

筑波ロー・ジャーナル

27号

2019年12月

論 説

「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護について (2)	岩下 雅充	1
フランス法における家族のメンバーに対する民事責任 (1) ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	35
弁護士の職務上の秘匿特権と通信秘密をめぐる比較法的考察	田村 陽子	109
明治前期大審院判例における質権に関する慣行の位置づけ	直井 義典	161
会社の計算と外部的エンフォースメント (2) ——アイルランド／ルクセンブルク——	弥永 真生	209



目 次

論 説

「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護について (2)	岩下 雅充	1
フランス法における家族のメンバーに対する民事責任 (1) ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	35
弁護士職務上の秘匿特権と通信秘密をめぐる比較法的考察	田村 陽子	109
明治前期大審院判例における質権に関する慣行の位置づけ	直井 義典	161
会社の計算と外部的エンフォースメント (2) ——アイルランド／ルクセンブルク——	弥永 真生	209

「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護について(2)

岩 下 雅 充

- I. はじめに
- II. 「とくに傷つきやすい証人」と証人保護 (Zeugenschutz)
 1. 証人の義務
 2. 「とくに傷つきやすい証人」の権利・利益の保護
 3. 証人保護の制度をめぐる立法の歴史
- III. 各種の制度と「とくに傷つきやすい証人」の保護
 1. 証人の地位に置かれた被害者に対する十分な配慮など (以上、本誌25号)
 2. 公判手続の非公開
 - a) 公判手続の非公開と証人保護
 - b) 規定の内容：非公開の措置について定めた条項
 - c) 規定の意義と問題——証人保護との関係で
 - d) 不服の申立て (以上本号)
 3. 質問の内容・方法における制限
 4. 被告人の退廷およびビデオリンク方式の尋問
 5. 尋問の録音・録画とその利用
 6. その他の制度
- IV. 「とくに傷つきやすい証人」の保護に関する考察
- V. おわりに

III. 各種の制度と「とくに傷つきやすい証人」の保護

2. 公判手続の非公開

a) 公判手続の非公開と証人保護

(1) 刑事事件における訴訟手続の公開については、民事事件におけるそれとあわせて、ドイツ裁判所構成法が定める⁴⁷⁾。構成法第169条第1項第1文によれば、判決裁判所 (Erkennendes Gericht) の面前における口頭弁論 (mündliche Verhandlung) は公開される (öffentlich sein)⁴⁸⁾。刑事手続においては、法第

226条以下の規定——すなわち、第2編第6章(「公判」の章)に置かれている規定——にいう公判手続(Hauptverhandlung)が公開されなければならない⁴⁹⁾。

もっとも、公判手続の公開は原則であって、法律に定められた範囲で公判手続を公開しない——すなわち、公判手続について公開の停止(Ausschluss der Öffentlichkeit)⁵⁰⁾をおこなう——という例外も設けられている。構成法第171条aから第173条までの条項には、裁判所の権限において公判手続を非公開とするという規定がある^{51,52,53)}。

公開主義あるいは公開原則(Öffentlichkeitsmaxime / Grundsatz der Öffentlichkeit)が刑事手続法においてとくに重要な意義を有するということに異論はない。学説によれば、公判手続の公開に求められるのは、——司法権の

47) 「裁判所構成法を施行するための法律」(Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz – EGGVG (Gesetz vom 27. 1. 1877, RGBL. 77; BGBl. III, S. 300-1))によって、ドイツ裁判所構成法の規定は、通常裁判所(ordentliches Gericht)(構成法第12条)の裁判権とその行使に対して適用される。

48) 構成法第169条第1項第1文にいう公開とは、直接公開(Unmittelbare Öffentlichkeit)と呼ばれるものであって、法廷に所在して傍聴できるという旧来からの意味での公開である。すなわち、ここにいう公開とは、手続に関与しない者のいずれも——すなわち、特定の所属も特定の資格・身分も問わずに——傍聴人の立場で公判手続に出席する機会を有することであって、誰でも公判手続の際に特段の困難をとまわずにその場と経過を見聞きできることであるという。S. zunächst BGH, Urt. v. 6. 10. 1976 – 3 StR 291 / 76 = NJW 1977, S. 157; auch LR, Bd. 10 (2010), RdNr. 8 Vor § 169 GVG [Wickern]; Meyer-Goßner/Schmitt 61, § 169 GVG RdNr. 3 [Schmitt]. もっとも、後掲注53)において説明するとおり、必要な限度で公開を制限することは許される。また、たとえば、傍聴のために立ち入る者に身元の証明を要求すれば公判手続の公開に制限がもたらされるかもしれないとはいえ、このような要求も、裁判所の庁舎に所在する人々の安全を確保するために必要な範囲で許されるという。BGH, a.a.O.; Roxin/Schünemann, oben FußN. 15, 47 / RdNr. 7 ff.; Berner Beulke / Sabine Swoboda, Strafprozessrecht (14., neu bearb. Aufl., 2018), RdNr. 377. これに対して、間接公開(Mittelbare Öffentlichkeit)と呼ばれるのは、中継や録音・録画を介して生の音声や映像に接することができるという意味での公開であって、メディア(マス・メディア)による中継・取材に対しての開放が問題の中核である。Z.B. Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz (verf. v. Herbert Mayer, 9., Neubearb. Aufl., 2018) (Abk.: Kissel/Mayer), § 169 GVG RdNr. 3, 52; Meyer-Goßner/Schmitt 61, § 169 GVG RdNr. 3 [Schmitt].

行使に社会全体による統制をおよぼして——司法の判断を恣意の介入や不当な影響から護るという機能の実現や、社会全体の要求として司法の運用に関する情報を得るために市民が手続にアクセスできるという機能の実現である⁵⁴⁾。そして、構成法第171条aから第173条までのそれぞれは、公開の機能の実現に

(前頁からつづき)

メディアに対しての開放は限定されている。ラジオ放送・テレビ放送をはじめとした上映・公表のための中継や録音・録画は許さないという規定(構成法第169条第1項第2文)が置かれている(ただし、特定の裁判所における裁判の告知に限って裁判所が中継や録音・録画を許可する余地はある(構成法第169条第3項))。もっとも、裁判所は、取材の自由に配慮して、一定の限度で、報道機関のために設置されているプレスルームに向けた音声の中継を許可できる(構成法第169条第1項第3文・同項第4文)。これとは別に、現代史上の意義が顕著な事件の手続であれば、学術研究や歴史資料の保存を目的とする録音の実施・保存が——厳格な要件と裁判所による監督・管理のもとで——許される(構成法第169条第2項)。なお、開廷前・閉廷後や休廷の時点で中継や録音・録画をおこなうことの許否も問題となる。この問題に関して、連邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)の判例によれば、被告人の容ぼうにモザイクをかけたうえでの撮影は、比例原則に反しない限りにおいて禁止できないという(BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 2007 - 1 BvR 620 / 07 = NJW 2008, S. 977)。メディアに対しての開放については、憲法判例の動向やドイツ裁判所構成法の改正を紹介したうえで学説による評価などもフォローした日本の文献として、鈴木秀美「ドイツにおける裁判テレビ中継と裁判の公開——二〇一七年の裁判所構成法改正を手がかりに——」法学研究91巻1号(2018年)71頁以下がある。また、泉眞樹子「ドイツ：裁判のメディア公開拡大」外国の立法(月刊版)276-2号(2018年)10頁以下も参照。

49) *Kissel/Mayer*, § 169 GVG RdNr. 8; LR, Bd. 10, § 169 GVG RdNrn. 6 f. [*Wickern*]. ドイツ裁判所構成法は民事訴訟も適用の対象とするため、成人の刑事事件と同じように公開を原則とする。これに対して、家族裁判所(Familiengericht)における家族事件(Familiensache)のすべては、——非訟事件(Angelegenheit der freiwillige Gerichtsbarkeit)の手続とともに——訴訟手続の非公開を原則とする(構成法第170条第1項)。

50) 公開の停止を——原語に即した訳として——「公衆の排除」と呼ぶことも考えられる。もっとも、日本の裁判所法第70条における「公衆」という語が傍聴人を指していて、直接公開と間接公開を含んだ"Öffentlichkeit"の意味と一致するものでないのとともに、「排除」という語も法令や通例において用いられないので、本稿においては、公開の停止と訳している。鈴木重勝「わが国における裁判公開原則の成立過程」早稲田法学57巻3号(1981年)83頁以下(85頁注(2))も参照。なお、"Öffentlichkeit"という語を「公開性」と訳す余地がある。ヴェルナー・ボイルケ(加藤克佳=辻本典央訳)「〈翻訳〉ヴェルナー・ボイルケ著『ドイツ刑事訴訟法』(6)」近畿大学法学63巻3=4号(2015年)121頁以下(149頁以下)。

かかる利益に優越する別の利益が公判手続の公開によって害されるという場合を明文化した条項であって、いずれの例外も、対立する利益の調整にせまられた立法が所定の場合に非公開の措置をとくに許したものと考えられる^{55,56)}。

公判手続の公開は、成人の刑事事件を対象とする⁵⁷⁾。成人の刑事事件における非公開の措置について定めた条項のいくつかは、以下のとおり、証人保護に

51) 本稿においてくわしく紹介する構成法第171条bと構成法第172条のほか、構成法第171条aは、被告人を精神医療施設または禁絶治療施設（Entziehungsanstalt）に収容するのかが審判の対象となっているときの公判手続の非公開について定める。また、構成法第173条は、いかなる場合にも判決の宣告を公開の法廷でおこなわなければならないものと定めうえて（構成法第173条第1項）、理由の告知に限って——構成法第171条bや構成法第172条を適用できるときであれば——全部または一部が非公開の対象となりえる（können）という規定も置いている（構成法第173条第2項）。

52) ドイツ裁判所構成法は、公判手続の公開を停止するという決定を下すための手続についても定める。すなわち、構成法第174条第1項第1文のもとで、公開・非公開の決定に向けた審理を——請求に応じて、または、職権によって——公開せずにおこなわなければならない（zu verhandeln sein）のに対して、構成法第174条第1項第2文によれば、非公開の決定は公開の法廷で告知しなければならない（müssen）のであって、公開の法廷でおこなえば「公判廷の秩序に重大な（erheblich）支障を生ずるおそれがあると認められるとき」に限って告知の非公開も許されるということになっている。これに加えて、非公開の決定が構成法第171条bから第173条までの規定にもとづいたものであれば、裁判所は、決定の告知とともに公開を停止することの理由も示さなければならない（anzugeben sein）（構成法第174条第1項第3文）。

53) 特定の者の立入りや退出などをコントロールできることについても、ドイツ裁判所構成法が定める。すなわち、構成法第175条が明文で定めるところによれば、未成年の者や裁判所の品位にそぐわない振る舞いの者などに対して裁判長が公開の法廷に立ち入ることを禁止できるとともに、裁判所は、非公開の場合にも特定の者に対して——とくに刑事事件であれば被害者に対して——立ち入ることを個別に許可できる。これらの措置に加えて、構成法第177条によれば、法廷の秩序を維持するために発せられた命令にしたがわない者については、この者を退去させることや24時間の限度で留置することが裁判所・裁判長の権限にゆだねられているから、それぞれの措置が公開・非公開の状態を実現するために用いられるという場合も想定できる（このほかの措置が必要であれば、裁判長が構成法第176条にもとづいた法廷警察権（Sitzungspolizeigewalt）の行使として措置を命じることになる）。なお、以上の措置を実現するために用いられる強制の手段については、構成法第178条および第179条が定める。

関する規定と理解されている。

(2) 証人保護に関する規定と理解されているものの中核は、構成法第 171 条 b 第 1 項である⁵⁴⁾。同項第 1 文によれば、「訴訟関係人 (Prozessbeteiligte)、証人又は刑罰法令に触れる違法な行為 (刑法第 11 条第 1 項第 5 号) により害を被った者の個人の生活領域 (persönlicher Lebensbereich) に由来する事情が審理

54) とくに刑事事件における公開の意義について、現在の学説は、1 つ目の機能に重点を置く立場 (z.B. *Roxin/Schünemann*, oben FußN. 15, 47 / RdNr. 1; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK* (hrsg. v. Rolf Hannich, 8., Neubearb. Aufl., 2019) (Abk.: KK 8), § 169 GVG RdNr. 2 [*Diemer*]; *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Verfahrensöffentlichkeit im Strafprozess*, in: *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag* (hrsg. v. Carl-Friedrich Stuckenberg u. Klaus Ferdinand Gärditz, 2015), S. 439 (S. 470 f., 481)) と、2 つ目の機能が中核であって 1 つ目の意義はいまや薄れているものと理解する立場 (z.B. *Beulke/Swoboda*, oben FußN. 48, RdNr. 376; *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 169 GVG RdNr. 1 [*Schmitt*]; *Martin Heger*, *Der Grundsatz der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren*, in: *Festschrift für Berner Beulke zum 70. Geburtstag* (hrsg. v. Christian Fahl et al., 2015), S. 759 (S. 761 f.)) に、それぞれ分類できる。一方で、前者の立場からは、——実体法や手続法の適用のいかんを市民に知らせることや刑事司法を活性化させることが 2 つ目の機能の内容となるというのであれば——判決の内容をおおやけにするだけで通常は機能が実現されるのであって、また、2 つ目の機能の本質も公判手続の全体を公開するための十分な理由にならないものと論じられる。他方で、後者の立場からは、いまや法廷の傍聴による公開と比べればマス・メディアによる公開に大きな意義があつて、伝えられた情報の共有が刑事司法に対する有効な統制にもつながるものと説明される。もっとも、過剰な公開はナチス・ドイツの経験にてらして適切でないという指摘もある (*Kleinknecht/Müller/Reitberger*, *Kommentar zur Strafprozessordnung* (ab der 81. Lieferung hrsg. v. Bernd von Heintschel-Heinegg u. Jan Bockemühl) (Abk.: KMR), RdNrn. 118, 120 Vor § 226 [32 Lfg. (5. 2002): *Eschelbach*]; *Heike Jung*, *Öffentlichkeit – Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes ?*, in: *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann* (hrsg. v. Hans Joachim Hirsch, 1986), S. 891 (S. 893))。また、——それぞれの機能に加えて——治安の状況に対する市民の肯定感が確保されるという機能を公判手続の公開に見出す立場もある (Vgl. zu dieser Meinung LR, Bd. 10, RdNr. 5 Vor § 169 GVG [*Wickern*])。ドイツの学説については、*Nikolaus Bosch*, *Opferbezogene Medienöffentlichkeit – Gebot oder Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes ?*, JA 2016, S. 45 (S. 46 f.); *Katrin Gierhake*, *Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren*, JZ 2013, S. 1030 (S. 1032 f.) や笹倉・後掲注 56) 「～(1)」314–316 頁も参照。

で取り扱われる場合」に、この審理を公開すれば保護に値する利益が侵害されるものと認められるときは、公判手続の非公開を決定できる(können)。ただし、同項第2文によれば、「当該事情の公開の討論(öffentliche Erörterung)に係る利益が優越するときは、この限りでない」。なお、一方で、適用の対象となる者——すなわち、同項第1文に定められた者——のいずれかが非公開を請求したとき、同項に定められた適用の要件が存在するのであれば、裁判所は決定を下して非公開としなければならない(構成法第171条b第3項)のとともに、他方で、適用の対象となる者のすべてが非公開に対して異議を唱えたときは、非公開が許されないという法効果を生じさせるものと定められている(構成法第171条b第4項)⁵⁹⁾。

55) 公開主義ないし公開原則は、——ドイツ基本法が公判手続の公開について明文で定めていないため——憲法規範としてドイツ基本法から導かれる規範でない。もっとも、連邦憲法裁判所の判例によれば、裁判所の組織と作用について定める法は「法治国家原理(Rechtsstaatsprinzip)の構成要素」であるのとともに「民主主義社会における一般公開主義(allgemeines Öffentlichkeitsprinzip)」に沿うべきものであるから、憲法に由来する要請のもとで、法律における明文の定めによって公判手続の公開を制限できるのにとどまるという。BVerfG, Urt. v. 24. 1. 2001 – 1 BvR 2623 / 95 u. a. = NJW 2001, S. 1633. また、公判手続の非公開に関するドイツ裁判所構成法の規定といわゆる欧州人権条約(Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – EMRK)との関係について説明を加えれば、ドイツ裁判所構成法の規定は欧州人権条約第6条第1項第2文と調和するという説明がある。SSW, § 171b GVG RdNr. 1 u. § 172 GVG RdNr. 1 [Quentin]. もっとも、両者の関係に対する理解をもとに、欧州人権条約第6条第1項第2文はドイツ裁判所構成法の規定に変更をせまるものでないという説明もなされる。Kissel/Mayer, § 169 GVG RdNr. 82 ff.; SK-StPO, Bd. 9 (2013), RdNr. 6 Vor § 169 GVG, 16 [Velten].

56) ドイツの刑事手続法における公開原則と公判手続の非公開にくわしく立ち入った日本の文献として、笹倉香奈「刑事裁判の公開原則と被告人のプライバシーの権利(1)」一橋法学6巻1号(2007年)295頁以下および同「～(2・完)」一橋法学6巻2号(2007年)216頁以下がある(とくに被告人を適用の対象とした公開の停止に関して論じられている)。

57) 成人の刑事事件に対して、少年の刑事事件については、ドイツ少年裁判所法の規定が特別法と位置づけられるため(ドイツ少年裁判所法第2条を参照)、公判手続のすべてが——すなわち、審理に加えて判決・決定の宣告も——非公開となる(ドイツ少年裁判所法第48条第1項)。ただし、年長少年の被告人または成人の被告人と併合して審理されるときは、審判が非公開とならないこともある(ドイツ少年裁判所法第48条第3項)。

「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護について (2)

さらに、公判手続の非公開について子どもに対する別段の処遇をおこなうための規定も設けられている。ここにいう別段の処遇をおこなうための特別な定

58) 構成法第171条bは、以下のとおりである。

第171条b (人格権を保護するための公開の停止)

- ① ¹訴訟関係人 (Prozessbeteiligte)、証人又は刑罰法令に触れる違法な行為 (刑法第11条第1項第5号) により害を被った者の個人の生活領域 (persönlicher Lebensbereich) に由来する事情が審理で取り扱われる場合には、この事情を公開の討論 (öffentliche Erörterung) に付することにより保護に値する利益が侵害を受けると認められるときに限り、公判手続の公開を停止することができる (können)。²ただし、当該事情の公開の討論に係る利益が優越するときは、この限りでない。³決定に当たっては、児童又は少年 (Kinder und Jugendliche) に対し公判手続の公開に伴う特別な負荷 (besondere Belastungen) を負わせることが考慮されなければならない (zu berücksichtigen sein)。⁴児童又は少年の時に犯罪により害を被った者であって成年に達したもの (volljährige Personen) についても、同様とする (Entsprechendes gelten)。
- ② ¹性的自己決定に対する罪 (刑法第174条から第184条jまで) 若しくは生命に対する罪 (刑法第211条から第222条まで) に係る事件の手続、保護を命じられた者による虐待 (刑法第225条) の事件の手続又は人身の自由に対する刑法第232条から第233条aまでの罪に係る事件の手続において、18歳未満の証人を尋問するときは、このときに限り (soweit)、公判手続の公開を停止しなければならない (sollen)。²第1項第4文の規定は、第1文の場合にこれを準用する。
- ③ ¹第1項又は前項に規定する事由がある場合において、当該生活領域に係る者のいずれかから公開の停止の請求があるときは、公判手続の公開を停止しなければならない (auszuschließen sein)。²前項に掲げる罪の事件の手続における最終弁論 (Schlussantrag) については、第1項若しくは前項に規定する事由又は第172条第4号に規定する事由により公判手続がその一部又は全部の公開を停止して行われた場合には、請求がないときであっても、公開を停止しなければならない (auszuschließen sein)。
- ④ 第1項及び第2項の規定にかかわらず、当該生活領域に係る者が公開を停止することに異議を述べたときは、公判手続の公開を停止することができない (nicht dürfen)。
- ⑤ 第1項から第4項までの規定による裁判に対しては、不服を申し立てることはできない (unanfechtbar)。

59) 非公開の請求と非公開に対する異議のそれぞれについての条項は、1986年の被害者保護法による同条の新設にあたって定められたものである。ただし、非公開の請求があるときも構成法第171条b第1項または同条第2項に「規定する事由がある場合」に限って非公開としなければならないのであるから、非公開の請求を内容とする規定は、公判手続を公開されないという権利までも認めたものでない。Kissel/Mayer, § 169 GVG RdNrn. 19 f.

めとしては、以下の3つが挙げられる。

構成法第172条は、その各号に列挙された場合に裁判所が公判手続の非公開を決定できる（können）ものと定めていて⁶⁰⁾、同条第4号に「18歳未満の者（Person unter 18 Jahren）」に対する尋問の場合を挙げている（以下では、「非公開にかかる子どもの処遇②」または本稿のⅢ. 2. において「子どもの処遇②」という）。

また、構成法第171条b第1項にもとづいた措置によって保護を受ける者——すなわち、適用の対象となる者としての「訴訟関係人、証人又は刑罰法令に触れる違法な行為（刑法第11条第1項第5号）により害を被った者」——が子どもであるときや被害当時子どもであるときは、この者に対する配慮が要請される。すなわち、構成法第171条b第1項第3文および同項第4文は、公判手続の公開によって子どもや被害当時子どもがこうむる負荷の特別さに注意して、これを考慮しなければならない（zu berücksichtigen sein）ものと明文で定める（以下では、「非公開にかかる子どもの処遇③」または本稿のⅢ. 2. において「子どもの処遇③」という）。

さらに、性犯罪や虐待をはじめとした特定の犯罪類型の事件における子どもの証人については、特別な類型の証人としての処遇が予定されている。すなわち、構成法第171条b第2項によれば、同項に列挙された事件の手続においては、子どもや被害当時子どもに対する尋問を非公開としなければならない（sollen）

60) 構成法第172条は、以下のとおりである。

第172条（公開の停止）

裁判所は、次に掲げるときは、公判手続の全部又は一部を停止することができる。

- 一 国の安全、公の秩序又は道徳を害するおそれがあると認めるとき。
- 一 a 証人若しくは他の者の生命、身体又は自由を害するおそれがあると認めるとき。
- 二 重要な営業秘密、企業秘密、発明に係る秘密又は納税に係る秘密が審理で取り扱われる場合に、これを公開の討論に付することにより、保護に値する利益であって優越するもの（überwiegende Interesse）が侵害を受けると認めるとき。
- 三 個人の秘密（privates Geheimnis）であって、証人又は鑑定人が権限を有しなければその者による開示が刑罰法令に触れるものについて、これを公開の討論に付するとき。
- 四 18歳未満の者（Person unter 18 Jahren）が尋問を受けるとき。

(以下では、「非公開にかかる子どもの処遇^㉔」または本稿のⅢ. 2. において「子どもの処遇^㉔」という)。

b) 規定の内容：非公開の措置について定めた条項の内容

(1) 構成法第 171 条 b 第 1 項が非公開の措置をつうじて保護するのは、同項にいう「個人の生活領域 (persönlicher Lebensbereich)」に由来する事情をおおやけにされないとする利益である。そして、適用の対象となる者は同項に挙げられた者に限定されるというのが一般の理解である⁶¹⁾。

「個人の生活領域」の意味は、法第 68 条 a 第 1 項にも用いられている同じ語と違いがないという理解のもとで⁶²⁾、「私的領域 (Privatsphäre)」の語に相当するものと一般に考えられている⁶³⁾。構成法第 171 条 b 第 1 項にもとづいた公判手続の非公開は、「私的領域」に基礎を置いた個人の人格 (権) が保護に値する——すなわち、ここに人格 (権) の保護⁶⁴⁾という利益が認められる⁶⁵⁾——という理解に立ったうえで、この利益と公判手続の公開による利益との衡量を定めたものと考えられている^{66,67)}。

「個人の生活領域」に由来する事情の顕出を理由とした規定は、もともと、構成法第 172 条の一部——すなわち、旧第 172 条第 2 号に定められた事由の 1 つ——をなしていた。旧第 172 条第 2 号は、子どもの処遇^㉔について定めた構成法第 172 条第 4 号とともに、1974 年の法律によって新設された。このうちの旧第 172 条第 2 号の規定を根拠づけたのは、女性の証人などがしばしば法廷において「もっぱらプライベートなことがらの経過 (intime Vorgänge)」を明ら

61) 刑事事件については、ここにいう「訴訟関係人」の典型として、被告人のほか、私人訴追人 (Privatkläger) や訴訟参加人 (Nebenkläger) が挙げられる。また、付帯私訴手続 (Adhäsionsverfahren) の申立人や、没収 (Erziehung) にかかる利害関係人 (Nebenbeteiligte) (法第 424 条・法第 438 条を参照) なども、——これらの者が自然人であれば——ここにいう「訴訟関係人」に該当する。SSW, § 171b GVG RdNr. 3 [Quentin]; Meyer-Goßner/Schmitt 61, § 171b GVG RdNr. 3 [Schmitt]. S. auch LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 4 [Wickern].

62) BT-Drs. 10 / 5305, S. 8, 22; KK 8, § 171b GVG RdNr. 3 [Diemer]; Meyer-Goßner/Schmitt 61, § 171b GVG RdNr. 3 [Schmitt].

かにしなければならないという問題に対処することの必要であった⁶⁸⁾。

その後規定が大きく変貌したのは、1986年の被害者保護法においてである。すなわち、この規定は、被害者保護法の制定の際に、第171条bという独

63) 「個人の生活領域」とは、人間の尊厳と個性の実現を至高の価値とする国家が市民のために保障しなければならない領域であって、この領域に含まれるのは、通常であれば社会生活と関係しないため臆せず自身でおおやけに知らせることがありえないような事実であるという。*Peter Rieß / Hans Hilger, Das neue Strafverfahrensrecht – Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz Teil 1, NSTZ 1987, S. 145 (S. 150)*. このような理解が学説において支配的な地位を有している。S. z.B. KK 8, § 171b GVG RdNr. 3 [*Diemer*]; LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 5 [*Wickern*]; *Meyer-Göbner/Schmitt* 61, § 68a RdNr. 4 [*Schmitt*], § 171b GVG RdNr. 3 [*Schmitt*]; SSW, § 171b GVG RdNr. 2 [*Quentin*], § 68a RdNr. 3 [*Franke*]. もっとも、支配的見解に対しては、語に含まれる事項が広範に過ぎるという批判にもとづいて、「内密領域 (Intimsphäre)」およびこれに密接に関連する領域に限られるものとする立場もある。SK-StPO, Bd. 1, § 68a RdNr. 27 ff. [*Rogall*]; SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr. 6 [*Velten*]. このように「内密領域」などに限定する見解は、公判手続の公開による利益の意義を重視するのと同時に、「個人の生活領域」に含まれる事項なのか否かという点が不明確であることも問題として指摘する。*Bernd Schünemann, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NSTZ 1986, S. 193 (S. 199)*; SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr. 6 [*Velten*].

64) 人格(権)の保護は、みずからの人格の自由な発展を求める権利(ドイツ基本法第2条第1項)によって根拠づけられるものと理解される。すなわち、ドイツ基本法第2条第1項に根拠をもつ『『一般的』人格権というものもまた、不確定な数の『特別な』人格権から成り立っている』のであって、「四〇年間の民事裁判と三〇年間の憲法裁判とによって、一般的人格権という屋根の下に集められた特別な人格権が、ただちに、一貫した原理の具体化であると認められるわけではない」とはいえ、——社会の変化にともなう人格の保護の欠缺を補充するために——人間の尊厳と発展の自由との連関に着目して解釈すれば、これらとの連関から、保護されなければ自由な人格を発揮しえないような領域が導き出せるというのである(ディーター・グリム(上村都訳)「憲法における人格の保護」名域法学51巻1号(2001年)117頁以下(118-123頁))。Vgl. zum Persönlichkeitsschutz im Strafverfahren insbesondere *Walter Odersky, Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung nach dem Opferschutzgesetz*, in: *Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes* (hrsg. v. Otto Friedrich Freiherr von Gamm, Peter Raisch u. Klaus Tiedemann, 1988), S. 325 (S. 325); *Swoboda*, *FußN.* 22, S. 31 f.; *Oliver Kipper, Schutz kindlicher Opferzeugen im Strafverfahren* (2001), S. 86 f.; SK-StPO, Bd. 1, RdNr. 99 ff. Vor § 48 [*Rogall*].

立した条項の新設によって、旧第172条第2号からまるごと移されることになった。そして、構成法第171条bの規定は、条項としての独立の際に、すべての被害者が適用の対象となるように改められた⁶⁹⁾のとともに、適用の要件が緩和されることによって、人格(権)の保護に力点を置くという姿勢に転化したのである^{70,71)}。なお、適用の要件にかかる明文の定めは、2013年の法律による改正の際に条文の整序のためにおこなわれた文言の編集を経て、現在にいたっている。

(2) 構成法第171条b第1項にもとづいた裁判所の決定は、同項に定められた適用の要件にしたがって、利益の衡量をもとに下されなければならない。公判手続を非公開とするのか否かについて裁判所が判断する段階では、そのつどに予想される討論の内容が私的領域の中核に向けて食い込んでいけばいくほどに、また、マス・メディアを経由した伝播の危険が個々の状況に応じて大き

65) 適用の対象となる者の人格(権)が保護に値する利益であるから、公衆の羞恥感情は考慮されない。この場合には公序良俗の問題として構成法第172条第1号の適用が検討の対象となる。LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 30 [*Wickern*]; SSW, § 171b GVG RdNr. 5 [*Quentin*].

66) Dazu *Roxin/Schünemann*, oben FußN. 15, 47 / RdNr. 10; SSW, § 171b GVG RdNr. 5 [*Quentin*]; *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 169 GVG RdNr. 1, 5 [*Schmitt*]. 田口・前掲注27) 231頁も参照。

67) なお、構成法第172条第3号は、証人または鑑定人が——権限を有しないときであれば刑罰法令に触れる漏示となるような——「個人の秘密 (privates Geheimnis)」を開示するという場合にも、裁判所の決定による公判手続の非公開を許している。同号の規定は、刑法の規定によって保護される「個人の秘密」をおおやけにしないために、これに必要な範囲で一定の状況を類型化したものであって、適用の対象となる者を限定しないのとともに、構成法第171条bのような適用の要件としての衡量も予定していない。Dazu z.B. LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 30 [*Wickern*].

68) BT-Drs. 7 / 550, S. 320 f. 旧第172条第2号の新設を提案した連邦政府の説明によれば、社会裁判所 (Sozialgericht) において審判の公開を停止するというドイツ社会裁判所法 (Sozialgerichtsgesetz: SGG) の当時の規定 (社会裁判所法第61条第1項第2文) が参考になったという。BT-Drs. 7 / 550, S. 321.

69) 旧第172条第2号に定められていた「個人の生活領域」は、「訴訟関係人及び証人」だけを適用の対象とするものであった。これに対して、構成法第171条bは、訴訟参加の主体にも証人にもなっていない被害者も保護できるように適用の対象を拡大したのである。

くなればなるほどに、人格（権）の保護の必要性も高く見積もられるから、相応に公開主義の要請は後退せざるをえないものと評価される⁷²⁾。もっとも、「保護に値する利益」に對置される利益——すなわち、「公開の討論に係る利益」——の重要性も、事件が喚起するセンセーション・議論の大きさや、訴訟

70) 構成法第171条bの新設を提案した連邦政府の説明によれば、新設の理由は、「個人の生活領域」に由来する事情が以前と比べて訴訟で多くもち出されるような時代になったのとともに、マス・メディアの存在感もとみに大きくなったため、報道による私生活の暴露などの問題を深刻に受けとめることが必要であるという点にあった。BT-Drs. 10 / 5305, S. 22. 当時の学説のすう勢は、適用の対象となる者や適用の要件が同条の新設によって拡大・緩和されるまでの数年のうちに、公判手続の非公開による人格（権）の保護にいっそうの重きを置くという方向に傾いていったのとともに、同じ時期に、法曹や“白い環（Weißer Ring）”などの団体も、とくに被害者の保護を手厚くすることに向けて、立法に対するはたらきかけを強めていた。S. dazu *Weigend*, oben FußN. 3, S. C51 f.; *Reinhard Böttcher*, Der Schutz der Persönlichkeit des Zeugen im Strafverfahren, in: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Karl Heinz Gössel u. Hans Kaufmann, 1985), S. 25 (S. 41 ff.); LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 2 [*Wickern*]. なお、連邦政府の説明においては、性的自己決定に対する罪の被害を受けた女性が適用の対象として念頭に置かれていた。BT-Drs. 10 / 5305, S. 8. S. auch SK-StPO, Bd. 1, § 68a RdNr. 12 [*Rogall*].

71) 旧第172条第2号が適用の要件として定めていたのは、「個人の生活領域」に由来する事情を「公開の討論に付することにより、保護に値する利益であって優越するもの（überwiegende Interesse）が侵害を受けると認められるとき」であった。この要件のもとでは、人格（権）の保護が公判手続の公開による利益の確保に優先するときに限って非公開の措置を実施できた。しかしながら、被害者保護法は、この要件を「公開の討論に係る利益が優越しないときに限り（soweit nicht überwiegen）」という文言に変更して、利益の衡量に関する基準の変更をはかったのである。BT-Drs. 10 / 5305, S. 22, 30 f.; BT-Drs. 10 / 6124, S. 16 f.; *Thomas Weigend*, Das Opferschutzgesetz – kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW 1987, S. 1170 (S. 1172). 被害者保護法の制定による基準の変更については、田口・前掲注27) 231頁やヘルマン（只木）・前掲注8) 118頁も参照。実務の現場では、人格（権）の保護と公判手続の公開による利益の確保との対立において優劣をつけがたいという状況がひんばんに生じていたところ（*Jung*, oben FußN. 54, S. 891 (S. 893); *Peter Rieß*, Strafprozeß und der Verletzte – eine Zwischenbilanz, Jura 1987, S. 281 (S. 289)), 被害者保護法による改正の結果として、優劣をつけがたいときも非公開の決定が下せるようになった。なお、構成法第172条第2号は、旧第172条第2号の文言から「個人の生活領域に由来する事情」が削除されたことのほかには何らの変更も加えられずに、現在にいたっている。

手続の結末に対する社会の評価との関係で「公開の討論」が有する意義の大きさによって、相応に高いものとなりえる⁷³⁾。このように、事案ごとにそれぞれの利益の大小を明らかにしたうえで衡量することが裁判所に要求されている⁷⁴⁾。

構成法第171条b第1項に定められた適用の要件が存在するとき、同条第3項にいう請求も同条第4項にいう異議も提起されていなければ、非公開の決定は裁判所の職権によるもの (von Amt wegen) となって、非公開の決定を下すのか否かが裁判所の判断にゆだねられる。この判断は、義務にかなった裁量 (pflichtmäßiges Ermessen) の行使であって、非公開とするのか否かやどこまでの範囲で非公開とするのかといった点で自由な選択をおこなえるような権限が裁判所に与えられるものでない⁷⁵⁾。

裁判所の決定にしたがって非公開となる手続の範囲は、構成法第171条b第1項に定められた適用の要件が存在する限りにおいて設定できるものと考えられている。すなわち、証人に対する尋問の手続のほかに、鑑定に関する手続や公判廷の内外で実施される検証の手続などについても、「個人の生活領域」に

72) *Theodor Kleinknecht*, Schutz der Persönlichkeit des Angeklgten durch Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung, in: Festschrift für Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag (hrsg. v. Rainer Hamm u. Walter Matzke, 1977), S. 111 (S. 114); *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 11; *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 171b GVG RdNr. 5 [*Schmitt*].

73) *Kleinknecht*, oben FußN. 72, S. 111 (S. 114); *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 11; LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 15 [*Wickern*].

74) 公判手続の非公開が争点となった判例でないとはいえ、衡量の観点や手法に関する参考例として、ときに、連邦憲法裁判所の判決 (BVerfG, Urt. v. 5. 6. 1973 - 1 BvR 536 / 72 = NJW 1973, S. 1227) —いわゆるレーバッハ事件 (Lebach-Fall) の判決—が挙げられる (z.B. *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 6; KK 8, § 171b GVG RdNr. 3 [*Diemer*])。この判決によれば、司法の運用に関する情報の獲得という利益と関連づけられた報道の自由は、人格 (権) の保護と対立するとき、事案ごとの両者の衡量をつうじて限界づけられるものと位置づけられなければならない。

75) LR, Bd. 10, § 171b GVG RdNr. 20 [*Wickern*]; *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung* (hrsg. v. Björn Gercke et al., 6., Neubearb. u. erw. Aufl., 2019) (Abk.: HK-StPO), § 171b GVG RdNr. 8 [*Schmidt*]. 効果裁量の一つであるから、「保護に値する利益」が重みを増せば増すほどに、相応に裁量を行使する余地も狭まるものと考えられる。

由来する事情が顕出するものと見込まれるときは、この手続を非公開とすることができ⁷⁶⁾。また、連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）の判例によれば、証拠調べの全体において「個人の生活領域」に由来する事情をとり扱うことが予測されるときは、非公開とする手続の範囲が証拠調べに費やされる期日のすべてにおよぶ余地も肯定できるという⁷⁷⁾。さらには、起訴状の朗読⁷⁸⁾から——構成法第173条第2項にもとづいて——判決の宣告における理由の告知まで非公開とする余地もあるというのである⁷⁹⁾。

(3) 構成法第171条bの規定が構成法第172条から独立したのに対して、子どもの処遇^⑧について定めた構成法第172条第4号は、第2次被害者権利改革法によって当初の「16歳未満の者」から「18歳未満の者」に対象が拡大された⁸⁰⁾という点をのぞけば、1974年の法律による新設から変わらずに現在にいたっている。この規定は、子どもの証人に対する尋問の場合という定型化された状況を適用の要件としたものである。

構成法第172条第4号の規定は、1974年の法律を提案した連邦政府の説明によれば、子どもゆえにその心理に強く影響するような要素が公開の法廷における証人の環境に存在するため、この要素の除去を可能としたことにあるとい

76) BGH, Urt. v. 17. 12. 1987 - 4 StR 614 / 87 = NStZ 1988, 190.

77) BGH, Urt. v. 23. 2. 1989 - 4 StR 29 / 89 = NStZ 1989, S. 483 = StV 1990, S. 9 m. Anm. v. *Monika Frommel*. この事案は、強制わいせつなどの複数の行為が強制性交と行為単一性（Tateinheit）の関係にあるというものであった。

78) 連邦通常裁判所の判例によれば、起訴状の朗読も非公開とすることが許されるという。BGH, Urt. v. 21. 6. 2012 - 4 StR 623 / 11 = NJW 2012, S. 3113 = StV 2012, S. 712. S. auch LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 39 [*Wickern*].

79) *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 16; KK 8, § 171b GVG RdNr. 5 [*Diemer*].

80) 政権党の会派が年齢の引き上げを提案するうえで示した説明によれば、一方で、とくに性犯罪の被害を受けた少年の場合には、16歳以上の者についても保護の必要性が16歳未満の者と変わらないほどに認められるのであって、被害者にのしかかる負荷の度合いから考えれば16歳の境界線には合理性がないのととも、他方で、こどもの権利条約第1条や欧州連合基本権憲章をはじめとするEUの制定法と調和させることも求められているから、第2次被害者権利改革法による改正の機会に年齢の引き上げをおこなうのが現下の要請にかなっているというのであった。BT-Drs. 16 / 12098, S. 10, 41 f.

う⁸¹⁾。すなわち、子どもの処遇^④の制度は、公開された法廷で証言に臨む子どもの状況に着目して、このときの子どもの証人⁸²⁾にのしかかる負荷を回避・除去するために設けられたものである。それゆえ、構成法第172条第4号は、——裁判官・参審員や弁護人をはじめとした見知らぬ人々（おとな）に接しなければならないことが問題としてなお残るとはいえ——証人が公衆の耳目にさらされる苦しみから逃れられるという限りにおいて、⑤<公の場での証言>にともなう負荷の回避・除去を目的とした規定と位置づけられる⁸³⁾。

もっとも、構成法第172条第4号に関しては、⑤の回避・除去に加えて、しばしば、異質な——すなわち、子どもの権利・利益に対する侵害に目を向けるものでない——視点から措置の意義が論じられている。同号を新設するまで

81) 構成法第172条第4号は、出廷したうえで多数の傍聴人 (zahlreiche Zuhörer) の前で証言することが成熟度の低さゆえに多くの子どもにとって重い負荷の要素となりえるという知見をふまえて、スウェーデン法を模範とした処遇が実現できるような規定に仕立てられた (BT-Drs. 7 / 550, S. 321)。もっとも、当初の法案においては、14歳未満の者が適用の対象となっていた (Art. 20 Nr. 7 vom Entwurf eines EGStGB: BT-Drs. 7 / 550, S. 55)。ところが、公聴会における研究者の意見などを皮切りに、その後の審議の過程で適用の対象がたびたび議論の俎上にのぼるようになって、対象を14歳未満とすることの是非が検討されたすえに、まずはこれを16歳未満に引き上げるという結論で固まったのである。この引き上げの理由として、——連邦議会 (Bundestag) による付託のもとで法案に対する調査をおこなった刑法改革特別委員会 (Sonderausschusses für die Strafrechtsreform) から——「公判手続の公開が子どもの証人の心にのしかかる特別な負荷となることは、もはや疑いを差しはさみえないのであって、個々の事案で有害な結果を招来する余地も排斥できない」という説明が示されていた (BT-Drs. 7 / 1261, S. 35)。また、公衆の面前で尋問すれば「真実を語ることの実行性や心がまえ (Fähigkeit und Bereitschaft, die Wahrheit zu sagen) に悪い影響がおよぶおそれは、14歳未満の児童と同じように、14歳以上の少年において認められる」という理由も提示された (BT-Drs. 7 / 1261, S. 35)。

82) 構成法第172条第4号の文言に示されていないとはいえ、同号の対象は証人として尋問を受ける子どもに限られる——すなわち、被告人 (Angeklagte) となっている子どもを含まない——ものと理解されている。その理由として、14歳未満の者を対象としていた当初の法案の趣旨が挙げられる。LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 34 [Wickern]。

83) 「とくに傷つきやすい証人」の保護に関する規定とは別に、「危険にさらされている証人」の保護に関する規定として、構成法第172条第1号aが設けられている。この規定は、1992年の組織犯罪対策法によって新設されたものである。

の過程では、新設の理由に関連して、公開の法廷でなければ証人が躊躇せずに真実に沿って証言できるようになるという見解も示されていた⁸⁴⁾。学説においては、この見解を引用・参照して、同号の規定が真実発見（Wahrheitsfindung）にも資するものととらえられている⁸⁵⁾。このようにとらえる学説の一部は、さらにすすんで、真実発見を確保することも同号の目的であるという見解に立つ⁸⁶⁾。

構成法第172条によれば、それぞれの号に定められた適用の要件が存在するとき、職権の発動による非公開の決定を下すのか否かについては——義務にかなった裁量の行使として——裁判所の判断にゆだねられる⁸⁷⁾。また、同条第4号を適用するときであれば、非公開となる手続の範囲は、原則として尋問を実施する間に限られるとはいえ、尋問そのものに直接に関連する手続や尋問そのものから派生する手続⁸⁸⁾にも範囲を拡大できるものと考えられている。もっとも、少なくとも同条第4号にもとづいた措置に限れば、事件の審理を全体にわたって非公開とするようなことは同号が予定していないはずである⁸⁹⁾。

84) 前掲注81)において紹介した連邦政府の説明は、年齢を引き上げることの理由に言及しただけで、公開の法廷に置かれた証人が証言に躊躇するという見方を前提としていた。

85) *Kissel/Mayer*, § 172 GVG RdNr. 51; SSW, § 172 GVG RdNr. 19 [*Quentin*]; KK 8, § 172 GVG RdNr. 10 [*Diemer*]; HK-StPO, § 172 GVG RdNr. 11 [*Schmidt*]. Ferner *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 172 GVG RdNr. 14 [*Schmitt*]; *Kipper*, oben FußN. 64, S. 98. 公衆の面前とくにメディアの前では証人が「不快な途を避ける」あるいは「できごとをきれいにみせる（とり繕う）」という傾向をもって、事案の解明をあやうくするという。*Hans Dachs, Zum Persönlichkeitsschutz des "Verletzten" als Zeuge im Strafprozeß*, NJW 1984, S. 1921 (S. 1925).

86) LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 33 [*Wickern*].

87) もっとも、同条第4号については、裁量の行使のあり方をめぐる見解の対立がある。一方では、子どもの証人にのしかかる負荷の程度——すなわち、事件の性質や子どもの発達状況に応じた負荷の大きさ——とともに、予定される証言が事案の解明にとってどれほどの重要性を有するののかという点や、証言から生じる社会の反響が証人の成長・発達を妨げる事情となりえるのか否かという点も勘案したうえで、職権の発動を要するほどの事案であるのかどうかについて判断すべきものと論じられる (LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 35 [*Wickern*]; *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 172 GVG RdNr. 14 [*Schmitt*])。他方で、立法によって定型化された要件の意味に注目した見解のもとでは、——およそ18歳未満の証人に対する尋問の場合であれば——証言の内容も事件の性質も考慮せずに非公開とすることが許されるという (*Kissel/Mayer*, § 172 GVG RdNr. 53)。

(4) 近年になって、子どもに対する別段の処遇が構成法第171条bに盛り込まれた。すなわち、同条第1項に第3文と第4文が挿入されて、子どもの処遇⑥が明文化されたのと同時に、子どもの処遇⑦については、あたらしい同条第2項の挿入をもって規定が設けられたのである。いずれの条項も、2013年の法律による改正をつうじて新設されたものである。

子どもの処遇⑥がおこなわれるのは、裁判所が構成法第171条b第1項にもとづいた措置を実施するのか否かについて判断するときである。すなわち、同項第3文によれば、「個人の生活領域」に由来する事情が子どものものであるときは、公判手続を非公開とするのか否かの判断において、公判手続の公開にともなう「特別な負荷 (besondere Belastungen)」が考慮されなければならない (zu berücksichtigen sein)。また、この規定は、同項第4文によって、被害当時子どもにも準用される。子どもの処遇⑥について定めた同項第3文の意義は、連邦政府の説明によれば、同項第1文と第2文に定められた衡量が子どもの特性も考え合わせておこなわれなければならないという要請を法律に記して明確化したことにある⁹⁰⁾。

また、子どもの処遇⑦について定めた構成法第171条b第2項第1文によれば、「性的自己決定に対する罪 (刑法第174条から第184条jまで) 若しくは生命に対する罪 (刑法第211条から第222条まで) に係る事件の手続、保護を命じられた者による虐待 (刑法第225条) の事件の手続又は人身の自由に対する刑法第232条から第233条aまでの罪に係る事件の手続において、18歳未満の証人を尋問するときは、このときに限り」、非公開の決定が下されなければならない (sollen)。同項第2文は「第1項第4文の規定……を準用する」ものと定めるので、被害当時子どもの証人に対しても子どもの処遇⑦がおこなわれる。

88) たとえば、被告人を退廷させて実施した尋問の主旨について被告人に告げるための手続 (法第247条第4文) も——構成法第172条第4号にもとづいて——公開せずにおこなえるという判例がある。BGH, Beschl. v. 25. 1. 1994 - 5 StR 508 / 93 = NSTZ 1994, S. 354.

89) S. näher, LR, Bd. 10, § 172 GVG RdNr. 39 [Wickern].

90) BT-Drs. 17 / 6261, S. 14.

なお、同項が適用の対象となる事件として列挙する犯罪は、法第255条a第2項に列挙されたものと同じである。

2013年の法律の制定に向けた作業の過程では、子どもの処遇⑥の制度だけが準備されていたところ、特定の犯罪類型の事件において複数回の聴取による有害な結果から保護するための措置を最大限に強化しなければ不十分であるという意見が出たため、子どもの処遇⑦の制度も法案に追加されることになった⁹¹⁾。性犯罪や虐待をはじめとした特定の犯罪類型の事件において複数回にわたる聴取の問題に最大限に対処するというねらいは、構成法第171条b第2項の意義を決定づけるものとなった。すなわち、立法の経緯をふまえて示された連邦政府の説明によれば、同項に列挙された事件の場合に、以前になされた裁判官尋問の録音・録画の記録を公判において再生するという措置（法第255条a第2項）が実施できないとき——要するに、公判において子どもの証人に対する尋問を実施することが必要となるとき——は、裁判所が次善の策となる子どもの処遇⑧をおこなわなければならないのである⁹²⁾。

c) 規定の意義と問題——証人保護との関係で

(1) 以上においては、非公開の措置について定めた条項のそれぞれの内容をつまびらかにしてきた。以下においては、証人保護という視点から、それぞれ

91) 連邦議会における審議の過程で、連邦政府は、子どもの処遇⑥の制度が創設されるだけにとどまるのであれば改正の目的にかなわない不十分な立法であるという勧告を法務委員会(第6委員会)から受けて、法案の修正を要するものと認めたため、勧告における鑑定意見(Sachverständigenbegutachtung)に沿った内容の制度——すなわち、選択肢の1つとして提示されていた子どもの処遇⑦の制度——をあらたに法案に盛り込んだのである。Protokoll des BT-Rechtsausschuss, Nr. 64; BT-Plenarprotokoll, 17 / 228, S. 28472C-28472D; vgl. zur Referentenentwurf *Ulrich Eisenberg*, Referentenentwurf des BMJ “Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG)”, HRRS 2010, S. 64 (S. 66 f.); *Folker Bittmann*, Referententwurf für ein Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG), ZRP 2011, S. 72 (S. 73). なお、勧告においては、ドイツ少年裁判所法第48条第1項と同じ保護を子どもに与えるために——子どもの処遇⑧のような——あらたな制度が必要であるという意見も示されていた。

の規定の意義と問題を明らかにしておきたい。それぞれの規定の關係に着目した解釈をつうじて規定の意義と問題にアプローチするためには、構成法第171条b第1項を軸として検討することが有用と考えられる。

構成法第171条b第1項は、証人とならない被害者や訴訟關係人の保護も予定する。適用の対象となる者のバラエティという点で、同項の意義が証人保護そのものに認められるわけではない。また、同項の淵源は被害者の保護を本旨とするものでもなかった。もっとも、1986年の被害者保護法による改正のすえに、同項に与えられた役割において被害者の保護が一定のウエイトを占めることになったのは否定できない⁹³⁾。そして、とくに被害者証人との關係では、事件の性質・内容や証人自身の特性さらには手続の状況などから考えれば、その「個人の生活領域に由来する事情……を公開の討論に付すること」の不利益が通常と異なるほどの質量に転化するというケースも、多かれ少なかれ存在するであろう。それゆえ、これらの者が適用の対象となるときは、同項のほんらいの目的が——証人にのしかかる負荷の回避・除去にあるのでなくて——①<本質的にプライベートなことがらの暴露>からの保護にあるということをつまえて、被害者証人としての特別な状況をどのように考慮してどこまでの手続の範囲で⁹⁴⁾非公開とすれば権利・利益の適切な保護につながるのかが思量されるべきであろう。

適用の要件については、対立する利益——すなわち、「個人の生活領域に由来する事情」との關係で背中合わせになる「公開の討論に係る利益」と「保護

92) BT-Drs 17 / 12735, S. 17. So auch *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 171b GVG RdNr. 7 [*Schmitt*]; LR, Bd. 12 (2014), Nachtr. § 171b GVG RdNr. 8 [*Krauß*]. なお、法第255条aによって尋問の録音・録画の記録が再生されるときも、構成法第171条b第1項にもとづいた措置を実施することは許される。

93) 構成法第171条b第1項は被害者を保護するために重要な (wesentlich) 規定であるという評価も見受けられる。*Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 2.

94) 一般論としてであれば、非公開の措置を実施するのかどうかの決定にあたって、出廷の予定があるのか否かは問われない。また、措置を実施する段階では、適用の対象となる者が在廷しているのか否かも問われるものでない。*Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 2.

に値する利益」——を事案ごとに衡量することが予定されている。もっとも、衡量を裁判所による個別の判断にゆだねるという制度の設計に関しては、検討を要する問題がある。

(2) まずもって、衡量の観点に立ち入った検討が必要であろう。刑事手続法における公開主義の価値を重視する立場によれば、公判手続の非公開については、その例外としての位置づけが強調されるため、公判手続の非公開に関する規定を慎重に運用することが求められる⁹⁵⁾。これに対して、——マス・メディアの発達や情報社会の進展によって——個人の生活にもたらされるようになった影響の変化をふまえれば公開のあり方のとらえ直しも避けられないものと理解する立場から、公判手続の非公開に関する規定の適用をもはや旧来の運用のように抑制すべきではないという主張が展開されている^{96,97)}。このような立場の違いに応じて判断の内容や過程に違いが生じるようであれば、同種の事案にあって裁判所による衡量の結果が異なるといった事態もしばしば発生することであろう。たとえば、非公開となる手続の範囲をめぐるっては、立場の違いから同種の事案で大きく異なる結論に達することがしばしば起こるという可能性も否定できない⁹⁸⁾。

証人保護——とりわけ被害者証人の保護——との関連では、衡量の要素についても検討の余地がある。検討の対象は、構成法第171条b第1項を構成法第172条第4号と比較すれば浮き彫りになる。子どもの処遇④について定める構成法第172条第4号は、⑤<公の場での証言>にともなう負荷の回避・除去を目的とするのとともに、学説において、真実発見にも資するもの——あるいは、同号の目的の1つになるもの——と考えられている。ひるがえって、構成法第

95) *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 6; SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr. 2 ff. u. RdNr. 18 Vor 169 GVG [Velten].

96) KMR, RdNr. 120 Vor § 226 [32 Lfg. (5. 2002): *Eschelbach*]; *Jung*, oben FußN. 54, S. 891 (S. 908 f.).

97) 発達・拡大したマス・メディアによって社会に広範かつセンセーショナルに報道される時代になったことが非公開の重要度に変化をもたらしたという認識については、前掲注70)を参照。

171条b第1項に目を向ければ、子どもの処遇^㉑と同じ目的ないしはたらきは、同項の前身である旧第172条第2号の新設から現在の規定にいたるまでの間に、立法の過程にも、また、判例・学説における判断・議論にも、いずれにも規定の意義として顔を出すことがなかった⁹⁹⁾。もともと、⑤の回避・除去による証人の平穏や真実発見の促進を法律上の保護に値するものと理解するのであれば、裁判所はこれらも構成法第171条b第1項にいう「保護に値する利益」として衡量の要素と位置づけたうえで——尋問そのものや尋問に関連する手続の公開・非公開にかかる判断の際に——加味しなければならないという結論になりそうである。しかしながら、この結論は、これまでに明確に意識されてこなかったはずであって、同項の適用に関する解釈に再考をせまるような帰着であるのと同時に、適用の対象となる者が子どもの証人であるという場合に構成法第172条第4号の適用との区別をあいまいにするようにも思われるため、さらなる検討を要するものであろう。従来議論をふまれば、この問題は構成法第171条b第1項の解釈から一義に決着しえないように思われる^{100,101)}。また、この問題は、職権を発動しない裁判所に対して証人の側から非公開の請求がなされたときや、成人の被害者が証人となっているような場合に、裁判所がどのように対応すべきなのかという点に影響する。

この問題をとくに法律の解釈において複雑化させるのは、子どもの処遇^㉒と子どもの処遇^㉓の制度がともに構成法第171条bに盛り込まれたという事実で

98) 一方で、非公開となる手続の範囲を判例が拡大してきたことに対しては、安易に措置を実施するような傾向が疑われるという批判もある (SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr. 11 [Velten])。他方で、「個人の生活領域」に由来する事情が審理でとり上げられるのかどうかについての予測は困難をともなうことから、一定の限度で非公開の範囲をゆるやかに設定できるという見解もある (S. dazu Reinhard Böttcher, Das neue Opferschutzgesetz, JR 1987, S. 133 (S. 144))。

99) そもそも、⑤の回避・除去は、適用の対象となる者が在廷を要するときでなければ措置の目的となりえないのと同時に、——人格(権)を保護するために「個人の生活領域」に由来する事情の顕出が予測される範囲でひろく非公開の状態にしようという——ほんらいの目的とも異質なものであるから、構成法第171条b第1項にもとづいた措置の正当性を基礎づける目的ないしはたらきとして想定されなかったはずである。

ある¹⁰²⁾。前者すなわち同条第1項第3文は、「とくに傷つきやすい証人」の保護も念頭に置いた規定である。また、後者すなわち同条第2項の規定がもっぱら「とくに傷つきやすい証人」の保護を目的とするのは明らかである。これらの規定と同条第1項第1文・第2文との関係について、以下のように検討の対象をさらにおし拡げなければならない。

(3) 子どもの処遇⑥について定めた構成法第171条b第1項第3文は、公開にともなう特別な負荷が子どもにのしかかることも考慮して公開・非公開の決定を下すように裁判所に要求する。それゆえ、同項は、少なくとも、⑤の回避・除去によって保護される子どもの証人の利益も衡量の要素に組み入れるという要請を内容とするように読める¹⁰³⁾。また、この読み方のもとで、さらにすすんで、同項第3文の新設は衡量に関する従来からの要請を明文化したのにすぎないという解釈¹⁰⁴⁾に立脚するのであれば、——適用の対象となる者が子どもであれ成人の被害者などであれ——およそ同項にもとづいた裁判所の決定にあたって、⑤の回避・除去からもたらされる証人の利益を衡量の要素と位置づけたうえで判断することがつねに裁判所の責務となるはずである。

100) ——非公開の措置を実施すれば——公開の法廷で証言することから生じる負担が回避できるのと同時に証言の抑制にはたらく事情も排除しえるので、この限りにおいて、構成法第171条b第1項にもとづいた措置は、⑤の回避・除去という事実上の効果を併有するのとともに、ときに真実発見の促進にもかなうはずである。それゆえ、プライベートなことがらに関連した尋問が見込まれるとき、同項にもとづいた措置によって尋問の手続を非公開とするのか否かという判断にせまられた裁判所の念頭には、しばしば、⑤の回避・除去による証人の保護や真実発見の促進も衡量の要素にとり入れて決定を下すことの可否が思い浮かぶはずである。

101) 構成法第171条b第1項に定められた適用の要件が存在するときであって、職権の発動による非公開の決定を下すのか否かという判断の段階に達したのであれば、構成法第172条第4号の適用と同じように、⑤の回避・除去による証人の保護や真実発見の促進を勘案することが許されるのかもしれない。もっとも、この段階で勘案することと適用の要件について判断する段階で衡量の要素とすることは別論であろう。

102) SSW, § 171b GVG RdNr. 1 [Quentin].

103) LR, Bd. 12, Nachtr. § 171b GVG RdNr. 5 [Krauß]. So auch BT-Drs. 17 / 6261, S. 14.

104) LR, Bd. 12, Nachtr. § 171b GVG RdNr. 5 [Krauß].

もっとも、構成法第171条b第1項に関する以上の解釈にしたがうのであれば、——対立する利益の衡量において異質な要素を追加するため——裁判所による個別の判断を難解にしてしまうという批判¹⁰⁵⁾は、無視できないように思われる。また、——くわしい考察を本稿のIV. にゆずることにして、要点だけに簡単に言及すれば、以前から——そのつどの衡量という手法のあやうさについて指摘されてきたところ¹⁰⁶⁾、以上の解釈のもとでは、「保護に値する利益」の意義をめぐる疑問が一段と深刻化する可能性も否定できないであろう¹⁰⁷⁾。

構成法第171条b第1項の解釈に関しては、衡量の観点という側面にも、また、衡量の要素という側面にも、いずれにも問題を見いだすことができる。これらの問題に対する解決のありようは、規定の運用に影響を与えて、多かれ少なかれ、措置の性質ひいては規定の意義そのものを決定づけるように思われる。

(4) これに対して、子どもの処遇[©]に関する構成法第171条b第2項の規定は、確定的に記述された事項の認定を事案ごとの衡量に代えて要求するものであるから、この限りにおいて同条第1項のような個別の判断を予定していない。同条第2項については、立法による衡量の結果を明確な要件に具体化した規定ととらえることができるはずであって¹⁰⁸⁾、この意味で、事案ごとの衡量にまつわる問題が解決されている¹⁰⁹⁾。

しかしながら、同条第2項を適用するための要件については、かならずしも明確に画定できない。一方で、同条第2項の適用は「個人の生活領域」に由来する事情の顕出が予測されるとき——すなわち、同条第2項に定められた要件とともに同条第1項に定められた要件も充たすとき——に限られるという解釈

105) *Kissel/Mayer*, § 171b GVG RdNr. 11a.

106) SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG RdNr, 7 [*Velten*].

107) 構成法第171条bとして独立する前の旧172条第2号が新設されるまでの過程では、刑法改革特別委員会から、「個人の生活領域に由来する事情」の射程が法律要件として非常に広汎なものであるという点に疑念を投げかけられた。しかしながら、結論として、——人格(権)の保護が公判手続の公開による利益の確保に優先するときに限って非公開の措置を実施できるという規定のもとでは——適用の妨げにならないものと判断されたのである。BT-Drs. 7 / 1261, S. 34 f. S. ferner *Kleinknecht*, oben FußN. 72, S. 111 (S. 114 f.).

が提示されている。この解釈によれば、同条第2項の文言からただちに読みとれないとはいえ、条項の位置や保護の必要性にてらして考えれば、同条第2項の規定を同条第1項から独立したものと読むべきでないというのである¹¹⁰⁾。他方で、「個人の生活領域」に由来する事情の顕出は同条第2項を適用するための要件とならないという解釈も十分にありえる¹¹¹⁾。このように解釈が分かれうるのは、立法の過程で同条第2項の目的ないしはたらきについて十分に説明されなかったということや、ほんらいの目的を異にする規定が同じ構成法第171条bにならべて置かれたということに起因すると思われる。

いずれであれ、構成法第171条b第2項の解釈に関しては、適用の要件に不十分な点を残しているものと考えられる。この点については、構成法第171条b第1項の解釈に関する問題とともに、本稿のIV.において考察することにしたい。

d) 不服の申立て

(1) 裁判所が公判手続の公開について定めた法令に違反して非公開としたとき——すなわち、「許容されない公開制限 (unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit) ないし「狭すぎる公開 (“zu enge” Öffentlichkeit)」と一般に呼ばれる事案のとき——や、裁判所が法令に違反して非公開としなかったとき——す

108) 子どもの処遇③に関する構成法第171条b第2項について、——構成法第172条第4号と同じように——⑤の回避・除去と真実発見の促進がともに同項の目的ないしはたらきを形成しているという見解もある。LR, Bd. 12, Nachtr. § 171b GVG RdNr. 8 [Krauß].

109) なお、構成法第171条b第2項の新設にいたる立法の過程でドイツ少年裁判所法第48条第1項の規定が援用されたことについて、前掲注91) を参照。

110) 構成法第171条b第2項の新設を根拠づけた保護の必要性との関係で、本質的にプライベートなことがらに関連した尋問を受けない子どもには同項の適用による保護が予定されていないという解釈の理由について、つぎのように説明されている。すなわち、同項は、「停止しなければならぬ」ものと定めていて、子どもの処遇④に関する構成法第172条第4号と段違いなほどの強力な保護を実現するための規定となっているから、保護の必要性が相応に高度な場合に適用される規定でなければならないというのである。Kissel/Mayer, § 171b GVG RdNr. 13.

111) S. in dieser Richtung LR, Bd. 12, Nachtr. § 171b GVG RdNr. 5, 8 [Krauß].

なわち、「許容されない公開拡大 (unzulässige Erweiterung der Öffentlichkeit)」ないし「広すぎる公開 (“zu weite” Öffentlichkeit)」と一般に呼ばれる事案のとき——は¹¹²⁾、上訴によって是正を求めるという訴訟手続が考え浮かぶ。しかしながら、構成法第 171 条 b にもとづいた裁判所の決定に対しては、不服を申し立てることが許されない (構成法第 171 条 b 第 5 項)。そもそも、「判決裁判所が判決前にした裁判に対しては、抗告 (Beschwerde) をすることはできない」(法第 305 条第 1 文) ため、決定そのものに対する不服の申立てが許されていない¹¹³⁾。これとは別に、構成法第 171 条 b 第 5 項は、裁判所の決定が上告審による審査も免れるという法効果を明らかにしている。同項がこの法効果を有するのは、同項の存在によって、「判決前にした裁判」の瑕疵を判決とあわせて審査できるという権限 (法第 336 条第 1 文) が否定されてしまうからである (法第 336 条第 2 文)¹¹⁴⁾。とくに、公判手続の公開については、「手続の公開に関する規定に違反した口頭弁論に基づいて判決をしたとき」が絶対的上告理由 (Absoluter Revisionsgrund) とされていて (法第 338 条第 6 号)、これを理由とした上告にも構成法第 171 条 b 第 5 項の法効果がおよぶため、同項の存在は際立つものとなっている。

もっとも、構成法第 171 条 b 第 5 項の規定が上告審による審査との関係でどのような意義を有するのかについては、さらなる分析を要する。同項の文言か

112) このような——二分された法令違反のそれぞれにあてた——呼称は、判例においても学説においても好んで用いられてきた。Z.B. BGH, Urt. v. 2. 7. 1969 – 4 StR 226 / 69 = NJW 1969, S. 2107 = JZ 1970, S. 35 m. Anm. v. Eberhard Schmidt, Peter Rieß, Zeugenschutz durch Änderung des § 338 Nr. 6 StPO ?, in: Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag (hrsg. v. Christian Broda, 1985), S. 969 (S. 971).

113) 抗告には裁判の執行を停止させる効力が原則として認められない (法第 307 条第 1 項) のとともに、停止の効力あるいは執行の延期 (法第 307 条第 2 項) を是認すれば——しばしば複数名になる「証人、鑑定人その他の者」からの抗告の可能性 (法第 304 条第 2 項) と相まって——訴訟の遅延が避けられないため、立法によって抗告の申立てを公開・非公開との関係で許すことは、適用の対象となる者にとって有益でないというだけでなく、訴訟の進行にとって有害でもあるという。BT-Drs. 10 / 5305, S. 24. So auch LR, Bd. 10, § 171b VVG RdNr. 25 [Wickern].

らは、そもそも公判手続の非公開に関して上告審による審査の余地をいっさい否定するという趣旨の規定であるのかどうかも、ただちに判明するものでない。上訴の制限という点で同項と同じ内容の規定が——のちに紹介・分析しており——証人保護を可能とする種々の制度のうちに散見されることから、さしあたって同項の趣旨をつまびらかにすることは、この種の規定に対する理解を深めるために有益であろう。

(2) 構成法第171条b第5項の前身である旧第171条b第3項の新設を提案した連邦政府の説明によれば、この規定の法効果としては、「職権による決定であれ請求による決定であれ、また、非公開の決定を下すのであれ公開の請求を却下するのであれ、……裁判に対する不服の申立てが許されない」ということであった¹¹⁵⁾。このように上告を許さないことの理由については、被害者の保護の実効性を高めるために要求されるという説明が連邦政府から提示されていた。すなわち、上告審によって破棄される可能性があれば、破棄の可能性を念頭に置いた裁判所が非公開の決定に躊躇してしまうものと考えられるので、このような状況では、とりわけ被害者を保護するために用意された非公開の措置が積極的に用いられるようにならないというのであった¹¹⁶⁾。

新設の理由として示された以上の説明には、いくつかの論拠があった。1つ目に、法第338条第6号に定められた絶対的上告理由の存在は非公開の決定を妨げているという指摘が投げかけられたため、この指摘をふまえての改正が必要となったことである。すなわち、「許容されない公開制限」の事案と違って「許容されない公開拡大」の事案であれば絶対的上告理由を構成しえないという「上

114) 構成法第171条bにもとづいた裁判所の決定に「手続に関する法令の違反」(法第344条第2項)が認められるという指摘をもって上告することは許されないのであるから、職権による真実の探求を裁判所に義務づけた法第244条第2項に違反するという指摘——たとえば、非公開の状態で尋問していれば証人が証言拒否権を行使せずに証言していたはずであるという指摘——も許されない。BGH, Beschl. v. 10. 10. 1995 - 3 StR 467 / 95 = NStZ 1996, S. 243; auch BGH, Beschl. v. 31. 8. 1999 - 1 StR 410 / 99; KK 8, § 171b GVG RdNr. 7 [Diemer]; KMR, RdNr. 133 Vor § 226 [32 Lfg. (5. 2002): Eschelbach].

115) BT-Drs. 10 / 5305, S. 24.

告理由のアシメトリー (Asymmetrie)」が連邦通常裁判所の判例のもとで形成されている¹¹⁷⁾ので、事実審の側は——破棄に直結する「許容されない公開制限」の事案と判断されることをつよく忌避して——非公開の措置をとるのに消極的・抑制的になるものと指摘されたのである¹¹⁸⁾。2つ目に、そもそも、上告審が判決を破棄したうえで事実審にふたたび審理させることは——破棄される前に個人の生活領域に由来する事情が公開の討論を経てすでにおおやけにされているから——「許容されない公開拡大」の事案について人格 (権) の保護に役立つ方策となりえないところ、かといって、「許容されない公開制限」の事案だけに上告審による審査がおよぶような制度をつくれば、まさに1つ目と同じ問題が生じてしまうから、このような制度の設計も「今回の改正が第一の目的とする被害者の保護にそぐわない結果をもたらす」というのであった¹¹⁹⁾。

116) BT-Drs. 10 / 5305, S. 24 f. S. auch *Rieß*, oben FußN. 71, S. 281 (S. 289) .

117) すでに確立した判例である。BGH, Urt. v. 2. 7. 1969 - 4 StR 226 / 69 = NJW 1969, S. 2107 = JZ 1970, S. 35; BGH, Urt. v. 21. 11. 1969 - 3 StR 249 / 68 = NJW 1970, S. 523; BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 - 2 StR 311 / 15 = NSStZ 2016, S. 180 m. Anm. v. *Olaf Arnoldi* = StV 2016, S. 788; ferner BGH, Urt. v. 17. 2. 1989 - 2 StR 402 / 88 = NJW 1989, S. 1741. 従前の学説においても判例を支持する見解が大勢であった。S. zunächst *Eberhard Schmidt*, Anm. m. BGH Urt., JZ 1970, S. 35 (S. 35 f.); *Ellen Schlüchter*, Das Strafverfahren (2., überarb. u. erg. Aufl., 1983), RdNr. 738.2. 「上告理由のアシメトリー」は、ライヒ裁判所 (Reichsgericht) によって示された判断が淵源であるという。Dazu *Rieß*, oben FußN. 112, S. 969 (S. 976); *Hans Kudlich*, Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozeß, JA 2000, S. 970 (S. 974) .

118) 事実審の側にとっては、相対的上告理由 (Relativer Revisionsgrund) (法第337条) にとどまって破棄に直結しない「許容されない公開拡大」と判断されるほうが「まし」なものと考えたため、「許容されない公開制限」を忌避するようになるという。このことは、すでに構成法第172条の適用について指摘されていた。そのため、忌避の傾向は旧第171条b第3項の新設によって解消できるものと考えられたのである。*Odersky*, oben FußN. 64, S. 325 (S. 326); *Böttcher*, oben FußN. 70, S. 25 (S. 41 ff.) . 構成法第171条bの新設までにこの問題に言及した文献が問題の原因に関してさまざまな見解を示していたとはいえ、裁判所が旧第172条第2号にもとづいた非公開の決定を下すことに消極的・抑制的であったという点では、当時の議論において評価が一致していたという。*Reinhard Böttcher*, Zur Ausschluß der Öffentlichkeit nach § 172 Nr. 2 GVG, DRiZ 1984, S. 17 (S. 17); *Odersky*, a.a.O., S. 326 f. u. FußN. 9.

連邦政府による提案は、上告審に対するアクセスの制限がはたして適切なのかという疑問を生じさせるものであった。もっとも、旧第171条b第3項の新設をもって上告審による審査の余地が完全に閉ざされるものとは、当時から考えられていなかった。同項のインパクトに直面した学説の多数は、「第1項及び第2項の規定による裁判に対しては」不服が申し立てられないという——もっぱら構成法第171条bに向けられた——文言をとらえて、構成法第174条などの適用に瑕疵を見いだせるのであれば上告が許されるものと論じていた¹²⁰⁾。また、連邦政府の説明も、上告審による統制のはたらきに一定の喪失がもたらされるという影響に目を向けたうえで、旧第171条b第3項の存在によって統制のはたらきが大きく減退するような結果にはならないものにとらえていた。すなわち、この説明においては、「構成法第172条から第175条までの適用に瑕疵があるのか否かという点の審査」を制約しないことも明言されていて¹²¹⁾、学説から示された解釈に沿うような見解が表明されたのである。

(3) 1986年の被害者保護法の成立をもって連邦政府による提案のとおりに設けられた規定は、その後2013年の法律による条項そのものの移置があったため、構成法第171条b第5項となって現在にいたっている。そして、この規定の解釈・適用をめぐるのは、現在までに連邦通常裁判所の判断が数多く示されて、判例が規定の内容を具体化することになったのである。

連邦通常裁判所は、構成法第171条b第5項および旧第171条b第3項の機

119) BT-Drs. 10 / 5305, S. 24.

120) たとえば、裁判所の決定における理由の不備や非公開の状態でなされた決定の告知を例に挙げたうえで、いずれの例も構成法第174条の規定に違反するものであって構成法第171条bの適用そのものと関連しないから上告は許されるといった説明が示された。*Peter Rieß / Hans Hilger*, Das neue Strafverfahrensrecht – Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz Teil 2, NStZ 1987, S. 204 (S. 208); vgl. auch *Schlüchter*, oben FußN. 117, RdNrn. 738.2 f. 構成法第174条の違反という理由であれば上告審による審査の余地を肯定できるものと考えるのは、学説の大勢であったようである。Vgl. dazu *Claus Roxin*, Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung, NStZ 1991, S. 153 (S. 155); *Monika Frommel*, Anm. v. BGH Urt., StV 1990, S. 10 (S. 11).

能について、たびたび、公開・非公開の決定に対する実体的審査 (inhaltliche Überprüfung)——すなわち、構成法第171条b第1項または同条第2項に定められた適用の要件が個々の事案で存在したのか否かという点の審査——を否定するものと判示してきた¹²²⁾。すなわち、構成法第171条bにもとづいた裁判所の決定が衡量にかかる判断の誤りをもとに成り立っていたからといって、これを指摘して上告理由とすることは許されないのとともに、衡量にかかる判断の誤りに起因した法令違反が審査されることもありえないというのである¹²³⁾。そして、このような実体的審査の否定は、裁判所の決定によって非公開の措置がとられたときにとどまらない。すなわち、裁判所が構成法第171条bの適用をおよそ否定して非公開としないときや、非公開の請求があったという場合に非公開の対象となる手続を請求と比べて狭い範囲に限定したときも、上告審がその適否を審査する余地はないものと考えられている¹²⁴⁾。要するに、個々の事案で裁判所が構成法第171条bを適用したことまたは同条を適用しなかったことについて¹²⁵⁾、この適用・不適用にかかる判断の当否が問われるのであれ

121) BT-Drs. 10 / 5305, S. 25. すなわち、連邦政府によれば、「法案は、人格 (権) の保護を最適化するために、あえて、上告をつうじた統制の可能性に若干の喪失 (geringfügiger Verlust) が生じるという結果も受け容れたのである。構成法第172条から第175条までの適用に瑕疵があるのか否かという点の審査をこれまでと変わらずにおこなうことによって、公開主義にかかる是正の機能を損なわないように維持させるのであるから、結論の受け容れは一段と容易になるであろう」。

122) BGH, Urt. v. 21. 2. 1989 - 1 StR 786 / 88 = StV 1990, S. 10 m. Anm. v. *Monika Frommel*; BGH, Beschl. v. 19. 12. 2006 - 1 StR 268 / 06 = NJW 2007, S. 709; BGH, Urt. v. 21. 6. 2012 - 4 StR 623 / 11 = NJW 2012, S. 3113 = StV 2012, S. 712; BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 - 2 StR 311 / 15 = NStZ 2016, S. 180 = StV 2016, S. 788.

123) BGH, Urt. v. 2. 12. 2003 - 1 StR 102 / 03 = NJW 2004, S. 865. これまでに判例が具体例として挙げたのは、公開・非公開となる手続において「個人の生活領域」に由来する事情の顕出があるのかどうかという予測 (Prognose) の当否を審査の対象としないことである (BGH, Beschl. v. 19. 12. 2006 - 1 StR 268 / 06 = NJW 2007, S. 709)。なお、連邦社会裁判所 (Bundessozialgericht) の判例によれば、非公開の請求があるからといって、衡量にかかる判断の誤りを指摘した上告が許されるものにはならないという。BSG, Beschl. v. 16. 1. 2007, B 5 R 96 / 06 B = SGB 2007, S. 564.

ば¹²⁶⁾、このときの法令違反は上告審による審査に服さないというのである。

これに対して、連邦通常裁判所は、旧第171条b第3項の新設から間もないうちに、学説から示された解釈を引用して、構成法第174条第1項の要請に反した公開・非公開の決定に対して上告することが許されるという判断を示していた¹²⁷⁾。やがて、同項第2文の違反——すなわち、非公開の措置は公開の法廷で告知される裁判所の決定によらなければならないのに、そもそもこの決定を欠いたこと——が理由となって原判決の破棄にいたるという事案もあらわれるようになった¹²⁸⁾。そして、このように裁判所の決定を欠けばこれが適法な上告理由となるという判断¹²⁹⁾とともに、非公開の決定において示された範囲を超える手続にまで非公開の措置がおよんでいれば上告は許されるという趣旨の判断¹³⁰⁾も、連邦通常裁判所が明確に示すまでにいたっている。また、構成法第174条第1項第3文——すなわち、非公開の決定にあたって裁判所がその旨の告知とともに決定の理由も示さなければならないという規定——に関しても、規定の要請を充たさなかったときは、この法令違反にもとづいた破棄の

124) BGH, Beschl. v. 10. 10. 1995 - 3 StR 467 / 95 = NStZ 1996, S. 243; BGH, Urt. v. 19. 12. 2006 - 1 StR 583 / 06 = StV 2008, S. 10. So auch KK 8, § 171b GVG RdNr. 8 [Diemer].

125) 適用・不適用と違って、ある種の手続——たとえば起訴状の朗読——を非公開の対象とすることがおよそ裁判所の権限として許されるのか否かという点について問うのであれば、この点は上告審による審査の対象となる。BGH, Urt. v. 21. 6. 2012 - 4 StR 623 / 11 = NJW 2012, S. 3113 = StV 2012, S. 712; BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 - 2 StR 311 / 15 = NStZ 2016, S. 180 = StV 2016, S. 788.

126) 学説においては、対立する利益の重みが衡量の際に不適切に評価されたということや、非公開の決定を下すのか否かにかかる判断の裁量が不当に行使されたということも、上告審による審査に服さない事項として挙げられている。KK 8, § 171b GVG RdNr. 8 [Diemer]; Kissel/Mayer, § 171b GVG RdNr. 17. そして、前掲注122)に挙げた判例は、これまでに挙げた事項のいずれかについて、その当否が審査の対象とならないという判断を示したものと読める。

127) BGH, Urt. v. 21. 2. 1989 - 1 StR 786 / 88 = StV 1990, S. 10.

128) BGH, Beschl. v. 1. 12. 1998 - 4 StR 585 / 98 = NStZ 1999, S. 371. この決定には、構成法第174条第1項第2文の要求である裁判所の決定は裁判長の命令によって代替できないという判断が——絶対的上告理由にもとづく破棄にあたって——示されている。

判決・決定を下すべきなのか否かがつねに審査されてきたのである¹³¹⁾。

おもに連邦通常裁判所の刑事部によって示された一連の判例から構成法第171条b第5項の機能を端的に描き出せば、その本質は、構成法第171条bの適用・不適用にかかる判断の当否を上告審による審査の対象から除外するという点にあるものと説明できる。これに対して、非公開の措置にかかる手続・形式に瑕疵が認められるのであれば、適用・不適用にかかる判断の当否が審査の対象となるケースでないから、この法令違反は適法な上告理由となって上告審による審査に服するということになるのであろう。同項の機能に関する以上の説明は、「第1項から第4項までの規定による裁判」に対する不服の申立てが許されないという構成法第171条b第5項の文言にてらせば、特段の意味を盛り込んでいない中身に乏しいものであるように見受けられるのかもしれない

129) 構成法第171条b第3項第2文にもとづいた非公開の措置にあたって裁判所がその旨の決定を事前に下さなかったという事案について、連邦通常裁判所は、構成法第174条第1項第2文の違反を認めた。BGH, Besch. v. 9. 5. 2019 - 4 StR 605 / 18 = NJW-Spezial 2019, S. 441. このほかに、裁判長が公開の再開を命じたという事案に対する判断であって、また、原判決の破棄ないし上告の棄却における直接の理由とならなかったとはいえ、裁判長による命令が適法な上告理由となることに言及した判示も——構成法第171条b第3項第2文との関係で——散見される。BGH, Urt. v. 17. 9. 2014 - 1 StR 212 / 14 = StV 2015, S. 79; BGH, Beschl. v. 12. 11. 2015 - 2 StR 311 / 15 = NStZ 2016, S. 180 = StV 2016, S. 788; vgl. auch BGH, Beschl. v. 15. 12. 2015 - 4 StR 401 / 15 = StV 2016, S. 788.

130) BGH, Beschl. v. 13. 3. 1998 - 3 StR 67 / 98 = StV 1998, S. 364. さらに、非公開の範囲として裁判所の決定に示された手続——すなわち、この事案では2名の証人に対する尋問——を非公開としたうえで、この手続を終えたのちに、あらたな決定が下されていないのに、非公開の対象となったものの一部と認めえない手続——すなわち、この事案では、法の見解 (rechtlicher Gesichtspunkt) の変更について告知するための手続 (法第265条第1項) ——を引き続いて公開しなかったときも、この法令違反を理由とした上告が許されるという。BGH, Beschl. v. 19. 7. 1994 - 4 StR 360 / 94 = StV 1994, S. 641.

131) BGH, Urt. v. 30. 8. 1994 - 5 StR 403 / 94 = NStZ 1994, S. 591 = StV 1994, 641; BGH, Beschl. v. 29. 6. 1999 - 5 StR 300 / 99 = StV 2000, S. 243; BGH, Beschl. v. 9. 11. 1999 - 5 StR 552 / 99 = StV 2000, S. 243; auch BGH, Beschl. v. 6. 11. 1998 - 3 StR 511 / 97 = NStZ 1999, S. 372; BGH, Urt. v. 9. 6. 1999 - 1 StR 325 / 98 = NJW 1999, S. 3060 = NStZ 1999, S. 475 m. Anm. v. *Karl Heinz Gössel*, NStZ 2000, S. 181 = StV 2000, S. 244 m. Anm. v. *Tido Park*.

い。しかしながら、構成法第171条bの適用が問題となっているのか、それとも、——立法の過程で言及されたように——「構成法第172条から第175条までの適用に瑕疵があるのか否かという点」を審査するのか、いずれなのかによって構成法第171条b第5項の法効果が区別されるものと単純に説明するのは正しくないように思われる。連邦通常裁判所は、裁判所が——構成法第171条b第3項第2文の場合に該当するため最終弁論の「公開を停止しなければならない」のに——同項第2文を適用せずに最終弁論の手續にすすんだという事案について、この法令違反を理由とした上告が許されるものと判示している¹³²⁾。非公開の措置を裁判所に強いる同項第2文の要件と法効果が判示の論拠となっているから、この判示は、構成法第171条bの適用・不適用にかかる考慮・決断をおこなう場面が法律において予定されていなければ、同条の適用・不適用を問題とするケースであれ、これを上告審による審査の対象とするものと扱っているように読める。むしろ、この判示は、同条の適用・不適用にかかる考慮・決断の場面が裁判所に与えられていれば上告審による審査を控えるべきであって、このような判断過程の当否に上告審を介入させないのが構成法第171条b第5項の趣旨であるという解釈に立脚するもの¹³³⁾と読めそうである。そうであれば、同項の機能の本質は、やはり、構成法第171条bの適用・不適用にかかる判断の当否を上告審による審査の対象から除外するという点にあるものと説明しなければならないであろう¹³⁴⁾。

132) BGH, Beschl. v. 26. 10. 2016 – 5 StR 196 / 16 = JR 2017, S. 535 m. Anm. v. *Werner Hinz*.

133) 前掲注129) に挙げた判例のすべては構成法第171条b第3項第2文の場合に該当するケースであって、いずれの事案も、裁判所が非公開の決定を下さなければならなかった——すなわち、同項第2文の規定が非公開の措置を裁判所に強いている——という状況のもとで決定を下さずに最終弁論の手續にすすんだものである。それゆえ、いずれの判例も、非公開の措置にかかる手續・形式に瑕疵が認められるという意味で上告の可能性に言及したものと読める。Vgl. dazu eingehend BGH, Besch. v. 9. 5. 2019 – 4 StR 605 / 18 = NJW-Spezial 2019, S. 441. もっとも、構成法第171条bとの関係で考慮・決断の場面が予定されていないことは前掲注132) に挙げた判例の事案と変わらないから、裁判所が非公開の措置をとらなければならなかったという状況に着目すれば、いずれも判断過程の当否を審査の対象として扱っていない判例と評価できる。

(4) もっとも、上告審による審査がこのように制限されるのであれば、構成法第171条bの適用・不適用にかかる判断との関係では、具体的な事件における不当な結論を是正するという上告の目的が果たされえないものとなるのとともに、法令の解釈・適用を統一させるという目的の実現もあやうくなるため、その妥当性が問題となりえる。また、構成法第171条b第5項のような上訴の制限が公開主義にとってどのような意義を有するものとなるのかという点については、学説による分析の結果に目を向けたうえで、あらためて考察しなければならないであろう。

いずれの問題についても、同条第5項と同じ内容の規定が複数の制度に導入されているという事情から、これらの規定にも立ち入ったうえでアプローチするのがのぞましいので、くわしい考察を本稿のIV. にゆずることにしたい。

(つづく)

【付記】

本稿は、科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）・基盤研究（C）（一般）「刑事手続における司法面接の有効かつ適正な利用を目的とした制度の構想」（課題番号：18K01308）による研究の成果の一部である。

（いわした・ともみつ 筑波大学法科大学院准教授）

134) 適用の対象となる者のすべてが非公開に対して異議を唱えたという場合に、裁判所が異議にしたがわずに非公開の措置をとったときは、このときの法令違反——すなわち、構成法第171条b第4項の違反——も上告審による審査に服するものと位置づける見解がある。KK 8, § 171b GVG RdNr. 7 [Diemer]; vgl. auch SK-StPO, Bd. 9, § 171b GVG, RdNr. 17 [Velten]. この見解の論拠は、異議の存在によって非公開の決定を下すのか否かにかかる判断の裁量が否定されるという点から導かれている。この見解も、判断過程の当否を問うための上告となっていなければ審査は免れえないという解釈に立脚するように思われる。

フランス法における家族の メンバーに対する民事責任(1)

——家族のあり方と民事責任法の枠組——¹⁾

白石 友行

はじめに

I. 「家族に対する責任」の諸相

1. 一般的な権利または利益の侵害および義務の違反
2. 家族的な権利または利益の侵害および義務の違反 ((1)②—まで本号)

II. 「家族に対する責任」の基礎

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

おわりに

はじめに

ある者がその家族のメンバーとして捉えられる者の権利や利益を侵害したとき、その者は、どのような根拠に基づき、どのような責任を負うか。家族と関わりを持つ形で生ずる民事責任法上の諸問題を、ある者が家族外の者に対して家族と関連を持つ形で被った損害の賠償を請求する場面（家族の保護）と、ある者が自己と家族の関係にある者または家族外の者に対して家族との関連で生じた損害について責任を負う場面（家族の責任）とに整理し、更に「家族の責任」を、家族内での権利や利益の侵害に起因する責任（家族に対する責任）と、家族外での権利や利益の侵害に起因する責任（家族外に対する責任）とに分けるとすれば、この問いは、「家族に対する責任」に関わる。本稿は、この「家

1) 本稿は、本誌に連載を予定していた「民事責任法と家族——フランス法——」の一部（IIの一部）を1つの完結した論文にし、分量を抑えるために、その叙述を半分以下に圧縮したものである。

族に対する責任」に関するフランス法の議論について、家族のあり方と民事責任法の枠組という2つの視角から分析し、日本における議論の状況と比較することを通じて、前稿で得られた検討の成果²⁾を補強しようとするものである³⁾。以下、前稿の検討内容と本稿の問題意識をごく簡単に提示する。

「家族に対する責任」を検討する際には、いかなる場合に、どのような理由に基づき、どの範囲で、ある家族のメンバーが別のメンバーに対して損害賠償責任を負うかという諸問題に関心が向けられる。このうち、「どのような理由に基づき」という問いは、どのような権利や利益の侵害または義務の違反が想定されているかという意味で保護対象の次元に、「どの範囲で」という問いは、「家族に対する責任」が制約されることはあるか、あるとすればそれはどのような理由に基づくかという意味で制約手法の次元に関わる。そして、いずれの問題の理解に対しても、家族の捉え方が大きな影響を与えるはずである。しかし、これまでの議論では、これら2つの問いが明確に区別されることなく、また、家族のあり方という視点が意識されないまま、個々のケースに関する解決や解釈論が場当たりに提示されてきた。こうした状況に鑑みれば、様々な場面を包括的に視野に入れる一方で、いくつかの基準から各場面を類型化し、各類型に即して家族の捉え方という視点から保護対象と制約手法の理解を構築することが有益である。

まず、上記の問題関心を踏まえると、「家族に対する責任」に関わる諸事例については、問題となっているのがカップルに代表される横の家族関係であるか、それとも、親子のような縦の家族関係であるか、問題となっているのが家族外の関係でも取り上げられる権利や利益の侵害または義務の違反か、それと

2) 拙稿「民事責任法と家族(1)～(3・完)」本誌20号(2016年)59頁以下、21号69頁以下、22号(2017年)21頁以下。

3) 「家族の保護」と「家族外に対する責任」について同様の問題関心から検討した論稿として、拙稿「フランス民事責任法における「家族の保護」(1)(2・完)——家族のあり方と民事責任法の枠組——」本誌25号(2018年)183頁以下、26号(2019年)27頁以下、同「フランス法における家族のメンバーによる不法行為と責任——家族のあり方と民事責任法の枠組——」本誌23号(2017年)119頁以下。

も、家族内に固有の権利や利益の侵害または義務の違反か、問題となっているのが関係の解消または不構築に直接関わる権利や利益の侵害かという3つの基準に照らし、6つの類型に分けることが適切である。すなわち、家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益の侵害または義務の違反が横の家族関係で問題となる場面（類型A）、これらが縦の家族関係で問題となる場面（類型B）、家族内に固有の権利や利益の侵害または義務の違反が横の家族関係で問題となる場面（類型C）、これらが縦の家族関係で問題となる場面（類型D）、関係の解消ないし不成立に伴う権利や利益の侵害または義務の違反が横の家族関係で問題となる場面（類型E）、これらが縦の家族関係で問題となる場面（類型F）がそれである。

次に、類型Cから類型Fまでで保護対象として想定されてきたものに着目し、これまでの議論を大枠として整理すると、そこには、ある者がその家族のメンバーとして捉えられる者に対し責任を負うのは、①当該家族のメンバーがその者との間で有していた法的な身分や地位を侵害したからであるという考え方、②当該家族のメンバーがその者との間で形成していた一定の関係に基づく個人としての人格的な権利または利益を侵害したからであるという考え方、③当該家族のメンバーの感情を害し苦痛を与えたからであるという考え方が存在することが分かる。また、①については、①-1. 法的な身分や地位の存在それ自体に着目する考え方と、①-2. 身分や地位それ自体ではなくそこから生ずる権利義務関係の存在に着目する考え方とに区別することができる。そして、これらの考え方では、それぞれ、家族としての身分や地位それ自体（①-1）、家族としての身分や地位に由来する権利義務（①-2）、家族との関わりの中で生きる個人の人格（②）、家族から切り離された個人の感情（③）が、保護対象として観念されている。他方で、「家族に対する責任」が関わる諸事例における損害賠償請求の制約に関しては、㉞損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に存在する一体性、㉟家族秩序または家族の平和の保護、㊱家族法的な救済手段としての適合性の不存在、㊲婚姻や親子といった関係する制度の性格を理由に、一定の範囲で家族のメンバー間における損害賠償請求の制約を

認める考え方と、㊦これを否定する考え方が存在する。

これらの理解について、家族として捉えられる者は誰か（家族の枠）、家族のメンバー相互の関係はどのように把握されるか（関係把握）、それぞれの家族は典型的な家族像や当該家族以外の存在とどのような関係にあるか（家族の自律性）という家族のあり方に関わる3つの視点から分析し、そこに、各理解から導かれる帰結が、民事責任法の要件および効果と十分に接合しているか、民事責任法の本質や目的と整合しているか、各理解は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に十分な配慮をすることができているかという民事責任法の枠組に関わる3つの視点からの検討を付け加えると、以下のように評価することができる。

①については、身分や地位それ自体に着目するだけでは「家族に対する責任」の問題に十分な対応をすることができない点、身分や地位の中に家族相互の関係を意識した内容を組み込むと、家族内における個人の自律に制約が課せられるだけでなく、各家族に対し典型的な家族像が強制される点、身分や地位に対応した形で画一的に家族の枠が設定される点、家族法の規律があるにもかかわらず民事責任法が直接的に家族の身分や地位を扱うことになってしまう点等の当否が問われる。そして、これらの指摘の多くは、制約手法の㊦と㊧にも妥当する。また、③によると、身分や地位とは別に存在するはずの家族の豊かな意義を全く考慮することができなくなる。これに対して、②によれば、家族と関わりを持ちつつ生きている現実の個人が起点とされるため、ある家族のメンバーが他のメンバーに従属することも、特定の家族像が強制されることも、家族という存在のために個人が犠牲にされることもない。②は、現代の多様化した家族のあり方、家族を個人の幸福を実現するための手段として位置付ける見方に適合的である。もちろん、類型㊦や類型㊧の一部では家族法の規律との関係で①-2を問題とすべきケースもあるが、これらを除き、類型㊦から類型㊧まででは②を基礎に据えた解決や解釈論が展開されるべきである。その際、類型㊦と類型㊧も含めて、原則として「家族に対する責任」が制約されてはならない。類型㊦や類型㊧の一部で①-2を基礎とする場合に限り、これらの類型

の特性に応じ㊦や㊧の観点に基づいて、しかも、民事責任法理の枠組に適合的な形で、限定的に「家族に対する責任」が制約される可能性があるにすぎない⁴⁾。

ところで、「家族に対する責任」の問題は、フランスでも生じている。例えば、類型㊦と類型㊧では、様々なケースごとに、ある家族のメンバーの別のメンバーに対する損害賠償請求が制約されることはあるかという課題が設定され、個々のケースの解決につき実定法の変遷が存在している。また、類型㊨と類型㊩では、社会におけるカップル関係の変容や立法の展開に影響を受ける形で、カップルの当事者または元当事者の一方から他方に対する損害賠償請求の基礎および要件に関して判例の展開がある。更に、類型㊪や類型㊫でも、一旦は存在した縦の家族関係が後になって存在しないとされた場面、縦の関係関係の設定が拒絶された場面等だけでなく、縦の家族関係が存続している場面においても、「家族に対する責任」が問われ、立法の展開と相まって、その基礎および要件の理解に関して判例が揺れ動いてきた。そして、これらの実定法の変化に対応する形で展開されてきた議論には、「家族に対する責任」を家族の捉え方との関係で把握しようとする姿勢が日本におけるよりも鮮明な形で現れており、この議論を掘り下げて分析していくと、いずれの場面においても、保護対象および制約手法の両面で日本法における上記の各考え方と同様のまたは類似した構想を抽出することができる。従って、フランス法における「家族に対する責任」の議論を検討することによって、日本法の下でみられた各考え方が特殊日本的なものではないことが明らかにされる一方、各考え方に対する評価をより確実なものにすることができる。加えて、フランスでは、かつては、いずれの類型でも、法的な身分や地位を起点として保護対象や制約手法を把握する傾向がみられたものの、今日では、特に類型㊨や類型㊩において身分や地位から切り離された事実上の関係の保護や家族の関係から切り離された個人の保護を問題とする構想が現れており、また、各類型で身分や地位の一体性を理由とした損害賠償請求の制約を否定する考え方が明確に説かれている。こうした現在の動向

4) 以上について、拙稿・前掲注(2)「2」69頁以下、「3・完」64頁以下。

は、一方では、すべての類型で身分や地位を問題にする考え方が色濃く残る日本法の状況と⁵⁾、他方では、今なお身分や地位の保護を問題にする発想が看取される類型⑩や類型⑪のフランス実定法の状況と大きく異なる。そのため、上記の2つの意味における相違の要因を探求することを通じて、「家族に対する責任」一般の場面では日本の背景事情とフランスのそれとの間に大きな相違がないこと、類型⑩や類型⑪の場面では特殊フランス的な傾向があることを示すことができれば、前稿における主張の意義もより明確になる。

以下では、この問題についてのフランス実定法の諸相を本稿の検討に必要な範囲で整理した上で(I)、実定法の展開を受ける形で行われてきた議論を再解釈し、これらを家族のあり方と民事責任法の枠組という2つの視点から分析して、日本法の状況と照らし合わせつつ検討する(II)。

I. 「家族に対する責任」の諸相

ある者がその家族のメンバーとして捉えられる者の権利や利益を侵害したとき、その者は、いかなる場合に、どのような理由に基づき、どの範囲で、損害賠償の支払を義務付けられるか。様々な事例が想定されるが、本稿の問題関心からすれば、冒頭で整理した6つの類型に即して、特に、家族外の関係でも取り上げられる権利や利益の侵害または義務の違反が問題となるケース（類型④と類型⑤）(1)と、家族的な権利や利益の侵害または義務の違反が問題となるケース（類型⑥から類型⑪まで）(2)とに大別して、実定法の状況を整理することが有益である。その理由は、次のとおりである。まず、後者では、どのような権利や利益の侵害または義務の違反が想定されているかという意味での保護対象の次元の問題と、他の家族のメンバーとの関係であるメンバーの損害賠償責任が制約されることはあるか、あるとすればそれはどのような理由に基づくかという意味での制約手法の次元の問題とがいずれも生ずるのに対し、前者では、保護対象の点で「家族に対する責任」であることに起因する特殊性は存在

5) 拙稿・前掲注(2)「2」71頁以下。

しないため、制約手法の次元の問題だけが生ずる。次に、後者では、ある権利や利益の侵害または義務の違反が縦の家族関係の中で起きるか、横の家族関係の中で起きるかによって、保護対象や制約手法の把握の仕方に大きな違いが生じているのに対し、前者では、縦の家族関係と横の家族関係とにおいて保護対象および制約手法の把握の仕方にそれほど大きな相違は存在していない。これらの点を踏まえると、上記の整理により、一見すると無関係であるようにみえる各事例につき保護対象と制約手法という観点から統一的に把握することができ、議論を見通しやすくすることができると思われる。

1. 一般的な権利または利益の侵害および義務の違反

家族外の関係でも取り上げられる権利や利益の侵害または義務の違反が問題となる場面（類型①と類型②）では、原則として、ある家族のメンバーの別のメンバーに対する損害賠償責任が制約されることはない。反対に、家族間の不法行為では、被害者である家族のメンバーに特殊な損害が発生し、その結果、加害者である家族のメンバーの損害賠償責任も重くなるのではないかという点が問われている。また、現在の裁判例によれば、損害の発生につき被害者の家族のメンバーが何らかの関与をしていたとしても、責任原因を充足した第三者に対する当該被害者の損害賠償が制限を受けることはない。この解決も、間接的な形で上記の原則的理解の存在を裏付けている ((1))。他方で、現在の実定法には、いくつかの場面で、直接的ではないものの、「家族に対する責任」を何らかの形で制約すること、または、「家族に対する責任」が成立しないことを前提とした規律もみられる。もっとも、その結論の当否自体に議論が存在することに加えて、場面ごとに規律の正当化に相違があること、各場面における規律の説明の仕方も一律でないこと、各場面における制約が実際的な帰結に対して持つ意味も異なることに注意が必要である ((2))。

(1) 「家族に対する責任」の制約が想定されていない場面

① ある家族のメンバーが別のメンバーに損害賠償を請求する場面

類型①において、夫婦や自由結合カップルの当事者の一方が、他方の生命、身体、人格等を侵害した場合、後者は、前者に対して、不法行為の諸規定に基づき、損害賠償の支払を求めることができる。その際、当該侵害行為の時点で⁶⁾加害行為をした者と加害行為を受けた者との間に夫婦や自由結合カップルの関係が存在したことは、原則として、不法行為の成否および損害賠償請求権の行使に関する評価に影響を及ぼさない。このことは、古くから今日に至るまで一貫して、裁判例で承認されてきた⁷⁾。また、類型②との関連で、縦の家族関係の一方が、他方の生命、身体、人格等を侵害した場合に、後者が、前者に対して、不法行為の諸規定に基づき、何らの制約も受けることなく損害賠償の支払を求めることができることについても、異論は存在しない⁸⁾。そして、このように、加害者と被害者との間における家族関係の存在が不法行為法の規律、特に責任原因行為の評価に影響を及ぼさないこと、また、家族関係の存在が損害賠償請求の行使に対する制約事由にならないことは、家庭内暴力や夫婦間の強制性交、子への虐待等への様々な対応が強化される中で、再び強調されるよ

6) 加害行為をした者とこれを受けた者との間に、かつて一定の家族関係があったものの、当該侵害行為の時点ではこれが存在しなかった場合についても、本文の理解が妥当する。家族外でも問題となる権利や利益の侵害が生じた事例であれば、過去に家族関係があったことは、不法行為の成否および損害賠償請求権の行使に関する評価に影響を及ぼさない。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 3 juin 2004, n°02-19.886 ; Bull. civ., II, n°273 ; D., 2004, 1867 ; D., 2004, 2069, note, Jacques Ravanis ; RTD civ., 2004, 489, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2004, 736, chr., Jacques Mestre et Bertrand Fages ; Dr. fam., oct. 2004, com., 172, note, Virginie Larribau-Terneyre ; D., 2005, 2651, chr., Laure Marino（元夫が離婚給付の消滅を基礎付けるために元妻の私生活の尊重への権利を侵害して調査を行った事案）; etc.

7) この点を明確に説く裁判例として、TC. Laval, 27 juill. 1932, D., 1932, 2, 169, note, A. Cendrier ; CA. Lyon, 6 nov. 1935, D., 1937, 2, 63, note, Marcel Nast ; CA. Poitiers, 6 avril 1965, D., 1966, jur., 112, note, Paul Esmain ; JCP., 1966, II, 14511, obs., Louis Ségur ; etc.

8) TGI. Nanterre, 31 mai 1991, Gaz. Pal., 1992, 1, jur., 144 ; CA. Dijon, 22 juill. 2003, RCA., déc. 2003, com., 312, note, Christophe Radé ; etc.

うになっている⁹⁾。こうしたフランス実定法の立場は、家族内の情義や家族の平和といった曖昧な観念に基づき一定の場合に一方からの損害賠償請求を否定していた日本におけるかつての一部の裁判例¹⁰⁾とは対照をなしている。

もっとも、実際には、フランスにおいても、類型④の紛争は、夫婦や自由結合カップルの一方が、その関係の存続中に他方の保険会社等に対して損害賠償の支払を求める事例や¹¹⁾、その関係の解消に際しまたは解消後に、場合によってはその関係が悪化した後に、他方に対して損害賠償の支払を求める事例として現れており¹²⁾、その関係が良好に存続しているにもかかわらず一方が他方に対して直接的に損害賠償の支払を求める事例はほとんどない。また、類型⑤の紛争も、縦の家族関係の一方が他方の保険会社等に対して損害賠償の支払を求める事例や¹³⁾、その関係が悪化した後に他方に対して損害賠償の支払を求める事例に関わり^{14,15)}、両者の関係が良好であるにもかかわらず一方が他方に対して直接的に損害賠償の支払を求める事例はほとんどない。しかし、このことは、損害を生じさせた者と損害を受けた者との間に良好な家族関係が存在する場合に「家族に対する責任」が法的に制約されていることを意味しない。交通事故のケース等、損害が保険によってカバーされる場面ではそもそも当事者間の請求の問題が生じないことに加えて、家族関係が良好な形で継続している場合には、他方に生じた損害の填補に向けて一方または同居の家族のメンバーによる自主的な扶助や関係者の話し合いによる解決が図られうること、損害を受けた者

9) Françoise Gonthier et Marie Lamarche, Faute en famille, in, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, p.188 ; Patrice Jourdain, Droit à réparation.-Responsabilité fondée sur la faute.-Applications de la notion de faute : faute dans les rapports de famille : faute d'abstention, J.-Cl., Responsabilité civile et assurances, Fasc. 130-20, 2017 ; etc.

10) この点については、拙稿・前掲注(2)「2」77頁以下。

11) この事例に関わることが明確な裁判例として、TC. Laval, 27 juill. 1932, supra note 7 (夫が運転する自動車の事故に巻き込まれ負傷した妻による夫の使用者および保険会社に対する損害賠償請求)；CA. Lyon, 6 nov. 1935, supra note 7 (妻が狩猟の際に放った銃弾により負傷した夫による妻の保険会社に対する損害賠償請求)；etc. また、(2)①の検討対象は、この事例を前提として成り立つ。

やその代理人が損害を生じさせた者との間の関係の悪化を懸念し裁判に訴えることを回避する傾向があること、また、訴訟に頼ると家族やそのメンバーの私生活が公にされてしまうこと等を理由として、単に紛争になる事例が多くないというだけである¹⁶⁾。更に、今日では、家族内におけるメンバーの個人主義化、家族のあり方の変容に伴うメンバー相互間の繋がりの希薄化等の影響を受けて、家族のメンバー間において不法行為法の適用を求める紛争が増加する傾向にあることも指摘されている¹⁷⁾。

ただし、類型④や類型⑤に関する現在の実定法で「家族に対する責任」の制約は存在しないという理解については、特定の事案では若干の留保が必要になる。その一例が離婚訴訟の場における私生活の尊重への権利の侵害である。夫婦の一方が他方に離婚原因があることを証明するために他方の私生活の尊重へ

12) この事例に関わることが明確な判例として、Cass. req., 13 mai 1924, DH., 1924, jur., 389; Rev. crit., 1925, 390, chr., André Rouast (夫から重大な侮辱を受けた妻による離婚と損害賠償の請求); Cass. civ., 29 mars 1938, DH., 1938, jur., 355; S., 1938, 1, 230; Gaz. Pal., 1938, 1, jur., 105; RTD civ., 1938, 443, chr., Gaston Lagarde (夫から侮辱や精神的暴力を受けた妻による離婚と損害賠償の請求を妻の死後に承継したその相続人の請求); Cass. 2^{ème} civ., 7 oct. 1959, Gaz. Pal., 1959, 2, jur., 305; RTD civ., 1960, 92, chr., Henri Desbois (夫から日常的に暴力を受けていた妻による離婚と損害賠償の請求); Cass. 2^{ème} civ., 17 oct. 1962, n°61-10.532; Bull. civ., II, n°650; Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 57; RTD civ., 1963, 313, chr., Henri Desbois (夫に会社の経営を妨害された妻による離婚と損害賠償の請求); Cass. 2^{ème} civ., 2 mai 1968, n°67-11.184; Bull. civ., II, n°118 (妻が夫と共同で経営していた企業の従業員と不適切な関係を持ち競合する企業を立ち上げて顧客等を奪ったことを理由とする夫からの離婚と損害賠償の請求); Cass. 2^{ème} civ., 21 mars 1979, n°77-15.898; Bull. civ., II, n°93 (夫が運転する自動車の事故に巻き込まれ負傷した妻による離婚後の元夫およびその保険会社に対する損害賠償の請求); Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1987, D., 1987, som., 277 (妻から侮辱や暴行を受けた夫による離婚と損害賠償の請求); Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 1990, n°88-19.923 (夫から日常的に暴力等を受けていた妻による離婚と損害賠償の請求); Cass. 2^{ème} civ., 25 mai 1994, n°92-21.957 (夫から日常的に精神的虐待や暴力を受けていた妻による離婚と損害賠償の請求); Cass. 2^{ème} civ., 28 fév. 1996, n°94-12.432; Bull. civ., II, n°47; RTD civ., 1996, 372, chr., Jean Hauser; RCA, avril, 1996, com., 111 (夫から暴力を受けていた妻による離婚と損害賠償の請求); Cass. 1^{ère} civ., 14 fév. 2006, n°05-12.784; D., 2007, 616, chr., Guillaume Serra (夫から暴行を受けていた妻による離婚と損害賠償の請求); Cass. 1^{ère} civ., 11 fév. 2009, n°08-12.032; Gaz. Pal.,

の権利を侵害するような形で入手した資料等を提出した場合、判例は、民法典259条および259-1条に基づき、当該資料が暴力またはフロードを用いて入手

(前頁からつづき)

2009, 2107, note, Élodie Mulon ; Dr. fam., mars 2009, com., 25, note, Virginie Larribau-Terneyre ; AJ fam., mars 2009, 130, obs., Inès Gallmeister ; RCA., mai 2009, com., 125 ; D., 2010, 1253, chr., Guillaume Serra (妻による根拠のない申立に基づき施設に収容された夫からの離婚と損害賠償の請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 2015, n°14-21.972 ; Bull. civ., II, n°178 ; Gaz. Pal., 2015, 3293, note, Dahbia Zegout ; RTD civ., 2015, 887, chr., Patrice Jourdain ; RCA., oct., 2015, com., 252, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2016, 36, chr., Olivier Gout (コンキェバンから暴力を受けたコンキェブヌによる犯罪被害者保証基金への補償請求) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Lyon, 22 mai 1907, S., 1907, 2, 176 ; RTD civ., 1907, 596, chr., Louis Jossierand ; RTD civ., 1907, 807, chr., René Demogue (夫が侮辱的な言動をかけたその財産を持ち去ったことを理由とする妻からの別居と損害賠償の請求) ; TC. Bordeaux, 3 janv. 1912, Gaz. Pal., 1912, 1, jur., 406 ; RTD civ., 1912, 494, chr., René Demogue (夫から暴力を受けた妻による別居と損害賠償の請求) ; CA. Rennes, 13 nov. 1923, DH., 1924, jur., 18 (離婚訴訟中に夫から名誉を毀損された妻による損害賠償請求) ; CA. Montpellier, 13 mai 1931, DH., 1931, jur., 405 ; S., 1931, 2, 158 ; Gaz. Pal., 1931, 2, jur., 407 ; RTD civ., 1931, 865, chr., Eugène Gaudemet ; RTD civ., 1931, 875, chr., René Demogue (Cass. civ., 29 mars 1938, supra の原審) ; CA. Paris, 27 fév. 1937, JCP., 1937, II, 199, obs., R. D. ; RTD civ., 1937, 558, chr., Gaston Lagarde (離婚訴訟中に夫から重大な侮辱を受けた妻による損害賠償請求) ; TC. Mamers, 10 juin 1954, D., 1954, jur., 468 ; RTD civ., 1954, 464, chr., Gaston Lagarde (夫から重大な侮辱を受けた妻による損害賠償請求) ; CA. Paris, 18 janv. 1962, D., 1962, som., 122 (コンキェバンから日常的に暴力を受けていたコンキェブヌによるコンキェバンの死亡後のその相続人に対する損害賠償請求) ; CA. Poitiers, 6 avril 1965, supra note 7 (夫が運転する自動車の事故に巻き込まれ負傷した妻による離婚後の元夫に対する損害賠償請求) ; CA. Paris, 28 avril 1998, Méd. et dr., 1999, vol.38, 8, chr., Véronique Barabé (その病気について皮肉的態度をとられた妻による離婚と損害賠償の請求) ; CA. Paris, 18 sept. 2008, Dr. fam., nov. 2009, com., 141, note, Virginie Larribau-Terneyre (夫が虚偽の税務申告をしたために共通財産を差し押さえられたことを理由とする妻からの離婚と損害賠償の請求) ; CA. Paris, 14 janv. 2009, Dr. fam., mai 2009, com., 54, note, Virginie Larribau-Terneyre (夫から暴行を受けていた妻による離婚と損害賠償の請求。ただし、民法典1240条(旧1382条)ではなく266条が根拠とされている) ; CA. Montpellier, 4 avril 2012, Dr. fam., fév. 2013, com., 29, note, Virginie Larribau-Terneyre (妻から精神的および物理的暴行を受けていた夫による離婚と損害賠償の請求) ; CA. Rouen, 21 mars 2013, Dr. fam., juin 2013, com., 86, note, Jean-René Binet (夫から精神的および物理的暴行を受けていた妻による離婚と損害賠償の請求) ; etc.

されたものでない限りこれを証拠として採用することができるとしている¹⁸⁾。これに対して、離婚以外を対象とする訴訟で一方当事者の私生活の尊重への権利を侵害するような形で入手された資料が提出された場合、今日の裁判例の多くは、公正な裁判を受ける権利に関するヨーロッパ人権条約6条、私生活（および家族生活）の尊重に対する権利についての同8条と民法典9条を援用し、当該資料の提出が証拠への権利の行使に必要な不可欠であるか、私生活の尊重への権利に対する侵害の程度が追求されている目的と釣り合っているかという審査を行い、証拠への権利と私生活の尊重への権利を衡量して、当該資料の証拠としての採否を決する¹⁹⁾。従って、前者の事例では、離婚以外を対象とする訴訟の場では正当化されないような私生活の尊重への権利に対する侵害行為が離婚を基礎付けるための証拠の必要性という観点から許容されていることにな

13) (2)①の検討対象は、この事例を前提として成り立つ。

14) この事例に関わることが明確な裁判例として、TGI. Nanterre, 31 mai 1991, supra note 8（父から性的虐待を受けていた子による損害賠償請求）；CA. Dijon, 22 juill. 2003, supra note 8（母が義父による継続的な強制的性交を告発しなかったことを理由とする子からの損害賠償請求）；etc. また、Cf. 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（祖父Yが孫Aの両親XらにAへの訪問権および受入権の存在の確認を求めらる中でXらの中傷したことを理由にXらがYに対して損害賠償を請求した事案）；etc.

15) 夫婦の一方による子への暴力や性的虐待等を理由に他方が子の間接被害者として損害賠償を請求することを認めた事例は（Ex. CA. Paris, 2 déc. 2009, Dr. fam., juin 2010, com., 100, note, Virginie Larribau-Terneyre；CA. Aix-en-Provence, 20 janv. 2015, Dr. fam., avril 2015, com., 68, note, Anne-Claire Réglie；etc.）、類型③の変形として位置付けられる。

16) Cf. Geneviève Thomas, Les interférences du droit des obligations et du droit matrimonial, préf. Paul Lagarde, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 1974, pp.321 et s.

17) Dominique Fenouillet, Droit de la famille et droit de la responsabilité, RCA., mai 2017, dossier 3, n°3, p.2；etc. また、類型①と類型②のみならず、類型③と類型④をも念頭に置いた指摘であるが、Cf. François Chabas, Du lien de parenté ou d'alliance entre la victime et l'auteur du dommage, in, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1978, p.303；Stéphanie Pons, La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du code civil, préf. Anne Leborgne, PUAM., Aix-en-Provence, 2007, n°11 et s., pp.22 et s.；etc.

る²⁰⁾。これらの判例は、私生活の尊重への権利を侵害するような形で入手された証拠の価値に関するものであるが、当事者の一方が私生活の尊重への権利の侵害を理由に損害賠償の支払を求めた場合であっても、この請求の可否が他方当事者の証拠への権利との関係で判断されるとすれば、不法行為の成否について上記の判例におけるそれと同様の枠組に基づく評価がされると考えられる。ここには、離婚という独特の文脈に限られたものではあるが、家族関係の存在が権利侵害の成否の判断に影響を与える例の1つを見出すことができる。

ところで、今日では、類型①や類型②において被害者である家族のメンバーに特殊な損害が発生することはないかという点が問われている。ダンティヤックのリストは²¹⁾、身体的な侵害が生じた場合における非財産的な損害の項目の1つとして並外れた永続的損害を予定し²²⁾、この項目につき、別の項目では賠

18) Cass. 2^{ème} civ., 26 nov. 1975, n°74-14.759 ; Bull. civ., II, n°314 ; D., 1976, jur., 371, note, Alain Bénabent (手紙) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1976, n°75-12.406 ; Bull. civ., II, n°142 (手紙) ; Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 1997, n°95-15.255 ; Bull. civ., II, n°28 ; D., 1997, jur., 296, note, Alain Bénabent (手紙、日記、航海日誌) ; Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2009, n°07-21.796 ; Bull. civ., I, n°132 ; D., 2009, 1758, obs., Vincent Egéa ; D., 2009, 2716, chr., Thomas Vasseur ; RTD civ., 2009, 514, chr., Jean Hauser ; AJ fam., juill.-août, 298, obs., Stéphane David ; D., 2010, 1245, chr., Lina Williatte-Pellitteri (携帯電話のメール履歴) ; etc. また、Cf. Cass. civ., 2^{ème} civ., 6 mai 1999, n°97-12.437 ; Bull. civ., II, n°85 ; JCP, 1999, II, 10201, note, Thierry Garé ; D., 2000, jur., 557, note, Christophe Caron (日記) ; etc.

なお、住居または私生活の親密さに対する違法な侵害が存在する場合には夫婦の一方の請求に基づく事実確認は排除される旨を規定した民法典259-2条との関連で、執行吏による事実確認が私生活の親密さを違法に侵害するものではないと判断した判例として、Cass. 2^{ème} civ., 14 déc. 1983, n°82-11.759 ; Bull. civ., II, n°200 ; Gaz. Pal., 1984, 2, jur., 720, note., J. M. ; Defrénois, 1984, art. 33367, 1004, note, Jaques Massip ; Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1985, n°83-14.268 ; Bull. civ., II, n°111 ; D., 1986, IR., 52, obs., Raymond Lindon ; Cass. 1^{ère} civ., 18 nov. 1992, n°90-19.368 ; Bull. civ., I, n°285 ; D., 1993, IR., 6 ; Defrénois, 1993, art. 35572, 712, note, Jacques Massip ; etc. 民法典259-2条の施行前に同様の判断を示した判例として、Ex. Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 1979, n°77-13.463 ; Bull. civ., I, n°47 ; Gaz. Pal., 1979, 1, jur., 252, note. J. V. ; RTD civ., 1979, 663, chr., Roger Perrot ; JCP, 1980, II, 19290, obs., Raymond Lindon (原審 (CA. Paris, 6 mai 1977, JCP, 1978, II, 18813, obs., Raymond Lindon ; RTD civ., 1977, 864, chr., Roger Nerson) も同旨である) ; etc.

償されない非財産的、永続的、特殊な損害、そして、症状固定後も被害者を苦しめている永続的な障害に直接結び付く非典型的な損害という定義を与え、その例として、被害者の性格、および、テロ行為や大規模自然災害等の侵害の発生

19) Cass. soc., 26 nov. 2002, n°00-42.401 ; Bull. civ., V, n°352 ; D., 2003, 394, obs., Alexandre Fabre ; D., 2003, 1536, obs., Agatge Lepage ; JCP, 2003, I, 150, chr., Bernard Teyssié ; JCP, 2003, I, 156, chr., Jean-François Cesaro ; RTD civ., 2003, 58, chr., Jean Hauser ; Dr. soc., 2003, 225, obs., Jean Savatier（使用者が労働者を監視および監督するために尾行したことは当該労働者の私生活の尊重への権利に対する侵害に該当し、その調査結果は違法な証拠になるとして、この調査結果に基づき労働者の解雇を認めた原審を破棄した事例）；Cass. com., 15 mai 2007, n°06-10.606 ; Bull. civ., IV, n°130 ; D., 2007, 1605 ; D., 2007, 2775, chr., Agathe Lepage ; RTD civ., 2007, 637, chr., Roger Perrot ; RTD civ., 2007, 753, chr., Jean Hauser（会社およびその現在の代表取締役が前代表取締役による決定の無効を基礎付けるためにその健康状態に関する資料を提出することは証拠への権利により正当化されるとして、前代表取締役の私生活の尊重への権利に対する侵害を肯定し当該資料を証拠から除外した原審を破棄した事例）；Cass. soc., 18 oct. 2011, n°10-25.706 ; D., 2012, 902, chr., Jérôme Porta（労働者が業務の過程で用いていたパソコンに保存していた私的なデータを使用者が閲覧および公表することは、当該労働者の私生活の尊重への権利に対する侵害に該当し、使用者の証拠への権利によっても正当化されないとして、この証拠に基づく労働契約の解消を認めなかった事例）；Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2012, n°11-14.177 ; Bull. civ., I, n°85 ; D., 2012, 1596, note, Gwendoline Lardeux ; RTD civ., 2012, 506, chr., Jean Hauser ; D., 2013, 457, chr., Emmanuel Dreyer（相続財産の管理者が被相続人宛ての相続人の手紙を公表したことは当該相続人の私生活の尊重への権利に対する侵害に該当すると評価した原審について、本文で述べた審査が行われていないとして破棄した事例）；Cass. 1^{re} civ., 5 fév. 2014, n°12-20.206 ; D., 2014, 856, note, Gwendoline Lardeux（保険会社が保険の対象になっている自動車の利用状況を調査することは証拠への権利により正当化されるとして、この調査結果に基づく保険契約の無効を認めた事例）；Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2014, n°13-22.612 ; Bull. civ., I, n°143 ; D., 2014, 1824 ; RCA, déc. 2014, com., 357 ; D., 2015, 343, chr., Emmanuel Dreyer ; D., 2016, 169, chr., Augustin Aynès（訴訟の相手方の弁護士が私立探偵を雇い調査することは、私生活の尊重への権利を侵害するものであるが、相手方の証拠への権利により正当化されるとした事例）；Cass. 1^{re} civ., 25 fév. 2016, n°15-12.403 ; Bull. civ., I, n°48 ; D., 2016, 884, note, Jean-Christophe Saint-Pau ; D., 2016, 2538, chr., Jean-Daniel Bretzner ; JCP, 2016, 583, note, Augustin Aynès ; RTD civ., 2016, 320, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2016, 371, chr., Hugo Barbier ; AJ pén., juin 2016, 326, obs., David Aubert（保険会社が長期間および広範囲にわたり事故被害者を調査することは当該被害者の私生活の尊重への権利に対する侵害に該当し、その調査報告書は違法な証拠になるとして、これを証拠として採用した原審を破棄した事例）；Cass. 1^{re} civ.,

原因やこれを取り巻く状況等に関わる損害を挙げる²³⁾。そして、一部の裁判例は、類型①や類型②で並外れた永続的損害が発生することを認めている²⁴⁾。また、これらの類型では加害者と被害者との間に存在した関係に起因する特殊な損害が発生すること、この損害が別の項目ではカバーされないことを理由に、これらの裁判例を肯定的に評価する見解もある²⁵⁾。しかし、破毀院は、並外れた永続的損害という損害項目自体を極めて厳格に評価しており²⁶⁾、類型①でも、

(前頁からつづき)

22 sept. 2016, n°15-24.015 ; Bull. civ., I, n°178 ; JCP, 2016, 1136, obs., Gwendoline Lardeux ; RCA, déc. 2016, com., 326 ; D., 2017, 490, note, Bernard Beignier ; Gaz. pal., 2017, 330, note, Julie Traullé ; D., 2018, 262, chr., Augustin Aynès (保険会社が事故被害者を尾行および監視することは当該被害者の私生活の尊重への権利に対する侵害にあたるとした事例) ; Cass. soc., 9 nov. 2016, n°15-10.203 ; JCP, 2016, 1281, obs., Nathalie Dedessus-Le-Moustier ; D., 2017, 37, note, Gwendoline Lardeux ; JCP, 2017, 585, obs., Lucie Mayer ; RTD civ., 2017, 96, chr., Jean Hauser ; Dr. soc., 2017, 89, note, Jean Mouly ; D., 2018, 263, chr., Augustin Aynès (労働組合が労働契約の補則、労働者の給与証明書、給与明細を提出することは、証拠への権利により正当化されるとして、労働者の私生活の尊重への権利に対する侵害を理由にこれらの文書を証拠から除外した原審を破棄した事例) ; etc. 訴訟で一方当事者の肖像への権利を侵害するような資料が提出された場合についても、ほぼ同様の判断がされている (CA. Paris, 6 juill. 2011, Dr. fam., nov. 2011, com., 175, note, Yves Strickler)。

また、証拠となる資料の提出を命ずることができるかという問題に関わるものであるが、Cf. Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1982, n°80-15.587 ; Bull. civ., I, n°41 ; RTD civ., 1983, 110, chr., Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi (私生活の尊重への権利の存在を理由の1つとして警察に対しコンキューブスの行動に関わる情報の提出を命じなかった原審を維持した事例) ; Cass. soc., 13 mai 2009, n°08-41.826 ; Bull. civ., V, n°131 ; D., 2009, 1543 ; D., 2009, 2718, chr., Thomas Vasseur (満額の退職金が支給されるかどうかを確認するために使用者が労働者に対して職務経歴書の提出を求めることは私生活の尊重への権利に照らし許されないとした原審を破棄した事例) ; etc.

20) Cf. Bénabent, *supra* note 18, Note sous Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 1997, n°5, p.297 ; Christine Desnoyer, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. Françoise Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, Paris, 2001, n°114 et s., pp.155 et s. ; etc.

21) ダンティヤックのリストについては、文献の所在も含め、拙稿・前掲注 (3)「家族の保護(1)」191頁以下、同・前掲注 (3)「家族の保護 (2・完)」47頁以下。

22) 並外れた永続的損害については、Gaz. Pal., 2014, pp.639 et s. でその具体的内容を論じた特集が組まれている。

コンキュビナージュ当事者間の殺人未遂事件との関連で、永続的機能欠陥の項目²⁷⁾で賠償される機能的障害に結び付いた精神的損害とは別に並外れた永続的損害の賠償を認めた原審の判断を、被害者に損失も利得も生じさせない完全賠償原則をビザに、並外れた永続的損害の存在が基礎付けられていないとして破棄した²⁸⁾。こうした現時点での破毀院の理解に鑑みると、類型Aや類型Bにおける特殊な損害の存在は、一般論としては否定されていないものの、実際の場合

23) 判例の理解もほぼ同様である。Cass. 2^{ème} civ., 16 janv. 2014, n°13-10.566 ; Bull. civ., II, n°13 ; D., 2014, 572, chr., Laurence Lazerges-Cousquer et Nina Touati ; D., 2014, 2367, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; Gaz. Pal., 2014, 536, note, Frédéric Bibal ; Gaz. Pal., 2014, 1137, note, Anne Guégan-Lécuyer ; RCA., avril 2014, com., 103 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 sept. 2014, n°13-10.691 ; D., 2014, 2367, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; Gaz. Pal., 2014, 3241, note, Claudine Bernfeld ; RCA., déc. 2014, com., 360 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 mars 2017, n°15-27.523 ; 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 ; etc.

24) CA. Douai, 25 mars 2005, n°09-03.180 (父による未成年の子への性的虐待) ; CA. Caen, 6 nov. 2012, n°10-01.730 (Cass. 2^{ème} civ., 11 sept. 2014, supra note 23 の原審) ; etc.

25) Daphné Tapinos, Les préjudices exceptionnels des victimes directes : Le préjudice exceptionnel d'acte intra-familial, Gaz. Pal., 2014, pp.648 et s.

26) 否定例として、Ex. Cass. 2^{ème} civ., 15 déc. 2011, n°10-26.386 ; RCA., mars 2012, com., 52 (爆弾テロによる負傷) ; Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n°11-19.265 ; Bull. civ., I, n°148 ; D., 2012, 1736 ; Gaz. Pal., 2012, 3407, note, Anaïs Renelier ; D., 2013, 40, chr., Olivier Gout (外科手術のミスによる負傷) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 janv. 2014, supra note 23 (傷害事件による手足の切断) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 fév. 2015, n°14-10.097 ; Bull. civ., II, n°22 ; D., 2015, 375 ; JCP, 2015, 2375, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2015, 494, note, Aurélie Delhaye ; Gaz. Pal., 2015, 960, note, Anne Guégan-Lécuyer ; Gaz. Pal., 2015, 1172, note, Stéphane Gerry-Vernières ; RCA., mai 2015, com., 152, note, Hubert Groutel ; D., 2016, 37, chr., Philippe Brun (約2日にわたった銃による襲撃と負傷) ; Cass. 2^{ème} civ., 2 mars 2017, supra note 23 (労働事故による負傷) ; Cass. 2^{ème} civ., 13 déc. 2018 (2 arrêts), n°18-10.276 et n°18-10.277 ; D., 2019, 182, note, Stéphanie Porchy-Simon ; JCP, 2019, 407, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2019, 389, note, Marie Perini Mirski ; Gaz. Pal., 2019, 1142, note, Stéphane Gerry-Vernières (人身売買と強制売春) ; etc.

27) 永続的機能欠陥については、文献および裁判例の所在も含め、拙稿・前掲注(3)「家族の保護(2・完)」48頁以下。

面で認められることはほぼないと考えられる。

以上のように、類型④や類型⑤に関する現在の実定法においては、一部の例外を除き、「家族に対する責任」を制限する動向はもちろん、これを重くする動向も看取されない。

② ある家族のメンバーが直接被害者として家族外の者に損害賠償を請求する場面

未成年の子がある者の責任原因行為により損害を受けた場合において、その子の家族のメンバー、典型的には、その両親が当該損害の発生に関与していたとき、そのことは、子からの損害賠償請求について、どのような影響を与えるか²⁹⁾。また、夫婦や自由結合カップルの一方がある者の責任原因行為により損害を受けた場合において、その家族のメンバー、典型的には、そのパートナーが当該損害の発生に関与していたとき、そのことは、一方からの損害賠償請求について、どのような影響を与えるか。実定法の展開を跡付けていくと、これらの問題では、免責事由、被害者のフォート、因果関係、共同不法行為といった民事責任法一般に関わる諸概念に加えて³⁰⁾、一方で、損害を受けた者が家族外の者に対してのみならず損害の発生に関与した家族のメンバーに対しても損害賠償請求をすることができるかという問いと、他方で、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に一定の家族関係があることを理由として、後者のフォートや行為が前者による家族外の者への損害賠償請求に何らかの作用を

28) Cass. 2^{ème} civ., 11 sept. 2014, supra note 23. 類似の事案で耐えた苦痛または永続的機能欠陥とは別に精神的損害の賠償を認めた原審を同様の観点から破棄した判例として、Cass. 2^{ème} civ., 11 sept. 2014, n°13-21.506; RCA., déc. 2014, com., 360.

29) この問題については、少し古いだが、Cf. Henri Vray, L'incidence de la faute de surveillance des parents sur la responsabilité du tiers étranger, impliqué dans un accident survenu à l'enfant, Gaz. Pal., 1964, 1, doc., pp.99 et s.; Françoise Waremhourg-Auque, Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'《infans》, RTD civ., 1982, n°25 et s., pp.348 et s.; etc.

30) 本稿の問題意識からは外れるため、これらの諸概念と本文の問いとの関係については必要な範囲で言及するに止め、その詳細は別稿で扱われる。

もたらすことはあるかという問いが、複雑に絡み合っていることが明らかとなる。

かつての裁判例には、未成年の子に損害が生じ、その損害の発生について両親の監督上のフォートが関与しているときは、そのフォートを考慮して、子からの損害賠償が減額されると判断するものが多かった³¹⁾。また、夫による妻の不貞行為の相手方に対する損害賠償請求に関して、妻の不品行を考慮してその額を減額した裁判例もあった³²⁾。これらの裁判例の判決文を丁寧に読むと、上記の結論を導くための論理については、2つの異なる説明の仕方を抽出することができる。

1つは、家族連帯を強調する説明の仕方である³³⁾。これは、例えば、両親のフォートを子のフォートとして位置付け、この場面の問題を被害者自身のフォートによる減額として構成したり、被害者と損害の発生に関与した者との間に存在する家族上の一体性を強調し、両親やカップルの一方当事者のフォートが子やカップルの他方当事者による損害賠償請求に影響を与えることを認めたりするものである³⁴⁾。必ずしも明示されているわけではないが、ここでは、子が両親に対して、または、カップルの他方が一方に対して損害賠償責任を問

31) T. de com. Thône, 26 déc. 1905, D., 1906, 5, 23（線路への転落事故に対する母の監督義務違反の関与）；TC. Toulouse, 22 fév. 1906, D., 1906, 5, 47（花火の爆発事故に対する親の監督義務違反の関与）；TC. Saône-et-Loire, 6 avril 1929, DH., 1929, jur., 359；RTD civ., 1929, 758, chr., René Demogue（交通事故に対する父の監督義務違反の関与）；CA. Colmar, 22 avril 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 251（工事現場からの落下事故に対する父の監督義務違反の関与）；TC. Seine, 22 mars 1933, RTD civ., 1933, 872, chr., René Demogue（エスカレーターでの事故に対する母の監督義務違反の関与）；CA. Montpellier, 18 déc. 1935, Gaz. Pal., 1936, 1, jur., 467（交通事故に対する親の監督義務違反の関与）；T. pour enfants de Meaux, 28 mai 1948, Gaz. Pal., 1948, 2, jur., 177；RTD civ., 1949, 84, chr., Henri et Léon Mazeaud（遊戯中の事故に対する父の監督義務違反の関与）；CA. Paris, 3 mai 1966, Gaz. Pal., 1966, 2, jur., 132（交通事故に対する親の監督義務違反の関与）；etc.

32) TC. Dijon, 23 déc. 1908, Gaz. Pal., 1909, 1, jur., 350；RTD civ., 1909, 694, chr., René Demogue.

33) Larroumet, infra note 46, p.3は、本文の結論を正当化するためには家族連帯という曖昧な概念によるしかないと言く。

うことはできないという理解が当然の前提になっていると考えられる。

なお、この考え方を採用すべき実際的な理由として、かつては、低年齢の子がその不注意により損害を受け、かつ、その損害の発生に両親の監督上のフォートが関与している場面では、低年齢の子にフォートの存在を認めることはできないため、上記のように理解しなければ、損害賠償の減額が認められなくなってしまうという点が挙げられることもあった³⁵⁾。しかし、この根拠は、少なくとも現在の判例が採用しているフォートの理解に関する一般論による限り、妥当しない³⁶⁾。というのは、現在の判例によれば、フォートを肯定する際に当該行為者に何らかの能力が備わっていることは必要でないとされているため³⁷⁾、低年齢の子にフォートを認め、これを理由にその子に付与される損害賠償を減額することも可能となるからである³⁸⁾。ところが、こうした解決に対しては、責任原因としてのフォートであればともかく、損害賠償の減額事由としてのフォートを認めるために当該主体の能力を全く問わないというのは適切でないとの批判があり³⁹⁾、これを受けて、2017年3月13日の民事責任改正草案1255条は、被害者がフォートを犯した場面についてのみ、現在の実定法の立場を否定し、かつ、かつての実定法の解決に倣って⁴⁰⁾、識別能力を欠く者につき一部免責をもたらすような被害者のフォートを認めることはできないとの規律を採用した。そうすると、将来の実定法がこの規律をそのまま承継するならば、上

34) 必ずしも明確ではないが、T. de com. Rhône, 26 déc. 1905, supra note 31 ; TC. Toulouse, 22 fév. 1906, supra note 31 ; TC. Dijon, 23 déc. 1908, supra note 32 ; TC. Seine, 22 mars 1933, supra note 31 ; CA. Montpellier, 18 déc. 1935, supra note 31 ; CA. Paris, 3 mai 1966, supra note 31 ; etc.

35) TC. Saône-et-Loire, 6 avril 1929, supra note 31 ; etc.

36) この点についての詳細は、拙稿『契約不履行法の理論』(信山社・2013年) 86頁以下、同・前掲注(3)「家族のメンバーによる不法行為と責任」124頁以下。

37) Cass. ass. plén., 9 mai 1984 (5 arrêts), n°82-92.934, 80-14.994, n°80-93.031, n°80-93.481 et n°79-16.612, Bull. ass. plén., n°s 1 à 5 ; D., 1984, jur., 525, concl., Jean Cabannes et note, François Chabas ; JCP, 1984, II, 20291, rapport, Fédou (n°82-92.934) ; JCP, 1984, II, 20255, obs., Noël Dejean de la Batie (n°79-16.612 et n°80-14.994) ; JCP, 1984, II, 20256, obs., Patrice Jourdain (n°80-93.481 et n°80-93.031) ; RTD civ., 1984, 508, chr., Jérôme Huet ; etc.

記の根拠が復活する可能性もある。

もう1つは、加害者と損害の発生に関与した家族のメンバーとの責任分割を強調する説明の仕方である。これは、損害の発生に関与した家族のメンバーが

38) Cass. ass. plén., 9 mai 1984, supra note 37, n°80-93.481（交通事故で死亡した5歳の子についてフォートを認め両親の損害賠償の減額を肯定した事例）；Cass. ass. plén., 9 mai 1984, supra note 37, n°80-93.031（電気工事中の事故で死亡した13歳の子についてフォートを認め両親の損害賠償の減額を肯定した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 28 fév. 1996, n°94-13.084；Bull. civ., II, n°54；D., 1996, IR., 92；D., 1996, jur., 602, note, François Duquesne；JCP, 1996, I, 3985, chr., Geneviève Viney；RTD civ., 1996, 628, chr., Patrice Jourdain；Dr. et pat., mai 1996, 91, obs., François Chabas；RCA., mai 1996, com., 157；D., 1997, som., 28, obs., Denis Mazeaud；JCP, 1997, I, 4068, chr., Geneviève Viney；Gaz. Pal., 1997, 1, jur., 86, note, Philippe Jacques（知人宅で起きた事故で火傷を負った8歳の子についてフォートを認め損害賠償の減額を肯定した事例）；Cass. 2^{ème} civ., 19 fév. 1997, n°94-19.726；Bull. civ., II, n°54；D., 1997, IR., 119；JCP, 1997, I, 4068, chr., Geneviève Viney；RGDA., 1997, 855, note, Philippe Rémy；RCA., mai 1997, com., 154（遊戯中の事故で負傷した8歳の子についてフォートを認め損害賠償の減額を肯定した事例）；CA. Rennes, 6 oct. 2004, RCA., fév. 2005, com., 47, note, Christophe Radé（交通事故で右足を切断する重傷を負った5歳の子についてフォートを認め損害賠償の減額を肯定した事例）；etc.

39) 裁判例の中には、本文の一般論を維持しつつも、当該低年齢の子の行為を同年代の合理的な子のそれと対比し、結論としてフォートの存在を否定しているようにみえるもの（Cass. 2^{ème} civ., 4 juill. 1990, n°89-15.177；Bull. civ., II, n°167；D., 1990, IR., 208；RTD civ., 1991, 123, chr., Patrice Jourdain（花火の打ち上げ事故で負傷した9歳の子について、花火師から警告を受けていなかったこと、同年代の子にとっては通常いかなる暴発も生じないと考えるのが自然であること等を理由に、フォートの存在を否定した事例）；etc.）、更に、そもそも低年齢の子にフォートを認めることはできない旨を解くもの（CA. Chambéry, 12 avril 2005, RCA., nov. 2005, com., 314, note, Christophe Radé（交通事故で重傷を負った2歳の子についてフォートを非難することはできないとして損害賠償の減額を否定した事例）；etc.）なお、CA. Paris, 3 janv. 2000, RCA., oct. 2000, com., 291, note, Luc Grynbaumは、自転車に衝突され負傷した7歳の子の行為との関連で、物の所為に基づく責任では、被害者の行為が不可抗力の性質を持つことを前提に全部免責が認められるだけであり、被害者のフォートを理由とした一部免責は認められないとして、損害賠償の減額を否定している。しかし、この判決は、既に判例上その意義が否定されている Cass. 2^{ème} civ., 21 juill. 1982, infra note 81の論理を基礎に据えたものであり、実定法の整合性という観点も入れて考えれば、参考にすることはできない）もある。これらの裁判例は、本文の批判を意識したものである。

損害を受けた者との関係で損害賠償責任を負うことを前提に、当該家族のメンバーと加害者という複数の損害賠償義務者が存在することを認めた上で、損害賠償義務が両者間で分割されると捉えるものである⁴¹⁾。もちろん、責任分割を認めるためには損害の発生に自己以外の複数人による責任原因行為が関わっていれば足りるため、この理解によると、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間に一定の家族関係があることは重要でなくなる。従って、この説明の仕方は、(1)②の検討対象を超える射程を持つ。ただし、現在では、加害者は不可抗力の性質を持つ外的原因や第三者の行為を証明しない限り損害賠償について全部義務を負うとの理解、つまり、加害者は自己以外に損害賠償義務者が存在することを理由として全部義務を免れることはできないとの理解が一般的に受け入れられているため、この説明の仕方は意味を失っている。

ところで、破産院は、一時期、フォートなしの客観的責任が問われる場面で全部義務を課すことは厳格にすぎるとはならないかとの問題関心に基つき、損害の発生に不可抗力の性質を持たない第三者のフォートが関与した場合に、客観的責任を負う者に対して一部免責の可能性を認めていた⁴²⁾。この法理によると、

40) Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 1974, D., 1975, IR., 67 ; Gaz. Pal., 1975, 1, som., 68 (薬莖の爆発で負傷した7歳の子の行為についてフォートを否定した原審を維持した事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 1980, n°79-10.569 ; Bull. civ., II, n°140 ; D., 1981, IR., 323, obs., Christian Larroumet (交通事故で重傷を負った6歳の子についてフォートを認定した原審の判断を行為の結果を識別する能力を有していたかどうか探求していないとして破棄した事例) ; etc.

41) TC. Saône-et-Loire, 6 avril 1929, supra note 31 ; CA. Colmar, 22 avril 1932, supra note 31 ; T. pour enfants de Meaux, 28 mai 1948, supra note 31 ; etc. また、Cf. Plancqueel, infra note 46, p.105 ; Vray, supra note 29, pp.100 et s. ; etc.

42) Cass. 2^{ème} civ., 15 janv. 1960, Bull. civ., II, n°46 ; D., 1961, jur., 681, Jean Radouant ; S., 1962, 2, note, R. Meurisse ; RTD civ., 1962, 113, chr., André Tunc (動物の所為に基づく責任) ; Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1963, Bull. civ., II, n°358 ; D., 1963, som., 113 ; S., 1963, 313, note, André Plancqueel (動物の所為に基づく責任) ; Cass. 2^{ème} civ., 24 avril 1964, n°62-11.547 ; Bull. civ., II, n°328 (物の所為に基づく責任) ; Cass. 2^{ème} civ., 3 fév. 1965, n°63-11.042 ; Bull. civ., II, n°113 (物の所為に基づく責任) ; Cass. 2^{ème} civ., 30 nov. 1967, n°66-11.322 ; Bull. civ., II, n°358 (物の所為に基づく責任) ; Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 1969, n°67-14.147 ; Bull. civ., II, n°317 (物の所為に基づく責任) ; etc.

例えば、未成年の子に生じた損害が物や動物に由来し、かつ、その損害に発生に子の両親の監督義務違反等が関与している場合、当該監督義務違反が物や動物の保管者にとって不可抗力の性質を示さないときであっても、これらの者は、民法典 1242 条 1 項（旧 1384 条 1 項）による物の所為に基づく責任または 1243 条（旧 1385 条）による動物の所為に基づく責任の一部を免れる⁴³⁾。従って、ここでは、より一般的な枠組を介した形で、両親のフォートを理由とした子の損害賠償の減額という現象が生ずる。この法理は、上記の 2 つ目の説明と同じく、損害の発生に関与した家族のメンバーが損害を受けた者との関係で損害賠償責任を負うことを否定するものではない。また、この考え方は、損害を受けた者と損害の発生に関与した者との間における家族関係の存在には何らの法的な意味も与えない。とはいえ、今日の判例は、第三者のフォートによる一部免責の可能性を明確に否定しており⁴⁴⁾、現時点で、(1)②の検討対象において上記の法理による説明が機能する余地はない⁴⁵⁾。

これに対して、現在の判例は、一部免責の原因となるのは被害者自身のフォートだけであるという一般論の下、未成年の子に損害が生じ、当該損害の発生についてその両親のフォートが関与しているときであっても⁴⁶⁾、また、夫婦や自由結合カップルの一方に損害が生じ、当該損害の発生について他方のフォートが関与しているときであっても⁴⁷⁾、当該未成年の子およびカップルの一方からの損害賠償請求との関連で、その額が減らされることはないとする⁴⁸⁾。その際、民法典 1242 条 4 項（旧 1384 条 4 項）で未成年の子の行為につき両親の責任が

43) Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1963, supra note 42（犬の噛みつきに対する両親による予防措置の不存在）；Cass. 2^{ème} civ., 24 avril 1964, supra note 42（交通事故に対する両親の監督義務違反の関与）；Cass. 2^{ème} civ., 30 nov. 1967, supra note 42（農場でのトラクターの事故に対する母の監督義務違反の関与）；Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 1969, supra note 42（交通事故に対する両親の監督義務違反の関与）；etc.

44) Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1970（4 arrêts）, n°67-11.136, n°68-12.124, n°67-12.626 et n°68-10.835；Bull. civ., II, n°76 à 78, 80；etc.

45) Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1977, n°76-11.225；Bull. civ., II, n°153；D., 1977, IR, 438, obs., Christian Larroumet（交通事故と母の監督義務違反）；etc.

定められていることは⁴⁹⁾、被害者である子からの損害賠償請求を制約する根拠とはなりえないことが強調されている⁵⁰⁾。この枠組によると、加害者は、両親やカップルの他方の行為が自己にとって不可抗力の性質を持つことを証明すれ

-
- 46) Cass. crim., 10 oct. 1963, n°62-92.948 ; Bull. crim., n°277 ; D., 1964, jur., 20, note, Paul Esmain ; S., 1964, 122, note, R. Meurisse ; Gaz. Pal., 1964, 1, jur., 137 ; RTD civ., 1964, 322, chr., André Tunc (脱穀機による腕の切断事故と両親の監督義務違反) ; Cass. 2^{ème} civ., 13 janv. 1966, n°63-13.585 ; Bull. civ., I, n°54 ; Gaz. Pal., 1966, 1, jur., 375 ; RTD civ., 1966, 806, chr., Georges Durry (狩猟中の事故とその後の父による看護措置の是非) ; Cass. 2^{ème} civ., 15 mai 1968, n°66-14.361 ; Bull. civ., II, n°139 ; RTD civ., 1967, 153, chr., Georges Durry (遊戯中の事故と父の監督義務違反) ; Cass. crim., 17 juill. 1974, Gaz. Pal., 1974, 2, som., 249 (交通事故と父の監督義務違反) ; Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1975, n°73-12.600, Bull. civ., II, n°182 ; D., 1975, IR., 216 ; JCP., 1976, II, 18444, obs., Christian Larroumet ; Gaz. Pal., 1976, 1, jur., 104, note, André Plancqueel ; RTD civ., 1976, 141, chr., Georges Durry (峡谷での事故と父の監督義務違反) ; Cass. crim., 19 juin 1975, n°74-92.363 ; Bull. crim., n°161 ; D., 1975, jur., 679, note, André Tunc ; Gaz. Pal., 1975, 2, jur., 566, note, R. C. ; RTD civ., 1975, 709, chr., Georges Durry (交通事故と父の運転上のフォート) ; Cass. 2^{ème} civ., 27 nov. 1975, n°74-11.870 ; Bull. civ., II, n°320 ; JCP., 1976, II, 18444, obs., Christian Larroumet (交通事故と父の運転上のフォート) ; Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1977, supra note 45 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 janv. 1988, n°86-16.234 ; Bull. civ., II, n°15 ; D., 1988, jur., 293, note, Hubert Groutel (交通事故と父母の運転上のフォート) ; CA. Paris, 11 fév. 1986, Gaz. Pal., 1986, 1, jur., 308, note, François Chabas (交通事故と母の監督義務違反) ; etc.
- 47) Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 1959, Bull. civ., II, n°75 (交通事故と夫の運転上のフォート) ; Cass. crim., 11 juin 1965, n°64-91.618 ; Bull. crim., n°150 ; D., 1965, jur., 509, note, R. Combaldieu (交通事故と夫の運転上のフォート) ; etc.
- 48) その他、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 21 fév. 1958, Bull. civ., II, n°147 (母の監督義務違反を理由に子の損害賠償の額を減らした原審につき母の監督上のフォートが十分に明らかにされていないとして破棄) ; Cass. 2^{ème} civ., 13 oct. 1965, n°64-10.697 ; Bull. civ. II, n°735 (父の監督義務違反を理由に子の損害賠償の額を減らした原審につき父の監督上のフォートが十分に明らかにされていないとして破棄) ; Cass. 2^{ème} civ., 4 déc. 1974, RTD civ., 1976, 141, chr., Georges Durry (父の監督義務違反の不存在を理由に子の損害賠償の額を減らさなかった原審の維持) ; etc. 両親の監督義務違反を考慮して子からの損害賠償の額を算定したかのようにみえる判例もあるが (Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 1981, Gaz. Pal., 1982, 1, pan., 22, obs., François Chabas)、例外的である。
- 49) 未成年の子の行為に基づく両親の責任については、拙稿・前掲注 (3)「家族のメンバーによる不法行為と責任」123頁以下を参照。

ば、その責任の全部を免れるが⁵¹⁾、そうでない限り、未成年の子やカップルの一方に生じた損害の賠償について全部義務を負う。この考え方においては、両親やカップルの他方の行為が不法行為の要件を充足する限りにおいて、子やカップルの一方が両親やカップルの他方に対して損害賠償を請求することができること⁵²⁾、また、親子およびカップルの関係の各当事者は自律的な法主体である以上⁵³⁾、家族関係の存在が一方からの損害賠償請求の可否およびその額の算定に関する評価に介在する余地はないことが、当然の前提となっている。

以上のように、(1)②の検討対象に関する現在の実定法においては、「家族に対する責任」を制限することを前提とした考え方はもちろん、家族関係の存在を理由にそのメンバーの一人による損害賠償請求を制約する考え方も看取されない。後者の点は、身分上または生活関係上の一体性という思考を介した被害者側の過失の法理により損害賠償の減額を認める日本の判例⁵⁴⁾とは大きく異なる。

(2) 「家族に対する責任」の制約が想定されている場面

① 直接被害者としての家族のメンバーに損害賠償や補償を支払った者が別のメンバーに求償等をする場面

ある者が何らかの責任原因行為により損害を被り、その加害者や保険会社等から損害賠償の支払を受けた場合において、その者の家族のメンバーが当該損害の発生に関与していたとき、この加害者や保険会社等は、当該家族のメンバー

50) Cass. 2^{ème} civ., 15 mai 1968, supra note 46 ; Cass. crim., 17 juill. 1974, supra note 46 ; etc.

51) ただし、被害者の両親やカップルの他方の行為が加害者にとっての不可抗力に当たると評価されることはほとんどない。交通事故で負傷した未成年の子からの損害賠償請求との関連で、両親の監督義務違反を理由に自動車運転手を免責させた裁判例 (Ex. TC. Péronne, 16 oct. 1952, D., 1952, jur., 736 ; Gaz. Pal., 1952, 2, jur., 355 ; RTD civ., 1953, 109, chr., Henri et Léon Mazeaud) には、疑問が残る。

52) Esmain, supra note 46, p.22 ; Meurisse, supra note 46, pp.122 et s. ; etc.

53) Larroumet, supra note 46, pp.3 et s. ; Warembourg-Auque, supra note 29, n°27, p.349 ; etc.

54) この点については、拙稿・前掲注 (2) 「(2)」 81頁以下。

に対して求償等を行うことができるか。また、ある者が何らかの責任原因行為により損害を被ったことを理由にその加害者や保険会社等に対して損害賠償の支払を求めた場合において、その者の家族のメンバーが当該損害の発生に関与していたとき、この加害者や保険会社等は、当該家族のメンバーに対して保証や担保の請求を行うことができるか⁵⁵⁾。

これらの請求は、権利や利益を侵害された者との関係でその家族のメンバーにも一定の責任が成立し、当該家族のメンバーとそれ以外の責任原因行為をした者とがともに損害賠償について全部義務を負うことを前提としている。従って、(1)で整理したように、類型④や類型⑤で、ある家族のメンバーの別のメンバーに対する損害賠償責任が制約されることはないとするれば、これらの請求も認められることになる。そのため、実定法も、不法行為の一般法の次元では、このことを明確に承認してきた⁵⁶⁾。確かに、一部の裁判例には、家族のメンバー間では不法行為が成立しないことを前提に上記の請求を否定するものもあるが⁵⁷⁾、この理解は破毀院によって否定されている⁵⁸⁾。

しかし、交通事故被害者の状況の向上および補償手続の促進に関する1985年7月5日の法律の適用領域（同法制定以前においては、交通事故被害者に社会保障の給付が支払われた場面）では、判例法理がこれとは異なる形で展開してきた。

1985年7月5日の法律制定以前においては、交通事故により負傷した者が社会保障機構等から給付を受けた場面で、社会保障機構等が、当該交通事故についてその者の家族メンバーにも責任原因があることを理由に、社会保障法典旧

55) この問題については、Cf. Hubert Groutel, *Le recours entre coauteurs d'un accident de la circulation*, D., 1990, chr., pp.211 et s. ; Christophe Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. Philippe Brun, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 99, Dalloz, Paris, 2010, n^{os}615 et s., pp.637 et s. ; Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ., Paris, 2017, n^{os}162 et s., pp.211 et s. ; Patrice Jourdain, *Droit à réparation.-Lien de causalité.-Pluralité des causes du dommage*, J.-CL., Responsabilité civile et assurances, Fasc. 162, 2018, n^{os}35 et s., pp.14 et s. ; etc.

L.397条に基づき、加害者等の権利を代位してこの家族のメンバーまたはその保険会社に訴権を行使することができるかという点が争われた。一方で、破毀院の第2民事部は、この家族のメンバーにも被害者に対して損害賠償を支払う義務があることを前提として、これを肯定した⁵⁹⁾。これは、一般法の解決の基礎にある考え方と全く同じである。他方で、破毀院の社会部は、被害者と交通事故に関与した家族のメンバーとの関係が夫婦や親子である場合には両者の間に共同生活が存在すること、そのため、この家族のメンバーに対する訴権を認めると被害者が実質的に給付の一部を奪われるのと同じ結果が生じてしまうことを理由に、社会保障機構等による代位請求を一律に否定した⁶⁰⁾。ここでは、

56) Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1975, n°73-14.591 ; Bull. civ., II, n°126 ; RTD civ., 1976, 136, chr., Georges Durry ; RGAT, 1976, 204, note, J. B. (Aが所有しその子Bが運転する自動車とCが所有しDが運転するトラックとの衝突により、前者に同乗していたAが死亡し、その妻YおよびBが負傷した事故との関連で、Cの保険会社XがYらに生じた身体的損害の賠償を支払った後にAの相続人としての資格を持つYらに対して行使した変更訴権を認めなかった原審を破棄した事例) ; Cass. 2^{ème} civ., 17 nov. 1976, n°75-12.137 ; Bull. civ., II, n°310 ; D., 1977, IR., 29 ; JCP, 1977, II, 18550, concl., Baudoin ; Gaz. Pal., 1977, 1, 349, note, André Plancqueel ; RGAT, 1977, 49, note, J. B. (Yが運転する自動車とXが運転する小型トラックとの衝突により、前者に同乗していたYの妻Aが死亡し、子BおよびCが負傷した事故との関連で、Xに対して、Aの両親DおよびE、B、Cに生じた損害のすべてを賠償するよう命ずるとともに、YがBからEまでに対し1242条1項の責任を負うことを前提として、XからYへの変更訴権を一部認めた事例) ; CA. Rouen, 26 juin 1974, Gaz. Pal., 1975, 1, jur., 335, note, Blanche Heno ; RTD civ., 1975, 539, chr., Georges Durry (Aが運転する自動車とXが運転する自動車との衝突により、Aが死亡し、前者に同乗していたAの妻Y1および子Y2が負傷した事故との関連で、XがYらに生じた身体的損害の賠償を命じられた後にAの相続人としての資格を持つYらに対して行使した変更訴権を一部認めた事例) ; etc.

57) CA. Lyon, 26 sept. 1973, Gaz. Pal., 1974, 2, jur., 614, note, H. Margeat ; RTD civ., 1974, 812, chr., Georges Durry.

58) Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1975, supra note 56.

59) Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1967, n°65-10.874 ; Bull. civ., II, n°213 ; Gaz. Pal., 1967, 2, jur., 147 ; RTD civ., 1968, 715, chr., Georges Durry (夫が関わる交通事故で負傷した妻に給付を支払った社会保障金庫による夫への請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1974, n°73-20.972 ; Bull. civ., II, n°209 ; D., 1974, som., 113 (父が関わる交通事故で負傷した子に給付を支払った社会保障金庫による父への請求) ; etc.

家族のメンバーが被害者に対して損害賠償義務を負うという前提自体が覆されているわけではないものの、被害者と損害発生に関与したその家族のメンバーとの間（具体的には、夫婦または親子の間）に存在する共同生活を守るため、社会保障機構等による代位請求を否定し、後者の金銭的な負担を免れさせることを通じて、いわば間接的に「家族に対する責任」が制約されている。

こうした中で、破毀院の連合部は、基本的には社会部の判決の立場に依拠しつつ⁶¹⁾、そこで社会保障機構等による代位請求を否定するために重要な意味を与えられていた、被害者が実質的に利益を剥奪されることを防ぐという考え方を、より精緻な形で法的解決に反映させた。連合部によれば、交通事故につき責任原因のある家族のメンバーに対する訴権を認めると被害者から直接的または間接的に給付の利益を奪う結果になること、被害者と交通事故に関与した家族のメンバーが夫婦であれば両者の間に共同生活が存在するため上記の帰結が生じてしまうことからすると、社会保障機構等による被害者の夫または妻への請求は否定されなければならない。しかし、交通事故に関与した家族のメンバーが被害者に対して損害賠償義務を負うことに変わりはないこと⁶²⁾、当該家族のメンバー自身ではなくその保険会社に対する請求を認めても被害者が給付の利益を奪われることにはならないことを踏まえれば、社会保障機構等による被害

60) Cass. soc., 4 juill. 1979, n°77-12.316 ; Bull. civ., V, n°610 ; D., 1979, IR., 518 (夫が関わる交通事故で負傷した妻に給付を支払った医療保険初等金庫による夫への請求) ; Cass. soc., 7 mai 1981, n°79-13.243 et n°79-14.282 ; Bull. civ., V, n°405 (同上) ; Cass. soc., 25 nov. 1981, n°80-14.813 ; Bull. civ., V, n°914 (同上) ; etc. また、Cf. Cass. soc., 6 juill. 1972, n°71-11.122 ; Bull. civ., V, n°506 (夫が関わる交通事故で妻が死亡したことから夫に死亡一時金の給付を支払った医療保険初等金庫による夫の保険会社への請求) ; Cass. soc., 7 nov. 1979, n°78-12.580 ; Bull. civ., V, n°820 (妻が関わる交通事故で夫が死亡したことから妻に死亡一時金の給付を支払った医療保険初等金庫による妻への請求) ; etc.

61) 連合部判決の内容をみる限り、これを第2民事部と社会部の中間的な判決として位置付けることは (Ex. Chartier, *infra* note 63, p.2)、適切でない。

62) 従って、被保険者が責任を負わないにもかかわらず保険会社に責任を負わせるのは法的不条理であるという連合部判決に対する批判は (Ex. Lambert-Faivre, *infra* note 63, p.53)、適切でない。

者の夫または妻の保険会社に対する請求を認めることには何ら問題がない⁶³⁾。

1985年7月5日の法律制定以後においては、交通事故により負傷した者が加害者やその保険会社から損害賠償の支払を受けた場合、または、加害者やその保険会社に対して損害賠償の支払を求めた場合に、加害者やその保険会社が、当該交通事故について被害者の家族メンバーにも責任原因があることを理由に、この家族のメンバーまたはその保険会社に対して求償を求めたり、保証や担保の請求をしたりすることができるかという点が問われている⁶⁴⁾。ところで、この点に関する判例の判断枠組は、同法制定以前に社会保障機構等からの代位請求の可否を評価するために用いられていた枠組を基礎として、これに被害者と損害発生に関与したその家族のメンバーとの間に実質的な共同生活が存在したかという基準を接合したものにすぎない。

まず、交通事故につき責任を負う者またはその保険会社が、交通事故に一定の形で関与した被害者の配偶者、親、子に対して行使する求償や担保請求等は、公序に属する1985年7月5日の法律の諸規定で予定されている完全賠償を被害者から直接的または間接的に奪うことになるため、原則として認められない⁶⁵⁾。次に、交通事故につき責任を負う者またはその保険会社が、交通事故に関して責任原因を持つ被害者の家族のメンバー自身ではなく、その保険会社に対して行使する求償や担保請求等は、被害者から完全賠償を奪う結果を生じさせるものではないため、肯定される⁶⁶⁾。更に、加害者やその保険会社が交通事

63) Cass. ass. plén., 3 juin 1983 (3 arrêts), n°81-14.664, n°81-10.934 et n°81-16.169 ; Bull. ass. plén., n°6 et 7 ; D., 1983, jur., 537, concl., Cabannes ; JCP, 1983, II, 20121, obs., Yves Chartier ; Gaz. Pal., 1983, 2, jur., 462, note, J. L. B. また、Cf. Yvonne Lambert-Faivre, De la dégradation juridique des concepts de « responsable » et de « victime » (à propos des arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juin 1983), D., 1984, chr., pp.51 et s.

64) 本文の事例で、加害者にも一定の損害が発生したため、加害者が交通事故に関与した被害者の家族のメンバーに対して自己に生じた損害の賠償を求める場合、当該請求が制限されることはない。Ex. Cass. 2^{ème} civ., 6 juill. 1994, n°91-21.580 ; Bull. civ., II, n°184 ; RTD civ., 1994, 876, chr., Patrice Jourdain ; RCA, nov. 1994, com., 364 ; JCP, 1995, II, 22457, note, Yannick Dagonne-Labbé.

故に関与した被害者の家族のメンバーに対して求償や担保請求等をするときであっても、判断の時点で当該家族のメンバーと被害者との間に共同生活の実態が存在しない場合、例えば、被害者である夫が損害賠償の支払を受けた後に死亡していた場合⁶⁷⁾、被害者が成年に達した子で交通事故に関わった親と同居していない場合⁶⁸⁾、交通事故に関わった子が成年に達しており被害者である親と同居していない場合等では⁶⁹⁾、上記の請求は認められうる。これらの場合に上記の請求を認めたとしても、被害者が完全な賠償を奪われることにならないか

65) Cass. 2^{ème} civ., 20 avril 1988 (2 arrêts), n°86-16.355 et n°87-13.135; Bull. civ., II, n°87; D., 1988, jur., 580, note, Yvonne Lambert-Faivre; Gaz. Pal., 1988, 2, som., 367; RTD civ., 1988, 790, chr., Patrice Jourdain (父が関わる交通事故で負傷した子に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による父への求償等(第1事件)、自転車事故で負傷した子に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による監督義務違反を理由としたその父への求償等(第2事件)); Cass. 2^{ème} civ., 7 déc. 1988, n°87-16.040; Gaz. Pal., 1989, 2, som., 367, note, François Chabas; RTD civ., 1989, 335, chr., Patrice Jourdain (交通事故で負傷した子に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による監督義務違反を理由としたその両親への求償等); Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 1989, n°88-15.708; Bull. civ., II, n°138 (夫が関わる交通事故で負傷した妻に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による夫への求償等); Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 1989, n°88-14.787; Bull. civ., II, n°139; RTD civ., 1989, 767, chr., Patrice Jourdain (夫(同事故で死亡)が関わる交通事故で死亡した妻の子らに損害賠償を支払う加害者とその保険会社による夫の相続人としての地位を持つ同じ子らへの求償等); Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 1989, n°88-13.910; Bull. civ., II, n°140 (夫が関わる交通事故で負傷した妻に損害賠償を支払う加害者の保険会社による夫への求償等); Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 1989, n°87-16.412; Bull. civ., II, n°144 (夫が関わる交通事故で負傷した妻に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による夫への求償等); Cass. soc., 20 déc. 1990, n°88-14.968; Bull. civ., V, n°708 (同上); Cass. 2^{ème} civ., 30 janv. 1991, n°89-20.072; RTD civ., 1991, 556, chr., Patrice Jourdain (母が関わる交通事故で負傷した子に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による母への求償等); Cass. 2^{ème} civ., 17 juill. 1991, n°89-13.388; Bull. civ., II, n°226 (夫(同事故で死亡)が関わる交通事故で負傷した妻に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による夫の相続人としての地位を持つ妻とその子らへの求償等); Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} avril 1992, n°91-10.452; Bull. civ., II, n°111; Gaz. Pal., 1992, 2, jur., 508, note, Jean-Louis Evade; RTD civ., 1992, 566, chr., Patrice Jourdain; RCA., juin 1992, com., 217 (父(同事故で死亡)が関わる交通事故で死亡した子に損害賠償を支払う加害者の承継人とその保険会社による父の承継人への求償等。ただし、被害者が完全な賠償を奪われることになるかどうかを審理していないとしてこれを肯定した原審を破棄した事案である); etc.

らである。

このように、現在の実定法では、交通事故の加害者およびその保険会社による被害者の家族のメンバー等に対する求償等の可否が、被害者と当該家族のメンバーとの間に具体的な共同生活があるか、その結果、求償等が認められた場合に被害者が完全な賠償を実質的に奪われることになるかという枠組に基づき判断されている⁷⁰⁾。未成年の子と両親との間、および、夫婦、パクス、コンキュビナージュの当事者の間には、生活の共同性が存在するのが通例であるため⁷¹⁾、ほとんどのケースで上記の求償等が否定されるが⁷²⁾、成年の子と両親、

(前頁からつづき)

これらの判例に先立つ下級審の裁判例の解決も同じである。Cf. CA. Toulouse, 17 mars 1986, D., 1986, jur., 439, note, Hubert Groutel (父が関わった交通事故で死亡した子の承継人に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による父への求償等); TGI. Bordeaux, 31 oct. 1986, Gaz. Pal., 1987, 1, jur., 128, note, François Chabas (母が関わった交通事故で負傷した子に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による母への求償等); CA. Versailles, 22 janv. 1987, D., 1987, IR., 55 (Cass. 2^{ème} civ., 20 avril 1988, supra, n°87-13.135の原審); CA. Versailles, 14 mai 1987, RGAT., 1988, 37 (交通事故で負傷した子に損害賠償を支払う加害者の保険会社による監督義務違反を理由としたその両親への求償等); etc.

- 66) Cass. 2^{ème} civ., 8 janv. 1992, n°90-18.414; Bull. civ., II, n°2 (夫が関わる交通事故で負傷した妻に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による夫とその保険会社らへの求償等); Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1992, n°90-21.056 et n°91-10.439; Bull. civ., II, n°86 (同上); Cass. 2^{ème} civ., 2 fév. 1994, n°92-14.864; Bull. civ., II, n°42; RCA., mai 1994, com., 180 (夫が関わる交通事故で負傷した妻に損害賠償を支払う国による夫の保険会社への求償等); Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 1996, n°94-16.476; RCA., fév. 1997, com., 53 (祖父母が関わる交通事故で負傷した孫に損害賠償を支払う加害者とその保険会社による祖父母とその保険会社への求償等); etc.
- 67) Cass. 2^{ème} civ., 27 fév. 1991, n°89-15.862; Bull. civ., II, n°63; D., 1991, som., 325, obs., Jean-Luc Aubert; RTD civ., 1991, 556, chr., Patrice Jourdain.
- 68) Cass. 2^{ème} civ., 6 déc. 1989, n°88-18.405; Bull. civ., II, n°213; RTD civ., 1990, 296, chr., Patrice Jourdain; D., 1991, jur., 295, note, Philippe Durnerin (父が関わる交通事故で死亡した子の成年に達した兄弟らに損害賠償を支払う加害者とその保険会社による父への求償等。ただし、被害者が完全な賠償を奪われることになるかどうかを審理していないとしてこれを肯定した原審を破棄した事案である)。
- 69) Cass. 2^{ème} civ., 23 mai 2001, n°99-18.054; RCA., sept. 2001, com., 260, note, Hubert Groutel.

孫と祖父母、兄弟姉妹等の関係では、個々の状況を踏まえた上で、共同生活の有無、従って、求償等の可否が決せられることになる。

とはいえ、類型①や類型②で「家族に対する責任」が否定されることはないという前提に立つ限り、こうした解決に法的小および論理的な正当化を付与することには困難を伴う。そのため、この解決を説明しようとする、生活をともにする被害者と交通事故に関与した家族のメンバーとの間にある家族連帯や財布共通の発想等の社会学的な考慮、または、交通事故被害者に生じた損害を可能な限り実質的に賠償するという1985年7月5日の法律の立法趣旨に支えられた人間的な精神等といった理由を持ち出さざるをえない⁷³⁾。この場面では、こうした法に外在的な理由によって、家族の観点に基づく無責⁷⁴⁾、つまり、「家族に対する責任」の制約が観念されていることになる。なお、現在の実定法では、加害者やその保険会社等による被害者の家族のメンバー等への求償を一定の範囲で制限する規律は、交通事故法の適用領域でのみ看取される。しかし、フランス民事責任法思想⁷⁵⁾ともいべき身体的損害の被害者の保護、および、

70) A(同事故で死亡)が関わる交通事故で死亡したAの子Bと孫Cの各承継人らに損害賠償を支払った加害者X1とその使用者X2によるAの各承継人Yらへの求償につき、Yらそれぞれの資格と状況を具体的に検討し承継人ごとにその可否を決定すべきであると判示して、事故により死亡した者の親族に対する共同行為者からの求償が承継人らから完全賠償を奪うとの理由でXらの請求を棄却した原審を破棄した判例(Cass. 2^{ème} civ., 10 juill. 2003, n°02-10.026; RCA., oct. 2003, com., 262; RTD civ., 2004, 111, chr., Patrice Jourdain)も、こうした理解に基づく。

71) ここでは、被害者と求償等を受ける家族のメンバーとの間に存在する身分や地位ではなく、共同生活の実態が問われている。Cf. Viney, Jourdain et Carval, *supra* note 55, n°165, pp.212 et s.

72) 求償等が肯定されるケースとして、例えば、交通事故の被害者と当該事故に関与したその家族のメンバーが夫婦であるものの、別居または事実上の離婚状態にある場面等を想定することができる

73) Lambert-Faivre, *supra* note 65, p.584; Jourdain, *supra* note 65, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 1989, p.768; Aubert, *supra* note 67, p.326; etc. また、Cf. Quézel-Ambrunaz, *supra* note 55, n°617 et s., pp.638 et s.; etc.

74) Durnerin, *supra* note 68, n°19 et s., p.299.

賠償のイデオロギー⁷⁶⁾を考えると、こうした解決が交通事故の場面以外に拡大されていくことも想像される⁷⁷⁾。

このように、(2)①の検討対象に関する実定法の一部では、被害者保護のために「家族に対する責任」の制限を前提とした考え方が採用されていることが分かる。

② ある家族のメンバーが間接被害者として家族外の者に損害賠償を請求する
場面

ある者の生命、身体、人格等が侵害された場合、その者の家族のメンバーとして捉えられる者は、葬儀等の費用、収入や扶養の喪失、移動や滞在等の費用といった財産的損害ほかに、非財産的損害として、愛情損害、同伴損害、並外れた非財産的損害の賠償を得ることができる⁷⁸⁾。この場合において、直接被害者にも当該権利や利益の侵害に関して何らかのフォートが存在したとき、そのことは、家族のメンバーからの損害賠償請求について、どのような影響を与えるか⁷⁹⁾。これが、(2)②の検討対象である。これに対して、ある者の生命や身体等が侵害されたことを理由にその者の家族のメンバーが損害賠償を請求する場合において、この家族のメンバーにも損害賠償請求の対象とされている損害の発生についてフォートが存在するときには、そのことを理由に損害賠償の減額が行われるが⁸⁰⁾、これは、自己のフォートを理由に自己の損害賠償額が減らされることを意味するだけであり、ここでの検討対象ではない。

(1)②の検討対象と同じく、上記の問題では、免責事由、被害者のフォート⁸¹⁾、因果関係、共同不法行為といった民事責任法一般に関わる諸概念に加えて、加害者が間接被害者である家族のメンバーに生じた損害のすべてを賠償す

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

76) 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.

77) Cf. Viney, Jourdain et Carval, *supra* note 55, n°168, p.215.

78) この点については、拙稿・前掲注 (3)「家族の保護」189頁以下。

るよう義務付けられる前提として、直接被害者が当該家族のメンバーに対し損害賠償を支払う義務を負っていることは必要か、直接被害者に生じた損害およびその賠償請求と間接被害者である家族のメンバーに生じた損害およびその賠償請求との関係をどのように把握するか、直接被害者と間接被害者との間に一定の家族関係があることを理由として前者のフォートや行為が後者による損害賠償請求に何らかの作用をもたらすことはあるかといった問いが複雑に絡み合

79) この問題については、Cf. Yvonne Lambert-Faivre, *De la responsabilité encourue envers les personnes autres que la victime initiale : Le problème dit du dommage par ricochet*, th. Lyon, 1959, pp.182 et s. ; R. Meurisse, *Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils opposer le faute de la victime ?*, *Gaz. Pal.*, 1960, 2, doc., pp.73 et s. ; Id., *Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime ?*, *D.*, 1962, chr., pp.93 et s. ; Joële Fossereau, *L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel*, *RTD civ.*, 1963, pp.7 et s. ; René Savatier, *La veuve et l'orphelin demandant raison à l'homme dont la faute a contribué à la mort de leur époux ou leur père, peuvent-ils négliger la part de la faute de cet époux ou de ce père dans l'accident ?*, *D.*, 1964, chr., pp.155 et s. ; François Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, préf. Henri Mazeaud, *Bibliothèque de droit privé*, t.78, LGDJ., Paris, 1967, n^{os}187 et s., pp.159 et s. ; Yannick Le Magueresse, *Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations, avant-propos de Philippe Le Tourneau*, préf. Didier R. Martin, PUAM., Aix-en-Provence, 2007, n^{os}180 et s., pp.168 et s. ; Alexandre Dumery, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, préf. Roger Bout, L'Harmattan, Paris, 2011, n^{os}541 et s., pp.235 et s. ; etc.

80) Cass. 2^{ème} civ., 20 oct. 1965, n^o64-10.064 ; *Bull. civ.*, II, n^o764 (父の監督義務違反にも起因する遊戯中の事故で子が死亡したことから父が子の死亡により自己に生じた損害の賠償を求めた事案) ; Cass. 2^{ème} civ., 7 mars 1974, n^o72-12.896 ; *Bull. civ.*, II, n^o88 (父の監督義務違反にも起因する交通事故でAが死亡したことからAの父と祖父母がAの死亡により自己に生じた損害の賠償を求めた事案。ただし、父のフォートを理由に祖父母の損害賠償までが減額されている点は問題である) ; Cass. crim., 16 janv. 1975, n^o74-91.823 ; *Bull. crim.*, n^o19 (自己の不注意にも起因する交通事故で母が死亡したことからその子が母の死亡により自己に生じた損害の賠償を求めた事案) ; Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1975, supra note 46 (父の監督義務違反にも起因する渓谷での事故で子が負傷したことから父が子の負傷により自己に生じた損害の賠償を求めた事案) ; etc. また、Cf. TC. Guingamp, 13 mars 1935, *Gaz. Pal.*, 1935, 2, jur., 717 (父の監督義務違反にも起因する交通事故で子が死亡したことから父が子の死亡により自己に生じた損害の賠償を求めた事案) ; etc.

う。そのため、実定法は、民事責任法一般に関わる諸概念の捉え方および上記の問いへのアプローチ方法の変化からの影響を受けつつ、その結論と理由付けの両面で変容してきた。

初期の判例は、直接被害者にフォートが存在することを理由とした当該直接

81) 判例は、一時期、物の所為に基づく責任が問題となる場面で、不可抗力の性質を持つ出来事のみが物の保管者の全部免責をもたらし、被害者の行為については、それが不可抗力の性質を示さなければ、一部免責を生じさせることもないと判示していた（Cass. 2^{ème} civ., 21 juill. 1982, n°81-12.850 ; Bull. civ., II, n°111 ; D., 1982, jur., 449, concl., Lucien Charbonnier et note, Christian Larroumet ; JCP, 1982, II, 19861, obs., François Chabas ; Gaz. Pal., 1982, 2, jur., 391, concl., Lucien Charbonnier ; RTD civ., 1982, 606, chr., Georges Durry ; Defrénois, 1982, art. 32973, 1689, note, Jean-Luc Aubert. また, Cf. Geneviève Viney, L'indemnisation des victimes de dommages causés par le «fait d'une chose» après l'arrêt de la Cour de cassation (2^e Ch. civ.) du 21 juillet 1982, D., 1982, chr., pp.201 et s. ; Yvonne Lambert-Faivre, Aspects juridiques, moraux et économiques de l'indemnisation des victimes fautives (Civ. 2^e, 21 juill. 1982, Desmares) , D., 1982, chr., pp.207 et s. ; Id., Pour un nouveau regard sur la responsabilité civile, D., 1983, chr., pp.102 et s. ; Jean Bigot, L'arrêt Desmares : Retour au néolithique, JCP, 1982, I, 3090 ; Etienne Bloch, Est-ce le glas du partage de responsabilité ? (arrêt Mutualité industrielle de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 21 juillet 1982) , JCP, 1982, I, 3091 ; Daniel Landraud, À propos des revirement de jurisprudence, JCP, 1982, I, 3093 ; Lionel Levy, Justice sans partage, Gaz. Pal., 1982, 2, doc., pp.471 et s. ; Henri Margeat, La relève de la garde par le risque objectif (commentaire de l'arrêt du 21 juillet 1982) , Gaz. Pal., 1982, 2, doc., pp.521 et s. ; G. Fray et G. Guerry, Le point sur l'arrêt «Desmares», Gaz. Pal., 1983, 1, doc., pp.117 et s. ; Georges Durry, L'exonération du gardien par le fait de la victime dans le domaine des accidents de la circulation (Étude de jurisprudence récente) , in, Études dédiées à Alex Weill, Dalloz, Litec, Paris, 1983, pp.217 et s. ; etc. その他, Cass. 2^{ème} civ., 14 oct. 1982, Gaz. Pal., 1982, 2, jur., 597, note, François Chabas ; Defrénois, 1983, art. 33022, 336, note, Jean-Luc Aubert ; Cass. 2^{ème} civ., 27 oct. 1982, JCP, 1984, II, 20162, obs., François Chabas ; Cass. 2^{ème} civ., 5 janv. 1983, n°81-16.129 ; Bull. civ., II, n°5 ; Gaz. Pal., 1983, 1, jur., 81, note, François Chabas ; Cass. 2^{ème} civ., 12 janv. 1983, n°82-11.686 ; Bull. civ., II, n°7 ; D., 1983, jur., 211, note, Christian Larroumet ; Gaz. Pal., 1983, 1, jur., 81, note, François Chabas ; Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1983, n°81-13.327 ; Bull. civ., II, n°76 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 avril 1983 (2 arrêts) , n°82-11.234 et n°82-10.561 ; Bull. civ., II, n°99 et n°100 ; Cass. 2^{ème} civ., 15 nov. 1984, n°83-15.081 ; Bull. civ., II, n°169 ; Gaz. Pal., 1985, 1, jur., 267, note, François Chabas ; Cass. 2^{ème} civ., 15 nov. 1984, Gaz. Pal., 1985, 1, jur., 296, note, François

被害者に付与される損害賠償の減額という問題と、直接被害者にフォートが存在することを理由としたその間接被害者に付与される損害賠償の減額という問

(前頁からつづき)

Chabas ; etc.)。この理解によれば、物の所為に基づく責任が問題となる場面では、直接被害者のフォートによって直接被害者自身の損害賠償が制約されることはない以上、直接被害者のフォートによって間接被害者の損害賠償請求が影響を受けることもなくなる (Cf. Viney, *supra*, p.203 ; Lambert-Faivre, *supra*, *Aspects juridiques...*, pp.207 et s. ; Aubert, *supra*, *L'arrêt Desmares...*, pp.2 et s. ; etc.)。つまり、(2)②で検討の対象とする問題は発生しない。

しかし、その後、破毀院は、この理解を放棄し、被害者のフォートを理由とする物の所為に基づく責任の一部免責を認めている (Ex. Cass. 2^{ème} civ., 6 avril 1987, n°85-12.779 ; JCP, 1987, II, 20828, obs., François Chabas ; RTD civ., 1987, 767, chr., Jérôme Huet ; D., 1988, jur., 32, note, Christian Mouly ; etc.)。近年、鉄道会社が負う安全に関する結果債務の違反に基づく契約責任が問題となった場面で、被害者のフォートを理由とする鉄道会社の一部免責を否定した判例が現れたもの (Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2008, n°05-12.551 ; Bull. civ., I, n°76 ; D., 2008, 1582, note, Geneviève Viney ; D., 2008, 2370, chr., Claude Creton ; D., 2008, 2899, chr., Philippe Brun ; JCP, 2008, II, 10085, note, Paul Grosser ; JCP, 2008, I, 186, chr., Philippe Stoffel-Munck ; RTD civ., 2008, 312, chr., Patrice Jourdain ; RTD com., 2008, 843, chr., Bernard Bouloc ; RDC., 2008, 743, obs., Denis Mazeaud ; RDC., 2008, 763, obs., Geneviève Viney ; PA., 6 août 2008, 18, note, Christophe Quezel-Ambrunaz ; PA., 25 août 2008, 8, note, Nicolas Bouche ; RCA., mai 2008, com., 159, note, Fabrice Leduc ; D., 2009, 975, chr., Hugues Kenfact ; PA., 4 fév. 2009, 9, note, Marjorie Brusorio-Aillaud)、その射程は限定されており (例えば、河川運送会社について安全債務違反に基づく契約責任の一部免責を認めたものとして、Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2015, n°14-13.440 ; Bull. civ., I, n°101 ; D., 2015, 1137, note, Denis Mazeaud ; Gaz. Pal., 2015, 3277, note, Magali Jaouen ; RTD civ., 2015, 628, chr., Patrice Jourdain ; CCC., juill. 2015, com., 165, note, Laurent Leveneur ; RCA., juill. 2015, com., 200, note, Hubert Groutel ; etc.)。なお、鉄道会社の安全債務違反に基づく契約責任の一部免責を認めた原審に対する鉄道会社からの上告との関連で、安全に関する結果債務を負う鉄道会社に全部免責が認められるのは被害者のフォートが不可抗力の性質を持つ場合に限られると判示して、当該上告を棄却し、原審の判断を維持した判決がある (Cass. ch. mixte, 28 nov. 2008, n°06-12.307 ; Bull. ch. mixte, n°3 ; D., 2008, 3079, obs., Inès Gallmeister ; D., 2009, 461, note, Geneviève Viney ; D., 2009, 975, chr., Hugues Kenfact ; JCP, 2009, II, 10011, note, Paul Grosser ; JCP, 2009, I, 123, chr., Philippe Stoffel-Munck ; JCP éd. E., 2009, 1949, 27, obs. Cécile Legros ; Gaz. Pal., 2009, 491, avis, Marc Domingo et note, Pascal Oudot ; RTD civ., 2009, 129, chr., Patrice Jourdain ; RTD com., 2009, 434, chr., Bernard Bouloc ; RDC., 2009, 487, obs., Thomas Genicon ; PA., 4 fév. 2009, 9, note, Marjorie Brusorio-Aillaud ; RCA., janv.

題とを区別することなく、特に理由を付さずに、後者の場面で損害賠償の減額を認めていた⁸²⁾。また、裁判例の中には、直接被害者が死亡した事案において、

（前頁からつづき）

2009, com., 4, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2010, 52, chr., Olivier Gout)。この判決は、全部免責の肯定を内容とする鉄道会社からの上告を棄却しただけであり、一部免責の否定を内容とする乗客側からの上告に応じたものではない。つまり、この判決は、鉄道会社の安全債務違反に基づく契約責任の一部免責の可否については何も判断していない。従って、鉄道運送が負う安全に関する結果債務の違反に基づく契約責任が問題となる限りにおいて、Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2008, supra は、なお維持されていると考えられる）、物の所為に基づく責任の場面では依然として被害者のフォートを理由とした一部免責が肯定されている（鉄道会社について物の所為に基づく責任が問題となった事案として、Cass. 2^{eme} civ., 3 mars 2016, n°15-12.217 ; Bull. civ., II, n°1062 ; D., 2016, 766, note, Nicolas Rias ; D., 2016, 1399, chr., Hugues Kenfack ; JCP, 2016, 1117, chr., Cyril Bloch ; Gaz. Pal., 2016, 1668, note, Magali Jaouen ; RCA., juin 2016, com., 174, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2017, 29, chr., Olivier Gout)。従って、今日の法状況を前提とした場合、(2)②で検討の対象とする問題は、少なくとも不法行為法の全体で生ずる。

82) Cass. crim., 28 juill. 1933, Bull. crim., n°170 ; DH., 1933, jur., 527 ; Gaz. Pal., 1933, 2, jur., 626（不法行為で死亡したAの父母と兄弟姉妹からの請求。ただし、原審ではAと加害者との間の責任分割が考慮されていないとの理由に基づく加害者側からの上告を、原審で加害者に支払うよう命じられた損害の賠償は原告らに生じた損害のすべてを対象とするものではないとして棄却したものである）；Cass. crim., 6 mars 1936, Bull. crim., n°29 ; DH., 1936, jur., 237 ; Gaz. Pal., 1936, 1, jur., 713（不法行為で死亡したAの夫、子、両親からの請求）；Cass. civ., 8 fév. 1938, Gaz. Pal., 1938, 1, jur., 558 ; S., 1939, 1, 136（交通事故で死亡したAの妻と子からの請求。ただし、Aと加害者との間の責任分割が可能であったとして、加害者の全部免責を認めることはできないとだけ判断した原審を破棄したものである）；Cass. crim., 14 déc. 1938, S., 1939, 1, 233, note, R. Houin ; Gaz. Pal., 1939, 1, jur., 303 ; RTD civ., 1939, 751, chr., Henri et Léon Mazeaud（交通事故で死亡したAの妻からの請求）；Cass. crim., 27 nov. 1956, Bull. crim., n°777 ; D., 1957, jur., 373, note, René Savatier ; JCP, 1957, II, 9854, obs., Paul Esmain ; Gaz. Pal., 1957, 1, jur., 92 ; RTD civ., 1957, 346, chr., Henri et Léon Mazeaud（不法行為で死亡したAの妻と子からの請求）；Cass. crim., 21 fév. 1957, Bull. crim., n°180（交通事故で死亡したAの妻からの請求）；Cass. crim., 4 fév. 1958, Bull. crim., n°112（事案の詳細は不明）；etc.

下級審の裁判例として、TC. Le Havre, 16 fév. 1924, RTD civ., 1924, 990, chr., René Demogue（交通事故で死亡したAの両親と兄弟らからの請求）；TC. Fontainebleau, 17 mai 1957, RTD civ., 1958, 80, chr., Henri et Léon Mazeaud（交通事故で死亡したAの兄弟からの請求）；etc.

その相続人としての損害賠償請求と近親者としての損害賠償請求とを無意識的に混同させ、いずれの請求についても損害賠償の額を減らしたのもあった⁸³⁾。

1960年代前半になると、破毀院の刑事部と第2民事部は、直接被害者に生じた権利や利益の侵害についてその者にフォートが存在したとしても、このことは間接被害者としての家族のメンバーからの損害賠償請求には影響を及ぼさないとの立場を示した。その際、これらの判例は、直接被害者に生じた損害およびその賠償請求と間接被害者である家族のメンバーに生じた損害およびその賠償請求とは明確に区別されるため、直接被害者のフォートを理由にその額を減らすことができるのは前者に限られること、および、損害を共同で生じさせた加害者はそのすべてを賠償する義務を負い、「責任の分割は、共同で責任を負う者相互の関係にのみ影響を与え、その第三者に対する債務の性格および関係には影響を及ぼさない」ことを、その理由として挙げた^{84,85)}。こうした理由付けを本稿の問題関心に即して捉え直すと、これらは、加害者が不法行為の要件を充足する限りにおいて自らが生じさせた損害につきそのすべてを賠償する義務を負うこと、直接被害者が当該不法行為に一定の関与をしていたという事実は、直接被害者が間接被害者である家族のメンバーに対し自己への権利や利益の侵害を契機にその家族のメンバーに生じた損害について責任を負うることを前提として、家族のメンバーに賠償等を支払った加害者によるこの直接被害者への求償等の問題において意味を持つにすぎないこと、また、直接被害者と間接被害者との間に家族の関係があったことは後者からの損害賠償請求に何らの法的変容も生じさせないことを示すものとして位置付けられる。つまり、この立場は、(2)②の問題に、(1)②における実定法の主流の解決をそのまま妥当させている。

これに対して、同時期の下級審裁判例の多数⁸⁶⁾、1964年11月25日の破毀院

83) TC. Saint-Dié-des-Vosges, 25 fév. 1938, DH., 1938, jur., 334 ; RTD civ., 1938, 799, chr., Henri et Léon Mazeaud (不法行為で死亡したAの妻と子からの請求); etc. なお, CA. Colmar, 9 oct. 1962, infra note 86は、間接被害者としての家族のメンバーによる損害賠償請求を直接被害者の代理人としての請求とみている。

合同部判決⁸⁷⁾以降の判例⁸⁸⁾、また、この合同部判決の理解に従わないようにみえる一部の判例⁸⁹⁾を受けて出された1981年6月19日の破毀院連合部判決⁹⁰⁾以降の判例は⁹¹⁾、直接被害者に生じた権利や利益の侵害についてその者にフォートが存在した場合に、このことが間接被害者としての家族のメンバーか

84) 刑事部の判例として、Cass. crim., 31 mars 1960, Bull. crim., n°188 (交通事故で死亡したAの子らからの請求); Cass. crim., 26 déc. 1960, Bull. crim., n°608; JCP, 1961, II, 12193, obs., Paul Esmain; RTD civ., 1961, 684, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求); Cass. crim., 15 juin 1961, Bull. crim., n°300; D., 1961, jur., 735; RTD civ., 1962, 113, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの母とフィアンセからの請求。この判決では、本文中で引用した2つの理由のうち前者のみが挙げられている); Cass. crim., 8 mars 1962, Bull. crim., n°124; Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 416; RTD civ., 1962, 502, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの妻からの請求); Cass. crim., 15 juin 1962, Gaz. Pal., 1962, 2, som., 20; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc (事案の詳細は不明); Cass. crim., 24 janv. 1963, D., 1963, jur., 264; S., 1963, 162, note, R. Meurisse; Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 309; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの妻からの請求); Cass. crim., 11 déc. 1963, n°63-91.049; Bull. crim., n°355 (労働事故で死亡したAの妻と子からの請求); etc.

第2民事部の判例として、Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 1963, n°62-10.886; Bull. civ., II, n°749; D., 1964, jur., 549, note, Jacques Boré; Gaz. Pal., 1964, 1, jur., 29 (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求); Cass. 2^{ème} civ., 30 janv. 1964 (2 arrêts), n°62-12.708 et n°62-11.180; Bull. civ., II, n°106 et n°107; D., 1964, jur., 451; S., 1964, 317; Gaz. Pal., 1964, 1, jur., 359 (n°62-12.708); RTD civ., 1964, 750, chr., René Rodière (同上); etc.

下級審の裁判例として、CA. Paris, 16 mars 1963, Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 338; RTD civ., 1963, 734, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの両親と兄弟姉妹らからの請求); CA. Orléans, 13 déc. 1963, Gaz. Pal., 1964, 2, jur., 161 (CA. Paris, 10 avril 1962, infra note 86の上告後の移送審); etc.

85) 学説で同じ結論を示す立場も、ほぼ同様の理由付けをしている。Ex. H. et L. Mazeaud, supra note 82, Chr. sous Cass. crim., 14 déc. 1938, p.752; Id., supra note 82, Chr. sous Cass. crim., 27 nov. 1956, p.346; Id., supra note 82, Chr. sous TC. Fontainebleau, 17 mai 1957, p.80; Geneviève Viney, L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale, D., 1974, chr., p.3.; Chabas, infra note 91, Obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996, pp.79 et s.; Magueresse, supra note 79, n°s187 et s., pp.173 et s.; Quézel-Ambrunaz, supra note 55, n°s432 et s., pp.428 et s.; Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, Les conditions de la responsabilité, 4^{ème} éd., LGDJ., Paris, 2013, n°s435 et s., pp.423 et s.; etc.

らの損害賠償請求に影響を及ぼすことを認める⁹²⁾。そして、その後、1985年7月5日の法律6条は、直接被害者に生じた侵害により第三者が被った損害については、この被害者への補償に適用される制限や排除を考慮して賠償されると規定し、交通事故の場面に限定した形ではあるものの、この解決を明文化した。

86) TGI. Mont-de-Marsan, 5 oct. 1961, Gaz. Pal., 1961, 2, jur., 273 ; RTD civ., 1962, 113, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの妻と両親からの請求); TC. Dijon, 29 janv. 1962, JCP, 1962, II, 12584, obs., Paul Esmain ; Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 416 ; RTD civ., 1962, 502, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの両親と兄弟姉妹からの請求); CA. Douai, 31 janv. 1962, D., 1963, jur., 9, note, R. Meurisse ; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの夫からの請求); CA. Douai, 14 fév. 1962, Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 276 ; RTD civ., 1962, 502, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求); TGI. Mézières, 16 fév. 1962, Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 276 ; RTD civ., 1962, 502, chr., André Tunc (不法行為で死亡したAの妻、4人の子、父、11人の兄弟姉妹からの請求); TGI. Pau, 7 mars 1962, Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 276 ; RTD civ., 1962, 502, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求); CA. Besançons, 28 mars 1962, Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 416 ; RTD civ., 1962, 502, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの夫、子、母からの請求); T. de corr. Strasbourg, 31 mars 1962, Gaz. Pal., 1963, 1, som, 7 ; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc (事案の詳細は不明); CA. Paris, 10 avril 1962, Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 276 ; RTD civ., 1962, 502, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求); TGI. Avesnes, 22 mai 1962, D., 1963, jur., 9, note, R. Meurisse ; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc (交通事故で死亡したAの妻からの請求); CA. Montpellier, 9 oct. 1962, Gaz. Pal., 1963, 1, som., 6 ; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc (事案の詳細は不明); CA. Colmar, 9 oct. 1962, Gaz. Pal., 1963, 1, som., 6 ; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc (同上); CA. Paris, 20 oct. 1962, Gaz., Pal., 1963, 1, som., 6 ; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc (同上); CA. Amiens, 23 nov. 1962, D., 1963, jur., 194, note, Jean Pradel ; S., 1963, 185 ; Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 46 ; RGAT., 1963, 235, note, A. B. (不法行為で死亡したAの承継人らからの請求); CA. Poitiers, 12 fév. 1963, RTD civ., 1963, 734, chr., André Tunc (事案の詳細は不明); TC. Caen, 10 juin 1963, JCP, 1963, II, 13414, obs., Paul Esmain (交通事故で死亡したAの夫と母からの請求); CA. Lyon, 25 juin 1963, Gaz. Pal., 1964, 1, som., 6 (事案の詳細は不明); CA. Caen, 2 oct. 1963, Gaz. Pal., 1964, 1, som., 6 (不法行為で死亡したAの妻と子からの請求); CA. Nîme, 18 oct. 1963, Gaz. Pal., 1964, 1, som., 6 (事案の詳細は不明); CA. Paris, 31 oct. 1963, D., 1964, jur., 242 ; S., 1964, 224 (交通事故で死亡したAの子と孫からの請求); CA. Paris, 9 nov. 1963, Gaz. Pal., 1964, 1, som., 6 (事案の詳細は不明); CA. Pau, 6 fév. 1964, JCP, 1964, II, 13878, obs., Lucien M. Martin (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求); etc.

ただし、同法3条によれば、運転手以外の被害者は、宥恕することのできないフォートを行った場合または自ら進んで侵害を受けた場合を除き、自己の

87) Cass. ch. réun., 25 nov. 1964 (2 arrêts), n°64-90.424 et n°63-92.105 ; Bull. ch. réun., n°2 ; JCP, 1964, II, 13972, obs., Paul Esmain (n°64-90.424) ; Gaz. Pal., 1964, 2, jur., 412 ; RGAT., 1964, 504, note, A. B. (n°63-92.105) ; D., 1965, jur., 733, concl., Aydalot ; RTD civ., 1965, 136, chr., René Rodière (n°64-90.424) (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求(第1事件)、交通事故で死亡したAの妻と兄弟姉妹からの請求(第2事件))。ただし、これらの判決はその理由を明示していない。

88) Cass. 2^{ème} civ., 27 janv. 1965, n°63-10.726 ; Bull. civ., II, n°79 ; D., 1965, jur., 619, note, Yvonne Lambert-Faivre ; Gaz. Pal., 1965, 1, jur., 381 ; RTD civ., 1965, 660, chr., René Rodière (交通事故で死亡したAの夫と子からの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 fév. 1965, n°63-11.393 ; Bull. civ., II, n°123 (交通事故で死亡したAの両親、兄弟姉妹、子からの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 18 fév. 1965, n°62-12.046 ; Bull. civ., II, n°168 (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求) ; Cass. crim., 1^{er} avril, 1965, n°64-90.102 ; Bull. crim., n°99 (交通事故で死亡したAの両親と兄弟からの請求) ; Cass. crim., 1^{er} avril, 1965, n°64-93.173 ; Bull. crim., n°100 (過失致死事件の被害者Aの母と兄弟姉妹からの請求) ; Cass. crim., 1^{er} avril, 1965, n°64-90.700 ; Bull. crim., n°101 (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1965, n°63-11.947 ; Bull. civ., II, n°399 (交通事故で死亡したAの妻、子、母からの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1965, n°63-11.971 ; Bull. civ., II, n°400 (交通事故で死亡したAの妻、母、兄弟からの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 1965, n°62-20.398 ; Bull. civ., II, n°506 (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 1965, n°63-13.502 ; Bull. civ., II, n°507 (交通事故で死亡したAの兄弟姉妹らからの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 2 fév. 1966, n°64-12.272 ; Bull. civ., II, n°144 (交通事故で死亡したAの両親からの請求) ; Cass. 1^{er} civ., 22 mars 1966, Bull. civ., I, n°204 (エレベーターの事故で死亡したAの妻から請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 2 juin 1966, n°64-12.311 ; Bull. civ., II, n°635 (交通事故で死亡したAの子からの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1966, n°64-13.432 ; Bull. civ., II, n°686 (交通事故で死亡したAの承継人らからの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 27 janv. 1967, n°64-13.733 ; Bull. civ., II, n°42 (同上) ; Cass. 2^{ème} civ., 24 fév. 1967, n°64-14.378 ; Bull. civ., II, n°93 (同上) ; Cass. 2^{ème} civ., 18 avril 1969, n°68-11.306 ; Bull. civ., II, n°109 (交通事故で死亡したAの父と兄弟姉妹らからの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 1970, D., 1970, jur., 305 (交通事故で負傷したAの父からの請求) ; Cass. crim., 30 oct. 1974, n°73-93.381 ; Bull. crim., n°308 ; D., 1975, jur., 178, note, René Savatier ; JCP, 1975, II, 18038, obs., Lucien Mourgeon ; Gaz. Pal., 1975, 1, jur., 67 ; RTD civ., 1975, 107, chr., Georges Durry (交通事故で重傷を負ったが輸血を拒否したために死亡したAの妻と子からの請求。移送審として, CA. Lyon, 6 juin 1975, RTD civ., 1975, 712, chr., Georges Durry ; D., 1976, jur., 415, note, René Savatier ; JCP, 1976, II, 18322, obs., L. M.) ; etc.

フォートの対抗を受けないとされ(1項、3項)、また、運転手でなく、かつ、17歳に満たない、70歳を超える、または、100分の80を超える不能の状態に

89) Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1978, n°76-12.833 ; Bull. civ., II, n°153 ; Gaz. Pal., 1978, 2, som., 341 ; D., 1979, jur., 114, note, Christian Larroumet (交通事故で負傷したAの使用者がその加害者に対して就業規則等に従ってAに支払った給料相当額の賠償を求めた事案) ; Cass. 2^{ème} civ., 25 oct. 1978, n°77-10.285 ; D., 1979, jur., 114, note, Christian Larroumet ; JCP, 1979, II, 19193, obs., François Chabas ; Gaz. Pal., 1979, 1, som., 198, note, André Plancqueel ; RTD civ., 1980, 112, chr., Georges Durry (交通事故で死亡したAの妻と子からの請求。ただし、Aにフォートは存在しないと認定されているため、注(84)で引用した判例と同旨を述べる部分は傍論である)。なお、Cass. crim., 21 janv. 1970, n°69-91.842 ; Bull. crim., n°34は、交通事故で死亡したAの妻と子とその加害者に対してAの死亡により自己らに生じた損害の賠償を求めた事案で、Aの素因を理由に賠償の減額を認めた原審を破棄している。しかし、破棄の理由が、素因を考慮したことに向けられているのか、その民事当事者への影響を肯定したことに向けられているのかは不明である。

90) Cass. ass. plén., 19 juin 1981 (2 arrêts), n°79-11.193 et n°78-91.827 ; Bull. ass. plén., n°3 et n°4 ; D., 1981, jur., 641, note, Christian Larroumet (n°79-11.193) ; Gaz. Pal., 1981, 1, jur., 529, note, Jacques Boré ; RTD civ., 1981, 857, chr., Georges Durry ; Defrénois, 1981, art. 32733, 1244, note, Jean-Luc Aubert (n°79-11.193) ; D., 1982, jur., 85, concl., Jean Cabannes et note, François Chabas ; JCP, 1982, II, 19712, rapport, Ponsard (n°79-11.193) (交通事故で死亡したAの妻と子らがその加害者と当該事故の原因となったトラックの所有者に対してAの死亡により自己らに生じた損害の賠償を求めた事案(第1事件)、交通事故で負傷したAの使用者がその加害者に対してAに支払った給料相当額等の賠償を求めた事案(第2事件))

91) Cass. 2^{ème} civ., 28 oct. 1981, Gaz. Pal., 1982, 1, pan., 151, note, François Chabas (事案の詳細は不明) ; Cass. 2^{ème} civ., 6 janv. 1982, n°79-13.560 ; Gaz. Pal., 1982, 1, pan., 174, note, François Chabas (交通事故で死亡したAの承継人らからの請求) ; Cass. crim., 26 janv. 1982, n°79-90.473 ; Bull. crim., n°30 (交通事故で死亡したAの両親、祖父母、兄弟らからの請求) ; Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 1983, n°80-14.950 ; Bull. civ., I, n°13 ; Gaz. Pal., 1983, 1, pan., 141, note, François Chabas (鉄道事故で死亡したAの妻と子からの請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996, n°94-21.006 ; Bull. civ., II, n°297 ; Dr. et pat., mars 1997, 79, obs., François Chabas (麻薬の注射で死亡したAの母からの犯罪被害者補償委員会に対する請求) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 janv. 2014, n°13-11.113 ; RCA, mai 2014, com., 152 (殺人未遂事件の被害者Aの母からの犯罪被害者補償委員会に対する請求) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Dijon, 4 avril 1980, D., 1981, jur., 159, note, Christian Larroumet (交通事故で死亡したAの承継人らからの請求) ; CA. Pau, 22 juill. 1980, D., 1981, jur., 159, note, Christian Larroumet (同上) ; etc.

ある被害者は、自ら進んで侵害を受けた場合を除き、そのフォートの対抗を受けることなく損害の賠償を得ることができるとされているため（2項、3項）、一般法の領域に比べると、運転手以外の直接被害者にフォートが認められる可能性、従って、そのフォートが直接被害者の家族のメンバーからの損害賠償請求に影響を与える可能性は減る^{93,94)}。

さて、上記の判例や裁判例およびこれらをめぐる議論の中では、この解決を説明するために様々な理由が付されている⁹⁵⁾。本稿の問題関心からすると、各理由が「家族に対する責任」の把握の仕方に対して持つ含意を探求することが重要である。

第1に、加害者に着目した理由付けがある。この中にも、大別すると、2つの傾向が存在する。

1つは、因果関係の分割または部分的因果関係を基礎とする説明である⁹⁶⁾。

92) 今日の学説の多くもこれを支持する。Ex. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, *Les obligations*, 2. Le fait juridique, Quasi-contrats, responsabilité délictuelle, 14^{ème} éd., Sirey, Paris, 2011, n°372 et s., pp.479 et s. ; Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., LGDJ., Paris, 2018, n°223, p.132 ; Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2-Responsabilité civile et quasi-contrats, 4^{ème} éd., PUF., Paris, 2019, n°232, p.266 et s. ; etc.

93) 運転手でなく、かつ、17歳に満たない直接被害者に1985年7月5日の法律3条3項にいうフォートがないこと、そのため、その家族のメンバーに付与される損害賠償が減額されないことを判示したものとして、Cass. 2^{ème} civ., 4 nov. 1987, n°86-15.177 ; Bull. civ., II, n°217 (交通事故で死亡した11歳のAの家族らからの請求) ; Cass. crim., 11 oct. 1988, n°86-91.596 ; Bull. crim., n°339 (交通事故で死亡した16歳未満のAの家族らからの請求) ; CA. Toulouse, 17 mars 1986, supra note 65 (交通事故で死亡した5歳のAの父、母、祖母、兄弟からの請求) ; CA. Douai, 14 mars 1986, Gaz. Pal., 1986, 2, som., 346 (交通事故で死亡した4歳のAの親族らからの請求) ; CA. Paris, 14 fév. 1986, Gaz. Pal., 1986, 1, jur., 304, note, François Chabas (交通事故で死亡した5歳のAの母と兄弟らからの請求) ; etc. なお、運転手でない直接被害者に同法3条1項にいうフォートがあるかどうかを探求することなく、その家族のメンバーに生じたすべての損害の賠償を命じた原審を破棄したものとして、Cass. 2^{ème} civ., 21 fév. 1990, n°88-16.741 ; Bull. civ., II, n°41 ; D., 1990, IR., 74 (夫が運転する自動車に同乗していた妻Aが交通事故により死亡したことからAの承継人らがA自身の被った損害の賠償を求めた事案) ; etc.

直接被害者が何らかの形で結果の発生に関与している場合、加害者とされる者の責任原因行為は、その部分を除いた範囲でしか当該結果の発生に寄与していない。つまり、加害者とされる者の責任原因行為と当該不法行為の結果として直接被害者の家族のメンバーに生じた損害との間に存在する因果関係は、部分

94) 1985年7月5日の法律6条は、交通事故の直接被害者に一定のフォートが存在する場合に、そのことを考慮して間接被害者の損害賠償額が算定されることを明らかにしているだけで、当該交通事故に間接被害者自身の一定のフォートが関与している場合に、そのことを考慮して間接被害者の損害賠償額が算定されるかどうかについては何も規定していない。そのため、一般法の考え方をそのまま適用すれば、後者は、自己のフォートを理由に自己の損害賠償額が減らされる場面になるはずである（注（80）で引用した判例を参照）。

それにもかかわらず、判例は、一時期、同法6条を根拠として、当該交通事故につき、間接被害者に一定のフォートが存在したとしても、直接被害者に損害賠償の減額をもたらすような一定のフォートが存在しなければ、この間接被害者は直接被害者の侵害を理由として自らに生じた損害のすべての賠償を得ることができるとしていた（Cass. crim., 15 déc. 1987, n°85-91.911 ; Bull. crim., n°459 ; D., 1988, IR., 44 ; JCP., 1988, II, 21031, obs., François Chabas ; RTD civ., 1988, 783, chr., Patrice Jourdain（自己らの監督義務違反にも起因する交通事故で17歳に満たない子Aが死亡したことからAの両親がAの死亡により自己らに生じた損害の賠償を求めた事案で、Aに同法3条3項というフォートが認められなかったケース）； Cass. 2^{ème} civ., 8 mars 1989, n°88-12.285 ; Bull. civ., II, n°61 ; Gaz. Pal., 1989, 2, som., 461, note, François Chabas ; D., 1990, jur., 245, note, Jean-Luc Aubert（同上）； Cass. 2^{ème} civ., 6 déc. 1989, supra note 68（Xの不注意にも起因する交通事故で同乗していた17歳に満たない子Aが死亡したことからXがAの死亡により自己に生じた損害の賠償を求めた事案で、Aに同法3条3項というフォートが認められなかったケース）； Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 1991, n°90-17.608 ; Bull. civ., II, n°336 ; RCA., mars 1992, com., 94（Xの不注意にも起因する交通事故で同乗していた妻Aが死亡したことからXがAの死亡により自己に生じた損害の賠償を求めた事案で、Aに同法3条1項および3項というフォートが認められなかったケース）； Cass. 2^{ème} civ., 28 mars 1994, n°92-13.953 ; RCA., août-sept. 1994, com., 292（Xの不注意にも起因する交通事故で同乗していたコンキューヌAと子Bが死亡したことからXがAとBの死亡により自己に生じた損害の賠償を求めた事案で、AとBに同法3条1項および3項というフォートが認められなかったケース）； etc. しかし、この理解によれば、同法6条が一般法の解決に反してその対象領域外に拡張されるだけでなく、間接被害者が直接被害者でもある場合には、自己のフォートを理由に減額を受ける損害（直接被害者として被った損害）と、そうでない損害（間接被害者として被った損害）があることになってしまう（Cf. Aubert, supra, p.245 et s. ; Durnerin, supra note 68, n°7, pp.296 et s. et n°11, p.297 ; etc.）。

的なものでしかない。従って、この加害者は、上記の意味での因果関係が充足される範囲内においてのみ、直接被害者の家族のメンバーに生じた損害の賠償を義務付けられる。ところで、破毀院は、一時期、物の所為と自然力とが競合して一定の損害が発生した場面⁹⁷⁾、物や動物の所為と不可抗力の性格を持たない第三者の行為とが相まって一定の損害が生じた場面⁹⁸⁾等で、責任原因を充足している者に一部免責を認める等、部分的因果関係の発想を採用しているかの

（前頁からつづき）

そこで、今日の判例は、当該交通事故につき、間接被害者に一定のフォートが存在したときには、直接被害者に損害賠償の減額をもたらすような一定のフォートが存在しなくても、この間接被害者に付与される損害賠償が減額されるとの立場を示すに至っている（Cass. crim., 15 mars 1995, n°93-80.694 ; Bull. crim., n°103 ; D., 1995, IR., 153 ; RTD civ., 1995, 642, chr., Patrice Jourdain ; RCA., juin 1995, com., 208 ; D., 1996, som., 119, obs., Denis Mazeaud (X1の不注意にも起因する交通事故で同乗していた妻Aが死亡したことからX1と子X2がAの死亡により自己らに生じた損害の賠償を求めた事案で、Aに同法3条1項および3条にいうフォートが認められなかったケース。ただし、X2自身にフォートは存在しないためX2の損害賠償額が減額されることはない) ; etc. 下級審の裁判例として、CA. Dijon, 18 mars 1986, Gaz. Pal., 1986, 1, jur., 311 ; D., 1987, som., 92, obs., Hubert Groutel (両親X1とX2の監督義務違反にも起因する交通事故で2歳の子Aが死亡したことから、X1、X2、兄弟姉妹X3ら、祖父母X4らがAの死亡により自己らに生じた損害の賠償を求めた事案で、Aに同法3条3項にいうフォートが認められなかったケース。ただし、X3らとX4らにフォートは存在しないためX3らとX4らの損害賠償額が減額されることはない) ; etc. また、Cass. ch. mixte, 28 mars 1997, n°93-11.078 ; Bull. ch. mixte, n°1 ; D., 1997, jur., 294, note, Hubert Groutel ; D., 1997, som., 291, obs., Denis Mazeaud は、Xの不注意にも起因する交通事故でXが負傷しXが運転する自動車に同乗していた子Aが死亡したことから、Xが自己の負傷およびAの死亡により自己に生じた損害の賠償を求めた事案で、Xのフォートが賠償を制限するのか、それとも、これを排除するのかを評価するのは、裁判官の専権事項であると判示し、この点を審理しなかった原審を破棄した。必ずしも明確ではないが、この判例も Cass. crim., 15 mars 1995, supra の方向性を示したものとして位置付けられる (Cf. Groutel, supra, Note sous Cass. ch. mixte, 28 mars 1997, p.295)。

95) 裁判例や学説上の議論では、多くの場合、以下で整理する理由のいくつかが同時に挙げられている。しかし、「家族に対する責任」の成否という観点からみると、そもそもその成立自体を否定することを前提とした理由（例えば、第1の2つ目）と、理論上はその成立を認めながら一定の範囲でこれを制約することを前提とした理由（例えば、第2）とは、本来両立しないはずである。

ようにも理解することができる諸判決を出しており、この理由付けは、こうした破産院の動向を参考にしたものとして評しうる⁹⁹⁾。このように、部分的因果関係による説明では、民事責任法全体に関わる一般的な枠組を介した形で、直接被害者のフォートを理由とした間接被害者である家族のメンバーの損害賠償の減額という帰結が導かれている。そのため、この正当化は、直接被害者が自己の権利侵害を契機として家族のメンバーに生じた損害について責任を負うか、また、両者の間に存在する家族関係が家族のメンバーからの損害賠償請求に何らかの影響を与えるかという問題設定とは無関係である。とはいえ、部分的因果関係という発想それ自体に内在する問題に加えて¹⁰⁰⁾、現在の判例が第三者のフォートや自然力の競合による一部免責の可能性を否定していることを踏まえると¹⁰¹⁾、今日の実定法をこの理由付けにより説明することは不可能である¹⁰²⁾。

もう1つは、全部義務の性質とこの場面における「家族に対する責任」の不存在を基礎とした説明である¹⁰³⁾。一方で、不法行為について責任を負う者が複数人いる場合において各人がそのすべての損害を賠償するよう義務付けられるという原則は、ある義務者がそのすべての損害に関わる賠償を支払った場合

96) CA. Douai, 14 fév. 1962, *supra* note 86 ; CA. Paris, 10 avril 1962, *supra* note 86 ; etc. また、Cf. Meurisse, *supra* note 79, *Gaz. Pal.*, p.74 ; *Id.*, *supra* note 79, *D.*, p.94 ; *Id.*, *Le déclin de l'obligation in solidum*, *D.*, 1962, *chr.*, pp.243 et s. ; Pradel, *supra* note 86, p.197 ; Larroumet, *supra* note 91, pp.162 et s. ; *Id.*, *supra* note 90, p.642 ; etc.

97) Cass. com., 19 juin 1951, *D.*, 1951, *jur.*, 717, note, Georges Ripert ; JCP, 1951, II, 6426, obs., Emile Becqué ; *Gaz. Pal.*, 1951, 2, *jur.*, 151 ; *RTD civ.*, 1951, 515, *chr.*, Henri et Léon Mazeaud ; S., 1952, 1, 89, note, Roger Nerson (暴風雨を原因の一部とする船の沈没) ; Cass. 2^{me} civ., 13 mars 1957, JCP, 1957, II, 10084, obs., Paul Esmain ; *D.*, 1958, *jur.*, 73, note, Jean Radouant ; S., 1958, 1, 77, note, R. Meurisse (激しい雷雨に伴う洪水を原因の一部とする不動産の損傷) ; etc.

98) 注(42)で引用した諸判決がそれである。

99) Meurisse, *supra* note 79, *D.*, p.94 ; *Id.*, *supra* note 86, pp.11 et s. ; *Id.*, *supra* note 96, pp.243 et s. ; Tunc, *supra* note 84, *Chr. sous Cass. crim.*, 8 mars 1962, p.506 ; Larroumet, *supra* note 89, p.116 ; etc.

100) (2)②の検討対象との関連で部分的因果関係が根拠のない戯言であると断言するものとして、Viney, Jourdain et Carval, *supra* note 85, n°436, pp.425 et s.

に他の義務者に対してその負担部分に応じ求償等を行うことができることを前提としている¹⁰⁴。他方で、直接被害者は、たとえ自らのフォートにより当該不法行為に関与し、自己の死や負傷を招いたとしても、間接被害者である家族のメンバーとの関係で、いかなる損害賠償責任も負わない¹⁰⁵。従って、この場面で全部義務が問題になることはなく、加害者は、直接被害者の責めに帰すことができない部分に関してのみ、家族のメンバーに生じた損害の賠償を義務

101) Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1970 (4 arrêts), supra note 44 ; etc. なお、Cass. com., 14 fév. 1973, n°71-11.861 ; Bull. civ., IV, n°77 ; D., 1973, jur., 562, note, Geneviève Viney ; RTD civ., 1973, 578, chr., Georges Durry は、暴風雨にもかかわらずYがモーターボートを係留ロープから外していたために、このボートがX所有の船舶と衝突しこれを損傷させたという事案で、原審が本件事故の発生に暴風雨も寄与していたことを考慮し半分の限度でYの責任を肯定したこととの関連で全部免責を主張してされたYの上告を、本件暴風雨は不可抗力の性質を持つものではないとの理由で棄却した。上記の諸評釈が指摘するように、本判決では、全部免責の是非が問われているだけであり、原審によって採用された一部免責の結論が肯定されているわけではない。

102) 注 (89) で引用した2つの第2民事部の判決が Cass. ch. réun., 25 nov. 1964, supra note 87以降の一般的な理解に従わなかった理由の1つに、注 (101) で引用した諸判決の登場を受け実定法の一貫性を確保するという目的があったことを指摘するものとして、Larroumet, supra note 89, pp.116 et s.

103) Cass. 2^{ème} civ., 27 janv. 1965, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 fév. 1965, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 fév. 1965, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1965, n°63-11.947, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1965, n°63-11.971, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 1965, n°62-20.398, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 1965, n°63-13.502, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 fév. 1966, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 juin 1966, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 janv. 1967, supra note 88 ; Cass. 2^{ème} civ., 24 fév. 1967, supra note 88 ; etc. のほか、TC. Dijon, 29 janv. 1962, supra note 86 ; CA. Douai, 31 janv. 1962, supra note 86 ; CA. Paris, 10 avril 1962, supra note 86 ; TGI. Avesnes, 22 mai 1962, supra note 86 ; CA. Amiens, 23 nov. 1962, supra note 86 ; TC. Caen, 10 juin 1963, supra note 86 ; CA. Lyon, 25 juin 1963, supra note 86 ; CA. Caen, 2 oct. 1963, supra note 86 ; CA. Nîmes, 18 oct. 1963, supra note 86 ; CA. Paris, 31 oct. 1963, supra note 86 ; CA. Paris, 9 nov. 1963, supra note 86 ; CA. Pau, 22 juill. 1980, supra note 91 ; etc. また、Cf. Flour, infra note 129, Note sous CA. Dijon, 7 nov. 1940, p.144 ; Meurisse, supra note 84, pp.163 et s. ; Fossereau, supra note 79, n°28 et s., pp.30 et s. ; A. B., supra note 87, pp.505 et s. ; Aydalot, supra note 87, p.736 ; Lambert-Faivre, supra note 88, p.621 ; Durry, supra note 89, pp.114 et s. ; etc.

付けられる。しかし、この説明の仕方には多くの問題がある。まず、前者の前提との関連でみると、求償が可能であるかどうかという点と各不法行為者がどの範囲で損害賠償の責任を負うかという点は本来的には無関係であること¹⁰⁶⁾、求償の可否から全部義務の有無を導くのは論理の逆転であることからすれ

104) この前提を別の場面で適用した例として、Cass. 2^{ème} civ., 9 mars 1962, n°58-12.897 ; Bull. civ., II, n°295 ; D., 1962, jur., 625, note, René Savatier ; JCP, 1962, II, 12728, obs., Paul Esmain ; Gaz. Pal., 1962, I, jur., 430 ; S., 1963, 2, note, R. Meurisse (好意で同乗させてもらっていた自動車の衝突事故により負傷した者が、同乗していた自動車の運転手に対する物の所為に基づく責任の主張を放棄した上で、衝突事故に関わった別の自動車の運転手に対して損害賠償を請求した事案) ; etc

105) この前提を別の場面で適用した例として、Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 1970, n°68-13.294 ; Bull. civ., II, n°207 ; D., 1970, som., 196 ; JCP, 1971, II, 16587 ; RTD civ., 1971, 849, chr., Georges Durry (自己の不注意も原因となって生じた交通事故で死亡したAの家族らに損害賠償を支払った加害者の保険会社によるAの承継人に対する求償等の否定) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 déc. 1970, n°69-13.039 ; Bull. civ., II, n°350 ; RTD civ., 1971, 849, chr., Georges Durry (同上) ; Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1975, n°73-14.591 ; Bull. civ., II, n°126 ; RTD civ., 1976, 136, chr., Georges Durry ; RGAT, 1976, 204, note, J. B (同上。原審 (CA. Lyon, 26 sept. 1973, Gaz. Pal., 1974, 2, jur., 614, note, H. Margeat ; RTD civ., 1974, 812, chr., Georges Durry) も同旨である) ; Cass. 2^{ème} civ., 30 juin 1976, n°74-14.562 et n°74-14.591 ; Bull. civ., II, n°219 ; RGAT, 1977, 49, note, J. B. (同上) ; Cass. 2^{ème} civ., 21 oct. 1976, n°75-12.276 ; Bull. civ., II, n°288 ; Gaz. Pal., 1977, 1, jur., 239, note, André Plancqueel (同上) ; Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 1986, n°85-11.972 ; Bull. civ., I, n°248 ; RGAT, 1986, 543, note, Française Chapuisat (Aが所有しBが運転する自動車の事故により死亡したAの妻、子、母が自動車の保険会社に対してAの死亡により自己らに生じた損害の賠償を求めた事案で、破産院は、保険法典旧L.124-1条に基づき、「責任保険の業者は、被害者が被保険者に対してその責任から生ずる債権を援用することができない場合には、当該被害者に対して義務を負わない」と判示した) ; Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1994, n°92-17.729 ; Bull. civ., II, n°121 ; JCP, 1994, I, 3809, chr., Geneviève Viney ; RCA., juill. 1994, com., 260, obs., Hubert Groutel ; RTD civ., 1995, 135, chr., Patrice Jourdain (自己の不注意も原因となって生じた交通事故で死亡したAの家族らから損害賠償の支払を求められた加害者とその保険会社によるAの承継人らに対する保証請求の否定) ; Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 1995, n°93-21.394 ; Bull. civ., II, n°202 (自己の不注意も原因となって生じた交通事故で死亡したAの家族らに損害賠償を支払った加害者の保険会社によるAの承継人に対する求償等の否定) ; etc. また、CA. Rouen, 26 juin 1974, Gaz. Pal., 1975, 1, jur., 335, note, Blanche Heno ; RTD civ., 1975, 539, chr., Georges Durry (同上) ; etc.

ば¹⁰⁷⁾、この正当化を採用することには困難を伴う¹⁰⁸⁾。また、この点は措くとしても、本稿の問題関心との関連でいえば、フランス法の文脈で、後者の前提それ自体を説得的に説明することができるかという点には一定の疑問も残る。前稿での分析によれば、ある家族に属する者の生命や身体が侵害された場合、その者の家族のメンバーには、身分や地位の喪失、直接被害者との関係に由来する人格の侵害、個人的な感情の阻害のいずれと理解するにせよ、直接被害者のそれとは区別された権利や利益の侵害または損害が存在したこと¹⁰⁹⁾、従って、こうした意味での権利や利益の侵害または損害が存在している以上、後者の前提を基礎付けるためには、直接被害者に間接被害者である家族のメンバーとの関係で責任原因がないと構成せざるをえないこと、とはいえ、一般的な理解によれば、フランス法では責任原因としてのフォートを被害者や保護対象となる権利や利益ごとに相対的に把握する考え方は受け入れられていないとされており¹¹⁰⁾、この前提に立てば、加害者との関連で直接被害者のフォートの存在を認めながら間接被害者との関連ではこれを認めないという結論を導くのは

106) そのため、1970年代以降の判例は、本文の理解に基づき、様々な場面で前者の前提を放棄し、全部義務を認めている。Cass. 2^{ème} civ., 2 juill. 1969, n°65-13.375 ; Bull. civ., II, n°234 ; Gaz. Pal., 1969, 2, jur., 311 ; JCP, 1971, II, 16588（原因が明らかにならなかった自動車の衝突事故により一方の自動車に同乗していた者が負傷したことから、その者の使用者が他方の自動車の運転手に対して損害賠償の支払を求めた事案）；Cass. 2^{ème} civ., 17 mars 1971, n°70-10.241 ; Bull. civ., II, n°123 ; D., 1971, jur., 494, note, François Chabas（双方の運転手の責めに帰すべき自動車の衝突事故により一方の自動車に無償で同乗していた者が負傷したことから、この者が他方の自動車の運転手に対して損害賠償の支払を求めた事案）；etc.

107) François Chabas, Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal, D., 1970, chr., p.115.

108) 注（88）で引用した同時期の刑事部や第1民事部の諸判決（Cass. crim., 1^{er} avril, 1965, n°64-90.102, supra note 88 ; Cass. crim., 1^{er} avril, 1965, n°64-93.173, supra note 88 ; Cass. crim., 1^{er} avril, 1965, n°64-90.700, supra note 88 ; Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1966, supra note 88 ; etc.）および注（90）で引用した連合部の判決がこの理由付けを採用しなかったのもそのためであると思われる。

109) 拙稿・前掲注（3）「家族の保護(1)」190頁以下を参照。

困難であることが、その理由である¹¹¹⁾。

第2に、家族の存在に着目した理由付けがある¹¹²⁾。例えば、直接被害者と間接被害者との間に家族連帯が存在する場合には、間接被害者が直接被害者との家族的な繋がりによって自己の損害賠償請求を基礎付けつつ、直接被害者が犯したフォートの結果を回避すること、つまり、間接被害者が直接被害者との家族関係に由来する利益のみを受け取りその不利益を甘受しないことは許されないといった理由や¹¹³⁾、直接被害者のフォートの帰結を対抗されるかどうかという点で、間接被害者である家族のメンバーが直接被害者自身よりも有利な立場に置かれることには問題があるという理由が¹¹⁴⁾、これに該当する。しかし、直接被害者に生じた損害およびその賠償請求と間接被害者に生じた損害およびその賠償請求とが対象や目的の点で明確に区別されるものであるとすれば、こ

110) Cf. Geneviève Viney, Pour ou contre un «principe général» de responsabilité civile pour faute ? : Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens, in, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, n^{os}11 et s., pp.562 et s. ; Philippe Rémy, Pour ou contre une clause générale de responsabilité délictuelle ?, in, Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays-Bas et en France, sous dir. Rose-Noël Schütz, Dominique Breillat et André Giudicelli, LGDJ., Paris, 2005, pp.61 et s. ; Hadi Slim, Les intérêts protégés par la responsabilité civile en droit français, in, Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation, Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t.36, IRJS., Paris, 2012, n^{os}21 et s., pp.125 et s. また、Cf. Jean Limpens, La théorie de la «relativité aquilienne» en droit comparé, in, Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, Paris, 1965, pp.559 et s. ; Denis-M. Philippe, La théorie de la relativité aquilienne, in, Responsabilité et assurance, Mélanges Roger O. Dalcq, Maison Larquier, Bruxelles, 1994, pp.467 et s. ; etc. ただし、今日では、本文の考え方は見直されつつある。Ex. Marie Dugué, L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, préf. Patrice Jourdain, Bibliothèque de droit privé, t.588, LGDJ., Paris, 2019, n^{os}178 et s., pp.158 et s. ; etc.

111) 理由は異なるが、Rodière, supra note 84, p.752 ; Larroumet, supra note 91, pp.162 et s. ; Viney, Jourdain et Carval, supra note 85, n^o436, p.425 ; etc.

112) 学説の中には単に家族連帯とだけ述べるものもある。Ex. Meurisse, supra note 79, Gaz. Pal., p.74 ; Id., supra note 79, D., p.94 ; Id., supra note 84, p.163 ; Boré, supra note 84, p.552 ; etc.

の理由付けの背後にある価値判断は必ずしも適切なものとはいえない¹¹⁵⁾。そして、間接被害者としての家族のメンバーが置かれた状況に着目することなく、上記のような形で家族連帯という曖昧な概念により(2)②で検討の素材とされている問いを肯定してしまうと¹¹⁶⁾、このことは、一方で、(1)②の検討対象で家族連帯を根拠とした損害賠償の減額が忌避されていることとの整合性という問題を生じさせるほか¹¹⁷⁾、他方で、間接被害者である家族のメンバーからの直接被害者に対する損害賠償請求のみならず、「家族に対する責任」一般、特に類型◎から類型㊦までにおける「家族に対する責任」を原告と被告との間に存在する家族関係という一事をもって制約することになりかねない¹¹⁸⁾。

ところで、こうした家族の存在に着目した理由付けは、単なる価値判断としてではなく、民事責任法に外在的な評価、より具体的には相続法理との関係に

113) TGI. Mézières, 16 fév. 1962, supra note 86 ; TGI. Pau, 7 mars 1962, supra note 86 ; CA. Besançons, 28 mars 1962, supra note 86 ; CA. Paris, 10 avril 1962, supra note 86 ; CA. Montpellier, 9 oct. 1962, supra note 86 ; CA. Paris, 20 oct. 1962, supra note 86 ; CA. Amiens, 23 nov. 1962, supra note 86 ; CA. Nîme, 18 oct. 1963, supra note 86 ; etc. また、Cf. Savatier, supra note 82, pp.374 et s. ; Id., supra note 79, pp.157 et s. ; Pradel, supra note 86, p.196 ; etc.

114) TGI. Mézières, 16 fév. 1962, supra note 86 ; CA. Besançons, 28 mars 1962, supra note 86 ; CA. Paris, 10 avril 1962, supra note 86 ; CA. Colmar, 9 oct. 1962, supra note 86 ; TC. Caen, 10 juin 1963, supra note 86 ; CA. Caen, 2 oct. 1963, supra note 86 ; etc. また、Cf. Houin, supra note 82, pp.233 et s. ; Esmain, supra note 82, p.2 ; Id., supra note 84, p.2 ; Id., supra note 86, Obs. sous TC. Dijon, 29 janv. 1962, p.2 ; Meurisse, supra note 79, Gaz. Pal., p.74 ; A. B., supra note 86, p.239 ; Id., supra note 87, p.505 ; Boré, supra note 90, p.531 ; etc.

115) Chabas, supra note 79, n^{os}193 et s., pp.163 et s. ; Viney, supra note 85, p.6 ; etc.

116) 家族連帯という概念の曖昧さを指摘するものとして、Fossereau, supra note 79, n^o25, p.25 ; Rodière, supra note 84, pp.751 et s. ; Aydalot, supra note 87, p.735 ; Lambert-Faivre, supra note 88, p.622 ; Chabas, supra note 79, n^{os}202 et s., pp.171 et s. ; Larroumet, supra note 89, p.116 ; Chabas, supra note 90, p.91 ; Viney, Jourdain et Carval, supra note 85, n^o436, pp.425 et s. ; etc.

117) Chabas, supra note 90, p.91. ; etc

118) 訴権の基礎が家族関係の力ということであれば、訴権の制限も家族関係の力により可能となってしまう。このことを肯定的に捉える文脈での記述であるが、Cf. Savatier, supra note 79, pp.159 et s.

おける評価としても具体化された¹¹⁹⁾。例えば、以下の議論がそれである¹²⁰⁾。ある者の不法行為により被害者が死亡し、かつ、この被害者にも当該不法行為につき一定のフォートが存在した場合、この被害者の一定の家族のメンバーは、自己固有の損害の賠償に関する訴権を行使することができる一方で、被害者の相続人でその財を相続しているときには、加害者から、被害者の相続人としての資格でこの被害者のフォートが関与した部分につき求償等を受ける¹²¹⁾。最終的に当該家族のメンバーに帰属する財産が被害者のフォートを理由として減ることになるのであれば、あらかじめ家族のメンバーからの請求の時点で被害者のフォートを考慮し損害賠償額を減らしておくことが簡便である^{122,123)}。ま

119) TGI. Pau, 7 mars 1962, supra note 86 ; TGI. Avesnes, 22 mai 1962, supra note 86 ; TC. Caen, 10 juin 1963, supra note 86 ; CA. Pau, 6 fév. 1964, supra note 86 ; CA. Dijon, 4 avril 1980, supra note 91 ; etc. また、Cf. Houin, supra note 82, pp.233 et s. ; Tunc, supra note 84, Chr. sous Cass. crim., 26 déc. 1960, pp.684 et s. ; Meurisse, supra note 79, Gaz. Pal., p.74 ; Id., supra note 79, D., pp.94 et s. ; Id., supra note 84, p.163 ; Fossereau, supra note 79, n^o25 et s., pp.26 et s. ; Boré, supra note 84, pp.550 et s. ; Id., supra note 90, pp.530 et s. ; Aydalot, supra note 87, pp.734 et s. ; etc.

120) この点については、Cf. Meurisse, supra note 79, D., pp.94 et s. ; Fossereau, supra note 79, n^o26 et s., pp.25 et s. ; Boré, supra note 84, pp.550 et s. ; Aydalot, supra note 87, pp.734 et s. ; etc.

121) この家族のメンバーは、被害者の相続人としての資格で、被害者が死亡するまでに被害者自身に生じた損害の賠償に関する訴権を行使することができる。このとき、被害者のフォートを理由として、この訴権における損害賠償は減額される。しかし、これは、被害者のフォートを理由に被害者に帰属する損害賠償の額が減らされることを意味するだけである。

122) TC. Caen, 10 juin 1963, supra note 86 ; CA. Pau, 6 fév. 1964, supra note 86 ; etc. また、Cf. Tunc, supra note 84, Chr. sous Cass. crim., 8 mars 1962, p.506 ; Fossereau, supra note 79, n^o25 et s., pp.26 et s. ; Boré, supra note 84, p.550 ; A. B., supra note 87, p.505 ; Aydalot, supra note 87, p.734 ; etc.

123) この点を理由に、間接被害者が直接被害者の相続人である場合に限って後者のフォートが前者の損害賠償の額に影響を与えることを認めるものもあった。Ex. Cass. crim., 9 déc. 1954, Bull. crim., n^o379 ; D., 1955, jur., 221 ; RTD civ., 1955, 319, chr., Henri et Léon Mazeaud (交通事故で死亡したAの妻からの請求) ; etc. しかし、この論理では、本文で整理したそれ以外の問題が解消されない (Cf. Houin, supra note 82, pp.234 et s. ; etc.)。

た、原則に従った解決によれば、間接被害者である家族のメンバーが相続人でない場合や相続人であっても相続放棄をした場合で、ほかに相続人がいないときには、加害者は誰に対しても求償等を行うことができなくなり、間接被害者である家族のメンバーが相続人である場合の最終的な解決と著しい差が生じてしまうこと¹²⁴⁾、更に、間接被害者の中に相続人である者とそうでない者ががいる場合には、加害者は相続人でない間接被害者に支払った損害賠償のうち直接被害者のフォートに起因する部分を相続人である間接被害者に求償等を行うことができるため、相続人である間接被害者にだけ直接被害者のフォートの帰結を負担させることになってしまうこと¹²⁵⁾等を踏まえると、家族のメンバーからの請求の時点で被害者のフォートを考慮した損害賠償額の算定をしておくことが公平に適う。結局、この議論は、間接被害者に対する直接被害者の責任の肯定という民事責任法理から導かれる帰結を、相続法理が介在した場合に生ずる実際の不都合と称される論拠に基づき覆そうとするものと評しうる¹²⁶⁾。

第3に、被害者または損害に着目した理由付けがある。例えば、以下の議論がこれに該当する。間接被害者である家族のメンバーに生じた損害は直接被害者に生じたその投影ないし一部にすぎないこと¹²⁷⁾、または、間接被害者で

124) TGI. Avesnes, 22 mai 1962, supra note 86 ; CA. Dijon, 4 avril 1980, supra note 91 ; etc. また、Cf. Houin, supra note 82, p.234 ; Flour, infra note 129, Note sous CA. Dijon, 7 nov. 1940, p.144 ; Esmain, supra note 84, p.2 ; Id., supra note 86, Obs. sous TC. Dijon, 29 janv. 1962, p.2 ; Tunc, supra note 84, Chr. sous Cass. crim., 26 déc. 1960, p.685 ; Pradel, supra note 86, p.196 ; Meurisse, supra note 79, D., p.97 ; Id., supra note 84, p.163 ; Fossereau, supra note 79, n^o25 et s., pp.26 et s. ; Boré, supra note 84, p.551 ; Id., supra note 90, pp.530 et s. ; Aydalot, supra note 87, p.735 ; etc.

125) CA. Dijon, 4 avril 1980, supra note 91 ; etc. また、Cf. Meurisse, supra note 79, D., pp.94 et s. ; Fossereau, supra note 79, n^o25 et s., pp.26 et s. ; Boré, supra note 84, pp.550 et s. ; Id., supra note 90, pp.530 et s. ; Aydalot, supra note 87, p.734 ; etc.

126) CA. Dijon, 4 avril 1980, supra note 91 は、全部義務は、「家族内の訴訟を複雑にし、承継人の中で状況に不均衡を生じさせ」、「良識および正義の精神と衝突し、かつ、近親者の中に、困難、動揺、恨みを生じさせるような結果」を生じさせかねないことから、「家族の文脈では、その射程を限定」されなければならないと判示する。

ある家族のメンバーに付与される訴権は、その目的において直接被害者に付与される訴権から区別されるとしても、そのすべての状況において同じ事実から生じていることに変わりはないことからすれば^{128, 129)}、間接被害者である家族のメンバーは、直接被害者の生命や身体に生じた侵害を理由に損害賠償の支払を求めるときは、後者のフォートとの関係で独自の地位を主張することができない。この考え方では、直接被害者が間接被害者との関係で責任を負わないことが当然の前提とされている¹³⁰⁾。一方で、直接被害者は、自らに生じたそれと同じ意味を持つ損害の賠償を義務付けられることはなく、他方で、間接被害者は、自らが犯したそれと同じ意味を持つ責任原因行為を理由に損害賠償の支払を求めるとはできないはずだからである。しかし、間接被害者としての家族のメンバーには独自の権利や利益の侵害または損害が発生しているという前提に立つ限り、これらを直接被害者に生じた権利や利益の侵害または損害の投影ないし延長として捉えることはできない。また、仮に責任の原因となる事実が同一であるとしても、そこから異なる権利や利益の侵害または損害が発生している以上、これらは別々に評価の対象とされなければならない¹³¹⁾。この意味において、被害者または損害を出発点とする議論は、(両者が家族の関係にあることをも加味しつつ) 直接被害者と間接被害者としての家族のメンバーと

127) TGI. Mont-de-Marsan, 5 oct. 1961, supra note 86 ; TGI. Mézières, 16 fév. 1962, supra note 86 ; TC. Caen, 10 juin 1963, supra note 86 ; etc. また、Houin, supra note 82, pp.235 et s. ; Flour, infra note 129, Note sous CA. Dijon, 7 nov. 1940, pp.144 et s. ; Savatier, supra note 82, p.375 ; Esmain, supra note 82, p.2 ; Meurisse, supra note 79, D., p.93 ; Pradel, supra note 86, p.196 ; Boré, supra note 84, p.552 ; Lambert-Faivre, supra note 88, pp.622 et s. ; etc.

128) Cass. ass. plén., 19 juin 1981 (2 arrêts), supra note 90 ; Cass. 2^{ème} civ., 28 oct. 1981, supra note 91 ; Cass. 2^{ème} civ., 6 janv. 1982, supra note 91 ; Cass. crim., 26 janv. 1982, supra note 91 ; Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1983, supra note 91 ; etc. のほか、TGI. Mont-de-Marsan, 5 oct. 1961, supra note 86 ; TGI. Mézières, 16 fév. 1962, supra note 86 ; TGI. Pau, 7 mars 1962, supra note 86 ; CA. Paris, 10 avril 1962, supra note 86 ; CA. Paris, 20 oct. 1962, supra note 86 ; etc. また、Cf. Rodière, infra note 129, p.3 ; Id., supra note 84, p.753 ; Lambert-Faivre, supra note 79, pp.235 et s. ; A. B., supra note 86, pp.239 et s. ; Boré, supra note 84, p.552 ; Lambert-Faivre, supra note 88, pp.622 et s. ; Aubert, supra note 90, p.1245 ; etc.

を可能な限り同列に扱うという考慮に基づき¹³²⁾、前者のフォートが後者の損害賠償請求に影響を与えること、その前提として、「家族に対する責任」が制

129) この考え方を別の場面で適用した例として、Cass. soc., 19 mars 1986, n°84-12.242; Bull. civ., V, n°102; D., 1986, jur., 557, note, Yves Saint-Jours（労働事故で重傷を負ったAの妻がその使用者に対して民法典1240条に基づき損害賠償を請求したことについて、原則としてA自身が一般法により使用者の責任を主張することができないことを前提に、本文の考え方に基づきXの主張を棄却した事案）; Cass. civ., 19 fév. 1945, D., 1945, jur., 181, note, Jacques Flour; JCP, 1945, II, 2851, obs., René Rodière; RTD civ., 1945, 190, chr., Henri et Léon Mazeaud（好意で同乗させてもらっていた自動車の衝突事故で死亡したAの承継人Xらが同乗していた自動車の運転手に対して物の所為に基づく責任を追及したことについて、A自身がこの責任を主張することはできないという当時の判例を前提に、本文の考え方に基づきXらの請求を棄却した事案（なお、原審（CA. Dijon, 7 nov. 1940, JCP, 1941, II, 1742, obs., René Rodière; Gaz. Pal., 1941, 1, jur., 12; RTD civ., 1940-1941, 280, chr., Henri et Léon Mazeaud; DC., 1942, 142, note, Jacques Flour）は1242条1項の適用を肯定していた）。同旨の下級審裁判例として、CA. Bordeaux, 3 janv. 1936, DH., 1936, jur., 103; RTD civ., 1936, 473, chr., René Demogue（原審（TC. Périgueux, 18 janv. 1935, DH., 1935, jur., 174; RTD civ., 1935, 367, chr., René Demogue）は1242条1項の適用を肯定していた）; CA. Aix, 9 juin 1942, JCP, 1942, II, 2023; JCP, 1943, II, 2164, obs., G. Péan; RTD civ., 1943, 113, chr., Henri et Léon Mazeaud; CA. Limoges, 13 juill. 1942, JCP, 1942, II, 2023; RTD civ., 1943, 113, chr., Henri et Léon Mazeaud; CA. Anger, 21 juill. 1943, JCP, 1943, II, 2395; CA. Paris, 8 fév. 1952, JCP, 1952, II, 6799, obs., H. B.; RTD civ., 1952, 223, chr., Henri et Léon Mazeaud; etc. Contra. TC. Bordeaux, 29 juin 1953; JCP, 1953, II, 7698, obs., Michel de Juglart; RTD civ., 1953, 690, chr., chr., Henri et Léon Mazeaud; D., 1954, jur., 83, note, Georges Ripert; etc. ただし、この解決それ自体は、その後の判例変更によって、Aが同乗していた自動車の運転手に対して物の所為に基づく責任を主張できるとされたことに伴い（Cass. ch. mixte, 20 déc. 1968, n°66-11.663; Bull. ch. mixte, n°4; D., 1969, jur., 37, concl., Robert Schmelk; JCP, 1969, II, 15766. また、Cf. Jacques Boré, Les arrêts de la chambre mixte du 20 décembre 1968 en matière de transport bénévole, JCP, 1969, I, 2221; G. Seguela, L'assurance automobile et les revirements de jurisprudence après les arrêts de la chambre mixte du 20 décembre 1968, JCP, 1969, I, 2231; etc.）、意味を失っている）; etc.

130) Chabas, supra note 90, p.93. ただし、Cass. ass. plén., 19 juin 1981（2 arrêts）, supra note 90が部分的因果関係の考え方にも依拠しているとの理解を前提とした上での記述である。

131) Fossereau, supra note 79, n°13 et s., pp.16 et s.; Chabas, supra note 79, n°193 et s., pp.163 et s.; Larroumet, supra note 89, p.116; Viney, Jourdain et Carval, supra note 85, n°437-1, pp.430 et s.; etc.

約されることを認めるものとして位置付けられる。

以上のように、(2)②の検討対象に関する現在の実定法は、本来的には間接被害者である家族のメンバーに対する直接被害者の責任が成立することを受け入れつつ（現時点における第1の理由の非妥当性）、民事責任法理の枠内で関係者間の利害調整を行うために直接的な形で家族関係の存在を考慮に入れ（第2の理由）、または、間接被害者を可能な限り直接被害者と同列に扱うべきであるとの価値判断を実現するために間接的な形で家族関係の存在を考慮に入れ（第3の理由）、「家族に対する責任」の制限を前提とした考え方を採用している。

2. 家族的な権利または利益の侵害および義務の違反

家族内の関係に固有の権利や利益の侵害または義務の違反に基礎を置く「家族に対する責任」は、縦の家族関係に関わる場面と横の家族関係に関わる場面とで¹³²⁾、保護対象および制約手法の両次元において、少し異なる様相を呈している。一方で、縦の家族関係においては、関係の内容との関連（類型①）でのみならず、関係の解消または不成立の局面（類型②）でも、一定の範囲で関係に由来する人格の保護が問題となっているものの、身分や地位それ自体、または、そこから生ずる、もしくは、生ずるはずであった権利義務関係の保護を問う傾向が強く、その結果、今日では、一方からの損害賠償請求の制約もほとんど想定されていない（(1)）。他方で、横の家族関係においては、関係の内容それ自体との関連（類型③）でも、関係の解消または不成立の局面（類型④）でも、かつては、法的な身分や地位を起点として保護対象や制約手法を把握しているかのような議論がされることが多かったものの、今日では、身分や地位から切り離された事実上の関係の保護や家族の関係から切り離された個人の保護を問題する考え方も現れており、こうした保護対象の次元における議論の

132) Viney, Jourdain et Carval, *ibid.*

133) 家族と関わりを持つ義務とその違反に対するサンクション全般を対象とするものであるが、この区別の仕方については、Cf. Gaëlle Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. Pierre Murat, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol.138, Dalloz, Paris, 2014.

変容に即する形で、制約手法の次元における議論の仕方にも一定の変化がみられる（(2)）。

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

① 縦の家族関係の内容との関連で損害賠償が請求される場面

親権を持つ父または母が、子の利益を図ることを目的とした義務を全くまたは不完全にしか果たさなかった場合、例えば、子の養育や教育に関与しなかったり、愛情を注がなかったり、関心を喪失したりした場合、その子は、当該父または母に対して、不法行為を理由に損害賠償の支払を求めることができるか¹³⁴⁾。

この問いに対する応答は、親権の性格の変容、具体的には、父権から親権へ、親の権利から目的化されコントロールに服した義務または職務へという形での変容¹³⁵⁾と密接な関わりを持つ¹³⁶⁾。かつてのように親権を親の絶対的な権利として捉えるならば、その不適切な行使や不行使により子に何らかの不利益が生じたとしても、これらが濫用にわたる等の事情がない限り、原則として不法行為は成立しない¹³⁷⁾。これに対して、現在のように親権を親の義務または職務

134) 父または母が家族的な権利または利益の侵害および義務の違反を理由に子に対して損害賠償を請求するという事例を想定することは困難である。例えば、子はその年齢を問わず父および母に敬意を示し尊敬しなければならないとされているが（民法典371条）、これは具体的な内容を持つ規律ではない。また、子が扶養義務を負っているにもかかわらずそれを果たそうとしない場合には、その履行の強制等を問題にすれば足りる。

135) この点については、Cf. Claire Neirinck, La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, préf. Bernard Teyssié, Bibliothèque de droit privé, t.182, LGDJ, Paris, 1984 ; Marie-Laure Delfosse-Cicile, Le lien parental, préf. Françoise Terré, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2003 ; Laurence Gareil, L'exercice de l'autorité parentale, préf. Laurent Leveneur, Bibliothèque de droit privé, t.413, LGDJ., Paris, 2004 ; Caroline Siffrein-Blanc, La parenté en droit civil français : Étude critique, préf. Emmanuel Putman, PUAM., Aix-en-Provence, 2009 ; etc.

136) Duvert, infra note 138, p.1587 ; Pons, supra note 17, n^o363 et s., pp.213 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^o347 et s., pp.346 et s. ; etc.

137) TC. Fontainebleau, 18 mars 1953, D., 1953, jur., 343 は、子の教育や子との交流に関わる義務が道徳の次元に属することを理由に、その履行の強制を否定する。

の視点から把握するならば、子の利益に反する形でその不適切な行使や不行使は、民事上のフォートを構成することになるため、子との関係で不法行為を成立させる¹³⁸⁾。ただし、未成年の子の婚姻に対する父母や尊属の同意（民法典148条）等のように、立法の段階で父母の自由裁量的な権限として構成されているものにより子に一定の不利益が生じたケースでは、現在においても、権利濫用の構成が受け入れられることになる¹³⁹⁾。

こうした実定法にみられる各立場を本稿の問題関心に即して捉え直すと、以下のように整理することができる。まず、親権の濫用という構成では、何が子にとっての保護対象とされているのかは明確でない。しかし、父母に対する子からの損害賠償請求が親権者に属する権利の観点から制約されていることは確かである。次に、親権者の義務違反=フォートの構成では、自己の利益に即した形で親権者から養育や教育等を受けること、つまり、子の利益が直接的に保護されている。この意味で、ここでは、身分や地位から生ずる権利義務が保護対象として想定されていることになる^{140,141)}。また、この前提においては、家族に関わる権利や義務の違反が問題になることを理由に損害賠償請求を否定ま

138) TGI. Poitiers, 15 nov. 1999, Juris-Date, n°1999-144127（父による訪問権の不行使、子への関心の欠如）；CA. Paris, 29 sept. 2000, D., 2001, 1585, note, Cyrille Duvert（母の同意のない父による割礼の実施）；etc.

139) TI. Fougères, 21 nov. 1962, D., 1963, som., 78（母による婚姻への同意の濫用的な撤回。ただし、子ではなく婚姻の相手方からの損害賠償請求との関連における説示である）；etc. この点については、Cf. Frédérique Dreifuss-Netter, *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille*, in, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sous la dir. Martine Behar-Touchais*, Economica, Paris, 2001, pp.117；Pons, supra note 17, n°427 et s., pp.257 et s.；etc.

140) 夫婦間の義務が希釈化され夫婦以外にも問題となるような一般的な誠実義務に解消されつつある（この点については、(2)①を参照）のと同じく、親権者の子に対する義務も子の利益を尊重する一般的義務に還元される傾向にあるとの評価は（Gonthier et Lamarche, supra note 9, pp.181 et s.）、適切でない。親権が子の利益を合目的性とする権利義務の総体であるとすれば（民法典371-1条1項）、子の利益を尊重することは親権者の本質的な義務であり、自己の利益を尊重されることは子からみると特別な保護の対象となるはずだからである。

たは限定するという論理が入り込む余地はない¹⁴²⁾。

もっとも、実際には、後者の構成が受け入れられている現在においても、類型①に関わる紛争は極めて少ない。しかし、このことは、類型①で「家族に対する責任」が法的に制約されていることを意味しない。親権者の義務については現実に履行されることが重要であることを踏まえて損害賠償というサンクションが最終的な手段として認識されていること¹⁴³⁾、類型①の紛争の多くは、子が未成年で、父母の関係が実質的に壊れている場面で生ずるため、一方の親が子を代理して他方の親に対し訴訟を提起すること自体が想定しにくいこと、そうでなくても、子と義務を怠っている親の関係が更に悪化することを懸念して訴訟を回避する傾向があること¹⁴⁴⁾等を理由として、単に訴訟に発展する事例が少ないというだけである。

ところで、特にその関係が法的にまたは実質的に解消された後においては、子の両親の間で、子に対する親権の行使方法、訪問権や受入権の拒絶等をめぐって争いが生じうる。こうした場面に備えて、実定法は、民法典373-2条2項で、各親が子と人的関係を維持し、子と他方の親との関係を尊重しなければならない旨を規定し、様々な予防措置や救済手段を用意しているが、これらの措置等が講じられたにもかかわらず一方の親が他方の親との関連で子を独占するような行動をとるときには、後者から前者に対して不法行為に基づく損害賠償請求がされることがある¹⁴⁵⁾。この紛争については、当事者が過去に横の家族関係

141) 父が訪問権や受入権を行使しなかった場合に問題となる損害を子が両親から愛情を受けられなかったことに求める見解、本稿の分析枠組でいえば、ここでの保護対象を関係から生ずる個人としての人格として捉える見解（Jean-Faustin Kamdem, *L'enfant et le droit de visite*, *Gaz. Pal.*, 1996, 2, n°15, p.888）は、少なくとも実定法の理解としては不正確である。

142) 裁判例は重大な義務違反を要求することにより一定の範囲で損害賠償を制約しているとの評価は（Pons, *supra* note 17, n°402 et s., pp.236 et s.）、適切でない。

143) Gareil, *supra* note 135, n°214 et s., pp.116 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n°342, pp.333 et s.

144) Ruffieux, *supra* note 133, n°409, pp.397 et s.

145) この場面における予防措置や救済手段の全体像と其中での民事責任の位置付けについて、Cf. Pons, *supra* note 17, n°339 et s., pp.221 et s. ; Siffrein-Blanc, *supra* note 135, n°566 et s., pp.451 et s. ; Ruffieux, *supra* note 133, n°347 et s., pp.346 et s. ; etc.

に属した者同士であることを捉えて、類型③または類型④の中に位置付けることもできないわけではない¹⁴⁶⁾。しかし、ここでは、親の子に対する権限への侵害や親と子の関わりへの阻害が問われていること、また、これらの問題への法的な対応により、一方の親の親権または訪問権や受入権の実質が確保されるだけでなく、子と双方の親との関わりが維持され、最終的には、子の利益を踏まえた解決が得られることからすれば、これを類型④の一種として位置付けることがより適切である。なお、こうした争いは、類型④そのものよりも多く生ずる。この紛争は、一方の親が他方の親に対して子と関わるように求めるものではなく、前者が後者に対して自己の権利や利益を積極的に主張し自己と子との関わりを求めるものだからである。

この問題について、裁判例は、共同親権の下で一方の親が受入権を行使している際に他方の親の反対にもかかわらず子に一定の措置を施した場面¹⁴⁷⁾、一方の親が他方の親による子との関係の構築を妨げた場面¹⁴⁸⁾、一方の親が他方の親の訪問権および受入権の行使を拒絶した場面¹⁴⁹⁾等で、他方の親による一方の親への損害賠償請求を肯定している。これらの裁判例では必ずしも保護対象が明示されているわけではないものの、親権または訪問権や受入権の性格、第三者からの侵害の場面で親権の侵害に焦点を当てた判断をする判例の存在¹⁵⁰⁾等を併せて考えると、ここでは、直接的には親としての権限の侵害が問題とされ¹⁵¹⁾、その背後では、子の利益、両方の親と関係を維持する子の権利

146) 類型③の視角からいえば、この問題は横の家族関係における誠実義務の拡張として捉えられる。Cf. Guillaume Kessler, *Les devoirs réciproques des parents séparés*, *Dr. fam.*, fév. 2018, étude 4, n°3 et s., pp.2 et s.; etc.

147) CA. Paris, 29 sept. 2000, *supra* note 138 (割礼); CA. Nîmes, 20 juin 2012, *D.*, 2012, 2267, note, Adeline Gouttenoire et Philippe Bonfils (外国への連れ出しと宗教的教育); etc. *Contra*. TC. Seine, 11 fév. 1959, *D.*, 1959, jur., 274, note, Pierre Barbier; *RTD civ.*, 1959, 716, chr., Henri Desbois (監護権を持たない親が企画した洗礼。ただし、洗礼を行った神父の責任が問題となった事案であり、その前提としての判断である); etc.

148) CA. Paris, 25 fév. 2005, *Juris-Date*, n°2005-266697; etc.

149) CA. Douai, 22 juin 2004, *Juris-Date*, n°2004-252294; etc.

の保護¹⁵²⁾が問われている。この意味において、ここでも、身分や地位から生ずる権利義務が保護対象として想定されていることが分かる。また、この前提によれば、親権の委譲（民法典376条以下）やその剥奪（同378条以下）がない限り、または、重大な理由に基づき訪問権や受入権の行使が否定される場合（同372-2-1条2項）でない限り、つまり、権利義務それ自体の次元で制約がない限り、親権または訪問権や受入権等の侵害が認められたにもかかわらず損害賠償という救済の次元で何らかの制約が課せられることは、少なくとも裁判例では予定されていない。

なお、民法典371-4条1項によれば、祖父母にも、孫の利益の観点からこれを否定する必要がない限りにおいて、孫に対する訪問権や受入権が認められる¹⁵³⁾。そのため、父母の訪問権や受入権の場合と同じように考えると¹⁵⁴⁾、例えば、父母またはその一方が祖父母の訪問権や受入権の行使を拒絶したり、妨げたりしたときは、祖父母は、身分や地位に由来する権利義務の侵害を理由に、

150) Cass. 1^{re} civ., 27 fév. 2007, n°06-14.273 ; Bull. civ., I, n°78 ; RTD civ., 2007, 327, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2007, 571, chr., Patrice Jourdain ; Dr. fam., juin 2007, com., 124, note, Pierre Murat ; RCA., mai 2007, com., 145（許可なく子の写真を週刊誌に掲載した者に対する母からの損害賠償請求）; etc. また、ほかの家族のメンバーによる父の親権に対する侵害を肯定した事例として、CA. Liège, 5 mai 1909, D., 1911, 2, 364（父の意思に反した義兄と母による洗礼の実施）; etc.

151) Duvert, supra note 138, p.1587 ; Pons, supra note 17, n°357 et s., pp.210 et s. ; etc.

152) Ruffieux, supra note 133, n°378 et s., pp.373 et s. ; etc.

153) 祖父母の訪問権や受入権は、民法典371-4条1項によって明文文化される以前から、判例上認められてきた（Cass. civ., 8 juill. 1857, D., 1857, 1, 273 ; S., 1857, 1, 721（ただし、検討の不十分を理由に訪問権を肯定した原審を破棄した事案である）のほか、Cass. req., 12 juill. 1870, D., 1871, 1, 218 ; S., 1871, 1, 28（肯定）; Cass. civ., 26 juill. 1870, D., 1871, 1, 217（一部肯定）; Cass. civ., 28 juill. 1891, S., 1891, 1, 385 ; D., 1892, 1, 70（一部肯定）; Cass. req., 6 juill. 1931, DH., 1931, jur., 428 ; Gaz. Pal., 1931, 2, jur., 425 ; RTD civ., 1931, 867, chr., Eugène Gaudemet（肯定）; Cass. req., 24 fév. 1942, DA., 1942, 90 ; DC., 1942, 98, note, Auguste Lebrun ; S., 1942, 1, 59 ; Gaz. Pal., 1942, 1, jur., 162（肯定）; Cass. 2^{eme} civ., 2 nov. 1955, D., 1956, jur., 153, note, Pierre Hébraud（肯定）; Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1963, Bull. civ., I, n°300 ; D., 1964, som., 2（肯定）; etc.）。従って、以下の説明の仕方は、同項施行以前の法状況を前提としても成り立つ。

上記の者に対して損害賠償を請求することができる。また、祖父母の訪問権や受入権が問題とならない場合であっても、祖父母が孫との間で特別な関係を維持していたにもかかわらずそれを害されたときには、不法行為が成立する可能性もある¹⁵⁵⁾。もっとも、この場面では、身分や地位から生ずる権利義務の侵害ではなく、孫との関係に由来する祖父母個人としての人格的な権利や利益の侵害が問われていることに注意が必要である。従って、祖父母が孫との関係を害されたという場面では、保護対象として、身分や地位から生ずる権利義務という要素と、孫との関係に由来する個人の人格という要素とが多層的に構想されていることになる。更に付言すれば、こうした捉え方は、祖父母以外の者にも妥当すると思われる。ある者が、かつて、子と安定的に同居したり、その養育や教育に関わったり、持続的な愛情関係を結んだりしていたこと等を理由に、民法典371-4条2項に基づき¹⁵⁶⁾、一定の方法でその子と関係を形成することを認められたときには¹⁵⁷⁾、(同項ではその子と親族関係にあるかどうかは問われないため、身分ではなく)その地位に由来する権限の保護が、そうでなくても、当該子との関係が自己の人格の実現にとって必要不可欠であることが証明されれば、こうした意味での人格の保護が問題となりうるからである。

② 縦の家族関係の解消または不成立との関連で損害賠償が請求される場面

一. 縦の家族関係の解消との関連で損害賠償が請求される場面

一旦は存在した縦の家族関係が後になって存在しないとされた場合¹⁵⁸⁾、例えば、ある者がある子を認知しその子に準正を生じさせた後にこの認知の効力を争い両者間の親子関係を消滅させた場合、この子は、虚偽の認知をしその後

154) 従って、孫が訪問権や受入権の不行使等を根拠に祖父母に対して損害賠償の支払を求めるという事例も想定されないわけではない。孫が祖父母に対して訪問権の履行の強制を求めた事案であるが、Cf. TC. Fontainebleau, 18 mars 1953, supra note 137.

155) Cass. crim., 11 juill. 1994, n°93-81.881 ; Bull. civ., II, n°269 ; JCP, 1995, II, 22441, note, Frédérique Eudier ; RTD civ., 1995, 613, chr., Jean Hauser (両親が6歳の子を外国に連れて行き宗教的教育を受けさせたこととの関連で開始された刑事手続において当該行為により孫との特別関係が破壊されたことを理由に行使された祖父母からの付帯私訴を認めた原審 (CA. Rennes, 18 fév. 1993, JCP, 1994, II, 22210, note, Jean-Yves Chevallier) を維持した事例) ; etc.

に親子関係の存在を否定した者に対して、いかなる根拠に基づき、どのような内容の損害の賠償を請求することができるか^{159,160}。

この紛争は古くからしばしば生じてきた。その理由は、以下のとおりである。

156) こうした形での子との関係形成の可能性は、民法典371-4条2項によって明文化される以前から、限定的な範囲ではあるものの裁判例で認められていた（CA. Amiens, 7 juill. 1953, JCP, 1953, II, 7758, obs., J. Granier ; RTD civ., 1953, 683, chr., Gaston Lagarde（育ての親）；TC. Seine, 17 janv. 1957, D., 1957, jur., 140（育ての親である叔父と叔母）；CA. Paris, 2 avril 1957, JCP, 1957, II, 9986 bis ; D., 1958, jur., 211, note, E. de G. de Lagrange ; RTD civ., 1958, 596, chr., Henri Desbois（同上）；CA. Paris, 9 oct. 1958, D., 1959, jur., 8, note, André Rouast ; RTD civ., 1959, 85, chr., Henri Desbois（別の女性と結婚している時に子をもうけた父）；CA. Paris, 5 mars 1959, JCP, 1960, II, 11180, obs., P. E. ; RTD civ., 1959, 725, chr., Henri Desbois（元義母）；CA. Paris, 30 avril 1959, D., 1960, jur., 673, note, Jean Carbonnier（元義父。Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1961, infraの原審）；CA. Paris, 28 janv. 1961, JCP, 1961, II, 12173, obs., Pierre Raynaud（親権を剥奪された母）；TGI. Saintes, 7 mars 1967, Gaz. Pal., 1967, 2, jur., 172（別の女性と結婚している時に子をもうけた父）；CA. Poitiers, 12 déc. 1967, Gaz. Pal., 1968, 1, jur., 243（同上）；CA. Paris, 8 nov. 1968, D., 1969, jur., 145（事実上の祖母母）；CA. Paris, 9 janv. 1969, D., 1969, jur., 144, note, R. D. ; Gaz. Pal., 1969, 1, som., 18（姦夫）；etc. ただし、破毀院の判例には否定するものが多かった。Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1956, JCP, 1956, II, 9356 bis ; RTD civ., 1956, 506, chr., Henri Desbois（母以外の女性と結婚している時に子をもうけた父）；Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1961, Bull. civ., I, n°181 ; D., 1961, jur., 521, note, René Savatier（元義父）；Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1963, supra note 153（叔母）；Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1964, n°62-10.337 ; Bull. civ., I, n°4 ; JCP, 1964, II, 13521, obs., André Rouast ; Gaz. Pal., 1964, 1, jur., 267（数年間養育した者）；Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1964, Bull. civ., I, n°291 ; D., 1964, jur., 561（育ての親）；etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1966, Bull. civ., I, n°214 ; D., 1966, jur., 369, note, André Rouast ; JCP, 1966, II, 14737, obs., Raymond Lindon. 下級審の裁判例として、CA. Lyon, 17 oct. 1963, D., 1964, jur., 254, note, Paul Esmain ; S., 1964, 263 ; Gaz. Pal., 1964, 1, jur., 138（母以外の女性と結婚している時に子をもうけた父）；CA. Paris, 14 avril 1964, D., 1964, jur., 399, concl., Nepveu ; JCP, 1964, II, 13681（育ての親である叔父と叔母）；CA. Dijon, 11 déc. 1964, D., 1965, jur., 181, note, Pierre Culié（母以外の女性と結婚している時に子をもうけた父）；etc.）。従って、以下の説明の仕方は、同条施行以前の法状況を前提としても成り立つ。

157) 肯定例として、Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1986, n°84-16.901 ; Bull. civ., I, n°112 ; D., 1986, jur., 496, note, Jacques Massip（孫を対象とする完全養子のために法律上の関係を失った祖母）；Cass. 1^{re} civ., 21 juill. 1987, n°85-15.521 ; Bull. civ., I, n°235（同上）；etc. 否定例として、Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 2013, n°12-20.560 ; Dr. fam., mars 2014, com., 36, note, Claire Neirinck（同性コンキュビナーージュの元当事者）；etc.

まず、子を持つ女性と夫婦やカップルの関係になった者がその女性の子を自分の子とするために女性と相談して虚偽の認知をすることがあり、その後に認知をした者とこの女性との関係が解消された場合には、認知をした者がその子との親子関係をも断ち切るべくこれを争うという事態が起こる。次に、民法典334条によれば、親子関係の異議申立訴権については、それに利害を持つすべての者が行使することができる¹⁶¹⁾、虚偽の認知をした者もこの訴権を行使することができるかについて、過去には身分の安定性等の観点からこれを否定する裁判例が存在し¹⁶²⁾、現在でもこれを承継する有力な見解があるもの

158) この場合、親子関係は初めから存在しなかったことになるため、親子関係の存否という次元では、縦の家族関係の解消に関わる場面をその不成立に関わる場面から区別する必要はない(例えば、民法典1242条4項(旧1384条4項)が規定する未成年の子の行為に基づく父母の責任との関係について、Cf. Cass. crim., 8 déc. 2004, n°03-84.715; Bull. crim., n°315; D., 2005, 245; D., 2005, 2267, note, Alexandre Paulin; JCP, 2005, IV, 1315; JCP, 2005, I, 132, chr., Geneviève Viney; Gaz. Pal., 2005, 2690, note, Maria Nicoletti; Dr. fam., mars 2005, com., 50, note, Pierre Murat; PA., 18 juill. 2005, 17, note, Isabelle Corpart-Oulerich; RCA., mars 2005, com., 82; AJ fam., mars 2005, 105, obs., François Chénéde; etc.)。しかし、「家族に対する責任」の次元では、一旦は存在した縦の家族関係が遡及的に消滅したことを受けて損害賠償が請求される場面と、縦の家族関係がそもそも存在しないことを前提に損害賠償が請求されたり、扶養や生計費請求訴権(民法典342条以下)が行使されたりする場面とでは、法的な取扱いに一定の相違がみられる。本稿が両者を区別するのはそのためである。

159) この問題については、Cf. Miche Véron, *Volonté du «père» et reconnaissance d'enfant*, RTD civ., 1967, pp.521 et s.; Marie-Josèphe Gebler, *Le droit français de la filiation et la vérité*, préf. Denis Tallon, Bibliothèque de droit privé, t.106, LGDJ., Paris, 1970, pp.275 et s.; Sylvie Bernigaud, *Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères*, PA., 3 mai 1995, pp.97 et s.; Philippe Melin, *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, Gaz. Pal., 2002, pp.645 et s.; Vivien Zalewski, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, Paris, 2004, n°343 et s., pp.228 et s.; etc.

160) 同様の問題は、ある者がある子を単純養子としその後にこれを撤回した場合にも生ずる。Cf. Jean Hauser, *Le droit de la famille et l'utilitarisme*, in, *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, Paris, 1999, pp.450 et s.; Dreifuss-Netter, supra note 139, pp.119 et s.; etc.

161) 2006年7月1日改正以前においては、旧339条1項が、認知に即して同様のことを規定していた。

の¹⁶³⁾、実定法では一貫してこの訴権が肯定されてきた¹⁶⁴⁾。これによると、少なくとも一般的な規律の次元では、虚偽の認知をした者からの異議申立を防ぐ法的な手段は存在しないことになる。最後に、その子が何らかの救済を得ようとするならば、それは、金銭的な方法、つまり、損害賠償請求によらざるをえない¹⁶⁵⁾。

そのため、実定法は、初期の頃からこの損害賠償請求を肯定してきた。そして、1980年代までの裁判例は、この損害賠償を不法行為と性質決定した。もっとも、この損害賠償において何が保護対象として想定されていたかは必ずしも明確でない。まず、裁判例で認定されたフォートを丁寧に分析すると¹⁶⁶⁾、第1に、虚偽の認知をしたことそれ自体、または、虚偽認知を通じてある子に誤って法律上の子の身分を与えたこと、表見もしくは表面的な親子関係を作り出したことをフォートとするもの^{167,168)}、第2に、親子関係の生成の局面とその解消の局面とを統合し、矛盾行為禁止の観点から¹⁶⁹⁾、虚偽の認知をして、その後これを争う訴権を提起し親子関係を喪失させたことをフォートとするも

162) CA. Paris, 22 janv. 1855, D., 1855, 2, 144 ; TC. Amiens, 28 oct. 1948, Gaz. Pal., 1949, 1, jur., 30 ; RTD civ., 1949, 252, chr., Gaston Lagarde ; TC. Amiens, 20 mai. 1949, Gaz. Pal., 1949, 2, jur., 105 ; RTD civ., 1949, 518, chr., Gaston Lagarde ; TGI. Basse Terre, 10 déc. 2001, Dr. fam., oct. 2003, com., 115, note, Pierre Murat (ただし、訴えの利益の不存在が理由とされている) ; etc.

163) Catherine Philippe, Volonté, responsabilité et filiation, D., 1991, chr., p.48 ; Frédérique Dreiffuss-Netter, La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers, RTD civ., 1996, pp.10 et s. ; Irène Théry, Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Odile Jacob, Paris, 1998, pp.181 et s. ; Daniel Gutmann, Le sentiment d'identité : Étude de droit des personnes et de la famille, préf. François Terré, Bibliothèque de droit privé, t.327, LGDJ., Paris, 2000, n^{os}177 et s., pp.162 et s. ; Radé, infra note 170, p.3 ; Siffrein-Blanc, supra note 135, n^{os}480 et s., pp.390 et s. ; etc. また、虚偽認知の解消によっては限定的な形でしか親子関係が消滅しないという構想を提示するものとして、Ex. R. Boulbès, La contestation de la reconnaissance d'un enfant naturel par son père après légitimation, JCP, 1960, I, 1547, p.4 ; etc. また、独自の親子関係の構想を前提とするものであるが、Cf. Dominique Fenouillet, La filiation plénière, un modèle en quête d'identité, in, L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, Paris, 1999, pp.509 et s.

の¹⁷⁰⁾が抽出される^{171,172)}。どちらの考え方においても、認知をした者が認知の虚偽性を知らなかった場合にフォートが否定される点で共通するが¹⁷³⁾、第1の考え方によれば、子やその母が認知の効力を争う訴権を行使した場合であっても認知をした者の責任は問われうるのに対し¹⁷⁴⁾、第2の考え方によれば、

164) Cass. civ., 17 mai 1870, D., 1870, 1, 241, note, Charles Beudant ; Cass. civ., 2 juill. 1912, Gaz. Pal., 1912, 2, jur., 145 ; D., 1913, 1, 183 ; Cass. req., 24 oct. 1932, DH., 1932, jur., 540 ; Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 859 ; RTD civ., 1933, 74, chr., René Demogue ; Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1956, Gaz. Pal., 1956, 2, 65 ; Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1957, Gaz. Pal., 1957, 1, jur., 202 (ただし、虚偽であることの証明がないとして請求を棄却した原審を維持した事例である) ; Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1958, Gaz. Pal., 1959, 1, jur., 107 (同上。原審は CA. Paris, 22 juin 1956, Gaz. Pal., 1956, 2, jur., 115 である) ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1964, Bull. civ. I, n°147 ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Paris, 23 juill. 1853, D., 1854, 2, 269 ; S., 1854, 2, 329 ; CA. Metz, 5 août 1856, S., 1856, 2, 586 ; CA. Nîmes, 30 avril 1879, S., 1879, 2, 185 ; CA. Nîmes, 7 mai 1879, D., 1879, 2, 133 ; TC. Seine, 11 nov. 1908, Gaz. Pal., 1908, 2, jur., 573 ; RTD civ., 1909, 153, chr., Albert Wahl ; TC. Seine, 3 juill. 1913, RTD civ., 1913, 792, chr., Eugène Gaudemet ; CA. Lyon, 11 oct. 1919, RTD civ., 1920, 345, chr., Eugène Gaudemet ; TC. Nice, 13 nov. 1922, D., 1922, 5, 15 ; Gaz. Pal., 1922, 2, jur., 647 ; RTD civ., 1923, 142, chr., René Demogue ; CA. Rennes, 9 janv. 1950, D., 1950, som., 34 ; Gaz. Pal., 1950, 1, jur., 260 ; RTD civ., 1950, 345, chr., Gaston Lagarde ; CA. Amiens, 5 déc. 1950, JCP., 1950, II, 5947 ; Gaz. Pal., 1951, 1, jur., 43 ; RTD civ., 1951, 66, chr., Gaston Lagarde ; CA. Dijon, 20 mars 1953, Gaz. Pal., 1953, 1, jur., 382 ; CA. Paris, 7 nov. 1958, JCP., 1959, II, 11201 ; D., 1960, jur., 10, note, René Savatier ; CA. Paris, 28 mai 1959, JCP., 1959, II, 11196 ; RTD civ., 1959, 722, chr., Henri Desbois ; D., 1960, jur., 10, note, René Savatier ; CA. Paris, 13 nov. 1959, JCP., 1960, II, 11406, obs., R. B. (ただし、虚偽であることの証明がないとして請求を棄却した事例である) ; CA. Paris, 19 janv. 1962, Gaz. Pal., 1962, 2, jur., 6 ; etc.

165) 認知やそれに対する異議申立との関連で損害賠償が請求される場面には、本文で想定したもの以外に、女性側からの虚偽の情報に基づき自己の子であると信じて認知をした者が当該女性に損害賠償を請求する事案 (CA. Rennes, 17 janv. 1992, D., 1993, som., 166, obs., Frédérique Granet-Lambrechts)、現在の妻の子を虚偽に認知した者の元妻がこの認知に異議を申し立てるとともに当該認知を契機とする扶養の減額決定を理由に損害を受けたとしてその賠償を求める事案 (Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, n°90-10.192 ; Bull. civ., I, n°1 ; D., 1993, som., 126, obs., Fabienne Delecourt ; D., 1993, som., 165, obs., Frédérique Granet-Lambrechts ; Defrénois, 1992, art. 35294, 725, note, Jacques Massip) 等がある。

166) 裁判例の中にはこの点を明確にしないものもある。Ex. TC. Bordeaux, 12 janv. 1954, Gaz. Pal., 1954, 1, jur., 170 ; etc.

子やその母が認知の効力を争う訴権を行使した場合には、認知をした者の責任は問題とならない一方で¹⁷⁵⁾、母が虚偽の認知に協力しながら当該認知に異議を申し立てたときには、母の責任が肯定されることもある¹⁷⁶⁾。次に、これら

167) CA. Lyon, 11 oct. 1919, supra note 164 ; TC. Seine, 14 mars 1922, RTD civ., 1922, 616, chr., Eugène Gaudemet ; RTD civ., 1922, 888, chr., René Demogue ; TC. Nice, 13 nov. 1922, supra note 164 ; CA. Paris, 7 nov. 1958, supra note 164 ; CA. Paris, 24 mars 1960, D., 1960, som., 109 ; CA. Paris, 18 mai 1961, JCP, 1962, II, 12460, obs., R. Boulbès ; RTD civ., 1962, 481, chr., Henri Desbois ; CA. Paris, 19 janv. 1962, supra note 164 ; CA. Paris, 12 nov. 1964, D., 1965, som., 17 ; CA. Paris, 13 fév. 1975, Gaz. Pal., 1975, 1, jur., 320, note, Jean Viatte ; CA. Dijon, 19 avril 1994, RTD civ., 1994, 841, chr., Jean Hauser ; D., 1995, som., 223, obs., Frédérique Granet-Lambrechts ; CA. Pau, 13 fév. 1995, RTD civ., 1996, 376, chr., Jean Hauser ; etc. また、Cf. Gaudemet, supra note 164, Chr. sous CA. Lyon, 11 oct. 1919, p.346 ; Id., supra. Chr. sous TC. Seine, 14 mars 1922, pp.616 et s. ; Demogue, supra, Chr. sous TC. Seine, 14 mars 1922, p.888 ; R. Savatier, supra note 164, p.13 ; J. Savatier, infra note 170, pp.2 et s. ; Boulbès, supra, p.3 ; Desbois, supra, p.481 ; Véron, supra note 159, n^{os}11 et s., pp.530 et s. ; Gebler, supra note 159, pp.289 et s. ; etc.

168) 現在の実務の下では好意に由来する虚偽の認知それ自体をフォートとみることはできないとして、ここでの損害賠償責任を認知によって作出されたりスクによって正当化しようとする見解もある。Ex. Pons, supra note 17, n^{os}553 et s., pp.311 et s. ; etc.

169) Dimitri Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, t.2, préf. Horatia Muir Watt, PUAM., Aix-en-Provence, 2001, n^{os}1324 et s., pp.956 et s. ; Ruffieux, supra note 133, n^{os}457 et s., pp.442 et s. ; etc.

170) Cass. 1^{re} civ., 12 fév. 1960, Bull. civ., I, n^o120 ; D., 1960, som., 109 ; JCP, 1960, II, 11689, obs., Jean Savatier ; Gaz. Pal., 1960, 1, jur., 364 ; RTD civ., 1960, 634, chr., Henri Desbois ; Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1981, n^{os}80-10.328 ; Bull. civ., I, n^o81 ; D., 1982., IR, 36 のほか、CA. Rennes, 9 janv. 1950, supra note 164 ; CA. Douai, 20 déc. 1955, D., 1956, som., 35 ; CA. Paris, 28 mai 1959, supra note 164 ; TGI. Valence, 2 mars 1972, Gaz. Pal., 1972, 2, jur., 839 ; TGI. Paris, 27 oct. 1980, D., 1981, IR., 300, obs., Danièle Huet-Weiller ; TGI. Paris, 9 déc. 1980, D., 1981, IR., 300, obs., Danièle Huet-Weiller ; CA. Paris, 30 juin 1988, D., 1988, IR., 227 ; CA. Rouen, 19 juin 2003, RCA., nov. 2003, com., 285, note, Christophe Radé ; etc. また、Cf. Jourdain, infra note 185, p.120 ; Granet-Lambrechts, supra note 167, p.223 ; Houtcieff, supra note 169, n^{os}1324 et s., pp.956 et s. ; etc.

171) 考え方としては、認知の効力を争う訴権を提起し親子関係を喪失させたことだけにフォートを求める立場もありうるが、少なくとも一般論の次元では、こうした裁判例は存在しない。

の各考え方を損害賠償の保護対象と結合させると、第1の考え方では、真実に反する親子関係の作出が問題とされているため、血縁関係で結合されていない身分や地位を強制されないことが^{177,178)}、第2の考え方では、法律上の親子関係の喪失が問題とされているため、血縁関係にあるかどうかを問わず身分や地位を奪われないことが¹⁷⁹⁾保護対象として想定される¹⁸⁰⁾。

しかし、現実には、第1の考え方を前提とする裁判例の多くでも、身分や地位の喪失またはこれと結び付く不利益が損害として取り上げられており¹⁸¹⁾、ここでは、責任原因と損害との関連性が曖昧になっている。また、第2の考え方では、虚偽の認知をした者も認知の効力を争うことが法律で肯定されているにもかかわらず、親子関係を喪失させたことにフォートを求めることがで

172) 学説の中には、法律へのフロード (Ex. R. Savatier, supra note 164, p.13 ; J. Savatier, supra note 170, p.3 ; etc.) や脱法 (Ex. Gebler, supra note 159, pp.289 et s. ; Dreifuss-Netter, supra note 139, pp.118 et s. ; etc. また、Cf. Hauser, supra note 160, pp.448 et s.) によってフォートの基礎付けを強化する見解もある。

173) いずれも第1の考え方を基礎とするものであるが、TGI. Seine, 14 déc. 1964, D., 1965, jur., 507, note, André Rouast ; CA. Dijon, 19 avril 1994, supra note 167 ; etc.

174) CA. Paris, 24 mars 1960, supra note 167 ; CA. Pau, 13 fév. 1995, supra note 167 ; etc. また、Cf. Demogue, supra note 164, Chr. sous TC. Nice, 13 nov. 1922, p.142 ; Gebler, supra note 159, pp.289 et s. ; etc.

175) CA. Toulouse, 6 janv. 2009, Dr. fam., juill. 2009, com., 87, note, Jessica Eynard ; etc. 認知の無効に関わる事例であるが、Cf. Cass. 1^{re} civ., 12 fév. 1963, n°61-12.607 ; Bull. civ., I, n°97 ; D., 1963, jur., 325, note, G. Holleaux ; RTD civ., 1963, 542, chr., Henri Desbois.

176) CA. Toulouse, 6 janv. 2009, supra note 175.

177) このような形で保護対象を想定すると、虚偽認知の対象となった子の母がその虚偽性を知りながらこれを放置していた場合には、子との関係で母の責任も問題となりうる (CA. Nancy, 26 fév. 2007, RTD civ., 2008, 283, chr., Jean Hauser)。また、女性側からの虚偽の情報に基づき自己の子であると信じて認知をした者が当該女性に損害賠償を請求する事案では、その子の父であると信じさせられたことが賠償の対象となる (CA. Rennes, 17 janv. 1992, supra note 165)。

178) こうした保護対象は、病院等における新生児の取り違えの事例でも問題となりうる。Cf. Aude Mirkovic, Le préjudice résultant pour l'enfant du don de gamètes, in, Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck, LexisNexis, Paris, 2015, pp.605 et s.

きるのか、その結果、例えば、父が母との婚姻中に生まれた子との間の親子関係を争う訴権について、その行使それ自体ではなく、その行使が濫用的である等の事情がある場合に限って、子からの損害賠償請求が肯定されているのと同じように¹⁸²⁾、この場面でも、権利濫用の存在を要求する等の形で、責任原因の次元で損害賠償が認められる範囲に限定が設けられることにならないかといった疑問が提起される¹⁸³⁾。確かに、矛盾行為禁止の観点を強調すれば、少なくとも民事責任法の観点からは上記の疑問は解消されうるが、公序に属する

179) Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1981, supra note 170 (身分の喪失と名の変更)のほか、CA. Rennes, 9 janv. 1950, supra note 164 (身分の喪失); CA. Douai, 20 déc. 1955, supra note 170 (身分の喪失と名の変更); CA. Paris, 28 mai 1959, supra note 164 (同上); TGI. Valence, 2 mars 1972, supra note 170 (身分から生ずる様々な利益の喪失と名の変更); TGI. Paris, 27 oct. 1980, supra note 170 (身分の喪失と名の変更); TGI. Paris, 9 déc. 1980, supra note 170 (身分の喪失); CA. Toulouse, 6 janv. 2009, supra note 175 (身分の喪失と名の変更); etc. また、Cf. TC. Bordeaux, 12 janv. 1954, supra note 166 (名の変更); CA. Angers, 16 oct. 1991, D., 1993, som., 164, obs., Frédérique Granet-Lambrechts (身分の喪失と新しい身分の強制); etc.

180) これらの考え方によれば、子の母には権利や利益の侵害または損害は存在しないため、母からの損害賠償請求は否定されることになる。Ex. CA. Paris, 7 nov. 1958, supra note 164; CA. Paris, 28 mai 1959, supra note 164 (ただし、フォートの不存在に力点が置かれている); TGI. Paris, 27 oct. 1980, supra note 170; TGI. Paris, 9 déc. 1980, supra note 170; etc. また、Cf. Savatier, supra note 164, p.13; etc. もちろん、虚偽認知が女性を害する目的でされた場合は別である。Cf. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2011, n°09-72.022; etc.

181) CA. Lyon, 11 oct. 1919, supra note 164 (扶養への期待の喪失); TC. Nice, 13 nov. 1922, supra note 164 (身分の喪失と名の変更); CA. Paris, 19 janv. 1962, supra note 164 (身分と扶養の喪失); CA. Dijon, 19 avril 1994, supra note 167 (身分の喪失と変更); etc. また、R. Savatier, supra note 164, p.13 (身分の喪失と変更); J. Savatier, supra note 170, p.3 (身分喪失のリスク); Véron, supra note 159, n°s 11 et s., pp.530 et s. (身分の喪失と名の変更); Gebler, supra note 159, pp.289 et s. (身分の喪失と変更); etc.

182) CA. Paris, 13 mai 1966, JCP, 1966, II, 14904, obs., R. B.; etc. また、子の誕生から長期間が経過した後に父とされていた者が異議申立訴権を行使したこととの関連で、子からの損害賠償請求を認容した事例として、CA. Bourges, 25 avril 2005, Dr. fam., déc. 2005, com., 264, note, Pierre Murat. 更に、子の誕生から長期間が経過した後に父とされていた者が生物学的鑑定を求めて裁判所に提訴したこととの関連で、権利の濫用を否定し子からの損害賠償請求を棄却した事例として、CA. Paris, 25 sept. 2008, Dr. fam., juill. 2008, com., 91, note, Pierre Murat.

身分関係の規律と相反するような価値判断を責任原因の評価の中に組み込むことには慎重さが求められる¹⁸⁴⁾。結局、これらの裁判例では、損害賠償請求の保護対象としては一応身分や地位が想定されてはいるものの、責任原因との結合(第1の考え方)または責任原因の認定(第2の考え方)の点で問題が残されることになる。換言すれば、これらの考え方には、責任原因と保護対象との間に一定の捩れがある。

これに対して、今日の判例は、合意の論理に依拠して子からの損害賠償請求を基礎付ける¹⁸⁵⁾。そこでは、虚偽の認知をした者は、真実でないことを知りながら認知をすることにより父として行動する義務を引き受けているが¹⁸⁶⁾、後になってこれを解消することでこの約束に違反したと理解される¹⁸⁷⁾。この構成においては、虚偽の認知をした者と子との間に、身分に関わる認知とは別に前者が後者に必要なものを提供すること等を内容とする合意が存在することが想定されている¹⁸⁸⁾。これによると、損害賠償によって保護される対象は、上記の合意の内容によって決せられることになるが、典型的には、養育、教育、扶養等の提供であり、当事者の合意のみによって身分を創設することはできないことに鑑みれば、身分や地位それ自体ではありえない。従って、この考え方は、合意の論理に仮託する形で、身分や地位に由来する帰結だけを保護しようとするものと評しうる。もっとも、実際の裁判例では、合意の違反から生じうる扶養の喪失等の損害に加えて、認知の解消による身分や地位それ自体の喪失に結び付く損害の賠償をも認めているものが多い¹⁸⁹⁾。しかし、後者の賠償を認めるためには、合意の違反だけでは不十分であり、かつての裁判例のように、認知の解消が不法行為に該当することを正当化しなければならないはずであ

183) Cf. Holleaux, *supra* note 175, pp.326 et s. ; Massip, *infra* note 185, Note sous Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, D., p.317 ; Id., *infra* note 185, Note sous Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, Defrénois, p.310 ; Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille : Fondation et vie de la famille*, 2^{ème} éd., LGDJ., Paris, 1993, n^o757, pp.518 et s. ; Melin, *supra* note 159, pp.646 et s. ; Pons, *supra* note 17, n^{os}512 et s., pp.292 et s. ; etc.

184) Cf. Pons, *supra* note 17, n^{os}532 et s., pp.300 et s.

る。そうすると、現在の実定法の解決には、保護対象と具体的結論との間に一定の捩れがあるといわざるをえない。それと同時に、このことは、合意による基礎付けが仮装的なものにすぎないことを示している¹⁹⁰⁾。

更に、上記のいずれの考え方によっても正当化に困難を伴う解決も示されて

185) Cass 1^{re} civ., 21 juill. 1987, n°85-16.887 ; Bull. civ., I, n°246 ; Gaz. Pal., 1987, 2, pan., 267 ; D., 1988, jur., 225, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1988, art. 34186, 313, note, Jaques Massip (自由意思に基づき自己の子とした者に対し父として必要な援助を与える義務の引受とこの約束の不遵守) ; Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, n°86-16.763 ; Bull. civ., I, n°348 ; D., 1988, IR., 301 ; D., 1989, jur., 317, note, Jacques Massip ; Gaz. Pal., 1989, 1, som., 17 ; Defrénois, 1989, art. 34464, 309, note, Jaques Massip (自己の子とした者に対し必要な援助を与えることを通じて父として行動する義務の引受とこの約束の不履行) ; Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, n°88-15.105 ; Bull. civ., I, n°196 ; D., 1990, jur., 517, note, Danièle Huet-Weiller ; Gaz. Pal., 1990, 2, jur., 708, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1990, art. 34826, 958, note, Jaques Massip ; RTD civ., 1991, 119, chr., Patrice Jourdain ; RTD civ., 1991, 311, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 1991, 512, chr., Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller (同上) ; Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996, n°94-20.774 ; D., 1997, som., 157, obs., Frédérique Granet-Lambrechts ; RTD civ., 1997, 111, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 1997, art. 36591, 722, note, Jacques Massip (虚偽認知をした者が成年に達するまで子に必要なものを提供してきことを理由に子からの損害賠償請求を否定) ; Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, n°96-16.277 ; Bull. civ., I, n°215 ; D., 1998, som., 355, obs., Frédérique Granet-Lambrechts ; JCP, 1998, II, 10157, note, Daniel Gutmann ; D., 1999, jur., 360, note, Jacques Massip ; Gaz. Pal., 1999, 1, jur., 143, note, Jerry Sainte-Rose ; PA, 24 fév. 1999, 7, note, Muriel Rebourg (第三者による異議申立の場合には虚偽認知をした者に対し父として扶養すること内容とした債務の違反を問うことはできないとして子からの損害賠償請求を否定。なお、原審 (CA. Paris, 9 avril 1996, RTD civ., 1996, 592, chr., Jean Hauser) もほぼ同旨である) のほか、CA. Versailles, 29 avril 1993, Defrénois, 1994, art. 35746, 326, note, Jacques Massip ; CA. Aix-en-Provence, 7 oct. 1994, JCP, 1995, I, 3855, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi ; D., 1996, som., 155, obs., Frédérique Granet-Lambrechts ; CA. Dijon, 3 nov. 1995, D., 1996, som., 384, obs., Frédérique Granet-Lambrechts ; RTD civ., 1996, 592, chr., Jean Hauser ; CA. Colmar, 6 nov. 1997, Gaz. Pal., 1998, 2, som., 436, note, Henri Vray ; CA. Paris, 20 nov. 1997, D., 1998, som., 356, obs., Frédérique Granet-Lambrechts ; etc. また、Cf. Hauser et Huet-Weiller, supra, pp.518 et s. ; Jean-Pierre Gridel, Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) , D., 1993, chr., p.197 ; etc.

186) この考え方によれば、認知をした者が認知の虚偽性を知らなかった場合には錯誤による合意の取消しの問題になる。Cf. Melin, supra note 159, pp.651 et s.

いる。例えば、一部の裁判例は、虚偽認知の対象となった子がその虚偽性を認識していたかどうか、虚偽の認知によって作出された親子関係や同居がどれだけの期間に及んだかを考慮して、子からの損害賠償請求の可否を決する¹⁹¹⁾。しかし、ここでの保護対象を身分や地位それ自体と理解するならば、その喪失があれば、子の認識や虚偽身分の期間の長短を問うことなく損害賠償請求は認められるはずであるし¹⁹²⁾、この損害賠償を合意によって基礎付けるとしても、

187) この考え方によれば、子の母は合意の当事者ではないため、母からの損害賠償請求は否定されることになるはずである。しかし、裁判例の中にはこれを肯定するものがある(Ex. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, supra note 185; etc.)。母からの損害賠償請求を肯定するためには、虚偽認知をした者と子との間の合意に加えて、前者と母との間にも別の合意が存在すると考えざるをえない。あるいは、契約当事者以外の者も不法行為上のフォートの基礎として契約不履行を援用することができるとしている判例を前提とすれば(文献の所在も含めて、拙稿・前掲注(36) 602頁以下)、母が不法行為上のフォートの基礎として虚偽認知をした者による合意の不履行を援用するという構成も想定されうる。

188) 従って、子やその母が認知の効力を争う訴権を行使した場合については、これらの訴権により認知とは別に存在する合意も解消されると考えれば、認知をした者の責任は否定され(Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, supra note 185は、こうした論理を前提としているものと思われる)、これらの訴権によっても認知とは別に存在する合意が解消されることはないと考えれば、認知をした者の責任はなお問題となりうる(Melin, supra note 158, pp.654 et s.; Zelewski, supra note 159, n^{os}380 et s., pp.256 et s.)。

189) Cass 1^{re} civ., 21 juill. 1987, supra note 185 (1フランの賠償だけを認めた原審の維持); Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, supra note 185 (身分の喪失に関わる精神的損害の賠償を認めた原審の維持); CA. Bordeaux, 2 juin 1992, D., 1993, som., 163, obs., Frédérique Granet-Lambrechts (身分の喪失に関わる精神的損害); CA. Versailles, 29 avril 1993, supra note 185 (同上); CA. Aix-en-Provence, 7 oct. 1994, supra note 185 (同上); CA. Dijon, 3 nov. 1995, supra note 185 (身分の喪失を理由とする1フランの損害賠償のみの肯定); CA. Colmar, 6 nov. 1997, supra note 185 (身分の喪失に関わる精神的損害); CA. Paris, 20 nov. 1997, supra note 185 (同上); etc.

190) Cf. Jourdain, supra note 185, p.120; Pierre Murat, Rattachement familial de l'enfant et contrat, in, La contractualisation de la famille, sous la dir. Dominique Fenouillet et Pascal de Vareilles-Sommières, Economica, Paris, 2001, pp.140 et s.; Dreifuss-Netter, supra note 139, pp.118 et s.; Melin, supra note 159, pp.649 et s.; etc.

191) CA. Dijon, 3 nov. 1995, supra note 185; etc. また、必ずしもこの点が明確に説かれているわけではないが、Cf. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, n^o93-16.625; Dr. et pat., oct. 1995, 70, obs., Alain Bénabent.

子の認識を理由に合意の不存在を認定するのであればともかく、合意の存在とその違反を認めながら子からの損害賠償請求を否定することはできないはずである。また、裁判例の中には、虚偽認知に対する女性側の関与の程度を考慮して、子からの損害賠償請求の可否または損害賠償の範囲を決するものがある¹⁹³⁾。しかし、こうした要素は、身分や地位または合意のいずれを保護対象として想定するにしても、子からの請求には影響を与えないはずである¹⁹⁴⁾。従って、これらの点においても、実定法の解決では保護対象と具体的結論との間に揺れが存在する。

ところで、上記の諸要素は、身分や地位の侵害や合意の違反ではなく、子が虚偽の認知をした者に対して抱いた愛情やその者との関係に由来する人格の侵害を問う考え方からすれば、子からの請求の可否およびその範囲を決するに際しての重要な基準となりうる。子が認知の虚偽性を認識していた場合、または、虚偽身分の期間がごく僅かであった場合には、子が虚偽認知をした者との間で実質的な愛情関係を形成していたとはいえない場面も存するからである。見方を変えれば、現在の裁判例においては、実際の帰結の次元で、子の人格的な要素の保護という観点が介在し、合意に基づく保護対象と関係に由来する人格という保護対象とが併存していると評しうるかもしれない¹⁹⁵⁾。このことは、認知の異議申立訴権が棄却されたにもかかわらず、つまり、身分や地位の喪失も合意の違反も存在しなかったにもかかわらず、子からの損害賠償請求を肯定

192) いずれも子が認知の虚偽性を認識していた事案に関するものであるが、Cf. TGI. Paris, 27 oct. 1980, supra note 170; TGI. Paris, 9 déc. 1980, supra note 170; CA. Angers, 8 fév. 1993, JCP, 1994, I, Jacqueline Rubellin-Devichi; CA. Dijon, 19 avril 1994, supra note 167; CA. Limoges, 5 mai 1994, JCP, 1995, IV, 828; RTD civ., 1996, 376, chr., Jean Hauser; etc. また、問題関心は異なるが、Cf. Granet-Lambrechts, supra note 185, Obs. sous CA. Dijon, 3 nov. 1995, p.384; etc.

193) Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, supra note 191 (母の意思による同居の解消); CA. Dijon, 3 nov. 1995, supra note 185 (母による執拗な認知の要求); etc.

194) Granet-Lambrechts, supra note 185, Obs. sous CA. Dijon, 3 nov. 1995, p.384; Hauser, supra note 185, Chr. sous CA. Dijon, 3 nov. 1995, p.593; etc.

した解決の中にも現れている¹⁹⁶⁾。虚偽の認知をした者による親子関係異議申立訴権が棄却されたとしても、その濫用的な申立により、子は、家族関係に由来する自己の同一性を否定され、または、虚偽認知をした者との事実的な関係を阻害されうるためである¹⁹⁷⁾。

以上の実定法の状況を本稿の問題関心に従って整理すると、次のようになる。実定法は、法律構成に問題を抱えながらも、一貫して虚偽認知の対象になった子の身分や地位またはそれに由来する結果を保護対象として捉えているが、現在では、一定の範囲で、虚偽認知をした者との関係に由来する子の人格を保護する視点も介在させている。また、上記の意味での様々な保護対象が措定され、これらの侵害が肯定される場面においては、損害賠償請求の制約は全く想定されていない。

なお、かつては、夫婦やカップルが生殖補助医療を利用した場面、特に、妻またはパートナーの女性が第三者提供の精子を用いて人工授精を行った場面でも類似の問題が生じていた。そこでは、妻が夫と相談の上で第三者提供の精子を用いて人工授精を実施し子を出産した場合、夫は、当該子との間の親子関係について異議を申し立てることができるか¹⁹⁸⁾、また、コンキュビーンがコンキュバンと相談の上で第三者提供の精子を用いて人工授精を実施し子を出産して、コンキュバンがその子を認知した場合、後者は、この認知について異議を申し立てることができるか¹⁹⁹⁾、更に、これらが肯定されるとしても、人工授精により生まれた子は、この夫またはコンキュバンに対して、損害賠償を請求することができるか²⁰⁰⁾が問題とされた。もっとも、現在では、民法典311-20

195) Cf. Cass. 1^{re} civ., 5 nov, 1996, *supra* note 185 (合意の不遵守が否定されているだけでなく、それとは別に、両者の間に愛情的繋がりがなかったことを理由に精神的損害の存在が否定されている); CA. Paris, 12 nov. 1964, *supra* note 167 (虚偽認知による身分と子自身の人格の同時的な侵害が肯定されている); etc.

196) CA. Dijon, 26 mai 1994, JCP, 1995, I, 3855, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi; CA. Dijon, 9 juin 1998, D., 2000, som., 168, obs., Sandrine Henneron (ただし、そもそも認知が虚偽ではなかった事案である); etc.

197) Cf. Henneron, *supra* note 196, p.168 (精神的完全性への権利の侵害); etc.

条2項により、原則として生殖補助医療に同意した夫婦やコンキュビナーージュ当事者による親子関係の異議申立訴権の行使は禁じられており、上記のケースで「家族に対する責任」が問題になることはなくなった²⁰¹⁾。

（以下、次号）

（しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授）

198) TGI. Nice, 30 juin 1976, D., 1977, jur., 45, note, Danièle Huet-Weiller ; JCP, 1977, II, 18597, obs., Michèle Harichaux-Ramu ; Gaz. Pal., 1977, 1, jur., 48, note, Elisabeth Paille ; RTD civ., 1977, 745, chr., Roger Nerson (肯定) ; TGI. Paris, 19 fév. 1985, D., 1986, IR., 59, obs., Danièle Huet-Weiller ; D., 1986, jur., 223, note, Elisabeth Paillet (肯定) ; TGI. Bobigny, 18 janv. 1990, D., 1990, jur., 332, note, Colette Saujot ; JCP, 1990, II, 21592, obs., Perre Guiho ; Gaz. Pal., 1990, 2, jur., 708, note, Jacques Massip ; Defrénois, 1990, art. 34826, 953, note, Jaques Massip (否定) ; CA. Paris, 29 mars 1991, D., 1991, jur., 562, note, Alain Sériaux ; Gaz. Pal., 1991, 2, jur., 649, note, E.-S. de la Marnierre ; RTD civ., 1991, 519, chr., Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller ; D., 1992, som., 60, obs., Joëlle Vassaux-Vanoverschelde ; JCP, 1992, II, 21857, note, Michel Dobkine (限定的肯定) ; etc.

199) CA. Toulouse, 21 sept. 1987, D., 1988, jur., 184, note, Danièle Huet-Weiller ; JCP, 1988, II, 21036, obs., E. S. de la Marnierre ; RTD civ., 1987, 725, chr., Jacqueline Rubellin-Devichi (肯定, Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, supra note 183 の原審) ; etc.

200) Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, supra note 185 は、コンキュビナーージュ当事者の中で生殖補助医療を用いること自体がフォートに該当するとして子からの損害賠償請求を認容した原審の判断 (CA. Toulouse, 21 sept. 1987, supra note 199) について、コンキュバンが認知により父として行動する義務を引き受けたにもかかわらずそれに違反したことを問題にし、理由を差し替えた上で、その結論を維持している。

201) 311-20条4項が規定している民事責任は、生殖補助医療に同意した者がこれによって生まれた子を認知しなかった場合におけるそれであり、(1)②一の検討対象ではない。

弁護士の職務上の秘匿特権と 通信秘密をめぐる比較法的考察

田村陽子

第1章 はじめに

I 「秘匿特権」と「守秘義務」

II 証拠収集手続および証拠開示手続原則と秘匿特権・守秘義務との関係

III 小括

第2章 ドイツの弁護士の守秘義務および職務上の秘匿特権

I ドイツの職務上の秘匿特権の主体

II 職務上の秘匿特権の客体

III 秘匿特権の適用時期の範囲

第3章 アメリカの弁護士の守秘義務および弁護士依頼者間秘匿特権

I 弁護士依頼者間秘匿特権の意義

II 弁護士依頼者間秘匿特権の主体

III 弁護士依頼者間の秘匿特権の客体

第4章 日本の弁護士の守秘義務および職務上の秘匿特権

I 日本における弁護士等の職務上の秘匿特権の趣旨

II 職務上の秘匿特権の主体

III 秘匿特権の客体

第5章 弁護士依頼者間の通信秘密の比較法的視座

I 日本、アメリカ、ドイツにおける情報開示制度の基本的差異

II 日本の民事手続における弁護士依頼者間の通信秘匿特権の規定の必要性

III 日本の刑事手続・行政手続における通信等の秘匿特権規定の必要性

第6章 おわりに

第1章 はじめに

弁護士は、職務上、依頼者の代理人として様々な法律活動を行う。依頼者に代わって、依頼者本人が行為するよりも、法律上間違いのない、より良い結果を出せるよう業務を遂行するのが法の専門家たる弁護士の責務であるところ、

依頼者本人以上に本人の状態や本人をとりまく状況や事件の内容につき、客観的かつ正確に理解していることは重要なことである。そのためには、依頼者本人から、本人にとって都合の良いことのみならず悪いことも含めて、弁護士が業務の遂行もしくは対処あるいは判断に必要なことは、基本的にはすべて聞いて知っておく必要があるだろう。

弁護士の第一の責務としての依頼者のあるべき権利義務の実現のため、依頼者から信頼を得、率直かつ十分に話を聞けるよう、弁護士に依頼者の秘密保持の義務の一環として、職務上の秘匿特権が認められている（弁護士法23条）。弁護士は依頼者に関する情報を他には漏らさないという守秘義務を依頼者に対して一般的に負い、それを裁判上の手続においては、職務上の秘匿特権として行使する制度になっている（民事訴訟法197条1項2号、同220条4号ハ・ニ、刑事訴訟法149条）。弁護士が依頼者の信頼を得ること、これを裁判手続上で具体的な制度にしたものが、日本では、弁護士の職務上の秘匿特権である。

他方で、弁護士には、依頼者の基本的人権の保護のみならず、社会正義の実現（弁護士法1条1項）のため、社会秩序の維持および法律制度の改善に努力しなければならないという公益的義務（同条2項）もあるところ、依頼者に関して、法的に問題がある内容を知ったときに、どのような態度をとるべきか。裁判での真実発見および当事者側としての訴訟上の信義誠実遂行義務（民事訴訟法2条）およびそこから派生して生ずるとされる一般的な真実義務との兼ね合いは、法律上および倫理上、判断が難しいところであろう。

今日の法律業務や訴訟が国境を越える時代においては、他国での状況をも検討し、将来の潜在的な訴訟に備えておくことは重要である。とはいえ、通常の裁判制度の差異以上に、弁護士制度の意義・役割・内容といったものは、歴史的沿革や文化的背景によるところも大きいため、各国の制度理解は慎重にする必要があるだろう。

大陸法と英米法という異なる法体系における弁護士制度の差異については、裁判制度との相乗効果を含め、まだまだその制度のあり方については、比較検討が遅れている分野であるように思われる。弁護士の秘密保持の権利に関する

分野もまたしかりである。大陸法系でいう「弁護士の守秘義務 (duty of confidence)」もしくは「職務上の秘匿特権 (証言拒絶権およびそれに基づく文書提出義務の除外書面)」は、英米法で言う「弁護士依頼者間 (通信) 秘匿特権 (attorney-client privilege)」もしくは「ワーク・プロダクト (work product)」とは、同じ概念なのか、あるいは異なる概念なのか、はたまた重なり合うところはあるが意義や範囲は異なるのか、については、実は厳密に検討されずに、同種のものとして民事訴訟法上は議論されてきた経緯がある。

今般、日本の独占禁止法の分野の議論では、日本の民事訴訟上の弁護士の職務上の秘匿特権とは異なるものとして、アメリカ法型の弁護士依頼者間の通信の秘匿特権¹⁾というものが扱われ、日本法にはなかった概念²⁾としてこれが課徴金納付命令手続において認められるかが議論されたようである³⁾。

本稿は、弁護士の秘密保持の権利という形での比較法的考察は詳細になされてこなかった、弁護士の秘密保持の権利もしくは秘匿特権につき、英米法の代

- 1) 日本弁護士連合会では、「真実の秘密 (秘匿)」と誤解のないよう、「依頼者と弁護士間の通信の秘密」という用語を使用してアメリカ法型の特権の範囲の議論をするよう提唱しているようである。片山達「独占禁止法審査手続における適正手続の保障」法律時報89巻1号(2016年)30頁参照。http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2016/160219_2.html。なお、日本では「独占禁止法」という呼称だが、他国では、「競争法」、「不正競争防止法」あるいは「反トラスト法」などさまざまな呼称があるが、比較対象を判りやすくするため、外国法についても、本稿では「独占禁止法」という呼び方を使うことにするが、直訳等とは異なる点に留意されたい。
- 2) 「弁護士・依頼者間秘匿特権は、米国、欧州、その他の地域の法制度にとって神聖な基礎となる制度であるが、それは日本では認知されていない。さらに悪いことに、日本の公取委員会 (以下、「公取委」という) は、立入調査を行う際に、企業の法務部門や弁護士・依頼者間の機密のコミュニケーションを対象とし、審判では、その機密のコミュニケーションを違反立証の証拠として使用することがある。」と、国際的に認識されている。スコット・D・ハモンド=矢吹公敏「日本における弁護士・依頼者間秘匿特権の導入 (上)」NBL1067号 (2016年) 5頁 [矢吹公敏] 参照。
- 3) 独占禁止法 (以下、本文では「独禁法」という。) の改正の議論状況などについては、出井直樹「依頼者・弁護士通信秘密保護制度 (いわゆる「秘匿特権」) の論題」NBL1127号 (2018年) 38頁以下がまとまっている。

表としてアメリカ法を、大陸法の国としてドイツ法および日本法を対象に裁判制度との関係という大きなところから概括的に比較検討することで、基本的違いを理解し、日本の制度での状況について考察を試みるものである。

I 「秘匿特権」と「守秘義務」

1 アメリカ法の弁護士依頼者間秘匿特権とコモン・ロー諸国の同種の権利

アメリカ法では、依頼者の信頼を具体的に訴訟上保護する形は、連邦証拠規則上、「弁護士依頼者間秘匿特権」と言われるものになる。弁護士依頼者間秘匿特権は、法律上の助言を求めている間に依頼者から弁護士に与えられたもしくは弁護士から依頼者が受け取った情報のやり取り、すなわち「通信（コミュニケーション）」(弁護士が聞いた内容に関する具体的な事実や証拠の処遇とは、対象範囲および次元が異なる)を保護できる特権である⁴⁾。

アメリカでも、ABAの弁護士の職業行為模範規則 (Model Rules of Professional Conduct) 上、弁護士には一般的な「守秘義務」があるが、その裁判上の現れとして、連邦民訴規則 (FRCP) 上および連邦証拠規則 (FRE) 上、裁判での証拠開示の例外として、弁護士依頼者間の秘匿特権が認められている。

弁護士依頼者間秘匿特権は、一般に、4つの要件の下で、すなわち、①依頼者が弁護士に法的助言を求める目的で、②依頼者と弁護士の間で交換された情

4) See *Securities Exchange Council v. Gulf & Western Industries, Inc.* 518 F. Supp. 675, 683 (D.C. Dist. 1981). この判決では、秘匿特権の範囲は法律上の助言に限られると判断された。法律上の助言とは、法律に基づく助言 (advice regarding compliance with the law) のことと定義されている。純粋なビジネス上の助言や個人的な事柄への助言は、法律上の助言として保護されないのである。

アメリカ民事訴訟の弁護士依頼者間秘匿特権に関する日本での一般的な紹介としては、例えば、大村雅彦『アメリカ民事訴訟法の理論』(商事法務、2006年) 61-87頁、浅香吉幹『アメリカ民事手続法【第2版】』(弘文堂、2008年) 80頁以下、田邊真敏『アメリカ連邦証拠規則』(レクシスネクシス・ジャパン、2012年) 88-97頁、溜箭将之『英米民事訴訟法』(東京大学出版会、2016年) 174頁以下がある。アメリカの秘匿特権一般の歴史的展開の概観については、田邊誠「〈研究ノート〉アメリカ民事訴訟における秘匿特権 (privilege) について——その歴史的展開の概観——」*広島法学* 15巻4号 (1992年) 497頁以下もある。

報（コミュニケーション内容）であって、③両者の間の秘密とされたものについては、④依頼者がその保護を放棄していない限りで、依頼者も弁護士もその開示を強制されないという、依頼当事者および弁護士の通信内容の秘密保持に関する権利である⁵⁾。

この特権は、英米法圏に幅広く存在するが、イギリスでは「法的助言秘匿特権 (legal advice privilege)」、オーストラリアでは「助言秘匿特権 (advice privilege)」、カナダでは「ソリシタ依頼者間秘匿特権 (solicitor-client privilege)」と呼ばれている。16世紀イギリスのコモン・ロー上の秘密のコミュニケーションにおける秘匿特権 (communication confidentiality privileges) の1つから発祥し⁶⁾、アメリカで最初にこの特権が行使されたのは1888年のこととされている⁷⁾。ただし、英米法諸国間でも、例えばイギリスとアメリカでは、現在までそれぞれ独自の発展が見られ、当該弁護士依頼者間の通信秘密の秘匿特権の呼称や意義・内容を若干異にするので、注意が必要である⁸⁾。

2 ヨーロッパ大陸法圏での弁護士の職務上の秘匿特権

ヨーロッパ大陸法の国では、広く弁護士の守秘義務というものが、弁護士の職務上の義務として、意識されている。アメリカの弁護士依頼者間の通信秘匿特権と同種で、かつこれを包含したような裁判上の弁護士の権利義務に該当するものが、ヨーロッパ大陸法で言われる「弁護士の職務上の秘匿特権」である。

5) 4つの要件の邦訳については、長谷部由起子「弁護士依頼者間秘匿特権に関する覚書——民事手続法からのアプローチ」法曹時報71巻1号（2019年）24頁を参考にした。

6) イギリスの秘匿特権についての日本での紹介としては、例えば、我妻学「イギリスにおける法律専門職に対する秘匿特権と証拠の開示」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』（信山社、2014年）541頁以下、川島隆憲「イギリス民事訴訟法における法律専門職秘匿特権——法的助言秘匿特権と訴訟秘匿特権」同書571頁以下がある。

7) Hunt v. Blackburn, 128 U.S. 464, 170 (1888).

8) 手賀寛「弁護士の守秘義務と証言拒絶権(1)～(3・完)」都法49巻1号（2008年）295頁以下、同巻2号（2009年）243頁以下、同50巻2号（2010年）227頁以下は、弁護士の秘密保持に関する権利につき、アメリカ法およびイギリス法と、日本法とを沿革にさかのぼって比較検討しており、各法の差異に詳しい。

詳しい範囲の内容については以下で論じる。

3 アメリカ法の「弁護士依頼者間秘匿特権」と大陸法の「職務上の秘匿特権」

昨今では、EU加盟国内でも英米法型の弁護士依頼者間の通信の秘密に特化した秘匿特権に関する議論が、比較法的になされている。英米法圏の弁護士依頼者間の具体的なやりとり（コミュニケーション）に関する通信秘匿特権とは、従来から日本で認められている一般的な弁護士の守秘義務の裁判上の現れたる「職務上の秘匿特権」（証言拒絶権（民事訴訟法197条1項2号）およびそれに該当する事項が書かれて文書提出命令の除外となる書面（同220条4号ハ）よりも、通信内容に限定する点で「狭い」範囲の権利であるが、英米法の概念との比較においては、ヨーロッパの大陸法諸国でも、「弁護士依頼者間（通信）秘匿特権」という用語を、一般に使うようになってきている。この場合には、弁護士依頼者間の直接のやりとり（コミュニケーション⁹⁾）の内容を「通信」と呼び、その「秘密の保持」という表現で、比較検討がなされている。

本稿は、弁護士の守秘義務の一場面としてアメリカ型の弁護士依頼者間の通信秘密の保護に関する秘匿特権を比較法的に扱うものである¹⁰⁾。

II 証拠収集手続および証拠開示手続原則と秘匿特権・守秘義務との関係

弁護士の秘密保持の義務もしくは裁判上の秘匿特権について検討するにあたって、注意しなければならないことがある。民事裁判における秘密保持制度

9) 伊藤真「実態解明と秘匿特権との調和を求めて（En quête de l'harmonie）——課徴金賦課手続における実質的手続保障の必要性」判例時報2367号（2018年）128頁以下で、伊藤教授は「情報交換」という用語と比較検討し、「コミュニケーション」という用語を用いられる（同136頁）。

10) なお、一般的・沿革的な裁判制度や弁護士の意義・役割の違いから比較法的考察を行うため、当該国における伝統的・一般的な表現である「秘匿特権」もしくは「守秘義務」という用語は、そのまま使うことがある。また、英米法的な裁判上の秘密の保持の権利を日本法において比較考察するときには、基本的に、弁護士依頼者間の「通信」の「秘密の保護」もしくは「秘密の保持」という言葉も使用することにする。

の必要性の前提としての証拠調べ制度一般として、もとより、当事者がそれぞれ保持している事件の関連情報や関連証拠について、強制的に「すべて開示することが基本」の上で、ごく限られた「例外」として「秘密保持の権限」が認められているということなのか、それとも、基本的には当事者がそれぞれ保持している事件に関連する情報や証拠（「一次資料」¹¹⁾という）を提出する・しないは、当事者が任意で決めることができ、「秘密として保持したい情報や証拠は出さなくてもよいのが大原則」という任意提出制度（日本では、当事者の弁論主義が該当）において、相手方から特に裁判所等を通じて非開示だった情報や証拠の提出の要請があったときに、なお提出を免れるための「例外的例外」としての手段として存在するのか、といった根本的な違いが、英米法の国と大陸法の国とでは存在することである。

すなわち、アメリカでは、ディスカヴァリー¹²⁾という広汎な証拠強制開示手続が存在し、イギリスでもディスクロージャー¹³⁾という一定の証拠の強制開示手続が存在する中で、基本的に、事件の関連情報や関連証拠などの一次資料は、裁判所に提出する前の、すなわち公開審理手続たるトライアルの前の準備段階のプレトライアルで、訴訟の相手方に強制的に開示するのが原則となっており、強制開示に対する限られた例外事項として、弁護士依頼者間の通信に関する秘匿特権が、弁護士の訴訟等準備資料（ワーク・プロダクト）とい

11) 独禁法違反被疑行為に関して事業者が保有する資料において、「一次資料」とは「当該行為に関して事業者自身が作成または取得した情報を内容とする文書等」であり、二次資料とは、「当該行為の違法性や課徴金減免申請にかかる弁護士とのコミュニケーションを内容とする文書等であり、当該行為についてどのような対処をすべきかの判断資料として作成された文書または判断そのものを記載した文書等」とも言われ、日本の民事訴訟法の概念では、自己専利用文書（民事訴訟法220条4号二）に近いとされている（伊藤眞・前掲注（9）133頁参照）。

12) アメリカのディスカヴァリーについては、すでに日本語での紹介も多くあるが、例えば、注（4）の文献参照。

13) イギリスのディスクロージャーについての日本語での紹介は、例えば、溜箭・前掲注（4）149頁以下は、アメリカ法との比較も詳しい。そのほか、ニール・アンドリュース（溜箭将之・山崎昇訳）『イギリス民事手続法則』（法律文化社、2012年）78頁以下など。

た二次資料と共に認められている。これに対し、大陸法のドイツ、フランスや日本などでは、当事者が任意に、手持ちの情報の中で、どの関連証拠または事実といった一次資料を裁判所での弁論手続に提出するか否かを選べるシステム（事前に相手方に直接関連情報や事実すべてを開示する義務がない上、裁判所手続においても関連情報や事実すべてを開示する義務はない、任意的証拠開示制度）において、当事者は基本的に自己が提出したいと思った事実や証拠の一次資料だけを提出すれば足りる。そのような中、数少ない開示が強制される例外として、例えば相手方の申立てにより裁判所による文書提出命令が出されたときなどに、初めて事件に関する特定の事実もしくは証拠といった一次資料の開示が強制され、しかもその開示が命令などで強制されるような場合においても、なお開示の免除事由の1つとして、守秘義務の存在もしくは秘匿特権を主張することが許されており、例外の中の例外という形で弁護士が職務上知りえた依頼者の秘密を保護するという秘匿特権が存在するのでは、端的に秘匿特権もしくは守秘義務の重要性および意義・範囲は異なるということである。

弁護士依頼者間の通信の秘密保持の権利の存在意義もしくは重要性は、とりわけアメリカのような公開審理手続の前の準備段階で、裁判所の監視がない裁判外で、好むと好まざるとに関わらず、裁判での相手方たる国家当局もしくは相手方当事者に対して、自己が保有する事件の関連証拠や関連情報といった一次資料の一切を開示することを強制される手続（ディスカヴァリーおよびデイクロージャー）の下に存在する。このような強制開示手続においては、一次資料は開示しなければならないが、開示を求められる側の例外的な開示の免除権もしくは防御権として、二次資料たる弁護士依頼者間通信秘匿特権あるいは弁護士の訴訟準備資料（ワーク・プロダクト）が非常に重要となるのである。

【アメリカの証拠開示制度と弁護士依頼者間秘匿特権の概観】

	当事者（依頼者）	弁護士
一次資料（生の事実や証拠などの情報）	原則、ディスカヴァリー証拠開示制度の下、開示対象。ただし、当事者の営業秘密、自己負罪秘匿事実などは除外。	同左
二次資料のうち、法的助言に関するコミュニケーション（通信）	当事者および弁護士とも、原則、弁護士依頼者間秘匿特権で保護される。将来の犯罪・詐欺防止のための例外などはある。	同左
二次資料のうち、弁護士の記録や訴訟準備の資料等）	同右	原則、保護される。文書は、「ワーク・プロダクト ¹⁴⁾ 」と呼ばれる。

*ただし、依頼者本人による放棄は可能とされている。

これに対し、大陸法のドイツあるいは日本の民事訴訟手続における弁論主義の下では、事件に関連する情報の開示の範囲は、基本的に提出する当事者の任意で選べ、かつ裁判所の関与の下で裁判手続の中において提出すればよい（各当事者は、それぞれ自己に有利な事実や証拠といった事件に関する情報たる一次資料のみ選んで裁判に提出すれば、基本的に真実発見のための当事者の義務として足りる）のが大原則であるところ、相手方が証拠調べのためにことさらに申立てをしてきて、例えば裁判所から文書提出命令が自己に発令されて初めて、相手方に自己の有する文書を提出しなければならない事態が生じるという制度においては、弁護士と依頼者間の通信内容もしくは弁護士の訴訟準備資料といった二次資料は、元来当然に開示対象の外にある。すなわち、当事者任意提出の弁論主義の下では、各当事者は、相手方に対しその所持する事実や証拠といった一次資料すら強制的に裁判に出させることすら大変であるところ、相手方が弁護士と交わした秘密のやり取りもしくは弁護士が訴訟準備のために作成した書面などを開示せよという申立てをしてくることは、ほとんど考

14) 「ワーク・プロダクト」とは、「弁護士が訴訟に備えてまたは予期して準備した面談、書類、メモ、通信、報告、心理的な印象、個人的な信念、その他弁護士による成果を反映した無数のもの」で、「一定のプライバシーとして、相手方当事者やその弁護士による不必要な干渉から自由になる」に値するものと解されている。See *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 510-511 (1947).

えもしてこなかったところである。

このように、証拠開示および情報開示の範囲がもともと非常に狭い大陸法の民事手続においては、例外的に相手方に開示しなければならない証拠についてなお開示除外事由として提出を免れるために認められる、例外の例外としての職務上の秘匿特権の必要性はかなり小さいうえ、実際の出番も少なかったのである。

したがって、日本などの任意の証拠や事実の提出手続段階で、弁護士一般的な守秘義務の遵守として、弁護士と依頼者間の通信内容について、相手方にも裁判所にも開示する必要がないことは言うまでもなく、事件に直接関係する依頼者に不利な事実や証拠たる一次資料についても基本的に強制的には提出しなくてよいため、アメリカ法のように、事件に関連する事実や証拠を訴訟の早い段階で相手方にも強制的に開示することを前提に、その強制的な証拠開示を免れる例外的な防御的範囲の権利として、弁護士と依頼者の間の通信内容や弁護士の訴訟準備書面などの二次資料については開示しなくてよいように特権を与えるという形では、取り立てて考える必要がなかったのである。

【日本の民事訴訟における弁論主義と職務上の秘匿特権の概観】

	当事者（依頼者）	弁護士
一次資料（生 の事実や証拠 などの情報）	原則、当事者訴訟資料提出主義・弁論主義の下、当事者は任意で開示するか否かを決められる。ただし、営業秘密、自己負罪秘匿事実、自己専利用文書などは、文書提出命令などが出されても、本来非開示にできる。	同左。原則、当事者訴訟資料提出主義・弁論主義の下、当事者の意思に従い、任意で開示する。ただし、職務上知り得た当事者の秘密は、依頼当事者が放棄しない限り、本来、秘匿特権による非開示事項。
二次資料のうち、法的助言に関するコミュニケーション（通信）	本来、非開示対象。大陸法国では、文書提出命令などの強制開示対象は、基本的に一次資料のみを考えていたのであり、依頼者弁護士間の通信内容の開示を申請し合うことは想定されていなかった。ただし、今般の行政調査手続や刑事捜査手続において、改めてこの保護が問題になっている。なお、アメリカ法の分類に合わせて、この秘匿特権の部分を弁護士依頼者間（通信）秘匿特権と呼ぶことが多い。	
二次資料のうち、弁護士の事件記録や訴訟準備の資料等	同上。本来、当然に非開示対象。訴訟戦略に関わる弁護士の専門家としてのノウハウが端的に表れている文書等を、当事者間で開示請求し合うことは想定されていなかった。ただし、近時、行政調査手続や刑事捜査手続において、この保護も問題になっている。訴訟等準備資料 ¹⁵⁾ と呼ばれる。	

*ただし、秘匿事項でも、依頼者本人の意思による放棄は可能。

これに対し、日本でも、刑事捜査手続もしくは行政調査手続など、裁判での審理手続の前に関係当局による捜査や調査の段階がある手続においては、他の大陸法域と異なり、裁判手続後に任意開示の中でさらに留意されている秘匿事実資料について、調査や捜査段階では今まで一次資料と二次資料とをほぼ区別することなく、かつ裁判手続上認められている秘匿特権について配慮することなく、強制的あるいは任意と言いつつ実質は半ば強制的に、調査対象先にある資料を、実態解明に必要であるとしてすべてそのまま回収する実務がなされがちであったようである¹⁶⁾。

日本のこうした実務では、依頼者および弁護士が有する依頼者との間のやりとりや弁護士が自ら訴訟のために準備していた二次資料は、生の事実や証拠の一次資料に近づくための重要な手掛かりとして重宝され、むしろ積極的に回収対象とされてきたきらいすらあると言われている¹⁷⁾。

本来であれば、アメリカのディスヴァリーのように、相手方たりうる関係当局などから直接に、生の事実や証拠といった一次資料を主とする事件資料の開示が強制的に求められるとしてもなお、これに対抗しうる例外的な依頼者側の防御的権利として、弁護士と依頼者の間の通信内容や弁護士が作成した二次資料などは、非開示対象として認められるべきものである¹⁸⁾。

日本でも、事件に直接関連する事実や証拠といった一次資料の強制開示が求められる場面においては、開示の例外として、弁護士依頼者間の通信内容の保

15) ワーク・プロダクトに対応する日本の用語として、「訴訟等準備資料」という呼び方を提唱されたのは、伊藤眞教授である。「訴訟等準備資料」とは、「当事者本人が作成したか、本人からの依頼を受けて弁護士などの第三者が作成したかを問わず、当事者が訴訟進行のために準備し、現に所持する一切の文書であって、裁判所に提出されるなどの原因によってその秘密性を失っていないもの」と定義されておられる（伊藤眞「自己使用文書としての訴訟等準備文書と文書提出義務」佐々木吉男先生追悼『民事紛争の解決と手続』（信山社、2000年）426頁以下など参照）。

16) 片山・前掲注（1）30頁以下に、国際社会における日本の遅れた議論状況について詳しい。

17) 従前の独禁法の審査手続における調査段階の状況については、秋葉健志「平成27年独禁法審査手続指針の検証」刑事法ジャーナル49号（2016年）24頁以下に詳しい。

護に関する秘匿特権の存在意義は大きくなり、かつまたその範囲を確定することが非常に重要になるはずである。

しかしながら、これまで日本では、刑事手続の捜査段階のみならずとりわけ行政手続の調査段階における秘匿特権の保護についてあまり論じられてこなかったのは、依頼者および弁護士側の訴訟の防御に関わる書面等が弁護士から被疑者・被告人にわたるという場面がほとんど想定されていなかったからである。しかし、独禁法違反を含め、企業犯罪に属する領域では、弁護士が作成した書面や弁護士とのやりとりの書面が依頼者側の企業に存在し、それが回収対象となる場面が出てくるため、秘匿特権が防御権の保障という観点から、一定の意義を持つことになったと言われている¹⁹⁾。

とりわけ日本では、今まで詳細な議論および検証があまりなされてこなかった中で、実態解明という名の下に独禁法関連での半強制的に資料を回収する行政手続調査がなされる状況が生じ、それに対する当事者国民およびその代理人弁護士の秘密保持の防御的な権利として、改めて弁護士依頼者間の通信秘密保持の権利として弁護士依頼者間秘匿特権が、問題となったのである²⁰⁾。

その際、アメリカ法などでの本来の理論的順序に従えば、証拠や資料の強制的な開示手続においてすら、生の実事や証拠といった一次資料とは異なり、資料回収を控えるべき弁護士依頼者間の通信内容といった秘匿特権対象の二次資料につき、従来の日本の実務が、一次資料たる事実や証拠へのむしろ重要な手掛かりとして、ややもすると積極的に回収してきたという状況があったために、この特権を認めると実態解明を阻害するという一方で、弁護士依頼者間の通信の秘匿特権を認めることには非常に強い反対の議論があったようである²¹⁾。

18) 弁護士依頼者間の法的助言を得るための通信内容の秘密の特権は、刑事捜査手続や行政調査手続においては、差押えや提出命令を拒否することができる権利や刑事の接見交通権として現れてくることになる（刑事訴訟法105条・39条1項、通信傍受法16条等参照）。川出敏裕「弁護士・依頼者間秘匿特権を巡る現状と課題」刑事法ジャーナル49号（2016年）38頁以下が詳しい。

19) 川出・前掲44頁参照。

日本では、行政調査手続などにおける当局の資料確保のためという実務的必要性の声が、証拠の強制開示制度における当事者の防御権としての正当性を論じる声よりも強かったと言えよう。

Ⅲ 小括

日本の弁護士の秘匿特権をめぐる法社会状況は、以上のように、独自の解釈および運用がなされてきたきらいがあることが判った。

すなわち、日本法における弁護士の職務上の秘匿特権の範囲には、依頼者が提出を望まない一次資料を含み、また、英米法の弁護士依頼者間の通信内容および弁護士の訴訟等準備資料を当然に含む広い範囲の概念であることがあまり理解されておらず、日本には、弁護士依頼者間の通信秘匿特権は認められていないかのように解されている向きがある²²⁾。この特権については、民事訴訟法および刑事訴訟法の明文が、基本的には裁判手続開始後の証拠調べにおける秘匿の権利として定めているため、裁判手続前の行政調査段階や刑事捜査手続でも認められるかについては不透明な部分がたしかに残っていたことにも原因がないわけではない。

また、証拠収集手続における情報開示が強制的であるのが原則の英米法下で

20) 従来、日本の独占禁止法の手続では、とりわけ裁判手続に至る前の立入調査段階において、裁判手続開始後の弁論主義制度と異なり、事件に関する事実や証拠が提出対象となっていただけでなく、弁護士依頼者間の通信内容についても例外なく提出対象とされる運用が一般的になされていたところ、2019年6月19日改正独占禁止法が成立し、その関連規範の中で、行政調査手続において、事実や証拠などの提出が求められたとしても、弁護士依頼者間の通信内容および弁護士の訴訟等準備資料（ワーク・プロダクト）については、公布の日から起算して1年6か月を超えない範囲内において政令で定める日とされている改正法の施行の日までに、弁護士依頼者間秘匿特権に留意する取扱い制度（審査官がその文書等にアクセスしないで、封を施し、審査官とは別の判別官が、当該物件が開示対象物件としての条件を満たすか確認する手続）が整備されることとなった。松本博明＝萩原泰斗「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律』（令和元年改正）等について」NBL1154号（2019年）27頁以下、33頁以下参照。

21) 日本の議論状況につき、例えば、片山・前掲注（1）31頁以下など参照。

の議論と、任意的であるのが原則の大陸法下での議論では、弁護士の職務上の秘匿特権の必要性・重要性の意義に差があり、日本などでは、そもそも一次資料から任意提出原則であるゆえに、とりたてて依頼者と弁護士間の通信内容などを提出させられることもなく、これらを保護することについて、関心および必要性が低かった。それゆえ、日本の弁護士の職務上の秘匿特権が、英米法上の弁護士依頼者間の通信に限った秘匿特権と、どのように対応するかについては精査されてこなかったように思われる。

以下では、前述した2つの点について留意した上で、日本の民事訴訟手続一般における弁護士の秘密保持の権利もしくは義務について、秘密保持の権利もしくは義務の主体は誰か、内容および範囲はどのようなものか、秘密保持の権利および義務の内容または範囲もしくは限界は異なるのか、秘密保持の権利の現代的な意義などにつき、改めて検討することにする。

第2章 ドイツの弁護士の守秘義務および職務上の秘匿特権

もともと、一般的に認められてきた弁護士の守秘義務もしくは職務上の秘匿特権は、弁護士の職務上の特権として認められるものなのか、それとも、依頼者の権利のために認められるものか。

現在、大陸法国のドイツおよび日本、または英米法国のアメリカおよびイギリスなどでは、依頼者のための権利と考えられている。すなわち、秘匿特権の権利帰属主体は、依頼者個人であるが、秘匿特権の行使主体は、職業的身分を有する者（profession）にあるとして、権利帰属主体と権利行使主体とに分け

22) JASRAC 事件では、東京地裁および東京高裁は、行政審判手続については、現在日本に弁護士・依頼者間秘匿特権に関する規定が存在しないし、慣習法としても社会の法的確信などによって具体的権利として認められるには至っていないとし、公取委は、弁護士と依頼者間のコミュニケーションについて留置し、それを公取委の審判手続で証拠として使用することは禁止されていないと判示した（東京地判平成25年1月31日訟月60巻3号546頁、東京高判平成25年9月12日訟月60巻3号613頁。なお、事件は最高裁まで上がっている（最三決平成27年4月28日民集69巻3号518頁））。ただし、立法論の余地は残されていたところである（伊藤・前掲注（9）135頁）。

て考えられている。他方、大陸法国の中でも、職業 (profession) という専門家の地位を中心に考えるフランスやイタリアなどでは、従来、職務上の秘匿特権について、権利行使主体と権利帰属主体を一体として考え、権利帰属主体も職務上の身分を持つ弁護士であるとしてきた経緯があり、依頼者は弁護士の秘匿特権を放棄できないとされてきた²³⁾。

職務上の秘匿特権の権利帰属主体に関する歴史的沿革や意義については、英米法圏もしくは大陸法圏の各国においても、さまざまな議論があるが、本稿では、職務上の秘匿特権の権利帰属主体は依頼者個人とする、ドイツとアメリカを代表的な例として確認しておく。

I ドイツの職務上の秘匿特権の主体

1 職務上の秘匿特権の権利帰属主体

ドイツでは、一般的な弁護士の守秘義務は、連邦弁護士法 (BRAO = Bundesrechtsanwaltsordnung) 43条 a2項、ドイツ刑法典203条および連邦弁護士会規約委員会が制定する規約 (Satzung) である弁護士職業規則 (BORA = Berufsordnung des Rechtsanwalts) 2条により、定められている。弁護士の守秘義務は、ドイツの民事訴訟手続上では、国民が一般に情報提供の義務を負う場合であっても、国家当局に対し、委任に関連する情報の開示を守秘する弁護士の特権として現れる。それが、ドイツ民事訴訟法 (ZPO = Zivilprozessordnung) における職務上の理由に基づく秘匿特権 (ドイツ民事訴訟法383条1項6号) である²⁴⁾。

この特権はまた、ドイツ基本法12条1項1文の憲法上の職業遂行の自由から

23) マティアス・キリアン (應本昌樹訳)「弁護士の職業秘密——ドイツ弁護士法における展開とその方向——」森勇編『弁護士の基本的義務——弁護士職業像のコアバリュー』(中央大学出版部、2018年)496頁など参照。英米法国および大陸法のドイツ・フランス・スイスに関して横断的な比較考察をした最近の日本での紹介については、日本弁護士連合会弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関するワーキンググループ『弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告』(2016年)4頁以下がある。

守られている²⁵⁾。ドイツでは、連邦弁護士法1条および3条により、弁護士は、司法機関であり、依頼者の利益の擁護をもって国家の権力行使の統制を果たすとされている。依頼者の利益の擁護のためには、人的信頼関係が必要であり、その基礎が弁護士の職業秘密にあるとするのである²⁶⁾。

依頼者自身もまた、ドイツ基本法1条1項・2条1項に基づき情報の自己決定権が認められ、個人情報を開示するか否かの自由を有している。

ドイツの職務上の秘匿特権の権利帰属主体は、専門職がその性質上秘密を開示しないという信頼によって個人の秘密を告白した者、すなわち患者や依頼者、信徒などである。弁護士を含む特定の専門職に職務上の秘匿特権の行使が認められている趣旨は、秘密の権利帰属主体から専門職に対する依頼者の「信頼」（秘密を守るだろうという信頼）を保護するところにある²⁷⁾。

したがって、秘密の権利帰属主体たる患者や依頼者、信徒らが秘密の保持を放棄した場合（専門職者が守秘義務を免除された場合）、医者や弁護士や司祭といった専門職者はもはや秘匿特権を行使することができないことになる（ド

24) ドイツの弁護士の守秘義務に関する日本での近時の紹介としては、スザンネ・オファーマン-ブリュッハルト（森勇訳）「弁護士の守秘義務——弁護士職業規則2条の改正に寄せて——」森勇編『弁護士の基本的義務——弁護士職業像のコアバリュー』（中央大学出版部、2018年）447頁以下（比較法雑誌49巻4号（2016年）95頁以下初出）、キリアン・同書前掲471頁以下がある。弁護士は、依頼者のために守秘の義務を負うが、訴訟において、依頼者にとって不利なことにつき口を閉ざす権利としても認められていると言われている（同96頁）。また、守秘義務に対応する権利として、民事訴訟における証言拒絶権のみならず、裁判所の文書提出命令に服さない権利（ドイツ民事訴訟法142条）、ドイツ刑事訴訟法（StPO = Strafprozessordnung）における証言拒絶権（ドイツ刑事訴訟法53条1項3文）、同法97条1項ないし3項に基づく押収拒絶権、同法100条cに基づく盗聴・録音の禁止、捜査処置の禁止（刑事訴訟法160条a）が挙げられている（オファーマン-ブリュッハルト・前掲465頁）。

25) BVerfGE 110, 251f. = NJW 2004, 1305.

26) キリアン・前掲注（23）471頁以下。

27) 例えば、Thomas/Putzo, ZPO, 39.Aufl. 2018, § 383 Bem. 3. 日本での紹介としては、坂田宏「ドイツ民事訴訟における職権による文書開示制度を手がかりとして」『民事手続法の現代的機能』（信山社、2014年）59頁以下など参照。

イツ民事訴訟法385条2項)。秘匿特権の放棄の主体は、弁護士ではなく依頼者なのである。

2 職務上の秘匿特権の権利行使主体

(1) 秘匿特権の条文上の根拠

ドイツにおける職務上の理由に基づく秘匿特権の具体的な権利行使主体として、ドイツ民事訴訟法383条1項4号では「司祭および牧師職の行使の際に告白された事項に関して司祭および牧師 (Geistliche)」、同5号では「論文 (Beiträge) および資料 (Unterlage) の執筆者、投書者 (Eisender) または情報提供者 (Gewährsmann) に関し、また編集の1部のための論文、資料または通知に関するものである限り、それらの者の仕事に関してなされた通知に関しては、定期刊行物 (periodische Druckwerken) もしくは放送についての準備、制作もしくは頒布 (Verbreitung) に際して職業として関与し (mitwirken)、または関与した者」、同6号では「守秘義務が及ぶ事実に関して、その官職 (Amt)、地位 (Stand) または職業 (Gewerbe) からみて事実を打ち明けられる立場にある者であって、秘密を保持することがその性質または法規によって要請されている者」が列挙されている²⁸⁾。

条文の文言を見てみると、ドイツ民事訴訟法383条1項6号は、同条1項4号の宗教職ないし5号の報道関係者と異なり、具体的な職業を条文上列挙していないことが明らかである。ドイツ民事訴訟法383条1項6号は、単に「官職、地位または職業から」秘密保持が要請される者とのみ規定しており、どのよう

28) ここで特筆すべきなのは、宗教職については、ドイツ民事訴訟法では(日本の民事訴訟法と異なり)、同383条4号において同6号の専門職とは別に規定されていることである。すなわち、「僧侶 (Geistliche) は教導執行の際に告白された事項に関して」「証言を拒絶する権利あり」とされている(条文の訳については、ロタール・ゾイフェルト原著(石渡敏1ほか訳)『1877年1月30日独逸帝国民事訴訟法同施行條例註釈』(法曹会出版、1900年)50頁および法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典——2011年11月22日現在——』(法曹会、2012年)131頁以下参照)。また、メディア関係者については、1975年改正でドイツ民事訴訟法383条5号が新設されて、秘匿特権が認められていることである。

な専門職がこれに該当するののかについては、具体的に規定していない。また、「法規によって」守秘義務が定められている者のみならず、「性質上」黙秘義務が要請されているような者にも秘匿特権が存すると定めている。そこで、具体的にどのような専門職が、このドイツ民事訴訟法383条1項6号の「官職、地位または職業」に含まれるのかにつき、解釈上の争いが生じうるものの、弁護士が6号の職業に含まれることに争いはない。

弁護士の範囲については、フランスでは今なお「弁護士」の範囲には、組織内弁護士は含まれないし、EU加盟国以外の第三国たる日米などの外国弁護士も含まれないとしている²⁹⁾。これに対し、ドイツでは、2016年1月1日に施行された「組織内弁護士（Syndikusanwalt）の権利の新たな規律に関する法律」に基づく連邦弁護士法46条改正により、組織内弁護士もドイツの弁護士としての権利が認められるようになり、これらの者にも、原則的には、職業上の秘密保持の権利が認められた³⁰⁾。ただし、組織内弁護士には、刑事手続上および行政手続上の秘密保持の権利は、限定的にしか認められていない³¹⁾。

他方でEU加盟国以外の第三国の外国弁護士については、ドイツの連邦憲法裁判所は、アメリカの弁護士事務所に対し、ドイツの弁護士としての権利を認めていない。アメリカの弁護士事務所（Jones Day）がドイツ法人（Audi）の代理人であった事件で、アメリカの弁護士事務所はドイツの弁護士には該当しないとして、ドイツ法人としての基本的人権が認められず、それゆえ、アメリカの弁護士事務所には、刑事捜査手続において文書提出を拒絶する秘匿特権（ド

29) EUにおける秘匿特権の議論状況や加盟国の状況および経緯については、今井猛嘉「ヨーロッパにおける弁護士・依頼者間秘匿特権」刑事法ジャーナル49号（2016年）56頁以下参照。

30) 組織内弁護士がドイツでは弁護士としての権利を認められてこなかった経緯については、マルティン・ヘンスラー（森勇訳）「ドイツにおける弁護士マーケットの展開——日本の法律相談市場にとって一つのモデルとなりうるのか？——」森勇・米津孝司編『ドイツ弁護士法と労働法の現在』（中央大学出版部、2014年）53頁以下参照。

31) 押収拒絶権、盗聴・記録禁止、捜査禁止は適用されず、また、ヨーロッパの独占禁止法関連の手続では、証言拒絶権もない（キリアン・前掲注（23）489頁参照）。

イツ刑事訴訟法 160a 条 1 項 1 文) も認められないとしたのである³²⁾。ドイツの弁護士依頼者間秘匿特権は、ドイツ国民とドイツの弁護士（もしくは EU 加盟国所属の弁護士）の間で認められるものと狭く解されている。

(2) 刑法における秘密漏示罪³³⁾と民事訴訟法における秘匿特権との関係

ドイツの民事訴訟法上の秘匿特権に関する注釈書では、ドイツ刑法に定められている秘密漏示罪の行為主体との関係が説明されているので、理解のため、以下に簡潔に紹介したい。

現行ドイツ刑法 203 条³⁴⁾は、特定の者を処罰対象にして、個人の秘密を侵害する秘密漏示罪を定めている。この処罰対象となる特定の者は、前提として個人の秘密の守秘義務を負っている者が該当することになるが、ここで列挙されているのは、他人の秘密、特に個人の生活領域に属する秘密または経営上もしくは商売上の秘密を守るべき者である。

すなわち、ドイツ刑法 203 条 1 項 1 号では「医師、歯科医、獣医、薬剤師…その他の治療の職業に属する者」、同 2 号では「公認の職業としての心理学者 (Berufpsychologen)」、同 3 号では「弁護士…弁理士、公証人、弁護人、会計士、

32) BVerfG AnwBl 2017, 999.

33) ドイツ刑法 203 条の秘密漏示罪とドイツ刑事訴訟法 53 条以下の秘匿特権との関係については、邦文ものでは、ゲラルト・グリェンヴァルト『ドイツ刑事証拠法』(福井厚監訳) (成文堂、1999 年) 20 頁以下が詳しい。そこでは、刑法 203 条が刑事訴訟法 53 条に優先するのか、すなわち刑法 203 条で守秘義務を負う者に対してはそもそも尋問が禁止されるのか、という優劣関係が問題となっている。グリェンヴァルトは、刑事訴訟法の 53 条に該当する主体には証言拒絶権があり、刑法 203 条の主体にもなっている場合 (弁護人、弁護士、医師など) は、被告人の秘密に関わる限りで尋問が禁止されると解するべきだと主張している。これに対し、刑法 203 条にのみ該当する者 (職業的な心理学者など) は、刑事訴訟法 53 条の秘匿特権が認められていないので証言義務があり、刑法 203 条の秘密漏示罪の成否については、構成要件に該当するが、この証言義務により正当化されると説明される。

34) 1974 年の改正により、旧 300 条は現行 203 条に変更されている。法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典』(法曹会、1982 年) 147 頁参照。ドイツ刑法の条文の邦訳については、以下これを参照した。

帳簿会計人（Buchprüfer）、税理士、税理代理人（Steuerbevollmächtigten）、または弁護士団体、弁理士団体、会計士団体、帳簿会計人団体、もしくは税理士団体の機関もしくは構成員」、同4号では「官庁または公法上の団体、施設もしくは財団により承認された相談所における結婚相談員、家庭相談員、教育相談員または青少年相談員、および中毒問題に対する相談員」、同5号では妊娠紛争法の3条から8条に基づく「公認の相談所の構成員または受託者」、同6号では「公認のソーシャル・ワーカー（Sozialarbeiter）または社会教育家（Sozialpädagogen）」、同7号では「疾病、災害もしくは生命の保険業または開業医、税理士業もしくは弁護士業に従事する者³⁵⁾」が、自己に打ち明けられまたはその他知るところとなった秘密を権限なく漏示した者は、1年以下の自由刑または罰金に処すると定められている³⁶⁾。また、これらの者の補助者についても、ドイツ刑法203条3項では守秘義務が定められ、それに反してなされた秘密漏示行為を処罰している³⁷⁾。

ドイツ刑法203条1項の秘密漏示罪の処罰対象者と、ドイツ民事訴訟法383条1項6号の秘匿特権の行使主体とは一致するのか、という問題については、ドイツ民事訴訟法の註釈書は、ドイツ刑法203条1項で列挙されるこれらの者すべてが、ドイツ民事訴訟法上の秘匿特権を負う守秘義務者となるわけではない旨を説明している³⁸⁾。原則的には、ドイツ刑法203条1項の秘密漏示罪に列挙される行為者は、ドイツ民事訴訟法383条1項6号の職務上守秘義務を負い、

35) StGB § 203 I Nr.7, „Angehören eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen, steuerberaterlichen oder anwaltlichen Verrechnungsstelle.“

36) Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 203.

37) ドイツ刑法203条3項では、「職業的に勤務する、第1項および第2項に掲げた者の助手、および同項に掲げた者の所でその職業の準備のために勤務する者は、第1項および第2項に掲げた者と同等とする。さらに、秘密を守る義務を負う者の死後においては、死亡した者からまたはその者の遺品から秘密を知り得た者も、第1項および第2項に掲げた者と同等とする。」

38) 例えば、Zöller/Stephan, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 383 Rn. 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 120 Rn. 20.

秘匿特権を有する者とされるが、この中で例えば同条項2号の「社会教育家」は、ドイツ民事訴訟法383条1項6号の秘匿特権を有する者にあたらない³⁹⁾とされている。その理由としては、秘匿特権の正当化根拠は、第三者に対して、官職、地位、または職業に基づき、心おきなく助言や行為を求められるようにするべく、個人の利益について秘密を守るべき者で、その情報提供者たる第三者の同意なしに証言することが許されないことにあるところ、社会教育家などはこのような職業的役割を負っていないからであると解されている⁴⁰⁾。

II 職務上の秘匿特権の客体

職務上の秘匿特権の客体は、広く「職業上の知り得た秘密で守秘義務を負うもの」である（ドイツ民事訴訟法383条1項）。職業上知り得た秘密で守秘義務を負う範囲は、第一次的には法規、第二次的には事柄の性質に基づくとされている。そして、どのような事柄が守秘義務を負うかの判断基準については、とりわけ取引慣行と信頼する依頼者の正当な期待によると解するのが通説的である⁴¹⁾。

守秘義務を負う事項とは、弁護士がその職務の執行において知ったすべてに及ぶ。弁護士が第三者の側から知り、あるいは自己の調査に基づき確認したことや、委任にとって重要なこともこれにあるとされている。依頼者の利益に関われば、偶然知ったこともこれに含まれる。秘密保持を要しないのは、顕著であるかまたは意味のない事実のみとされている⁴²⁾。

ドイツでは、電子メール、電話等のファックスなどの電子的媒体による弁護士依頼者間の通信については、依頼者の同意があった場合にのみこれを行うことができる⁴³⁾とされている。弁護士は、基本的にセキュリティ対策を採ることが一般に必要とされているのである。ただし、暗号化されていないコミュニケー

39) Blau NJW 73, 2234.

40) BVerfG NJW 72, 2214.

41) Thomas/Putzo, a.a.O. (Anm.27), § 383 Bem. 7.

42) キリアン・前掲注 (23) 473頁。

シヨンのための電子メールアドレスが提供されているときには、すでに黙示の同意があったものとされている⁴³⁾。

通信内容を含めた依頼者に関するデータの保護も重要となってきた。弁護士がコンピューターを使って処理したデータやeメールを使って連絡を取り合ったりしたデータなどが対象となるが、弁護士のこれらのデータの取扱いに関し、EUのデータ保護法(DSGVO=Datenschutz-Grundverordnung、英語ではGDPR=General Data Protection Regulation)の下で、ドイツ国内法(BDSG=Bundesdatenschutzgesetz)が今後は関わることになる⁴⁴⁾。

なお、近時は、マネーロンダリング防止法(GwG=Das Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten)2条1項7号に基づき、弁護士、弁護士会所属弁護人(Kammertechtsbeistand)、弁理士等が、例えば不動産、金銭等の財産管理、社団の設立などの取引の計画または実行に関与する場合、マネーロンダリングまたはテロリスト組織への資金提供のためのものであるとの疑いがあるときには、同11条1項・4項により、連邦弁護士会にその依頼者を通報しなくてはならないという、秘匿特権の例外の通報義務が特別法で定められている⁴⁵⁾。

Ⅲ 秘匿特権の適用時期の範囲

ドイツの民事訴訟においては、事実や証拠の提出が本来任意的であり、刑事訴訟などと異なり、裁判手続に入る前の捜査段階などがないため、相手方や裁判所に対し事実や証拠の提出を包括的に強制されることがなく、秘匿特権で防御すべき状況がそもそも生じない。

それゆえ、秘匿特権の適用時期の範囲についても、ドイツの民事手続におい

43) キリアン・前掲注(23)484頁以下。

44) 日本での紹介は、<https://www.jetro.go.jp/world/europe/eu/gdpr/>。ドイツのガイドラインは、<https://www.bitkom.org/Themen/Datenschutz-Sicherheit/Datenschutz/Inhaltsseite-2.html>。

45) オフターマン-ブリュッハルト・前掲注(24)459頁以下参照。

ては、問題が特段生じてこなかった。依頼者に関する事実については、時期を問わず、委任関係の開始前および終了後においても、守秘義務の対象となっている。裁判などの法的助言を得る目的で行った弁護士依頼者間の通信の秘匿の権利についても、裁判手続の開始後に限られず、開始前の通信についても、基本的にその範囲として捉えられてきた。守秘の権利は、質問に対して情報提供を拒否できる権利として理解されるだけではなく、かえって、国家の側からも、守秘の権利を空洞化するような、弁護士やその事務所に対する措置は、厳格な要件の下でのみ許されるという趣旨で尊重されなければならないとされている⁴⁶⁾。

民事手続と異なり、刑事手続や行政手続においては、秘匿特権の適用時期が手続のどの程度の開始前までさかのぼれるのかは、重要な問題となる。刑事事件では、捜査手続において、被疑者の身柄拘束の可能性が高かったり、行政事件でも、強力な調査権限を有する行政庁による処分が予想されたりするため、秘匿特権の適用時期を早期の範囲について確認する必要がある⁴⁷⁾。

刑事手続においては、捜査開始前であっても、被疑者と弁護士との間で作成された書面も秘匿特権の対象として認められている例がある一方で、独占禁止法違反事案の判例によると、依頼者に対する調査手続が開始された後においてしか主張できないとされているようである⁴⁸⁾。また、前述のマネーロンダリング防止法11条1項1文によれば、弁護士は、マネーロンダリング罪（ドイツ刑法261条）の違法な金融取引を暴露するため、こうした取引を見つけた際には、「嫌疑（verdachtsabhängige）の段階」⁴⁹⁾でも通報義務を負わされている。

これらは、弁護士の職業秘密の権利を脅かすもので批判もあるものの、違法

46) キリアン・前掲注(23) 473頁。

47) 今井猛嘉「弁護士・依頼者間秘匿特権：その基礎的検討」法曹時報67巻8号（2015年）14頁以下。

48) 今井・前掲15頁。

49) 訴追可能な犯罪が行われたことが犯罪捜査学的経験上推認され、疑いを生じさせる契機となるものが、ドイツ刑法261条の定める行為を推定させ、証拠方法の発見のためや、捜査がなされることで足りるとされている。キリアン・前掲注(23) 479頁以下参照。

取引を計画する者が弁護士の守秘義務を利用する意図で弁護士に委任することがあってはならないことが理由として言われている⁵⁰⁾。

第3章 アメリカの弁護士の守秘義務および弁護士依頼者間秘匿特権

アメリカの民事訴訟において、弁護士依頼者間秘匿特権は、審理（トライアル）における証拠提出もしくは証言拒絶権としての意義よりも、その前段階にあたる証拠開示手続（ディスカヴァリー）における証拠提出拒絶権として、重要な意義を持っている。これは、裁判所外にて当事者のみで、証拠の相互開示・証人の相互尋問などの証拠調べが、審理の前に任意に行われるという訴訟手続構造を取るアメリカにおいての大きな特徴であろう。

証拠開示原則（アメリカ連邦民訴規則26条(b)(1)）とは、一方当事者の請求または抗弁に関連するすべての事項につき、秘匿特権が認められない限り、開示義務があること、また裁判所が正当理由ありとした係属中の訴訟をめぐる主たる判断事項に関連するその他の事項の開示義務があることを意味する。また、審理で証拠採用されない伝聞証拠や意見情報も、開示で得られた情報を基に、トライアルで採用される証拠に到達できる合理的可能性さえあれば、証言録取（deposition）や尋問調書（interrogatories）で収集でき、範囲が広い。

この広汎な証拠開示原則の貴重な例外の1つが弁護士依頼者間の通信（コミュニケーション）秘匿特権⁵¹⁾になる。

アメリカにおける通信秘匿特権の種類については、ドイツと同様、人的（主體的）理由に基づくものと、物的（客體的）理由に基づくものがある⁵²⁾。すなわち、人的理由に基づくものとしては、夫婦間の秘匿特権（marital privilege）⁵³⁾、医者患者間の秘匿特権（physician-patient privilege）、および聖職者懺悔者間の秘匿特権（clergy-penitent privilege）が、争いなく認められている。また、会

50) キリアン・前掲注（23）480頁以下参照。

51) 浅香・前掲注（4）80頁以下。

52) 以下の説明は、モリソン・フォースター法律事務所『アメリカの民事訴訟』（有斐閣、1995年）84頁以下参照。

計士依頼者間の秘匿特権 (accountant-client privilege) についても、約30%の州で、法令により認められている。他方、物的理由に基づくものとしては、州により異なるが、企業秘密の秘匿特権 (trade secret privilege) や新聞記者などの報道関係者の秘匿特権などが認められる場合がある。

アメリカにおいては、このような秘匿特権の中でも、人的理由に基づく秘匿特権、とりわけ弁護士依頼者間の秘匿特権が、弁護士のワーク・プロダクト (訴訟等準備資料) と相まって、訴訟上重要な意義を有している。

I 弁護士依頼者間秘匿特権の意義

弁護士依頼者間の秘匿特権とは、法律上の助言を求めている間に弁護士に与えられた、もしくは弁護士から受け取った情報を保護するという特権である⁵⁴⁾。アメリカの秘匿特権の起源は、イギリスのコモン・ローに遡るが、もとはコモン・ロー上の秘密のコミュニケーションにおける秘匿特権 (communication confidentiality privileges) の1つである⁵⁵⁾。アメリカで最初に秘匿特権が行使されたのは1888年のことである⁵⁶⁾。現在では、連邦民事証拠規則501条が、証人にコモン・ロー上のすべての秘匿特権を認めている⁵⁷⁾。そのうち弁護士依頼者間の秘匿特権は、職業行為模範規則によりすべての州で要請されており、弁護士は依頼者との間

53) 多くの州では、夫婦間の秘匿特権には2種類のあるとされる。第一に、婚姻状態にある配偶者は、訴訟手続で他の配偶者に不利となる証言を強要されないという特権である。第二に、配偶者は婚姻中に夫婦間でなされた交信を明らかにすることを拒むことができるという特権である。McCormick, Evidence, vol.1 § 66, 78 (7th ed. 2013)。

54) See Securities Exchange Council v. Gulf & Western Industries, Inc. 518 F. Supp. 675, 683 (D.C. Dist. 1981)。この判決では、秘匿特権の範囲は法律上の助言に限られると判断された。法律上の助言とは、法律に基づく助言 (advice regarding compliance with the law) のことと定義された。純粋なビジネス上の助言や個人的な事柄への助言は、法律上の助言として保護されないのである。

55) See e.g., Gregg F. LoCascio, *Reassessing Attorney-Client Privileged Legal Advice in Patent Litigation*, 69 Notre Dame L. Rev. 1203, 1204-05 (1994)。

56) See Hunt v. Blackburn, 128 U.S. 464, 170 (1888)。

57) See Fed. R. Evid. 501。

の通信内容を原則秘匿しなければならないとされている⁵⁸⁾。

弁護士依頼者間秘匿特権の正当化根拠は、現在、主に2つあるとされている⁵⁹⁾。第1に、弁護士と依頼者間で物事を包み隠さず交流できるように推奨し、もって法律上の広汎な考察が促進されるようにすること⁶⁰⁾、第2に、依頼者が自分の秘匿情報にアクセスし得るかを自ら支配できるようにすることである⁶¹⁾。ただし、依頼者の秘密保持の自由は、法令遵守の範囲でということになる。

II 弁護士依頼者間秘匿特権の主体

1 沿革および秘匿特権の意義と権利主体

沿革的にみると、英米法圏での弁護士依頼者間秘匿特権が発祥した16世紀のイギリスでは、弁護士依頼者間の通信の秘密保護としての秘匿特権は、弁護士の紳士の身分に基づく美德・高潔（probity）として捉えられていた。紳士は、高潔であるがゆえに、人の秘密についてむやみ勝手に人に話すものではないという道徳的価値に基づいていたのである⁶²⁾。

58) See Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6 (2018). Rule 1.6(a) states confidentiality of information, “A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent...” 依頼者が、インフォームド・コンセントしていない限り、弁護士は依頼者の代理に関する情報を開示してはならない。ただし、秘匿の例外事項として、すべての州で、当該規則とおおむね同様の規定が置かれている。秘匿特権の例外は、現在7つに増えてきており（Rule 1.6(b)(1)-(7)）例えば、依頼人がこれから人の生命身体に対して重大な侵害や人の経済的な利益に重大な損害を及ぼす詐欺を犯す予定である場合や、虚偽の証拠を法廷に提出しようとする場合などが挙げられる。

59) See H. Lowell Brown, “The Dilemma of Corporate Counsel Faced with Client Misconduct: Disclosure of Client Confidences or Constructive Discharge”, 44 Buffalo L. Rev. 777, 782 (1996).

60) See *Upjohn v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

61) See *Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co.*, 98 F.R.D. 442, 444 n.5 (Del.1982). 弁護士依頼者間のコミュニケーションは、「情報の送り手が受け手にそれを他の第三者に漏らさないことを期待していたか否かが、保護されるか否かの基準となる」と述べている。

したがって、この秘匿特権は、「弁護士」を権利帰属主体とするものであった。

ところが、19世紀頃のアメリカでは、秘匿特権の権利帰属主体の地位は、弁護士ではなく、依頼者が法を知るための権利となった。すなわち、本人が自分の事件では証人になれないという当時のルールの下、弁護士が尋問対象になり、その際、依頼者との間の会話を秘密にできると解されたのであった。

20世紀になり、依頼者のための権利であることは確定したものの、秘匿特権の意義内容は変容し、アメリカの裁判所は、弁護士に話したことが裁判でも話されてしまうことを恐れて、弁護士に話すのをためらうという依頼者の主観により着目するようになった⁶³⁾。

ところで、依頼者が組織や企業であるときには、組織は自己負罪拒否特権を主張することができない（組織例外法理（collective entity rule）⁶⁴⁾）。アメリカでは、自己負罪拒否特権は、純粹に肉体のある痛みを感じる自然人に認められる法的利益であり、人工的・擬制的な法主体には保障されていない。組織に所属する個人も、自己負罪拒否特権を放棄したものとして扱われ、組織と同一視される結果、組織の文書に関して自己負罪拒否特権を主張することができないとされている⁶⁵⁾。それゆえ、企業犯罪の弁護活動において、通信内容における弁護士依頼者間秘匿特権が、企業にとっては最後の砦としての重要な役割を果たしている⁶⁶⁾。

このような状況において、Upjohn 判決⁶⁷⁾以降現在まで、少なくとも24の州

62) Norman W. Spaulding, "The Privilege of Probity: Forgotten Foundations of the Attorney-Client Privilege", 26 Geo. J. Legal Ethics 301 (2013).

63) Norman Spaulding, "Compliance, Creative Deviance, and Resistance to Law: A Theory of the Attorney-Client Privilege", 2013 ABA J. Prof. Lawyer 135.

64) 個人は、検察官や行政機関から文書の提出を要求された場合、自己負罪拒否特権を主張して文書の提出を拒みうるとされている。酒巻匡「アメリカにおける自己負罪拒否特権の一断面——文書提出命令との関係について——」廣瀬健二=多田辰也編『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社、2003年）447頁。

65) 安井哲章「自己負罪拒否特権と文書提出命令(1)~(4・完)」法学新報111巻1=2号（2004年）299頁、同3=4号（2004年）331頁、同5=6号（2005年）315頁、同11=12号（2005年）231頁。

で、秘匿特権は依頼者のための権利とされている。ただし、権利帰属主体は依頼者であるとしても、その意義は、法令遵守理論（law compliance theory）に基づくと解されるようになった。すなわち、依頼者は、法令遵守のために弁護士に相談するのであって、その際、違法な行為をしている可能性もあるが、それについては秘密にしてもらい、将来に向かって法令遵守のための法的助言を得るところに意義があるとするものである。そのため、将来の犯罪または詐欺のおそれがある内容については、職業行為模範規則や特別法などで、弁護士依頼者間秘匿特権の例外が、明確に規定されるようになってきている⁶⁸⁾。

2 弁護士依頼者間秘匿特権の権利帰属主体

アメリカでは、現在、身分法的な発想が解かれ、むしろ依頼者が自由に専門家にアクセスし助言を得られるようにするためのものとして、「依頼者」が権利帰属主体であると考えられている。それゆえ、依頼者が、秘匿特権の意義につき弁護士から説明を受け理解した上でインフォームド・コンセントすれば、放棄することができる。弁護士は依頼者の同意なくして依頼者の秘密を開示することはできない。また、弁護士は、職務上の義務として、依頼者に対し秘匿特権の存在を知らしめ、依頼者のために秘匿特権を行使しなければならない⁶⁹⁾。

他方で、刑事責任を問われる可能性のない（すでに有罪か無罪判決を受けている）場合や、当該証言を刑事事件での証拠としないかそもそも訴追免責のときは、自己負罪許否特権はないし、一度自己負罪の証言をし始めると、関連尋問でも特権放棄になる。

なお、当事者側がうっかり開示した場合にどこまで「放棄」にあたるかは判

66) 安井哲章「アメリカにおける弁護士・依頼者間秘匿特権」刑事法ジャーナル49号（2016年）52頁以下。

67) Upjohn, *supra* note 60, at 383.

68) Spaulding, *supra* note 63, at 136-39.

69) 以上の説明につき、小林秀之編『日米知的財産訴訟』（弘文堂、1994年）107頁以下〔尾崎英男〕。

例法によっていたが、一般的に開示防止措置がかけられ、また開示後にすみやかに合理的な回復措置を執ったときは「放棄」にならない旨が、2008年改正連邦証拠規則502条(b)で規定された。

弁護士依頼者間秘匿特権の権利帰属主体の範囲であるが、かつては、会社が依頼者である場合、弁護士の法律的意見を求めるのは「会社」であるから、その「会社をコントロールし、その問題につき相当の決定権限を有する者」（経営陣）でなければ秘匿特権の対象にならないとの見方（control group test）もあった。すなわち、依頼者の範囲には、法人が入るものの、一般の従業員は含まれないというものであった。

しかしながら、Upjohn 判決⁷⁰⁾以来、その会社の社員が会社の業務に関しているならば、社内での役職や地位を問わず、秘匿特権の保護を受ける依頼者の範囲とし得ると考えられている。これは、弁護士が客観的に正しいアドバイスを与えるためには、会社の経営陣からだけでなく、むしろ事実をよく知っている現場の担当者（non-control group members）からも事情を聴取する必要があり、担当者からの情報が、秘匿特権の保護を受けないのは不都合であることが理由とされている⁷¹⁾。ただし、すべての情報が秘匿特権の保護の対象になるわけではなく、社内でも秘密扱いされていること（confidentiality）は必要である。また、担当者にとって不都合なことであっても、会社のためになるのであれば、会社に帰属する特権であるため、担当者に不利な事態が生じうる。

そのため、企業顧問弁護士は、話を聞く前に、当該担当者に、自分は会社の弁護士であって担当者個人の代理人ではないことを告げて、その者に対し警告（「Upjohn warning（Upjohn 警告）」と呼ばれる）をしなければならないとされている。

なお、現在アメリカの司法省では、企業の違法行為に関して、個人の責任追

70) Upjohn, *supra* note 60, at 383. この判決については、小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、1996年）93頁以下などが詳しい。

71) 藤田泰弘「本司法務部の部長は米国の In-House Counsel と同じ Attorney-Client Privilege を主張できるか」国際商事法務21巻4号（1993年）412頁以下。

及を強化する方針を取っており、企業に対する刑事捜査および行政調査については、その開始時より個人に焦点を当てて実施し、また捜査協力を自主的に個人に呼びかける代わりに、何らかの減免措置を与えるという司法取引の余地を拡大してきているようであり⁷²⁾、最近の日本の独禁法の審査手続法制にも、影響を与えており、日本でも、秘匿特権の有無の問題から、秘匿特権があっても司法に協力するインセンティブを別途与えることで、権利帰属主体の自主的な放棄を促し、実態解明を促す機能および運用に注目が集まっている⁷³⁾。

3 弁護士依頼者間秘匿特権の権利行使主体

弁護士依頼者間の秘匿特権の行使主体は、当然かもしれないが「弁護士」である。ただし、アメリカで言う「弁護士 (attorney-at-law)」には、外国弁護士やin-houseや公務員弁護士などを広く含む。また、租税関係を専門に扱う「tax lawyer」、特許関係を専門に扱う「patent lawyer」も含まれる（資格は州ごとに統一の司法試験 (bar exam) による）。

アメリカの弁護士資格を有する企業内弁護士 (in-house counsel) にも、雇用主たる会社との間に弁護士依頼者間秘匿特権が一般に認められているが、判

72) 安井・前掲注 (66) 52頁以下に、アメリカの連邦訴追指針の移行状況について詳しい。本稿では、この点については、これ以上立ち入らないが、アメリカでは、秘匿特権の正当化根拠につき、法令順守理論およびUpjohn判決の下、いったん秘匿特権を依頼者に認めつつ、会社などの組織法人には任意の放棄を促すことで、「情報に基づく選択権 (informed choice)」を与えるところに、法制度の現状が移ってきているとも言えそうである。法令順守理論に従うと、当局および弁護士は基本的に公益を優先し、方向性を1つにすべきであり、依頼者には、法への逸脱の余地を検討する自由すなわちインフォームド・チョイス権がないということになりそうであるが、これを依頼者に認めるべきであるとの見解 (Spaulding, *supra* note 63の論文など) が最近提唱されており、その方向性にこのような制度は親和性があるように思われる。

73) 現在のアメリカの弁護士依頼者間秘匿特権は、弁護士と依頼者間の「人的関係性」よりも、遵法と正義を効率的に実現するという動的な「社会的機能性」を促進する制度へと変容し、その中で、依頼者が、弁護士だけには何の躊躇もなく自由に相談できるという基本的権利として確立しているとの分析もある。佐成実「米国『弁護士・依頼者秘匿特権』の基本構造と企業実務——人的関係性から社会的機能性へ」NBL1142号 (2019年) 4頁以下。

例上、企業内弁護士に認められる秘匿特権の範囲については争いがあり、企業内弁護士については、秘匿特権を制限的にのみ認める州もある⁷⁴⁾。それらの州では、企業内弁護士に対する秘匿特権の適用は、3つの側面で制限されている。すなわち、①法律上の助言に限られ、ビジネス上の助言は保護されず、②不要な第三者の介入した会話の内容も保護されず、③以前に会社の防御のために使われたことがある情報も保護されない。

その上、アメリカの裁判所は、弁護士の下で働く事務員 (legal clerk) や秘書 (secretary)、アメリカおよびアメリカ以外の特許代理人 (patent agent)⁷⁵⁾、さらにはアメリカの弁護士の補助機関として働く者にも、秘匿特権を拡張することを認めている⁷⁶⁾。例えば、アメリカの裁判所は、アメリカの弁護士の通訳

74) See *United Jersey Bank v. Wolosoff*, 196 N.J. Super, 553 (App. Div. 1984). 企業内弁護士の場合、開示要求されている事実が、事件に関連性があり、重要で、かつ他の侵害的でない情報源が確保できないときは、開示対象になるとした。ただし、イン・カメラ手続でその開示の必要性を審査した点に留意が必要である。

75) アメリカにおいて、特許法律関係の実務家としては、特許弁護士 (patent attorney) と特許代理人 (patent agent) の2種類が存在する。特許弁護士とは、一般的な法律実務の資格を有している法律家 (lawyer) であるが、特許法を専門にしている者である。特許代理人とは、法曹 (bar) の一員ではなく、その事務は特許申込みに限られるが、発明家を代理し得る者である。両者とも実務を行うためには、USPTO 主催の特許の司法試験を受けなければならない。詳しい内容等については、Daisuke Yoshida, "Note, The Applicability of the Attorney-Client Privilege to Communications with Foreign Legal Professionals", 66 *Fordham L.Rev.* 209, at 217-18. ただし、アメリカの判例上、日本の弁理士には、アメリカでの秘匿特権の保護は認められていない。See e.g., *Bayer AG v. Barr Labs., Inc.*, 33 U.S.P.Q.2d (BNA) 1655, 1660 (S.D.N.Y. 1994); *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Labs., Inc.*, 143 F.R.D. 611, 623-24 (E.D.N.C. 1992); *Alpex*, 1992 U.S. Dist. LEXIS 3129, at *6-*7; *Detection Sys., Inc. v. Pittway Corp.*, 96 F.R.D. 152, 156 (W.D.N.Y. 1982). しかし、他方で、アメリカの裁判所は、ドイツやフランスの特許代理人の秘匿特権を認めている。See, e.g., *Golden Trade, S.r.L. v. Lee Apparel Co.*, 143 F.R.D. 514, 522-24 (S.D.N.Y. 1992) (Germany); *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146, 1170 (D.S.C. 1974) (France). アメリカの裁判所におけるこのような日本の場合とドイツおよびフランスの場合との取扱いの差異があるのは不当ではないかとも思われる。Yoshida, *Id.*, at 221.

76) See *Sandtrade, Ltd. v. General Elec. Co.*, 150 F.R.D. 593 (1993); *United Shoe*, 89 F.Supp., at 360; *Burroughs Wellcome*, 143 F.R.D., at 617.

や仲介人として関与する者にも、弁護士依頼者間の秘匿特権を認めている⁷⁷⁾。

Ⅲ 弁護士依頼者間の秘匿特権の客体

1 秘匿特権が認められる対象

この秘匿特権の客観的範囲（客体）については、法律上の助言に限られる（ビジネス上の助言は含まない）というのが、通説である。また、依頼者から弁護士へのコミュニケーションのみならず、弁護士から依頼者に対してなされたコミュニケーションをも含む、双方向のコミュニケーションを意味すると解するのが、通説である⁷⁸⁾。秘匿特権が認められるためには、以下の4つの要件を充たすことが必要とされている⁷⁹⁾。対象が①コミュニケーション（秘密事項や事実そのものではない。）であること、②弁護士と依頼者間のみ（第三者が入る場合は除く。）であること、③秘密でのコミュニケーション（口頭でも書面でもよい）であること、④法的助言を得る目的だったこと（ビジネス面・技術面のアドバイスは含まれない）である。別の表現としては、①秘匿特権を主張する者が、依頼者であるもしくは依頼者になろうとする者であること、②コミュニケーションの相手方が、(i)弁護士の資格を有する者またはその指揮下にある者で、(ii)当該コミュニケーションに関して弁護士と行動していること、③コミュニケーションは、弁護士が(i)依頼者により、(ii)第三者の存在しないところで、(iii)主として、(a)法律に関する意見（an opinion on law）、(b)法律上の助言（legal services）、または(c)法律手続における援助（assistance in some legal proceeding）のいずれかを確保する目的でなされ、かつ(iv)犯罪および重大な経済的利益に関わる詐欺もしくは重大な生命身体に関わる不法行為を行う目的でなされたものではないこと、④その秘匿特権が依頼者により(i)主張され、(ii)放

77) United States v. Kovel, 296 F.2d 918, 921 (2nd Cir. 1961). 会計士も、弁護士の「通訳」として関与した場合には、弁護士依頼者間の秘匿特権が認められている。その他、精神科医などの例もある。

78) 小林編・前掲注(69)109頁[尾崎]。

79) United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F.Supp. 357, 358-59 (D.Mass. 1950).

棄されていないこと、とも言われている。

なお、2006年の連邦民事訴訟規則において、コミュニケーションがeメールである場合についても保障対象になったが、不注意な開示が秘匿特権の放棄になるのかという新しい問題が生じているが、詳しいことは他稿に譲る⁸⁰⁾。

2 秘匿特権が認められる範囲

特権の保護対象の範囲について注意すべきは、要件に挙げたように、コミュニケーションのやりとりで何を話したかであって、そこで出てきた秘密事項や事実そのものではないということである。あくまで、安心して相談できる環境づくりのための秘匿特権であり、依頼者は、弁護士に話しさえすれば秘密事項としてどのような事実も裁判で提出しなくてよくなるわけではない。裁判での提出義務があるかは、裁判での請求または抗弁との関連性によるのであって、後は、営業秘密や自己負罪に関わること等でなければ、プライバシーに関することでも、裁判の事実認定に関し必要であれば基本的に提出することになる。

すなわち、弁護士依頼者間秘匿特権を論じるときに忘れがちなのが、第1に、当事者自身に、真実義務から派生する形で、もともと情報や証拠の開示義務が広くあるという点である。その上で、第2に、弁護士の秘匿特権は、当事者が開示すべき一次資料ではなく、あくまで通信内容（コミュニケーション）およびその後の訴訟準備などのための二次資料（ワーク・プロダクト）を対象としている点である。

なお、原則的証拠開示の2つ目の例外的手段は、ワーク・プロダクト（当事者や弁護士などによる訴訟等準備資料）である（連邦民訴規則26条(b)(3)）。この趣旨は、相手方の訴訟準備へのただ乗りの防止にある。しかしながら、例外

80) 拙稿「《海外文献紹介》Richard L. Marcus, *E-Discovery & Beyond: Toward Brave New World or 1984?*, 25 Rev. Litig. 633 (2006)」民訴雑誌53号(2007年)197-207頁、竹部晴美「弁護士・依頼者間の秘匿特権の現状に関する一考察」法と政治70巻1号(2019年)441頁以下など。竹部論文は、e-mailにおける不注意な開示が、秘匿特権の放棄になるか否かにつき、アメリカの議論状況について詳しい。

の例外としての開示が要請される場合がなお存在する。それは、請求者にも訴訟準備にこの情報の必要性が高く、収集が困難なときである。例えば、保険会社の事故調査報告書であっても、具体的に訴訟を予期していたわけではない限り、一般的には開示対象となる。通常は、このような事件では、和解になることが多いためである⁸¹⁾。

原則的証拠開示の例外の3つ目が、秘密保護命令（protective order）である。当該裁判での証拠としての必要性から裁判での証拠開示の必要性が高いが、なお相手方に営業秘密などを見せたくない場合に有効な制度である。裁判所への証拠提出義務は消えないが、当事者同士でも開示されると営業秘密などの情報漏洩の影響がビジネスや社会上大きいときに、相手方当事者には開示しないですむので、営業秘密を保持するのに有益である。

例えば、特許侵害訴訟において、被告側は、①イ号製品の機能を示す書面、財務情報を示す書面（損害論関係）、②マーケティング資料（イ号製品の価値関係）、③特許権者またはイ号製品に言及する内部文書（故意侵害関係）などの開示を要求される。ただし、これらは、事業秘密情報（confidential）であるので、別個に開示除外事由となっているため、相手方の代理人弁護士にのみ開示すれば足りる（連邦民訴規則26条(c)(7)）。

原則として、アメリカでは開示対象が広いので、弁護士依頼者間の通信の秘匿特権や訴訟等準備資料たるワーク・プロダクトの保護の必要性が高い。日本の企業や事業者も、アメリカの企業や事業者と取引などで関連が深い場合、アメリカで訴訟になった場合に備えて、秘匿すべき資料に関する取扱いの体制を整えておくことが重要である。近時、日本の企業や事業者も、さまざまに体制を整えるなど注意をしているところとは思われる⁸²⁾。

81) 浅香・前掲注(4) 84頁。

82) 例えば、トーマス・B・メイキンほか「弁護士依頼者秘匿特権：日本の法曹資格を有しない者とのコミュニケーションを巡る諸問題」国際商事法務44巻6号（2016年）843頁以下など。

第4章 日本の弁護士の守秘義務および職務上の秘匿特権

I 日本における弁護士等の職務上の秘匿特権の趣旨

日本の民事訴訟法220条4号ハは、同197条1項2号の職業上証言拒絶権を有する者が職務上知り得たもので守秘義務を負う事実を含む文書を、一般的な文書提出義務の除外事由として定めている⁸³⁾。そして、197条1項2号は、職務上の理由に基づく秘匿特権が認められる具体的な職業を列挙している。すなわち、「医師、歯科医師、薬剤師、医療品販売業者、助産婦、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、弁護人、公証人、宗教、祈とうもしくは祭祀の職にある者またはこれらの職にあった者」は、職務上知り得た事実で黙秘すべき事項⁸⁴⁾につき証言拒絶権を有するとしている。

民事訴訟法197条1項2号もしくは同220条4号ハおよび弁護士法23条の提出拒絶権の趣旨は、医療関係の職、弁護士などの法律関係の職や宗教関係の職などにある者またはあった者が、職務上知った事実で黙秘すべき事項に関して証言や文書の提出を拒絶することができるのは、その患者、顧客、依頼者、信徒が有する「自分の私生活の内容を不当に暴露されない利益」を守るべき守秘

83) 日本の弁護士法23条では、弁護士に対し、職務上知り得た秘密を保持する権利と義務があることを規定する。すなわち、「弁護士又は弁護士であった者は、その職務上知り得た秘密を保持する権利を有し、義務を負う。但し、法律に別段の定めがある場合は、この限りでない。」と定めている。弁護士職務基本規程23条もまた、「弁護士は、正当な理由なく、依頼者について職務上知り得た秘密を他に漏らし、又は利用してはならない。」と規定する。なお、弁理士法30条でも、「弁理士又は弁理士であった者は、正当な理由がなく、その業務上取り扱ったことについて知り得た秘密を漏らし、又は盗用してはならない。」と規定する。

84) 弁護士の証言拒絶権はどのような事項にまで及ぶかという問題があるが、証言拒絶権の範囲は「職務上知り得た事実」のすべてに及ぶものではなく、保護に値するような社会的・経済的利益が認められるもの（実質秘）であることが必要であると解されてきた。齋藤秀夫はか編『注解民事訴訟法(7)【第2版】』（第一法規、1993年）437頁〔齋藤秀夫＝東孝行〕、堀野出「81 証言拒絶権」『民事訴訟法の争点』（有斐閣、2009年）208頁以下。近時の判例も、「黙秘すべきもの」とは、秘匿の主観的利益だけでなく、客観的にみて保護に値するような利益を有する必要があるとしている（最決平成16年11月26日民集58巻8号2393頁）。

義務を、これらの専門職が負っているところにある。

すなわち、医療や法律関係などの専門職（いわゆる profession）を信頼して、個人の秘密を開示した者の信頼を保護するものである（専門職の職業自体を保護する趣旨ではない）⁸⁵⁾。人（依頼者、患者、信徒）は、自らに関する私的情報をコントロールする権利を持ち、知られたくない情報がみだりに公開されることを阻止する権利を有する。私生活の平穩のためには、訴訟の場面でも、私的情報を公にすることから保護される必要がある。たしかに、訴訟になった以上、司法的判断に必要な限り私的情報を含む文書等が公開されてもやむを得ない、との価値判断もありうるが、民事訴訟法は、依頼者、患者および信徒の情報プライバシー権を訴訟においても保護するべく、秘匿特権を認めているのである⁸⁶⁾。

また、アメリカ法の法令遵守理論で言われているように、依頼者と専門職の間の率直なコミュニケーションを促すことが法的サービスの質を向上させ、依頼者の権利利益の保護のみならず、司法制度それ自体にとっても利益を生み出すとの見解も有力になってきている⁸⁷⁾。

II 職務上の秘匿特権の主体

1 秘匿特権の利益帰属主体

秘匿特権の利益帰属主体は、上述の秘匿特権の趣旨からも明らかなように、専門職を信頼して秘密を明かした依頼者、患者、信徒である⁸⁸⁾。ただし、これらの秘匿特権の利益帰属主体が、具体的事件において当事者ないしそれに近い第三者なのかによって、秘匿特権の放棄が認められやすくなったり認められに

85) 谷口安平＝福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』(有斐閣、1995年) 314頁 [坂田宏]。

86) 情報プライバシー権については、坂田宏「民事訴訟における情報秘匿の自由と限界——民事訴訟における自己決定権とその制約に関する基礎的考察」早稲田法学75巻1号(2009年) 339頁以下が詳しい。

87) 手賀・前掲注(8)の文献の(3・完) 238頁などをはじめとする。

88) 谷口＝福永編・前掲注(85) 315頁 [坂田]。

くくなったりすることは、指摘されている⁸⁹⁾。当事者やそれに近い第三者が秘密の利益享受主体の場合には、真実発見ないし裁判の公正の要請がより強まる面があるのに対して、純粋な第三者が秘密の利益享受主体である場合には、秘密の保護の要請がより強まる面があることは否定できないと言われている⁹⁰⁾。

2 秘匿特権の権利行使主体

秘匿特権の行使主体については、わが国の民事訴訟法の条文上に、具体的な専門職名が列挙されている。

条文に列挙されたこれらの専門職の者に秘匿特権が認められることに争いはない。問題は、条文上列挙されていない専門職業の者にも秘匿特権が認められる余地はないかである。そこで、以下、順に分けて論ずる。

(1) 明文上秘匿特権が認められる者

秘匿特権の行使主体として争いのない者としては、民事訴訟法197条1項2号で明示されている者が挙げられよう。すなわち、医療関係の専門職として医師⁹¹⁾、歯科医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産婦が、法律関係の専門職として弁護士（外国法事務弁護士を含む）、弁理士、弁護人⁹²⁾、公証人が、宗教関係の専門職として宗教・祈とうもしくは祭祀の職にある者またはこれらの職にあった者が、秘匿特権を行使しうる。注意すべきなのは、これらの者は秘匿特権の「行使」主体であって、「利益帰属」主体ではないという点である（秘匿特権の利益帰属主体は患者、依頼者、信徒等である）。そのため、秘匿特権の利益帰属主体たる患者、依頼者、信徒らが、自らの利益を「明示もしくは黙示に」⁹³⁾放棄（証人となっている専門職者に対して黙秘義務を免除）した場合

89) 小林秀之「証言拒絶権・秘匿特権」民商90巻4号（1984年）536頁参照。

90) 柏木邦良「企業秘密と証言拒絶」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座2』（日本評論社、1981年）138頁。

91) 心理療法師などの各種の療法師も、医師に準じて取り扱うのが妥当であると解されている。谷口＝福永編・前掲注（85）315頁 [坂田]。

92) 弁護人とは、弁護士でない者で弁護人となる者、いわゆる刑事訴訟上の特別代理人（刑事訴訟法31条2項）をいう。谷口＝福永編・前掲注（85）315頁 [坂田]。

には、秘匿特権の行使主体たるこれらの専門職者は、証言拒絶権を行使できないことになる（民事訴訟法197条2項）。

(2) 他の法令上秘匿特権が認められる者

民事訴訟法197条1項2号で列挙された者以外の者に、秘匿特権の行使主体として秘匿特権が認められるか、という争点をめぐり、いくつかの問題が生じる。条文は限定列挙であるとして、条文で列挙されていなければ、その他の専門職の者には当然に秘匿特権は認められないということで、平成8年の改正でも見直しの議論はあったものの、マス・メディアなどについては、結局認められなかった。

しかし、新たな法律職の出現、国際訴訟社会の到来、マス・メディアの発達などの現代社会の要請に鑑みて、法律上刑事罰を伴う守秘義務が課される者への拡大は、一般に認められると解されるようになってきている⁹⁴⁾。

民事訴訟法197条1項2号の立法趣旨は、本来、依頼者との信頼関係の必要な「専門職」の守秘義務を定めたところにあるのである。依頼者等の秘密保護の必要な専門職で特別法の規定により守秘義務が定められている者については、法の明確性の要請からみても（他の特別法から明確性が補充的ながら充たされうるのであるから）、少なくとも民事訴訟上の秘匿特権が認められてしかるべきであるという考えが現在では主流になっているようである⁹⁵⁾。しかも、明治の民事訴訟法成立時に、例えば公認会計士や税理士が存在していなかった⁹⁶⁾以上、これらの者を列挙しようがなかったことを考えれば、時代の要請を無視し得ないだろう。

93) 齋藤ほか編・前掲注(84)438頁[齋藤=東]。

94) 筆者は、すでに拙稿「職業上の理由に基づく証拠の秘匿特権——法律業務の秘匿特権を中心として」山形大学法政論叢24=25合併号(2002年)1-52頁で、その検討を行っている。公認会計士法27条、民事調停法38条、家事手続法292条から、公認会計士や調停委員などにも秘匿特権が認められると言われている（笠井正俊=越山和広『新・コンメンタール民事訴訟法【第2版】』（日本評論社、2013年）802頁[山田文]）。

95) 谷口=福永編・前掲注(85)315頁[坂田]なども、従前より、特別法で守秘義務の定めのある者については、秘匿特権を認めてよいと解している。

少なくとも、特別法の規定により守秘義務が定められている者については、民事訴訟法197条1項2号の秘匿特権を直接もしくは類推適用によって認められよう⁹⁷⁾。

Ⅲ 秘匿特権の客体

1 秘匿特権の対象となる事実

秘匿特権が認められる事実とは、職務上知り得た事実で、それにつき職業上守秘義務を負うものでなければならない(民事訴訟法197条1項2号参照)。黙秘すべきものとは、一般的に知られていないいわゆる秘密事項であって、それを隠すことによって、本人が一定の利益を持ち、逆にそれを公表すれば、その名誉・信用その他社会経済的に不利な影響を及ぼすもの(実質秘)をいう⁹⁸⁾。

黙秘すべき「秘密」とは、「一般には未知の事実であり、本人自身が特に秘匿しておきたいと思う性質のものであり(主観的要件)、かつ他の一般人であっても同様に秘匿しておきたいと思う事実(客観的要件)をいうもの(折衷説)」と解されるのが通常である。例えば、犯罪の前科事実、経済的困窮状態、身体的または精神的疾患などの消極的評価事実や、新発明や特許、実用新案に関する事項や企業秘密に属する事実などの積極的評価事実が挙げられる⁹⁹⁾。職務上知り得た事実で「黙秘すべきもの」の要件とその判断については、「当人の性別、地位、境遇などを参酌し社会一般に通用する常識(いわゆる社会通念)によっ

96) 税理士は、沿革的にみると、日清戦争、日露戦争の頃に増税がなされるようになり、元税務管理であった者などに税務相談を依頼する納税者が増え、これを独立の業とする新たな職業が事実的に発生したものであるが、法制度として確立されたのは、しばらく後の第2次世界大戦中の昭和17年の「税務代理士法」においてであって、その後戦後の昭和26年に「税理士法」が成立し、その後若干の修正を経て、今日に至っている。北野弘久『税理士制度の研究【増補版】』(税務経理協会、1997年)27頁以下参照。

97) 坂田宏「証言拒絶権の要件」『民事訴訟法の争点【第3版】』(有斐閣、2008年)225頁、高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法(4)』(有斐閣、2017年)241頁[杉山悦子]。

98) 最決昭和52年12月19日刑集31巻7号1053頁。

99) 兼子一ほか『条解民事訴訟法』(弘文堂、1986年)999頁[松浦馨]。

て判断しなければならない」とされている¹⁰⁰⁾。

専門職が職務上知りえた事実は多種多様であることから、高度の公益性や必要性等の事情がある場合に限り、利益考量が許されるべきであるとの考えもある¹⁰¹⁾。これに対しては、秘密帰属主体の秘密保護の予測可能性を失わせるので、職業の秘密それ自体として保護を受けるべきであるとの批判もあるが、利益考量の要件として、①証言または文書の記載から要証事実の存否の判断に必要な資料が得られ、かつ、②代替証拠がないために証拠調べの必要性が高いこと、を要求すれば問題がないとの反論がある¹⁰²⁾。

日本の狭い範囲の証拠収集制度の下では、真実解明のために役立ちそうなものを証拠調べに利用したいという必要性が高い場合はありうるところであり、

100) 「黙秘すべきもの」という要件をめぐる判例については、公証人の守秘義務を理由とする証言拒絶に関する東京高決平成4年6月19日判タ856号257頁があり、これについては、竹下守夫代表編『講座新民事訴訟法Ⅱ』（弘文堂、1999年）137頁以下〔春日偉知郎〕が、ドイツの医師の証言拒絶権に関する判例と比較して、わが国の判決が、「最良証拠や代替証拠の有無をファクターとする利益衡量によって証言拒絶を否定したのに対し」、ドイツの判例は、「遺言者が医師に対して遺言無能力の秘匿という意味を黙示的であっても示していたかどうかということや、当該秘密の客観的性質を中心に判断している」と紹介している。その上で、「黙秘すべきもの」という要件の判断基準としては、わが国の判決のような最良証拠や代替証拠の有無などの公益も考慮した「総合的な利益衡量」を枠組みとする説と「技術または職業の秘密の重大性」という客観的な性質を考慮すれば足りるとする説（伊藤眞説）の対立があるが、一方で、「秘密として保護されるべき価値と裁判における真実の発見・裁判の公正とが鋭く拮抗」している場面であること、また相手方の事案解明の利益も視野に入れる必要があることから総合考慮説が妥当にみえるが、他方で、証拠収集手段を拡充すれば、相手方の証拠の窮乏は救われるので、客観的性質説にも一理あるとして結論を留保している（伊藤眞説につき、伊藤眞「文書提出義務と自己使用文書の意義」法協114巻12号（1997年）1453頁以下参照）。

101) 高田ほか編・前掲注（97）27頁以下〔三木浩一〕。

102) 批判するのは、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法【第8版】』（弘文堂、2015年）486頁以下〔松本博之〕。これに対し、長谷部・前掲注（5）20頁以下などは、利益考量を認めるべきとする。ただし、加藤新太郎「証言拒絶事由としての職業上の秘密」NBL125号（2018年）98頁は、これらの見解の対立は、利益考量における判断基準を原理的にとらえる立場と論証方法における見方の違いとする。

利益考量により秘匿特権の例外を認める重要性は否めないように思われるが、特許関連と同様に、イン・カメラ手続を証拠調べ自体に活用し、秘密保持命令の発令も認めるなどして、真実解明と秘密保護を図る制度設計も、通常の民事訴訟制度においても考えるべきではあろう（例えば、特許法105条4ないし7、不正競争防止法6条の4ないし7など）。

ドイツ民事訴訟法の解釈のように、秘匿事実の範囲に関しては、偶然知ったことも依頼者の利益に関われば、これに含まれて良さそうであるが、日本では、一般に職務とは無関係に、職務外で偶然知った事実については、対象外とされているようである¹⁰³⁾。

2 秘匿特権の対象となる文書の範囲

秘匿特権の対象となる文書としては、第1に、依頼者と弁護士との間の訴訟の打ち合わせやその連絡内容（依頼者・弁護士間のコミュニケーション）を記載した文書（「記録文書」）が挙げられる¹⁰⁴⁾。これらの弁護士が依頼者との間におけるコミュニケーションにおいて取得した内容についての書面は、依頼者のその後の訴訟戦略に関わる個人の秘密に該当するのであるから、このような依頼者の秘密についての記録文書は、当該弁護士が黙秘義務を免除されない限り、弁護士の秘匿特権が認められ、文書提出義務の除外事由（220条4号ハ・197条1項2号・3号）に該当することになる。

第2に、弁護士が依頼者の訴訟追行の準備として用意した書面（「訴訟等準

103) 東京高決昭和59年7月3日高民集37巻2号136頁は、ドイツ法の解釈と異なり、偶然に知った事項でも、弁護士と依頼者間の訴訟委任契約の着手金や報酬額については秘匿特権（証言拒絶権など）の対象外であるとした。ただし、これは、197条1項2号で保護されなくても、同3号によって保護が認められる可能性はあると言われている（高田ほか編・前掲注（97）244頁〔杉山〕）。

結局、代理人としての弁護士の立場からすれば、秘密主体たる依頼人の客観的利益に関わる事柄すなわち一般に人が秘匿しておきたいと考える「実質秘」に当たるのであれば、依頼者に関する情報を得たのが職務の過程でなくまったくの偶然であったとしても、職務でその情報を扱うに際しては、依頼者の不利益にならないよう、秘匿特権が認められるべきではないかと思われる。

104) 伊藤真・前掲注（15）426頁参照。

備資料」、アメリカで言うところのワーク・プロダクト）も、記載内容から法律関係文書としてまたは一般義務文書として¹⁰⁵⁾文書提出義務が成立しうること

を前提に、文書提出義務の除外事由に該当することになろう¹⁰⁶⁾。

第3に、弁護士が単に所有する依頼者の個人的秘密に関する書類も、弁護士が黙秘すべき内容である限り、弁護士の秘匿特権が認められ、文書提出命令の対象外となる。他方、弁護士が作成したものであっても、依頼者が所有している場合や依頼者の承諾がある場合には、提出拒絶権の対象とはならない¹⁰⁷⁾。

第5章 弁護士依頼者間の通信秘密の比較法的視座

I 日本、アメリカ、ドイツにおける情報開示制度の基本的差異

大陸法国のドイツおよび日本における職務上の秘匿特権と、英米法国の一つアメリカの弁護士依頼者間の通信の秘匿特権や訴訟等準備資料との比較検討において、注意が必要な重要な大前提の一つは、アメリカの場合、情報の種類を、

105) 訴訟等準備資料の中にもいろいろな文書が考えられるが、法律関係文書もしくは一般義務文書にあたるとして文書提出義務が原則生じることを前提に、4号以下の除外事由が認められるか否かを検討すれば足りると思われる（伊藤・前掲注（15）418頁）。もともと民事訴訟法220条1項1号ないし3号と、4号の除外事由との関連については、これらの条文が平成8年改正時における混乱した議論の中、折衷案的に成立したものであり、理論的に素直に理解しにくいものになってしまっているため（小林秀之編『新民事訴訟法の解説』（新日本法規、1997年）223頁以下参照（山本浩美＝小田敬美））、解釈に争いが生じているが、4号で一般的な文書提出義務を認めたものと解すれば、1号ないし3号文書は、歴史的に認められてきた文書の例示列挙事由と考えるのが、もはや素直であろう。

106) この点、伊藤教授は、弁護士法23条や現弁護士職務基本規程23条の守秘義務を媒介として、文書提出義務の除外事由（民事訴訟法220条4号ハ・197条1項2号・3号）が認められるとしておられる（伊藤・前掲注（15）417頁）が、弁護士法や弁護士職務基本規程を媒介にしなくても、民事訴訟法197条1項2号・3号から直接に秘匿特権が認められると解してもよいのではないか。依頼者本人の同意がある場合には、もはや弁護士法23条においても、弁護士は証拠提出を拒むことができないからである（弁護士法23条但し書が付加された経緯については、日本弁護士連合会調査室編著『条解弁護士法【第4版】』（弘文堂、2007年）156頁以下参照）。

107) 谷口＝福永編・前掲注（85）317頁 [坂田]。

生の事実や証拠といった一次資料と、弁護士依頼者間の法的助言に関するやりとり（通信）および訴訟に備えて弁護士等が準備した訴訟戦略的資料（ワーク・プロダクト）とについて明確に分けているということである。

すなわち、事件に直接関連し重要な生の事実や証拠といった一次資料を強制開示の対象にするアメリカのディスカヴァリー手続において、強制開示事項の例外として、訴訟戦略に関わる二次資料およびその前提としての専門家弁護士と依頼者間の法的助言に関するやりとりに関しては、法の専門家たる弁護士が専門技術を発揮する訴訟戦略にあたるものであり、これらについては当事者主義制度（adversary system）の下、当事者は互いに相手に手の内を見せない（相手方当事者は一方当事者に開示を請求できない、ただ乗り防止）というルールとなっていることである。

事件に直接関連する一次資料をお互いに強制的に相手方に見せなければならないアメリカの裁判制度においては、本来、生の事実や証拠といった一次資料を強制開示し合うことで実態的真実の解明には原則十分であり、それ以上に互いの訴訟戦略に関わる部分を見せる必要はないという制度の建付けになっているのである。

もちろん、アメリカでも、弁護士を介在させることにより、本来なら一次資料として強制開示対象になるべき資料を秘匿資料にするという濫用的取扱い（特に企業による弁護士を利用した情報隠しは、「情報ロンダリング」とも言われ、また、弁護士が「ブラック・ホール」になり情報が絶対出てこないと批判される）¹⁰⁸⁾が問題になっていないわけではない。ただし、これは秘匿特権制度の病理現象であって、根本的な理念を忘れてはならないだろう。アメリカでは、弁護士の法的サービスを利用した秘匿特権の濫用をしかねない当事者とりわけ大企業の取扱いにつき、社会に重大な影響を及ぼしかねない事件類型、例

108) David Luban, “The Moral Basis of Confidentiality”, 弁護士および弁護士会の専門職倫理的当為研究会／愛知法曹倫理研究会『法曹倫理国際シンポジウム東京2019「秘密の保持——その理論と実践」[予稿集]』(2019) 13頁以下参照（石田京子＝手賀寛訳「秘密保持の道徳的基礎」同30頁以下も参照）。

えば資金洗浄（マネー・ロンダリング）や不正競争に関わる分野などでは、特別法で、対象企業に重要証拠を他の企業等よりも早く提出させる代わりに罰則を軽減するような司法取引制度（Leniency program（課徴金減免制度））などを用意して、別途、秘匿特権の病理現象に対処してきている¹⁰⁹⁾。

また、アメリカでも、独禁法関連といった行政調査段階での弁護士立合権や弁護士依頼者間秘匿特権の保護が格別になされているわけではない。将来の犯罪または重大な詐欺あるいは重大な不法行為に関わる場合もしくは政府・国家に関わる場合などで、現在進行中（adverse case）もしくは将来の違法行為に関わることについては、犯罪・詐欺の例外もしくは国家的（統制的）問題の例外として、弁護士も司法の一翼としてGate-keeping（法の門番）としての役割を果たすべく、秘匿特権が認められないどころか、弁護士に当局への依頼者の違法行為に関する事項の通報義務まで課されてもいる¹¹⁰⁾。ただし、秘匿特権が認められる事項か否かにつき争いがあるケースでは、国家当局は、捜査や調査の段階では、いったん封筒に入れて封印して中を見られない状態で回収し、その後、捜査や調査に関与していない別の専門部署が判断し、さらに争う場合は、裁判官が判断することになっているのである¹¹¹⁾。

これらの事情を踏まえたうえで、日本法における秘密保持に関する制度と、アメリカ法における秘密保持に関する制度との比較法的考察を行うべきであろう。

II 日本の民事手続における弁護士依頼者間の通信秘匿特権の規定の必要性

日本において、今般、現行民事訴訟法の証拠収集制度（相手方の要請による開示は、当事者照会や弁護士会照会程度であり、後は文書提出命令の場合に限

109) ハモンド＝矢吹・前掲注（2）12頁以下〔ハモンド〕など参照。

110) 例えば、アメリカでは、SOX法1.13条(c)や職業行為模範規則1.6条(a)・(b)(2)(3)、1.8条(b)参照。

111) スコット・D・ハモンド＝矢吹公敏「日本における弁護士・依頼者間秘匿特権の導入（下）」NBL1068号（2016年）35頁以下〔スコット・D・ハモンド〕。

られる制度)を改正して、アメリカ型の強制情報開示原則を前提としたうえで、極めて限定された提出除外事由としての弁護士依頼者間の通信秘匿特権や訴訟等準備資料(ワーク・プロダクト)を格別に規定する必要性がどこまであるか。日本の民事訴訟制度上では、今のところ基本的にはその必要性はあまりないようには思われる。

アメリカで特に秘匿特権として保護されるのは、ドイツや日本といった大陸法の国では、秘密事項かどうかにつき議論されることもなく、相手方からの証拠収集手続での開示対象にはそもそも想定されてこなかった、弁護士と依頼者間のやり取りや弁護士の訴訟準備関連書面である。アメリカでは、なおディスカヴァリーでの包括的な開示対象となる可能性があるため、連邦民訴規則で明示して例外であることを掲げておくことが必要であったのであろうが、ドイツや日本では、そもそも当事者が自ら自己に有利な情報のみ提出することを選択できる任意提出主義の制度であるところ、その前提状況に欠けていたのである。

なお、今日の国境を越える紛争が増えている中でとりわけアメリカでの民事訴訟に備えるのであれば、日本法に規定はなくとも、弁護士依頼者間の通信の秘密内容について、通常業務では、それと判るように分けておく必要がある。アメリカ関連の訴訟で、アメリカの訴訟手続による場合に備えて、通常の職務の中で、弁護士依頼者間の通信コミュニケーションである書類を、通常の書類とは区別しておく意義はあろう。アメリカの手続では、明確に分けておかないと、当該書類も開示させられる可能性があるからである。弁護士の訴訟等準備資料もしかりであろう。

Ⅲ 日本の刑事手続・行政手続における通信等の秘匿特権規定の必要性

民事手続と異なり、刑事手続もしくは独禁法などの行政手続では、日本でも、弁護士依頼者間通信秘匿特権に関する規定を特に設ける必要があるかは、別異に考える必要がある。

刑事訴訟手続や独禁法等の行政手続においては、対等な当事者間の手続たる民事手続と異なり、裁判手続の前に、関係当局という国家権力による一方的な

捜査もしくは調査の手続段階がある。これらの手続においては、実態解明の必要性の見地から、関係当局による広い証拠収集が重要視される議論がなされている。そのため、日本でも、このような場面では、アメリカのディスカヴァリーの手続と同様に、広範な開示強制に対する当事者側の防御のための例外的権利として、弁護士依頼者間の通信の秘密をいったんは保護すべきであるとの議論がなされてきたところである¹¹²⁾。弁護士依頼者間の通信の秘匿特権をいったん認めたとえ、秘匿特権事実を司法取引に使ったり、特別法で通報義務の対象となる場合を別途定めたりするのは、次の問題として考えればよいはずである。日本でも、各種規定を整備して、裁判上での除外事由のすべてを捜査段階や調査段階では認めることは無理でも、二次資料にあたる弁護士依頼者間の通信秘密は保護すべきではないかと思われる。

捜査段階や調査段階において一次資料を原則的に開示しなければならなくなる（回収対象になる）のであれば、他方で当事者の防御権の砦として、司法国家としての手続保障の見地からも、弁護士依頼者間の秘匿特権は認められる必要がある。そうであるとしても、会社などは、通常業務のときから弁護士の関与を明確にし、秘匿特権に該当しそうな通信内容を秘匿特権情報であるとして分けておく、また、事業秘密や訴訟等準備資料なども、格別に通常業務のものとは分けておかないと、関係当局により区別なく収集された上、後の裁判で当時すでに放棄の意思があったものと解されたりする可能性が高くなってしまふ。したがって、捜査や調査の段階で、裁判での秘匿特権の行使可能性について留保して封印するなりして渡し、別の者に判断してもらうなどのやり方も検討する必要がある。今般とりわけ独禁法の調査手続においてこれらの秘密情報の取扱いが、立法課題となったのである。

日本でも、独禁法関連訴訟における調査段階での通信秘密に関する特別な保護については、刑事訴訟手続類似の保護が必要とされることがありうると解さ

112) 例えば、伊藤・前掲注（9）128頁以下、手賀寛「守秘義務」ジュリスト1529号（2019年）64頁以下など参照。

れている。民事手続では、当局による一方的な情報収集手段としての捜査段階がないために、この手続段階での守秘義務あるいは秘匿特権の必要性はほとんどないが、行政手続については、ドイツやフランスでは、刑事手続法に倣い、行政手続の調査段階での当事者や弁護人に特権的保護を与えているようである。

日本でも、ドイツやフランスと同様、網羅的に情報や証拠が当局に渡されるような行政手続の調査においては、刑事の捜査手続に類すると考えて、当事者や弁護人の通信の秘密に関する秘密保持の特権的保護を考えるとよいように思われる。アメリカの秘匿特権は基本的に裁判開始前から認められるが、大陸法の国では、訴訟上の秘匿特権として証言拒絶権や文章提出拒絶権として定められているため、訴訟前の段階での秘匿特権は、このままでは認められにくい状況にある。

それゆえ、日本では、独占禁止法などの行政手続については、一次資料を原則的に回収対象としても、例外的かつ具体的な通信秘密保護の特権として要件や限界も検討したうえで、裁判前の秘密の保持制度のあり方につき、明確な形での立法化が望まれよう¹¹³⁾。

例えばその内容は、基本的には、裁判手続での秘匿特権を前提にして、手続前にさかのぼって認められるとしても、調査手続や捜査手続が開始された後に限られるのが、問題になる¹¹⁴⁾。しかしながら、それが予想された段階で相談した内容も保護しなければ秘匿特権の趣旨は貫徹されないのであるから、自己に対する不利益な制裁に係る処分の開始が客観的に予想される時点以降に、秘匿特権の適用を認めないと意味がないように思われる¹¹⁵⁾。

ただし、刑事手続に比べ、独占禁止法違反などの行政手続では、制裁の程度

113) アメリカで米国司法省反トラスト局執行部門のトップとしてカルテル執行プログラムを率いた経験のあるアメリカ人弁護士スコット・D・ハモンド氏は、弁護士依頼者間の秘匿特権等が、実態解明を損なうものではないと説明している（ハモンド＝矢吹・前掲注（111）31頁以下〔ハモンド〕、同・前掲注（2）（上）8頁以下〔ハモンド〕）。

114) 今井・前掲注（47）15頁以下、25頁。

が刑事事件の場合と比べて相対的に小さいことが多いとして、公正取引委員会が調査手続を開始した後の弁護士依頼者間の通信のみを対象とすべきとの考えも見られたところである¹¹⁶⁾。

また、捜査や調査の現場では直ちに判別しにくい資料については、封印した形でとりあえず渡し、捜査や調査に携わった者と別の者が、当該資料内容が秘匿特権対象か否かを判断するという方式を認めることは、不当な開示から本来守秘すべきものを守るため、重要であろう¹¹⁷⁾。

第6章 おわりに

比較法の難しさにも関わるが、大陸法国のドイツや日本でいう職務上の秘匿特権関連と、英米法国のアメリカでいう弁護士と依頼者間の通信の秘匿特権および訴訟準備のためのワーク・プロダクト理論とは、弁護士の秘密の保持に関する権利として重なるところもあるものの、証拠収集が裁判外を含め強制的に行われるか裁判内で任意的に行われるかにより、大きくその必要性や意義が違っていたことを、日本では、十分意識して論じてこなかったゆえの齟齬が生じていたことが判った。

どのような証拠や事実を開示するかが、元来当事者の任意に任せられており、一次資料の秘匿の必要性が本来的に低かった大陸法国では、その秘匿対象たる資料が一次資料か二次資料かといった分類に関心がなく、資料や証言内容の種

115) 宇賀克也「『独占禁止法審査手続についての懇談会報告書』について」ジュリスト1478号（2015年）20頁、川出敏裕「独占法審査手続の論点——刑事法からの分析」ジュリスト1478号（2015年）36頁参照。

116) 今井・前掲注（47）26頁。

117) アメリカでは、文書提出命令に関連する文書を押収して、カルテル調査を開始する際、捜索令状を取得して行うのではなく、むしろ連邦大陪審のサピーナ（文書提出令状）を企業に出して、調査を公然にして行い、他方で、文書提出から除外されると主張する企業は、どの文書が秘匿特権対象文書かを特定した「Privileges Logs」の作成をし、文書の種類、関連する主題、日付、作成者と受領者ならびにその他文書および特権の根拠を判別するのに必要な情報を特定するのが通常のものである。ハモンド=矢吹・前掲注（111）35頁以下〔ハモンド〕参照。

類について厳密な分類をせずに包括的に議論をしてきたきらいがあるため、アメリカ法で秘匿特権が認められる二次資料の通信秘密や訴訟等準備資料については、日本法では秘匿特権が認められないかのような判例の取扱いもあった。

また、秘匿特権がカバーする時期についても、ドイツや日本では、基本的に裁判上の証拠調べの中でのものとして議論をしてきたので、裁判前の捜査や調査段階での強制的な証拠開示の手続における手続保障や防御権の保障の必要性にもまた従来関心が薄く、ややもすると真実発見や実態解明の意識ばかりが先行し、秘匿特権の保障が裁判手続に連続して重要なものであるとの認識も低かったところである。裁判開始後の手続においていくら証言拒絶ができたり、文書の提出を拒絶できたりしても、裁判開始前の捜査段階や調査段階で、何の限定もされずに個人や会社が有する資料を包括的に収集されてしまうのであれば、裁判後の秘匿の権利は、絵に描いた餅になってしまう。

近時日本でも弁護士の職務上の秘匿特権にはじまる秘密保持の権利をめぐることは、英米法国との理念の違いもあり、制度上の保護に関する議論が改めて行政法の領域などでなされるようになったが、このように前提の背景事情が異なる中で、比較法的な見地からの議論が混迷し、日本での秘匿特権の解釈において誤解を招いていたところがあった。

ただし、最近の実務家や学者等の見解においても、アメリカ法型の強制開示手続を前提にした資料の分類による弁護士依頼者間通信秘匿特権や訴訟等準備資料の非開示の権利について、日本でも強制開示に関わる手続に関しては、これらの権利を明確に条文等で定める意義が高いことが認識され、主張されてくるようになった。

他方で、このような特権を認めると、実態解明および真実発見を阻害するとの懸念や批判も挙げられてきた。しかしながら、各種制度を詳細に検討したところ、弁護士や当事者に二次資料たる通信内容の秘匿特権を認めることが直ちに実態解明や真実発見を阻害するわけではないことが、とりわけアメリカ法の状況により明らかになった。なお、特権の濫用を防止する策が必要であることは、別の問題である。

今後日本でも、各種法領域で、弁護士の依頼者との通信に関連する各種特権（立会権や接見交通権といったものも含む）の是非を個々に議論するのではなく、依頼者の人権保障や防御権といった手続保障の観念の下、いったん通信秘密や訴訟等準備資料の保護に加え、弁護士の立会権・交流権などの実質的な手続保障に関する権利を裁判手続と連続した形で認め、かつ各種手続に関し立法で明確に定めることを議論すべきではないかと思われる¹¹⁸⁾。

その上で、それらの秘匿の権利の例外を広く解して実質的に保護を阻害することのないよう、証拠としての必要性などを慎重に個別に利益考量するなどにより限定的に例外を解する、できれば例外事項を予め精査し規定するなど、秘匿特権資料の提出を強制するようなことはなるべくやむを得ない次善策とすべきであろう。

また、特権の濫用の防止策一般としては、証拠調べに自主的に協力させるようなインセンティブを促す司法取引に関する制度を置いたり、弁護士の懲戒制度を活用したりする¹¹⁹⁾ことを考えていくのが、積極的な実態解明および真実発見にもむしろかなうものと思われるのである。

国際的な事件が増える中で、例えば独禁法違反のおそれがある企業が、他の国では防御権として秘匿特権が認められるのに、日本ではそれが認められないということになると、国際世論の批判のそしりも免れないし、日本の企業との取引に慎重になる外国企業も出てくるのが危惧される。

日本の現在の独禁法の議論状況では、秘匿特権の保護を認める方向で一応議論はなされており、不当な取引制限（カルテル・談合）にかかる行政調査手続については、秘匿特権の主張がなされたときの判別手続を含めて検討中であ

118) 村岡啓一「最近の判例から『秘密の保護』を考える」刑事弁護85号（2016年）124頁以下も、憲法上の権利である「弁護人の援助を受ける権利」と刑法39条1項の被疑者および弁護人の接見交通権の関係を統一的に検討すべきとしている。

119) 長谷部・前掲注（5）38頁以下は、オーストラリアの弁護士懲戒手続についても紹介し、結局は、実態解明あるいは真実発見と、弁護士と依頼者間の率直なコミュニケーションの促進の調整をいかにして図るかを検討する必要性を述べておられ、さらには、人事訴訟や家事審判手続に敷衍していく可能性も示唆しておられる。

る¹²⁰⁾。

これに対し、不当な取引制限以外の違反行為類型にかかる行政調査手続、犯則調査手続は対象外のようなものである。海外の独禁法関連の制度と比較しても日本の制度は独特であると言われており、弁護士依頼者間の秘匿特権が重要な人権に関わるものであることから、取引制限以外の行為類型、例えば企業結合審査にも秘匿特権の保護が認められるような早期の拡大なども期待されているところである¹²¹⁾。

とはいえ、国際的に横並びに秘匿特権の規制内容および取扱いを統一化する

120) 松本=萩原・前掲注(20) 33頁以下参照。

121) 例えば、伊藤・前掲注(9) 128頁以下。当事者の実質的手続保障の見地より、行政手続といっても、課徴金納付命令の発令に至る手続は、のちに取消訴訟の余地は残されているものの、事業者に重大な不利益を課す処分であり、意見聴取手続が必須とされていることから、違反行為の存在を前提として課徴金減免措置の申請をすることがどうかにつき、事業者には、関連する資料を収集し、弁護士からの助言などを求めて、自らの判断を形成する機会が保障されるべきであるとする。また、手賀・前掲注(112) 64頁以下も、依頼者の防御権保障のためには、適切な限界を踏まえながら、最終的には日本の法制度全体で、一般的に弁護士依頼者間の通信の秘密保護を制度化していくことが望ましいとする。片山・前掲注(1) 31頁以下、出井・前掲注(3) 47頁以下、川出・前掲注(18) 44頁以下、亀岡悦子「EU競争法審査における秘匿特権～日本の秘匿特権導入の示唆～」国際商事法務47巻7号(2019年) 811頁、814頁なども参照。

ただし、EUの独禁法での秘匿特権の保護の範囲は、特に広いわけではない。他方で、秘匿特権への配慮としての手続は整備され、立入検査の際に、企業側が特権を主張し理由を明示したうえで、開示を拒否できる。例えば、legal privilegeの記載が書類のタイトルにあれば、それを機械的に除外することも可能なようである。また、欧州委員会と依頼者の見解が異なるときには、書類、ハードドライブ・DVD等を封筒に入れて封印し、欧州委員会内で保管する方法がとられ、その後、依頼者弁護士が欧州委員会担当者と協議し、秘匿特権保護の理由を述べて主張を維持するか、あるいは主張を取り下げるかを決め、それでも解決しなければ、独立した地位にある聴聞官が介入し、口頭聴聞し、調停人としての役割を円滑に行っている。それで欧州委員会と依頼者間で合意に至らなければ、担当の欧州委員に勧告をし、欧州委員会は秘匿特権を拒否するならばその旨の決定を出し、依頼者はその決定に不服があれば、取消訴訟を欧州裁判所に提起するような流れになっているようである。なお、不当な秘匿特権の主張などに対する制裁としては、前事業年度の総売上高の1%を超えない限度での制裁金が課されることがありうる。亀岡・同812頁参照。

ことは難しく、秘匿特権をそもそも認めていない中国から、狭い範囲で認めるEU¹²²⁾、比較的広い範囲で認めるアメリカなど、複数国に対し秘匿特権を主張することは、依頼者側の弁護士を悩ませることとなっている。いったんある国で当局に対し秘匿特権を放棄すると他の国の当局に対しても主張できなくなる可能性もある。EU域内では、欧州委員会とEU加盟国当局が、ネットワークを組織してそれを通じて情報交換・審査協力を活発に行っているようである¹²³⁾。

今後は、日本の国際証拠共助のあり方を含め、国際的な案件をも念頭においた上で、日本での秘匿特権関連の各種法整備を進める必要があるだろう。

（たむら・ようこ 筑波大学法科大学院教授）

122) ドイツでの独禁法の調査段階での秘匿特権の保護状況については、ボリス・ウプホフほか「ドイツの反トラスト法における訴訟提起前の情報開示義務の導入」国際商事法務46巻1号（2018年）28頁など参照。

123) 亀岡・前掲注（121）813頁。

明治前期大審院判例における 質権に関する慣行の位置づけ

直 井 義 典

はじめに

一 概観

二 大審院における幕府法の扱い

三 地券の名義と所有権の所在、質地受戻の可否

四 布告・布達の解釈

補論 流地の定義

結語

はじめに

前稿¹⁾では、設定行為又は債務の弁済期前の契約による流質の合意を禁じる民法349条の制定過程について、質権の目的を土地・建物・動産に分けて、明治6年の地所質入書入規則をはじめとする旧民法制定以前の太政官布告・司法省布達の内容、ならびに、明治初期の慣行調査、法典調査会や衆議院での議論をたどっていった。

そこでは、以下の諸点が明らかとなった。第1に、慣行調査によれば全国的に流質慣行が見られたこと、第2に、ボアソナードはこうした流質慣行を不適当なものと考えておりその廃止を図っていたこと、第3に、法典調査会の質疑では流質慣行の有無について見解の不一致とも言うべき現象がみられ、議論がかみ合っていないと思われる点があること、その原因として明治期になってか

1) 直井義典「明治期における流質禁止をめぐる議論」筑波ロー・ジャーナル25号（平成30年）255頁。

ら江戸期とは異なる慣行が形成されたと考えられること、第4に、流質慣行が議論される際には質権の目的を分けて議論することがほとんどなかったこと、第5に、民法典の起草者は流質契約を認めていたが法典調査会では大議論となり衆議院に至ってこれを認めないことと変更されたこと、その際の理由として、わが国では従来から流質を広く許してはおらず質権の実行に際しては裁判所の評価によっていること、価値の高い物を安値で取られるのは問題であることが指摘されていること、である。このように流質に関しては江戸期の慣行から近代法への大転換がなされ、江戸期の流質慣行は近代法には移入されなかったものと言える。

そのため、江戸期以来の流質慣行が近代法の形成過程でどのような変容を被ったのかを明らかにする作業が必要となる。前稿においても、明治期に流質禁止の慣行が維持・形成されていたのかを大審院判決を通じて明らかにすることが残された課題となっていた。そして、江戸期以来の流質慣行は明治期になるとともに大審院によってその効力を全面的に否定されるという形で姿を消したのか。それとも裁判実務の場では一定の範囲での認容がなされていたのか。もし認容されていたのだとしたらそれはどの範囲でのことなのか。このような疑問が生じてくる。

そこで本稿では、明治初期の大審院判例における質権に関する慣行の扱いを明らかにすべく、『明治前期大審院民事判決録』²⁾（以下、「判決録」という）ならびに『大審院民事判決録』（以下、「民録」という）に掲載された大審院判例のうち、民法典が施行される明治31年7月16日までのものを分析した。

一 概観

判決録から事件名に「質」という文字のあるものを探すと、明治8年³⁾23件中1件（4.3%）、明治9年66件中5件⁴⁾（7.6%）、明治10年88件中7件（8.0%）、

2) 明治前期大審院民事判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録1～13 I』（三和書房・昭和32年～51年）。

3) ただし、7月から12月である。

明治11年223件中11件(4.9%)、明治12年321件中11件(3.4%)、明治13年387件中12件(3.1%)、明治14年428件中28件(6.5%)、明治15年668件中60件⁵⁾(9.0%)、明治16年754件中76件(10.1%)、明治17年628件中34件⁶⁾(5.4%)、明治18年265件中6件(2.3%)、明治19年263件中4件(1.5%)、明治20年127件中0件(0.0%)となっている。

このように「質」という文字のある事件を機械的に取り上げることに對しては、以下に挙げるようないくつかの問題点を挙げることができる。

第1に、質権をめぐる紛争のすべての事件名に「質」という文字があるわけではないことである。たとえば、大判明治15年10月19日判決録8巻227頁は質権に関連する事例であるが事件名は「地所取戻上告」とされている。また、大判明治14年6月17日判決録7巻123頁の事件名が「質地受還シ並地券名義訂正一件」であるように地券の書き換えが合わせて請求される事例も見られる。

第2に、他方で事件名に「質」とあっても、原裁判所の採証に関する不服申立事例や、もっぱら上訴の期限に関する事例もある。また、判決録8巻339～341頁にある6件の「流地証取消并ニ質地受戻シ一件」はいずれも明治15年12月27日の判決であるが、香取保礼がそのうち3件、香取国雄がそのうち3件の上告人となっているように、実質的に同一の当事者が複数提訴している場合もある。

第3に、ここにいう「質」が現行法にいう質権と同一のものであるとは限らないということである。「質入」・「書入」の定義がなされたのは明治6年の地所質入書入規則1条・2条によるのであり、それ以前は「質」という文言は担保を表すものとして広く用いられていた。「家質」という文言もその一例であると言えよう。

第4に、提訴の前に勧解が行われることもあり⁷⁾、勧解段階で紛争が解決される事例も存在する。このことは、勧解が不調に終わったために提訴に至った

4) ただし5件とも「質札商取引一件」と称する一方当事者を共通にする事例である。

5) 大判明治15年12月16日判決録8巻370頁「貸書入質売処分一件」を含む。

6) 大判明治17年6月17日判決録10巻172頁「書入質貸金弁償請求一件」を含む。

ことを明言する事例⁸⁾が見られることから推測される。

このような事情から、単純に事件名に「質」とあるもののみを集計しても紛争の実態を正確に解明することにはならないが、質をめぐる紛争の件数や増減についてはおおよその傾向をつかむことはできるだろう。

判決録掲載判例を分析すると、明治14年から17年にかけて紛争の数が多く、全訴訟に占める割合も比較的高いことがわかる。特に明治16年に至っては全訴訟数の1割以上を占めている。それが明治17年になると急激に減少に転じる。

質権の目的はほとんどが田地・畑地である。屋敷地⁹⁾・林地¹⁰⁾・動産¹¹⁾の事例も少数ながら見られ、また、権利を質入したもの¹²⁾も見受けられる。

判決録の1巻途中までは上告人ならびに代人の住所のみが掲載されているが、それ以後は両当事者ならびに代人の住所が掲載されている。これに基づいて紛争の生じた地域を分析する¹³⁾と、特に神奈川・埼玉・千葉・山梨の事例が特に多く、地方では山形・熊本が目立つ。逆に畿内のものはほとんど見受けられない。これは質入の利用頻度と関係あるものと言えそうである¹⁴⁾。

一部の紛争類型について後述するが、両当事者が同一村内の紛争が非常に多く、そうでない事例でも近隣の村に居住している事例がほとんどである。このことは、質入契約に村方の慣行が反映されやすいことを意味しており、従前の慣行が民法典形成期にあって大審院においてどのように扱われていたのかという本稿の興味からは重要なポイントとなる。

紛争類型を分析すると、本稿において事件名は記載しないものの、「質地受戻一件」とするものが目につく。土地の質入主が流地の成立を否定して質取主

7) 勧解前置主義がいつから行われていたかについては争いがあり、明治9年ころには行われていたという見解と明治16年ころからという見解がある（新井勉＝燕山巖＝小柳春一郎『近代日本司法制度史』（信山社・平成23年）77頁）。いずれにせよ、勧解段階で解決される紛争が一定程度存したことは変わりはない。

8) 大判明治11年7月22日判決録3巻55頁、大判明治12年10月16日判決録5巻154頁、大判明治15年6月17日判決録8巻135頁、大判明治16年10月13日判決録9巻301頁。

9) 大判明治16年6月29日判決録9巻190頁。

10) 大判明治16年8月24日判決録9巻255頁、大判明治17年6月24日判決録10巻182頁。

に対して受戻を求める事例が多いことを意味する。したがって紛争の中心は質権設定契約当事者間の争いとなる。

11) 大判明治11年11月14日判決録3巻357頁。本件の原告・被告とも新潟市街の者である。被告は質屋であり、原告は明治9年5月24日と同年6月4日に相次いで着物類を質入している。この事例においては受戻期限についての慣行が適用されていることから、ここで詳しく紹介しておく。

原告の主張によれば、質入に際して、通常質店に入質する手続によらず、借入金証書を被告に渡し置き返金の際に1か月1分7厘の利息を加え明治9年12月を限りとし、期日に延滞すれば質物を売却したうえ、償金として1日50銭ずつ渡す約定であった。明治9年12月に元金を弁済することができなかったので、被告に依頼して元金から生じた明治9年10月までの利息を支払い、なお元金は明治10年12月までに弁済するという口頭の約束をした。かつ、元金ならびに明治9年11月以降の利息を持参すればいつでも質物を受け取ることができるものとして、明治9年12月24日付の証書を受け取り、最初に差し入れた借入金証書は被告人から返却を受けたが、見当たらないとのことである。明治10年10月26日に原告が他から金銭を借り受けて被告に対して受戻を求めたところ、被告は期限を徒過したことから流質にして他に売却したと返答した。そこで受戻を求めて提訴した。

1審は、原告第1号証・第2号証は被告が商用店判を押捺したものであって効力がないと判示した。これに対して原告は、被告の営業上の契約なのだから商用判を押したものでも無効ではない、新潟市内では5か月を流質期限とするのが通常であることは承知している。しかし、本件は最初借入金証書を入れて追って原告第1号証・第2号証を入れたものであり、これらによれば元金を持参したときが期限となるという趣旨であるから、提訴の時点では受け戻せたはずである、と主張した。

被告は、本件質物は通常の質取の方法で質にとったものである。原告第1号証・第2号証は被告の不在中に原告が被告の妻に依頼して押印させたものである。また、被告は原告に対して明治10年6月までしばしば督促していたところ質品を勝手に売りさばいてよいとのことだったので売り払ったものである、と主張した。

原判決は、店判を押捺した以上は証書は有効である。原告は質物差入れの際に別に貸借の証書があったとするが、証拠がないので別段の契約があったものとは認められない。本件質物は通常の手続で差し入れたものであるから、証書に期限がない以上は土地の慣行によって定めるべきである。新潟市中の慣行では5か月を流質期限とするのであり原告もこれを認めているのであるから、期限は5か月というべきである、として原告の受戻請求を棄却した。

大審院は、元利とも持参すればいつでも質品の受戻ができるというのは延期の期限内に返金すれば受け戻せるという意味である、として原告の上告を棄却した。

二 大審院における幕府法の扱い

大審院は、従前の幕府法¹⁵⁾ならびに慣行に対してどのような態度を示していたのか。

(1) 大判明治14年3月15日判決録7巻52頁では、上告人は天保12年12月と嘉永6年9月26日に金子有合次第受戻との条件で土地を質入しており、いつでも受戻ができるとして土地の受戻を求めた。

大審院は、年限に関わりなくいつでも受戻できるというものではなく、幕府の質地取り捌きの條款に「年季明ケ十个年ヲ過キ候ハ、流地」、「年季限り無之金子有合次第可受戻証文ハ質入ノ年ヨリ十个年ヲ過キ候ハ、流地」とあって、質地の受戻期限は10年までとされているとして上告を棄却した。

12) 大判明治10年1月19日判決録1巻93頁(3号)、大判明治10年1月19日判決録1巻93頁(4号)、大判明治10年2月10日判決録1巻113頁、大判明治10年2月10日判決録1巻114頁の4件はいずれも同種の職から得られる将来の所得を質入れしたものであり、前2件の債権者はいずれも若狭勘三郎、後2件の債権者はいずれも宮内勘三郎とされている(この若狭勘三郎と宮内勘三郎が同一人物である可能性は否定できない)。また、第1事件の上告代人と第3事件の上告代人は同一人物であり、しかもいずれも上告人の弟とされていることから、第1事件上告人と第3事件上告人とは苗字が異なるものの兄弟と見られる。さらに、第1事件・第3事件の代人と第4事件の代人とは同一の村の同一苗字の者である。したがって、これら4件は一連の事件として把握すべきのものであり、この時期に将来債権の質入が一般的になされていたものと断定することはできない。本稿では深入りしないものの、明治初期の将来債権質入事例として興味深い。

13) 両当事者の居住地は質入がなされた(と主張された)目的の所在地と必ずしも一致するものではないが、田地・畑地の質入れ事例が多いことから、目的の所在地は居住地に近接したものと理解してよいだろう。

14) 丹羽邦男『形成期の明治地主制』(塙書房・昭和39年)第1章、特に第2節参照。

15) 田畑の質入に関する幕府法について簡単には、石井良助編『日本法制史』(青林書院新社・昭和34年)359頁。また、江戸期の質地請戻慣行の成立・展開を近代的土地所有と関連させて論じるものとして白川部達夫『近世質地請戻し慣行の研究』(塙書房・平成24年)があるが、本稿では質地売買の形をとって土地の所有権移転がなされる社会において質地の受戻が有する意義についての検討まではなし得なかった。

このように無年期有合次第受戻文言のある質地は10年で流地となるとした判例はほかにも相当数があり¹⁶⁾、大審院はこの問題については幕府法を適用していたとも言える。しかも、後掲の太政官布告や司法省布達が公布される前だけではなくこれらが公布された後であっても質入当時の幕府法の効力を維持しており、幕府法の効力自体を否定することはなかったのである¹⁷⁾。

(2) 幕府法と異なる慣行の効力について判示したものとして以下の3件がある。

大判明治11年6月28日判決録2巻330頁¹⁸⁾では、被上告人の父は上告人に対して嘉永3年2月に地所を年期10年で質地は年期明け後であっても受け戻せるとの約定の下に質入れた。受戻が拒絶されたことから、被上告人が提訴した。質取主である上告人は、質地年期が10年の場合はそれに5年を加えた15年を過ぎても受け戻さない分は流地とする、質地年期が5年であれば7年半で受け戻さなければ流地とする、その他の場合もこれに準じるとの村法の存在を主張し、本件の受戻期限は15年であるからすでに流地となっているとした。この主張は、原判決では否定されている。被上告人は、村吏に尋問したところの正しい村法は、質入主が流地承諾書を質取主へ渡さない内は質地と称した以上は

16) 大判明治11年5月28日判決録2巻247頁〔天保12年質入〕、大判明治11年5月28日判決録8巻251頁〔嘉永6年質入〕、大判明治14年10月14日判決録7巻188頁〔天保13年質入〕、大判明治14年12月13日判決録7巻232頁〔文久2年質入〕、大判明治15年8月24日判決録8巻187頁〔文政2年質入〕、大判明治15年10月19日判決録8巻227頁〔嘉永2年質入〕、大判明治16年3月29日判決録9巻55頁〔文化15年質入〕、大判明治16年6月29日判決録9巻190頁〔文政11年質入・屋敷地の事例〕、大判明治17年1月24日判決録10巻11頁〔慶応2年質入〕も無年期の質地は10年で流地となるとする。

17) なお、大判明治16年6月13日判決録9巻159頁は、天保14年に本家が分家から質流地として買い受けた土地に関する紛争であり、旧政府の法律は質地受け返しの訴訟に適用すべきものではあるが、本件のようにいったん流地となって所有権を移転した上でさらに特約をなした場合には適用されない、という。

18) 大判明治11年6月28日判決録2巻335頁の事案・被上告人は上記判例と同様であり、質入先が異なるのみである。裁判の経過・判決内容も同様である。

年期を超えても返地をする、というものであるとした。大審院は、原裁判所が村法の如何を審理することなく判断したのは法律によらず習慣によらないものであって不当である。なぜなら、嘉永3年からすでに24年を経過しており、10年年期のほかに5年を付与したものであるのであれば慶応元年に受戻期限を経過している。年限に拘わらず受け戻せるというのが村法であるとしても、明治3年にすでに20年を経過しており、当時官民の間でおこなわれていた質地証文にいかなる契約があっても年期明けから10年経過後に訴えた場合は流地を申し付けるといふ裁判上の慣行を破ることができないからである。このように判示して、村方の慣行は裁判上の慣行に劣後するといった考えを示す¹⁹⁾。

大判明治12年9月30日判決録5巻137頁²⁰⁾の原判決は、質地は10年を限度とすることから、すでに10年を経過している以上は本件土地は流地になっていると判示した。これに対して、上告理由では、原被告が居住するのは相良藩領の新庄村²¹⁾であって嘉永6年当時のもっぱら旧藩の法規と習慣を遵守すべきものであったのに原審が幕府の法律のみを適用すべき人民と同様に扱って幕府法で処理したのは不当であるとした。大審院は、幕府の法律は全国一律に遵守すべきものであるから、原被告も遵守すべきものであった。ましてや、旧藩の法規・習慣が幕府法を排除して単行された類例・証拠が提示されていないのであって法規・旧慣が認定できないのだからなおさらであるとして、上告を棄却した。本件でも幕府法が優先されている。もっとも、旧藩の習慣が認定できないとも判示されていることから、幕府法に反する慣行の効力は否定されるのとまで断定することはできない。

また、大判明治17年5月15日判決録10巻122頁は、10年で流地となるとの

19) 大審院はこれに加えて、明治6年太政官布告第51号但書を適用すれば明治5年2月15日以前取引の質地であるから流地となること、戸長役場の帳簿ならびに地券が上告人質取主主義であることを理由に、質入主が受戻権を放棄したのは明確である、とする。

20) この判決は丹羽・前掲150頁でも言及されており、幕府法のみを尊重した事例として位置付けられている。

21) 現・静岡県牧之原市新庄。

幕府法の限りではないとする当該地方の慣行を引いて45年期の有合質地は年期中に流地となったものとは断定できないとした原判決を認容しており、太政官布告や司法省布達に反する内容の慣行の効力を認めている。

以上のように、幕府法と異なる慣行の効力については、大審院判例には一貫した原則はないものと言える。

三 地券の名義と所有権の所在、質地受戻の可否

明治初期の大審院においてしばしば争われたのが、質入と売買の区別である。なぜなら、売買の場合は買戻しの特約がない限り売主が再度所有権を取得することはできないのに対し、質入であれば受戻が認められる余地があるからである。この問題は、地券名義の所在と所有権の所在との関係という形で争われる。

質入中の土地について地券が発行される場合、質取主が地券名義人となる慣行や、壬申地券の名義人がそのまま改正地券の名義人となる慣行が広く見られ、このことと地券の名義がその土地の所有権者を表すという原則との関係が、多くの判例において争いの元となった。慣行による原則の転換の可否が問題となるわけである。

ここにおいて、質取主は自己に地券の名義があることを根拠として、係争地はすでに流地となったから自己の所有地であると主張する。これに対して質入主は、質入中の土地については質取主が名義人となる慣行があるのだから、地券の名義は現在の所有権の所在を表すものではない、として流地の成立を否定して受戻を図ろうとする。

(1) 地券名義の所在を問題とすることなく、流地や受戻権の成否に関する当事者間の合意内容や受戻期限についての慣行のみから流地の成否、受戻権の存否を判断する判例が見られる。

大判明治11年4月22日判決録2巻88頁の原判決は、流地となったとの証拠がないとして質取主の所有権を認めなかった。大審院もまた、慣行の存否には言及せずに当事者間の合意内容を検討するにとどまる。

ここでは、地券名義から所有権の所在を推定するという考え方が取られていない。こうした判断構造の下では慣行の存否は意味をなさない。

大判明治11年4月22日判決録2巻88頁においても地券の名義は問題とされていない。原告は、係争地はすでに流地となっており原告の所有だと主張した。これに対して原判決は、地券は原告の名義であるものの安政4年以前の質地を流地としたとの証拠はないとして、原告の主張を認めなかった。大審院は、質入から何年経過していても受戻期限を明治6年から5年と定め、受け戻さなければ地券を質取主の名義に書き換えて流地とする、との質地受戻期限に関する慣行が両当事者の居住する村に存在することを認める。そしてこの慣行によれば質入れからの経過年数によって受戻期限が変わるものではなく、安政5年前後の区別を立ててそれ以前のもの流地としたものとは認定できない、とした。

本件においても大審院は、地券名義から所有権の所在を推定せず、他方で質入中は地券を質取主名義とする慣行の有無についても触れることなく、質地受戻期限に関する慣行のみに依拠して紛争を解決している。

大判明治11年6月13日判決録2巻299頁の事例は、明治元年12月に被上告人がその所有する畑山を上告人に対して3年の年期で質入れしたというものである。その際、地所を受け戻せずに何年経過しても返地すべき約定をしている。明治6年の地券発行の際に上告人から受戻の掛合があったが金銭が調達できなかったため猶予を依頼し、一時的に上告人名義で地券を名受けすることとした。その後金銭が調達できたので被上告人の方から受戻を掛け合ったところ、上告人は地券名義の存在を理由に受戻を拒んだ。原裁判所は、質地期限を経過して係争地の所有権が被上告人に移転した後であっても当初の質代金で被上告人に差し戻す契約と認められる、として受戻を認めた。大審院も受戻権ははまだ失われていないとして上告を棄却した。

ここでは所有権の所在にも拘らず受戻権が失われていないという論理で紛争が解決されており、所有権の所在は問題となっていない。

(2) しかし、少なくとも当事者の一方とりわけ質入主が慣行の存在に言及す

ることが多いこともあってか、このように当事者間の合意内容や質地受戻期限に関する慣行のみによって結論を導き出す判例は必ずしも多くはない。多くの判例においては、質入中の土地については質取主が地券名義人となる慣行に関連付けて紛争の解決が図られる。

(i) そこで次に、慣行の存否そのものが争われた事例を挙げる。

大判明治13年10月5日判決録6巻330頁では、原判決で質入主による土地受戻請求が認められたため、質取主が上告した。上告理由は、質地であれば地券が発行された場合には質入主が地券名義人となるはずであるのに、上告人が地券を申し受けているのだから、上告人が係争地を買い受けた結果地券発行の時点ですでに所有者となっていたものとする。そして、一郷一村内の里正村吏が、質入中は地券を質入主名義とするなどという地所質入書入規則に違背することを決定できないはずである、として村方の慣行の存在を否定するのである。これに対して大審院は、地券申受けの原因は地所の買得に限られない。本件は、質契約の継続中に質取主として地券を申し受けたものと言うべきである、として上告を棄却しており、結論として慣行の存在を承認している。

大判明治14年6月3日判決録7巻115頁において、上告人は、明治5年当時の慣行により質地に関する義務を質取主が負担したことから地券を質取主の名義としたにすぎず、流地となったものではないと主張した。さらに「是等類例ハ独り該村ニ限ラス全国一般枚举スルニ違アラス」と、こうした慣行が全国規模のものであるという。これに対して被上告人は、質取主に所有権の移転していない質地は質入主が地券の名受けをすべきであるとして、質入中の土地については地券を質取主名義とする慣行はないという。大審院は、質地についてはたとえ年期明けに流地にするにせよ両当事者間に協議があるべきものである。ましてや、係争地はいまだ年期中であるのだから流地としたというのであればその証拠がなければならぬ。ただ地券取調帳が被上告人名義であるというだけでは所有権が被上告人に移転したとするには不十分である、として原判決を

22) 大審院は、上告理由第1点以外については枝葉であるとして判断を示さなかった。

破毀移送した²²⁾。

本件において両当事者は質入中の土地について地券を質取主名義とする慣行の有無を巡って争ったわけであるが、大審院はこの問題について直接の判断は示していない。ただ年期中は名義のみでは所有権の所在を推定できないとするにとどまる。

大判明治15年7月19日判決録8巻163頁²³⁾において上告人は、地券発行の際に地券を質取主の名義とする慣行は上告人および被上告人の村のみならず概ね埼玉県全域でこの慣行が認められるのに原裁判所は認定しなかった。また、不動産は最も重要視される物であるから、容易に売却せず他日に受け戻すことを図るものであり、質入にあたっては低価で金銭を貸借するものであるから、流地とするにしても相当の増金を授受するのが流地とする際の普通の慣例である、として上告した。これに対して被上告人は、上告人は地券名受けの村例を挙げるが、係争地の過半は上告人の居住する村以外の土地であり、原裁判所も「係争地の過半は上告人の村外にあり、質取主も他村の者である。よって上告人の村例を引用させたものとは認めがたい」と判示したのは正当である、と述べた。ここでは、質入中の土地の地券名義人を質取主とする慣行が上告人の村に止まる慣行であるために損害の者である被上告人については適用されないのか、それとも村外の者である被上告人についても適用されるものであるのか争われたわけである。大審院は、質地を買得たものであれば売渡証を受領しているのが当然であるのにその証書がなく、かつ係争地は当時年期中であって質地証は被上告人方に存在すること等から事実を推測するに、上告人の村では地券発行の際質地の地券は質取主が名受けすることが同村戸長代理の証明するところであり、上告人は自村の例に準拠して被上告人と熟議して被上告人名義の地券としたものであって、売買をして所有権を移転したものと認めがたいとして、上告を認容して上告人による受戻を認めた。

22) 大判明治15年7月19日判決録8巻164頁、大判明治15年7月19日判決録8巻165頁も被上告人のみを異にする同一事件である。

本件においては、上告人の村に慣行があること自体は争われていない。その上で大審院は慣行が被上告人に対しても適用される根拠を当事者間で熟議がなされたことに求めている。

大判明治15年12月19日判決録8巻311頁もまた、質入主である上告人が慣行の存在を主張したのに対して、被上告人は、上告人の指摘する慣行は他村の者を拘束するものではなく、被上告人はそのような慣行を知らないし慣行を知らない以上はこれに従う義務もない、としており、上告人の村に存する慣行が被上告人にも適用されるのか争われている。大審院は、両当事者は村を異にするが直接の隣村であり、上告人の村の議決が被上告人に及ばないものであるのか審尋すべきであると判示した。ここでも慣行の存在そのものは両当事者間で争いのないところであるが、隣村であることから慣行が適用される可能性が高いものと見ている。

大判明治16年5月7日判決録9巻108頁の上告理由において、質取主は、自己が地券を所持しているのだから地所の所有者というべきであるとし、さらに、地券発行の際に質取主が地券を名受けするのが村の一般的慣行であるとする原判決の判示には根拠がない、と主張した。大審院は上告を棄却して受戻を認容した。

ここでは大審院は戸長による慣行の存在についての証言を採用して結論を導き出しており、慣行の存在を否定するものでないことは確かである。

以上のように、慣行の存否が問題となった事例の中には、慣行の存在を是認するもののほか、慣行の存否については直接には判断を示さないものもある。しかし、慣行の存在を積極的に否定する判例は見られない。慣行の存在自体は争いが無いが、他村の者にまで効力が及ぶのか争うものも見られる。慣行の存在を認定するにあたっては、質入年期中の所有権移転の証拠を要すること、所有権移転の証拠がないこと、このことの一環ではあるが、売渡証がないことが考慮されている。

当事者双方が同一村内に居住するものが5件中2件であり、後の3件の内2

件は慣行の効力が他村の者にまで及ぶのが争いとなった事例である^{24,25)}。

もっとも、多くの大審院判例は、慣行の存否について判断を示さないが、慣行の存在を前提とする²⁶⁾。

(ii) とはいえ、原則は地券名義人が所有者であるというものである²⁷⁾から、大審院も当事者の立証なしにこの原則を否定するわけではない。

このことがよく表れているのが次の判例である。

大判明治15年5月29日判決録8巻123頁は、原判決が地券の名義のみをもって所有権移転を認定したのは不当であるとの上告理由に対して、地券はその土地の所有者を表明するものであって、質地の所有権は依然として質入主にあるものであるから、たとえ貢租は質取主が負担するものであるとしても、地券は質入主が受領するのが当然である。係争地の地券はこの常道に反し両当事者の協議によって質取主すなわち被上告人が受領したものだといのであれば、質入主である上告人がこれを証明しなければならないのに、その証明ができていないとして上告を棄却したのである。ここでは、地券名義人が所有者ではないことの立証責任がそれを否定する質入主の側に課されているのである。

24) 大判明治15年7月19日判決録8巻163頁の上告人は埼玉県比企郡鳥羽井村、被上告人は埼玉県比企郡上小見野村の居住である。いずれも明治22年の町村制施行の際に小見野村（現・川島町北部）を構成しているから、ごく近くの村であると言える。

もう1件の大判明治15年12月19日判決録8巻311頁の上告人は静岡県山名郡大原村（現・磐田市大原）、被上告人は静岡県磐田郡見付宿の者であり、5km程度の距離である。

25) 残りの1件は大判明治14年6月3日判決録7巻115頁であり、上告人は神奈川県横浜区久方町（現・横浜市中区曙町）、被上告人は神奈川県都築郡下川井村（現・横浜市中区下川井町）の者であり、12kmほどの距離がある。

26) これに対して大判明治17年5月15日判決録10巻122頁の原判決は、名義の所在と質取主と質入主とで相半ばするという。

27) 明治5年2月24日大蔵省布達第25号「地所売買譲渡ニ付地券渡方規則」第6に「右地券ハ地所持主タル確証ニ付大切ニ可致所持旨兼テ相論置可申候」とあるところであり、質入によって所有権が移転するわけではないから、質入主が地券名義人となるのが原則である。

(3) 次に、質取主に地券名義があり、慣行の存否についても争われていない事例に関する判例を分析する。

前述のように、質入中は質取主が地券名義人となる慣行が広く認められており、こうした慣行が認められるのであれば、地券名義人であることのみをもって質取主が所有者であると判断することはできない。むしろこうした慣行の存在は、質取主は所有者ではないと判断する方向に作用する。実際に判例も受戻を認めた例と認めなかった例とに分かれる²⁸⁾。

(i) 受戻を認めた事例

質取主が地券名義人となっている事例を、慣行の存在のほかに受戻を認める理由を中心に見ていく。

大判明治12年9月29日判決録5巻126頁では、原告が質権設定契約の成立を主張し、係争地は明治元年11月から10年の年期の質地であって流地に付したことはないと主張した。これに対して被告は、売買契約の成立を主張し、明治5年12月に改めて原告から流地示談の上で係争地の地券を申し受けたものとする。大審院は、被告は田畑売買禁止令を回避するために質地と称したものにすぎないと主張するが、10年という期間にする必要はないから信用するに値せず質権設定契約が締結されたことは明白であるとし、さらに、単に被告が地券の名義人であるというだけで原告が流地とすることを承諾したものと判断すべきではないから、受戻は認められると判示した。

大判明治13年2月6日判決録6巻24頁は、上告人が係争地の地券を受けたのは所有権を移転したからではなく質取主として取得したものにすぎない。また、上告人は地所質入書入規則5条を援用して、地券を金銭貸主名義に書き換えた以上、係争地は上告人の所有となったと主張するが、係争地は協議により質取主が地券を受けたものであることは明らかであるから、上告人の受けた地券は仮に受けたものにすぎず地所質入書入規則によって論じるべきものではないと

28) 大判明治14年12月28日判決録7巻243頁も地券名義があるというのみでは流地と認定するには不十分とする。

して、上告を棄却した。

大判明治13年3月5日判決録6巻73頁は、質入主の同意の上で質取主に地券の名受けをさせたとしても、それが質取主に永く所有させるという趣旨であるのか、質入期限中に質取主に地券を受けさせたにとどまるものなのか、質取主が地券を受けたのみでは判然としないとし、地券名義と所有権の所在が一致するとは限らないと指摘して、所有権移転の証拠がないことを理由に受戻を認め、原判決を認容した。

大判明治14年6月17日判決録7巻123頁の上告人は、明治5年に3年年期で質入れしたものを、同年の地券発行の際に年期中ではあるが被上告人が受け戻すことができそうもないので協議によって明治6年3月に所有権を移転したものである、と主張した。大審院は、上告人の主張の通りであれば、明治6年3月の地券原帳調印の数日前に至って質地調書に戸長の調印を受ける理由はない、として上告を棄却した。

大判明治14年10月31日判決録7巻200頁の被上告人は、明治4年12月に上告人の先代から質入を受けて46円を貸し付けたところ、明治5年12月に上告人先代から金1分2朱と700文を借り受けたい、この金額を受け取った場合にはかねて質入していた本件係争地を流地として構わないというので金銭を交付して流地としたものである、と主張した。大審院は、質地を流地とするならば質地証文は質入主に返還されているはずであるのにそうした手続がないこと、明治5年12月に僅か金1分2朱と700文の増金で流地とするのは条理上あるべきこととは信認できないこと、被上告人は明治6年に地券を受け公租を負担したが質地の公租は質取主が負担するはずのものであること、被上告人が地券を受けたのは村吏が土地の慣行に泥み成規を無視したものであることを理由に、流地になったとは認定できないとする。

大判明治15年7月12日判決録8巻157頁では、上告人は、明治9年の地租改正の際に上告人が地券を受けたのを被上告人が4年間も異議なく放置する理由はないはずだとした。大審院は、明治5年の地券調の際に流地となった証拠がないこと、ならびに、明治9年に被上告人が受戻を求めていたことを流地と認

定するのを妨げる事情として挙げて上告を棄却した。

大判明治15年9月15日判決録8巻198頁は、明治6年の地券発行の際は質入中であるから、地券を被告に名受けさせたからといって原告が受戻権を放棄して所有権を移転する情理はない。所有権移転だとすれば寺地であるから原告の一存で処分できるものではなく檀家の承諾を得なければならないのにそうした手続が取られていない、とした。

大判明治15年11月7日判決録8巻239頁は、慣行の存在に加えて、当時質地期限内の土地は質取主の名前で地券を受け、年期明けの際に質入主の名前に更改すべき約定であるとの上申書があることを理由とする。

大判明治15年12月19日判決録8巻311頁の上告理由は、所有権が移転していないことは、被告が流地証を有しないことから明らかである。本件質地は明治2年1月から明治8年12月まで7年の期限であり、期限後何年経過しても受け戻しうる、というものである。大審院は、原告が明治14年5月に受け戻そうとするまで年期明けから数年間経過しているが、受戻期限の定めがない質地であれば問題ではない。被告が地券を受けたのは質入中である²⁹⁾。質入中に流地としたというのなら質取主が特別の契約の存在を主張すべきである。したがって地券受領の理由を深く取り調べるべきなのに推測によって裁判をしていることから、審理不尽であるとして、原判決を破毀移送した。

大判明治16年3月27日判決録9巻52頁は、原告が質地の地券証を受けたのは質地期限内であることから、原告に所有権が移転したものと認定することはできない、として上告を棄却した。

大判明治16年5月5日判決録9巻106頁では、原告は、本件契約は明治元年12月の10年年期の質地であるから、満期は明治11年12月であるとして明治12年に受戻権を行使した。原判決は、地租改正の際も原告は地券を受けず、年期明けの際受け戻さずに数年間等閑視した以上は受戻権を放棄したものであ

29) 年月は明確ではないが、大審院は「尚三ヶ年アリ」としている。

るとした。上告人は、証書の書き換えを求めるのは債権者の権利である。負債額よりも物件価額は必ず超過するものであるから、必ず糶売の手続によるべきである³⁰⁾、と主張した。大審院は、係争地が質地であるとして地券名受けの錯誤または他に原因がある可能性も否定できず、また、書証が現存する以上は証文を書き改めていなくても係争地を質地と認定する妨げとはならないとして、原判決を破棄移送した。

大判明治16年5月15日判決録9巻122頁は、係争地は明治3年12月から明治10年12月まで7年年期の質地であるが、地券の名義のみでは、質入期限にかかわらず流地としたことを証明するものとは言えない、という。

大判明治16年6月20日判決録9巻169頁では係争地は、慶応3年質入、無年期の質地であったが、明治6年になって新たに契約して明治10年12月をもって受戻期限とした。上告人は、地券は所有権を証するものであるとは他人に対する場合であって当事者間ではそうではない。質取主が地券の名受けをするのが埼玉県では一般である、と主張し、大審院はこの上告理由を認容して原判決を破毀移送した。

大判明治16年7月7日判決録9巻209頁は、係争地の質入年期中である明治5年に被上告人が地券を受領したのは村方の慣行によるものであることと、年期明けに上告人が受け戻さなかったために流地と心得ていたことは、被上告人が自認している。よってその後被上告人が改正地券を受領したのは明治5年度の地券名義に原因するものであり貢租諸費を支弁したのは地券の名義によるものである。したがって本件を判定するには上告人が被上告人に所有権を移転したものであるかを審理しなければならないにもかかわらず、原裁判所は単に被

30) 清算を伴わない流地の不当性を指摘するものであり、ボアソナードの見解とも近い。上告代理人は山田泰造なる人物であるが、同じく上告理由内で「もし糶売して負債の価額に満たないときはなお補償せざるをえない。これが明治6年第18号公布及び第306号公布の主旨である。すなわち、フランス民法2078条・2088条等はこの原理を明らかにしたものである」とも論じており、フランス法の影響も伺われる。山田泰造（天保14年生まれ、大正6年没）は、明治7年代言人、明治10年代言人試験合格。明治23年立憲自由党所属で第1回衆議院議員選挙に当選、衆議院議員連続5期。

上告人が地券を受領したことと貢租諸費を支弁したことを指摘するだけでその理由を問わず両当事者間で所有権を移転したものと認定したのは審理不尽である、として原判決を破棄した。

大判明治16年7月31日判決録9巻240頁の事案では係争地を明治3年に質入れし、明治6年に新たに契約して明治10年12月を年期とした。原判決は「係争地は満期後に質地代金をもって所有権を移転する契約であり、満期が到来した以上は返地する必要はない。」とした。埼玉県では質取主が質地の名受けをするものであり、地券名義のみをもって所有権の所在を定めることはできないとの上告理由を認容して、大審院は原判決を破棄移送した。

大判明治16年8月2日判決録9巻242頁では、係争地は明治3年から明治7年までの5年年期の質地であり、明治7年3月ならびに明治9年に地引帳等に被上告人の記名調印がなされている。被上告人も、年期中ではあるが示談により所有権を得たと主張する。大審院は、質地について期限中に流地とするには相応の理由を要するにも拘らず、本件質地については何らの理由もなく、質代金は売価に比べて格段に低いのであるから、増金もなく年期中に流地となすとは考え難い、として原判決を破棄移送した。

大判明治16年11月21日判決録9巻356頁³¹⁾は、質取主は質入主がすぐに受け戻さなかったから流地だと考えたのであり、地券の名義人となったのは村方の慣行によるものであることを自認していることから、上告人が年期明け後も直ちに受け戻さなかったものの流地の合意があったと言うことはできず、係争地の所有権移転原因とはならない、として受戻を認めた。

大判明治17年1月17日判決録10巻9頁では係争地を明治5年3月及び6年2月に質入れしている。大審院は、被上告人の主張するような〔所有権移転の〕特約であるのか、それとも普通質地なのかを審究すべきであるとして、地券の名義のみにより被上告人を所有者とした原判決を破毀移送した。

大判明治17年3月1日判決録10巻49頁では、係争地を明治5年に10年の約

31) 大判明治16年7月7日判決録9巻209頁の差戻後再上告判決である。

定で質入れしている。地券は協議の上で質取主（＝被上告人）が受け取っている。大審院は、質入れが明治5年であり地券の発行が明治6年であるから、被上告人が係争地を買い入れたために地券を受領したというのであれば、質入の翌年に売買したことになるので売買の証拠を要するところであるが、被上告人の提出した証拠によれば売買は明治11年・12年ころになされたものようであり、地券発行の際に売買したとは認定できないとして、原判決を破毀移送した。

以上はすべて地券が質取主名義となっていた事例である。最後に質入主名義の事例を2件挙げる。いずれも地券発行前に流地となっているとの主張を認めなかった事例である。

大判明治13年11月15日判決録6巻394頁の上告理由は、係争地が安政6年に流地となっていることは、涙金4円も渡していること、上告人が係争地を占有していること、上告人が年貢所費を上納していることから明らかである、とする。大審院は、すでに流地となっているのであれば役場帳簿の名義が変更されているはずであるし、地券も上告人が受領すべきであるのに上告人はこれらの手続を取っていないことから、係争地の所有権はいまだ被上告人にあると言ふべきである。涙金4円を渡したというのも、涙金である証拠がないので、質地増金とみなさざるを得ない、として上告を棄却した。

大判明治17年1月18日判決録10巻11頁において上告人は、流質証文があるので自己に所有権があるとして受戻を拒み、係争地について地券を受け取らなかったのは親族間のことであるから等閑に流れたものである、と主張した。大審院は、流質証文にあるように明治4年に流質になったのであれば地券を受け取るはずであったにも拘らず受け取らなかったなどというのは不自然であるとして、上告を棄却した。

32) このほか、大判明治16年7月7日判決録9巻209頁も、地券名義と貢租諸費の負担のみで所有権移転ありとはできないと判示する。

以上の大審院判例³²⁾の中には地券名義のみをもって所有権の所在を確定した原判決を破毀したにとどまるものもある。しかし多くの判例はさらに進んで、ただ単に慣行があることのみではなく他の事由をも加味して受戻を認める。ここにおいて付加的な事由として挙げられているのは、当事者の合意解釈や質入の年期、流地証文の不存在、質入期間中の名受けであること³³⁾、質地証文に戸長の調印を受けたこと、質地証文の所在、売却されたとした場合の代金との不均衡（増金の不十分さ）³⁴⁾、受戻を求めた事実があること、上申書の存在などである³⁵⁾。

ここに挙げた21件の判例のうち、両当事者が同一村内の者である事例は11件である³⁶⁾。こうした事例では村内に慣行があることさえ確認されれば足り、それが当事者を拘束するかという問題は発生しない。また、残りの10件³⁷⁾に

33) 大判明治15年11月29日判決録8巻260頁（質地受戻上告）〔448号〕は、質入中に流地とするのは通例ではなく特別の契約を要することから、流地の成立を主張する者には立証責任があるとする。そして、年期明けから7、8年が経過していることはこのように解することの障害とはならない、とする。

34) 買戻の事例であるが金額を明確にしつつこの点を論じるのが大判明治17年5月15日判決録10巻118頁である。被上告人が上告人に対して明治10年4月21日に畑地を600円で売り渡し、明治14年12月25日を買戻し期限としたところ、それを延期して買戻し期限を明治15年2月28日限りとし、かつ、別途の借入金1,000円を合わせて調達すれば買戻せると合意している。被上告人が買戻し期限に買戻しをしたかが争点である。原判決は、被上告人による買戻しの成立を認めた。その際、係争地は券面1,600円の価格であるから3,000円近い実価であると考えられるのに売買価格が600円とされていること、代金600円と別途1,000円を合わせて調達すべきとされていることから係争地はあたかも1,600円の質地となっているかの如くである、と判示した。大審院は、上告を棄却した。

35) なお、大判明治17年5月15日判決録10巻122頁の原判決は、明治6年司法省布達第46号に基づいて受戻を肯定し、その際に、地券下付の慣行は相半ばしておりこれをもって質取主に所有権が移転したものと判断することはできず、明治9年8月の質地年期からわずか5、6年の経過したのみで所有権を放棄したものとすることはできない、と判示した。

大審院は適当な上告理由に当たらないとして上告を棄却しているのでこの点に関する判断は示していない。

36) ただし、2件が第1次上告審と第2次上告審の関係にあるため、これを除けば20件中11件となる。

についても両当事者が近隣の村に居住する事例が多く³⁸⁾、慣行の存在が認められればその効力を両当事者に及ぼしやすいものと言えよう。

(ii) 以上とは反対に、質入主による受戻を否定した事例としては以下のようなものがある。なおこの場合、地券名義から所有権の所在が推定されることから、質取主が地券名義人となる慣行について言及する必要はない³⁹⁾。よって、

37) 前注にある重複事例を除けば9件となる。

38) 大判明治13年2月6日判決録6巻24頁の上告人は群馬県西群馬郡棟高村（現・高崎市棟高町）、被上告人は群馬県碓氷郡剣崎村（現・高崎市剣崎町）の者であり8kmほどの距離である。

大判明治15年9月15日判決録8巻198頁の上告人は埼玉県南埼玉郡野島村（現・越谷市野島）の浄山寺住職、被上告人は埼玉県南埼玉郡末田村（現・さいたま市岩槻区末田）の者であり、両村は隣接している。なお、現在でも越谷市野島に浄山寺の存在が確認される。

大判明治15年11月7日判決録8巻239頁の上告人は静岡県長上郡有玉村（現・浜松市東区有玉台など）の者、被上告人は静岡県敷知郡西大山村（現・浜松市西区大山町）の者であり、6km余りの距離である。

大判明治15年12月19日判決録8巻311頁の当事者は前出の通りである。

大判明治16年5月5日判決録9巻106頁の上告人は神奈川県南多摩郡相原村（現・東京都町田市相原町）の者、被上告人は神奈川県南多摩郡宇津貫村（現・東京都八王子市宇津貫町）の者であり、両村は隣接している。

大判明治16年5月15日判決録9巻122頁の上告人は埼玉県北埼玉郡下村君村（現・羽生市下村君）の者、被上告人は埼玉県北埼玉郡下羽生村（現・羽生市下羽生）の者であり、6km程度の距離である。

大判明治16年7月7日判決録9巻209頁の上告人は埼玉県北足立郡浦和宿の者、被上告人は埼玉県北足立郡木崎領家村（現・さいたま市浦和区木崎）の者であり、浦和宿に隣接する村である。

大判明治17年1月17日判決録10巻9頁の上告人は埼玉県比企郡松山町（現・東松山市中心部）の者、被上告人は埼玉県比企郡上八ツ林村（現・川島町上八ツ林）の者であり、8kmほどの距離である。

大判明治13年11月15日判決録6巻394頁の上告人は埼玉県埼玉郡多門寺村（現・加須市多門寺）の者、被上告人は埼玉県埼玉郡北篠崎村（現・加須市北篠崎）の者であり、両村は隣接している。

39) 後述する大判明治16年10月13日判決録9巻301頁や大判明治16年10月23日判決録9巻317頁では、上告人が上告理由内で慣行の存在について明言しているものの、大審院は慣行の存否につき判断を示さない。

大審院が慣行の存否についてどのように考えているのかは、以下の判例からは明らかとならない。

大判明治12年3月14日判決録4巻196頁の事例では、慶応3年4月の契約で明治2年4月を質地の期限として弁済できないときは流地となるものとする。他方、同年6月の契約では何年経過しても受戻ができるとしており、大審院は、これは慶応3年4月の質地契約を維持するためのものであるから、明治2年4月より後も質地たり続けるとする。しかし上告人は地券発行の際に地券を受けず被上告人が地券を受けたのに対して異議も述べなかったのだから、受戻契約はこの時に消滅したという。

大判明治13年9月20日判決録6巻310頁は、質入主が年期明け⁴⁰⁾から何年経過しても受戻権があることは証書に「右地所年期明ヶ候共相返シ可申」とあることから明らかであるなどと述べて上告した事例である。大審院は、地券は地所所有の確証であって地主たる者が受けることとなっている。係争地を流地としないのであれば、明治5年の地券発行の際に地券願受の手続を取らなければならないにもかかわらず、そうした手続は取られていないばかりか被上告人が名受けするのを明らかに許可し、提訴まで数年間異議を述べていないことを理由に、質取主が地券を受けた時点で係争地受戻の権利を放棄したものと推定せざるを得ないとした。

大判明治15年2月9日判決録8巻18頁は、15年にわたり受戻をせず、地券も受けなかったのであるから、協議により上告人は係争地の所有権を被上告人に移転したものと言うべきである、とした。

大判明治15年6月17日判決録8巻135頁の原審は流地となったものと認定した。これに対して質入主は、明治3年以降も受け戻せる契約である、明治5年の地券発行時には不在にしていたから質取主名義となっても質入主の意思によるものではない、と主張した。大審院は、本件質地は慶応2年の取引であつ

40) 本件において年期明けがいつであるのか判例集には記載がないものの、地券発行以前に年期明けとなっていたものと見られる。

て、受戻の勧解を申し立てたのは明治14年である。質入中であるから地券を受領すべきは所有権を有する質入主であるが、質取主名義となっている。しかも、質地証文の書換をせずに数年経過しているのであるから、質入主は地券を質取主名義とするのを承諾したものである、として上告を棄却した⁴¹⁾。

大判明治15年7月20日判決録8巻167頁は、上告人が被上告人から証書を受け取ることなく被上告人に地券を受領させ数年間異議も唱えなかったことを理由に、上告人は係争地の所有権を放棄したものであるべきであるとした⁴²⁾。

大判明治15年8月14日判決録8巻183頁⁴³⁾は、上告人が不在であったとしても、明治6年4月に帰宅してから9年も放置しているのであるから、被上告人が不正の行為によって地券の名義を得たものとは認められない。地券は地所所有の公証であるから、上告人が確実な証拠を挙げるのでなければ容易にこれを無効視することはできない、とした。

大判明治15年9月26日判決録8巻207頁は、地券が被上告人名義であることを黙認していること、被上告人が名受けしたのが協議によるものだというのならば、これは係争地の所有権を争うにあたって最も重要な点であるから終始一貫して申し立てがなされるべきであるのに、第1審では地券が被上告人名義なのは被上告人が上告人の承諾なしに名義を得たものと主張しており主張が終始一貫していない、として上告を棄却して、受戻を拒絶した。

大判明治16年5月16日判決録9巻124頁は、被上告人が係争地の年期明けである明治6年12月に地券を受領したこと、その後数年間の権利行使に対して上告人が異議を述べなかったこと等によれば、流地証の授受がなくても、所有権を移転したものと推定せざるを得ない、とした。

41) 結局、地券の名義により所有権の所在を確定したので、布告・布達の解釈に関する上告理由には触れられていない。

42) さらに、本件質地が無期の質地であって契約時から明治6年7月31日までにいずれも10年を経過していることから、当時の例規に従い流地と断定できることを付加する。

43) 本件と上告人が同一である大判明治15年8月14日判決録8巻184頁もほぼ同一の文言で上告を棄却した。

大判明治16年1月29日判決録9巻12頁は、係争地は明治4年12月から明治7年12月までの質入契約であり地券も被上告人が受領したのみならず上告人が7年にもわたってこれを放置した事実を鑑みると、当時すでに流地としたものと認定することができるとして破毀自判したものの、上告人による受戻を認めなかった。

大判明治16年3月14日判決録9巻36頁は、無年期の質地の期限は10年であり、本件質入の成立した元治元年12月から起算すると明治6年8月よりも後になることから、原判決が「すでに期限後13年を経過したものであるから、従前の質地処分慣例によっても今更受戻を要求する権利はない」としたのは妥当ではない。しかし、質地の所有権は質入主にあるのだから所有権を表示する地券は質入主が受領すべきものである。しかし上告人は地券発行の際から地租改正諸入費を被上告人に負担させ、被上告人が地券を受けるのに任せ、提訴に至るまで異議を述べていないのであるから、上告人の承諾によるものと認定せざるを得ない、とした。

大判明治16年7月18日判決録9巻230頁は、原裁判所では上告人の供述中に地方の慣行に従ったものであるとの申し立てがないこと、書証には期限に至って受け戻さなければ流地とすると記載されているのだから係争地の所有権を移転していないのであれば期限に至って直ちにこれを受け戻しているはずであること、提訴まで5年を経過していることを理由に、受戻を認めなかった。

大判明治16年10月10日判決録9巻298頁は、質地証文には明治元年から10年年期の契約のほか2か月の猶予を与える但書があるものの本訴が生じたのは期限から数年後の明治15年であること、地券も被上告人が受けていることから受戻を認めなかった。

大判明治16年10月13日判決録9巻301頁は、明治7年11月に下付された旧地券及び明治11年4月に下付された新地券とも被上告人名義で名受けしたが上告人は異議を述べず、その後数年間すなわち本訴の勧解を求めるまで放置したといった事実を照らすと、すでに流地となったものと認定せざるを得ないとして、上告を棄却した⁴⁴⁾。

大判明治16年10月23日判決録9巻317頁は、仮に被上告人が明治6年に地券を名受けしたのが誤謬であるならば、上告人はその当時に地券の書き換えを求めべきであるのにそうしていないのみならず、なお引き続き被上告人が改正地券も受領するに任せ、以来6、7年間にわたり何らの異議も述べていないことを理由に、上告人が受戻権を放棄したものと認定して上告を棄却した。

大判明治16年11月9日判決録9巻336頁は、質入中は上告人が係争地の租税小作米等を支払っていたが、年期明け後の明治9年以降は被上告人が支払い、地券も被上告人が受領したという事実により、上告人が所有権を移転したものと認定した原判決を正当とする。

大判明治16年11月24日判決録9巻359頁は、上告人は明治6年12月の年期後に猶予を受けた証拠を有しないばかりでなく、新旧の地券も被上告人が受領しているのに、明治15年になって突然預け地取戻の名義で提訴して敗訴すると、さらに質地受戻の提訴をしたことを理由に受戻を認めなかった。

大判明治17年2月6日判決録10巻20頁において上告人は、被上告人は係争地の所有権が移転していると述べるが、移転したという証拠はない。地所質入書入規則によっても元来質地であったものが売買に変ずることはないから、質地証文が所有権移転証書に改正されたというのであれば所有権の移転であると主張する被上告人の側で立証すべきである、と主張した。大審院は、上告人の挙げる証拠によっては所有権が被上告人に移転していないとは立証できていない。上告人が原裁判所に提出した控訴状には「地券が被告（＝被上告人）名義となっているのは、質取主が納税の義務を負うために地方の慣行に従っただけのことである」とあるが、地券の名受けが地方の慣行に従ったものであるとの証拠がない。ことに、被上告人が地券名義人となったのは明治12年2月であっ

44) なお上告理由では、たとえ流地契約があっても債権者は貸与した金額を得れば十分であり、それ以上の利益を望む道理はない。流地契約ある質地で所有権を直ちに移転するものとすれば、債権者は往々にして債務者の貧困に乗じて不相当な代価で貴重な不動産を買い取り不義の利益をむさぼることとなる、との主張がなされている。これは清算金なしに流地が認められた場合の不合理をいうものである。

て質入年期後であるのだから、係争地が仮に元は質地であったとしても、満期後に承諾によって流地としたものとみなさざるを得ない、として上告を棄却した。

大判明治17年2月14日判決録10巻30頁は、本件は上告人が明治3年に被告人に質入れた地所の受戻を明治16年になって請求し、被告人は明治6年に流地になっていると主張したものであることを指摘して受戻を認めなかった。

大判明治17年2月18日判決録10巻33頁は、質権の満期後に新地券が被告人に下付されたにも拘らず数年間にわたり何らの異議も述べていないことから、当時すでに流地となっていたものと見るのが相当である、とした。

大判明治17年3月4日判決録10巻52頁の係争地は明治2年質入、年期3年の質地である。大審院は、本件地所は年期明け後直ちに流地とする契約であったので双方協議の上で流地として明治5年に地券を受けたとの被告人の主張を認めた。また、そもそも質地というものは所有権を移転するものではないのだから、地券は質入主の名義にするべきものであって、明治5年に誤って被告人が地券を受けたのだとしても、明治9年の地券改正の際に上告人が地券を受けるべきであるのにそうしなかったばかりでなく、明治14年に本訴を提起するまで放置していたのであるから、係争地はすでに被告人の所有であったものと言わざるを得ないとした。

大判明治17年4月15日判決録10巻91頁の係争地は明治4年4月質入、年期3年の質地である。大審院は、原判決は年期の明けた明治7年4月から本訴提起まで長いこと受け戻さず地券も被告人が名受けしているのであるから、すでに流地となったものと認定したのであって、本訴において初めて流地を命じたものではない。よって地所質入書入規則14条・明治6年太政官布告第51号・同年司法省布達第46号は適用されない、とした。

大判明治17年5月6日判決録10巻113頁の係争地は明治4年4月質入、年期5年の質地である。大審院は、期限明けの明治8年4月に早々に受け戻さず数年経過しているばかりでなく地券名義の書き替えの点からしてもすでに上告人

は係争地の所有権を放棄したと認定した原判決を正当とした。

大判明治17年6月11日判決録10巻167頁は、被上告人の照会に対する回答書の内容、被上告人を仮に地券名義人としたにすぎないとする証拠の欠如、期限後数年の経過という3点を理由に、流地となったと認定した原判決を正当とした。

以上の判例が受戻を否定する判断に至った理由としては、質入中の土地について本来は質入主が地券を受けるべきであるにも拘らず質入主は質取主が地券名義人となるのをあえて許可したこと、地券の名義が質権の年期明け後に得られたものである場合にはその事実、年期明け前に名義が得られたにもかかわらず年期明け後に異議を述べずに放置していたこと、が挙げられている。特に、異議を述べずに放置していたことは、大判明治15年9月26日判決録8巻207頁と大判明治16年11月9日判決録9巻336頁を除くすべての判例で言及されている。どの程度放置していればこのような判断に至るのか。大判明治15年2月9日判決録8巻18頁は15年、大判明治15年8月14日判決録8巻183頁は9年、大判明治16年7月18日判決録9巻230頁は5年、大判明治16年10月23日判決録9巻317頁は6,7年というように放置期間を明確にするものの、多くの判例は「数年間」とするのみ⁴⁵⁾である⁴⁶⁾。大審院は厳密に期間を設定して受戻を否定するのではなく、おおむね5年程度放置していれば受戻を否定するには十分であると考えていたと言える。他方で、流地証の授受が欠如していることは所有権移転と認定する妨げとなっていない。

45) この中には、流地となった期日と提訴の期日が明らかにされており、計算をすれば放置した年数を算定できるものを含む。

46) なお、大審院の判断に直接影響してはいないものの、大判明治16年7月12日判決録9巻224頁において、被上告人は、年期の明けた明治7年以降8年間にわたり地券の制定があっても上告人は受け戻していないことを流質が認められるべき理由に挙げている。

四 布告・布達の解釈

(1) 前稿で取り上げたように、質権の定義・内容・実行方式については太政官布告ならびに司法省布達によって定められている。そこで以下では、これらの布告・布達につき大審院がどのような解釈を示していたのかを検討する。

まずは行論の理解の便のために、当該太政官布告ならびに司法省布達を挙げておく。

地所質入書入規則（明治6年太政官布告第18号）

- 1条 金穀ノ借主^ニヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主^ニ地所ト証文ヲ渡シ貸主其作徳米ヲ以テ貸高ノ利息ニ充候ヲ地所ノ質入ト云フ
- 2条 金穀ノ借主^ニヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主^ニ地所引当ノ証文ノミヲ渡シ借主ノ作徳米ノ全部又ハ一部ヲ貸主ニ渡シ利息ニ充候ヲ書入ト云フ
- 3条 金穀ノ借主地主ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主^ニ地所引当ノ証文ノミヲ渡シ借主ヨリ其利息トシテ米又ハ金ヲ払ヒ候ヲモ亦タ書入ト云フ
- 4条 地所ヲ質入ニ致シ候節ハ地券ヲモ相渡シ可申其年期ノ儀ハ三ケ年ヲ限ル可シ尤三ケ年以下期限取極候儀ハ勝手タルヘク且ツ年限取極候廉ハ判然証文面ニ記載致シ置可申事
但書入ノ儀ハ地券ヲ相渡スニ及ハス其年限長短共本文ノ限ニアラスト雖モ双方相對ニテ取極候年限ハ本文同様証文面ニ記載致置可申事
- 5条 質入又ハ書入ノ地所期限ニ至リ貸主借主相談ノ上金穀ヲ返サスシテ地所ヲ引渡候節ハ旧地主其地券ノ裏ニ金主ヘ可引渡旨相認メ其地ノ戸長加判ノ上金主ヨリ新地券書替可願出事⁴⁷⁾
- 8条 管轄違ノ者或ハ同管轄ト雖モ懸隔ノ地所ヲ質ニ取り候節ハ其現地ノ村町ヘ金主ノ名代人相定置其地租諸役トモ差支無之様可爲相勤事
- 14条 當今質入又ハ書入ニ致シ置年期中ノ分ハ總テ前文規則ニ照準シ當

七月限り証文相改可申事

16条⁴⁸⁾ 従前取結ヒタル質入書入ノ約定ニテ明治六年七月三十一日前ニ期限ヲ過去リタル分ニテ債主ニ於テ貸金返済方ニ付延期ノ勘弁ヲ加フル者ハ來十月三十一日迄ニ其地所所管ノ戸長役場へ届出地所質入書入規則第九條ニ準シ奥書割印ヲ受クヘシ若シ右日限内奥書割印ヲ受ケスシテ後日其証書ヲ以テ訴訟ニ及フ時ハ質入書入ノ証拠ニハ相立サルニ付裁判上糶賣分配ノ時ハ先取ノ權利ヲ失ヒ質入書入ナキ貸借同様ノ処分ニ及フヘキ事

明治6年太政官布告第51号

「壬申〔明治5年〕二月十五日第五十号布告ノ通地所売買被差許候上ハ質地ハ貸借上ノ事柄ニ付、翌十六日以後ノ証書ニテ質地ヨリ起ル訴訟ハ糶売ノ手續ヲ以テ済方可申付事 但壬申二月十五日以前取引ノ質地ニテ年季明不受戻時ハ従前ノ通流地タルヘキ事」

明治6年司法省布達第46号

「従前質地ヨリ起ル訴訟ハ証文中ニ年季明不受戻候ハ、流地ニ可致旨之文言有之分ハ期限ヨリ二ケ月右文言無之分ハ十年ノ内訴出候ハ、受戻申付來候処当八月ヨリ以後ハ流地文言有無ニ不拘年季明不受戻シテ訴訟ヲ為ス時ハ明治六年第五十一号御布告ニ基キ二ケ月亦ハ十ケ年ノ猶予ヲ与ヘス直ニ糶売ノ手續ヲ以テ裁判可致事

但原告被告双方熟議ノ済方ハ此限ニアラサル事」

(2) 地所質入書入規則14条により証文の書き換えが義務づけられたが、こ

47) 明治12年2月10日太政官布告第7号で「旧地主其地券ノ裏ニ金主ヘ可引渡旨相認メ其地ノ戸長加判ノ上金主ヨリ新地券書替可願出事」が「旧地主ヨリ金主ヘ可引渡旨別紙ニ相認メ其地ノ戸長加印ノ上金主ヨリ地券相添ヘ確認ノ証ヲ可願出事」と改められる。これは「地券渡方規則」に依っていたものを、売買の場合に地券裏書による所有権移転にならって改正したものであって、流質に関する部分に変更はない。

48) 明治7年太政官布告第76号により増補されたものである。

れに違反した場合の効果はいかなるものか。

ほとんどの大審院判例は、地所質入書入規則に違反して証文を書き換えなくとも、当事者間では質権の効力は維持されるものと判示する。

大判明治12年12月18日判決録5巻277頁は、証文を書き換えなかったことをもって所有権移転を認めた原判決を失当とし、地所質入書入規則14条の意味は、証文を書き改めるべきであるというだけであり、書換をしなくても所有権が移転するものではない。係争地の所有権は質入主にあつて質地としての性質を保ち続けているものである、とする。同様に、地所質入書入規則14条による質地証文の書換をしていない場合にも書換をしたのと同視して明治5年2月16日以降の証書による質地として扱う判例としては、大判明治12年10月16日判決録5巻154頁、大判明治13年3月5日判決録6巻73頁⁴⁹⁾、大判明治14年4月23日判決録7巻84頁、大判明治14年12月7日判決録7巻225頁、大判明治14年12月28日判決録7巻243頁、大判明治15年9月20日判決録8巻201頁、大判明治15年9月28日判決録8巻210頁、大判明治15年10月10日判決録8巻223頁、大判明治15年12月28日判決録8巻345頁、大判明治16年1月29日判決録9巻12頁、大判明治16年7月11日判決録9巻219頁がある。これらの判例は、明治6年司法省布達第46号が適用されて、明治6年第51号布告本文により糶売がなされるべきとする⁵⁰⁾。そしてこれらの判例の事案では質入主が受戻を求めていることから、受戻が認められることとなっている。

以上の判決を概観すると、原判決破毀事例⁵¹⁾が目立ち、流地を認める傾向の

49) 地所質入書入規則を遵守するか否かはもっぱら質取主の権利に関わり、質入主の権利には無関係であることを理由とする。地所質入書入規則14条を対抗要件として理解したものとイえる。

大判明治14年6月28日判決録7巻130頁もまた、質地証文を書き換えないと、質取主は質入主が身代限等になった場合に他の債権者に先立って回収できないというだけであり、当事者間では改正しなかったからといって質地貸借ではないと言うことはできないとする。

50) 大判明治12年12月18日判決録5巻279頁、大判明治15年11月7日判決録8巻239頁も明確ではないがこうした解釈によるようである。

ある下級審に対し、大審院は、法令違反があっても当事者間での質権の効力に影響はないとすることを介して、結果として流地を認めない。

これに対して、大判明治15年5月13日判決録8巻104頁は、地所質入書入規則14条に基づく証文の書き換えがなされていない本件においては、質入の効力を有しがたいことは言を俟たない、と判示する。ただしこれは、流地を認めた原判決に対して、明治6年司法省布達第46号により流地文言の有無に関わらず鬻売とすべきである、質入主が金銭を調達して受け戻そうとする以上、質取主はこれに応じなければならない、との質入主からする上告に応えたものである。すなわち、明治6年太政官布告第51号但書の適用を排除するための理由、すなわち流質を否定するための理由として述べられているのである。さらに、仮に当事者間では質地契約としての効力が維持されるものとしても、流地とすることはできない、とする。その理由は、質地契約は元々は金銭貸借の契約から生じたものであるが、流地の処分をなすべき成規が廃棄された以上、質入主が借入金を弁済して質地を取り戻そうとするにあたって質取主がこれを拒絶すべき条理がないことに求められる。

本判決は地所質入書入規則14条違反の効果という点では他の大審院判例と全く異なる突出した判断を示しているものの、仮に質地契約としての効力が維持されるとしても同じ結論が得られることに言及し、流地を認めないという結論自体は他の大審院判例と同様となる。その意味では、地所質入書入規則14条違反の効果に関する判時は傍論として位置付けることができよう。

(3) 地所質入書入規則4条は質入の年期を3年とするが、同条違反の効力について最初に判示したのが次の判例である。

大判明治15年5月24日判決録8巻118頁の上告理由は、質入契約は地所質入

51) 大判明治14年12月7日判決録7巻225頁、大判明治15年9月20日判決録8巻201頁、大判明治15年12月28日判決録8巻345頁である。大判明治15年9月28日判決録8巻210頁も原判決を破毀しているが、地所質入書入規則14条の解釈を理由とするものではないので除外する。

書入規則4条に従って3年の年期とし、本件では年期の制約を避けるべく別段の契約でもって年期明け後さらに3年間質地に渡すべきとの契約を締結したものであり、これは質地証文ではないので同条違背にはならないとしている。これは3年を超える年期の契約を無効とすることを前提しており、本件当事者にもそうした意識があったからこそ無効を回避するための手段を取ったことをうかがわせるのである。もっとも、原判決は当事者のこうした工夫にもかかわらず、別段の契約は密約証にあたるものだから履行を求めることができない結果、3年の質地満期はすでに経過したと判断している。大審院は、3年の年期制限を超える契約は法律の保護を受けられないものである、として上告を棄却した。

上記判決が当事者間においても3年を超える期間の質入の効力を否定したのに対して、3年を超える契約であっても当事者間では有効とする判例が多い。

当事者間で10年年期の質入契約をしたところ、被上告人が3年年期への変更を求めた事例である大判明治15年9月18日判決録8巻200頁〔325号〕⁵²⁾は、両当事者の合意によって戸長役場の簿冊に登録せず、質入年期も3年という期限によらないとの契約を締結しても当事者間では効力を失うものではない、と判示する。

また、3年年期の質権を設定すると同時に10年間は受け戻さないとの契約をした事例である大判明治15年10月4日判決録8巻218頁は、3年ごとに規則に従い証書を書き換えて10年間は質入主が質取主から受け戻すことを免れるための予約であって地所質入書入規則に抵触するものではない。仮にこれを10年間の質地契約証であるとしても、地所質入書入規則は他の債権者に対する先取の特権を保護する法律であって両当事者が規則によらずに契約を締結しても無効というべきものではないという。

大判明治17年7月17日判決録10巻220頁は、質権によって担保されている債務の債権者が貸し付けから3年経過した時点で弁済期が到来したと主張した

52) 大判明治15年9月18日判決録8巻200頁（質地契約改正一件）〔326号〕も上告人を同じくする同種事案であり、大審院の判決文は全く同じである。

のに対して、3年を超える質権であっても当事者間では有効であるとした。

大判明治29年5月11日民録2輯5巻24頁は、上告人の父が明治15年11月13日に被上告人に対して係争地を質入れしてから上告人が明治24年7月に譲り受けるまですでに10年、提訴の時までならばそれ以上の期日が経過しており地所質入書入規則4条による質入期限である3年を経過している以上、質入証文は無効となっている、との上告理由に対し、同条は単に質地の年期は3年と訓示したのみであり、3年を経過したものは質地の効力を失うとの制裁を課すものではないから、年限が経過しても本件に影響を及ぼさない、として上告を棄却した。

このように、地所質入書入規則4条に違反する3年を超えた期間の質権の効力については大審院の見解は分かれている。いずれの事案も質権設定契約の当事者間の争いであるから、この点をもって結論の相違を正当化することはできない。もっとも、質権の効力を否定する判決とは言っても質地満期が経過したとしているのであるから、3年を超過する部分の効力のみを否定したものであって、質権設定契約の効力を全面的に否定するものではない。したがって3年以内であれば質権は当事者間でも有効という限りで判例の見解は統一されているが、それを超える期間の質権の効力についての判例の相違を説明することはできない。ただ、3年を超える期間の質権の効力を否定した事例は1件にとどまることから、当事者間の合意を尊重する傾向があると整理することは許されよう。

以上は3年よりも年期が長いケースであるが、次の事例は反対に3年に満たない期間の質入の効力を認めたものである。

大判明治14年10月20日判決録7巻193頁では、上告人は、係争地は質入の名称を用いただけで、売買だと主張した。質地は3年年期の成法があるにも拘らず、上告第1号証は明治9年9月から明治10年まで1年と明記しており1年年期の質入証書であって特別の契約である。上告第5号証によれば係争地の小

作契約は明治12年4月までの3年であって、被告人が年明けの明治10年9月に係争地を受け戻すことがないことを表している、というのである。大審院は、3年以内であれば質地年期は当事者の随意という法律なので、本件質地年期は成法に背くものではない、とする。

(4) 地所質入書入規則16条違背の効力につき大判明治19年5月10日判決録12巻12頁・27頁は、奥書割印のない証文はただ裁判上糶売にあたって先取の特権を得ないということにとどまり、奥書割印のない証文は裁判上糶売分配に至らない場合も質入地としての効力を失い質入のない貸借と同様の処分に及ぶという法理ではない、として原判決を破棄した。

この判決は、奥書割印を証文の書換と同様に第三者対抗要件と位置付けるものと言える。

(5) ここに掲げた布告・布達の解釈のうち最大の問題が、明治6年司法省布達第46号が同年太政官布告第51号但書にもたらす影響である。

この点について司法省は、明治6年8月以降に訴訟に及んだ場合には、質地証文の日付に関わりなく受戻猶予期間を与えずに糶売するものと解する⁵³⁾。

(i) 大審院の解釈は、次のようなものである⁵⁴⁾。

前述のように質地証文の書換がなされていなくても、明治6年7月31日までに書き換えたあるいは書き換えたと同視すべき質地証文は明治5年2月16日以降の質地証文として扱われる。明治6年太政官布告第51号但書は、明治5年2月15日以前の質権設定契約⁵⁵⁾であって明治6年7月31日までに年期が明ける

53) 司法省日誌明治7年第108号(明治7年6月12日)明治6年12月の栃木裁判所何に対する指令。

54) 事案は明らかではないが、大判明治12年12月17日判決録5巻274頁もまた、年明け後10年経過していないので流地とは認められないとした原判決を不当と判示し、本文に掲げたと同様の解釈を示す。

55) 大審院は、この時期が地所売買禁止中であることを指摘する。大判明治12年12月17日判決録5巻274頁、大判明治12年12月18日判決録5巻279頁。

ものにも適用されるのであり、同年8月以降は流地を許さない趣旨である。そして、同年司法省布達第46号は、同年8月以降年期明けの分につき受け戻さないときは、慣行によって認められてきた年月の猶予を与えず糶売によって裁判すべきとの趣旨である。したがって、明治6年第51号布告但書の適用場面は明治6年8月1日以降は存しない。

(ii) 以下の判例はこうした解釈に依拠して太政官布告第51号本文を適用して受戻請求を認める⁵⁶⁾。以下、各事例について質入日・年期を示し、さらに、大審院のこのような解釈がどのような過程で形成されたのかを示すため、上記の大審院の解釈とは異なる解釈を当事者が示している場合にはそうした主張もあわせて掲げることとする。

大判明治12年10月16日判決録5巻154頁⁵⁷⁾の係争地は慶応3年12月質入、年期10年の質地である。質入中であっても本金を返済すれば地所証文とともに返還することとなっている。質地証文の書き換えはなされていない。大審院は、原判決による地所質入書入規則14条の解釈は誤りであるとして、破棄自判した。

大判明治12年12月18日判決録5巻279頁の事例では、慶応4年2月に質入れされ、期限は明治11年1月であり、明治7年8月2日に証文が書き改められている。本件の上告理由は、すべての質地は受戻がない限りは明治5年2月15日の前後を問わず糶売がなされるというのは誤解であると主張し、このように

56) 大判明治16年7月11日判決録9巻219頁も明治6年太政官布告第51号本文の適用を明言しないものの、同布告但書の適用はないから受戻は可能と判示していることから、道布告本文を適用したものと同列に扱うことができる。

57) 本件では質地年期が経過しているか否かも問題となっている。上告人は、受戻の勧解を出願した明治11年1月31日は太陰暦では丑の12月29日であって年期10年の経過以前であるから受戻権が認められるべきである、という。これに対して被告人は太陽暦が頒布された以上は期限の計算は明治5年1月28日司法省第44号達によるべきであると主張した。この点については、控訴審で申し立てがなかったことを理由に、大審院は判断を示していない。とはいえ、結論としては上告人による受戻を認めていることから、年期は経過していないものと判断したと言える。

解したのでは明治6年太政官布告第51号但書はほとんど消滅したものとなってしまう、というが、上告は棄却された。

大判明治14年4月23日判決録7巻84頁の係争地は明治2年12月質入、7年年期の質地である。質地証文の書換はなされていない。上告人は、地所質入書入規則14条に違背して質地証文の書換がなされていないなくても、それがなされたものと同視されるべきであると主張した。被上告人は、地所質入書入規則が出されたのが明治6年1月17日であり、同年太政官布告第51号は同年2月14日に出されたものであるから、前者によって後者が取り消されることがない以上、明治6年太政官布告第51号但書の効力は消滅していない。また、同年司法省布達第46号布達は同年太政官布告第51号本文のみに関わるものであって、同布告但書に干渉するものではない。さらに、司法省布達によって太政官布告を取り消すことはできない、と反論した。大審院は、上告理由を受け入れて原判決を破毀した。

大判明治14年8月11日判決録7巻158頁の係争地は、明治元年12月質入、年期7年の質地である。質地証文の書換はなされていない。被上告人が受戻を求めたのは明治13年2月である。原裁判所は、期限後10年猶予の慣行によって受戻を認めた⁵⁸⁾。大審院は、年期明けから5年が経過しているものの、上告人による流地・地券書換処分がないことから依然として質地であり、受戻ができるとした。

大判明治14年12月7日判決録7巻225頁の係争地は、明治3年質入、明治12年までの年期10年の質地である。質地証文の書換はなされていない。原判決は、証文の明文に従って、期限を経過した以上被上告人に所有権帰属したと判示した。大審院は、証文の書換がないものの明治5年2月16日以降の証書に係る質地として扱うべきであるとして、原判決を破毀した。

大判明治15年9月15日判決録8巻198頁の係争地は明治3年質入、年期10

58) 大審院は、本件質地契約の期限は明治6年8月1日以降であるのに原裁判所が流地として明治6年太政官布告第51号但書を適用したのは不当であると判示するが、原判決が受戻を認容したこととの関係は判例集からは明確ではない。

年で明治13年12月までの質地である。証文の書換はなされていない。被上告人は合意により係争地を買い受けたと主張したが、大審院は、証書の明文、被上告人が質入中に地券の名義人となっていること、売買に際して必要とされる檀家の承諾がないことを理由に、売買の成立を認めず、原判決を破毀して受戻を認めた。

大判明治15年9月28日判決録8巻210頁の係争地は明治4年6月質入、年期3年の質地である。金子弁済次第返地との約定がある。質入証文の書換はなされていない。その後明治9年7月に増借をして無年期に改められ、さらに明治11年5月10日には、同月20日までに債務を弁済できなければ質取主が質地を所持するか他に質入するとの契約が締結された。原判決はこの契約の効力により流地となったとしたので、質入主が上告した⁵⁹⁾。上告理由は、質地である以上は当事者間にいかなる契約があろうとも糶売によるべきである。そもそも地所質入書入規則の趣意は、質物は債務額よりも価値が高いのが常であるから、弁済できなかったことを口実に直ちに所有権を得ようとするのは債権者に望外の利益を得させることとなる。法律は債権者が不正の利を得ることを恐れてこれを禁止したものであり、利息制限法と理を同じくするものである、というものである。大審院は、布告・布達に関する前記の解釈に基づき明治6年太政官布告第51号本文によって処理すべきものとして、原判決を破毀自判した。

大判明治15年11月29日判決録8巻260頁〔448号〕⁶⁰⁾の係争地は、明治3年8月質入、5年年期の質地であり、質地証文の書き換えはなされていない。原判決が受戻を認めたので上告人は流地の成立を主張したが、大審院は、上告人が地券名義人となっている以外に何らの確証もないとして、上告を棄却した。

大判明治15年12月27日判決録8巻339頁〔594号〕⁶¹⁾の係争地は明治4年2月質入、5年年期の質地である。原判決は明治3年12月に流地となったと判示したが、この点について大審院は、明治4年2月に質入れしたとの登記がある

59) 本件の上告代理人は、前出の山田泰造である。

60) 大判明治15年11月29日判決録8巻260頁〔449号〕も被上告人（＝質入主）を同じくする事例であり、判決文も同様である。

ので、流地となっているのであればこの時期に質入するはずがないとして原判決を不当とした。

大判明治16年7月12日判決録9巻224頁の係争地は明治4年11月質入、年期は明治7年12月の質地である。慣行の存在を指摘する上告理由を受けて、大審院は原判決を破毀移送した。

以上10件の事例のいずれにおいても明治6年8月以降に年期明けとなっている。質地証文の書換がなされていない事例であっても明治6年太政官布告第51号本文を適用しており、明治6年8月以降に年期明けとなる質地については、同年司法省布達第46号が同年太政官布告第51号但書適用の余地をなくしている。同布告但書適用の余地がなくなることを直接批判する見解も見られるが、大審院はこれを問題としない。

また、ここに挙げた10件のうち原判決を破毀したものが7件に上る⁶²⁾ことが注目される。下級審レベルでは結論として流地が認められていたのが、大審院で受戻を命じられることとなったわけである。その理由としては、地所質入書入規則14条解釈の誤り、合意による所有権移転認定の誤りが挙げられている。

(iii) これに対して明治6年太政官布告第51号但書を適用するのは、以下の判決である。

大判明治11年5月28日判決録2巻251頁⁶³⁾の係争地は、嘉永6年7月質入、

61) 大判明治15年12月27日判決録8巻339頁(595号)、大判明治15年12月27日判決録8巻340頁(596号)、大判明治15年12月27日判決録8巻340頁(597号)、大判明治15年12月27日判決録8巻341頁(598号)、大判明治15年12月27日判決録8巻341頁(599号)は、いずれも上告人を同じくする事例であり、大審院の判決文も質入の年月等が異なる以外は同一である。

62) 上告を棄却したのは、大判明治12年12月18日判決録5巻279頁、大判明治14年8月11日判決録7巻158頁、大判明治15年11月29日判決録8巻260頁の3件である。このうち大判明治14年8月11日判決録7巻158頁は原判決が明治6年太政官布告第51号但書を適用したのことに付いては不当としている。

年期7年の質地である。期限に弁済できないときは何年たとうとも金子有合次第受け返すとの特約が付されている。被上告人は、当該契約は金子有合次第受戻可能であるから、10年が経過しても流地となるものではない、と主張した。大審院は、旧幕府の法令は質地は10年を期限とするものと定め、明治6年太政官布告第51号は明治5年2月15日以前に取引したもので年期が明けても受け戻さないものは流地とするとある。すなわち、質地は10年を期限とし、この期限を経過して受戻がなされないときは流地となるというのが慣行である。本件質地は嘉永6年7月から17年〔年期7年+受戻期限10年であり、明治3年までとなる〕のうちに受け戻さなかったものであるから、係争地はすでに流地となったものとする、として原判決を破毀自判した。

大判明治11年7月22日判決録3巻55頁の係争地は、慶応3年12月質入、10年年期の質地である。明治6年7月27日に公正証書への更改がなされた。上告人は、明治6年太政官第51号布告に明治5年2月15日以後の証書の質地から生じた訴訟は糶売とあるから、糶売をすべきである、と主張した。大審院は、慶応3年の証書では満期が何月なのか明確ではないが、明治6年の証書によれば当初から11月が満期であることは明らかである。明治6年の公正証書への更改は従前の証書を書き改めたにすぎず書換をしたのではない。よって、明治6年太政官第51号布告但書が適用される、として上告を棄却した。

大判明治12年6月29日判決録4巻536頁の上告人は、本件質地は明治3年5月の取引であって明治6年5月が期限であるが、太陰暦と太陽暦の差があるので28日の日数を加えると同年6月28日が期限となる。そして当時の慣行によれば質入主に2か月または10年の猶予すなわち出訴期限を与えているのだから、本件についても2か月の出訴期限が与えられて、明治6年8月28日が出訴期限となる。また、明治6年司法省布達第46号によれば、同年8月以降は流地文言の有無にかかわらず直ちに糶売すべきとされている。本件質地も明治6年8月1日以降にわたるものであるからこの布達が適用されて⁶⁴⁾、糶売がなされ

63) 被上告人は、大判明治11年5月28日判決録2巻247頁の被上告人と同一人物である。

るべきであって流地は認められない。糶売は受戻がなされないときに用いられるものであり、上告人が受戻を求めているのだから、受戻が認められるべきである、と主張した。大審院は、明治6年6月28日から2か月以内に受戻の提訴をすべきである、として提訴期限については上告理由と同様の理解を示す。しかし、この期間内に提訴しない場合には質地所有権は被上告人に移転するにもかかわらず、上告人は明治6年8月28日までに提訴していない。明治6年司法省布達第46号は同年太政官布告第51号本文に関わるものであって、同布告但書には関係しない。よって、明治5年2月15日以前の取引で年期明けに受け戻さなかったものについては流地となるのは当然である、と判示して上告を棄却した。

大判明治17年2月4日判決録10巻19頁の係争地は、明治3年12月質入、年期は明治5年12月の質地である。上告人は、明治5年2月16日以降に及ぶ契約であるので地所質入書入規則14条により質地証文の書換が必要であること、明治5年に地所売買の禁制が解かれた後は流質という呼び名は消滅していることを理由に受戻が可能であると主張した。大審院は、本件質地証文には明治5年の年末までに受け戻さなければ流地となると明記されており、この契約は明治5年2月15日以前に締結されたものであるから明治6年太政官布告第51号の適用を受けるものではなく、従前の慣例によって2か月の猶予を与えてもその期限は明治6年7月3日以前であるから、同年司法省布達第46号の適用もない。したがってすでに流地の処分に関し質地契約の効力はない、として上告を棄却した。

大判明治17年6月25日判決録10巻183頁の係争地については質入の時期、年期とも争いがある。被上告人は20年前に5年の年期で質地に取ったものですでに流地になっていると主張した。原判決は、村方名寄帳によれば慶応4年3月に被上告人に質入れしたものであって上告人の言うように7年年期だとす

64) このあたりは理解しにくいのが、提訴期限が明治6年8月以降であるから、提訴がなくとも糶売が認められるべきだという論法である。

れば、地租改正の際に被上告人名義で地券を受けるはずがないのに異議がなかったのであるから、流地となったものと認めざるを得ない。よって、係争地は明治元年3月に5年年期の経過後受け戻さなかったものと認定し、明治6年太政官布告第51号但書によりすでに流地になったものと判決した。大審院も原判決を認容した。

大判明治18年5月6日判決録11巻137頁の係争地は、明治2年質入、明治5年⁶⁵⁾に増借の質地である。大審院は、原判決は質地の年期を定めながら債務を弁済せずに明治6年・9年の地券も質取主が受領していることに異議を述べていないことからすれば、合意によって所有権が移転したと認定したものであって、認定した事実は裁判官の主権に属することから上告理由とはならない。上告人は、明治6年太政官布告第51号を援用して、「万一遅滞候ハ、先年中貴殿方へ質地ニ預置候地所引揚ハ勿論質流地ニ屹度可致」とある甲第3号証は無効であるとするが、この布告は裁判上は流地とせずに糶売するというものであって、双方が合意の上で弁済のために流地とするのを禁じるものではない、として上告を棄却した。

明治6年太政官布告第51号但書を適用した6件を分析すると、以下の知見が得られる。まず、大判明治18年5月6日判決録11巻137頁は当事者間に明確な流質合意があると認定されたものであり、明治6年司法省布達第46号但書によるものと言える。質入主が流質合意の効力を覆そうとして提訴したが、すでに提訴前に合意が成立しているのだから、同布達本文の適用はない。残りの5件が、同布達但書によらずに解決したものである。このうち、大判明治11年5月28日判決録2巻251頁、大判明治17年2月4日判決録10巻19頁の2件では明治6年太政官布告第51号の交付以前にすでに流地となっている。それを否定すべく、大判明治11年5月28日判決録2巻251頁では金子有合次第受戻可能

65) 上告理由には明治5年の2月以降との記載があるが、明治5年の何月であるのかは判例集からは不明である。

であるとの主張がなされるものの、大審院は幕府法を適用して受戻期限を10年、明治3年に流地となったものとする。大判明治17年2月4日判決録10巻19頁では上告人の主張自体無理筋であり、明治5年12月に流地となっている。また、大判明治12年6月29日判決録4巻536頁と大判明治17年6月25日判決録10巻183頁では明治6年8月よりも前に流地となっていることから、地所質入書入規則14条による質地証文書換の必要はない。したがって、当初の質地証文の作成日が問題となる。大判明治12年6月29日判決録4巻536頁では明治3年5月質地証文を作成し、明治6年6月に流地となっている。また、大判明治17年6月25日判決録10巻183頁では明治元年3月に質地証文を作成し、明治6年3月に流地となったものと認定している。残る大判明治11年7月22日判決録3巻55頁は質地証文を公正証書に更改したのは書換ではないとの論理で流地を認めている。しかし、前述したように大審院の判例法理では質地証文を書き替えなかった場合でも書換があったものとみなすこととされている。仮に更改は書換に当たらないとしても、明治6年8月以降の質地証文による質地として扱われるはずであり、糶売がなされることとなるはずである。にも拘らずこの判決が流地を認めているのは、質地証文の書換がなければ当初作成した日付で質地証文の効力が判断されることとなり、明治5年2月15日以前に質地証文が作成されていることから明治6年太政官布告第51号但書が適用されるものと判断したと考えられる。地所質入書入規則14条違背の効力についての判例法理形成以前の判決であることがこのような判断をもたらしたものと推測される。

補論 流地の定義

ここまで大審院が流地をどのような範囲で認めていたのかを分析してきた。ところが、流地とは何かという点については実は定義を与えておらず、大審院ならびに当事者が流地とするものを流地としてきたにすぎない。

大方の考えでは、流地とは質権実行に際して清算金を支払うことなく質権の目的を質権者の所有にするものと定義されるであろう。「過剰な利益の取得を

抑制するということは、担保法理の基本的思想と見ることができ、それが端的には民法上は流質契約の禁止に表れている」⁶⁶⁾との見解はその一例である。設定行為又は債務の弁済期前の契約においては、流地を認めなければ融資をしないとの圧力がかかることから流質を一律に禁じることに合理性がある。これに対して弁済期後であればそのような圧力はなくなるから流質を認めてもよい。また、譲渡担保の場合も清算合意があるからこそ帰属清算型のそれが認められるのであって、清算金を支払わないとの合意は認められない。以上は、流質において清算金が支払われないことを当然の前提としたものであり、流質慣行を強く否定したポアソナードの見解もこの立場である。

ところが、明治初期の大審院判例を見ていると、涙金・増金といった以上のような流質の定義が必然ではないのではないかと思わせる金銭の動きが見られる。

涙金慣行の存在は以前から知られているところである。大審院では認められなかったものの、大判明治13年11月15日判決録6巻394頁の上告理由にも涙金を支払って所有権を移転したとの主張が見られる。もっとも、涙金は所有権移転の際に譲受人から譲渡人に対して支払われるごくわずかな金銭のことであるから、清算金として位置付けるのは適当ではない。

増金の授受と流質の関係をうかがわせる事例がいくつか見られる。大判明治12年12月17日判決録5巻274頁の事例では、質取主が明治8年1月23日に流地の趣意金として6円を質入主に渡して流地証文を受け取りその後証文は紛失したと申述したものの、原判決で否定されている。大判明治12年12月18日判決録5巻277頁において、大審院の認めるところとはならなかったものの、質取主は、質地に増金を与えるのは流地にしたことに起因するものである、と主張している。大判明治14年10月31日判決録7巻200頁は、流地とするにすれば増金が不十分であるとする。大判明治15年7月19日判決録8巻163頁では、上告人が流地とするにしても相当の増金を授受するのが流地とする際の普通の

66) 伊藤進「譲渡担保の法理」『権利移転型担保論』（信山社・平成7年）19頁。

慣例であると主張する。大判明治16年8月2日判決録9巻242頁は、増金なしに年期中に流地とするとは考え難いという。

これらの増金に関する判示・主張を見ると、流地とするに際して増金が支払われていた事例が存在したものと推測される。ただ、それが通例であったのか、増金の額は清算金と評価できるようなものであったのか、清算金であるとしたら質物の金銭評価はどのようになされていたのかなど、疑問も多く残る。

したがって、流質において清算がなされていたと断定することはできないものの、反対に、清算は全くなされておらず流質は質権設定者にとって一方的に不利なものとするのも慎重でなければならないだろう。

結語

(1) 以上の大審院判例の分析からは、以下のことが明らかとなる。

質権の目的はほとんどが田地・畑地であること。また、紛争の当事者は質入主と質取主であり、土地の受け戻しの可否が争われる事例が多い。また、質入主・質取主とも同一村内の者または近隣の村の者であることがほとんどであり、村内の慣行が持つ影響力は大きい。

大審院は幕府法の効力を尊重しているものと言える。幕府法に反する慣行の効力については判例は分かれている。

地券名義と所有権の所在の関係については、質入中は質取主に地券名義を与えるという慣行の存在が認められており、これを否定する大審院判例は見受けられない。この点で、大審院は慣行を尊重している。したがって、地券名義には所有権の推定効はなく、流地の成立を地券名義のみによって推定することはなされない。地券の名義に加えて数年間にわたり質取主に地券名義があるのを質入主が放置していたという事実も認定して初めて流地の成立が認められている。

地所質入書入規則違背の効果については、証文書換（14条）・年期（4条）・奥書割印（16条）のいずれについても、当事者間での効力に影響を及ぼすものではないとする判決が多い⁶⁷⁾。

流地慣行の効力は明治6年に太政官布告・司法省布達が公布されることによって一気に否定されたわけではない。公布後であっても、流地を認める判例も見られる。ところがこれらは、公布以前に流地となっていたものや当事者間の明示の合意が認められたものが多くを占めているのであって、地所質入書入規則14条違背の場合には証文の書換がなされたものと扱われることも相まって、流地が認められる余地はほぼなくなっている。流地を認めた下級審判決を破毀して受戻を認めた大審院判決が多いことも特徴的である。従前の流地慣行を維持する傾向のある下級審に対して大審院は流地慣行を否定するものと言える。また、大審院判例の事案では糶売を求めたものはほとんどなく、ほぼすべてが受戻を求めたものであることも特徴的である。これだけを見ると流地が否定されて受戻が認められるのであるから、質入主の保護が手厚いように見える。しかしながら、実際に受戻を請求できるのはそれだけの金策ができた質入主のみであって、それができなかった質入主について質権がどのように実行されたのかは判例を分析することからは明らかとならない。布告・布達の適用によれば糶売がなされることとなり、紛争となれば大審院もそのような判断を下すであろう。だが他方で明治6年司法省布達第46号但書は当事者間の協議による流地を認めているのである。以上からは、大審院は決して質入主を保護するという意識の下に布告・布達を適用したということはなく、これらを形式的に適用した結果として受戻が認められる事例が多くを占めるに至ったと評価すべきであろう。

流地とはいかなるものか。清算金を支払うことなく質権の目的の所有権を質権者に帰属させることなのか。明確な答えは出ないが、増金支払がなされた事例が一部にはあったようであることだけ指摘することができる。

67) 地所質入書入規則4条違背であっても当事者間の合意が大審院では尊重される。丹羽・前掲179頁は、年期を3年に限ったことが自作農が急速に没落し土地を喪失する可能性を与えたとしているが、大審院判例はこのような自作農の没落傾向に結果としてわずかながら歯止めをかけることとなっている。

(2) 最後に、質権に関する訴訟が明治14年から数年間に集中して見られる理由を考えてみたい。

質権の設定が比較的古い事例の中には、金子有合次第受戻ができるとの合意があったとして質入主が受戻を求めたものがある。幕府法では受戻期限が10年とされていたわけだが、この制約が大審院では適用されないことを期待したものと考えられる。しかしこうした試みは失敗に終わる。

明治6年の太政官布告・司法省布達公布により流地に対して否定的な態度が示された。それと同時に、流地としない場合には糶売がなされることとなった。このことは質入主からすれば質の目的を正当価額で金銭評価してもらえようになり有利であるようにも見える。しかしながら、流地の場合に金銭的補償が全くなかったとは断言できないことは前述のとおりであり、また、江戸時代には受戻権が非常に強力であり流地となった後も安定した所有権が形成されたわけではないことは既に指摘されているところである⁶⁸⁾。したがって、糶売によって見知らぬ競落人に競落されるよりは、同一村内あるいは近隣の村内に居住することの多い質取主に流地とされる方が質入主にとって好都合であったとも考えられるのである。そうだとすれば、質入主にとっての明治6年の布告・布達の最大の問題点は糶売が要求されるようになったことにあるというべきであろう。そこで受戻の可能な質入主が受戻を求める紛争が生じたものと考えられる。さらに大審院が地所質入書入規則14条違背があっても質地証文の書換がなされたものとの判例法理を形成したことによって、流地が認められる余地はほとんどなくなった。

ここで新たな紛争形態が生じたものと見られる。それはすなわち、すでに流地となっていたものを受け戻そうとする動きである。地券名義が質取主にあるのは質入中は質取主義にするとの慣行を指摘することで、受戻を正当化する事例が現れたのである。この種の主張に対する判決が出されたのがちょうど明

68) 丹羽・前掲77-82頁には、阿波藩・肥後藩の例が挙げられている。ただし、これらの藩は小作地率が高いにも拘らず地主的土地所有が成熟していないという特質を持った藩であるため、全国的な傾向を示すものというわけではないことには注意を要する。

論説（直井）

治15年以降である。元質入主が流地を認めない布告・布達を前にして、すでに流地となっている土地についても受戻の余地があるのではないかと考え、それが質権を巡る紛争増加の一因であったと推測されるのである。大審院は、質取主名義の地券を質入主が数年間放置したことを理由に、この種の訴えをすべて拒絶する。これによって元質入主は受戻の手段を完全に失うこととなって紛争が急減したものと考えられる。

* 本稿は、令和元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）

会社の計算と外部的エンフォースメント(2)

——アイルランド／ルクセンブルク——

弥 永 真 生

- I アイルランド
 - 1 アイルランド監査・会計監督庁
 - 2 IAASAによるエンフォースメント
 - (1) 法的枠組み
 - (2) 実態
- II ルクセンブルク
 - 1 金融監督委員会
 - 2 CSSFによるエンフォースメント
 - (1) 法的枠組み
 - (2) 実態
- III ESMA ピアレビュー

I アイルランド

欧州証券・市場監督局 (ESMA)『ガイドライン遵守状況表 (Guidelines compliance table)』(2019年3月21日)によれば¹⁾、アイルランドは、『財務情報のエンフォースメントについてのガイドライン』(以下、ESMA ガイドライン)²⁾に完全に従って、財務情報のエンフォースメントを行っている。

1 アイルランド監査・会計監督庁

アイルランドにおけるエンフォースメント主体は、アイルランド監査・会計監督庁 (IAASA) である。IAASA は、2003 年会社 (監査及び会計) 法 (2003

1) <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma_32-67-142_compliance_table_-_guidelines_on_the_enforcement_of_financial_information.pdf>.

2) Guidelines on the enforcement of financial information (ESMA/2014/1293).

年法律第44号)に基づき、2006年に創設されたものであり、2014年会社法(2014年法律第38号)900条から944条までの規定が設けられている。

IAASAの会員は、(a)法人である指定会計士団体(prescribed accountancy body)すべて、(b)指定会計士団体が法人でない場合には、その指定会計士団体が指名した自然人または法人、(c)法人である指定団体(designated body)すべて、及び、(d)指定団体が法人でない場合には、その指定団体が指名した自然人または法人である(902条1項)。

ここで、指定会計士団体³⁾として、勅許公認会計士協会、国際会計士協会、管理会計士勅許協会、公共財務会計勅許協会、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、アイルランド公認公会計士協会の8つが指定されており、うち、勅許公認会計士協会、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、アイルランド公認公会計士協会の5つは認可会計士団体(recognised accountancy body)⁴⁾としても指定されている。他方、指定団体には、会計執行長官(Director of Corporate Enforcement)、アイルランド中央銀行、アイルランド証券取引所、歳入庁その他943条1項a号に基づき規則により指定された団体⁵⁾が含まれる(902条2項)。

会社法904条1項は、ある種類の会社その他の企業の財務諸表または計算書類が会社法(または、あてはまる場合には1993年欧州共同体(計算書類)規則(以下、1993年計算書類規則という)⁶⁾によって適用される会社法)及び、あてはまる場合には、IAS規則⁷⁾の4条に従っているかどうかをモニターすること(c号)をIAASAの定款にその主たる目的として定めるべき内容の1つと

3) 指定会計士団体とは、認可会計士団体またはその他の指定された会計士団体をいう(2条1項)。

4) 2010年欧州共同体(法定監査)(指令2006/43/EC)規則(2010年命令220号)との関係で930条の下で、または、1441条の下で、認可された会計士団体をいう(2条1項)。

5) 2019年10月1日時点では、アイルランド投資マネージャー協会(IAIM)、アイルランド経営者連盟(IBEC)、アイルランド労働組合会議(ICTU)、法律家協会及び年金理事会。

6) European Communities (Accounts) Regulations 1993 (S.I. No. 396 of 1993)。

して定めている。そして、IAASAは、その目的を遂行するために必要かつ合理的なすべてのことをしなければならないとされている（会社法905条1項）。また、IAASAの任務の1つとして、透明令指令⁸⁾の24条4項h号に定められている事項に関して、透明性（規制市場）法⁹⁾により与えられた任務を遂行することが明示されている（同条2項m号）。

IAASAは、その任務の遂行にとって、必要、有益もしくは付随し、または遂行を促進し、かつ、法令と不整合ではない、いかなることをする権限をも有する（同906条1項）¹⁰⁾。そして、IAASAは、その任務に関連するいかなる事項に関しても規則を定め、ガイドラインを発出することができる（同条3項）。

IAASAは会社法941条6項に基づき、遵守すべき義務（a relevant obligation or obligations）が課されている者に対して、IAASAの見解によれば、当該団体その他の者が規則、ガイドライン、条件または義務に遵守しておらず、または遵守しなかったおそれがある場合には、義務の遵守を強制する命令を下すこと

7) Regulation (EC) No. 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002.

8) Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 390, 31.12.2004, p. 38.

9) (a) the measures adopted for the time being by the State to implement the Transparency (Regulated Markets) Directive (whether an Act of the Oireachtas, regulations under section 3 of the European Communities Act 1972, regulations under section 1380 or any other enactment (other than, save where the context otherwise admits, this Chapter)), (b) any measures directly applicable in the State in consequence of the Transparency (Regulated Markets) Directive and, without prejudice to the generality of this paragraph, includes any Regulation or Decision made by the Commission pursuant to the procedure referred to in Article 27(2) of that Directive、及び、(c) any supplementary and consequential measures adopted for the time being by the State in respect of any Regulation or Decision made by the Commission in consequence of the Transparency (Regulated Markets) Directive pursuant to the foregoing procedure をいうものとされている（会社法1379条1項）。

10) なお、この権限は、会社法その他の法律中のIAASAに権限を与える他の規定の言外の含みのみによって制限されると解されてはならないとされている（会社法906条2項）。

を、裁判所に申し立てることができる（同906条4項c号）¹¹⁾。ここで、ある者に課されている遵守すべき義務とは、(a)透明性指令の24条4項h号を実施するための透明性（規制市場）法の規定、または(b)IAASAが905条2項m号の下でのその任務に関連する事項に関し、導入した規則により当該人に課された義務をいう（同条5項）。

IAASAの理事会は雇用・企業及びイノベーション大臣（会社法2条1項）（以下、大臣という）によって任命された8人以下の理事（議長と副議長を含む）¹²⁾及び最高業務執行責任者（chief executive officer）¹³⁾によって構成される（同907条1項）。

大臣によって任命される理事には、会社法943条1項ç号に基づく規則による制約の下で、指定会計士団体の多数決により指定会計士団体により指名された者2名が含まれる（同907条2項a号）¹⁴⁾。また、大臣により議長として指名される者及び大臣により指名される、大臣の幹部職員もしくは使用人ではなく、

11) IAASAが定めた規則もしくは発出したガイドライン、認可の条件または会社法906条4項で挙げられている義務の遵守を強制する命令の申立てに対して、裁判所は、適切であると考えられる、いかなる命令を発し、または指示することもできる（同941条6項）。

12) 大臣が任命する理事の任期は、大臣が任命時に定めるが、908条5項の制約の下で、3年以上5年以下でなければならない（同条7項）。

13) 理事は、IAASAの運営及び業務を一般的に遂行し、管理し、統制し、かつ、理事会が定めた他の任務を遂行する、IAASAの最高業務執行責任者を選任することができる（909条1項）。最高業務執行責任者は907条2項に基づき任命した理事が、公的支出及び改革大臣の同意を得て大臣がした承認を得て定めた条件（報酬及び手当の条件を含む）に従ってその職を務める（909条2項）。907条2項に基づき任命した理事はいつでも最高業務執行責任者を解任することができる（同条3項）。

14) 指定会計士団体の多数決により指定会計士団体により指名された者がいない場合には、一または複数の、またはすべての指定会計士団体により提案された者の中から大臣が選定する者2名（会社法907条2項b号）、指定会計士団体の多数決により指定会計士団体により指名された者が1名しかいない場合には、当該者及び一または複数の、またはすべての指定会計士団体により提案された者の中から大臣が選定する者1名（同項ç号）。いずれの場合も、指定会計士団体の間で、ある者の指名について、賛否同数となった場合が想定されている（同条3項b号）。

かつ、いずれの指定会計士団体の会員、役員もしくは使用人でもない者1人が含まれる（同項d号）。さらに、それぞれの指定団体から指名される者1人ずつが含まれる（同項e号）。

会社法943条1項c号に基づく規則の制約の下で、大臣が任命する理事には、同時に、指定会計士団体の会員は3名を超えてはならず、その3名の理事のうち、2名は指定会計士団体が指名した者、残り1名は指定団体が指名した者ということになりうる（同907条4項）。したがって、いかなる時も、複数の指定団体が指定会計士団体の会員を指名することを提案しようとする場合には、そうしようとする指定団体の間でだれを指名するかを決定しなければならない（同条5項）。理事は、指定会計士団体の会員ではない者の中から副議長を選定することができる（同条6項）。以上に加えて、IAASAの会員は、会員の会議において、またはその他の方法でIAASAの理事としての任務の遂行に関して理事に指示を与えてはならないとされている（同条8項）。これらのルールは、主として、IAASAの指定会計士団体からの独立性を確保しようとするものであると推測される。

会社法915条1項に定められた目的のため、IAASAは各会計年度において、国庫から補助金を受けるほか、指定会計士団体（同916条）または一定の会社または企業（同917条）に対し賦課金を課することができる（同914条1項）。各会計年度において、国庫補助金¹⁵⁾は911条に基づき承認された当該年度の年度支出計画の40パーセントを超えないものとされている（会社法914条2項）

IAASAは、その各会計年度において、指定会計士団体に対して、一または複数の賦課金を課することができる（会社法916条1項）¹⁶⁾。ただし、1会計年度に指定会計士団体に課す賦課金の総額は、会社法911条に基づき当該年度につき承認された年度支出計画の60パーセントを超えてはならないとされている（同916条2項）。そして、IAASAは、大臣が当該会計年度に指定会計士団体に

15) 大臣が適切と考える条件を付すことができる。

16) IAASAは、納入期限が到来した賦課金については、単純な契約上の債務として、管轄を有する裁判所による民事執行により回収することができる（会社法916条7項）。

課す総額及び各種類の指定会計士団体に賦課金を割り当てる規準を承認し、その賦課金に同意¹⁷⁾を与えない限り、指定会計士団体に対して賦課金を課すことはできない（同条3項）。

したがって、IAASAとしては、(a)各指定会計士団体に賦課金を割り当てる規準を定め¹⁸⁾、賦課金を課す前に、承認を受けるために、その規準を大臣に提出し、指定会計士団体にとっての賦課金の納入期日を定めなければならない（同916条4項）。

また、IAASAは、会社法915条2項に定められた目的のために、その各会計年度において、(a)株式会社（public limited company）（上場しているか否かを問わない）、(b)直近会計年度及びその前会計年度のいずれにおいても、総資産額2500万ユーロ（同943条1項d号に基づきその額が規定されているときは、その規定額）を超えているか、当該年度の売上高が5000万ユーロ（同943条1項d号に基づきその額が規定されているときは、その規定額）を超えている有限会社（private company limited by shares）または特定事業会社（designated activity company）、(c)有限会社または特定事業会社のうち、持株企業であって、当該持株会社とそのすべての子会社を併せると¹⁹⁾、直近会計年度及びその前会計年度のいずれにおいても、(b)の規準をみたすもの、(d)1993年計算書類規則6条に挙げられている企業のうち、直近会計年度及びその前会計年度のいずれにおいても、(b)の規準をみたすもの、及び、(e)1993年計算書類規則6条に挙げられている企業のうち持株企業であって、当該持株会社とそのすべての子会社を併せると、直近会計年度及びその前会計年度のいずれにおいても、(b)の規準をみたすもの、に対して、一または複数の賦課金を課することができる（会社法

17) 大臣は、賦課金に同意を与える前に、指定会計士団体と協議しなければならないが、また、大臣の意見によれば、当該事項に利害関係を有する他の者と協議することができる（会社法916条6項）。

18) IAASAが定めた規準に従った賦課金の割当ての結果、異なる種類の指定会計士団体に納入することが求められる賦課金の額は異なることがある（会社法916条5項）。

19) 企業集団内の債権債務及び企業集団内売上は除かれる（会社法917条3項）。

917条1項)²⁰⁾。ただし、会社法943条1項g号によって会社法917条の適用除外とされている会社を除く(同917条2項)。

1会計年度に会社及び企業に課す賦課金の総額は、会社法919条4項a号に基づき当該年度につき準備金(reserve fund)に組み入れる額を超えてはならないとされている(同917条4項)。そして、IAASAは、大臣が当該会計年度に会社または企業に課す総額²¹⁾及び各種類の会社または企業に賦課金を割り当てる規準²²⁾を承認し、その賦課金に同意を与えない限り、会社または企業に対して賦課金を課すことはできない(同条5項)。

したがって、IAASAとしては、各会社または企業に賦課金を割り当てる規準を定め、賦課金を課す前に、承認を受けるために、その規準を大臣に提出し、会社または企業にとっての賦課金の納入期日を定めなければならない(同条7項)。なお、IAASAは、賦課金を課す前に、その意見によれば、この事項に利害関係を有する者と協議することができる(同条9項)。

IAASAは、納入期限が到来した賦課金については、単純な契約上の債務として、管轄を有する裁判所による民事執行により回収することができる(同条10項)。

現時点では、EUの法定監査指令の下での任務を遂行するためのIAASAの支出及び準備金は、国庫補助金で40%、指定会計士団体に対する賦課金で60%が賄われている。他方、財務諸表のエンフォースメント(EU透明性指令の下で任務の遂行)のためのIAASAの支出は国庫によって賄われている(ただし、罰金は、準備金に組み入れられている)²³⁾。

20) ただし、持株企業(株式会社、有限会社または1993年計算書類規則6条に挙げられている企業。917条12項)及びその一または複数の子会社が賦課金納付義務の要件をみたすときには、持株企業のみが納付義務を課される(同条11項)。

21) 賦課金の総額を承認するかを否かを決定するにあたって、大臣は、IAASAの作業計画を考慮に入れ、かつ、前会計年度に組み入れられた準備金の用途に適切な配慮を払うことができる(会社法917条6項)。

22) IAASAが定めた規準に従った賦課金の割当ての結果、異なる種類の会社または企業に納入することが求められる賦課金の額は異なることがある(会社法917条8項)。

IAASA またはその会員、理事、その他の役員または使用人、委員会のメンバー、専門的その他のアドバイザー、適法に権限を与えられた代理人である者またはそうであった者は、(i) IAASA またはその者（代理人である者を除く）が会社法の下での任務を遂行するにあたってした、または、(ii) 代理人の場合は、その代理人が IAASA または前述の者に代わってそのような任務が遂行されるように行為するにあたってした、いかなる作為または不作為についても、その作為または不作為が悪意（bad, faith）によってなされたものでなければ、損害賠償責任を負わないとされている（会社法942条1項）。また、法令または法の支配の制約の下で、IAASA は、(a) IAASA の会員、理事、その他の役員または使用人、委員会のメンバー、専門的その他のアドバイザーであり、または、そうであった者に対して、会社法の下での任務を善意で遂行するにあたってその者がなしたあらゆる作為または不作為について、及び、(b) 適法に権限を与えられた IAASA の代理人に対して、(a) に挙げられた者に代わって会社法の下でのそれらの者の任務が遂行されるように善意で行為するにあたってのあらゆる作為または不作為について補償することができる（同条3項）。補償は、外国の裁判所での手続きにおいて損害賠償または費用支払の責任があるとされた場合もしくはそのような手続きを終結させるための和解契約により責任を負担した場合、または、それらの手続きにおいて、会社法942条1項または2項が適用されれば責任はないとされ、もしくはそのような和解契約がなされなかったであろうにもかかわらず、当該手続きにおいて会社法942条1項または2項を裁判所は適用しないであろうとの法的意見または助言に善意で信頼をおいた場合にもすることができる（同条4項）。

2 IAASA によるエンフォースメント

アイルランド監査・会計監督庁が、財務報告に対する公衆の信認を維持し、かつ、強化するという役割を果たす上で行う主要な活動には発行者の年度財務

23) <https://www.iaasa.ie/FAQs/General/How-is-the-Authority-funded>

報告書及び半期財務報告書が適切な報告フレームワーク（relevant reporting framework）、すなわち、適用されるべき会計基準（主として、EUがエンドースした国際財務報告基準ならびにアイルランドにおける一般に認められた会計基準²⁴⁾及び関連法令）に従っていることを検査することによって、与えられた監督上の権限の範囲内で、発行者の法定財務報告を実効的かつ独立の立場から監視することが含まれている。そして、IAASAの財務報告監督部門（Financial Reporting Supervision Unit）がこの役割を担っている²⁵⁾。

(1) 法的枠組み

EUの透明性指令は、アイルランドでは、2014年会社法の1379条から1384条まで、及び2007年透明性（指令2004/109/EC）規則（2007年命令〔statutory instrument〕第277号）²⁶⁾などにより国内法化された。

2007年透明性（指令2004/109/EC）規則36条2項は、透明性指令24条4項h号との関係でIAASAを所管当局として指定し、当該条項に定められた義務を遂行し、透明性指令との関係で定められた規定の適用を確保する責任を有するものとしている。また、同42条は、IAASAは、36条2項の下での任務の遂行に必要なすべての権限を有し（1項）²⁷⁾、母加盟国がアイルランドである発行者が4条から8条に従って作成した情報が適切な報告フレームワークに従っているかどうかを検討するために検査するとする（2項）。そして、とりわけ、

24) 財務報告評議会（FRC）（の会計評議会（Accounting Council））が公表しているFRS100から105。連合王国と共通の会計基準である。

25) <https://www.iaasa.ie/FAQs/FRS>

26) Transparency (Directive 2004/109/EC) (Amendment) Regulations 2010 (S.I. 102/2010)、Transparency (Directive 2004/109/EC) (Amendment) Regulations 2012 (S.I. 238/2012)、Transparency (Directive 2004/109/EC) (Amendment) (No. 2) Regulations 2012 (S.I. 316/2012)、Transparency (Directive 2004/109/EC) (Amendment) Regulations 2015 (S.I. 44/2015)、及び、Transparency (Directive 2004/109/EC) (Amendment) (No. 2) Regulations 2015 (S.I. 541/2015) により改正されている。

27) ただし、この権限は透明性指令または透明性（規制市場）法と整合しない形で、または目的をもって行使されてはならないとしている（42条3項）。

(a)4条から8条に従って公表された情報を検査し、レビューするために、合理的に必要でありうる、所持または支配する文書を提出し、もしくはそれらの文書の複製を作成し、または情報もしくは説明を提供することを、(i)発行者、(ii)発行者の取締役、マネージャー、役員または使用人、(iii)(i)または(ii)に挙げられた者を支配またはその者に支配されている者、(iv)発行者の経営的責任を果たしている者；(v)発行者の監査人、(vi) IAASAによって要求されている文書または情報が作成された時点において(i)からまでのいずれかに該当した者に求める権限、及び、(b)(i)から(v)までに挙げられている者が IAASA がしたこれらの要求に従うことを拒絶または懈怠したことを裁判所に対して明らかにする権限を有するとする（43条1項）。なお、1項 a 号の規定に基づく IAASA の要求に応じて監査人が IAASA に対してした、情報、文書または決定の開示は契約または法律、命令または行政上の規定により課された情報開示に対する制限違反にあたと解されず、また、いかなる責任も監査人に生じさせない（同条2項）。

また、アイルランドを母加盟国とする発行者が4条に従って公表した年次財務報告書または5条に従って公表した半期財務報告書が適切な報告フレームワークに従っていない、または従っていないおそれがあると IAASA が認めるときは、IAASA は発行者及びその取締役に、(a)当該情報が適切な報告フレームワークに従っていないと IAASA が認める事項、(b)発行者が IAASA に当該情報についての書面による説明を提供するか、(ii)訂正した情報を作成するかのいずれかをすべき、30日を下回らない期間、(c)そのような書面による説明がないか、訂正情報の発出がない場合には、IAASA は、(i)発行者に対して IAASA が示す指示に従って情報を訂正することを求める指図（direction）を発し、(ii) IAASA によって発せられた指図について裁判所の認可決定（order of confirmation）を申し立て、かつ、(iii)その費用を発行者に対して求償することがある旨、及び、(d) IAASA が裁判所に対して指図を強制する命令を申し立てる場合には、IAASA はそのような申立てをしたことを適切と考える方法で公表する旨を含めた通知をすることができる（44条）。

そして、当該通知において定められた期間（IAASA が認めたより長い期間）内に、IAASA が当該通知において指図したように発行者が訂正後情報を作成したときは、IAASA は、当該事項の状況を考慮に入れつつ、その発行者が公表した情報を検査し、規則の下での任務を遂行するにあたって IAASA に生じた費用の全部または一部を当該発行者に支払うことを求めることができる（45条1項）。他方、当該通知において定められた期間（IAASA が認めたより長い期間）内に、(a)発行者が訂正情報を出さず、かつ、(b)当該発行者もしくはその取締役またはその両方が提供した説明を検討し、また、IAASA の要求に対して発行者が提供した情報もしくは文書またはその両方を検討しても、IAASA が依然として当該情報は適切な報告フレームワークに従っていないと考えるときには、IAASA は、(i)当該指図に示された指示に従って、該当する場合には、年度財務書類または半期財務書類を訂正すること、(ii)4条から8条によって要求されるのと同じ方法で訂正後情報を公表し、かつ、当該指図に示された IAASA の指示に従って公表された年度財務報告書または半期財務報告書に対する後発的修正を行うこと、(iii)当該指図において示された形式で、示された情報を含めて、IAASA の指図通知を公表すること、(iv)当該財務報告書を検査しレビューするにあたって IAASA に生じた必要として、当該指図に示された費用を支払うことの1つまたは複数をするを発行者もしくはその取締役またはその両方に求める、発行者に対する指図をすることができる（45条2項）。なお、第2項に基づく指図は、書面によってなされなければならない、それが効力を生ずる日及びそれが効力を有する期間（12月を超えない）を示さなければならない（45条3項）。

45条に基づく IAASA の指図に対して、発行者もしくはその取締役またはその両方は、裁判所に対して IAASA の指図を破棄または変更する申し立てることができる、裁判所²⁸⁾はそうすることが適切であると考えるときには、当該指図を破棄または変更することができる。この申立は、指図の通知から30日(裁

28) 高等法院 (High Court) を意味する。

判所が延長を許容したときはその期間）内に申し立てなければならない（46条）。

他方、IAASAは、従われていない45条に基づく指図に関して、その意見によれば、当該指図のエンフォースメントとして、裁判所に略式手続きを申し立てることが適切であると考えるときには、それを申し立てることができる。裁判所は、それが適切であると考えるときは、申立の聴聞において、そのような命令を発するかどうかを決定することができる（47条1項）。なお、この規則の下での命令の申立ては、動議（motion）によってなされなければならない、裁判所は適切であると考えるときには、中間命令（interim or interlocutory order）を発することができる（47条2項）。

そして、当該指図が47条に基づいてなされた命令の対象であるときには、46条に基づく申立てはできない（ただし、裁判所に対して命令を変更または失効させることを後に申し立てる者の権利は妨げられない）（48条1項）。裁判所は同一の指図に関する46条及び47条に基づいてなされた申立てを併合して聴聞することを命ずることができる（48条2項）。(3)裁判所は、適当であると考えるときには、47条に基づく命令を変更または失効させることができる（48条3項）。46条または47条に基づく申立は非公開で聴聞することができる（48条4項）。

47条に基づくIAASAの申立の聴聞の後、発行者の年度財務報告書または半期財務報告書が適切な報告フレームワークに全体的にまたは部分的に従っていないと認めた時には、裁判所は、その旨を確認し、命令によって、(a)発行者もしくはその取締役またはその両方に、適切な報告フレームワークに従うように当該財務報告書を訂正することを要求すること、(b)訂正後年度計算書類の監査、年度財務報告書または半期財務報告書に含まれる事項を適切になるように訂正、確認の対象となった情報に信頼を置く可能性の高い者が裁判所の命令を知ることができるようにするために発行者もしくはその取締役またはその両方がとるべき措置、裁判所が適切であると認める事項の一または複数に関する指図をすること、(c)発行者もしくはその取締役またはその両方に、当該発行者に関

して44条から46条に基づく任務を遂行するにあたって IAASA に生じた必要を支払うことを要求することの一または複数を行う（49条1項）。

1項に基づく命令を下すにあたって、裁判所は、(a)指図の対象となった年度財務報告書または半期財務報告書を承認した取締役が、それが適切な報告フレームワークに従っていないことをどの程度知っていたかまたは知るべきであったかを考慮に入れ、かつ、(b)1項に基づく命令の対象から1人または複数の取締役を外しまたは異なった取締役には異なった額の支払を命じることができる（49条2項）。

裁判所における手続きの終結にあたって、IAASA は適切であると考えられる方法で、(a)裁判所の命令の写しまたは(b)申立は却下され、または取り下げられた旨の通知を広めなければならない（50条）。

44条、45条、47条、48条、49条及び50条は、訂正後の年度財務報告書及び半期財務報告書にも同様に適用され、その場合には、訂正後の年度財務報告書または半期財務報告書に対する参照は、さらに訂正された年度財務報告書または半期財務報告書に対する暗唱であると解釈される（51条1項）。訂正後の年度財務報告書及び半期財務報告書が1項に挙げられた条項のいずれかに基づいて作成されたときは、45条に基づく指図または47条に基づく申立てに対して出された裁判所の命令の制約の下で、年度計算書の作成、監査、頒布及び開示に関する規則または会社法の規定は必要な読み替えを行ったうえで訂正後の年度財務報告書または半期財務報告書に適用される（51条2項）。

IAASA は、すでにした45条2項に基づく指図を修正しまたは破棄する指図をすることができるが、この権限は、(a)当該指図に関して、47条に基づく申立てに対する裁判所の命令が効力を有しているとき、または、(b)効果が生ずることとなっている指図に示された期間を延長するためには行使できない（52条1項）。また、効力が生じた指図に示された期間の満了時に、IAASA は、必要であると考えるときは、当該者に対して、この規則に基づく類似した、または異なった内容の他の指図をすることができる（52条2項）。

(2) 実態

2018年12月31日時点では、IAASAが財務報告検査の対象として把握していたのは102の発行者であり、そのうち、32が持分発行者（2018年12月31日時点での時価総額は1060億ユーロ弱）、57が負債証券発行者（その総資産額の合計は2610億ユーロ超）、13のクローズドエンド型ファンドの発行者（その総資産額の合計は370億ユーロ超）であった²⁹⁾。識別したリスク・ファクターその他の適切な考慮要素に基づき、IAASAは検査を行うが、検査のタイプとしては、全面的検査（さらなる分析を要する問題点または領域を識別し、財務情報が適切な報告フレームワークに従っているかどうかを評価するためにある発行者の財務情報の全内容を評価するもの）、重点領域検査（財務情報のうち、あらかじめ定められた問題点の評価とその問題点に関連して、財務情報が適切な報告フレームワークに従っているかどうかを評価するもの）、フォローアップ検査（措置の対象となった発行者が当該措置に対して適切に対応することを確保するためのもの）、テーマ別検査（一または複数の財務報告事項に関して、一定の範囲の発行者が採用している財務報告の実務を評価するもの。この検査は書類に基づいて行われ、公に公表されている情報の検査に限られ、発行者の関与なしに行われる）が含まれる。以上に加えて、IAASAはトピックごとの調査を行っている。これは、ESMAによって義務付けられているものであり、ESMAが設定したパラメータに基づいて選定された発行者により適用されている財務報告処理方法の検査から成る。この検査は書類に基づいて行われ、公に公表されている情報の検査に限られ、発行者の関与なしに行われる。このサーベイからの発見事項の結果として、IAASAが発行者と関わりを持つときには、後になされる関与は全面的検査または重点領域検査に該当することになる³⁰⁾。

IAASAは、ESMAの財務情報のエンフォースメントについてのガイドラインを含め、ESMAの基準及びガイドラインを適用することを表明している。そ

29) IAASA, *Annual Report 2018*, p.4.

30) IAASA, *Annual Report 2018*, p.12-13

ここで、IAASAは検査の対象となる発行者の定期的財務報告書の選定を、リスクベース・アプローチにローテーション及びランダムな選定を加味した混合モデルによって行っている。リスクベース・アプローチにあたっては、発行者の財務報告書中の重要な虚偽記載のリスク及びそのような虚偽記載が財務報告書の利用者に対して与える可能性のあるインパクトが考慮に入れられる。ある発行者の財務報告書中の重要な虚偽記載の発生の相対的リスクを評価するにあたって、考慮に入れられるリスク・ファクターには、とりわけ、その発行者の財務構造及び事業のトレンド／経済のトレンド、財務状況と財務比率、産業特有の問題点、監査における除外事項及び関連する問題点、コーポレート・ガバナンス及び統制環境の問題点、関連当事者との取引の発生、事業の取得及び／または処分、行政上、司法上及び／または規制上の措置、及び、第三者によるシグナル（IAASAに寄せられた不服、メディアの論評など）が含まれるとされている。他方、虚偽記載が財務報告書の利用者に対して与える可能性のあるインパクトを評価するにあたっては、とりわけ、株式の取引状況及び株価のボラティリティ、時価総額、投資者の数とその性質、取引されている証券の性質ならびに知名度というファクターが考慮に入れられる。そして、ある発行者の定期的財務報告書における不遵守が識別されたときは、その後の当該発行者の定期的財務報告書が検査の対象となる可能性は高まる。

IAASAは、アイルランド中央銀行及び会計執行長官局（ODCE）と覚書を締結しており、それらの組織その他の法定機関からの照会を受けたことは、リスク・ファクターとして取り扱われ、IAASAにおけるリスク評価と検査対象の選定過程に組み込まれる。

発行者の財務報告書を検査した後、IAASAは、追加的な情報、明確化及び／または説明が必要であると考えられる問題点があると認めるときは、企業のカバナンスに責任を負う者、すなわち、取締役に対して、書面による、必要と認められる追加的な情報、明確化及び／または説明を求める。取締役の返答が提起された問題点に十分に対応していない場合、または、よくあることであるが、取締役の返答についてさらに綿密さ及び／または明確化が必要な場合に

は、IAASAは、通常、さらに取締役と連絡する。場合によっては、発行者の代表者と会合する。必要なすべての情報、明確化及び／または説明が得られるまで、これらを行い、得られたときは、IAASAは当該定期的財務報告書において、適用された財務報告上の処理方法またはなされた開示が適切な報告フレームワークに従っているかどうかに関する評価を行う。検査の結果としては、不遵守があったという明確な事例は発見されず、検査を終結すること、重要ではない不遵守の事例が発見され、企業が将来の定期的財務書類において、それらの事項を訂正しようとする事、及び、重要な不遵守の事例が発見され、訂正した財務諸表を作成し、公表することが想定される。さらに、財務報告に関する決定はIAASAの方針書³¹⁾に従って、公表されることがある³²⁾。

2018年にIAASAは年度財務報告書または半期財務報告書39件の検査を完了し、2018年12月31日時点では進行中のものが6件あった。そして、IAASAは6つの論点をEECSの決定データベースに提出した³³⁾。4つのテーマ別検査及びESMAの指示による7つのトピックごとの調査も行った³⁴⁾。IAASAは取締役と協力して改善を確保し、正当な理由がある場合は行動を起こすことによって、18の発行者は、将来の財務報告に関して134の約束を行った³⁵⁾。

IAASAは、財務報告についての14の決定をそのウェブサイトで公表し、財務報告に関する4つのテーマ別調査の結果の公表を含め、9つの報告書その他の刊行物を公表した³⁶⁾。

II ルクセンブルク

欧州証券・市場監督局『ガイドライン遵守状況表』（2019年3月21日）によ

31) *Policy Paper on Publication of IAASA's Financial Reporting Enforcement Findings*.

32) これは、2015年透明性（指令2004/109/EC）（改正）規則（2015年命令第44号）を前提とするものである。

33) IAASA, *Annual Report 2018*, p.13.

34) IAASA, *Annual Report 2018*, p.14.

35) IAASA, *Annual Report 2018*, p.14.

36) IAASA, *Annual Report 2018*, p.14.

れば³⁷⁾、ルクセンブルクは、ESMA ガイドラインに完全に従って、財務情報のエンフォースメントを行っている。

1 金融監督委員会

ルクセンブルクにおけるエンフォースメント主体は、金融監督委員会 (CSSF) である。CSSF の設立根拠法は 1998 年 12 月 23 日法律 (以下、設置法という)³⁸⁾ であり、CSSF は、法人格と財務的自律性を有する公的主体 (établissement public) である (1 条 1 項)。そして、設置法 2 条 5 項は、CSSF は、その法的権限の範囲内で、金融商品及び金融サービスの市場における透明性、簡索性及び公正性を促進することを任務とすると定めている³⁹⁾。また、設置法 3-1 条は、CSSF は、その任務を果たすにあたって、監督の欧州共同体及び国際的な次元ならびに監督上のツール及び実務、EU 法によって課されている法的、規制上のまたは行政的要求事項の適用を考慮しなければならないと定めている。そして、このために、CSSF は、欧州監督当局が発したガイドライン及び勧告を遵守するために尽力しなければならないとされている。

CSSF には理事会 (Conseil)、執行役会 (Direction)、破綻処理理事会、預金者・投資者保護評議会が設けられている (設置法 4 条)。理事会は、内閣の提案に基づき大公により任命された 7 名の理事から構成されるが、うち、4 名は CSSF 担当大臣の提案に基づき、3 名は監督の対象となる会社及び人からの提案に基づく (設置法 6 条 1 項)。理事の任期は 5 年で再任可能とされている (設置法 6 条 2 項)。また、内閣からの提案に基づき、大公は、CSSF 担当大臣の提案により指名された理事の中から理事会の議長と副議長を任命する (設置法 7

37) <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma_32-67-142_compliance_table_-_guidelines_on_the_enforcement_of_financial_information.pdf>.

38) Loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier telle qu'elle a été modifiée (Mém. A 1998, N° 112).

39) なお、その任務を果たすにあたって、CSSF は、その決定が、国内、欧州共同体及び国際的なレベルでの金融システムの安定性に与える可能性のあるインパクトを適切に検討しなければならないとされている (設置法 3-2 条)。

条1項）。内閣がCSSFにより支払われる理事の手当の額を決定する（設置法7条2項）。他方、執行役会は、事務局長と2名から4名の副事務局長から構成され（設置法10条1項）、これらの者は内閣からの提案に基づき、大公によって任命される。その任期は5年であるが、更新可能である（設置法10条2項）。

執行役会がCSSFのスタッフをリクルートし、任命し、解職するが（設置法9条5項）、設置法13条としてスタッフについての規定がおかれ、設置法14条はトレニー及びスタッフの訓練について定めている。

設置法24条1項は、CSSFはその運営費等を賄うために手数料（taxes）を徴収することができることと定め、発行者に対する透明性要求に関する2008年1月11日法律（以下、透明性要求法という）⁴⁰⁾に定められている発行者及び発行者の同意なく証券の規制市場への上場を申請した者などから手数料を徴収することができることと定めている。そして、大公令により、手数料の額及び設置法24条の施行規則が定められるとされ（24条2項）、2017年12月21日CSSFが徴収できる手数料に関する大公令を改正する2019年3月1日大公令⁴¹⁾による改正後2017年12月21日CSSFが徴収できる手数料に関する大公令⁴²⁾が手数料の金額を定めている。

すなわち、1条のO.では、第1に、請求年の前年の12月31日時点の時価総額が10,000,000,000ユーロ以下のルクセンブルクを母加盟国とする⁴³⁾株式発行者または発行者の同意なく証券の規制市場への上場を申請した者は、年間の固定手数料15,000ユーロに加え、請求年の前年の12月31日における時価総額に

40) Loi du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence des émetteurs (Mém. A 2008, N° 5).

41) Règlement grand-ducal du 1^{er} mars 2019 portant modification du règlement grand-ducal modifié du 21 décembre 2017 relatif aux taxes à percevoir par la Commission de surveillance du secteur financier (Mém. A 2019, N° 110)

42) Règlement grand-ducal du 21 décembre 2017 relatif aux taxes à percevoir par la Commission de surveillance du secteur financier (Mém. A 2017, N° 1121)

43) Loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières.

基づいて算定された変動手数料を支払うべきものとされている。年度途中に上場した場合には、最初の取引日における時価総額が基準とされる。変動手数料部分は下表に基づいて算定される(1)。

(単位：100万ユーロ)	各範囲内の100万ユーロあたり (単位：ユーロ)
0～100	15.00
100～250	12.50
250～500	10.00
500～1,000	7.50
1,000～2,500	5.00
2,500～5,000	2.50
5,000～10,000	1.00

第2に、請求年の前年の12月31日時点の時価総額が10,000,000,000ユーロ超のルクセンブルクを母加盟国とする株式発行者または発行者の同意なく証券の規制市場への上場を申請した者は、年間の固定手数料50,000ユーロを支払うべきものとされている。年度途中に上場した場合には、最初の取引日における時価総額が基準とされる(2)。

第3に、ルクセンブルクを母加盟国とする株式預託証券発行者または発行者の同意なく株式以外の有価証券の規制市場への上場を申請した者は、年間の固定手数料7500ユーロを支払うべきものとされている(3)。

第4に、透明性要求法7条1項a号及びb号に掲げられた発行者またはそれらの発行者の同意なく株式以外の有価証券の規制市場への上場を申請した者は、年間の固定手数料1,500ユーロを支払うべきものとされている(4)。

第5に、ルクセンブルクを母加盟国とする上述した証券以外の証券発行者または発行者の同意なく株式以外の有価証券の規制市場への上場を申請した者は、年間の固定手数料6,000ユーロを支払うべきものとされている(5)。

2 CSSFによるエンフォースメント

(1) 法的枠組み

透明性要求法⁴⁴⁾の22条1項は、「CSSFは本法の規定が適用されることを確保する所管当局である。これに関連して、CSSFの任務には、本法に定められている情報が関連する報告フレームワークに従って作成されているかどうかを検査することが含まれる。」と規定している。

そして、CSSFはその任務を果たすために必要なすべての監督権限または調査権限を有するとされ（22条2項）、CSSFの権限には、(a)公認法定監査人（réviseurs d'entreprises agréés）、法定監査人（contrôleurs légaux des comptes）もしくは第三国の監査人、発行者、発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者、株式その他の金融商品の保有者、または第9条から第12条⁴⁵⁾までに掲げる者もしくは事業体、それらを支配しもしくはそれらによって支配されている者及び規制対象情報中央保管所（OAM：Officially Appointed Mechanism）⁴⁶⁾に対し、情報と文書を提供することを求める権利⁴⁷⁾、(b)発行者

44) Loi du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence des émetteurs (Mém. A 2008, N° 5).

45) なお、第8条は大量保有報告、第9条は大量議決権保有報告、第12条は議決権付株式を取得する権利を含む金融商品の保有報告を定めており、財務報告のエンフォースメントに関係するものではない。CSSFが第8条、第9条または第12条に従って受け取った情報が本法を遵守したのではなく、または、それが公衆をミスリードする可能性が高いと考えたときには、CSSFは報告事業体にその旨を通知するものとされ、CSSFは期限を定めて、報告事業体に対し、不遵守を正すことを求めることができるかとされている（22条5項）。

46) ルクセンブルク証券取引所（la Société de la Bourse de Luxembourg, S.A.）<<https://www.bourse.lu/oam>>が指定されている（Règlement grand-ducal du 3 juillet 2008 relatif à la désignation officielle de mécanismes pour le stockage centralisé des informations réglementées au sens de la loi du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières (Mém. A 2008, N° 95), Art.2)。

47) 22条4項(a)号に基づくCSSFの要求に関連して、公認法定監査人、法定監査人または第三国の監査人がしたCSSFに対する開示は、契約またはいかなる法律、規則もしくは行政的規定に課された開示に対するいかなる制限に対する違反にもあらず、当該監査人にはいかなる責任も生じない（22条4項）とされている。

または発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者に対して、(a)に定められた情報を CSSF が必要と考える方法により、かつ期限内に開示することを求める権利 (CSSF は発行者または発行者を支配しもしくは発行者に支配されている者が開示しないときは、発行者を聴聞したうえで、自ら開示することができる)、(c)発行者または発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者の経営者、株式その他の金融商品の保有者もしくは第9条から第12条までに掲げる者の経営者に対し、本法の下で求められる情報を報告し、かつ、必要な場合には、追加の情報及び文書を提供することを求める権利、(d)本法の規定に発行者または発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者が違反していると疑う合理的な根拠を有する場合には、最長10日間、有価証券の取引を停止し、または関連する規制市場に停止することを求める権利、(e)本法の規定に対する違反があると認める場合または本法の規定に対する違反を疑う合理的な根拠がある場合には、規制市場からの退出を求め、または、関連規制市場に対して証券の上場を廃止することを求める権利、(f)当該証券が取引されている、すべての EU 構成国の公衆に対して実効的かつ平等なアクセスを保障するという目的をもって、発行者または発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者が、適時に情報を開示しているかどうかをモニターし、もしそうでない場合には、適切な措置を講ずる権利、(g)発行者、発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者、株式その他の金融商品の保有者、または第9条から第12条までに掲げる者もしくは事業体はその義務に従っていないという事実を公表する権利、(h) CSSF が本法の規定に対する違反を発見した時は、規制対象情報を新たに公表しまたは報告すること、規制対象情報についての適切な訂正通知を公表しまたは報告すること、将来の規制対象情報を適切に訂正しまたは修正すること、のうちの1つまたは複数を講ずることを求める権利、(i)本法及びその適用のためのルールの規定が遵守されていることを確かめるためにルクセンブルク領域内において立入検査を行う権利、及び、(j)発行者、発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者、株式その他の金融商品の保有者、または第9条から第12条までに掲げる者もしくは事業体、

それらを支配しもしくはそれらによって支配されている者または規制対象情報中央保管所に対し、その者に課されている義務を遵守することまたは本法の規定に反する行為をやめることを命じ、かつ、それを繰り返すことを禁止する権利が含まれる。

そして、CSSF は、公認法定監査人、法定監査人または第三国の監査人に対して、本法により、発行者もしくは発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者または規制対象情報中央保管所に課された義務が遵守されているかの検査を求めることができる。この検査は当該発行者もしくは発行者の同意なく規制市場に上場することを申請した者または規制対象情報中央保管所の費用により行われる（22条3項）。

CSSF の情報要求に従わなかった場合、情報が不完全または不正確であることが判明した場合、CSSF の命令に従った行為をしなかった場合、または、22条2項h号の規定に基づき CSSF によって要求された措置を講じなかった場合には、CSSF は、22条2項に定められた者に対して、125ユーロから125,000ユーロまでの行政罰を課することができる（透明性要求法25条1項）。そして、期限内に、発行者が規制対象情報を公表しなかった場合には、CSSF は、大規模事業体の場合は、1000万ユーロまたは経営機関によって承認された最終の年度決算書（発行者が連結決算書を作成する義務を指令2013/34/EUの下で負っている親会社またはその子会社である場合には連結決算書）における年間売上高の5%と（その額を決定できる場合には）当該違反により得た利益または避けることができた損失の額の2倍の額とのいずれか多い額を上限として行政罰を課することができる（同条2項(a)）。透明性要求法が定める義務が法人に適用される場合において、その義務違反があったときは、行政罰を当該法人の業務執行機関、経営機関または監督機関の構成員及び準拠法の下で違反について責任を負う他の自然人に課することができる（同条3項）。

この行政罰及び措置のタイプとレベルを決定するにあたって、CSSF は、適当なときには、(a)当該違反の重大性と期間、(b)責任を負う自然人または法人の責任の程度、(c)たとえば、責任を負う法人の総売上高または責任を負う自然人

の年間所得のような責任を負う自然人または法人の資力、(d)その額を決定できる限り、責任を負う自然人または法人が得た利益または回避した損失の重要性、(e)その額を決定できる限り、第三者が被った損失の額、(f)責任を負う自然人または法人の所管当局への協力のレベル、(g)責任を負う自然人または法人の過去における違反を含む、すべての関連する状況を考慮に入れる（同26a条）。

CSSFは、発行者に対する透明性要求に関する2008年1月11日法律への違反に対して、同法25条に基づいて制裁を課すとしたすべての決定を、少なくとも、当該違反のタイプと性質及び当該違反につき責任を負う自然人または法人を含めて、不当な遅滞なく、そのウェブサイトで公表するものとされている（同26b条1項本文）。ただし、(a)制裁が自然人に課される場合において、その公表の比例性についての事前の義務的評価により、その個人データの公表が不釣り合いであると認められるとき、(b)公表が金融システムの安定性または進行中の公的捜査を著しく危うくすることになるとき、(c)公表が関係する組織または自然人に不釣り合いで深刻な損害を生じさせることになることになるときのいずれかの場合には、CSSFは決定の公表を遅らせ、または匿名化して公表することができる（同条1項ただし書き）。なお、第1項に基づき公表される決定に対して訴訟が提起された場合には、CSSFは公表時点においてその情報を含めて公表し、当初の公表後に訴訟が提起された場合には、公表内容を修正する（同条2項）。そして、第1項または第2項に基づき公表された情報はCSSFのウェブサイトにも5年間掲載されるものとされている（同条3項）。

(2) 実態

CSSFは、ESMAガイドラインに従って、財務情報のエンフォースメントを行っているが、検査の対象となる発行者の選択にあたっては、リスク・ベース・アプローチとサンプリング及びローテーション・アプローチを組み合わせているとされている。CSSFは、リスク・ベース・アプローチの適用にあたって、虚偽記載のリスク及びある虚偽記載が金融市場に与える可能性のあるインパクト⁴⁸⁾を考慮に入れているとしている。

検査のタイプとしては、全面的検査、重点領域検査、フォローアップ検査がある。全面的検査は、さらなる分析を要する問題点または領域を識別し、財務情報が適切な報告フレームワークに従っているかどうかを評価するためにある発行者の財務情報の全内容を評価するものである。重点領域検査は、ある発行者の財務情報のうち、あらかじめ定められた問題点の評価とその問題点に関連して、財務情報が適切な報告フレームワークに従っているかどうかを評価することである。このタイプの検査には、とりわけ、特定の問題点に関して、サンプルとなった発行者が従っている実務を CSSF がレビューするテーマ別検査を含む。フォローアップ検査では、以前の検査において識別した異なる虚偽記載との関連で行った判断を当該発行者が考慮に入れていることを CSSF が確認する。

これらの検査には、最もセンシティブな問題と問題点を分析し、検査を遂行するために必要な情報、文書その他の客観的な証拠を入手するための、発行者の代表者及び／または発行者の外部監査人との直接的で反復的な接触（会合、メールのやりとり、カンファレンス・コール）が含まれる。ある場合には、当該発行者への立入検査がなされる⁴⁹⁾。

このような検査の結果、CSSF はある会計処理方法が適用される財務報告フレームワークを遵守していないという結論に達することがある。その場合には、CSSF は当該虚偽記載が当該財務報告フレームワークから重要な逸脱なのかそれとも重要性の乏しい逸脱なのか、何らかのエンフォースメント措置をとるべきかどうかを決定しなければならない。重要な虚偽記載の場合、CSSF は、発行者に対する透明性要求に関する 2008 年 1 月 11 日法律 22 条に定められている

48) ESMA ピアレビュー (ESMA, *Peer Review on Guidelines on Enforcement of Financial Information*, 18 July 2017, ESMA42-111-4138) の結果によると、虚偽記載が金融市場に与える可能性のあるインパクトについて、9 以上の異なるファクターを考慮に入れ、そのようなファクターには当該証券が上場されている規制市場の数と特徴、当該証券が株価指数に組み込まれているかなどが含まれる（パラグラフ 219,221）。

49) Commission de Surveillance du Secteur Financier, *Annual Report 2018*, p.105.

ように、財務諸表の再発行の要求、訂正文書の要求、または、あてはまる場合には、比較情報の修正再表示を伴う将来の財務諸表の訂正の要求のいずれかの措置を講じることがある。CSSFは、発行者に、その決定を適切に、すなわち、命令、勧告及び発行者自ら提案した財務情報の訂正または改善のためのフォローアップ措置の形で通知する。

2019年2月25日時点では、496の発行者が、ルクセンブルクがその母加盟国であることを理由として、CSSFの監督の対象となった⁵⁰⁾。496の発行者のうち、ルクセンブルクの発行者は151であり、うち、47が株式の発行者、2が預託証券に表章されている規制市場に上場している株式の発行者であった。また、ルクセンブルクの発行者のうち、8が銀行、10が（2004年3月22日法律⁵¹⁾によって認可されている）証券化事業体（organisme de titrisation）、3が集団投資事業体（organisme de placement collectif）⁵²⁾であった。他方、173の発行者は他のEU構成国に本店を有し、172の発行者はEU域外の第三国で設立されたものであった。

しかし、免除規定として第7条が設けられているため、2019年1月1日時点では、CSSFにより財務情報の検査を受ける対象事業体は206（ルクセンブルクに本店を置くもの81、他のEU構成国に本店をおくもの42、EU域外の第三国で設立されたもの83）となった。対象事業体のうち、株式の発行者が46、負債証券の発行者が151、その他が9であり、主要財務諸表の報告フレームワークとしてIFRSを用いているものは132、IFRSと同等のものを用いているものは28、その他の欧州における国内基準を用いているものは23、ルクセンブルク基準を用いているものは23となっていた。

50) 2018年に行われた継続開示書類の検査では、CSSFは、年度報告書及び半期報告書に関して30の督促状を送付し（2008年1月11日法律3条及び4条に基づいて年度報告書または半期報告書を提出しなかった発行者の名称が公表される（24条））、2008年1月11日法律25条に基づいて、6件において行政罰を課した。

51) Loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation.

52) Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif.

CSSF は、2018年には、エンフォースメントの対象となる発行者のうち32%にあたる発行者について検査を実施したが、全面的検査の対象となった発行者はエンフォースメントの対象となる発行者のうち19%にあたる発行者であった。全面的検査の対象となった発行者のうち、72パーセントはIFRSを、12%はIFRSと同等の会計基準を、3%はルクセンブルクの国内基準を、13%はその他の会計基準を、それぞれ、適用する財務報告フレームワークとしていた⁵³⁾。2018年の検査では、平均して、発行者あたり3.4件の虚偽記載または違反を指摘したとされている⁵⁴⁾。

2018年の重点領域検査は、一方では、IFRS8「事業セグメントの主要な要求事項」の遵守状況について行われ、他方では、一定の大規模企業及び企業集団について非財務情報及びダイバーシティ情報の開示について、2016年7月23日法律⁵⁵⁾を遵守しているかどうかについて行われた⁵⁶⁾。

2019年においても、2018年と同様のエンフォースメント・アプローチを採

53) Commission de Surveillance du Secteur Financier, *Annual Report 2018*, p.106.

54) Commission de Surveillance du Secteur Financier, *Annual Report 2018*, p.107.

55) Loi du 23 juillet 2016 concernant la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes et portant modification de diverses dispositions relatives à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises ainsi qu'aux comptes consolidés de certaines formes de sociétés et portant transposition de la directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes; -portant modification: -du titre II de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises; -de la section XVI de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales; -de la loi modifiée du 8 décembre 1994 relative: * aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurances et de réassurances de droit luxembourgeois * aux obligations en matière d'établissement et de publicité des documents comptables des succursales d'entreprises d'assurances de droit étranger (Mém. A 2016, N° 156).

56) Commission de Surveillance du Secteur Financier, *Annual Report 2018*, p.107.

用するものとされている⁵⁷⁾。なお、2019年に重点を置いてモニターするトピックとしては、IFRS15「顧客との契約から生じる収益」の適用、IFRS9「金融商品」の適用、IFRS16「リース」適用のインパクト、経営者報告書における非財務情報及びダイバーシティ情報の開示、代替的業績指標、ハイパーインフレーション経済—アルゼンチン及びブレグジットが選定されている⁵⁸⁾。

重点的にモニターするトピックは、IFRSの要求事項の適用をモニターし、評価する際の欧州における共通のエンフォースメント重点項目（European common enforcement priorities）としてESMAが識別したもの⁵⁹⁾をふまえ、かつ、さらに追加すべきものはないかどうかを検討して決定されている。その際には、CSSFによる直接の監督の下にある発行者にとっての当該トピックの重要性と関連性（relevance）、当該トピックを取り扱うにあたって発行者がなすべき判断と仮定の重要性、及びCSSFが過去の検査において遭遇した経験と論点が考慮に入れられる⁶⁰⁾。

III ESMA ピアレビュー

ESMAのピアレビューでは、財務報告エンフォースメントにあてている各国の人的資源が常勤換算（One Full Time Equivalent（FTE））を用いて評価さ

57) Commission de Surveillance du Secteur Financier, *Annual Report 2018*, p.110.

58) Commission de Surveillance du Secteur Financier, Press Release 19/02 *Enforcement of the 2018 financial information published by issuers subject to the Transparency Law* (10 January 2019).

59) たとえば、2018年の財務諸表及び年度報告書については、*European common enforcement priorities for 2018 annual financial reports* (26 October 2018) (ESMA32-63-503) が、財務諸表との関連ではIFRS 15 顧客との契約から生じる収益の適用、IFRS 9 金融商品の適用及びIFRS16 リースの適用のインパクトを挙げ、年度報告書のうち財務諸表以外の部分については、経営者報告書における非財務情報及びダイバーシティ情報の開示及び代替的業績指標を挙げている。

60) Commission de Surveillance du Secteur Financier, Press Release 19/02 *Enforcement of the 2018 financial information published by issuers subject to the Transparency Law* (10 January 2019).

れた。ここで、常勤換算1人とは、契約上の義務に従って、1週間常勤した（どこでも35時間から40時間の間）1人の被用者に等しい。

ピアレビュー報告書⁶¹⁾によれば、第1に、ピアレビューの対象となった国における、2016年9月30日時点の常勤換算1人あたりのIFRSを用いている発行者数の調整後平均は43であったが、ルクセンブルク（図1Aからみると30程度）はこれを下回り、アイルランド（図1Aから見ると55程度）はこれを上回っていた（パラグラフ124, 126）。

第2に、常勤換算1人あたりの発行者数の調整後平均は50であったが、ルクセンブルク（図1Bから見ると40）はこれを下回り、アイルランド（図1Bから見ると63程度）はこれを上回った（パラグラフ131から133）。

第3に、常勤換算1人あたりの2014年中に終了した検査数の調整後平均も2015年中に終了した検査数の調整後平均も6であったが、ルクセンブルクとアイルランドは、いずれの年においても平均を下回らなかった（パラグラフ134から137）。なお、表4（p.60）によると、ピアレビューの対象期間に計画された検査は、アイルランドでは47件、ルクセンブルクでは130件、完了した検査は、アイルランドでは42件、ルクセンブルクでは120件であった。

第4に、財務報告のエンフォースメントに専念している人的資源を有していると回答した国は18（アイルランドもルクセンブルクも含まれている）あり、平均すると7人が専任である（パラグラフ139）。アイルランドにおいても、ルクセンブルクにおいても、財務報告エンフォースメントに従事するスタッフはすべて学士号以上の学位を保有し、かつ、会計士・監査人としての資格を有している（パラグラフ144,145）。

ピアレビュー報告書の表3（p.49）によると、対象発行者の選定モデルに基づき1年あたり選定される発行者の数は、アイルランドでは35、ルクセンブルクでは45である。透明性指令の適用を受ける発行者のうち検査対象に選定さ

61) ESMA, Peer Review on Guidelines on *Enforcement of Financial Information*, 18 July 2017, ESMA42-111-4138.

れている割合はアイルランドでは27%、ルクセンブルクでは20%である。IFRSを使用している発行者のうち検査対象に選定されている割合はアイルランドでは32%、ルクセンブルクでは29%である。常勤換算1人あたり1年に選定される発行者の数は、アイルランドでは17.5、ルクセンブルクでは8.2である。

アイルランドでもルクセンブルクでも、適用している検査対象発行者の選定モデルによって、一定の期間内に透明性指令の適用をうけるすべての発行者が対象となると回答している（パラグラフ210）。すなわち、アイルランドでは、株式発行者については5年で、クローズド・エンド型ファンドの発行者については10年ですべて対象となるとし、ルクセンブルクは高いリスク・プロファイルを有する発行者は3年で、その他の発行者は10年ですべてカバーされるとしている（パラグラフ213）。

ピアレビューの対象期間においてなされた検査の結果、将来の財務諸表における訂正が、アイルランドでは42件中27件で、ルクセンブルクでは120件中22件で、それぞれ、なされることとなった（表8（p.87））。

本研究はJSPS 科研費19H01427の助成を受けたものです。

（やなが・まさお 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

筑波ロー・ジャーナル 27号

2019年12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.27 December 2019

Articles

- Über den Schutz besonders sensibler/verletzlicher Zeugen - Teil 2
.....**Tomomitsu Iwashita** 1
- La responsabilité civile envers les membres de la famille en droit français (1) :
Essai sur les modèles de la famille et les normes de la responsabilité civile
.....**Tomoyuki Shiraishi** 35
- Comparative Law Study on Attorney' s Privilege and Secrecy of
Communication
..... **Yoko Tamura** 109
- Le coutume de gage dans les arrêts de la Cour de cassation japonaise dans la fin
du XIXe siècle
..... **Yoshinori Naoi** 161
- External Enforcement of Financial Reporting (2) : Ireland and Luxembourg
.....**Masao Yanaga** 209

ISSN:1881-8730