

# Über den Schadensersatzansprüchen auf Grund der unerlaubte Handlungen wegenwidrigen 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	<a href="http://hdl.handle.net/2297/3832">http://hdl.handle.net/2297/3832</a>

## 婚姻関係の破壊に対する第三者の不法行為責任について

——最高裁昭和54年3月30日判決以降の実務の軌跡を中心として——

櫻 見 由美子

〈目次〉

第一 問題の所在

第二 不法行為責任について

第三 昭和54年最高裁判決以降の実務の軌跡について

第四 問題解決に向けて

### 第一 問題の所在

配偶者に不貞行為があつた場合に、他方配偶者がこの者に対して、不法行為に基づく損害賠償請求を請求することができることについて、学説・判例ともに異論はない。

一夫一婦制の婚姻の本質から帰結される配偶者間の貞操義務に関しては、これを直接規定する民法の規定は存しないが、その違反行為は、民法七七〇条一項一号において裁判離婚における離婚事由として列挙され、他方配偶者からの離婚請求が可能であり、また「夫婦という特殊の関係にあることから配偶者が互いに享受すべき人格的な利益ないし精神的な平和を不当に侵害したり攪乱したりする行為は、不法行為たりうる」として、また不法行為に基づく損害賠償請求をも認めている。<sup>2)</sup>

これに対して、他方配偶者が、この不貞行為の相手方である第三者（以下「第三者」という。）に対して、同様に不法行為責任を問うことができるかどうかは、最近の学説の動向や、判例の展開を見る限りは、常に不法行為が成立するとは限らない。判例は、大審院以来一貫して、他方配偶者が、不貞行為を理由として、この第三者に不法行為責任を請求できることをみとめており、最高裁もこの判例を踏襲してきたが、当初の最高裁判例に見られるような第三者に対する不法行為責任の成立を無制限に認める立場から、「婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情のない限り」第三者は、他方配偶者に対して不法行為責任を負わないとする制限的な立場に移行している。<sup>(6)</sup> 他方、学説は、第三者に対する不法行為の成立を認めるかどうかにつき、肯定説と否定説に大きく分かれている。その際には、婚姻外の性的関係、とりわけ配偶者の不貞行為と、それによって婚姻関係が破壊されることに対する法的評価ないしは価値観の相違が、直裁に第三者に対する不法行為責任を肯定するか否かの議論と結びつき、被害者である配偶者の救済措置として、こうした第三者に対する責任追及が果たして適切なものであるかどうかを見極めることを困難にしているのである。<sup>(7)</sup>

本稿は、最高裁として第三者の不法行為責任を明確に肯定した昭和五四年三月三〇日の最高裁判決以降の実務の軌跡を辿るとともに、それに対する学説の反応を概観し、現在における判例理論の整理と、この問題に関する解決の方向を検討しようとするものである。

## 第二 不法行為責任について

一 不法行為責任が成立するについては、民法七〇九条所定のそれぞれの要件の充足が必要となる。「故意又は過失」「権利侵害（違法性）」<sup>(8)</sup>「因果関係」「損害の発生」の諸要件について、いずれも損害賠償を求める原告側にそ

の主張・立証責任がある。

二 最判昭和五四年三月三〇日判決は、これらの要件について「夫婦の一方の配偶者と肉體關係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉體關係を持つに至らせたかどうか、両名の關係が自然の愛情によつて生じたかどうかにかかわらず、他方の配偶者の夫又は妻としての權利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被つた精神上の苦痛を慰謝すべき義務があるというべきである。」と判示している。判決理由で挙げられた「故意又は過失」と「違法性」の要件について若干の検討をしておく。

(一) 故意又は過失について

故意とは、通常、第三者が肉體關係をもつた相手方に配偶者があることを知っていた場合であり、これを知りうべきであるのに知らなかったことが過失であると一応考えられる。<sup>9)</sup>

しかし、不法行為における故意は、結果発生(例えば、婚姻關係の破綻や離婚など)を認識しながら、あえて特定の行為(不貞行為等の權利侵害に向けられた行為)をすること(またはその心理状態)をいうと考えられる。「故意」による不法行為を認定するには、自己の行為の結果についての認識があることのほかに、權利侵害または違法性の認識、つまり自分が悪いことをしているという意識が第三者に備わっていることを必要とすべきだとの見解が有力である。悪いことをしているという意識のない行為者に対して、故意があるとの強い非難ができないというのである。判例はそうした場合には、故意を認めず、過失の有無を認定する。<sup>10)</sup> 少なくとも、そうした意味において、肉體關係を持った相手方に配偶者があることの第三者の認識は、それ自体直ちに不法行為責任を問うための故意があるといえないであろうし、またその確認を行なわなかったことが、通常の損害回避義務の懈怠つまり、過失と評価できるかどうか大いに疑問である。

(二) 權利侵害(違法性)について

権利侵害の対象となる被侵害利益は、戦前では、夫が妻に対して貞操を守らせる権利、即ち夫権の侵害、又は夫権の侵害とともに夫の名譽の侵害とされ、妻にも慰謝料請求権を認めた大正一五年決定においては「夫婦の共同生活の平和と安全及び幸福」と考えられた。<sup>(1)</sup>

その後、最高裁は、前掲平成八年三月二六日判決において、被侵害利益を「婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益」と判示した。

「権利侵害」から「違法性」への法解釈の変遷の中で、七〇九条「権利侵害」の要件は、次のように解釈されるという。平井教授の整理によれば<sup>(12)</sup>「権利侵害」の要件は利益の違法な侵害という意味である。<sup>(2)</sup>「違法性」の判断は、被侵害利益における「違法性」の強弱と加害行為の態様における違法性の強弱とを相関的・総合的に判断してこれを行う。『たとえば既存の法律体系において絶対的な権利と認められるものを法規違反の行為によって侵害するとき違法性は最も強くなる。また新たな社会関係の裡に生成しつつある権利を権利の行使によつて侵害するときは、その違法性は最も弱くなる』（我妻一二六頁、加藤三八頁）。<sup>(3)</sup>被侵害利益の強弱は、物権的または人格的なものから債権的なものへ至る利益として順序づけられ、侵害行為の態様の強弱は、刑罰法規違反行為から、その他の禁止法規または取締法規違反の行為を経て公序良俗違反の行為等へ至るものとして、順序づけられる。

上記のような説明を前提としつつ、現在における不法行為法における「婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益」という被侵害利益の位置づけは、人格権的利益の一つとして、あるいは身分権の一つとして、あるいは家族関係上の利益として分類される。<sup>(14)</sup>そして、「性的自由や家族関係に関する利益は、今日の社会における重要な利益として不法行為法上保護の対象となりうる。しかし、他面において、性や家族関係のあり方は本来、個人の自由な自己決定にゆだねられるべき部分も多い。したがって、これらの利益が侵害された場合の違法性判断にあたっては、侵害行為の態様が重要な役割を占めることになる。」<sup>(15)</sup>としている。

こうした「婚姻共同生活の平和の維持」という法益が、不貞行為をしないという直接の義務を課せられた夫婦間において、その違反に対して不法行為に基づく損害賠償という救済を被害者に与える絶対的なものであることは明らかである。

しかしながら、第一には、こうした法益が、自らの作為・不作為によってその侵害を防止すべき義務を負う夫婦間を超えて、第三者に対しても不法行為責任を課するような救済が必要な法益であるのかである。第二に、被侵害法益が、侵害行為の態様が重要であるが、侵害行為としての不貞行為は、侵害行為の態様として挙げられた刑罰法においては、侵害行為の態様が重要であるが、侵害行為としての不貞行為は、侵害行為の態様として挙げられた刑罰法規違反行為・その他の禁止法規又は取締法規違反行為・公序良俗違反のうち、最も違法性が弱いとされる公序良俗違反行為に該当する。そうした場合には、例えば、債権侵害のように、悪性が強い「故意」、即ち、相手方において、夫婦の一方と不貞行為を行なうことが「婚姻共同生活の平和」を害するものであり、他方配偶者に損害を与え、不貞行為を認識しつつ、不貞行為を行なうという制約が必要ではないだろうか。

以上、不法行為の成立に関して、要件論の観点から若干の疑問を呈しておく。

※第三 昭和五四年三月三〇日判決以降の実務の軌跡について

一、先ず、最判昭和54年判決以降の最高裁の判例理論から見ていくことにする。

事案の説明に際しては便宜上、不貞行為の相手方に対して不法行為責任を請求する配偶者（原告）を甲、不貞行為を行った配偶者を乙、そして、不貞行為の相手方である第三者（被告）を丙とする。

【1】 最判昭和五四年三月三〇日（民集三三卷二号三〇三頁）<sup>16</sup>

〈事案〉

甲女と乙男とは、昭和三三年に婚姻届をし、三人の子をもうけた。昭和三二年に乙が丙女と知り合うまでは、乙は

女性関係にだらしなく、夫婦の性格の違いもあって、夫婦円満とはいかないまでも、乙は甲と子どもとの共同生活を営んでいた。乙は、昭和三二年にアルバイトサロンに勤めていた丙と知り合い、丙は、乙に妻子がいることを知りながら、数ヵ月後には乙との間で肉体関係をもつに至った。丙は、昭和三五年に、乙と間に一子を生み、乙は昭和三九年四月にこの子を認知した。その間、丙は乙から金銭的援助を受けることはなく、経済的にも自立した生活を送っており、昭和三九年には銀座でバーを開業し、開業についても乙からの援助は一切なかった。昭和三九年二月に、甲が、乙と丙との肉体関係や子の存在を知って、乙を非難したことから、乙は同年六月には甲らと別居し、最終的には昭和四二年には丙と同棲するに至った。なお乙は別居以来、甲らに対して、甲の希望する金額には及ばないものの、乙の収入からすると多額の生活費を送金していた。甲は丙に対して不法行為に基づく損害賠償として五〇〇万円を請求した。なお、本件では、子が日常生活において父親から愛情を注がれ、その監護、教育を受けることができなくなったことに関して、丙の不法行為責任も問題となっているが、本稿ではこの点には立ち入らないものとする。

一審は甲の請求額のうち三〇〇万円を認容した。原審は、乙と丙との関係が「乙の誘いかけから自然の愛情によって情交関係が生じたものであり、丙が子どもを生んだのは母親として当然のことであって、乙に妻子があるとの一事でこれらのことが違法である」と見ることは相当ではな」として、甲の請求を認めなかった。甲が上告。

#### 〈判旨〉

最高裁は、「夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉体関係を持つに至らせたかどうか、両名の関係が自然の愛情によって生じたかどうかに関わらず、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被った精神上の苦痛を慰謝すべき義務がある」というべきである。」と判示し、原審判決を破棄して、事件を高裁に差し戻した。

（コメント）

本件判決は、大審院によって確立され、以後の最高裁によっても踏襲されてきた判例理論、即ち、夫婦の一方が不貞行為を行った場合に、他方配偶者はその相手方である第三者に対して、「夫又は妻としての権利を侵害」したことを理由として、不法行為責任を追及できるとの判例理論を、最高裁として再度確認した意味を有する。大審院判例は、この場合における被侵害利益を「妻（夫）の権利」という表現を用いていたのに対して、本件判決は「夫又は妻としての権利」とやや微妙な表現をしており、両者は本質的な相違はないと思われるが、従来よりは広い概念を想定しているようである。<sup>(17)</sup>

しかし、大審院当時の事件に即した背景を見ると、直近の大審院の大正一五年七月二〇日決定（その終局的判決である大判昭和二年五月一七日）におけるこの判例理論のもつ意味は現在のものとは異なっていたと思われる。第一に、当時、裁判離婚における離婚事由その他の法制度の上では、夫婦間の貞操義務が、妻にのみ義務づけられていたことに対して、夫もまた妻に対して貞操義務を負うのであり、その結果として、妻の不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権の行使が、本件判決によって初めて認められたものであったこと、第二に、この事件では、本来夫に請求すべき婚姻費用（生活費）の代替的ないしは補完的意味をもって慰謝料請求権を認容したとみることができることである。即ち、この事件では、妻子を捨てて、ある家の下男として雇われた後に、その女主人との間で肉體関係が生じ、その雇主と同棲するにいたった夫に対して、生活に困窮した妻が生活費を夫に要求するという過程の中で、交渉の仲立ちをした第三者が、不貞行為をした雇主から多額の金員を恐喝したもので、その恐喝した金員が、妻の慰謝料請求権の正当な権利行使に当るかどうかが争われたのがこの事件のそもその発端であった。こうした戦前における夫婦間の貞操義務における不平等の是正や、生活に困窮した妻子の救済のための一助として、妻の不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権の行使を認めた大審院の判例理論が広く学説にも支持されたことは想像に難



くない。<sup>(18)</sup>

翻つて、本件判決における妻甲（子）には不足であつたかもしれないが、夫乙が相当の生活費を送り、また相手方女性丙も乙には頼らず、経済的にも自立をしていた本件では、経済的弱者である妻子の生活の保護を、不法行為による慰謝料請求によつて救済するという図式は妥当しいのではないかと思われる。

本件判決では、不法行為成立に対して何らかの制約を加えることはしていない。この点に関して、後掲【4】の平成8年判決に対する最高裁判所解説によれば、本件判決が、判文に先立ち、原審認定の事実関係の中で、甲乙の婚姻関係が破綻に至っていない時期に乙と丙との不貞行為が行われ、その結果甲乙の婚姻関係が破綻したという事実を前提にしていることに言及し、本件判断が、婚姻関係破綻前の不貞行為を前提としているので、本件判決の判例理論の射程は婚姻関係破綻前に関するものであるとの指摘があるが、そうした射程距離を示唆する文言は判決文には一切なく、そのような解釈は困難と思われる。

本件判決に対しては、学説からの肯定・否定の多くの見解が寄せられた。むしろ、本件判決を契機として、この問題に関する学説の議論が活発化したものといえる。

賛成の論者からは、本判決に対して「家族関係における愛情的利益は、法によって保護に値する利益であるとし、これを侵害・破壊するときには、違法性があるとして不法行為の成立を認め、慰謝料の責任を負わせることは、家族関係の性質をふまえた考え方というべきである。」<sup>(20)</sup>とか、また「わが国の支配的モラルないし国民一般の法意識は、まだまだ、配偶者の不貞行為の相手方を婚姻破壊の共同不法行為者と見て、残された配偶者に慰謝料請求権を与えるべきだとする段階にあるものと思われる。そう考えて皆で婚姻を護り、婚姻の安定を確保しているのがわが国における性秩序の現状なのではなからうか」<sup>(21)</sup>等の肯定説が見られる。なお、昭和54年判決を前提とした見解ではないが、夫婦関係が事実上破綻した後の不貞行為については、不法行為は成立しないという立場も当時主張され

ていた。<sup>(22)</sup>

これに対して、否定説の側からは、本件判決に対して次のような批判が寄せられた。

島津評釈によれば、<sup>(23)</sup> 批判の(1) 不法行為の成立要件である因果関係に関しては、本件判決が子に対する不法行為の成立について判示した部分で、不貞行為の相手方である第三者と子との間には不貞行為を犯した親の自由意思が介在するから、第三者の行為と子が受けた損害との間に原則として法律上の因果関係はないとの論理が妥当し、これが配偶者と不貞行為の相手方との間にも当てはまること、<sup>(24)</sup> 他方配偶者の受けた損害は、現実損害が立証できない限り、精神的損害が性的嫉妬とすれば、これは時の経過とともに薄らぐものであり、名目損害にとどめざるを得ないこと、<sup>(3)</sup> 被侵害利益について「夫婦が互いに債権類似の権利があるとして、それを第三者に対して主張できるか」と否定的である。結局、わが国の判例は否定説の方向に向かうべきであるが、わが国の現状からみてまだ無理があるとしつつ、「暴力や詐欺・脅迫など違法手段によって強制的・半強制的に不貞行為を実行させた第三者に対するときに限って損害賠償請求を認めるべきだと主張される。そして、守操請求権ないし貞操を要求する権利が対人的・相対的な権利であるとすれば、その侵害は第三者による債権侵害の場合に準じて考えれば足りると思う」とされる。<sup>(25)</sup>

また水野評釈は、<sup>(26)</sup> 不貞行為による慰謝料請求が行われた場合を、(イ) 婚姻破綻に至らない場合と、(ロ) 婚姻が事実上又は法律上破綻するに至った場合とに分けて、それぞれの場合における請求を認めたことによる効果と、その必要性の観点から、本件判決を評価している。先ず(イ) 婚姻が破綻に至らない場合には、夫婦において「財布はひとつ」であることから、慰謝料請求権の行使を他方配偶者に認めると、この者に対して金銭を取得させる、いわゆる美人局類似の効果を有することになる。また美人局でない場合であっても、不貞をした配偶者と第三者との間のトラブル、例えば第三者からの不貞配偶者に対する不法行為に基づく慰謝料請求や、第三者が出産した子の強

制認知やその子にかかる養育料の請求に対する対抗措置として、他方配偶者が第三者に対して提訴することを認めることになる。なお、婚姻が破綻に至らない場合で問題となるのは、不貞行為以前に既に夫婦関係が事実上破綻していた場合であるが、こうした場合に配偶者に慰謝料を認める必要はないとする。そして、「不貞行為の反倫理性を重く考える価値観によるにしても、慰謝料による制裁を認めたことで不貞行為が減るかどうかは甚だ疑問であるし、婚姻関係が安定するという根拠は乏しいように思われ」、「不貞行為の相手の男に対する恐喝に、慰謝料請求権行使としての法的根拠を与える結果となる」(法協九八巻一三〇三—三〇五)とされる。

次に(口)不貞行為によって婚姻が破綻にいたり、「破綻自体による損害が発生し、その損害は時には配偶者の生存の基礎を奪うほど大きなものとなる」場合には、こうした場合こそが「法が関与して救済すべき損害」であるとする。しかし、だからといって「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。婚姻破綻によってもたらされた窮状の救済は、第一義的には配偶者間で行われるべきものであり、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。」「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で扱われるにふさわしい、またそれ以外では扱えない問題ではないだろうか。不貞行為が婚姻制度の安定を害し人倫に反するものとしても、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」とする。否定説を採用した島津評釈にあつて慰謝料請求を認める例外的処理を肯定する見解に対しても、「不貞行為が配偶者の完全な自由意思で行なわれたのでなく、相手方が詐欺・強迫などの違法手段を用いた場合」(強姦)など相手方の違法性が強度な場合は、事實上、妻の不貞が夫に発覚すると、妻がそれは強姦であつたと主張する事例が多く見られ、現実には強姦であつたかどうかの線引きは困難であるとして、被害を受けた配偶者にのみ損害賠償請求権を認めることで充分である(前掲三〇五—三〇六頁)との見解を主張する。

不貞行為に対する配偶者の法的救済の問題は、この昭和五四年判決の出現によって新たな局面を迎えた。それは主に請求権行使を否定する側からの詳細な事例研究に基づく働きかけによって実現した。即ち第一には、婚姻関係にない不貞行為の相手方である第三者への慰謝料請求権行使を認めることが婚姻制度を守ることに直結するのかどうか、そして、第二に、仮にそれを認めるとしても、法が、そうした請求権行使によって救済すべき婚姻関係はどのようなものでも良いのか、何らかの制約は必要ではないのか、といった問題提起がなされたのである。その問題提起に対する直接の解答は、後掲【4】平成八年三月二六日の最高裁判決を待たねばならない。

二、その間、昭和五四年判決の後、第三者に対する慰謝料請求権の消滅時効の起算点に関する事例と、離婚に伴う慰謝料債務を免除したことで、共同不法行為者である不貞行為をした配偶者の負担部分が、第三者の利益のためにもその効力が生じるかどうか、つまり民法四三七条の規定が不法行為にもとづく損害賠償債務に適用されるかが争われた事例に関して、二つの最高裁判決が現れた。

【2】最判平成六年一月二〇日（判時一五〇三号七五頁）

27

〈事案〉甲女と乙男とは、昭和一七年に婚姻届を了した。乙が丙と同棲した当時、甲との婚姻関係は破綻しておらず、丙は乙に妻があることを知りつつ乙との同棲を昭和四一年頃から開始し、昭和四四年には乙の子を出産し、昭和六二年一二月まで同棲関係を継続していたものである。甲は丙に対して五〇〇万円の慰謝料を請求した。丙は一番では、乙と知り合った当時すでに、甲と乙との婚姻関係は破綻していたので、丙に不法行為責任はない旨の抗弁を行ったが、一番はこの抗弁を排斥して、甲に五〇〇万円の慰謝料を認めた。原審で、丙は、甲が遅くとも昭和四四年六月には乙と丙との同棲関係を知っていたので、それから三年が経過したことにより、甲の慰謝料請求権は時効で消滅したこと、継続的不法行為に基づき損害賠償請求権は日々その都度、消滅時効が進行するので、少なくとも、本件訴訟が提起された昭和六二年八月三一日から三年前に生じた慰謝料請求権は時効で消滅している旨の抗

弁を提出した。原審は、昭和四一年から昭和六二年まで継続した同棲関係が全体として、甲に対する違法な行為として評価されるものとして、同棲関係が終了した昭和六二年二月から消滅時効が進行するとして、一審判決を支持した。丙上告。

〈判旨〉

最高裁は、「夫婦の一方の配偶者が他方の配偶者に対して取得する慰謝料請求権については、一方の配偶者が右の同せい関係を知った時から、それまでの間の慰謝料請求権の消滅時効が進行すると解するのが相当である。ただし、右の場合に一方の配偶者が被る精神的苦痛は同せい関係が解消されるまでの間、これを不可分一体のものとして把握しなければならぬものではなく、一方の配偶者は同せい関係を知った時点で、第三者に慰謝料請求権を支払いを求めることを妨げられるものではないからである。」と判示し、本訴提起が昭和六二年八月であるとする、それより三年前の昭和五九年八月三十一日より前に両者の同棲関係を知っていたのであれば、本訴請求にかかる慰謝料請求権はその一部が時効にかかるとして、その事実を確定させるために、事件を高裁に差し戻したのである。

〈コメント〉

この事件の争点は、いわゆる「継続的不法行為」に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点を何時にするかというものである。継続的不法行為が行われる態様は様々であり、一律に論じることができないが、①不法行為は継続しているものの、これによる損害が性質上分断可能なものの被害の場合（土地の不法逝去、日照妨害）、②継続的不法行為による被害を集積し、統一的に把握すべき累積的被害の場合（例えば、騒音・振動や大気・水質汚染による健康被害）、③不法行為は継続的でないものの、損害が断続的・継続的に発生する場合の3つが考えられるとする。<sup>(28)</sup>

不貞行為から同棲に入った場合、その同棲関係が継続した期間に関して、不可分一体のものとするか、それとも

分断可能なものとして理解するから、裁判所の判断が分かれた。本件では、一審・原審が前記の②と理解して、起算点を同棲終了の日とし、最高裁は①に該当するものと考えて、配偶者が右の同せい関係を知った時から、それまでの間の慰謝料請求権の消滅時効が進行すると解したのである。

判例は、当初、被害者が加害者および損害を知った時から損害全部について時効が進行するとしていたが（大判大正九年六月二十九日民録二六輯一〇三五頁）、その後、判例は①の類型である不法占拠の事例で、侵害が継続する限りその損害は日々新たに発生しその消滅時効も日々新たに進行するとの見解をとるようになった（大連判昭和一五年一月一四日民集一九卷二二三二五頁）。通説の立場でもある。これに対して、②の類型では、損害を日々発生した部分に分けることは不可能であるとして、学説では、鉱業法一一五条二項が進行中の損害については、その進行の止んだ時から時効が進行する旨規定しており、これに準じて継続的不法行為を一つの不法行為と見て、不法行為が終わった時から時効が進行すると解する見解も有力である。最高裁は、不貞行為の場合に、同棲関係の継続による不法行為については、②の類型と捉え、従来の判例に従った解決を行ったものである。<sup>(29)</sup>結論において、当該の慰謝料請求権は日々短期消滅時効にかかるため、請求内容は縮減されるものとなる。<sup>(30)</sup>なお、本判決の判示部分に先立ち、原審認定の事実関係の要約の箇所の最後に、甲乙の夫婦の婚姻関係が、丙と乙とが知り合った当時、破綻状態にはなかつたとしている点が注目される。

【3】最判平成六年十一月二四日（判時一五一四号八二頁）<sup>(31)</sup>

〈事案〉

乙男と甲女は婚姻関係にある。乙が丙と肉体関係をもち、そのために甲と乙との婚姻関係が破綻したとして、丙に対して、不法行為に基づく慰謝料として三〇〇万円を請求した。丙は、抗弁として、丙と乙とは不貞行為を行った共同不法行為者であるが、甲と乙との間で成立した離婚調停において、本件調停の「条項に定めるほか名目の如

何を問わず互いに金銭その他一切の請求をしない」旨の合意がかつての夫婦間で成立しており、この条項により、乙に対する離婚に伴う慰謝料支払義務が免除された結果、共同不法行為者である乙の負担部分が丙の利益のためにもその効力が生じる旨を抗弁したのである。一番は甲の請求額三〇〇万円を全額認容したが、原審は、丙の債務免除に関する抗弁を認めて、請求額を一五〇万円とした。甲上告。

〈判旨〉

最高裁は、「本件調停による債務の免除が被告人の利益のためにもその効力を生ずるとした判断は是認することができない。その理由は次のとおりである。民法七一九条所定の共同不法行為が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であつて連帯債務ではないから、その損害賠償債務については連帯債務に関する同法四三七条の規定は適用されないものと解するのが相当である」と判示した上で、本件につき離婚調停における条項からは、甲の乙に対する慰謝料請求債務の免除について、甲が丙にも前記免除の効力を及ぼす意思はうかがわれず、かえつて、離婚調停成立から四ヶ月を経過しない時期に、丙に対して本件訴訟を提起したことからは、「本件不法行為に基づく損害賠償債務のうち乙の債務のみ免除したにすぎず、丙に対する関係では後日その全額の賠償を請求する意思であつたというべきであり、本件調停による債務の免除は、丙に対してその債務を免除する意思を含むものではないから、丙に対する関係では何らの効力を有しないというべきである」と判示して、原審判決の甲の敗訴部分を破棄して、三〇〇万円を認めた。

〈コメント〉

甲と乙との間で成立した離婚調停における条項において、本件調停の「条項に定めるほか名目の如何を問わず互いに金銭その他一切の請求をしない」旨の合意によって、乙に対する慰謝料支払義務が免除されたが、この免除によって、共同不法行為者である乙の負担部分が、他の共同不法行為者である丙の利益のためにもその効力が生じる

のか、つまり民法四三七条の規定が損害賠償債務に適用されるかが争われたものである。

民法七一九条一項所定の共同不法行為者の責任については、債権総則中に規定された連帯債務の場合に認められる絶対的効力事由に関する諸規定（民法四三三四条以下）が適用されるが議論されている。<sup>(32)</sup> 本件判決は、このうち債務者の一人に対する免除につき、ここでの連帯責任が不真正連帯債務であって、連帯債務でないことを理由に、免除の絶対的効力を定める四三七条の規定は共同不法行為にもとづく損害賠償債務には適用されないとした。さらに、共同不法行為者である乙と丙のうち、乙に対して被害者甲がなした「免除の意思」を探求して、乙の債務のみを免除したにすぎず、丙に対する関係では後日その全額の賠償を請求する意思であったものといふべきであり、丙の債務を免除する意思を含むものではないとしたのである。本件判決後、この「免除の意思」の探求することを通じて、他の共同不法行為者の債務をも免除する意思があった場合（最判平成一〇年九月一〇日民集五二巻六号一四九四頁）には、他の共同不法行為者に対しても残債務の免除の効力が及ぶものとした事例がある。

学説では、一般的には絶対的効力事由の適用を否定すべきであるが、債務の免除については免除の意思表示の解釈として問題を捉えるのが適切であるとするのが支配的見解のようである。本件判決は、七一九条の共同不法行為者の一人に対する債務免除の効果一般の問題に対して先例的意義を有する。しかし、配偶者が、一方で不貞をした配偶者に対して、その不法行為責任を宥恕しておきながら、他方で、不貞行為の相手方に対して慰謝料請求権行使する構図において本件判決の意義を見るならば、必ずしも妥当な結論がうまれるとはいえない。すなわち妻（又は夫）の夫（又は妻）に対する慰謝料債務の免除の効果は、もとの鞘におさまった夫婦又は元夫婦限りのもので、夫の不貞に加担し、相対的には帰責性が弱いと考えられる第三者の責任に関しては、妻には免除の効果を第三者には及ぼす意思が全くないと思われるので、結果として妻は第三者に対して、夫の分も含めて慰謝料全額の請求を行なうことを本件判決は認めた結果となる。



夫婦関係が解消されない場合には、こうした法的処理は、夫婦の財布が一つであることによって美人局類似の効果を生じさせるため、その弊害は特に顕著であると思われるが、この制限手法によって、第三者への慰謝料請求権の行使を適切なものとする試みは、判例によって封じられることとなった。

三、さて、後掲の平成八年判決に至るまでの下級審の動向について、先行業績に基づき簡単に触れておく。<sup>(33)</sup>

先ず、(1) 慰謝料額に限定を加えない裁判例においては、認容理由として、直接に「夫権の侵害」や「貞操請求権の侵害」を持ち出す事例はなく、「婚姻関係を破綻させたこと」や「婚姻生活における幸福を追求し保持する利益の侵害」を挙げる。しかし、認容事例においては、認められる慰謝料額が少額になる傾向があると指摘する。

(2) 慰謝料請求に限定を加える裁判例では、昭和六〇年以降、原則的には不法行為責任の存在を肯定しつつ、制約を加える事例が多くなっている。その制約の手法として、①合意による貞操侵害の類型においては、不貞の相手方の責任を副次的なものとして、例えば請求が七〇〇万に対して二〇〇万円に変更、五〇〇万円の請求につき五〇万円に変更するなど、減額を行なう。これらの事例では、配偶者と第三者では婚姻関係の平穩を維持する責任が異なるとの立場を示したところが特徴的で、昭和五四年判決に対する否定説の立場に理解を示すものといえ、「かりに損害賠償額認めるとしても、『名目額にとどめるべき』とする学説に結論的には接近するものである」と言及する。②肉体関係を持ったのが夫婦関係の事実上の離婚（もしくは破綻）に達した後である場合にはその責任を否定する。後掲【4】の平成八年三月二六日判決以前に四件の裁判例を数える。この制約に対しては、「もともと、これは、有責配偶者の離婚請求や重婚の内縁に関して主張されてきた、夫婦関係が破綻して事実上の離婚状態になった婚姻は法的保護に値しないとする判例・通説と軌を一にするものであり、予想された結論といえる」と評している。(辻・判タ一〇四一号三二頁)。

③信義則・権利濫用法理により慰謝料請求を限定する。後掲【5】最判平成八年六月一八日がこれに入る。④消滅時効法理により慰謝料請求を限定する。前掲【2】最判平成六年一月二〇日の

他、下級審事例二例を数える。⑤不貞行為は第三者と配偶者による共同不法行為を構成するところから、それぞれの慰謝料債務が不真正債務の関係になるとして第三者に対する慰謝料請求に限定を加える。以上の裁判例の分析を行った後、辻教授は、「現状を前提とするかぎり、原則的に第三者の責任を肯定する判例の立場はやむをえないものといわざるをえない。」としつつ、婚姻関係が維持されている場合の請求は、後掲【5】の平成八年の最高裁判決が採用した権利濫用法理によるのではなく、「被侵害利益なし」との理由で正面から排斥する解釈」を採用することを提言される（前掲三四一三五頁）。

四、【4】最判平成八年三月二六日（民集五〇巻四号九九三頁）<sup>(34)</sup>

〈事案〉

甲女と乙男とは昭和四二年に婚姻の届出をした夫婦で、二人の子がいる。甲と乙とは性格の相違や金銭に対する考え方の相違などが原因となって次第に関係が悪化していた。昭和五年に乙が転職をし、昭和五八年に勤め先の会社の債務のために自宅の土地建物を担保に供したことを契機として、二人の関係はさらに悪化した。乙は昭和六一年に甲との別居を目的に家裁に調停を申立てたが、甲が出頭しなかったためにこれを取り下げた。昭和六二年二月に乙は病気のため入院したが、退院後、既に会社名義で購入してあったマンションに五月に転居して乙とは別居した。他方、丙女は、昭和六二年四月にアルバイト先のスナックで、客として来店した乙と知り合い、乙からは、自分が甲とは離婚する旨を聞かされ、同年夏頃までには二人は肉體関係を持ち、同年一〇月より乙と丙とは同棲するようになった。その後、丙は平成元年二月に乙の子を出産し、乙はすぐにこの子を認知した。甲は、丙に対して不法行為に基づく慰謝料として一〇〇万円を請求した。一番・原審ともに甲が敗訴した。原審は、甲の請求棄却の理由として、乙と丙が肉體関係をもったのは、甲と乙とが別居した後のことであり、その当時夫婦の関係は破綻し、形骸化していたもので、丙の行為は甲乙の婚姻関係を破壊したものとはいえないとした。甲上告。

〈判旨〉

「甲の配偶者乙と第三者丙が肉体関係を持った場合において、甲と乙との婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情のない限り、丙は、甲に対して不法行為責任を負わないものと解するのが相当である。ただし、丙が乙と肉体関係を持つことが甲に対する不法行為となる（後記判例【最判昭和五四年三月三〇日】参照）のは、それが甲の婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為とすることができるであつて、甲と乙との婚姻関係が既に破綻していた場合には、原則として、甲にこのような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえないからである。」そうすると、前記一の事実関係の下において、丙が乙と肉体関係を持った当時、乙と甲との婚姻関係が既に破綻しており、丙が甲の権利を違法に侵害したとはいえないとした原審の認定判断は、正当として是認することができる、原判決に所論の違法はない。」として、甲の上告を棄却した。「所論引用の判例【昭和五四年三月三〇日】・・・は、婚姻関係破綻前のものであつて事案を異にし、本件に適切でない。論旨は採用することができない。」

〈コメント〉

本件判決は、前掲【一】昭和五四年判決が、第三者に対する不法行為責任の成立を認めることにおいて、何らの制約も設けていなかったことに対する学説の批判や、昭和五四年判決以降の裁判例における慰謝料請求権行使に関する種々の制限の取り組みに鑑みて、最高裁が一定の制約を与えたものといえる。昭和五四年判決との相違は、第一には、昭和五四年判決が「他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し」と判示して、夫ないし妻そのものに對して有する権利（配偶者相互に相手方にあたかも身体的・人格的支配を及ぼしうる所有権的な理解に基づく権利構成であろうか）侵害構成とは異なり、本件判決は、「婚姻共同生活の平和の維持」という人格権的法益・権利侵害構成を採用していることである。第二の相異点は、責任制限の手法として、不貞行為が婚姻関係の破綻以後に生

じたかどうかという制約を設けたことである。

「不貞行為が婚姻関係の破綻後であった場合には慰謝料請求権の行使を認めない」との責任制限の手法は、昭和五四年判決以降の下級審裁判例においてかなり採用されていたものであり、破綻後の婚姻関係に守るべき法益がないことは既に学説においても指摘されていたことである。<sup>(35)</sup> ただ、引用された学説では、昭和五四年判決の存在を前提にしたものでなく、婚姻関係破綻後には配偶者の貞操義務が消滅するが故に、第三者との関係で不法行為にはならない、つまり、配偶者の貞操義務違反に加担する第三者の故意・又は過失ある行為がないという意味に基づくもので、「婚姻共同生活の平和の維持」という被侵害法益の侵害がないとする本件判決とは本質的に異なるものである。

責任制限の手法である「婚姻関係の破綻」の意味であるが、判例解説によれば、必ずしも別居等の外形的事実を要求してはいないとし、別居等の外形的事実「破綻」を根拠づける具体的事実の一部をなすものと考えれば足りるとする。また、破綻後の不貞行為であっても、「特段の事情」があれば不法行為が成立することになるが、本件判決が具体的にどのような場合を想定しているのかは明らかでないとする（一〇四—一〇五頁）。そのような文言を設ける必要があったのか疑問である。

本判決は、「不法行為の被侵害権利（利益）」というコンテキストにおいて、法的な保護に値するのが実体を有する婚姻共同生活の平和の維持（安定と存続）であることに着目すると、いわゆる事実上の離婚状態になっている婚姻関係はもとより、離婚の合意は成立していなくても、既に破綻してしまっている婚姻関係も法的な保護に値する権利（利益）ということができないというのが本判決の採る基本的立場であるということができよう（一一〇—一一一頁）。と解説する。

本件判決に対する学説の見解を見てみよう。

本件判決を肯定的に評価するものとして、「当該夫婦の婚姻生活の実態に配慮した上、婚姻関係破綻の先行の有無により、夫婦の一方と情交関係（肉体関係）に入った第三者の行為の違法性の有無を分けるものであって合理的な判断である」とか、<sup>(37)</sup>「筆者としては、第三者の不法行為責任を認めない最近の説にひかれるものの、全く責任を否定することには躊躇を感じる。そうすると、夫婦関係が事実上離婚状態にあり、または破綻状態になった後に登場した第三者の不法行為責任を生じないとする本件最高裁の解決が現在のところでは、最良ということになろう。」<sup>(38)</sup>等。

さらに、本判決における「破綻」の意味につき、離婚原因における破綻は、「婚姻を継続し難い重大な事由」の場合には、「通常5年、10年ないしはそれ以上の別居期間の後にはじめて認められている。不法行為責任を否定するための事情としての『破綻』はそれよりもはるかに短い期間で、また内容的にも簡単に認定されているが、はたして妥当であろうか。・・・『破綻後に肉体関係を持つても不法行為にならない』という定式を機械的・固定的かつ無批判に墨守することは適切ではない。大ざっぱな方向づけとしては本判決の趣旨に賛同できるが、一方では『何が破綻か?』について個々の事情に即した具体的・弾力的な適用をはかり、他方では、第三者の故意・過失を初めとする主観的要件や不貞行為によって生じた不利益（「損害」）の内容や行為との因果関係などほかの諸要件との相関関係も考慮に入れて責任の有無や内容について判断していくべきであろう」との指摘も行なわれる。<sup>(39)</sup>

これに対して、否定的な見解として、「これが先例として用いられるようになると、破綻の認定について各訴訟で紛糾し、裁判官が苦慮する事態をさけることができない。」また被害利益との関係では、夫婦の「同居があれば破綻といえない以上、平和の意味も客観的に捉えざるを得ず、例えば、配偶者の精神的平和が乱されたり、家庭内別居になったことがあっても、外形的な別居にまでは至らず、婚姻が何らかの夫婦の共同性を伴って維持されている限り、保護法益は何も侵害されていないとして、相手方の責任を否定する解釈が可能になる。つまり不貞の慰謝料の根拠を、貞操義務違反ではなく、婚姻共同生活の平和の維持とした以上、婚姻破綻に至らない不貞は法的

責任の範疇外に置かれることになる」と本判決の理論に関する評価をしつつ、最終的には「配偶者以外の人と性関係をもちかどうかも、本人が自らの問題として自分で判断することなのだから、配偶者以外の者と性行為を行なうという意思決定をした配偶者自身が貞操義務違反の責任を負うのが筋ということになり、不貞の相手方の不法行為責任は原則として否定されるのである。これは人格的権把握をした場合の論理的な帰結であり、論者の価値観に帰せられる問題ではない。」<sup>40</sup>と。

水野評釈によれば、基本的な立場としては不法行為責任を否定する見解を取りつつも、本件判決の意義について、否定説の批判を容れ、この請求権を段階的に制限することを目指しているのかもしれないと評価しながらも、責任制限のあり方について、最高裁の立場を次のように批判する。「不貞行為が夫婦関係の破綻時以後に生じたかどうかによって区別する本判決の手法は、有責配偶者からの離婚請求について最高裁が過渡的に採用していた判例法理の内容によく似ている。離婚法では、破綻後の不貞行為は離婚請求を封じる有責行為とならないという構成で、硬直な消極的破綻主義を和らげることが可能であったが、本判決の対象となる慰謝料請求権においては、この手法は、硬直な法理もたらす弊害を緩和するという実質的に有意義な意味をもたない。」「配偶者の不貞行為の相手方に対する慰謝料請求権という法理が最も弊害をもたらずのは、配偶者間が破綻していない場合である」。なぜならば、「夫と不貞行為の相手方と事実上の後婚状態にあるのであれば、夫と被告の財布は一つになるから、妻の慰謝料請求権は、本来なら婚姻法上夫から得られるべき保証を名義的に夫に代わって不貞行為の相手方から得るといふ実体的機能を持つ（慰謝料請求権否定説の立場からは、筋としてはおかしな請求であるといわざるをえないとしても）。」そして「不貞行為にもかかわらず夫婦関係が破綻していない場合には、この慰謝料請求権は、実際の機能としても看過しがたい弊害をもたらず。つまりこの場合には、夫が請求する場合は美人局類似の行為として機能し、妻が請求する場合は非嫡出子からの夫に対する強制認知を抑制するものとして機能する。」（水野・民商法九二二頁）。制限

手法としては、「配偶者を宥恕しながら第三者のみに請求できないとする手法、つまり、不貞行為という不法行為の共同不法行為者である配偶者を宥恕しながら不貞行為の相手方にだけ慰謝料請求することは許されないと構成する手法」が望ましいとする。

【5】最判平成八年六月一八日（家裁月報四八卷一二号三九頁）

(42)

〈事案〉

甲女と乙男とは昭和五九年に婚姻の届出をした夫婦であり、二人の子がいる。丙女は昭和六〇年ころから居酒屋を営業し、昭和六一年に夫と離婚した後、自宅の土地建物を取得し、昭和四六年に生まれた子を引き取り養育していた。乙は昭和六三年頃から丙の居酒屋の常連となり、その後、スナックのホステスの女性と同棲すると、平成二年三月頃から丙の店には来なくなつたが、その頃から乙の妻である甲が来店し、丙に対して夫婦関係について愚痴をこぼし、同年九月初め頃には、乙と来年早々に離婚することなども話した。その後、乙がまた来店するようになり、病気の丙は気持ちが悪くなり、乙の、甲とは別れて丙と結婚するとの言葉を信じて同年九月二〇日に肉體関係を持つに至つた。その後も、乙は結婚するといいつつ丙と肉體関係をもつたが、乙は甲とは離婚についての話合いなどせず、結局、平成二年一月に、甲に乙と丙との関係が発覚した。三者の話合いで、甲は慰謝料五〇〇万円を要求し、丙がこれに応じないと、その後は乙も暴力をもって甲の要求に応じるように丙に迫つたり、甲と乙が居酒屋に来店し、他の客の前で、支払を強要し、嫌がらせを行った。また乙は、自動車に乗車中の丙に傷害を負わせ、器物損壊、脅迫に及び、その件につき罰金五万円の刑に処せられるとともに、別訴にて、平成六年二月に乙に二〇〇万円の損害賠償額の支払が課せられた。他方、甲は平成三年に丙に対して五〇〇万円の慰謝料を求めて本訴を提起した。一番は甲の請求を棄却したが、原審は、甲の慰謝料請求権の請求が権利濫用であるとの丙の抗弁を退け、丙が乙に妻がいることを知りつつ乙の間で肉體関係をもつたこと、また乙と甲との間の婚姻関係はなお破綻してい

なかったことを理由に一〇〇万円の慰謝料額等を認めた。

〈判旨〉

最高裁は「これらの事情を総合して勘案するときは、仮に甲が丙に対してなにかの損害賠償請求権を有するとしても、これを行使することは、信義誠実の原則に反し権利の濫用として許されないものというべきである。」として、丙の上告を認め、原判決中の丙の敗訴部分を破棄した。

〈コメント〉

本件の事件は、事案を見る限りでは、甲と乙とが最初から計画的に丙をだます意図があつたかどうかはともかく、最終的には、夫婦そろって丙から強引に多額の金員を奪取しようとしたことは明らかであり、いわゆる「美人局」類似の事例である。前掲【1】昭和五四年判決が第三者に対する慰謝料請求権の行使を無制限に認めた弊害が実証された形の事例である。この事件に関して、前掲【4】平成八年判決の判例解説に付加して次のような言及がなされている。本件判決は、「婚姻関係がその当時に破綻していたとはいえないが、丙において婚姻関係が既に破綻していたと信じ、かつそう信じることにについて相当の理由があつたときは、不法行為は成立しないものと解すべきではないのかという問題に我々を導く」と。この法理は、同じ人格的法益の侵害である名誉毀損において、暗示された事実が真実であることの証明がなされていない場合に、さらにその記事の内容を真実と信じるにについて相当の理由があるときには、その名誉毀損の行為には故意又は過失がなく、不法行為は成立しないとする最判昭和四一年六月二三日（民集二〇巻五号一一八頁）<sup>(43)</sup>の法理とよく似ている。

こうした見解は、昭和五四年以降の裁判事例の中で採用された慰謝料請求権行使の新たな制限手法の一つとして位置づけられるのであろうか。不法行為では、先ず、加害の発生又はその拡大に寄与した被害者の行為は、「被害者の過失」として、民法七二二条二項所定の過失相殺による減額対象とする余地もあると思うが、本件事件その



ものは夫が不貞をして、妻（と夫がそれに加担して）が、不貞の相手方を恐喝する美人局類似の事例であり、信義則違反・権利濫用としたものである。夫婦関係が破綻していたことの主張・立証責任は不貞行為の相手方にあるが、真実破綻していない場合であっても、外形的にそういう信頼を第三者に与えたことが立証された場合には、慰謝料請求権の行使は許されないか、又は減額の対象となると思われ、昭和五四年判決の射程はさらに狭まることになる。

本件判決以降、現在までこの種の事例に関する公表された最高裁判決は現れていない。

五、若干の下級審裁判例を最後に検討しておくことにする。

【6】東京地判平成一〇年七月三一日（判タ一〇四四号一五三頁）

(44)

〈事案〉

昭和六〇年に甲男と乙女は職場結婚をし、子が一人いる。甲の仕事は多忙で、子の出生後、夫婦関係はなかった。

乙は、妊娠性糖尿病と孤独感によるストレス解消のために、平成二年頃からスナックに通い、そこで平成三年に丙男と知り合い、平成七年から九年の間に数回丙男は肉體關係を持った。甲乙は夫婦相互に相手方に対する関心が著しく希薄で、破綻はしていなかったが、乙は甲に対して強い不満を持っており、乙が積極的に丙に働きかけて肉體關係を持ったのである。甲は慰謝料として八〇〇万円を請求した。

〈判旨〉

東京地裁は、以下のように述べて、一〇〇万円の慰謝料を認めた。「乙の前記のような気持を受け入れてしまつたにすぎないというべき丙が、甲に対し、乙が甲の妻であるという理由のみで不法行為責任を負わなければならぬということについては、全く疑問がないわけではない。しかし、乙の夫である甲からすれば、たとえ右不貞が乙の自由な意思によるもので、その主たる責任が乙にあるとしても、丙はそのような乙の不貞の相手方となり、いま

だ小学生の一郎を甲に残したまま、ついには乙と夫婦同然の暮らしをするようになり、その結果、甲の家庭の平和を完全に崩壊させたにほかならないものというべきであるから、丙が何ら不法行為責任を負わないということは正義に反するといふべきである」と。

本件判決は、夫婦間の肉體關係が一〇年以上上まったくなく、妻が夫の婚姻生活に不満をいだき、深夜までカラオケで歌うなどの家庭からの逃避するような生活をしていることを知りながら、夫は自分の仕事を重視して、これを放置し、夫婦相互に相手方に対する関心が著しく希薄であったと認定していながら、結局夫婦關係が破綻していないとして、第三者の不法行為責任の成立を認め、請求額の八分の一を認めた。法は、このような形骸化した夫婦を、不法行為責任を相手方に負わせることによつて保護する必要があるのか、疑問である。

本件判決に対しては、学説から「慰謝料請求によつて、『破綻』と不貞の先後をめぐつてお互いのプライバシーを暴露仕合い相互不信を増幅する結果、甲と乙の人間關係を徹底的に破壊してしまうおそれがある」との批判が見られる。<sup>(45)</sup>

【7】東京高判平成一〇年二月二二日（判タ一〇二三号二四二頁）<sup>(46)</sup>

〈事案〉

甲女と乙男は、昭和三六年に婚姻し、子が一人いる。昭和四七年に乙は職場で知り合った丙女と肉體關係を持つようになり、同年中には二人は同棲をはじめ、さらに丙は、乙に妻である甲がいることを知りながら、近隣に対しては乙の妻のようにふるまい、乙との間に子をもうけた。その後甲は、乙との間に婚姻費用分担の申立を行い、一定額の支払を命じる審判が確定した。他方、乙は、平成六年甲を被告として離婚訴訟を提起し、平成一〇年に離婚が確定した。そこで、甲は、丙に対して不法行為に基づき慰謝料として二〇〇万円を請求した。

〈判旨〉

東京高裁は、以下のように判示して、甲の請求を二〇〇万円の限度で認めた。

夫婦の一方と肉体関係を持った第三者には、常に不法行為は成立しない旨の丙の抗弁に対しては、「夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被った精神上の苦痛を慰謝すべき義務がある」といふべきである」と判示した。

次に、不貞行為の当時既に婚姻関係が破綻していた旨の抗弁に対しては、「乙が昭和四七年まで甲と同居していたこと、乙が、同年中に丙と同棲するようになってからも、時々甲宅に帰宅していたこと、乙が甲に対し離婚の申入れをしたのは、昭和五四年ころであること、乙と甲とが完全な別居状態となったのは、同年五月以降であり、そのころから、乙は甲からの電話連絡にも応じなくなったことは前示のとおりであるから、甲と乙との婚姻関係は、昭和四一年ころには既に破綻していたものと認めることはできない。」とした。

消滅時効の抗弁に対しては、「甲と乙との婚姻関係は、昭和五四年五月に完全に別居した時点をもって、既に修復が不可能な程度にまで破綻したものと認められないわけではなく、したがって、丙と乙とのその後の同棲関係の継続は、もはや、甲に夫婦としての実体を有する婚姻共同生活の維持という権利又は法的保護に値する利益は存しないともみられるから、不法行為としての違法性を帯びるものではないとも考えられる。しかし、甲の本件慰謝料請求は、単に丙と乙との肉体関係ないし同棲の違法を理由とするものではなく、丙と乙との肉体関係ないし同棲の継続によって、最終的に乙との離婚をやむなくされるに至ったことにより被った慰謝料の支払をも求めるものであるところ、前示の事実関係によれば、丙と乙との肉体関係ないし同棲の継続により右離婚をやむなくされ、最終的に離婚判決が確定したのであるから、離婚に至らしめた丙の右行為が甲に対する不法行為となるものと解すべきである。」「確かに、夫婦の一方の配偶者が他方の配偶者と第三者との同棲によ

り第三者に対して取得する慰謝料請求権については、一方の配偶者が右の同棲関係を知った時から、それまでの間の慰謝料請求権の消滅時効が進行すると解するのが相当であり・・・【前掲【2】の平成八年一月二〇日最高裁判決を引用】・・・本件においても、甲は、乙が昭和四七年に丙と同棲した事実をその後数年のうちには知ったものと推認される。しかし、甲の本件慰謝料請求は、単に丙と乙との肉體関係ないし同棲によつて精神的苦痛を被つたことを理由とするのみならず、右肉體関係ないし同棲の継続により最終的に太郎との離婚をやむなくされるに至つたことをも丙の不法行為として主張していることは前示のとおりであるところ、このように第三者の不法行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被つたことを理由として損害の賠償を求める場合、右損害は離婚が成立して初めて評価されるものであるから、第三者との肉體関係ないし同棲の継続等を理由として離婚を命ずる判決が確定するなど、離婚が成立したときに初めて、離婚に至らせた第三者の行為が不法行為であることを知り、かつ、損害の発生を確実に知つたこととなるものと解するのが相当である（最高裁判昭和四六年七月二三日第二小法廷判決・民集二五卷五号八〇五頁参照）。そうとすれば、丙と乙との肉體関係ないし同棲の継続により、甲が乙との離婚をやむなくされ精神的苦痛を被つたことを理由とする慰謝料請求権は、甲と乙との離婚の判決が確定した平成一〇年三月二六日から、初めて消滅時効が進行するものといふべきである。」として、甲の請求額の一〇分の一を認容した。

（コメント）

本件判決は、婚姻破綻前における不貞行為に対しては、前掲【1】の昭和五四年最高裁判決の見解が妥当することを確認するとともに、不貞行為に基づく慰謝料請求権の消滅時効における起算点に関しては、前掲【2】平成六年一月二〇日の最高裁判決の射程を限定的に解する新たな見解を展開した。すなわち、【2】判決の事案は、夫と不貞行為の相手方との同棲が継続していたが、夫婦が離婚には至らなかつた場合に関するもので、同棲の事実を知つ

時から短期消滅時効が進行するとして、最高裁の判断は、第三者への慰謝料請求権の額を縮減する効果を有していた。これに対して、本件高裁判決は、夫と不貞行為の相手方との同棲が最終的には夫婦を離婚に至らしめた場合に関するもので、第三者の不法行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことを理由として損害の賠償を求めるものであることを理由として、第三者との肉体関係ないし同棲の継続等を理由として離婚を命ずる判決が確定するなど、離婚が成立したときに初めて時効が進行する、として、前掲【2】の射程距離を限定的に解したものである。認容額そのものは、請求額に比して少ない。本件判決の事例は、配偶者の不貞行為ないしは同棲の結果、離婚に至った事例であったため、他方配偶者の精神的損害を慰謝することにおいてそれほどの弊害はないと思われるが、第三者に対する慰謝料請求権行使への制限的傾向には逆行しているであらう。

【8】東京高判平成一七年六月二二日（判タ一〇二号二八〇頁）

へ事案）

甲男と乙女は、昭和六一年に婚姻し、二子をもうけた。長女の出産以後、些細なことに甲が腹を立てて、乙に暴力を振るうなど夫婦関係は悪化し、平成一一年頃には、離婚にはいたらなかったものの、乙の婚姻継続の意思はかなり希薄になっていた。乙は平成八年頃からコンビニエンスストアで働くようになり、平成九年に、その客であった丙男と知り合い、平成一一年六月には肉体関係を持つようになった。同年六月二十七日に乙は甲と別居し、甲に対して離婚調停を申立てたが、甲が離婚を拒否したために乙は調停を取り下げた。乙と丙は、乙が単身家出をして以来同棲を開始しており、平成一二年四月には子が生まれたので、乙は甲に対して、親子関係不存在確認の訴えを提起し、同年この裁判が確定し、丙はこの子を同年九月に認知した。甲は、平成一二年五月には乙に家に戻るよう求めたが、乙はこれには応じず、未だ乙との離婚にはいたっていない状況にある。甲は丙に対して、乙との同棲行為に基づく損害賠償として五〇〇万円を請求した。これに対して、丙は、①不貞行為の当時、甲と乙の婚姻関係は

破綻していたので、不法行為は成立しない、②親子関係不存在確認の裁判が確定した平成一二年九月には甲と乙との婚姻関係は破綻しており、それ以降の不法行為は成立せず、それ以前の不法行為については三年が経過したので、時効消滅した旨の抗弁等を行った。一番は、甲と乙との婚姻関係が破綻した時期を、両者の別居から三年が経過した平成一四年六月末とし、結局消滅時効にかかっていない平成一三年五月から平成一四年六月末までの同棲行為に対して、慰謝料一〇〇万円の支払を命じた。丙が控訴。

〈判旨〉

東京高裁は、丙の抗弁を認めて、婚姻関係の破綻時期を、平成一二年九月二日とした上で、平成一一年六月頃から遅くとも平成一二年九月ころまでの乙と甲との不貞行為と同棲については、甲に対する関係では不法行為を構成するが、平成一二年九月以降の「同棲の継続は、特段の事情がうかがわれない本件においては、甲に対する不法行為を構成しない」とした。そして、平成一一年六月から平成一二年九月までの同棲に基づく慰謝料請求権は三年の経過により消滅したとして、甲の請求をその限りで認めた原審判決を取り消した。

〈コメント〉

本件判決は、「婚姻関係の破綻」の認定に関して、最高裁の判例理論とは異なる判断を下している。すなわち、前掲【2】【4】【5】の最高裁判決では、第三者の不法行為の成立の有無の決め手となる「破綻」は、第三者の婚姻関係への侵害とは無関係に、不貞行為以前に、夫婦の婚姻関係が何らかの別の原因で破綻していたことを意味していたと思われる。これに対して、本件高裁判決では、【7】東京高判平成一〇年二月二日に既にその兆しがみられるが、夫婦の婚姻関係の「破綻」の認定は、たとえ第三者との不貞行為が破綻の直接のきっかけであったとしても、要するに、夫婦の婚姻関係が客観的に破綻しているかどうかによって行われている。これは、最高裁昭和六二年九月二日の大法廷判決の有責配偶者からの離婚請求における判例理論に従ったもので、有責配偶者がその破

綻の原因となっていたとしても、要するに当該の婚姻関係が継続し難い状況があれば、これをもって破綻と認定していることに対応している。したがって、本件高裁判決における破綻の意味に従えば、「婚姻関係の破綻」前の不貞行為ないし同棲は、第三者に対する不法行為責任を構成するが、たとえ第三者の侵害行為によって婚姻関係が破綻したとしても、その後の不貞行為ないし同棲等を理由としては、もはや第三者に対して、不法行為責任を問うことはできないことになるのである。その際に、破綻前に生じた慰謝料請求権の消滅時効の起算点は、当該の事実を知った時から開始するものとなるので、その請求額は縮減される。なお、本件判決における「特段の事情」がある場合とは、例えば前掲【7】のように、慰謝料請求が「単に丙と乙との肉體関係ないし同棲の違法を理由とするものではなく、丙と乙との肉體関係ないし同棲の継続によって、最終的に乙との離婚をやむなくされるに至ったことにより被った慰謝料の支払をも求めるものである」場合であろうか。今後の裁判例の集積を待ちたい。

こうした東京高裁の動向が、この問題に関する解決にどのような影響を与えるのかなお予断を許さないが、現在の判例や下級審の動向の中で、第三者の不法行為責任を追究する他方配偶者は、今後は、破綻の原因が第三者の侵害行為によるものであっても、その理由のいかんを問わず、婚姻関係の破綻後は、第三者に不法行為責任を追究することはできなくなる可能性がある。また、夫婦が離婚に至らない限り、破綻前の不貞行為に対する慰謝料請求権は短期消滅時効によって日々消滅していくことになり、当然金額的にも少額化することになる。

#### 第四 今後の解決に向けて

一 昭和五四年の最高裁判決以降の実務における裁判例の検討を通じて、以下の判例理論が明らかになった。

(一) 配偶者と第三者とが肉體関係を持った場合に、その当時既に当該夫婦の婚姻関係が破綻した後においては、

当該夫婦には婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益の侵害行為はないので、他方配偶者に対する第三者の不法行為は成立しない。現段階における最高裁による「破綻」の意味は、配偶者と第三者との不貞行為とは無関係な事由によるものと解される。

前掲【1】【2】【4】【5】最高裁判決

(二) 他方配偶者に対して、不貞行為を行った配偶者と第三者とが連帯して負うべき損害賠償債務は、不真正連帯債務であるから、連帯債務に関する民法四三七条は適用されず、たとえ他方配偶者が、不貞行為を行った配偶者に対して債務の免除をしたとしても、第三者の利益のためにその効力を生じることではないので、第三者に対する慰謝料請求権の額が免除又は減額されることはない。前掲【3】判決

ただし、第三者の利益のためにその効力を生じるための「免除の意思」が、配偶者に認められるならば、その限りではない。しかし、そうした免除の意思を配偶者に擬制するならばともかく、実際の事例で、この意思を認定することは困難と思われる。

(三) 第三者に対する慰謝料請求権の消滅時効の起算点は、配偶者と第三者との不貞行為ないしは同棲を知った時から進行する。前掲【2】最高裁判決

以上の判例理論に対して、その後の下級審裁判例では、判例理論を変更する裁判例がある。

第一に、「婚姻関係の破綻」の定義につき、配偶者と第三者との肉體関係ないしは同棲がその原因となったか否かにかかわりなく、婚姻関係が破綻したと認められた時以前の肉體関係等の行為は、第三者の不法行為を成立させるが、破綻以降の行為は不法行為を成立させない。前掲【8】

なお、「破綻」の主張・立証は第三者にあると思われるが、破綻の時期に関しては、外形的に明白な基準は呈示されておらず、別居・第三者との同棲だけではなお認定されず(前掲【8】では、配偶者と第三者との間の子に関



して、他方配偶者との親子関係不存在確認の裁判確定の時)、夫婦関係や配偶者と第三者との関係を含めて、具体的な事実関係に即して裁判所が、裁量によって判断するために、当事者には予見しがたい状況にある。

第二に、上記の婚姻関係破綻前の肉體関係や同棲に対する慰謝料請求権の消滅時効は、その事実を知った時から進行する。前掲【8】

ただし、配偶者と第三者との肉體関係とその後の同棲によって婚姻関係が破綻し、その結果、夫婦の離婚に至らしめた場合における慰謝料については、離婚の時から進行する。前掲【7】

二 以上のような判例理論に対して、私見を述べたい。

昭和五四年の最高裁判決が、婚姻関係の破壊に起因する不法行為責任につき、判決理由において何の制約も付することなく、成立することを認めて以来、判例及び裁判例は、主として、この判例に否定的であつた学説の批判に答える形で、配偶者の慰謝料請求権行使を制限しようと努めてきた。婚姻関係破綻の先後によって成立の有無を制限する手法は、【4】の平成八年判決に先立つ裁判例で多く採用されていた。また、否定説において大いに危懼された婚姻破綻や離婚に至らない夫婦における配偶者の慰謝料請求権は、その事実を知った時からの短期消滅時効にかかるとして、慰謝料は少なくとも金額の面では低額化を余儀なくされている。

そうした意味では、第三者の不法行為責任の成立の場面は、昭和五四年当時に予想されたものよりも限定され、また美人局類似の事件については、権利濫用法理の活用で阻止されている。

しかし、婚姻関係が何とか原状に復した結果、配偶者が、不貞行為を行った配偶者に対する慰謝料請求権の行使を思いとどまりながらも、財布が一つになった夫婦が、今度は第三者への慰謝料請求権を行使するという構図では、現在の判例理論が、これを適切に制限する手法は獲得してはいない。もちろん第三者に対する配偶者の「免除の意思」を、むりやりに認定することが解釈論上できるのであれば、行使の制限は可能かもしれないが、実際には困難

であろう。また、配偶者と第三者との肉体関係が、婚姻関係破綻として離婚のやむなきにいたらせた場合には、元配偶者と第三者との財布が一つになったことにより、元配偶者からの第三者に対する多額の慰謝料請求がなお認められる余地を残している。

こうした状況の下で、第三者に対する不法行為成立は存置されなければならない救済措置なのだろうか。

なるほど「婚姻関係の平和の維持」は法的保護に値する重要な法益ではあるが、それはまさに婚姻関係にある夫婦だけが実現させる義務と能力を持っているのであり、第三者といえども、配偶者の一方の関与なくして侵害することはできないのである。こうした法益にあつては、故意・過失や違法性の認定に当たつて、男性（又は女性）に配偶者のあることを知つて肉体関係を結んだとしても、それだけで当然に、婚姻関係を破壊する結果を認識して、その結果回避の義務に違反した故意があり、又は過失があるとして、不法行為に直結するものであろうか。また違法性の判断にあつては、被侵害法益の種類と侵害行為の態様とが相関的に考慮されるにもかかわらず、侵害行為の態様としては最も違法性が弱いと考えられる公序良俗違反の行為で、しかも自然の愛情により肉体関係が生じた場合にすら厳しい不法行為責任が追及される必要があるのか、それも本来、その責任に任ずべき不貞行為の配偶者がいるにもかかわらずである。不法行為における一般的な違法性の判断として妥当なものとはいえないと考える。仮にこの慰謝料が、不貞行為を誘発した第三者に対する制裁的性質を持つものであるとしたら、それは損害填補を基本理念とする不法行為の制度趣旨に反するものである。

結論としては、「婚姻関係の平和の維持」を侵害した不法行為の責任は、配偶者間においてのみ追及されるべきで、第三者に対する不法行為責任は成立しない、と考えられる。強姦や詐欺・又は強迫などによる侵害行為の違法性が強い場合には、直接の被害者へのみ慰謝料請求権を認めることで充分と考える。

問題は、現時点においては、判例理論はなお第三者の不法行為責任の成立を、一定の制約を設けつつも、認めて

いることである。判例や、裁判例において制限のための手法が幾つか呈示されているが、否定説が慰謝料請求権行使の弊害が大きいとしている類型については、なお有効な制限手法はない。否定説に向かう段階的な解釈論として、いくつか思いつくままに提示しておきたい。

第一の手法は、配偶者が、他方配偶者や第三者に対して不貞行為への誘発や、婚姻破綻に対して被害者側にも帰責性がある場合には、慰謝料請求権の行使そのものを権利濫用や信義則違反で阻止する一方で、不法行為一般の抗弁としての第三者側の抗弁として民法七二二条一項の過失相殺の規定を充分活用することである。

第二の手法は、七二二条二項の「被害者側の過失」理論の適用である。

否定説において特に憂慮されたのは、夫婦が離婚しないままに、夫婦関係を回復して、例えば、夫に対する第三者からの婚約不履行に基づく慰謝料請求、嫡出でない子の強制認知、そして養育費の請求に対して、妻がこれに對抗する手段として、第三者に対する慰謝料請求権を行使する場合である。こうした夫婦関係が継続していて、財布が一つである場合こそ、「被害者側の過失」理論の適用が<sup>47)</sup>考えられる。

最判昭和五十一年三月二十五日（民集三〇巻二号一六〇頁）によれば、交通事故において、夫が妻を同乗させて運転する自動車と第三者が運転する自動車とが、第三者と夫との双方の過失の競合により衝突したため、傷害を被つた妻が第三者に対し損害賠償を請求する場合の損害額を算定するについて、最高裁は次のように判示している。「民法七二二条二項が不法行為による損害賠償の額を定めるにつき被害者の過失を斟酌することができると旨を定めたのは、不法行為によつて発生した損害を加害者と被害者との間において公平に分担させるといふ公平の理念に基づくものであると考えられるから、右被害者の過失には、被害者本人と身分上、生活関係上、一体をなすとみられるような関係にある者の過失、すなわちいわゆる被害者側の過失をも包含するものと解される。」そして「右夫婦の婚姻関係が既に破綻にひんしているなど特段の事情のない限り、夫の過失を被害者側の過失として斟酌することがで

さるものと解するのを相当とする。このように解するときは、加害者が、いつたん被害者である妻に対して全損害を賠償した後、夫にその過失に応じた負担部分を求償するという求償関係をも一挙に解決し、紛争を一回で処理することができるという合理性もある。」と。

要するに、第三者に慰謝料請求権を行使する場合には、夫婦が離婚せず、財布が一つの関係があれば、前記最高裁にいう「婚姻関係が既に破綻にひんしているなど特段の事情のない」ものとして、配偶者が不貞行為をした配偶者に対して行使すべき損害賠償額（第三者と配偶者とを共同不法行為者としての負担部分）に相当する過失を、被害者である配偶者側の過失とみなして、この部分を控除するという手法である。本件では、交通事故において、妻は夫の車に同乗しただけで、なら交通事故そのものの発生や拡大に寄与したわけではなく、傷害を負った被害者であるにもかかわらず、「被害者本人と身分上、生活関係上、一体をなすとみられるような関係にある者」の過失を負担するのが公平にかなうといっているのであるから、ましてや、不貞行為の場合に適用できない理由はないと考えられる。

(1) 起草者の見解によれば、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為）義務の履行を強制することは實際上不可能であるから、民法の中に明文をもって規定することは穩当ではない、とした。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）、有地亨・新版 家族法概論八九頁（法律文化社二〇〇三年）

(2) 幾代通著・徳本伸一補訂八七頁（有斐閣一九九三年）

(3) 大判明治三十六年一〇月一日（刑録九輯一四二五頁）、大判明治四〇年五月二八日（民録二三輯五〇〇頁）、大判明治四一年三月三〇日（刑録

一四輯三三一頁)、大審院大正一五年七月二〇日決定(刑集五卷三二八頁)と、その終局的判決である大判昭和二年五月一七日(法律新聞二六九二号六頁)。前の三つは妻の不貞行為の事例で、最後は夫の不貞行為の事例である。戦前においては、法律上、夫婦間には貞操義務に關して不平等な規定(夫は有夫の女性と不貞關係を結び、さらにその女性の夫から姦通罪で告訴されない限り、離婚原因とはならず、他の女性との不貞關係が法的には容認されている)が設けられており、当初の事件類型としては、夫からの妻の不貞の相手方への慰謝料請求が問題となっていた。しかし、大正一五年決定とその終局的判決である昭和二年判決によって、法規定では実現できなかった夫婦における貞操義務の相互性と、夫の不貞行為の相手方への慰謝料請求が認められたのである。詳細については、拙稿「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」金沢法学四一卷一三九頁以下(一九九九年)

(4) 最判昭和四四年一月二六日(民集一三卷二二号一五六二頁)、最判昭和四四年四月一日(裁判集八三三号一七頁)、最判昭和四四年三月三〇日(民集三三卷二二号三〇三頁)。なお、前二者は最高裁としての積極的な判断はなく、他方配偶者の慰謝料請求を認容した原審判断を支持したもので、後者が戦後初めて最高裁としての判断を明確に判断したものである。

(5) 最判昭和四四年三月三〇日(民集三三卷二二号三〇三頁)

(6) 最判平成八年三月二六日(民集五〇卷四号九九三頁)

(7) この点を指摘するのは、水野紀子・最判平成八年三月二六日の【判例評釈】ジュリスト平成八年度重要判例解説 七六頁以下(一九九七年)

参照

(8) 民法改正後は、「権利又は法律上保護される利益」となったが、本稿では検討の対象となる判例や裁判例では、いずれも改正前の七〇九条の文言が問題となっているので、ことわらない限りは、改正前の条文で考察するものとする。

(9) 田中恒明「夫情交關係を結んだ女性に対する妻からの慰謝料請求」ジュリスト五五〇号一七頁、二二二頁(一九七三年)

(10) 幾代徳本・前掲注(2)二二五—二六頁

(11) 大審院は、夫から妻の不貞行為の相手方に不法行為責任を認めていた時代には、「凡ソ夫ハ妻ニ対シ貞操ヲ守ラシム權アルモノナレハ本件上告人カ被上告人ノ夫權を侵害シタル」(前掲大判明治三六年一〇月一日)と判示して、夫權の侵害あるいは、夫權とともに夫の名譽を侵害したものと(前掲大判明治四一年三月三〇日)、その後、夫婦ともに不貞行為の相手方に対する慰謝料請求を認める段階には、あるいは、「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ノ協同生活ノ平和安全及幸福ヲ保持セサルヘカラス然リ而シテ夫婦カ相互ニ誠実ヲ守ルコトハ其ノ協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実ヲ守ル義務ヲ負フモノト云フ可ク配偶者ノ一方カ不誠実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チ婚姻契約ニ因リテ負担シタル義務ニ違背スルモノニシテ他方ノ權利ヲ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対シ貞操ヲ守ル義務アルハ勿論夫モ亦婦ニ対シ其ノ義務ヲ有セサルヘカ

- ラス」(前掲大正大正一五年七月二〇日)とあるように、夫婦の共同生活における平和・安全・幸福を被侵害利益として挙げている。
- (12) 平井直雄・債権各論Ⅱ不法行為二頁(弘文堂一九九二年)
- (13) 幾代Ⅱ徳本・前掲注(2)八五—八八頁、吉村良一・不法行為法【第三版】四二—四三頁(有斐閣二〇〇五年)
- (14) 加藤雅信・事務管理・不当利得・不法行為【第二版】二二—二三頁(有斐閣二〇〇五年)
- (15) 吉村・前掲注(13)三七頁
- (16) 本件判決の評釈としては、津田賢平・法律のひろば三三巻七号四二頁(一九七九年)、林修三・時の法令一〇三九号五二頁(一九七九年)、人見康子・Law School 二巻五号八二頁(一九七九年)、泉久雄・ジュリスト七二八号九一頁(一九八〇年)、阿部徹・判タ四二二号二七頁(一九八〇年)、前田達明・民商法八二巻四号四九六頁(一九八〇年)、沢井裕・家族法判例百選【第三版】五二頁(一九八〇年)、水野紀子・法協九八巻二号二九一頁(一九八一年)、同・民法判例百選Ⅱ【第四版】一九六頁(一九九六年)、榎本恭博・法曹時報三四巻二二号一頁(一九八二年)、小野義美・法政研究五〇巻三・四号一八三頁(一九八四年)、潮見一雄・民法の基本判例一六五頁(一九八六年)等。なお最近の研究として、宗村和広・「配偶者の一方と通じた者の他方配偶者および子に対する不法行為責任」信州大学法学論集四号一三五頁(二〇〇四年)
- (17) 最高裁判所解説によれば、加藤教授の「配偶者たる夫又は妻の精神的平和」(加藤一郎・不法行為【増補版】一三〇頁)をも含めたやや幅の広い概念であろう、とされる。榎本・前掲注(16)一九〇頁
- (18) この点に言及するものとして、穂積重遠「男子貞操義務判決の眞意義」法学志林二九巻七号七六九頁(一九二七年)、中川淳「不貞行為と共同不法行為責任について」同志社法学四九巻六号一一八一—一九九頁(一九九八年)なお、拙稿・前掲注(3)一七二—一七四頁
- (19) 田中豊・法曹時報五〇巻一〇号一〇二頁(一九九八年)
- (20) 中川淳・前掲注(18)一一三頁(一九九八年)、なお、同・「家庭破壊による配偶者とその子の慰謝料」判タ三八三三以下(一九七九年)、最高裁判決に賛同しつつ、訴訟事件として解決する場合には、「不貞の相手方が暴力・脅迫・欺計を用いた場合には眞の意味での慰謝料が認められるべきであるが、それ以外の自然の愛情とか、誘惑による場合には、名目的な慰謝料にとどめるべきである」とする竜崎喜助「不貞にまつわる慰謝料請求権」判タ四一四号二頁(一九八〇年)。
- (21) 泉久雄・前掲注(16)九三頁、その他、肯定説にたつものとして、林修三・前掲注(16)文献など。
- (22) 野川照夫「配偶者の地位侵害による損害賠償請求」現代家族法大系2 三七二頁(一九八〇年)
- (23) 島津一郎・「不貞行為と損害賠償」配偶者の場合と子の場合」判タ三八五号一六頁(一九七九年)
- (24) 島津・前掲注(23)一一二—一二三頁

(25) 同趣旨のものとして、潮海一雄・【評釈】民法の基本判例一六八頁（一九八六年）

(26) 水野・前掲注(16)法協九八卷二九二頁、その他、加藤一郎教授は、内縁関係を破綻させた第三者の不法行為責任に関する最判三八年二月一日の評釈の中で、以前の見解では、判例の立場に疑問を呈しつつも、現状ではそれが「支配的なモラルの命ずるところなのであろうか」と述べたこと（家族法判例百選【第三版】）を改説され、否定説に転じている。同・家族法判例百選【第三版】一四頁（一九八〇年）、伊藤昌司・判タ四九九号一三九頁（一九八三年）

(27) 本件判決の評釈としては、都築民江・平成六年度主要民事判例解説 判タ八八二号 一〇〇頁（一九九五年）、松本克美・判評四三四号（判時五一八号）一九七頁（一九九五年）、中川淳・法令ニュース三〇巻一号五八頁（一九九五年）、同・私法判例リマックス【12】一九九六年上七二頁（一九九六年）、松村弓彦・判時五八四号六一頁（一九九六年）、工藤祐敏・法七四〇巻三二七頁（一九九六年）、楠田和子・専修大学法研集二〇・二二号一〇三頁（一九九七年）等

(28) 吉村良一・不法行為法【第三版】一七二—一七三頁（有斐閣二〇〇五年）、潮見佳男・基本講義 債権各論Ⅱ 不法行為法一一五頁（新世社二〇〇五年）

(29) これに対して、解釈論として、鉱業法一一五条二項の趣旨を類推適用することを提案する見解がある中川淳・前掲注(18) 同志社法学四九卷六号一三二頁

(30) 辻朗「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」判タ一〇四一—一〇四二頁（二〇〇〇年）において、この判決の評価として、「いまだ破棄差戻審の判断は目にしていないが、そこでは、提訴前三年間にかかる事実のみに基づいた慰謝料額が認定されるはずである。だとすれば、結果的には、認定慰謝料額の少額化という方向で慰謝料請求に限定を加えるものとして評価することができる」（三三頁）。

(31) 本件判決の評釈には、花本広志・法学七四〇巻八号七七頁（一九九五年）、前田達明・民商法一一四巻二二—一四六頁（一九九六年）、淡路剛久・私法判例リマックス【12】一九九六年上三三頁（一九九六年）、長谷川貞之・法七四一巻三—四四頁（一九九六年）、中川淳・前掲注(18) 同志社法学四九卷六号一三四—一四五頁、同「不貞配偶者の相手方の責任（下）」戸籍時報五六五号六四—六七頁（二〇〇五年）等。

(32) 潮見佳男・不法行為法四二七頁以下（信山社一九九九年）参照。

(33) 辻朗「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」判タ一〇四一—一〇四二頁（二〇〇〇年）。本書は、昭和五四年判決以降後掲【5】平成八年六月一八日（なお、平成一〇年の裁判例が一件ある）までの計二九の最高裁・下級審事例を検討の対象としている。

(34) 本件判決の評釈として、岩城謙二・法令ニュース三二巻九号一八頁（一九九六年）、永井尚子・「家庭裁判所家事・少年実務の現状と課題」判タ九九六号三九頁（一九九九年）、山口純夫・判タ九二四号八五頁（一九九七年）、小林英樹・研修五九二号四九頁（一九九七年）、小林元二・「平成八年度主要民事判例解説」判タ九四五号二二六頁（一九九七年）、水野紀子・平成八年度重要判例解説 ジュリスト一一一三三七六頁（一

九九七年)、同・民商法二一六卷六号九〇六頁(一九九七年)、同・民法判例百選Ⅱ【第五版】二〇〇頁(二〇〇一年)、菅原万里子・法律のひろば四九卷九号四一頁(一九九六年)、西原道雄・私法判例リマックス【14】一九九七年上六八頁(一九九七年)、潮海一雄・法学教室一九二号九八頁(一九九六年)、田中豊・ジュリスト一〇九五号一六七頁(一九九六年)、同・法曹時報五〇巻一〇号八七頁(一九九八年)、片山英一郎・森泉章古稀祝賀論文集 六六〇頁(一九九八年)、國井和郎・家族法判例百選【第六版】二二頁(二〇〇二年)、拙稿・民法の基本判例【第二版】一六七頁(一九九九年)等。

(35) 最高裁判所判例解説において引用された学説の一つは、中川高男「事実上の離婚」家族法大系Ⅲ 一〇六一―一〇七頁(一九九九年)で、「事実離婚」戸籍上の届出はないものの、既に婚姻関係が破綻している状態を指す」の成立の時より、婚姻の私益的側面すなわち婚姻共同生活の事実が結合した婚姻の効果たる貞操・同居・協力義務は消滅する。ここに貞操義務を加えることは若干疑問であるが、しかし法律上の再婚は重婚となつて不可能であり、また既に破綻してしまった夫婦間に貞操義務を要求するのも道徳上はともかくとして無意味であろう。かかる婚姻関係の消滅の効果は、その事実を知れる悪意の第三者及び有過失の善意の第三者にも及ぶ」とある。また野川照夫「配偶者の地位侵害による損害賠償請求」現代家族法大系2 三七一頁(一九八〇年)では「夫婦関係が事実上破綻した後に第三者と配偶者の一方と情交関係が結ばれた場合については、夫婦間においては一般的抽象的に同居義務・守操義務を負うが、具体的には同居義務・守操義務は負わないと解されるから、不法行為責任は生じないと考える。」とされる。

(36) 田中実・前掲注(34) 法曹時報一〇三頁。以下、頁数は本文中に記載する。

(37) 菅原・前掲注(34) 四五頁

(38) 山口・前掲注(34) 八八頁

(39) 西原道雄・前掲注(34) 七一頁

(40) 二宮周平・東京地判平成一〇年七月三十一日の評釈(判タ一〇六〇号一二二頁)において言及された。

(41) 水野・前掲注(34) 民法判例百選【第五版】二〇一頁、同民商法九二二―九三三頁

(42) 本件判決の評釈には、水野有子・平成八年度主要民事判例解説【判タ九四五号】一七四頁(一九九七年)、太田晃詳「不貞の相手方に対する慰謝料請求について」ケース研究二五五号三五―三七頁(一九九八年)、田中豊・法曹時報五〇巻一〇号一〇五―一〇六頁がある。

(43) 判例評釈として、さしあたり淡路剛久・メディア判例百選五〇頁(二〇〇五年) 参照

(44) 本件判決に対する評釈として、二宮周平・判タ一〇六〇号一〇九頁(二〇〇一年)

(45) 二宮・前掲注(44) 一一一頁

(46) 本件判決の評釈として、檜山麻子・平成二二年度主要民事判例解説【判タ一〇六五号】四四頁(二〇〇一年)、竹内俊雄・法律のひろば五四



卷二(号七)二頁(二〇〇一年)  
④7 潮見・前掲注(28)一〇五頁、同・前掲注(32)三一九頁、吉村良一・前掲注(28)一六五頁等