

Über den Schadenersatzansprüchen auf Grund der unerlaubte Handlungen wegen ehewidrigen Beziehungen eines Ehegattes zu einem Dritte

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/17838

夫婦の一方と不貞行為を行った第三者の他方配偶者に 対する不法行為責任について

——その果たした機能と今日的必要性の観点から——

檜 見 由美子

〈目次〉

I 章	問題の所在
II 章	不貞行為に対する法規定上の規制とその変遷について
1	はじめに
2	明治二三年の旧民法人事編における法規制
3	明治三一年の明治民法親族相統編における法規制
4	現行民法に至るまで
5	小括
III 章	夫婦の一方と不貞行為を行った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任に関する判例及び学説の展開——戦前編
1	はじめに
2	判例の展開
3	学説の展開
4	小括（以上本号）
IV 章	夫婦の一方と不貞行為を行った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任に関する判例及び学説の展開——戦後編
1	はじめに
2	昭和五四年判決以前の状況
3	昭和五四年判決以後の状況
4	小括

I 問題の所在

男女が法律上又は事実上の婚姻関係を結び、時間的にも連続した親密な共同生活関係を営み、その間に子の出生等を通じて社会的にも認められた家族関係を形成している状況の下で、その夫又は妻が、その配偶者以外の第三者と性的関係を含む特別な関係を持つに至った場合には、当該夫婦の関係または家族の關係が従来どおりの親密にして平穏な形で継続されることは、もはや不可能である。その破綻の修復には、当事者の多大な努力と時間の経過が必要となり、修復不可能な場合には離婚という事態に立ち至ることも避けられないことである。配偶者ある者のこうした第三者との不貞行為は、当事者はもちろんのこと、その間の子、そして、関係者である第三者に対しても、その不幸な結末は極めて大きな影響を及ぼすのである。不貞行為そのものは極めて私的な行為ではあるが、その波及効果の大きさの故に、法は様々な形で、夫婦関係又は家族関係を保護するために、不貞行為そのものの抑止とともに、崩壊した婚姻関係そのものの終了や被害を受けた当事者の救済策を講じてきたのである。その法的関与の典型的な仕方、第一には民事上、不貞行為を理由とする離婚を認めること（本来の意図からすると、この場合には、不貞配偶者からの離婚請求は排除される）、第二に、当該夫婦における離婚の成否にかかわらず、不貞行為によって被害を受けた配偶者から、不貞配偶者及び不貞の相手方に対する慰謝料請求を認めること、第三には、刑事上、姦通罪として不貞配偶者及び不貞の相手方を処罰すること、第四として、不貞行為が原因となって離婚した不貞配偶者と、相姦者（不貞配偶者が婚姻中に不貞行為を行った者）との婚姻を法律で禁止するこ

との四つである。今日、第一の『離婚原因としての不貞行為』の方策は、被害配偶者が裁判をもつてしても離婚を欲する場合には、離婚を望まない不貞配偶者にとっては有効な制裁とならう。しかし、最高裁昭和六二年九月二日判決を契機として、⁽³⁾婚姻継続を望む被害配偶者に対して、不貞の相手方との婚姻を欲する不貞配偶者からの離婚請求が制限付きではあるものの、これが認められたことによって、その本来の役割、つまり婚姻継続の決定権を不貞配偶者でなく被害配偶者が掌握し、ひいてはそれが配偶者の不貞行為を抑止するという機能は大幅に低下したといえる。そして、第二の『損害賠償』の方策であるが、先ず、配偶者間の慰謝料請求については、ほぼ異論なく肯定されている。しかし、被害配偶者からの不貞行為の相手方に対する慰謝料請求については、⁽⁴⁾戦前・戦後を通じて今日まで最上級審判例の肯定的な立場に支えられてきたが、現在では、むしろ否定的見解が有力となりつつある。そして、第三の『姦通罪』の方策及び第四の『相姦婚の禁止』(不貞配偶者とその相手方との法律上の婚姻の禁止)は戦後廃止されている。こうした法的状況の下では、今日、第二の『慰謝料請求』の方策がいわば唯一の有効な手段として残っているにすぎない。夫婦関係や家族関係を配偶者の不貞行為から保護するための法的手段は、その時代における夫婦や家族に対する国家の政策を反映するものであり、世人の婚姻観をも写しだす鏡ともなる。しかし、我が国の現在の法的状況の下では、婚姻関係に生じた配偶者の不貞行為を法的にいかなるものとして理解し、その抑止に対して、どのような方策を採用することが妥当であるのか、という論点が法律上明らかにされていない、という危惧を感じるのである。この問題は、今後、法的にいかなる方法によって規制されるべきなのか。この点に関しては、本稿は、既に一部の学説において主張されている見解の正当性に立脚するものである。すなわち、『法が関与すべきである』ということは、第三者である不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権を認めることには直結しない。婚姻破綻によつてもたらされた窮状救済は第一義的には配偶者間で行われべきものであり、そのために婚姻費用分担制度や財産分与制度などがあるのである。なぜなら、まず婚姻は直

接的には配偶者の意思決定によるものである。―不貞行為、つまり夫婦の貞操義務違反の問題は、まさにこのような婚姻法領域「家庭裁判所や調停・審判制度など」で扱われるにふさわしい、―不貞行為が婚姻制度の安定を害し人倫に反するものだとしても、また、愛憎をめぐる葛藤が、当事者の心に深く癒し難い傷を残したとしても、その慰謝料による制裁が可能なのは夫婦間においてだけである」と。

本稿の給論を先取りして言うならば、国家による夫婦間の不貞行為の抑止と制裁に対する法的規制が、婚姻秩序安定のために、公益的観点から行われるべきではなく、夫婦間における婚姻破綻の調整を促し、その不幸な結末である離婚によってもたらされる困難な事態を解消するために、配偶者及び夫婦間の子の将来に向けての福祉や経済的な生活保障を確保するための法的制度を整備することにより、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求という手段によって実現される被害配偶者の精神的苦痛の慰謝や不貞行為そのものの抑止、さらには生活保障の確保といった点にあるべきものではないと考えるのである。本来個人の自由な心情に端を発した性的関係が、仮に法的に許容されず、それに対して制裁等を伴うものであるとしても、その効果は、婚姻によって、自らに貞操義務を課することを約束した不貞配偶者に対してのみ及ぶべきである。戦前におけるような第三者にも不貞行為の制裁を及ぼす相姦婚姻禁止の規定や、姦通罪の規定は、我が国においては既に廃止されて久しく、それと民事的に同様な効果を達成しようとする慰謝料請求権の行使は、結果として、不貞行為そのものを防止することには直結しないし、また、不貞行為の当事者における子の出生をも妨げることとはできないのである。本稿は、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権の行使の不当性についてを論証することにある。その前提作業として、先ず、夫婦間の不貞行為の抑止に対する法的規制について、戦前戦後にわたる立法史的展開を概観するとともに、この請求権行使に関する戦前戦後の学説・判例の議論の状況を整理分析することによって、本稿の目的の妥当性を検証したいと考える。

〔注〕

(1) 『不貞行為』は、文字通りには、一夫一婦制の貞操義務に忠実でないすべての行動であり、姦通的行為よりも広い概念だと考えられている。しかし、民法における裁判上の離婚原因としての『不貞行為』の意味については、学説は分かれている。すなわち、貞操義務違反の行為であって、即ち配偶者ある者が配偶者以外の者と性的関係を結ぶこと、つまり姦通と同義である、と解する限定説(阿部徹『注釈民法』(21)「二六〇頁」有斐閣一九六六年)、泉久雄『親族法』一四九頁(有斐閣一九九七年等)と、姦通、姦通未遂、姦通を推測させる行状などを含む一夫一婦婚の貞操義務に忠実でない一切の性的不謹慎行為を含める非限定説(中川善之助『民法大要』(改訂版)下巻「六八頁」(勁草書房一九六三年)、岩垂肇『配偶者の姦通・不貞行為』(家族法大系III「二九、一四四頁」有斐閣一九五九年等)に分かれる。両説とも不貞行為が、一時的か継続的か、同棲の有無、売春行為か否か、相手が売春者かを区別しない。限定説が多数説であり、最高裁も同様な立場を採用している。最高裁昭和四八年一月一日判決(民集二七卷一〇号一三三頁)によれば、『民法七七〇条一項一号所定の「配偶者に不貞な行為があつたとき」とは、配偶者ある者が、自由な意思にもとづいて、配偶者以外の者と性的関係を結ぶことをいうのであって、この場合、相手方の自由な意思にもとづくものであるか否かは問わない』とされる。西原諄・『判批』(家族法判例百選「第五版」)二八頁一九九五年参照。

(2) 前田達明・『愛と家庭と——不貞行為に基づく損害賠償請求——』一頁以下(成文堂一九八五年)参照。

(3) 最判昭和六二年九月二日大法院判決(民集四一巻六号一四三三頁)は、有責配偶者からの離婚請求に対して、七七〇条一項五号に基づき、第一に別居が両当事者の年齢および同居期間の対比において相当長期であること、第二に、未成年子の不存在、第三に相手方にとって離婚が苛酷でないこと、の条件が満たされた場合に離婚が認められるとした。本件判決の評価については、泉久雄・『判解』ジュリスト昭和六二年度重要判例解説九二頁(一九八八年)、久貴忠彦・『判批』ジュリスト八七号四八頁(一九八七年)、星野英一・『右近健男・法学教室八八号六頁(一九八八年)』、『判批』(家族法判例百選「第五版」)三二頁(一九九五年)等参照。

(4) この問題については、先ず、当該慰謝料請求権を肯定する最判昭和五四年三月三〇日(民集三三巻二号三三三頁)、最判平成八年三月二六日(民集五〇巻四号九三三頁)が参照される。学説については、前掲注(2)の前田達明教授の文献ならびに、水野紀子『民法判例百選II債権(一九九七年)』に列挙された文献を参照されたい。

(5) 水野紀子『判批』(法学協会雑誌九八巻二号三〇七頁(一九八一年)参照)。

II 不貞行為に対する法規定上の規制とその変遷について

1 はじめに

(1) 不貞行為について論じる前に、その前提となる夫婦間の貞操義務は、婚姻関係においてどのように位置付けられているのかを説明する必要がある。

最近の親族法の教科書において、この貞操義務については、次のような説明が為されるのが通例である。「夫婦はお互いに貞操を守る義務がある。婚姻の本質的義務として当然のことであるが、民法では、夫婦間の貞操を守る義務について法律上定めた規定はなく、裁判（判決）離婚の原因として、配偶者の不貞の行為を定めているだけである」⁽¹⁾と。

現行の婚姻法における貞操義務に対する処理は、第一には、民法に明文の規定はないが、婚姻の本質的義務として夫婦双方が互いに貞操義務を負うこと、第二に、貞操義務違反に対する明確な法的効果としては、民法七七〇条一項一号に基づいて、裁判上、他方配偶者からの離婚請求を認める離婚原因として位置づけられていること、である。そして、不法行為法上、民法七〇九条に基づいて、貞操義務違反を行った配偶者、及びその不貞の相手方である第三者に対して他方配偶者からの慰謝料請求を認めること、である。

(2) 貞操義務及びその違反に対する、こうした法的規制の現状は、我が国における過去の法令等において同様な形で踏襲されてきたわけではない。戦前においては、親族相統法の領域のみならず、財産法の領域、そして、刑法の領域においても、夫婦間ならびに男女の不平等に基づく諸制度が残存していた。具体的にみれば、民法上の裁判離婚の場合における離婚原因の適用が、夫には甘く、妻には苛酷に行われること、そして、不貞配偶

者とその不貞の相手方との婚姻を認めない相姦婚禁止の規定、そして、刑法においては、主として妻に適用される姦通罪の存在など、現行法では修正ないし廃止された様々な法的規制が見られるのである。

これらは、その時代における夫婦ないし家族に対する国家の政策や、当時における夫婦関係ないしは家族関係の在り方を規範づけるものでもあった。以下では、旧民法人事編、明治三十一年の民法(以下「明治民法」と引用する)の親族相続編、そして、現行の親族相続編を中心として、不貞行為に対する法的規制の立法前後における起草委員らの議論や法案の変遷の状況を検討するものである。

2 明治三十一年の旧民法人事編における法規制

(1) 旧民法の公布とその施行延期まで

旧民法の編纂事業は、公式には、明治三十三年六月一日、元老院内に設置された民法編纂局において開始された。起草にあたっては、現行法の親族・相続法部分に該当する第二編の人事篇及び第三編の財産獲得篇の第二部「包括名義ノ獲得法」の領域と、現行法の財産法部分に該当する第一編の財産篇及び第三編の財産獲得篇の第二部「包括名義ノ獲得法」を除いた領域とを分けて、前者、つまり親族・相続編に該当する領域については、「深く本邦ノ風俗習慣ヲ斟酌シテ宜ヲ得ルニ非レハ人民將ニ掩服ニ堪ヘサルヘキヲ以テ、尚熟考ノ為メ姑ク見合セ置」くことにして、この起草は、「我編纂委員ニ於テ分担」する、すなわち、フランス人ボアソナードでなく、日本人の起草委員が草案作成に当たることになったという。そして、第一編及び第三編の一部は、起草委員である熊野敏三・光明寺三郎・黒田綱彦・高野真遜・磯部四郎・井上正一の六名による共同討議の結果、明治二十一年七月頃に第一草案として成立をみた。その後、草案は様々な過程における修正審議を経て、明治三十三年四月一日に至り、人事編が完成し、その後、同年四月二日には財産取得編(前掲の「財産獲得編」)が完成した。こ

これらの草案は、元老院への提出後、調査委員会での大幅な削除を経た後に、法律取調委員会で委託整理され、審査会で可決され、審査会案として元老院本会議に提出され無修正で可決され、枢密院の諮問を経て、明治二十三年一〇月七日に法律第九八号として公布される。

当初起草された草案は、日本人起草委員の手になったものとされているが、実際のところ、ボワソナードのきわめて大きな影響の下に成立したという指摘もなされており、⁽³⁾さらには、当初の草案はその後の審議の過程で修正並びに削除されたのであり、不貞行為に対する法的規制についてのボアソナードの見解、そして、不貞行為に関わる規定の（仮に行われたのであるとしたら、当該修正ないし削除の内容及びその修正をもたらした事情等をも検討すべきであるが、この点の研究については後日を期することにして、ここでは、さしあたり成立した旧民法の規定から概観することにする。

(2)

旧民法における不貞行為に対する法的規制

(i) 旧民法人事編では、夫婦間における貞操義務について直接規定する条文はないが、貞操義務違反に対する当事者への法的制裁が、民法上、二つの形で規定される。第一の制裁が、婚姻の成立の箇所に掲げられた、相姦婚禁止に関する三三条であり、第二の制裁が、裁判上の離婚原因に関する八一条である。以下に、該当する条文を掲げる。

第三三条 「姦通ノ原因ニ由リテ離婚ノ裁判ヲ言渡サレタル曲者ハ相姦者ト婚姻ヲ為スコトヲ得ス」

第八一条 「離婚ハ左ノ原因アルニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス

第一 姦通但夫ノ姦通ハ刑ニ処セラレタル場合ニ限ル」

（我妻栄編『旧法令集』による）

(ii) 先ず、三三条の規定の趣旨は、起草委員の一人である熊野敏三と岸本辰雄によつて執筆された民法正義によれば、この規定は、「婚姻ノ體面ヲ保存スル為メ姦通者間ニ於テ婚姻ヲ為すことを禁止したものであり、姦通が実に卑しむべき行為でありながら、夫婦が離婚した後、姦通者間の婚姻を認めると、姦通による「過失」が償われることになり、姦通を禁止したことの意味がなくなる、と説明されている。さらに、こうした禁止がないと、配偶者以外の者と婚姻を欲して、その手段として、姦通による離婚判決を受けて、姦通の相手方と婚姻するとの弊害が生じて、風俗が破壊され、婚姻の體面が保てなくなる、とされる。⁽⁴⁾

つまり、相姦婚禁止の方策は、不貞行為をなした当事者が法律上夫婦となる途を閉ざすことで、不貞行為の反倫理性を、当事者に対して、未来永劫にわたつて癒す機会を与えることなく、法律上の婚姻秩序の維持を図るものであった。

(iii) 次に、裁判上の離婚原因に関する八一条の規定の趣旨を見ると、冒頭で、夫婦間の貞操義務の重要性が以下のように宣言される。即ち、「元來夫婦ナル者ハ互ニ貞操ヲ守リ眞實ヲ完フスルヲ以テ最重ノ責務トス然ルニ婦カ他男ト通シ夫カ他婦ト情ヲ結フニ至テハ即チ是レ夫婦タル關係ノ本質ヲ破ルモノニシテ法律カ姦通ヲ以テ離婚ノ特定原因ノ首ニ置キタルハ固ヨリ當然タリ」と述べ、夫婦の貞操義務の相互性が格調高く宣言されている。ところが、それに続いて、離婚原因について、妻の不貞の場合と夫の場合とで差を設けた理由に言及が及ぶと、前述のいわば夫婦関係における建前に対して、いわば本音の部分が歯切れの悪い論調で述べられる。離婚原因では、妻の場合には、単に「姦通」の事実が挙げられるのに対して、夫の場合には、姦通だけでは足りず、夫のある女性と姦通して、刑罰を課された場合にのみ離婚原因となるのである。その理由として、第一には、姦通は、夫であれ、妻であれ道徳的に非難されるべきものであるが、妻の姦通の方が夫の姦通の場合よりも、共同生活に与える影響が大きく、一般社会においても、夫の姦通に対しては寛大であること、第二に、妻の姦通の場合には、

夫が、妻と第三者との間の子を自己の嫡出子として受け入れる「不幸」が起り得ること、第三に、妻の姦通の場合には、もはや夫に対する愛情を失っているのが通例で、これに對して、夫の姦通の場合には、一時の氣の迷いによつて不貞の相手方に愛情を移すことがあつても、本心に立ち返り、妻への愛情を回復することは少なくないのであつて、「我國今日ノ風俗ニ於テハ已ニ一夫一婦ノ習慣ヲ養成シタリト雖モ妾トシテ他ノ婦人ト通スル事實ハ猶ホ盛ニ行ハレ世人モ亦タ深ク之ヲ尤メサルモノ、如シ故ニ若シ是等蓄妾ノ事實ノミヲ以テ婦ヲシテ離婚ヲ請求セシムルコトヲ得セシメハ反テ一家ノ安全ヲ害シ社會ノ秩序ヲ破ルニ至ラン」と述べて、夫婦の間に、こうした不平等が存在することには理由があるので、不公平の嫌いはあるがこのように規定した、とある。⁽⁵⁾

結局、妻の場合には貞操義務の順守は絶対的なものとして位置づけられていたが、夫の場合には、貞操義務を課しても、その実効性が薄く、婚姻關係に与える影響は、妻の不貞の場合に比べて少なく、しかも世間においては、夫の不貞に寛大であること、さらに、妻の不貞の場合には他男の子を、家の嫡出子として受け入れる危険性を無視できないが、夫の場合にはそうした危険性がない、等の理由で、両者の間で二重の基準が設けられていたのである。

しかし、貞操義務違反が原因となつて離婚した者は、妻であれ、夫(姦通罪の適用を受けた者に限る)であれ、その不貞の相手方とは婚姻できない、という相姦婚禁止に関する二三条の制裁規定は両者に一応平等に適用され、不貞の相手方である第三者に對しても、不貞配偶者とは婚姻關係を結ぶことができない、という意味では、不貞行為に對する有効な抑止効果をもつていたのである。

(iv) なお、婚姻の効力とされる夫婦の同居義務、扶養義務については、これを正面から規定せず、離婚の訴訟係属中は、裁判所の許可を得て、原告・被告双方とも、「住家ヲ去ルコトヲ得」(八四条一項)とあり、そして、住家を去つた妻が、夫の意見を裁判所が聴取した上で、指示した移転先に居住している場合には、「養料」を夫は

支払わねばならない(八四条二項)との規定があり、それらの規定からは、夫婦間における一般的な同居義務・扶養義務が前提とされていることが伺われる。

3 明治三一年民法

(1) 法典論争から明治民法の成立まで、⁽⁶⁾

一八八九年五月に、東京帝国大学の卒業生の団体である法学士会が、「法典編纂ニ関スル意見書」と題された旧民法の施行延期を求める意見書を公表したことをきっかけとして、⁽⁷⁾法典論争が開始された。施行延期派には、イギリス法を学んだイギリス学派(帝国大学、東京法学院〔中央大学の前身〕の学生・卒業生)を中心として、現行民法の起草者である穂積陳重や富井政章もここに属していた。これに対して、施行断行派は、フランス法を学んだフランス法学派(司法省法学校、和仏法律学校〔法政大学の前身〕、明治法律学校〔明治大学の前身〕の学生・卒業生)を擁し、当時帝国大学教授であつた梅謙次郎も施行断行派であつた。法典論争の決着は帝国議會に持ち越され、政治的争いとして施行延期派(伊藤博文、井上毅、井上馨ら)の勝利に終わった。法典論争の結果、一八九二年に民法及商法施行延期法案が帝国議會で議決され(五月二八日貴族院可決、六月一〇日衆議院可決)、延期法案は、天皇の裁可を得て、同年法律八号として一月二四日に公布され、旧民法は一八九六年二月三十一日まで施行が延期され(その後、明治民法の法案の審議が間に合わないために一八九八年六月三〇日に延期される)、そしてその間、旧民法を土台として、新たな民法編纂が行われることになつたのである。

明治民法の起草は、旧民法施行延期派・断行派双方に所屬していた穂積陳重・富井政章・梅謙次郎の三人が當つた。法典論争の影響を受けて、現行民法は、次のような特徴を有する。第一には、旧民法は、修正されるための草案として位置づけられたため、修正の必要がなければそのまま当該規定は踏襲されたこと。第二に、編別構成において、相続法の明確な位置づけがなかつたことを受けてドイツ民法草案(特に、ザクセン民法)の編別構

成が参照されたこと。第三に、旧民法が定義規定・原則規定が多く、繁雑であつたことから、極力これらの規定が省略されたこと。第四に旧民法では、賃借権が物権として位置づけられていたが、これを債権としたこと等。

法典調査会における親族編の審議は、一八九四年一〇月一四日から開始され、途中審議の中断もあつたが、一八九六年五月二五日までには終了し、その後、同年五月二五日から一月一六日までに相続編の審議をおこなつた（以下では、戦後の改正が行われる前の親族編及び相続編の規定を『旧規定』と引用する）。

旧民法が施行延期された大きな理由が、親族相続編の構成や、当該の規定が十分に我が国の慣習を参酌していない、という点にあつたことを考えれば、今回の起草においては、大幅な修正が施されることが予想されたのである。この点に関して、第四編親族編を独立の一編としたことにつき、理由は、以下のような内容を記している。⁽⁸⁾すなわち、第一に、親族編を権利の主格に関する規定と分離して独立の一編とし、親族間の関係を個人制ではなく家族性によって規定するという方針を明らかにしている。これは法典論争の再現をさける意味をもっている。第二に親族編を他の編から独立させておくことにより、すでに予見されているように、社会関係の変化に伴って親族関係が変化する場合それに対応するための改正を容易にしようとするのである。第三に、親族編の編纂内容の問題として、家族諸関係が過渡期にあるという認識から、一方において旧慣を重んずるとともに、他方において将来の進歩に適応できる規定をするという方針を打ち出していることである。そして、このような方針から見れば、富井委員が、法典調査会における親族編の審議の冒頭において述べたように、結局、「既成法典〔旧民法〕ハ此二点カラ見レハ多少修正ヲ加フヘキ点ハアリマセウケレトモ根本的ニ改正ヲ加ヘネバナラヌト云フ程ノ点ハナイヤウニ思ヒマス」とされたのである。⁽⁹⁾

実際、不貞行為に関連した規定には決定的な変更は加えられていなのである。

(2) 旧規定における不貞行為に対する法的規制

(i) 旧規定において不貞行為の抑止に関連する規定は、婚姻の成立要件に関する七六八条、裁判上の離婚原因に関する八一三条二号で、両者とも旧民法のそれぞれ三三条、八一条一号にほぼ対応していた。以下に、該当する条文を掲げる。

第七六八条「姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ相姦者ト婚姻ヲ為スコトヲ得ス」

第八一三条「夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

二 妻カ姦通ヲ為シタルトキ」

三 夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ(我妻榮編『旧法令集』による)

(ii) 旧民法では、婚姻の効力として直接は規定されていなかった同居義務・扶養義務が、それぞれ七八九条、七九〇条として明文で規定され、それとの関連で、何故に貞操義務が明文化されなかったかについて、梅委員の興味ある説明がなされている。

「是等ハ何ウモ法律上ノ規定トシテハ如何ニモ面白クナイノデ事柄ハ誠ニ其通りデサウナクテハナラヌノデアリマスケレドモ何ウモ面白クナイ——外ノ事柄ハ孰レモ徳義上ノ問題デアッテ道德ノ教ヘトシテ孰レモ尤モナ事柄許リデアリマスケレドモ民法ニ掲ゲル性質ノモノデナク掲ゲタ所ガ直チニ制裁ヲ付スルコトモ余程六ヶ敷イ事柄デアリマス成程間接ニハ貞操ノ義務ヲ守ラナケレバ夫レガ刑法ニ間ハルル場合モアリ又離婚ノ原因トナルコトモアルコトカ又助力ノ反対、貞順ノ反対カラシテ或ハ侮辱トナリ或ハ虐待トナツテ夫レガ離婚ノ原因トナルコトモアリマセウケレドモ直接ニ其義務ヲ履行セシムルト云フコトハ實際出来ル話デモナシ何ウモ民法ノ規定トシテハ穩カデナイヤウニ考ヘマシタカラソレデ夫レ等ハ法文ニ掲ゲスコトニ致シマシタ詰リ法律ト云フモノハ私ガ申上ゲル迄モナク表面上ノ事実ヲ支配スベキモノデアツテ人ノ真意ニ立入ルベキ性質ノモノデナイ立入ラント欲シテ立入ルコトノ出来ヌ性質ノモノデアリマスカラ表面上ノ規定丈ケヲ置ケバ宜イト考マシタ」。この記述に続く

て、梅委員は、我が国では、家が大切であるから、妻が家に入るかどうかということ、夫婦の同居義務、そして、夫婦の扶養義務の三つの義務は、民法上の効力を生じさせることが「穩カデ」であるとする。⁽¹⁰⁾

起草者の見解を要約すると、貞操義務は徳義上の義務であり、仮に貞操義務に関する規定を置いたとしても、その実効性は期待できず、その違反に対して、間接的には、それが離婚の原因となるとか、刑法上の姦通罪の適用があるとしても、直接的に、その（不貞行為をしないという不作爲）義務の履行を強制することは實際不可能であるから、民法の中に明文をもつて規定することは穩当でない、とされた。そして、反面、同居義務や扶養義務等は、それに違反した場合に、当事者にその履行を求めることができるので、民法に規定することが穩当であろうと判断したわけである。

(iii) 旧規定七六八条について

(ア) 法典調査会に提出された起草委員の原案七七四条によれば、「婚姻中姦通ヲ爲シタル妻ハ其婚姻解消ノ後姦夫ト婚姻ヲ爲スコトヲ得ス」⁽¹¹⁾とあり、当初起草委員の見解が、相姦婚禁止の規定の適用を妻に限定していた点で、旧民法の夫婦への表向き平等適用の立場からは後退していた。この点の事情について、起草委員の内部でも見解の相違があったようで、後述される裁判上の離婚原因において、妻の姦通だけが問題とされることとの均衡から、結局このような規定とされたようである。また、『姦通』という言葉についても、起草委員それぞれの夫婦の関係や、婚姻に対する見解の相異⁽¹²⁾が存在していたのであり、富井委員の理解によれば、『姦通』とは、妻の場合の性的関係の全てを含むが、夫の場合には、夫ある女性との性的関係だけをいうとされていた。⁽¹³⁾そうした理解の下で起草委員の原案を見ると、裁判上の離婚原因における『妻ノ姦通』においても、また本条においても、規定の文言からは、妻の場合の姦通しか問題とならないようであるが、実は、それは、『姦通』を妻の側から見て規定を置いた結果であって、妻の不貞の相手方である男性の立場で考えると、夫のある女性と性的関係を結ぶ限りで

は、それは「姦通」である故に七六八条の適用があること、加えて、有夫の女性との性的関係である故に姦通罪が適用されること、そして、この第三者に配偶者がある場合には、その妻から裁判上の離婚を請求することなどから、夫に対しても、結果的に七六八条の適用があるので、このような規定の仕方でもよいと説明しているのである。⁽¹⁴⁾これに対しては、結果的には夫にも適用があるとしても、規定の上で「妻」のみがかかげられた場合、夫には「姦通」に対して、そうした制裁が課されないとの思わせるおそれがあるので、富井・土方委員から、「姦通ヲ為シタル妻ハ」を「姦通ヲ為シタル者ハ」に修正し、「姦夫」を「相姦者」に修正する意見が提出され、そのように決定された。⁽¹⁵⁾

(イ)他方、旧民法においては、姦通による裁判が確定した場合に、本条の適用が考えられていたが、本案では、その範囲が、「婚姻中姦通ヲ為シタル」場合に拡大されている。梅委員は、議論のやり取りの中で、この規定の目的が「先夫ヲ保護スルト云フ精神デハナイ此規定ト云フモノハ公ケノ秩序ヲ保ツ為メニ出来テ居ル規定デアル現ニ姦夫ト婚姻ヲ為シテ居ルト云フコトハ誰モ知ツテ居ル情夫同士ガ天下晴レテ夫婦ニナツテ居ルト夫レハ先夫ナリ又ハ他ノモノカラデモ取消ヲ請求スルコトガ出来ルト云フコトニナツテ居ラヌト公ノ秩序ヲ保ツコトハ出来ヌ何モ先夫ヲ保護スルノデハナイ姦夫ト婚姻ヲ為シタガ為メニ先夫ハ斯ウ云損害ヲ受ケルカラ夫レデ其損害ノ賠償トシテ婚姻ノ取消ヲ許スト云フノデハナイ夫レハドウカサウ云フ方カラ觀察ヲシテ下サラナイヤウニ希望シマス⁽¹⁶⁾」と説明している。

梅委員は、婚姻中に姦通をなした当事者に対する本条による制裁の目的は、夫の保護にあるのではなく、不貞行為そのものが公の秩序を乱すものであるから、その不貞行為の当事者が（後に離婚したからといって）法律上の夫婦として認められることは、上記の趣旨からして風俗を乱す者として許されないのであり、その意味で、取消は公益のために広い範囲で行われることを要請しているのである。ここでは、夫婦間の（とりわけ妻の）貞操

義務は、個人的な（特に夫の）利益と理解されるのではなく、広く婚姻秩序の安定のための公益的なものとして把握されていることが伺われる。

さて、相姦婚禁止の範囲が、旧民法と異なり、「婚姻中姦通ヲ為したる」場合にまで拡大されている点につき、法典調査会では、これでは適用の要件が漠然としており、乱訴のおそれもあるので、やはり明確な制限をおくべきであるとの意見が出され、長谷川委員から「姦通ノ原因ニ由リテ裁判ヲ言渡サレ又ハ處刑ヲ受ケタル」⁽¹⁷⁾との修正案が提出され、そのように決定された。

(ウ) その他に本条において問題となつたのは、本案によって婚姻の無効を主張する者が誰であるのか、特に検事を請求権者を含めるか、どうかという点である。

この点は、不貞行為の性格を個人的なものと理解するか、それとも、公益的な問題として理解することによって意見が分かれるのであり、これについては、該当する原案七八七条の箇所（旧規定七八〇条）⁽¹⁸⁾で議論する、として、ここでの問題を棚上げした。

(2) 旧規定八一三条について

富井委員から提出された原案の八二三条二号は、旧規定八一三条二号と同じ、「妻カ姦通ヲ為シタルトキ」⁽¹⁹⁾である。これに関しては、旧規定七六八条に関する法典調査会でも梅委員からは、姦通に対する制裁として、妻と夫の場合を法的に平等に取り扱いたい、という意見が出され、相姦婚禁止に関する七六八条と、裁判上の離婚原因である八一三条において、両者の均衡を図って、「妻」に限定するべきではないとの立場が表明されていたが、他の起草委員からは受け容れられることはなく、一応規定の文言において七六八条では平等適用の形となったが、夫婦間における貞操義務違反に対する直接の制裁であるところの裁判上の離婚原因としては、夫婦の不平等適用が確定したのである。そして、夫の姦通に対しては、旧規定三号の離婚原因として、「夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処

セラレルトキ」という別個の離婚原因として規定されるに至る。したがって、夫は、規定の上では、有夫の女性と不貞関係を結び、さらにその女性の夫から姦通罪で告訴されない限り(但、重婚罪、強姦罪の成立する場合も含むが)、他の女性との性的関係が法的に容認されるわけである。⁽²⁰⁾こうした状況の下では、妻の夫に対する一方的な貞操義務だけが存在するのであり、妻が夫に対して貞操義務を要求するなどということは法律上考えられなかったのである。

4 現行法の規定

(1) 親族相続編の改正作業と現行法の成立まで

(i) 明治民法における親族・相続編の現行法への改正の契機は、第二次世界大戦における日本の敗戦であり、我が国における政治的・経済的・社会的体制を民主的な体制へと変革させた一連の動きにあった。そして、直接の契機は、日本国憲法の制定であり、同法二四条が、婚姻及び家族に関する法律が個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない、と規定したことを受けて、明治民法の親族・相続編の規定の根本的改正が必要となったのである。⁽²¹⁾

まず、政府は内閣に臨時法制調査会を設け(昭和二年七月二日)、憲法改正作業に伴う民法その他の法律の改正について審議させることにし、第一回の総会が昭和二年七月一日に総理官邸で開催された。会長には当時の首相であった吉田茂氏が就任し、委員は四六名ほどで構成され、学会からは、佐々木、宮沢、我妻、中川、牧野、末延氏等の各委員が出ており、女性委員として、久布白落実、村岡花子、河崎なつ氏が参加していた。調査会に与えられた諮問案は、「憲法の改正に伴い、制定又は改正を必要とする主要な法律について、その法案の要綱を示されたい」というものであった。この諮問に基づいて、まず、「民法改正要綱案」が作成されることになった。

(ii) 臨時法制調査会は、さらに四つの部会に分けられ、民法関係は第三部会の所属となり、部会長は有馬忠

三郎氏であつた。他方、同じ頃に、司法省に司法法制審議会が設置され、これは、同時に臨時法制調査会の第三部会を兼ねるということで発足した。こちらの審議会には、第三部会に所属する前記委員の他に、判事、検事、弁護士その他、榊原、山下等の女性代議士が数人所属していた。司法法制審議会は、三つの小委員会に分かれ、第二小委員会が民事法関係で、昭和二十一年七月一日に初会合が開かれ、坂野千里氏（当時東京控訴院長）を主査として、要綱起草委員には我妻栄、中川善之助、奥野健一氏（当時司法省民事局長）の各委員が担当した。そして、起草委員幹事には、柳川昌勝（当時東京控訴院部長）、堀内信之助（東京民事地方裁判所上席部長）、横田正俊（大審院判事）、長野潔（東京控訴院判事）、村上朝一（司法事務官）（裁判所側）、川島、来栖（大学側）、圓山田作氏（弁護士）の八名が選ばれ、各幹事が分担して要綱の起案作業に着手した。婚姻の部分を担当することになったのは、堀内、来栖幹事である。

(iii) 昭和二十一年七月二〇日に民法改正要綱案（幹事案）⁽²³⁾が完成し、その後、起草委員会での修正を経て、同年七月二十九日に、民法改正起草委員第二次案が完成し、その後、司法法制審議会第二小委員会の決議を経て、さらに昭和二十一年八月一日から開催された司法法制審議会の第2回総会において民法改正要綱案が上程された。

その内容は、起草委員会第二次案によれば、第一の「民法上の『家』を廃止すること」、第三に「家督相続を廃止すること」を初めとして、継親子、妻の無能力、庶子の名称、娼養子、遺言養子、母の親権制限、親族会等の廃止、父母の共同親権等、夫婦の平等化を図るものが見られ、最後に第四十に、「民事法に関する憲法改正の案の大原則を民法中に明文を以て掲ぐること」とされていた。議論の中心は、やはり「家の廃止」をめぐるもので、総会では、前記第一の項目を修正して、「民法の戸主および家族に関する規定を削除し親族的共同生活を現実に即して規律すること」、及び第二の項目を修正したほかは、内容的には、ほとんど無修正で通過した。⁽²⁵⁾次いで、同年八月二二日の臨時法制調査会の第二回総会第二日目に上程され、⁽²⁶⁾「家の廃止」をめぐる、牧野博士との議論が

あったが、総会では一応の承認を得た。そして、同年九月一日の司法法制審議会の第三回最終総会においても、やはり「家の廃止」について激論が交わされたが、結局無修正のまま通過して、審議会はその役目を果たして解散した。その後昭和二十一年一〇月二三日から臨時法制調査会最終総会が開催され、「家の廃止」に反対する牧野委員をはじめとする保守派の意見を『希望意見』（直系血族及同居の親族は互に協力扶助すべきものとする）として付加することで、要綱案は総会を通過したのである。

(iv) 他方、民法改正要綱案の審議と並行して、すでに、この作成途上の要綱案の趣旨に沿って、起草幹事の手によって、民法改正の法律案の作成が行われていた。法律案そのものは、第七次案まで作成されたが、重要な草案は、昭和二十一年八月一日から二日まで、沼津において行われた草案作成のための合宿において完成した第二次案（沼津案―昭和二十一年八月二〇日付）⁽²⁷⁾そして、民法草案の仕上げと、戸籍法の改正法案及び家事審判法の作成のために、同年九月二三日から九月二九日までに行われた山中湖合宿によって作成された第三次案（山中案―昭和二十一年一〇月一八日付）⁽²⁸⁾であった。

民法改正要綱案四二項目（別に希望意見一項目）が確定した頃、既に改正民法草案も大体完成していたが、旧憲法による最後の第九二回帝国議会の解散が必至の情勢となり、昭和二十二年五月三日の新憲法施行に間に合うように民法改正法の施行が不可能となったために、その苦境を切り抜けるために、「日本国憲法の施行に伴う民法の應急的措施に関する法律」⁽²⁹⁾が案出され、昭和二十二年四月一九日の法律七四号として成立させられ、憲法の実施に間に合わせた。しかし、この法律は昭和二十二年末で効力を失うので、民法改正案の成立が急がれたのである。

そして、GHQとの折衝等により、第六次案は若干の修正を加えられた後に、片山内閣の下で、口語化書き下し条文の構想が打ち出され、昭和二十二年六月一日から七月にかけて草案（第七次案）の作成が行われた。そして『民法の一部を改正する法律案』は、片山内閣の下で、第一回の国会に上程され、直ちに衆議院にかかり、司

法委員会の審議に付され、親族相続については全く無修正で通過し、次いで、参議院では二つの修正案（事実婚主義の採用、協議離婚について家庭裁判所の確認を要すること）が提出されたが、衆議院に回付された後、三分の二以上の多数決で、参議院の修正を排斥し、親族相続法については無修正で成立した。

そして、現行民法の親族相続編は、昭和二年二月二日に法律三二二号として公布され、翌年の昭和三年一月一日から施行されたのである。

(2) 民法改正要綱について

本稿の問題に即して、不貞行為に関わる部分を見てみると、幹事案（米栖・堀内担当）では、

第六「離婚の原因

一 裁判上の離婚原因を左の如く定ること。

(一)(甲)妻に不貞の行為ありたるとき

夫が著しく不行跡なるとき

(乙)配偶者に不貞の行為ありたるとき

(丙)配偶者が姦通を為したるとき

第十一「相姦者の婚姻の禁止

相姦者の婚姻の禁止は之を廃止すること⁽³⁰⁾

となっていたが、起草委員会第二次案になると、

第十四「裁判上の離婚原因を左の如く定むること⁽³¹⁾

一 配偶者に不貞の行為ありたるとき

だけが規定される。離婚原因については、幹事案の段階では、完全な夫婦平等の適用に踏み切れなかったのだろうか、三つの原案が並記されている。そして、起草委員会において、乙案「配偶者に不貞の行為ありたるとき」が採用され、その後の改正要綱案では無修正のまま継続されて行くのである。

(3) 日本国憲法の施行に伴う民法の應急的措施に関する法律

第五条によれば、「夫婦は、その協議で定める場所に同居するものとする。

夫婦の財産関係に関する規定で両性の本質的平等に反するものは、これを適用しない。」

配偶者の一方に著しい不貞の行為があったときは、他の一方は、これを原因として離婚の訴を提起することが⁽³²⁾できる。」とある。

(4) 民法改正法案から現行法まで

(i) 相姦婚の禁止に関する旧規定七六八条は、既に沼津案において削除されており、その後⁽³³⁾に続く草案においても、この点の変更はなく、そのまま現行法に引き継がれて行くのである。このあたりの事情について、起草委員であった中川善之助氏は次のように語っている。「いわゆる相姦婚の禁―すなわち姦通に因って離婚判決を受けたり、有罪判決をうけた妻が、その相姦者と婚姻をすることを禁じた旧七六八条は削除になった。これは単に刑法が姦通罪を廃止したのに呼応するだけでなく、婚姻法固有の問題としても、相姦者との婚姻を禁止するということはその正常性が疑われていたものである。相姦者との婚姻を禁じてみたところで姦通が減るわけではないし、また法律上の婚姻を禁じても、事実上の婚姻を押さえることはできない。そうすれば、実際に夫婦生活をしながら、その事実の前に法律だけが眼をつぶることになる。子供が生まれても、第三者が取引しても、

事實は夫婦であるのに、子供や第三者にとって、二人は全く他人に過ぎないものとして取り扱われなければならないことになる。そうなれば、法律、殊に身分法にとって缺くことのできない両面の中の片面である事実性の面がなくなってしまう。しかも他の一面たる理想性の面においても、女が姦通で離婚になった場合に、相姦者がこれとの婚姻をさけるということは正しいかどうか疑問であろう。ただ何となく、夫を裏切つて姦通した妻がその相姦者と嗜れて夫婦になることを責める一種の嫉妬感情が、父権思想と結合してでき上がった規定に過ぎない。⁽³⁴⁾

また、起草委員の我妻栄氏もまた、「旧法の相姦者の婚姻を禁止する規定(旧七六八条)を削除したのは、姦通によつて刑の宣告を受けた者については、刑法の改正で姦通罪を廃した結果であるが、姦通によつて離婚された者については、問題を道徳にまかせようとするものである。」⁽³⁵⁾と述べられる。

(ii) 相姦婚の禁止の規定は、従来から、刑法上の姦通罪の規定と連動して、不貞行為の反倫理性、反公益性を強調し、不貞行為の当事者への厳しい制裁を課してきた。

姦通罪に関する刑法一八三条によれば、

「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス其相姦シタル者亦同シ

前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ」と規定される。本条の起草当時においても、これを夫婦に同様に適用させるべきだとする修正意見が出されていた。すなわち、「此刑法ノ趣意ト云フモノハ、姦通ナルモノハ単ニ婚姻ト云フ民事上ノ契約カ破壊セラレテ、民事上離婚及損害賠償ノ原因トナルノミナラス、夫婦ノ關係ヲ破ルト云フコトハ社会ノ公安ヲ害スノテアル、破壊スルノテアルカラ、之ヲ罰セナケレハナラヌト云フ趣意デアラウト思フ、其趣意ヲ貫カントスルナラハ、有夫ノ婦カ姦通シタル場合ニハ之ヲ罰シテ、有婦ノ夫カ姦通シタル場合ニハ之ヲ罰セナイト云フコトハ、立法ノ趣意カ貫徹セナイノデアラウト思フ」⁽³⁶⁾と述べ、要するに、不貞行為は夫婦関係を破壊するものであり、それがひいては社会の公安を破壊するので

あるから、妻であれ、夫であれ、同様に制裁を課するべきだとの見解であつた。また、この規定そのものの削除すべきとの意見もあつた。「江藤君〔前述の修正意見の提出者〕ノ趣意ヲ拡張スレハサウナル、甚タ不公平ト云フコトハ云ハスモカナテアル、又斯ンナ箇条ハ今日ノ刑法ニ記載スル必要ナイ」と。⁽³⁷⁾ いずれの意見も、賛成するものが少数で否決されたのである。

そして、日本国憲法の施行に際して、同条が妻の姦通のみを罰し、夫の姦通は罰していなかったため、法の下の平等（憲法一四條）、男女平等の原則（憲法二四條）に反するとして問題となり、起草當時と同様に、両方を罰することとするか、本条を廃止するかが議論された結果、廃止することとされたものである。⁽³⁸⁾

（iii）裁判上の離婚原因に関する規定は、憲法二四條の夫婦平等の観点から当然改正されねばならない規定であつた。

既に民法の一部を改正する法律案の第二次案（沼津案）において、旧規定八一三条は、次のように修正されており、これが第七次案において口語体に変更された以外は文言上の修正は行われていない。

旧規定八一三条「夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スコトヲ得

一 配偶者ニ不貞ノ行為アリタルトキ」⁽³⁹⁾

現行法七七〇条「夫婦の一方は、左の場合に限り、離婚の訴を提起することができる。

一 配偶者に不貞な行為があつたとき」

本条の改正をめぐる議論を拾ってみると、国会での質疑の中で、男（夫）の不貞というものが一体考えられるのか、といった質問、あるいは、前述の「日本国憲法の施行に伴う民法の應急的措施に関する法律」では、「著しき不貞行為」となっていたのに、改正案では単に「不貞な行為があつたとき」とされているのはどうしてなのか、といった質問があつたようである。後者の質問に対する奥野委員から答弁について見ると、『改正案』では、七七

○条一項第五号において、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」または、場合によっては、二項の「一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができ」との規定を適用して、「單なる不貞」の場合に離婚の請求を認めないことも有り得るといふ裁量の余地があつたので、このように規定したのであるが、『応急措置法』の場合には、こゝした裁量の余地が全然ないので、「たとえ旅先の一回の不貞の行為でも、場合によつては離婚原因にされるといふような非常識なことがあつても、といふようなことを勘案して、あのときには著しきをいれた」といふ発言が後になされている。⁽⁴⁰⁾

また、不貞の行為が離婚原因になると認めておきながら、相姦者の婚姻を禁止する規定がないことはおかしいとか、「私生児〔非嫡出子〕を認知することは——不貞を自白するのだから——それと矛盾するのではないか」といふた認知制度を否定する趣旨の発言もあつた。これに對しては、後に、法律が相姦婚禁止の規定を置けば、實際上も結婚しないし、認知を禁止すれば私生児を生まない、と思つてゐる、といふた中川博士からの批判が述べられてゐる。⁽⁴¹⁾

裁判上の離婚原因、特に不貞行為に関しては、その適用をめぐつて夫婦の不平等が明かに存在してゐたので、新憲法の下での改正はそれほどの異論もなく認められていふた過程が以上のところから伺われるのである。

5 小 括

我が国では、不貞行為の抑止とその制裁のための法的な方策として、婚姻法上の規定として、先ず第一に、相姦婚禁止の規定が設けられ、第二に、裁判上の離婚原因として、被害配偶者からの不貞行為を理由とする離婚の訴を認めること、そして、刑法上、姦通罪の規定を設けることが考えられた。婚姻法上のこれらの規定は、明治二三年の旧民法、そして、これに続く明治三二年明治民法の旧規定へと受け継がれ、昭和二二年の日本国憲法の

施行に基づく現行法への改正作業の中で、相姦婚禁止の規定と刑法上の姦通罪の規定はともに削除され、残された裁判上の離婚原因としての不貞行為も、旧規定の下では妻に対してのみ一方的に広範囲に適用され、夫は姦淫財によって処罰された場合に適用される、という夫婦不平等の適用から、夫婦ともに不貞行為による離婚原因の規定が平等に適用されることに改正された。

立法過程の検討を行う中で、不貞行為の抑止とその制裁の目的については、次のような整理ができるとと思われる。

(1) 立法者においては、配偶者の不貞行為は、婚姻秩序を破壊するものであり、そのことが社会の紊乱にもつながるため、その抑止は、単に他方配偶者(特に夫)の保護にあるのではなく、むしろ公益に利するものであると考えられたこと。

(2) 公益のための不貞行為抑止の観点からは、婚姻中に不貞行為を行った当事者らが、離婚後といえども、法律上の婚姻関係を結ぶことは許されることなく、その意味では、相姦婚禁止の規定は決定的な方策であったし、さらに刑法上の姦通罪の適用まで用意されていたのである。こうした状況の下では、この規定の故に、不貞行為の当事者が事実上の婚姻関係を終生余儀なくされ、さらにその間の子が非嫡出子の身分に止められることは致し方のないことであつた。

(3) しかし、公益的観点からすれば、不貞行為の当事者でありうる妻も、夫も同様に罰せられるはずのところ、妻の不貞の場合には、夫婦関係を決定的に破壊するとともに、他の第三者との間の子を、夫が自己の嫡出子としなければならない危険性があり、『家』の血統を紊乱させる等の理由によって、いかなる場合にも許されないのに対して、夫の場合には、有夫の女性であれば、当該女性の夫婦関係を破壊するために許されないが、そうでない十二歳以上の未婚の女性との任意の性的関係は⁽⁴²⁾そもそも『姦通』ではなく、場合によっては『家』の存

続のためにかえって奨励されるということもあり、夫の不貞に対する制裁は極めて限定されており、夫婦不平等にして不合理な適用が行われていたのである。

- (4) 戦後の民法改正は、前述した法的状況を一変させるものであった。すなわち、相姦婚禁止の規定及び姦通罪の規定の廃止と、裁判上の離婚原因である不貞行為が夫婦に平等に適用されることになったことが特筆される。前者の廃止は、不貞行為の抑止と制裁における公益的観点の比重を少なくさせるとともに、後者の改正と相俟って、夫婦の不貞行為がその相互の個人的にして道徳的レベルの問題であることを改めて認識させるものとなったのである。以上のような整理と分析を前提としつつ、次の章から、不貞行為の抑止と制裁のための方策として残されてきた、不貞行為の相手方に対する他方配偶者からの慰謝料請求について、戦前から今日に至るまで、その果たしてきた機能を検討する作業に取り掛かることにする。

《注》

- (1) 有地亨・『家族法概論』七九頁（一九九〇年）、同旨のものとして泉久雄・『親族法』九六頁（一九九七年）、他方、貞操義務の認められる関係について、これを法律上は夫婦であっても、限定的に解する見解も見られる。すなわち、事実上の離婚状態（届出をした法律上の夫婦が、離婚の合意をして別居し、両者の間に夫婦共同生活の実体が全然存在しなくなったが離婚の届出はしていない、という状態をいう）においては、貞操義務も終了し、第三者との性的関係は不貞行為とはならない、とされる。我妻栄・『親族法』一三四頁（有斐閣一九六一年）参照。

- (2) 旧民法の編纂に至る過程については、次の文献を参照した。広中俊雄・『日本民法編纂史とその資料―旧民法公布以後についての概観』民法研究一巻一号一三八頁以下（一九九六年）、村上一郎・『旧民法の家族法観とポアソナード』法律時報七〇巻九号五〇頁（一九九八年）、小柳春一郎・『民法典の誕生』民法典の百年Ⅰ、三頁以下（有斐閣一九九八年）参照。

- (3) 利谷信義・『家』制度の機能と構造―「家」をめぐる財産関係の考察(2)『社会科学研究』三巻四号四五頁以下（一九六二年）、岸上晴志・『ポアソナード時代』七二頁 水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』所収（信山社一九九七年）、前掲注(2)村上・五一頁

参照。

(4) 熊野敏三・岸本辰雄「民法〔明治三三年〕正義人事編卷之壹（上下）一六〇頁以下日本立法資料全集別卷六三（信山社一九九六年）

(5) 前掲注(4)三五八頁以下

(6) 前注(2)に掲げた文献のほか、広中俊雄編著「第九回帝国議会の民法審議」三頁以下（有斐閣一九八六年）を参照した。

(7) この意見書は、一八八八年一〇月に、旧民法の「第一草案」が成立し、この草案に対して意見を徴するために、大学教授、裁判官、地方長官などに送付されたが、その意見として公表されたものであった。すなわち、法学士会の春季総会で全員一致をもって「法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見」を決議し、それを公表したものである。そこでこの意見は民法典の実施に対する延期意見であるが、法典編纂そのものに反対する意見ではなく、法典編纂に対する基本的態度についての主張であるといえる。これを整理してみると、第一にブルジョア法制度としての日本民法典編纂そのものは、困難な事業であるといえること、第二にフランスのブルジョア革命の成果の記述であるフランス民法の引写的民法では、日本の慣習と相入れないものとなるということ、第三に封建制度そのものを打破して成立したフランス民法を日本の民法とすれば日本の旧慣・故法の廃止をもたらし、そのことは決して理想的な民法典であるとはいえないことの三点にあるようである。宮川澄「旧民法と明治民法」七四―七七頁（青木書店一九六五年）。なお、意見書そのものについては、本書七六―七七頁を参照。

(8) 利谷信義「明治民法における『家』と相続」社会科学研究三卷一号四八―四九頁（一九七一年）参照。

星野英一「『家』から家庭へ」民法論集三卷四五―四六頁（有斐閣一九七二年）、小柳春一郎「前掲注(2)二七頁以下参照。

(9) 法典調査会民法議事速記録五 四六二頁「日本近代資料叢書六」（商事法務研究会一九八四年）

(10) 法典調査会民法議事速記録六 二七〇―二七一頁参照「日本近代資料叢書五」（商事法務研究会一九八四年）

(11) 前掲注(10) 九六頁

(12) 本条の起草をする段階で、穂積・富井・梅委員の協議で、梅委員は、相姦婚禁止の規定や、裁判上の離婚原因の姦通については、夫婦平等の適用を主張したようであるが、他の委員に一笑に付されたとの発言が記されている。前掲注(9) 九六頁

(13) 前掲注(10) 二七〇―二七一頁の富井委員の発言

(14) 前掲注(10) 九六―九七頁の梅委員の発言参照

(15) 前掲中(10) 一〇九頁

(16) 前掲注(10) 一〇六頁

(17) 前掲注(10) 一〇九頁

(18) 旧規定七八〇条によれば、「①第七百六十五条乃至第七百七十一条ノ規定ニ違反シタル婚姻ハ各当事者其戸主、親族又ハ檢察官ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但檢察官ハ当事者ノ一方カ死亡シタル後ハ之ヲ請求スルコトヲ得ス ②第七百六十六条乃至第七百六十八条ノ規定ニ違反シタル婚姻ニ付テハ当事者ノ配偶者又ハ前配偶者モ亦其取消ヲ請求スルコトヲ得」とある。法典調査会での議論については、前掲注(10)法典調査会民法議事速記録六 二二三頁以下参照

(19) 前掲注(9) 三七四頁

(20) そこで、そうした夫の身勝手な不貞行為に対しては、例えば、妾を妻と同居させるような場合には、裁判上の離婚原因の第五号「配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ」の適用を考える等の解釈が提言されている。梅謙次郎「民法要義卷ノ四 親族編」一二〇頁以下(明治四五年版復刻有斐閣一九八五年)参照

(21) 現行の親族相続編の改正作業については、以下の文献を参照した。我妻栄「改正」親族・相続法解説」(日本評論新社一九四八年)、中川善之助「新民法の指標」と立案經過の點描」(朝日新聞社一九四九年)、最高裁判所事務総局「民法改正に関する国会関係資料」(一九五三年)、我妻栄編「戦後における民法改正の經過」(日本評論社一九五六年)。

(22) 前掲注(21)我妻栄編「戦後における民法改正の經過」二二三頁以下参照

(23) 前掲注(21) 同右二二七頁以下

(24) 前掲注(21) 同右二三〇頁以下

(25) 前掲注(21) 同右二三三頁以下

(26) 前掲注(21) 同右二三四頁以下

(27) 前掲注(21) 同右三一六頁以下

(28) 前掲注(21) 同右三二九頁以下

(29) 前掲注(21) 同右三五〇頁以下

(30) 前掲注(21) 同右二一八―二一九頁

(31) 前掲注(21) 同右二二八頁

(32) 前掲注(21) 同右三五〇頁

(33) 前掲注(21) 同右三一七頁

(34) 前掲注(21) 中川善之助「新民法の指標」と立案經過の點描」四二頁

(35) 前掲注① 我妻栄「改正」親族・相続法解説」五四頁

(36) 松尾浩也増補解説「増補」刑法沿革綜覧」二〇三—二〇三三頁(信山社一九九〇年)

修正意見を提出した江藤委員は、予想される反対論の根拠として、妻が姦通して子供が生まれた場合には、その子は夫の子供として推定されるために、妻の姦通は、血統の紊乱を生じさせるものであるから、特に妻の姦通のみを罰する意味がある、という点を挙げている。しかし、このような理由では、妻だけを罰して、夫を罰しない理由とはならない、と述べている。

(37) 前掲注① 二〇三四頁

(38) 団藤重光「刑法綱要各論〔増補〕」二七三頁(創文社一九七五年)、大塚仁他編「大コンメンタール刑法第七卷」一〇一頁〔亀山継夫〕(青林書院一九九一年)参照。

(39) 前掲注①我妻栄編「戦後における」民法改正の経過」三一九頁

(40) 前掲注①同右一四六一—一四七頁

(41) 前掲注①同右一四七一—一四八頁

なお、この点に関して、我妻博士によれば、相姦婚禁止の規定は「相姦者間の婚姻禁止として、諸外国の立法例にも古くから認められるものであって、専ら道徳的要請にもとづく制裁的意義をもつものである。しかし、これによって姦通を抑制することも相姦者間の事実上の婚姻を禁止することも可能とは思われない。諸外国の立法例も漸時廃止に傾く。新法がこれを廃止したのは、形式的にみれば、刑法で姦通罪を廃止し、民法の離婚原因から姦通という語を削ったことによるが、実質的には、右のような傾向に順応したものである」とされる。我妻栄「親族法」一四頁(有斐閣一九六一年)、同旨として、上野雅和「新版注釈民法④」一八〇頁〔青山道夫・有地亨編〕(有斐閣一〇八九年)

(42) 民法旧規定の施行当時の明治一三年の旧刑法によれば、第三四八条「十二歳以上ノ婦女ヲ強姦シタル者ハ輕懲役ニ処ス兼酒等ヲ用ヒ人ヲ昏睡セシメ又ハ精神ヲ錯乱セシメテ姦淫シタル者ハ強姦ヲ以テ論ス」

第三四九条「十二歳ニ滿サル幼女ヲ姦淫シタル者ハ輕懲役ニ処ス若シ強姦シタル者ハ重懲役ニ処ス」とある(我妻栄編「旧法令集」四四二頁参照)。

そして、明治四一年に現行刑法が施行される。

川章 夫婦の一方と不貞行為を行った第三者の他方配偶者に

対する不法行為責任に関する判例及び学説の展開―戦前編

1 はじめに

戦前においては、不貞行為の抑止と制裁のための方策としては、婚姻法上のものとして、第一には、不貞行為の当事者の婚姻を認めない相姦婚禁止の規定の存在、第二には、裁判上の離婚原因としての不貞行為(但、妻の場合には姦通の事実によって、夫の場合には姦淫罪による処罰を受けた場合)によって他方配偶者からの離婚請求を認めること、そして、刑法上、姦通罪を不貞配偶者及び不貞行為の相手方に適用して処罰すること、の三つが法規定として明文化されていた。

しかし、本稿がこれから考察の対象とするのは、民法七〇九条に基づき、配偶者の一方が、他方配偶者と第三者との不貞行為によって、その『権利』が侵害されたとして、この者から不貞配偶者及び不貞行為の相手方に対して、『権利侵害』によって生じた損害の賠償請求を認めるという方策である。目下のところ、配偶者間における慰謝料請求についてはほぼ異論なく受け入れられているが、不貞行為の相手方である第三者に対する請求は、今日その請求認容の妥当性が再検討されている。すなわち、そうした請求を当事者に認めること自体許されるべきなのか否か、仮に当該請求を認めた場合に、その被害法益は何であるのか、そして、損害賠償責任を第三者に課することが、不貞行為の抑止に対して、いかなる意味を有するのか、という議論である。

既に見たように、戦前においては不貞行為の抑止と制裁のための方策は、配偶者間においては、裁判上の離婚原因が主として妻に対して強く働き、他方、夫婦及び不貞行為の相手方に対する関係では、相姦婚禁止の規定及び姦通罪が存在していた。ある意味では、不貞行為に対して、国家が法的にこうした行為の不当性を正面から否

定していた状況の下で、その上にさらに、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権を認める意味ないし機能はどこにあったのであろうか。当該請求が何故戦前から認められてきたのか、との疑問に答えるために、先ず戦前の判例・学説の展開を辿る。そして、戦後、不貞行為に対する法的抑止と制裁の方策が、法規定の上では、配偶者間にのみ残され、対夫婦及び第三者に対する規定が廃止された戦後において、慰謝料請求権行使の意味と機能に戦前と異なる変化はなかったのか、といったことを検討する。

2 判例の展開

不貞行為の相手方に対する被害配偶者からの慰謝料請求の判決として最初に引用される事件は、民法施行からわずか五年後に現れる。

〔1〕大判明治三十六年一〇月一日(刑録九輯一四二五頁)

△事案▽妻の不貞の事件で、その不貞行為の相手方に対する損害賠償の存否が問題となっているが、詳細は不明である

原判決が、「原告〔夫〕ノさきニ對シ貞操ヲ守ラシムル權利則チ夫權ヲモ害シタルモノナルハ當然ニシテ云云社會上ノ地位ヲ參酌シテ其名譽ノ損害及夫權ノ損害ニ對スル賠償額ヲ各金貳拾五圓トスルヲ相當ナリト認ム」と判断したことに対して、被告(妻の姦通の相手方)は、上告した。上告理由の第一は、夫権の尊重について義務を負う者は妻のみであり、夫婦関係の尊重をもって夫の名誉権ないし自由権として構成するならば格別、第三者の夫権の侵害をもって損害賠償を命じることとは違法であること、第二の上告理由としては、第三者による夫権の侵害を認めるとしても、夫の社会的地位をもって賠償額に差異を設けることは違法である、と述べた。

上告棄却「凡ソ夫ハ妻に對シ貞操ヲ守ラシムル權アルモノナレハ本件上告人カ被上告人ノ夫權ヲ侵害シタルモ

ノト云ハサルヲ得ス」と述べて、原判決が損害賠償を命じたことを肯定した。

本件判決は、配偶者の不貞行為の相手方に対して、他方配偶者からの慰謝料請求を認めた最初の大審院判決である。原審判決が、被侵害法益を夫の個人的な夫権の侵害及び名譽の侵害と構成したのに対して、大審院は、簡潔に、被侵害法益が、夫が妻に対して貞操を守らせる権利、すなわち夫権の侵害であると構成し、しかも、それが第三者に対しても、その権利を主張できるものとしているのである。

〔2〕大判明治四〇年五月二八日（民録一三輯五〇〇頁）

△事案▽妻の不貞の事例である。

原判決は、「被告及ヒ植松きやうカ相姦シタルカ為メ被上告人「夫」カ之レニ因リ不快ノ感ヲ生シタルコトハ勿論ナレハ其慰謝料ヲ要求スルハ正當ナリ」との理由で、三〇〇円の慰謝料を認容した。これに対して、上告理由では、人の快不快の感情に対して損害賠償を認める規定はない、との上告に対して、大審院は、「他人ノ妻ト姦通スルノ所為ハ其夫カ妻ニ對シテ有スル夫権ヲ侵害スルモノナルカ故ニ民法第七百九條ニ依リ其行為ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アルコトハ言ヲ俟タス——姦通ノ為メ夫権ヲ侵害シ之ニ因リテ夫カ精神上蒙リタル苦痛ノ如キ所謂無形ノ損害タリトモ之ヲ賠償セサルヘカラサルハ勿論ニシテ」、原判決の判断を正当と認めた。この判決において、大審院は、夫が妻に対して有する夫権の侵害により、精神上被った苦痛に対する慰謝料の支払いを認めている。

〔3〕大判明治四一年三月三〇日（刑録一四輯三三二頁）

△事案▽妻の不貞の場合である。

原判決が、原告の妻と被告との姦通の事実を認定して、その結果、原告（夫）が、被告の不法行為によって「家庭ノ圓滿ヲ缺キ悲痛ヲ感スルニ至リタリト為シ」、相当の損害賠償を命じたのであるが、これに対して、「被告」

が上告したのである。

上告棄却。大審院は、「人ノ妻ヲ姦シタル者ハ本夫ノ夫權ヲ侵害シタルモノニシテ之ニ因リ本夫カ名譽ヲ毀損セラレ精神上悲痛ヲ感スルニ至リタルトキハ姦夫ニ於テ慰謝料ヲ支拂フヘキ義務ヲ有ス」と判示した。

本件判決では、大審院は、不貞行為をなした第三者の行為は、夫權の侵害とともに夫の名譽を侵害するものであり、それによって精神上の損害を被らせるものであるとして、この者の損害賠償責任を肯定している。

前掲「1」「2」そして、本件判決により、不貞行為の相手方である第三者は、夫の夫權及び名譽權の侵害による精神上的の苦痛による損害を賠償しなければならない、との判例を確立したのである。下級審では、こうした大審院判例を踏襲して、「自由名譽ノ侵害其他其精神上ノ苦痛ニ対スル無形ノ損害ヲ賠償ヲ求ムル」ものとして金四、〇〇〇円を認めた事例や、¹⁾「妻が姦せられたるにより夫たる原告は其社會上の地位を毀損せられ精神上苦痛を感ずるに至るべきを以て」三〇〇円の慰謝料を認めたものがある。²⁾

以上の事件は、いずれも夫から妻の不貞の相手方に対して慰謝料請求が行われたものである。この場合における民法七〇九条所定の要件である「權利侵害」については、大審院は、その「權利」を夫權ないし名譽權と構成しているが、前者は、要するに、夫が妻に対して貞操を要求する權利であろう。妻が夫に対して貞操義務を負うことは、明治民法旧規定八一三条に、裁判上の離婚原因として妻の姦通が挙げられていることから明らかである。

しかし、夫が妻に対して同様に貞操義務を負うかは、当時の法規定の上では、否定せざるを得ないであろう。夫の不貞の場合に、裁判上の離婚原因となるのは、不貞の相手方の女性に配偶者がある場合等、姦淫罪によって処罰されたときに限定されるからである。³⁾さらに、不貞行為の抑止と制裁のためのその他の法規定による夫への制裁は、妻に対する貞操義務違反に対するものではなく、不貞行為の相手方の女性の夫に対するものか、婚姻秩序紊亂の公益違反に基づいて課せられるものである。

ところが、そうした法律によって定められた夫婦間の貞操義務の不正が裁判所によって是正される画期的な判決が出現する。

〔4〕大審院大正一五年七月二〇日決定（刑集五卷三一八頁）及び大審院昭和二年五月一七日判決（法律新聞二六九二号六頁）

△事案▽Aとその夫Bとは婚姻関係にあり、一五歳の長男を筆頭に三人の子供がいたが、Bは無断で家出をして、C女の家の下男として雇われた後に、C女との間で情交関係が生じた結果、C女の家にて同棲し、妻子に扶養料を送ることもなく、音信も絶えていた。そこで、Aは、生活に困窮したために、被告に対して、夫Bから相当の生活費を取得するための交渉を依頼し、兩人でC女の居宅に赴いた。そして、被告は、BとC女との関係は姦通罪を構成するとして二人を恐喝し、告訴を見合わせる代わりに、手切金としてC女から一〇〇円、及び子供の養育費として毎月九円を五年間支払うことをB（債務者）及びC（連帯保証人）に約束せしめた、というものである。

本件では、被告の行為が恐喝罪に当たるとして公訴が提起されたが、被告の行為が、妻Aの正当な権利の行使、つまり、夫Bも妻Aに対して貞操義務を負担し、BとC女との情交関係が、この義務を侵害するものである場合には、妻AにはB・C女に対する慰謝料請求権の行使が認められるから、それを代理行使してB・C女を畏怖させた被告の行為は、手段が不当であるが恐喝罪として罰せられない、というものであった。原審判決が、BとC女が共同して妻であるAの権利を侵害した事実はないとしたのに対して、被告は、夫が妻に対して有する夫権と同様に、妻も夫に対して妻権があること、そして、その権利を侵害した者に対して慰謝料請求権を有することを理由として上告した。

大審院は、決定により、以下のように判示して、夫にも妻に対する貞操義務があることを宣言した上、その後

の昭和二年五月一七日の判決において、そうした権利侵害の結果として、妻には、民法七〇九条及び七一〇条に基づいて相当の慰謝料請求権の行使が許されると判示したのである。婚姻ハ夫婦ノ共同生活ヲ目的トスルモノナレハ配偶者ハ互ニ協力シテ其共同生活ノ平和安全及幸福ヲ保ツノ必要条件ナルヲ以テ配偶者ハ婚姻契約ニ因リ互ニ誠實ヲ守ル義務ヲ負フモノト云可ク配偶者ノ一方カ不誠實ナル行動ヲ為シ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ害スルハ即婚姻契約ニ因リテ負擔シタル義務ニ違背スルモノニシテ他方ノ權利を侵害スルモノト謂ハサルヘカラス換言スレハ夫婦ハ夫ニ對シ貞操ヲ守ル義務アルハ勿論夫モ亦婦ニ對シ其義務ヲ有セサルヘカラス民法第八百十三條第三號ハ夫ノ姦通ヲ以テ婦ニ對スル離婚ノ原因ト為サス刑法第八十三條モ亦男子ノ姦通ヲ處罰セスト雖是主トシテ古來ノ因襲ニ胚胎スル特殊ノ立法政策ニ屬スル規定ニシテ之レアルカ為メニ婦カ民法上夫ニ對シ貞操義務ヲ要求スルノ妨トナラサルナリ」(刑集五卷三二五—三二六頁)と。

さらに、大審院は、昭和二年の判決では、「不貞行為の相手方である」Cが「夫」Bに妻子あることを知りてBと情交を通じ之れと同棲したる「妻」Aの權利を侵害したるものに外ならずしてAは其權利を侵害せられたるの救済として民法七百九條同七百十條に依り相當の慰謝料を請求し得るのみならずCはBとの共同の不法行為に因リAをして離婚の已むなきに至らしめ之をして損害を被らしめたる本件の場合に於ては共同行為者たるBと共に之が賠償を為すの義務あるもの」(法律新聞二六九二号七頁)と斷じて、妻から、夫及び不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権の行使を認める判示を行っている。

本件判決は、民法七〇九条ないし七一〇条に基づいて、妻から不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権の行使が行われ、その当否が直接問題となつたものではない。しかし、本件判決の意味は、法規定の上では、夫が妻に對して貞操義務を負ふことはなく、むしろ、それを否定するような趣旨である明治民法旧規定八一三条と刑法一八三条が存在していたにもかかわらず、それを「古來ノ因襲ニ胚胎スル特殊ノ立法政策ニ屬スル規定」としてこ

れを斥け、「配偶者ハ互ニ協力シテ其共同生活ノ平和安全及幸福ヲ保ツ」ために「誠實ヲ守ル義務」を負い、夫といへども妻に対して貞操義務を負担することを宣言した点にあるのである。

法規定の上では実現できなかった夫婦における貞操義務の相互性、そして、夫に貞操義務を求める権利すなわち『妻権』の侵害に基づく損害賠償請求権の存在を肯定した本件判決の意義は極めて大きいものであった。さらに、本件判決の実質をみれば、妻が不貞行為の相手方に要求した金員は、農家の主たる働き手である夫に捨てられ、三人の幼い子供を抱えた妻が、生活に困窮し、本来であれば、夫に請求すべきであるところ、その資力不足を、不貞行為の相手方に言わば補完させたという意味合いをもつのである。本件では、既に、穂積重遠博士が指摘したように、夫Bは、貞操義務違反を問題としなくとも、妻に対しては旧規定七八九条、七九〇条の同居義務・扶養義務の重大な違反を行い、子に対しては、旧規定八七九条、九五四条の監護教育義務扶養義務の重大な違反を犯し、それをCが故意にその原因を作り、これを継続せしめているので、民法七〇九・七一〇・七一九条によって共同不法行為者として損害賠償義務を負う、との指摘がなされている⁽⁴⁾。とはいへ、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権の行使は、妻の不貞の場合にあつては、婚姻秩序の破壊という公益違反に対する制裁として相姦者に刑事責任（姦通罪）を課することと並んで、さらに民事責任として夫の個人的な法益侵害の回復と相手方への制裁的側面を有していたと考えられる。これに対して、夫の不貞の場合には、相姦者に対する慰謝料請求権の行使は、夫婦間に法律上厳として存在する相互の貞操義務の不平等を是正する実践的な意味をもつものであり、場合によって、夫に遺棄された妻子の経済的な生活保障を補完する機能を果たしていた、とも考えられる。

本件判決後、下級審事例ではあるが、実際に妻から夫の不貞の相手方に対して慰謝料請求を行い、それが認められた事件が現れるにいたる⁽⁵⁾。

3 学説の状況

(1) 戦前における不貞行為の相手方に対する配偶者からの慰謝料請求についての議論は、前掲「四」大審院の大正一五年七月二〇日決定及び大審院昭和二年五月一七日判決以前においては、学説において、ほとんど論じられていない。

(2) それ以前においては、不貞行為に関する法律上の規定の説明が中心である。例えば、仁井田益太郎博士が、相姦者との婚姻禁止に関する旧規定七六八条について、その規定の趣旨が、「此制限ヲ設ケサルトキハ姦通ヲ將勵スル結果ヲ生スルノミナラス風教ヲ害スヘキカ為ナリ」と述べ、また、裁判上の離婚原因に関する旧規定八一三条二号、三号の箇所では、夫婦の離婚原因における不平等に対して別段の説明はなされていない。⁽⁶⁾これに対して、起草委員であつた梅博士が、夫婦相互の貞操義務の存在や、裁判上の離婚原因についての夫婦の平等な適用について、現時点ではそれが実現できないことを慨嘆し、将来そうした不平等が解消されることを期待する論評を記していた他、穂積重遠博士が、一九二二年(大正十一年)に、早くも裁判上の離婚原因についての旧規定八一三条二号「妻が姦通ヲ為シタルトキ」三号の「夫が姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ」の改正の提案を行っている。⁽⁷⁾すなわち、三号の規定を「夫が姦通ヲ為シタルトキ」とするか、あるいは二号の規定を「配偶者が姦通ヲ為シタルトキ」として、三号を削除し、四号以下を繰り上げる、との提案である。⁽⁷⁾

戦前における学者の関心は、不貞行為に対する法的制裁が、夫婦間で不平等に適用されていることを不合理であるとして、これを立法上是正することに向けられていた。

(3) 夫婦の貞操義務や、夫の不貞の場合における妻からの相姦者に対する慰謝料請求権の問題が議論されるようになるのは、前掲「四」の大審院決定を契機とするものであった。この決定並びにその後の大審院判決に関して、牧野英一博士と中川善之助博士との論争が⁽⁸⁾この時期の学説としては特に注目される。⁽⁹⁾この事件は、不貞行

為の当事者である夫と、その相手方の女性及び妻が当事者となつて紛争が生じたものではないが、妻から生活費等の取立てを依頼された被告が、相手方の女性に対して金員を強要したことが恐喝罪を構成するかどうか争われたものである。しかし、衆目は、むしろ、妻には夫に対して貞操を守ることを要求する権利があること、さらにはその権利が侵害された場合には、夫は勿論のこと、不貞の相手方に対しても、当該「妻権」の侵害に基づいて慰謝料請求権を行使できることの是非にあつた。この請求権が存在するならば、被告の金員の強要は、一応正當なる妻の権利の代位行使となるわけである。

この判決に関する論評の中で、牧野英一博士は、大審院が、民法及び刑法における姦通に対する夫婦不平等な制裁をもつて「主として古来の因襲に胚胎する特殊の立法政策に屬する」ものと言ひ放つたことを評価し、この規定はともかく、今後（法律学は）例えば、姦通罪についていえば、夫婦平等に規定を適用するか、適用しないか、といった形で、この問題を「共同生活の平和安全及び幸福」のために、公平な制度になるように検討しなければならぬ、とする。⁽¹⁰⁾

これに対して、中川善之助博士は、この大審院決定が民法に対してはそれほど意味をもたない、とされる。それは、仮に夫の妻の対する貞操義務の存在することを認めたとしても、刑法上は、被告の（妻の権利の代位行使としての）恐喝が権利の当然の行使として許されるべきものとして意義を有するとしても、民法上は、社会的に芸娼妓公認の法律を持ちながら、他方において、夫の貞操義務違反に基づいて、妻が夫の不貞の相手方に対する不法行為に因る慰謝料請求権行使を大審院が認めるものとは思えない、とされるのである。⁽¹¹⁾そして、牧野博士があくまで、夫の不貞の相手方に対する妻の慰謝料請求権行使を肯定されるの⁽¹²⁾に対して、中川博士は、牧野博士の見解は「事象を凡べてsoilenの世界から眺めて居られるもの」であり、「私は唯soilenの問題として事件を眺めた」ものであるとして、「私の希望若しくは、理想は、夫にも妻と同等の貞操義務を負はすべしと云ふに在る」⁽¹³⁾が、現時

点では、妻の慰謝料請求権等の具体的な権利行使まで大審院が認めたものではないとされるのである。

両者の論争を評価しつつ、穂積重遠博士は、この判決の意義について、法律上の規定における夫婦不平等の故に、従来、夫の貞操義務が道徳上の義務として説明されるに過ぎなかったが、本件判決によって、この義務が裁判所によって法律上の義務とされたことを評価している。¹⁴⁾ただ、本件事件そのものは、あえて夫の貞操義務の存否を問題としなくとも、別個の法律構成によって解決されるものであり、「牛刀を以て鶏を割くものに相違ないが、しかし必要以上の大鈍を以て一刀両断した所に、この新判決の意義もあり価値もある」とされる。¹⁵⁾そして、この判決の意義について、次の三点を挙げられる。第一に、夫の不行跡につき妻から夫及び情婦に対して損害賠償乃至慰謝料を請求しうることが今後の判例になると思うこと。第二に夫の姦通が離婚原因になる傾向に段々進むのではないか、ということ。第三に、妻の姦通に対する処罰が段々斟酌されるようになるであろうということ。¹⁶⁾結果として、前掲「四」判決は、夫婦は相互に貞操義務を負い、配偶者の不貞の相手方に対する他方配偶者からの慰謝料請求の行使が、夫婦共に平等に認められるという判例を形成したのであり、下級審事例においては、実際に夫の不貞の場合に、妻からその不貞の相手方に対する慰謝料請求権を肯定した事例も出現し、穂積博士の第一の予見は実現されていた。第二・第三の予見は、その効果を見定める時間はなく、根本的な戦後の親族・相続編の改正作業によって実現されることになる。

4 小括

戦前における不貞行為の抑止とその制裁は、明治民法では、相姦婚禁止の規定に関する七六八条、及び裁判上の離婚原因に関する八一三条二号三号、そして、刑法上は明治一三年の刑法三五三条、後に明治四一年の刑法一八三条における姦通罪において、不貞行為が婚姻秩序を脅かし、ひいては社会秩序を紊乱する公益に反する行為

であると位置づけられ、厳しく規制されていた。しかし、そうした法規定の適用にあたっては、夫婦の間に極めて重大な不平等が存在していた。すなわち、妻は夫に対して法律上明確に貞操義務を課され、その違反に対する制裁は厳しく、おそらくは、離婚により婚家から身一つで追い出され、しかも、その不貞の相手方との法律上の婚姻も許されず、その間の子も非嫡子の地位を余儀なくされるというものであった。これに対して、夫の不貞の場合には、夫が妻に対して道德的に貞操義務を負うことはともかく、法的には、夫の貞操義務は予定されておらず、夫が不貞行為の制裁を受けるのは、他人の婚姻秩序を侵害した場合、つまり、有夫の女性との不貞行為に限られていたのであり、しかも妻に「家」を継承すべき子が生まれない場合には、夫の不貞行為による相手方の女性の子の出生はいわば奨励されさえたのである。こうした状況の下では、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権の行使は、妻の不貞の場合と夫の不貞の場合とは、その果たした機能は異なっていた。妻の不貞の場合における夫の慰謝料請求権の行使は、不貞の相手方に対して、夫個人の精神的苦痛の慰謝や名譽の回復のために財産的負担を課するとともに、相手方への制裁を意図していたと考えられる。

これに対して、夫の不貞の場合には、妻の慰謝料請求権行使は、結果的に、道德的に存在していたに過ぎない妻に対する貞操義務を法律上の義務にまで高め、法規定に厳然としてあった夫婦の適用不平等等を解消しようとする当時の学会の進歩的な見解を、実際の裁判の場で実践したものであったといえる。しかも、離婚解消後には、今日のような財産分与といった生活保証の手段が手当されていない当時にあつては、夫のみならず不貞の相手方から、そのための財産的保証を得るための有効な手段ともなり得たと考えられる。

- (1) 長崎控訴院判決大正一四年四月一八日(評論一四卷民法三五二頁)。
- (2) 神戸地判大正六年五月一六日法律新聞一二七号二九頁。この事件では、事件の内容がやや複雑であるが、原告である夫が、妻を捨てて他の女性と同棲中に、妻が被告と姦通し、その後まもなく、妻とは協議離婚をしたというもので、裁判所は、原告(夫)が妻に対して、重大な侮辱を加え、悪意の遺棄をなしたことは裁判上の離婚原因となるとしても、そのことが妻の姦通行為を許容したことにはならないとして、原告の夫権侵害に対して二〇〇円を、名譽侵害に対して一〇〇円を認めたものである。この事件では、夫の非行にもかかわらず、夫の許可や離婚の届出がなければ、妻の姦通が制裁の対象となること、そして、名譽侵害を別に算定している点が特徴的である。妻の不貞行為そのものに対する反倫理性、夫の名譽権(夫として妻の行動をきちんと監督できなかったことによる社会的名譽の失墜か?)が問題となっている。
- (3) 立法者のひとりである梅委員は夫の場合にも妻に対する貞操義務を平等に課することが公平であると考えていたが、妾の存在を認め、これを二親等とみなすような法的状況ではこれを認めるすべもないが、「此ノ不公平ハ速カラサル將來ニ於テ必ス廢止セラルヘキヲ信ス」と記している。梅謙次郎「民法要義 卷ノ四 親族編」二一六頁(有斐閣明治四五年復刻一九八五年)さらに、配偶者ある女性以外の女性との夫の不貞行為を直接の理由として、妻は離婚請求はできないが、夫が、愛人を妻と同居させた場合には第五号の「配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ」の事由の適用の可能性を示唆しており、妻を捨てて遊蕩にふける夫に対しては、第六号の「配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ」の適用があることを言及している。前掲二二頁以下。
- (4) 穂積重遠「男子貞操義務判決の真意義」法学志林二九卷七号七六九、七八三―七八四頁(一九二七年)穂積博士は、そうした意味では、夫の貞操義務を持ち出さなくとも本件では処理できたかもしれない、と述べている。
- (5) 大阪地判昭和十五年七月二日(法律新聞四六〇八号四頁)下級審事例ではあるが、夫の不貞行為の相手方に対する妻の慰謝料請求を現実に認めた画期的判決である。事件は、地方の名家の婦人(五六歳)が、夫(六〇歳)の過去の愛人である女性(五九歳)に対して、五千円の慰謝料を請求して、四〇〇円が認められたものである。妻はそれと知らずにその女性と長年親交があったこと、夫から女性に対して年に五円程度のこづかいと三、五〇〇円以上の金員贈与があったことなどが認定されている。大阪地裁は、「抑々婚姻は夫婦の共同生活を目的とするものなれば配偶者は互いに協力して其の共同生活の平和安全及幸福を保持せざるべからざるものにして従て婦は夫に對し其の貞操を守る義務あるは勿論夫も亦婦に對し其の義務を負はざるべからざるものなりされば被告が原告の夫治郎に對して有する貞操を守るべきことを請求する權利を不法に侵害したるものに外ならざるにより被告が原告に對し原告が之に因りて蒙りたる精神上の苦

痛を感謝すべき義務を負担するものと謂はざるべからず」と判示した。

(6) 仁井田益太郎「親族法相続法論」二六頁、一九〇頁以下〔第七版〕(有斐閣一九二二年)

(7) 穂積重遠「夫の姦通」法学協会雑誌四〇巻七号二一〇五頁(一九二二年)、なお穂積博士がその改正提案の示唆を受けたものとして、加藤弘之「姦通ニ就テ」法学協会雑誌二六巻一号一頁(一九〇八年)

(8) 牧野英一「法律学の新しい目標」法学志林二九巻一号一頁(一九二七年)、中川善之助「夫の貞操義務」に関する裁判に就て」法学協会雑誌四五巻二号二二二頁(一九二七年)、牧野英一「夫の貞操義務に関する判例に付いて——中川博士に答ふ——」法学協会雑誌四五巻三三四三六頁(一九二七年)、中川善之助「夫の貞操義務に関する裁判に付いて」法学協会雑誌四五巻四号七四三頁(一九二七年)、牧野英一「重ねて夫の貞操義務に関する判例に付いて——重ねて中川法学士に答ふ——」法学協会雑誌四五巻五号九八六頁(一九二七年)

(9) 両者の論争については、既に水野教授の詳しい紹介がなされている。水野紀子「判批」法学協会雑誌九八巻二号二九五頁以下(一九八一年)

(10) 前掲注(8) 牧野「法律学の新しい目標」法学志林二九巻一号三三頁以下

(11) 前掲注(8) 中川「夫の貞操義務」に関する裁判に付いて」法学協会雑誌四五巻二号三三一頁

(12) 前掲注(8) 牧野「夫の貞操義務」に関する判例に付いて——中川博士に答ふ——」

法学協会雑誌四五巻三三四四一頁以下

(13) 前掲注(8) 中川「夫の貞操義務」に関する裁判に付いて」法学協会雑誌四五巻四号七四八、七五四頁

(14) 前掲注(4) 穂積「男子貞操義務判決の真意義」法学志林二九巻七号七七八—七七九頁

(15) 前掲注(4) 同右七八三頁

(16) 前掲注(4) 同右七八七頁以下