

ある基本問題とその関連問題、そしてケース・スタディ

—不法行為責任の成否を素材として—

小野 幸二

(大東文化大学法学部教授)

1 基本問題

妻の不貞の相手方に対して夫は損害賠償を請求しうるか。

[解説]

1 問題の所在

この問題は、通常不貞行為の相手方に対する他方配偶者の損害賠償請求の可否として論じられるもので、換言すれば配偶者の一方（不貞配偶者）が、第三者（相姦者）と不貞行為をなした場合、他方配偶者は不貞行為の相手方である第三者に対して、損害賠償を請求しうるか、という問題である。この問題は、従来あまり論じられていなかったが、昭和54年最高裁判所判決（最判昭和54・3・30民事33巻2号303頁）以来学者の関心を呼び、最近では判例評釈や論文がかなりの数発表されている（小野幸二「不貞行為の相手方に対する損害賠償請求」民法判例百選債権—各論(2)204頁参照）。従来の判例・学説は問題を積極的に解しているが、最近の下級審判例や学説には問題を消極に解するものが増えつつある。いずれにしてもこの問題は、不法行為の成立要件（民法709条）である故意・過失・権利侵害、因果関係、損害などの点が、検討されなければならない。

2 判例の展開

判例は古くから他方配偶者に対する相姦者、すなわち第三者の不法行為責任を認めている。明治36年（大判明治36・10・1刑録9輯1425頁）、同41年（大判明治41・3・30刑録14輯331頁）の大審院判例は、第三者の姦通行為は夫の妻に対する貞操を守らせる権利または夫の名誉権を侵害するものとして、いずれも不法行為の成立要件である「権利侵害」（夫権の侵害）を肯定した。この判例の事案は2つとも、本設問と同様に妻が姦通した場合である点に注意すべきである。当時の民法では、妻の姦通は一般的に貞操義務違反として離婚原因となったが、夫の場合は姦通罪で処刑されたときなどにものみ離婚原因となり（旧813条

2号・3号), 刑法でも妻の姦通だけが犯罪となったので(183条), 妻の姦通の場合は比較的容易に夫からの姦夫に対する損害賠償請求が認められた。夫と妻が姦通においてこのように差別されたのは, 貞操義務はもっぱら妻について論じられたので, 妻の姦通は夫の姦通とちがって, 夫に対する重大な侵害行為と受けとめられたこと, すなわち夫の多少の浮気は「男の甲斐性」と容認される風土があったのに対して, 妻の姦通は「寝取られた夫」という軽蔑的な言葉があるように, 夫の名誉は著しく汚され, それだけに夫の屈辱感も重大であったことなどの社会的背景が考えられ, さらに芸娼妓の公認や子孫維持を前提とする家族制度もこれに奉仕していたものと思われる。

しかし, 大審院は大正15年に至り夫にも貞操義務があることを宣言し(大決大正15・7・20刑集5巻8号318頁。この判例は不法行為法論においても, 夫婦間の共同生活を破壊することは, それがいかなる権利の侵害かを問わなくても違法なものと判断しうることを示すもの(末川博・権利侵害論391頁以下)として評価された), 昭和2年には姦婦に対し夫との共同不法行為責任が認められ(大判昭和2・5・17新聞2692号6頁), 最高裁もこの立場を踏襲している(最判昭和34・11・26民集13巻12号1562頁, 最判昭和41・4・1裁判集83号17頁)。前掲昭和54年最判は, 夫の不貞行為の相手方である第三者に対し妻からの慰謝料請求を認め, 「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苦痛を慰謝すべき義務があるというべきである」と判示している。下級審も同様に解するのが多数であり(東京高判昭和56・10・22判時1026号1頁, 東京高判昭和56・12・9判時1031号128頁, 東京地判昭和58・10・3判時1118号188頁, 東京高判昭和60・11・20判時1174号73頁), 最近は婚姻関係を破綻させた場合には2~300万円程度の慰謝料を認めているが, 不貞行為を違法行為とみることは困難である(鳥取地判昭和44・3・3判タ235号240頁。なお, 前掲東京高判昭和60・11・20は, 不倫による家庭崩壊の責任は主として不倫をはたらいた配偶者にあるとして, 一番の500万円を200万円に減額しているが, この見解は違法性の有無を判断するうえで参考となろう), 夫婦関係が終始円満に維持されている場合は損害が発生しない(山形地判昭和45・1・29判時599号72頁), 破綻後は守操期待権がないから不法行為は成立しない(横浜地判昭和48・6・29判タ299号356頁), として他方配偶者からの損害賠償請求を消極に解する下級審判例もある。

3 学説の推移

学説は、判例同様従来から親族権（貞操要求権）の侵害などを理由として、他方配偶者の損害賠償請求すなわち第三者の不法行為責任を認めているが（中川善之助・身分法の総則的課題67頁）、その範囲についてはかなり議論が分かれている。多数説は、配偶者の不貞行為は一般的に不法行為責任があり、夫婦が離婚したが他方配偶者が不貞行為を宥恕して婚姻を継続しているか（三島宗彦・注釈民法（19）92頁）、第三者が配偶者の一方と自由意思で情交関係を結んだか詐言や強制によって結んだか（野川照夫・現代家族法大系（2）370頁）、などは不法行為の成否に影響がないと解しているが、その成立に婚姻生活の破綻や離婚を必要とすると解する説もある。

ところで、最近このような判例・通説の見解に対し第三者の責任を否定する学説が登場し増加しつつある。昭和43年加藤教授によって問題提起がなされて以来（加藤一郎・家族法判例百選24頁）、下級審に前掲否定判例が現われ、学説にも同様の考え方が登場した。上野教授は、合意による性交渉は、それ自体違法なものとはいえないから、たとえ相手方が婚姻していたにしても、当然にその配偶者に対する不法行為となるものではない（上野雅和・民法学（7）91頁）とされ、島津教授は、おとなは自由意思で行動するのが原則であるから、そのような形で愛情を失った場合その愛情が金銭にかわるのは不思議であり、第三者の行為と他方配偶者がうけた損害には因果関係がない（島津一郎・判タ385号121頁以下）、とされる（このような見地から前掲最判昭和54年には学説の批判が強い）。もっとも、右不法行為否定説によっても、「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」場合などには第三者に賠償責任を認めるのが一般である。この考え方は、守操請求権を対人的な権利として捉え、その侵害を第三者による債権侵害の場合に準じて処理するものであるが（ドイツにも同じような説がある）、結論的には最高裁の子に対する見解を配偶者にも適用するもので、この考え方の萌芽はすでに東京地判昭和37年（東京地判昭和37・7・17下民集13巻7号1434頁）に見ることができる。

4 一応の結論

妻の不貞の相手方に対して夫が損害賠償を請求しうるか否かは、民法709条の定める不法行為の成立要件すなわち故意・過失、権利侵害、因果関係、損害などの点を検討しなければならないが、ここでは最も重要と思われる権利侵害すなわち違法性の問題ないし損害賠償の不貞行為抑制機能の問題と損害の点を検討することにする。

まず、違法性の点について、通説・判例は第三者の他方配偶者に対する夫または妻の権利侵害、守操請求権の侵害、守操義務違反の加担などを理由に違法性を認める。しかし、

私は否定説も指摘しているように、双方の行為が全くの自由意思すなわち合意によってなされたものであるかぎりその行為に違法性を認めることは困難であると思う。なぜならば、本質的に人が性的交渉の相手をだれにするかの選択権は基本的人権（憲法13条参照）ともいうべきであり、もしそうであるとすればその相手となった第三者に権利侵害はありえないからである。この点について、アメリカ連邦最高裁は、「もし既婚の男子あるいは女子が配偶者以外の者と性的交渉を持つことを選択した場合、その選択は憲法によって保障されているプライバシーの権利によって保護されるものであり、この権利の行使に国家が制限を加えることを正当化するような強制的国家利益があるとは考えられない」といつている。また、夫婦間の守操義務は他方配偶者に対してのみ負うものであるから、不貞行為によってかりに他方配偶者の名誉が毀損され、精神的平穏が乱されたとしてもそれは夫婦の間で解決すべき問題であり、また第三者に損害賠償責任を負担させてまで解決すべき法的保護利益もないといえる（責められるべきは不貞配偶者のほうである）。損害賠償の不貞行為抑制機能はどうか。おそらくはそのとき二人は家庭の崩壊や慰謝料のことなど予想だにしていまいだろうし、していたとしても大した効果は期待できないであろう。さらに、姦通罪のなくなった今日、民事上も慰謝料に懲罰的機能を持たせるべき社会公益上の必要性もないといえる。

つぎに、他方配偶者の精神上的損害とは何かが問題となる。島津教授は、妻が姦通した場合に夫は性的嫉妬を感じるであろう、そしてそれが夫の身体的条件に影響を及ぼすこともまた明らかである、しかしそのような嫉妬はそう永続するものではないであろう、時がやがて嫉妬を和げ、鎮めてくれるはずである、それだけならば名目額の損害賠償で十分である、といわれる（島津・前掲123頁）。私見によれば、対第三者との関係では他方配偶者を保護すべき社会的、法的保護利益はないのだから、第三者の他方配偶者に対する利益侵害もなく、したがって他方配偶者に損害の発生もないことになる。

私は大様上記のような理由により、他方配偶者は不貞の相手方に対して損害賠償を請求しえないと考える。西ドイツ連邦裁もこの種の請求は認めておらず、イギリスもすでに1970年の法改正で姦通訴訟や誘惑訴訟を廃止し、アメリカも過半数の州が姦通訴訟を廃止または制限している。この動きもまた、各国の姦通罪廃止または婚姻法ないし離婚法（破綻主義の採用）の発展とも符合している。私は、このような世界的傾向も十分考慮に入れ、また貞操観念や性道徳の今後の変化も予想し、さらに啓蒙的意味をも込めて消極説に賛成するものである。

2 関連問題 1

夫婦または親子間で加害行為が行われた場合被害者は加害者に対して損害賠償を請求できるか。

〔解説〕

これは家族（夫婦または親子）間不法行為（人身不法行為）成否の問題である。不貞行為は不貞配偶者と相手方の共同不法行為（民719条）であるとする見解に立てば、その前提問題として夫婦間に不法行為が成立するか否かが論じられなければならない。

この点について、消極説と積極説とがあり、前説には、①通常の家生活関係から惹起された過失行為には違法性がないか、阻却されるとする違法性阻却説、②夫婦・親子間の加害行為では、協力扶助義務（民730条・752条・760条・820条など）が優先履行される結果、賠償請求権は発生しないとする扶養義務先履行説、③かりに不法行為が成立し賠償請求額が発生したとしても、それは観念的抽象的なもので、その賠償義務は自然債務であるか、権利行使は権利の濫用であるとする自然債務ないし権利濫用説がある。しかし、通説・判例（最判昭和47・5・30民集26巻4号898頁）は、家族間の生命・身体・財産の侵害行為に違法性を認め、その賠償請求権の行使もつねに反社会的・反道義的とはいえず、扶養請求権とも異質のものであるとして後説をとる。ただ、消極説も家庭が破綻状態であるときは賠償請求を認め、積極説も家庭が円満な場合には請求権行使が権利濫用となりうることを認めている。後説によっても、慰謝料については他人間不法行為と異なり、かなり減額されることありうることは認めねばなるまい（なお、この問題についての詳細は、小野幸二「家族間の不法行為」現代家族法大系(2)400頁以下参照）。

3 関連問題 2

X女とA男は未成熟子X₁と共に円満な家庭生活を営んでいたが、結婚7年目にしてAはアルバイトサロンのホステスY女と知り合い、YはAに妻子のあることを知りながらAと肉体関係を結び、AはしぶるYを口説いて彼女と同棲するに至った。X、X₁はYに慰謝料を請求できるか。

〔解説〕

XのYに対する慰謝料請求の可否の問題は、すでに基本問題で検討したとおりであるからここでは説明を省略し、X₁・Y間の問題だけを簡単に解説する。本問の中心的課題は、妻Xおよび未成年の子X₁のある男性Aと肉体関係を持ち同棲するに至った女性Yの行為

が、上記未成年の子X₁に対して不法行為を構成するか、という点である。

この問題については、従来大審院、最高裁の先例がなく、下級審判例に、親が子に対して扶養、監護をするかどうかは親の意思に依存し、親の片方が第三者と同棲したとしてもそれを尽すことができるとして、第三者の不法行為責任を原則として否定したもの（東京地判昭和37・7・17下民集13巻7号1434頁）と親子の共同生活から醸成される愛情的利益は、法律の保護に値する人格的利益であるから、父親と同棲するに至った女性は不法行為責任を負わなければならないとして（東京地判昭和44・2・3判時566号71頁）、これを肯定したものなどが散見される程度であったが、先に紹介した最高裁判例（最判昭和54・3・30）は、「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った右男性と同棲するに至った結果、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ったとしても、その女性が害意をもっ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」と判示して、前者の立場に立つことを明らかにした。しかしその理由は、前者の下級審判例がYの行為について違法性を否定するもののようにあるのに対して、最高裁はYの行為とX₁が被った不利益との間には相当因果関係がないという。いずれにしても、本問は上記の諸点において違法性の問題、因果関係の問題、未成年者の被る不利益が保護法益とされうるか、などの点が論議されなければならないであろう。この点についての学説の認識は相半ばしている。私見によれば、この問題も配偶者の場合に準じ、子は第三者が、詐欺・強迫・暴行などの方法で不貞配偶者の監護教育権（民820条）を侵害しないかぎり損害賠償の請求はなしえない（違法性がない）と解することとなる。親の自由意思による監護教育権の放棄はその親が責任を負うべきである。親子の離別は子にとって何より苦痛であろうが、第三者との関係では法的保護利益はないと考える。

〈例題〉

① A男X女は昭和20年に婚姻し、三子を儲け農業に従事していた。Aは、昭和38年頃から共同作業に従事していた近隣の寡婦Y女と心を寄せ合う仲となり、昭和39年5月に情交関係を持つに至った。その後2年余り続けられたが、結局双方の縁者に察知されるに及んで絶止された。この間AX間の夫婦関係は円満に続けられている。XのYに対する慰謝料請求は認められるか。

② X女とA男は昭和53年婚姻した夫婦であるが、昭和57年中Aは婚姻継続の望みを失って家出した。Y女はAにXという妻があることを知りながら、AXは長年別居しいずれは離婚するつもりでいるときかされ、昭和60年暮頃からAと肉体関係を結び、翌年Aの実家で披露宴をして同棲するに至った。XのYに対する損害賠償の請求は認められるか。

4 アメリカ法におけるケース・スタディ

[ケース]

1981年10月7日、5ヶ月のリンジー・ストールマン (Lindsay Stallman)を身籠もっていたバリ・ストールマン (Bari Stallman)は、イリノイ州のハイウェイを彼女の車でドライブしていたが、その沿道添いにあるレストランのドライブウェイに入るときクラレンス・ヤンクイスト (Clarence Youngquist) の運転する車と衝突し、リンジーは腹部に重傷を負って早産で生まれた。そこで、リンジーは車の衝突によって受けた腹部内の傷害の損害賠償を求めて、母親ストールマンとヤンクイストを相手に訴訟を提起した。リンジーの訴えは認められるか。

[解説]

このケースは、私が海外研修中昨年5月頃U・C・Bロースクールの図書館で見つけたSTALLMAN V. YOUNGQUIST 事件(129 Ill. App. 3d 859, 473 N. E. 2d 400 (1984))をアレンジしたものである。関連問題1のアメリカ法における最新情報であり、かつまた親子間不法行為免責原則 (parent-child tort immunity)が他州において廃止の傾向にある今日、イリノイ州裁判所は依然としてこの原則の有用性を認め、ただ例外的に訴訟を認める立場を貫いている点で注目すべき判例であるので、ここに紹介する次第である。

このケースは、原告が胎児中に受けた傷害を理由に訴訟を提起した点で特異であるが、日本でも胎児は不法行為の場合権利主体性(権利能力)が認められるので(1条ノ3, 721条), 関連問題1のところでも述べたように格別親子間不法行為免責の存在しない日本法下では、加害者双方に過失が認められるかぎり、上記のような訴訟は許されるであろう。もっとも、子が母親を訴えるということは保険金請求事件(自賠法3条参照)ぐらしか例を見なかったのであるが、たとえば本件ケースのような場合において、その後離婚した親権者たる父親が子を代理して母親を訴えるというようなケースが考えられないことはない。

ところが、イリノイ州においては原則的に親子間不法行為免責原則が存在し、子の親に対する訴訟が禁止または厳しく制限されているので、本件ケースのような訴訟が認められるのか、否定されるのか、認められるとしてもそれは例外的に認められるものなのか、が問題となるのである(W. Prosser, W. Keeton, The Law of Torts §122 at 905 (5-th ed. 1984) 参照, また判例については, Hartigan v. Berry, 128 Ill. App. 3d 195, 199, 470 N. E. 2d 571, 573(1984); Moon v. Thompson, 127 Ill. App. 3d 657, 662, 469 N. E. 2d 365, 367(1984)など参照)。

ストールマン対ヤンクイスト事件(以下ストールマン事件という)では、第一審である

巡回裁判所が原告の訴訟は親子間不法行為免責原則により禁止されているとして、被告である母親の過失を認めなかったので (Stallman, 129 Ill. App. 3d at 859, 473 N.E. 2d at 400), イリノイ州第一区控訴裁判所はこれを破棄し、本件は親子間不法行為免責原則によって子の訴訟が全面的に禁止される場合に該当するのか, それとも家庭内の目的外, または家族の親族に無関係な行為から生じたケースとして子の訴訟が許される場合に該当するのかを検討せよとして, 第一審査に差し戻した (1d. at 865, 473 N.E. 2d at 404)。この判決は, 家庭の目的に直接, または間接に関連した行為から生じた子の傷害は訴訟が禁止されているとするもので (1d. at 864, 473 N.E. 2d at 403), 強い批判を受けている。Timothy I. McArdleは, 親子間不法行為免責原則は今日の社会ではほとんど通用しないので本判決は間違っていると評している (Stallman v. Youngquist: Parent-Child Tort Immunity: Will Illinois Ever Give this Doctrine the Examination and Analysis it Deserves? p807 The John Marshall Law Review spring, 1986)。すなわち, 判決は上記の原則の正当性を家庭内の調和と平穏という社会政策, 詐欺訴訟の助長に求めているが, これには説得力がなく, それを認めた判例群も古くなり, 今や親子間不法行為免責を認める慣習法の合法的基盤もなくなったので, イリノイ州の裁判所は右原則の理念が無用の長物であることを認めて, 州の子供たちに法廷を開放すべきであると言っている。