

判例研究

## 不貞の相手方に対する離婚慰謝料請求

最判平31・2・19民集73巻2号187頁

京都先端科学大学 経済経営学部

右近 潤一

Email: ukon.junichi@kuas.ac.jp

### 1. 事実の概要

(1) X（原告、被控訴人、被上告人）とAは、平成6年3月、婚姻の届出をし、同年8月に長男を、平成7年10月に長女をもうけた。

(2) Aは、平成15年4月、TN大学に入学し、平成19年3月に卒業した。この間の学費、アパート代等の費用はすべてXが負担した。

(3) Xは、婚姻後、Aらと同居していたが、競輪選手としての仕事のため帰宅しないことが多く、AがY（被告、控訴人、上告人）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。

(4) 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。

(5) 平成21年ころ、Xは、Aの帰宅が遅く、外泊することもあったことについて問い質したが、Aが「私のことはほっといてくれ」と言い、話はそれで終わった。

(6) Xは、平成22年5月頃、YとAとの不貞関係を知った。Aは、その頃、Yとの不貞関係を解消し、Xとの同居を続けた。

(7) Aは、平成26年4月頃、長女が大学進学のため甲市に居住することとなったのを機に、長女と同居する形で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。

(8) 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、夫婦関係調整の調停を申し立て、平成27年2月25日、Aとの間で離婚の調停が成立した。

(9) Xは、平成27年5月、東京簡易裁判所に対し、Yを相手方として、慰謝料請求の調停を申し立てたが、合意に至ることなく終了した。

(10) その後、XがYに対して、YがXの妻であったAと不貞行為に及び、これにより離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったと主張して、不法行為に基づき、離婚に伴う慰謝料300万円、調査費用の一部である150万円、弁護士費用45万円の合計495万円と遅延損害金の支払を求めた。

(11) 原審は、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として、不貞行為と離婚との間の因果関係及びYの不法行為責任を認め、

Xの慰謝料180万円と弁護士費用18万円請求を認容した。Yが上告。

## 2. 判旨(破棄自判)

(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ことができるところ、本件は、夫婦間ではなく、夫婦の一方が、他方と不貞関係にあった第三者に対して、離婚に伴う慰謝料を請求するものである。

夫婦が離婚するに至るまでの経緯は当該夫婦の諸事情に応じて様ではないが、協議上の離婚と裁判上の離婚のいずれであっても、離婚による婚姻の解消は、本来、当該夫婦の間で決められるべき事柄である。

したがって、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者は、これにより当該夫婦の婚姻関係が破綻して離婚するに至ったとしても、当該夫婦の他方に対し、不貞行為を理由とする不法行為責任を負うべき場合があることはともかくとして、直ちに、当該夫婦を離婚させたことを理由とする不法行為責任を負うことはないと解される。第三者がそのことを理由とする不法行為責任を負うのは、当該第三者が、単に夫婦の一方との間で不貞行為に及ぶにとどまらず、当該夫婦を離婚させることを意図してその婚姻関係に対する不当な干渉をするなどして当該夫婦を離婚のやむなきに至らしめたものと評価すべき特段の事情があるときに限られるというべきである。

以上によれば、夫婦の一方は、他方と不貞行為に及んだ第三者に対して、上記特段の事情がない限り、離婚に伴う慰謝料を請求することはできないものと解するのが相当である。

(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。

## 3. 研究

本件での問題点は、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者は、これにより当該夫婦の婚姻関係が破綻して離婚するに至った場合に、当該夫婦の他方に対し、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かにある。この問題に対する最高裁の判断は、初めてである<sup>1</sup>。

本件最高裁は、夫婦間ではなく、夫婦の一方から第三者に対する離婚慰謝料請求は、基本的に認められないことを明らかにした。理由は「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」という点にある。それが何を意味するのか。また、例外的に第三者への慰謝料請求が可能な特段の事情についての言及もある。なお、夫婦の一方から第三者に対する不貞行為に基づく慰謝料請求に本判決が影響しないことを明示している<sup>2</sup>。本判決に対しては、多くの学説が賛成をしている<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 楠橋明香「判批」令和元年度重要判例解説(ジュリスト1544号)78頁。

<sup>2</sup> とはいえ、水野紀子「不貞行為の相手方への慰謝料請求—最判平成31年2月19日民集73巻2号187頁の評価—」法学84巻3・4号192頁(2020)では「不貞行為の相手方への慰謝料請求を認める判例法理そのものに対して、消極的な評価から見直す価値判断を内包することは、否定できない」との見解も示されている。

<sup>3</sup> 吉田邦彦・桑月佳「判批」北大法学論集71巻1号(2020)159頁以下は、本判決が離婚慰謝料と不貞慰謝料とを区別して論じるこ

本稿では、離婚慰謝料に限って考察の対象とし、その起源を確認した後、不法行為の要件に沿って検討してみることにする。

### 3-1. 離婚慰謝料請求の起源

離婚に伴う慰謝料は、元々夫婦間で請求されるものであった。明治民法下においては唯一の離婚給付としての機能を営んでいたためである<sup>4</sup>。戦後の民法改正において768条に財産分与が定められた後も、離婚慰謝料の請求が裁判上も認められてきた。学説では、768条が制定され、有責であろうとなかろうと一切の事情を考慮して決められる財産分与として財産的給付が行われるため、離婚慰謝料はもはや存在の余地がなくなったと主張されていたが<sup>5</sup>、財産分与では離婚給付として十分ではなく<sup>6</sup>、離婚慰謝料が財産分与に上乗せする離婚給付のために利用され続けて現在に至っている<sup>7</sup>。そこでは、夫婦間の経済的格差に鑑み一方的な離婚を強いられる主婦を救済するという積極的意義を見出すことができる。しかし、やはりそれは夫婦財産の清算と扶養とにより解決されるべき事柄であることが指摘される<sup>8</sup>。立法的に解決されるべきことがらが基礎にあり、夫婦間の離婚慰謝料請求は当面否定しづらい状況にあると感じられる。しかし、夫婦間の離婚給付として発展してきた離婚慰謝料は、その意味では夫婦間でしか問題とならないものであり<sup>9</sup>、第三者に対して請求できるものではない。すくなくとも第三者との関係では、離婚給付の機能は不要であって、純粹に不法行為の問題として慰謝料請求の可否を考えることができる。この点が、離婚慰謝料請求の相手方が誰かを意識して議論される一因であろう<sup>10</sup>。

### 3-2. 慰謝料の種類、問題となる法益と精神損害の内容

離婚に伴う慰謝料には、離婚原因となった有責行為による精神的苦痛に対する離婚原因慰謝料と離婚自体による精神的苦痛に対する離婚自体慰謝料があるとされるが<sup>11</sup>、裁判実務においては、離婚慰謝料の認定に当たって離婚自体慰謝料に離婚原因慰謝料を含めた処理がなされることも多いようである<sup>12</sup>。しかし、最高裁は、これを明確に区別し、離婚原因慰謝料及び不貞慰謝料については「婚姻共同生活上の平和の維持」という利益を侵害したことに対する慰謝料であると解し<sup>13</sup>、また離婚自体慰謝料を「離婚するの止むなきに至ったこと」に対する慰謝料と解している<sup>14</sup>。さらにこの区別は時効消滅にも影響

---

と自体に批判の矛先を向けられるが、特に吉田教授は、本件事案の解決としては、慰謝料請求を認めなかった結論に賛成される(177頁)。

<sup>4</sup> 我妻米『親族法』152頁(有斐閣、1961)、家原尚秀「判解」法律のひろば2019年7月号56頁。

<sup>5</sup> 川島武宜「離婚慰謝料と財産分与との関係」『我妻先生還暦記念 上』273頁(有斐閣、1964)。川島博士は同論文274頁において「離婚扶助制度ないし財産分与制度が書けていたためにやむを得ず、すでに存在し人々によって承認されている法技術を借用することによって、実質上の財産分与乃至離婚扶助を正当化(理由づけ)しようとしたにすぎない」とされる。

<sup>6</sup> 辻朗「不貞慰謝料請求を巡る裁判例の軌跡」右近健男ほか編『家事事件の現況と課題』13頁(判例タイムズ社、2006)では、離婚給付の支払い確保のシステムが整備されていないことが問題視されている。

<sup>7</sup> 水野・前掲注(2)195頁。同旨家原・前掲注(4)56頁。

<sup>8</sup> 二宮周平『家族法(第4版)』104頁(新世社、2013)。

<sup>9</sup> 水野・前掲注(2)195。

<sup>10</sup> 潮見佳男「判批」家庭の法と裁判24号(2020)116頁は「不貞行為により婚姻関係が破壊しないし離婚に至った場合における慰謝料請求権の成否を考える上で、慰謝料請求の相手方が誰であるかにより不法行為責任の成否を区別して考えなければならぬことは今日では、もはや疑いのないところ」とする。

<sup>11</sup> 榎橋・前掲注(1)79頁。

<sup>12</sup> 二宮周平編『新注民法(17)親族(1)』(犬伏由子)401頁(有斐閣、2017)。

<sup>13</sup> 最判平8・3・26民集50巻4号993頁(本稿においては、最高裁平成8年判決と呼ぶことがある)。なお、同判決以前は、最判昭54・3・30民集33巻2号303頁が判示した「夫又は妻としての権利」を保護法益としていた。

<sup>14</sup> 最判昭31・2・21民集10巻2号124頁。

を与え、前者の不貞慰謝料の場合は、不貞行為を知ったときから消滅時効期間が進行し<sup>15</sup>、後者の場合は離婚の時から進行するものとされている<sup>16</sup>。本件判決もこの分類に従い、本件を離婚自体慰謝料として扱っているようである<sup>17</sup>。婚姻は法によって承認された共同体であり、それを不当に破綻させ、離婚に導くことは違法性を帯びることが前提となっている<sup>18</sup>。夫婦であれば、離婚することが法律上認められ、それが不法行為となることには違和感を覚えるが<sup>19</sup>、第三者が婚姻関係を破壊したとすると、そこに違法性があるというのは頷ける。

また従来の判例が構築した理論を元に、離婚や婚姻関係破綻にまつわる慰謝料が4つのカテゴリーに分けられることが指摘されている<sup>20</sup>。従来離婚慰謝料に含まれると言われていたのは、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料であるが、これと平行して、離婚には至っていないが婚姻関係が破綻している場面においては、破綻原因による精神的苦痛を根拠として求める破綻原因慰謝料、不貞慰謝料と破綻したこと自体に基づく破綻自体慰謝料<sup>21</sup>があるとする。

これらの慰謝料の保護法益は、破綻や離婚の原因に基づき慰謝料を請求する場合には、「第三者の行為により精神的苦痛を受けたとする配偶者の地位、名誉または人格権・人格的利益」であり、破綻慰謝料または離婚自体慰謝料の場合には、「婚姻生活の平穏ないしは婚姻関係」だとされる<sup>22</sup>。後者については、離婚せざるを得なくなった夫または妻の配偶者たる地位とする学説もあるようである<sup>23</sup>。

「婚姻共同生活上の平和の維持」という利益とはどのような利益か。平和を維持する権利が害されたのか、平和を維持してきたのに害されたのか、維持されてきた平和を享受する利益が侵害されたのか。要は平和を乱されたことに対する慰謝ということか。かつては夫又は妻の地位を保護法益としてきた考え方が、平成8年判決により「婚姻共同生活上の平和の維持」とされたことを考えると、破綻したとは言えない夫婦関係にある夫や妻がもつ人格的な利益が問題となっている。他方で、離婚慰謝料は、「離婚するの止むなきに至ったこと」、つまり関係が破壊されたことを問題とし、法益レベルでは、対象が異なる。

離婚により被る精神的苦痛として、離婚による社会的評価の低下、婚姻生活に対する期待感の侵害、将来の生活不安、子どもを手放すことの心痛などがかつて上げられたが<sup>24</sup>、すくなくとも今日第三者に対する慰謝料請求でそれらの点につき考慮する必要性は乏しいのではないだろうか<sup>25</sup>。将来の生活不安は夫婦間の離婚給付の問題であるし、子どもは離婚後であってもむしろ両親で共同して監護教育すべき

<sup>15</sup> 最判平6・1・20集民171号1頁。

<sup>16</sup> 最判昭46・7・23民集25巻805頁。

<sup>17</sup> 本件で最高裁が、不貞行為に基づき離婚が生じたものとして、離婚に伴う慰謝料を不貞慰謝料と離婚自体慰謝料とに明確に区別することについて、吉田=桑・前掲注(3)159頁以下は、不貞行為から離婚までを一連のものとして理解すべきであると強く批判する。

<sup>18</sup> 岩志和一郎「家族関係と不法行為」山田卓生・藤岡康宏『新・現代損害賠償法講座2』161頁(日本評論社、1998)。

<sup>19</sup> 岩志・前掲注(18)155頁。

<sup>20</sup> 潮見・前掲注(10)115頁。

<sup>21</sup> 潮見教授は、ここに最高裁平成8年判決の事件を分類される(潮見・前掲注(10)118頁)。同判決は、一般的には前掲注(13)で述べたように、最高裁昭和54年判決の保護法益を狭めたと理解され、不貞慰謝料・破綻原因慰謝料の事件として理解されている。離婚していない当事者が、婚姻関係の破綻を理由として慰謝料を求めたならば、ここに分類することは可能であろう。

<sup>22</sup> 潮見・前掲注(10)116頁。

<sup>23</sup> 岩志・前掲注(18)156頁。

<sup>24</sup> 潮川信久「[中]」法学協会雑誌91巻1号(1974)177頁注(1)、岩志・前掲注(18)156頁、大伏・前掲注(12)421頁。

<sup>25</sup> 右近健男「離婚の際の財産分与請求と慰謝料」『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集 中』426頁(日本評論社、1990)、大伏・前掲注(12)421頁。

ことが強調されているし、離婚や再婚が増加している現状においては婚姻への期待感や離婚による社会的評価の低下も以前よりも薄れていると言えそうだからである。結局、損害レベルにおける違いが、良く分からない。その多くは、離婚原因慰謝料により賠償されるべきものとなるのではないだろうか<sup>26</sup>。被侵害利益が異なるため、侵害より生じる精神損害は、法的には異なるというべきなのであろうか。

また、以上は、慰謝料についても損害賠償であり、そこでの損害は何か、という視点で見てみたが、慰謝料の性質を制裁と捉える立場からすれば、各法益侵害に対する制裁ではあるが、いずれも結局のところ不貞行為に対する制裁となるのではないか。このように見てきたとき、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料とを区別することが本当に妥当なのかという疑問もわく。離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料とを区別して慰謝料を認めることは、不貞行為という一事をもって、同じ損害を違った理由を根拠（不貞行為、離婚）に時効期間よりも長く認めることにもなりそうだからである。

### 3-3. 当事者意思の存在 — 相当因果関係の否定

事案は異なるのであるが、子から不貞相手方に慰謝料が請求された事例で、最判昭54・3・30民集33巻2号303頁は、「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らず、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」と判示し、請求を棄却した。不貞行為と父から子への愛情喪失および監護教育の不実施との間に父の意思が存在することを理由に因果関係を切断了たわけである<sup>27</sup>。

本件判決が、「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」ということを前提とした上で慰謝料請求を認めなかったのは、不貞行為があったとしても離婚しないこともありうるし、離婚は、夫婦が合意してするか、または少なくとも夫婦の一方が離婚を求め裁判所がそれ認めることで初めて成立するものであることを理由として、不貞行為と離婚との間の因果関係を切断了たものと考えられる。本件事案でAの不貞行為は、円満な夫婦関係にある中で行われたわけではなく、XとAが離婚に至ったのは不貞行為だけが原因ではないものの、結局その不貞行為が決定的となり、子が大学生になったところで離婚したため、不貞行為と離婚との間に事実的因果関係は存在するといえる。つまり、最高裁は、相当因果関係の問題として処理しているように読めるが<sup>28</sup>、本件判決ではなぜか「相当因果関係」という言葉は使用されていない<sup>29</sup>。

### 3-4. 当事者の意思 — 違法な侵害行為の否定

かねてから、離婚を導いた第三者の責任については、最終的に離婚を決するのが夫婦自身であることから、第三者の責任を問うには慎重であるべきであると主張されている<sup>30</sup>。このようにまとめればこの見解は、本件判決の判旨と類似するが、先述のとおり判旨は「離婚するかどうか」の当事者の判断が不

<sup>26</sup> 大伏・前掲注(12)421頁。

<sup>27</sup> なお、この因果関係の切断については、本林裁判官が反対意見で、むしろ因果関係が存在すると主張し、前田達明『愛と家庭と』19頁(成文堂、1985)もその反対意見に賛同する。

<sup>28</sup> 櫻見由美子「判批」民商155巻6号(2020)1168頁。

<sup>29</sup> 水野・前掲注(2)192頁は、「離婚という当事者の決定が相当因果関係を遮断するという構成をとると、意思が介入することによって相当因果関係を遮断することにつながり、過労自殺などの事案への影響を配慮したのかも知れない。」と分析される。

<sup>30</sup> 岩志・前掲注(18)161頁。



貞行為と離婚の間にあることを理由として不貞行為と離婚との間の相当因果関係を否定したと解される。他方で、この見解は、民法が個人主義をベースにしていることを前提として、不貞配偶者の独立した個人の自由な判断によって結果を回避することが可能であったことを根拠として、不貞行為の相手方にまで責任の追及を拡大すべきではないというのである<sup>31</sup>。この見解は、不貞相手方の行為（侵害行為）に対する非難可能性を問題とする点で本件判決とは異なる。不法行為要件との関係で言えば、違法な侵害行為がないということになると考える。

また、前述の昭和 54 年判決の分析の中に、家庭を顧みず、電車に飛び込み自殺した場合に、電車会社に慰謝料請求できないのは、電車会社の電車の運行という行為が、親の目的行為の中に取り込まれているからであり<sup>32</sup>、子から不貞相手方への慰謝料請求が認められないのは、第三者の行為が親の愛情行為という自由意思の行為の中に取り込まれているからである、と説明するものがある<sup>33</sup>。この説明によれば、昭和 54 年判決自身は相当因果関係と明示してはいるが、むしろ違法な侵害行為がない、という意味で理解されている。

### 3-5. 加害者の故意・過失

婚姻が法的保護に値する利益であるとすれば、次は、Y には、結果の予見可能性と結果回避義務違反とがなければならない。本件事案であれば、予見すべき結果とは X と A との離婚をさすものと考えられる。ここでの予見の対象である危険には、回避措置に繋がる程度の具体性が必要であるとされる<sup>34</sup>。

不貞行為を行えば、離婚へと発展する可能性はあるので、予見可能性ありということになりそうである。そもそも不貞行為となるには、少なくとも行為の相手方に配偶者のあることが必要である。人は、性的関係を結ぶときに、相手に配偶者がいないことについて注意を払う必要があるのか（もちろん道義的にはあるだろう）。そしてその注意を怠ると過失と認定されるのか。そもそも人と人との関係であり、一方（甲）が関係を持とうと他方（乙）に接近するとき、乙は自らに配偶者があることを告げ、関係構築を拒絶することができる。この場面で、甲が乙に対して配偶者の有無を尋ねなかったからといって、過失とされるのはおかしいのではないかと<sup>35</sup>。本件のように始めから相手方に配偶者のあることを知っていた場合はどうだろうか。やはり乙は配偶者のあることを理由に関係形成を拒絶することができる。婚姻している以上、夫婦は相互に貞操義務を負う。それが道義的なものであれ、法的なものであれ、不貞行為は離婚原因となるのであるから、婚姻継続を望むのであれば、拒絶すべきことになる。不貞配偶者がこの拒絶をしなかったときに、不貞相手方の過失を認定して慰謝料請求を認めるべきではないだろう。以上は、甲から乙へのアプローチであったが、配偶者のある乙から甲へのアプローチも十分考えられ、なおのこと甲に過失があることに抵抗を感じる。

また、他方の婚姻関係がすでに破綻している場合には、慰謝料請求の対象とならない、ということは、

<sup>31</sup> 岩志・前掲注 (18) 150 頁以下。石松勉「判批」新・判例解説 Watch25 号 (2019) 95 頁も同旨で、婚姻の「不法行為成立のための要保護性が見出し難い」と表現される。

<sup>32</sup> 一般的には、この事例は、故意の問題として扱われるように感じる。平野裕之『民法総論 6 (第 3 版)』51 頁 (信山社、2013) も故意の問題として扱う。

<sup>33</sup> 前田・前掲注 (27) 19 頁。

<sup>34</sup> 平野・前掲注 (32) 48 頁。

<sup>35</sup> 晩婚化の進んだ今日、一定年齢を超えた者は、あらかじめ相手方に配偶者の有無を尋ねなければならないとすれば、実るはずの関係も実らなくなるのではないだろうか。場合によっては、セクシャルハラスメントにさえなりかねない。

関係形成を持ちかける甲が慰謝料から免れるためには、乙に配偶者があるか、あるなら乙との関係が破綻しているかの調査が必要となる<sup>36</sup>。

### 3-6. 本判決の「特段の事情」

本件判決は、原則として第三者が不貞行為に基づき離婚自体慰謝料を支払うことはないと判示した。平成8年3月判決でも指摘されていた第三者の責任を制限する方向性はここでも同様に見られたわけである<sup>37</sup>。例外となるのは、「当該第三者が、単に夫婦の一方との間で不貞行為に及びにとどまらず、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」。

この特段の事情には、「離婚させる意図」という主観的要件と「不当な干渉」という客観的要件が上げられていること<sup>38</sup>およびそのことと離婚との間の因果関係が必要であること<sup>39</sup>が指摘されている。主観的要件が課されかなり狭い例外だという印象を受けるが、しかし、直後に「など」があり、これは例示に過ぎない<sup>40 41</sup>。そのため、解釈次第では、今回否定された慰謝料請求が広く認められることにもなり得る<sup>42</sup>。実際に、婚姻の保護という視点から例外を広く認めて行くべしとするニュアンスの見解<sup>43</sup>から、より厳格に「現在では想像できないような『特別の事情』が生じる可能性」を考慮して言及したものと解したいとする見解<sup>44</sup>まで、学説も様々である。

本稿では、本件判決が不貞行為の相手方たる第三者に対する慰謝料請求を相当因果関係から原則として認めず、特段の事情がある場合に（相当因果関係の認められる場合として）例外的にその請求を認容することがある旨判示したと理解してきた。しかし、この理解に対しては有力な反対説がある。同説は、本判決により理論的修正が行われていると説く。この見解は、本件判決が婚姻生活を維持するか、離婚をして婚姻共同生活を解消するかについての決定権が夫婦それぞれにあることを前提としたものと理解する。本件で慰謝料が認められなかったのは、この決定権が侵害されなかったためで、特段の事情がある場合というのは、まさに「婚姻共同生活を維持するか、離婚をして婚姻共同生活を解消するかについての決定権」に第三者が介入し、不当に操作・誘導した場面だということである<sup>45</sup>。

判決では「単に夫婦の一方との間で不貞行為に及びにとどまらず」と不貞行為を前提とした書き方をしているものの、不貞行為がない場合であっても「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」できれば、十分に慰謝料の対象となるはずである。つまり、特段の事情は「不貞行為に基づく離婚自体慰謝料」に限った話ではない。そして、前の見解を前提とすれば、今後第三者に対する離婚慰謝料請求は、婚姻継続に関わる決定権侵害のある場合に限られそうである。

<sup>36</sup> 窪田充見「判批」民法判例百選Ⅲ（第2版）25頁。

<sup>37</sup> 辻・前掲注（6）12頁。

<sup>38</sup> 家原・前掲注（4）58頁。

<sup>39</sup> 潮見・前掲注（10）119頁。

<sup>40</sup> 家原・前掲注（4）58頁、胡光輝「判批」税務事例52巻5号（2020）70頁、潮見・前掲注（10）119頁。

<sup>41</sup> この「など」がどこまで掛かるのかによっても、判決の理解が変わってこよう。

<sup>42</sup> 大島梨沙「判批」新・判例解説 Watch 25号（2019）125頁。

<sup>43</sup> 胡・前掲注（40）70頁。

<sup>44</sup> 水野・前掲注（2）199頁以下。

<sup>45</sup> 潮見・前掲注（10）118頁。

#### 4. 結論

なかなか消化し切れていないのであるが、本判決の結論に賛成したい。

離婚慰謝料は、かつて離婚給付の機能を果たしていたところが、それが法的に実現可能となった後は、離婚給付という視点から分与財産の増額のために認められてきた経緯がある。その意味では、離婚慰謝料請求権は、本来夫婦間でしか問題とならないものである。本来であれば、離婚慰謝料自体も財産分与制度ができた時点でその役割を終えるべきものであったといえる。そして、第三者との関係では、この慰謝料を特別に認める必要性はないし、次に見るように不貞行為が不法行為を構成するとも言えなさそうである。

確かに、婚姻は法律上認められた共同体であり、それを不当に離婚へと導くことは違法性を帯びる。

婚姻は夫婦二人の関係であり、相互に維持していかなければならないが、一方に裏切られているところが問題である。その意味で、不貞相手方に対してだけ離婚に対する予見可能性の判断をするのは妥当ではない。その点からすると、不貞配偶者の自由意思が介在することにより、不貞行為に対する非難可能性がなくなり、違法な侵害行為が存在しないと考えるのが、よいように感じられる。

本判決は、不貞行為の事案であったために、判旨にも不貞行為という言葉が登場するが、その論理は、第三者に対する離婚自体慰謝料全体に妥当するものである。本件判決は、離婚意思が存在するために相当因果関係なしとして慰謝料請求を否定するため、不貞行為を理由とするものに限らずすべての離婚自体慰謝料にあてはまる。夫婦間の離婚給付のために便宜的に用いられた離婚慰謝料を第三者との関係へ拡大していくのを阻止するという政策的に妥当な判決だといえる。

離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料とを区別して慰謝料を認めることは、不貞行為という一事をもって、同じ損害を違った理由を根拠（不貞行為、離婚）に時効期間よりも長く認めることにもなりそうである。

特段の事情についても、離婚させることを意図するという単なる不貞行為とは別次元の事情が登場する。本論が離婚自体慰謝料全般について言及しているのと同様、特段の事情についても不貞行為に限らず妥当する論理が立てられている。このように見てみると、特段の事情のある場合というのは、離婚させる意図を持った婚姻に対する侵害の場面、つまり故意による不法行為が直接離婚に向けられている場面のみを指すことになりそうである。