

# 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

宗 村 和 広

目次

はじめに

1. 二つの最高裁昭和54年3月31日判決
2. 他方配偶者からの慰謝料請求
3. 子からの慰謝料請求

おわりに

はじめに

配偶者の一方と第三者が情交関係に至った場合に、当該第三者は他方配偶者に対して損害賠償責任を負うか、あるいはいかなる場合に同責任を負うかについては、旧法下の大審院判決において原則として第三者に不法行為責任の生ずることを肯定し<sup>1</sup>、最高裁でもこれをおおむね踏襲する判断が行われてきた<sup>2</sup>。また子に対する責任については、最高裁は、これを原則として否定する判断を行っている<sup>3</sup>。

しかしながら学説は、従来より他方配偶者からの請求・子からの請求いずれについても肯定・否定両説が対立し、その論拠も一樣ではなく、上記判例の傾向に対しても賛否があってそれぞれ説得的な議論を展開している。もとより本問は、個々の婚姻観・家族観の相違に起因して、家族間の紛争に財産法理を用いることの是非、被侵害利益や因果関係の存否などにおける見解が多岐に分かれており、「各人の価値観のいわばリトマス試験紙<sup>4</sup>」であるとされている<sup>5</sup>。

本稿では、本問についての判例・学説を整理・検討し、併せて若干の提言

を行う。詳細な分析・考察を加えられ評価の高い先行業績も多数存在する<sup>6</sup>が、近時の家族をめぐる社会状況・法状況の変化に鑑み、あらためて本問題を検討・考察することに意義があると思われるからである。

## 1. 二つの最高裁昭和54年3月30日判決

配偶者の一方の不倫の相手方に対する他方および子からの損害賠償請求の認否が活発に議論される契機となったのは、昭和54年3月30日に同日の日付で行われた二つの最高裁判決である。そこで本章では、これらの事実・判旨、これらに対する評価につき概観する。

### (1) 事実の概要・判旨

最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁<東京ケース><sup>7</sup>

【事実の概要】  $X_1$ ・Aは昭和23年に婚姻し、その後 $X_2$ ～ $X_4$ の3子をもうけた夫婦である。昭和32年頃、AがバーのホステスYと知り合い、後に情交関係に及び、同35年に同女との間に子をもうけたところ、 $X_1$ がこれを非難したため、すでに $X_1$ に対する愛情を失いかけていたAはYと同棲するようになり、妻子のもとに帰ることがなかった。この時点で $X_2$ は19歳、 $X_3$ は9歳、 $X_4$ は3歳であった。 $X_1$ は貞操権の侵害を、 $X_2$ らは父との共同生活により享受することのできた監護、教育、愛情的利益の侵害をそれぞれ理由として、Yに損害賠償を求める訴えを提起した。

第一審（東京地判昭和49年6月28日）は、Xらの主張をいずれも容れ、 $X_1$ に300万円、 $X_2$ に30万円、 $X_3$ 、 $X_4$ にそれぞれ50万円の慰謝料を認容した。Y控訴。

第二審（東京高判昭和50年12月22日）は、「AとYとは、Aのさそいかけから自然の愛情によつて情交関係が生じたものであり、Yが子供を生んだのは母親として当然のことであつて、Aに妻子があるとの一事でこれらのことが違法であるとみることは相当ではなく、また、Aと $X_1$ との婚姻生活は、 $X_1$ がAとYとの関係を知り、Aが別居した昭和39年6月に破綻するに至つたものと認めるのが相当である。そして、この別居はAがYに責められ愛情

を全く喪失したため敢行されたものであつて、YがAに同棲を求めたものではなく、Yに直接の責任があるということではできない。そしてAとYが同棲生活に入ったのは、前記認定のとおり、AとX<sub>1</sub>との婚姻生活が既に破綻した後であつて、しかもAの方からYのもとに赴いたものであつて、これをもつてYに違法があるとするにはできない。」「また、AがYと同棲して以来子供であるX<sub>2</sub>らは訴外人の愛ぶ養育を受けられなくなつたわけであるが、これは一にAの不徳に帰することであつて、Yに直接責任があるとするにはできない。」としてXらの請求をすべて棄却した。

Xらが上告。

【判旨】 X<sub>1</sub>の請求部分について、原審に差し戻し。「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つた精神上的の苦痛を慰謝すべき義務があるというべきである。」

X<sub>2</sub>らの請求部分については、原審を維持。「妻及び未成年の子のある男性と肉体関係を持った女性が妻子のもとを去つた右男性と同棲するに至つた結果、その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つたとしても、その女性が害意をもつて父親の子に対する監護等を積極的に阻止するなど特段の事情のない限り、右女性の行為は未成年の子に対して不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。けだし、父親がその未成年の子に対し愛情を注ぎ、監護、教育を行うことは、他の女性と同棲するかどうかにかかわりなく、父親自らの意思によつて行うことができるのであるから、他の女性との同棲の結果、未成年の子が事実上父親の愛情、監護、教育を受けることができず、そのため不利益を被つたとしても、そのことと右女性の行為との間には相当因果関係がないものといわなければならないからである。」

なお、本判決には、大塚裁判官の補足意見、本林裁判官の反対意見がある。

大塚裁判官の補足意見「妻及び未成年の子のある男性と肉体関係を持った女性が妻子のもとを去つた右男性と同棲するようになれば、右未成年の子が事実上父親の監護等を受けられなくなり、そのため不利益を被る場合があることは、否めないことである。この場合に、問題は、右の事実上の不利益を法的に評価して原因行為と相当因果関係にあるものであるとしうるかどうかである。…私は、…本件のような場合においては、家に残した子に対し、監護等を行うことは、その境遇いかににかかわらず、まさに父親自らの意思によつて決められるのであるから、相当因果関係の有無の判断に当たつては、この父親の意思決定が重要な意義を持つものと考えべきである。そして、右父親の意思決定のいかによつて未成年の子が監護等を受けられるか、又は受けられないかの結果が生ずるものであるところ、多数意見摘示にかかわる原審の確定した事実関係のもとにおいては、相手方の女性の同棲行為によつて未成年の子が不利益を受けることが通常であるとはいへなく、右不利益は、あくまでも事実上もたらされたものにしかすぎず、それを法的に評価して原因行為と相当因果関係にある結果であるということとはできない。なお、本件のような事案において、子が父親に対しては損害賠償の請求を行わず、その同棲の相手方となつた女性に対してだけ損害賠償の請求をする事例が一般的であるところ、その請求者の態度は心情的に理解できないわけではないが、この一般的事実及びその背景にある法解釈論は、本件相当因果関係の判断に関する考慮要素とすることができる。

さらに、…違法性の有無の判断に当たつても、子が父親に対しては損害賠償の請求をしないという前記一般的事実及びその法解釈論は、十分に考慮されるべきであると考え。」

本林裁判官の反対意見「なる程、父親が未成年の子に対して行う監護及び教育は、父子が日常起居を共にしなければできないものではなく、他の女性と同棲していたとしても、父親が強靱な意思をもつて行えば行えなくはないものであろう。しかし、私は、未成年の子を持つ男性と肉体関係を持ち、その者の子供を出産し、妻子のもとを去つた右男性と同棲するに至つた女性が

たとえ、自らその同棲を望んだものでもなく、同棲後も、男性が妻子のもとに戻ることに敢えて反対しないのであつても、同棲の結果、男性がその未成年の子に対して全く、監護、教育を行わなくなつたのであれば、それによつて被る子の不利益は、その女性の男性との同棲という行為によつて生じたものというべきであり、その間には相当因果関係があるとするのが相当であると考えるのである。けだし、不法行為における行為とその結果との間に相当因果関係があるかどうかの判断は、そのような行為があれば、通常はそのような結果が生ずるであろうと認められるかどうかの基準によつてされるべきところ、妻子のもとを去つて他の女性と同棲した男性が後に残して来た未成年の子に対して事実上監護及び教育を行うことをしなくなり、そのため子が不利益を被ることは、通常のことであると考えられ、したがつて、その女性が同棲を拒まない限り、その同棲行為と子の被る右不利益との間には相当因果関係があるというべきだからである。更に、日常の父子の共同生活の上で子が父親から日々、享受することのできる愛情は、父親が他の女性と同棲すれば、必ず奪われることになることはいうまでもないのであり、右女性の同棲行為と子が父親の愛情を享受することができなくなつたことによつて被る不利益との間には、相当因果関係があるといふことができるのである。したがつて、私は、本件において、被上告人の同棲行為と上告人春子らが日常生活上、父親からの愛情を享受することができなくなり、監護、教育を受けられなくなつたことによつて被つた不利益との間には、相当因果関係があるものと考えるのであり、この点において多数意見に同調することができないものである。

親が故意又は過失によつて右義務を懈怠し、その結果、子が不利益を被つたとすれば、親は、子に対して不法行為上の損害賠償義務を負うものというべきであるから、右不利益は、不法行為法によつて保護されるべき法益となり得ると考えられるのである。また、未成年の子が両親とともに共同生活をおくることによつて享受することのできる父親からの愛情、父子の共同生活が生み出すところの家庭的な生活利益等は、未成年の子の人格形成に強く影響

を与えずにはいられないものであり、かつ、人間性の本質に深くかかわり合うものであることを考えると、法律は、それらへの侵害に対しては厚い保護の手を差し延べなければならない、換言すれば、右利益等は、十分に法律の保護に価する法益であるというべきである。このように考えると、ある女性が未成年の子を家に残して来た男性と同棲することによつて、右子が父親からの愛情、監護、教育を享受し得なくなるような結果が生じた場合には、右女性は、故意又は過失がある限り、未成年の子に対し、不法行為責任を負うものといわざるを得ないわけである。」

最判昭和54年3月30日判時922号8頁<大阪ケース>

【事実の概要】  $X_1 \cdot A$ は昭和29年に婚姻し、その後  $X_2 \sim X_4$ の3子をもうけた夫婦であり、昭和45年ころまでは平穏な家庭生活を営んでいた。同年、Aの小、中学校の同級生であるYが海外勤務を命じられたため、中学時代の同郷生が催した送別会にAが出席して両者が再会し、以後Aの心は次第にYに傾いていき、昭和46年頃、Aが単身Yの勤務地に赴き、情交関係に及んだ。その後、同人らの関係が  $X_1$ の知るところとなり、Aは  $X_1$ の説得にも応じずついにYの勤務地へ渡航してしまった。この時点で  $X_2$ は19歳、 $X_3$ は15歳、 $X_4$ は10歳であった。

Xらは、Yに慰謝料を求める訴えを提起した。請求原因は上記東京ケースと同様である。

第一審（大阪地判昭和52年6月6日）は、 $X_1$ の請求については300万円の限度でこれを認容したが、 $X_2$ らの請求については、Yの行為はその母との同棲行為たるに止まるから、特別の事情がない限り不法行為を構成するものとは解しがたとして、いずれも棄却した。XらおよびY双方が控訴。

第二審（大阪高判昭和53年8月8日）は、「夫婦とその未成熟子からなる家族にあつて、各人は他の家族と共に平穏に幸福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。そして第三者が妻と不倫な関係を結んで当

該平和な家庭を破壊したときは、夫の守操請求権、未成熟子の身上監護請求権の侵害を理由とするだけでなく、夫または未成熟子の前記精神的利益の侵害をも理由として不法行為の成立を肯認しうると解するのが相当である。してみると未成熟子に対して第三者が害意を持つなど第一審被告が主張するような特別の態様の侵害行為がなされたときに限つてのみ、不法行為の成立を認めるべきものと解すべきである。…Yは、Aに加担して違法にXらとAとの平穩で安定した家庭生活からAを離脱させてこれを事実上破壊、破綻させ、Xらがそれまでの平穩で幸福な家庭生活を営むことによつて享受してきた精神的利益を侵害したものと認められるから、Yとの共同不法行為者としてXらに対しその被つた精神的苦痛による損害を賠償すべき義務を免れない。」として、X<sub>1</sub>に500万円、X<sub>2</sub>らにそれぞれ100万円の慰謝料を認容した。Yが上告。

【判旨】 X<sub>1</sub>に対する上告を棄却し、X<sub>2</sub>らの請求を認容した原判決を破棄し、原審に差し戻した。「夫及び未成年の子のある女性と肉体関係を持った男性が夫や子のもとを去った右女性と同棲するに至った結果、その子が日常生活において母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としても、その男性が害意をもって母親の子に対する監護等を積極的に阻止するなど特段の事情のない限り、右男性の行為は、未成年の子に対して不法行為を構成するものではない。ただし、母親がその未成年の子に対し愛情を注ぎ、監護、教育を行うことは、他の男性と同棲するかどうかにかかわらず、母親自らの意思によって行うことができるのであるから、他の男性との同棲の結果、未成年の子が事実上母親の愛情、監護、教育を受けることができず、そのため不利益を被ったとしても、そのことと右男性の行為との間には相当因果関係がないものといわなければならないからであり、このことは、同棲の場所が外国であっても、国内であっても差異はない。

したがって、前記のとおり、原審が特段の事情の存在を認定しないまま、いずれも成年に達していなかったX<sub>2</sub>らのもとを去ったAと同棲したYの行為とX<sub>2</sub>らが不利益を被ったことの間には相当因果関係があることを前提にY

の行為がX<sub>2</sub>らに対する関係で不法行為を構成するものとしたのは、法令の解釈適用を誤り、ひいては、審理不尽の違法をおかしたものというべく、右違法は、判決に影響を及ぼすことが明らかである。」

なお本判決にも、東京ケースと同旨の大塚裁判官の補足意見、本林裁判官の反対意見が付されている。

## (2) 両判決に対する評価

東京ケースが妻および三姉妹からの請求、大阪ケースが夫および三兄弟からの請求である点が好対照であり、大阪ケースにおいてYがAに勤務地から愛情を打ち明ける手紙を出すなどYの側からの働きかけがみられることなど、若干の相違はみられるものの、事案全体としては非常に似通ったケースであるといえる。東京ケースでは第一審で配偶者、子らの請求をいずれも認め、第二審で一転、いずれも棄却しているが、大阪ケースでは、第一審で配偶者の請求を認容、子らの請求を否定し、第二審では配偶者、子らの請求をいずれも認めている。

上記の通り、配偶者の一方の不倫の相手方に対する他方配偶者からの損害賠償請求を肯定することは「大審院時代からの一貫した判例」<sup>8</sup>であるが、下級裁においては昭和40年頃から否定例もみられるようになっていた<sup>9</sup>。また親の不倫の相手方に対する子からの請求について最高裁が判断したケースはなく、下級裁においては肯定例<sup>10</sup>・否定例<sup>11</sup>ともに存在する。東京・大阪両ケースの下級審での不統一も含め、かような下級裁での混乱を最高裁の同一期日判決により、一応の統一が図られた点に、両判決の最大の意義があるものと思われる。

しかしながら、両ケースにつき、一方に賛成しながら他方に反対する見解は見あたらず、大阪ケースにおけるY側に不利な事情が肯定・否定いずれの立場からも結論を左右するほどの要素となりえていない点は理解できるものの、学説での両判決の評価には一定の傾向をみいだすことはできない。理論の当然の帰結として、(i)配偶者・子に対する責任をともに肯定、(ii)配偶者に

対する責任を肯定・子に対する責任を否定、(iii)配偶者に対する責任を否定・子に対する責任を肯定、(iv)配偶者・子に対する責任をともに否定の立場があり得るが、学説上実際にこれら4通りの立場が存在する<sup>12</sup>。両判決が配偶者に対する責任を肯定・子に対する責任を否定したため、(ii)以外のすべての立場から批判が可能であり、また(ii)を採る説においても、たとえば、津田賛平・前掲注12は、最高裁昭和54年判決が不倫の相手方の害意をもって子からの請求を肯定する余地のあることを示唆したことに対し、「害意」では厳格すぎるとするなど、必ずしも両判決を全面的に支持するものではないようである。

このようにみてくると、最高裁昭和54年判決は錯綜する二つの争点につき議論を収束させる方向に機能せず、すくなくとも学説においては、議論の出发点であったとさえ思われる。そこで次章以下では、配偶者・子それぞれの請求権の認否につき、個別に最高裁昭和54年判決前後の判例の状況および学説の状況を整理・検討することとする。

## 2. 他方配偶者からの慰謝料請求

### (1) 判例

一方配偶者の不貞の相手方の他方配偶者に対する損害賠償責任について判例は従来より、これを肯定するものが多かった<sup>13</sup>が、最高裁昭和54年判決直前の10年ほどは否定例もみられたことは上述の通りであるが、同判決以降しばらくはふたたび肯定に傾いた。たとえば、東京高判昭和57年9月30日判時1059号69頁は、夫の不貞の相手方が夫の子を懐胎出産した事実や子を代理して認知請求を行ったことが、夫に妻子あることを知りながら情交関係を継続したことと別個に不法行為を構成するかがあわせて争点となったケースであるが、前者は否定されたが、後者についてはこれを肯定した<sup>14</sup>。

しかしながら、その後、婚姻関係がすでに形骸化してしまっていた<sup>15</sup>、情交関係の継続について夫に責任があった<sup>16</sup>、などを理由として妻からの慰謝料請求を棄却するケースも登場し、必ずしも昭和54年最高裁判決の理論が下

級審裁判例において完全に踏襲されているとはいえない状況となってきた。また、最高裁自らも、「夫婦の一方の配偶者が他方配偶者と第三者との同棲により、右第三者に対して取得する慰謝料請求権は、同棲関係解消まで不可分一体のものとして把握しなければならないものでなく、一方配偶者がその同棲関係を知ったときから、それまでの間の慰謝料請求権の消滅時効が進行する」として消滅時効を広く認めることにより慰謝料請求を制限する結果となる判決を行うに至った<sup>17</sup>。

さらに、平成8年に、次のような注目すべき最高裁判決が現れた。

最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁

X Aは昭和42年に婚姻したが、性格の相違等により次第に不和となり同59年にはXがAに財産分与を要求するなど、夫婦関係は非常に悪化した。Aは同61年に別居目的で夫婦関係調整の調停を申し立てたがXが出頭せず、結局これを取り下げている。同62年5月、X Aは別居し、同年4月にAはYと知り合い、YはAが妻とは離婚することを聞いて次第に親しい交際をして同年夏頃までには肉体関係を持ち、同年10月に同棲するようになった。平成元年、YはAの子を出産し、Aがこれを認知している。

XはYに慰謝料を請求したが、第一審、第二審ともに請求を棄却。Xは上告したが、最高裁も次のような理由でXの請求を棄却した。

「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。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（後記判例参照）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いえる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。

…YがAと肉体関係を持った当時、AとXとの婚姻関係が既に破綻してお

り、YがX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、原判決に所論の違法はない。所論引用の判例（最高裁昭和五四年三月三〇日第二小法廷判決・民集三三卷二号三〇三頁）は、婚姻関係破綻前のものであって事案を異にし、本件に適切でない。」<sup>18</sup>

本判決は、婚姻関係破綻後は不法行為の成立を制限することを示した初めての最高裁判決であることに意義がある。最高裁昭和54年判決との整合性、被害利益ないしは保護法益のとらえ方に相違があるかどうかなどについては、判断の分かれるところであるが、判例の流れも、貞操権侵害を根拠に直截的に不貞の相手方の不法行為責任を肯定することを維持することが困難になってきているといえる。

## (2) 学説

### 肯定的見解

中川淳・前掲注12は、不貞の相手方において、夫婦の一方と継続的な性的関係を結ぶことが健全な夫婦関係を破壊することの認識・予見があり、その容認・不注意または注意義務の懈怠があれば、故意・過失の要件を満たし、夫婦関係が破綻してしまうまでにいたらなかった場合には、名誉・貞操の侵害という構成によらざるを得ないという実益も十分理解できるが、夫婦関係が破綻または離婚にいたった場合の構成としては、むしろ夫婦関係を法によって保護するに値する利益として、その侵害を違法性によって判断する構成を採り、不貞の相手方の行為と他方配偶者の被った損害との間の相当因果関係については、「疑問の余地はない」とされる。

また、林修三・前掲注12も、昭和54年最高裁判決について、「相手方の女性は別に夫を積極的に誘惑したわけではないという事情があっても、そういう不倫関係を結んだことについてこいまたは過失がある限り、こういう慰謝料の請求は是認されるとした点も相当であろう」として、他方配偶者が不倫

の相手方に対して「当然」慰謝料の請求ができる、とされる。

泉久雄・前掲注12は、否定的見解に理解を示しつつも、「我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綻の共同不法行為者とみて、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」として昭和54年最高裁判決を支持される<sup>19</sup>。

#### 否定的ないし制限的見解

水野紀子・前掲注12は、不貞行為による慰謝料請求の可否はそれを許すことの効果と必要性を明らかにした上で答えられなければならないとし、婚姻が破綻に至らない場合と事実上ないし法律上破綻に至った場合に分けて検討され、前者につき「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はなはだ疑問であるし、婚姻関係が安定するという根拠は乏しい」「夫の不貞行為に泣きねいりする妻という悲劇をなくすためには、妻が経済力を持ち（もしくは十分な離婚給付を得て）離婚したければできるようになることが先決であり、その上で妻が夫に対する愛情ゆえに夫に離婚を要求することができず、夫の不貞行為を宥恕してその苦痛に耐えることを選ぶならば、法はもはやその選択に関与すべきではないし、まして夫の不貞行為の相手方に慰謝料を請求することも認めるべきではない」「妻の不貞行為の相手方の男に対する恐喝に、慰謝料請求権の行使として法的根拠を与えるような結果になりうることや、高度に人間性の尊厳性にかかわる性の問題に金銭を対価としてもちこむことの方が、ある意味では反倫理性が高い」、後者につき、不法行為を擬制せず婚姻費用分担制度や財産分与制度によるべきである、などの理由から、不貞行為にはその相手の配偶者に対する不法行為を構成するほどの違法性はない、として不貞行為の相手方に対する慰謝料請求を一切否定される<sup>20</sup>。

阿部徹・前掲注12は、諸判例の詳細な分析を通し、不貞行為の意義、被侵害利益、違法性および因果関係の存否の基準等が不明確であり、結局のとこ

るそれらは「各人の価値観によってきめるほかな」く、そのことが結果的に法的安定性を欠くこととなるとされ、慰謝料請求を原則として否定する立場に立たれる。

島津一郎・前掲注12は、多額の慰謝料の支払いが命じられたからといって一般に不法行為がなくなるわけでない、「第三者が、暴力や詐欺・強迫などの不正手段を用いないかぎり、一方配偶者は自由意思によって不貞行為を犯したとみなければならず、第三者の行為と他方配偶者がうけた損害との因果関係には、子の場合と同様、ワンクッションがある」、夫婦の貞操義務が物権類似の権利とは言い難く、債権類似の権利があるとしても、諸国の立法例・判例法理がこれを否定する方向にある、などと述べられ、上述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である、とされる<sup>21</sup>。

前田達明・前掲注12も、慰謝料請求を肯定することの反倫理性、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ことなど、上述学説とほぼ同様の理由から、一方配偶者の不倫の相手方が害意をもって積極的に守操を阻害するなどの特段の事情の損する場合に限り不法行為が成立しうる、として制限説を採られる<sup>22</sup>。

肯定的見解では、不倫を即貞操権侵害行為とみ、ないしは婚姻共同体維持の利益・夫婦の愛情的利益に対する違法な侵害とみて、その間の因果関係を当然視して不法行為の成立を認める。不法行為成立を緩やかに制限する立場では、被侵害利益が存在しなくなり、あるいは保護に値しなくなった際には、不法行為の成立を否定する。したがって、水野教授が指摘される通り<sup>23</sup>、最高裁平成8年判決は、肯定説に近い位置づけとされるように思われる。

制限的見解では、不倫自体が権利侵害行為であることを否定し、不貞配偶者の働きかけ、相手方の害意など、不倫当事者の行為の態様を問題として違法性判断を行っている。また一切否定する見解では、不倫には不法行為が成立するほどの違法性はないと判断している。「不倫」の反倫理性の評価が肯

定・否定の法的評価を左右しており、まさに論者の価値観が色濃く表れるようである。

### 3. 子からの慰謝料請求

#### (1) 判例

親の不貞の相手方の子に対する損害賠償責任については、判例もそれほど多くなく、ほとんどが他方配偶者からの損害賠償請求とともに行われており、その多くが他方配偶者の請求を認容している<sup>24</sup>。

否定例としては、東京ケースの控訴審判決および大阪ケースの第一審判決のほか、東京地判昭和37年7月17日判時306号5頁があり、同事件では、「父の愛人が未成年の子の監護教育を受ける権利を侵害したとする子の損害賠償請求の訴は、右愛人が、当初から未成年の子に対し苦痛または損害を加える意図の下に行動したとか、あるいは積極的に誘惑的な挙措を用い当該親の無知または意志薄弱などに乗じて当該親と未成年の子との親子的共同生活を破壊したといえるような特別な場合にのみ認容されうる。」として他方配偶者からの請求を認容しながらも子の請求を棄却した。これらはいずれも最高裁54年判決とほぼ同様、監護・教育等は親自らの意思によって行いうるため、親の愛情を受けられなかった等の点で子が被った不利益と親の不倫の相手方の行為との間には相当因果関係がない、ということを理由とする。

肯定例も数件存在する。「親族共同生活から醸成される各構成員の精神的平和・幸福感その他相互間の愛情利益というべきものは、その共同生活が客観的・社会的に定着されたものである限り、それ自体独立して、法の保護に値する人格的利益があるから、そのような家族関係を知りながら、夫と不倫関係に入つて、夫を親族共同生活から離脱させることによつて家庭を破壊した第三者は、妻に対してはもちろんのこと、未成年の子に対しても、不法行為者としての責任を負わなければならない。」<sup>25</sup>、「夫および子があることを知りながら人妻と肉体関係を持ち、不倫な関係を継続して夫婦を離婚に導いた男は、故意に妻の貞操義務違反に加担し、またその行為によつて子は母か

らの愛情を受けることができず、父母との共同生活によつて得られる精神的平和を乱され、その人格的利益を侵害されたものといふことができる。」<sup>26</sup>などとして他方配偶者の請求とともに子の請求をも認容している。

肯定例と否定例では子の被侵害利益に対する見方が異なっているといえ、最高裁昭和54年判決によって原則否定の方向で統一をはかったものと思われる。ところが、この後、ふたたび原則肯定の立場に立つ下級審裁判例が登場した<sup>27</sup>。夫の不貞行為の相手方に対し妻および5子が慰藉料を請求した事案で、京都地裁は、「妻子ある男性と七年間同棲してきた女性は、これにより未成年の子が、父から愛情、監護を受ける機会を奪われ、父母との共同生活から得られる精神的平和を害され、人格的利益を侵害されたことによつて被つた精神的苦痛に対して慰謝料を支払うべき義務がある。」として妻および3子からの慰藉料請求を認容した（もっとも父が不倫相手と同棲した当時すくなくとも成人に近い年齢に達していた2子については、「右女性が父と同棲を始めた当時既に成年またはほぼ成年に近い年齢に達していた子については、未成年の子の場合と異なり、その親との共同生活によつて得られる精神的平和、幸福感その他の愛情利益をもつて法の保護に値する人格的利益とまではいまだ認められないから、慰謝料請求権は認められない。」として請求を棄却した）。

子からの請求においては、以前から統一的な処理が行われてきたとはいいいがたい状況にあったが、ここでも、昭和54年最高裁判決の判例法理としての拘束性には疑問が残り、少なくとも下級裁判例においては動揺が続いているといえそうである。

## (2) 学説

### 肯定的見解

中川淳・前掲注12は、「加害者が、家庭を破壊しても、親子の間の権利関係になんらの影響をあえないということを理由として、未成熟子にたいする

関係において、家庭破壊の問題を切り捨てて、不法行為の枠からはずしてしまふことは、未成熟子の親にたいする関係を、たんに民法に規定する扶養の権利義務・身上監護権・財産管理権の総体にすぎないと解するものであり、愛情的利益という実質を見逃している」と述べられ、親の不倫の相手方に対する子からの慰謝料請求を原則として肯定する立場に立たれる。また、林修三・前掲注12も、親が不倫関係を結んだ際に子がうける不利益は、物質的な仕送りなどだけでなく、むしろ精神的な不利益が主なものであって、こういう不利益を生じさせた原因は親ににある一方で、たしかに相手方の男性または女性にもある、として、子の慰謝料請求を肯定される。

沢井裕・前掲注12は、「相手方と同棲していても、実質的監護は可能という多数意見には、常識的に同調しがたい」、「子を棄てた親の自由意思が介在していても、不貞の相手方には、法的評価において、通常、事態「誘発」の責を肯定すべき（子を棄てた夫または妻の一方的誘惑による場合は、相手方の責任は否定される）」として最高裁54年判決を批判し、原則肯定の立場に立たれる。

泉久雄・前掲注12は、子の損害が夫婦関係＝家庭の破壊によって生じた損害の煽りにすぎないとするのは、子自身の独立を軽視することになりかねないとして、最高裁54年判決を批判し、「配偶者と第三者の不貞行為を不法行為とする実質的理由が、他方配偶者の『精神的平和をみだしたこと』（違法性）を非難することにあるとするならば<sup>28</sup>、子の精神的苦痛を救済することにそれ程の理論的困難があるとは思われない」として子の慰謝料請求を肯定され<sup>29</sup>、「一つの事実を前提として、配偶者と子がばらばらに損害を請求するというのもあまりに個別化して、家庭生活の実態に合わない」ため、子の慰謝料を配偶者〔親〕の慰謝料に含めて算定するなど「配偶者と子を一体として救済する方法」を提唱される。

#### 否定的ないし制限的見解

水野紀子・前掲注12は、婚姻が破綻することによって事実上誰よりも重い

被害を被るのが子であることには異論がないが、被害が重大であることが子からの慰謝料請求を認めることへと直結するわけでないとして、このような不利益を最小限にするためには、「父母が十分話し合いをし、扶養料など経済的取極めをするほか、子の精神的被害をできる限り和らげるために努力すべきであろうし、この面については法の介入、つまり離婚法における子の保護規定や家庭裁判所による監督・調査なども有効であり、必要でもある、」として不貞行為にはその相手の配偶者に対する不法行為を構成するような権利侵害はない、として、子からの請求を一切否定される<sup>30</sup>。

島津一郎・前掲12は、水野教授と同様、「子がうける損害は、夫または妻がうける損害より大きい」としつつも、「子が親に棄てられたことによって受ける損害については、通常の場合、子を棄てた親にだけ賠償義務があると考える」として原則否定の立場をとられる。

阿部徹・前掲注12は、従来の判例では、不貞が子に対する関係でなぜ違法性を帯びることになるのか、親の意思や態度との関係で相当因果関係の有無をどう考えるべきか、親自身の責任の有無およびそれと第三者の責任との関係などにつき十分説明されてこなかったことを指摘し、他方配偶者の請求同様（前述）、子からの慰謝料請求も原則として否定される。

津田賛平・前掲注12も同様に、子の不利益は、親の自由意思に基づく親自身の行為の結果であって不倫の相手方の行為の結果としてその責任を問うことはできないとし、原則否定の立場に立たれるが、不倫の相手方が「親の監護の意思を不当に支配しあるいは排斥した」というような事情の存する場合には、その行為と子の不利益との関係が問題とされうるから、相当因果関係を認め、そのような事情の存する場合に限り子からの慰謝料請求を肯定しうる、とされる。そしてこの事情は「害意」では厳格すぎ、「例えば、相手の女性が当初から未成年の子に対し苦痛又は損害を与える意図の下に行動した場合とか、積極的に誘惑的な挙措を用いて父の無知・意思薄弱などに乗じた場合などがこれに当る」とされる。前田達明・前掲注12および同注6、國井和郎前掲注14も制限的に子からの慰謝料請求を肯定するが、不貞の相手

方に害意ある場合に限るとする旨主張される。

以上より、肯定的見解と否定的見解では、様々な相違がみられる。前者では、監護権・扶養請求権等の民法上の権利だけでなく、愛情的利益も含まれるものとして、子の被侵害利益をより広くとらえる。また違法性判断においては、不倫を行ったことで相手方にはそれを誘発したことの責を負う、因果関係の存否に関しても、東京・大阪両ケースの本林裁判官の反対意見同様、不倫の結果一方配偶者が子に対して全く監護・教育を行わなくなつたのであれば、それによつて被る子の不利益は、不倫によって生じたものというべきで、その間には相当因果関係があるとする。後者が前者と決定的に見解を異にするのは因果関係の存否に関してであると思われ、親と相手方の自由意思の介在を根拠に因果関係を否定する。制限説は、原則否定だが、相手方に害意が存する場合など、当事者の態様に違法性がありあるいは因果関係を認定しうる事情がある場合に限り慰謝料請求を認める。

## おわりに

上述のように、一方配偶者の不倫の相手方の他方配偶者に対する不法行為責任については、学説・判例とも、これを限定ないしは否定する方向に転じているといえる。「不倫」の反倫理性が希薄になりつつある昨今の状況の変容につれ、夫婦間では不倫を宥恕しつつ相手方にも請求を行うことの不合理、相手方に対する恐喝や認知請求の抑制等、請求を肯定することからくる弊害への危惧、などの否定的ないしは制限的見解の主張が説得力を増し、違法性評価にこれらが影響を与えているものと思われる。私見でも、このような流れを肯定するものであり、配偶者のいずれかに非難されるべき点が存する場合には他方の請求を権利濫用とし<sup>31</sup>、「単に性関係を持ったということのみによって夫婦の一方が損害を受けたと考えるべきではない」<sup>32</sup>とすることはもちろん、一方配偶者が他方と別居し不倫の相手方と同棲するに至った場合でも、他方に慰謝料請求を認めるためには、相手方に婚姻関係を破綻せ

しめるについて害意の存することを必要とすると解するべきであろう。

他方からの慰謝料請求の一切を否定することには、躊躇を感じる。「裏切られた配偶者が不法行為訴訟にこだわる心理も理解できないものではない」<sup>33</sup>し、不倫相手への請求を一切遮断してしまうと、他方配偶者が一方に対して慰謝料的要素を考慮して財産分与を請求しうる（是非の分かれるところであるが、少なくとも実務においては現在のところこれを肯定している）こととの均衡を失することとなると思われるからである。

次に、親の不倫の相手方の子に対する不法行為責任については、不倫という同一の事実が他方配偶者の相手方に対する関係では不法行為が否定され、子の相手方に対する関係ではこれを肯定するのは、あるいはその逆は、論理的に整合しないとする主張<sup>34</sup>は説得的であり、他方配偶者からの慰謝料請求が限定される方向にあることから、一応、現時点では、子からの慰謝料請求も限定される方向にあるといえそうである。私見でも、子に対する責任を原則として否定すべきものと考えるが、これについては若干の検討を要する。上記主張に対しても、他方配偶者と子とでは被侵害利益が異なるのであるから、別個の判断が行われることがあらゆる場合に不合理であると断ずることもできないし、子の育成環境の悪化をもたらす諸要因が氾濫する昨今の情況に鑑みれば、ほとんどの学説において認めるところである、子がうける損害が他方配偶者がうける損害より大きいことを無視できない。また私見は、子からの請求を一切否定することを疑問とする。親よりも親の不倫相手の責任を訴求することを選択したい子の心理を考えれば、上述内田教授の指摘は、子からの請求において、より妥当するものと思われる。

そこで、子からの慰謝料請求については、被侵害利益を、認容例にみられるような「平穏な家庭生活を営むことによつて享受してきた精神的利益」<sup>35</sup>と広くとらえつつ、違法性判断において、親の子に対する監護等を積極的に阻止する等、親の不倫の相手方の子に対する害意を要する、とし、かような害意をもって親と不倫を継続した場合にはそれら事情が子の利益を侵害したものと認める、とすべきであろう。具体的な害意の存否の判断においては、

子の請求が他方配偶者の請求とともに行われる場合、他方配偶者に対する害意をもって子に対する関係でも害意が存することを推定するなどして、統一的な解決を図ることが望ましいと思われる。不倫を、害意をもって平穏な家庭生活を破壊することとらえれば、このような処理を行うことに矛盾はないものと思われる。相手方が子のあることを知りながら配偶者の一方と不倫を継続し同棲していることをもって子に対する害意を推定しうることとすべき<sup>36</sup>かどうかについては、かような状態の継続が監護等の阻害を増長させることを認識した上での行為であり、また上述経緯より他方配偶者との関係よりも違法性が大きいとも考えられるため、微妙であるが、本来的には子に対する害意の存在が不法行為の成立に不可欠と考え、ここまで緩和するべきではないと思われる。他方配偶者の請求を棄却する一方で子の請求を認容する余地が拡大すれば、このような場合に親の代理戦争を助長することになる<sup>37</sup>という側面を無視しえない。

家族の一員の被った損害をどう回復してゆくかの問題は、家族法の問題として解決を図るべきであって、家族法が機能しないために問題解決につながらないのであれば、その強化・充実を図るべしとする否定説の主張に異論はない。ただ、そもそもこのような問題は、法制をどのように精緻に構築しても根本的な解決は困難である上、精神的損害を慰謝する制度として不法行為制度を利用する余地を認める国民感情がある以上、現時点においては、極力限定しながらも相手方の不法行為責任を認めるべきと考える。家族法制の機能強化・充実をはかる一方、そのような実務が蓄積することで不法行為法上の保護に意義を見いだせなくなれば、その際には一切を否定しても不合理でなくなるし、このような方向に今後は展開していくことが望ましく、またこのことは十分予想されることでもある。

(2004年6月稿)

1) 大判明治36年10月1日刑録9輯1425頁, 大判大正15年7月20日刑集5巻318頁。

- 2) 最判昭和34年11月26日民集13巻12号1562頁など。
- 3) 最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁, 最判昭和54年3月30日判時922号8頁。
- 4) 東京大学判例研究会における唄教授の発言。水野紀子・最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁の判例評釈・法協98巻2号301頁参照。
- 5) 田中豊・最判平成8年3月26日の判例評釈・ジュリ1095号167頁は、「非常な難問」とする。
- 6) 野川照夫「配偶者の地位侵害による損害賠償請求」現代家族法体系2(有斐閣, 1980年)361頁, 藤岡康宏, 「配偶者間の不法行為」現代家族法体系2(有斐閣, 1980年)375頁, 小野幸二「家族間の不法行為」現代家族法体系2(有斐閣, 1980年)400頁, 前田達明・愛と家庭と(成文堂, 1985年)など。
- 7) 前田・前掲注6 16頁, 國井和郎「夫と通じた者に対する妻の慰謝料請求権」家族法判例百選[第6版](ジュリ162号)22頁等に倣い, 以下では原審東京高裁の事件(最高裁昭51(オ)328号)を東京ケース, 原審大阪高裁の事件(最高裁昭53(オ)1267号)を大阪ケースと呼ぶ。
- 8) 水野・前掲注4 294頁, 同旨・水野「不倫の相手方に対する慰謝料」家事事件裁判例と実務245題判タ臨増1100号64頁。
- 9) 鳥取地判昭和44年3月31日判タ235号240頁, 山形地判昭和45年1月29日判時599号76頁, 横浜地判昭和48年6月29日判タ299号336頁など
- 10) 東京地判昭和44年2月3日判時566号71頁, 広島地判昭和48年9月21日判時726号80頁など。
- 11) 東京地判昭和37年7月17日判時306号5頁など。
- 12) 東京ケースの判例評釈として, 阿部徹・判タ411号127頁, 榎本恭博・法曹時報34巻12号1頁, 小野義美・法政研究(九州大学)50巻3・4号, 人見康子・Lawschool 2巻5号82頁, 水野紀子・民法判例百選2債権[第4版](ジュリ137号)196頁 泉久雄・ジュリ718号91頁, 前田達明・民商82巻4号496頁, 沢井裕・家族法判例百選[第3版](ジュリ66号)52頁, 潮海一雄・民法の基本判例(別冊法学教室 基本判例シリーズ2)165頁, 津田賛平・法律のひろば32巻7号42頁 林修三・時の法令1039号52頁などがあり, 大阪ケースの判例評釈として, 中川淳・判タ383号6頁, 島津一郎・判タ385号116頁, 人見康子・Lawschool 2巻5号82頁, 前田達明・判タ397号2頁, 沢井裕・家族法判例百選[第3版](ジュリ66号)52頁, 阿部徹・判タ411号127頁, 泉久雄・ジュリ718号91頁, 浅見公子・新版判例演習民法5(1984年, 有斐閣)13頁などがある。これらのうち中川淳, 林修三, 泉久雄らは(i), 榎本恭博, 津田賛平らは(ii), 沢井裕は(iii), 阿部徹, 水野紀子, 島津一郎, 前田達明らは(iv)の立場に立てられる。

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

- 13) 前掲注1のほか、昭和54年最高裁両判決あたりのものとして、たとえば、仙台地判昭和50年2月26日判時801号82頁、東京地判昭和51年6月10日判時849号99頁、札幌高判昭和51年10月27日判タ346号220頁、神戸地判昭和53年7月14日判時936号100頁などがある。
- 14) もっとも、時効を理由に請求自体は棄却された。本判決の評釈として、二宮周平・松山商大論集34巻2号123頁、國井和郎・家族法判例百選 [第4版] (ジュリ99号) 28頁同 [第5版] (ジュリ132号) 24頁などがある。  
このほか、昭和54年最高裁両判決を踏襲したと思われる下級裁のケースとして、大阪地判昭和54年9月28日判時955号105頁、福岡高判昭和55年4月16日判タ423号103頁、東京高判昭和56年12月9日判時1031号128頁、などがある。
- 15) 東京高判昭和60年10月17日判時1172号61頁。
- 16) 横浜地判平成元年8月30日判時1347号78頁。
- 17) 最判平成6年1月20日判時854号98頁
- 18) 本判決の評釈として、永井尚子・家庭裁判所家事・少年実務の現状と課題<家庭裁判所制度50周年記念> (判タ996号) 39頁、山口純夫・判タ924号85頁 小林元二・平成8年度主要民事判例解説 (判タ945号) 136頁、水野紀子・平成8年度重要判例解説 (ジュリ1113号) 76頁、菅原万里子・法律のひろば49巻9号41頁、潮海一雄・法教192号98頁、田中豊・前掲注5、國井和郎・前掲注7などがある。
- 19) 同旨・泉久雄・親族法 (1997年、有斐閣) 98頁。なお野川照夫・前掲注6も、不貞行為が不法行為の成立要件を満たしうるとして原則肯定の立場に立たれるが、「性に関する新しい意識が醸成されてきているとすれば、婚姻、ひいては家族というものをどのように考えるか再検討する時期にきている」ことを指摘する (376頁)。
- 20) さらに、前掲注8および注17において、平成8年最高裁判決について、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、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ため、仮に原則肯定の立場に立って段階的な制限をするにしても、このような場合をこそ制限すべきである、などとして、判旨を批判される。
- 21) 沢井裕・前掲注12も「島津教授と同じ理由で」否定する旨、述べられている。
- 22) 同旨・國井和郎・前掲注14および同注17
- 23) 前掲注8 65頁。
- 24) これまで来他方配偶者からの請求においては認容例が多かったためと思われるが、そのような意味では東京ケースの第二審判決は結果的に貴重な部類に属する。

- 25) 東京地判昭和44年2月3日判時566号71頁。
- 26) 広島地判昭和48年9月21日判時726号80頁。
- 27) 京都地判昭和62年9月30日判時1275号107頁。なお、本件判例評釈に、高橋水枝・昭和63年度主要民事判例解説(判タ706号)190頁がある。
- 28) 加藤一郎・不法行為 [増補版] (有斐閣, 1979年) 130頁。
- 29) 中川善之助・判評52号1頁は、東京地判昭和37年7月17日(前掲注11)が最高裁昭和54年判決同様配偶者からの慰謝料請求を認容しつつ子からの請求を否定したことに付き、その判旨を「どうしても論理は一貫していないように思われる」と批判する。
- 30) 害意ある場合の子の請求権についても、不貞行為は親自身への権利侵害であって例外的にも親の同棲相手に直接慰謝料請求することは認めるべきではない、とされる。
- 31) 最判平成8年6月18日家月48巻12号39頁参照。「夫Aと不倫関係にあった女性Yに対し妻Xが慰謝料の支払を求めたという場合について、X女がY女にA男との夫婦仲が冷めており離婚をするつもりである旨を話したことが不倫の原因をなしている上、不倫関係を知ったX女が、Y女に対して単に口頭で慰謝料の支払要求をするにとどまらず、A男のY女に対する暴力を利用して更に金員を要求したことなどの事情を勘案すると、X女が慰謝料請求権を行使することは信義則に反し権利濫用として許されない。」
- 32) 大村敦志・家族法 [第2版] (有斐閣, 2002年) 55頁。
- 33) 内田貴・民法IV [補訂版] (東京大学出版会, 2004年) 25頁。
- 34) 中川善之助・前掲注29, 同旨・前田・前掲注6 265頁。
- 35) 大阪ケースの控訴審(大阪高判昭和53年8月8日)
- 36) 肯定にとらえると、最高裁昭和54年判決における本林裁判官の反対意見に接近するものと思われる。
- 37) 同旨、前田・前掲注6 281頁。もっとも、強制認知等、子が当事者となる訴訟においては多少なりともこのような傾向はある。