

フランス民事責任法における 「家族の保護」(2・完)

——家族のあり方と民事責任法の枠組——

白石 友行

はじめに

I. 民事責任法における「家族の保護」の諸相

1. 家族としての保護
 2. 家族に関わる保護 ((1)①まで25号、(1)②から本号)
- ## II. 民事責任法における「家族の保護」の基礎
1. 「家族の保護」をめぐる議論の再解釈
 2. 「家族の保護」をめぐる議論の分析

おわりに

I. 民事責任法における「家族の保護」の諸相

2. 家族に関わる保護

(1) 自己以外の者に対する行為による場合

② 過去の家族のメンバーに対する一定の行為を理由に損害賠償が請求される 場合

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

184) 明確な説示ではないが、Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2009, Bull. civ., I, n°211 ; RTD civ., 2010, 79, chr., Jean Hauser ; RCA., janv. 2010, com., 1 ; Dr. fam., juin 2010, com., 106, note, Christelle Assimopoulos（著名なコメディアンであった故 A の家族生活などを記した A の子 Y1 と Y2 の書籍が公刊されたことから、A の子 X が Y1 と Y2 および出版社 Y3 に対して損害賠償の支払を求めた事案で、X の私生活の尊重および肖像への侵害を理由とする請求が認容される一方、A の肖像への侵害を理由とする請求を棄却した原審に対する X からの上诉状につい

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

(前頁からつづき)

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

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

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

第3に、死者の人格などを侵害する一定の行為が、死者の人格などへの侵害

（前頁からつづき）

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

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

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

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

これに対して、現在の判例は、報道の自由への配慮に基づき、1881年7月

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

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

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

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

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

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

（前頁からつづき）

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) 自己に対する行為による場合

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

214) Cass. 2^{ème} civ., 28 mai 2009, *supra* note 210（広義の理解を採用した原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juill. 2010, *supra* note 210（広義の理解を採用した原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 4 nov. 2010, n°09-69.918；RCA., janv. 2011, com., 5（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 14 mars 2013, n°11-24.237；RCA., juill. 2013, com., 221（広義の理解を採用した原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 25 avril 2013, n°11-23.879；RCA., juill. 2013, com., 219, note, Hubert Groutel（広義の理解を採用した原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 28 mai 2014, n°13-16.898；RCA., sept. 2014, com., 263（家族と自転車に乗ること、時々テニスをするにつき否定）；Cass. 2^{ème} civ., 18 sept. 2014, n°13-20.400；Gaz. Pal., 2015, 493, note, Daphné Tapinos（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. crim., 5 mai 2015, n°14-82.002；Gaz. Pal., 2015, 1891, note, Daphné Tapinos（自転車での世界一周につき肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 2 juill. 2015, n°14-18.351；RCA., oct. 2015, com., 245（過去に何の活動もしていなかった者に楽しみ損害の存在を認めた原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 10 déc. 2015, n°14-26.726；Gaz. Pal., 2016, 2727, note, Claudine Bernfeld；RCA., mars 2016, com., 75, note, Hubert Groutel（同年代の若者と同一活動をするにつき否定）；Cass. 2^{ème} civ., 26 mai 2016, n°15-16.438；Gaz. Pal., 2016, 2727, note, Frédéric Bibal et Emma Leduc（社交ダンス、ガーデニングにつき肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2016, n°15-18.592；RCA., oct. 2016, com., 266（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 19 janv. 2017, n°15-29.437；Gaz. Pal., 2017, 1776, note, Claudine Bernfeld et Emma Dinparast（日曜大工、ベタンク、弓道につき肯定）；Cass. 1^{re} civ., 8 fév. 2017, Bull. civ., I, n°38；D., 2017, 407；Gaz. Pal., 2017, 1776, note, Claudine Bernfeld et Emma Dinparast；RCA., mai 2017, com., 143, note, Laurent Bloch（映画界で働くこと、自動車を運転することにつき否定）；Cass. 2^{ème} civ., 9 fév. 2017（2 arrêts）, n°15-22.082 et n°16-11.219；Gaz. Pal., 2017, 1776, note, Claudine Bernfeld et Emma Dinparast；RCA., mai 2017, com., 133, note, Hubert Groutel（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 2 mars 2017, Bull. civ., II, n°46；D., 2017, 2228, chr., Stéphanie Porchy-Simon；Gaz. Pal., 2017, 1776, note, Claudine Bernfeld et Emma Dinparast；Gaz. Pal., 2017, 1778, note, Frédéric Bibal；RCA., mai 2017, com., 133, note, Hubert Groutel（サイクリング、ガーデニングにつき肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 25 janv. 2018, n°17-10.299；D., 2018, 2155, chr., Mireille Bacache；Gaz. Pal., 2018, 1598, note, Frédéric Bibal；RCA., avril 2018, com., 97（審理不尽を理由とした原審の破棄）；Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 2018, n°17-14.499；D., 2018, 719；D., 2018, 2156, chr., Anne Guégan；Gaz. Pal., 2018, 1599, note, Noémie Klein；RCA., juin 2018, com., 157；D., 2019, 38, chr., Philippe Brun（以前と同じ形でのスポーツ活動と水上の余暇につき肯定）；Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2018, n°16-21.776；D., 2018, 1488；D., 2018, 2156, chr., Anne Guégan；Gaz. Pal., 2018, 2756, note, Noémie Klein；D., 2019, 38, chr., Philippe Brun（オートバイの運転につき肯定）；etc.

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

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

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

第2に、性的損害は²¹⁹⁾、リストおよび判例の定義によれば、性的な領域に

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

感染に関する特殊な損害または不安損害の中で家族のメンバーとの交流の阻

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

以上の3つの損害項目に関する分析を踏まえると、①の冒頭の問いについて

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

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

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

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

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

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

害を問題にする一時的および永続的機能欠陥からも区別される²⁵¹⁾。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ところで、場面㉗との関連では、後掲の破毀院判例を受けて制定された2002年3月4日の法律1条（現在では社会事業・家族法典 L.114-5条）の存在にも留意しておく必要がある。同条1項は、何人も出生のみを理由とする損害を援用することはできない規定としており、同項によって、場面㉗における両親からの損害賠償請求も否定されているように見えるからである。しかし、同条3項は、医師などに一定の特徴を持つフォートがあれば、両親は子の障害に由来する特殊な負担を除き自らの損害の賠償を請求することができると規定している。そして、判例によれば、一定の特徴を持つフォートとは強度および明白性の点で重大なフォートを意味するとされる²⁵⁸⁾。つまり、両親は、医師などに通常のフォートとは異なる重大かつ明白なフォートがあったことを証明すれば、賠償されうる損害の範囲は限定されるものの、固有の損害の賠償を求めることができる。従って、同法施行後にも場面㉗は問題となる。ただし、同条1項の存在が場面㉗での法律構成に影響を及ぼすことは十分に想定されるため、同条の適用対象に入る事件に下記の各考え方がなお妥当するかという問いは別途検討されなければならない。

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

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

257) 家族のあり方という視点から場面㉗を検討する論稿は多くないが、さしあたり、Cf. Anne-Claire Aune, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. Anne Leborgne, PUAM., Aix-en-Provence, 2007, n°801 et s., pp.371 et s. ; Pons, *supra* note 147, n°605 et s., pp.343 et s. ; etc.

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

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

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

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

求することもできる²⁶⁰⁾。

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

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

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

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

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

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

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

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

第3に、障害を持つ子を出産した者およびそのパートナーが医師などによる

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(前頁からつづき)

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

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

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

（前頁からつづき）

が感染していた風疹の結果の負担を回避する機会の喪失。なお、原審の CA. Pau, 8 mars 1990, D., 1991, som., 357, obs., Jean Penneau も同旨である）；Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996（2 arrêts）, Bull. civ., I, n°155 et 156；JCP, 1996, I, 3946, chr., Pierre Murat；JCP, 1996, I, 3985, chr., Geneviève Viney；Gaz. Pal., 1996, 1, pan., 152（n°94-13.145）；RTD civ., 1996, 623, chr., Patrice Jourdain；RTD civ., 1996, 871, chr., Jean Hauser（n°94-11.791 et n°94-14.158）；Dr. et pat., juill.-août 1996, 80, obs., François Chabas（n°94-11.791 et n°94-14.158）；PA., 6 déc. 1996, 22, note, Yannick Dagorne-Labbé；RCA., juin 1996, com., 228 et 231；D., 1997, 35, note, Janick Roche-Dahan；D., 1997, som., 322, obs., Jean Penneau；Gaz. Pal., 1997, 2, som., 383, note, François Chabas（n°94-13.145）；Méd. et dr., 1997, vol.24, 19, chr., Philippe Pierre（障害という終局的な損害、母の風疹によって子が被った損害。因果関係の不存在を理由に結論としては否定されているが、n°94-11.791 et n°94-14.158の原審の CA. Paris, 17 déc. 1993, Gaz. Pal., 1994, 1, jur., 147；D., 1995, som., 98, obs., Jean Penneau も同旨である）；etc.

271) Cass. ass. plén., 28 nov. 2001, Bull. ass. plén., n°16；D., 2001, 3588；JCP, 2001, II, 10018, concl., Jerry Sainte-Rose et note, François Chabas；Méd. et dr., 2001, vol.51, 14；JCP, 2002, I, 146, chr., Christian Byk；Dr. et pat., fév. 2002, 107, obs., François Chabas が、この点を明確にしている。

272) この解釈を明確に説くものとして、Jourdain, supra note 270, Chr. sous Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1996, pp.624 et s.；Id., supra note 143, D., pp.337 et s.；Id., supra note 143, RTD civ., pp.150 et s.；Moine-Depuis, supra note 122, p.1835；Sargos, supra note 143, JCP, n°49, p.2302；Gobert, supra note 270, La cour..., pp.6 et s.；Aubert, supra note 270, n°9, p.491；Salas, supra note 270, pp.14 et s.；Gautier, supra note 270, p.67；Fabre-Magnan, supra note 270, n°22 et s., pp.306 et s.；Capri, supra note 270, pp.13 et s.；Radé, supra note 270, Être ou..., pp.6 et s.；etc.

ることは不可能ではない²⁷⁴⁾。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

実定法は、場面㉘では、原則として子の出生は損害を構成しないとの立場を

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

284) 以上の整理は2002年3月4日の法律施行後の事案にも妥当する。

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

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

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

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

II. 民事責任法における「家族の保護」の基礎

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

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

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

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

1. 「家族の保護」をめぐる議論の再解釈

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

290) 侵害された家族のメンバーが当該行為の時点で存在していなかった場面、具体的には、胎児などの未出生の子が侵害された場面では、その存在がその後に生育力を持って生まれてきたとすれば（法律構成によっては、受胎された子はその利益が存する時はいつでも生まれたものとみなされるとの法原則を介し）、I 1(2)のケースとして扱われる。他方で、その存在がその後に生育力を持って生まれてこなかった場合には、未出生の子の法的性格との関連で様々な解決が想定される。この点は、続稿として予定している「民事責任法と人」の中で扱われる。

る ((2))。

(1) 現在および過去における「家族の保護」

① 身分や地位の保護を基礎とする構想（構想①）

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

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

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

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

害賠償請求の場面（Ⅰ2(1)①）で、夫権や相互支配的な権利の侵害を理由にこれを肯定する初期の一部の裁判例、死者の人格とされるものへの侵害を理由とする近親者からの損害賠償請求の場面（Ⅱ2(1)②）で、死者と請求主体との間の家族連帯を理由にこれを肯定する一部の裁判例も、構想①に属する。

しかし、構想①を基礎に据えた説明は、現在の実定法の解決とは相容れないほか、上記以外の場面（Ⅰ1(2)②、2(2)）をその射程に含むことができないため、今日では受け入れられていない。もっとも、以下の2つの場面では、一定の修正を施すことを前提に構想①の有用性が指摘されている。

1つは、配偶者の不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面（Ⅰ2(1)①）である。ここでは、相手方の行為を他方配偶者の貞操義務違反への加担として構成する見解が有力である²⁹³⁾。これは、債務者による契約債務の不履行に対する第三者の加担を不法行為と捉えることを通じて契約の保護を図るのと同じように²⁹⁴⁾、配偶者による貞操義務の違反に対する第三者の加担を不法行為と

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

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

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

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

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

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

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

② 家族との関わりの中で生きる個人の人格の保護を基礎とする構想(構想②)

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

296) Robert Badinter, *Le droit au respect de la vie privé*, JCP, 1968, I, 2136, n°18 et s., pp.4 et s. ; Pierre Blondel, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, préf. André Ponsard, Bibliothèque de droit privé, t.95, LGDJ., Paris, 1969, n°70 et s., pp.63 et s. ; etc. ただし、多くの見解は死者基底的構想を否定する。Ex. Perreau, *supra* note 291, pp.526 et s. ; Jacques Borricand, *Les effets du mariage après sa dissolution : Essai sur la pérennité du lien conjugal*, préf. Pierre Kayser, Bibliothèque de droit privé, t.18, LGDJ., Paris, 1960, n°47 et s., pp.25 et s. ; Bernard Beignier, *L'honneur et le droit*, préf. Jean Foyer, Bibliothèque de droit privé, t.234, LGDJ., Paris, 1995, pp.451 et s. ; Id., *supra* note 206, Note sous TGI., Paris, 13 janv. 1997, n°2, p.257 ; Ferrier, *supra* note 206, p.1 ; Caron, *supra* note 178, p.267 ; Petit, *supra* note 178, pp.201 et s. ; Lapage, *supra* note 186, p.2645 ; Delage, *supra* note 184, p.2047 ; etc. また、Cf. Marion Wagner, *Quelques réflexions autour de l'article 16-1-1 du code civil : Vers une obligation générale de respect du corps humain*, RRJ., 2009, pp.1872 et s.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

為の相手方に対する損害賠償請求の場面（Ⅰ2(1)①）では、構想②と解釈されるような議論はない。しかし、その可能性は残されていることを併せて考えると³⁰⁶⁾、構想②は、実定法の多くを説明することができる理論と評しうる。

③ 家族から切り離された個人の感情や人格の保護を基礎とする構想(構想③)

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

構想③は、断片的にはあるが、現在までのいくつかの裁判例および議論の中に見出される。まず、直接被害者の身体などが侵害されたことを理由にその時点の家族のメンバーが自己固有の損害賠償を請求する場面（Ⅰ1(1)②）において、直接被害者に生じた侵害の重大性を問わない裁判例との関連で、その方向性を徹底し自己の感情阻害の有無だけを問う見解³⁰⁷⁾、こうした理解の仕方を直接被害者の生命が侵害された場面（Ⅰ1(1)①）にも及ぼす見解³⁰⁸⁾、これらを更に純化させ両場面で請求主体の生活が妨げられた場合に限って損害賠償を

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

306) 拙稿・前掲注(2)「1」83頁以下。

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

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

認めようとする見解³⁰⁹⁾は構想③に該当する。また、繰り返し行われてきた感情の商業化による近親者の利得という批判³¹⁰⁾、愛情損害の存在それ自体を否定する見解は³¹¹⁾、これを構想③に結び付けて把握することを前提とする。これらの理解は、愛情損害は家族のメンバーの身分または人格に関わりを持たない感情的な損害に過ぎないとの把握の仕方を基礎として、その存在意義を否定するものだからである。次に、配偶者の不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面(Ⅱ2(1)①)で、相手方に請求者を害そうとする意図が存在する場合に限ってこれを認める現在の判例とこれを支持する見解³¹²⁾も、請求者とその配偶者との関係を考慮の外に置くものであり、構想③に親和性を持つ。更に、死者の人格とされるものへの侵害を理由とする近親者からの損害賠償請求の場面(Ⅱ2(1)②)で、その基礎を近親者固有の人格の侵害に求める裁判例と議論³¹³⁾もこれに当たる。

以上のように、構想③は、それだけで現在の実定法のすべてを説明することはできないが、ある場面では構想②に代わる形でその妥当領域を徐々に拡大し(Ⅱ1(1)②)、別の場面では構想②を補完する役割を担っている(Ⅱ2(1)②)。

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

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

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

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

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

（2）将来における「家族の保護」

① 家族と関わりを持つ可能性の保護

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

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

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

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

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

315) 場面㉗について、Gridel, *supra* note 146, pp.6 et s. ; Dorsner-Dolivet, *supra* note 270, n°4, p.395 ; Mathieu, *supra* note 278, pp.383 et s. ; Luciani, *supra* note 265, n°12, p.19 ; Fabre-Magnan, *supra* note 270, n°17 et s., pp.303 et s. ; Pignarre, Brun et Piédelièvre, *supra* note 270, n°14 et s., pp.482 et s. ; Patrick Lafage, *Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement : Les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, *Gaz. Pal.*, 2002, pp.279 et s. ; etc. 場面㉘について、Barbiéri, *supra* note 280, p.19 ; Jean-Paul Branlard, *Le sexe et l'état des personnes : Aspects historique, sociologique et juridique*, préf. François Terré, *Bibliothèque de droit privé*, t.222, LGDJ., Paris, 1993, n°653 et s., pp.252 et s. ; etc.

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

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

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

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

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

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

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

まれた子と関係を構築することが保護対象として観念される。構想④によれば、場面①での両親からの損害賠償請求が排除され、場面⑦および場面⑨でのそれは肯定されることになるため、この構想は実定法を説明するための道具となる³²²⁾。しかし、ここでは、家族の正常性への権利³²³⁾や完全な子への権利³²⁴⁾を認めるかのような解釈の正当性が問われる。加えて、構想④は、例えば、直接被害者である父が重傷を負い後遺障害を残した場合にその当時未だ生まれていなかった子が望むような父と関係を構築することができなかった旨を主張することを許すなど(Ⅰ1(1)②の変形)、その他の場面にも影響を与える大きな射程を持つため、その受容には慎重とならざるを得ない。

もう1つは、ここでの「家族の保護」を望まない子との間で関係を構築しないことへの保護として捉える構想(構想⑤)である(Ⅰ2(2)②の第4の考え方)。具体的には、構想⑤では、両親または母が障害を持つ子、望まなかった子、強制性交の結果として生まれた子との関係を構築しないことが保護対象として観念される。構想⑤は、場面⑦、場面④、場面⑨のすべてで両親からの出生のみを理由とした損害賠償請求を肯定することになるため、実定法を説明するための道具にはならない³²⁵⁾。加えて、構想⑤のように関係不構築という次元で問

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

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

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

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

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

2. 「家族の保護」をめぐる議論の分析

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) 家族のあり方

① 家族の枠

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

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

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

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

できる。

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

332) 例えば、夫婦における家事債務の連帯を規定した民法典220条はコンキュビナージュには適用されない。Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1984, Bull. civ., I, n°12 ; D., 1984, IR., 275, obs., Didier Martin ; Defrénois, 1984, art. 33354, 933, note, Gérard Champenois ; Defrénois, 1984, art. 33367, 1003, note, Jacques Massip ; Gaz. Pal., 1985, 1, jur., 133, note, J. M. ; RTD civ., 1985, 171, chr., Jacques Mestre ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1991, Bull. civ., I, n°92 ; Defrénois, 1991, art. 35088, 942, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2000, Bull. civ., I, n°244 ; D., 2000, 611, obs., Jean-Jacques Lemouland ; Dr. fam., déc. 2000, com., 139, note, Bernard Beignier ; D., 2001, 497, note, Rémy Cabrillac ; JCP, 2001, II, 10568, note, Thierry Garé ; JCP. éd. N., 2001, 1822, note, Thierry Garé ; RTD civ., 2001, 111, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2001, art. 37287, 93, note, Jacques Massip ; Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, Bull. civ., I, n°111 ; D., 2001, 1772 ; RTD civ., 2001, 565, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2001, art. 37394, 1003, note, Jacques Massip ; Dr. fam., sept. 2001, com., 79, note, Luc Perrouin ; D., 2002, 612, chr., Jean-Jacques Lemouland ; JCP, 2002, II, 10009, note, Rémy Cabrillac ; RTD civ., 2002, 556, chr., Bernard Vareille ; Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, Bull. civ., I, n°113 ; D., 2004, 2968, obs., Daniel Vigneau ; RTD civ., 2004, 487, chr., Jean Hauser ; RTD civ., 510, chr., Jacques Mestre et Bertrand Fages ; Dr. fam., sept. 2004, com., 140, note, Virginie Larribau-Terneyre ; AJ fam., oct. 2004, 362, obs., François Chénéde ; JCP, 2005, II, 10008, note, Georges Cavalier ; etc.

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

同様に、構想①によると、不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるのも(I 2(1)①)、法律上の夫または妻に限られる。このことは、配偶者としての身分や地位それ自体の保護を目指す見解であっても、婚姻から生ずる権利義務関係の保護を志向する見解であっても異ならない³³⁵⁾。もっとも、後者の見解において請求主体の範囲を法律上の配偶者に限定する目的は、上記の諸場面のよう自由結合カップルの一方当事者からの損害賠償請求を排除し婚姻制度を守ることというよりも、自由結合カップルの自由を維持することにあると考えられる。というのは、この見解を前提として自由結合カップルの一方当事者からの損害賠償請求を肯定するためには、自由結合カップルの当事者に夫婦と同じ貞操義務が課されていなければならないが、一般的に、夫婦間の貞操義務を規定した民法典212条を準用したり、特にパクスについてその当事者の関係と婚姻関係の類似性を強調したりすることによって³³⁶⁾貞操義務を創出することは、自由結合カップルの当事者の性的自由を拘束することになるため許されないと理解されているからである³³⁷⁾。もちろん、特にパクスでは、合意の解釈を通じ貞操を含む意味での誠実義務などの存在を導き³³⁸⁾、当事者

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

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

335) 拙稿・前掲注(2)「1」92頁以下。

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

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

337) Alt-Maes, supra note 167, pp.646 et s. ; Jean-Jacques Lemouland, Présentation de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, D., 1999, chr., p.484 ; Françoise Dekeuwer-Défossez, PACS et famille : Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTD civ., 2001, pp.540 et s. ; Dominique Fenouillet, Couple hors mariage et contrat, in, La contractualisation de la famille, sous la dir. Dominique Fenouillet et Pascal de Vareilles-Sommières, Economica, Paris, 2001, pp.111 et s. ; Michel Grimaldi, Réflexions sur le Pacte civil de solidarité du droit français, Defrénois, 2003, art. 37763, n°5 et s., pp.817 et s. ; Likillimba, supra note 162, n°252, pp.167 et s. ; Hugues Fulchiron, Le nouveau PACS est arrivé ! (Commentaire de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions), Defrénois, 2006, art. 38471, p.1633 ; Virginie Larribau-Terneyre, L'amélioration du Pacs : un vrais contrat d'union civile. – À propos de la loi du 23 juin 2006, Dr. fam., janv. 2007, étude 1, n°19, p.7 ; Sébastien de Benalcázar, Pacs, Mariage et filiation : Étude de la politique familiale, préf. Bernard Beignier, Collection de Thèses, t.27, Defrénois, Paris, 2007, n°103 et s., pp.121 et s. ; Niboyet, supra note 328, n°201 et s., pp.122 et s. ; Bazin, supra note 162, pp.172 et s. ; etc.

338) Jean Hauser, Statut civil des partenaires, JCP., éd. N., 2000, n°40, pp.6 et s. ; Guy Raymond, Pacs et droit des contrats, CCC., oct. 2000, chr., 14, p.5 ; Bernard Beignier, Le droit des personnes à l'épreuve du PACS, in, Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité, LGDJ., Paris, 2002, p.69 ; Likillimba, supra note 162, n°252, pp.167 et s. ; Égée, supra note 328, n°45 et s., pp.689 et s. ; Wilfried Baby, Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité : L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité, préf. Marc Nicod, postf. Bernard Beinier, Collection de Thèses, t.51, Defrénois, Paris, 2013, n°263 et s., pp.305 et s. ; etc.

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

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

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

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

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

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

341) コンキュビナージュ一般を違法な関係と見て本文の請求を否定するものとして、Savatie, *supra* note 22, Note sous CA. Montpellier, 24 juin 1924, pp.145 et s. ; Id., *supra* note 34, n°21, pp.208 et s. ; Demogue, *supra* note 37, Chr. sous CA. Amiens, 28 juill. 1924, p.99 ; Id., *supra* note 37, Chr. sous CA. Rennes, 26 mai 1926, p.1040 ; Lalou, *supra* note 22, Note sous Cass. crim., 26 nov. 1926, p.74 ; Id., *supra* note 22, Note sous Cass. crim., 9 nov. 1928, p.23 ; Id., *supra* note 299, n°158 et s., pp.113 et s. ; Roux, *supra* note 22, pp.273 et s. ; Voirin, *supra* note 22, Note sous CA. Lyon, 23 oct. 1929, pp.170 et s. ; Id., *supra* note 22, Note sous Cass. crim., 28 fév. 1930, p.50 ; Id., *supra* note 23, pp.58 et s. ; Id., *supra* note 31, p.88 ; Marty, *supra* note 22, pp.150 et s. ; Mazeaud, *supra* note 34, pp.80 et s. ; Id., *supra* note 39, p.43 ; Esmain, *supra* note 36, n°15 et s., pp.772 et s. ; Tortat, *supra* note 31, Note sous CA. Paris, 18 mars 1932, p.26 ; Flour, *supra* note 43, p.295 ; etc.

342) 重婚的なコンキュビナージュだけを違法な関係と見て本文の請求を否定するものとして、Lalou, *supra* note 22, Note sous CA. Paris, 5 juin 1923, p.34 ; J. Vandamme, La concubine doit-elle être admise à agir en réparation contre l'auteur de la mort de celui avec qui elle vivait ?, *Rev. crit.*, 1934, pp.166 et s. ; Vidal, *supra* note 299, n°29 et s., pp.13 et s. ; Id., *Obs. sous* CA. Paris, 16 mai 1970, CA. Amiens, 12 fév. 1971, TGI. Bordeaux, 14 mai 1971 et CA. Paris, 8 juill. 1971, JCP, 1971, II, 16936, p.4 ; Monique Poulmais, *Réflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage*, JCP, 1973, I, 2574, n°11, p.3 ; Jacqueline Rubellin-Devichi, *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait*, *RTD civ.*, 1984, n°14, pp.399 et s. ; etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

349) Mazeaud, *supra* note 76, n°26, pp.583 et s. ; Fenouillet, *supra* note 76, n°3 et s., pp.1 et s. ; etc.

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

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

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

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

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

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

353) 拙稿・前掲注(2)「1」66頁以下、84頁以下。

② メンバー相互の関係

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

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

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

354) 拙稿・前掲注(2)「1」70頁以下、85頁以下。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

③ 典型的な家族像との関係

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

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

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

は、法律上の夫婦とそこから生まれた子を正統家族とする思想の影響の下、夫婦の性関係または貞操義務が生殖と結び付く範囲で特別に扱われ、夫婦の一方と肉体関係を持つ行為自体が他方配偶者の身分に対する侵害または貞操義務違反への加担として把握された（I 2(1)①）。このことは、構想①では、法が典型的な家族に関わるものとして予定した身分上の諸権利に対して強い保護が与えられていることを意味する³⁶⁴⁾。見方を変えると、構想①においては、身分やそこから生ずる権利義務を規定する家族法のルールが民事責任法上の諸問題の解決に直接的な影響を与えていることになる。しかし、こうした諸態度は、法律上の夫婦とそこから生まれた子を正統家族とする思想の後退、多様な家族形態を承認する社会の現状、法外の家族関係に対し不利益な取扱いをしない方向性、更に、横の関係と縦の関係または婚姻と生殖を一定の範囲で切り離して考える姿勢など、現代の家族を取り巻く動向には適さない。

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

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

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

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

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

（2）民事責任法の枠組

① 民事責任法の本質または目的との関係

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

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

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

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

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

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

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

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

369) この点については、近刊予定の拙稿・前掲注(208)で論じている。

もう1つは、必ずしも明示されているわけではないが³⁷⁴⁾、不貞行為の相手方に対する損害賠償の場面（I 2(1)①）での構想①に内在されている行為規範の設定を通じた抑止の思想である。ここでは、配偶者としての身分またはそこから生ずる権利義務が保護の対象とされており、その裏返しとして、不貞行為の相手方には、配偶者を有している者とは性関係を持つべきではないとの規範が課されていると理解することができる。しかし、同場面の実定法が構想①から構想③に移行したことに加えて、現在の実定法が、不貞行為を維持する目的

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

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

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

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

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

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

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

375) Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, Bull. ass. plén., n°12 ; D., 2004, 2972 ; D., 2004, 3175, note, Daniel Vigneau ; Defrénois, 2004, art. 38073, 1732, note, Rémy Libchaber ; Dr. fam., déc. 2004, com., 230, note, Bernard Beignier ; D., 2005, 813, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; JCP., 2005, II, 10011, note, François Chabas ; RTD civ., 2005, 104, chr., Jean Hauser ; Defrénois, 2005, art. 38096, 234, note, Stéphane Piedelièvre ; Defrénois, 2005, art. 38183, 1045, note, Véronique Mikalef-Toudic ; CCC., mars 2005, com., 40, note, Laurent Leveneur ; AJ fam., janv. 2005, 23, obs., Frédéric Bicheron. また、Cf. Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 1999, supra note 166 ; Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000, n°98-15.950 ; Defrénois, 2000, art. 37229, 1049, note, Jacques Massip ; Dr. fam., sept. 2000, com., 102, note, Bernard Beignier ; Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2002, n°00-18.987 ; Defrénois, 2002, art. 37548, 681, note, Jacques Massip ; Dr. fam., juin 2002, com., 64, note, Hervé Lécuyer ; Dr. fam., juill. 2002, com., 93, note, Bernard Beignier ; Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, Bull. civ., I, n°35 ; AJ fam., juin 2005, obs., François Chénéde ; etc.

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

377) Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2015, supra note 166 ; Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2016, n°15-24.879 ; D., 2017, 1089, chr., Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; Dr. fam., fév. 2017, com., 27, note, Cécile Berthier ; etc.

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

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

② 考慮されるべき諸価値への配慮の仕方

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

378) 拙稿・前掲注(2)「1」102頁以下。

379) 本文で述べた観点を踏まえ、子および両親からの損害賠償請求を肯定する判例について、損害との間で原因関係にないフォート自体による責任を認めた解決として理解するものとして、Cf. Marie-Pierre Lamour, *Des cas où l'on répare les dommages que l'on n'a pas causé*, RRJ., 2002, n^{os}56 et s., pp.1255 et s.

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

381) Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, *supra* note 143は、医師などに対してフォートなしの責任を負わせるものではないため、本文の懸念は正当性を欠く。Cf. Mazeaud, *supra* note 143, n^o13, p.335 ; Radé, *supra* note 270, Être ou..., p.4 ; Id., *Retour sur le phénomène Perruche : vrais enjeux et faux-semblants*, in, *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, n^{os}11 et s., pp.240 et s. ; Muriel Fabre-Magnan, *Débat autour de l'affaire Perruche*, Droits, t.35, 2002, p.125 ; etc.

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

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

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

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

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

385) 拙稿・前掲注(2)「1」104頁以下。

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

とはいえ、上記の諸点は「家族の保護」を超える射程を持つ問題であり、本

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

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

③ 関連する場面の解決との関係

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

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

387) この点については、近刊予定の拙稿・前掲注(208)で論じている。

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

389) 拙稿・前掲注(1)「1」65頁以下。

390) 最判平成5年4月6日民集47巻5号4505頁等。

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

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

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

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

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

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

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

394) 判決文の中でYがXと関係を有していたときに他の者と婚姻関係にあったことが明らかにされている事案として、Ex. Cass. req., 17 mai 1870, D., 1871, 1, 52（関係開始時のフォートを理由に肯定）；Cass. civ., 9 juill. 1935, DH., 1935, jur., 444；JCP., 1935, 1321, obs., H. M.；Gaz. Pal., 1935, 2, jur., 555；S., 1936, 1, 29（詐欺的誘惑の不存在およびコンキュビナージュの非永続性を理由に否定）；Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, Bull. civ., I, n°163（詐欺的誘惑および扶助約束の不存在を理由に否定）；Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1990, Defrénois, 1990, art. 34825, 943, note, Jaques Massip（Xが婚姻関係の存在を認識していたことは損害賠償請求の妨げにはならないとしてXの請求を認容した原審が維持された）；Cass. 2^{ème} civ., 28 avril 1993, n°91-18.855；D., 1995, jur., 330, note Bruno Mathieu；RTD civ., 1995, 604, chr., Jean Hauser（婚約の不存在を理由に否定）；etc.

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

おわりに

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

(前頁からつづき)

Mazeaud(詐欺的誘惑の不存在を理由に否定): TC. Saumur, 17 avril 1947, D., 1947, som., 38; JCP., 1947, II, 3737, obs., A. S.; Gaz. Pal., 1947, 1, jur., 271; RTD civ., 1947, 425, chr., Gaston Lagarde(正当理由のない解消の不存在を理由に否定): TC. Toulon, 9 mars 1948, D., 1948, jur., 221(詐欺的誘惑を理由に肯定): TC. Trevoux, 13 déc. 1949, Gaz. Pal., 1950, 1, jur., 198(婚約の証明の不存在を理由に否定): CA. Amiens, 6 mai 1952, Gaz. Pal., 1952, 2, jur., 129; RTD civ., 1952, 492, chr., Gaston Lagarde(詐欺的誘惑の不存在を理由に否定): CA. Paris, 25 oct. 1963, JCP., 1963, II, 13455, obs., R. B.; D., 1964, jur., 58, note, Paul Esmain(重婚的コンキュビナージュの違法性を理由に否定): CA. Paris, 3 déc. 1976, D., 1978, jur., 339, note, Claude Isabelle Foulon-Piganiol(婚約解消におけるフォートの存在を理由に肯定); etc.

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

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

396) 大判昭和15年7月6日民集19巻1142頁。

397) 最判昭和44年9月26日民集23巻9号1727頁。

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

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

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

（しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授）