

筑波ロー・ジャーナル

25号

2018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 (1)	岩下 雅充	1
著作者の権利に基づく差止請求権 ——事前抑制の法理との関係を中心として——	大淵真喜子	23
行動経済学と証券規制 (1)	木村真生子	113
法的思考と「法的三段論法」 ——実務家からみたその「論理」——	京野 哲也	149
フランス民事責任法における「家族の保護」(1) ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	183
明治期における流質禁止をめぐる議論	直井 義典	255
中小会社の計算書類の信頼性の確保：ドイツ (2)	弥永 真生	291



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

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（1）	岩下 雅充	1
著作者の権利に基づく差止請求権 ——事前抑制の法理との関係を中心として——	大淵真喜子	23
行動経済学と証券規制（1）	木村真生子	113
法的思考と「法的三段論法」 ——実務家からみたその「論理」——	京野 哲也	149
フランス民事責任法における「家族の保護」（1） ——家族のあり方と民事責任法の枠組——	白石 友行	183
明治期における流質禁止をめぐる議論	直井 義典	255
中小会社の計算書類の信頼性の確保：ドイツ（2）	弥永 真生	291

「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護について (1)

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充分な配慮など (以上本号)
 - 2. 公判手続の非公開
 - 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

I. はじめに

(1) 本稿が分析・考察の対象とするのは、ドイツの刑事手続法における証人保護 (Zeugenschutz)¹⁾の重要な部分をなす「とくに傷つきやすい (besonders sensibel/verletzlich) 証人」の保護である。「とくに傷つきやすい証人」とは、被害者²⁾が証人の立場ないし地位に置かれている——すなわち、保護の対象が被害者証人 (Opferzeuge) と一般に呼ばれる者である——という場合を想定を中心に置いた語である³⁾。本稿は、「とくに傷つきやすい証人」の保護に有用なものと考えられる各種の措置を拾い上げたうえで、その新設・手直しをめぐる立法のねらいなどや法の解釈に踏み込んで、それぞれにおける議論から制度・規定にまつわる問題を明らかにする。

本稿の目的は、このような分析・考察をつうじて、他の諸外国の制度に対する分析に有益な視点を得るのとともに、日本の制度について研究するための——すなわち、日本の制度における同種・類似の措置についてその意義をとらえ直すための、また、いまだに日本に存在しない制度や措置について実現の可能性を構想するための——材料となるような知見も獲得するということにある。

(2) ドイツの刑事法において、被害者を保護するための制度は、たび重なる

- 1) ドイツの刑事手続法における証人保護の全体像をくわしく分析した学説によれば、ここにいう証人保護は、「保護を要する (shutzbedürftig) 証人」を対象とするのであれば、通常の証人と比べて手厚いものを要する。そして、「保護を要する証人」については、これを「危険にさらされている (gefährdet) 証人」の保護と「とくに傷つきやすい証人」の保護に大別したうえで議論するという状況が学説の内部で形成されてきた。両者を区別することの意義とそれぞれのくわしい内容については、拙稿「刑事手続における被害者・子どもなどの負担と刑事手続法による保護についての一考察——保護の根拠をめぐるドイツの議論に注目して——」筑波ロー・ジャーナル 24 号 (2018 年) 1 頁以下 (7-11 頁) およびこれに掲載された文献を参照。
- 2) ドイツにおける被害者を指す語の意味や用例に関しては、さしあたって、拙稿「家族による暴力・虐待と刑事手続における被害者の保護——ドイツの制度とその周辺——」本澤巳代子編『家族のための総合政策Ⅳ——家族内の虐待・暴力と貧困——』(2017 年) 121 頁以下 (122 頁注 4) を参照。なお、被害者を保護するためのさまざまな制度における被害者の範囲・位置づけについては、水野陽一「刑事訴訟における被害者概念について——ドイツにおける被害者概念に関する議論を素材として——」広島法学 34 巻 4 号 (2011 年) 43 頁以下を参照。
- 3) 「とくに傷つきやすい証人」の定義は、制定法にも判例にも存在しないのとともに、学説において完全に確立したものでもない。もっとも、前掲注 1) に挙げた学説においては、「個人の特性 (年齢や疾患、さらには犯罪行為に起因する心の動揺の強さ) ゆえに、心がとくに傷つきやすいものと認められる証人」(Thomas Weigend, Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozeßrecht besser vor Nachteilen zu bewahren?, Gutachten C für den 62. DJT (1998), S. C45)、あるいは、「精神の発達状況や、往々にして問題となる身体発達状況が影響して、または、心身の特性が影響して、証言にともなう手続から尋常でない負荷をこうむるため、これに耐えることが困難な状況にある証人」(Sabine Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren (2002), S. 154) などと定義されている。証人が被害者であることは、「とくに傷つきやすい証人」にとって必須の要素でない。語の詳細については、拙稿・前掲注 1) 9-11 頁を参照。

立法のすえに、全体として豊富なメニューを擁するまでにいたった。刑事手続法における証人保護に関しても、法の整備がすすんで、被害者証人のための手だてが制度のレベルでおおいに拡充されたことには、ほとんど疑いがなく⁴⁾。法典であるドイツ刑事訴訟法 (Strafprozessordnung – StPO)⁵⁾ (以下では、個別の条項を挙げた記述において、たんに「法」と略す) およびドイツ裁判所構成法 (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG) (以下では、個別の条項を挙げた記述において「構成法」と略す) をながめれば、証人保護を可能とする制度がいくつも見つけられる。刑事手続法における証人保護は、——本稿がのちに示すとおり——おもに被害者の保護を充実させるというねらいのもとで、数度の立法による創設と拡充を経て、現在のレパートリーとボリュームを有するまでになったものである。

しかしながら、証人保護を可能とする種々の制度については、一方で、いぜんとして、有効にはたっていないため制度の改善を要するものも少なくないという指摘がなされている⁶⁾。他方で、制度の拡充に慎重な立場においては、ときに、いくつもの制度が数度の立法によって刑事手続法の基本原理と調和・整合しないおそれを高めているものと理解されている⁷⁾。そもそも、被害者の保護に向けた一連の立法については、「特定の問題点が現れる度に、それのみを改正していった……パッチワーク的な改革⁸⁾」と評されるものであって、ときに、「相も変わらずに、刑事手続における被害者の地位に関して明快かつ理

4) *Mark A. Zöller*, Opferschutz im Strafverfahren – Zwischenbilanz eines Widerspruchs, in: *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag* (hrsg. v. Carl-Friedrich Stuckenberg u. Klaus Ferdinand Gärditz, 2015), S. 719 (S. 728); *Michael Kilchling*, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts (2018), S. 31 f.; s. auch (als eine Liste der Maßnahmen) *Friedrich-Christian Schroeder / Torsten Verrel*, *Strafprozessrecht* (7., neu bearb. Aufl., 2017), RdNr. 375.

5) ドイツ刑事訴訟法を和訳したものとして、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』〔松尾浩也ほか訳・法務資料460号〕(2001年)がある。ただし、この和訳については、すでに公刊から年月が経っているため、その後に新設された多数の条項が訳されていないのとともに、改正されたものと内容が大きく隔たっている条項も少なくない。

論を反映した観念が立法者に欠けている⁹⁾」といった評価も示されている。

ドイツの学説における以上のような所見が正鵠を得ているのであれば、証人保護を可能とする各種の制度については、——「とくに傷つきやすい証人」の保護から大きく離れないように視野を限定したうえで——関連する規定の新設と以後の改正のそれぞれにおける立法・学説の議論にもくわしく立ち入った分析・考察を加えることによって、保護の実効性という観点から不十分と評価できる点や、法の原理・基本原則との整合性といった観点から不適切と評価できる点が見いだせるように思われる。もっとも、不十分・不適切な点は、それぞれの規定の目的や個々の措置の機能などに認められるのかもしれない、あるいは、種々の制度について体系の合理性や相互の関連などを明らかに

6) 近年の文献において制度の現状に関する分析・考察とともに改善の必要も指摘するものを挙げれば、被害者証人に質問するときの方法や証言拒否権に対する指摘として、*Heinz Schöch*, Persönlichkeitsschutz des Zeugen im Strafverfahren, in: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Mark A. Zöller et al., 2013), S. 1093 (S. 1104 ff.). また、ビデオ技術の利用による尋問をのぞいた各種の制度に対する指摘として、*Kirstin Maaß*, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien (2012), S. 34. さらに、被告人の退廷やビデオリンク方式の尋問に対する指摘として、*Hans Dachs*, Der "entfernte" Angeklagte oder die Hauptverhandlung als "Videokonferenz", in: Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Carl-Friedrich Stuckenberg u. Klaus Ferdinand Gärditz, 2015), S. 559 (S. 563 ff.).

7) このような理解を表明した近年の文献として、*Zöller*, oben FußN. 4, S. 719 (S. 728 ff.).

8) ヨアヒム・ヘルマン（只木誠訳）「ドイツ刑法および刑事訴訟法における被害者保護の展開について——ある終わりのない物語——」金尚均＝ヘニング・ローゼナウ編『刑罰権と刑罰正義』（2012年）111頁以下（113頁）。Der Originaltext davon *Joachim Herrmann*, Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht – Eine unendliche Geschichte, ZIS 2010, S. 236 (S. 237).

9) *Thomas Weigend*, Das Opfer als Prozesspartei ?, in: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Dieter Dölling et al., 2010), S. 947 (S. 961). 証人保護との関連でも、のちに紹介する第2次被害者権利改革法（2. Opferrechtsreformgesetz）によって改正された複数の規定について、それぞれの改正の背景になければならないはずの基本姿勢が立法府の説明からは読みとれないという点を指摘している。Ebenda, S. 949 ff.

したすえに見いだされるものなのかもしれない。

(3) 「とくに傷つきやすい証人」にあたる者として想定されてきたのは、おもに、子ども¹⁰⁾の被害者や、性犯罪の被害者となった女性である¹¹⁾。このうちの子どもの被害者については、ドイツの刑事手続法が別段に処遇するための規

10) 本稿がドイツに関する記述において用いる「子ども」という語は、別段に論じなければならぬときをのぞいて、18歳未満の者を指す。また、「児童 (Kind)」という語は、14歳未満の者を指す。ドイツ青少年保護法 (Jugendschutzgesetz – JuSchG) やドイツ青少年メディア保護州間協定 (Jugendmedienschutz Staatsvertrag – JMStV) によれば、「児童」とは14歳未満の者を指すのと同時に、「少年 (Jugendliche)」とは14歳以上18歳未満の者を指す (ドイツ青少年保護法第1条第1項・ドイツ青少年メディア保護州間協定第3条第1項を参照)。また、現在の刑事手続法との関連でも、ドイツ刑事訴訟法は、「18歳未満の者 (Person unter 18 Jahren)」という語と一緒に、これと同じ対象を指す語として、「児童又は少年」(Kind oder Jugendliche) も用いる (一例として、法第58条 a 第1項第2文第1号)。さらに、ドイツ少年裁判所法 (Jugendgerichtsgesetz – JGG) は、行為の時点で14歳以上18歳未満の者を「少年」と定義する (ドイツ少年裁判所法第1条第2項)。本稿における語の用法は、——標準となる時点が本稿における用法と異なるものもあるという点を別にすれば——いずれの法律における語とも整合する。ただし、欧州連合 (Europäischen Union: EU) の立法に目を転じれば、のちに紹介する「犯罪被害者の権利、支援及び保護の最低基準に関する指令」や、2011年に採択された「子どもに対する性的虐待及び性的搾取並びに児童ポルノの撲滅のための指令」(Richtlinie 2011 / 92 / EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004 / 68 / JI des Rates, ABl. L 335, S. 1) (以下では「2011年EU指令」という) は、前者の第2条第1項第c号および後者の第2条aにおいて、「児童の権利に関する条約」(Übereinkommen über die Rechte des Kindes) すなわち子どもの権利条約と同じように、18歳未満の者を“Kind”(child)と呼んでいる。なお、ドイツ刑法典 (Strafgesetzbuch – StGB) は、行為の時点で14歳未満の者を刑事未成年と定める (ドイツ刑法典第19条) のとともに、とくに「性的自己決定 (sexuelle Selbstbestimmung) に対する罪」に関して刑法上の保護を受ける客体のいかにしたがった区別によれば、14歳未満の者を絶対に保護される客体として、また、14歳以上18歳未満の者を限定された保護の客体として、それぞれ定める (「性的自己決定に対する罪」との関係で保護される子どもの区別については、高山佳奈子「ドイツ刑法における性犯罪の類型と処罰」刑法雑誌 54 巻1号 (2014年) 30頁以下 (40頁)、佐藤陽子「ドイツにおける性犯罪規定」刑事法ジャーナル 45号 (2015年) 70頁以下 (71頁) を参照)。

11) 詳細については、拙稿・前掲注1) 9-11頁を参照。

定をいくつも設けている。この別段の処遇は、本稿のⅢ．においてくわしく紹介・分析するとおり、「とくに傷つきやすい証人」に対する手厚い保護にさらに上乘せした手厚さをもって扱うものである。

子どもの被害者——とりわけ、性犯罪の被害者となった子ども——に対する別段の処遇を含んだ制度について、制度そのものないし個々の措置に不十分・不適切な点があるものと指摘されている¹²⁾のであれば、そこに法の原理・基本原則あるいは政策の観点からどのような不備があるのかという問題を具体的に解明するときこそ、ドイツの刑事手続法から多くの示唆が得られる機会となるように思われる。

Ⅱ．「とくに傷つきやすい証人」と証人保護（Zeugenschutz）

1．証人の義務

(1) ドイツの刑事手続における証人（Zeuge）——すなわち、「自身が訴追の対象となっていない刑事事件の手続において、ある事実に関する自身の知覚を供述によって表明しなければならない者¹³⁾」——には、その事件を体験した者のすべてが含まれる。「とくに傷つきやすい証人」が証人保護における主要な対象の1つと位置づけられるのは、証人という立場ないし地位につきまとう有害な事態の生起が深刻に懸念されるからである。

証人の立場・地位にある者に対して刑事手続法が供述を要求できるという命題は、しばしば、有害な事態の生起を不可避なものとする。以下においては、ドイツの刑事手続における証人の義務をおおまかにながめて¹⁴⁾、そのうえで、証人の立場・地位につきまとう有害な事態とは何なのかについても簡単に説明したい。

12) 現在の制度に関する改善の必要を指摘するものとして前掲注6)に挙げた文献においては、いずれも、子どもの被害者を念頭に置いた論述が展開されている。

13) Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO (10., völlig überarb. u. teilweise erw. Aufl., 2017) 〈Abk.: Eisenberg BR〉, RdNr. 1000; auch Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht (4., völlig überarb., 2016), 21 / RdNr. 6.

(2) 証人から供述を得るための手続としてドイツ刑事訴訟法に定められているのは、尋問 (Vernehmung) である。尋問については、法第48条第1項や法第70条などによれば、召喚 (Ladung) を受けて所定の場所に出頭する (erscheinen) ことと真実かつ全きを証言する (aussagen) ことが証人に義務づけられる¹⁵⁾。

尋問は、質問の主体によって区別すれば、裁判官による尋問 (richterliche Vernehmung) ——すなわち、裁判所を構成する裁判官または裁判所を構成しない単体の裁判官が主体となるもの (以下では、条文における表記をのぞいて、「裁判官尋問」という) ——のほかに、検察官による尋問 (法第161条a第1項第1文) と検察捜査員 (Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft) による尋問 (法第163条第3項第1文)¹⁶⁾に分けられる。裁判官尋問には、公判におけるもののほかに、いわゆる捜査判事 (Ermittlungsrichter) によるもの (法第162条) および受命裁判官・受託裁判官によるもの (法第223条) がある。これらの尋問に対して、おもに警察によっておこなわれるインフォーマルな情報の照会や聴取 (Befragung) などの場合には、出頭の義務も証言の義務も生じない¹⁷⁾。

証人が被疑者・被告人の配偶者ないしその他の所定の親族であるとき (ま

14) ドイツの刑事手続法における証人については、日本の文献による近時の説明として、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』(4)」近畿大学法学63巻1号 (2015年) 75頁以下 (86頁以下) や金尚均ほか『ドイツ刑事法入門』(2015年) 209-213頁 [辻本典央] なども参考になる。

15) Claus Roxin / Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch (29., neuberarb. Aufl., 2017), 26 / RdNr. 11 f.; Eisenberg BR, RdNr. 1055, 1056, 1084 f., 1096. なお、裁判所が必要と認めたときに限って、証人は宣誓しなければならない (法第59条第1項第1文)。ただし、検察官による尋問や検察捜査員による尋問の場合については、宣誓の権限が裁判官に留保されている (法第161条a第1項第3文・第163条第3項第3文) のとともに、証人が真実に反する証言をおこなったときも偽証の罪 (ドイツ刑法典第153条) に問われることがない。もっとも、法第57条第1文が準用されることから明らかとなっており、いずれの場合にも、証人が真実義務——すなわち、真実かつ全きを供述するという義務——から免れるものではない。Vgl. zunächst Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar (hrsg. v. Volker Erb et al., 26., neubearb. Aufl.) (Abk.: LR), Bd. 5 (2008), § 161a RdNr. 10, 12 [Erb].

たはこれらの者であったとき）や被疑者・被告人にとって特別なパートナーであるときは、証人に証言拒否権（Zeugnisverweigerungsrecht）の行使が認められる（法第52条第1項）¹⁶⁾。特定の業務・職務を遂行する過程で打ち明けられた事実や知ることができた事実については、証人に証言拒否権の行使または証言義務の解除が認められる（法第53条－第54条）。また、質問に答えれば訴追を受けるおそれが自己または所定の親族などに生じるという場合には、この質問に対して答えることを拒否できる（法第55条第1項）。

(3) 幼少の子どもや精神疾患を抱える者も原則として証人となるものと考えられている¹⁹⁾。幼少の子どもが証人であるときについて考えれば、4歳児ないし5歳児くらいの子どもの供述の意味を的確に把握できないおそれは、つ

16) 検察捜査員が尋問を実施できるのは、検察官から具体的な指示が発せられたときに限られる。検察捜査員による尋問の実施は、2017年の法律——すなわち、2017年に成立した「刑事手続の実効性及び実務上の有用性を向上させるための法律」(Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens) (Gesetz vom 17. 8. 2017, BGBl. I, S. 3202) ——によって一新された法第163条第3項を根拠とする。この法律が施行されるまでの警察には、出頭・証言を義務づけない取調べ (Vernehmung) が許されるだけであった。Zur damaligen Rechtslage insbesondere Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK (hrsg. v. Jürgen Wolter, 4., Neubearb. Aufl.) (Abk.: SK-StPO), Bd.3 (2011), § 163 RdNr. 25 [Wohlers]; LR, Bd. 5, § 163 RdNr. 25; näher Joachim Kretschmer, Einige Eckpunkte in der Entwicklung der Videoaufzeichnung von strafprozessualen Zeugenvernehmungen, JR 2006, S. 453 (S. 455)。

17) Z.B. Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen (erl. v. Bertram Schmitt u. Marcus Köhler, 61., Neubearb. Aufl., 2018) (Abk.: Meyer-Goßner/Schmitt 61), § 163 RdNr. 50 f. [Schmitt]; Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK (hrsg. v. Helmut Satzger u. Wilhelm Schluckebier, 3. Aufl., 2018) (Abk.: SSW), § 163 RdNr. 58 ff. [Ziegler]。

18) 子どもの被害者との関連で証言拒否権についての説明をつけ加えれば、判断能力の未成熟や精神上の疾患・障害のため「未成年者又は被後見人が証言拒否権の意味について十分な理解を有しない場合には、その者に証言する意思があり、かつ、その法定代理人が尋問に同意するときに限り」、この者に対する尋問をおこなうことが許される（法第52条第2項第1文）。ただし、法定代理人が事件の被疑者・被告人であるという場合には、この法定代理人としての関与が許されない（法第52条第2項第2文）。

ねに大人の側が抱える問題である。また、知覚した事実を報告するのに要する発達度が幼少の子どもにおいて認められるのか否かも、経験科学の知見に依拠して個別に慎重に考慮しなければならないことである。とはいえ、これらの問題の一部は証言の信用性や証人の信用性に引き直して論じられるのとともに、その他の問題についても、理にかなった供述がおよそ期待できないような場合をのぞけば、ただちに証言能力 (Zeugnisfähigkeit) の否定に結びつけることを要しないというのである²⁰⁾。

そして、証言能力が肯定されるのであれば、原則として、この者が所定の義務から解放されることはない。子どもが証人であるときも同じである²¹⁾。

2. 「とくに傷つきやすい証人」の権利・利益の保護

(1) 証人保護における「とくに傷つきやすい証人」の保護とは何なのかが問われるとき、証人の立場・地位ゆえに侵害の危険に直面する権利・利益のいかんという視点から補助線を引いて考えれば、「とくに傷つきやすい証人」の保護とその他の証人の保護との違いを見いだせるように思われる。すなわち、「とくに傷つきやすい証人」の保護を特徴づけるものの1つは、個人の権利・利益の保護という観点から見いだせる保護の根拠ないし保護の意義にあるものと考ええる。

被害者証人をめぐる議論では、国家が侵害から保護しなければならない権利・利益について、ドイツ基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

19) Eisenberg BR, RdNr. 1000; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK (hrsg. v. Rolf Hannich, 7., neubearb. Aufl., 2013) (Abk.: KK), RdNr. 5 Vor § 48 [Senge]; Roxin/Schünemann, oben FußN. 15, 26 / RdNr. 2.

20) Eisenberg BR, RdNr. 1001 f., 1411; LR, Bd. 2 (2008), RdNr. 25 Vor § 48 [Ignor/Bertheau]; SK-StPO, Bd. 1 (2014), RdNr. 36 ff. Vor § 48 [Rogall]; Kindhäuser, oben FußN. 13, 21 / RdNr. 7. 一般論として、証言を期待できるのか否かの境目は4歳あるいは3歳にあるという。Eisenberg BR, ebenda.

21) Thomas Weigend, Schutzbedürftige Zeugen im Strafverfahren, in: Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Hans-Jörg Albrecht et al., 1998), S. 1483 (S. 1483).

－GG）に定められた基本権が明確に提示される。議論に上るのは、人格（権）の保護（*Persönlichkeitsschutz / Schutz des Persönlichkeitsrechts*）（ドイツ基本法第2条第1項と関連づけられたドイツ基本法第1条第1項）と、生命および身体の完全性を求める権利（*Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*）の保障（ドイツ基本法第2条第2項第1文）である²²⁾。

(2) このうちの人格（権）の保護について要請されるのは、「とくに傷つきやすい証人」との関係で重要となるものを挙げれば、①＜本質的にプライベートなことから暴露＞からの保護である。この要請に関する詳細は、本稿のⅢ. 2. における検討にゆずる。

また、生命および身体の完全性を求める権利の保障として要請されるのは、精神上の障害が発生するという危険から「とくに傷つきやすい証人」を保護することである。すなわち、身体の完全性はひろい意味で精神の健康を含むものと理解されているため、証人に対する義務づけがその精神の健康に重大な（*erheblich*）侵害をもたらすようであれば、これがドイツ基本法第2条第2項第1文に抵触するというのである²³⁾。それゆえ、「とくに傷つきやすい証人」の保護において国家が果たさなければならないのは、刑事手続に起因して精神上の障害が発生するという可能性を生じさせないことである。そして、証人が刑事手続とのかかわり合いにおいて体験する種々のことから強い負荷（*Belastung*）をこうむれば障害の可能性は生じるものと考えられているため、以下の②から⑨までに挙げるような強い負荷——すなわち、刑事手続上のでき

22) *Zöller*, oben FußN. 4, S. 719 (S. 720). S. ausführlich insbesondere *Weigend*, oben FußN. 3, S. C20, C24 ff.; *Claudia Keiser*, Das Kindeswohl im Strafverfahren (1998), S. 79 ff.; *Daniela Schmoll*, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß (1999), S. 87 ff.; *Sabine Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren (2002), S. 31 ff. とくに人格（権）の保護については、人間の尊厳（ドイツ基本法第1条第1項）との関連も無視できない。*Swoboda*, ebenda, S. 29 f.; allerdings *Schmoll*, ebenda, S. 86 weist auch auf die Verbindung mit der Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hin.

23) *Swoboda*, oben FußN. 22, S. 32 f. Ferner *Ursula Nelles*, Der Zeuge – ein Rechtssubjekt, kein Schutzobjekt, NJ 1998, S. 449 (S. 452 f.); *Schmoll*, oben FußN. 22, S. 87 f.

ごとに由来する強い負荷——の回避・除去ないし軽減に関心が向かうのである²⁴⁾。

②<証人としての役割および証人に対する応接の状況>に応じた負荷：尋問や取調べという慣れない特殊な状況のもとで記憶の喚起や供述を要求される証人について、その心に相応の負荷がのしかかることは一般に否定しえない。犯罪行為に対してトラウマを負っている子どもなどが証人であるときは、負荷がとくに強いものになるという。

③<尋問の方法>に応じた負荷：不作法な質問やくり返しの質問が証人に対して悪い影響をおよぼすことも、しばしば懸念されている。供述の信用性に関する鑑定を実施するときも、証人は同じ事態に直面しやすいので、同種の負荷が問題となる。

④<法に関する知識の欠如>による負荷：刑事法や刑事手続に関する知識に乏しい証人にとって、刑事手続のさまざまな場面で待ち受けている事態や期待・要求されることを把握できないがゆえの不安・心配は、強い負荷となる。法に関する知識の欠如は相当に強い負荷となりえるという指摘もある。

⑤<公の場での証言>にともなう負荷：とくに性暴力の被害者や年少の子どもが法廷で尋問を受けるときは、個人生活の内容や内密性の高い体験を人前で語らせることが——法廷の独特な雰囲気と相まって——強い負荷となるという。マス・メディアを介して尋問の内容・状況が公知と化すことも、証人に相応の負荷をかけてしまう。また、証言の際に見知らぬ人々（おとな）と多く接することも負荷の要素ととらえれば、法廷で受ける尋問が非公開となるのであれ、法廷とは別の場所で尋問するのであれ、証人はこの負荷を免れえない。

⑥<被告人との対面>による負荷：証人が被告人とじかに対面することは、証人の心にのしかかる負荷において非常に大きな位置を占めるという。とくに

24) 刑事手続に起因する障害の可能性の意義について、および、強い負荷の要素となるできごと——すなわち、ストレス要因 (Stressfaktor) ないしストレッサー (Stressor) ——の意義については、ともに拙稿・前掲注1) 11頁以下を参照。また、本文において列挙された負荷のそれぞれに関する詳細は、同・前掲注1) 23頁以下を参照。

複雑かつ困難な問題が生じるのは、性暴力や児童虐待の被害者証人が被告人と身近な関係にあるという場合である。この場合に被告人と向き合わされる証人がこうむる負荷は、その人間関係ゆえに葛藤や自責の念を覚えるといった点で、通常の証人と比べて著しく強いものとなる。

⑦＜複数回にわたる聴取＞にともなう負荷：同じ事件に関する聴取のくり返しが証人に強い負荷をかけるという問題は、とくに子どもの被害者や性犯罪の被害者などを念頭にしばしば指摘されてきたため、よく知られている。尋問のほかに負荷となるできごとを構成するものとして、警察による聴取や供述の信用性に関する鑑定が挙げられるのはもちろんのこと、福祉機関などによる聴取もこれらと同じように問題とされる。

⑧＜被告人との対決＞による負荷：被告人・弁護人が尋問の際に防御の戦略・戦術として対決・攻撃の姿勢をとるとき、落ち度の指摘や責任転嫁をはじめとする主張・質問がなされて、証人が強い負荷をこうむることもあるという。とくに、自白事件でないときや証人が性暴力の被害者であるときは、問題が深刻になりえる。

⑨＜刑事手続が進行する期間＞に応じた負荷：公判において尋問される可能性が存在すれば、証人は事件に関する記憶を保持して再現にそなえるという状況から逃れられないとともに、体験した被害の消化・克服や社会復帰を果たすための治療・処遇の実施が妨げられてしまう。それゆえ、こうした時間の経過も負荷となるできごとの1つと考えられている。

3. 証人保護の制度をめぐる立法の歴史

(1) ドイツの刑事手続法において証人保護を可能とする各種の制度が創設・拡充される過程では、「とくに傷つきやすい証人」の保護に有用なものと考えられる措置も、その種類やそれぞれの内容を増していった。「とくに傷つきやすい証人」の保護を発展させたのは、この数十年にわたって証人保護の制度を創設・拡充するために制定された多数の法律である。

そのつどの立法の際に個々の措置がどのような経緯で新設・手直しされて

どのような内容や性質・機能を有するものになったのかという点の詳細は、本稿のⅢ.における紹介・分析にゆずる。その前に、そのつどの立法の概略を示して、証人保護の制度化の歴史を一覧しておきたい。

(2) さしあたって、1974年に成立した「刑法典を施行するための法律²⁵⁾」と「刑事手続法の改革のための第1次法律を補充するための法律²⁶⁾」(以下では、両者の法律を併せて「1974年の法律」という)を挙げなければならない。

証人保護との関係で注目される点を両者の法律から拾い上げれば、前者の法律によって、公判手続の非公開に関する規定が証人保護を可能とする制度も含む内容に改正されたのとともに、後者の法律によって、16歳未満の者に対する尋問の際に質問の方法が制限されることになった。また、両者の法律をつうじて、16歳未満の者に対する尋問の際にこの年齢を理由とした被告人の退廷があらたに可能となった。

(3) つぎに、1986年に成立した被害者保護法 (Opferschutzgesetz)²⁷⁾が挙げられる。証人保護との関係で注目される点を拾い上げれば、おもに被害者の保護をねらいとして、公判手続の非公開に関する規定が範囲を拡大して適用できるように改められた。また、尋問の際に質問の内容を制限される可能性も拡げられた。さらに、被害者を補佐できるようになった弁護士には、この者に対する尋問に立ち会う権利が認められたのとともに、被害者の信頼を得ている者が

25) Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch – EGStGB (Gesetz vom 2. 3. 1974, BGBl. I, S. 469)。

26) Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts – 1. StVRErgG (Gesetz vom 20. 12. 1974, BGBl. I, S. 3686)。

27) 正式な名称は「刑事手続における被害者の地位を改善するための第1次法律」(Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren – OpferschutzG) (Gesetz vom 18. 12. 1986, BGBl. I, S. 2496)である。この法律の内容や制定までの経緯を紹介したうえで制定の前後における学説の状況などもフォローして分析した日本の文献として、宮澤浩一「被害者の法的地位——西ドイツの動向を中心として——」法学研究59巻12号(1986年)45頁以下、同「犯罪被害者の法的地位について——西ドイツの一九八六年改正法を中心として——」研修473号(1987年)3頁以下、田口守一「西ドイツにおける犯罪被害者の地位」刑法雑誌29巻2号(1988年)221頁以下などがある。

尋問・取調べに付き添う（同席する）ことも許されるようになった。

1998年に成立した証人保護法（Zeugenschutzgesetz）²⁸⁾は、まさに証人保護を主眼とした法律である。この法律は、尋問の際に実施される措置に関して多数の規定を新設した。すなわち、ビデオリンク方式の尋問に関する規定や、尋問・取調べの録音・録画とその利用に関するさまざまな規定をあらたに設けた。このほかに、証人が子どもであるといった場合には、公費で弁護士による補佐を受けてその付添い（立会い）のもとで尋問にのぞめるという手だても用意された。

なお、証人保護法に先だって1992年に成立した組織犯罪対策法（Organisierte Kriminalitätsgesetz）²⁹⁾と、証人保護法の成立からしばらくして2001年に成立した証人保護調和法（Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz）³⁰⁾は、証人の側に危害を加えられるおそれが生じるときの保護——すなわち、「危険にさらさ

28) 正式な名称は、「刑事手続における尋問にあたっての証人の保護及び被害者の保護の改善のための法律」(Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes – ZSchG) (Gesetz vom 30. 4. 1998, BGBl. I, S. 820) である。この法律の内容や制定までの経緯を紹介したうえで制定の前後における学説の状況などもフォローして分析した日本の文献として、加藤克佳「ドイツ刑事訴訟法改正の新動向——証人保護法を中心として——」刑法雑誌40巻1号（2000年）108頁以下、同「ドイツ刑事訴訟における証人保護——第六二回ドイツ法曹大会刑事法部会を中心として——」宮澤浩一先生古稀祝賀論文編集委員会編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文第1巻』（2000年）261頁以下〈略称：宮澤古稀〉がある。また、この法律の内容を紹介した日本の文献として、宮澤浩一「ドイツとオーストリアの証人保護（その1）」捜査研究567号（1999年）78頁以下、同「～（その2）」捜査研究568号（1999年）86頁以下、加藤克佳「刑事手続における被害者の地位——ドイツ法を素材として——」刑法雑誌40巻2号（2001年）232頁以下などがある。

29) 正式な名称は、「違法な薬物取引及びその他の組織犯罪の形態を撲滅するための法律」(Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität – OrgKG) (Gesetz vom 15. 7. 1992, BGBl. I, 1302) である。

30) 正式な名称は、「危険にさらされている証人の保護を調和させるための法律」(Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen – ZSHG) (Gesetz vom 11. 12. 2001, BGBl. I, S. 3510) である。この法律の内容をくわしく紹介して分析した文献として、滝沢誠「証人保護の多義的な目的」比較法雑誌37巻1号（2003年）127頁以下がある。

れている (gefährdet) 証人」の保護——について法律に定めるものであった。もっとも、前者がドイツ刑事訴訟法に規定を設けるという立法であったのに対して、後者は、危険防除 (Gefahrenabwehr) のために証人の生活全般におよぶ保護を実現しようというものであった。

(4) 2004年に成立した(第1次)被害者権利改革法((1.) Opferrechtsreformgesetz)³¹⁾も、証人保護との関係で重要な改正を含んでいる。すなわち、ビデオリンク方式の尋問や尋問・取調べの録音・録画に関する規定が——適切な保護に相応した規制の実現を目的として——改正されたのとともに、被害者証人の保護に必要なときは裁判所の管轄を限定するという規定があらたに設けられた。このほかに、証人保護を支える手だてとして、すべての証人が召喚の際に証人の権利などに関する示唆を受けられるという規定も新設された。

2009年に成立した第2次被害者権利改革法(2. Opferrechtsreformgesetz)³²⁾は、証人保護との関係では、3つの点に注目しなければならない。その1つは、16歳未満の者を適用の対象とした特別な定めについて、それらに明記されている年齢を18歳未満に引き上げて——すなわち、年齢にかかる文言をそのように変更して——すべての子どもが適用の対象となるように改めたことであ

31) 正式な名称は、「刑事手続における被害者の権利を改善するための法律」(Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren – OpferRRG) (Gesetz vom 24. 6. 2004, BGBl. I, S. 1354)である。訴訟参加との関連でこの法律にふれた文献として、滝沢誠「ドイツの訴訟参加制度と被害者保護新法」被害者学研究16号(2006年)15頁以下、斎藤司「被害者の刑事手続参加」犯罪と刑罰20号(2010年)93頁以下、阿部千寿子「被害者参加制度の見直しと展望」法学新報123巻9=10号(2017年)207頁以下がある。

32) 正式な名称は、「刑事手続における被害者及び証人の権利を強化するための法律」(Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren – 2. OpferRRG) (Gesetz vom 29. 7. 2009, BGBl. I, S. 2280)である。この法律について紹介した日本の文献として、山口和人「海外法律事情 ドイツ：刑事手続における被害者等の権利を強化する法改正」ジュリスト1390号(2009年)93頁がある。さらに、訴訟参加との関連でこの法律にふれた文献として、水野陽一「刑事訴訟における被害者弁護について——ドイツにおける議論を参考に——」広島法学36巻1号(2012年)113頁以下、阿部・前掲注31)がある。

る。証人保護に関しては、未成熟さを考慮して特別に用意された規定のいずれも、適用の範囲が拡大された。また、あらゆる証人の権利として、尋問・取調べの際に弁護士による補佐を受けて、その付添い（立会い）のもとで尋問にのぞむことが認められるようになった。さらに、尋問における質問の内容の制限に関して、いくつかの規定が改められた。

2013年に成立した「性的虐待の被害者の権利を強化するための法律」³³⁾（以下では「2013年の法律」という）においては、子どもの被害者——とくに、性的虐待などの被害に遭った者——を対象とした保護の強化がはかられた。証人保護との関係で注目される点を拾い上げれば、子どもを適用の対象とした特別な定めのうち証人保護と関連する規定の多くは、「18歳に達する前に性的虐待等の……被害を受けた成人にも適用される³⁴⁾」ようになった（以下では、「18歳に達する前に性的虐待等の……被害を受けた成人」のことを「被害当時子ども」と呼ぶ）。また、子どもを尋問しなければならない事件の多くは少年裁判所（Jugendgericht）に対する公訴の提起が原則となるように変えるために、これに必要な限りで規定が改正されたのとともに、公判手続の非公開に関する規定が適用される範囲も一段と拡大された。

そして、2015年の第3次被害者権利改革法（3. Opferrechtsreformgesetz）³⁵⁾も挙げなければならない。この法律は、2012年にEU理事会（Rat der Europäischen Union）によって「犯罪被害者の権利、支援及び保護の最低基準に関する指令³⁶⁾」（以下では「2012年EU指令」という）が採択されていたため、ドイツの国内法を2012年EU指令に適合させるという目的のもとで制定されたものである³⁷⁾。証人保護との関係では、被害者証人に対する十分な配慮を裁

33) Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauch – StORMG (Gesetz vom 26. 6. 2013, BGBl. I, S. 1805). この法律について紹介した日本の文献として、渡辺富久子「ドイツ：性的虐待の被害者の権利を強化するための法律」外国の立法（月刊版）257号（2013年）12頁以下、滝沢誠「犯罪被害者と時代に即した新たな刑事司法の構築の在り方の予備的検討」専修法学論集123号（2015年）233頁以下、阿部・前掲注31）がある。

34) 渡辺・前掲注33）12頁。

判所と捜査機関に要求するという規定が新設された。また、尋問の際に通訳・翻訳による支援や被害者に対するケースワークをつうじた支援が受けられることも明文化された。

(5) 以上のように、ドイツの刑事手続法における証人保護は、被害者の保護を標榜するものも含めた多数の法律によって制度化されてきた。以下においては、証人保護の制度を個別にとり上げる過程で、立法の経緯や立法府の説明そして学説における見解のそれぞれに分け入って、「とくに傷つきやすい証人」の保護に有用なものと考えられる措置のすがたをくわしく把握するのとともに、おのおのの措置に関する制度・規定がどのように評価されているのかという点を明らかにしたい。

-
- 35) 正式な名称は、「刑事手続における被害者の権利を強化するための法律」(Gesetz zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren) (Gesetz vom 21. 12. 2015, BGBl. I, S. 2525) である。この法律の内容を EU の立法との関連も含めてくわしく紹介した文献として、黒澤睦「ドイツの被害者支援の現在——2015年第三次被害者権利改革法を中心にして——」被害者学研究28号(2018年)92頁以下がある。また、被害者に対するケースワークや訴訟参加との関連でこの法律にふれた文献として、阿部千寿子「ドイツ刑事手続における被害者への付添い制度」同志社法学69巻7号(2018年)1305頁以下、阿部・前掲注31)がある。
- 36) Richtlinie 2012 / 29 / EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001 / 220 / JI des Rates, ABl. L 315, S. 57. しばしば“Opferschutzrichtlinie”と呼ばれる立法である。2012年 EU 指令をくわしく紹介した日本の文献として、末道康之「EUにおける被害者の権利保護——犯罪被害者の権利、支援及び保護に関する最低限の法規を定めた2012年10月25日の指令の概要」被害者学研究24号(2014年)45頁以下がある。また、黒澤・前掲注35) 94-97頁も参照。
- 37) BT-Drs. 18 / 4621, S. 13. S. auch Rita Haverkamp, Im Labyrinth des Opferschutzes – Zum Entwurf eines Dritten Opferrechtsreformgesetzes, ZRP 2015, S. 53 (S. 53); Roswitha Müller-Piepenkötter, Die EU-Opferschutz-Richtlinie 2012/29/EU – Handlungsbedarf bei Unterstützungsdiensten in Deutschland, NK 2016, S. 9 (S. 9). もともと、2012年 EU 指令が要請する事項のほとんどは2012年 EU 指令の以前にすでにドイツ法に盛り込まれていたという見解もある。Bernd-Dieter Meier, Neues aus Europa? Die Opferschutzrichtlinie der EU, in: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag (hrsg. v. Mark A. Zöller, et al., 2013), S. 1387 (S. 1395, 1397); Haverkamp, ebenda, S. 53 (S. 54).

以下の論述は、立法の歴史や条項の配置などにとらわれずに、それぞれの制度の趣旨などにてらして有意義な分析をすすめられるものと考えた順序にしたがっている³⁸⁾。

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充分な配慮など

(1) 法第48条は、ドイツ刑事訴訟法第1編第6章——すなわち「証人」の章——の冒頭に置かれた規定であって、出頭の義務および証言の義務について定める第1項と、証人が出頭しないときの召喚について定める第2項と、さらに、被害者証人に関してとくに定める第3項から構成される。もともと、第2項の規定だけが法第48条をなしていたところ、2009年の第2次被害者権利改革法があたらしく第1項³⁹⁾を挿入して、法第48条は2つの項から構成されるものとなった。そして、その後に2015年の第3次被害者権利改革法が第3項を新設したため、法第48条は、以下のように3つの項から構成される規定となって現在にいたっている。

第48条（証人の義務及び召喚）

① ¹証人は、尋問のため定める期日に裁判官の面前に出頭する義務を負う。

²証人は、法律で定める例外の場合を除いては、証言する義務を有する。

② 証人の召喚は、証人の利益に資する手続法上の規定、証人援助（Zeugenbetreuung）を受ける機会及び出頭しないときの法律上の効果を示して（unter Hinweis）、これをするものとする。

③ ¹証人が同時に被害者（Verletzte）であるときは、この者に係る弁論、

38) Vgl. als die der Komposition meines Aufsatzes Ähnliche Weigend, oben FußN. 21, S. 1483 (S. 1492 ff.).

39) 法第48条第1項は、——犯罪者の処罰というおおよけの利益にもとづいて——当然に正当化されるものと考えられてきた義務を明記した規定である。出頭・証言の強制が基本権の侵害になるため、出頭・証言の義務づけには法律の留保（Gesetzesvorbehalt）という観点から法律上の根拠を要するものと指摘されていた。法第48条第1項はこの指摘を受けたものである。BT-Drs. 16 / 12098, S. 11.

尋問及びその他の審問行為 (Untersuchungshandlungen) は、そのつど、その特別な保護の必要性 (besondere Schutzbedürftigkeit) を考慮してなされなければならない (durchzuführen)。²特に、次に掲げる事項が調査されなければならない (zu prüfen)。

- 一 証人の福祉に深刻な不利益をもたらす危険が切迫していることにより、第168条e又は第247条aの規定による措置を要するかどうか。
- 二 証人の保護に値する利益が認められることにより、裁判所構成法第171条b第1項の規定による公開の停止を要するかどうか。
- 三 第68条a第1項に従い、証人の個人の生活領域に関する質問であってやむを得ないとは認められない (nicht unerlässlich) 内容のものを断念することができる範囲。

³調査に当たっては、証人自身の状況並びに犯罪の性質及び情状を考慮しなければならない (zu berücksichtigen)。

(2) 本稿の目的との関係でまずもって若干の説明を要するのは、法第48条第2項において証人の権利などに関する示唆 (Hinweis) ——すなわち、「証人の利益に資する手続法上の規定」と「証人援助を受ける機会」の示唆——が要求されていることである。召喚の権限を有する者が召喚の際に証人の権利などについて証人に知らせるという法律上の要求は、2004年の(第1次)被害者権利改革法によって追加されたものである。

召喚の際に要求されている示唆の内容は、証人が「証人援助」と呼ばれる事実上の援助を現存する範囲で利用できることと、刑事手続法によって証人に認められた基本的な権利を証人が有することであって、ここにいう基本的な権利の示唆も、証人のために用意されたさまざまな措置の実施が可能であるという点を——逐一の列挙や形式ばった説明によらずに、個々の状況に応じて必要な程度に——明らかにすれば足りるという⁴⁰⁾。教示 (Belehrung) という語が用いられずに「示唆」という文言になったのは、伝える内容・方法がこの程度

40) LR, Bd. 2, § 48 RdNr. 8 f. [Ignor/Bertheau].

の具体性と一定の柔軟性をもって足りるものとなっているからであろう。

証人の権利などに関する示唆は、「とくに傷つきやすい証人」との関係で、④<法に関する知識の欠如>による負荷の回避・除去に役立つものと考えられる。もっとも、示唆のメリットが実際にどのくらいあるのかという点については、疑問も投げかけられている⁴¹⁾。

(3) とくに被害者証人を対象として、これに対する十分な配慮を要求するのは、法第48条第3項である。同項は、2015年の第3次被害者権利改革法によって新設された規定である。この規定は、2012年EU指令の第18条および第22条の規定を国内法に導入するために設けられた⁴²⁾。被害者証人の保護に有用な措置の実施について、その判断の過程を統制するために設けられた規定である。

調査を要するものとして同項に列挙された第1号ないし第3号の事項は例示であるから、各種の措置の実施について検討する契機が生じること、検討に必要な事情が調査されなければならない⁴³⁾。また、同項による規制の対象は裁判所がおこなう手続に限定されないものと考えられている。すなわち、検察官による尋問と検察捜査員による尋問は——法第161条a第1項第2文と法第163条第3項第2文によって第1編第6章の規定が準用されるため——当然に規制を受けるのと同時に、裁判所であれ捜査機関であれ各個の組織がその職務にお

41) *Folker Wenske*, Zur Modifikation gerichtlicher Zeugenladungen unter Beachtung der Vorgaben des Opferrechtsreformgesetzes vom 24. 6. 2004, DRiZ 2005, S. 293 (S. 293); *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 48 RdNr. 3a [*Schmitt*].

42) 法第48条第3項は、とくに2012年EU指令第22条の内容を具体化したものと考えられる。すなわち、2012年EU指令第22条第1項によれば、特別な保護の必要性に関する判定や、特段の措置 (Sondermaßnahmen) をどのような範囲で実施すればこれが証人の保護に役立つのかといった判断は、「個別の評価 (individuelle Begutachtung)」にもとづいて、早期かつ随時になされなければならない。また、同条第2項によれば、「個別の評価」にあたっては、とくに被害者個人の特性や犯罪の類型・性質さらに犯罪の情状が考慮されなければならない。ABl. 2012 L 315, S. 57 (S. 71)。なお、「個別の評価」という語は、英語の原文において "individual Assessment" であるから、鑑定 (Gutachten) を要求するものでない。*Meier*, oben FußN. 37, S. 1387 (S. 1395)。

43) BT-Drs. 18 / 4621, S. 23; ferner BR-Drs. 56 / 15, S. 20 f.

いてはじめて被害者に接触する段階ですすでに調査に着手すべきであるという理解にしたがって、警察における聴取ないし尋問の段階も規制の対象となるものと考えられている⁴⁴⁾。

もっとも、法第48条第3項は象徴としての意義を有する規定と評価されていて、裁判官などの判断に現実の効果をおよぼすことは期待されていないようである⁴⁵⁾。なお、「証人の義務及び召喚」という法第48条のタイトルは、同条第3項の新設ののちにも維持されていて、いまや誤解を与えるものとなっている⁴⁶⁾。

(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)

44) BR-Drs. 56 / 15, S. 15, 20. So auch *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 48 RdNr. 11 [*Schmitt*]. 検察捜査員による尋問を新設した2017年の法律が成立する前から、警察による取調べの段階も規制の対象になるものと明確に位置づけられていた。それゆえ、証人に出頭や証言を強制するのにともなって調査の義務が生じるものとは考えられていないということもわかる。Vgl. dazu BR-Drs. 56 / 15, S. 20; *Gabriele Kett-Straub*, Wieviel Opferschutz verträgt das Strafverfahren?, ZIS 2017, S. 341 (S. 343) .

45) *Sabine Ferber*, Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren – Das 3. Opferrechtsreformgesetz, NJW 2016, S. 279 (S. 279) . *Meyer-Goßner/Schmitt* 61, § 48 RdNr. 12 [*Schmitt*].

46) *Haverkamp*, oben FußN. 37, S. 53 (S. 55) .

著作者の権利に基づく差止請求権

——事前抑制の法理との関係を中心として——

大 瀧 真 喜 子

- 第1 問題の所在
- 第2 米国法
 - 1 概説——考慮すべき米国法とわが国の法との差異
 - 2 判例法
 - 3 学説
 - 4 小括
- 第3 ドイツ法
 - 1 概説
 - 2 ドイツ民法およびドイツ基本法の照射効
 - 3 ドイツ著作権法
 - 4 ドイツ基本法における検閲
 - 5 小括
- 第4 わが国における学説・判例および比較法を踏まえた検討
 - 1 民法および著作権法における一般的見解
 - 2 判例
 - 3 検討
- 第5 著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に関する近時の見解
 - 1 著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に関する近時の見解
 - 2 上記見解の問題点
- 第6 結語

第1 問題の所在

1 著作権法112条1項は、「著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と定め、著作権・著作者人格権（以下、まとめて「著

作者の権利」ともいう）等に基づく差止請求権を規定する（本稿では、著作権および著作者人格権のみをさしあたり対象とする）。同項の規定によれば、著作者の権利を侵害する書籍・雑誌等が出版される前であり、著作者の権利が未だ一度も侵害されていない段階においても、差止請求ができることが当然の前提となっていると解されている。

これに対して、憲法21条1項は、集会、結社および表現の自由を保障するとともに、同条2項は、検閲の禁止および通信の秘密を規定する。そして、公権力が表現活動を事前に抑制することは、表現の自由に対する最大の制約であって許されないと解されているところ、憲法21条1項から導かれるこの事前抑制禁止と同条2項の検閲禁止との関係をどのように解するかについては、周知のとおり見解が対立している。検閲と事前抑制を同義であるとし、その主体は行政権のみならず司法権をも含む公権力であるとする広義説¹⁾と、検閲と事前抑制とを区別して、前者の主体は行政権に限定し、後者の主体は公権力であるとする狭義説²⁾・判例（最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁）

1) 広義説の中でも各説で違いがあるが、ここでは、代表的な芦部信喜教授の見解を取り上げる。検閲禁止と事前抑制禁止とを同義であると解した上で、検閲の主体を公権力、検閲の対象を（思想内容ではなく）表現内容とし、「事前」の意義を発表前ではなく、思想・情報の受領時を基準とする。発表後であっても、思想・情報の発表に実質的に事前検閲（発表前の審査）と同視できるような抑止の効果を及ぼす重大な抑止的な効果を及ぼすような公権力の規制は検閲に含まれる。このように検閲概念を広く解した上で、検閲は原則として禁止されるが、ごく限られた場合に例外を認めるという立場である。芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』（有斐閣・2000年）362-364頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店・2015年）198-199頁等。

2) 検閲と事前抑制とを区別し、後者は原則として禁止され、例外的に許容され得るが、前者は絶対的に禁止されるとする（ただし、若干の留保をつけている）。事前抑制とは、表現行為（発表・情報提供だけでなく情報受領も含む）がなされるに先立ち、「公権力」が何らかの方法で抑制すること、および実質的にこれと同視できるような影響を表現行為に及ぼす規制方法をいうとし、他方、検閲とは、上記表現行為に先立ち「行政権」がその内容を事前に審査し、不相当と認める場合にその表現行為を禁止することをいうとする。佐藤幸治「表現の自由」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』（有斐閣・1978年）452、485-487頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院・1995年）519頁等。

がある。しかし、いずれの見解にせよ、少なくとも、情報等が受領される前に、公権力が表現内容を審査して発表を禁止するなどして表現行為を抑制することは、検閲ないし事前抑制として原則として禁止されることになる。そうすると、その「公権力」には、裁判所も含まれるため、出版前の差止めを命ずる仮の地位を定める仮処分（以下「仮地位仮処分」という）が例外として許されるとしても、それを厳格に限定すべきであると解されているようである。

従来は、検閲ないし事前抑制との関係については、名誉権またはプライバシー権に基づく出版前の差止請求権が中心に議論されてきた。しかし、近時、最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁〔北方ジャーナル事件〕（以下「北方ジャーナル最高裁判決」という）が、出版前の書籍・雑誌等に対する著作権・著作者人格権に基づく差止請求にも同様に妥当するとして、そのような差止請求は原則として許されず、例外的に著作権法112条1項の要件とは異なる要件の下でのみ認められるとする見解が一部にある³⁾。

2 しかし、著作者の権利に基づく出版前の差止請求権について、名誉権等に基づく出版前の差止請求権と同列に扱い、直ちに事前抑制に当たるとして、北方ジャーナル最高裁判決と同じ判断枠組によるべきであるという議論は、以下のような点を看過しており、大きな問題がある。まず第一に、ドイツ連邦共和国の基本法（憲法）、著作権法およびわが国の著作権法等の議論を踏まえれば、わが国においては、未だ一度も侵害がなされていない場合の著作者の権利に基づく予防的差止請求権⁴⁾が著作権法112条1項の明文によって認められることは当然の大前提とされている。ドイツでは、出版前など表現が発表される前になされる（予防的）差止請求権は、検閲ないし事前抑制にあたるために認められないという議論は、全くなされていない。第二に、事前抑制の法理により名

3) 木下昌彦「著作者の権利と事前抑制の法理——著作者の権利に基づく事前差止めがもたらす弊害と憲法法理によるその克服——（上・下）」NBL1067号46頁、1068号42頁（いずれも2016年）、同「著作者の権利と事前抑制の法理（補論）——著作権判例百選事件保全異議審決定を受けて」法時88巻9号（2016年）92頁、金子敏哉「判批」速判解19号（2016年）265、266-267頁。本文後記第5、1(1)参照。

名誉毀損等に基づく差止命令を認めることに消極的である米国法（判例法）でさえ、著作権に基づく終局的差止命令・暫定的差止命令が事前抑制に当たらないというルールが確立されており、著作権侵害があるにもかかわらず、事前抑制の法理を理由として終局的差止命令・暫定的差止命令が認められないとした確定判例はないのである。

そこで、本稿では、著作権者の権利に基づく出版前の差止請求権と憲法における事前抑制の法理との関係について、従来の議論で看過されていた問題点を指摘するとともに、あるべき解釈論を再確認しようとするものである。著作権者の権利が侵害されるおそれが存在しているにもかかわらず、出版前など表現が発表される前の差止請求を認めないということは、著作権者の権利の侵害をまっぴらからでないと差し止めできないということになり、著作権者の権利の実効的救済を著しく害するものである。通常、著作権者の権利の侵害があるかどうかは侵害に係る表現物が公表されてはじめて明らかになるから、その公表までに仮地位仮処分決定が間に合うことはほとんどない。ただし、改訂版などの将来の侵害行為を差し止める例は見られるため、そのような場合の著作権者の権利に基づく出版前の差止請求は日常的なものであるといえる。

3 第2では米国の判例法を中心とした検討を行う。わが国の憲法で議論されている事前抑制は、米国法における事前抑制（prior restraint）法理に強く影響を受けていることがうかがえる。しかし、その基礎となっている米国法の制度とわが国の法制度との違いを踏まえずにはこれらの議論はできないはずであるにもかかわらず、それらが十分に考慮されているとはいえない。そこで、本稿では、上記議論で考慮されるべき米国の法制度とわが国の法制度との違いを踏まえた上で、米国の判例法において、名誉毀損やわいせつ表現等とは異なり、

-
- 4) 差止請求権には、侵害が継続しているか、いったんなされた侵害が再度なされるおそれがある場合と、未だ一度も侵害はないが、侵害がなされるおそれがある場合とがあり、ここでは、両者を含むものを差止請求権とし、後者のみを予防的差止請求権として区別する。出版前に既に複製がなされている場合には、厳密には著作権が既に侵害されているが、それもまだなされていない段階では、予防的差止請求権の問題となる。

著作権に基づく差止命令は、事前抑制には当たらないと一般的に解されていることを明らかにする。併せて、著作権と表現の自由との調整が侵害レベルで問題とされていることについても触れる。

次に、わが国における著作権・著作者人格権に基づく差止請求は、物権的請求権（妨害排除請求権・妨害予防請求権）に類似のものであると解されている。そのため、わが国の物権的請求権の母国といえるドイツ法の検討が不可欠である。そこで、ドイツ基本法における検閲概念について検討するとともに、ドイツ民法における物権的請求権、一般的人格権に基づく差止請求権および著作権者の権利に基づく差止請求権と検閲との関係などについて検討する。ドイツでは、米国法における事前抑制に相当するようなものはないようである。しかし、ドイツの検閲の主体は、裁判所も含まれると解されているところ、著作権者の権利に基づく出版前の差止請求権（差止仮処分の場合も含む）も検閲には当たらず、認められることが当然の前提となっていることを第3で明らかにする。

そして、第4では、わが国の民法および著作権法においては、予防的差止請求権が当然に認められると解されてきたことを確認した上で、著作権・著作者人格権に基づく出版前の（予防的）差止請求に関するわが国の判例等を検討し、わが国においてあるべき解釈について検討する。ここで、近時の一部学説が依拠する北方ジャーナル最高裁判決が著作権者の権利に基づく差止請求権に妥当しないことについても、併せて検討する。

第5では、著作権者の権利に基づく差止請求権にも北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理が妥当するという近時の一部見解の問題点を個別に指摘する。

4 本稿では、著作権者の権利に基づく出版前の差止請求と事前抑制との関係について焦点を当てて論じるものであり、この問題は、パロディやニュース報道などをめぐって問題となる著作権者の権利と表現の自由との衝突とは、レベルを異にする問題であることに注意が必要である。すなわち、パロディやニュース報道などをめぐる著作権者の権利と表現との自由との関係は、著作権・著作者人格権の「侵害」の成否のレベルで、米国法であればフェアユース等、わが国

の法およびドイツ法では、支分権規定（利用権規定）および権利制限規定（権利制限規定と同様の働きをする規定も含む。以下同じ）等の解釈適用において問題となり得るものである。

これに対して、本稿で論じる問題は、著作権・著作者人格権の侵害があることを前提としつつ、これらに基づく出版前の差止請求に事前抑制の法理が適用されるのかという「救済レベル」の問題である。北方ジャーナル最高裁判決が著作者の権利に基づく差止請求権にも妥当すると主張する上記見解でも、侵害が成立していることを前提とした議論がなされている。しかし、英米法系に属する米国法では、後記第2、1で述べるとおり、侵害と救済手段が別個に観念し得ることから、このような議論が成立し得るが、大陸法系に属するわが国では、法律要件と法律効果が直結しているために、特に明文の規定がある場合には、このような議論は成立し得ないのであるが、その点も含めて後ほど論ずる。いずれにせよ、本稿で論じる問題を上記のように設定することから、パロディやニュース報道等をめぐって、著作権・著作者人格権の侵害の成否レベルでの表現の自由との関係に関する議論は数多くなされているが、本稿での問題を論ずるのに必要な限りで触れるにとどめることに留意されたい。また、民法上の（一般的）人格権に関する議論についても、生活妨害は対象とせず、専ら名誉権、プライバシー権等の場合を念頭に置く。

さらに、事前抑制の法理でいう「事前」の意義についてはいろいろな見解があり得るが、出版前など「表現が発表される前」は、いずれの見解においても「事前」に当たると解され、本稿では、専ら出版前など「表現が発表される前」の場合を念頭に置いて論じることとしたい（『『出版前』の差止請求権』という本稿での表現も、厳密には、出版前など「表現が発表される前」という趣旨で用いている）。しかし、わが国および米国のいずれでも、事前抑制の法理が、必ずしも出版前など「表現が発表される前」のみを問題としているわけではない点には注意されたい。

第2 米国法

1 概説——考慮すべき米国法とわが国の法との差異

(1) 合衆国憲法は修正第1条において、連邦議会は、言論または出版の自由を制限する法律を制定してはならない旨を規定し、言論・出版の自由（以下、まとめて「言論の自由」ともいう）を保障している。そして、言論の自由は、主として事前抑制（prior restraint または previous restraint）または検閲（censorship）から免れていることを主として意味してきたとされている⁵⁾。

事前抑制の定義あるいは何が事前抑制の構成要素であるのかという点については必ずしも明らかにされていないところがあるが⁶⁾、合衆国最高裁判所判決には、事前抑制の用語は、一定の情報伝達（communication）が行われようとする時点より前に発せられる場合のその情報伝達を禁ずる行政および裁判所の命令であると述べるものがある⁷⁾。しかし、事前抑制における「事前」とは何よりも前であるのかについて、判例の見解は軌を一にしていない⁸⁾。さらに、裁判所の差止命令も、事前抑制に当たり得ると一般に解されている⁹⁾。後記2

5) Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 716-717 (1931).

6) See, e.g., Thomas I. Emerson, The Doctrine of Prior Restraint, 20 Law & Contemp. Probs. 648, 649, 655 (1955) ; Michael I. Meyerson, Rewriting Near v. Minnesota: Creating a Complete Definition of Prior Restraint, 52 Mercer L. Rev. 1087-1088 (2001).

7) Alexander v. U.S., 509 U.S. 544, 550 (1993). 2 Rodney A. Smolla & Melville B. Nimmer, Smolla & Nimmer on Freedom of Speech § 15:1 (March 2018 Update) は、表現がなされる前に表現を禁ずるよう作用する司法の決定または行政の規則であるとする。

8) Laurence. H. Tribe, American Constitutional Law, 1041-1042 (2d ed. 1988) は、米国の判例には、何よりも事前であるのかについて、情報が伝播される前の抑制であるとするものと、表現が修正第1条によって保護されないことが適切に決定される前であるとするものがあるという。芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界——アメリカ法を素材として」佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』（有斐閣・1986年）261、275頁は、後者の見解を採る Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations, 413 U.S. 376, 390 (1973) について触れる文脈で、「もし特定の表現行為が司法的に憲法上保護されるものと判定されることがほとんどないような場合には、発表前に抑制が行われても事前抑制を構成しないということになるのではなかろうか、と思われる。」と述べる。

および3のとおり、著作権の場合には妥当しないが、一般的には表現に対する事前抑制の制度は、違憲であるという強い推定が働くとされている¹⁰⁾。

著作権に基づく差止命令に関して事前抑制が問題となるものは、暫定的差止命令（preliminary injunction）のみであるのか、終局判決による終局的差止命令（permanent injunction）も含まれるのかという問題がある。暫定的差止命令は、終局判決が出るまで、現状維持のため、仮の処分として行為の差止め等を命じる裁判所の命令であり、事実審理裁判所が予備的聴聞（preliminary hearing）において当事者双方の主張立証を検討する。

著作権侵害に関する限り、判例では、終局的差止命令に関して事前抑制であるとの主張を排斥しているものもあるが、問題とされているものの多くは暫定的差止命令である。また、大部分の知的財産権に基づく暫定的差止命令を違憲な事前抑制であるとする「極端な見解」と評される¹¹⁾ Mark A. Lemley および Eugene Volokh の見解でさえ、著作権に基づく終局的差止命令は合憲であるとし、暫定的差止命令しか問題にしておらず¹²⁾、学説でも概ね暫定的差止命令のみが問題とされている¹³⁾。そのため、ここでは著作権に基づく暫定的差止命令について主として検討する。暫定的差止命令を問題とするとして、わが国との

9) Vincent Blasi, *Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage*, 66 Minn. L. Rev. 11, 12 *et seq.* (1981). *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931) では、新聞等の定期公刊物がわいせつ的であったり、名誉を毀損したりするなどした場合には、公的ニューサンス（public nuisance）として、その定期刊行物の発行継続が差し止められる旨の法律に基づいて、county attorney が、新聞社に対して、発行の差止めを求める訴訟を提起し、同訴訟で認められた終局的差止命令が問題となった。そのため、通常の私人間の訴訟における終局的差止命令のような事案とは異なるものであったが、この判決以降、ほぼすべての差止命令について事前抑制が問題となり得ると考えられるようになったことなどが述べられている。芦部・前掲注8）268、270 頁も参照。

10) *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 714 (1971) ; *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58, 70 (1963).

11) *See Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 82 F. Supp.2d 211, 226 (S.D.N.Y 2000).

12) Mark A. Lemley & Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, 48 Duke L.J. 147, 169-172 (1998).

差異として留意しなければならないのは、後記第5、2(3)のとおり、ステイト・アクション法理（そのうちの司法的執行の理論）を通じて、私人間の訴訟における裁判所の差止命令について事前抑制が問題となるということである。なお、ここでは、相手方に対する通知なしに一方当事者の申立てだけに基づいて発令される一方的緊急差止命令（temporary restraining order）は、対象としていない¹⁴⁾。また、暫定的差止命令の裁量権行使における後述の4要件テストのうち、原告に有利な不利益の衡量、あるいは公共の利益において、修正第1条の利益が考慮されることはあり得るが、そのような場合も対象としていない。

本稿では、著作権法に関係がない事前抑制一般についての議論については、本稿の問題点に必要な限りでのみ検討することとする。それは、後記2および3で述べるような理由から、著作権に基づく差止命令は、わいせつ表現、名誉毀損等に関する事前抑制一般で議論されているのとは、全く異なる観点から許容されると解されているため、事前抑制一般の議論を検討することが必要ではないと考えるからである。

(2) 他方、合衆国憲法自体が、著作権を保障する権限を連邦議会に明文で付与しており（いわゆる著作権条項。Article I Section 8 Clause 8）、さらに、米国

13) 6 William F. Patry, Patry on Copyright § 22 : 66 (September 2018 Update) も、事前抑制に当たるかを問題にしているのは、暫定的差止命令のみであり、終局的差止命令については問題としてない。著作権に基づく差止命令の合憲性を問題にする論文のほとんどは、暫定的差止命令のみを念頭に置いているようである。e.g., Eugene Volokh & Brett McDonnell, Freedom of Speech and Independent Judgment Review in Copyright Cases, 107 Yale L.J. 2431, 2466-2467 (1998); Deepa Varadarajan, Trade Secret Fair Use, 83 Fordham L. Rev. 1401, n. 212 (2014); Andrew Beckerman-Rodau, Prior Restraints and Intellectual Property: The Clash between Intellectual Property and The First Amendment From an Economic Perspective, 12 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1 (2001).

暫定的差止命令一般の違憲性を問題とする見解として、Martin H. Redish, The Proper Role of The Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory, 70 Va. L. Rev. 53, 55-58 (1984).

14) 当事者の一方のみが関与する *ex parte* 手続における一方的緊急差止命令は、発令を正当化する状況は非常に少ないとされている。4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright § 14.06[A][1][a].

著作権法（17 U.S.C.）502条(a)は、著作権侵害に対する救済として、「temporary and final injunctions」が認められることを明文で規定する。この場合、裁判所は、侵害行為が開始される前であっても、侵害行為を防止することができる¹⁵⁾。なお、米国著作権法では、わが国やドイツとは異なり、著作者人格権はごく例外的にしか規定されていないため、問題になるのは原則として財産権である著作権であることに注意が必要である。そして、財産権は、合衆国憲法修正第5条によって保障されている。

米国法において、著作権侵害訴訟における修正第1条の果たすべき役割については、多くの研究者が論じてきたところであり、枚挙にいとまがないが、これらのほとんどは、フェアユースとして修正第1条の保護をどのように考えるかなど、著作権侵害の有無に関する侵害レベルでの議論であって、差止命令の発令の可否という救済レベルでの議論をしているものは、少ないといってよい。本稿は、前記第1で述べたように、本稿の主たるテーマである事前抑制との関係について検討するものであるため、侵害レベルに関する議論は必要な限りで検討するにとどめる¹⁶⁾。

(3) 議論の前提として、英米法における差止命令とわが国における物権（類似的権利）に基づく差止請求権との根本的な差異を理解しなければ、米国法の議論を適切に考慮することは困難である。そこで、以下では、米国法を念頭において考慮すべき重要な点に触れておく。

(a) わが国では、例えば、売買契約を締結した買主は、売主に履行遅滞があると、引渡請求をするとともに、履行遅滞による損害賠償請求をすることができるし、契約を催告解除することもできることになり、一定の法律要件の充足が

15) *Id.* § 14.06[A][1][d].

16) デジタル・ミレニアム著作権法（Digital Millennium Copyright Act [DMCA]）により、著作権法に条文を追加する形で制定されたアクセスコントロール回避禁止等（17 U.S. § 1201 *et seq.*）の違反によって損害を受けた者は、訴訟を提起することができるが（17 U.S. § 1203）、これらに関して、事前抑制の主張がなされることがある。コンピュータ・プログラム等が修正第1条における表現といえるかなどが問題とされるが、本稿ではさしあたり対象としていない。

あれば、当然に法律効果が発生するという法構造になっている。しかし、米国法では、動産の売買契約を締結した買主は、目的物を受領していない場合、どのような救済 (remedies) を求めることができるかについては、わが国でいう法律要件とは切り離して論じられている (契約違反がある場合に権利の回復を求めることができるかが、米国法でいう実体法 (substantive law) の問題であり、これらの権利が認められた場合に、どのような救済を求めることができるかは、救済法 (law of remedies) の問題ということになり¹⁷⁾、救済法は、いわばわが国でいう実体法と手続法の中間的なものといえる)。米国法では、上記の場合に、買主は、解除 (cancellation) や損害賠償 (damages) 等を求められるが¹⁸⁾、目的物の引渡しは、特定履行 (specific performance) というエクイティ上の救済であって、特定履行は裁判所の裁量権行使にかかるものであり、必ずしも常に認められるわけではない¹⁹⁾。以上のように、米国法では、著作権侵害の有無というレベルと、救済の選択というレベルが分かれていることが、わが国やドイツとは異なるのである。

(b) 米国法での救済を考える際に非常に重要であるのは、上述したわが国の実体法には厳密に対応しない救済法の特殊性に加え、①ドイツ法とは異なり、コモンロー上の救済である損害賠償が原則であり、金銭賠償で救済として十分であるときは損害賠償のみを認めるという立場をとっており、伝統的には、差止命令や特定履行等のエクイティ上の救済は、損害賠償というコモンロー上の救済では不十分なときに限って認められてきたということ²⁰⁾、そして、②差止命令等のエクイティ上の救済は、救済を与えるか否かが、究極的には事実審理裁判所の裁量権にかかっているということ²¹⁾、③エクイティ上の救済である差止

17) Dan B. Dobbs & Caprice L. Roberts, *Law of Remedies*, 1 (3d ed. 2018).

18) William M. Tabb & Rachel M. Janutis, *Remedies in a Nutshell*, 170-171 (3d ed. 2017); Jane M. Friedman, *Contract Remedies in a Nutshell*, 139-160 (1981).

19) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 843-844; Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 41-42.

20) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 89-92. 田中英夫『英米法総論(下)』(東京大学出版会・1980年) 538頁、557頁。ただし、現在では、この十分性の基準の重要性は、実際には失われているともいわれている。Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 94-100.

命令に違反すると裁判所侮辱（contempt of court）による強力な制裁を受けるが、コモンロー上の救済である損害賠償にはその制裁はないこと²²⁾である。エクイティ上の救済に違反した場合の裁判所侮辱には、刑事的裁判所侮辱と民事的裁判所侮辱とがあるが、裁判所の命令に従うようにすることを目的とする間接強制の手段としての民事的裁判所侮辱でも、制裁金のみならず、拘禁（imprisonment）を科すこともできるという強力な制裁である²³⁾。また、裁判所侮辱の審理では、刑事的裁判所侮辱のいくつかの場合を除いては、一般的に陪審審理を受ける権利がない²⁴⁾。④エクイティーの救済である差止命令の審理が陪審によって行われない²⁵⁾という差異もある。上記の点はいずれも英米法の歴史的経緯に深く根差すものである。なお、差止命令は、暫定的差止命令についても、事実審理裁判所が判断するが、連邦地方裁判所では、選挙定数を再配分する法律の合憲性が争われるなどごく限られた場合以外は、合議体ではなく、単独の裁判官によって判断される点²⁶⁾もわが国と異なる。

前述のとおり、エクイティ上の救済である差止命令について、裁判所は、発

21) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 47. 田中・前掲注20) 558-559, 563-565頁。さらに注意しなければならないのは、以下の点である。すなわち、米国法の上訴（appeal）では、わが国のような控訴と上告という区別はないところ、上訴審裁判所は、事実審理裁判所の裁量に係る判断については、裁量権の濫用（abuse of discretion）という審査基準によって判断する。そのため、上訴審裁判所は、事実審理裁判所が明らかに誤っていると確信するときに限り、その裁量に係る判断を覆すことになるが、逆にいえば、そのような場合でないと、その裁量に係る判断を覆さないことになる。Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane & Arthur R. Miller, *Civil Procedure* 607（5th ed. 2015）。

22) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 9, 13-14.

23) Friedenthal *et al.*, *supra* note 21 at 703-704; Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 111-114.

24) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 148; Shillitani v. United States, 384 U.S. 364, 365 (1966). 刑事的裁判所侮辱の陪審については、Cheff v. Schnackenberg, 384 U.S. 373, 380 (1966) ; 18 U.S.C.A. § 402; 18 U.S.C.A. § 3691.

25) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 108-109, 117.

26) ジェフリー・ハザード＝ミケーレ・タルッフォ（谷口安平監修、田邊誠訳）『アメリカ民事訴訟法入門』（信山社・1997年）51、175-176頁。なお、暫定的差止命令の審理においても、証人尋問や審理前のディスカヴァリーをすることはできる。

令するか否か、どのような命令を発令するかについて広範な裁量権を有するのであるが、歴史的経緯を踏まえて判例法によって形成された要件²⁷⁾は、いずれも、この裁判所の「裁量権行使」において考慮すべき要件であると位置付けられるのである²⁸⁾。コモンローとエクイティの以上の点は、終局判決によってな

27) 伝統的な終局的差止命令の要件は、①コモンロー上の救済の不十分性、②回復不能な損害、③当事者間の不利益の衡量、④公共の利益であるとされている。Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 24-39; Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[B][1][c].

eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006) (以下「eBay 判決」という)以前は、著作権侵害等においては、著作権侵害があり、侵害が継続するおそれがあれば、自動的に終局的差止命令がなされていた。Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[B][1][a][b] ; Tiffany D. Trunko, Remedies for Copyright Infringement: Respecting the First Amendment, 89 Colum. L. Rev. 1940, 1942 (1989) .

eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 392-393 は、合衆国最高裁判所は、伝統的なエクイティの考慮を、著作権が侵害されるという判断に差止命令が自動的に従うというルールに取り換えるという誘惑を継続的に拒絶してきたとも判示していたことから、特許権侵害事件に関する eBay 判決によって、著作権侵害についても、伝統的な終局的差止命令の4要件テストによることとなったとされている。Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[B][1][c][i].

これに対し、暫定的差止命令の要件は、いくつかのバリエーションがあるが、例えば、Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 81-89 は、①本案勝訴の見込み、②救済が遅れる場合の回復不能な損害、③原告に有利な不利益の衡量、④公共の利益であるとする。See also Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[A][2][a], [3] ; Friedenthal *et al.*, *supra* note 21, at 692-694.

Salinger v. Colting, 607 F.3d 68, 79-80 (2d. Cir. 2010) は、著作権侵害事件における暫定的差止命令の要件について検討しており、上記①ないし④とほぼ同様の暫定的差止命令の要件について判示しているところ、①本案勝訴の見込みについては、①本案勝訴の見込みか、①'訴訟のため(勝訴の)見込みがある理由とするために本案で審理すべき十分に重大な問題および明確に原告に有利となる不利益の衡量のいずれかであるとする点が異なる。また、回復不能な損害について、eBay 判決後は、裁判所は、回復不能な損害を推定してはならず、原告が差止命令がなければ回復不能な損害を被るであろうことを立証しなければならないとも判示する。Id. at 82.

なお、連邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure) 65条は、暫定的差止命令および一方的緊急差止命令の手続のみを規定し、要件は規定していない。

28) See, e.g., Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 23-24.

される終局的差止命令だけでなく、暫定的差止命令にも妥当する。この点において、物権（類似の権利）が侵害され、または侵害されるおそれがある場合には、「当然に」妨害排除請求ないし妨害予防請求としての差止請求権が生ずるというわが国と著しく異なる。ただし、実際の実務では、米国でも著作権に基づく暫定的差止命令が発令されることが普通であるともいわれている²⁹⁾。

上記①の英米法特有の点が、コモンロー上の他の救済では不十分であること、あるいは、回復不能な損害があることという終局的差止命令ないし暫定的差止命令の要件に反映されていることに注意しなければならない³⁰⁾（加えて、英米法では、懲罰的損害賠償が認められているため、それも含めてこれらの要件が考慮されていることに注意しなければならない）。

(c) これまで述べてきたことを、著作権・著作者人格権の侵害の場合についてみれば、わが国では、著作権・著作者人格権が侵害され、または侵害されるおそれがある事実が認められれば、当然に妨害排除請求または妨害予防請求としての差止請求権が生じることになり、差止請求を認容する判決がなされるし、保全手続においては、被保全権利としての差止請求権のほか保全の必要が認められる場合には差止めの仮地位仮処分が発令される。

これに対して、米国では、著作権が侵害されたという事実が認められるとしても、理論的には、直ちに終局的差止命令が認められるわけではなく、終局的差止命令の裁量権行使における要件を考慮して、裁判所が終局的差止命令をするか否かを裁量で決することになる。暫定的差止命令の場合も、その点は同様である。

2 判例法

(1) 本稿では、救済レベルにおける事前抑制の法理を問題とするものであるが、侵害レベルにおいて、既に著作権法と修正第1条との調整が図られているとい

29) Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[A][1][c]. See also Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 150.

30) Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 89–90 ; Tabb & Janutis, *supra* note 18, at 25, 32.

うのであれば、救済レベルで別個に修正第1条ないし事前抑制を問題とする必然性がなくなる。そのため、まず前提として、侵害レベルにおける著作権法と修正第1条との関係に関する合衆国最高裁判所の判例をみておくこととする。合衆国最高裁判所が、著作権法と修正第1条との関係について論じた判例は3つあるものの、正面からこの関係を取り上げた重要な判例は、そのうち2つである³¹⁾。

(a) その1つである *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*³²⁾ (以下「Harper & Row 判決」ともいう) の事案は、差止命令ではなく、損害賠償を求めたものであり、その概要は以下のとおりである。フォード元大統領が執筆予定の自叙伝の出版について原告と契約を締結し、原告に対し、上記自叙伝の抜粋につきライセンスを与える一連の排他的権利を付与した。原告は、タイムマガジンとの間で、完成間近の上記自叙伝の抜粋につきライセンス契約を締結したが、タイムズマガジンの記事が出る前に、ネイションマガジンが上記自叙伝の原稿をライセンス権限のない者から入手し、ネイションマガジンの編集者が2250語の記事を書いたが、そのうち、著作権が認められるフォード元大統領の上記原稿の表現から、逐語的な引用が300から400語含まれていた。ネイションマガジンの上記記事が出されたため、タイムズマガジンが原告に対するライセンス料の支払いを拒絶していた。そこで、原告が、ネイションマガジンの出版社を被告として損害賠償を求めたというものである。被告は、修正第1条の価値が異なるルールを要求し、情報が高い社会の関心事項に関係する場合には、フェアユース³³⁾の範囲がより広くなるという主張をしていたが、合衆国最高裁判所は、この被告の主張を退け、損害賠償を認めなかった第2巡回区連邦上訴裁判所の判決を破棄し、差し戻した。

31) *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302 (2012) は、*Haper & Row* 判決等を前提にするものであり、本稿の問題点から見た重要性の観点から本稿では取り上げない。

32) 471 U.S. 539 (1985)。

33) 米国著作権法では、個別の権利制限規定のほか、フェアユースに関する一般条項が規定されている (17 U.S.C. § 107)。

合衆国最高裁判所は、次のように述べている。著作権法のアイデア表現二分論³⁴⁾は、作者の表現を保護しつつ、事実の伝達を許容することによって、修正第1条と著作権法との間における定義付け衡量（definitional balancing）³⁵⁾をしている（その上で、著作権侵害の事件ではないが、終局的差止命令と事前抑制との関係が問題となった著名事件 *New York Times Co. v. United States* では、Brennan 裁判官が、その同意意見においても、「著作権は、表現形式のみを保護し、表現されたアイデアを保護しない」ため、著作権法が表現の自由に対する制限ではないという趣旨のことを述べていた³⁶⁾ことを指摘する³⁷⁾）。また、連邦議会は、著作権法において公共の利益を認めて、伝統的なフェアユースに入らない多くの領域での（著作権の）特別の例外を保証していることに注意する必要がある。憲法起草者は、著作権自体が表現の自由のエンジンとなることを意図していたことを忘れてはならない³⁸⁾。修正第1条を考慮して、著作権で保護される表現とそうではない事実およびアイデアとの著作権法上の区別、および、フェアユースによって伝統的に与えられる学問や論評のための許容範囲の中に、（表現の自由の）保護は既に組み入れられている³⁹⁾。

Harper & Row 判決で採用された、著作権法における定義付け衡量については、1970年に書かれた著作権法と修正第1条との調和に関する Melville B.

34) 17 U.S.C. § 102(b)。

35) 定義付け衡量とは、表現の自由の保護範囲を、範囲外とされる概念の定義付けによって画する手法のことをいう。名誉棄損等規制すべきことが明らかな行為類型への規制については、これらの行為類型を定義する際に、規制を正当化する利益と憲法上の利益との衡量が既に行われているから、内容に基づく規制であるにもかかわらず、厳格な違憲審査が行われないことという考えが広く受け入れられている。長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社・2014年）207頁、長谷部恭男「表現の自由と著作権」著作権情報センター附属著作権研究所『著作権と表現の自由をめぐる諸問題』（著作権情報センター・2013年）7頁、芦部（高橋補訂）・前掲注1）189-190頁。

36) *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 726 n.

37) 471 U.S. 539, 556.

38) *Id.* at 558.

39) *Id.* at 560.

Nimmer の論文が論じていたところであるが⁴⁰⁾、現在の Nimmer の体系書では、この定義付け衡量は、米国の著作権法の理解に依拠するものではなく、実際、英米法だけでなく、大陸法でも主張されているという⁴¹⁾。

(b) もう1つの合衆国最高裁判所判決が、Eldred v. Ashcroft⁴²⁾ (以下「Eldred 判決」という)である。これは、著作権侵害の事案ではなく、自らの製品およびサービスが著作権の保護期間が切れた作品に基づいている個人および企業が、司法長官に対して訴えを提起した事案であるところ、将来の著作権だけでなく、既存の著作権についても保護期間を延長する著作権保護期間延長法 (Copyright Term Extension Act [CTEA]) が、合衆国憲法の著作権条項および修正第1条に違反するか否かが問題となったものである (原告は、修正第1条については、内容中立的な規制に適用される厳格な審査基準を適用すべきであると主張していた)。

合衆国最高裁判所の法廷意見は、内容として次のように述べて、著作権保護期間延長法を合憲であるとした。著作権条項および修正第1条は、時間的に近接して制定されたのであり、この時間的近接性は、憲法起草者の見解によれば、著作権法の限定された独占権が表現の自由の原理と両立し得ることを示している⁴³⁾。著作権法の目的は、自由な表現を生み出し、発表することを促進することである。それに加えて、著作権法は、内在的に組み込まれた修正第1条との調整を含んでいる。その内在的に組み込まれた調整の第1が、アイデア表現二分論であり、第2がフェアユースであり、著作権保護期間延長法もこれらの伝統的な修正第1条のセーフガードを補完するものである⁴⁴⁾。修正第1条は、自分自身の表現をする (あるいはしない) 自由を保護するものであり、他人の表

40) Melville B. Nimmer, Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?, 17 UCLA L. Rev. 1180 (1970).

41) 5 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, § 19E.01[D] n. 28.

42) 537 U.S. 186 (2003).

43) Lionel S. Sobel, Copyright and the First Amendment: a Gathering Storm?, 19 Copyright L. Symp. 43, 70-71 (1969) も、同様のことを指摘する。

44) 537 U.S. 186, 219-220.

現を用いる権利を行使することが修正第1条の懸念・問題を生じさせる限り、著作権法に内在的に組み込まれている表現の自由の保護手段は、その懸念・問題に対処するのに一般的には十分である。連邦巡回区上訴裁判所が著作権が典型的に修正第1条の異議（challenge）を免れていると断言するのであれば、大まかに話しすぎていると当裁判所は認める。しかし、本件のように連邦議会が、著作権保護の伝統的な輪郭を変更していない場合には、それ以上の修正第1条の審査基準は不要である⁴⁵⁾。

Eldred 判決は、著作権が典型的に修正第1条による異議を免れるものではないとはしつつも、上述のとおり、著作権保護期間という重要な点についてさえ、アイデア表現二分論やフェアユース等によって、対処することができる（より厳格な審査基準による必要はない）としていることは、非常に重要である。なお、Harper & Row 判決および Eldred 判決は、いずれも eBay 判決以前の判決であり、著作権が侵害されている場合には、差止命令が自動的に発令されるのが判例法であったころのものである。

(c) 一般的に、合衆国最高裁判所は、2つの理由から、修正第1条による抗弁を受け入れるのが困難であり続けているという指摘がなされている⁴⁶⁾。すなわち、①合衆国憲法自体が、著作権法を保護する権限を連邦議会に明文で付与しており（著作権条項）、修正第1条が、著作権条項が起草された後に採択されていたため、憲法起草者は内在的な衝突があるとはみていなかったことが示唆されていること、②合衆国最高裁判所は、著作権法自体が、修正第1条の価値を保護するためのセーフガードを含んでいるのであり、その最も重要なものがフェアユースおよびアイデア表現二分論であるが、それ以外にも著作権者の排他的権利に対する様々な特別の権利制限があり得ることが、その理由として挙げられている。

(2) 以上は、侵害レベルでの表現の自由との関係に関するものといえるが、次

45) *Id.* at 221.

46) Mary LaFrance, Copyright Law in a Nutshell, 335 (2d ed. 2011).

に、救済レベルにおける議論をみていくこととする。著作権に基づく終局的差止命令または暫定的差止命令と修正第1条または事前抑制との関係について正面から論じた合衆国最高裁判所判決はない。ただし、前述のとおり、New York Times Co. v. United States において、Brennan 裁判官は、修正第1条は、不都合な結果となるかもしれないという推測に基づいて報道機関を事前に司法的に抑制することを絶対に許容していないとしつつ、注においては、著作権事件は（事前抑制の議論が）該当しないと述べていること⁴⁷⁾、Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.⁴⁸⁾において、連邦地方裁判所は、アイデアまたはコンセプトの利用に抑制を課してはいないという理由に基づいて著作権法に対する修正第1条の異議を拒絶してきたと指摘されていることをもって、合衆国最高裁判所は、著作権の文脈において修正第1条の議論に受容力（receptivity）がないことを既に示していると判示する判例もある⁴⁹⁾。

以上検討したところに加えて、後記(3)ないし(6)の下級審判例も、一般的には著作権法における修正第1条の懸念は、フェアユース法理およびアイデア表現二分論（またはそのいずれか）によって適切に調整されていると裁判所は考えているようである⁵⁰⁾。そのため、下級審判例でも、フェアユースなど侵害レベルではなく、救済レベルの問題としても修正第1条あるいは事前抑制を理由とする主張がなされることは多いが、それらの主張は即座に排斥されている。

出版前など表現が発表される前後で区別し、まず出版後など表現が既に発表

47) See *supra* note 36. ただし、この事案は終局的差止命令を求めた事案であるが、著作権に基づくものではないため、傍論であるといえる。なお、White 裁判官の同意意見にも、重要な指摘がある。White 裁判官は、著作権条項は、連邦議会に対し、著者の排他的権利を保障する権限を付与しており、何人も、新聞社が他人の著作物を発行することを適切に差し止められ得ることを否定しないことなどを述べる。403 U.S. 713, 731 n. 1.

48) 433 U.S. 562, 577 n. 13 (1977). この事案は著作権侵害ではなく、パブリシティに基づく損害賠償の事案であるので、これも傍論ではある。

49) *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 924 F. Supp. 1559, 1575 (S.D. Cal. 1996).

50) See Paul Goldstein, *Copyright*, vol. 2, § 10.3 & nn. 5, 6 (2d ed.); Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 *Stan. L. Rev.* 1, 2-4 (2001).

されている事案の判例を検討した後、出版前など表現が発表される前の事案の判例を検討する。

(3) 出版後など表現が既に発表されている場合の著作権に基づく暫定的差止命令に関して、著作権侵害があることを前提として、(救済レベルにおいて) 修正第1条ないし事前抑制によって暫定的差止命令は許されないという主張を排斥して暫定的差止命令を認めている判例は多い。

判例の傾向として、大きく分けると、第1に、修正第1条の懸念は、フェアユース法理によって対処されていることを前提あるいは理由とするものがある⁵¹⁾。Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.⁵²⁾、Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video⁵³⁾、New Era Publications International, ApS v. Henry Holt and Co., Inc.⁵⁴⁾等がある。

第2に、自分自身の別の表現が可能であるのに、他人の表現を用いることは修正第1条で保護されないことを理由とするものがある。

51) Patry, *supra* note 13 § 22 :66 は、第2巡回区連邦上訴裁判所は、修正第1条の懸念がフェアユース法理によって保護され、フェアユース法理と同じ広がりを持つことを理由として、繰り返し事前抑制の異議を拒否してきたことを指摘している。

52) 923 F. Supp. 1231, 1257-1258 (N.D. Cal. 1995). 被告のうち1名が差止命令は事前抑制にあたると主張をしていたことに関して、以下のように判示する。すなわち、合衆国最高裁判所は、著作権法が、著作権条項で保障された著作権者の権利と、修正第1条の保護とのバランスを含むと認めてきた。フェアユース法理は既に修正第1条の懸念を考慮している。被告は、(原告が所属する)サイエントロジー教会を批判し、フェアユース法理によって許される範囲で出版されたあるいは出版されていない教会の著作物を利用し続けることができるため、かつ、差止命令は、原告の著作権保護のために必要以上に広くはないため、被告の修正第1条の利益は、適切に考慮されている。

53) 349 F.3d 622, 626 (9th Cir. 2003). エルビス・プレスリーのビデオクリップ、写真、音楽等の著作権者が、エルビス・プレスリーのビデオドキュメンタリーの制作者に対して申し立てた、著作権に基づく販売等を差し止める暫定的差止命令が認められた事案において、第9巡回区連邦上訴裁判所は、著作権事件における修正第1条の懸念は、フェアユースの審理の中で包含されることを判示してきたのであり、換言すれば、侵害者とされている者の使用がフェアユースではない場合には、暫定的差止命令の付与に対する修正第1条による禁止はないと判示する。

これらの判例には、①アイデア表現二分論によって修正第1条の利益が調整されていることに重点があるものとして、*Walt Disney Productions v. Filmation Associates*⁵⁵⁾がある。上記判決は、以下のとおり判示して、本件が被告の言論に対する違法な事前抑制を意味するという被告の主張を排斥した。すなわち、著作権で保護される表現と著作権で保護されない事実およびアイデアとの区別によって、著作権法自体が、修正第1条の保護と著作権者の権利保護との許容されるバランスを含んでおり、したがって、米国著作権法502(a)条に基づいて侵害された著作権者に与えられる差止命令は、何ら保護される言論を「抑制」しないと判示する。このほか、アイデア表現二分論によって著作権は表現の保護に限られるため、「思想の自由市場」は著作権によって制限されないと判示するものもある⁵⁶⁾。以上の点は、シンプルではあるが、示唆に富むものと思わ

54) 873 F.2d 576, 584 (2d Cir. 1989). サイエントロジー教会の創始者の著作物に関する著作権を有する原告が、上記創始者のバイオグラフィを出版した出版社に対して損害賠償および出版を差し止める終局的差止命令を求めたのに対して、上記判決では、一部についてはフェアユースにあたらなため著作権侵害を認めたが、損害賠償のみを認め、終局的差止命令を発令しなかった原判決を維持した。第2巡回区上訴審裁判所は、原判決の上記結論について、私たちは、著作権法によって調整されていない修正第1条の懸念が本件で含意されているとは信じていない、フェアユース法理が著作権の分野における修正第1条のすべての主張 (claim) を包含するという私たちの意見は、拒絶されてはいないと判示し、修正第1条の懸念はフェアユースによって調整されていることを示す。さらに、上記判決において、第2巡回区上訴裁判所は、原判決の修正第1条の懸念に対する判示が、*Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 94, 96 (2d Cir. 1987)、*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 557, 559 (1985) 等の判示と一致しないことを認めつつも、制定法は差止命令を裁量的としていることを前提として、公共の利益、著作者の利益と修正第1条の利益との衡量、エクイティ上の消滅時効 (laches) などの理由に基づいて、終局的差止命令を発令しないこととしているが、事前抑制は理由とはされていない。873 F.2d 576, 595-598.

いずれにせよ、この判例は、著作権侵害が認められると自動的に差止命令が発令されていた eBay 判決以前のものであるため、救済レベルでこのような議論がなされていたものと思われる。

55) 628 F. Supp. 871 (C.D. Cal. 1986) n. 6. ただし、事実審理を経ないでなされる判決 (summary judgement) の申立てに対する判断が直接には問題となった事案である。

れる。

また、②他人の表現を用いることによる労力の節約が保護されないことに重点があるものもある。Walt Disney Productions v. Air Pirates⁵⁷⁾は、暫定的差止命令における不利益の衡量として判断しているのか否かが判然としないが、被告らが自己の思想を表現するために選択した方法は、原告の表現を実質的にとることであるとした上で、このような労力節約による利用の価値よりも、表現を保護することにより創作を奨励する著作権の利益が格段にまさると判示す

56) 損害賠償の事案ではあるが、Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp., 562 F.2d 1157, 1170-1171 (9th Cir. 1977) でも、第9巡回区連邦上訴裁判所は、以下のとおり判示する。すなわち、著作権に関する修正第1条の影響は議論されてこなかった。私たちは、この沈黙が不注意に起因するのではなく、アイデア表現二分論が著作権と修正第1条との競合する利益の調整に既に役立っているという事実に起因すると信じている。著作権は表現の保護に限られるため、「思想の自由市場」は著作権によって制限されない。被告らは、自らのアイデアを表現するいくつかの方法を選択してきたにもかかわらず、原告の表現をコピーすることを選択したのであるから、修正第1条は、そのような模倣を保護しない。

アイデア表現二分論が、思想の自由市場との関係で論じられることはままある。L. Ray Patterson Craig Joyce, Monopolizing the Law: the Scope of Copyright Protection for Law Reports and Statutory Compilations, 36 UCLA L. Rev. 719, 767-768 (1989) ; Toro Co. v. R & R Products Co., 787 F.2d 1208, 1212 (8th Cir. 1986)。

57) 345 F. Supp. 108, 115-116 (N.D. Cal. 1972)。原告が著作権を有する漫画に含まれていたキャラクターの絵画的描写をコピーすることによって著作権が侵害されたことなどを理由として、原告の上記キャラクターと同じ名前で、ほとんど類似した絵画的描写のキャラクターの漫画の準備・出版に参加していた被告らに対して、漫画の販売差止めを求める暫定的差止命令を申し立て、これが認められた事案である。上記決定では、被告が原告の著作権を侵害することを前提とした上で、暫定的差止命令を発令するか否かの段階で、不利益の衡量をしているようである。

上訴審である第9巡回区連邦上訴裁判所でも、著作権侵害に関する部分は維持されているところ、被告らが原告の（著作権法で）保護される表現をコピーせずに、被告らの主題を表現できたため、被告らの修正第1条による異議は却下されるべきである旨を判示している（ただし、ここでは、被告らは、救済レベルではなく、侵害レベルとして修正第1条を主張している旨が判示されている）。Walt Disney Productions v. Air Pirates, 581 F.2d 751, 758-759 (9th Cir. 1978)。

る。また、Robert Stigwood Group Ltd. v. O'Reilly⁵⁸⁾も、(暫定的差止命令を認めるという)決定は、決して被告の自由な言論または自由な宗教活動をする権利を妨げないのであり、被告は、自らの音楽的解釈を作曲し、歌うことは全く自由であるが、被告が自分自身の表現を発展させるのに必要な時間や技術を使うことを避けることを選び、代わりに原告の表現をコピーしたのである限り、修正第1条によるそのようなコピーの正当化はあり得ないと判示する。

要するに、これらの判例は、著作権法で保護されるのは表現のみであるため、自分の思想等を表現する手段として、著作権で保護される他人の表現以外の表現が可能であるにもかかわらず、他人の当該表現を利用することは、修正第1条の問題を生じさせないと解している。このような考え方は、著作権判例百選事件異議審決定の判示(後記第4、2(3)参照)にも通じるものがある。

第3が、著作権条項等を理由とするものである。Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Scoreboard Posters, Inc.⁵⁹⁾は、他人の利用から著者の創作を保護するこ

58) 346 F. Supp. 376, 382-384 (D. Conn. 1972). 上記決定も、Walt Disney Productions v. Air Pirates と同様の判示をして、差止命令が修正第1条に違反するという相手方の主張を一蹴している。上記決定は、ジーザス・クライス・スーパースターというロックオペラの著作権を有する申立人が、上記ロックオペラを従前上演し、今後も上演しようとしていた相手方に対して上演等差止めを求める暫定的差止命令を求めたところ、著作権侵害が認められて暫定的差止命令がなされているという事案である。

Sobel, *supra* note 43, at 71-72 は、Thomas I. Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment, 72 Yale L.J. 877, 878-879 (1963) において表現の自由が必要とされる理由がいずれも、著作権法によっては害されないことを論ずるところ、その文脈において、Emerson が理由の1つとする個人の自己実現に関して、まさに他人の言葉を用いて、その他人の信念や意見を表現することは、その者自身のアイデアの発展ではないと述べる。

59) 600 F.2d 1184, 1187-1188 (5th Cir. 1979). 自分が著作権を有するプロモーションポスターのためモデルとなったフットボールチアリーダーが、上記ポスターをまねたポスターの制作会社と販売会社に対して、著作権に基づいて、被告らのポスターの販売を差し止める暫定的差止命令を申し立て、これが認められた事案である。被告らは、回復不能な損害等の要件を衡量する際に、事前抑制によって自由にされている被告らのポスターを発行する修正第1条の権利に注意を払っていないと主張していた。本文の判示に続き、「暫定的差止命令は、明らかに有効な著作権の切迫した侵害に対する共通の司法的応答である。修正第1条は、知的財産権であると法律上認められた権利を拘束する許可ではない。」と判示する。

とによって自由な表現は豊かになるというのが合衆国憲法の判断であり、著作権法は、そのような判断の連邦議会における実行であること、著作権法は、特に連邦裁判所に差止命令を発令する権限を付与していることなどを理由とする。

(4) 出版前など表現が発表される前の事案においても、著作権に基づく暫定的差止命令は頻繁に発令されているが、裁判所は、そもそも事前抑制を問題としてないことも多い⁶⁰⁾。また、フェアユースの中で修正第1条が問題とされることはあっても、事前抑制の問題とはされていないことも多い。「救済レベル」において修正第1条違反または事前抑制にあたるという主張を排斥しつつ、出版前など表現が発表される前の事案において、著作権に基づく暫定的差止命令が認められた判例をみていく。

① *Wainwright Securities, Inc. v. Wall St. Transcript Corp.*⁶¹⁾では、原告が著作権を有する、工業、金融等様々な会社に関する財務調査レポートの抄録を、被告会社が発行する新聞に掲載していたため、原告が被告会社等に対して、著作権に基づいて、被告らの新聞において財務調査レポートの抄録を掲載して発行することを差し止める暫定的差止命令を申し立て、これが認められた。判示からは、必ずしも明らかではないが、特に限定がなされていないので、おそらく原告が将来作成して著作権を有することになる財務調査レポートの抄録をも対象になっているように思われる。しかし、事前抑制は問題とされておらず、事実あるいは事件が著作権法上保護されないこととの関連で修正第1条の主張がなされていたが、修正第1条で保護される利益と著作権法で保護されるそれ

60) *Nimmer & Nimmer, supra* note 14 § 14.06[A][1][c].

修正第1条または事前抑制を問題としないまま出版前の書籍に対する著作権に基づく終局的差止命令を発令したものとして、例えば、*New Era Publications International, ApS v. Carol Publishing Group*, 729 F. Supp. 992 (S.D.N.Y. 1990) がある。ただし、上訴審である第2巡回区連邦上訴裁判所は、引用がフェアユースにあたるとして一部を取り消しているが、ここでも修正第1条または事前抑制は問題とされていない。*New Era Publications International, ApS v. Carol Publishing Group*, 904 F.2d 152 (2d Cir. 1990).

61) 558 F.2d 91, 95 (2d Cir. 1977).

との間の衝突は、フェアユース法理の適用によって解決されてきたとして、上記主張も排斥されている。この事件は、後記(6)の判例と同様に、未だ作成されていない著作物の著作権に基づく暫定的差止命令も含まれている点で重要である。

② *Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Showcase Atlanta Co-operative Productions, Inc.*⁶²⁾では、マーガレット・ミッチェル著『風と共に去りぬ』の小説等の著作権等を有する原告が、『風と共に去りぬ』に基づいた *Scarlett Fever* というミュージカル作品の制作者等に対して、上記演劇作品の初演前に、著作権に基づき上記ミュージカル作品の上演を差し止める暫定的差止命令を申し立て、これが認められた。上記決定では、フェアユースにあたらくても、上記ミュージカル作品が修正第1条によって保護されるべきであるという被告の主張は排斥されている。

③ *In re Capital Cases/ABC, Inc.*⁶³⁾は、以下のような事案である。ベトナム戦争における囚人の人生に関する書籍の共著者として上記書籍の著作権を有する原告が、その囚人の人生に関する未放送の映像を放送しようとする被告に対して、著作権等に基づいて暫定的差止命令を申し立てたところ、暫定的差止命令の審理前になされたディスクヴァリーに関して、シューティングスクリプトの写しの提出を命じた連邦地方裁判所裁判官に対して、被告が職務執行令状を申し立てた事案である。傍論とはいえ、最初の映像の放送に関する連邦地方裁判所の差止命令はすべて事前抑制となるという申立人の主張を、*Cable/Home Communication Corp. v. Network Productions, Inc.*⁶⁴⁾の下記部分等を引用して排斥している。すなわち、著作権保護に関して、修正第1条は、知的財産権とし

62) 479 F. Supp. 351, 361-362 (N.D. Ga. 1979).

63) 918 F.2d 140, 143-144 (11th Cir. 1990).

64) 902 F.2d 829, 849 (11th Cir. 1990). この事案は、出版前など表現が発表される前の差止命令が問題となった事案ではないが、著作権侵害等を可能にする装置を製造等する者に対してその製造等を差し止めるなどの暫定的差止命令が認められたのに引き続き、正式事実審理を経ないでなされる判決 (summary judgement) によって終局的差止命令等が認められた事案である。

て法律上認められる権利を拘束する許可ではない。著作権法は、その発見について排他的な権利を保護することによって、発明者を奨励するという憲法上の命令の連邦議会での実行であるから、著作権の利益もまた、憲法上保障されなければならない。差止命令は、有効な著作権侵害に対する共通の司法的応答である。

④ *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*⁶⁵⁾は、出版前の書籍に対する著作権等に基づく出版等の差止めを求める暫定的差止命令を認めたが、暫定的差止命令が事前抑制であり、修正第1条違反である旨の被告らの主張を排斥しているところ、著作権法は、修正第1条の懸念をフェアユースとアイデア表現二分論によって調整しており、合衆国最高裁判所は、著作権の文脈において修正第1条の議論の受容力がないことを示してきたと判示している（前記(2)参照）⁶⁶⁾。上訴審である第9巡回区連邦上訴裁判所⁶⁷⁾においても、著作権侵害等が認められた上で、暫定的差止命令が維持されているが、フェアユースの中で修正第1条に若干の言及があるほかは、商標権侵害および不正競争法に関する暫定的差止命令の要件たる不利益の衡量の中で、差止命令が事前抑制にあたるという被告らの主張を拒絶しているだけで⁶⁸⁾、著作権侵害に関する暫定的差止命令が事前抑制にあたるかさえ議論されてはいない。この事案は、一方的緊急差止命令および暫定的差止命令の申立てがなされたところ、前者が却下されて後者のための審理期日が定められたこともあり、申立ての時点ではまだ被告らの書籍は製本されていなかったが、被告らは、申立後に製本まで完了させたものの、暫定的差止命令が発令されたため販売はなされなかった。被告らは（著作権）侵害となるのは一部分であるから、書籍全体を差し止めるべきではないとも主張していたが、上記のような事情で侵害部分を除外するため最終製品たる書籍を変更することはもはやできない、書籍全体を差し止める以

65) 924 F. Supp. 1559, 1574–1575 (S.D. Cal. 1996).

66) *Id.*

67) *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997).

68) *Id.* at 1403 n. 11.

外に選択肢がないとも判示している⁶⁹⁾。

⑤ レコード会社や音楽出版社が、著作権に基づいてMP3の音楽ファイルをダウンロードできるファイル共有サービスを提供するナップスターに対して、著作権がある楽曲等を複製等することに関与すること、あるいは第三者が著作権がある楽曲等を複製等することを容易にすることを差し止める暫定的差止命令を認めた *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*⁷⁰⁾では、(暫定的) 差止命令が被告ナップスターやユーザー等の自由な言論への事前抑制であるという被告ナップスターの主張について、被告ナップスターが自己のサービスの著作権侵害面と非侵害面とを区別できない場合には、修正第1条の論拠は成り立たないと判示して、排斥している。上訴審である第9巡回区連邦上訴裁判所⁷¹⁾は、原決定を一部破棄して差戻しているが、差戻審において被告ナップスターの修正第1条の論拠が再主張されないようにするため、暫定的差止命令が必要以上に広範囲であるため、修正第1条に違反するという主張について判断がなされ、以下のとおり判示して、上記主張を排斥している。すなわち、著作権における修正第1条の懸念は、フェアユースの法理の存在によって和らげられている。ナップスターのユーザーは、フェアユーザーではないと暫定的に判断されていた。フェアユースではない著作物の利用は適法に差し止められる。

⑥ *Salinger v. Colting*⁷²⁾は、*Salinger*（上訴係属中に死亡したため受託者が原告・上訴人となる）が、被告の1人が執筆した書籍が *Salinger* 著『ライ麦畑でつかまえて』の二次的著作物であるなどと主張し、その著者および出版社に対して、著作権および不正競争防止法違反に基づいて、米国内では出版されていない上記書籍の出版等を差し止める暫定的差止命令を申し立てた事案である（英国では上記書籍は既に出版はされていた）。原審は、著作権に基づく暫定的差止命令を発令したが、第2巡回区連邦上訴裁判所は、eBay 判決が著作権事

69) *Id.* at 1406.

70) 114 F. Supp.2d 896, 922-923 (N.D. Cal. 2000).

71) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1028 (9th Cir. 2001).

72) 607 F.3d 68 (2d. Cir. 2010).

件における（暫定的）差止命令の基準を一部廃止したため、eBay 判決に従った判断をさせるために事件を差し戻したことから、暫定的差止命令が言論に対する違憲な事前抑制であるという被告の主張を判断する必要がないとしている⁷³⁾。しかし、他方で、Harper & Row 判決を参照しつつ、著作権者も話さないという修正第1条の利益を有しているかもしれない、被告もまた「自己の作品が原告の著作権を侵害しない限り」自己の作品についての財産的利益を有するのであり、「その表現が原告の著作権を侵害しない限り」自分自身を表現する自由についての修正第1条の中心的利益を有すると判示していること⁷⁴⁾、もっともらしいフェアユースの抗弁を生じさせないのであれば、使用が他人の著作権を侵害することが非常に明らかであるため、その使用におけるもっともらしい修正第1条の価値は、ほとんど存在しないと判示していること⁷⁵⁾は重要である。

このほか、決定文上は必ずしも明確ではないが、おそらく未だ出版されていない書籍に対して、事前抑制ないし修正第1条が何ら問題とされないまま、書籍出版を差し止める暫定的差止命令を認めたものとして、Salinger v. Random House, Inc.⁷⁶⁾がある。

以上検討したところによれば、判例法では、出版前など表現が発表される前の事案においても、事前抑制が問題とされていないか、あるいは、必ずしも理由が明確ではない②を除いて、理由付けとしては、前記(3)で述べた第1ないし第3のいずれか、あるいはそれらを組み合わせたものを理由として、救済レベルでの事前抑制ないし修正第1条の主張が排斥されている。

(5) 筆者が調査する限り、米国の判例法では、（出版前など表現が発表される

73) *Id.* at 70, 76.

74) *Id.* at 81.

75) *Id.* at 82-83. Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 169 も、他人の表現をコピーする言論は（フェアユースを除くと）制限され得るが、事実ないしアイデアを借りるにすぎない言論、またフェアユースとなる表現は憲法上保護されるということを Harper & Row 判決が強く示唆すると解する。

76) 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987).

前であるか否かにかかわらず) 著作権の侵害を認めながら、終局的差止命令であるか暫定的差止命令であるかを問わず、事前抑制を理由として著作権に基づく差止命令を認めない判例で最終的に確定したものはなかった⁷⁷⁾。ただ、最終的に事前抑制の理由付けが維持されなかったものの、前述のような米国の判例法の趨勢の中で、唯一の例外であると指摘されている⁷⁸⁾のが、*Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*⁷⁹⁾である。これは、『風と共にさりぬ』の著作権を有する原告が、*The Wind Done Gone* という題名の書籍(決定文からは必ずしも明らかではないが、暫定的差止命令の発令は販売予定日前だったようである)が二次的著作物であるとして、その著者および出版社に対して上記書籍の出版等を差し止める暫定的差止命令等を求めた事案である。原審は、著作権侵害を認めた上で、暫定的差止命令における公共の利益の要件に関連して、修正第1条に関する被告の主張を「著作権保護に関して、修正第1条は法的に認められた権利を踏みにじる許可を侵害を行う著者に与えない。著作権法は明確に侵害を防止するための差止命令を予定する」と判示して排斥し、上記書籍の出版等を差し止める暫定的差止命令を出した⁸⁰⁾。しかし、上訴審である第11巡回区連邦

77) なお、表現が既に発表されている事案について、フェアユースにあたらないとして著作権侵害を認めながら、事前抑制ではなく、修正第1条によって暫定的差止命令と終局的差止命令の双方を否定した判例として、*Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 445 F. Supp. 875, 881-884 (S.D. Fla. 1978) があるが、上訴審では維持されていない。上訴審である第5巡回区連邦上訴裁判所は、原判決の意見まで、著作権(侵害)訴訟を修正第1条の抗弁によって敗訴させることはできると判示した裁判所は今まで全くなかったのであり、原審の理論的根拠には反対であると判示していることは重要であり、原判決は誤りであったと考えてよいであろう(ただし、フェアユースに当たるとされているため、修正第1条についての詳細な判断が不要であるためなされておらず、原判決の結論自体は維持されている)。Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc., 626 F.2d 1171-1172, 1178 (5th Cir. 1980). Brown 裁判官の同意意見 (*Id.* at 1178-1183) および Tate 裁判官の同意意見 (*Id.* at 1184) も重要である。

78) Patry, *supra* note 13 § 22:66 は、事実審理裁判所が正しく書籍の出版を差し止めたと評価している。また、上訴裁判所が著作権の執行を阻止するために修正第1条を適用したのはこれが最初であるようである。See Netanel, *supra* note 50, at 2.

79) 252 F.3d 1165 (11th Cir. 2001).

上訴裁判所では、非常に短い裁判所による匿名の意見（*per curiam*）が付された決定によって、暫定的差止命令が取り消された⁸¹⁾。上記決定では、暫定的差止命令が修正第1条に反する違法な事前抑制になると判示されていた。しかし、第11巡回区連邦上訴裁判所は、約5か月後に、上記決定を取り消し、より包括的な意見を出す旨を判示して、上記決定の理由を説明する意見を出した⁸²⁾。その意見の多数意見には、直接的にはフェアユースが認められる上、暫定的差止命令の要件たる回復不能な損害がないことが理由とされており⁸³⁾、修正第1条の保護は主にフェアユースの中で議論されているが、事前抑制自体の議論はなされていない⁸⁴⁾。したがって、この決定は、著作権侵害があるにもかかわらず、事前抑制を理由として暫定的差止命令を認めないというものではないことに注意が必要である。

著作権侵害がないことを前提としながら、そういう場合に暫定的差止命令が事前抑制に当たり得ることを論じる判例も全くないわけではないが、あくまで傍論（*obiter dictum*）にすぎない。近時のそのような判例として、*Garcia v. Google, Inc.*⁸⁵⁾（以下、*Garcia v. Google* 決定という）があるが、これは原告が別の映画のために演じた演技の映像が、反イスラム映画に使用されてユーチューブにアップロードされたため、原告がグーグルに対して、原告が映じる映像をユーチューブ等から削除するように求める作為的暫定的差止命令

80) *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 136 F. Supp. 2d 1357, 1384–1385 (N.D. Ga. 2001).

81) *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 252 F.3d 1165, 1166 (11th Cir. 2001).

82) *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, 1259 (11th Cir. 2001).

83) *Id.* at 1276–1277.

84) 本文で述べたとおり、フェアユースが認められ、かつ、回復不能な損害がないため、「差止命令の発令は、共有されている修正第1条および著作権法の原則とは調和せず、言論に対する事前抑制として働く。なぜなら、公衆が（著者の）Randall が選んだ表現形式による Randall のアイデアまたは観点にアクセスできなかったからである。」という箇所です事前抑制に触れるだけである。*Id.* at 1277.

なお、Patry, *supra* note 13 § 22:66 は、上記決定の意見の多くが、著作権法原理に無関係であり、大部分が不正確な歴史的見方であることを含めて強く批判する。

85) 786 F.3d 733, 747 (9th Cir. 2015) (*en banc*).

(mandatory preliminary injunction) が問題となった。削除対象とされた映像は既に公開され、非常に多数の者に閲覧されていたため、前述の合衆国最高裁判所判決の定義によれば、事前抑制にはあたらないことにもなり得る。そして、そもそも実演家の権利の制度がわが国とは異なる米国において、映像における演技の著作物性が問題となったものである。上記決定の直接の理由は、あくまでも、原告が著作権を有すること自体が疑わしく、かつ、原告に回復不能な損害がないためであり、その余の要件について判断するまでもなく作為的暫定的差止命令が認められないとされた後で、いわば付言的に表現の自由との関係が述べられているにすぎない⁸⁶⁾。筆者が調査する限り、Garcia v. Google 決定を引用して、事前抑制を論じた判例は現在のところ見当たらない。

(6) 最後に、暫定的差止命令ではなく、終局的差止命令が問題となった事案ではあるが、発令時点では「未だ作成されていない著作物の著作権」に基づく終局的差止命令が認められた判例もある。著作物自体が未だ作成されていないの

86) 決定を下した1人である McKeown 裁判官も、多数意見の中心的理由は、原告が著作権に基づく請求につき勝訴する見込みがなく、かつ、損害が証明されていないことであると述べるとともに、原告の著作権の理論が疑わしく、先例がないにもかかわらず、それに基づいて作為的差止命令を認めることの問題に言及する。M. Margaret McKeown, Keynote Address: Censorship in the Guise of Authorship: Harmonizing Copyright and the First Amendment, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 1, 6-8 (2016)。

なお、First Amendment--Prior Restraints--Ninth Circuit Calls Preliminary Injunction in Copyright Infringement Suit a Prior Restraint, 129 Harv. L. Rev. 1787, 1792-1794 (2016) は、以下のとおり述べている。すなわち、著作権は、他の種類の言論と異なるため、裁判所は著作権に基づく暫定的差止命令を事前抑制と性格付けすることにつき極度に消極的な立場をとってきた。著作権侵害訴訟では、原告と被告の双方が修正第1条の利益を有し得るのであり、著作権に基づく暫定的差止命令に修正第1条のテストを適用することは、裁判所に非常に深刻なジレンマを与える。もし、裁判所が差止命令を与えず、結局は原告が有効な著作権に基づく請求を有しているのであれば、裁判所は、原告の話さない権利を保護しなかったのかもしれない。裁判所が著作権に基づく暫定的差止命令に修正第1条のテストを適用してこなかったことには、重要な理由がある。Garcia v. Google 決定以前は、第9巡回区連邦上訴裁判所は、著作権に基づく暫定的差止命令と修正第1条を完全に区別していた。

であるから、その侵害行為も当然に未だ行われていないのであり、一般の事前抑制の場合よりもより慎重な判断が必要とされるとも考えられるが、終局的差止命令が認められていることは重要である。

① わが国における WSJ 控訴審判決・WSJ 異議審判決（後記第4、2(2)参照）と非常に似ている事案として、*Nihon Keizai Shimbun, Inc. v. Comline Business Data, Inc.*⁸⁷⁾がある。新聞社である原告が、原告発行に係る新聞のニュース記事の抄録あるいは英語への翻訳を販売していた被告に対して、著作権侵害等があるとして終局的差止命令等を求める訴訟を提起したところ、著作権に基づいて、原告によって作成された記事等の著作権で保護された要素と実質的に類似する記事の翻訳、抄録等を販売することなどを差し止める終局的差止命令が認められた（原告が今後発行する新聞における記事の翻訳、抄録等の販売等も終局的差止命令の対象となることから、被告による記事の翻訳、抄録等は発行前に差し止められることになる）。被告は、終局的差止命令が広範囲すぎるため、報道の自由に対する違憲な事前抑制であると主張していたところ、第2巡回区連邦上訴裁判所は、以下のように判示してその主張を排斥した。すなわち、私たちは、修正第1条の懸念はフェアユースの法理によって保護され、これと共存することを理由として、著作権侵害による差止命令に対する修正第1条の異議を再三拒絶してきた。著作権の請求については、被告の抄録等は原告の記事のフェアユースではないと既に判断したので、被告による修正第1条の異議は排斥する。

② 次に、*Pacific and Southern Co., Inc. v. Duncan*⁸⁸⁾は、テレビ局のオーナーである原告が、原告のニュース報道をビデオテープに録画してテープを販売していた被告に対して、著作権に基づく終局的差止命令を求めた事案である。原審は、著作権侵害を認めながら、終局的差止命令を出さなかったが、第11巡回区連邦上訴裁判所は、著作権侵害を認めた上で、原審が依拠した根拠はいず

87) 166 F.3d 65, 74 (2d Cir. 1999).

88) 744 F.2d 1490, 1499-1500 (11th Cir. 1984). その後、終局的差止命令が出されて確定している。

れも十分ではなく、終局的差止命令を出さなかった原審には裁量権の濫用があり、終局的差止命令を認めるべきであるとして、事件を差し戻した。また、同裁判所は、原告が（終局的）差止命令を得られないとすれば、原告は、どの story が複製・販売されたかを見つけ出し、それらを（著作権局において）登録し、多数の異なる侵害訴訟を提起することによってのみ、被告に対する自己の著作権を執行することができるが、各侵害訴訟はかなり少額の損害賠償をもたらすことになるであろう、これは、過去の侵害および将来の侵害の実質的な見込みがある典型的な事件であり、（過去の侵害および将来の侵害の実質的な見込みがあるということは）通常、著作権者に対して、米国著作権法 502(a)条に基づいて、侵害者に対する終局的差止命令を与えることになるであろうとも判示している。

③ 同じく将来作成される著作物の著作権に基づく終局的差止命令が問題となったものが *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*⁸⁹⁾ である。著作物の出版社が、ロイヤリティ等を支払うこともなく大学生に教材のセット（coursepack）を販売していたコピー店に対して、著作権に基づいて損害賠償および終局的差止命令を求めている事案である。第6巡回区連邦上訴裁判所は、損害賠償及び終局的差止命令を認めた原判決を、損害賠償の点で破棄して差し戻した上、差戻審では終局的差止命令の範囲をより正確に記載することなどを求めたが、将来作成される著作物の著作権に基づいて差止命令を出すこともできることを明確に認めた。

なお、終局的差止命令に関しても、既に著作権は発生しているが、例えば、被告がミュージカル作品の著作権を侵害する映画等を作成しようと計画しているなど、そもそも著作権侵害行為を計画しているだけで、未だ侵害行為をしていない場合であっても、著作権に基づく終局的差止命令を認めている判例があり、修正第1条または事前抑制が特に問題とされていないことも指摘しておく⁹⁰⁾。

89) 99 F.3d 1381, 1392-1393 (6th Cir. 1996) (*en banc*).

3 学説

(1) Nimmer との共著 Smolla & Nimmer on Freedom of Speech があり、合衆国憲法修正第1条に関する著名研究者である Rodney A. Smolla も、知的財産権侵害に基づく差止命令は、違憲な事前抑制ではないという長年にわたるルールがあることを極めて明確に指摘する。すなわち、知的財産権の文脈において、(修正第1条による特別の障害がないということは) 知的財産権を執行するための差止命令は違法な事前抑制ではないという長年続いているルールによって最も強く表される。それとは反対に、知的財産権を保護するための事前抑制はごく普通である。知的財産権の盗み (theft) を阻止する差止命令は、財産権として保護される利益の性質に付随するものとして存在する。修正第1条は、侵害 (trespass) や盗み (steal) の許可ではなく、いったん知的財産権侵害が裁判の適正手続を通じて立証されたときは、裁判所はそのような侵害を阻止するエクイティ上の権限を用いることができる。以上のように Smolla は述べている⁹¹⁾。そして、そこでは、著作権の保護が思想の自由市場を衰えさせるのではなく、むしろ豊かにするものであるという前提があることが指摘されている⁹²⁾。

この Smolla の見解に関しては、財産的利益が問題となっている場合には、

90) Leeds Music, Ltd. v. Robin, 358 F. Supp. 650 (S.D. Ohio 1973). See also Nimmer & Nimmer, *supra* note 14 § 14.06[B][2].

91) Rodney A. Smolla, Information as Contraband: the First Amendment and Liability for Trafficking in Speech, 96 Nw. U. L. Rev. 1099, 1162-1163 & n. 283 (2002). 同論文注283で引用される Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., 604 F.2d 200, 206 (2d Cir. 1979) は、商標権に基づく暫定的差止命令が問題となった事案であるが、以下のように述べている。すなわち、暫定的差止命令は、違法な「事前抑制」ではない。これは、政府の検閲 (censorship) ではなく、私人である原告の自らの財産権の保護を求める試みである。そのような救済が求められる場合の暫定的差止命令の妥当性は非常に明らかであるから、裁判所はしばしば修正第1条への言及すらなく差止命令を発令している。Smolla の同論文は、eBay 判決前の論文であり、知的財産権侵害が認められる場合には、自動的に差止命令が発令されていた時期のものであることも重要である。

92) Smolla, *supra* note 91, at 1161.

そもそも事前抑制の法理が適用されないというのがよく確立された法であるということを指摘することができる⁹³⁾。著作権のように、表現に関する財産権であっても、その財産権の不法侵害を阻止するための差止命令は事前抑制ではないと一般的に解されているのである⁹⁴⁾。これらの背景には、もともと伝統的に、差止命令は、財産的利益に対する不法行為のおそれがある場合にこれらを防止するため、あるいは、既に侵害 (trespass) された財産の回復のために認められてきたこともあるのではないかと推察される⁹⁵⁾。

また、著作権法で保護される他人の表現を用いる権利はないという点を強調する見解もある。William F. Patry の体系書は、(必ずしも出版前など表現が発表される前に限定した議論ではなく、暫定的差止命令一般についてであるが) 著作権侵害に対する暫定的差止命令が、修正第1条によって禁止される事前抑制であるかについて、以下のように述べる。この問題に対する答えは、修正第1条における「言論」が、他者の言論を話す権利のみならず、著作権法で保護される他人の言論の正確な表現を話す権利をも包含するとみなされるか否かに大きく依存するであろう。Eldred 判決の判示 (修正第1条は、自分自身の表現をする (あるいはしない) 自由を保護するものである) は、Eldred 判決およ

93) Smolla & Nimmer, *supra* note 7 § 15:58.30.

94) Meyerson, *supra* note 6, at 1107, 1119-1122; Steve Tensmeyer, Constitutionalizing Equity: Consequences of Broadly Interpreting the “Modern Rule” of Injunctions against Defamation, 72 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 43 n. 70 (2017); Beckerman-Rodau, *supra* note 13, at 5; Robert C. Post, Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property, and Appropriation, 41 Case W. Res. L. Rev. 647, 665 n. 94 (1991). Beckerman-Rodau, *supra* note 13, at 5 は、暫定的差止命令を出さないと、創作的努力へのインセンティブを損なうことも指摘する。

事前抑制との関係ではないが、著作権について修正第1条の例外を認めることは財産権を弱めることを指摘するものとして、James L. Swanson, Copyright versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm, 7 Loy. Ent. L.J. 263, 291-292 (1987).

これに対して、財産権であることは実質的な理由にはならないとする見解として、Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 182-184; Pamela Samuelson & Krzysztof Bebenek, Why Plaintiff Should Have to Prove Irreparable Harm in Copyright Preliminary Injunction Cases, 6 I/S: J. L. & Pol’y for Info. Soc’y 67, 89 (2010).

95) See Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 170.

び *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* という2つの合衆国最高裁判所判決等でも採用される常識的なアプローチである。私の意見では、著作権法で保護される表現方法における他者の言論を話す権利はなく、したがって、適切に（範囲が）画された（暫定的）差止命令は、禁止される事前抑制にはなり得ないと信じている⁹⁶⁾。

ただし、この論拠は、厳密には、事前抑制というよりは、侵害レベルで用いられる論拠でもあるであり、この趣旨としては、侵害レベルで修正第1条が問題にならないのであれば、適切な範囲の（暫定的）差止命令は当然事前抑制にはならないということであると解される。*Nimmer* は、事前抑制ではなく、侵害レベルでの議論として、同様に、他人の表現を模写する権利はなく、他人の表現の著作権を侵害する者はいかなる意味においても自己表現を行っていないと述べている⁹⁷⁾。

さらに、前述のとおり、合衆国憲法が著作権条項において著作権の保障を規定していることに加え、*New York Times Co. v. U.S.* では、*Stewart* 裁判官、*White* 裁判官、*Marshall* 裁判官の3名が、差止命令について制定法による権限付与が必要であることを重視しているところ⁹⁸⁾、米国著作権法では暫定的および終局的差止命令が明文で認められていることから、著作権に基づく差止命令は、大多数の事前抑制の場合よりもより確かな憲法上の基礎があるようにみえるともいわれている⁹⁹⁾。

このように、学説でも、著作権に関する限り、事前抑制の法理の例外に当たると解されており、著作権に基づく差止命令は事前抑制にはあたらないという判例法上のルールがあることは前提とされている。この点では、名誉毀損等の場合とは全く違う取扱いがなされていることは非常に重要であり、同列に議論されていないのである。ただし、上記の各見解においては、必ずしも出版など

96) Patry, *supra* note 13 § 22:66.

97) *Nimmer*, *supra* note 40, at 1192.

98) 403 U.S. 713, 730, 731, 741.

99) *Smolla & Nimmer*, *supra* note 7 § 15:60 n. 3.

表現が発表される前の事案に限られた議論ではない。

(2) 学説では、このような判例法に対して批判的な見解もあるが、十分な論拠を示しているものは少ない。ここでは、Lemley および Volokh の見解について取り上げる。Lemley および Volokh は、著作権に基づく言論を抑制する暫定的差止命令は、ほぼ常に違憲な事前抑制であるとするが、他方で、終局的差止命令は、当該言論が（憲法上）保護されないという終局的な決定に従ってなされるものであり、一般的に合憲であるとする¹⁰⁰⁾。そして、前述のとおり、一般的には著作権に基づく暫定的差止命令も発令されているにもかかわらず、違憲な事前抑制となる理由は、要するに、最終的に憲法上保護される言論であることが事実審理で証明されるという重大な可能性があると認識していても、裁判所が言論を禁止することができることが問題であるというのである¹⁰¹⁾。また、著作権事件における暫定的差止命令の基準が、伝統的なエクイティルールよりも原告にとって寛大であり、また、事実審理よりもより簡単な証拠等に基づい

100) Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 169-172. See also Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Communication on Human Relations, 413 U.S. 376, 390. Lemley & Volokh は、著作権侵害に限らず、わいせつ表現などあらゆる憲法上保護されない言論のカテゴリーに同様のことが適用されるとする。Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 171 n. 112.

これに対して、Jed Rubenfeld, The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality, 112 Yale L.J. 1, 48-59 (2002) は、単純複製物の場合と二次的著作物の場合とを分け、前者に対する出版前の（暫定的および終局的）差止命令は、事前抑制にはあたらないが、後者に対するそれは、事前抑制にあたるとする。しかし、この見解は、そもそも二次的著作物に関しては、差止命令だけでなく損害賠償も認められない（ただし、profit allocation を求める訴訟はできる）とするので、本稿で問題としているように、救済レベルの問題として差止命令のみが事前抑制に当たるため認められないとしているわけではないことに注意が必要である。

なお、事前抑制自体というのではなく、暫定的差止命令の要件を考慮する方向で考える見解として、John M. Newman, Raising the Bar and the Public Interest: on Prior Restraints, "Traditional Contours," and Constitutionalizing Preliminary Injunctions in Copyright Law, 10 Va. Sports & Ent. L.J. 323, 368-374 (2011); Jiarui Liu, Copyright Injunctions after eBay: an Empirical Study, 16 Lewis & Clark L. Rev. 215, 271-272 (2012)。

101) Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 171-174.

て発令され得ること、最終的に憲法上保護される言論であると事実審理で証明されるような場合であっても、暫定的差止命令に従わない場合には（裁判所侮辱によって）強制されるが、コラテラル・バー・ルール（collateral bar rule）の下では、裁判所侮辱の審理において言論が憲法上保護されることを証明できたとしても、差止命令違反による裁判所侮辱が認められてしまうことも考慮している¹⁰²⁾。しかし、前述したとおり、現在では、eBay 判決によって著作権に基づく（暫定的）差止命令についても伝統的なエクイティールールに従うことになっているし、わが国では、裁判所侮辱（およびコラテラル・バー・ルール）も無関係であろう。後記第5、2(1)のとおり、わが国の仮処分手続の実態に照らせば、Lemley および Volokh が根拠とする証明という手続上の問題も、十分な論拠とはならない。なお、Lemley および Volokh の見解も、必ずしも出版など表現が発表される前の暫定的差止命令に限った議論ではない。

4 小括

米国の判例法では、著作権と言論の自由等修正第1条の保護利益との調整は、著作権法に内在的に組み込まれた修正第1条との調整措置としてのアイデア表現二分論およびフェアユース法理によってなされているとされている。そして、著作権に基づく終局的および暫定的差止命令は頻繁に発令されているが、筆者が調査する限り、出版前など表現が発表される前であっても、終局的差止命令であるか暫定的差止命令であるかを問わず、著作権侵害を認めながら、事前抑制を理由として著作権に基づく差止命令を認めない判例で、最終的に確定したものはないのである。この意味で、後記第4、2(1)のような名誉毀損とは大きく異なる。著作権に基づく差止命令は事前抑制にあたらないとする判例での理由の多くは、要するに侵害レベルでフェアユース法理やアイデア表現二分論によって対処されていることを挙げている点も非常に示唆に富む。

102) *Id.* at 174-176.

第3 ドイツ法

1 概説

ドイツ著作権法（Urheberrechtsgesetz）の著作者の権利（Urheberrecht）¹⁰³⁾のうち、財産権の要素は、ドイツ基本法（Grundgesetz）14条¹⁰⁴⁾（および欧州連合基本権憲章17条2項）で保障される財産権であり、著作者人格権の要素は、一般的人格権（allgemeines Persönlichkeitsrecht）と同様に、ドイツ基本法2条¹⁰⁵⁾1項および1条¹⁰⁶⁾1項にその根拠を置く¹⁰⁷⁾。著作者人格権は、特別法として一般的人格権に優先する¹⁰⁸⁾。そして、著作者の権利は、排他的権利であると解されている¹⁰⁹⁾。

わが国の民法における物権的請求権の母法がドイツ法であり、かつ、後記第4、1のとおり、著作権法112条1項は、物権的請求権（妨害排除請求権・妨害予防請求権）に相当する差止請求権を規定している。そのため、ドイツ法の予

103) ドイツ著作権法では、著作者の権利は、著作者人格権（Urheberpersönlichkeitsrecht）という人格権と、財産権（Vermögensrecht, Verwertungsrecht）とから成る一元的権利であると考えられており、著作権と著作者人格権として分けられていないという点で、わが国とは異なる。*Statt aller* Schrickner/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, § 11 Rn. 3.

104) ドイツ基本法14条（所有権・相続権・公用収用）

- (1) 所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める。
- (2) 所有権には義務が伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである。
- (3) 公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は、補償の方法及び程度を規律する法律により、又は法律の根拠に基づいてのみ、これを行うことが許される。その補償は、公共の利益及び関係者の利益を正当に衡量して、これを定めるものとする。補償の額につき争いのあるときは、通常裁判所で争う途が開かれている。

（以上、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第7版〕』（信山社・2016年）220頁）

105) ドイツ基本法2条（人格の自由、生命及び身体を害されない権利）

- (1) 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道德律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。
- (2) 何人も、生命への権利及び身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これに介入することが許される。

（以上、高田＝初宿・前掲注104）213-214頁）

防的差止請求権に関する議論が、わが国でも重要であることは論をまたない。ドイツ著作権法97条1項でも、作者の権利が排他的権利であることを前提として、未だ一度も侵害が生じていなくても、予防的差止請求権（Vorbeugender Urlassungsanspruch）が当然に認められる。ドイツ民法における物権的請求権、これを前提とするドイツ著作権法の予防的差止請求権について論じた上で、ドイツ基本法の検閲概念との関係をみていく。

2 ドイツ民法およびドイツ基本法の照射効

(1) ドイツの民法（Bürgerliches Gesetzbuch）では、所有権に基づく物権的請求権として、返還請求権（Herausgabeanspruch）（985条）、妨害排除請求権（Beseitigungsanspruch）および差止請求権（Unterlassungsanspruch）（1004条）¹¹⁰⁾が明文で認められている。なお、条文上は、まだ一度も侵害が生じていない場合の予防的差止請求権が規定されていないようにも見えるが、判例・通説によって予防的差止請求権は一般的に認められている¹¹¹⁾。そして、ドイツ民法1004条の背後には、侵害のおそれに対する予防的権利保護という一般的な規律があるとみるのが確立した判例である¹¹²⁾。したがって、一度も侵害

106) ドイツ基本法1条（人間の尊厳、人権、基本権の拘束力）

(1) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である。

(2) それゆえに、ドイツ国民は、世界のすべての人間共同体、平和及び正義の基礎として、不可侵にして譲り渡すことのできない人権を信奉する。

(3) 以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する。

（以上、高田＝初宿・前掲注104）213頁）

107) Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, Einl. Rn. 10; Fromm/Nordemann/*Axel Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl., 2018, Einl. Rn. 64; Dreier/Schulze/*Dreier*, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2018, Einl. Rn. 39.

108) Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 12ff. Rn. 30; Möhring/Nicolini/*Ahlberg*, Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., 2018, Einl. Rn. 14.

109) Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, a.a.O (Fn. 107), Einl. Rn. 25f.; Dreier/Schulze/*Dreier*, a.a.O (Fn. 107), Einl. Rn. 3.

がなされていなくても、侵害のおそれがある場合には、予防的差止請求権が認められている。

(2) さらに、ドイツの通説・判例では、ドイツ基本法2条1項および1条1項から導かれる一般的人格権が、私人間で効力を有する私権として認められており、これに基づく予防的差止請求権（ドイツ民法1004条、823条¹¹³⁾1項）が認められている¹¹⁴⁾（人格権は、氏名権（ドイツ民法12条）などごく一部を除いてドイツ民法等では明文で規定されていない）。ヨーロッパ大陸法と同様、ド

110) ドイツ民法1004条

(1) 所有権が占有の侵奪又は留置以外の方法に依りて侵害せられたるときは、所有者は妨害者に対し其の侵害の除去を請求することを得。引続き侵害せらるる虞あるとは、其の侵害の停止を請求することを得。

(2) 所有者が忍容する義務を負ふ場合に於ては前項の請求を為すことを得ず。

（以上、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(3)独逸民法Ⅲ物権法』（有斐閣・1955年）160頁。ただし、旧字を新字とし、カタカナをひらがなとしている）

111) Staudingers/*Gursky*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, 2013, § 1004 Rn. 214, 135; Gaier/*Baldus*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 7. Aufl., 2017, § 1004 Rn. 289; Baur/Stürner, SachenRecht, 18. Aufl., 2009, § 12 Rn. 25; BGH BGHZ 160 232, 236. 齊藤博『人格権法の研究』（一粒社・1979年）308頁も参照。

したがって、舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法(6)物権法(1)〔補訂版〕』（有斐閣・2009年）212頁〔好美清光〕は、「ドイツ民法典は、この事情を反映して、単なる将来のおそれだけでは足りず、すでに一度現実に侵害があったことを要件として（ド民1004 I）、本請求権〔注：物権的妨害予防請求権〕の承認に厳格な態度を示している。」と述べる点は、現在のものとしては正確ではない。

112) Gaier/*Baldus*, a.a.O. (Fn. 111), § 1004 Rn. 34. ライヒ最高裁判所判例（RG RGZ 60, 6）以来であるとする。

113) ドイツ民法823条

(1) 故意又は過失に因りて他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害したる者は、其の他人に対し之に因り生じたる損害を賠償する義務を負ふ。

(2) 他人の保護を目的とする法律に違反したる者亦同一の義務を負ふ。法律の内容に依れば過失なくとも其の法律に違反することが可能るときは、過失ある場合にのみ賠償義務を生ず。

（以上、神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書(2)独逸民法Ⅱ債務法』（有斐閣・1955年）789頁。ただし、旧字を新字とし、カタカナをひらがなとしている）

イツでも、予防的差止請求権は、一般的人格権侵害に対する最も有効な救済手段の1つであると位置づけられている¹¹⁵⁾。筆者が調査する限り、出版前の差止請求権のような場合、それが予防的差止請求権であることを理由として特別の要件を課すべきであるといった議論は見られない。一般的人格権に基づく差止請求権を論ずる文脈において、わが国における北方ジャーナル最高裁判決と対比した上で、ドイツでは、予防的差止請求権を理由として特別の要件を課していないことを明確に指摘する文献すらある¹¹⁶⁾。

ドイツ法は、わが国の物権的請求権や人格権の概念の導入に大きな影響を与えており¹¹⁷⁾、以上のようなドイツ法の議論は、わが国において重要である。

後記4のとおり、ドイツでは、検閲と同視あるいは区別される事前抑制とい

114) BVerfG BVerfGE 54, 148, 153; BVerfGE 114, 339, 346; Gaier/*Baldus*, a.a.O. (Fn. 111), § 1004 Rn. 32f.; Dreier/*Dreier*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 69ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 14ff.; Fricke, Der Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen zum Schutze des Persönlichkeitsrechts im Internationalen Privatrecht, 2003, S. 82f., 102ff., insb. 137ff. 五十嵐清『人格権論』（一粒社・1989年）122頁以下（救済方法については130-132頁）、大塚直「人格権に基づく差止請求——他の構成による差止請求との関係を中心として——」民商116巻4＝5号（1997年）501、519-520頁も参照。

ドイツ法の特徴は、一般的人格権という統一的な概念を構成し、各種の個別的人格権（名誉等）が流出する源とされている。五十嵐・前掲123頁。

115) Säcker/*Rixecker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl., 2015, Anh. § 12 Rn. 249; Fricke, a.a.O. (Fn. 114), S. 137; Hohloch, Neue Medien und Individualrechtsschutz, ZUM 1986, S. 165, 169. 五十嵐清『人格権概説』（有斐閣・2003年）272頁、五十嵐・前掲注114）181-182頁、齊藤・前掲注111）287-288頁。

なお、齊藤・前掲注111）287-288頁は「継続せる侵害を排除する、あるいは、侵害を事前に予防する、という点を考えるとき、不作為請求の制度は、事後的救済である損害賠償請求乃至は慰謝料請求の制度に比べ、はるかに大きい機能を果たしうる。就中、人格価値の法的保護という点を考えれば、侵害の途中でその継続を排除し、あるいは、侵害を未然に防ぐことの意義は、非常に大きい。ドイツ法に関する限り、この不作為請求の制度は、同じく救済制度の一つである損害賠償請求乃至慰謝料請求の制度と比べると、幸いなことに、今日、必ずしも大きな問題に直面していない。一般的人格権の侵害に対する慰謝料請求については、今日までダイナミックな議論がなされてきたのに対して、不作為請求については、もはや当然の救済制度として、その活用がなされつつあるからである。」と述べる。

う概念はなく、また、検閲禁止とは、裁判所も含めた国家による意見表明の作成・流布前の許可留保付き禁止を意味するとされているところ、一般的人格権に基づく予防的差止請求権は、ドイツ基本法5条1項第3文の検閲禁止には当たらないとされている¹¹⁶⁾。

また、出版前の事案ではなく、予防的差止請求権が問題となったわけではないが、一般的人格権に基づく差止請求と検閲との関係について判示した判例をみておく。この判例は、映画プロデューサーらの名前や住居への行き方が記載された彼らの住居の航空写真を掲載した雑誌がいったん頒布されたところ、上記航空写真を作成・配信した通信社に対し、一般的人格権に基づいて、名前等を付して住居の航空写真を頒布することの差止請求権を認めた。連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）は、頒布禁止がドイツ基本法上の検閲禁止に等しいという（憲法）異議申立人（Beschwerdeführer）である通信社の主張に対して、以下のように述べて、検閲には当たらないとしている¹¹⁹⁾。すなわち、一般的法律（ドイツ基本法5条2項）で保護される法益（Rechtsgut）実現（Durchsetzung）のため、当該法律で規定された権利保護可能性（Rechtsschutzmöglichkeit）が用いられる場合には、検閲に当たらないことは、（ドイツ基本法5条）1項第3文に基づく検閲禁止が、（同条）2項の制限規定と

116) Dillmann, Der Schutz der Privatsphäre gegenüber Medien in Deutschland und Japan, 2012, S. 207-208, 218. 同論文218頁は「日本において差止請求権に特別の要件を課していることは、ドイツとは異なる。確かに、ドイツでも意見表明の自由は当然同様に顧慮される。しかし、意見表明の自由との必要な比較衡量は、人格権の違法な侵害があるか否かという問題に既に含まれているのであり、差止請求権認容についての判決において、意見表明の自由に対する特別の、より厳格な顧慮はない。」と述べる。

117) 大塚・前掲注114) 519頁。

118) Fricke, a.a.O. (Fn. 114), S. 137は、この点が米国法とは異なることを的確に指摘する。Bürger, Deliktischer Rechtsschutz gegenüber Presseveröffentlichungen, 1998, S. 215ff., 264ff., insb. 266も同様に、米国法の事前抑制の議論と比較した上で、ドイツでは、発表前の表現に対する人格権に基づく予防的差止請求権も当然認められることを前提とする。

ドイツ基本法の学説についても同様であるが、この点については本文後記4参照。

119) BVerfG BVerfGK 8, 53, 58.

併存していることによって、既に明確に示されている。具体的な人格権侵害の差止めを目的とする裁判所の判決は、公表内容に対する当局による事前審査や許可（behördliche Vorprüfung oder Genehmigung）と同等ではない。

(3) ドイツ基本法5条¹²⁰⁾1項第1文および第2文は、わが国でいう表現の自由（憲法21条1項）に相当する内容を規定しており、同項第3文は、検閲禁止（Zensurverbot）を規定する。意見表明の自由や報道の自由等は、は、ドイツ基本法5条2項¹²¹⁾により、一般的法律（allgemeine Gesetze）によって制限されるが、一般的人格権との関係では、民法823条および1004条がこの一般的法律に当たることになる¹²²⁾。

意見表明の自由や報道の自由等とその他の憲法上の権利の対立が問題となる場合、ドイツの判例・通説では、わが国でいう間接適用説に相当する考え方（これを照射効（Ausstrahlungswirkung）という。ただし、ドイツでは、第三者効力論¹²³⁾とは無関係な形で登場した国家の基本権保護義務（grundrechtliche Schutzpflicht）によって、照射効を基礎づける見解が通説・判例である¹²⁴⁾）に従い、私法規定の解釈適用において、これらの基本権の法的価値が考慮される

120) ドイツ基本法5条（意見表明の自由、知る権利、学問の自由）

(1) 何人も、言語、文書及び図画によって自己の意見を自由に表明し流布させる権利、並びに、一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由並びに放送及びフィルムによる報道の自由は、これを保障する。検閲は、これを行わない。

(2) これらの権利は、一般的法律の規定、少年保護のための法律上の規定、及び個人的名誉権によって制限を受ける。

(3) 芸術及び学問、研究及び教授は自由である。教授の自由は、憲法に対する忠誠を免除するものではない。

（以上、高田＝初宿・前掲注104）214頁）

121) わが国では憲法12条後段に相当する。長尾一紘「検閲の法理（一）」新報101巻7号（1995年）1、13頁。

122) Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd.2, 123. Aktualisierung August 2006, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 185, 535.

123) ドイツでは、直接的か間接的かは別として、私法関係においても、人権たる基本権（Grundrecht）の規定が有する効力を第三者効力（Drittwirkung）という。

ことになる¹²⁵⁾。基本権保護義務の観点からは、まず立法者が必要な法律規定を制定することによって基本権保護義務を実現すべきであり、立法者が基本権保護義務を十分に果たさなかったときは、裁判所はそれを法律規定の解釈適用によって補うことになる¹²⁶⁾。そして、そのように解釈すべき規定がない、あるいは規定が十分に解釈できないのでない限り、当該私法規定の基本法上の瑕疵は無関係のままであるとされている¹²⁷⁾。この点は、当然のことながら著作権法でも同様である¹²⁸⁾。

124) v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., 2018, Art. 1 Abs. 3 Rn. 312ff., insb. 316; Maunz/Dürig/*Herdegen*, Grundgesetz Kommentar, 44. Lig. Februar 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 64; Kahl/Waldhoff/Walter/*Kahl*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 169. Aktualisierung Oktober 2014, Art. 1 Abs. 3 Rn. 332ff.; Papier, Drittwirkung der Grundrechte, in: Papier (*Hrsg.*), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, 2006, § 55 Rn. 4ff., insb. 10, 23f.; BVerfG BVerfGE 81, 242, 260ff. 穴戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『講座人権論の再定位3人権の射程』(法律文化社・2010年)25、31-33頁。なお、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)」論叢133巻4号(1993年)1、11頁以下、特に17-18頁、19頁注24も参照。

125) BVerfG BVerfGE 7, 198, 208 – Lüth; BVerfGE 85, 1, 13; Maunz/Dürig/*Herdegen*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 59ff., insb. 63f.; Kahl/Waldhoff/Walter/*Kahl*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 328ff., 344ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 303f., 306ff.; Dreier/*Dreier*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Vorb. Rn. 96ff., insb. 98.

この場合、私法の一般条項だけではなく、すべての私法規定が対象になり得る。Kahl/Waldhoff/Walter/*Kahl*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 345.

126) v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 317; Kahl/Waldhoff/Walter/*Kahl*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 332. 山本敬三・前掲注124) 17-18頁。

127) v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 303f.; Maunz/Dürig/*Herdegen*, a.a.O. (Fn. 124), Art. 1 Abs. 3 Rn. 65; BVerfG BVerfGE 10, 59, 66ff.; BVerfGE 92, 158, 176ff.

128) *Statt aller* Schricker/Loewenheim/*Leistner*, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, § 97 Rn. 39; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 532. 後掲注136) および注137) も参照。

3 ドイツ著作権法

(1) ドイツの現行著作権法の前身である1901年の文学および音楽の著作物の著作権に関する法律（Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst）および1907年の造形美術および写真の著作物の著作権に関する法律（Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie）は、損害賠償しか規定していなかったが、判例は、ドイツ民法1004条を類推適用して、予防的差止請求権を含む差止請求権を認めていた¹²⁹⁾。

ドイツ現行著作権法でも、作者の権利が排他的権利であることから、その侵害に対する差止請求権が明文で認められており、予防的差止請求権も当然に認められている¹³⁰⁾（ドイツ著作権法97条¹³¹⁾1項）。2008年改正（BGBl. I S. 1191）によって挿入されたドイツ著作権法97条1項第2文が、予防的差止請求権を明文で規定するが、同改正以前から、上述のとおり、確定判例によって、予防的差止請求権が認められてきており、実体法が変更されたわけではない¹³²⁾。「予防的」とであるということは、未だ著作権侵害行為がなされていないということであるから、ここでいう出版前など表現が発表される前に少なくとも該当することは問題ない。筆者が調査する限り、作者の権利に基づく予防的差止請求権について、検閲（Zensur）に当たるか否かは全く問題とされていないようである。

さらに、次のような事案において、差止仮処分が検閲に当たらないとしたミュンヘン上級地方裁判所判決がある。すなわち、ヒトラー著『我が闘争』の著作

129) Schricker/Loewenheim/*Leistner*, a.a.O. (Fn. 128), § 97 Rn. 1.

130) Schricker/Loewenheim/*Leistner*, a.a.O. (Fn. 128), § 97 Rn. 215, 224ff.; Fromm/Nordemann/*Jan Bernd Nordemann*, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 12. Aufl., 2018, § 97 Rn. 8, 39; Wandtke/Bullinger/*v. Wolff*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., 2014, § 97 Rn. 4, 35, 41; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/*Meckel*, Urheberrecht, 4. Aufl., 2018, § 97 Rn. 49f.; Möhring/Nicolini/*Ahlberg*, a.a.O. (Fn. 108), Einl. 81; Möhring/Nicolini/*Reber*, Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., 2018, § 97 Rn. 97; Dreier/Schulze/*Specht*, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2018, § 97 Rn. 3, 57, 65.

権を有するバイエルン州は、ロンドンの出版社が2012年1月26日発行予定の雑誌に、『我が闘争』の抜粋および大学教授によるその解説が付された小冊子が付録として付くことを知り、同月16日、出版社らに対し、出版社らの見解を書面で出すように求め、小冊子の発行が著作権侵害である旨を通知した。これに対して、出版社らは、同月23日、小冊子は引用に該当し、正当な根拠がある旨を書面によって説明した。バイエルン州は、同月24日に、発行が差し迫った小冊子の複製、頒布等の差止めを求める仮処分を申し立て、翌25日、ミュンヘン地方裁判所は、これを認める仮処分（*einstweilige Verfügung*）決定¹³³⁾を出した。以上のような事案において、控訴審であるミュンヘン上級地方裁判所は、公衆に価値の高い学術的情報が与えられないことになるから、上記仮処分は検閲措置に等しいという出版社らの主張に対し、前記2の連邦憲法裁判所判決を引用しつつ、以下のとおり、同判決と同様の判示をする¹³⁴⁾。すなわち、一般的法律（ドイツ基本法5条2項）で保護される法益実現のため、当該法律で規定された権利保護可能性が用いられる場合には、検閲に当たらないことは、（ドイツ基本法5条）1項第3文に基づく検閲禁止が、（同条）2項の制限規定と

131) ドイツ著作権法第97条（不作為及び損害賠償を求める請求権）

- (1) 著作権その他この法律に基づき保護を受ける権利を違法に侵害する者に対して、その被害者は、侵害の排除を、反復のおそれがあるときは不作為を請求することができる。不作為を求める請求権は、違反行為が最初に差し迫る場合にも認められる。
- (2) その行為が故意又は過失によって行う者は、被害者に対して、それによって生じた損害について賠償の義務を負う。損害賠償の算定に際しては、加害者が権利の侵害によって得た利益を考慮することもできる。損害賠償請求権は、加害者が、侵害した権利に関する使用について許諾を得ていたならば、相当なる報酬として支払わなければならない金額を基礎とすることによって、計算することもできる。著作者、学術的刊行物の作成者（第70条）、写真家（第72条）及び実演芸術家（第73条）は、財産的損害とは異なる損害を理由とする場合にも、衡平の命ずるところに従い、金銭による賠償を求めることができる。

（以上、公益法人著作権情報センターウェブサイト http://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_c1a.html）

132) Schricker/Loewenheim/*Leistner*, a.a.O. (Fn. 128), § 97 Rn. 1, 224ff. その他の文献については、前掲注130) 参照。

併存していることによって、既に明確に示されている。著作者の権利侵害の差止めを目的とする裁判所の判決は、当局の公表内容に対する事前審査や許可と同等ではない。少なくとも大学教授による解説部分については、「思想の自由市場」には流通していないが、それにもかかわらず、前記2で検討した連邦憲法裁判所判決と同様の判断をしていることは極めて重要である。

(2) そもそもドイツ著作権法上の利用権（*Verwertungsbefugnisse*）規定（わが国の著作権法の支分権規定に相当する）等および権利制限規定は、立法者によって、対立するドイツ基本法上の利益との最終的な利益衡量（*Güterabwägung*）

133) この仮処分は、ドイツ民事訴訟940条の仮処分である。仮処分には、原則として仮差押えの手続規定が準用される（ドイツ民事訴訟法936条。ただし、原則として本案を管轄する裁判所が管轄を有する点等が異なる。同法937条1項）。裁判官は、裁量によって口頭弁論を開くかどうかを決定するが、仮処分の場合、通常は口頭弁論が開かれ、緊急を要する事件および申立てを棄却・却下する場合にのみ口頭弁論は開かれまいとされている（同法937条2項）。Jauernig/Berger, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 23. Aufl., 2010, § 37 Rn. 26ff.; Schuschke/Walker/Walker, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, 5. Aufl., 2011, § 937 Rn. 6ff.; Krüger/Rauscher/Drescher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 2, 5. Aufl., 2016, § 937 Rn. 5ff. 口頭弁論が開かれる場合には判決（*Urteil*）、口頭弁論が開かれない場合には決定（*Beschluss*）がなされる（同法936条、922条1項第1文）。後者の場合には、相手方に対して書面または電話による意見聴取の機会を与える場合と与えない場合とがある。Schuschke/Walker/Walker, a.a.O., § 937 Rn. 6; Krüger/Rauscher/Drescher, a.a.O., § 937 Rn. 6.

申立認容決定に対しては異議（*Widerspruch*）を申し立てることができ（同法936条、924条1項）、異議審では必ず口頭弁論が開かれる（同法936条、924条2項第2文）。異議審の判決に対しては控訴することができるが、仮差押えおよび仮処分についての控訴審判決に対しては上告することができない（同法542条2項第1文。なお、憲法異議は可能である）。

この事件では、ミュンヘン地方裁判所の仮処分が決定でなされているため、この段階では口頭弁論は開かれていないが、出版社がバイエルン州に出した1月23日の書面が、いわゆる保護書面（*Schutzschrift*）として、仮処分手続で提出されたようである。保護書面については、Schuschke/Walker/Kessen, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, 5. Aufl., 2011, Anh. § 935 B. Rn.1ff.

134) OLG München AfP 2012, 395, 399. 事案の詳細については、原判決である LG München ZUM 2012, 409, 410f.

がなされた上で規定されているところ¹³⁵⁾、利用者の対立する基本権（意見表明の自由や芸術の自由等）と、基本権たる財産権・人格権である著作者の権利が衝突する場合には、双方の適切な均衡を図るための利益衡量は、あくまで利用権規定等ないし権利制限規定の解釈適用においてなされる¹³⁶⁾。この点に

135) Dreier/Schulze/*Dreier*, a.a.O. (Fn. 107), Einl. 39; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl., 2018, Vor § 44a ff. Rn. 4; BGH GRUR 1987, 34, 35 – Lili Marleen; BGH BGHZ 150, 6, 8 – Verhüllter Reichstag; BGHZ 154, 260, 264 f. – Gies-Adler; BVerfG GRUR 2012, 389, 390. Vgl. Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, Grundgesetz Kommentar, 82. Lig. Januar 2018, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 461f.

ドイツ著作権法は、意見表明の自由等を制限する一般的法律（ドイツ基本法5条2項）にあたる。なお、Erick Barendt, *Freedom of Speech*, 250 (2d ed. 2005) も「ドイツ連邦通常裁判所も〔筆者注：合衆国最高裁判所と〕同様のアプローチを採用しており、ある有名歌手に関する映画公開に関連して、『リリー・マルレーン (Lili Marleen)』の歌詞をある週刊新聞社が公表しようとした際、そのような権利はプレス自由に含まれないものとされた。同裁判所の判示によれば、著作権者の利益と公表者のそれとの衝突に関しては、著作権法制によって調整が図られているというのである。」とする。

また、BGH BGHZ 154, 260, 264f. – Gies-Adler は、表現形式 (Ausdrucksform) が通常の場合、著作権法上の保護の制限として適用されることも、著作者の利用権が及ぶ範囲を画することを指摘する。

136) Schricker/Loewenheim/*Melichar/Stieper*, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 44a ff. Rn. 18; Schricker/Loewenheim/*Leistner*, a.a.O. (Fn. 128), § 97 Rn. 39; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, a.a.O. (Fn. 135), Vor § 44a ff. Rn. 4; Dreier/Schulze/*Dreier*, a.a.O. (Fn. 107), Einl. Rn. 39, 41; Wandtke/Bullinger/*v. Wolff*, a.a.O. (Fn. 130), § 97 Rn 34; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 532; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 462; BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; BVerfG ZUM 1999, 633, 635; BVerfG GRUR 2012, 389, 390; BGH BGHZ 154, 260, 265 – Gies-Adler; BGHZ 150, 6, 8 – Verhüllter Reichstag.

著作者人格権の要素に関しては、ドイツ著作権法14条だけでなく、条文上は必ずしも明らかではない同法12条の場合も、保護範囲の問題として、利益衡量がなされ得る。Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 12 Rn. 9, § 12 Rn. 24ff., § 14 Rn. 4, 26ff.; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., 2014, § 12 Rn. 16, § 14 Rn. 10ff.

ドイツの権利制限規定の解釈に関する判例における憲法上の議論等につき、栗田昌裕「『著作権の制限』の判断構造(1)——ドイツ連邦通常裁判所の判例を中心とした考察——」民商144巻1号1、11頁以下、「同 (2・完)」民商144巻2号181頁以下 (いずれも2011年)。

つき、通説・判例は、利用権規定等および権利制限規定の解釈適用以外における一般的な利益衡量の余地はないとしている¹³⁷⁾。したがって、このような権利制限規定や利用権規定等の解釈の中で、利用者の対立する基本権と著作権者の権利との利益衡量がなされることはあっても、著作権の権利に基づく予防的差止請求権に、ドイツ著作権法97条1項所定の要件よりも厳格な要件に基づくべきであるといった議論は見当たらない。

そして、そもそも上記のようなドイツ著作権法の諸規定の解釈適用において、意見表明の自由や芸術の自由等との利益衡量がなされるに際しては、当然のことながら、著作権者の権利自体も、基本権である財産権・人格権であることが考慮されなければならない、必ずしも意見表明の自由等が優先するわけではない。

さらに、ドイツ著作権法は12条ないし14条¹³⁸⁾で著作人人格権の要素について規定するところ、著作権者の意思に基づくか、または、意思に反して未公表の著作物を公表することが公衆の情報受領の利益によって正当化されるか否かについても、著作人人格権の保護範囲として問題とされており、検閲あるいは事前抑制に類するような問題とは取り扱われていない¹³⁹⁾ことも重要であろう。

137) Schricker/Loewenheim/*Melichar/Stieper*, a.a.O. (Fn. 136) Vor § § 44a ff. Rn. 24; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, a.a.O. (Fn. 135) , Vor § 44a ff. Rn. 4; Fromm/Nordemann/*Jan Bernd Nordemann*, a.a.O. (Fn.130) , § 97 Rn. 23; Dreier/Schulze/*Schulze*, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2018, § 12 Rn. 16, 22; Dreier/Schulze/*Dreier*, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2018, Vor § 44a Rn. 3; Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: Festschrift für Gerhard Schricker, 2005, S. 511, 517f.; BGH BGHZ 154, 260, 266 – Gies-Adler; BGHZ 185, 291, 301 – Vorschaubilder; BGH GRUR 2011, 415, 417; BVerfG GRUR 2012, 389, 390.

これに対して、Wandtke/Bullinger/*v. Wolff*, a.a.O. (Fn. 130) , § 97 Rn. 34は、利用権規定および権利制限規定の解釈適用において、基本権の衝突を解決できない場合には、侵害の違法性 (Rechtswidrigkeit —ただし、権利侵害が認められるときは侵害者が正当化理由の主張立証責任を負う形で現れる) の局面においても、基本権の衝突を解決することができる (あるいはしなければならない) とするが、極めて少数説であるし、いずれにせよ、侵害レベルの問題であって、事前抑制の問題とは無関係である。

なお、損害賠償額の算定において、ドイツ基本法14条の保護がドイツ著作権法97条2項の解釈適用で考慮され得ることはある。BVerfG NJW 2003, 1655, 1656.

4 ドイツ基本法における検閲概念

ドイツ基本法5条1項第3文は、検閲禁止（Zensurverbot）を規定する¹⁴⁰⁾。検閲禁止は、基本権を制限することを制限するものと言われ（Schränken-Schranke）、その禁止は絶対的である¹⁴¹⁾。通説・判例は、検閲とは、国家が行う¹⁴²⁾形式的検閲かつ事前検閲のみを指すところ、形式的検閲とは、精神作品（Geisteswerk）を含む意見表明に対する許可留保付きの禁止（事前の許可によっ

138) ドイツ著作権法12条（公表権）

- (1) 著作者は、その著作物の公表の可否及びその方法を決定する権利を有する。
- (2) 著作物ないし著作物の本質的内容又はその説明のいずれもが、未だ著作者の同意を得て公表されていないかぎり、著作物の内容を公衆に知らせ、又は説明することは、その著作者に留保されるものとする。

ドイツ著作権法13条（著作者であることの承認）

著作者は、その著作物について、自らがその著作者であることの承認を求める権利を有する。著作者は、著作物に著作者表示を付するか否か、及びいかなる表示を用いるかについて、決定することができる。

ドイツ著作権法14条（著作物の歪曲）

著作者は、その著作物の歪曲その他の毀損で、著作物に関する自らの正当な精神的又は個人的な利益を危うくすると評価されるものを、禁止する権利を有する。

（以上、公益法人著作権情報センターウェブサイト http://www.cric.or.jp/db/world/germany/germany_c1a.html）

139) Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, a.a.O. (Fn. 136), § 12 Rn. 26.

140) ドイツの検閲概念については、長尾・前掲注121) 7頁以下も参照。ドイツでも、検閲についての体系的研究はあまりなされていないとのことである。長尾・前掲注121) 5-6頁。

141) BVerfG BVerfGE 33, 52, 72; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), 68. Lig. Januar 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 115, 128; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 919; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 173. 検閲には、ドイツ基本法5条2項の一般的法律による例外も認められない。

142) Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 115; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., 2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 264; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 925; Sachs/*Bethge*, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 5 Rn. 133. 通説は、このように検閲の禁止は国家に向けられたものであり、第三者効（照射効）はないとする。Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 115.

てのみ意見表明を可能にすること）をいい、事前検閲（Vorzensur）とは、意見表明の作成（Herstellung）または流布（Verbreitung）の前になされる検閲をいう¹⁴³⁾。また、検閲は、常に意見表明の内容の審査に係るものである¹⁴⁴⁾。

本件で重要なことは、筆者が調査する限り、ドイツ基本法では、わが国でいうような、検閲と同視または区別される「事前抑制」に相当する概念はないという点である¹⁴⁵⁾（これは事前抑制の法理自体が、英米法の古典的法理であるから¹⁴⁶⁾、当然というべきかもしれない）。通説・判例によれば、いったん発表に至ったときは、ドイツ基本法における検閲には当たらないが、わが国でいえば事前抑制が問題となり得る場合であっても、通常の場合と同様、意見表明の自

143) BverfG, BVerfGE 33, 52, 72; BVerfGE 83, 130, 155; BVerfGE 87, 209, 230; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 116; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 17, 918, 920; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 259f.; Dreier/*Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 141), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 171f.; Sachs/*Bethge*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Rn. 131f.; *Stern*, in: *Stern/Sachs/Dietlein (Hrsg.)*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd VI/1, 2006, § 109 VI 1.a.

v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 259 は、技術的な検閲の経過は4つの要素からなるとし、①特別の許可なしの意見表明の禁止、②発表前の当局（Behörde）に対する意見表明の提出命令、③当局による許可または禁止、④禁止を実現するための当局の強制手段を挙げる。

ドイツの検閲概念は、かつての通説であった宮沢俊義教授の見解に近いものである。宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣・1971年）366頁は、「検閲とは、公権力が外に発表されるべき思想の内容をあらかじめ審査し、不適当とみとめるときは、その発表を禁止すること」というとする。

144) Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 116; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 259; *Stern*, a.a.O. (Fn. 143), § 109 VI 3.

表現の内容にかかわらず、意見表明の形式によって生じ得る危険を回避するのに資する許可手続（宣伝活動のための道路の使用等）は、ここでいう検閲には当たらないとされている。

145) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』（有斐閣・2000年）364頁は、ドイツでは、「検閲概念に事前抑制と区別された特別の意味を持たせる見解はない。」とする。

由等の限界を定める一般的法律（ドイツ基本法5条2項。前述のとおり、わが国では憲法12条後段に相当する）による制限の問題として、刑事・民事等の責任が問題となるにすぎない¹⁴⁷⁾。

前述のとおり、ドイツの検閲の主体は国家であるため、裁判所もこれに含まれるが、ドイツ基本法上の検閲の定義によれば、定義上は、裁判所が出版前の表現物に対する差止めを認めることが検閲に当たり得ることは、国家が裁判所に対して職権で一定の表現物に対して発表前に差し止める権限を付与している法律があるような場合（非訟事件）を想定すれば、容易に理解することができる。しかし、通説・判例は、（国の権利ではなく）私権が国家機関たる裁判所によって実現されているのであるから、私人の申立てに基づいて裁判所が裁判による意見表明の差止めを事前に行うことは、検閲に当たらないとする¹⁴⁸⁾。もともと検閲概念の厳密な内容が十分に解明されていないためかもしれないが、そこでは、あくまで（一般的法律（ドイツ基本法5条2項）で保護される）法益または私権の実現のために裁判がなされることを理由として、検閲禁止に当たらないと解しているのであって、検閲の定義に当たらないことを理由にはしていない¹⁴⁹⁾。つまり、ドイツ基本法上は、定義上検閲に当たり得ないとはいえないが、実質的には検閲とは解されていないようであるということが重要なのであって、ドイツ法において、検閲と同視または区別される事前抑制の概念があるか否か自体は、わが国との比較においてはさほど重要ではないといえよう。したがって、ドイツ法の議論は、わが国においても十分に参照されなければならない。

146) 芦部・前掲注8) 267頁、最判解民事篇昭和61年度291頁〔加藤和夫〕。また、重要な点として、米国では、検閲 (censorship) と司法の差止命令を含む広義の事前抑制 (prior restraint) が概念上厳密に区別して用いられているわけではないことにも注意が必要である。芦部信喜「検閲禁止の意味」同『演習憲法』(有斐閣・1982年) 140、143頁。

147) BVerfG BVerfGE 33, 52, 72; Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, a.a.O. (Fn. 135), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 118; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 261; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 923f.; Sachs/*Bethge*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Rn. 132. 長尾・前掲注121) 13頁も参照。

以上のように、ドイツ基本法上の検閲概念は、わが国とは同一ではないが、国家による意見表明の作成・流布前の検閲のみを問題とするにもかかわらず、裁判所の裁判が私権の実現のためになされるものであることを理由として、裁

148) BVerfG BVerfGE 8, 53, 58; BVerfGE 119, 1, 23; OLG München AfP 2012, 395, 399; Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 925; Dreier/*Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 141), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 175; Sachs/*Bethge*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Rn. 135a; *Stern*, a.a.O. (Fn. 143), § 109 VI 3.a.; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 264.

仮処分手続による私権に基づく差止めについても、同様である。Kahl/Waldhoff/Walter/*Degenhart*, a.a.O. (Fn. 122), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 925。芦部・前掲注145) 365頁も、ドイツでは「もっとも、違法な表現を仮処分 (einstweilige Verfügung) 手続きによって事前に抑止することは例外的に許される、と一般的に解されている。これは、仮処分による抑止は表現行為の事前抑制ではあるが、許可制形式の禁止ではなく、独立の裁判所による制約で公正な手続きの下で行われるので、精神的自由に対して重大な危険を及ぼすことはないという理由に基づく。」と述べている。前述のとおり、検閲と同視または区別される事前抑制という概念はドイツにはないので、ここでいう「事前抑制」は検閲と同義をいうものと思われる。ただし、ここで述べられていることは、仮処分に限られていない。さらにいえば、言外に考慮されているのかもしれないが、通説・判例は、独立の裁判所による公正な手続であること自体を直接の理由とはしていないようである。

149) *Stern*, a.a.O. (Fn. 143), § 109 VI 3. は、「基本法5条1項第3文の厳格な文言にもかかわらず、検閲禁止の範囲の限界事例が存在する。」と述べた上で、その1つとして、差止請求訴訟や人格権侵害による出版禁止の仮処分が検閲禁止に当たらないことについて述べていことから本文上記のことがうかがえる。

Dreier/*Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 141), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 175 は「私人の私人に対する裁判上の差止訴訟による意見表明の禁止は、検閲ではない、なぜなら、私権が国家の裁判所によって実現されているからである。」と述べる。Sachs/*Bethge*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Rn. 135a は、「民事裁判所が、私人に対し特定の表現を差し止める判決を下す場合には、確かに、目的とされた予防的効力を有する国家の裁判行為が存在する。しかし、(ドイツ基本法) 5条1項第3文の観点の下では (*sub specie*)、国家は、この場合、専ら国家のものではない権利の裁判上の保護のために行動することになることが、決定的に重要なのである。」と述べる。仮処分についても、v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, a.a.O. (Fn. 142), Art. 5 Abs. 1 Rn. 264. は、「報道機関の事件における予防的効力を有する仮処分は、確かに、裁判官(国家機関)によってなされるが、私人の名誉またはその他の権利を侵害する出版に対して、これらの権利を守るといふ、私人の申立てに基づいてなされるものである。」と述べて、検閲禁止に当たらないとする。

判による事前の意見表明の差止めは、検閲に当たらないとしていることは、非常に重要である。この理由ゆえに差止請求権を認める裁判が検閲に当たらないということからすれば、わが国においても、検閲と事前抑制を同義であると解して検閲の主体を公権力とする広義説を採る場合だけでなく、検閲と事前抑制とを区別して事前抑制の主体は公権力であるとする狭義説および判例の立場であっても、同様に、差止請求権を認める裁判は検閲あるいは事前抑制には当たらないと解すべきこととなろう。

5 小括

ドイツ著作権法では、著作者の権利に基づく差止請求権が、予防的差止請求権も含めて明文で認められているが、出版前など表現が発表される前であっても、予防的差止請求権が当然に認められることが前提とされている。一般的人格権に基づく予防的差止請求権の場合についても同様であり、出版前など表現が発表される前である場合には、特別の要件を課すべきであるという議論はなされていない。ドイツでは、検閲と同視または区別される事前抑制の法理に相当する概念はなく、また、ドイツの検閲概念は、わが国とは異なる。すなわち、検閲とは、国家が、意見表明の作成・流布の前に（事前検閲）、意見表明の内容の審査を行い、事前の許可によってのみ意見表明を可能にすること（形式的検閲）をいうとされている。そして、ドイツの検閲の主体には、裁判所も含まれるが、通説・判例は、（国家の権利ではなく）私権が国家機関たる裁判所によって実現されているのであるから、私人の申立てに基づいて裁判所が裁判による意見表明の差止めを事前に行うことは、検閲に当たらないとする。検閲概念の違いを踏まえた上でも、わが国の物権的請求権や人格権、ひいては著作者の権利に基づく差止請求権にも大きな影響を与えたドイツ法のこのような議論は、わが国にとっても非常に重要である。

第4 わが国における学説・判例および比較法を踏まえた検討

1 民法および著作権法における一般的見解

わが国の民法でも、明文の規定はないが、物権的請求権（返還請求権、妨害除去（排除）請求権、妨害予防請求権）が認められており¹⁵⁰⁾、現に妨害状態が（一度も）生じていなくても、将来生ずるおそれ大きい場合には、予防的差止請求権が認められる¹⁵¹⁾。また、物権的請求権には、物権の侵害状態が客観的に違法であることが必要であるとされている¹⁵²⁾。特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作者人格権は、物権との類似性から、特別法によって妨害排除請求権および妨害予防請求権が認められている¹⁵³⁾。

そして、著作権法112条1項は、差止請求権を規定しているところ、これは、民法上の物権的請求権（妨害排除請求権・妨害予防請求権）に相当する権利を定めているのである¹⁵⁴⁾。この差止請求権は、現に侵害行為が継続し、あるいは、いったん侵害行為がなされた後にさらに侵害が予想されるという場合のみならず、未だ一度も侵害行為がなされてはいないが、侵害行為がなされるおそれがあるという場合にも、認められることは、当然の前提となっている¹⁵⁵⁾。旧著作権法（明治32年法律第39号）下でも、差止請求権の明文規定がないにもかかわらず、著作権・著作者人格権は、物権類似の排他的支配力を有する

150) 舟橋諄一『物権法（法律学全集）』（有斐閣・1960年）25-27頁、内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論〔第4版〕』（東京大学出版会・2008年）367-368頁。

151) 舟橋・前掲注150) 49頁、内田・前掲注150) 369頁。

152) 舟橋＝徳本・前掲注111) 159頁以下〔好美〕。しかし、権利侵害は、原則として違法であるから、正当化事由という形で問題となるであろう。

153) 舟橋＝徳本・前掲注111) 129頁〔好美〕、幾代通『不法行為』（筑摩書房・1977年）294-295頁。

この点、星野英一『民法概論Ⅱ〔合本再訂版〕』（良書普及会・1989年）21頁は、無体財産権など特別法により差止請求権が認められる場合について「これらも、物権的請求権と類似の権利であり、逆に、その侵害に対し不法行為に基づく損害賠償請求権を認めるだけでなく、進んで差止請求権まで認めるのが妥当である場合に、その背後に物権的な権利を認めるべきだ、とされているのである」と述べる。

ものであるから、その侵害があるときは、侵害行為の中止や排除を求められることが当然であると解され¹⁵⁶⁾、未だ一度も侵害行為がなされていない場合にも、予防的差止請求権が認められていた¹⁵⁷⁾。

著作者人格権と民法における人格権との関係については、著作者人格権は、

(前頁からつづき)

民法では、差止請求権の根拠に関して、差止請求権は権利の排他的支配性に基づいて認められるというのが伝統的な考え方であったが、近時は、差止請求権は不法行為の効果であるという見解や、差止請求権の根拠を端的に違法な侵害に対する権利・利益保護の必要性であるとする見解、排他的権利とそれ以外の法益とを区別して考える見解等がある。しかし、これらの議論の中心は、物権等の排他的権利以外の法益侵害がなされた場合の差止請求権をどのように認めるかというものであって、物権的請求権によって処理できるものについては、物権的請求権による構成は否定されていない。潮見佳男『基本講義債権各論Ⅱ不法行為法〔第3版〕』（新世社・2017年）195-196頁参照。また、排他的権利が侵害されている場合には、差止請求権の成否につき利益衡量を常に必要とする見解であっても、その衡量自体が極めて定型的・形式的に行われ、ほぼ当然に差止めを肯定することになるのではないとも指摘されている。愛知靖之「民法学における差止請求権理論と知的財産法における差止請求権」別冊パテント10号（2013年）12、20頁。いずれにせよ、著作権法では、後述のとおり、著作権・著作者人格権を物権類似の排他的権利であることを前提としつつ、差止請求権の要件自体を明文で規定しているため、本稿では、民法の上記議論については立ち入らないこととする。

154) 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013年）725-727頁、齊藤博『著作権法〔第3版〕』（有斐閣・2007年）352頁、半田正夫『著作権法概説〔第16版〕』（法学書院・2015年）321頁。加戸・前掲727頁は、著作権法112条1項が規定する侵害停止請求権・侵害予防請求権について「明文の規定がなくても、物権的な権利として概念される本項〔著者注：112条1項〕の5権利については当然認められる性格のものであると考えられますが、その理論上当然のことを実体法上明確にしたものであるといえましょう。」と述べる。解釈論としては、著作権・著作者人格権が排他的権利であるという前提で、これらの侵害または侵害のおそれがある場合には、差止めが認められると解さざるを得ないであろう。愛知靖之「出版物に対する差止請求の制限」上野達弘＝西口元編『出版をめぐる法的課題 その理論と実務』（日本評論社・2015年）269、278-279頁参照。

155) 加戸・前掲注154) 728頁、半田・前掲注154) 324頁。加戸・前掲注154) 728頁は「第2の、権利を『侵害するおそれがある者』に対する『侵害の予防』の請求は、主として無断複製物の頒布の防止という観点で活用されそうですが、もちろん、海賊版出版計画や無断演奏計画を事前に察知して侵害予防請求を行うこともございます。」と述べる。予防的差止請求権について、事前抑制の法理により別途要件が必要となるという記述は全くない。

基本的に（一般的）人格権を母権とする個別的人格権の1つであると位置付ける見解¹⁵⁸⁾と、人格権の範疇に含めるのは妥当ではなく別個に取り扱うべきであるという見解¹⁵⁹⁾がある。しかし、著作者人格権を物権類似の権利として、これに基づく予防的差止請求権を認めている点では同じであるため、本稿の問題に直接関係はしない。民法には人格権に基づく差止請求権について明文の規定はないが、判例¹⁶⁰⁾は、人格権と物権がいずれも排他的支配権であることから、人格権に基づく差止請求権を認めている。

著作権法112条1項は、予防的差止請求権と（いったん侵害がなされた後になされる）差止請求権とを区別することなく、同一の要件の下に規定しているが、以上のとおり、著作権法112条1項では、一度も侵害がなくても、予防的差止請求権が認められることが当然の前提となっている。したがって、出版前など表現が発表される前であっても、同項に基づく差止請求権が認められることは当然であると考えられている（書籍等が出版される前には通常複製がなされているであろうから、一度も侵害がないという時点は通常出版よりも前になる）。これらについて、後記第5、1(1)の各見解が出るまでは、疑問が呈されることもなかったといつてよい¹⁶¹⁾。

156) 山本桂一『著作権法（法律学全集）』（有斐閣・1969年）139、173頁、同「著作権侵害訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章『実務民事訴訟講座5』（日本評論社・1969年）277、280、284、292-293頁。

山本桂一・前掲著作権法173頁、同・前掲著作権侵害訴訟292-293頁は、公表決定権の侵害の場合も、法の明文はないが、他の著作者人格権侵害の場合に準じて出版その他の複製の差止めができるとしている。

157) 山本桂一・前掲注156) 著作権法140、145頁、山本桂一・前掲注156) 著作権侵害訴訟289頁。山本桂一・前掲注156) 著作権法145頁は「現に著作権侵害があるわけではないが、その侵害の危険が存する場合、その予防のため著作権者が適当な処置を請求する場合」も妨害予防請求が認められるとしている。以上は著作権についての記述であるが、著作者人格権についてこれと異なる旨の記述はない。

158) 齊藤・前掲注154) 145-146頁。

159) 半田・前掲注154) 123-124頁。

160) 北方ジャーナル最高裁判決、最判平成14年9月24日集民207号243頁〔石に泳ぐ魚事件〕。
なお、加藤・前掲注146) 288頁も参照。

2 判例

出版前など表現が発表される前に、著作権・著作者人格権に基づく差止請求が問題となった事案として、ウォール・ストリート・ジャーナル事件と著作権判例百選事件がある。このほか、著作権・著作者人格権に基づく差止請求が問題となったものではないが、ウォール・ストリート・ジャーナル事件で前提とされている北方ジャーナル最高裁判決についても、ここで検討しておく。

(1) 北方ジャーナル事件

(a) ここでは、出版前の差止請求権（北方ジャーナル最高裁判決では「事前差止め」という用語が使われているので、事前差止めをこの意味でも以下では用

161) ただし、憲法の研究者である松井茂記教授は、三島由紀夫の手紙の著作権に基づく書籍の出版等の差止請求権を認めた仮処分決定を論ずる文脈において、以下のように述べておられる。「著作権侵害にあたるとしても、差止めを認めるべきかどうかはさらに慎重な検討を必要とする。最高裁判所も、北方ジャーナル事件判決で、仮処分による差止めについて、憲法21条2項で禁止された『検閲』には該当しないが、事前抑制である以上、きわめて例外的に厳格な要件を満たす場合に限って認められるべきだとしている。たとえば三島の手紙の引用が著作権侵害にあたるとしても、場合によっては差止めを認めず損害賠償のみの救済を認めるべき場合もある。」松井茂記「著作権・パブリシティの権利と出版の差止め」法時70巻11号（1998年）86、89頁。これ以上の記述がないので、どのような趣旨であるのかは必ずしも判然としないが、少なくともこの事件では既に書籍は出版されている事案であり、北方ジャーナル事件とは事案を異にする。しかも、米国法とは異なり、わが国では、著作権侵害が認められれば、権利濫用等に当たる場合は格別、差止請求権が認められるのであるから、米国法との違いがどこまで考慮されているのか疑問がないではない。しかも、松井・前掲89頁では、「これらのアメリカにおける状況は、日本でも重く受け止める必要がある。そもそも、三島の手紙の内容すべてが著作権法にいう『著作物』にあたるとは思われない。また著作物だとしても、未公表の著作物の引用に表現の自由の保護を認めるべき場合もある。その際、未公表だからといって一切公正な引用を認めず、公表権の侵害とすることは、憲法21条の表現の自由と合致しないように思われる。著作権法32条を拡張解釈し、18条1項を限定解釈するか、憲法21条に直接依拠して、未公表の著作物の公正な引用も認め、公表権侵害にも一定の免責を認めるべきではなからうか。」と述べ、米国法のフェアユースに関する議論をそのまま参考にしようとし、少なくともわが国の通説・判例の解釈論を前提とする限り、わが国の著作権法では採り得ない考え方を示していることも指摘しなければならない。

いることがある）に関する部分についてのみ検討する。北方ジャーナルの事案は、簡潔に述べれば以下のとおりである。北方ジャーナルを発行する出版社が、北海道知事選挙の立候補予定者に関する記事を北方ジャーナル昭和54年4月号に掲載予定であった。しかし、上記記事は上記立候補予定者の名誉権を侵害するものであるとして、上記立候補予定者らが同月号の印刷・頒布等を禁止する仮処分を申請し、その旨の仮処分決定がなされ、執行官によって仮処分決定が執行された。そのため、出版社が、国および仮処分申請人らに対して、裁判官および執行官に職権濫用があり、仮処分申請人も違法を承知であり、仮処分決定およびその申請が違法であるとして、損害賠償を請求した。

北方ジャーナル最高裁判決は、裁判所が行う出版物の頒布等の事前差止めが事前抑制として憲法21条1項に違反しないかに関して、次のとおり判示する。すなわち、「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、實際上の抑止の効果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであつて、表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうるものといわなければならない。出版物の頒布等の事前差止めは、このような事前抑制に該当するものであつて、とりわけ、その対象が公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には、そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ、前示のような憲法21条1項の趣旨…に照らし、その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されないものといわなければならない。」。以上のように判示した上で、例外的に事前差止めが許される場合の要件を定立する。

(b) この北方ジャーナル最高裁判決が著作者の権利に基づく差止請求権にも及ぶのかについては、下記の各点を指摘することができる。

まず第1に、北方ジャーナル最高裁判決は、あくまで明文が規定していない人格権としての名誉権に基づく差止請求権についての実体的要件を定立したものであって¹⁶²⁾、明文の規定がある著作者の権利に基づく差止請求権には関係がない。すなわち、人格権の成立要件あるいは人格権に基づく差止請求権については明文の規定がないため、その構成要件は開かれている。そして、その要件をどのように定立するかについては、人格権としての名誉権と表現の自由等とにつき利益衡量による調整を図ることとなるが、北方ジャーナル最高裁判決は、各種の表現行為の価値を類型化して名誉等に優越するものを列挙するという類型的衡量によっているのである¹⁶³⁾。これに対して、著作権法は、後記3のとおり、既に立法段階で表現の自由等との利益衡量による調整を考慮した上で、著作者の権利に基づく（予防的）差止請求権を明文で認め、構成要件を定めているから、北方ジャーナル最高裁判決のような裸の利益衡量をする余地はない¹⁶⁴⁾。したがって、著作者の権利に基づく予防的差止請求権を認めるに当たっては、名誉権等に基づく予防的差止請求権の成立要件は全く関係しない。

第2に、北方ジャーナル最高裁判決に強い影響を与えたとみられる伊藤正己裁判官の補足意見で述べられていた、差止仮処分が「検閲」に類似する側面を帯有している理由のうち、前二者については著作者の権利に基づく差止請求権

162) 北方ジャーナル最高裁判決は、人格権に基づく差止めができるとしつつ、事前差止めの要件を定立するかのような判示がなされていることに鑑みると、米国の判例法における差止命令の要件が、救済レベルでの裁判所の裁量権行使の際に考慮すべき要素である点が十分に理解されていたのかに疑問がないわけではないが、北方ジャーナル最高裁判決が事前差止めの要件とするものは、わが国では、人格権に基づく差止請求権の実体的要件（成立要件）と読むしかないであろう。中込秀樹「書籍、新聞、雑誌等の出版等差止めを求める仮処分の諸問題」東京地方裁判所保全研究会『詳論民事保全の理論と実務』（判例タイムズ社・1998年）264-265頁。

163) 加藤・前掲注146) 295-296頁。同頁は、「公務員ないし公職選挙の候補者など公的人物に対する批判等」という類型化された表現について要件を定立したとしているとする。北方ジャーナル最高裁判決の大橋進裁判官および伊藤正己裁判官の補足意見も参照。

には妥当せず、最後の理由も現在では妥当しないことを指摘することができる。

伊藤裁判官は、上記理由として、「第1に、それは、表現行為が受け手に到達するに先立つて公権力をもつて抑止するものであつて、表現内容の同一のもの、の再発行のような場合を除いて、差止めをうけた表現は、思想の自由市場、すなわち、いかなる表現も制限なしにもち出され、表現には表現をもつて対抗することが予定されている場にあらわれる機会を奪われる点において、『検閲』と共通の性質をもっている。第2に、裁判所の審査は、表現の外面上の点のみならず、その思想内容そのものにも及ぶのであつて、この点では、当裁判所が、表現物を『容易に判定し得る限りにおいて審査しようとするものにすぎ』ないと判断した税関による輸入品の検査に比しても、『検閲』に近い要素をもっている。第3に、仮の地位を定める仮処分の手続は、司法手続とはいつても非訟的な要素を帯びる手続で、ある意味で行政手続に近似した性格をもっており、またその手続も簡易で、とくに不利益を受ける債務者の意見が聞かれる機会のないこともある点も注意しなければならない。」と述べている。

上記理由の第1および第2は、著作者の権利に基づく差止請求権には妥当しない。すなわち、ここで重視されているのは、「裁判所の審査は、表現の外面上の点のみならず、その思想内容そのものにも及ぶ」こと、つまり「思想内容」を裁判所が事前審査し、それを不適当として当該「思想内容」の流布を禁止す

164) 木下・前掲注3) NBL（下）45頁注42は、北方ジャーナル最高裁判決の判示と著作権法112条1項の規定とが極めて類似していることをもって、「最高裁は、名誉権と著作者の権利のそれぞれが導き出す請求権の内容について質的差異を想定していなかったものと考えられる。逆に言えば、著作権法112条1項と同様の実体的請求権を名誉権に認めつつ、なお最高裁は事前抑制の法理の適用を論じていたものと捉えることができよう。」と論じる。しかし、ここでいう「請求権の内容についての質的差異」が何を指しているのか自体が不明であることはさておき、上記判示は、差止請求権の法的根拠を、人格権が物権類似の排他的支配権であることに求めたために類似性があるだけであり、そこから質的差異を想定していないと論ずることができないことは明らかである。著作者の権利に基づく差止請求権と人格権に基づくそれとは、成立要件が異なり、著作者の権利に基づく差止請求権の成否において、利益衡量によって決すべきでないことは、東京高判昭和60年10月17日無休裁集17巻3号462頁〔藤田嗣治事件〕が指摘するとおりである。

ることによって、思想の自由市場へ参入する機会が奪われることである¹⁶⁵⁾。名誉権侵害に基づく表現行為の事前差止めが求められる場合には、裁判所は、摘示された事実の真実性等について判断が必要であり、「表現の外面上の点」のみならず、その思想内容そのものについて審査をしなければならない。名誉権侵害に基づき表現行為の差止めを命じられた者は、摘示しようとしていた事実や、それらに基づく思想、人物等に対する評価等を流布させることが不可能となる。プライバシー権侵害についても同様であり、プライバシー侵害とは私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれがある事柄であって一般の人々に未だ知られていない事柄をみだりに公開することであるから、プライバシー権侵害に基づく事前差止めが命じられる場合にも、表現者が流布しようとしていた事実やそれに基づく評価等の流布そのものが不可能となる。

以上に対し、著作者の権利に基づく差止めが求められる場合には、「思想内容」やその前提となる事実およびその評価等について裁判所が審査をすることがあり得ない。そもそも著作権法は、「思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件」を保護の対象とせず（「評価」も思想、感情若しくはアイデアに含まれる）、それらの自由な流通を何ら阻止するものではなく、それゆえに、裁判所における著作権・著作者人格権侵害の有無の判断も「思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件」とは無関係に行われる。つまり、思想内容やその前提となる事実およびその評価等とは全く無関係に、外面的な「表現」が他人の著作権・著作者人格権を侵害するものである場合に差止請求権が認められるのである。そして、著作権・著作者人格権侵害ゆえに、ある表現の流布が差し止められる場合であっても、「思想内容」やその前提となる事実を他の

165) 最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁も、北方ジャーナル最高裁判決は、「発表前の雑誌の印刷、製本、販売、頒布等を禁止する仮処分、すなわち思想の自由市場への登場を禁止する事前抑制そのものに関する事案において、右抑制は厳格かつ明確な要件の下においてのみ許容され得る旨を判示したものであるが、本件は思想の自由市場への登場自体を禁ずるものではないから、右判例の妥当する事案ではない。」と述べている。

表現方法によって表現する限りにおいては、差止めを受けた者が同一の「思想内容」やその前提となる事実を流布させることは何ら妨げられない。つまり、民主主義社会において不可欠な、思想やその前提となる事実の自由な流通は、ある思想内容を表現するために他人の著作物を利用せざるを得ないというような極端な場合でない限り、著作者の権利に基づく差止めによっては害されないのである。以上に述べたような名誉毀損等との差異からすれば、法廷意見がいう「事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞がある」という点も、著作権・著作者人格権の侵害が問題となる場合には妥当しないといえよう。

また、第3の理由も現在では妥当しない。北方ジャーナル最高裁判決で問題となった仮処分命令は、民事保全法の制定・施行前に、仮処分命令申立てがあった当日に債務者の審尋を経ることなく発令されたものであるところ、民事保全法が施行された現在では、仮地位仮処分決定は、原則として口頭弁論または債務者が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ発することができない（民事保全法23条4項本文）。実際の手続としても、債務者審尋の機会は必ず与えられるといってもよいし、仮地位仮処分の審理が本案に代替する機能を有するとも言われているところであり、とりわけ著作権・著作者人格権侵害事件に関しては、仮処分審理と本案審理との違いはほとんどない（後記第5、2(1)参照）¹⁶⁶⁾。

(c) 米国法の強い影響を受けているといわれる北方ジャーナル最高裁判決は、米国の事前抑制の法理を検討するに際し、名誉毀損に基づく差止命令の歴史的背景等も考慮していたかは明らかではない。名誉毀損（defamation—厳密に言えば libel と slander に区別される）に基づく差止命令については、修正第1条ないし事前抑制の法理が問題となるだけでなく、もともと歴史的に、エクイティは名誉毀損を差し止めないというエクイティの伝統的ルールがあったことに注意する必要がある¹⁶⁷⁾。そのため、裁判所は、文書による名誉毀損（libel）に

166) 後掲注184) 参照。

対する差止命令は原則として否定的であって、特に暫定的差止命令はできないと解されているようであり、合衆国最高裁判所も、名誉毀損に対する救済として差止命令を認めたことがないとされている¹⁶⁸⁾。筆者がみる限り、エクイティは名誉毀損を差し止めないというエクイティの伝統的ルールが、その後、修正第1条ないし事前抑制の法理に支えられるようになってきたことが、事前抑制の法理をめぐる議論の混乱の一因ではないかと思われる。また、当時の為替レートを考慮するにせよ、米国における文書による名誉毀損の損害賠償額は、わが国より著しく高額であり、約100倍であったという指摘もあり¹⁶⁹⁾、このような高額の懲罰的損害賠償が認められているというバランスの上に、差止命令の問題があることの考慮がどこまでなされていたかも明らかではない。大橋進裁判官が補足意見において、名誉権侵害に基づく損害賠償額の低さを指摘するが、制度全体のバランスとしては、損害賠償との関係をも考慮することが重要であったと思われる。

167) エクイティは名誉毀損を差し止めないというルールは、次のようなエクイティの歴史的要素の影響を受けている。すなわち、差止命令はエクイティ上の救済であるところ、①歴史的にエクイティの管轄が財産権の保護に限定されていたため、名誉毀損等の人的利益(personal interest)の保護のための差止命令を認めていなかったこと、②人的利益を保護するために(名誉毀損が犯罪に当たり得ることを前提として)犯罪を差し止めることに否定的であったこと、③陪審による裁判を否定する結果となることなどがある。Mark P. Denbeaux, *The First Word of the First Amendment*, 80 Nw. U. L. Rev. 1156 (1986), n. 10 & 1201-1207. *See also* Dobbs & Roberts, *supra* note 17, at 170-172, 179, 181-182.

168) 以上につき、Smolla & Nimmer, *supra* note 7 § 15:57; Dobbs & Roberts, *supra* note at 17, at 181-182; Lemley & Volokh, *supra* note 12, at 149-150. *See also* *Tory v. Cochran*, 544 U.S. 734, 737-738 (2005). 紙谷雅子「名誉毀損に対する差止命令の合憲性」ジュリ 1310号(2006年) 157、161-162頁。ただし、これらの議論も、必ずしも出版前など表現が発表される前の事案に限られているわけではないようである。

しかし、近時、下級審判例の傾向として、いったん裁判官または陪審が問題となっている言論が名誉毀損であると事案審理で最終的に判断したときは、虚偽であると判断された当該言論は差し止められ得ると解しているなど近時の新たな傾向については、Tensmeyer, *supra* note 94, at 51 *et seq.*; Smolla & Nimmer, *supra* note 7 § 15:57.

169) 田中英夫『英米法のことば』(有斐閣・1986年) 166頁。

(2) ウォール・ストリート・ジャーナル事件

東京高判平成6年10月27日知的裁集26巻3号1151頁（以下「WSJ 控訴審判決」という。）および東京地判平成5年8月30日知的裁集25巻2号380頁（以下「WSJ 異議審判決」という。）では、米国において日刊新聞 The Wall Street Journal（以下「本件新聞」という）を継続して発行するX（債権者・被控訴人）が、わが国において本件新聞の記事を抄訳して紙面構成に対応して配列した文書（以下「本件文書」という）を募集した会員に作成・頒布するY（債務者・控訴人）に対し、本件文書の作成・頒布は、債権者の本件新聞について有する編集著作権を侵害するとして申し立てた本件文書の作成・頒布の差止仮処分が認められた事案である。この事件では、将来作成される著作物の編集著作権に基づく差止めの可否等が問題となった。

仮処分手続では、昭和61年9月1日以降仮処分命令発令日までに発行される本件新聞、または同日の翌日以降に発行される本件新聞に対応する本件文書の作成または頒布の差止めを認容する仮処分決定がなされた（東京地決平成3年9月24日知的裁集25巻2号408頁）。これに対して、WSJ 異議審判決では、原決定の主文を一部変更し、口頭弁論終結日の翌日以降に発行される本件新聞については、それが発行されることを条件として、これに対応する本件文書の作成または頒布の差止仮処分を維持した。しかし、Yが表現の自由に関しては主張していたものの、事前抑制の主張はしていないこともあり、WSJ 異議審判決は、事前抑制の法理自体に全く言及がないまま差止請求を認めている上、「本件において、債務者は、前記のとおり、債権者新聞の個性を形づくる素材の選択・配列を債権者新聞に依拠してこれを模倣した債務者文書を作成し、これを多数の者に商業ベースで頒布していたものであって、このような行為が表現の自由の名を借りて許されるものでないことはいうまでもない」と判示していた。

これに対して、WSJ 控訴審判決では、Yが本件文書の事前差止仮処分を認めたことは憲法違反である旨主張した点に関して、次のとおり述べ、事前抑制または検閲には当たらないとした。

すなわち、北方ジャーナル最高裁判決を引用しつつ、「著作権侵害行為については、著作権法112条により事前差止めが認められているし、表現行為に対する事前抑制が許容されるために右のような要件が必要であるとされる前記理由に鑑みれば、事前差止めであっても、前記のような弊害が生じる危険性がほとんど存しない場合には、当該事前差止めは、実質的には、事前抑制に当たらないものと解するのが相当である。

①本件において、控訴人は、昭和61年9月から、被控訴人新聞が発行される毎に継続的に控訴人文書を作成・頒布してきたものであり、すでに作成・頒布された控訴人文書は被控訴人新聞の編集著作権を侵害するものであること、②原判決が発行事前差止めの対象とした原判決別紙文書目録（一）、（二）の文書は、すでに発行・頒布された控訴人文書の構成と同一であって、具体的な要素（素材）の点は別として、その他の内容はすでに公のものとされているとみてよいこと、③右文書目録（一）、（二）の記載は、侵害文書を構成するものとしての特定として明確であること、及び、④原判決は口頭弁論を経てなされたものであることを総合すると、原判決が、控訴人文書に対する発行事前差止めの仮処分を認めたことによって、前記のような弊害が生じる危険性があるとは認め難く、実質的には事前抑制に当たらないものと認めるのが相当である。

また、憲法21条2項前段にいう検閲とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査したうえ、不適当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解すべきであるところ、仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合と異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであって検閲には当たらないものというべきであるから（前記最高裁判決、及び最高裁昭和59年12月12日判決・民

集38巻12号1308頁参照）、原判決が控訴人文書に対する発行事前差止めの仮処分を認めたことが、憲法21条2項前段が規定する検閲の禁止に違反するものということではできない。」（傍点および番号は引用に際して付した）

しかし、著作権法112条により事前差止め（出版前の差止め）が認められているのであれば、同条の要件が充足されれば、直ちに事前差止めも認められるのであるから、あえて、北方ジャーナル最高裁判決でいうような弊害が生じる危険性がほとんど存しない場合には、事前差止めは、実質的には事前抑制に当たらないと述べる必要はないはずである。その意味で、WSJ 控訴審判決は、前記1の著作権法の一般的見解とは理論的には一貫しないようにも見える。

しかし、WSJ 控訴審判決は、債権者が未だ作成・発行していない編集著作物に係る編集著作権に基づいて、将来その編集著作物たる本件新聞が発行されることを条件として、将来作成・頒布されるであろう債務者の本本文書につき差止仮処分（しかも、編集の対象となる素材自体も将来生じるのが通常であるという特殊性がある）が認められていることを考慮して、このような判示をしたということが考えられる。つまり、この事件は、既に存在する著作物に係る著作権に基づいて既に（一部にせよ）作成されている出版物につき、出版前に差止仮処分を発令する通常の場合とは異なり、編集著作権に基づく差止請求権自体が将来現実に発生するか否かに不確定要素が相当程度あり、本案では、将来の差止請求権の立証がなされ得るのかについて疑義がないわけでないという事案なのである。当然のことながら、そのような場合は、通常の場合よりも、公衆アクセスをより早い段階で差し止めるという意味で、債務者の表現の自由が不当に害されるおそれがより大きいといえる。以上のような事案の特殊性から、WSJ 控訴審判決は、実質的には事前抑制に当たらないとあえて判示したものと解されるのである。むしろ重要であるのは、上記のような事案の特殊性ゆえに、通常の事前差止めの場合よりも債務者の表現の自由が不当に害されるおそれがより大きいにもかかわらず、結論として、裁判所は、北方ジャーナル最高裁判決の要件に全くよらずに、差止仮処分を認めているということである。

なぜそのように考えられるかについては、以下のように解することができる。

まず、そもそも WSJ 控訴審判決が、事前抑制の弊害が生じる危険性がない理由として挙げているもののうち、上記②は全く理由にならない（WJS 異議審判決別紙文書目録（二）の内容をみれば、将来作成・頒布される本件文書の内容が既に公になっているとは到底言えない。債権者が将来作成・発行する本件新聞における素材の選択・配列の表現は、未だ作成すらされていないのであるから当然公になっておらず、ひいては、この翻案物たる債務者の本件文書における素材の選択・配列の表現の内容も公になっているとはいえない）。その他の理由も、「債権者が将来作成・発行する本件新聞の編集著作権に基づく、債務者が将来作成・頒布する本件文書の差止請求権が、将来発生する蓋然性が高いと認められる」ことを基礎づけるものにすぎない。

そうすると、WSJ 控訴審判決が、将来差止請求権が発生する蓋然性が高いことを基礎づける理由を挙げているのは、おそらく上記のような事案の特殊性を前提として、「事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるを得ない」ことに起因する弊害はないという趣旨であると考えられるであろう。現に、WSJ 控訴審判決は、引き続き「控訴人文書の作成・頒布による被控訴人新聞の編集著作権に対する侵害行為は明白であり、しかも昭和61年9月以降継続的に、侵害行為が行われてきたものであること、被控訴人新聞の編集著作権を保護するためには控訴人文書の発行差止めが有効かつ適切であること、その他本件に顕れた一切の事情を考慮すると、原判決が控訴人に対して、控訴人文書の発行事前差止仮処分を命じたことが、事前抑制又は検閲に当たるとは到底認められない。」と述べていることから、そのことがうかがえる。そのように解さない限り、WSJ 控訴審判決が、別の箇所で「著作権法112条は、著作権を侵害するおそれがある者に対し、その侵害の予防を請求することができる旨規定しているから、既に著作権が発生している場合には、たとえ侵害行為自体はいまだなされていない段階においても、予測される侵害に対する予防を請求することができることはいうまでもない。」と判示していることとの整合性を図ることができないであろう。しかし、WSJ 控訴審判決が事前抑制の法理の文脈で述べていることは、将来の給付の訴え（民事訴訟法135条）ない

し申立ての適法性の問題として取り扱うべきものである。将来作成される著作物の著作権に基づく差止請求権であっても、その差止請求権が認められる場合には、事前抑制の法理は本来問題とならないはずである。したがって、WSJ控訴審判決は、将来の給付の訴え・申立ての適法性という問題と、事前抑制の法理という別次元の問題とを明らかに混同しているといえよう。

以上によれば、WSJ控訴審判決は、著作権に基づく事前差止めにも、北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理が適用になることを前提としていると解することはできない。

（3）著作権判例百選事件

東京地決平成28年4月7日判時2300号76頁¹⁷⁰⁾は、債権者が、編集著作物たる雑誌（以下「本件著作物」という）の共同著作者の一人であることを前提に、債務者が発行しようとしている改訂版の雑誌（以下「本件雑誌」という）は本件著作物を翻案したものであるなどと主張して、本件著作物の①翻案権並びに二次的著作物の利用に関する原著作物の著作者の権利（著作権法28条）を介して有する複製、譲渡権および貸与権、②著作者人格権（氏名表示権・同一性保持権）に基づき、本件雑誌の複製等の差止仮処分を申し立てたところ、これが認められたため、債務者が保全異議を申し立てた事案である。債務者が、事前抑制の法理として、出版の事前差止めが認められるためには、①権利侵害の明白性、②権利者の損害の重大性、③事後回復の不能性・困難性という3要件が全て肯定される必要があると主張していたのに対して、次のように判断した。

「北方ジャーナル事件における仮処分は、出版物の表現内容（しかも『公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等』の表現行為）が名誉棄損に当たるとして、その内容の言論を公にすることを差し止めるものであるのに対し、本件の仮処分は、一定の素材の選択・配列による編集の仕方が著作権法違反

170) 抗告審（知財高決平成28年11月11日判時2323号23頁）では、原決定が取り消されて、申立てが却下されているため、事前抑制の法理についての判示はなされていない。

であるとして、そのような編集の仕方による出版物を公にすることを差し止めるものであり、言論の内容（執筆者による個々の解説の内容）を公にすることについては何ら禁止するものではない（換言すれば、本件においては、執筆者の執筆した解説の内容の当否については全く審理・判断の対象となっておらず、差止めの仮処分がされても、当該編集の仕方による出版物ではない形により当該言論の内容を公にすることは何ら妨げられないのに対し、北方ジャーナル事件においては、出版物の記事の内容を審理しその当否を判断して差止めの仮処分がされており、同仮処分では、編集や出版の仕方を変えても当該言論の内容を公にすることは許されないことが含意されている。）。以上のとおり、両事件は事案の基本的な性格を全く異にするから、上記最高裁判決を本件に援用するのは適切でなく、債務者の上記主張は採用することができない（上記のような性格を有する本件において、債務者の主張する3要件が全て肯定される場合でなければ出版の事前差止めが許容されないとする法的根拠はなく、これら3要件が全て肯定されないからといって、著作権法112条1項に基づき出版の事前差止めを認めることが、上記最高裁判例に違反するということはできないし、直ちに憲法21条1項に違反するということもできない。）。」

さらに、本件雑誌の出版の差止めが認められた場合には、債務者および本件雑誌の編者4名の表現の自由が制限されるのみならず、執筆者の表現の自由および公表権が制限されるという債務者の主張に対しては、次のように判示した。「債務者との関係では、表現（編集、出版）の目的を達成するために様々な表現（編集、出版）の仕方がある中、既に公刊されている先行著作物の表現上の本質的特徴を直接感得できる形で、著作権法に違反する表現をする自由は、正当なものとはいえない。また、出版の差止めによって債務者に一定の不利益が生じることは確かであるが、債務者の被る不利益の実質は、表現内容を公にすることが全面的にできなくなる不利益などではなく、現在の状態のまま出版する代わりに著作権法違反にならないような形での出版（それには多種多様な方法があり得る。）をしなければなくなる不利益にとどまるというべきであり、かつ、その不利益は、前記(8)のとおり債務者が自ら招いた面があるのであ

る。そうすると、本件雑誌の事前差止めが債務者の表現の自由（憲法21条1項）を侵害するということとはできない。同様に、上記差止めが本件雑誌の編者4名の表現の自由（憲法21条1項）を侵害するものでもないことは、前記(8)で説示したとおりである。」（傍点は引用に際して付した）

判示を検討する前提として、仮処分決定は、「編集著作物としての」本件雑誌の複製等を差し止めるものであるから、個々の素材である各執筆者の判例解説を公表することを含め一切の行為をすることは、仮処分決定とは何ら関係がなく、禁止されない。各執筆者がそれぞれの判例解説をウェブサイト等において公開することも当然可能である。また、各執筆者が、上記公開の際に各判例解説に編集部分（執筆者に配布した項目リスト）を付して公開することも、仮処分決定での差止めの対象ではなく、自由にできる。そのため、各執筆者の判例解説については、事前抑制の法理自体が問題にはならない点に注意が必要である¹⁷¹⁾。

そして、米国法でも示唆されていたとおり、著作権法で保護されるのは表現のみであるため、他人の表現を複製・翻案等とまらない程度に異なる表現を行えばよく、その意味で本件雑誌の編者らの表現の自由も問題とならない。その点が「当該編集の仕方による出版物ではない形により当該言論の内容を公にすることは何ら妨げられない」「先行著作物の表現上の本質的特徴を直接感得できる形で、著作権法に違反する表現をする自由は、正当なものとはいいい難い」

171) 編集著作物としての書籍等の複製等の差止請求権が求められている場合に、個々の素材の発表等一切の行為が禁止されないことは、著作権法上当然のことと思われる。

しかし、木下・前掲注3) 法時97頁以下は、ヴィルヘルム・ディルタイの解釈学的循環や最判平成20年2月19日民集62巻2号445頁〔第二次メイプルソープ事件〕でのわいせつ性の判断等を指摘しつつ、本件雑誌が、それ「全体」として、個別の解説には還元できない独自の意味を持ち得ること、かつ、個別の解説も「全体」の「部分」として、独自の意味を持ち得ることが肯定できる場合は、仮処分決定が本件雑誌の「全体」や「部分」によって体现される特定の思想・情報を差し止めていることになるなどと論ずる。その論理関係を理解することは容易ではなく、また、指摘すべき点は種々あるが、紙幅の関係上、すべてを論じることはできないので、ここでは少なくとも次の点を指摘しておく。

という判示に現れているといえよう。また、北方ジャーナル最高裁判決で指摘したとおり、名誉権侵害においては、著作者の権利の侵害とは異なり、思想内容そのものまで審査され得るという点が、「北方ジャーナル事件においては、出版物の記事の内容を審理しその当否を判断して差止めの仮処分がされており、同仮処分では、編集や出版の仕方を変えても当該言論の内容を公にすることは許されないことが含意されている。」という点に的確に指摘されている点でも参考になる。

3 検討

(1) これまで、著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に事前抑制の法理が適用になるかという問題について、米国法、ドイツ法、わが国における議論を検討した。

比較法による検討を踏まえてまず指摘すべきことは、結論として、ドイツ法

(前頁からつづき)

まず、その根拠として引用される文献は、わずかに法学者ではなく「哲学者」であるヴィルヘルム・ディルタイの全く無関係の内容が記載された文献だけである。しかも、ヴィルヘルム・ディルタイ（久野昭訳）『解釈学の成立〔改訂版〕』（以文社・1981年）38頁は、「哲学」の解釈論という文脈で、「個々の言葉や、その言葉の結びつきから、ある作品の全体を了解すべきである、と同時に、他方、個々の言葉を完全に了解するには、その前提として、すでに、全体の了解がなければならない。」と述べるにすぎず、上記主張を導く根拠には全くならないことは明らかである。同38-39頁は、上記引用箇所続き「個別が先か、全体が先か、という、この循環は、個々の作品と、その筆者の精神のありよう、また筆者の発展との関係においても、くりかえされるし、さらに、同様、この個々の作品と、その作品の属する著述分野との関係においても、立ち戻ってくる。」と述べており、編集著作物における素材の選択配列と、素材との関係とは全く関係がないことが述べられているにすぎない。それ以外の文献も、上記主張を基礎づけるものでは全くない。木下・前掲の注21で引用されている Eugene Volokh & Donald M. Falk, Google: First Amendment Protection for Search Engine Search Results, 8 J.L. Econ. & Pol'y 883, 887 (2012) も、編集著作物における編集とは全く関係のない文献であり、言論の自由には、言論内容に何を含め、何を除外するかを選択する権利が含まれることが述べられている文脈で、言論の内容をどのようにに取捨選択するかを「編集的選択」と称しているにすぎず、全く根拠とはならない。

であれ米国法であれ、法体系の差異はあっても、著作権者の権利の侵害が認められる限り、出版前など表現の発表前であっても（仮処分や暫定的差止命令によるのか、終局判決によるのかを問わず）著作権者の権利の侵害に係る表現行為を差し止めることが当然に認められているということである。そして、そこでは、出版前など表現の発表前であるのか後であるのかという区別が全く問題とされておらず、また、事前抑制ないし検閲との関係も問題とされていないのである。

そもそも、著作権法は、侵害レベルの問題として、著作物を利用する者の表現の自由等との利益衡量を内在的に含むものであり、その調整のために、次のような点で著作権・著作者人格権保護を限界づけている。すなわち、①著作権法が保護する対象はアイデアではなく、創作的な表現だけに限られている。②著作権法は、著作権・著作者人格権の内容および外延を定めた上で、著作権の制限に関する規定（同法30ないし50条）や権利根拠規定を適用しない等とすることにより実質的に権利制限規定と同様の働きをする規定（同法19条2項以下、20条2項、26条の2第2項等）、裁定により著作物の利用を可能にする規定（同法67条ないし70条）など、著作物を利用する者の表現の自由等と著作者等の権利保護との調和を図る規定を多数内包している¹⁷²⁾。さらに、③著作物の保護期間を一定期間に制限している（同法51条ないし58条）¹⁷³⁾。

このように、第一次的には、立法者が、著作権者の権利と表現の自由や報道の自由等との対立に関して利益衡量を行った上で、支分権や権利制限等の諸規定を定めて著作権者の権利の適切な範囲を画した上で、著作権者の権利には（予防的）差止請求権という救済手段を与えているのである。もっとも裁判所は、これら諸規定によって適切な保護が図られないという例外的な場合には、支分権や権

172) もっとも、わが国では、フェアユースのような一般条項はないという指摘があるかもしれない。しかし、著作権法で規定する権利制限規定を適切に解釈することによって、著作物を利用する者の表現の自由を保護することができる。その一例として、引用（著作権法32条）を挙げることができるが、この点については、大淵哲也「著作権間接侵害の基本的枠組（後編）」著研40号（2013年）272頁注186参照。

フェアユースと表現の自由については、長谷部・前掲注35）表現の自由と著作権20-21頁も参照。

利制限等の諸規定の解釈適用にあたって表現の自由等を考慮することになるのである。しかし、わが国の法制度を前提とする限り、利用者の表現の自由等との関係は、いずれにせよあくまでも「侵害のレベル」での問題として対処されることになっている。逆にいえば、これを前提として、著作権法112条1項は、著作権・著作者人格権の侵害または侵害のおそれがあるときは、直ちに差止請求権が認められることを規定していると解されるのである。したがって、当該表現が著作権・著作者人格権を侵害すると判断される限りにおいては、差止請求権を認めるについて救済レベルで表現の自由や事前抑制との関係を問題にする必要がなく、また問題とされるべきでもないという点が非常に重要である（権利濫用等一般条項による場合はもちろん別である）。

著作者の権利に基づく差止請求権の明文規定があり、かつ、法律要件を充足すれば直ちに法律効果が生ずるという法制度となっているわが国やドイツでは、以上のように解すべきことになる。しかし、実体法と救済法のレベルが異なり、事前抑制と事後制裁を区別する米国の判例法においてさえも、著作権法には侵害レベルで修正第1条の利益を保護するセーフガードが内在的に組み込まれていることを前提として、（差止命令の裁量権行使の要件として表現の自由等の要素が考慮される場合を別として）著作権に基づく出版前の差止命令は事前抑制に当たらないと一般的に解されていることは、別の意味で非常に重要であろう。

特に米国法で示唆に富むのは、次の点であると思われる。すなわち、アイデア表現二分論によって、著作権法で保護されるのはあくまで表現のみであるから、表現とアイデアがマージしているような極端な場合はともかく、自分の思

173) 以上につき、横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察——アメリカのCTEA憲法訴訟を素材として——」学習院39巻2号19、22頁注3も、本文で掲げた3点を挙げて、「この“三種の神器”ともいうべき重要な三つの制度の下で、著作権法は、著作者の保護と表現の自由等とのバランスが実現されるように配慮しているのである。」として、同旨のことを述べる。なお、野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由——今後の知的財産戦略に当たって考慮すべきバランス（上）」NBL777号（2004年）20-21頁、佐藤・前掲注2）表現の自由502頁も参照。

想等を表現する手段として、他人の著作権侵害とならない表現が可能である限り、そのような表現をすればよいのであり、思想の自由市場へ参入する機会は何ら制限されないということである。表現の自由論の他のアプローチである自己統治あるいは自己実現という点でも、著作権侵害とならない表現が可能である限り、同様に制限されないであろう。この点は、前記2(1)(b)で述べたとおり、名誉毀損等とは大きく異なるという意味でも重要である。

従来、著作者の権利と表現の自由等の衝突という問題が論じられる場合には、事前抑制の法理という問題設定ではなく、権利制限規定等の解釈適用という場面をめぐって議論がなされてきたことの理由も、まさにここにある。その意味で、北方ジャーナル最高裁判決が必要とする「厳格かつ明確な要件」こそが、著作権法における支分権や権利制限等の諸規定および著作権法112条1項の規定なのであり、この「厳格かつ明確な要件」を、後記第5、1(1)の各見解が主張する要件であると解すべき理論的根拠はない。

ドイツであれ米国であれ、未だ一度も侵害がなされていなくても、侵害のおそれが認められるのであれば、出版前など表現が発表される前であっても、検閲ないし事前抑制を問題とせず、著作者の権利に基づく予防的差止請求権が認められていることは、著作権・著作者人格権の保護を実効性あるものにするためには、ある意味当然である。出版前の差止請求権には、デットコピーの場合以外は、後記第5、1(1)の各見解が主張する要件を常に満たさなければならないとすれば、著作者は、著作権・著作者人格権が侵害されて侵害物が拡散するという事態が生じるのを待たなければならない、損害賠償および刑事罰という手段しか残されていないことになる。しかし、このような結論は明らかに不当であり、事実上の支配が可能な有体物に対する所有権とは異なり、著作者の権利は、その性質上、ただでさえ侵害に対して脆弱であるにもかかわらず、このように差止請求さえできなくなるというのであれば、著作者の権利は、画餅に帰すに等しいであろう。

以上によれば、著作権法は、予防的差止請求権が当然認められることを前提としつつ、「事前抑制か事後制裁かという観点ではなく」侵害レベルにおいて、

表現の自由等との調整を行っているというべきなのである。したがって、著作権法の制定過程を通じて、出版前など表現が発表される前の予防的差止請求権が事前抑制にあたるかが問題とされていないのも、学説・判例が特に言及していないのも、いわば暗黙知として当然であるからであり、この暗黙知は、ドイツ法および米国法の議論とまさに合致する。

わが国の法制度を前提とする限り、ある表現が著作権・著作者人格権を侵害するのであれば（あるいは侵害するおそれがあれば）、当該表現が出版前など発表される前であろうと後であろうと、当該表現が憲法上保護されないものとして、それぞれの要件を充足する限り、当該表現に対する差止請求も損害賠償請求も認められるべきなのである。

(2) これに対して、特にドイツ法の検討に照らせば、北方ジャーナル最高裁判決の名誉権に基づく差止請求権に関する判示は、わが国の法制度から見るとかなり特異な位置づけにあるものといえる。本来であれば、事前抑制か否かではなく、差止請求権・損害賠償請求権の成立要件の問題として端的に議論すべきではなかったかと思われる。

しかも、北方ジャーナル最高裁判決で直接に問題となっているのは、国および仮処分申請人らに対する損害賠償請求であり、問題とされた仮処分決定に対しては、異議審、控訴審を経て、憲法違背のみを理由とすることができる特別上告審において、特別上告適法の理由に当たらないという理由で上告が却下されている¹⁷⁴⁾。本件の国家賠償請求に関しては、最判昭和57年3月12日民集36巻3号329頁の射程範囲が及ぶと解されるため、国との関係だけであれば、「当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したもの」と認めうるような特別の事情」の存否が判断のポイントとなるところ、原審でこの点が何ら認定されておらず、最高裁判所も直接判断すべき事柄でもないから、憲法判断をするまで

174) 須藤典明「北方ジャーナル事件大法廷判決について」法律のひろば39巻10号（1986年）9、25頁注2。

もなく国に対する上告は棄却されるべきであったと考えられる事案であった¹⁷⁵⁾。

なお、著作権・著作者人格権以外の場合であっても、出版前の差止請求権を認めるに際し、北方ジャーナル最高裁判決が定立した要件を考慮していない判例もないわけではない。すなわち、東京地判平成9年6月23日判タ962号201頁¹⁷⁶⁾、東京地決平成21年8月13日判時2053号65頁¹⁷⁷⁾は、事前抑制の法理を適用していないことを指摘しておく。

(3) 最後に、既に述べてきたように、著作権・著作者人格権侵害事件では、事前抑制と事後制裁の区別を問題とする必要は全くないが、そもそも、それ以外の場合にも事前抑制と事後制裁とを区別することが理論的に正しいあり方であるのかという点にも大きな疑問がある。憲法では一般的にそのように述べられることが多いが、憲法上保護されない表現であれば、事前抑制も事後制裁もいずれも本来は認められるはずであり、なぜ事後制裁のみが認められて事前抑制が認められないことになるのかという疑問である。

わが国の法およびドイツ法では、米国法のように、差止請求権と損害賠償請

175) 須藤・前掲注174)23-24頁。この点、同頁は仮処分申請人らに対する損害賠償請求もあったため、憲法判断をせざるを得なかったのではないかと述べるが、仮処分自体については、異議審、控訴審を経て特別上告が棄却されているため、不法行為の違法性としてどこまで判断に踏み込むべきであったかは、仮処分申請人との関係でもなお検討の余地があるように思われる。

176) 私生活の平穏という人格的利益に基づいて、出版が予定されていた書籍等の出版、販売の差止めが認められた事案である。なお、上記書籍には、芸能人の自宅や実家の住所や電話番号について、既に被告が出版販売していた別の書籍よりも、より詳しい情報の記載が予定されていた。前掲東京地判平成9年6月23日は、「被告らの主張するように、表現の自由あるいは出版の自由が私法秩序の上でも尊重されなければならないとしても、本件書籍の内容は、前記認定のとおり、公益を目的とするものではなく、『おっかけ』を助長することにより被告らの営利を図るものであり、そのような性質を有する本件書籍の出版、販売という表現・出版の自由よりも、原告タレントらの人格的利益の保護が優先するものというべきであり、表現・出版の自由ということを考慮しても、本件書籍の出版、販売は原告タレントらの人格的利益を侵害する違法な行為というほかはない。」として利益衡量によって判断している。

求権との関係に、優先関係があるわけではない。これに対して、米国法では、歴史的経緯から、コモンロー上の救済である損害賠償が原則であり、損害賠償が救済として十分であるときはエクイティー上の救済である差止命令を認めないというのが伝統的立場であり、このことが、差止命令の要件にも反映されている。それだけではないが、それも1つの要因となって、米国法では事前抑制と事後制裁の違いが出てくるわけであるが、わが国にこれが直ちに妥当するわ

177) 人格権としての肖像権に基づいて、あるストリップショー（本件ストリップショー）に出演した債権者の写真を出版図書へ掲載することを禁止する仮地位仮処分が認可された事案である。本件ストリップショーに出演した債権者の写真を掲載した雑誌2誌が債務者から既に発行されていたが、原決定の主文は「債務者は、その出版する図書につき、債権者を被写体とし、平成21年6月5日から同月11日までの間に、東京都B区C二丁目10番2〔筆者注：12の誤記〕号所在のA場内において撮影された写真を掲載してはならない。」というものであったため、主文で掲載が禁止されている写真は、必ずしも既に発行済みの雑誌に掲載された写真に限られず、また、掲載する出版物も特定はされていない。しかし、事前抑制の法理は適用されていない。債務者は「原決定は事前抑制の対象となる出版物、掲載を禁止する写真、掲載の方法・目的・態様等を何ら特定していない包括的抽象的なものであって、表現の自由を制限する手段として不当であり、報道・出版の自由を保障した憲法21条1項に違反する」と主張していたが、いずれも排斥されている。

これに対し、その抗告審（東京高決平成22年3月4日判時2112号43頁）では、仮処分認可決定が取り消されて、仮処分申立てが却下された。しかし、その理由は、相手方は、所属する芸能事務所が申し立てて発令された本件ストリップショーへの出演禁止仮処分決定に反して出演を強行したこと、本件ストリップショーの集客数、異議審決定後、相手方が本件ストリップショーと同様の公演内容のショーに他の劇場でも出演したり、債権者の本件ストリップショー公演の映像を含むDVDが発売されたり、他の雑誌に本件ストリップショーでの裸体の写真を掲載させたりしていることなどの事実から、既に相手方が本件「ストリップショー公演の際の裸体を含む自己の裸体をマスメディアやDVDを通じて広く社会にさらしている（これによって社会の耳目を集めて芸能活動復帰を成功させようと企図している）現状および相手方が原告人に求める本件写真の出版図書への不掲載が表現の事前抑制に該当し表現の自由の観点からこのような不作為を裁判所が命ずることについては謙抑的であるべきことに照らせば、相手方は原告人に対して原告人が今後出版する図書への本件写真の不掲載を一般的に事前に差し止め得るまでの強い権利（本件仮処分命令申立ての被保全権利（肖像権、人格権又はパブリシティ権））を有しない」というものであって、事前抑制に該当すると述べながらも、北方ジャーナル最高裁判決の要件が検討されているわけではない。

けではない。さらに、名誉毀損の場合には、歴史的にエクイティは名誉毀損を差し止めないというエクイティの伝統的ルールがあったが、現在では、その伝統的ルールが修正第1条ないし事前抑制の法理に根拠を見出ししていることは既に指摘したところ、名誉毀損に基づく差止命令を原則として認めていない判例法に対する上記伝統的ルールの影響も考慮する必要があるだろう。

また、米国法において、事前抑制の法理の理論的根拠自体、ひいては事前抑制と事後制裁の差異がどこにあるのかといった点にも定見はないようであり、差止命令が裁判所の裁量に基づくこと、差止命令の審理が陪審によって行われないこと、差止命令違反の効果が裁判所侮辱であり、差止命令が違法であることを裁判所侮辱の審理手続では争えないコラテラル・バー・ルールがあることなど英米法特有の事情あるいは歴史的背景を前提としなければならないのか、それともわが国でも同様に解し得るのかは、英米法の制度との差異を踏まえた上での、事前抑制の理論的根拠の探求が不可欠であるが、憲法でもそのような探究は必ずしも十分なされていない¹⁷⁸⁾。しかし、この探究なくしては、わが国においても、「事前抑制は、事後制裁よりも限定された場合しか許容されない」とは言い切れないように思われる。そもそも、差止請求権が認められないとすれば、権利を侵害されるおそれがある者は、その権利が侵害されるのをわざわざ待ってから、損害賠償請求あるいは刑事告訴をしなければならないという結論がどのように正当化されるのであろうか。

わが国と法制度に近いドイツでは、検閲と同視または区別される事前抑制の

178) 例えば、John Calvin Jeffries, Jr., *Rethinking Prior Restraint*, 92 *Yale L.J.* 409, 426-435 (1983) は、著作権法ではない、一般的な事前抑制の文脈において、興味深い点を指摘する。すなわち、裁判所の差止命令と行政官庁の検閲は異なることを論じた上で、裁判所の差止命令は、伝統的なレトリックが示唆するよりもずっと事後制裁の刑事罰に似ていることを指摘しつつ、裁判所の差止命令が事後的な刑事罰よりも修正第1条に重大な影響を有し得る唯一の点は、裁判所侮辱によるコラテラル・バー・ルールであるとして、コラテラル・バー・ルールについて検討している。事後制裁が事前抑制よりも好ましいかという議論は、英米法特有の制度を前提にして議論がなされており、それらを離れては困難であることを示しているといえよう。

法理に相当するものがないようであることも、事前抑制の法理、ひいては事前抑制と事後制裁という区別は、あくまで英米法特有の事情あるいは歴史的背景を前提としているものではないかという疑念を裏付けるようにも思われる。この点で、ドイツ法を研究する民法・著作権法研究者からは、北方ジャーナル最高裁判決によって「今後人格権の保護の弱体をもたらすのではないかとおそれており、大陸法的な人格権中心の考え方をもっと評価すべきではないかと思っている。」という危惧が表明されることは重要であるように思われる¹⁷⁹⁾。

第5 著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に関する近時の見解

1 著作者の権利に基づく出版前の差止請求権に関する近時の見解

(1) 近時、木下昌彦准教授および金子敏哉准教授が、著作者の権利に基づく出版前の差止仮処分について、北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理が妥当し、限定的な要件の下でのみ認められるべきである旨を論じておられる。

すなわち、木下准教授は、著作者の権利に対する侵害を理由として、(a)公共の利害に関する出版物について発せられる(b)出版日前の(c)事前差し止めの仮処分命令は、(d)その対象が原著作物の単純複製作品であるなど事前抑制の弊害が生じる危険性がほとんど存在しない場合を除き、原則として許されず、その出版物の頒布等が①著作者の権利に対する侵害となることが明白であり、かつ②被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときにのみ例外的に

179) 五十嵐・前掲注114) 193頁、藤岡康宏「人格権」法教126号(1991年)36、37-38頁。

また、斉藤博「判批」『民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第3版〕』(1989年)14、15頁も「予め要件を設定しようとすれば、しかも、それが『厳格かつ明確な』ものであればある程、すでに要件の内容をめぐって激しく価値の衡量なり序列化が行われることになる。それに、これまでの議論は、多分に憲法の視点からのそれであり、勢い、表現行為の事前『抑制』にその関心が集中し、民事の面で人格権をその侵害から未然に防止するという意識は薄い。もちろん、人格権であっても限界はあり、つねに差止請求できるとは限らない。しかし、そこにおいては、差し止めを求めることができないほうが『例外』である。そして、何がそれに該するかについて同じく判断基準を吟味し、要件を探る必要はあろう。その場合、刑法230条ノ2の規定なり刑法理論から導き出すのではなく、民法学における固有の努力も求められるのではなからうか。」と述べる。

許されると解すべきであるとする。そして、事案が(a)～(d)の状況とは異なる場合には、裁判所は①②の要件をベースとしつつ、その事案類型に沿った要件を提示することになるとする¹⁸⁰⁾。また、金子敏哉准教授も、結論として同旨の見解を採られる¹⁸¹⁾。

わが国の解釈論としては、事前抑制に関しては、著作権者の権利に基づく差止請求権と、名誉権等に基づく差止請求権とは区別して論じられなければならない、北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理は、著作権者の権利に基づく出版前の（予防的）差止請求権には妥当しないことは、第4までの検討において既に明らかにしてきた。したがって、北方ジャーナル最高裁判決の事前抑制の法理が、著作権者の権利に基づく差止請求権にも直ちに妥当することを前提とする立論がわが国では採り得ないことは、以上の検討で十分である。第5では、この見解に関して指摘すべきこれ以外の個別の問題点について、さらに検討しようとするものである。金子准教授の見解では、必ずしも理由が述べられていないため、木下准教授の見解を中心に論ずるが、木下准教授の結論を採り得ないという点では、金子准教授の見解に対しても同一の問題を指摘できる。

(2) なお、このほか、大日方信春教授も、著作権に基づく暫定的差止命令のみを念頭に置き、次のように論じておられる。すなわち、著作権に基づく暫定的差止命令の要件は、①原告が著作権者であること、②原典の構成要素をcopyingしていることの2点を原告が立証することに集約されてしまっているかのようであり、この2要件のみに収斂させて差止命令の発令を認容するような裁判実践は、憲法理論および合衆国最高裁判所がこれまで築いてきた言論保護法理を、その意をくむことなく骨組みまで変えてしまうことになるであろう、著作権が財産権的利益に還元できるならば、著作権侵害に対する救済は、事前の差止ではなく、損害賠償等の事後的救済によるを原則とすべきではなかろうか、と述べておられる¹⁸²⁾。上記部分は、米国法の議論を述べておられるのか、

180) 木下・前掲注3) NBL（上）46頁以下、NBL（下）42頁以下、特に49頁。なお、木下・前掲注3) 法時92頁以下も参照。

181) 金子・前掲注3) 266-267頁。

わが国にもそれが妥当するという趣旨なのか自体が明らかではない。しかし、米国法の議論であるとしても、前記第2および第4、3で検討したとおり、著作権侵害事件とそれ以外の事件との差異、米国法における差止命令と損害賠償との関係といった重要な差異が全く考慮されていない。また、現在では終局的差止命令で保護される範囲が広がっているようであるとはいえ、裁判所は、名誉毀損等の人的利益保護のための差止命令の発令には否定的であることなどが考慮されておらず、名誉毀損表現などと同一に解するべきであることを前提としている点で、米国の判例法が正しく理解されていないといつてよいであろう。大日方教授が挙げる著作権侵害における暫定的差止命令の考慮要素が適切かはともかく、事実上、暫定的差止命令の裁量権行使における要件の適用いかによっては、表現の自由に対する制約が少なくなるということがあるとしても、これらの要件と事前抑制とは理論的に別個のものであるにもかかわらず、大日方教授は、これを「事前抑制」という表題の下で論じられている趣旨も判然としない。さらにいえば、前述のとおり、米国著作権法では、eBay 判決によって、著作権侵害に関する差止命令についても、伝統的なエクイティの4要件を考慮すべきであると解されている点が看過されていることも指摘しておく。

2 上記見解の問題点

(1) 前提として、木下准教授は、事前抑制の法理の根拠として、①抽象的判断の弊害と②完全で公正な審理の欠如という2つの理由を挙げておられるが¹⁸³⁾、少なくとも著作権・著作者人格権侵害事件では全く妥当しない。

まず、①抽象的判断の弊害の点であるが、出版前では、出版物がもたらす危険は具体的に現実化しておらず、その社会的評価も確立されていないため、いわば表現行為がもたらす結果や表現行為に対する社会的評価が抽象的にしか把

182) 大日方信春『著作権と憲法理論』（信山社・2011年）48-50頁（初出、同「著作権をみる憲法学の視点について」熊法114号（2008年）1、20-22頁）。

183) 木下・前掲注3）NBL（上）51-52頁。なお、①抽象的判断の弊害については、金子・前掲注3）268頁注7も参照。

握できない段階であるから、裁判所は、自らその表現行為がもたらす結果や社会的評価を予測するしかないことを問題とするものである。確かに、わいせつ表現や名誉毀損表現であれば、このような議論も可能であるかもしれない。しかし、著作権・著作者人格権の侵害が問題となる場合には、あくまで外面的な「表現」が著作権等を侵害するものであるか否かを判断するのであって、侵害に係る表現が社会に与える結果はもちろん、社会的評価等とも無関係に審理・判断がなされることは、すでに論じた（前記第4、2(1)(b)参照）。

次に、②完全で公正な審理の欠如という点については、仮地位仮処分の審理の実情が理解されていないといえる。仮地位仮処分の手続では、人証調べとしての審尋（民事保全法7条、民事訴訟法187条）が行われることはまれであり、書証を中心とする立証が行われるとはいえ、申立てから決定までに時間的に制約があるケースでさえ、例外なく双方審尋をしているのが実務上の取扱いである。通常は数回（複雑な事件ではより長期間に及ぶこともある）にわたる審尋において、双方当事者からの主張立証を踏まえるが、事件によっては多数の準備書面や書証が提出されることも珍しくはない。事案に応じて合議体が仮地位仮処分の審理・判断を行うこともある。そして、仮地位仮処分が発令された場合には債務者へ重大な影響を与えるため、通常は、被保全権利等につき相応に十分な心証を得て初めて、仮処分を発令しているのが実情である。とりわけ被保全権利についての判断が微妙であるなど、裁判所がそのような心証を得られない場合には、通常、裁判所が申立ての取下げを勧告するか、申立却下決定をして、本案訴訟での判断によることとしている。著作権・著作者人格権侵害の場合には、本案であっても、書証による立証が中心であり、仮地位仮処分の審理との違いはほとんどないといってよい¹⁸⁴⁾。もっとも、発行が申立てから数日後に迫った週刊誌の発行差止めという事案であれば、当事者の準備できる主張や証拠資料が限られたものとなり、裁判官も時間が切迫する中で判断するということはあるが、仮に上記のような週刊誌の発行差止仮処分が発令されたとしても、債務者は直ちに保全異議を申し立て、異議審や抗告審で必要な主張立証をする機会は十分にある。その意味で、公表の時期を逸したために

出版自体が実質的に無意味になるような場合はそれほど多くない。

また、完全で公正な審理の欠如の点に関連して、木下准教授は、単純複製の場合と、単純複製以外の複製物、二次的著作物や引用利用作品（以下、まとめて「単純複製以外の複製物等」という）の場合とに分けて、後者の場合には仮処分手続では不完全情報下での判断がもたらすリスクがあるとする¹⁸⁵⁾。しかし、上記のような審理の実態に照らせば、後者の場合であっても、本案訴訟での審理・判断と仮処分手続での審理・判断に有意な差がどこまであるかは大いに疑問である。

(2) 木下准教授は、事前抑制の法理の内容について、「仮処分命令の対象となる表現行為を本案判決によってなされる事後制裁よりも狭く捉えるべきであるとする事前抑制の法理」¹⁸⁶⁾と述べ、あるいは、「事前抑制の法理は、むしろ、出版日前の、迅速的かつ簡易な手続のもとでは、法律が規定する実体的調整に従った判断を正確かつ公正におこなうことができないということを前提として

184) 木下・前掲注3) 法時95頁注11は、「この議論については、知財専攻の先生方から著作権訴訟は本案でも書面審理が中心であり、仮処分と本案手続において手続上の差異はないのではとのご指摘を頂いた。ただ、本案手続の形骸化をもって仮処分における手続保障の不完全性を正当化することは適切ではなく、また事前差止めの仮処分が直面する時間的制約は、法律構成や争点形成にかかわる裁判所の『解明度』（裁判における情報状態）の成熟に不可避免的に影響を与えよう」と述べる。しかし、前者については、「本案手続の形骸化」ではなく、仮地位仮処分の審理が本案に代替する機能を有するという「仮地位仮処分の本案代替化」現象としてとらえるべきであるし、また、一般的にもそのような現象として考えられている。例えば、高橋宏志ほか「座談会仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化—その現在と未来」判タ1172号（2005年）4頁以下。

後者については、申立てから発行までが数日しかないような週刊誌の発行差止めのケースはむしろ例外的であり、通常の仮地位仮処分の審尋手続では、仮地位仮処分が債務者に与える影響の大きさ等を考慮して、裁判官が相応に十分な心証が得られて初めて発令しているのが実情である。なお、文献として挙げられている太田勝造「『訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』（有斐閣・1988年）429頁以下には、保全手続における解明度について記述されているわけでもなく、また解明度という概念が民事訴訟法上一般的ともいえない。

185) 木下・前掲注3) NBL（下）44-45頁。

186) 木下・前掲注3) NBL（上）52頁。

いる」¹⁸⁷⁾と述べておられる。そして、前記(1)のとおり、事前抑制の法理の根拠として挙げる2つのうち、民事保全手続にしか妥当しない「完全で公正な審理の欠如」を強調しておられる。しかし、米国およびわが国のいずれにおいても、一般的には、事前抑制の法理は、必ずしも暫定的差止命令・仮地位仮処分等に限られる法理とされているわけではない。確かに、木下准教授が大きな示唆を受けたという Lemley および Volokh は、最終的に著作権侵害に当たらないと立証されるような言論も暫定的に差し止めることの危険などから、著作権に基づく暫定的差止命令をほぼ一般的に違憲であるとしているが、Lemley らの議論では、出版前など「表現が発表される前」に限定された議論がなされているわけではなく、出版前か後かを問題としていない（前記第2、3(2)参照）。

より根本的な問題は、仮地位仮処分の手続に問題があるということを理由として強調しておきながら、なぜそのことを差止請求権の「実体的要件」で考慮しなければならないのかという点である。手続の問題はあくまで手続を改善するなど手続自体に関する対処によって解決されるべきであり、またそうでなければ解決できないのであって、実体法の問題とは切り離して議論すべきものと思われる。

(3) 次に、木下准教授は、北方ジャーナル最高裁判決を参考にしつつ、前記要件を定立するのであるが、北方ジャーナル最高裁判決が定立する要件は、法律に明文規定のない人格権に基づく差止請求権の実体的要件とみざるを得ない。しかし、明文がある著作権法の場合には事情が異なる。仮に、著作権・著作者人格権に基づく出版前の差止請求権の実体的要件として、これらの要件が必要であるとするのであれば、その要件を規定していない著作権法112条1項が違憲無効であると考えのかという問題が出てくる。ここでは、私人間効力が問題となる。

私人間の紛争では、それぞれ対立する当事者の憲法上の人権の調整が必然的に問題となるのであって、一方当事者の憲法上の人権のみが問題となるという

187) 木下・前掲注3) NBL（下）50頁。

関係にあるのではない。憲法上の人権規定が私人間にも効力を有するのか、あるいはどのように効力を有するのかという、いわゆる私人間効力論に関する現在の憲法学説の議論は、百家争鳴状態にあるとされているが¹⁸⁸⁾、理論的な説明の違いである側面が強いように思われる。いずれの見解も、私人双方の人権に配慮しつつ、私法規定を憲法に適合するように解釈するという意味では差異がないとされているため¹⁸⁹⁾、ここでは私人間効力論には立ち入らず、具体的訴訟における憲法上の人権の現れ方という観点から検討する¹⁹⁰⁾。

憲法が直接に適用対象とする国家対私人という関係においては、自由権に関しては、法令を違憲としさえすれば、これによって制約されている私人の憲法上の人権が回復されるという関係にあるが、私人対私人という関係ではそのような関係にはなく、私人間の紛争に適用される法令において、両者の憲法上の人権の調整が利益衡量として問題とされるにすぎない。しかし、当該規定について憲法適合的解釈ををするとしても、当該規定が文面のままでは違憲であることを前提とすると、当該規定自体が違憲無効になりかねない¹⁹¹⁾。しかも、表現行為に対する事前抑制を定める法令は、原則として、制限の目的を問うまでもなく、事前抑制という規制手段をとっていること自体において、文面上無効とされなければならないと解されているとの指摘もある¹⁹²⁾。著作権法112条1項の文言に照らせば、木下准教授が提唱される要件を定めていると解釈することは到底できない。そうすると、木下准教授の見解によれば、著作権法112条

188) 穴戸・前掲注124) 31頁。近時の学説の概要については、例えば、芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社・2011年）86-88頁。

189) 穴戸・前掲注124) 34-38頁、浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（日本評論社・2016年）76-78頁。戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣・2008年）214頁も「私人間訴訟において憲法規定にかかわる主張がなされる場合はいろいろあり、裁判所の対応も多様である。これに対して、直接適用説・間接適用説は、憲法規定への依拠の仕方を、それも限られた訴訟形態にのみ焦点をあてて語っているばかりでなく、訴訟解決のための法理を示すものとはいえない」という点を指摘する。

190) 以下では、棟居快行「私人間の憲法訴訟」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣・2012年）25頁以下によることとする。

191) 棟居・前掲注190) 30頁。

1項が事前抑制の法理に適合する要件を定めておらず、同項が必要以上に侵害者らの表現の自由を制約しているということになり、同項そのものが違憲無効という主張となるのであろう。この点、木下准教授は、著作権法112条1項自体が違憲となるわけではないと述べておられるが¹⁹³⁾、仮に、違憲でないというならば、著作権法112条1項の文言から、木下准教授が主張する要件を解釈論として導くことはできないから、そのような要件を定立する旨の主張をしても意味がない。これは、明文の規定がない名誉権と、明文の規定がある著作権・著作者人格権とを、同列に論じること起因する問題でもある。

この点、棟居快行教授は「垂直的関係の場合のように法律の執行行為（行政処分や刑事罰）が法律自体と一体となって国民の人権価値を脅かすのではなく、直接には相手方私人の私的行為が本人の人権価値を脅かすにすぎないものの、私法法規はそれを有効に阻止しえていないことが、違憲であるとしてとがめられることになるのである。通常の垂直的関係における憲法訴訟とは異なり、私法法規においては侵害的に作用する国家行為は当該法律どまりであり、当該法規を執行して国民の人権価値を損なうといった具体的国家作用は存在しない（『私人間の憲法訴訟』で原告側を敗訴させる下級審判決自体がそれに相当する、という凝った法的構成をとれば、いわゆる『司法的執行理論』に行く着くが）。」との的確に指摘する¹⁹⁴⁾。しかし、この司法的執行の理論自体がわが国では採り得ない。

すなわち、裁判所の差止請求権を認容する裁判のみが違憲であるという主張は、米国におけるステイト・アクション法理（ステイト・アクション法理の

192) 樋口陽一ほか『憲法Ⅱ』（青林書院・1997年）23頁〔浦部法穂〕は、「表現行為に対する事前抑制を定める法令は、原則として、制限の目的を問うまでもなく、事前抑制という規制手段をとっていることじたいにおいて、文面上無効とされなければならない。ただ、ひとくちに事前抑制といっても、さまざまな形態のものがあり、また、例外的に一定の事前抑制を肯定せざるを得ない場合もありうるから、右の原則も必ずしも絶対的なものとすることはできない。」とする。

193) 木下・前掲注3) NBL（下）50頁。

194) 棟居・前掲注190) 36-37頁。

内容は多岐にわたるところ¹⁹⁵⁾、このうちの司法的執行の理論のみがここで問題となる) によるしかないが、少なくとも司法的執行の理論は、わが国では採り得ないと解されている。なぜなら、ステイト・アクションは、連邦制が採用されていることを前提とした理論である上、わが国では、私人間効力論についてどのような立場をとるにせよ、私法規定の解釈適用において、憲法的価値の実現を図ることができるため、このように解する必要はないからである¹⁹⁶⁾。間接適用説では対処できない(つまり私法規定の解釈では対処できない) 私的な人権侵害が「純然たる事実行為」に基づく場合にのみ、ステイト・アクション法理の導入を主張していた芦部信喜教授は、そもそも司法的執行の理論には否定的であったことは重要である¹⁹⁷⁾。

北方ジャーナル最高裁判決では、解釈適用すべき明文規定がなかったために、名誉権に基づく出版前の差止請求権の要件を定立する中で両当事者の人権の憲法的価値を直接(類型的に) 衡量したと解することもでき、少なくとも米国法における司法的執行の理論による必要は全くなく、これを前提にしていないと解される。現に、担当裁判官の1人である伊藤正己裁判官も、司法的執行の理論をわが国へ導入することを否定的に解している¹⁹⁸⁾。

この点に関して、木下准教授は、「北方ジャーナル判決は、裁判所の権限行使は、請求権を実現するものであったとしても、それ自体が憲法の制約に服する公権力の行使となると捉えたうえで、実体法上の請求権は、憲法上の制約の

195) 例えば、芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」同『現代人権論』(有斐閣・1974年) 3、23頁以下。

196) 司法的執行の理論につき、田中・前掲注169) 25-27頁。ステイト・アクション理論全般につき、戸松・前掲注189) 215-216頁、君塚正臣「第三者効力論の新世紀(2・完)」関法50巻6号(2001年) 105、134頁、木下智史『人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所』(日本評論社・2007年) 159頁。

197) 芦部・前掲注195) 41、44頁。さらに、芦部教授は、後年、芦部信喜「人権論50年を回想して」同『宗教・人権・憲法学』(有斐閣・1999年) 217、224-227頁では、私的な人権侵害が純然たる事実行為に基づく場合でも、原則としてステイト・アクション法理によらず、不法行為によって解決することができることを前提としている。

範囲内における裁判所の権限に対応した範囲でしか認められないとする思考方法を採用していたことになる。」¹⁹⁹⁾(傍点は引用に際して付した)とも述べておられる。必ずしも明確ではないものの、仮に傍点部分はステイト・アクションを念頭に置いていたとすれば、適切とはいえない。

第6 結語

紙幅の関係上、指摘できなかった問題もまだ残っているが、本稿では、作者の権利に基づく出版前の差止請求権について、事前抑制の法理が適用されるかという問題について検討してきた。権利の実効的保護という観点から見た場合、著作権・著作者人格権の侵害が認められるにもかかわらず、出版前など表現が発表される前であるからといって、限定的な場合にしか差止請求権が認められないとすれば、著作者の権利の実効的救済を著しく毀損することになる。しかし、本稿で論じてきた問題は、筆者の専門ではない分野にわたるため、慎重に検討を重ねたつもりでも思わぬ誤解もあるかもしれない。皆様のご批判を仰いで、さらに検討を重ねていきたいと考えている。

本研究はJSPS 科研費 18K01330 の助成を受けたものである。

(おおぶち・まきこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)

198) 担当裁判官の1人である伊藤正己裁判官は、司法的執行の理論について、「この理論をどの範囲で適用するかも疑問が残るし、広く適用されるときは、私的行為に不当に広く憲法の規制を及ぼすおそれがあり、日本国憲法の解釈として必ずしも適当ではないであろう。」と述べられて、わが国への導入を否定する。伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂・1995年）33-34頁。また、芦部・前掲注197）227頁も、北方ジャーナル最高裁判決について、ステイト・アクション法理を特に考慮に入れる必要が原則としてない場合として挙げる。

199) 木下・前掲注3) NBL（上）57頁注30。

行動経済学と証券規制 (1)

木 村 真 生 子

- I. はじめに
- II. 投資者像の揺らぎ
- III. 投資法制における投資者の保護政策とその限界
- IV. 投資行動と認知バイアス
- V. 行動経済学に基づく規制のフレームワーク
 - 1. 行動経済学の分析視座
 - 2. Nudge (ナッジ)
 - 3. 競争政策との関係 (以上、本号)
 - 4. 民法・消費者契約法による保護との違い
- VI. 証券規制における行動経済学の受容
- VII. おわりに

I. はじめに

レイ・ロス教授がカナダ王立委員会の報告書¹⁾を引用し、「投資家なら誰でもへまをする資格がある (every investor has the right to make a fool of himself.)」と述べたことで象徴されるように²⁾、伝統的な証券規制の理念には、リスクを覚悟した投資者ならば自由に取引をすればいいという契約自由の考え方が根底にある³⁾。投資者の投資判断は尊重され、締結した金融取引契約の内

-
- 1) S. H. Herbert *et al.*, (Canada) *Report of the Royal Commission on Price Spreads* (1937) at 38.
 - 2) L. Loss, *The Protection of Investors: I The Role of Government*, 80 South African Law Journal (1963) at 60.
 - 3) L. Kohn, *Preventing Excessive Retail Investor Trading under MiFID: a Behavioral Law & Economics Perspective*, 10 (3) E.B.O.R. 437 (2009) at 439.

容に拘束される。また、投資者は契約の相手方との関係で履行責任を負い、契約の解消を求める場合、法律に定めた理由がなければならない⁴⁾。つまり、情報に基づいて行われた投資判断であれば、法があえてその投資判断を疑問に付すことはない。このような態度は判例や通説において、いわゆる自己責任の原則（投資は投資者自身の判断と責任において行われるべきもの）として認められている⁵⁾。

ところが、2008年の金融危機後、クレジットリンク債のようなデリバティブ取引を組み合わせた仕組商品に投資をしていた投資家が、法人・個人を問わず、大きな損失を被ったことを契機に、世界の証券規制当局は行動経済学の知見を用い、投資者が「へまをしない」ように介入をすることが必要だと考え始めた。言い換えれば、投資者が有する系統的なバイアス（判断の偏り）の影響を予防したり、最小限にすることが、投資者保護ひいては効果的な競争を市場にもたらす上で重要であることが認識され始めた。たしかに、パターンリスティックな規制手法はすでに適合性の原則（金融商品取引法（以下、「金商法」または「法」という）40条）の考え方などにも見られてきた。しかし従来の証券規制が情報の非対称性を解消する方法に依っていたのに対し、新たな規制手法は人の限定合理性の影響を緩和するという方法に依るところに大きな違いがある。

もっとも、保護を必要とするような消費者であればともかく、一定の理性的な（rational）投資者を対象としていると思われる証券取引規制の考え方に、心理学の手法を取り入れた行動経済学の知見を持ち込むことに疑問がないとはいえない。仮に行動経済学の知見を活かすことが証券規制の目的に鑑みて必要であるならば、証券規制がこれまで対象としてきた投資者像や証券規制におけ

4) 関俊彦「投資者保護と自己責任の原則」証券経済研究所『自己責任と投資者保護』（証券経済研究所、2002）218頁。

5) 日本証券業協会が定める「協会の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」第4条においても、協会員は、投資勧誘に当たっては、顧客に対し、投資は投資者自身の判断と責任において行うべきものであることを理解させるものとしている。

る従来の投資者保護の在り方を検討し直す必要がある。

本論文は、行動経済学の知見を基に、証券規制改革を進めているイギリスの状況を主に参照しながら、投資者保護にかかる証券規制の新たな取り組みの必要性について検討する。検討は以下のように進める。まず、証券規制における投資者像を概観したあと（Ⅱ）、次に、現在の投資者保護政策を概観し、現行規制の限界が人の投資バイアスに関係する部分と密接に関連することを指摘する（Ⅲ）。続いて、投資行動と認知バイアスの関係を概観した後（Ⅳ）、行動経済学の知見を基にした一般的な規制のフレームワークについて述べる（Ⅴ）。その後、証券規制の分野において、行動経済学の知見を取り込むための方法を探るため、英国等の状況を紹介する。具体的には、顧客のリスク許容度を適正に測るために、投資勧誘時における業者による適合性のチェックにおいて、認知の歪みを防ぐような質問事項が考案されていること、仕組みの複雑な高リスク商品の組成・流通段階の透明性を確保するために、プロダクト規制（product governance, product intervention）が実施されていることなどである（Ⅵ）。そして最後に全体をまとめる。開示主義の下では、投資家に十分な情報を与えることが重要だと考えられてきたが、十分な情報を与えることは投資者保護のための十分条件ではなく、最適な意思決定のための必要条件ではないこと、また、従来の勧誘・販売規制は、業者に対する行為規制を通じて、他律的な投資家の自己決定から投資家を保護することに主眼が置かれていたが、行動経済学の知見を証券規制に応用することは、認知バイアスに影響された問題性のある自己決定から、投資家自身を保護するという点に違いがあり、少なからぬ意義を有することを述べる（Ⅶ）。

Ⅱ．投資者像の揺らぎ

1. 問題の所在

金商法1条は投資者の保護を同法の目的の1つとして掲げている。投資者の保護は、開示制度の充実や不公正取引の防止、業者の不正・不当行為等を防止することで行われている。投資者の投資行動に対して自己責任を求めるなら

ば、金融商品市場において投資者が合理的な判断ができる環境を整備することが金融商品取引業者の義務であり、また市場の管理者及び規制者の当然の責務になる。しかし対象となる投資者をいかなる水準の投資者として想定するかにより、保護のレベルのみならず規制の在り方も変わりうる。投資者を脆弱な消費者に近い投資者としてみればみるほど、よりパターンリスティックな規制を設けるが必要になる。そこで、規制の前提となる投資者像について、まずわが国の状況を確認し、次に対象を相対化するために、カナダ及びイギリスの状況を見る。

2. わが国の投資者像

金商法は「投資者」の概念を特に定義していない。しかし金商法がプロ投資家を「適格機関投資家（法2条3項1号）」や「特定投資家等（同項2号ロ（2）」、「特定投資家（法2条31項）」、「適格投資家（法29の5第3項）」として定義していることとの関係から、「投資者」とは「一般的な投資者」が想定されている⁶⁾。

「一般的な投資者」の標準的な能力や行動水準については、学説は投資家保護を高唱する論者が想定するようなものとは異なり、相当に高水準のものであると考えてきた⁷⁾。つまり、このような投資者は投資判断に必要な情報を積極的に収集し、少なくとも情報が提供されれば一応の投資判断をすることができると、一応の合理性を有する投資行動を取ることができる者ということになる⁸⁾。

従来の判例・裁判例においても、「投資者」の概念をあえて定義した裁判例は筆者の知るかぎり存在しない。しかし投資勧誘事件において適合性原則違反

6) 神田秀樹＝黒沼悦郎＝松尾直彦『金融商品取引法コンメンタール1——定義・開示制度』（商事法務、2016）10頁〔松尾直彦〕。

7) 神田秀樹（監）・野村證券株式会社法務部、川村和夫編『注解証券取引法』（有斐閣、1997）5頁。

8) 投資家の任意かつ自由な投資判断とは、投資意思の決定において任意であり、また投資判断の内容において自由であることをいうとされている（神田・前掲（7）8頁）。

や説明義務違反が争いになるケースにおいて、裁判所は、一定の学歴や職歴がある者ならば、投資判断に必要な情報を分析する能力があり、投資経験を重ねることによりその能力が向上し、徐々に複雑な金融商品への投資ができるようになると考えているようである。こうした立場は、投資者に一定の資産があれば、高齢者であっても、またその者が軽度の認知障害者である場合でも基本的には変わらない⁹⁾。例えば、大学卒で上場会社の社長を務めたこともある比較的高齢（68歳）の男性（原告）に対して、仕組債の勧誘の適否が争われた損害賠償請求事件（東京高判平成26・4・17金法1999号166頁）がある。同判決は、原告がデリバティブ取引の経験を有していなかったにも関わらず、原告が大企業の経営に携わってきたことなどに鑑み、原告は本件仕組債の内容や危険性を理解するに足る知識や能力を十分に有しており、取引から排除されるべき者ではなかったとし、被告金融商品取引業者に適合性原則の違反はなかったと結論づけた。

仕組債のようなハイリスク・ハイリターンの金融商品へ投資を行うことについては、とりわけ、「個人の財産処分権を尊重するならば、賭け事には損失はつきものともいえそうだ」との指摘からも伺われるように¹⁰⁾、「投資」はプラス・サムを経済行為ではなく、ゼロ・サムの世界で行われるものであるという認識が一般性をもっており、裁判所もまた例外ではない。投資における自己責任の原則に照らし、投資者を戒める規範的態度を裁判所は示さなければならぬため、明らかな適合性原則違反がある事案でも、損害額の認定において投資者の過失を認定し、一定の過失相殺を行うところに、投資は一種の賭けであるとの裁判所の認識が見て取れる。

以上から、わが国の現行法および裁判所の理解では、「投資者」とは、いわゆる脆弱な消費者と異なり¹¹⁾、金融商品の内容を自ら理解することができ、他

9) 王冷然「高齢者の投資取引における適合性原則の意義と役割」徳島大学社会科学研究所 29号43頁（2015）。

10) 河上正二「「適合性原則」についての一考察」内田貴ほか編『日本民法学の新たな時代』（有斐閣、2015）601頁。

人に勧められて金融商品を購入する場合も含め、投資を行うかどうかの判断を自律的に決定できる者と考えられている。

3. 諸外国における投資者像

(1) 投資者と消費者—カナダにおける議論

カナダにおける投資者の概念は日本における投資者像とおそらくは異ならない。しかし、金融商品市場に「消費者」が参入することを排除せず、その上で、投資者と消費者の属性の違いから、証券規制の枠組みの外で消費者を保護する姿勢を貫いている。

カナダでは、高齢化の進行によって従来の年金制度が維持できなくなる懸念から、国民が自ら家計の健全性を確保していくこと、とりわけ自らの退職年金の運用に責任を持つことに政府が期待を寄せていた。そのためには、個人が独力で金融証券市場において適切に資産を形成していくことが望ましく、個人投資家としての国民を証券市場にいかにして取り込むべきかが重要な課題として認識された¹²⁾。ところが実態は、国民の3分の2が金融資産を形成すること、つまり、金銭的な意思決定を行い、金融市場にアクセスすることについては技量も知識もなく¹³⁾、いわば消費者のような存在に近かった。他方で、規制者にとっても、消費者は性質を特定することが難しい不定形の集団（amorphous mass）であって、証券法の保護が及ぶ者は投資者であり、投資者は証券法や

11) 学説における消費者とは「情報と交渉力において劣位に立ち、精神及び身体を備えるがゆえに脆弱性がある者とされるが（大村敦志『消費者法〔第4版〕』（有斐閣・2011年）21頁）、消費者契約法2条1項では消費者は単に「個人」とされ、事業者との対比で定義されている。

12) J. Black, *Involving Consumers in Securities Regulation Prepared for the Taskforce to Modernize Securities Legislation in Canada* (2006) at 11, available at <https://www.lse.ac.uk/collections/law/staff%20publications%20full%20text/black/Involving%20Consumers%20in%20Securities%20Regulation%20-%20Taskforce%20report.pdf>.

13) P. Halpern and P. Puri, *Canada Steps Up-Task Force to Modernize Securities Legislation in Canada: Recommendations and Discussions*, *Capital Markets Law Journal* 2.2 (2007) at 203, note 24.

金融について一定の知識を有する者であると考えていた¹⁴⁾。

2005年から始まった投資ディーラー協会 (IDA: Investment Dealers Association) の下で推進されていた証券法制の現代化のための議論では、規制の効果を高めるために、投資者をどのようなものとして位置づけるべきかが課題の1つとされた。しかし、証券規制において投資者概念の外延を広げた上で、投資者を消費者として保護すべきだという結論には至らなかった。むしろ、証券市場に効果的に「消費者」という存在を取り込むための方策として、消費者に対する金融教育を強化することの意義が強調され、規制者側がモニタリングやリサーチ、苦情の分析や対話などを通じて、消費者および消費者団体とのコミュニケーションを図り、消費者の知識やスキル、行動、ニーズを正しく把握することが必要であるという考え方が示された。

カナダには、消費者保護の観点から、金融業者を規制すること及び金融教育を推進することを目的として¹⁵⁾、2001年からカナダ金融消費者庁 (FCAC: Financial Consumer Agency of Canada) が設置されていた。同庁は、カナダの証券規制を担う証券委員会 (CSA: Canadian Securities Administrators) などとは別個に存在し、その保護対象を「金融消費者 (financial consumer)」として位置づけ、金融商品のみを対象とした消費者保護行政を担っている。

このように、カナダでは投資者概念に消費者の概念をあえて融合しようとはせず、別個の規制枠組みを維持しながら、それぞれの保護を効果的に実現しようとしている姿勢がうかがわれる。

(2) 投資者の消費者化—イギリス

イギリスの裁判例¹⁶⁾において、「投資」とは、「ある種の財産を取得するために資金を投じること」と定義され、学説においても「そこから利子や利益が期待されるような資金を利用すること」という理解が一般的に共有されてい

14) J. Black, *supra* note (12).

15) 当初は CSA が金融教育行政を担っていたが、現在は FCAC の管轄である。

16) *Inland Revenue Commissioners v. Rolls Royce Ltd* [1944] 2 All E.R. 340 per Macnaghten.

る¹⁷⁾。このような理解を前提とすれば、投資者は「消費者」というより「生産者」の組織の一部としての機能を部分的に有しているともいえる¹⁸⁾。つまり、市場経済において投資者は消費者と異なる役割を担う。その意味では、投資者に過剰な保護を与えることは、かえって証券市場の発展を阻害することになりかねない。

しかし、所得の向上によって、個人投資家が多数金融証券市場に流入するようになり、複雑な投資商品を購入できるようになったことで、そのような考え方にも変化が現れ始めた。1988年、英国法人の Barlow Clowes グループが不正会計疑惑から倒産に追い込まれ、18,500人余りもの投資者に被害が生じた¹⁹⁾ことを契機に、イギリスでは、投資者と消費者を同等と見なす考え方が生まれた。投資者は、アドバイザーやブローカー、ディーラー、マネージャーらの提供する「サービスの消費者」であるとする有力な考え方も現れた²⁰⁾。1992年に出された司法省の報告書“The Protection of the Small Investor”においても、「現代の金融世界における個人投資家は、国内の電化製品市場における消費者と異ならない」という見解が述べられ、個人投資家の更なる保護の必要性が強調された²¹⁾。

17) J. Fisher and J. Bewsey, *THE LAW OF INVESTOR PROTECTION* (Sweet and Maxwell 1977) at 5.

18) B. W. Harvey and D. L. Parry, *THE LAW OF CONSUMER PROTECTION AND FAIR TRADING*, 5th ed, (Butterworths 1992) at 57.

19) C. Justice, *THE PROTECTION OF THE SMALL INVESTOR* (Justice Educational and Research Trust 1992) at 9, para 2.21.

20) P. カートライト編（茶野努＝伊藤祐訳）『金融サービスにおける消費者保護』（九州大学出版会、2002）5頁、注20。

21) Justice, *supra* note (19). Barlow Clowes 事件とは、英国債を用いた債権洗い（債券利息が支払われる前に売り、利払い後に買戻す方法で配当課税を回避する方法）のために設立された Barlow Clowes 社の創設者の1人である P. Clowes が、自己の華美な生活のために投資された資金を不正に流用した事件である。高等法院の命令において、同社は約190百万ポンドの負債を抱えたまま清算されることになり、約18,000名の投資者が被害を被った。投資者の多くは退職者であり、全資産を失って生活に困窮したために社会問題化した。

証券規制の出発点として投資者に一定の資質を求めることを前提とせず、対象を単に金融商品の需要者、つまり消費者と捉える考え方は、その後2000年金融サービス法 (Financial Services Markets Act : FSMA 2000) の目的に反映されていく。同法は金融システムに対する国民の理解や知識を高めることと合わせて、「消費者」を適切に保護することを目的の一つとして掲げた。ただし、ここで消費者の保護の程度を「包括的な」保護ではなく、「適切な」保護としているころには注意を要する²²⁾。適切な保護とは、取引ごとのリスクの違いや消費者の有する経験および専門知識の違いを考慮することであり、また、消費者が求める助言や情報の必要性に加え、消費者が自らの決定に責任をもつという一般原則についても考慮することを意味するからである。FSA (金融サービス機構。現在の FCA (金融行為監督機構)) は、業者の監督を政策の1つの柱に、もう1つの柱を消費者の教育および情報・助言の提供において消費者の保護を推進し、消費者が自己責任で投資を行うための環境を整備した。

また、規制の対象を消費者に広げた上で、その適切な保護を図るということは、対象の知的・金銭的な能力などに応じて顧客を区分する (client classification) という発想につながりやすい²³⁾。例えば、業者が投資アドバイスを行う場合や顧客の投資を促進する局面では、プロの投資家と個人投資家とで保護のレベルを変えた方が、効率的で効果的な勧誘やアドバイスができるからである²⁴⁾。そこで例えば、FCA の規則や指針を定める FCA Handbook では、顧客 (Client) という定義が置かれ、認可業者が顧客を private customer (個人顧客)、intermediate customer (中間層顧客)、market counterparty (市場相手方) に区分した上で指定投資業務を行わなければならないことが定められた (Conduct of Business : COB 4.1)。現在は COB を継承した Conduct of

22) FSA, *Consumer Responsibility*, DP08/05 (2008) at 22, s. 5.2.

23) Ibid. at 23, s. 5.7. かつて学説では、イギリスの証券法制において顧客区分に関する議論が活発に行われる理由が不可解であるという指摘がなされていた (青木浩子「英国の金融商品リテール販売規制」千葉大学法学論集 21 巻 4 号 (2007) 154 頁)。

24) Justice, *supra* note (19).

Business Sourcebook（COBS）の Chapter 3において、EUの金融商品市場指令（MiFID）に合わせ、retail client, professional client, eligible client という用語が使用されている²⁵⁾。

このように、イギリスで投資者の消費者化が生じたこと、つまり、証券規制の対象が消費者に広がったことは、後でみるように、イギリスの証券法制において、消費者行動を研究対象とする行動経済学の知見を受容するための素地ができたことを意味し、消費者保護に近い投資者保護の考え方が導入される契機になったものと考えることができる。

Ⅲ. 投資法制における投資者保護政策とその限界

1. 従来の投資法制における投資者保護の具体策

現在の投資法制は、情報を開示しさえすればいかなる商品であっても販売してよいという開示主義の原則を採用している²⁶⁾。金融商品の発行や取引が自由にできなくなると、企業の資金調達や新しい金融商品の開発が妨げられ、市場の機能や発展を阻害するからである²⁷⁾。この点、保険商品のような認可商品とは異なる。他方で、このような原則が採られているのは、投資者が開示された情報をもとに、自ら情報を収集・分析して金融商品の内容を理解し、合理的に投資判断を行うことができることを前提としているからにほかならない。投資者は自己責任の原則の下で金融商品の売買を行うことが求められる。

もっとも、投資者の保護を図る観点から、投資者の自己責任原則は金融行政及び裁判所の司法判断を通じて修正がなされている²⁸⁾。金融商品取引契約を締結する場面では、投資者（顧客）は金融商品取引業者等に比べて相対的に情報

25) See MiFID Recital 31, MiFID Article 4 (1) (11), 4 (1) (12), 24) ; see also MiFID II Recital 104, Annex II of MiFID II, MiFID II Article 71 (1), 30 (2).

26) 黒沼悦郎「投資者保護と消費者保護」松本恒雄＝廣瀬久和編『消費者法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2010年）142頁。

27) 黒沼・前掲注（26）。

28) 松尾直彦『金融商品取引法〔第5版〕』（商事法務、2018）427頁。

力が少なく、交渉力が弱いことに加え、業者は収益をあげるインセンティブを有することから、投資者を保護する必要があるからである²⁹⁾。

金商法は顧客への勧誘・販売の場面において、業者にさまざまな義務を課している。広告等でリスク情報などの所定事項を表示することを義務づける（法37条1項）など、勧誘前の情報提供にかかる行為が規制され³⁰⁾、レバレッジの高い商品は勧誘自体が禁止される（不招請勧誘などの禁止法38条4号・8号、金融商品取引業等に関する内閣府令（以下、「金商業等府令」という）117条1項8号）、勧誘受託意思不確認勧誘の禁止（法38条5号・8号、金商業等府令117条1項8号の2）、再勧誘などの禁止（法38条6号・8号、金商業等府令117条1項9号）。

また、法40条1号が規定する適合性原則は、顧客の属性（知識、経験、財産の状況）と顧客の金融商品取引契約を締結する目的に適合しない不適当な勧誘を行うことを禁止している。適合性の原則に違反した行為は行政処分の対象となり（法52条1項6号）、違反の程度が著しい場合は不法行為上も違法となる（最判平成17・7・14日民集59巻6号1323頁）。

さらに、契約の締結に直結する金融商品の販売段階では、投資者の投資判断に必要であると思われる重要情報を説明する義務が業者に課される³¹⁾。具体的には、契約締結前交付書面を交付することを通じて（法37条の3第1項）顧客への説明が行われることになるが、書面の交付だけでは実質的に説明が行われたとは評価しがたい。このため、顧客の知識・経験・財産の状況・契約締結目的に照らして、顧客に理解されるために必要な方法・程度による説明を行

29) 松尾・前掲注（28）427-428頁。金商法上の投資者保護規制は原則として特定投資家には適用されない（法45条1項など）。

30) 勧誘前の段階の情報提供規制として、ほかに標識揭示義務（法36条の2第1項）、名義貸しの禁止（法36条の3）がある。なお、一定の商品について顧客にはクーリングオフの権利が認められる（法37条の6）。

31) そのほかに、投資信託などの乗換に関する説明態勢構築義務（法40条2号、金商業等府令123条1項9号）、社債等の申込期間中に生じた重要事項に関する個人顧客に対する説明体制構築義務（金商業等府令123条1項10号）などがある。

うことを業者に求める実質的な説明義務（いわゆる広義の適合性の原則）が定められている（法38条9号、金商業等府令117条1項1号）³²⁾。また、裁判例においても、金融商品取引業者等と顧客の間に、取引対象である金融商品に関する知識や取引経験、情報収集能力等に大きな格差があることに鑑みて、金融商品の特質、顧客の理解力や取引経験等に応じて必要かつ相当な範囲で具体的な説明を行うべき信義則上の義務を負う（東京地判平成21年3月31日判時2060号102頁など）とされる。

加えて、勧誘時に虚偽の事実を告げる行為や断定的な判断を提供する行為など（法38条1号・2号）、金融商品取引業者等またはその役員・使用人の不適切な行為が禁止される。不適切行為の禁止は特定投資家に対しても適用がある。

2. 投資者保護政策の評価

上記でみたような業者に対する行為規制は、投資者の合理性を前提とすれば十分であり、投資者保護のために一定の機能を果たしているようにもみえる。とくに、勧誘自体を禁止する規制などは投資者保護を超えた、消費者保護に近い発想に基づいた規制であるとの評価もできよう³³⁾。しかし勧誘自体が禁止された金融商品は、金融商品取引業者等の営業の自由に配慮することなどとの関係から、金融先物取引や個人顧客に対する店頭デリバティブ取引など、一部の商品に限定され、デリバティブ取引に類するリスク特性を有した複雑な商品などは勧誘が禁止されていない³⁴⁾。

たしかに、勧誘自体を禁止する金融商品の種類を限定することは、多様な金

32) なお、広義の適合性の原則の考え方は、金融商品の販売等に関する法律（以下、「金販法」という）にも規定され、重要事項について説明義務を怠った場合の損害賠償責任について民法の特則が定められている（金販法3・5・6条）。

33) 黒沼・前掲注（26）142頁。

34) 店頭金融先物取引および個人顧客に対する店頭デリバティブ取引は不招請勧誘などの禁止の対象とされ（金融商品取引法施行令16条の4第1項）、金融先物取引、商品関連市場デリバティブ取引、個人顧客に対する店頭デリバティブ取引は勧誘受託意思不確認勧誘の禁止および再勧誘などの禁止の対象とされる（同条2項）。

融商品の開発を促すことが投資者の利益につながるという投資法制の基本理念には沿っている³⁵⁾。その結果として、預金や保険分野においては、デリバティブを組み込んだリスクを伴う商品の開発が進められてきた。しかし、そのように開発された金融商品が、顧客に適正に販売されるかどうかについては次元の異なる問題がある。しかも、そのような商品は概して販売手数料が高く、かかる商品を販売することについては業者が大きなインセンティブをもつ。実際にも、高リスクで複雑な金融商品の販売をめぐる当事者間の紛争は少なくない。

このような業者のインセンティブ構造に配慮するならば、少なくとも金融リテラシーが相当高い個人投資家はともかく、平均的な投資者に対しては、勧誘が禁止される金融商品の範囲を広げるという、パターンリスティックな考え方を取ることに有用性があるように思われる。なぜならば、仕組商品の販売をめぐる裁判例をみるかぎり、適合性原則や説明義務を定めたルールが実際に機能しているのかどうかについては、以下で述べるように必ずしも判然としないところがあるからである³⁶⁾。

適合性の原則は投資者に対する勧誘ルールであり、その内容は「いかに説明を尽くしても一定の商品の勧誘・販売をしてはならない」ことを黙示的に定めたものと一般に解されている。しかしこの解釈に基づく勧誘の禁止は、顧客の属性に合わせた説明を行うことによって解除されうる。すなわち、一般に「説明を尽くしても理解できないという投資者はほとんど存在しない」という社会的な認識を基礎として、顧客の理解能力に見合った説明をすれば、複雑な金融商品の勧誘も可能であるという理解が生まれ、適合性の原則に抵触するような勧誘が行われる余地が生ずる。その結果、著しい適合性原則の違反がなければ不法行為を構成しないという規範³⁷⁾を前提に、仕組みが難解な金融商品の勧誘

35) 近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎『金融商品取引法』（商事法務、2016）8頁。

36) 証券・金融商品あっせん相談センターの統計をみるかぎり、現在でも年間の苦情処理件数は1000件を超え、あっせん件数も100件を超えるなど、その数値が減少する傾向は依然として見られていない（証券・金融商品あっせんセンターのホームページ上の各種統計資料、相談・苦情の受付状況（月次）を参照）。

が行われ、それは即、自己責任原則を理論的前提とする説明義務の問題に置き換えられることになる³⁸⁾。

このような実務が行われているのは、わが国の適合性の原則が「顧客に適合した金融商品の勧誘」を求めることを明示的に規定することにとどまっているからであり、アメリカ（FINRA Rule 2011）やイギリス（COBS 9.2）³⁹⁾などとは異なり、適合性原則において顧客情報の把握義務（know your customer rule：顧客を知る義務）を正面から規定していない⁴⁰⁾ことと無関係ではないだろう。

この点、たしかに、金融庁の「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」Ⅲ-2-3-1（「適合性原則」）では、顧客属性の適格な把握と顧客情報の管理の徹底を業者に求めるために、顧客カード等の登録を要請している。また、日本証券業協会も、協会が行う有価証券の売買その他の取引等の勧誘、顧客管理等についてその適正化を図ることを目的として、「協会の投資勧誘、顧客管理等に関する規制」（以下、「自主規制規則」という）を定め、その5条1項で顧客情報の整備義務を詳細に規定している。また、特定の取引については、勧誘開始基準（同5条の2）や取引開始基準（同6条）なども規定されている⁴¹⁾。このように、わが国では、ソフトローにより顧客を知る義務を実質的に

37) 最判平成17・7・14民集59巻6号1323頁。

38) 説明義務は、投資家の自己責任原則を理論的前提にしており、説明を受ければ自己の利益を自分自身で判断して守ることができる投資家モデルに依拠しているとされる（志谷匡史「証券市場と公的規制」神戸54巻4号60頁（2005））。

39) See FCA, FCA Handbook, Conduct of Business Sourcebook (COBS) Chapter 9.2.

40) 同旨につき、川口恭弘『適合性の原則』金融商品取引法研究会記録54号（2016）3、11頁。なお、アメリカでは2011年にFINRA（Financial Industry Regulation Authority：金融取引行為規制機構）が規制の強化や合理化、明確化のために「顧客を知る義務」（FINRA Rule 2090）をいわゆる適合性のルール（FINRA Rules 2111：Suitability Obligation〔許容度を測る義務〕）に統合した（FINRA, Regulatory Notice 11-02, October 7, 2011（2011））。

41) 「協会の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」3条3項では、いわゆる合理的根拠適合性（投資者に対して販売する商品としての適否を事前検証すること）が定められ、業者側が販売対象となる当該有価証券等について十分な理解を有しなければならないことも求められている。

課すことで、金商法40条が補完されているともいえるだろう。また、そもそも顧客の属性を把握できなければ当該顧客に適合した勧誘を行うことができないという意味で、顧客を知る義務は明文化されていないものの、当然の前提として同条に内包されているという理解も可能である⁴²⁾。

ところが、監督法的規制や自主規制機関の効力やその実効性については疑問がないわけではない。証券会社の自主規制違反が問われたワラント取引に係る宮崎地判平成7・11・27証券取引被害判例セレクト3巻257頁では、「…（大蔵省）通達、（日本証券業協会理事会）決議⁴³⁾は営業準則としての性質を有するにすぎないのであるから、証券会社の顧客に対する投資勧誘がこれらの規定に違反したからといって、直ちに私法上も違法と評価されるものではない」という立場が示されている。また、監督法的規制への抵触が問題となり得る事件は多数あるが（大阪地判平成22・8・26判時2106号69頁など）、いずれの裁判例も監督規制違反を論じていない⁴⁴⁾。自主規制規則に基づき作成されたとされる適合性判断を行うための内部マニュアルへの抵触が私法上の責任原因を判断する上で考慮されたのは、東京地判平成28・6・17金判1499号46頁⁴⁵⁾において他にないものと思われる。監督法的な規制や自主規制規則は銀行や金融商品取引業者の行為規範となり得るものであり、私法的な責任を判断する上でも参照されるべきものである⁴⁶⁾。しかしながら、金融商品取引業者に課された

42) 同旨につき、川口・前掲 (40) 6頁。

43) 大蔵省通達は「投資者本位の営業姿勢の徹底について」(昭和49年12月2日蔵証2211号)を、日本証券業協会理事会決議は「外国新株引受権証券の店頭気配発表及び投資勧誘について」を指す。

44) 岩原伸作「金融商品の販売における金融機関の説明義務等に係る監督法的規制」金融法務研究会『金融商品の販売における金融機関の説明義務等』（金融法務研究会、2014）23-24頁。岩原教授はプレイン・バニラ金利スワップ契約をめぐる最判平成25・3・7集民243号51頁についても、「主要行等向けの総合的な監督指針」Ⅲ-3-3-1-2 (2) ①bで規定された説明義務に反する事案であったと分析されている（岩原・同25頁）。

45) 津田顕一郎「判批」金判1511号127頁は、本判決の適合性原則違反を導く判断方法は繰り返し参照されるべき価値があるとする。

46) 監督法的規制の意義について、岩原・前掲 (44) 25頁。

監督法的規制、自主規制規則及びそれに基づく社内規則について顧客が詳細に知る機会是一般にはないと思われることから、そもそも裁判上でこれらのルール違反が顕在化することがないというのが実情ではないだろうか。

また一方で、金融商品取引業者の顧客の属性把握自体が適正に行われているかという点についても問題があり得る。例えば、顧客のリスク許容度を測る投資目的に関する質問は、値上がり益重視（低・中・高と段階分けされることが多い）か、安定性重視かというかたちでなされることが多い。そして、投資者が安定性重視の意向を明示的に業者に告げていない限り、リスク商品の投資勧誘の違法性が争われた場合、裁判所によって、顧客には勧誘当時利殖目的があったという認定が容易になされてしまう（例えば、東京地判平成30・1・31平26（ワ）11540号、平成28・10・31平26（ワ）33066号等）。このことは翻って、業者側において、顧客の投資目的やリスク許容度に関する顧客の意向に関する情報の取り方が大まかすぎないかなど、顧客に関する情報の収集方法や、収集された情報の分析の正確性が担保されているかという点に疑問を生じさせる。

さらに、高齢者に対する投資勧誘についていえば、投資者の属性にもよるであろうが、一般的には、高齢者は資産の多寡にかかわらず老後の生活資金として資産を比較的安全に運用していくことが優先されると考えられるため、金融商品取引業者はそれを前提にした金融商品の提案を行うべきことが望ましいものと思われる⁴⁷⁾。しかしながら、裁判例をみるかぎり、資産の大きさはリスク許容度の高さと同視されているようにみえ⁴⁸⁾、高齢者に対しても難解な高リスク商品が販売されている実態が許容されているケースもある。これは、実務において、金融商品の性質に関わらず、顧客の財政力に見合う商品が販売されて

47) 顧客が高齢者ではない場合であっても、販売業者は人のライフプランに合わせた資産形成を提案することが望ましいと思われる。

48) 同旨につき、金融法委員会「プロ向けルールに関する中間論点整理—金融商品取引法を中心に—」（平成22年）10頁、証券取引法研究会編『平成15年の証券取引法等の改正』（商事法務、2004）10頁。

しまうこと、さらにいえば、業者が販売したいと考える金融商品が顧客に対して提案されやすい状況が是認されていることを示している。

以上の分析によれば、金融商品の勧誘・販売の場面において、現在のわが国の法や自主規制ルールには、少なくとも、投資者の保護ルールとして実質的に機能しているとは評価し難い部分があるように思われる。このことは、勧誘時、投資者が自らの投資意向を業者に正しく伝えることができていないか、または、業者との契約交渉過程で、投資者が不注意な投資判断の誤りを繰り返している事実があることを推認させる。つまり、現在の投資者保護ルールは、少なくとも、勧誘時または契約交渉過程において、投資者と業者の意識のずれを解決することができていないことを表している。より正確に言えば、投資活動におけるシステムティックな認知バイアスの問題を抱える側の投資者と、そのバイアスを利用する側の業者について、現在のルールが考慮を及ぼすことができていないことを示しているともいえる。

なるほど、証券法は自身の軽率な投資判断から個人投資家を保護するものではない。しかしその不注意が人間に共通して高い確立で起こりうるものであり、それが科学的に実証されている事実であるとすればどうであろうか。経済行動において、感情は人の行動を方向づけるソマティック・マーカー⁴⁹⁾と考えられており、行動経済学の分野では、アノマリーが決して誤謬ではなく、生理学的に根拠のある帰結であるという確信を強めている⁵⁰⁾。

証券法の趣旨が、業者が個人投資家の弱点を突く形で違法・不当な投資勧誘を行うことを禁じることにより、個人投資家を保護しようとするものであるならば⁵¹⁾、投資家の弱点である認知バイアスの問題にも、証券規制は目を向け

49) 脳科学の分野では、意思決定において情動的な身体反応が重要な信号を提供するという仮説がある。その処理において、腹内側前頭前野が重要な役割を果たすとされている（佐藤 弥 脳科学辞典 <https://bsd.neuroinf.jp/wiki/ソマティック・マーカー仮説> (2015)）。

50) 依田高典「行動経済学は経済学を変えるか」世界2010年10月号194頁（岩波書店、2010）。

51) 志谷・前掲注（38）59頁（注）23。

るべきであるという方向性は必ずしも間違いではないように思われる。

IV. 投資行動と認知バイアス

1. 金融サービス市場での行動障害の特質

金融サービス市場では、次のような理由により行動障害（behavioral problem）が起りやすいとされている⁵²⁾。

第1に、大抵の人にとって、金融商品の多くは本質的に複雑であることである。金融商品は抽象的な無形の商品であり、複雑で、しかも変化する構造をもつ。これは、消費者が手に入れる一般の単純な価格の商品とは大きく異なる。

第2に、金銭的な決定をすることは、多くの場合、リスクと不確実性を評価することを伴うことにほかならない。他方で、人は不完全な情報に直面すると、経験則（ヒューリスティック）ないし直感を用いて判断しがちである。経験則は役に立つ場合もあるが、反面、系統的な誤判断につながりやすい。プロの投資家でさえも、投資市場などでリスクや不確実性を評価する際に、経験則への依存により誤りを犯すことがある。

第3に、金銭的な決定をするということは、現在と将来との間で折り合いをつけるということに起因する問題がある。例えば、人が借入れよりも貯蓄を選ぶ場合、将来時点の満足を重視して、現在の満足を放棄することを意味するが、反対に、将来よりも現在を重視する傾向（時間選好）が強い場合には、異時点にまたがる自己管理に失敗し（セルフ・コントロール問題）、問題を先延ばしにしてしまうことがある。クレジットカードでの借りすぎや、信用取引を拡大しすぎて過当取引に陥る場合などに、このような傾向が現れる。

第4に、金銭的な決定の多くは感情的であることである。ストレスや不安、

52) K. Erta, S. Hung, Z. Iscenko and W. Brambley, *Applying Behavioral Economics at the Financial Conduct Authority* for FCA, Occasional Paper No.1, at 16 (2013) . イギリスの競争・市場庁（CMA: Competition and Market Authority）は法の規定に基づき（2002年企業法〔Enterprise Act 2002〕131条）、市場調査を行う権限を有する。FCAは本レポートを作成するにあたり、CMAと同様の手法で市場調査を行っている。

損失に対する恐れ、後悔などの感情が、あるものを選択する際の費用や便益を考えることよりも、意思決定を左右してしまう場合がある。

第5に、人は金融商品を購入することから教訓を学べることが少ないということである。例えば、住宅ローンを組んだり、年金運用の計画を立てたりすることは生涯を通じてそれほどあることではなく、長い時間が立って初めて、人はその投資の成果に向き合わなければならない。また、人は財テクやその成果を他人に話すことを嫌がる傾向があり、他人の財産運用の経験から学ぶことにも限界がある。

たしかに、消費者の中には金融商品を理解するために努力も払わず、安易に金融商品を購入し、その後後悔する者もあるだろうが、上記でみたような行動障害は、業者の意図のある、なしに関わらず、金融商品の設計や販売の過程で消費者のいわゆる認知バイアスが強められることにより生じることが少なくない^{53,54)}。

53) B. Howcroft, P. Hewer and R. Hamilton, *Consumer Decision-Making Styles and the Purchase of Financial Services*, 23 (3) *The Service Industries Journal* 63 (2003) at 79-80.

54) ヨーロッパ委員会の要請を受けて行われた Chater らによる 2010 年の実証研究においても同様に、リテール商品市場では投資家が認知バイアスに影響されることが明らかにされている。Chater らは、リテール投資商品を購入した者としなかった者の意思決定過程を評価するために、EU 加盟国の 6,000 名の消費者を対象として調査を行った。そして、投資家が認知バイアスに影響される原因には、以下のような事情が前提にあることを示した。第1に、自らが投資リスクに晒されていること、とりわけ年金資産が株式市場リスクに晒されていることを消費者の多くはよく理解していないこと、第2に、調査対象者の3分の1しか複数の金融商品を比較して検討していないこと、第3に、投資を決定する場面では、アドバイスに依存する傾向が強いこと（リテール金融商品市場では約8割の者がフィナンシャル・アドバイザーらを通じて対面で金融商品の売買の決定をしており、その58%がかかるアドバイザーの影響で最終的な投資の意思決定を行っている）、第4に、アドバイザーに対する消費者の信頼が厚いため、潜在的な利害対立があることに消費者が気づかないケースが多いことである（See N. Chater, S. Huck & R. Inderst, *Consumer Decision-making in Retail Investment Services: A Behavioral Economics Perspective*, Final Report for the European Commission (2010) at 7)。

2. 認知バイアスが及ぼす意思決定への作用

人の心理状態が意思決定に影響を及ぼしているという認識の下では⁵⁵⁾、金融商品の勧誘・販売過程のさまざまな段階において現れる認知バイアスの作用を確かめる必要がある。実際に、投資行動に関係する認知バイアスには多くのものがあることが知られている。これについて、イギリスのFCAはリテール金融サービスにおける意思決定のゆがみの実態を明らかにするために、DellaVignaの心理学と経済学に係る実証研究⁵⁶⁾の成果で得られたバイアスの分類を参考にして、10個の認知バイアスを取り上げている⁵⁷⁾。そして、「選好 (preference)」と「信念 (belief)」から成る人間行動のモデル（人は何を欲するかという欲求 (desire) や選好を有しており、それとどのような行動が自らの欲求の達成に有効かという信念とを組み合わせる最適な行動をするとされる）において⁵⁸⁾、各バイアスが消費者の金融行動にどのような誤り (error) をもたらしうるのかを、以下のように整理している⁵⁹⁾。

55) 人の判断や意思決定は、高速で無自覚になされる潜在的過程（直感的な思考：システム1）と、低速で注意の容量を必要とする顕在的過程（合理的な思考：システム2）の二重過程（dual process）から成ることが様々な研究者によって明らかにされてきた。カーネマンらによれば、人は周囲の状況を理解するために、通常はシステム2のモードを通じた修正を経ずにシステム1の思考モードを利用するが、認知バイアスの影響は多くの場合、システム1に生じるといふ（D. Kahneman, *A Perspective on Judgement and Choice: Mapping Bounded Rationality*, 58 (9) *American Psychologist* 697 (2008) at 698-700；（都築誉史＝松田憲「特集『判断と意思決定の認知科学』編集にあたって」*認知研究* 22巻3号（2015）309-310頁等を参照）。）意思決定をバイアスから守るためには、システム1にいかにしてアプローチするかが重要になる。

56) See S. DellaVigna, *Psychology and Economics: Evidence from the Field*, 47 (2) *Journal of Economic Literature* 315 (2009). DellaVignaによる認知バイアスの分類を紹介したものととして、川濱昇「行動経済学の規範的意義」平野仁彦＝亀山洋＝川濱昇編『現代法の変容』（有斐閣、2013）408-413頁がある。

57) Erta, *et al.*, *supra* note (52) at 16. なお、米国における認知バイアスと投資行動の関係の分析については、ChoiとPritchardの研究を参照（S. J. Choi and A. C. Pritchard, *Behavioral Economics and the SEC*, 56 *Stan. L. Rev.* 1 (2003) at 24-36）。

(1) 「選好」に影響を及ぼすバイアス

(ア) 現在バイアス (Present bias)

将来よりも現在を重視する近視眼的な行動を指す。そのときは最善だと思った選択であっても、時間の経過とともに最適ではなくなるため、時間的非整合とも呼ばれる。人は近くのは過大評価し、遠くのは過小評価する傾向があるため、一時的な満足を得るためにした選択を後になってから後悔したり (セルフ・コントロール問題)、問題を先送りしてしまうことがある (先送り行動)。

そのようなバイアスと消費者の金融行動としては、例えば、退職後の生活資金を十分に貯蓄することができない、クレジットカードの使い過ぎで返済ができないことなどを挙げることができる。セルフ・コントロール問題を抱える自信過剰な者は、金融商品の特徴を誤って評価することがある。その結果、将来の効用を過少評価して商品の購入時に費用を払い過ぎたり、逆に過大評価しすぎて、将来の費用を低く見積もりすぎたり、費用を無視して考えることもある。一方、先送り行動の結果、最適な商品を探せなかったり、探す努力を早期にあきらめることがある。あるいはまた、保有している金融商品を換金して他に乗り換えるべきかどうかについて再評価を行わなかったり、解約すべき契約をそのままにしてしまうこともある。

58) 人間の行為を説明する際に用いられる素朴心理学 (folk psychology) のモデル。同モデルでは、意図的・意識的に行う行動 (「行為 (action)」) のみを考察対象とする (瀧澤弘和「行動経済学と神経経済学は標準的経済学を変えるのか」公共選択の研究2010巻54号(2010) 69頁等を参照)。

59) The following descriptions of biases are given by Erta, *et al.*, *supra* note (52) at 17–19, 53–60; OSC, OSC Investor Office, *Behavioral Insights Report*, Staff Notice 11–778 (2017) at 47–51. 参照した邦文献として、子安増生 = 西村和雄編『経済心理学のすすめ』(有斐閣、2007)、大垣昌夫 = 田中沙織『行動経済学——伝統的経済学との統合による新しい経済学を目指して』(有斐閣、2014)。

（イ） 参照点依存と損失回避（Reference dependence and loss aversion）

消費者は問題を客観的に評価することが比較的苦手であるが、ある価値を計るときは任意の参照点と比較した上で自らの損得を考えることがある。しかも、人は「得」よりも「損」を約2倍の大きさで感じるために、損失に対して過剰反応を起こしやすい。また、選択した基準点に基づいて意思決定を変更することが、かえって悪影響を及ぼすこともあり得る。例えば、人は価値が下落した株式を損切りできずにいる間に、他の株式でリスクを増大させてしまうことがある。これは、人が損失に対して痛みを強く感じる事が影響している。このように、損失回避とは人が損失の確定を嫌う傾向があることを指す。

参照点依存や損失回避は「授かり効果（endowment effect）」という認知バイアスとも深く関係する。授かり効果とは、自分の所有しているものを高く評価しすぎるために、それを手放したくないと考える傾向を指す。売値と買値にかい離が生じるのも授かり効果の影響だとされている。証券投資の場面では、授かり効果のために行動と意図の間にひずみを生じることから、証券を保有していてもメリットがないことが明らかな場合でも、損失が出ているにもかかわらず、売るタイミングを逃してしまうことがある。授かり効果は所有した直後に現れることもある。

（ウ） 後悔その他の感情（Regret and other emotions）

怒りや恐れといった否定的な感情に伴うストレスや不快感に人は影響されやすい。とりわけ消費者がこのような感情に苛まれているとき、誤って金融商品を購入してしまうことがある。例えば、さまざまな将来の不安に対して悔いのないようにするため、高価すぎる保険に加入してしまうことがある。また、負債を整理するときのように、選択の結果としての見返りが肯定的なものであっても、曖昧性や不確実性、ストレスを嫌がる傾向が作用して、借金を先送りすることがある。また、そのような感情の作用によって、新たな金融商品への投資を躊躇する傾向もある。

(2) 「信念」に影響を及ぼすバイアス

(ア) 自信過剰 (Overconfidence)

人は結果がすぐにわかるような事象よりも、長い時間が経過しなければわからない事柄について「自信過剰」に陥りやすい傾向がある。人は自信過剰になると楽観的なシナリオを描きやすく、自分の予想と異なる他人の予想や評価を受け入れたがらなくなるからである。これは、長期のキャッシュフローを予測しなければならない株価市場での投資判断において典型的に現れる。信用取引でレバレッジを過剰に利かせたり、取引量を拡大し続けるケースなどがこれに当てはまる。

また、自信過剰になるために、自分の予想と異なる他人の予想や評価を受け入れたがらなくなる傾向も見られてくる。インターネット取引を行う投資家の投資成績が悪化するのとは、大量の情報を入手することで、自らをプロの投資家と同じ能力があるものと錯覚し、過剰な投資へと向かうという分析もある。

(イ) 過剰な外挿 (Over-extrapolation : 外挿バイアス)

人はある対象について成り立つことを、別の対象についても成り立つと強く推論したり (外挿: over-extrapolation)、状況の全体像を十分に把握せずに行ったわずかな観察を頼りに予測を立てることがある。このような心的傾向は短期間で投資の意思決定をする際によく現れる。とりわけ消費者に外挿バイアスの作用があると、金融商品の利益を過大評価したり、コストやリスクを過少評価したりすることがあり、必要以上に進んでコストを払うこともある。

例えば、消費者は、ある投資の成功例が偶然に左右されたものであっても、そのわずかな投資例だけを頼りに、当該投資アドバイスがよいものだと思ってしまうことがある。また、投資商品のリスクやファンダメンタル、長期のパフォーマンスをあまり評価せずに、証券の最近の値動きだけを見て日計り取引を行うこともある。

（ウ） 投影バイアス（Projection bias）

人は現在の感情や態度、選好が将来も変わらずに続くものと考えて、変化の可能性の影響を少なく見積もることがある。このため、例えば、年を取るにつれて自らの選好や周囲の状況があまり変わらないと考え、結果として十分な貯蓄をせずにいることがある。また、満期を迎えるまでに必要になる資金があることを忘れて長期の金融商品契約を締結してしまうのも、投影バイアスの影響であるとされる。

（3）「意思決定」に影響を及ぼすバイアス

（ア） 心の会計と狭義括り（Mental accounting and narrow bracketing）

人はできるだけ計画的にお金を使おうとするために、頭の中で大雑把に会計処理をする傾向がある。しかし同じお金であるにもかかわらず、入手方法や使用方法でお金の印象を変えてしまうことがある。行動経済学においては、このような不合理な行動は「心の会計（mental accounting）」として知られている。このような心的傾向は、臨時収入をすべて消費に回してしまったり、分割払いであらゆる物を購入しようとしたり、あるいは、金額が大きくなるに連れて、絶対額ではなく比率や割合で考えてしまい、少々の金額差がわからなくなってしまうところなどにあらわれる。

また、物事を全体ではなく、個別に評価して決めようとする傾向（「狭義括り（narrow bracketing）」）があるため、自分の生涯厚生に影響を及ぼす他の意思決定とを統合せず、今まさに直面している問題のみを考えて意思決定を行うことがある。例えば、投資決定において、ポートフォリオ全体を考慮するのではなく、金融商品ごとに投資判断を行ってしまうことなどを挙げることができる。

（イ） フレーミング、顕現性、注意の容量的制限（Framing, salience and limited attention）

心理学では、人の注意力には容量的制限があるとされている。このため、あ

る情報の意味内容が同じでも、その表現方法が変わることで、印象が変わったように感じることもある。こうした心的作用はフレーミング効果と呼ばれている。とりわけ、物事を判断する際に、目立つ部分ばかりに目が行き、客観性に欠ける判断をすることがある。この場合、人には目立ちバイアスの作用(salience: 顕現性)が働くといわれる。なお、対象をある解釈の枠組み(フレーム)に当てはめて考えようとする場合、損失回避や参照点依存のような、他の特定のバイアスの作用も同時に起きている。

例えば、消費者は保険商品や投資商品の広告表示価格や、目立つように表示された価格をもとに、投資の意思決定をしがちである。また、勧誘者が取引手数料を金額ではなく「%」を用いて割合で説明する場合、消費者はコスト負担の割合を少ないと感じやすい。他方で、消費者のこのような認知バイアスを利用して、業者が複雑な価格設定を行い、全体でどのくらいのコストが掛かるのかを容易にはわからないようにしたり、曖昧にすることがある。また、消費者が手数料に対して関心をそれほどもたないことをいいことに、高い料率を設定し、契約条件の中で然るべき条項を追加しておくことがある。広告表示では情報の断片だけを表示し、手数料にかかる情報を覆い隠すこともある。

(ウ) 意思決定における経験則 (Decision-making rules of thumb)

問題が複雑な場合や意思決定のための判断材料が多い場合、人は自分の経験や直感に頼って、意思決定に至るプロセスを単純化したり、情報の一部を無視して結論に至ることがある(ヒューリスティック (経験則))。効率的な問題解決ができる反面、問題解決の精度は低くなる。つまり、両者はトレードオフの関係にあるため、判断を急ぐと、意思決定に誤りが起きる可能性も高くなる。例えば、多くの選択肢から何かを選ぶ際に用いられる経験則としては、(1)最も身近なものを選ぶこと、(2)最も曖昧なものは避けること、(3)最も注意を引かれたものを選ぶこと、とりわけ最初の情報に現れた特徴は重視しやすいこと(アンカリング/初期保有効果)などがある。また、現状を変えたくないために、選択自体をしないこともある。

消費者の投資商品の選択方法や個々の商品の価値の評価方法には様々な経験則が影響を及ぼす。例えば、投資商品の情報収集サイトを見る消費者は、業界大手5社が販売している投資商品だけを選択肢として選んだり、投資商品の主な特徴だけを見て投資の意思決定を行うことがある。これは、詳細をよく見ずに、最初に目に留めたもの、最も手数料の安いものを選ぶバイアスの作用によるものであり、その選択の結果は当該消費者にとって必ずしも最適とはいえない可能性がある。また、例えば、資産運用の場面で、人は自分のリスク許容度を反映していない投資ファンドにばかり年金資金を割り当てるというよりも、むしろ特定のファンドを選択してから、均等に資金を割り当てることがある。これについては、資産分配の意思決定の際にすべての選択肢に当配分するという、いわゆる1/N ルールの認知バイアスの作用が働いている。

（エ） 説得と社会的影響（Persuasion and social influence）

社会心理学では、「社会的影響」⁶⁰⁾の一種である「説得」はコミュニケーションにおいて最も基本的で重要な機能を担うとされる。敷衍すれば、「説得」とは、選択の自由がある状況の下で、送り手が受け手に対してメッセージを伝達することにより、受け手の信念や態度・行動を変化させようとする活動またはその過程を指す⁶¹⁾。ある対象について十分に考える動機づけと能力が高い場合、好意的または非好意的思考に基づいて認知構造を変化させた上で、態度変化が生じるのに対し、動機づけや能力が低い場合は周辺ルートによる態度変化が起きやすい。すなわち、メッセージ処理に際して簡便な判断方法が採用される可能性が高まるのである。例えば、積極的な投資の意思がないにもかかわらず、

60) 社会心理学において、「社会的影響」とは、規範的影響と情報的影響の要素に分かれるとする分析があり、前者は、賞賛を得たい、罰を避けたいなどの動機に基づいて集団規範に合致した行動をとることを指すのに対し、後者は、他者の意見を参考にして、より適切な判断や行動を行おうとすることを指す。どちらが優勢に働くかは状況により異なる（安藤清志＝大坊郁夫＝池田謙一『現代心理学入門4 社会心理学』（岩波書店、1995）79頁）。

61) 以下の記述について、安藤＝大坊＝池田・前掲注（60）60-69頁を参照。

金融機関等の販売員から金融商品の説明を受ける者には「専門家の言うことだから正しいだろう」とするような判断をする傾向がみられる。

他方で、認知 (cognition)、行動 (behavior) と共に、「態度」の要素の1つを成す「感情」は、態度変容や社会的相互作用において重要な役割を担う。感情とは、交感神経系の反応や好き・嫌いという言語的な表現を指す。例えば、消費者が感じのいい人に勧誘をされると、販売圧力に押され、ある投資商品を購入することに納得してしまうことがある。また、販売業者の説明が不十分であるにもかかわらず、広告のイメージだけで投資の意思決定を行ってしまう場合がある。これは、ある対象を評価する際に、それがもつ顕著な特徴に引きずられて、他の特徴についての評価が歪められるという認知バイアス (ハロー効果) の作用による。

3. バイアスにより影響された意思決定の法的保護

Ⅳ. 2でみたように、人、とりわけ消費者がどのように「選択」を行い、ときになぜ最適な意思決定を下すことができないのかという問題について、心理学や行動経済学は意思決定のメカニズムについて科学的な根拠を示してくれる。しかしながら、行動科学は人がバイアスの影響により一定の行動モデルから逸脱する可能性を記述しているにすぎない。ある行動モデルからの逸脱が直ちに誤りであるとか、人がどのように行動すべきかということを主張しているものではない⁶²⁾。仮に、規制者が行動科学の知見に依りすぎ、誤って正当な消費者の選択を直したり正したりするようなことがあれば、規制による介入は、単に消費者の利益にならないことに対して無駄なコストをかけることになるばかりでなく、かえって人々の暮らし向きを悪くすることがあり得る⁶³⁾。

62) G. Persad, *When, and How, Should Cognitive Bias Matter to Law*, 32 Law & Ineq 31 (2014) at 35-36.

63) E. Fatas and B. Lyons, *Consumer Behavior and Market Competition* in J. Mehta ed., BEHAVIORAL ECONOMICS IN COMPETITION AND CONSUMER POLICY (2013) at 35; Erta, *et al.*, *supra* note (52) at 19.

しかし投資行動において現れるバイアスは、モデルからのずれを意味するだけでなく、現実の世界においても大抵の場合、「誤り（mistake）」として扱うことが可能であるという分析が示されている⁶⁴⁾。上記Ⅳ．２の分類に即して言えば、「信念」に影響を及ぼす種々のバイアスは、一定の知識を有する投資者の意思決定にも影響を及ぼしうる。また、直感的で素早い決定をする者は、「意思決定」に影響を及ぼすバイアスの作用によって誤りを犯しやすい。さらに、「選好」に影響を及ぼすバイアスについていえば、消費者は自らの意思決定が「感情」によってどれほど影響を受けるのかを必ずしも気づくことができないばかりか、「感情」は金融商品の広告及び販売過程においても操作されやすいという特質がある。たしかに、人の投資行動における認知バイアスの影響は、金融教育を通じて抑制できる可能性があり、わが国においても、諸外国に倣い、金融教育が推進されてきた。しかしながら、金融教育の効果を疑問視する実証研究が少なからずあることに象徴されるように⁶⁵⁾、バイアスを除去するためには相当程度時間がかかる。またそれ以前に、認知バイアスには教育によっても完全に除去できないという本質的かつ深刻な問題がある⁶⁶⁾。

わが国では「貯蓄から投資へ」の掛け声の下で、国民すなわち個人投資家を証券市場に誘導する政策を継続してきた。この試みは、証券市場の活性化のためだけではなく、少子高齢化社会で国の財政基盤が弱体化化する中で、国民自らによる資産形成を促すためにも必要であろう。しかし消費者に近い性質を有す

64) Ibid.

65) L. E. Willis, *Against Financial-Literacy Education*, 94 Iowa L. Rev. 197 (2008) at 202（金融教育は変化が速い市場ではあまり役に立たず、投資家の根拠のない自信をかえって高めるおそれもあると指摘する）；L. Alsemgeest, *Arguments for and against Financial Literacy Education: Where to Go from Here?*, 39 Int'l Journal of Consumer Studies 155 (2015)（金融教育は、主に若年層が財政的に健全な生活を営むことができるようにする点で効果が認められる一方で、投資や年金資産の運用という比較的複雑な問題については、教育の成果が認められず、結局専門家の支援が必要になると主張する）。

66) See, for instance, C. Jolls et al., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 Stan. L. Rev. 1471 (1998) at 1527.

る個人投資家を適正に保護しないかぎり、証券市場に参入する個人投資家の数は今後も増えないおそれがある。個人投資家を証券市場へと誘うためには、法が認知バイアスを介入的に除去する手助けを行う余地があると思われる。

V. 行動経済学に基づく規制のフレームワーク

1. 行動経済学の分析視座

個人投資家を含め、一般に消費者行動を理解し予測を行う場合、合理的選択理論と行動経済学により分析を試みることが有効だとされる。ただし、両者の分析視座は異なる。合理的選択理論では、人の合理性、すなわち、人が自己の効用を最大化するように行動することが前提となるのに対して、行動経済学では人の選好がどのように形成されるかという、選好の形成過程そのものに焦点を当てる⁶⁷⁾。つまり、行動経済学では、効用を最大化することと、あることを選択することとは別次元の問題だと考えている⁶⁸⁾。したがって、選好を決定するプロセスが個人の幸福に適切には結びつかない要素で満たされている場合、合理的選択理論によれば、結果として、人は何か別のものを選択すると考えるのに対し、行動経済学の知見によれば、かかる状況では、意思決定の過程で生ずる誤りが増えると考え⁶⁹⁾。例えば、老後のための貯蓄形成が思い通りにいかないのは、行動経済学の知見によれば、現状維持バイアスの作用によるものであり、また、貯蓄形成をしていたとしても、それほど十分な資金を貯めておくことができないのは、自分が受け取る報酬は目の前に近づいてくると待ちきれなくなる感情（双曲割引：hyperbolic discounting）⁷⁰⁾に左右されるからだとする⁷¹⁾。これに対して、合理的選択理論によれば、それは直近を重視する人の価値観の問題にすぎない（近視眼的合理性：rational addiction）と評価する⁷²⁾。

これについて、確定拠出年金制度を運用する諸外国では、近年、合理的選択

67) Department of Finance and Deregulation (Australian Government), *Influencing Consumer Behavior: Improving Regulatory Design* (2012) at 27.

68) Ibid.

69) Ibid.

理論ではなく、行動経済学の視座に立った制度運用を始めている。これは、確定拠出年金にかかる投資教育の効果を検証するさまざまな実証研究において、投資教育の効果に限界が現れていることによる⁷³⁾。また、強制貯蓄制度では、加入者に複雑な金融情報を理解するために必要なスキルを有することや、投資の専門家たることを求めることはできないとする価値判断によるものである⁷⁴⁾。例えば、2007年に導入されたニュージーランドの確定拠出型企業年金である KiwiSaver は、貯蓄に関する意思決定が現状バイアスや現状維持バイアスなどの認知バイアスに影響を受けることを前提に設計されている⁷⁵⁾。新規の被用者は原則として自動加入となり（一定期間内であれば脱退は可能である）、被用者は課税前賃金の一定割合を拠出することで、将来に向けて自然に貯蓄を増やすことができる仕組みとなっている。英国の確定拠出年金制度の1つである国家雇用貯蓄信託（NEST：National Employment Savings Trust）⁷⁶⁾やオーストラリアの老齢年金制度（superannuation）も同様に、行動経済学の知見を基

70) 双曲割引とは、時間の経過とともに選好の逆転が生じることで、現在に近い期では、人間はその場の満足に流されて、現在消費偏重になりがちであるのに対し、現在から遠い未来においては、自分をコントロールできる度合いが高くなる傾向を指す。単純な消費者は、将来の自分は現在の計画通りに消費選択をできると考えるが、実際の行動は衝動的であり、近視眼的になるという（高橋泰城「時間割引・不確実性下の意思決定の行動神経経済学」行動経済学1巻（2008）69頁、清水弘幸「選好の時間的非整合性を組み入れた消費の動学分析」商学研究科紀要65巻127-128頁（2007））。

71) Department of Finance and Deregulation, *supra* note (67) at 28. なお、わが国の確定拠出年金の従業員拠出への加入者及び非加入者へのアンケートに基づき、同様の心的傾向が現れることについては、山口修「確定拠出年金の今後の課題と対応について」経済論叢188巻3号65頁（2014）75-77頁を参照。

72) G. Becker and K. Murphy (1988), *A theory of rational addiction*, 96 (4) Journal of Political Economy 675 (1988) at 685-692.

73) See, for instance, S. Benartzi and R. H. Thaler, *Heuristics and Biases in Retirement Savings Behavior*, 21 (3) Journal of Economics Perspective 81 (2007) at 99.

74) Australian Government, *Super System Review Final Report: Overview and Recommendations* (2010) at 4.

75) See, for instance, T. Irwin, *Implications of Behavioral Economics for Regulatory Reform in New Zealand* (New Zealand Law Foundation, 2010) at 29-30.

にした制度設計がなされている⁷⁷⁾。

合理的選択理論の考え方が正しいとすれば、実際の意思決定は最適になることから、人間をある行動へと向かわせるために行う政府の介入は、かえって個々の暮らし向きを悪くするかもしれない。しかし行動経済学の見方が正しければ、人々の行動を変える規制が個々人の福祉を向上させる余地が生まれる⁷⁸⁾。しかも、後述するように、行動経済学に基づく政策は、人を手助けする可能性が最も高く、危害を加える可能性が最も少ない後押し（ナッジ）による手法を採用。以上によれば、ある規制の枠組みを検討する際には、機会費用を含めたコストや対価を評価することに加え、個人の選好や効用を十分に分析・検討することが、消費者行動の実態に即した効率的かつ効果的な規制につながると考えられる。

2. Nudge（ナッジ）

行動経済学の知見を政策に反映させるための代表的な方法がナッジ (Nudge) である。かかる概念を生み出したセーラーとサンステイーンによれば、ナッジとは、食事制限をしている人に対してジャンクフードを食べることを禁ずるのではなく、目線の高さにフルーツを置いてあげるように、「選択を禁ずることも、経済的なインセンティブを大きく変えることもなく、人々の行動を予測可能な方法で変える選択アーキテクチャのあらゆる要素」であると定義する⁷⁹⁾。ここで「選択アーキテクチャ」とは、「選択を促すための制度や仕掛け」のことを

76) 白杵政治「行動経済学と確定拠出年金—英国 NEST を中心に」年金ストラテジー 235 号 2 頁以下を参照 (2016)。

77) Australian Government, *supra* note (74) at 9.

78) Department of Finance and Deregulation, *supra* note (67) at 32.

79) R. H. Thaler and C. R. Sunstein, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH AND HAPPINESS (Yale University Press 2008) at 6 (邦訳として、遠藤夏美訳『実践行動経済学:健康, 富, 幸福への聡明な選択』(日経 BP 社, 2009) を参照)。リーマンショックと時を同じくして公表された同論文は、消費者保護のためにどのような政策を打ち出せるのか、打ち出す場合でも、できるだけコストがかからない方法を模索している。

意味する。具体的にいえば、(1)ある行動バイアスを識別・特定し、(2)そのようなバイアスによって引き起こされる消費者の損失や不利益に取り組むための政策の選択肢を開発・作成することである⁸⁰⁾。つまり、前記V. 1でみた強制貯蓄制度のように、公共政策において政府が人の行動原理を利用して、強制することなく、望ましい行動に誘導することをいう⁸¹⁾。

ナッジによる方法は、規制者が複数ある選択肢のうちで望ましい選択肢をどのように提供するか、言いかえれば、推奨すべきデフォルトをどのように定めるかについて、国民すなわち消費者への干渉の度合いにより、(1)Shove（押しつけ）、(2)Assisted nudge（支援付きナッジ）、(3)Pure nudge（純ナッジ）の3つの方法が考えられる⁸²⁾。(1)Shoveは、企業に対して追加的な要求をすることなく、政府主導で選択アーキテクチャを変えるものであり、いわば介入（intervention）に近い。法令により選択肢を排除したり（健康のために、学生食堂での炭酸飲料の販売を禁止することなど）、選択を制限するような「規制介入（regulatory intervention）」（公共エリアでの喫煙の禁止など）と、増税をしたり価格を上げたりすることによる「財政干渉（fiscal intervention）」がある。(2)Assisted nudgeは、消費者の望ましい選択を後押しするために企業を規制する方法である。例えば、チョコレートレジ近くから撤去させて、陳列棚でのみ買えるように、スーパーマーケットに対して商品の陳列方法を変え

80) セーラーとサンスティーンによれば、ナッジ（Nudges）は、インセンティブ（iNcentive）、対応づけの理解（Understand mappings）、デフォルト（Defaults）、フィードバックの提供（Give feedback）、間違いの予見（Expect error）、複雑な選択の構造化（Structure complex choice）という6つの構成要素からなるとしている。詳細は、正木宏長「情報を用いた誘導への一視座——行動経済学、ナッジ、行政法——」立命館法学362号1059頁以下（2015）を参照。

81) 省エネ政策や健康・医療戦略など、ナッジの考え方は各国で様々な公共政策に利用されており、わが国においても環境省等においてナッジを利用した環境対策が検討され始めている。なお、行動経済学の知見を応用した金融分野での各国における政策への取り組みについては、OSCの文書を参照した（OSC, *supra* note（59）at 80–99）。

82) The following descriptions of the way of “nudge” are given by Department of Finance and Deregulation, *supra* note（67）at 36–37.

るように規制することなどである。(3) Pure nudge は、例えば、医者が飲酒量を減らすキャンペーンを行って消費者を説得するように、権威を用いて消費者行動に影響を及ぼす「説得 (persuasion)」や、政府が政策として、臓器提供を明確に拒否していた場合にのみ臓器の摘出を断念するというオプトアウト方式を推進するように、「政府の直接的な消費者政策 (direct government-to-consumer policy)」によるものを指す。もっとも、政府の考えるより良い選択へと消費者を導くために、3つの方法のいずれか1つが採用されなければならないということではない。また、上記(2)、(3)の方法であっても介入的要素が全くないということではない。

3. 競争政策との関係

意思決定のプロセスにおいて、消費者は商品の情報を評価したり比較したりすることが比較的難しいと感じる⁸³⁾。巧妙な売り手は、そのような消費者の認知バイアスや、バイアスによる誤認に応じて消費者取引を考案するといわれている⁸⁴⁾。たしかに、行動経済学が消費者の効用を上げるためにマーケティングに活かされることもあるが、悪用されるケースも少なくない。ある取引が売り手の原価構造ではなく、消費者の心理構造に応じて考案される場合、結果として生じる歪みは国民の厚生を低下させ、消費者を害する⁸⁵⁾。

しかし市場競争を促進することで、ヒューマン・エラーが引き起こす行動

83) European Commission, *On the Follow Up in Retail Financial Services to the Consumer Market Scoreboard*, Commission Staff Working Document (2009) (銀行サービスを選択する際に、手数料に係る情報開示が不十分であること、契約締結前交付書面が複雑で理解できないこと、銀行からのアドバイスが不十分であることなどにより、銀行間の選択が難しく、例えば、2007年からの2年間で当座預金勘定を別の銀行に変更した顧客は9%にとどまったという)。See also R. Spiegler, *Choice Complexity and Market Competition*, 8 Annual Review of Economics 1 (2016).

84) Oxera, *infra* note (91).

85) O. Bar-Gill, *Consumer Transactions* in E. Zamir and D. Teichman (eds.), *THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW* (Oxford University Press 2014) at 468.

市場の失敗（behavioral market failure）⁸⁶⁾が改善するわけではない⁸⁷⁾。なぜならば、消費者が便益を正確に認識していれば、競争は消費者にとって役に立つ。言い換えれば、効率的に競争が行われていれば、顧客は商品供給者である企業の選択に従うことができ、企業に一定のプレッシャーを与えながら自らのニーズを満たすことができるからである。しかし消費者が十分に理性的ではない場合、競争は、消費者に対する実利の見返りなく純利益を最大化する⁸⁸⁾。価格についていえば、消費者が理性的な場合、売り手は低価格で競争を行うが、そうでない場合、売り手はあたかも低価格で競争しているように見せかけることがある⁸⁹⁾。このため、場合によっては競争が不正を招くこともあり得る。

このような問題の本質は、不完全に理性的な消費者が、偏った需要（biased demand）を生み出してしまうことにある⁹⁰⁾。そして、消費者の認知バイアスは需要と供給の好循環を妨げてしまうおそれもある⁹¹⁾。しかしながら、消費者の認識や誤認は内因性のものであり得るため、売り手である企業がマーケティング等を通じて、消費者の認知バイアスに影響を及ぼすことはできる⁹²⁾。その

86) See C. R. Sunstein, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism* (November 29, 2012), Yale Law Journal, forthcoming, at 6 note (21); 12-21, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2182619>. or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2182619>.

87) Bar-Gill, *supra* note (85) at 469. 競争の弊害を明らかにした以下の実証研究を参照（R. Spiegler, *Competition over Agents with Boundedly Rational Expectations*, 1 Theoretical Economics 207 (2015)）.

88) Ibid.

89) わが国でも、大手企業において製品の試験データの改ざんがなされたり、産地偽装された商品が老舗から販売されることなどに具体的に現れてきた。

90) Bar-Gill, *supra* note (85) at 469.

91) Oxera, *Behavioral economics and its impact on competition policy: A practical assessment with illustrative examples from financial services* (2013), prepared for the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) at 30, available at <https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/Behavioural-economics-and-its-impact-on-competition-policy.pdf>.

92) See M. Piccione and R. Spiegler, *Price Competition under Limited Comparability*, 127 (1) Quarterly Journal of Economics 97 (2010).

結果、市場に「有効な競争 (effective competition)」がもたらされる可能性が開ける。従来、競争の有効性はライバルを排除するための戦略を意味してきたが、「有効な」競争であるかどうかは、本来は商品の「価格や品質、サービス」によって決定されるべきものであるからである⁹³⁾。

ただし、一般的には多くの場合、企業は消費者のバイアスを操作し利用する戦略をとることが多い⁹⁴⁾。このため、ナッジの手法を取り入れた競争政策により、企業が消費者の認知バイアスを悪用しないように誘導するという方法が望ましいと考えられてくる。しかも、政策決定者が消費者の行う決定に影響を与えることができる機会は、意思決定のコンテキストの中にしかない。そこで例えば英国の FCA は、前身である FSA から改組する際に、金融市場における“effective competition”を新たな政策目的として掲げることとし⁹⁵⁾、後記 VI 以下で具体的にみるように、消費者の認知バイアスを除去するための方法の一環として、規制の検討過程に競争政策上の観点を加えた。問題の本質を突き止め、納得できる説明をするためには、金融業者がどのように競争をし（具体的には金融商品の設計・勧誘・販売の各プロセスが検証される）、どのような規制の失敗が存在しているのか、認知バイアスはこれらの要因とどのように関係するのかという点を検証し、幅広い文脈で市場を捉えることが重要であるからである⁹⁶⁾。

93) 従来の競争要因や競争環境等の分析は供給側に焦点が当てられてきたが、需要者側すなわち消費者から見た競争政策の在り方が、消費者の限定合理性を考慮に入れながら検討されている (S. Huck, J. Zhou and C. Duke, *Consumer Behavioral Biases in Competition: A Survey*, OFT 1324, MPRA Paper No. 31794 (2011), available at https://mpra.ub.uni-muenchen.de/31794/1/MPRA_paper_31794.pdf; Oxera, *supra* note (91))。

94) Oxera, *supra* note (91)。

95) リテールバンキングの分野で競争政策上の問題が存在し、問題解決のためには規制による措置が講じられる必要があることについては、1990 年に組織された Cruickshank 委員会のレポートにおいてすでに指摘がなされている (D. Cruickshank, *Competition in UK Banking A Report to the Chancellor of the Exchequer* (2000), available at https://www.vocalink.com/media/1603/cruickshank_report_2000.pdf)。

96) Erta, *et al.*, *supra* note (52) at 30, 38-39。

論説（木村）

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

（きむら・まきこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

法的思考と「法的三段論法」

——実務家からみたその「論理」——

京 野 哲 也

- 1 はじめに 「法的三段論法」は「論理ではない」ものか
- 2 考察の対象としての「法的思考」
 - (1) 考察の対象
 - (2) いくつかの前提
- 3 「法的三段論法」における論理の位置付け
 - (1) 前提とする法的三段論法の内容
 - (2) 法的三段論法の有用性・必要性
 - (3) 「法的三段論法」の形式論理上の意義（MP）
- 4 大前提の「ならば」の意義
 - (1) 法的三段論法の大前提の問題—法規範に含まれる「論理」
 - (2) 法規範と「全称命題」の問題
 - (3) 法規範と「蓋然性」の問題
 - (4) 法規範と非単調推論（論理）の問題
 - (5) 法規範と時的要素—大前提の変更可能性
 - (6) 小括
- 5 「法的思考の対象」を何と設定するか
 - (1) 高橋教授の主張の要点
 - (2) 法的思考の対象をどう考えるか
 - (3) 2つのアスペクトの有用性
- 6 「要件＝効果図式」と「ならば」の意義
- 7 （補論）いわゆる「オープン理論」の法理論としての意義
- 8 結語

1 はじめに 「法的三段論法」は「論理ではない」ものか

§1 近時、高橋文彦教授の所説を中心に、法的思考とりわけ法的三段論法と言われてきた思考法の意義について問題提起がされている。

§2 高橋教授は、法律実務家が用いている法的三段論法は、論理的に問題があり、「法的三段論法に代わる」「法的三段論法を超える」論理モデルが必要だと主張される。

論理的な問題の要点は、大前提たる法規範は、例外を許すものだから、例外が現れることにより古典論理では論理的矛盾をきたすことから、法規範における「ならば→」は「非単調推論」等の三段論法を超える論理を法的思考に適用する必要がある、というものである¹⁾。この高橋教授の説に依拠してであると思われるが、永島賢也弁護士は「法的三段論法は論理ではない」とまで言い切っている²⁾。

§3 では、法的三段論法において、論理がはたらく場面はないのであろうか。どのような場面でどのような論理がはたらくのか、その適用場面と限界を明らかにして、それぞれの場面ごとに適切な論理や論理外の考慮をすることはできないものであろうか。

§4 そこで、本稿では、法律実務家の民事訴訟における思考を対象として、その法的思考の一部をなす法的三段論法について、いくつかの前提を確認後（1から3章）、大前提たる法規範に含まれる条件関係「ならば」の論理としての意味の検討を主に行う（4章）。関連して、「法的思考」の対象を明確にすること（5章）、法的三段論法に含まれる条件関係の特殊性の確認を行い（6章）、最後に補論として、非単調推論等に関わる要件事実論のいわゆる「オープン理論」についてその意義を検討する（7章）。

§5 本稿の主題をなす部分について、現段階での私見は不十分ながら次のようなものである。民事訴訟における主張書面や判決に含まれる法的三段論法の大前提をなす法規範は、元来モノローグとしての言明であり（註 §54）、

1) 高橋文彦『法的思考と論理』（成文堂、2013）の特に第4章から7章（以下、「高橋『法的思考と論理』」として引用）。

2) 永島賢也『争点整理と要件事実—法的三段論法の技術』（青林書院、2017）27p。弁護士の立場から、隣接諸科学等の成果を取り入れた著作であり、後掲注4河村浩判事の労作と並び実務家にとって刺激的な示唆に富んだ成果物である。

請求原因と抗弁の関係では、各々別個の三段論法により法律効果が導かれ(§ 29)、法律効果の相互関係は、別次元で法を適用する結果定められるもので、両者は同一の論理平面に立つものではない(§ 37)。大前提の変化可能性は、抗弁のほか時間経過により生じうるが、それは当該言明の論理の外にあるものである(§ 46)。よって、モノローグのアスペクトからみた法規範の要件→効果の条件関係「ならば」は、必然的な条件関係を意味し、古典論理の範囲にある(§ 58)。一方、言明を、複数当事者間の議論の観点や審理のプロセスのアスペクトからみるときは、その大前提は変化可能性のあるものであって、議論や、変化が生じうる後までを包括して形式化するならば、当然ながら非単調推論等の、古典論理を拡張した論理等による必要がある(§ 60)。また、「要件＝効果図式」の要件を必要条件すなわち「効果→要件」の面から捉えたとき、形式論理の働きが理解しやすく、有用なことがある(§ 67)。

2 考察の対象としての「法的思考」

(1) 考察の対象

§ 6 本稿では、検討の領域を明確にするため、「法律実務家」として裁判官及び弁護士を、法律としての対象を民法に、裁判手続として通常民事訴訟のみを想定することにする。

そして、法的思考を考察の対象とするときは、その範囲を上記のように限定したとしても、なお多様なものがありうるので、本稿は、言葉により表現された思考を対象とするものとしたうえ、次の二つの場面に限定し、また法的三段論法に関連する限りでの考察としたい。

§ 7 その二つの場面とは、次のとおり、一つは①審理の結果としての判決文に含まれる法的な言明である。その正当化としての論証に法的三段論法が含まれる(いわゆる「判決三段論法」)。いま一つは、②訴状や、争点整理手続における準備書面のように、民事訴訟の審理のプロセスにおかれた主張書面に含まれる言明である。②に含まれる法的三段論法はやはり正当化としての

論証であるが、当該訴訟プロセスの一局面にある点に特徴がある。

(2) いくつかの前提

§8 本稿の主題である法的思考としての法的三段論法の意義の検討に集中するため、先行業績に依拠しつつ次のような前提をおくことにする。

- (i) 法規範は、一般に、ある要件があればある効果を与える「要件＝効果図式」の形を取る³⁾。
- (ii) 法的思考の特徴を捉えるのに、「発見のプロセス」と⁴⁾、「正当化のプロセス」を区別して考えることが有益であり、更に、正当化のプロセスについては、「マクロ正当化」「ミクロ正当化」ということが言われ、これまた有益な視点である⁵⁾。法的三段論法は、ミクロの正当化であり、一方のマクロ正当化は、法的三段論法の大前提を定立するにあたって、その理由付けの領域で行われる⁶⁾。
- (iii) 法的三段論法は、「論理学的にいろいろ問題があるにせよ、裁判実務においては判決の正当化方式として堅持されている」ものである⁷⁾。

3) 田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011）509p、田中成明編『現代理論法学入門』（法律文化社、1993）123p [亀本洋]。

4) 「発見のプロセス」については、特に法律実務家にとっては、実務家であって隣接諸科学に造詣の深い河村浩判事による詳細な検討が参考になる。「民事裁判の基礎理論・法的判断の構造分析（1）（上）」（判時2143・9）21p 以下参照。

5) 高橋『法的思考と論理』193p 以下、河村浩・前掲注4、また永島賢也・前提注2等が参考になる。

6) 弁護士は裁判官を説得するため、裁判官は当事者を含め広く社会に向けてその判断の正当化を行うために理由付けを行うといえよう。

7) 田中成明「法的思考における「暗黙知」の解明と考察について（総括コメント）」日本法哲学会編・民事裁判における「暗黙知」―「法的三段論法」再考―・法哲学年報（2013）155p（以下「2013年報」として引用）。

3 「法的三段論法」における論理の位置付け

(1) 前提とする法的三段論法の内容

§9 法的三段論法として、通常、「大前提（法規範）、小前提（事実）、結論」という形で述べられるが、民事訴訟の実態からすると、小前提の部分を分解して⁸⁾、①大前提、②小前提の要素として当該案件において認定された主要事実 d の存在、及び、③小前提として d が大前提 D（法解釈により確定された要件要素）に当てはまる、という判断が重要であると思われる^{9,10)}。そうすると、次のように書くことができ、法的三段論法の実際をよく表現しているものと考ええる。

【図1】

- ① 大前提 「D ならば C」
- ② 認定事実 本件で d が存在（事実の存否）
- ③ 小前提（当てはめ）「d は D に該当」
- ④ 結論 本件の d に C の効果が与えられる

通常の法的三段論法においては、①大前提の D が、法律要件に含まれる要件要素であり、それは法的な概念であって、多くは類型的・抽象的な事実である。そして、②認定事実 d は、経験可能で、証拠により立証しうる具体的な事実である。図1の大前提は単純にある要件 D を充たすとき効果 C が与えられるという形で書いているが、現実には、要素は複数であったり、

8) 春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣、1991）336p 参照。

9) 坂本慶一『新要件事実論—要件事実論の生成と発展』（悠々社、2011）153p は、③について「具体的法律判断」という表現を用いている。

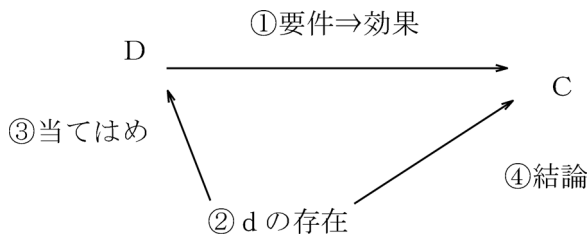
10) 亀本洋教授はその論説「法を事実にはめるのか、事実を法にはめるのか」（前掲注7〔2013年報〕13p）で、表題どおりの興味深いテーマを検討されており、そこでは、この当てはめが論理（学）とは関係のない法的概念の理解と応用にあると指摘されている（21p）。

ある要素については更に解釈命題を必要とし、要件が入れ子になる等の複雑な形になることが多い¹¹⁾。小前提をなす②と③は渾然とした形を取って語られることも多いが、事実の存否の判断と法的要件への当てはめの判断とは相対に性質が異なるものだから、区別して語るのがよいと考える。

§ 10 法的三段論法は、「個別事例の法規範への包摂を旨とする」¹²⁾ものであるが、厳密には、「包摂」はアリストテレス的な概念間の包含関係をいうから¹³⁾、法的三段論法における具体的事実の大前提への当てはめは、厳密には包摂ではない。そこで、日常用語的にすぎるが、用語は「当てはめ」としておく¹⁴⁾。

以上の内容を図示すると、図2のとおりである。

【図2】



§ 11 このように考えると、前提は①②③の3つである。そして、それぞれの前提について、それが妥当であることの理由づけが必要となる（民訴法253条は判決書に理由を付すことを定める）。結論までを段として数えるならば

11) 吉野一編者代表『法律人工知能—法的知識の解明と法的推論の実現—』（創成社、2000）23p、亀本洋「法を事実当てはめるのか、事実を法に当てはめるのか」（前掲注10 [2013年報]、18p）参照。また、その入れ子に別の三段論法が入ってくることもある。

12) 亀本洋「法のレトリックからダイアレクティックへ」『法的思考』（有斐閣、2006）72p。

13) 亀本洋・前掲注10 [2013年報] 19p。

14) 事実dが要件Dに当てはまると判断されることにより、法規範 $D \Rightarrow C$ を、dを含む当該ケースに適用することが可能になるが、適用後は、その同じ事態について、「事実を法に当てはめた」、「法を事実適用した」、いずれの表現も可能になるものと思う。

「四段論法」であるが、法的思考において重要なことは、3つの前提、すなわち、法規範、重要な事実の存否、当該事実が法規範の要件に該当すること、この3段にわたっているという構造にあると思われる。

(2) 法的三段論法の有用性・必要性

§ 12 当事者の主張は、判決における論証に含まれる法的三段論法（いわゆる、「判決三段論法」）として、自分に有利なものが採用されることを目的として、裁判官にそのモデルを示すものである。すなわち、裁判官を説得するために、判決の論証を予想して、自らの論証を作り、提示する。弁護士は、審理の過程において、判決文に記載されることになる、結果としての法的三段論法が、当方に有利なものとなるべく、適切な（有利な）大前提が採用されるべきことをその裏付け（理由）をもって主張し、相手方の弁護士は、自己の側に有利な結論を導きうる大前提が採用されるべきことを同様に主張し、事案に応じ、小前提を構成することになる事実についてその存否を争う主張をし、また d の D への当てはめを争い、更に時には相手方の主張が成り立つとしてもその効果の覆滅を目して抗弁にあたる主張を行う。

§ 13 このような論証が審理の過程において積み重なって判決に至る。判決では、判断した結果を、判決三段論法の型を利用して説示する。当事者の主張から判決に至る過程を「議論」と呼ぶならば、この議論は上記のような意味での、「論証の集積物」であるといえよう。

§ 14 法律を適用して裁判を行う場面において、實際上、法的三段論法は必要不可欠である。これが論理的なものかということは本稿の主題として4章以降で論ずるが、当事者の主張や判決文に含まれる各論証の基本型をなしており、この型が法律実務家に広く共有されていることから、次のような機能を実効に果たしており、それなくしては、妥当な裁判は担保されない、と考えられていると思われる。

§ 15 法的三段論法が果たしている機能は次のとおりのものであろう。

ア 判決文、また弁護士の主張書面は、それ自体一つの完結した法的判断（主

張）であり、それに含まれる各論証が、法的三段論法を意識して構成され、表現されることにより、議論のための共通の土台が形成される。その結果、狭義での裁判の過程において、法的な論証の対象を事実問題と法的問題に区別して、議論を整序し、議論の混乱を防ぐ。このことが、迅速で適正な裁判の実現に資する。

イ 裁判官の論理構成が図式化され、事後の批判が容易になるような形が整えられる¹⁵⁾。

ウ 広義での裁判の過程において、判決の判断が法的三段論法の形式をもって示されることにより将来の議論への手掛かりを比較的明確に示し、展開に応じて広がる思考や議論全体にとって、その重要な「幹」になる。

(3) 「法的三段論法」の形式論理上の意義（MP）

§ 16 法的三段論法の基本型に含まれる、論理に関係する部分としては、次の2箇所であると思われる（§ 9の図1参照）。

(i) 「大前提、小前提、当てはめ、よって結論」という全体の論旨＝前件肯定式（MP）

(ii) 大前提の「D ならば C」＝条件文

この二つのうち、(ii)大前提の「ならば」の意味について疑義が呈されているが、法的三段論法の大前提における「D ならば C」が論理学でいう、ならば「→」実質含意でないことは明らかであり、それはあくまでも日常言語としての「ならば」である。この点の問題を4章（§ 22 以下）で検討するとともに、6章（§ 63 以下）でその意義を再確認する。

15) イとウにつき、陶久利彦「高橋文彦『法的思考と論理』一書評一」（竹下賢他編『法の理論33』成文堂、2015）249p。なお、陶久教授は、これらのことを教育的機能として語っておられるが、教育の場面に限らず、法律実務家に広く共有されている機能というべきと思われる。

§ 17 (i)の全体の論旨について働く論理を確認しておきたい。「PならばQである、Pといえる、ゆえにQといえる」という形式論理の型は、いわゆる前件肯定式（Modus Ponens：MP）であるところ、法的三段論法は、形式的には同型に合致している。前件肯定式の形式を持つならば、大前提及び小前提をいずれも承認する場合に、なおその結論を否定することは不合理であるから、Qが必然的に導かれることになる¹⁶⁾。

§ 18 MP自体に積極的な意味はなく、まさに形式的な意味で妥当な推論の形を取っているにすぎないこと、それは「演繹的」な推論であるが（演繹的な推論とならないとの批判について4章で検討する）、演繹的推論は、确实だが新たな知識や情報をもたらさないものであり、循環論法であることは認識されるべきであろう¹⁷⁾。

§ 19 ただ、法的三段論法においては、抽象的価値判断により定式化された要件へ個別の事実を当てはめることにより¹⁸⁾、一般から個別へという思考の展開を示すもので、その際の「ミクロ正当化」を保障する論証形式である。前提について承認される以上は、結論を必然的に導くものであって、安定的で納得感のある論証の型、正当化の論証形式として法律実務家に共有されているもので、その重要な意義は失われていないと言てよいと思われる。

§ 20 そうして、仮に、その前提を承認しない者は、前提のどこに承認できないのか（3つの前提⇔§ 9）を明らかにして、議論を行うことができるから、争点を明示する機能（議論の共通の土台⇔§ 15）が提供されることになる。

§ 21 更に、大前提に含まれる条件関係について、対偶律、ド・モルガンの法則などの古典論理を適用して主張を点検することが可能である（この点、

16) マコーミック（亀本洋他訳）『判決理由の法理論』（成文堂、2009）24p。

17) ウルフリット・ノイマン（亀本洋他訳）『法的議論の議論』（法律文化社、1997、原著1986）22p。

18) 要件＝効果の図式は、事前に抽象的価値判断により定式を定め、その要件に該当するかという形で、個別事例において事実判断を行うことにより、人の判断作用を制御する有用な技術となっている（山本満雄「リーガルマインドへの挑戦」（有斐閣、1982）175p参照）。

6章特に § 67で触れる）。

4 大前提の「ならば」の意義

(1) 法的三段論法の大前提の問題—法規範に含まれる「論理」

ア 高橋教授らによる問題点の指摘

§ 22 本章において、大前提の「D ならば C」（条件文）に含まれる論理上の問題点の検討に入る。高橋教授は、法規範は、例外規範の存在を許容するものだから、排除可能なものであり¹⁹⁾、蓋然的なものであること²⁰⁾、その結果、伝統的論理学の「ならば」=実質含意、と解すると矛盾を来たすので²¹⁾、法的三段論法の大前提の「ならば」は、古典論理では捉えられず「非単調推論」等（『§ 25、§ 33』）によらなければならないとされる。また、大前提を構成する法規範は「全称命題」（『§ 25』）ではなく、したがって法の適用プロセスを伝統的論理学における三段論法として捉えることはできない²²⁾、などとされる。

§ 23 たしかに、審理のプロセスにおける複数当事者による主張のやりとりに含まれる法的言明を抽出して、包括して形式化しようとするならば、非単調推論等によらなければならない。また、法的三段論法における大前提の「ならば」は、日常言語によるものだから、以下述べるとおり、伝統的論理学でいう「実質含意」との違いはある。

§ 24 しかし、審理の結果を宣言する判決文に含まれる法的三段論法は、確定的に法規範を適用しているのだから、その文の中ではもはや例外規範が現れることはない。例外規範の存在可能性が伝統的論理学で捉えられない原因と

19) 高橋『法的思考と論理』86pで、defeasibleの訳語として排除可能の訳を用いたいとされている。

20) 高橋『法的思考と論理』150p、同「法律家の「論理」—法的な"argument"およびその"defeasibility"について」（岩波講座 現代法の動態6、2014）179p。

21) 高橋『法的思考と論理』89p。

22) 高橋『法的思考と論理』25p。

するならば、判決文の法規範に含まれる条件文は、伝統的論理学の「ならば」と考えられるはずではなかろうか。では、法的三段論法の大前提をなす法規範の「ならば」は、どのような意味で古典論理と異なるのか、そして、古典論理が通用する領域はどうなっているのでしょうか。

そのため、基本的に高橋教授の指摘に基づいて、次の各問題を検討する。

①大前提たる法規範は全称命題か、②原則規範と例外規範とは非単調論理に服すると考えなければならないか、③法規範は蓋然的なものか、それに加えて、④法規範の時間経過による変化の可能性をどう考えるか。

(2) 法規範と「全称命題」の問題

§ 25 伝統的論理学の三段論法の大前提を構成する命題は「全称命題」でなければならないとされるようである²³⁾。河村浩判事の説明をお借りすると、三段論法の大前提となる法規範「XならばYである」は、「全てのXについて」XならばYである、という意味（全称命題）なのかどうかの問題となる。そして例外規範の出現により原則規範による結論は撤回される。その意味で、原則規範における「XならばYである」という命題が維持されないから、大前提である法規範は全称命題ではないことになる²⁴⁾。

§ 26 ところで、法的思考の場面における「XならばYである」の「X」は法律要件であるところ、「全てのXについて」とはどういう意味になるのだろうか。一応、X要件にあてはまる事実があれば、必ずYという効果が適用になる場合が想定されるのであろう。しかし、「全て」という場合に、法律要件の場合、どのような対象領域（そこで考える論理が前提とする世界の範囲）を想定することになるのか、イメージを持ち辛い。また、例えば、将来の時点を含めた意味での全ての場合に適用されることを要するのかもはっきりしない。

23) 高橋『法的思考と論理』所収の特に第4章及び第7章。

24) 河村浩「民事裁判の基礎理論・法的判断の構造分析（1）（中）」（判時2144・3）10p。

§ 27 そこで、法律要件⇒効果の場合は、全称命題か否かという観点ではなく、前件から後件が必然的に導かれる関係といえるかという問題に読み替えた上で、ある法規規について「全てのXについて」という際の「全て」には2つの側面があることから、問題を分割してみたい。その1つは、そのXにより効果Yを発生させるに十分か(XはYの十分条件か²⁵⁾蓋然性 § 31と関連する)という問題であり、いま1つは、Xが当該法規規においては十分条件であると認められるが、他に例外規規が存在する可能性をどう考えるかである。

§ 28 法規規の場合、XのみでYという効果が発生する場合でなければ「 $X \rightarrow Y$ 」といえないから、第一の条件は充たす必要がある。すると、問題になるのは、Xが十分条件であることが認められるのに、例外規規が存在する可能性があることを根拠に、「全てのXについてYが成り立つ」とは考えないことにするかどうかという問題である。この問題について、高橋教授らは、原則規規に対する例外規規の存在可能性を考慮して、古典論理の条件関係「 $\rightarrow$ 」ならば、であることを否定する。例外規規が現れた場合に結論が変わることを捉えて、全ての場合には成り立たない、と考えるわけであろう。

§ 29 しかしながら、例外規規は、原則規規からみると基本的には外在的なものではないだろうか（権利濫用の抗弁を考えるとイメージしやすい）。また、高橋教授も指摘されるように、法体系は原則規規と例外規規らがそれぞれモジュールとして存在し、モジュール性が高いという特性を持っている²⁵⁾。このことは、それぞれの規規の独立性が高いということも示しているので、原則規規だけでも法的三段論法をなし、例外規規もまた一つの法的三段論法をなし、各々の法的三段論法により発生する「効果の組み合わせ」は、別次元の、法解釈により定まる優先関係により決定されるものとも考えることも可能ではなかろうか。

§ 30 このように考えた場合、それぞれの法的三段論法の大前提についてみれば、一度発生が認められた効果が後に否定されるわけではないとみることが

25) 高橋『法的思考と論理』102p。

できるから（この点 § 37を参照）、その場合前件から後件が必然的に導かれると考えられ、なお古典論理の条件関係「 $\rightarrow$ 」の性質を失わないと考えることが可能ではないかと考える（但し、法的三段論法における特性¹³⁷ § 63以下は存在する）。

(3) 法規範と「蓋然性」の問題

§ 31 (2)節に関連し、大前提たる法規範が「蓋然的」な性質を持つかという点について、蓋然性については、二つの意味が区別できると思われる。

- (i) 条件関係を量あるいは「様相」で表した場合のもの（「たいてい」、「おそらく」等）
- (ii) 請求原因に対する抗弁に見られるように、原則規範の条件関係の外にあるもの

これらはいずれも、法規範 $D \rightarrow C$ の矢印の関係を必然的でなくしているもの（ならば「 $\rightarrow$ 」が古典論理の条件関係でなくなるもの）であるが、法規範の場合には、(i)の意味での蓋然性を持つ規範は殆ど想定できないのではなかろうか。

§ 32 すなわち、 $D \rightarrow C$ を蓋然的なものとして承認するときは、結論も蓋然的な承認とならざるをえないが、現実の判決文の中では、条件付判決は別として、そのようなことは起きない。「被告は、たいていの場合（おそらく、とか、概ねとか）、原告に対し100万円を支払え」とは言えないのである（それは、裁判の拒否にあたる）。従って、法規範は(i)のような意味において蓋然的ではなく、(ii)の意味でのみ問題となるが、それは(2)節で述べたような前提の下では必然的な関係と考えることができるのである。

(4) 法規範と非単調推論（論理）の問題

ア 非単調推論（論理）とは

§ 33 「非単調推論」は、ある知識の集合（データベース）から導かれる結論が新たなデータ（情報）が加わった場合成り立たなくなるような推論が、許

されることを意味している²⁶⁾。不完全な知識しかなくとも一応成り立ちそうな推論を、とりあえず正しいものと扱うものであり、日常生活の中でごく普通に行われていることであるが、人工知能（AI）研究の中で、そのような常識的推論を反映した論理を構築するため、伝統的論理学では対応できないことから、必要となって生まれた考え方のようなものである²⁷⁾。

§ 34 非単調推論・論理（デフォルト推論等を含む）を説明するために、「鳥は一般的に飛ぶ」例が語られている。例えば「tweety」という正体不明の鳥がいたとして、それがペンギンであるという情報が与えられていない時点においては、それが飛ぶという推論はその時点では通常は妥当である。しかし、tweety がペンギンであるとの情報が与えられた場合、飛ぶという推論ができなくなり、最初の結論は撤回される、このような推論を非単調推論と呼ぶ（鳥の例について更に~~☞~~ § 38）²⁸⁾。そして、このような推論を論理形式化するために、様々な論理が開発されており、それが非単調推論、デフォルト論理、サーカムスクリプション等である²⁹⁾。

§ 35 法的思考において、その思考の本質が非単調推論と見なければならぬことの理由は、原則規範から生じる法的効果が、例外規範の出現により、古典論理（単調論理）を適用すると、矛盾を来すことが核心的な理由とされていると思われる³⁰⁾。

河村浩判事も、法規範の条件文（「XならばYである」）の性質は、例外的規範の適否を差し当たり不問に付して原則的規範を適用し、暫定的な一応の結論を導き出そうとするものであり（いわゆるオープン理論~~☞~~ § 71 以下）、

26) 高橋『法的思考と論理』103p。情報処理の分野ではかなり以前からポピュラーな考え方のようなものである。例えば、甘利俊一監修・太原育夫『認知情報処理』（オーム社、1991）171p。

27) 野家啓一「科学哲学における事実と理論」（伊藤滋夫編著『要件事実論と基礎法学』日本評論社、2010）261p。

28) 高橋『法的思考と論理』104p。

29) 新田克己『知識と推論』（サイエンス社、2002）104p 等。

30) 高橋『法的思考と論理』89p。

かかる推論は非単調論理であると考えられる、と説明されている³¹⁾。

イ 具体的に「抗弁」のケースで考える

§ 36 そこで、具体的に「抗弁」のケースで検討したいが、高橋教授は、例外規範が現れるときに「単調推論」が成り立たなくなる例として要素の錯誤で説明されているところ³²⁾、ここではまず、権利消滅の抗弁である弁済の抗弁で考えてみたい。

(L1) $P \rightarrow Q$ XとYは売買契約を締結した $\rightarrow$ XはYに対して売買代金請求権を持つ

(L2) $(P \wedge E) \rightarrow \neg Q$ YはXに弁済(E)した $\rightarrow$ XはYに対して売買代金請求権を持たない

($\wedge$ は「かつ」、 $\neg$ は「否定」を示す論理記号。P等は命題を表す記号。)

ここで、高橋教授は、PとEの事実が導入されると、Qと $\neg Q$ は矛盾するから、(L1)の結論はブロックされ適用されないと説明される³³⁾。

§ 37 しかしながら、この両規範を前にした法律実務家は、法規範である(L1)と(L2)の両命題の結論が同時に存在することに、別段の違和感を持たないのではなからうか。弁済という抗弁が現れれば売買代金請求権の否定になることは、「抗弁」の定義からして当然のことであるから、むしろ、「矛盾する」と言われると違和感を感じるのではなからうか。では、法律実務家は、このような原則規範と例外規範の関係について、どのような法的思考をしているのだろうか。

おそらく、法律実務家は次のように考えているだろう。すなわち、(L1)と(L2)とが同時に充足されるとき、その効果の適用については、(L1)と(L2)

31) 河村浩前掲注24・判時2144・10p。

32) 高橋『法的思考と論理』88p。本稿では、同書とは、P、Q等の記号は変えている。

33) 高橋『法的思考と論理』89p。

の「法律効果の組み合わせ」について、法解釈によりその優先（適用）関係が決まり、(L2) が抗弁であれば、その定義からして、(L1) の後件である法律効果の発生を覆滅するものである。

そして、権利消滅の抗弁で考えれば、(L2) の要件を充たす場合の法律効果は、(L1) において発生した P（法的効果）がその後の事情により消滅するのだから、(L1) の結論 P を否定しているのではなく、その P を前提として事後消滅したという効果を述べている。従ってこの場面では Q と $\neg Q$ は矛盾するものではなく（ Q の意味が相異なる）、(L1) の結論が撤回されるわけではない³⁴⁾。だから、(L1) と (L2) とは同じ論理平面におかれていないことになる。

ウ 「鳥は一般的に飛ぶ」テーゼを考える

§ 38 上記の (L1) と (L2) が相矛盾し当初の結論が撤回されるという考え方と、矛盾せず当初の結論が撤回されるわけではないという、2つの考え方は、そのいずれが正しいかという問題ではなく、思考の前提とする条件が異なっているのであろう。では、どのように条件が異なっているのだろうか。非単調論理の例として良く引き合いに出される「鳥は一般的に飛ぶ」(E § 33) について、法的三段論法と比較して検証してみたい。

「鳥は飛ぶ」規範は、まず、「 P 鳥 $\rightarrow$ (一般的に) Q 飛ぶ」というものである。これを請求原因になぞらえると、ある個体 p がペンギンであるとき、抗弁として、「 E ペンギンは飛ばない、 p はペンギンである」すなわち、「 $P \wedge E \rightarrow \neg Q$ 」と表現できる。

すなわち p が P 鳥であるとき、 Q 「飛ぶ」という結論が一応得られるが、 p がペンギンである事が現れた場合、その一応得られた結論が撤回されることになる。ところで p という個体の属性は当然ながら不変である。あるペン

34) もちろん、結果的に Q の効果が否定されている点を捉えて、(L1) の結論 Q が否定されたと考えることもできるが、その場合は、いったん権利が発生し一定時間存続していたという事態を捨象する考え方になろう。

ギンである個体は、一度はとりあえず飛び、抗弁により飛ばなくなる、ということにはならない。

このように、Pが鳥というような名辞である場合は、あるpがPであるとき (M1) $P \rightarrow Q$ により必ずQであるところ、(M2) そのpについて同時に $\neg Q$ であることはありえない。例えばpがある特定の人だとして「pは動物である」と「pでありかつ〇〇であるものは動物でない」(〇〇は何でもよい) という命題が同時に妥当することはありえない。これは矛盾であり、(M1) と (M2) は、同じ論理世界に存立しえない命題であるから、(M1) は撤回されなければならない。

このように、「鳥は一般的に飛ぶ」テーゼの場合は、新たな事実が加わっても、2つの命題は一つの論理世界にあり、かつ、その間には時間の順序を観念していない（その意味で平面的ともいえる）。

§ 39 一方、法的判断においては、ある具体的ケースにおける権利の存否を扱うのであり、あるケースについての小前提にあたる判断（dはDに該たり、D要件が認められる）と、大前提の適用による効果の判断（dについてC権利発生を認めるか等）との関係が問題になる。両者は、名辞の包含関係のような関係にあるのではなく、また権利の取扱いとは時間と共に変化しうるものであるから、同じ論理平面にはなく、(L1) が撤回されなければならないということはない。一度発生した効果が、その判断が維持されつつ、抗弁の出現により、矛盾なく別の結論が導かれるということもありうるのである（註§ 37。なお、§ 70参照）。

エ 権利発生障害の抗弁では

§ 40 以上のような発想からは、権利発生障害の抗弁（例、平成29年民法改正以前の錯誤）については、次のように考えることも可能なのではなかろうか。まず、§ 36の (L1) において、XのYに対する売買代金請求権が発生すると考える（要件事実論では売買契約の成立が請求原因として必要かつ十分であると考え、錯誤無効は権利発生障害事由と考える。この点には議論が

あるが³⁵⁾、本稿ではその問題には触れない)。その後、抗弁Eが現れる場合、いったん発生したと考えた売買代金請求権の発生が障害される。その結果、(L2)'XのYに対する売買代金請求権は認められないとの結論になる。この(L2)'の法律効果は、(L1)との関係では、(L1)を前提とした、思考としては時間的な順序のあるものだから、「いったん発生した（と考える）請求権の発生を結果的に認めない」という内容の法律効果である。ここでは法的思考を問題としているので、思考の内容としての「請求権の発生」を考えることは可能であって、抗弁まで考えた結果法律効果としては一度も発生しなかったことになるケースでも、観念的な発生を考えることができよう。

§ 41 そうして、L1効果の発生→L2効果の消滅、この時間差が限界的にゼロとなるのが発生障害の抗弁であるともいえよう。そう考えれば、権利消滅抗弁が一般型、発生障害の抗弁が特殊例ということになる。

オ 小括（法的三段論法と非単調推論）

§ 42 本稿では、原則規範、例外規範が各々法的三段論法をなすと考えているが（→ § 29、§ 37）、そう考えることは、上記「鳥は一般的に飛ぶ」テーゼと異なり、(L1)と(L2)を別の論理平面に属し、かつ、その間に時間の順序を観念するということである（その意味で、立体的な思考ともいえる）。(L1)と(L2)が、その順序をもって双方が適用され、その結果、効果の組み合わせの結果権利不発生との結論に至ると把握することは、法律家が慣れ親しんだ思考に適合しているのではなかろうか。

このように、同じ論理平面にあるものとはしないで、各々別の三段論法が成立していると考えer場合、大前提（法規範）それ自体においては、全てのPに該当する事態について、Qという効果が発生する（少なくとも思考の内部においては）と考えられるのだから、 $P \rightarrow Q$ という法規範の必然性は維持されているとみることが可能であろう（その結果、古典論理の条件関係「→」

35) 加賀山茂『現代民法学習法入門』（信山社、2007）225p。

の性質を失わない＝ § 30)。このように大前提を構成する法規範を捉える場合には、非単調論理に服するものと考えなければならないものではないと考えられる。

そして、複数の法的三段論法の効果組み合わせの結果まで含めて論理として形式化するかどうかは、論理を用いる目的次第であろう。もし、(L1)と(L2)とを、同じ平面において形式化しなければならない場合（論理プログラミングに載せる場合等）は、その前提の下で非単調推論等を用いる必要があることは当然のことである。

(5) 法規範と時的要素—大前提の変更可能性

§ 43 ここまで、例外規範の問題について検討してきたが、時的要素との関係から、法的三段論法のモデルは採用できないという見方もある。安藤馨教授は、裁判官が「将来に於いて新たな具体的事情に出くわしたときに、更なる例外を表現する要件が付け加えられる可能性があるものとして」法規範を理解しているならば、法的三段論法のモデルは採用できないとされる³⁶⁾。

§ 44 確かに、裁判官や法律家は、大前提＝法規範を考える際に、当該事案に限らず一般的妥当性及び将来における変化の可能性をも考慮して、可能な範囲で、可及的に妥当性が維持されるように工夫しているはずである（法律家の賢慮）。しかしながら、現時点において、具体的ケースにある法規範を適用して判決をなす場合、適用すべき法規範としては、その内容は確定していると考ええるものであろう。現時点における判断において（t-1）、将来発生するかもしれない新たな具体的事情は、判決時点で反映可能な限度の程度でしか取り込まれていない。仮に、そのような新たな事情が発生したことにより大前提が変化すべきものとするならば、将来の時点 t-2 において、その変化した大前提（t-2）を、その時点までに現れた事実を前提として、新たに判断をするまでのことである。

36) 安藤馨 / 大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』（有斐閣、2017）259p。

このように、現時点 t-1 での判断の大前提は、同時点ではいわば「閉じた」ものといえよう。このことは、「判決三段論法」が典型的であり、特定の判決、例えば、事件番号平成 30 年（ワ）第〇〇号損害賠償請求事件について□□裁判所が言い渡した判決の判決文において、そこに記載された大前提は、小前提として同裁判所が認定した事実に応用されたものであり、その大前提の内容自体が、判決後の事情により変化することはない。

§ 45 もちろん、上級審裁判所が、上訴を受けて、別の事実を認定したり、大前提の法解釈について別個の見解をとった結果、異なる判断をしたり、大前提そのものについて異なる見解を採ることはありうる。しかし、そのことは、t-1 判決の外の事柄であり、t-1 判決が妥当なものとして前提としていた t-1 大前提又は t-1 小前提を変化させているのだから、t-1 判決が包含する論理とは無関係である。

(6) 小括

§ 46 本章で検討したとおり、法的三段論法の大前提をなす法規範は、将来の時点における大前提の変更可能性や、抗弁の出現等、審理プロセス（他者との議論の過程）における変更可能性（これは「将来時点」の特殊形であるといえる）があるとしても、論証の一部をなす各法的三段論法を独立のものとして捉える場合には、当該時点において適用した法規範の大前提は、なお古典論理の条件関係を含んでいる（形式的には演繹論理が働く）。

§ 47 抗弁等の例外規範についてみれば、§ 29 で述べたように、ある法規範からみて、例外規範があるかどうかは、外側にあって次元の異なる問題である。では、そこにおける、「論理」を考えるとすれば、どこに論理があるのか。それは、(L1) と (L2) それぞれの法的三段論法の中のみであり（その意味は 3 (3) § 16 以下）、その法律効果の組み合わせ自体は、論理の外の問題になる。

このように、(L1) と (L2) を各々独立の法的三段論法と見ることは、法的三段論法の有益な機能（§ 15 以下、また § 67 以下）を明示的に活かす

ことにもなる。

§ 48 そして、審理のプロセスの最終的な判断である判決においては、抗弁をも大前提に取り込んで、(その事案における)最終的な法的三段論法の形が形成される。判決文の中においては、(ある争点について)例外規範が大前提に取り込まれた一つの大前提をなすともいえるし、それぞれの三段論法(の大前提)もなお独立に判決理由中に明示され認識可能であるが、いずれにしても、(5)節で述べたとおり判決における大前提の内容は確定している。

§ 49 なお、法規範と例外規範との関係について、ある法規範が例外の可能性を許容するものであるとしても、個々の事件に応じて、普遍化可能な判断をして、その内容が普遍的ルールで定式化されたものであれば、その後では演繹的な説明が可能である、という考え方がある³⁷⁾。(5)節までで述べたとおり、判決三段論法についてはこのような説明をするまでもなく形式的には演繹的な論理が働いているが、正当化根拠を加えるものとして、この説明に依拠することは有益であると考ええる。普遍化可能性とは、ある具体的な判断を下す場合、そのケースと類似するケースにおいては同様の決定を下す用意があることを意味するのであろう³⁸⁾。判決において裁判官のなす判断は、過去における判断を抽象化した上で参考にして、将来や別の事案においても妥当すべきことを考えて、現在における事実を現前にして、その時点において可能な限り普遍化可能なルールとして法規範を形成するであろう。この場合、普遍化可能性は、法的三段論法を用いた論証の実質的な基礎付けに関わり、普遍的ルールの形で定式化されたもの一大前提の形で述べられた法規範の通常姿であろう—が形式的な基礎付けに関わるのであろうと思われる。

37) 平野仁彦＝亀本洋＝服部高宏『法哲学』(有斐閣、2002) 202p [亀本洋]。

38) 亀本洋「法的議論における実践理性の役割と限界」前掲注12『法的思考』8p 以下参照。

5 「法的思考の対象」を何と設定するか

(1) 高橋教授の主張の要点

§ 50 以上、法的三段論法について考察してきたが、より一般的に「法的思考」をどのように捉えられるであろうか。高橋教授は、法的思考の核心は、「非単調性」と「対話性」という特質を持つものであり、それゆえに法的三段論法こそが法的思考の論理だとする偏狭な考え方を捨て去る必要がある、とされる³⁹⁾。

(2) 法的思考の対象をどう考えるか

§ 51 法的思考という、極めて広い対象を考える場合、様々な見方が成立することは当然であるから、高橋教授の議論に反対するものではない。一人の法律家の知的作業も法的思考であることは間違いない一方で、判決が出来上がるまでの過程を法的な議論のプロセスとして考察の対象とすることももちろん有益である。ただ、一人の法律家のモノローグを対象とする場合と、複数人の間における議論を対象とする場合では、そこにおける法的思考のあり方は当然相当異なる。そこで、「法的思考」という場合、それが対象とするものを明確に分けて論じるべきであろう。

§ 52 では、高橋教授は何を対象とされているのであろうか。高橋教授は、当初は、複数の訴訟当事者間の論争・対話を想定していたと思われる⁴⁰⁾。しかし、高橋教授は、陶久利彦教授の疑問⁴¹⁾に応じて、「議論」の定義が曖昧であったとして、対象とするのは法的な「立論 argument」であり、それは複数主体間の議論を指すのではなく個々の主張の理由付け (reasoning) であり、少なくとも潜在的な相手を予想しつつなされる、「抗弁によって排除(阻

39) 高橋『法的思考と論理』85p など。

40) 高橋『法的思考と論理』85p。

41) 陶久利彦・竹下他編前掲注15「高橋文彦『法的思考と論理』一書評一」243p、246～247p。

却)可能な「法的根拠」に基づいて、抗弁によって論駁可能な主張(結論)を正当化しようとする議論(立論)であり、対話性と非単調性をその立論の必要条件とするものとされる⁴²⁾。

§ 53 すなわち、複数の議論でなく、個々の主張、すなわち客観的にはモノログである言明のうちで、高橋教授の定義を充たすものを立論と言ひ、それを法的思考とされるのである。では、その主張が、モノログであるのに、なぜ「対話性」や「非単調性」を持ち、古典論理が当てはまらないものと見られることになるのだろうか。それは、プロセスの中に置かれた、「潜在的な相手を予想しつつなされる」ものとして見ることに、言わば「拡張アスペクト」によって見ることに始めて、可能になることであろうと思われる。

(3) 2つのアスペクトの有用性

§ 54 そうすると、法的思考について、その局面を区別して、(i)法的判断の形成過程に現れる複数当事者間の議論、及び、(ii)その過程の要素をなす、各々の言明、すなわち当事者の主張、及び判断がなされた結果の提示に分け、それぞれの対象について、その法的思考の特性を考慮することができよう。そして、叙上の高橋教授の視点を活かすならば、(ii)について、物理的にはモノログとしての言明があるのみであるが、その言明は、一でありながら、アスペクトにより、本来のモノログとしての言明と、プロセスの中に置かれた拡張アスペクトからみた言明とがある、このように捉えることが可能であると思われる。そうすると、法的な言明に含まれる法的三段論法は、拡張アスペクトから見ればその大前提は変化しうるものとして捉えられるが、モノログのアスペクトからすると確定したものである。このように、区別して把握することが可能になる⁴³⁾。

§ 55 本稿は、結局のところ、この後者の、モノログのアスペクトにおいて、

42) 高橋文彦・竹下他編前掲注15「陶久利彦教授の書評への応答」257p、高橋『法的思考と論理』150p、同前掲注20「法律家の「論理」—法的な“argument”およびその“defeasibility”について」178、190p。

法的三段論法の果たしている機能や意味付けを再確認しようとしているものであるが、モノログのアспектから見た主張や判決に含まれる法的三段論法には、次のような特徴があるものと、再定位することが可能であろう。

§ 56 当事者の主張に含まれる論証は、事実と法規範から一定の結論を導くもので、法規範に含まれる大前提は、その時点においては、要件→効果を「必然的」なものであると主張しているものであり、完結したものである。

§ 57 判決の場合、その正当化としての論証のうち法規範については、将来における変化可能性をも考慮したうえで、判断の結果として、その法規範を採用して結論を導いたものであり、主張よりも強い意味で完結したものである。

§ 58 このように、当事者及び裁判官の論証の法的三段論法に含まれる大前提をなす法規範は、モノログのアспектからみれば、完結した必然性を持っている（あるいは持っていると言っている）ものであり、その大前提は、（ア）他者との関係で（抗弁等が提出される可能性）、（イ）時間の経過により、将来変化しうるものではあるが、そのような変化可能性は、その論理の外にあるものである。よって、大前提に含まれる「要件→効果」の条件関係は、モノログに内在する論理として、必然的な因果関係を表すものといえる。

§ 59 なお、モノログとしての言明自体に、一定の変化可能性を予め組み込む場合がある。その一例が「特段の事情がない限り」と明記する場合であり、法律実務において法規範を定立する際には、このような例外規範を最初から取り込んでいるケースが非常に多くみられる。

§ 60 一方、審理のプロセスの拡張アспектから、三段論法を含む言明について、そこにはたらく論理のモデル化をとしたならば（前記(i)の複数当事者の議論を対象とする場合は言うまでもなく）、非単調推論等を考慮した処理方法やあるいは「議論の理論」等を用いなければならない。

§ 61 このような、変化の過程を含めての論理モデル化は、いわゆる AI の分

43) このように、言葉がアспектにより異なる意味を持つことから、例えば、前提をおかずに「法規範は排除可能なものである *defeasibile* か否か」という問いを論ずることは混乱を生じるであろう。

野における領域では、かなり以前から行われている⁴⁴⁾。例えば主張から判決等の結論を導く過程を、論理プログラミング化する場合、原則規範によりいったん導かれた結論が例外規範の出現によって撤回される必要があり、この事態をプログラミングに取り込むために、例外を明示的に扱う非単調推論等の方法を用いることになる。

§ 62 法律分野を対象として理科系の技術を応用する研究を深めることはAI時代を迎えつつある今日、極めて重要な意義を有することは言うまでもない。ただ、自然言語という豊富かつ複雑（曖昧）なツールを用いて行っている法的思考について、AI技術の方が少しづつ追いつきつつある、という性質のものであると思われる。法律実務家にとって、その営みに何らかの役に立つツールを提供してくれるものとなるのか、今後の応用技術の発展に期待したいと感じられる^{45), 46)}。

6 「要件＝効果図式」と「ならば」の意義

§ 63 これまで、法的三段論法の中で古典論理が通用する場面を明らかにしたが、本章では、関連する問題として、4章での検討とは異なる観点から法的三段論法の大前提の論理に含まれる特殊な意義を検討しておきたい。そのた

44) 前掲注11『法律人工知能—法的知識の解明と法的推論の実現—』や、佐藤健教授（国立情報学研究所）による一連の研究成果（注59）等。

45) 例えば、次の文献は法律家にとっても関心を惹かれる。西貝吉晃、浅井健人、久保田理広、古川昂宗、佐藤健、白川佳、高野千明、中村恵『PROLEG：論理プログラミング言語 Prolog を利用した要件事実論のプログラミング』（情報ネットワーク・ローレビュー Vol. 10 pp.54-89, 2011）

46) 例えば、西村友海「法的推論における「例外」の役割：「原則／例外」図式の形式的な分析」（法學政治學論究第117巻243頁、2018）によれば、いったん導いた結論を撤回する機構を表現するためのアプローチには次の二つある。(i)デフォルト推論など、非単調推論体系（非単調推論）を定義する、(ii)論理を用いるのではなく議論の構造に基づいて推論を実現する。現在、(iii)のアプローチが有力なものとなっているとのことであるが（同250頁）、西村は、その枠組みにおいて、法的三段論法を、可能な立論を条件付けるものとして位置付ける考え方を示している（255頁以下）。

め、まず我々が日常言語として「要件⇒効果構造を持つ」と考えていることの意味を確認したい。

それはまず、古典論理にいう意味での「要件⇒効果」ではない。古典論理で「Pならば→Q」は「実質含意 material implication」⁴⁷⁾と言われる。この「P→Q」の意味は、様々な説明の仕方がなされるが、次のような簡潔な説明の仕方がある⁴⁸⁾。

P（十分条件）→Q（必要条件）

この場合、PはQ成立のための「十分条件」=「PであればQであるといえる」（=Q if P）であると同時に、QはP成立のための「必要条件」=「Pがいえるとき、Qという条件を充たしていることが必要である = Qのときに限りP（=P only if Q）」という意味である⁴⁹⁾。

§ 64 ところが、日常言語としての「ならば」は多義的であり（豊富かつあいまいな意味を持つ）、論理学でいう実質含意と異なり、前件と後件との間に時間的な前後や因果関係の意味を含むことが多い。上記の例で、要件がP、効果がQであるとした場合で実質含意だとすると、(i) Pが十分条件であることを意味すると共に、(ii) Qが必要条件すなわち「P要件がいえるときは、Q効果を充たしている必要がある」という意味になるが、この(ii)のような意味を法律家は考えていないであろう。要件と効果の間には時間的、因果関係的な先後関係が前提とされており、その順序からは効果が必要条件となるような意味を考えることはできないからであろう。もっとも、前半の「(i) P

47) 「質量含意」とも訳されている。前件が真で後件が偽の場合にのみ全体が偽となるような命題間の関係を表す（高橋『法的思考と論理』87p）。つまり「pであってqでない、ということはない」という意味である。

48) 例えば、高等学校教科書「数学Ⅰ Advanced」（東京書籍、2018）60p。

49) ここで $Q \rightarrow P$ でもあるときは、「QであればPである = P if Q」であるから、 $P \rightarrow Q$ と $Q \rightarrow P$ が同時に成り立つ、つまり「同値」であるとき、「P if and only if Q」といい、「P iff Q」ともいう。

要件が充足されていれば、Q 効果があるといえる」という意味は有意であるから、我々はこの意味に限定して用いていることになる。

§ 65 次に、要件は、「それを欠けば効果は発生しない」と考えるものだから、通常は必要条件の面を持つ。ここで、「通常」というのは、効果発生のために複数の法律構成が考えられる場合、ある一つの法律構成をなす要件は必ずしも必要条件とはいえないからである。しかしながら、議論領域として、「今問題となっている」法律構成について考えるとすれば、必要条件と考えて差し支えないであろう。議論の有用性を確保するため以後この前提を採りたい。要件が必要条件であるときは、「C 効果→D 要件」というように、通常とは逆の矢印の関係となる。この関係をみるときは、(i) C 効果が D 要件の十分条件という意味を我々は考えておらず (§ 64 と同様に、効果が条件の意味を持つことを我々は考えていないから)、一方、(ii) D 要件が C 効果発生のための必要条件という意味のみを採用している。

§ 66 法律要件が必要条件にとどまる場合、法的三段論法の大前提としては不十分であるが、法律実務家の思考過程を想定してみると（「正当化」と区別される、「発見のプロセス」として）、それは次のように展開されるものではないだろうか。

ある法律効果の発生が問題となるとき、いかなる要件が必要となるかをまず検討し、ある法律構成の下で少なくとも欠けてはならない要件から探し、それを固めていく。その際、法文や既存の法準則の規範を、まずは必要条件を規定しているものとして探索し、そして、必要条件としての要件（C 効果→D 要件）が固まったら、次に、その要件で十分なものであるといえるか（D 要件→C 効果）、すなわち、必要かつ十分なものとなるかを検討し、それが充たされる場合に（必要十分条件）、通常見受けられる形である、法規範「D 要件→C 効果」が認められるものである（記号で表現するなら、同値「D ⇔ C」である）。

§ 67 ところで、条件関係の形で述べられた命題は、その形式面を取りだせば「対偶」推論等の古典論理的な点検を行うことができる。ここでは、要件が

十分条件であることまでは確定していなくとも、必要条件であるといえる場合の、形式論理の働きを用いることができる例を考えてみる。

例えば、ある命題「C 効果→D 要件」（要件が必要条件）について、その対偶である「 $\neg D \rightarrow \neg C$ 」は同値であるから、 $\neg D$ である場合は必ず $\neg C$ であることが示されている。よって、特定の事案において必要要件 D を充たしていないことが判明したとき、「その余の要件を検討するまでもなく」効果発生は認められないと判断する。これは、思考経済（ときに現実の訴訟経済）に資するものである。現に法律実務家が行っている思考に合致したものであろう。

以上は D がごく単純なケースであるが、D 要件がやや複雑であるとき、例えば、「 $C \rightarrow (A \wedge B) \vee F$ 」という命題が与えられた場合、その対偶は $\neg((A \wedge B) \vee F) \rightarrow \neg C$ となり、「ド・モルガンの法則」により左項を変形すれば $\neg(A \wedge B) \wedge \neg F$ 、これを更に変形すると $(\neg A \vee \neg B) \wedge \neg F \rightarrow \neg C$ となり、「A 又は B の要件が存在しないときで、かつ F 要件が存在しないときは法律効果が認められない」ことが示される。

この元になる命題は、例えば「売買契約解除による原状回復請求権(C)は、催告(A)＋解除の意思表示(B)があったとき、又は、無催告解除の意思表示(F)があったときに限って生じる」という文章が当たりうる（ここでは単純化して、これらの要件が必要条件として妥当な前提であると仮定する）。

ここで仮に、「催告もしくは解除の意思表示がなかったとき、又は無催告解除の意思表示がなかったときは、売買契約解除による原状回復請求権は発生しない。」という主張があったとする。この主張を形式化すると「 $(\neg A \vee \neg B) \vee \neg F \rightarrow \neg C$ 」、というものであり、元になる命題を変形した前記「 $(\neg A \vee \neg B) \wedge \neg F \rightarrow \neg C$ 」と比較すれば、同値ではない、つまり、元の命題とは異なる主張をしていることが判る。

§ 68 もちろん、法規範は通常「D 要件→C 効果」の形式であり（要件が十分条件として認められる場合）、その側面から見るときも、形式的な論理は同様に働く。ただ、その意味のうち、C 効果が必要条件となる意味を法律家

は考えていないことを § 64 で指摘したが、その対偶「 $\neg C \rightarrow \neg D$ 」つまり「C 効果がないときは、必ず D 要件を充たしていない」、この意味も法律家にとってはあまり有意なものではないであろう。

§ 69 元来が、法規範（法文を含め）や主張について、その形式面を取りだして論理的な点検を行うことは可能だったわけであって、本稿は殊更に新しいことを述べているわけではない。ただ、法的三段論法の大前提そのものではなく、要件が効果発生のための必要条件であるとの前提をおいた場合「C 効果 $\rightarrow$ D 要件」の形式の条件文を取り出して、対偶推論やド・モルガンの法則などを用いた、比較的法律実務家もイメージしやすいレベルでの形式的な論理の点検を行うこともできることを、改めて再確認したものである。日常言語の使い手が、形式論理的な誤りを犯すことは減多にはないであろうが、ある程度複雑な要件を扱うときに、形式的に正確なチェックを行う際のツールとして一定の有益さを持つのではないかと考える。

§ 70 なお、D 要件と C 効果の条件的な結びつきにおいて、その C 効果は「～の効果が与えられなければならない（義務）」又は「～してよい（許容）」などの規範的な意味を含む命題であるから、その前件と後件とは概念の包含関係のような関係にはならないので（この点 ~~は~~ § 39）、この点からも、古典論理とは状況が異なるものである。

7 （補論） いわゆる「オープン理論」の法理論としての意義

§ 71 高橋教授は、私法の領域では、対話的な、非単調論理に基づく法理論が、要件事実論により既に構築されているとされ⁵⁰⁾、伊藤滋夫教授の「オープン理論」が、法規範を排除可能なルールとして扱っており、デフォルト論理（非単調論理の一種）の推論規則であることを表している、とされる⁵¹⁾。

§ 72 本稿では要件事実論について直接触れる意図はないが、高橋教授の指摘

50) 高橋『法的思考と論理』23p。

51) 高橋『法的思考と論理』141p、

によれば本稿の扱う論理との関係が生じることになるので、いわゆる「オープン理論」について検討しておきたい。

§ 73 確かに、請求原因を主張する段階で、それが暫定的な結論を述べるものと見た場合には（本稿でいう拡張アспект）、抗弁以降の事柄は、「あるというのでもないというのでもなく、オープンになっている」「とりあえず触れていない」などと説明することは⁵²⁾、巧みな表現を用いた説明であろうと考えられる。

§ 74 ただ、法理論という観点からみると、少々留保が必要であると思われる。それははたして理論なのであろうか⁵³⁾。次の疑問がある。(i)「とりあえず」触れないとか、問わないとか、オープンになっているとか、差し当たり結論を出す、というようなことは、どの時点で、誰の視点から見てのことであるのか、意味が不明瞭ではないか、(ii)オープン理論という考え方は、要件事実論に特有のものではないのではないか、(iii)オープン理論は要件事実論にとって必須の理論であろうか、ということである。

§ 75 (i)もし、この考え方が、時間の推移を考慮した現実の審理のプロセスのことを考慮しているとするならば、例えば原告が訴状により請求原因を主張した時点のことになる（抗弁についても再抗弁以下の事柄がオープンになっていると考えるのだから、ここでは例として請求原因の段階を考える）。しかし、その際に、原告は、とりあえずという認識で主張するだろうか。もちろん、原告の心理としてそのような場合もありうるだろうが、心理を度外視するならば、原告のモノローグとしての請求原因の主張は、確定的なものであろう（~~同~~ § 56）。裁判官の視点だとする場合、裁判官が訴状を見て頭の中で何らかの暫定的な結論を得ている可能性はあるが、そのような事柄が要件事実論の体系の中で何か意味を有しているとは思われない。

52) 伊藤滋夫『要件事実の基礎 新版 裁判官による法的判断の構造』（有斐閣、2015）260p

53) 提唱者の伊藤滋夫教授自身「（それまでの説明と）独立の異なった理論」ではないと述べられている（伊藤滋夫・前掲注52 260p）。

§ 76 そうすると、意味を持つのは、裁判官の視点で、当事者の各主張を立証責任の観点から必要最小限のものに再構成する時点であろう。その際に、抗弁事実にあたる事実、請求原因の「段階」では主張がないものとして整理されることに意味があろう（もし訴状に記載されていても。例えば、抗弁の反対事実である「弁済がない」。先行自白についてはここでは度外視する）⁵⁴⁾。

§ 77 しかしながら、そのような整理は、基本的に判決を書く段階で、裁判官の頭の中で行われる作業である。そうすると、この整理を行う裁判官の視点では、主張されるべき抗弁（抗弁以下の主張を含む）は、それが主張されているかいないかが判明した後の段階であるから、とりあえずオープンにしておく意味はない。

§ 78 そもそも、要件事実論的判断は、基本的には弁論を終結した時における当事者の判断を対象とするもので、審理を終結し判決をするに熟した時点のものである⁵⁵⁾。そうであれば、要件事実論的判断において、オープン理論を用いて説明すべき状態はどこにもないはずである。

§ 79 (ii)もちろん、請求原因として妥当な主張の内容（法律効果）が、その後の抗弁の出現によって結局否定されることはある。しかしながら、このような事態は、要件事実論を採るから特にそのような状態が生じるのではない。当事者の主張を請求原因と抗弁等の主張に分ける前提に立って、かつ、審理のプロセスにおいて見た場合、請求原因が主張される時点で、抗弁以下の主張が禁止されるはずはなく、オープンな状態でありうることは当然のことである。

§ 80 なるほど、「原則・例外の考え方」を強調する点に要件事実論の特徴があることは確かであるが、当事者の攻撃防御方法を請求原因と抗弁等に分け

54) 「段階」には二義あろう。1つは、現実の審理における時間的な段階、今1つは、判決書の主張整理における、順序はあるが無時間的な段階である。要件事実論では、基本的にこの後者の意味での段階を語っていることになると思われる。

55) 伊藤滋夫・前掲注52 18p.

る前提に立つこと自体には多くの異論はないはずであり、要件事実論の特徴とはいえないであろう⁵⁶⁾。

そもそも、不確実な知識の下でとりあえず一定の結論を出すという思考方法は、「一応の判断」や「事実上の推定」「特段の事情がない限り」というような場合に現れるが、それらの発想は法律実務家が具体的妥当性を可及的に実現するために頻繁に用いてきたものであり、要件事実論に特有のものではない。

§ 81 (iii)次に、理論の点からみて、要件事実論が「オープン理論」を必要とする理由はない。もし仮に「オープン理論」が必要とされるとしたら、権利発生要件として不十分と考えられる請求原因を、プロセスの中のある時点では「差し当たり」許容する、という考え方を採った場合であろう。しかしながら、要件事実論では、原則的要件（請求原因）を充足する要件事実、権利発生にとって必要にして十分な事実でなければならない、とされている。従って、請求原因として不十分であれば許容されず、一方、要件として十分であれば権利は発生すると考えることになる。要件事実論は、例えば、抗弁事実とされる弁済に関して、請求原因において「弁済がない」という主張を行っていないとしても、権利発生に十分な事実が主張されていると考えるものである。よって、被告欠席の場合を想定すれば、要件事実論は、理論的には弁済の有無が不明のまま請求認容判決をすると考える説のはずである⁵⁷⁾。

56) 要件事実論は、民法及び民事訴訟法の体系の中で、民事訴訟の場において法と実践とのインターフェイスの役割を果たしているもので、法体系の中のプラグイン・システムのようなものであろう。プラグインとしての要件事実論を考慮しない、いわばデフォルトの法理論によっても、攻撃防御方法を請求原因と抗弁等に分ける前提に立てば、オープンな状態は当然生じる。

57) もちろん、実務では訴状に弁済がないと記載しない訴状はまず存在しないし、仮に記載がなければ裁判官が原告に主張を促すであろうが、理論的には、その点は、訴訟運営上の配慮や事案説明義務等の訴訟手続運営論の領域の問題になる。これは要件事実論の「守備範囲外」のことなのである。この趣旨は、伊藤滋夫・前掲注52『要件事実の基礎 新版』20pにも記載があるが、同書旧版（2000年）167pでは、より明確に「守備範囲外のことである」と記述されていた。

その限りで、訴訟運営上の問題を別論として、理論的には抗弁や再抗弁等を考慮する必要はなく、抗弁や再抗弁等について「あるともないともいっていない」と弁明（説明）する必要もないのである。

§ 82 また、「オープン理論を認めないと、殆どすべての事実がまず請求原因として主張されなければならないことになる」⁵⁸⁾、ということにはならないはずである。この仮定の帰結が成り立つとしたら、請求原因が主張されたら、抗弁（再抗弁？）以下の主張を禁止するという説が存在する場合に限られると思われるが、もちろん、そのような説が存在するはずはなく、オープン理論を必要とする理由にはならないであろう。

§ 83 本補論は、筆者が要件事実論に昏いがゆえの誤解に基づく批判となっている可能性をおそれるが、造詣の深い識者による教示としての反論を期待して、あえて論争的な内容となっていることをご海容願いたい。

8 結語

§ 84 叙上、法的三段論法について、また関連して1章「はじめに」で要約した骨子（§ 5）及び補論について、その旨を展開した。本稿では、法的三段論法の有用性を再確認する立場で検討をしたが、言うまでもなく、演繹的な正当化をもって事足りるという主旨では全くなく、筆者が「論理の外」にあると把握した部分（法解釈や実践上はこの論理外の方が圧倒的に重要である）について、三段論法を超える様々な思考方法や、伝統的論理を拡張した論理体系を利用する等より進んだ表現方法を導入していくことが望ましい場面があることは全く同感である。また、本来の論理の働く場面は極めて限定されたものであるのに、「法的な論理」等の「論理」の用語を用いることが混乱をもたらしている、というような批判はそのとおりであり、法律実務家は、論理学でいう論理の妥当範囲を明確に認識したうえで、広い意味での論理的

58) 伊藤滋夫編著『要件事実小辞典』（青林、2011）16p。もちろん、現実には論争の過程で反論のための必要性が感じられたものであろうと推測されるが、本稿では理論の面に限定して考えようとしているものである。

なコミュニケーションをより豊かにすることに努めるべきであると考え。

§ 85 そして、来るべき AI 時代の本格的な到来を目前にして、法律家の側では、AI との接合を意識して、まず自らのあり方についてよく見直すことが喫緊の課題ではないかと考える⁵⁹⁾。その次に、法律家の側では、広い意味での論理に関する知見として、いわゆる議論についての理論、発見のプロセスに関する様々な推論方法、更に隣接諸科学の成果を取り入れた実践の試み等、優れた先行の業績があるが（各脚注の文献はその一部である）、それらを一層豊かなものにしていく必要があると思われ、筆者も今後これらの先行業績に学びつつ、考えていきたい。

§ 86 本稿は、主に高橋文彦教授の所説に触発されて検討をしたものである。法律実務家として、長年にわたってごく自然に法的三段論法を用いながら、その論理的な意義や位置付けに考え及ぶことはなく、高橋文彦教授の労作に触れなければ気付くことがなかったであろう。本稿は同教授の論旨に対する異論を含むものであるが、感謝しつつ、本稿を終えたい。

（きょうの・てつや 筑波大学法科大学院客員教授）

59) 例えば、要件事実論は論理プログラミングと相性がよいところがあるが、論理研究者が前提としている要件事実論そのものを対象とする議論、すなわち「メタ要件事実論」というべき議論が、実体法学者を含めた法律家の側で十分になされているとは思われない。また、論理プログラミングに乗せるとしても、当該事案においてルールやファクトとして入力されるべき要件事実の確定（それは法律家の側の仕事であるが、評価的要件の問題等、困難な問題である）こそが重要なのである。なお、要件事実を中心とした論理プログラミングの実績として、例えば、佐藤健他「PROLEG：論理プログラミングをベースとした民事訴訟における要件事実論の実装」（知識ベースシステム研究会 / 人工知能学会〔編〕92 巻 1 頁、2010）等がある。また、AI と法務について最近までの状況を法律家向けに解説したものと、角田篤泰「人工知能の発展と企業法務の未来（1）～（4-4・完）」NBL1107～1131 号掲載（2017-2018）が参考になる。

フランス民事責任法における 「家族の保護」(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. 民事責任法における「家族の保護」の諸相

1. 家族としての保護
2. 家族に関わる保護 ((1) ①まで本号)

II. 民事責任法における「家族の保護」の基礎

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

おわりに

はじめに

ある者の生命、身体、人格などが侵害された場合、その者の家族のメンバーとして捉えられる者は、どのような場合に、どのような根拠に基づき、どのような内容の損害賠償を請求することができるか。また、ある者が家族と関わりを持つ形で有している権利または利益を侵害された場合、その者は、どのような場合に、どのような根拠に基づき、どのような内容の損害賠償を請求することができるか。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）に整理し、更に「家族の保護」を、ある者と家族の関係にあることに着目した保護

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（Iの部分）を1つの完結した論文にし、分量を抑えるために、その叙述を半分以上に圧縮したものである。

（家族としての保護）と、ある者が家族との関係で有する権利または利益に着目した保護（家族に関わる保護）に分けるとすれば、前者の問いは「家族としての保護」に、後者の問いは「家族に関わる保護」に関わる。本稿は、この民事責任法上の「家族の保護」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。

民事責任法の枠内で「家族としての保護」を検討する際には、ある者の生命、身体、人格などが侵害された場合に、①いかなる範囲の者が、②どのような場合に、③どのような理由に基づき、損害賠償を請求することができるかという諸問題に関心が向けられる。そして、これらの問題の相互関係は、③が①②の理解を支えるという形になっている。しかし、これまでの議論では、直接被害者以外の者による固有の慰謝料請求の問題を例にとれば、間接被害者の一般論との関係で、直接被害者に対する不法行為の賠償範囲の問題として構成するのか、間接被害者の独自の不法行為を問題にするのかという法律構成レベルの問い、あるいは、711条との関係で、同条を一定の者に対して特別に慰謝料請求権を認めた規定として捉えるのか、709条および710条で固有の慰謝料請求権を基礎付けることができる以上このことを確認的に示したに過ぎない規定として位置付けるのかという条文解釈レベルの問いが中心的に扱われるだけで、家族の捉え方という視点から③の理解を構成しつつ①②の解釈を基礎付けるという発想が希薄であった。従って、こうした状況に鑑みれば、各言説が家族のあり方に対して持つ含意を明確にしつつ、③を起点として従前の議論を再解釈し、そこから定式化される各アプローチが①②の問題にどのような影響を持つのか

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) 「家族の責任」のうち「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。

を探究すること、つまり、家族の捉え方という観点から「家族としての保護」の問題を検討することが有益である。

このような問題関心を出発点として、直接被害者以外の者による慰謝料請求をめぐる展開された様々な議論を大枠として整理すると、そこには、直接被害者以外の者が慰謝料を請求することができるのは、直接被害者に生じた一定の権利または利益の侵害により、①その者が直接被害者との間で有していた法定的な身分や地位の関係それ自体を侵害されたからであるという考え方、②その者が直接被害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されたからであるという考え方、③その者が感情を害され苦痛を被ったからである（または、直接被害者以外の者が慰謝料を請求することができないのは、直接被害者に一定の権利または利益の侵害が生じたとしても、その者には権利または利益の侵害が生じていないからであるという考え方）が存在することが分かる。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）、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。

こうした観点からの整理は、「家族に関わる保護」の場面で展開されてきた議論についても妥当する。例えば、配偶者の一方が不貞行為をした場合に他方配偶者またはその子が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるかという問題や、ある家族に属していた死者との関わりが何らかの形で害された場合にその家族に属する生存者がこれを害した者に対して損害賠償を請求することができるかという問題を例にとる。そして、どのような権利または利益の侵害が想定されているかという視点から、これらの問題との関連で展開されてきた様々な議論を整理すると、そこには、一定の家族のメンバーによる損害賠償請求が認められるのは、①配偶者や子としての身分または地位が侵害されたからであるという考え方、②その者が配偶者、親、故人との関係で形成してきた個人としての人格的な権利または利益が侵害されたからであるという考え方、③その者の感情が害されたからである（または、一定の家族のメンバー

による損害賠償請求が認められないのは、その者には権利または利益の侵害が生じていないからである）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、その内部において、①-1. 身分や地位それ自体の侵害に着目する議論と、①-2. 身分や地位そのものではなく、そこから生ずる法定的な権利義務関係の侵害に着目する議論とに区別することができる。

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。

まず、①には、身分や地位それ自体に着目するだけでは「家族の保護」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てしまう点、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てしまう点、そして、家族法による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などに問題がある。次に、③は、「家族の保護」に関わる問題を完全に家族から切り離し個人の領域で捉えるため、これによると、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ほか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。そのため、「家

族の保護」、更には、民事責任法が家族と関わりを持つ場面については、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⁴⁾。

ところで、民事責任法における「家族の保護」の問題は、フランスでも生じている。そして、フランス民事責任法における「家族の保護」の問題を検討することによって、前稿の検討成果は、より一層強固なものになる。

一方で、「家族としての保護」に関しては、ある者に一定の権利侵害が発生した場合における直接被害者以外の家族のメンバーによる損害賠償請求との関連で⁵⁾、その基礎、請求権者、対象場面などについて判例の展開が存在し、これに対応する形で展開されてきた議論には、「家族としての保護」の問題を家族のあり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顕著な形で現れている。また、近年の判例では、ある家族のメンバーは、同じ家族のメンバーとして捉えられる直接被害者が何らかの不法行為により死亡する前に出生していなかった場合でも、その死亡を理由に損害賠償を請求することができるかという問題や、ある家族のメンバーは、同じ家族のメンバーとして生まれてくるはずの子が生まれてこなかったこと、同じ家族のメンバーとして生まれてきた子が望まない形で生まれてきたこと、または、障害を持って生まれてきたことなどを理由に、損害賠償を請求することができるかといった問題が扱われており、これらは、家族のあり方との関連で「家族としての保護」を考える際の格好の素材となる。

他方で、「家族に関わる保護」については、日本と同じく、配偶者の一方が

4) 以上について、拙稿・前掲注(2)「1」59頁以下、「3・完」64頁以下。

5) 先行研究として、中川善之助『身分法の総則的課題』(岩波書店・1941年)所収の諸論稿、難波譲治「フランス法における近親者損害の賠償」國學院40巻4号(2003年)287頁以下、山口成樹「不法行為に起因するPTSD等の精神疾患と損害賠償責任(5)(6)——間接被害論・賠償範囲論の一掃納的考察」都法44巻2号(2004年)199頁以下、新法113巻1=2号(2006年)111頁以下、大澤逸平「民法711条における法益保護の構造(1)(2・完)——不法行為責任の政策的加重に関する一考察——」法協128巻1号(2011年)228頁以下、2号184頁以下等。本稿は、これらを参考にしつつも、家族のあり方と民事責任法の枠組という独自の視点から、この問題を検討しようとするものである。

不貞行為をした場合に他方配偶者や子はその相手方に対して損害賠償を請求することができるかという問いのように、家族外の者が家族との関係を直接的に侵害したと考えられる場合に、家族のメンバーはその者に対して損害賠償を請求することができるかという問題や、家族外の者がある死者の私生活、肖像、尊厳などを侵害した場合に、当該死者の家族のメンバーとして捉えられる者はそのことを理由に損害賠償を請求することができるかという問題が生じており、ここでも、請求主体には家族との関連でどのような権利または利益があるのかという観点から把握することができる議論が展開されている。また、フランスでは、日本とは異なり、ある者が生命、身体、人格などを侵害されたことにより、家族との関係または家族との関係を築く可能性を害されたことについて、賠償されるべき損害として把握することはできるかという問題が明確に意識されており、この点をめぐる議論も、家族のあり方との関連で「家族に関わる保護」の問題を考える際の貴重な素材となる。

そして、上記の各議論を掘り下げて分析していくと、いずれの場面でも、民事責任法における「家族の保護」を、家族のメンバーと請求主体との間に存在する、①法定的な身分や地位に着目して構築する考え方、②法定的な身分や地位から一応切り離された事実上の関係に着目して構想する考え方、③法定的または事実上の関係から切り離された個人を起点として構築する考え方が存在することが分かる。従って、フランス民事責任法における「家族の保護」の議論を検討することによって、日本法の下で見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。また、フランスにおいては、かつては、身分や地位それ自体、または、身分や地位から生ずる権利義務関係の保護を問題にする考え方が強かったものの、今日では、場面ごとに相違はあるものの、身分や地位から切り離された事実上の関係の保護を問題にする考え方や、家族の関係から切り離された個人の保護を問題にする考え方が強くなっている。これは、一方では、身分や地位の保護を問題にする考え方が色濃く残る日本の状況⁶⁾とは大きく異なると同時に、他方では、身分や地位の存在それ自体によって家族のメンバー

の不法行為との関連で生ずる別の家族のメンバーの責任を基礎付けようとする1990年代以降の動向、つまり、「家族外に対する責任」で看取される方向性⁷⁾とは対照をなす傾向である。そのため、上記2つの意味での相違の要因を探索することを通じて、「家族の保護」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、「家族外に対する責任」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、日本法の下で②を基礎とすべき旨を説くこと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となる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. 民事責任法における「家族の保護」の諸相

民事責任法上の保護が問題となる以上、「家族の保護」といっても、それは家族それ自体を直接的に保護するものではない⁸⁾。ここでは、ある者が家族として捉えられる者の権利または利益を侵害した場合に当該被害者以外の家族のメンバーがそのことを理由に何らかの損害賠償を請求することができるか、また、ある者が家族に関わりを持つ形で存在している権利または利益を侵害した場合に当該家族のメンバーはそのことを理由に何らかの損害賠償を請求することができるかという問題が扱われる。フランス法の文脈に即して言えば、前者

6) 拙稿・前掲注(2)「1」64頁以下。

7) 拙稿・前掲注(3)123頁以下。

8) かつての学説が有力に主張し(Ex. René Savatier, Une personne morale méconnue : La famille en tant que sujet de droit, DH., 1939, chr., pp.49 et s.; etc.)、今日でも一部の学説がその可能性を示唆しているように(Ex. Marie Reynaud-Chanon, Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille, D., 1987, chr., pp.264 et s.; Gérard Fariat, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts : Prolégomènes pour une recherche, RTD civ., 2002, pp.221 et s.; etc.)、家族に一定の法主体性を認めるとすれば別である。

は、いわゆる間接被害者の損害賠償または反射的損害の賠償が問題となる場面の1つとして位置付けられてきた問題であり、後者は、フォートあるいは保護される権利や利益の中身、または、賠償されるべき損害の内容に関わる問題である。本稿の問題関心に従えば、前者では、ある者と家族の関係にあることに着目した保護という意味で「家族としての保護」が⁽¹⁾、後者では、ある者が家族との関係で有する権利または利益に着目した保護という意味で「家族に関わる保護」が⁽²⁾、それぞれ問われる。

1. 家族としての保護

ある者の生命、身体、人格などが侵害された場合、その者の家族のメンバーとして捉えられる者は、どのような場合に、どのような根拠に基づき、どのような内容の損害賠償を請求することができるか⁹⁾。この問題に関わるフランスの実定法については¹⁰⁾、各時代の相違、請求権者の範囲、賠償を求められてい

9) ある者の生命、身体、自由などを侵害する行為により、その者の家族のメンバーとして捉えられる者の生命や身体などが直接的に侵害された場合には、当該家族のメンバー自身に対する不法行為の成否が問題となる。この場面において、直接被害者と当該家族のメンバーとの関わりは、因果関係の有無を評価するに際して一定の意味を持つに過ぎない。Cf. Cass. 2^{ème} civ., 17 mai 1973, Bull. civ., II, n°170 ; Gaz. Pal., 1974, I, jur., 71, note, H. M. (夫の交通事故に起因した妻の流産に関わる損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 16, nov. 2010, RCA., fév. 2011, com., 42 (母の交通事故死に起因した子らの抑うつ状態に関わる損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 28 avril 2011, Bull. civ., II, n°95 ; D., 2011, 2158, chr., Hugues Adida-Canac et Odette-Luce Bouvier ; Gaz. Pal., 2011, 2291, note, Claude Lienhard ; RCA., juill. 2011, com., 241, note, Hubert Groutel (子が火災に巻き込まれて死亡したことに起因した父の抑うつ状態に関する損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 10 sept. 2015, Gaz. Pal., 2015, 3297, note, Dahbia Zegout (夫の交通事故死に起因した妻の抑うつ状態に関する損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 23 mars 2017, D., 2017, 761 ; D., 2017, 1409, note, Adrien Bascoulergue ; D., 2017, 2230, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; JCP., 2017, 1174, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2017, 1256 ; Gaz. Pal., 2017, 1782, note, Anaïs Renelier ; RTD civ., 2017, 664, chr., Patrice Jourdain ; RCA., juin 2017, com., 154 (夫が殺害されたことを理由とする妻からの愛情損害と自己の精神的完全性侵害に関する補償請求の肯定。類似の事例として、Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, Gaz. Pal., 2018, 1600, note, Claude Lienhard) ; etc. 従って、本稿の問題関心に照らせば、上記の場面を特別の類型として取り上げる必要はない。

る損害の内容などに着目して整理することもできる。しかし、家族のあり方という視点から民事責任法における「家族の保護」の問題を検討する本稿の問題関心からは、上記の諸視角を意識しつつも、直接被害者に生じた不法行為により請求主体と直接被害者との関係が完全に断絶する場面、つまり、直接被害者の生命が侵害された場合と ((1))、直接被害者に不法行為が生じた後も請求主体と直接被害者との関係が一定の形で存続する場面、つまり、直接被害者の生命以外の権利または利益が侵害された場合 ((2)) とに大別した上で、請求主体に生じたとされる非財産的損害の賠償（必要となる限りにおいて、財産的損害の賠償）が問題となるケースに即して、実定法の状況を整理することが有益である。これにより、各裁判例において金銭的な損失のほかに保護の対象として想定されているものの中身が明確になり、Ⅱでの分析を見通しやすくすることができるからである。

(1) 請求主体と直接被害者との関係が断絶する場合

① 直接被害者の生命が侵害されたときにその時点の家族のメンバーが損害賠償を請求する場合

今日、フランスの司法裁判所、そして、一定の範囲という留保付きではあるが行政裁判所においては¹¹⁾、その規範としての効力は否定されているもの

10) 裁判例の所在について、Cf. Jacques Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, préf. Jacques Flour, Bibliothèque de droit privé, t.96, LGDJ., Paris, 1969, n^{os}45 et s., pp.53 et s. et n^{os}157 et s., pp.171 et s. ; Xavier Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, avant-propos de Jean-Louis Baudouin et Patrice Jourdain, préf. Patrice Jourdain, Bibliothèque de droit privé, t.415, LGDJ., Paris, 2004, n^{os}20 et s., pp.19 et et s. ; etc.

11) Cf. CE., 7 oct. 2013, AJDA., 2013, 1942 ; D., 2014, 2365, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; D., 2014, 2369, chr., Mireille Bacache ; JCP éd. A., 2014, 2212, note, Catherine Logéat ; RTD civ., 2014, 131, chr., Patrice Jourdain ; AJDA., 2014, 295, note, Thibaut Leleu ; RCA., janv. 2014, com., 10, note, Hubert Groutel ; CE., 16 déc. 2013, D., 2014, 2365, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; D., 2014, 2369, chr., Mireille Bacache ; AJDA., 2014, 524, concl., Fabienne Lambolez ; D., 2015, 124, chr., Olivier Gout ; etc.

の¹²⁾、一般的にダンティヤックのリスト¹³⁾に依拠する形で身体的な侵害が生じた場合における損害項目が把握されている¹⁴⁾。このリストによると、ある者が不法行為により死亡した場合、その近親者は、葬儀などの費用、収入の喪失、移動や滞在などの費用といった財産的損害ほかに、非財産的損害として、愛情損害および同伴損害の賠償を得ることができる。

このうち、愛情損害について、リストの定義によれば、一定の近親者が直接被害者と現実的な愛情関係を維持していたときには、当該近親者と直接被害者との間に親族関係が存在したかどうかにかかわらず、この損害が賠償の対象になるとされている。こうした把握の仕方は、実定法の現状を反映したものである。しかし、近親者が直接被害者との間でどのような関係を構築していれば愛情損害の賠償が認められるのか、その前提として、愛情損害がどのような内容を持つ損害なのか、または、愛情損害がどのような権利や利益の侵害に起因して生ずる損害なのかという点については、リストの定義からは明らかにならない。そのため、上記の諸点を明確にするためには、リストの背後にある判例の立場を検討する必要がある。

20世紀初めまでの裁判例の中には、精神的損害が金銭的な評価の対象にならないことを理由に、不法行為により死亡した者の近親者からの精神的損害の賠償を否定するものもあった^{15,16)}。しかし、多くの裁判例は、請求の対象となっている賠償の中身を明らかにしないものがあるものの、特に理由を付すことなくこれを肯定したり¹⁷⁾、不法行為による損害賠償の原則規定である民法典1240条（旧1382条）の文言が一般的であること、従って、同条が死亡した直

12) Cf. Matthieu Robineau, Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices, JCP, 2010, 612 ; Hugues Adida-Canac, Le contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour de cassation, D., 2011, pp.1497 et s. ; Mireille Bacache, La nomenclature : une norme ?, Gaz. Pal., 2014, pp.4011 et s.

13) 紹介として、住田守道「フランス人身損害賠償とDintilhacレポート——非財産的損害の賠償が示唆するもの——」龍社40号（2010年）148頁以下等。

14) 民事責任改正法案でも、損害項目の非限定的なリストの作成が予定されている（1269条、1271条）。

接被害者と請求主体との関係について何ら限定を設けていないこと、または、同条が両者の間に一定の法定的な関係が存在することを要件としていないことを踏まえ、不法行為に起因する直接被害者の死亡により愛情関係が害されたことなどを通じて損害の存在とその確実性が証明された場合には、近親者による

- 15) C. d'assis. Metz, 17 fév. 1819, S., 1819, 2, 26 (拘禁により死亡した者の子からの損害賠償請求の否定) ; CA. Rouen, 24 fév. 1894, S., 1897, 2, 25, note, R. Lacoste (鉄道事故により死亡した者の両親および兄弟姉妹からの損害賠償請求の否定) ; CA. Besançon, 27 déc. 1901, D., 1903, 2, 155 ; Rev. dr. civ., 1903, 651, chr., René Demogue (鉄道事故により死亡した者の父からの損害賠償請求の否定) ; etc.
- 16) コンセイユ・デタは、1961年11月24日判決 (CE., 24 nov. 1961, Rec. Cons. d'Et., 1961, 661 ; D., 1962, jur., 34, concl., Heumann ; S., 1962, 82, concl., Heumann et note, Geneviève Vignes ; JCP., 1962, II, 12425, obs., E.-P. Luce ; Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 302 ; RTD civ., 1962, 315, chr., André Tunc ; RDP, 1962, 330, chr., Marcel Waline ; AJDA., 2014, 89, chr., Damien Botteghi. Adde. Georges Morange, À propos d'un revirement de jurisprudence... : La réparation de la douleur morale par le Conseil d'État, D., 1962, chr., pp.15 et s. 県所有の自動車に関わる事故により死亡した者の両親からの損害賠償請求との関連で、子の早すぎる死から生ずる精神的苦痛の賠償が認められた) に至るまで、直接被害者の死亡により近親者が被った苦痛の賠償を否定し、これにより近親者自身に生じた生活状況の障害の賠償だけを問題にしていた。Cf. CE., 24 mars 1916, S., 1922, 3, 53 (死亡した兵士の両親からの損害賠償請求との関連で、財産的損害の賠償だけが認められた) ; CE., 25 juill. 1919, Rec. Cons. d'Et., 1919, 689 ; D., 1920, 3, 1, note, Jean Appleton ; S., 1922, 3, 53 (軍所有の自動車に関わる事故により死亡した者の両親からの損害賠償請求との関連で、両親に生じた苦痛の賠償が否定され、生活状況の障害の賠償だけが肯定された) ; CE., 1^{er} mai 1942, JCP, 1943, II, 2243 (被害者の配偶者からの損害賠償請求との関連で、配偶者に生じた精神的苦痛の賠償が否定された) ; CE., 5 déc. 1947, S., 1948, 3, 17, concl., Letourneur ; Gaz. Pal., 1948, 1, jur., 49 ; RTD civ., 1948, 213, chr., Henri et Léon Mazeaud (軍所有の自動車に関わる事故により死亡した者の子からの損害賠償請求との関連で、財産的損害および生活状況の障害の賠償だけが認められた) ; CE., 28 juill. 1951, S., 1951, 3, 96 ; D., 1952, jur., 22 ; Gaz. Pal., 1952, 2, jur., 271 ; RTD civ., 1952, 59, chr., Henri et Léon Mazeaud (軍所有の自動車に関わる事故により死亡した者の父からの損害賠償請求との関連で、葬儀費用および生活状況の障害の賠償だけが認められた) ; CE., 29 oct. 1954, Rec. Cons d'Et, 1954, 565 ; D., 1954, jur., 767, concl., Louis Fougère et note, André de Laubadère ; Gaz. Pal., 1954, 2, jur., 360 ; RTD civ., 1955, 102, chr., Henri et Léon Mazeaud (国の責めに帰すべき事由により死亡した者の子らの損害賠償請求との関連で、子に生じた精神的苦痛の賠償が否定され、生活状況の障害の賠償が肯定された) ; etc. ただし、精神的損害の賠償を認める裁判例があったほか (Ex. TA. Lille, 28

損害賠償請求を認め¹⁸⁾、そうでない場合には、これを否定したりした¹⁹⁾。

これらの裁判例には、その請求主体に着目すると、以下の特徴がある。第1に、不法行為により死亡した者の配偶者、子、両親からの請求に関しては、例外的

（前頁からつづき）

fév. 1958, D., 1958, jur., 216, concl., Delevalle ; S., 1958, 153, concl., Delevalle ; Gaz. Pal., 1958, 1, jur., 375 ; RTD civ., 1958, 248, chr., Henri et Léon Mazeaud ; etc.). ほかの損害項目の下で愛情損害の賠償は認められていたとの評価もあった (Ex. André Coudeville, Le 《pretium affectionis》 : un piège pour le juge administratif, D., 1979, chr., pp.173 et s. ; etc. Contra. Georges Morange, La réparation des accidents de personnes imputables à l'Administration, D., 1953, chr., pp.91 et s. ; Morange, supra, pp.15 et s. ; etc.).

17) Cass. req., 30 juin 1836, S., 1836, 1, 732 (決闘により死亡した者の母からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. req., 4 mars 1872, D., 1872, 1, 327 (鉄道事故により死亡した者の妻および子からの損害賠償請求の肯定。原審 (CA. Aix, 14 juin 1870, D., 1872, 2, 97, note, Antoine Giboulot) も同旨である) ; Cass. req., 21 oct. 1929, JCP, 1929, 1374 ; S., 1930, 1, 10 ; RTD civ., 1930, 106, chr., René Demogue (労働事故により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 8 juill. 1936, DH., 1936, jur., 525 ; Gaz. Pal., 1936, 2, jur., 632 ; RTD civ., 1937, 109, chr., René Demogue (不法行為により死亡した者の事実上の母 (直接被害者の父の妻) からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. req., 8 mars 1937, DH., 1937, jur., 217 ; S., 1937, 1, 241, rapport, Pilon ; D., 1938, 1, 76, note, René Savatier ; Rev. crit., 1938, 324, chr., Jacques Flour (自動車の欠陥に起因する交通事故により死亡した者の妻および子からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Orléans, 17 mai 1858, D., 1858, 2, 113 (交通事故により死亡した者の母からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Paris, 15 juill. 1875, D., 1877, 2, 120 (鉄道事故により死亡した者の妻および子からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Bordeaux, 30 nov. 1881, S., 1882, 2, 183 (交通事故により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定) ; TC. Seine, 13 avril 1893, Rev. crit., 1894, 25, chr., A. Laborde (鉄道事故により母および兄弟を失った者からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Paris, 8 fév. 1896, S., 1899, 2, 215 (不法行為により死亡した者の妻からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Nancy, 21 mars 1896, S., 1896, 2, 235 (労働事故により死亡した者の妻および子からの損害賠償請求の肯定) ; TC. Meaux, 12 mars 1910, RTD civ., 1910, 429, chr., René Demogue (不法行為により死亡した者の父からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Nancy, 4 juin 1910, S., 1911, 2, 206 (路面電車の事故により死亡した者の子からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Paris, 19 juin 1929, S., 1929, 2, 152 (不法行為により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Paris, 26 janv. 1934, DH., 1934, jur., 186 ; RTD civ., 1934, 401, chr., René Demogue (不法行為により死亡した者の父からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

な場合を除き、ほとんどの場合に精神的損害の賠償が認められている。第2に、不法行為により死亡した者の兄弟姉妹や孫などからの請求については、事実関係の評価を踏まえて、その当否が決められている。第3に、事実上の親子のよ

18) Cass. crim., 20 fév. 1863, S., 1863, 1, 321 ; D., 1864, 1, 99 (決闘により死亡した者の母からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. req., 10 avril 1922, Gaz. Pal., 1922, 2, jur., 66 ; RTD civ., 1922, 888, chr., René Demogue ; D., 1923, 1, 52, note, Henri Lalou ; S., 1924, 1, 153, note, Paul Esmain (路面電車の事故により死亡した者の事実上の子(直接被害者の夫が前妻との間でもうけた子)からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. civ., 13 fév. 1923, D., 1923, 1, 52, note, Henri Lalou ; RTD civ., 1923, 484, chr., René Demogue ; S., 1926, 1, 325 (乗馬中の事故により死亡した者の子からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 15 déc. 1923, D., 1924, 1, 69 ; Gaz. Pal., 1924, 1, jur., 246 ; RTD civ., 1924, 345, chr., René Demogue ; S., 1926, 1, 331 (不法行為により死亡した者の姉妹からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 31 oct. 1930, DH., 1930, jur., 572 ; Gaz. Pal., 1930, 2, jur., 724 ; S., 1931, 1, 145, note, Gabriel Marty (交通事故により死亡した者の妻、子、義理の妹からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Bordeaux, 5 avril 1852, S., 1852, 2, 421 (決闘により死亡した者の子からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Lyon, 18 mars 1865, S., 1865, 2, 258 (船舶事故により死亡した者の両親および姉妹からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Aix, 6 mai 1872, D., 1873, 2, 57 (鉄道事故により死亡した者の妻および子からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Bourges, 16 déc. 1872, S., 1872, 2, 71 ; D., 1873, 2, 197 (不法行為により死亡した者の兄弟姉妹からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Alger, 23 mai 1892, D., 1894, 2, 47 ; S., 1894, 2, 62 (鉄道事故により死亡した者の母からの損害賠償請求の肯定) ; TC. Lyon, 11 juin 1892, S., 1894, 2, 22 (不法行為により死亡した者の母および兄弟からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Besançon, 6 juill. 1892, S., 1894, 2, 61 (不法行為で死亡した者により認知された非嫡出子からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Douai, 7 juill. 1892, S., 1894, 2, 20 (労働事故により死亡した者の父からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Dijon, 12 mai 1897, D., 1897, 2, 414 ; S., 1897, 2, 243 (不法行為により死亡した者の母および妹からの損害賠償請求の肯定。ただし、妹からの請求については、直接被害者が父の代わりとなるような存在であったことが根拠とされている) ; CA. Nîmes, 11 nov., 1897, S., 1898, 2, 176 (鉄道事故により死亡した者の配偶者、子、母からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Douai, 23 janv. 1899, S., 1899, 2, 296 (鉄道事故により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Alger, 22 juin 1900, D., 1901, 2, 401 ; S., 1902, 2, 128 ; Rev. dr. civ., 1902, 603, chr., René Demogue (鉄道事故により死亡した者の子からの損害賠償請求の肯定) ; TC. Toulouse, 17 avril 1902, S., 1905, 2, 81, note, P. Lacoste ; RTD civ., 1905, 328, chr., René Demogue (鉄道事故により死亡した者の姉妹からの損害賠償請求の肯定。ただし、直接被害者と同居しその者から扶助と愛情を受けていたことが根拠とされている) ; TC. Toulouse, 17 janv. 1906, D., 1906, 5, 64 (不法行為により死亡した者

うに直接被害者と血縁関係にない近親者²⁰⁾、フィアンセのように直接被害者との間で法定的な関係に入る前の者²¹⁾、コンキュビナージュおよびこれに由来する生物学上の親子関係のように直接被害者との間に法定的な関係がない者²²⁾か

（前頁からつづき）

の甥からの損害賠償請求の肯定。ただし、直接被害者が母の代わりとなるような存在であったことが根拠とされている）；CA. Bordeaux, 14 mai 1907, S., 1909, 2, 221（労働事故により死亡した者の姉妹からの損害賠償請求。ただし、本件事案が特別法の領域に属することを理由に請求棄却）；TC. Meaux, 29 janv. 1920, D., 1920, 2, 137, note, Henri Lalou（鉄道事故により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定。ただし、財産的損害の賠償については、扶養への権利が仮定的なものに過ぎないことを理由に否定）；CA. Paris, 10 mars 1920, D., 1920, 2, 137, note, Henri Lalou（不法行為により死亡した者の母からの損害賠償請求の肯定）；TC. Brive, 29 nov. 1922, Gaz. Pal., 1922, 2, jur., 749；RTD civ., 1923, 143, chr., René Demogue（不法行為により死亡した者の姉妹からの損害賠償請求の肯定。ただし、直接被害者と同じ居その者から事実上の支援を受けていたことが根拠とされている）；T. de corr. Seine, 14 déc. 1926, D., 1927, 2, 55, note., Henri Lalou；RTD civ., 1927, 645, chr., René Demogue（路面電車の事故により死亡した者の妻、子、母からの損害賠償請求の肯定）；etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. crim., 24 fév. 1919, RTD civ., 1919, 500, chr., René Demogue（不法行為により死亡した者から事実上の支援を受けていた姉妹からの損害賠償請求の肯定）；CA. Amiens, 17 nov. 1931, S., 1932, 2, 118（労働事故により死亡した者の子とその配偶者、孫とその配偶者からの損害賠償請求の肯定。原審（TC. Clermont, 22 juill. 1930, S., 1930, 2, 165）も同旨である）；CA. Paris, 10 fév. 1933, DH., 1933, jur., 200；RTD civ., 1933, 1178, chr., René Demogue（鉄道事故により死亡した者の姉妹からの損害賠償請求。ただし、扶養についての既得権が証明されていないことを理由に請求棄却）；CA. Nîmes, 3 avril 1933, DH., 1933, jur., 389；Gaz. Pal., 1933, 2, jur., 54；RTD civ., 1933, 871, chr., René Demogue（不法行為により死亡した者の事実上の祖父母からの損害賠償請求の肯定）；etc.

19) Cass. req., 15 avril 1890, S., 1890, 1, 501（鉄道事故により死亡した者の孫からの損害賠償請求の否定。現実かつ確実な損害の不存在が根拠とされている）；etc.

下級審の裁判例として、CA. Besançons, 1^{er} déc. 1880, D., 1881, 2, 65；S., 1881, 2, 20（鉄道事故により死亡した者の兄弟および姉妹からの損害賠償請求の否定。現実かつ確実な損害の不存在が根拠とされている）；CA. Douai, 7 juill. 1892, supra note 18（兄弟および姉妹からの損害賠償請求について否定。直接の損害の不存在が根拠とされている）；CA. Douai, 28 déc. 1892, S., 1894, 2, 22（鉄道事故により死亡した者の兄弟および姉妹からの損害賠償請求の否定。兄弟姉妹らが現実の扶養を受けていなかった点、被害者が即死であった点を

らの精神的損害の賠償請求も²³⁾、直接被害者と請求主体との間に愛情関係が存在し、それが不法行為により害されたことが明らかにされる限りにおいて²⁴⁾、肯定されている²⁵⁾。第4に、直接被害者との間で法定的な関係を持つ者からの

(前頁からつづき)

踏まえ、兄弟姉妹に損害が生じていないことが根拠とされている)；CA. Douai, 23 janv. 1899, *supra* note 18 (兄弟姉妹らからの損害賠償請求について否定。兄弟姉妹らの精神的苦痛が賠償を基礎付けるほど十分なものではないことが根拠とされている)；CA. Amiens, 10 juill. 1901, S., 1902, 2, 8 (鉄道事故により死亡した者の兄弟および姉妹からの損害賠償請求の否定。兄弟姉妹らは、現実かつ確実な損害の存在を証明することができれば損害賠償を請求することができるとしつつ、直接被害者の死亡と鉄道会社の行為との間に因果関係がないとして不法行為の成立が否定された)；etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. crim., 7 fév. 1913, D., 1913, 1, 373 (交通事故により死亡した者の成年の子からの損害賠償請求の否定)；etc.

20) Cass. req., 10 avril 1922, *supra* note 18 ; Cass. crim., 31 oct. 1930, *supra* note 18 ; etc. また、CA. Caen, 4 juill. 1935, DH., 1935, jur., 414 (バスの事故により死亡した者の育ての親からの損害賠償請求の肯定)；etc.

21) C. d'assis. Dordogne, 24 mai 1930, D., 1930, 2, 133, note, Henri Lalou ; S., 1931, 2, 71 ; TC. Gannat, 25 mai 1937, RTD civ., 1937, 608, chr., René Demogue ; etc. また、ベルギーの判例であるが、Cf. CA. Bruxelles, 14 nov. 1928, S., 1929, 4, 16.

22) Cass. crim., 9 nov. 1928, DH., 1928, jur., 576 ; Gaz. Pal., 1928, 2, jur., 845 ; D., 1929, 1, 23, note, Henri Lalou ; RTD civ., 1929, 107, chr., René Demogue ; S., 1930, 1, 23 (不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求。ただし、本件関係が一時的かつ不安定なものに過ぎないことを理由に請求棄却)；Cass. crim., 10 janv. 1929, D., 1929, 1, 40, note, Henri Lalou ; DH., 1929, jur., 117 ; JCP, 1929, 321 ; Gaz. Pal., 1929, 1, jur., 290 ; RTD civ., 1929, 424, chr., René Demogue (不法行為により死亡した者がコンキュビーンとの間でもうけた子からの損害賠償請求の肯定)；Cass. crim., 28 fév. 1930, D., 1930, 1, 49, note, Pierre Voirin ; JCP, 1930, 529 ; S., 1931, 1, 145, note, Gabriel Marty (不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求の肯定)；Cass. crim., 13 fév. 1937, D., 1938, 1, 5, note, René Savatier (不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求。ただし、損害の確実性および現実性の不存在を理由に請求棄却)；Cass. crim., 13 fév. 1937, D., 1938, 1, 5, note, René Savatier (不法行為により死亡した者がコンキュビーンとの間でもうけた子からの損害賠償請求。ただし、直接被害者により提供されていた扶養が偶発的なものであったかどうかを確認されていないとして請求を認容した原審が破棄された)；etc.

下級審の裁判例として、CA. Montpellier, 24 juin 1924, D., 1924, 2, 145, note, René Savatier ; Gaz. Pal., 1924, 2, jur., 245 (不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償

損害賠償請求であっても、その関係が実質的に壊れていたときには、その請求は否定されている²⁶⁾。そして、以上の根拠および諸特徴に鑑みれば、これらの裁判例は、愛情損害の賠償の可否を決するに際して、身分や地位を考慮しつつ

（前頁からつづき）

請求の肯定）；T. de corr. Seine, 14 déc. 1926, *supra* note 18（路面電車の事故により死亡した者がコンキュビーンとの間でもうけた子からの損害賠償請求の肯定）；T. de corr. Marseille, 23 mai 1929, JCP, 1929, 1035；Gaz. Pal., 1929, 2, jur., 146（不法行為により死亡した者のコンキュビーンおよびその間の子からの損害賠償請求の肯定）；CA. Lyon, 23 oct. 1929, D., 1929, 2, 169, note, Pierre Voirin；DH., 1929, jur., 525；S., 1930, 2, 4（交通事故により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求。ただし、加害者に不法行為が成立しないことを理由に請求棄却）；CA. Lyon, 31 mars 1930, D., 1930, 2, 64（不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求の肯定）；CA. Douai, 23 mars 1931, S., 1931, 2, 213（交通事故により死亡した者のコンキュビーンおよびその間の子からの損害賠償請求の肯定）；CA. Rennes, 8 juill. 1931, DH., 1931, jur., 503；Gaz. Pal., 1931, 2, jur., 823；S., 1932, 2, 18（不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 9 nov. 1932, S., 1933, 2, 25, René Tortat；Gaz. Pal., 1933, 1, jur., 59（Cass. civ., 27 juill. 1937, *infra* note 38の原審）；CA. Lyon, 12 mars 1936, DH., 1936, jur., 276；RTD civ., 1937, 109, chr., René Demogue（交通事故により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求。ただし、加害者に不法行為が成立しないことを理由に請求棄却）；etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. crim., 26 nov. 1926, D., 1927, 1, 73, note, Henri Lalou；DH., 1927, jur., 2；S., 1927, 1, 273, note, J.-A. Roux；JCP, 1927, 84；Gaz. Pal., 1927, 1, jur., 108；RTD civ., 1927, 186, chr., René Demogue；Rev. crit., 1927, 515, chr., Paul Esmein（不法行為により死亡した者のコンキュビーンおよびその間の子からの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 5 juin 1923, D., 1924, 2, 33, note, Henri Lalou；Gaz. Pal., 1924, 1, jur., 427；RTD civ., 1924, 104, chr., René Demogue（不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 12 juin 1928, S., 1928, 2, 125；JCP, 1928, 1075；D., 1929, 2, 15（交通事故により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求。ただし、損害の確実性および直接性の不存在を理由に請求棄却）；CA. Nîmes, 12 mai 1933, DH., 1933, jur., 437；Gaz. Pal., 1933, 2, jur., 765（Cass. crim., 13 fév. 1937, *infra* note 30の原審）；etc.

23) この理解によれば、直接被害者が重婚的なコンキュビナージュの状態にあったことはコンキュビーンからの損害賠償請求の妨げにならない（T. de corr. Seine, 12 fév. 1931, D., 1930, 2, 57, note, Pierre Voirin；S., 1932, 2, 1（CA. Paris, 18 mars 1932, *infra* note 31の原審）；CA. Douai, 23 mars 1931, *supra* note 22；CA. Paris, 18 nov. 1932, *infra* note 24；etc.

24) Cass. crim., 27 avril 1934, DH., 1934, jur., 302；Gaz. Pal., 1934, 1, jur., 927；RTD civ., 1934, 606, chr., René Demogue；S., 1935, 1, 199は、不法行為により死亡した者が二重のコンキュ

も、そこから生ずる愛情的関係の保護を図る必要があるかどうかという観点を重視するアプローチを採用するものとして位置付けられる。

もっとも、この時代には、上記とは異なる傾向を示す裁判例も存在した。第1に、近親者による損害賠償請求の意味付けとして、家族的な罰の思想を読み取ろうとするものがあった^{27, 28)}。第2に、19世紀の末頃から、近親者による財産的損害の賠償請求が認められるためには、直接被害者と請求主体との間に、法定的な身分や地位の関係、または、そこから生ずる扶養の関係が存在するこ

(前頁からつづき)

ビナージュの関係にあった事案で、各コンキュビーンと直接被害者との間の関係が一時的かつ不安定なものであったことを理由に、各コンキュビーンからの損害賠償請求を棄却した。なお、原審(CA. Paris, 18 nov. 1932, S., 1933, 2, 25, René Tortat ; RTD civ., 1933, 81, chr., René Demogue)は、いずれの請求も認容している。

25) 直接被害者と請求主体との間に存在した現実的な愛情関係の侵害の有無を問うアプローチからは、ある未成年者が死亡した場合にその後見人である県が精神的損害の賠償を求めることはできない。Cf. CA. Montpellier, 4 fév. 1924, D., 1924, 2, 33, note, Henri Lalou ; Gaz. Pal., 1924, 1, jur., 427 ; RTD civ., 1924, 344, chr., René Demogue. ; etc. ただし、これを肯定する裁判例もあった。Cf. TC. Carcassonne, 4 janv. 1923, Gaz. Pal., 1923, 1, jur., 149 ; RTD civ., 1923, 483, chr., René Demogue.

26) T. de corr. Seine, 12 fév. 1931, supra note 23 (直接被害者と長らく別居状態にあった妻からの損害賠償請求の否定) ; TC. Lille, 25 avril 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 190 ; RTD civ., 1932, 757, chr., René Demogue (直接被害者と8年前から別居状態にあった妻からの損害賠償請求の否定) ; TC. Bayeux, 7 déc. 1933, DH., 1934, jur., 63 (直接被害者との間で離婚手続中であった妻からの損害賠償請求の否定) ; etc.

27) CA. Bourges, 16 déc. 1872, supra note 18 (兄弟姉妹らは各人の権利に従ってではなく集団的に損害賠償訴権を行使することができるとされた。これとは対照的に、各人に損害賠償訴権が帰属することを前提とした裁判例として、CA. Alger, 23 mai 1892, supra note 18 ; CA. Dijon, 12 mai 1897, supra note 18 ; etc.) ; CA. Nancy, 9 déc. 1876, D., 1879, 2, 47 (労働事故により死亡した者の両親らによる損害賠償請求との関連で、損害賠償の支払命令は一種の罰を構成し、その額が支払を命ぜられた者の資力に鑑み少ないと評価されるときにはその有用性が失われるとして、両親らに付与される賠償が増額された) ; etc.

28) 家族による復讐という発想が19世紀の裁判例に影響を及ぼしていたことを指摘するものとして、Dupichot, supra note 10, n^{os}52 et s., pp.64 et s. et n^{os}181 et s., pp.194 et s. ; etc. また、精神的損害の賠償一般を対象とするものであるが、Cf. Paul Esmain, La commercialisation du dommage moral, D., 1954, chr., pp.113 et s.

とが必要であると説く裁判例が現れ始めた^{29,30)}。その後、こうした理解が愛情損害の賠償の場面へも波及し、近親者による精神的損害の賠償請求が認められるためには、直接被害者と請求主体との間に法定的な身分や地位の関係が存在したことが必要であると理解する裁判例が増加した^{31,32)}。この理解によると、

29) CA. Rouen, 24 fév. 1894, *supra* note 15（両親からの損害賠償請求につき肯定、兄弟姉妹からの同請求につき否定）；CA. Douai, 23 janv. 1899, *supra* note 18（両親からの損害賠償請求につき肯定、兄弟姉妹からの同請求につき否定）；etc.

30) Cass. crim., 13 fév. 1937, S., 1937, 1, 153, rapport, J.-A. Roux ; Gaz. Pal., 1937, 1, jur., 467 ; RTD civ., 1937, 826, chr., René Demogue ; D., 1938, 1, 5, note, René Savatier は、不法行為により死亡した者のコンキュビーンおよびその間の子からの損害賠償請求との関連で、前者については本件でコンキュビーンが受けていた扶養は法的に有効な債務の基礎とならないこと、後者については法律上の親子関係が設定されていないことを理由に、両者の請求を認容した原審を破棄しており（同旨の判例として、Cass. crim., 8 avril 1938, DH., 1938, jur., 310 ; JCP, 1938, II, 828, obs., R. D. ; Gaz. Pal., 1938, 2, jur., 69 ; RTD civ., 1938, 459, chr., Henri et Léon Mazeaud ; Cass. crim., 9 nov. 1940, DH., 1940, jur., 210 ; etc.）、本文で述べた立場を基礎とするものとも評しうる。ただし、前者の請求を棄却するための理由に関しては、①コンキュビーンが受けていた扶養は法定的な身分や地位に由来する権利ではないため保護に値しないという読み方のほかに、②コンキュビーンが受けていた扶養は安定的または持続的なものではないため本件事案の損害は確実性および現実性を欠くという読み方も可能である。仮に②であるとすれば、その立場は、注（22）で引用した裁判例の延長として位置付けられる（Cf. Savatier, *supra*）。

31) Cass. req., 2 fév. 1931, D., 1931, 1, 38, rapport, Pilon ; DH., 1931, jur., 113 ; S., 1931, 1, 123 ; Gaz. Pal., 1931, 1, jur., 529 ; RTD civ., 1931, 393, chr., René Demogue. 不法行為により死亡した者の事実上の祖母からの損害賠償請求との関連で、破毀院は、精神的損害の「補償訴権は、損害を生じさせる行為の被害者と賠償を請求している承継人とを結び付ける親族または姻族の関係から生じた愛情の利益に基づくものでなければならない」と判示した。

下級審の裁判例として、TC. Seine, 28 oct. 1919, D., 1920, 2, 137, note, Henri Lalou（Cass. req., 10 avril 1922, *supra* note 18 の第1審）；CA. Caen, 20 juin 1923, Gaz. Pal., 1923, 2, jur., 537 ; S., 1924, 2, 127 ; RTD civ., 1924, 103, chr., René Demogue（Cass. crim., 15 déc. 1923, *supra* note 18 の原審）；CA. Paris, 18 mars 1932, D., 1932, 2, 88, note, Pierre Voirin ; S., 1933, 2, 25, René Tortat（ほかの女性と結婚している状態で不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求の否定）；TC. Orange, 3 nov. 1932, S., 1933, 2, 25, René Tortat（不法行為により死亡した者のコンキュビーンおよびその間の子からの損害賠償請求の否定）；CA. Angers, 4 avril 1933, DH., 1933, jur., 356（交通事故により死亡した者のコンキュバンからの損害賠償請求の否定）；CA. Paris, 29 mai 1934, D., 1934, 2, 81, note, Henri Lalou ; JCP,

直接被害者との間で特定の身分や地位の関係を形成している者からの損害賠償請求であれば、その関係が実質的に壊れていたとしても肯定されることになる³³⁾。第3に、第2の傾向とも関連して³⁴⁾、訴権濫用のおそれがあることなどを理由に、一定の近親者による損害賠償請求を政策的に否定する裁判例も存在した³⁵⁾。第4に、20世紀の初頭以降、コンキュビナージュの当事者が不法行為により死亡した場合にその相手方およびこれに由来する生物学上の子が損害賠

(前頁からつづき)

1934, 1113 ; S., 1935, 2, 105, note, R. T. (不法行為により死亡した者のコンキュビースからの損害賠償請求の否定) ; etc.

32) これが当時のコンセイユ・デタの立場であった(ただし、コンセイユ・デタの立場について、法定的な身分や地位に由来する権利侵害を要求するものではないと理解する学説もあった。Ex. René Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée : Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, préf. Marcel Waline, LGDJ., Paris, 1954, n^{os} 450 et s., pp. 459 et s. ; etc.)。Ex. CE., 11 mai 1928, Rec. Cons. d'Et., 1928, 607 ; S., 1928, 3, 97, concl., Andrieux et note, Maurice Hauriou ; JCP, 1928, 1170, obs., H. M. ; D., 1929, 3, 6, concl., Andrieux (国所有の自動車に関わる事故によって死亡した者のコンキュビースからの損害賠償請求の否定) ; CE., 12 déc. 1930, D., 1930, 3, 71, note, H. L. (県の子精神障害者の施設に収容されていたがそこで自殺した者の叔母からの損害賠償請求の否定) ; etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. CE., 7 avril 1944, Rec. Cons., d'Et., 1944, 113 ; RTD civ., 1944, 247, chr., Michel Boitard ; S., 1945, 3, 7 (国所有の自動車に関わる事故によって死亡した者の成年の子からの損害賠償請求の否定) ; CE., 16 juin 1944, RTD civ., 1944, 247, chr., Michel Boitard ; S., 1945, 3, 57, note, Acuille Mestre (道路の安全措置の不存在のために死亡した者の両親からの損害賠償請求の否定) ; CE., 28 juill. 1951, supra note 16 ; CE., 21 oct. 1955, Rec. Cons. d'Et., 1955, 495 ; Gaz. Pal., 1955, 2, jur., 351 ; D., 1956, jur., 139, concl., Guionin et note, Georges Morange ; RTD civ., 1956, 122, chr., Henri et Léon Mazeaud (消火の不幸の際のために死亡した者のコンキュビースからの損害賠償請求の否定、認知された子からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

33) CA. Paris, 20 oct. 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, jur., 787 ; RTD civ., 1933, 80, chr., René Demogue (直接被害者との間で離婚手続中であった妻からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

34) 第2の傾向の背後に第3の傾向があることを指摘するものとして、Henri Mazeaud, *Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel ?*, DH., 1932, chr., pp. 79 et s. ; René Savatier, *Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile*, RTD civ., 1938, n^{os} 19 et s., pp. 206 et s. ; etc.

償を請求する事案が増加したことを受け、コンキュビナージュに対する当時の否定的または敵対的な評価を背景に³⁶⁾、直接被害者と請求主体との間の関係が違法または不適法であることを理由に上記の損害賠償請求を否定する裁判例が増えた³⁷⁾。

これらの諸傾向については、近親者に生じた精神的損害の賠償を通じて身分や地位から生ずる愛情的関係を保護しようとする伝統的理解と対比すれば、2つの読み方が可能である。まず、①近親者に生じた精神的損害の賠償を通じて身分や地位それ自体の保護を図ろうとするアプローチとして位置付ける読み方がある。第1および第2の傾向がこれに属するほか、第4の傾向も、これを法定の家族関係に由来する身分や地位だけを保護する見方として捉えれば、①を背景に持つものと理解することができる。次に、②近親者に生じた精神的損害

35) TC. Seine, 14 mai 1909, RTD civ., 1910, 168, chr., René Demogue（不法行為により死亡した者の兄弟からの損害賠償請求の否定）；CA. Caen, 4 juill. 1935, supra note 20（育ての母からの損害賠償請求は肯定されたが、精神的損害の賠償を直接被害者との間に存在した愛情または友情の関係を主張する者すべてに対して区別なく認めることは明らかに濫用的であると付言されている）；etc. また、Cf. TC. Seine, 31 oct. 1923, D., 1924, 2, 33, note, Henri Lalou（不法行為により死亡した者の成年の子からの損害賠償請求との関連で、直接被害者がアルコール依存症で子と同居していなかったことなどを捉え、認容賠償額が低く算定された）。

36) 当時のコンキュビナージュに対する評価について、Cf. Paul Esmain, Le problème de l'union libre, RTD civ., 1935, pp.747 et s. ; René Savatier, L'union libre et la jurisprudence française, Rev. crit., 1936, pp.413 et s. ; Marsel Nast, Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal, DH., 1938, chr., pp.37 et s. ; etc.

37) CA. Amiens, 28 juill. 1924, D., 1924, 2, 145, note, René Savatier ; RTD civ., 1925, 98, chr., René Demogue（不法行為により死亡した者のコンキュビースからの損害賠償請求の否定）；CA. Rennes, 26 mai 1926, DH., 1926, jur., 412 ; S., 1926, 2, 120 ; Gaz. Pal., 1926, 2, jur., 333 ; RTD civ., 1926, 1040, chr., René Demogue（不法行為により死亡した者のコンキュビースおよびその間の子からの損害賠償請求の否定）；T. de com. Lyon, 28 juin 1929, DH., 1929, jur., 599（CA. Lyon, 31 mars 1930, supra note 22の原審）；CA. Paris, 18 mars 1932, supra note 31 ; TC. Orange, 3 nov. 1932, supra note 31 ; TC. Gannat, 25 mai 1937, supra note 21 ; etc. なお、傍論ではあるが重婚的なコンキュビナージュについて同様の評価をするものとして、Cf. CA. Lyon, 12 mars 1936, supra note 22.

の賠償を通じて一定の身分や地位を背景とした正当な愛情的関係だけを保護しようとするアプローチとして位置付ける読み方もある。第4の傾向は、この理解に親和的である。①は、身分や地位それ自体の保護に着目する点で、伝統的理解とは異質である。これに対して、②は、必ずしも伝統的理解と対立するものではない。②は、身分や地位から生ずる愛情的関係の保護対象を正当性によって絞り込もうとするものに過ぎず、その延長線上に位置付けられる。

その後、判例は、上記の第4の傾向を一般化させ、「不法行為または準不法行為の補償の原告は、何らかの損害ではなく、法的に保護される正当な利益の確実な侵害を正当化しなければならない」との立場を基礎に据えるようになる³⁸⁾。もっとも、本稿の問題関心を前提とすれば、この一般論については、複数の理解の仕方が成り立つ³⁹⁾。間接被害者が損害賠償を請求するためには、①正当＝法定的な身分や地位に由来する権利の侵害が存在しなければならないという読み方（前記①のアプローチに連なる理解）と⁴⁰⁾、②直接被害者と請求主体との間に一定の関係が存在するだけでなく、侵害された愛情が正当＝適法なものでなければならないという読み方（前記②のアプローチに連なる理解）⁴¹⁾である。これらを保護対象の視点から捉え直せば、①は、直接被害者と

38) Cass. civ., 27 juill. 1937, DH., 1937, jur., 437 ; Gaz. Pal., 1937, 2, jur., 376 ; JCP, 1937, II, 466, obs., René Dallant ; RTD civ., 1937, 817, chr., Gaston Lagarde ; RTD civ., 1937, 826, chr., René Demogue ; D., 1938, 1, 5, note, René Savatier ; S., 1938, 1, 321, note, Gabriel Marty. 破毀院は、本文で引用した一般論に従って、交通事故により死亡した者のコンキュビースからの損害賠償請求を否定した。なお、原審では、コンキュビースからの損害賠償請求のみならず、直接被害者とコンキュビースの間に生まれ両者によって認知された子からの損害賠償請求も肯定されたが、この部分は上告の対象とならなかった。

39) Henri Mazeaud, La lésion d'un «intérêt légitime juridiquement protégé», condition de la responsabilité civile, D., 1954, chr., pp.39 et s. は、判例により、法定関係の必要性および法と道徳規範への適合性という2つの規範が確立されたと見る。以下の2つの読み方は、これらを本稿の問題関心に即して再解釈したものである。ただし、マゾーは2つの規範が同時に確立されたと分析するが、今日的な視点からはいずれかの規範が提示されたと理解すべきである。

40) このような読み方を示すものとして、Marty, supra note 38, p.322 ; Flour, infra note 43, pp.293 et s. ; etc.

の間に存在していた法定的な身分や地位それ自体を保護しようとする理解として、②は、法定的な身分や地位それ自体ではなく、直接被害者との間で形成していた一定の関係から生ずる正当な愛情を保護しようとする理解として、それぞれ定式化することができる。

1960年代までの裁判例には、上記2つのアプローチがいずれも看取される。より正確に言えば、裁判例ごとに、近親者からの損害賠償請求を肯定または否定するための理由として、①と②が明確に区別されることなく用いられている⁴²⁾。確かに、当時の関心事であったコンキュビナージュの一方当事者が死亡

41) この読み方は、法秩序の一貫性を確保するための要請（Cf. Vincent Égéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. Anne Leborgne, Collection de Thèses, t.43, Defrénois, Paris, 2010, n°363 et s., pp.236 et s.）が権利保護の次元ではなく愛情保護の次元でのみ発現したと捉えるものである。

42) 直接被害者の配偶者、子、両親、兄弟姉妹などからの損害賠償請求を判断するためのプロセスは、それ以前の裁判例のそれと大きな違いはない。Cf. Cass. req., 9 juin 1941, DA., 1941, 277（不法行為により死亡した者の妹からの損害賠償請求の肯定）；Cass. crim., 2 mai 1952, JCP., 1953, II, 7354, obs., A. G. ; RTD civ., 1953, 323, chr., Henri et Léon Mazeaud（不法行為により死亡した者の両親、祖母、兄弟姉妹からの損害賠償請求の肯定）；Cass. crim., 7 juin 1952, JCP., 1952, II, 7074, rapport, Brouchet ; Gaz. Pal., 1952, 2, jur., 64 ; RTD civ., 1952, 508, chr., Henri et Léon Mazeaud ; S., 1953, 1, 51 ; D., 1954, jur., 494（妊娠中絶手術の失敗により死亡した者の夫および子からの損害賠償請求の肯定。原審（CA. Paris, 30 juin 1951, Gaz. Pal., 1951, 2, jur., 90 ; RTD civ., 1951, 518, chr., Henri et Léon Mazeaud）は、直接被害者が本件犯罪に加担していたことを理由に請求を棄却していた）；Cass. crim., 15 mai 1957, D., 1957, jur., 530 ; Gaz. Pal., 1957, 2, jur., 155 ; RTD civ., 1957, 683, chr., Henri et Léon Mazeaud（不法行為により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 28 nov. 1962, D., 1963, jur., 77 ; Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 108 ; RTD civ., 1963, 335, chr., André Tunc（不法行為により死亡した者の妻からの損害賠償請求の肯定）；etc.

下級審の裁判例として、CA. Douai, 4 nov. 1938, S., 1939, 2, 86（不法行為により死亡した者の姉妹、甥、義理の妹からの損害賠償請求の肯定）；TC. Lannion, 28 fév. 1939, DH., 1939, jur., 207 ; RTD civ., 1939, 752, chr., Henri et Léon Mazeaud ; D., 1940, 2, 9, note, René Savatier（交通事故により死亡した者の母および姉妹からの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 20 juin 1939, D., 1940, 2, 31（暴動に巻き込まれ死亡した者の両親および兄弟姉妹からの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 26 oct. 1945, Gaz. Pal., 1945, 2, jur., 196 ; D., 1946, jur., 121 ; RTD civ., 1946, 34, chr., Henri et Léon Mazeaud（不法行為により死亡した者の両親からの損害賠償

した場合における他方当事者からの損害賠償請求に関して言えば、どちらを前提にしても当該請求は否定される。①からは、両者の間には法定的な身分や地

(前頁からつづき)

償請求の肯定) ; TC. Châteauroux, 24 janv. 1950, S., 1952, 2, 61, note, Jean Brunet (交通事故により死亡した者の父からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Limoges, 27 fév. 1950, S., 1951, 2, 81, note, Henry Delpech (不法行為により死亡した者の母からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Amiens, 4 déc. 1952, JCP, 1953, II, 7586, obs., Albert Colombini (妊娠中絶手術の失敗により死亡した者の夫および子からの損害賠償請求の肯定) ; T. de corr. Milliau, 13 janv. 1956, Gaz. Pal., 1956, 2, jur., 25 ; RTD civ., 1956, 720, chr., Henri et Léon Mazeaud (ボートの転覆事故により溺死した者の両親からの損害賠償請求の肯定、兄弟姉妹および祖父母からの損害賠償請求の否定) ; TC. Vitry, 11 déc. 1956, RTD civ., 1957, 109, chr., Henri et Léon Mazeaud (不法行為により死亡した者の兄弟および姉妹からの損害賠償請求の否定) ; CA. Paris, 11 avril 1957, Gaz. Pal., 1957, 2, jur., 133 ; RTD civ., 1957, 682 et 687, chr., Henri et Léon Mazeaud (交通事故により死亡した者の成年の子からの損害賠償請求の肯定。ただし、財産的損害の賠償については、扶養への権利が存在しないことを理由に否定) ; TGI. Avesnes, 5 avril 1960, D., 1960, som., 78 (狩猟中の事故により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Paris, 5 juill. 1960, Gaz. Pal., 1960, 2, jur., 175 ; RTD civ., 1960, 643, chr., André Tunc (交通事故により死亡した者の子および孫からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Nîmes, 20 avril 1961, Gaz. Pal., 1961, 2, jur., 102 ; RTD civ., 1961, 676, chr., André Tunc (不法行為により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定) ; TGI. Avranches, 13 nov. 1961, Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 46 ; RTD civ., 1962, 317, chr., André Tunc (交通事故により死亡した者の両親からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Paris, 14 janv. 1966, Gaz. Pal., 1966, 1, jur., 234 (Cass. crim., 14 mars 1967, infra note 59 の原審。交通事故により死亡した者の妻、子、母からの損害賠償請求の肯定) ; T. de corr. Versailles, 6 déc. 1968, Gaz. Pal., 1969, 1, som., 18 (交通事故により死亡した者の両親および姉からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. req., 20 nov. 1939, DH., 1940, jur., 77 (交通事故に起因する家屋の倒壊により死亡した者の父からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 7 juill. 1966, Gaz. Pal., 1966, 2, jur., 188 ; JCP, 1967, II, 14943, obs., P. L. ; RTD civ., 1967, 153, chr., Georges Durry (交通事故により死亡した者の妻からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 1966, Bull. civ., II, n°979 ; D., 1967, jur., 669, note, Max Le Roy (交通事故により死亡した者の妻および子からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 21 nov. 1968, Bull. crim., n°309 ; Gaz. Pal., 1969, 1, jur., 100, note, H. M. ; RTD civ., 1969, 778, chr., Georges Durry (交通事故により死亡した者の父からの損害賠償請求の否定) ; Cass. crim., 24 fév. 1970, Bull. crim., n°73 ; D., 1970, jur., 307 (交通事故により死亡した者の妻からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

位が存在しないという理由が、②からは、婚姻秩序に照らせば両者の間で形成されていた愛情関係は正当でないという理由が、妥当するからである。従って、上記の問題について否定の結論を導くだけであれば、①と②を区別する意味は小さい^{43, 44)}。

しかし、それ以外の場面では、①と②で異なる結論が導かれる可能性がある。実際、裁判例でも、同一のカテゴリに属する請求主体からの損害賠償の訴えについて結論を異にする場合があった。まず、フィアンセが死亡した場合におけ

43) 当時の判例が①と②のどちらに力点を置いていたのかは明らかでない。Cf. Cass. civ., 28 nov. 1938, DH., 1939, jur., 97 ; S., 1939, 1, 71 ; Gaz. Pal., 1939, 1, jur., 39 ; RTD civ., 1939, 463, chr., Henri et Léon Mazeaud ; Cass. civ., 22 fév. 1944, DA., 1944, 57 ; Gaz. Pal., 1944, 1, jur., 239 ; RTD civ., 1944, 175, chr., Henri et Léon Mazeaud ; D., 1945, jur., 293, note, Jacques Flour ; Cass. 2^{ème} civ., 10 janv. 1963, Bull. civ., II, n°38 ; D., 1963, jur., 404 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1964, Bull. civ., II, n°201 ; Gaz. Pal., 1964, 1, jur., 392 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1965, Bull. civ., II, n°289 ; Gaz. Pal., 1965, 1, jur., 430 ; RTD civ., 1966, 85, chr., René Rodière ; Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1965, Bull. civ., II, n°290 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 1965, Bull. civ., II, n°570 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 1967, Bull. civ., II, n°134 ; D., 1967, jur., 496 ; Gaz. Pal., 1967, 2, jur., 177 ; RTD civ., 1967, 818, chr., Georges Durry ; JCP, 1968, II, 15510, obs., Jacques Dupichot (Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1964, supra の移送後の再上告審) ; Cass. 2^{ème} civ., 18 juill. 1967, Bull. civ., II, n°265 ; etc.

下級審の裁判例には、どちらに力点を置いていたのか明らかでないもの (CA. Douai, 4 nov. 1938, supra note 42 ; CA. Limoges, 27 fév. 1950, supra note 42 ; CA. Besançon, 29 janv. 1960, D., 1960, som., 61 ; Gaz. Pal., 1960, 1, jur., 226 ; TGI. Avesnes, 22 mai 1962, D., 1963, jur., 9, note, R. Meurisse ; RTD civ., 1963, 358, chr., André Tunc ; CA. Paris, 22 mai 1963, Gaz. Pal., 1963, 2, jur., 279 ; D., 1964, som., 34 ; RTD civ., 1964, 106, chr., André Tunc (Cass. crim., 18 fév. 1964, infra note 58 の原審) ; etc.)、①と②の両者を根拠として挙げるもの (T. de corr. Avignon, 15 nov. 1938, DH., 1939, jur., 46 ; RTD civ., 1939, 140, chr., Gaston Lagarde ; TC. Villefranche-sur-Saône, 25 fév. 1948, D., 1948, jur., 199 ; RTD civ., 1948, 335, chr., Henri et Léon Mazeaud ; CA. Nancy, 20 oct. 1949, Gaz. Pal., 1950, 1, jur., 6 ; etc.)、①を強調するもの (TC. Seine, 10 janv. 1947, D., 1947, jur., 207 ; RTD civ., 1947, 195, chr., Henri et Léon Mazeaud ; CA. Nîme, 6 avril 1959, Gaz. Pal., 1959, 2, jur., 72 ; RTD civ., 1959, 729, chr., Henri et Léon Mazeaud ; CA. Paris, 6 nov. 1968, Gaz. Pal., 1968, 2, jur., 390 ; RTD civ., 1969, 568, chr., Georges Durry ; etc.) がある。また、Cf. TC. Rouen, 8 nov. 1954, Gaz. Pal., 1955, 1, jur., 199 ; RTD civ., 1955, 501, chr., Henri et Léon Mazeaud.

るその相手方からの損害賠償請求に関しては、①では法定的な身分や地位の不存在を理由に否定されるが⁴⁵⁾、②によればこれを肯定する余地が出てくる⁴⁶⁾。婚約を婚姻へのプロローグとして位置付けるならば、両者間の愛情も正当なも

44) ただし、特別の事情があれば、コンキュビナージュの当事者の一方からの損害賠償請求は肯定されていた。例えば、交通事故により死亡したAとそのコンキュビースXが過去に婚姻関係にあり、離婚の際にAの状況を考慮しAに対して扶養定期金の支払が命ぜられなかったところ、Aの死亡によりXがこの扶養定期金の支払を受けることができなくなったという事情があれば、コンキュビナージュの関係が奪われたこととは別のレベルで損害の賠償が認められる (Cass. crim., 1^{er} avril 1968, Bull. crim., n°114 ; Gaz. Pal., 1968, 2, jur., 95 ; RTD civ., 1968, 716, chr., Georges Durry)。また、交通事故により死亡したAとそのコンキュビースXがA所有の事業を共同で営んでおり、Xの貢献によりAの営業資産が増加したにもかかわらず、Aの死亡によりXがその一切の権利を喪失したという事情があれば、コンキュビナージュの関係が奪われたこととは別のレベルで損害の賠償が認められる (Cass. crim., 22 nov. 1956, Gaz. Pal., 1957, 1, jur., 175 ; RTD civ., 1957, 333, chr., Henri et Léon Mazeaud)。

45) Cass. civ., 19 oct. 1943, DC., 1944, 14, note, Henri Lalou ; Gaz. Pal., 1944, 1, jur., 5 ; RTD civ., 1944, 31, chr., Henri et Léon Mazeaud ; S., 1945, 1, 1, note, J.-M. Chartrou ; JCP, 1945, II, 2893, obs., René Rodière (フィアンセはその相手方の意思に基づく解消という事実に対して法的に保護されない以上、婚姻を不可能にした事故の加害者との関係でも法的に保護されないとして、鉄道事故により死亡した者のフィアンセによる損害賠償請求が否定された)。同旨の判決として、Cass. civ., 22 fév. 1944, supra note 43 ; Cass. crim., 16 mars 1950, S., 1950, 1, 182 ; Gaz. Pal., 1950, 2, som., 29 ; D., 1951, som., 7 ; RTD civ., 1951, 73, chr., Henri et Léon Mazeaud ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Paris, 24 mai 1938, DH., 1938, jur., 392 ; RTD civ., 1939, 148, chr., Henri et Léon Mazeaud (Cass. civ., 19 oct. 1943, supra の原審) ; CA. Limoges, 27 fév. 1950, supra note 42 ; etc.

46) CA. Colmar, 4 mars 1949, D., 1949, jur., 273 ; Gaz. Pal., 1949, 1, jur., 236 ; RTD civ., 1949, 414, chr., Henri et Léon Mazeaud (Cass. crim., 16 mars 1950, supra note 45 の原審) ; TC. Châteauroux, 24 janv. 1950, supra note 42 ; C. d'assis. Seine, 5 janv. 1951, D., 1951, som., 40 ; Gaz. Pal., 1951, 1, jur., 130 ; RTD civ., 1951, 245, chr., Henri et Léon Mazeaud (ただし、請求主体が事故後に別の男性と結婚していたことを理由に、損害賠償の付与を正当化するような精神的損害は存在しないとされた) ; CA. Rouen, 9 juill. 1952, D., 1953, jur., 13 ; RTD civ., 1953, 323, chr., Henri et Léon Mazeaud ; CA. Nîme, 20 avril 1961, supra note 42 ; etc.

理由は不明であるが、Cf. Cass. crim., 16 déc. 1954, D., 1955, som., 56 ; JCP, 1955, II, 8505 ; RTD civ., 1956, 334, chr., Henri et Léon Mazeaud ; Cass. crim., 5 janv. 1956, D., 1956, jur., 216 ;

のと評価されるからである^{47,48)}。次に、事実上の親が死亡した場合における未認知の子からの損害賠償請求についても、①では否定せざるを得ないが^{49,50)}、②を前提としつつ、子は両親の不道徳または不適法な関係に責任を負うものではないとの評価を介在させれば⁵¹⁾、これを認めることができる^{52,53,54)}。また、直接被害者と請求主体との間に法的な関係はあるものの、実際上の関係が壊れていた場合には、①によると、法的な身分や地位の関係が存在する以上、

（前頁からつづき）

JCP, 1956, II, 9146 ; Gaz. Pal., 1956, 1, jur., 230 ; RTD civ., 1956, 334, chr., Henri et Léon Mazeaud ; etc.

47) ②の観点を強調する立場から、フィアンセによる損害賠償請求を肯定すべきことを説いていたものとして、Cf. Mazeaud, *supra* note 39, p.43 ; H. et L. Mazeaud, *supra* note 45, Chr. sous CA. Paris, 24 mai 1938, pp.148 et s. ; Id., *supra* note 45, Chr. sous Cass. civ., 19 oct. 1943, pp.31 et s. ; Id., *supra* note 43, Chr. sous Cass. civ., 22 fév. 1944, pp. 175 et s. ; Id., *supra* note 45, Chr. sous Cass. crim. 16 mars 1950, p.73 ; Rodière, *supra* note 45, p.2 ; etc.

48) 直接被害者との間に法的な身分や地位の関係を持たない者からの損害賠償請求を肯定する裁判例も、同様の立場を前提とする。Cf. CA. Paris, 21 mai 1962, Gaz. Pal., 1962, 2, jur., 341 ; RTD civ., 1963, 338, chr., André Tunc（交通事故により死亡した者の血縁関係のない姉妹の子からの損害賠償請求）；etc.

49) Cass. civ., 22 fév. 1944, *supra* note 43 ; Cass. civ., 21 oct. 1952, D., 1952, jur., 793 ; Gaz. Pal., 1952, 2, jur., 375 ; JCP, 1953, II, 7592, obs., René Rodière ; RTD civ., 1953, 96, chr., Henri et Léon Mazeaud（ただし、移送審（CA. Rabat, 12 mai 1954, RTD civ., 1955, 101, chr., Henri et Léon Mazeaud）は肯定する）；etc.

下級審の裁判例として、T. de corr. Avignon, 15 nov. 1938, *supra* note 43 ; CA. Riom., 7 déc. 1938, RTD civ., 1939, 463, chr., Henri et Léon Mazeaud ; TC. Villefranche-sur-Saône, 25 fév. 1948, *supra* note 43 ; etc.

50) 財産的損害の賠償については一定の留保が必要である。判例は、ある者が未認知の子に対して扶養を提供したりその意思を表明したりする行為の中に、自然債務から民事債務への変更の契機を読み取り、これによって、未認知の子がその者に対して扶養の履行を求めることを認めてきた（Cass. civ., 15 janv. 1873, D., 1873, 1, 180, concl., Blanche ; S., 1873, 1, 29 ; Cass. req., 3 avril 1882, D., 1882, 1, 250 ; S., 1882, 1, 404 ; Cass. req., 30 juill. 1900, D., 1901, 1, 502 ; S., 1901, 1, 259 ; Cass. req., 20 avril 1912, S., 1913, 1, 214 ; etc.）。従って、民事債務に変更した後の扶養を法的に保護される正当な利益として捉え、未認知の子がその侵害を理由に損害賠償を請求していく可能性は残されている。Cf. CA. Rabat, 12 nov. 1954, D., 1954, jur., 777 ; CA. Besançon, 29 janv. 1960, *supra* note 43 ; etc.

当該近親者による損害賠償請求は認められるが⁵⁵⁾、②によれば、愛情の正当性の評価によっては、この請求が否定される可能性もある^{56,57)}。

51) 本文で述べた観点を強調するものとして、Cf. Demogue, *supra* note 37, Chr. sous CA. Rennes, 26 mai 1926, p.1040 ; Id., *supra* note 18, Chr. sous. T. de corr. Seine, 14 déc. 1926, p.646 ; Id., *supra* note 22, Chr. sous Cass crim., 10 janv. 1929, p.425 ; Mazeaud, *supra* note 34, p.81 ; Id., *supra* note 39, p.43 ; H. et L. Mazeaud, *supra* note 49, Chr. sous CA. Riom., 7 déc. 1938, p.465 ; Id., *supra* note 43, Chr. sous Cass. civ., 22 fév. 1944, pp. 175 et s. ; Id., *supra* note 47, Chr. sous Cass. civ., 21 oct. 1952, pp.96 et s. ; Id., *infra* note 52, Chr. sous Cass. crim., 6 juill. 1955, p.651 ; etc.

52) その理由は不明確であるが、Cass. crim., 6 juill. 1955, JCP, 1955, II, 8917 ; Gaz. Pal., 1955, 2, jur., 159 ; RTD civ., 1955, 651, chr., Henri et Léon Mazeaud ; Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1964, *supra* note 43 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1965, *supra* note 43 ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Douai, 10 déc. 1953, JCP, 1954, II, 7961, obs., Henri Mazeaud ; etc.

53) 事実上の子が死亡した場合における育ての親からの損害賠償請求も肯定される。Cf. Cass. crim., 30 janv. 1958, Gaz. Pal., 1958, 1, jur., 367 ; RTD civ., 1958, 396, chr., Henri et Léon Mazeaud. ; Cass. 2^{ème} civ., 20 janv. 1967, Bull. civ., II, n°30 ; RTD civ., 1967, 815, chr., Georges Durry ; JCP, 1968, II, 15510, obs., Jacques Dupichot ; etc.

54) 事実上の子が死亡した場合における認知していない親からの損害賠償請求についても、横の関係と縦の関係を区別して考えれば、本文の立場と同じように理解することができる。Cf. CA. Bordeaux, 28 janv. 1954, D., 1954, jur., 359 ; RTD civ., 1954, 481, chr., Henri et Léon Mazeaud.

55) Cass. civ., 23 déc. 1947, D., 1948, jur., 112 ; JCP, 1948, II, 4304, obs., René Savatier ; Gaz. Pal., 1948, 1, jur., 108 ; RTD civ., 1948, 213, chr., Henri et Léon Mazeaud (直接被害者との間で離婚手続中であった妻からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. soc., 21 nov. 1940, DA., 1941, 13 ; Gaz. Pal., 1941, 1, jur., 28 ; RTD civ., 1940-1941, 253, chr., Charlotte Béquignon-Lagarde ; RTD civ., 1940-1941, 268, chr., Henri et Léon Mazeaud (労働中の交通事故により死亡した者の別居状態にある妻からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 8 mars 1962, Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 416 ; RTD civ., 1962, 502, chr., André Tunc (事実上の別居状態にある妻からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

56) CA. Besançon, 14 mai 1959, D., 1959, jur., 515, note, Paul Esmain ; RTD civ., 1960, 103, chr., Henri et Léon Mazeaud (交通事故により死亡した者の妻からの損害賠償請求について、直接被害者と妻が事実上の別居状態にあったことを理由に損害賠償が大幅に減額された) ; etc.

更に言えば、コンキュビナージュの一方当事者が死亡した場合における他方当事者からの損害賠償請求に関しても、厳密に考えれば、①と②で異なる結論が導かれうる。というのは、②を前提にする場合には、婚姻およびコンキュビナージュに対する意識の変化を背景に、当該コンキュビナージュの関係が、安定的で、愛情と共通の利益により結び付けられ、正当な結合と同旨されるとの評価を経れば、この関係に由来する愛情も正当なものと捉えられる結果、上記の損害賠償請求を肯定することが可能となるからである。実際、1950年代後半以降の一部の裁判例の中には、こうした理解を見て取ることができる^{58, 59)}。

57) Cass. crim., 6 mars 1958, Gaz. Pal., 1958, 2, jur., 72 ; RTD civ., 1958, 600, chr., Henri et Léon Mazeaud は、不法行為により死亡した者の誤想婚の妻からの損害賠償請求を肯定した。この解決は、①によれば、誤想婚はそれが解消されるまでの間は善意の配偶者に対してそのすべての効果を生じさせるという理解に基づき、②によれば、不道德または不適法でない関係に基づく正当な愛情は保護されなければならないという理解に基づき、正当化される。

58) CA. Paris, 21 janv. 1957, JCP, 1957, II, 9950, obs., Roger de Lestang ; Gaz. Pal., 1957, 1, jur., 165 ; RTD civ., 1957, 333, chr., Henri et Léon Mazeaud（交通事故により死亡した者のコンキュビヌスからの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 10 mai 1958, Gaz. Pal., 1958, 2, jur., 32（交通事故により死亡した者のコンキュビヌスおよびその間の子からの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 25 fév. 1960, D., 1960, som., 74（不法行為により死亡した者のコンキュビヌスからの損害賠償請求の肯定）；CA. Riom, 5 juill. 1965, Gaz. Pal., 1965, 2, jur., 379 ; RTD civ., 1967, 157, chr., Georges Durry（Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1964, supra note 43の移送審, Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 1967, supra note 43の原審）；TGI. Caen, 17 juin 1968, D., 1968, som., 87 ; Gaz. Pal., 1968, 2, som., 19 ; RTD civ., 1969, 568, chr., Georges Durry（不法行為により死亡した者のコンキュビヌスからの損害賠償請求の肯定）；etc.

その理由は不明確であるが、Cass. crim., 26 juin 1958, Gaz. Pal., 1958, 2, 160 ; RTD civ., 1958, 601, chr., Henri et Léon Mazeaud（交通事故により死亡した者のコンキュビヌスからの損害賠償請求を認容した原審が、「コンキュビナージュであることは、損害賠償請求の妨げにならないとしても、そのためには、損害の存在と性格が明らかにされなければならない」として破棄された）；Cass. crim., 20 janv. 1959, Gaz. Pal., 1959, 1, jur., 210 ; RTD civ., 1959, 534, chr., Henri et Léon Mazeaud（交通事故により死亡した者のコンキュビヌスからの損害賠償請求を認容した原審の維持）；Cass. crim., 24 fév. 1959, JCP, 1959, II, 11095, obs., J. Pierron ; Gaz. Pal., 1959, 1, jur., 277 ; RTD civ., 1959, 534, chr., Henri et Léon Mazeaud（交通事故により死亡した者のコンキュバンからの損害賠償請求を認容した原審の維持）；

このような状況の下、判例は、民法典1240条は「他人に損害を生じさせる行為をした者は、すべて、それを賠償する義務を負うと規定しており、死亡の場合に、故人と補償の原告との間に権利関係が存在することを要求していない」と判示し、再びかつての立場へと回帰した⁶⁰⁾。この判例は、間接被害者による損害賠償請求を認めるためには、その者に、法的に保護される正当な利益の侵害ではなく、単なる利益の侵害があれば足りるとする立場として位置付けられている⁶¹⁾。こうした位置付けを本稿の問題関心に即して捉え直せば、この立場は、正当＝法定的な身分や地位に由来する権利それ自体を保護しようとする

(前頁からつづき)

Cass. crim., 20 nov. 1962, JCP., 1962, II, 12971 ; Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 141 ; RTD civ., 1963, 337, chr., André Tunc (不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求を認容した原審の維持) ; Cass. crim., 18 fév. 1964, Bull. crim., n°55 ; Gaz. Pal., 1964, 2, jur., 394 (不法行為により死亡した者のコンキュバンからの損害賠償請求を棄却した原審の破棄) ; Cass. crim., 21 oct. 1969, Bull. crim., n°257 (不法行為により死亡した者のコンキュビーンからの損害賠償請求を棄却した原審の破棄) ; etc.

59) 直接被害者が重婚のコンキュビナーージュの関係にあった場合において、コンキュビーン側からの損害賠償請求につき、その立場が法律上の妻と競合するときには、当該コンキュビナーージュの関係は安定的かつ継続的なものではなく、犯罪の性格を持つため、この損害賠償訴権は受け入れられないと説く裁判例がある。Ex. Cass. crim., 20 janv. 1966, Bull. crim., n°16 ; D., 1966, jur., 184, concl., R. Combaldieu ; JCP., 1966, II, 14870, obs., Georges Wiederkehr ; RTD civ., 1966, 536, chr., René Rodière ; Cass. crim., 14 mars 1967, Bull. crim., n°100 ; D., 1967, som., 50 ; Cass. crim., 27 mai 1968, Bull. crim., n°171 ; Cass. crim., 5 fév. 1969, Bull. crim., n°62 ; etc. 下級審の裁判例として、T. de corr. Versailles, 12 fév. 1964, Gaz. Pal., 1964, 2, jur., 394 ; CA. Paris, 14 janv. 1966, supra note 42 ; CA. Chambéry, 20 mai 1968, D., 1968, jur., 646 (Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 1967, supra note 43の移送審) ; etc. これらの裁判例も、直接被害者との間に法律婚と競合しない通常のコンキュビナーージュが形成されている場合であれば、生存当事者からの損害賠償請求が認められることを前提としている。

60) Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, Bull. ch. mixte, n°1 ; D., 1970, jur., 201, note, R. Combaldieu ; JCP., 1970, II, 16305 ; Gaz. Pal., 1970, 1, jur., 163 ; RTD civ., 1970, 353, chr., Georges Durry. また、Noonan M. K. Goma, La réparation du dommage et l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé (à propos de l'arrêt de la chambre mixte du 27 févr. 1970, D. 1970, 291) ; D., 1970, chr., pp.145 et s. ; etc. 破毀院は、本文で引用した一般論に従って、交通事故により死亡した者のコンキュバンからの損害賠償請求を肯定した。

①の理解を放棄し、直接被害者との間で形成していた一定の関係から生ずる愛情を保護しようとする②の理解を基礎に据えるものと評しうる⁶²⁾。また、前記の引用部分を読む限りでは、保護対象を特定の関係から完全に切り離し、ある者が直接被害者に対して抱いていた愛情や感情の侵害だけを問題にする方向性（③のアプローチ）に裁判例が舵を切ることも想定されえたが^{63, 64)}、その後の

61) Cf. Marc Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. Alfred Rieg, Bibliothèque de droit privé, t.129, LGDJ, Paris, 1973, n^{os}299 et s., pp.241 et s.; Pradel, *supra* note 10, n^{os}44 et s., pp.45 et s.; Égée, *supra* note 41, n^{os}363 et s., pp.236 et s.; etc.

62) それ以前の裁判例の立場をどのように理解するかによって、1970年2月27日判決による判例変更の意味も異なる。一方で、それ以前の裁判例の立場について、①の理解を前提に愛情損害の賠償を通じて請求主体が直接被害者との関係で有していた身分や地位それ自体の保護を図る法理を形成したものとして読むならば、同判決によりこれとは全く異なる保護対象＝関係から生ずる愛情が想定されたことになる。これによれば、同判決で実現されたのは大きな意味での判例変更となる。他方で、それ以前の裁判例の立場について、②の理解を前提に愛情損害の賠償を通じて請求主体が直接被害者との関係で形成していた正当な愛情の保護を図る法理を形成したものとして読むならば、同判決によってもその保護対象は変更されておらず、コンキュビナーージュの当事者の一方が死亡した事例について単に愛情の正当性の評価が放棄されただけということになる。これによれば、この判決で行われたのは小さな意味での判例変更となる。

63) ③の方向性が看取される場面もある（請求主体と直接被害者との関係が断絶しない場面もその1つとして位置付けられるが、これは(2)で扱われる）。裁判例の中には、物が侵害された場合にもその所有者に愛情的次元の損害の発生を認めるものがある。Ex. Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 1962, Bull. civ., I, n^o33; D., 1962, jur., 199, note, René Rodière; S., 1962, 281, note, Claude-Isabelle Foulon-Piganiol; JCP, 1962, II, 12557, obs., Paul Esmain; Gaz. Pal., 1962, 1, jur., 349; RTD civ., 1962, 316, chr., André Tunc（競走馬が感電死したことを理由にその所有者が損害賠償を請求した事案で、「動物の死は、それがもたらす財産的損害とは別に、その所有者にとって、賠償の原因となるような主観的および愛情的次元の損害の原因となりうる」とされた）; Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1982, Bull. civ., I, n^o53; D., 1983, IR., 500, obs., Jean Penneau; JCP, 1983, II, 19923, obs., François Chabas（獣医によるペットの診察拒否を理由とするその所有者からの精神的損害の賠償請求の肯定）; etc. 下級審の裁判例として、TGI. Caen, 30 oct. 1962, JCP, 1962, II, 12954; D., 1963, jur., 92; S., 1963, 152; Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 118; RTD civ., 1963, 93, chr., André Tunc（交通事故によるペットの死亡を理由とするその所有者からの愛情損害の賠償請求の肯定）; CA. Rouen, 16 sept. 1992, D., 1993, jur., 353, note, Jean-Pierre Harguénau（交通事故によるペットの死亡を理由とするその所有者から

裁判例を見ると、少なくとも直接被害者の生命が侵害されたときにその者と何らかの関わりを有していた者が損害賠償を請求する場面では、こうした理解は採用されていない⁶⁵⁾。これらのことは、請求主体と損害賠償の方法または額の両面に現れている。

まず、愛情損害の賠償を請求することができる者については、直接被害者と

(前頁からつづき)

の精神的損害の賠償請求の肯定) ; etc. 否定例として、T. de corr. Mans, 14 oct. 1966, Gaz. Pal., 1967, 1, jur., 29 (交通事故により損傷した自動車の所有者からの精神的損害の賠償請求の否定) ; etc. この損害を愛情損害と呼ぶかどうかは別としても、ここでは、愛情損害に相当する内容の損害の賠償が問題となっている。そして、直接的な侵害の対象となっているのが物である以上、ここでの愛情損害の中身は、一定の身分や地位の關係に由来する愛情の侵害ではなく、こうした要素からは完全に切り離された個人の感情の侵害として理解せざるを得ない。

64) 個人主義的な把握を突き詰めていけば、愛情損害の賠償を否定し、個人の生活に生じた障害だけを賠償する方向性が描かれる。Cf. Yvonne Lambert-Faivre, *Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels*, D. 1992, chr., p.168 ; Id., *Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida : Cour d'appel de Paris, 27 novembre 1992 (20 arrêts)*, D., 1993, chr., p.71 ; etc.

65) コンセイユ・デタは、かつては、間接被害者からの損害賠償請求を認める前提として直接被害者と請求主体との間に法定的な権利關係が存在することを要求していたが(注(32))、今日では、その存在を問わずに間接被害者からの損害賠償請求を認めている。Ex. CE., 3 mars 1978, Rec. Cons. d'Et., 1978, 116 ; JCP., 1978, II, 18986, concl., Dondoux (消防活動に従事中に死亡した者のコンキュビースからの損害賠償請求。ただし、Communに重大なフォートがないとの理由で請求棄却) ; CE., 3 mai 1978, D., 1979, IR., 49, obs., Franck Moderne (コンキュビースからの損害賠償請求。ただし、公法人に重大なフォートがないとの理由で請求棄却) ; etc. なお、CE., 25 janv. 1952, D., 1952, jur., 549, note, Georges Morange ; RTD civ., 1952, 498, chr., Henri et Léon Mazeaud ; S., 1953, 3, 55 は、軍所有の自動車に関わる事故により死亡した者の兄弟姉妹からの損害賠償請求との関連で、損害賠償を請求するためには直接被害者と請求主体との間に扶養の権利關係が存在していたことが必要であるとしつつ、「利害關係人と被害者との間にこの種の権利關係が存在しなかったときには、被害者の死亡または身体的不能がその生活環境に重大な障害をもたらしたことについて、この利害關係人が証明しなければならない」と判示していた。上記の引用部分を強く読めば、この判決をそれまでの立場からの転換を示すもの(今日の立場への転機となる判例)として位置付けることができる。

の間に存在する身分や地位の関係を考慮しつつも、それだけではなく、直接被害者との関係の実態を踏まえた評価がされる。不法行為により死亡した者の配偶者、子、両親からの請求に関しては、ほとんどの場合に愛情損害の賠償が認められ⁶⁶⁾、不法行為により死亡した者の兄弟姉妹や孫などからの請求については、事実関係の評価を踏まえてその当否が決められている⁶⁷⁾。今日では、最近親者の愛情損害の存在は推定され、これらの者は愛情損害の存在を証明しなく

66) 特別法との関連で損害賠償請求が否定されることはある（一般的な形で1240条と特別法の関係を検討した論稿として、Cf. Julie Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du code civile en matière extracontractuelle*, préf. Patrice Jourdain, Bibliothèque de droit privé, t.477, LGDJ., Paris, 2007)。例えば、労働事故により死亡した者の妻は、社会保障法典 L.451-1条に言う承継人に該当するため、一般法に基づき損害賠償を請求することはできない（Ex. Cass. soc., 19 mars 1986, Bull. civ., V, n°102 ; D., 1986, jur., 557, note, Yves Saint-Jours ; etc. 同事件の再上告審判決として、Cass. ass. plén., 2 fév. 1990, Bull. ass. plén., n°2 ; JCP, 1990, II, 21558, concl., Joinet et obs., Yves Saint-Jours ; JCP, éd. E., 1990, II, 15805, concl., Joinet et obs., Yves Saint-Jours ; RTD civ., 1990, 294, chr., Patrice Jourdain ; D., 1991, som., 120, obs., Xavier Prétot ; D., 1992, jur., 49, note, François Chabas)。なお、コンキュビースは同条に言う承継人に該当しないため一般法に基づき損害賠償を請求することができるとした判例として、Cf. Cass. soc., 25 oct. 1990, Bull. civ., V, n°512 ; D., 1991, jur., 111, note, Yves Saint-Jours. また、被害者の母について、Cf. Cass. soc., 22 juin 2000, Bull. civ., V, n°243 ; D., 2001, 658, note, Yves Saint-Jours. 更に、被害者の兄弟姉妹および孫について、Cf. Cass. crim., 2 mars 1993, Bull. crim., n°95 ; Cass. crim., 24 août 1993, Bull. crim., n°260.

67) Cass. crim., 8 juill. 1975, Bull. crim., n°181 ; JCP, 1976, II, 18369, obs., Marcel Caleb（不法行為により死亡した者の兄弟姉妹からの損害賠償請求の肯定）；Cass. crim., 10 mai 1984, Bull. crim., n°167 ; Gaz. Pal., 1984, 2, jur., 710, note, François Chabas ; D., 1985, jur., 256, note, Jean Penneau（医療ミスにより死亡した者の両親および兄弟からの損害賠償請求の肯定。原審（CA. Paris, 24 fév. 1983, Gaz. Pal., 1983, 1, jur., 297）も同旨である）；Cass. crim., 20 janv. 1987, Bull. crim., n°25（交通事故により死亡した者の甥およびその子からの損害賠償請求の肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 16 avril 1996, Bull. civ., II, n°94 ; JCP, 1996, I, 3985, chr., Geneviève Viney ; RTD civ., 1996, 627, chr., Patrice Jourdain ; D., 1997, 31, obs., Patrice Jourdain（不法行為により死亡した者の叔父および叔母からの損害賠償請求の肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 15 janv. 1997, Bull. civ., II, n°14 ; D., 1997, jur., 317, note, Yves Saint-Jours（労働事故により死亡した者の祖父母および兄弟からの損害賠償請求の肯定。ただし、争点となったのはこれらの者が社会保障法典 L.451-1条に言う承継人に該当するかどうかである）；Cass. 2^{ème} civ., 22 juin 2004, Bull. civ., II, n°306 ; D., 2005, 350, note, Yves Saint-Jours（職

てもその賠償を請求することができる一方、それ以外の近親者については、直接被害者との間で愛情関係が形成されていたこと、従って、当該不法行為により愛情損害が生じたことが証明されたときには、その賠償を得ることができる^{68, 69)}。このように直接被害者と請求主体との間の関係に応じて愛情損害の賠償の仕方に濃淡が付けられていることは⁷⁰⁾、愛情損害が完全に個人

(前頁からつづき)

業病により死亡した者の孫からの損害賠償請求の肯定。ただし、争点となったのは孫が社会保障法典 L.451-1 条に言う承継人に該当するかどうかである) ; Cass. 2^{ème} civ., 4 oct. 2012, RCA, janv., 2013, com., 11 (祖父母の死亡直後に生まれた孫からの損害賠償請求の否定) ; Cass. crim., 1^{er} sept. 2015, Gaz. Pal., 2015, 3297, note, Claudine Bernferd (交通事故により死亡した者の異父母兄弟からの損害賠償請求の肯定) ; etc. また、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 11 oct. 2005, Bull. civ., II, n°242 ; RCA, déc. 2005, com., 345, note, Hubert Groutel ; RTD civ., 2006, 119, chr., Patrice Jourdain.

下級審の裁判例として、CA. Rennes, 27 nov. 1974, Gaz. Pal., 1976, 1, jur., 106, note, Blanche Heno (交通事故により死亡した者の異父姉妹でその者から親の代わりとなるような扶養を受けてきた者からの損害賠償請求の肯定) ; TGI. Colmar, 2 juill. 1992, D., 1993, jur., 208, note, Claude Lienhard (航空事故により死亡した者の両親および姉妹からの補償金支払請求の肯定) ; CA. Paris, 26 janv. 2000, RCA, nov. 2000, com., 314, note, Luc Grynbaum (不法行為により死亡した者の単純養子からの損害賠償請求の否定。ただし、愛情損害の賠償が肯定されるべき事案であったと考えられる) ; etc.

68) この点を明確に説く裁判例として、Ex. T. de corr. Milliau, 13 janv. 1956, supra note 42 ; TC. Vitré, 11 déc. 1956, supra note 42 ; etc.

69) この見方は、古くから (Mazeaud, supra note 34, p.82 ; Savatier, supra note 34, n°20, pp.206 et s. ; Georges Ripert, Le prix de la douleur, D., 1948, chr., pp.1 et s. ; etc.)、今日に至るまで (Gérard Mémeteau, La réparation du préjudice d'affection ou : la pierre philosophale, Gaz. Pal., 1978, 2, doc., pp.400 et s. ; Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, Les conditions de la responsabilité, 4^{ème} éd., LGDJ., Paris, 2013, n°305 et s., pp.209 et s. ; Marie-Christine Lagrange, Régime de la réparation. – Évaluation du préjudice corporel : dommage à la personne en cas de décès, J.-CL., Responsabilité civile et assurances, Fasc. 202-20, 2018, n°154 et s., pp.26 et s. ; etc. なお、Martine Bourrié-Quenillet, Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine, JCP, 2004, I, 136, pp.941 et s. は、祖父母と兄弟姉妹についても事実上の推定が働いていると評価する)、一般的に受け入れられている。

70) ここでは、正当家族よりも狭い家族の枠とそれよりも広い家族の枠が承認されていることになる (Ripert, supra note 69, pp.1 et s.)。

の問題に還元されていないこと、また、この場面にカップルと子を中核とした家族の存在を重視する傾向が反映していることを示している。

また、コンキュビナージュ^{71, 72)}、フィアンセ、事実上の親子関係⁷³⁾などのように、直接被害者と請求主体との間に法律上の関係が存在しない場合であっても、当事者間で愛情関係が形成され、これが不法行為により侵害されている場合には、生存当事者による愛情損害の賠償が認められている⁷⁴⁾。反対に、直接被害者と請求主体との間に法律上の関係が存在する場合であっても、その当時

71) Cass. crim., 8 janv. 1976, Bull. crim., n°5 ; D., 1976, IR, 53 ; Cass. crim., 13 oct. 1981, D., 1982, IR, 96 ; Cass. crim., 2 mars 1982, Bull. crim., °64 ; JCP, 1983, II, 19972, obs., Philippe Le Tourneau ; RTD civ., 1983, 341, chr., Georges Durry (不法行為當時に直接被害者とコンキュビヌスが同居していなかったとしても、それが関係の性質とは関わりのない理由に基づくものであるときは、損害賠償請求を否定する理由にはならない) ; Cass. crim., 4 juin 1985, Bull. crim., n°213 ; CA. Rennes, 27 nov. 1974, supra note 67 ; etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. crim., 10 nov. 1992, Bull. crim., n°365 ; RTD civ., 1993, 330, chr., Jean Hauser ; Cass. crim., 29 mai 2001, Bull. crim., n°134 ; D., 2002, 613, obs., Jean-Jacques Lemouland ; Cass. crim., 29 juin 2010, Bull. crim., n°118 ; RCA., nov. 2010, com., 268 ; JCP, 2011, 435, chr., Philippe Stoffel-Munck.

72) Cass. crim., 5 oct. 2010 ; D., 2011, 1047, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; JCP, 2011, 712, chr., Cyril Bloch ; RTD civ., 2011, 353, chr., Patrice Jourdain ; Dr. fam., janv. 2011, com., 1, note, Virginie Larribau-Terneyre ; RCA., janv. 2011, com., 4 は、交通事故により死亡した者のコンキュビヌスと主張する者からの損害賠償請求を棄却するに際して、直接被害者との間で形成されていた関係が民法典 515-8 条に言う自由結合の特徴＝安定性および継続性を持った共同生活の存在を示していないことを根拠とする。このことも、愛情損害が一定の関係を背景として生成され完全に個人の問題に還元されないことを示している。

73) Cass. 2^{ème} civ., 5 janv. 1973, Bull. civ., II, n°5 ; Gaz. Pal., 1973, 1, jur., 304, note, H. M. ; RTD civ., 1973, 776, chr., Georges Durry (交通事故により死亡した者の非嫡出子の子からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 15 oct. 1979, Bull. crim., n°277 (交通事故により死亡した者の子の妻からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 15 oct. 1980, D., 1981, IR., 324, obs., Christian Larroumet (不法行為により死亡した者の妻の子からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. crim., 17 oct. 2000, Bull. crim., n°297 ; RCA., janv. 2001, com., 1 ; RTD civ., 2001, 379, chr., Patrice Jourdain (交通事故により死亡した者の妻の子からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

における当事者間の愛情関係が壊れていたときには、生存当事者による愛情損害の賠償は否定される⁷⁵⁾。これらの傾向も、愛情損害の賠償が法定的な身分や地位から切り離されてはいるが、完全に個人の問題に解消されているわけではないことを示している⁷⁶⁾。

なお、1970年代以降の裁判例では、「法的に保護される正当な利益」という定式が放棄され、単なる利益侵害で足りるとの立場が基礎に据えられているため、直接被害者と請求主体との間に存在する愛情関係についての道徳的な評価は最小限に止められている。言い換えれば、愛情損害の有無を評価するに際しては、両者の間に愛情の関係があるかどうかだけが問われ、愛情関係の基礎と

74) Cf. Cass. crim., 20 mars 1973, Bull. crim., n°137 (交通事故により死亡した者を献身的に支えてきた家政婦からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. crim., 14 janv. 1986, Bull. crim., n°21 ; Gaz. Pal., 1986, 2, som., 431 (不法行為により死亡した者の元妻からの損害賠償請求の否定) ; etc.

75) Cass. 2^{ème} civ., 8 déc. 1993, Bull. civ. II., n°360 (直接被害者と離婚手続中であった妻からの損害賠償請求の否定) ; Cass. 2^{ème} civ., 8 déc. 1993, Bull. civ. II, n°362 (直接被害者と離婚手続中であった妻からの損害賠償請求の否定) ; Cass. crim., 25 oct. 2000, Bull. crim., n°309 ; D., 2001, 2233, obs., Patrice Jourdain ; RCA. janv. 2001, com., 2 (直接被害者と5年前から事実上の離婚状態にあった妻からの損害賠償請求を棄却した原審について、損害の有無が評価されていないとして破棄した事例) ; etc. また、Cf. Cass. crim., 5 nov. 1970, Bull. crim., n°290 (直接被害者と14年前から事実上の離婚状態にあったことを考慮して妻に付与される損害賠償の額が算定された事例)。

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1997, RTD civ., 1997, 955, chr., Patrice Jourdain (直接被害者と事実上の離婚状態にあった妻からの損害賠償請求の否定) ; etc. Contra. Cass. crim., 22 mai 1985, Bull. crim., n°197 ; Cass. crim., 28 janv. 1986, Bull. crim., n°35

76) 本文の整理によれば、請求権者のサークルの無限定な拡大による非個性化 (Denis Mazeaud, Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de 《l'idéologie de la réparation》), in, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, n°26, pp.583 et s.)、家族損害のインフレ (Dominique Fenouillet, Droit de la famille et droit de la responsabilité, RCA., mai 2017, dossier 3, n°3 et s., pp.1 et s.) といった現在の実定法に対する批判は、必ずしも適切ではない。現在の実定法は、請求権者の入り口を広く構えた上で、個々の愛情関係を慎重に評価している (Pradel, supra note 10, n°216 et s., pp.266 et s.)。

なるのが正当家族であるのか自然の家族であるのかは問われていない⁷⁷⁾。例えば、配偶者を持つコンキュビナージュの当事者が死亡した場合における他方当事者からの損害賠償請求⁷⁸⁾、コンキュビナージュの当事者が死亡した場合における配偶者を持つ他方当事者からの損害賠償請求⁷⁹⁾も、肯定されている。また、重婚的なコンキュビナージュの状態にある者、二重のコンキュビナージュの状態にある者が死亡した場合には、その者がいずれの相手とも密接な愛情関係を形成していたとすれば、前者の場面では妻または夫とコンキュビヌまたはコンキュバン、後者の場面ではコンキュビナージュの各生存当事者からの損害賠償請求が肯定されうる⁸⁰⁾。

次に、愛情損害が上記の意味付けを持つとすれば、損害賠償の方法および額

77) かつては、同性コンキュビナージュの当事者の一方が不法行為により死亡した場合に他方が愛情損害の賠償を求めることができるかについて議論があった（肯定例として、TGI. Belfort, 25 juill. 1995, JCP, 1996, I, 3903, chr., Ève Mattel ; JCP, 1996, II, 22724, note, Christophe Paulin）。今日では、同性婚が認められている以上、上記の問いも当然に肯定される。

78) Cass. crim., 14 juin 1973, Bull. crim., n°263 ; Gaz. Pal., 1973, 2, jur., 634 ; RTD civ., 1974, 413, chr., Georges Durry ; Cass. crim., 19 juin 1975, 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 ; Cass. crim., 3 mai 1977, Bull. crim., n°150 ; etc.

79) Cass. crim., 14 juin 1973, Bull. crim., n°262 ; D., 1973, jur., 585, note, P. M. ; Gaz. Pal., 1973, 2, jur., 634 ; RTD civ., 1974, 413, chr., Georges Durry ; Cass. crim., 8 janv. 1976, supra note 71 ; CA. Paris, 10 nov. 1976, RTD civ., 1977, 325, chr., Georges Durry ; D., 1978, jur., 458, note, Jean Bosquet-Denis ; JCP, 1978, II, 18859, obs., René Savatier ; etc. これを否定する裁判例として、Cass. crim., 20 avril 1972, Bull. crim., n°134 ; RTD civ., 1972, 781, chr., Georges Durry. また、この問題については、Cf. François Chabas, Le cœur de la cour de cassation (Le droit à réparation de la concubine adultère) , D., 1973, chr., pp.211 et s. ; etc.

80) CA. Riom, 9 nov. 1978, JCP, 1979, II, 19107, obs., Georges Almairac（重婚的なコンキュビナージュの事例で、直接被害者の妻とその間の子からの損害賠償請求と、コンキュビヌとその間の子からの損害賠償請求がいずれも肯定された）。また、Cass. crim., 8 janv. 1985, Bull. crim., n°12 ; JCP, 1986, II, 20588, obs., Gilles Endréo は、二重のコンキュビナージュの事例で、双方からの損害賠償請求を否定する。しかし、これは、関係が違法または不適法であることではなく、各関係が愛情損害の賠償を認めるべき程に十分に成熟したものではないことを根拠とするものである。

に関しても、近親者ごとにその評価が行われなければならない、近親者の総体が被る「包括的家族損害」なるものを観念することはできない⁸¹⁾。また、愛情損害を評価する際に、早見表などに依拠してその額を算定することは許されず、その額は、両者の関係を十分に考慮した形で、具体的に算定されなければならない⁸²⁾。

以上に整理した現在の実定法の状況を端的に表現すれば、愛情損害の賠償は、家族関係の存在が個人の人格の実現にとって本質的な要素であることを踏まえ、身分や地位それ自体でも、完全な個人の感情でもなく、家族に由来する愛情関係を保護するための規律として位置付けることができる⁸³⁾。

ところで、ダンティヤックのリストによれば、ある者が不法行為により死亡した場合、その者の近親者は、愛情損害とは別に、同伴損害の賠償を得ることができる。この同伴損害は、リストの定義によれば、直接被害者の近親者がその重傷から死亡までの間に被った精神的損害であり、その賠償は、死亡した者と日常的な形で現実的および愛情的な生活をともにしていた近親者の生活状況に生じた障害や混乱を填補することを目的としている⁸⁴⁾。従って、これを文字

81) Cass. crim., 10 mai 1977, Bull. crim., n°167 ; Gaz. Pal., 1977, 2, jur., 532 は、不法行為により死亡した者の妻が自己およびその未成年の子らの名で損害賠償を請求した事案で、各人の損害を別々ではなく「包括的家族損害」の名で総合的に評価した原審を破棄した。

82) Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2010, Gaz. Pal., 2010, 2414, note, Claudine Bernfeld ; Cass. crim., 22 nov. 2012 ; RCA., fév. 2013, com., 50 ; etc.

財産的損害の賠償に関するものであるが、Cf. Cass. crim., 11 oct. 1988, Gaz. Pal., 1989, 1, jur., 93.

83) Cf. 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°72 et s., pp.70 et s.

84) 判例の定義も同じである。Cass. 2^{ème} civ., 21 nov. 2013, Bull. civ., II, n°223 ; D., 2013, 2769 ; D., 2014, 572, chr., Laurence Lazerges-Cousquer et Nina Touati ; D., 2014, 2368, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; Gaz. Pal., 2014, 221, note, Christophe Quézel-Anbrunaz ; Gaz. Pal., 2014, 422, note, Mustapha Mekki ; Gaz. Pal., 2014, 539, note, Anaïs Renelier ; RCA., fév. 2014, com., 39 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 avril 2017, D., 2017, 2231, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; Gaz. Pal., 2017, 1783, note, Frédéric Bibal ; etc.

通り捉えると、同伴損害は、愛情損害との対比で、以下の特徴を持つ。

第1に、同伴損害の賠償が認められるためには、不法行為前に直接被害者と近親者が現実の共同生活を営んでいたことが必要である⁸⁵⁾。これに対して、愛情損害が問題となる場面では、現実の共同生活の観点はその有無を評価するための1つの基準に過ぎない。反対に、愛情損害では、愛情の基礎となりうるような身分や地位の關係の有無が、限定的ではあるものの、その存在を推定するかどうかという次元で影響を及ぼしているが、同伴損害においては、少なくとも現在までのところ、身分や地位の關係の有無がその肯否に影響を及ぼしている様子は看取されない。第2に、同伴損害の賠償は、直接被害者が負傷してから死亡するまでの間に近親者に生じた生活状況の障害に係る損害を賠償することを目的としている⁸⁶⁾。これに対して、愛情損害の賠償は、直接被害者が死亡した場面では、その者が死亡した後に近親者に生じた損害の賠償に関わる。言い換えれば、この場面での愛情損害は、直接被害者と請求主体の關係が断絶された後に近親者に生じた生活状況の障害を、同伴損害は、その關係が断絶される前に近親者に生じた生活状況の障害を、それぞれ対象とする⁸⁷⁾。

以上の整理を前提に、本稿の問題関心を出発点とすれば、同伴損害については、以下の2つの捉え方が可能となる。

一方で、同伴損害の有無の判断が抽象的な身分や地位の關係から切り離されて行われること、同伴損害の賠償を認めるためには直接被害者と請求主体との間に現実的な共同生活が存在していることが必要であるとされてはいるものの、同伴損害の賠償により填補されるのは個人としての生活状況の障害である

85) Cass. 2^{ème} civ., 21 nov. 2013, *supra* note 84 は、殺人被害者 A の両親 X1 と X2、姉妹 X3、X3 の夫 X4、X3 と X4 の間の子 X5、X6、X7 が犯罪被害者補償委員会 Y にして補償の支払を求めた事案で、A と X4 から X7 までの間に現実的な共同生活が存在したかどうかを確認することなく同伴損害の賠償を認めた原審を破棄した。

86) 医療事故により死亡した者の両親および兄弟姉妹からの損害賠償請求との関連で、その者が突然に死亡したことを理由に同伴損害の存在を否定した裁判例として、CA. Paris, 23 janv. 2009, *Gaz. Pal.*, 2009, 1270, note, L.-G. M.

87) Cf. Cass. 2^{ème} civ., 27 avril 2017, *supra* note 84.

ことに力点を置くと、同伴損害は、ある者が死を迎えることになる直接被害者と身近に接することによって個人としての生活や感情が妨げられたことを問題にする損害として位置付けられる。これによれば、直接被害者との現実的な共同生活の存在は、個人としての生活や感情が妨げられていることを推認するための1つの事情に過ぎなくなる。そして、このような同伴損害の捉え方は、愛情損害を個人の感情を起点として把握する③と連続性を持つ。愛情損害に関わる裁判例が、関係から切り離された個人の感情ではなく、一定の関係を前提とした愛情の保護を図る②を基礎に据えていることを踏まえれば、同伴損害の賠償は、③の観点から②の観点に由来する愛情損害の賠償を補完する機能を持つ⁸⁸⁾。

他方で、同伴損害の有無の判断が直接被害者と請求主体との間に存在している現実的な生活関係を基礎として行われること、同伴損害の賠償により填補されるものが個人としての生活状況の障害と定義されているとはいえ、そこで想定されている個人は特定の近親者と現実的な共同生活を営む存在であることに力点を置くと、同伴損害は、ある者が死を迎えることになる直接被害者と具体的に形成していた関係に由来する人格が侵害されたことを問題にする損害として位置付けられる。これによれば、直接被害者との現実的な共同生活の存在は、同伴損害を認めるために必要不可欠な要素となる。そして、このような同伴損害の捉え方は、愛情損害を直接被害者と請求主体との関係に基づく愛情を起点として把握する②と連続性を持つ。愛情損害に関わる裁判例が②を基礎に据えていることを踏まえれば、同伴損害の賠償は、抽象的な身分や地位の関係に由来する愛情のみならず具体的な生活関係に由来する愛情や感情をも保護する点、直接被害者が死亡する前の関係をも考慮する点で、②の観点に由来する愛情損害の賠償を強化する機能を持つ。

88) 同伴損害の賠償を直接被害者が死亡した後にも認める方向性を示唆する見解は（Cf. Patrice Jourdain, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 28 fév. 2013, RTD civ., 2013, pp.613 et s. ; etc.）、本文のような同伴損害の捉え方を前提としているように思われる。

② 直接被害者の生命が侵害されたときにその時点以後の家族のメンバーが損害賠償を請求する場合

ある家族のメンバーは、同じ家族のメンバーとして捉えられる直接被害者が何らかの不法行為により死亡する前に出生していなかった場合でも、その死亡を理由に損害賠償を請求することはできるか。

従来、判例は、加害行為の時点で損害賠償を請求する者が未だ懐胎されていなかった場合だけでなく⁸⁹⁾、その時点で既に懐胎されていた場合についても⁹⁰⁾、当該加害行為による直接被害者の死亡と、損害賠償を請求する者が被ったと主張する損害、例えば、直接被害者と楽しみを共有することができなくなったこと、直接被害者と愛情関係を形成することができなくなったことなどに関わる損害との間には、因果関係が存在しないため、上記の損害の賠償は認められないと判断してきた。もっとも、因果関係を適当条件として捉えるならばともかく⁹¹⁾、これを等価条件として理解するならば、当該加害行為と損害として

89) Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 2006, Bull. civ., II, n°137 ; JCP. éd. S., 2006, 1571, note, Céline Leborgne-Ingelacre ; RCA., juill. 2006, com., 230 (祖父 A が石綿の吸引に起因する職業病により死亡したことから、その8年後に生まれた孫 X を含む承継人らが石綿被害者補償基金 Y に対して補償の支払を求めた事案で、A の死亡と X が損害として主張するものとの間に因果関係は存在しないとして、その補償を認めた原審が破棄された) ; Cass. 2^{ème} civ., 3 mars 2011, Dr. fam., oct. 2011, com., 161, note, Sylvie Rouxel ; RCA., juin 2011, com., 222 ; RTD civ., 2012, 110, chr., Jean Hauser (祖母 A が殺害されてから2年以上経過した後誕生した孫 X がテロリズムおよびその他の犯罪行為の被害者保証基金 Y に対して補償の支払を求めた事案で、A の死亡と愛情関係を築く機会の喪失との間に因果関係は存在しないとして、その補償を認めた原審が破棄された)。

また、直接被害者が不法行為により重大な後遺障害を残した事案に関するものであるが、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 24 fév. 2005, Bull. civ., II, n°53 ; D., 2005, 671, obs., François Chénéde ; JCP, 2005, I, 149, chr., Geneviève Viney ; RTD civ., 2005, 404, chr., Patrice Jourdain ; RCA., mai 2005, com., 145, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2006, 1929, chr., Patrice Jourdain (父 A が交通事故により重傷を負い後遺障害を残した後に懐胎され生まれた子 X らが交通事故の加害者 Y1 およびその保険会社 Y2 に対して A と楽しみを共有することができなくなったことに関わる損害の賠償の支払を求めた事案で、本件事故と上記損害との間に因果関係は存在しないとして、その賠償を認めた原審が破棄された)。

主張されているものとの間の因果関係は肯定されるため、上記の損害賠償請求も認められることになる。そこで、多くの学説は、損害賠償請求を否定するという結論を支持した上で、その結論を導くためには、因果関係ではなく損害の次元で評価をすべきであり、賠償されるべき損害の不存在という理由を付すべきであると主張してきた⁹²⁾。他方で、同じく因果関係ではなく損害の次元で評価が行われるべきであるとの前提に立ちつつ、請求主体に通常の家族を営むことへの障害が生じていると判断されるときにはその賠償が認められるべきであるとの見解や⁹³⁾、関係を形成する機会が奪われている以上その賠償が肯定され

90) Cass. 2^{ème} civ., 4 nov. 2010, Bull. civ., II, n°177 ; D., 2010, 2710 ; D., 2011, 640, chr., Hugues Adida-Canac et Savinien Grignon Dumoulin ; JCP, 2011, 435, chr., Cyril Bloch ; JCP. éd. S., 1114, note, Thierry Tauran ; RCA., fév. 2011, com., 40 (祖父 A が石綿の吸引に起因する職業病により死亡したことから、その約3か月後に生まれた孫 X が A の元使用者 Y に対して A から愛情を受けることができなくなったことに関わる損害の賠償の支払を求めた事案で、A の死亡と上記損害との間に因果関係は存在しないとして、その賠償を認めた原審が破棄された) : Cass 2^{ème} civ., 4 oct. 2012, supra note 67 (祖父 A が石綿の吸引に起因する職業病により死亡したことから、その直後に生まれた孫 X を含む承継人らが石綿被害者補償基金 Y に対して補償の支払を求めた事案で A の死亡と X が損害として主張するものとの間に因果関係は存在しないとして、その補償を認めた原審が破棄された) Cass. 2^{ème} civ., 18 avril 2013, D., 2013, 2662, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; JCP, 2013, 1291, chr., Philippe Stoffel-Munck ; Gaz. Pal., 2013, 1912, note, Dominique Ardacio et Solène Boyer ; RTD civ., 2013, 614, chr., Patrice Jourdain ; RCA., juin 2013, com., 167, note, Laurent Bloch ; RCA., juin 2013, com., 168 ; D., 2014, 49, chr., Philippe Brun (祖母 A が交通事故により死亡したことから、その直後に生まれた孫 X を含む A の家族らがその加害者 Y1 およびその保険会社 Y2 に対して損害賠償の支払を求めた事案で、A の死亡と X の損害との間に因果関係は存在しないとして、その賠償を認めた原審が破棄された)。

91) この場合、請求主体の誕生により当該加害行為と損害として主張されているものとの間の因果関係が中断されたと評価することになる。Cf. Jourdain, supra note 89, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 24 fév. 2005, RTD civ., pp.404 et s. ; Id., supra note 89, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 24 fév. 2005, D., p.1930 ; Id., infra note 95, pp.127 et s. ; etc.

92) Chénédé, supra note 89, p.671 ; Jourdain, supra note 89, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 24 fév. 2005, RTD civ., pp.404 et s. ; Id., supra note 89, Chr. sous Cass. 2^{ème} civ., 24 fév. 2005, D., p.1930 ; C. Bloch, supra note 90, p.714 ; Rouxel, supra note 89, p.3 ; Brun, supra note 90, p.50 ; etc.

93) Hocquet-Berg, supra note 89, p.2.

るべきであるとの見解も存在した⁹⁴⁾。

このような状況の下、判例は、労働事故により死亡したAの妻X1が、自己および本件事故当時には未だ懐胎中でその後に出産した子X2の名で、Aの使用者Y1およびその保険会社Y2に対して損害賠償の支払を求めた事案で、「子は、その誕生の時から、自己が懐胎されていた時に発生した父の偶発的な死亡から生ずる損害の賠償を請求することができる」と判示し、X2が父の不在により苦しんでいることを捉えてその精神的損害の賠償を認めた原審を維持した⁹⁵⁾。この判例は、因果関係の不存在を理由に上記の損害賠償請求を否定していた従来の裁判例とは一線を画する。

本稿の問題関心を踏まえれば、この判例に関しては、2つの読み方を提示することができる。

第1に、受胎された子はその利益が存するときはいつでも生まれたものとみなされるという判例で承認されてきた法原則を前提に⁹⁶⁾、胎児に間接被害者としての地位を認め、その非財産的損害の賠償を認めた判例として位置付ける読み方がある^{97,98)}。問題は、その非財産的損害の内容である。

まず、ここでの損害は同伴損害を意味するという理解の仕方が想定される。しかし、同伴損害の賠償は、死亡した者と日常的な形で現実的および愛情的な生活をともにしていた近親者の生活状況に生じた障害や混乱を填補することを目的としており、不法行為の前に直接被害者と現実的な共同生活を形成してい

94) Adida-Canac et Dumoulin, *supra* note 90, p.640. また、結論的にはその可能性を否定するが、Cf. Rouxel, *supra* note 89, p.3.

95) Cass. 2^{ème} civ., 14 déc. 2017, D., 2017, 2534 ; JCP, 2017, 1367 ; D., 2018, 386, note, Mireille Bacache ; JCP, 2018, 204, note, Jean-René Binet ; JCP, 2018, 262, chr., Philippe Stoffel-Munck ; Gaz. Pal., 2018, 384, note, Daphné Tapinos ; Gaz. Pal., 2018, 481 ; Gaz. Pal., 2018, 1062, note, Julie Traullé ; RTD civ., 2018, 72, chr., Denis Mazeaud ; RTD civ., 2018, 92, chr., Anne-Marie Leroyer ; RTD civ., 2018, 126, chr., Patrice Jourdain ; RCA., mars 2018, com., 59. また、Sophie Hocquet-Berg, *Toi, le père que je n'ai jamais eu...*, RCA., mars 2018, étude 3. 行政裁判所の判決であるが、CAA. Nantes, 7 juin 2017, RFDA., 2017, 983, concl., François-Xavier Bréchet も同様の判断を示している。

なかった者にその賠償を認めることはできない。従って、ここでの損害を同伴損害として捉えることは適切でない⁹⁹⁾。

次に、ここでの損害は愛情損害を意味するという理解の仕方もある。上記の法原則を出発点にすれば、愛情損害を個人の感情を起点として把握する③を基礎に、直接被害者が加害行為により死亡した時点で未だ生まれていなかった者について感情や愛情の侵害を語ることはできるし、あるいは、愛情損害を直接被害者と請求主体との関係に基づく愛情を起点として把握する②を基礎に、その者について直接被害者との潜在的な関係に由来する愛情の侵害を問うこともできる¹⁰⁰⁾。

もっとも、このように理解する場合には、生まれていなかった者のように認

96) Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1985, Bull. civ., I, n°339 ; Gaz. Pal., 1986, 2, som., 323, note, A. Piedelievre ; D., 1987, jur., 449, note, Gilbert Paire (配偶者 X を受取人として子がいる場合には加算されるという内容が付いた生命保険契約を締結していた A が飛行機事故により死亡したことから、X が保険会社 Y に対して事故当時に懐胎しその後に出産した子 B と C を考慮した額の保証金の支払を求めた事案で、破毀院は、本文の法原則を根拠に、その請求を棄却した原審を破棄した) ; etc. この原則は、断片的にはあるが、古くから判例で承認されてきたものである。Cf. Cass. civ., 4 janv. 1935, D., 1935, 1, 5, note, André Rouast ; RTD civ., 1935, 628, chr., Gaston Lagarde ; S., 1936, 1, 17, note, Paul Esmain (労働災害による年金支給の問題。なお、同判決の移送審につき、CA. Caen, 20 juin 1935, S., 1936, 2, 129, note, Daniel Bastien. 移送後の再上告審につき、Cass. réun., 8 mars 1939, S., 1941, 1, 25, note, Henri Batiffol) ; Cass. civ., 2 juill. 1936, DH., 1936, jur., 506 ; D., 1936, 1, 118, note, E. de Lagrange (労働災害による年金支給の問題) ; CA. Grenoble, 20 janv. 1853, D., 1855, 2, 39 (相続の問題) ; etc.

97) 判例の背後に本文の法原則があることを指摘するものとして、Bacache, supra note 95, n°11, pp.388 et s., et n°15, p.389 ; Binet, supra note 95, pp.2 et s. ; Tapinos, supra note 95, p.385. Contra. Stoffel-Munck, supra note 95, pp.2 et s. ; Leroyer, supra note 95, p.92.

98) この法原則の位置付けも含め、民事責任法における人の始期および終期の問題については、続稿として予定している「民事責任法と人」の中で扱われる。

99) Jourdain, supra note 95, p.128.

100) Cf. Bréchet, supra note 95, n°23 et s., p.986. なお、加害行為により直接被害者が死亡した時点で生まれていなかった者は当該直接被害者を知らないため愛情を抱くこともないから、その者に愛情損害の存在を認めることもできないという評価 (Ex. Jourdain, supra note 95, p.128) は、少なくとも本稿の整理による限り適切でない。

識能力を欠く者について、感情への侵害を問う愛情損害が発生するのかという点が問題となる^{101,102)}。判例は、精神的損害について、不法行為により重傷を負い意識を失った者に対してもその発生を認めることができるという客観的構想を採用してきた^{103,104)}。この構想に従えば、加害行為により直接被害者が死

101) この問題設定については、Cf. Bacache, *supra* note 95, n°15, p.389 ; Mazeaud, *supra* note 95, pp.73 et s.

102) この問題も含め、様々な属性を持った人に生ずる損害の評価の問題については、続稿として予定している「民事責任法と人」の中で扱われる。さしあたり、注（103）で引用する判例について、遠藤史啓「慰謝料における被害者の苦痛の意義と位置づけ」六甲台 59 巻 1 号（2012 年）134 頁以下。

103) Cass. 2^{ème} civ., 22 fév. 1995 (2 arrêts), Bull. civ., II, n°61 ; D., 1995, som., 233, obs., Denis Mazeaud ; JCP, 1995, I, 3853, chr., Geneviève Viney ; RTD civ., 1995, 629, chr., Patrice Joudain ; D., 1996, jur., 69, note, Yves Chartier ; JCP, 1996, II, 22570, note, Yannick Dagorne-Labbé ; Gaz. Pal., 1996, 1, jur., 147, note, Jean-Louis Evade（交通事故により植物状態となった者の子（または両親）が自己および被害者自身の名で損害賠償を請求した事案で、破毀院は、「人間の植物状態はいかなる補償の項目も排除することはなく、その損害はすべての要素について賠償されなければならない」と判示して、被害者自身の精神的損害の賠償を否定した原審を破棄した）。Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 1995, Bull. civ., II, n°224 も同旨である。

それ以前の判例の立場は、必ずしも明確ではなかった。Ex. Cass. crim., 28 nov. 1961, D., 1962, som., 29（交通事故により昏睡状態になった者について苦痛の存在が否定された）；Cass. crim., 3 avril 1978, D., 1979, IR., 64, obs., Christian Larroumet ; JCP, 1979, II, 19168, obs., Serge Brousseau ; RTD civ., 1979, 800, chr., Georges Durry（心神喪失の状態は楽しみ損害を排除するものではないとして、不法行為により心神喪失の状態になった者について楽しみ損害の存在を認めた原審が維持された）；Cass. 2^{ème} civ., 10 déc. 1986, Bull. civ., II, n°188（交通事故により昏睡状態となった後に死亡した者について、耐えた苦痛、美的損害、楽しみ損害の存在を認めなかった原審が破棄された）；Cass. crim., 11 oct. 1988, Bull. crim., n°388 ; Gaz. Pal., 1989, 1, jur., 440, note, Jean-Michel Guth ; RTD civ., 1989, 324, chr., Patrice Jourdain（不法行為により植物状態になった者について、その健康および労働能力喪失から生ずる損害を考慮しなかった原審が破棄された）；Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1989, Bull. civ., II, n°133 ; RTD civ., 1990, 83, chr., Patrice Jourdain（被害者の植物状態は損害算定の妨げになるとの被告側の反論に応えていないとして、交通事故により一時的な植物状態になった者について身体的損害の賠償を認めた原審が破棄された）；Cass. crim., 28 oct. 1992, Bull. crim., n°349 ; D., 1993, som., 203, obs., Jean Pradel ; JCP, 1993, I, 3664, chr., Geneviève Viney（交通事故を原因とする火災により焼死した者について人的な損害の存在を否定した原審

亡したときに未だ生まれていなかった者についても、直接被害者との関係における愛情損害の発生を認めることができる。しかし、近年の判例では、認識能力を欠く者に対する精神的損害の賠償について、若干の変化も看取される。というのは、破毀院の刑事部は、不法行為により重傷を負いその後に死亡した被害者について、加害行為から死亡までの間の身体的または精神的な苦痛とは別に、死が切迫していることに関する不安損害が発生することを認めているが^{105, 106, 107)}、その際、これらの損害は被害者が死の切迫を意識している場合に

(前頁からつづき)

が、本件事故と死亡との間には一定の時間的間隔があったにもかかわらず当該被害者に意識があったかどうか探求されていないとして破棄された)；Cass. 2^{ème} civ., 20 janv. 1993, Bull. civ., II, n°23 (交通事故により昏睡状態となった後に死亡した者について、苦痛の存在を否定した原審が維持された)；Cass. crim., 5 janv. 1995, Bull. crim., n°5 (交通事故により重傷を負った後に死亡した者について、意識不明の状態は身体的損害の賠償を排除または制限するものではないとした原審が維持された)；etc.

また、下級審の裁判例として、Cf. CA. Paris, 5 mai 1977, Gaz. Pal., 1978, 1, som., 46；CA. Bordeaux, 18 avril, 1991, D., 1992, jur., 14, note, Sophie Gromb；D., 1992, som., 274, obs., Jean-Luc Aubert；Gaz. Pal., 1993, 1, jur., 215, note Stéphane Piédelièvre (Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1989, supra の移送審)；CAA. Nantes, 10 fév. 1994, AJDA, 1994, 801, obs., P. C.；AJDA, 1994, 847；etc.

104) コンセイユ・デタも同様である。Ex. CE., 24 nov. 2004, Rec. Cons. d'Et., 2004, 445；JCP, éd. A., 2005, 1313, note, Christine Cormier；AJDA, 2005, 336, concl., Terry Olson；RCA., mai 2005, com., 164, note, Christophe Guettier (大学病院での手術が原因で一時的な植物状態になり重大な後遺障害を負った者とその家族からの損害賠償請求との関連で、「患者が一時的に植物状態になったという事実は、それ自体でいかなる補償の項目も排除せず、被害者が被った損害がそのすべての要素において賠償されることの妨げとならない」と判示された)；etc.

105) 刑事部によれば、死が迫っていることに関する不安損害と死亡までの間の苦痛は、別の損害項目である。Cass. crim., 23 oct. 2012, Bull. crim., n°225；D., 2012, 2659；Gaz. Pal., 2012, 3408, note, Anaïs Renelier；Dr. pén., déc. 2012, com., 166, note, Albert Maron；D., 2013, 1995, chr., Jean Pradel；D., 2013, 2662, chr., Stéphanie Porchy-Simon；RTD civ., 2013, 125, chr., Patrice Jourdain；RCA., janv. 2013, com., 2；D., 2014, 49, chr., Philippe Brun (死亡までの間の苦痛の賠償に加えて死が迫っていることに関する不安損害の賠償を認めた原審の維持)；Cass. crim., 15 oct. 2013, RCA., janv. 2014, com., 3 (死亡までの間の苦痛と死が迫って

しか存在しないと判示して、加害行為により認識能力を欠く状態になりそのまま死亡した者に当該損害が生ずることはなく、従って、その相続人からの上記損害の賠償請求も認めることはできないとしているからである^{108, 109)}。この判

（前頁からつづき）

いることに関する不安損害の賠償を包括的に評価した原審の破棄）；etc. また、Cf. Cass. crim., 29 avril 2014, Bull. crim., n°114 ; Gaz. Pal., 2014, 1786, note, Claudine Bernfeld ; RCA., juill. 2014, com., 217（生存する機会の喪失に関する損害の賠償という名目で死が切迫していることに関する不安損害の賠償を認めた原審の維持）；etc.

これに対して、民事第2部は、生の希望を喪失したことに関する損害が死亡までの間の苦痛に含まれると理解する。Cass. 2^{ème} civ., 2 fév. 2017, D., 2017, 350 ; D., 2017, 2230, chr., Mireille Bacache ; JCP, 2017, 257, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2017, 953, note, Alicia Mázouz ; Gaz. Pal., 2017, 1159, note, Zoé Jacquemin ; Gaz. Pal., 2017, 1780, note, Claudine Bernfeld et Laura Witz ; RCA., mai 2017, com., 127, note, Hubert Groutel ; D., 2018, 37, chr., Philippe Brun（死亡までの間の苦痛と死が迫っていることに関する不安損害を別々に評価した原審の破棄）。同旨の判例として、Cass. 2^{ème} civ., 29 juin 2017, D., 2017, 2229, chr., Mireille Bacache ; RCA., nov. 2017, com., 267 ; D., 2018, 37, chr., Philippe Brun のほか、Cf. Cass. 2^{ème} civ., 18 avril 2013, supra note 90 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 oct. 2016, D., 2016, 2167 ; Gaz. Pal., 2016, 3485, note, Claudine Bernfeld ; Gaz. Pal., 2016, 3518 ; D., 2017, 24, chr., Christophe Quézel-Ambrunaz ; D., 2017, 2229, chr., Mireille Bacache ; JCP, 2017, 257, chr., Mireille Bacache ; RCA., janv. 2017, com., 2, note, Hubert Groutel ; Cass. 2^{ème} civ., 14 sept. 2017, D., 2017, 2229, chr., Mireille Bacache ; RCA., déc. 2017, com., 312 ; D., 2018, 37, chr., Philippe Brun ; JCP, 2018, 262, chr., Mireille Bacache ; etc.

106) コンセイユ・デタも、「生の希望が減少したことに基づき被った精神的苦痛から生ずる賠償」を認めている。Cf. CE., 24 oct. 2008, Gaz. Pal., 2009, 3843, note, Dallia Yakouben.

107) 死が切迫していることに関する不安損害は、生命の喪失から生ずる損害や早すぎる死から生ずる損害とは異なる。前者の賠償への権利は、直接被害者の死亡前にその財に入っているため相続人へと移転されるが、後者の賠償への権利は、直接被害者自身に帰属することがないため相続の対象にならない（Cf. Cass. 2^{ème} civ., 20 oct. 2016, supra note 105）。この理解は、死亡までの間に生じた損害の賠償への権利が直接被害者による請求の有無を問わず相続の対象になること（Cass. ch. mixte, 30 avril 1976（2 arrêts）, Bull. crim., n°135 et 136 ; RTD civ., 1976, 556, chr., Georges Durry ; D., 1977, jur., 185, note, Monique Contamine-Raynaud ; Cass. crim., 6 oct. 1977, Bull. crim., n°295 ; Gaz. Pal., 1978, 1, jur., 33 ; Cass. crim., 9 oct. 1985, Bull. crim., n°305 ; D., 1987, jur., 93, note, André Breton ; Cass. crim., 28 juin 2000, Bull. crim., n°248 ; RCA., nov. 2000, com., 322 ; etc. 今日のコンセイユ・デタも同様である。Cf. CE., 29 mars 2000, Rec. Cons. d'Et., 2000, 147 ; D., 2000, IR., 131 ; D., 2000, jur., 563, note,

例に関しては、死が切迫していることに関する不安損害に限らず、すべての精神的損害の賠償について、被害者の認識能力を前提とした主観的構想へと移行したものとして捉える読み方と^{110,111)}、死が切迫していることに関する不安損

(前頁からつづき)

Antoine Bourrel ; JCP, 2000, I, 280, chr., Geneviève Viney ; JCP, 2000, II, 10360, note, Arnaud Derrien ; CE., 15 janv. 2001, RCA., janv. 2002, com., 3, note, Christophe Guettier ; etc.) を踏まえたものである。

なお、判例は、生命の機会の喪失から生ずる損害の賠償については、被害者自身に帰属することがないため相続の対象にならないとしている (Cass. crim., 26 mars 2013, Bull. crim., n°69 ; D., 2013, 1064 ; D., 2013, 2662, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; JCP, 2013, 531, obs., Julien Bourdoiseau ; JCP, 2013, 675, obs., David Bakouche ; JCP, 2013, 1291, chr., Philippe Stoffel-Munck ; Gaz. Pal., 2013, 1911, note, Claudine Bernfeld ; RTD civ., 2013, 614, chr., Patrice Jourdain ; RCA., juin 2013, com., 167, note, Laurent Bloch ; D., 2014, 49, chr., Philippe Brun (平均寿命まで生きる権利の侵害に関する賠償を否定した原審の維持) ; Cass. 2^{ème} civ., 23 nov. 2017, D., 2017, 2425 ; Gaz. Pal., 2017, 3531 ; JCP, 2018, 262, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2018, 293, note, Mustapha Mekki ; Gaz. Pal., 2018, 381, note, Claudine Bernfeld ; RCA., fév. 2018, com., 32, note, Sophie Hocquet-Berg (生存する機会の喪失は生存中に被ることができる損害ではないとの理由でその賠償を否定した原審の維持) のほか、Cf. Cass. crim., 30 oct. 1979, Bull. crim., n°299 ; D., 1980, IR., 409, obs., Christian Larroumet) が、機会の喪失が死亡の前に発生する損害であることからすれば (Cf. Porchy-Simon, supra, p.2663 ; Stoffel-Munck, supra, p.2241 ; Jourdain, supra, pp.615 et s. ; etc.)、疑問である (「生存する機会の喪失を理由にその死亡前に被害者が被った精神的苦痛から生ずる損害の賠償への権利は、その財の中で発生しているため、その死亡によりその相続人へと移転する」と判示した Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, Bull. civ., I, n°118 ; D., 2007, 1015 ; RTD civ., 2007, 785, chr., Patrice Jourdain ; RCA., juill. 2007, com., 207, note, Sophie Hocquet-Berg ; Méd. et dr., 2008, 133, chr., Christina Corgas-Bernard ; Gaz. Pal., 2009, 3843, note, Dallia Yakouben が正当である)。

108) Cass. crim., 27 sept. 2016, D., 2016, 2000 ; Gaz. Pal., 2016, 3000 ; Gaz. Pal., 2016, 3485, note, Claudine Bernfeld ; RCA., déc. 2016, com., 327, note, Hubert Groutel ; RCA., déc. 2016, com., 328 ; Dr. pén., déc. 2016, com., 179, note, Albert Maron et Marion Haas ; D., 2017, 24, chr., Christophe Quézel-Ambrunaz ; Gaz. Pal., 2017, 332, note, Stéphanie Gerry-Vernière (交通事故により昏睡状態に陥りその12時間後に死亡したAの妻Xが自己およびAの相続人としての資格で損害賠償の支払を求めた事案で、破毀院は、「死が迫っていることに関する不安損害は、被害者がその状態を意識している場合にしか存在しない」と判示して、当該損害の賠償を否定した原審に対するXからの上告を棄却した) ; Cass. crim., 27 sept.

害が純粹に感情に関わる損害である点において生理学的な知見に関わる精神的または肉体的な苦痛とは異なることを理由に、この損害に限って被害者の認識能力を前提とした主観的構想を採用し、それ以外の精神的損害については客観的構想を維持するものとして把握する読み方がある¹¹²⁾。仮に前者の読み方を採用するならば、間接被害者に認識能力が備わっていなければ愛情損害の発生を認めることはできないから、加害行為により直接被害者が死亡した時点で未だ生まれていなかった者に生ずる損害を愛情損害として捉えることもできなくなる。反対に後者の読み方を採用すれば、愛情損害については客観的構想が維

（前頁からつづき）

2016, Gaz. Pal., 2016, 3485. note, Claudine Bernferd ; D., 2017, 24, chr., Christophe Quézel-Ambrunaz ; JCP, 2017, 257, chr., Mireille Bacache（交通事故により死亡したAの相続人が自己およびAの相続人としての資格で損害賠償の支払を求めた事案で、Aには本件事故に続く数秒の間意識が存在したなどと判示して、死が切迫していることに関する不安損害の賠償を認めた原審を維持した）；etc. また、Cf. Cass. crim., 5 oct. 2010, JCP, 2011, 435, chr., Cyril Bloch ; RTD civ., 2011, 353, chr., Patrice Jourdain ; RCA., fév. 2010, com., 41 ; Cass, crim., 5 oct. 2010, supra note 72（交通事故により死亡したAの相続人Xらが本件事故から死亡までに間にAに生じた身体的苦痛およびAが生希望の喪失を理由に被った苦痛の賠償を求めた事案で、破毀院は、後者の苦痛についてAが昏睡状態にあったことおよび即死に近い状態であったことなどを理由に損害の存在が立証されていないとしてその賠償を棄却した原審を維持した）；etc.

109) HIVの感染を知らなかった者には感染に関する特殊な損害（この損害については、2(2)を参照）の存在は認められないとした、Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 2012, Bull. civ., II, n°191 ; D., 2012, 2801 ; D., 2013, 346, note, Stéphanie Porchy-Simon ; D., 2013, 604, chr., Odette-Luce Bouvier et Hugues Adida Canac ; D., 2013, 2664, Anne Guégan-Lécuyer ; JCP, 2013, 484, chr., Cyril Bloch ; RTD civ., 2013, 123, chr., Patrice Jourdain ; RCA., fév. 2013, com., 40 ; D., 2014, 48, chr., Philippe Brun も、本文の判例と同列に位置付けられる。

110) Jourdain, supra note 108, pp.353 et s. ; Bakouche, supra note 107, pp.1163 et s. ; etc.

111) この読み方によれば、交通事故により死亡した者が死亡の前に被った肉体的および精神的苦痛について、当該被害者が事故後に意識を失っていたことを捉えてその賠償を減額した原審を維持した Cass. crim., 26 mars 2013, supra note 107は、意識の程度に応じて賠償額に差を設けた判例として位置付けられる。

112) Bloch, supra note 72, pp.712 et s. ; Maron et Haas, supra note 108, p.5 ; Mekki, supra note 107, p.294 ; etc.

持されることになるため、加害行為により直接被害者が死亡した時点で未だ生まれていなかった者に生ずる損害を愛情損害として捉えることも可能となる。

とはいえ、このような形で愛情損害の存在を認めるとしても、更に以下の3点を指摘しておかなければならない。まず、こうした理解を成り立たせるためには、愛情損害を個人の感情から切り離す②の理解を前提としなければならないことである。③のように愛情損害を純粹に個人の感情の問題として把握するならば、愛情損害も、死が切迫していることに関する不安損害と同じく、主観的に評価されなければならないはずからである。この点からも、判例が②の理解に親和性を持つことが分かる¹¹³⁾。次に、愛情損害の賠償を付与することができるのは、加害行為の時点で既に懐胎されていた者に限られ、その当時未だ懐胎されていなかった者は、その賠償を得ることができないことである。ここでは、受胎された子はその利益が存するときはいつでも生まれたものとみなされるという法原則が前提とされているからである。最後に、前記の判例では直接被害者として父のみが対象とされているものの、祖父母や兄弟姉妹が死亡した場合であっても、それぞれの家族を取り巻く環境などから当該直接被害者との関係における愛情損害の存在が証明されることを条件として、その時点で生まれていなかった者への愛情損害の賠償が認められうることである¹¹⁴⁾。

第2に、加害行為により直接被害者が死亡した時点で未だ生まれていなかった者に対して、新しい特別な損害を認めた判例として位置付ける読み方がある。この読み方は、例えば、親子関係への権利を背景とした父の不存在それ自体に関わる損害¹¹⁵⁾、父なく生まれることの苦痛¹¹⁶⁾、父との間で愛情関係を設定することができないことに関わる損害¹¹⁷⁾などの賠償が、判例によって承認され

113) Cass. 2^{ème} civ., 14 déc. 2017, *supra* note 95 が、本文で引用した部分に続けて、「控訴院は、A が2008年9月9日の事故で死亡し、X2 がA の不存在により苦しんでいると評価したのであるから、精神的損害およびA の偶発的な死亡とこの損害との間の因果関係の存在を特徴付けた」と判示し、原審による苦痛の認定を援用していることを強調して読み、同判決では主観的な損害が想定されているとの理解を示す見解もあるが (Cf. Traullé, *supra* note 95, p.1063)、判例全体の整合性の観点からは疑問が残る。

114) Cf. Bacache, *supra* note 95, n°12, p.389.

たと理解する。このような意味での損害は、同伴損害や愛情損害が有する特徴との対比で見ると、主観的または現実的な判断ではなく、客観的な評価に服することにその特徴を持つ。本稿の問題関心に即して言えば、この損害の賠償は、その受益者を不法行為により直接被害者が死亡した時点で未だ生まれていなかった者に限定しつつ、直接被害者との間で形成されるはずであった身分や地位それ自体への権利を保護することを目的とするものとして位置付けられる。言い換えれば、この賠償法理は、②または③を基礎とする場合には愛情損害や同伴損害の存在を認めることができない（または、認めることに困難を伴う）者に対して、身分や地位の保護という観点からの補完を試みるものである。従って、この考え方は、一時期の裁判例に見られた、身分や地位それ自体の侵害を問題にした愛情損害に関する①の考え方と連続性を持つ。

このような形で新たな損害の存在を認めるとすれば、以下の3つの帰結が導かれる。まず、新たな損害についての賠償を付与することができるのは、加害行為の時点で既に懐胎されていた者に限られないことである¹¹⁵⁾。父が存在しないことに関する子の損害は出生後に発生するため、ここでは、受胎された子はその利益が存するときはいつでも生まれたものとみなされるという法原則に依拠する必要がなくなるからである。そして、判例も、判決文上は、損害賠償の付与を加害行為の時点で受胎されていた子に限定していないから、この帰結は、判例の解決とも整合する。

次に、直接被害者として想定されるのは父（場合によっては、祖父母¹¹⁹⁾）に限られ、それ以外の者が請求主体の出生前に死亡した場合において同様の損害を観念することには困難を伴うことである。新たな損害の背後にあるのは、法定的な身分や地位への権利であり、加えて、その受益者につき不法行為によ

115) Bacache, *supra* note 95, n°16 et s., pp.390 et s. ; Jourdain, *supra* note 95, pp.128 et s. ; Binet, *supra* note 95, p.5.

116) Stoffel-Munck, *supra* note 95, pp.2 et s.

117) Leroyer, *supra* note 95, p.93.

118) Cf. Bacache, *supra* note 95, n°16 et s., pp.390 et s. ; Hocquet-Berg, *supra* note 95, n°5, p.2.

り直接被害者が死亡した時点で未だ生まれていなかった者という限定が付されていることに鑑みると、単なる身分や地位ではなく、子の利益や成長にとって必要不可欠な関係への権利が問題になっていると考えられるからである。判例が、直接被害者としてさしあたり父のみを想定していることも、この視点から理解することができる¹²⁰⁾。

最後に、この考え方は、「家族としての保護」以外の場面での裁判例とも一定の整合性を持つことである¹²¹⁾。例えば、ある者が強制的性交などの被害者となり子を出産した場合、その子は、強制的性交などの加害者に対して、精神的損害の賠償を求めることができる。そして、加害者が直接被害者と一定の親族関係を持つため、民法典310-2条の規律を受けて、その子との間で父子関係を設定することができない場面では、親子関係を設定することができないこと自体が損害として把握されている¹²²⁾。確かに、この場面では加害者と請求主体との間の法的関係が設定できないことが問われ、上記の読み方では直接被害者と請求主体との間の法的関係が設定できないことが問題にされているという点で相違はある。しかし、いずれの場面でも親子関係への権利が侵害されているという点では共通している¹²³⁾。

119) ここで祖父母を挙げたのは、子が祖父母と人的な関係を維持する権利を有する旨を規定している民法典371-4条の存在に鑑みれば、子と祖父母との関係は子の利益や成長にとって必要なものと考えられるからである。Cf. Thierry Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale sur les droits de l'enfant*, in, *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : Liber amicorum*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 1994, pp.181 et s. ; Alice Philippot, *Le jeu des grands-parents sur la scène du droit extrapatrimonial de la famille*, RRJ., 2013, pp.1709 et s. ; etc.

120) 観点は異なるが、Cf. Jourdain, *supra* note 95, p.129.

121) この考え方は、「家族に対する責任」の場面での裁判例とも整合性を持つ。続稿として予定している「フランス法における家族のメンバーに対する不法行為と責任」を参照。

122) TGI. Lille, 6 mai 1996, D., jur., 543, note, Xavier Labbé (子による母の兄に対する損害賠償請求の肯定) ; CA. Grenoble, 29 juin 2005, RCA., fév. 2006, com., 48, note, Christophe Radé (子による母の父に対する損害賠償請求の肯定) ; etc.

（2）請求主体と直接被害者との関係が断絶しない場合

① 直接被害者の身体が侵害されたときに家族のメンバーが損害賠償を請求する場合

ダンティヤックのリストによると、ある者が不法行為により負傷した場合、その近親者は、収入の喪失、移動や滞在などの費用といった財産的損害ほかに、非財産的損害として、愛情損害および並外れた非財産的損害¹²⁴⁾の賠償を得ることができる。

このうち、愛情損害は、リストの定義によれば、一定の近親者が直接被害者の苦しみおよび障害を目にすることによって被る精神的損害であり、その者が直接被害者と現実的な愛情関係を維持していたときには、当該近親者と直接被害者との間に親族関係が存在したかどうかにかかわらず、この損害が賠償の対象になるとされている。これは、実定法の状況を反映したものである。しかし、近親者が身体の侵害を受けた直接被害者との間でどのような関係を構築してい

（前頁からつづき）

理由は不明であるが、Cf. Cass. crim., 4 fév. 1998, Bull. crim., n°43 ; JCP, 1998, I, 185, chr., Geneviève Viney ; D., 1999, jur., 445, note, Derothée Bourgault-Coudeville ; JCP, 1999, II, 10178, note Isabelle Moine-Dupuis ; RTD civ., 1999, 64, chr., Jean Hauser（子による母の父に対する損害賠償請求の肯定）；Cass. crim., 23 sept. 2010, Bull. crim., n°139 ; D., 2010, 2365, obs., Maud Léna ; PA., 30 déc. 2010, 9, note, Amandine Cayol ; RCA, déc. 2010, com., 313, note, Sophie Hocquet-Berg ; D., 2011, 40, chr., Philippe Brun ; D., 2011, 126, chr., Laurence Lazerges-Cousquer ; D., 2011, 2233, chr., Jean Pradel ; D., 2011, 2570, chr., Anne Laude ; JCP, 2011, 435, chr., Cyril Bloch ; Gaz. Pal., 2011, 1574, note, Mustapha Mekki ; RTD civ., 2011, 132, chr., Patrice Jourdain ; Méd. et dr., 2012, 36, chr., Christina Corgas-Bernard（子による母の父に対する損害賠償請求の肯定）；etc.

123) 注（122）の裁判例により生まれてくる子の権利が承認されたと評価するものとして、Cf. Émilie Gaillard, *Générations futures et droit privé : Vers un droit des générations futures*, préf. Mireille Delmas-Marty, Bibliothèque de droit privé, t.527, LGDJ., Paris, 2011, n°112 et s., pp.85 et s.

124) 並外れた非財産的損害は、直接被害者が障害を負いながら生存している間にその近親者が受けた生活状況の変化、直接被害者が苦しみを受けつつ生存していることがその近親者の日常生活にもたらした混乱（特に直接被害者に生じた障害により配偶者やパートナーが受けた性的な影響）を賠償することを目的としている。

れば愛情損害の賠償が認められるのか、直接被害者または一定の近親者がどのような状況にあれば後者による愛情損害の賠償が認められるのかという点については、リストの定義からは明らかにならない。上記の諸点を明確にするためには、(1)①での整理を踏まえて、リストの背後にある判例の立場を検討する必要がある¹²⁵⁾。

(1)①での整理によれば、20世紀中頃までの裁判例には、直接被害者の生命が侵害されたときにその家族のメンバーがそのことを理由に損害賠償を請求する場面との関連で、近親者に生じた精神的損害の賠償を通じて、①身分や地位それ自体の保護を図る考え方と、②身分や地位から生ずる愛情的関係（または、正当な愛情的関係だけ）の保護を図る考え方が併存していた。直接被害者の身体が侵害された時にその家族のメンバーがそのことを理由に損害賠償を請求する場面についても、同時期までの裁判例には、上記の各考え方に対応した2つの潮流が存在した。

一方で、第1の潮流として、愛情損害の賠償への権利は親しい人を喪失した場合にしか生じないとして、これを否定する裁判例があった。これは、①を前提に、直接被害者が死亡していない場合には、その者と近親者との間の身分や地位の関係がそのままの形で存続する以上、近親者には何の損害も発生しないという論理を基礎とする¹²⁶⁾。また、1989年までの破毀院刑事部が直接被害者の近親者による付帯私訴の行使を否定していたのも、同様の理由に基づくもの

125) 裁判例の所在について、Cf. Martine Bourrié-Quenillet, Le préjudice moral des proches d'une victime blessée : Dérive litigieuse ou prix du désespoir, JCP, 1998, I, 186, pp.2205 et s. ; etc.

126) Cass. req., 22 déc. 1942, S., 1943, 1, 36 ; Gaz. Pal., 1943, 1, jur., 107 ; JCP, 1943, II, 2334, obs., R. Houin ; RTD civ., 1943, 36, chr., Henri et Léon Mazeaud ; D., 1945, jur., 99, note, François Givord (不法行為により重傷を負った者の父からの損害賠償請求の否定)。

下級審の裁判例として、CA. Amiens, 5 déc. 1933, DH., 1934, jur., 75 ; RTD civ., 1934, 400, chr., René Demogue (不法行為により重傷を負った者の母からの損害賠償請求の否定) ; CA. Paris, 4 fév. 1935, RTD civ., 1935, 824, chr., René Demogue (鉄道事故により腕を切断するなどの重傷を負った者の父からの損害賠償請求の否定) ; CA. Lyon, 15 janv. 1951, Gaz. Pal., 1951, 1, jur., 149 ; RTD civ., 1951, 245, chr., Henri et Léon Mazeaud (拷問を受けた者の

と解釈することができた¹²⁷⁾。ただし、これと同時に、近親者による損害賠償請求を否定するための理由として、①とは別の観点から、直接被害者と請求主体の家族的な一体性を背景に、前者の損害が賠償されることにより後者の損害も填補されるという点を指摘する裁判例もあった^{128, 129)}。

（前頁からつづき）

妻からの損害賠償請求の否定）；CA. Nancy, 26 mai 1952, D., 1952, jur., 677 ; RTD civ., 1953, 97, chr., Henri et Léon Mazeaud (犬に噛まれて負傷した者の父からの損害賠償請求の否定) ; etc.

127) 刑事部は、1989年まで、「刑事裁判所に付帯私訴を提起する権利は（中略）、犯罪によって直接的に生じさせられた損害を人的に被った者にしか帰属しない」として、近親者による付帯私訴の行使を否定していた（Cass. ass. plén., 12 janv. 1979, Bull. ass. plén., n°1 ; RTD civ., 1979, 141, chr., Georges Durry ; JCP, 1980, II, 19335, rapport, Ponsard et obs., Marie-Elisabeth Gartier ; Gaz. Pal., 1980, 1, jur., 294. 同旨の判決として、Cass. crim., 4 mai 1954, JCP, 1954, II, 8245, obs., Paul Esmain ; Gaz. Pal., 1954, 2, jur., 111 ; RTD civ., 1954, 656, chr., Henri et Léon Mazeaud (負傷した者の妻からの付帯私訴の行使) ; Cass. crim., 29 nov. 1966, Bull. crim., n°269 ; JCP, 1967, II, 14979, obs., P. C. ; RTD civ., 1967, 632, chr., Georges Durry (負傷した者の妻からの付帯私訴の行使) ; Cass. crim., 5 juill. 1967, Bull. crim., n°203 (負傷した者の妻および子からの付帯私訴の行使) ; Cass. crim., 6 mars 1969, Bull. crim., n°110 ; Gaz. Pal., 1969, 1, jur., 238 ; RTD civ., 1969, 779, chr., Georges Durry (負傷した者の夫からの付帯私訴の行使) ; Cass. crim., 14 nov. 1972, Bull. crim., n°336 (負傷した者の妻および子からの付帯私訴の行使) ; Cass. crim., 23 janv. 1975, Bull. crim., n°30 ; JCP, 1976, II, 18333, obs., Jacques-Henri Robert (負傷した者の妻および子からの付帯私訴の行使) ; Cass. crim., 24 janv. 1979, Bull. crim., n°34 ; D., 1979, IR., 247, obs., Danièle Huet-Weiller (負傷した者の親からの付帯私訴の行使) ; Cass. crim., 18 janv. 1982, Bull. crim., n°14 ; Gaz. Pal., 1982, 1, som., 147 ; D., 1983, IR., 73, obs., Gabriel Roujou de Boubée (負傷した者の夫からの付帯私訴の行使) ; Cass. crim., 11 avril 1983, D., 1983, IR, 400, obs., J.-M. R. (負傷した者の母からの付帯私訴の行使) ; etc. また、Cf. CA. Paris, 30 nov. 1957, Gaz. Pal., 1958, 1, jur., 258 (負傷した者の両親からの付帯私訴の行使) ; CA. Paris, 10 janv. 1974, D., 1974, jur., 286, note, Philippe Le Tourneau ; RTD civ., 1974, 600, chr., Georges Durry (負傷した者の両親からの付帯私訴の行使) ; etc. 更に、Cf. Cass. crim., 16 mars 1972, Bull. crim., n°109 ; D., 1972, jur., 394, note, Jean-Louis Costa ; Gaz. Pal., 1972, 2, jur., 564 ; etc.)。直接被害者が死亡した場合には近親者による付帯私訴の行使が認められていたことを踏まえ、上記の判例について手続ではなく実体レベルでこれを否定したものとして読むべきであるとすれば（Cf. Durry, supra, Chr. sous Cass. crim., 6 mars 1969, p.780 ; etc.）、この判例も①に親和性を持つ。

他方で、第2の潮流として、愛情損害の賠償への権利は、直接被害者に生じた身体の侵害が重大であるときなど例外的な場合にのみ認められるとする裁判例もあった¹³⁰⁾。これは、②を基礎として、直接被害者に死亡した場合と同じような身体的侵害が生じたときには、近親者と直接被害者との間の愛情的な関

128) Cass. req., 22 déc. 1942, *supra* note 126 には、その一端が垣間見られる。同判決は、「被害者がその負傷後も生存し、これについて補償を受け、その愛情を保持し続けるときは」、近親者による愛情損害の賠償は認められないと説示するが、「これについて補償を受け」という部分を強調すれば、子への賠償の付与により父の損害も存在しなくなるという理解へと至るからである (Cf. Houin, *supra* note 126, p.2)。また、Cf. Nancy, 26 mai 1952, *supra* note 126 ; TGI. Gaillac, 24 juin 1958, JCP, 1959, II, 11113, obs., E. C. ; RTD civ., 1959, 535, chr., Henri et Léon Mazeaud (交通事故により重傷を負った者の夫からの損害賠償請求の否定) ; TGI. Nice, 9 mars 1962, D., 1962, jur., 414, note, Max Le Roy (交通事故により重傷を負った者の両親からの損害賠償請求の否定) ; etc.

129) このような見方を採用した原審を破棄した判例として、Cass. 2^{ème} civ., 21 oct. 1960, Bull. civ., II, n°594 ; Gaz. Pal., 1960, 2, jur., 303 ; D., 1961, som., 18 ; RTD civ., 1961, 313, chr., André Tunc.

130) Cass. civ., 22 oct. 1946, JCP, 1946, II, 3365, obs., A. S. ; D., 1947, jur., 59 ; Gaz. Pal., 1947, 1, jur., 5 ; RTD civ., 1947, 51, chr., Henri et Léon Mazeaud (鉄道事故により重傷を負った者の親からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 15 fév. 1956, D., 1956, jur., 350 ; RTD civ., 1956, 521, chr., Henri et Léon Mazeaud (交通事故により重傷を負った者の父からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 fév. 1967, Bull. civ., II, n°77 ; RTD civ., 1967, 815, chr., Georges Durry (交通事故により負傷した者の両親からの損害賠償請求の否定) ; Cass. 2^{ème} civ., 28 oct. 1968, Bull. civ., II, n°256 ; RTD civ., 1969, 779, chr., Georges Durry (交通事故により重傷を負った者の妻からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 14 déc. 1972, D., 1973, IR., 26 ; Gaz. Pal., 1973, 2, jur., 587, note, H. M. ; RTD civ., 1974, 600, chr., Georges Durry (不法行為により頭蓋骨を骨折した者の両親からの損害賠償請求の否定) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 janv. 1973, Bull. civ., II, n°6 ; D., 1973, som., 64 ; RTD civ., 1973, 774, chr., Georges Durry (交通事故により重傷を負った者の妻からの損害賠償請求の否定) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Rouen, 1^{er} mars 1949, D., 1950, jur., 215, note, Georges Ripert ; RTD civ., 1950, 185, chr., Henri et Léon Mazeaud (交通事故により90パーセントの能力を喪失した者の夫からの損害賠償請求の肯定) ; TC. Nogent-sur-Seine, 29 juin 1956, Gaz. Pal., 1956, 2, jur., 233 ; RTD civ., 1957, 110, chr., Henri et Léon Mazeaud (交通事故により重傷を負った者の夫からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Paris, 26 sept. 1956, Gaz. Pal., 1956, 2, jur., 233 ; RTD civ., 1957, 110, chr., Henri et Léon Mazeaud (交通事故により重傷を負った者の妻からの損害賠償請求の肯定) ; TC. Neufchatel, 12 juin 1957, D., 1957, jur., 538 (鉄道事故に

係も害されるから、その場合に限って、一定の近親者による愛情損害の賠償を認めるという論理を基礎に据える。

もっとも、これらのほかに、第3の潮流として、明確な論理を示すことなく近親者による精神的損害の賠償を認める裁判例も存在した。例えば、請求主体に不安や悲しみが生じていることだけを理由にこれを肯定したり、民法典1240条の文言の一般性といった形式的な理由だけを付してこれを肯定したりする裁判例が、それである¹³¹⁾。これらの裁判例の立場は、必ずしも明確でないが、ある者が直接被害者に対して抱いていた愛情や感情の侵害だけを問題にする③に親和的である。

（前頁からつづき）

より数か月間の一時的全部不能と20パーセントの永続的一部不能となった者の夫からの損害賠償請求）；CA. Paris, 19 mars 1959, Gaz. Pal., 1959, 2, jur., 149 ; RTD civ., 1959, 730, chr., Henri et Léon Mazeaud（交通事故により重大な後遺障害を残すに至った生後間もなくの子の父からの損害賠償請求の肯定）；TGI. Rochefort-sur-Mer, 29 janv. 1960, Gaz. Pal., 1960, 1, jur., 200（交通事故により労働能力を75パーセント喪失した者の妻からの損害賠償請求の肯定）；TGI. Seine, 7 mars 1960, Gaz. Pal., 1960, 1, jur., 265（建物の崩壊により左足を切断した者の夫および子からの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 7 nov. 1962, Gaz. Pal., 1963, 1, jur., 147（交通事故により永続的的全部不能となった者の夫からの損害賠償請求の肯定）；CA. Grenoble, 7 janv. 1963, Gaz. Pal., 1963, 2, jur., 17（交通事故により重大な後遺障害を残すに至った者の両親からの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 2 avril 1965, Gaz. Pal., 1965, 1, jur., 394（交通事故により重傷を負った者の母からの損害賠償請求の肯定）；CA. Lyon, 26 mai 1966, Gaz. Pal., 1966, 2, jur., 258 ; D., 1967, som., 9 ; RTD civ., 1967, 155, chr., Georges Durry（交通事故により重傷を負った者のフィアンセからの損害賠償請求の肯定）；TGI. Seine, 23 mai 1967, D., 1968, jur., 354, note, Pierre Voirin ; RTD civ., 1968, 544, chr., Georges Durry（交通事故により重傷を負った者のコンキュバンからの損害賠償請求の否定）；TGI. Dieppe, 21 mars 1971, Gaz. Pal., 1973, 2, som., 241（不法行為により70パーセントの永続的一部不能となった者の両親からの損害賠償請求の肯定）；CA. Paris, 6 avril 1973, Gaz. Pal., 1973, 2, som., 241（不法行為により重傷を負った者の両親からの損害賠償請求の肯定）；CA. Rennes, 30 mai 1974, D., 1975, som., 104（交通事故により重傷を負った者の両親からの損害賠償請求の否定）；CA. Paris, 16 avril 1976, Gaz. Pal., 1977, 2, jur., 524, note, H. M.（不法行為により負傷した者の父からの損害賠償請求の否定）；CA. Aix, 13 juin 1977, RTD civ., 1978, 358, chr., Georges Durry（不法行為により85パーセントの永続的一部不能となった者の母からの損害賠償請求の否定）；etc.

このような状況の下、判例は、民法典 1240 条は、「その文言の一般性により、財産的損害だけでなく、精神的損害にも適用される。当該損害が、人的で、直接の、確実な損害であることを要し、かつ、それで十分である」とだけ判示し、直接被害者である父に生じた侵害が重大でないことを理由に子からの精神的損害の賠償請求を棄却した原審を破棄した¹³²⁾。ここでは、ある者が直接被害者に対して抱いていた愛情や感情の侵害があれば、その損害が直接かつ確実なものである限りにおいて、その者に対する愛情損害の賠償が認められることが含意されている¹³³⁾。従って、この判例は前記の第3の潮流に連なる。こうして、

131) CA. Caen, 13 fév. 1911, S., 1911, 2, 279 (鉄道事故により頭部を負傷し右足の2か所を骨折した者の両親からの損害賠償請求の肯定) ; CA. Colmar, 8 déc. 1934, S., 1935, 2, 172 ; RTD civ., 1935, 825, chr., René Demogue (鉄道事故により左手を失い右手に麻痺を残した者のフィアンセからの損害賠償請求の肯定) ; TC. Nantes 18 mars 1941, RTD civ., 1940-1941, 586, chr., Henri et Léon Mazeaud (不法行為により重傷を負った者の妻からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

132) Cass. 2^{ème} civ., 23 mai 1977, Bull. civ., II, n°139 ; D., 1977, IR, 441, obs., Christian Larroumet ; Gaz. Pal., 1977, 2, jur., 677 ; RTD civ., 1977, 768, chr., Georges Durry. また、先駆的な判例として、Cass. 2^{ème} civ., 8 déc. 1971, Bull. civ., II, n°339 ; D., 1972, som., 88 ; RTD civ., 1972, 595, chr., Georges Durry (交通事故により負傷した者の夫からの損害賠償請求の肯定)。

133) Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} mars 1978, Bull. civ., II, n°51 (交通事故により負傷した者の夫からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1981, Bull. civ., II, n°70 (交通事故により負傷した者の妻からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 12 nov. 1986, Bull. civ., II, n°164 ; Gaz. Pal., 1988, 1, som., 41, obs., François Chabas (交通事故により負傷した者の妻からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 oct. 1988, Gaz. Pal., 1989, 2, som., 371, note, François Chabas (交通事故により負傷した者の妻および子からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1989, Bull. civ., I, n°369 (医療ミスにより後遺障害を残した者の夫および子からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juill. 2010, RCA., oct. 2010, com., 241, note, Hubert Groutel (交通事故により重傷を負った者の妻、子、母からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 2^{ème} civ., 4 juill. 2013, Gaz. Pal., 2013, 3210, note, Anaïs Renelier ; RCA., nov. 2013, com., 333, note, Hubert Groutel ; JCP. 2014, 568, chr., Cyril Bloch (狩猟中の事故により失明した者の両親および姉妹からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2017, D., 2017, 2229, chr., Mireille Bacache ; D., 2017, 2231, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; JCP., 2017, 257, chr., Mireille Bacache ; Gaz. Pal., 2017, 1777, 1779 et 1781, note, Daphné Tapinos ; RCA., avril 2017, com., 95 (ジエチルスチルベストロールを処方された女性の夫および両親からの損害賠償

現在の実定法においては、直接被害者が負傷した場面における愛情損害が近親者個人の感情や愛情の次元で捉えられていると一応整理することができる¹³⁴⁾。

とはいえ、実定法が完全に③を採用していると言い切ることもできない。その理由は、以下の3点に求められる。

第1に、裁判例の中には、直接被害者との関係の距離に応じて各近親者における愛情損害の存否の判断に取扱いの差を設けるものがある¹³⁵⁾。このことは、直接被害者が負傷した場合における近親者の愛情損害の存否の判断において、両者の関係に由来する要素が考慮されていることを示唆する。

第2に、刑事部も、1989年以降、近親者による付帯私訴の行使を認めたが、無限定ではなく、そこでは、直接被害者に生じた身体の侵害が重大でその者と意思の連絡をすることができない場合に限って愛情損害の賠償が認められている¹³⁶⁾。この見方は、②を基礎とした第2の潮流の流れを汲むものである。

第3に、直接被害者が何らかの不法行為により重傷を負う前に請求主体が出

（前頁からつづき）

請求の肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 2017, D., 2017, 2228, chr., Stéphanie Porchy-Simon ; D., 2017, 2231, chr., Anne Guégan-Lécuyer ; Gaz. Pal., 2017, 2835, note, Stéphanie Gerry-Vernière ; D., 2018, 36 et 38, chr., Philippe Brun（その母が妊娠中にジェチルスチルベストロールを処方されていた者の父からの損害賠償請求の肯定）；etc. また、Cass. 2^{ème} civ., 4 juill. 1990, RTD civ., 1991, 121, chr., Patrice Jourdain も同旨。

134) HIVに感染した者の近親者からの補償または損害賠償請求では、近親者個人の感情に焦点を当てた評価が顕著な形で現れている。Cf. CA. Paris, 27 nov. 1992（4 arrêts）, Gaz. Pal., 1992, 2, jur., 730, note, J.-G. M.（妻、子、両親、兄弟姉妹、コンキュビーンからの損害賠償または補償の請求）；etc. ただし、これらの裁判例で賠償が認められた損害には、今日の用語法で言えば、並外れた非財産的損害と性質決定されるべきものも含まれている。また、配偶者などが感染を承知の上で自ら望んで感染者と避妊のない性関係を持ったときは、当該配偶者などからの損害賠償請求は否定される（Cf. Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2014, Bull. civ., I, n°11 ; RCA., avril 2014, com., 117, note, Sophie Hocquet-Berg ; Méd, et dr., 2014, 116, note, Paul Véron.）。

135) TGI. Paris, 6 juill. 1983, Gaz. Pal., 1983, 2, jur., 693, note, J.-G. M. ; D., 1984, jur., 10, note, Yves Chartier（交通事故により重大な後遺障害を残した者の両親からの損害賠償請求の肯定、兄弟姉妹からの損害賠償請求の否定）；etc.

生していなかった場合であっても、その者への愛情損害の賠償が認められている¹³⁷⁾。(1)②での分析によると、受胎された子はその利益が存するときはいつでも生まれたものとみなされるという法原則を媒介させれば、加害行為時に未だ生まれていなかった者にも愛情損害の存在を認めることはできるが、この場合には、愛情損害について一定の関係を背景とした愛情の保護を図る②を前提とすることが必要不可欠であった。また、加害行為により直接被害者が死亡した場面では、その時点で未だ生まれていなかった者に対して父の不存在それ自体に関わる損害などの新しい損害が発生していることを認め、これによって、その者による損害賠償請求を基礎付けることもできる。しかし、加害行為後も直接被害者が生存している場面では、こうした損害を観念することはできない。仮に健康な父を持つ権利や障害のない父により養育を受ける権利などの侵害を想定するとすれば、障害者の生の捉え方との関連で重大な問題を孕む¹³⁸⁾。

従って、直接被害者が生存している場面での愛情損害の賠償に関する実定法

136) Cass. crim., 9 fév. 1989, Bull. crim., n°63 ; D., 1989, jur., 614, note, Chantal Bruneau ; D., 1989, som., 389, obs., Jean Pradel ; Gaz. Pal., 1989, 1, jur., 392, note, Jean-Paul Doucet ; RTD civ., 1989, 563, chr., Patrice Jourdain. Aを被害者とする過失致傷罪の審理手続の中でAの妻X1およびその子X2とX3が加害者Yらに対して損害賠償の支払を求めた事案で、破毀院は、「刑事訴訟法典2条および3条の規定によれば、過失致傷の犯罪被害者の近親者は、自らが人的に被り、訴追の対象事実から直接的に生ずる損害の証明を尽すことができる」と述べるだけでなく、「X1は、自己およびX2とX3のために、夫および父が重傷を負い「身体および知能の面で著しく衰退した」光景が自己らに生じさせた精神的損害の賠償を請求したのであり、裁判官が、(中略)この請求を受け入れた」ことは正当であると判示している。後半の引用部分では、直接被害者に生じた侵害の重大性に焦点が当てられている。また、Cf. Cass. crim., 21 mars 1989, Bull. crim., n°137 ; Cass. crim., 23 mai 1991, Bull. crim., n°220 ; D., 1992, som., 95, obs., Jean Pradel ; etc.

137) TGI. Niort, 17 sept. 2012, Dr. fam., nov. 2012, alerte 56, obs., Marie Lamarche ; RTD civ., 2013, 345, chr., Jean Hauser (父が交通事故に遭い重傷を負った当時に懐胎されていたが未だ生まれていなかった子からの損害賠償請求の肯定) ; etc. なお、Cass. 2^{ème} civ., 14 déc. 2017, supra note 95以前のCass. 2^{ème} civ., 24 fév. 2005, supra note 89では、因果関係の不存在を理由に子からの損害賠償請求が否定されている。

138) 視点は異なるが、Cf. Lamarche, supra note 137, pp.2 et s.

は、個人としての感情を保護する③と愛情関係を保護する②のいずれをも基礎としながら、場面に応じてこれらを使い分けていると見るべきである。

② 直接被害者の一定の権利または利益が侵害されたときに家族のメンバーが損害賠償を請求する場合

直接被害者が生命や身体以外の権利または利益を侵害された場合における近親者からの愛情損害の賠償請求については、家族的な一体性を根拠にこれを肯定する見方を措くとすれば¹³⁹⁾、愛情損害を身分や地位の喪失に結び付ける①からは否定されるものの、一定の家族的な繋がりを背景にした愛情関係の侵害として捉える②からは、こうした関係とその侵害の有無に応じて、また、完全に個人の感情や愛情の侵害の問題として把握する③を基礎とすれば、請求主体における感情の阻害の有無に応じて、その肯否が決せられる。

裁判例では、③からより良く把握することができる説示を示すものが多い。例えば、農業相互扶助金庫による誤った父の死亡の告知を含む相続確認書の送付を原因とする子からの損害賠償請求¹⁴⁰⁾、作業療施設に寄宿していた精神障害者の子が不特定多数の者と性関係を持ち性に目覚めたことを理由とするその両親からの損害賠償請求¹⁴¹⁾、生まれたばかりの子が医療ミスにより生の機会を喪失したことを理由とするその両親と兄弟姉妹からの損害賠償請求¹⁴²⁾を肯定した裁判例などが、それである。これらの事例では、各行為によって直接被害者と請求主体との間の愛情関係が害されたと見ることはできず、②の観点

139) CA. Montpellier, 12 nov. 1855, D., 1856, 2, 141（子への名誉毀損を理由とする父からの損害賠償請求が、父母とその子の誠実な行動に結び付く名誉が「家族の共通財」を構成するとの理由で認容された）。反対の裁判例として、Cf. T de corr. Ruffeg, 30 oct. 1902, S., 1903, 2, 180（妻への名誉棄損罪を契機とした夫による付帯私訴の行使の否定）；etc.

140) TI. Chartres, 24 juill. 1980, JCP, 1983, II, 20108, obs., Claude Paulmier.

141) Cass. 2^{ème} civ, 24 janv. 1996, Bull. civ., II, n°16 ; JCP, 1996, IV, 620 ; Gaz. Pal., 1997, 2, jur., 630, note, J. Bonneau. 同判決には精神障害者の性という観点から見た場合にも興味深い説示が含まれている。

142) Cass. crim., 20 mars 1996, Bull. crim., n°119 ; RTD civ., 1996, 912, chr., Patrice Jourdain.

から愛情損害の存在を基礎付けることは困難である。また、ある者が障害を持つ子を出産したこととの関連で、その子およびその子を出産した者とそのパートナー以外の家族のメンバーが、出生前診断のミスや情報の不提供を理由に、医師などに対して損害賠償を請求する場面において^{143,144)}、これを肯定する裁判例¹⁴⁵⁾も、③を基礎に据えるものと評価することができる。こうした事例では、近親者が障害のない子との間で愛情関係を構築する事態を想定することはできないため、障害を持つ子が誕生したからといって、その子との愛情関係が侵害

143) 子とその両親からの損害賠償請求を肯定した判例 (Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, Bull. ass. plén., n°9 ; JCP, 2000, II, 10438, rapport, Pierre Sargos, concl., Jerry Sainte-Rose et note, François Chabas ; RCA, déc. 2000, com., 374 ; Méd. et dr., 2000, vol.45, 18, obs., P. B. ; D., 2001, 332, note, Denis Mazeaud ; D., 2001, 336, note, Patrice Jourdain ; JCP, 2001, I, 293, chr., Pierre Murat ; Gaz. Pal., 2001, 37, rapport, Pierre Sargos, concl., Jerry Sainte-Rose et note, Jean Guigue ; RTD civ., 2001, 103, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2001, 149, chr., Patrice Jourdain ; RTD civ., 2001, 226, chr., Rémy Libchaber ; RGDA, 2001, 119 ; Dr. fam., janv. 2001, com., 11, note, Pierre Murat ; Méd. et dr., 2001, vol.46, 1) に対抗する2002年3月4日の法律以降、何人もその誕生のみを理由とする損害を援用することはできなくなった。しかし、上記の規律が訴訟中の事案にも適用されるという内容の規定が存在したにもかかわらず、その後の判例により、その施行前に子が生まれている限り、同法の適用はなく、従前の判例法理が意味を持つとされている (CEDH., 6 oct. 2005, D., 2005, 2546, obs., Marie-Christine de Montecler ; RTD civ., 2005, 743, chr., Jean-Pierre Marguénaud ; RTD civ., 2005, 798, chr., Thierry Revet ; AJDA, 2005, 1924, obs., Marie-Christine de Montecler ; Dr. fam., nov. 2005, com., 258, note, Christophe Radé ; D., 2006, 1915, obs., Marie-Christine de Montecler ; JCP, 2006, I, 109, chr., Frédéric Sudre ; JCP, 2006, II, 10061, note, Alexandre Zollinger ; Méd. et dr., 2007, 4, chr., Christina Corgas-Bernard を受けた, Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006 (3 arrêts) , Bull. civ., I, n°29 à 31 ; D., 2006, 325, obs., Inès Gallmeister ; JCP, 2006, II, 10062, note, Adeline Gouttenoire et Stéphanie Porch-Simon ; Gaz. Pal., 2006, 475, avis, Jerry Sainte-Rose ; Gaz. Pal., 2006, 2046, note, Mireille Bacache ; RTD civ., 2006, 263, chr., Jean-Pierre Marguénaud ; RDC., 2006, 885, obs., Astrid Marais ; CCC., mai 2006, com., 76, note, Laurent Leveneur ; Dr. fam., avril 2006, com., 105, concl., Jerry Sainte-Rose et note, Bernard Beignier ; RCA, mars 2006, com., 94, note, Christophe Radé ; etc.)。従って、今日でも、同種の事案は発生しうる。

144) 子自身およびその子を出産した者とそのパートナーが損害賠償を請求する場面は、「家族に関わる保護」との関連で、Iの2で扱われる。

されたと見ることはできない。子自身と両親以外の者からの損害賠償請求を肯定するのであれば、これを否定する裁判例が指摘するように¹⁴⁶⁾、障害者とともに生活することへの消極的な評価が内在されてしまうことを覚悟した上で¹⁴⁷⁾、③の観点から近親者個人の感情の問題として捉えるしかない。なお、広い意味での家族という観点からは、死産した胎児が意向確認のないまま火葬に付されたことを理由とする、その両親となるはずであった者からの愛情損害の賠償請求を肯定した裁判例も¹⁴⁸⁾、愛情ある物の破壊を契機とする感情の侵害を問題にしたものとして捉えることができる。

他方で、②と③のいずれからも説明を付けることができる裁判例もある。例えば、無知および耗弱状態の濫用罪の被害者の姪からの損害賠償請求についてその愛情的断絶が当該犯罪の直接的な結果ではないとしてこれを棄却した事例¹⁴⁹⁾、不適法なアレテにより強制入院を強いられた者の両親からの損害賠償請求を肯定した事例¹⁵⁰⁾、誘拐および監禁された未成年の子の母からの損害賠

145) CA. Paris, 29 mars 2002, JCP, 2003, I, 126, chr., Christian Byk（姉からの損害賠償請求の肯定）；CAA. Paris, 24 juin 2003, AJDA, 2003, 2049, note, Stéphanie Hennette-Vauchez ; D., 2004, 983, note, Alain Sériaux ; JCP, 2004, II, 10041, note, Johanne Saison ; RCA., janv. 2004, com., 18, note, Christophe Guettier（兄姉からの損害賠償請求の肯定）；TGI. Reims, 19 juill. 2005, Dr. fam., déc. 2005, com., 283, note, Daniel Vigneau ; Méd. et dr., 2007, 4, chr., Christina Corgas-Bernard（兄からの損害賠償請求の肯定）；etc. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1995, Bull. civ., I, n°383 ; D., 1995, IR., 276（祖母からの損害賠償請求を認容した原審の維持）；Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2011, Bull. civ., I, n°216 ; D., 2012, 12, obs., Inès Gallmeister ; D., 2012, 323, note, Daniel Vigneau ; JCP, 2012, 72, concl., Pierre Chevalier et note, Pierre Sargos ; JCP, 2012, 530, chr., Philippe Stoffel-Munck ; RTD civ., 2012, 75, chr., Pascale Deumier（姉からの損害賠償請求を認容した原審の維持）。

146) TGI. Montpellier, 15 déc. 1989, JCP, 1990, II, 21556, note, Jean-Pierre Gridel ; Gaz. Pal., 1994, I, som., 211, note, Jean Guigue.

147) Cf. 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°659 et s., pp.367 et s.

148) CAA. Lyon, 18 nov. 2003, JCP, 2004, II, 10152, concl., Éric Kolbert.

149) Cass. crim., 4 sept. 2007, RCA., nov. 2007, com., 303.

150) Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2010, Bull. civ., I, n°141 ; RCA., oct. 2010, com., 246.

償請求を肯定した事例¹⁵¹⁾などは、②からは、当該加害行為により直接被害者と一定の近親者との間の関係が一定期間ではあるが断絶された（断絶されていない）ことにより、その愛情関係も侵害された（侵害されていない）ケースとして、③からは、当該加害行為により一定の近親者の感情が害された（害されていない）ケースとして、分析される¹⁵²⁾。

2. 家族に関わる保護

ある者が家族と関わりを持つ形で有している権利または利益を侵害された場合、その者は、どのような場合に、どのような根拠に基づき、どのような内容の損害賠償を請求することができるか。様々な事例が想定されうるが、家族のあり方という視点から民事責任法における「家族の保護」の問題を検討する本稿の問題関心からすれば、いくつかの典型的な場面を、ある者が自己以外の家族のメンバーとして捉えられる者または家族のメンバーであった者に対して一定の行為をしたことにより、自己が当該家族のメンバーや家族のメンバーで

151) Cass. crim., 4 avril 2018, RCA., juill. 2018, com., 185. また、Cf. Cass. crim., 19 juin 1985, Bull. crim., n°236.

152) TA. Amiens, 9 mars 2004, D., 2004, 925 ; D., 2004, 1051, note, Xavier Labbé ; RTD civ., 2004, 482, chr., Jean Hauser ; AJDA, 2004, 1546, note, Stéphanie Hennette-Vauchez ; D., 2005, 542, chr., Jean-Christophe Galloux ; JCP, 2005, II, 10003, note, Isabelle Corpart は、保存されていた凍結胚が損傷したことを理由とするその提供夫婦からの愛情損害の賠償請求について、凍結胚に法主体性がないこと、従って、提供夫婦は親しい人を失ったわけではないことを理由に、これを否定した（控訴審も同様の判断を示している。CAA. Douai, 6 déc. 2005, D., 2005, 180 ; RTD civ., 2006, 87, chr., Jean Hauser ; AJDA, 2006, concl., Robert Le Goff）。上記の説示は、②に親和的である。なお、胚の性質決定にもよるが（Cf. Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, Bull. civ., I, n°21 ; D., 1996, jur., 376, note, Frédérique Dreifuss-Netter ; JCP, 1996, II, 22666, note, Craire Neirinck ; RTD civ., 1996, 359, chr., Jean Hauser）、注（63）の裁判例を踏まえると、③からは愛情損害の賠償を肯定する余地もある。以上について、Cf. Laurent Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, préf. Catherine Thibierge, Bibliothèque de droit privé, t.468, LGDJ., Paris, 2006, n°221 et s., pp.153 et s. ; Jean-René Binet, *L'enfant conçu et le projet parental devant le juge administratif*, Dr. fam., mars 2006, étude 14.

あった者との関係で有していた何らかの権利、利益、感情などが害されるケース（(1)）、ある者が自己に対して一定の行為をしたことにより、自己が家族のメンバーとして捉えられる者との関係で有している、または、有することになるはずであった権利、利益、感情などが害されるケース（(2)）として位置付け、それぞれについて実定法の状況を整理していくことが有益である。これにより、一見すると無関係であるように見える各事例につき、保護の対象として想定されているものの中身という観点から統一的に把握することができ、Ⅱでの議論を見通しやすくすることができるからである。

（1）自己以外の者に対する行為による場合

① 現在の家族のメンバーに対する一定の行為を理由に損害賠償が請求される場合

ここでは、配偶者の一方が不貞行為をした場合に他方配偶者および子が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるかという問題に関わる実定法の状況を、どのような権利や利益の侵害が想定されているのかという観点から分析し、その後、この類型に属するいくつかの特徴的な事案を整理する。

裁判例は、2000年代に至るまで、特に理由を付すことなく、または、民法典1240条の一般性だけを理由に、他方配偶者および子による不貞行為の相手方に対する損害賠償請求を認めてきた¹⁵³⁾。もっとも、他方配偶者からの請求の場面で保護の対象として想定されているものは何かという視点から個々の判決文を丁寧に読むと¹⁵⁴⁾、そこには、配偶者が他方配偶者に対して持つ相互支

153) Cass. crim., 22 sept. 1837, S., 1838, 1, 331 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 avril 1979, Bull. civ., II, n°110 ; D., 1980, IR., 34, obs., Christian Larroumet ; RTD civ., 1980, 337, chr., Roger Nerson ; etc.

下級審の裁判例として、CR. Paris, 8 juin 1837, S., 1837, 2, 294 ; CA. Agen, 18 juill. 1902, D., 1903, 2, 344 ; T de corr. Toulouse, 6 nov. 1951, D., 1952, jur., 300 ; CA. Bordeaux, 14 juin 1960, D., 1961, jur., 135 ; JCP., 1961, II, 12010, obs., Loger de Lestang ; RTD civ., 1961, 312, chr., André Tunc ; CA. Paris, 15 nov. 1974, Gaz. Pal., 1975, 1, som., 99 ; CA. Toulouse, 10 juin 1985, Gaz. Pal., 1985, 2, jur., 724 ; etc.

配的な要素が害されたことを問題にするもの^{155,156)}、配偶者が他方配偶者に対して負う貞操義務の違反への加担があったことを強調するもの¹⁵⁷⁾、配偶者個人の人格などが侵害されていることを問うもの¹⁵⁸⁾という、3つの傾向が存在した。これら3つの傾向を「家族に関わる保護」の観点から定式化すれば、第1

(前頁からつづき)

不貞行為の相手方に対する損害賠償請求が認められることを前提とした判決として、Cass. req., 11 fév. 1863, S., 1863, 1, 267 (損害賠償と夫婦財産との関係) ; Cass. civ., 5 fév. 1873, D., 1873, 1, 209 ; S., 1873, 1, 289, note, Joseph-Émile Labbé (損害賠償と夫婦財産との関係) ; Cass. req., 1^{er} déc. 1873, D., 1874, 1, 345 ; S., 1874, 1, 61 (夫婦間での和解を理由とする相手方への損害賠償請求の否定。原審 (CA. Grenoble, 1^{er} juin 1870, D., 1872. 2. 163 ; S., 1872, 2, 104) も同旨である) ; Cass. crim., 17 oct. 1956, Gaz. Pal., 1956, 2, jur., 387 ; D., 1957, jur., 245, note, André Breton ; RTD civ., 1957, 125, chr., Henri et Léon Mazeaud ; RTD civ., 1957, 308, chr., Henri Desbois (訴追事実と付帯私訴の対象の相違) ; CA. Amiens, 25 avril 1939, S., 1940, 2, 44 (損害賠償と夫婦財産との関係) ; CA. Bordeaux, 13 mai 1997, RTD civ., 1997, 909, chr., Jean Hauser (夫への損害賠償請求と相手方への損害賠償請求との関係) ; etc.

154) 子からの請求の場面で保護対象として想定されているものを明示または暗示する裁判例はほとんど存在しない。

155) Cass. civ., 26 août 1857, D., 1857, 1, 345 ; S., 1958, 1, 101 (姦通罪の告訴の取下げ後わいせつ罪の刑事手続の中での名誉および家族に対する権利の侵害を理由とする夫からの損害賠償請求の肯定) ; Cass. req., 7 juin 1893, S., 1895, 1, 415 (相手方の行為により夫婦関係が危険に曝されたという原審の認定の維持) ; etc.

下級審の裁判例として、CA. Toulouse, 29 juin 1864, D., 1864, 2, 174 ; S., 1864, 2, 155 (家族の名を守る権利の存在の強調) ; CA. Grenoble, 16 mars 1970, Gaz. Pal., 1970, 2, jur., 6, note, A. T. ; RTD civ., 1971, 145, chr., Georges Durry (夫が夫婦の住居に戻ってくることへの期待権の侵害) ; TGI. Dunkerque, 25 juin 1980, Gaz. Pal., 1980, 2, som., 484 (妻を夫から引き離す行為の反社会性の強調) ; etc.

156) 子からの請求の場面で、本文の考え方が成り立つかどうかには疑問が残る。

157) CA. Toulouse, 29 juin 1864, supra note 155 (原審 (TC. Castel-Sarrazin, 8 avril 1864, D., 1864, 3, 46 ; S., 1864, 2, 82, note, Latailhède) も同旨である) ; CA. Paris, 25 mars 1955, D., 1955, jur., 444 ; RTD civ., 1955, 659, chr., Henri et Léon Mazeaud ; TGI. Seine, 6 fév. 1963, Gaz. Pal., 1963, 2, jur., 36 ; RTD civ., 1964, 114, chr., André Tunc ; CA. Paris, 9 nov. 1963, D., 1964, jur., 294 ; S., 1964, 324 ; TGI. Lille, 13 mars 1984, Gaz. Pal., 1990, 2, jur., 675, note, Xavier Labbé ; etc.

の傾向は身分や地位それ自体を、第2の傾向は身分や地位から生ずる権利義務関係を、第3の傾向は個人としての人格をそれぞれ保護しようとするものと言うことができる。そして、こうした保護対象の観点からの整理を子からの請求の場面に即して敷衍すると、第1の傾向では子としての身分や地位が、第2の傾向では子が父または母に対して持つ監護や教育への権利が¹⁵⁹⁾、第3の傾向では子の個人としての人格が問題とされていることになる。

第1の傾向によれば、夫婦関係または親子関係が存続している限り相互支配的な要素は存続するはずであるから、夫婦間の別居や離婚手続の開始は、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求を否定するための事情にはならない¹⁶⁰⁾。これに対して、第2の傾向によると、他方配偶者からの損害賠償請求については、別居や離婚手続中における夫婦間の貞操義務の捉え方によっては¹⁶¹⁾、これとは異なる帰結が導かれる可能性がある。近年の裁判例の中には¹⁶²⁾、フォートに基づく離婚や別居の請求との関連においては、不貞行為が絶対的な離婚原因ではなくなったこと、そのため、離婚や別居原因としてのフォートの評価が裁判官に委ねられていることを背景として、別居があったり離婚手続が開始されたりすると、夫婦が貞操義務を免れることはないとしても、その義

158) TGI. Chartres, 22 mars 1973, Gaz. Pal., 1973, 2, som., 241（妻の不貞行為による夫の名誉への侵害）；etc. また、Cf. CA. Besançon, 14 mars 1850, S., 1851, 2, 171 ; D., 1852, 2, 150（相手方の行為により不貞行為をした妻の評判が危険に曝され、これによって間接被害者としての夫に損害が生じたとする）。

159) Cf. Labbé, *supra* note 157, p.677.

160) CA. Toulouse, 29 juin 1864, *supra* note 155.

161) この点についての詳細は、続稿として予定している「フランス法における家族のメンバーに対する不法行為と責任」の中で扱われる。

162) Cf. Guy-Auguste Likillimba, *La fidélité en droit privé*, préf. Jacques Mestre, PUAM., Aix-en-Provence, 2003, n^{os}195 et s., pp.137 et s. ; Catherine Philippe, *Quel avenir pour la fidélité ?*, Dr. fam., mai 2003, chr., 16 ; Laetitia Antonini-Cochin, *Le paradoxe de la fidélité*, D., 2005, pp.23 et s. ; Éric Bazin, *La fidélité dans les couples*, Gaz. Pal., 2012, pp.169 et s. ; Sonia Ben Hadj Yahia, *La fidélité et le droit*, préf. Bernard Beignier, Bibliothèque de droit privé, t.551, LGDJ., Paris, 2013, n^{os}677 et s., pp.613 et s. ; etc.

務の強度は弱まるとして、たとえ不貞行為があったとしてもそれは離婚を正当化するほどのフォートを構成しないと判断するものが存在する¹⁶³⁾。また、更に進んで、他方配偶者による承諾がある場合には不貞行為は離婚原因にならないとする裁判例や¹⁶⁴⁾、当事者の合意があれば夫婦間の貞操義務は免除されるとする裁判例もある¹⁶⁵⁾。仮にこうした傾向を受け入れて一般化するなら

163) Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1994, Bull. civ., II, n°123 ; RTD civ., 1994, 571, chr., Jean Hauser (離婚手続が長期化すれば貞操義務も弱まるとして、和解不成立のオルドナンスから2年後に行われた夫の不貞行為について離婚原因としてのフォートと見ることなく妻の一方的有責離婚を認めた原審の維持) ; Cass. 2^{ème} civ., 22 mars 1995, RTD civ., 1995, 607, chr., Jean Hauser ; D., 1996, som., 64, obs., Édith Blary-Clémen (夫の不貞行為を原因とする別居から数年後に行われた妻の不貞行為について離婚原因としてのフォートと見ることなく夫の一方的有責離婚を認めた原審の維持) ; etc.

このような理解を示す下級審の裁判例は多い。Ex. CA. Paris, 30 juin 1978, Gaz. Pal., 1980, 1, jur., 231, note, J. M. ; RTC civ., 1980, 333, chr., Roger Nerson ; CA. Chambéry, 29 mai 1984, JCP, 1985, II, 20347, obs., R.L. ; CA. Paris, 10 oct. 1990, D., 1990, IR., 265 ; CA. Toulouse, 18 nov. 1991, RTD civ., 1993, 103, chr., Jean Hauser ; CA. Paris, 4 oct. 2000, Dr. fam., mars 2001, com., 28, note, Hervé Lécuyer ; CA. Bordeaux, 7 déc. 2004, Dr. fam., avril 2005, com., 77, note, Virginie Larribau-Terneyre ; CA. Douai, 27 sept. 2007, RTD civ., 2008, 280, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., fév. 2008, com., 27, note, Virginie Larribau-Terneyre ; CA. Montpellier, 18 nov. 2008, Gaz. Pal., 2009, 2105 ; CA. Douai, 14 mars 2013, Dr. fam., juin 2013, com., 83, note, Jean-René Binet ; CA. Aix-en-Provence, 11 déc. 2014, Dr. fam., mars 2015, com., 47, note, Anne-Claire Réglier ; CA. Rouen, 22 oct. 2015, Dr. fam., fév. 2016, com., 21, note, Anne-Claire Réglier ; etc.

ただし、破毀院の判例には、和解不成立のオルドナンスや離婚訴訟の提起は、夫婦に対して、婚姻から生ずる義務の違反から通常の法的効果を奪うような免責を与えるものではないと明示するものが多い。Cass. 2^{ème} civ., 17 juill. 1975, Bull. civ., II, n°226 ; Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1982, D., 1982, IR., 406 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 oct. 1993, JCP, 1994, II, 22260, note, Patricia Lemasson-Bernard ; Cass. 2^{ème} civ., 3 mai 1995, Bull. civ., II, n°130 ; RTD civ., 1995, 607, chr., Jean Hauser ; D., 1996, som., 63, obs., Édith Blary-Clémen ; Cass. 2^{ème} civ., 6 mars 1996, Bull. civ., II, n°60 ; Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 2000, Dr. fam., oct. 2000, com., 111, note, Hervé Lécuyer ; Cass. 2^{ème} civ., 7 mai 2003, RTD civ., 2003, 686, chr., Jean Hauser ; Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2006, Bull. civ., I, n°410 ; D., 2007, 616, chr., Guillaume Serra ; Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2009, D., 2009, 833, chr., Lina Williatte-Pellitteri ; Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2016, D., 2017, 1089, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; JCP, 2017, 186, chr., Marie Lamarche ; Dr. fam., janv. 2017, com., 1, note, Jean-René Binet ; etc.

ば¹⁶⁶⁾、ある者が、別居または離婚手続中の配偶者の一方、当該行為について他方からの承諾を得た配偶者の一方、他方との間で貞操義務を免れる旨の合意をした配偶者の一方と不貞行為をしたとしても、当該配偶者の貞操義務の違反に加担したとは評価されず、従って、損害賠償を基礎付けうるようなフォート
を犯したとは評価されないことになる。これとは対照的に、子からの損害賠償請求については、父または母は親権を持つ限り子への監護および教育の義務を負うため、上記のような諸事情がその肯否の判断に影響を及ぼすことはない。

次に、自由結合カップルの一方が第三者と関係を持ったときに他方がこの第三者に対して損害賠償を求めることができるかという点については、第1の傾向に従えば、自由結合カップルに身分や地位を付与することはもちろん¹⁶⁷⁾、

164) CA. Pau, 6 fév. 2006, Dr. fam., sept. 2006, com., 165, note, Virginie Larribau-Terneyre ; CA. Pau, 9 mai 2011, Dr. fam., nov. 2011, com., 165, note, Virginie Larribau-Terneyre ; etc. Contra. CA. Orléans, 17 oct. 2006, mai 2007, com., 109, note, Virginie Larribau-Terneyre.

165) TGI. Lille, 26 nov. 1999, D., 2000, jur., 254, note, Xavier Labbé. また、Cf. TGI. Quimper, 20 avril 2001, Dr. fam., sept. 2001, com., 78, note, Hervé Lécuyer ; etc. Contra. CA. Bordeaux, 7 nov. 2000, RTD civ., 2002, 78, chr., Jean Hauser ; CA. Aix-en-Provence, 30 mars 2004, Dr. fam., mai 2005, com., 107, note, Virginie Larribau-Terneyre.

166) 不貞関係を維持するためにされた恵与のコースは良俗に反しないとした判例（Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 1999, Bull. civ., I, n°43 ; D., 1999, jur., 267, rapport, Xavier Savatier et note, Jean-Pierre Langlade-O'sughrue ; D., 1999, som., 307, obs., Michel Grimaldi ; D., 1999, som., 377, obs., Jean-Jacques Lemouland ; JCP, 1999, II, 10083, note Marc Billiau et Grégoire Loiseau ; JCP, 1999, I, 160, chr., Hubert Bosse-Platière ; JCP, éd. N., 1999, 723 ; JCP, éd. N., 1999, 1430, note, François Sauvage ; RTD civ., 1999, 364 et 817, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 1999, 892, chr., Jean Pararin ; Gaz. Pal., 2000, 70, note, Stéphane Piedelièvre ; Gaz. Pal., 2000, 646, note, François Chabas ; etc. また、Christian Larroumet, La libéralité consentie par un concubin adultère, D., 1999, chr., pp.351 et s. ; Laurent Leveneur, Une Libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?, JCP, 1999, I, 152, pp.1333 et s.) や、不貞行為の暴露だけでは名誉毀損にならないとした判例（Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2015, D., 2016, 77 ; D., 2016, 279, chr., Emmanuel Dreyer ; D., 2016, 1344, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; JCP, 2016, 285, obs., Arnaud Latil ; JCP, 2016, 1724, chr., Adeline Gouttenoire et Marie Lamarche ; RTD civ., 2016, 81, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., mars 2016, com., 42, note, Jean-René Binet ; etc.）も、貞操義務の弱化を示している。

相互支配的な要素を認めることもできないという理由で否定的に理解される。また、第2の傾向に依拠する場合でも、自由結合カップルにおける性的自由の考え方を背景とすれば、コンキュビナージュの当事者に貞操義務を課することは許されないし、パクスでも、非財産的な義務を導入した2006年の改正に際して意図的に貞操義務が盛り込まれなかった点、同居から貞操を導くことはできない点などを踏まえれば、その当事者に貞操義務を強制することはできないから¹⁶⁸⁾、相手方による貞操義務への加担を観念し、その責任を問うことはできない。

このような状況の下、判例は、2000年代に入ってから、妻Xによる夫Aの不貞行為の相手方Yに対する損害賠償請求について、「控訴院は、Yがその関係以前にもその関係継続中にもXと出会っておらず、その態度によって醜聞を引き起こしたり、特にAの配偶者を害そうとしたりしたことは主張されていないこと、また、Yが駆け引きによりAをその配偶者から引き離そうとしたことも主張されていないことを明らかにした後、結婚している男と関係を維持するという行為だけでは妻に対する関係で責任を生じさせるフォートにはならないと判示することができた」と述べて、請求を認めなかった原審に対するXからの上告を棄却した^{169,170)}。上記の引用部分には、相手方が配偶者の貞操

167) Cf. Françoise Alt-Maes, *La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français*, RTD civ., 1983, pp.641 et s.

168) Cf. CA. Rennes, 5 mai 2015, RTD civ., 2015, 855, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., juill. 2015, com., 140, note, Jean-René Binet ; D., 2016, 1343, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau. ただし、契約における誠実義務を介して類似の義務の存在を認めた裁判例もある。TGI. Lille 5 juin 2002, D., 2003, 515, note, Xavier Labbé ; RTD civ., 2003, 270, chr., Jean Hauser ; Dr. fam., mai 2003, com., 57, note, Bernard Beignier.

169) Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2001, Bull. civ., II, n°136 ; D., 2001, 2363 ; RTD civ., 2001, 856, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 2001, 893, chr., Patrice Jourdain ; RCA., oct. 2001, com., 277 ; D., 2002, 1318, obs., Philippe Delebecque ; JCP., 2002, II, 10139, note, Dimitri Houtcieff. また、不貞行為があるというだけでは他方配偶者に対するフォートにはならないとした原審を維持したものとして、Cass. 2^{ème} civ., 4 mai 2000, JCP., 2000, II, 10356, note, Thierry Garé ; RTD civ., 2000, 810, chr., Jean Hauser.

義務違反に加担したとしても、通常の契約侵害の場合とは異なり¹⁷¹⁾その責任を問われないこと、相手方が他方配偶者を害そうとしていた場合、言い換えれば、他方配偶者の個人としての権利を侵害した場合でなければ、その責任は生じないことが含意されている。従って、この判例は、少なくとも第三者との関係では¹⁷²⁾、夫または妻としての地位や貞操要求権などが保護の対象にならないことを示しており、上記の第3の傾向に連なるものと評しうる。そして、この第3の傾向は、不貞行為という点に特段の意味を持たせるものではないから、自由結合カップルの場合にも、同様の考え方が妥当する。なお、夫婦の別居や離婚手続の開始が損害賠償請求の判断にどのような影響を与えるかという点に関しては、保護の対象として想定されている個人の権利の捉え方によって、その理解が異なりうる。これは、実定法の整理の枠を超える問いであるため、IIで扱われる。

上記以外の場面で家族のメンバーに対する一定の行為を理由に損害賠償が請求されるケースについても、身分や地位に着目した判断から個人を起点とした評価へと移行していく傾向が看取される。かつては、父権や夫権などの身分や地位に結び付く絶対的な権利の侵害を理由にこれを認容する裁判例¹⁷³⁾、請求主体と家族のメンバーとの一体的な把握を前提に後者の権利侵害から前者の権利への侵害を認定しこれを認容する裁判例があった¹⁷⁴⁾。これに対して、比較的近年においては、親子間や夫婦間などでの紛争に関わる「家族に対する責任」

170) 類似の判断を示した先駆的な裁判例として、TC. Seine, 17 juin 1913, RTD civ., 1913, 802, chr., René Demogue ; CA. Paris, 26 nov. 1965, D., 1966, som., 66. ; etc.

171) Jourdain, supra note 169, pp.894 et s. ; Delebecque, supra note 169, p.1319 ; Houtcieff, supra note 169, p.1626 は、契約侵害の場合と扱いを異にする理由はないとして、判例を批判する。

172) 当事者間では貞操義務の違反を理由とする損害賠償はなお問題となりうる。

173) CA. Nancy, 25 janv. 1873, D., 1873, 2, 11（未成年の子を父の暴力から守るために匿った者に対する父からの損害賠償請求の肯定）；CA. Aix, 7 juin 1882, S., 1883, 2, 218（妻に逃避行を実行させた者に対する夫からの損害賠償請求の肯定）；TC. Seine, 17 juill. 1901, D., 1902, 2, 109（オペラ歌手である妻をその同意を得て舞台に出演させた者に対する夫からの損害賠償請求の肯定）；etc.

の場面を除くと¹⁷⁵⁾、請求主体自身の人格に焦点を当てた請求が多く、裁判例でも、それに即した判断がされている¹⁷⁶⁾。親権の侵害または不尊重を理由とする損害賠償請求も肯定されているが¹⁷⁷⁾、親権が単純な権利から任務としての権利に移行した現状を踏まえれば、その請求は、親権＝家族のメンバーとの関係に基づく権利を基礎としつつ、子＝当該家族のメンバーの人的利益を擁護しようとするものと見ることができる。

((1) ②以下、次号)

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

(しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授)

174) TGI. Marseille, 13 juin 1975, D., 1975, jur., 643, note, Raymond Lindon (妻の前夫を暴露する記事を公表した者に対する夫からの損害賠償請求の肯定) ; etc.

175) この点については、続稿として予定している「フランス法における家族のメンバーに対する不法行為と責任」を参照。

176) CA. Dijon, 22 juill. 2003, RCA., déc. 2003, com., 312, note, Christophe Radé (義理の父による性的虐待を告発しなかった母に対する強姦を回避する機会の喪失を理由とした子からの損害賠償請求の肯定) ; etc. また、Cf. CE. ass., 31 oct. 1980, D., 1981, jur., 38, concl., Genevois ; RDP., 1981, 216, chr., Jacques Robert ; JCP., 1982, II, 19732, obs., Françoise Dekeuwer-Défossez (事前の相談なく妻に妊娠中絶手術を実施した病院に対する夫からの損害賠償請求の否定) ; etc.

177) Cass. 1^{re} civ., 27 fév. 2007, 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. 破毀院は、親権の不尊重を理由に、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を認容した。

明治期における流質禁止をめぐる議論

直 井 義 典

はじめに

一 旧民法典制定まで

(1) 土地

(2) 建物

(3) 動産

二 慣行調査

三 旧民法典

四 法典調査会での議論

五 衆議院での審議

結語

はじめに

流質禁止を定める民法349条は制定当初から批判の強い規定であり、民法典の起草者ですら旧民法典にあった規定をわざわざ削除して法典調査会に提案していたほどである。また、流質の禁止はローマ法から継続して認められてきたものとされるが、近時、フランスにおいても流質禁止規定は削除されている。このように、流質禁止を疑問視する見解が根強い。

他方で、従来より、江戸時代には土地について流質慣行が存したことが指摘されており、そうした土地の流質慣行が明治初期の太政官布告にどのように影響していったのかについての研究は存している。しかしながら、明治期に行われた慣行調査において流質についていかなる慣行があるとされたのか、旧民法典・現行民法典の制定過程を通じて流質を容認する慣行をめぐっていかなる議論がなされたのかについては、必ずしも十分には研究がなされていない。また、旧民法典では動産質に置かれた流質禁止規定を不動産質で準用し、現行法

では質権総則に流質禁止規定が置かれているにも拘らず、建物や動産の流質慣行についても十分な検討は行われず、土地の流質慣行の側面からのみ流質禁止は考えられてきている。

そこで本稿では、民法349条の制定に至る過程で流質慣行をめぐるどのような議論がなされたのかを明らかにする。その際、建物や動産についても流質の可否に関しては土地と同様の扱いを受けてきたのか、という点にも注目しておきたい。

以下、一では旧民法制定に至るまでの太政官布告・司法省指令の内容を紹介し、二で明治初期の慣行調査の結果を検討する。そして三で旧民法典の流質禁止規定に関するボアソナードの理由付けならびに解説書の内容を明らかにする。四では法典調査会、五では衆議院での流質禁止をめぐる議論を紹介し、流質を容認する理由・禁止する理由として挙げられていた要素を明らかにするとともに、議論の中心点と考えられる流質慣行の有無については議論がすれ違っていたことを明らかにしたい。

一 旧民法典制定まで

旧民法典制定までの太政官布告・司法省指令を土地・建物・動産に分けて検討する。このように分けて検討するのは、質入に関してこの時期に最も重要な役割を果たした地所質入書入規則が土地を対象とした布告であったこと、建物については江戸時代に家質という制度があったがこれは実質的には質入ではなく書入であるとの指摘がある¹⁾ことから分けて検討するのが適切であると考えられることによる。

(1) 土地

(a) 土地の質入について、最も注目すべきは明治6年1月17日の太政官布告第18号地所質入書入規則であることは言うまでもない。

地所質入書入規則の冒頭には「先般田地永代売買被差許候ニ付自今質入書入致シ候節ハ左ノ規則ノ通可相心得事」とあることから、この布告が出されたこ

とと明治5年2月15日太政官布告第50号によって田畑永代売買の禁が解除されたこととの関連は明らかである。すでに指摘されているように、寛政20年(1643年)に田畑永代売買禁止令が出されたことによって、従来の買戻し制度であった「本銭返」・「年季売」が質権の中に混入し、流地は土地の売買を可能とする脱法手段として機能することとなった²⁾。すなわち、流地は㊦本来の債務不履行の弁済手段としての機能のほかに㊩売買の機能を有することとなった³⁾。ところが、田畑永代売買の禁が解除されることによって、流地がこのうちの㊩の機能を担う必要がなくなったのである⁴⁾。そこで流地の機能としては㊦が残ることとなったが、以下に見るように、地所質入書入規則はこの㊦の機能をも流地から奪うこととなる⁵⁾。

地所質入書入規則の内容を検討する前に、この布告が出される以前の司法省

-
- 1) 『日本大百科全書10』(小学館・昭和61年)の「質」の項(石井良助執筆)には「なお、家質は質とは称するものの、家屋敷の抵当であって、質(占有質)ではない。」との説明が見られる(伊藤孝夫「明治初期担保法に関する一考察」法学論叢128巻4=5=6号(平成3年)339頁も同様。)

また、『日本国語大辞典 第2版』(小学館・平成13年)の「家質」の項は、「江戸時代、江戸、大坂などの町方で、地主の借金的手段として盛んに行なわれた家屋敷の抵当。古くは、大坂でも、江戸でも、家屋敷の売買証文を用い、しかも売り主が借家人(大坂)、または家守(江戸)をして、当該家屋敷を占有する形式で行なわれたが、大坂では享保5年(1720)以後、江戸では天保13年(1842)以後、家質証文を用いることになった。家質権者は、優先弁済を受ける権利を有する点で、家屋敷の書入(抵当)と異なる。いえじち。」と説明しており、幕末には大坂のみならず江戸においても家質は非占有質であったとする。

地所質入書入規則という書入および建物書入質規則という建物書入質、ことに後者が江戸時代の家質の後身であることを指摘する石井良助「家質の研究」同『近世取引法史』(創文社・昭和57年)104頁註50も参照。

- 2) 藤原明久「明治初期における土地担保法の形成」神戸法学雑誌24巻3号(昭和49年)204頁。
- 3) 近江幸治『担保制度の研究』(成文堂・平成元年)55頁。
- 4) 明治2年7月27日太政官布告第675号(府県奉職規則)4項の第1附則は「附農ハ田畑永代売ヲ停止スル旧制ニ法リ貧民ニテモ田畑ニ離レヌ様良制ヲ立又ハ漸次質地譲リ帰シ等ノ処分ヲ著ケ生産ニ基様熟慮スヘシ」と定めており、流質となった質地の返還を奨励する。すでにこの段階で㊦の機能に対しても消極的な位置づけがなされていたものと言えよう。

の考え方をしておくこととする。この点は、壬申（明治5年）11月26日磐前県伺に対する明治6年1月18日司法省指令で明らかとなる⁶⁾。この指令によれば、質地については、追って改正があるまでは以下の通り扱うものとされていた。まず、質地証文中に年季が明けても請け戻さない場合は流地とする旨の文言がある場合は、年季明けから2か月以内に訴え出れば請戻しを認める。証文に流地とする旨の文言がない場合は、年季明けから10年以内に訴え出れば請戻しを認める。そして、年季に限りがなく「金子有合次第」請け戻すべきとされる証文は、質入の日から10年経過すると流れとなる。年季は10年を限度とし、10年以上の質地は期限になって訴え出ても流地となる。以上の指令内容は、江戸時代の流地の扱いそのものである⁷⁾。

(b) それでは地所質入書入規則はいかなる内容を有するものなのだろうか。以下に質入ならびに流地と関係のある規定のみを掲げる。

1条 金穀ノ借主^{地主}ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主^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 金穀ノ借主地主ヨリ返済スヘキ証拠トシテ貸主^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し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^主ニ地所引当ノ証文ノミヲ

5) 近江・前掲55頁。

近江・前掲60頁は、これが、徳川時代の土地売買禁止令とその脱法効果にのみ着目した結果なのか、または、欧州諸法において流担保が禁止されていることに鑑み、流担保を認める必要なしと考えた結果なのかは明白ではない、とする。

6) 指令そのものは地所質入書入規則の翌日に出されているのではあるが、改正がなされるまでの処理法を指示したものとして、地所質入書入規則以前の見解に位置付けた。

7) 小早川欣吾「明治前期の担保法の基盤」同『続明治法制叢考』（山口書店・昭和19年）408頁・425頁以下。

江戸時代の流地の扱いについてごく簡単には、水林彪「日本近代と地方変革の比較法史的位置」同『国制と法の歴史理論』（創文社・平成22年）452-453頁。

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^{8,9)}

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為相勤事

14条 当今質入又ハ書入ニ致シ置年期中ノ分ハ総テ前文規則ニ照準シ当七月限り証文相改可申事

1条が地所質入の定義規定¹⁰⁾、2条・3条が地所書入の定義規定である。これによって、質入と書入の相違が明らかとなった¹¹⁾。地所の占有の有無を基準

8) 第5条は、「従前慣用ノ流地文言」証書には適用がないとされる（藤原・前掲226頁）。

9) 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。

10) なお、「質入の場合の債権者の収益を利息として公認している点は、1つの注目できる幕府法との認識上の相異である」（伊藤・前掲349頁）とされているが、収益と利息の関係については今後の研究課題としたい。

11) 明治8年3月27日太政官附録第17は、書入と質入の区別について「書入ノ地所現今ノ規則ニ照準候ヘハ質入ト異リ地主其地ヲ所有耕作シ地券モ則地主ニテ所持罷在候筈ニ有之」としており、地所質入書入規則による定義が太政官レベルでは定着したことが窺われる。これに対して、司法省日誌明治7年第88号（明治7年5月12日）同年4月20日の和歌山県伺に対する指令では改めて「質入ト書入ヲ一物ト看做ス可カラス」とされており、地方のレベルでは質入と書入の区分がなかなか定着していなかったものと思われる。

として質入と書入とが区分されている。

4条は地所質入の期間ならびに質入に際しては質権者に地券を引き渡すべき旨を定めた規定である。これらは流質の可否には直接には関わりがない。しかしながら、流質を認める慣行を維持したままで質入期間が短縮されたとすると、弁済の猶予期間が短縮されることとなるから債務者にとっては不利益に働く。特に、本条では質入期間は3年という極めて短い期間に限定されている。ただし書では書入の場合は年限の長短は本文の限りにあらずとされているから当事者の合意によって3年を超える年限とすることができるが、3年を超える年限の質入を利用することができなくなることによって融資を受ける可能性が狭まることは否定できない。

5条は流質が認められることを前提として¹²⁾、流質の際に取られるべき手続を定める。成案となる司法省案では「相談ノ上」で流地とされる¹³⁾が、大蔵省案では「質入又ハ書入ノ地所流地トナリ」とのみ規定しており、いかなる場合に流地が認められるものなのかは明確ではなかった。相談が整わない場合は、直ちに糶売に掛けられ、購入者に所有権が移転する。相談が整った場合の具体的な実行方法は定められていないが、地所を引き渡す旨地券に裏書して戸長の加判を受け、債権者は明治5年2月24日大蔵省達第25号地券渡方規則の第7条に従い地券の書換を申請することとなる。

8条は管轄違いの者または懸隔の土地を質にとった場合には、地所所在の町村に債権者の名代人を置くべきことを定める。直接には、地租・諸役の負担に差支えがないようにする¹⁴⁾ことを目的とするものであるが、近隣の土地を質にとった場合に比べて負担が重くなるわけであるから、遠隔地の土地を質にと

12) 藤原・前掲235頁は、地所質入書入規則の弁済期到来後の流地契約には幕府法の影響があることを指摘している。

13) 流質を行う旨の相談が弁済期到来後になされるべきものとされていることから、藤原・前掲225頁は、「債務者保護に比重が移っている」と評価する。

もっとも、質権設定当初から質権者を所有権者とした地域も広く存在したことについては、水林・前掲456頁。

14) 6条は、質入の場合は地租・諸役とも債権者の負担である旨を定める。

ることを抑制する効果を持つこととなる。流質との関係では、仮に流質となったとしても質権者が近隣の者であれば、相対的には受戻が容易であるわけであるから、債務者に有利な規定として位置付けることができよう。

5条と8条とを合わせて考えると、質権者として主として想定されていたのは近隣の者であり、そうした場合には糶売の結果として全くの他人に競落されるよりも、流質を認めつつ買戻し可能性を付与しておくの方が債務者にとっては有利であったとも考えられる。そうだとすれば、5条にいう相談がまとまる可能性も必ずしも低いものではなかったと想定される¹⁵⁾。

(c) 地所質入書入規則では当事者の相談による流地を広く認めていたが、その後の明治6年2月14日太政官布告第51号¹⁶⁾でこの方針が大きく転換されることとなる¹⁷⁾。この布告は司法省の見解を承認し、地所の売買が許された以上、質地は貸借上の事柄であるから、明治5年2月16日以降、すなわち地所の売買が認められて以降の質入証書による訴訟は糶売によるべきものとして流地を禁止する。他方で、同日以前に質入がなされた場合については従前通り流地となる¹⁸⁾。

この布告の特徴は、質入から売買の潜脱手段としての機能を完全に除去して

15) 田畑永代売買禁止の影響を差し引いて考えなければならないものの、江戸時代の方が土地の集積は妨げられている（水林・前掲451頁）。このことは、流地を通じた土地の集積には限界があること、すなわち、集積の対象となりうる土地が近隣の土地に限られること、ならびに、流地となった後も相当の割合で請戻しがなされていたことを示唆する。田畑売買の禁が解かれたことに伴う農村への金融資本の流入により明治期に土地集積が進んだとする小早川・前掲419頁以下も参照。

16) 「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済方可申付事」

17) ただし、司法省日誌明治7年第25号（明治7年2月3日）明治6年12月23日の新治裁判所伺に対する指令では、明治5年太政官布告50号により明治5年2月16日以降は流質ではなく糶売によるべきこととなったにも拘らず、各地の裁判所の中には従前の慣行により流地にするものがあるために明治6年太政官布告第51号を出したのだとされており、方針の転換は地所売買の禁が解かれた時点ですでになされていたこととなる。

18) 「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」と定められていることから、債務者の側で糶売を求めることはできないものと解される。

貸借の担保への純化を図っている¹⁹⁾ことにある。ここにおいて、従来は未分化であった売買と質入とが分離して扱われることとなるのである。

また、明治6年3月27日司法省布達第46号²⁰⁾は、「質地ヨリ起ル訴訟出訴期限及糶売ノ手續ヲ以テ裁判セシム」として、前掲の明治6年1月18日司法省指令を破毀する。ここでは、2か月・10年の猶予を与えることなく直ちに糶売によるべきこと、ただし両当事者の熟議による済方においてはこの限りでないことを定める。また、ただし書きは地所質入書入規則施行日である8月1日以降も当事者が合意する限りは流質を容認している。ただしここでの合意は、事前の流質特約ではなく、弁済期以後の合意でなければならない。

この大蔵省達と明治6年太政官布告第51号との関係について司法省は、明治5年2月15日の前後を問わず2か月・10年の猶予は与えない、明治6年8月以降に訴訟に及んだ時の処分であるとする²¹⁾。

(d) 質地糶売において被担保債権額と競落価格が一致することは多くはない。その場合の残額あるいは不足額の扱いについては、太政官布告が出されなかった。もっとも、書入については明治6年8月23日太政官布告第306号「動産不動産書入金穀貸借規則」があり、質地糶売手続においても、本布告2条で書入について定めると同様に、競落代金が被担保債権額を超えれば超過額を設定者に引渡し、不足すれば身代限とするとされた²²⁾。

身代限財産のうちに質入・書入された地所があるが債権者が掲示の期間内

19) 地所質入書入規則については、質入・書入は債権を担保する物権として把握されていなかったとの指摘があった（藤原・前掲259頁）。

20) 「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ニケ月右文言無之分ハ十年ノ内訴出候ハ、受戻申付来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ニケ月亦ハ十ヶ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」

21) 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月の栃木裁判所伺に対する指令。なお、栃木裁判所が「抑質地ノ糶売ハ右五十一条御布告ニテ創立セラレシ法ニ付」と、質地の糶売を創設規定と解していることが注目される。それ以前は専ら流地に依っていたことが伺われる。

に訴え出ない場合については、明治8年4月10日太政官布告第53号が、その地所の糶売代金のうちから、債権者が受け取るべき元金に糶売金配当日までの利息を加えたものを第1に取り分けて、官員2名が調印の上で戸長役場に預け置くものとする²³⁾。

(2) 建物

(a) 建物の質入についてはいかなる布告・指令が出されたのか。結論から言えば、建物の質入を対象とするものは布告・指令とも出されなかったようである。前述のように家質が非占有質であって建物の占有質がほとんど存しなかったと考えられることからすれば、建物の質入について特段の布告・指令が出されなかったのも自然のことである。

(b) そうは言っても、建物の質入が全く存在しなかったわけではなかろう²⁴⁾。その場合、地所質入書入規則が適用されたのだろうか。この点につき司法省は、地所質入書入規則は不動産についての規則であるとする²⁵⁾。これのみでは、地所のみが不動産にあたるから建物には適用がないと考えているのか、あるいは建物も不動産であって地所質入書入規則の適用対象であると考えているのかは明確ではない。結論としては、建物には適用がないものと解すべきと考えられる。その理由としては、第1に、書入や売買については後述するように建物を

22) 司法省日誌明治7年第105号（明治7年6月8日）同年1月13日広島県伺に対する指令、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月の栃木裁判所伺に対する指令。

司法省日誌明治7年第107号（明治7年6月10日）同年4月10日の堺県伺に対する指令も不足額を生じた場合に不足分は債権者の損失となるのかあるいは明治6年太政官布告第306条と同様の処理をするのかという伺いに対し、後者の処理を指示する。

23) ここにおいても、質権の実行方法は糶売とされている。これは、債権者と債務者の間での相談がつかないのだから地所質入書入規則を適用したに過ぎない。

24) 後掲の堺県の伺いが、家屋または動産を質入書入した場合に関する伺いであることも、こうした推定を裏付ける。

25) 司法省日誌明治7年第105号（明治7年6月8日）同年5月7日長崎裁判所伺に対する指令、司法省日誌明治7年第107号（明治7年6月10日）同年4月10日の堺県伺に対する指令。

対象とした規則（明治8年布告第148号）を制定しており地所と建物とを別途に規律する考えが見られること、第2に、堺県の伺いは家屋または動産を質入書入した場合にも地所質入書入規則に準じて取り扱うのかというものであり、これに対して司法省は地所質入書入規則は「地所質入書入而已ノ規則ニテ即不動産ニ付テノ規則ニ有之候事」と答えていることにある²⁶⁾。

(c) それでは、明治8年9月30日太政官布告148号「諸建物書入質並ニ売買譲渡規則」のうち「建物書入質規則」は適用されないか。同規則には建物の質入については定義も効力規定もなくもっぱら建物の書入に関して定める²⁷⁾。もっとも同規則の8条・9条・11条は従前の建物質入の効力について定める。

8条 此規則施行以前ニ契約シタル建物質入又ハ引当ノ借入金穀又ハ預リ金穀ニテ返済期限ノ定メナキ証文ヲ所持スル者ハ明治九年二月廿八日迄ニ金穀^註又ハ其相続人ニ掛合此規則ニ従ヒタル書入質ノ証文ニ改ム可シ若シ^註又ハ其相続人証文ヲ改メサル^註ハ明治九年四月三十日迄ニ建物ノ在ル地ヲ管轄スル裁判所ニ訴フ可シ

但シ明治九年四月三十日ヲ以テ訴人発途ノ期ト定メ其訴人ノ住所又ハ寄留ノ地所ト裁判所トノ距離毎八里ニ一日ノ猶予ヲ与フ

9条 此規則施行以前ニ契約シタル建物質入又ハ引当ノ金穀借用証文又ハ預リ証文ヲ所有スル者ハ返済満期ニ至ルト至ラサルトニ論ナク明治九年二月廿八日までニ金穀^註又ハ其相続人ニ掛合此規則ニ従ヒタル書入質ノ証文ニ改ムヘシ若シ^註又ハ其相続人証文ヲ改メサル^註ハ明治九年四月三十日迄ニ建物ノ在ル地ヲ管轄スル裁判所ニ訴フヘシ

26) もっとも、明治6年1月13日太政官布告第9号では不動産を「土地家屋等ノ搬運スヘカラサル物ヲ云フ」としているから、不動産とは地所のみを指すという考え方でもない。指令の表現が厳密さを欠いたものと言うべきだろう。不動産概念が安定していなかったことが伺われる。

27) 1条「金穀ノ借主又ハ預リ主ヨリ返済スヘキ証摺トシテ^註ニ対シ引当ト為ス所ノ建物ノ図面ト証文トニ戸長ノ公証ヲ受ケタル者ヲ^註ニ渡シ置キタルヲ建物ノ書入質ト云フ」

但書前同断

11 条 第八条及ヒ第九条ノ規則ニ背キ明治九年五月一日以後ニ至リ此規則施行以前ニ契約シタル建物質入又ハ引当ノ金穀^{書入}証文ヲ所有スル者ハ書入質ノ効ナキニ付書入質ナキ^{書入}証文ト看做スヘシ

この布告が施行される²⁸⁾以前に建物の質入が存することを前提としつつも、明治9年2月末までの5か月の間に質入証文を書入証文に改めなければ担保を失うことになるというのである。すなわち、以後は建物の質入は認めないということである。

なぜ同じ不動産でありながら土地の質入は認めながら建物の質入は認めないのかは明らかではない。

(3) 動産

(a) 動産質については、明治5年司法省布達第41号10条が「動産不動産ヲ債主ニ質入シタル者ハ取上裁判可致事……」として裁判上有効であることが言及されているにすぎず、他はすべて一般の慣習に委ねたらしいとされる²⁹⁾。

なお、司法省は、動産質に地所質入書入規則は適用されないことを明言している³⁰⁾。

また、明治6年太政官布告第51号では地所につき明治5年2月15日以前取引の質地で年季が明けても請け戻されないものについては流地とされているが、動産質入の場合は明治5年2月15日の前後を問わず流質となるとする指令が見られる³¹⁾。

(b) 質屋の扱う動産質については、明治17年3月25日太政官布告第9号質屋取締条例が定める。同条例の8条・9条³²⁾が流質がなされることを前提とした

28) 施行日は明治8年12月1日である。

29) 石井良助編『日本法制史』（青林書院・昭和29年）360頁。

30) 司法省日誌明治7年第105号（明治7年6月8日）同年5月7日長崎裁判所伺に対する指令、司法省日誌明治7年第107号（明治7年6月10日）同年4月10日の堺県伺に対する指令。

規定であるが、流質の可否について直接に定めるものではない。

二 慣行調査

(1) 慣行では流質は認められていたのか。後述するように、この点は法典調査会・衆議院のいずれにおいても事実認定のレベルで大いに争われている。

そこで、明治10年刊行の『民事慣例類集』³³⁾と明治13年刊行の『全国民事慣例類集』³⁴⁾とによって³⁵⁾、幕末から明治初期の慣行³⁶⁾がいかなるものであったのか、その一端を明らかにする。

慣行調査の内容について触れる前に、注意をしておかなければならないこと

31) 司法省日誌明治7年第105号（明治7年6月8日）同年1月13日広島県伺に対する指令。広島県は地所と同様になるのかと問うていることから、明治5年2月15日以前は流質、以後は糶売と考えて伺いを立てたようであるが、司法省は時期を問わないとする。

32) 8条「流質物ヲ売払ハントスルトキハ五日以前ニ其物品目録ヲ所轄警察署ニ差出スヘシ」

9条「流質物ヲ売払ヒタルトキハ警察官ニ於テ其物品、代価及買主ヲ調査スルニ差支ナキ様流質物売払帳ニ記載スヘシ」

7条・10条・11条が盗品関係の規定であることからすると、両条は主として盗品の追及を可能とすべく置かれた規定であって、質入主による買戻しを可能とするといった流質そのものを制約する目的を有する規定であるとは解されない。質屋の行う動産質については、流質を何らの制約なしに認めていたものと言うべきである。ただし、現行質屋営業法19条1項（「①質屋は、流質期限を経過した時において、その質物の所有権を取得する。但し、質屋は、当該流質物を処分するまでは、質置主が元金及び流質期限までの利子並びに流質期限経過の時に質契約を更新したとすれば支払うことを要する利子に相当する金額を支払ったときは、これを返還するように努めるものとする。」）のような所有権の所在に関する実体規定はなかった（取締条例である以上、実体規定がないのは当然というべきなのだろう）（他方で、質屋営業法19条1項ただし書きにあたる規定もなかった点でも、流質に対する制約はないものと言える）。

これは質屋以外の動産質の場合であっても流質が認められていたためであるのか、それとも質屋の特則であるのかは検討を要する（後者であれば実体規定が置かれるであろうから、前者なのだろう）。

33) 以下、「10年版」という。本稿では、手塚豊＝利光三津夫編著『民事慣例類集』（慶應通信・昭和44年）のページで引用する

34) 以下、「13年版」という。本稿では、平成元年の商事法務研究会による復刻版の頁で引用する。

がある。それは、「質入」という用語の問題である。現代の質権に該当する用語が「質入」であることは確かである。しかし、13年版においても注意がなされている³⁷⁾ように、慣行調査のなされた当時、書入も質入と唱え区別がなされないのが通例であった。したがって、質入に関する慣行とされていても、現在の抵当権に関する慣行である可能性は否定できないのである³⁸⁾。前後の文脈で判断できるものに関しては抵当権に関する慣行は除外したが、それにも限界があることから、慣行についてはおおよそのものとして取り扱わざるを得ない³⁹⁾。

(2) 不動産については、質入は用いられないとする慣行もある⁴⁰⁾が、質権が設定される場合には流質が認められるとする慣行がほとんどである⁴¹⁾。また、家屋敷地と田畑のいずれかについてのみ流質慣行を明記するものもある⁴²⁾。流質の時期は、弁済期経過後ただちにするもの⁴³⁾もあるが、10年の猶予を与え

35) これらはいずれも司法省による地方慣例調査に基づいて編纂されたものであって、13年版は10年版に採録できなかった慣行を追加し、道ごとに分類したものと位置付けることができる(13年版は生田精の単独編集によるものであって、生田の私的色彩が強いことについては、手塚=利光・前掲76頁)。そのため、重複掲載されている慣行も多い。もともと、10年版と13年版とでは章立てに異同がある。前者では「不動産書入質入」と「動産質入」の2つの款に分けて記載されていた。これに対して、後者では「不動産書入質入」の款のみが残され、動産質入についてはこの款の中に織り込まれている。

36) 手塚=利光・前掲62頁は、これらの調査が対象とした時代につき「〔生田〕精が認識せる慣習なるものは、江戸時代以前の古例旧慣であって、維新以降に生じた慣習は、彼にとっては殆ど問題外であつた」としている。

37) 13年版586頁。不動産を抵当として金銭を借用した場合は質地流ということはないとする慣行(伊勢国安濃津郡(13年版588頁))、質入とは書入のことであり年季売が質入にあたるとする慣行(肥前国彼杵郡(13年版615頁))などは、慣行上は質入・書入が区別されていない実例を示すものと言えよう。

38) 伊藤・前掲341頁註8も質入・書入概念の区別が徹底されていなかったことを指摘する。

39) このような限界はあるものの、10年版のもとなる地方調査を行ったのは司法省の官僚たちであり(詳細については、手塚=利光・前掲13-21頁)、13年版のもとなる地方調査は编者である生田自身が行っている。そのため、ある程度の用語の整理はなされているものと思われるが、旧幕時代の町役人・村役人の類からの聞き取り調査によって慣行の収集がなされたものであるから、用語の厳密さには限界があると言わざるを得ない。

てから流地とするというもの⁴⁴⁾も見られる。これに対してわずかに1例であるが、田畑山林の質入においては流地とすることは少なく入札払いとする。入札払いが選択されるのは、地価の方が被担保債権額よりも高額になることを見越してのことである、といった慣行が報告されている^{45,46)}。ところがこの慣行では「土地ハ債主へ渡サス自作スル」とあることから、果たして質権にあたるのかは大いに疑問がある。

(3) 動産については、ごく一部に営業質屋以外の者による質物の扱いを許さな

40) 伊勢国安濃津郡（13年版588頁）・三河国額田郡（13年版590頁）・越前国敦賀郡（13年版602頁）・豊前国大分郡（13年版615頁）。地所に限定して質入がないとしたものとして豊前国宇佐郡（13年版615頁）。耕地に限定して質入がないとしたものとして三河国渥美郡（13年版590頁）、町地に限定して質入がないとしたものとして日向国臼杵郡（13年版618頁）・磐城国白河郡（13年版599頁。なお、同所には「町地質入ニ流地ト云フナシ」との表現も見られるが、この慣行のすぐ後に記載されている岩代国会津郡の慣行では「町屋敷書入抵当」との表記の下では同様の慣行が紹介されていることから、白河郡においても町地の質入はなく、用語の混乱があるものと判断した。）。町屋敷は書入のみであり質入はなく、田畑山林は質入のみであり書入がないとするものとして若狭国遠敷郡（13年版601頁）。

地所は質入のみならず書入も禁じられているとするものとして越中国射水郡（13年版602頁）。

41) 明記するものとして、信濃国埴科郡（10年版261頁）・信濃国水内郡（10年版261頁）・羽後国秋田郡（10年版264頁）・飾磨国飾東郡（13年版607-608頁）・飾磨国佐用郡（13年版608頁）・陸前国遠田郡（13年版600頁）。

このほか、甲斐国山梨郡は田畑・山林につき年季を過ぎた場合の受戻の約があるとし（10年版260頁）、信濃国小県郡旧記では流地の取戻の訴えを受理せず（10年版261頁）、羽前国置賜郡では利足（利息）を差し入れるときは流地としない（10年版262頁）、肥後国飽田郡では返済が滞った場合に地所を引き取っても一言の申訳もない旨の借主からの証文を取る（10年版263頁）、阿波国三好郡では何年たっても元金を償却するときは請返権がある（10年版265頁）といった、慣行が報告されている。これらはいずれも流質を前提とするものと評価することができる。

42) 田畑は流地とするものとして、飛騨国大野郡（13年版595頁）。家屋敷地は流地とするものとして伊予国温泉郡（13年版613頁）。

43) 遠江国佐野郡（13年版591頁）・伊豆国田方郡（13年版593頁）・讃岐国香川郡（13年版612頁）

いという慣行⁴⁷⁾があるが、それ以外はすべての慣行で流質が認められている⁴⁸⁾。流質を否定する慣行はない。確かに、「流質ト云事ナシ」という報告はある⁴⁹⁾が、被担保債権の弁済期がないために、元金・利息を弁済すればいつでも請け返し可能であることを理由に流質がないとしているにすぎない。質権者が質物を他に任意売却することが否定されるにすぎない⁵⁰⁾。

44) 相模国鎌倉郡（13年版593頁）。もっとも、10年を経過した時点で請戻ができなくなるという効果を伴うことが明記されている。また、豊前国下毛郡（13年版615頁）では下部・上部（店前の戸を半分ずつ閉じさせ懲戒して償還の心を急ならしめること、と説明されている）の上で流質とすると記載されている。

しかしながら、弁済期経過後ただちに流質とする地域においてその後の請戻が否定されるわけではない（例えば、信濃国水内郡（10年版261頁）では流地の後10年間は請戻権を有するとされる）ことを考え合わせると、流質の時期について異なる慣行があるとの評価を下すには慎重でなければならない。

45) 周防国吉敷郡（10年版264頁）。

46) このほか、田畑は永代売を許さないので10年の質地とするが、請戻権を重んじて容易には流地せず改めて10年の質地とする慣行も見られる（遠江国敷知郡（13年版591頁））が、長期にわたる請戻権行使を保障する趣旨で質権者への所有権移転を否定するものであって、流質そのものを否定するものではない。

47) 越中国婦負郡（10年版266頁）。

48) 明記するものとして、越中国射水郡（10年版266頁。質権者は質物を自己所有とすることも他に売却することも可能としており、現在の質流れと同様の効果が認められている。）・周防国玖珂郡（13年版610頁）。

このほか、甲斐国八代郡には期日に受け戻さない質物を「流物」と呼ぶ慣行があり（10年版265頁）、陸前国宮城郡の慣行にも「流し期限」という表現が見られる（10年版265-266頁）。

49) 越後国頸城郡（10年版266頁）。筑後国生葉郡でも、物品が金子（金主のことだろうか？）の下にある限り、請戻可能とする。

50) 出雲国能義郡では、弁済期を過ぎれば持主に掛け合いの上で受け戻さなければ質権者は質物を勝手に売りさばくものとされる（10年版266頁）。このように質権者に他への任意売却権原が認められるのが、通常の流質形態であると考えられる。しかしながら、質権の実行方法として流質を位置付けた場合、弁済期経過後ほどなくして競売をするのでなければすべて流質であると区分することも認められよう。質物の処分権原の所在と流質概念とは必ずしも一致させなければならないものではない。

三 旧民法典

(1) 旧民法典は債権担保編 113 条 1 項で動産質について流質契約を禁止し、同 130 条がこれを不動産質について準用している。それぞれ以下のような規定である。

旧民法債権担保編 113 条「① 総テ動産質契約ノ約款又ハ債務満期前ノ合意ニシテ債権者ニ其債権ノ全部又ハ一分ニ付キ弁済ノ為メ裁判上ノ評価ナクシテ流質ヲ許スモノハ当然無効タリ

② 本条ノ禁止ヲ犯ス為メ債務者カ債権者ニ為シタル受戻約款附ノ売買其他ノ合意ハ之ヲ無効ト宣告スルコトヲ得

③ 本条ニ定メタル無効ハ質取債権者ヨリ之ヲ援用スルコトヲ得スシテ債務者又ハ其承継人ノミ之ヲ援用スルコトヲ得」

旧民法債権担保編 130 条「第 106 条、第 109 条、第 110 条及ヒ第 113 条乃至第 115 条ハ不動産質ニモ之ヲ適用ス」

113 条はボアソナード草案 1118 条をそのまま引き継いだものであり、1 項の参照条文としてフランス民法 2078 条 2 項が挙げられている。

(2) ボアソナードによれば、本条の起草理由は次のように説明される。

仮に流質禁止規定がなければ、債権者は質権設定時に常に流質を課すこととなる。債務者は弁済可能と誤信して流質に合意するであろう。また、流質契約はローマ以来禁じられている。しかしながら、日本においては慣習でこうした有害な規定（*cette funeste stipulation*）が黙認され実務でも認められていることから、草案に禁止規定を置かねばならないと考えた⁵¹⁾。弁済期が近づくと債務者は猶予を得るために流質に合意するから、弁済期到来前の流質契約も禁止される。これに対して、弁済期到来後は代物弁済をなしうるから流質は禁止されない⁵²⁾。

なお、この新版と初版（1889 年）との違いは、新版では有害な規定が「最

近まで (jusqu'à ces derniers temps)」黙認されているという部分が付加されているだけである。ここからは、悪習が廃されないことに対するボアソナードのいらだちを感じることもできよう。ボアソナードは、流質慣行という悪習を廃することを民法典の重要な使命と考えていたのである。

(3) 旧民法典の解説書も流質を禁止する理由として、④質物の価格が被担保債権額を超過するから債務者を害するにも拘らず債務者が必要に迫られて流質を許諾するのが常であること⁵³⁾、⑤わが国古来の悪慣習を取り除くためには、この規定は欠くことができないこと⁵⁴⁾、⑥弁済期以前の流質契約も禁止したのは、債務者は債務の満期に近接するときは弁済期限を延ばそうとして流質合意をして債権者の犠牲となること⁵⁵⁾、というボアソナードと同様の理由を挙げる。このほかに、⑦流質契約は利息制限の下では許すべきものではないとの理由付け

51) 成文法がない場合の慣習・衡平法の効力について、ボアソナードは以下のように考えていた(『ボアソナード答問録』(法政大学出版局・昭和53年22頁以下))。

成文法が存しない場合、一地方の慣習あるいは単なる局地的な慣習であっても、これを尊重しなければならない。ある事柄について、はっきりした慣習が存在していないことが確実になった場合には、衡平法・自然法が適用されるべきである。もっとも、裁判官が慣習の存在を認めながらもその慣習が衡平法に反すると思料する場合、原則として、衡平法が悪しき慣習に優位すべきである。しかし、裁判官が衡平に反するものと認める慣習が、契約に関するものである場合には、裁判官は慣習を尊重するべきである。それは、そうした慣習も契約当事者の予測・計算のうちに入っていたことによる。契約の条項や条件がすでに慣習の不正を考慮に入れたものであり、不正がすでに埋め合わされていることもある。これを裁判官がさらに修正することは、当事者の意思に反することとなる。とはいえ、裁判官は悪しき慣習を無効とすべきではないというのではない。無効とするのであれば、裁判官は、あらかじめ、当事者が特定の条項によって不正を埋め合わせているのではないことを確認しなければならないのである。

流質規定は契約に関するものであるから、ボアソナードによれば、流質規定は悪しき慣習であるが、裁判官としては不正さの埋め合わせの有無を事前に判断し、埋め合わせがなされていないと判断してはじめて無効とされることとなる。このように個々の案件において裁判官が流質規定の有効無効を判断するというのは、後に富井が依拠した考え方でもある。しかしボアソナードはこうした手法では流質規定の不正さは十分に排除できないと考え、流質慣行のあるわが国でこそ明文の流質禁止規定を置くことの重要性を強調するのである。

も出される⁵⁶⁾。

これに加えて解説書の著者の1人である井上は、旧民法典の流質禁止規定と動産質に関する従来の慣行との関係を次のように述べる⁵⁷⁾。旧民法典では質物の価格が被担保債権額に満たない場合に債権者は不足分の弁済を求めることができるのに対して、慣習における質契約ではそうではなく債権者は不足分の弁済を求めることができなくなる。動産質が営業として行われているとの指摘もあることからすると、質権者にとって有利な点を指摘することで営業者の理解を得ようとしたものとも考えられる。

ところが井上は、慣習を打破してしまうのは当を得たものと言えるのかという問題を立てる⁵⁸⁾。ここでは井上は、下層社会の金銭融通の手段である、競売等の手続が煩瑣すぎて営業を行う者がいなくなる、流質が有利であると考えるときは債務者も援用できるのでから流質が債務者にとってのみ損失であるとは言えない、質物価格が被担保債権額を超えるならば債務者は質物を売却してそ

52) G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, nouvelle édition, 1891, n°244.

53) 宮城浩蔵『民法正義 債権担保編第1巻』（新法註釈会・明治23年）563頁、鶴丈一郎ほか『民法疏義 担保編』（岡島宝文館・明治24年）329頁。また、井上操『民法詳解 債権担保編之部 上巻』（岡島宝文館・明治25年）619-620頁は、流質契約は債務者の窮乏に乗じて不当の利益を貪ろうとする「最モ悪ムヘキノ目的」から出たものであると、強い調子で流質契約を攻撃する。

なお、宮城・前掲563頁は、今日の動産質にはほとんど流質契約が含まれているとし、井上・前掲620頁も、流質を許せば、被担保債権額よりも質物の価格の方が高いのであるから、必ず流質を契約しておくこととなる、債務者は後日の損失を顧みることなく、または、期限になって弁済することができるだろうと考えて債権者の要求に応じることとなるが、動産質で金銭を借り入れるような者は期限になっても弁済できないことになりかねない、とする。

54) 宮城・前掲564頁。

55) 宮城・前掲565頁、鶴ほか・前掲329頁、井上・前掲622頁。

56) 井上・前掲621頁。

後述するように、富井は法典調査会でこうした理由付けを挙げており、いかなる関連があるのか興味深いところである。

57) 井上・前掲631-632頁。

58) 井上・前掲632-637頁。

の代金で被担保債権を弁済すれば足りるのだから流質が債務者にとって損失を生じさせることを知りながら受け戻さないということは稀であるといった流質存置派の理由付けをもっぱら紹介している。もっとも、井上の見解は明らかではない。旧民法典に流質を禁じる明文規定が置かれてしまった以上は法律解釈として流質存置を主張することはできないが、慣行との関係では流質存置派の理由付けのみを紹介して慣行を廃することの不当性を主張させることで、せめてもの抵抗をしたということだろうか。

四 法典調査会での議論⁵⁹⁾

(1) 法典調査会において質権について説明をしたのは富井政章である。

富井は第44回法典調査会（明治27年11月9日）においてなされた質権の審議の冒頭で、旧民法とは異なり質権総則を設けた理由を説明する。富井によれば、動産質・不動産質は「其性質タルヤ全ク同一デ孰レモ質権ノ一種類ニ過ギナイ」⁶⁰⁾とされる。後に見るように流質禁止ももっぱら質権総則において議論されることとなり、起草者は、質権の目的の如何によって流質の可否を変えろという視点を有していない。

次いで富井は質権総則に関する説明に移り、旧民法典の条文の中で削除したものに言及する。流質の禁止はこの中に含まれる。前述のように旧民法債権担保編113条が動産質について流質を禁じ、同130条がこれを不動産質に準用していたわけであるが、起草委員の原案ではこれらは削除されていた、すなわち、流質を禁止する規定は置かないこととされたのである。その説明にあたり富井は、「是レハ少シ大切ナコトガアリマスカラ特ニ御聴キヲ願ヒタイノデアリマス」⁶¹⁾としており、起草委員が流質禁止規定の削除を重要な決定をしたものと

59) 流質禁止をめぐる法典調査会における議論については、上河内千香子「民法349条の強行法規性」『現代法と法システム』（村田彰先生還暦記念論文集）（酒井書店・平成26年）245頁以下。

60) 『法典調査会民法議事速記録二』（商事法務・昭和59年）（以下、「速記録二」という）579頁。

して位置付けていたことが伺われる。富井は、旧民法債権担保編「百十三条ノ規定ハ性質ノ契約ヲ禁ジタモノ」⁶²⁾とするが、性質の契約が何を意味するのかは明らかではない。この点は、流質の禁止は質権一般に認められるべき性質であるから、それを契約によって変更することは許されないという意味であると考えられる。流質禁止規定を削除することによって、こうした質権一般に認められていた性質が変更されることになるからこそ、「少シ大切ナコト」とされたのではないかと考えられるのである。

続いて富井は、流質禁止規定を削除した理由を挙げる。もちろん富井は流質禁止規定が諸外国で明文化されていること、ならびに、その理由を知らないわけではない⁶³⁾。それにも拘らず、「我我共⁶⁴⁾ノ考ヘデハ此契約ト云フモノハ左迄有害ノモノデナイト思フ」から、あえて流質を認容しようというのである⁶⁵⁾。有害ではないとする理由として富井が挙げるのは、①流質が従来わが国で行われている⁶⁶⁾ことから格別危険なものではないと見られること⁶⁷⁾、②流質を禁止するとかえって金融の円滑を妨げて債務者の不利益となること、③法律が干渉して債務者を保護しなければならないというのであれば流質契約に止まらず他の多くの場合にも債務者保護規定を設けなければならなくなる（無能力者でない限りは、契約自由を認めてよいということである⁶⁸⁾）、④流質禁止を定めたとしても利息制限法⁶⁹⁾の場合と同様に実際に行われるものではない、

61) 「速記録二」580頁（富井）。

62) 「速記録二」580頁（富井）。

63) 「速記録二」580頁（富井）。

64) これが起草者の一致した考えであるのかは明確ではないが、「速記録二」654頁では、流質の容認は起草者間で余程協議の上で決したことであって、梅謙次郎は富井に「徹頭徹尾同意」であるとしていることから、梅が流質容認の立場に立つことは明らかである。

65) 「速記録二」580頁（富井）。

66) 富井は「速記録二」653頁でも、「従来我邦ニ於テ盛ニ行ハレル」と述べる。

67) ただし、富井は流質に全く有害性がないとまで述べているわけではない。「速記録二」654頁では、富井は、たとえ多少の害があっても多年一般に行われているところの慣習を一片の法律で打ち壊すということは到底できずまた良くないことでもある、としているのである。

すなわち脱法行為がなされる⁷⁰⁾ことを挙げる⁷¹⁾。

従前の慣行との関係で注目されるのは、①と④である。わが国には流質の慣行があり、たとえこれを法律で禁じたとしても脱法行為が行われると考えているのである。また、②も④で脱法行為がなされる一因であることから、従前の慣行と無関係ではない。総じて、従前の慣行を尊重しようとするものであると言える。悪しき慣習であるから法律の明文規定で排除すべきであるとしたボアソナードとは全く異なる考え方が見られる。

また、前述したように流質の容認に関する説明は質権総則で行われたものであるから、担保目的物によって流質の可否を変えるという考えはない。ただ動産質の実行についてのみ現行354条が鑑定人の評価に従い質物をもって弁済に充てる余地を認めていることから、動産については流質を認める必要性があまりないのではないかと疑問も生じ得る。しかしながら富井は、後日、公売に付するのは不便であると考えて動産については現行354条を置いたことに触れつつ、それでも手数料がかかるのだから流質が必要であるとする⁷²⁾と説明する。また、現行354条の議論においても、流質との関係では箕作麟祥が流質の場合

68) 梅も、不動産や公債証書であれば流質が嫌ならば他の債権者の下へ行行って金を借りることもできるので流質を認めてもよいのだとする（「速記録二」655頁）。

69) 富井は利息制限法を廃止するという考えを持っていた（「速記録二」583頁）。

70) 高木は買戻約款付売買により（「速記録二」647頁）、磯部は買戻し・代物弁済・自然債務により法を潜脱するものと理解する（「速記録二」660頁）。

流質禁止と買戻しとの関連は現在でも指摘されているところである（近江幸治「不動産の質・譲渡担保・所有権留保」星野英一ほか編『担保法の現代的諸問題』（昭和58年）13頁、伊藤進「不動産質権の内容・効力」同『物的担保論』（信山社・平成6年）270-271頁）。

もっとも、磯部は買戻し等の方法により法を潜脱できるものではないとする。買戻しにはそれぞれの条件が付いている。これに対して流質を認めると、質入の翌日に流れてしまうことがあり得る。また、代物弁済については土方による富井批判に与し、代物弁済は弁済期が来て定めるのが至当であり流質と同視することはできないとする。さらに、自然債務の場合は債権者は金銭の弁済を求めてくるのであって、代物を寄せせというわけではないから、流質とは異なるというのである（「速記録二」660頁）。

71) 「速記録二」580頁（富井）。

72) 「速記録二」653-654頁（富井）。

には354条は適用がないということなのかを確認している⁷³⁾のみで、めばしい議論はない。このように、起草者は最も簡易な質権実行方式として流質を位置付けていたようである。

もっとも、起草者が流質を質権実行の本則として位置付けていたわけではないことには注意を要する。梅は、質権の実行方法として流質も選択できるというだけであって、流質でない方が本則であると明言する⁷⁴⁾。富井もまた、現354条の説明において、質権の実行にあたっては原則として競売によらなければならないことは明文がなくても疑いがないと述べる⁷⁵⁾。こうして見ると、流質は設定者と質権者の契約によって認められるものであって、設定者は自己の不利益になると考えれば流質契約を締結することはないのであるから、実際問題としては流質契約が締結されるケースはさほど多くはならないだろうと予測していたものと思われる。

法典調査会で示された流質に関する起草者の見解は以上のようなものであった。

(2) こうした起草者の見解に対しては、まず箕作が営業質屋に関する規定は別に定めるつもりなのかと尋ねる。前述のようにこの時期にはすでに質屋営業条例が存していたことによる疑問であると考えられる。富井は、起草者間ではまだ協議していないが私見では別に定めるつもりであるとする⁷⁶⁾。富井の回答に対して箕作の再質問がなかったことから箕作の真意をはかり知ることはできない。箕作が「行政法カ何カデ」と述べていることから、民法草案における取締規定の欠如を気にしたのみであって、流質の可否を営業質屋か否かで分けるようなことを想定した疑問ではなかったのだろう。

この箕作の質問に関連するのが、横田國臣の質問である。次に紹介する高木と富井の間の大議論に続いてなされたものであるので時間的には前後すること

73) 「速記録二」674頁（箕作）。

74) 「速記録二」655頁（梅）。

75) 「速記録二」674頁（富井）。

76) 「速記録二」581頁（箕作・富井）。

になるのだが、ここで紹介しておく。横田は流質を認めるという起草者の見解に賛成し、営業質屋では流質が行われるものと決まっているのが日本の慣習であるとする。そして箕作の質問を受けて、質屋営業規則といった行政規定では民法の例外を定めることはできないのではないかという。流質を一般に認めるのであれば、少なくとも流質に関しては民法の例外といった問題も生じないのであるが、横田は起草者の見解に賛成であるとしながらも、大きい物・金目の物の場合は流質を禁止しても良いのではないかと考えを示している⁷⁷⁾。それゆえ、規則によって法律の例外を定めることはできないという点が問題となる。富井も、質屋営業規則が行政命令であれば民法で流質禁止とすることはできないが、質屋営業規則が法律であれば何とでも定めることができると答えるに止まり⁷⁸⁾、議論の展開は見られない。ここでは質屋については流質を認めるということについて特に異論が出されなかったという点にのみ注意しておきたい。

(3) 原案に明確に反対意見を述べるのが高木豊三である⁷⁹⁾。高木は、営業質屋について「従前ノ如ク」流質を認める必要はあるが、日本の慣習または実際の模様によって考えると、「普通ノ相對上ノ質入」について流質を認めるのはよろしくないとする。そして富井の掲げる③ならびに④について、理論上はそうだろうが、(i)自己の愛玩する動産を質入れするというのは最も金銭の必要に迫られている場面なのだから質入主は無形の脅迫を受ける地位にある、(ii)質入主は質物を期限前に受け戻すことができるだろうと考えて契約するものである、(iii)質物が流質になっては気の毒である、とする。また富井の掲げる④に対しては、一応もっともだとはしつつも、利息制限法とは異なるとする。すなわち、利息制限法の場合は法律による制限を超えた利息を法律による制限を超えてい

77) 「速記録二」583頁(横田)。後に、不動産についてののみ流質を禁止する提案をする伏線となっている。なお横田が流質を認容するのは、設定者が行方不明になった場合には売却するにも手続が不明となるためである(「速記録二」651頁(横田))。

78) 「速記録二」583頁(富井)。

79) 「速記録二」581-582頁(高木)。

ないかの如く書くこともできる、また、法律以外のものを前に取っておいて請取を与えないというような方法がいくらでもある。これに対して、質権の場合、質物は質権者の占有のもとにある、質入の借用証文も債権者のもとにある、そのために質権設定者のもとには何もないというのが通例である。もし流質を許さないということになれば、債権者から質物預かりの書付を取っておくことになる。書付を取っておかないと被担保債権額以上の価値のある物を質に取ったという事実を握りつぶしてしまうから、質権設定者は書付を取っておくこととなる。このように流質を禁止すれば、裁判所で確かな方法で質権の存在を証明できるようになる、というのである。さらに、実際においても、質屋営業の場合とはちがく、普通の場合は流質になることはあまりない。しかし、権利質の場合は流質が往々に行われる。裁判例は、流質の特約があればともかくそうでなければ流質を認めない方針に向かっていると考えられる⁸⁰⁾し、高木自身もこれを支持するという。ここでは、流質の慣行があるという富井の掲げる①の理由が批判される。さらに高木は、すべてが「代物弁済受戻約款付売買契約」になることを恐れ、流質禁止規定を削除するとこれを奨励するものであるように見えてしまうという⁸¹⁾。そこで修正案を挙げようとするが、高木が適当な個所はどこかを尋ねたところ、富井から346条の次ではどうかとの意見があったので、そこに入れることについて諸君に熟考いただきたいとしてひとまずは議論を終える⁸²⁾。

80) 果たしてこのような傾向があったのかについては後日の検討課題としたい。なお、水林・前掲456-457頁では、質取主が地券名受人となっている場合について、当初（明治12年ころ）大審院は設定者による質地請戻し請求を認める傾向にあったものの、明治17年の判決によって考えを翻したことが指摘されている。

81) この箇所では高木は、質・抵当・代物弁済約款付売買の3者を区別していないようにも見えるのであるが、「速記録二」651頁で質と抵当を区分している。高木によれば、質はただ抵当物を占有してそこから生じる果実だけを取るところが抵当と異なる（なお、抵当と書入も「速記録二」651頁では使い分けられている）。高木はボアソナードにフランス法を学んでいる（ただし、明治19年から4年間ドイツに留学している）。高木のいう質権がフランス法の不動産質に類似するように思われるのは、フランス法を学んだ影響といえるだろう。

高木の批判に対する富井の回答は次のようなものである。これは「余程六ケシイ問題」であるが、削除については「斯ウ云フサツパリトシタ問題ハ極リ切ツタコトデアリマスカラ幾ラ論ジタ所ガ各各自分ノ定見ヲ典ケルト云フコトニハナルマイ」と言い、高木に対しては流質禁止が必要と考えるのであれば適當の場所で修正案を出してはどうかとして、ひとまずは問題を先送りにしている。そして「斯云フ極ク明カナ問題」はいつまでたっても各人の考えは決まっているのだという。起草者は流質禁止規定を削除するという見解を変えるつもりはない、議論をしても無駄だと考えているようである。そして、諸国で利息制限法が次第に行われなくなって廃止されたので、流質禁止も同じことでこういう慣習は解消されていくのではないかとする⁸³⁾。また、⑤流質であるか否かを裁判所で見分けるといった「誤リ易イ専断的ノ鑑別法ハ用ヒナイ方が宜カラウ」ことも流質禁止規定を削除する理由とする⁸⁴⁾。

ここで注目されるのは、以下の3点である。第1に、富井には、流質を認容するという決断を下した以上は議論を継続したくないという態度が見られることである。自らの提示した①から④の理由づけが、理論面では必ずしも高木の批判に耐えきれものではないということを富井は自覚していたのではなかろうか。3名の起草者の間でも激しい議論がなされたものと推認され、起草者間ですでに議論を尽くしたのだからこの場で議論を蒸し返さないでもらいたいということなのだろう。第2に、流質契約と並んで富井が流質禁止をも「慣習」ととらえていることが注目される。流質を認めるも認めないも慣習の問題であり、流質禁止という慣習こそが廃れていくものと判断している。流質契約を悪しき慣行と断じたボアソナードとは正反対の考え方である。そして、諸国では流質禁止はいまだなされていなかったことからすると、諸国に先駆けて流質禁止規定を削除したものと自認していたと考えられる。第3に、この点は富井と

82) 「速記録二」584頁。高木は今回の会議を欠席したために、実際には次々回の会議の際に流質禁止を内容とする修正案を提出することになる（「速記録二」646頁）。

83) 「速記録二」582頁（富井）。

84) 「速記録二」583頁（富井）。

の議論ではあまり表に出て来ないのであるが、(i)に見られるように高木が主として動産を念頭に置いて流質禁止を主張していることである。動産については流質を認めるのが江戸時代の慣行であるところ、旧民法に倣ってこうした慣行を改めようと考えていたものと思われる。

(4) 利息制限法との関係を論じるのが磯部四郎である。先述のように富井は利息制限法を廃止するつもりであったが、磯部は先に利息制限法の廃止が固まってしまうなければ流質禁止規定の削除もできないとする。その理由は、流質が許されると質物の丸取りがなされることによって利息制限法に反する事態が生じることになるから、利息制限法を廃止してしまわないと流質禁止規定がなくても流質は無効ということになってしまうというのである。これに対して富井は、流質は契約自由の範囲内であるから認められるとするが、磯部は利息制限法を廃止しない限り契約自由の範囲内とは言えないとする⁸⁵⁾。このように議論はすれ違うのであるが、富井も利息制限法の廃止は念頭に置いているのだから結論が磯部と異なるわけではなく、利息制限法は意思を先決問題と理解するか否かという点に差異があるにすぎない。現に、富井も磯部の見解をもっともであるとしている⁸⁶⁾。

(5) 高木は第46回の法典調査会（明治27年11月16日）に以下のような修正案を提出する。

「348条 質権ノ設定行為又ハ債務満期前ノ行為ヲ以テ為シタル流質ノ約款ハ無効トス但質権者ハ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス」

修正案提出にあたり高木は理由(Ⅲ)を補足するものとしてか、質権者に丸取りのうまみがある点、すなわち設定者に対して清算金の支払がなされない点を問題として指摘する⁸⁷⁾。質権の設定にあたっては、担保物の性質上、被担保債権

85) 「速記録二」583-584頁（磯部・富井）。

86) 「速記録二」584頁（富井）。ただし、流質禁止をめぐるのは後に磯部が高木に賛成することで富井との間に対立が生じることとなる。

よりも価値の高いものを差し入れるだろうから、問題があるというのである。そして高木は理由(ii)を再度述べる。流質が有効となれば、担保権者としては担保価値の高いものを担保目的物としたがるのは当然のことである、とも述べる。その上で、(iv)質権の実行にあたって手数料のかからぬようまた費用のかからぬようにするにすることが債権者の望むところであるのだから、流質を認めると常に流質契約を締結しようとする傾向が生じる。債務者は受け戻せるという望みがあるから、流質約定に同意することになるとして、契約自由に任せてよいという③に対する反対を述べるのである⁸⁸⁾。さらに、(v)流質の禁止は、純粹の学理はともかく日本のこれまでの慣例または今日の情態では最も適當と考えるという⁸⁹⁾。

このように流質を禁止すべき理由を改めて述べた上で、修正案の内容を説明する。

高木は旧民法債権担保編 113 条のようにでは裁判上の評価がありさえすれば流質を認めるかのように読めるので、それも禁じるべく流質約款は無効と明記した提案をする。その際、裁判上の評価は債権債務額と物品の代価とを比較して債務だけを弁済するというのだから、これは流質ではない。すなわち、競売と同じである、と考えている。したがって、現行 354 条までも否定するわけではなく、裁判上の評価を得るのみでその評価額に関わりなく流質をするのを禁じる趣旨である。また高木は、債務者またはその承継人のみが無効を主張できるとしていた旧民法債権担保編 113 条 3 項とは異なり、質権者は流質契約の無効を主張できないという提案の仕方をする⁹⁰⁾。その理由は、質物の価格が設定契約後に下がって被担保債権額を割り込んだ場合の質権者による無効主張を阻止

87) 高木は、これまで動産について流質は許していなかった慣例のところに持ってきて動産・不動産について流質を許すと、丸取りによって射幸契約のようなことになってしまう、とする（「速記録二」648頁）。高木のこうした慣行理解が適切であるか自体が議論の対象となる。

88) 以上「速記録二」647頁（高木）。

89) 「速記録二」648頁（高木）。

する必要があること⁹¹⁾、既成法典では第三者の所有物を質物とした場合に不都合があること、すなわち、債務者またはその承継人のみが援用できるというのでは物上保証人が援用できないのではないかという疑いが生じることに求められる⁹²⁾。

ここから高木修正案をめぐる議論が展開される。

まず奥田義人が流質禁止の及ぶ範囲について尋ねる。これに対して高木は、㊸営業質についてはこれまでの慣例もあるから流質を許すと明言する。また高木は、㊸奥田の提示したような不動産について流質が不都合だから禁止するという見解はとらず、動産・不動産とも流質を禁じる。さらに、㊸営業質の場合とその他の場合とで流質の可否を分ける理由については、慣習によるものである、営業者が細かな・小さな物を質にとった時に裁判上の手続によらねばならないとすると営業にならない、少額の金融については流質を認めて差し支えない、とする⁹³⁾。ここで奥田によって、質権の目的の如何によって流質の可否を分ける考え方が出されたことが注目される。

慣習の認識については箕作が質問する。箕作は、民法上・商法上の流質はこれまでなかったのか、富井はこれまでは営業者でなくても流質ができるというのが慣習であると考えている⁹⁴⁾がどうなのか、と高木に問う。高木は、徳義上またはごく親しい仲で貸借があった場合に流質がなされる慣習があるものとは考えていない。営業質以外では、裁判上の競売によるのでもなく、差引勘定をして余りを設定者に戻すというようになっている、と答える。また高木は、

90) 高木修正案のただし書に対しては、元田（「速記録二」658頁）ならびに磯部（「速記録二」661頁）の反対がある。

91) 「速記録二」648頁（高木）。ここで高木は尾崎三郎の質問に答えて、流質の効果を現在の質屋営業法の場合と同じく、いかなる場合であっても質物をもって被担保債権の代償として満足するという趣旨のものとして理解している。不足額の追加請求は認めないということである（「速記録二」648頁）。この点は、旧民法下での井上の見解と異なる。

92) 「速記録二」648頁（高木）。

93) 「速記録二」649頁（高木）。

94) 横田（「速記録二」650頁）・梅（「速記録二」654頁）も富井と同様の認識である。

慣習については確答ができないとも答える⁹⁵⁾。

長谷川喬は、高木の案の是非を決する最大のポイントは慣習の有無であるとする。そして、明治6年以降、明文で流質は禁止されているはずであるが、それ以前は、不動産については流質が慣習であったとの明文がある、動産にしても流質が常に認められていたと考えられる。したがって慣習を根拠として流質禁止規定を設けなければならない理由はない、とする⁹⁶⁾。

また高木は、流質が認められると、連帯債務がそうであったように、債権者に都合のよい制度としてすべてが流質を認めるものになってしまうと指摘する⁹⁷⁾。連帯債務との対比が見られる点が新しいが、基本的には理由づけ(iv)の延長と考えられ、また旧民法下での理由づけ②とも共通する。これに対しては梅が、わが国の慣習は連帯であったことから連帯債務が流布したこと、質物の価格が下がった場合もあるために流質が必ずしも債権者に有利であるとは限らないことから、連帯債務のように流質が一般の例となるとは考え難いとする⁹⁸⁾。

高木の修正案に反対の立場に立つ梅はこれまでの流質容認説の理由づけに加えて、⑥消費貸借契約締結後弁済期未到来のうちにした流質契約は無効だというのも理解できないとする。弁済ができるかできないかわからない内に流質をやむなく承諾するような債務者はいない、かえって弁済期到来後の方がやむなく流質を承諾することが起こる、ことを理由とする。これに対しては磯部が、他の債権者を詐害する弊害があることをもって反論する⁹⁹⁾。

やはり原則として流質容認説に立つのが横田である。横田は、設定者が行方不明になった場合には売却するにも手続が不明となるのだから、金融の円滑を妨げないためには流質を認める方がよいとする。富井の理由づけ②と同じである。しかし、不動産質については流質を禁止すべきだという。従前から、不動

95) 「速記録二」649-651頁（高木）。

96) 「速記録二」652頁（長谷川）。

97) 「速記録二」664頁（高木）。

98) 「速記録二」664-665頁（梅）。

99) 「速記録二」656頁（梅・磯部）。

産については流質ではなく売払いとなっていた、ましてや、現行法では不動産については流質を許さないものとされているし、流質を許してはおかしい。不動産には登記があるのだから、流質になったとしても登記移転手続という手数はかけなければならない、というのである。慣習ならびに旧民法典の規定を理由とし、さらに手続的な観点を加えた折衷説である¹⁰⁰⁾。これに対して高木は、確実な理屈を見いだせないから同意しかねるとする。また、債権者の保護は、質物を占有していて先取権があるというだけで十分であるのだから、流質によって射幸契約に類するような保護を与える必要はない、とする¹⁰¹⁾。後者は理由づけ(iii)にあたり、担保の機能を債権回収の確保に純化するものと言える。

高木の見解に賛成するのは磯部である。高木に付け加えることはないとしつつも、質権というものは担保であって担保というものが確かでありさえすればよい、流質は質権の性質に反することを改めて強調する。そして、今日、莫大な価格の動産質があり、それについて営業質と同様に実行手続きを簡素化することによって貧窮者への金融を図る必要というものは妥当しないとも加える¹⁰²⁾。

元田肇もまた、貧富の差が拡大することになるから流質は禁止すべきとする。流質は法律で認めたものでもなく、公然慣習で認めたものでもない。江戸時代には売買が禁止されていたことから流質があつて、それが動産にも適用されて慣習になったものである。そして、流質後の受戻ができた江戸時代とそうではない明治時代の状況とを比べて、民法典において流質を認容すれば貧富の差が拡大するだろうという。流質禁止はすでに20年間も慣習となり判決例ともなっているとも加える^{103,104)}。

結局、流質禁止規定を置くか否かのみについて採決がなされることとなったが、流質禁止規定挿入案は賛成少数で否決されている¹⁰⁵⁾。

100) 「速記録二」650頁（横田）。

101) 「速記録二」651頁（高木）。

102) 「速記録二」651-652頁（磯部）。

103) 「速記録二」657頁（元田）。

(6) 以上の議論からは、起草者と高木をはじめとする反対論者との間には弱者保護に関する認識に違いがあり (①・③と(i)・(ii)・(iii)) それが流質禁止規定の存置をめぐる対立となっていること、論者が想定していた「慣習」には実は2通りのものがあり、明治6年以降に形成された慣習を念頭に置くものと、江戸時代からの慣習を前提とするものがあるために議論にすれ違いがあるように見られること (①と(v))、質権の目的によって流質の可否を分けるという考え方も一部には見られることが明らかとなる。

五 衆議院での審議¹⁰⁶⁾

(1) 衆議院で動産・不動産についての流質禁止規定の補足を求めたのは谷澤龍蔵である。谷澤が理由として挙げるのは以下の諸点である。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。質屋は例外であって、それ以外は流質を許さないようになっている。流質を禁じても、金融の不円滑を来すものではない。価値の高い物を安値で取られて、不幸な人民がますます不幸になる。江戸時代には質物となっていた地所も請け戻しており、動産のごときは質屋もなるべく流さないようにしているというのに、ここで流質を許すと質屋のほかに質屋のような不正の行為をする者

104) このほか、流質契約の第三者拘束力の観点からする土方の議論がある。

土方は、起草者のように流質契約は自由であるとしても、それは債権にすぎず債務者以外の人に対しては効力がないということになりはしないか、と疑問を呈する (「速記録二」653頁)。

こうした見解に対して富井は、債権者の承諾を得て代物弁済をすることはできるのでから、流質は代物弁済である、あるいは、自然債務の場合である、と反論する (「速記録二」654頁)。

しかし土方は富井の説明に納得しない。代物弁済であれば、他の債権者は詐害行為取消権を行使することになる。流質の場合は物権が質物の価格全体に及んでいるから詐害行為取消権は行使できない、という点で大いに異なる、というのである (「速記録二」658頁)。

105) 「速記録二」667頁。

106) 衆議院での議論については、崔容達「流抵当、流質禁止の崩壊と売渡抵当 (I)」司法協会雑誌10巻10号 (昭和6年) 32頁以下、上河内・前掲246頁。

が現れることとなる。こうした谷澤の見解に、木村格之輔が賛成する¹⁰⁷⁾。

これに対して富井が「頗ル重大ナ問題」としつつ、契約自由・流質は慣習であることから廃止した場合の不便・多少の弊害はあっても金融の円滑化を図るべきこと理由とする。また、流質との関係で利息制限法も廃したいと考えていたが、こちらは残すことになった。双方に十分理由のあることなので、よく考えてもらいたい、とする¹⁰⁸⁾。

富井に対して谷澤は、たとえ流質契約があっても実際には質物を流しはしないと指摘する。

富井は、利息制限法の潜脱であれば流質は無効と考える。流質は、多くの場合に利息制限法の潜脱となると考える。しかし、利息制限法に反しない範囲では、流質は有効である、と答える。さらに、いつまで論じても際限がない、主義が違うとして、議論を終わらせようとする¹⁰⁹⁾。こうした富井の考えに対して守屋此助は、利息制限法を置くと決めたのだから、流質も禁止しなければ主義が一貫しない。政府委員は利息制限法違反を裁判官が認定すればよいとするが、狡猾な者を助けることになりかねない、と批判する¹¹⁰⁾。

高橋安爾は動産についてのみ流質を認めるべきであるとの立場から、以下のよう論じる。不動産については、ここ30年近く流質は行われない慣習である。流質は質入主に損害を及ぼすし、性質上、動産の如く所有者を確定しなければならないものではないのだから不動産について流質を認める必要はない。他の

107) 広中俊雄編著『第9回帝国議会の民法審議』（有斐閣・昭和61年）202頁。ほかに谷澤の見解に賛成する者として、流質が慣例で行われてはならないからこそ明文で禁じているのである、期限後の流質であればともかく、期限前の流質協議は公安を害する、とする中島又五郎、期限の不履行を理由に元利以外の利益を得るのは不正の利益であるとする山田泰造がいる（広中・前掲204頁）。

108) 広中・前掲202頁。

109) 広中・前掲203頁。富井は法典調査会の時とは異なり、利息制限法存置と決まったことから、不都合は利息制限法で対処すべきものと考えている。

110) 広中・前掲205頁。ただし、守屋自身は利息制限法の廃止に賛同する者であり、利息制限法が残ったからこそ、法制度全体の一貫性からの発言にすぎない。

法律行為で貧乏人と金持ちを分けているわけではないのだから、質入主だから保護しなければならないというのは説得力がない。動産は転々流通するのだから、面倒な手数をかけていられない¹¹¹⁾。したがって、動産についてのみ流質を認めるべきである。

谷澤の修正案が賛成多数で可決される。

(2) 弁済期後の流質契約は認めるか、この点について梅は、弁済期が到来している以上すぐに強制執行をなされることもあり得るのだからどのような無理を言われても仕方がない、提訴されたり強制執行を受けたりするのは不名誉であるから、むしろ金銭上は損であっても流質にしてしまった方がよい、また、流質によって一時猶予してもらおうという考えから〔設定者が〕流質を合意することが多いのだが、それをも禁じては不便である。今日の裁判例は期限後の流質契約まで禁じているようだが、それは誤っている、と説明する¹¹²⁾。この点は、特に異論はなく認められている。

また梅は、弁済期前の流質契約であれば、金を借りたいために不利益な契約を承諾することにはならない以上は流質契約を無効とする理由はないのだから、流質禁止の対象から除外してもらいたいと主張したが、谷澤はこれに反対し、この場合も流質禁止の対象とされた¹¹³⁾。

111) 広中・前掲204-205頁。

112) 広中・前掲217頁。

113) 広中・前掲217頁。梅はこの点に最も不満を感じたようである。梅謙次郎「衆議院民法修正案ニ加ヘタル修正ヲ評ス」法典質疑録3号(明治29年)235頁で、衆議院の修正が「不可ナルモノ」のうちに流質契約禁止の付加を挙げる。そこでは、外国法ならびに当時のわが国の裁判例が流質契約を禁じていることから、流質禁止の利害得失は容易に断言できないため、政府としても流質契約を禁止する規定を置くことに絶対に反対することはしなかったのだとする。しかし「又ハ債務ノ弁済期前ノ契約」という文言が入っていることについては、強く疑問を呈する。梅によれば、弁済期到来後であれば債権者が督促しうるために債務者は訴訟・差押えの不名誉を避けるべく流質契約をすることがある。これに対して質権設定後弁済期前であれば、債務者は債権者の束縛を受けることがない。弁済期到来後の流質契約は認められるにも拘らず、弁済期到来前は流質契約を締結できないというのではおかしいというのである。

結語

以上、民法349条の規定が成立するまでの議論を明治初期の太政官布告からたどってきた。

ここから明らかとなったのは、とりわけ法典調査会において明確だが、論者が想定している慣行が江戸期のものなのか明治期になってからのものなのかという点で一致していないがために、議論がすれ違っていることである。一部の論者は明治期に流質禁止の慣行が形成されているとするが、果たしてそこまで言えるのかは明かではない。この点は、明治初期の大審院判決等を通じて検討する必要がある。

流質慣行の有無をめぐる想定している質権の目的も必ずしも一致してはいなかったように思われる。法典調査会において高木が問題視していたのは動産の流質である。これに対して横田のように不動産質についてのみ流質を禁じるべきとの考えも示されている。しかしながら、このような質権の目的を限定した議論はほとんどなされることなく、質権一般について流質を認めるか否かという問題設定が行われたのである。

また、江戸期の慣行をどう評価するかという点も論者の見解は一致していないように思われる。ボアソナードは流質を悪習であると断じているが、流質がなされても元の所有者による請戻しを否定するものでなければ、清算義務を認めながらも一切請戻しはできなくなる糶売の制度よりも元の所有者にとっては好都合であるという評価も可能である。富井をはじめとする論者の見解からは、流質を一概に悪習であると断じることとはできないという見解も根強く残されていたように見られるのである。しかし、果たして江戸期の慣行で請戻しがどの程度の割合でなされていたのかを明らかにするものでなければ、流質が悪習であると断じられるものではないとも言えない。この点を史料に基づいて明らかにすることは今後の課題である。

* 本稿は、平成30年度科学研究費補助金・基盤研究（c）による研究成果の一

部である。

(なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授)

中小会社の計算書類の信頼性の確保： ドイツ（2）

弥 永 真 生

- 1 任意監査とベシャイニグング
- 2 信用制度法18条
- 3 『税理士および税務代理士による決算付記および監査付記』
- 4 任意監査
- 5 『経済監査士による年度決算書調製に関する諸原則』
- 6 『税理士による年度決算書の調製に関する諸原則についての連邦税理士会の通達』
- 7 年度決算書の調製に関する原則の収斂への動き
- 8 ドイツ経済監査士協会基準書第7号と『年度決算書の調製に関する諸原則についての連邦税理士会のリリース』
(以上前号)
- 9 財務諸表の調製・ベシャイニグング・任意監査と民事責任
 - (1) 民法典675条2項
 - (2) 不法行為
 - (3) 第三者保護効を有する契約
 - (4) 黙示の情報提供契約
 - (5) 契約締結上の過失
 - (6) 信頼責任
 - (7) 民法典311条3項
 - (8) 商法典323条1項3文による対第三者責任排除の可能性
 - (9) 契約による責任制限

9 財務諸表の調製・ベシャイニグング・任意監査と民事責任

(1) 民法典675条2項

民法典676条は、「他人に助言または推奨をした者は、その助言または推奨に従ったことによって生じた損害を賠償する責任を負わない。ただし、契約関係または不法行為から生じる責任は影響を受けない」と定めていた¹⁾。立法者

は、この条項により、自己責任に基づく意思決定の原則（*eigenverantwortliche Willensbildung*）を採用したと評価されてきた²⁾。口座振替法³⁾による改正により、現在は、民法典675条2項が、「他人に対して助言又は勧告を与える者は、契約関係、不法行為またはその他の法律の規定から生じる責任を妨げることなく、助言または勧告に従ったことから生じる損害を賠償する義務を負わない。」と定めている⁴⁾。

(2) 不法行為

1) 総説

ドイツ民法典には、絶対権侵害（823条1項）、保護法規違反（823条2項）および良俗違反（826条）⁵⁾という個別的な構成要件による不法行為のみが定められている。そして、法益（人の身体・健康や特定の物などいわゆる絶対権）の侵害とそれ以外の利益侵害（民法典823条2項に列挙された身体的利益以外の一般的人格利益の侵害および一般的な財産減少としての純粹財産利益の侵害）とが区別され、法益侵害には民法典823条2項が適用されるのに対し、それ以外の利益の侵害の場合には同条項は適用されず、その行為が被害者の保護

1) 当初、この規定は、不法行為法に定められることが想定されていたが（*Achilles et al.* (1898) S.380）、助言または推奨が当然に契約関係を生じさせるものではないことを明らかにするために、契約法に定められた（*Achilles et al.* (1898) S.664）。

2) *Schneider* (1999) S.250. なお、*Jhering* は、すべての場合に責任を認めると、「不注意なコメント、うわさの伝達、誤ったニュース、まずい忠告、軽率な判断、以前の雇い主による、それに値しないお手伝いさんの推薦、通行人から聞かれた道や時間についての情報など、要するに、ありとあらゆることは、善意であっても、重過失（*culpa lata*）があれば、それにより発生した損害の賠償を義務付けることになろう」と述べていた（*Jhering* (1861) S.12-13）。

3) *Überweisungsgesetz vom 21. Juli 1999* (BGBl. I S. 1642). *vgl.* *Heermann* (2017) Rn.1.

4) しかし、改正によって、この条項の一般的な目的に変更があったわけではない（*Czub* (2003) Rn.50 ; *Ehmann* (2004) Rn.8）。

5) 不法行為責任を追及する場合には、この構成が用いられることが多いことについて、やや古いが、松本（1979）549頁以下参照。

を目的とする法規（保護法規 [Schutzgesetz]）に違反する場合や善良の風俗に違反して故意に行われた場合——民法典 823 条 2 項または 826 条に該当する場合——に不法行為責任が成立する⁶⁾。

民法典 823 条 2 項との関連においては、ある法規規定が（一定の）他人の保護を目的とする規定（保護法規）であるか否かが問題となる⁷⁾。保護法規には、詐欺（刑法典 263 条）、補助金不正受給（刑法典 264 条）、投資詐欺（刑法典 264a 条）、背任（刑法典 266 条）、文書偽造（刑法典 267 条）、秘密漏えい（刑法典 203 条）、破産犯罪（刑法典 283 条から 283d 条）、会社の財産状態についての不真正の表現に対する罪（株式法 400 条 1 項 1 号）などが含まれること、そして、それらの罪について教唆または幫助した場合にも保護法規違反に該当することに異論はない。他方、たとえば、経済監査士規則 2 条（行為の内容）および 43 条（一般的な職業上の義務）は他人の保護を目的とする規定ではないとするのが通説である⁸⁾。また、商法典 323 条も保護法規ではないと解されており⁹⁾、しかも、任意監査またはベシャイニグングは商法典 323 条に基づくものではない。さらに、罰則規定は行為者の故意を要件としているため¹⁰⁾、経済監査士等による任意監査またはベシャイニグングについて、通常は民法典 823 条 2 項を根拠とした不法行為責任追及が成功することはない。

6) *vgl.* BGHZ 138, 257, 266 ; BGH VersR 2002, 72, 76 ; Baus (2004) S.236.

7) 商法典に基づく法定監査の決算監査人の責任との関係では、たとえば、商法典の罰則規定（332 条（報告義務違反）、333 条（守秘義務違反））がこれにあたる。

8) 同様に、税理士法 33 条や 57 条も保護法規ではないと解されている。

9) 商法典 323 条 1 項 1 文（旧株式法 168 条 1 項 1 文）が他人の保護を目的とする規定であるか否かについて争いがあったが、判例・通説は、この条項は第三者を個人的に保護することを目的としていないと解しており（BGH BB 1961,652 ; BGH NJW 1979,1829 ; LAG Berlin AG 1982,259 ; OLG Düsseldorf NZG 1999, 901 ; Gloeckner (1967) S.57 ; Brönnner (1970) § 168 Ann.10 ; Ebke (1983) S.48-49 ; Habersack/Schürnbrand (2010) Rn. 68 ; Seibt/Wollenschläger (2011) S.1381 ; Schmidt/Feldmüller (2016) Rn. 176 ; Wagner (2017) Rn.136）、この条項違反に基づいては、第三者は、民法典 823 条 2 項による不法行為責任追及はできないと解している。

10) Schmidt/Feldmüller (2016) Rn. 175.

もつとも、社会生活上の義務 (Verkehrspflicht) という概念を用いて、過失に基づく経済監査士等の対第三者責任を認めるべきであるとする見解もある¹¹⁾。von Bar も、専門家に「他人の財産を保護するための社会生活上の義務 (Verkehrspflichten zum Schutzfremden Vermögens)」を認めて、判例法の展開から専門家の情報提供者責任を不法行為法の発展線上に位置づけようとしている¹²⁾。また、Assmann は、社会生活上の義務を保護法規と同じ性質を有するものと捉え¹³⁾、未組織市場における目論見書責任を民法典 823 条 2 項を根拠として認めるという立場をとっているが¹⁴⁾、専門家など、自己の知識と意思をもって目論見書の作成に関与した者は、自己の意見（たとえば、経済監査士の監査証明）部分の正確性および完全性について責任を負うとする¹⁵⁾。そして、専門家の責任は自己に帰属する意見部分に限定されるべきであるが、判例¹⁶⁾とは異なり、たとえば、経済監査士が職業上の注意を尽くして、監査が行われたことが投資者の判断にとって意義を有するとして、目論見書にその専門家の氏名または名称が表示されていないことのみをもって、責任を負わないと解すべきではないとする¹⁷⁾。

11) Ebke (1983) S.52

12) また、立法論として、von Bar は、民法典の不法行為規定に以下のような新たな条文を設けることを提案していた (von Bar (1981) S.1761)。

828 条 [営業上の関係におけるその他の加害] 「故意または過失により、

一 財産に関わる業務において、専門家としての活動の結果として特別の信頼を得る地位を享受し、受領者がこの信頼に依拠できるにもかかわらず、特定の者に不実の情報を提供しもしくは瑕疵がある推奨を行ない、または新たに知ったことがあったにもかかわらずそれを訂正しない者は、

…損害の範囲を予見すべきであった限りにおいて、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。」

これを紹介したものとして、たとえば、浦川 (1988) 555 頁以下参照。

13) Assmann (1985) S.260. See also Laurenz (1963) S.189.

14) Assmann (1985) S.260-262

15) Assmann (1985) S.349

16) BGH WM 1984, 19

17) Assmann (1985) S.351

2) 民法典826条

民法典826条は「善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。」と規定している。貸借対照表が不正確であることを知りつつ適正意見を表明した場合には、民法典826条に基づいて損害賠償責任を第三者に対して負うが¹⁸⁾、ここでいう故意には未必の故意が含まれると考えられており¹⁹⁾、監査人が自己の行為の結果損害を被る可能性のある者がだれであるかを認識する必要はないし²⁰⁾、加害の直接の意図を要しないと解されている²¹⁾。良俗違反についても、監査人の行為が非良心的かつ不注意な行為である場合には認められ²²⁾、判例・学説上は、計算書類を監査することなく無限定適正意見を表明した場合²³⁾、自ら監査することなく他人の監査結果のみに依存したにもかかわらず無限定適正意見を表明した場合、関与先の会計システムに重大な欠陥があり、正しい財務諸表を作成することがほとんど不可能であるにもかかわらず無限定適正意見を表明した場合²⁴⁾、関与先から提供された重要な情報をレビューせずに無限定適正意見を表明した場合²⁵⁾などに良俗違反が認められると考えられている²⁶⁾。「故意」と「良俗違反」

18) Habersack/Schürnbrand (2010) Rn. 69; Hopt/Merkt (2015) Rn. 8. 民法典826条に基づく税理士の責任についても同じ原則が適用されている (vgl. BGH NJW 1992, 2080, 2083–2084; OLG München WM 1997, 613, 620–621)。

19) Ebke (1983) S.56; BGH BB 1961,652; BGH BB 1965,865; BGH NJW 1972,321; OLG Frankfurt a.M. WPM 1976,59

20) BGH VersR 1956, 641; BGH NJW 1987, 1758, 1759 (この判決に対して、Hoptは批判的である。Hopt (1987) S.1745–1746)。また、RGZ 157, 213, 220; BGHZ 108, 134,143; BGH NJW 1963, 579, 580; BGH NJW 1991, 634, 636 参照

21) BGH BB 1956,865; BGH NJW 1962, 1766

22) BGH BB 1956,865; BGH VersR 1956, 641; BGH WPM 1978,326; BGH VersR 1979, 283; BGH NJW 1987, 1758; BGH WPM 1991,37; BGHZ 145, 187,202; BGH VersR 2002, 72,76; Ebke (2013) Rn. 105; Habersack/Schürnbrand (2010) Rn. 69. また、Hirte (1996) S. 64–65; Seibt/Wollenschläger (2011) S.1381; Wagner (2017) Rn.136 参照。

23) BGH WPM 1986,257; OLG Düsseldorf NZG 1999, 902; Schmidt/Feldmüller (2016) Rn. 184

24) vgl. BGH NJW 1987, 1758

の要件についての裁判所の解釈はゆるやかになってきたといわれ²⁷⁾、経済監査士等の責任が826条に基づいて追及される可能性がある²⁸⁾。

(3) 第三者保護効を有する契約²⁹⁾

法定監査における監査人の対第三者責任に関する議論と同様、任意監査において、監査人が契約法の原則に基づいて、対第三者責任を負うのは、当事者の行為が責任を発生させる具体的な徴表を有していた場合に限られ、第三者保護効を有する契約（Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter）や直接の情報提供契約（後述(4)）の承諾についても同様に解されている³⁰⁾。

第三者が、契約法上、監査人に対して損害賠償を請求できるとする法律構成

25) Neflin (1957) S.497. vgl. *OLG Düsseldorf* NZG 1999, 902, 903-904 ; Seibt/Wollenschläger (2011) S.1381.

26) Budde/Hense (1990) Rn.183-185

27) Ebke/Scheel (1991) S.389-390. また、日本語文献として、詳細に紹介したものとして、松本 (1979) 550 頁以下参照。Mertens (1986) Rn. 172ff. ; Wagner (2017) Rn.33-35 und 136 も参照。

28) *BGH VersR* 1956, 641 ; *BGH VersR* 1979, 283 ; *BGH NJW* 1973, 321 ; *BGH NJW* 1987, 1758 ; *BGH NJW* 2001, 360, 365 ; *BGH ZIP* 2012, 2302 ; *BGH VersR* 2013, 367 ; Ebke (2013) Rn. 104. なお、決算監査人が不法行為に基づいて責任を負う場合であっても、商法典 323 条 2 項の限度額の範囲でのみ責任を負うとする見解が有力であり（*BGHZ* 138, 257, 266 ; Wagner (2017) Rn.136. 契約上の第三者責任に商法典 323 条 2 項を適用することに反対するものとして、Habersack/Schürnbrand (2010) Rn. 61）、任意監査やベシヤニンググの場合に、商法典 323 条 2 項の趣旨があてはまるかという論点がある。

29) 株式法（現在では、商法典）の下での会社と決算監査人との間の監査契約を第三者保護効を有する契約と解して、第三者が契約上、決算監査人に対して損害賠償を請求できると考える見解もあったが（Westrick (1963) S.99-100）、その要件として、決算監査人と第三者との間に接触があること、決算監査人が第三者を認識することが可能であることなどがあげられており、現実には法定監査についてはその要件がみたされないのが通常であった（*BGH NJW* 1973, 322 ; Ebke (1983) S.60）。

30) たとえば、*BGH NJW* 1973, 321 ; *BGH WM* 1979, 326 ; *BGH NJW* 1987, 1758 ; *BGH NJW-RR* 1989, 696 ; *BGH NJW* 1997, 1235 ; *BGH WM* 2006, 423 ; *OLG Saarbrücken* BB 1978, 1434 ; *OLG Düsseldorf* NJW-RR 1986, 522 ; *OLG Frankfurt a. M.* WM 1989, 1618 ; *OLG Köln* NJW-RR 1992, 1184 ; *OLG Bremen VersR* 1999, 499.

として、会社と監査人との間の監査契約を第三者保護効を有する契約と解することが広く受け入れられてきた³¹⁾。第三者保護効を有する契約の法律構成が監査人に適用されることを、1983年11月2日連邦通常裁判所判決³²⁾が認めて以来、その要件をめぐって判例・学説上議論が積み重ねられてきた。かつて、連邦通常裁判所は、契約債権者が第三者に対して配慮義務を負うという関係が存在せず³³⁾、両者間に利害の共通性がない場合には、専門家（契約債務者）は当該第三者に対して契約上の保護義務を負わないと解し、第三者に対して保護効を有する契約の成立を情報提供者責任の領域で認めることに対し消極的な態度を示していた³⁴⁾。しかし、現在では、連邦通常裁判所は、専門家の提供する情報に関して契約債権者と第三者の間で期待と希望が相反するとしても、情報の正確さについて両者が共通の信頼をおいている場合には、専門家は契約に基づく情報提供の直接の相手方である契約債権者のみならず、第三者に対して保護効を有する契約でありうるとして、不実の情報から生じた損害の賠償責任を第三者に対しても負うと解するに至っている³⁵⁾。

任意監査またはベシアイニグングを行った経済監査士等に、この法律構成が適用される要件³⁶⁾としては、株主や債権者などのように第三者と監査人等の作

31) 第三者保護効を有する契約および黙示の情報提供契約の法理を用いて、任意監査またはベシアイニグングを行った経済監査士等の対第三者責任が認められてきたが（Quick (1992) S.1675-1685）、法定監査の監査人（決算監査人）にはこれらの法理の適用がないというのが通説であった（Kropff (1973) ; Schlechtriem (1984) S.1182 ; Adler et al. (1987) ; Lang (1989) S.58 ; Budde/Hanse (1990) ; Ebke (1990) S.689）。

32) BGH NJW 1983, 355

33) BGH BGHZ 49, 350 (1968). そして、受信者は与信者に対してそのような義務を負っていないと解されていたから（BGH NJW 1972, 321）、監査契約等による第三者保護効の範囲には顧客に対する与信者は含まれないことになっていた。

34) 岡 (1984) 318頁参照

35) BGH JZ 1985, 951 ; BGH NJW 1987, 1758. 当時、情報提供者責任の領域における第三者保護効を有する契約の最近の連邦通常裁判所による活用の拡大に起因して、第三者保護効を有する契約について、最も注目に値する、実に目を見張るような（geradezu spektakuläre）展開がみられると評されていた（Damm (1991) S.377）。

36) 詳細については、Ebke (1983) ; Keitel (1987) ; Stahl (1989) など参照

業との間に密接な関連があること、契約当事者が明示的黙示的を問わず、第三者を契約の対象に含めることを意図していたこと³⁷⁾および監査人等が第三者（第三者をグループとして識別できれば十分であり、個人の名前を知る必要はない）が対象に含まれ、かつその第三者が監査等に信頼をおき³⁸⁾、その情報を意思決定に用いることを知っていたことがあげられている。

通常、契約は第三者の保護に関する明示的な条項を含んでいない。しかし、「契約は、取引慣行に配慮した誠実および信義が要請するところに従い、解釈しなければならない」とする民法典157条に従って、契約当事者の正当な利益に考慮を払いつつなされる契約条項の解釈³⁹⁾または補充的解釈⁴⁰⁾によって、当該契約が第三者保護効を有すると解釈されることがある。そして、第三者のためにする契約について定める民法典328条2項⁴¹⁾が、ある契約が第三者保護効を有する契約にあたるかどうかを考えるにあたっても、類推されると解されている。そこでは、契約債務者が契約上の保護範囲に当該第三者が含まれることを知っているか、少なくとも、認識可能であること、「類型的に定められた」当該契約の目的との関連で、債務者による契約履行により当該第三者の法益が侵害されうること（給付との近接性、給付の第三者関連性）、債権者が当該第三者が保護されることについて正当な利益を有していること（もっとも、依頼者の利益と第三者の利益とに衝突があることは必ずしも、当該第三者を契約による保護範囲に含めることを排除するものではないと解されている⁴²⁾）、および、

37) 経済監査士や税理士には専門的知識があり、社会のためにサービス提供の独占権が与えられていることから、監査人等は社会の広範囲の者に対して黙示的な義務を負うという見解もある。

38) 裁判例の中には、監査人等は第三者が監査結果に信頼をおくと考えるのが合理的であると知るべきであると指摘するものがある。

39) BGH NJW 1984, 355,356 ; BGHZ 159, 1, 4 und 6-7

40) BGHZ 159, 1,4 ; BGH NJW-RR 2004, 1464,1465

41) 特別の定めが存在しないときは、諸事情、とりわけ、契約の目的から、第三者が権利を取得するか否か、第三者の権利が直ちにまたは一定の要件の下でのみ生じるか否か、および、第三者の権利をその同意なく消滅させまたは変更する権限が契約締結者に留保されるべきか否かを推知しなければならない。

当該第三者の要保護性が要件とされる⁴³⁾。当該第三者は、契約の第三者保護効に基づく損害賠償請求と同一または同等の内容について自分自身の契約に基づいて債務者に請求できる場合には、当該契約による保護に値しない⁴⁴⁾。また、複数の債務者に対する異なる請求原因に基づく請求権競合がある場合であって、ある債務者に弁済能力がない場合に債権者——第三者保護効がある契約であるかが問題となる場合には、第三者——が他の債務者との関係で保護に値するかということについては否定する見解もある⁴⁵⁾。

依頼者の構成員や近親者が契約による保護範囲に含まれることは広く認められてきており、業務執行社員との弁護士契約に基づいて、有限会社に対する保護義務が認められたり⁴⁶⁾、逆に有限会社との契約にその業務執行社員に対する保護効が認められてきている⁴⁷⁾。また、税務顧問契約は契約当事会社の子会社に対する保護効を有しうるとする裁判例⁴⁸⁾があるが、合資会社と経済監査士との間の監査契約の保護範囲には当該会社の有限責任社員は含まれないとした地方裁判所の判決も存在する⁴⁹⁾。

連邦通常裁判所の民事第10部⁵⁰⁾および民事第3部⁵¹⁾によれば、目論見書との関係で締結された経済監査会社による鑑定契約または監査契約は投資者に対する保護効を有しうるので、発行目論見書によって投資を勧誘された投資者もその保護範囲に含まれる。これは、目論見書責任の下での請求権は第三者保護効を有する契約の下での請求権とは同等でない⁵²⁾、投資者は保護に値し、

42) BGHZ 127, 378,380 ; BGHZ 138, 257,261 ; BGH NJW 1998, 1059

43) BGHZ 133, 168,173

44) BGH NJW 1993, 655, 656 ; BGHZ 133, 168,173

45) Feddersen (1999) S.110

46) BGHZ 61, 380, 382-384 ; BGH NJW 1986, 581, 582

47) BGH NJW 2000, 725, 727

48) BGH NJW-RR 2007, 857,858

49) OLG Düsseldorf NJW-RR 1986, 522

50) BGH NJW 2004, 3420, 3421

51) BGH NJW-RR 2007, 1329,1331 ; BGH NJW-RR 2007, 1332, 1335 ; BGH NJW-RR 2007, 1479

投資者が目論見書責任を追及できる場合にも妥当するとされている。他方、税理士は依頼者の利益を図る責任のみを負っていることを理由として、税理士による貸借対照表調製契約は依頼者の倒産手続きにおける債権者に対する保護効を有しないとされている⁵³⁾。

ところで、鑑定契約および監査契約は通常、民法典 675 条にいう請負契約であると考えられている⁵⁴⁾。弁護士、税理士もしくは経済監査士また弁護士法人、税理士法人または経済監査会社のような専門家は依頼者の利益のために行動しなければならず、その結果、依頼者が年度決算書や目論見書に対する鑑定書や監査報告書を用いて誘引しようとする与信者、買主または投資者としての第三者その他の契約の相手方や債権者、依頼者の社員の利益の保護が自己の専門知識の影響を受ける可能性があることを認識できる。この観点から、通常、広い範囲の人々のグループが保護に値すると考える余地がある。

連邦通常裁判所の民事第 10 部は、2004 年の 2 つの判決⁵⁵⁾において、保護範囲に含まれるべき第三者の画定についての原則を要約した⁵⁶⁾。これによれば、解釈——補充的解釈であっても——によって、鑑定契約の保護範囲に第三者を含めるという当事者の意思を認定することができ、その結果、当該第三者は当該専門家に対し請負契約についてのルールの下で損害賠償請求権を取得することができる。特別な専門的知識を有していることが国家によって認められている者が、依頼に従って、明確に第三者による利用が予定されており、その結果、通常、依頼者の意思に従って、対応する証拠価値が備わっている鑑定を行ったときには、このような第三者を保護範囲に含めることができる。ここでは、当該専門家が契約内容にそって、自己の鑑定が第三者によって使用され、それに

52) BGH NJW 2004, 3420, 3421

53) BGH VersR 1988, 178, 179

54) BGHZ 127, 378, 384（鑑定契約）；BGH NJW 2000, 1107（年度決算書の調製）；BGH NJW 2004, 3420, 3421（目論見書監査契約）。BGH NJW-RR 2006, 1490（税務助言契約）も参照。

55) BGHZ 159, 1, 4-6；BGH NJW-RR 2004, 1464, 1465

56) なお、不動産価格鑑定書について、BGH NJW 2001, 512 も同旨。

基づいて当該第三者が財産上の判断をすると判断できるかどうかが決定的である。鑑定契約の保護範囲に含められるべき第三者は、契約当事者の明示的または黙示的な合意によって、当該専門家の給付がそれらの者の利益のためになされるとされているものに限られる。当該専門家は、善意で、かつ、契約の目的に照らして、追加的な報酬なしに、拡張された責任のリスクを引き受けないと合理的に考えられる場合には、第三者が被った損害について賠償責任を負わない。

このような原則に沿って、連邦通常裁判所の民事第10部は、受け容れがたい責任リスクの拡大を否定しつつ、鑑定契約が資金調達目的のためであることが当該専門家にとって認識可能であるときには、与信者に対する保護効が認められ、だれが与信者になるかが判明していない複雑な資金調達においては複数の与信者が鑑定契約の保護範囲に含まれうるとした⁵⁷⁾。この後も、連邦通常裁判所は、緩やかな基準で鑑定契約の保護範囲に第三者を含める判断を繰り返した。たとえば、鑑定書は依頼者の背後にある買主のグループ⁵⁸⁾、与信者および保証人⁵⁹⁾ならびに与信者のスポンサー⁶⁰⁾にとって保護効を有すると判示した。もっとも、1997年11月13日判決は、保護義務は、対処可能で、明確に定められた人々のグループに限定することが必要であるとした⁶¹⁾。

ある金融機関に完全な銀行免許を与えるかどうかの判断の準備のための特別監査についての経済監査会社と連邦銀行監督局との間の鑑定契約は、その鑑定書が依頼者による資産処分の根拠とならず⁶²⁾、単に監督当局による処分の基礎となるにすぎないときは、免許申請者に対して保護効を有しないとした2001年6月26日連邦通常裁判所民事第10部判決⁶³⁾がある。

57) BGHZ 159, 1, 9-11 ; BGH NJW-RR 2004, 1464, 1466. たとえば、*Zugehör* は、この結果、依頼者が、鑑定書を社債の発行により、投資者から資金調達するために用いた場合には、それらの投資者は保護範囲に含まれると指摘する（*Zugehör* (2008) S.1107）。

58) BGH NJW 1984, 355, 356

59) BGH NJW-RR 1993, 944

60) BGH NJW 1998, 1059, 1062

61) BGH NJW 1998, 1059, 1062

経済監査士もしくは宣誓帳簿監査士または経済監査会社もしくは宣誓帳簿監査会社が貸借対照表または年度決算書の法定監査を受嘱する場合のみならず、税理士または税理士法人が、法定監査ではない保証業務として、決算付記・監査付記を行ったり、ベシヤイニグングを実施することは広くみられる⁶⁴⁾。また、発行目論見書に含まれる情報が監査対象とされることもある⁶⁵⁾。そのような監査契約が第三者保護効を有するかどうかは、原則として、鑑定契約との関係で第三者が保護範囲に含まれるかどうかと同じ判断枠組みで判断される⁶⁶⁾。

そして、経済監査会社による付記を伴う暫定的年度決算書との関連での資産一覧表⁶⁷⁾、税理士の付記が付された中間財務諸表⁶⁸⁾、税理士の付記を伴う、依頼者が虚偽記載を行った年度決算書⁶⁹⁾、税理士が調整した会社の貸借対照表⁷⁰⁾、基礎となる記帳の適正性についてのベシヤイニグングの付記を伴う税理士が調整した年度決算書⁷¹⁾、法定監査の中で経済監査士によってなされた証明の告知⁷²⁾、投資スキームの下でのキャッシュフローについての目論見書における情報に関する確認の付記を伴う経済監査士による監査報告書⁷³⁾、限定付「確認の付記」を伴う税理士が調製した年度決算書⁷⁴⁾、依頼者が提供した虚偽の情報に基づいて税理士が調整した年度決算書⁷⁵⁾、限定付決算付記を伴う、税理士

62) 保険契約との関係で、医師との鑑定契約の保護範囲に被保険者が含まれるかどうかとの関連でも、資産処分の基礎となるかどうかメルクマールとされている（BGH NJW 2002, 3625, 3626）

63) BGH NJW 2001, 3115, 3116

64) vgl. BGH NJW-RR 2006, 611, 614 : Küffner (1994) S.74

65) BGH NJW-RR 2007, 1329, 1331-1332. BGH NJW-RR 2007, 1479 ; BGH NJW-RR 2007, 1332, 1335（いずれも、目論見書監査契約または目論見書監査鑑定書の事案）

66) vgl. BGHZ 159, 1,4 ; BGH NJW 2002, 3625, 3626

67) BGH NJW-RR 1986, 1307

68) BGH NJW 1987, 1758, 1759

69) BGH NJW-RR 1989, 696

70) BGH NJW-RR 1993, 944

71) BGH NJW 1997, 1235

72) BGHZ 138, 257, 259-261

73) BGHZ 145, 187, 197

が調製した年度決算書⁷⁶⁾などとの関係で、与信者、買主または投資者が保護範囲に含まれうるとした裁判例は多数存在する。

たとえば、連邦通常裁判所の民事第3部は、2007年6月14日に、経済監査会社が発行目論見書を十分に監査しなかったと主張された同じ事件について下した3つの判決⁷⁷⁾において、目論見書責任を適用せず、第三者保護効を有する契約の原則に従って、監査契約の保護範囲に投資者が含まれるとした。もっとも、そのような保護は、専門家が第三者の具体的な信頼を惹起したことを前提とするのであって、目論見書責任におけるような類型的な（typisiert）信頼⁷⁸⁾では足りず、投資者が監査報告書（監査意見書）をその投資判断に用いたときにその投資者は監査契約の保護範囲に含まれ、経済監査会社は、その投資者に対して賠償責任を負うと解された。

そして、民事第3部は、商法典323条1項3文は、監査契約の第三者保護効による決算監査人の対第三者責任の余地を排除するものではないとした1998年4月2日判決⁷⁹⁾とは異なり、監査契約の第三者保護効による、誤った証明に基づく経済監査士の対第三者責任を制限的にのみ認める判決を下している。

まず、後に倒産した有限会社に対する券面化された享益権を保有していた投資者が、年度決算書の任意監査を行い、無限定適正意見を表明した経済監査会社に対し賠償を求めた事案に係る2005年12月15日判決⁸⁰⁾では、任意監査の場合にも法定監査の場合と同じ基準が当てはまるとし、法定監査において第三者保護が認められると考えられる場合と同じ範囲でのみ第三者保護が認められる

74) *OLG Köln* Gerling Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe (GI) 1994, 384, 385-386

75) *OLG München* WM 1997, 613, 615-617

76) *OLG Bremen* VersR 1999, 499

77) *BGH* NJW-RR 2007, 1329 ; *BGH* NJW-RR 2007, 1332 ; *BGH* NJW-RR 2007, 1479 ; *vgl.* *BGH* WM 2007, 2281

78) BGHZ 74,103, 109. また、たとえば、黒沼（1989）91-92頁参照。

79) BGHZ 138, 257

80) BGHZ 138, 257

ことが合理的（billgerweise）であるとした。その上で、享益権保有者は対処不能な人数であることに鑑み、経済監査会社が、監査契約締結時に投資者に対しての責任を引き受けていたことを示すものはないとの判断を示した。

また、不適切な無限定適正意見が表明されていたとして、後に倒産した株式会社の株式を取得した者が経済監査会社の責任を追及した事案に係る2006年4月6日判決⁸¹⁾では、法定監査についても第三者保護効を有する契約による対第三者責任のルールが原則として適用されることを認めた上で、そのルールは限定的に（restriktiv）適用されるべきであるとした。そして、企業領域における統制および透明性に関する法律の立法の経緯を参照しつつ、商法典323条1項3文（故意または過失によりその義務に違反した者は、資本会社および結合企業が損害を被った場合には当該企業に対して、義務違反から生じた損害を賠償すべき義務を負う）が定める法律上の責任についての規律からは、監査契約の保護範囲に第三者を含めるためには厳格な法的な要件がみたされるべきであるとし、この事案においては、その要件がみたされていないとした。

すなわち、この判決により、民事第3部の立場が変化したことが明確になったと考えられる⁸²⁾。また、フランクフルト地方裁判所⁸³⁾およびハンブルク地方裁判所⁸⁴⁾は、商法典323条1項3号から、「結合企業」のみが契約当事者でない者のうち保護されるべき第三者であるというのが立法者の意図であると解することができるという見方を示していた。もっとも、被監査会社とその結合企業との間の利害の一体性に鑑み、結合企業は、損害賠償法における純然たる「第三者」ではなく、他の第三者が保護されるべき第三者に含まれないという結論を商法典323条1項3文から導き出すことはできないという有力な見解がある⁸⁵⁾。Hirteは、商法典323条1項3文において結合企業に対する責任を拡大し

81) BGHZ 167, 155. この判決に賛成するものとして、Lettl（2006）S. 2818

82) この判決については、Fölsing（2006）；Lettl（2006）；Geibel（2007）；Zugehör（2008）など参照。

83) LG Frankfurt a. M. BB 1997, 1682, 1683

84) LG Hamburg WM 1999, 139, 141

ているのは、修正された「契約責任のコンツェルンレベルでの拡張」を法的に定めたものにすぎないとする⁸⁶⁾。そして、企業領域における統制および透明性に関する法律の立法過程において連邦参議院ならびに連邦議会および連邦参議院の法務委員会でなされた発言に関する、連邦通常裁判所の主張は判例を拘束するものではないと指摘されている⁸⁷⁾。

弁護士責任と税務助言による責任を管轄する連邦通常裁判所の民事第9部は、「保護範囲に含まれる者が無限に拡大することを避ける」⁸⁸⁾という観点から、第三者に保護を与えることには積極的ではない。そして、第三者保護効を有する契約は契約当事者が損害賠償することができないリスクをヘッジするものであってはならないとしている⁸⁹⁾（ただし、他の民事部はこれに追随していない）。

特別な請負契約を管轄する連邦通常裁判所の民事第10部は、狭い当初の「禍福」判例に沿って、鑑定契約の第三者保護効を否定する⁹⁰⁾一方で、以前には、保護義務は対処可能で、明確に定められた人々のグループに限定することが必要であると解していた⁹¹⁾。しかし、2004年には、広範で、寛大に第三者の保護を認める判例⁹²⁾に沿って、鑑定契約について保護されるべき第三者の範囲を「知られていない人数の」与信者および投資者に拡大した⁹³⁾。

連邦通常裁判所の民事第3部は、2003年から民事第10部に代わって、誤った鑑定に基づく請求を管轄しているが、会社の貸借対照表の調製についての税理士契約の保護効が複数の与信者に及ぶということには法的な障害はないという判断⁹⁴⁾や鑑定契約の保護義務は、専門家が保護対象者の数や名前を知ってい

85) Otto/Mittag (1996) S. 331 ; Heukamp (2000) S. 292-295

86) Hirte (1996) S. 61

87) Grunewald (1999) S.595

88) BGH NJW 2004, 3630, 3632 (弁護士の事案)

89) BGH NJW 2004, 3630, 3632

90) BGH NJW 2001, 3115 ; NJW 2002, 3625

91) BGHZ 133, 168, 171 ; BGH NJW 1998, 1059, 1062

92) BGH NJW 1998, 1059, 1062

93) BGHZ 159, 1 ; BGH NJW-RR 2004, 1464

ることを前提としないという判断⁹⁵⁾を示したことがある。そして、2007年6月14日判決⁹⁶⁾では、発行目論見書の監査契約の保護効により、経済監査会社は、通常、その人数を知らない投資者に対して賠償責任を負うことがあるとの判断を示した。しかし、民事第3部も、2005年12月15日判決⁹⁷⁾および2006年4月6日判決⁹⁸⁾においては、決算監査における経済監査士の契約上の対第三者責任について厳しい制限を加えている。*Zugehör* は、これは、宣誓帳簿監査士や宣誓帳簿監査会社にも、また、中規模の有限会社や商法典264a条にあてはまる合名会社・合資会社の年度決算書および状況報告書にも、また、法的には強制されていない、任意の決算監査を実施することができる税理士および税理士法人にも妥当すると指摘している⁹⁹⁾。

もっとも、上述したように、3つの2007年6月14日連邦通常裁判所民事第3部判決¹⁰⁰⁾は、専門家が契約外の第三者に対して損害賠償責任を負うのは具体的な信頼を惹起した場合に限るとしている。すなわち、民事第3部は、専門的知識と、とりわけ監査業務において期待される独立性、誠実性および不偏性に基づく経済監査士の意見は、第三者にとってことさらに重要であり、第三者の経済的・財務的決定の基礎となることから、顧客との間の決算監査人の監査契約は第三者保護効を有しうるとしていた従来の判例¹⁰¹⁾を、2006年4月6日判決¹⁰²⁾において、法定監査における決算監査人の対第三者責任について変更したと評価することができる。「人数を知ることができない債権者、社員または持分取得者」¹⁰³⁾にあたる人々のグループは、1998年4月2日判決¹⁰⁴⁾の事案の

94) *BGH NJW-RR* 1993, 944

95) *BGHZ* 127, 378

96) *BGH NJW-RR* 2007, 1329 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1332 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1479

97) *BGH NJW-RR* 2006, 611

98) *BGHZ* 167, 155

99) *Zugehör* (2008) S.1109.

100) *BGH NJW-RR* 2007, 1329 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1332 ; *BGH NJW-RR* 2007, 1479

101) *BGHZ* 138, 257, 260-262

102) *BGHZ* 167, 155, 161-162

ように、第三者が監査人に接触した後に「証明を発行する前に」不正確な証明が告知されたというような特殊な事情がある場合でなければ、保護の対象に含まれないことになりそうである。そして、民事第3部は、持分取得者および投資者に関する事案においても、第三者について、例外を認めなかった¹⁰⁵⁾。このため、経済監査士が顧客のために貸借対照表を調製する契約の保護範囲には、当該顧客に対する与信者として知られている第三者は含まれるとした1993年1月21日判決¹⁰⁶⁾はあるが、信用機関法18条の下で、年度決算書の提出後にさらに貸付をした信用機関が保護範囲に含まれるという解釈が維持されるかどうか疑わしくなったと *Zugehör* は指摘している¹⁰⁷⁾。もっとも、たとえば、2005年12月15日民事第3部判決¹⁰⁸⁾の下で、対処可能で、客観的に識別できる人々のグループのみが通常は保護範囲に含まれるという立場¹⁰⁹⁾によっても、監査契約の当事者が第三者を保護範囲に含めることを——通常、そうであるが——明示的に合意していなくとも、契約の第三者保護効が認められるかどうかにとって決定的なのは、個々の事案における当該契約の解釈として第三者をその契約の範囲に含めるか、もし含めるとしたらどこまで含めるかということであることに変わりはない。

なお、第三者保護効を有する契約の法理の任意監査への適用に対しては、司法権は法律を解釈することを任務としており、法を発展させることではないから、第三者保護効を有する契約の法理を任意監査に適用することは司法権の範囲を超えている¹¹⁰⁾、任意監査の場合には適用されるべき基礎がない、黙示の情報提供契約との関係が不明確である、監査人などの利益が考慮されていない、

103) Vgl. BGHZ 138, 257, 260, 262 ; BGHZ 167, 155, 163 ; BGH NJW-RR 2006, 611, 612

104) BGHZ 138, 257

105) BGHZ 167, 155 ; BGH NJW-RR 2006, 611

106) BGH NJW-RR 1993, 944

107) *Zugehör* (2008) S.1110.

108) BGH NJW-RR 2006, 611, 612

109) BGH NJW 1998, 1059, 1062

110) Littbarski (1984) S.1669-1670

法定監査の場合に比べて、任意監査の場合に監査人がより責任を負わされるべき根拠はない、第三者の範囲が無限定になるおそれがあるなどの批判が加えられている¹¹¹⁾。

（4）黙示の情報提供契約

黙示の情報提供契約（*stillschweigender Auskunftsvertrag*）という構成が、判例上、認められてきた。すなわち、1902年に、ライヒ裁判所は、「当該種類の業務において、他人に対して助言的な役割をすることを職務にしている者が、他人が信頼に値する情報を求めていることを知りつつ、その者に宛てた文書で重要な点に関する情報を与える場合には、それによって情報を求める者との間に情報に係る契約を締結する」ことになると判示し¹¹²⁾、1921年にもこの判決を引用して判断を示した¹¹³⁾。そして、それが情報提供者と情報の受領者との間に直接的な接触がある場合に踏襲されてきている。ライヒ裁判所の判例においては、黙示の契約成立を認めるにあたって、情報提供者が情報受領者から情報対価の報酬を受け取っているかどうかは必ずしも決定的要素ではないとされ¹¹⁴⁾、むしろ、情報提供者が提供する情報に関して必要な専門的知識を有しているかどうか¹¹⁵⁾、その情報が職業活動の範囲内に属するものであるかどうか¹¹⁶⁾、情報受領者が提供された情報を自己の決定の基礎とする意図を有していることが情報提供者に認識可能であったかどうか¹¹⁷⁾などに着目して判断が下されていた。

連邦通常裁判所も、情報提供者の専門性、職業上の地位、情報提供による経済的利益など、あらゆる状況から（民法典133条¹¹⁸⁾、157条）、専門家がこの

111) Schmitz (1989) S.1913-1914

112) RGZ 52, 365

113) RGZ 101, 297

114) RG JW 1918, 90,91 ; RG JW 1928, 1134, 1135.

115) RG JW 1927, 1145

116) RG JW 1928, 1134

117) RG JW 1918, 90,91 ; RG JW 1933, 510

種の拘束力を有する黙示の情報提供契約の当事者となる意思を有していたかどうかを推認するというアプローチを採用し¹¹⁹⁾、経済監査士等と第三者との間の密接な関係を要件として、経済監査士等の責任を認めてきた¹²⁰⁾。

そして、黙示の情報提供契約の前提として、当該情報が専門的知見に基づいて提供されること、当該情報が情報受領者にとって明らかに重要であり、それを経済監査士等が認識していること、および、情報受領者が重要な決定のために当該情報を利用しようとしていており、かつ、情報提供者は特別な信頼を受けているか、情報提供に特別な個人的利害を有していなければならないと解されている¹²¹⁾。

なお、かつては、第三者に依頼者を介して間接的に情報が伝達される場合にも、黙示の情報提供契約という法律構成が採用されていたが¹²²⁾、現在では、この法律構成は、第三者が監査人等の関与を求め、かつ情報が直接第三者に監査人等から提供された場合に適用されると考えられている¹²³⁾。

しかも、黙示的信息提供契約という法律構成に対しては、依頼者と契約するほかに、報酬を得ることなく、第三者と情報提供契約を締結しようと専門家が意図するというのはフィクションにすぎないという強い批判が加えられている¹²⁴⁾。また、提供した不正確またはミスリーディングな情報につき専門家が

118) 意思表示の解釈に当たっては、真意を究明しなければならず、表現の文言上の意味に拘泥してはならない。

119) Lammel (1979) S.340.

120) BGHZ 1952, 371, 374 ; BGH WPM 1965, 287 ; BGH NJW 1973, 323 ; BGH NJW 1989, 1029 ; BGH NJW 1991, 32

121) BGH WPM 1972, 466 ; BGH WPM 1979, 530. Grunewald (1987) S.295

122) RGZ 114, 289 ; BGHZ 12, 105 ; BGH WM 1962, 579 ; BGH WM 1963, 913 ; BGH WM 1965, 287 ; BGH WM 1969, 470 ; BGH WM 1976, 496 ; BGH WM 1979, 578 ; BGH WM 1982, 1201 ; BGH WM 1985, 1520

123) BGH WPM 1972, 321 ; vgl. Hohenlohe-Oehringen (1986) ; Schmitz (1989) S.1909 ; Lang (1991) S.61-62.

124) Stoll (1978) S.765-766 ; Lammel (1979) S.341 ; Hopt (1983) S.617-619 ; Grunewald (1987) S.295 ; Hirte (1996) S.387-389 ; Canaris (1999) S.213. ただし、Philippsen (1998) S.131-133.

損害賠償責任を引き受けるという黙示的な合意を専門家がしようとするという仮定は、助言と情報を提供することによっては責任を負わないとする民法典675条2項と矛盾するとも指摘されている¹²⁵⁾。

(5) 契約締結上の過失

連邦通常裁判所は、契約締結上の過失（*culpa in contrahendo*）の法的構成により、専門家の第三者に対する損害賠償責任を認めることがある¹²⁶⁾。たとえば、依頼に基づいて提出した事業の鑑定を有限合資会社への投資を勧誘する目論見書に掲載することを承認した弁護士につき、それを信頼して投資をした投資者が被った損害について責任を負うとした判決は、専門家の専門知識を信頼の起点に位置づけるとともに、その信頼により投資家の意思決定に影響を与えた弁護士は当該投資者に対して契約締結上の過失の責任を負うものとしている¹²⁷⁾。また、この判決は、「外部に対して表示されることによって目論見書作成に関与し、特別の——追加的な——信頼の事実を創出したすべての者が正確かつ完全な情報を提供する責任を負わなければならないことが、目論見書の重要性から結論づけられなければならない。それらの者には、とりわけ、一般に認められ、人目につく職業上および経済上の地位に基づいて、または、職業的専門家としての地位に基づいて、保証人的地位に立つ者が含まれる。第一に、目論見書に専門家として記載されることに同意し、その地位に基づいて意見を表明する弁護士および経済監査士が問題になる。彼らには、専門家としての能力と個人的信頼性が期待され、その結果、投資者は、しばしば、目論見書中の彼らの意見に重要かつ決定的な重要性を置くからである」と判示した。

125) Schneider (1999) S.252

126) ドイツにおいて、判例上の目論見書責任は、契約締結上の過失という法律構成を用いて認められてきたことにつき、黒沼（1989）89頁以下、今西（1985）（1986）参照。また、ドイツにおける制定法上の目論見書責任については、たとえば、黒沼（1988）、河内（2002）、島田（2016）など参照。

127) BGHZ 77, 172 (BGH 22.05.1980 – II ZR 209/79)

（6）信頼責任

専門家という職業に対する一般人の信頼を根拠に、情報提供者の責任を統一的に理解しようとする見解（信頼責任 [Vertrauenshaftung]）も唱えられてきた¹²⁸⁾。

Ballerstedt は、契約を基礎とする意思表示（法律行為）による義務体系と、契約を直接の前提としない「信頼の要求による」義務体系（惹起された信頼の保護による義務付け（*Verpflichtung durch Gewährung in Anspruch genommenen vertrauens*））とに分け、契約締結上の過失に基づく責任を後者の範疇に含まれるものとし、そこに生ずる信頼関係を基調とする法律関係を法定債務関係と呼んだ。すなわち、契約締結上の過失に基づく責任の法的基礎に関して、契約前の債務関係に基づく義務は信頼関係に基づく、準備行為で表示された、目的行為を行う意図に対する信頼が、準備行為の開始を法律上の関係とすると解した。もっとも、準備行為開始における表示の内容自体が表示者の義務を法律的に基礎づける構成事実となるのではなく、その表示その他の行為による他方当事者の信頼の惹起が義務の構成事実になるとした¹²⁹⁾。そして、契約締結上の過失を契約交渉に入ることによって基礎づけられる特別の債務関係、法定債務関係における義務違反であるとした¹³⁰⁾。ここでは、表示義務を中核として、保護義務の発生が責任基礎となるとし、交渉の各段階における信頼の程度に応じてどのような義務が発生するかが定まるという考えを示した。

また、*Lorenz* は契約締結上の過失の理論における法的債務関係の枠組みにおける信頼惹起に着目し、情報提供者の責任根拠を示そうとした。情報提供者の信頼責任が認められるためには、職業的情報接触が必要であり、情報提供者の社会的地位と機能がその情報に対する信頼を正当化できるようなものでない

128) Lammel (1979)

129) Ballerstedt (1950/51) S.506-508.

130) 契約締結上の過失についての *Ballerstedt* の理解は、少なくとも、1970年代までは通説的な見解であると評価されていた (Thiele (1967) S.650 ; Gernhard (1970) S.537 ; Esser/Schmidt (1975) S.97 ; Müller-Graff (1976) S.155 ; Kreuze (1976) S.777)。

ればならず、単に情報提供者にとって予見できるというのではなく、情報提供者と特別な情報接触を有する情報受領者に対してのみ責任を負うとした。また、責任リスクを評価できる程度に、その情報が取引に与える意義を知っていることが要件とされとし、保護の対象となる信頼の範囲は、個々のケースごとに定められるべきであり、責任制限の合意により信頼の限界が画されるとした¹³¹⁾。

信頼責任の有力な提唱者である *Canaris* によれば、信頼責任は、法律による、法規範を基礎とする責任であり、その法律関係は法定債務関係である¹³²⁾。もともと、法律行為的取引 (*rechtsgeschäftliches Handeln*) において、関係者が一定の表示行為に依拠することがあり、また、他方当事者に影響を及ぼしうる、法的に保護された利益・権利 (*Rechtsgüter*) の提供に信頼を置く (*anvertrauen*) ことがありえ、信頼責任は、法律行為による責任による保護の欠缺を補充する機能を有している。したがって、信頼責任は法律による責任であるが、法律行為的取引への着手があって初めて、現実化し、その際に行われる表示などによって生ずる信頼に着目した責任である¹³³⁾。そして、信頼責任は単なる外観に基礎を置くのではなく、信頼構成事実 (*Vertrauenstatbestände*)、信頼を置く者の善意 (*Gutgläubigkeit*)、処分行為 (*Disposition*) または信頼に基づく投資

131) Lorenz (1973) S.618-619.

132) Canaris (1971) S.428-429

133) 契約締結上の過失に基づく責任について、信頼関係に着目した、*Larenz* の社会的接触説と共通する。*Larenz* は、契約締結上の過失に基づく責任の法的基礎について、法律行為によらない、いわゆる客観的法規範に基づく債務関係、法定債務関係を前提としつつ、いわゆる社会的接触説を発展させた。社会的接触とは、友誼的 (*freundschaftlich*) または社交的 (*gesellschaftlich*) なものを超えて、相手方による「保護 (*Obhut*) および配慮 (*Sorgfalt*)」に信頼を置くことができる要因が確実に存在するもの、すなわち、営業上の関係 (*Geschäftsverkehr*) の領域における接触でなければならないとした (*Larenz* (1954) S.517-518)。社会的接触 (*sozialer Kontakt*) は、たとえば店舗に入ることによる取引的接触段階で始まり、社会的接触により不法行為責任上の義務である一般的社会生活上の安全義務 (*Verkehrssicherungspflicht*) よりも高度の保護および注意義務が生ずる (契約交渉またはその他の取引的接触による法定債務関係)。

（*vertrauensinvestition*）などが要件となるとする¹³⁴⁾。そして、信頼責任も帰責可能性（*zurechenbarkeit*）を前提とすることを指摘している¹³⁵⁾。

より具体的には、*Canaris* は、信頼構成事実を、登記など法律により作り出された信頼保護の基礎となるものを技術的な対外構成事実と、口頭の表示、書面および推断しうる行為など「自然的に」信頼を惹起またはつなぎとめるものを自然的な対外的構成事実と、それぞれ分類し、沈黙も推断しうる行為として後者にあたり、信頼の基礎となるとし、現存する信頼構成事実（登記など）の除去との関係では、不行使も問題となるとしている¹³⁶⁾。他方、信頼を置く者の主観的要件としての「信頼」は疑念の欠如を意味するとする¹³⁷⁾。もっとも、信頼が保護されるべきとされる根拠は、その者の善意および信頼構成事実の認識に求められ、信頼を置く者の処分行為または信頼に基づく投資が要件とされている。また、信頼と処分行為などの間に因果関係が存在することが必要であり、全体としてみて、信頼責任による請求権の保護価値性も検討されなければならないとする¹³⁸⁾。

ところで、契約締結上の過失に基づく責任は、*Canaris* によれば、法律行為的取引への着手、取引の開始によってもたらされる特殊な危険に関するものであり、付随義務違反、とりわけ保護義務違反による責任であると位置づけられている。すなわち、法律行為的接触の帰結、および、法律行為的接触によって生じた法的に保護された利益・権利の侵害から関係者は信義則上保護されるべきであるとする¹³⁹⁾。そして、保護義務は統一的な法律上の「保護関係」に依拠し、その法的基礎は法律行為にではなく信頼の惹起および承認に見いだされるとし、それらがあるかどうかは、法律行為的接触また法律行為的取引への

134) *Canaris* (1971) S.490-491

135) *Canaris* (1971) S.491 und 517

136) *Canaris* (1971) S.492-494 und 502

137) *Canaris* (1971) S.503-504

138) *Canaris* (1971) S.504 und 510

139) *Canaris* (1971) S.441

着手が基準となるとした¹⁴⁰⁾。これを前提として、*Canaris* は、誤った情報、瑕疵のある表示、推断しうる行為などの信頼構成事実によって相手方を信頼させ、相手方に損害を生じさせた点に着目し、契約締結上の過失に基づく責任を表示責任（*Erklärungshaftung*）として整理した。

そして、専門家の情報提供者責任も、契約責任でもなく不法行為責任でもない、契約締結上の過失の理論の発展上に位置する責任類型である信頼責任に基礎づけることができるとした¹⁴¹⁾。上述のように、*Canaris* は、原則として、法律行為の接触を要件として信頼責任を認めるが¹⁴²⁾、例外的に、情報提供者が専門家である場合のように、特別の人的な信頼誘引（*Vertrauenswerbung*）を行ったときや情報提供者が固有の利益を有している場合には、法律行為の接触がなくとも、情報提供者の信頼責任が認められるとする¹⁴³⁾。

なお、情報提供者の対第三者責任について、連邦通常裁判所の民事第10部の2000年9月26日判決¹⁴⁴⁾は、経済監査士が投資者に対して契約締結上の過失に基づき¹⁴⁵⁾損害賠償責任を負うとの判断を示したが¹⁴⁶⁾、この法律構成は踏襲されなかったようであり¹⁴⁷⁾、その後の裁判例においては第三者保護効を有する契約の法理による解決が図られていた¹⁴⁸⁾。

もっとも、伝統的には、たとえば、経済監査士が監査報告書を複数、被監査企業に交付した場合については、第三者への交付の認識可能性のみでは、信頼責任の成立を認めるのは不十分であると考えられてきた¹⁴⁹⁾。

140) *Canaris* (1971) S.538

141) *Canaris* (1983). なお、信頼責任を根拠として情報提供者責任を認めようとする、ドイツの学説を紹介した日本語文献としては、たとえば、松本（1978b）414頁以下、岡（1984）319頁以下参照。

142) *Canaris* (1988) Anm.14.

143) *Canaris* (1988) Anm.27

144) BGHZ 145, 187

145) 当然のことながら、判決文では、契約締結上の過失という表現は用いられていないが、契約締結上の過失の法理を適用したと評価されている（たとえば、*Stübinger* (2015) S.277, Fn.16参照）。

（7）民法典311条3項

2002年から施行されたいわゆる債務法現代化法¹⁵⁰⁾による改正後民法典311条は、法律行為および法律行為類似の債務関係について定めているが、同条3項は、「241条2項の義務を伴う債務関係は、自らは契約当事者とならない者にも発生することがある。そのような債務関係は、とりわけ当該第三者が自らへの信頼を特別な程度に惹起し、それによって契約交渉または契約締結に重大な影響を及ぼすときに発生する。」と定めている¹⁵¹⁾。そして、債務法現代化法案政府草案理由書では、民法典311条3項2文について、契約の締結それ自体について固有の利益を有しないが、契約の相手方がその者の見解（Äußerung）の客観性および中立性に信頼を置いている結果、その者の見解が契約締結に決定的に寄与している専門家またはその他の「情報提供者（Auskunftspersonen）」の責任が問題となると指摘されていた¹⁵²⁾。そして、これに関しては、仲介者（Sachwalter）の観念が一般的に採り入れられたとし、このような事例は、現

146) 第三者保護効を有する契約の法理を専門家責任に適用した裁判例および目論見書責任に係る裁判例を参照したうえで、取引において提供された情報（Angaben）の完全性と正確性について、惹起し、また、寄せられている信頼によって投資者の意思決定に影響を与えた者はだれでも責任を負わなければならないという一般的な法思想が裁判例の基礎にあり、この原則は、目論見書責任は負わない経済監査士にも当てはまるとした。そして、被告経済監査士の証明書には事実と異なる記載があるという状況の下で、当該証明書が投資スキームを運営する有限会社により投資者募集のために用いられていることに思いをいたすべきであったにもかかわらず、それによって作り出された信頼状態を除去するために、被告は適切な措置を講じていなかった点で、被告は、当該有限会社と原告（投資者）との間の契約前の説明義務に違反したと判示された。

147) 学説も批判的であった（たとえば、Arnold（2001）S.491-492；Assmann（2004）S.435；Emmerich（2001）S.297）。また、Möllers（2001）S.909も参照。

148) BGH NJW 2001, 512；BGH NJW 2001, 514；BGH NJW 2001, 3115；BGH NJW 2002, 3625など

149) Lammel（1973）S.700；Honsell（1976）S.627.

150) Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001（BGBl. I Seite 3138）

151) 241条2項は、「債務関係は、その内容に応じて、相手方の権利、法益および利益に配慮することを各当事者に義務づけることがある」と定める。

時点では、契約締結上の過失の法理の適用事例であると一貫して理解されているわけではなく、専門家または情報提供者と契約当事者の一方（または双方）との間に情報契約または助言契約が存在する場合に限定して、責任が認められる場合があるにすぎないとしていた¹⁵³⁾。とはいえ、このような事例においては、しばしば容易に認められない契約上の結びつきを直接には要件とせず、信頼が惹起されていたのか否かが決定的に重要とされる、契約締結上の過失の法理の適用事例と解されていることもあると指摘し、この規定は、判例に対して、このような事例が契約締結上の過失の法理を適用することによっても解決可能であることを指摘することとなるものであるとしていた¹⁵⁴⁾。

もっとも、民法典311条3項は、契約の第三者保護効を明示的に定めているわけではなく、民法典311条3項が第三者保護効を有する契約の実定法上の根拠となるかどうかについては見解が分かれている¹⁵⁵⁾。たしかに、311条3項第1文（および241条2文）から、第三者保護効を有する契約の法律上の地位を導くことができるとする見解も存在する¹⁵⁶⁾。

しかし、債務法の改正により創設された民法典311条3項は契約締結上の過失により第三者が責任を負う旨を定めたと体系上は理解される¹⁵⁷⁾。民法典311条2項は、これまで広く認められてきた契約締結上の過失の法理の一般条項であり、同項は、契約交渉の開始（第1号）、契約の開始（第2号）、または、こ

152) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucksache 14/6040, S.163

153) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S.163. Sutschet (1999) S.134f. und 137f. に言及している

154) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S.163. なお、たとえば、*Canaris* は、かねてより、情報責任を信頼責任の枠組みに取り込み、契約締結上の過失の法理によって解決してもよいころだと主張していた（*Canaris* (1983) S.27 und 93-94）。

155) Teichmann (2001) S.1492 ; Eggert (2002) S.98-100 ; Meinhof (2002) S. 21 ; Olzen/Wank (2002) S. 310 ; Hirsch (2009) Rn. 1106. また、民法典311条3項1文が第三者保護効のある契約の根拠となることにつき、少なくとも懸念を示しているものとして、たとえば、Jagmann (2009) Rn. 90 ; Eckebrecht (2002) S.427-428 ; Stadler (2015) Rn. 21.

れに類似した取引上の接触（第3号）を前提とする。これに対応して、民法典311条3項第1文は、民法典241条2項および311条2項に定められている法律関係が契約の当事者となるはずがない者にも発生することがあることを明確化している。したがって、ここでは、契約外の第三者が責任を負う場合が対象とされており、この問題は、主として、契約締結上の過失によって解決される¹⁵⁸⁾。また、契約締結上の過失の第三者効が民法典311条2項3号にいう「これに類似した取引」によってカバーされるのか、契約締結上の過失の法理の明文化には含められなかったのか、どちらなのかは必ずしも明確ではない¹⁵⁹⁾。

たしかに、民法典311条2項と同条3項の規律の間に密接な関連があることは否定しがたく、民法典311条3項の文言はきわめて大まかなので¹⁶⁰⁾、契約締結上の過失の法理の第三者効を読み込むことは難しくない。しかし、民法典311条3項2文¹⁶¹⁾は、民法典311条2項が保護義務違反に対する第三者の契約締結前責任のみに関するものであることをはっきりと裏付けている。民法典

156) ECKEBRECHT (2002) S.427-428; EHLMANN/SUTSCHET (2002) S. 70 (Fn. 10) und S. 157-159; LIEB (2002) Rn. 42 ff. und 47; SCHULTZ (2002) S. 46; SCHWAB (2002a) S.4; SCHWAB (2002b) S.873-875; SCHWAB (2002c) S. 10-11; BROX/WALKER (2016) § 33 Rn. 6; LOOSCHELDERS (2016) Rn. 162. ただし、TEICHMANN (2001) S.1492; SCHIMMEL/BUHLMANN (2002) S. 42（契約締結前の第三者保護効は民法典311条3項によるが、純然たる第三者の保護効を有する契約、すなわち、契約上の義務が第三者に及ぶかが問題となるケースは、従来の判例・学説法理による）; EGGERT (2002) S.98 ff.（立法案を示している）; MEINHOF (2002) S. 21; HAFERKAMP (2003) S. 179; HIRSCH (2009) Rn. 1106. なお、CANARIS (2001) S.520がこの点を棚上げしたことを、LIEBは批判している（LIEB (2002) Rn. 47）。

157) CANARIS (2001) S.520 も同旨。また、EHLMANN/SUTSCHET (2002) S.157-158（ただし、結論としては、民法典311条3項第1文は第三者保護効を有する契約も念頭に置いていと解している）

158) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 163-164.

159) CANARIS (2001) S.520; CANARIS (2002) S. XIX.

160) たとえば、CANARIS (2001) S.520-521; CANARIS (2002) S. XIX-XX（この規律[改正後民法典311条3項]の規定ぶりは全く驚くほど広汎である [freilich bedenklich weit]）; ECKEBRECHT (2002) S.427-428; LIEB (2002) Rn. 42 ff. などが、批判的な含みをもってこの点を指摘している。

241条2項ならびに311条2項および3項による債務関係の形成は特別な程度の信頼の惹起に基づくものであり、信頼の惹起が契約交渉または契約締結に重要な影響を与えるものでなければならない。このケースだけが取り上げられていることからすれば、契約締結上の過失の法理を主として定めている民法典311条2項の第三者効のみを同3項が定めていることは明らかであると指摘されている¹⁶²⁾。政府草案理由書¹⁶³⁾では、第三者保護効を有する契約への明示的な言及は全くみられず¹⁶⁴⁾、民法典311条3項は契約締結上の過失の領域の条項として明示的に言及されている¹⁶⁵⁾。このような論拠に基づき、たとえば、*Olzen* は、311条3項1文、同2項3号などによって裏付けることはできず、第三者保護効は従来の判例によって形成されてきた法規範によることになるとする¹⁶⁶⁾。

なお、*Canaris* は、民法典311条3項2文の文言によってカバーされ、債務法改正委員会が実際に狙ったところは、専門家の依頼人の取引相手方に対する専門家の責任を含めることであったとしているが¹⁶⁷⁾、鑑定（これには、任意監査やベシアイニグングも含まれると考えられる）の中で責任範囲の限定を行う

161) この条文が示している要件をめぐる議論については、たとえば、Lorenz/Riehm (2002) Rn. 373ff.; Emmerich (2016) Rn. 172-174 ; Gellmann (2006) S.31ff.; Kersting (2006) S.167-170.; Quiring (2006) S.119ff. 参照。また、これを日本語で紹介したものとして、上田 (2009) が詳しい。

162) *vgl.* Jagmann (2009) Rn. 92 ; Heinrichs (2003) Rn. 60 ; Musielak (2011) Rn. 889.

163) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucksache 14/6040, S. 84-85, 93-94, 163-164 ; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 14/7052, S. 190.

164) Eckebrecht (2002) S.427 ; Lieb (2002) Rn. 43. もっとも、改正後民法典311条3項は第三者保護効を有する契約も対象としていると解している。とはいえ、*Lieb* は、明らかになったすべてのためらい (Skrupel) をもって沿革に基づく解釈 (historische Auslegung) に戻ることが必要であるとする (Rn. 47)。

165) Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 163

166) *Olzen/Wank* (2002) S. 310. *Olzen* (2009) Rn.217 も参照。

167) *Canaris* (2001) S.520. 第三者保護効を有する契約構成を適用している判例を明文の規定によって解釈学的に固定することは、立法者として適切ではないという見解を同時に示している。

ことができ、それは、第三者との関係でも有効であると従来から指摘している¹⁶⁸⁾。すなわち、依頼人から提供された事実に基づいて鑑定を行ったこと、特定の情報を正しいものと仮定して鑑定を行ったこと、または特定の事実についてはまったく調査しなかったことなどを鑑定において示し、第三者にそのような事実が公開されることによって、その範囲で専門家に対する信頼が発生することを防ぐことができる。*Canaris* は、鑑定に信頼を寄せることができる者の範囲についても、鑑定に留保約款を含めることによって、限定することができるとしている。

(8) 商法典323条1項3文による対第三者責任排除の可能性

すでにみたように、連邦通常裁判所の2006年4月6日民事第3部判決¹⁶⁹⁾は、法定監査につき、年度決算書の監査契約及それに基づく監査意見の保護範囲を被監査会社に対する投資者に拡張しないという立場を採っていると解されている¹⁷⁰⁾。判例によれば、決算監査人は被監査会社及びその結合企業に対してのみ責任を負うのであって、それは、契約類似の法律構成によっては、被監査会社の株主、そして、おそらく、会社債権者にも拡張されないというのである¹⁷¹⁾。企業領域における透明性および統制に関する法律（KonTraG）の立法過程過程からは¹⁷²⁾、立法者が商法典323条1項2文の責任排除効を認め、契約類似の法律構成による決算監査人の対第三者を排除しようとしていたと考えられる¹⁷³⁾。そして、判決は、どれぐらいの人数になるかわからない債権者、株主または持分取得者を保護範囲に含めることから生ずる責任リスクを引き受けようと決算監査人がすることは通常考えられないと指摘している¹⁷⁴⁾。実際、

168) *Canaris* (1999) S.230 (しかも、経済監査士の場合が例に挙げられている)

169) BGHZ 167, 155

170) *Wagner* (2017) Rn.134.

171) BGHZ 167, 155. この見解に対して、たとえば、*Ebke* (1998) S.992 ff. は反対、*Hopt/Merkt* (2016) Rn. 8 ; *Habersack/Schürnbrand* (2010) Rn. 55-59などは肯定的

172) Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.4.1998, BGBl. I S. 786.

すでにみた2001年6月26日連邦通常裁判所民事第10部判決¹⁷⁵⁾のほか、200年5月7日連邦通常裁判所民事第3部判決¹⁷⁶⁾は、信用制度法44条1項2文に基づく特別監査の一環としてなされた監査契約には預金保険スキームとの関係での保護効はないとしており、したがって、金融機関の個々の預金者との関係でも保護効はないと解するのが整合的である。

そして、どれぐらいの人数になるかわからない債権者、株主または持分取得者を保護範囲に含めることによって生ずる算定不能な責任は避けるべきであるという連邦通常裁判所民事3部の考え方は、民法典826条の適用のあり方にも影響を与えると考えられている¹⁷⁷⁾。そして、当事者の間で、ある監査が第三者の利益のためにもなされ、当該第三者の意思決定の基礎となることについて合意があって初めて、第三者効を有する契約の下での請求が認められるかどうかの問題となるというのが判例の立場である¹⁷⁸⁾。

任意監査についても、監査人が第三者に対して負う責任について、特別の規定が法令上設けられているわけではなく、任意の決算監査についての監査人の対第三者責任は、上述した民事法の一般原則によることになる。

そして、判例上も学説上も、法定監査について定める商法典323条1項3文（悪意または過失によりその義務に違反した者は、資本会社および結合企業が損害を被った場合には当該企業に対して、義務違反から生じた損害を賠償すべき義務を負う）が法定監査以外の監査に適用または類推適用されないことに異論は

173) BGHZ 167, 155 Rn. 13 (BT-Drucksache 13/9712 [Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)] S. 35 及び BT-Drucksache 13/10038 [Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß), zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung-Drucksache 13/9712-Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)] S. 25 に言及)。

174) BGH NJW-RR 2006, 611

175) BGH NJW 2001, 3115, 3116

176) BGHZ 181, 12

177) BGHZ 167, 155 がとりわけ明確にこの旨を述べている。Wagner (2017) Rn.134.

178) BGHZ 138, 257, 262-263（もっとも、この場合には、監査人の対第三者責任は商法典323条2項の金額を限度とすると解されている）。

みられない¹⁷⁹⁾。

しかし、商法典 323 条 1 項 3 文は、法定監査との関係で民事法の一般原則に基づく対第三者責任を排除する効果を有するのみならず、商法典 316 条以下に定められている決算監査と同様の任意監査についても適用される原則的判断（Grundsatzentscheidung）であるとする裁判例や学説が存在する。すなわち、契約または契約類似の原則に基づく監査人の責任は、とりわけ、その内容および範囲が法定監査に対応する任意監査については排除されるという見解である¹⁸⁰⁾。任意監査と法定監査とはほぼ同一の事情が認められることに鑑み、両者間の異なる法的な取り扱いは適切とはいえないとし¹⁸¹⁾、商法典 323 条が定める法的規律を任意監査にあてはめることができるということがまったく間違っている（verfehlt）とは考えられないとする¹⁸²⁾。したがって、年度決算書の任意監査についても、法定監査の勿論解釈・適用（Erst-Recht-Schluss）が必要であるというのである¹⁸³⁾。さらに、裁判所による法形成は常に「法的原則（gesetzliche Leitlinien）」に導かれるべきであるが、商法典 323 条は、立法者による原則的判断（gesetzgeberische Grundsatzentscheidung）として、この意味における原則に該当し¹⁸⁴⁾、任意監査の監査人に法定監査の監査人よりも厳しい責任を課すことを実質的に正当化できる根拠はないと指摘されている¹⁸⁵⁾。

もっとも、このような見解に対しては、たとえば、*Mirtschink* によって、強

179) たとえば、Adler/Düring/Schmaltz（2000）§ 323 HGB, Rn.9；Ebke（2001）Rn.14；Zimmer（2002）§ 323, Rn. 2；Winkeljohann/Hellwege（2006）Rn. 5 参照

180) LG *Mönchengladbach* NJW-RR 1991, 415, 416；Müller（1992）S. 461-462；Schmitz（1989）S. 1914；vgl. Ebke/Scheel（1991）S.395；Schlechtriem（1984）S.1181-1183.

181) Müller（1992）S. 461；Schmitz（1989）S. 1914.

182) Müller（1992）S. 461.

183) Ebke/Scheel（1991）S.395.

184) LG *Mönchengladbach* NJW-RR 1991, 415, 416；Schmitz（1989）S.1914；Ebke/Scheel（1991）S.395；Müller（1992）S. 461

185) BGHZ 167, 155. また、Schmitz（1989）S.1914；Wagner（2017）Rn.135.

い反論が加えられている¹⁸⁶⁾。

第1に、*Mirtschink* は、連邦最高裁判所民事第3部の判決にも関わらず、商法典323条は法定監査との関係でも第三者の損害賠償請求権を排除する効果を有していないとする¹⁸⁷⁾。

第2に、かりに、法定監査の関連で、商法典323条1項3文が対第三者責任排除効を有するとしても、これが任意監査に妥当することは自明ではない。なぜならば、法定監査については商法典においてさまざまな規制が加えられており、かつ、専門職業人団体による規律が及んでいるが、任意監査はそのような規制に服さないからである。学説においても、立法者による法令上の評価はそれが規制する対象領域についてのみ妥当するのが原則であるとされている¹⁸⁸⁾。そして、商法典316条以下が規律しているのは、法定監査である¹⁸⁹⁾。この観点からは、商法典323条からの帰結を任意監査にあてはめることは許されない¹⁹⁰⁾。しかも、商法典323条に基づいて対第三者責任排除効を任意監査に認めることは、経済監査士および宣誓帳簿監査士を他の職業人に比べて不当に優遇することになる¹⁹¹⁾。すなわち、商法典316条1項が定める法定監査でない監査、すなわち、任意監査はだれでも行うことができるのが原則であり、税理士なども任意監査を行っているが、商法典323条を根拠として対第三者責任排除

186) *Mirtschink* (2006) S.211.

187) たとえば、*Mirtschink* (2006) S.55-80は、詳細な検討を加えて、商法典323条は法定監査との関係でも第三者の損害賠償請求権を排除する効果を有していないと主張している。

188) *Straßer* (2003) S. 99

189) *Adler/Düring/Schmaltz* (2000) § 323 HGB, Rn. 9 ; *Ebke* (2001) § 323, Rn. 14 ; *Zimmer* (2002) § 323, Rn. 2 ; *Winkeljohann/Hellwege* (2006) Rn. 5.

190) *Mirtschink* (2006) S.212. ただし、*BGH WM* 2006, 423, 425. なお、従来の裁判例は、法定監査についても、任意監査についても、商法典323条の対第三者責任排除効を前提とはしないものの、任意監査の内容および範囲が商法典316条以下が定める監査に対応している場合には、任意監査においても商法典323条が定める「対被監査会社」責任限定の趣旨は妥当すべきであると論じられていた。*Schlechtriem* (1984) S.1183-1184も参照。

191) *Straßer* (2003) S. 99

効を認めるとすれば、それは、商法典319条1項に列挙された専門家についてのみ認められると考えられるから、任意監査を行う他の職業人は不利になる。逆に、商法典319条1項に列挙された専門家以外の者に対第三者責任排除効を認めることを基礎づける法令上の根拠は見当たらないし、そのように主張している論者も存在しないようである。

第3に、商法典316条1項に従って監査を行うことと任意監査を行うことは似ているかもしれないが、同じではない。法定監査を受ける義務の有無は、総資産、純売上高および被用者数を規準として定められているから、当然のことながら、会社の株主や会社と事業上の接触を有する者の数は、法定監査に服する会社の場合の方がそうでない会社（＝任意監査のみを受ける会社）よりも多い。また、実証研究によれば、大規模な会社の方がより小規模な会社に比べて、計算書類に誤謬が含まれる割合は低い¹⁹²⁾。したがって、立法者は、法定監査と任意監査とで、対第三者責任を異ならせることにつき、十分な実質的理由を有していたというべきであり、商法典323条1項3文に責任排除効があるとしても、それは任意監査に妥当せず、商法典316条以下に基づく法定監査に類似した監査にとっての「原則的決定」にも該当しないと、*Mirtschink* は主張している¹⁹³⁾。

もっとも、ほとんどの裁判例においては、任意監査につき、民事法の一般原則に基づく監査人の対第三者責任を排除する根拠はないと解されている¹⁹⁴⁾。

192) *Mirtschink* (2006) は、アメリカにおける実証研究に基づく議論を行った *Ruhnke/Niephaus* (1996) を参照している。また、ドイツにおいて認識されている小規模企業の決算監査の特徴については、*Schreiber* (1994) S. 104 ff.; *Marten/Quick/Ruhnke* (2003) S. 496 ff. など参照

193) *Mirtschink* (2006) S.213. た と え ば、*Canaris* (1999) S.238; *Hopt* (1986) S.353; *Wiedmann* (2003) § 323 HGB, Rn. 24 und 25; *Naumann* (2006) Rn. 581 ff.; *Winkeljohann/Hellwege* (2006) Rn. 170 ff., 195 など参照。

194) *BGH NJW* 1973, 321; *BGH WM* 1979, 326; *BGH WM* 2006, 423; *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1986, 522; *OLG Köln NJW-RR* 1992, 1184; *OLG Saarbrücken BB* 1978, 1434. ただし、上述 *LG Mönchengladbach NJW-RR* 1991, 415, 416

（9）契約による責任制限

商法典323条の趣旨は、任意監査の場合にはあてはまらないと考えられてきたため¹⁹⁵⁾、任意監査については、従来から、監査人と被監査会社との間の契約（経済監査士および経済監査会社の普通契約約款）により、監査人の故意に基づかない場合の責任額の上限を定めてきている。

たとえば、1990年1月1日普通監査契約約款（Allgemeine Auftragsbedingungen）の9条1項は軽過失による責任の上限額を50万マルクと定め、2項も商工業に属する商人、公法上の法人または公法上の特別財産（Sondervermögen）による委任の場合には、重過失（経済監査士本人の故意を除く）による責任にも第1項が適用されるとしていた（それら以外の委任者の場合は普通約款条項法1条2項にいう合意が重過失による責任の制限には必要であるとしていた）。そして、第2項が適用されない場合であって、商工業に属する商人、公法上の法人または公法上の特別財産による委任の場合であり、かつ決算監査、設立監査および特別監査の場合には、第1項の規定は、経済監査士本人またはその指揮の下にある被用者の故意を除く重過失による責任に適用されるとしていた（a号）。第3項は、予想される契約リスクとの関連で50万マルクでは不十分な場合には合意によって責任限度額を引き上げることができるとしていた。第4項は、商工業に属する商人、公法上の法人または公法上の特別財産による委任の場合には、経済監査士本人またはその指揮の下にある被用者の故意による場合を除き、予見可能な契約リスクの範囲の損害に賠償責任が限定されると定めていた。そして、1条2項は第三者に対しても、この契約条項は主張できるとしていた。

このような約款の規定に対して、学説上は、1976年普通約款条項法との関連で、とりわけ重過失に基づく責任については、その約款条項の有効性に関し

195) Hopt (1992) S.798 ; Hirte (1996) S.67. ただし、Schlechtriem (1984) S.1183-1184は、任意監査にも商法典323条3項の趣旨はあてはまるとして、任意監査においても、過失に基づく監査人の責任の上限額は50万マルク（当時の決算監査人の法定責任限度額）となると主張していた。

て見解が分かれていた。すなわち、被監査会社にとって損害を被る典型的なリスクが相当大きい場合には、50万マルクという上限は不適切であるとする見解¹⁹⁶⁾、そのような責任制限条項は、上限額が不十分な場合には、適切な付保と準備が講じられている場合に限り有効であるとする見解¹⁹⁷⁾、重過失による場合には責任制限は認められないとする見解¹⁹⁸⁾などが存在した。いずれにしても、重過失による責任の上限額を一律に50万マルクと定めることは普通約款条項法9条2項に違反し無効であると考えられていた¹⁹⁹⁾。

また、軽過失についても責任（の全部）免除を定めることは許されないと解するのが多数説であった²⁰⁰⁾。

なお、普通約款条項法の11条7号は非商人との関係において、重過失に基づく責任を免除・制限する契約を無効としていたが、ここで問題となるのは、経済監査士の対会社責任の制限の有効性であるから、11条7号がそのまま適用されるわけではなく、相手方が商人の場合には9条の問題となると指摘されていた²⁰¹⁾。したがって、完全な責任免除とは異なり、責任制限については契約自由がより強く認められてもよいという見解もあった²⁰²⁾。ただ、ここで、経済監査士自身の重過失による責任であるか、その監査補助者の重過失による責任であるかを分けて論じる必要があると指摘されていた²⁰³⁾。

また、経済監査士規則（Wirtschaftsprüferordnung）54a条1項は、過失（重

196) Schlechtriem (1984) S.1186 ; Ulmer/Brandner/Hensen (1989) Anhang § 9-11 Rn.955, § 9 Rn.81ff.

197) Bunte (1981) S.1066

198) Koch/Stübing (1977) § 11 Nr.7 Rn.20; Graf von Westphalen (1983) Rn.17 ; Wolf/Horn/Lindacher (1984) § 9 Rn.7 など

199) Hopt (1986) S.367 ; Ulmer/Brandner/Hensen (1989) Anhang § 9-11 Rn.955 ; Ebke/Scheel (1991) S.396 ; Quick (1992) S.1678

200) Hopt (1986) S.367 ; Quick (1992) S.1678. ただし、許されるとする見解も存在した (Brandner (1984) S.1191 ; Fliess (1992) S.5)。

201) Brandner (1984) S.1191 ; Hopt (1986) S.367 ; Quick (1992) S.1678

202) Hensen (1976) Rn.30-39 ; Coester-Waltjen (1977) Rn.84

203) Schlechtriem (1984) S.1179

過失を含む）に基づく責任について責任制限を行うことを認めた。すなわち、個々の場合における書面の同意によって、監査人の過失が原因となって顧客が被った損害についての賠償請求権を最低付保額（100万ユーロ。経済監査士規則54条4項）を上限とする責任制限ができること（1号）および、軽過失については、約款（vorformuliert Vertragsbedingungen）によって、最低付保額の4倍を上限とする責任制限が、その範囲で保険保護が存在する場合にはできることを定めている²⁰⁴⁾。また、2項は、あらかじめ作成された説明書によって、契約上義務づけられた給付をなす、基本的には連帯債務とされる社員の責任を制限できるとしていた。同様の規定が、パートナーシップのパートナーとしての経済監査士にも適用される（パートナーシップ法8条2項）²⁰⁵⁾。この経済監査士規則の改正により、「予見可能な契約リスクの枠内」での責任制限条項であれば、責任額を制限することに対してかつて存在していた障害はなくなったといわれていた²⁰⁶⁾。なお、1998年改訂後普通監査約款の9条3項は予想される契約リスクとの関連で800万マルクでは不十分である場合には、さらに責任限度額を引き上げることができるとしていたが、2017年約款にはそのような規定はない。

他方、第三者に対して、普通監査約款の責任制限条項を対抗できるか否かについては、第三者保護効を有する契約や黙示的情報提供契約の法理による請求の場合には対抗できるが、不法行為あるいは信認義務違反に基づく請求の場合

204) これをうけて、1995年に改訂された普通監査契約約款では、過失による損害賠償の限度額を200万マルク（当時の最低付保額の50万マルクの4倍）に引き上げた。さらに、1998年に改訂された普通監査約款の9条1項では800万マルクに引き上げた。現在の2017年約款では、9条2項が1件あたり400万ユーロと定めている。

205) なお、税理士についても、経済監査士規則54a条とパラレルな責任制限が認められている（税理士法67a条）。そして、連邦税理士会の普通契約約款5条2項は100万ユーロを1件あたりの限度額と定めている（これは税理士法施行令52条1項が、1保険事故あたりの最低付保額を25万ユーロと定めているからである。ただし、税理士法人が有限会社形態をとるときは1件あたりの付保額は税理士法67a条2項により最低付保額は100万ユーロ）。

206) Hirte (1996) S.68; Quick (1992) S.1678

には対抗できないと考えるのが多数説である²⁰⁷⁾。

参考文献

- Achilles, A./Gebhard, A./Spahn, P. (1898) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB*, Bd.II, Keip
- Adler, H./Düring, W./Schmaltz, K. (hrsg.) (1987) *Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen*, 5.Aufl., Schäffer-Poeschel
- Adler, H./Düring, W./Schmaltz, K. (hrsg.) (2000) *Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen*, Teilband 7, 6. Aufl., Schäffer-Poeschel
- Arnold, A. (2001) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Kapitalanlegern, DStR : 488-492
- Assmann, H.-D. (1985) *Prospekthaftung*, Carl Heymanns
- Assmann, H.-D. (1988) Grundfälle zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, JuS : 885-891
- Assmann, H.-D. (2004) Die Prospekthaftung beruflicher Sachkenner de lege lata und de lege ferenda, AG : 435-448
- Ballerstedt, K. (1950/51) Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 : 501-531
- von Bar, Ch. (1981) Deliktsrecht, in : Bundesministerium der Justiz (hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges
- Baus, Ch. A. (2004) Die Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer zwischen Vertrag und Delikt – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 103 : 219-257
- Bayer, W. (1995) *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Mohr
- Bayer, W. (1996) Vertraglicher Drittschutz, JuS : 473-478
- Behme, C. /Pinger, W. (2008) Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte als Rechtsgrundlage der Gutachterhaftung gegenüber Dritten, JuS : 675-678.
- Brors, Ch. (2005) Vertrauen oder Vertrag – gibt es eine Haftung für Wertgutachten nach § 311 Abs. 3 BGB?, ZGS : 142-149
- Brandner, H.E. (1984) Berufshaftung und Vertragsgestaltung der Wirtschaftsprüfer. Zur Neufassung der Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, ZIP : 1186-1194
- Brönnner, H. (1970) Kommentierung zu § 168 AktG, in : Barz, H., *et al.*, *Aktiengesetz, Großkommentar*, 3.Aufl., de Gruyter
- Brox, H./Walker, W.-D. (2016) *Allgemeines Schuldrecht*, 40. Aufl., C.H.Beck
- Budde, W.D./Hense, B. (1990) Kommentierung zu § 323 HGB, in : Budde, W.D., *et*

207) Brandner (1984) S.1193 ; Hopt (1986) S.368

- al. (hrsg.), *Beck'scher Bilanzkommentar*, 2.Aufl., C.H.Beck
- Bunte, H.-J. (1981) Allgemeine Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und das AGB-Gesetz, DB : 1064-1069
- Canaris, C.W. (1971) *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C.H.Beck
- Canaris, C.-W. (1983) Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in : Canaris, C.-W. (hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, C.H.Beck : 27-110
- Canaris, C.-W. (1988) Bankvertragsrecht, Teil 1, in : Staub, H. (begr.), *Handelsgesetzbuch, Großkommentar*, 4.Aufl., 10.Lieferung, de Gruyter
- Canaris, C.-W. (1999) Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 163 : 206-245
- Canaris, C.-W. (2001) Kongressvortrag, Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung, JZ : 499-528
- Canaris, C.-W. (2002) *Schuldrechtsreform 2002*, C.H.Beck
- Coester-Waltjen, D. (1977) Kommentierung zu § 8, in : Schlosser, P., et al., *AGB-Gesetz*, Giesecking
- Czub, H.-J. (2003) Kommentierung zu § 675, in : Bamberger, H.G./Roth, H. (hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck
- Damm, R. (1991) Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung, JZ : 373-385
- Ebke, W.F. (1983) *Wirtschaftsprüfer und Dritthaftung*, Giesecking
- Ebke, W.F. (1990) Rezension zu Michael Stahl : Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, JZ : 688-690
- Ebke, W.F. (1998) Abschlußprüfer, Bestätigungsvermerk und Drittschutz, JZ : 991-997
- Ebke, W. F. (2001) Kommentierung zu § 323, in : Schmidt, K. (hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 4, C.H.Beck
- Ebke, W.F. (2013) Kommentierung zu § 323, in : Ebke, W.F. et al (red.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3. Aufl., Bd. 4, C.H.Beck
- Ebke, W.F./Scheel, H. (1991) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter, WPM : 389-398
- Eckebrecht, M. (2002) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform, MDR : 425-428
- Eggert, M. (2002) Für eine Regelung der Dritthaftung im Gefolge der Modernisierung des Schuldrechts, KritV (*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) : 98-109
- Ehmann, H./Sutschet, H. (2002) *Modernisiertes Schuldrecht*, Vahlen
- Ehmann, H. (2004) Kommentierung zu § 675, in : Westermann, H.P. (hrsg.), *Erman*

- Bürgerliches Gesetzbuch*, 11.Aufl., Otto Schmidt
- Eickmeier, J. (1993) *Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschäden*, Carl Heymanns
- Emmerich, V. (2001) Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Anlegern für falsche Testate, JuS : 296-298
- Emmerich, V. (2016) Kommentierung zum § 311 BGB, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7. Aufl., Bd.2, C.H.Beck
- Esser, J./Schmidt, E. (1975) *Schuldrecht*, 5.Aufl., Bd.1, Teilband 2, C.F. Müller
- Faust, F. (2002) Schadensersatz, in : Huber, P./Faust, F., *Schuldrechtsmodernisierung. Eine Einführung in das neue Recht*, C.H.Beck
- Feddersen, Ch. (1999) Die Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers nach § 323 HGB, WM : 105-116
- Fölsing, Ph. (2006) Abschlussprüferdritthaftung nach der Entscheidung des BGH vom 6.4.2006, DStR : 1809-1814
- Finn, M. (2004) Zur Haftung des Sachverständigen für fehlerhafte Wertgutachten gegenüber Dritten, NJW : 3752-3754
- Fliess, W. (1992) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers unter Berücksichtigung internationaler Entwicklungen, WPM : 49-62
- Geibel, S.J. (2007) Anmerkung zum Urteil des BGH vom 06.04.2006, Az. : III ZR 256/04 (Schutzbereich eines Prüfvertrags über den Börsengang einer AG), JR : 328-329
- Gellmann, N. (2006) *Die Haftung von Experten gegenüber Geschäftspartnern ihres Auftraggebers für die fehlerhafte Erstellung von Gutachten. Eine Fallgruppe des §311 Abs.3 S.2 BGB?*, Verlag Dr. Kovac
- Gernhard, W. (1970) Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schuldverhältnisses, JZ : 535-539
- Gloekner, H.E. (1967) *Die zivilrechtliche Haftung des Wirtschaftsprüfers*, Handelsblatt
- Gottwald, P. (2016) Kommentierung zu § 328, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7.Aufl., Bd.2, C.H.Beck
- Graf von Westphalen, F. (1983) Kommentierung zu § 11 Nr.7, in : Lowe, W., et al., *Großkommentar zum AGB-Gesetz*, Bd.II, 2.Aufl., Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft
- Grunewald, B. (1987) Die Haftung des Experten für seine Expertise gegenüber Dritten, AcP 187 : 285-308
- Grunewald, B. (1999) Die Haftung des Abschlußprüfers gegenüber Dritten, ZGR : 583-600
- Habersack, M./Schürnbrand, J. (2010) Kommentierung zu § 323, in : Staub, H. (begr.), *Handelsgesetzbuch, Großkommentar*, 5. Aufl., de Gruyter
- Haferkamp, H.P. (2003) Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform, in : Dauner-Lieb, B./Konzen, H./Schmidt, K. (hrsg.), *Das neue*

Schuldrecht in der Praxis, Carl Heymanns : 171-182

Hagen, H. (1971) *Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik*, Athenäum Verlag

Heermann, P.W. (2017) Kommentierung zu § 675, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7.Aufl., Bd.5/2, C.H.Beck

Heinrichs, H. (2003) Kommentierung zu § 328, in : *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 62.Aufl., C.H.Beck

Hensen, H.-D. (1976) Kommentierung zu § 11 Nr.7, in : Ulmer, P./Brandner, H.-E./Hensen, H.-D., *AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1.Aufl., Otto Schmidt

Heukamp, Wessel (2000) *Abschlussprüfer und Haftung*, Carl Heymanns

Hirsch, Ch. (2009) *Allgemeines Schuldrecht*, 6. Aufl., Carl Heymanns

Hirte, H. (1996) *Berufshaftung*, C.H.Beck

Hohenlohe-Oehringen, P. (1986) Die Rechtsprechung zur Auskunftshaftung, BB : 894-895

Hohloch, G. (1977) Vorvertragliche Haftung nach culpa-in-contrahendo-Grundsätzen auch zugunsten Dritter? JuS : 302-306

Honsell, H. (1976) Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS : 621-629

Hopt, K.J. (1983) Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich.-Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung-, AcP 183 : 608-720

Hopt, K.J. (1986) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers-Rechtprobleme zu § 323 HGB (§ 168 AktG a.F.) und zur Prospekt- und Auskunftshaftung, in : Hofmann, P., *et al.* (hrsg.), *Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag*, Carl Heymann : 341-369

Hopt, K.J. (1987) Dritthaftung für Testate, NJW : 1745-1746

Hopt, K.J./Merkt, H. (2016) Kommentierung zu § 323, in : Baumbach, A. (begr.), *Handelsgesetzbuch, Kommentar*, 37. Aufl., C.H.Beck

Jagmann, R. (2009) Kommentierung zu § 328, in : Staudinger, J. von (begr.), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, de Gruyter

Jhering, Rudolf von (1861) Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 4 : 1-112

Keitel, H.-J. (1987) *Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte*, Peter Lang

Kersting, Ch. (2006) *Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht*, C.H. Beck

Koch, E./Stübing, J. (1977) *Allgemeine Geschäftsbedingungen. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Luchterhand

- Koch, J. (2004) § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung, AcP 204 : 59–80
- Koch, J. (2010) Die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs, WM : 1057–1063
- Kreuzer, K.F. (1976) Anmerkung zu BGH, Urteil v. 28.01.1976, JZ : 778–781
- Kropff, B. (1973) Kommentierung zu § 168, in : Geßler, E./Hefermehl, W./Eckardt, U./Kropff, B. (hrsg.), *Aktiengesetz*, Franz Vahlen
- Küffner, Peter (1994) Abschlußvermerke und Prüfungsvermerke von Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten, DStR : 74–80
- Lammel, S. (1973) Zur Haftung eines Wirtschaftsprüfers gegenüber Kreditgebern seines Auftraggebers, NJW : 700
- Lammel, S. (1979) Zur Auskunftshaftung, AcP 179 : 337–366
- Lang, A. (1989) Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer, WPg : 57–64
- Lang, A. (1991) *Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer*, Mannheimer Vorträge zur Versicherungswirtschaft, Band 51
- Larenz, K. (1954) Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und “sozialer Kontakt”, MDR : 515–518
- Laurenz, K. (1963) Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, in : Caemmerer, Ernst von, et al. (hrsg.), *Festschrift für Hans Dölle*, Band 1, *Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung*, Mohr : 169–200
- Larenz, K./Canaris, C.-W. (1995) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.Aufl., Springer
- Lettl, T. (2006) Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrags über eine Pflichtprüfung nach §§ 316 ff. HGB, NJW : 2817–2819
- Lieb, M.G. (2002) § 3 Kodifizierung von Richterrecht. Teil C, in : Dauner-Lieb, B./Heidel, Th./Lepa, M./Ring, G. (hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis*, Deutscher Anwaltverlag : 126–132
- Littbarski, S. (1984) Die Berufshaftung, NJW : 1667–1670
- Looschelders, D. (2016) *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., Vahlen
- Lorenz, S. (2015) Grundwissen–Zivilrecht : Culpa in contrahendo (§ 311 II, III BGB), JuS : 398–401
- Lorenz, S./Riehm, Th. (2002) *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, C.H. Beck
- Lorenz, W. (1973) Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, in : *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck : 575–620
- Mäsch, G. (2013) Allgemeines Schuldrecht : Haftung des Gutachters gegenüber Dritten. Haftung des Tierarztes für Fehler im Zuge der Ankaufsuntersuchung bei Pferden–Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, JuS : 935–937
- Marten, K.-U./Quick, R./Ruhnke, K. (2003) *Wirtschaftsprüfung*, 2.Aufl., Schäffer–Poeschel

- Martiny, D. (1996) Pflichtenorientierter Drittschutz beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, JZ : 19-25
- Meinhof, A. (2002) *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Boorberg
- Mertens, H. J. (1986) Kommentierung zu § 826, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2.Aufl., C.H.Beck
- Möllers, T.M.J. (2001) Zu den Voraussetzungen einer Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers bei fahrlässiger Unkenntnis der Testatverwendung, JZ : 909-917
- Moser, M. (1998) *Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers*, Stämpfli
- Müller, H.-P. (1992) Grenzen und Begrenzbarkeit der vertraglichen Dritthaftung für Prüfungsergebnisse des Abschlussprüfers, in : Moxter, A., et al (hrsg.), *Rechnungslegung. Entwicklungen bei der Bilanzierung und Prüfung von Kapitalgesellschaften : Festschrift zum 65. Geburtstag von Karl-Heinz Forster*, IDW-Verlag : 453-469
- Müller-Graff, P.-Ch. (1976) Die Geschäftsverbindung als Schutzpflichtverhältnis, JZ : 153-156
- Müssig, P. (1989) Falsche Auskunftserteilung und Haftung, NJW : 1697-1704
- Musielak, H.-J. (2011) *Grundkurs BGB*, 12. Aufl., C.H.Beck
- Nann, W. (1985) *Wirtschaftsprüferhaftung*, Peter Lang
- Naumann, K.-P. (2006) Abschnitt A : Der Beruf des Wirtschaftsprüfers, in : IDW (hrsg.), *WP Handbuch 2006*, Bd. I, IDW-Verlag
- Neflin, H. (1957) Die Haftung des Wirtschaftsprüfers wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, BB : 496-497
- Neuner, J. (1999) Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ : 126-136
- Olzen, D. (2009) Einleitung zum Schuldrecht, in : Staudinger, J. von (begr.), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, de Gruyter
- Olzen, D./Wank, R. (2002) *Die Schuldrechtsreform*, Carl Heymanns
- Otto, H.-J. (2002) Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, Jura : 1-11
- Otto, H.-J./Mittag, J. (1996) Die Haftung des Jahresabschlussprüfers gegenüber Kreditinstituten, Teil I, WM : 325-333
- Philippsen, G. (1998) *Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachte Vermögensschäden*, Verlag Versicherungswirtschaft
- Plötner, M. (2003) *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung*, Duncker & Humblot
- Quick, R. (1992) Die zivilrechtliche Haftung des handelsrechtlichen Abschlußprüfers, BB : 1675-1685
- Quiring, T. (2006) *Die Dritthaftung von Sachverständigen : Nach der Schuldrechtsreform und*

- der Neuregelung des § 839a BGB*, Peter Lang
- Rieble, V. (2002) Die Kodifikation der Culpa in contrahendo, in : Dauner-Lieb, B./Konzen, H. /Schmidt, K. (hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, Carl Heymanns : 137-157
- Ruhnke, K./Niephaus, J. (1996) Jahresabschlussprüfung kleiner Unternehmen, DB : 789-795
- Sack, R. (2006) Produkthaftung für reine Vermögensschäden von Endabnehmern, VersR : 582-588
- Schimmel, R./Buhlmann, D. (2002) *Fehlerquellen im Umgang mit dem neuen Schuldrecht*, Hermann Luchterhand Verlag
- Schlechtriem, P. (1984) Summenmäßige Haftungsbeschränkungen im Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB : 1177-1187
- Schmidt, S./Feldmüller, Ch. (2016) Kommentierung zu § 323 HGB, in : *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 10. Aufl., C.H.Beck
- Schmitz, B. (1989) Die Vertragshaftung des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters gegenüber Dritten, DB : 1909-1915
- Schneider, H. (1999) Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten – die Sicht des Experten, ZHR 163 : 246-273
- Schreiber, S. (1994) *Die Abschlussprüfung kleiner Unternehmen unter Berücksichtigung deutscher und US-amerikanischer Prüfungsansätze*, Wofram Hitzeroth
- Schultz, M. (2002) Leistungsstörungsrecht, in : Westermann, H.P. (hrsg.), *Das Schuldrecht 2002*, Richard Boorberg : 17-105
- Schwab, M. (2002a) Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS : 1-8
- Schwab, M. (2002b) Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht, Teil 1 und Teil 2, JuS : 773-778 und 872-878
- Schwab, M. (2002c) Das neue Schuldrecht im Überblick, in : Schwab, M./Witt, C.-H. (hrsg.), *Einführung in das neue Schuldrecht*, C.H.Beck : 1-21
- Seibt, C. H./Wollenschläger, B. (2011) Dritthaftung des Abschlussprüfers kapitalmarkt-orientierter Unternehmen, DB : 1378-1385
- Stadler, A. (2015) Kommentierung zu § 328 BGB, in : Jauernig, O. (hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 16. Aufl., C.H.Beck
- Stahl, M. (1989) *Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen*, Peter Lang
- Straßer, Manuel (2003) *Die Haftung der Wirtschaftsprüfer gegenüber Kapitalanlegern für fehlerhafte Testate*, Peter Lang
- Strauch, D. (1992) Rechtsgrundlagen der Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, JuS : 897-902
- Stoll, H. (1978) Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in : Jakobs, H.H., et

- al. (hrsg.), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt : 741–773
- Stübinger, M. (2015) *Teilnehmerhaftung bei fehlerhafter Kapitalmarktinformation in Deutschland und den USA : Zugleich ein Beitrag zur Systematik des § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB*, Mohr Siebeck
- Sutschet, H. (1999) *Der Schutzanspruch zugunsten Dritter*, Duncker & Humblot
- Teichmann, A. (2001) Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB : 1485–1492
- Thiele, W. (1967) Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ : 649–657
- Thole, Ch. (2015) Die Vertragshaftung des Steuerberaters gegenüber der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer für Insolvenzschäden – ein Prüfstein für die Grundsätze der Expertenhaftung, ZfPW : 31–59
- Ulmer, P./Brandner, H.-E./Hensen, H.-D. (1989) *AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 6.Aufl., Otto Schmidt
- Wagner, G. (2014) Die mangelhafte Haftungsverfassung der Finanzmärkte : Verantwortlichkeit von Wirtschaftsprüfern gegenüber dem Anlegerpublikum, in: Calliess, G.-P. (hrsg.), *Transnationales Recht*, Mohr Siebeck : 307–328
- Wagner, G. (2017) Kommentierung zu § 826, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7.Aufl., Bd.6, C.H.Beck
- Wagner, K.-R. (2001) Was leisten Prospektprüfungsgutsichten von Wirtschaftsprüfern und was nicht?, DStR : 497–504
- Westermann, H.P. (2004) Kommentierung zu § 328, in : Westermann, H.P. (hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11.Aufl., Otto Schmidt
- Wiedmann, H. (2003) *Bilanzrecht*, 2.Aufl., C.H.Beck
- Winkeljohann, N./Poullie, M. (2006) Kommentierung zu § 321 HGB, in : Ellrott, H., et al. (hrsg.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 6. Aufl., C.H.Beck
- Winkeljohann, N./Hellwege, H. (2006) Kommentierung zu § 323 HGB, in : Ellrott, H., et al. (hrsg.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 6. Aufl., C.H.Beck
- Wolf, M./Horn, N./Lindacher, W.F. (1984) *AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar*, C.H.Beck
- Zenner, A. (2009) Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter – Ein Institut im Lichte seiner Rechtsgrundlage, NJW : 1030–1034
- Zimmer, D. (2002) Kommentierung zu §§ 318, 323 HGB, in : Ulmer, P. (hrsg.), *HGB-Bilanzrecht, Großkommentar*, Teilband 2, de Gruyter
- Zöllner, W. (1988) Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 : 85–100
- Zugehör, H. (2000) Berufliche „Dritthaftung“ – insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notar – in der deutschen Rechtsprechung, NJW : 1601–1609

Zugehör, H. (2008) Uneinheitliche Rechtsprechung des BGH zum (Rechtsberater-) Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, NJW : 1105-1110

今西康人（1985）「第三者の契約責任について—ドイツにおけるプロスペクト責任を手懸りとして（1）」商大論集36巻5・6号：459-473

今西康人（1986）「第三者の契約責任について—ドイツにおけるプロスペクト責任を手懸りとして（2）」商大論集37巻5号：533-547

上田貴彦（2009）「契約外の第三者による情報責任根拠と信頼責任法理：ドイツ民法典における専門家情報責任論の新たな動向」同志社法学60巻7号：727-782

浦川道太郎（1988）「不法行為法改正に関するフォン・パールの立法的提案」下森定ほか編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社）：555-584

岡孝（1984）「情報提供者の責任」『現代契約法大系（7）』（有斐閣）：306-326

河内隆史（2002）「ドイツ取引所法における『目論見書責任（Prospekthaftung）』」法学新報108巻9・10号：157-180

黒沼悦郎（1988）「証券市場における情報開示に基づく民事責任（1）」法学協会雑誌105巻12号：1-73

黒沼悦郎（1989）「証券市場における情報開示に基づく民事責任（2）」法学協会雑誌106巻1号：74-131

ハイン・ケッツ / ゲルハルト・ヴァーグナー（2011）『ドイツ不法行為法』（吉村良一 / 中田邦博 [監訳]）（法律文化社）

島田志帆（2016）「ドイツ法における目論見書責任と会社の過失」法学研究89巻1号：215-236

滝沢昌彦（1993）「ドイツ法における『専門家の責任』」川井健（編）『専門家の責任』（日本評論社）：133-158

本田純一（2005）「契約責任の「第三者」への拡張」クレジット研究33号：102-113

松本恒雄（1978a）「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論（1）」民商法雑誌79巻2号：187-202

松本恒雄（1978b）「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論（2）」民商法雑誌79巻3号：380-418

松本恒雄（1979）「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論（3）」民商法雑誌79巻4号：548-567

渡辺達徳（1988）「契約の現代的展開と契約責任の人的拡大—『第三者のための保護効を伴う契約』法理をめぐるドイツ判例の新展開を契機として」比較法雑誌22巻2号：57-84

渡辺達徳（1990）「専門的職業人の誤情報提供と損害賠償責任—税理士の責任に関する裁判例を手がかりとした比較的考察」比較法雑誌23巻4号：17-40

渡辺博之（1983）「契約締結上の過失責任をめぐる体系化の傾向と「信頼責任」論—カナリスおよびシュトルの所論を中心として—」民商法雑誌88巻2号：260-284

論説（弥永）

（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 25号

2018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 大野 雅人
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
山田 務

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
渡邊 卓也

特任教授 京野 哲也

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.25 December 2018

Articles

- Über den Schutz besonders sensibler/verletzlicher Zeugen – Teil 1
.....**Tomomitsu Iwashita** 1
- Der Unterlassungsanspruch wegen Verletzung des Urheberrechts und die
"Doctrine of Prior Restraint"
..... **Makiko Obuchi** 23
- Applying Behavioral Insights to the Design of Securities Regulation (1)
.....**Makiko Kimura** 113
- Legal thinking and "the Legal syllogism" – "Logic" from the view point of
practicing Lawyers
.....**Tetsuya Kyouno** 149
- "La protection de la famille" en droit de la responsabilité civile française : Essai
sur les modèles de la famille et les normes de la responsabilité civile
.....**Tomoyuki Shiraishi** 183
- Le débat sur le pacte commissaire dans la fin du XIX^e siècle
..... **Yoshinori Naoi** 255
- Enhancing the Credibility of Financial Statements of SMEs: Germany (2)
.....**Masao Yanaga** 291

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan