

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——

秋 武 憲 一

1 本稿の目的

本稿は、夫婦の一方が不貞行為を行った場合における不貞行為に基づく慰謝料とその不貞行為を原因とする離婚に基づく慰謝料の関係について、かつて人事訴訟事件（離婚訴訟）を担当した実務家として、その当時、どのように考えていたのか、また、現在、どのように考えているのかを、思いつくままに記載するものである。したがって、かつて裁判官であった者の単なる独り言、雑考でしかないことをあらかじめお断りしておく。

2 平成16年4月1日から人事訴訟事件が家庭裁判所に移管され、家庭裁判所において人事訴訟事件を審理するようになった。これに伴い、東京家庭裁判所において人事訴訟事件の専門部である家事第6部が創設された。

私は、家事第6部の初代の部総括裁判官として、人事訴訟事件を担当した。その期間は、平成16年4月1日から平成20年3月31日の4年間であった。その当時、裁判官一人当たりの担当事件数は、年間約300件であり、そのうち7割ないし8割（年により若干の幅があった。）が離婚訴訟であった。

離婚訴訟の審理において主に問題となったのは、離婚原因の有無、子の親権者の指定及び財産分与であった。しかし、離婚に伴う慰謝料についての争いも少なくなかった。そして、離婚原因が不貞行為であるとする、離婚に伴う慰謝料と不貞行為に基づく慰謝料との関係をどのように考えるかということが問

題となった。

その当時、人事訴訟事件を担当していたのは私を含めて4人の裁判官であった。人事訴訟事件の審理方法等については、家庭裁判所に人事訴訟事件が移管される1年前から検討していたが、実際に審理しているといろいろな問題点が出てくる。そのような場合には、4人の裁判官で、審理方法を含め法律上の問題点について意見交換していた。

なお、合議事件はほとんどなく、私の在任した4年間で2件だけであった。ちなみに、そのうちの1件が日本人妻のオーストラリア人夫に対する離婚無効確認訴訟（東京家判平成19年9月11日家月60巻1号108頁）であり、人事訴訟法制定後における外国裁判所の確定判決の我が国における効力が問題となった事案である。

こうして検討した人事訴訟事件の審理上の問題点等については、東京家庭裁判所における人事訴訟事件の審理の実情等として、裁判所内部の研究会、弁護士会や調停協会等において発表したほか、法律雑誌や書籍において発表しているので、興味のある方はこれらをご覧ください。

3 私は、その後、人事訴訟事件担当部を離れたが、引き続き東京家庭裁判所や仙台家庭裁判所において離婚調停を担当し、平成24年4月に裁判官を定年退官した。そして、山梨学院大学法科大学院で教えるようになったわけであるが、家事調停や人事訴訟事件について求められるままに執筆等をしており、弁護士会や各地の調停協会等における講演もしている。こうした執筆等や講演をしていると、いろいろな質問を受けるが、夫婦間における不貞行為に基づく慰謝料とこの不貞行為を原因とする離婚に伴う慰謝料との関係についてのものも少なくない。両者は別のものと考えられているが、もう少し深く考えようとする、両者の関係がわからなくなるというのである。そこで、今回、この点について改めて考えてみようと思った次第である。

4 これからの説明を分かりやすくするために、専業主婦のX（妻）と会社員（年収480万円、平均月収40万円）のY（夫）が婚姻関係にあり、Yの不貞行為の相手方がZであるという事例（以下「本件事例」という。）で考えることにする。問題を単純化するために、XとYとの間に子はないものとする。

本件事例においては、XとYの婚姻共同生活は、婚姻後、平穏であったが、XがYの不貞行為を知ったために破たんし、Xの申立てによる離婚調停を経て、Xからの離婚訴訟の提起、離婚判決の確定に至ったという経過であったということにする。具体的には、XとYの婚姻が平成20年4月1日、Yの不貞行為が平成22年4月1日、XがYの不貞行為を知ったのが平成24年4月1日、XとYが別居したのが平成25年4月1日、XがYに対して不貞行為に基づく離婚の訴えを提起したのが平成26年4月1日、離婚判決が確定したのが平成27年4月1日という設定にする。

5 本件事例におけるXとYの関係について検討すると、まず、XとYは、婚姻したことにより相互に貞操義務を負うことになる。この義務については、条文上の規定はないが、夫婦には同居、協力及び扶助義務（民法752条）があり、不貞行為が離婚事由であること（民法770条1項1号）、重婚が禁止されていること（民法732条）、なにより現行の婚姻制度が一夫一婦制であることから導き出されるであろう。この義務は、婚姻したことにより当然生じる義務である。つまり、貞操義務は、婚姻時にXとYが相互に貞操義務を遵守するという合意をしたことから生じるというのではなく、婚姻をしたということから生じるものである。したがって、貞操義務は、XとYが合意したことにより生じるのではないので、YのXに対する法的責任は債務不履行責任ではないことになる。この貞操義務に違反した法的責任は不法行為責任ということになる。

6 以上のことを前提にして本件事例を考えてみる。

本件事例においては、Yは、妻Xに対して貞操義務を負っているにもかかわらず

らず、Zと不貞行為をしたことになるから、Xに対して貞操義務違反という不法行為をしたといえる。Xは、夫であるYが貞操義務に反して不貞行為をしたことで、精神的苦痛を受けるから、Yに対して慰謝料支払請求権を有することになる。

夫婦は、婚姻したとしても、それぞれ独立の人格を有するから、Xは、YがZと不貞行為をしたことで精神的苦痛を受ければ、Yに対して慰謝料支払請求権を有することになる。つまり、Yは、Zと不貞行為をすれば、Xに対して貞操義務違反に基づく慰謝料支払義務を負うことになるわけである。

7 他方、本件事例においては、XからYに対する、不貞行為を理由とする離婚訴訟についての認容判決がなされ、これが確定している。このような場合、Yは、Xに対し、Xが離婚せざるを得なくなったことについて慰謝料（離婚に伴う慰謝料・離婚慰謝料）の支払義務を負うかという問題がある。

これについて、裁判所の実務では、Xは、Yの有責行為により離婚せざるを得なくなった場合、離婚について責任がないのであれば、その離婚原因を作り、離婚という結果を発生させたYに対して離婚に伴う慰謝料請求をすることができとしている。つまり、Xは、Yの有責行為によりその意に反して離婚せざるを得なくなったのであるから、離婚という事態に至らせたYは、Xに対して離婚したことによりXが受けた精神的苦痛を慰謝すべきであると考えてるのである。

8 これに対して、このような場合におけるYの離婚慰謝料支払義務を否定する考えもある。その理由は、概略、①離婚するということは、当事者の過失により生じるのではなく、また、違法なことでもないから、個々の不法行為以外に離婚による慰謝料を認める必要はない、②離婚慰謝料を認めることは、離婚に伴う夫婦間の経済格差（離婚した場合、それまで稼働している夫は、離婚後も会社に勤務することができ、引き続き自立した経済生活を営めるが、婚姻

後、主婦であった妻は、離婚後、直ちに稼働して経済的に自立した生活をする
ことができない。したがって、離婚した夫婦間には、経済格差があるというわけである。)を救済すべきという要請もあるが、それは、夫婦共有財産の清算
と離婚後の扶養(扶養の財産分与)により解決すべきであり、これによって夫
婦間の公平を回復すべきであり、これと趣旨の異なる離婚慰謝料を認めること
で救済すべきではない、③離婚に伴う精神的苦痛は、金銭的に償わせるものでは
なく、当事者が各自努力して克服すべきであるなどということのようである
(例えば、二宮周平・家族法第4版(新世社)104頁を参照)。

9 しかしながら、前記の理由は、実務を担当した者からすると、あまり説得
的なものであるとは思えない。

まず、前記①については、離婚が当事者の過失により生じることではないとい
えるのであろうかという疑問がある。離婚は、当事者の過失により生じること
ではないというのは、次のように考えているのではないかと思われる。すな
わち、夫婦は、婚姻したとしても、婚姻共同生活を営む以上、日常生活におけ
るささいな言動や感情の行き違いなどにより次第に気持ちが離れ、離婚に至る
ことがある。また、夫婦の間になんらかの原因によって、さざ波が立った場合
には、さざ波が大波にならないように、つまり婚姻関係が破たんして離婚に至
らないように夫婦間において関係を修復する作用が働くはずである。このよう
に、夫婦が離婚せざるを得なくなった場合においても、それについて夫又は妻
の一方だけが悪いというようなことはないはずである。したがって、離婚に
至った場合、それが夫婦の一方の過失によるとはいえないであろう。前記①
は、このように考えているものと思われる。確かに、離婚する夫婦間において
は、前記のようなことも十分あり得ると思われる。

また、民法は、770条1項各号において離婚事由を定めているが、これら
は、法定離婚の事由であり、こうした事由があれば夫婦の一方が離婚に応じな
くとも離婚することができるということにすぎず、協議離婚制度のもとでは、

こうした事由がなくても、夫婦が離婚することに合意すれば離婚することができ、このように夫婦が協議離婚する場合には、離婚が当事者の過失により生じているとはいえないといえるであろう。

しかしながら、ここで問題にしているのは、本件事例のように、夫Yが妻Xと婚姻しながら、Zと不貞行為をして、その結果、Xとの婚姻共同生活を破たんさせたような場合において、Yに婚姻の破たんについて過失がないといえるかということである。Yは、Xと婚姻した以上、Xと共同生活を営み、これを維持継続すべき義務があるはずである。それにもかかわらず、Zと不貞行為をしたのである。Xは、夫であるYが不貞行為をしたことを知れば、通常の場合、以前と同様の婚姻共同生活を営むことはできないと考えるのが通常ではないかと思うのである。当然のことながら、XがYとZとの関係を知りながら、いろいろな事情から、引き続きYとの婚姻共同生活を継続するということもあろう。Xがこうした選択をすることもあることは否定できない。あるいは、不貞行為をしたYが前非を悔いて反省し、Xもこれを容認して、夫婦で関係修復につとめるということもあるであろう。だが、こうしたことがあるとしても、これを一般化することはできないと思われる。

なお、Yが不貞行為をした場合、妻のXは、夫の不貞行為を宥恕して夫婦関係の修復につとめるべきであるなどと主張すれば、時代錯誤的な考えであり、妻は夫の不貞行為に耐えるのが当然であるのかと批判されることになるであろう。

このように一般的にいえば、妻が夫の不貞行為を知れば、その婚姻関係に波風が立ち、夫婦関係に亀裂が入り、その結果、婚姻が破たんに至ることも少なくないであろう。このような場合には、夫婦で努力して危機を乗り切るべきであるというのは、生活の知恵や人生訓といえるかも知れないが、これをこのようにすべきであると強要することはできないであろう。

また、本件事例のようにYの不貞行為により婚姻関係が破たんしたとして、XがYに対して離婚を求めた場合に、Yがこれに応じず、確かに不貞行為また

はこれに類することはしたが、婚姻は破たんしていないなどという主張をすることも実務上しばしば見かけたが、これは、不貞行為をした夫側の身勝手な言い分でしかないといえる。

このように夫が不貞行為をして婚姻が破たんした場合においては、離婚は当事者の過失により生じることではないなどといえないはずである。このような場合には、逆に、不貞行為をしたYは、Xとの婚姻共同生活を故意に破壊しているといえるであろう。仮にYに婚姻共同生活を破壊する意思はないとしても、Yは、XにZとの不貞行為が知られたら、Xとの婚姻共同生活が破たんするかも知れないとの認識を有しているはずである。そうであれば、不貞行為をしたYには、婚姻共同生活を破壊する意思がないとしても、不貞行為により婚姻共同生活が破たんするかも知れないとの認識はあるといえる。それなのに、Yには離婚することについて過失がないとはいえないと思われる。

10 このことは、民法770条1項1号が「不貞行為」を離婚事由としていることについて、不貞行為がなされた場合には、不貞行為をしたこと自体で離婚事由となるのであり、不貞行為により婚姻が破たんしたという結果が生じることは必要ないと解したとしても同様である。つまり、夫婦の一方に、不貞行為をすることについて認識（通常の場合、この認識は有しているはずである。）していれば、それが離婚事由に該当するかも知れないという認識は有しているはずであるからである。

この点については、婚姻や個人の性的自由は、憲法でも保障されている個人の究極の自由権であるなどという反論が考えられる。しかし、婚姻の自由があるといっても、いったん婚姻した以上、婚姻共同生活を維持継続する義務を当事者双方が負うのは当然であり、婚姻の自由があるから、離婚の自由もあるなどとして、理由もなく一方的に婚姻共同生活をやめて離婚するということとはできないはずである。また、婚姻制度からすれば、婚姻した以上は、夫婦は相互に貞操義務を負うべきであり、それを個人の性的自由は、憲法でも保障されてい

る自由権であるなどという理由で、妻以外の第三者との性的自由も保障されるべきであるなどとはいえないであろう。

11 このように考えれば、不貞行為をした者は、離婚という結果について故意があったといえるか、そうでないとしても、婚姻関係が破たんすることを予見することができたといえると思われる。そうであれば、本件事例において、YがZと不貞行為をして、その結果、婚姻共同生活が破たんに至ったのであれば、Yには、不貞行為をして婚姻共同生活が破たんし、離婚という結果が生じないようにすべき法的な義務があるにもかかわらず、婚姻関係を破たんさせたといえると思われる。

したがって、Yが不貞行為をした場合には、離婚することについて過失もなく、離婚せざるを得ない状態にしたことに違法性がないなどとはいえないように思われる。

12 また、前記8の②についても、離婚に伴う夫婦間の経済格差を夫婦共有財産の清算と離婚後の扶養により公平にすることができるというのは、一応、正論であるかのように思えるが、実際問題として、このような考えは主婦である妻の経済的地位に対する認識不足があるように思われる。

私も、担当した離婚訴訟や離婚調停において、妻が主婦であり、経済力がないために、清算的財産分与と扶養的財産分与とでなんとか離婚後の妻の経済的自立を図らなければならないと考えた事案にしばしば遭遇した。しかし、残念ながら、多くの場合には、夫婦間に十分な清算の対象となる財産がなく、夫には、扶養的財産分与として妻に長期的に経済的支援をすることができる資力もないことが多いのである。

13 本件事例においても、XとYとの間には財産分与の対象財産がないであろう。つまり、本件事例では、婚姻から離婚まで7年間であるが、通常の場合、

Yが高額の給与所得者でない限り、7年間で実質的に夫婦の共有財産となる相当額の資産形成をすることはできないと思われる。本件事例では、Yは年収480万円・平均月収40万円としたが、30代前半の年齢では、この程度の収入であることが多く、これ以上の高額給与を得られる人の方が少ないのが実情であろう。

清算的財産分与がこのような状況であるならば、Yは、Xに対して離婚後、Xが自立するための期間、扶養的財産分与として一定額の支払を命じることが考えられる。確かにそうであるが、その場合であっても、Yに対してそう高額の扶養的財産分与を命じるわけにはいかないであろう。専業主婦であったXは、離婚したからといって、直ちに自立して生活できるだけの収入を得ることはできないであろう。一定の収入を得ようとするには、離婚後、就業するために必要な資格や技能等を習得しなければならない。それには、資格等の習得のための費用だけでなく、習得期間における生活費が必要である。そこで、これらを夫であるYに扶養的財産分与として一定額を負担させることが考えられるのであるが、これは夫であるその毎月の収入からすると難しいのが実情である。もし、これができないというのであれば、妻であるXには、結局、親兄弟姉妹や福祉の支援が必要とならざるを得ないことになる。

14 こうした扶養的財産分与を本件事例において具体的に検討してみる。本件事例においては、Xは、別居時まで6年間、専業主婦であったのであるから、自ら稼働して自立した生活を営むことができるためには、1年ないし2年程度の生活費分を毎月支給を受ける必要があると思われる。この場合の毎月の生活費分をどのように算定すべきであろうか。まず考えられるのは、Xがアパート等を賃借し、自立のための資格や技能を習得するための費用と習得期間の生活費相当分である。しかしながら、このように考えると、元夫であるYの負担が多くなりすぎて、元妻に対する扶養的財産分与の負担に耐えられなくなるおそれがある。高額の給与所得があれば格別、そうでない限り、元夫がこうした負

担に耐えられるとは思えない。その結果、XとYが共倒れとなるおそれがある。

なにより離婚した場合には、元妻が新たに別居後の住居を確保して、自立して生活できる費用を夫が分担するのが当然であるという理由は一体どこに根拠があるのであろうか。扶養的財産分与を認めるべきであるとしても、これは、清算的財産分与のように実質的に共有財産なので、離婚に伴って当然に清算義務が生じる請求権といえないであろう。扶養的財産分与が離婚に伴って当然に認められるべき請求権であり、その理由のいかに問わないとすると、夫は、なにゆえに離婚した妻の生活費を分担しなければならないのであろうか。これを離婚後の元妻の自立支援であるという以上の理由づけをすることは難しいように思われる。妻であったというだけで、離婚に伴って当然にこうした請求権があるとはできないと思われる。もしそうであれば、妻の存在というのは一体どういうものなのか、婚姻とは一体どういうものであるのかという疑問が生じてしまう。相互の自由な意思で婚姻しながら、妻又は婚姻制度ということだけで、離婚後の生活も当然保障されなければならないというのは、かえって妻の存在をおとしめる発想ではないだろうか。また、妻は、婚姻し、それまでの稼働先を辞めると、婚姻して仕事を辞めなければキャリアアップして得られた経済的利益があるはずであるから、離婚する以上、これを金銭的に清算あるいは保障されるべきであるという考え方もできないではないが、こうした請求権が婚姻制度から当然に導かれ、一般化できるとは思われない。このように離婚後の扶養義務が当然に生じるということを説明することは困難であるように思われる。

15 そうなると、扶養的財産分与額は、婚姻費用相当額を基準として、他の要素を考慮すべきということに落ち着くものと思われる。

しかしながら、婚姻費用は、実際の収入から公租公課・職業費（収入を得るために要する費用）・特別経費（住居費・医療費・教育費等）等を控除した基礎収入を、権利者・義務者・子どもの生活費の割合で案分して算定するので、

婚姻費用相当額だけでXが自立的に生活することは難しいことも事実である。この点は、婚姻費用分担請求事件において、主婦であり、収入がない当事者、つまり、婚姻費用の分与を受けざるを得ない当事者（妻）から、裁判所の算定方式・算定表の運用に対してしばしばなされる批判でもある。要するに、いわゆる算定表の婚姻費用が低すぎるということである。しかし、婚姻費用の分担額は、前記のように夫が生活費を得て、妻が専業主婦である場合（又は妻がパート労働をしても、月数万円の収入しかない場合）に、夫婦は同居して協力扶助義務があることを前提とし、妻が夫と同居して生活している場合の生活のうち、妻に割り当てられる分を算定して、これを夫が別居した妻に分担するというものである。妻が夫と別居した場合に、妻が独立して生活できるだけの生活費を請求できるという性質のものではないのである。そのため、どうしても別居した妻の生活の方が苦しくなってしまうのも実情である。このことは、婚姻費用の分担がこうした性質のものである以上、やむを得ない面があるといわざるを得ないといえる。

16 確かに、これでは妻の不利益が大きいとして、扶養的財産分与の額を婚姻費用分担額を基準とすることなく、元妻であるXが自立するために必要な額とすべきであるという考えが出てくると思われるが、前記のとおり、夫のYもXと離婚後、自分の収入で自分の生活を維持しなければならないから、それに支障を来すような額の支払を命じることはできないのである。

前記のとおり、そもそも扶養的財産分与は、清算的財産分与のように離婚に伴って当然に生じる請求権とはいえないのである。そうすると、Yと離婚したXに対して扶養的財産分与を認めるとしても、通常は、婚姻費用相当額又はこれに若干の上乗せ額ということにならざるを得ないのである。

17 本件事例では、Yの年収が480万円であり、Xは専業主婦であるから、YがXに分与すべき婚姻費用分担額は、算定表によれば、月額6万円ないし8万

円となる。そして、Yの平均月収が40万円ということ、Y自身のZとの不貞行為により婚姻が破たんし、Xとしては突然、離婚せざるを得なくなったことからすると、YがXに対して扶養的財産分与として月額8万円ないし10万円を2年間支払わせるというのが限度であるように思われる。

18 私が担当した離婚裁判の多くにおいて、こうした妻側が不利益な結果となるということがあった。そのため、どのように処理すべきかに思い悩んだのである。通常は、主婦である妻が離婚後の生活に不安を抱えながらも、不貞行為をしたり、暴力を振るう夫との離別を優先させていたというのが実情であったと思う。

こうした実情を考えると、前記8の③の「離婚に伴う精神的苦痛は、金銭的に償わせるものではなく、当事者が各自努力して克服すべきである」などという理由は、経済的な問題を人生訓（過去のことは忘れて、将来のことを考えて生活すべきであるとか、人生にはいろいろなことがあり、それを克服することで人格がみがかれることになるなど）や精神論で克服せよということになるに等しいように思われる。もちろん、権利があっても請求できないのが実情であるとする、前記の人生訓や精神論と結果的には同じではないかということになるが、そもそも請求権を認めるか認めないのかという点で明らかに異なるのである。

19 念のためにいうが、Yに対して離婚慰謝料の支払義務を認めたとしても、離婚せざるを得ないXが経済的に救われるというわけではない。実際の多くの事案では、離婚慰謝料が認められ、債務名義が得られたとしても、夫の収入が少なければ、強制執行をすることができない。夫の給与債権を差し押さえようとしても、仕事先を変えられてしまえば、再就職先を探し出さなければならぬなどの事実上の困難さがある。そうなると、たとえ離婚慰謝料を認めたとしても、清算的財産分与と扶養的財産分与だけよりはまし、あるいは、心理的満

足でしかないということが多いと思われる。だからといって、離婚慰謝料を否定すべきではないと考える次第である。

20 このように本件事例では、Xは、Yに対し、不貞行為に基づく慰謝料と離婚慰謝料とを請求できることになると思う。

それでは、この二つの慰謝料の関係をどのように考えるべきであろうか。本件事例では、Yの不貞行為があり、その結果、婚姻が破たんし、離婚に至ったというのであるから、本件の不貞行為に基づく慰謝料と離婚慰謝料は、同じ原因、つまり、不貞行為をしたことにより精神的苦痛を受けたという慰謝料と不貞行為をしたため離婚せざるを得なくなったことによる慰謝料は、いずれもYの不貞行為に基づいているといえる。そうすると、離婚原因がYの不貞行為によって婚姻共同生活を維持することができなくなった、あるいは、Yの不貞行為によって婚姻が破たん状態に至ったという場合には、慰謝料の発生事実の一つであり、不貞行為に基づく慰謝料請求権と離婚慰謝料請求権の両方を認めるとすると、一つの原因で二つの請求権を認めることにならないか、したがって、どちらか一方を認めれば足りるのではないかと考えることもできそうである。

では、不貞行為に基づく慰謝料請求権と不貞行為に基づく離婚請求権とを考えた場合は、どうであろうか。この場合には、慰謝料請求権と離婚請求権とが同じ不貞行為から発生するが、請求権の内容が異なることになる。請求権の内容が異なる以上、いずれか一方を認めれば足りるとはいえないであろう。

不貞行為に基づく慰謝料請求権と離婚慰謝料請求権は、同じ慰謝料の支払を求めるものであり、慰謝料請求権は金銭債権であるから、同じものといえそうであるが、請求権の内容は異なると考えられるのである。つまり、不貞行為をしたことによる精神的苦痛と、不貞行為をしたことで離婚せざるを得なくなった精神的苦痛とは同じ精神的苦痛であるとしても、その内容は明らかに異なり、同じものであるとはいえないと思われる。そうであれば、両者の請求権

は、競合的に請求することができることにしなければならない。したがって、この二つの慰謝料請求は、訴訟物も異なることになる。実務では、このように取り扱っていると思われる。

しかしながら、実務では、不貞行為をしてその結果、婚姻が破たんし、離婚に至ったという一連の経緯を一体のものととらえ、これを一つの不法行為として離婚慰謝料の請求原因であるとの主張がされた場合には、これを二つの請求権に構成し直すことを求めずに、こうした一連の経緯で離婚に至ったという不法行為を主張するものであることを確認したうえで、訴訟物は一つであるとしているものと思われる。この場合は、精神的苦痛の内容は異なるが、不貞行為をして離婚に至ったということで、不貞行為を独立の不法行為とせずに、離婚に至った原因の中に取り込み、このような経緯で離婚に至ったということを慰謝料額の算定において考慮すべきであると考えるのである。このようなことも許されないわけではないと思われる。つまり、これが許されることになると、本来、二つの訴訟物と構成するものを、一つの訴訟物と構成することになるが、不法行為は、特定の故意行為や過失行為により生じるだけではなく、一定の事実経緯により生じることもあると考えれば、このような取り扱いも認められると考えられるからである。

したがって、不貞行為に基づく慰謝料請求をして、これが認容され、その判決が確定した後、離婚した場合（このようなことは考えられないといわれそうであるが、実務では、このような事例もあるのである。）に、離婚慰謝料を請求するとしても、訴訟物は異なることになるから、不貞行為に基づく慰謝料請求訴訟の既判力は、離婚慰謝料請求訴訟に及ばないと考えられる。

なお、離婚慰謝料は、離婚という結果が生じないと発生しないから、離婚訴訟確定後に請求するか、離婚訴訟において請求し、離婚が認容される場合には、離婚訴訟の確定を条件として支払義務が生じることになる。

21 では、不貞行為に基づく慰謝料の額と離婚に伴う慰謝料の額については、

どのように考えるべきであろうか。

一般論としていえば、不貞行為に対する慰謝料額については、不貞行為をしたことによる慰謝料であるから、不貞行為の内容、不貞行為が行われていた期間、相手方との間に子をもうけたか否かなどにより金額が決まり、他方、離婚に伴う慰謝料は、離婚という結果が生じたことによる慰謝料であるから、不貞行為のように回数や期間ということは問題とならないが、婚姻期間、離婚時の当事者の年齢、夫婦間における子の人数及び年齢等により金額が異なることになるといえるであろう。したがって、一概にいえませんが、実務感覚としていえば、離婚慰謝料の方が精神的苦痛が大きいように思われる。

この点をもう少し詳しくいえば、不貞行為に基づく慰謝料と離婚に伴う慰謝料を別個に請求する場合は、①両方を請求する場合、②不貞行為に基づく慰謝料は請求するが、離婚に伴う慰謝料は請求しない場合、③不貞行為に基づく慰謝料は請求しないが、離婚に伴う慰謝料は請求する場合に分けて考えることができるであろう。

ところで、前記のとおり、不貞行為に基づく慰謝料と離婚に伴う慰謝料とは、別に考えるべきであるが、そうであっても、実務においては、上記の①ないし③の額はほぼ同じととらえることが多いように思われる。その理論的根拠を示すのは難しいが、裁判実務を担当していると、不貞行為に基づく慰謝料と離婚に伴う慰謝料は理論的には別であるが、別々に請求する場合と前記のとおり、不貞行為をして離婚に至ったときに、不貞行為をした者は、不貞行為をして離婚に至ったという一つの不法行為をしたと構成して請求する場合とで慰謝額に違いがあるのはおかしいのではないかと考えるからだと思われる。つまり、不貞行為に基づく慰謝料と離婚に伴う慰謝料は、別々に請求してもよいが、まとめて離婚に伴う慰謝料として請求するのであれば（前記のとおり、こうした請求も認められるべきである。）、その額については、不貞行為に基づく慰謝料も離婚に伴う慰謝料も同じ不貞行為から生じたものではある以上、別々の請求の場合といわば合算して請求する場合とでは同じにすべきであろうという

実務感覚ともいうべき発想があるものと思われるのである。その結果、実務上、不貞行為に基づく慰謝料額と離婚に伴う慰謝料額については、上記の①ないし③のように分類できるとしても、結論的には、その合計額は同じでよいと考えることになるものと思われる。このようなことから、実務では、不貞行為に基づく慰謝料と離婚に伴う慰謝料とを正確に区別して考えておらず、曖昧なまま判断しているとの批判がされることになっているものと思われる。

22 次に、離婚訴訟（離婚を請求する訴訟）の管轄裁判所である家庭裁判所において、不法行為に基づく損害賠償事件である、不貞行為に基づく慰謝料請求事件及び離婚慰謝料請求事件を審理することができるかということを検討する。

人事訴訟法は、人事訴訟事件のほかに、人事訴訟に係る請求と当該請求の原因である事実によって生じた損害の賠償に関する請求に係る訴訟について管轄を有する旨を規定している（人事訴訟法8条、17条）。人事訴訟法は、身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴えに係る訴訟（人訴2条）である。したがって、人事訴訟法は、家庭裁判所に離婚訴訟を含む人事訴訟事件について管轄を認めているが、損害賠償請求事件は、人事訴訟事件ではない。それゆえ、家庭裁判所には事物管轄がないことになる。しかしながら、そうなると、離婚については、家庭裁判所で審理するが、離婚慰謝料や婚姻中の不法行為に基づく損害賠償については、地方裁判所（又は簡易裁判所）で審理するということになってしまう。これでは、当事者に二重の手間をかけることになるだけでなく、こうした損害賠償事件は、離婚原因と関連するので、同じ裁判所が審理した方が効率的であり、矛盾した判断を避け得ることになる。そこで、人事訴訟法は、人事訴訟事件に関連する損害賠償については、人事訴訟事件が係属している家庭裁判所にも管轄を認めた（人訴8条1項）のである。そうはいつでも、人事訴訟法は、あくまで身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴えに係る訴訟（人訴2条）であるから、人事訴訟事件に関連する損害賠償については、「人事訴訟に係る請求の原因である事実によって生じた損害の賠

償に関する請求」(人訴8条1項)に限定されている。したがって、離婚していない夫婦が、長期間、別居して婚姻が破たんしている場合には、破たん後に、配偶者が他方の配偶者に対して暴力を振るい、傷害を負わせたとしても、その事実は離婚訴訟の原因である事実とはいえないから、離婚訴訟の関連損害賠償とはならないことになる。

ただし、このことは、人事訴訟事件に関していえることであり、前記の事案については、家庭裁判所に調停の申立てをすることはできる。なぜなら、家庭裁判所は、人事に関する訴訟事件その他一般に家庭に関する事件について調停を行うことができる(家事法244条)からである。

要するに、家庭裁判所は、その管轄事件である人事訴訟事件の原因である事実によって生じた損害賠償事件(関連損害賠償請求事件)についても、人事訴訟事件が係属しているか、人事訴訟事件を同時に提起すれば、特別に管轄を有するということである。

23 そうなると、離婚慰謝料請求事件は、その原因事実により離婚という結果が生じたことが請求原因であるから、離婚訴訟が提起されていれば、その関連損害賠償事件といえることになる。では、不貞行為に基づく慰謝料請求事件はどうであろうか。この事件は、夫婦が婚姻共同生活を営む中で生じた損害賠償事件であるといえるから、当該不貞行為を離婚原因事実として、離婚訴訟を提起するのであれば、関連損害賠償事件といえるであろう。しかし、離婚訴訟を提起することなく、慰謝料等の損害賠償事件だけを請求する場合には、家庭裁判所には管轄はないことになる。

人事訴訟法によれば、家庭裁判所が管轄を有するのは、人事訴訟事件だけであり、その例外が関連損害賠償請求事件である。家庭裁判所が例外的に管轄を有するのは、あくまでも「人事訴訟の原因である事実」による損害賠償であるということである。典型的な例は、離婚訴訟の相手方に対する離婚そのものによる慰謝料請求(離婚に伴う慰謝料)であり、婚姻中の相手方の個別の不法行

為（不貞行為、暴力行為等）が離婚原因を構成するのであれば、これに基づく慰謝料請求事件は関連損害賠償請求事件となる。しかし、例えば、婚姻が破たんした後、相当期間が経過した段階での不貞行為や暴力行為は、離婚原因とはならないから、これに基づく損害賠償についてはもはや関連損害賠償請求とは認められないことになる。また、不当利得返還請求権や貸金返還請求権は、そもそも対象外となるということである。

24 関連損害賠償請求事件には、人事訴訟の当事者以外の第三者を当事者とする請求事件も含まれる（離婚原因となった不貞の相手方に対する慰謝料請求事件など）。これについては、夫から離婚を求められた妻が、夫の不貞行為を理由に、その離婚請求が有責配偶者からの離婚請求であり、信義則上許されないと主張して請求棄却を求めている場合に、夫に対する離婚請求の反訴を提起することなく、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求を離婚請求訴訟が係属している家庭裁判所に提起することができるかという問題がある。これは、こうした損害賠償請求事件が離婚請求事件の関連損害賠償請求事件といえるか否かという問題である。この場合、妻が夫の不貞行為を原因として離婚請求の反訴を提起すれば、不貞行為が反訴の原因である事実となるから、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求事件は、関連損害賠償請求事件といえるであろう。そうすると、妻が前記反訴を提起しないとしても、相手方に対する損害賠償事件を直接家庭裁判所に提起することもできると考えてよいと思われる。現在の家庭裁判所における取扱いは、このような場合も、「人事訴訟の原因である事実」による損害賠償であるとして受理していると思われるが、この点については、異なる考え方もあり得るものと思われる。

25 ちなみに、前記の議論は、実務が婚姻の一方の配偶者が第三者と不貞行為をした場合、その第三者は、他方の配偶者の婚姻共同生活の平和を維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害したものととして、他方配偶者に対して

不法行為責任を負う（最二小判昭54・3・30民集33巻2号303頁・最三小判平8・3・26民集50巻4号993頁）ことを前提としている。つまり、実務においては、一方配偶者の不貞行為の相手方は、他方配偶者に対して不貞行為をしたということで不法行為責任を負うという扱いで確定しているのである。その理由は、夫婦は、相互に貞操を守る義務（守操義務）を負うが、不貞行為の相手方は、一方配偶者の前記の義務違反行為に加担し、また、他人の婚姻共同生活に介入して、これを破たんに導く行為をしたということにある。それゆえ、婚姻がすでに破たんしていた場合には、他方配偶者には守操義務がなく、また、婚姻共同生活の平和を維持という権利又は法的保護に値する利益もないといえるから、一方配偶者が不貞行為をしたとしても、不貞行為の相手方は、不法行為責任を負わないということになる（前掲最三小判平8・3・26参照）。

26 しかしながら、この点については、学説上、一方配偶者の不貞行為の相手方は、他方配偶者に対して不法行為責任を負わないのではないかという考えも有力である（民法判例百選Ⅲ有斐閣22頁以下に窪田充見教授が学説の状況を簡潔に説明しているので参照されたい。）。学説は、①貞操義務は、夫婦相互の義務であり、婚姻当事者のみを拘束する、②性に対する自己決定権を尊重すべきであり、第三者は、夫婦の一方に対して貞操義務を負っていない以上、責任追及することはできない、③不貞行為によって外形的な別居に至らず、婚姻関係が修復され、婚姻共同生活が維持されるのであれば、「婚姻共同生活の平和」は維持されていることになるから、第三者も不法行為責任を追及されるべきではないということにあるようである。

上記の①については、貞操義務が夫婦間の義務であるとしても、そこに第三者が介入して、他方の義務違反に関与したのであれば、責任がないとはいえないのではないかと考えられよう。また、上記の②についても、確かに性に対する個人の自己決定権は尊重されなければならないが、この自己決定というのは、本件事例に即していえば、不貞行為をするか否かということである。そ

うなると、不貞行為をするか否かの自己決定権を尊重し、その結果について責任を負わないということになる。これは、妥当であろうか。自己決定権は尊重されなければならないが、その結果、他人の法的保護利益を侵害したのであれば、自分の自己決定権を理由に損害賠償義務を免れるというのはおかしいことである。そこまで、自己決定権が尊重されるというのは、観念論にすぎないと思われる。つまり、自己決定権の行使が内心にとどまらず、外形的行為を伴い、その結果、他人の法定保護利益を侵害した場合に、損害賠償義務を負わないというような性に対する自己決定権を想定することは難しいということである。こうした考えは、自己決定権という言葉をあまりに観念的にとらえすぎでいるように思われる。こうしたことを主張するのであれば、配偶者が不貞行為をしても、他方に対して不法行為責任を追及することはできない。つまり、夫婦間において、相互に貞操義務違反行為があっても、不法行為とはならないというほかないと思われる。しかし、このようにいえないことは、すでに検討したとおりである。

以上