

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——

中 川 淳

- 一 はじめに
 - 二 不貞の相手方にたいする慰籍料請求の性質
 - 三 慰籍料請求権の消滅時効
 - 四 共同不法行為責任の性質
- 一 はじめに

夫婦の間の権利・義務の一つとして、相互に貞操を守る義務（守操義務）があげられている。わが国の民法には、直接このような権利・義務の規定は設けられていないが、間接的に不貞行為が離婚原因となるという規定が定められている（民七七〇条）。

不貞行為の社会現象は、いまもむかしも変わらず存在しているが、これが法律上の紛争として裁判所で争われること

不貞行為と共同不法行為責任について

同志社法学 四九卷六号 一一三（一九五三）

が多くなってきた。不貞行為は、夫婦の間においては、離婚原因となり、慰藉料（損害賠償）の問題となるとともに、不貞の相手方にたいする慰藉料請求というかたちで、夫婦の間の問題から関係者にひろがっていく。

不貞行為は、夫婦の一方（不貞配偶者）が、他方（被害配偶者）を差し置いて、別の異性（不貞の相手方）と同棲などの貞操義務に反する行為をすることである。普通のかたちは、被害配偶者が、不貞配偶者にたいして、離婚とあわせて慰藉料等の請求をすることになるが、さらに、不貞の相手方にたいしても、共同不法行為者として、慰藉料の請求をすることが、近時、目につくようになってきた。

本稿においては、最近の最高裁判例のなかに、不貞行為と不法行為にかんするものがいくつか公表されているので、その立場を紹介し、その論点の検討を試みようとするものである。

- (1) 第一判例 不貞の相手方にたいして被害配偶者の慰藉料請求を認めた昭和五四年三月三日の最高裁判例。
- (2) 第二判例 被害配偶者の慰藉料請求権の消滅時効にかんする平成六年一月二〇日の最高裁判例。
- (3) 第三判例 不貞配偶者と不貞の相手方との共同不法行為による慰藉料（損害賠償）債務について民法四三七条（免除の絶対的効力）の規定が適用されなかったとした平成六年一月二四日の最高裁判例。

(1) 最高判昭和五四年三月三日民集三三卷二号三〇三頁（東京ケース）、家裁月報三二卷八号三五頁（大阪ケース）。

(2) 最高判平成六年一月二〇日家裁月報四七卷一号一二二頁。

(3) 最高判平成六年一月二四日判例時報一五一四号八二頁、判例タイムズ八六七号一六五頁。

二 不貞の相手方にたいする慰藉料請求の性質

1 最高裁判例の概要

不貞の相手方にたいして被害配偶者が慰藉料請求をするケースは、最高裁判例集には、ほとんど掲載されていない。昭和五四年三月三〇日の判例が、久振りの掲載である。もっとも、この最高裁判例は、不貞の相手方にたいして未成熟子が慰藉料請求をしたことにより重要な意味をもつものというべきであるが、それでもなお、被害配偶者の慰藉料請求について、その考え方を示したものとしてなお重要性を失っていない。

昭和五四年三月三〇日の最高裁判例は、同時に二つの上告審判断をしているが、いずれも未成熟子をもつ夫婦の一方が異性と性的関係（同棲）を生じたことによって、夫婦と未成熟子との家族関係が破壊されたケースであり、被害配偶者と未成熟子が不貞の相手方にたいして慰藉料請求をしたものである。一つは東京高裁の上告審（東京ケースという）であり、もう一つは、大阪高裁の上告審（大阪ケースという）である。

東京ケースは、夫が妻子をかえりみず他の女性のもとに走ったものである。X女（原告・被控訴人・上告人）は、Aと昭和三三年七月婚姻し、その間に三人の女子が出生した。ところが、夫Aは、昭和三三年に銀座のアルバイトサロンのホステスY女（被告・控訴人・被上告人）と知りあい、Y女は、Aに妻子のあることを知りながら、Aと肉體関係を結んだが、Aにはとくに金員を貢がせることなく、また、経済的に自力で養育しようと確信し昭和三五年一月に一女を出産した。AとY女との関係は、昭和三九年ごろ妻X女の知るところとなり、X女がAに不貞行為を非難し

たことから、Aは妻子のもとを去り、昭和四二年から東京でY女と同棲するに至り、その関係は現在まで続いている。Y女は、昭和三九年に銀座にバーを開業し従業員を雇い、さらに昭和四七年には赤坂に支店を増設し営業を發展させた。そこで、X女がY女にたいして慰藉料請求をした。第一審(東京地裁)は、「X女はY女がAと右同棲したことにより、Aに対し貞操を要求する権利を侵害された他、Aの妻として同人と共同生活を営む権利、愛情的利益を侵害された」として、慰藉料三〇〇万円を認めたとした。しかし、第二審(東京高裁)は、慰藉料請求を否定した。すなわち、「AとY女とは、Aのさそいかけから自然の愛情によって情交関係が生じたものであり、Y女が子供を生んだのは母親として当然のことであって、Aに妻子があるとの一事でこれらのことが違法であるとみることが相当ではなく、またAとX女との婚姻生活は、右X女がAとY女との関係を知り、Aが別居した昭和三九年六月に破綻するに至ったものと認めるのが相当である。そして、この別居はAがX女に責められ愛情を全く喪失したために敢行されたものであって、Y女がAと同棲を求めたものではなく、Y女に直接責任があるということとはできない。そしてAとY女が同棲生活に入ったのは、前記認定のとおり、AとX女との婚姻生活が既に破綻した後であって、しかもAの方からY女のもとに赴いたものであって、これをもってY女に違法があるとするとはできない」と判示した。

最高裁判例は、妻X女の慰藉料請求を認め、「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もの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の苦痛を慰謝すべき義務がある」と判示した。

大阪ケースは、東京ケースと当事者が男女入替っており、妻が家庭を捨てて独身の男性と不倫の関係にはいったものである。X（原告・控訴Ⅱ被控訴人・被上告人）は、A女と昭和二九年一二月婚姻し、その間に三人の男子が出生した。ところが、妻A女は、昭和四五年に勤務会社のメキシコ駐在員に命ぜられたY（被告・被控訴Ⅱ控訴人・上告人）の送別同窓会に出席し、それ以後二人の交際がはじまり、A女はYに逢うため単身メキシコに渡り、肉体関係をもち、それを知った夫はYとの関係を絶つよう説得したが、A女は、聞きいれず、昭和四九年一〇月メキシコに渡りYと同棲し現在に及んでいる。

そこで、XがYにたいして慰藉料請求をした。第一審（大阪地裁）は、夫Xの慰藉料を認めた。すなわち、「YはA女の不貞行為を容認し、これに加担し、共同してXの守操請求権を侵害していること明らかで、不法行為の責を免れない」と判示した。第二審（大阪高裁）は「第三者が妻と不倫な関係を結んで、当該平和な家庭を破壊したときは、夫の守操請求権、……精神的利益の侵害をも理由として不法行為の成立を肯認しうると解するのが相当である」とした。最高裁判例は、東京ケースと同様に、夫の慰藉料請求を認めた。

2 判 例

夫婦の一方が異性と性的関係を生じたために、他方が右異性にたいして慰藉料請求をしたケースについては、大審院当時、すでに若干の肯定的判例が存在している。

明治三六年一〇月一日の大審院判例は、「夫ハ妻ニ対シ貞操ヲ守ラシムル権利アルモノナレハ本件上告人カ被上告

不貞行為と共同不法行為責任について

同志社法学 四九卷六号

一一七（一九五七）

人ノ妻ト姦シタルハ即チ本夫タル被上告人ノ夫權ヲ侵害シタルモノト云ハサルヲ得ス故ニ原院カ夫權ノ侵害ニ対スル賠償ヲ許容シタルハ不法ニアラス」と判示し⁽¹⁾、また、明治四一年三月三〇日の大審院判例は、「人ノ妻ヲ姦シタル者ハ本夫ノ夫權ヲ侵害シタルモノニシテ之ニ因リ本夫カ名譽ヲ毀損セラレ精神上悲痛ヲ感スルニ至リタルトキハ姦夫ニ於テ慰藉料ヲ支拂フヘキ義務ヲ有ス何トナレハ是不法行為ニ因ル損害賠償ニ外ナラサレハナリ」と判示し⁽²⁾、妻と姦通した相手方男性は、夫に対して不法行為責任を負うべきことを認めた。この当時の判例・学説は、不法行為の要件である「権利侵害」を明確な権利構成として捉え、妻の姦通が夫にたいする不法行為となるという理論構成として、夫が妻に貞操を守らしめる権利（守操請求権）または夫の名譽権を基礎に置いた「夫權」の侵害という構成をとった。

その後、大正一五年七月二〇日の大審院判例は、二つの意味で注目することができるといえる。一つは、夫婦の一方の姦通が、「共同生活ノ平和安全及幸福ヲ害スル」違法な行為と評価しようとする姿勢を示したことである。ただ、判例そのものが、この点を明確にはしていない。すなわち、「離婚ハ夫婦ノ共同生活ヲ目的トスルモノナレハ配偶者ハ互ニ協力シテ其ノ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ保持セサルヘカラス然リ而シテ夫婦カ相互ニ誠実ヲ守ルコトハ其共同生活ノ平和安全及幸福ヲ保ツノ必要条件ナルヲ以テ配偶者ハ婚姻契約ニ因リ互ニ誠実ヲ守ル義務ヲ負フモノト云フ可ク配偶者ノ一方カ不誠実ナル行動ヲ為シ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ害スルハ即チ婚姻契約ニ因リテ負担シタル義務ニ違背スルモノニシテ他方ノ權利ヲ侵害スルモノト謂ハサルヘカラス」と判示した⁽³⁾。この大審院決定については、夫およびこれと同棲する異性の行為、したがって、夫婦の間の共同生活を破壊する行為は、それがいかなる権利の侵害となるかを問わなくても違法なものと判断しうるとみななければならないことを指摘する学説があらわれた⁽⁴⁾。その当時、す

でに判例においても、「権利侵害」の権利概念を拡張する解釈の方向をたどらず、違法性理論によって、「権利侵害」の要件を理解しようとする方向に、大学湯事件を契機として、⁽⁵⁾ 転換しようとしていた時期であった。このような「権利侵害」から「違法性」への転換という背景をとおして、大正一五年の大審院決定が影響を受けたものと評してよいであろう。

もう一つは、夫婦の貞操義務が相互的なものであることを明らかにしたことである。すなわち、「婦ハ夫ニ対シ貞操ヲ守ル義務アルハ勿論夫モ亦婦ニ対シ其ノ義務ヲ有セサルヘカラス民法第八百十三条第三号ハ夫ノ姦通ヲ以テ婦ニ対スル離婚ノ原因ト為サス刑法第八十三条モ亦男子ノ姦通ヲ処罰セスト雖是主トシテ古来ノ因襲ニ胚胎スル特殊ノ立法政策ニ属スル規定ニシテ之レアルカ為メニ婦カ民法上夫ニ対シ貞操義務ヲ要求スルノ妨トナラサルナリ」と判示している。⁽⁶⁾ 当時の制度としては、民法は、妻の姦通のみを離婚原因とし（旧八一三条一・三号）、また、刑法は、妻の姦通のみを犯罪とし（旧一八三条）、夫の姦通は、離婚原因にも犯罪にもならなかった。したがって、夫の妻にたいする貞操義務、すなわち、夫の姦通した相手方女性が妻にたいして不法行為責任を負うべきかは、民法・刑法の規定との関連で問題となった。両性の平等が認められていなかった明治民法の当時でさえも、夫婦の貞操義務にかんするかぎり、相互的に扱われたことにたいしては、注目してよいであろう。これは、昭和二年五月一七日の大審院判例にも受け継がれ、夫と同棲する異性も共同不法行為者として不法行為責任を負うことを明らかにした。

3 学 説

不貞行為と共同不法行為責任について

同志社法学 四九卷六号

一一九（一九五九）

夫婦の一方（不貞配偶者）と異性（不貞の相手方）が性的関係を生じた場合に、他方（被害配偶者）が不貞の相手方に慰藉料請求をすることができるかを検討するときに、第一に、不貞行為が夫婦関係の破綻または離婚にみちびいた場合（客観的破綻）と、いまだ破綻にいたっていない場合とがある。前掲の判例が貞操・名誉権の侵害として処理したなかに、後者のケースが存するように思われるが、ここでは、前者の夫婦関係を基礎とする家庭が破綻された前者の場合に限定して考察する。

被害配偶者が不貞の相手方にたいして慰藉料請求が認められるためには、不法行為の要件を満たすことが必要である。不法行為の要件にかんしては、近時、学説上その構成・内容について理解の対立がはげしいが、実質的には、故意・過失、権利侵害（違法性）、因果関係が問題となる。

(1) 故意・過失の要件 故意とは、違法な結果の発生すべきことを意図し、またはすくなくともそのような結果の発生すべきことを認識・予見しながら、これを容認してあえて行為する心理状態をいい、過失とは、違法な結果の発生すべきことを認識・予見することが可能であり、または認識・予見すべきであるのに、不注意のために認識・予見しないで行動すること、または、違法な結果の発生を認識・予見して防止すべき注意義務を怠ることである。⁽⁷⁾ 不貞の相手方において、夫婦の一方と継続的な性的関係を結ぶこと（同棲）が健全な夫婦関係を破壊すること（破綻）の認識・予見があり、その容認、不注意または注意義務の懈怠があれば、故意・過失の要件を満たすことになると解される。

(2) 権利侵害 権利侵害の要件については、かつては、夫権という権利概念を明確にして不法行為責任を認め、ま

た、名誉または貞操⁽⁸⁾の侵害にもとづく不法行為責任として理論構成されてきた⁽⁹⁾。学説が、権利概念の拡張という方向をとらないで、違法性理論というかたちで、不法行為における権利侵害の要件が発展してきた。違法性理論によれば、権利侵害とは、違法性の認められる代表的な場合を示したものであり、いわば行為の違法性を象徴するための標識を示すものにほかならず、法によって保護に値する一定の利益が違法な加害行為によって侵害されたときには不法行為が成立するという理論構成が支配的となっていたといえることができる。夫婦関係が破綻してしまうまでにはいたっていない場合には、名誉・貞操の侵害という理論構成によらざるをえないという実益も十分な根拠となりうるが、夫婦関係が破綻または離婚にいたった場合の理論構成としては、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理論構成のほうが、すぐれていると思われる⁽¹⁰⁾。このような立場は、今日の不法行為における権利侵害の要件にかんする支配的見解とも軌を一にしているということになる。

(3) 因果関係 不貞の相手方の行為と被害配偶者の蒙った損害との間に相当因果関係が存在することについては、伝統的な立場にたてば、疑問の余地はないといえよう。

4 若干のまとめ

家族法の考察にさいして、夫婦または夫婦と未成年の子によって構成されるいわゆる婚姻家族Ⅱ核家族の理念が基本となっていることは、改めていうまでもない。この婚姻家族における身分関係と家族関係においては、愛情的利益

が重要性をもち、両者は、密接に結びついたものと解することができる。家族関係の愛情的利益といつても、夫婦関係における愛情的利益と、親子関係における愛情的利益とが同質のものとはいえないが、これらの結合が、婚姻家族における身分関係を支えていることは疑いのないところである。このような愛情的利益は、その侵害・破壊を防がなければ、婚姻家族を維持していくことはできない。したがって、夫婦関係についていえば、婚姻関係の尊重ということとは、その愛情的利益を重視することにほかならない。

家族関係における個人は、財産関係におけるアトミスティックな個人と異なり、夫婦関係または親子関係という一体的または統体的な関係のなかにおける個人ということができるとする。すなわち、身分関係における愛情的利益を担っている個人ということになる。したがって、家族関係がからむ不法行為においては、このような性質をふまえた個人の利益の侵害として把握することが必要である。このような一体的または統体的な性質を無視することは、家族関係における個人を、単なるアトミスティックな個人と同質化することであって、家族関係の愛情的利益の存在を見逃がすことになる。

したがって、家族関係における愛情的利益は、法によって保護に値する利益であると解し、これを侵害・破壊するときには、違法性があるとして不法行為の成立を認め、慰藉料の責任を負わせることは、家族関係の性質をふまえた考えかたといふべきである。⁽¹¹⁾ それは、とりもなおさず、婚姻家族を基本理念として尊重するわが国の憲法、民法の精神に最も適合するものといふことができると思う。

(1) 大判明治三六年一〇月一日刑録九輯一四二五頁。

- (2) 大判明治四一年三月三〇日刑録一四輯三三一頁。
- (3) 大判大正一五年七月二〇日刑集五卷三一八頁。
- (4) 末川博『權利侵害論』三九一頁以下(昭和一〇年・日本評論社)、同『權利侵害と權利濫用』五三五頁以下所収(昭和五年・岩波書店)。
- (5) 大判大正一四年一月二八日民集四卷六七〇頁。
- (6) 大決大正一五年七月二〇日刑集五卷三一八頁。
- (7) 幾代通『不法行為』二五頁(昭和五年・築摩書房)、加藤一郎『不法行為』七〇頁(昭和四九年・有斐閣)。
- (8) 戒能通孝『不法行為に於ける無形損害の賠償請求権(二)』法学協會雜誌五〇卷三号一五〇頁、千種達夫『人的損害の研究』(上)四一頁(昭和四九年・有斐閣)。
- (9) 宗宮信次『貞操侵害の損害賠償』法学新報四四卷九号四四頁Ⅱ同『不法行為論』三二一頁(昭和四三年・有斐閣)。
- (10) 中川淳『家族法の諸問題』二八七・三八八頁(昭和四七年・有信堂)。なお、最高判昭和三三年四月一日民集一二卷五号七八九頁、同昭和三八年二月一日民集一七卷一号一六〇頁参照。
- (11) 中川淳『家族破壊による配偶者とその子の慰藉料』判例タイムズ三八三号六頁以下Ⅱ同『家族法の現代的課題』一三五頁以下所収(平成四年・世界思想社)。

三 慰藉料請求権の消滅時効

1 最高裁判例の概要

平成六年一月二〇日の最高裁判例においては、不貞行為による慰藉料請求権の消滅時効にかんして争われたものである。この事件では、夫A男(大正三年生まれ)と同棲を継続してきたY女(昭和一八年生まれ)にたいして、妻X

不貞行為と共同不法行為責任について

同志社法学 四九卷六号

一三三(一九六三)

女(大正八年生まれ)が慰藉料として五〇〇〇万円を請求したものである。

A男とX女とは、昭和一七年に婚姻をした夫婦であるが、A男は、昭和四一年ごろからY女と情交関係をもち同棲するにいたった。Y女は、はじめからA男に妻子のあることを知って情交関係をもった。そして、昭和四四年には、非嫡出子をもうけ、A男とY女との同棲関係は、昭和六二年一二月まで継続していた。

第一審(東京地裁)において、妻X女の請求にたいして、Y女は、A男と知りあって同棲をはじめた当時、A男とX女との間の婚姻関係はすでに破綻していたから、Y女には不法行為責任はないとして、争った。第一審の判決は、Y女の主張を退け、X女の請求を五〇〇万円の範囲で認めた。

これにたいして、X女が控訴したので、Y女も附帯控訴をした。そのさい、Y女の主張は、X女がおそくとも昭和四四年六月にはA男とY女との間に同棲関係を知っていたから、それから三年が経過しているので、X女の慰藉料請求権は時効によって消滅したというべきであり、継続的不法行為にもとづく損害賠償請求権は、日々その都度、消滅時効が進行するから、すくなくとも本件訴訟が提起された昭和六二年八月三一日から三年前の日より前に生じた慰藉料請求権は時効によって消滅した、と抗弁した。そのため、消滅時効の成否が争点となるにいたった。

第二審(東京高裁)は、Y女は、A男に妻X女のいることを知りながら、昭和四一年ごろからA男と同棲を開始し、昭和六二年一二月までその関係を継続したこと、A男とX女との間の婚姻関係は、Y女がA男と知りあった当時、破綻状態にはなかったことを認定して、つぎのような判断をした(最高裁判例からの要約)。すなわち、「原審は、右事実関係の下において、Aと同せい関係を継続したY女の行為の違法性及びY女のX女に対する損害賠償義務を認め、

かつ、右のような場合には、継続した同せい関係が全体としてX女に対する違法な行為として評価されるべきで、日々の同せいを逐一個別な違法な行為として把握し、これに応じて損害賠償義務の発生及び消滅を毎日に定めるものとするのは、行為の實質にそぐわないものであって、相当ではないから、本件損害賠償義務は、全体として、Y女とA男との同せい関係が終了した昭和六二年一二月から消滅時効が進行するものというべきであると判断して、X女が本訴を提起した日から三年前の日より前に生じた慰藉料請求権は時効により消滅した旨のY女の抗弁を排斥した上、昭和四一年から昭和六二年までの間にX女が被った精神的苦痛は多大なものであったと推認されるとき、第一審が右の間の慰藉料として算定した五〇〇万円は相当であるとして、右の限度でX女のY女に対する慰藉料請求を認容した第一審判決に対するX女の控訴及びY女の附帯控訴をいずれも棄却した。」

これにたいして、Y女が上告したが、最高裁判例は、「Y女の主張する消滅時効の抗弁を右の理由で排斥した原審の判断は、是認することができない」として、つぎのように理由づけている。すなわち、「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藉料請求権については、一方の配偶者が右の同せい関係を知った時から、それまでの間の慰藉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。けだし、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、これを不可分の一体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、第三者に慰藉料の支払いを求めることを妨げられるものではないからである」と判示し、原審を破棄・差し戻した。

2 判例・学説

(1) 不貞行為による慰藉料請求権の消滅時効については、不法行為にもとづく損害賠償請求権の消滅時効の原則的な規定とされる民法七二四条とのかかわりを問題としなければならない。

そもそも、民法七二四条は、不法行為にもとづく損害賠償請求権の消滅時効の規定ではあるが、一回的な行為によつて一回的に損害が発生する不法行為を念頭に置いて立法されたものであるという理解が多い。したがって、それが加害行為・損害の発生⁽¹⁾の継続するいわゆる継続的不法行為について十分に考慮されて立法されたものであるかは、従来から疑問視されてきた。しかし、立法的に疑問があるとしても、継続的不法行為にたいして民法七二四条の規定を適用することは、判例・学説は、むしろ肯定的な姿勢を示してきた。

たしかに、不法行為については、一回限りのものと、継続的なものがある。また、継続的なものにおいても、一回的な不法行為が反復的に繰り返されるもの(反復型)と、不法行為そのものが連続して継続するもの(継続型)とがある。この後者の継続型においても、進行型のもの⁽²⁾と累積型のもの⁽³⁾があるといわれている。私は、そのほか漸減型⁽⁴⁾・逓減型のものもあるのではないかと思う。ともあれ、継続的不法行為のなかには、加害態様においても、損害態様においても、さまざまであるといえよう。

このように、不法行為ということでは同じであっても、その類型によつて区別をしながら考察することが必要である。

不貞行為による慰藉料請求、すなわち、不貞配偶者と不貞の相手方との間の同棲関係が、被害配偶者にたいする不

法行為を構成することについては、理論構成の相違はともあれ、疑いのないところである。もちろん、継続的不法行為に属することも、また、いうまでもない。すなわち、不貞配偶者と不貞の相手方との間の不貞行為（同棲関係）が連続して継続している間は、被害配偶者の精神的苦痛（損害）が継続しているものと見ることが出来る。これは、多くいわゆる継続型のなかの進行型として一般的にとらえられている。

不貞行為による慰籍料請求権の消滅時効については、民法七二四条の問題として検討していくとしても、一回型の不貞行為ではなく、継続的不法行為とりわけ進行型のものであるという観点から、とりあえず論議が出発する以上、最初にかかげた平成六年一月二〇日の最高裁判例が、問題を提起し重要な手掛りをあたえてくれたものとして、注目しなければならぬ。ただ、この問題について、直接集中的に論じたものを見付けることができなかった。これを契機として、論議が活発化することが期待される。

(2) 不貞行為による慰籍料請求権の消滅時効について、直接的な文献がないので、同じく継続的不法行為にもとづく損害賠償請求権で継続的不法行為でありいちおう進行型に属するといわれている土地の不法占有にもとづく損害賠償請求権の場合を一つの手掛り・参考として考えていきたいと思う。周知のごとく、土地の不法占有にもとづく損害賠償請求権の場合は、いわゆる財産関係の問題であり、不貞行為による慰籍料請求権の場合が身分関係の問題であり、両者の相違はあるが、継続的不法行為にもとづく損害賠償請求権で進行型という意味では、共通の側面を有するからである。

土地の不法占有が継続した場合の損害賠償請求権の消滅時効にかんする判例としては、一般的に、大正九年六月二

九日と、昭和一五年一二月一四日の大審院判例があげられている。⁽²⁾

大正九年六月二九日の大審院判例は、耕作地が九年間にわたって不法に占拠された後、真の所有者から、所有権確認と不法占拠期間中の賃料相当額の損害賠償請求がなされたものである。真の所有者が損害発生的事实を知ったのは、不法占拠後まもなくしてからであるとして認定されている。原審は、この時点から起算して全損害について時効の完成を認めしたが、それにはたいして、占有当初に損害の認識があったとしても、訴訟提起の時から逆算して三年間の部分については、時効にかからないとして争われた。大審院は、結果的には、「苟モ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ権利ヲ侵害シ之ニ因リテ損害ヲ生シタル事実アル以上ハ爾後其侵害行為ノ性質上之ヲ廃止セサル限り自然ノ趨勢ニ於テ損害カ継続シテ発生シ漸次堆積追加スル場合ト雖モ右時効ハ被害者カ最初ニ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ其損害全部ノ賠償請求権ニ付キ進行スルモノト解スルヲ相当トシ加害者カ加害行為ヲ廃止セサルカ為メニ損害ノ継続シテ発生スル間時々各別ニ進行スルモノト解スヘキニ非サルモノトス」と判示して、当初被害者が最初に損害および加害者を知った時から損害全部について消滅時効が進行するものという立場をとった。

しかし、このような立場にたてば、被害者が当初に損害および加害者を知った時から三年以上経過しても、なお不法行為が継続し、被害者がそれによって現実に損害を受けていても、損害賠償の請求をすることができないことになり、不合理であるという批判が行われた。⁽³⁾

このような批判を踏まえて、その後、昭和一五年一二月一四日の大審院判例は、その態度を変更した。この判例は、他人の土地のうえに無権限で自己所有の建物そのほかの施設を保持して、三年以上にわたって土地所有者の使用収益

を妨げたとして、所有者から土地明渡しと占拠期間中の賃料相当額の損害賠償を請求した事件である。

原審は、土地明渡しを認めしたが、前示大正九年六月二九日の大審院判例と同様の理由をあげて、損害賠償請求権は消滅時効にかかったとして否定した。これにたいして、損害賠償請求権の時効は日々独立して進行するものであり、また、占有者が現実に不法占拠を継続し、所有者に損害をあたえている場合に、訴訟提起後の損害賠償請求権まで時効にかかることは権利の保護に欠けることになるとして、争った。

大審院は、この上告を受けいれ、被害者が、不法占拠・損害発生的事实を当初から知っていたことを認定し、「加害行為が終止シタル後ニ於テ損害ノミカ継続スル場合ニアラスシテ不法行為ソレ自体カ継続シテ行ハレソレカ為メニ損害モ亦継続シテ発生スルカ如キ場合ハ―其損害ノ継続発生スル限り日ニ新ナル不法行為ニ基ク損害トシテ民法第七百二十四条ノ適用ニ関シテハ其各損害ヲ知リタル時ヨリ別個ニ消滅時効ハ進行スルモノト解セサルヘカラス蓋シカクノ如キ不法行為ニ在リテハ当初其損害ノ発生ヲ知ルモ将来継続シテ損害ノ発生スルヤハ必スシモ之ヲ予想シ得ルトコロニアラス不法行為ノ継続スルハ―ニ加害者カ其加害行為ヲ廃止セサルニ由ルモノニシテ損害ノ発生モ亦之ニ伴フテ生スルニ過キス―カクノ如キ損害ヲモ被害者ニ於テ当初ヨリ予想シ得ヘキモノト為スカ如キハ社会通念上当ヲ得タルモノト為シ難キノミナラス若シカクノ如キ損害ニ付テモ当初其損害ノ一端ヲ知リタル時ヨリ時効進行スルモノトセンカ不法行為ハ尚現ニ継続セラルルニ拘ラスソノ日々ニ発生スル損害ハ既ニ時効完成ノ為メカ賠償ヲ求ムルヲ得サルノ結論ニ達シ其不合理ナル結果ハ到底之ヲ容認シ得ヘキトコロニアラス」と判示するにいたった。

(3) 学説においては、部分的には若干の論争があつたが、大局的には、この昭和一五年一月一四日の大審院判例

にたいしては、多くの支持を受けるにいたった。そして、今日においても、土地の不法占有にもとづく損害賠償請求権を含めて、または、それにもかならずしも限定せず、継続的不法行為にもとづく損害賠償請求権の消滅時効については、おおむね昭和一五年一月四日の大審院判例の基本的立場を支持する傾向が強い⁽⁴⁾。

このような多数説にさいして、近時、あらたな見方が主張されてきた。鉱業法一一五条二項を活用しようという立場⁽⁵⁾である。この規定は、一項において民法七二四条と同一の規定を置き、二項において、「前項の規定は、進行中の損害については、その進行がやんだ時から起算する」として、進行型の継続的不法行為の損害賠償請求権の消滅時効の起算点について特則を設けている。この特則の類推適用というかたちをとる立場である。また、継続的不法行為について、鉱業法一一五条二項の加害態様との相関関係の類型化によって起算点を定めるべきであるという立場がある⁽⁶⁾。ただ、この立場でも、土地の不法占有にもとづく損害賠償請求権の消滅時効の理解にはかならずしも一体化しておらず、多数説における「日々発生スル損害ニ付キ被害者之ヲ知リタル時ヨリ各別ニ進行スル」という立場をとるものもある⁽⁷⁾。最近では、公害訴訟の領域で論議が活発化しているが、表題の性質上、ここでは触れない。

(4) 不貞行為による慰藉料請求権の消滅時効の問題については、一般的に継続的不法行為にもとづく損害賠償請求権の消滅時効の理論とのかかわりあいと、身分関係上の内容を有するところからその性質との考察を必要としよう。

一般的に継続的不法行為の考え方をそのままストレートに、不貞配偶者と不貞の相手方との間の同棲関係という継続的不法行為のなかに持ちこむことができるかについては、若干の疑問がないわけではないが、不法行為の継続性という点において、理論的には、共通の土俵のうえにあるから、参考となりうるものと思う。ただ、継続的不法行為と

いう場合に、その態様がかならずしも一本であるとはいえない。この点は、すでに学説の指摘するとおりである。不貞行為による継続的不法行為と、土地の不法占有にもとづく継続的不法行為、公害にもとづく継続的不法行為とが、まったく同一のものではないことは、いうまでもない。したがって、検討の視点としては、加害態様と損害類型との相関関係のなかで考察する必要性がある。

継続的不法行為については、鉱業法一一五条二項の規定が存在するが、これは、鉱業関係にかんするものであって、いわゆる一般的原則ではない。その意味では、不貞行為による慰藉料請求権の消滅時効の土俵に直接これを持ちこむことは若干の躊躇はあるが、民法七二四条が一回限りの不法行為に適用していても、継続的不法行為について、はたして十分に機能するかという反省にたつとき、鉱業法一一五条二項の趣旨は、進行中の損害について定めるものであり、解釈論としても、受けいれやすい可能性を有している。同時に、その立場は、被害者の救済の論理として、さらに前進させるメリットもある。思うに、多数説における「日々発生スル損害ニ付キ被害者之ヲ知リタル時ヨリ各別ニ進行スル」という立場が、損害を残しながら救済ができないという不合理を取り除いたという功績は、すくなくとも大きく評価することができるが、被害者救済について、さらに検討するときに、率直に継続的不法行為を念頭に置いた鉱業法一一五条二項の趣旨を何らかのかたちで解釈に反映させることが必要である。

そもそも、民法七二四条が継続的不法行為にたいする認識について弱いという視点からいえば、民法七二四条の立法課題というべきであるが、解釈論としては、現に存在する鉱業法一一五条二項の趣旨を類推適用するという技術をおして、継続的不法行為のよりよき処理にむけられてもよいだろう。このような立場は、少数説ではあるが、学説

上支持されており、傾聴に価するものと思う。

(5) 不貞行為によって不法行為が成立しそれが継続する場合に、「損害については、その進行がやんだ時」から消滅時効の期間を起算すると解する立場をとるとき、起算点が具体的にどの時点をいうのかが問題となる。この点については、他方、重婚内縁の理論が関連してくる。

法律上、婚姻関係は、形式（戸籍）と実質（共同生活）の両者がともに存在することが基本的であり、その両者が消滅する時が離婚であり、したがって、不貞行為があつて、法律上の婚姻関係における形式と実質の両者がともに消滅した時、すなわち、離婚の時が、不貞行為による損害の進行がやんだ時に該当することは、疑いのないところである。それでは、婚姻関係の実質のみが消滅し、形式のみが残存する場合には、不貞行為による不法行為の問題をどのように考えるべきであろうか。法律上の婚姻関係の実質が消滅した時には、不貞行為の觀念は成立しないとみるべきである。この場合には、いわゆる重婚的内縁という構成が可能となると解するのが、今日の支配的見解である。ただ、婚姻関係の実質が消滅した時をどの時点に置くかについては、学説は、かならずしも一本化しているとはいえない⁽⁸⁾。典型的には、明示の離婚の合意が協議によって成立した時、離婚の合意とあわせて共同生活を廃止した時⁽⁹⁾、さらに離婚の措置にかんする合意がすべてなされた時⁽¹⁰⁾、婚姻関係が客観的に破綻した時⁽¹¹⁾、など、婚姻関係の実質が消滅した時の学説の理解は、区々である。しかし、抽象的にいえば、いずれにしても、婚姻関係の実質が消滅した時までには、不貞行為による不法行為が継続したとみるべきである。

重婚的内縁の側面からみれば、今日では、その保護は、婚姻関係の態様との対応から判断をするという立場が支配

的であり、婚姻関係の実質が消滅した時点で、保護に値する内縁という評価を受ける。たしかに、当初の出発点においては、不貞行為であっても、それが一定の時間（期間）を経過することによって、婚姻関係への侵害が稀積化され、それと対応して、重婚的内縁関係の形態を充たすようになり、したがって、重婚的内縁の保護の可能性が浮上することになる。すなわち、加害の内容が変化（稀積化・漸減）することが多い。継続的不法行為における継続性は、侵害行為によって形成された不法な状態が継続していることではあるが、その後、この状態すなわち損害発生の状態がそのまま継続するとしても、当初の侵害行為と評価されたのと同じの違法性は、時間（期間）の経過にしたがって、次第に稀積化・漸減していくことが多い。すなわち、同質の侵害行為が継続するものとはかならずしもいえず、したがって、いつまでも被害状態が不法のまま継続しているとは限らない。

これを要するに、不貞行為による慰藉料請求権の消滅時効の起算点については、侵害行為がやんだ時から進行すると解してよいのではないかと思う。

(1) 板木郁郎「継続的不法行為に基く損害賠償請求権の消滅時効の起算点」法と経済一五巻五号八九頁、野田良之・判例民事法（昭和一五年度一二七事件）五〇九頁など。

(2) 大判大正九年六月二九日民録二六輯一〇三五頁、大連判昭和一五年一月一四日民集一九巻二四号三三二五頁。

(3) 末川博「不法行為に因る損害賠償請求権の時効」法学論叢二八巻三三六頁Ⅱ同『権利侵害と権利濫用』六三四頁所収（昭和四五年・岩波書店）。

(4) たとえば、加藤一郎『不法行為』増補版二六四頁（昭和四九年・有斐閣）、畿代通『不法行為』三二七頁（昭和五二年・筑摩書房）など。

不貞行為と共同不法行為責任について

- (5) 前田達明『不法行為法』三九〇頁(昭和五五年・青林書院)など。
- (6) 内池慶四郎「持続的不法行為による損害賠償請求権の時効起算点(二)」法学研究四八卷一四七頁、四宮和夫『不法行為下』六四八頁(平成二年・青林書院)。
- (7) 四宮和夫『前掲書』六五〇頁。
- (8) 中川淳「日本法における事実婚の現在」戸籍時報四二〇号三四頁同『現代家族法の研究』四三頁所収(平成六年・京都女子大)。
- (9) 我妻栄『親族法』一三四頁、二〇〇頁(昭和三六年・有斐閣)。
- (10) 山島正男「判例批評」判例評論九四号一〇二頁。
- (11) 中川淳「内縁保護と届出婚主義」法学セミナー二〇五号六八頁同『現代の家族法』八四頁所収(昭和五一年・日本評論社)。

四 共同不法行為責任の性質

1 最高裁判例の概要

平成六年一月二四日の最高裁判例で争われたのは、夫Aが、妻X女(原告・被控訴人・上告人)と婚姻関係の継続中に、Y女(被告・控訴人・被上告人)と不貞行為に及び、そのために、婚姻関係が破綻するにいたったとして、X女がY女にたいして不法行為にもとづく慰籍料三〇〇万円の支払を請求した事件である。

第一審(神戸地裁尼崎支部)は、X女の請求を全部認容した。そこで、Y女が控訴した。第二審(大阪高裁)は、「本件不法行為に基づく慰籍料は三〇〇万円が相当である」と判断したうえ、X女がAにたいして離婚にともなう慰

藉料債務を免除したことを認め、またYが第二審で主張した債務免除の抗弁を一部認めて、「Y女がX女に支払うべき慰藉料は一五〇万円が相当である」と判示した。すなわち、「(1)Y女とAの不貞行為は、X女にたいする共同不法行為といふべきところ、X女とAの間には平成元年六月二七日離婚の調停が成立し、その調停条項には、本件調停の『条項に定めるほか名目の如何を問わず互いに金銭その他一切の請求をしない』旨の定めがあるから、X女はAに對して離婚に伴う慰藉料支払義務を免除したものである」とし、「(2)Y女とAがX女に對して負う本件不法行為に基づく損害賠償債務は不真正連帯債務であるところ、兩名にはそれぞれ負担部分があるものとみられるから、本件調停による右債務の免除はAの負担部分についてY女の利益のためにもその効力を生じ、Y女とAがX女に對して負う右損害賠償債務のうちY女固有の負担部分の額は一五〇万円とするのが相当である」と判示した。

そこで、X女が上告し、原判決が、「Y女の性関係の責任とAの離婚責任とが共同不法行為にあたり、且つ、両者の関係は不真正連帯であるとしたもので」不法行為法等に違反しているとし、「仮に、Aの責任とY女の責任とが、原判決のように、不真正連帯の関係に立つとしても、連帯債務に関する民法四三四条は適用されないにもかかわらず、原判決がこれを適用したのは、同法及び判例に違反している。則ち、不真正連帯債務は、民法四三二条以下に規定される連帯債務とが異なるもので……最高判昭和五七年三月四日は、『民法七一九条所定の共同不法行為者が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であつて連帯債務ではないから、右損害賠償債務については連帯債務に関する四三四条の規定は適用されない』と明言している。また、原判決は不真正連帯債務者間に負担部分があるとしたが、これも失当である。」として、「一審判決が認容した三〇〇万円の額につき、X女が調停において、Aに對し、離

婚に伴う慰籍料支払義務を免除したことをもって、Y女にもその効力が及ぶとして、これを一五〇万円に減額したが、これは、法令及び判例に違反しているから、破棄されねばならない。」と主張した。

これにたいして、最高裁判決は、「原審の右(1)の判断は是認することができるが、右(2)のうち、本件調停による債務の免除がY女の利益のためにもその効力を生ずるとした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。民法七一九条所定の共同不法行為責任が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であって連帯債務ではないから、その損害賠償債務については連帯債務に関する同法四三七条の規定は適用されないものと解するのが相当である……。原審の確定した事実関係によれば、……X女がY女に対しても前記免除の効力を及ぼす意思であったことは何らうかがわれないのみならず、記録によれば、X女は本件調停成立後四箇月を経過しない間……にY女に対して本件訴訟を提起したことが明らかである。右事実関係の下では、X女は、本件調停において、本件不法行為に基づく損害賠償債務のうちAの債務のみを免除したにすぎず、Y女に対する関係では、後日その全額の賠償を請求する意思であったものというべきであり、本件調停による債務の免除は、Y女に対してその債務を免除する意思を含むものではないから、Y女に対する関係では何らの効力を有しないものというべきである。

そうすると、右と異なる見解に立ってX女の請求を一部棄却した原判決は、共同不法行為者に対する債務の免除の効力に関する法理の解釈適用を誤ったものであり、……原判決中X女敗訴部分は破棄を免れない。……X女の本件損害賠償請求はすべて理由がある」と判示した(破棄自判)。

2 判 例

(1) 共同不法行為については、「各自連帯ニテ其賠償ノ責ニ任ス」と定められている（民七一九条）が、この「連帯」の意味については、判例の態度に変化がある。すなわち、判例は、かつては、この「連帯」を民法四三二条以下の連帯債務の意味であり、その規定が適用されると解していた。⁽¹⁾この大正三年一〇月二九日の大審院判例は、船舶の衝突による乗客の溺死というケースにおいて、「民法第三編第一章債券ノ総則ハ各種ノ債権ニ通スル一般ノ法則ヲ規定シタルモノナレハ不法行為ニ因リテ生シタル債権ト雖モ特ニ反証ノ規定ナキニ於テハ其性質ノ許ス限り之ヲ適用ス可キモノトス上告人ノ援用スル本院判例〔明示四三年（オ）第三四〇号事件〕ノ趣旨モ亦故意ニ外ナラス而シテ共同不法行為ニ因リ連帯債務ヲ負担スル数人中其一人ニ対スル債務免除ノ効力ニ関シテハ不法行為ニ特別ナル規定存スルコトナク且性質上民法第四三七条ノ適用ヲ許ササルモノニ非サルナリ」と判示している。

しかし、第二次世界大戦後、この大審院判例の立場にしたがう下級審判例は、むしろ少くなく、後述する昭和三四年六月四日の高知簡裁判例が、共同不法行為においても、民法四三七条の規定の適用があるという立場を示している⁽²⁾ぐらいで、大勢は、右大審院判例の立場を離れ、不真正連帯債務と解する立場をとるにいたった。たとえば、昭和三七年三月一日の東京地裁判例は、民法七一九条の「各自連帯ニテ」とは、「各自損害の全額を賠償する義務あることを示したにすぎなく、行為者相互の間には所謂不真正連帯関係が存するに止まり従って連帯債務に関する規定中債権を満足させる事項以外の民法四三七条の免除に関する規定のごときはその適用がないと解すべきである。」と判示している。⁽³⁾

不貞行為と共同不法行為責任について

同志社法学 四九卷六号

一三七（一九七七）

最高裁判例においても、共同不法行為者の債務については、不真正連帯債務に属するとして、これには連帯債務に関する民法四三二条以下の規定、とくに債務者の一人について生じた事由の他の債務者にたいする効力を定める民法四三四条までの規定が適用されないという立場が、次第に明確になってきた。

昭和四八年二月一六日の最高裁判例は、被害者が路面電車の運転者の使用者（東急電鉄）と信号機の設置・道路管理者（東京都）とを共同被告として事故の損害賠償訴訟を提起したが、被害者と東急電鉄との間の訴訟上の和解による債務の免除がなされた交通事故のケースにおいて、「被上告人ら（被害者をいう）は、右訴訟上の和解によって東急電鉄との関係についてのみ相対的にその余の損害賠償債務の支払を求めない趣旨の約定を結んだものにすぎず、上告人（東京都）に対する関係では、本訴請求をそのまま維持する意思であったというべく、しかも、東急電鉄の被上告人らに対する損害賠償債務と、国家賠償法三条一項、二条一項により責に任ずべき上告人の損害賠償債務とは、連帯債務の関係にあるとは解されないから、右訴訟上の和解による債務の免除は、上告人の右賠償義務を消滅させるものではない。」と判示し、⁽⁴⁾民法四三七条の規定（免除の絶対的効力）の適用を否定した。

昭和四八年一月二〇日の最高裁判例は、自動車の所有者とその運転者が自賠法三条に定める運行供用者として負担する損害賠償債務は、不真正連帯の関係にたつもので、連帯債務にかんする民法四三八条の規定（混同の絶対的効力）の適用はないとして、運転者について生じた混同は所有者の損害賠償債務には影響を及ぼさないと判示した。⁽⁵⁾

昭和五七年三月四日の最高裁判例は、株取引をめぐる争いにおいて、原告から、予備的に、共謀による共同不法行為責任が主張され、被告の損害賠償債務が三年の時効期間を経過して消滅したので、共同不法行為者の負う損害賠償

債務は連帯債務というべきで、他の共同不法行為者にたいする訴えの提起によって時効が中断しているとして争われたケースにおいて、「民法七一九条所定の共同不法行為者が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であつて連帯債務ではないから、右損害賠償債務については連帯債務に関する同法四三四条の規定は適用されないものと解するのが相当であり……、右の共同不法行為が行為者の共謀にかかる場合であっても、これと結論を異にすべき理由はない。」と判示した。⁽⁶⁾

このように、最高裁判例においては、共同不法行為にもとづく損害賠償債務は、連帯債務であると解した大審院判例の態度を捨て、不真正連帯債務と解する立場をとるにいたつた。

(2) 共同不法行為者の一人にたいする免除の、他の共同不法行為者にたいする効力の問題が、つぎの論点となる。すでに述べたように、大正三年一〇月二九日の大審院判例は、共同不法行為者の一人にたいする損害賠償債務の免除に絶対的効力を認めた。けだし、共同不法行為者の損害賠償債務を連帯債務と解し、免除など民法に定められた絶対的効力事由（民四三二条ないし四三九条）は、他の共同不法行為者に及ぶことになる。

しかし、近時の最高裁判例の態度は、昭和四八年二月一六日判例においては、「連帯債務の関係にあると解されない」として、被害者が共同不法行為者の一人にたいする損害賠償債務の免除が相対的効力をもつにすぎないと判示し、大審院判例の態度から脱し、さらに、昭和五七年三月八日判例においては、共同不法行為者が負担する損害賠償債務は、「いわゆる不真正連帯債務であつて連帯債務ではない」として、共同不法行為者の一人にたいする訴訟提起による時効の中断の絶対的効力を否定した。

平成六年一月二四日の最高裁判例は、昭和四八年二月一六日の最高裁判例を参照引用し、従来からの共同不法行為者が負担せず損害賠償債務が不真正連帯債務であって連帯債務でないという態度を確認・踏襲し、民法四三七条（免除の絶対的効力）の規定を適用しないことを明確にした。最高裁判例の流れに沿うものといえることができる。

3 学 説

(1) 共同不法行為にかんする民法七一九条の「連帯」の意味については、学説上、その解釈に変化のあとがみられる。かつての古い学説は、共同不法行為者の損害賠償債務を連帯債務と同一の意味であると解し、戦後にもこれを支持するとみられるものもある。⁽⁷⁾

しかし、この立場は弱くなり、戦後には、不真正連帯債務であると解する立場が次第に一般化し、今日の通説の地位を占めるにいたった。⁽⁸⁾ けだし、民法が連帯債務を認めているのは、複数の債務者の間に一つの給付の実現にむけられた緊密な相互的人間関係、すなわち、主観的な共同目的による関連性があることにもとづくものであり、民法四三二条以下に特別の規定を置いているのも、そのような共同目的による関連性を反映したものである。しかし、共同不法行為においては、複数の者の行為が一つの損害の発生の原因として競合しているにすぎず、行為者の間に主観的な共同目的が存しているわけではなく、不法行為責任はそれぞれの立場において別々に生じ、損害が填補されて債務が消滅することを除いては、行為者の相互の間には、なんら関連性がない。したがって、連帯債務と共同不法行為者の債務とは、債務者の間に一個の給付の実現にむけた共同目的による主観的な関連性があるか否かの点で基本的な違

いがあるから、共同不法行為者の債務は、いわゆる不真正連帯債務として、ここでは連帯債務にかんする民法四三二条以下、とくに債務者の一人について生じた事由の、他の債務者にたいする効力を定めた民法四三四条ないし四三九条の規定が適用されないと解するものである。

しかし、近時の学説は、不真正連帯債務について、従来の多数説にたいして疑問を示し、債権者の利益をむしろ考慮に入れ、一般的または個別的に連帯債務にかんする規定の適用を認めていこうとする傾向が有力になってきた。⁽⁹⁾これは、不真正連帯債務の性質をどのように把握するかとかかわる問題といえよう。

(2) 共同不法行為者の一人にたいする免除が他の共同不法行為者にたいして、どのような効力をもつか。

共同不法行為責任を連帯債務であると解する立場にたつと、絶対的効力の事由を定める民法四三四条以下の規定が適用されることになり、民法四三四条（請求の絶対的効力）の規定を除いては、債権者すなわち被害者に不利な結果をもたらすことになる。ここで扱う民法四三七条の免除の絶対的効力についても、同様である。したがって、共同不法行為責任を不真正連帯債務と解する立場は、このような債権者な不利な規定を可能なかぎり適用しない連帯債務であると解する考慮が働いているといえよう。すなわち、被害者救済の論理といえることができる。

また、連帯債務に多く絶対的効力の事由が認められているのは、連帯債務者の間になんらかの緊密な相互的関係が存在していることにもとづくからであって、客観的関連共同性をひろく認める場合には、共同不法行為者の間に緊密な相互的関係の存在がないことも、その理由づけとしてあげられるものといえよう。

不真正連帯債務と解する立場が、連帯債務の民法四三四条以下の規定の適用を排除し、絶対的効力を否定する立場

にたいして、最近の学説は、不真正連帯債務の理論から当然に一定の結論を引き出そうとすることにたいする批判が主張されてきた。

主要なものとして、第一に、免除を類型化し、相対的免除（不訴求約束）と絶対的免除（狭義の免除）とに分け、前者の免除は、債権者との関係においてのみ債務を免れ、債権者から請求しないという趣旨にとどまり、共同不法行為者の内部関係には関係しないものと、後者の免除は、債権者との関係のみならず共同不法行為者の内部関係においても負担を免れさせるものである。民法四三七条の適用については、後者の免除には適用されるが、前者の免除には適用されないと解している。

第二は、免除の内容については、免除者の意思すなわち法律行為の解釈にしたがうという立場である。この立場は、共同不法行為者間の内部の負担部分の大小を基準とし、それに差がある場合には、負担部分の大きい者への免除は原則として絶対的免除と解し、民法四三七条の規定を適用し、負担部分の小さい者への免除は原則として相対的免除と解し、いわゆる相対的効力しかないとして、民法四三七条の適用を排除し、負担部分に差がない場合には、相対的免除と解する立場である。

共同不法行為者の一人が、被害者にたいして、損害の全部または一部を賠償した場合に、他の共同不法行為者に求償することができるか。共同不法行為責任を連帯債務であると解する立場によれば、当然に自分の負担部分を超えて弁済した債務者は他の債務者に求償することができるかと解されている。判例・通説のごとく、不真正連帯債務と解した場合には、共同不法行為者の間の衡平をはかる趣旨から、今日では、求償を認めるべきであるという主張がむしろ

強い。ただ、この求償権の性質については、学説が分かれており、事務管理、不当利得の法理で説明する立場が有力である。

(3) 平成六年一月二四日の最高裁判例について、若干の問題点を指摘しておこう。

第一に、不貞行為による共同不法行為責任と民法四三七条の適用の有無については、最高裁判例としては、はじめのものであるが、事例的には、戦後に同種の下級審判例があり、理論構成を異にしており、興味深い。すでに指摘したように、前掲の昭和三四年六月四日の高知簡裁判例は、「妻に対する慰藉料債務の免除と姦夫の負担すべき慰藉料額」が争点となっている。判例は、「平和な家庭が無惨にも破壊され」たのは、「YとA女との不倫な不法行為に因るものであって、畢竟それは夫たるXの妻に対する貞操要求の権利すなわち夫権を侵害したものに他ならない」とし、「右不倫行為は、Xに対する両名の、共同不法行為といふべきであるから、両名はXに対し、各自連帯にて、そのXの蒙った損害の賠償義務すなわち精神上的苦痛を慰藉する義務があるのである。そうしてその精神上的苦痛の慰藉は、金銭を以て賠償すべきであり、その額は本件諸般の事情を考慮するとき、金一〇万円を以て相当とする。然るに一方XとA女との間には、XよりA女を相手方として申立てられた右不法行為に基因する離婚等の調停事件において、昭和三二年七月四日高知家庭裁判所で、『双方は本件に関し今後相互に財産上一切の請求をしない。』との条項を以て調停が成立しているのであって、右条項の趣旨は、本件慰藉料をも含めて、XとA女が相互に、離婚に伴う財産上の請求は一切これをしてしないこととし、以て相互に債務の免除をしたものであると解するを相当とする。そこで、共同不法行為者であるYとA女との、Xに対する損害賠償債務の負担部分について按ずるに、他に特別な事情のない債務額は、

A女に対する右負担部分の免除によって、その免除が共同不法行為者の一人であるYとの利益のためにも効力を生ずる関係上、右の金一〇万円より、A女の負担すべかりし半額五万円を控除した残額、金五万円というべきであると判示した。

この高知簡裁判例は、共同不法行為にも連帯債務にかんする民法四三七条の規定が適用されるという立場を示したもので、当時でさえ少数の立場であった。

平成六年の最高裁判例は、共同不法行為の損害賠償債務（慰藉料債務）は、不真正連帯債務であって連帯債務ではないとして、その慰藉料債務については、連帯債務にかんする民法四三七条（免除の絶対的効力）の規定が適用されないと解していることである。すでに述べたように、このような立場は、最高裁判例法上、すでに到達したものであり、単にそれを確認・踏襲したにすぎないといえることができる。

第二に、平成六年一月二四日の最高裁判例は、「X女は、本件調停において、本件不法行為に基づく損害賠償債務のうちAの債務のみを免除したにすぎず、Y女に対する関係では、後日その全額を請求する意思であったものというべきであり、本件調停による債務の免除は、Y女に対してその債務を免除する意思を含むものではないから、Y女に対する関係では何らの効力を有しない」と判示している。

共同不法行為において、被害者の意思のみによって判断する立場があるが、この立場によれば、免除がその意思解釈によって絶対的効力を生ぜしめる余地を残している。すなわち、被害者が他の共同不法行為者の債務をも免除した場合には、他の共同不法行為者にたいしても、免除の効力が認められるからである。もっとも、平成六年一月二四

日の最高裁判例は、とくに絶対的効力を認めなければならないケースとはいえず、相対的効力として扱われたにすぎないといえよう。

第三に、平成六年十一月二四日の最高裁判例は、共同不法行為者の間の求償権については、なんら示していない。判例のケースの性格からやむをえないことではあるが、近時の学説では、求償を認めるべきであるという見解がむしろ強くなってきている。この点、興味深い問題であるが、判例が論じていないので、ここでは、省略したい。

(1) 大判大正三年一〇月二九日民録八三四頁。

(2) 高知簡裁判昭和三四年六月四日家裁月報一一卷一一号一一五頁。

そのほか、東京地判昭和四〇年一月二四日判例タイムズ一八七号一八一頁、同昭和四一年八月九日下級裁判集一七卷七
八号六七頁、和歌山地判昭和四三年三月一日交通民集一卷一号二三八頁、仙台地判昭和四四年三月二七日判例時報五五
七号二五九頁、京都地判昭和四五年二月二四日交通民集三卷一号二六二頁、東京地判昭和四五年六月二四日判例時報六一
号五八頁など。

(3) 東京地判昭和三七年三月一日下級裁判集一三卷三〇号三二七頁。

(4) 最高裁判昭和四八年二月一六日民集二七卷一号九九頁。

この判決では、東急電鉄の責任と国家賠償法上の責任との関係を共同不法行為であると明確に示していないが、主観的共同説の立場をとらない以上、共同不法行為として扱ってもよいと思われる。

(5) 最高判昭和四八年一月三〇日判例時報六九五号六四頁。

(6) 最高判昭和五七年三月四日判例時報一〇四二号八九頁。

(7) 我妻栄Ⅱ有泉亨『債権法』六八四頁（昭和二九年・一粒社）、谷口知平Ⅱ植林弘『損害賠償法概説』四七二頁（昭和三九年・有斐閣）。

不貞行為と共同不法行為責任について

同志社法学 四九卷六号

一四五（一九八五）

- (8) 我妻栄『新訂債権総論』四四三頁(昭和三九年・岩波書店)、於保不二雄『債権総論』(新版)二四五頁(昭和四七年・有斐閣)、加藤一郎『不法行為』(増補版)二〇六頁(昭和四九年・有斐閣)、幾代通『不法行為』二二六頁(昭和五二年・筑摩書房)、徳本鎮『注釈民法』(一九)三二八頁(昭和六二年・有斐閣)など。
- (9) 川井健『実務民訴講座』(三)交通事故訴訟』三二二頁(昭和四四年・日本評論社)、淡路剛久『連帯債務の研究』二五九頁(昭和五〇年・弘文堂)、前田達明『口述債権総論』(三版)三四八頁(昭和六二年・成文堂)など。
- (10) 淡路剛久『前掲書』二六一頁。
- (11) 原田和徳「自動車事故と共同不法行為」現代損害賠償法講座三卷一七七頁(昭和四七年・日本評論社)。

(平成八年四月三〇日脱稿)

〔後記〕

加藤正男名誉教授の古稀を心からお祝い申し上げます。本稿については、脱稿後提出後、最高裁判例が一つ出ており、それについて加筆することができず、他の方法によりたいと思います。なお、「民事研修」誌の拙稿からご了解を得て多少引用しています。同編集室のご厚意に感謝いたします。