HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	吉田, 邦彦; 桑, 月佳
Citation	北大法学論集, 71(1), 159-178
Issue Date	2020-05-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/78275
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_1_07_Yoshida.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究

吉田邦彦
桑月佳

夫婦の一方と不貞行為をした第三者に対する（他方配偶者からの）慰謝料請求の可否

（最判（第三小法廷）平成31.2.19民集73巻２号187頁）（平成29年（受）1456号、損害賠償請求事件、破棄自判）

１．事実の概要

Ｘ（原告・被控訴人・被上告人）は、競輪選手を職業とする男性である。平成６年３月31日に、ＸはＡと結婚し、同年８月に長男Ｂを、翌７年10月に長女Ｃをそれぞれもうけた。平成13年頃まで、ＡはＸに離婚を申し出ることがあったが、その後、Ｘ及びＡ双方とも、離婚を申し出るようなことはなかった。平成15年４月、Ａは東京農業大学に入学し、平成19年３月に卒業した。この間の学費またはアパート代などの費用はすべてＸが負担した。

平成20年12月頃、Ａは東京都内所在の某株式会社（以下「本件会社」という）に入社し、この時期以降、ＸとＡの性交渉はなくなっていた。Ａは、本件会社に入社してから、Ｙ（被告・控訴人・上告人）と知り合った。Ｙは、Ａの入社以前から、本件会社に勤務していた男性である。そして、Ａと知り合った際に、ＹはＡが既婚者であることを知った。当該事実を知りながら、ＡおよびＹは仕事を通じて関係を深め、遅くとも平成21年５月23日までには不倫関係となり、Ｙが本件会社を退社した平成23年頃までに（平成21年６月から同22年４月28日までにという認定もある）、Ａと多数回にわたり肉体関係を持つことにより不貞行為を行った（以下「本件不貞行為」という）。平成21年頃、Ｘが外泊したＡ

を問い詰めようとした際、Aは、嫌悪感を露骨にして「ほっといてくれ」と言い、話がそれで終わった。

平成22年１月から４月まで、Xは株式会社オフィスエルに対し、Aの浮気調査を計３回依頼し、合計151万5000円を支払った。平成22年５月頃、Xは本件不貞行為の事実を知った。Aは、その頃、Yとの不貞行為を解消し、Xとの同居を続けた。しかしながら、本件不貞行為を認識したこの時点でも、XとAは夫婦共同生活を送り、家計を同一にしていた。そして、Xは常にAの生活費を負担しており、Aが本件会社に働くようになってからは、財布は別々になったが、Xが食費として月15万円を負担するほか、その他の生活費、学費、税金等はXの口座から支払われていた。平成26年４月、長女Cが大学進学のため神奈川県川崎市に居住することとなったのを機に、Aは同市において長女と同居する形でXと別居することとなった。その後半年間、Aは一度もXのもとに帰らず、連絡もしなかった。そのため、Xは離婚を決意した。

同年11月、Xは横浜家庭裁判所川崎支部に対し、Aを相手方として、夫婦関係調整調停を申し立てた。そして平成27年２月25日に、離婚調停が成立した（以下「本件離婚調停」という）。本件離婚調停により、XはAに対し、本件離婚に伴う財産分与として、1000万の支払義務があることを認め、三菱東京UFJ銀行新宿中央支店のA名義の普通預金口座に振り込む方法により分割して支払うこととなった。分割方法は、①平成27年３月末日限り300万円、②平成28年から平成34年まで、毎年３月末日限り100万円ずつとした。

また、平成27年５月、Xは東京簡易裁判所に対し、Yを相手方として、慰謝料請求の調停を申し立てたが、合意に至ることなく終了した。そこで、同年11月９日、Xは、訴訟を提起し、YがAと不貞行為を行ったことにより、婚姻関係が破綻して離婚するに至り、精神的苦痛を受けるなどしたとして、Yに対し、不貞行為に基づき、①慰謝料300万円、②調査費用の一部である150万円、③弁護士費用45万円の合計495万円及びこれに対する離婚成立日である平成27年２月25日から支払済みまで民法所定の年５分の割合による遅延損害金の支払を求めたのが本件である。

これに対して、Yは、遅くとも平成24年１月には、X・A間の婚姻は破綻しないし破綻に瀕しているとし、また（「損害を知ったとき」（民法724条）の解釈との関連で、）遅くとも平成22年５月までにXはAの不倫を知っており、本件調停離婚までに３年の消滅時効（同条）が完成するとして、それを援用した。

第一審（水戸地裁龍ケ崎支部平成28年11月21日判決）は、ＹはＡが既婚者であることを知りながらＡと本件不貞行為を行ったこと、また、本件不貞行為の事実がＸに発覚したことを契機にＸとＡの婚姻関係は悪化し離婚に至ったことを認めた。そして、上記Ｙの主張について、Ａが入社した平成20年10月頃以前から婚姻が破綻していたことはないとし、「このように第三者の不法行為により離婚を余儀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場合、上記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、離婚が成立したときにはじめて、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ったこととなると解するのが相当である。」だから、本件調停離婚成立の平成27年２月25日から消滅時効は進行し、慰謝料請求権が時効消滅することはないとした。上記の理由で、第一審は、ＹとＸとの不貞行為は、Ｘの夫としての権利を侵害する違法なものであり、Ｘに対する不法行為を構成するというべきであるから、ＸのＹに対する慰謝料請求180万円及び弁護士費用などを認容した。なお、調査会社の費用（150万円）については、平成22年５月の時点で損害・加害者を知っていたからという理由で消滅時効を成立させた。Ｙは控訴した。

控訴審（東京高裁平成29年４月27日判決）は、本件不貞行為により夫婦間の信頼関係が失われ、そのことはＸがＡとの離婚を決意するに至ったことの原因をなすものと認められるから、本件離婚と本件不貞行為との間に因果関係があると認めた。なお、平成22年５月頃（不貞発覚時）でも、ＸとＡとは夫婦共同生活を送っており、破綻していたとも破綻に瀕していたとも認められないとし、Ａの入社以降はＸ・Ａの性交渉がなくともその点は変わらないとしている。そして、消滅時効の起算点については、「……Ｙの本件慰謝料請求は、本件不貞行為が原因でＸとＡの婚姻関係が破壊され、離婚するに至ったことにより、Ｘが被った精神的苦痛についての慰謝料の支払を求めるものであって、この場合には、上記損害は離婚が成立して初めて評価されるものである……」という理由で、消滅時効は本件調停成立時から進行するというのも、１審と同様である。そして結論として、第一審と同様に、ＸとＡとの不貞行為によりＸとＡとの婚姻関係が破綻して離婚するに至ったものであるから、Ｙは両者を離婚させたことを理由とする不法行為責任を負うと認め、ＸのＹに対する離婚慰謝料を認容した。

そこで、Ｙは上告受理申立した。上告受理申立理由では、本件不貞行為が、

本件離婚の唯一の原因ではなく、また原審が、離婚当事者に関する最判昭和46年７月23日民集25巻５号805頁を本件の根拠とすることはおかしいなどと述べられる。

２．判旨　破棄自判【原判決破棄、第一審判決中Ｙ敗訴部分取消し、Ｘの請求棄却】

「夫婦が離婚するに至るまでの経緯は当該夫婦の諸事情に応じて一様ではないが、協議上の離婚と裁判上の離婚いずれであっても、離婚による婚姻の解消は、本来、当該夫婦の間で決められるべき事柄である。したがって、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者は、これにより当該夫婦の婚姻関係が破綻して離婚するに至ったとしても、当該夫婦の他方に対し、不貞行為を理由とする不法行為責任を負うべき場合があることはともかくとして、直ちに、当該夫婦を離婚させたことを理由とする不法行為責任を負うことはないと解される。第三者がそのことを理由とする不法行為責任を負うのは、当該第三者が、単に夫婦の一方との間で不貞行為に及ぶにとどまらず、当該夫婦を離婚させること意図してその婚姻関係に対する不当な干渉をするなどして当該夫婦を離婚のやむなきに至らしめたものと評価すべき特段の事情があるときに限られるというべきである。

以上によれば、夫婦の一方は、他方と不貞行為に及んだ第三者に対して、上記特段の事情がない限り、離婚に伴う慰謝料を請求することはできないものと解するのが相当である。

これを本件についてみると、Ｙは、Ｘの妻であったＡと不貞行為に及んだものであるが、これが発覚した頃にＡとの不貞行為は解消されており、離婚成立までの間に上記特段の事情があったとはうかがわれない。したがって、Ｘは、Ｙに対し、離婚に伴う慰謝料を請求することができないというべきである。」

３．評釈

（１）はじめに

夫婦の一方が他方と不貞行為に及んだ第三者に対する慰謝料の可否について、不貞相手の不法行為責任を肯定するのは判例の一貫した立場であったが、学説は、様々に分かれている状況といえる。以前は肯定説が通説であったが、現在は、当該不法行為責任を否定する、もしくは特段の事情がある場合には限

定的にその成立を認めるという立場が有力となっている。

このような背景の下、この判決はこれまでとは違う新しい判断を行った。本件は、不貞行為に基づく慰謝料と離婚に伴う慰謝料を分けて、本件慰謝料請求を、「夫婦の一方が、他方と不貞行為に及んだ第三者に対して、離婚に伴う慰謝料を請求するものである」と判断した上で、第三者による不貞行為を理由とする不法行為があることはともかく、離婚させたことを理由とする不法行為責任は成立するか否かについて判断を下したものである。そこで、夫婦の一方が他方と不貞行為に及んだ第三者に対し離婚に伴う慰謝料の可否について、「当該夫婦を離婚させることを意図してその婚姻関係に対する不当な干渉をするなどして当該夫婦を離婚のやむなきに至らしめたものと評価すべき特段の事情がない限り、離婚に伴う慰謝料を請求ことはできない」と示した。そして、いままでの最高裁判決と比べると、不法行為責任の成立に対するより厳しい制限を加える傾向が見られる。

これに対して、不貞慰謝料と離婚慰謝料を分けようとする最高裁と同じ立場に立っている学者の意見[1]や、「不貞相手である第三者に対し、離婚慰謝料を請求することができるかという、これまで最高裁が明示的に示していなかった法律問題について、初めて判断を示したものであり、実務的にも理論的にも重要な意義を有するもの」[2]と積極的に評価する評釈もあるが、現実には、不貞慰謝料と離婚慰謝料とを区別することはなかなか難しいものであると考える。不貞行為をしたことによる精神的苦痛と不貞行為をしたことで離婚のやむなきに至った精神的苦痛は確かに同じものとは言えないため、不貞行為に基づく慰謝料と離婚に伴う慰謝料を区別しようとする考え方は、理論的には筋が通らないわけではない。しかしながら、実際的に考えてみれば、不貞行為をしてその結果離婚に至ったという過程は一連の経緯であり、不貞慰謝料と離婚慰謝料をむりやりに分けて考えるのは、「利益法学」の視点から見るとやや現実を無視し「概念法学」的嫌いがあると解されるからである[3]。

---

[1] 例えば、山下純司「不貞行為の相手方に対する離婚慰謝料の請求」法学教室465号（2019年）132頁。

[2] 「夫婦の一方が他方と不貞行為に及んだ第三者に対し離婚に伴う慰謝料を請求することの可否」Westlaw Japan・新判例解説1191号（2019年）。

[3] 秋武憲一「不貞行為に基づく慰謝料と離婚に基づく慰謝料：元実務家の雑考」山梨

結局、本件に関する理論的問題は、配偶者の不貞行為により当該行為の相手方に対する慰謝料を、不貞行為をされた者が請求することができるか、ということであると考える。

（2）裁判例

配偶者の不貞行為に基づいてその不貞の相手方に他方配偶者が慰謝料を請求できるかどうかについて、大審院の判例（大判明治36.10.1刑録９輯1425頁、大決大正15.7.20刑集５巻318頁）は戦前から第三者の不法行為責任を認めている。戦後の最高裁（最判昭和34.11.26民集13巻12号1562頁、最判昭和54.3.30民集33巻２号303頁）も大審院判例の立場を踏襲しているが、近時は「婚姻関係が既に破綻していれば、婚姻共同生活の平和の維持という権利、法的保護に値する利益の侵害行為はない」ことを理由として、判例の射程を限定しているものと考えられる（最判平成8.3.26民集50巻４号993頁）。

①大審院判決・決定

大判明治36年10月１日刑録９輯1425頁は、夫が妻に対し貞操を守らせる権利があると判示し、妻との不貞行為は夫の夫権への侵害とされ、妻の不貞行為の相手方の夫に対する損害賠償義務を認めたものである。大決大正15年７月20日刑集５巻318頁は、夫婦が相互に貞操義務を負うのは夫婦共同生活の必要条件であり、夫は当然に妻に対し貞操義務を負うと判断し、夫の貞操義務違反に加担した第三者に対する妻の慰謝料請求は正当な権利行使であるから恐喝罪を構成しないと判示した。戦前は、妻の姦通だけを離婚原因とし[4]、またそれを姦通罪として処罰する[5]という、男女差別的扱いがなされていた。このような背景において、この大審院決定は画期的なものとされ、高い評価を受けた[6]。そして、

学院ロー・ジャーナル10号（2015年）165 ～ 180頁参照。不貞行為に基づく慰謝料額と離婚に伴う慰謝料額について、両方を請求する場合と、不貞慰謝料また離婚慰謝料のいずれかを請求する場合に、実務においては、ほぼ同じと捉えることが多いように思われると指摘する。

[4] 明治民法813条により、妻が姦通をした場合には、夫は離婚の訴えを提起することができる。

[5] 旧刑法183条により、夫のある女子が姦通したときは２年以下の懲役に処す。その女子と相姦した者も同じ刑に処する。

[6] 例えば、牧野英一博士は、この決定は「夫の妻に対する貞操の義務を法律上のもの

権利侵害から違法性へ不法行為理論が転換する中で、この大審院決定は、大判明治36年10月１日と比べると、不貞行為を「共同生活の平和安全・幸福を害する違法な行為と評価しようするものである」という指摘がなされている[7]。「附帯私訴」制度のため、大審院時代において、この問題に関する損害賠償事例は刑事事件のものであるが、婚姻侵害に対しての一貫した積極的な判例として注目すべきである。

②最二小判昭和54年３月30日

最二小判昭和54年３月30日民集33巻２号303頁（昭和51年（オ）328号事案）（本件原告配偶者は妻。第三者は銀座のホステスの女性）は、不貞行為に対する他方配偶者の不貞相手方への慰謝料請求について、「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かかわらず、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、右他方配偶者の被った精神上の苦痛を慰藉すべき義務があるというべきである。」とした[8]。これに対して、原審（東京高裁）は、自然の愛情による情交関係であり、妻子あるとの一事でもって違法であるとみることは相当ではないとしていたのに対する破棄判決として、配偶者との関係では不法行為について積極的判断を打ち出したものであった。この際に、被害者からの上告理由では、第三者の行為を、不貞行為をした配偶者との共同不法行為と認め、「妾関係の肯定」、「乱交の奨励」、「健全な家庭生活秩序の崩壊」などの危険性を挙げ、憲法13条と24条の理念を根拠としていた[9]。なお、同一日付の

と認めて、判例上之を明かに宣言するに至ったことは、大審院の仕事の進展史上、大に特筆せられるべきことである」と評価した。牧野英一「法律学の新しき目標」法学志林29巻１号（1927年）32頁。

[7] 中川淳「家庭破壊による配偶者とその子の慰謝料」判例タイムズ383号（1979年）８頁。

[8] 子どもからの慰謝料請求について、本判決は「父親の未成年の子に対する愛情、監護、教育は父親自らの意思によっており、事実上不利益を被ったとしても第三者の行為と相当因果関係がない」ことを理由として否定し（未成年の子との関係では、「第三者が害意で監護などを積極的に阻止するなどの特段の事情がある」ことが不法行為成立に必要であるとする。同一日付最判もこの点で同様である）、これに対して、補足意見及び反対意見があったが、ここでは、配偶者からの請求のみに着目し議論を展開する。

[9] 憲法13条は個人の幸福追求権を規定しており、24条は「婚姻が相互の協力により維

本問題の最判別事案（昭和53年（オ）1267号事案）（本件原告配偶者は夫。第三者は、メキシコ勤務の男性（商事会社駐在員））の控訴審においては同じ下級審でも、大阪高裁は、「夫婦とその未成熟子からなる家族にあって、各人は他の家族と共に平穏に幸せな家庭生活を営むべき法の保護に値する利益を有し、第三者がこれを違法に侵害するときは不法行為が成立するものと解すべきである」と指摘し、核家族と家庭生活の平穏・幸福の重要性を強調した。つまり、配偶者との関係では、不法行為について積極方向で実務を統一したわけであった。

③最三小判平成８年３月26日

最三小判平成８年３月26日民集50巻４号993頁は、「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。」とした。そして、「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いうことができるからであって、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、甲の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。」と示した。昭和54年３月30日の判決と比べると、「夫又は妻としての権利」から「婚姻共同生活の平和の維持」まで、保護法益についての変化が見られる。これは、離婚における消極的破綻主義から積極的破綻主義へ変遷する流れと、個人の自由意思を尊重する時代に応じて下した判決とも言える。ただ、本判決は慰謝料請求権が成立する場合を限定し、破綻している夫婦の一方と不貞行為をした第三者に対する他方配偶者の慰謝料請求を否定したが、不貞行為による第三者の不法行為責任の発生を否定するものではなく、むしろ、肯定する立場に近いと考える。

（３）学説

学説において、不貞行為により第三者の不法行為責任の有無について、肯定説と否定説の対立が見られ、かつては肯定説が支配的であったが、近年、否定説ないし制限説が主流化している。常に不法行為責任の成立を認める学説から、いかなる場合にもそれを認めない学説までかなり幅広い解釈が存在するが、肯

持されなければならない」と規定している。

定の程度が強い順にこの問題に関する主な学説を整理してみると、「①婚姻関係の破綻の有無、第三者の行為の様態にかかわらず、常に不法行為責任の成立を認めるとする見解、②事実上の離婚後に夫婦の一方と肉体関係を持った第三者には不法行為責任は生じないとする見解、③事実上の離婚に至らなくても、婚姻関係の破綻後は夫婦間の貞操義務が消滅するとし、その後に夫婦の一方と肉体関係を持った第三者には不法行為責任は生じないとする見解、④第三者が不貞行為を利用して夫婦の一方を害しようとした場合にのみ不法行為責任を負うとする見解、⑤暴力や詐欺・強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した第三者に限って不法行為責任を認めるとする見解、と⑥いかなる場合にも第三者に不法行為責任を認めるべきではないとする見解」、に分類することができる[10]。その上で、各見解を見てみることにしよう。

①の見解において、中川善之助教授は、不貞行為は「社会道義の上から許すことのできない行為」、「明瞭に背徳的な、非難に値する行動」と認識され、これに対し法はただ拱手傍観するより他に手段を持つべきであると指摘する。また、法律の力で第三者に引かれる感情を引戻すことはできないが、「背徳者に対し、彼が周囲に与えた損害を填補することを命ずることができる」から、不法行為責任を認めるべきであるとした。さらには、社会生活における家庭の重要性を強調し、他人の家庭を破壊する行為は許されないものであるとしている[11]。同様の見解に立つ中川淳教授も、婚姻家族への尊重を強調し、「婚姻家族の尊重ということは、愛情的利益を重視することである」ことと、「家族法における個人は、財産法におけるアトミスティックな個人と異なり、一体的また統体的関係における個人、または身分関係における愛情的利益を荷っている個人であり、家族法関係がからむ不法行為においては、このような性質をふまえた個人の利益の侵害として把握することが必要となる」[12]ことを指摘した。

②の見解を主張する学者として、我妻栄博士は、いわゆる事実上の離婚後は

---

[10] 田中豊「婚姻関係が既に破綻している夫婦の一方と肉体関係をもった第三者の他方配偶者に対する不法行為責任の有無」ジュリスト1095号（1996年）168 ～ 169頁における整理を参考にした。

[11] 中川善之助「愛情の自由と責任―三角関係と法規制」判例時報312号（1962年）４～５頁参照。

[12] 中川淳「家庭破壊による配偶者とその子の慰謝料」判例タイムズ383号（1979年）11頁。

夫婦間の貞操義務が消滅するのであるから、「事実上の離婚当事者の一方と性的関係を持つ者の他方当事者に対する不法行為は成立しない」[13]とするべきであるとする。ほかに、泉久雄教授は昭和54年３月30日最高裁判決に対する評釈の中で、「夫婦間の同居義務も、協力義務すべて夫婦相互の貞操義務を前提としており、夫婦は互いに排他的な性関係ないし愛情を求める地位にある。この関係が否定されるのは、両者が事実上の協議離婚に達しているときに限られる。」[14]と指摘した。

見解③においては、離婚の合意をした上での事実上の離婚に至らなくても、婚姻関係が破綻してから夫婦間の貞操義務が消滅するから、婚姻関係の破綻している夫婦の一方と不貞行為をした第三者には不法行為責任は生じないとするべきであるとされる。平成８年３月26日の最高裁判決はこれと同様の見解を採っている。その理由としては、法的保護に値する利益は「婚姻共同生活の平和の維持」ということにあるから、婚姻関係が破綻した後には当該利益は消滅していることが挙げられた。

見解④では、國井和郎教授は、不貞行為に関する問題は、「家族法と不法行為法とが交錯し、性的モラルに密着する難問であり」、「守操義務は配偶者間の相対的義務で、その違反問責は配偶者間の問題で、自由意思による不貞の不利益救済は婚姻法の枠内で処理すべき問題であって、不法行為の関与すべき問題ではない」と理解されているから、不貞の相手方が「害意」をもって不貞行為を利用して夫婦の一方を害しようとした場合にのみ不法行為責任を負うとするべきである[15]、としている。また、「相姦者に対する慰謝料請求権を認めても、金銭による満足的作用や予防的効果を期待することができない反面、恐喝のきっかけを作るおそれがある」[16]というような指摘もある。

見解⑤の立場に立つもの[17]として、島津一郎博士は不貞行為により第三者に

---

[13] 我妻栄・親族法（有斐閣、1961年）135頁。

[14] 泉久雄「親の不貞行為と子の慰謝料請求」ジュリスト694号（1979年）88頁。

[15] 國井和郎「夫と通じた者に対する妻子の慰謝料請求権」家族法判例百選（第五版）（有斐閣、1995年）25頁参照。

[16] 四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為（下）（青林書院、1985年）517頁。

[17] 島津一郎「不貞行為と損害賠償―配偶者の場合と子の場合」判例タイムズ385号（1979年）116頁以下、人見康子「夫の不倫の相手方に対する妻子の慰謝料請求権」判例タイムズ747号（1991年）75頁以下。

対する損害賠償の可否について否定説の嚆矢的な見解を示すが、「暴力や詐欺・強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」[18]であると指摘し、暴力や詐欺・強迫などの特段の事情があった場合には限定的にその成立を認める立場を取っている。この考え方からすれば、貞操を要求する権利は対人的・相対的権利であるから、こ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ものと解される（しかしその後、債権侵害の議論が吉田邦彦教授の議論[19]により、拡大傾向に流動化しているから、やはり、債権侵害のような取引的不法行為と婚姻侵害に関わる議論とは分けて考えることになろう）。

最後に、見解⑥の立場として、水野紀子教授は、不貞相手方に対して配偶者からの慰謝料請求権を認めるかどうかの問題について、「夫婦相互間に人格的支配権を認めることへの疑問、いわゆる美人局などの売春類似の行為を正当化することにあるという危惧、強制認知の訴訟を抑制する効果を生じてしまうこと」などの消極的影響を挙げ、個人の人格・決定権と多様な価値観の尊重を基礎として、否定説を唱えている。また、この問題は「本来の家族法領域において制度化されている離婚や財産分与や婚姻費用分担などの諸請求権の行使に委ねられるべき問題である。」と指摘している[20]（その他、同教授に繋がる系譜として、加藤一郎博士の消極説への改説[21]もかなり早い段階のものとして注目されるであろう）。

（4）東アジアの状況の参照

台湾において、配偶者の一方が第三者と不貞行為をした場合には、民事責任

---

[18] 島津・前掲（注17）123頁。

[19] 吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、1991年）参照。

[20] 水野紀子「不倫の相手方に対する慰謝料」判例タイムズ1110号（2002年）64～65頁参照。さらに、同「最高裁民事判例研究（民集33巻２号）」法学協会雑誌98巻２号（1981年）とくに304頁以下参照（「高度に人間性の尊厳にかかわる性の問題に金銭を対価として持ち込む方が、ある意味で反倫理性が高い」とされ（305頁）、強姦のような違法性が高い場合にも、配偶者の慰謝料請求権は否定すべきであるとする（306頁））。

[21] 加藤一郎・家族法判例百選（第３版）（1980年）第４事件解説。これを、積極説を採られていた、同・不法行為（法律学全集）（有斐閣、1959年）130頁、同・家族法判例百選新版（第２版）（1973年）第８事件解説25頁と比較せよ。

と刑事責任は両方とも発生する。台湾の刑法には「姦通罪」が設けられており、台湾刑法239条は次のように規定している。「姦通をした配偶者及びその配偶者と相姦した第三者は、それぞれ姦通罪と相姦罪とし、一年以下の懲役に処する」。民事責任に関して、台湾民法1052条１項２号により、「配偶者の以外の人との合意に基づく性的交渉」は離婚事由とされている。さらには、民法1056条により、配偶者が第三者と不貞行為をした場合には、過失のない他方配偶者は非財産上の損害に基づいて、損害賠償を請求することができる[22]。そして、台湾最高法院の判例により、有責配偶者と第三者両方に対して損害賠償を請求することができ、有責配偶者または第三者のいずれかだけに対して損害賠償を請求することもできるとされる。慰謝料額についての判断は法院に委ねられ、法院は原告人と被告人の教育レベル、社会地位、経済力および原告が受けた精神的損害の程度などを考量して慰謝料額を決めるのである。第三者に不貞行為による慰謝料請求権の基礎付けについて議論はみられるが、その慰謝料請求を肯定するのは台湾法院の一貫した考え方である[23]。そして、その基礎付けとして、「配偶者関係に基づく身分上の利益」[24]説は最近の主流となっている[25]。

中国大陸では、婚姻法46条により、第三者と重婚と同棲の二つの場合のみ、離婚に至った際に、不貞行為をした配偶者に対して損害賠償を請求することができるとされる[26]。そのため、第三者に対して不貞行為により慰謝料を請求す

---

[22] 台湾民法第1056条は「夫婦の一方が裁判離婚によって損害を被った場合には、過失のある他方に対して賠償を請求することができる。前項の状況において、被害者に過失がない限り、その損害は財産上のものではないとしても、被害者は被害と相当する金額の賠償を請求することができる。」と規制している。

[23] 例えば、台湾最高法院55年（1966年）台上字第2053号判例の要旨として、「姦通は夫婦共同生活を破壊する行為にあたるため、法律はこれを許すべきではない。これは公序良俗の違反という考え方から断言できるものである。この行為によって侵害された権利はいったいどういう権利だかを問わず、他方配偶者に対して共同不法行為とすべきである。」などと指摘された。

[24] 台湾民法195条３項により、不法行為によって配偶者関係に基づく身分上の利益を侵害し厳重な損害が起きた場合には、名誉・貞操などの人格利益への不法行為損害賠償は準用する。

[25] 詹森林「第三人干扰婚姻关系之侵权责任――台湾法之经验及比较法之观察」华东政法大学学报（2013年）３号128 ～ 137頁参照。

[26] 中国婚姻法46条は次のように規定している：「次に掲げるいずれか一つの事由により

ることができないだけではなく、重婚と同棲以外の場合には有責配偶者に対しても不貞行為により慰謝料を請求することができないのである。実務上、重婚や同棲することを証明する際に、被害者に過重な立証責任が課されていることに対しての指摘も少なくない。これに関して、「配偶者権」という概念が唱えられた。そこで、重婚や同棲などの不貞行為は「配偶者権」への侵害で、夫婦関係と社会の平和を破壊する行動であるから、不法行為法上の損害賠償制度により被害者の損害を填補し、そして加害者の行為を制裁・予防しなければならないと理解される。したがって、第三者の行為は共同不法行為と見なされ、そのため、第三者への損害賠償請求も可能となる[27]。

（5）検討

以上の考察からすれば、他方配偶者が夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者に対して慰謝料を請求できるかについて、学説上ではその慰謝料請求権を否定する傾向が見られる。そして、本件の評釈においても、否定説が唱えられている。しかし、本件においては、不貞慰謝料が時効により消滅しているとされたため、第三者に対して離婚慰謝料を請求できるかどうかが争点となったのである。前述のように、評釈者（桑）は、最高裁の不貞慰謝料と離婚慰謝料を区別しようとするやり方に対して、疑問を持っている。この二つの慰謝料を区別する考え方は、現実の状況から大きく乖離していると考える。それにもかかわらず、仮に区別できるという立場に立って本件について最高裁の見解を検討するとすれば、やはり、夫婦の一方と不貞行為をした第三者の他方配偶者に対する不法行為責任について、最高裁は、それが成立できないとは示していない。むしろ、最高裁は、第三者の不貞行為による不法行為責任を認める立場に立っていると言えるだろう（平成８年３月26日判決のように不法行為責任が成立する場合を制限するが）。評釈者（桑）は、他方配偶者が夫婦の一方と不貞行為をした第三者に対する慰謝料請求を認める余地を残したほうがいいと考える。確かに、この問題は性的モラルにと関わっている問題であり、多様な価値観を考慮

離婚に至った場合には、無責配偶者は、損害賠償を請求することができる。一、重婚したこと。二、配偶者のある者が他人と同棲すること。三、家庭内暴力を行ったこと。四、家族を虐待・遺棄すること。」

[27] 杨立新「论侵害配偶权的精神损害赔偿责任法学」法学（2002年）７号55 ～ 60頁参照。

しなければならない。しかし、家族関係・性関係に関する問題にあたるから、不法行為はそれを追放すべきであるという議論は、やや乱暴ではないだろうか。個人の自由意思をより尊重するという価値観の流れは否定できないが、目下の一般人の実際の生活感覚から見ると、やはり平穏・幸福の婚姻家庭生活は法的保護に値する利益であり、それを破壊する行為は社会道義上に許すことのできない非難に値する行動であると考えられる。美人局、非嫡出子の認知の抑制などの恐れに関して、具体的な状況に応じて慰謝料請求権の濫用を避けるべきであることに、評釈者（桑）は同感している。したがって、この問題を防ぐには、台湾法における他方配偶者に過失がない限りで損害賠償請求権が成立するというような制限は参考になると考える。それ以外には、第三者だけに対して慰謝料を請求することは許さないとすべきである[28]。

最後に、もっとも強調したいのは、扶養面から見ると、こういう慰謝料請求を認める必要があるということである。前述の見解⑥のように、不貞行為の問題は財産分与や婚姻費用分担などの諸請求権の行使に委ねられるべきであるとの考え方があるが、実際に婚姻費用分担や離婚給付の現実を考察してみれば、扶養上の保護における不十分さは明らかに見られるだろう[29]。このような婚姻費用分担また離婚給付が充実していない現状に対して、婚姻当事者と子供の損害を填補するために、不貞行為による慰謝料のような第三者へ請求する迂回路を認める必要性はあると考える。扶養的必要性の見解から本件を振り返ると、本件においてＸからの慰謝料請求権が否定されたのは、競輪選手を職業とする夫のＸは扶養面での救済の必要が低いことと関係しているのではないかと考えている。

（6）まとめ――本判決をどう捉えたらよいのか？

①（本判決の論理構造とその問題（批判的検討））

既に本判決の論理のわかりにくさ（そしてそれは従来の判例とも異質なもの

[28] 水野紀子「破綻している夫婦の一方と関係した第三者に対する他方配偶者の損害賠償請求」民法判例百選Ⅱ債権（第五版）（有斐閣、2001年）201頁参照。

[29] 秋武・前掲（注３）172～177頁参照。「多くの場合には、夫婦間に十分な清算の対象となる財産がなく、夫には、扶養的財産分与として妻に長期的に経済的支援をすることができる資力もないことが多いのである。」などが指摘されている。

を含んでいる）については、既に桑評釈で触れられているが、本判決は家原尚秀調査官の担当とのことであり、その手になると思われる判例時報2240号68－71頁、判タ1761号28－31頁などの匿名コメント[30]で、もう一度その論理を辿ってみよう。すなわち、（ⅰ）「不貞慰謝料と離婚慰謝料は分けられる（さらに後者は、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料に分けられる）。消滅時効との関係で、後者を問題とせざるを得ない。前者ならば、本件不貞判明の平成22年５月頃で、そこから３年の経過で消滅時効にかかるとする[31]」、（ⅱ）「離婚慰謝料は、夫婦間には妥当しても、本件のような第三者の不法行為に当てはめることには違和感がある」、（ⅲ）「判例変更ではない」とのことである。

しかしそれぞれについて、分らないところがあり、順に検討していこう。まず（ⅰ）については、従来の判例の論理では、不貞行為と離婚との因果関係があれば、本件不法行為を認めると言うことである。消滅時効との関係で、本件下級審判決（１審、それを引用する原審判決）では、不貞と離婚とを一体として捉え、「平成27年２月の調停離婚成立で生じたときに、Ｙの行為が不法行為であることを知り、不法行為の損害を確実に知ったことになる」として、そこを民法724条（改正後は、724条１号）の適用との関係で消滅時効の起算点として問題はないとするが、同条の「損害」の捉え方としてそれでよいのであり、そうすると、時効との関係で、「不貞慰謝料」と「離婚慰謝料」とを分断する必要性、必然性はない。

しかるに、最高裁は「不貞慰謝料」と考えると、本件では、不貞が発覚した平成22年５月頃が起算点となり、消滅時効が完成すると考える如くである（平成６年最判（注31）も加味している）。しかし判例の時効の起算点の捉え方は、かねて柔軟であり、例えば（20年の期間制限（民法724条後段、新民法724条２号）の「不法行為」についてのものだが）塵肺事例などでは、「不法行為時」の捉え方で、「損害の性質から加害行為が終了してから相当の期間が経過して損害が

[30] ほぼそれと同一内容の解説が、家原尚秀「配偶者の不貞相手に対して離婚慰謝料を請求することの可否」法律のひろば72巻７号（2019年）54-59頁（後掲）として、本判決の担当調査官だと明記して家原調査官の記名入りで公表されているからである。

[31] その旨の判例として、最判平成6.1.20集民171号１頁、家月47巻１号122頁（不貞事実（同棲事実）を知ったときからとする。離婚には至っていない事例である）を考えている如くである。

発生しても、当該損害の全部または一部の発生した時」としており（だから塵肺に関する行政決定時を起算点とする）（最判平成16.4.27民集58巻４号1032頁（筑豊塵肺訴訟）。さらに、同平成18.6.16民集60巻５号1997頁（Ｂ型肝炎訴訟）も参照）、このような柔軟な起算点の捉え方は、「損害を知ったとき」の解釈においてはなおのこと妥当するのである。かくして、「不貞慰謝料」と「離婚慰謝料」を区別しなければならないと言う消滅時効との関連での必要性は全くないことになる[32]。

そして次に、（ⅱ）についても、離婚慰謝料は婚姻二当事者間で問題になることは多かろうが、このロジックで対第三者の不法行為を封ずる必然性もないであろう（なお、従来不貞をした第三者との関係で離婚慰謝料請求を認めるのが、下級審実務であった（例えば、東京高判昭和63.6.7判時1281号96頁、東京高判平成10.12.21判タ1023号242頁、広島家判平成18.11.21家月59巻11号175頁など））。それほど「離婚慰謝料」というのが嫌なら（そこにあるのは、離婚慰謝料の相対性とも言うべきもので、ドイツ法を想起させる独特の概念論理で、日本民法とは異質であろう[33]）、別に「不貞慰謝料」でもよい（（ⅰ）のロジックは崩れているのだから）。要するに「婚姻侵害の不法行為による慰謝料請求」と言うことなのだから。（因みに、離婚慰謝料請求と財産分与との関係に関する、最判昭和31.2.21民集10巻２号124頁、同昭和46.7.23民集25巻５号805頁などは、本件事案処理との関係でイレレバントではなかろうか。なお、本件下級審では、消滅時効の起算点を離婚時とすることの先例として、昭和46年最判が援用されているが、それは付随的論点であるし、別に「不貞慰謝料」と性質決定されたからといって、同様の時効の起算点の捉え方ができることは前述したとおりである。）

かくして、本判決で展開される概念整理ないし分断（conceptual severance）[34]

---

[32] 大島梨沙・後掲評釈125頁では、このような解釈では平成６年最判を無力化させるから問題として、最高裁のロジックを擁護するコメントがあるが、この点全く理解に苦しむ。

[33] もっとも、石松勉・後掲評釈95頁はこの判決論理を支持されている。

[34] アメリカ法学での rule v. standard の議論との関連で、こうした形式主義的な「概念分離」（conceptual severance）の弊害をかねて説くのは、M・J・レイディン教授である。Margaret Jane Radin, *The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings*, 88 COLUM. L.REV. 1667, at 1676 (1988). See also, Angela Chang,

的な装いを取り払い、実質的に本判決は何を述べたのかということを考えてみると、不貞による不法行為について、その不法行為評価に不貞の側面をクローズアップし、不貞態様で絞り込み、「単なる不貞にとどまらず、夫婦を離婚させることを意図して、婚姻関係の不当干渉をして離婚のやむなきに至らせたと評価すべき特段の事情が必要である」としたわけである。そして本件事案との関係で、Yの不貞は最早解消されて、「特段の事情」はないと判断し、実質的判断としても、下級審を逆転させて、損害賠償を否定するという結論を導き出している。ここからは、婚姻侵害に関する制限的な基準にシフトしていると考える[35]のが素直であり（その意味で、実質的に判例変更である）、ここには制限的な学説の影響も窺える。だから評釈者（吉田）としては、（ⅲ）には理解できない。

ところで本評釈を北大民事法研究会（北大民法理論研究会と共催）（2020年1月24日開催）で報告したところ、上記の独特の判決論理（とくに（ⅱ）の部分）について、「第三者が単なる不貞行為にとどまらず、離婚を意図して婚姻関係に不当な干渉を加えるなど離婚のやむなきに至らしめたと評価すべき特段の事情があるとき」の件は、離婚慰謝料の問題として離婚の結果との関係で要件を考えるとの指摘があり、だからそれは「不貞慰謝料」に関する法理には影響しない（前記（ⅲ）の部分）が出てくるとのご指摘があった[36]。不貞慰謝料請求は本件ではできないとの出発点も理解しかねるし（前述）、離婚慰謝料の相対性原理[37]を前提にこのような限定要件を展開する論理の運びは、ドイツ法を前提

Demystifying Conceptual Severance: A Comparative Study of the United States, Canada, and the European Court of Human Rights, 98 Cornell L. Rev. 965 (2013).

[35] 櫛橋明香准教授は、後掲解説（末尾参照）69頁で、本判決の独特の論理に付き合われながらも、他方でここに示したようなアプローチにも左袒される如くである。

[36] 同研究会に出席された栗原伸介准教授、岩川隆嗣准教授のご指摘。記して謝意を表する。もっとも、両准教授は、判決ないしその調査官の独特の概念論理の内在的解釈として述べられたわけであり、両准教授が個人的解釈としてそれを支持されるわけではない。同じく参加された藤原正則教授も、このような論理を展開したとても、「離婚慰謝料」の論理は、「不貞慰謝料」の論理に影響するだろうと指摘された。評釈者（吉田）としても、そうだろうと思う。

[37] なお、樫見由美子・後掲批評（末尾参照）1169頁はこれを支持される如くである。しかしながら、婚姻侵害の第三者の不法行為について利益考量論的に制限的に考える

とする第三者の債権侵害や三者間の不当利得の限定的法理を想起させるもので、次述する実質的基準の評価は別として、そのロジックには賛成できない。況んや、ここで再度登場する「不貞慰謝料」と「離婚慰謝料」とは峻別できて、後者の絞りは前者に影響しない（前記（ⅲ））などという独特の概念の世界（いわば、かつて末弘厳太郎博士が嘆かれた「概念の遊戯」[38]を想起させる）には驚くばかりである。何時の間に最高裁実務は我々が慣れ親しんだ利益考量法学から隔たる概念分析（しかもその実質的意義や狙いには触れられない）に席捲され腐心することになってしまったのであろうか。

②（本判決の実質的意義）

ところで、近時の有力説（多数説）が説くように、確かに「愛情行為」に逐一不法行為法の掣肘を加えることは難しいし、それこそ、身分行為は、非合理的で性情的であるとする、中川身分行為理論[39]の現代的展開とも言えようし、それこそ「積極的破綻主義原理」の赴くところであろう。しかし、他方で、加害者サイドの自由意思論理ですべてを律しきれないことはセクハラ問題におけるフェミニズム法学が教えるところであるし、そこからは被害者サイドにおける支配抑圧関係に留意しなければならないことになろう。この点で、評釈者（吉田）は、かねて水野紀子教授のような議論に共鳴しつつも、被害者の扶養問題（特に女性の場合の母子家庭の貧困問題）を補充する意味を本不法行為法理は有しているとの見方、つまり特殊日本的な扶養補充的な意義を有していると見ているし[40]、この離婚当事者間の扶養（財産分与ないし離婚給付）が不充分であると

べきかどうかとは別に、『離婚慰謝料と不貞慰謝料との峻別』とか、『離婚慰謝料の相対性（離婚当事者に止められるべきであるとの原理）』というア・プリオリの概念論（概念法学）に囚われて良いのかどうかについては、方法論的に慎重であるべきである（その論理的な必然性がないからである。しかし、椌見批評は、そうした概念論を暗黙裏に支持される如くである）。

[38] 吉田・前掲書（注19）57頁注（228）参照。

[39] 中川善之助・新訂親族法（青林書院新社、1965年）28-36頁、42-45頁参照。

[40] 吉田邦彦・家族法（親族法・相続法）講義録（信山社、2007年）68-69頁参照。ただ紛争類型は、（α）女性（ないし子ども）が第三者の女性に賠償請求する場合と（β）男性が第三者の男性に賠償請求する場合（本件はこちら。昭和54年最判はこの双方があり、比較対象としても興味深い）に分けられるが、概して扶養補充の必要性が高い（α）の場合には、第三者も女性であり、資力も限られると言うところに難点があろう。筋

の問題は今なお深刻な形で維持されていることは昨今も報道されている[41]ところなので、(iii)にも配慮して、本法理それ自体の存続はなお肯定しておきたい。

もっともその点で、既に本評釈(桑)でも指摘されたように、本件原告は競輪選手であり(なおこれにつき、原審には誤記がある(民集73巻2号206頁では、控訴人とあるが、被控訴人であろう))、婚姻時の稼ぎ手であり、離婚後の財産分与においても、むしろ原告である財産分与者がイニシアティブをとっており、離婚に際しての扶養面での原告保護の必要性は低い。従って、かかる場合には婚姻侵害の不法行為は、本来の現代的バージョンに戻り、恋愛行動の不法行為規制には謙抑的に規制緩和になるという近時の学界の動きが本判決にも反映したということで、婚姻侵害の不法行為賠償に積極的だった下級審を覆してまで消極的な実質的判断をとった本判決は注目されよう。つまり、平成8年最判で打ち出された「婚姻破綻ないし破綻に瀕しているから」との理由からの消極的判断を下す(そしてこれに関しては、下級審の認定では本事案では「破綻」ないし「破綻に瀕する」に関する事実認定として、そうしたことはなかったとされている)のとは別理由から、婚姻侵害の不法行為が絞り込まれたところに本判決の実質的意義があるのであろう。また、上記の如く本件原告にはそれほど扶養補充的事情もなかったとの事案的背景から本判決の慰謝料否定の結論(ratio decidendi)は評釈者(吉田)としても支持できると考えたい。

③(本判決の課題と射程)

しかしながら本判決で示された制限的な命題(傍論(obiter dicta)的判示)には、別途検討が求められて、本件事情がない場合(例えば、昭和53年最判のような妻ないし子ども側からの請求の場合)にもそうであるのかどうかなどの考察は残されるのであろう。妻ないし子どもの扶養的必要性が高く、それが必

論としてはやはり、扶養法ないし離婚給付の充実に努められるべきであろうが、さりとてこのような第三者への賠償請求のルートを残しておく意義はなお残るであろう。

[41] 例えば、朝日新聞2015年12月3日24面(養育費の取り決めをしているのは、37.7%、実際に受け取っているのは19.7%。母子家庭の年間収入は、平均291万円(厚労省の2011年調査))、同2019年10月21日(2016年に受け取っている母子家庭は24.3%になったくらい。取決めは43%。現状として、養育費を受け取っていない母子家庭は、71.5%(2016年)で、先進国で最悪水準である。例外的に、自治体によっては、養育支払い執行に積極的になる(例えば、兵庫県明石市(泉房穂市長)は、親の給与に代行して差押え、反則金を課する「養育費泣き寝入り救済条例」(2020年4月施行予定))参照。

ずしも離婚給付では充分ではない場合に、本判決が打ち出した制限的基準でよいかの検討は残されよう。

また、本判決では、「離婚慰謝料」と「不貞慰謝料」が分けられて、「離婚慰謝料」の要件について論じられているようだが（前述。しかし、評釈者（吉田）としては、両慰謝料は区別できず、結局婚姻侵害の不法行為の要件厳格化が「不貞の態様」の絞り込みとして論じられていると考え、（ⅲ）との関係でも、実質的判例変更があったと考えることは前述の通りである）、本件のように、離婚が招致されなくても、婚姻侵害で、婚姻関係は破綻しているような場合でも（いわば「外縁状態」）でも、不法行為責任が生じうることが明示的に明らかになった風でもある。外縁的実態を反映して、実質母子家庭で扶養料の必要性が高いときの、本不法行為によるその補完的意義を考えると、やはり離婚した場合と同様の賠償請求のルートを認める必要性はあると思われる（離婚事例よりはその程度は概して低いとは言えるが）。そうした形での非合理的な愛情行動への容喙は筋違いではないのかとの反論もあるかも知れないが、原理的には別問題でも、離婚給付の実態ないし外縁別居母子家庭の扶養が不充分との現実がある以上は、やはり本法理によるその実際的対策は必要であろうと思われる。

＊本稿は、１，２については共同執筆、３（１）～（５）は桑が担当し、３（６）は吉田が執筆した。

＊本判決については、以下の評釈類などがある。法学教室465号132頁（山下純司）、法のひろば72巻７号54頁（家原尚秀）、戸籍時報782号66頁（安達敏男＝吉川樹士）、法セミ・新判例解説 WATCH25号93頁（石松勉）、同号123頁（大島梨沙）、民商法雑誌155巻６号1158頁（樫見由美子）、令和元年度重要判例解説（ジュリ臨増1544号）民法９事件（櫛橋明香）。