

判例研究

# 夫婦の一方が他方配偶者の不貞行為の 相手方に対しておこなった離婚に伴う 慰謝料の請求が認められないとされた事例

——最高裁平成31年2月19日第三小法廷判決・民集73巻2号187頁、  
判例タイムズ1461号28頁、裁判所時報1718号3頁——

石 松 勉\*

## 一 はじめに

判例においては、これまで、夫婦の一方が不貞行為を働いた他方配偶者に対して不貞行為に伴う慰謝料（以下「不貞慰謝料」という。）を請求することが認められている<sup>(1)</sup>が、その際、他方配偶者と不貞行為に及んだ相手方である第三者に対しても不貞慰謝料の請求が認められるか、もしその不貞行為が原因で離婚のやむなきに至ったような場合には、他方配偶者<sup>(2)</sup>に対しては当然のこと、その相手方である第三者に対しても離婚に伴う慰謝料（以下「離婚慰謝料」という。）を請求することができるのか<sup>(3)</sup>が問題となって

---

\*福岡大学法科大学院教授

<sup>(1)</sup> 最判平成6年1月20日判例時報1503号75頁、最判平成6年11月24日判例時報1514号82頁等これを前提に判断している。

<sup>(2)</sup> 最判昭和31年2月21日民集10巻2号124頁。

<sup>(3)</sup> 東京高判昭和63年6月7日判例時報1281号96頁（300万円の離婚慰謝料を認めた原審横浜地判昭和62年1月29日を500万円に増額変更したもの）のほか、最判平成10年12月21日判例タイ

いる。しかし、そもそも離婚は夫婦間の極めてプライベートな事柄であり、この場面において第三者に対し離婚慰謝料の支払という形で不法行為責任の問題を持ち込むこと自体には異論もあり得よう<sup>(4)</sup>。

そこで、本研究では、夫婦の一方が不貞行為の相手方に対して離婚慰謝料の請求をすることができるかどうかの問題となった最判平成31年2月19日（以下「本判決」という。）を対象にこの点を検討しようとするものである。本判決に関しては、不貞行為に伴う不貞慰謝料の請求権や不貞行為によって最終的に離婚するに至ったことに伴う離婚慰謝料の請求権の消滅時効の問題<sup>(5)</sup>のほかに、離婚慰謝料に不貞慰謝料が含まれるかという不貞慰謝料と離婚慰謝料との関係<sup>(6)</sup>も問題となり得るが、本研究では第三者に対する離婚慰謝料の請求の可否の問題に絞って考察を加えてみることにしたい。

## 二 事実関係の概要

夫Xと妻Aは、平成6年3月、婚姻の届出をし、同年8月に長男を、平成7年10月に長女をもうけた。Xは、婚姻後、Aらと同居していたが、競輪選

---

ムズ1023号242頁、広島家判平成18年11月21日家庭裁判月報59巻11号175頁参照。

<sup>(4)</sup> 幾代通＝徳本伸一『不法行為法』（有斐閣、1993年）87頁、岩志和一郎「家族関係と不法行為」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、1998年）161頁、山下純司「判例解説」法学教室465号（2019年）132頁等参照。

<sup>(5)</sup> 本件でも、第1審判決・第2審判決において、XがY・A間の不貞行為が原因で婚姻関係が破壊され離婚するに至ったことを知った時すなわち離婚調停が成立した時から離婚慰謝料の請求権の消滅時効が進行を開始しすでに3年の時効期間が経過していることを理由に、その請求が退けられていた（なお、東京高判平成10年12月21日判例タイムズ1023号242頁も参照）。このような判断は、最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁に基づくものと思われる（また、前掲最判平成6年1月20日も参照）が、学説の多くはこれを疑問なしとしない。筆者も、不貞慰謝料の請求権の消滅時効についてはあるが、拙稿「判例研究」岡山商大論叢32巻2号（1996年）240頁以下において若干の検討を試みたことがある。

<sup>(6)</sup> この点については、大島梨沙「判例解説」TKCローライブラリー Web版『新・判例解説 Watch◇民法（家族法）No. 101』（2019年）1頁以下（<https://ls.lawlibrary.jp/syoseki/LinkPDF.aspx>）、家原尚秀「判例解説」法律のひろば72巻7号（2019年）54頁以下を参照。

手という仕事柄、家を空けることが多く、AがYの勤務先会社に入社した平成20年12月以降は、Aと性交渉がない状態になっていた。

Yは、平成20年12月頃、上記勤務先会社においてAと知り合い、平成21年6月以降、Aが既婚者であることを知りながら、Aと不貞行為に及んだ。

Xは、平成22年5月頃、YとAとの不貞関係を知った。Aは、その頃、Yとの不貞関係を解消し、Xとの同居を続けた。しかし平成26年4月頃、Aは、長女が大学に進学したのを機にXと別居し、その後半年間、Xのもとに帰ることもXに連絡を取ることもなかった。

Xは、平成26年11月頃、横浜家庭裁判所川崎支部にAを相手方として夫婦関係調整の調停を申し立て、平成27年2月25日、Aとの間で離婚の調停が成立した。

本件は、その後同年11月9日に、Xが、Yに対し、YがXの妻Aと不貞行為をおこなったことにより離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったとして、不法行為に基づき、離婚に伴う慰謝料等の支払を求めたという事案である。

第1審（水戸地龍ヶ崎支判平成28年11月21日）・第2審（東京高判平成29年4月27日）はともに、YとAとの不貞行為によりXとAとの婚姻関係が破綻し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い、Xは、Yに対し離婚に伴う慰謝料を請求することができるとして、Xの請求を一部認容した。そこでYが上告受理申立てをおこなった。

### 三 判旨

「夫婦の一方は、他方に対し、その有責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その損害の賠償を求めるところ、本件は、夫婦間ではなく、夫婦の一方が、他方と不貞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。

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のいずれであっても、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」(下線筆者)と判示した。

そのうえで、本判決は、不貞関係の発覚、その解消後から離婚の成立までの間に上記特段の事情は窺われないとして、原判決を破棄し、第1審判決中Y敗訴部分を取り消した。

## 四 研究

### 1 本判決の意義

個人は自主、独立の法的人格として平等に性的自由を有する存在であるが、夫婦は婚姻することによってかかる個人の性的自由を相互に制限し合う関係、互いに貞操義務を負う関係にある(民法770条1項1号<sup>(7)</sup>参照)。そこで、夫

<sup>(7)</sup> ただし、「不貞」の意味は必ずしも一義的ではなく、民法770条1項1号にいう「不貞な行為」と本研究で扱う他方配偶者の「不貞行為」とが同義かどうかについては検討の余地もあろうが、

婦の一方がその自由意思に基づいて貞操義務に違反する不貞行為をおこなったような場合、さらにはそれが原因で離婚のやむなきに至ったような場合に、一方配偶者が不貞を働いた他方配偶者<sup>⑧</sup>やその相手方である第三者に対して慰謝料請求をすることができるかどうかがつとに問題となっていた<sup>⑨</sup>が、本判決は、そのうち、離婚した夫婦間で離婚に伴う離婚慰謝料を請求することができることを確認した上で、夫婦の一方は他方と不貞行為に及んだ第三者に対し特段の事情がない限り離婚慰謝料を請求することができないとしたものである。最高裁として初めてこの点を判示した点に本判決の最大の意義がある。

しかし、本判決は、「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」と判示し、「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」（傍点筆者）場合における離婚慰謝料の請求を肯定している。

---

この点については、安西二郎「不貞慰謝料請求事件に関する実務上の諸問題」判例タイムズ1278号（2008年）46～47頁、最判昭和48年11月15日民集27巻10号1323頁、二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017年）451頁以下〔神谷遊執筆〕、窪田充見『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）98頁等参照。

⑧ 夫婦の一方の不貞行為によって他方の配偶者が離婚を余儀なくされたことによる慰謝料の請求については、前掲最判昭和31年2月21日がこれを肯定し異論をみない。

⑨ 諸外国の法状況の紹介、わが国の判例・学説の詳細な検討については、前田達明『愛と家庭と』（成文堂、1985年）を、特にわが国の判例や学説の詳細については、野川照夫「配偶者の地位侵害による損害賠償請求—姦通による場合を中心として—」中川善之助先生追悼『現代家族法大系2 婚姻・離婚』（有斐閣、1980年）361頁以下や藤岡康宏「配偶者間の不法行為」同『現代家族法大系2 婚姻・離婚』375頁以下、櫻見由美子「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」金沢法学49巻2号（2007年）179頁以下等を参照。

そこで、この場合における離婚慰謝料としての第三者の不法行為責任とは一体どのようなもので、特段の事情がある場合とは一体どのような場合をさすのが課題として残った。

## 2 判例の状況

判例は、最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁において、大審院<sup>(10)</sup>以来の、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者に対して他方配偶者は不貞行為に伴う不貞慰謝料を請求することができるとする見解を踏襲し<sup>(11)</sup>、その際、「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、右他方の配偶者の被った精神上的の苦痛を慰謝すべき義務がある」(傍点筆者)と判示し、保護法益を、あたかも物権類似の排他的支配権性を帯びた絶対的身分権のようなものを思わせる人格的利益の一種(夫権・妻権)と解していたようにもみえる<sup>(12)</sup>。

これに対して、事案は異なるが、最判平成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、

---

<sup>(10)</sup> 大判明治36年10月1日刑録9輯1425頁、大決大正15年7月20日刑集5巻318頁等。

<sup>(11)</sup> なお、最判昭和34年11月26日民集13巻12号1562頁、最判昭和41年4月1日裁判集民事83号17頁も参照。

<sup>(12)</sup> ただし、子からの慰謝料請求については、親の自由意思に基づく行動が問題となるにすぎず、あくまでも親子間の問題と捉えている限りにおいて、離婚慰謝料につき夫婦間の問題と捉えた本判決と相通じるものがみとれなくもない。夫婦間の貞操義務も親の子に対する監護・教育もいずれも基本的には自由意思が介在し、自主的な判断に委ねられた当事者間の問題であって、第三者に対する損害賠償請求の問題が当然に生じるものではないと捉えているとも解し得るからである。

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。けだし、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出来るからであって、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」(傍点筆者)と、前掲最判昭和54年3月30日とは保護法益の捉え方を異にする判示をおこなっている<sup>(13)</sup>。こうして、保護法益については、夫婦は配偶者の一方が他方に対して性関係を要求し得る権利、相互に貞操を守り配偶者以外の者とは性関係を持たないよう要求し得る貞操権(守操請求権)といった、絶対性、排他性を有する物権的な人格的身分権のような捉え方のほかに、婚姻共同生活の平和の維持に関する権利又は法的保護に値する利益という捉え方も示されていたわけである。特に後者の捉え方は、結果的に、不貞行為を一種の債権侵害のように解そうとしたものとみられる<sup>(14)</sup>。そして、そう解することによって第三者に対する慰謝料請求に一定の制限を加えることにもなった<sup>(15)</sup>。

いずれにせよ、以上の結果、夫婦は、専ら愛情や信頼に支えられた貞操義務を相互に負うことになるとともに、婚姻共同生活の平和の安定・維持に関

<sup>(13)</sup> 右近健男ほか編『家事事件の現況と課題』(判例タイムズ社、2006年)12~13頁〔辻朗執筆〕(初出は辻朗「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」判例タイムズ1041号(2000年)29頁以下)、藤岡康宏『民法講義V 不法行為法』(信山社、2013年)243頁参照。

<sup>(14)</sup> 最判昭和44年9月26日民集23巻9号1727頁参照。しかし保護法益をこのように解することによって、性的関係があっても婚姻共同生活の平和を破壊させるようなものではなかった場合や、逆に不貞行為はなくても婚姻共同生活の平和を破壊するような状態を生じさせたような場合にも、不法行為の成否があらためて問題となり得る(右近ほか編『前掲書』13頁〔辻執筆〕、安西「前掲論文」47頁、大村敦志『家族法〔第3版〕』(有斐閣、2010年)56頁、内田貴『民法Ⅳ〔補訂版〕親族・相続』(東京大学出版会、2011年)26頁、二宮周平『家族法〔第4版〕』(新世社、2013年)53~54頁、窪田充見『不法行為法〔第2版〕』(有斐閣、2018年)313頁等参照)。

<sup>(15)</sup> 二宮『前掲書』53頁。なお、東京地判平成10年7月31日判例タイムズ1044号153頁参照。

する、配偶者に固有の一般的な人格的利益を兼ね備えた複合的な法的地位にあることが窺い知れる<sup>(16)</sup>。

### 3 学説の状況

次に、学説の状況をみてみよう。学説上においても、不貞行為も故意・過失がある限り共同不法行為を構成する<sup>(17)</sup>として、それにより一方配偶者が受けた精神的苦痛は他方配偶者と不貞行為に及んだ相手方である第三者の双方に対して慰謝料を請求することができるとする見解<sup>(18)</sup>が以前は支持されてい

<sup>(16)</sup> 田中豊「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成8年度（下）』（1999年）247頁、253頁参照（初出は田中豊「判例解説」法曹時報50巻10号（1998年）2497頁以下）。なお、下級審ではあるが、クラブのママやホステスがいわゆる枕営業によって長期間にわたって顧客と性交渉を繰り返した行為により顧客の妻との関係で不法行為責任（慰謝料請求）が認められるかどうかが問題となった事案において、これを否定した東京地判平成26年4月14日判例タイムズ1441号70頁も、このような考え方に沿って判断されたものと評することができよう。というのは、いわゆる枕営業により夫婦の婚姻共同生活の平穏という一方配偶者の人格的利益が直ちに脅かされているとはいえず、これだけでは権利侵害にはあたらないとみておりと解し得るからである。

<sup>(17)</sup> なお、前掲最判平成6年11月24日参照。

<sup>(18)</sup> 中川善之助「愛情の自由と責任」判例評論52号（1962年）4頁〔判例時報312号〕、我妻榮『親族法』（有斐閣、1961年）99頁（ただし135頁）、加藤一郎編『注釈民法（19）債権（10）』（有斐閣、1965年）92頁〔三島宗彦執筆〕、加藤一郎『不法行為法〔増補版〕』（有斐閣、1974年）130頁、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、同「判例解説」ジュリスト臨時増刊718号『昭和54年度重要判例解説』（1980年）92～93頁、同「夫婦の貞操義務」法学教室105号（1989年）29頁、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、林修三「判例紹介」時の法令1039号（1979年）58頁等。

<sup>(19)</sup> ただし、加藤一郎「判例解説」別冊ジュリスト12号『家族法判例百選』（1967年）25頁、別冊ジュリスト40号『家族法判例百選〔第2版〕』（1973年）25頁では肯定説に疑問を呈しつつも否定説支持に躊躇されていたが、別冊ジュリスト66号『家族法判例百選〔第3版〕』（1980年）14頁では完全に否定説に踏み切っておられる。

<sup>(20)</sup> しばしば否定説から指摘される、不貞配偶者を宥恕しながら不貞の相手方に対しては慰謝料請求を認めることによる美人局的な恐喝の温床となる弊害ない危険性は、たとえば、東京地判平成4年12月10日判例タイムズ870号232頁にも端的に現れている（これに関連して、最判平成8年6月18日家庭裁判月報48巻12号39頁や最判平成6年11月24日判例タイムズ867号165頁も参照）。また、不貞配偶者と不貞の相手方との間に生まれた子に関する認知請求や養育費の請求の問題にも影響が及ぶといった弊害も繰り返し指摘されているところである。



た<sup>(19)</sup>が、これを認めた場合の弊害<sup>(20)</sup>を指摘して不法行為の成立を一切否定する説<sup>(21)</sup>や、他方配偶者の自由意思が介在するという不貞行為の構造、性に関する自己決定権を尊重すべきという要請や貞操義務は夫婦間でのみ拘束力を有するにすぎないという特質から、債権侵害の場合と同様に考え、第三者による害意、暴力や詐欺・脅迫等による場合を除き、原則として不法行為の成立は認められないとし、例外的に不貞慰謝料の請求を認めれば足りるとする説<sup>(22)</sup>が有力に主張されるようになり、現在ではこちらを支持する学説が多い。

---

<sup>(19)</sup>水野紀子「判例解説」別冊ジュリスト78号『民法判例百選Ⅱ債権〔第2版〕』（1982年）179頁（なお、『民法判例百選Ⅱ債権』の第3版（1989年）、第4版（1996年）、第5版（2001年）、第5版新法対応補正版（2005年）も参照）、同「判例評釈」法学協会雑誌98巻2号（1981年）291頁以下、同「判例解説」ジュリスト臨時増刊1113号『平成8年度重要判例解説』（1997年）77頁、同「判例批評」民商法雑誌116巻6号（1997年）906頁以下、同「不倫の相手方に対する慰謝料」判例タイムズ1100号（2002年）65頁、同「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」山田卓生先生古稀記念『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社、2008年）137頁以下等。しかも、水野教授は、被害者の自由意思が介在しない強姦の場合も、排他性を帯びた物権的な人格的支配権のようなものの承認に繋がりがかねないとして他方配偶者の慰謝料請求を否定される。

<sup>(20)</sup>田中恒朗「夫と情交関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550号（1973年）117頁、121頁、上野雅和「夫婦間の不法行為」奥田昌道ほか編『民法学7《親族・相続の重要問題》』（有斐閣、1976年）91～92頁、前田達明『愛と家庭と』（成文堂、1985年）302～303頁、同『民法随筆』（成文堂、1989年）215～216頁、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）121～123頁、阿部徹「判例解説」判例タイムズ411号臨時増刊『昭和54年度主要民事判例解説』（1980年）130頁、人見康子「第三者の家庭崩壊による慰謝料」別冊判例タイムズ8号『家族法の理論と実務』（1980年）125頁、澤井裕「判例解説」別冊ジュリスト66号『家族法判例百選〔第3版〕』（1980年）53頁（ただし、子の慰謝料請求は肯定）、國井和郎「判例解説」別冊ジュリスト162号『家族法判例百選〔第6版〕』（2002年）23頁、潮海一雄「判例解説」別冊法学教室『民法の基本判例』（1986年）168頁、浅見公子「第三者による婚姻関係の破綻と損害賠償」谷口知平＝加藤一郎編『新版・判例演習民法5親族・相続』（有斐閣、1984年）23頁、小野幸二「家族間における不法行為」川井健ほか編『講座現代家族法 第1巻 総論』（日本評論社、1991年）97頁以下等のほか、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）』（青林書院、1985年）527頁、幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977年）84頁（なお、幾代＝徳本『前掲書』86頁も参照）、内田『前掲書』26頁、吉村良一『不法行為法〔第5版〕』（有斐閣、2017年）46頁、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』（信山社、2009年）228～229頁、前田陽一『債権各論Ⅱ〔不法行為法〕〔第3版〕』（弘文堂、2017年）46頁等多数。

#### 4 検討<sup>(23)</sup>

##### (1) 不法行為成立要件からの検討

不貞行為による不法行為の成否については故意・過失、権利・利益の侵害（違法性）、因果関係が特に問題となろう。以下、これらの要件についてみていこう。

##### (ア) 故意・過失<sup>(24)</sup>

この点については、一般に「違法な結果の発生すべきことを意図し、または、すくなくともそのような結果の発生すべきことを認識・予見しながら、これを容認してあえて行為をする心理状態をいい、過失とは、違法の結果の発生すべきことを認識・予見することが可能であり、また認識・予見すべきであるのに、不注意のために認識・予見せずに行為すること、または違法な結果の発生を認識・予見して防止すべき注意義務を怠ることである<sup>(25)</sup>」と解されているが、これに対しては、貞操義務違反による法的サンクションは不貞配偶者のみが受けるべきであり、これに加担した不貞の相手方（相姦者）の行為は不貞配偶者の自由意思行為に取り込まれて不法行為を構成しないと考えるから、ただ不貞の相手方（相姦者）が不貞行為を手段として他方配偶者を害しようとする場合は、その目的性のゆえに、他方配偶者は直接の被害者として不貞の相手方（相姦者）に対して損害賠償を請求することができるとして、不法行為成立のためには害意を要求すべきと解する見解<sup>(26)</sup>が有力である。

---

<sup>(23)</sup> 不貞慰謝料に関してはあるが、前田達明『愛と家庭と』300頁以下、水野「前掲判例評釈」法協312頁以下参照。筆者も、拙稿「前掲判例研究」210頁以下において簡単な検討を試みたことがある。

<sup>(24)</sup> なお、安西「前掲論文」47～48頁参照。

<sup>(25)</sup> 中川淳「前掲論文」10頁、同「家族関係と不法行為」法学セミナー増刊『不法行為法』（日本評論社、1985年）228頁。

<sup>(26)</sup> 前田達明『愛と家庭と』302～303頁、上野「前掲論文」91頁、島津「前掲論文」123頁、小野「前掲論文」98頁等。

一方配偶者の他方配偶者に対する貞操権（守操請求権）・貞操義務は一方配偶者の他方配偶者に対する相対的な権利・義務にすぎず<sup>(27)</sup>、排他的、独占的な人格の支配権のようなものではない<sup>(28)</sup>とすれば、不貞配偶者の自由意思行為が介在している限り、第三者による貞操権（守操請求権）の侵害はあり得ないと解される<sup>(29)</sup>。

また、もし婚姻法上の個人を夫婦関係という一体的、統体的な関係における個人あるいは愛情的利益を担っている個人として捉え、不貞行為は婚姻関係における他方配偶者のかかる愛情的利益の侵害ないし破壊にあたと解したとしても、そこには他方の配偶者の自由意思行為が介在している以上、この局面でいくら婚姻関係の尊重を強調してもやはり不充分であり、ここで不法行為の成立を認めるためには、さらに相手方から、かかる他方配偶者の自由意思行為を遙かに超えた、婚姻関係の平和・安定を侵害ないし破壊する強制的、半強制的な行為（暴力、脅迫、詐欺、教唆、誘惑等）が加えられていることが必要と解すべきであろう。

以上の議論は、不貞行為の結果、離婚のやむなきに至ったような場合における離婚慰謝料についても同様に妥当すると解してよからう。

#### （イ）権利・利益の侵害（違法性）

これについても、夫婦関係は法的保護に値する利益であるからこれを違法な加害行為によって侵害されたときは不法行為が成立すると解されている<sup>(30)</sup>。一方で、さきに触れたように、不貞配偶者の自由意思行為が介在している以上、そもそもその自由意思による不貞行為それ自体を違法な加害行為とは考え難いことから、権利・利益の侵害（違法性）はなく当然に不法行為の成立

---

<sup>(27)</sup> 前田達明『愛と家庭と』302頁、上野「前掲論文」91頁、島津「前掲論文」123頁。

<sup>(28)</sup> 上野「前掲論文」91頁、島津「前掲論文」121～122頁、水野「前掲判例評釈」法協309頁。

<sup>(29)</sup> 前田達明『愛と家庭と』300頁以下。

<sup>(30)</sup> 中川淳「前掲論文」10頁、同『前掲書』228頁参照。

を肯定することはできないとする見解が有力である<sup>(31)</sup>。確かに夫婦関係は法的保護に値する利益ないし法的地位ではあるが、他方配偶者の自由意思行為が介在している以上、そこには不法行為成立のための前提ともいべき法による要保護性は見出し難いように思われる。したがって、もし不貞行為を原因とする離婚の場面において不法行為が問題となり得るとすれば、それは、配偶者としての権利・利益の侵害とは次元を異にした、婚姻共同生活の平和の維持に関する人格的利益に対する侵害として（民法710条参照）ということになろう<sup>(32)</sup>。

#### （ウ）因果関係の存在

前述したように、不貞配偶者の自由意思が介在していることから、不貞行為がそれ自体が直ちに違法な加害行為とはならないと解される以上、損害発生との間の因果関係は切断されている<sup>(33)</sup>と解されるところ、それによる婚姻共同生活の平和・安定を破壊することに伴う被害（精神的苦痛）との間にもまた当然には因果関係は認められないということになろう。

こうして、不法行為成立要件の側面から眺めた場合、愛情的利益の享受者たる他方配偶者との、相互の愛情や全人格的な信頼に基づく婚姻関係の維持・安定や、その愛情的利益の担い手たる他方配偶者の自由意思による不貞行為に伴う一方配偶者の精神的苦痛に対する慰謝といった問題は、不貞行為の相手方の出現、それによる婚姻関係の破綻ないし離婚にもかかわらず、原則として夫婦間において処理されるべき事柄であって、不貞行為の相手方に対する離婚慰謝料の請求が直ちに認められる性質のものではないということができよう。本判決はこのような考え方を採用したものと思われる。

---

<sup>(31)</sup> 上野「前掲論文」91頁、小野「前掲論文」98頁、田中恒朗「前掲論文」121～122頁等。

<sup>(32)</sup> 潮見『前掲書』229頁。

<sup>(33)</sup> 島津「前掲論文」122頁、人見「前掲論文」235頁参照。

## （２） 不法行為制度の果たす機能からの検討

それでは、この局面を不法行為損害賠償制度の機能の側面から眺めた場合にはどのようなことが指摘できるだろうか。

### （ア） 損害填補機能

不貞行為の相手方に対する離婚慰謝料の請求がもしまかりに認められるとした場合に、それによって填補される損害は一方配偶者の精神的苦痛ということになるが、一方配偶者が不貞行為の相手方から離婚慰謝料を受け得るということは他方配偶者が自分の許から去った場合を前提とする。しかし、このことは愛情的利益の享受者として敗れ去ったことを意味し、慰謝料を受け取ることによってなお一層精神的苦痛が増幅されないとも限らず<sup>(34)</sup>、したがってそこには意地や嫌がらせ、報復感情といったものすら見受けられることになり、損害填補の法的処理として妥当性を欠くものといわざるを得ない。

### （イ） 予防的機能・抑止的機能

不貞行為はそもそも当事者の個人的な愛情や性的自由による自由意思に基づいてなされているのが常態であろう。そうすると、その自由を無視してでも不貞を働いた他方配偶者の奪還を愛情的利益の享受者である一方配偶者に認めることが最も適切な解決方法であるかのようにもみえるが、しかし離婚の場面ではもはやこのような解決方法は想定できない上に、そもそもこのような解決方法自体が非現実的、非道徳的であって、許されるべきではないことはいうまでもあるまい。しかし、だからといって一方配偶者に不貞行為の相手方に対する離婚慰謝料の請求を認めることで不貞行為に対する予防的機能・抑止的機能（離婚慰謝料の請求をおそれて不貞行為に及ぶことを控えるといった行動）が期待できるかということ、およそそうは思われ<sup>(35)</sup>ない。

<sup>(34)</sup> 浅見「前掲論文」23頁、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）76頁参照。

<sup>(35)</sup> 二宮周平「〔民法判例レビュー73〕妻の不貞行為の相手方の不法行為責任（不貞の慰謝料）」判例タイムズ1060号（2001年）113頁〔前掲東京地判平成10年7月31日に対する判例研究〕参照。

(ウ) 制裁的機能・懲罰的機能

また、もしかりに不貞行為の相手方に制裁的、懲罰的な意味において離婚慰謝料の支払を法的に強制できるとして、その結果一体どのような権利・利益が法的に保護、実現されるかも疑問である。本来、男女間の情交関係は、それが未婚者同士の恋愛関係にせよ、不倫関係にせよ、当事者の極めて個人的かつ自由な意思に基づいて結ばれているものであるから、そもそも法的規制にはなじまない倫理的、道徳的な性質を強く帯びている。そうだとすると、この関係の処理もまた法的規制によってではなく、でき得る限り倫理・道徳による統制に委ねるべきであって、かえって裁判所がその処理にしかも制裁的、懲罰的な意味合いで関与していくとすれば、これほど非倫理的、非道徳的なことはあるまい。当事者の自由意思に基づく不貞行為それ自体を違法な加害行為とみなして不貞行為の相手方に離婚慰謝料の支払義務を課することによって公権的に制裁、懲罰する意義は全く見出し得ない<sup>(36)</sup>。

こうして、個人的な愛情や全人格的な信頼に支えられた夫婦関係も法的保護に値するものではあるが、不法行為損害賠償制度の機能の側面からも、このような愛情や信頼を裏切る形で他方配偶者の自由意思によって不貞行為がなされ離婚のやむなきに至ったような場合に不貞の相手方に対する離婚慰謝料を認めて保護すべき合理的な理由はなく、基本的には夫婦間の問題として解決されるべき事柄であるということが指摘できよう<sup>(37)</sup>。

## 五 課題と展望

近時は、夫婦の一方が第三者と不貞行為に及んだ場合にその自由意思行為

---

<sup>(36)</sup> 水野「前掲判例評釈」法協304～305頁参照。

<sup>(37)</sup> 水野「前掲判例評釈」法協302～309頁、伊藤昌司「男女関係の『市場原理』」判例タイムズ499号（1983年）141頁等参照。

の介在を理由に不貞慰謝料としての不法行為責任を限定的、否定的に解する見解が有力となっているが、このような見解からすれば、不貞行為を原因とする離婚の場合であっても、離婚は本来夫婦の間で決すべき事柄であり、原則として不貞行為の相手方である第三者に対する離婚慰謝料は認めるべきではないとする本判決は、したがってその登場が予想できなくもなかった<sup>(38)</sup>。夫婦はそれぞれ法的人格として自主、独立、対等な存在であり、ただ相互に貞操義務を負うのみで排他的、独占的な人格の支配権のようなものを有しているわけではない。そこから、不貞配偶者がその自由な意思に基づいて配偶者以外の第三者と性的関係を持った場合においてその第三者の害意をもって婚姻共同生活の平穏が害されたとき、この婚姻共同生活の平和・安定に関する一般的な人格的利益に対する侵害(民法710条参照)として慰謝料請求を認めれば足りるとする見解<sup>(39)</sup>が主張されたのも、極めて自然であったといえる。

もっとも、第三者に対する離婚慰謝料の請求が認められる特段の事情がある場合<sup>(40)</sup>については、今後、不貞行為の場合にとどまらず、たとえば、第三者の暴力的な言動等によって他方配偶者に離婚を迫りその結果離婚のやむなきに至らしめたなど、配偶者に固有の婚姻共同生活の平和・安定ないし婚姻

---

<sup>(38)</sup> 水野「前掲判例評釈」309頁参照。

<sup>(39)</sup> 潮見『前掲書』228～229頁、前田達明『民法随筆』46頁。

<sup>(40)</sup> ただし、本判決には、特段の事情に関して「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」(傍点筆者)という判示もみられる。本判決を掲載する判例タイムズ誌の無署名解説(1461号30頁)には、婚姻関係に対する不当な干渉の要件を満たさない場合であっても特段の事情が認められる余地はあると考えているようにも思われるが、これを権利侵害ないし違法性要件と位置づければ、その余地は限定的にも解され、この点は今後に残された問題である、との指摘がある(なお、家原尚秀「判例解説」法律のひろば72巻7号(2019年)58頁も参照。この判例タイムズ誌の解説は、ひょっとすると本判決の調査官である家原氏によるものではないかと推測される。)。私見では、この部分は「不貞行為がある場面での不当な干渉」について判示したまでで、「不貞行為がない場面での不当な干渉」の場合についても特段の事情ありとされることがあり得ることを示唆したものと解したい。

生活における幸福の追求・保持に関する一般的な人格的利益に対する侵害が認められる場合についても議論されることになろう<sup>(41)</sup>が、今後に残された課題である。しかし、いずれにせよ、このような判断枠組みに照らすと、検討対象として、他方配偶者の不貞行為を契機とする離婚の場合には限られないケースの登場も予想される<sup>(42)</sup>。

本判決は、社会情勢の急速かつ大幅な変化と、それに伴う国民の婚姻や離婚に対する倫理観や法感情の顕著な変容に強く影響されて登場したものとも評することができよう。そうだとすると、これを契機として離婚慰謝料の問題が基本的には婚姻法上の問題、わけても財産分与等の経済的救済という夫婦間の問題に収斂され、この局面での第三者の不法行為責任についてはさらに限定的、否定的に解される傾向がなお一層加速されることが予想される<sup>(43)</sup>。

以上

---

<sup>(41)</sup>水野「前掲論文」山田古稀記念147頁参照。そうだとすると、不貞行為の相手方である女性が不貞行為の一方の相手方である男性（父親）の未成年の子に対する教育、監護等を積極的に阻止するなどの特段の事情のない限りその子に対して不法行為責任を負わないとした前掲最判昭和54年3月30日についても、保護法益を、父親から愛情、監護、教育等を受け得るはずの子に固有の一般的な人格的利益（家族共同生活を通して得られたであろう精神的平和ないし愛情的利益）と捉えることによって、本判決との整合的理解が可能ないように思われる（東京地判昭和44年2月3日判例時報566号71頁、広島地判昭和48年9月21日判例時報726号80頁等参照）。

<sup>(42)</sup>こうして、第三者に対する不法行為責任の追及可能性が婚姻共同生活の平和・安定ないし婚姻生活における幸福の追求・保持に関する一般的な人格的利益に対する侵害の有無に左右されることが明らかとなった結果、ここでの問題は、ある種の不貞行為がその適用場面の一つになり得ることがあることを示唆しているにすぎない、と捉え直すこともできよう。

<sup>(43)</sup>本文でも述べたように、現在の日本における国民の性意識・性行動の変化に伴う性秩序や婚姻秩序の顕著な変容という根本問題がその根底には横たわっているように思われ、そうだとすれば、この根本問題を解明する作業こそその前提として必要ではないかとも感じられる。しかし、そもそも本判決のような裁判例の登場それ自体を、変容しつつある性秩序や婚姻秩序の反映の一つと受けとれなくもなかり。ということから、非常に判断の難しい問題ではあるが、この問題は基本的には不貞を働いた張本人である他方配偶者との関係で処理すべきではないかとの基本視角から、不貞をされた被害配偶者や未成年の子による第三者に対する不貞慰謝料の請求も否定的に解すべきではないかというのが筆者の現時点での考えである。



---

ところで、現在の判例状況では、不貞行為の相手方に対して認められる不貞慰謝料の請求と不貞を働いた他方配偶者に対して認められる離婚慰謝料の請求とが競合し得る結果（不真正連帯債務と解されている）、その区別の困難性ゆえに、その賠償額の算定は困難を伴うであろう。また、不貞行為を原因として離婚のやむなきに至ったような場合において被害配偶者に不貞配偶者に対して不貞慰謝料の請求とともに離婚慰謝料の請求も認められる状況下で、後者に関してはさらに離婚の原因となった不貞行為による精神的苦痛に対する慰謝料（離婚原因慰謝料）と離婚自体による精神的苦痛に対する慰謝料（離婚自体慰謝料）とが観念されているが、果たしてその算定は容易なのだろうか。現在の実務上の通説とされる一体説によったとしても、慰謝料額に関しては請求者の側が立証責任を負わないことを考えると、裁判官の負担は小さくないように思われる。以上の点につき、大島「前掲判例解説」2～3頁、家原「前掲判例解説」55～57頁のほか、成澤寛「離婚慰謝料と不貞慰謝料に関する理論的考察—広島高判平成19年4月17日家月59巻11号162頁を契機として」岡山商科大学法学論叢17号（2009年）特に87頁、114頁以下、121頁以下、同「離婚慰謝料概念とその必要性（1）～（4・完）」戸籍時報540号19頁以下、同541号15頁以下、同547号9頁以下、549号9頁以下（以上、いずれも2002年）参照。