

共同不法行為としての不貞行為：
離婚慰謝料に関する最判平成31年2月19日民集73巻
2号187頁を契機として

| | |
|-------|--|
| メタデータ | 言語: Japanese 出版者: 武蔵野大学法学会 公開日: 2021-03-29 キーワード: 作成者: 鈴木, 清貴 メールアドレス: 所属: |
| URL | https://mu.repo.nii.ac.jp/records/1462 |

共同不法行為としての不貞行為

－離婚慰謝料に関する最判

平成 31 年 2 月 19 日民集 73 卷 2 号 187 頁を契機として－

鈴木 清 貴

- I はじめに
- II 判例法としての共同不法行為構成
 - 1 大判昭和 2 年 5 月 17 日
 - 2 学説
 - 3 その後の裁判例
 - 4 原型としての大審院判例
- III 判例による相手方の責任制限—最判平成 31 年 2 月 19 日
 - 1 最高裁によるこれまでの判例法理とその傾向
 - 2 最判平成 31 年 2 月 19 日—事実の概要と要旨
 - 3 考察
- IV 責任制限手法としての共同不法行為構成
 - 1 前提
 - 2 必要的共同不法行為
 - 3 提案
- V まとめ

I はじめに

本稿は、配偶者の不貞の相手方に対する他方配偶者の慰謝料請求の問題を扱うものである。この請求が認められるかどうか、このこと自体がたいへんな議論を呼ぶものである。最高裁は昭和54年3月30日民集33巻2号303頁で肯定している。「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というべきである。」というのである。

肯定説は、わが国の支配的モラル、婚姻制度の安定化、婚姻家族の愛情利益の保護をいい、否定説は、不法行為責任による予防機能、損害填補機能、制裁機能等への疑問、プライバシーの侵害、慰謝料算定基準の不明確性、離婚等での夫婦内部での処理の優先性をいう¹。後学の身からすると、肯定説、否定説の論拠が一意対応しているわけでもないまま議論は否定的傾向にあるという印象である。本稿では、この請求それ自体を承認するかどうかの問題、これは根本の問題であるのだが、そこには立ち入らない。この部分は判例法理を前提とする。ただし、法律学の論文としては余計であるが、一言、二言、申し添えたい。

姦通罪を昭和22年に廃止しようとするとき、我妻栄博士は次のように述べられた。(不貞行為があっても)「刑罰を加えることはできないが、民法上離婚の原因にはなる。法律はそのくらいのところにおいて、先ず根本になる経済的地位と社会的な道徳水準を高めるために、お互いが自覚し、努力することが大切なのだよ。道義が高くなり、不正不義に対する社会的制裁が強くなれば、法律で罰しなくても不貞行為は次第に減っていくよ。²」。そうはいわれるが、現代においてははまだ我妻博士のいわれたところは達成でき

1 副田隆重ほか『新・民法学5 家族法』(成文堂・2004年)48頁(棚村政行執筆)。

2 我妻栄「貞操問答」『家の制度—その倫理と法理』(酣燈社・昭和23年(1948年))149頁(初出は「主婦の友」昭和22年8月号)。

ていないようである。それであるのに、残された民事責任を否定しようとするのかという思いもある。次に、二宮周平博士の「夫が妻の親友と不貞をし、妻から親友へ慰謝料請求した事案で、親友自身が慰謝料を支払うことで『けじめ』をつけたいと語ったという。お金でけじめがつくのだろうか。やはり不貞の慰謝料は廃止すべきだと思う。³」という文章に接した。そのとき、他人の不幸せの上に自分の幸せをのせてもその幸せは不安定になってしまうという素朴な感想を持った。少なくとも、自分が原因で他人が不幸になったとき、それが世の常であると泰然としていられること自体が、すでにその人の不幸である。だから、「けじめをつける」で良いと思う。これを否定する必要はないだろう。その人なりにけじめをつける。次に進むためにそうするのである（ちなみに、わたくしの勤務先の武蔵野大学は「世界の幸せをカタチにする。」ことを目指している）。

さて、本稿で扱うのは、慰謝料請求権の法的構成である。とりわけ、配偶者と相手方の不貞行為が共同不法行為の関係にあること、である。当然のことのようでもあるが、その当然性がどこから来たのか点検する（すでに中川淳「不貞行為と共同不法行為責任について－最近の最高裁判例の立場」同志社法学 49 卷 6 号 113 頁（1998 年）があるが、本稿とは志向を異にする）。点検の結果、古い大審院判例をモデルケースとして考えるべきであるという結論に至る。この観点から、最判平成 31 年 2 月 19 日民集 73 卷 2 号 187 頁に挑戦する。そして、この慰謝料請求権は、夫婦関係が破綻せずいわばもとのさやに収まったときに、その弊害が如実にあらわれとされているところから、配偶者と相手方の不貞行為が共同不法行為であることを基点として、この場面において、他方配偶者からの慰謝料請求を制限することはできないか検討する。これもまた挑戦である。

3 二宮周平「不貞の慰謝料」『多様化する家族と法 I—個人の尊重から考える—』（朝陽会・2019 年）96 頁。

II 判例法としての共同不法行為構成

1 大判昭和2年5月17日

判例は、不貞行為をした配偶者とその相手方の、残された配偶者に対する責任を共同不法行為責任としてきた。その最も象徴的な判決が、大判昭和2年5月17日新聞2692号6頁である。この判決の中間決定は、夫も妻に対する貞操義務があるとした大判大正15年7月20日刑集5巻8号318頁であり、大判昭和2年は、この事件の終局判決である。判例は、姦通罪（当時の刑法183条）を背景に、人妻と姦通した者は夫権侵害による損害賠償義務を負うとしていた（つまり夫の、妻の不貞行為の相手方に対する損害賠償請求（附帯私訴）を認めた）ところ⁴、大審院はこれら大正15年と昭和2年判決の二判決を通じて、妻からの、夫の不貞行為の相手方に対する損害賠償請求を認めたのである。周知のことでもあろうが、この事件のあらましを今一度、確認・整理しておこう。

事実関係を簡単にすると次のようである（主に大判昭和2年の判決理由に基づいている）。事件は刑事事件（恐喝事件）である。Aは、その婿養子Bが家出をし、C女方に下男として雇われていたところ、BとCに情交関係が生じ、Bが自宅を顧みないため、その子女の養育費にも窮し、Bに対し相当の金銭の支払いを求める交渉を被告人（弁護士事務員）に依頼した。被告人はAを伴いC方に赴き、BとCが情交関係を結び同棲していることは姦通罪を構成するため告訴する、しかし相当の金銭を支払うのであれば、告訴を見合わすと告げ、恐喝した。そして、被告人は、Bとその妻D（つまりAの娘）との手切金名義でCから現金100円をAに交付させ、またBとC兩名連帯で子女の養育費として、C方に赴いた月から毎月9円を5年間支払う旨の契約書をAに交付させた。これらのことにより、被告人が恐喝罪に問われた事件である。

原審（大分地判大正14年12月20日）は、被告人を有罪とした。この判決理由のうち、貞操義務について述べているところを引用すると、「被害者

4 大判明治36年10月1日刑録9輯1427頁、大判明治40年5月28日刑録13輯510頁、大判明治41年3月30日刑録14輯332頁。

CがDの夫Bと情交関係にありたりとするも、我国現行法の下に於ては男子の姦通罪を認めず、従て男子に貞操義務を認めざる法の精神、並に我国現時の社会状態より論究するときは、我民法の解釈上妻は夫に対し貞操を強要する権利ありと認むるを得ざるを以て、CはDの権利を侵害したりと謂ふことを得ず、又重大なる侮辱を加へたりとして慰藉料其他損害賠償請求権ありと解するを得ず。⁵⁾」ということである（それゆえ、裁判所は被告人の行為は権利の実行行為であるとはいえない（正当化されない）とする）。当時の刑法138条1項は、「有夫の婦姦通したるときは二年以下の懲役に処す其相姦したる者亦同し」と規定し、有婦の夫の姦通罪は認められていなかったこともあり、原審判決は、夫の妻に対する貞操義務を認めなかったのである（前記の通り、妻の夫に対する貞操義務は認められているにもかかわらず、である）。被告人は上告した。

これに対して、この判決の上告審の中間決定（前掲大判大正15年7月20日）は、次のように述べて、夫の貞操義務を認めた。

「婚姻は夫婦の共同生活を目的とするものなれば、配偶者は互いに協力して其の共同生活の平和安全及幸福を保持せざるへからず。然り而して夫婦が相互に誠実を守ることは、其の共同生活の平和安全及幸福を保つるの必要条件なるを以て、配偶者は婚姻契約に因り互いに誠実を守る義務を負ふものと云ふ可く、配偶者の一方か不誠実なる行動を為し共同生活の平和安全及幸福を害するは、即ち婚姻契約に因りて負担したる義務に違背するものにして、他方の権利を侵害するものと謂はざるへからず。換言すれば、婦は夫に対し貞操を守る義務あるは勿論、夫も亦婦に対し義務を有せざるへからず⁶⁾」。

この中間決定の後、大審院は、前掲大判昭和2年5月17日により、被告人を無罪とした。その判決理由では、BとCの責任について、以下のよう
に述べている。長くなるが引用しよう。

5 穂積重遠「男子貞操義務判決の真意義」法学志林29巻7号4頁（1927年）を参照し、引用した（旧字体を新字体に、カタカナをひらがなに、また当事者名をアルファベットに、改めた。また、便宜のため、必要に応じて、西暦と和暦の両方を付すことがある。以上、論文全体を通じて同様である）。

6 大判大正15年7月20日刑集5巻8号325、326頁（句読点を付した）。

「Bが其妻たるDに対する貞操義務に違背し、Cと情交を通じて妻子を遺棄し之に対する扶養義務を等閑に付して顧みざるのみならず、Cとの関係を絶ちて其家庭に復帰し、夫として又父として其妻子に対する義務を果すの意思なく、遂にDは夫たるBの不法行為に因り夫婦の関係を断絶するの止むを得ざるに立至りたるものなれば、Bはその結果に対して責に任ずべく之が為に生じたる損害をDに賠償するの義務あるは当然にして、被告人がAの委託を受けBに対しDの為に其子女の養育料を請求するは、社会の通念に於て正当とする所にして、其請求額も亦過当にあらざるを以て、之を目して不法行為なりとすることを得ざるものとす。蓋し此種の費用は結局Bの不法行為を原因とする離婚の結果将来其子女扶養の責に任ずべきDの被りたる損害なりと謂はざるべからざるを以てなり。又CがBに妻子あることを知りてBと情交を通じ之と同棲したるDの権利を侵害したるものに外ならずしてDは其権利を侵害せられたるの救済として民法第七百九條同第七百十條に依り相当の慰謝料を請求し得るのみならずCはBとの共同の不法行為に因りDをして離婚の已むなきに至らしめ之をして損害を被らしめたる本件の場合に於ては共同行為者たるBと共に之が賠償を為す義務ある・・・⁷⁾」

本稿の問題関心から、この判決で注目したいことがらは、貞操の義務を果たさないことにより「夫婦の関係断絶」をもたらした場合、それは夫の妻に対する不法行為となるということ、相手の女性の行為も妻の権利を侵害したことから不法行為となるということ（条件の付加なく慰謝料を請求できるといこと）、そして夫と相手の女性は共同不法行為者となること（離婚のやむなきに至らしめたことによる妻の損害、つまり離婚に伴う（離婚自体）慰謝料を共に賠償する必要があること）、である⁸⁾。特に、この当時を代表する

7 大判昭和2年5月17日法律新聞2692号7頁を参照した（句読点および下線を付した。原文はひらがなが用いられている。なお原文では当事者が取り違えられている（AとDとで混乱している）ところがあるため、適宜、修正の上、引用した）。

8 千種達夫「慰謝料額の算定」小野清一郎等編『総合判例研究叢書 民法(4)』（有斐閣・1957年（参照したのは6刷（1962年））212頁は、大判昭和2年5月17日に対して、「今日では必ずしも離婚のやむなきに至しめたことは必要としない」とのコメントを付している）。

債権各論の体系書（鳩山秀夫『日本債権法各論』（岩波書店・大正 11 年（1922 年）（3 刷を利用した））927 頁）では、共同不法行為を「数人が同一の損害に対して原因を与へたる不法行為」であるとして、同一の損害に向けられたものであることを明示していることからすると、離婚のやむなきに至らしめたことによる妻の損害が共同不法行為の同一の損害ということになる。そして夫と女性は連帯して責任を負う（ただし、まだこの当時は不真正連帯債務を負担するというで固まっていた。共同不法行為の責任を不真正連帯債務としてみるべきではないかという疑問は、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社・昭和 12 年（1937 年）（利用したのは復刻版 3 刷（2004 年））192 頁で呈された）。

2 学説

この大判昭和 2 年が共同不法行為の構成を採っていることを学説はどのように受けとめたか。この判決の評釈類で、共同不法行為であることをことさらに取り上げるものは見あたらない。穂積重遠博士の法学協会雑誌における判例研究の見出しで、「情婦は共同不法行為者」とされているのが目に付く程度である⁹。

この判決の以後の学説の展開を追いかけてみると、まず、昭和初期の判例集では、この大判昭和 2 年は、まさに共同不法行為の事例として整理されている¹⁰。また、末川博博士が、昭和 5 年刊行の『権利侵害論』で、大判昭和 2 年判決が「夫と同棲する女も共同不法行為者として同様の責に任じなければならぬとする」として引用されている¹¹。しかし、その他、昭和初期の債権

9 穂積重遠『本件判例評釈』法学協会雑誌 45 卷 8 号 139 頁（1927 年）。

10 森山武市郎編『学理的分類判例債権法（各論）』（松華堂書店・1935 年（昭和 10 年））970 頁では、大判昭和 2 年 5 月 17 日を、「妻子あるを知りて同棲せる場合」として、狭義の共同不法行為の例として整理している。岩井萬亀編著『判例不法行為体系』（有斐閣・1936 年（昭和 11 年））16 頁では、共同不法行為の態様を紹介する一例として、この判例に、「妻子を遺棄して他女と情交を通じ妻として離婚の已むなきに至らしめたる男子は、之に対し損害賠償の義務を負ひ、又妻は相当の慰藉料を請求し得るに止らず相姦者を共同不法行為者として損害の賠償を求めることが出来る。」という要旨を付している。

11 参照したのは、末川博『権利侵害と権利濫用』（岩波書店・1970 年（昭和 45 年））534 頁。

各論、不法行為の概説書・体系書で、この判決を取り上げるものはあまり見当たらない。管見の及ぶ限りではあるが、例えば、宗宮信次博士、石田文次郎博士が、この判決を引用して、不貞行為をした配偶者とその相手方による共同不法行為となることを説明されている、といったところである¹²。この判決が出された時期において、学説はとりたてて共同不法行為の構成に注目することはなかったが、それが共同不法行為構成であることは記録していた、と評価することができようか。

3 その後の裁判例

他方で、裁判例は、不貞行為をした配偶者とその相手方の行為は他方配偶者に対する共同不法行為であるという構成を着実に受け継いでいくのである。例えば椿寿夫「共同不法行為」(総合判例研究叢書 民法(12))(有斐閣・1959年)145頁では、2件の裁判例の存在を報告する(前掲大判昭和2年5月17日、大阪地判昭和14年8月30日新聞4471号10頁)。その後、徳本伸一『共同不法行為(1)』(叢書民法総合判例研究④I)(一粒社・1987年)14頁では、本文で2件の裁判例の存在を報告する(高松地判昭和32年11月7日不法行為下民昭32年度(下)745頁、東京高判昭和51年10月19日判タ350号308頁)(同書118頁の注(26)でさらに16件の裁判例が掲げられている。ここには椿・前掲書引用の2件が含まれる。この16件のうち、相手方に対する離婚に伴う(離婚自体)慰謝料請求を認めた(と読める)ものは、前掲大判昭和2年のほか、少なくとも、金沢地判昭和38年6月29日下民集14巻6号1303頁、横浜地川崎支判昭和43年7月22日判タ227号217頁、札幌地判昭和45年12月16日判時627号83頁、水戸地判昭和51年7月19日判タ347号376頁、大阪高判昭和53年8月8日判タ371号94頁の5件がある)。そして、その到達点が、最判平成6年11月24日判時1514号82頁である。同判決は、配偶者の不貞の相手方に対する他方配偶

12 宗宮信次『不法行為論』(有斐閣・1935年(昭和10年))373頁(その後、1968年(昭和43年)に改版された同名書(有斐閣)311頁でも同様の記述が見られる)、石田文次郎『債権各論講義』(弘文堂書房・1936年(昭和11年))277頁(参照したのは10版(1941年(昭和16年))。)

者の離婚に伴う（離婚自体）慰謝料請求で、他方配偶者の配偶者に対する慰謝料の免除が、相手方に対する請求に影響するかが争点となったものであるが（否定）、原審が不貞行為を共同不法行為としたことを是認した。

4 原型としての大審院判例

以上述べてきたところを、もう一度確認しておきたい。裁判例は、大判昭和2年5月17日を嚆矢として、不貞行為をした配偶者とその相手方は、他方配偶者に対する共同不法行為者となるとしてきた。特に大判昭和2年5月17日は、離婚のやむなきに至らしめたことによる他方配偶者の損害、つまり離婚に伴う（離婚自体）慰謝料を、配偶者と相手方が共に賠償する必要があることを認めたのである（同一の損害として）。本稿では、この経緯を重視して、大判昭和2年5月17日を原型として扱うこととする。最高裁判例が、共同不法行為構成を採用することははっきりとしていたが（前掲平成6年11月24日）、後述するように、賠償の内容として離婚に伴う（離婚自体）慰謝料の賠償を認めるものかどうか明らかではないとされてきた（ただし、この平成6年判例は、離婚に伴う（離婚自体）慰謝料につき共同不法行為の成立を認めたもののように読める）。しかし、最高裁判例を待たずとも、判例法理が存在したとみるべきである。すでに先行業績には、「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的な共同不法行為であり、通常、相手方による意図的関与があるといえるから、719条1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」、「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」とまとめられたものがあり¹³、適切である。なるほど、大審院の時代には財産分与の制度が

13 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卷11号162頁を契機として—」岡山商科大学法学論叢17号116、117頁（2009年）（論者は否定的）。これに対して、第三者の侵害行為は、配偶者権（貞操請求権より広い）侵害という形で直接他方配偶者に向けられたものであるから、そのかぎりでは不貞配偶者との共同不法行為関係は生じないとする論者もある（小野幸二「家族間における不法行為—とくに不貞行為の相手方の責任など、アメリカ法を中心に—」川井健ほか編『講座・現代家族法第1巻』（日

未整備であった点が現在とは異なる。しかし、離婚するのやむなきに至ったことについての損害賠償（慰謝料請求権）と財産分与を区別する判例理論（最判昭和31年2月21日民集10巻2号124頁、最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁）に従えば、財産分与に慰謝料が含まれなかったときには、やはり他方配偶者から一方配偶者に、別途、慰謝料を請求することはできる。このため、戦後、財産分与制度が導入されたことが、大審院判例と最高裁判例の断絶を決定的にするわけではない。なお、共同不法行為の成立につき、行為者それぞれの不法行為の成立を要求する判例理論に従えば、他方配偶者のその配偶者に対する慰謝料請求権が成立している必要がある。この慰謝料請求権の理論的な基礎づけが求められるが¹⁴、ここではひとまず、このような慰謝料請求権が肯定されている法状況を前提として議論を進めていく。

Ⅲ 判例による相手方の責任制限—最判平成31年2月19日

1 最高裁によるこれまでの判例法理とその傾向¹⁵

不貞行為の相手方に対する他方配偶者の慰謝料請求を肯定したものとして、最判昭和54年3月30日がある（なお、この判例は、子の相手方に対する慰謝料請求は否定した）。この判例を契機として、華々しく議論が展開された。学説においては、否定する傾向が強く（否定説にも種々ある）、最高裁判例も、その後、この請求に一定の制限がかかるような判断をくだした。最判平成6年1月20日家月47巻1号124頁は、配偶者が第三者と同せいをしたことから他方配偶者が取得する慰謝料請求権の消滅時効の起算点を他方配偶者がその同せい関係を知った時であるとした。また最判平成8年3月

本評論社・1991年）99頁）。

14 この論点に関して、岩志和一郎「家族関係と不法行為」山田卓生編集代表＝藤岡康宏編『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）154頁以下（利用したのは2刷（2002年））。最近の文献として、窪田充見『家族法—民法を学ぶ〔第4版〕』（有斐閣・2019年）63頁以下、124頁以下。

15 非常に多くの先行業績がこのことを記述している。ここでは、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—最高裁昭和54年3月30日判決以降の実務の軌跡を中心として—』（2007年）のみ紹介することとする。

26 日民集 50 卷 4 号 993 頁は、配偶者と第三者が肉體關係を持ったとしても、夫婦關係がすでに破綻している場合には、他方配偶者から第三者に対する慰謝料請求権は認められないとした。次に取り上げる最判平成 31 年 2 月 19 日もこの傾向の中に位置づけることのできる判決である。

2 最判平成 31 年 2 月 19 日一事實の概要と判旨

最高裁の判決文で事實關係として示されたことがら（下線部分）に、事實審において認定された重要であると思われることがらを加えると、次のようになる。

① X（夫）と A（妻）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。

② X は、婚姻後、A らと同居していたが、仕事のため帰宅しないことが多く、A が Y（不貞の相手方）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。

③ 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 と不貞行為に及ぶようになった。

④ X は、平成 22 年 5 月頃、Y と A との不貞關係を知った。A は、その頃、Y との不貞關係を解消し、X との同居を続けた。事實審（原審）は、平成 22 年 5 月の時点において、Y と A の關係は破綻していたとも破綻に瀕していたともいえないとしている。

⑤ A は、平成 26 年 4 月頃、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。

⑥ X は、平成 26 年 11 月頃、横浜家庭裁判所川崎支部に対し、A を相手方として、夫婦關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。 その調停の内容は、概略、(i) X と A は A の申し出により、同日、調停離婚する、(ii) 長女の親権者を X とし、X が長女を監護養育する、(iii) X は A に対し、財産分与として 1000 万円の支払義務があることを認める、(iv) X・A 双方は、この調停条項に定めるほか、

名目の如何を問わず、金銭その他の請求をしない、というものであった。

⑦平成27年5月、XはYを相手方として、東京簡易裁判所に対し、慰謝料請求の調停を申し立てたが、合意には至らなかった。

⑧平成27年11月、XはYに対し、YがAと不貞行為を行ったことによりXとAの婚姻関係が破綻し離婚するに至り、精神的苦痛を受けたとして、不法行為に基づき、訴えを提起し、(i)慰謝料300万円、(ii)調査費用の一部である150万円、(iii)弁護士費用45万円の合計495万円及びこれに対する離婚成立日である平成27年2月25日から支払済みまでの民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

【1審】水戸地方裁判所龍ヶ崎支判平成28年11月21日(民集73巻2号194頁)

○一部認容、一部棄却

1審判決は、YのXに対する不法行為が成立することを認め、Yに198万円(と遅延損害金)の支払を命じた。

Yは、(i)平成22年5月までにXはAの不貞行為を知っていた、(ii)XとAの夫婦関係は、遅くとも平成24年1月には破綻していたとして、いずれも民法724条前段の3年の消滅時効を主張したが、認められなかった。かえって、Xの請求は、「単にYとAとの不貞行為によって精神的苦痛を被ったことを理由とするだけでなく、上記不貞行為により最終的にAとの離婚を余儀なくされるに至ったことをもYの不法行為として主張するものであるところ、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、上記損害は離婚が成立して初めて評価されるものであるから、離婚が成立したときに初めて、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となるものと解するのが相当である(最高裁昭和46年7月23日第二小法廷判決・民集25巻5号805頁、東京高等裁判所平成10年12月21日判決・判例タイムズ1023号242頁参照)。」として、Xの慰謝料請求権は、XとAの離婚調停が成立した平成27年2月25日から、初め

て消滅時効が進行するとした。ただし、調査会社に対する費用(150万円)は、平成22年5月から時効が進行し、これに対する損害賠償請求権は消滅しているとした。

Yは、XがAから慰謝料を受けず、1000万円の財産分与をするのは不自然であるとして、XのAに対する離婚慰謝料請求権は、AのXに対する財産分与請求と相殺処理され、財産分与請求が残ったと判断すると述べ、「仮にYとAが不貞関係にあったとき、Xに対する共同不法行為と観念できるから、XのAに対する離婚慰謝料請求権がAのXに対する財産分与請求権と相殺処理されたとすると、XのYに対する損害賠償請求権も弁済を得た」と主張した。これに対し、1審判決は、そのようは相殺処理があったことを認めなかった。Y控訴。

【2審】 東京高判平成29年4月27日(民集73巻2号203頁)

○控訴棄却

2審判決も、「本件不貞行為が発覚した時点で直ちにXとAの婚姻関係が破綻したのではないものの、本件不貞行為により夫婦間の信頼関係が失われ、そのことは、XがAとの離婚を決意するに至ったことの原因をなすものと認められるから、本件離婚は本件不貞行為と因果関係があるものと認められる。」として、CのXに対する不法行為が成立することを認め、1審が命じた198万円(と遅延損害金)の支払を支持した。

消滅時効について、Yは、控訴審で、「不貞をされたことによる精神的苦痛と離婚したことによる精神的苦痛とは、別個のものである」として、本件慰謝料請求権は、Xが不貞の事実を知った平成22年5月から進行するものであり、時効消滅したと主張したが、2審判決は「Xの本件慰謝料請求は、本件不貞行為が原因でXとAの婚姻関係が破壊され、離婚するに至ったことにより、Xが被った精神的苦痛についての慰謝料の支払を求めるものであって、この場合には、上記損害は離婚が成立して初めて評価されるものであるから、本件慰謝料請求権の消滅時効は、本件離婚調停が成立した平成

27年2月25日から進行するものというべきである」としてその主張を認めなかった。

XがAに対して慰謝料請求権を行使していないことにつき、Yは、Xも、自らの行為や態度が離婚の大きな理由であると自覚していたから、そのような慰謝料請求権を行使することができなかった、そして離婚に伴う慰謝料請求権はXには発生しなかった、と主張したが、2審判決は、「Xが、Aに対し離婚に伴う慰謝料請求権を行使するかどうかは、Xの自由な選択に委ねられるものであって、XがAに対し慰謝料請求をしていない事実をもって、Xに離婚に伴う慰謝料請求権が発生していないものとみることはできない。そして、本件離婚は本件不貞行為と因果関係があるものと認められることは、・・・認定説示したとおりである。」として、Yの主張を認めなかった。

Y上告受理申立て。その理由は、概略、次の通りである。まず第一に、不貞行為と離婚という結果との因果関係である。不貞行為が離婚原因のひとつとなって、婚姻関係が破綻して離婚した場合、・・・不貞行為と離婚との間に自然的因果関係を認めることができるが、不貞行為が離婚の唯一の原因である場合だけではないし、離婚という結果は当該夫婦自体の意思決定に基づくものであり、第三者と離婚との関係は間接的であり、直接的ではない。本件の事実関係においても、不貞行為が離婚の唯一の原因であると断定することはできない。第二に、1審・2審が引用する判例（最判46年7月23日、東京高判平成10年12月21日）について、事実審がこれを論拠としていることの誤りである。最判昭和46年は、「本件慰謝料請求は、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つた上告人の虐待等、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つ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」としており、個別の不法行為による慰謝料請求（本件に即していえば不貞行為による慰謝料請求）と離婚による慰謝料請求を区別し、後者の消滅時効について論じている。ところが、1審・2審は、個別行為の不法行為による慰謝料請

求権に、離婚による慰謝料請求権を含めて認めている。また、最判昭和46年は離婚当事者間における争いであるところ、本件は、第三者（不貞の相手方）と夫との争いであり、事案が異なる。また東京高判平成10年は、不貞行為のみを理由として離婚した事例であり、他に離婚原因を考えることのできる本件とは事案が異なる。

【上告審】最判平成31年2月19日（民集73巻2号187頁）

○破棄自判（原判決を破棄し、第1審判決中上告人（Y）敗訴部分を取り消す。前項の部分につき被上告人（X）の請求を棄却する。訴訟の総費用は被上告人（X）の負担とする。）

○判旨

「3 原審は、上記事実関係等の下において、要旨次のとおり判断し、Xの請求を一部認容すべきものとした。

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。

4 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

（1）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一様ではないが、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。

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

5 これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、以上説示したところによれば、Xの請求は理由がないから、第1審判決中Y敗訴部分を取消し、同部分につきXの請求を棄却すべきである。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 宮崎裕子 裁判官 岡部喜代子 裁判官 山崎敏充 裁判官 戸倉三郎 裁判官 林景一)』

3 考察

(1) 本判決の意義

本判決は、一方配偶者の不貞の相手方に対する他方配偶者の慰謝料請求権を、不貞行為から生じる慰謝料請求権と離婚に伴う慰謝料請求権とで区別し、

不貞の相手方に対しては、仮に当該夫婦が離婚をするに至ったとしても、原則として、他方配偶者が離婚に伴う慰謝料請求権を請求することができないとした点に意義がある。この点に関して、「不貞行為により当該夫婦を離婚のやむなきに至らしめたことが不法行為であるとして、不貞の相手方に対する離婚慰謝料請求権が被害配偶者に認められるのか、下級審の事例には肯定例もみられるが、最高裁の立場は不明であり、本件判決は、まさにこの問題に対する最高裁の見解を明らかにするものであった¹⁶」と評されている。例えば、相手方に対する他方配偶者の慰謝料請求を認めた前掲最判昭和54年3月30日は離婚には至っていない事案であった。

(2) 本判決に対する疑問

本稿は、リーディング・ケースとして、前掲大判昭和2年5月17日を重視する。この判例は、夫と相手の女性は共同不法行為者となること、そして離婚のやむなきに至らしめたことによる妻の損害、つまり離婚に伴う慰謝料（離婚自体慰謝料）を共に賠償する必要があるとしていた。この観点からすると、最判平成31年2月19日が、不貞の相手方に対する他方配偶者の慰謝料請求が、原則として、不貞行為から生じる慰謝料（離婚原因慰謝料）に限定することは、前掲大判昭和2年5月17日ないし不貞行為が共同不法行為であることを軽視しているものであり、そもそもの疑問がある。また、これを措くとしても、最判平成31年2月19日を支える論理について、次の二点の疑問がある。本稿の関心のある部分だけ、簡単ではあるが、以下考察を加える¹⁷。

16 櫻見由美子「夫婦の一方が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」(本件判批) 民商法雑誌 155 巻 6 号 1161、1162 頁 (2020 年)。下級審の肯定例は本稿 II 3 で簡単に取りあげた。

17 最判平成 31 年 2 月 19 日に対する評釈・解説などで、注で引用したもの以外で接することができたものを掲げておく。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 (判例セレクト Monthly) 132 頁 (2019 年)、潮見佳男「本件判例評釈」家庭の法と裁判 24 号 114 頁 (2020 年)、木村敦子「妻の過去の不貞行為の相手方の離婚した夫に対する離婚慰謝料についての責任」私法判例リマックス 61 号 42 頁 (2020 年)、胡光輝「夫婦の一方が他方と不貞行為に及んだ第三者に対して離婚慰謝料を請求することの可否」税務事例 52 巻

(3) 不貞行為から生じる慰謝料請求権と離婚に伴う慰謝料請求権の区別

これまでの判例によれば、「不貞行為が原因で離婚に至った場合には、配偶者に対して離婚慰謝料を請求できるし、また不貞行為の相手方に対しても慰謝料請求をすることができる」ということである¹⁸。この表現からは、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求が、離婚に伴う慰謝料を含むのか、含まないのか、明らかではない。

もともと、不貞行為から生じる慰謝料請求権（個別の不法行為から生じる慰謝料請求権）と離婚に伴う慰謝料請求権の区別に関する議論は、離婚の当事者である夫婦間のための議論のようであり、離婚に伴う慰謝料は、個別の不法行為から生じる慰謝料に含まれるかという問題を設定している¹⁹（なお、多くの下級審裁判例においては一体的取扱いをしてきたということである²⁰）。つまり、この議論は、不貞の相手方に対する慰謝料請求権を念頭に置いて展開された議論ではなく、また、Y側が論じていたような、不貞の相手方の慰謝料が離婚に伴う慰謝料を含むかという議論でもないのである（なお、このようにいうと、離婚に伴う慰謝料請求権が、不貞行為の慰謝料請求権に含まれるとするならば、不貞行為の慰謝料請求権が消滅時効にかかる、離婚に伴う慰謝料請求権も消滅するということになるであろう。そうだとすると、事実審の判断はむしろ逆で、離婚に伴う慰謝料に不貞行為の慰謝料が含まれると考えているということになるのかもしれないし、離婚に伴う慰謝料を単独で請求することを認めていると考えることもできそうである）。本件を担当された調査官は、「離婚慰謝料という概念は、夫婦間においては妥当するものの、純然たる第三者の不法行為の場面にそのまま当てはめるということについては、強い違和感を覚えるところである²¹」とされており、前記からは当然そうなるのかもしれない。しかし、そうであればなおのこと、

5号67頁(2020年)、吉田邦彦=桑月桂「本件判例研究」北大法学論集71巻1号159頁(2020年)。

18 二宮周平=榊原富士子『離婚判例ガイド [第3版]』(有斐閣・2015年)169頁。

19 島津一郎=阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』(有斐閣・2008年)197頁以下(犬伏由子執筆(民法768条の解説))。

20 大島梨沙「本件解説」TKCローライブラリー 新・判例解説 Watch ◆民法(家族法)No.101 3頁(2019年)。

21 家原尚秀「本件解説」法律のひろば2019年7月号56頁以下。

Xが請求するものが、夫婦間における単なる離婚慰謝料とは異なるものであり、YがXとAの離婚を生じさせたことのXに対する慰謝料であるとして、1審・2審が考えるような結論とすることもできるのではないか。そうすれば、「離婚慰謝料」ではなく「離婚に伴う慰謝料」と表現されていることも活かせるのではないか（不貞行為を共同不法行為であることを重視する本稿の立場を度外視すればこのように考えられる）。

（４）第三者の行為が介在することによる因果関係の中断

本判決は「夫婦が離婚するに至るまでの経緯は当該夫婦の諸事情に応じて一様ではないが、協議上の離婚と裁判上の離婚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」とする。これは離婚というAないしXによる自由意思に基づく行為が介在したことにより、Yの不貞行為と離婚という結果の因果関係を認めないとするものである。Aの自由意思について、すでに学説で指摘されていたところである（被害者Xの自由意思が介在しているとみることもできるが、その法的な評価は今後の課題としたい）²²。本判決に対する評釈・解説の多くも、この論理に特に疑問を呈されない²³。

しかし、これはYの誘発責任と捉えることもできるのではないか。誘発責任とは「直接の不法行為が、他人の自由な意思で行われた場合であっても、その行為を誘発した者も不法行為責任を負う²⁴」というものである。離婚が

22 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122頁（1979年）。前田達明・後掲『愛と家庭と』302頁は、Yの行為はAの自由意思に取り込まれるという。

23 大島・前掲「本件解説」4頁、石松勉「本件解説」TKCローライブラリー 新・判例解説 Watch ◆民法（財産法）No.171 3頁（2019年）、福岡大学法学論叢64巻3号704頁（2019年）、遠藤隆幸「不貞の相手方に対する離婚慰謝料請求（新・家族法研究ノート第3期 第17回）」月報司法書士573号43頁（2019年）、櫛橋明香「不貞行為の相手方に対して離婚に伴う慰謝料を請求することの当否」ジュリスト1544号（令和元年度重要判例解説）（有斐閣・2020年）79頁。

24 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為 [第3版]』（有斐閣・2001年）227頁。ただし、澤井博士は、同「夫と通じた者に対する妻子の慰謝料責任」『家族法判例百選（第3版）』（有斐閣・1980年）53頁で、対等な関係である配偶者に対しては原則として「誘発」ではない、とされている。

Aの自由な意思で行われたのだとしても、離婚を誘発したXもやはり不法行為を負うのではないか（離婚を不法行為ということにはためらいがあるが、少なくとも他方配偶者に慰謝料請求権は発生する）。あるいは、causa causae est causa causati（原因の原因は結果の原因である）ともいえる。例えば、正当防衛（民法720条1項ただし書）の場面で、侵害者の攻撃を避けようとして防衛者が第三者に損害をもたらしたとき、防衛者の自由な意思による行為が介在しているにもかかわらず、侵害者の第三者に対する責任を肯定することと平仄が合うのか考えなければならない。さらに、共同不法行為の観点からは、ある共同行為者の行為の存在によって他の共同行為者の責任が成立しなくなるというのでは、そもそも共同不法行為自体が成立しないということになる。これは大審院以来の判例理論の自滅ではないか。

IV 責任制限手法としての共同不法行為構成

1 前提

配偶者の不貞行為の相手方に対する他方配偶者からの慰謝料請求に対しては、「たとえ夫婦の間が破綻に立ち至っても、離婚を請求せず妻の地位を保ちながら、配偶者の不貞の相手方に対してのみ不法行為責任を追及すること²⁵」を認めるべきではないという指摘がなされてきた。学説による表現は多様であり、具体的には、水野紀子教授が、「この請求権の最大の弊害はなんといっても家庭破綻に至らなかった場合にあり、この場合には、夫が原告になる場合は売春や脅迫の手段となり、妻が原告になる場合は非嫡出子への対抗手段として強制認知を抑圧する効果をもつ²⁶」と指摘され、説得的である。ここでの「家庭破綻に至らない場合」というのは、「一方配偶者の不貞行為にもかかわらず夫婦が和解して婚姻共同生活を継続」する場合のほか、不貞行為以前にすでに他の理由で婚姻関係が事実上破綻していた場合、不貞行為

25 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藉料請求」ジュリスト550号122頁（1973年）。

26 水野紀子「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」円谷峻・松尾弘編集代表『損害賠償法の軌跡と展望（山田卓生先生古稀記念論文集）』（日本評論社・2008年）139頁。

の当事者である配偶者が死んだ後に不貞行為が発覚した場合、他の理由で離婚した後に不貞行為が発覚した場合、を指していると考えられる²⁷。「一方配偶者の不貞行為にもかかわらず夫婦が和解して婚姻共同生活を継続」する場合というのは、さらに別の論者の先行業績では、「配偶者の一方が不倫をしたが、他方の配偶者がこれを宥恕し、婚姻の継続を希望し、婚姻関係が円満に営まれている」場合として表現されている（そしてその場合には、他方配偶者の受けた苦痛は解消されているとみて、相手方に対する他方配偶者の慰謝料請求を認めない）²⁸。ただし、「配偶者が情人に慰謝料請求しながら離婚には応じないというケース」を想定して、「離婚しないことに宥恕のような効果が認められるのか」と問題提起するものがあり²⁹、ここでは、「離婚しないこと」と「宥恕」は区別して用いられている（配偶者の不貞行為を決して許すことはないが（宥恕はないが）、離婚はしないということはあるだろう）。つまり、破綻していないこと、離婚しないこと、宥恕がされたこと、という言葉の意味は、論者によりそれぞれ交錯し、さほど明らかとはいえない³⁰。

本稿が目指す共同不法行為の観点からは、他方配偶者に損害が発生し、一方配偶者（および相手方）に対して慰謝料請求をするかどうかが重要である。このため、本稿では、この論争点について、離婚自体慰謝料（最判平成31年では「離婚に伴う慰謝料」とされるもの）を想定して、配偶者の不貞行為の相手方に対する他方配偶者からの慰謝料請求では、他方配偶者が配偶者に慰謝料を請求することなく、不貞行為の相手方に慰謝料請求することを認めないと表現し（このため、夫婦が離婚するかどうか、まず指標となる）、そのことを正当化する論理としても、共同不法行為を用いる。

27 水野紀子「夫と同棲した女性に対して妻または子から慰謝料請求ができるか（最判昭和54年3月30日の判例研究）」法学協会雑誌98巻2号302頁から304頁（1981年）。

28 有地亨「不倫をめぐる損害賠償請求の諸問題」ケース研究242号15頁（1995年）。

29 人見康子「不貞の相手方に対する子の慰謝料請求権」Law School 8号85頁（1979年）。

30 本文で紹介したもの以外にも、大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣・2010年）56頁では、夫婦間では不貞を許したのに（宥恕）、第三者に対してのみ行われる請求を権利濫用として遮断する必要があるとされている。

2 必要的共同不法行為

この課題に対するアプローチは単純で、配偶者と相手方は、必要的共同不法行為者であるということに着目するものである。両者が必要的共同不法行為の関係にあることを指摘する先行業績³¹では、その関係にあることを指摘するのみで、それ以上のことは語られていない。そもそも論者が必要的共同不法行為という言葉をもどのような意味で用いていたのかさえも明らかではないのであるが、推察するに、これは必要の共犯を想定した用語選択であると思われる。必要の共犯というのは、もちろん刑法上の用語である。「構成要件上、二人以上の行為者の共同行為を前提として規定されている犯罪」のことである。ここから、必要的共同不法行為とは、二人以上の行為者の共同行為を前提としている不法行為と考えられる。そして不貞行為は配偶者と相手方の行為がなければ成立しないという必要的共同不法行為ということになる。

ところで必要の共犯の例として、現在では、重婚罪、賄賂罪、内乱罪、騒乱罪が挙げられている³²。かつては姦通罪も必要の共犯であるとされていた³³。ただし、共犯関係の成立が絶対に必要なのではない（当事者の一方について要件の欠缺があるときには、他方についてのみ姦通罪が成立する）との指摘はある³⁴。

姦通罪は、かつての刑法183条で、同条1項「有夫の婦姦通したるときは二年以下の懲役に処す其の相姦したる者亦同し」、同条2項「前項の罪は本夫の告訴を待て之を論ず但本夫姦通を縦容したるときは告訴の効なし」と定められていた。また、同条に関連して、かつての刑事訴訟法264条は、「刑法第百八十三条の罪に付ては婚姻解消し又は離婚の訴を提起したる後に非さ

31 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編集委員会編『現代家族法大系2 婚姻・離婚』（有斐閣・1980年）372頁。熊本地山鹿支判昭和39年11月10日判時399号41頁でも用いられている。

32 引用部分を含め、法令用語研究会編『有斐閣 法律用語辞典〔第5版〕』（有斐閣・2020年）977頁。

33 牧野英一『改訂日本刑法』（有斐閣・昭和8年（1933年））（第46版）391頁、滝川幸辰『刑法各論』（弘文堂書房・昭和8年（1933年））78頁。

34 宮本英脩『刑法大綱各論第二分冊』（弘文堂書房・昭和9年（1934年））486頁。

これは告訴を為すことを得ず再び婚姻を為し又は離婚の訴を取下げたときは告訴を取消したるものと看做す」と規定していた。

補足の説明をすると、刑法 183 条 2 項は、本夫が姦通を縦容したときは告訴の効がないとしているが、これは、美人局のような被害者（本夫）の同意がある場合が想定されている³⁵。本夫が妻の姦通を事後に許す場合が、本夫の宥恕があるときである。この場合、判例によれば、告訴権の放棄として扱われ、宥恕と同時に告訴権は消滅する（大判大正 15 年 3 月 19 日刑集 5 巻 104 頁³⁶）。なお付言すると、かつての民法では、妻の姦通は夫からの離婚原因であったが（813 条 2 号）、夫が妻の姦通を宥恕したときは、離婚の訴えを提起することができないとしていた（814 条 2 項）。

すでにご理解をいただいていると思うが、ここで注目したいのは、告訴権の取扱いである。つまり、姦通罪の告訴は婚姻解消または離婚の訴えを提起した後でなければすることが認められず（前掲旧刑事訴訟法 264 条参照）、夫が妻の姦通を宥恕した場合にも、告訴権が消滅するということである（前掲大判大正 15 年 3 月 19 日参照）。姦通罪は男女の不平等のある制度で到底支持することができないが、必要的共犯であることから導かれるこの告訴権の取扱い方については、懸案の場面で参考となることがらではないか（もちろん男女で不平等になっているところは除く）。必要的共犯関係のあるところで、共犯者の一方を許しながら、他方についての処罰だけを求めることは認められないという論理には見るべきところがある。なお、繰り返しとなるが、姦通罪は昭和 22 年（1947 年）に廃止された刑罰であり、本稿もそれを当然のこととするものである。本稿が姦通罪の復活を唱えているとの誤解をされないよう、くれぐれもお願いする次第である³⁷。

35 宮本・前掲書 469 頁。

36 小野清一郎「刑事訴訟法判例研究（五）」法学協会雑誌 45 巻 6 号 1135 頁以下（昭和 2 年（1927 年））にこの判決の研究がある。

37 こうした誤解を生じるおそれがあるためだろうか、管見の及ぶ限りではあるのだが、不貞行為為謝料をめぐる先行業績で、この告訴権の取扱いを取り上げるものはない。

3 提案

必要的共犯関係のあるところで、共犯者の一方を許しながら、他方についての処罰だけを求めることは認められないという論理を、民事責任の場面でも利用しようというのが、本稿の提案である。配偶者と不貞行為の相手方が必要的共同不法行為の関係にあるということから、配偶者の不貞行為の相手方に対する他方の配偶者（夫であれ妻であれ）の離婚自体慰謝料の請求は、夫婦の離婚がない場合には認められないとするということである（そもそも夫婦の離婚がなければ離婚自体慰謝料（損害）が生じないのであり、離婚がない場合には、相手方に対するこの慰謝料請求は認められない）。あるいは夫婦が離婚しても（このため離婚自体慰謝料は認められる）、他方の配偶者（夫であれ妻であれ）が、配偶者が負担すべき慰謝料を免除する場合には、そのことが他方配偶者による相手方に対する慰謝料請求にも影響を与えるとするということである。

このように、この提案では、不貞行為の相手方に対する他方配偶者の慰謝料請求を認めるかどうかにつき、夫婦の離婚があるかないかを指標とすることになる。これに関しては、離婚訴訟を要件とする場合を想定されてのことであるが、「日本の裁判離婚の惨状と混迷を考えると」「ためらいが残る」という評価がすでにある³⁸。

また、実務の傾向・発想とも相容れないようである。まず、最近の事例（平成27年10月から平成28年9月までの1年間に東京地方裁判所で言い渡された判決）では、不貞行為の相手方だけが被告となる場合は全体の80%であり、一方配偶者と不貞行為の相手方の双方を被告とするものが13%であ

38 水野紀子「婚姻関係が既に破綻している夫婦の一方と肉体関係を持った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任の有無」民商法雑誌116巻6号922頁(1997年)。水野教授は、同じ箇所、「配偶者を宥恕しながら第三者のみに請求できないとする手法、つまり不貞行為という不法行為の共同不法行為者である配偶者を宥恕しながら不貞行為の相手方にだけ慰謝料請求することは許されないと構成する手法が、望ましいものではなかったろうか」とされている。これは、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・1985年（参照したのは3刷（2000年））155頁以下におけるフランス判例を評価されてのことである。ただし、この手法は、最判平成6年11月24日判例時報1514号82頁が採用を否定したと分析されている（水野・前掲「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」138頁）。

るという³⁹。必ずしも共同不法行為として訴訟がなされるわけではないのである。そして、前掲最判平成31年2月19日の掲載誌に付されたコメント⁴⁰では、「不貞慰謝料額の算定において、これまで下級審の裁判例では、不貞行為の結果、婚姻関係が破綻し、離婚するに至った場合においては、そのことを考慮することが多かった」とされている。具体的には、中里和伸弁護士によると、「これまでのXY間における通常の不貞慰謝料請求訴訟においては、この『離婚慰謝料』という概念自体が明確に意識されてこなかったし、意識する必要もなかったと言え、この請求権が消滅時効にかからない状況であれば、「XがYに対して『不貞慰謝料』を請求しても、XA間で離婚したという事情はその慰謝料の増額事由として評価されるため、敢えて離婚慰謝料を『不貞慰謝料』と別立てにして請求する必要がそもそもないと考えられるからである」ということである（引用文中のXは相手方配偶者、Yは相手方、Aは配偶者である）⁴¹⁴²。つまり、以上のことを総合すると、離婚自体慰謝料が損害であるとして共同不法行為の訴訟が提起されるわけではない、これが実務の傾向である、ということである。

しかしこのような傾向は、不貞行為が必要的共同不法行為であることを軽視しすぎではないだろうか。実体法（民法）の研究者としては、不貞行為が必要的共同不法行為であることにこだわるべきであると考ええる。

V まとめ

本稿は、配偶者の不貞の相手方に対する他方配偶者の慰謝料請求の問題を扱うものである。判例上この請求が認められることを所与のものとして、そ

39 大塚正之「不貞行為慰謝料に関する裁判例の分析(4)家庭の法と裁判」14号39頁以下(2017年)。

40 判例時報2420号70頁、判例タイムズ1461号30・31頁。なお、家原尚秀（最高裁判所調査官）前掲「配偶者の不貞相手に対して離婚慰謝料を請求することの可否」法律のひろば2019年7月号58頁にも同様の記述がある。

41 中里和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務【最新判例編 Vol.1】』（LABO・2020年）109頁。

42 こうした実務の手法は、理論的には、賠償範囲の問題として位置づけられよう（窪田充見・前掲『家族法』124頁）。そして、前掲最判平成31年2月19日では、特段の事情のない限り、離婚に伴う慰謝料（離婚自体慰謝料）は賠償範囲に含まれないとしたことに注意が必要である。

の法的構成に注目して考察を進めた。大審院の判例にまで遡り、不貞行為をした配偶者とその相手方は、他方配偶者に対する共同不法行為者となるとされてきたこと、特に大判昭和2年5月17日は、離婚のやむなきに至らしめたことによる他方配偶者の損害、つまり離婚に伴う（離婚自体）慰謝料を、配偶者と相手方が共に賠償する必要があることを認めたことを確認し、これがこの訴えの原型となるべきことを提案した。これにより、平成31年2月19日を批判的に検討した。この判例は、共同不法行為構成と相容れないところがある。さらに、この慰謝料請求権は、夫婦関係が破綻せずいわばもとのさやに収まったときに、その弊害が如実にあらわれるとされているところから、配偶者と相手方の不貞行為が共同不法行為であることを基点として、この場面において、他方配偶者からの慰謝料請求（離婚に伴う慰謝料）を制限することはできないか検討し、夫婦が離婚をしない場合にこの請求を認めるべきではないとの解釈論を展開した。これに関連して、離婚をして離婚自体慰謝料が生じたとしても、その免除が相手方に対する慰謝料に影響を与えるかどうかを課題として残っている。続く稿で検討したい。