が侵害されたときは、報道側にこれらを害する意図が存在する場合に限られ、かつ、請求主体の範囲も限定されるが、その近親者は1881年7月29日の法律34条に基づき損害賠償を請求することができる²⁰²⁾。次に、ある死者に関する

199) 従って、同法の適用領域に入らない表現の自由の濫用に対しては、民法典1240条が適用される。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 23 janv. 2003, Bull. civ., II, n°15 ; Gaz. Pal., 2003, 3845, note, Pierre Guerder ; Cass. 2^{ème} civ., 8 avril 2004, Bull. civ., II, n°182 ; RCA., juill. 2004, com., 224 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2006, Bull. civ., I, n°274 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2006, Bull. civ., I, n°356 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 2007, Bull. civ., I, n°382 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 2008, Bull. civ., I, n°244 ; D., 2009, 1780, chr., Thierry Massis ; RTD civ., 2009, 331, chr., Patrice Jourdain ; Cass. ch. mixte, 30 nov. 2018, n°17-16.047 ; Gaz. Pal., 2018, 3438 ; etc.

200) Cf. Cass. 2^{ème} civ., 9 oct. 2003, Bull. civ., II, n°293 ; D., 2004, note, Emmanuel Dreyer（商人であった故Aが占領下でナチスに対し芸術作品を密輸していた旨を記したYの著作が公刊されたことから、Aの子X1ら、孫X2ら、および、X1らとX2らだけが株主となっていたX3社が、民法典1240条に基づきYに対して損害賠償の支払を求めた事案である。原審は、本件事案に同条の適用があることを前提としつつ、フォートの証明がないとして、Xらの請求を棄却したが、本判決は、本件事案には1881年7月29日の法律34条だけが適用されること、同条に基づく訴権は既に時効によって消滅していることを理由に、Xらの請求を棄却した）；Cass. 2^{ème} civ., 13 nov. 2003, Bull. civ., II, n°334（Aの妻X1と子X2らが、Aの死亡を告げたY通信社のニュースがAの死後の名声および家族の尊厳を害するものであると主張し、民法典1240条に基づき損害賠償の支払を求めた事案で、本件事案には1881年7月29日の法律34条だけが適用されること、同条に基づく訴権は既に時効によって消滅していることを理由に、Xらの請求を棄却した原審が維持された）；Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2006, supra note 178（Aの承継人Xらが、「黙示録の宗派」「2000年代の指導者たち」と題するYの著書が自己らの名誉および尊厳を害するものであると主張し、民法典1240条に基づき損害賠償の支払を求めた事案で、本件事案には1881年7月29日の法律34条だけが適用されることを理由に、Xらの請求が棄却された）；etc.

201) 1881年7月29日の法律34条が犯罪として想定するのは、報道側に死者の近親者の名誉または評判を害する意図が存在した場面である。この場面は、第3の考え方に関わる。従って、家族のメンバーであった者は、第2の考え方に基づき同法を根拠として損害賠償を請求することもできない。

報道によりその家族のメンバーであった者の私生活の尊重、肖像、無罪推定への権利が侵害されたときは、判例がこれらの侵害に基づく損害賠償請求の根拠条文を民法典1240条ではなく9条または9-1条に求めていること、1881年7月29日の法律で予定されている表現の自由の濫用につきその適用が排除されているのは民法典1240条だけであって、9条または9-1条はそこに含まれていないことに鑑みると²⁰³⁾、当該家族のメンバーであった者は9条または9-1条に基づき損害賠償を請求することができる^{204,205)}。

以上の整理を踏まえると、1881年7月29日の法律の適用領域における現在の実定法では、死者が一定の侵害行為の対象になった場合におけるその家族のメンバーであった者からの損害賠償請求または権利行使は、当該家族のメン

202) Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 2003, Bull. civ., II, n°383 (対外安全保障局長などを歴任した故Aの妻Xが、Y1の著書の中でAの名声などが侵害されたと主張し、Y1および出版社Y2に対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件事案には1881年7月29日の法律31条が適用されるため同法46条に基づき付帯私訴を公訴とは別に提起することはできないとしてXの請求を認めなかった原審が、本件事案には同法34条が適用されるため同法46条の規律の適用はないとの理由で破棄された) ; Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2004, Bull. civ., II, n°19 ; JCP, 2004, II, 10104, note, Emmanuel Dreyer ; Gaz. Pal., 2005, 1227, note, P.-L. G. (著名なグレゴリ事件において当初容疑者として扱われていた故Aの承継人Xらが、同事件を扱ったYの週刊誌の記事によりAの名声などが侵害されたと主張し、Yに対して損害賠償の支払を求めた事案で、本件には1881年7月29日の法律34条が適用されること、事件の経過に鑑みれば本件記事によりAの家族の名誉や評判が害されていること、YにはAの家族に損害を与える意図があったことを理由にXの請求を認容した原審が維持された。なお、グレゴリ事件を扱う記事を週刊誌に掲載した別の出版社に対するXらからの損害賠償請求との関連ではほぼ同旨を述べた判決として、Cass. 2^{ème} civ., 23 sept. 2004, Bull. civ., II, n°424 ; JCP, 2005, I, 143, chr., Bernard Beignier ; Gaz. Pal., 2006, 417, note, Pierre Guerder) ; etc. 否定例として、Cass. 2^{ème} civ., 10 oct. 2002, Bull. civ., II, n°222 ; Gaz. Pal., 2003, 3837, note, Pierre Guerder (医師であった故Aが反ユダヤ、反フリーメイソン、同性愛者、反中絶であったことを示す記事がYの雑誌に掲載されたことから、Aの妻X1と子X2らが1881年7月29日の法律34条に基づきYに対して損害賠償の支払を求めた事案で、YにはXらの名誉または評判を毀損する意図はなかったとして、Xらの請求が棄却された) ; Cass. 2^{ème} civ., 9 oct. 2003, supra note 200 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 nov. 2003, supra note 200 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2006, supra note 178 ; etc.

バー固有の権利や利益を保護するための規律（第3の考え方）に純化されていると評価すべきである。ここでは、家族のメンバーであった者と死者との間の実質的な繋がりを保護するための規律としての位置付け（第2の考え方）が後景に退いている。この帰結は表現の自由と人格の保護との衡量によるものであ

203) Cf. Cass. 1^{re} civ., 7 fév. 2006, Bull. civ., I n°59 ; D., 2006, 605 ; JCP, 2006, II, 10041, note, Grégoire Loiseau ; RTD civ., 2006, 279, chr., Jean Hauser ; RCA., avril 2006, com., 107 (Xが、Yにより執筆された小説内の登場人物が自己をモデルとして描写されこれにより私生活の尊重への権利を侵害されたと主張し、民法典9条に基づき該当部分の除去などを求めた事案で、1881年7月29日の法律の領域では民法典9条の適用は排除される旨のYからの上告が棄却され、Xの請求を認容した原審が維持された) ; Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2007, Bull. civ., I, n°124 ; D., 2007, 2902, chr., Philippe Brun ; JCP, 2007, II, 10141, note, Emmanuel Derieux ; RCA., juin 2007, com., 175 (XがYの日刊紙の記事により無罪推定への権利を侵害されたと主張し民法典9-1条に基づき公式声明の発表を求めた事案で、無罪推定を侵害する表現の自由の濫用は同条に基づいてしかサンクションを科されず、1881年7月29日の法律の各条文は当該侵害を対象とする訴権には適用されないと判示された) ; Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2017, n°16-23. 779 ; D., 2017, 2303 ; D., 2018, 208, chr., Emmanuel Dreyer ; RCA., fév. 2018, com., 31 (同上) ; etc.

204) この場合、当該家族のメンバーであった者は、自己の私生活の尊重への権利、肖像、無罪推定への権利に対する侵害を回避し、停止させる措置を求めることもできる。Cf. Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2000, supra note 187 ; etc.

205) 刑法典は、その226-1条以下で私生活に対する侵害の罪を規定しており、私生活の親密さを侵害される「他人」に死者が含まれることを前提に、同226-6条では、同226-1条および226-2-1条の場合、公訴は、被害者、その法定代理人または承継人の告訴に基づき行使されなければならないとしている。仮にある死者の私生活などが侵害され、その承継人が告訴をし、司法省が行為者を起訴して、当該行為者が有罪となった場合、その承継人が付帯私訴を行使していれば、損害賠償の支払が認められうる。その際、判例は、刑法典の前記条文だけを引用してこれを肯定する (Cass. crim., 21 oct. 1980, Bull. crim., n°262 ; D., 1981, jur., 72, note, Raymond Lindon. また、付帯私訴についての判断であるのか明確でないが、Cf. Cass. crim., 20 oct. 1998, infra note 206)。しかし、人格などの私権は死亡によって消滅するとの立場を前提とすれば、刑法典の前記条文だけを根拠として承継人による損害賠償請求を認めることはできず、別途、民法典9条または9-1条に依拠した第3の考え方によりその結論を基礎付けなければならないはずである。この点において、判例の理解は不明確さを免れない。反対に、刑法典の条文だけを根拠として承継人による付帯私訴を肯定したいのであれば、人格などの私権が死後も一定の範囲で存続するとの理解を受け入れるしかない (Cf. TGI., Paris, 13 janv. 1997, infra note 206)。

るため、この場面だけを取り上げてその適否を論ずることはできない。しかし、本稿の問題関心から言えば、少なくともその帰結の次元で家族のメンバーであった者が死者に対して抱いていた愛情や尊敬の念の保護に外在的な制約が付されていることは重要な意味を持つ。

他方で、死者に私生活の尊重、肖像、名誉などの権利、場合によっては、人間の尊厳が帰属することを認め、ある死者の私生活、肖像、名誉、人間の尊厳などが侵害の対象になった場合に、その者の承継人が、その死者が自らの権利や利益または人間の尊厳への侵害を理由に取得した損害賠償請求または除去などの権利を引き継いで、これらを行行使することができるとの理解を示す裁判例もある²⁰⁶⁾。これは、死者基底の構想であり、その前提として、権利義務の帰属点としての法主体性の拡張、この場面に即して言えば、法主体としての人の終期を後ろに延長する理解を基礎に据える。法における人を多義的に捉え、権利義務の帰属点としての人に加えて尊重対象としての人を観念した上で、死者

206) TGI. Paris, 11 janv. 1977, D., 1977, jur., 83, note, Raymond Lindon ; JCP, 1977, II, 18711, obs., Didier Ferrier ; RTD civ., 1979, 377, chr., Roger Nerson (著名な俳優であった故Aの死後の写真がYの週刊誌に掲載されたことから、Aの妻X1と子X2がYに対してその差止を求めた事案で、私生活の尊重への権利が死を超えて遺体にも及ぶこと、本件記事によりAの肖像に対するXらの権利が侵害されていることを理由に、Xらの請求が認容された) ; TGI. Paris, 23 oct. 1996, supra note 184 (第2の考え方および第3の考え方に基づく損害賠償請求が認容されるだけでなく、Xらは相続訴権として違法な情報の暴露に関して損害賠償を請求する権利を持つとされた) ; TGI., Paris, 13 janv. 1997, D., 1997, jur., 255, note, Bernard Beignier ; JCP, 1997, II, 22845, note, Marie Serna ; D., 1998, som., 87, obs., Christophe Bigot (大統領であった故Aの死後の写真がBの週刊誌に掲載されたことから、司法省がAの妻X1と子X2の告訴を受けて刑法典226-1条と226-2条に基づきBの代表者Yを起訴し、併せてXらが付帯私訴により損害賠償の支払を求めた事案で、私生活の尊重への権利が死亡の時に消滅するというYの主張が明確に退けられ、Xらの請求が認容された。また、控訴審のCA. Paris, 2 juill. 1997, D., 1997, jur., 596, note, Bernard Beignier は、死者が私権を保持するかという点についての結論を留保しつつ、刑法典226-1条によりYを有罪とした上で、Aの代理人としてのXらの請求を認容した。なお、上告審のCass. crim., 20 oct. 1998, Bull. crim., n°264 ; D., 1999, jur., 106, note, Bernard Beignier ; JCP, 1999, II, 10044, note, Grégoire Loiseau は、Yからの上告を棄却した) ; etc.

を後者の中に含めることは可能であるとしても²⁰⁷⁾、前者を拡張し死者をその中に含め、現実の生を離れて死者の権利や尊厳を語ることには困難を伴う²⁰⁸⁾。そのため、上記の裁判例はごく少数に止まる。

本稿の問題関心に照らすと、この理解は、法律論としては、死者の人格などの保護に関わる問題を「家族の保護」ではなく、人それ自体の保護の枠内に位置付けるものである。もっとも、この場面では保護対象として想定されている人が実在しないため、その人による権利行使は問題とならない。この理解による場合であっても、現象としては、当該死者との関連で承継人としての地位を有する家族のメンバーによる権利行使という形で問題が現れる。以上を踏まえると、死者基底的構想は、問題を個人化させて把握しつつ、権利行使の次元で身分的要素を介在させざるを得ない枠組である。この限りにおいて、この理解も「家族の保護」に関わる。また、この理解によると、死者の承継人、そして、それ以外の家族のメンバーは、直接被害者である死者との関係では間接被害者として位置付けられることになる。従って、1で整理した現在の実定法に従え

207) 最近の判例は、事故や事件に巻き込まれて死亡した者についてその事故や事件当時の写真が公表されたことを受けてその近親者が損害賠償または差止を求める場面で、人間の尊厳が尊重されているかという判断を媒介させつつ、家族の私生活または死者への尊敬の念の侵害が生じたかどうかを評価している（Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2010, *supra* note 184のほか、否定例であるが、Cass. 2^{ème} civ., 4 nov. 2004, Bull. civ., II, n°486 ; JCP, 2004, II, 10186, note, David Bakouche ; D., 2005, 539, chr., Hélène Gaumont-Prat ; D., 2005, 696, note, Isabelle Corpart ; D., 2005, 2648, chr., Christophe Bigot ; JCP, 2005, I, 143, chr., Bernard Beignier et Bertrand de Lamy ; Gaz. Pal., 2005, 4154, note, Sylvia Lasfargeas ; RTD civ., 2005, 363, chr., Jean Hauser ; Dr. et pat., fév. 2005, 130, obs., Grégoire Loiseau。また、墓地から死体を取り出す行為について、Cf. TGI. Lille, 10 nov. 2004, *supra* note 185)。死後に人間の尊厳を認めることには問題があり（これを強調すると死者基底的構想になる）、死者の尊重という表現を用いた方がより適切であると考えられるが、この点は別としても、これらの判例は、本文の傾向を示す1つの例として位置付けられる。

208) 民事責任法における人の始期および終期の問題については、近刊予定の拙稿「民事責任法における人の生——フランス法との比較からみた日本法の特徴と課題——」池田真朗先生古稀記念論文集『民法と金融法の新時代』（慶應義塾大学出版会・2019年）所収のほか、続稿として予定している「民事責任法と人」の中で扱われる。

ば、愛情損害の賠償、特に単なる感情の侵害を理由とする損害賠償請求も排除されない。ここにも、「家族としての保護」の問題が現れる。

(2) 自己に対する行為による場合

① 現時点での家族のメンバーとの関係が害されたことを理由に損害賠償が請求される場合

ここでは、ある者が身体に対する侵害を受けた場合に現時点での家族のメンバーとの関わりの中でどのような権利の侵害または損害が観念されるのかという問題を扱う²⁰⁹⁾。

ダンティヤックのリストによると、ある者が不法行為により負傷した場合、その者は、一時的な(症状固定前の)財産的損害として、治療費や入院費などの現在の健康状態に関わる費用、その他の各種費用、現在の収入の喪失に関する賠償を、永続的な(症状固定後の)財産的損害として、将来の健康状態に関わる費用、住居や乗り物の適応に要する費用、第三者による扶助に要する費用、将来の収入の喪失、職業上の影響、就学等の損害に関する賠償を、一時的な(症状固定前の)非財産的損害として、一時的機能欠陥、耐えた苦痛、一時的美的損害に関する賠償を、永続的な(症状固定後の)非財産的損害として、永続的機能欠陥、楽しみ損害、永続的美的損害、性的損害、家族構成損害、並外れた永続的損害に関する賠償を請求することができる。また、C型肝炎ウイルス、HIV、クロイツフェルト・ヤコブ病、アスベストなどの被害の場面では、これらの被害者は、進行的な症状固定外の非財産的損害として感染に関する特殊な損害の賠償を請求することができる。もちろん、これらの損害項目のリストは、

209) 生命に対する侵害の場面が除かれているのは、フランス法では、生命の喪失から生ずる損害については被害者自身に発生することがなくその賠償請求権も相続の対象にならないとの理解、従って、被害者が死亡するまでに生じた損害、つまり、身体に対する侵害から生じた損害のみが死亡の前にその財に入り、この損害の賠償請求権だけが相続の対象になるとの理解が受け入れられているため、ある者が生命に対する侵害を受けた場合に家族のメンバーとの関わりの中で観念される権利の侵害または損害は何かという問題も成立しえないからである。

閉じられたものではない。これらのうち、上記の問題意識から関心が向けられるのは、一時的および永続的機能欠陥、性的損害、感染に関する特殊な損害である。

第1に、機能欠陥について、リストの定義によれば、一方で、一時的機能欠陥は、被害者が症状固定時までには被った全部または一部の機能的障害であり、そこから生ずる損害は、日常生活における諸行為に際しての不自由であるとされ、他方で、永続的機能欠陥は、身体的完全性に対する侵害から生ずる身体的、精神感覚的または知的な潜在能力の減少であり、そこには、後遺障害に結びつく苦痛や心理的影響、あらゆる生活への日常的かつ客観的な作用が含まれるとされる。また、判例は、この定義をより具体化して、機能欠陥の中には、生活の質の喪失、日常生活における通常の喜びの喪失、「被害者が個人、家族および社会生活の中で感じる障害」が含まれるとしている²¹⁰⁾。従って、この理解によると、ある者が身体に対する侵害を受けたことにより家族のメンバーと交

210) Cass. 2^{ème} civ., 28 mai 2009, Bull. civ., II, n°131 ; D., 2009, 1606, obs., Inès Gallmeister ; JCP, 2009, 248, chr., Cyril Bloch ; JCP. éd. S., 2009, 1461, note, Dominique Asquinazi-Bailieux ; RTD civ., 2009, 534, chr., Patrice Jourdain ; RCA, juill. 2009, com., 202 ; D., 2010, 53, chr., Olivier Gout (機能欠陥と楽しみ損害の区別) ; Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 2009 (2 arrêts), Bull. civ., II, n°279 ; D., 2009, 2933, obs., Inès Gallmeister ; RTD civ., 2010, 117, chr., Patrice Jourdain ; RCA, fév. 2010, com., 33 ; Méd. et dr., 2012, 37, chr., Christina Corgas-Bernard (機能欠陥と感染に関する特殊な損害の区別) ; Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juill. 2010, n°09-68.003 ; RCA, oct. 2010, com., 240, note, Hubert Groutel (機能欠陥と楽しみ損害の区別) ; Cass. 2^{ème} civ., 13 janv. 2012, Bull. civ., II, n°9 ; D., 2012, 281, obs., Valérie Da Silva ; Gaz. Pal., 2012, 888, note, Anaïs Renelier ; RTD civ., 2012, 316, chr., Patrice Jourdain ; RCA, avril 2012, com., 92 ; D., 2013, 41, chr., Olivier Gout (機能欠陥と家族構成損害の区別) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 2014, Bull. civ., II, n°247 ; D., 2015, 469, note, Anne Guégan-Lécuyer ; D., 2015, 1806, chr., Laurence Lazerges-Cousquer ; D., 2015, 2288, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; Gaz. Pal., 2015, 491, note, Claudine Bernfeld ; RCA, mars 2015, com., 75, note, Hubert Groutel (一時的機能欠陥と性的損害の区別) ; Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 2015, Bull. civ., II, n°524 ; D., 2015, 2445 ; D., 2016, 750, chr., Laurence-Lazerges-Cousquer et Nathalie Palle ; D., 2016, 2190, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; Gaz. Pal., 2016, 993, note, Daphné Tapinos (一時的機能欠陥と刑事訴訟法典 706-3 条の完全な労働不能の区別) ; Cass. 2^{ème} civ., 8 déc. 2016, n°15-28.181 ; Gaz. Pal., 2017, 459, note, Aurélia Delhay (機能欠陥と感染に関する特殊な損害の区別) ; etc.

流が妨げられたときには、当該障害は一時的または永続的機能欠陥の項目として賠償される^{211,212)}。そして、損害の評価は具体的に行わなければならないという原則が存在し²¹³⁾、1で整理したように現在では愛情損害の有無が身分や地位から切り離して評価されていることに鑑みると、一時的または永続的機能欠陥の中では、身分としての家族のメンバーではなく事実としての家族のメンバーとの関わりの阻害が問われていると考えられる。

なお、身体の侵害に起因する家族のメンバーとの交流の阻害という要素が永続的機能欠陥ではなく楽しみ損害の中で考慮されていた時期もあった。現在の判例は、楽しみ損害について、被害者がスポーツまたは特別な余暇の活動を定

211) Cf. Cass. 2^{ème} civ., 28 mai 2009, supra note 210 (C型肝炎ウイルスに感染した者からの損害賠償請求との関連で、原審は、一時的および永続的機能欠陥の賠償に加え、余暇の活動をする事ができなくなったこと、孫と過ごすことができなくなったことを捉えて、楽しみ損害の賠償を認めたが、本判決は、原審が楽しみ損害として賠償を認めた損害は一時的または永続的機能欠陥に含まれているとして、原審を破棄した) ; etc.

212) 機能欠陥は愛情損害とは区別される。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 23 mars 2017, Bull. civ., II, n°64 ; D., 2017, 761 ; D., 2017, 1409, note, Adrien Bascoulergue ; D., 2017, 2230, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; JCP, 2017, 1174, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2017, 1256 ; Gaz. Pal., 2017, 1782, note, Anaïs Renelier ; RTD civ., 2017, 664, chr., Patrice Jourdain ; RCA, juin 2017, com., 154 (夫を殺害された妻に対して愛情損害および自らに生じた精神的完全性への侵害に由来する機能欠陥と耐えた苦痛の賠償が認められた事例)。もっとも、機能欠陥のうち家族生活に生じた障害と愛情損害は重複する。例えば、Aが何らかの不法行為により重傷を負い、その結果Aの配偶者Bが精神的完全性を害された場合、上記の判例の理解をそのまま当てはめれば、Bは、⑦自己の精神的完全性に対する侵害によりAとの現実的な関わりを害されたことを理由として機能欠陥の賠償を請求し、④Aが重傷を負ったことを理由に愛情損害の賠償を請求することができる。しかし、⑦と④は、誰に対して向けられた侵害であるかという観点からは区別されるが、その内容においてはいずれもAとの関係の阻害を問題にするものである。従って、⑦と④は重複し、二重の賠償は認められない。

213) Cf. Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, Les effets de la responsabilité, 4^{ème} éd., LGDJ., Paris, 2017, n°116 et s., pp.153 et s. ; Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, 11^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017, n°2321 et s., pp.1071 et s. ; etc. また、少し古いが、Cf. Noël Dejean de la Batie, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, préf. Henri Mazeaud, Bibliothèque de droit privé, t.57, LGDJ., Paris, 1965, n°337 et s., pp.263 et s. ; etc.

期的に実施することができなくなったことに結び付く損害として捉える²¹⁴⁾。
この狭義の理解によれば、楽しみ損害と永続的機能欠陥とは明確に区別され、

214) Cass. 2^{ème} civ., 28 mai 2009, supra note 210（広義の理解を採用した原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juill. 2010, supra note 210（広義の理解を採用した原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 4 nov. 2010, n°09-69.918；RCA., janv. 2011, com., 5（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 14 mars 2013, n°11-24.237；RCA., juill. 2013, com., 221（広義の理解を採用した原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 25 avril 2013, n°11-23.879；RCA., juill. 2013, com., 219, note, Hubert Groutel（広義の理解を採用した原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 28 mai 2014, n°13-16.898；RCA., sept. 2014, com., 263（家族と自転車に乗ること、時々テニスをするにつき否定）；Cass. 2^{ème} civ., 18 sept. 2014, n°13-20.400；Gaz. Pal., 2015, 493, note, Daphné Tapinos（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. crim., 5 mai 2015, n°14-82.002；Gaz. Pal., 2015, 1891, note, Daphné Tapinos（自転車での世界一周につき肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 2 juill. 2015, n°14-18.351；RCA., oct. 2015, com., 245（過去に何の活動もしていなかった者に楽しみ損害の存在を認めた原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 10 déc. 2015, n°14-26.726；Gaz. Pal., 2016, 2727, note, Claudine Bernfeld；RCA., mars 2016, com., 75, note, Hubert Groutel（同年代の若者と同じ活動をするにつき否定）；Cass. 2^{ème} civ., 26 mai 2016, n°15-16.438；Gaz. Pal., 2016, 2727, note, Frédéric Bibal et Emma Leduc（社交ダンス、ガーデニングにつき肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2016, n°15-18.592；RCA., oct. 2016, com., 266（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 19 janv. 2017, n°15-29.437；Gaz. Pal., 2017, 1776, note, Claudine Bernfeld et Emma Dinparast（日曜大工、ベタンク、弓道につき肯定）；Cass. 1^{er} civ., 8 fév. 2017, Bull. civ., I, n°38；D., 2017, 407；Gaz. Pal., 2017, 1776, note, Claudine Bernfeld et Emma Dinparast；RCA., mai 2017, com., 143, note, Laurent Bloch（映画界で働くこと、自動車を運転することにつき否定）；Cass. 2^{ème} civ., 9 fév. 2017（2 arrêts）, n°15-22.082 et n°16-11.219；Gaz. Pal., 2017, 1776, note, Claudine Bernfeld et Emma Dinparast；RCA., mai 2017, com., 133, note, Hubert Groutel（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 2 mars 2017, Bull. civ., II, n°46；D., 2017, 2228, chr., Stéphanie Porchy-Simon；Gaz. Pal., 2017, 1776, note, Claudine Bernfeld et Emma Dinparast；Gaz. Pal., 2017, 1778, note, Frédéric Bibal；RCA., mai 2017, com., 133, note, Hubert Groutel（サイクリング、ガーデニングにつき肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 25 janv. 2018, n°17-10.299；D., 2018, 2155, chr., Mireille Bacache；Gaz. Pal., 2018, 1598, note, Frédéric Bibal；RCA., avril 2018, com., 97（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 2018, n°17-14.499；D., 2018, 719；D., 2018, 2156, chr., Anne Guégan；Gaz. Pal., 2018, 1599, note, Noémie Klein；RCA., juin 2018, com., 157；D., 2019, 38, chr., Philippe Brun（以前と同じ形でのスポーツ活動と水上の余暇につき肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2018, n°16-21.776；D., 2018, 1488；D., 2018, 2156, chr., Anne Guégan；Gaz. Pal., 2018, 2756, note, Noémie Klein；D., 2019, 38, chr., Philippe Brun（オートバイの運転につき肯定）；etc.

上記の要素は永続的機能欠陥に内包される。これに対して、以前の判例の多くは、日常生活の中で感じる障害のすべてや生活の質の低下を楽しみ損害の中に入れていた²¹⁵⁾。この広義の理解には、被害者に対して身体的損害に係る給付を支払った者が加害者などに対して求償をすることができること、楽しみ損害などの人的損害はこの求償の対象から除外されていたこと（つまり、人的損害は上記の給付により填補されていないこと）との関連で、日常生活における障害を機能欠陥ではなく楽しみ損害と性質決定することにより、この要素を求償の対象から外し、被害者が別途加害者などに対してその賠償を求めることができるようにするという目的があった²¹⁶⁾。その結果、永続的機能欠陥と楽しみ損害との区別は不明確になり、家族のメンバーとの交流の阻害という要素は楽しみ損害の中にも包含されることになった²¹⁷⁾。もっとも、その後、2006年12月21日の法律により一時的または永続的機能欠陥が求償の対象から除外されることになったため、楽しみ損害について広義の理解を維持する必要もなくなり、狭義の理解が受け入れられるに至った²¹⁸⁾。こうして、楽しみ損害と永続的機能欠陥との区別は明確化され、上記の要素は永続的機能欠陥の中で捉えら

215) 広義の理解を採用した原審を維持したものとして、Cass. 2^{ème} civ., 20 mai 1978, Bull. civ., II, n°131 ; Cass. crim., 5 mars 1985, Bull. crim., n°105 ; D., 1986, jur., 445, note, Hubert Groutel ; Cass. soc., 21 oct. 1985, Bull. civ., V, n°478 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 oct. 1989, Bull. civ., II, n°178 ; Cass. soc., 5 janv. 1995, Bull. civ., V, n°10 ; JCP, 1995, I, 3853, chr., Geneviève Viney ; RTD civ., 1995, 892, chr., Patrice Jourdain ; Cass. 2^{ème} civ., 19 mars 1997, n°94-17.062 ; RTD civ., 1997, 662, chr., Patrice Jourdain ; D., 1998, jur., 59, note, Yvonne Lambert-Faivre ; Gaz. Pal., 1999, 2, som., 783 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 avril 2000, n°98-19.247 ; RCA., juill. 2000, com., 227, note, Hubert Groutel ; Cass. 2^{ème} civ., 5 oct. 2006, Bull. civ., II, n°254 ; D., 2006, 2483 ; RTD civ., 2007, 127, chr., Patrice Jourdain (ただし、フットボールクラブの長を辞任し、ガーデニングをすることができなくなったことが問題となっており、狭義の理解による場合であっても結論は異ならないと思われる) ; etc. 狭義の理解を採用した原審を破棄したものとして、Cass. crim., 14 juin 1978, Gaz. Pal., 1978, 2, jur., 550, note, L.-H. Thomas ; RTD civ., 1979, 800, chr., Georges Durry ; Cass. 2^{ème} civ., 25 fév. 1981, Bull. civ., II, n°43 ; Gaz. Pal., 1981, 2, pan., 175, note, François Chabas ; Cass. soc., 16 nov. 1983, Bull. civ., V, n°558 ; D., 1984, jur., 466, note, Yves Chartier ; Cass. crim., 26 mai 1992, Bull. crim., n°210 ; JCP, 1992, I, 3625, chr., Geneviève Viney ; RCA., août-sept. 1992, com., 301 ; etc.

れるようになった。このような経緯からは、実定法が、どの損害項目の中で考慮するかという点では異なるものの、家族のメンバーとの関わりが妨げられたという要素を一貫して賠償されるべき損害と捉えてきたことが明らかになる。

第2に、性的損害は²¹⁹⁾、リストおよび判例の定義によれば、性的な領域に

216) Cf. Cass. 2^{ème} civ., 19 mars 1997, Bull. civ., II, n°79 ; RTD civ., 1997, 662, chr., Patrice Jourdain ; RCA., juin 1997, com., 194 ; D., 1998, jur., 59, note, Yvonne Lambert-Faivre ; Gaz. Pal., 1999, 2, som., 783 ; Cass. ass. plén., 19 déc. 2003, Bull. ass. plén., n°8 ; D., 2004, 161, note, Yvonne Lambert-Faivre ; JCP, 2004, I, 163, chr., Geneviève Viney ; Gaz. Pal., 2004, 1074, note, Aline Boyer ; RTD civ., 2004, 303, chr., Patrice Jourdain ; PA., 12-13 avril 2004, 14, note, Marie-France Steinlé-Feuerbach ; PA., 10 sept. 2004, 12, note, Yannick Dagorne-Labbé ; D., 2005, 190, chr., Patrice Jourdain (また, Cf. Hubert Groutel, Il y a un «préjudice d'agrément» et un «préjudice d'agrément» !, RCA., avril 2004, chr., 9) ; Cass. crim., 9 mars 2004, Bull. crim., n°60 ; D., 2004, 1214 ; Cass. crim., 6 avril 2004, Bull. crim., n°90 ; D., 2004, 1645 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 avril 2004, Bull. civ., II, n°193 ; etc.

217) この点を明確に説く判例として、Cass. 2^{ème} civ., 19 avril 2005, Bull. civ., II, n°99 ; RCA., juill. 2005, com., 211, note, Hubert Groutel ; RTD civ., 2006, 119, chr., Patrice Jourdain ; Cass. 2^{ème} civ., 11 oct. 2005, Bull. civ., II, n°242 ; RCA., déc. 2005, com., 345, note, Hubert Groutel ; RTD civ., 2006, 119, chr., Patrice Jourdain ; etc.

218) 狭義の理解を採用した Cass. 2^{ème} civ., 28 mai 2009, supra note 210 以降も、社会保障法の適用領域では、Cass. 2^{ème} civ., 28 fév. 2013, Bull. civ., II, n°48 ; D., 2013, 646 ; JCP, 2013, 303, obs., Nathalie Dedessus-Le-Moustier ; JCP. éd. S., 2013, 1221, note, Gérard Vachet ; RTD civ., 2013, 383, chr., Patrice Jourdain ; RCA., mai 2013, com., 142, note, Hubert Groutel ; Dr. soc., 2013, 658, note, Sophie Hocquet-Berg に至るまで、広義の理解が採用されていた。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 8 avril 2010 (2 arrêts), Bull. civ., II, n°77 et 78 ; D., 2010, 1086, obs., Sabrina Lavric ; D., 2010, 2113, chr., Hugues Adida-Canac et Savinien Grignon Dumoulin ; JCP, 2010, 1015, chr., Cyril Bloch ; JCP. éd. E., 2010, 2090, chr., Dominique Asquinazi-Bailleux ; JCP. éd. S., 2010, 1262, note, Thierry Tauran ; Gaz. Pal., 2010, 2420, note, Frédéric Bibal (n°09-11.634) ; RTD civ., 2010, 559, chr., Patrice Jourdain ; D., 2011, 35, chr., Olivier Gout ; Méd. et dr., 2012, 35, chr., Christina Corgas-Bernard (また, Cf. Pierre Sargos, Le point sur la réparation des préjudices corporels, et notamment le préjudice d'agrément, après deux arrêts rendus le 8 avril 2010, D., 2010, pp.1089 et s. ただし, n°09-11.634 の事件では、自転車に乗り、イギリス式ボクシングをすることができなくなることが問題となっており、狭義の理解による場合であっても結論は異ならないと思われる) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 déc. 2011, n°10-26.930 ; Gaz. Pal., 2012, 887, note, Anaïs Renelier ; etc.

関わる損害のすべて、より具体的には、性器官の損傷に関わる形態的損害、性欲の喪失を含む性行為の実行に伴う喜びの喪失、性行為を実現する身体的能力の喪失、快楽に到達する能力の喪失などに基づく性行為それ自体に関わる損害、生殖が不可能または困難であることに関わる損害を包含する²²⁰⁾。この定義を一瞥するだけでも、ここでは、単なる性器官の損傷が填補の対象とされるだけでなく、パートナーと性的な交渉を持つことや生殖を行い縦の家族関係を築くことが個人の人格の実現にとって必要不可欠である点を踏まえ²²¹⁾、性的な次元における家族との交流の阻害が日常的な次元における家族との交流阻害から独立した損害項目とされ賠償の対象として捉えられていることが分かる。この観点からは、ここで言う阻害された性的関係には、配偶者との関係のみならず、

219) Cf. Martine Bourrié-Quenillet, *Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation*, JCP, 1996, I, 3986, pp.495 et s. (なお、Méd. et dr., 1997, vol.23, pp.3 et s. にも同タイトルの論文が掲載されている) ; Lisa Carayon, *Réflexions autour du préjudice sexuel : Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre*, D., 2017, pp.2257 et s. ; etc. また、Gaz. Pal., 2018, pp.586 et s. で性的損害の特集が組まれている。

220) Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 2010, Bull. civ., II, n°115 ; D., 2010, 1625 ; RTD civ., 2010, 562, chr., Patrice Jourdain ; RCA., oct. 2010, com., 240, note, Hubert Groutel ; D., 2011, 36, chr., Olivier Gout ; etc.

221) このことは、性的損害が永続的機能欠陥や楽しみ損害から明確に区別されていることに現れている。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 6 janv. 1993, Bull. civ., II, n°6 ; JCP, 1993, I, 3727, chr., Geneviève Viney ; RTD civ., 1993, 587, chr., Patrice Jourdain ; RCA., mars 1993, com., 75 (楽しみ損害からの独立性)。また、Cf. Hubert Groutel, *Les facettes de l'autonomie du préjudice sexuel*, RCA., mars 1993, chr., 7, pp.1 et s.) ; Cass. 2^{ème} civ., 21 mai 1997, n°94-19.209 ; RCA., oct. 1997, com., 288 (永続的一部不能からの独立性) ; Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 1998, n°97-13.242 ; RCA., janv. 1999, com., 1 ; Méd. et dr., 1999, vol.34, 31, chr., P. B. (永続的一部不能からの独立性) ; Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2005, Bull. civ., II, n°122 ; D., 2005, 1451 ; RCA., juill. 2005, com., 212, note, Hubert Groutel (永続的一部不能からの独立性) ; Cass. 2^{ème} civ., 4 avril 2012, Bull. civ., II, n°67 ; RCA., 2012, com., 156 (楽しみ損害からの独立性) ; Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 2012, Bull. civ., II, n°127 ; D., 2012, 1820 ; JCP, 2012, 1252, chr., Cyril Bloch ; JCP. éd. S., 2012, 1388, note, Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic ; Gaz. Pal., 2012, 3406, note, Anaïs Renelier ; RCA., nov. 2012, com., 294 ; D., 2013, 52, chr., Philippe Brun (永続的機能欠陥からの独立性) ; etc. Contra. Cass. 2^{ème} civ., 8 avril 2010, n°09-14.047, supra note 218 (楽しみ損害への包摂) ; etc.

カップルのパートナーとのそれも含まれると考えられる^{222,223)}。他方で、性的損害を症状固定後についてだけ観念し、一時的な性的損害を一時的機能欠陥の枠内で把握する判例の立場は²²⁴⁾、症状固定前の性的次元における家族との交流の阻害を過小評価することになりかねず、適切でない。(永続的)性的損害が永続的機能欠陥とは別に予定されているのと同じように、一時的性的損害という独立した損害項目を一時的機能欠陥とは別に想定することが必要である²²⁵⁾。

第3に、感染に関する特殊な損害は²²⁶⁾、判例によって徐々に認められていったものである²²⁷⁾。現在の実定法によれば、感染に関する特殊な損害は、ウイルス感染から生ずる身体的および精神的な損害のすべて、特に、生の希望との関連で常に潜在する混乱や恐怖、感染の発見から生ずる情緒のリスク、社会生活、家族生活および性生活の障害、治療や看護によって引き起こされる苦痛、美的損害および楽しみ損害を包含する²²⁸⁾。この定義によると、ある者がウイ

222) フランスの平均的なカップルが行う性行為の回数との比較から性的損害の額を算定した裁判例として、Cf. *TI. Saintes*, 6 janv. 1992, D., 1993, som., 28, obs., Jean Penneau.

223) 一般的に受け入れられている性の捉え方を踏まえることなく性的損害の評価が行われるべきことを強調するものとして、Carayon, *supra* note 219, pp.2527 et s.

224) *Cass. 2^{ème} civ.*, 11 déc. 2014, *supra* note 210. また、一時的な楽しみ損害についても同様の理解が示されている。Cf. *Cass. 2^{ème} civ.*, 5 mars 2015, *Bull. civ.*, II, n°51 ; D., 2015, 624 ; D., 2015, 1806, chr., Laurence Lazerges-Cousquer ; D., 2015, 2288, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; *JCP.*, 2015, 434, obs., Patrice Jourdain ; *JCP.*, 2015, 2375, chr., Mireille Bacache ; *Gaz. Pal.*, 2015, 1169, note, Anne Guégan-Lécuyer ; *Gaz. Pal.*, 2015, 1567, note, Daphné Tapinos ; *Gaz. Pal.*, 2015, 1890, note, Daphné Tapinos ; *RCA.*, juin 2015, com., 168, note, Hubert Groutel ; D., 2016, 38, chr., Philippe Brun. これらの判例は、一時的な楽しみ損害が一時的機能欠陥から区別される旨を判示していたかつての立場 (*Cass. 2^{ème} civ.*, 4 nov. 2010, *supra* note 214) を修正したものである。

225) Cf. Guégan-Lécuyer, *supra* note 210, pp.471 et s. ; Jourdain, *supra* note 224, p.715 ; Bacache, *supra* note 224, p.2376 ; etc.

226) Cf. François Chabas, *La notion de préjudice de contamination*, *RCA.*, numéro spécial, mai 1998, pp.20 et s. ; Bélanda Waltz, *Réflexions autour de la notion de préjudice spécifique de contamination*, *RCA.*, juill. 2013, étude 5 ; etc.

ルスに感染したことにより家族のメンバーと現実的または性的な交流が妨げられたときには、当該障害は感染に関する特殊な損害として賠償される²²⁹⁾。また、

227) 輸血により HIV に感染した者に生じた損害の評価の特殊性を示した、CA. Paris, 7 juill. 1989, Gaz. Pal., 1989, 2, jur., 752, concl., Guy Pichot; CA. Rennes, 23 oct. 1990, Gaz. Pal., 1991, 1, jur., 232; TGI. Bobigny, 19 déc. 1990, Gaz. Pal., 1991, 1, jur., 233; CA. Paris, 26 nov. 1991, Gaz. Pal., 1992, 2, jur., 580; CA. Paris, 28 nov. 1991, D., 1992, jur., 85, note, Annick Dorsner-Dolivet; Gaz. Pal., 1992, 1, jur., 120, concl., Georgette Benas, note, J.-G. M. et note, Gibert Paire; CA. Paris, 27 nov. 1992, Gaz. Pal., 1992, 2, jur., 728, note, J.-G. M.; etc. を経て、破毀院も同様の事例で感染に関する特殊な損害の存在を認めるに至った。Cass. 2^{ème} civ., 20 juill. 1993, Bull. civ., II, n°274; D., 1993, jur., 526, note, Yves Chartier; JCP, 1993, I, 3723, chr., Geneviève Viney; Gaz. Pal., 1994, 2, pan., 142; RTD civ., 1994, 107, chr., Patrice Jourdain; Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} fév. 1995 (2 arrêts), Bull. civ., II, n°41 et 42; Gaz. Pal., 1995, 2, pan., 186 et 206; RTD civ., 1995, 626, chr., Patrice Jourdain; etc.

また、輸血による C 型肝炎ウイルスへの感染について、Cf. Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1996, Bull. civ., I, n°306; RCA., déc. 1996, com., 385; Gaz. Pal., 1997, 1, pan., 108; Gaz. Pal., 1997, 2, som., 384, note, François Chabas; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avril 2003, Bull. civ., n°95; RTD civ., 2003, 506, chr., Patrice Jourdain; JCP, 2004, I, 101, chr., Geneviève Viney; etc. ヒト成長ホルモン投与後のクロイツフェルト・ヤコブ病へのり患について、TGI. Montpellier, 9 juill. 2002, JCP, 2002, II, 10158, note, François Violla; RTD civ., 2002, 818, chr., Patrice Jourdain; etc.

228) Cass. 2^{ème} civ., 2 avril 1996, Bull. civ., II, n°88 (HIV); Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2006, Bull. civ., I, n°215; RTD civ., 2006, 562, chr., Patrice Jourdain; RCA., juill. 2006, com., 243 (C 型肝炎ウイルス); Cass. 2^{ème} civ., 4 déc. 2008, n°07-21.435; RCA., fév. 2009, com., 43 (C 型肝炎ウイルス); Cass. 2^{ème} civ., 24 sept. 2009, Bull. civ., II, n°226; D., 2009, 2489; RCA., déc. 2009, com., 345; RTD civ., 2010, 117, chr., Patrice Jourdain (C 型肝炎ウイルス); Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 2009 (2 arrêts), supra note 210 (C 型肝炎ウイルス); Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 2009, Bull. civ., II, n°280; RTD civ., 2010, 117, chr., Patrice Jourdain; RCA., fév. 2010, com., 35; Méd. et dr., 2012, 37, chr., Christina Corgas-Bernard (C 型肝炎ウイルス); Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2010, Bull. civ., II, n°65; D., 2010, 892, obs., Inès Gallmeister; RTD com., 2010, 776, chr., Bernard Bouloc; RCA., juin 2010, com., 142 (C 型肝炎ウイルス); Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 2012, supra note 109 (HIV, C 型肝炎ウイルス。また、Cf. Sophie Hocquet-Berg, Être et le savoir, RCA., fév. 2013, étude 1); Cass. 2^{ème} civ., 12 déc. 2013, n°12-27.292; Gaz. Pal., 2014, 537, note, Florence Boyer; RCA., déc. 2014, com., 83 (C 型肝炎ウイルス); Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2018, n°17-28.272; D., 2018, 2362 (C 型肝炎ウイルス); etc. また、Cf. CE., 27 mai 2015, Gaz. Pal., 2015, 3295, note, Florence Boyer et Aurélia Delhay; AJDA., 2015, 1072; AJDA., 2015, 2340, note, Hugo-Bernard Pouillaude; D., 2016, 36, chr., Olivier Gout (C 型肝炎ウイルス); etc.

判例は、労働者がアスベストを含む粉塵を吸引する可能性がある職場で働いていた場合、より正確に言えば、労働者が1998年12月23日の法律41条によりアスベスト労働者早期退職手当を受給する資格を持ち、同条の適用を受ける施設（使用者）などに対して損害賠償を請求する場合には、この労働者は同手当の受給とは別に不安損害の賠償を請求することができるとしている²³⁰⁾。そして、この不安損害は²³¹⁾、生活の混乱に結びつくものも含め²³²⁾、病気が発生または拡大するリスクを認識したことに伴う心理的障害の総体を意味するとされる²³³⁾。HIVやC型肝炎ウイルスの感染の場面とは異なり、ここでは、疾患が現れるリスクが問題となっているに過ぎないため、感染に関する特殊な損害ではなく不安損害という名称が用いられているが、上記の理解からすると、不安損害には、感染に関する特殊な損害と同じく、心理的不安に起因して家族のメンバーとの交流が現実的に妨げられたことという要素が含まれると考えられる²³⁴⁾。また、ジエチルスチルベストロールを処方された者または被処方者を

229) Cf. Cass. 2^{ème} civ., 26 mars 2015, n°13-26.346 ; Gaz. Pal., 2015, 1892, note, Aurélie Delhay (HIVとC型肝炎ウイルスへの感染により父子関係が変質したことを理由に精神的損害の賠償を認めた原審が、当該要素は感染に関する特殊な損害に含まれるとの理由で破棄された事例)

230) 破毀院の判例としては、Cass. soc., 11 mai 2010, Bull. civ., V, n°106 ; D., 2010, 1358 ; D., 2010, 2048, note, Cristina Bernard ; JCP, 2010, 568, chr., Sébastien Miara ; JCP, 2010, 733, note, Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic ; JCP, 2010, 1015, chr., Cyril Bloch ; JCP. éd. E., 2010, 2090, chr., Dominique Asquinazi-Bailleux ; JCP. éd. S., 2010, 1261, note, Gérard Vachet ; RTD civ., 2010, 564, chr., Patrice Jourdain ; RCA., sept. 2010, com., 218, note, Matthieu Develay ; Dr. soc., 2010, 839, avis, Jacques Duplat ; D., 2011, 37, chr., Olivier Gout を嚆矢とする。

231) Cf. Gérard Vachet, L'indemnisation des préretraités 《amiante》 : Vers une nouvelle discrimination entre victimes de maladies professionnelles ?, JCP. éd. E., 2010, 1459 (なお、JCP. éd. S., 2010, 1181にも同タイトルの論文が掲載されている) ; Laurent Gaudemet, Le préjudice d'anxiété, Dr. soc., 2015, pp.55 et s ; etc. また、不安損害一般について、Cf. Cristina Corgas-Bernard, Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ?, RCA., avril 2010, étude 4 ; Patrice Jourdain, Les préjudices d'angoisse, JCP, 2015, 739, pp.1221 et s. ; etc.

母に持つ者に対して認められた不安損害の賠償に関しても²³⁵⁾、同様の解釈が妥当する²³⁶⁾。

感染に関する特殊な損害または不安損害の中で家族のメンバーとの交流の阻

232) Cass. soc., 25 sept. 2013 (4 arrêts), Bull. civ., V, n^{os}201, 202, 208 et 209 ; D., 2013, 2229 (n^o12-20.157) ; D., 2013, 2663, chr., Stéphanie Porchy-Simon (n^o12-20.157 et n^o12-20.912) ; D., 2013, 2954, note, Anne Guégan-Lécuyer (n^o12-20.157) ; JCP. éd. E., 2013, 1649, note, Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic (n^o12-12.883, n^o12-20.157 et n^o12-20.912) ; JCP. éd. S., 2013, 1458, note, Dominique Asquinazi-Bailleux (n^o12-12.883) ; JCP. éd. S., 2013, 1459, note, Michel Ledoux et Frédéric Quinquis (n^o12-12.110, n^o12-20.157 et n^o12-20.912) ; Gaz. Pal., 2013, 3826, note, Mustapha Mekki (n^o12-20.157) ; RTD civ., 2013, 844, chr., Patrice Jourdain (n^o12-12.110, n^o12-12.883 et n^o12-20.157) ; RCA., déc. 2013, com., 379 (n^o12-12.110 et n^o12-20.157) ; D., 2014, 47, chr., Philippe Brun (n^o12-20.157) ; JCP., 2014, 568, chr., Cyril Bloch (n^o12-12.883, n^o12-20.157 et n^o12-20.912) ; RDC., 2014, 23, obs., Geneviève Viney (n^o12-20.157) (また、Cf. Cristina Corgas-Bernard, La finalisation des préjudices des «prétraités amiante», RCA., déc. 2013, étude 10. なお、n^o12-12.110は、Cass. soc., 11 mai 2010, supra note 230の移送後 (CA. Toulouse, 18 nov. 2011, JCP. éd. S., 2012, 1063, note, Michel Ledoux et Frédéric Quinquis) の上告審である) ; Cass. soc., 2 avril 2014 (2 arrêts), Bull. civ., V, n^o95 ; D., 2014, 876 ; D., 2014, 1312, note, Christophe Willmann ; D., 2014, 1409, chr., Emmanuelle Wurtz ; D., 2014, 2365, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; JCP., 2014, 686, note, Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic ; RCA., juill. 2014, com., 229 ; etc.

233) Cass. soc., 27 janv. 2016, Bull. civ., V, n^o17 ; D., 2016, 320 ; JCP., 2016, 1117, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2016, 1666, note, Magali Jaouen ; Gaz. Pal., 2016, 2728, note, Benoit Decrette ; RCA., avril 2016, com., 119, note, Hubert Groutel (不安損害以外の非財産的損害の賠償の否定) ; Cass. soc., 26 avril 2017, Bull. civ., V, n^o71 ; D., 2017, 1051 ; D., 2017, 2229, chr., Mireille Bacache ; JCP. éd. S., 2017, 186, note, Dominique Asquinazi-Bailleux ; Gaz. Pal., 2017, 1937 ; RCA., juill. 2017, com., 186 (不安損害の賠償が認められる場面でそれ以外の非財産的損害の賠償だけを認めた原審の破棄) ; Cass. soc., 21 sept. 2017, n^o16-15.130 à n^o16-15-136 ; RCA., déc. 2017, com., 311, note, Hubert Groutel ; Gaz. Pal., 2018, 294, note, Stéphanie Gerry-Vernière (不安損害の賠償が認められる場面でそれ以外の非財産的損害の賠償だけを認めた原審の破棄) ; etc.

234) Cf. Jourdain, supra note 232, p.846 ; Gaudement, supra note 231, p.59 ; etc. また、感染に関する特殊な損害との類似性を指摘するものとして、Porchy-Simon, supra note 232, pp.2263 et s. ; Brun, supra note 232, p.48 ; Bloch, supra note 232, p.970 ; etc.

235) Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2014, n^o10-19.206 ; D., 2014, 2366, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; JCP., 2014, 1323, chr., Mireille Bacache ; RCA., oct. 2014, com., 312, note, Sophie Hocquet-Berg.

害という要素が考慮されることは、具体的な解決の中にも現れている。まず、感染に関する特殊な損害の賠償は被害者による感染の事実の認識を要件とし²³⁷⁾、不安損害の賠償は被害者による病気の発生や悪化のリスクの認識²³⁸⁾を前提とするという解決は、被害者がこれらを知らなければ家族のメンバーとの交流を害されることもないとの理由により説明される²³⁹⁾。次に、感染に関する特殊な損害は被害者がその後に治癒したとしても感染していた期間に関しては賠償されるという解決は²⁴⁰⁾、たとえ感染が治癒したとしても感染期間中に家族のメンバーとの現実的または性的な交流が妨げられていたことに変わりはないとの理由により正当化される。最後に、感染に関する特殊な損害は同じく家族のメンバーとの交流が妨げられたことを填補する機能欠陥とは別に賠償の

236) ただし、今日の判例は、この場面での不安損害が永続的機能欠陥または耐えた苦痛に含まれるかのような判断を示している。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 2014, n°13-27.440 ; Gaz. Pal., 2015, 494, note, Aurélie Delhaye ; RCA., mars 2015, com., 74 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 juill. 2015, n°14-14.981 ; Gaz. Pal., 2015, 2938, note, Daphné Tapinos ; RCA., nov. 2015, com., 280, note, Hubert Groutel ; Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 2017, supra note 133 ; etc.

237) Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 2012, supra note 109. Contra. CA. Bastia, 9 fév. 2011, Gaz. Pal., 2011, 2169, note, Aurélie Delhaye (C型肝炎ウイルス)

238) Cf. Cass. soc., 2 juill. 2014, Bull. civ., V, n°160 ; D., 2014, 2365, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; JCP. éd. S., 2014, 1415, Dominique Asquinazi-Bailleux ; JCP., 2015, 740, chr., Mireille Bacache (不安損害の発生時点と使用者側の清算手続の開始決定時点との先後) ; etc.

239) 不安損害の賠償は、当該労働者が定期的な医療検査を受けていたかどうかにかかわらず認められる (Cass. soc., 4 déc. 2012, Bull. civ., I, n°316 ; D., 2012, 2973 ; D., 2013, 2663, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; JCP. éd. E., 2013, 1061, note, Marcel Voxeur ; JCP. éd. S., 2013, 1042, note, Philippe Plichon ; Gaz. Pal., 2013, 1108, note, Joël Colonna ; RCA., avril 2013, com., 114 ; D., 2014, 47, chr., Philippe Brun (また、Cf. Christina Corgas-Bernard, Amiante et préjudice d'anxiété, toujours plus !. (À propos d'un arrêt de la chambre sociale du 4 décembre 2012), RCA., avril 2013, étude 3) ; Cass. soc., 19 mars 2014, n°12-29.339 à n°12-29.344 ; D., 2014, 1312, note, Christophe Willmann ; D., 2014, 2365, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; Cass. soc., 2 avril 2014 (2 arrêts), supra note 232)。この解決は、不安損害が医療検査の実施とは無関係に生じうることを踏まえたものである。もっとも、これは、当該労働者がアスベストを含む粉塵の吸引またはその可能性を知らなかった場合にも不安損害の賠償が認められることを意味しない。労働者が不安を抱いたと評価するためには、上記の事実を認識していたことが必要である。

対象になるという解決は²⁴¹⁾、前者が感染の事実由来する障害を、後者が身体的侵害由来する障害を対象としていることからすれば、時の経過などに応じて交流の阻害の原因が区別される場合に両損害項目を賠償の対象とすることに論理的な問題はないとの理由により根拠付けられる。

これに対して、不安損害の内実を以上のように捉えるならば、家族との関わり方を含む生活への影響といった構成要素を持つ損害について、不安損害という心理面を強調した名称を付すことに疑問が生ずる^{242,243)}。また、不安損害の賠償が認められる範囲を、1998年12月23日の法律41条に基づく給付を受けることができる労働者が同条の適用領域に入る使用者に対して損害賠償を請求する場面に限定しつつ、この場面に該当する場合にはその事実のみによって、つまり、労働者側による具体的な不安損害の証明を要求することなくその賠償を認めるという解決は、不安の存在、従って、家族のメンバーとの交流の阻害という事実を明らかにすることなく労働者に賠償を付与する点において正当でない²⁴⁴⁾。反対に、同条の給付を受けることができない労働者に関しては、ま

240) Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 2009, supra note 210, n°08-15.853 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 juill. 2013, Bull. civ., II, n°154 ; D., 2013, 1745 ; D., 2013, 2664, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; Gaz. Pal., 2013, 3209, note, Florence Boyer ; RTD civ., 2013, 846, chr., Patrice Jourdain ; RCA., déc. 2013, com., 364 (また、Cf. Lydia Morlet-Haidara, Le préjudice spécifique de contamination de nouveau sur le métier, RCA., déc. 2013, étude 11) ; etc.

241) Cass. 2^{ème} civ., 4 déc. 2008, supra note 228 ; Cass. 2^{ème} civ., 24 sept. 2009, supra note 228 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 2009, supra note 228 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 2009, n°08-19.610 ; RCA., fév. 2010, com., 41 ; Méd. et dr., 2012, 37, chr., Christina Corgas-Bernard (C型肝炎ウイルス) ; Cass. 2^{ème} civ., 12 déc. 2013, supra note 228 ; etc.

242) Cf. Jourdain, supra note 232, p.846 ; Guégan-Lécuyer, infra note 245, pp.474 et s. ; Bacache, infra note 245, D., pp.2229 et s. ; etc.

243) 生活への影響などを不安損害から切り離すべきことを説くものとして、Cf. Corgas-Bernard, supra note 231, n°25 et s., pp.5 et s. ; Guégan-Lécuyer, supra note 232, Note sous Cass. soc., 25 sept. 2013, n°12 et s., pp.2956 et s. ; etc.

244) 視点は様々であるが、Cf. Colonna, supra note 239, p.1109 ; Jourdain, infra note 245, p.394 ; Bacache, infra note 245, JCP, pp.1935 et s. ; etc. Contra. Guégan-Lécuyer, supra note 232, Note sous Cass. soc., 25 sept. 2013, n°5 et s., pp.2955 et s. ; etc.

たは、労働者が同条の給付を受けることができるとしても同条の適用領域に入らない使用者との関係では、アスベストを含む粉塵への暴露があり、これにより心理的障害が発生していることが証明されたとしても、不安損害の賠償を認めないという解決は²⁴⁵⁾、家族のメンバーとの交流障害があっても労働者に賠償を付与しない点において、著しく適切さを欠く²⁴⁶⁾。

以上の3つの損害項目に関する分析を踏まえると、①の冒頭の問いについて

245) Cass. soc., 3 mars 2015 (3 arrêts), Bull. civ., V, n°31, 41 et 42 ; D., 2015, 635 (n°13-20.486 et n°13-26.175) ; D., 2015, 1384, chr., Emmanuelle Wurtz ; D., 2015, 2287, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; JCP, 2015, 327, chr., Nathalie Dedessus-Le-Moustier (n°13-20.486 et n°13-26.175) ; JCP, 2015, 740, chr., Mireille Bacache ; JCP. éd. S., 2015, 1106, note, Dominique Asquinazi-Bailleux ; RTD civ., 2015, 393, chr., Patrice Jourdain ; RDC., 2015, 473, obs., Anne Guégan-Lécuyer ; RCA, juin 2015, com., 175, 176 et 177 ; D., 2016, 35, chr., Olivier Gout (また、Cf. Jonas Knetsch, Les limites de la réparation du préjudice d'anxiété, D., 2015, p.968 ; Christina Corgas-Bernard, Le préjudice d'anxiété et les victimes de l'amiante : confirmation de la politique juridique de la chambre sociale de la Cour de cassation, RCA, juin 2015, étude 7 ; Morane Keim-Bagot, Préjudice d'anxiété : la Cour de cassation referme la boîte de Pandore, Rev. soc., 2015, pp.360 et s.). また、Cf. Cass. soc., 25 mars 2015, Bull. civ., V, n°63 ; D., 2015, 1384, chr., Emmanuelle Wurtz ; D., 2015, 2287, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; JCP, 2015, 740, chr., Mireille Bacach ; RDC., 2015, 473, obs., Anne Guégan-Lécuyer (制度の適用を受けない労働者からの損害賠償請求の否定) ; Cass. soc., 7 oct. 2015, n°14-14.023 à n°14-14.031 ; JCP, 2016, 1117, chr., Mireille Bacache (制度の適用を受けない労働者からの損害賠償請求の否定) ; Cass. soc., 15 déc. 2015, n°14-22.441 à n°14-22.471 et n°14-22.473 à n°14-22.517 ; JCP, 2016, 1117, chr., Mireille Bacache ; JCP, éd. S., 2016, 1052, note, Dominique Asquinazi-Bailleux ; RCA, mars 2016, com., 79, note, Christina Corgas-Bernard (制度の適用を受けない使用者に対する損害賠償請求の否定) ; Cass. soc., 17 fév. 2016, Bull. civ., V, n°990 ; JCP, 2016, 1117, chr., Mireille Bacache (制度の適用を受けない労働者からの損害賠償請求の否定) ; Cass. soc., 22 juin 2016, Bull. civ., V, n°131 ; D., 2016, 1436 ; JCP, 2016, 1117, chr., Mireille Bacache (制度の適用を受けない使用者に対する損害賠償請求の否定) ; Cass. soc., 11 janv. 2017 (2 arrêts), Bull. civ., V, n°9 et 10 ; D., 2017, 164 ; D., 2017, 2229, chr., Mireille Bacache ; JCP. éd. S., 2017, 1053, note, Dominique Asquinazi-Bailleux ; RCA, avril 2017, com., 100 (制度の適用を受けない使用者に対する損害賠償請求の否定) ; etc.

246) 視点は様々であるが、Cf. Colonna et Renaux-Personnic, supra note 232, Note sous Cass. soc., 25 sept. 2013, p.5 ; Jourdain, supra note 245, pp.394 et s. ; Gout, supra note 245, p.36 ; Bacache, supra note 245, JCP, pp.1935 et s. ; etc.

は、以下の回答を得ることができる。実定法は、不十分との評価を免れない部分もあるが、被害者が現時点での家族のメンバーとの関わりを妨げられたことにつき、複数の独立した項目を用意することによって多面的にかつできる限り漏れないようにする形で、そして、現実における被害者の家族生活に即する形で、民事責任法上の損害として捉えている。

② 将来的な家族のメンバーとの関係が害されることを理由に損害賠償が請求される場合

ある者が何らかの侵害行為を受けた場合に害されるのは現時点での家族のメンバーとの関わりに止まらない。何らかの侵害行為により、その被害者が将来的に家族関係を築く希望や機会を失ったり、予定していたのとは異なる形で家族関係を築かざるを得なくなったりする事態も想定される。②では、ある者が何らかの侵害を受けた場合に将来的な家族のメンバーとの関わりの中でどのような権利の侵害または損害が観念されるのかという問題を扱う。ここでは、関連する事例にも目を配りつつ、主として2つの素材を取り上げる。

まず、ある者が身体に対する侵害を受け重大な後遺症を残した場合において、その者が当該侵害により家族関係を築く機会や可能性を失ったことを主張しその加害者に対して損害賠償を請求することがある。これは、家族構成損害と呼ばれる損害項目に関わる。ダンティヤックのリストおよび判例の定義によれば、家族構成損害の賠償は、症状固定後に残した障害が重大であるために、結婚する、家庭を築く、子を育てるといった家族生活の計画を実現する希望、機会、可能性を失ったことを填補することを目的としている²⁴⁷⁾。家族構成損害は、家族を築くことが自己の幸福の実現にとって必要不可欠であるとの評価を踏まえ²⁴⁸⁾、余暇やスポーツの活動を定期的に行うことができなくなったこと、つまり、楽しみ損害にも²⁴⁹⁾、単にパートナーと性的な交流を持つことができなくなったこと、つまり、性的損害にも²⁵⁰⁾還元されない独自の損害項目として構想されたものである。また、この損害項目は、将来的に家族を築く機会や可能性の喪失を対象としており、現時点における家族のメンバーとの交流の阻

害を問題にする一時的および永続的機能欠陥からも区別される²⁵¹⁾。

こうした家族構成損害の性格に鑑みると、その存否および額は、当該被害者を取り巻く様々な状況、例えば、年齢、心身の状態、現時点における家族の構成などを斟酌して個別具体的に評価されなければならない²⁵²⁾。また、家族構成損害の枠内で考慮される家族の計画や期待が、生物学的な繋がりのある家族の構築に限定されないことはもちろんである²⁵³⁾。更に、被害者が過去にパートナーとの間で家庭を築き、3人の子を有し、パートナーと別れた後も子らと

247) Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2011, Bull. civ., II, n°106 ; D., 2011, 1411 ; D., 2011, 2158, chr., Hugues Adida-Canac et Odette-Luce Bouvier ; Gaz. Pal., 2011, 2295, note, Claudine Bernfeld ; RCA., sept. 2011, com., 277 ; D., 2012, 47, chr., Philippe Brun ; Cass. 2^{ème} civ., 13 janv. 2012, supra note 210 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 oct. 2012, n°11-24.789 ; Gaz. Pal., 2012, 3405, note, Claudine Bernfeld ; Gaz. Pal., 2012, 3407, note., Claudine Bernfeld et Anaïs Renelier ; Cass. 2^{ème} civ., 15 janv 2015, Bull. civ., II, n°7 ; D., 2015, 207 ; D., 2015, 661, note, Maité Saulier ; D., 2015, 1806, chr., Laurence Lazerges-Cousquer ; D., 2015, 2287, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; JCP, 2015, 1409, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2015, 493, note, Daphné Tapinos ; RTD civ., 2015, 366, chr., Jean Hauser ; RCA., avril 2015, com., 112, note, Hubert Groutel ; Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 2016, n°15-10.731, Gaz. Pal., 2016, 2728, note, Claudine Bernfeld ; RCA., avril 2016, com., 104 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 mars 2017, supra note 214 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 juin 2018, n°17-20.125 ; Gaz. Pal., 2018, 2757, note, Lucile Priou-Alibert ; RCA., oct. 2018, com., 232 ; etc.

248) Cf. Jourdain, infra note 249, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 30 juin 2005, p.132 ; etc.

249) 前訴で楽しみ損害の賠償が認められていたとしても、別訴で家族構成損害の賠償を求めることは可能である。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 6 janv. 1993, supra note 221 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 janv. 1994, Bull. civ., II, n°15 ; RTD civ., 1994, 619, chr., Patrice Jourdain ; RCA., avril 1994, com., 117, obs., Hubert Groutel ; Cass. 2^{ème} civ., 30 juin 2005, n°13-19.817 ; RTD civ., 2006, 130, chr., Patrice Jourdain ; etc. かつては、家族構成損害が楽しみ損害の一部を構成しているかのような判断を示す判例も存在した。Ex. Cass. crim., 29 oct. 1991, n°90-84.619 ; RCA., janv. 1992, com., 5.

250) Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2011, supra note 247（性的損害の賠償が認められていることを考慮して家族構成損害の額を評価した原審の破棄）；etc.

251) Cass. 2^{ème} civ., 13 janv. 2012, supra note 210（家族構成損害を永続的機能欠陥の中を含めた原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 2 mars 2017, supra note 214（夫、父、祖父としての役割を現に果たすことができなくなっていることを理由に家族構成損害の存在を認めた原審につき、上記の要素は永続的機能欠陥の中で考慮されるべきものであるとして破棄）；etc.

定期的に面会しているといった事情は、家族構成損害の存在を否定する理由にはならず、家族構成損害には当該被害者が別の新しい家族生活の計画を実現する機会を失ったことも含まれるとされていることから判断すると²⁵⁴⁾、ここで言う家族には、複数回にわたり家庭が形成されることに伴い再構成されていくという現代の家族の像が反映されていると考えられる²⁵⁵⁾。

以上のように、家族構成損害の背後には、家族のメンバーとの現実的な繋がりが自己の人格の実現にとって不可欠であるという考え方が控えており、また、家族構成損害は、多様な家族的結合のあり方に積極的な意味付けが付与されている現代の状況を積極的に取り込んでいる。これらの点からは、家族構成損害の賠償は、血縁や身分としての家族のみならず、愛情関係としての家族を構築する可能性を保護するための規律として位置付けられる。

次に、障害を持つ子を出産した者およびそのパートナーが、医師などによる出生前診断のミスや情報不提供のため妊娠中絶手術を受けることができず障害を持つ子を出産するに至ったなどと主張し、医師などに対して損害賠償を請求する場面(場面㉗)がある。場面㉗は、障害を持って生まれた子自身が損害賠償を請求する場面とも絡み合い、障害を持つ人、更には、人一般の捉え方に対して重大な問題を提起するが²⁵⁶⁾、これとは別に、その父母が上記の医師の

252) Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 2016, supra note 247 (被害者が学生で両親と暮らしていたという理由により家族構成損害の存在を否定した原審の破棄) ; Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 2017, supra note 133 (ジエチルスチルベストロールの服用により心理的困難を抱え妊娠計画を放棄したことについて家族構成損害の存在を否定した原審の破棄) ; Cass. 2^{ème} civ., 14 juin 2018, supra note 247 (被害者が結婚し30歳の子と同居していたという理由により家族構成損害の存在を否定した原審の維持) ; etc. また、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 10 sept. 2015, n°14-24.447 ; Gaz. Pal., 2015, 3287, note, Claudine Bernfeld (家族構成損害の額を抽象的かつ定型的に評価した原審の破棄)

253) Cf. Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 2017, supra note 133 (被害者が養子を取り育てていたという事情を考慮して家族構成損害の存在を否定した原審の維持)

254) Cass. 2^{ème} civ., 15 janv 2015, supra note 247.

255) Cf. Saulier, supra note 247, pp.665 et s. ; Bacache, supra note 247, pp.2374 et s. ; Guégan-Lécuyer, supra note 247, pp.2287 et s.

フォートにより障害を持って生まれた子との関わりの中で何らかの権利や利益を害されまたは損害を被ったと評価されることはあるかという観点から捉えると、「家族に関わる保護」の問題として、加えて、当該行為の時点では関係の相手方である子が未だ生まれていなかったという点では②の問題として位置付けられる²⁵⁷⁾。

ところで、場面㉠との関連では、後掲の破毀院判例を受けて制定された2002年3月4日の法律1条（現在では社会事業・家族法典L114-5条）の存在にも留意しておく必要がある。同条1項は、何人も出生のみを理由とする損害を援用することはできない規定としており、同項によって、場面㉠における両親からの損害賠償請求も否定されているように見えるからである。しかし、同条3項は、医師などに一定の特徴を持つフォートがあれば、両親は子の障害に由来する特殊な負担を除き自らの損害の賠償を請求することができると規定している。そして、判例によれば、一定の特徴を持つフォートとは強度および明白性の点で重大なフォートを意味するとされる²⁵⁸⁾。つまり、両親は、医師などに通常のフォートとは異なる重大かつ明白なフォートがあったことを証明すれば、賠償されうる損害の範囲は限定されるものの、固有の損害の賠償を求めることができる。従って、同法施行後にも場面㉠は問題となる。ただし、同条1項の存在が場面㉠での法律構成に影響を及ぼすことは十分に想定されるため、同条の適用対象に入る事件に下記の各考え方がなお妥当するかという問いは別途検討されなければならない。

なお、医師などのフォートが直接的に胎内の子へ障害を生じさせた場合に関しては、独自の問題が生ずることはない。この場合、障害の原因が医師などのフォートに存することは明らかであるから、障害を持って生まれてきた子が医

256) この問題については、続稿として予定している「民事責任法と人」の中で扱われる。

257) 家族のあり方という視点から場面㉠を検討する論稿は多くないが、さしあたり、Cf. Anne-Claire Aune, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. Anne Leborgne, PUAM., Aix-en-Provence, 2007, n^{os}801 et s., pp.371 et s. ; Pons, *supra* note 147, n^{os}605 et s., pp.343 et s. ; etc.

師などのフォートに起因する障害を理由に被った損害の賠償を求めることができるのはもちろん²⁵⁹⁾、その父母も、1(2)で整理した判例に従い、子に障害があることにより子との愛情関係が妨げられ、または、自己の感情が害されたとすれば、愛情損害の賠償を求めることができるほか、それ以外の損害の賠償を請

258) Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2013, Bull. civ., I, n°5 ; D., 2013, 244, obs., Inès Gallmeister ; D., 2013, 598, chr., Isabelle Darret-Courgeon ; D., 2013, 681, note, Stéphanie Porchy-Simon ; JCP, 2013, 375, obs., Patrick Mistretta ; RCA., avril 2013, com., 123 (肯定例) ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2013, Bull. civ., I, n°221 ; D., 2013, 2694, obs., Maxime Delouée ; JCP, 2013, 1334, note, Pierre Sargos ; D., 2014, 56, chr., Olivier Gout ; D., 2014, 2026, chr., Anne Laude ; D., 2014, 2363, chr., Mireille Bacache ; JCP, 2014, 2353, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2014, 430, note, Nathalie Blanc ; Gaz. Pal., 2014, 528, note, Pamela Robertiere ; RDC., 2014, 188, obs., Geneviève Viney ; RCA., fév. 2014, com., 64 (否定例。また、Cf. Sophie Hocquet-Berg, Le dispositif «anti-Perruche» efficacement à oeuvre, RCA., fév. 2014, étude 2) ; Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n°16-21.147 ; CCC., nov. 2017, com., 220 ; RCA., nov. 2017, com., 281 (否定例) ; etc. また、CE., 31 mars 2014, D., 2014, 1578, note, Charles-Edouard Bucher ; D., 2014, 2362, chr., Mireille Bacache ; JCP, 2014, 665, note, Alexandre Zollinger ; Gaz. Pal., 2014, 1778, note, Pamela Robertière ; AJDA., 2014, 771 (肯定例) ; etc.

259) CE., 27 sept. 1989, Rec. Cons. d'Et., 1989, 176 ; AJDA., 1989, 776 ; AJDA., 1989, 807 ; D., 1990, som., 298, obs., Pierre Bon et Philippe Terneyre ; Gaz. Pal., 1990, 2, jur., 421, concl., Fornacciari ; D., 1991, jur., 80, note, Michel Verpeaux ; RFDA., 1991, 325, note, Marie-Pailine Deswarte (妊娠中絶手術のミスによる障害の発生) ; Cass. crim., 2 avril 1992, Bull. crim., n°140 ; JCP, 1993, II, 22105, note, Christian Vallar (産科医のフォートによる障害の発生) ; Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1995, supra note 145 (助産師、産科医、小児科医のフォートによる障害の発生) ; Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2010, Bull. civ., I, n°19 ; D., 2010, 947, note, Grégory Maitre ; RTD civ., 2010, 330, chr., Patrice Jourdain ; RCA., avril 2010, com., 84, note, Christophe Radé ; D., 2011, 2570, chr., Anne Laude (一般医、産科医の診断遅滞による障害の発生) ; etc. また、Cf. CE., 6 nov. 1968, JCP, 1969, II, 16054 ; RDP, 1969, 505, note, Marcel Valine et concl., Louis Bertrand (妊娠中に職場の公学校で風疹に罹患したことが原因となって生まれた子に障害が発生したため、出産した者が子の名で国に対して損害賠償の支払を求めた事案) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Amiens, 15 fév. 1962, Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 262 ; RTD civ., 1962, 495, chr., André Tunc (産科医のフォートによる障害の発生) ; CAA. Bordeaux, 27 juin 2006, RJDA., 2006, 1907, note, Elisabeth Jayat (以前の出産時における医師のフォートによる障害の発生) ; etc. また、Cf. TA. Paris, 19 oct. 1965, RDP, 1966, 955, chr., Marcel Valine (妊娠中に職場の公病院で風疹に罹患したことが原因となって生まれた子に障害が発生したため、出産した者が自己と子の名で公病院に対して損害賠償の支払を求めた事案) ; etc.

求することもできる²⁶⁰⁾。

以上の諸点に留意しつつ、想定されている権利や利益または損害は何かという視点から場面㉗に関する従前の裁判例および議論を分析すると、以下の4つの考え方を抽出することができる。

第1に、障害を持つ子を出産した者が医師などによる出生前診断のミスや情報不提供により妊娠中絶を実施するかどうかを決定する機会を奪われたことを問題にする考え方がある²⁶¹⁾。この考え方は、場面㉗で生ずる権利や利益の侵害または損害の内容を、子との関わりから完全に切り離し、純粹に個人の意思決定の阻害として捉える。これによると、公衆衛生法典 L.2212-1条以下で規定されている妊娠中絶手術を実施するための要件が充足されていない場合には、これを実施するかどうかを決定する権限も存在しないため、出産をした者による損害賠償請求は否定される²⁶²⁾。また、出産した者のパートナーからの損害賠償請求に関しては、これを肯定する裁判例もあるが²⁶³⁾、妊娠中絶手術についてパートナーの同意が不可欠の要件とされていないこと、妻からの依頼を受け夫に相談なく妊娠中絶手術を実施した病院に対する夫からの損害賠償請求が否定されていることを強調すれば²⁶⁴⁾、上記の請求は否定される²⁶⁵⁾。なお、

260) CE., 27 sept. 1989, *supra* note 259 ; etc. 本文の考え方が明示されているわけではないが、Cf. CE., 4 oct. 1968, JCP, 1968, II, 15668, obs., René Savatier ; Cass. crim., 2 avril 1992, *supra* note 259 ; Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1995, *supra* note 145 ; Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2010, *supra* note 259 ; etc.

261) TGI. Montpellier, 15 déc. 1989, *supra* note 146 (肯定例) ; TA. Strasbourg, 17 juill. 1990, Gaz. Pal., 1991, 1, jur., 52, concl., Mireille Heers ; AJDA., 1991, 217 (否定例) ; CA. Versailles, 8 juill. 1993, Gaz. Pal., 1994, 1, jur., 149 ; D., 1995, som., 98, obs., Jean Penneau (肯定例) ; CAA. Paris, 24 juin 2003, *supra* note 145 (肯定例) ; TGI. Reims, 19 juill. 2005, *supra* note 145 (肯定例) ; etc.

262) Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2004, Bull. civ., I, n°79 ; RCA., juin 2004, com., 189, note, Christophe Radé ; TA. Strasbourg, 17 juill. 1990, *supra* note 261 ; etc. また、Cf. CA. Paris, 16 oct. 2003, RCA., juin 2004, com., 188, note, Christophe Radé (情報提供があったとしても妊娠中絶手術は選択されなかったと評価) ; etc.

263) CA. Versailles, 8 juill. 1993, *supra* note 261 ; CAA. Paris, 24 juin 2003, *supra* note 145 ; etc.

意思決定の阻害とは別に、親となる者が障害を持つ子の誕生に向けてより良い準備をすることができなかったことを問題にする余地もある²⁶⁶⁾。この考え方は、損害賠償請求を妊娠中絶手術の法定要件の充足に従属させない点、パートナーにも損害賠償請求の可能性を開く点で上記の枠組とは異なるが、親となる者の個人としての人格の侵害を問う点で意思決定の阻害を問題にする考え方と同じ構造を持つ。

第2に、障害を持つ子を出産した者およびそのパートナーが、医師などによる出生前診断のミスや情報不提供に起因して障害を持つ子をもうけたことにより、日常的に障害を持つ子と接せざるを得なくなることでその感情が害されることを問題にする考え方がある²⁶⁷⁾。この考え方は、場面㊦で生ずる損害の内容を個人としての感情の阻害と規定する点で、第1の考え方と同様に問題を個人化して捉えるが、子に生じている障害を起点とし父母の損害をいわば子の障害から間接的に発生するものとして位置付ける点において、第1の考え方とは異なる²⁶⁸⁾。しかし、問題を父母の感情の次元で捉えると、障害者とともに生活することへの消極的評価が内在されてしまうという課題を生む²⁶⁹⁾。

第3に、障害を持つ子を出産した者およびそのパートナーが医師などによる

264) CE. ass., 31 oct. 1980, D., 1981, jur., 38, concl., Genevois ; RDP, 1981, 216, chr., Jacques Robert ; JCP, 1982, II, 19732, obs., Françoise Dekeuwer-Defossez.

265) Cf. Anne-Marie Luciani, La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital, PA., 27 juin 1997, n°10, p.18 ; Catherine Labrusse Riou et Florence Bellivier, Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé, RIDC., 2002, pp.590 et s. ; etc.

266) TA. Strasbourg, 17 juill. 1990, supra note 261 (否定例) ; CA. Aix-en Provence, 21 mars 2001, JCP, 2001, II, 10600, note, Cyril Bloch (肯定例) ; CA. Paris, 16 oct. 2003, supra note 262 (肯定例) ; etc.

267) CA. Paris, 17 fév. 1989, D., 1989, som., 316, obs., Jean Penneau (肯定例) ; CA. Paris, 29 mars 2002, supra note 145 (肯定例) ; etc.

268) 従って、CA. Paris, 17 fév. 1989, supra note 267が、子の障害は医師らのフォートにより発生したものではないとして子からの損害賠償請求および母からの子の養育などに要する費用相当額の賠償請求を否定する点は、説得力を欠く。

269) Cf. TGI. Montpellier, 15 déc. 1989, supra note 146.

出生前診断のミスや情報不提供のために障害のない子ではなく障害のある子との間で関係を構築せざるを得なくことを問題にする考え方がありうる。この考え方は、明示的に提示されているわけではないが、2002年3月4日の法律以前の破毀院判例に対する1つの解釈の仕方から導かれるものである。従前の判例は、障害を持って生まれた子からの損害賠償請求との関連で、その子は出産した者との間で締結された契約の履行過程で医師などが犯したフォートにより障害に由来する損害を被ったと判示しているが²⁷⁰⁾、この説示については、障害

270) Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, supra note 143 (同判決を直接の契機とする論文は極めて多い。本稿の内容に関わるものだけを挙げて、Cf. Catherine Labrusse-Riou et Bertrand Mathieu, *La vie humaine peut-elle être un préjudice ?*, D., 2000, n°44, point de vue, pp.III et s. ; François Terré, *Le prix de la vie*, JCP, 2000, *Aperçu rapide*, pp.2267 et s. ; Gérard Mémeteau, *L'action de vie dommageable*, JCP, 2000, I, 279, pp.2275 et s. ; Michel Gobert, *La cour de cassation méritait-elle le pilori ? (À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)*, PA., 8 déc. 2000, pp.4 et s. ; Jerry Sainte-Rose, *La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé : Conclusions orales prises dans l'affaire P...*, D., 2001, pp.316 et s. ; Jean-Luc Aubert, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)*, D., 2001, pp.489 et s. ; Laurent Aynès, *Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de job devant la Cour de cassation*, D., 2001, pp.492 et s. ; Yves Saint-Jours, *Handicap congénital – Erreur de diagnostic prénatal – Risque thérapeutique sous-jacent (à propos de l'arrêt «P...» du 17 novembre 2000)*, D., 2001, pp.1263 et s. ; Denis Salas, *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas en lieu*, D., 2001, hors-série au Recueil n°20, pp.14 et s. ; Pierre Kayser, *Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique ?*, D., 2001, pp.1889 et s. ; Geneviève Viney, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion : Cass. ass. plén., 17 novembre 2000*, JCP, 2001, I, 286, pp.65 et s. ; Pierre-Yves Gautier, *«Les distances du juge» à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile*, JCP, 2001, I, 287, pp.66 et s. ; Basil Markesinis, *Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, RTD civ., 2001, pp.77 et s. ; Muriel Fabre-Magnan, *Avortement et responsabilité médicale*, RTD civ., 2001, pp.285 et s. ; Philippe Jestaz, *Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche)*, RTD civ., 2001, pp.547 et s. ; Luc Mayaux, *Naissance d'un enfant handicapé : la Cour de cassation au péril de la causalité (réflexions sur Cass. ass. plén., 17 novembre 2000)*, RGDA., 2001, pp.13 et s. ; Jean Hauser (Interview), *Le préjudice d'être né, question de principe*, Dr. et pat., janv. 2001, pp.6 et s. ; Geneviève Pignarre, Philippe Brun et Stéphane Piédelièvre, *Le jeune homme et la vie : Retour sur l'arrêt Perruche*,

の存在または障害を持って生まれたことが子にとっての損害として捉えられているという形で解釈することができる^{271,272)}。このことを父母からの損害賠償

(前頁からつづき)

RRJ., 2001, pp.477 et s. ; Charalambos Apostolidis, Lire l'arrêt de la cour de cassation du 17 novembre 2000 (Affaire Nicolas Perruche), RRJ., 2001, pp.2047 et s. ; Dominique Fenouillet, Pour une humanité autrement fondée, Dr. fam., avril 2001, chr., 7 ; Servane Capri, Regards sur la causalité (À propos de l'arrêt Quarez du Conseil d'État et de l'arrêt Perruche de la Cour de cassation), PA., 8 juin 2001, pp.12 et s. ; Christophe Radé, Être ou ne pa naître ? telle n'est pas la question ! (Premières réflexions après l'arrêt Perruche), RCA., janv. 2001, chr., 1 ; Fabrice Leduc, Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile (à propos de l'arrêt Perruche), RCA., fév. 2001, chr., 4 ; Yvonne Lambert-Faivre, Le principe indemnitaire et l'affaire Perruche, Méd. et dr. 2002, vol.54, pp.2 et s. ; etc. なお、移送審は、CA. Paris, 11 déc. 2002, RCA., mai 2003, com., 140, note, Christophe Radéである) ; Cass. ass. plén., 13 juill. 2001 (3 arrêts), Bull. ass. plén., n°10 ; D., 2001, 2325, note, Patrice Jourdain ; D., 2001, 2363 ; JCP, 2001, II, 10601, concl., Jerry Sainte-Rose et note, François Chabas ; Gaz. Pal., 2001, 1458, note, Jean Guigue ; RGDA., 2001, 751, note, Luc Mayaux ; Dr. et pat., sept. 2001, 100, obs., François Chabas ; Dr. et pat., nov. 2001, 101, obs., Grégoire Loiseau ; RCA., 2001, sept. 2001, com., 269 ; D., 2002, 1314, obs., Denis Mazeaud ; JCP, 2002, I, 146, chr., Christian Byk (ただし、妊娠中絶手術を実施するための要件が充足されていなかったとして請求棄却。また、Cf. Françoise Dekeuwer-Défossez, Réflexions perplexes à propos d'arrêts faussement rassurants, Dr. et pat., déc. 2001, pp.24 et s. ; Michel Gobert, République, Cour de cassation et échographie (À propos des arrêts d'Assemblée plénière du 13 juillet 2001), PA., 21 nov. 2001, pp.7 et s. ; Hadi Slim, La jurisprudence Perruche saisie par les conditions légales de l'interruption de grossesse pour motif médical, RCA., déc. 2001, chr., 24 ; Alain Sériaux, 《Perruche》 et autres. La cour de cassation entre mystère et mystification, D., 2002, pp.1996 et s. ; Mikaël Benillouche, L'indemnisation du préjudice personnel de l'enfant handicapé (À propos des trois arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 13 juillet 2001), PA., 17 avril 2002, pp.4 et s.) ; Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006, supra note 143, n°02-13.775 ; Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2008, Bull. civ., I, n°190 ; D., 2008, 1995, obs., Inès Gallmeister ; D., 2008, 2765, note, Stéphanie Porchy-Simon ; JCP, 2008, I, 186, chr., Philippe Stoffel-Munck ; JCP, 2008, II, 10166, avis, Christian Mellottér et note, Pierre Sargos ; RCA., nov. 2008, com., 329, note, Christophe Radé ; Méd. et dr., 2009, 107, note, Christophe Radé ; Méd. et dr., 2009, 161, chr., Christina Corgas-Bernard ; etc.

それ以前の判例として、Cf. Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1991, Bull. civ., I, n°248 ; JCP, 1992, II, 21947, note, Annick Dorsner-Dolivet ; Gaz. Pal., 1992, 1, som., 152, note, François Chabas (母

請求の場面に置き直せば、父母にとっての損害は、障害を持つ子を持ったこと、障害を持つ子との関係を形成せざるを得なくなったこととなる。また、具体的な損害の中身として障害を持つ子を育てることに伴う負担の増加を想定する解決も²⁷³⁾、この考え方に親和的である。結局、この考え方は、損害賠償を通じて、障害のない子、従って、父母が望むような子との間で関係を築くことの保護を図るものであると評しうる。なお、2002年3月4日の法律は、上記の破毀院判例を覆すために制定された。こうした経緯を踏まえると、この考え方を同法施行後の事案に適用することはできない。もっとも、同法1条の文言が禁止しているのは出生のみを理由とする損害の援用であり、障害を理由とする損害の援用ではないから、同条の文言だけから見れば、この考え方になお意味を持たせ

（前頁からつづき）

が感染していた風疹の結果の負担を回避する機会の喪失。なお、原審の CA. Pau, 8 mars 1990, D., 1991, som., 357, obs., Jean Penneau も同旨である）；Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996 (2 arrêts), Bull. civ., I, n^{os}155 et 156 ; JCP, 1996, I, 3946, chr., Pierre Murat ; JCP, 1996, I, 3985, chr., Geneviève Viney ; Gaz. Pal., 1996, 1, pan., 152 (n^o94-13.145) ; RTD civ., 1996, 623, chr., Patrice Jourdain ; RTD civ., 1996, 871, chr., Jean Hauser (n^o94-11.791 et n^o94-14.158) ; Dr. et pat., juill.-août 1996, 80, obs., François Chabas (n^o94-11.791 et n^o94-14.158) ; PA., 6 déc. 1996, 22, note, Yannick Dagorne-Labbé ; RCA., juin 1996, com., 228 et 231 ; D., 1997, 35, note, Janick Roche-Dahan ; D., 1997, som., 322, obs., Jean Penneau ; Gaz. Pal., 1997, 2, som., 383, note, François Chabas (n^o94-13.145) ; Méd. et dr., 1997, vol.24, 19, chr., Philippe Pierre (障害という終局的な損害、母の風疹によって子が被った損害。因果関係の不存在を理由に結論としては否定されているが、n^o94-11.791 et n^o94-14.158の原審の CA. Paris, 17 déc. 1993, Gaz. Pal., 1994, 1, jur., 147 ; D., 1995, som., 98, obs., Jean Penneau も同旨である) ; etc.

271) Cass. ass. plén., 28 nov. 2001, Bull. ass. plén., n^o16 ; D., 2001, 3588 ; JCP, 2001, II, 10018, concl., Jerry Sainte-Rose et note, François Chabas ; Méd. et dr., 2001, vol.51, 14 ; JCP, 2002, I, 146, chr., Christian Byk ; Dr. et pat., fév. 2002, 107, obs., François Chabas が、この点を明確にしている。

272) この解釈を明確に説くものとして、Jourdain, supra note 270, Chr. sous Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, pp.624 et s. ; Id., supra note 143, D., pp.337 et s. ; Id., supra note 143, RTD civ., pp.150 et s. ; Moine-Depuis, supra note 122, p.1835 ; Sargos, supra note 143, JCP, n^o49, p.2302 ; Gobert, supra note 270, La cour..., pp.6 et s. ; Aubert, supra note 270, n^o9, p.491 ; Salas, supra note 270, pp.14 et s. ; Gautier, supra note 270, p.67 ; Fabre-Magnan, supra note 270, n^{os}22 et s., pp.306 et s. ; Capri, supra note 270, pp.13 et s. ; Radé, supra note 270, Être ou..., pp.6 et s. ; etc.

ることは不可能ではない²⁷⁴⁾。

第4に、障害を持つ子を出産した者およびそのパートナーが医師などによる出生前診断のミスや情報不提供のために障害のある子と関係を構築しない可能性を侵害されたことを問題にする考え方がありうる。この考え方も、明示的に提示されているわけではないが、前記の判例に対するもう1つの解釈の仕方から導かれるものである。その解釈とは、障害の原因が医師などのフォートではなく遺伝や妊娠時の風疹へのり患にあることからすると、障害と医師などのフォートとの間に因果関係を肯定することはできず^{275,276)}、従って、前記の破毀院判例で子にとっての賠償されうる損害として想定されていたのも障害ではなく出生それ自体であり、このように理解することを通じて、医師などのフォー

273) Cf. Cass. ass. plén., 28 nov. 2001, Bull. ass. plén., n°15 ; D., 2001, 3587 ; JCP, 2001, II, 10018, concl., Jerry Sainte-Rose et note, François Chabas ; Méd. et dr., 2001, vol.51, 14 ; JCP, 2002, I, 146, chr., Christian Byk (移送審の CA. Paris, 5 nov. 2003, RCA., janv. 2004, com., 15, note, Christophe Radé では、住居の改装に要する費用などの賠償が否定され、子の治療に要する費用などの賠償が肯定されている) ; etc. また、2002年3月4日の法律の時間的な適用範囲の問題との関連で(注(143)を参照)、同法施行以前の事案では子の障害から生ずる特別の負担の賠償が認められることを示したものとして、Cf. Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006 (2 arrêts), supra note 143, n°01-16.684, n°01-17.042 et n°02-12.260 ; Cass. 1^{re} civ., 21 fév. 2006, Bull. civ., I, n°94 ; PA., 28 juill. 2006, 15, note, Anne-Françoise Zattara ; Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007, n°06-17.325 ; Gaz. Pal., 2008, 304, avis, Jean-Dominique Sarcelet ; Gaz. Pal., 2008, 975, note, Bernard Cerveau ; Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2008, supra note 270. また、CE., 24 fév. 2006, D., 2006, 812 ; JCP, 2006, II, note, Adeline Gouttenoire et Stéphanie Porchy-Simon ; RTD civ., 2006, 263, chr., Jean-Pierre Marguenaud ; AJDA., 2006, 1272, note, Stéphanie Hennette-Vauchez ; Dr. fam., juin 2006, com., 140, note, Pierre Murat ; etc.

274) 2002年3月4日の法律1条の文言では、Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, supra note 143を覆すことはできないことを指摘するものとして、Alain Sériaux, Jurisprudence Perruche : Une proposition de loi ambiguë, D., 2002, p.579 ; Patrice Jourdain, Loi anti-Perruche : une loi démagogique, D., 2002, p.892 ; Patrick Mistretta, La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation, JCP, 2002, I, 141, n°18, p.1082 ; Christophe Radé, La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, RCA., mai 2002, chr., 7, pp.9 et s. ; etc.

トと損害との間の因果関係の要件が充足させられているというものである^{277, 278)}。このことを父母からの損害賠償請求の場面に置き直せば、父母にとっての損害は、子の出生により子との関係が形成されてしまったこととなる。結局、この考え方は、損害賠償を通じて、望まない子との間で関係を構築しないことの保護を図るものであると評しうる。しかし、関係不構築という次元で問題を捉えるときには、場面⑦では、家族による生の選別とそこから導かれる障害者の生への消極的な含意の当否が問われる²⁷⁹⁾。このことが2002年3月4日

275) Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2004, supra note 262 ; Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 2011, n°10-19.761 ; RCA., nov. 2011, com., 348. また、TA. Strasbourg, 17 juill. 1990, supra note 261 ; CA. Versailles, 8 juill. 1993, supra note 261 ; CA. Paris, 17 déc. 1993, supra note 270 ; CA. Orléans, 5 fév. 1999, RTD civ., 2000, 80, chr., Jean Hauser (Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, supra note 143の原審) ; CA. Aix-en Provence, 21 mars 2001, supra note 266 ; CAA. Paris, 24 janv. 2005, AJDA, 2005, 1691, note, Sabine Boussard ; etc.

また、この点を明確に説くものとして、Dorsner-Dolivet, supra note 270, n°4, p.395 ; Murat, supra note 270, n°6, p.282 ; Id., supra note 143, JCP, p.255 ; Id., supra note 143, Dr. fam., p.3 ; Hauser, supra note 270, p.872 ; Id., supra, p.82 ; Nicolas Gombault, La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus, Gaz. Pal., 1996, 2, doc., pp.818 et s. ; Dahan, supra note 270, n°10, pp.38 et s. ; Moreau, infra note 278, pp.194 et s. ; Sainte-Rose, supra note 143, JCP, pp.2305 et s. ; Id., supra note 270, La réparation..., pp.317 et s. ; Id., supra note 270, Concl. sous Cass. ass. plén., 13 juill. 2001, pp.1837 et s. ; Chabas, supra note 143, p.2310 ; Id., supra note 270, Note sous Cass. ass. plén., 13 juill. 2001, JCP, p.1842 ; Id., supra note 271, p.253 ; Mazeaud, supra note 143, n°5 et s., pp.333 et s. ; Rabrusse-Riou et Mathieu, supra note 270, p.III ; Mémeteau, supra note 270, pp.2278 et s. ; Mayaux, supra note 270, Naissance..., pp.14 et s. ; Pignarre, Brun et Piédelièvre, supra note 270, n°6 et s., pp.479 et s. ; Fenouillet, supra note 270, pp.2 et s. ; Guigue, supra note 270, p.1460 ; Vigneau, supra note 145, Note sous TGI. Reims, 19 juill. 2005, pp.4 et s. ; etc.

276) しかし、医師の不作为による病気の悪化などの事例ではフォートと当該損害との間の因果関係が肯定されていること、医師などのフォートがなければ障害のある生が生ずることもなかったと考えることからすると、第3の考え方で因果関係の存在を認めることは可能であると思われる。Cf. Jourdain, supra note 270, Chr. sous Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, pp.625 et s. ; Id., supra note 143, D., p.337 ; Id., supra note 143, RTD civ., p.151 ; Sargos, supra note 143, JCP, n°33 et s., pp.2298 et s. ; Kayser, supra note 270, n°5, p.1890 ; Gautier, supra note 270, p.67 ; Fabre-Magnan, supra note 270, n°25 et s., pp.309 et s. ; etc. また、Cf. Aynès, supra note 270, n°12 et s., pp.494 et s.

の法律をもたらしたのであり、この考え方は出生のみを理由とする損害の援用にはかならないから、これを同法施行後の事案に適用することはできない。

ところで、上記4つの考え方は、場面㉗だけでなく、出産を望まなかったにもかかわらず一定の者のフォートにより出産を余儀なくされた者およびそのパートナーが損害賠償を請求する場面、具体的には、医師などのフォートに起因した妊娠中絶手術の失敗、不妊手術の失敗、不妊手術に際しての妊娠リスクの不告知などを原因として子を有するに至った者(場面㉘)、強制性交を受けたことにより子を出産するに至った者(場面㉙)からの損害賠償請求の場面にも影響を及ぼす。

実定法は、場面㉘では、原則として子の出生は損害を構成しないとの立場を

277) この解釈を明確に説くものとして、Dahan, *supra* note 270, n°10, pp.38 et s. ; Christian Byk, *L'embryon jurisprudentiel*, *Gaz. Pal.*, 1997, 2, doc., p.1392 ; Sainte-Rose, *supra* note 143, *JCP*, pp.2306 et s. ; *Id.*, *supra* note 270, *La réparation...*, pp.317 et s. ; *Id.*, *supra* note 270, *Concl. sous Cass. ass. plén.*, 13 juill. 2001, pp.1838 et s. ; Chabas, *supra* note 143, p.2310 ; *Id.*, *supra* note 270, *Obs. sous Cass. ass. plén.*, 13 juill. 2001, *Dr. et pat.*, p.100 ; Bon et Béchillon, *infra* note 278, pp.61 et s. ; Mazeaud, *supra* note 143, n°8 et s., pp.334 et s. ; Murat, *supra* note 143, *JCP*, p.255 ; *Id.*, *supra* note 143, *Dr. fam.*, p.3 ; Labrusse-Riou et Mathieu, *supra* note 270, pp.III et s. ; Mémeteau, *supra* note 270, pp.2279 et s. ; Mayaux, *supra* note 270, *Naissance...*, pp.16 et s. ; Pignarre, Brun et Piédelièvre, *supra* note 270, n°6 et s., pp.479 et s. ; Fenouillet, *supra* note 270, pp.2 et s. ; Bloch, *supra* note 266, pp.1831 et s. ; Loiseau, *supra* note 270, p.102 ; Vigneau, *supra* note 145, *Note sous TGI. Reims*, 19 juill. 2005, pp.4 et s.; etc.

278) これに対して、2002年3月4日の法律以前のコンセイユ・デタは、因果関係の不存在を理由に障害を持って生まれた子からの損害賠償請求を否定していた。CE., 14 fév. 1997, *Rec. Cons. d'Et.*, 1997, 44 ; D., 1997, som., 322, obs., Jean Penneau ; *JCP*, 1997, II, 22828, note, Jacques Moreau ; *JCP*, 1997, I, 4025, chr., Geneviève Viney ; RDP, 1997, 1139, note, Jean Waline ; *AJDA*, 1997, 430 ; *PA.*, 28 mai 1997, 23, note, Stéphanie Alloiteau ; *RFDA*, 1997, 374, concl., Valérie Péresse et note, Bertrand Mathieu ; D., 1998, som., 294, obs., Sandrine Henneron ; D., 1999, som., 60, obs., Pierre Bon et Denys de Béchillon ; *Méd. et dr.*, 1999, vol.35, 18, chr., Marie-Laure Moquet-Anger.

279) 家族による生の選別という観点からの批判として、Cf. Dahan, *supra* note 270, n°7, p.38 ; Sainte-Rose, *supra* note 143, *JCP*, pp.2307 et s. ; *Id.*, *supra* note 270, *Concl. sous Cass. ass. plén.*, 13 juill. 2001, pp.1838 et s. ; Pons, *supra* note 147, n°678 et s., pp.378 et s. ; etc.

基礎に、父母は子の出生によって生じた負担や精神的苦痛の賠償を得ることはできないとして²⁸⁰⁾、第4の考え方を明確に否定する。その上で、実定法は、1回目の妊娠中絶手術の失敗により妊娠が継続したために、または、不妊手術の失敗や不妊手術に際しての妊娠リスクの不告知などが原因となって妊娠したために、(再度の)妊娠中絶手術を受けた場合には、そのために要した費用の賠償のほか、手術の失敗や再手術の実施に伴う不安などの非財産的損害の賠償が²⁸¹⁾、法定期間の徒過などにより再度の妊娠中絶手術を受けることができない場合、不妊手術後の妊娠リスクが説明されなかったために妊娠を防ぐための措置を講ずることができなかった場合などでは、意思決定の阻害に係る損害賠償が認められるに過ぎないとする²⁸²⁾。これは、問題を子との関わりから切り離し、個人の負担や精神状態への影響といった次元で捉えるものであり、第1

280) CE., 2 juill. 1982, Rec. Cons. d'Et., 1982, 266 ; D., 1982, IR., 21, obs., Franck Moderne et Pierre Bon ; D., 1982, jur., 425, note, Joël-Benoît d'Onorio ; Gaz. Pal., 1983, 1, jur., 193, note, Franck Moderne ; AJDA., 1983, 206, obs., J. C. (妊娠中絶手術の失敗) ; Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1983, Bull. civ., I, n°140 ; JCP, 1984, II, 20262, obs., Annick Dorsner-Dolivet (不妊手術後の妊娠リスクの説明不足) ; Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1991, Bull. civ., I, n°213 ; D., 1991, jur., 567, note, Philippe Le Tourneau ; RTD civ., 1991, 706, chr., Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller ; RTD civ., 1991, 753, chr., Patrice Jourdain ; JCP, 1992, I, 3593, chr., Thierry Garé, Pierre Murat, Isabelle Sayn, Jacqueline Rubellin-Devichi, Sylvie Bernigaud, Hugues Fulchiron et Olivier Matocq ; JCP, 1992, II, 21784, note, Jean-François Barbiéri ; Gaz. Pal., 1992, 2, jur., 285 ; Defrénois, 1992, art. 35212, 328, note, Jean-Luc Aubert ; D., 1993, som., 27, obs., Jean Penneau (妊娠中絶手術の失敗) ; etc.

下級審の裁判例として、TGI. Bobigny, 15 déc. 1976, D., 1977, jur., 245, note, Philippe Le Tourneau (妊娠中絶手術の失敗) ; TGI. Le Mans, 22 nov. 1983, Gaz. Pal., 1984, 1, som., 121 (不妊手術後の妊娠リスクの説明不足) ; CA. Riom, 6 juill. 1989, D., 1990, jur., 284, note, Philippe Le Tourneau ; D., 1991, som., 179, obs., Jean Penneau (医師の不注意に起因する妊娠中絶手術の法定期間の徒過) ; TA. Strasbourg, 21 avril 1994, RDP, 1994, 1837, concl., José Martinez ; RFDA., 1994, 916, obs., José Martinez ; RFDA., 1995, 1222, concl., José Martinez (不妊手術後の妊娠リスクの説明不足) ; etc.

281) TGI. Evreux, 21 déc. 1979, D., 1981, jur., 185, note, Jean Penneau (妊娠中絶手術の失敗) ; etc.

282) Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1983, supra note 280 ; etc..

の考え方と同じ構造を持つ。場面④では、生まれてきた子に障害などが存在しないため、第2の考え方、第3の考え方を適用することができない以上²⁸³⁾、第4の考え方を否定しつつ一定の損害賠償を肯定するとすれば、第1の考え方によるしかない²⁸⁴⁾。

他方で、場面⑤では、強姦性交の被害者がその加害者に対して自らの身体や人格への侵害を理由に損害賠償を請求することができること自体に異論を差し挟む余地はないため、各裁判例において子を出産したこととの関連でどのような損害が観念されているのかは必ずしも明らかでない。ところで、実定法は、強姦性交から生まれた子が、その加害者との間で親子関係を設定することができない場面であるかどうかを問うことなく²⁸⁵⁾、精神的損害の賠償を請求することを認める²⁸⁶⁾。そして、場面④で子の出生はそれ自体で損害を構成しないとされていること、2002年3月4日の法律により出生のみを理由とする損害の援用が禁止された後も上記の請求が肯定されていることからすると、上記の解決では、出生それ自体ではなく²⁸⁷⁾、出生を取り巻く諸状況に由来する精神的損害の賠償が問題になっていると考えられる^{288,289)}。このことを場面⑤に置き直せば、以下のようになる。強姦性交により子を出産するに至った者は、第4

283) フォートの不存在を理由に結論としては否定されているが、胎児に障害があったことを受けて妊娠中の女性が中絶手術を受けたが当該手術が失敗に終わったという事案で、第3の考え方により損害賠償を肯定する可能性を示した裁判例もある。TGI. Bobigny, 9 fév. 1983, Gaz. Pal., 1983, 1, som., 200; JCP, 1984, II, 20149, obs., Annick Dorsner-Dolivet.

284) 以上の整理は2002年3月4日の法律施行後の事案にも妥当する。

285) 強姦性交の加害者がその被害者との間で一定の親族関係にある場合には、強姦性交により生まれた子は、加害者との間で父子関係を設定することができないため、そのことを損害として主張することができる。Cf. TGI. Lille, 6 mai 1996, supra note 122; CA. Paris, 25 juin 1999, D., 1999, IR., 226; CA. Grenoble, 29 juin 2005, supra note 122; etc.

286) 注(285)で引用した裁判例のほか、Cass. crim., 4 fév. 1998, supra note 122; Cass. crim., 23 sept. 2010, supra note 122; CA. Caen, 7 nov. 2000, JCP, 2002, II, 10001, note, Alain Sériaux.

287) この観点から判例を批判するものとして、Moine-Dupuis, supra note 122, pp.1835 et s.; Sériaux, supra note 286, n^{os}1 et s., pp.32 et s.; Léna, supra note 122, p.2365; Cayol, supra note 122, pp.13 et s.; Hocquet-Berg, supra note 122, pp.3 et s.; Bloch, supra note 122, p.713; etc.

の考え方にに基づき、子を産んだことそれ自体に関わる損害の賠償を請求することはできないが、第3の考え方にに基づき、望まない相手方との間で生まれた子と関係を形成せざるを得なかったことに関わる損害の賠償を得ることができる。言い換えれば、場面④の実定法では、望まない子と関係を構築しないことではなく、自らが望んだ相手方との間に生まれた子と関係を構築することの保護が目指されている。

II. 民事責任法における「家族の保護」の基礎

フランスでは、Iで整理した実定法の状況およびその変遷を受ける形で、家族として捉えられる者の一定の権利または利益が侵害された場合に当該被害者以外の家族のメンバーはどのような場合にどのような根拠に基づいて損害賠償を請求することができるか、また、家族と関わりを持つ形で存在している権利または利益を侵害された場合に当該家族のメンバーはどのような場合にどのような根拠に基づいて損害賠償を請求することができるかという問いが、場面ごとに様々な視角から議論されてきた。もっとも、そこでの議論のすべてが家族という視点を意識しているわけではないため、一部の議論と「家族の保護」という問題設定との間にはズレが存在する。また、Iの各場面のすべてを視野に入れ家族のあり方という観点から包括的に論じた研究もない。従って、本稿冒頭の課題に応えるためには、Iの各場面に即して展開されてきた様々な議論をそれ自体として検討することよりも、実定法の状況およびその展開を「家族の保護」の基礎という視点から捉え直し、そこからいくつかのありうる構想を抽出した上で、そこに上記の議論を接合させながら、各構想を正確に定位するこ

288) この点を明確に説くものとして、Cf. Sériaux, *supra* note 286, n°4, p.32 ; Radé, *supra* note 122, p.3 ; Lazerges-Cousquer, *supra* note 122, pp.127 et s. ; Mekki, *supra* note 122, pp.1574 et s. ; Jourdain, *supra* note 122, pp.133 et s. ; etc.

289) 場面④の判例は、出生が損害に当たらないことを説きつつ、「特殊な状況や事情が存在している場合」(CE., 2 juill. 1982, *supra* note 280)、「補償の請求を可能にするような特別の損害」がある場合 (Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1991, *supra* note 280) は別であるとする。本文の理解は、これらの判例が言う例外に該当する。

とが望まれる(1)。その後、そこで得られた成果について、家族のあり方と民事責任法の枠組という2つの視点から分析するとともに、どのような点に、どのような理由に基づき、フランス法の特徴が現れているかを明らかにしながら、日本法の状況と照らし合わせつつ検討する(2)。

1. 「家族の保護」をめぐる議論の再解釈

Iでの整理を踏まえれば、「家族としての保護」、つまり、ある家族のメンバーに対する侵害を起点としてほかの家族のメンバーが損害賠償を請求する場面であっても、「家族に関わる保護」、つまり、自己に対する侵害を起点としてその者が家族のメンバーとの関わりの中で持つ権利や利益を害されたことを理由に損害賠償を請求する場面であっても、侵害された家族のメンバーや侵害対象となった権利や利益と関わりを持つ家族のメンバーが現に存在し、または、過去に存在していたケース (I1、2(1)、2(2)①) では、「家族の保護」の基礎につき、共通していくつかの構想が抽出される。身分や地位の保護を基礎とする構想、家族のメンバーとの関係で形成している (形成してきた、または、形成するはずであった) 個人の人格の保護を基礎とする構想、家族のメンバーとの関係から切り離れた個人の感情や人格の保護を基礎とする構想がそれである ((1))。他方で、侵害対象となった権利や利益と関わりを持つ家族のメンバーが当該行為の時点で存在していなかったケース (I2(2)②) では²⁹⁰⁾、その家族のメンバーが特定されていないときには上記の構想が妥当しているものの、その家族のメンバーが特定されその後に実在するようになったときには、異質な考慮要素が介在し、請求主体と当該存在との関係の中身を問うような別の構想が現れてい

290) 侵害された家族のメンバーが当該行為の時点で存在していなかった場面、具体的には、胎児などの未出生の子が侵害された場面では、その存在がその後に生育力を持って生まれてきたとすれば (法律構成によっては、受胎された子はその利益が存する時はいつでも生まれたものとみなされるとの法原則を介し)、I1(2)のケースとして扱われる。他方で、その存在がその後に生育力を持って生まれてこなかった場合には、未出生の子の法的性格との関連で様々な解決が想定される。この点は、続稿として予定している「民事責任法と人」の中で扱われる。

る（2）。

（1） 現在および過去における「家族の保護」

① 身分や地位の保護を基礎とする構想（構想①）

第1に、「家族の保護」を身分や地位の保護として捉える構想（構想①）がある。構想①は、家族のメンバーに対する一定の侵害行為により当該メンバーとの関係における自己の身分や地位が害され、または、自己に対する一定の侵害行為によりある家族のメンバーとの関係における自己の身分や地位が害されたことを不法行為の基礎とする。

構想①は、かつての一部の裁判例および議論の中に見出された。まず、直接被害者の生命が侵害されたことを理由にその時点の家族のメンバーが自己固有の損害賠償を請求する場面（I1(1)①）で、両者の間に法的な身分や地位が存在することをその要件とする初期の一部の裁判例、法的に保護される正当な利益の侵害を要求する1960年代までの裁判例との関連で正当な利益の意味を法的な身分や地位として理解する解釈のほか、（法によって認められた）権利の侵害の存在を求める議論²⁹¹⁾は、直接被害者への不法行為により自己の身分や地位が喪失したことを問題にしており、構想①に該当する。次に、直接被害者の身体などが侵害されたことを理由とする家族のメンバーからの愛情損害の賠償請求（I1(2)①）を、身分や地位が依然として存続することを理由に認めない解釈²⁹²⁾も構想①である。また、配偶者の不貞行為の相手方に対する損

291) この点を明確に説くものとして、Lacoste, supra note 15, p.27 ; E. H. Perreau, Des droits de la personnalité, RTD civ., 1909, pp.510 et s. ; Lalou, supra note 22, Note sous Cass. crim., 26 nov. 1926, p.74 ; Roux, supra note 22, pp.273 et s. ; Pilon, supra note 31, pp.39 et s. ; Louis Jossierand, L'avènement du concubinat, DH., 1932, chr., p.48 ; Id., Cours de droit civil positif français conforme aux programmes officiels des facultés de droit, t.2, 3^{ème} éd., Sirey, Paris, 1939, n^{os}423 et s., p.241 ; Robert Desiry, Les conséquences juridiques du concubinage en dehors de l'application de l'article 340 C. civ., Rev. crit., 1932, pp. 503 et s. ; etc.

292) 私的罰の観点を強調するものであるが、Cf. Ripert, supra note 69, pp.3 et s. ; Dupichot, supra note 10, n^{os}204 et s., pp.223 et s. ; etc.

害賠償請求の場面（I 2(1)①）で、夫権や相互支配的な権利の侵害を理由にこれを肯定する初期の一部の裁判例、死者の人格とされるものへの侵害を理由とする近親者からの損害賠償請求の場面（I 2(1)②）で、死者と請求主体との間の家族連帯を理由にこれを肯定する一部の裁判例も、構想①に属する。

しかし、構想①を基礎に据えた説明は、現在の実定法の解決とは相容れないほか、上記以外の場面（I 1(2)②、2(2)）をその射程に含むことができないため、今日では受け入れられていない。もっとも、以下の2つの場面では、一定の修正を施すことを前提に構想①の有用性が指摘されている。

1つは、配偶者の不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面（I 2(1)①）である。ここでは、相手方の行為を他方配偶者の貞操義務違反への加担として構成する見解が有力である²⁹³⁾。これは、債務者による契約債務の不履行に対する第三者の加担を不法行為と捉えることを通じて契約の保護を図るのと同じように²⁹⁴⁾、配偶者による貞操義務の違反に対する第三者の加担を不法行為と

293) この点を明確に説くものとして、Likillimba, *supra* note 162, n^{os}228 et s., pp.152 et s. ; Jean Garrigue, *Les devoirs conjugaux : Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. Laurent Leveneur, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2012, n^{os}385 et s., pp.313 et s. ; etc. また、Cf. Demogue, *supra* note 170, p.803 ; Jourdain, *supra* note 169, pp.894 et s. ; Delebecque, *supra* note 169, p.1319 ; Houtcieff, *supra* note 169, p.1626 ; etc.

294) 古くからの判例（Cass. civ., 21 déc. 1814, S., 1815, 1, 159 ; Cass. crim., 31 mars 1836, S., 1836, 1, 574 ; Cass. réun., 7 mai 1836, D., 1836, 1, 161 ; Cass. civ., 30 mai 1838, D., 1838, 1, 286 ; S., 1938, 1, 492 ; etc.）とは異なり、婚約を有効な契約として捉え、そこから婚姻をするというなす債務の発生を認める立場によると、婚約当事者の一方と性的関係を持ち当該婚約を解消させた者は、上記のなす債務の違反に加担したと評価され、不法行為責任を問われる。Cf. Louis Josserand, *Le problème juridique de la rupture des fiançailles*, DH., 1927, chr., pp.21 et s. ; etc. なお、婚約を有効な契約として捉える見解は、少数ではあるが、古くから（Ex. Charles Bonaventure Marie Toullier, *Droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t.6, 4^{ème} éd., Warée, Paris, 1824, n^{os}293 et s., pp.305 et s. ; etc.）、今日に至るまで（Ex. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas et Laurent Leveneur, *Leçon de droit civil*, t.1, vol.3, *La famille*, 7^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1995, n^o725 et s., pp.70 et s. ; Gérard Cornu, *Droit civil, La famille*, 9^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2006, n^o150 et s., pp.267 et s. ; etc.）、主張されている。

構成することにより夫婦関係を保護する見方である。この見解は、「家族の保護」を身分や地位それ自体ではなく身分や地位から生ずる権利義務関係の保護として捉え直すことにより、構想①を再構成する。

もう1つは、直接被害者の生命が侵害されたことを理由にその時点では未だ生まれていなかった家族のメンバーが自己固有の損害賠償を請求する場面（I1(1)②）である。ここでは、身分関係を構築することができなかったことに損害賠償請求の基礎を求める見解が主張されている²⁹⁵⁾。この見解は、過去または現に存在した身分や地位ではなく、将来的に存在するはずであった身分や地位の保護を目指すために構想①を用いる。ただし、この見解は、請求主体が行為時に未出生の子で関係の相手方が父（および祖父母）であるケースのみを念頭に置いており、例えば、フィアンセの一方が不法行為により死亡した場合における他方からの損害賠償請求の場面を想定するものではない。つまり、この見解は、子の利益を図ることを一義的な目的として設定し、両親（および祖父母）の存在が子にとって重要であること、そのために親権を責任化するのが親子法の潮流であることを踏まえ、親（および祖父母）との関連における子としての身分や地位それ自体を保護しようとするものである。

なお、厳密には異なるものの構想①に類似した考え方もいくつかの場面で主張されている。例えば、死者の人格とされるものが侵害された場面（I2(1)②）における死者基底の構想²⁹⁶⁾、直接被害者の生命が侵害された場面（I1(1)①）において愛情損害の賠償に権利保障の延長としての意味を付与する見解は²⁹⁷⁾、死者本人の人格の保護や直接被害者の生命の保障を承継人としての身分を有する近親者に託す考え方である。これらは、保護の対象としては死者や直接被害者の人的な権利を想定しており、身分や地位を保護する構想①とは異なるが、その行使を一定の身分や地位を有する者だけに限定する点では構想①と共通する。また、直接被害者の生命が侵害された場面（I1(1)①）における愛情損害

295) Bacache, supra note 95, n^{os}16 et s., pp.390 et s. ; Jourdain, supra note 95, pp.128 et s. ; Binet, supra note 95, p.5 ; Stoffel-Munck, supra note 95, pp.2 et s. ; Leroyer, supra note 95, p.93 ; etc.

の賠償に家族的復讐や私的罰の発想を読み取る見解は²⁹⁸⁾、家族のメンバーへの侵害に対する制裁を一定の身分を有する近親者により実現する考え方である。これは、近親者としての身分や地位の保護を問題にしていない点で構想①とは異なるが、身分的な繋がり的重要性を法的に承認しようとする点で構想①と発想を同じくする。従って、これらの見解の実際の帰結は構想①のそれに近い。

② 家族との関わりの中で生きる個人の人格の保護を基礎とする構想(構想②)

第2に、「家族の保護」を家族との関わりの中で生きる個人の人格の保護として捉える構想(構想②)がある。構想②は、家族のメンバーに対する一定の

296) Robert Badinter, *Le droit au respect de la vie privé*, JCP, 1968, I, 2136, n^{os}18 et s., pp.4 et s. ; Pierre Blondel, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, préf. André Ponsard, Bibliothèque de droit privé, t.95, LGDJ., Paris, 1969, n^{os}70 et s., pp.63 et s. ; etc. ただし、多くの見解は死者基底の構想を否定する。Ex. Perreau, supra note 291, pp.526 et s. ; Jacques Borricand, *Les effets du mariage après sa dissolution : Essai sur la pérennité du lien conjugal*, préf. Pierre Kayser, Bibliothèque de droit privé, t.18, LGDJ., Paris, 1960, n^{os}47 et s., pp.25 et s. ; Bernard Beignier, *L'honneur et le droit*, préf. Jean Foyer, Bibliothèque de droit privé, t.234, LGDJ., Paris, 1995, pp.451 et s. ; Id., supra note 206, Note sous TGI., Paris, 13 janv. 1997, n^o2, p.257 ; Ferrier, supra note 206, p.1 ; Caron, supra note 178, p.267 ; Petit, supra note 178, pp.201 et s. ; Lapage, supra note 186, p.2645 ; Delage, supra note 184, p.2047 ; etc. また、Cf. Marion Wagner, *Quelques réflexions autour de l'article 16-1-1 du code civil : Vers une obligation générale de respect du corps humain*, RRJ., 2009, pp.1872 et s.

297) Boris Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérés en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. Maurice Picard, L. Rodstein, Paris, 1947, pp.408 et s.

298) 精神的損害の賠償一般を対象とするものも含め、Ex. Ripert, supra note 69, p.1 ; Esmain, supra note 28, pp.114 et s. ; Nooman M. K. Gooma, *Théorie des sources de l'obligation*, préf. Jean Carbonnier, Bibliothèque de droit privé, t.88, LGDJ., Paris, 1968, n^{os}138 et s., pp.138 et s. ; Dupichot, supra note 10, n^{os}52 et s., pp.64 et s. et n^{os}181 et s., pp.194 et s. ; Jacques Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, préf. Pierre Kayser, Bibliothèque de droit privé, t.153, LGDJ., Paris, 1978, n^{os}342 et s., pp.379 et s. ; etc.

侵害行為により当該メンバーとの関係で築いていた自己の人格の実現に不可欠な関係が害され、または、自己に対する一定の侵害行為によりある家族のメンバーとの間で築いていた上記の関係が害されたことを不法行為の基礎とする。

構想②は、現在までの多くの裁判例および議論の中に見出される。まず、直接被害者の生命が侵害されたことを理由にその時点の家族のメンバーが自己固有の損害賠償を請求する場面（I1(1)①）で、法的に保護される正当な利益の侵害を要求する1960年代までの裁判例について違法な利益に基づく請求を排除するものとして理解し、この観点と個々の関係の内実を踏まえつつ各属性を持つ主体の請求の当否を判断していく議論²⁹⁹⁾、1970年代以降の裁判例を受けて単なる利益の侵害があれば上記請求は認められるとしつつ、関係の濃淡に応じて愛情損害の推定と証明を使い分ける見解^{300,301)}、また、その時点では未だ生まれていなかった者からの損害賠償（I1(1)②）に関して、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を媒介させ愛情損害の賠償として構成する可能性を示す見解³⁰²⁾などは、いずれも、身分や地位でも、単なる個人の感情でもなく、直接被害者との関係が請求主体の生き方にとって重要であったか（または重要であるか）ということに力点を置いた評価をするもので、構想②と評価される。次に、直接被害者の身体などが侵害されたことを理由とする家族のメンバーからの愛情損害の賠償請求（I1(2)）につき、直接被害者への侵害が重大であるなどその意思的交流が阻害さ

299) この点を明確に説くものとして、Lalou, *supra* note 31, p.188 ; *Id.*, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1951, n^{os}155 et s., pp.109 et s. ; Esmain, *supra* note 18, pp.155 et s. ; Voirin, *supra* note 22, Note sous CA. Lyon, 23 oct. 1929, p.170 ; Marty, *supra* note 22, pp.151 et s. ; *Id.*, *supra* note 38, p.323 ; Savatier, *supra* note 34, n^{os}11 et s., pp.197 et s. ; *Id.*, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t.2, 2^{ème} éd., LGDJ., Paris, 1951 n^{os}556 et s., pp.121 et s. ; Flour, *supra* note 43, p.295 ; Mazeaud, *supra* note 39, pp.41 et s. ; José Vidal, *L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable*, JCP., 1971, I, 2390, n^{os}16 et s., pp.7 et s. ; Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, préf. Frédéric Pollaud-Dulian, PUAM., Aix-en-Provence, 2002, n^{os}204 et s., pp.190 et s. ; Égéa, *supra* note 41, n^{os}355 et s., pp.233 et s. ; etc.

れる場合に限定して認める裁判例やこれを支持する見解³⁰³⁾も構想②である。また、1881年7月29日の法律の適用領域外という限定付きではあるものの、死者の人格とされるものへの侵害を理由とする近親者からの損害賠償請求の場面(12(1)②)で、その基礎を自己の私生活から区別された死者に対する愛情や尊敬の念の侵害に求める裁判例と議論³⁰⁴⁾も構想②として位置付けられる。更に、自己の身体が侵害された場面(12(2)①)における賠償されるべき各損害項目(機能欠陥、性的損害、感染に関する特殊な損害、不安損害)の内容³⁰⁵⁾も構想②に親和性を持つ。なお、本稿の検討素材のうち配偶者の不貞行

300) この点を明確に説くものとして、Marty, supra note 22, pp.151 et s. ; Mazeaud, supra note 34, p.82 ; Savatier, supra note 34, n°20, pp.206 et s. ; Jacques Braud, L'indemnité réparatrice des blessures et de la mort : Pour l'unité, JCP, 1971, I, 2372, n°28, p.8 ; Jourdain, supra note 67, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 16 avril 1996, RTD civ., pp.627 et s. ; Grynbaum, supra note 67, p.1 ; Bourrié-Quenillet, supra note 69, n°16, pp.943 et s. ; Pons, supra note 147, n°145 et s., pp.103 et s. また、René Demogue, Traité des obligations en général, t.4, Arthur Rousseau, Paris, 1924, n°407, pp.49 et s. ; Henri Mazeaud, Léon Mazeaud et André Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t.1, 6^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1965, n°320 et s., pp.413 et s. ; Jean Carbonnier, Droit civil, vol. II, Quadrige, PUF., Paris, 2004, n°1128, p.2281 ; Viney, Jourdain et Carval, supra note 69, n°305 et s., pp.209 et s. ; Lagrange, supra note 69, n°154 et s., pp.26 et s. ; etc.

301) 関係の濃度に応じて損害賠償額が変わるべきことを主張するものとして、Lalou, supra note 22, Note sous CA. Paris, 5 juin 1923, pp.3 et s. ; Martine Bourrié-Quenillet, Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel, JCP, 1996, I, 3919, n°16, p.141 ; Id., supra note 125, n°33, p.2210 ; etc.

302) Bacache, supra note 95, n°11, pp.388 et s., et n°15, p.389 ; Binet, supra note 95, pp.2 et s. ; Tapinos, supra note 95, p.385 ; Maïté Saulier, Obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 14 déc. 2017, AJ fam., janv. 2018, p.48 ; Philippe Brun, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 14 déc. 2017, D., 2019, p.39 ; etc.

303) この点を明確に説くものとして、H. et L. Mazeaud, supra note 130, Chr. sous Cass. civ., 22 oct. 1946, p.52 ; Id., supra note 126, Chr. sous CA. Lyon, 15 janv. 1951, p.245 ; Id., supra note 126, Chr. sous Cass. crim., 4 mai 1954, p.657 ; Id., supra note 128, p.535 ; Braud, supra note 300, n°23, p.7 ; etc.

304) この点を明確に説くものとして、Françoise Ringel et Emmanuel Putman, Après la mort..., D., 1991, chr., n°7 et s., pp.243 et s. ; Prieur, supra note 178, p.10 ; Hauser, supra note 193, p.124 ; Mouralis, supra note 191, pp.298 et s. ; etc.

為の相手方に対する損害賠償請求の場面（I 2(1)①）では、構想②と解釈されるような議論はない。しかし、その可能性は残されていることを併せて考えると³⁰⁶⁾、構想②は、実定法の多くを説明することができる理論と評しうる。

③ 家族から切り離された個人の感情や人格の保護を基礎とする構想(構想③)

第3に、「家族の保護」を家族のメンバーとの関係から切り離した個人の感情や人格の保護として捉える構想（構想③）がある。構想③は、家族のメンバーや自己に対する一定の侵害行為により家族の存在とは無関係に存在する自らの感情または人格が害されたことを不法行為の基礎とする。

構想③は、断片的にはあるが、現在までのいくつかの裁判例および議論の中に見出される。まず、直接被害者の身体などが侵害されたことを理由にその時点の家族のメンバーが自己固有の損害賠償を請求する場面（I 1(1)②）において、直接被害者に生じた侵害の重大性を問わない裁判例との関連で、その方向性を徹底し自己の感情阻害の有無だけを問う見解³⁰⁷⁾、こうした理解の仕方を直接被害者の生命が侵害された場面（I 1(1)①）にも及ぼす見解³⁰⁸⁾、これらを更に純化させ両場面で請求主体の生活が妨げられた場合に限って損害賠償を

305) 不安損害を心理面での障害に限定しそこから生活への影響などを切り離す見解（注(243)を参照）は、当該場面において、家族との愛情的な関わりを賠償対象から除外することを主張するものではない。この見解は、不安損害を明確化するためにこの要素を機能欠陥に統合すべきことを説くだけである。

306) 拙稿・前掲注(2)「1」83頁以下。

307) この点を明確に説くものとして、Houin, supra note 126, p.2; Givord, supra note 126, p.100; Durry, supra note 132, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 8 déc. 1971, p.596; Id., supra note 130, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 14 déc. 1972, p.601; Id., supra note 132, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 23 mai 1977, p.769; etc. この立場からは、直接被害者に対する侵害の重大性を要求していたかつての裁判例は訴権を限定するための政策的考慮に規定されたものと理解される（Cf. Le Roy, supra note 128, p.416）。

308) この点を明確に説くものとして、Rodière, supra note 45, pp.2 et s.; Id., La responsabilité civile, Rousseau, Paris, 1952, n^{os}1608 et s., pp.226 et s.; Georges Morange, La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative, D., 1953, chr., pp.28 et s.; Wierderkehr, supra note 59, p.3; Puech, supra note 61, n^{os}299 et s., pp.241 et s.; etc.

認めようとする見解³⁰⁹⁾は構想③に該当する。また、繰り返し行われてきた感情の商業化による近親者の利得という批判³¹⁰⁾、愛情損害の存在それ自体を否定する見解は³¹¹⁾、これを構想③に結び付けて把握することを前提とする。これらの理解は、愛情損害は家族のメンバーの身分または人格に関わりを持たない感情的な損害に過ぎないとの把握の仕方を基礎として、その存在意義を否定するものだからである。次に、配偶者の不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面（I 2(1)①）で、相手方に請求者を害そうとする意図が存在する場合に限ってこれを認める現在の判例とこれを支持する見解³¹²⁾も、請求者とその配偶者との関係を考慮の外に置くものであり、構想③に親和性を持つ。更に、死者の人格とされるものへの侵害を理由とする近親者からの損害賠償請求の場面（I 2(1)②）で、その基礎を近親者固有の人格の侵害に求める裁判例と議論³¹³⁾もこれに当たる。

以上のように、構想③は、それだけで現在の実定法のすべてを説明することはできないが、ある場面では構想②に代わる形でその妥当領域を徐々に拡大し（I 1(1)②）、別の場面では構想②を補完する役割を担っている（I 2(1)②）。

309) Lambert-Faivre, *supra* note 64, *Le droit...*, p.168 ; Id., *supra* note 64, *Principes d'indemnisation...*, p.71 ; etc.

310) Esmain, *supra* note 28, pp.113 et s. ; Morange, *supra* note 16, *À propos...*, p.17 ; Dupichot, *supra* note 10, n°152, p.179 ; etc. また、その不道徳性を強調するものとして、Tunc, *supra* note 42, *Chr. sous CA. Paris*, 5 juill. 1960, p. 644 ; Mémeteau, *supra* note 69, pp.401 et s. ; etc.

311) Giboulot, *supra* note 17, pp.98 et s. ; Mémeteau, *supra* note 69, pp.401 et s. ; etc.

312) Astrid Mignon-Colombet, *Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux ?*, *PA*, 31 janv. 2005, n°27 et s., pp.14 et s. ; Gaëlle Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. Pierre Murax, *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol.138, Dalloz, Paris, 2014, n°57 et s., pp.65 et s. ; etc. また、Cf. Garé, *supra* note 169, p.1430.

313) 構想②に基づく訴権の可能性を認めない趣旨であるかどうかは明らかでないが、Cf. Beignier, *supra* note 206, *Note sous Cass. crim.*, 20 oct. 1998, p.107 ; Caron, *supra* note 178, p.267 ; Petit, *supra* note 178, pp.201 et s. ; etc. また、構想②に基づく訴権との併用を明確に認めるものとして、Prieur, *supra* note 178, p.10 ; Mouralis, *supra* note 191, pp.178 et s.

(2) 将来における「家族の保護」

① 家族と関わりを持つ可能性の保護

何らかの侵害行為により被害者が将来的に家族関係を築く希望や機会を失った場面（I2(2)②の第1のケース）では、家族構成損害の賠償を通じて家族と関わりを持つ可能性が保護される。そして、家族構成損害の中では、特定の人物との間で家族関係を築く可能性ではなく³¹⁴⁾、抽象的な意味での家族を築く可能性が考慮される。ここでは、誰と関係を持つかという点は捨象されるため、身分や地位の保護は問題となりえず、当該被害者にとって（抽象的な意味での）家族の存在が個人の人格の実現にとって不可欠であるとの評価を経て、構想②に依拠した判断がされる。また、関係の相手方である家族のメンバーが特定されない以上、どのような関係を持つはずであったかという点が意味を持つこともない。従って、以下の②とは異なり特殊な考慮が入り込む余地はない。

② 特定の家族のメンバーと望むような関わりを持つ可能性（構想④）、関わりを持たない可能性（構想⑤）の保護

何らかの侵害行為により被害者が予定していたのとは異なる形で家族関係を築かざるを得なくなった場面（I2(2)②の第2のケース）では、現に存在する特定の相手方、具体的には、障害を持って（場面㉗）、望まなかったにもかかわらず（場面㉘）、強姦性交のために（場面㉙）生まれてきた子との関係を踏まえた主張が展開されるため、どのような関わりを持つはずであったかという点が考慮の対象となりうる。もちろん、上記の場面について、両親による意思決定の阻害³¹⁵⁾、より良い準備をすることができなかったこと³¹⁶⁾、または、感情への侵害や不安の問題として³¹⁷⁾、つまり、本稿の分析視角に照らせば構想③に従って、現に存在する子との関係を捨象した両親の人格や感情の保護の問題として捉えることもできる。そして、この方向性は、医療の場面における情

314) 特定の人物との間の家族生活が阻害されたことは一時的または永続的機能欠陥の中で考慮される。

報提供義務違反一般につき³¹⁸⁾、人間の尊厳や身体の完全性を背景とした患者の情報への権利の侵害として構成する立場を経て³¹⁹⁾、伝えられるべきリスク

315) 場面㉗について、Gridel, supra note 146, pp.6 et s. ; Dorsner-Dolivet, supra note 270, n°4, p.395 ; Mathieu, supra note 278, pp.383 et s. ; Luciani, supra note 265, n°12, p.19 ; Fabre-Magnan, supra note 270, n°17 et s., pp.303 et s. ; Pignarre, Brun et Piédélièvre, supra note 270, n°14 et s., pp.482 et s. ; Patrick Lafage, *Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement : Les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, Gaz. Pal., 2002, pp.279 et s. ; etc. 場面㉘について、Barbiéri, supra note 280, p.19 ; 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°653 et s., pp.252 et s. ; etc.

316) 場面㉗について、Sériaux, supra note 145, n°9, p.986 ; Dahan, supra note 270, n°8, p.38 ; etc.

317) 場面㉗について、Fabre-Magnan, supra note 270, n°17 et s., pp.303 et s. 場面㉘について、Le Tourneau, supra note 280, Note sous TGI. Bobigny, 15 déc. 1976, p.187 ; Id., supra note 280, Note sous CA. Riom, 6 juill. 1989, pp.287 et s. ; Branlard, supra note 315, n°653 et s., pp.252 et s. ; etc.

318) この観点から場面㉗を分析するものとして、Cf. Sophie Hocquet-Berg, *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale*, Gaz. Pal., 1998, 2, doc., n°26 et s., pp.1127 et s.

319) Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, Bull. civ., I, n°128 ; D., 2010, 1484, obs., Inès Gallmeister ; D., 2010, 1522, note, Pierre Sargos ; D., 2010, 2099, chr., Claude Creton ; JCP., 2010, 788, obs., Stéphanie Porchy-Simon ; JCP., 2010, 1015, chr., Philippe Stoffel-Munck ; Gaz. Pal., 2010, 2421, note, Frédéric Bibal ; RTD civ., 2010, 571, chr., Patrice Jourdain ; RDC., 2010, 1235, obs., Jean Sébastien Borghetti ; PA., 17-18 août 2010, 9, note, Roger Mislawski ; PA., 30 sept. 2010, 15, note, Marion Bary ; AJDA., 2010, 2169, note, Caroline Lantero ; RCA., sept. 2010, com., 222, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2011, 45 chr., Olivier Gout ; D., 2011, 2570, chr., Anne Laude ; Méd. et dr., 2012, 37, chr., Christina Corgas-Bernard (情報提供義務違反を認定する一方で損害の不存在を理由に患者からの損害賠償請求を棄却した原審の破棄) ; Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2012, n°10-24.447 ; Gaz. Pal., 2012, 889, note, Cyril Irrmann (同上) ; Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 2012, n°10-26.705 ; RCA., avril 2012, com., 122 (同上) ; Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012, Bull. civ., I, n°129 ; D., 2012, 1610, obs., Inès Gallmeister ; D., 2012, 1794, note, Anne Laude ; D., 2012, 2829, chr., Philippe Delebecque ; JCP., 2012, 987, note, Olivier Gout ; JCP., 2012, 1224, chr., Philippe Stoffel-Munck ; Gaz. Pal., 2012, 2099, note, Mireille Bacache ; RDC., 2012, 1195, chr., Suzanne Carval ; CCC., oct. 2012, com., 225, note, Laurent Leveneur ; D., 2013, 41, chr., Olivier Gout (同上) ; Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n°11-26.516 ; RCA., fév. 2013, com., 69 (同上) ; etc.

の結果に対して準備することができなかった損害と結び付けて構成する³²⁰⁾現在の判例の立場にも沿うと考えられる³²¹⁾。しかし、裁判例およびそれをめぐる議論は、これらとは別に、この場面を家族との関わりの問題として捉える2つの構想を示している。

1つは、ここでの「家族の保護」を望むような子との間で関係を築く可能性の保護として捉える構想（構想④）である（I 2(2)②の第3の考え方）。具体的には、構想④では、両親または母が障害を持たない子、望む相手方との間で生

320) Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2014, Bull. civ., I, n°13 ; D., 2014, 277 ; D., 2014, 584, avis, Léonard Bernard de la Gatinais ; D., 2014, 590, note, Mireille Bacache ; D., 2014, 2022, chr., Anne Laude ; JCP, 2014, 124, chr., Christophe Quezél-Ambrunaz ; JCP, 2014, 446, obs., Adrien Bascoulergue ; JCP, 2014, 1323, chr., Cyril Bloch ; Gaz. Pal., 2014, 895, note, Béatrice Parance ; Gaz. Pal., 2014, 1147, note, Mustapha Mekki ; RTD civ., 2014, 379, chr., Patrice Jourdain ; RDC., 2014, 368, obs., Anne Guégan-Lécuyer ; CCC., avril 2014, com., 86, note, Laurent Leveneur ; D., 2015, 125, chr., Olivier Gout（提供されなかった情報が実現したリスクと無関係であることを理由に準備することができなかった損害の賠償を否定した原審の維持）； Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2017, Bull. civ., I, n°23 ; D., 2017, 296 ; D., 2017, 555, note, Scarlett-May Ferrié ; D., 2017, 2225, chr., Mireille Bacache ; JCP, 2017, 257, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2017, 1158, note, Stéphanie Gerry-Vernière ; Gaz. Pal., 2017, 1779, note, Aurélia Delhaye ; RTD civ., 2017, 403, chr., Patrice Jourdain ; RDC., 2017, 231, obs., Jean-Sébastien Borghetti ; CCC., avril 2017, com., 71, note, Laurent Leveneur ; RCA., avril 2017, com., 115, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2018, 35, chr., Olivier Gout（機会の喪失および準備することができなかった損害の賠償を認めた原審の維持）； Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017, n°16-21.141 ; D., 2017, 2225, chr., Mireille Bacache ; RCA., oct. 2017, com., 251, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2018, 35, chr., Olivier Gout（準備することができなかった損害とは別に機会の喪失の賠償を認めなかった原審の破棄）； Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2018, n°17-27.980 ; D., 2018, 2230 ; Gaz. Pal., 2018, 343（機会の喪失および準備することができなかった損害の賠償を否定する一方で情報への権利の侵害を理由に損害賠償請求を認容した原審の破棄）； etc. また、 Cf. CE., 10 oct. 2012, D., 2012, 2518, obs., Diane Poupeau ; JCP, 2012, 1252, note, François Vialla ; JCP, éd. A., 2012, 701, note, Charles-André Dubreuil ; JCP, éd., A., 2012, 2369, note, Vincent Vioujas ; Gaz. Pal., 2012, 3409, note, Adrien Bascoulergue ; AJDA., 2012, 1927, obs., Diane Poupeau ; AJDA., 2012, 2231, note, Caloline Lantero ; RCA., déc. 2012, com., 351, note, Laurent Bloch ; D., 2013, 2660, chr., Mireille Bacache ; JCP, 2013, 484, chr., Cyril Bloch（機会の喪失とは別に準備することができなかった損害の賠償の可能性を認めつつその援用がないとして患者からの損害賠償請求を棄却した事例）； etc.

まれた子と関係を構築することが保護対象として観念される。構想④によれば、場面①での両親からの損害賠償請求が排除され、場面⑦および場面⑨でのそれは肯定されることになるため、この構想は実定法を説明するための道具となりうる³²²⁾。しかし、ここでは、家族の正常性への権利³²³⁾や完全な子への権利³²⁴⁾を認めるかのような解釈の正当性が問われる。加えて、構想④は、例えば、直接被害者である父が重傷を負い後遺障害を残した場合にその当時未だ生まれていなかった子が望むような父と関係を構築することができなかった旨を主張することを許すなど(I 1(1)②の変形)、その他の場面にも影響を与える大きな射程を持つため、その受容には慎重とならざるを得ない。

もう1つは、ここでの「家族の保護」を望まない子との間で関係を構築しないことへの保護として捉える構想(構想⑤)である(I 2(2)②の第4の考え方)。具体的には、構想⑤では、両親または母が障害を持つ子、望まなかった子、強制性交の結果として生まれた子との関係を構築しないことが保護対象として観念される。構想⑤は、場面⑦、場面④、場面⑨のすべてで両親からの出生のみを理由とした損害賠償請求を肯定することになるため、実定法を説明するための道具にはならない³²⁵⁾。加えて、構想⑤のように関係不構築という次元で問

321) かつての判例では、実現したリスクを回避する機会の喪失が医師などによる情報提供義務違反から生ずる唯一の賠償されうる損害であるとされていた。Ex. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007, Bull. civ., I, n°380 ; D., 2008, 192, note, Pierre Sargos ; D., 2008, 2894, chr., Patrice Jourdain ; JCP, 2008, I, 125, chr., Philippe Stoffel-Munck ; RTD civ., 2008, 272, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2008, 303, chr., Patrice Jourdain ; RDC., 2008, 769, obs., Jean-Sébastien Borghetti ; RCA., mars 2008, com., 73 ; Méd. et dr., 2008, 135, chr., Christina Corgas-Bernard ; D., 2009, 1306, chr., Jean Penneau ; etc.

322) ただし、構想④は、その背後にある考え方からすると、場面⑦での子からの損害賠償請求を一定の範囲で肯定すべきことになるため、これを原則として否定している現在の実定法とは整合しない。Cf. Sargos, supra note 143, JCP, n°46 et s., pp.2301 et s. ; Jourdain, supra note 143, D., p.338 ; etc. Contra. Capri, supra note 270, p.19 ; Lafage, supra note 315, pp.282 et s.

323) Pons, supra note 147, n°670 et s., pp.375 et s.

324) Aune, supra note 257, n°846 et s., pp.393 et s. また、Cf. Aynès, supra note 270, n°5 et s., p.493.

題を捉える立場に対しては、妊娠中絶が女性の権利というよりも女性への許容として想定されている現状との不整合が指摘されるほか³²⁶⁾、家族内で生を選別することの当否が問われる³²⁷⁾。

2. 「家族の保護」をめぐる議論の分析

家族の法では、まず、家父長を中心とした家族からカップルとその子を中核とした家族へとその規律対象が移行し、次いで、個人主義、多元主義が強調され、家族（特に婚姻）に対する社会的要請および指導的な婚姻公序または家族それ自体を守るための公序が弛緩し、家族（特に婚姻）の非制度化および契約化とも称される理念の下での家族（特に婚姻）関係の最小限かつ象徴的な規律、更に、家族（特にカップル）関係の個人化が志向されつつ、家族それ自体ではなく家族内の諸個人の利益を守るための公序の重要性が指摘される一方、縦の関係においては、平等主義と永續主義が基本理念に据えられ、新たな社会的要請の出現に伴い親の責任（親権の責任的側面）が強化され、そこでの保護公序の役割も増大している³²⁸⁾。他方で、民事責任法では、19世紀末以降のフランス法における（身体的損害の）思想³²⁹⁾とも言うべき賠償のイデオロギー³³⁰⁾が

325) 子からの損害賠償請求に即した叙述であるが、構想⑤の背後にある考え方からすれば、場面④での損害賠償請求を否定し場面⑤での損害賠償請求を肯定する解決には不整合があることを指摘するものとして、Cf. Jourdain, *supra* note 280, p.756 ; Id., *supra* note 122, p.134 ; Cayol, *supra* note 122, pp.13 et s. ; etc.

326) Luciani, *supra* note 265, n°9, p.18 ; Sainte-Rose, *supra* note 270, Concl. sous Cass. ass. plén., 13 juill. 2001, p.1840 ; etc.

327) Dahan, *supra* note 270, n°7, p.38 ; Sainte-Rose, *supra* note 143, JCP, pp.2307 et s. ; Id., *supra* note 270, Concl. sous Cass. ass. plén., 13 juill. 2001, pp.1838 et s. ; Pons, *supra* note 147, n°678 et s., pp.378 et s. ; etc.

328) 一般的なものとして、Cf. Vincent Égéa, *L'impératif en droit de la famille*, RRJ., 2004, pp.651 et. ; Frédérique Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, préf. Janine Revel, Bibliothèque de droit privé, t.494, LGDJ., Paris, 2008 ; Ruffieux, *supra* note 312 ; Charles Masson, *L'ordre public familial en péril ?*, RTD civ., 2018, pp.809 et s. ; etc.

329) Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, Paris, 1996, pp.158 et s.

今なお影響力を持ち続けている。「家族の保護」をめぐる実定法および議論は、こうした家族法および民事責任法の展開の影響を受けてきた。

以下では、これらの一般的動向を念頭に置きながら、家族のあり方(1)と民事責任法の枠組(2)とに分けて、日本法との比較も踏まえつつ、1で抽出した各構想を分析する。

(1) 家族のあり方

① 家族の枠

第1に、家族の枠またはサークルという視点から、1で整理した各構想を検討する。

まず、構想①によると、保護されるべき家族の枠は身分の有無により画定される。身分にも遠近が存在するため、保護されるべき身分を持つ者の範囲は一義的に決まるわけではないが、構想①を採用したかつての裁判例では最近親の身分の保護だけが問題となっていた。例えば、「家族としての保護」の場面(I 1(1))の請求主体として主に想定されていたのは、配偶者、子、祖父母、孫であった。これは、損害賠償請求の基礎となる身分を、単なる親族としての身分ではなく、扶養などの財産的効果または監護や訪問なども含む人格的効果と結び付く法定の身分として捉えたものである。その裏返しとして、不法行為により死亡した配偶者、親または子と、損害賠償を請求する他方配偶者、子または親との関係がその当時実質的に破綻していたとしても、そのことが損害賠償請求の帰趨に影響を及ぼすことはなかった³³¹⁾。また、死者の人格とされるものが侵害された場面(I 2(1)②)においてその侵害を自らの人格に対する侵害と同視することができるとの判断を行うことができる身分関係の範囲も、裁判例では問題となっていないが、上記の場面におけるそれと同じように理解することが

330) Loïc Cadet, Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, in, Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, pp.495 et s.

331) 構想①を基礎とするものであるかどうかは明確でないが、Cf. Voirin, supra note 23, pp.58 et s. ; Savatier, supra note 55, p.2 ; etc.

できる。

この整理との関連では、日本と異なり、構想①を基礎としていたかつての一部の裁判例や学説の中に、夫または妻（および法律上の子または親）の身分と同視することができるのと理由によりコンキュビナーージュの当事者（および事実上の子または親）に上記の各場面で損害賠償請求を許すという形の議論が見られなかったことが注目される。つまり、コンキュビナーージュの当事者や事実上の親子は、法定の身分を持たないため、その喪失や侵害を理由とする損害賠償を請求することはできないし、コンキュビナーージュまたは事実上の親子に対し婚姻関係または法律上の親子に関する規律を適用ないし準用することはできないため³³²⁾、配偶者や法律上の親または子に準ずる身分の喪失や侵害を理由に損害賠償を請求することもできないことになる。そもそも、「家族としての保護」の場面における構想①自体が、20世紀初頭の社会的要請を踏まえ、婚姻制度を守るべく、コンキュビナーージュの当事者や事実上の子からの損害賠償請求を排除するために生み出されたものであった³³³⁾。こうした態度は、準婚

332) 例えば、夫婦における家事債務の連帯を規定した民法典220条はコンキュビナーージュには適用されない。Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1984, 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., 19 mars 1991, Bull. civ., I, n°92 ; Defrénois, 1991, art. 35088, 942, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2000, 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, 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, II, 10009, note, Rémy Cabrillac ; RTD civ., 2002, 556, chr., Bernard Vareille ; Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, Bull. civ., I, n°113 ; D., 2004, 2968, obs., Daniel Vigneau ; RTD civ., 2004, 487, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 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 ; etc.

理論に見られるように日本の家族法理論では事実状態が身分やその法的規律に与える影響が強いこと³³⁴⁾を改めて浮き彫りにするだけでなく、20世紀後半以降のフランスで構想①が一部の場面を除き受け入れられなくなったことの説明にもなる。構想①は、身分や地位またはそれらに関する規律を拡張することはないという基本姿勢の下では、自由結合カップル、そこから生まれた子および再構成家族の増大とそれらの社会的承認という現実に対応することができないからである。

同様に、構想①によると、不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるのも(I2(1)①)、法律上の夫または妻に限られる。このことは、配偶者としての身分や地位それ自体の保護を目指す見解であっても、婚姻から生ずる権利義務関係の保護を志向する見解であっても異ならない³³⁵⁾。もっとも、後者の見解において請求主体の範囲を法律上の配偶者に限定する目的は、上記の諸場面のように自由結合カップルの一方当事者からの損害賠償請求を排除し婚姻制度を守ることというよりも、自由結合カップルの自由を維持することにあると考えられる。というのは、この見解を前提として自由結合カップルの一方当事者からの損害賠償請求を肯定するためには、自由結合カップルの当事者に夫婦と同じ貞操義務が課されていなければならないが、一般的に、夫婦間の貞操義務を規定した民法典212条を準用したり、特にパクスについてその当事者の関係と婚姻関係の類似性を強調したりすることによって³³⁶⁾貞操義務を創出することは、自由結合カップルの当事者の性的自由を拘束することになるため許されないと理解されているからである³³⁷⁾。もちろん、特にパクスでは、合意の解釈を通じ貞操を含む意味での誠実義務などの存在を導き³³⁸⁾、当事者

333) Cf. Esmain, *supra* note 22, p.516 ; Id., *supra* note 36, n°15 et s., pp.772 et s. ; Dupichot, *supra* note 10, n°214 et s., pp.233 et s. ; etc.

334) 水野紀子「中川理論——身分法学の体系と身分行為理論——に関する一考察」山島正男=五十嵐清=藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』(信山社・1998年)279頁以下等。

335) 拙稿・前掲注(2)「1」92頁以下。

の一方と親密な関係を持った相手方が当該義務の違反に加担したという構成を採用した上で、自由結合カップルの一方当事者からの損害賠償請求を認めることは妨げられないが³³⁹⁾、そこで前提とされている義務はカップルの当事者という地位ではなく合意に由来するものであり、これは構想①ではない。このよ

336) ただし、この観点を強調してパックスの当事者に貞操義務を課す見解もある。Ex. Nicolas Molfessis, La réécriture de la loi relative au PACS par le conseil constitutionnel, JCP, 2000, I, 210, n°22, p.405 ; 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.98 et s. ; Philippe Simler et Patrice Hilt, Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, JCP, 2006, I, 161, n°13, p.4 ; Suzel Castagné, Mariage, PACS, concubinage. – Analyse comparative, JCP. éd. N., 2008, 1325, n°57 et s., pp.19 et s. ; Hadj Yahia, supra note 162, n°735 et s., pp.665 et s. また、Cf. Xavier Labbé, Le droit commun du couple, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2010.

337) Alt-Maes, supra note 167, pp.646 et s. ; 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 ; Françoise Dekeuwer-Défossez, PACS et famille : Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTD civ., 2001, pp.540 et s. ; 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. ; Michel Grimaldi, Réflexions sur le Pacte civil de solidarité du droit français, Defrénois, 2003, art. 37763, n°5 et s., pp.817 et s. ; Likillimba, supra note 162, n°252, pp.167 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, p.1633 ; 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, n°19, p.7 ; 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. ; Niboyet, supra note 328, n°201 et s., pp.122 et s. ; Bazin, supra note 162, pp.172 et s. ; etc.

338) Jean Hauser, Statut civile des partenaires, JCP., éd. N., 2000, n°40, pp.6 et s. ; Guy Raymond, Pacs et droit des contrats, CCC., oct. 2000, chr., 14, p.5 ; 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, LGDJ., Paris, 2002, p.69 ; Likillimba, supra note 162, n°252, pp.167 et s. ; Égée, supra note 328, n°45 et s., pp.689 et s. ; Wilfried Baby, Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité : L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité, préf. Marc Nicod, postf. Bernard Beignier, Collection de Thèses, t.51, Defrénois, Paris, 2013, n°263 et s., pp.305 et s. ; etc.

うに整理すると、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面に限って、かつ、権利義務の次元で捉え直した上で、今日でも構想①を支持する見方は、本稿で検討の素材とした諸問題のうち「家族に関わる保護」の性だけを身分上の規律に関わる問題として理解し、この場面では法律上の夫婦と自由結合カップルとを区別して扱う一方、それ以外に関しては身分上の規律に関わらない問題として把握し、これらを構想②や構想③に委ねて、法律上の夫婦と自由結合カップルの取扱いを可能な限り同一化しようとするものと解釈される。

次に、構想②によると、保護される家族の枠の決定は、構想①のような画一的判断に服さない。構想②では、個別具体的な事情を踏まえつつある家族のメンバーとの愛情的な関わりが自己の人格の実現にとって不可欠であったか（または、不可欠であるか）という審査を経て、保護される家族の枠が決定される。カップルと親子の関係では、通常であれば愛情的な関わりが存在するため、上記のような関係の存在が事実上推定されると理解することも可能である。この場合、被告は、例えば、問題とされているのが別居中の夫婦の関わりであれば、当該関係が人格の実現に必要な不可欠なものではないとの反証をすることで、(一定の) 損害賠償の支払を免れる³⁴⁰⁾。こうした理解の仕方は、「家族としての保護」の場面 (I 1(1)) の裁判例や議論に顕著な形で見られたが、侵害の対象となった死者との関わりが問われる場面 (I 2(1)②)、自己への侵害により阻害された家族のメンバーとの関わりが問われる場面 (I 2(2)) にも妥当する。

ところで、かつては、特に「家族としての保護」の場面で、コンキュビナージュ一般³⁴¹⁾、または、重婚的なコンキュビナージュ³⁴²⁾、二重のコンキュビナージュ

339) しかし、この解釈と Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2001, supra note 169 の解決を前提とすれば、バクスの当事者の方が配偶者よりも広い範囲で自己のパートナーと性的関係を持った者に対して損害賠償を請求することができることになってしまう。

340) 事実上の離婚状態にある夫婦について、Cf. Demogue, supra note 300, n°407, pp.49 et s.; H. et L. Mazeaud, supra note 55, Chr. sous Cass. civ., 23 déc. 1947, p.213; Durry, supra note 43, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 1967, p.818; etc. また、そのことが損害賠償額に与える影響について、Cf. Jean Maury, La séparation de fait entre époux, RTD civ., 1965, n°30 et s., pp.541 et s.

ジュ³⁴³⁾、同性コンキュビナージュ³⁴⁴⁾などの一定のコンキュビナージュ、更には、コンキュビナージュの当事者とその間に生まれた子の関係³⁴⁵⁾を念頭に置き、これらの関係が人格の実現に不可欠であり利益に該当することを認めつつも、婚姻（家族）秩序に反するため正当でない、または、違法なものであると

341) コンキュビナージュ一般を違法な関係と見て本文の請求を否定するものとして、Savatie, supra note 22, Note sous CA. Montpellier, 24 juin 1924, pp.145 et s. ; Id., supra note 34, n°21, pp.208 et s. ; Demogue, supra note 37, Chr. sous CA. Amiens, 28 juill. 1924, p.99 ; Id., supra note 37, Chr. sous CA. Rennes, 26 mai 1926, p.1040 ; Lalou, supra note 22, Note sous Cass. crim., 26 nov. 1926, p.74 ; Id., supra note 22, Note sous Cass. crim., 9 nov. 1928, p.23 ; Id., supra note 299, n°s158 et s., pp.113 et s. ; Roux, supra note 22, pp.273 et s. ; Voirin, supra note 22, Note sous CA. Lyon, 23 oct. 1929, pp.170 et s. ; Id., supra note 22, Note sous Cass. crim., 28 fév. 1930, p.50 ; Id., supra note 23, pp.58 et s. ; Id., supra note 31, p.88 ; Marty, supra note 22, pp.150 et s. ; Mazeaud, supra note 34, pp.80 et s. ; Id., supra note 39, p.43 ; Esmain, supra note 36, n°s15 et s., pp.772 et s. ; Tortat, supra note 31, Note sous CA. Paris, 18 mars 1932, p.26 ; Flour, supra note 43, p.295 ; etc.

342) 重婚的なコンキュビナージュだけを違法な関係と見て本文の請求を否定するものとして、Lalou, supra note 22, Note sous CA. Paris, 5 juin 1923, p.34 ; J. Vandamme, La concubine doit-elle être admise à agir en réparation contre l'auteur de la mort de celui avec qui elle vivait ?, Rev. crit., 1934, pp.166 et s. ; Vidal, supra note 299, n°s29 et s., pp.13 et s. ; Id., Obs. sous CA. Paris, 16 mai 1970, CA. Amiens, 12 fév. 1971, TGI. Bordeaux, 14 mai 1971 et CA. Paris, 8 juill. 1971, JCP, 1971, II, 16936, p.4 ; Monique Pouluais, Réflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage, JCP, 1973, I, 2574, n°11, p.3 ; Jacqueline Rubellin-Devichi, L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait, RTD civ., 1984, n°14, pp.399 et s. ; etc.

343) Demogue, supra note 24, Chr. sous Cass. crim., 27 avril 1934, p.607 ; etc. Contra. Endréo, supra note 80, p.2 ; etc.

344) 2013年5月17日の法律以前の議論の構図について、Cf. Paulin, supra note 77, n°s2 et s., pp.435 et s. なお、かつては、同性間のコンキュビナージュに対して異性間のコンキュビナージュに認められている法的効果を認めない判例も存在した (Ex. Cass. soc., 11 juill. 1989, Bull. civ., V, n°515 ; D., 1990, jur., 582, note, Philippe Malaurie ; JCP, 1990, II, 21553, obs., Martine Meunier ; Gaz. Pal., 1990, 1, jur., 217, concl., Marcel Dorwling-Carter (1978年1月2日の法律13条 (現在は廃止されている) の適用の否定) ; Cass. 3^{ème} civ., 17 déc. 1997, Bull. civ., III, n°225 ; D., 1998, jur., 111, concl., Jean-François Weber et note, Jean-Luc Aubert ; JCP, 1998, I, 151, chr., Hubert Bosse-Platière ; JCP, 1998, II, 10093, note, Alioune Djigo ; RTD civ., 1998, 347, chr., Jean Hauser (1989年7月6日の法律14条の適用の否定) ; etc.)。

して、当事者の一方が死亡した場合に他方からの損害賠償請求を否定する見解もあった。しかし、民法典515-8条にその定義が置かれるなどコンキュビナーージュの存在は社会的にも法的にも受け入れられていること、実定法では貞操義務の違反が当事者にのみ関わる問題として理解されており³⁴⁶⁾、かつ、後記のように婚姻における貞操義務が弱化していく傾向も看取されること、民法典515-8条で同性コンキュビナーージュが予定され、また、2013年5月17日の法律により同性婚も承認されたこと、婚姻関係にあるカップルから生まれた子であるかどうかを問うことなくすべての子が平等に扱われていることなどを考慮すると、少なくとも上記の各場面に関する限り³⁴⁷⁾、現在では、保護される家族の枠を公序または違法の観点から制約する手法は意味を失っている³⁴⁸⁾。このように理解すると、今度は、「家族としての保護」における請求主体、侵害の

345) Lalou, *supra* note 22, Note sous Cass. crim., 26 nov. 1926, p.74 ; Id., *supra* note 299, n°164, p.116 ; etc. Contra. Demogue, *supra* note 37, Chr. sous CA. Amiens, 28 juill. 1924, p.99 ; Id., *supra* note 37, Chr. sous CA. Rennes, 26 mai 1926, p.1040 ; Id., *supra* note 18, Chr. sous. T. de corr. Seine, 14 déc. 1926, p.646 ; Id., *supra* note 22, Chr. sous Cass crim., 10 janv. 1929, p.425 ; Mazeaud, *supra* note 34, p.81 ; Id., *supra* note 39, p.43 ; H. et L. Mazeaud, *supra* note 49, Chr. sous CA. Riom., 7 déc. 1938, p.465 ; Id., *supra* note 43, Chr. sous Cass. civ., 22 fév. 1944, pp. 175 et s. ; Id., *supra* note 47, Chr. sous Cass. civ., 21 oct. 1952, pp.96 et s. ; Id., *supra* note 52, Chr. sous Cass. crim., 6 juill. 1955, p.651 ; etc.

346) これは、Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2001, *supra* note 169の1つの帰結である。

347) 例えば、偽装結婚などの場面では、適法性の審査により個別的に損害賠償請求を否定することは考えられる。

348) このことは、不法行為法一般において賠償されうる損害を正当性や適法性の観点から評価していくことが不要であることを意味しない。不当または違法な利益の喪失に係る損害の賠償を否定する判例や (Cass. 2^{ème} civ., 24 janv. 2002, Bull. civ., II, n°5 ; D., 2002, 2559, note, Denis Mazeaud ; JCP, 2002, I, 152, chr., Geneviève Viney ; JCP, 2002, II, 10118, note, Christine Boillot ; RTD civ., 2002, 306, chr., Patrice Jourdain ; Defrénois, 2002, art. 37558, 786, note, Rémy Libchaber ; RCA. mai 2002, com., 164 ; Cass. 2^{ème} civ., 22 fév. 2007, Bull. civ., II, n°49 ; D., 2007, 2709, note, Catherine Gohlen ; JCP, 2007, II, 10099, note, Marjorie Brusorio-Aillaud ; JCP, 2007, I, 185, chr., Philippe Stoffel-Munck ; RTD civ., 2007, 572, chr., Patrice Jourdain ; etc.)、注 (280) で引用した I 2(2)②の場面④に関する判例は、法の一貫性を守るために、正当性や適法性の観点から賠償されうる損害に絞りをかけた例である。

対象となった死者への愛情や尊敬の念が害される者、自己への侵害により関わりが阻害される家族のメンバーの範囲が無限定に広がってしまい、正当性または違法性の判断により実現しようとした上記の各人物の限定という目的を実現することができなくなるとの批判も提起されうる³⁴⁹⁾。しかし、現代において家族として共に生活を営む者の範囲は狭くなっていること、また、家族内でも個人主義化が進行していることを踏まえれば、各人がその人格の実現に不可欠と考える家族のメンバーの枠も限定されているはずであり³⁵⁰⁾、これは現実的に目を配らない机上の批判に過ぎない。

同様に、構想②によれば、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面においても（I2(1)①）、請求主体と不貞行為に及んだカップルの他方との間の法定関係の有無は、当該関係が自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠であったかどうかを判断するための（もちろん重要ではあるが）1つの要素に過ぎなくなる。構想②では不貞行為ということに特段の意味は認められないが、この場面に引き寄せて言えば、配偶者や子はもちろん、自由結合カップルの当事者にも、ある者との当該関係がその者の生き方の根幹に関わり、当該行為によりその関係が破壊されたという事情があれば、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の可能性が開かれてよいし、反対に、法律上の配偶者であっても、その関係の実質を考慮して不貞行為の相手方に対する損害賠償請求が否定されることはある。なお、この理解は、法律上の夫婦と自由結合カップルとでその身分上の規律を同一化するものではない。構想②で保護対象として想定されているのは身分から区別された家族的な関わりであり、配偶者の一方による不貞行為の相手方に対する損害賠償請求とパートナーの一方によるそれとを同じルールで処理したとしても、それは、法律上の夫婦でも自由結合カップルでも個人の人格の実現に必要な不可欠な関係が形成されうることを意味するに過ぎ

349) Mazeaud, supra note 76, n°26, pp.583 et s. ; Fenouillet, supra note 76, n°83 et s., pp.1 et s. ; etc.

350) Cf. Pons, supra note 147, n°145 et s., pp.103 et s. また、Cf. Tunc, supra note 43, Chr. sous CA. Paris, 22 mai 1963, pp.108 et s.

ず、夫婦は相互に貞操義務を負い、自由結合カップルは相互に貞操義務を負わないという規律自体に変更を迫るものではないからである^{351,352)}。

構想②は、保護されるべき家族の枠について、フランス実定法の解決の大部分を説明することができる。このことは、日本の実定法に関しても同様である。他方で、フランスの学説は、明示こそしないものの、構想②として再解釈することができる議論を展開し、実定法の各解決を正当化して、現代における多様な家族の存在を法的に受け止めようと試みている。これに対し、日本の学説は、一部を除き、構想②の存在を意識することなく、構想①を基礎に据えつつ法的な身分や地位を拡大することによって、または、構想③を基礎に据えてすべてを個人の感情の問題に還元することによって、実定法の解決を極めて不十分な形で正当化しようとする³⁵³⁾。こうした相違は、日本では、多様な形を持つ家族の存在が意識されながら、婚姻およびそれに準ずるカップルと親子にしか目が向けられていないこと、これら以外の多様な家族のあり方が民事責任法で十分に汲み取られていないことを示している。

最後に、構想③によると、家族から切り離された個人の感情や人格の侵害が問題になるため、そもそも保護されるべき家族の枠という問題設定自体が成立しない。従って、「家族としての保護」(11(1))における請求主体、侵害の対象となった死者への愛情や尊敬の念が害される者(I2(1)②)の範囲は無限定に広がり、構想③は、単なる恋人、友人、更には、面識はないもののある人物に尊敬の念を抱いていた者などもそこに含める契機を孕む。ここにおいて、家族損害のインフレという批判は現実のものになる。

351) このような理解の仕方は、家族上の義務または債務について義務それ自体の次元とその違反に対するサンクションの次元とを区別して分析した Ruffieux, *supra* note 312 から着想を得たものである。

352) 従って、貞操義務の強行性という観点(Niboyet, *supra* note 328, n^o269 et s., pp.153 et s. ; Hadj Yahia, *supra* note 162, n^o679 et s., pp.615 et s. ; etc.) が今日でもなお妥当しているとしても、そのことは構想②を否定するための論拠にならない。

353) 拙稿・前掲注(2)「1」66頁以下、84頁以下。

② メンバー相互の関係

第2に、家族のメンバー相互の関係把握の仕方という観点から、1で整理した各構想を検討する。

まず、構想①は、「家族の保護」を身分や地位の保護として定位する。従って、厳密に考えると、構想①では、一定の侵害行為により身分や地位を失ったこと、つまり、個人としての身分的属性を喪失したことだけが問題となる。これによると、ある者の身体や人格などが侵害された場面（I1(2)）、故人の人格とされるものがその死後に害された場面（I2(1)②）、配偶者や親が不貞行為に及んだ場面（I2(1)①）では、これらの者の家族のメンバーは、身分や地位を失っていない以上、損害賠償請求をすることはできないことになる。それにもかかわらず上記の各請求を認めようとするならば、かつての一部の裁判例の中に見られたように、保護の対象とされている身分の中に支配的な内容を読み込み、上記の各場面ではこの支配的身分権が侵害されていると構成したり、家族共同体的な発想に基づき身分上の一体性という思考を介在させ、上記の各場面ではこの一体的身分権が害されていると構成したりするしかない。そして、これらの構成を徹底すると、自己の身体などが侵害された場面（I2(2)①）でも、当該侵害により家族のメンバーに対する支配的権能が害されたと考え、身分損害という損害項目を観念してその賠償を肯定する可能性も出てくる。

しかし、こうした見方は、家父長的な家族、日本の「家」的家族であればともかく、現代の家族には適合しない。現代においては、家族内個人の拘束よりも自律や自由が強調され、子などの判断能力が不十分な者との関係でもその支配より支援の側面が重視されているからである。今日のフランスで構想①に親和的な議論が一部の場面を除き支持されていない理由は、この点に求められる。これとの対比で日本の議論を振り返ると、そこでは、個人の自由や子への支援の重要性が指摘されながらも、「家族の保護」の場面では構想①が強く現れていることが分かる³⁵⁴⁾。このことは、「家族の保護」をめぐる日本の議論が身分

354) 拙稿・前掲注(2)「1」70頁以下、85頁以下。

的発想に囚われていること、現代の家族における相互関係の現実を十分に反映しきれていないことを示している。

これに対して、同じ構想①を前提にするものであっても、直接被害者の生命が侵害されたことを理由にその時点では未だ生まれていなかった家族のメンバーが自己固有の損害賠償を請求する場面（I1(1)(2)）で身分関係を構築することができなかったことにその基礎を求める見解は、上記とは異なる評価を受ける。この見解では、侵害行為の時点では未だ存在しなかった身分関係の形成への利益が問題となっているため、そこに支配的または一体的な契機が介在する余地はない。また、この見解は、身分関係それ自体を保護することではなく、子の利益に適う父（場合によっては祖父母）との関係だけを特別に保護するという発想を基礎に据えている。この意味で、これは、子の利益を第一義に考える現代の親子法の方向性に適う。

同様に、構想①であっても「家族の保護」を身分や地位から生ずる権利義務の保護として定位する場合には、家族のメンバーの一方が他方を一方的に支配するという思考、または、メンバー相互を一体的に把握する理解は介在せず、各メンバーは相互に権利義務の主体と相手方になるという意味で対等な独立の存在として捉えられる。もっとも、この構成は、このことと引き換えに、身分から生ずる権利の侵害を観念することができる場合³⁵⁵⁾、または、身分から生ずる義務の違反への加担を想定することができる場合（I2(1)①）にしか意味を持たなくなり、「家族の保護」に関わる実定法のすべてを説明する道具にならない。加えて、この構成は、前提となる権利義務の内容によっては、「家族の保護」を図るという目的を実現するために相互的な自由の拘束を強調しなければならなくなる。具体的に言うと、配偶者の一方による不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面では、これを肯定するために夫婦が相互に貞操義務を負い第三者にも対抗することができるような形で性的自由を拘束し合ってい

355) 「家族としての保護」の場面（I1）では、直接被害者と請求主体との間に身分から生ずる扶養関係が存在すれば財産的損害の賠償請求が認められるが、愛情への権利を観念することはできないため、愛情損害の賠償は認められない。

ることを前提としなければならない。確かに、こうした自由の拘束は、身分それ自体の保護を問題にする立場のように支配的な契機を持つものではないし、婚姻に内在する価値の現れとして捉えることもできる。しかし、当事者間であればともかく、不貞行為の相手方にも対抗することができるような強い性的自由の拘束を想定することには疑問も生じうる³⁵⁶⁾。また、性的自由を更に強調して、夫婦間において貞操義務を弱めたり合意による貞操義務の排除または緩和を認めたりする現在の実定法の傾向³⁵⁷⁾を更に推し進め、その非法化または道徳義務化を志向するならば³⁵⁸⁾、この構成では損害賠償請求を認める余地がなくなる。この結論で「家族に関わる保護」が十分かどうかは慎重に吟味されなければならない。

次に、構想②は、「家族の保護」を身分から切り離された家族との関わりの中で生きる個人の人格の保護として定位する。構想②では、損害賠償を請求する者とある家族のメンバーとの間の関係は考慮されるものの、そこに、家族のメンバーの一方が他方を一方的に支配するという思考、家族のメンバー相互を一体的に把握する理解、家族のメンバーが相互にその自由を拘束し合うという発想が入り込むことはなく、各家族のメンバーは相互に対等で独立の自由な存在として捉えられる。そして、このことは、本稿で検討の素材としたすべての

356) 夫婦は相互に貞操義務を負うとしてもこれを第三者に対抗することはできないというのが、構想③を前提とした現在の実定法の立場であり、構想②の理解である。この意味で、構想②と構想③は、構想①よりも第三者の性的自由に配慮する枠組になっている。

357) 注(163)から注(166)までに引用した裁判例のほか、全体の傾向については、Cf. Philippe, *supra* note 162, pp.1 et s. ; Likillimba, *supra* note 162, n^{os}195 et s., pp.137 et s. ; Égéa, *supra* note 328, n^{os}37 et s., pp.678 et s. ; Antonini-Cochin, *supra* note 162, n^{os}3 et s., pp.23 et s. ; Bazin, *supra* note 162, pp.169 et s. ; etc. また、別居中または離婚手続中の貞操義務を否定したり弱体化させたりする方向性を指すものとして、Véronique Balestrieri, *Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce*, PA., 8 nov. 1995, pp.19 et s. ; Gaël Henaff, *La communauté de vie du couple en droit français*, RTD civ., 1996, p.563 ; Villa-Nys, *supra* note 336, pp.99 et s. ; etc.

358) Marie-Thérèse Calais-Auloy, *Pour un mariage aux effets limités*, RTD civ., 1988, n^o8, pp.257 et s. ; etc.

場面で当てはまる。構想②の下では、ある者の生命、身体、人格などが侵害された場面でも (I1)、故人の人格とされるものがその死後に害された場面でも (I2(1)②)、配偶者や親が不貞行為に及んだ場面でも (I2(1)①)、更に、自己への身体の侵害により他者との関係が害された場面でも (I2(2)①と②の第1のケース)、独立かつ対等な個人間の関係が請求主体の人格の実現にとって不可欠なものであったかどうかを評価することを通じて損害賠償請求の可否およびその内容が決められるからである。また、ここでの関係は法定的な身分または身分から生ずる権利義務とは別の次元に位置するため、請求主体または家族のメンバーが家族法の規律に基づきどのような権利を持ち義務を負うかという点は上記の評価に対し直接的な影響を及ぼさない。例えば、条文通りに夫婦は常に貞操義務を負うと理解するにしても、一部の裁判例に従って夫婦であっても貞操義務を負わない場合があると解釈するにしても、言い換えれば、夫婦が相互に性的自由を拘束し合うとしても、そうでないとしても、その態度決定だけで不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の可否が決められるわけではない³⁵⁹⁾。以上の整理によれば、構想②は、家族という存在に身分や地位とは別の豊かな内実を付与するものであって、「家族の保護」の諸問題を緩やかに個人化して捉えるものと評しうる³⁶⁰⁾。

最後に、構想③は、「家族の保護」を家族から切り離された個人の感情や人格の保護として定位する。構想③によれば、問題が完全に個人化して捉えられ、いずれの場面でも、請求の可否および内容を決するに際して、ある者との関係が身分により結合されているか、請求主体の生き方にとって必要不可欠な存在であるかという点ではなく、個人としての苦痛がどの程度大きいかが、他者との

359) Cf. Mignon-Colombet, *supra* note 312, n°28, pp.14 et s. ; Ruffieux, *supra* note 312, n°56 et s., pp.64 et s. ; etc.

360) 構想②に即したのではないが、本文で述べた家族の捉え方について、Cf. René Savatier, *Le dommage et la personne*, D., 1955, chr., p.10 ; Pierre Jean Claux, *Faut-il supprimer le droit de la famille ?*, in, *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p.57 ; Gutmann, *supra* note 83, n°71 et s., pp.69 et s. ; Égée, *supra* note 328, n°30 et s., pp.670 et s. ; etc.

関わりとは無関係に存在しうる個人として人格が侵害されたかという点が主要な考慮要素になる。従って、構想③は、現代の家族における個人主義的な傾向に沿う。20世紀後半以降のフランスで、構想③が構想②に代わる新たな判断基準となっている場面やそのように解釈することができる場面（I1(2)、I2(1)①）が増加し、または、構想③が構想②と併用されている場面（I2(1)②）が存在しているのは、上記の時期以降、家族の多元化や契約化、メンバー間の関係の個人主義化や希薄化といった諸傾向が顕著に現れており、実定法および議論がそれらの諸傾向を正面から受け止められたことに理由があると考えられる³⁶¹。その反面、構想②との対比で言うと、構想③は、家族の存在意義を身分やこれに由来する権利義務だけに帰着させ、それ以外の問題をすべて個人の感情や人格に還元して捉えることを意味する。そのため、家族や家族のメンバーとの関わりが個人の自己同一性の一要素を構成すると考える立場からは³⁶²、構想③は、行き過ぎた個人主義と評せざるを得ない。

また、この行き過ぎた個人主義は、一定の場面では、家族のメンバーの生や人格に否定的な意味付けを与えてしまうことがある。このことは、構想④と構想⑤で顕著である。何らかの侵害行為により被害者が予定していたのとは異なる形で家族関係を築かざるを得なくなった場面（I2(2)②の第2のケース）では、自己が望むような形で関係を構築することへの保護、または、自己が望まない関係を構築しないことへの保護が問われる。こうした要請を法的次元で受け止めたのが構想④と構想⑤であった。ところで、構想④は、望むような家族のメンバーとの関係が自己の生き方にとって必要不可欠であるがゆえにこれを保護するという形で捉えれば、構想②に類似するようにも見えるし、構想⑤は、身分関係が創出されたことを問題にするものであるから、構想①の裏返しとして把握することができるようにも思われる。しかし、構想④と構想⑤では、構想①や構想②とは異なり、侵害行為の時点では未だ存在していなかった仮定的な

361) 反対に、日本の議論で構想③が十分に展開されていないことは、上記の諸傾向を法の世界に反映させようとする姿勢の乏しさを暗示している。

362) Gutmann, *supra* note 83, n°125, pp.117 et s.

関係または身分状態が判断の起点に据えられるため、この場面で問われる望まない形での関係や身分の存在も請求主体の視点から捉えた一面的な評価に基づくものとならざるを得ない。従って、構想④と構想⑤は、「家族の保護」の問題を個人化して捉える構想③の方向性を更に推し進めた考え方として位置付けられる。そして、ここでは、仮定的な関係の内容や身分の不存在との対比で見た現実の関係や身分の存在、具体的に言うと、構想④では生まれてきた者の属性や特徴、構想⑤では生まれてきた者の生それ自体が否定的に評価される。こうして、「家族の保護」の場面における行き過ぎた個人主義的構成は、この場面に関わりを持つ家族のメンバーのや生や人格を否定する契機となる³⁶³⁾。以上の分析をここでの問題関心に引き直して敷衍すれば、構想④と構想⑤における相互関係の把握の仕方は、片面的かつ一方的で、相手方に対する支配というよりも否定をその内容としていることが分かる。2002年3月4日の法律が構想⑤を拒絶し、その後の議論が同法に直接関わらないにもかかわらず構想④に消極的な評価を与えるのは、両構想にこうした関係把握の仕方が含意されているからである。

③ 典型的な家族像との関係

第3に、(仮に典型的な家族というものが想定されているとすればその)典型的な家族という視点から、1で整理した各構想を検討する。

構想①によれば、一定の身分を保持する者、特に法律上の夫婦と親子だけが、他方に対する侵害行為との関係でその身分につき特別の保護を与えられ、それ以外の身分を有する者や身分を持たない事実上の家族のメンバーには何らの保護も付与されない(I1、I2(1)②)。これは、法が典型的なものとして予定した家族の像を形成する者に対してのみ強力で均一的な保護を与え、それ以外の家族の形態を築いている者をすべて考慮の外に置くものである。また、かつて

363) このことは、障害を持って、または、母に対する強制性交により生まれてきた子を直接被害者として捉えた上で、その父母以外の家族のメンバーが構想③に基づき間接被害者として損害賠償を請求する場面(I1(2)②)にも現れている。

は、法律上の夫婦とそこから生まれた子を正統家族とする思想の影響の下、夫婦の性関係または貞操義務が生殖と結び付く範囲で特別に扱われ、夫婦の一方と肉体関係を持つ行為自体が他方配偶者の身分に対する侵害または貞操義務違反への加担として把握された（I2(1)①）。このことは、構想①では、法が典型的な家族に関わるものとして予定した身分上の諸権利に対して強い保護が与えられていることを意味する³⁶⁴。見方を変えると、構想①においては、身分やそこから生ずる権利義務を規定する家族法のルールが民事責任法上の諸問題の解決に直接的な影響を与えていることになる。しかし、こうした諸態度は、法律上の夫婦とそこから生まれた子を正統家族とする思想の後退、多様な家族形態を承認する社会の現状、法外の家族関係に対し不利益な取扱いをしない方向性、更に、横の関係と縦の関係または婚姻と生殖を一定の範囲で切り離して考える姿勢など、現代の家族を取り巻く動向には適さない。

これに対して、構想②によると、各人がその家族のメンバーとの間で現実どのような関係を築いていたかという観点が重要になるため、理論上は典型的な家族の像が想定されることはない。もっとも、夫婦と親子の関係では愛情的な関わりの存在を推定し、それ以外の関係ではその証明を要求するという解釈

364) 今日では、貞操義務の観念化とも称すべき傾向が看取される（注（357）に掲記した諸論稿を参照）。例えば、フォートに基づく離婚を求めるためには、相手方配偶者に婚姻義務および債務の重大なまたは繰返しの違反が存在しなければならないところ（民法典242条）、その違反の内容として、夫以外の者と肉体関係を持ったことだけでなく、精神的に親密な関係を持ったことが取り上げられている（Ex. CA. Paris, 13 fév. 1986, Gaz. Pal., 1986, 1, jur., 216, note, J.-G. M.（神父への精神的な傾倒）；etc.）。上記の事実が貞操義務違反として構成されるべきものであるとすれば、構想①によると、第三者が配偶者の一方と精神的に親密な関係を築くことについても、配偶者としての身分への侵害または貞操義務違反への加担として評価されることになる。従って、一般的に説かれているような形で生殖に結び付く不貞行為だけを特別に取り上げることはこの傾向にそぐわない。他方で、仮に上記の事実が離婚原因としては取り上げられるものの婚姻に内在する義務（貞操義務）の違反を構成するわけではないと理解するのであれば、構想①によると、夫婦間では取り上げられる義務違反が第三者との関係では全く考慮されないことになってしまう。不法行為の要件が充足されることを前提として上記の事実第三者との関係でも一定の意味を持たせようとするならば、構想②によるしかない。

は、同じ構想②であっても、夫婦と親子からなる家族を典型的なものとして想定しこの当事者には事実上の推定に基づく強い保護を付与し、それ以外の関係やそこから離れる関係の当事者に対しては緩和された保護を与えることを意味する³⁶⁵⁾。これは、法が想定した家族関係だけを取り出して特別に扱うわけでも、法が想定したものであるかどうかを問わずにすべての家族関係を画一的に扱うわけでもなく、家族法上の規律に応じて濃淡を付けながら「家族の保護」の問題を処理しようとするものである。こうした方向性は、横の関係で言えば、一定の範囲における婚姻の非制度化、パクス（場合によっては、コンキュービナージュ）の婚姻化が指摘されながらも、両者を明確に区別する基本姿勢を放棄しない現状に適合するほか、縦の関係で言えば、当事者間に法律上の親子関係が設定されている限り、それが婚姻関係に付随するものであるかどうかを問わず、すべての親子関係を同一に扱い、また、法律上の親子関係が設定されていない場合であっても可能な範囲で一定の手当を施そうとする実定法や議論などにも沿うのではないかと考えられる。また、構想②では、夫婦が相互に貞操を義務付けられているかどうかという点とは関係なく、相互の愛情関係が害されていれば不貞行為の相手方に対する損害賠償請求が認められる可能性がある。つまり、構想②によると、損害賠償請求の可否を決するに際して、貞操や不貞行為に特段の意味は認められない。このことは、構想②においては、法が典型的な家族に関わるものとして予定した身分上の諸権利に対して中立的な立場がとられていることを意味する。以上の分析を整理すると、構想②は、家族法上の規律が特定の家族形態に対し典型像としての地位を認めているかどうかにかかわらず、そうした像に一定の配慮しながら、家族法の理念を壊さない範囲で多様な家族関係の保護を図ろうとするものである。

365) この解釈は、主に「家族としての保護」の場面で展開されてきたが、対象となる家族のメンバーが現に存在している場合には、「家族に関わる保護」の場面でも妥当する。具体的には、自己に生じた身体に対する侵害が重大で、かつ、当該行為の時にその被害者が配偶者または親や子を有している場合であれば、家族との交流阻害による障害が推定されるという解釈は十分に成り立つ。

なお、構想③④⑤は、「家族の保護」の問題を完全に個人化して捉えるため、典型的な家族の像という問題関心を生じさせない。ここでは、請求主体が個人としての望ましい家族の像を描きそれに基づいた請求をした上で、その当否が決められるだけである。

(2) 民事責任法の枠組

① 民事責任法の本質または目的との関係

第1に、民事責任法の本質または目的との整合性という観点から、1で整理した各構想を検討する。

まず、権利保障という本質や目的については、かつては、特定の権利に対する侵害に関しては責任の基礎をフォートから解放すべきではないかとの問題関心に基づき³⁶⁶⁾、今日では、憲法やヨーロッパ人権条約の価値を踏まえつつ³⁶⁷⁾、または、法的に保護される権利や利益の階層化を志向しつつ³⁶⁸⁾、被害

366) Starck, *supra* note 297 ; Christophe Radé, *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 2 - Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté*, D., 1999, chr., pp.323 et s. ; etc.

367) Fabien Marchadier, *La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTD civ., 2009, pp.245 et s. ; Bénédicte Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droit fondamentaux*, préf. Muriel Fabre-Magnan, Bibliothèque de droit privé, t.562, LGDJ., Paris, 2015 ; etc. また、民事責任法に特化したものではないが、Cf. Nicolas Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. Michelle Gobert, Bibliothèque de droit privé, t.287, LGDJ., Paris, 1997 ; Anne Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. Laurent Leveneur, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 15, Dalloz, Paris, 2002 ; etc.

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

者側の権利または利益と加害者側の権利または自由とのバランスをどのようにとるかとの問題意識から強調されることが多いため、この本質や目的が「家族の保護」の場面で強調されることはない。ただし、フランス法に外在的な観点から言うと、構想①に関しては、「家族としての保護」(I1)の場面で一定の近親者に付与される損害賠償の額が身分や地位という権利を回復するために適したものになっているかという点が、構想③に関しては、死者の人格とされるものに対する侵害行為を通じて請求主体の私生活の尊重や肖像などが害される場面(I2(1)②)を除き、請求主体に付与される損害賠償がどのような権利の価値を回復するものであるのか明らかでないという点が課題となる。他方で、構想②においては、家族のメンバーと関わりを持って生きることが人にとって重要な意味を持つために「家族の保護」に係る損害賠償で評価されており、従って、民事責任法における人の生一般の評価つき、多様な生、属性から切り離された生、主観的な意味付けを持つ生が考慮されていることとも相まって³⁶⁹⁾、人の生や個人としての生き方の価値を回復するために必要な損害賠償が付与されているとの説明が可能である³⁷⁰⁾。

次に、制裁や抑止という本質または目的については、異なる意味での制裁や抑止がいくつかの場面で語られている。ここでは、3つの場面を取り上げる。

1つは、「家族としての保護」(I1)の場面における、非財産的損害の賠償への私的罰、制裁、家族的復讐などの意味付けの付与である³⁷¹⁾。ここでは、行為規範の設定を通じた抑止というよりも、非難としての制裁が問題となっている。直接被害者が死亡したケースではこの観点から非財産的損害の賠償の意味を説明することができないわけではないが、それ以外のケースでは直接被害者が生存しているためこの説明を受け入れることは困難である³⁷²⁾。そのため、一般的には、本稿で提示した各構想によれば権利侵害や損害の存在が観念され、非財産的損害の賠償をその填補または近親者の満足として構成することができる以上、非難としての制裁を強調することは適切でないと言われる³⁷³⁾。

369) この点については、近刊予定の拙稿・前掲注(208)で論じている。

もう1つは、必ずしも明示されているわけではないが³⁷⁴⁾、不貞行為の相手方に対する損害賠償の場面（I2(1)①）での構想①に内在されている行為規範の設定を通じた抑止の思想である。ここでは、配偶者としての身分またはそこから生ずる権利義務が保護の対象とされており、その裏返しとして、不貞行為の相手方には、配偶者を有している者とは性関係を持つべきではないとの規範が課されていると理解することができる。しかし、同場面の実定法が構想①から構想③に移行したことに加えて、現在の実定法が、不貞行為を維持する目的

370) 今日では、実定法における非財産的損害のインフレ状態と多様な損害項目への分化を批判したり（Loïc Cadiet, *Les métamorphoses du préjudice*, in, *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixième Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, Paris, 1997, pp.37 et s. ; Oliver Berg, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages : Essai d'une théorie en droit français et allemand*, préf. Geneviève Viney, avant-propos de Reiner Franck, Bruylant, Bruxelles, LGDJ., Paris, 2006 ; Borghetti, supra note 368, pp.149 et s. ; Muriel Fabre-Magnan, *Le dommage existentiel*, D., 2010, pp.2376 et s. ; Nicolas Molfessis, *Le psychologisation du dommage*, in, *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, sous. la dir. Yves Lequette et Nicolas Molfessis, Dalloz, Paris, 2015, pp.39 et s. ; Dugué, supra note 368, n°69 et s., pp.59 et s. ; etc.)、非財産的損害の各項目を1つの損害項目へと統合すべきことを説いたりする見解（Jonas Knetsch, *La désintégration du préjudice moral*, D., 2015, pp.443 et s. ; etc.）も有力である（また、より一般的なものとして、Cf. Adrien Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable : Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, préf. Stéphanie Porchy-Simon, PUAM., Aix-en-Provence, 2014 ; etc.）。しかし、本文の視点から見ると、現在の実定法の仕組は、少なくとも多様な人の生や個人としての生き方をできる限り具体的かつ多面的に評価するための枠組としては有用である。

371) Ripert, supra note 69, p.1 ; Esmain, supra note 28, pp.114 et s. ; Dupichot, supra note 10, n°52 et s., pp.64 et s. et n°181 et s., pp.194 et s. ; etc. また、Cf. Demogue, supra note 300, n°407, pp.49 et s. 更に、より一般的なものとして、Cf. Suzanne Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. Geneviève Viney, Bibliothèque de droit privé, t. 250, LGDJ., Paris, n°20 et s., pp.21 et s. ; etc.

372) Ripert, supra note 69, pp.3 et s. ; Dupichot, supra note 10, n°204 et s., pp.223 et s. ; etc.

373) Cf. Lucienne Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Dalloz, Paris, 1933, n°66, p.80.

374) これは、「家族外に対する責任」の場面で民事責任法の規範的機能が強調されている（拙稿・前掲注(3)168頁以下）のとは対照的な現象である。

での恵与のコースは良俗に反しないとしたり³⁷⁵⁾、配偶者を持つ者が締結した結婚相談所への入会契約は公序および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³⁷⁶⁾、不貞行為の暴露は名誉毀損を構成しないとしたりするなど³⁷⁷⁾、不貞行為に寛容な姿勢を示していることに鑑みると、行為規範設定の観点から構想①を正当化するのは不可能である。このことは、日本法の下でも同様である³⁷⁸⁾。

最後の1つは、障害を持って生まれてきた子の両親が医師などに対して損害賠償を請求する場面（I2(2)②の第2のケース）における構想④および構想⑤の背景にある制裁の発想である。この場面では、構想④および構想⑤を用いて損害賠償を認めなければ、フォートが存在したにもかかわらず医師などへのサンクションが科されないことになるという点の当否が問われうる³⁷⁹⁾。これに対しては、行為規範の設定を伴う形でサンクションを科すと医師が妊娠中絶手術を促されることになってしまうなど、その行き過ぎが懸念された³⁸⁰⁾。この懸念の当否はともかく³⁸¹⁾、少なくとも医師などに障害または出生に伴う損害

375) Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, 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. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 1999, supra note 166 ; 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 ; 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 ; Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, Bull. civ., I, n°35 ; AJ fam., juin 2005, obs., François Chénéde ; etc.

376) Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2011, Bull. civ., I, n°191 ; D., 2012, 59, Rémy Libchaber ; RTD civ., 2012, 93, chr., Jean Hauser.

377) Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2015, supra note 166 ; 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 ; etc.

のすべてを負担させることが制裁として過剰であることは確かである。両親からの損害賠償請求に関しては、意思決定の阻害などの構成（構想③）により過度な賠償負担を伴わない形で制裁機能を実現することもできる以上³⁸²⁾、子と両親との間の関係把握に否定的な意味付けを与えてまで構想④および構想⑤を用いて過剰な制裁を実現することには疑問がある。

以上の検討からは、抑止や制裁が「家族の保護」のすべての場面に妥当するものではないこと、抑止や制裁を語ることができる場合であっても、構想①、構想④、構想⑤でこれを強調することには問題があることが明らかになる。

② 考慮されるべき諸価値への配慮の仕方

第2に、民事責任法の枠内で斟酌されるべき対抗価値や当該問題の解決に際して考慮されるべき諸価値への配慮の仕方という観点から、1で整理した各構想を検討する。

378) 拙稿・前掲注(2)「1」102頁以下。

379) 本文で述べた観点を踏まえ、子および両親からの損害賠償請求を肯定する判例について、損害との間で原因関係にないフォート自体による責任を認めた解決として理解するものとして、Cf. Marie-Pierre Lamour, *Des cas où l'on répare les dommages que l'on n'a pas causé*, RRJ., 2002, n^o56 et s., pp.1255 et s.

380) 観点は様々であるが、Sainte-Rose, *supra* note 143, JCP, pp.2305 et 2308 ; Id., *supra* note 270, *La réparation...*, pp.319 et s. ; Id., *À propos de l'affaire Perruche*, *Droits*, t.35, 2002, pp. 145 et s. ; Murat, *supra* note 143, JCP, p.256 ; Id., *supra* note 143, *Dr. fam.*, pp.4 et s. ; Lafage, *supra* note 315, p.283 ; etc.

381) Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, *supra* note 143は、医師などに対してフォートなしの責任を負わせるものではないため、本文の懸念は正当性を欠く。Cf. Mazeaud, *supra* note 143, n^o13, p.335 ; Radé, *supra* note 270, *Être ou...*, p.4 ; Id., *Retour sur le phénomène Perruche : vrais enjeux et faux-semblants*, in, *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, n^o11 et s., pp.240 et s. ; Muriel Fabre-Magnan, *Débat autour de l'affaire Perruche*, *Droits*, t.35, 2002, p.125 ; etc.

382) この場面の損害賠償を端的に懲罰的損害賠償として構成すべきことを説くものとして、Cf. Fabre-Magnan, *supra* note 370, pp.2382 et s. ただし、現在の実定法の状況では、また、司法省の民事責任法改正草案1266-1条以下が規定する民事上の罰金制度の下では、この提案を実現することは困難である。

「家族の保護」の場面における構想②および構想③（更に、構想④と構想⑤）が、19世紀末以降のフランス民事責任法に通底する賠償のイデオロギーからの影響を受け、可能な限り多くの場面で損害賠償請求を肯定し、被害者に対してできる限り多くの額を損害賠償として付与することを目指すものであることに疑いはない。もっとも、家族との関わりの中で生きる個人の人格（構想②）または家族から切り離された個人の感情や人格（構想③）は、無条件ではなく相手方の自由や権利などとの調整を経た上で保護される。不法行為の一般法の下では、行動自由の配慮に基づき相手方にフォートが存在する場合に限って、上記の人格や感情は保護される。この点、一部の学説のように、民事責任法により保護される諸利益を階層化した上で、身体的完全性の侵害に関係せず、かつ、特別の保護も予定されていない無形損害については、責任原因の程度に応じてその賠償の可否を決していくという方向性をとるのであればともかく³⁸³⁾、現在の実定法のように³⁸⁴⁾、フォートの要否という点を除き、少なくとも明示的には保護対象である権利や利益の内容に応じてその保護のために要求される責任原因の強度に濃淡を付けないとすれば、どの構想を採用したとしても対抗価値との衡量の仕方が大きく異なるわけではない。この点は日本法の状況と若干異なる³⁸⁵⁾。

ただし、以下の3つの場面については、特別法または特別規定が存在するため別途の検討が必要である。1つは、私生活の尊重への権利や肖像などが保護

383) Borghetti, supra note 368, pp.166 et s. また、Cf. Quézel-Ambrunaz, supra note 368, pp.261 et s. ; Dugué, supra note 368, n°350 et s., pp.302 et s. ; etc.

384) Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation : Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance (GRERCA), Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t.36, IRJS., Paris, 2012に取められた、Hadi Slim, Les intérêts protégés par la responsabilité civile en droit français, pp.113 et s. および Geneviève Viney, Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile : Synthèse, pp.149 et s. では、不法行為の一般法の次元で被侵害利益を階層化していない点にフランス法の特徴が求められている。

385) 拙稿・前掲注(2)「1」104頁以下。

対象として想定される場面である。この場面において、判例によれば、侵害を受けた者は、これらの権利の侵害があれば相手方のフォートの証明がなくても、民法典9条に基づき損害賠償を請求し権利行使をすることができる。この場合、私生活の尊重への権利や肖像などに対する侵害があったかどうかを評価する段階で相手方の表現の自由などへの配慮がされることになる³⁸⁶⁾。しかし、フォートという相手方の自由に関わる要件が明示的に設定されていないため、上記の配慮がしっかりと意識されないという事態も想定されうる。そのため、死者の人格とされるものに対する侵害のケース（I2(1)②）で構想①または構想③を採用すると、相手方の表現の自由などが過度に制約されるおそれもある。もう1つは、1881年7月29日の法律が適用される場面である。この場合、判例によれば、当該行為が同法所定の犯罪類型に該当しない限り、これにより被害を受けた者は民法典1240条に基づき損害賠償を請求することができない。そのため、上記と同じケースで構想②を採用すると、表現の自由に過剰な配慮がされる一方、故人への愛情や尊敬の念は一切保護されなくなる。最後の1つは、社会事業・家族法典L.114-5条が適用される場面である。同条3項および判例によると、障害を持って生まれた子の両親は、医師などに強度および明白性の点で重大なフォートが存在する場合でなければ、子の障害に由来する特殊な負担を除いた自らの損害の賠償を請求することができない。そのため、構想③による母の自己決定や両親の人格の保護（および、条文の読み方次第であるが、構想④による望むような子との間で関係を築く可能性の保護）は、医師の行動自由や障害を持って生まれた子の尊厳の観点から制約されることになる。

とはいえ、上記の諸点は「家族の保護」を超える射程を持つ問題であり、本

386) 例えば、Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2003, Bull. civ., I, n°172 ; JCP, 2003, II, 10139, note, Jacques Ravanans ; Gaz. Pal., 2003, 3112, note, Daniel Amson ; RTD civ., 2003, 680, chr., Jean Hauser ; D., 2004, 1633, obs., Christophe Caron ; JCP, 2004, I, 147, chr., Bernard Beignier ; Dr. et pat., janv. 2004, 90, obs., Grégoire Loiseau は、「私生活の尊重への権利および表現の自由への権利は、ヨーロッパ人権条約8条、10条、および民法典9条に照らせば、同一の規範的価値を持つため、事件を付託された裁判官に対して、その均衡を探求し、場合によっては、最も正当な利益を最も保護するような解決を図るよう義務付ける」と判示している。

稿の検討だけからその当否を決することはできない。これらの帰結は、各構想に内在するものではなく、各構想による保護を外在的な観点から拡張または制約した結果として位置付けられるべきである。この意味において、上記の諸点は各構想それ自体の優劣を決するものではない。

③ 関連する場面の解決との関係

最後に、関連する場面の解決に与える影響という観点から、1で整理した議論を検討する。ここでは、2つの場面だけを取り上げる。

1つは、ある家族のメンバーが何らかの不法行為により死亡した場合における他の家族のメンバーからの損害賠償請求全般との関係である³⁸⁷⁾。日本の実定法においては、一方で、直接被害者の相続人は、直接被害者が死亡によって被った損害も含む形で損害賠償請求権を相続するだけでなく³⁸⁸⁾、「家族としての保護」との関連で民法711条またはその拡張により固有の慰謝料を請求することもでき³⁸⁹⁾、他方で、直接被害者の相続人でない家族のメンバーは、一定の限度で、「家族としての保護」との関連で固有の損害賠償を請求することができる³⁹⁰⁾。ここでは、損害賠償請求権の相続、つまり、一定の身分的な繋がりを持つ家族のメンバーに対して死亡の財産的な評価の結果を帰属させることを中核とした思考枠組がとられている。日本の議論で「家族としての保護」を身分に結び付けて考える発想(構想①)が根強いのは、損害賠償請求の相続の有無と「家族としての保護」は別次元の問題であるにもかかわらず、前者の思考枠組が後者に影響を与えていることによるものであると考えられる。これに対して、フランスの実定法において、直接被害者の相続人は、直接被害者が死亡するまでに被った損害の賠償請求権を相続するだけであり³⁹¹⁾、他方で、家

387) この点については、近刊予定の拙稿・前掲注(208)で論じている。

388) 大判大正15年2月16日民集5巻160頁、最大判昭和42年11月1日民集21巻9号2249頁等。

389) 拙稿・前掲注(1)「1」65頁以下。

390) 最判平成5年4月6日民集47巻5号4505頁等。

族のメンバーは、直接被害者の相続人であるかどうかを問わず、「家族としての保護」の枠内で自己固有の財産的損害および精神的損害の賠償を請求することができる。ここでは、実質的な繋がりを持つ家族のメンバーに対してその死亡により受けた固有の影響を補償することを中核とした思考枠組がとられている。フランスの議論で「家族としての保護」を身分に結び付けて考える発想（構想①）が弱い理由も、身分的な繋がりでの保護を中心に据える考え方が民事責任法の中に存在しない点に求められる。

もう1つは、不貞行為の相手方が不貞配偶者に対して損害賠償を請求する場合との関連である³⁹²⁾。構想①は、法定の身分や地位の保護を問題にするため、上記の場面と直接の関わりを持たない。もっとも、構想①には配偶者間の性的関係を害することになるような配偶者間以外の男女または同姓同士の性的関係を排除する契機が内在しており、構想①からはこれを否定するのが一貫する。

391) Cf. Cass. civ., 18 janv. 1943, DC., 1943, 45, note, Léon Mazeaud ; S., 1943, 1, 44 ; JCP., 1943, II, 2203, obs., J. F. L. C. ; Gaz. Pal., 1943, 1, jur., 243 ; RTD civ., 1943, 118, chr., Henri et Léon Mazeaud (被害者が死亡する前に受けた身体的苦痛に係る損害賠償請求につき相続肯定) ; Cass. civ., 4 janv. 1944, DA., 1944, 106 ; Gaz. Pal., 1944, 1, jur., 128 ; RTD civ., 1944, 114, chr., Henri et Léon Mazeaud ; RTD civ., 1945, 36, chr., Michel Boitard (被害者が死亡する前に被った精神的損害に係る賠償請求につき相続肯定) ; Cass. ch. mixte, 30 avril 1976, supra note 107 (同上) ; Cass. crim., 6 oct. 1977, supra note 107 (被害者が死亡する前に受けた身体的完全性への侵害に係る損害賠償請求につき相続肯定) ; Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, supra note 107 (生存する機会の喪失に係る損害賠償請求につき相続肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 20 mars 2008, Bull. civ., II, n°72 ; Gaz. Pal., 2009, 680 (アスベスト被害者が疾病により被った損害の賠償請求につき相続肯定) ; Cass. ass. plén., 9 mai 2008, Bull. ass. plén., n°2 ; D., 2008, 1415, obs., Maud Léna ; D., 2008, 2759, chr., Jean Pradel ; RCA., juill. 2008, com., 220 ; AJ pén., sept. 2008, 366, obs., Claire Saas (小切手偽造罪などの被害者の損害賠償請求につき相続肯定) ; Cass. crim., 10 nov. 2009, Bull. crim., n°185 (耗弱状態濫用罪の被害者の損害賠償請求につき相続肯定) ; Cass. crim., 26 mars 2013, supra note 107 (平均寿命まで生きる権利の侵害に係る損害賠償請求につき相続否定) ; Cass. 2^{ème} civ., 23 nov. 2017, supra note 107 (生存する機会の喪失に係る損害賠償請求につき相続否定) ; etc.

392) この点については、拙稿・前掲注(1)「1」105頁以下のほか、続稿として本誌に掲載を予定している「フランス法における家族のメンバーに対する不法行為と責任——家族のあり方と民事責任法の枠組——」も参照。

他方で、構想②は、当該関係が自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠であるかという観点からの判断を行うため、これによれば、不貞行為の相手方にとっての不貞配偶者との関係が上記のようなものであり、かつ、不貞配偶者のフォートある行為によりそれが害されたとすれば、また、構想③は、当該関係とは無関係に自己の人格や感情の侵害を問題にするため、これによれば、不貞配偶者のフォートある行為により一定の人格や感情が害されたとすれば、不貞行為の相手方からの損害賠償請求も認められる。裁判例は、現在に至るまで一貫して、Xが他の者と婚姻関係にあったYとの間で親密な関係を持ちその後当該関係を解消されたことからYに対して損害賠償の支払を求める場面につき、基本的にはYがXと関係を有していたときに他の者と婚姻関係になかった場合と異なる取扱いをすることなく³⁹³⁾、当該関係がXの人格の実現や展開にとって必要不可欠であったか、または、Yの行為によりXの感情などが害されたかという視点を中核に据えた評価により、Xの損害賠償請求の当否を検討してきた³⁹⁴⁾。自ら望んで婚姻関係にある者と親密な関係を持つに至ったという事実が損害賠償請求を否定するための論拠として用いられることもあるが³⁹⁵⁾、上記の事実は、構想②によれば当該関係が人格の実現や展開に必要不可欠であったかという点の評価に、構想③によれば感情が害されたかという点の評価に影響を与えるだけであり、判断枠組自体に変更を迫るものではない。従って、この場面における実定法の状況も、構想②または構想③に親和性を持つ。それと同時に、このことは、日本の議論における構想①の根強さをも明らかにする。日本の裁判例の多くは、不貞配偶者に対する不貞行為の相手方からの損害賠償請求を否定したり³⁹⁶⁾、不貞行為の相手方側の動機に内在する不法の程度に比し不貞配偶者側の違法性が著しく大きいものと評価することができる場合に限って上記の請求を肯定したりしており³⁹⁷⁾、この立場については、婚姻外の性関係を排除または軽視する一方で、身分に結び付く夫婦間の性関係を重

393) ただし、かつては、I1(1)①の場面における一部の裁判例のように、違法性の審査をする裁判例は存在した。

視する理解、つまり、構想①を基礎に据えなければ、その意味を把握することができないからである。

394) 判決文の中でYがXと関係を有していたときに他の者と婚姻関係にあったことが明らかにされている事案として、Ex. Cass. req., 17 mai 1870, D., 1871, 1, 52（関係開始時のフォートを理由に肯定）；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（詐害的誘惑の不存在およびコンキュビナージュの非永続性を理由に否定）；Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, Bull. civ., I, n°163（詐害的誘惑および扶助約束の不存在を理由に否定）；Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1990, Defrénois, 1990, art. 34825, 943, note, Jaques Massip（Xが婚姻関係の存在を認識していたことは損害賠償請求の妨げにはならないとしてXの請求を認容した原審が維持された）；Cass. 2^{ème} civ., 28 avril 1993, n°91-18.855；D., 1995, jur., 330, note Bruno Mathieu；RTD civ., 1995, 604, chr., Jean Hauser（婚約の不存在を理由に否定）；etc.

下級審の裁判例として、CA. Bordeaux, 14 déc. 1864, S., 1865, 2, 5（詐害的誘惑を理由に肯定）；CA. Amiens, 1^{er} déc. 1881, Gaz. Pal., 1881, 2, jur., 486；D., 1882, 2, 117；S., 1882, 2, 149（詐害的誘惑の不存在を理由に否定）；CA. Paris, 14 fév. 1890, D., 1891, 2, 309（詐害的誘惑および賠償約束を理由に肯定）；CA. Lyon, 30 déc. 1890, D., 1891, 2, 309（賠償約束を理由に肯定）；CA. Paris, 16 mars 1892, D., 1893, 2, 541；S., 1894, 2, 30（詐害的誘惑を理由に肯定）；CA. Douai, 18 mars 1895, D., 1895, 2, 351（詐害的誘惑の不存在を理由に否定）；TC. Quimper, 15 mars 1905, Gaz. Pal., 1905, 1, jur., 670（詐害的誘惑の不存在を理由に否定、扶養約束の存在を理由に肯定）；CA. Rouen, 6 mai 1905, S., 1906, 2, 263；D., 1908, 2, 246（詐害的誘惑および正当理由のない婚約解消を理由に肯定）；TC. Marseille, 6 avril 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, jur., 226（権限濫用を理由に肯定）；TC. Bourg, 25 oct. 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, jur., 886（詐害的誘惑の不存在を理由に否定）；TC. Mayenne, 8 déc. 1927, D., 1928, 2, 159, note, René Savatier（詐害的誘惑の不存在を理由に否定）；CA. Dijon, 7 fév. 1928, D., 1928, 2, 169, note, Pierre Voirin；Gaz. Pal., 1928, 2, jur., 501（婚約解消におけるフォートの不存在を理由に否定）；TC. Poitiers, 5 nov. 1928, Gaz. Pal., 1929, 1, jur., 142（詐害的誘惑を理由に肯定）；CA. Lyon, 20 déc. 1930, RTD civ., 1932, 143, chr., Eugène Gaudemet（詐害的誘惑の不存在を理由に否定、正当理由のないコンキュビナージュの解消を理由に肯定）；CA. Montpellier, 2 juin 1932, DH., 1932, jur., 452；S., 1933, 2, 48（詐害的誘惑、扶養約束の存在を理由に肯定）；TC. Marseille, 28 oct. 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 946（正当理由のない関係の解消を理由に肯定）；TC. Bourg, 21 nov. 1933, Gaz. Pal., 1934, 1, jur., 284；RTD civ., 1934, 389, chr., Gaston Lagarde（詐害的誘惑の不存在を理由に否定）；CA. Riom, 9 janv. 1934, S., 1934, 2, 137（詐害的誘惑を理由に肯定）；CA. Nîmes, 25 juin 1934, DH., 1934, jur., 502；Gaz. Pal., 1934, 2, jur., 449；RTD civ., 1934, 812, chr., Gaston Lagarde（詐害的誘惑の不存在を理由に否定）；TC. Chartres, 6 juin 1945, Gaz. Pal., 1945, 2, jur., 130；RTD civ., 1945, 267, chr., Henri et Léon

おわりに

フランスでも、日本と同じく、「家族の保護」を、身分またはそこから生ずる権利義務の保護として位置付ける考え方(構想①)、実質的な家族との関わりの中で生きる個人の人格の保護として捉える考え方(構想②)、家族から切り離された個人の人格の保護として把握する考え方(構想③)が存在する。そして、家族のあり方および民事責任法の枠組という視点から見た場合、それぞれの構想に対する評価も日本とフランスとで共通している。しかし、日本の議

(前頁からつづき)

Mazeud (詐害的誘惑の不存在を理由に否定) : TC. Saumur, 17 avril 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 (正当理由のない解消の不存在を理由に否定) : TC. Toulon, 9 mars 1948, D., 1948, jur., 221 (詐害的誘惑を理由に肯定) : TC. Trevoux, 13 déc. 1949, Gaz. Pal., 1950, 1, jur., 198 (婚約の証明の不存在を理由に否定) : CA. Amiens, 6 mai 1952, Gaz. Pal., 1952, 2, jur., 129 ; RTD civ., 1952, 492, chr., Gaston Lagarde (詐害的誘惑の不存在を理由に否定) : CA. Paris, 25 oct. 1963, JCP, 1963, II, 13455, obs., R. B. ; D., 1964, jur., 58, note, Paul Esmain (重婚的コンキュビナーージュの違法性を理由に否定) : CA. Paris, 3 déc. 1976, D., 1978, jur., 339, note, Claude Isabelle Foulon-Piganiol (婚約解消におけるフォートの存在を理由に肯定) ; etc.

なお、このことは、配偶者のあるXがYとの間で親密な関係を持ちその後に当該関係を解消されたことからYに対して損害賠償の支払を求める場面でも同じである。Ex. TC. Seine, 13 janv. 1928, Gaz. Pal., 1928, 1, jur., 411 (詐害的誘惑の不存在を理由に否定) : CA. Paris, 4 janv. 1952, D., 1952, jur., 112, note, G. H. ; S., 1952, 2, 85, note, Henri Mazeud ; JCP, 1952, II, 6842, obs., Paul Esmain ; Gaz. Pal., 1952, 1, jur., 167 ; RTD civ., 1952, 214, chr., Henri et Léon Mazeud (関係解消に際しての重大なフォートの不存在を理由に否定) ; etc.

395) Cf. TC. Seine, 11 mars 1927, DH., 1927, jur., 262 ; RTD civ., 1927, 436, chr., René Demogue ; TC. Privas, 28 fév. 1952, S., 1952, 2, 148, note, J. B. ; RTD civ., 1952, 506, chr., Henri et Léon Mazeud ; CA. Paris, 7 oct. 1954, D., 1955, jur., 100 ; RTD civ., 1955, chr., Henri et Léon Mazeud ; CA. Toulouse, 23 janv. 2001, Dr. fam., juill. 2001, com., 69, note, Hervé Lécuyer ; D., 2002, 614, obs., Jean-Jacques Lemouland ; etc. なお、配偶者ある者からの損害賠償請求について、TC. Seine, 8 mai 1950, D., 1950, jur., 554 ; etc.

396) 大判昭和15年7月6日民集19巻1142頁。

397) 最判昭和44年9月26日民集23巻9号1727頁。

論では、実定法の状況および現代の家族のあり方に適合しない部分が多いにもかかわらず、構想①が根強く主張されているのに対し、フランスの議論では、実定法の状況および現代の家族のあり方を受ける形で、多くの場面で構想②が基礎とされていた。確かに、フランスにおいては、一定の範囲で構想③も用いられている。しかし、構想③は、構想②を補完する意味を持つ場面を除き、個人主義的把握の行き過ぎと評すべきものである。また、フランスでは、一部の場面で構想①が再生されている。とはいえ、現代の構想①は、「家族外に対する責任」の場面でも見られた、子の利益に適う親権の強化というフランス親子法の（日本法との対比で言うと）特殊な事情に支えられている。

前稿および本稿の検討によれば、構想②、つまり、家族との関わりの中で生きる個人を基礎に据えて「家族の保護」に関する解決や解釈論を構築しつつ、場面によって、より具体的に言えば、死者の人格とされるものが侵害された場面、および、何らかの侵害行為により被害者が予定していたのとは異なる形で家族関係を築かざるを得なくなった場面では、構想③、つまり、家族から切り離された個人としての人格の保護を図る規律によりこれを補完していく方向性が目指されるべきである。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究C「現代法における人と家族を起点とした民事責任法理の構想」（課題番号16K03384）の研究成果の一部である。

（しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授）

担保法に対する信託法理の影響

直 井 義 典

はじめに

第1章 フランスの担保フィデュシーと約定担保物権

- 1 設定段階
- 2 設定後債務不履行まで
- 3 債務不履行後

第2章 わが国の信託と約定担保物権

- 1 設定段階
- 2 設定後債務不履行まで
- 3 債務不履行後

おわりに

はじめに

1 平成18年に新信託法が制定され、信託の内容に担保権の設定が含まれることが明確となった（信託法3条1号・2号）。これはセキュリティトラストを定めた規定であるが、それ以外の担保のための信託が禁じられるものではない¹⁾。

もっとも、信託は受託者の利益を図ることだけを目的とすることはできず（信託法2条1項²⁾）、また、受託者が受益者となること自体が禁じられるわけでもない（信託法8条）としても、受託者が受益権の全部を固有財産で有する状態が1年間継続すると信託は終了することとなる（信託法163条2号³⁾）。したがっ

1) 道垣内弘人『信託法』（有斐閣・平成29年）（以下、「道垣内・前掲①」とする）38頁。
セキュリティトラストと担保のための信託とが異なるものであることについては、新井誠編『コンメンタル信託法』（ぎょうせい・平成20年）40頁〔小賀野晶一〕も参照。なお、フランス民法2328-1条もセキュリティトラストの規定であるが、フィデュシーとは無関係であるとされる。

て、被担保債権の債権者が受託者となり、なおかつ唯一の受益者となるような信託は認められない⁴⁾。よって、かつて一部で主張されたように譲渡担保は信託法上の信託そのものであると解するのは、それがあらゆる譲渡担保を信託と構成するものであるとすれば現行信託法の解釈として困難である⁵⁾。

しかし、被担保債権の不履行があるまでの間は、第1受益者を設定者として

-
- 2) 信託の本質に反するから、と説明されるが、信託の本質は何かが問題となってしまう。この点は、財産権が受託者に帰属しているにもかかわらず、信託法が適用されることによって受益者に物権的救済が認められるのは、受託者が純粋な財産権帰属権者としては行動できず、そこからの利益は得られない、ということから正当化されるのであり、受益者が単独で利益を享受する場合には、信託法の定める効果を与えることが正当化できる実質がないからだと説明される（道垣内弘人「信託の設定または信託の存在認定」道垣内弘人ほか編『信託取引と民法法理』（有斐閣・平成15年）19-20頁）。
 - 3) 同号の趣旨は、受託者が受益権の全部を固有財産で有している状態になると、結局、自分の財産の一部を自分自身の一定の目的のために取り分けているというだけであり、信託財産の独立性を正当化できなくなるという点（道垣内・前掲①405頁）、あるいは、受益者と受託者が一致する場合には受益者の義務遂行の実効性確保に困難があること、義務に対応する権利主体あるいは義務を負う対応主体が義務者と同一主体であることにより技術的な困難がある点（道垣内弘人編著『条解信託法』（弘文堂・平成29年）（以下、「道垣内・前掲②」とする）681-682頁〔沖野眞巳〕）に求められる。
 - 4) 被担保債権の弁済期が1年以内に到来するのであれば信託が有効となるのではないかとの疑問も生じ得る。しかし、道垣内・前掲②20頁〔道垣内弘人〕は、「受託権の譲渡は予定されておらず、信託の存続期間が1年に限られるけれども、その全期間にわたって受託者自身の利益を図るための信託」、「受託者を単独の受益者とする信託を1年ごとに更新する仕組み」は「専らその者の利益を図る目的のもの」に当たるからその信託は成立しないと考えるべきだとする。また、道垣内・前掲②683頁〔沖野眞巳〕もこうした信託は信託法8条違反あるいは同法163条2号の潜脱・脱法であるから無効であるとする。
 - 5) 譲渡担保についての信託的譲渡説には本文で触れた見解のほか、譲渡担保権者が目的物について完全な所有権を有し、譲渡担保権者は設定者との関係で目的物の所有権を担保目的以外に行使しないという債権的拘束を負うに過ぎない、これを設定者から譲渡担保権者に目的物の信託的譲渡がなされていると表現する見解がある。後者は、譲渡担保を信託法上の信託そのものと主張するわけではないから、信託法の文言に抵触するわけではない。しかし、譲渡担保においては譲渡担保権者はもっぱら自己の債権担保の目的で目的財産の管理・処分権限を有するのに対し、信託においては受託者は受益者のために管理・処分権限を行使する点で異なる。以上につき、道垣内・前掲②25頁〔道垣内〕。

おき、信託財産から生じる賃料を交付するが、被担保債権の不履行があった時には、被担保債権の債権者が第2受益者となるという仕組みは認められる⁶⁾。この場合において、受託者と委託者が同一人であることに支障はない。譲渡担保においても、被担保債権の不履行があるまでの間は設定者に目的物の収益権限を与え、債務不履行があればその収益権限が失われるものと定めることによって、これと同様の効果を得ることができる。

そうだとすると、すべての譲渡担保を信託だと構成することはできないが、債務者（あるいは担保目的物の提供者）と担保権者との間では、譲渡担保の設定と担保のための信託の利用という2つの手段を選択する余地が認められうることとなる⁷⁾。ここで問題となるのは、譲渡担保と信託の2つの手段の間に要件・効果の点で何らかの差異があるのかという点である。当事者がいずれの担保手段をも自由に選択できる以上、差異がある場合にはとりわけ担保権者にとって好都合な方の制度を利用する傾向が生まれることとなる。このことは、かつて不動産譲渡担保について清算金の支払義務が明確になっていなかったために譲渡担保が広く用いられたことから想像がつく。このように担保手段の選択を担保権者のイニシアチブに委ねることは債務者が不合理な契約内容を押し付けられることにつながることから、担保手段間の差異を明確にし、必要があればそうした差異をなくしておく必要があるものと解される⁸⁾。

こうした考え方は目新しいものではない。従来から、譲渡担保の法律関係に信託法の規定を類推適用すべきとの見解が存する⁹⁾。もっとも、譲渡担保に対して「信託法の類推適用の必要性は減少している」と指摘されているが、それ

6) 道垣内弘人「譲渡担保と信託」トラスト未来フォーラム『信託の理念と活用』（トラスト未来フォーラム・平成27年）63頁。ただし、受託者と受益者が別に存在する場合の記述である。

7) 不動産についてはさらに抵当権設定や質権設定も可能であり、動産については動産質を利用することも可能である（ただし、動産質の場合は占有を質権者に移転しなければならないから、担保目的物の使用を継続したいという設定者のニーズにかなわないことが譲渡担保の発達を促したことは言うまでもない）。その意味では2つの手段とするのは正確ではない。

は、「判例・学説は、譲渡担保に関し、担保目的の範囲における所有権の移転という構成によって、法律関係を定めるに至っている」ことを理由とするものである¹⁰⁾。これは、民法典に定めのある担保法理から譲渡担保法理が形成されていることを意味する。しかしながら、信託法理の側から譲渡担保法理を再考してみることで否定的であるというものではないだろう¹¹⁾。

2 そこで本稿では、譲渡担保法理と担保のための信託の法理との差異について、いくつかの問題点を取り上げて検討することとする¹²⁾。具体的には、設定段階では設定・公示の方法、後順位担保設定の可否、被担保債権の範囲の問題、設定後債務不履行までの段階では担保目的物の変動の問題、債務不履行後の清算金支払い、実行方法の問題である。倒産手続との関係も重要な問題であり、現にフランスでは担保フィデュシーの効力が約定担保物権に比べて強すぎる点

8) 倒産局面に限定した記述ではあるが、沖野眞巳「委託者の倒産における担保目的の信託の処遇」能見善久編『信託の実務と理論』（有斐閣・平成21年）39頁も、「譲渡担保と極めて類似性の高い取決めを、信託という法形式さえ利用すれば、委託者Sの倒産手続における処遇は全く異なると考えることは、倒産法における志向には合致しないように思われる。」とする。

9) 四宮和夫『信託法 新版』（有斐閣・平成元年）10頁は、信託財産の独立性や受託者の不法処分の際しての受益者の追及権などは、担保権としての性質を没却しない限り類推適用すべきとする。また、新井編・前掲56頁〔小賀野〕も、一定の財産管理を必要とする類型の譲渡担保においては、信託法理が意義を持つとする。

すでにわが国では仮登記担保・譲渡担保について担保権者に清算金の支払いを義務づけることで、担保権実行による競売の場合と同様の帰結を導くというように、担保法理の内部での均質化もなされている。

10) 道垣内・前掲②26頁〔道垣内〕。

11) なお、道垣内・前掲②26頁〔道垣内〕は「信託であるとされても、それが担保目的のものであれば、担保として律せられるべきことになる」としており、担保のための信託に関しては信託法理と担保法理とが近接すべきことを指摘する。また、鈴木秀昭「担保目的の信託」能見編・前掲26頁も、債務が弁済されるまでは財産を処分できないという意味での補充性と受戻権が認められている信託については、譲渡担保の議論と同様に担保として扱われることとなると考えられるとする。

12) 譲渡担保と信託とを対比するものとして、すでに、シンポジウム「新信託法とその利用－担保的利用を中心に」能見善久「総論」金融法研究24号（平成20年）34頁以下がある。

が問題となったが、すでに議論が存する¹³⁾ことから本稿では扱わない。

以下、第1章でフランスにおける担保フィデューシーと民法典上の担保物権である質権・抵当権の差異について概観した後、第2章でわが国における担保のための信託と譲渡担保の差異について検討を加える。

譲渡担保立法とも評される¹⁴⁾フランスの担保フィデューシーにおいては、受託者と受益者が同一人であることが認められており（フランス民法2016条）、また、所有権の分属も排除されている。その意味で担保フィデューシーの規律そのものをわが国の譲渡担保の解釈にそのまま用いることは許されない。その意味で、フランスの担保フィデューシーと約定担保物権、わが国の信託と譲渡担保を対比しようというのであれば、全く別のものを対比しているのであって不適切であるという批判を免れない。

しかしながら、フランスの担保フィデューシー立法から示唆が得られないわけではない。後述するように、約定担保物権の規律と担保フィデューシーの規律は相互に影響を及ぼしあっている¹⁵⁾。本稿での検討対象外ではあるが、債務者の倒産局面における担保フィデューシーの効力については、「フランス倒産法は非占有担保信託の効力を弱める規律を導入しており、結果として非占有担保信託の倒産法上の効力は質権のそれに近いものとなっている¹⁶⁾」との指摘がなされているところである。こうした担保法理とフィデューシー法理の影響関係が、わ

13) 鈴木・前掲26頁、沖野・前掲29頁以下。

14) 小梁吉章『フランス信託法』（信山社・平成23年）8頁は、フィデューシーでは受託者が受益者を兼ねる形が中心を占めると予想され、譲渡担保と同様の機能を果たすことが期待されるとする。また、同書69頁は、受益者の有する権限の相異に着目して、フィデューシーでは受託者が受益者となる担保目的フィデューシーを中心とする（＝受託者を管理・監督する必要性が高くない）のに対して、わが国では合同運用金銭信託のように委託者が受益者を兼ねる構成を中心としていることをその原因と考えている。

また、小梁・前掲84頁は、当初3件のフィデューシーはすべて担保目的であったとしてそれぞれの内容を紹介している。

15) フィデューシーの実行について説明する L. Aynès=P. Crocq, *Droit des sûretés*, 10^e éd., 2016, n°790のタイトルは「質権・抵当権の実行について適用される法的ルールへの同調」とされている。

が国における信託法理と担保法理の関係に示唆を与える部分があるのではないかと考えるのである。

第1章 フランスの担保フィデューシーと約定担保物権

以下、1では設定段階の問題、2では設定後債務不履行までの問題、3では債務不履行後の問題について検討する。

1 設定段階

(1) まず設定方法から検討する。

フィデューシーは法律または設定者と受託者の間の契約によって設定される(2012条1項)¹⁷⁾。また、それは明示的になされなければならない(2012条1項)から、黙示の契約によるフィデューシー設定は認められない。

フィデューシー契約の有効要件は詳細に定められている¹⁸⁾。2018条は契約で定めるべき事項を列挙しており、ここに列挙された事項の一部でも欠くと無効となる。また、フィデューシー契約またはその修正は、契約又は修正の日から1か月以内に税務署に登録されなければ無効とされる(2019条1項)。もっとも、この登録は公示を目的とするものではないことから、対抗要件としての機能を有しない。なぜなら、この登録は脱税やマネーロンダリングを防止することが目的であり、公的機関しかアクセスできないからである¹⁹⁾。2020条はフィデューシーの全国原簿の作成について定める。

フィデューシー契約が書面によることを要求する規定はない²⁰⁾が、2018条に

16) 白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在」比較法学46巻2号(平成24年)82頁。

17) 中原太郎「フランス民法典における「信託」について」水野紀子編著『信託の理論と現代的展開』(商事法務・平成26年)295頁にあるように、中心は契約によるものである。

18) 担保フィデューシーについて、Aynès=Crocq, op.cit., p.444.

19) 白石・前掲78-79頁。

20) ただし、フィデューシー財産が夫婦共通財産や不分割財産である場合には公正証書が要求される(2012条2項)。

列記された事項を明示するためには書面作成が合理的であり、また、全国原簿は書面でなされることから²¹⁾、フィデューシー契約は要式契約であるとされる²²⁾。約定担保物権においては書面の作成が要求されている²³⁾ことから、この点ではフィデューシーと約定担保物権は、結論として同一の規律に従うこととなる。

担保フィデューシーの公示方法については、十分な規定が置かれていない²⁴⁾。とりわけ、動産をフィデューシー財産とする場合には、公示を全く欠く。不動産または不動産に関する物権がフィデューシー財産となる場合は、一般租税法典が定める要件に従って公示がなされる（2019条2項）。債権については、譲渡人または受託者による債務者に対する通知が債務者対抗要件であり、また、債権譲渡を確認するフィデューシー契約またはその修正の日付において第三者に対抗可能となる（2018-2条）。いずれについても、フィデューシー特有の公示方法があるわけではない。動産について公示を欠く点につき、有体動産の質入れの場合は2338条が特別の登録簿への登録による公示の仕組みを取り入れている²⁵⁾ことを指摘して遺憾であるとする者が見られる²⁶⁾。この点においては、質権とフィデューシーとに差異が見られる。それと同時に、こうした差異がある点が批

21) 中原・前掲297頁。

22) Pellier, *Regard sur la fiducie-sûreté*, *Les Petites Affiches*, n°58, 2007, n°9.

23) 有体動産質に関する2336条、債権質に関する2356条、担保のための所有権留保に関する2368条、不動産質権に関する2388条1項、抵当権に関する2416条。

24) Aynès=Crocq, *op.cit.*, p.444; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 11^eéd., 2016, n°771.

25) 有体動産質権の公示方法として、2337条2項はこのほかに、目的財産の債務者または合意された第三者への引渡しを定める。フィデューシーにおいてもこうした方法をとることは可能であると考えられるが、目的財産の占有を設定者に留めることに意義が見いだされるのであるから、引渡しによる公示には実効性がない。

26) Pellier, *op.cit.*, n°9.

Aynès=Crocq, *op.cit.*, n°784もまた、フィデューシー財産が2276条によって即時取得される可能性があるから、有体動産については占有非移転型担保フィデューシーに十分な安全性が与えられていないこととなる。有体動産については、占有移転型フィデューシーのみが実務的には考えられることとする。

判的にとらえられていることにも着目しておきたい。

(2) フィデューシーの対象は、「現在または将来の、財産、権利もしくは担保、あるいは財産、権利もしくは担保の集合」である（2011条）。このようにあらゆる積極財産がフィデューシーの対象となる。

ただし、所有者の意思のみによってフィデューシー財産となしうるわけではない財産もある。フィデューシーの設定者が無能力者である場合²⁷⁾ならびにフィデューシー財産が夫婦共通財産の場合²⁸⁾である²⁹⁾。

約定担保物権の対象も、有体動産質権に関する2333条1項と無体動産質権に関する2355条1項とによって、現在または将来の動産の単体あるいは集合とされている。あらゆる動産が質権の対象となるものと評価できるから、動産に関する限りでは約定担保物権と担保フィデューシーの間に差異はない³⁰⁾。

約定担保物権の設定者が無能力者である場合に関し、408条3項は、「後見人は未成年者の財産を、第12章の規定に従って管理する」としており一律に担保権の設定を禁じるわけではない。被保佐人は保佐人の補助なしには財産の使用ができないとする468条2項はフィデューシーの場合と類似する。夫婦財産については、1424条2項に見るように、フィデューシーの場合の方が、1424条1

27) 未成年者の財産はフィデューシー財産となし得ないとする408-1条、フィデューシーの受託者は設定者の後見人・保佐人たりえないとする445条3項、被保佐人がフィデューシー契約を締結するには保佐人による補助を要するとする468条2項、後見人は成年被後見人の財産をフィデューシー財産とすることができないとする509条5号。

28) 1424条「② 同様に、夫婦の一方は、配偶者の同意なしには、夫婦共通財産をフィデューシー財産として譲渡することができない。」

29) いずれも、2008年に設定者の制限（旧2014条）が撤廃されて自然人もフィデューシーの設定者となれるようになったことに伴う補足規定である。Aynès=Crocq, op.cit., n°778は、自然人が当初はフィデューシー設定者から除外された理由の1つに設定者たる自然人を保護するための規定が担保フィデューシーによって変質されるのを防ぐことにあった点を指摘し、こうした考慮が2008年の法律による補足規定によって維持されたことを評価する。

30) これに対して、不動産については、抵当権が現在の不動産にのみ設定可能である（2419条）点の問題となる。これは担保目的の特定性の原則に起因するものであるが、将来取得する不動産をフィデューシーの目的とできるのかは明らかでない。

項³¹⁾で列記された物についてのみ他方配偶者の同意を要求する担保物権設定の場合よりも他方配偶者の同意が広く要求されている。この差異については特段の議論がないようである。

(3) 後順位フィデュシーの設定は考えられるか。これについては、2372-5条第2項・2488-5条第2項が定める。すなわち、フィデュシーの設定者は、当初の債権者が弁済を受けていなくても、当初の債権者のみならず新たな債権者のために、フィデュシー財産の所有権を担保に供することができるものとされる。また、設定者が自然人である場合は、新たな債務の担保に割り当てられるのは、再充填日における評価額の限度とされる。これらの規定は2009年の改正で担保フィデュシーの規定が追加された際に制定されたものである。

それ以前には、フィデュシーのような所有権を利用した担保によって、貸金債権者など他の債権者の利益が害され、債務者への信用供与が1回なされるのみとなってしまう³²⁾との指摘がなされていた。これはすなわち、フィデュシーが設定されることでフィデュシー財産の担保価値がすべて受託者によって把握されてしまうことを意味する³³⁾。貸金債権者というフィデュシーの活用が現実には考え難い例が挙げられていることから、直接に後順位フィデュシー設定の可否を問題としていたものとは言えない。しかしながら、担保価値がフィデュシー受託者に独占されることの問題点を指摘することから、後順位フィデュシーの設定は認められないものと解されていたと評価しうる。この点で約定担保物権とは異なっていたのであるが、2009年の改正によって約定担保物権と同様に後順位フィデュシーが設定できることとなった³⁴⁾。

31) 「① 夫婦の一方は、配偶者の同意なしには、共通財産に属する不動産、営業財産及び経営ならびに取引することのできない組合上の権利及びその譲渡が公示に服する有体動産を譲渡し、又は物権を設定することができない。夫婦の一方は、この同意なしには、そのような取引に由来する元本を収取することができない。」

32) Roussel, *Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sens du droit des sûretés, Droit & Patrimoine*, n°176, 2008, p.31.

33) Roussel, *op.cit.*, p.31. そこでは、倒産手続費用すら出せないことが多いというドイツの状況が指摘されていた。

2 設定後債務不履行まで

フィデュシー財産はその継続中に変動することがありうる。このうち、入れ替わりについては「物的代位（subrogation réelle）とも評することができる」³⁵⁾ともされる。しかし、物的代位においては被代位物の喪失と代位物の取得との間に牽連性が要求されることから、ここではフィデュシー財産に新たな財産が付け加わる場合の説明ができない。論者も指摘するように³⁶⁾、むしろ、資産（patrimoine）を構成する財産の考え方によるものと言うべきである。

フィデュシーの計算で行為する場合には、その旨を明示しなければならない（2021条1項）。しかし、フィデュシー財産の変動に際して他に特段の要件が課されているわけではない。

約定担保物権においても目的物の変動にあたり特段の要件は課されていない³⁷⁾。

3 債務不履行後

(1) フィデュシーの実行にあたっては、鑑定人によるフィデュシー財産の価額が決定されなければならないとされる（2372-3条3項・2488-3条3項）。また、

34) ただし、相違点が全くなくなったというわけではない。前述のように充填型の担保フィデュシーにおいては新たな債務の担保に割り当てられるのは再充填日の評価額の限度であるのに対して、充填型抵当の場合にはこうした制約はない。他方、充填型抵当の場合は当初公正証書に記載された額を超えて担保の供与をなし得ない（2422条2項）のに対して、充填型の担保フィデュシーにはこうした制約はない。ちなみに、これらの相違点を指摘する Legeais, *op.cit.*, n°785はこうした相異が生じる理由を特に説明しておらず、相異の存在に対して否定的でもない。

35) 原恵美「担保目的の信託」池田真朗・中島弘雅・森田修編『動産債権担保』（商事法務・平成27年）195頁。

36) 原・前掲211頁。

37) 集合物に質権を設定した場合における目的物変動と物的代位論との関係については、直井義典「集合物の担保化における物的代位論の役割」筑波ロー・ジャーナル24号（平成30年）59頁以下で論じた。

この鑑定価額が未払いの被担保債権額を超過するときには清算金を支払うべきことも認められた。いずれも当初規定にはなく、2009年の改正の際に追加されたものである。エネス＝クロックによれば、これらの規定が当初規定に欠けていたことは驚くべきこととされる³⁸⁾。鑑定価額によるべきことが強行規定であることは明記されているが、清算金不払い条項の効力については定めがない。この点、質権の場合と同様、明らかに過度なものについては裁判所によって改訂されうることとなるとされる³⁹⁾。質権の規律に依拠していることが注目される。

(2) 被担保債権が弁済されず、かつフィデユシー契約に反対の約定がない場合のフィデユシーの実行については、以下のように定められる。第1に、債権者と受託者とが合意する場合、債権者にはフィデユシー財産の自由処分権が認められる(2372-3条第1項・2488-3条第1項)⁴⁰⁾。これは、所有権留保に関する2371条1項にヒントを得たものとされる⁴¹⁾。ただし、2371条と異なり、2372-3条・2488-3条では、フィデユシー契約に反対の約定がない限りといった留保が付されている。こうした留保が付された理由は明確ではないが、充填型の担保フィデユシーの場合において、債務不履行があった被担保債務そのものの債権者のほかにも受託者たる債権者がいる場合に、これらの者の関係を定めるといふ利益が考えられるとされる⁴²⁾。第2に、受託者が債権者以外の者である場合、すなわち債権者がもっぱら受益者である場合には、債権者は受託者に対してフィデユシー財産の引渡しを求めることができ、債権者は引渡しを受けた

38) Aynès=Crocq, op.cit., n°788.

39) Aynès=Crocq, op.cit., n°790.

40) フィデユシー財産の所有権はすでに債権者に付与されているので、実行段階では所有権移転は生じない。

41) Aynès=Crocq, op.cit., n°789.

42) Aynès=Crocq, op.cit., n°789. エネス＝クロックは、債権者にただフィデユシー財産の所有者に止まるのではなくその売却権原を与えるという点にこの留保の目的を見出す見解に対しては、売却のために自由な処分権原が要求される以上、フィデユシー契約で債権者に自由な処分権限を与えないという反対の約定をしてしまっておかしいとする。

フィデューシー財産の自由な処分権限を得る。あるいは、フィデューシー契約に定めがある限り、債権者は受託者に対しフィデューシー財産の売却と代金の引渡しを求めることができる（2372-3条第2項・2488-3条第2項）。いずれの場合においても、被担保債権の弁済期到来によって債権者の意思に関わりなくフィデューシー財産が債権者の固有の所有物となるわけではない。流担保が認められる^{43,44)}もの、流担保とすることが強制されるわけではないという意味では、約定担保物権と同様であるとされる⁴⁵⁾。

なお、流質は2006年の担保法改正までは禁止されていた（旧2078条2項）。しかし、改正以前にすでに、鑑定人による適正な価額評価がなされるのであれば流質を禁止する必然性はないと主張され、現に判例も流抵当や質権設定後の流質合意は認めていた。さらに、流質禁止は極めて限定的に解すべきとする理由の中で、担保フィデューシーにおいて流担保が問題とならないことに言及する学説も存在していた⁴⁶⁾。ここでは、流質の認容に当たってフィデューシー法理が参照されており、フィデューシー法理から法定担保法理への影響関係が見られる。

(3) 自然人たる設定者の死亡はフィデューシーの終了事由であり（2029条1項）、

43) 流質契約は2006年の担保法改正までは旧2078条2項によって禁止されていたが、現在は有体動産質権については2348条1項、無体倒産質権については2365条1項によって認められている。詳細については、直井義典「フランスにおける動産質権の実行」筑波ロー・ジャーナル19号（平成27年）44-58頁参照。流抵当も2459条・2460条で認められている。

所有権留保の場合は、本文前掲のとおり2371条1項によって目的物の財産処分権回復のための取戻が認められており、フィデューシーが実行方法に関してこの規定を参照しているという関係に立つ。

44) 流担保の禁止が担保としての所有権を否定する要因として働いていたことについては、中原・前掲340頁以下。

45) Aynès=Crocq, op.cit., n°789.

46) L. Aynès, Droit civil, sûretés, publicité foncière, 9^eéd., 1998, n°516. ちなみに、この記述はAynès=Crocq, op.cit., n°515にも残存している。

また、フィデューシー導入以前の著作であるが、フィデューシーが流質禁止を潜脱することになることからフィデューシーがかつては認められなかったとするD. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 5^eéd., 2006, n°738においても、フィデューシー法理と約定担保法理との相違が意識されていた。

この場合、フィデューシー財産は当然に相続財産に復帰するものとされる。しかしこれは管理目的フィデューシーならばともかく、担保フィデューシーの場合には、設定した担保が失われることを意味することから、適切ではないことは明らかである⁴⁷⁾。そこで2009年に、担保目的フィデューシーについては、自然人たる設定者の死亡により終了しない旨の定めが置かれた（2372-1条2項・2488-1条2項）。この点も、約定担保物権と同様である。

第2章 わが国の信託と約定担保物権

本章においても第1章と同様に、以下、1では設定段階の問題、2では設定後債務不履行までの問題、3では債務不履行後の問題について検討する。

1 設定段階

(1) 信託の場合、契約・遺言によって担保のための信託を設定できることについては明文規定がある（信託法3条1号・2号）。

さらに信託宣言（信託法3条3号）によって自己信託の方法で担保のための信託を設定することが許されるのかについては明文規定がない。自己信託においては委託者と受託者とが同一人に帰属するのであるが、委託者兼受託者が債権者を受益者とする担保のための信託を成立させる余地はあるだろう⁴⁸⁾。

譲渡担保が契約によって設定できることは言うまでもない。これに対して遺言による譲渡担保設定の可否については明らかではない。抵当権については、信託法3条により遺言により抵当権を設定しそれを信託財産にすることは可能であることとされたにもかかわらず、遺言によっては抵当権の設定は許されないとすると不均衡な事態になることを理由として、遺言によって抵当権を設定的に処分することも許されると考えざるを得ないとされる⁴⁹⁾。質権についても

47) Aynès = Crocq, op.cit., n°778.

48) 道垣内・前掲②36-37頁〔道垣内〕。

49) 沖野眞己「信託法と相続法」水野紀子編『相続法の立法的課題』（有斐閣・平成28年）37-44頁、道垣内・前掲②39頁〔道垣内〕。

遺言による設定は認められるものと解される⁵⁰⁾。

信託宣言にあたる方法による譲渡担保権設定を認める規定は存しないから、これは否定される。

(2) 金銭に見積もりうる積極財産であれば、信託の目的財産となるが、移転のできない権利は信託財産とはなりえない⁵¹⁾。譲渡担保においても同様である。

また、制限行為能力者の有する財産については、信託財産とする場合と譲渡担保の目的とする場合とで取り立てて差異はない。さらに、夫婦財産についても規律を欠くことから差異はない。

(3) 後順位譲渡担保権の設定について判例⁵²⁾は、設定自体は可能だが後順位譲渡担保権者による私的実行はできないとする。その理由は、「劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手續が整備されている民事執行法上の執行手續が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない」ことに求められている⁵³⁾。

信託の場合も譲渡担保と同様に後順位信託というものを設定することはできるのか。受託者が有している権利が譲渡担保に限られるというのであれば、それは可能であると言うべきだろう。これに対して、受託者が信託財産の完全な所有権を有している場合、設定者の下には当該信託財産に関していかなる権利も残存しておらず設定者の責任財産からは完全に離脱したこととなるから、後順位信託の設定可能性はないものと言わざるを得ない。

また、信託の場合は受益権の階層化が可能であるから、1つの信託の中で被担保債権を異にする複数の担保を設定することも可能である⁵⁴⁾。

50) この点はすでに直井義典「遺言による質権の設定について」筑波ロー・ジャーナル20号（平成28年）149頁以下で論じた。

51) 道垣内・前掲②30頁〔道垣内〕。

52) 最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁。

53) もっとも、こうした帰結が論理必然的なものではないことは、フランスにおいて後順位質権者が質物を自己に帰属させる方法によって質権を実行することが許されている点から明らかである。白石・前掲62頁参照。

2 設定後債務不履行まで

譲渡担保権に基づく物上代位の可否については、譲渡担保権が債権担保を目的とするものであるのだから304条が類推適用され、物上代位が認められるとするのが通説である⁵⁵⁾。また、判例は直接に差押えを要件として挙げるものはないが、譲渡担保権者によって差押えがなされたケースにおいて物上代位の可否を検討している⁵⁶⁾。

これに対して、譲渡担保権が実質的には担保であっても、所有権の移転という当事者のとった法形式以上の権利を認める必要はないとして、不動産・個別財産の譲渡担保に基づく売買代金債権に対する物上代位権行使を否定する見解も見られる。この論者によれば、自己の所有物を第三者により不当処分された時の所有者の権利がいかなるものであるのかを再考しなければならないのであり、そうした権利の内容として、所有物の価値代替物に対する所有者の優先権が認められる可能性はあるとされる⁵⁷⁾。また、損害保険金や損害賠償請求権に対する譲渡担保権の効力の問題についても、それらの帰属権者の問題として考えるべきだとされる⁵⁸⁾。

信託の場合はどうか。代位財産は信託法16条1号によって信託財産を構成するものとされる。しかし、同号の対象には代位財産だけではなく、信託財産に対する贈与によって受託者が無償で取得した財産や、受託者が信託財産を引き当てとして借り入れた金銭も含まれる⁵⁹⁾。したがって、信託法16条1号は

54) もっともこの場合信託は1つであるから、後順位受益権は信託設定と同時に成立するか、あるいは信託の変更手続き（信託法149条1項）を通じて成立することとなる。

55) 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店・昭和43年）621頁。

56) 売買代金債権の差押えに関する最判平成11年5月17日民集53巻5号863頁、共済金請求権の差押えに関する最判平成22年12月2日民集64巻8号1990頁、転売代金債権の差押えに関する最判平成29年5月10日民集71巻5号789頁。

57) 道垣内弘人『担保物権法 第4版』（有斐閣・平成29年）（以下、「道垣内・前掲③」とする）315頁。

58) 道垣内・前掲③315-316頁、346頁。

民法304条と全く同じ意味での物上代位規定というわけではない。

それでは、代位財産を信託財産に帰属させるためには何らかの手續を要するのか。これについては特に規定はなく、「信託財産に属する財産の管理、処分、滅失、損傷その他の事由により受託者が得た財産」であることが明らかにできれば、信託財産に帰属するものと考えられる。あとは、信託財産であることの第三者対抗要件の問題（信託法14条）が残るのみである。

このように、通説的見解によれば、代位財産担保の効力を及ぼすためには、譲渡担保においては差押えが要求されるのに対して、信託においては差押えが要求されないこととなり、譲渡担保と信託とで扱いが異なることとなる。

これに対して譲渡担保について所有権移転という形式を重視する見解によれば、所有権の効力が代位財産に及ぶか否かの問題であるから、効力を及ぼすための要件としての差押は要求されないこととなりそうである。そうすると、信託の場合との齟齬はないことになる。

ところが、この見解に立った場合であっても、問題がないわけではない。

譲渡担保権の設定者のみが保険契約を締結した場合、譲渡担保権者はこの保険契約に基づいて支払われる保険金に対して譲渡担保権の効力が及ぶものと主張することはできるのか。この問題は、譲渡担保の目的物についての被保険利益の問題と関わる。譲渡担保権者は被担保債権額の範囲でのみ被保険利益を有し、設定者は設定者留保権の範囲でのみ被保険利益を有するものと解することはできなくはない⁶⁰⁾。そうだとすれば、設定者留保権には譲渡担保権の効力が

59) 道垣内・前掲②87頁〔角紀代恵〕。

60) なお、最判平成5年2月26日は民集47巻2号1653頁は、譲渡担保設定者が保険契約を締結した事例であるが、被保険利益があることは認めるもののその範囲については明言していない。しかし、譲渡担保権者と譲渡担保設定者の双方が別個に同一の目的不動産について損害保険契約を締結し、その保険金額の合計額が保険価額を超過する場合、この2つの保険は被保険者を異にするから重複保険ではないとしつつも、両者が有する被保険利益はいずれも同じ対象物件に係るものであるから、同一の目的について重複して保険契約が締結された場合と同様の状態が現出することは否定することができないとしているから、本文で述べたような形で被保険利益を分割する考え方には立っていないと思われる。

及ばないのであるから、設定者の取得する保険金に対して譲渡担保の効力を及ぼすことはできないこととなる。しかし、被担保債権が弁済されると譲渡担保権が消滅することとなるが、その時点で設定者の被保険利益が拡大されるということになるのだろうか。これを認めると、保険契約の存続中にその内容を変更しなければならなくなるのでこの見解は適当ではないだろう。譲渡担保権者と設定者の双方が所有者利益を有するとの見解も成り立ち、これを支持する学説が多い⁶¹⁾。しかしながら、抵当権の場合には、設定者には所有者利益が認められるのに対して、抵当権者には所有者利益が認められていないことに鑑みると、譲渡担保権者に所有者利益を付与するのは過大であると考えられる⁶²⁾。したがって、抵当権の場合と同様に、譲渡担保権者には担保権者としての被保険利益しか認めず、設定者に所有者利益を認めるべきである^{63,64)}。その結果、設定者の取得する保険金請求権に対して譲渡担保権者が物上代位権を行使する余地があることとなる⁶⁵⁾。

次に、この場合における物上代位権行使の要件を明らかにしなければならない。保険金請求権を有するのは設定者であるから、譲渡担保権の効力を及ぼす

61) 潘阿憲『保険法概説 第2版』（中央経済社・平成30年）65頁。

62) 譲渡担保権者と設定者の双方に所有者利益を認めつつ、双方が別個に保険契約を締結した場合に生じる問題点については、潘・前掲65頁。

63) 山下友信『保険法（上）』（有斐閣・平成30年）315頁。

64) 本稿での論述にあたっては、設定者に所有者利益があることのみが論証されていれば足りるので、譲渡担保権者の有する被保険利益の内容については詳細な検討は加えていない。

65) ただ、論者は、前掲最判平成5年2月26日を、譲渡担保権者と設定者の双方がそれぞれに損害賠償請求権を有するという考え方に親和的な判決であると評している（道垣内・前掲③316頁）。設定者のみが保険契約を締結していた場合、譲渡担保権者は自己の有する被保険利益に基づく保険契約を締結しなかったということであるから、設定者の取得する保険金請求権に譲渡担保権の効力を及ぼすことは許されないと解するのかもしれない。もっとも、こうした考え方は抵当権の場合とは大きく異なるものであるが、譲渡担保では担保目的物の所有権が移転しているが抵当権の場合はそうではないことに着目すれば、説明がつかないわけではない。しかし、このように解すると設定者の有する所有者利益とは何かが問題となってしまうように思われる。

のであれば、差押えを要するものと解したい。この結論は、一見すると、信託の場合との齟齬を来しているようにも思われる。しかしながら、信託財産の所有権が受託者に完全に移転し、受益権が担保権に止まるという場合には、設定者にはもはや被保険利益はないものと言わざるを得ない。したがって物上代位の余地はない。また、譲渡担保権のみが信託財産である場合、信託設定者は設定者留保権に基づき保険契約を締結することができる⁶⁶⁾。しかし、この保険契約に基づいて支払われることとなる保険金は設定者が取得するものであるから、「受託者が得た財産」（信託法16条1号）とはならない。したがって、この保険金を信託財産に組み入れるためには受託者が物上代位権を行使することによって「受託者が得た財産」とする必要がある。以上のように考えれば、物上代位の場合と信託の場合とは同様の処理がなされることとなる。

3 債務不履行後

(1) 譲渡担保においては、清算金支払義務が判例によって認められている⁶⁷⁾。

信託の場合、担保目的であることが譲渡担保の場合以上に明確であるから、担保権者は未払い債務の範囲でのみ信託財産から給付を受けることができることとなる。残額の処理については、設定者を受益者に加えることで対処することが考えられる。また、設定者を受益者に加えなかった場合でも、委託者が残余財産帰属者として扱われる（信託法182条2項）場合が多いであろう。

残余財産をすべて担保権者に帰属させるような定めが許されるのかは明らかではない。信託の場合、信託の目的を明らかにすることが要求されるため、担保目的であることは譲渡担保の場合に比しても明らかなものと考えられる。そのため、担保法理に基づいて清算金の支払を回避するような定めが許されなくなるものと解する。

(2) 担保のための信託の実行方法は信託設定時の定めによるものと解され、受

66) 譲渡担保の場合との整合性を図るのであれば、むしろ信託設定者には所有者利益があるというべきかもしれない。

67) 最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁。

益者に信託財産を帰属させる方法と、受託者が信託財産を処分して未払債務相当額を受益者に引き渡す方法とが考えられる。これらの方法は、譲渡担保における帰属清算型と処分清算型に対応するものであり、信託の場合にのみ認められるような実行方法は想定しがたい。

(3) 委託者の死亡は信託の終了原因とはされていない（信託法 163 条参照）。この点、譲渡担保権の場合も同様である。

おわりに

フランスではフィデューシー立法にあたり約定担保物権の法理との相違は相当に意識されており、立法後の修正に当たっても約定担保法理との均質化が図られている。また、流質の認容に見られるようにフィデューシー法理が約定担保法理に影響を与えた場面も見られる。さらに、フィデューシー法理と約定担保法理との間に差異がある場合については、差異があること自体を不当とする見解が目につく。

わが国においても民法上の約定担保物権の法理と譲渡担保法理との間に影響関係があることは同様である。しかしながら、わが国においては法文がないところでの解釈論として譲渡担保法理を打ち立てる必要があったため、民法上の約定担保物権の法理が譲渡担保法理の形成に寄与する方向での一方的な影響関係に止まっている。他方、信託法理と譲渡担保法理の関係であるが、譲渡担保を信託的譲渡と構成することにより信託法理を譲渡担保法理の形成に役立てようとする試みはなされていたが、一般論に止まっていたために、民法上の約定担保法理が譲渡担保法理に導入されると、こうした試みは目立たないものとなってしまった。しかしながら、遺言による担保権の設定におけるように、信託法理が担保法理に具体的な影響を与える局面も見られるようになった。また、譲渡担保権に基づく物上代位の可否をめぐる議論において見られるように、ただ単に譲渡担保権は実質的に担保であるからというだけでは、所有権が移転されているという形式を十分に説明することはできない。ここは、所有権移転という形式をとる信託法理を譲渡担保法理形成の参考とすべき場面であると言う

べきなのではないか。

また、今後、担保のための信託の利用が進んだ場合、信託法理と譲渡担保法理との間にさらなる影響関係が生じてくることが考えられる。もちろん、それぞれ独立の法理であるのだから影響関係などなくてよいのだという考え方もありうる。しかし、担保設定の方法としてこの両者を選択することができるというのであれば、これらの法理の均質化を行っておかなければ、将来譲渡担保立法がなされた場合に、仮登記担保法制定時に見られたような現象、すなわち立法によって課された制約を逃れるために新たな担保手段に実務が移行してしまう、ここでは担保のための信託設定に移行してしまうということが生じかねない。この点は、フィデューシー契約の有効要件に関する明文規定を定め、税務署への登録を要求しているためにフィデューシーの有効性が厳格に定められているフランスとは事情が異なっており、わが国ではより深刻な問題となり得る。

従来、譲渡担保が実質的に担保であることを理由に民法上の約定担保物権の法理が譲渡担保法理に導入されてきたという流れに鑑みるならば、担保のための信託は担保なのだから譲渡担保法理が信託法理に影響していくという流れができるであろうことは想定しやすい。もっとも、担保のための信託であるからというだけで、一律に譲渡担保法理を全面的に導入するというにはならない。ただ、この反対の流れ、すなわち信託法理が譲渡担保法理に影響を及ぼすということは考えられてもよいのではないか。所有権を移転しているという点では、譲渡担保には抵当権や質権よりもむしろ信託に類似する点もある。それならば信託法理に学ぶべきものはあるはずである。

さらには、信託法理・譲渡担保法理が民法上の約定担保物権の法理に影響を及ぼすことも考えられる。一例として、フランスにおけるように、流担保の許否という問題が考えられるだろう。

本稿は、平成30年度科学研究費補助金・基盤研究（c）による研究成果の一部である。

（なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授）

中小会社の計算書類の信頼性の確保 ： 連合王国

弥 永 真 生

- 1 会社法による監査の義務付け
- 2 中小会社の監査と代替の手續きの模索
 - (1) 『会社会計と開示』
 - (2) 『小企業に対する会計上及び監査上の要求事項』
 - (3) 1994年会社法改正
 - (4) 監査免除報告書の廃止
 - (5) 法定監査免除の限界
- 3 小会社の監査の基準
 - (1) U18『小会社の監査問題』
 - (2) 『監査報告書及び監査ガイドライン』
 - (3) 実務ノート第13号『小規模事業体の監査』
- 4 2006年会社法まで
 - (1) 会社法改正運営グループ『枠組みの発展』
 - (2) 会社法改正運営グループ最終報告書
 - (3) 『独立専門家によるレビューの実地試行結果』
 - (4) 2002年白書と2005年白書
- 5 2006年以降の動向
 - (1) 『中小会社及びそのステークホルダーの必要を会計士がどのように支援するかのレビュー』
 - (2) 中間テクニカル・リリース AAF 03/06
 - (3) 実務ノート26号
 - (4) 会計士団体の最近の考え方

1 会社法による監査の義務付け

1844年法¹⁾は、「完全かつ公正な (full and fair)」貸借対照表を株主に提供し、公衆の縦覧に供すること (35条、36条、42条)、及び、計算書類について監査

人による監査を受けることを会社に要求したが（39条）、監査人の独立性や資格についての規制は加えられなかった²⁾。いったん、1856年法³⁾では、監査を義務付ける規定が削除されたが^{4,5)}、1900年法⁶⁾では、再び、すべての会社の会計記録は監査人によって監査されなければならないとされ⁷⁾、監査人は、貸借対照表が「真実かつ正確（true and correct）」⁸⁾であるかどうかについて意見を表明することが求められるに至った（21条、23条）⁹⁾。もっとも、この段階では、監査人の独立性や資格についての制約は定められていなかった¹⁰⁾。

-
- 1) Joint Stock Companies Act 1844（7 & 8 Vict. c.110）
 - 2) なお、1855年有限責任法（Limited Liability Act 1855（18 & 19 Vict. C.133））14条は、有限責任が付与された登記証明書を有する会社においては、1844年法の規定に従って監査人（複数選任された場合は、少なくともそのうちの1人）は商務審議会（Board of Trade）の認可を受けなければならないとし、その者が不適當であるときは商務審議会は他の者を監査人として選任しなければならないとしていた。
 - 3) Joint Stock Companies Act 1856（19 & 20 Vict. c.47）
 - 4) 附属定款（Articles of association）が会社の内部関係を規律するという仕組みを採用し、附属定款に別段の定めが設けられない場合には、Table B（その74条から84条が監査人についての規定であり、監査人が職業的監査人であることは求められていなかった。なお、81条は、少なくとも株主の（数及び持分で）5分の1以上の要求があったときに、監査人を選任する権限を商務審議会に与える規定であった）が会社と株主とを規律することとされた（9条）。すなわち、会社はTable Bと異なる定めを設けることができることから、監査人の選任は任意法規化された。なお、1862年法（25 & 26 Vict. c.89）でも、附属定款が監査については規律することとされ、モデル附属定款としての性質を有する第1附則のTable Aの83条から94条が監査について規定していた。
 - 5) たとえば、Cottrell は、1856年以降のイングランドはヨーロッパ中で最も自由放任的な（permissive）商法を有していたと指摘し（Cottrell（1980）p.41）、Jones と Aiken も、個人の自由を拡大するように定められた1855年から1862年の法律によって、ビクトリア期の会計関連法は無干渉主義／集産主義的（laissez-faire/collectivist）の枠組みに適合するものとなることができたと評価している（Jones and Aiken（1995）p.71）。もっとも、Seaman は、19世紀には、無干渉主義（laissez-faire）が一般的に実践された時期はなかったと評価し（Seaman（1972）p.170）、Brebner も同様の見方を示している（Brebner（1948）p.60 [This is not to argue that laissez faire was not a powerful myth]）。また、Walker（1996）及び Maltby（1998）も参照。
 - 6) Companies Act 1900（63 & 64 Vict. c.48）

ところが、1948年法¹¹⁾は、免除私会社 (exempt private companies)¹²⁾を除き、職業的監査人¹³⁾による監査を受けなければならないものとし (161条1項)、監

-
- 7) これは、*Davey* 委員会報告書 (Board of Trade (1895)) が監査人の完全な報告書を添付することを提案したこと (para.51. cf. para.53) をうけたものである。なお、*Davey* 委員会が行った意見照会に対して、証券取引所連合評議会やアパディーン証券取引所委員会などが、監査は会社の附属定款に委ねるのではなく制定法に規定し、強制すべきであると回答していた (Questions addressed to the Associated Stock Exchanges (Birmingham, Dublin, Edinburgh, Glasgow, Leeds, Liverpool, Manchester, and Sheffield), and the Aberdeen, Bristol, and Newcastle-on-Tyne Stock Exchanges : and the Replies thereto, in : Board of Trade (1895) p.98)。
- 8) なお、1856年法 Table B の84条は、「監査人は貸借対照表と計算書類 (balance sheet and accounts) についての株主に対する報告書を作成しなければならない、すべて、その報告書には、彼らの意見によれば、貸借対照表はこれらの規則によって求められる事項を含み、完全かつ公正な (full and fair) 貸借対照表であるかどうか、及び、会社の事業の状況の真実かつ正確な概観 (full and fair) を示すよう正しく (properly) 作成されているかどうかについて記載しなければならない」と規定していた。
- 9) Hopkins (1984)
- 10) 法案段階で、職業会計士であることを監査人の被選資格としなかった点について、たとえば、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は批判を加えていた (Institute of Chartered Accountants in England and Wales (1896))。山浦は、取締役の活動の自由が妨げられることを恐れたこと、私会社の反対があったことが、資格限定が実現しなかった原因なのではないかとの推測を示している (山浦 (1991) 197頁)。なお、1906年会社法改正委員会報告書の付録 (Company Law Amendment Committee (1906)) によると、たとえば、Cleckheaton, Halifax, Wakefield の商工会議所は、監査人 (のうち少なくとも1人) は (勅許会計士協会の会員などの) 公共会計士 (public accountant)、職業会計士 (professional accountant)、資格を有する会計士 (qualified accountant) であるべきであるという意見を寄せていた (p.51, 53)。そして、貴族院から回付された (貴族院における議論については、Hansard, House of Lords, Debates, 2 May 1907, vol. 173, cc996-1032参照) 1907年5月16日時点の会社法案 (British Parliamentary Papers, vol. I, Bills Public, 12 February 1907-28 August 1907, p.14) 21条は、授權資本金額が50,000ポンド以上の会社では、監査人のうち少なくとも1人は、会計士としての事業を公に営んでいることを要求するものとしていた (もともと、最終的に、可決された会社法案にはこのような条項は含められなかった)。他方、1918年会社法改正委員会報告書 (Company Law Amendment Committee (1918)) では、監査人が職業上の資格を有しているべきか、どのような資格を有しているべきかについて、同委員会はいかなる勧告も行わないとした (para.58)。

査人は、計算書類が「真実かつ公正な概観（true and fair view）」を与えるものであるかどうかについて意見を表明しなければならないものとした（162条1項、第9附則3号(2)）。

さらに、1961年の会社法委員会報告書（Jenkins 委員会報告書）¹⁴⁾において、会社法では、公開会社（public companies）と私会社とで異なる取り扱いを定めるべきではない（パラグラフ 64 から 67）、免除私会社とそれ以外の私会社との区別を廃止すべきである（パラグラフ 55 から 63）と提案され、とりわけ、監査役の被選資格制限の免除については区別を維持する十分な理由は認めがたいとされたこと（パラグラフ 424 から 426）を背景として、1967年会社法¹⁵⁾は、免除私会社という範疇を廃止し、すべての会社は、独立性を有する職業的監査人による監査を受けなければならないものとした¹⁶⁾。

その後、EC 会社法第4号指令を国内法化した1981年法¹⁷⁾は、前事業年度末から「重要な会計上の取引」をしていない小会社（企業集団内のいずれかの会社が公開会社などである場合を除く）を休眠会社（dormant company）と定義し、休眠会社は、監査人を選任しないという株主総会の特別決議を経ることによって、法定監査を受けることを要しないとした（252条）。また、EC 会社法

11) Companies Act 1948（11 & 12 Geo.6 c.38）

12) 免除私会社については、たとえば、星川（1960）343-382頁参照。

13) (a) 1948年法161条のために商務審議会により認可されている、連合王国において設立された会計士団体の会員である者または (b) 連合王国外で同種の資格を取得しもしくは (a) の規定にいう商務審議会により認可されている会計士団体の会員によって雇用され、その間に適当な知識と経験を得たと商務審議会により現に認められている者もしくは大ブリテンにおいて1947年8月6日以前に会計士として開業した者を除いては、監査人となることができないとされた。そして、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会、スコットランド勅許会計士協会、アイルランド勅許会計士協会及び公認会計士協会が認可された会計士団体であり、後に、1976年会社法13条1項に、これらの団体が認可会計士団体であることが規定された。

14) Board of Trade（1962）

15) Companies Act 1967（1967 c.81）

16) 2条により、1948年法161条1項ただし書きは効力を失うものとされた。

17) Companies Act 1981（1981 c.59）

第7号指令及び第8号指令を国内法化した1989年法¹⁸⁾は、適切に監督され、十分な能力を有する（properly supervised and appropriately competent）者のみが会社の監査人として選任されることができるとした（24条1項）。すなわち、34条の規定の適用がある場合を除き（25条3項）、認可された監督団体の会員であり、かつ、その監督団体の規則の下で監査人として被選適格を有する者のみが監査人として選任されうるとされた（25条1項）¹⁹⁾。

2 中小会社の監査と代替的手続きの模索

1967年法によりすべての会社に独立性を有する職業的監査人による監査を義務付けられたため、連合王国においては、中小会社は監査に服すべきなのか、服すべきであるとすれば、どのような監査の対象とされるべきなのかということについて、多くの議論が積み重ねられた。

(1) 『会社会計と開示』

まず、1971年の小規模会社調査委員会報告書（*Bolton* 委員会報告書）²⁰⁾は、免除私会社という範疇の復活に対しては否定的であったものの（パラグラフ17.38）、公開会社と中小企業との間に区別をつける方法を考えるべきであるとし、商務・産業省（Department of Trade and Industry）は、会社法の次の大きな改正の際には、「スチュワードシップ（stewardship）」会社と「所有主（proprietary）」会社とを区分すべきである²¹⁾という、4つの主要な会計士団体の提案である『1970年代の会社立法』における提言には利点があり、十分な考慮を払うべきであるとした（パラグラフ17.39）。そして、監査を受ける義務については言及しなかったものの、年間売上高50万ポンド以下の私会社については取締役報酬の個別開示及び取締役会報告書における売上高の営業種類別開示を免除することを提案した（パラグラフ17.18、17.40から17.42）。

18) Companies Act 1989 (1989 c.40)

19) 詳細については、たとえば、山浦（1993）508-521頁参照。

20) Bolton *et al.* (1971)

そして、1979年には、商務・産業省が、『会社会計と開示』²²⁾というグリーン・ペーパーを公表し、EC会社法第4号指令が一定の会社については法定監査を受ける義務を免除しているが、それを連合王国は国内法に取り入れるべきかどうかについて、意見を募集した。

この意見募集文書では、EC会社法第4号指令に沿って会社を Top tier, Middle tier 及び Bottom tier の3つに区分し、売上高130万ポンド以下、総資産額65万ポンド以下、平均被用者数50人以下という3つの規準のうち2つ以上をみたく小規模私会社²³⁾を Bottom tier に位置づけ（第1章パラグラフ1）、そのような小規模私会社（所有主会社 [proprietary company]）については会計開示及び監査につき特例を設ける方針を示した。すなわち、監査に関して、①法定監査の要求を廃止する（第2章パラグラフ11）、②小会社の法定監査をこれまで同様、継続する（第2章パラグラフ14）、③監査に代えて独立レビューを要求する（第2章パラグラフ15）という3つの選択肢の可能性があるという理解を示した。もっとも、「所有主会社の多くは、少数株主、社債権者その他の重要な債権者から強く突き上げられて監査を受けることを継続すると考えられるから、所有主会社に対する法定監査要求の免除は、それ自体では問題の解決とはならないといわれている」（第2章パラグラフ14）と述べ、また、「レビューの範囲がどのようなものか、または、何らかのレビューを制定法で要求するのにふさわしい場合があるのかは全く明らかではない。レビューを行うことがで

21) ICAEW *et al.* (1969) para.19. この文書では、「[所有主]会社」とは、3連続会計年度末（設立時からの方が短ければ、設立時からの期間）、一貫して、実質的に同一人によって経営され、かつ、支配されていること、「所有主」会社でない他の会社の支配下にないこと、持分の譲渡を制限していること、その持分を公募することを禁止していること、社員数を25人以下に制限していること、1週間あたりの平均被用者数が250人以下であること、及び、年間売上高が50万ポンド以下であることというすべての条件をみたす会社をいうとすることを提案していた（パラグラフ21）。なお、この文書では、「所有主」会社の監査を受ける義務の免除の提案はなされていない。

22) Department of Trade (1979)

23) 公開会社の子会社または企業集団全体でみると Bottom tier の要件をみたさない場合の当該企業集団に属する会社は小規模私会社とは取り扱わないとする（パラグラフ1）。

きる者は監査を行う資格を有する者であろうから、レビューのみの場合の正確な範囲が監査に比べて報酬の大幅な削減が期待できるかどうかを決することになると考えられる。」(第2章パラグラフ16)と指摘していたことからすれば、このグリーン・ペーパーは①を选好していたと推測される²⁴⁾。

このグリーン・ペーパーに対して、英国産業連盟 (Confederation of British Industry : CBI) は、上場会社と非上場会社とを区別することは適当ではないと指摘し、また、会計士団体合同諮問委員会 (Consultative Committee of Accountancy Bodies : CCAB)²⁵⁾も、「所有者会社」はオーストラリアや南アフリカで用いられているようにすべての取締役が社員であり、すべての社員が取締役であるような会社を意味するので、その表現を単なる小規模会社を表す表現として用いることはミスリーディングであると主張した。また、CCABは、かりに小会社の計算書類について監査を受ける義務を免除するのであれば、小会社の閾値は低すぎるという見解を示し、CBIもインフレーションが継続していることに鑑み、より高い閾値を定めるのが適当であるとした²⁶⁾。「所有主会社」について監査を受ける義務を免除するか、その代わりに「レビュー」を受けることを要求するかについては意見が分かれた。事務弁護士会は、株主の有限責任ゆえにリスクを負担する債権者の利益を保護するという観点から、監査を受ける義務の免除については反対し、独立レビューに対しても、本当に費用を削減しようとするれば、レビューがほとんど価値を有しないほどにレビューの範囲を狭める必要があり、実行可能性が乏しいとした。もっとも、異なる監査基準を適用することには一理あるかも知れないという立場をとっていた。

監査実務委員会も、『小会社：監査の必要があるのか』²⁷⁾という討議資料を公表し、小規模会社についての法定監査に対する賛否の議論を紹介し、この討議

24) Page (1985) p.211

25) CCAB (1979) 参照。

26) 他方、事務弁護士会 (Law Society) や勅許秘書役・管理者協会 (Institute of Chartered Secretaries and Administrators : ICSA) は、要件の緩和には反対の姿勢をとった (Walmsley (1980) p.141)。

資料に対して寄せられたコメントを分析したところ、小会社の法定監査が必要かどうかについての職業会計人の見解は分かれていることが明確になった。すなわち、小会社にも監査強制を続けるべきかという問いかけに対する賛成・反対はいずれも89であり、同数であった。また、続けるべきであると回答した者に対する「限定付監査報告書を受け入れるか」という追加的質問に対する回答は受け入れるとするものが46、受け入れないとするものが21、続けるべきではないと回答した者に対する「レビュー制度を導入すべきか」という追加質問に対する回答は、導入すべきであるとするものが55、導入すべきでないとするものが35であった²⁸⁾。なお、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、商務・産業省の上記グリーン・ペーパーに対して、「有限責任が認められるすべての会社の会計報告書の監査を要求している現行法を変更すべきでない」とし、また、レビューにより十分な費用削減が図れるという証拠はなく、また、大衆の混乱をもたらすおそれがあるとして、監査の代案としてレビューを提案しない、監査を受ける義務を免除しなければならないのであれば、Bottom tier の下半分について、株主の承認を条件として、端的に監査を受ける義務を免除し、レビューを要求しないことが適切であるとの回答を提出した²⁹⁾。他方、公認会計士協会（ACA）は、小規模会社の所有者や取締役が有限責任の対価が高いと考えるのであれば、有限責任を享受することなく事業を行う選択肢を有しており、銀行、供給者その他の債権者、被用者、課税当局など所有者以外の利害関係者の利益が尊重されるべきであるとして、監査免除に対して反対の立場をとった³⁰⁾。

さらに、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の後援で行われた、会計及び監査を小会社につき簡素化することに関する *Page* による調査³¹⁾は、適切な安全策が講じられるという前提で、株主に対する情報提供が削減され、か

27) Auditing Practices Committee (1979)

28) Auditing Practices Committee (1980)

29) ICAEW, News Release, 31 March 1980.

30) Investors chronicle & financial world (1979)

つ、計算書類が法令上の開示要求事項を最低限遵守するというのではなく、経営における利用を念頭に置いて作成されるのであれば、小会社にとっての負担軽減が実現すると結論付けた。

(2) 『小企業に対する会計上及び監査上の要求事項』

1985年3月に、商務・産業省は、行政上及び法律上の要求事項の精査報告書として『企業にとっての負担』³²⁾を公表し、そこには、株主が経営する小会社については、現行の計算書類の法定監査を廃止するべきであるという提案が含まれていた (Section 4.4)。商務・産業省はこれをふまえて、同年6月に、『小企業に対する会計上及び監査上の要求事項』³³⁾という意見募集文書を公表し、そこでは、小会社に対する法定監査に対する賛成論及び反対論を示し (Section 3.4から Section 3.6まで)、変更する場合の主要な選択肢を提示した。すなわち、① (おそらく、独立した監査を受けないこととする決定は全員一致によらなければならないという要件の下で、かつ、毎年の株主総会での承認に基づいて) 社員がすべて取締役である小会社について監査を受ける義務を廃止すること、② (これについても少数株主の権利を保護するための制約の下で) [現行のすべての小会社というわけではないが] 一定の規模未満のすべての小会社について監査を受ける義務を廃止すること、③すべての小会社について監査を受ける義務を廃止し、その会社特有の状況に照らして、計算書類の監査についての会社の方針を決定することはその社員に委ねることという3つの選択肢があるとし (Section 3.7)、かつ、いずれの場合についても、他の国、とりわけ、アメリカ合衆国における実務に倣って、監査とは異なる独立レビューを要求することが考えられるとした (Section 3.8)。この方策については、費用は削減できるであろうが、レビューを実施する者は提供する報告書について、監査人がその監査報告書の内容について引き受けるのと同程度の責任を引き受けることが

31) Page (1981)

32) Department of Trade and Industry (1985a)

33) Department of Trade and Industry (1985b)

期待されることになろうと指摘されていた。

この意見募集文書に対して、たとえば、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の評議会は、小会社の計算書類も原則として監査の対象とし続けるべきであるが、議決権を有する株主のすべてが同意するのであれば、そのような会社は、少数株主と公衆一般の保護策を講じつつ、監査を受けるか否かを決定できるとすることが適切であるとの意見を表明した^{34,35)}。

商務・産業省は、1988年3月に、小会社の監査の代替手段として考えられるものについて意見募集書³⁶⁾を公表し、①計算書類が会社法の要求事項をみたしている旨の取締役による陳述書（パラグラフ7）、②計算書類が会社法の要求事項をみたしている旨の適任者（competent person）による保証（パラグラフ8）、③計算書類が経営者から提供された情報から正しく（properly）作成され、内容及び様式につき会社法の要求事項に従っている旨の適任者による陳述書（パラグラフ9）³⁷⁾、④③に加え、会社が正しく会計記録を行っている旨の追加的保証（パラグラフ10）、及び、⑤計算書類の合法性（validity）についての限定的保証（パラグラフ11）という5つの可能性を指摘した。ここで、②は当該報告書を作成する者が無資格者であっても独立性を有しない者であってもよい点を別とすれば監査報告書であり、③及び④の陳述書は調製（compilation）報告書³⁸⁾である。他方、⑤はレビュー³⁹⁾に相当するものである。

この提案に対して⁴⁰⁾、たとえば、イングランド・ウェールズ勅許会計士協

34) ICAEW (1985). アイルランド勅許会計士協会、スコットランド勅許会計士協会及び公認会計士勅許協会の評議会も同様の意見を表明した。

35) 勅許会計士の間でも賛否両論があったことにつき、たとえば、Rutteman (1985) p.12 及び White (1985) p.13 参照。

36) Department of Trade and Industry (1988)

37) このような業務は、個人商人やパートナーシップに対して会計士によって提供されていた。たとえば、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の『個人商人及びパートナーシップの計算書類についての報告書』（reproduced in: ICAEW, *Members Handbook 1993*, Statement 3.907）では、会員は、作成する計算書類が認められた会計原則（accepted accounting principles）に従っていることを確保しなければならないと定めていた。

会は、計算書類が会社法の規定をみたしている旨の取締役陳述書によって小会社の監査に代えることを認めることに賛成したが⁴¹⁾、その場合には、この取締役陳述書が混乱をもたらし、保証水準について読者に誤解を与えるおそれが十分にありと指摘した⁴²⁾。他方、スコットランド勅許会計士協会は、適正な (proper) 記帳についての追加的保証を伴う調製報告書に賛意を表した⁴³⁾。商務・産業省は、1989年には、すべての小会社について監査を受けることを強制しないこととする内容とする EC 指令案に関して、意見募集文書を公表した⁴⁴⁾。これに対して、たとえば、イングランド・ウェールズ勅許会計士

38) たとえば、*Abdel-khalik* らは、調製とは、関与公認会計士が財務諸表について何らの保証も表明することなく、経営者（所有者）の表明 (representation) である情報を公認会計士が財務諸表の形で示すことであると定義していた (*Abdel-khalik et al.* (1983) p.113)。1994年に、監査実務審議会が示した定義については後述参照。

39) Auditing Practices Committee (1979) では、レビューとは、その顧客が関連するすべての情報を完全かつ公正に開示したという仮定に基づいて、会計士がその手続きによって、提供された情報と説明に基づき、財務諸表が真実かつ公正な概観を与えているという確信を（承認されたレビュー基準に従った業務を完了した後に）得る手続きと定義されていた (para.43)。なお、レビューをもって小会社の監査に代えるという提案に関して、たとえば、Flint は、そのような提案に内在する問題として論争の中で取り上げられた問題のいくつかは、「レビュー」とは何か、及び、それが利用者にとってどのような便益や保証をもたらすのかを計算書類の利用者に伝えることの難しさに関するものであったと指摘している。もっとも、監査の意味の理解に関する前提が必ずしも十分な根拠に基づかないことがあり、かつ、レビューが何であるかが不明確であるとしても、少なくともレビューは監査とは異なるものとして識別されうると考えられているように思われるとしていた (Flint (1988) p.174)。

40) Certified Accountant (1988), Accountancy (1998a) (1988b) 参照。

41) このタイプの陳述書を取締役が作成することは取締役が計算書類について負っている責任に留意するようになるという理由に基づく。

42) ICAEW (1988)。なお、⑤について、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、「業務を実施するにあたって、報告専門職業人は読者の考えの中にあるかもしれない混同を考慮に入れなければならない。このため、その報告書が名目上は異なる形式をとっていても、彼は実質的には監査であることを実施し、そのため、他の形式の報告書から得られると期待される費用削減が損なわれることになるかもしれない」と指摘していた (ICAEW (1988) p.3)。

協会は、従来の見解を寄せた⁴⁵⁾。

(3) 1994年会社法改正

商務・産業省は、1992年に中小会社の負担を軽減する EC 第4号及び第7号指令に関する募集文書⁴⁶⁾を公表し、これに対して、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の評議会は、小会社にとって、より実務上助けになるのは計算書類について監査を受けなければならないという要求事項を撤廃することであると考えると⁴⁷⁾、非常に小さい会社についての法定監査を廃止し、かつ、それら以外の小会社についても調製報告書をもって監査に代えることを提案する意見募集文書⁴⁸⁾を公表し、すべての小会社に対する法定監査要求を緩和することについては広く支持を集めた⁴⁹⁾。他方、ロンドン勅許会計士会は、非常に小さい会社についての法定監査を廃止することに賛意を示したが、一定の「所有者会社」については資格を有する会計士による独立レビューをもって監査に

43) ICAS (1988) para.13. ①は監査報酬が不要になることにより、理論的には、小会社にとって最も多くの費用を節減できるが (パラグラフ3)、この選択肢には深刻な問題があるとした。すなわち、作成される計算書類の質について必然的に大きな差が会社間で生じ、会社登記所が計算書類の会社法適合性をチェックしなければならないことになるであろうとし、また、会社の計算書類に付加される独立した見解が欠如することは、会社の経営に携わっていない株主、課税当局、銀行及び債権者などの計算書類の利用者に不利益をもたらすことに疑いはないと述べていた (パラグラフ4)。また、③については、20-25%程度の費用削減にはなるものの、このタイプの報告書が受け入れられるかどうかは不確実であること、調製報告では、報告会計士は財務情報ならびに会社によって会計記録が正しくなされているかどうか、または計算書類が真実かつ公正な概観を与えているかどうかについてなんらの保証も与えないという問題があると指摘した。⑤については、この選択肢は現在の監査の状況とほとんど変わりがなく、財務諸表の利用者に不利益をもたらさないという見解を示した (パラグラフ8)。

44) Department of Trade and Industry (1989)

45) ICAEW (1989)

46) Department of Trade and Industry (1992)

47) ICAEW (1992a)

48) ICAEW (1992b)

49) ICAEW (1993a)

代えることを提案した⁵⁰⁾。

このような会計士団体や中小企業からのプレッシャーをうけて、商務・産業省は、1993年4月に、非常に小さい会社（年売上高が付加価値税登録が求められる規準額（37,600ポンド）未満であり、かつ、総資産額が10万ポンド未満の会社）の監査負担を緩和することを提案し、監査を要求することの廃止及び監査を調製報告をもって代えることという2つの選択肢を提案する意見募集文書を公表した^{51,52)}。

これに対して、たとえば、勅許公認会計士協会（ACCA）は、回答書（ACCA（1993））を商務・産業省に対して提出した⁵³⁾。

すなわち、ACCAは、きわめて小規模な、所有者経営の会社では、事業についての自らの受託責任についての監査から株主が得る便益はほとんどないかもしれないが（パラグラフ5.1も参照）、会社債務についての株主の責任は限定されるのであって、有限責任という便益は必然的に外部者⁵⁴⁾に対する「説明責任の方策」を伴うべきであり、そのような方策は法定監査の要求によって最もよくみとされるという理解⁵⁵⁾を前提として、回答を行った（パラグラフ1.2）。そして、恣意性を有する規模テストに基づいて改正を行うのではなく、無限責

50) London Society of Chartered Accountants (1992)

51) Department of Trade and Industry (1993)

52) また、同年11月には、大蔵大臣が下院での予算特別演説において、年間売上高が90,000ポンド未満の会社についての監査要求の廃止と年間売上高が90,000ポンドから350,000ポンドまでの会社の監査を会社の計算書類がその会計記録を正確に反映しているかどうかについての独立会計士による報告をもって代えることを認めるとした。Hansard, House of Commons, Debates, 30 November 1993, vol. 233, cc936-7<<https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1993/nov/30/statutory-audit>>

53) ACCAの立場については、O'Kane (1994) p.1なども参照。

54) パラグラフ5.2では、与信者、営業債権者、顧客、課税当局は信頼できる情報を必要としていると指摘していた。

55) パラグラフ5.4では、会社に対する「財務上の規律」は監査プロセスそれ自体を通じて、また、会社が評判のよい職業的会計事務所と関係を持つことによって促進されると考えているとし、会社の失敗が有する潜在的影響は、多くの場合、1年に数百ポンドである監査コストの削減をはるかに上回ると主張した。

任会社として再登録すること⁵⁶⁾、または、非法人化⁵⁷⁾により、有限責任を享受しないことを覚悟する小会社に限って監査要求を緩和する方がよいと主張した（パラグラフ1.2）⁵⁸⁾。

常識と状況に応じた適切な手続きで行われる限り、小会社の監査は不当な負担を小規模事業体にもたらさないものであって、小会社監査のコストが禁止的なほど高くなるのはコンプライアンス・プログラムが柔軟性をもたずに適用され、それ自体が目的化してしまう場合のみであるとし（パラグラフ1.3。パラグラフ5.1も参照）、かりに、有限責任会社に対する法定監査の要求を緩和するとしても、何らかの形の「専門家による監視（professional oversight）」は維持すべきであると主張した（パラグラフ4.1。パラグラフ5.3も同趣旨）。これは、とても小さい会社の株主兼取締役の会計に関する知見はしばしば限られたものであることに照らすと、専門家と接触することが会計記録の質によい影響を及ぼす可能性が高いこと、及び、専門家による監視は、免除要件を遵守していることを監視し、売上高を過少に報告することにより監査を回避することを防ぐための手段を提供することに着目したものであった。とても小さい会社に対して財務諸表を登記官に提出することを要求しても、何らかの形の独立性を有する監視または報告は要求しないものとしてしまうと、財務諸表の比較可能性は失われ、また、会計基準が劣化することにつながる、監査規制に対応して実現されている改善と首尾一貫性からの後退となるとして⁵⁹⁾、選択肢A（会社の取締役は真実かつ公正な概観を与える年度計算書類を作成する義務を負うもの

56) パラグラフ8.3で詳論していた。

57) パラグラフ8.1及び8.2で詳論していた。

58) もっとも、「監査なければ、[有限責任による]保護もなし」という原則が好ましいが、かりに、かりに、規模テストによるというのであれば、商務・産業省の提案に賛成するとしていた（パラグラフ2.1）。

59) ある会社は職業会計士の関与なしに計算書類を作成し、それを提出することを選ぶであろうし、他の会社も登録監査人団体の倫理基準に従うことを要せず、計算書類に自己の名を表示することが求められないような無資格の会計士に低い価格で計算書類の作成と提出を依頼するという誘惑に駆られることになりかねないとも指摘した（パラグラフ4.2）。

の、計算書類についての監査その他のレビューは要求されず、計算書類は株主に送付され、取締役による免除規準をみたしている旨の陳述書とともに登記所 [Companies House] に提出することが求められるというもの) に、ACCA は反対した (パラグラフ 4.2)。

また、ACCA は、調製報告書の作成によって法定監査に代えることのコスト削減効果に疑問を呈した。調製報告書を裏づけるために必要な証拠の性質と範囲は、とりわけ資産の確認について、監査よりも少なくなることはほぼ確実であるが、意見募集文書 (パラグラフ 9.4) も指摘しているように、職業人である報告会計士はミスリーディングであると考えられる計算書類に自己の名を表示することは望まないから、安心感が得られるような手続きを実施する可能性が高く、しかも、調製報告書に責任を有する会計士は職業上の規制と監視に服さなければならないところ、そのような報告書のための職業上の基準では実施した業務と到達した結論を文書化することが求められる可能性が高い。そして、業務を完全に文書化することの要求から生ずるコストが不釣り合いなほど多額に上るという苦情は監査の過程におけるある要求事項から生ずるコストについてよりも頻繁に述べられることからすると、調製報告書への移行することによって達成されるコスト削減は、計算書類についての保証の喪失と釣り合いのとれるものではなくなる可能性があると指摘した (パラグラフ 4.3)。なお、意見募集文書で調製報告書に取締役確認書を添付することが提案されたのに対し、取締役の責任に関する記述を含めることに賛成する一方で、準拠性についての明示的な陳述を取締役に要求するという選択肢に対しては、反対はしないが、それによって、計算書類の利用者に追加的な安心感を十分に与える (そして、取締役の潜在的責任を拡張する) とは考えられないという意見を述べ、取締役が「真実かつ公正な概観」を与える計算書類を作成する責任を有するものであるという署名付の書面を計算書類とともに提出する場合には、これは取締役がそのように行動している旨の積極的な陳述に等しいと考えとした (パラグラフ 4.4)⁶⁰⁾。

そして、監査を免除する会社には調製報告書の作成を要求するという選択肢

Bが採用される場合には、調製報告書につき責任を有する会計士は当該会社から独立していること、また、一定の会計士団体の実務従事会計士に限定されるべきことという意見募集文書の提案に賛成したうえで（パラグラフ6.1）、実務従事資格を有するACCAの会員はすべて登録監査人であるが、他の会計士団体では、監査人になることができる会員の範囲を制限している場合があり、その場合には、登録監査人ではない会員はその業務についてモニタリング及び規制の対象となっていないことを指摘した（パラグラフ6.2）。その上で、ACCAは、モニタリングと規制に服する個人または事務所によってのみ調製報告書は作成されるべきであるとの意見を述べた（パラグラフ6.2）。

結局、商務・産業省から、1994年4月に監査免除についての規則案の概要が示され、同年5月に規則案が公表され⁶¹⁾、結局、1985年会社法（監査免除）1994年規則⁶²⁾により1985年会社法が改正され、同年8月11日から適用されることになった⁶³⁾。総資産額が140万ポンド以下かつ年間売上高（チャリティの場合は年間総収入）が9万ポンド以下の小会社（246条）は、資格を有し、独立性を有する会計士による監査を受けることは要求されないとされた一方で（改正後会社法249A条1項3項5項(a)）、総資産額は140万ポンド以下であるが、年間売上高9万ポンド超35万ポンド以下の小会社（246条。チャリティの場合は年間総収入が9万ポンド以下以上25万ポンド以下）は、監査を受けることは要求されないが、資格を有し、独立性を有する会計士から会社単体の計算書

60) なお、意見募集文書で提案された調製報告書の様式・文言に対して、ACCAは、さまざまな批判を加えた（パラグラフ4.5から4.9）。

61) これに対して、たとえば、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、規則案の規定の明瞭性が十分ではないこと、報告会計士の選任・解任・辞任についての規定がないこと、求められる意見表明にあたってはさまざまなむずかしさがあることなどを指摘する一方で、調製報告書に係る報告会計士は適切な能力を有していれば足り、独立性を有していることを要件とする必要はなく、調製報告書の作成は任意とすることが適切であるとの意見を述べた（Lawson（1994）参照）。

62) The Companies Act 1985（Audit Exemption）Regulations 1994（SI 1994 No.1935）

63) この規則が適用される場合の実務上の問題点については、たとえば、Regal（1994）も参照。

類 (company's individual accounts) についての報告書を受けなければならないこととされた (改正後会社法 249A 条 2 項 4 項 5 項 (b)、249C 条)⁶⁴⁾。もっとも、このような会社においても、1人またはそれ以上で発行済持分またはある発行済種類持分の額面の 10% 以上を有する社員 (株主資本を有しない会社では社員の 10% 以上) は、会社に対して、当該年度の計算書類につき監査を受けることを要求することができるものとされた (改正後 249 条 2 項)。そして、資格を有し、独立性を有する会計士 (報告会計士) となることができるのはイングランド・ウェールズ勅許会計士協会、スコットランド勅許会計士協会、アイルランド勅許会計士協会、公認会計士勅許協会または公認公会計士協会 (Association of Authorised Public Accountants) の会員であって、その団体の規則の下で、実務に従事する資格を有し、かつ、報告会計士として選任されるにつき不適格者ではない者または会社の監査人として選任される適格者であるものに (一定の経過措置は講じられたものの) 限定され (改正後会社法 249D 条 1 項 3 項)、また、独立性の欠如を理由として、会社の監査人としての欠格事由を有する者は報告会計士としても欠格事由を有する者とされた (改正後会社法 249D 条 4 項)。報告会計士の報告書には、当該報告会計士の意見によれば、当該事業年度に係る対象計算書類が会社法 221 条の下で会社が行っている会計記録と一致しているかどうか、それらの会計記録に含まれている情報との関係においてのみ、かつ、その情報に基づいて、当該会社に適用される限りにおいて会社法 226 条 3 項及び第 4 附則、231 条及び第 5 附則パラグラフ 7 から 9A まで及び 13(1)(3)(4)ならびに 232 条及び第 6 附則の規定に整合した方法でそれらの

64) ただし、公開会社、銀行、保険会社、他の会社の親会社または子会社である会社など一定の類型の会社は、監査免除の対象外とされた (改正後会社法 249B 条 1 項)。また、監査免除が認められるためには、会社が会社法 221 条に従って会計記録を行うことを確保していること、及び、当該会計年度の末日の会社の財政状態及び当該会計年度の損益についての真実かつ公正な概観を与える計算書類を会社法 226 条の要求事項に従って、さもなければ、当該会社に適用される限りにおいて、計算書類に関する会社法の要求事項を遵守して作成することについての責任を取締役は負っていることを認める旨などの取締役の陳述を貸借対照表に含めなければならないものとされた (改正後 249B 条 4 項 5 項)。

計算書類が作成されているかどうか記載されることとされていた（改正後会社法249C条2項6項）。

他方、監査実務審議会は、同年6月に、調製報告書の様式と実施者のためのガイダンス案（以下、本節では、ガイダンス案）⁶⁵⁾を公表した。ここでは、「調製報告書」とは1985年会社法249A条に従って作成される報告書であって、作成した報告会計士の意見によれば、

- a) 対象となる当該会計年度の会社の計算書類が221条の下で会社がした会計記録と一致しているかどうか、及び、
- b) それらの会計記録に含まれている情報との関係でのみ、かつ、それに基づいて、それらの計算書類が、当該会社に適用される限りにおいて、249C条4項に定められた会社法の規定（すなわち、会計上の要求事項）と整合する方法で作成されたかどうか

を記載したものをいうと定義されていた⁶⁶⁾。

その後、寄せられた意見をふまえて⁶⁷⁾、監査基準審議会は、同年10月に報告会計士基準書「監査免除報告書」を公表した⁶⁸⁾。この基準書では、報告会計士は、報告書において提供すべき意見を表明するための合理的な基礎を得るために必要な手続きを実施しなければならないとされ（パラグラフ1）、報告会計士が会計記録から計算書類を作成している場合であっても、この基準書のパラグラフ1から17に従った手続きを実施すれば、報告書において提供すべき意見を表明するために追加的な手続きを実施することを要しないとされていた⁶⁹⁾。報告会計士は実効的に業務を実施することができるように作業を計画しなければならないとされ（パラグラフ4）⁷⁰⁾、報告会計士は、①計算書類が会

65) Auditing Practices Board (1994a). なお、Hurst (1994a) も参照。

66) Introduction, para.4

67) たとえば、Hurst (1994b) 参照。

68) Auditing Practices Board (1994b). ここでは、調製報告書という語は用いられず、単に「報告書」という語が用いられた。

69) 前文、「報告会計士により実施された会計業務」

計記録と一致しているかどうか、②会計記録に含まれている情報との関係でのみ、かつ、それに基づいて、それらの計算書類が249C条6項に定められた会計上の要求事項と整合する方法で作成されたかどうか、及び、③当該会社が監査免除適格を有しているかどうかについて意見を表明するための合理的な基礎を得るために必要な手続きを実施しなければならない⁷¹⁾とされた（パラグラフ7から9）⁷²⁾。ここで、①との関係では、報告会計士は、計算書類のすべての残高を残高試算表によって元帳と突き合わせなければならないとされ、元帳への転記については試算ベースで原始記入簿と元帳とを突き合わせなければならないとされた。他方、適切に会計記帳がされているかどうか、したがって、会計記録の記帳の正確性について原始証憑（送り状など）にさかのぼってチェックする必要はなく、また、会計記録の算術的正確性についての手続きも不要であるとされていた（パラグラフ7.1及び7.2）。②との関係では、記帳されている固定資産を例にとり、それが第4附則に定められている様式中の適切な区分（有形固定資産）に適切な科目で貸借対照表に含まれているかどうか、第4附則で許容されている基礎に基づいて含まれているか、第4附則で要求されている減価償却引当金が計上されているかどうかを検討すれば足りるとされ（パラグラフ8.2）、報告会計士には、会計記録への記入、計算書類に含まれる資産の存在、所有権もしくは価値、または損益の網羅性及び注記を裏付ける証拠を得るための手続きを実施することは求められない、報告会計士は、計算書類の作成にあたっての取締役による見積りもしくは判断も計算書類が適用されるべき会計基準に従っているかどうかを評価することもしないと指摘された（パラグラフ8.3）。③との関係では、報告書で足りるとされるための条件がみ

70) ガイダンス案パラグラフ18も実質的に同じ要求事項であった。

71) ガイダンス案パラグラフ40、43及び51は実質的に同じ要求事項であったが、ガイダンス案では、1パラグラフ2が包括的な規定として設けられていた。

72) 調書には報告会計士の計画及び実施した手続きを適切に記録し、調書は作業がこれらの基準に従って実施されたことを証拠づけ、かつ、導き出された結論を支えるものでなければならない（パラグラフ5）。ガイダンス案パラグラフ33は、やや詳細に要求事項を定めており、実施した調査手続きの性質、時期及び範囲を記録することを求めている。

たされていたようにみえるかどうかを判断するために会計記録を検査すること、及び、当該年度のいずれの時点においても、監査免除が認められない範疇に会社が含まれることになっていなかったかどうかを検討することが必要とされる手続きであるとしていた（パラグラフ9.1）。そして、計算書類が会計記録と一致していると考えるときは、計算書類に表示された売上高及び総資産額に基づいて、監査免除の対象であることについての意見を形成することが可能であると一方（パラグラフ9.2）、会社が、年度中のいずれかの時点で監査免除不適格な範疇に含まれることになった可能性を示唆する情報が明らかになることがありうるので、注意を払わなければならないとしていた（パラグラフ9.3）。

また、作業の補助者への委託は、その作業が適確に、かつ、これらの基準に従って実施されるという確信を得られるように指示され、監督され、レビューされなければならないと規定されていた（パラグラフ6）⁷³⁾。そして、報告会計士は、その手続きの結果が会社法に定められた事項のそれぞれについて肯定的意見を表明するための合理的な基礎を与えるものであるかどうかについて疑義がある場合または計算書類がミスリーディングである可能性を示唆する情報に気づいた場合には、その懸念を生じさせた事項について取締役と討議しなければならず（パラグラフ10）⁷⁴⁾、会社が監査免除の条件をみたさない、もしくは免除適格会社の範疇に含まれないと結論付けた場合、または、これらの事項のいずれかについて結論に達することができなかった場合には、報告会計士は、不当に遅延することなく、その理由を取締役に書面で通知しなければならないとされた（パラグラフ11）⁷⁵⁾。

報告会計士は、その手続きの結果が会社法に定められた事項のそれぞれにつき肯定的意見を表明するための合理的な基礎を与えるものであると考えたとき

73) ガイダンス案パラグラフ31も実質的に同じ要求事項であった。

74) ガイダンス案パラグラフ55も実質的に同じ要求事項であった。

75) ガイダンス案パラグラフ82では、報告会計士は当該業務を辞して、不当な遅延なく、その理由を書面で取締役に通知しなければならないとされていた。

は、そのような意見を含む報告書を発行しなければならない（パラグラフ 12）⁷⁶⁾。その報告書には、当該報告書の名宛人としての会社の株主を特定した標題、報告の対象である計算書類を特定した導入区分、計算書類の作成責任を負うのは取締役である旨の記載、報告会計士の意見の基礎の説明、報告会計士の意見、報告会計士の氏名と署名、報告書の日付を含めなければならない（パラグラフ 13）⁷⁷⁾。他方、報告会計士は、ある事項について、計算書類が会社法 221 条の下で会社がすべき会計記録と一致していないまたは計算書類が会社法 249C 条 6 項に定められた会計上の要求事項に整合する方法で作成されていないと結論付けた場合には、意見区分の当該箇所に関する否定的意見を含む報告書を発行しなければならない（パラグラフ 14）⁷⁸⁾。報告会計士の手続きの範囲の限定により、計算書類が会社法 221 条の下で会社がすべき会計記録と一致しているかどうかまたは計算書類が会社法 249C 条 6 項に定められた会計上の要求事項に整合する方法で作成されているかどうかにつき、合理的な基礎を得られなかった場合には、報告会計士は意見区分の当該箇所に関する限定付意見を含む報告書を発行しなければならない（パラグラフ 15）⁷⁹⁾。なお、報告会計士は、計算書類がミスリーディングである可能性を示唆する情報に気づいたが、その懸念をその調査の範囲内の手続きによって解消することができなかった場合には、報告の「意見の基礎」区分に説明的区分⁸⁰⁾を追加し、当該事項に言及しなければならず、言及した事項について意見を表明するものではない旨を明確に記載しなければならない（パラグラフ 16）⁸¹⁾。また、報告会計士は、計算書類

76) ガイダンス案パラグラフ 59 も実質的に同じ要求事項であったが、無限定意見 (unqualified opinion) を表明するとされていた。

77) ガイダンス案パラグラフ 60 も実質的に同じ要求事項であった。

78) ガイダンス案パラグラフ 70 は意見を限定しなければならないとしていた。

79) ガイダンス案パラグラフ 74 も実質的に同じ要求事項であった。

80) ガイダンス案段階で、たとえば、Wedderburn (1994) は、除外事項または補足区分がないことが計算書類に問題がない (all right) を示唆するものと受け取られる可能性があるという点で、説明的区分を用いることは新たな期待ギャップを生じさせることになると批判を加えていた。

がミスリーディングである可能性を示唆する情報に気づいたが、当該事項は報告書における除外によって適切に処理することができないと結論付けた場合または取締役の誠実性につき深刻な疑義がある場合には、報告会計士は当該業務を辞して、不当な遅延なく、その理由を書面で取締役に通知しなければならない（パラグラフ 17）⁸²⁾。

(4) 監査免除報告書の廃止

商務・産業省は、1997年1月に、「小会社監査免除」⁸³⁾という意見募集文書によって意見を求めた上で、寄せられた意見⁸⁴⁾を踏まえて、1985年会社法（監査免除）（改正）1997年規則⁸⁵⁾を定め、これによって、1985年会社法249A条、249B条及び249D条が改正された。すなわち、総資産額が140万ポンド以下であるが、年間売上高9万ポンド超35万ポンド以下の会社についても、単純に監査を免除し、要求されていた報告会計士による報告は要求しないこととされた。

(5) 法定監査免除の限界

以上のような改正は、小会社の負担軽減をねらったものであったが、監査を受ける義務が免除されても、小会社を必ずしも念頭に置いていなかった会社法の諸規定や会計基準を遵守して計算書類を作成する必要がある以上⁸⁶⁾、小会社

81) ガイダンス案パラグラフ78も実質的に同じ要求事項であった。

82) ガイダンス案パラグラフ84も実質的に同じ要求事項であった。

83) Small Companies Audit Exemption : Consultation on proposed Amendments

84) Department of Trade and Industry, *Small companies audit exemption : consultation on proposed amendments : analysis of results*, 1997

85) The Companies Act 1985 (Audit Exemption) (Amendment) Regulations 1997 (SI 1997 No.936)

86) Hogarth (1997) は、1989年法が認めた小会社についての適用除外を活用すると、真実かつ公正な概観との関係で、除外事項が監査意見で付されるという問題があったと指摘している。

にとっては財務諸表作成に直接的に関連するコンプライアンス・コストが削減されず、ねらいは必ずしも十分に達成できなかつたと評価されている⁸⁷⁾。

3 小会社の監査の基準

(1) U18『小会社の監査問題』

イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、1972年11月に監査基準U18『小会社の監査問題』⁸⁸⁾を公表した。被監査会社の規模にかかわらず、監査の特徴は本質的には同じであり、小会社の監査にもUシリーズの監査基準がすべて適用されるという前提を確認したうえで（パラグラフ1）、Uシリーズが定める原則や手続きを適用することに困難さをもたらす小会社の特質を背景とする小会社監査の問題点を指摘していた。すなわち、多くの小会社においては、1人の人間によって会計及び財務管理の職責が実質的に支配されていること、被用者の数が少ないことから必然的に監査の視点からは内部統制上の実効性に制約があることという特質の一方または両方がみられるとしていた（パラグラフ2）。しかも、小会社における内部統制は経営上用いるという観点からは実効性を有していても、経営自体をチェックするという観点からは欠陥を有することが少ないと指摘していた（パラグラフ3）。このように監査の観点からは内部統制の実効性に限界があるため、監査人としては監査手続きの拡大を検討する必要があり、試査の対象とする取引を増やし、立会や直接確認というような資産・負債の実証手続の強化が必要となるとしていた（パラグラフ4）。とはいえ、小会社の監査においては、大会社の監査におけるよりも経営者の陳述書に多くの比重を置くことが必要となるとし、この場合には、監査人は記録の調査、入手した証拠及び会社に影響を与える状況について有する知識が、経営者の陳述書と一致し、裏付けるものであるかどうか、及び、記録の信頼性を評価するために十分な証拠を与えるものであるかどうかを検討しなければならないとした

87) cf. Powling *et al.* (2002) para.2.28

88) reproduced in : *Accountancy*, vol. 83, No.952 (December) : 132 and 134

（パラグラフ5）。そして、監査人が入手した証拠が経営者陳述書と整合しており、かつ、それを十分に裏付けていると考えるときは無限定意見を（パラグラフ8）、経営者の陳述を裏付ける、入手できると合理的に期待できるような他の証拠を得られなかったとき、または入手した証拠と経営者陳述書とが整合的であるようには考えられず、かつ、満足できるような説明を受けられなかったときは除外事項を付した意見を表明（監査人が確信を得ることができなかった当該事項が計算書類全体の真実性と公正性に根本的な影響を与えるものであるときは意見不表明）すべきであるとしていた（パラグラフ9から11）⁸⁹⁾。なお、入手した証拠によれば、計算書類が真実かつ公正な概観を示していないと考えるときは、その事項次第で、除外事項を付した意見または不適正意見を表明すべきであるとしていた（パラグラフ12）。

そして、商務・産業省『会社会計と開示』（1979年）では、「もし大会社と所有主会社の両方の監査に適切な一組の監査基準を策定することが不可能であることが明らかになったら、法律において会社の3層区分を採用したことが、小会社の環境に適する異なったアプローチや方法を提示する監査基準を開発する基礎として用いられるかもしれない」と指摘されていた（第2章パラグラフ14）⁹⁰⁾。

(2) 『監査報告書及び監査ガイドライン』

1980年4月に、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会、スコットラン

89) Rutteman and Brown (1977) は、このように経営者の陳述に依拠することを認めることに対して批判的であった (p.136)。

90) たとえば、Rutteman and Brown (1977) では、(大規模会社の監査を前提とした) 監査基準を小規模会社に適用することを再考する必要があると指摘され、小規模会社に対する監査免除が会社法改正によってなされるまでの間は、監査基準を小規模会社にどのように適用すべきかについての提言がなされていた。また、White (1985) p.13も、大規模会社の監査に係る基準と小規模会社のそれとは異なってよい（後者については真実かつ公正な概観を示しているかどうかについての意見表明に拘泥する必要はない）という見解をとっていたと理解できる。

ド勅許会計士協会、アイルランド勅許会計士協会及び公認会計士協会（以下、本節においては、まとめて協会という）の理事会によって承認され、公表された監査実務委員会⁹¹⁾『監査報告書及び監査ガイドライン』^{92,93)}の前文では、「『監査基準』は会員が監査を実施するにあたり従うことが望ましい基本的原則及び実務を規定したものである。本文に別段の規定がある場合を除き、監査を実施する場合には『監査基準』が常に適用される。」（パラグラフ3）⁹⁴⁾と規定された⁹⁵⁾。そして、「監査人としての責任を負う」協会の会員には、「『監査基準』を遵守することが期待される」とされ、会員による明白な『監査基準』違反は、協会の「理事会によって設けられた適切な委員会による調査の対象となることがあり、かつ、懲戒処分の対象となることがある」と規定されていた（パラグラフ11）^{96,97)}。

(3) 実務ノート第13号『小規模事業体の監査』

1) 監査ガイドライン『小規模事業体の監査』（公開草案）

イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、1990年に、小会社の監査を実効的かつ効率的に実施するための手法を提案するものとして、『小規模事業体の監査』⁹⁸⁾を公表した。また、監査実務委員会は、1991年に、監査ガイドライン『小規模事業体の監査』（公開草案）（Auditing Practices Committee (1991)）

91) *Sikka* らは、監査実務委員会は大規模会計事務所の隠れ蓑であり（Mitchell and Sikka (1993)）、監査実務委員会による監査基準の設定は中小監査人が排除される中で進められたと評価している（*Sikka et al.* (1989) p.51）。

92) Auditing Standards and Guidelines, *reproduced in* : *Accountancy*, vol.91, No.1041 (May 1980) : 100-125

93) 草案では、この『監査基準』及び監査ガイドラインは、明示的に存続し、再分類されるものを除き、会計士団体によってすでに公表されている監査に関する意見書に代わるものであると位置付けられていたが（前文パラグラフ7）、確定した『監査基準及びガイドライン』の前文では、協会のそれぞれの理事会によって承認された監査に関するすでに公表されている意見書は、それぞれの協会の会員にとって、『監査基準』と同様の地位を有するものと解されるべきである、それらは、撤回されるまでは効力を有すると規定された（パラグラフ6）。

を公表した。

ここでは、他のすべての監査にと同様、「監査基準」は、小規模事業体の監査に適用されるものである（パラグラフ1）という前提が示され、前文では、この監査ガイドラインは、「監査基準」を小規模事業体に対し適用するにあたって考慮に入れるべき特別の要因についてのガイダンスを与えるものであり、「監査人の実施基準」及びそれに関連する「監査ガイドライン」を補足し、かつ、それらと関連して読まれるべきものであるとされていた。また、「監査基準監査報告書」中の原則は、財務諸表について意見を表明すべき場合に適用されるものであると述べられていた。

典型的には、小規模事業体には、(a) 事業体は「所有者により経営されている（owner-managed）」こと⁹⁹⁾、すなわち、所有者がその事業体で働き、日常の取引に関与すること、(b) かりに存在するとしても、事業体に及ぶ公式な統制は限られていること、及び、(c) 監査人は監査のほか相当量の会計業務実

94) 草案では「すなわち、この『監査基準』は企業の規模に関係なく、あらゆる企業の財務諸表について独立監査が行なわれ、かつ、その監査が財務諸表が真実かつ公正な概観を与えているかどうかにつき意見を表明する目的で行なわれる場合には常に適用される」としていたが（前文パラグラフ2）、確定した『監査基準及びガイドライン』の前文にはこれに相当する文言は含められなかった。

95) 他方、『監査ガイドライン』は、『監査基準』を適用する場合の手続き、企業の財務諸表上の特定の科目に対する『監査基準』の適用、監査において用いられている技法、及び、特定の商業上もしくは法律上の状況に関連するまたは特定の業種に関する監査上の問題についてガイダンスを与えるものであるが、基本的な原則及び実務を記述するものではないと位置づけられていた（前文パラグラフ5）。もっとも、前文パラグラフ7は、「裁判所は監査人の監査業務の適否を検討する際に、よい実務を示すものとして、意見書または刊行物を考慮に入れることがある旨を会員は知るべきである。『監査基準』及び『監査ガイドライン』はそのようなものとみなされる可能性が高い」としていた。なお、草案では、『監査ガイドライン』は『監査基準』が適用される場合の監査手続の指示であり、また、企業の財務諸表に示された特定項目に『監査基準』を適用する場合の指示であり、監査にあたって現在使用されている技法を記述したものであると位置づけられ（前文パラグラフ5）、監査ガイドラインは決定的なものでもなければ、監査基準の一部を構成するものでもないと言われていた（前文パラグラフ6）。

施に従事すること¹⁰⁰⁾という3つの特質のうち、2つまたはすべてがあてはまると指摘され（パラグラフ3）¹⁰¹⁾、それをふまえて、この監査ガイドラインは小規模事業体の監査についてのガイドラインを示していた。そして、所有者が事業体の日常の経営に密接に関与していること、及び、統制が欠けていることにより、記録された取引の網羅性（completeness）についての証拠に関して監査人は特に疑問を抱くことがありうること（パラグラフ4）に着目していた。

そこで、監査人は、監査計画にあたり、所有者の事業体経営への関与を考慮

96) 監査実務審議会が、1993年5月に公表した『監査実務審議会意見書の範囲と権威』（Auditing Practices Board（1993b））においても、監査実務審議会は監査基準書、実務ノート（Practice note）及び報告書（Bulletin）を公表するが（パラグラフ3）、いかなる財務諸表監査の実施にあたって、別段の規定が監査基準書に定められていない限り、監査人は監査基準書を遵守することが求められるとされた（パラグラフ4）。そして、監査基準書に含まれる監査基準に対する監査人による明白な違反は、会計士団体合同諮問委員会を構成する会計士団体それぞれの権限に基づいて設けられた適切な委員会による調査の対象となり、かつ、懲戒処分または規制上の処分となることがあると規定された（パラグラフ9）。そして、1989年法の下では、認可監督団体（RSB）は会社監査の業務に適用される専門的基準に関して、また、これらの基準が実務においてどのように適用されるかに関して規則と実務を規定することが求められたが、この要求事項をみとすため、それぞれの認可監督団体は、監査基準書を採用することとし、かつ、監査基準書に含まれる監査基準の遵守を実効的にモニターし、エンフォースするための仕組みを有することが求められるとの認識を示した（パラグラフ10）。グレートブリテンにおいて会社の監査その他の監査の実施にあたって監査基準に従わない監査人は、その者が登録している認可監督団体による、登録の取消し（会社監査人としての適格性を失うこと）を含む規制上の処分の対象となると、アイルランド共和国においても企業・雇用大臣は会計士の団体または個人の監査人の認可または承認を撤回しまたは停止することができると整理された（パラグラフ11及び12）。以上に加えて、監査実務審議会のすべての意見書及び、とりわけ、監査基準は、裁判所その他の紛争の場面において、監査人の業務が適切に行われたかが検討される際には、考慮に入れられる可能性が高いとも指摘された（パラグラフ13）。

97) U18にとって代わった、監査基準『監査報告書における除外事項』は、小規模事業体の監査で用いることができる条件付意見について文例6を示していたが、これについての詳細は、たとえば、弥永真生「中小会社の計算書類の信頼性の確保—連合王国におけるExample 6—」會計195巻5号（2019）445頁以下及びそこに掲げた文献参照。文例6との関係では、中小監査人に対して配慮がなされたと評価できる（Chandler（1997）p. 419）。

98) Chidgey and Hayward（1990）

に入れて、これが監査においてどのような意味あいを持っているかを決定しなければならない（パラグラフ7）。

（a）との関連では、所有者の態度ならびに所有者のその事業体への関与の範囲及び性質は、計算書類における重要な虚偽表示リスクを増加させることも、減少させることもある¹⁰²⁾。この点についての監査人の判断が試査の性質及び範囲に影響を与えることとなる（パラグラフ8）。監査手続を計画し、実施し、

99) 「所有者により経営される」事業体とは、1人または数人により所有され、それらの者が事業体の経営に携わっているというものである。ときには、小規模事業体も「不在」所有者のために他の者によって経営されることもあり、このような場合には、事業体の経営には所有者の存在はないが、公式な統制が限られていること、及び、監査人が相当量の会計業務を引き受けていることという特質はあてはまることがあると指摘されていた（パラグラフ5）。そして、監査人が監査業務を計画する際に特に考慮に入れるべき点は、たとえば、所有者が取引の起案、処理及び／または記録に日常的に関与していること、個人が事業体のシステムや運用のすべてを完全に統制していること、統制または政策決定の委任を受ける経営者またはスタッフが存在しないことというような所有者経営の事業体の特徴からもたらされるとされていた（パラグラフ6）。

100) 小規模事業体の特性から、相当量の会計業務を監査人が実施することがありうる。そのような会計業務には、たとえば、送り状、小切手帳及び銀行取引明細書等の証拠書類に基づく日記帳、現金出納帳及び元帳の記入、現金出納帳、売上・仕入その他の書類からの試算表の作成、試算表への年度末修正記入、監査対象財務諸表を作成するために必要な仕訳記入の突合せが含まれる（パラグラフ19）。

101) もっとも、これらの特質は大規模事業体においてもときにはみられるが、それらはこれらの特質の2つまたはすべてがしばしばあてはまる小規模事業体において特に考慮に入れなければならないことを提起するものであるとされていた。

102) (a) 所有者は事業体の資産全般に対して有効な統制を及ぼすことがあり、また、資産が保全されることにつき通常以上の関心を持っていると期待できることがしばしばありうる。この場合には、他の人によって引き起こされる不正 (irregularity) による資産の虚偽表示リスクが減少すると結論に監査人は達することがある。(b) 所有者が事業体に密接に関与していることは、状況によっては、誤謬に起因する財務諸表の虚偽表示リスクを減少させることに寄与する。(c) 他方、所有者の個人財産または個人取引と事業体財産または会社取引とを区別することを所有者はほとんど考えないことがあり得、このことが関連領域における虚偽表示リスクを増大させるかもしれない。(d) 所有者は、事業体の報告利益を過少または過大に表示するよう動機づけられることがある。そして、事業体への関与が、このようなことを比較的実行しやすくすることがありうる（パラグラフ9）。

その結果を評価する際に、監査人は所有者が不誠実であるとも、疑う余地がなく誠実であるとも仮定してはならない。財務諸表に重要な虚偽表示がないかどうかを決定するために監査証拠は客観的に評価されるべきであることを、監査人は認識すべきである（パラグラフ10）。

所有者の事業体への関与及び経営者の態度が計算書類に重要な虚偽表示が存在するリスクに与える影響を評価するにあたって、監査人は、以前の監査から得られた所有者や事業体についての知識も考慮に入れなければならない（パラグラフ11）。すべての監査におけると同様、監査人は報告利益を虚偽表示するよう所有者を動機づけるものを考慮に入れなければならない。取引への所有者の日常的関与、所有者による事業体システム及び運用の完全な統制ならびに経営者等に対する統制・政策決定の権限委譲がなされていないことという所有者経営の事業体の特質は虚偽表示リスクを増大させるが、監査人はこのことによりリスクが増大することを認識することと、所有者が不誠実であると仮定することとを区別しなければならない（パラグラフ12）。

(b) との関連では、一般に、小規模事業体の会計組織は単純であり、かつ、会計機能に従事する従業員はほとんどいないこと及び事業体の運営の方法ゆえに、大会社に比べると、監査人が依拠することができる内部統制が設けられている可能性は低いと指摘した（パラグラフ13）。しかし、ある状況の下では、所有者自身が統制することがあるし、また、監査人は、欲するのであれば、統制をテストし、そのような統制に依拠することもできるとし（パラグラフ14）、たとえば、所有者は、裏付け証拠を調べたうえで小切手に署名したり、銀行勘定調整表を査閲することにより、チェックし、または事業体内の他の者の作業を統制することがあるとした（パラグラフ15）。

その上で、以下のようなガイダンスが示されていた。多くの小規模事業体においては、統制が文書化なしに行われている。このような場合には、監査人はその統制が機能していたことに相当程度依拠することはできない可能性が高い。しかし、監査人は、立会や質問によって、統制がその期間中機能していたと考えられることを示すような準拠性テストを実施できる場合には、内部統制

にある程度信頼を置くことができる（パラグラフ16）。立会及び質問によって得られた証拠の信頼性の評価にあたり、監査人は、「立会は、立会の時点における実施方法について信頼しうる証拠を提供するものであるが、その他の時点における実施の方法について信頼しうる証拠を提供するものではない」とする「監査基準 監査証拠」に定められた事項を考慮に入れなければならない。もっとも、監査人は、監査対象期間中の実施について、当該事業体において関与している他の者に対する質問によって、十分な証拠を得ることができることもある。また、所有者が休暇等で不在の間に異なった手続が実施されているかどうかを確かめることも有用である（パラグラフ17）。

以上に加えて、ある場合には、所有者兼経営者はさらに統制を行っても費用に見合った効果をもたらすものではなく、内部統制の重要な問題点を識別し、報告を行おうと試みることから得られるベネフィットはないと結論付けることがあるが、監査人は、状況を顧客と討議し、かつ、正式な、書面化された内部統制がないことを指摘して監査を計画しているため、そのような統制が存在する場合のように統制について有効にコメントできないことを確認しなければならないとされている（パラグラフ18）。

(c) との関連では、会計業務または類似の業務を実施する際に、監査人は一定の監査目的を実現するために有用な監査証拠を入手することがあるとされた（パラグラフ20）。すなわち、たとえば、監査人が取引または残高を裏づけるような原始証憑（たとえば、仕入送り状または支払済小切手）を吟味する、監査人自身が計算書類に含めるための残高（すなわち、前払または発生）を計算する、または、監査人が会計帳簿に記帳するため、取引や残高の1つまたは複数の側面の妥当性を会計業務が直接に実証する場合である（パラグラフ21）。

そして、監査人によって、または、監査に従事していない監査事務所のスタッフによって実施された会計業務から得られる監査証拠については、会計業務から得られた情報は、監査人が監査意見を基礎づけるために必要な証拠を積み上げるために設定した1つまたはそれ以上の目的に適合していること、会計業務を実施するスタッフは、監査証拠を提供するためには、業務のどのような面が

依拠の対象となるのかを明確に理解していること（これには、関連する監査目的を知った上でなされること、たとえば、仕入送り状を扱うにあたって、購入が有効な事業上の出費であることを確かめることを含む）、会計業務が、適切な訓練を受け、経験を積み、熟練した者によって実施されることが重要であるとされていた（パラグラフ22）¹⁰³⁾。

さらに、監査を統制するために必要とされる手続の性質及びそれらが正式なものとされる必要のある範囲は、それらが監査事務所の組織や業務の委任の程度によって異なるため、正確に特定できないが、会計業務は当該業務を現実に行うスタッフ以外の者によるレビューの対象とすべきであるとされた。このようなレビューは、とりわけ、監査証拠の源泉としても用いられる場合には、会計業務の信頼性を評価するために必要であり、また、スタッフが十分な能力を有し、かつ適切に監督されることを確保することにより、誤謬の可能性を減少させるためにも必要とされるからである（パラグラフ23）。

会計業務から得られた監査証拠は、その業務がどのような監査目的にとって適格的であったかを明らかにして、当該監査に関する監査調書に記録されなければならない（パラグラフ24）¹⁰⁴⁾。

たしかに、会計業務から得られる証拠が、特定の監査目的を達成するために十分であり、かつ信頼できるものであり、会計業務が、監査人が求める保証（assurance）のすべてを提供することもある（パラグラフ26）。しかし、多くの場合、会計業務から得られる情報は特定の目的に関連する証拠の全部または一部を提供しない（パラグラフ27）。とりわけ、会計業務は、母集団の網羅性またはある項目の計算書類上の適切な計上額については証拠の一部を提供する

103) 会計業務が監査目的を念頭に置いて計画されるならば、スタッフのより効率的な利用が可能になると指摘されていた（パラグラフ22）。

104) 監査を実施する者と異なった者が会計業務につき責任を負う場合にも、同様の原則が適用されるが、会計業務を実施するスタッフは、監査証拠を提供するために、業務のどのような面が依拠されるのかを明確に理解すること、及び、実施する業務が当該監査に関する監査調書にどのように記録されるかについて適切な配慮を払うことが重要である（パラグラフ25）。

にすぎないのが通常だからである。たとえば、債権の回収可能性、棚卸資産の評価と帰属、固定資産及び投資の簿価ならびに債務の網羅性については、特別の業務が必要となる（パラグラフ28）。

監査人は、監査対象全期間にわたっての監査証拠を得る必要があることに留意すべきであり、会計業務から監査証拠が得られるものの、会計業務が全期間にわたらない場合には、残余の期間について特定の監査業務が実施されなければならない。たとえば、監査人は、総括勘定を合わせるにあたって、1年の最終月の仕入送り状のすべてを入手することができ、それらを会計業務の一環としての仕入日記帳と照合しても、監査人はそれ以外の期間の取引についての監査証拠を得ることはできず、このことに留意して監査計画を立てなければならない（パラグラフ29）。

記録された取引の網羅性との関連では、監査対象となる項目の母集団について監査人が実現しようとする目的の1つは、当該母集団が（監査における重要性レベルの文脈において）網羅されている（complete）ことを確証することである、とりわけ、利益、棚卸資産及び仕入高の網羅性を確証することに関心を持つことがあるとの認識が示されている（パラグラフ30）。

小規模事業体は、すべての取引が記録されること、たとえば、事業に起因するすべての収益が記録されること、を確保するために、所有者以外の者が関与する統制を通常は有していないこと、及び、自然な結果として支配的地位を有する所有者は、取引に密接に関与している結果、ある取引を会計記録から除外することにほとんど困難さがなくありうるため、とりわけ、小規模事業体の場合に母集団の網羅性を確証しようとする際に、監査人は、特別の困難に遭遇することがしばしばある（パラグラフ31）。

このような虚偽表示のリスク（パラグラフ31）及び小規模事業体の特質（パラグラフ3）ゆえに、監査人は、母集団の網羅性についてどのような監査証拠が入手可能であるかを検討しなければならない（パラグラフ32）。そして、監査人は、母集団の網羅性についての十分な監査証拠を次のように入手することになる（パラグラフ33）。網羅性を確保できるような内部統制が存在するなら

ば、監査人はそれをテストし、それに依拠して、要求される実証的監査証拠の量を削減することができ、他方、監査人が依拠できるような内部統制が存在しないときは、実証的テストにより証拠を得なければならない。すなわち、監査人は、小規模事業体の場合だからといって、母集団、たとえば、収益の網羅性を保証できるような内部統制が初めから存在しないものと、頭から仮定してはならない。小規模事業体であっても、その多くは、商品の発送または役務の提供を統制するために、何らかの形の数値ベース・システムを有しているので、監査人には、しばしば、その数値ベース・システムの信頼性を確認し、かつ、これらの文書から稼得収益をたどることが可能である（パラグラフ34）。これに対して、監査人が依拠しようとする内部統制が存在しない場合には、監査人は実証的証拠のみから合理的保証をもって、網羅性を確認するという目的をみたすことができる。このような実証的証拠には、監査の対象となっている母集団とは独立に記録された取引またはデータであって、それらから監査に有用なデータが予測または計算されるものの存在¹⁰⁵⁾、購入した商品の数量と売却した商品の数量との突合、目的に適合した分析的レビューにより監査人が入手できる証拠¹⁰⁶⁾、期末日後の取引のレビュー¹⁰⁷⁾などが含まれる（パラグラフ35）

さらに、この監査ガイドライン（公開草案）では、網羅性についての所有者による一般的陳述書は、監査人が網羅性の関連で必要とする証拠を一定程度与えてくれることがあるが、必要とされる証拠のすべてを与えてくれることはな

105) たとえば、棚卸資産の数量記録における払出しは売上収益の計上と関連する。そこで、第2の母集団（たとえば、売上高の記録）について証拠を与えるものとして第1の母集団（たとえば、棚卸資産の払出記録）を用いる前に、監査人は、第1の母集団が網羅的であると合理的に確信を持つ必要がある。

106) 結果が合理的な精度で予測されるのであれば、予測的分析的レビュー手続はしばしば網羅性のテストの有効な手段となる。予測された結果からの差異は、その他の実証的テストであれば発見されなかったであろう潜在的な脱漏を表すであろう、予測的分析的レビュー手続は、少なくとも1つの変数が独立して裏付けられ、または、少なくとも所有者による関与から独立している場合には、信頼性がより高いと指摘されていた。なお、分析的レビュー手続の例は、「監査ガイドライン 分析的レビュー」に示されていた。

107) 会計期間末と監査の時点との間に経過した時間によると指摘されていた。

いであろうとされていた。しかし、それが、監査人が網羅性に関して全体として十分な証拠を得たと結論づけることを可能にするために十分な裏づけとなる証拠を提供する場合もあるともしていた。また、過年度の監査から所有者及び小規模事業体についての知識を持つようになると、監査人は他の監査証拠の裏づけとして経営者陳述書の信頼性を評価するための判断基準を持つことにも指摘されていた（パラグラフ36）¹⁰⁸⁾。

監査報告に関連して、監査報告を行うにあたり、監査人は何らかの母集団の網羅性についての不確定事項との関係で意見限定を行うかどうかを決定する必要がある場合には、専門的判断を行使しなければならないとされていた。監査人が依拠することのできる1つまたはそれ以上の統制が欠けている場合には、監査人は監査対象の母集団が完全であると合理的に確信が持つことができるような、分析的レビューを含む実証的証拠を十分に得たかどうかを決定しなければならない（パラグラフ37）。監査人は、依拠できる統制が存在せず、かつ、網羅性に関し十分な分析的レビューを含む実証的証拠を得ることができないと結論づけたのでなければ、網羅性との関係で監査報告書に限定を付すべきではない。むしろ、大半の小規模事業体の場合、監査人は、さまざまな源泉から十分な保証を得ることができ、この点について意見限定する必要性は生じない（パラグラフ38）。

この公開草案の公表後、監査実務委員会は廃止され、監査実務審議会が設置されたこと、すでにみたように、小会社についての監査免除が会社法改正との関係で議論の対象となったため、監査ガイドラインの公表には至らなかった。

2) 実務ノート第13号『小規模事業体の監査』

監査実務審議会は、1995年2月に、会社法が要求しているように、財務諸表の監査は普遍的かつ信頼できる質を有する保証を提供すべきであり、所有者が

108) なお、「監査基準 監査報告書」のパラグラフ25から28まで、及び、「監査ガイドライン 経営者の陳述書」にもガイダンスが示されているとされていた。

経営者である会社の財務諸表監査の一般的特徴についてのガイダンスを与えられるべきであるという意見を表明した¹⁰⁹⁾。

そして、1996年3月には、実務ノート¹¹⁰⁾公開草案『中小事業体の監査』(Auditing Practices Board (1996))¹¹¹⁾を意見募集手続に付し、寄せられた意見¹¹²⁾を踏まえて、1997年7月には実務ノート第13号『中小事業体の監査』(Auditing Practices Board (1997))を公表した。

この実務ノートは、監査基準書を連合王国及びアイルランド共和国内の小規模事業体の財務諸表の監査に適用するにあたってのガイダンスを監査人に提供することを目的とするものであり、この実務ノートに含まれるガイダンスは「監査基準」及び監査基準書に含まれる説明的資料その他の資料を補足し、かつ、それらと併せて読まれるべきであるとされていた(パラグラフ1)。

監査実務審議会は、会社法制が大会社の財務諸表監査と小会社のそれとの間で、監査人が表明すべき意見について差異を設けていないことから、すべての監査は統一的(uniform)かつ信頼性のあるレベルの保証を提供するものでなければならないとし、すべての監査は、財務諸表作成会社の規模にかかわらず、同じ「監査基準」に従って実施されなければならないという考え方をとるもの

109) Auditing Practices Board (1995) paras. 4.18. なお、Auditing Practices

Board (1993a) では、小会社の監査の是非にはふれませんが、すべてのタイプの事業体(entity)に適用される基準の開発において、監査実務審議会は適切な役割を果たすと述べられていた(para.1.7)。

110) 実務ノートは一般的に適用される「監査基準」を監査人が特定の状況及び業種に適用するにあたっての助けとなるために公表されるものであり、命令的(prescriptive)というよりは説得的(persuasive)なものであるが、よい実務を示すものであると位置づけられている。

111) 内容を比較すると、この公開草案(そして確定した実務ノート13)は、実質的には監査実務委員会の監査ガイドライン『小規模事業体の監査』(公開草案)を踏まえ、それをブラッシュアップしたものであると評価できる。

112) 寄せられた意見は、監査基準書は普遍的に(universal)に適用することができるという監査実務審議会の見解に同意するものが多く、第2層としての小規模事業体のための「簡素化された」「監査基準」を開発することを求める意見やそれを支持する意見は見られなかったと監査実務審議会は述べている(Auditing Practices Board (1997) para.4)。

としたと述べた (パラグラフ 3)。

とはいえ、小規模事業体の内的特徴¹¹³⁾、小規模事業体とその監査人との間の専門職業的関係¹¹⁴⁾の性質ならびに監査チームの小規模性¹¹⁵⁾及び小規模事業体に影響を与える特別な法的な配慮 (たとえば、小会社の財務諸表についての会社法制における特則。パラグラフ 28) など他の要因から生ずる多くの考慮すべき事項によって小規模事業体の監査は影響を受けるとした (パラグラフ 7)。そして、これらの考慮すべき事項が監査の実施に与える影響はまちまちであり、あるものは監査の効率性と実効性とを高め、顧客にとっての費用削減につながるという点で利益をもたらし、とりわけ、監査人が小規模事業体に提供する会計業務の支援はしばしば監査証拠の源泉となり、監査のためにのみ必要とされる作業の範囲を大きく減少させることがあると指摘した (パラグラフ 8)¹¹⁶⁾。その上で、この実務ノート 13 は、監査基準書の適用についての注釈を、監査基準書ごとに示していた。

113) この実務ノートにおいて、「小規模事業体」とは、少数 (多くの場合は 1 人) の個人に所有と経営が集中し、かつ、(i) 収益の源泉が少なく複雑ではない活動、(ii) 単純な記帳または (iii) 限られた内部統制及び経営者による無効化の可能性の 1 つまたは複数認められるような事業体をいうとされていた (パラグラフ 11)。そして、所有と経営との集中が監査に対して有するインプリケーションをパラグラフ 12 及び 13 で、収益の源泉が少なく複雑ではない活動が監査に対して有するインプリケーションをパラグラフ 14 及び 15 で、単純な記帳が監査に対して有するインプリケーションをパラグラフ 16 及び 17 で、限られた内部統制及び経営者による無効化の可能性が監査に対して有するインプリケーションをパラグラフ 18 から 21 で示している。

114) パラグラフ 22 から 26 で詳論されているが、監査人がその他のサービスを被監査小規模事業体に提供していることが通常であることに着目している。

115) パラグラフ 27 で詳論されている。

116) なお、パラグラフ 29 では、一般的には、小規模事業体の特徴ゆえにその財務諸表の監査可能性がなくなるというのは正しくないが、極端で例外的な状況の下で、監査人が重要な問題に遭遇したときには、監査人は財務諸表についての監査報告に対するインパクト及び意見不表明とする必要があるかどうかを検討することになり、そのような懸念を早期に識別したときには、監査を受嘱するかどうかの判断に影響を与えると指摘していた。

4 2006年会社法まで

(1) 会社法改正運営グループ『枠組みの発展』

会社法改正運営グループは、会社法においては、まず小規模・私会社を念頭に置いた規定を設け、大規模会社または公開会社についてより詳細な規定を追加するという『戦略的枠組み』¹¹⁷⁾で示した原則（think small first）を踏まえ、『枠組みの発展』¹¹⁸⁾において、私会社及び小規模会社についての立法的提案を行ったが、監査免除の対象¹¹⁹⁾とならない小規模な会社¹²⁰⁾について、監査に代えて、独立専門家によるレビュー（independent professional review）を導入することを提案した（パラグラフ8.29）¹²¹⁾。すなわち、まず、年次報告書及び計算書類の内容を外部者が検証することには便益が認められるが、一部の小規模会社にとっては監査のための費用がより広範な便益を上回ってしまう¹²²⁾という主張には説得力があり、それは、きわめて小規模な会社にはとりわけあてはまるので、そのような会社については監査を完全に免除すべきであるとした（パラグラフ8.42）¹²³⁾。そのうえで、小規模会社にはあたるが、きわめて小規模な会社にはあたらない会社についても、監査報酬はおそらく年売上高の

117) Company Law Review Steering Group (1999)

118) Company Law Review Steering Group (2000)

119) 完全な監査免除の対象となる会社（極小会社 [micro company]）は、売上高100万ポンド未満、総資産50万ポンド未満、被用者数25人未満という3つの規準のうち2つ以上をみたす会社とされていた。

120) 小規模会社とは、売上高480万ポンド未満、総資産240万ポンド未満、被用者数50人未満という3つの規準のうち2つ以上をみたす会社を意味するものとされていた。この意見募集文書では、中規模会社という概念は採用せず、大規模会社と小規模会社とに分け、さらに、小規模会社を極小会社とそれ以外の（小規模）会社に分けて、規律を定めることが提案されていた。

121) ただし、1989年会社法の規定とパラレルに、小規模会社（極小会社を含む）においては、持分の10%以上を保有する社員が要求したときは監査を受けなければならないとする規定を設けることを提案していた（パラグラフ8.26）。また、企業集団レベルでも規準をみたさないと、小規模会社あるいは極小会社にあたらないとする点も維持するものとされていた（パラグラフ8.27）。

0.15%に及び、しかも、取締役が監査人に対応するための時間に照らして会社に追加的な費用が生ずることから、伝統的な監査は相当な負荷となるとし、そのような会社についてはより低コストの監査の形態がより適切でありうるとし（パラグラフ8.43）、提案する監査免除の上限と下限との間の企業については、完全な監査を受けることを要求する代わりに、より低位の保証を要求することを勧告するとされた（パラグラフ8.41）。完全な法定監査に代わるものはさまざまあり、計算書類が正しく（proper）作成されていることを単に検証するという選択肢もあるが、計算書類の作成にあたって基本的な算術的な正確性をチェックするに過ぎないのであればほとんど価値はないであろうとされ、また、かつての監査免除報告書のような簡略化された（reduced）「監査」では計算書類の質と正確性（veracity）について十分なレベルの保証を付与することができないという結論に達したとされた（パラグラフ8.44）。その上で、完全な監査においては証拠の収集とそれらを調書化することが求められ、調書の作成・整理及び保存に相当な費用を要し、それが監査報酬に転嫁されるという認識を示し、監査人は会社の財務データの信頼性に関して受容可能なレベルの保証を付与するために当該財務データを調べるが、このような証拠化のプロセスは含めない保証の形態を想定することは可能であるとし、独立した専門家によるレビュー（Independent Professional Review（IPR））という形態を小規模会社のためのそのようなプロセスとして提案した（パラグラフ8.45）。そして、この独立した専門家によるレビューの目的は、監査においてであれば求められるすべての証拠を提供するわけではない手続きに基づき、財務諸表が適用される財

122) この意見募集文書では、保証水準を高めることによる費用と便益との衡量が強調され、たとえば、後述する独立した専門家によるレビューには（たとえば、批判や疑問を投げかけられることから身を守るために、監査人がこの意見募集文書で提案されているより入念な手続きを実施することにより）想定以上に費用を要するというのであれば、独立した専門家によるレビューが要求される会社の閾値を引き上げることが適切であると指摘されていた（パラグラフ4.48）。

123) この意見募集文書では、100万ポンドの売上高を規準とすることが提案された（パラグラフ8.23）。

務報告のフレームワークに従って作成されていないとレビュー実施者に考えさせる事項がすべての重要な点において認められなかったかどうかをレビュー実施者が述べることを可能にすることにあるとされていた（パラグラフ 8.46）¹²⁴⁾。

(2) 会社法改正運営グループ最終報告書

最終報告書¹²⁵⁾においては、売上が100万ポンド以下の会社は監査その他の形態の監査レビューを免除されるべきであるが、それ以外の小規模会社は監査免除の対象となるが、より低位の保証形態（独立した専門家によるレビュー）の対象とされるべきであると提案された。そして、監査実務審議会が独立した専門家によるレビューの実地試行を実施していることに鑑み、かりに、貿易・通商省が、その試行の結果、完全な監査に比べて十分な費用削減効果があり、かつ、利用者が好意的に反応していると判断したときには、独立した専門家によるレビューは売上が100万ポンドと480万ポンドとの間にある会社について用いられるべきであると勧告した。他方、独立した専門家によるレビューが受け入れられないときは、すべての小規模会社について監査も独立した専門家によるレビューも求めないことが適切であるとした（パラグラフ 2.33）。

(3) 『独立専門家によるレビューの実地試行結果』

2001年11月に、監査実務審議会から『独立専門家によるレビューの実地試行結果』¹²⁶⁾が公表された。この実施試行は『独立専門家によるレビューの実施基準書例（Illustrative Statement of Standards for Performing an Independent Professional Review）』を前提として行われたものであった。

124) Annex Fには、国際監査基準910『財務諸表のレビュー契約』に含まれている様式に基づき、独立した専門家によるレビューに適するレビュー報告書の様式が含められていた。また、国際監査基準910の「実施されることがある詳細手続きの例」という付録の要約も、独立した専門家によるレビューにおいて「中位の」保証を実現するための作業の範囲を判断するうえでの参考として含められていた。

125) Company Law Review Steering Group (2001)

126) Auditing Practices Board (2001)

1) 『実施基準書例』

まず、財務諸表の独立専門家によるレビューの目的は、当該財務諸表が1985年会社法及び連合王国の会計基準（すなわち、小規模企業向けの財務報告基準）の適用される条項に従ったものとなるようにするためになされるべき重要な¹²⁷⁾修正事項にレビュー実施者が気づいたかどうかについて述べることを可能にすることを目的とするとされた（パラグラフ3）¹²⁸⁾。独立専門家によるレビューは主として（primarily）、(a) 当該主体の会計記録が財務諸表にとっての健全な会計上の基礎を提供するよう見えるかどうかを評価するための限定された手続きの実施¹²⁹⁾、(b) 事業及び当該財務諸表に関する及び質問ならびに非通例的に見える関係及び個別項目を識別するための分析的手続きの実

127) 虚偽記載が及ぼす可能性のある影響を検討するにあたって、何が重要なかの判断は報告対象財務諸表に照らしてなされるものであり、提供する保証のレベルに照らしてするものではないとされていた（基準12）（パラグラフ39）。パラグラフ40も参照。

128) レビュー実施者は、独立専門家によるレビューの実施を受嘱するかどうかを検討するにあたって、当該業務を引き受ける能力を有することを確保するようにし、かつ、所有者、取締役及び経営者の誠実性と会計的能力を評価しなければならず（質問によって評価することがあることにつき、パラグラフ9及び10）、レビュー実施者は、また、任期終了前にレビュー実施者として留任する意思があるかどうかを検討しなければならないとされた（基準2）（パラグラフ7）。なお、レビュー実施者は、(a) 当該主体を支配している者、所有者、取締役及び経営者の身元、(b) 当該主体の活動の性質、及び、(c) 提案されている選任の理由及び現任または前任の監査人またはレビュー実施者の辞任または解任の理由について質問する（パラグラフ8）。

また、受嘱する前に、レビュー実施者は、(a) 当該主体が監査免除のすべての要件をみたしているかどうか、(b) 当該主体の登記上の事務所に監査請求が寄せられていないかどうか、及び、(c) 10%以上の株主から監査請求がなされていることにレビュー実施者が気付いているかどうかを検討しなければならないとされていた（基準3）（パラグラフ11）。以上に加えて、独立専門家によるレビューの実施業務には、十分な訓練を受け、経験を有するパートナー及びスタッフがその業務の実施に関与しなければならないとされ（基準4）（パラグラフ12。有すべき十分な訓練と経験についてはパラグラフ13及び14）、独立専門家によるレビューの実施にあたって、レビュー実施者は独立専門家によるレビューの実施に適用される専門職業人団体の倫理基準その他関連する倫理ガイダンスに従わなければならないとされていた（基準5）（パラグラフ15）。

施、(c) レビュー実施者によって識別された非通例的な関係及び個別項目についての主体の取締役からのもっともらしい (plausible) 説明の入手、及び、(d) レビュー結果についての報告から成るとされた (パラグラフ 4)。

そして、独立専門家によるレビューは主として (principally) は質問と分析的手続きから成るため¹³⁰⁾、通常は監査の一部として実施される手続きである (a) 内部統制の評価の実施、(b) たとえば、実査、立ち合い、確認及び計算などによる財務諸表に具体化されたアサーションに関する裏付け証拠の入手、または、不正または違法行為の結果、財務諸表が虚偽表示されているかどうかの検討を含まないとされ (パラグラフ 5)、レビューによることによって財務諸表の虚偽記載を発見できないリスクが監査によるよりは大きく、したがって、レビュー報告書が提供する保証のレベルは監査報告書が提供する合理的な保証に比べると相当 (substantially) 少ないとされた。独立専門家によるレビューによる提供される保証の限定的性質は、レビュー実施者が財務諸表に対する重

129) 基準 6 (パラグラフ 16) も同趣旨。独立専門家によるレビューの実効性は、当該主体の会計記録が取引、資産及び負債を信頼できるように集約されていないと減じられるとされ、基礎となる財務情報を収集しかつ集約する十分なレベルの会計上の能力によらない財務諸表に基づく場合にはレビューの実効性は大幅に減じられると指摘されていた (パラグラフ 17)。そして、会計記録が財務諸表にとっての健全な会計上の基礎を提供するように見えるかどうかを評価するための限定された手続きは付録Ⅱの No.5 から No.17 として例示され (パラグラフ 18)、その手続きは主として質問であり、残高のレビューや突合を含んでいた。なお、しばしば同一の会計士が計算書類の作成を補助し、かつ、独立専門家によるレビューを実施するが、計算書類の作成を補助する際の手続きは財務諸表が独立専門家によるレビューの実施の有効な基礎を提供しているかどうかを決定するにあたって 直截的に有用である可能性が高いと指摘していた (パラグラフ 19)。

130) そして、レビュー実施者は無限定のレビュー結論を表明するために追加的な証拠が必要であると結論付けることがあるが、そのような場合には、レビュー実施者は追加的な質問を行う、他方、裏付け証拠を入手すると業務の性質が独立専門家によるレビューから監査に変わってしまうので、そのようにはしないとされている。そして、実行可能なら、レビュー実施者が無限定の結論を表明することができるような必要な証拠を提供する追加的な手続きを実施することをレビュー実施者は取締役に要請するとされていた (パラグラフ 45)。

要な修正の必要に気づかなかった（not being aware）という文言で表現されること（消極的保証）に示されているとされた（パラグラフ6）。

レビュー実施者は実効的にレビューを実施することができるように業務計画を立案し、文書化しなければならない（原則8）（パラグラフ26）。計画を立案するにあたって、レビュー実施者は主体の事業及び運営実績（当該主体の組織、会計システム、営業上の特徴、会計原則及び実務の検討を含む）ならびにその資産、負債、収益及び費用の性質についての知識を入手または更新しなければならない（基準9）（パラグラフ28）。

また、レビュー実施者はレビュー報告書を裏付ける証拠を提供するうえで重要な事項及びレビューが基本準書に従って実施されたことの証拠をその調書に文書化しなければならない（基準10）（パラグラフ31）¹³¹⁾。

独立専門家によるレビュー業務においては、当該主体の取締役ではなく、レビュー実施者がレビューの最小限の範囲を決定する責任を負うとされ（パラグラフ34）、レビュー報告書において消極的保証を表明するために、レビュー実施者は非通例的に思われるまたはレビュー実施者の当該事業体についての知識と整合しない関係及び個別項目を識別するための、財務諸表と前期以前の財務諸表との比較、財務諸表と予算からみた当該主体の予想業績との比較及び売上総利益との関係のような当該主体の経験に基づいて予測されるパターンに従うと思われる財務情報の要素間の関係の検討を含む分析的手続きを実施し、財務諸表が1985年会社法及び連合王国の会計基準の要求事項に従って作成されているかどうか、財務諸表の作成にあたって適用した会計方針、会計上の見積り及び取締役が重要な判断をしたその他の事項についての根拠、財務諸表に影響を与える可能性がある、株主総会、取締役会またはそれに相当する会議における決議について取締役に質問し¹³²⁾、これらの手続きを適用するにあたって、前期以前において会計上の修正を必要とした類型の事項をレビュー実施者は検討し、分析的手続きにより識別した関係または非通例的項目について取締役に

131) 調書については、パラグラフ32及び33に規定が設けられた。

質問し、財務諸表が1985年会社法及び連合王国の会計基準の適用される条項に従っているように見えるかどうかを検討するために財務諸表を通読することを実施することによって十分な証拠を入手しなければならないものとされていた（パラグラフ35）。これらの手続きは、財務諸表がミスリーディングとなるような状況が存在することがあり得ることを認識しつつ、職業的懐疑心をもって実施されなければならない（基準11）（パラグラフ35）¹³²⁾。

以上に加えて、レビュー実施者は財務諸表の修正または開示を必要とするような財務諸表日後の事象について質問¹³⁴⁾しなければならないが（基準13）（パラグラフ41）、レビュー実施者はその報告書日後に生じた事象を識別するための手続きを実施する責任を負わないとされていた（パラグラフ43）。

そして、レビュー実施者は入手した証拠を評価し、当該財務諸表が1985年会社法の適用されるべき条項及び連合王国の会計基準の要求事項に従ったものとなるようにするためになされるべき重要な修正事項にレビュー実施者が気づいていないという消極的保証を与えることができるかどうかどうにかについて結論を導かなければならないとされていた（基準14）（パラグラフ44）。

レビュー報告書に報告書の宛先を特定したタイトル、レビューの対象となった財務諸表を特定する導入区分、レビューの性質を説明する範囲区分（本基準

132) なお、レビューにおいては、レビュー実施者の質問に対する取締役の説明と確認がもたらしい場合には、それらを受け入れることが含まれるため、より重要な質問に対する回答を確認する確認書（confirmation letter）を入手することがあり、とりわけ、そのような確認書は、当該主体が継続企業であるかどうかについての取締役の見解の確認に用いられることがあるとされていた（パラグラフ37）。確認書の意義についてはパラグラフ38も参照。

133) 基準11の要求事項をみとすために実施する手続きの例は付録Ⅱに含められており、取締役に対する質問はNo.18からNo.28まで、分析的手続きについてはNo.29からNo.31まで、通読についてはNo.31（No.31が2つある）からNo.34までに示されている。また、独立専門家によるレビューの実施にあたって、レビュー実施者にとって、会社法開示チェックリスト、FRSSE開示チェックリストその他の連合王国の会計基準のためのチェックリストが有用であり得るとされていた（パラグラフ36）。

134) 具体的な質問内容についてはパラグラフ42。

書への言及、レビューは質問と分析的手続きに限定されている旨の記載及び監査は実施されておらず、実施した手続きは監査に比べて低い保証を提供し、監査意見は表明されない旨の記載)、消極的保証の形で表明されるレビュー結論、レビュー実施者の自筆または印刷された署名及びレビュー報告書の日付¹³⁵⁾を含めるべきであるとされていた(基準15)(パラグラフ46)¹³⁶⁾。

財務諸表に対する重要な修正の必要にレビュー実施者が気づいたときは、レビュー結論で、実行不可能でない限り、財務諸表に及ぼす可能性にある影響額を含め、当該事項を述べ、かつ、(a) 修正の必要を生じさせる事項の影響を除き結論を表明することを示しつつ、消極的保証に対する除外事項を表明するか、または (b) 財務諸表をきわめてミスリーディングとしてしまうほどに修正の必要を生じさせる事項が重要であるとレビュー実施者が結論付けたときには不適正レビュー結論を表明しなければならない(基準16)(パラグラフ48)¹³⁷⁾。そして、重要な範囲限定があるという例外的な状況の下では、レビュー結論には当該限定を記載し、かつ、(a) 消極的保証に対する、当該限定がなかったとすれば必要であると判断されたであろう財務諸表に対してなされた可能性がある修正に関しての除外事項を表明するか、または (b) レビュー実施者がいかなるレベルの保証も提供することができないと結論付けるほどに当該限定が及ぼす可能性のある影響が大きく、かつ、広範である場合には、何らの保証も提

135) 独立専門家によるレビューの日付(独立専門家によるレビュー報告書の日付は、その読者にレビュー実施者が当該日付までに発生し、気づいていた事象または取引の効果を検討したことを知らせるものであるとされていた(パラグラフ60)。また、パラグラフ61も参照)は財務諸表とともに配布するためにレビュー実施者がその報告書に署名した日付であるべきであるとされ、レビュー実施者の責任は取締役によって作成され提示される財務諸表について報告することであるから、レビュー実施者はレビューの対象となった財務諸表が取締役によって承認された日より前にレビュー報告書に署名し、または、そのような日付を付してはならない(パラグラフ61も参照)とされていた(基準19)(パラグラフ59)。

136) 付録Ⅲに無限定のレビュー結論を表明するレビュー報告書の例が含められていた。

137) 付録Ⅳには限定付レビュー結論の例が、付録Ⅴには不適正レビュー結論の例が含められていた。

供しない（基準17）（パラグラフ50）。

将来の事象に関する内在的不確実性（たとえば、売掛金の回収）は、ある程度、承認日における財務諸表の広範囲の構成要素にしばしば影響を与え、取締役が財務諸表を承認する日においてより多くの情報を入手することによってその不確実性を除去することができないときには、その不確実性の財務的効果に関する取締役の作業仮説を反映させ、かつ、重要な場合には当該不確実性を生じさせる状況及びそれが及ぼす可能性のある財務的効果を記載するものとされていた（パラグラフ51）。もっとも、財務諸表において適切にその事項が開示されていれば、財務諸表にとって本質的ではない、係争中の訴訟の結果のような内在的不確実性の存在ゆえにレビュー実施者が標準的なレビュー結論を修正しなければならないということにはならない（パラグラフ52）。他方、財務諸表がミスリーディングになるような本質的な不確実性が存在することを示す情報に気づいたときは¹³⁸⁾、レビュー実施者は当該事項に言及する説明的区分を報告書に含めなければならない、その説明的区分は、レビュー結論とは分けて、レビュー実施者は当該事項について意見を表明しないことを示す言葉を用いなければならない（基準18）（パラグラフ53）¹³⁹⁾。

なお、興味深いのは、会計方針の首尾一貫しない適用があっても、それが適切に財務諸表において開示されている限り、レビュー実施者は標準的なレビュー結論を修正することを要しないとされていたこと（パラグラフ58）である。また、財務諸表の各頁には、「未監査。…頁の独立専門家によるレビュー報告書参照」と記載しなければならないものとされ（基準20）（パラグラフ62）、財務諸表が他の情報を含む文書、たとえば年次報告書の中に含まれている場合には、レビュー報告書において、そのような他の情報は独立専門家に

138) パラグラフ54では、不確実性の程度と財務諸表が与える概観に対する影響が非常に大きい場合の例として、継続企業の前提に基づいて財務諸表を作成することが適切であるかどうかについて不確実性が存在する可能性のある場合を示していた。

139) 付録Ⅵ及びⅦに根本的な不確実性を説明する説明的区分を含むレビュー報告書の例が含まれていた。パラグラフ55及び56も参照。

よるレビューの範囲外であることを明確にしなければならない（基準21）（パラグラフ62）とされていた。

2) 『独立専門家によるレビューの実地試行結果』

第1に、会社内に会計専門家がいる場合に費用削減の可能性が最も大きくなるが、100万ポンドから480万ポンドの範囲で規模がより大きな会社に会社内会計専門家が存在する可能性が高いと指摘された。そして、実地試行の結果、会計事務所が、同じチームを用いて、顧客に会計支援を提供しているときには、平均して約1100ポンドの費用削減がみられたとされた。これは、12件の業務において、前年度の監査及び会計報酬と比べると27%の削減に相当するが、最少では4%の削減にしかならないのに対し、最大では70%の削減となったと報告されている。他方、会計事務所が会計支援を行っていない場合または他のチームが会計支援を行っている場合には平均して約2400ポンドの費用削減がみられたとされ、8件の「純粋な独立専門家によるレビュー」においては、前年度の監査報酬に比べると平均して61%、最少で48%、最大で81%の費用削減となったと報告されている。とはいえ、一部の実務従事者は、この試行は費用削減を過大に示しているのではないかという懸念を表明していると指摘していた。すなわち、経験の浅いスタッフを用いないことにより実現された費用削減は長い目で見れば持続可能ではない可能性があり、レビュー実施者が直前の監査から得られた事業についての知識から隔離されるにつれて、時間削減の効果が減少する可能性があるというのである。他方、実務従事者が独立専門家によるレビューの実施プロセスに慣れるとより削減できるという主張もあったとされている。

もっとも、財務諸表の作成にあたって、実務従事者は、その業務を高い標準に従って行い、その結果、計算書類の作成にあたってはある種の裏付け証拠の入手がなされる、たとえば、在庫の棚卸の立会、債権者からの請求書の照合、債務者に対する確認などが行われると指摘されている。このような場合には、財務諸表の作成にあたって実務従事者が入手する証拠の量は『独立専門家によ

るレビュー実施基準書例』によって要求されているものよりも広範であり、もしそうであれば、監査による増分費用、その結果、独立専門家によるレビューによる費用削減は比較的小さいかもしれないと述べられている。

第2に、独立専門家によるレビューの実効性について、独立専門家によるレビューにより財務諸表の虚偽記載を発見することはできるものの、裏付け証拠を入手することによって監査の方がより実効的であることを示唆する調査結果が得られた。

第3に、『独立専門家によるレビュー実施基準書例』では、独立専門家によるレビューでは、裏付け証拠を入手することを禁止したため、実務従事者は、詳細な会計情報が保存されておらず、業種データが入手不能で、かつ、予算情報がわずかしかない小規模顧客について定められた実証的レビュー手続を実施するにあたって困難に直面したとまず指摘されている。分析の手続きを実施する際に、実務従事者は、趨勢や変動について会社の取締役や職員から十分な説明を得ることがしばしば難しく、ある場合には、質問に対する顧客の回答を誘導しなければならなかったとされている。また、とりわけ、『独立専門家によるレビュー実施基準書例』が裏付け証拠を入手することを禁止していたため、取締役の説明に依拠する範囲について実務従事者は厄介さを感じた (uncomfortable) ともされている。そして、ほとんどすべての実務従事者はレビュー報告書における消極的保証に、とりわけ、会計業務を含む実施した業務についてのコミュニケーションの欠如に、違和感を覚えた (uncomfortable) とされている。多数の実務従事者が独立専門家によるレビューも継続企業の前提問題を識別する点では監査と同様の実効性が認められると考え、一部の実務従事者は適切に実施されれば保証サービスとして意義を有すると評価したものの、独立専門家によるレビューを適切に実施する能力は当該業務を行う者が顧客の事業について深い理解をもたらすために必要な技能と経験を有し、取締役の説明に対して疑問を呈する自信を有しているか次第であるとされた。

第4に、取締役の意見としては、多くの者は、監査免除の対象となっても、監査人から受けているサービスに対して支払う金額に影響はないと考えている

が、監査または独立専門家によるレビューよりも役に立つと思われるサービスに対して支払うことが可能になるという見方も示されていた。監査または独立専門家によるレビューを要求すべきではないという意見を持つ取締役がいる一方で、独立専門家によるレビューでは不十分であり、監査を要求すべきであるという意見を有する者もあった。

第5に、銀行家との討議を实地試行の一環として行ったわけではなかったが、銀行家の意見も『独立専門家によるレビューの实地試行結果』では紹介されており、一部の銀行家は、不確実性について報告することを認めると修正されたレビュー意見が過度に多くなるのではないかという懸念を表明し、また、一部の銀行家は小規模会社のコーポレート・ガバナンスの重要な構成要素としての監査を失うことに対する躊躇を示したとされていた。また、監査免除により、将来、資金調達を受けるために監査の履歴が必要になる可能性がある成長中の会社にとって予見しなかった結果をもたらすことになるのではないかという懸念も表明したともされている。さらに、財務諸表の調製については実施基準がないことから、未監査財務諸表に信頼を置くことに銀行家は躊躇を覚えるとされている。

第6に、『独立専門家によるレビュー実施基準書例』は、国際監査基準910『財務諸表のレビュー業務』の要求事項に十分な（sound）会計上の基礎確保の要求を加える一方で、無限定レビュー意見を表明するために裏付け証拠を入手することを禁止したことに対し、実務従事者からは前者については賛同が得られたものの後者については賛同が得られなかった。分析的レビュー手続に対しては十分に明確化（specific）されていないという批判が加えられ、分析的手続きと取締役に対する質問の相互関係についてさらにガイダンスが必要であるように思われるとの指摘があった。「もっともらしさ（plausibility）」を実務にあてはめることに困難さがあり、取締役の説明がもっともらしくない（implausible）ようにみえる場合の対応についてガイダンスがより必要であるとされた。また、レビュー報告書は過度に消極的（negative）であり、実施した作業の性質及び範囲を伝達できていないという指摘もあった。とはいえ、こ

これらの点を除けば、『独立専門家によるレビュー実施基準書例』の付録Ⅱは、独立専門家によるレビューを実施するために合理的な基礎を提供しているものと考えられるとの評価を示した。

(4) 2002年白書と2005年白書

監査実務審議会『独立専門家によるレビューの実地試行結果』を背景として、2002年に、政府が議会に提出した白書¹⁴⁰⁾では、独立専門家によるレビューの導入は法案に盛り込まれなかった。すなわち、政府は、監査実務審議会の調査結果に照らして、すべてを考慮に入れると、独立した専門家によるレビューが一部の会社に対する法定監査にとって代わる、価値のあるものであるかを検討し、そうではないと判断したとされた。すなわち、実地調査に関与した者で独立した専門家によるレビューを熱烈に支持した者はほとんどなく、むしろ、裏付け手続きが欠けていることに対する懸念があったこと、及び、独立した専門家によるレビューの費用は監査のそれよりも低いという証拠はあるものの決定的でなかったことから、政府は、想定される費用と便益のバランスは、法律上、独立した専門家によるレビューを監査の代わりにすることを正当化できる十分な根拠とはならないという結論に達したとされた（パラグラフ4.22）。他方で、監査免除の閾値を100万ポンドから480万ポンド（当時のEC法の下での上限）に引き上げるという会社法改正運営グループの勧告については、政府としては、この論点を白紙から検討し、最終的な決定をする前に、さらに意見募集を行い、2000年7月に閾値を35万ポンドから100万ポンドに引き上げた効果を評価することが適切であると考えたとした（パラグラフ4.23）。

その後、政府は、2005年3月にも白書¹⁴¹⁾を議会に提出したが、ここでは、監査免除の対象となる閾値を売上高は560万ポンド、総資産額は280万ポンドに、それぞれ引き上げることとされ（パラグラフ4.10。これによって、約

140) *Modernising Company Law* (July 2002), Cm 5553

141) *Company Law Reform* (March 2005), Cm 6456

69,000社が監査義務を免れることになる」と説明されていた)、2005年11月1日に、小規模会社に対する監査要求については、これに沿った条文(454条)を含む会社法改正案(Company Law Reform Bill)が上院に提出された。結局、2006年会社法(c. 46)では、一定の要件をみたす小規模会社もしくは休眠会社(480条)または公的部門監査の対象とする非営利会社(482条)を除き、会社の年度計算書類は監査を受けなければならないとされ(475条1項)¹⁴²⁾、免除の対象となる小規模会社(382条1項から6項まで)¹⁴³⁾は、小規模会社のうち、当該会計年度の売上高が560万ポンド以下であり、かつ総資産額が280万ポンド以下であるものとされた(477条)。

5 2006年以降の動向

(1) 『中小会社及びそのステークホルダーの必要を会計士がどのように支援するか』のレビュー』

会計士監督審議会(Professional Oversight Board for Accountancy)は、2006年3月に『中小会社及びそのステークホルダーの必要を会計士がどのように支援するか』(POBA(2006))を公表した¹⁴⁴⁾。この報告書では、監査

142) ただし、監査免除は、監査が免除されている旨(475条2項)、ならびに、小規模会社及び休眠会社については、さらに、476条(発行済株主資本の10%以上もしくはある種類株式の発行済株主資本の10%を保有する株主[株主資本がない会社においては社員の10%以上]は会社に対して監査を受けることを請求できる)に従って当該年度の計算書類の監査を受けることを社員が会社に要求していない旨及び会計記録及び計算書類の作成に関して会社法の要求事項を遵守する責任を取締役が了解している旨(475条3項)の取締役による記載が貸借対照表に含められていないと認められないものとされた。

143) 売上高が560万ポンド以下、総資産額が280万ポンド以下、平均被用者数が50人以下の3つの規準のうち2つまたは3つに当該会計年度及び直前年度(初めの会計年度については当該年度のみ)に該当するもの。

144) この報告書では、2005年4月までの1年間に、中小会社のうち約25%の約260,000社が計算書類の監査を受け、約890,000社が監査免除を活用したと推定されていた。そして、監査を受けた会社のうち、180,000社は監査免除を受ける適格を有していたが任意に監査を受けたものであったと推計していた。

を受けていない会社については、職業的会計士が計算書類の作成にどのように関与しているかが、外部からは、通常、わからないという問題意識を背景として、職業的会計士の業務範囲の説明と職業的会計士の義務の明確な説明を含む調製報告書によって、それを明確化することが望ましいとした。新たなレベルの保証に対する利用者の関心を識別することができず、会計士監督審議会としては現時点において、保証の代替的形式を導入することは混乱を招くだけであると考えたため、この報告書には保証意見を全く含めないこととされていた。また、このような報告書の使用は任意であるため、財務報告評議会ではない団体によって開発され、実施されることが望ましいとし、そのような団体が、これを合理的期間内に実現することができないときは、このアプローチは再考されるべきであるとしていた。そして、会社登記局（Companies House）に計算書類を提出する際の職業的会計士の関与の報告について明確性と安全性を高める必要があるとし、職業的会計士が関与したと記載されているときにはそれが事実に合致していることについて、利用者は信頼を置くことができるべきであるとした。また、計算書類には、職業的会計士の関与の性質、すなわち、監査なのか、調製報告書なのか、何らの報告書も発行されないのかを示すことができた。その上で、職業会計士団体に対して、7つの勧告を行ったが、まず、団体は、継続的に、職業人が小規模会社の取締役に対して、職業的会計士の職業上の義務と提供するサービスを含め、職業的会計士の役割を明確に説明する方法を検討すべきであるとした（勧告1）。また、団体は、その会員が関与する計算書類の質を向上させる助けとなる方策を講じるべきであり、講じた方策について会計士監督審議会に通知し、かつ、2007年4月にその方策の実効性について会計士監督審議会に対して正式に報告すべきであるとした（勧告3）。さらに、団体は、継続的に、監査を受けていない会社の計算書類の利用者が、当該計算書類の作成において職業的会計士が関与した範囲及びその有用性について明確な説明を受けることができるようにする方法を検討すべきであるとし、そのために、団体は、職業的会計士の業務範囲の説明と職業的会計士の義務の明確な説明を含む調製報告書の利用を検討すべきであるとした（勧告6）。

以上に加えて、団体は、将来、計算書類が電子的に提出されるようになったときに、職業的専門家の関与の報告について明確性と安全性を高めることができるように、職業人の協力を求める会社登記局からの提案を取り上げることを検討すべきであるとした（勧告7）。

このように会計士監督審議会は、中小規模会社の監査について大会社の監査とは異なる監査の基準を開発する可能性についても監査以外の保証サービスについても言及しておらず、「監査は監査である」という発想に立脚していたものと推測される。

(2) 中間テクニカル・リリース AAF 03/06

イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の監査及び保証部門は、2006年8月に、中間テクニカル・リリース AAF 03/06『未監査財務諸表についての ICAEW の保証サービス』（ICAEW（2006a））を公表した。AAF 03/06は限定的保証業務を取り扱っており（パラグラフ9）、国際レビュー業務基準（ISRE 2400）よりも、国際監査保証基準審議会の保証業務の国際的フレームワーク（International Framework for Assurance Engagements）を下敷きとしたものであった（パラグラフ3）。

限定的保証業務において、会計士は、「財務諸表が真実かつ公正な概観を与える…との取締役による確認を否定するようなことには気づかなかつた」という監査済でない財務諸表についての消極的形式による結論に基礎を与えるレベルの保証に十分な証拠を収集しようとする（パラグラフ11）。限定的保証業務は主として経営者及び取締役に対する質問を行うこと¹⁴⁵⁾及び財務諸表に対して分析的手続きを適用して、適用された会計方針が状況に照らして適当であり、かつ、適切に開示されているかどうかを評価することから成る。財務諸表中のある残高及び開示に関連する証拠の調査（examination）を含むことがあるが、これは、分析的手続きを実施し、経営者及び取締役に対して質問をし、会計方針を評価した後に、財務諸表に重要な虚偽記載があるリスクを示す事項に会計士が気付いた場合に限られる（パラグラフ12）。監査とは対照的に、限

定的保証業務は重要な虚偽記載のリスクの全般的評価、不正もしくは法令もしくは規則の検討、または国際監査基準（連合王国及びアイルランド）に従って実施される内部統制についての理解の獲得もしくはその検査を含まない。また、財務諸表のすべての重要な領域との関係で、また、すべての関連するアサーションに関して、資料を収集することを含まない。したがって、国際監査基準（連合王国及びアイルランド）に従って実施される監査に比べ、範囲がより狭く、より低いレベルの保証を提供する。会計士はこれを契約書及び報告書において明確にしなければならない（パラグラフ 13）。

すなわち、会計士は、AAF 03/06に従った作業を実施する際に、主として経営者に対する質問及び分析的手続きを実施することによって証拠を入手する（パラグラフ 37）。そのような手続きを実施した後に、会計士が重要な虚偽記載の重要なリスクに気づいたと考えるときは、修正が必要であるかどうかをはっきりさせるために経営者がさらなる作業を行う必要があるかどうかについて、経営者と討議する。経営者に対する要請を基礎づける情報が不十分なときは、会計士はその結論を裏付けるために必要であると考えられる実証手続きを含む追加的作業を実施することがある。経営者が必要な修正をしないときは、会計士

145) 業務の過程において、会計士は、特定の事項に関する情報及び説明を得るために、取締役及び経営者に質問することがある。そのような質問に対する口頭の返事から生ずる誤解は書面で確認を入手することによって減らすことができることがある。会計士は、自己の作業のために入手可能な関連性を有する情報の完全性のようにより一般的な事項についても書面での確認を望むことがある。すなわち、会計士は、その状況において必要と考える書面による陳述を取締役から入手する。そのような取締役による陳述には、財務諸表についての取締役の責任の了解、財務記録及び当該業務のために会計士にとって入手可能とされた会議の議事録または議事録が作成されていない場合の議事要録の完全性についての取締役の責任の了解、財務情報の基礎となる会計記録に重要な額、取引、合意または偶発事象が正しく反映されていないことを取締役は知らないことの確認、財務諸表の修正または開示が必要とされる後発事象の通知、ならびに、該当する場合には、当該状況において書面による陳述が適切であると会計士が考えるその他の事項（重要なアサーション及び取締役の見積り、判断または事実の解釈のうちの財務情報に重要な影響を与えるものの内容などを含む）が通常含まれる（パラグラフ 44）。

は業務を辞任するかどうかを含め、報告書または他の報告要求（たとえば、法人税申告書の提出）に対する影響を検討する。これは、監査においては、包括的なリスク評価に基づいて、すべての財務諸表の重要なアサーションに関して十分かつ適切な証拠を監査人が入手するのと対照的である（パラグラフ38）。また、会計士は、開示チェックリストまたはソフトウェア・パッケージのような、入手可能な情報に基づいて必要な開示がなされているかどうかをチェックするために利用可能な方法を検討する（パラグラフ39）¹⁴⁶⁾。

会計士は業務を計画し、そうする際に、事業に関する知識を入手し、更新し、会社の組織、保存されている会計記録のタイプ、営業上の特徴、会計原則と実務ならびにその資産、負債、収益及び費用の性質を検討する。会計士は、重要な虚偽記載が存在するリスクがある領域に注意を払う必要があり、当該リスクの範囲を評価することができるように更なる質問を計画する。しかし、包括的なリスク評価を実施することは期待されておらず、計画のレベルは会社の会計規則の複雑さと当該事業についての会計士の経験によって異なり得る（パラグラフ31）。会社の事業及び運営についての一般的な理解を得るために、会計士は、当該会社が活動しているセクターの会計原則及び実務ならびに当該状況において適切な会計情報の形式と内容をよく理解する。事業についての理解は、通常、会社についての経験と会社の経営者及びスタッフに対する質問を通じて得られる。会計士は、また、会社の事業と運営についての理解を裏付けるために必要であると考えられる場合には、会計記録についてのウォークスルーを実施し、さらなる手続きを計画することがある（パラグラフ32）。計画プロセスの目的は実施すべきさらなる作業の性質、範囲及びタイミングをはっきりさせることであり、会計士が考慮に入れる要素には、財務情報における虚偽記載のリスクの評価ならびに会計及び報告プロセスの強度が含まれるが、それらに限られるものではない（パラグラフ33）¹⁴⁷⁾。

146) 作業手続きについてのガイダンスは付録Fに示されている。

147) 限定的保証業務における作業手続きについてのさらなるガイダンスは付録Fに示されている。

また、会計士は、その専門家的判断に基づいて報告書の内容を裏付けるために重要な事項を文書化する。文書化される事項には、業務の計画と実施、財務情報に関連して実施した手続きの性質、タイミング及び範囲ならびに達した結論、実施した手続きから得られた証拠、判断を要するすべての重要な事項についての会計士の根拠及び結論（パラグラフ40）が、通常、含まれる。文書化のレベルは会社の会計記録の複雑さ及び会計手続きにより、会計士の事業についての経験及び他の事項が業務の過程において生じたかどうかにより、異なることがある（パラグラフ41）。

会計士の報告書は当該業務との関係でイングランド・ウェールズ勅許会計士協会によって公表された倫理その他のガイダンスに服する¹⁴⁸⁾会計士の関与から名宛人が安らぎを得る助けとなる。それはまた、業務の範囲及び監査から得られる安らぎのレベルとAAF 03/06に規定された業務¹⁴⁹⁾から得る安らぎのレベルとの違いを明確化するにあたって名宛人を支援する（パラグラフ50）¹⁵⁰⁾。

会社の非監査歴史的財務諸表についての会計士の報告書には、それが保証報告書であることを示し、当該報告書の名宛人である者を特定し、かつ、「…への独立した勅許会計士／会計士の報告書」¹⁵¹⁾という語を含む表題、会計士の結論が示される対象となる監査済でない財務諸表を特定する導入区分、業務の条

148) 保証業務を実施するにあたって、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の会員である会計士は、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の倫理規則に定められた倫理ガイダンスに服する。倫理規則の要求事項には、とりわけ、その序文に示されている、すべての専門的及び事業上の行動における基本原則を遵守することが含まれている。保証業務を実施する場合には、倫理規則中の「保証業務のための独立性」に追加的な要求事項が定められている。これは、監査に含まれないすべての保証業務に適用されるものであって、国際会計士連盟（IFAC）の倫理規則に従ったものである（パラグラフ20）。

149) AAF 03/06に従って実施される業務については、連合王国の一般に受け入れられた会計原則の枠組みの中で取締役によって選択された会計方針が適用されるべき規準となるとされ、この規準は、会計士がどのように結論に到達したかを利用者が理解し、あてはまる場合には、それから安らぎを得る助けとなると指摘されている（パラグラフ19）。

150) 報告書の例は付録Eに含められている。

件に従って当該報告書が作成された旨の記載、契約書の条項及び当該業務が実施された目的に従った名宛人に対する当該保証報告書の利用についての制約、1985年会社法に従って真実かつ公正な概観を与える財務諸表を作成することが自己の責任であることを取締役が了解した旨の記載、当該業務が実施された目的の特定、AAF 03/06に従って作業が実行された旨の記載、当該業務の遂行において実施された作業の説明、消極的形式の意見、会計士の氏名及び署名ならびに（「登録監査人」ではない）適切な肩書、報告書日¹⁵²⁾、及び、会計士についての情報（事務所／会計士の氏名・名称、業務を実施した事務所の所在地）が含まれる（パラグラフ52）。

会計士の報告書は契約当事者に向けられたものであり、当該報告書の名宛人でない者に対しては何らの義務を責任も負わない旨の免責文言を報告書に含める。三者間契約または多数当事者間契約においては、報告書の名宛人に当該会社の社員や識別された第三者など、当該契約に拘束されることに合意し、その者に対して報告すること及び注意義務を引き受けることに会計士が合意した他の者が含まれるが（付録E.b.i.）、二者間契約では、報告書の名宛人は取締役のみである（付録E.a.i.）（パラグラフ53）。会計士が事前に書面で同意を与えた場合には、その会計士の保証報告書が年次株主総会において社員に提出され、会社登記官に提出する当該年度の会社の監査を受けていない財務諸表及び取締役報告書の写しに添付されることがある（パラグラフ54）¹⁵³⁾。

151) 会計士はイングランド・ウェールズ勅許会計士協会の倫理ガイダンスに従っているもので、報告書には「独立した」会計士の報告書という表題を付すとされている（パラグラフ51。パラグラフ20も参照）。

152) 会計士は、財務諸表日後、会計士が報告書に署名する日までの間の、財務諸表を修正しまたは開示しなければならない可能性のある事象について質問をする。経営者に対してなされる可能性のある質問の例には、主観的判断を含む項目または暫定的データに基づいて処理された項目の現状、及び、財務諸表において用いられた会計方針の適切性に疑問を投げかける可能性がある事象が発生していないかどうかが含まれる（パラグラフ42）。他方、会計士は、報告書日後に生じた事象を識別する手続きを実施する責任を負っておらず、これを契約書で明確化しようとすることがある（パラグラフ43）。

将来の事象に関する内在的不確実性が存在し、かつ、会計士が自己の結論を裏付ける重要な証拠を入手できないときは、その不確実性が財務諸表全体に与える影響を検討する。そのような不確実性が財務諸表において十分に開示されているときは、会計士は、当該不確実性を強調する説明的区分を追加し、会計士の結論を当該不確実性区分から切り離すことによって報告書を修正することを検討する。そのような不確実性区分の追加は会計士の結論に影響を与えない（パラグラフ 55）¹⁵⁴。

AAF 03/06 には限定付報告書についての規定はないが、会計士が報告書の対象となる財務諸表の妥当性について何らかの疑いをもったときまたは範囲について重要な限定があることを識別したときは、報告書を発行せず、辞任し、自己の氏名を当該財務諸表に関連付けることを認めないことを検討する（パラグラフ 56）。また、ある状況の下で、会計士が適切と考える修正または開示が財務諸表においてなされておらず、または財務諸表において提供されている情報が不十分でないことがある。その結果、当該財務諸表がミスリーディングであると考えたときは、会計士は報告書を発行せず、辞任し、自己の氏名を当該財務諸表に関連付けることを認めない（パラグラフ 57）。財務諸表がミスリーディングであるかどうかを検討するにあたって、会計士は、財務諸表が形式上適切であり、たとえば、財務諸表における誤分類、適用されるべき会計基準を含む関連する法令上、規制上その他の報告上の要求事項の適用における誤り及び要求事項からの既知の離脱の開示、会計方針の重要な変更の開示ならびに会計士が気付いたその他の重要な事項の結果として明白にみえる重要な虚偽記載がないように見えるかどうかを検討する（パラグラフ 58）。

会計士は辞任するときには、辞任の理由を説明することが（マネーロンダリング法制の「内報」条項のような）法律上その他の規制上の要求事項違反にならない限り、通常、業務の当事者に対してそれを説明する（パラグラフ 59）。

153) その保証報告書の例は付録 E.b.ii で示されている。

154) そのような報告書の記載は付録 E. a. ii で示されている。

なお、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会の監査及び保証部門は、2009年7月に『監査に代わるもの』（ICAEW（2009））という報告書をまとめ、公表した。この報告書によると、AAF 03/06は、監査と財務諸表の調製というサービスに加えて、新たな保証サービスに対するニーズがあるのか、職業的判断を行使するにあたって、実務従事者が適用する手続きにばらつきが生ずるのではないかという観点から、会員、監査実務審議会及び会計士監督審議会¹⁵⁵⁾などからのかなりの懐疑的な反応にさらされたようである¹⁵⁶⁾。

結局、2013年には、AAF 03/06を廃止し、国際監査・保証基準審議会が2012年9月に公表した国際レビュー業務基準2400『財務諸表のレビュー業務（ISRE 2400（Revised）Engagements to Review Financial Statements）』との整合性を図ったAAF 09/13『歴史的財務諸表についての保証レビュー業務』（ICAEW（2013））¹⁵⁷⁾を公表した。

(3) 実務ノート26号

監査実務審議会は、2007年に実務ノート第26号『小規模事業体の監査における文書化』（APB（2007））を公表した。これは、上述したように、文書化が監査時間については監査報酬に大きな影響を与えているという認識を背景として、監査における文書化にはさまざまな方法があり、1つの方法のみが受容可能ではなく、他の文書化の方法もまた完全に受け容れられるものであることを示したものであり、許容される文書化について例を示したものであった。その後、国際監査基準のクラリティ・プロジェクトによる改訂を反映して、国際監査基準（連合王国及びアイルランド）が改訂されたことをうけて、2009年にこの実務ノートも改訂されたが¹⁵⁸⁾、2018年6月に、原則主義的な監査基準

155) POBA（2006）参照

156) ICAEW（2009）p.9

157) 2018年9月及び2019年3月に改訂されている。

158) <https://www.accountancyeurope.eu/wp-content/uploads/Notes_for_FEE24201059949.pdf>

という発想に沿って廃止された¹⁵⁹⁾。

(4) 会計士団体の最近の考え方

北欧会計士連盟（NRF）が公表した小規模事業体の監査基準（SASE）に対して、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会は、監査基準を分けることは適切ではなく、1つの監査基準という考え方を志向している（Biebuyck (2015)）。

また、勅許公認会計士協会は、既存の監査基準を解体する必要を回避しつつ、監査基準設定主体は、時代遅れにならないような、将来を見据えた基準の開発にあたって、小規模をまず考えるべきであるという発想を前提としつつ（Gambier (2018)）、『小規模をまず考える』という文書（ACCA (2018)）で、「監査は監査」という考え方に基づいて、監査基準は1つであるべきである（unitary approach）としている。

参考文献

- Abdel-khalik, A.R. *et al.* (1983) *Financial Reporting by Private Companies : Analysis and diagnosis*, Financial Accounting Standards Board
- Accountancy (1988a) Audit abolition Still Attacks Mixed Response, *Accountancy*, vol.101, No.1137 (May) : 6
- Accountancy (1988b) Abolition of Small Company Audit, *Accountancy*, vol.101, No.1137 (May) : 35
- Accountancy (1991) Matters Raised by the DTI Arising from Accounts and Reports Filed with the Registrar of Companies, *Accountancy*, vol.108, No.1179 (November) : 141-142
- The Accountant (1994a) Government Aims for June Legislation, *The Accountant*, No.5884 (May) : 3
- The Accountant (1994b) Banks to Seek Audits for Exemption Firms, *The Accountant*, No.5891 (December) : 5
- The Accountant (1997) ACCA to Fight Audit Exemption Proposals, *The Accountant*, No.5918

159) FRC (2018). 財務報告評議会はこの実務ノートの改訂を提案しなかった。これは財務報告評議会の監督及び検査に服するのは社会的影響度の高い事業体の監査であるところ、この実務ノートが念頭に置いている小規模事業体の監査は会計士団体の監督及び検査の対象とされているからである。See also Munro (2018)。

(February) : 5

- Adey, L. (1981) The Audit Report 'subject to'Misunderstanding?, *Accountancy*, vol.92, No.1055 (July) : 57-58
- Association of Chartered Certified Accountants (ACCA) (1993) Small Company Audit — ACCA Response to the DTI (*reproduced in : Certified Accountant*, vol.85, No.7 (July) : 45-48)
- Association of Chartered Certified Accountants (ACCA) (2018) *Thinking Small First*
- Auditing Practices Board (1993a) The Future Development of Auditing (*reproduced in : Accountancy*, vol.111, No.1193 (January) : 88-94)
- Auditing Practices Board (1993b) The Scope and Authority of APB Statements (*reproduced in : Accountancy*, vol.111, No.1198 (June) : 118-119)
- Auditing Practices Board (1994a) Proposed Statement of standards for reporting accountants : compilation reports under company legislation (*reproduced in : Certified Accountants*, vol.89, No.7 (July) : Technical update v-xv)
- Auditing Practices Board (1994b) Statement of standards for reporting accountants - audit exemption report (*reproduced in : Accountancy*, vol.114, No.1215 (November) : 153-158)
- Auditing Practices Board (1995) The Audit Agenda (*reproduced in : Accountancy*, vol.115, No.1218 (February) : 116-133)
- Auditing Practices Board (1996) The Audit of Small Business — a consultation draft (*reproduced in : Accountancy*, vol.117, No.1233 (May) : 117-129)
- Auditing Practices Board (1997) Practice Note (PN) 13, The Audit of Small Businesses (*reproduced in : Accountancy*, vol.120, No.1249 (September) : 123-136)
- Auditing Practices Board (2001) *Findings of the Field Trials of the Independent Professional Review*
- Auditing Practices Board (2007) Practice Note 26, *Guidance on Smaller Entity Audit Documentation*
- Auditing Practices Committee (1979) *Small Companies : the need for audit?*
- Auditing Practices Committee (1980) *Analysis of Public Comments on "Small Companies : the need for audit?"*, Technical Release No.382
- Auditing Practices Committee (1984) Use or Abuse of Example 6 — 'Acceptance of management assurances', *True and Fair*, No.27 : 7
- Auditing Practices Committee (1989) The old 'Example 6' Form of Audit and the New Reporting Standard, *Accountancy*, vol.103, No.1149 (May) : 166
- Auditing Practices Committee (1991) Auditing Guideline, The Audit of Small Business — Exposure draft (*reproduced in : Accountancy*, vol.107, No.1173 (May) : 134-136)
- Biebuyck, C. (2015) Audit standards for SMEs, *Economia*, No.43 (November) <<https://economia.icaew.com/features/november-2015/audit-standards-for-smes>>

- Bolton, J.E. et al. (1971) *Report of the Committee of Enquiry into Small Firms*. Cmnd 4811, HMSO
- Board of Trade (1895) *Report of Departmental Committee, appointed by the Board of Trade, to inquire what amendments are necessary to the Acts relating to joint stock companies incorporated with limited liability, under the Companies Acts, 1862 to 1890 with Appendix*. C.7779
- Board of Trade (1962) *Report of the Company Law Committee*. Cmnd 1749, HMSO
- Brebner, J.B. (1948) *Laissez-faire and State Intervention in Nineteenth-Century Britain*, *Journal of Economic History*, vol.8, supplement : 59-73
- Bryant, R. (1998) *Reporting Requirements for the Small Company*, 4th ed., Accountancy Books
- Carsberg, B.V. et al. (1985) *Small company financial reporting*, Prentice-Hall International
- Certified Accountant (1988) Major Split over Small Companies Auditing, *Certified Accountant*, vol.80, No.5 (May) : 6-7
- Certified Accountant (1994a) APB Compilation Report Guidance Stresses 'Much Lower Assurance', *Certified Accountant*, vol.86, No.7 (July) : 11
- Certified Accountant (1994b) Reporting Requirements for the Smaller Company, *Certified Accountant*, vol.86, No.7 (July) : 33-35
- Certified Accountant (1995) Small Company Audit Exemptions, *Certified Accountants*, vol.87, No.3 (March) : 25
- Chandler, R.A. (1997) Conflict, Compromise and Conquest in Setting Auditing Standards : The case of the small company qualification, *Critical Perspectives on Accounting*, vol.8, No.5 : 411-429
- Chidgey, P. and S. Hayward (1990) *The audit of small businesses*, Accountants digest 245, Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW)
- Company Law Amendment Committee (1906) *Appendix to report of the Company Law Amendment Committee*. Cd. 3053
- Company Law Amendment Committee (1918) *Report of the Company Law Amendment Committee*. Cd. 9138
- Company Law Review Steering Group (1999) *Modern Company Law for a Competitive Economy : the Strategic Framework*
- Company Law Review Steering Group (2000) *Modern Company Law for a Competitive Economy : Developing the Framework*
- Company Law Review Steering Group (2001) *Modern Company Law for a Competitive Economy : Final Report*, vol.I
- Consultative Committee of Accountancy Bodies (CCAB) (1979) *Company Accounting and Disclosure*
- Cottrell, P.L. (1980) *Industrial Finance 1830-1914*, Methuen
- Davies, J. (1995) The Grey Area of Audit Exemption, *Certified Accountants*, vol.87, No.4 (April) :

- Derwent, R. (1994) Reporting Requirements for the Smaller Company, *Certified Accountants*, vol.86, No.7 (July) : 33-35
- Department of Trade and Industry (1979) *Company Accounting and Disclosure*, Cmnd 7654, HMSO
- Department of Trade and Industry (1985a) *Burden on Business, Report of a Scrutiny of Administrative and Legislative Requirements*, HMSO
- Department of Trade and Industry (1985b) *Accounting and Audit Requirements for Small Firms - a consultative document*, HMSO
- Department of Trade and Industry (1988) *Possible alternatives to audit for small companies. A consultative note*
- Department of Trade and Industry (1989) *EC draft directive amending the fourth company law directive on annual accounts and the seventh company law directive on consolidated accounts with respect to the exemptions for small and medium-sized companies and to the drawing up and publication of accounts in ECUs. A consultative document*
- Department of Trade and Industry (1992) *EC Council directive amending directive 78/660/EEC on annual accounts and directive 83/349/EEC on consolidated accounts as concerns the exemptions for small and medium-sized companies and the publication of accounts in ECU*
- Department of Trade and Industry (1993) *Audit and Accounting Requirements for very small companies. A consultative document*
- Financial Reporting Council (FRC) (2018) FRC withdraws 'Practice Note 26 - Guidance on Smaller Entity Documentation' <<https://www.frc.org.uk/news/june-2018/frc-withdraws-practice-note-26-guidance-on-smal>>
- Flint, D. (1988) *Philosophy and Principles of Auditing : An introduction*, Macmillan Education
- Freedman, J. and M. Godwin (1993) The Statutory Audit and the Micro Company — An empirical investigation, *Journal of Business Law*, March : 105-130
- Gambier, A. (2018) 'Think small first' - ACCA responds to concerns on auditing standards for smaller and less-complex entities <<https://www.accaglobal.com/hk/en/news/2019/december/thinking-small-first-accas-response-auditing-standards.html>>
- Hogarth, P. (1997) Small Company Accounts : Still a Cause for Concern, *Accountancy*, vol.119, No.1244 (April) : 79
- Holt, G. and P. Moizer (1990) The Meaning of Audit Reports, *Accounting and Business Research*, vol.20, No. 78 (spring) : 111-121
- Hopkins, L. (1984) *The Audit Report*, Butterworths
- Hurst, Kim (1994a) Better the Devil you know?, *Accountancy*, vol.114, No.1212 (August) : 107-108
- Hurst, Kim (1994b) Small Company Audits : The end of the line, *Accountancy*, vol.114,

- No.1216 (December) : 140-141
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) (1896) Companies Acts Amendment Bill, suggestions by the Council of the Institute of Chartered Accountants in England and Wales, *The Accountant*, vol.22, No.1119 (May 16) : 418-419
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) (1985) *Accounting and Audit Requirements for Small Firms*, Technical Release No.592
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) (1988) *The statutory audit of small companies*, Technical Release No.696
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) (1989) *Draft Directive amending the fourth and seventh company law directives as regards the accounts of small and medium-sized companies*, Technical Release No.753
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) (1992a) *Implementation of EC directive on small and medium-sized company accounts (FRAG 8/92)*
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) (1992b) *The statutory audit of small companies : the case for reform (FRAG 21/92) – a consultation paper*
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) (1993a) *The statutory audit of small companies (FRAG 4/93). Response to the consultative paper FRAG 21/92 “The statutory audit of small companies : the case for reform”*
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW), Audit & Assurance Faculty (2006a) Interim Technical Release AAF 03/06, *The ICAEW Assurance Service on Unaudited Financial Statements*
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW), Audit & Assurance Faculty (2006b) *Audit-exempt companies. Beyond the Threshold*, issue paper, ICAEW
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW), Audit & Assurance Faculty (2006c) *Audit-exempt companies. Company Views on the ICAEW Assurance Service*, research paper
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW), Audit & Assurance Faculty (2009) *Alternatives to Audit*, ICAEW
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW), Audit & Assurance Faculty (2013) Technical Release 09/13 AAF, *Assurance Review Engagements on Historical Financial Statements*
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) *et al.* (1969) *Companies legislation in the 1970's : a memorandum submitted to the President of the Board of Trade in March 1969 on behalf of the Councils of the Institute of Chartered Accountants in England and Wales, the Institute of Chartered Accountants in Scotland, the Institute of Chartered Accountants in Ireland and the Association of Certified and Corporate Accountants* (supplement to Accountancy, vol.80, No.908)

- Institute of Chartered Accountants in Scotland (ICAS) (1988) *Alternative to audit for small companies – getting balance right*, Press Release 29/3/1988
- Investors chronicle & financial world (1979) Accountants oppose disclosure reform, *Investors chronicle & financial world*, vol.50, No.1 : 38
- Jones, M.E. (1985) Small Companies : the need to reassess the statutory audit requirement, *The Accountant's Magazine*, vol.89, No.943 (January) : 31-33
- Jones, M.E. and B. Telford (1990) An Auditor's Guide to the Companies Act 1989, *Accountancy*, vol.106, No.1163 (July) : 141-143
- Jones, S. and Aiken, M. (1995) British Companies Legislation and Social and Political Evolution during the Nineteenth Century, *British Accounting Review*, vol.27, No.1 : 61-82
- Keasey, K., R. Watson and P. Wynczyk (1988) The Small Company Audit Qualification : A preliminary investigation, *Accounting and Business Research*, vol.18, No.72 (autumn) : 323-333
- Kemp, R.P. (1992) *The JMU Visit : Are you ready?*, Institute of Chartered Accountants in England and Wales
- Lawson, E. (1994) Exemption from Audit, *Accountancy*, vol.114, No.1212 (August) : 8
- London Society of Chartered Accountants (1992) *Report on the audit requirement for small companies*
- Likierman, A. et al. (1989) Professional Liability : The report of the study teams, HMSO
- Maltby, J. (1998) UK joint stock companies legislation 1844-1900 : accounting publicity and "mercantile caution, *Accounting History*, vol.3, No.1 : 9-32
- Mitchell, A. and P. Sikka (1993) Accounting for Change : The institutions of accountancy, *Critical Perspectives on Accounting*, vol.4, No.1 : 29-52
- Munro, R. (2018) FRC withdraws Practice Note on smaller entity documentation <<https://www.accountancydaily.co/frc-withdraws-practice-note-smaller-entity-documentation>>
- O'Kane, B. (1994) Who will Benefit?, *Certified Accountants*, vol.86, No.8 (August) : 1
- Page, M.J. (1981) *Financial Reporting and the Small Independent Company*, Department of Accounting and Management Economics, University of Southampton
- Page, M.J. (1984) Corporate Financial Reporting and the Small Independent Company, *Accounting and Business Research*, vol.14, No.55 : 271-282
- Page, M.J. (1985) The Auditor and the Smaller Company, in : Kent, D., M. Sherer and S. Turley (eds.), *Current Issues in Auditing*, Harper & Row : 208-219
- Page, M.J. (1991) The Auditor and the Smaller Company, in : Sherer, M. and S. Turley (eds.), *Current Issues in Auditing*, 2nd ed., Paul Chapman : 211-223
- Page, M.J. (1997) The Auditor and the Smaller Company, in : Sherer, M. and S. Turley (eds.), *Current Issues in Auditing*, 3rd ed., Paul Chapman : 275-288
- Powling, H. et al. (2002) *Financial Statements for Smaller Companies. A guide to practice and*

- the FRSSSE*, 4th ed., Croner
- Professional Oversight Board for Accountancy (POBA) (2006) *Review of How Accountants Support the Needs of Small and Medium-sized Companies and their Stakeholders*, POBA
- Regal, R. (1994) The Small Company Audit Revisited, *Certified Accountants*, vol.86, No.9 (September) : 47-48
- Rutteman, P. (1985) Abolishing Small Audits : The Pros of Change, *Accountancy*, vol.96, No.1103 (July) : 12
- Rutteman, P. and J. Brown (1977) Is Your Audit Really Necessary?, *The Accountant*, vol.176, No.5325 (February 3) : 135-137
- Seaman, L.C.B. (1972) *Victorian England : Aspects of English and Imperial History 1837-1901*, Methuen
- Seow, J.-L. (2001) The Demand for the UK Small Company Audit - An agency perspective, *International Small Business Journal : Researching Entrepreneurship*, vol.19, No.2 : 61-79
- Sikka, P., H. Willmott and T. Lowe (1989) Guardians of Knowledge and Public Interest : Evidence and issues of accountability in the UK accountancy profession, *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, vol.2, No.2 : 47-71
- Walker, S.P. (1996) Laissez-faire, Collectivism and Companies Legislation in Nineteenth-Century Britain, *British Accounting Review*, vol.28, No.4 : 305-24
- Walmsley, K. (1980) Company Accounting and Disclosure, *Business Law Review*, vol.1, No.5 : 141-142
- Wedderburn, M.-L. (1994) APB Draft Guidance on the Compilation Report, *Certified Accountants*, vol.86, No.7 (July) : 19
- White, R. (1985) Abolishing Small Audits : The Cons of Change, *Accountancy*, vol.96, No.1103 (July) : 13
- Wolf, E. (1982) *Auditing Today*, 2nd ed., Prentice-Hall
- Wolf, E. (1983) *Current Auditing Developments*, 3rd ed., Van Nostrand Reinhold
- Wolf, E. (1990) New Developments on the old 'Example 6' Report, *Accountancy*, vol.106, No.1163 (July) : 141-144
- Wolf, E. (1994) Audit Profitability and Confusing Standards, *Accountancy*, vol.114, No.1212 (August) : 109-110
- Wolf, E. (1997) The Practice Note Makes Sense, *Accountancy*, vol.120, No.1251 (November) : 116-117
- 大矢知浩司 (1985) 「イギリスにおける中小会社の監査問題」 会計ジャーナル 17 巻 8 号 : 70-75
- 河合秀敏 (1982) 「英国会社法の監査目的と監査基準」 企業会計 34 巻 5 号 : 66-72
- 河合秀敏 (1985a) 「英国中小会社の外部監査をめぐる問題」 会計 127 巻 1 号 : 47-64

論説 (弥永)

- 河合秀敏 (1985b) 「英国の小会社監査制度の課題」 会計ジャーナル 17 巻 7 号 : 64-70
- 河合秀敏 (1986a) 「最近の英国の小会社監査制度の動向」 会計ジャーナル 18 巻 4 号 : 139-144
- 河合秀敏 (1986b) 「英国中小会社の計算・公開と監査の課題」 愛知大学法経論集 経済・経営篇 110 巻 2 号 : 51-65
- 小町谷操三 (1962) 『イギリス会社法概説』 (有斐閣)
- 武田隆二 (編) (2000) 『中小会社の計算公開と監査—各国制度と実践手法』 (清文社)
- 千葉準一 (1991) 『英国近代会計制度—その展開過程の探究』 (中央経済社)
- 原征士 (1986) 「イギリスにおける小会社監査問題の動向」 会計ジャーナル 18 巻 4 号 : 133-139
- 星川長七 (1960) 『英国会社法序説』 (勁草書房)
- 山浦久司 (1991) 「20 世紀移行期の英国会社法会計制度の展開」 千葉大学経済研究 5 巻 2 号 : 171-234
- 山浦久司 (1993) 『英国株式会社会計制度論』 (白桃書房)

本研究は JSPS 科研費 JP25285026 の助成を受けたものである。

(やなが・まさお 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)

大野雅人教授略歴（2019年3月末現在）

- 1955年（昭和30年）10月11日 愛媛県伊予三島市（現・四国中央市）に生まれる。
- 1968年（昭和43年）3月 大阪市立聖和小学校卒業
- 1971年（昭和46年）3月 島根大学教育学部附属中学校卒業
- 1974年（昭和49年）3月 大阪教育大学附属高等学校天王寺校舎卒業
- 1977年（昭和52年）10月 国家公務員採用上級甲種試験（法律）合格
- 1978年（昭和53年）3月 大阪大学法学部卒業
- 1978年（昭和53年）4月 国税庁入庁
- 1985年（昭和60年）7月 米国ハーバード大学ロー・スクール留学
- 1986年（昭和61年）6月 同大学 LL.M.
- 1986年（昭和61年）7月 関東信越国税局足利税務署長
- 1987年（昭和62年）7月 大蔵省理財局総務課たばこ塩事業室課長補佐
- 1989年（平成元年）7月 仙台国税局総務課長
- 1990年（平成2年）7月 国税庁長官官房人事課課長補佐
- 1992年（平成4年）7月 国税庁課税部法人税課課長補佐
- 1993年（平成5年）9月 国税庁長官官房付（外務研修）
- 1994年（平成6年）5月 外務省出向・在ニューヨーク総領事館領事
- 1997年（平成9年）7月 国税庁調査査察部調査課国際調査管理官
- 1999年（平成11年）7月 国税庁長官官房国際業務課相互協議室長
- 2002年（平成14年）7月 熊本国税局総務部長
- 2003年（平成15年）7月 広島国税局総務部長
- 2004年（平成16年）7月 法務省民事局民事第一課長
- 2006年（平成18年）7月 国税庁長官官房国際業務課長
- 2009年（平成21年）7月 独立行政法人国立印刷局理事
- 2011年（平成23年）4月 財務省大臣官房参事官兼国税庁長官官房

2011年（平成23年）6月	国税庁を退官
2011年（平成23年）7月	筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授
2011年（平成23年）10月	筑波大学ビジネスサイエンス系教授（組織変更）
2019年（平成31年）3月	筑波大学を退官
その他	
2004年（平成16年）7月	法務省法制審議会幹事 （2006年（平成18年）7月まで）
2005年（平成17年）1月	法務省司法書士試験委員 （2006年（平成18年）7月まで）
2012年（平成24年）4月	早稲田大学法学部非常勤講師 （2014年（平成26年）3月まで）
2012年（平成24年）10月	慶応義塾大学大学院商学研究科特別招聘教授 （現在まで継続中）
2015年（平成27年）4月	筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学 専攻長（2017年（平成29年）3月まで）
2015年（平成27年）4月	筑波大学大学院ビジネス科学研究科運営委員 （2017年（平成29年）3月まで）
2015年（平成27年）4月	筑波大学ビジネスサイエンス系運営委員 （2017年（平成29年）3月まで）
2015年（平成27年）4月	筑波大学ビジネスサイエンス系人事委員 （2017年（平成29年）3月まで）
2015年（平成27年）4月	税務大学校講師（現在まで継続中）
2018年（平成30年）9月	拓殖大学政治経済学部非常勤講師 （2019年（平成31年）3月まで）

大野雅人教授研究業績（2019年3月末現在）

・著書・編書については『』、論文・講演録などについては「」又は“ ”で表記した。

I. 著書

【共著】

本庄資編『移転価格税制執行の理論と実務』（大蔵財務協会、2010年）

本庄資編『国際課税の理論と実務—73の重要課題』（大蔵財務協会、2011年）

Philip Baker and Pasquale Pistone, ed., THE PRACTICAL PROTECTION OF TAXPAYERS' FUNDAMENTAL RIGHTS, *Cahiers de droit fiscal international, Volume 100B* (International Fiscal Documentation, 2015)

本庄資編『国際課税ルールの新しい理論と実務—ポスト BEPS の重要課題』（中央経済社、2017年）

Kerrie Sadiq, Adrian Sawyer and Bronwyn McCredie, ed., TAX DESIGN AND ADMINISTRATION IN A POST-BEPS ERA (Fiscal Publications, 2019)

II. 論文

「複数財産の強制換価と国税徴収法」国税速報3314号（1980年）

「『相互協議の手続について（事務運営指針）』の制定について」国際税務21巻9号（2001年）

“Japan’s New Directive on Mutual Agreement Procedures”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, March 2002 (International Bureau for Fiscal Documentation, Netherlands)

「戸籍行政をめぐる現下の諸問題について」戸籍782号（2006年）

「欧州裁判所 SGI 判決後の EU 法—諸論点についての考察」租税研究742号（2011年）

「EU 法における移転価格税制と『商業上の正当事由』—欧州裁判所 SGI 判決を

素材として一」税大ジャーナル18号（2012年）

「CCCTBに関する2011年3月欧州委員会提案の概要と展望」筑波ロー・ジャーナル11号（2012年）

「*National Grid Indus* 判決前と後におけるEU/EEAの出国課税」租税研究754号（2012年）

「移転価格課税における文書化義務と推定課税」筑波ロー・ジャーナル15号（2013年）

「意味ある法人の税法上の居住地」租税研究771号（2014年）

「事前確認の法制化は何故必要なのか」筑波ロー・ジャーナル16号（2014年）

「移転価格税制における文書化の課題」租税研究777号（2014年）

「事前確認の法制化について—英国のTIOPA 2010の規定を参考として」月刊税務事例46巻9号（2014年）

「外国事業体の租税条約上の取扱い—OECDアプローチの再検討」（共著）租税研究786号（2015年）

「課税事業体の決定と租税条約上の取扱い」租税研究787号（2015年）

「納税者の基本的権利の実際上の保護」租税研究795号（2016年）

「EUの一般的濫用対抗規定（GAAR）」租税研究807号（2017年）

「BEPS防止措置実施のための多数国間条約（MLI）」国際商事法務45巻12号（2017年）

「BEPS防止措置実施条約（MLI）における濫用防止規定と仲裁規定の働き方」租税研究821号（2018年）

「欧州裁判所 *Berlioz* 事件判決の影響—租税条約に基づく情報交換と納税者の権利保護—」租税研究828号（2018年）

Ⅲ. 判例評釈

「外国子会社合算税制において地域統括会社の主たる事業が『株式保有業』に当たるとされた事例（名古屋高裁平成28年2月10日判決）」ジュリスト1510号（2017年）

「二国間租税条約に基づく情報交換要請の取消請求等が認められなかった事案—東京地裁平成29年2月17日判決・裁判所ウェブサイト—」筑波ロー・ジャーナル24号（2018年）

「内国法人の外国子会社で自らの子会社等につき地域統括業務を行うものが、平成22年改正前のタックス・ヘイブン対策税制に規定する「株式の保有を主たる事業とするもの」に当たらないとされた事例—デンソー事件（最三判29・10・24）」判例評論719号（2019年）

IV. 書評

「久保田秀樹著『ドイツ商法現代化と税務会計』（森川書店、2014年）の書評」産業経理75巻1号（2015年）

「木村浩之著『租税条約入門』（中央経済社、2017年）の書評」旬刊経理情報1505号（2018年）

V. その他

「共通連結法人課税ベース（CCCTB）に関する理事会指令の提案」（翻訳）筑波ロー・ジャーナル12号（2012年）

“The practical protection of taxpayers' fundamental rights”（パネル・ディスカッション）International Fiscal Association, 2015 Annual Congress, Basel, Switzerland, 2015.

「OECD 新モデル租税条約と BEPS 防止措置実施条約（MLI）」東京税理士会会報2018年3月1日号（2018年）

「税とコンプライアンス」ビジネス・ロー・ジャーナル120号（2018年）

筑波ロー・ジャーナル 26号
大野雅人教授退職記念論文集

2019年6月発行

発行者 筑波大学大学院

ビジネス科学研究科企業法学専攻
〒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.26 June 2019

Lecture

The Trend of Digital Taxation in Europe : Established Principles in International Taxation Are under Review

.....**Masato Ohno** 1

Articles

“ La protection de la famille ” en droit de la responsabilité civile française : Essai sur les modèles de la famille et les normes de la responsabilité civile (suite et fin)

.....**Tomoyuki Shiraishi** 27

L'influence mutuelle de fiducie et sûreté

.....**Yoshinori Naoi** 121

Enhancing the Credibility of Financial Statements of SMEs : the United Kingdom.

.....**Masao Yanaga** 141

Curriculum Vitae and Publications of Professor Masato Ohno 207

ISSN:1881-8730