

民事責任法と家族 (1)

白石 友行

はじめに

I. 家族の保護

1. 家族としての保護
2. 家族に関わる保護 (以上、本号)

II. 家族の責任 (以下、次号)

1. 家族に対する責任
2. 家族外に対する責任

おわりに

はじめに

家族のあり方を問うような民事責任法上の事件が注目を集めている。認知症高齢者が線路内に立ち入り列車と衝突して鉄道会社に損害を与えた場合においてその妻と子の責任が問題となった事例¹⁾、小学生が校庭でサッカーボールを蹴って他人に損害を与えた場合においてその父母の責任が問題となった事例が²⁾、その代表であり³⁾、これらの事件を中心として活発に展開されている議論は、その関心の高さを端的に示している⁴⁾。もっとも、民事責任法が家族と関わる場面は、家族として捉えられる者が他人に損害を生じさせた場合にその家族の別の者が責任を負うのかという問題⁵⁾以外にも存在する。他人によって

1) 最判平成28年3月1日裁時1647号1頁。また、名古屋高判平成26年4月24日判時2223号25頁(原審)、名古屋地判平成25年8月9日判時2202号68頁(第1審)。

2) 最判平成27年4月9日民集69巻3号455頁。また、大阪高判平成24年6月7日判時2158号1頁(原審)、大阪地判平成23年6月27日判時2123号61頁(第1審)。

家族として捉えられる者に対し損害が生じさせられた場合や、他人によって家族に関わる事項が害された場合に、誰がどのような内容の損害賠償を請求することができるのかという問題、また、家族として捉えられる者によりその家族の別の者に対して損害が生じさせられた場合にどのような責任が発生するのかという問題も⁶⁾、民事責任法が家族と関わる場面である。

ところが、従前の議論においては、民事責任法上の一部の個別問題との関係で家族との関わりを意識した検討がなされることはあったものの、それが十分な展開をみることはなかったし⁷⁾、民事責任法が家族と関わる場면을包括的または総合的に分析する作業については、ほとんど試みられることがなかったと

-
- 3) 2つの判例においては、精神障害者が損害を生じさせた場合において誰が714条で責任を負うべき監督義務者にあたるのか（その前提として、そもそも監督義務者にあたる者は存在するのか）、監督義務者が尽すべき監督義務とはどのようなものかという点が問題になったが、これらの諸点については、家族のあり方という観点を抜きに論ずることはできない。また、本稿が採用する視点からの検討を踏まえることで、上記の諸点だけでなく、精神障害者や未成年者の自律と保護の関係のあり方、保護に重心が置かれる場合の保護主体の問題等、責任能力制度と監督義務者責任制度の全体像にも新たな見方を提供することができるものと思われる。
 - 4) 家族のあり方を考えさせるような近時の不法行為裁判例については、拙稿「不法行為裁判例の動向」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅻ——2015年後期』（日本評論社・2016年）28頁以下で言及した。
 - 5) 本文で述べた場面とは反対に、ある者が損害を被った場合においてその者の家族として捉えられる者が当該損害の発生や拡大に寄与していたときに、その者に対して付与される損害賠償の額がそのことを理由として減額されるのかという問題もある。
 - 6) ここには、家族間で一般的な権利または利益が侵害されたことにより損害が発生する場合と（かつて盛んに論じられた自動車事故のほか、ドメスティック・バイオレンス、児童虐待、育児放棄等）、家族間で家族法上の義務が守られなかったために損害が発生する場合（関係が継続しているときに問題となる場合と、関係が解消された後に問題となる場合（離婚のほか、元夫婦間での子の監護や子との面会交流をめぐる争い等））がある。
 - 7) 例えば、配偶者の一方が不貞行為をした場合に他方がその不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるのかという問題や、内縁やパートナーシップ関係の当事者の一方がこれを破棄した場合に他方が損害賠償を請求することができるのかという問題では、古くから、家族のあり方との関連を踏まえた検討がなされてきたが、そこでの議論がほかの民事責任法上の問題へと十分な形で展開していくことはなかったように思われる。

言ってよい⁸⁾。そのため、民事責任法上の個別問題の解決や解釈論が、現代における家族のあり方を適切に反映するものなのか、家族の捉え方一般にどのような影響を及ぼすのか、ほかの個別問題へのアプローチにどのような意味を持つのかといった問いが十分に認識されず、民事責任法と家族法それぞれの動向を踏まえ、時代的または社会的な背景をも視野に入れた、理論的に基礎付けられた整合性のある議論が展開されてこなかったのではないかとの疑問が生ずる⁹⁾。こうした状況の下では、以下のような視点に基づき民事責任法が家族と関わる場面を検討することが有益であると考えられる。

1つは、家族の中身という視点である。これは、それぞれの具体的場面において家族や家族のメンバーがどのようなものとして把握されているのかという点に関わる。もっとも、一口に家族の中身といっても、そこには、いくつかの

8) 民事責任法が家族と関わる場面を包括的または総合的に検討の対象とする先行研究が存在しなかったわけではない。例えば、藤岡康宏「家族関係と不法行為」同『損害賠償法の基本構造』(成文堂・2002年)192頁以下〔初出・1980年〕は、婚姻制度と不法行為法の機能という観点から、配偶者間の不法行為の問題を論じている。また、岩志和一郎「家族関係と不法行為」山田卓生編代=藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』(日本評論社・1998年)143頁以下は、夫婦が法的保護を受ける関係であるという認識を出発点として、夫婦に関連する不法行為をいくつかの類型に分けつつ検討している。更に、水野紀子の一連の論稿(水野紀子「家族法とジェンダー」同編『家族:ジェンダーと自由と法』(東北大学出版会・2006年)69頁以下、同「内縁準婚理論と事実婚の保護」広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』(創文社・2008年)611頁以下、同「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』(信山社・2008年)133頁以下等)は、いくつかの個別の問題を取り上げつつ、家族法の視点から、家族の問題に不法行為法が介入していくことへの批判を展開している。これらの先行研究(更には、個別の問題を扱った多くの先行研究)が貴重な知見を与えるものであることに疑いはない。しかし、そこでは、一定の問題関心から特定の家族関係や特定の問題群だけが取り上げられていたり、家族のあり方という視点が希薄であったり、民事責任法との接合が十分でなかったりする等、従前の先行研究は、以下の本文で述べる問題関心から見れば、必ずしも十全なものと言うことはできないように思われる(別の問題関心からは、射程を限定した検討が有用であることはもちろんである)。

9) こうした問題関心については、拙稿「民事責任法と人・家族——問題提起と課題設定——」法研88巻1号(2015年)393頁以下を参照。

異なるレベルに属する視点が存在する。第1に、家族の枠または家族のサークルとでも表現すべき視点がある。これは、ある民事責任法上の問題が家族との関係で把握されるべき内容を持つとして、そこでの家族という枠の中に、どのような者が含まれるのかということである。ここでは、家族として捉えられる者は誰かという意味での家族の中身が問題となる¹⁰⁾。第2に、家族として捉えられる者相互間の関係の把握の仕方という視点がある。これは、家族のメンバーとされる者も人格と主体性を持った個人であることに変わりはないところ、民事責任法が家族と関わりを持つ場面で、こうした個人の像がほかの家族のメンバーや家族それ自体との関係で何らかの変容を受けているのか、それはどのような意味での変容なのかということである¹¹⁾。ここでは、家族または家族関係とはどのようなことを指すのかという意味での家族の中身が問題となる。第3に、家族の自律性という視点がある。ここでは、それぞれの家族が、典型的な家族の像というものが措定されるとしてそこから自律的でありうるのか、また、当該家族以外の存在からの介入を受け付けないという意味で自律性を持つのかといったことが問題となる。これは、家族として捉えられる者、つまり、家族内の個人に焦点をあてるとすれば、第1点および第2点にも関わる視点ではあるが、それらとは独自に意味を持つこともあるので、別途、取り上げておくことが有益である。

もう1つは、民事責任法の枠組という視点である。家族が関わるとはいえ、民事責任法上の問題である以上は、その枠組に従った判断がなされなければならない。そうすると、家族が関わる場面で展開されてきた民事責任法上の様々な議論については、以下のような形で分析をすることが有益である。第1に、個々の議論が民事責任法の構造に適合しているかどうかを評価すること、また、

10) 家族の意味は個々の問題によって異なるため、それぞれの問題ごとに家族の枠に入る者も変わってくることに留意が必要である。そのため、ある場面では家族として捉えられる者が、別の場面では家族として捉えられないということもありうる。

11) 分かりやすい例を挙げれば、子がその父母（父母がその子）との関係で、配偶者の一方が他方との関係でどのように把握されるのかといった問題が、これにあたる。

家族が関わる場面では具体的な帰結と民事責任法上の要件および効果との接合が十分でないものが存在するため¹²⁾、その場合には、個々の議論について、民事責任法の構造に適合する形で修正を加え解釈として再提示すること、第2に、第1の視点からの検討によって再定式化された個々の議論が家族のあり方に対して持つ含意を正確に把握した上で、それを民事責任法の本質や目的との関連で評価すること、そして、第3に、そこでの議論が民事責任法の枠内で斟酌されるべき対抗価値または当該問題の解決に際して考慮されるべき諸価値に十分な配慮をすることができる枠組であるのかを検討することである。これらの点、とりわけ、第2点（および第3点）については、それ自体に多くの議論の蓄積が存在するだけでなく、現在でも論争が終結したとはいえない状況にあるが¹³⁾、家族が関わる場面においては、民事責任法の目的や諸価値が各場面で場当たりに援用されてきたという側面もあることに鑑みれば¹⁴⁾、いくつかのありうる構図を描定して、そこからの評価を加えておくことは有益であると考えられる。また、民事責任法の本質や目的をめぐる従前の議論において、家族が関わる場面への言及がそれほどなされていないという現状からすれば、第2および第3の視点からの分析は、その不足を補うという意味も持ちうる。

本稿では、上記のような問題関心と視点を持ちつつ、理解の便宜を図るという目的を実現し、かつ、家族法ではなく民事責任法を出発点に据えるという意味を込めるために、「家族の保護」（Ⅰ）と「家族の責任」（Ⅱ）に分けて、民事責任法が家族と関わる場面を検討する。この整理の仕方は、ある家族に属する者が家族外の者に対して家族と関連を持つ形で被った損害の賠償を請求する

12) この点については、拙稿・前掲注（9）412頁を参照。

13) 第2点に関する議論の概要については、文献の所在も含め、潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第2版）』（信山社・2009年）13頁以下〔初版・1999年〕、瀬川信久「不法行為法の機能・目的をめぐる近時の議論について」淡路剛久先生古稀祝賀『社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線』（有斐閣・2012年）349頁以下、田中洋「不法行為法の目的と過失責任の原則」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題（別冊 NBL155号）』（商事法務・2015年）17頁以下等を参照。

14) この点については、拙稿・前掲注（9）409頁を参照。

場面であるのか、それとも、ある家族に属する者が当該家族に属する者または家族外の者に対して家族との関連で生じた損害について責任を負う場面であるのかという点に着目したものである。以下では、「家族の保護」と「家族の責任」のそれぞれの場面において問題となりうる諸事例を取り上げ、まず、従前の議論を本稿の問題関心に即する形で解釈または再定式化した上で（2つめの視点の第1点）、次に、そこでの成果を、時的な観点も入れつつ家族の中身という視点から分析する（1つめの視点）。そして、その必要性が認められる限りにおいて¹⁵⁾、民事責任法の目的や配慮すべき諸価値といった視点からの評価も行うことにする（2つめの視点の第2点および第3点）。これらの考察を通じて、個別問題における各議論が前提とする家族の捉え方とその現代における適否、家族が関わる場面で民事責任法が有していた（または、有している）意味が解明されるだけでなく、民事責任法と家族法それぞれの動向を踏まえ、時代的または社会的な背景、更には、民事責任法が家族と関わる場面全体を視野に入れた整合性のある議論を構築するための基礎が提供されることになる。

なお、フランスでは民事責任法と家族という問題との関連で多くの興味深い議論が展開されている¹⁶⁾。本稿もそこからいくつかの重要な示唆を得ているが、フランス法の分析成果については、構成の都合上、別稿に委ねることにする。

I. 家族の保護

民事責任法上の保護が問題となる以上、「家族の保護」といっても、それは家族それ自体を直接的に保護するものではない¹⁷⁾。ここでは、家族外の者が家

15) というのは、第2点および第3点からの検討をしたとしても有益な結果を得ることができない問題も存在するからである。

16) 一般的なものとして、Ex. Marie-Christine Lebreton, *L' enfant et la responsabilité civile*, th. Rouen, préf. Yvonne Flour, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 1999 ; Denis Mazeaud, *Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de «l' idéologie de la réparation»)*, in, *Études offertes à Pierre Catala, Le droit français à la fin du XX^e siècle*, Litec, Paris, 2001, pp.569 et s. ; Stéphanie Pons, *La réception par le droit de la famille de l' article 1382 du code civil*, th. Aix-Marseille III, préf. Anne Leborgne, PUAM., 2007 ; etc.

族として捉えられる者の権利または利益を侵害した場合に当該被害者以外の家族のメンバーがそのことを理由に何らかの損害賠償を請求することができるのか、また、家族外の者が家族に関わるような権利または利益を侵害した場合に当該家族のメンバーはそのことを理由に何らかの損害賠償を請求することができるのかといった問題が扱われる。前者においては、ある者と家族の関係にあることに着目した保護という意味で、「家族としての保護」が(1)、後者においては、ある者が家族との関係で有する権利または利益に着目した保護という意味で、「家族に関わる保護」が(2)、それぞれ問題となる。

1. 家族としての保護

家族として捉えられる者の生命、身体、自由、人格権等が侵害された場合に、当該被害者以外の家族のメンバーは、どのような根拠に基づきどのような内容の損害賠償を請求することができるのか。この問いには、いくつかの問題が複層的に含まれるが、本稿の問題関心に鑑みれば、その全てを扱うのではなく、検討の出発点として、直接の被害者以外の者が行う固有の慰謝料請求の問題に焦点をあてるのが適切である。というのは、上記の問題に関する従前の議論と裁判例には、家族のあり方という視点から見た場合に興味深い内容が含まれており、これらの素材については、本稿の問題関心からの検討に耐えうる形で再解釈を行うことができるからである ((1))。そして、この作業によって、個々の解釈論が前提としている、あるいは、少なくともそれに親和的であると考えられる家族の捉え方の存在が浮かび上がってくるとともに、民事責任法の枠組という視点からの検討も踏まえることで、固有の慰謝料請求以外の問題へのアプローチにも新たな見方を提示することができるはずである ((2))。

17) かつての家団論や家族共同生活体論のように(末弘厳太郎『民法雑考』(日本評論社・1932年)、同『民法雑記帳』(日本評論社・1940年)、同『続民法雑記帳』(日本評論社・1949年)所収の諸論稿、我妻栄『判例漫策』(有斐閣・1955年)149頁以下等)、家族に一定の法主体性を認めるとすれば、別である。

(1) 再解釈——身分、人格、感情

家族の中身という視点から直接の被害者以外の者による固有の慰謝料請求の問題へとアプローチをする場合には、①いかなる範囲の者が、②どのような場合に、③どのような理由に基づき、自己固有の慰謝料を請求することができるのかという問いに関心が向けられる。これまでは¹⁸⁾、判例との関連で、①につき、711条所定の者以外の者に対する同条の適用の拡大とその範囲（711条の適用を拡大しないとすれば、709条および710条で固有の慰謝料を請求することができる者の範囲）が¹⁹⁾、②につき、直接の被害者が負傷した場合における近親者の慰謝料請求の可否とその根拠条文が²⁰⁾論じられており、家族との関わりを意識しつつその結論の当否が問われることは多かったように思われる。しかし、③の内容が①②を規定するはずであるにもかかわらず、初期の議論を除けば²¹⁾、③を出発点として①②を論ずるという視点は希薄である。すなわち、今日、③については、いわゆる間接被害者の一般論との関係で、直接の被害者に対する不法行為の賠償範囲の問題として構成するのか、間接被害者の独自の

18) 本稿の問題関心とは異なる整理の仕方ではあるが、民法制定後の711条に関わる学説上の議論および判例については、文献の所在も含め、大澤逸平「民法711条における法益保護の構造(1)——不法行為責任の政策的加重に関する一考察——」法協128巻1号(2011年)199頁以下等を参照。

19) 最判昭和49年12月17日民集28巻10号2040頁(身体障害があるため被害者と同居しその庇護の下で生活を維持していた当該被害者の夫の妹による慰謝料請求を肯定した事例)。

20) 最判昭和33年8月5日民集12巻12号1901頁(子が負傷したケースで母の慰謝料請求を肯定した事例)、最判昭和39年1月24日民集18巻1号121頁(子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を肯定した事例)、最判昭和42年1月31日民集21巻1号61頁(子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を肯定した事例)、最判昭和42年5月30日民集21巻4号961頁(夫が負傷したケースで妻の慰謝料請求を否定した事例)、最判昭和42年6月13日民集21巻6号1447頁(夫であり父である者が負傷したケースで妻と子の慰謝料請求を否定した事例)、最判昭和43年9月19日民集22巻9号1923頁(子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を否定した事例)、最判昭和44年4月24日判時558号57頁(子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を肯定した事例)、最判昭和45年7月16日判時600号89頁(子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を肯定した事例)。

21) 初期の議論では、後に本文中で述べる②-1の考え方が明確に提示されていた。

不法行為を問題にするのかという法律構成レベルの問いに関心が寄せられ²²⁾、それぞれの法律構成の背後にある賠償範囲または不法行為要件の一般論との関係で④⑤が検討されることはあるものの²³⁾、それらの一般論を家族のあり方という視点から具体化しつつ⑥を捉え、④⑤が議論されることはほとんどない。また、これとは別に、711条は、一定の者に対して特別に慰謝料請求権を認めた規定であるのか、それとも、709条および710条で固有の慰謝料請求権を基礎付けることができる以上、このことを確認的ないし例示的に規定したものに過ぎないのかという、条文解釈レベルの問題も古くから論じられているが、後者の理解による場合に、あるいは、後者の理解を基礎として同条に何らかの解釈論的意味付けを与える場合に²⁴⁾、それが家族の捉え方という視点との関係でいかなる含意を持つのかについても、整理がなされていない。

こうした状況を受けて、⑥から出発しつつ従前の議論を大枠として再定式化すると、そこには、①直接の被害者以外の者は原則として自己固有の慰謝料を請求することはできないという考え方²⁵⁾、②直接の被害者以外の者は直接の被害者と近親関係にあったことを理由に自己固有の慰謝料を請求することができ

22) 議論の概要については、比較法および文献の所在も含め、山口成樹「不法行為に起因する PTSD 等の精神疾患と損害賠償責任 (1)～(6)——間接被害論・賠償範囲論の一掃納的考察」都法42巻2号(2002年)43頁以下、43巻1号229頁以下、2号(2003年)57頁以下、44巻1号1頁以下、2号(2004年)195頁以下、新法113巻1=2号(2006年)109頁以下、同「不法行為の間接被害者と損害賠償請求権」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』(有斐閣・2007年)571頁以下等を参照。

23) 例えば、直接の被害者に対する不法行為の賠償範囲の問題として理解するならば、損害賠償請求権者を制限する契機は存在しないため、711条所定の者以外の者にも固有の慰謝料請求を認めることができる(反対に、損害賠償請求権者の範囲をどのような形で限定していくべきかという点が問題になる)といった形での議論や、間接被害者独自の不法行為の問題として理解するとしても、厳密な意味での権利の存在を問う必要はないし、また、権利侵害から違法性へと置き換えられた状況下では、固有の慰謝料を請求することができる者の範囲を711条所定の者に限定する必要はないといった議論が、これにあたる。

24) この点に関しては、711条につき立証責任を軽減するための規定と位置付けるのが一般的な理解である。加藤一郎『不法行為(増補版)』(有斐閣・1974年)239頁〔初版・1957年〕、幾代通(=徳本伸一補訂)『不法行為法』(有斐閣・1993年)258頁等。

るという考え方（近親関係からのアプローチ）²⁶⁾、③直接の被害者以外の者は自己の感情が害されたことを理由に自己固有の慰謝料を請求することができるという考え方（感情または苦痛からのアプローチ）²⁷⁾が存在することが明らかとなる²⁸⁾。ところで、判例は、不法行為による生命侵害があった場合、711条所定の者に該当しない者であっても、「被害者との間に同条所定の者と実質的に同視しうべき身分関係が存在し、被害者の死亡により甚大な精神的苦痛を受けた者は、同条の類推適用により、加害者に対し直接に固有の慰謝料を請求しうる」と判示している²⁹⁾。ここには、711条所定の者以外の者が他者の生命侵害を契機に自己固有の慰謝料を請求することができるのかという問題を解決する際に考慮されるべき要素として、身分関係と甚大な精神的苦痛という2つが挙げられている。そうすると、この判例の枠組に即して言えば、②は身分関係に、③は甚大な精神的苦痛に重心を置くものであると言うことができる。以下、③を基点として、それぞれの考え方をより具体的な形で整理する。

まず、①は、起草者が想定していた理解である³⁰⁾。これによれば、他人の生

25) 他人の権利が侵害されたとしても自己に権利の侵害が存在しなければその者は損害賠償を請求することはできないという起草者やその趣旨を引き継ぐ理解が、①に属する。

26) 直接の被害者以外の者による損害賠償請求の問題を間接被害者独自の不法行為の問題として捉え、かつ、間接被害者に生ずる何らかの権利や利益の侵害を観念しようとする理解の多くが、②に属する。

27) 直接の被害者以外の者による損害賠償請求の問題を直接の被害者に対する不法行為の賠償範囲の問題として捉える理解や、この問題を間接被害者独自の不法行為の問題として捉えつつも侵害される権利や利益の内容にこだわりを見せない理解が、③に属する。

28) ②と③の分類は、従前の議論を構造化するために用いられる枠組である。従って、損害賠償が問題となっている以上、②を採用したからといって③の観点が不要になるわけではない（反対に、③を採用すれば②の観点は必要でなくなる）。

29) 前掲・最判昭和49年12月17日。

30) この点については、好美清光「生命侵害の損害賠償請求権とその相続性について——とくに慰謝料請求権を中心として——」田中誠二先生古稀記念『現代商法学の諸問題』（千倉書房・1967年）676頁以下、吉村良一「民法710条・711条（財産以外の損害の賠償）」広中俊雄ほか編『民法典の百年Ⅲ個別的考察（2）債権編』（有斐閣・1998年）633頁以下等を参照。

命が侵害されたとしても、本人以外の者は、自己の権利を侵害されていないため、原則として自己固有の慰謝料を請求することはできないところ、711条は、政策的な考慮からその例外として一定の近親者に限って特別に慰謝料請求権を認めた規定であるとされる。そして、同条が請求権者の範囲を親、子、配偶者に限定したのも、政策的考慮の結果であるとされる³¹⁾。そうすると、この立場においては、政策的考慮の中身が㉠を構成することになる。この点に関する起草者の理解は必ずしも明確ではないが、請求権者の範囲を親、子、配偶者に限定した態度決定からすれば、最近親関係の保護という点に着目したものであると考えることができる。

このような理解を前提にすると、㉠については、ある者が被害者本人との間で最近親者と実質的に同じような関係を保持していた場合には、その者に固有の慰謝料請求を認める可能性が開かれるが³²⁾、㉡に関しては、死亡以外の事例では否定的な解釈がとられるべきことになる³³⁾。他方、711条の政策的考慮の中身を、権利者が存在しない権利侵害の場面において加害者の免責を防止することによって生命という権利を保護することに求めるならば³⁴⁾、㉠については、最近親者が存在しない場合にはそれに代わる者による慰謝料請求を肯定する余地があるものの、㉡に関しては、本来の権利者が存在するため、死亡以外の事例では否定的に解されることになろう。前者の理解は、最近親関係の保護という限度で家族と関わりを持つが、後者の理解は、直接の被害者本人に焦点をあ

31) 最初期の学説も同様の理解を示している。梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権篇』(明法堂・1897年) 874頁、岡松参太郎(富井政章校閲)『註釋民法理由 下巻 (9版)』(有斐閣書房・1899年) 次472頁〔初版・1897年〕等。

32) 好美・前掲注(30) 729頁、同「慰謝料請求権者の範囲」有泉亨監修=坂井芳雄編『現代損害賠償法講座 第7巻 損害賠償の範囲と額の算定』(日本評論社・1974年) 233頁等。

33) 最近親者は、自己の身体、健康、人格権等が侵害された場合に、そのことを理由として慰謝料を請求することができるだけである。好美・前掲注(30) 730頁以下、同・前掲注(32) 246頁以下等。

34) 大澤逸平「民法711条における法益保護の構造(2・完)——不法行為責任の政策的加重に関する一考察——」法協128巻2号(2011年) 249頁以下。

てるものであり、実質的な面で家族と関わりを持つことはない³⁵⁾。

次に、②においては、近親関係を害されたことが直接の被害者以外の者による慰謝料請求権の根拠となる。もっとも、ここでは、近親関係の中身として、②-1. 親族権、身分権、一定の近親者を殺されない権利等のように、被害者本人との間に存在した一定の身分や地位を問題にする考え方³⁶⁾、②-2. 被害者本人との間に存在した身分や地位そのものではなく、これらを含めた特定の関係に結び付く個人としての人格的な権利または利益を問題にする考え方³⁷⁾とを区別しておく必要がある。

一方で、②-1によれば、711条は親、子、配偶者といった特定の法的な身分や地位を保護するための規定として位置付けられるため、この態度決定を尊重すると、㉠については、これら以外の身分や地位を有する者による慰謝料請求は認められないことになりそうである。しかし、身分権概念の枠と内容を拡大していくことを通じて（親、子、配偶者以外の法的な家族関係を有する者への量的な拡大）、あるいは、ある者にこれらの者が持つ身分や地位と事実上同視しうる状況があることを考慮して（内縁の配偶者や未認知の子等、親、子、配偶者に準ずる者への質的な拡大）、固有の慰謝料を請求することができる者の範囲を広げていくことは可能である。また、㉢に関しても、一定の法的な身分や地位が侵害されたかどうかという観点からの評価がなされるため、例えば、

35) この理解は、権利を保護するための特別な損害賠償請求権を誰に帰属させるのかという形式の面で家族と関わりを持つに過ぎない。

36) 初期の一般的な見解である。菱谷精吾『不法行為論（再訂増補第3版）』（清水書店・1912年）284頁以下〔初版・1905年〕、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（岩波書店・1924年）873-874頁の注（16）、岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店・1929年）702頁等。

37) ②を前提とする学説の多くは、問題としている権利や利益の中身を明確にしておらず、そのため、本文で述べた考え方も、明確な形で示されているわけではない。しかし、2で扱われる「家族に関わる保護」の場面で展開されている議論を参照するならば、本文のような考え方が基礎にあると評価することができるのではないかと思われる。なお、この点との関連では、大塚直「大阪地判平成5年2月26日、福岡地判平成5年3月23日、東京地判平成5年5月21日、名古屋地判平成5年3月26日・判批」判タ846号（1994年）98頁以下の指摘も参照。

妻や子への傷害や強姦等の場合であっても、夫権や親権の侵害を認め、かつ、これらの身分権の内容を膨らませていくことで、夫や父による慰謝料請求を肯定する可能性が開かれる³⁸⁾。

他方で、②-2は、人は親しい者との関係を通じて自己の人格を確保し、実現していくという発想を基点に据えて、一定の関係に結び付く個人の人格的な権利または利益の保護を問題にする。そのため、①については、親、子、配偶者間で問題になるのと同じような関係に係る人格権ないし人格的利益の存在が認められる限りにおいて、これらを有する者は、当該関係の相手方の死亡により固有の慰謝料を請求することができると考えられる³⁹⁾。また、②に関しては、一定の関係と結び付く人格的な権利または利益が侵害されたかどうかが重要であり、その相手方が存在している限り上記の意味での権利または利益の侵害を安易に認めることはできないから、当該相手方との意思疎通を図ることができない等、②-1による場合に比べて限定された場面でしか、直接の被害者以外の者による慰謝料請求は肯定されないことになる⁴⁰⁾。

なお、②との関係では、711条所定の者以外の者による固有の慰謝料請求を認める場合の根拠条文はどれか、また、711条の存在意義をどこに求めるのかという2つの問題との関連で、以下のような整理が可能であることに注意を促しておく。すなわち、仮にその根拠条文を711条に求めるか、それを709条お

38) 以上の点につき、中川善之助「身分権への不法行為——慰謝料請求権に関する1つの疑」同『身分法の総則的課題』(岩波書店・1941年)46頁以下〔初出・1933年〕、同「身分権侵害と慰謝料の原理」前掲書74頁以下〔初出・1933年〕等。

39) 従って、②-1では、基本的には特定の身分や地位の有無を問題にすれば足りるのに対し、②-2では、直接の被害者との関係をより具体的および実質的に判断することが必要となる。

40) 直接の被害者が負傷した場合にその家族は固有の慰謝料請求をすることができるのかという問題との関連で、近時の学説は、直接の被害者がコミュニケーションをとることができない状態にある等の非常に限定された場合にのみこれを認めるという方向性を示しているが(窪田充見『不法行為法』(有斐閣・2007年)304頁、前田陽一『債権各論Ⅱ〔不法行為法〕(第2版)』(弘文堂・2010年)111頁〔初版・2007年〕等)、本文の叙述が想定しているのも、このような理解である。

よび710条に求めるとしても711条を単なる例示規定と捉える立場によれば、同条所定の者の保護とそれ以外の者の保護との間に軽重を認めない結果となる。反対に、仮にその根拠条文を709条および710条に求め、711条につき立証責任を軽減するための規定と捉える立場によれば、両者の保護に濃淡を付ける結果となる。

最後に、③においては、直接の被害者への不法行為により自己の感情が害されたことや自己が苦痛を被ったことが、直接の被害者以外の者による慰謝料請求権の根拠となる。この場合、不法行為当時、直接の被害者との間に近親関係があったかどうか、どの程度の近親関係があったのかといった点は、感情の侵害や苦痛の有無およびその程度を判断するための1つの要素となるに過ぎない⁴¹⁾。従って、④については、当該場面で親、子、配偶者の地位にある者が被るのと同程度の感情への侵害や苦痛の存在が認められれば、また、⑤に関しても、近親関係にある者が死亡した場合と同程度の感情への侵害や苦痛の存在が認められれば、これを受けた者は、自己固有の慰謝料を請求することができる。なお、②の場合と同様に、ここでも、根拠条文および711条の存在意義の理解との関連で、感情や苦痛に対する保護に濃淡を付けるかどうかが変わってくることに、留意すべきである。

(2) 分析——家族の中身

まず、家族の枠または家族のサークルという視点から、(1)で整理した議論を検討する。検討の方法としては、いくつかの異なるアプローチが考えられるが、論旨を見通しやすくするために、ここでは、711条で予定されている家族（親、子、配偶者）を基点とした場合の拡大の範囲に注目する。

②-1は、親、子、配偶者といった特定の身分や地位を保護するとの考えから出発して、身分権概念の枠と内容の拡張（量的拡張）および事実に着目し

41) このような考え方を明確に示しているものとして、鈴木貞吉「反射的無形損害賠償論（上）（下）」自正1巻12号（1950年）4頁以下、2巻1号（1951年）21頁以下、吉川日出男「最判昭和49年12月17日・判批」札幌商科大学論集18号（1976年）187頁以下等。

た拡張（質的拡張）という手法を用いて、そこでの保護をほかの者に対する関係でも拡大する。ここでは、特定の身分や地位の存在が当然の前提となっているため、拡大の契機は、②-2と比べれば、それほど大きくない。家族の枠は、内縁の配偶者や未認知の子等、親、子、配偶者に事実上準ずる者や、時代および社会の通念に支えられ家族として認識される身分や地位を持つ者へと広がるだけである。これとは反対の方向で、事実上の離婚状態にある夫婦、関係が破壊されている親子等について、たとえ一方が生命を侵害されたとしても、他方に固有の慰謝料請求権を認めるべきではないといった議論もなされうるが⁴²⁾、特定の身分や地位の保護が問題になっている以上、それらは法定の関係がある限り存続するはずであり、②-1を前提にこの議論を受け入れることは必ずしも説得的でない⁴³⁾。また、実定法は、一定の近親関係の存在を前提としつつも実質的な親密度を具体的に考慮して⁴⁴⁾、内縁の配偶者⁴⁵⁾、元配偶者⁴⁶⁾、事実上の子⁴⁷⁾、事実上の親⁴⁸⁾、子の配偶者⁴⁹⁾、配偶者の親⁵⁰⁾、祖父母⁵¹⁾、

42) ②-1の発想を基礎としているかどうかは明らかでないが、福岡地裁大牟田支判昭和58年9月13日交民集16巻5号1243頁は、事実上の離婚状態にあった妻が交通事故により死亡したという事案で、その夫による固有の慰謝料請求を棄却する。また、静岡地裁浜松支判昭和44年9月26日交民集2巻5号1385頁は、交通事故で死亡した被害者の父母が相続権を確保するために被害者の妻に墮胎させ、狡猾冷酷に搾取したという事案で、父母による固有の慰謝料請求を棄却する（なお、この判決は、被害者の損害賠償請求権の相続に係る主張についても、権利の濫用にあたるとして排斥している）。そのほか、夫婦または親子の実質的な関係を考慮して認容する慰謝料額を低く抑える裁判例は、数多く存在する（例えば、京都地判昭和45年3月3日判タ248号178頁、岡山地判平成3年6月25日交民集24巻3号709頁等）。

43) このような不整合は、「家族に関わる保護」の場面にも存在する。

44) 安藤一郎「近親者の慰謝料請求権」塩崎勤編『交通損害賠償の諸問題』（判例タイムズ社・1999年）393頁以下〔初出・1987年〕。

45) 盛岡地判昭和31年5月31日下民集7巻5号1438頁（肯定）、東京地判昭和36年4月25日下民集12巻4号866頁（肯定）、千葉地判昭和38年7月19日判時368号62頁（肯定）等、多数の裁判例がある。

46) 京都地判昭和60年12月11日判時1180号110頁（肯定）、大阪高判平成17年4月12日交民集38巻2号315頁（否定）。

孫⁵²⁾、兄弟姉妹⁵³⁾、伯父（叔父）・伯母（叔母）⁵⁴⁾、甥・姪⁵⁵⁾等が死亡したケースで⁵⁶⁾、その対にある者の固有の慰謝料請求権を認める（あるいは、認めない）というアプローチを採用しており⁵⁷⁾、②-1の発想は、これと整合的でない。他方、この見方においては、家族の規模が縮小していること、家族の絆が希薄

-
- 47) 東京高判昭和36年7月5日高民集14巻5号309頁（肯定）、大阪地判昭和41年8月20日判タ195号150頁（肯定）、東京地判昭和42年4月24日判時505号42頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 48) 名古屋地判昭和45年2月25日交民集3巻1号294頁（肯定）、神戸地裁尼崎支判昭和52年3月30日交民集10巻2号485頁（肯定）、東京地判昭和54年3月22日交民集12巻2号406頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 49) 大阪地判昭和41年5月31日判時465号52頁（肯定）、神戸地裁尼崎支判昭和43年12月23日交民集1巻4号1525頁（肯定）、東京地判昭和44年7月16日判時574号46頁（否定）等、多数の裁判例がある。
- 50) 大阪地判昭和42年5月26日判時486号64頁（肯定）。
- 51) 前掲・大阪地判昭和42年5月26日（一部の孫につき肯定、一部の孫につき否定）、大阪地判昭和44年5月16日交民集2巻3号682頁（肯定）、東京地判昭和47年3月27日交民集5巻2号461頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 52) 東京地判昭和42年11月20日判時499号27頁（肯定）、徳島地判昭和45年2月12日判時594号86頁（肯定）、大津地判昭和45年11月30日交民集3巻6号1843頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 53) 横浜地判昭和39年2月17日下民集15巻2号284頁（弟と妹につき肯定、兄につき否定）、東京地判昭和42年11月30日判タ216号244頁（妹につき肯定、ほかの兄弟につき否定）、東京地判昭和43年7月20日判時529号63頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 54) 大阪地判昭和46年7月30日判タ270号341頁（否定）、横浜地判昭和47年6月1日交民集5巻3号789頁（肯定）、大阪地判平成14年3月15日交民集35巻2号366頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 55) 新潟地判昭和46年8月18日交民集4巻4号1199頁（否定）、東京地判昭和48年8月23日交民集6巻4号1336頁（肯定）。
- 56) そのほか、婚約者による固有の慰謝料請求を否定した裁判例として、名古屋地判平成11年10月22日交民集32巻5号1612頁。また、大叔母による固有の慰謝料請求を否定した裁判例として、大阪高判平成15年9月24日交民集36巻5号1333頁。
- 57) 網羅的ではないが、裁判例の状況については、好美・前掲注（32）234頁以下、福永政彦「民事交通事件の処理に関する研究」司法研究報告書25輯1号（1974年）284頁以下、安藤・前掲注（44）391頁以下、本山敦「近親者の慰謝料請求に関する一考察」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』（信山社・2008年）34頁以下等も参照。

化していること等、現在の家族を取り巻く状況の変化に鑑み、保護されるべき身分や地位をかつてよりも縮小していくことが考えられる。仮にこうした方向に進み、711条所定の者以外の者による固有の慰謝料請求を認めないという態度決定をするならば、②-1は、夫婦と親子からなる家族関係を特別に保護していく発想と親和的であるとも評しうる。しかし、その反面、固有の慰謝料を請求することができる身分や地位については画一的であることが要請されるため、この方向では、今なお現実に存在しているはずの旧来型の伝統的家族には対応することができず、たとえ上に示した様々な身分を持つ者が親子や夫婦と実質的に同じような状況にあるとしても、これらの者に固有の慰謝料を認めることができなくなる。

②-2は、特定の身分や地位を持つ者との関係で形成される個人の人格の保護を問題にし、ある者との間の関係が、実質的に親子や配偶者の関係と同視することができ、自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠であると評価される場合に、その保護を拡大していくという発想をとる。そのため、拡大の契機は、②-1に比べると大きい。また、②-1とは異なり、固有の慰謝料を請求することができる者の範囲を画一的に決定しなければならないとの要請も働かないため、この理解は、親、子、配偶者との事実上の同一性のみならず、個別具体的に行われる事実判断を踏まえた実質的な同一性をも考慮して、固有の慰謝料請求の可否を判断する実定法の状況とも、一定の限度で整合性を持つ。事実関係に左右されるところが大きいものの、例えば、ある者との間のパートナーシップ関係がその者の生き方の根幹に関わるようなときには、その当事者の一方が何らかの不法行為により死亡した場合には、他方による固有の慰謝料請求が認められることがあってもよいかもしれない。これとは反対に、この見方によると、核家族化、都市化、更には、脱家族化等、現代の家族を取り巻く状況の変化を踏まえ、個人が自己の人格の実現にとって必要とする家族関係の変化という観点から、この場面での家族の枠がかつてのそれよりも狭くなるといった事態に至ることも考えられる。膨大な数の裁判例が存在するため印象の域を出ないが、近時の裁判例の中には以前であれば固有の慰謝料請求が認められてい

たのではないかと思われる場面でこれを否定するものが存在していることも事実であり⁵⁸⁾、こうした傾向についても、この見方によって説明することができるのではないかと思われる。

③は、特定の者との関係から完全に切り離された個人の感情の保護を問題にし、ある者が死亡したときにその近親者に生ずると同程度の感情の侵害が請求者に発生していると評価される場合に、その保護を拡大していくという発想をとる。そのため、ここでは、家族の枠という問題設定は成立しえない。それでも、固有の慰謝料請求をする者がほぼ直接被害者の家族のメンバーに限られるという事実に着目して、家族の枠という視点から評価をしておく、この立場によれば、保護されるべき感情の取り上げ方にもよるが、パートナーシップ関係の当事者のみならず、同棲カップルや同居人、同性のカップル、恋人、単なる友人に至るまで、その枠が拡大する契機を孕んでいることになる⁵⁹⁾。こうした理解は、少なくとも実定法の状況には適合的でないし⁶⁰⁾、家族の捉え方としても問題を含む。

次に、固有の慰謝料を請求する者と直接の被害者との間に存在する関係の把握の仕方、あるいは、（家族という実体を観念するとして）これらの者と家族の関係の捉え方という視点から、(1)で整理した議論を検討する。

58) 例えば、東京地判平成22年2月24日判タ1382号238頁は、同居および養育関係にあった事実上の親が過労に伴うくも膜下出血により死亡したという事例で、事実上の子による固有の慰謝料請求を否定している。また、横浜地判平成23年10月18日判時2131号86頁は、同居および世話をしていた孫が交通事故により死亡したという事例で、祖父母による固有の慰謝料請求を否定している。

59) 本山・前掲注(57)40頁以下は、今日、原告にとっては、死亡した被害者の近親者であったということよりも、精神的苦痛を受けたということの方が、請求の動機として重要になっており、このことを、近親者であるから精神的苦痛を受けるのではなく、精神的苦痛を受けたから近親者にあたるという形で発想枠組の転換と評価した上で、同性カップルの当事者やグループホームの同居人等にも固有の慰謝料請求を認める余地が生じてくるのではないかとする。

60) 確かに、公判裁判例を見る限りでは、固有の慰謝料を請求することができる者の範囲が過度に拡大されていくおそれは少ないが、そうであるからといって、③に関して、実定法の状況を十分に説明しうる枠組であると評価することはできない。

②-1は、親、子、配偶者といった特定の身分や地位の保護を問題にする。仮にこのことが特定の身分や地位それ自体を保護するという意味であるとすれば、固有の慰謝料を請求する者と直接の被害者との間に存在する関係は、完全に個人化された形で把握されていることになる。もっとも、これによると、家族として捉えられる者に対し、傷害、性的侵害、自由の拘束等がなされた場合に関しては、直接の被害者が存在している以上、直接被害者の家族のメンバーがその者との関係で有している身分や地位は失われておらず、当該家族のメンバーに固有の慰謝料請求を認めることはできないはずである。従って、これらの局面で家族のメンバーによる固有の慰謝料請求を肯定しようとするれば、そこでの身分や地位の中に、これらの存在それ自体およびそこから発生する権利義務だけではなく、一種の共同体的な発想に支えられた当該相手方との相互支配的ないし相互依存的な関係をも含ませ、これらが侵害されているとの評価を行う必要があるように思われる。そうすると、②-1における関係把握の仕方には、㊸へのアプローチの方法によっては、相互支配的ないし相互依存的な契機が強く内在されることになると言わなければならない。

他方で、②-2は、個人の人格の実現や発展という観点を基点とするため、そこに、他者との関係的な要素が入り込むとしても、相互支配的ないし相互依存的な発想が介在することはない。また、こうした理解を前提とする以上、㊸に関しては、判例の定式を参考にして言えば、直接の被害者につき死亡にも比肩しうべき権利侵害または生命侵害に比べて著しく劣るものではない権利侵害があり、これによって、その被害者との関係に結び付く人格の実現が妨げられたかどうかの問題とされるべきことになる⁶¹⁾。このような見方は、家族というものに身分や地位とは異なる一定の意味を認めながらも、家族のメンバーを家族それ自体や家族のほかのメンバーには従属させず、それらから緩やかに個人化させるものであると評しうる。反対に、もし家族メンバー間の関係を個人から切り離しそれ自体として問題にする方向性をとるとすれば、そこでの個人は、この家族関係の中に埋没してしまう⁶²⁾。そのため、②-2の発想を基礎に据える場合には、家族内の個人を基点として議論を構築する必要がある。

関係それ自体を保護する方向性とは対照的に、③は、関係から切り離された個人の感情それ自体の侵害の有無を問うため、問題を完全に個人化して捉えるものである。こうした発想によれば、⑥については、直接の被害者に対し死亡にも比肩すべき権利侵害または生命侵害に比べて著しく劣るものではない権利侵害があるかどうかではなく、損害賠償を請求しようとする者に直接の被害者が死亡した場合にも比肩すべき精神的苦痛または生命侵害の場合のそれと比べて著しく劣るものではない精神的苦痛があるかどうかを問題にすべきことになる。確かに、この理解は、個人主義的発想から導かれる1つの帰結ではある。しかし、たとえ損害賠償請求の場面であったとしても、個人を家族から完全に切り離してしまうことは、人が特定の者との関係で感情的または身体的な満足を味わえる場＝親密圏としての家族⁶³⁾というものの存在意義を薄めることにもなりかねないように思われる。なお、④⑥の問題の解釈論的帰結は正反対

61) この点、注(20)で引用した判例は、近親者に直接の被害者が死亡したときにも比肩すべき精神上の苦痛が生じた場合、あるいは、近親者としての精神的苦痛が生命侵害の場合のそれと比べて著しく劣るものではない場合に、当該近親者に対する固有の慰謝料請求を認めており、ここでは、死亡にも比肩すべき、あるいは、生命侵害の場合のそれと比べて著しく劣るものではないという評価が、直接の被害者への権利侵害ではなく、近親者に生じた苦痛を対象として行われる形になっている。もっとも、これらの判例が上記の違いを意識していたかどうかには疑いが残るほか、判例においては直接の被害者に生じた傷害および後遺症の程度や内容といった事実が近親者による慰謝料請求の可否を決するための判断の中心に据えられていることからすれば、死亡にも比肩すべき等の評価が直接被害者の権利侵害についてなされているという読み方も不可能ではないように思われる。また、必ずしも意識的なものではないと考えられるが、この問題について判断を示した膨大な数の裁判例を読むと、死亡にも比肩すべき権利侵害、生命侵害の場合のそれと比べて著しく劣るものではない権利侵害という表現を用いる裁判例があることにも、注意が必要である（例えば、横浜地判昭和45年4月25日判時612号68頁、大阪地判昭和47年3月16日交民集5巻2号389頁、長崎地裁福江支判昭和63年12月14日判タ696号173頁等）。

62) 議論の出発点や発想は異なるが、これは、かつての家団論や家族共同生活体それ自体を被害者と見る考え方（戒能通考「不法行為に於ける無形損害の賠償請求権（2・完）」法協50巻3号（1932年）120頁以下。また、近親者固有の慰謝料請求の問題には触れていないが、末弘徹太郎「被害者としての家団」同『民法雑記帳』（日本評論社・1940年）210頁以下も参照）に連なるものである。

であるが、①も、個人主義的な問題把握の1つの形態であると評しうる。

ところで、②と③のいずれの考え方を基礎に据えるのかは明らかでないが、直接の被害者が負傷した場合にその近親者が自己固有の慰謝料を請求することができるのかという問題を否定的に理解する立場から、直接の被害者に慰謝料が支払われることによって近親者の苦痛も慰謝されるという見方や⁶⁴⁾、近親者が被った苦痛は直接の被害者に対する慰謝料の額の算定にあたって斟酌されるという発想が⁶⁵⁾、その根拠として援用されることがある。問題を完全に個人化して捉える③はもちろん、②であっても、個人に帰属する身分や地位、個人の関係的な人格権、個人の感情を問題にする以上は、こうした議論は成り立ちえないはずである。それにもかかわらず、このような主張が展開されるのは、近親者の苦痛は直接の被害者の苦痛にほかならないという考え方、つまり、直接の被害者と近親者の関係を一体的に把握する考え方がねじれた形で現れているからではないか⁶⁶⁾。ここには、これまで触れてきたものとは別の意味で、いわ

63) 文脈は異なるが、大村敦志『家族法(第3版)』(有斐閣・2010年)374頁〔初版・1999年〕を参照。

64) 千種達夫「子の傷害と母の慰謝料」同『人的損害賠償の研究下』(有斐閣・1975年)530頁〔初出・1963年〕等。また、奈良次郎「最判昭和43年9月19日・判解」『最高裁判所判例解説民事篇 昭和43年度(下)』684頁以下の指摘も参照。

65) 近親者固有の慰謝料請求を否定しつつ、直接被害者本人の慰謝料額の算定に際して、近親者の事情を斟酌する裁判例として、大阪地判昭和47年3月16日交民集5巻2号389頁、東京地判昭和58年8月29日交民集16巻4号1172頁、長野地判昭和60年2月25日判タ554号262頁等。

66) このような考え方は、親からみた場合の親子関係の把握の仕方により顕著な形で現れているように思われる。注(20)で引用した判例については、子が負傷したときにその父母が固有の慰謝料を請求する場合の方が、父母が負傷したときにその子が固有の慰謝料を請求する場合や、配偶者の一方が負傷したときに他方が固有の慰謝料を請求する場合よりも、請求が認められやすいのではないかとの評価もなされていたが(淡路剛久「最判昭和42年6月13日・判批」法協85巻6号(1968年)82頁以下、石田穰「最判昭和43年9月19日・判批」法協86巻12号(1969年)121頁以下、西井龍生「最判昭和43年9月19日・判批」民商60巻5号(1969年)104頁等)、こうした評価がなされたことの背後には、親からみた場合の親子の一体性という思想が一般的に受け入れられているという認識があったのではないか。

ば外在的な形で個人化を縮小させ、家族を一体的に把握させようとする強力な思想を看取することができる⁶⁷⁾。

更に、これまでの検討を踏まえ、直接の被害者と固有の慰謝料請求権者の間に存在する関係の程度に応じた「家族としての保護」の濃淡という視角から、典型的な家族というものが想定されとした場合のその典型的な家族からの自律性という視点も交えつつ、(1)で整理した議論を検討する。

この場面での家族の枠を711条所定の者から拡大させない立場は、夫婦と親子という特定の家族だけに損害賠償法上の保護を与えるものである。これは、それ以外の関係を持つ家族に対して配慮をしないことを意味するが、見方を変えれば、夫婦と親子＝典型的な家族だけを特別に扱い、その関係を損害賠償の側面で強化するものだと評価することができる。また、711条所定の者以外の者による固有の慰謝料請求を認める場合の根拠条文を709条および710条に求め、かつ、711条につき立証責任を軽減するための規定と見る立場は、夫婦や親子という中核的な家族に強い損害賠償法上の保護を与え、それ以外の関係を持つ家族には緩和された保護を与えるものである。そして、711条所定の者以外の者による固有の慰謝料請求の根拠条文を709条および710条に求め、かつ、711条を単なる例示規定と見る立場や、その根拠条文を711条に求める立場は、固有の慰謝料請求をすることができる家族である限りにおいて、均一的な保護を与えようとするものである。

このように従前の議論を整理してみると、単なる例示規定か立証責任の緩和規定かという711条の存在意義に関わる論争は、家族の枠を一定の範囲で拡大させる立場を前提に家族の中身という視点から評価すれば、中核部分の強い保護とそれ以外の緩和された保護という発想を受け入れるかどうかという形になって現れることが分かる。また、これをより一般化すれば、上記の各考え方には、夫婦と親子からなる家族を典型的ものとして想定しそれだけに損害賠償

67) このような家族の一体的把握を暗黙の前提とした議論は、「家族に関わる保護」や「家族の責任」の場面でも見られる。

法上の保護を付与するのか、こうした典型的なものから離れる形の家族にも緩和された保護を与えるのか、典型的なものであろうとなかろうと同一レベルの保護を付与するのかという点において、違いが存在することになる。

最後に、本稿の問題関心からは、民事責任の本質や目的という視点からの検討が行われるべきことになるが、個人の権利保障、損害填補、抑止、制裁等、どのような目的を設定するにしても、一定の親和性はあるものの、①から③の考え方のいずれに対しても一応の説明を付けることができないわけではないように思われるため⁶⁸⁾、ここでは、この場面で近親者としての満足や制裁感情といった観点が説かれていることだけを指摘し、この視点からの検討については、「家族に関わる保護」の場面で併せて行うことにする。そこで、以下では、これまでの検討がほかの問題へのアプローチに与える影響についてごく簡単に言及する。

第1に、直接の被害者以外の者による固有の財産上の損害賠償請求に関しては、②-1や③によれば、慰謝料の問題と全く同一の枠組で捉えられることになるが⁶⁹⁾、②-2によれば、特定の者との関係に結び付く人格とは別の権利または利益（直接の被害者が死亡したケースで言えば、扶養への権利等）の侵害が問題とされることになる。第2に、直接の被害者が死亡した場面における相続構成と固有侵害構成については、これまで、死者本位の考え方と遺族本位の考え方⁷⁰⁾、日本的親子・死生観と個人主義⁷¹⁾という対立構図で描かれること

68) まわりくどい言い方をしたのは、その説明に困難を伴うことがありうるからである。例えば、権利保障という目的から③の考え方を説明しようとするときには、直接被害者以外の者に付与される損害賠償がどのような権利の価値を回復させようとするものであるのかという点についての説明を要するが、これは難しい問題である。

69) ただし、②-1によれば、身分や地位の侵害によって財産上の損害賠償請求権を直接的に基礎付けることができるものの、③によれば、固有の慰謝料請求の場面における感情や苦痛といった要素を、直接の被害者以外の者に生じた被害というように、より一般化した形で捉え直す必要がある。

70) 倉田卓次「相続構成から扶養構成へ」有泉亨監修＝坂井芳雄編『現代損害賠償法講座 第7巻 損害賠償の範囲と額の算定』（日本評論社・1974年）98頁以下。

もあったが、いずれも、法律論としては個人を基礎とした構成であることに変わりはない⁷²⁾。これまでの検討を踏まえて言えば、ここでの争点は、むしろ、法定の家族関係と実質的な家族関係のいずれの保護に力点を置くのかということではないかと思われる⁷³⁾。第3に、死亡または負傷の際の被害者本人としての損害賠償の内容について、公害や薬害等の場面で展開された全人間的被害の回復という思想⁷⁴⁾をより発展させ、被害の回復や今後の生活保障のみならず、個人の内面や可能性等にも十分な配慮をするとの目的の下で、その内容に、家族との楽しみの喪失等といった要素を含めていくとすれば⁷⁵⁾、それは、②-2の考え方に親和的である。第4に、不法行為のために胎児が生まれてこなかった場合の取扱いに関して⁷⁶⁾、胎児を人と見ることはできないことから、父母となるはずであった者に711条で固有の慰謝料請求を認めるという解釈⁷⁷⁾を受け入れることには困難を伴う。そのため、裁判例では、女性に対して、母体に対する侵害や出生への期待の侵害等を理由として709条に基づき、男性に対しては、妻やそれに準ずる者への傷害を理由として711条に基づき、または、出生への期待の侵害等を理由として709条に基づき、慰謝料請求が認められている

71) 四宮和夫「不法行為による人身損害に関する考え方の対立について」同『四宮和夫民法論集』（弘文堂・1990年）264頁以下〔初出・1981年〕。また、日本的親子・死生観について、楠本安雄「幼児損害とその相続性を考える」同『人身損害賠償論』（日本評論社・1984年）65頁以下〔初出・1977年〕。

72) 本文で述べたような対立構図が描かれているのも、直接の被害者と近親者の関係を一体的に把握する考え方が法律構成とは切り離された形で現れているからにほかならない。

73) 異なる問題関心からの整理ではあるが、この点については、拙稿・前掲注(9)400頁も参照。

74) 馬奈木昭雄「カネミ油症事件における損害論」法時49巻5号(1977年)44頁以下、鳥毛美範「スモン被害者救済の法理」法科8号(1980年)83頁以下等。

75) こうした要素を非財産的損害の中に取り込むのが、フランス法の立場である。その全体像も含め、住田守道「人身損害賠償における非財産的損害論(1)～(3・完)——フランス法を検討対象に——」法雑54巻1号(2007年)301頁以下、2号600頁以下、3号(2008年)172頁以下、同「フランス人身損害賠償とDintilhacレポート——非財産的損害の賠償が示唆するもの——」龍社40号(2010年)148頁以下等を参照。

76) 人の属性という観点からの評価について、拙稿・前掲注(9)402頁を参照。

程度である⁷⁸⁾。しかし、その慰謝料額の低さが問題となっているところ、仮に②-2を受け入れるとすれば、その発想自体は、出生してこなかった胎児との間でも問題となりえ、父母に支払われる慰謝料を増額する契機となりうる。

2. 家族に関わる保護

家族に関わりを持つような権利または利益が家族以外の者によって侵害された場合に、当該家族のメンバーは、どのような根拠に基づきどのような内容の損害賠償を請求することができるのか。様々な事例が想定されうるが、以下では、配偶者の一方が不貞行為をした場合に他方およびその子が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるのかという問題をめぐって展開されてきた論争を出発点としつつ、家族に属していた死者との関わりが何らかの形で害された場合にその家族の生存者がこれを害した者に対して損害賠償を請求することができるのかという問題との関連で示されたいいくつかの見方をも検討の素材として、家族のあり方という視点から、従前の議論の再定式化を試みる ((1))。これにより、個々の主張が前提としている、あるいは、少なくともそれに親和的であると考えられる家族の捉え方が明確になるとともに、民事責任法の枠組という視点からの分析も踏まえることで、本稿の問題関心および検討課題にとって有益な視座を提供することができるはずである ((2))。

77) 関彌一郎「不法行為法における「胎児の被害法益」——わが国および英米系諸国の問題状況概観 (その1)」横浜国立大学人文紀要第1類哲学・社会科学23号 (1977年) 3頁、齋藤修「交通事故による胎児の死亡と父の慰謝料」商大論集39巻1=2号 (1987年) 83頁、野村好弘「胎児の法的地位〔日本不法行為法リステイメント⑩〕」ジュリ903号 (1988年) 96頁、中川淳「胎児の死亡と父母の慰藉料請求——最近の交通事故判例における動向」同『家族法の現代的課題』(世界思想社・1992年) 180頁〔初出・1989年〕等。

78) 高松高判昭和57年6月16日判タ474号221頁、東京地判平成11年6月1日交民集32巻3号856頁等。

(1) 再解釈——身分、債権、人格

不貞行為と関連した損害賠償請求については、これを認めるかどうか、認めるとしてもどの範囲で認めるのか、請求主体が配偶者である場合と子である場合とで違いはあるのかといった結果に着目して、様々な観点からその当否が論じられるのが通例である⁷⁹⁾。しかし、家族の中身という視点からのアプローチを試みる際には、不貞行為が問題となる場面で他方配偶者や子のどのような権利または利益の侵害が問題となっているのかという問いに関心を向けなければならない。なお、問題となる権利または利益の把握の仕方それ自体は、請求主体が配偶者である場合と子である場合とで基本的には変わりはないが、論旨を見通しやすくするために、配偶者からの請求の場面を基点として従前の議論を整理する⁸⁰⁾。

判例によれば、配偶者の一方と肉体関係を持った第三者は、故意または過失がある限り、他方配偶者の夫または妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、不法行為が成立するとされ⁸¹⁾、また、配偶者の一方と第三者が肉体関係を持った場合において、婚姻関係がその当時すでに破綻していたときは、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侵害は存

79) 議論の概要については、裁判例も含め、前田達明『愛と家族と』（成文堂・1985年）5頁以下・263頁以下〔初出・1980年～1985年〕、樫見由美子「夫婦の一方と不貞行為を行った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任について——その果たした機能と今日的必要性の観点から——」金沢41巻2号（1999年）139頁以下、同「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49巻2号（2007年）179頁以下、中里和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務』（弁護士会館ブックセンター出版部 LABO・2015年）等を参照。

80) かつては、不法行為の要件として権利または利益の侵害ではなく違法性を設定する立場を前提に、いかなる権利が侵害されているのかを問う必要はなく、婚姻制度の精神や公序良俗の観点からその違法性を判断すれば足りるとの考え方も示されていた（末川博「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（岩波書店・1970年）532頁以下〔初版・1930年〕、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社・1937年）140頁以下等）。しかし、この見方による場合であっても、少なくとも違法性判断の1つのファクターとして被侵害権利ないし利益の内容を明らかにする必要があることに変わりはなく、そうであるとすれば、この立場に対しても以下の本文での整理があてはまることになる。

在しないため、不法行為は成立しないとされる⁸²⁾。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についてはその内容が明確でないところもあるし、これら2つの判例の関係をどのように理解するのかという点も1つの重要な問題であるが⁸³⁾、ここでは、さしあたり、夫や妻といった立場それ自体に着目する考え方と、配偶者相互の關係に焦点をあてる考え方が現れていることに注目すべきである。というのは、こうした2つの考え方は、1での考察で示した近親關係に対する2つの捉え方(②-1と②-2)にそれぞれ対応しているのではないと思われるからである。そこで、1での検討を参考に再定式化を試みると、上記の2つの考え方については、①配偶者としての身分や地位の侵害を問題にする見方と、②配偶者との關係に結び付く個人としての人格的な権利または利益の侵害を問題にする見方という形で把握することができる。以下、それぞれの見方をより明確な形で定式化する。

まず、①については、配偶者としての身分や地位に関してどのようなものが想定されているのかという点を明らかにしておかなければならない。

一方で、①-1. 配偶者としての身分や地位それ自体を問題にすることが考えられる。しかし、これによると、配偶者の一方が第三者との間で不貞行為をしたとしても、他方が配偶者としての身分や地位それ自体を失わなければ、権

81) 最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁、最判昭和54年3月30日判時922号8頁。夫または妻としての権利という把握の仕方は、大審院時代に示されていた夫権の考え方に連なるものである(大判明治36年10月1日刑録9輯1425頁、大判明治40年5月28日刑録13輯500頁、大判明治41年3月30日刑録14輯331頁等)。なお、夫または妻としての権利は、夫権や妻権と比べて、配偶者である夫または妻の精神的平等等も含む点においてやや幅の広い概念であるとされるが(榎本恭博「最判昭和54年3月30日・判解」『最高裁判所判例解説民事篇 昭和54年度』176頁)、そもそも夫権および妻権なる概念が必ずしも明確でない以上、このような評価が適切かどうかには疑問もある。

82) 最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁。

83) 事實關係の相違に着目すれば2つの判例を矛盾なく読むことはできるが(田中豊「最判平成8年3月26日・判解」『最高裁判所判例解説民事篇 平成8年度(上)』248頁)、以下の本文での検討による限り、被侵害権利ないし利益の捉え方という観点からは、2つの判例が整合性を持つようには思われない。

利侵害も存在せず、不法行為は成立しないことになる。配偶者としての身分や地位を問題にする見解は、他方が離婚等によって配偶者としての身分や地位を喪失しなかった場合であっても、相手方に対する損害賠償請求を認めていたはずであるから、ここでは、身分や地位それ自体が問題になっているわけではないことが明らかとなる。そうすると、従前の議論においては、配偶者としての身分や地位の内実として、他方配偶者との排他的な性関係を要求する権利⁸⁴⁾、他方配偶者の貞操を守らせる権利⁸⁵⁾といったものが一般的に観念されてきたと理解しなければならない。つまり、ここでは、夫または妻としての身分権の一内容として、夫婦は相互に相手方の貞操を支配しており、第三者が配偶者の一方と肉体関係を持ったときには、他方配偶者のこれらの権利が侵害されていると考えられているわけである⁸⁶⁾。

この考え方から出発すると、夫婦である限りは配偶者としての身分や地位は存続するため、夫婦関係が不貞行為の当時すでに破綻していた場合には当該権利または利益の侵害を認めないというような形で、権利または利益侵害のレベルで夫婦関係の状態を考慮し不法行為の成否を決することは困難である⁸⁷⁾。また、子が父または母との関係で排他的な性関係を要求する権利や貞操を守らせる権利を持つことはないため、子は、これらの侵害を理由とする損害賠償を請求することはできない⁸⁸⁾。もっとも、第三者が父または母と不貞行為をしたことによって、監護や教育といった子の身分や地位に直接結び付く絶対的な権利

84) 加藤一郎「大判大正8年5月12日・判批」加藤一郎ほか編『家族法判例百選』（有斐閣・1967年）25頁（ただし旧説）等。

85) 宗宮信次『不法行為論』（有斐閣・1935年）373頁〔初出・1934年〕等。前掲・大判明治36年10月1日も、「夫ハ妻ニ對シ貞操ヲ守ラシムル權アルモノナレハ本件上告人カ被上告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」と述べており、夫権の内容として貞操を守らせる権利を観念している。

86) 性関係の排他性や独占性を強調する見解も（例えば、泉久雄「親の不貞行為と子の慰謝料請求」ジュリ694号（1979年）88頁等）、こうした理解を前提とするものであろう。

87) 事実上の離婚（中川高男「事実上の離婚」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅲ（離婚）』（有斐閣・1959年）96頁以下等を参照）等の説明を用いることも考えられるが、必ずしも説得的ではない。

が侵害されたと評価することができるのであれば、そのことを理由とする損害賠償請求の可能性は開かれることになる⁸⁹⁾。

他方で、①-2. 夫婦が相互に貞操義務を負うことを出発点として、配偶者が他方の配偶者に対して有する貞操請求権の侵害を問題にすることも考えられる。これによると、配偶者を有する者と不貞行為をした第三者は、他方配偶者の当該配偶者に対する貞操請求権を侵害したと評価されることになり、ここでの問題は、債権侵害の場面と同じような構図で捉えられることになる⁹⁰⁾。また、この考え方から出発し、かつ、夫婦の義務の相互性、婚姻義務の履行についての相関性といった観点を採用すれば⁹¹⁾、夫婦関係が不貞行為の当時すでに破綻していた場合には夫婦間の貞操請求権それ自体が存在しなかったと評価される

88) 反対に、1の考察でも触れたように、親権なるものの中に子に対する支配的な契機を読み込んでいくと、父母が子との関係で貞操を守らせる権利を持つという発想に行き付く可能性があり、これによれば、未成年子が強姦された場合のみならず、自己の自由意思で性交渉を持った場合においても、父母によるその相手方に対する損害賠償請求が認められることにもなりかねない。

89) 前掲・最判昭和54年3月30日は、子からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求について、原則として相当因果関係が存在しないとの理由で否定するため、そこで、どのような被侵害権利または利益が想定されているのかは明らかでない。この点、同判決に付された本林裁判官の反対意見および同判決の調査官解説は、そこでの被侵害権利または利益につき、親から愛情を注がれ監護や教育を受ける一定の身分上の権利という見方と、共同生活を送ることによって享受することができる父親からの愛情、共同生活が生み出すところの家庭的生活利益という見方がありうることを示唆している(榎本・前掲注(81)178頁以下。ただし、必ずしもこれら2つの見方が明確に区別されているわけではない)。そうすると、本文では、これらのうちの前者だけを取り上げたことになるが、それは、前者の見方は①に、後者の見方は②に、それぞれ親和的であるところ、他方配偶者からの損害賠償請求の場面では同判決に倣って①を前提とし、子からの損害賠償請求の場面では②を基礎に据えるというのは、整合性を欠くと考えられるからである(もっとも、学説の中には、配偶者からの請求の場面で夫または妻としての地位という被侵害権利または利益の把握に疑問を呈することなく、子からの請求の場面では、これを肯定するために、親から愛情を受ける利益、家庭生活の平和といった②に連なるような被侵害権利または利益を想定するものがある(中川淳「家族関係破壊と配偶者・子の慰藉料請求」同『家族法の現代的課題』(世界思想社・1992年)140頁以下・146頁以下〔初出・1979年〕、小野義美「最判昭和54年3月30日・判批」法政50巻3=4号(1984年)192頁以下等))。

ため、夫婦関係の状態に応じて不法行為の成否を判断する可能性も開かれる⁹²⁾。更に、子は、父または母に対して貞操請求権を持たないため、その侵害を理由とする損害賠償を請求することはできない。もっとも、監護や教育を求める権利といった子の身分や地位に結び付く父母への債権的な権利を觀念し、第三者が父または母と不貞行為をしたことによってこれが侵害されたと評価することができれば、そのことを理由とする損害賠償請求の可能性は排除されない⁹³⁾。

次に、②は、配偶者の一方が他方と間で形成した関係に係る個人としての人格的な権利または利益の侵害を問題にする⁹⁴⁾。この考え方によれば、第三者による何らかの行為によって上記の権利または利益が侵害されたことが重要になるため、不貞行為ということ自体に何らかの意味が認められるわけではない。

-
- 90) 不貞行為の相手方に故意や高度の違法性があることを要求し不法行為の成立範囲を限定しようとする目的との関連で示されたものではあるが、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》』（有斐閣・1976年）91頁、島津一郎「不貞行為と損害賠償——配偶者の場合と子の場合」判タ385号（1979年）123頁、前田・前掲注（79）302頁以下等。
- 91) この点については、有地亨「夫婦間の義務の reciprocity ——婚姻の身分上の効果の実効性と限界——」私法22号（1960年）102頁以下、上野雅和「婚姻の破綻と婚姻の効果：同居義務、扶助義務（婚姻費用の分担義務）、夫婦の契約取消権についての裁判例をめぐって」松商12巻2号（1961年）1頁以下等を参照。
- 92) 夫婦の義務の相互性という観点からその旨を述べるものとして、伊藤司「夫婦の義務」についての一考察」名法254号（2014年）859頁以下等。
- 93) 島津・前掲注（90）123頁等。なお、①-1の場合と同じく、配偶者による請求の場面における被侵害権利または利益の捉え方との整合性という観点から、ここでも、親の愛情や家庭的生活利益といった②に連なる考え方を取り上げることはしていない。
- 94) 必ずしも本文のような考え方が明確に示されているわけではないが、適法な生活利益としての家庭生活上の平和（野川照夫「配偶者の地位侵害による損害賠償請求——姦通による場合を中心として——」中川善之助先生追悼『現代家族法大系2婚姻・離婚』（有斐閣・1980年）361頁以下。ただし、①の発想も随所にみられる）、夫婦という特殊な関係にあることから配偶者が互いに享受する人格的利益ないし精神的な平和（幾代・前掲注（24）84頁）、様々な場面で平穏に生活する利益が保護されていることを受けた婚姻共同生活の平穏（前田・前掲注（40）45頁）等の表現は、こうした理解を意味するものであろう。

従って、性的関係を伴わない男女間の行為、場合によっては男女の関係を契機としない行為によるときであっても、不法行為が成立する可能性はある⁹⁵⁾。また、問題を不貞行為の場面に限るとしても、ここでは、夫婦関係が不貞行為の当時すでに破綻していたかどうか等、夫婦関係の状態に応じて不法行為の成否を判断することよりも、当該行為の時点において自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠な関係があったかどうかを評価することが⁹⁶⁾、決定的に重要となる。更に、②の発想からすれば、被侵害権利または利益を夫婦間の「婚姻共同生活の平和」に限定する必然性はないため、「家庭共同生活の平和」といった観点から、父母の不貞行為の相手方に対する子の損害賠償請求を肯定する途も開かれる⁹⁷⁾。

このように見ると、②の発想は、不貞行為と関連した損害賠償請求の場面に限定されない、より広い射程を有していることが分かる。実際、ある者がその家族として捉えられる（捉えられていた）者に対して有する関係を、その者の人格に結び付けて把握する発想は、実定法や学説上の議論の中にも散在しているように思われる。いくつかの例を取り上げる。

例えば、死者の名誉が毀損されたりプライバシーが侵害されたりする場面においては、死者の人格を直接的に保護するのか、遺族の人格の保護を通じてこれを間接的に保護するのかという形で議論が展開されてきたところ、死者に法主体性を認めることはできず、前者の考え方を基礎付けることには困難を伴うため、後者の考え方を基礎にしつつそこでの被侵害権利または利益の内容を遺族としての敬愛追慕の情と把握する見解が一般的である^{98,99)}。敬愛追慕は、こ

95) 裁判例の中には、愛情表現を含むメールを送信する、手をつないで歩く、深夜の時間帯に面会する等の行為による不法行為の成立を認めたものがある（中里・前掲注(79) 67頁以下で整理されている裁判例を参照。また、安西二郎「不貞慰謝料請求事件に関する実務上の諸問題」判タ1278号(2008年)46頁以下も参照)。

96) この観点からは、不貞行為の当時に婚姻関係がすでに破綻していたという事実は、本文の評価を行うに際して考慮される1つの要素に過ぎなくなる。

97) 窪田充見「最判平成8年3月26日・判批」水野紀子ほか編『民法判例百選Ⅲ親族・相続』（有斐閣・2015年）23頁の指摘を参照。

れを文字通り捉えると、ある者がほかの者に尊敬や親しみを持ったり、なつかしんだりすることを意味するから、生存者側の権利または利益として再構成すれば、ある者が死者との間で形成していた関係に係る個人の人格的な権利または利益にほかならないと見ることができる。そして、裁判例においては、敬愛追慕の情の侵害を主張することができる者の範囲は近い家族に限られているようであり¹⁰⁰⁾、このことをも併せて考えれば、敬愛追慕の情という権利または利益は、家族との関係に係る個人の人格を対象とするものであると評しうる¹⁰¹⁾。

98) 学説上の議論の概要については、文献の所在も含め、村重慶一「死者の名譽毀損」判タ516号（1984年）46頁以下、安次富哲雄「死者の人格権」石田喜久夫＝西原道雄＝高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻『損害賠償法の課題と展望』（日本評論社・1990年）171頁以下等を参照。

99) 東京地判昭和52年7月19日判時857号65頁、東京高判昭和54年3月14日判時918号21頁、大阪地裁堺支判昭和58年3月23日判時1071号33頁、東京地判昭和58年5月26日判時1094号78頁（否定例）、大阪地判平成1年12月27日判時1341号53頁、松山地判平成22年4月14日判時2080号63頁、東京地判平成23年6月15日判時2123号47頁等。また、ある者が寺に対して父母等の遺骨の返還を求めたところ、その寺が分骨をし、それを他人の遺骨とともに混和させる合葬をしたという事案で、敬愛追慕の情の侵害を認めた裁判例として、大阪地裁堺支判平成7年12月1日判時1581号110頁がある。更に、第1の自動車事故によりある者が即死し、第2の自動車事故でその死体が損壊されたというケースにおいて、第2の事故を起こした自動車の運転者に対する損害賠償請求の可否が問題となった事案で、死者に対して敬愛追慕の情を抱き死者を懇ろに弔い埋葬したいという近親者感情（宗教的感情）の侵害を認めた裁判例として、高知地裁中村支判平成8年5月28日交民集29巻3号801頁（ただし、運転者に過失は存在しなかったとして損害賠償請求自体は棄却）がある。なお、静岡地判昭和56年7月17日判時1011号36頁は、殺人事件に関する新聞報道により、被害者である死者の名譽が毀損されているだけでなく、そのことによって、被害者の母の名譽も毀損されていることを認める。

100) 例えば、前掲・東京地判昭和52年7月19日は、敬愛追慕の情の侵害を主張することができるのは死者の親族またはその子孫（これと同一視すべき者を含む）に限られるとする。また、東京地裁八王子支判平成1年11月9日判時1334号209頁は、故人の教え子からの損害賠償請求との関連で、仮にその教え子の故人に対する敬愛追慕の情が毀損されていても、遺族でもない者の情念は法律上保護される範囲の外にあると判示し、これを棄却している。

もう1つ、判例や裁判例に受け入れられているわけではないが、死者の追悼に関わる利益も、敬愛追慕の情と同様の意味を持つ。自衛官合祀拒否事件の法廷意見では、「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益」なるものが、信教の自由に裏付けられた寛容論によって退けられたが¹⁰²⁾、そこでは、むしろ、「死去した近親者に関して、他者により自己の意思に反する宗教的方法で追慕、慰霊等が行われ」ない利益が問題になっていたのではないかとの見方が有力である¹⁰³⁾。また、一連の靖国神社合祀拒否事件で、原告らは、「緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から、その人の意思を尊重したり、その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情などは法的に保護されるべき利益となり得る」との考え方を基礎に据えつつ¹⁰⁴⁾、家族のおよび人格的紐帯を強調しながら、死者をどのように悼み、追悼、慰霊するのかについては遺族が自由に決定することができるとの主張を展開した¹⁰⁵⁾。これらの見解において展開されている権利または利益、つまり、死者の追悼や慰霊については遺族がその意思に従って決定することができるという利益も、死者との間の関係に着目した遺族各人の人格的利益である。

このように、②は、その当否は別としても、不貞行為に係る損害賠償請求の

101) このように理解すれば、敬愛追慕の情はひとり立ちすることができるほどに強固なものであるのか、主観的感情に過ぎないものを広く保護することはできるのか等、敬愛追慕の情という被侵害権利または利益に対して向けられている批判についても(浦川道太郎「静岡地判昭和56年7月17日・判批」ジュリ763号(1982年)138頁以下、竹田稔『名誉・プライバシー侵害に関する民事責任の研究』(酒井書店・1982年)99頁以下等)、一定の解答を与えることができる。

102) 最大判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁。

103) 前掲・最大判昭和63年6月1日に付せられた坂上裁判官の意見。また、静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益という宗教上の人格権一般を問題にすることに疑問を呈し、坂上意見を高く評価する、星野英一「最大判昭和63年6月1日・判批」法教96号(1988年)18頁以下、戸波江二「最大判昭和63年6月1日・判批」ひろば41巻9号(1988年)39頁等も参照。

104) 最判平成18年6月23日判時1940号122頁(靖国参拝違憲確認等訴訟の1つ)に付せられた滝井裁判官の補足意見。

場を超えて、家族との関係に結び付く個人としての人格的な権利または利益の侵害が問題となる全ての場面で採用されうる考え方である。そして、このことは、別の面から見れば、①のように家族の特定の身分や地位に着目するだけでは、「家族に関わる保護」が問題となる全ての事例に対処することができないことを意味する。というのは、死者が関わる場面では、相続の問題を別とすれば、不法行為の時点である者が死者との関係で一定の身分や地位を有していたと言うことはできないはずだからである。

(2) 分析——家族の中身、民事責任法の枠組

まず、家族の枠または家族のサークルという視点から、(1)で整理した議論を検討する。さしあたり、不貞行為を理由とする損害賠償請求という場に検討対象を限定すると、「家族に関わる保護」を主張する者として想定されるのは、基本的には、不貞行為をした者のカップルとしての相手方または子に限られるため、ここでは、それらの中身を問うことが求められる。

①は、配偶者（場合によっては子）としての身分や地位の保護を問題にする。これによれば、不貞行為を理由にその相手方に対して損害賠償を請求することができるのは、原則的には、法律上の配偶者（場合によっては子）に限定される。事実の先行性に基づく事実主義の立場から、法律上の配偶者（場合によっては子）との実質的な同一性を理由に、内縁配偶者（場合によっては同居する未認知の子や事実上の子）にもその可能性を認めていくことは可能であるが¹⁰⁶⁾、そのことは、法律婚の意義、①の考え方に即して言えば、配偶者や子としての身分や地位の意義を希釈化させる契機にもなりうることに、留意が必

105) ただし、大阪高判平成22年12月21日判時2104号48頁（原審は、大阪地判平成21年2月26日判時2063号40頁）、福岡高裁那覇支判平成23年9月6日訴月57巻8号2200頁（原審は、那覇地判平成22年10月26日訴月57巻8号2133頁）、東京高判平成25年10月23日訴月60巻6号1219頁（原審は、東京地判平成23年7月21日判タ1400号260頁）は、いずれもこうした主張を排斥している。なお、吉村良一「不法行為法学における新しい人格的権利・利益の保護——靖国合祀取消訴訟をてがかりに」同『市民法と不法行為法の理論』（日本評論社・2016年）253頁以下〔初出・2010年〕も参照。

要である¹⁰⁷⁾。これとは反対の方向で、法律上の配偶者であっても、事実上の離婚状態にある場合には、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求を認めるべきではないという解釈に対して、同様の指摘が妥当する。

これに対して、②は、配偶者の一方が他方との関係で、または、子が父または母との間で形成していた関係に係る個人的な人格の保護を問題にする。そのため、両者間の法定関係の有無は、当該関係が自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠であるかどうかを判断するための（もちろん重要ではあるが）1つの要素に過ぎなくなる。②によれば不貞行為ということに特段の意味は認められないが、あえてこの場面に引き寄せて言えば、配偶者や子はもちろん、旧来型の内縁配偶者のみならず、場合によっては、パートナーシップ関係の当事者にも、ある者とのパートナーシップ関係がその者の生き方の根幹に関わるというような事情があれば、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の可能性が開かれてよいかもしれない。もっとも、これは、「家族に関わる保護」を求めうる者の枠を一方的に拡大することを意味しない。上記のような考え方からすれば、両者の間に一定の関係が存在することそれ自体ではなく、その関係が自己の人格や生き方にとって必要不可欠であるかという点を評価しなければならないからである。そのため、例えば、法律上の配偶者であっても、その関係の実質を考慮して、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求が否定されることは十分にありうる。

(1)で取り上げたもう1つの場面、つまり、家族に属していた死者との関わりが何らかの形で害されたという場面に検討の対象を広げる。ここで、家族の枠という問題設定は、死者と一定の関わりを有していた者のうち誰が死者との関

106) 内縁配偶者について、大判大正8年5月12日民録26輯760頁（ただし、婚姻予約有効判決の時代の判例である）等。

107) これは、事実主義および準婚理論に対する批判として説かれているところである。例えば、水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔ほか編『家族法改正への課題』（日本加除出版・1993年）69頁以下、同「中川理論——身分法学の体系と身分行為理論——に関する一考察」山島正男＝五十嵐清＝藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社・1998年）279頁以下等。

係に結び付く人格権または人格的利益を持つのかという問いになって現れる。この点、死者の名誉やプライバシーが毀損または侵害された場面については、死者の人格権を肯定する立場から、そのことを理由として損害賠償を請求することができるのは誰かという問題との関連で、死者による請求権者の指定の可否が論じられたり、著作権法116条を参照する可能性が説かれたりしているものの¹⁰⁸⁾、これは死者本人に着目した議論であり、家族の側を基点とすべきことが要請される②の考え方からは、これを参考にすることはできない。一般化することは不可能であるが、②の立場からは、ある死者との関係で形成されている敬愛追慕の情が侵害されたことを理由に損害賠償を請求することができる者について、以下のように考えることができるのではないか。すなわち、1における「家族としての保護」の場面での議論を参考に、ある者と死者の生前の関係が、親子、配偶者、または実質的にそれらと同視することができるようなものである等、その者の人格の実現や展開にとって必要不可欠であったかどうかという点に関する評価を基点に据え、そこに、問題の性質上、（必ずしも正確な表現とは言えないが）死後における死者との関わり方を考慮に入れて、個別に判断していく。その結果、この場面での家族の枠は、多くの場合、配偶者、親、子に限定されることになり、場合によって、その直系卑属（更に、兄弟姉妹）に広がる程度ではないかと思われる一方¹⁰⁹⁾、死者との関わり方の変化、とりわけ、その関わり方が希薄化しつつあるという現状に鑑みれば、配偶者や子という身分や地位を有していた者が上記の判断の結果ここでの家族の枠から

108) 五十嵐清「死者の人格権：「事故のてんまつ」「落日燃ゆ」両事件を機縁として」同『人格権論』（一粒社・1989年）170頁以下〔初出・1977年〕、斉藤博「東京地判昭和52年7月19日・判批」判評228号（1978年）35頁、安次富哲雄「大阪地裁堺支判昭和58年3月23日・判批」判評297号（1983年）51頁以下、大島和夫「死者の名誉（2）」神戸外大論叢40巻2号（1989年）83頁等。

109) ここでは、死後における死者との関わり方が重要な考慮要素となるため、敬愛追慕の情を侵害されたことを理由に損害賠償を請求することができる者の範囲は、ある者が生命を侵害された場合にそのことを理由として固有の慰謝料を請求することができる者の範囲よりも、狭くなる。

除外される場面が増える可能性もあるのではないかと思われる¹¹⁰⁾。

なお、1での検討で提示した家族の枠または保護の濃淡という視角は、敬愛追慕の情に関しても妥当し、ここでも、配偶者と子に強い保護を与え、それ以外の関係を持つ家族には緩和された保護を与えるという構図が描かれることになる。また、死者の追悼や慰霊について遺族がその意思に従って決定することができるという利益に関しては、各遺族の意思が異なる場合にその優先関係が問題となり、例えば、自衛官合祀拒否事件のような場面では、近代民法の理念からは死者の親の意思よりも配偶者の意思を優先させるべきであるとの議論もなされているが¹¹¹⁾、これも、保護の濃淡という観点から説明を付けることができる。

次に、不貞行為を理由とする損害賠償請求の場面に即して、不貞行為をした配偶者と損害賠償を請求する配偶者または子の関係の把握の仕方という視点から、(1)で整理した議論を検討し、併せて、死者との関わりが何らかの形で侵害された場面の取扱いをも視野に入れつつ、家族のメンバー相互間の一体的把握という問題についても簡単な分析を行う。

①-1は、配偶者という特定の身分や地位の保護を問題にし、そこに、配偶者は相互に相手方の貞操を支配するという観念を介在させる。そのため、こうした把握の仕方に対しては、他方配偶者を所有権類似の権利の対象としその人格を否定ないし冒涇するものであるとか、他方配偶者の性的自己決定や性的自由を完全に否定するものである等として、厳しい批判が向けられてきた¹¹²⁾。

110) もっとも、本文で述べた問題を争点とする紛争自体が少数であること、死者への名誉毀損やプライバシー侵害との関係で苦痛を感じ訴訟を提起しようとするのは基本的に死者との間で一定の濃密な関係を有していた者に限られるであろうと推測されることからすれば、訴訟のレベルでは、それほどの変化は見られないかもしれない。

111) 星野・前掲注(103)21頁。

112) この点を特に強調するものとして、島津・前掲注(90)121頁以下、水野紀子「最判昭和54年3月30日・判批」法協98巻2号(1981年)162頁以下、有地亨「不倫をめぐる損害賠償請求の諸問題」ケ研242号(1995年)12頁以下、二宮周平「東京地判平成10年7月31日・判批」判タ1060号(2001年)112頁以下等。

確かに、これは、①-1に対するものとしては正当な批判である。しかし、これが不貞行為を理由とする損害賠償請求を肯定することそれ自体に同様の問題が内在されているとの批判であるとすれば¹¹³⁾、適切ではない。仮にこの批判が①だけを対象にするものであると理解するにしても、①に属するもう1つの見方、つまり、①-2が前提としている債権侵害の枠組に準えて考えるならば、配偶者の一方が他方に対して貞操請求権を持つこと、不貞行為の相手方になる者が配偶者ある者に不貞行為を働きかけること、そして、貞操義務を負っている配偶者がその意思でこれに違反することは、十分に両立しうるからである¹¹⁴⁾。従って、①-2によれば、少なくとも法律論のレベルでは、配偶者が相互に支配的な関係にあると評価することはできない。そうすると、①-2は、配偶者を相互に独立かつ対等なものとして、①-1からその支配的発想を排除する立場を基礎に、かつ、②との対比で言えば、配偶者という身分や地位そのものに関わる要素だけに着目しつつ、夫婦関係を個人化させるものであると評しうる。これに対して、不貞行為の相手方に対する子からの損害賠償請求の場面に焦点をあてると、そこで観念されうる被侵害権利または利益は、①-1によれば、監護や教育を求めることができるという子の身分や地位であり、①-2によれば、監護や教育を求めることができるという父母に対する債権的な権利であるから、ここに支配的要素を看取することはできない¹¹⁵⁾。

②は、個人の人格の実現や発展という観点を基点とするため、そこに、夫と

113) 不貞行為をした配偶者の性的自己決定や性的自由を強調する論法は、不貞行為を理由とする損害賠償請求を原則的に否定する立場において顕著に見られる。水野・前掲注(112)162頁以下(ただし、その後の同・前掲注(8)「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」139頁以下は、性的自己決定を強調する議論の限界にも言及している)、二宮周平「東京高判昭和57年9月30日・判批」松商34巻2号(1983年)131頁以下、同・前掲注(112)112頁以下、同「不貞行為の相手方の不法行為責任」山田卓生先生古稀記念論文集【損害賠償法の軌跡と展望】(信山社・2008年)168頁以下等。

114) 従って、この立場からは、不貞行為をした配偶者の人格や性的自由に対する過度の介入にはならない形で、不貞行為の相手方に故意や高度の違法性がある場合に限ってその不法行為責任を肯定することができる。

妻、子と父または母という形での関係的な要素が入り込むとしても、一方による他方の支配という発想が介在することはない。また、ここでの権利または利益は、不貞行為の場面だけで問題になるものではない以上、不貞行為をした配偶者の性的自己決定や性的自由の考慮という観点も問題にならないし、仮に検討の場を不貞行為の場面に限定するとしても、そもそも、これらの考慮は、配偶者間における相互支配的発想の不適切さを指摘するためのものであって、配偶者相互の関係、あるいは、親子の關係に係る人格的利益の不存在を導くものではない¹¹⁶⁾。以上のように捉えると、②の見方は、夫婦や親子というものに身分や地位それ自体とは異なる意味付けを与えながらも、夫婦や親子を相互に従属させず、各配偶者、親と子を緩やかに個人化させるものであることが分かる。このことを①-2との対比で見れば、②は、家族のメンバーを当該家族から完全に切り離し、そこで生ずる問題を純粋な個人の問題としてしまうのではなく、これを個人の権利義務の問題に還元しつつも、一定の限度で家族という存在が有する親密圏としての価値に配慮しようとするものであると評しうる。

もっとも、こうした②の考え方は、2つの両極の方向に推し進められる可能性がある。1つは、家族の多様化、家族関係の個人化、家族関係の希薄化といった動向を背景に、家族関係の保護を強調することの実益に疑問を呈して¹¹⁷⁾、不貞行為によって配偶者や子に生ずる出来事を完全に個人の感情の問題としてしまう可能性である。これによれば、配偶者や子に権利または利益の侵害は存在せず、不貞行為の相手方の不法行為責任も成立しないことになる。しかし、

115) 不貞行為の相手方に対する子からの損害賠償請求の場面で支配的要素が看取されないのは、子は父母の貞操を支配するものではないという不貞行為の局面に即した理由のほか、そもそも、親の子に対する支配という発想であればともかく（この点については、注(88)を参照）、子の親に対する支配という発想を受け入れることはできないとの認識もあつたのではないかと推測される。

116) ある者が自分の望まない性的関係を強制されないという点は重要であるが、そうであるからといって、その者が自分の望む性的関係を自由に実現することができるということにはならない。この点については、大村・前掲注(63) 57頁以下の指摘を参照。

117) 有地・前掲注(112) 13頁を参照。

この発想は、個人主義的把握の1つの形態であるとは解されるが、人は家族との関係を踏まえて自己の人格を形成していくという観点を完全に排除するものであり、適切な理解であるとは思われない。もう1つは、家族間における利益を、そのメンバーの人格的利益から切り離して、純粹に関係的な利益として把握する可能性である¹¹⁸⁾。確かに、家族の関係を保護するという発想には共感を覚えるところもあるが、関係的利益を個人の人格から切り離して捉えるとき、その内容は倫理観や正義といった一般的な観念のみによって規定されることになってしまい¹¹⁹⁾、個人がある家族のメンバーとの関係にどのような意味付けを与えていたのかといった観点が脱落してしまうおそれがある。

ところで、①と②のいずれの見方においても、個人に帰属する身分や地位、個人の関係的な人格権が問題とされている以上、不貞行為をした配偶者、他方配偶者、子を一体的に把握することはできないはずである¹²⁰⁾。それにもかかわらず、不貞行為の場面では、他方配偶者に付与される慰謝料額を算定するに

118) 林田清明「親子関係の法的保護——関係的利益論——」大分大学経済論集33巻3号(1981年)46頁以下。また、同「死者の名譽毀損の法的構成：関係的利益論」大分大学経済論集33巻6号(1982年)1頁以下、同「死者と近親者の関係上の利益」大分大学経済論集34巻2号(1982年)114頁以下も参照。

119) 林田・前掲注(118)「親子関係の法的保護」54頁以下は、子が父母との関係で有する関係的な利益が不貞行為の相手方の行為との関係で保護されるかどうかは、家族というものに対する倫理的問題と、賠償を肯定または否定することによって被害者が置かれる地位、つまり、正義という2つの観点から考察されるとしている。

120) 有地・前掲注(112)4頁以下は、不貞行為を理由とする損害賠償請求に関する判例および裁判例の変遷には、夫婦は一心同体であるという考え方から二心異体であるという考え方へと婚姻観が変化したことが影響を与えている旨を示唆する。仮にこの婚姻観の変化が夫婦間における相互支配的な発想からの解放を意味するとすれば、上記の示唆は正当であるが、これが夫婦の一体的把握からの解放を意味するとすれば、実態としてはともかく、少なくとも法律論のレベルでは正当なものとは言えない。本文で述べたように、①と②のいずれの構成においても、配偶者を相互に別個の存在として捉えることが前提となっており、その限りにおいて、夫婦を一体的に把握するかどうかは、この問題の法的構成には影響を与えていないと見るべきだからである。なお、この点については、深谷松男「婚姻の対外的保護——婚姻妨害の訴に関する一考察——」金沢大学法文学部論集法経篇10号(1962年)123頁以下の分析も参照。

際し配偶者間における子の存在を考慮する裁判例が存在する¹²¹⁾。この点については、子が存在する場合には不貞行為により関係が破壊された場合に生ずる他方配偶者の精神的苦痛も大きくなるという形で説明を付けることができないわけではないが、そうではなく、判例の立場を前提にすると子からの損害賠償請求が原則として認められなくなってしまうことを受けて、その不都合を補おうとする意図に出たものとも評しうる。仮に後者のような理解が正当であるとすれば、ここには、他方配偶者と子を一体視しようとする思想の一端が看取されることになる。

こうした思想は、死者に対する名誉毀損またはプライバシー侵害の場面では、より顕著な形で現れている。遺族の敬愛追慕の情に対する侵害という構成に対しては、遺族の権利の名を借りて死者の権利を保護しようとするものであるとか、反対に、本来的に遺族の権利が侵害されたとは言えない場面で死者に対する権利侵害を媒介として遺族の権利侵害を導くものにほかならないとの評価もなされていた¹²²⁾。裁判例の中にも、死者と遺族が別人格であることを議論の出発点としているにもかかわらず、死者への名誉毀損とは別に成立した遺族に対する名誉毀損につき損害賠償請求権が付与されたことで、死者の名誉の回復も図られ、その結果、遺族の名誉感情の侵害も社会通念上受忍すべき限度を超えたものではなくると説示したものが存在する¹²³⁾。このような主張が展開される背後にも、家族相互を一体的に把握する考え方があるように思われる。

更に、不貞行為を理由とする損害賠償請求の場面に即して、(仮に典型的な家族というものが想定されているとすればその) 典型的な家族という視点、また、家族以外の存在による家族への介入の可否という視点から、(1)で整理した議論を検討する。

121) 中里・前掲注(79) 105頁以下で整理されている裁判例を参照。

122) 浦川・前掲注(101) 138頁、同「大阪地裁堺支判昭和58年3月23日・判批」判タ507号(1983年)116頁、潮海一雄「大阪地判平成1年12月27日・判批」法時62巻11号(1990年)96頁等。

123) 前掲・静岡地判昭和56年7月17日。

不貞行為の相手方の行為によって配偶者としての身分や地位が侵害されるといふ①の考え方は、配偶者としての身分や地位を持つ者相互間の性的関係を特別に扱い、そうでないカップル間の性的関係から区別することを意味している。そして、不貞行為の相手方の損害賠償責任を肯定するということは、配偶者相互間の性的関係を害することになるような配偶者間以外の男女の性的関係を排除することを含意している。ところで、裁判例の中には、不貞行為の相手方が不貞配偶者との間の子を妊娠し出産したことにつき、不法行為に該当すると判断したものが存在する¹²⁴⁾。これは、上記のような見方が誤った形で¹²⁵⁾子の妊娠および出産という問題にも拡大されてしまったものだと評価することができ、ここには、配偶者間の性的関係だけを正当なものとしてこれを強力に保護していこうとする態度の一端を看取することができる。これに対して、不貞行為の相手方の不法行為責任を原則として否定する考え方は、少なくともその対外的な側面に関しては¹²⁶⁾、配偶者としての身分や地位を持つ者相互間の性的関係とそうでないカップル間のそれを同列に扱う。これによれば、性的関係に関する場面での恋愛と結婚の同質的側面が強調され¹²⁷⁾、男女関係の自由市場¹²⁸⁾とも表現される状態が出現することになる。このように見えてくると、①と否定的立場の間では、性的関係の問題との関連で、婚姻カップルとそれ以外のカップルを区別して扱うのかどうか、見方を変えれば、婚姻カップルを典型的なものとして位置付けそこから外れるカップルとの差別化を図るのか、それとも、

124) 大阪高判昭和44年6月24日判時586号66頁、東京地判昭和56年8月26日判時1031号135頁（ただし、控訴審の東京高判昭和57年9月30日判時1059号69頁は、子を懐胎および出産する行為は性的関係を持つこととは別個の不法行為を構成するものではないと判示している）。

125) 裁判例の考え方に対する批判については、池田浩一「大阪高判昭和44年6月24日・判批」判評138号（1970年）34頁以下、二宮・前掲注（113）「判批」134頁以下等を参照。

126) 対内的側面に関しては、配偶者間での貞操義務を否定する考え方をとらない限り、配偶者間の取扱いはそうでないカップル間のそれとは異なることになる。

127) 植木とみ子「婚外関係の保護とその限界」有地亨編『現代家族法の諸問題』（弘文堂・1990年）98頁。

128) 伊藤昌司「東京高判昭和57年9月30日・判批」判タ499号（1983年）140頁。

この場面で典型的なカップルなるものを想定しないのかという点が、争点の1つを形成していることが分かる。

ところで、不貞行為の相手方の不法行為責任を原則として否定する考え方からは、その根拠として、性的問題というプライベートな事柄については裁判所による介入を避け、当事者間でプライバシーを暴露し合ったり、不貞行為をした配偶者と損害賠償を請求している配偶者の関係を更に悪化させたりしないようにすべきであるという点が挙げられている¹²⁹⁾。そのために、貞操義務を非法化すべきことも説かれている¹³⁰⁾。もっとも、貞操義務の非法化といっても、これを徹底し配偶者間でも貞操義務は問題にならないという立場¹³¹⁾によるのでない限り、配偶者間における貞操義務違反の問題は残らざるをえない。そうすると、この見解は、貞操義務の相対的な非法化を目指すもの、つまり、不貞行為の問題を当事者間における家族法上の解決に委ねるべき旨を説くものであると言えることができる¹³²⁾。確かに、裁判例を読む限り、上記のような問題が存在することは明らかである¹³³⁾。とはいえ、仮にこれらの見方が正当であるとしても、それは①との関係においてのみ成り立つものであることに注意が必要である。

すなわち、①は配偶者としての身分や地位を問題にするため、①の考え方と不法行為の成立を否定する見解との間では、配偶者としての身分や地位を持つ

129) ニュアンスの相違はあるが、前田・前掲注（79）265頁以下、有地・前掲注（112）12頁、二宮・前掲注（113）「不貞行為の相手方の損害賠償責任」167頁以下等。

130) この点を明確に述べるものとして、二宮・前掲注（112）112頁以下、同・前掲注（113）「不貞行為の相手方の損害賠償責任」116頁以下、松本克美「最判平成6年1月20日・判批」判評434号（1995年）39頁等。

131) 二宮周平＝原田直子「貞操概念と不貞の相手方の不法行為責任」ジェンダーと法10号（2013年）99頁以下。

132) 水野・前掲注（112）165頁、國井和郎「東京高判昭和57年9月30日・判批」久貴忠彦ほか編『家族法判例百選（第5版）』（有斐閣・1995年）25頁、辻朗「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」判タ1041号（2000年）34頁等。

133) この点については、東京地判平成27年2月3日判時2272号88頁との関連で、拙稿・前掲注（4）37頁でも指摘した。

者の性的関係に関わる問題につき民事責任法の規律を適用すべきであるのか、それとも、家族法の規律に委ねるべきであるのかという形での議論が成立する。これに対して、②の考え方は、不貞行為をしていない方の配偶者の人格の保護を対象とし、配偶者としての身分や地位を直接的に問題とするものではないため、また、不貞行為を超える射程を持つ枠組であるため、そこでは、配偶者としての身分や地位に直接関わる貞操義務の問題について家族法上の処理に委ねるべきなのかという問いは成立しえても、不貞行為をした配偶者との関係に係る人格的利益の保護に関して家族法の規律に委ねるべきなのかという問いが成立することはない。つまり、②によれば、貞操の問題を家族法に委ねることと、不貞行為の局面でそれとは直結しない関係的な人格権を民事責任法で保護することとは、重なり合うことはあるとしても、十分に両立しうるのである。配偶者の身分や地位に直接かかわる問題につき家族法の特殊性を考慮しない形で民事責任法を介入させることは許されるべきでないとしても¹³⁴⁾、そうでない問題については、家族法の理念を壊さない範囲で民事責任法による事後的かつ例外的な補完を認めることがあってもよいのではないかと考えられる。

最後に、民事責任法の枠組という視点から、(1)で整理した議論を検討する。論旨を見通しやすくするために、ここでも、不貞行為を理由とする損害賠償請求の場面に焦点をあてる。

第1に、①と②について、民事責任法の本質または目的として挙げられている権利保障、抑止、制裁等から十分に基礎付けることはできるのか¹³⁵⁾。まず、①と②のいずれも、個人に帰属する権利、利益、地位を問題にするものであるため、個人の権利保障という目的それ自体との間に大きな不整合は存在しない^{136, 137)}。次に、不貞行為の場面ではその相手方の非合理的な意思が不可避的

134) この点は、とりわけ「家族に対する責任」の場面で問題となる。

135) 以下の叙述に際し、民事責任法の目的としての抑止および制裁の具体的な中身については、田中・前掲注(13) 21頁以下の整理を参考にしている。

136) どのような権利観を採用するのかという点との関連で、①および②との親和性が決まってくるが、これは、個人の権利保障という目的それ自体とは別の議論である。

に介在するため、合理人や理性的な人を想定した抑止を語ることは困難である。更に、従前の議論では、不貞行為の相手方の不法行為責任を一般的に肯定することが、支配的モラル、国民感情、法律婚保護の思想に適い、正しい性秩序の宣言という意味を持つ旨が強調されており¹³⁸⁾、これは、配偶者ある者とは性的関係を持つべきではないという行為規範を設定してその遵守を働きかけたり、それに違反した者に制裁を課したりする議論として位置付けられる。しかし、仮にこの立場を受け入れるとしても、裁判例で認容されている慰謝料の額¹³⁹⁾がこれらの目的に適するものであるのかという点については十分な検証を要する。また、この場面で上記の行為規範を設定することは、法律婚保護の思想自体が緩やかに捉えられ、男女関係の価値観が多様化している現状の下では、仮に支配的モラルや国民感情なるものが存在すると仮定しても¹⁴⁰⁾、危険ではないかと思われる。従って、行為規範を強調するタイプの抑止や制裁という目的論から①と②の考え方を基礎付けることは、たとえその可能性がありうるとしても、受け入れることはできない。

137) もっとも、個人の権利保障という観点からは、①-1のように配偶者としての身分や地位を問題にするとときに、これらの身分や地位を価値的に回復するのに必要な賠償が付与されているのかという点や、不貞行為の場面での慰謝料は名目的なものに止めるべきであるとの有力な主張（鳥津・前掲注（90）121頁、竜崎喜助「不貞にまつわる慰謝料請求権」判タ414号（1980年）21頁、浅野公子「最判昭和54年3月30日・判批」谷口知平ほか編『新版・判例演習民法5親族・相続』（有斐閣・1984年）23頁等）との関係で、名目的な額で①や②の背後にある権利または利益を価値的に回復することができるのかという点に疑問が残る。

138) 加藤・前掲注（84）25頁（ただし旧説）、泉・前掲注（86）88頁以下、同「最判昭和54年3月30日・判批」昭和54年度重判（ジュリ718号）（1980年）92頁以下、同「最判昭和54年3月30日・判批」法教105号（1989年）29頁等。

139) 裁判例における慰謝料の請求額と認容額については、中里・前掲注（79）264頁以下の整理を参照。

140) とはいえ、男子の（広い意味での）名譽を守ること、離婚給付等の規律の不十分から女性を救済すること等のように、不貞行為の場面に民事責任法が介入していく契機となった実践的目的があればともかく、そうでない限り、支配的モラルや国民感情といった論証に適さない価値観だけを強調することは、実りある議論をもたらすとは言えない。

第2に、①と②は、当該問題の解決に際して考慮されるべき諸価値に十分な配慮をすることができる枠組なのか。まず、不貞行為をした配偶者の性的自己決定や性的自由について言うと、すでに見たように、①-1によれば、これらは著しく阻害されるが、①-2と②によれば、これらに十分な配慮がなされる。次に、不貞行為の相手方の性的自己決定や性的自由に関して言えば、これらは無条件の自己決定権や自由ではなく、当然、他者の権利や自由、ここでは、他方配偶者および子の権利または利益との間で調整が行われなければならない¹⁴¹⁾。①-1のように要保護性の高い権利や利益を想定するならば、不貞行為の相手方の自由の制約は正当化されやすくなり、故意または過失がある限りその不法行為責任は肯定されうるが¹⁴²⁾、①-2のように保護されるべき権利を債権に準えたり、あるいは、②のように他者の自由との関係でその範囲が決まる権利または利益を観念したりするときには、例えば、故意がなければ不法行為責任は成立しない等の形で、不貞行為の相手方の自由に配慮することが必要となる¹⁴³⁾。更に、不貞行為を理由とする損害賠償請求を肯定すると、美人局類似の行為を誘発したり¹⁴⁴⁾、不貞行為の相手方側からの認知請求や養育費請求等を妨げたりする¹⁴⁵⁾弊害が生ずるという点に関しては¹⁴⁶⁾、①-1のように不

141) 従って、配偶者や子には保護されるべき権利や利益が存在しないというのであればともかく、①または②の考え方を前提とする限り、不貞行為の相手方の不法行為責任を完全に否定することはできない。

142) ただし、この場合には、配偶者や子としての身分や地位の侵害に向けられた過失を観念することが適切なのかという問題が生ずる。島津・前掲注(90)122頁、水野・前掲注(112)171頁、櫻見・前掲注(79)「婚姻関係の破壊」181頁、窪田・前掲注(40)280頁等。

143) ①-2と②では、他方配偶者および子の権利または利益と不貞行為の相手方の権利や自由の調整という文脈では類似の帰結がもたらされるものの、具体的な問題の解決に際して必ずしも同様の結論が導かれるわけではない。例えば、配偶者の一方が強姦された事例を想定すると、①-2では、常に貞操請求権の侵害を問題にすることができ、故意等が認められれば強姦をした者の他方配偶者に対する不法行為が成立することになる。これに対して、②によれば、配偶者の一方が強姦されたとしても、他方がその配偶者との間で形成していた関係に係る人格権を侵害されるとは限らない。そのため、権利または利益に対する侵害が存在せず強姦をした者の他方配偶者に対する不法行為も成立しないという結論に至ることも十分に考えられる。

法行為が成立する場面を限定する論理が内在されていない場合や、夫婦関係の状態だけに着目してその成否を判断する枠組を採用する場合には、これらの諸点が大きな問題になるが¹⁴⁷⁾、②のように、自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠な関係が害されたかどうかという観点から評価をしていくときには、保護されるべき権利または利益、あるいは、その侵害が存在しないとの判断を経ることで、上記の各場面における不法行為の不成立を導くことができる。

第3に、ほかの問題へのアプローチに与える影響について、ごく簡単に言及する。まず、不貞行為の相手方からの不貞配偶者に対する損害賠償請求に関しては、①は、法定の身分や地位を問題にするため、この問題の法律構成とは直接の関わりを持たない。もっとも、①-1には、配偶者相互間の性的関係を害することになるような配偶者間以外の男女の性的関係を排除する契機が存在していた。かつての判例が、不貞行為の相手方からの不貞配偶者に対する損害賠償請求を否定し¹⁴⁸⁾、その後の判例が、女性側の動機に内在する不法の程度に比し男性側の違法性が著しく大きいものと評価することができるときには、貞操等の侵害を理由とする損害賠償が認められるとの判断枠組を採用していることも¹⁴⁹⁾、こうした文脈で捉えることができる。これに対して、②は、当該関係が自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠であるかどうかという観点からの判断を行うため、不貞行為の相手方にとっての不貞配偶者との関係が上記のようなものであると評価することができる限りにおいて¹⁵⁰⁾、②の発想をこの場面にも妥当させることができる。従って、②によれば、判例のよう

144) 最判平成8年6月18日家月48巻12号39頁(ただし、権利濫用により不貞行為の相手方に対する損害賠償請求を棄却した事例)等。

145) 認知請求との関連で、前掲・大阪高判昭和44年6月24日等を、損害賠償請求との関連で、山形地判昭和45年1月29日判時599号76頁等を、貸金返還請求との関連で、東京高判昭和56年10月22日判時1026号91頁等を参照。

146) 水野・前掲注(112)160頁以下、二宮・前掲注(113)「判批」128頁以下等。

147) 水野紀子「最判平成8年3月26日・判批」民商116巻6号(1997年)108頁以下等。

148) 大判昭和15年7月6日民集19巻1142頁。

149) 最判昭和44年9月26日民集23巻9号1727頁。

に、貞操を問題にすることも¹⁵¹⁾、不法の程度を比較することも必要でない^{152, 153)}。次に、不貞行為以外の場面について、本稿では、従前の議論の再定式化からのアプローチが採用されたために、死者との関わりが問題となる場面だけが取り上げられたが、生存する家族との関わりが問題となる場面であっても、その関係が侵害されたことにより、自己の人格の実現が妨げられるような場合であれば、②の考え方を妥当させてよい。これに対して、①-2は、基本的に不貞行為の場面だけを対象とするものである。

I のまとめ

I での検討成果を、家族の捉え方という観点からごく簡単に整理しておく。「家族の保護」の場面では、①家族としての身分や地位（「家族としての保護」における②-1、「家族に関わる保護」における①）、②家族との関わりの中における個人（「家族としての保護」における②-2、「家族に関わる保護」における②）、③家族から切り離された個人（「家族としての保護」における③（および①の一部）、「家族に関わる保護」における否定説）のいずれに注目して民事責任法上の議論を構築するのが問われる。それぞれの考え方において考慮されるべき点をまとめると、以下のようになる。

まず、①について見ると、身分や地位それ自体に着目するだけでは「家族の保護」の問題に十分な対応をすることができないとして、これらの中に家族相

150) 家族の枠を検討する際にも言及したように、本文のような評価を行うためには、単に男女関係が存在したというだけでは足りない。その意味で、②の発想から損害賠償請求が認められる場面は非常に限定される。

151) この場面では、貞操というものからの離脱が考えられるべきであるし、仮に貞操という発想にこだわるとしても、そもそも、自らの意思に基づいて形成した男女関係が問題となる局面でそれを語ることは違和感がある。

152) 近時の裁判例の中には、不法の程度を比較する枠組を採用せず、かつ、貞操ではなく人格権の侵害を問題にしたものが存在する。東京地判平成27年1月7日判時2256号41頁がそれである（この裁判例については、拙稿・前掲注（4）37頁でも言及した）。

153) もちろん、②以外の一般的な人格権等の侵害が認められれば、不貞行為の相手方は、それに基づき損害賠償を請求することができる。

互の関係を意識した内容を組み込んでいくこと、その場合に家族内における個人の自律に制約が課せられうること、民事責任法の領域において身分や地位に対応した形で画一的に家族の枠を設定すること、そして、身分や地位については家族法による規律がある中で民事責任法がこれらを直接的に扱うこと等の当否が検討課題となる。次に、㉔においては、「家族の保護」に関わる問題が完全に家族から切り離され個人の領域に属することになる。そうすると、この場合には、身分や地位はともかく、それらとは別に存在すると思われる家族の意義というものを考慮に入れなくてよいのかが問われる。最後に、㉕において、「家族の保護」に関わる問題は、緩やかに個人化された形で捉えられる。この場合、民事責任法の領域において、身分や地位に関わりつつもそこからは切り離された家族というものに一定の意味を認めること、身分や地位とは独立した形で柔軟な家族の枠を設定すること等の当否が問われるほか、こうした形での議論により家族法の規律の意義が希釈化されないよう配慮することが要請される。

「家族の保護」、「家族に対する保護」と「家族に関わる保護」、これらの中における個々の具体的問題に対する本稿の立場については、すでにこれまでの行論からある程度は明らかとなっているようにも思われるが、Ⅱの「家族の責任」における検討結果を踏まえ、かつ、民事責任法の枠組という観点からの考察も参照しながら、「おわりに」の中で提示する。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・若手研究 B「民事責任法と人・家族——その変容と現代におけるあり方——」（課題番号 25780067）の研究成果の一部である。

（しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授）