

不貞行為における被侵害利益

木 村 和 成*

目	次
はじめに	
I	判例の立場
II	学説の状況
III	検討と試論
おわりに	

はじめに

不貞行為を理由とする損害賠償（不貞慰謝料）請求に関する議論は、不貞相手に対する請求が認められるか、という点を中心に展開してきた。その背景には、不貞行為を理由とする請求がなされる場合、そのほとんどが不貞相手を被告とするものであるという実情¹⁾に加え、このことに関する最高裁判決が複数存在するという経緯がある。

これに対し、夫婦間での請求はそれ自体少なく²⁾、それに関する最高裁判決も存在しない。しかし、不貞相手に対して請求が認められる場合には、その不貞行為は違法と評価されているのであり、当然、その前提として夫婦間においてもその不貞行為の違法性が肯定されていなければならない³⁾。

* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

1) 大塚正之「不貞行為の慰謝料に関する裁判例の分析（1）」家庭の法と裁判10号（2017）35頁。

2) 大塚・前掲注（1）35頁では、分析の対象とした事件の5%にも満たないとされている。

3) 窪田充見『家族法 民法を学ぶ（第4版）』（2019、有斐閣）67頁も、「もし、夫婦間で賠償責任の問題が生じえないのだとすると、そのような場面で第三者の損害賠償責任のみが

そうすると、不貞相手への請求の可否という問題を検討するにあたり、まず解明されなければならないのは、不貞行為が夫婦間においても不法行為となるのか、という問いである。しかし、この前提問題自体が正面から検討されることは少なく、不貞行為は不法行為を構成するものとして、いわば自明のこととして扱われているきらいがある⁴⁾。

この傾向は、近時の裁判例からも窺うことができる。例えば、東京地判令和 6 年12月16日 (LEX/DB 25617735) は、元夫が元妻と不貞相手の男性を訴えた事案であるが、婚姻中に不貞行為があったことが端的に不法行為と評価されている (被告側から婚姻関係破綻の抗弁がなされたため、その点の検討はなされている)。また、東京地判令和 6 年12月 9 日 (LEX/DB 25617353) は、妻が不貞相手のみを訴えた事案であるが、この夫婦は離婚の予定がなく (しかも不貞行為前と同様の生活をしている)、婚姻関係が破綻していたことを示す的確な証拠もないにもかかわらず、請求が認められている (慰謝料額は100万円)。他方で、婚姻関係の破綻に原因を与える行為をした者が破綻後に行った不貞行為についても不法行為責任を認める⁵⁾ 裁判例も現れている (東

問題となるのは、実質的に見て、かなりおかしい」と指摘する。

- 4) 二宮周平編『新注釈民法 (17) 親族 (1)』(2017、有斐閣) 203頁〔神谷遊〕は、不貞行為があれば不法行為の成立を認めるのは基本であるとする。桎見由美子「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——」金沢法学49巻 2 号 (2007) 179頁は、配偶者に不貞行為があった場合に他方配偶者がこの者に対して不法行為に基づく損害賠償を請求することができることについて、学説・判例ともに異論はないと断ずる。

また、平沼大輔「不貞の相手方への『離婚慰謝料』を否定した平成31年最判と『不貞慰謝料』の帰趨」原田剛ほか編『民法の展開と構成 小賀野晶一先生古稀祝賀』(2023、成文堂) 434頁では、弁護士である平沼自身の経験として、「不貞行為が原因の離婚事件での裁判官、調停委員などの反応も、『辛い思い、不快な気持ちにさせたこと』で損害は発生しており、賠償責任があるのは当然という感じであっ」と語られている。

- 5) より具体的には、婚姻関係の破綻の原因となった性交類似行為を第三者と行った配偶者が、婚姻関係の破綻の直後に引き続いて行った性行為について、婚姻共同生活の平和の維持という権利または法的保護に値する利益の消滅を主張することは信義に反して許されず、婚姻関係破綻後の行為についても、上記配偶者が不法行為責任を負うべき特段の事情があるというべきであるとしたものである。

京地判令和7年1月30日判例時報2625号20頁）。

こうした事例では、不貞行為が不法行為を構成するための要件である、不貞行為により侵害された権利または利益（本稿ではこれらを一括して「被侵害利益」と呼ぶ）が何であるかが、必ずしも明らかにされていない⁶⁾。しかし、この点を解明することなくして、第三者である不貞相手の責任の有無等を論じることが、土台を欠いた議論となりかねない。そもそも不貞行為が、被侵害利益を欠き、不法行為を構成しないとすれば、不貞相手の責任自体が生じない可能性もあるからである。

本稿は、この点に着目し、不貞行為における被侵害利益の構造を再検討するものである。もっとも、ほとんどの裁判例・学説が、不貞相手に対する請求の可否について検討するものであるため、被侵害利益をめぐる議論の整理も、まずはこの観点からによるものとならざるをえない。そこで本稿では、不貞相手に対する請求の可否を検討する場面で現れる被侵害利益について整理し（ⅠおよびⅡ）、それが夫婦間での不貞行為の不法行為性を基礎付ける被侵害利益としても成立しうるか否かを検討する（Ⅲ）。

なお、本稿では、夫婦のうち、不貞行為の被害配偶者をX、不貞行為を行った配偶者をY、不貞相手をZと表現する。

I 判例の立場

ここでは、最高裁が不貞行為の被侵害利益をどのように捉えてきたかを概観する。具体的には、不貞相手に対する請求に関するリーディングケー

6) この点につき、窪田充見は、「離婚せずに、配偶者の不貞行為によって精神的に傷つけられたことを理由として、相手方配偶者に対して損害賠償を求めることができるのであろうか。実は、この部分がよくわからない。……離婚せずに配偶者に損害賠償請求した場合の法律関係（具体的には、損害賠償請求権の有無）は、あまりはつきりしていない。」と指摘する（窪田・前掲注（3）63頁）。また、筆者と同様の問題提起を行う平沼・前掲注（4）論文は、「我が国の下級裁判所は、依然として不貞慰謝料を認めているが、理論的な検討を欠いたまま前例を墨守しているのではないかと考えられる」（450頁）と述べて稿を閉じている。

スである 2 件の判例を取り上げ、その立場を整理するとともに、次章における学説の状況の検討への橋渡しを兼ねて、それらに対する当時の反応も確認する。

1 最高裁昭和54年 3 月30日判決 (民集33巻 2 号303頁)

(1) 事 案

X (妻) と Y (夫) は法律上の夫婦であり、両者の間には子もいた。Y は、Z (女性) と知り合い、Z は Y が既婚者であることを認識しながら Y と肉体関係を結び、両者の間には子も生まれた。この関係が X に知られた後、Y は X および子らのもとを去り、後に Z との同棲を開始し、その状態が継続していた。

(2) 最高裁の判断

以下のように判示し、Z の行為に違法性はないとして X に対する不法行為責任を否定した原審の判断を破棄し、事件を差し戻した。

「夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉体関係を持つに至らせたかどうか、両名の関係が自然の愛情によつて生じたかどうかにかかわらず、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被つた精神上的苦痛を慰謝すべき義務があるというべきである。」

本判決は、不貞行為における被侵害利益を、被害配偶者の「夫又は妻としての権利」であると構成したものである。

(3) 最高裁判決への反応

本稿の主題である被侵害利益の観点から、本判決に対する当時の主な反応を整理しておく。

① 不法行為の成立を認める見解

泉久雄は、まず「夫婦の一方が他の異性に走った場合、他方配偶者がその異性に対して慰謝料を請求できることそれ自体に格別の問題がない」と指摘する。その上で、不法行為責任の根拠を夫婦間の貞操義務に求め、同居義務や協力義務といった婚姻から生じる諸義務は「すべて夫婦相互の貞操義務を前提としており」、それゆえに夫婦は「互いに排他的な性関係ないし愛情を求めうる地位にある」と論じる。そして、このような地位を侵害する不貞行為に対して不法行為責任を否定することは、「婚姻の安定に反する」という⁷⁾。

また、中川淳は、考察の対象を「夫婦関係を基礎とする家庭が破壊された場合に限定する」とした上で、被侵害利益について異なる視点を示す。すなわち、中川は、夫婦関係が破綻または離婚に至った場合、「名誉・貞操の侵害というよりも、むしろ夫婦関係を法によって保護するに値する利益として、その侵害を違法性によって判断する構成」のほうが優れているとする⁸⁾。

なお、本件の調査官解説では、違法性の本質が「肉体関係を持つことによって妻の精神的平和を乱すこと」にあると指摘されている。そして、本判決が用いた「夫又は妻としての権利」という表現は、大審院以来の「妻（夫）の権利」という構成と本質的に異ならず、むしろ加藤一郎が提唱した「配偶者たる夫又は妻の精神的平和」⁹⁾をも包含する、より広範な概念である可能性が示唆されている¹⁰⁾。

7) 泉久雄「親の不貞行為と子の慰養料請求」ジュリスト694号（1979）88頁。

8) 中川淳「家庭破壊による配偶者とその子の慰養料」判例タイムズ383号（1979）9～10頁。

9) 加藤一郎『不法行為（増補版）』（1974、有斐閣）130頁。

10) 榎本恭博「本件判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇（昭和54年度）』（1983、法曹会）175～176頁。

② 不法行為の成立を認めない見解

島津一郎は、判例のいう「夫または妻としての権利」を近代法のもとで物権類似の権利と解釈することは困難であろうとしつつも、夫婦間には相互に「貞操を守る人的義務」が存在すると考える。もっとも、この貞操を要求する権利はあくまで対人的・相対的な権利であるから、これを第三者に対して主張し、損害賠償を請求できるのは、当該第三者が暴力や詐欺・強迫といった違法な手段を用いて不貞行為を実行させた場合に限定されるべきであると主張する¹¹⁾。ここで被侵害利益として想定されているのは、あくまで夫婦間における貞操請求権である。

また、水野紀子は、配偶者が自由意思で不貞行為に及んだ場合、その相手方に対する慰謝料請求は一切否定すべきであると論じる。そして、貞操義務違反は婚姻法の領域内でのみ扱われるべき問題であり、慰謝料による制裁が可能なのは「夫婦間においてだけであろう」と指摘する。その根底には、「自己の身体について、なかならず性機能についての決定権限は、当該個人の人格にしか属しえない」という考え方があり、婚姻制度は、あくまで「相互に貞操を約しあった夫婦の間でのみ、その違約をとがめる権利を法が担保する」にすぎないと結論付ける¹²⁾。ここでいう「権利」は、島津と同様に、対人的な貞操請求権に近いものが想定されているものと思われる。

2 最高裁平成 8 年 3 月 26 日判決 (民集 50 卷 4 号 993 頁)

(1) 事 案

X (妻) と Y (夫) は法律上の夫婦であったが、性格の不一致等を原因として、その婚姻関係は次第に悪化し、Y が自宅を出て別居を開始した。その後、Y は Z (女性) と知り合い、肉体関係を持ち同居するに至り、両者の

11) 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 (1979) 123 頁。

12) 水野紀子「本件判例批評」法学協会雑誌 98 卷 2 号 (1981) 305～307 頁。

間には子も生まれた（Yはその子を認知）。

（2）最高裁の判断

最高裁は、次のように判示し、XとYの婚姻関係は当時既に破綻していたとしてZの不法行為責任を否定した原審の判断を是認した。

「甲の配偶者乙と第三者丙が肉体関係を持った場合において、甲と乙との婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情のない限り、丙は、甲に対して不法行為責任を負わないものと解するのが相当である。けだし、丙が乙と肉体関係を持つことが甲に対する不法行為となる……のは、それが甲の婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為といえることができるからであって、甲と乙との婚姻関係が既に破綻していた場合には、原則として、甲にこのような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえないからである。」

本判決は、不貞行為における被侵害利益を、「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」とであると構成したものである。

（3）最高裁判決への反応

ここでも上記1同様に、本稿の主題である被侵害利益の観点から、本判決に対する当時の主な反応を整理しておく。

① 不法行為の成立を認める見解

本判決を基本的に支持し、不法行為の成立を肯定する見解は少なくないが、ここでは、被侵害利益の観点からやや踏み込んだ言説を述べる西原道雄の見解¹³⁾を紹介しておきたい。

西原は、夫婦は相互に貞操義務等を負うものであり、「第三者には他人の夫婦関係を妨害しないよう破壊しないようにする義務がある」というのは法

13) 西原道雄「本件判例批評」私法判例リマークス14号（1997）71頁。

の基本的要請である」と説く。その上で、家族の崩壊が進む欧米の近時の情勢を安易に参考にすることに警鐘を鳴らし、日本の実情に鑑みれば、『不貞の自由』に対しては日本では欧米の若干の国々よりはもう少し厳しい態度で臨んでもよいのではないだろうか」と述べる。

また、婚姻関係破綻後の不法行為成立を否定する考え方についても、「破綻の内容によっては、第三者の行為の介入さえなければ破綻状態から立ち直って円満な婚姻生活を回復できたであろう場合もないわけではない」と指摘し、『破綻後に肉関係を持って不法行為にならない』という定式を機械的・固定的かつ無批判に墨守することは適切でない」と批判している¹⁴⁾。

② 不法行為の成立を認めない見解

やはりここでも水野紀子が否定説の側で論陣を張る。特に、本判決が「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」を被侵害利益とした点についての言及は以下のとおりである¹⁵⁾。

水野は、本判決が採用した構成そのものがもたらす事実認定上の困難性を指摘する。すなわち、夫婦関係の悪化と不貞行為の開始との先後関係は「いわば紙一重の差」であることも少なくない。にもかかわらず、本判決のように破綻の時期を基準に請求権の有無を画すると、当事者の婚姻法上の地位が極端に変動するため、破綻と不貞の各時期が重要な争点となる。しかし、家庭内別居のように破綻時期の認定が困難な場合や、不貞行為の始期のように立証がきわめて難しい場合も多く、この基準を適用することには実際上の困難が伴うと批判する。

Ⅱ 学説の状況

次に、学説ではこれまで不貞行為における被侵害利益がどのように構成

14) この考え方は、冒頭で触れた東京地判令和7年1月30日の背後にもあるのかもしれない。

15) 水野紀子「本件判例批評」民商法雑誌116巻6号（1997）928～929頁。

されてきたかを概観する。ここでは、便宜上、不貞相手Zに対する関係で不法行為の成立を認める見解と認めない見解とに分けて整理する。

1 不法行為の成立を認める見解

この見解を、被侵害利益の観点から分類すると、「夫または妻としての権利」、「貞操請求権」、「婚姻共同生活の平和の維持という権利または法的保護に値する利益」、「人格権・人格的利益」、とおおむねこの四つに整理することができる。

(1) 夫または妻としての権利

これは昭和54年判決の立場である。この判決の調査官解説が、「夫または妻としての権利」は「配偶者たる夫又は妻の精神的平和」をも包含する広範な概念である可能性を示唆していることは、既に見たとおりである。

同様に、この判決を支持する見解も、被侵害利益を多角的に捉えていた。例えば、泉久雄は、夫婦は「互いに排他的な性関係ないし愛情を求めうる地位にある」とし、中川淳は、「夫婦関係」自体が「法によって保護するに値する利益」であるとしていた。さらに中川は、婚姻関係が破綻に至らない場合であっても、「名誉・貞操」の侵害という構成で救済しうるとも述べている¹⁶⁾。このように、昭和54年判決の立場は、後に見る貞操請求権のみならず、より多様な利益を射程に入れる構成であると理解されてきた。

Xの多面的な被害の内実を具体的に分析するのが竜崎喜助である。竜崎は、不貞による他方配偶者の被害を、「貞操に関する信頼を裏切られた精神的苦痛（貞操信頼権の被害）」、「健全な夫婦関係にあるという社会的評価を傷つけられた精神的苦痛（夫婦名誉権の被害）」、「家庭の平和を侵害されたことによる精神的苦痛（家庭平和権の被害）」、という三つの側面に分類する¹⁷⁾。

16) 中川淳・前掲注(8)10頁。

17) 竜崎喜助「不貞にまつわる慰謝料請求権」判例タイムズ414号(1980)18頁。もっとも、竜崎自身は、「不貞にまつわる慰謝料請求はなるべく認めない方向へ行くべきであ」と述

調査官解説が示唆する「夫または妻としての権利」の広範さと、判決の結論を支持する泉や中川淳の言説、竜崎が分析する被害の多面性を照らし合わせると、昭和54年判決が用いた「夫または妻としての権利」という包括的な概念は、まさに竜崎が指摘する具体的な内容をすべて包含するものとして理解することができる。

(2) 貞操請求権

貞操請求権を被侵害利益とする見解は、夫婦間に貞操義務が存在することを前提とする¹⁸⁾。

この貞操義務とは、「夫婦間以外で性関係をもたないという不作為義務」¹⁹⁾をいう。こうした義務は、民法752条に明文の規定はないものの、「婚姻の本質から生まれる当然の義務」であり、不貞行為が離婚原因とされていること（民法770条1項1号）からも間接的にその存在が認められるとしたうえで、この義務の反射として、「夫婦は互いに配偶者にたいして守操を請求する権利を有する」と構成されるのである²⁰⁾。

貞操義務に関する明文の規定がないことについては、「貞操とか愛情とかいうものは、法をもって強制することが不能であるため、ただそれが冒された場合に法的救済の手段を講ずる程度に、法はとどまっていなければならないのである。従って婚姻の法的効果として貞操義務を挙げることは、不

べている（22頁）。

18) もっとも、窪田・前掲注(3) 68頁は、不貞行為を通常的不法行為と同様に考える見解に対して、「必ずしも貞操義務の反射的利益としてではない貞操権（性的関係を独占する権利）といった発想がかいま見られるように思われる」と指摘している。

19) 大村敦志『家族法（第3版）』（2010、有斐閣）55頁。

20) 青山道夫＝有地亨編『新版注釈民法（21）親族（1）』（1989、有斐閣）363頁〔黒木三郎〕。なお、秋武憲一「不貞行為に基づく慰謝料と離婚に基づく慰謝料——元実務家の雑考——」山梨学院ロー・ジャーナル10号（2015）167頁は、貞操義務は、婚姻をしたということから生じるものであるから、YのXに対する法的責任は債務不履行責任ではなく、不法行為責任ということになるとする。

要であろう。」とする見解²¹⁾、道徳上の問題であって直接に強制することができないので明文の規定を置かなかったという起草者梅謙次郎の言を引きつつ²²⁾、「裁判によって強制できない義務は条文に正面からは書かない、という考え方」に基づくものであるとする見解²³⁾ などがある。

もっとも、明文の規定がなくとも、民法752条所定の同居義務・協力義務はすべて貞操義務を前提においているものと考えてよいとするもの²⁴⁾、男女が同居するというのは、物理的に住居を同じくすることを超えて、「性関係がある」ことが含意されているが、そのような関係にある以上、第三者との性関係を持たない義務を負っていると見ることもできる、すなわち貞操義務は同居義務に含まれていると考えることもできるとするものがある²⁵⁾。

こうした理由付けによるならば、夫婦間に貞操義務が存在すること自体を否定することは困難であるというほかない。事実、夫婦間に貞操義務が存在すること自体を否定する見解は存在しないようである。

(3) 婚姻共同生活の平和の維持という権利または法的保護に値する利益

これは平成8年判決の立場であり、これを支持する見解もあるが、その態度にはやや消極的なものが目立つ。

辻朗は、婚姻費用や離婚給付の支払い確保のシステムが整備されていない現状のもとで全面的に第三者の責任を否定することは、結局はいまだ弱者といわざるをえない妻（および子）に犠牲を強いることになりがちな結果を招致するおそれがあり、このような状況のもとで個人の性の自由を尊重

21) 中川善之助『新訂親族法』〔1965、青林書院新社〕218頁。

22) 大村・前掲注（19）55頁。

23) 大村『新・家族法——たそがれ時の民法学』（2025、有斐閣）247頁。なお、大村は、今日では752条にも強制できない義務は含まれているから、貞操義務を752条に書き込むことに障害はなく、家庭生活維持義務との関連を明らかにしたうえで、むしろ貞操義務が夫婦の義務であることを明確化したほうがよいともいえるとする（同前）。

24) 中川善之助・前掲注（21）218頁。

25) 大村『新基本民法7 家族編 女性と家族の法』（2014、有斐閣）79頁。

するが故に全面的に第三者の責任を否定することは、「不貞の自由」を許す側面ばかりが強調されることにつながり、結局は婚姻をより一層脆弱なものにすることが懸念されるとして、現状を前提とする限り、原則的に第三者の責任を肯定する判例の立場はやむをえないものといわざるをえない、とする²⁶⁾。そのうえで、被侵害利益を「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」と構成することは、婚姻関係が維持されている場合の請求を、被侵害利益なしとの理由で正面から排斥することによって、もっとも有効と思われると評価する²⁷⁾。

前田陽一は、「債権が債権者と債務者の間の問題であっても、債権侵害の不法行為が成立しうることや、民法が婚姻共同生活をいろいろな面から法的に保護していることに照らせば、第三者の不法行為の成立を一切否定するのは行きすぎである」が、「判例のように行為態様を問わず過失による侵害でも不法行為の成立を認めることは、逆に成立範囲を広くしすぎている」として、「保護法益がそれほど権利性の高いものではないことから、少なくとも第三者の害意によって婚姻共同生活の平穏が侵害された場合には、不法行為の成立を認めてよいだろう」とする²⁸⁾。

(4) 人格権・人格的利益

被侵害利益として、人格権・人格的利益を挙げるのが潮見佳男である。

潮見は、「不貞相手である第三者に対する不貞慰謝料・離婚原因慰謝料・破綻原因慰謝料の請求では、不貞相手である第三者の行為により、〈夫又は妻としての地位〉が侵害されたかどうか、決定的な意味を有する」とするが、「ここに言う〈夫又は妻としての地位〉は、多義的であり、学説の多数が「婚姻相手が第三者と不貞行為をしたことによって婚姻共同生活上の夫又は妻としての地位が侵害されたと捉える」（第三者による貞操請求権の

26) 辻朗「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」判例タイムズ1041号（2000）34頁。

27) 辻・前掲（26）35頁。

28) 前田陽一ほか『民法Ⅵ 親族・相続（第7版）』（2024、有斐閣）64頁〔前田陽一〕。

侵害と構成する立場はこの一種）のに対し、自らは「婚姻相手が第三者と不貞行為をしたことによって他方配偶者の人格権・人格的利益ないし名誉（この者に対する社会的評価）に対する侵害がされた」と捉える立場を支持すると表明している²⁹⁾。これは、「夫婦それぞれは独立対等の人格的主体であって、相互に身分的・人格的支配を有しないのであるから、夫婦の一方が自らの意思に基づき不貞行為にかかわった以上、加担をした第三者に夫婦関係（婚姻共同生活）の侵害や『配偶者としての地位』の侵害を理由として賠償責任を導く——権利・法益侵害に対する故意・過失を肯定する——のは適切ではない」³⁰⁾との理解を背景とするものと考えられる。

これは、例えば、上記(2)の見解が、XY 間には貞操請求権があることを前提として、Z との関係もその貞操請求権の延長線上で検討する、すなわちいずれの場合においても貞操請求権を被侵害利益として措定するのは顕著な対照をなしている。潮見においては、この二つの関係が截然と区別されているのである——「夫婦関係（婚姻共同生活）が侵害されたという点や、『配偶者としての地位』が侵害されたという点については、婚姻法・離婚法の枠組みを用いて、夫婦間不法行為の問題および婚姻破綻を規律する諸規定の適用問題として処理すべきである。第三者との関係は、せいぜい、これとは別に、純粹の、すなわち、『配偶者としての』という形容詞を付さない一般的な人格権侵害、名誉毀損の枠組みで処理するのが相当である。」³¹⁾。

2 不法行為の成立を認めない見解

この見解は、X に対する Y の不法行為の成立を認めるが Z の不法行為の成立は認めないもの、Y の不法行為自体が成立しないとするものに分かれる。ただ、いずれにせよ Z との関係では被侵害利益がないと考えるもの

29) 潮見佳男「不貞相手である第三者に対する離婚慰謝料の請求の可否」家庭の法と裁判24号（2020）119頁。

30) 潮見『不法行為法 I（第2版）』（2009、信山社）228頁。

31) 同前。

であるから、以下では、なぜ Z との関係で不法行為の成立を認めないのか、という点については必要最小限度の言及にとどめる。

(1) Y の不法行為の成立を認める見解

この見解は、夫婦間には貞操義務が存在することを前提とする。

水野紀子は、「婚姻当事者間では、男女を問わず、深刻な婚姻義務違反であり、強い違法行為である。しかしその義務違反について不法行為の違法性を問うことができるのは、あくまでも婚姻当事者間であるとせざるを得ない。」³²⁾とする。また、夫婦間においても不貞行為が不法行為とならないとする解釈が主張されるようになってきていることに対し、「婚姻という約束の中核には相互の貞操義務がある」として、(現段階では)上記の解釈を採用しないと明言する³³⁾。

前田達明は、上野雅和の「貞操義務を夫婦の自発的意思により守らせ、その違反を原則として夫婦内に止めるという思考」³⁴⁾を「誠に卓見であり、私も同意見である」³⁵⁾とし、貞操義務は、債権的な権利義務であって、配偶者間のみの規範として遵守さるべきものと解する。そして、義務者自身のみが、その義務違反についての法的サンクションを受けるのであって、それに加担した相姦者の行為は、義務者(姦通配偶者)の自由意思行為に取り込まれて、不法行為を構成しないと結論付ける³⁶⁾。

32) 水野「不貞の相手方に対する慰謝料請求」円谷峻＝松尾弘編代『損害賠償法の軌跡と展望』(2008) 147～148頁。

33) 水野「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(2020) 534頁。

34) 上野雅和「夫婦間の不法行為」奥田昌道ほか編『民法学 7 親族・相続の重要問題』(1985、有斐閣) 91～92頁(なお、上野は「貞節義務」とする)。

35) 前田達明『愛と家庭と 不貞に基づく損害賠償請求』(1985、成文堂) 296頁。

36) 前田達明・前掲注(35) 302～303頁。

(2) Yの不法行為の成立を認めない見解

この見解は、夫婦間には貞操義務が存在するが、それは法的義務ではないとする。

この嚆矢となったのが、上野雅和の見解³⁷⁾であり、これをより具体化・精緻化させたのが松本克美である。

松本は、「性は各人にとって最もプライバシーにかかわる問題であり、自己決定権が最も尊重される領域である」から、「不貞を不法行為と評価する前提に位置付けられている『貞操義務』や『貞操を求める権利』或いはそこから派生する配偶者に『性交を要求する権利』は、その実現が法によって強制されたり、或いはその侵害を不法行為として不貞配偶者やその相手方に損害賠償請求したりするできるという意味での法的な「権利」や「義務」ではない」との前提に立つ³⁸⁾。そうすると、「配偶者が婚姻外で性的関係を結ぶ行為は、夫婦間のモラルの問題や離婚原因にはなりえても不法行為や債務不履行として法が加入すべき問題にならないと解すべきことになり、それゆえ、「貞操『義務』という言葉を使うとしても、それは婚姻上のモラルの問題であって、契約上の債務としてその違反が債務不履行責任を生じさせるとも捉えるべきではない」と断ずる³⁹⁾。

37) 上野・前掲注 (34) 論文参照。

38) 松本克美「『不貞慰謝料』の消滅時効の起算点」判例評論434号(1995) 201頁。

39) 松本「貞操義務の非法化」二宮周平編集代表『現代家族法講座 第2巻 婚姻と離婚』(2020、日本評論社) 157頁。二宮周平『家族法(第6版)』(2024、新世社) 62頁もこれを支持する。他に貞操義務をこのように把握するものとして、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』(1991、日本評論社) 98頁、有地亨『新版家族法概論(補訂版)』(2005、法律文化社) 71～72頁がある。

また、長野史寛「判例解説：最判平成31・2・19民集73巻2号187頁 不貞相手方に対する『離婚に伴う慰謝料』請求の要件」道垣内弘人＝松原正明編『家事法の理論・実務・判例4』(2020、勁草書房) 148頁は、配偶者が他方配偶者以外の者と不貞行為に及ぶことは「離婚や損害賠償という制裁の留保の下ではあるが、人格的自由の行使として法的に正当視されている」と指摘し、「そうであれば、このように法的に正当視される行為に関与したに過ぎない不貞相手方が責任を負うべき理由はない」とする。その背景には、「誰と性交渉を持つかということは人格の核心部分に関わる事柄であることからすると、婚姻関係に入り

Y との関係で不法行為が成立しない以上、Z との関係でも不法行為が成立する余地はないのか。これについては、Z が「婚姻共同生活の平和」の破壊を目的として、Y を誘惑したというような害意がある場合に限り、Z の行為が不法行為になる可能性があるとする⁴⁰⁾。ここでは、潮見の見解と同様に、Y との関係と Z との関係とが截然と区別されている。もっとも、潮見とは異なり、Y との関係では（少なくとも貞操請求権侵害を理由としては）不法行為が成立する余地はなく、Z との関係では、不法行為が成立するとすれば、その場合の被侵害利益は「婚姻共同生活の平和」であるとされている。

また、成澤寛は、夫婦間の損害賠償を「一般的法益侵害行為」の場合と「(貞操義務等の) 婚姻義務違反」の場合とに区別した上で、後者については、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」と結論付ける⁴¹⁾。成澤がこのような結論に至る根拠は、以下の点にある⁴²⁾。すなわち、まず、婚姻義務によって保護されるべきは、個々の配偶者の権利・利益というよりも「婚姻共同生活そのもの」であり、個々の配偶者の利益は、婚姻共同生活が維持されることの「派生的な利益」とであると捉える。このことから、婚姻が継続している間は、夫婦間の自律的処理や家事審判法等の手段によるべきであり、「不法行為を肯定するだけの違法性を持ちえない」と解するのである。

貞操義務を負担した配偶者であっても、不貞行為が離婚や損害賠償というサンクションを伴うことは格別、配偶者以外の者と性交渉に及ぶことそれ自体が現実に禁止されることは人格的自由の侵害として許されない」(同148頁) とする考え方がある。

40) 松本・前掲注 (39) 157～158頁。

41) 成澤寛「離婚慰謝料と不貞慰謝料に関する理論的考察——広島高判平成一九年四月一七日家月五九卷一一号一六二頁を契機として」岡山商大法学論叢17号 (2009) 124頁。

42) 成澤・前掲注 (41) 123～124頁。

Ⅲ 検討と試論

ここまで、主に X の Z に対する請求の可否を検討する場面で現れる被侵害利益について整理を進めてきた。以下では、それらの被侵害利益が、X の Y に対する請求、すなわち夫婦間での請求においても妥当するのかを検討し(1)、それを踏まえた上で本稿の試論を提示する(2)。

1 各被侵害利益の検討

(1) 夫または妻としての権利

この被侵害利益の特徴は、その広範性にある。すなわち、先に紹介した竜寄の分析を借りれば、貞操信頼権、夫婦名誉権、家庭平和権といった性質の異なる複数の利益を一つに包括する点である。この構成は、Y の不貞行為により X が受けた精神的苦痛を漏れなく救済の対象とすることにつながるため、X にとっては有用なものと評価できる。

しかし、この構成は、この広範さゆえに、二つの問題を内包している。第一に、なぜ「夫または妻としての権利」として包括する必要があるのかという点である。すなわち、個別の権利侵害として構成すれば足りるのではないかという疑問が生じる。第二に、「夫または妻として」という表現が、配偶者への排他的支配権という発想を内包しているのではないか⁴³⁾という懸念である。

まず第一の「疑問」に対しては、不貞行為においてこれらの利益侵害が個別に問題となることは稀であり、個別の被侵害利益を措定しても実益に乏しいとの反論が想定される。事実、竜寄も諸権利は「すべて精神的平和の名で包括しうるもの」⁴⁴⁾と指摘しており、このことからすれば、「夫または妻としての権利」という構成の主眼は、個別の権利保護よりも、むしろ

43) 水野・前掲注 (33) 525頁。

44) 竜寄・前掲注 (17) 18頁。

X の「精神的平和」を包括的に救済する点にあると解される。

しかし、この「精神的平和」を主眼とする構成は、その抽象性のゆえに新たな問題を生じさせる。すなわち、X の「精神的平和」の侵害と、X の「精神的苦痛」は、ほぼ重なり合う。そうすると、不貞行為によって X に精神的苦痛が生じたという事実が、そのまま利益の侵害を意味することになり、不貞行為の存在が認定されれば、ほぼ自動的に不法行為が成立するという論理的帰結に至る。本稿冒頭で指摘した、今日の下級審実務における傾向（不貞行為が認定されればほぼ不法行為が成立する）は、この論理構造を背景に持つものとも評価でき、昭和54年判決が依然として裁判実務に強い影響を及ぼしていることを示唆している。

第二の「懸念」は、「夫または妻として」という表現が、「夫（妻）であるから妻（夫）に要求できる」というニュアンスを含むことによるものと推察される。このことは特に次項でも検討する貞操をめぐる問題で顕在化するものと思われる。すなわち、「夫（妻）であるからこそ、自分以外の者と性関係を持たないことを妻（夫）に要求できる」という形である。これは裏を返せば、妻（夫）に対する第三者の性的干渉を排除できるということにつながりうる。このようなことができるとすれば、それは婚姻により相互に排他的な人格の支配権を有するに至ったためであると考えられる。そうすると、「夫または妻として」という表現は、「配偶者への排他的支配権」の存在を言外に含んでいると考えることは不当なことではない⁴⁵⁾。

(2) 貞操請求権

貞操請求権を被侵害利益とする構成は、その前提となる貞操義務（夫婦間以外で性関係をもたない不作為義務）が、単なる道徳的義務にとどまらず法

45) 角田由紀子『性の法律学』（1991、有斐閣）128頁は、「個人の独立と尊厳を何より大切な価値と考えるのが、現在の人権感覚であるとするれば、たとえ配偶者であろうと他者の心や生殖器や性的諸能力について独占的排他的使用権というべきものを認める『法的権利』は存在しない」と述べる。

的義務であるという点に立脚する。この義務が法的義務であるならば、それに違反するものである不貞行為に対しては、差止めや損害賠償といった法的救済が想定されうる。

しかし、この構成は、性的自己決定権との関係で以下のような問題に直面する。

まず、不貞行為の差止めは、松本らが指摘するように、個人の性的自己決定権を直接制約するため、困難ではないかと考えられる。これに対し、婚姻によって性的自己決定権は制約されるとの反論⁴⁶⁾もありうるが、仮にその反論を容れると、次の段階でより大きな問題に直面する。

すなわち、婚姻によって配偶者以外との性的関係を持つ自由が法的に制限されるのであれば、論理的帰結として、配偶者との性的関係を持つ権利（性交請求権）が法的に保障されなければ、当事者の性的欲求は完全に封殺されることになり、妥当でない。

では、この性交請求権は保障されるのか。大村敦志は、正当な理由なき性交拒絶が離婚原因となりうることから、性交請求権そして他方の応諾義務を「あると考えるべきかもしれない」としつつも、自力救済は許されず、強要はできないとする⁴⁷⁾。意に染まない性交渉を拒否する権利もまた、性的自己決定権の中核部分であるから、この結論自体は妥当である⁴⁸⁾。しかし、仮に性交請求権の侵害に対する損害賠償請求を認めたとしても、相手

46) この点につき、岡林伸幸「不貞行為に基づく慰謝料請求権」末川民事法研究7号（2021）10頁は、「確かに日本国憲法13条は性的自由を認めているが、その保障の程度は思想良心の自由（憲法19条）のように絶対的に無制限に保護されるようなものではなく、『公共の福祉』により合理的な制約を受けるものである。したがって、夫婦間に貞操義務がある以上、それに対応する守操請求権が存在し、性の自由を拘束することは可能である。」とする。もっとも、この場合、「公共の福祉」が具体的に何を意味しているかは判然としない。

47) 大村・前掲注（25）85～86頁。

48) もっとも、正当な理由がない場合は拒否できないとする考え方もありうるが、そもそも正当性の判断基準の設定は困難であると考えられるし、また性関係を望むか（これには、性関係をもつこと自体を望むか、誰と性的関係をもつことを望むか、の双方を含む）どうかは個々人の主観に依存するものであり、またそのことは当然のことであるから、客観的な基準をもってその当・不当の判断を行うことは妥当でない。

は性交渉を拒絶し続けることができるわけであるから、その限りにおいて、一方配偶者の性的欲求が封殺される状況に変わりはない。

このように、仮に貞操義務を法的な義務とし、相互に貞操請求権を有することを認めることは、結果的に、婚姻関係に入ることにより婚姻当事者の性的欲求自体が封殺されるおそれを生じさせることになる。そのため、貞操請求権を不貞行為における被侵害利益とすることには、賛成できない。

(3) 婚姻共同生活の平和の維持という権利または利益

この被侵害利益にも、水野が指摘する「破綻と不貞の各時期」の認定困難性や、「夫または妻としての権利」と同様の概念の抽象性といった問題は残るが、ここでは異なる観点から以下の点を指摘しておきたい。

この構成の最大の機能は、辻が指摘するように、婚姻関係が破綻していない場合の請求を「被侵害利益なし」として排斥する点にある。しかし、このことは裏を返せば、婚姻関係が維持されている限り、不貞行為は不法行為を構成しないという論理的帰結を導きうる。その背景には、婚姻の継続をもって不貞行為を宥恕したものとみなす思考⁴⁹⁾が存在すると考えられる。

しかし、この「婚姻の継続＝宥恕」という擬制は、必ずしも現実的ではない。すなわち、不貞行為によって深刻な精神的苦痛を受けながらも、経済的事情や子の存在など、様々な要因から離婚に踏み切れない配偶者は少なくない。このような場合に、婚姻を継続しているという事実のみをもって、その精神的苦痛に対する法的救済の道を閉ざすことは妥当ではない。むしろ、「宥恕」とは、法的手段に訴えないという積極的な行動選択によって評価されるべきであり、婚姻の継続という状態から自動的に推認されるべきではない。

したがって、不貞行為があったにもかかわらず婚姻関係を継続している場合にも、その不法行為性を肯定する必要性は大きい。この要請に応えら

49) 有地「不倫をめぐる損害賠償請求の諸問題」ケース研究242号(1995)10頁。

れない点で、「婚姻共同生活の平和の維持」を被侵害利益とすることは、適切ではないというほかない。

(4) 人格権・人格的利益

Yの不貞行為によりXの人格権・人格的利益が侵害されるという構成は、一見すると最も妥当性が高いように思われる。不貞行為が「配偶者に対する最大の精神的DV」⁵⁰⁾と評されるように、個人の尊厳や人格を深く傷つけ、精神的苦痛を生じさせる行為であること自体は論を俟たないからである。また、わが国の裁判例が、侵害された権利・利益を具体的に特定せずとも、精神的苦痛の発生をもって広く人格権侵害を認定する傾向にあること⁵¹⁾とも整合する。

しかし、この構成もまた、「人格権」という概念の多義性と抽象性に起因する問題を抱えている。

第一に、人格権の多義性は、権利の衝突を引き起こす可能性がある。すなわち、不貞を行ったYの性的自己決定権も人格権の一内容であると同時に、それによって精神的平和を乱されたXの利益もまた人格権として保護されうる。両者を「人格権」という同じレベルで捉える限り、なぜ一方が他方に優先するのかを論理的に説明することは困難である。こうした点から、水野は、「人格権という言葉が与える不可侵のイメージは、この問題にはふさわしくなく、それを「民事法分野で単純に強調することには危険がある」と指摘する⁵²⁾。

第二に、人格権の抽象性は、その範囲の無限定化を招く可能性がある。夫婦は共同生活を営む以上、夫婦間で日常的に感情の対立や精神的苦痛が生

50) 水野・前掲注(33)534頁、同「婚姻の効果を考える」法学教室494号(2021)92頁。

51) 木村和成「近時の裁判例にみる『人格権』概念の諸相」立命館法学363=364号(2016)153頁。また、人格権概念の意義が「個人の尊厳や人格そのものを保護するという理念的な部分にある」(木村「わが国における人格権概念の特質(二・完)」摂南法学35号〔2006〕99~100頁)こととも整合する。

52) 水野・前掲注(32)140頁。

じることは避けられない。そのすべてを人格権侵害として構成しうるとすれば、そもそも婚姻共同生活の維持自体が困難になりかねない⁵³⁾。

したがって、夫婦それぞれが人格権を有することは当然の前提としつつも、不貞行為の文脈でそれを被侵害利益として措定するためには、その内容をより具体的に特定する作業が不可欠となる。

2 試 論——被侵害利益としての「期待」・「信頼」

ここでは、これまでの議論を踏まえ、被侵害利益として、婚姻によって生ずる「期待」・「信頼」を提示したい。

(1) 婚姻により生ずる「期待」・「信頼」

三島宗彦は、強姦の文脈で、夫は「妻の純潔についての期待権をもっている」と述べている⁵⁴⁾。今日ではこの表現自体をそのまま受け入れることは難しいが、婚姻関係から法的に保護されるべき「期待」が生じうるという着眼点には示唆に富むものがある。

ある調査によれば、わが国における不倫経験者の割合は、調査対象者(既婚者)の3割近くに上るとされている⁵⁵⁾。しかし、夫婦の大半は、少なくとも婚姻当時には、配偶者に対して「自分以外の者と性関係をもたない」という「期待」・「信頼」を抱いているはずである。これは単なる主観的な希望ではなく、婚姻という法制度によってその正当性が裏付けられた「期待」・「信頼」である。そして、この「期待」・「信頼」のもとに婚姻共同生活が営まれてゆくのである。

53) 水野・前掲注(32)146頁も、身体や生命の侵害による「精神的苦痛」は当然のことであり、精神的暴力やハラスメントによる精神的被害も加害行為が立証できれば賠償の必要はあろうが、それに到らない愛情や信頼の自然な喪失による「精神的苦痛」までを不法行為の保護対象とするのは、あまりに過大である、とする。

54) 加藤一郎編『注釈民法(19)債権(10)』(1965、有斐閣)92頁〔三島宗彦〕。

55) 五十嵐彰＝迫田さやか『不倫——実証分析が示す全貌』(2023、中公新書)51頁。なお、この割合は、国際的に見ても特殊なものとはいえないとされている(53頁)。

(2) 「期待」・「信頼」の法的保護

「期待」・「信頼」は、その内容が個々人の主観に依存するため、常に法的保護の対象となるわけではない。しかし、判例においても、一定の要件下でこのような「期待」・「信頼」が法的に保護される利益となりうるが示されている。ここでは、婚姻関係とは異なる事案ではあるが、二つの判例を取り上げる。

まず、最判平成20年6月12日民集62巻6号1656頁（放送番組の取材に関する事案）は、取材担当者が特定の放送内容を約束し、それが客観的に見ても取材対象者が取材に応ずる意思決定の原因となった場合、その内容通りに放送されることを「期待、信頼したことが法律上保護される利益となり得る」と判示した。本判決については、「契約締結上の過失の成否が問題となっているような財産的利益に関する期待等は、生命、身体のような重要な人格的利益に関する期待的利益と比較して、一般に要保護性の点において脆弱であることは否め」ず、「本件で問題となっている番組の趣旨・内容等……についての取材対象者の期待等というものは、財産的利益に関するものというよりは、人格的な側面が強いものと思われるけれども、社会的に価値のあるものとして一般的に承認されているとはいえず、やはり要保護性の点においては強度なものとはいえない」が、「これがおよそ法的保護の対象となり得ないと断定することもできない」との説明⁵⁶⁾がある。

次に、最判平成21年12月10日民集63巻10号2463頁（学校教育の内容に関する事案）は、学校が生徒募集の際に説明した教育内容が変更された場合、それが社会通念上是認できない程度のものであれば、親の「期待、信頼を損なう違法なものとして不法行為を構成する」とした。これについては、「学校が子に対して施す教育内容等についての期待、信頼が裏切られた場合に、在学契約の当事者である生徒による責任追及とは別に、親による責任追及の余地を認めることは、むしろ一般の法感情にも合致するものと考えられ、

56) 加藤正男「本件判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇（平成20年度）』（2011、法曹会）368頁。

その期待を単なる主観的感情利益にすぎず、法律上保護される利益ではないとして一律に不法行為法上の救済を否定することは相当ではなかろう」との説明⁵⁷⁾がある。

これらの判例は、当事者の関係から直ちに生じるとはいえない「期待」・「信頼」であっても、一方当事者の特定の行為や言動によって他方当事者が重要な意思決定を行い、その期待が当該関係の本質的な部分に関わる場合などには、それらが法的に保護される利益となりうることを示している。これらの判例が示す判断枠組みは、婚姻という包括的かつ人格的結合関係から生じる「期待」・「信頼」を法的に保護される利益として構成する上で、重要な示唆を与える。

(3) 婚姻によって生ずる「期待」・「信頼」の法的保護の可能性

前項で紹介した判例は、取材対象者や親が抱く「期待」・「信頼」について、その要保護性は必ずしも高くないものと評価しつつも、一定の要件下で法的保護を与えている。

これに対し、婚姻当事者が抱く「自分以外の者と性関係をもたない」という「期待」・「信頼」は、これらの事案における「期待」・「信頼」よりも、はるかに要保護性が高いと評価すべきである。その理由は、以下の点にある。

第一に、その「期待」・「信頼」自体の重大性である。先の判例における「期待」・「信頼」の侵害は、少なくとも当事者の生活基盤を揺るがすものではない。しかし、婚姻関係における、「自分以外の者と性関係をもたない」という「期待」・「信頼」の侵害、すなわち不貞行為は、一方配偶者に深刻な精神的苦痛を与えるだけでなく、家庭という生活基盤そのものを崩壊させる危険を内包している。

第二に、その「期待」・「信頼」の性質が、単なる主観的な感情利益の域を超えている点である。婚姻の当時、当事者はそれぞれ互いに「自分以外

57) 西田隆裕「本件判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(平成21年度下)』(2012、法曹会)918頁。

の者と性関係をもたない」ことへの「期待」・「信頼」を抱いているはずである。むしろ、そうであるからこそ婚姻することを決断したと考えるのが自然であるから、その「期待」・「信頼」は、少なくとも婚姻当時には当事者の大多数が共有していたと考えられ、もはや純粋に主観的な利益とはいえない。

第三に、その「期待」・「信頼」を保護しても、相手方の行為を制約する可能性は小さい点である。先の判例では、放送事業者の編集権や学校の教育的裁量といった、相手方の自律的判断への配慮が必要であった。しかし、不貞行為の場面において、相手方すなわち Y にそのような配慮の必要はない。

もちろん、Y にも性的自己決定権は存在する。しかし、本稿が提示する「期待」・「信頼」の保護は、不貞行為の差止めを認めるものではなく（すなわち「権利」とまでは構成しない）、あくまで事後的な損害賠償による救済を認めるにとどまる。したがって、これは Y の性的自己決定権の行使そのものを法的に制約するものではなく、その行使によって X の保護されるべき利益を侵害した結果について、法的責任を問うものにすぎない。

おわりに

本稿は、不貞行為における被侵害利益として、婚姻によって生ずる「自分以外の者と性関係をもたない」という「期待」・「信頼」という被侵害利益を提示した。この構成は、「夫または妻としての権利」や「人格権」といった従来の包括的な概念よりも内容が明確であり、かつ貞操請求権のように性的自己決定権との理論的矛盾をきたすこともない。本稿が提示した「期待」・「信頼」という新たな被侵害利益は、従来の議論が抱えていた問題点を克服しうる一つの可能性を示すものである。

もっとも、本稿の検討は、あくまで被侵害利益の特定という不法行為の一要件に関する考察にとどまる。不貞行為が不法行為を構成するか否かを最終的に判断するためには、他の成立要件との関係を検討する必要がある。

この点については、離婚自体慰謝料請求との関係、不貞相手に対する請求の是非等も含め、稿を改めて論じることとしたい。