



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	不貞行為による慰謝料請求権に関する研究：日中比較の視点から
Author(s)	桑, 月佳
Citation	北大法政ジャーナル, 28, 25-54
Issue Date	2021-12-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/83499
Type	departmental bulletin paper
File Information	HouseiJournal_28_02_So.pdf



不貞行為による慰謝料請求権に関する研究

一日中比較の視点から

そう げっ か
桑 月 佳

目 次

はじめに	27
1. 日本における不貞行為による慰謝料請求権	27
(1) 不貞行為の定義	27
(2) 日本における不貞訴訟の現状	29
(3) 日本の学説と判例の変遷	30
(a) 不貞行為による慰謝料請求権に関する学説	30
(b) 不貞行為による慰謝料に関する判例の変遷	33
①大審院判決・決定	33
②最判昭和54年3月30日	34
③最判平成 8年3月26日	34
④最判平成31年2月19日	34
(4) 日本法における今後の動向	36
2. 中国における離婚損害賠償制度	37
(1) 現行婚姻法における離婚損害賠償に関する規定	37
(2) 離婚損害賠償請求権の成立要件	37
(a) 「違法行為」	37
(b) 「因果関係」	38
(c) 「損害事実」	38
(d) 「主観的故意・過失」	38
(e) 「重婚」・「第三者との同棲」の判断基準	39
(3) 新民法典における離婚損害賠償に関する改正	40
(a) 「離婚過錯賠償」に関する改正	40
(b) 「財産分与における無責配偶者への配慮」原則	41
(4) 中国における離婚損害賠償訴訟の現状	42
(a) 張さんと蔣さんをめぐる婚姻家庭紛争	42

(b) 王さんと章さんをめぐる不法行為賠償紛争	43
(c) 趙さんと黄さんをめぐる離婚紛争.....	44
(d) 蔣さんと趙さんをめぐる離婚後損害責任紛争	45
(e) 周さんと張さんをめぐる離婚後損害責任紛争	46
(f) まとめ.....	47
3. 中国における今後の法改正・法解釈に対する示唆	48
おわりに	50

はじめに

婚姻の様態は多様であり、その実態及び思想は常に社会の変化とともに変遷している。そして、婚姻関係は家庭の平和、男女平等及び子の利益と深く関わっている。人々の婚姻共同生活と家庭の平和を維持するために、夫婦間の貞操義務を重視しなければならないことは言うまでもない。日本においては、貞操義務に違反し婚姻外の第三者と情交関係を結んだ場合には、有責配偶者また第三者に対してその不貞行為により慰謝料請求権が発生するというのが判例の一貫した立場であったが、近年、この慰謝料請求権の可否について激しく議論される状況となっている。

中国の旧婚姻法¹46条では、重婚と同棲の二つの場合のみ、離婚に至った際に、婚姻当事者の有責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ていた。しかし、現在では婚姻の様態が多様化しており、重婚や同棲関係がなくとも婚姻生活に対して重大な影響をもたらす不倫関係が多数存在しているといえる。さらには、中国では日本のような財産分与制度がないため、こうして離婚に至る場合には、妻や子が一方的に経済的不利益を被ることになることが重大な問題となっている。この問題に関して、2021年1月から施行された中国民法典の婚姻家庭編では、財産分与における無責配偶者の保護、または離婚損害賠償に関する成立要件の緩和などの修正が行われ注目されている。フェミニズムや子の利益が年々重視されるようになってきた中国にとって、不貞行為に対する慰謝料請求権に関する日本の学説・判例の研究は、今後の中国の法改正・法解釈に向けて参照する価値があるものといえよう。そして、現在の日本では、この問題に関して多くの学者により否定論が唱えられているが、扶養上の保護の必要性について、理論や実務上の課題は未だ残されているため、検討の余地があるものといえるだろう。

1. 日本における不貞行為による慰謝料請求権

前田達明博士は『愛と家庭と一不貞行為に基づく損害賠償請求』の中で、夫婦関係について「夫婦は性的結合、社会的結合、経済的結合としての小団体であり、これらが精神的な愛情、信頼、連帯感、責任感などによって結合され、一体としての家族共同体を構成している」と述べている²。良好な夫婦関係を築くことは、個人の幸せ及び精神的安定において重要な価値がある。そして、家庭が社会の基本的構成単位となり、個々の家庭の平和は社会の安定、経済の豊かさや密接に繋がっている。その全ての基礎は、夫婦が互いに協力・信頼しあえる関係を築き上げることである。自然の愛情や安定的な家庭関係の維持のために、夫婦が互いに貞操を要求するのは当然のことであろう。ところが、夫婦の一方が貞操義務を破って第三者と不倫関係を結ぶのは古今東西を問わず珍しくないことである。これも自然の愛情と人間の本性によって生じる行為といえよう。しかしながら、不貞行為は昔から社会、道徳及び法律において許されず、日本ではかつて姦通罪が設けられ、不貞行為を犯罪としていた。性的自由の拡大とともに、近年、この不貞行為による慰謝料請求権の可否についての議論が盛んになっているが、不貞行為は今でも社会的に容認されておらず、民事上の不法行為に該当するとされている。

(1) 不貞行為の定義

不貞行為による慰謝料請求権の問題を検討する前に、「不貞行為」の意義を明らかにしなければならない。広辞苑、大辞林等によれば、「不貞」は「貞操をまもらないこと」とされ、「貞操」という言葉が用いられている。夫婦間の貞操義務について、直接的な民法上の規定は存在しないが、民法752条により同居、協力及び扶助の義務が規定され、民法732条により重婚が禁止されている。かつ、民法770条1項1号により、配偶者に不貞な行為があったときは夫婦の一方は離婚の訴えを提起す

ることができる。つまり、不貞行為は離婚事由とされている。以上の民法上の規定及び一夫一妻制という婚姻の本質などから、夫婦は相互に貞操義務を負うとされている³。

離婚原因としての「不貞行為」の定義について、最高裁は、「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」と狭義に解釈している（最判昭和48年11月15日判タ303号141頁）。これに対して、加害行為としての「不貞行為」については、「性的関係」に限定せず、より広く捉えた下級審判例も多くみられる⁴。例えば、東京地判平成17年11月15日（Westlaw Japan 2005WLJPCA11156005）は「第三者が相手配偶者と肉体関係を結んだことが違法性を認めるための絶対的要件とはいえない」と示し、東京地判平成22年12月21日（Westlaw Japan 2010WLJPCA12218011）は「継続的な肉体関係がなくても、第三者の一方配偶者に対する行為が、他方配偶者の婚姻共同生活の平和を毀損するものであれば、違法性を有するものというべきである」という判断を下した。さらに、東京地判平成28年9月16日（Westlaw Japan 2016WLJPCA09168024）は「抱きしめ合うこと」、「キスをすること」、「服の上から体を触ること」等を「配偶者のある異性との交際として社会通念上許容される限度を逸脱していた」と判示した⁵。以上のような裁判例から見ると、「性的関係」は不貞行為の典型的な態様であるが、裁判上では、不貞行為の成立に必ずしも性交渉・肉体関係を要求するわけではない。これは、不貞慰謝料訴訟における保護法益論の変化に関係している。

大学湯事件をきっかけに、民法709条の「権利」の概念が拡大され、「権利侵害から違法性へ」の動きが見られる。これに応じて、不貞訴訟における保護法益に関しても、「夫又は妻としての権利」から、「婚姻共同生活の維持という権利又は法的保護に値する価値」への変更があった。関連する判決の理由付けをまとめてみると、かつて大審院判例をはじめとする裁判例の多くは、判決の

理由付けを「夫権侵害」としていた。日本国語大辞典と学研国語大辞典では、「不貞」の意味に関して、「貞操をまもらないこと」以外に、それぞれ「特に、妻が貞節でないこと」と「特に、妻が夫に対して貞節でないこと」と補足されている。日本の不貞に関する法制度の沿革からも、妻と妻の不貞相手に厳しい懲罰が下されていたことがわかる。こうしてみると、「夫権侵害」という表現は、家庭内の男女不平等及び「妻は夫の所有物」という封建的な考えを表している。その後、いわゆる「男子貞操義務判決」（大決大正15年7月20日刑集5巻8号318頁）は、夫も貞操義務を負うと判示したが、保護法益を「妻の権利」とした。

一方で、保護法益を「貞操請求権」とする判決も出されている。例えば、津地判昭和32年11月8日不法下民集2巻（下）752頁では「貞操を要求する権利の侵害」という表現が使われていた。仙台地判昭和32年5月31日不法下民集2巻（下）723頁は「夫権」を「妻に貞操を要求しうる権利」と理解した。「夫権」・「妻権」に比べ、「貞操請求権」は配偶者を自分の物と見なす意味を薄めたが、このような夫婦が互いに貞操を請求する権利を排他的な人格的支配権と理解する考え方もあり、個人の人格的自律の面では、人格的な自由・平等に違反するものである。これに対して、東京地判平成15年6月24日（Westlaw Japan 2003WLJPCA06240005）は、貞操義務または貞操請求権に関して、「その貞操義務は婚姻契約によって生じ、一方配偶者の他方配偶者に対する一種の債務不履行の問題であって、貞操請求権は対人的、相対的な性格を有し、夫婦の一方の他方に対する貞操請求権を侵害するか否かは、他方の自由意思に依存するものである」と述べている。これによって、貞操請求権は物権的権利ではなく、対人的・相対的な債権的権利であるとされた。さらに、前田達明博士は、貞操義務を一般的債権より、さらに個人の自由意思に重ねられた権利義務とみるべきであると指摘した⁶。

また、大阪地判昭和26年9月6日判タ18号61頁のように、被侵害法益を「夫婦の結合関係」とする

判決もあり、中川淳博士も「夫婦関係が法によって保護に値する利益であるから、それが侵害された時には不法行為が成立するという理論が一般化していったということができる」と述べている⁷。そして、札幌高判昭和51年10月27日判タ346号220頁は「精神的平和かく乱、平和な婚姻共同生活を営むべき利益の侵害」を不法行為が成立する理由づけとして示した。精神的平和に関して、加藤一郎博士は不貞行為を不法行為とする実質的理由は、他方配偶者の精神的平和をみだしたことであると指摘した⁸。さらに、最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁により、「婚姻共同生活の平和の維持という法的保護に値する価値」が不貞訴訟の保護法益として示された。そのほか、裁判例の中には、「家庭平和の破壊」、「健全な家庭生活の育成に努めるべき義務の違反に加担」、「平穏で幸せな家庭生活を営むべき精神的利益の侵害」などの表現が見られる。近年の裁判例からは、婚姻共同生活の平和という利益の侵害の有無を判断基準として不貞行為を認定する趨勢が見られる⁹。これにより、「婚姻共同生活の平和」を侵害する行為が不貞行為と評価され、「性的関係」がなくとも不貞行為の成立は可能となる。例えば、前掲東京地判平成17年11月15日は、「不倫訴訟における保護法益は、一方当事者の他方当事者に対する守操請求権よりも、婚姻共同生活の平和の維持によってもたらされる配偶者の人格的利益という見地から検討されるべき」と判示し、これに基づいて「手をつないで歩いていたこと」から不貞行為の成立を認定した。

(2) 日本における不貞訴訟の現状

日本の離婚裁判はだんだんと「破綻主義」へと移行しつつあり、現在の離婚訴訟においては、慰謝料を伴う場合が極めて多い。不貞行為による慰謝料請求事件の原告は、配偶者の一方、もしくは子であるが、最判54年3月30日民集33巻2号303頁以降、子どもからの慰謝料請求を否定するのが判例の一貫した立場であるため、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。不貞訴訟

の被告に関しては、不貞行為をした配偶者及び不貞行為をした配偶者の相手方に対して不貞行為による慰謝料を請求できるが、不貞をした配偶者とその不貞の相手方を共同被告とする事件を含め、（平成27年10月から平成28年9月までの一年間の東京地方裁判所における裁判例）123件のうち9割以上が不貞行為の相手方を被告とする事件である。そして、大塚正之弁護士によると、「夫婦間のみで、離婚とは別個独立して不貞行為の慰謝料のみを配偶者又は元配偶者に請求する事件はほとんどなく、5%にも満たない」¹⁰。また、この123件の事案のうち、認容額はそれぞれだが、全体の約4分の3は、その慰謝料請求の全部又は一部を認容した。

不貞行為による慰謝料を認容するには、不貞行為が存在した上で、前掲最判平成8年3月26日により示されたように、不貞行為をした時点で、婚姻関係がまだ破綻していなかったことが要求される。前述の123件中、不貞行為が行われた時に、婚姻関係が破綻していたかが争点となった事例は60件である。そして、そのうち婚姻関係がすでに破綻していたことを理由に不貞行為による慰謝料請求を否定した判決は6件である¹¹。こう見ると、日本では、第三者に対する不貞行為による慰謝料請求を積極的に認める傾向がある。不貞慰謝料額については、具体的な事実を踏まえ、夫婦の身分関係、不貞当事者の身分関係、不貞関係の内容、不貞行為の結果生じた婚姻共同生活の破壊の程度などの面から、その額を算定する。慰謝料増額事由としては、夫婦間の婚姻期間が長いこと、不貞行為の期間が長い、もしくは頻度が高いこと、夫婦間に未成熟の子がいること、不貞行為当時夫婦間の婚姻関係に特に問題がなかったこと、不貞行為の当事者間における子の妊娠、不貞の相手方が不貞した配偶者から経済的利益を受けていたこと、不貞をされた配偶者の心身の変調などが見られる¹²。実務では、裁判官が事案に基づいて信義則をもって慰謝料額を具体的に算定するが、客観的な算定基準が設けられていないため、離婚訴訟における情緒的な有責性の主張立証に対する批判がある¹³。

日本の離婚給付は財産分与と離婚慰謝料のいわゆる二本立てとなっている。この財産分与と慰謝料の関係をめぐって財産分与の性格が論じられてきた。財産分与は夫婦財産の清算・損害賠償・扶養の三要素からなり、その主要な要素が清算である点で慰謝料に対して独自性をもつとするのが、通説的見解である¹⁴。そして、最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁は財産分与の目的・機能を「夫婦の共同財産の清算分配」、「離婚後の生活費に充てる」、「離婚の慰謝料」としている。

水野紀子教授を代表として、第三者に対する不貞慰謝料請求を否定し、離婚給付の充実化を唱える学者もいる。しかしながら、離婚給付・財産分与の不足の問題はいまだに深刻である。令和元年司法統計年報によれば、令和元年の財産分与事件の半分以上は支払額が400万円以下である。日本では、専業主婦の割合がかなり高く、結婚のために仕事の機会と経済力を失い、家庭のために「内助の功」を尽くしたにもかかわらず、夫の不貞行為によって離婚してから、再就職のバリア、子育てと仕事の両立の困難等の原因により経済的苦境に陥る女性が多い。このような「財産獲得能力のある夫と専業主婦の妻の場合に、二分の一であったら、離婚給付としてはとても足りない」と水野教授自身も指摘している¹⁵。

(3) 日本の学説と判例の変遷

夫婦の一方による、他方と不貞行為に及んだ第三者に対する慰謝料請求の可否については、不貞相手の不法行為責任を肯定するのが判例の一貫した立場であるが、学説は、様々に分かれている状況である。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。

(a) 不貞行為による慰謝料請求権に関する学説

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させ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¹⁶。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」、「明瞭に背德的な、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¹⁷。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」であり、「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」¹⁸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」¹⁹とするべきであるとする。ほかに、泉久雄教授は前掲最判昭和54年3月30日に対する評釈の中で、「夫婦間の同居義務も、協力義務も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」²⁰と指摘した。

見解③においては、離婚の合意をした上で、事実上の離婚に至らなくても、婚姻関係が破綻していれば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。前掲最判平成8年3月26日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」と理解し、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²¹、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、金銭による満足の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」²²というような指摘もある。

見解⑤の立場に立つもの²³として、島津一郎博士は不貞行為における第三者に対する損害賠償の可否について否定説を唱えるが、「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ときに限って損害賠償請求を認めるべき」²⁴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。

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なるという危惧、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²⁵。

次に、以下では否定説と肯定説の根拠を挙げていく。

まず、否定説の理論づけとして、第一に、前述のように、離婚給付の充実化が実現できれば、不貞慰謝料が存在する必要性もなくなるという考え方があり。財産分与に慰謝料的な機能があるため、財産分与を行った上でさらに不貞慰謝料を請求することは、同じ損害に対して法的評価を重複させる嫌いがある。財産分与の不足の問題に関して、現存の財産の山分けという概念を修正し、扶養の要素を正面から認めて、財産獲得能力がある当事者となない当事者の間の衡平を図るべきであるとされている。

第二に、夫婦関係又は第三者との不貞行為というのは、常にデリケートで個人的な領域の事柄であり、そもそも法は干渉すべきではないとされる。不貞行為の問題は性的モラルと密接に関わり、男女間の感情的な要素が含まれているため、裁判が男女紛争の場にならないように、法は不貞行為の問題を追放すべきであるとされる。そもそも、法は家庭へ介入すべきかどうかという問題は、多くの学者により議論されている。このよう

な問題に関して、倫理・道徳に任せるという考え方をもち人は少なくないだろう。また、夫婦の婚姻に関して、「自分が選んだ結婚相手を丸ごと引き受ける義務が大幅にある」、「そういう配偶者を選んだこと自体に、あなたに責任があるのだ」という判断で、ある種の過失相殺とでもいう」と主張し、婚姻の当事者の自己責任を強調する見解もある²⁶。

第三に、人格尊重の視点から貞操義務を批判する考え方がある。不貞行為による慰謝料請求権の基礎は夫婦間の貞操義務であり、このような夫又は妻に対して貞操を要求する権利は、ある種の配偶者に対する「性的支配権」となる。つまり、第三者に不貞慰謝料を請求することは、夫婦は互いに相手方配偶者に対して物権的支配権のような排他的・対世的な権利を持つことを前提としている。個人主義と個人の自由意思を重視する現在では、このような発想は人格の独立・自由・平等の視点から批判を受けている。

第四に、不貞行為の問題は夫婦間で解決すべきであり、第三者へ不貞行為による慰謝料を請求すべきではないとする意見もある。この考え方は貞操義務を夫婦間の婚姻に関する契約とし、その婚姻契約の当事者の間についてだけ法が干渉すべきであるとする。そして、この考え方により、法律婚の場合に限って当事者の間に法的義務が生じるとされている。これによって、配偶者の一方が不貞行為をして婚姻が破綻に至った場合、この不貞をした配偶者のみに責任を追及すべきであり、法的責任は婚姻外の第三者に及ばないとされるべきである。現在の不貞訴訟において、不貞をした配偶者と不貞の相手方が共同不法行為をしたにもかかわらず、不貞の相手方だけに不貞慰謝料を請求する事件は多い。配偶者を許すのに、嫉妬、怨恨などの原因で第三者だけを許さないのは不公平ではないかと思われる。

第五に、感情的な損害と夫婦関係はお金で回復できないという考え方から、不貞行為を不法行為として評価することが否定される。不法行為に基づく損害賠償の機能として、損害填補機能、懲罰

的機能、予防機能などが挙げられる²⁷。しかし、第三者に惹かれる感情は「法律の力で引戻すことはできない。まことに破れた鏡、こぼした水の如く、元に戻すことは、本人の良心が自らそう動く以外、誰の力でもできない」とされ²⁸、金銭的損害賠償としての慰謝料が命じられても、夫婦の感情が元に戻ることは不可能で、傷ついた配偶者の感情を慰藉するのは難しいものである。中里和伸弁護士によれば、「愛情と信頼において最も深く傷ついた者ほど、金銭による賠償から最も遠い所で傷ついているはずだからである」²⁹。そして、不貞慰謝料を命じることは、逆に、お金で愛情を買うという嫌いがあるとされる。この考え方の下で、不貞行為の慰謝料請求について、名目額の損害賠償で十分であるという見解が示されている。

第六に、不貞行為による慰謝料の存在は日本の現行法制度と矛盾しているという指摘がある。有責配偶者の離婚請求に関して、有責主義から破綻主義への変更の流れのなかでは、不貞慰謝料という有責性を評価する制度の存在自体に疑問がある。そして、家族法が非嫡出子に対する差別を積極的に解消する一方、不貞慰謝料請求権の存在は非嫡出子の強制認知に対する抑制作用を齎すと指摘されている。

不貞行為による慰謝料請求権に関する賛否両論において、否定説は近年有力となっているが、実務では、不貞慰謝料を積極的に認めるのが依然として主流のやり方である。肯定説の理由付けとして、主に以下の五つがある。

第一に、核家族化している現代日本において、婚姻家族の尊重の視点から、家族の統体的性質を強調し、この統体的関係における個人の愛情的利益を法の保護に値する利益とし、それが侵害された時に法的救済をなしうとする。そして、「これが婚姻家族の制度を維持するうえにおいて、より積極的な意義を有するもの」である³⁰。

第二に、財産分与と慰謝料の関係に関して、財産分与の請求権と慰謝料の請求権の性質は異なるものと理解されている。前掲最判昭和46年7月23日は、「すでに財産分与がなされたからといって、

その後不法行為を理由として別途慰謝料の請求をすることは妨げないというべきである」、「財産分与がなされても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解せられないか、そうでないとしても、その額および方法において、請求者の精神的苦痛を慰藉するに足りないと認められるものであるときには、別個に不法行為を理由として離婚による慰謝料を請求することを妨げられない」と判示した。これに対して、中川淳博士は不法行為による慰謝料と離婚給付との二つの制度は、本質的に別個の制度とみるべきであり、離婚給付には賠償的意味を含ませるべきではないと主張している³¹。

第三に、配偶者の実質的被害を回復するために、不貞慰謝料の存在は必要であるとされる。第三者の介入で、配偶者の一方が家庭を捨て、婚姻が破綻に至った場合に、第三者が自ら誘惑したり、不貞をした配偶者の無知または意志薄弱に乗じたり、配偶者がいることを知った上で不貞行為に及んでいたりすれば、故意・過失があると認定され、不法行為責任を負わなければならない。こういう場合、婚姻の破綻による精神的苦痛以外に、離婚による経済的不利益を受ける被害者は多く存在する。特に、被害者が女性かつ経済的弱者となる場合が圧倒的に多いため、弱者の利益を保護するという面でも、不貞行為による慰謝料を認めるべきであるとされる。

第四に、民法752条が夫婦間の同居、協力及び扶助の義務を明確に規定する以上、これに違反する不貞行為は不法行為として評価すべきであるとされる。特に、第三者と夫婦の一方との間に継続的かつ安定した共同生活が形成した場合は、民法752条が規定する夫婦間の同居義務に明らかに違反することとなり、悪意のある第三者の不法行為責任を肯定するべきであるとされる。

第五に、性的自由が拡大しているにもかかわらず、現在の日本において、平和な婚姻を破壊する不貞行為はいまだに社会または国民の感情において容認されない行為であり、婚姻の安定（ないし婚姻の保護）のためには、不貞行為の相手方に婚姻破壊の共同不法行為者として法的責任を負わせ

るべきだとするのが支配的モラルであり、残された配偶者の精神的苦痛を慰謝すべしとするのが国民一般の法意識だといえる³²。

(b) 不貞行為による慰謝料に関する判例の変遷

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年10月1日刑録9輯1425頁、前掲大決大正15年7月20日）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年11月26日民集13巻12号1562頁、前掲最判昭和54年3月30日）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も見られる（前掲最判平成8年3月26日）。

①大審院判決・決定

前掲大判明治36年10月1日は、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に対し、夫への損害賠償義務を認めたものである。前掲大決大正15年7月20日は、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³³、またそれを姦通罪として処罰する³⁴という、男女差別的扱いがなされていたが、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³⁵。そして、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、前掲大判明治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³⁶。「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最判昭和54年3月30日

前掲最判昭和54年3月30日（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的苦痛を慰藉すべき義務があるというべきである」とした。これは、原審（東京高裁）で、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³⁷。なお、同一日付の本問題の最判別事案（最判昭和54年3月30日判タ383号51頁）の控訴審においては同じ下級審でも、大阪高裁は、「夫婦とその未成年子からなる家族にあって、各人は他の家族と共に平穩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穩・幸福の重要性を強調していた。つまり、第三者と配偶者との関係では、不法行為について積極的方向で実務を統一したわけである。

③最判平成8年3月26日

前掲最判平成8年3月26日は、「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。前掲最判昭和54年3月30日（民集掲載事件）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された判決とも言える。

④最判平成31年2月19日

最判平成31年2月19日民集73巻2号187頁はこれまでと違う新しい判断を行った。本件について詳しく分析していく。

まず、本件の事案概要を簡単に紹介する。Xは、競輪選手を職業とする男性である。平成6年3月、XはAと結婚した。同年に長男Bを、翌年に長女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。だが、その後、双方とも離婚を申し出るようなことはなかった。平成20年12月頃、AとYは知り合いとなり、遅くとも平成21年5月までには不倫関係となった。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。平成26年4月、AはXと別居することになった。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。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。同年11月、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、不貞行為に基づき慰謝料を請求した。第一審と控訴審は、AとY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請求権を認容した。そこで、Yは上告した。

最高裁は原判決を破棄し、第一審判決のYの敗訴部分を取消し、Xの請求を棄却した。理由として、「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、上告人は、被上告人の妻であった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、被上告人は、上告人に対し、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」と判示した。

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、他方と不倫関係にあった第三者に対して、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が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、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者に対する他方による離婚に伴う慰謝料請求の可否について、「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。

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³⁸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」³⁹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。不貞行為をされたことによる精神的苦痛と不貞行為により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、現実的に考えてみれば、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、現実の状況から大きく乖離していると考え⁴⁰。

とはいえ、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なら、最高裁は、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が成立しないとしているわけではない。むしろ、最高裁は、いままでの判例のように、第三者の不貞行為による不法行為責任を一定の制限を加えた上で認める立場に立っていると言えるであろう。前掲最判平成8年3月

26日において示された、不貞行為がなされた時点で婚姻がまだ破綻していないという制限に加え、さらに離婚慰謝料については、不貞行為と離婚との間の因果関係についても制限を加えている。つまり、不貞行為が「結果として」夫婦の離婚に繋がらなければならない。そして、因果関係の成立には、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」が要求されるとしているわけである。

これは筆者の推測だが、最高裁は、否定説が次第に有力になっていく現在の流れの中で、不貞行為による慰謝料に対して、前掲最判平成8年3月26日より厳しい制限を加えることを企図しつつも、国民の感情と世論の反応を考慮した上で、正面から不貞慰謝料を否定する判決は出さなかったのではないだろうか。その代わりに、不貞慰謝料と離婚慰謝料を区別するような婉曲的なやり方を取り、本件の焦点を「不貞慰謝料」から「離婚慰謝料」にずらしたのではないか。こうすることによって、不貞慰謝料を積極的に肯定する最高裁の従来の立場が一変することにより学界、実務界及び一般国民に齎される衝撃をある程度緩和したのであろう。

(4) 日本法における今後の動向

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、日本の学説上ではその慰謝料請求権を否定する傾向が強まっている。そして、従来の最高裁判決と比べると、最新の最高裁判決も不法行為責任の成立に対してより厳しい制限を加える傾向が見て取れる。

前述した最新の最高裁判決においては、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。不貞行為による慰謝料請求の成否自体については、最高裁は否定する立場を明確にしているわけではない。しかし、判例の変遷から見れば、今後の裁判において、不貞行為による慰謝料請求権を認めることにより厳しい制限を加え

るのではないかと推測される。そして、最新の前記最高裁判決は離婚慰謝料を請求できるのは「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ある」場合に限定したが、「離婚させる意図」、「不当な干渉」、「特段の事情」の具体的な判断基準は明確に示されていないため、下級審の今後の判断にも注目すべきである。

私見では、他方配偶者による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は残したほうが良いと考える。確かに、この問題は性的モラルに関わる問題であり、多様な価値観を考慮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、一般人の実際の感覚からすると、やはり平穏・幸福な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、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。前掲最判平成8年3月26日に対して、新聞記事では「不倫の償い無用」、「不倫、責任問わず」、「不倫相手、賠償責任なし」などの大見出しが使われており、前掲最判平成31年2月19日も媒体により大きく報道されていた。これらの判決が一般民衆に齎した不安と衝撃を見ることができる。

もちろん、第三者の不法行為責任の成立には一定の制限を加えるべきである。前掲最判平成31年2月19日は不貞行為と離婚の法的因果関係に着目し、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ければ、第三者の不貞行為を理由とする不法行為責任を認めることができないと示したが、実際に、因果関係を判断するのはかなり困難なことであろう。筆者の主張としては、第三者に夫婦関係を破壊する意図と積極的な行為が備えられていれば、因果関係が成立すると見なすべきで

ある。そして、不貞行為と離婚との間の因果関係が認められないとしても、不貞行為の態様が悪質である場合、第三者の不法行為責任を肯定するのが妥当だと考える。以上をまとめると、第三者の不貞行為による不法行為責任の成立要件は以下の通りとなる。

まず、第三者は当初から、夫婦関係を破綻させる意図を持っていなければならない。さらに、第三者から不貞をした配偶者を教唆・誘惑したり、配偶者の無知または意思薄弱を利用したりして配偶者の貞操義務違反に積極的に加担することが必要である。逆に、配偶者の一方から積極的に誘惑し、誘惑された第三者はその人が既婚者であることを知らず、あるいは知らないことに過失がなかった場合は、ある意味でこの第三者もただの被害者であるので不法行為責任を否定するのが妥当である。最後に、行為の悪質性の角度から見ると、不貞行為の態様が悪質である、あるいは重大な被害が起こされた場合には、第三者の不法行為責任を肯定すべきである。

最も強調したいのは、扶養面から見ると、こうした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見れば、扶養上の保護における不十分さは明らかだろう⁴¹。このような婚姻費用分担及び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の請求という迂回路を認める必要性がある⁴²と考える。扶養的必要性の見地から前掲最判平成31年2月19日を見返すと、本件において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扶養面での救済の必要性が低いことと関係しているのではないと思われる。

2. 中国における離婚損害賠償制度

これまで、中国においては、離婚賠償請求権な

いし配偶者としての権利や夫婦間の忠実義務について議論が重ねられてきている。婚姻法に規定されている損害賠償請求権の要件の緩和・拡大を求める意見も大きく、現在の損害賠償制度や財産分与制度の不十分さが多く指摘されている。その中でも、不貞行為における第三者への慰謝料請求権に関する研究が大きな割合を占めている。

(1) 現行婚姻法における離婚損害賠償に関する規定

中国旧婚姻法46条では、「次に掲げるいずれか一つの事由により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」と規定されている。そして、関連する司法解釈によって、ここでの「損害賠償」というのは、物理的な損害への補償と精神的な損害への補償の両者を意味し、精神的な損害賠償に関しては、民事不法行為上の精神損害賠償責任についての規定が適用されている⁴²。以上のような法律規定は中国では一般的に「離婚過錯賠償」制度と呼ばれている⁴³。名前からわかるように、前述の婚姻を妨害する四つの違法行為が夫婦間の離婚をもたらし、そして一方配偶者がその行為について故意・過失がある場合のみ、46条が規定している「離婚過錯賠償」は適用できる。中国最高人民法院が司法解釈28条の中で示したように、旧婚姻法46条が言う精神的な損害賠償に関する問題を解釈するために、不法行為法上の関連規定を援用することができる。ここで、不法行為法の基本的な考え方を参照しつつ、不貞行為に関連する問題に着目して旧婚姻法46条が定めた具体的な要件を詳しく分析してみる。

(2) 離婚損害賠償請求権の成立要件

(a) 「違法行為」

46条の規定している離婚損害賠償請求権を成立させるには、まず、婚姻または家庭関係を妨害する違法行為が存在しなければならない。日本の家

事審判での広い裁量の余地と違い、中国旧婚姻法46条の違法性要件の判断については、相当厳格な基準が設けられている。要するに、配偶者の一方が以上の四つの状況以外の違法行為——例えば、姦通、売春買春行為⁴⁴、賭博、麻薬の使用など——をすることによって深刻な結果を引き起こしたとしても、他方配偶者が離婚損害賠償を請求することは難しいのである。そして、「重婚」と「第三者との同棲」の要件を満たすかどうかを具体的に判断する際にも、厳しい基準が採用されているため、実務では、当事者にとって旧婚姻法46条の援用がかなり難しいこととなっている。その点については、後述する「重婚」、「同棲」要件の分析の部分で詳しく説明する。

(b) 「因果関係」

次に、上記のような違法行為によって、婚姻関係が離婚に至らなければならない。したがって、婚姻の当事者が離婚していない場合、配偶者の一方が46条の定める四つの違法行為を行ったとしても、離婚損害賠償を認めることができない。夫婦の一方が「重婚」または「第三者との同棲」というような不貞行為をしたとしても、法律上の婚姻関係が続いているかぎりでは、他方当事者が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。この点では、中国婚姻法上の精神的な「離婚過錯賠償」というのは、先に日本の判例について検討した際に触れた「離婚慰謝料」・「不貞慰謝料」の区別に関し、「離婚慰謝料」と形式的に類似したところがある。そして、どちらにせよ、内容的には、慰謝料の内訳として「不貞行為に対する責任」と「離婚することになった責任」の両方が含まれる。したがって、中国の婚姻法では、独立した「不貞慰謝料」という概念が存在しないとも言えるだろう。それだけでなく、違法行為要件を具備し、婚姻関係も終了した場合においても、離婚損害賠償を必ずしも請求できるわけではない。この場合、婚姻の破綻と一方当事者の違法行為の間の因果関係の有無が問われている。因果関係が否定される場合、損害賠償請求権の成立も

否定されることとなる。

(c) 「損害事実」

さらに、離婚によって有責配偶者が相手方に損害を与えたことも要件の一つとして挙げられている。中国旧婚姻法46条に関して、「損害事実」の中身は広く解釈されている。ここでの「損害」は、財産的損害と非財産的損害の両方が含まれている。不貞行為に関して、問題となるのは主に非財産的損害である。中国の民法では、非財産的損害は一般的に非財産性利益の減少・喪失・損失と理解されている。46条が列挙した四つの違法行為の具体的な内容から考えてみると、このような状況で離婚に至ることによって当事者が相当な精神的苦痛を受けるのは想像にかたくないだろう。そのため、中国において、このような場合に、非財産的利益が侵害されるとするのは学説上も実務上も一般的に肯定されている。しかし、侵害された法益の具体的な内容について、学界では議論が続いている。21世紀初頭、無責配偶者への名誉毀損というのは中国民法上の通説であった。近年では、「配偶者権」という概念についての議論が盛り上がり、「配偶者権侵害」論は多くの学者により唱えられている。例えば、楊立新教授によれば、配偶者権というのは、夫婦間において配偶者関係により相互に生じる身分上の利益であり、権利者に排他的に支配され、すべての人がこの権利を侵害してはならないとされる⁴⁵。

(d) 「主観的故意・過失」

最後に、「主観的故意・過失」要件の具備も必要とされている。中国の婚姻法でも、離婚自由主義が採用されるため、損害賠償責任を引き起こすのは「離婚」そのものではなく、「重婚」、「第三者との同棲」、「家庭内暴力」、「家族遺棄」などの行為である。したがって、行為者が故意または過失によって他方配偶者の利益を侵害する以上の四つの行為をしなければならない。興味深いのは、中国の実務では、「離婚過錯賠償」の言う「過錯」は、単に行為者の「主観的故意・過失」

を指すだけではなく、46条の挙げた婚姻関係を破壊する悪質な行為に対する法と道徳からの否定的評価のことも表しているという見解がある。この見解に基づき、離婚損害賠償における有責配偶者の「故意・過失」の有無の判断は、不法行為法上の主観的害意等の一般的な法的判断基準とは異なり、46条の定める行為があれば、事実上の「故意・過失」があるとされ、「故意・過失」要件の具備が認められる。したがって、中国の実務では、46条の挙げた四つの行為がなされる限り、行為者に「主観的故意・過失」があると判断するのが通常のやり方である。

(e) 「重婚」・「第三者との同棲」の判断基準

以上が中国旧婚姻法46条における損害賠償請求権の成立要件に関する分析である。ここからは、四つの違法行為のうち、不貞行為に関わる「重婚」と「第三者との同棲」について、その具体的な中身を検討して行く。前述からわかるとおり、中国婚姻法は精神的離婚損害賠償の成立に対して、非常に厳格な基準を設定している。

日本において、広い範囲での「不貞行為」がなされると慰謝料請求権が発生するのと違い、中国では、第三者との間で「持続的かつ安定した共同生活」が形成されてはじめて、離婚損害賠償請求権の可否が問題となる。そして、46条の規定する「配偶者のある者が他人と同棲すること」に対して縮小解釈を適用し、「第三者と夫婦の名義を持たないまま、持続的かつ安定した共同生活をすることと理解されている。最高人民法院の考え方では、このような持続的かつ安定した共同生活を形成する婚姻外の不倫関係は、一般的な姦通、売春買春行為その他の偶発的な不貞行為と違い、一夫一妻制への重大な違反となるため、これが「離婚過錯賠償」の一つの状況として46条で挙げられている。つまり、配偶者のある者が婚姻外の第三者と同棲し、二人の間に持続的かつ安定した共同生活が形成された場合、これによって婚姻関係が破綻してしまい離婚に至るのであれば、無責配偶者が46条をもって有責配偶者に精神的離婚損

害賠償を請求することができる。他方で、第三者との間に持続的かつ安定した共同生活が形成されていない場合において——たとえ不倫関係の当事者が一時的に同じところで一緒に暮らしたことがあるとしても——このような関係への介入は法の家庭への過度な関与と見なされ、46条の損害賠償を請求できないというのが中国の今までの通説である。

「持続的かつ安定した共同生活」の認定について、その判断は家事事件の裁判官に委ねられ、不貞行為の当事者の一緒に暮らす時間の長さ、二人の関係の安定性などの事情を考慮した上で裁判官の自由裁量で判断することとなり、事案ごとに個別的取扱いと総合判断がなされている。裁判官に自由裁量の余地があるとはいえ、実際に「配偶者のあるものが他人との同棲」をしたことが認められ離婚損害賠償請求権が肯定される事案は極めて少ないと言える。その理由として、無責配偶者の立証の難しさが考えられる。前述で詳しく説明したように、離婚損害賠償請求権を成立させるには、46条の規定している厳しい要件を満たさなければならない。その中で、最も難しいのは「重婚」または「他人との同棲」を証明することである。そして、中国の婚姻法では、46条の要件具備の立証責任は無責配偶者にある。その結果、46条の適用は極めて困難なこととなっている。中国最高人民法院の呉曉芳裁判官が述べているように、「婚姻法46条の離婚損害賠償制度は立証困難のせいで、形骸化した規定となっている」。皮肉なことに、旧婚姻法46条の「離婚過錯賠償」は2001年婚姻法改正によって新しく設けられた婚姻法の制度であり、2001年改正の一つのポイントとして注目を集めていた。当時、この規定は社会に大きな影響を与え、法学界だけではなく、社会各界から高い評価を受けた。この制度により、平和で幸せな家庭生活と婚姻当事者の利益が守られると、社会全体が期待していた。しかし、今の状況から見ると、この制度の元々の意図が実現されず、無責配偶者の利益が守られていないのは、学者と実務家の共通の認識である。呉裁判官によると、「こ

の問題の根本的な原因はまさに46条の過酷な成立要件にあり、不貞行為が重婚・同棲の程度に至ったのを証明するのは無責配偶者にとって難しすぎる。そして、多くの不倫関係が重婚または同棲の程度に至らないのが現実である」という⁴⁶。

(3) 新民法典における離婚損害賠償に関する改正

中国民法典は2020年5月28日に成立し、2021年1月1日に施行された。そのうち、婚姻法の内容は民法典の「婚姻家庭編」で規定されており、旧婚姻法の内容に基づきつついくつかの改正がなされている。不貞行為の損害賠償の問題と関わるのは、離婚損害賠償制度及び財産分与制度における改正である。

(a) 「離婚過錯賠償」に関する改正

旧婚姻法46条の「離婚過錯賠償」に関する内容は新民法典の1091条の中で規定されている⁴⁷。条文から見ると、民法典1091条には二つの変更がある。一つ目は、旧婚姻法46条が挙げた四つの違法行為に加え、「その他の重大な過失があること」という一般条項を設けていることである。前述のように、旧婚姻法46条は厳格な成立要件が原因で形骸化していた。その窮境を乗り越えるために、民法典では「穴抜け防止」条項が新しく設けられた。これによって、精神的損害賠償を成立させる行為の制限はなくなり、離婚損害賠償が適用できる範囲は拡大された。例を挙げると、夫が婚姻外の第三者とたまに会って不貞行為をして、非嫡出子が生まれた場合、元の規定によると、この二人の間に「持続的かつ安定した共同生活」は成立しておらず、「重婚」または「同棲」の程度に達していないため、妻が離婚訴訟においてこの不貞行為に基づいて夫に対して精神的損害賠償を請求したとしても旧婚姻法46条の要件欠缺を理由に否定されることになる。しかし、民法典1091条が適用されると、子供が生まれたという事実をもって夫に「重大な過失がある」と認定することができ、妻の夫に対する離婚損害賠償請求権が認められることになる⁴⁸。現段階では、新民法典がまだ施行

されたばかりであるため、裁判において実際にどのような基準をもって「重大な過失」が判断されるのかはまだわからないが、中国の家事裁判の今までのやり方から見ると、要件の緩和と言っても、「損害事実」と「主観的過失・故意」などの要素に基づき総合的判断を下す際に、比較的厳しい基準が取られることが予想される。そして、最高人民法院がこの条文の適用に対して明確な司法解釈を発表するまで、恐らく裁判における要件成立の判断基準の不一致の問題はしばしば出てくるだろう。これに関しては、今後の学説と実務の発展を観察するとともに、更なる検討が必要であるが、離婚損害賠償の適用範囲の拡大によって、「離婚過錯賠償」制度の実際効果の発揮が期待できると考えられている。この改正は婚姻関係における弱者の需要に応じたことで、中国の法学界から高い評価を受けている。

1091条の改正の二つ目の変更は、「配偶者のある者が他人と同棲すること」という表現を「他人と同棲すること」に変えることである。新規定を旧規定と比較してみると、「配偶者のある者」という主語が削除されたことが容易に分かる。中国では、有責配偶者だけに精神的損害賠償を請求できるというのが婚姻法の一貫した規定であり、日本のような第三者への慰謝料請求権は明文上では認められず、裁判上でも第三者への請求を認める先例はない。この変更に対して、「中国民法典婚姻家庭編の適用に関する諸問題についての最高人民法院の解釈（一）」が2020年12月25日に公布される以前には、意見が大きく二つに分かれていた。一つは、この変更には特に意味がないという考え方である。もう一つは、主語の削除によって損害賠償請求の相手方の範囲を第三者にまで拡大できるという考え方であり、筆者も後者の見解に賛成している。新規定に対する二つの考え方のうち、後者については、「他人との同棲」という状況のみに対して請求対象を第三者に拡大し、「重婚」の場合に対しては規定が変わっていないため、法規定の不整合が生じてしまうがゆえに、こじつけの嫌いがあると批判される。とは言うもの

の、「配偶者のある者」という主語が削除されることによって、「第三者」も1091条が言う「他人と同棲をすること」の主体となるのは文理上は可能であるため、この改正によって第三者に対して不貞行為に基づき精神的損害賠償を請求することが可能となったと解することができるのである。日本のデータを参照してみれば、婚姻の相手方より、婚姻外の第三者に対して不貞慰謝料を請求する事案の数が圧倒的に多いというのも不貞訴訟の現状である。今までも、損害賠償請求の相手方の拡大を提唱する学者は少なくなかったが、婚姻法の規定と最高人民法院の立場に変化は見られなかった。今回の改正について、立法者が「他人との同棲」という言葉をわざと削除したのは、法文上では第三者への請求の余地を残すためではないだろうかと考えることには十分な理由がある。ただし、結局2020年末に公布された先の新司法解釈は、これまで通り否定の立場を踏襲した。すなわち新司法解釈87条では、民法典1091条が規定する損害賠償責任の主体は離婚訴訟の当事者である有責配偶者とされ、これにより、不貞行為による慰謝料は有責配偶者だけに請求できるという点で、旧婚姻法の規定と同様となった。しかし、この問題についてはなお議論が続くことが予想される。

(b) 「財産分与における無責配偶者への配慮」 原則

民法典婚姻家庭編の新規定は弱者への保護という特徴を反映している。一つの例として、「財産分与における無責配偶者への配慮」という新規定があげられる。そして、この規定は不貞行為による損害賠償請求と密接に関係すると思われる。中国においては、夫婦間に特別な財産契約がない限り、夫婦共同財産制が適用されている。財産分与に関して、旧婚姻法39条は、「夫婦間の共同財産は両方の協議により処理する。協議が整わない場合、人民法院が財産の具体的な状況に基づき、子供と女性の權益を配慮する原則に従い、判決を下す」と規定している。旧婚姻法では、「子供と女性の權益を配慮する」と規定しているが、実はこ

れも2001年改正で作られたものである。中国最高人民法院は1993年11月3日に「離婚案件における財産分割問題についての具体的意見」を發布し、離婚訴訟の財産分与に関して、「人民法院が離婚案件を審理し夫婦共同財産を処理する際は、男女平等、婦女と児童の法的権利の保護、無責配偶者への配慮、当事者の合意の尊重、生産と生活に役立つことなどの原則に従い、情理にかなう判決をしなければならない」と述べている。しかし、その後、子供と女性の權益を配慮する原則は2001年改正により旧婚姻法39条の中で明確に規定された一方、無責配偶者への配慮の原則は採用されなかった。

実務では、財産分与において無責配偶者への配慮をもって無責配偶者が不貞行為により受けた損害を填補するというやり方がある。現実には、不貞相手との間に子が生まれること、頻繁に不貞行為を繰り返すこと、不貞行為をして子供への扶養義務を尽くさないことなど、無責配偶者に巨大な精神的苦痛を与える悪質な行為は決して少なくない。こういう場合に、「重婚」・「同棲」の要件の欠缺だけを理由として離婚賠償請求権を否定することは、無責配偶者にとってかなり不公平な判断である。そのため、一部の実務家は、公平性の観点から、上述のような離婚賠償請求権を適用できない不貞行為の場合は、離婚訴訟の財産分割において無責配偶者に対する配慮をすべきであると主張してきた。しかし、これに対して、「夫婦共同財産を処分する際に、無責配偶者の肩を持つ傾向はしばしば見られるが、婚姻法においては無責配偶者に配慮するという明文化された規定はないため、こうすることに根拠が足りないといつも感じている」という考え方を持つ裁判官も多いのが実情である⁴⁹。

無責配偶者の利益をより良く保護するために、新民法典婚姻家庭編において、「財産分割における無責配偶者への配慮」という原則が明文化された。民法典1087条は、「夫婦間の共同財産は両方の協議により処理する。協議が整わない場合、人民法院が財産の具体的な状況に基づき、子供、女

性と無責配偶者の權益を配慮する原則に従い、判決を下す」と規定している。これで、旧婚姻法39条と司法解釈の不整合が解消され、今後の離婚訴訟において無責配偶者を支持する法的根拠がないとの問題も解決できることとなった。民法典1087条と1091条の関係に関して、1091条は「その他の重大な過失があること」という条項を設けているが、前述のとおり、「重大な過失」と認定する不貞行為が性質上「離婚」・「同棲」と同じぐらい悪質な行為でなければならないとされる可能性が高い。逆に、1087条を適用できる不貞行為の範囲は1091条よりも広いと考えられる。そのため、離婚訴訟において不貞行為による精神的損害賠償を1091条により請求して否定された場合でも、無責配偶者の受けた損害を填補するために、1087条を根拠として財産分与での配慮を求めることが可能であると考えられる。

(4) 中国における離婚損害賠償訴訟の現状

ここからはいくつかの判決を通じて中国の離婚訴訟における不貞行為による精神的損害賠償の現況を分析する。

(a) 張さんと蔣さんをめぐる婚姻家庭紛争（最高人民法院婚姻家庭紛争典型的案件）四川省達州市中级人民法院・（2015）達中民終字第75号

〔事案概要〕

張さん（夫、原审原告、被上诉人）と蔣さん（妻、原审被告、上诉人）はお見合いで知り合いとなり、2004年3月4日に結婚登記を行った。2008年9月14日に子供Aが生まれたが、日常のこまごました事で二人の間には喧嘩がよく起こり、夫婦仲は悪くなっていた。2014年4月25日に、張さんは西南政法大学司法鑑定センターに頼んで、張さんと子供Aとの間のDNA鑑定を行った。DNA鑑定の結果により、張さんと子供Aの間の親子関係が否定された。その後、張さんは離婚訴訟を提起し、蔣さんに精神的慰謝料10万元を請求した。第一審において、張さんと蔣さんは度々口論になり、DNA鑑定によりAが張さんの実子ではないことが明ら

かとなった。これは夫婦間の感情を大きく損なうことである。そのため、法院は婚姻関係の破綻を認定した。張さんの蔣さんに対する精神的損害賠償請求が肯定されたが、本件の事実を根拠として金額は3万元と認定された。その後、蔣さんは上告した。

〔判旨〕

DNA鑑定の血縁関係否定の結果により、蔣さんが婚姻の継続において重大な過失を生じさせたことを認め、張さんの精神的損害賠償請求を肯定する。そして、第一審判決の妥当性を肯定する。

〔評釈〕

2015年12月、中国最高人民法院は49件の婚姻家庭紛争に関する判決を公布した。下級法院にとって、この49件の事案は判決を下す際の非常に重要な参考となる。この離婚損害賠償請求に関する訴訟もその中の一つである。旧婚姻法46条は明文上「重婚」・「他人との同棲」という要件を設けたが、これが狭すぎるという批判は途切れることがない。本件において、蔣さんと第三者との間に長期的な共同生活は形成されていないが、二人の間に子供が生まれていることに基づいて、婚姻の破綻に関して蔣さんに重大な故意・過失があると認定された。したがって、張さんの蔣さんに対する離婚損害賠償請求が認められた。いままで、46条の成立要件の厳しさは多くの学者または実務家により非難されてきた。この判決が典型的な事案として選ばれたのは、最高人民法院の立場の変化を示しているからであると考えられる。現実の需要と専門家の声に応じ、無責配偶者の利益を実際に保護すべきであるという考え方から見ると、この事案は司法の進歩と言える。その後、不貞行為の当事者間に子供が生まれたことにより無責配偶者の離婚損害賠償請求を肯定する事案の増加も見られる。しかし、46条の明文規定との齟齬を無視することはできない。中国では日本と違い、判例の法源性は否定的に解されており、判決を下す際に成文法が唯一の根拠となっている。最高人民法院は公布した典型的な事案により各級の人民法院の審判を指導するが、典型的な事案と法規定の矛盾は許さ

れない。今年の1月1日から施行された新民法典1091条は旧婚姻法46条に対して「その他の重大な過失があること」という条項を追加している。この条項の適用により司法の立場と法律条文の不一致の問題が解決されることになると思われる。

(b) 王さんと章さんをめぐる不法行為賠償紛争

江西省カン州市中級人民法院・(2008)カン中民三終字第314号

〔事案概要〕

被告人章さん(妻、原审原告)と訴訟外の第三者羅さん(夫)は元々夫婦であった。婚姻関係が継続していた間には、会社を共同経営していた。2007年4月、原告人王さん(不貞行為の相手方、原审被告)はこの会社の従業員として雇われた。働き始めたばかりの時から、王さんは章さんと羅さんの夫婦関係を知っていた。仕事上の付き合いと他の原因により、王さんと羅さんはお互いに対して好意を持つようになった。2007年11月、王さんは羅さんと「異性友達」の関係をもって付き合い始め、羅さんが章さんと離婚してから、羅さんと結婚することを期待していた。2003年3月、王さんと羅さんは性的関係を持ち始めた。2008年4月2日夜、羅さんは王さんをホテルでの密会に誘った。このことは章さん及び章さんの家族に知られ、章さんたちは警察に通報した。警察はホテルから王さんと羅さんを警察署に連れていき事情を聞いた。尋問された結果、王さんは羅さんとの不倫関係を認めた。4月7日、章さんは夫婦間の感情が破綻したことを理由として羅さんに対して人民法院に離婚訴訟を提起した。この案件が法院に受理されてから、章さんと羅さんは4月17日に自ら離婚協議書を作成した。4月18日、二人は離婚登記手続きを行った。その後、章さんは法院への訴えを取り下げた。2008年4月28日、章さんは章貢区人民法院に王さんに対する訴訟を提起した。王さんと羅さんとの間の不貞行為が自分の配偶者権を侵害し、そして離婚の結果を招いたと主張し、王さんに謝罪と精神的慰謝料3万元を請求した。原审は旧婚姻法46条が規定する夫婦間の「忠実義務」を援用

し⁵⁰、王さんの行為が章さんの配偶者としての身分利益を侵害したと判示し、王さんが章さんに書面で謝罪することと精神的慰謝料1万元を支払うことを認容した。その後、王さんはカン州市中級人民法院に上告した。

〔判旨〕

現行婚姻法では配偶者権が明文に規定されておらず、婚姻法4条はただ理想的な家庭関係を提唱する規定に過ぎなく、強制性がないため、不法行為責任を負わせる根拠としてはならない。そして、婚姻法46条が規定する離婚損害賠償の責任主体は有責配偶者であり、婚姻外の他人は責任主体になることはできない。配偶者の一方が婚姻関係外の第三者に対して不法行為責任を追及するのは、請求権の基礎付けがないものと判断する。

〔評釈〕

中国最高人民法院の司法解釈は、第三者が46条の離婚損害賠償の責任主体になりえないと明確に規定している。第三者が婚姻関係に介入して離婚に至る場合、中国では、本件のように、旧不法行為法2条と旧婚姻法4条を根拠として⁵¹、第三者に不法行為責任を追及するのが、中国現行法体系の下での唯一の道である。本件の原审が示したように、金銭賠償を原則とする日本不法行為法と違い、謝罪と精神的慰謝料は中国不法行為法のよくある損害填補の方式である。

旧不法行為法2条で不法行為法が保護する権利がいくつか挙げられている。そして、「……等の身身的、財産的権益」という表現により、不法行為法を適用できる権利は2条に列挙されているものに限定されることがわかる。しかし、配偶者権は不法行為法によって保護されているかどうかについては、明確に書かれていない。そのため、配偶者権が侵害されたときに不法行為法を適用できるかどうか、旧婚姻法46条と不法行為法2条は特別法と一般法の関係に該当するかどうかという問題に関して、学説上の対立が生まれた。否定説の中には、旧婚姻法46条が規定する離婚損害賠償の本質は無責配偶者に対する契約違反による違約責任であるため、不法行為法の特別法ではないとい

う考え方が存在する⁵²。肯定説の中では、「我が国は2001年の婚姻法改正により離婚損害賠償制度が確定されたが、無責配偶者はこの規定により、離婚の結果を招いた第三者に対して不法行為責任を追及できず、被害者が効果的な救済を得られない。不法行為法により配偶者権を保護することにより、婚姻の自由を保護するとともに社会の正義を実現でき、離婚の破綻主義が齎した弊害を矯正できる」という観点が広く支持されている⁵³。

先に言及した楊立新教授も、肯定説の立場に立っている。楊教授が配偶者権の確立を強く唱えるのも、無責配偶者が離婚損害賠償を主張するのにより明確な権利基礎を提供できるためである。台湾民法は判例により、姦通の行為が他方配偶者の「夫婦共同生活の円満及安全及び幸福」の権利を侵害すると認定した。しかし、中国大陆の民法においては、こうした権利が明文に確定されていない。学者たちが議論する「配偶者権」というのは、実は夫婦間の忠実、共同生活、扶養等の一連の権利の集合である。その中でも、夫婦間の忠実義務は2001年婚姻法改正の中で最も議論された問題の一つである。楊教授を代表とする専門家たちが起草した婚姻法提案は、国が配偶者権を保護し、夫婦の間に忠実義務があることを明確に規定していた。しかし、この見解に反対する学者と実務家も少なくない。例えば、本件の裁判官によれば、「忠実義務は道德の問題であり、法律によって強制されるべきではない。そして、婚姻法が配偶者権を明文に規定することは、婚姻の当事者が互いへの性的権利を持ち、相手方の感情と肉体は自分の私有財産であると意味することになる」という。非常に興味深いのは、本件の裁判官は否定説を説いたにもかかわらず、王さんの行為が社会主義の道德への深刻な違反であり、社会と公衆において許容されないと指摘したことである⁵⁴。2001年婚姻法は最終的に配偶者権を明文化する提案を採用しなかった。そして、中国婚姻法では、配偶者権は認められるかどうかについて、今でも学者たちにより争われている。

そのほか、本件の事案概要の「章さんたちは警

察に通報した」という事実注目する必要がある。これは中国の離婚損害賠償請求の実務でよく見られることである。なぜなら、前述したとおり、無責配偶者にとって法廷で不貞行為の存在を証明するのは極めて難しいことであり、有責配偶者と第三者の写真や会話の履歴だけで、性行為があると証明するのは証拠の証明力が足りないと考えられている。無責配偶者側が警察に、不貞行為の当事者が売春買春行為をしたと通報するのは、立証困難な問題への対策の一つである。そうすると、売春買春行為に対する行政罰を避けるために、配偶者の一方は警察に第三者との不倫関係を自ら認めるしかない。この自白は法廷で不貞行為の成立を証明する有力な証拠となる。このことは、すでに何度も強調した旧婚姻法46条の成立要件の厳しさを映す皮肉な鏡である。

(c) 趙さんと黄さんをめぐる離婚紛争 河南省周口市中级人民法院・(2020)豫16民終4135号

〔事案概要〕

黄さん(妻、原审原告、被上诉人)と趙さん(夫、原审被告、上诉人)はお見合いで知り合い、2014年旧正月6日に結婚式を挙げ、その後結婚登記を行った。二人の間に子供はいない。婚姻関係が継続していた間に、趙さんは異性の顔にキスする写真と自分の裸の写真をソーシャルアカウントにアップしたことがあり、そして高級ホテルに泊まった記録がいくつかあった。原审は趙さんが不貞行為を何度か繰り返したと判断した。黄さんは離婚訴訟を提起し、趙さんに精神的慰謝料1万円を請求した。原判決は「夫婦関係は夫婦間の愛情を基礎とするものであり、お互いに忠実義務を負うのは夫婦間の愛情を維持し発展させるための基本的条件である。本件では、被告が不貞行為をしたことにより、原告人との感情が破綻してしまい離婚に至ったため、黄さんの離婚請求を認める」とし、夫婦財産分割の時に、趙さんの不貞行為を考慮した上で、黄さんに6万円を割り振ると判断した。そして、精神的慰謝料の請求に対して、財産分割ですでに黄さんに対して配慮したため、

慰謝料請求を否定した。これに対して、趙さんは上告した。

〔判旨〕

被上告人黄さんが原審で主張した精神的損害賠償の問題に関して、婚姻法46条の規定により、離婚訴訟において無責配偶者が損害賠償を請求できる状況は過失のある一方が重婚、他人との同棲、虐待または遺棄などの四つの婚姻義務に違反する行為を有する場合に限られている。そして、「中国婚姻法の適用に関する諸問題についての最高人民法院の解釈（一）」2条の規定により、婚姻法46条が規定する「配偶者を有する者と他人の同棲」というのは、「配偶者を有する者が婚姻関係以外の異性を相手方として、夫婦の名義を持たないまま、持続的かつ安定した共同生活をする」ことである。したがって、本件の証拠は上告人趙さんが他の女性と持続的かつ安定した共同生活を有していたことを証明するには証明力が足りない。そのため、被上告人黄さんの精神的損害賠償請求を認めることはできない。

〔評釈〕

本件の事実を見てみると、配偶者の一方と第三者との親しい写真があって不貞行為が認定されたとしても、旧婚姻法46条の「持続的かつ安定した共同生活」という要件を満たさない限りでは、離婚損害賠償を認めるのは難しい。他の事案でも、写真以外の、会話の履歴、ビデオ、ホテルの宿泊記録、多額の現金の贈与記録などの証拠は46条の規定する状況を証明するには証明力が足りないと認定されている。これに対して、実務家の批判の声はますます高まっていた。本件の原審では、精神的慰謝料の可否の問題は回避されたが、夫婦共同財産の分割の際に無責配偶者に配慮するのは、実務的な迂回路の一つである。第二審判決は離婚損害賠償を明確に否定したが、第一審が決めた財産分割の割合を維持した。このやり方に関して、旧婚姻法上明確な根拠はないが、2021年の民法典の施行により「財産分割における無責配偶者への配慮」の原則が明文化されたことで、無責配偶者の利益が確実に保護されるようになることが望ま

しい。

（d） 蒋さんと趙さんをめぐる離婚後損害責任紛争 安徽省宿州市中級人民法院・（2020）皖13民終1695号

〔事案概要〕

蒋さん（妻、原審原告、上告人）は2017年に趙さん（夫、原審被告、被上告人）に対して離婚訴訟を提起し、共同債権債務の分割と精神的慰謝料30万元を請求した。離婚訴訟の事実は複雑であり、第一審と第二審を経て、二人の間の矛盾が一層激しくなった。二人の関係の悪化を防ぐために、離婚訴訟の第一審と第二審の裁判官は当事者に対し先に裁判で離婚して、その後に財産紛争と離婚損害賠償に関して単独で訴訟を提起することを提案した。蒋さんはこのアドバイスに従い、離婚してから、2018年12月に訴訟を提起して精神的慰謝料10万元を請求した。原審では、趙さんは法廷で婚姻関係が継続していた間に複数名の女性と同棲したことにより蒋さんとの婚姻が破綻したと認めた。原審は蒋さんと趙さんの間の婚姻関係が既に解消したことを理由として訴えを却下した。その後、蒋さんは上告した。第二審において、趙さんは、複数名の異性と不倫関係を持つとの蒋さんの主張は事実ではなく、蒋さんには証拠が足りないと弁解し、自分は他の異性と同棲していなかったと主張した。

〔判旨〕

本件は、蒋さんは趙さんと裁判離婚した後に、趙さんが婚姻関係が継続していた間に他の異性と同棲していたことを理由として、婚姻法46条に基づき趙さんに精神的損害賠償を請求する事案と認定する。「中国婚姻法の適用に関する諸問題についての最高人民法院の解釈（一）」30条1項は、「婚姻法46条の規定に該当する無責配偶者が同条に基づいて原告として人民法院に損害賠償請求を提起するには、離婚訴訟と同時に損害賠償請求を提起しなければならない」と規定している。本件において、蒋さんは原告として2017年に第一審法院に離婚訴訟を提起し、共同債権債務の分割と精

神的慰謝料3万円を請求した。第一審法院の判決により、二人の離婚は認められた一方、蔣さんの他の訴訟請求は棄却された。蔣さんが裁判により離婚判決が下された後に、婚姻法46条の規定を根拠として単独で本件訴訟を提起するのは、上述の司法解釈の規定に違反するものであり、第一審法院の決定を支持する。

〔評釈〕

本件では、夫に複数名の女性との不貞行為があり、不貞行為の情状の程度が著しいと言える。しかし、妻の慰謝料請求に関して、離婚訴訟では、激化した矛盾を緩和するためという理由で、裁判官に別途で提訴するよう説き勧められた。確かに、離婚訴訟では、当事者がお互いを責め合い、言い争いになり、関係が一層悪化し、審判の効率が非常に悪くなることは珍しくない。不貞行為に関して、証拠の収集や対面での質問は、感情的要素が含まれているため、当事者間の紛争を特に引き起こしやすい。これに関して、「重婚または配偶者を有するものの他人との同棲を証明するには基準が厳しすぎるために、当事者または弁護士は裁判官の自由心証に影響を与えるために、全力を傾注して不貞行為が成立することを証明するしかない。手を尽くして不貞の証拠を収集することはかえって夫婦間の問題を激化させる。そのため、不貞行為を離婚損害賠償請求権の客体と認めるべきではなく、離婚損害賠償請求権の謙抑性を保つべきである。離婚率が高い現在では、婚姻中の過失を重視しすぎることは、離婚手続きを長期化させるだけではなく、不必要な感情的コストと司法のコストを生じさせることとなる」という指摘がある⁵⁵。46条の厳格な立証基準は夫婦間の紛争を激化させるという観点には賛成するが、だからといって、不貞行為による損害賠償制度を廃止するのではなく、無責配偶者の受けた精神的損害を填補するために、適切な要件の緩和に力を入れるべきである。「婚姻法の適用に関する諸問題についての最高人民法院の解釈（一）」30条2項は、「婚姻法46条の規定に該当する無責配偶者が被告として人民法院に損害賠償請求を提起するには、被告

は離婚を認めず、同条に基づいて損害賠償を請求することもなかった場合に、離婚後一年以内に損害賠償に関して別途で訴訟を提起できる」と規定している。そして、協議離婚の場合、離婚損害賠償を請求するためには、この一年の期間制限のほかに、離婚協議書の中で元配偶者に損害賠償責任を請求する権利を留保すると明確に記載しなければならない。そして、ここでの「一年」は除斥期間であり、司法解釈30条1項の規定と総合的に見れば、中国の離婚損害賠償請求は一般的に離婚訴訟の附帯請求として提出されている。実務では、独立した離婚損害賠償請求の行使は厳しく制限されている。そして、離婚の前提がなければ、不貞行為による慰謝料を請求する道はない。もちろん、夫婦共同財産制の下で、夫婦の財布は一つになるため、婚姻内の不法行為に関する損害賠償の実質的意義はよく問われている。しかし、そうはいつでも、請求権そのものを認めなければ、個人の権利を適切に保護することはなかなか難しいであろう。

（e）周さんと張さんをめぐる離婚後損害責任紛争（最高人民法院婚姻家庭紛争典型的案件）河南省滑县人民法院⁵⁶

〔事案概要〕

周さん（妻、原告）と張さん（夫、被告）は2003年に結婚手続きを行った。2013年7月、張さんは周さんに離婚訴訟を提起し、法院による調停で離婚した。調停調書の主たる内容は、「夫婦は自らの意思で離婚し、張さんは周さんに3万8000元を一括して支払うこと。両者はこの件についてお互いの責任をこれ以上問わないこと」となっている。そして、2013年5月、張さんは第三者との間に娘が生まれた。周さんは離婚してから初めてこの事実を知ったと主張した。周さんは張さんに対して、精神的損害賠償3万円を請求した。

〔判旨〕

被告張さんは、原告周さんとの婚姻関係が継続していた間に、他の異性と不貞行為に至り、娘が生まれたことによって周さんとの離婚に至ったた

め、これに対して婚姻法4条と46条の規定に基づき、民事責任を負わなければならない。よって、原告周さんの損害賠償請求を認め、張さんに精神的損害賠償1万5000元を支払うことを命じる。

〔評釈〕

本件は、判例（d）と同じ離婚後損害賠償責任をめぐる事案だが、無責配偶者は離婚訴訟の被告であり、二人は調停により合意に達して離婚した。本件は有責配偶者の不貞行為に対する離婚後の損害賠償責任を認め、典型的案件として最高人民法院に選ばれた。最高人民法院は、「離婚した後、被告の婚姻が継続していた間の不貞行為を知り、精神的損害賠償を請求することに対して人民法院が法律に基づいてその請求を支持するのは、法律の公正と道徳の力を表すことである」として、この判決の意義を指摘した。これにより、無責配偶者の利益を保護するという最高人民法院の立場は示されたが、法律の適用から見れば、この判決は「婚姻法の適用に関する諸問題についての最高人民法院の解釈（一）」30条2項に矛盾していると思われる。そして、判決において、「他の異性と不貞行為があり娘が生まれたことが、周さんとの離婚を導いた」とされたが、妻は離婚してから夫と第三者の間に娘がいることを知ったため、「他の異性と不貞行為があり娘が生まれたこと」を離婚の原因と判断するのは適当ではない。判例（d）と比べると、法院の異なる観点に違和感を覚える人は少なくないだろう。実は、判決

（b）の評釈で既に論じたように、中国では離婚損害賠償請求権と一般的な不法行為請求権の関係について学説が一致していない。これによって、実務の混乱も生じてしまい、同じ事案に異なる判断が示されることも少なくない。司法解釈30条2項の適用に関して、考え方は主に二つに分かれている。一つは、婚姻法と司法解釈の中で「一年」の起算点に関する規定はないため、ここでの「一年」は権利が侵害されていると知った時または知るべきであった時から起算すべきという考え方である。もう一つは、「一年」が経過したとしても、離婚損害賠償請求権も不法行為請求権の一種

であるため、不法行為法の訴訟時効に関する一般規定を適用すべきという考え方である⁵⁷。

（f）まとめ

以上の五つの判決に基づいて中国の不貞訴訟の現状を俯瞰してみると、中国の不貞行為による離婚損害賠償請求権の成立基準の厳格さは誰が見ても明らかである。そして、近年、婚外子が生まれたことを深刻な不貞行為と見なして、これによって精神的損害賠償を認める判決は増える傾向にあるが、現行の法規定にこれに関する明確な根拠はない。実務と法規定を統一するために、民法典の新規定の適用が期待されている。厳格な成立基準以外に、司法解釈により損害賠償請求権を行使できる期間はさらに制限されている。こうして、離婚損害賠償請求の実現は当事者にとって極めて難しいこととなっている。これが学者たちの言う「46条の形骸化」の現状である。この問題を解決するために、公平と弱者の利益を保護するという見地から、夫婦共同財産の分割において無責配偶者に配慮する裁判官もいるが、このやり方を取りたくとも法的根拠がないため躊躇する裁判官も多く存在する。そのため、夫婦共同財産の分割における無責配偶者への配慮という原則は新民法典により確定されるようになった。

しかし、多くの問題がまだ残っている。まず、各判決の結果を総合して見てみると、中国の慰謝料は低額であるという現状が見られる。慰謝料が低額であるというだけでなく、十分な夫婦財産分割制度と離婚給付制度が確立されていないため離婚によって当事者が多大な経済的・精神的損失を被るのは、現在の中国の深刻な現実である。次に、慰謝料の金額の確定には、統一された基準がないため、同じ事案に異なる判断が下されるという問題は悪化している。精神的慰謝料の額は現実に基づき裁判官の判断に委ねられているが、この規定はあまりにも粗雑であると思われる。確かに、中国は地域による貧富の格差が大きく、統一した基準を確定するのは難しいことだが、最高人民法院により一般的な基準を公布し、各省により

具体的な基準を制定するというのも一つの方法として考えられるのではないか。新民法典の施行により、司法解釈、実務、学説の一層の発展が期待される。

3. 中国における今後の法改正・法解釈に対する示唆

前述のように、中国における不貞行為に対する慰謝料請求権に関しては、離婚損害賠償請求権の過酷な成立要件及びそれによる離婚損害賠償制度の形骸化、離婚給付の不十分さ、裁判基準の不一致等が現存する顕著な問題である。日本の不貞慰謝料制度と比べると、第三者への慰謝料請求権を認めないこと、限定的な態様に対してのみ慰謝料を請求できること、不法行為の成立の立証基準が厳しいことなどの特徴が見られる。具体的に言えば、日本では、不倫相手に慰謝料を請求する事案が大多数を占めるが、中国では、そもそも第三者への不貞慰謝料を認めた前例がない。そして、日本では、婚姻共同生活の平和が侵害された場合、不法行為の成立に性交渉の存在は必ずしも要求されるわけではない。これに対して、中国では、「重婚」または「同棲」の態様が証明できなければ、離婚損害賠償を適用できないというのが法律の明文規定である。そのため、日本の不貞訴訟においては、不貞行為の経緯、態様、悪質さ及び婚姻の態様、当事者の身分関係等の具体的な要素に基づき不貞慰謝料の増額・減額を個別事案ごとに判断できるが、中国の訴訟においては、不貞行為の有無が争点となるのが一般的である。大塚正之弁護士の調査によると、不貞慰謝料に関する裁判例123件のうち、不貞行為の有無が争点となったのはわずか34件だった⁵⁸。この数字から、日中の不貞訴訟の現状の差異が感じられるだろう。さらに、不法行為の成立の証明について、日本では、不貞行為がなされた時に婚姻関係がすでに破綻していたことを証明し、婚姻の破綻と不貞行為の因果関係を否定するような立証が被告によってなされることが多い。しかし、中国では、不貞行為が

存在すること、かつ、法定の程度に達したことを証明する責任はほとんど原告側にある。無責配偶者に対して立証責任が重すぎることは多くの批判を浴びている。

性的モラルないし家族観念の変化、財産分与の充実化、道徳の問題に介入しないという法意識の発展等の理由で、日本の学説・判例は不貞行為による慰謝料を否定ないし制限する傾向にある一方、中国では、民法典の改正において、離婚損害賠償制度の成立要件の緩和という変化が見られる。核家族化の進行と性的自由の拡大という面では、日中両国の社会現実に通点はあるが、社会主義国である中国では、法律の国民の価値観を引導する機能が重視されている。そして、協和的かつ文明的である婚姻・家庭関係を築き上げることは中国婚姻法が求める最終目標といえる。前述の判決(e)が典型的案件に選ばれた理由として、中国最高人民法院は、「夫婦が互いに忠実であることは、伝統的な美德だけではなく、法定の義務である。婚姻における忠実を守らないのは、容認できない不誠実なことである。夫婦関係を破壊し、一家を離散させるだけではなく、罪のない子供を傷つけてしまい、社会の気風に悪い影響をもたらす、法律により禁止される行為である。そのため、離婚後被告人の婚姻中の不貞行為を知って、精神的損害賠償を請求する場合、人民法院は法律に従って請求を支持すべきである。こうすることによって、法律の公正と道徳の力を示す」としている。最高人民法院のこの評釈により、不貞行為は社会と道徳において容認されず、家庭の平和のために、法律の力をもってこのような行為を抑制すべきであるという立場が示された。これも、中国の現在の国民の法意識と社会の需要をある程度反映している。国民の観念は法の変動・革新を促すと同時に、法律の変化も人々の考え方に影響を与えている。不貞行為を法律の関与で抑制・予防できるかどうかの問題は一旦保留し、離婚率が上昇する一方である現在の中国では、婚姻法の改正・施行により、婚姻生活を大事にするよう人々を導くことが望ましいだろう。

中国の現実を見てみると、日本と同じように、不貞行為によって離婚に至ったことにより、最も深刻な被害を受けるのは、もともと経済的弱者の女性であることが多い。経済の急速な発展と一人っ子政策の廃止とともに、仕事と家庭の両立はより難しくなり、共働き家庭が主流であった中国でも、専業主婦の割合は急速に増えている⁵⁹。しかし、この現実に対応しい離婚給付制度は設けられていない。現行の財産分与制度、家事労働補償制度と経済援助制度等だけに頼って、離婚する夫婦両方の経済・社会上の格差を縮めるのはなかなか難しいことである。中国において、婚姻中の弱者、特に専業主婦への保護の不充分さの問題は日本より深刻だと言える。家庭が崩壊し、経済的弱者がさらに弱者へと転落する悲劇は日々繰り返されている。そこで、離婚損害賠償制度を生かし、無責配偶者の実質的被害を回復することに、公平性と必要性の視点から価値と重要性が見出されている。

中国民法典の施行により、離婚損害賠償制度の新規定について新しい判決と解釈が出てくるだろう。民法典1091条の適用について、日本の不貞行為による慰謝料請求権に関する制度に鑑みて、個人の考えは以下のとおりである。

まず、「その他の重大な過失があること」という一般条項の不貞行為に関する適用について、今までの中国における裁判例と学説を見てみると、第三者との間に子供が生まれたこと、売春買春行為をしたこと等の場合において、これらの行為を「重大な過失がある」と認定し離婚損害賠償を認める可能性はかなり高い。それ以外の場合、裁判の立場は恐らく保守的であるが、不貞行為の態様から見ると、不貞行為の期間が長い場合、頻度が高い場合、複数人の不倫相手との交際があった場合、不倫相手に多額の財産贈与を行った場合、それに、不貞行為の損害結果から見ると、無責配偶者が精神障害となった場合、子供が必要な扶育を得られなくなった場合、無責配偶者が離婚することにより経済的苦境に陥った場合等において、不貞行為をした配偶者の離婚損害賠償責任を積極的

に認めるべきである。そのほか、離婚損害賠償の算定については、日本のように、案件ごとに当事者の身分関係、不貞行為の経緯、実質的な被害状況等を考慮した上で、総合的な判断をするべきである。

さらに一步進めると、有責配偶者の責任の認定に関して、日本の前掲最判平成31年2月19日で用いられた考え方は参考に値すると考える。すなわち、同判決では、不貞行為と離婚が結果的に結び付いているかどうかを判断することにより、不貞行為による慰謝料の成否を認定した。中国では、不貞行為の悪質性の角度から、態様が悪質である幾つかの不貞行為のみに対して、それに基づく慰謝料を認めるというやり方を取ってきたが、前掲最判平成31年2月19日のような考え方に従い、不貞行為の「結果として」離婚が導かれる場合においては、不貞行為の悪質性を問わず、不貞行為が離婚という重大な結果を導いたということを理由として、有責配偶者の不法行為責任を認めることができるかもしれない。また、不貞行為が離婚と直接に関係していない場合においても、従来のやり方に従い、不貞行為の態様が悪質であると判断される場合に、有責配偶者の不法行為責任を肯定することができるだろう。つまり、不貞行為の態様が悪質である場合は、たとえ不貞行為を原因として離婚に至っていないとしても、有責配偶者への慰謝料請求を認めるべきであり、不貞行為が原因で離婚に至った場合は、たとえ不貞行為が悪質でなくとも、慰謝料請求を認めるべきであるということである。

これまで、中国では、有責配偶者の不貞行為による不法行為責任の成立に関して、厳しい制限が加えられてきた。そのため、無責配偶者の精神的・財産的損害が十分に填補されていないというのが、中国裁判上の現実である。この問題を解決するために、現行の離婚損害賠償制度の下、新民法典では一定の改正が行われたが、現在の法制度の枠組みを破り、不貞行為による慰謝料に関する規定を一新するというのも一つの方法ではないだろうか。もちろん、そのためには、いくつかの

課題を解決しなければならず、容易なことではない。まず、不貞慰謝料請求権の独自性を確立しなければならない。これまで、中国における不貞慰謝料請求のほとんどは、「離婚損害賠償請求」という名で、離婚訴訟の附帯請求として提出されてきた。行為の悪質性を理由として不貞慰謝料を肯定するためには、「離婚による損害賠償」ではなく、「不貞行為による損害賠償」の独自性を確立する必要がある。次に、不貞行為の悪質性の判断基準、及び不貞行為と離婚との間の法的因果関係の判断基準について、慎重な考量を行わなければならない。現在の中国の現実から見ると、このような変革への抵抗は少なからず存在すると思われるが、離婚損害賠償の不充分さに対する一つの打開策として検討する価値があるのではないかと考える。

また、一般人の法意識及び経済力の弱い配偶者の救済等を考慮した上で、第三者への請求の可能性はさらなる検討を要すると考える。もちろん、有責配偶者に対する慰謝料請求権と比べて、より厳しい制限が必要である。私見では、1091条規定の文脈に従い、第三者への慰謝料請求権を「重婚」・「同棲」という状況に限定すべきと考える。そして、害意のない第三者の損害賠償責任は否定されるべきである。その上で、無責配偶者が第三者だけに損害賠償を請求する場合、この損害賠償請求権を認めないとする。場合によって、第三者と有責配偶者を連帯債務者と認定するのも可能だと思われる。

終わりに

欧米諸国では、不貞行為に基づく損害賠償請求権を否定する傾向が見られる。確かに、当事者の自然の愛情と性的自由を尊重するという角度から見ると、不貞慰謝料のような婚姻に対する有責的な評価を行う制度の正当性について疑問が生じるのは筆者も同感する。そして、人格的自由と性的自由が拡大している現在では、不貞行為による慰謝料請求権の成立に対して一定の制限を与えるべ

きだと思われる。とくに、婚姻当事者ではない第三者に対する損害賠償について、否定の声は上がっているが、日中両国において、第三者へ不貞行為による慰謝料を請求する余地は残すべきだと考える。これには、国民の法意識と扶養の必要性という二つの理由が挙げられる。

夫婦が互いに貞操義務をもち、その貞操義務に反して第三者と不倫関係を結ぶことは、社会と国民感情により許容されないものであり、さらに、他人の婚姻に介入する第三者に婚姻の破綻に関する責任があるとするのは、一般人としての自然の発想であろう。そして、家庭の平和と円満が重視され、前掲最判平成8年3月26日が示したように、婚姻共同生活の平和の維持という利益が法的保護に値するのは、国民の共通の意識だと言える。不貞行為を行った時点で夫婦関係がまだ破綻していなければ、この行為が婚姻関係に齎した衝撃及び配偶者に与えた精神的苦痛は、感情を持つ人間であれば、誰でも想像できるものと思われる。これに対して、金銭賠償で人の感情と夫婦関係が元に戻らないと言っても、不貞をされた配偶者の精神的被害をいくらかでも慰藉できるのであれば、不貞慰謝料の価値を全面的に否定するべきではない。第三者の不法行為責任に関して、第三者が害意をもって配偶者の貞操義務違反に積極的に加担し、これにより重大な損害結果を引き起こした場合には、その不法行為責任を認めるべきである。ここでの「積極的に加担する」ことの定義については、教唆・誘惑等の典型的な作為以外に、配偶者の無知・意志薄弱に乗じて不倫関係に至ったこと、相手に配偶者がいると知った上で不倫関係を容認したこと等が挙げられ、こうした状況において、重大な損害が生じた場合、不法行為責任の肯定は妥当だと思われる。このような状況では、第三者はただ相手が既婚者だと知っただけではなく、故意をもって不倫関係の発展を期待・促進したのである。不貞行為により重大な損害を受けた配偶者が積極的な第三者に慰謝料を請求したが、その不貞慰謝料が否定されたことは、一般市民の感覚とずれているのではないだろうか。

次に、何度も強調したが、扶養の不十分さの問題を解決するには、不貞行為による慰謝料請求の存在がまだ必要である。日本も中国も男女格差の問題が深刻であり⁶⁰、社会における男女格差の結果、経済面でも女性は往々にして不利な立場にある。ジェンダー・バイアスや無意識の偏見により職場での活躍が困難で、結婚・出産のために仕事の機会を失うことも多い。そして、「男は外、女は内」⁶¹という昔からの観念の影響で、子育てのために仕事の時間を短縮すること、夫の仕事を支えるために仕事を辞めること等、女性が家庭のために個人の利益を犠牲にすることは決して珍しくない。専業主婦の場合、経済的自由がなく、仕事復帰の問題もあるため、状況はより厳しくなる。不平等な社会構造の下で、元々弱者の地位にある女性が仕事より家庭を優先し、そのために経済力をさらに失い、離婚の際に一層困難な状況に陥ることに対して、その被った経済的不利益を填補することは、公平または弱者保護の面では正当性があると思われる。この問題に関して、水野教授は2001年の対談の中で、「婚姻は一生をとにもする約束なので、破綻したときには、現存財産が全部妻にいつてしまっ、かつまだ借金を負うという形で別れるというくらいが、妥当な線だと思う」と指摘したが⁶²、前述通り、日中両国の財産分与の現状から見ると、財産分与によりこの問題を解決するという発想は素晴らしいが、今の段階では現実的ではない。

そして、扶養の補充としての慰謝料の意義は、経済面にとどまるだけではない。家庭環境は子供の成長に重大な影響を与えている。両親の監護・教育・愛情、安定した家庭生活は、どちらも子供の心身の健康にとってかけがえのない決定要因である。未成年の子にとって、家庭の破綻によって生じた心の傷は、一生残りうる大きな存在である。日本では、子供からの慰謝料請求を否定するのが一般的な見解であるが、改めて考えると、第三者の介入で両親の一方が家庭を捨て、これにより健全な家庭環境を失ってしまい、さらに両親の離婚によりひとり親家庭となり、精神面で

も経済面でも衝撃を受けたことに関して、果たして第三者に何の責任もないと言えるだろうか。特に、一般的には、母子家庭の場合、より深刻な経済的問題を抱えることとなる。こういう場合、第三者の不法行為責任を正面から認められないとしても、配偶者から請求された慰謝料を算定する際に、子供が被った損害を一つの増額要素として考量することができれば、子供の利益をより良く保護することと、形式的な公平と実質的な公平のバランスの実現において重要な意義がある。

最後に、不貞行為による慰謝料請求の肯定及びその慰謝料額の算定の基準について論じたい。既に言及したが、筆者は、不貞行為の態様が悪質である、あるいは不貞行為により重大な被害が発生した場合には、第三者の不法行為責任を認めるべきだと主張している。ここでの「悪質な行為」・「重大な損害結果」の認定は、不貞慰謝料の認定と直接に関わっている。「悪質な行為」・「重大な損害結果」の判断基準が確定できれば、これにより、不貞行為に当たるかどうか判断でき、慰謝料額の算定にも有力な根拠が与えられる。そして、前述のように、日本の不貞訴訟・離婚訴訟において、情緒的な判断が下されることは好ましくない。不貞行為に関する訴訟は、ある意味では男女の感情をめぐる言い争いでもあるため、裁判官の判断に感情的な要素が含まれることは、どうしても避けられないのだろう。この問題も、客観的な判断基準の必要性を示している。ここで考えられるのは、中国旧婚姻法46条のように、どのような状況で不貞行為慰謝料請求権が成立するかを具体的に規定することである。つまり、不貞訴訟の争点を明確にすることにより、第三者の不法行為を制限なしに肯定すること、及び慰謝料の金額が高すぎるまたは低すぎるという事態を避けられる。しかし、中国法のように不法行為の成立をわずかな状況のみに制限すれば、それに伴い法規定の形骸化の問題も生じてしまうだろう。日中両国の現行のやり方のそれぞれの長所を取り、折衷的な方法を工夫するのは一つの方途だと思われる。婚姻の状況（婚姻の継続期間、不貞行為が開始し

た時期の夫婦関係の円満度、子供の年齢と子供の現状、夫婦の収入等）、不貞当事者の関係（どちらが主導的か、不貞相手の年齢、財産的贈与の有無、抑圧関係の有無等）、不貞行為の態様（不貞行為の期間・頻度、同棲の有無、不貞相手の妊娠出産の有無等）、配偶者及び子供が不貞行為により受けた影響（精神障害の有無、経済的状況、子供の監護・教育等）等の面から、判断基準を細分化させ、事実をできるだけ全面的に判断すべきである。もちろん、この考え方は現在の中国でも同じく適用できると思われる。

今まで、不貞行為による慰謝料請求権の問題について、多くの学者により議論が重ねられてきたが、家庭観と性的モラルが絶えず発展しているため、この問題は常に見直されなければならない。今後の中国民法典の新規定と日本の下級審判決の成り行きを見守りながら、社会の実情と国民のニーズに基づいて、この問題をさらに検討する必要がある。もちろん、現時点でこの課題についてもはや論ずべき余地が無いという意味ではない。例えば、配偶者と第三者が同性愛者である場合、妻の承諾のない人工授精の場合など、不貞行為による慰謝料請求権に関して、多くの現代的課題がまだ残されている。

¹ 本文が言う「旧婚姻法」とは、1981年1月1日から施行された「中華人民共和国婚姻法」であり、同法は2001年に第21回の改正を受け、そして2021年1月1日から「中華人民共和国民法典」の施行とともに廃止された。

² 前田達明『愛と家庭と一不貞行為に基づく損害賠償請求』（成文堂、1985年）275頁。

³ 青山道夫、有地亨（編）『新版注釈民法（21）』（有斐閣、1989年）362～363頁。

⁴ 李憲「クラブのママやホステスがいわゆる「枕営業」として長期間にわたり顧客と性交渉を繰り返した行為が不法行為にあたらないとした事例：不貞行為の相手方に対する慰謝料請求の可否」総合政策論叢3号（2017年3月）102～103頁。

⁵ 中里和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務・最新判例編』（LABO、2020年）48～51頁参照。

⁶ 前田達明・前掲書（注2）302～303頁。

⁷ 中川淳「家庭破壊による配偶者とその子の慰謝料」判タ383号（1979年）10頁。

⁸ 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣、1974年）150頁。

⁹ 大塚正之「不貞行為慰謝料に関する裁判例の分析（2）」家庭の法と裁判11号（2017年10月）48頁参照。表6によると、不貞訴訟における被侵害利益として使われた言葉は、「婚姻共同生活の平和の維持」、「婚姻共同生活の平穏」、「平和な婚姻生活」、「婚姻関係（の破綻）」、「家庭生活」、「円満な家族関係」、「幸せな家庭」などがある。

¹⁰ 大塚正之「不貞行為慰謝料に関する裁判例の分析（1）」家庭の法と裁判10号（2017年7月）35頁。

¹¹ 大塚正之「不貞行為慰謝料に関する裁判例の分析（3）」家庭の法と裁判12号（2018年1月）39～40頁参照。

¹² 中里和伸・前掲書（注5）164～207頁参照。

¹³ 水野紀子、瀬木比呂志対談「離婚訴訟、離婚に関する法的規整の現状と問題点—離婚訴訟の家裁移管を控えて」判タ1087号（2002年）10～15頁参照。

¹⁴ 水野紀子「離婚給付概念について」私法47号（1985年）244頁。

¹⁵ 水野紀子、瀬木比呂志対談・前掲（注13）22頁。

¹⁶ 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1095号（1996年）168～169頁における整理を参考にした。

¹⁷ 中川善之助「愛情の自由と責任—三角関係と法規制」判時312号（1962年）4～5頁参照。

¹⁸ 中川淳・前掲論文（注7）11頁。

¹⁹ 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）135頁。

²⁰ 泉久雄「親の不貞行為と子の慰謝料請求」ジュリ694号（1979年）88頁。

²¹ 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5版）（有斐閣、

- 1995年) 25頁参照。
- ²² 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。
- 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」判タ747号(1991年) 75頁以下。
- ²⁴ 島津一郎・前掲論文(注23) 123頁。
- ²⁵ 水野紀子「不倫の相手方に対する慰謝料」判タ1110号(2002年) 64~65頁参照。
- ²⁶ 水野紀子、瀬木比呂志対談・前掲(注13) 23頁。
- ²⁷ 前田達明・前掲書(注2) 300~302頁参照。
- ²⁸ 中川善之助・前掲論文(注17) 4~5頁。
- ²⁹ 中里和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務』(LABO, 2015年) 11頁。
- ³⁰ 中川淳・前掲論文(注7) 10~12頁参照。
- ³¹ 中川淳「離婚による慰謝料と財産分与との関係—最判昭和46年7月23日を中心として」戸籍時報687号(2012年) 94~97頁参照。
- ³² 泉久雄「親の不貞行為と子の慰謝料請求」ジュリ694号(1979年) 88頁。
- ³³ 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。
- ³⁴ 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。
- ³⁵ 例えば、牧野英一博士は、この決定が「夫の妻に対する貞操の義務を法律上のものと認めて、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。
- ³⁶ 中川淳・前掲論文(注7) 8頁。
- ³⁷ 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持されなければならない」と規定している。
- ³⁸ 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。
- ³⁹ 「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)。
- ⁴⁰ 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」山梨学院ロー・ジャーナル10号(2015年) 165~180頁。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、実務上はほぼ差が無いと指摘する。
- ⁴¹ 秋武・前掲論文(注40) 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」などと指摘されている。
- ⁴² 「中国婚姻法の適用に関する諸問題について最高人民法院の解釈(一)」(2001年) 28条参照。
- ⁴³ 「離婚過錯賠償」とは、中国語での書き方であり、「過錯」は「故意・過失」を意味している。
- ⁴⁴ 中国では、売春買春行為は刑法上の犯罪とならないが、行政違反行為と見なされ、行政罰の対象となる。
- ⁴⁵ 楊立新「论侵害配偶权的精神损害赔偿責任」法学(2002年) 7号55頁。
- ⁴⁶ 吴晓芳「对民法典婚姻家庭编新增和修改条文的解读」人民司法894号(2020年) 67頁。
- ⁴⁷ 中国民法典1091条は、「次に掲げるいずれか一つの事由により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、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。五、その他の重大な過失があること」と規定している。
- ⁴⁸ 近年の判決では、婚外子が生まれた場合に離婚損害賠償請求権の成立を肯定する事案は増えているが、法律と司法解釈の規定は変わっていない。
- ⁴⁹ 吴晓芳・前掲論文(注46) 68頁。
- ⁵⁰ 中国旧婚姻法4条は、「夫婦は互いに忠実でなければならない、そして尊重し合うべきである。家族は一人一人、老人を敬い子供を愛護し、互い

に助け合うべきである。平等で睦まじく文明的な婚姻家庭関係を守らなければならない」と規定している。

⁵¹ 中国旧不法行為法2条は、「民事權益を侵害するものは、本法により不法行為責任を負う。本法が言う民事權益というのは、生命權、健康權、姓名權、名譽權、榮譽權、肖像權、プライバシー權、婚姻自主權、監護權、所有權、用益物權、担保物權、著作權、特許權、商標權、發見權、株主權、相続權等の人身的・財産的權益である」と規定している。

⁵² 冉克平「论配偶权之侵权法保护」法学论坛130号（2010年）109～111頁参照。

⁵³ 曾祥生「论配偶权的侵权责任法保护」法学评论88号（2014年）85頁。

⁵⁴ 曹登润、蒋桥生「王芳与章红侵权赔偿纠纷上诉案」人民司法案例（2009年）22号参照。

⁵⁵ 陈贝贝「离婚救济制度的构建」家事法研究6号（2020年）247頁。

⁵⁶ 個人情報保護のため、本件の事件番号・判決期日等の情報は公開されていません。最高人民法院「周某诉张某离婚后损害责任纠纷案」中国法院网（2015年12月7日）<https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/12/id/1763401.shtml>（参照2021年8月13日）

⁵⁷ 陈贝贝・前掲論文（注55）242～258頁。

⁵⁸ 大塚正之・前掲論文（注9）41頁参照。

⁵⁹ 「2019年度中国育児白書」によれば、中国の若い世代において妻か夫のどちらかが稼得労働に従事せず、専ら家事や子育てなどに従事する割合は58.6%に増加し、そのうち専業主婦はほぼ発展していない地域に集中している。

⁶⁰ 「世界男女平等ランキング2020」において日本は121位、中国は106位という下位に甘んじている。

⁶¹ 中国の俗語であり、「夫は仕事、女は家庭」を意味する。

⁶² 水野紀子、瀬木比呂志対談・前掲（注13）22頁。

（そう げつか 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）