

論説

離婚慰謝料と不貞慰謝料に関する理論的考察

——広島高判平成一九年四月一七日家月五九卷一—号一六二頁を契機として

成 澤 寛

目次

- 一 はじめに
- 二 離婚慰謝料と不貞慰謝料
- 三 事例研究——手続法の理論との整合性
- 四 離婚慰謝料と不貞慰謝料の実体法上の問題点
- 五 試論——離婚慰謝料と不貞慰謝料の再構成
- 六 おわりに

一 はじめに

本稿で論じようとするのは、いわゆる離婚慰謝料が持つ理論上の問題点、特に不貞行為を理由とする慰謝料（本稿ではこれを不貞慰謝料と呼ぶことにする）との関係をどのように解するかという問題である。

わが国では、大判明治四十一年三月二十六日民録一四輯三四〇頁以来、古くから一方配偶者の有責行為によって離婚がもたらされた場合に、他方配偶者が不法行為を理由として離婚に伴う慰謝料（離婚慰謝料）の請求をすることが一般に認められてきた。このケースは、離婚原因に当たたる事実によって被った精神的苦痛に対する慰謝料が請求されたものであったが、その後判例は、その要件を緩和するとともに賠償の範囲を次第に拡大し、昭和初期には、「離婚の止むなきに至ったことによつて精神的苦痛を被つた」という表現のもと、離婚そのものから生ずる精神的苦痛に対する慰謝料を肯定するようになった。

かつての明治民法（明治三十二年六月二一日法律第九号）は、離婚法固有の離婚給付の制度を持たなかったが、離婚原因が有責主義に基づくものであったため離婚原因と不法行為を結びつけやすかった。そのため、不法行為という構成によつて請求される離婚慰謝料が實際上離婚給付の役割を果たしていた。しかし、戦後の民法改正により離婚給付の規定として財産分与（民七六八条）が新設された現行法の下においても、この離婚慰謝料という慣行は存続し、現在でも多くの離婚において離婚慰謝料が請求され、認められている。

このように離婚慰謝料は広く一般に定着しているが、その理論面においてはなお不明確な部分が多々あり、実体的にも手続法的にも種々の問題が残されている。しかし、これまでの裁判実務では、離婚慰謝料はどこか曖昧なまま運用されてきたといわれており、離婚慰謝料の問題は、財産分与との関係を除いては、あまり意識されてこな

かった。

ところが、最近の下級審判決において注目すべき判決が現れた。広島高判平成一九年四月一七日家月五九卷一一号一六二頁がそれである。この判決で争点となったのは、妻から夫と夫の不貞行為の相手方に対し、離婚成立前に不貞行為とその結果婚姻関係が破綻したことによる精神的苦痛について共同不法行為に基づく慰謝料請求がなされ、これを認容する前訴判決が確定した後、妻が兩名に対して提起した離婚によって被る精神的苦痛に対する慰謝料請求が前訴判決の既判力に抵触するかという問題である。本稿は、この判決を一つの契機として、冒頭の問題、すなわち離婚慰謝料の理論構成の在り方、特に不貞慰謝料請求との関係を検討するものである。

論述の順序は、以下の通りである。まず、同判決を検討する前提として、離婚慰謝料と不貞慰謝料に対する一般的理解をこれまでの判例を中心に整理する。その上で、同判決の事例研究を通じて、主として離婚慰謝料に関するこれまでの理論と手続法の理論との整合性の観点から検討を加える。この検討を通じて、離婚慰謝料の理論的曖昧さが引き起こす手続上の問題を示し、実体法上の観点から検討すべき問題を明確にする。そして、それらの問題について、判例・学説の状況を整理しながら、さらに検討することとする。最後に、それまでの議論を踏まえて、離婚慰謝料と不貞慰謝料の理論構成について、今後の方向を探るために一つの試論を提示したい。

二 離婚慰謝料と不貞慰謝料

1 離婚慰謝料

これまでの学説では一般に「離婚慰謝料」と呼ばれるものには、暴行、虐待、侮辱等離婚の原因となった個別的

な有責行為によって被った精神的苦痛に対する慰謝料と、相手方の有責行為によって離婚せざるを得なくなつたこと自体を理由として、離婚という結果そのものから生ずる精神的苦痛に対する慰謝料の二つが含まれるとされてきた。⁽³⁾しばしば前者は「離婚原因慰謝料」、後者は「離婚自体慰謝料」と呼ばれる。

(一) 離婚原因慰謝料

離婚原因となる個々の行為が、独自に不法行為の要件を充たす場合には、当然これにより生ずる損害の賠償が認められなければならない。離婚原因慰謝料とは、こうした離婚原因となつた個別的有責行為により生ずる精神的苦痛に対する損害賠償のことを指す。

離婚原因となる行為には、暴力や虐待等、夫婦の一方が他方の財産、身体や名誉等の人格的利益といった個人の一般的法益を侵害する場合と、同居協力扶助義務(民七五二条)や婚姻費用分担義務(民七六〇条)、貞操義務(民七七〇条)等の婚姻当事者に課せられる婚姻義務に違反する場合がある。このうち一般的法益侵害の場合については、夫婦といえどもそれぞれ一人の人格であるから、一般人の場合と特に区別して免責する理由はない。したがって、配偶者の一般法益侵害行為が不法行為の要件を充たす限り、夫婦間でも不法行為が成立することに異論はなく、判例もこれを認めている。⁽⁴⁾

これに対し、婚姻義務違反の場合については説が分かれている。婚姻義務違反に対する損害賠償請求を一般に肯定する見解は、婚姻義務違反を夫たる地位・妻たる地位(身分権)に対する違法な侵害と捉え、不法行為の要件を備える限り、婚姻義務違反も不法行為となるとする。⁽⁵⁾これに対し、婚姻義務違反については家事審判法による独自の救済手段が設けられていることや義務の性格上その履行は自発的履行でなければならず、間接強制を認めるべき

でない等の理由から、婚姻継続中については、婚姻義務違反に対する損害賠償請求を否定する見解がある⁶⁾。もっとも、後者の見解も、離婚請求とともにまたは離婚後、離婚原因たる婚姻義務違反による損害賠償の請求をすることまで否定するものではない。

判例は、後にみる不貞慰謝料に関する実務を見る限り、すくなくとも貞操義務違反に関しては婚姻継続中（離婚成立前）における不法行為の成立を認めており、その範囲においては婚姻中においても婚姻義務違反が不法行為となるとの立場をとっているといえる。

(二) 離婚自体慰謝料

離婚自体慰謝料とは、一方配偶者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する損害賠償をいう。

前述の通り、この種の慰謝料請求は明治民法の時代から不法行為を理由として認められてきたが、最判昭和三十一年二月二一日民集一〇巻二号一二四頁（以下、昭和三十一年判決と呼ぶ）において、財産分与の新設後も別途離婚自体慰謝料を請求することは可能であるとの判断が下され、現行法の下でもそうした訴訟慣行の継続が図られることとなった。

この判決の事案は、夫の母である姑のいわゆる嫁いびりがあり、また夫もこれに加担したことによって婚姻が破綻したもので、夫の個々の行為を取り上げて不法行為責任を追及することは困難なケースであった。そこで上告人である夫が、離婚給付として財産分与の規定が新設された以上、不法行為として請求できるのは婚姻中の個別行為により身体、自由、名誉等の重大な法益侵害があった場合に限られると主張した。最高裁は、この上告理由を排し

て、離婚の際に請求される慰謝料とは、個別の有責行為による身体、自由、名誉等の法益侵害があった場合に限定する必要はなく、「相手方の有責不法行為によって離婚するのやむなきに至ったことにつき、相手方に対して損害賠償を請求することを目的とするもの」であるから、夫の有責行為によって婚姻が破綻した以上、離婚慰謝料の支払義務を免れず、妻は離婚慰謝料と財産分与のいずれかを選択して行使することもできると判示した。

この判決を契機として、学説では財産分与と離婚自体慰謝料の關係が問題とされることとなった。学説は、離婚自体慰謝料は不法行為に基づく損害賠償であり、配偶者の有責性を前提としない財産分与請求とは別個のものであるとする限定説と、離婚慰謝料の離婚給付としての機能を重視して、これを財産分与の一部として性格づける包括説に大きく分かれ、両説が鋭く対立した。包括説の立場においては、離婚自体慰謝料は不法行為に基づく損害賠償ではなく、財産分与請求権（の一部）あるいは調整請求権と位置づけられることになる。²⁷

離婚慰謝料をめぐるこうした学説の対立は、その後、昭和四十六年七月二三日民集二五卷五号八〇五頁（以下、昭和四十六年判決という）によって一応の収拾が図られることとなった。この事案は、やはり姑の嫁いびりが原因で離婚をした元妻からの慰謝料請求事件であったが、上告人である夫は、離婚による不法行為の成立やその損害の発生は、離婚成立時ではなく離婚請求の提起時には知ることができると離婚請求の提起から三年が経過したことにより離婚慰謝料請求権は時効により消滅したものであり、あるいは前訴離婚訴訟において一切の事情を考慮して財産分与の判決がなされた以上、そこには慰謝料支払義務の発生原因である事情も当然に斟酌されているから重ねて離婚慰謝料の請求はできないと主張した。

これに対し、最高裁は、まず消滅時効の点について「本件慰藉料請求は、上告人と被上告人との間の婚姻関係の破綻を生ずる原因となった上告人の虐待等、被上告人の身体、自由、名誉等を侵害する個別の違法行為を理由とす

るものではなく、被上告人において、上告人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ものと解される」として、離婚慰謝料の概念構成につき昭和三十一年判決を踏襲した上で、「このような損害は、離婚が成立してはじめて評価されるものであるから、個別の違法行為がありまたは婚姻関係が客観的に破綻したとしても、離婚の成否がまだ確定しない間であるのに右の損害を知り得たものとすることは相当でなく、相手方が有責と判断されて離婚を命ずる判決が確定する等、離婚が成立したときにはじめて、離婚に至らしめた相手方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ものと解するのが相当である」と判示した。

また、財産分与との関係については、財産分与と離婚慰謝料とはその性格をかならずしも同じくするものではなく、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られないのが原則であるが、財産分与の決定にあたっては離婚慰謝料のための給付も含めて額および方法を定めることができ、財産分与にこのような損害賠償の要素が含まれ、それが十分であると考えられる場合には、重ねて離婚慰謝料の請求をすることはできないが、そうでない場合には、離婚慰謝料を求めることができるとの判断を下した。この判断は、きわめて実務的な立場を取ったものであり、限定説とも包括説とも理解しうるものであったが、これにより限定説と包括説の対立は実務的には収束した。

以上のように、判例は一貫して離婚自体慰謝料を不法行為として捉えてきたが、その要件はあまり明らかではない。まず、離婚自体慰謝料の根拠となる配偶者間の有責行為がどのようなものを指すのか不明確である。これまでの裁判実務では、かならずしも一般に不法行為といえるものだけではなく、姑の嫁いじめを調整しなかつたこと、性交渉の拒否や性的不能の不告知等のように、一般の個人間では不法行為を構成しないような行為を原因とする離

婚においても、慰謝料の支払いが肯定される場合があった。また、極端なものとしては一方がかならずしも有責とはいえない場合にも慰謝料の支払いを命じる裁判例もある。¹¹⁾

このような裁判例の傾向からすると、離婚自体慰謝料における被侵害利益はなにかということが問題となる。しかし、裁判例では、わずかに「配偶者たる権利」、「共同生活の破壊」、「婚姻生活の破壊」などを挙げるものがあるものの、多くは被侵害利益には何も触れず、婚姻関係の破壊とその主たる責任が被告にあることだけを認定して、直ちに慰謝料を認容するものが多い。学説においては、婚姻関係ないし夫婦関係そのもの、離婚をせざるを得なくなった夫または妻の配偶者たる地位が被侵害利益であるとされている。¹²⁾

さらに、離婚原因慰謝料と区別された離婚自体慰謝料の損害についても、昭和四六年判決の趣旨からみて離婚を契機として生じるものに限定されるはずであるが、その詳細は明らかではない。この点について分析した数少ない論文によれば、離婚による社会的評価の低下、婚姻生活に対する期待感が侵害されたこと、将来の生活不安、子を手放すことによる心痛等であるとされている。¹³⁾

(三) 離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料の関係

離婚慰謝料がこのように二つに分けられるとしても、その相互関係をどうみるかは問題である。離婚原因慰謝料については個別行為による不法行為として確固たる法的位置づけが与えられうるが、離婚自体慰謝料はその概念内容や要件が不明確であるため、離婚原因慰謝料をも含んでいる可能性があるからである。そのため、この点に関して峻別説と一体説が対立している。

峻別説は、離婚原因たる個別的有責行為による慰謝料は離婚によって初めて発生する権利ではなく、離婚と無関

係に独立の不法行為として請求しうるものであるから、離婚自体慰謝料とは別個のものであるとする。これは、離婚に際して請求され、財産分与との関係が問題となるいわゆる離婚慰謝料とは、離婚自体慰謝料のみを指すと考える立場であり、現在の学説の一般的な理解はこれによつていられるといわれている。¹⁴⁾

これに対し、一体説は、離婚に伴う慰謝料を、離婚の原因となつた個別的有責行為を起点とし、最終的に離婚に至るまでの一連の経過において生ずる精神的損害に対する賠償とし、いわゆる離婚慰謝料とは、離婚自体慰謝料だけでなく、離婚原因たる個別的有責行為による慰謝料をも含めた概念とする。¹⁵⁾ ただし、一体説の中にも、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料の区別を認めた上で、離婚自体慰謝料は有責行為と相当因果関係にあると説明する説と、相手方の一連の有責行為から離婚までの全体を一個の不法行為として捉える説がある。¹⁷⁾

ところで、これまでの裁判実務においては、離婚訴訟において当事者が求める慰謝料は、峻別説のいうような離婚自体慰謝料に限られるものではなく、婚姻継続中の精神的苦痛が主張されることも多く、ほとんどの事例では離婚に際し両者が一括して、あるいは一体的に請求され、裁判所もこれを特に明確に区別せずに認容してきた。実際、ほとんどの下級審裁判例では、両者の区別をあまり意識しておらず、この区別を明示するのは例外的な場合に限られている。¹⁸⁾ また、離婚訴訟においては、一般の不法行為の場合のように離婚原因となつた個別的有責行為が直接問題とされているわけではない。以上のことから、婚姻中の有責行為のそれぞれについて独自の不法行為が主張されているとみるのは困難であり、一体説の方が実務感覚に沿うものであるといわれている。¹⁹⁾

2 不貞慰謝料

配偶者の一方に不貞行為があつた場合、他方の配偶者はその不貞行為を理由として配偶者とその不貞行為の相手

方に対して、不法行為による損害賠償（不貞慰謝料）を請求できることは、大審院以来の一貫した判例²⁰である。この判例法理は最高裁にも引き継がれ²¹、やがて最判昭和五四年三月三〇日民集三三卷二号三〇三頁（以下、昭和五四年判決という）により「夫婦の一方の配偶者と肉體關係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑する等して肉體關係を持つに至らせたかどうか、兩名の關係が自然の愛情によつて生じたかどうかにかかわらず、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、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藉すべき義務があるといふべきである」と定式化された。また、最判平成六年一月二四日判時一五一四号八二頁は、不貞行為は共同不法行為であり、その損害賠償債務は不貞正連帶債務であるから、免除の絶対的効力を定める民法四三七条は適用されないとしている。したがつて、不貞慰謝料については、不貞配偶者に対し損害賠償債務を免除して、不貞の相手方の責任のみを追及することもできる。

要するに、不貞慰謝料についての判例理論の原則は、不貞行為は配偶者の一方と第三者が共同して他方配偶者の「配偶者としての権利」を侵害するものであり、そこに故意または過失がある限り、その行為態様に關係なく不法行為を構成し、それにより生ずる他方配偶者の精神的苦痛に対する損害賠償責任を生じさせるというものである。

しかし、この判例法理は、昭和五四年判決以後に下された二つの最高裁判決により、不法行為責任の成立範囲ないし賠償範囲を限定する方向で修正がされている。一つは、この種の慰謝料請求権の消滅時効に関する最判平成六年一月二〇日家月四七卷一号一二四頁（以下、平成六年判決という）である。この事案は、夫と二一年にわたつて同棲關係を継続した女性に対し妻から慰謝料請求がされたものであるが、最高裁は「夫婦の一方の配偶者が他方の配偶者と第三者との同せいにより第三者に対して取得する慰謝料請求権については、一方の配偶者が右の同せい關係を知つた時から、それまでの間の慰謝料請求権の消滅時効が進行すると解するのが相当である。ただし、右の場

合に一方の配偶者が被る精神的苦痛は同せい関係が解消されるまでの間、これを不可分一体のものとして把握しなければならぬものではなく、一方の配偶者は同せい関係を知った時点で、第三者に慰謝料請求権の支払いを求め、これを妨げられるものではないからである」と判示し、慰謝料請求訴訟提起の三年前よりも前の不貞慰謝料の請求権は消滅時効にかかるものとし、消滅時効の観点から賠償の範囲を限定した。

もう一つは、不貞関係の成立時期との関係で不法行為の成立を否定した最判平成八年三月二六日民集第五〇巻四号九九三頁（以下、平成八年判決という）である。この事案は、夫婦間の関係が悪化して別居した後に夫と知り合いう関係を持った女性に対して、妻から不法行為に基づく慰謝料請求がされたものである。最高裁は、「甲の配偶者乙と第三者丙が肉體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に破綻していたときは、特段の事情のない限り、丙は、甲に対して不法行為責任を負わないものと解するのが相当である。ただし、丙が乙と肉體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することができるからであつて、甲と乙との婚姻関係が既に破綻していた場合には、原則として、甲にこのような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえないからである」との理由により、婚姻破綻後に関係を持った第三者に対する不法行為責任の成立は原則として否定されることを明らかにした。この判決により、不貞慰謝料は成立要件の面においても一定の制約が課せられることとなった。

三 事例研究——手続法の理論との整合性

1 判決の概要

(一) 争点

以上を前提として、前述の広島高判平成一九年四月一七日家月五九卷一一号一六二頁（以下、本章においては本判決という）を取り上げて、主に理論的な面からこれを検討することにした。

本判決の争点は二つあった。第一の争点は、一で紹介した通り、妻から夫と夫の不貞行為の相手方に対し、離婚成立前に不貞行為およびその結果婚姻関係が破綻したことによる精神的苦痛について共同不法行為に基づく慰謝料請求がなされ、これを認容する前訴判決が確定した後、妻が夫に対し離婚を求めるとともに、離婚によつて被る精神的苦痛に対する慰謝料請求である後訴を両名に対して提起した場合に、後訴が前訴判決の既判力ある判断に抵触するかという問題である。もう一つの争点は、妻が夫に対して有する財産分与請求権の内容、特に将来受給する予定の退職手当が財産分与の対象となるか、またこれを財産分与の対象とした場合にどのように財産分与を算定するかという問題である。本判決にはこのような二つの争点が含まれているが、これまで見られなかった新たな判断として注目されるのは前者の争点に関するものであり、判例集においてもこれが裁判事項として掲げられている。そこで、本稿でも前者の争点に絞って検討することにする。

(二) 事案の概要

本判決の前提となる事案の概要は次の通りである。

X(妻)とY₁(夫)は昭和四九年に婚姻した夫婦であり、昭和五〇年に長女をもうけた。Xは婚姻後専業主婦として家事と育児に専念し、平穩な婚姻生活を営んでいた。しかし、Y₁は、平成一三年一〇月ころY₂と知り合い、平成一四年五月ころから肉體關係を持つようになった。Xは、平成一四年一月ころから、Y₁の不貞を疑うようになったが、同年六月ころ、Y₁を問い詰めたところ、Y₁は不貞を認めた。Xは、同年八月、Y₁が不貞相手であるY₂を連れて自宅に帰ったことを契機として、長女とともに自宅を出てY₁と別居をするようになった(Y₁とY₂はその後本判決に至るまで同居を続けている)。

Xは、平成一六年にY₁に対し、共同不法行為に基づき、口頭弁論終結時までの不貞行為により発生した慰謝料六〇〇万円と遅延損害金を求める訴えを提起した(前訴)。前訴においては、XとY₁はいずれも離婚を望む旨表明し、第一審の口頭弁論終結日までは、両者の婚姻關係は破綻に至った。平成一七年三月、前訴につき、Y₁に対し、連帯して三〇〇万円とこれに対する遅延損害金の支払いを命ずる判決がなされた(なお、前訴判決においては「(双方とも)離婚を望んでおり、早晚離婚に至ることは必至の状況にある」との認定がされている)。前訴第一審判決に対し、慰謝料額に不服があるとしてXから控訴がなされたが、第一審の認容額を相当として控訴棄却の判決がなされ、前訴判決は確定した。

以上の経緯の後、XがY₁に対し、民法七七〇条一項五号に基づく離婚および離婚に伴う財産分与を求め、かつ、Y₁らに対し、Y₁らの不貞關係によってXが離婚せざるを得なくなったことにより精神的苦痛を受けたとして、不法行為に基づく損害賠償を求めた(離婚訴訟の関連訴訟として併合請求された)のが本件である。本件訴訟におけるY₁らの主張は次の通りである。すなわち、離婚に伴う慰謝料請求権の内容は、①離婚原因についての慰謝料請求権、②離婚自体についての慰謝料請求権、③経済的に弱い立場にある一方配偶者の自立援助の三つに分類されるが、前

訴において、婚姻関係がすでに破綻しており早晩離婚に至ることは確実である旨判断し、それを前提にした慰謝料額が認容されているから、前訴判決は①のみならず、②を前提とした判断をしているとすべきであり、前訴と本件訴訟における訴訟物は同一である。また、財産分与も相当額に及ぶことが見込まれるから③の慰謝料についても考慮する必要はない、と主張した。

原審は、XとY₁とを離婚するとともに、Y₁に財産分与として約一八五一万円の支払いを命じたほか、XはY₁が婚姻関係破綻後に同居を継続したことにより、離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったとして、Y₁の不法行為責任を認め、一〇〇万円の損害賠償を命じた。その理由は、「1」本件で請求されている慰謝料は、婚姻破綻の原因となった個々の違法行為を理由とするものではなく、Y₁らの不貞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するものである、「2」離婚をやむなくされたことによる精神的苦痛という損害は、離婚が成立して始めて評価されるものであり、婚姻関係が客観的に破綻していたとしても離婚の成否が未だ確定しない間にその損害を評価しうるものではないから、前訴においては、離婚自体についての慰謝料請求権は訴訟物となっておらず、前訴の訴訟物は本件訴訟における訴訟物と抵触しない、「3」婚姻関係破綻後にY₁らが同居を継続したとしてもこれを不法行為と評価することはできないが、個々の行為がそれ自体として不法行為を構成するに足らなくとも、当該行為の結果、婚姻解消のやむなきにいたらしめた行為者は、不法行為の責任を負うものと解するのが相当である、という点にある。

この原判決に対し、Xが原審の認定した損害賠償額について不服申立てをし、Y₁が離婚の点を除いて控訴し、Y₂も不服申立てをしたのが本件である。

(三) 判旨

Xの離婚請求を認容の上、Y₁に対し総額約一八〇七万円の財産分与の支払いを命じた。ただし、慰謝料請求については概略次のように判示してXの請求を棄却した。

まず手続法上、Xの請求が認められるかという点について、「本件におけるXの慰謝料請求は、夫であるY₁とY₂の不貞関係により離婚せざるを得なくなったことによる精神的苦痛に対する慰謝料の支払いを求めるものである。……前訴は、Y₁とY₂との不貞行為及び、その結果婚姻関係が破綻したことによる精神的苦痛に対する慰謝料を請求するものであり、XとY₁が離婚したことによってXが被る精神的苦痛については、賠償の対象とされていない」とし、「そうなる」と、本件における慰謝料請求権と前訴の慰謝料請求権は訴訟物が異なるものと言わざるを得ず、前訴の既判力は、本件の慰謝料請求には及ばないと解するのが相当である」として、Xの本件慰謝料請求は前訴の既判力によって遮断されるものではないとした。

しかし、その慰謝料額の算定については、「前訴は、不貞行為自体によって被る精神的損害だけでなく、不貞行為によって婚姻関係が破綻したことによる精神的損害の賠償を求めるものである。……〔本件の事実関係からすれば〕前訴の控訴審口頭弁論終結時には、XとY₁との婚姻関係は完全に破綻しており、回復の見込みはなかったといふべきである。そして、前訴判決では、このような事実関係を前提としてXが受けるべき慰謝料額の判断が行われている」と述べた上で、「そうすると、Xが本訴において請求することができるのは、完全に形骸化した婚姻関係を法的に解消したことによって被る新たな精神的損害のみであるところ、上記の事情からすると、Xに新たな精神的損害が生じた」と認めることはできない」とした。

2 本判決に対する疑問

すでに述べたように、離婚慰謝料については一般に離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料が含まれるとされているが、本判決に即していえば、前訴で対象とされた慰謝料が離婚原因慰謝料にあたり、後訴で対象とされた慰謝料が離婚自体慰謝料にあたるといえる。これまで離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料の關係がここまで正面から問われた例はなく、その意味で本判決は両者の關係が明確な問題となった初めての判決例であり、結論として両者が訴訟物を異にし、前訴判決の既判力が後訴に及ばないことを明らかにした。

本判決は、その結論だけを見れば前述の峻別説を支持するもののようにみえる。本判決の意義をその点に求める見解もあり、⁽²³⁾そうした理解から、判例集においても訴訟物に関する論点が裁判事項として取り上げられたのである。

しかし、本判決が前訴と後訴の訴訟物を別であると判断した直接の理由付けは、「前訴において賠償の対象となっていない」というに止まっており、この結論がいかなる理由により導かれたのかはかならずしも明らかではない。そのため、本判決が峻別説を支持したものと即断することはできないし、その意味で本判決の意義や位置づけは明確とはいえない。そこで次に、損害賠償請求訴訟の訴訟物に関する民事訴訟法上の判例・学説を簡単に整理した上で、本判決の理由付けについて検討してみたい。

(一) 訴訟物に関する判例・学説

民事訴訟における訴訟物とは「本案判決の主文で判断すべき事項の、最小基本単位⁽²⁴⁾」とされている。訴訟物は、訴訟における審判対象の範囲（民訴二四六条、二五八条一項）、訴えの併合の有無（民訴一三六条）、二重起訴の禁

止の範囲（民訴一四二条）、訴えの変更（民訴一四三条）、既判力の客観的範囲（民訴一四四条）等の手続上の問題を決する上で基本的な標準になるとされているが、特に給付訴訟の訴訟物に関して、いわゆる訴訟物論争がある。この訴訟物論争における代表的な理論として旧訴訟物理論（訴訟上の請求は、実体法上の個別的・具体的な請求権そのものの主張であり、その特定識別については、実体法上の個々の請求権が基準となるとする説）と新訴訟物理論（実体法上の請求権によって根拠づけられる、相手方から一定の給付を求めうる法律上の地位が訴訟物となるとする説）がある。現在では、学説上は圧倒的に新訴訟物理論ないし新実体法説（訴訟物として主張される実体法上の請求権を再構成し、一個の給付が認められるに過ぎない場合には、数個に見える権利ないし法的地位を実体法上一個に統合して捉え、それを訴訟物と考える説）が支持されているが、裁判実務はなお旧訴訟物理論に従っているとされる。⁽²⁾

そこで給付訴訟である損害賠償請求訴訟においても、その訴訟物をどのように考えるかは重要な問題となるが、この点については次のように説が分かれている。⁽³⁾ まず、①被侵害権利（利益）により訴訟物を特定する見解（被侵害利益説）がある。これによれば、物損については、原則として被侵害物件ごとに訴訟物が細分化されて把握されることになる。また、人損については、これを細分化して捉える説もあるが、生命または身体は一個であるから被侵害権利（利益）も一つであるとして、一個の訴訟物として把握する説が有力である。次に、②損害の種別ないし性質によって訴訟物を特定する見解がある。この見解に属する説としては、発生した損害を財産的損害と非財産的損害に分け、それぞれが一個の訴訟物を形成するとする損害二分説と、財産的損害を積極的損害、消極的損害に分け、慰謝料とともに損害を三分してそれぞれが一個の訴訟物を形成するとする損害三分説がある。さらに、③加害行為により特定する説（加害行為一個説）がある。これは同一事故による損害である限り社会的には一個の紛争であるとして、その場合の訴訟物は被侵害利益や損害の性質に関わりなく一個であると考えるものである。

かつての実務では、すくなくとも人損に関しては損害二分説ないし三分説が支配的であったとされるが、最判昭和四八年四月五日民集二七巻三号四一九頁が、「同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上的の損害とは、原因事実及び被侵害利益を共通にするものであるから、その賠償の請求権は一個であり、その両者の賠償を訴訟上合わせて請求する場合にも、訴訟物は一個であると解すべきである」と判示したことにより、②説の立場は否定され、現在の判例は、侵害行為と被侵害権利（利益）で損害賠償請求を個別化する①説のアプローチをとるものと見られている。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

以上の議論は、同一の原因行為から生じた種々の損害の賠償が請求された場合についてのものであるが、これは別の要因によって訴訟物が異なる場合もある。交通事故等の不法行為における後発後遺症の賠償請求の場合である。すなわち、交通事故等により身体に傷害を負った被害者が、前訴でそれまでに生じた損害につき一定額の損害賠償を請求し、これが認容されて判決が確定した後、前訴当時には発見されていなかった後発後遺症が発現したため、その後発後遺症に基づく損害賠償として後訴を提起した場合である。この場合、前訴判決の既判力が及ぶとすれば、後訴の請求は前訴の判断を争うものとして既判力により遮断され、許されないことになる。この問題については、その理論構成については議論があるものの、結論として後訴は許されるとする点では学説・判例とも一致している。判例はこの問題を一部請求の理論により処理していると理解するのが一般的であるが、いずれにせよこの場合には前訴と後訴の訴訟物は結果として異なることになる。

(二) 手続法上の理論との整合性

以上の民事訴訟法上の議論、特に判例理論を前提として、本判決の結論について検討してみたい。判例理論を前提とする限り、本判決の結論を導きうる理由付けとして考えられるのは、加害行為の違い、被侵害利益の違い、後発損害による説明の三つである。

(1) 加害行為の違いによる説明

第一の説明の仕方は、そもそも前訴と後訴の慰謝料請求は、原因となる加害行為が異なる別個の不法行為に基づくものであるという説明である。

控訴審である本判決では明確にされていないが、本判決の原審は、「本件におけるXのYらに対する慰謝料請求は、XとYとの間の婚姻関係の破綻を生ずる原因となった個々の違法行為を理由とするものではなく、Xにおいて、Yらの不貞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ものと解される」とし、「婚姻関係破綻後にYらが同居を継続したとしても、これを不法行為と評価することはできないが、個々の行為がそれ自体として不法行為を構成するに足らなくても、当該行為の結果、婚姻関係の解消のやむなきに至らしめた行為者は、不法行為の責任を負うものと解するのが相当である」「Yらが婚姻関係破綻後に同居を継続したことにより、Yとの離婚をやむなくされ」と述べ、本件での加害行為が婚姻破綻後の同居行為であると捉えている。本判決もあるいはこのような考え方をとるのかもしれない。そうであるならば、本判決はまさに前述の峻別説の立場をとるものと位置づけられ、その点に本判決の意義があることになろう。

しかし、このような前提に立つと次のような疑問が生じる。第一に、これまでの離婚慰謝料に関する実務との関

係をどう説明するのかということである。離婚原因に当たる行為と離婚自体を導く行為が別個の不法行為を構成するとすれば、現在、離婚慰謝料訴訟において請求の対象とされているのは離婚自体慰謝料のみであり、離婚原因慰謝料は通常請求されていないと理解することになる。したがって、離婚にともなつて離婚自体慰謝料を請求し、これが認容されても、別訴において個々の離婚原因行為についての賠償請求を請求することが可能となる。⁽³⁰⁾しかし、このような結論を認めると、婚姻当事者間において何度も離婚に関する紛争の蒸し返しを許すものとなかなかねない。新訴訟物理論は、民事訴訟における解決の一回性を重視して、社会常識的に一個の紛争と考えられるものについてはできる限り一回で解決するのが望ましく、当事者間で蒸し返し紛争が繰り返されることは望ましくないとする価値判断を基本的な背景として主張されるものであるが、判例が前提とする旧訴訟物理論においてもこうした解決の一回性の理念が無視されているわけではなく、当事者の権利保護の万全性⁽³¹⁾とのバランスが保たれる範囲では解決の一回性の理念を追求すべきであるとされている。このような観点からすれば、離婚をめくつて当事者が何度も紛争を蒸し返すことができるような理論を認めることは妥当でないといえよう。

第二の疑問は、本件慰謝料請求において、不貞行為の相手方であるY₂も被告とされていることの妥当性である。本件においてY₂が共同被告とされているのは、Y₁およびY₂の同棲行為がXに対する共同不法行為と捉えられるためであろう。しかし、不貞慰謝料に関する平成八年判決では、婚姻破綻後の不貞行為は、婚姻共同生活平和の維持という権利または法的保護に値する利益を侵害する行為とはいえないとして、婚姻破綻後の不貞の相手方に対する慰謝料請求を否定している。原審が「婚姻関係破綻後に被告らが同居を継続したとしても、これを不法行為と評価することはできない」と述べているのはこの判例が念頭にあるからである。⁽³²⁾しかし、そうであるならば、不貞の相手方が当然に共同不法行為を負うといえるかは疑問である。婚姻当事者であり、婚姻の維持につきより重い責任

を負う^{Y₁}については婚姻破綻後の同棲行為も有責行為と評価されることはあり得るが、不貞の相手方である^{Y₂}にまでこのような行為について共同不法行為責任を負わせるためには何らかの合理的な説明が必要である。共同不法行為に関する通説・判例は、共同不法行為の成立につき「各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備える」ことを要求しているからである⁹⁴。この点に関する説明としては、あるいは共同不法行為に関する民法七一九条二項を適用することも考えられる。同項は「行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同不法行為者とみなして、前項の規定を適用する」と規定し、このような者はたとえ実際の加害行為を行っていない場合であっても共同不法行為の責任を負うべきとされている。Y₂をここでいう教唆者または幫助者とみれば、このような法律関係も説明が可能かもしれない。しかし、そのような説明は果たして妥当だろうか。これを認めてしまえば、婚姻破綻後の不貞の相手方に対する慰謝料請求を否定した平成八年判決の意味は大きく減殺されてしまう。また、実質的にみても、一旦訴訟によりその行為の責任を問われた不貞行為の相手方——本判決のように自らの姦通により相手の家庭を破綻させ、その後も同棲を継続しているような者に限定するとしても——が、相手方の離婚の際に再び法廷に引き出され断罪されることを認めるべきだろうか⁹⁵。

(2) 被侵害利益の違いによる説明

本判決の結論を説明する第二の方法は、前訴と後訴の加害行為は同一であるが、損害発生原因たる被侵害利益が異なるため、訴訟物が異なるというものである。

前訴で請求された損害は婚姻継続中に生じたものであり、本判決でのそれは離婚によりそれ以後に生じるものであるから、被侵害利益が異なるという考え方はそれなりに説得力を持つ。比喩的にいえば、事故による身体傷害と

生命侵害の關係に近いものと考えることができからである。すなわち、前訴は事故による身体傷害のように婚姻が傷つけられたことから生じる損害であり、後訴はその傷害によって結局死亡してしまつた生命侵害の場合と同じく、婚姻關係が死に至つたことから生じる損害であると捉えることができる。その意味で、前訴と後訴について被害利益が異なるということも可能かもしれない。³⁶⁾

しかし、このような説明についても疑問がある。第一に、本件における前訴と後訴の被侵害利益は本当に異なるだろうか。すでにみたように、学説においては、離婚自体慰謝料の被侵害利益は、婚姻關係そのものや配偶者たる地位と捉えられているが、これはある種の擬制を含むものである。すなわち、後訴における直接の損害発生原因は、離婚により配偶者の地位を失つたことであるが、この離婚そのものはY₁の請求によるものではなく、Xの請求に基づくものである。かりにXがY₁の不貞行為にかかわらず離婚を請求しなかつた場合には、Y₁は有責配偶者として自ら離婚請求をすることは原則としてできないから、婚姻の実体は失われているが、形式的には配偶者としての地位を保持することも可能であり、また、相続権等一定の婚姻の効果は継続することになる。³⁷⁾つまり、離婚によって配偶者の地位が失われたのは、Xが自ら望んだ結果であり、Y₁が直接奪つたわけではない（もちろん、それと同視できる關係があるというところであろう）。Y₁の行為の直接の結果は、XとY₁の關係を回復し難いまでに破壊し、婚姻關係の実質を失わせ、離婚せざるをえない状況を作り出したことであろう。そうするとY₁の行為が直接侵害したのは、平穩な婚姻關係あるいはそれを営む配偶者の権利ないし利益であつて、こうした権利ないし利益が侵害されたのは婚姻が破綻したときであるといえる。特に近年の婚姻観・離婚観からすれば、このような考え方のほうが離婚の実態に合致しているといえよう。³⁸⁾ そうだとすると、すでに「早晩離婚に至ることは必至の状至にある」とされていたXとY₁の間の婚姻關係自体に対する侵害は、前訴の段階ですでに生じていたのではないだろうか。そし

て前訴で請求された慰謝料は、不貞行為から生ずるものだけではなく、その結果として婚姻が破綻したことによる精神的損害も対象とされているのであるから、前訴と後訴の被侵害利益が異なるとはいい難い。婚姻破綻の損害と離婚の損害とで訴訟物の違いを導くほどの被侵害利益の差があるだろうか。

また、この点を措くとしても、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料の被侵害利益の違いにより訴訟物の相違を導く考え方は、これまでの離婚慰謝料に関する裁判実務を否定することにつながる可能性がある。すでに述べたように、これまでの離婚慰謝料に関する実務では、離婚に伴って慰謝料の請求がされた場合に、特に離婚原因による慰謝料請求と離婚自体による慰謝料請求を区別して判断してこなかった。⁽⁴⁰⁾そして、その場合の離婚慰謝料に関する判決主文は、圧倒的多数の判決では一つである。しかし、同一行為によって生ずる離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料がその被侵害利益の相違ゆえに常に訴訟物の差をもたらすとすると、すくなくとも離婚とともに慰謝料の請求がされた場合には、まず、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料の両者の請求が含まれるのかがどうか問題とされなければならぬ。かりに当事者が両慰謝料の請求をする意思である場合には、両請求の併合が生じていることになるから、その場合には判決主文を分ける必要がある。また、一方の請求が認められない場合でも、他方について判断しないと裁判の脱漏が生じることになる。本判決がこれまでの離婚慰謝料に関する実務の在り方を否定したものであれば、本判決の意義はまさにその点にあることになるが、本判決がそこまで踏み込んだ判断をしたとみることは疑問である。

(3) 後発損害による説明

本判決の結論を説明する第三の方法は、離婚自体慰謝料を一種の後発損害と捉えて、前訴と後訴は加害行為も被

侵害利益も同一ではあるが、後訴は前訴の既判力によって遮断されないから結果的に訴訟物が異なると説明するものである。

すでにみたように、判例は後発後遺症の問題を一部請求の問題として処理しているから、これに従えば、前訴は発生する損害の一部の請求であり、後訴はその残部請求ということになる。本判決の理由付けが「離婚したことで、Xが被る精神的苦痛については、賠償の対象とされていない」ということだけを述べ、また、損害額について、前訴における賠償範囲を検討した上で、「Xが本訴において請求することができるのは、完全に形骸化した婚姻関係を法的に解消したことによって被る新たな精神的損害のみである」と述べていることからするとあるいはこのような考え方が本判決の理解として最も適切であるかもしれない。

しかし、この考え方をとるとしても、そもそも本件でこのような追加請求が認められるべきであったかどうかについては検討の余地がある。まず、一部請求について、判例は一部請求の明示があることを要件としているが、本判決ではその明示があったかどうかが問題となる。ただし、判例は、後発後遺症のように前訴において請求することが期待できない損害については、原告の請求からその趣旨が明らかであれば明示があったことになるとしている⁽⁴⁾。本件で請求された慰謝料については、すでに前訴において「早晩離婚に至ることは必至の状況にある」とされており、その点では離婚自体慰謝料の発生が抽象的には予想できたといえる。しかし、財産分与と離婚慰謝料の関係に関するリーディングケースである昭和四六年判決は、離婚慰謝料は離婚の成否がまだ確定しない間であるのに損害を知り得たものとするとは相当でないとしており、このことは本件原審の理由付け〔2〕も指摘している。これを前提とすれば、本件で対象とされた精神的損害が離婚により生ずるものと考えるかぎり、前訴時点でなしえるものではないから、その意味で後発後遺症の場合と同様に、一部請求の明示があったと考えることもできる。もっ

とも、民事訴訟法学説のほとんどはこのような後発後遺症の場合に一部請求の明示を要求することに批判的であるから、この点については、それほど大きな問題ではない。

しかし、さらに本件前訴を一部請求と評価できるかという問題がある。すでに述べた通り、離婚原因慰謝料と區別された離婚自体慰謝料が対象とする精神的苦痛の具体的内容は、①離婚による社会的評価の低下、②婚姻生活に対する期待感の侵害、③将来の生活不安、④子を手放すことによる心痛等であるとされている。しかし、これに対しては、①については、婚姻観・離婚観が変化した今日においてはもはやこの種の苦痛は生じないか、生ずるとしても自ら引き受けるべきものであり、また②は婚姻破綻の時にすでに生じているから、さらに③、④のような精神的苦痛については、財産分与や親権者の指定・変更の制度により別途手当てされているから、特に賠償の必要はないとし、「破綻が決定的になるのは確かに離婚によってであるが、問題とされる精神的苦痛はそれより前に生じているのではないか」とする指摘がある。⁽⁴⁾ この指摘は正当であるが、実は本判決自体がこのことを認めている。すなわち、本判決は損害額の算定にあたり、前訴訟審時点で婚姻関係は完全に破綻していたから、「完全に形骸化した婚姻関係を法的に解消したことによって被る新たな精神的損害」は生じていないとする。しかし、そうであるならば、前訴において不貞行為とこれにより婚姻が破綻したことに対する慰謝料が認められている以上、それは本件離婚事件にかかわる精神的苦痛に対する全部賠償の請求であり、一部請求であるとは言いにくい。また、民事訴訟法の観点からも、このような場合に追加賠償を認める必要性があるかは疑わしいといえよう。⁽⁵⁾

もつとも、婚姻の破綻が直ちに離婚に結びつくとは限らないから、婚姻破綻後の何らかの事情——離婚により未成年の子の親権を失った場合などであろうか——により上記以外の精神的苦痛が法的な婚姻関係の解消から生じる可能性もないとはいえない。本判決はあるいはこのようなことから残部請求の可能性をすべて封じてしまふべきで

はないと考えたのかもしれない。本判決が「上記事情からすると、Xに新たな精神的損害が生じた」と認められることはできない」として慎重な姿勢を見せているのはこのことを示すものであろうか。

またさらにいえば、後発損害を理由とする考え方をとると、本判決には実体法上の独自の意義はほとんど見いだせないことになる。なぜなら、この場合には本判決の結論を導いたのは事案の手続的な特殊性によるものであり、実体的請求権の性質に基づくものとはいえないからである。すなわち、前訴と後訴の訴訟物が異なるのは、前訴時点で予期し得ない後発損害のケース一般に言えることであって、本件に特有の問題ではないことになる。その場合、本件の意義は、せいぜい離婚慰謝料における離婚原因としての不貞行為の部分⁴⁵を離婚前に求めても、なお残部請求として離婚自体の慰謝料を求めることができるということ⁴⁶を明確にしたことに止まることになろう。

(三) 小括

以上のように、本判決は、一見すると離婚慰謝料に関して峻別説を支持するもののように見えるが、これまでの家族法や不法行為法における判例や学説を前提にして、本判決の結論を民事訴訟法上の理論と突き合わせてみるとそのような理解がかならずしも正しいとはいえないようである。本判決が、離婚それ自体による新たな損害（精神的苦痛）がないとした結論については妥当であったといえるが、そうだとするとそもそも前訴と後訴の訴訟物を別個とする必然性があったかどうかは疑わしいといえる。また、本判決の検討を通じて、現在の実務で認められている離婚慰謝料というものがいかに手続法上の理論と相性が悪いものであるかということも明らかになったのではないだろうか。

いずれにせよ、そもそもの問題はこれまで実務上認められてきた離婚慰謝料というものの実体法上の理論構成の

不明確性、特に不貞慰謝料と離婚慰謝料の関係が明確ではないことにある。そのため、実体的請求権を基礎とする旧訴訟物理論に立つ裁判実務において、手続上の問題が生ずることになる。つまり、問題の核心は、離婚慰謝料や不貞慰謝料の実体法上の理論構成にあり、これを明確にしない限り、本判決に対する評価は正確にはなしえないとみるべきであろう。そこで次に、本判決を通じて浮かび上がった離婚慰謝料や不貞慰謝料に関する実体法上の問題についてさらに検討を加えることにしたい。

四 離婚慰謝料と不貞慰謝料の実体法上の問題点

1 離婚自体慰謝料の独自性に対する疑問

三の事例研究を通じて明らかになった問題の一つは、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料を峻別することは、手続法上も、実体法上も困難ではないかということである。すなわち、離婚原因慰謝料と完全に切り離れた離婚自体慰謝料は独自の不法行為として成り立たないのではないだろうか。まずこの点について改めて検討してみたい。

(一) 峻別説の問題点

峻別説に立ち、離婚原因と切り離して離婚自体慰謝料を把握する場合、後者の慰謝料において違法と評価される行為とはなにかという問題がある。離婚そのものによる精神的苦痛が発生する直接の原因は離婚であるが、離婚は法律上認められた制度であり、当事者の合意または裁判所の判決によって行われるものであるから、離婚自体を不法行為とすることはできない。そこで学説では、離婚慰謝料の請求と離婚とは事実上選択関係にはないから、離婚

原因と離婚の間には、離婚による損害の発生原因として法律上同視すべき関係があるとか、離婚原因とその結果たる離婚の間には相当因果関係があると説明するものがある。⁽⁴⁷⁾しかし、このような説明は結局、離婚原因となった行為に根拠を求めるものであり、離婚自体慰謝料を独自の不法行為と構成する必然性を欠き、峻別説の根拠にはなれない。また、離婚慰謝料の実務では、離婚原因となった行為の日付や回数、程度等が具体的に特定されて慰謝料の請求がされているわけではないといわれており、この点からみても具体的離婚原因を根拠とすることは困難であろう。そうすると離婚自体慰謝料の独自性を基礎づける行為として想定されるのは、離婚（婚姻破綻）に至るまでの一連の行為を一個の行為として捉えて、評価の対象とすることであるといえる。しかし、このように捉えると、個々の離婚原因慰謝料を別途請求できるとすると二重賠償の危険が生じるおそれがある。

第二に、違法性の要件についてであるが、実務ではこの点はあまり明確ではないが、離婚慰謝料においては一般の個人間では不法行為を構成しないような行為を原因とする離婚においても慰謝料の支払いが肯定される場合がある。この点につき、離婚慰謝料の不法行為性を否定する立場からは、そもそも不法行為が成立するためには、「或程度の上で社会の支配的な規範意識によって「不法」と烙印が押されるような行為が存在すること」を要する⁽⁴⁸⁾が、婚姻は「二人の人間のあいだの作用・反作用の無数の連鎖反応の過程」であって、かならずしも一方にのみ離婚の責任があるとはいえないから、離婚においては通常の不法行為におけるような意味において過失を問題とすることは不相当であるとの指摘がされている。⁽⁴⁹⁾そこで最近では、不法行為の要件である違法性の有無に関するいわゆる相関関係理論⁽⁵⁰⁾に基づき、「婚姻関係ないし夫婦関係は社会の基礎単位であり、法律上強い保護に値する利益といえるので、たとえ侵害行為の不法性が弱くとも、これを破壊すれば全体として違法性ありと評価できる」との説が唱えられている。確かにこのように考えれば、裁判実務の立場を説明することができる。しかし、そもそも不法行為で

は個人の権利侵害に対する救済が目的とされているから、夫婦関係自体あるいは家庭の平和に被侵害利益を見るのは正当ではないとする見解もあり、離婚によって侵害される個人の法益をどのように考えるかはなお問題である。

第三に、損害についてであるが、離婚原因慰謝料と切り離された離婚自体慰謝料において損害として観念されるのは、離婚を契機として発生する精神的苦痛であり、その内容は前述した通りである。しかし、実務において、当事者が離婚とともに裁判所へ求めてくる慰謝料の内容は、決して離婚成立以後の精神的苦痛だけではなく、婚姻中に離婚に至る過程で被った精神的苦痛も当然含まれているようである。また、下級審裁判例における離婚慰謝料の算定要素として挙げられるのは、婚姻が破綻した経緯、有責行為の態様・程度・期間、関係修復への努力の有無、婚姻生活に対する誠実さ、協力度、年齢、性別、職業、経済状態、婚外子の認知の有無、再婚可能性、生活費不払い、離婚後の状況、婚姻の際の経済的負担、離婚による経済的不利益等であるとされており、このことから離婚後に生ずる精神的苦痛のみが対象とされているわけではないことがわかる。そうすると、離婚自体慰謝料が対象とする損害の範囲は、現実に請求されている損害の範囲に比して狭いというべきであろう。

以上のことからすれば、結局、離婚自体慰謝料という観念は、婚姻中の有責行為をめぐって生ずる「損害」についての説明概念としては理解できるが、それ自体が独自に不法行為としての実体を備えた法概念とはいい難いのはなからうか。

(二) 一体説における理論構成

そうすると、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料は何らかの形で一体的に把握されるべきであるといえるが、その場合にどのような理論構成によるべきであろうか。不法行為の要件との関係で最も簡明な説明は、離婚原因行為が

不法行為を構成し、それと相当因果関係のある損害として離婚自体慰謝料が認められるというものであろう。しかし、このように構成すると次のような問題が生ずる。第一に、昭和三十一年判決と昭和四十六年判決がいずれも離婚慰謝料は個別の行為を理由とする損害賠償とは異なると述べている点についてどのように理解するかということが問題となる。第二に、実務においては、一般に不法行為を構成するとは考えにくい行為が婚姻生活との関係で有責行為と評価されることがあるし、また請求においても行為の日時や態様が厳密に特定されているとはいえないが、これをいかに説明するかという問題が生じる。第三に、消滅時効との関係で、離婚原因行為を不法行為として特定した場合、通常的不法行為と同様に三年間の時効にかかり、時効が援用されると離婚後六ヶ月後(民一五九条)は、一連の有責行為のうち三年以内のものに限って認容せざるをえないことになるが、昭和四十六年判決は離婚慰謝料の消滅時効は離婚成立時から進行すると判示しているから、この点についても何らかの説明が必要となる。第四に、離婚原因行為を不法行為とすると、これは離婚を前提としなくとも不法行為を構成する可能性があることになるから、訴訟物との関係からたとえ離婚が認められない場合であっても、不法行為の成否について審理して判断する必要があるが、実務上の取り扱いには離婚請求が認められなければ、離婚慰謝料も当然に棄却されるとの扱いがされているようである。以上のように、このような理論構成では、判例および実務が認める離婚慰謝料というものを説明しきれない。

この問題を最もよく認識し、離婚慰謝料の理論構成の問題に取り組みられたのは大津千明判事である。大津判事は、これらの問題を踏まえた上で、次のような理論構成を提示されている。すなわち、従来離婚原因慰謝料といわれてきたものは、身体・自由・名誉といった人格権に対する侵害(賠償慰謝料)と、配偶者たる地位への侵害(離婚原因慰謝料)という双方の側面を有し、後者の侵害が蓄積され離婚に至ったときに離婚により新たな精神的苦痛が発

生ずるとする（離婚自体の慰謝料）。そして、通常離婚慰謝料として請求されるのは、後者の側面からみた「離婚原因慰謝料」と「離婚自体の慰謝料」の両者を併せたものであり、賠償慰謝料は通常請求されない構成とする。そして、不法行為の成立要件との関連では、離婚による損害賠償の被侵害利益は身分権である配偶者たる地位とし、そしてこのような利益侵害は離婚という結果が発生しない以上、法的に問題とする必要はないから、離婚原因行為についても離婚という結果が発生した時に不法行為が成立するとする。その意味で、いわゆる「離婚慰謝料」とは、離婚原因慰謝料（婚姻継続の苦痛）と離婚自体の慰謝料（婚姻解消の苦痛）の二つを含むものであり、離婚の原因となった個別的有責行為の開始から離婚の成立に至るまでの一連の経過を、もっぱら配偶者たる地位という身分法上の法益に対する侵害という観点から捉え、それによつて生ずる一連の精神的苦痛を離婚を契機として一挙に賠償させるものであるとする³⁶⁾。

この立論は、離婚慰謝料に関する判例と実務を最もよく説明できる理論構成としてきわめて巧みなものである。ただ、離婚原因にあたる行為につき賠償慰謝料が求められた場合、「離婚慰謝料」の判断とどのように関連するのか、離婚原因慰謝料を求められている場合と賠償慰謝料が求められている場合とをどのように区別するか、さらに不貞行為などにつき独立の慰謝料請求がなされている場合を「離婚慰謝料」の評価上いかに扱うかという問題が残されている。

2 不貞慰謝料に対する評価

三の事案においては、離婚原因となったのは不貞行為であり、前訴において不貞慰謝料が認められていた。この事案で直接問題にされたわけではないが、不貞慰謝料に関しては考慮しておかなければならない問題がある。それ

は、学説においては不貞慰謝料の成立範囲は限定的なものとするべきであるとか、そもそも不貞慰謝料を認めるべきではないという消極的な見解がかなり有力に説かれているということである。

(一) 消極説の論拠

現在の判例では、配偶者に不貞行為があった場合には、原則として他方配偶者が不貞配偶者またはその相手方に対して不貞慰謝料を請求できることは確立している。しかし、昭和五四年判決を契機として、不貞慰謝料、特に一方の配偶者から不貞の相手方に対してのみ請求が行われる場合について、その是非をめぐる議論が盛んに行われた。学説では、家庭的な愛情利益や婚姻家族は法的保護を受けるべきであり、また、不貞の自由を認めるべきでないとの観点から、不貞行為をした者は不法行為責任を負うべきであるとする積極説⁽⁹⁾が主張される一方で、そもそもこの種の慰謝料請求を認めるべきでないとする消極説も有力に唱えられてきた。

消極説の論拠は主として次の点にある。①性という私的な事柄については法の介入はできるだけ抑えて個人の判断にまかせるべきであり、不貞行為には配偶者の自由な意思が関わっている以上、その意思決定をした配偶者自身が責任を負うべきであるとの価値観⁽¹⁰⁾、②夫婦間において貞操義務に対応する守操要求権を認めることは、自由な人格を有する人について他人の物権的な人格的支配権を認めることにつながる⁽¹¹⁾、③特に妻の不貞について、夫が婚姻関係を継続したまま不貞の相手方に慰謝料を請求する場合に、いわゆる美人局や売春類似の行為を正当化することの反倫理性⁽¹²⁾、④不貞行為の結果、非嫡出子が生まれ、不貞の相手方である女性から不貞配偶者である夫に対して、子の認知請求や養育費請求がなされた場合に、妻が対抗手段として慰謝料請求を持ち出すことでこれらの請求が抑圧され、子の法的保護を欠くことになる⁽¹³⁾、⑤不貞慰謝料を認めたとしても、不貞行為に対する抑止効果はなく、逆

に慰謝料さえ支払えばいいという免責を与える結果となる。⁽⁶⁵⁾⑥プライバシーが暴露されることや、不貞配偶者の感情がますます離れること、子の離婚後の措置についての協力関係の構築が困難になるなど、不貞慰謝料を法廷で争うことで弊害が生じる。⁽⁶⁶⁾⑦西欧諸国においてはこの種の慰謝料請求は現在では認められていないか、認められるとしても名目的なものに止められるなどかなり否定的に捉えられていること、⁽⁶⁶⁾などである。

(二) 不貞慰謝料を制限する手法

消極説のこうした指摘はおおむね正当であるが、いずれも実質論のレベルでの批判である。そのため、従来の積極説と消極説の対立は、根本的には論者の価値観や国民感情の捉え方の相違とされ、それ以上の議論の進展がみられなかったといわれている。⁽⁶⁷⁾そこで、最近ではこの点に反省が加えられ、消極説の側においても、原則的として肯定説の立場にたつて段階的に不貞慰謝料を制限する手法が模索されるようになってきている。

鳥津一郎博士は、昭和五四年判決当時から、「守操請求権ないし貞操義務を要求する権利が対人的・相対的な権利であるとすれば、その侵害は第三者による債権侵害の場合に準じて考えれば足りると思う」と述べられ、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してのみ損害賠償を認めべきであるとされていたが、⁽⁶⁸⁾最近でも水野紀子教授がこの立場を支持されている。⁽⁶⁹⁾

また、辻朗教授は、昭和五四年判決以降の判例や裁判例を分析され、判例や裁判例では①合意による貞操侵害の類型において不貞の相手方の責任を副次的なものとする、②肉体関係を持ったのが夫婦関係が事実上の離婚（もしくは破綻）に達した後である場合にはその責任を否定する、③信義則・権利濫用法理により慰謝料請求を限定する、④消滅時効法理により慰謝料請求を限定する、⑤不貞は第三者と配偶者による共同不法行為を構成することから、

それぞれの慰謝料債務が不真正連帯の関係になるとして第三者に対する慰謝料請求に限定を加える、といった手法により不貞慰謝料の限定が行われてきたことを明らかにされ、不貞慰謝料について判例が肯定的立場に立ちながらも、それを限定する方向に動いていることを指摘された。そして、教授自身は、「最高裁判平成八年判決がいうように、第三者が他方配偶者と肉体関係を持つことから生ずる一方配偶者の被侵害利益を『婚姻共同生活の維持という権利又は法的保護に値する利益』と解するのであれば、婚姻関係が維持されている場合の請求は、被侵害利益なしとの理由で正面から排斥する解釈がもつとも有効と思われる」とされている。⁽¹⁷⁾

さらに、近時、樫見由美子教授により、夫婦が離婚せず、婚姻関係が破綻していない場合には、被害者側の過失理論を適用して、不貞配偶者に対して損害賠償額（第三者と配偶者とを共同不法行為者とする場合の負担部分）に相当する過失を、被害者側の過失とみなして、この部分を控除するという制限手法が提唱されている。⁽¹⁸⁾

このように学説においても、判例・裁判例においても、基本的には不貞慰謝料の請求を認める立場をとりつつも、この種の慰謝料請求のもつ弊害についての認識が深まってきており、全体として消極的な方向に進んでいることは否定できない。おそらく、今後の議論は不貞慰謝料を制限する方向で展開されることになるであろうし、それは妥当な方向性であるといえよう。

3 離婚慰謝料と不貞慰謝料の関係

三で検討した事案では、前訴において夫と不貞の相手方の両名に対して不貞慰謝料の請求がされたが、後訴においてもやはり両名に対して離婚慰謝料の請求がされ、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は異なるものとされた。そうすると、実体法の観点からは、両請求権の実体的な相互関係をどのように理解するかということが問題とならざるを

えない。そこで次に両請求権の関係について検討してみたい。

(一) 共同不法行為と峻別説

判例によれば、不貞行為は不貞配偶者と不貞の相手方の共同不法行為であるとされているから、他方の配偶者は両者に対し不貞慰謝料を請求することもできるし、不貞配偶者の責任を免除して、不貞の相手方に対してのみ不貞慰謝料を求めることも可能である。また、手続上も、人事訴訟に係る請求と当該請求の原因である事実によって生じた損害の賠償に関する請求は一の訴えでできることとされており、また、後から人事訴訟の係属する家庭裁判所に提起することもできるとされているから（人訴一七条）、家庭裁判所に離婚を求めて訴えを提起する場合にはこの関連請求として離婚慰謝料の訴えを併合することができるし、不貞慰謝料の請求も、それが人事訴訟に係る請求の原因事実によつて生じたものである限り、離婚訴訟に併合することができる⁷³。実際の訴訟でも、妻が、夫に対する離婚請求とともに、夫と第三者の共同不法行為を理由とする夫および第三者に対する慰謝料請求を併合して提起する場合も少なくないとされる⁷⁴。

このような請求がされた場合、通常夫に対する慰謝料請求は離婚慰謝料の請求として把握され、また第三者に対する慰謝料はいわゆる不貞慰謝料として把握されることになるが、この両請求の関係をどのように考えるかが問題となる。

この点について、前掲最判平成六年一月二四日判時一五一四号八二頁は、離婚の責任（離婚慰謝料）と個別の性関係の責任（不貞慰謝料）は別個のものであるとする上告理由を排して、離婚慰謝料と不貞慰謝料が共同不法行為（その結果としての不真正連帯債務）の關係に立つとした原審の判断を是認した。下級審裁判例においても、同

様に解されているようであり、妻から不貞相手の女性に対する慰謝料請求について、夫がすでに妻に離婚慰謝料を支払ったことにより妻の損害は填補されたとして請求を棄却した事例²⁶⁾や、夫から妻に対する不貞行為を理由とする離婚慰謝料の請求について、夫がすでに不貞の相手方男性から慰謝料を得ていることを考慮して請求を棄却した事例²⁷⁾などがある。学説では、この問題はあまり意識されておらず、判例の立場に対し特に疑問は持たれていないようである。²⁸⁾

前述したように裁判実務上、離婚慰謝料は一体的に処理されているといえるから、以上のような処理も当然可能である。しかし、学説上は、峻別説が一般的であるといわれており、この立場では、不貞行為が離婚原因となる場合にはそれはあくまで離婚原因慰謝料と位置づけられ、離婚の際に相手方配偶者に対して請求される離婚自体慰謝料とは異なるものとされるはずである。そうだとすると、不貞慰謝料と離婚慰謝料が果たして単純に共同不法行為といえるかは問題である。また損害の点から考えても、峻別説における離婚原因慰謝料は婚姻中に生ずる精神的苦痛を対象とするのに対し、離婚自体慰謝料は離婚によって生じた離婚後の精神的苦痛を対象とするから、両者の損害は重ならないことになる。そうすると、なぜ一方が賠償されると他方が填補されたことになるのかという疑問が生ずる。結局、離婚慰謝料には何らかの形で離婚原因慰謝料が含まれると考えない限りその説明は困難であり、この点でも峻別説は成り立たないといえる。

(二) 不貞の相手方の賠償範囲

一方、一体説を採った場合には、離婚慰謝料と不貞慰謝料の間に連帯関係が生ずることについて問題は少なくとも、共同不法行為の理論上、不貞の相手方が責任を負う損害賠償の範囲が問題となる。たとえば、夫と第三者の

女性との不貞行為により婚姻が破綻し離婚に至った場合に、妻がこの兩名に対し慰謝料の支払いを求めたとすると、夫と不貞の相手方である女性の賠償額に差がつくのか、言い換えれば、不貞の相手方は離婚自体慰謝料の部分についても賠償責任を負うのかという問題である。⁽²⁹⁾

この点を検討する前提として、まず共同不法行為に関する議論を簡単に整理しておこう。共同不法行為について定める民法七一九条は、一項前段で数人の共同の不法行為者に対し連帯責任を負わせる旨の規定を置き、また同項後段および二項では、加害者不明の場合と教唆者・幫助者の場合について一項前段と同様の取り扱いをする旨を定めている。しかし、周知の通り、この条文をどのように解するかについては、その意義・機能の理解や要件・効果について様々な議論が錯綜し、意見の一致をみていない。こうした議論の全体をまとめることは容易ではないが、ここでの議論に必要な範囲でごく簡単に理論状況を整理すると次のようになる。

かつての通説・判例は、共同不法行為の成立のためには、共同不法行為を行った各人はそれぞれ不法行為の要件を充たしていなければならないとする一方で、被害者救済の範囲を広げるため、行為者の共謀や共同の認識がなくても、各人の行為が客観的に関連共同していれば共同不法行為の成立が認められるとし、共同行為者間に不真正連帯の損害賠償債務が成立すると解していた。⁽³⁰⁾

しかし、こうしたかつての通説・判例の立場に対しては、各人の行為についてそれぞれ独立の不法行為の要件を充たすことが必要であるとする、それぞれについて民法七〇九条の不法行為が成立するのだから、特に七一九条を設けた意味がなくなるとの疑問が投げかけられた。そこで、新たな説として、民法七一九条一項前段に関連共同性が要求されているのは、共同行為と損害の間の因果関係が認められれば、各人の行為と損害の間の厳密な因果関係の証明を不要とする趣旨であり、緩和された因果関係の証明により共同行為者全員に全額賠償を義務づける点に

共同不法行為の独自の意義があるとする説が唱えられた。今日では、このような考え方は浸透しつつあるとみられるが、こうした観点に立つと、民法七一九条全体はおおむね次のように理解されることになる。⁸⁾

まず、七一九条一項前段は、各行為者に主観的な関連共同性（意思的関与）ないし強い関連共同性がある場合に關する規定であり、共同行為と損害の間の因果関係があるかぎり、各共同行為者の行為と損害には因果関係があると「みなさ」れ、自己の行為と因果関係のない損害に対しても、全額の連帯賠償責任を負わなければならない。そしてこの場合には、その関与の程度の強さゆえに、免責・減責の主張も、過失相殺も認められない。これに対し、七一九条一項後段の場合は、加害者不明の場合のほか、一定の共同関係はあるが各行為者の寄与度が不明な場合など、各行為者間に客観的関連共同性ないし弱い関連共同性がある場合（時間的・場所的・性質的に社会的・一体性があるに過ぎない場合）に關する規定であり、この場合には各行為者と損害の間の因果関係が「推定」されるとする。この場合には、原則として共同行為者各人は全額の連帯賠償責任を負うが、加害者が特定されたり、寄与度が証明されたりした場合には、免責・減責の主張ができ、また過失相殺も認められるとする。さらに、七一九条二項は、教唆者・幫助者に關する規定であるが、この場合には実際の行為をすらない場合に責任を認めるのであるから、教唆者・幫助者の意思的関与ゆえに因果関係を擬制する規定として位置づけることができ、一項前段の主観的関連性がある場合と同様に捉えられるとする（その意味で一項前段の注意規定となる）。

そこで、以上の共同不法行為に關する理論に照らして、不貞慰謝料を考えると、不貞行為は不貞配偶者とその相手方の存在がなければ成立し得ない必要な共同不法行為であり、通常、相手方による意思的関与があるといえるから、七一九条一項前段が適用され、不貞の相手方は全部賠償責任を負うべきとされ、減責や過失相殺の主張も認められないというのが原則となる。すなわち不貞行為によって婚姻が破綻し、離婚に至ったという場合、不貞の相

手方は、狭い意味での離婚自体慰謝料についても賠償責任を負うべきであるということである⁽⁸²⁾。三で検討した事案では、離婚慰謝料の請求について不貞の相手方が共同被告とされていたが、それはこのような論理に基づくものであったといえよう。

しかし、このような論理を貫くと、相手方配偶者の責任を問わずに、不貞の相手方だけに対し不貞慰謝料のみならず離婚自体慰謝料までも請求することが可能となるが、果たしてそのような結論が妥当といえるかは問題である。これまでの不貞慰謝料に関する消極説は、不貞の責任は基本的に婚姻義務を負う不貞配偶者が負担すべきであり、不貞の相手方に対してまで不法行為責任を課すことは不当であるとの価値判断を前提としてきたからである。また、下級審裁判例においては、不貞慰謝料の算定にあたり、不貞の相手方の責任は副次的なものであるとして低めの算定をする裁判例⁽⁸³⁾や、配偶者と不貞の相手方双方に請求がされている場合にその賠償額に差を設けるものがいくつみられる⁽⁸⁴⁾。しかし、最近の共同不法行為の理論からするとこうした取り扱い扱いは困難であり、不法行為法の論理を貫くと、不貞慰謝料に対する制限的傾向に逆行するおそれがでてくる。

また、離婚の原因が不貞行為だけにとどまらず、他の種々の理由によって生じた場合をどのように処理するかについても問題がある。この点につき、婚姻関係破綻の理由が不貞行為だけにとどまらず、ほかの有力な理由がある場合には、他の有力な理由につき関連共同性を認めることができなから、両者の賠償額に差がつくことにならざるをえないとする説⁽⁸⁵⁾があるが、共同不法行為の理論上単純にそういえるかはまだまだ検討の余地がありそうである。

(三) 消滅時効の起算点の食い違い

離婚慰謝料と不貞慰謝料の関係については、消滅時効の起算点をどのように考えるかということも問題となる。

離婚慰謝料に関する昭和四六年判決は、離婚成立時から消滅時効が進行するとしているが、不貞慰謝料に関する平成六年判決は、一方の配偶者が不貞行為あるいは同棲関係を知った時から消滅時効が進行するとしており、両者で消滅時効の起算点が異なるからである。離婚慰謝料と不貞慰謝料が共同不法行為として捉えられるとすれば、別個に請求するとなぜ消滅時効の起算点が異なるのかについて説明が必要となるし、離婚訴訟に両者が併合して請求された場合にそのような食い違いを認めることが妥当かも問題となる。

この問題については興味深い二件の下級審裁判例がある。一つは神戸地判平成九年一月二十九日裁判所時報一六三八号一二二頁（以下、神戸地裁判決という）である。この事案は、妻から夫とその不貞の相手方に対し、重婚の取消しと離婚が求められ、それと共に夫に対して離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料のそれぞれが請求され、また不貞の相手方に対しても慰謝料請求がされたものである。裁判所は、まず妻から夫に対する請求を離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料を合わせた「離婚慰謝料」と把握し、この「離婚慰謝料」に対する消滅時効は離婚成立の時から進行するとし、離婚原因慰謝料に関する夫からの時効の主張を排して三〇〇万円の慰謝料を認容した。他方、不貞の相手方に対する慰謝料請求については、不貞行為ないし同棲関係を知ったときから進行するとし、離婚訴訟提起から三年間より前の損害賠償請求権は時効によって消滅したとして、不貞の相手方に対し一〇〇万円の慰謝料を認容し、この一〇〇万円の部分につき、夫とその不貞の相手方が不真正連帯責任を負うとした。

もう一つは、東京高判平成一〇年二月二日判タ一〇二三号二四二頁（以下、東京高裁判決という）である。この事案は、夫Aが職場の同僚である女性Yと不貞関係と同棲関係を継続したことが原因で婚姻が破綻したが、婚姻破綻から一〇年以上後に妻XからAに対する離婚訴訟が提起され、同訴訟係属中にXがYに対し不貞慰謝料を求めたものである。原審は、神戸地裁判決と同様に、平成六年判決および平成八年判決の趣旨に則り、不法行為を構

成するのは婚姻が完全に破綻するまでの肉體關係であり、それ以後の同棲關係については不法行為を構成しないとし、また以前の肉體關係による慰謝料請求権は時効によって消滅したと判断した。これに対し東京高裁判決は、Xの慰謝料請求は、単にYとAとの肉體關係ないし同棲の違法を理由とするものではなく、両者の肉體關係ないし同棲の継続によって、最終的にAとの離婚をやむなくされるに至ったことにより被った慰謝料の支払いをも求めるものであるとした上で、「このように第三者の不法行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことを理由として損害の賠償を求める場合、右損害は離婚が成立して初めて評価されるものであるから、第三者との肉體關係ないし同棲の継続等を理由として離婚を命ずる判決が確定するなど、離婚が成立した時に初めて、離婚に至らせた第三者の行為が不法行為であることを知り、かつ、損害の発生を確実に知ったことになるものと解するのが相当である」と判示し、Xの慰謝料請求の一部を認容した。

神戸地裁判決はこれまでの判例理論を忠実に適用したものであるが、離婚慰謝料と不貞慰謝料が共同不法行為の關係にあるとの前提のもとで（同判決は両慰謝料につき不真正連帶關係を認める）、消滅時効の起算日の相違を認めることができるかどうかについては検討の余地がある。神戸地裁判決においては、原告が離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料に分けてそれぞれ請求したのに対して、裁判所はこれを前述の大津説を採用して一体的に処理し、両者を統合した離婚慰謝料の請求と理解することで、不貞を含めた個々の離婚原因行為に対する慰謝料請求権について夫から主張された消滅時効の抗弁を退けた。しかし他方で、不貞の相手方に対する不貞慰謝料については、不貞關係ないし同棲關係を知った時から進行するとした。このような処理は、不貞慰謝料の制限の傾向とも合致するものであり、その意味では妥当といえるが、昭和四六年判決は離婚慰謝料につき「離婚が成立したときにはじめて、離婚に至らしめた相手方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」とし

ていることを考えると、このようなケースにおいては、いつどのような範囲でどのような共同不法行為が成立するのか、またなぜ不貞の相手方は時効の援用ができるのに、共同不法行為者である配偶者にはそれが認められないのかなどの理論的問題が残る¹⁶⁾。

他方、東京高裁判決は、これまでの判例理論である平成六年判決とは異なる処理をしている。神戸地裁判決とは逆に、不貞の相手方に対する慰謝料請求を「離婚慰謝料」の請求と解して、昭和四六年判決の論理を適用した。同事件を担当した裁判官によれば、この判決にあたり、平成六年判決は個別的不法行為による慰謝料請求の事案であるが、本件は同棲により離婚をやむなくされた離婚慰謝料を第三者に対して請求する事案であるという割り切りをしたと説明されており、その背景には、妻であるXが第三者に対して離婚をやむなくされたことに対する慰謝料を請求するものとみられる主張をしており、また婚姻関係の破綻後も離婚に至るまで、あるいはその後も不貞行為に起因する妻の精神的苦痛が延々と強く続いていると見られる事情があつたとされている¹⁷⁾。こうした理論構成は、意思的共同関係のある共同不法行為につき全部賠償を肯定する最近の議論と合致するものであるが、これを一般的に認めてしまうと、不貞の相手方に対する慰謝料請求権が消滅時効にかかったとしても、なお不貞の相手方に共同不法行為責任としての離婚慰謝料の請求をすることが可能となり、平成六年判決の趣旨は大きく減殺され、不貞慰謝料に対する制限的傾向に逆行することになる。したがって、不貞慰謝料に対する消極説の観点からは、この事案は救済の必要が高かったケースにおいて慰謝料請求を認容するためにとられた例外的な判決と位置付けられることになろう¹⁸⁾。

しかし、不貞の相手方に対して「離婚慰謝料」を請求するということは、この東京高裁判決以前の裁判例ではみられなかったが、三で検討した広島高裁の判決においても離婚慰謝料について不貞の相手方が共同被告とされてお

り、しかも前訴においては婚姻破綻を含めた慰謝料の請求がされ、それが認められている。こうした裁判例の動向をみると、今後このような請求が増えてくる可能性も否定できない⁸⁹。いずれにせよ離婚慰謝料と不貞慰謝料の関係については理論的にきわめて不透明な部分があるといわざるをえず、消滅時効の差異を合理的に説明するのはかなり困難であろう。

五 試論——離婚慰謝料と不貞慰謝料の再構成

1 試論の目的と方針

これまでの検討で明らかになったことを全体的な観点からまとめると次のようになる。

まず、離婚慰謝料の承認や不貞慰謝料の承認とその後の制限といった判例の理論は、離婚給付の補完の必要性や被害者の救済の必要性、不貞行為の不法性の強調といったそれぞれの場面での実質論的な考慮に導かれたものであり、やや場当たりのな理論構成が繰り返されてきたといえる。そのため、判例理論は、全体的な理論的調和や不法行為法上の理論との整合性を欠き、不貞慰謝料を制限しようとすれば不法行為の理論と衝突し、不法行為の理論を優先しようとすると離婚慰謝料、特に離婚自体慰謝料の実情と衝突するという状況が生じている。しかも、こうした判例理論の理論的な不透明さは、三において検討したようにその上に立論されるべき手続上の問題にも影響を与える。また、こうした理論的不透明性により解釈の幅が広がり、下級審裁判所が事案ごとの必要性から、独自の解釈によって拡大的あるいは制限的に運用していくことによって、ますます理論的混迷の度合いが深まっていくことになる。

学説は、判例理論を分析しようと試みてきたが、こうした背景から形成されてきた判例理論を完全に説明することはできなかつたし、また理論的な観点からの批判も現実の必要性に支えられた判例理論を変更するものにはならなかつた。その例外が、不貞慰謝料に対する制限の方向であり、これは学説からの実質論による強い批判にさらされたことで判例理論の修正がなされたものであったといえるが、他方でそこで施された修正によりさらに理論的問題が拡大したともいえる。

このような状況から脱するためには、たとえわずかずつではあっても離婚慰謝料と不貞慰謝料について理論的な整序作業を進めていく必要があるだろう。そこで、次に、離婚慰謝料と不貞慰謝料についての一つの試論を提示してみたい。この試論では、これまでの裁判実務を一応肯定することとし、裁判実務から極端に乖離するような立論はなるべく避けつつ、それと調和しうる範囲で家族法および不法行為法上の議論の成果を取り込むことを基本的な方針として、離婚慰謝料と不貞慰謝料の理論構成を検討したい。このような試論を提示する目的は、両者の構造の理論的解明のための手がかりを得て、今後の方向を探ることにある。比喩的にいえば現在の議論状況から新たな理論を構築するための思考の補助線としての役割を果たすものであり、その意味で試論を展開してみることにも一定の意味はある。したがって、以下の試論は、単に現在の裁判実務を説明するだけに止まらず、ある面では現在の実務とは異なるものであるが、他方で家族法あるいは不法行為法の理論のみを優先して裁判実務を批判するだけでもないという仮設的・段階的な立論であることをお断りしておきたい。

2 離婚慰謝料と不貞慰謝料の再構成

(一) 夫婦間における個別的な不法行為の成立範囲

まず、これまでの離婚慰謝料に関する議論をみると一つだけ明確な前提がおかれていることがわかる。それは婚姻中の夫婦間の行為であつても不法行為が成立し、離婚原因となる行為があつた場合には、そうした個々の行為が不法行為の要件を充たす限り、婚姻中であつても不法行為が成立し、離婚とは無関係に損害賠償ができるという点である。

この前提に基づいて離婚原因慰謝料という概念が成立し、それとは区別しうるものとして離婚自体慰謝料が観念されている。しかし、この前提には疑う余地がありそうである。もとより、夫婦であつてもそれぞれが個人としての法益を持つ以上、これが侵害された場合には不法行為を構成するのは当然であるが、婚姻義務違反が婚姻中に当然不法行為となるかどうかについては説が分かれていることは、すでに二において見た通りである。

婚姻は、終生にわたる肉体的・精神的・経済的結合関係であり、その当事者たる夫婦は互いに協力して共同生活を維持する責任を有する。こうした婚姻の本質から要請される法律上の義務が、同居協力扶助義務や貞操義務、婚姻費用分担義務等であり、その背後には健全な婚姻の維持という倫理的な要請があると説かれている^④。そうすると、これらの婚姻義務の根本には、婚姻維持に向けて誠実に努力するという包括的な義務が存在し、婚姻当事者はこのような義務を負う立場にあるといえよう。そして、この義務によつて守られているのは配偶者としての権利・利益というよりも婚姻共同生活そのものであり、婚姻共同生活が維持されることの派生的な利益として婚姻当事者の利益が存在するといえる。

その意味で、婚姻義務は通常の権利や義務とは異なり、婚姻維持の目的に従う限りにおいて、婚姻当事者の合意

を基礎とした弾力的運用が肯定されるべきものであり、たとえ違反があったとしても、直ちに不法行為により損害賠償を基礎づけるものではなく、その後の当事者間の生活関係や努力による治癒を期待できる限りにおいては、決定的な法益侵害は生じていないとみることができる。実際、同居協力扶助義務違反や婚姻費用分担義務違反については、家事審判法による独自の法的救済手段が用意されており、婚姻当事者は、婚姻中の義務違反行為に対し、こうした手段による救済を図ることができる。

そうすると、婚姻義務違反行為については、第一次的には夫婦間での自律的処理に委ねられるべきものであり、婚姻の継続中は不法行為を肯定するだけの違法性を持ちえないとする説を支持すべきであろう。また、婚姻義務違反行為につき、直ちに金銭債務への転換、賠償という形の処理をすべきではないし、そもそも婚姻中における金銭賠償にはあまり意味がないともいえる。

以上の点から、夫婦間で行われた個別的行為に対する損害賠償については、一般法益侵害の場合と婚姻義務違反の場合を分け、一般的法益侵害行為については通常の不法行為として婚姻中の賠償請求が認められるが、婚姻義務違反については、それが婚姻破綻を導いた場合をのぞき、不法行為を構成しないものと解したい。このように解することはこれまでの通説・判例の理論からは大きな転換であるように見えるが、現在では、不貞慰謝料の請求以外では、婚姻義務違反行為につき婚姻中に不法行為責任が追及されることはほとんどなく、また、婚姻義務違反に対する賠償請求の多くは婚姻の破綻ないし離婚を契機として請求されているため、実務上は特に大きな問題が生じるものではない。

ただし、このように解すると貞操義務違反、すなわち婚姻継続中に第三者に対してされる不貞慰謝料の請求をどのように扱うかが問題となる。貞操義務違反は確かに他の婚姻義務と異なり、夫婦関係調整調停を除いては、家事

審判法上の救済手段は用意されていない。また、不貞の相手方に対する慰謝料請求は、婚姻の保護的機能を有するとされ、その意味で損害賠償という処理にも意味があるといわれている⁽⁸²⁾。しかし、貞操義務違反も婚姻中は原則として夫婦の自律的解決に委ねられるべき問題であるといえるし、不貞慰謝料の弊害は、婚姻継続中に相手方のみに請求を行う場合に最も顕著であるとされているから、貞操義務に限って不法行為の成立を肯定する必要はない⁽⁸³⁾。以上のことからすれば、貞操義務違反は婚姻破綻に至らない段階では不法行為による損害賠償請求の対象とならないと考えるべきであり、その結果として不貞の相手方に対する慰謝料請求も否定すべきであろう。このように解することは現在の判例の基本的な立場には反することになるが、不貞慰謝料を制限するという判例・学説の全体的な方向とは合致するといえよう。

(二) 婚姻破壊に対する損害賠償（従来の離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料）

このように婚姻義務違反行為が、婚姻中不法行為を構成しないと解するとしても、それが破綻の結果を導いた場合には、婚姻共同生活は失われ、その派生的な利益たる婚姻当事者個人の利益も侵害されることになる。したがって、婚姻中の行為が原因となつて婚姻が破綻した場合については、それらの行為は違法性を帯び、不法行為による救済が認められるべきである。

問題はその理論構成であるが、種々の理由から峻別説がとりえないことはすでに論じた通りであるから、基本的には現在の実務を最もよく説明しうる前述の大津判事の立論を採用すべきである。すなわち、婚姻中の行為を離婚と無関係の賠償慰謝料と離婚へと発展する契機となる離婚原因慰謝料に分け、婚姻関係の侵害が生じない以上、個別の離婚原因慰謝料を問題とする必要はないが、他方、離婚に至つた場合には配偶者たる地位という重大な法益の

侵害との相関関係において、婚姻中の一連の行為が違法性評価の対象となり、違法性が認められる場合には、離婚を契機として離婚原因慰謝料と離婚自体の慰謝料が一举に賠償されるとする考え方である。

ただし、これまでの議論を踏まえて、次の四点について修正を加えるべきである。第一に、大津判事が賠償慰謝料といわれるものであるが、先に述べた通り、これは一般法益が侵害された場合に限定すべきであり、婚姻義務違反を含まないものとする⁶⁶。第二に、損害について、婚姻中の種々の行為や婚姻破綻、あるいは離婚の選択にかかわる精神的苦痛や精神的ストレスについては賠償の対象とされるべきであるが、今日の離婚観からすればそれ以外の離婚自体や離婚後に生ずる精神的苦痛を考慮する必要はかなり薄くなっている。したがって、離婚自体の慰謝料はむしろ婚姻破綻から生ずる精神的苦痛と離婚という選択をせざるを得なかつたことの精神的苦痛（いずれも離婚までに生ずる精神的苦痛）と理解されるべきである。第三に、従来の離婚慰謝料の議論においては、有責行為に関して、その違法性の点のみが論じられてきたが、この有責行為については、婚姻当事者が負う共同生活維持のために誠実に行動する義務に違反する故意・過失として位置付けられるべきである。ただし、この場合も一連の有責行為から離婚に至るまでを一個の行為として捉えるべきであろう。第四に、離婚そのものは不法行為ではないし、有責配偶者の行為は婚姻破綻の結果を招くにすぎないから、被侵害利益を配偶者たる地位と捉えるのは正当ではない。この点についてはまだ迷いがあるが、いまのところ離婚慰謝料の被侵害利益は「婚姻上の平穩生活権」もしくは「配偶者としての人格的利益」としておきたい⁶⁶。

以上の点をまとめると次のようになる。すなわち、従来、離婚慰謝料といわれてきたものは、婚姻破壊行為に対する損害賠償として再構成されるべきである。そこでは有責行為から離婚請求までの一連の言動の全体が婚姻当事者としての誠実義務違反行為となり、婚姻上の平穩生活権や配偶者としての人格的利益の侵害として違法の評価を

受ける⁽²⁷⁾。そして、その賠償の範囲は一連の行為により、婚姻中に生じた精神的苦痛とその結果婚姻破綻が生じたことによる精神的苦痛、離婚という選択をせざるを得なかつたことの精神的苦痛である。したがって、消滅時効は、離婚成立時ではなく離婚請求の時から進行する⁽²⁸⁾。

ただし、一般法益侵害による損害賠償請求権は、これとは別個に成立することはいうまでもない。また、たとえば配偶者の暴力のように、個別的行为が一般法益侵害にも婚姻義務違反にも該当する場合には、その行為により婚姻が破綻した場合には、配偶者の一般法益と婚姻関係に関連する法益の二つの法益を侵害するものとなり、一般法益侵害に基づく不法行為責任と婚姻破壊による損害賠償責任の両者を併存的に請求することができると解すべきである。このように解したとしても、両者が侵害する法益が異なっており、また対象とする損害も異なるから損害が二重に賠償されるといつたおそれはない⁽²⁹⁾。

(三) 婚姻破壊についての共同不法行為責任（従来の不貞慰謝料）

では、この観点において不貞慰謝料はどのように考えられることになるだろうか。不貞行為については、前述の婚姻破壊行為についての共同不法行為として配偶者間の慰謝料請求と共通の基盤で捉えられるべきであろう。したがって、不貞配偶者の婚姻継続中は不貞行為は不法行為とならないが、不貞行為により婚姻が破綻した場合には、婚姻破壊、すなわち被害配偶者の「婚姻上の平穩生活権」を侵害するものとして、共同不法行為責任が生ずる⁽³⁰⁾。

ただし、その場合に不貞の相手方について不法行為が成立するための要件は、不貞配偶者よりも加重されるべきである。すなわち、過失や単なる婚姻関係の認識では足りず、婚姻破壊という結果に対する積極的な意図、すなわち「害意」を要するものと解すべきである。なぜなら、婚姻関係の外部にあつて婚姻の維持に責任を負わない第三

者が婚姻破壊行為を行ったと評価するためには、すくなくとも破壊される婚姻関係の存在を認識している必要があるし、自己の行為により相手方の婚姻関係が破綻する可能性を認識した上で、あえて行為したという主観的態様が必要であるからである。^(四) その意味で、不貞の相手方の行為については、過失では足りず、害意が要求されると解すべきである。

そしてこのような要件の下に成立する共同不法行為は、加害者間に強い主観的関連共同性があるから民法七一九条前段が適用され、したがって、不貞の相手方は当該行為自体から生ずる精神的苦痛だけでなく、婚姻破綻や離婚の選択から生ずる精神的苦痛も含めた全損害について賠償責任を負うことになる。この場合に、減責や過失相殺を認める必要はない。また実際にもこのような主観的意図を持った不貞行為の場合、加害者たる配偶者は不貞の相手方と同棲しているか、それに近い関係にあることが多いであろうから、不貞の相手方に対する慰謝料の請求は、いわば加害者側に対する請求として実際上の財産的意味を持つことになるし、不真正連帯債務として不貞の相手方のみ全損害の賠償を求めても不当とはいえないであろう。すなわち、たとえば相手方に配偶者がいることを知り、当該婚姻関係を破壊する意思（あるいは破壊されても構わないという認識）をもって不貞行為なしと同棲行為を継続し、結果として婚姻関係が実際に破綻し、離婚請求に至った場合には、不貞配偶者とその相手方による婚姻破壊行為につき、共同不法行為が成立し、同行方によって生じた全損害につき、両名が連帯責任を負うべきである。その他、消滅時効等の問題については（二）の場合と同様に考えることになる。

他方、たとえば、婚姻破綻が一方配偶者の不貞行為以外の様々な有責行為に起因している場合や不貞行為が当該配偶者の積極的な誘惑や主導で行われ、相手方がやむなくこれを受け入れたといった事情がある場合については、害意の要件が充たされないとして第三者について不法行為の成立を否定することも可能であるし、そうでないとし

ても婚姻破綻（または離婚請求）に至るにつき不貞の相手方の行為の寄与度は相対的に過小であり、どの行為が婚姻破綻を導いたのか明確ではない場合に当たると、加害者不明の場合に類似するものとして民法七一九条後段の適用ないし類推適用をすることにより、寄与度による減責・免責を認めるべきであろう。

六 おわりに

最後に、本論において論を尽くせなかつたいくつかの点について若干の言及をしておきたい。

まず、三で検討対象とした広島高判平成一九年四月一七日の位置付けについてであるが、峻別説から導かれる離婚自体慰謝料には実体法の請求権としてもさまざまな問題があり、これを手続法の理論において位置付けることは困難であること、現在の裁判実務が離婚慰謝料を一体説的に取り扱っており、これを大きく変更する可能性は低いと考えられることなどからすると、この判決を峻別説を支持したものと位置付けることは相当でない。そうであるとする、加害行為や被侵害利益によつて訴訟物の違いを説明することは困難であり、損害の種類による説明が一部請求の理論によることになるが、不貞慰謝料と離婚慰謝料が共同不法行為として相互に填補関係にあることを考えると、損害の種類による説明もまたとりえない。そうすると残されるのは一部請求の論理である。したがつて、この判決については、離婚慰謝料につき一部請求を認めたものと位置付けるのが妥当といえよう。もつとも、事案との関係では、前訴においてすでに損害全部の賠償がされているといえるから、この事案の解決においては後訴の請求を認める必要はなかつた。しかし、三の事案ではたまたま前訴において婚姻破綻も含めた請求がされていたという事情があつたのであり、前訴の不貞慰謝料の請求において常に全部の賠償がされるとは限らないから、一般論

として離婚慰謝料の請求を封じてしまうことは妥当ではないとして、残部請求の余地を残したものと見えよう。その意味で、離婚慰謝料の請求をそれ自体肯定しつつも、結論として離婚慰謝料の請求を棄却したことは慎重な姿勢として評価できる。本判決の意義は、正確には不貞慰謝料と離婚慰謝料とを連続的なものと捉え、これが一部請求により分割される可能性を認めた点にあると見るべきである。

また、離婚慰謝料に関する今後の議論の方向についても触れておきたい。本稿は基本的にはこれまでの判例や裁判例の論理を検討するという立場をとっているため、あえて取り上げることをしなかったが、学説においては、不貞慰謝料だけではなく離婚慰謝料についても消極的な見方をするものがある。これらの説は、財産分与が定着してきた今日においては、離婚慰謝料という理論的に不明確なものにこだわる必要はなく、財産分与を充実させる方向で対応すべきであるとか、離婚慰謝料は当事者の責任追及が賠償額の算定に反映するため、夫婦の相互非難を招き、離婚夫婦の人間関係を決定的に破壊してしまうおそれがあり、離婚後の子の養育関係の形成を困難にする、破綻主義の徹底化により離婚給付においても有責性を排除するべきであるといった理由から、離婚自体慰謝料についてはこれを認めるべきでないとする。このような立場からは、本稿のように離婚慰謝料に明確な理論的根拠を与えようとすることは、問題のある制度を固定化し、温存するものであるとして批判があるかもしれない。

もちろん、夫婦が離婚に至る過程で互いに傷を深めることなく、離婚後の生活や子どもへの養育の問題の解決のために協力できるようにすることは理想である。しかし、離婚から有責性を排除することは国民感情の面から大きな制約があるといわれており、第三者に対する不貞慰謝料すら完全には否定しえない現状において、離婚慰謝料の請求を否定することは、理論的にも現実にも厳しいであろう。もっとも、このような現在の国民感情がこれまでの不貞慰謝料や離婚慰謝料の慣行によって形成されたのか、逆にそうした国民感情があるからこれらの慣行が維持され

ているのかは難しい問題である。ただ、離婚慰謝料について検討していると、離婚慰謝料はこれまでその理論構造が不明確であったがゆえに決定的な批判を免れ、維持されてきたのではないか、また、そうであるがゆえに理論的な制限の可能性が限定されてきたのではないかと感じられることがある。そうであるならば、最近の学説や判例において、不貞慰謝料を基本的に肯定した上で、その制限手法が模索されているのと同様に、将来的に離婚慰謝料を否定する方向を探るにせよ、その前段階として離婚慰謝料というものを一旦承認し、明確に理論づけることが必要なのではないだろうか。

おそらく、離婚慰謝料を含めた離婚における有責性の問題はいくつかの段階を経ながら漸次縮小する方向を探っていくべきものであろう。たとえば、離婚慰謝料については次のような段階をとることが考えられる。第一段階は、離婚慰謝料の理論的位置づけを明確にして、その批判可能性を確保する段階である。次の段階では、その理論的制限の手法や財産分与への吸収の可能性を探ることとなる。そして第三段階では、離婚慰謝料の機能を代替する離婚給付上の理論の確立が目指される。そして、これらの試みが成功したとき、その最終段階として離婚慰謝料の廃止が可能となるのではないか。今後の議論においては、こうした各段階を意識しつつ議論が展開されていくべきであらう。

本稿は、その第一段階として離婚慰謝料の理論的位置づけを探ったものである。本稿で提示した試論はあくまで理解のための「補助線」にすぎないものであるが、何らかの点で今後の議論の参考となれば幸いである。

- (1) 東京地判昭和八年六月一六日法律新聞三五七五号一七頁等。
- (2) 高野耕一「財産分与と離婚慰籍料」ジュリ五〇〇号二一〇頁以下(一九七二年)二二二頁(同「財産分与・家事調停への道」(日本評論社、一九八九年)所収、一九六頁以下)。
- (3) 大津千明「離婚給付に関する実証的研究」(日本評論社、一九九〇年)二七頁。
- (4) 最判昭和四七年五月三〇日民集二六卷四号八九八頁。
- (5) 中川善之助「身分権への不法行為——慰謝料請求権に関する一つの疑い」同「身分法の総論的課題」(岩波書店、一九四一年)四八頁。なお、婚姻義務を債権に類似するものと捉えて、婚姻義務違反を債務不履行と構成する説もある。勝本正晃「離婚に因る損害賠償」穂積Ⅱ中川編「家族制度全集 法律編Ⅱ離婚」(河出書房、一九三七年)一八九頁。
- (6) 上野雅和「夫婦間の不法行為」奥田昌道ほか編「民法学7」(有斐閣、一九七六年)九〇頁。
- (7) 川島武宜「離婚慰籍料と財産分与との関係——法的保護と法的構成との関係の問題として——」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』(有斐閣、一九五七年)二八〇頁、来栖三郎「判批」法協七四卷二号九九頁(一九五七年)、高野耕一「財産分与と慰籍料の関係——その実証的考察——」判タ一五一号二頁(一九六三年)、小山昇「離婚慰籍料と財産分与の諸問題」判タ二九四号六七頁(一九七三年)。
- (8) 名古屋地判昭和四三年一月二九日判時五一五号七四頁。
- (9) 浦和地判六〇年九月一〇日判タ六一四号一〇四頁、横浜地判昭和六一年一〇月六日判時一二三八号一一六頁、京都地判平成二年六月一四日判時一三七二号一二三三頁、岡山地津山支判平成三年三月二九日判時一四一〇号一〇〇頁等。
- (10) 京都地判昭和六二年五月一二日判時一二五九号九二頁。
- (11) 東京高判昭和五八年九月二〇日判時一〇八八号七八頁、大阪地判昭和四二年二月一三日判時四九〇号七〇頁。
- (12) 岩志和一郎「家族関係と不法行為」山田卓夫編集代表・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座之』(日本評論社、一九九八年)一五六頁。

- (13) 瀬川信久「判批」法協九一卷一号一六九頁以下(一九七四年)一七七頁注(1)。
- (14) 川島・前掲論文注(7)二八〇頁、太田武男『家族法研究』婚約・内縁・離婚・離縁(有斐閣、一九六一年)一八三頁、我妻栄一立石芳枝「咽孝」編『判例コンメンタルⅦ親族法』(日本評論社、一九七〇年)一一三頁ほか多数。
- (15) 大津・前掲書注(3)六八頁、松本哲泓「離婚に伴う慰謝料請求権に対する遅延損害金の起算日」判タ五二七号六九頁以下(一九八四年)七二頁(ただし、このほかに離婚原因慰謝料のみ請求の場合があるとす)、山崎勉「離婚と不法行為責任」山口和男編『裁判実務大系16』(青林書院、一九八七年)五二二頁。
- (16) 島津一郎「妻の地位と離婚法」(有斐閣、一九八〇年)一六三頁、鍛冶良堅「財産分与」判タ二五〇号一九四頁以下(一九七〇年)一九四頁、佐藤義彦「判批」民商六六卷五号二一五頁以下(一九七二年)二二五頁。
- (17) 青山義武「判解」曹時八卷四号(一九五六年)八一頁、大津・前掲書注(3)六八頁。
- (18) 離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料を区別する裁判例には次のものがある。涉外離婚において離婚慰謝料の準拠法が問題となった事案(神戸地判平成六年二月二日家月四七卷四号六〇頁等)。涉外離婚につき慰謝料の消費地を斟酌することができるか問題となった事案(秋田地大曲支判平成五年二月一四日判時一五三三号一一六頁、仙台高秋田支判平成八年一月二九日判時一五五六号八一頁)。慰謝料請求権が保全処分の対象となるか問題となった事案(仙台高判昭和三五年七月四日判時二三三三号二四頁)。慰謝料請求に対し時効の抗弁がなされた事案(大阪地判昭和三十六年六月二日下民一二卷六号一二七三頁)。不貞行為が双方にあり、不貞に起因する離婚による慰謝料請求は認めなかったが、婚姻中の夫の暴行に対して慰謝料を認めた事案(横浜地判昭和三三年三月二九日不法行為下民昭和三二年度上四六八頁)。離婚慰謝料とは別個に離婚原因の一部をなす暴行傷害に対する逸失利益等が請求された事案(大阪高判平成一二年三月八日判時一七四四号九一頁)。裁判例は、事案に必要な限りで適宜性格付けをしているようである。
- (19) 大津・前掲書注(3)六八頁、梶村太市「村重慶」編著『人事訴訟の実務』(新版)(新日本法規出版、一九九〇年)二三四頁。

- (20) 大判明治三十六年一〇月一日刑録九輯一四二五頁。
- (21) 最判昭和三四年一月二六日民集一三卷一二号一五六二頁等。
- (22) 犬伏由子「判批」法セミ増刊速報判例解説三号八五頁以下(二〇〇八年)参照。
- (23) 新堂幸司『新民事訴訟法(第四版)』(弘文堂、二〇〇八年)二九三頁。
- (24) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法【上】』(有斐閣、二〇〇五年)五八頁。
- (25) 個々の学説の紹介とその分類については、中森宏「損害賠償請求の訴訟物」ジュリ増刊『民事訴訟法の争点(新版)』(有斐閣、一九八八年)一八〇頁以下参照。
- (26) 楠木安雄「損害賠償請求訴訟の訴訟物」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座4』(日本評論社、一九八二年)四九頁。
- (27) 萩屋昌志「判批」民事訴訟法判例百選(第三版)一七〇頁以下(二〇〇三年)一七一頁。なお、最判昭和六一年五月三〇日民集第四〇巻四号七二五頁は、著作財産権侵害による慰謝料請求と著作者人格権侵害による慰謝料請求は被侵害利益が異なり、訴訟物は別個であつて併合請求になるとする。
- (28) 学説の詳細については、飯塚重男「判決の既判力と後遺症」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座4』(日本評論社、一九八二年)一三七頁以下参照。
- (29) 最判昭和四二年七月一八日民集二一巻六号一五五九頁は、前訴が明示の一部請求に該当する場合には、前訴の訴訟物はその一部の存否のみであり、残部の後訴とは訴訟物を異にするから前訴判決の既判力は及ばないとして、前訴判決の確定後に支払った後遺症の治療費の請求を認めた。
- (30) 不法行為に基づく損害賠償請求権は三年の短期消滅時効にかかるが、夫婦間では時効の停止が認められ、婚姻解消の時から六ヶ月を経過するまでの間は、時効は完成しない(民一五九条)。
- (31) 高橋・前掲書注(24)二六頁。

- (32) 楠本・前掲論文注(26)五頁。
- (33) 平成八年判決の論理を自らの不貞行為により婚姻を破綻させた場合にまで適用できるかについては異論があろう。しかし、すくなくとも本判決の原審はこれを前提としている。同様に、自らの不貞行為により婚姻が破綻した場合についても婚姻破綻後は不法行為が成立しないとしたものとして東京高判平成一七年六月二二日判タ一二〇二号二八〇頁がある。
- (34) 最判昭和四三年四月二三日民集二二卷四号九六四頁。
- (35) Y_2 としては、前訴において不貞の問題の清算は終わったと考えるであろうし、またそのように期待することも一概に間違いであるとはいえないであろう。
- (36) 最判昭和四三年四月一日民集二二卷四号八六二頁は、事故によって生じた身体傷害の治療費につき調停が成立した後に被害者が死亡した事案において、調停においては死亡による損害についての合意は含まれておらず、身体傷害による慰謝料と生命侵害による慰謝料は、被侵害利益が異なるから、同一の請求ではないとして、身体傷害のみを前提とした調停後の再請求を認容した。
- (37) 最判昭和二七年二月一九日民集六卷二号一一〇頁。
- (38) 中川高男『親族・相続法講義(五訂版)』(ミネルヴァ書房、一九九二年)一四九頁以下。
- (39) たとえば、有責配偶者からの離婚請求につき一定の条件の下にこれを認めた最大判昭和六二年九月二日民集四一卷六号一四二三頁は、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるから、夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至った場合には、当該婚姻は、もはや社会生活上の實質的基礎を失っているものというべきであり、かかる状態においてなお戸籍上だけの婚姻を存続させることは、かえって不自然である」とし、最高裁もこのような婚姻観・離婚観を前提とすることを認めている。

- (40) 両者を明確に区別し、損害の算定まで個別に行つた数少ない例として、横浜地判昭和三二年三月二九日不法行為下民集昭和三二年度上四六八頁の他、神戸地判平成一年九月八日判時一七四四号九五頁およびその控訴審である大阪高判平成二二年三月八日判時一七四四号九一頁がある。ただし、これらの判決の事案で問題となつた個別的離婚原因は夫の暴力であり、明らかに不法行為と評価できる場合である。
- (41) 最判昭和四二年七月一八日民集二二卷六号一五五九頁。
- (42) 新堂・前掲書注(23)三二四頁、伊藤眞「民事訴訟法〔第三版〕」(有斐閣、二〇〇四年)一八四頁ほか多数。
- (43) 右近健男「離婚の際の財産分与請求と慰謝料」石田・西原・高木先生還暦記念論文集中巻『損害賠償法の課題と展望』(日本評論社、一九九〇年)四二六頁以下。
- (44) 新堂・前掲書注(23)三二四頁注(2)は、前掲最判昭和四三年四月二一日民集二二卷四号八六二頁について「後訴の請求まで調停で解決済みというためには、調停のさい、その死亡がほとんど必至であり当事者もそれを予想して死亡による慰謝料も含めて調停を成立させたというような特別な事情がなければならぬ」との理由により追加請求を認めたとの理解し、「こうした考えは……確定判決を得たのちにも応用されるべきである、けだし、前手続でどこまでが解決済みとみるべきかの判断では、調停や裁判上の和解があつた場合でも、確定判決があつた場合でも——手続後の損害増大を予想し得たかどうかの認定の厳格さに程度の差があつても——、被害者の具体的救済の要請と相手方の地位の安定(前手続で紛争は一切解決されたとする期待や信頼の保護)の要請とのバランスが求められている点では、共通だからである」とする。
- (45) 離婚原因となつた行為が独自に不法行為の要件を充たす限り、これは当然のことであろう。また、実際にもこれまでも婚姻継続中に不貞の相手方に対し慰謝料を請求することは認められてきた。
- (46) 勝本・前掲論文注(5)二二二頁。
- (47) 島津一郎編『注釈民法(21)』(有斐閣、一九六六年)三三三頁(島津一郎)、佐藤義彦「判批」民商六六卷五号九一七

- 頁以下（一九七二年）九二二頁。
- (48) 大津・前掲書注(3)六九頁。
- (49) 川島・前掲論文注(7)二七〇頁。
- (50) 我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為（新法律学全集(10)」（日本評論社、一九三九年）一二五頁以下。
- (51) 大津・前掲書注(3)三〇頁。
- (52) 潮見佳男「不法行為法」（信山社、二〇〇五年）六三頁以下。
- (53) 大津・前掲書注(3)六六頁以下。
- (54) 千葉県弁護士会編『慰謝料算定の實務』（ぎょうせい、二〇〇二年）二二頁。
- (55) 筆者は、離婚自体慰謝料という概念構成は、離婚の際に生ずる精神的苦痛に対する損害賠償を、財産分与に取り込むための解釈的操作ではなかったかと考えている。成澤寛「離婚慰謝料概念とその必要性（二）」戸籍時報五四一号一五頁以下（二〇〇二年）二三頁参照。
- (56) 大津・前掲書注(3)六八頁。平成一六年に施行された人事訴訟法の下での取り扱いについては不明であるが、おそらくあまり変わりはないであろう。
- (57) 離婚慰謝料を不法行為として構成する以上、離婚原因行為が不法行為を構成する場合に限られるのもやむを得ないとして現在の判例や実務に反省を迫る立場もあり得るが、離婚慰謝料という法的な慣習が根付いていることやそれが一定の機能を果たしている点（成澤・前掲論文注(55)二四頁以下および同「離婚慰謝料概念とその必要性（三）」戸籍時報五四七号九頁以下（二〇〇二年）参照。）を考えると、そこまで割り切ることには躊躇を覚える。
- (58) 大津・前掲書注(3)六八頁以下。
- (59) 中川淳「家庭破壊による配偶者とその子の慰藉料」判夕三八三号六頁以下（一九七九年）、泉久雄「親の不貞行為と子の慰藉料請求」ジュリ六九四号八五頁以下（一九七九）、滝沢聿代「夫婦と性」法セ四一〇号三六頁以下（一九八九

- 年)、西原道夫「判批」リマークス一九九七(上) 六八頁以下(一九九七年)等。
- (60) 加藤一郎「判批」家族法判例百選(第三版) 一四頁以下(一九八〇年)、水野紀子「判批」法協九八卷二号一四九頁以下(一九八一年)一五九頁、伊藤昌司「男女関係の『市場原理』」判タ四九九号一三九頁以下(一九八三年)一四二頁、二宮周平「判批」判タ一〇六〇号一〇九頁以下(二〇〇一年)一一二頁等。
- (61) 島津一郎「不貞行為と損害賠償——配偶者の場合と子の場合」判タ三八五号一六六頁以下(一九七九年)一二三頁、水野・前掲論文注(60)一六四頁、角田由紀子「性の法律学」(有斐閣、一九九〇年)一二六頁以下。
- (62) 島津・前掲論文注(61)一二二頁、水野・前掲論文注(60)一六三頁。
- (63) 水野紀子「判批」民商一一六卷六号九四頁以下(一九九七年)九八頁。
- (64) 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」判タ七四七号七五頁以下(一九九一年)七六頁、二宮周平「家族法(第二版)」(新世社、二〇〇五年)六三三頁。
- (65) 二宮周平「不貞行為の相手方の不法行為責任」山田卓生先生古稀記念論文集「損害賠償法の軌跡と展望」(日本評論社、二〇〇八年)一六七頁。
- (66) 前田達明「愛と家庭と 不貞行為に基づく損害賠償請求」(成文堂、一九八五年)参照。
- (67) 水野・前掲論文注(63)九八頁。
- (68) 島津・前掲論文注(61)一二三頁。同旨、前田・前掲書注(66)三〇二頁等。
- (69) 水野紀子「不貞の相手方に対する慰謝料請求」山田卓生先生古稀記念論文集「損害賠償法の軌跡と展望」(日本評論社、二〇〇八年)一四七頁。
- (70) 辻朗「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」判タ一〇四一号二九頁以下(二〇〇〇年)〔右近〓小田〓辻編「家事事件の現況と課題」(判例タイムズ社、二〇〇六年)所収、一頁以下〕。
- (71) 同右・三五頁。同旨、内田貴「民法Ⅳ親族・相続〔補訂版〕」(東京大学出版会、二〇〇四年)二六頁。

- (72) 梶見由美子「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——最高裁昭和五四年三月三〇日判決以降の実務の軌跡を中心として——」金沢法学四九巻二号一七九頁以下(二〇〇七年)二二二頁。なお、梶見教授は、婚姻破綻に至った場合にも、婚姻破綻等につき被害者側に過失がある場合には、権利濫用のほか、過失相殺の規定を活用することを主張されるが、これを認める可不貞慰謝料の訴訟において「不貞行為に至ったのは元々被害者に落ち度があり、夫婦関係が円満ではなかったからだ」という抗弁を認めることにつながり、訴訟が人格攻撃の場と化すおそれがあるのではなからうか。前掲最判昭和三四年一月二六日民集一三巻二二号一五六二頁においてすでにこのような被害者の過失の主張がされている点が注目される。
- (73) 判例・通説である。最判昭和三三年一月二三日家月一〇巻一号一一頁。梶村太市・徳田和幸編「家事事件手続法(第二版)〔有斐閣、二〇〇七年〕二〇二頁。
- (74) 島岡大雄「離婚による慰謝料の帰趨」野田愛子・梶村太市総編集「新家族法実務大系 第一巻 親族〔I〕—婚姻・離婚—」(新日本法規出版、二〇〇八年)三七五頁。
- (75) 二宮周平・榊原富士子「離婚判例ガイド(第二版)〔有斐閣、二〇〇五年〕一七一頁。
- (76) 横浜地判平成三年九月二五日判時一四一四号九五頁。
- (77) 東京地判昭和六一年二月二二日判時一二四九号八六頁。
- (78) 二宮・前掲書注(75)一七一頁、東京弁護士会法友全期会家族法研究会編「離婚・離縁事件実務マニュアル(ぎょうせい、二〇〇八年)一六九頁。
- (79) この問題は、すでに水野・前掲論文注(60)一七四頁において指摘されている。しかし、水野教授自身は不貞慰謝料を否定する立場をとられるため、それ以上の議論は展開されていない。
- (80) 最判昭和四三年四月二三日民集二三巻四号九六四頁。我妻・前掲書注(50)一九三頁以下、加藤一郎「不法行為(法律学全集〔増補版〕)(一九七九年)二〇五頁以下等。

- (81) 共同不法行為に関する最近の学説をまとめるにあたって、次の各文献を参照した。能見善久「共同不法行為」新・法律学の争点シリーズ1『民法の争点』二八四頁以下(二〇〇七年)、加賀山茂「共同不法行為」山田卓生編集代表・岡井和郎編『新・現代損害賠償法講座4』(日本評論社、一九九七年)三七三頁以下、近江幸治『民法講義VI』(第二版)〔成文堂、二〇〇七年〕。
- (82) 島岡・前掲論文注(74)三七六頁は、理論的側面と被害者保護の側面からは原則としてこのように処理すべきとする。
- (83) 東京高判昭和六〇年一月二〇日判時一七四号七三頁、東京地判平成四年二月一〇日判タ八七〇号二三三頁。
- (84) 仙台地判平成一三年三月二二日判時一八二九号一九九頁、東京地判平成一四年七月一九日(判例集未搭載)——最高裁判所ホームページ(<http://www.courts.go.jp>)上の判例検索システムで検索可能)は、その理由は明らかではないが、不貞配偶者と第三者との間で賠償額に差を設けている。
- (85) 島岡・前掲論文注(74)三七六頁。
- (86) もっとも、この問題についてはそもそも平成六年判決の立論に無理があったとみることもできよう。松本克美「判批」判評四三四号三五頁以下(一九九五年)参照。
- (87) 東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編『離婚を中心とした家族法』(商事法務研究会、二〇〇二年)四〇頁〔橋本和夫〕。
- (88) この点につき、島岡・前掲論文注(74)三八二頁は「夫と第三者との共同不法行為(同せい、不貞)の成立を理由に、妻が第三者に対し慰謝料請求をする場合の消滅時効の起算日は、被侵害利益のとらえ方いかんによって結論が異なることになるが、このことは、当該婚当事者間でも同じことが言えるから、結論の差異が不合理とは言えない」とする。
- (89) こうした請求を認めるべきかどうかは難しい問題である。この点につき、水野教授は前掲論文注(63)一一〇頁において次のように述べられている。「婚姻破綻に伴う損害の補償は、家族法の範囲内でそれにふさわしい規律によって行われるべきであるとしても、日本法の規定では、そこで十分な保障を得ることが難しい。……家族法のこれらの不

備のために残された妻子の被害が大きいことが、この請求権が日本で実質的な金額として認められてきた原因の一つであったのかもしれない。夫が不貞行為の相手方と事実上の後婚状態にあるのであれば、夫と被告の財布は一つになるから妻の慰謝料請求権は、本来なら婚姻法上夫から得られ得るべき保障を名義的に夫に代わって不貞行為の相手方から得るといふ実体的機能を持つ（慰謝料請求権否定の立場からは、筋としてはおかしな請求であるといわざるをえないとしても）」

(90) たとえば、我妻栄『親族法』(有斐閣、一九六一年)八〇頁等。

(91) 夫婦の財布は一つであるから損害賠償をしてみたところで結局、表面的な財産の帰属の変更が生じるにすぎないからである。なお、他方配偶者に対する制裁という点では意味を持ちうるが、「法は家庭に入らず」の法格言にも示されるように、婚姻継続中に裁判所が手を貸すべき問題ではないであろう。

(92) その前提として、配偶者間には貞操義務があり、その違反行為は共同不法行為となるといふ考えがある。ただし、近時では、そもそも夫婦間で貞操義務を觀念することが必要であるのか、また貞操義務違反が損害賠償義務を生じさせる効果を持つかどうかについて疑問が投げかけられている。窪田充見「判批」家族法判例百選(第七版)二二頁以下(二〇〇八年)、同「婚姻の解消——離婚の効果ほか」法教三三四号一八頁以下(二〇〇八年)参照。

(93) 水野・前掲論文注(63)一一〇頁。

(94) 強姦や詐欺・強迫による姦通の場合は問題であるが、当該被害配偶者の一般法益侵害として処理すべきであるとの説に賛成したい。水野・前掲論文注(60)一六四頁、潮見・前掲書注(52)六五頁参照。

(95) この点については、おそらく大津判事も同様に解されていると思われるが、改めて確認しておきたい。

(96) 婚姻は一般に強い法的保護を受けるとされているから、恋愛について婚姻当事者が第三者と同等の自由競争状態に置かれるとするのは妥当でなく、婚姻生活内の私的領域は外部の干渉から保護されているといふべきである。その意味で「婚姻上の平穩生活権」およびそれを含めた「配偶者としての人格的利益」を被侵害利益と考えておきたい。

(97) 違法性の評価にあたっては、有責行為の態様や主観的意図、離婚を回避するための努力、被害者の有責性などが判断要素となるであろう。

(98) 婚姻破綻時とすることも考えられるが、婚姻破綻と離婚の間隔が空く場合や破綻時期の認定は困難であることを考慮すると、起算点は認識が容易な離婚請求時とする方が妥当といえよう。なお、この考え方からすれば、遅延損害金の起算日は訴状送達の日となるであろう。

(99) このような処理をしている裁判例として、たとえば大阪高裁判平成一二年三月八日判時一七四四号九一頁がある。

(100) なお、婚姻破綻後の不貞行為については平成八年判決と同様に違法性を欠き、不法行為は成立しないと考える。

(101) 戸籍制度があるとしても、第三者に、交際しようとする相手が既婚者でないかどうかを調べることを要求することは現実的ではないし、プライバシー保護の観点からも問題である。したがって、そのような注意義務を課すことによる過失による不法行為の成立は否定されるべきである。他方、配偶者側の要件については、配偶者は婚姻当事者として婚姻外の第三者とは異なる重い責任を負うべきであるから、通常の故意・過失をもって足りる。

(102) 本沢巳代子『離婚給付の研究』一粒社、一九九八年) 二二四頁。

(103) 二宮・前掲書注(64)一一三頁。

(104) 島津一郎「相互有責の法理に代わるもの」曹時三九卷九号一頁以下(一九八七年)。