

民事責任法と家族（2）

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、前号）

II. 家族の責任

1. 家族に対する責任（以上、本号）
2. 家族外に対する責任（以下、次号）

おわりに

II. 家族の責任

家族に団体としての性格を認めないとすれば、「家族の責任」といっても、それは家族それ自体の責任を直接的に問うものではない¹⁵⁴⁾。ここでは、ある家族に属する者は当該家族のメンバーの権利や利益を侵害した場合にその者に対する関係で責任を負うことになるのか、また、ある家族に属する者が家族外の者の権利や利益を侵害した場合に当該家族のほかのメンバーはそのことを理由に責任を負うことになるのかといった問題が扱われる。前者においては、家族内での権利や利益の侵害に起因する責任という意味で、「家族に対する責任」が(1)、後者においては、家族外での権利や利益の侵害に起因する責任という意味で、「家族外に対する責任」が(2)、それぞれ問題となる。

154) 「家族の保護」の場面と同様、かつての家団論のように、家族に一定の法主体性を認めるとすれば別である。

1. 家族に対する責任

家族として捉えられる者は、当該家族のほかのメンバーの権利や利益を侵害した場合に、その者に対して、どのような根拠に基づきどのような内容の責任を負うのか。この問いに対してはいくつかの異なるアプローチの仕方が考えられるが¹⁵⁵⁾、家族の捉え方と民事責任法の枠組という2つの視角からの分析を行い、本稿の問題関心および検討課題にとって有益な視座を得るためには(2)、「家族に対する責任」として問題となりうる事例をいくつかの視点から区別し、それぞれにおいて従前の議論の再解釈を試みる事が適切である(1)。

なお、「家族に対する責任」を検討する際には、家族と何らかの関わりを持つ義務の違反について、その民事責任法上の取扱いだけでなく、民事上のサンクションや救済全般、あるいは、より広く刑事的または行政的なサンクションや救済にも目を向け、これらを包括的に位置付けつつ、家族に関わる義務の意味付けとその違反に対するサンクションのあり方を探るという手法も有用である¹⁵⁶⁾。しかし、こうした視点からの考察は、本稿の問題関心からは外れる。そこで、以下では、民事責任法上の「家族に対する責任」を理解するのに必要な限度でのみ上記の視点からの考察を行い¹⁵⁷⁾、家族に関わる義務とその違反に対するサンクションについての包括的な分析は、別稿に委ねることとする。

155) 例えば、婚姻または親子制度一般との関連で民事責任法がどのような役割を果たすべきかといったアプローチの仕方（婚姻関係のみを扱うものであるが、藤岡・前掲注(8)215頁以下）、法的保護を受けうる存在としての婚姻関係や親子関係を民事責任法上どのように保護していくべきかといったアプローチの仕方（婚姻関係のみを扱うものであるが、岩志・前掲注(8)144頁以下）等がある。これに対して、以下では、それが上記のアプローチの仕方と密接な関わりを持つことを意識しつつも、本稿冒頭で述べた問題関心に鑑み、「家族に対する責任」が問題となる各場面において、家族や家族のメンバーがどのように捉えられるべきであるのかという視点を基礎に据えたアプローチの仕方を採用する。

(1) 再解釈——保護対象（一般的法益、身分、人格）と制約手法（社会、家族、個人）

本稿の問題関心からすれば、「家族に対する責任」が問題となる事例については、以下のように区別することが適切である。

第1に、問題となっているのが夫婦に代表される横の家族関係¹⁵⁸⁾であるのか、それとも、親子のような縦の家族関係¹⁵⁹⁾であるのかによって、検討対象を区別することが有益である¹⁶⁰⁾。これは、今日、横の家族関係では個人としての幸福や自由が強調されているのに対して¹⁶¹⁾、縦の家族関係では子の利益

156) フランス法に関するものであるが、本文で述べたような視点から家族に関わる義務とその違反に対するサンクションを包括的に分析した近時の тезис として、Gaëlle Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. Pierre Murat, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol.138, Dalloz, Paris, 2014. また、カップルの関係について、Cf. Frédérique Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, préf. Janine Revel, Bibliothèque de droit privé, t.494, LGDJ., 2008 ; Jean Garrigue, *Les devoirs conjugaux : Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. Laurent Leveneur, Panthéon-Assas, Paris, 2012 ; etc. 親子関係について、Cf. Marie-Laure Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, préf. François Terré, Panthéon-Assas, Paris, 2003 ; Laurence Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. Laurent Leveneur, Bibliothèque de droit privé, t.413, LGDJ., 2004 ; Caroline Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : Étude critique*, préf. Emmanuel Putman, PUAM., Aix-en-Provence, 2009 ; etc. 更に、対象（離婚、自然父子関係の搜索、親権喪失）と視点（サンクションのフォートからの切断と客観化）は限定的であるが、Cf. Christine Desnoyer, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. Françoise Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, Paris, 2001.

157) フランス法に関するものであるが、本文で述べたような視点も踏まえて「家族に対する責任」が問題となる各事例を検討した近時の тезис として、Pons, *supra note 16* ; Alexandra Arnault, *La responsabilité civile dans les rapports de famille*, th. Pau, 2008 ; etc.

158) 横の家族関係には、婚姻カップルのみならず、内縁やパートナーシップ関係のカップルも含まれる。

159) 縦の家族関係は、基本的には、法律上または事実上の親子を意味するが、問題となる場面によっては、そこに祖父母と孫の関係を含めることも可能である。

160) 家族と関わりを持つ義務とその違反に対するサンクション全般を対象とするものであるが、この区別の仕方については、Ruffieux, *supra note 156*.

161) この傾向は、婚姻の解消や婚姻外カップルの取扱いをめぐる議論等の中に顕著な形で現れている。

という観点からの議論が一般化しているところ¹⁶²⁾、このような基本理念の相違が民事責任法上の解決や議論にも一定の影響を及ぼすべきではないか、その結果、「家族に対する責任」の場面における横の家族関係と縦の家族関係それぞれの捉え方にも何らかの差異が現れるべきではないかと考えられることに基づく¹⁶³⁾。

第2に、問題となっているのが家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益の侵害または義務の違反であるのか¹⁶⁴⁾、それとも、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反であるのか¹⁶⁵⁾という視点によって、検討対象を区別しておく必要がある。これは、従前の議論では、そもそも権利や利益を侵害された者からの家族のメンバーに対する損害賠償請求を認めるべきかどうか、それを肯定するとしてもどのような形で（どのような範囲で）認めるべきか（反対から言えば、どのような形で（どのような範囲で）制約を課すべきか）といった問題を検討するに際して、それぞれの場面で異なる考慮に基づく判断

162) この傾向は、親子関係の成立、親権、離婚後の親と子の交流をめぐる議論等の中に顕著な形で現れている。

163) 従前の議論では、横の家族関係における「家族に対する責任」には一定の関心が寄せられてきたものの、縦の家族関係における「家族に対する責任」については、親が不貞行為をした場合にその子が不貞行為をした親に対して損害賠償を請求することができるかという特定の問題を除いて（もっとも、これまで主として議論されてきたのは、子からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の可否であり、この問題を論ずる前提として、子からの不貞行為をした親に対する損害賠償請求の可能性に言及するものが散見されたに過ぎない）、ほとんど論じられることがなかった。そのため、本文の区別が「家族に対する責任」の場面で示されることもなかった。

164) これまでに問題となった例としては、家族内での交通事故のほか、物理的、性的、心理的な暴力や虐待、財産権の侵害、名誉毀損等を理由に、ある家族に属する者が当該家族のほかのメンバーに損害賠償を請求する事案等がある。

165) これまでに問題となった例としては、横の家族関係において同居、協力、扶助、貞操等の人格的義務の違反に基づいて損害賠償が請求される事案、離婚や（カップルまたは親子）関係の解消に伴って損害賠償が請求される事案、（元）夫婦間における子の監護や子との面会交流をめぐる争いに関連して損害賠償が請求される事案、親による教育や監護の放棄等を理由として子からその親に対して損害賠償が請求される事案等がある。

がなされており、その結果、両場面での家族やそのメンバーの捉え方にも差異が現れているのではないかと考えられることに由来する（「民事責任の制約手法」という視点からの対比の必要性）。また、「家族に対する責任」は、事象を加害者とされる者の側から見た場合の課題設定であるところ、これを被害者とされる者の側から見れば、ここでは「家族からの保護」も問題となっていることが分かる。そうすると、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反が問われる場面では、家族のメンバーには当該家族のほかのメンバーによる行為との関係でどのような意味での民事責任法上の保護が付与されるべきであるのかという問いを立てることが可能となる。その結果、この場面における検討課題は、「家族の保護」の場面で論じられた検討課題、すなわち、家族のメンバーには家族外の者による行為との関係でどのような形での民事責任法上の保護が付与されるべきであるのかという問いと一定の連続性を持つことになる。従って、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反に関わるケースについては、Iでの検討成果を踏まえた分析を行うことによって、より一層明確に、そこでの家族やそのメンバーの捉え方を浮かび上がらせることができるのではないかと考えられる（「民事責任の保護対象」という視点からの対比の必要性）¹⁶⁶⁾。

第3に、とりわけ横の家族関係に関わることであるが、関係が存続している場面で損害賠償が請求されているのか、それとも、関係が解消される場面または解消された後に損害賠償が請求されているのかという視点による区別も必要である。この区別は、以下の2つの理由に基づく。1つは、第2点と同じ理由、つまり、従前の議論では、同じ関係継続中に生じた権利や利益の侵害を理由とする損害賠償請求であっても、その可否および範囲を論ずるに際して、それぞ

166) これに対して、家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益が家族のメンバーによって侵害されたというケースは、少なくともそこで問題となっている保護対象に関する限り、それが家族とは関わりを持たない形で侵害されたケースと比較して特殊性を持つわけではない。従って、このケースでは、「家族の保護」が特別な形で問題になることはなく、そこでの検討課題が「家族の保護」の場面におけるそれと連続性を持つこともない。

れの場面で異なる考慮に基づく判断がなされてきたという点に由来する理由である（「民事責任の制約手法」という視点からの対比の必要性）。もう1つは、関係の解消時または解消後に問題となる損害賠償には、これまで、複数の異なる意味付けが与えられてきたという点に関わる理由である。すなわち、この場面では、関係継続中に生じた権利や利益の侵害に起因する損害の賠償とは別に、婚姻カップルでは古くから離婚それ自体に関わる損害の賠償が認められ¹⁶⁷⁾、それ以外のカップルでも関係の解消それ自体に伴う損害の賠償が肯定されてきた¹⁶⁸⁾。そうすると、本稿の問題関心からは、関係の解消それ自体を対象とする損害賠償の意味を正確に規定した上で、それが婚姻継続中に生じた権利や利益の侵害または義務の違反に基づく損害賠償とどのような関係に立つのかという点についても問題に付し¹⁶⁹⁾、それぞれの場面において家族や家族のメンバーの捉え方に相違が見られるのかといった点にも検討を及ぼしておかなければならない（「民事責任の保護対象」という視点からの対比の必要性）^{170,171)}。なお、

167) 最判昭和31年2月21日民集10巻2号124頁、最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁等。

168) 大判大正4年1月26日民録21輯49頁（婚姻予約不履行構成）、最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁等。

169) この問題設定は、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料の区別およびそれらの関係をめぐって展開されてきた議論の背後にある問いにはほぼ対応する（議論の概要については、文献の所在も含め、右近健男「離婚の際の財産分与請求と慰謝料」石田喜久夫＝西原道雄＝高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻『損害賠償法の課題と展望』（日本評論社・1990年）411頁以下、成澤寛「離婚慰謝料概念とその必要性（1）～（4）（完）」戸時540号（2002年）19頁以下、541号15頁以下、547号9頁以下、549号9頁以下等を参照）。もっとも、家族や家族のメンバーの捉え方という分析視角が採用されている点において、本稿の問題関心は、従前の議論におけるそれとは異なる。

170) これまでの裁判例の中に現れた事案類型との関連で、本文で述べた問題関心をより丁寧に記述しておく。一方で、関係継続中に生じた権利や利益の侵害を理由に関係が解消された場合、関係の解消時または解消後に問題となる損害賠償の内容には、①関係継続中に生じた権利や利益の侵害を基礎にするものと、②関係の解消それ自体を基礎にするものが含まれる。まず、①について、仮に第2点の区別との関連でいずれの状況でも損害賠償が肯定されるとすれば、②についての請求が認められるかどうかは、法律構成として言えば、②の内容が①に関わる損害賠償の範囲に含まれるかどうかによって決せられる。もっとも、

縦の家族関係については、原則として、横の家族関係と同じような意味での関係の解消は考えられない。しかし、一旦は設定されたように見えた親子関係が後になって解消されたり、不存在とされたりする場面もありうるため、この区

(前頁からつづき)

損害賠償の範囲について純粹に因果関係の問題として決せられるとの立場によるのでない限り、②を損害賠償の範囲に含めるためには、関係継続中に生じた権利や利益の侵害から区別される何らかの権利や利益の侵害を観念しておかなければならない(パターン④)。また、①から切り離す形で②の内容のみが損害賠償として請求されているときには、これを肯定する前提として、当該場面における独自の権利や利益を想定せざるをえない(パターン⑤)。これに対して、第2点の区別との関連で一定の場合に損害賠償が認められないこともあるとすれば、そもそも①が存在しないという事態も考えられるため、その場合には、②に関わる独自の権利や利益を観念しその違反によって②の請求を基礎付ける必要がある(パターン⑥)。他方で、関係継続中に生じた権利や利益の侵害を理由とすることなく関係が解消された場合、関係の解消時または解消後に問題となる損害賠償の内容は②に限られる。そうすると、ここでも、②を肯定するためには、関係の存続それ自体に関わる何らかの権利や利益の侵害を想定しなければならない(パターン⑦)。このように見ると、いずれのパターンでも、②に関する損害賠償が認められるための前提として、関係の存続それ自体に関わる何らかの権利や利益が存在していることが必要不可欠な要素となっていることが分かる(パターン⑧(場合によってはパターン⑥)では、関係の存続それ自体に関わる権利や利益の侵害に向けられた有責性が存在するののかという点が問題となるが、この点はひとまず措く)。ところで、第2点の区別との関連で言及したように、家族的な権利や利益が侵害されている場合、「家族に対する責任」の問題は、「家族からの保護」の問題でもあり、従って、Iで検討した「家族の保護」の問題と一定の連続性を有する。もっとも、関係の解消時または解消後に問題となる損害賠償のうち、①について言えば、損害賠償請求の可否およびその範囲を決するに際して関係解消という事態に基づく考慮が介在することがあるとしても、その中身それ自体は、関係継続中に請求がなされる場合のそれと異なるわけではない。そのため、「家族の保護」との関連で、関係解消後の①の請求を独立の類型として取り上げる意味はほとんどない。要するに、①については、「民事責任の制約手法」という観点からの対比が妥当する限りにおいて、関係継続中に請求がなされる場合と関係解消時または解消後に請求がなされる場合とを区別しておけば足りる。これに対して、②に関しては、それが関係の消滅それ自体を対象とするものであるため、①の場面とは異なる意味での「家族からの保護」が問題となりうる。従って、ここでは、Iでの検討成果を踏まえて、②のケースにおいて問題となっている権利や利益の中身を問うことにより、この場面での特殊な家族やそのメンバーの捉え方をより明確な形で浮かび上がらせることができると考えられる(「民事責任の保護対象」という視点からの対比の必要性)。

別は、（横の家族関係におけるそれとは異なるものではあるが）縦の家族関係においても一定の意味を持つものと思われる¹⁷²⁾。

このような3つの区別を基礎として、以下では、横の家族関係と縦の家族関係のそれぞれについて、家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益の侵害または義務の違反が問題となる場面（横の家族関係に関わるケースを類型①、縦の家族関係に関わるケースを類型②とする）と、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反が問題となる場面（横の家族関係に関わるケースを類型③、縦の家族関係に関わるケースを類型④とする）のそれぞれに関する裁判例および学理的な議論を、類型①と類型③については、被害者とされる家族のメンバーによる損害賠償請求が加害者とされる者との関係の存続中になされたのか、それとも、関係の解消時または解消後になされたのかという点にも留意しつつ扱い¹⁷³⁾、その後、関係の解消それ自体の当否が問題となる事案（横の家族関係に関わるケースを類型⑤、縦の家族関係に関わるケースを類型⑥とす

171) 離婚の文脈では、関係の解消に伴う損害賠償と財産分与の関係も論じられるべき問題である。もっとも、包括説や限定説等、それぞれをどのように位置付けるかという法律構成それ自体は、家族やそのメンバーの捉え方に影響を及ぼすものではないと考えられるため、本稿は、この問いを直接的な考察の対象とはしない。これに対して、財産分与の内容にどのような意味を読み込み、それとの関連で、離婚に伴う損害賠償の内容をどのように捉えるかという問いであれば、それが「家族からの保護」に関わりを持つ限りにおいて、本稿の問題関心にも結び付く。従って、以下の考察では、後者の観点からのみ、関係の解消に伴う損害賠償と財産分与の関係に言及する。

172) 裁判例で問題となった例で言えば、親子関係が存在しないにもかかわらず虚偽の出生届が提出され、その後に親子関係不存在確認が求められたことに関連して、その対象となった子から虚偽の出生届を提出した者に対して損害賠償が請求された事案や（大阪地判昭和44年8月29日判時580号70頁）、父子関係が存在しないにもかかわらず虚偽の認知がなされ、その後に認知の無効確認が求められたことに関連して、その対象となった子から不実認知をした者に対して損害賠償が請求された事案（大阪高判平成21年11月10日家月62巻10号67頁。原審は、大阪家判平成21年3月27日家月62巻10号83頁）等がある。

173) 関係の解消それ自体が問題となる場面を除き、関係存続中に損害賠償が請求される場合と関係解消時または解消後に損害賠償が請求される場合を類型①または類型③に統合する理由については、注（170）を参照。

る)に関する裁判例および学理的な議論をこれらとは別に取り上げることにする。

まず、類型①と類型②について、本稿の問題関心に即した形で従前の議論を整理する。

ある者の特殊家族法的ではない権利や利益がその者の家族のメンバーによって侵害された場合に、その者が当該家族のメンバーに対して損害賠償を請求することができるかという問いについては、かつて、その可否および制約の有無をめぐる多くの議論が展開された¹⁷⁴⁾。今日では、一定の場合に損害賠償請求の制約がありうるかどうかという点は別としても、少なくとも家族間の不法行為であるというだけで損害賠償請求が否定されることはないとの理解に異論は存在しない¹⁷⁵⁾。もっとも、家族の中身という視点から民事責任法上の諸問題にアプローチを試みる際には、この問題の結論それ自体よりも、従前の議論の中に存在する肯定または否定という結論を導くための理由付けと、一定の場合に損害賠償請求を制約すべきであるとされる場合のその論理構造に関心が向けられる。というのは、そこには家族の把握の仕方という観点から見た場合に興味深い素材が含まれていると同時に、ここから、ほかの類型、更には、「家族の保護」や「家族外に対する責任」の分析にも影響を及ぼしうるような視座を抽出することができるからである。なお、細部において違いは存在するものの、結論に付された理由付けまたは制約の論理それ自体の中に類型①と類型②で有意な相違は見られないため、以下では、両者をまとめて扱う。

一方で、⑦夫婦や親子の一体性を強調すると、夫婦間や親子間で不法行為による損害賠償を請求することは原則として認められるべきではないという考え

174) 議論の概要については、文献および裁判例の所在も含め、金澤理「近親者間事故と自賠法16条請求——最高裁昭和47年5月30日判決を機縁として——」判タ283号(1973年)17頁以下、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)83頁以下、小野幸二「家族間の不法行為」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)400頁以下等を参照。

175) 最判昭和47年5月30日民集26巻4号898頁。

方が導かれうる¹⁷⁶⁾。これによると、夫婦や親子の一方による他方への権利または利益の侵害は、その関係が存続している限り、あたかも自分自身の権利や利益の侵害と同じように扱われるため、不法行為の成立それ自体が否定される。また、この考え方は、加害者とされる者と被害者とされる者の一体性を根拠とするものであるから、不法行為の成立が否定されうるのも、一体性を語るができる関係、つまり、夫婦間または親子間に限られるはずである。もちろん、たとえ夫婦や親子であったとしても各人には別の法人格が付与されている以上、近代以降の法制度の下でこの考え方をそのまま採用することは不可能である。しかし、家族との関係で民事責任が問題となる様々な場面において親子や夫婦の一体性を基礎としているかのような議論が展開されていることを想起するとき¹⁷⁷⁾、こうした議論を批判的に検討するための素材として、現時点でもこの考え方を取り上げておく意味はある。

他方で、④家族のメンバーは相互に別の法人格を有している以上、家族間であっても原則として不法行為の成立を否定することはできないが、家族という存在を無視することもできないため、一定の理由により、その成立が否定されたり、仮に成立するとしても権利の行使が制約されたりするとの考え方もありうる¹⁷⁸⁾。問題は、否定や制約の理由とそれらの範囲である¹⁷⁹⁾。

まず、④-1. 社会全体の観点から、家族間における損害賠償請求の制約を基礎付けるものがある。大審院時代の判例で説かれていた、醇美なる家族制度の精神、古来の醇風である孝道の見地といった観点からの理由付けが、その代表であるが¹⁸⁰⁾、社会全体の観点からの基礎付けそれ自体は、戦後における家族改革後の言説の中にも見られる¹⁸¹⁾。例えば、家族間で損害賠償を請求する

176) 夫婦関係のみを扱うものであるが、大谷津貴一「夫婦間の自動車事故と自賠法16条請求——「夫婦一体性」学説に基づく一考察——」都法23巻1号(1982年)131頁以下。なお、上野・前掲注(174)84頁以下は、夫婦間の不法行為を扱う文脈で、日本法が前提としている夫婦別体観に対置される考え方として、夫婦一体観があることを指摘する。

177) 家族の一体的把握を前提とした議論は、「家族の保護」の場面で見られたが(本誌前号79頁以下・98頁以下を参照)、それだけでなく、「家族外に対する責任」の場面にも存在する。

ことは情誼倫理の観念に反し許されないという説明は¹⁸²⁾、あるべき夫婦や親子等についての特定的見方を想定し、これを社会的な観点から強制するものであるし¹⁸³⁾、家族間での損害賠償請求を否定することによって家族秩序が害されることを防ぎ、そのことを通じて社会秩序全体を維持する必要があるといった説明も¹⁸⁴⁾、個々の家族への配慮を超えて、社会全体の仕組みを視野に入れた理由付けになっている。

次に、④-2. 個々の家族の観点から、制限の論理を説明するものがある。

178) 一方で、家族間での不法行為の場合には違法性が厳格に評価されるという見方は、一定の場合に不法行為の成立それ自体を否定する考え方として捉えることができ、他方で、家族間での不法行為の場合には損害賠償請求が権利の濫用として許されないことがあるという見方は(前掲・最判昭和47年5月30日はこの見方を基礎に据えている)、一定の場合に損害賠償請求の行使を制約する考え方として理解することができる。これらの見方は法律構成レベルでは明確に区別されなければならないものの、不法行為の成立や損害賠償請求の行使を否定または制約する理由とその範囲に着目する本稿の立場からは、これらを区別して論ずる意味はほとんどなくなる(もともと、法律構成の問題を論じているにもかかわらず、これらの相違に着目することなく両者の観点を挙げる見解も多い(例えば、石田満「親族間の交通事故における被害者の自賠償保険金請求について」判評159号(1972年)10頁、同「最判昭和47年5月30日・判批」民商68巻1号(1973年)96頁、上野・前掲注(174)85頁以下、小野・前掲注(174)422頁以下等))。従って、以下では、法律構成レベルでの相違が重要であることを認識しつつも、両者の見方を損害賠償請求の制約という形で統一的に捉えることにする。

179) ここでは、家族間では愛情や信頼に基づき不法行為が宥恕されたり、相互の扶助や協力によって損害が填補されたりするため、損害賠償が請求されること自体が少ないという、法外在的な事実上の理由については、取り上げない。

180) 大判昭和18年7月12日民集22巻226頁(母の行為によって財産権が侵害されたことを理由に子が母に対して損害賠償を請求したケースで、子による請求を認容した原審が破棄された事案。ただし、同判決の射程については議論が存在した(中川善之助「大判昭和18年7月12日・判批」民商19巻4号(1944年)57頁等を参照))。また、東京地判昭和7年11月24日新聞3491号5頁も参照(ただし、親の行為によって名誉が毀損されたことを理由に子が謝罪広告を求めたケースで、その請求が棄却された事案である)。なお、一定の留保付きではあるが、このような理由付けを支持するものとして、高梨公之「大判昭和18年7月12日・判批」日法10巻4号(1944年)47頁以下(ただし、旧説であり、その後の論稿では④-2の観点が示されている(同「東京高判昭和44年4月5日・判批」日法35巻2号(1970年)169頁以下))。

例えば、法は家庭に入らずという法諺を援用しつつ¹⁸⁵⁾、家族のメンバーに対する損害賠償請求が当該家族の平和を害することになるとときにはこれを否定すべきである等と説く見解は¹⁸⁶⁾、その典型的な例である。ここでは、家族のメンバーに対する損害賠償請求は家族の平和を害することになるためおよそ許されないという論理ではなく、家族のメンバーに対する損害賠償請求は当該家族の平和を害することになる場合には個別具体的な事情に応じて制約されることがあるという論理が採用されている。

181) 一般的に、大審院時代の裁判例とその後の裁判例および学説上の議論については、明確に異なるものとして位置付けられているが（例えば、前者に関しては、前民主主義的な思想（谷口知平「親子間の不法行為について」同『親子法の研究』（有斐閣・1956年）163頁以下〔初出・1951年〕）、古色蒼然（田村五郎『家庭の裁判（親子）』（日本評論社・1970年）19頁）等の評価がなされている）、家族に対する損害賠償請求を否定または制約するための論理という観点から見れば、少なくとも④-1に関する限り、連続性を持って捉えることができる。確かに、大審院時代の裁判例には時代思潮からの影響が顕著に見られる。しかし、家族制度を社会と結び付けつつその観点から家族のメンバーに対する損害賠償請求を制約するという発想それ自体は、その背後に控えている時代思潮の中身を変えつつ、その後も一定の範囲で存続している。

182) 東京高判昭和44年4月5日高民集22巻2号263頁。

183) 表現の仕方は様々であるが、東京地判昭和44年7月16日判時561号20頁、青森地判昭和45年2月12日判時587号14頁、東京高判昭和46年1月29日高民集24巻1号13頁、東京地判昭和46年4月20日判タ265号252頁、大阪地判昭和46年9月27日判タ271号373頁、神戸地判昭和46年9月28日判タ275号334頁、名古屋地判昭和47年4月26日判時673号66頁等（いずれも、自動車損害賠償責任保険に基づく給付の有無を明らかにする前提として、家族間における損害賠償請求または慰謝料請求の可否について判断を示した裁判例である）。また、東京地裁八王子支判昭和36年7月20日下民集12巻7号1771頁は、夫が妻による名誉毀損行為を理由に損害賠償および名誉回復処分を求めた事案で、婚姻と矛盾するような請求は離婚を前提として初めて認められるものに過ぎないと述べて、これらを棄却する。

184) こうした説明は、類型④に即して言えば、婚姻の制度的側面、更には、あるべき婚姻秩序を守ることが必要不可欠であるとの見方へと連なる。

185) この法諺について、一般的な射程を持つ原則として理解し、およそ法は家族間の不法行為の問題に介入すべきではないという意味で捉えたと（S・H・E「最判昭和47年5月30日・判批」時法804号（1972年）54頁等）、そこでの制約の理由付けは④-1に近づく。

なお、被害者側に過失が存在することを理由に損害賠償額を減額する考え方には、その背後に、夫婦や親子の経済的一体性、あるいは、両者の財布共通といった発想が存在する旨が指摘されているところ¹⁸⁷⁾、この発想は、それを肯定的に受け入れるならば、①の観点（同一性の意味を財産レベルに限定すれば㉠も含む）からの制約を基礎付けるための根拠となりうるはずである。しかし、類型㉠や類型㉡でこの発想が援用されることはない。対照的に、ここでは、夫婦や親子の財産的独立性が強調される¹⁸⁸⁾。こうした態度には、問題となる事案ごとに家族の捉え方が変わることになってしまうという点で、捻じれや歪みの存在を指摘することができる¹⁸⁹⁾、また、そこから、類型㉠や類型㉡が主として自動車事故の事案で生じてきたため¹⁹⁰⁾、できるだけ損害の填補を認め

186) 表現の仕方は様々であるが、前掲・最判昭和47年5月30日のほか、同判決以前のものとして、大阪地判昭和46年2月8日判タ264号284頁、東京地判昭和46年10月12日判時654号75頁、高松地判昭和46年10月15日交民集4巻5号1509頁、函館地判昭和46年12月1日判タ274号201頁等、同判決以後のものとして、高松高判昭和47年6月28日判タ280号249頁、仙台高判昭和47年6月29日判タ280号246頁、仙台高判昭和47年7月27日判タ286号240頁、大阪地判昭和47年9月26日判タ285号193頁、東京地判昭和47年9月27日判タ288号341頁、東京地判昭和47年10月18日交民集5巻5号1439頁、東京地判昭和47年10月23日判タ289号340頁、京都地判昭和47年11月13日判時698号99頁、大阪地判平成7年9月12日交民集28巻5号1334頁、神戸地判平成14年8月19日交民集35巻4号1099頁等（いずれも、自動車損害賠償責任保険に基づく給付の有無を明らかにする前提として、家族間における損害賠償請求または慰謝料請求の可否について判断を示した裁判例である）。また、西島梅治「長野地裁松本支判昭和44年8月28日・判批」判タ242号（1970年）97頁以下、石田・前掲注（178）「親族間の交通事故」10頁、同・前掲注（178）「最判昭和47年5月30日・判批」96頁、岩志・前掲注（8）147頁等も参照。

187) 批判的に検討する文脈ではあるが、錦織成史「最判昭和51年3月25日・判批」論叢100巻2号（1977年）105頁、品川考次「最判昭和51年3月25日・判批」昭和51年度重判（ジュリ642号）（1977年）84頁等。この発想を肯定的に評価するものとして、山本進一「過失相殺と被害者の範囲」ジュリ431号（1969年）182頁以下、舟本信光「過失相殺における被害者側の範囲」判タ268号（1971年）176頁以下等。

188) 前掲・最判昭和47年5月30日のほか、同判決以前のものとして、前掲・東京地判昭和44年7月16日、前掲・大阪地判昭和46年2月8日等。また、柴田保幸「最判昭和47年5月30日・判解」『最高裁判所判例解説民事篇 昭和47年度』347頁の指摘も参照。

るべきであるという考えが背後にあったのではないかと推測を働かせることもできるが¹⁹¹⁾、それとは別に、このことは、④においては、財産のレベルというよりも、人格のレベルで、家族の存在を考慮した損害賠償請求の制約が語られているという事実を示すものとして、重要な意味を持つ。

ところで、社会または個々の家族のいずれの観点に重心を置くのかにかかわらず、④によれば、その間での損害賠償請求が制約される家族の範囲は、一義的には決まらなくなる。というのは、ここでは、保護されるべき家族のあり方や家族秩序（④-1）、守られるべき家族の平和（④-2）のとり方によって、その範囲は広くもなるし、狭くもなるからである。その結果、④-1と④-2は、社会の構成要素としての家族一般を考慮した上での限定であるのか、それとも、個々の家族を起点に据えた限定であるのかという点で、理念としては区別されるものの、実際上の帰結としては流動的なものとなる。例えば、④-1を基礎としつつ、家族関係が既に破綻しているときには保護されるべき家族秩序も存在しないと見れば¹⁹²⁾、この考え方は、一定の範囲で④-2に近づく。反対に、

189) 確かに、被害者側の過失が問題となる場面と類型④や類型⑤では、求償の簡略化という事情が介在するかどうかという点で相違が存在する。従って、表面的に捉えれば、前者の場面で、身分上および生活関係上の一体性という被害者側の基準を採用し、その際、被害者側の過失を理由とする損害賠償額の減額には求償の簡略化という利点がある旨を説く判例と（最判昭和51年3月25日民集30巻2号160頁等）、④を基礎としているように見える前掲・最判昭和47年5月30日の間に、不整合は存在しない。しかし、家族の捉え方という次元で見れば、夫婦や親子の経済的一体性や財布共通という発想を背景とした前者とそれを拒絶する後者の間には、看過することのできない相違がある。この点については、拙稿・前掲注（9）412頁以下も参照。

190) 注（182）、注（183）、注（186）で引用した裁判例の多くは、交通事故の事案に関わる。

191) というのは、仮に類型④や類型⑤で家族間の経済的一体性や財布共通が強調されると、不法行為による損害賠償のみならず、自動車損害賠償責任保険に基づく給付についても、制約が課せられるおそれが存するからである。

192) この見方は、離婚時または離婚後における類型④については、これまでほぼ異論なく元配偶者に対する損害賠償請求が認められてきたことに現れている。なお、④-2から見ると、この解決は、家族関係が既に破綻しているときには守られるべき家族の平和は存在しないと説明されることになる。

①-2において、不法行為から生じた損害をカバーするための保険があるときには損害賠償請求を認めても家族の平和が害されることはないという点を強調すると¹⁹³⁾、保険が付されていない場面ではおよそ損害賠償請求が制約されることにもなりかねず¹⁹⁴⁾、その場合の結論は、①-1のそれと大きく異ならない。

以上のように見ると、①は、社会または個々の家族のいずれの観点を強調するかによってその広狭に差は生ずるが、多かれ少なかれ、ある家族のメンバーを当該家族またはそのメンバーに従属させ、個人としての権利行使を制約する契機を有する枠組として捉えることができる¹⁹⁵⁾。

㊦や①とは対照的に、㊦家族のメンバーは相互に別の法人格を有している以上、家族間であっても家族外の関係と全く同じように不法行為は成立し、家族の存在を考慮した形で損害賠償請求を制約することは許されないとの考え方もありうる。これによると、社会の観点から損害賠償請求を一般的に制約することはもちろん、たとえそれが家族の平和に影響を与えるものであってもこれを制約することは認められない¹⁹⁶⁾。確かに、場合によっては、信義則や権利濫用によって損害賠償請求の行使が制限されるという事態も想定されうるかもしれないが、それは、①のような家族や家族のメンバーへの配慮という視点から

193) 前掲・最判昭和47年5月30日は、保険の存在に言及しつつ、それ以外の事情をも考慮した上で、損害賠償請求権の行使が夫婦の生活共同体を破壊するものではないとの評価を行っている。また、いずれも損害賠償請求の制約を批判するための1つの論拠としてこの点に言及するものであるが(従って、①-2を基礎としているかどうかは明らかでないが)、森島昭夫「青森地判昭和45年2月12日・判批」判評139号(1970年)19頁、鍛冶良堅「東京高判昭和46年1月29日・判批」加藤一郎編『民法の判例(第2版)』(有斐閣・1971年)196頁、石田・前掲注(178)「最判昭和47年5月30日・判批」96頁等も参照。

194) 神戸地判平成11年9月8日判時1744号95頁は、婚姻中の暴行を理由とする損害賠償請求との関連で、交通事故の事案とは異なり保険が付されていないことを理由に認容慰謝料額を低く算定する(控訴審である大阪高判平成12年3月8日判時1744号91頁は、この考え方を否定する)。

195) 中川・前掲注(180)60頁の表現を用いれば、身分関係を地盤とする財産関係における財産権行使は、単純な財産関係における程度には自由でなく、身分関係の保全を失わない限度においてのみ自由であるということになる。

は切り離された形で、家族外で生ずる不法行為の場合と同じ論理に基づいて行われるに過ぎない¹⁹⁷⁾。結局、㊦においては、家族外で生ずる不法行為との関係で類型㊦や類型㊧が特別に扱われることはなく、従って、㊦は、家族のメンバーを完全に個人化して捉えるものであるとすることができる。

次に、類型㊨と類型㊩について、本稿の問題関心に即した形で従前の議論を整理する。

ある者の家族的な権利や利益がその者の家族のメンバーによって侵害された場合、その者は当該家族のメンバーに対して損害賠償を請求することができるか。家族の中身という視点からこの問題にアプローチをするときには、どのような権利や利益の侵害が観念されているのか、そして、権利や利益の侵害が存在する場合に損害賠償請求が制約されることはあるのかという問いに関心が向けられる。ところで、類型㊨と類型㊩に関する従前の状況を見ると、類型㊨のうち、配偶者の一方による不貞行為が関係継続中または離婚後に問われるケースと、同居、協力、扶助等の人格的レベルの義務違反が離婚後に問われるケースについては、多くの裁判例が存在するものの、それ以外に関しては、素材とすべき裁判例はあまり存在しない¹⁹⁸⁾。もっとも、考慮されるべき事項は

196) 水野紀子「最判昭和47年5月30日・判批」鴻常夫ほか編『損害保険判例百選（第2版）』（有斐閣・1996年）99頁、前田陽一「特別な人間関係と不法行為」内田貴ほか編『民法の争点』（有斐閣・2007年）294頁等。また、上野・前掲注（174）85頁以下も参照（夫婦間の訴訟について、本文で述べたような考え方を前提に、それがどちらにとっても実質的利益をもたらさない場合には訴権の行使が制限されるに過ぎないという枠組を示しつつ、夫婦げんかや性関係の強要等では違法性が否定されることが多いとも述べている。本稿の分析枠組から言えば、後半部分の叙述は㊦を示しているようにも見受けられる）。

197) 必ずしも信義則や権利濫用の中身が本文のような形で明確にされているわけではないが、森島・前掲注（193）19頁、鍛冶・前掲注（193）196頁、柴田・前掲注（188）347頁等。また、過失相殺についての叙述であるが、金澤理「東京高判昭和46年1月29日・判批」判タ263号（1971年）84頁以下も参照。なお、穂積重遠「大判昭和18年7月12日・判批」判民昭和18年度38事件172頁が、同判決について、判例で形成されつつある信義誠実の原則の親子関係における一発展と評価するのも、本文と同趣旨を言うものとして評価することができる。

異なるとしても、問題把握の仕方それ自体は類型㉔と類型㉕の全ての事案に共通するため、上記のケースで展開された議論をほかの事案にも妥当する形で捉えることは許される。また、配偶者の一方による不貞行為の場面における権利や利益の捉え方については、「家族に関わる保護」の場面で行った分析を参考にすることができる¹⁹⁹⁾。従って、以下では、配偶者の一方による不貞行為の場面における議論を起点としながら、それを類型㉔のほかの場面にも妥当するように一般化させつつ整理し、その成果との関連で類型㉕を扱う。

配偶者の一方により不貞行為がなされた場合に他方配偶者や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場面では、①配偶者または子としての身分や地位の侵害を問題にする見方と、②配偶者または親との関係に結び付く個人としての人格的な権利や利益の侵害を問題にする見方が存在した。これらのうち、類型㉔では①を、類型㉕では①と②を起点に据えることができると考えられる。その理由は、以下の通りである。

一方で、類型㉔について見ると、関係が円満に存続している限り②の侵害は問題とならないこと、類型㉔は関係の解消それ自体の問題には関わりを持たないことからすると、②は、類型㉔に適した見方ではない。そして、類型㉔では、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反が問題となっている以上、②のように、配偶者の貞操等について家族と関わりを持ちつつも家族法の外にある問題として位置付ける枠組ではなく、配偶者としての身分や地位に着目する①を起点に据えなければならない²⁰⁰⁾。他方で、類型㉕では、①のみならず、②も問題とすべきである。家族法的な義務の違反によりその関係が法的には存続しているものの事実上損なわれ、その結果、個人の人格が侵害されていると

198) こうした状況は、親子関係の設定拒絶に関わる場面も含め、類型㉕に属する興味深い事案とそれをめぐる立法および議論が存在しているフランス法のそれとは、対照的である。なお、フランス法の状況および日本法との対比については、本稿の連載終了後に本誌への掲載を予定している「民事責任法と家族——フランス法——」の中で扱われる。

199) 本誌前号84頁以下を参照。

200) ただし、類型㉔は、横の家族関係が存続している場面でも問題となりうるため、身分や地位それ自体の喪失に係る侵害を問題にすることは不適切である。

いうケースについては、横の家族関係であれば、関係解消に至った後にそれ固有の問題として捉えれば足りるが（類型⑤）、縦の家族関係の場合には、特殊な場面を除いて、関係の解消も、そのことを理由とする損害賠償請求も想定しえないこと、また、上記のケースには、祖父母と孫の関係が損なわれた場合のように、①では対応することができない事案も含まれることからすれば、こうしたケースに対応するためには、子や親等の人格に着目した②も基礎に据えておく必要がある²⁰¹⁾。

1つ目として、類型③と類型④における①のアプローチを検討する。身分や地位に着目するとしても、そこには、身分や地位から導かれる、①-1. 支配的または絶対的な権利を構想する考え方と、①-2. 債権的な権利を想定する考え方が存在する。これらを類型③と類型④の典型的な場面に即して一般化すれば、①-1は、同居、協力、扶助、貞操等を相互に支配する権利の侵害、または、子について言えば、親からの監護、教育、愛情等を享受する絶対的な権利の侵害を、①-2は、他方配偶者に対して、同居、協力、扶助、貞操等を求める権利の侵害、または、子について言えば、親に対して、監護、教育、愛情等を求める権利の侵害をそれぞれ問題にするものとして位置付けることができる²⁰²⁾。

これらの考え方によれば、いずれを基礎に据えるとしても、家族関係の存続中に生じた権利の侵害である限り、類型③と類型④の損害賠償請求は原則として肯定されるべきことになる²⁰³⁾。類型③について言えば、配偶者の一方が不貞行為をした場合において婚姻継続中に他方配偶者が不貞配偶者に対して損害

201) もっとも、後に述べるように、②の見方が機能する場面は限定的である。

202) ①-2によれば、義務違反に基づく損害賠償の性質決定も問題になるが、ここでは、それが不法行為であることを前提に議論を進める。なお、婚姻義務違反を債務不履行と性質決定するものとして、勝本正見「離婚に因る損害賠償」穂積重遠ほか編『家族制度全集法律篇 第2巻 離婚』（河出書房・1938年）199頁以下等。

203) ①-1と①-2のいずれを基礎とするのかは明らかでないが、この見方を類型③につき明確に示すものとして、林信雄「夫婦の同居協力義務」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅱ（婚姻）』（有斐閣・1959年）177頁・179頁、藤岡・前掲注（8）216頁等。

賠償を請求したケースでこれを認めた裁判例や²⁰⁴⁾、同じく不貞行為の場面で婚姻継続中に他方配偶者が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求したケースで当該不貞行為が不貞配偶者とその相手方の共同不法行為であることを前提とした解決を示す裁判例は²⁰⁵⁾、こうした見方を基礎にしているものと思われる²⁰⁶⁾。また、類型④に関するものとして、子らが、一方の親の出奔により、愛情、養育、監護を受けることができず、放置されたことを理由に、当該親に対して損害賠償を請求した事案で、これを認めた裁判例があるが²⁰⁷⁾、これも①を基礎としている²⁰⁸⁾。更に、今日では、類型④の特殊な場面として²⁰⁹⁾、子

204) 不貞以外の要素を含むものも含め、福岡地裁直方支判昭和31年2月28日下民集7巻2号484頁、長崎家審昭和34年6月18日家月11巻8号128頁、東京高判昭和50年4月24日判時800号52頁、前掲・大阪高判平成21年11月10日(原審は、前掲・大阪家判平成21年3月27日)等、多数の裁判例がある。

205) 問われている法律問題は様々であるが、東京地判昭和37年3月1日下民集13巻3号327頁、熊本地裁山鹿支判昭和39年11月10日判時399号41頁、東京地判昭和51年6月10日判時849号99頁、横浜地判昭和61年12月25日判タ637号159頁、東京地判平成4年12月10日判タ870号232頁等、多数の裁判例がある。

206) これに対して、離婚時または離婚後に元配偶者が他方に対して不貞行為を理由に損害賠償を請求するケースに係る裁判例では、類型④との関連で配偶者としての身分や地位の喪失のみが問題とされることが多いため、また、離婚時または離婚後に元配偶者が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求するケースに係る裁判例でも、共同不法行為であることを前提とした解決が示されることがあるが、ここでも、配偶者としての身分や地位を失ったことそれ自体が問題とされることが多いため、これらの裁判例の中に、類型④でどのような権利や利益を想定するのかという問題関心を読み取ることはできない。

207) 大阪高判平成4年1月30日判タ788号205頁(他方の親が死亡した後の放置行為についてのみ不法行為性が肯定された事案。なお、原審である京都地判平成3年6月11日判時1407号95頁は、子らの請求を棄却する)。

208) 子からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面では、不貞行為の相手方の行為と親から愛情を注がれ監護や教育を受けるという子の権利の侵害との間に相当因果関係がないとの理由で、当該請求が棄却されているところ(前掲・最判昭和54年3月30日)、こうした子の権利の捉え方からすると、親が不貞行為を契機として子を放置した等の事情があれば、子からの不貞行為をした親に対する損害賠償請求は肯定される可能性がある。

209) というのは、この事例は、侵害されている権利の内実に着目すれば類型④に属するが、侵害行為に注目すれば類型④に位置付けることもできるからである。

の監護や子との面会交流に親の権利性を認めることを前提に²¹⁰⁾、一定の場合に限定したものではあるが、これらの侵害を理由とする損害賠償請求の可能性が開かれているところ²¹¹⁾、この解決についても同様の枠組で捉えることができる。

もっとも、①-1や①-2を基礎に据えたとしても、損害賠償請求を制約する構成が考えられないわけではない²¹²⁾。

第1に、類型④や類型⑤における④のように、家族秩序一般または個々の家族の平和という観点から制約を基礎付ける方法がありうる。例えば、他方配偶者からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面では、これを認めると、当事者間でプライバシーが暴露され、人間関係が徹底的に破壊されてしまうとの指摘がなされているところ²¹³⁾、こうした問題意識は類型⑥にも妥当するた

210) 議論の概要については、文献の所在も含め、島津一郎ほか編『新版注釈民法（22）親族（2）離婚 § 763～761』（有斐閣・2008年）138頁以下〔梶村太一執筆部分〕、栗林佳代『子の利益のための面会交流——フランス訪問権論の視点から』（法律文化社・2011年）35頁以下等を参照。

211) 静岡地裁浜松支判平成11年12月21日判時1713号92頁、福岡高判平成28年1月20日判時2291号68頁（調停によって具体化された後の面会交流権の侵害の可能性は認められたものの、結論としては不法行為の成立が否定された事案。なお、原審である熊本地判平成27年3月27日判時2260号85頁は、不法行為の成立を肯定する）等。また、面会交流や監護の合意の不履行が問題となったケースとして、東京高判平成22年3月3日家月63巻3号116頁（肯定例。原審である横浜地判21年7月8日家月63巻3号96頁もほぼ同旨）、東京地判平成27年1月29日判時2270号62頁（否定例）等。更に、家族外の者によって監護権が侵害された事例であるが、名古屋地判平成14年11月29日判タ1134号243頁（別居中の妻からの依頼を受けて子を連れ去ったカウンセラーの不法行為責任が肯定された事案）も参照。

212) 配偶者の一方が不貞配偶者に対して損害賠償を請求するケースでは、前掲・最判平成8年3月26日の考え方をこの場面でも援用し、婚姻関係がその当時破綻していたかどうかによって不貞配偶者の不法行為の成否を判断する裁判例があるものの（東京高判平成7年1月30日判時1551号77頁（肯定例）、東京地判平成24年1月20日平22（ワ）18409号（否定例）等）、その制約の枠組は明らかでない。

213) 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。

め、仮にこの観点から家族法的な権利や利益の侵害に基づく損害賠償請求を制約するならば、それは、家族の平和という観点からの限定を試みるものにほかならないと言えることができる^{214,215}。

第2に、家族法的な救済手段としての適合性という観点から損害賠償請求を制約する手法が考えられる。家族法上の義務違反については、家事事件手続法に独自の救済手段が用意されている以上それによって解決すれば十分であること、また、同居や貞操等、履行の強制が認められていない場面で²¹⁶損害賠償を肯定すると、これらについて実質的な間接強制を認める結果になってしまうことが²¹⁷、その理由として挙げられる²¹⁸。より本質的に見れば、これは、家族法上の義務の履行における自発性や任意性、（元）配偶者や親による義務の違反によって（元）他方配偶者や子の家族法的な権利が侵害されたというケースに関わる紛争を自律的に処理することの重要性といった視点を背景とするものではないかと思われる²¹⁹。

214) フランス法に関するものであるが、Catherine Philippe, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux : Essai sur l'entraide conjugale*, préf. Georges Wiederkehr, Bibliothèque de droit privé, t.170, LGDJ., Paris, 1981, pp. 284 et s. は、本文中述べたような観点から、フォートおよび損害の重大性を要求することによって、夫婦間における民事責任の成立を限定しようとする。

215) また、婚姻継続中に他方配偶者が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求したケースで、不貞配偶者に対して宥恕がなされたことにより不貞行為の相手方に対する損害賠償請求も放棄されているとの結論を基礎付けるための1つの理由として、夫婦間の経済的一体性や財布共通を援用する裁判例として、山形地判昭和45年1月29日判時599号76頁。

216) 同居義務について、大決大正5年9月30日民集9巻926頁。

217) 子との面会交流の阻害に関わるケースでは、監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判に基づき間接強制決定をすることが一定の場合に認められているため（最決平成25年3月28日民集67巻3号864頁等）、前者が主たる理由になる。

218) 類型㉔について、上野・前掲注（174）90頁等。また、類型㉕について、調停や審判による解決を志向するものとして、有地・前掲注（112）15頁以下等。

219) 観点は異なるが、成澤寛「離婚慰謝料と不貞慰謝料に関する理論的考察——広島高判平成19年4月17日家月59巻11号162頁を契機として」岡商大17号（2009年）123頁以下も参照。

第3に、問題となっている事項に関わる制度の性格を考慮に入れて制約を正当化する方法も考えられる。例えば、類型㉔については、婚姻の制度的性格に由来する義務の相互性という観点からの制約が説かれることがある。これによると、夫または妻の義務には相互性があり、その履行も牽連関係によって支配されているため、一方がその義務を履行していないときには、他方にもその義務の履行を免れさせることによって、婚姻の回復と均衡の維持が図られる。その結果、こうした場面での損害賠償請求も認められなくなるとされる^{220,221)}。また、類型㉕のうち、子に関わる問題については、子の利益を起点として損害賠償請求の可否を判断すべきことが説かれるが²²²⁾、これも、第3の方法の中に位置付けることができる。

これら3つの手法の相違点は、損害賠償請求という救済手段のレベルでの制約を考えるのか（第1の制約手法および第2の制約手法）、その前提としての義務または権利のレベルでの制約を想定するのか（第3の制約手法²²³⁾という点（制約対象の相違）、外在的な評価による制約を予定するのか（第1の制約手法）、各家族に内在的な観点からの制約を考えるのか（第2の制約手法および第3の制約手法）、また、後者の場合には、当事者による自律性を尊重するのか（第2の制約手法）、制度の性格を重視するのか（第3の制約手法）という点（制約観点の相違）、更には、関係が正常に機能していない場面での制約を問題にするのか（第1の制約手法および第3の制約手法）、一般的な形での

220) 注(91)で引用した諸論稿のほか、有地・前掲注(112)9頁以下等を参照。

221) 自らの行為によって婚姻関係を破綻させた者は、他方配偶者に対して不貞行為を理由に損害賠償を請求する実質的利益を持たないと判断した裁判例として、名古屋地判昭和54年3月20日判タ392号160頁。

222) 子の監護や子との面会交流の阻害に関わるケースで、本文で述べたような観点からそれを妨げたとされる者の不法行為の存在を否定したものとして、東京地判平成26年12月19日平25(ワ)8286号等。また、監護や面会交流の合意の不履行が問題となったケースに関わる裁判例であるが、前掲・東京高判平成22年3月3日（原審である前掲・横浜地判平成21年7月8日もほぼ同旨）、前掲・東京地判平成27年1月29日等も参照。

223) 横の家族関係でこうした方向性を更に推し進めると、婚姻義務の非法化が問題となってくる。この点については、二宮＝原田・前掲注(131)99頁以下を参照。

制約を構想するのか（第2の制約手法）という点（制約場面の相違）に求めることができる。そして、これらの相違は、家族の捉え方にも影響を及ぼすことになる。

2つ目として、類型⑤における②のアプローチについて簡単に言及する。類型⑤では、一定の家族法的な義務の違反によって関係が事実上損なわれた場合に、当該関係の背後にある身分や地位の侵害のみならず、それに結び付く個人としての人格的な権利や利益の侵害も問題となりうる。もっとも、②が機能する場面は限定的である。というのは、類型⑤の典型的なケースである、子からの親に対する損害賠償請求について見ると、①で前提とされている、親から監護、教育、愛情を受ける権利は、子の人格の実現や形成に直接的な関わりを持つため、親との関係に結び付く子の人格権の侵害も、この権利の侵害の中に包摂して捉えることができるからである。従って、②が独自の意味を持つのは、子からの親に対する損害賠償請求で言えば、例えば子が成人に達している等、親からの監護、教育、愛情を受ける権利を観念することができない場面で、子が親との関係を断ち切られたというケースに²²⁴⁾、それ以外の場面では、そもそもこうした権利や義務を持たない縦の家族同士の関係がほかの家族のメンバーによって破壊されたというケース²²⁵⁾に限られることになる。

最後に、類型⑥について、本稿の問題関心から従前の議論をごく簡潔に整理し、併せて、類型⑦に関しても若干の言及を行う。

224) もっとも、東京地判平成14年7月19日平10（ワ）4794号は、成人に達した子が父と良好な関係を保つことは事実上の利益に過ぎないと判示する。

225) 家出をした妻が夫の依頼により監護の任にあっていた叔母のもとから子を連れ去ったという事案で、叔母からの損害賠償請求を肯定した裁判例（長野地裁諏訪支判昭和42年12月11日判時521号78頁）、結論的に否定したが、ある者がかつて同居していた元内縁配偶者の連れ子との面会交流を妨げられたという事案で、不法行為の成立可能性を認めた裁判例（東京地裁立川支判平成27年10月1日平25（ワ）2920号）等は、本文で述べたような考え方を前提にするものとして読むことができる。また、祖父母がその子夫妻によって孫との面会交流を妨げられたという事案で、事実関係に照らして不法行為の成立を認めなかった裁判例もある（東京地判平成26年9月5日平（ワ）29275号）。

類型⑤に関しては、通常の意味での故意や過失を認定することなく離婚に伴う損害賠償を肯定しているかのような裁判例との関係で、あらゆる場合に有責性を認めることができるのかという問題関心が示され²²⁶⁾、また、類型③の損害賠償請求や財産分与との関係も問題となるため、多くの議論が展開されてきた²²⁷⁾。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、上記の問題との関連も踏まえつつ、関係の解消それ自体が問われる場面でのどのような権利や利益の侵害が想定されているのか、また、権利や利益の侵害が存在する場合に損害賠償請求が制約されることはあるのかという問いに関心を向けなければならない。そこで、このうちの前者の視点から従前の議論を大枠として再定式化すると、そこには、①配偶者としての身分や地位それ自体の喪失を問題にする考え方で、②配偶者との関係に結び付く個人としての人格的な権利や利益の侵害を問題にする考え方が存在することが明らかとなる。

一方で、①によれば、配偶者の一方に他方の配偶者としての身分や地位の喪失に向けられた故意または過失が存在する限り、他方配偶者には身分や地位の喪失それ自体を対象とする損害賠償が認められる。これまでの議論では、基本的にこうした見方が前提とされており、そうであるからこそ、身分や地位という本質的なものの喪失について、有責性を前提とした損害賠償による保護で十分であるのか、むしろ、有責性から解放された損害賠償を構想すべきではないかとか²²⁸⁾、同じく身分や地位の喪失に関連した救済である離婚給付との関係で、離婚に伴う損害賠償を認めることにどのような意味があるのか²²⁹⁾といった点が、重大な関心事とされてきたのではないかと考えられる。

他方で、②によると、配偶者の一方に他方が一方との関係で形成している人

226) 川島武宜「離婚慰藉料と財産分与との関係——法的保護と法的構成との関係の問題として——」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』（有斐閣・1957年）270頁以下等。

227) 議論の概要については、文献の所在も含めて、注（169）で引用した諸論稿等を参照。

228) 山島正男「最判昭和46年7月23日・判批」判評159号（1972年）27頁、小山昇「離婚慰藉料と財産分与の諸問題」判タ294号（1973年）68頁、久貴忠彦「財産分与請求権と慰藉料との関係」加藤一郎ほか編『民法の争点』（有斐閣・1978年）361頁等。

格的な権利または利益の侵害に向けられた故意や過失があれば、他方配偶者には当該人格的な権利または利益の侵害を対象とする損害賠償が認められる²³⁰⁾。従前の裁判例における離婚に伴う損害賠償には、離婚による社会的評価の低下、婚姻生活への期待感の侵害、将来の生活不安、子を手放すことによる心痛等が含まれているとの指摘がなされてきたが²³¹⁾、これらの要素から離婚給付の対象となる財産的側面を差し引いて後に残るものに目を向け、かつ、それを現代的に把握するならば²³²⁾、上記の指摘についても、他方との関係で形成されていた個人としての人格の侵害を問題にするものとして捉えることができる。

もちろん、これらの考え方を基礎に据えたとしても、損害賠償請求を制約することが考えられないわけではない。ただし、そのための正当化は、①と②では異なる。というのは、①であれば、当事者間の平和を確保する必要があるという理由付け（類型Cにおける第1の制約手法）のほか²³³⁾、ここでの損失は離婚給付によって填補されうるという説明（類型Cにおける第2の制約手法）²³⁴⁾が可能であるが、②では、問題が配偶者としての身分や地位それ自体から切り離されるため、第1の制約手法であればともかく、第2の制約手法が妥

229) こうした観点からは、離婚に伴う損害賠償は、離婚給付が存在または不十分であった時代の仮託理論として位置付けられる。この点については、財産分与規定の立法過程も含め、高野耕一『財産分与・家事調停の道』（日本評論社・1989年）所収の諸論稿、水野紀子「離婚給付の系譜的考察（2・完）」法協100巻12号（1983年）2頁以下、本沢巳代子『離婚給付の研究』（一粒社・1998年）14頁以下等を参照。

230) 観点は異なるが、成澤・前掲注（219）126頁等も参照。

231) 瀬川信久「最判昭和46年7月23日・判批」法協91巻1号（1974年）177頁の注（1）、大津千明「離婚給付に関する実証的研究」司法研究報告書32輯1号（1981年）65頁以下等。

232) 本文で引用した4点については、社会の変容に伴いそれほどの重要性は見られなくなっているとの批判が提起されてきた。丸山輝久「離婚慰謝料の現状と基準化の試み」自正38巻9号（1987年）6頁、右近・前掲注（169）426頁以下等。

233) 右近・前掲注（169）422頁以下、鈴木真次『離婚給付の決定基準』（弘文堂・1992年）246頁、本沢・前掲注（229）221頁等。

234) ニュアンスの相違はあるが、水野・前掲注（229）48頁以下、緒方直人「財産分与請求権の本質」有地亨編『現代家族法の諸問題』（弘文堂・1990年）249頁以下、鈴木・前掲注（233）227頁以下、本沢・前掲注（229）216頁以下等。

当することはないからである。

類型⑤とは対照的に、類型⑥については、素材とすべき裁判例は乏しい。とはいえ、問題となりうるケースが存在しないわけではなく、例えば、一旦は成立したように見えた親子関係が後に至って不存在または無効とされる場合に、その対象となった子が親子関係の不存在や無効を確認しようとする者に対して損害賠償を請求するという事案を想定することができる。このうち、不実認知のケースについて言えば²³⁵⁾、判例上、認知者は血縁上の親子関係がないことを知りながら認知をした場合であっても自らした認知の無効を主張することができる²³⁶⁾、認知の無効確認を求めるとそれ自体に不法行為性を求めることはできない²³⁷⁾。しかし、類型⑥での整理を参考に被侵害権利の中身からこの問題にアプローチをするならば、以下のような見方を示すことができる。確かに、認知の無効により親子関係はそもそも存在しなかったことになるため、①子としての身分や地位の侵害を問題にすることはできない。しかし、たとえ表見的なものであったとしても一旦は親子類似の関係が形成されている以上、これによって、認知の対象となった子は不実の認知をした者との関係で自己の同一性を規定するに至るという事態も想定されるところ、この場合には、②不実認知者との関係に結び付く個人としての人格的な権利や利益の侵害を問題にすることができる^{238, 239)}。

235) もちろん、それと知りながら不実認知をした者は認知の無効を主張することができないという立場によれば、以下で述べる問題が生ずることもない。

236) 最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁。

237) 前掲・大阪高判平成21年11月10日。

238) ここで問題となるのは、人格権を侵害されたことによって生ずる非財産的損害の賠償である。前掲・大阪高判平成21年11月10日の反訴原告が主張するような逸失養育費相当額の賠償は認められない。

239) ②によれば、前掲・大阪地判昭和44年8月29日の事案でも、虚偽の出生届の対象となった子からの損害賠償を肯定するために、観念上の養親子関係の破棄という技巧的な方法を用いる必要はなくなる。

(2) 分析——家族の中身、民事責任法の枠組

第1に、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。論旨を見通しやすくするため、ここでは、どのような権利または利益の侵害が観念されているのかという保護対象レベルでの議論と、損害賠償請求が制約されることはあるのか、あるとすればそれはどのような理由に基づくのかという制約手法レベルでの議論に分けて、考察を行う。

まず、保護対象レベルでの議論を扱う²⁴⁰⁾。①のように、身分や地位に着目した権利または利益を構想する場合、類型㉔と類型㉕が問題となるのはその間で家族法上の権利義務関係が存在している家族のメンバー相互間に、類型㉖が生じるのは法律上の夫婦関係にあった者相互間に、それぞれ限定される。もっとも、事実の先行性に基づく事実主義の立場からは、法律上の夫婦や親子との実質的同一性を理由として、婚姻外カップルや事実上の親子の間でも法律上の夫婦や親子の場合と同じような権利義務を問題にすることにより、類型㉔と類型㉕を想定し²⁴¹⁾、また、婚姻外カップルの当事者にも法律上の配偶者の場合と同じような意味での身分や地位を問題にすることにより、離婚のケースに準じた形で類型㉖を観念していくことが考えられる²⁴²⁾。つまり、①では、実質的同一性を根拠とした家族の枠またはサークルの拡大の是非が問われる。

240) 類型㉔と類型㉕では、家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益の侵害が問題となるため、保護対象レベルで家族の枠に影響を及ぼすような議論が展開されることはない。従って、類型㉔と類型㉕は検討対象から除外される。

241) 一方当事者の不貞行為等を理由として関係が解消された後に、解消それ自体に関わる損害も含む形で損害賠償が請求された事案（類型㉔と類型㉕の混合事案）であるが、東京地判昭和32年8月24日不法下民集昭和32年度607頁（婚姻予約不履行構成）、東京地判昭和33年12月25日判時174号23頁、東京地判昭和39年9月3日判時391号10頁、東京地判昭和62年3月25日判タ646号161頁、東京地判平成6年1月28日判タ873号180頁等。なお、前掲・大判大正8年5月12日は、内縁配偶者の一方が他方と不貞行為をした者に対して損害賠償を請求した事案で、婚姻予約不履行構成を前提に、「婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利」の侵害を認めたが、注（245）で引用する裁判例の傾向も併せて考えれば、そこでは、実質的に見ると、内縁配偶者の①-1または①-2の侵害が問題になっていたと見ることもできる。

しかし、こうした形での拡大に関しては、以下の諸点を指摘しておく必要がある。一方で、横の家族関係のうち類型㉔に即して言うとは、婚姻外カップルの当事者に特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反に基づく損害賠償を認める前提として、婚姻法上の権利義務関係をそのまま婚姻外カップルにも妥当させるという手法については、法律上の婚姻の側から見れば、その意義を希釈化させることに繋がることの批判が提起される²⁴³⁾。また、婚姻外カップルの側から見ると、個人の自由を背景としているカップルの場合には、そこに貞操を求める権利等の自由の制約となりうるような要素を持ち込むことが適切であるのかという疑問も提示される^{244,245)}。他方で、類型㉕に関しても、この手法には、類型㉔におけるのと同様の意味での指摘が妥当するほか²⁴⁶⁾、カップル関係の解消に伴って一方当事者に生じうる不利益への対処としてやむをえず民事責任を用いなければならないという事情が存在しないとすれば²⁴⁷⁾、この手法は、婚姻外カップルと法律上の夫婦を全く同列に扱うこと以外に実践的な

242) 前掲・最判昭和33年4月11日以降の裁判例は、こうした枠組を所与の前提として、当事者の一方による損害賠償請求の可否を判断する。比較的明確にこの枠組を述べる裁判例として、宇都宮地判昭和31年1月11日不法下民集昭和31年度341頁、千葉地裁館山支判昭和35年10月13日判タ112号74頁、大阪高判昭和38年3月26日高民集16巻2号110頁等。

243) 注(107)で引用した諸論稿のほか、大島梨沙「フランスにおける非婚カップルの法的保護(2・完)——パックスとコンキュービナーージュの研究——」北法58巻1号(2007年)172頁以下等を参照。

244) フランス法に関するものであるが、Cf. Guy-Auguste Likillimba, *La fidélité en droit privé*, préf. Jacques Mestre, PUAM., Aix-en-Provence, 2003, n^{os}240 et s., pp.160 et s.; Ruffieux, *supra* note 156, n^{os}231 et s., pp.235 et s.; etc. これらにおいては、性関係の排他性を命ずることができるのは立法のみであることが強調されている。

245) この観点からは、純粋な婚約の事例で当事者相互に貞操義務を課すことには(大阪高判昭和53年10月5日判タ378号107頁(原審である神戸地裁尼崎支判昭和52年8月31日家月32巻10号55頁は、婚約当事者間に貞操義務は存在しないと判示する)、甲府地判昭和55年12月23日判時1023号107頁、佐賀地判平成25年2月14日判時2182号119頁等)、より一層の問題を指摘することができる。

246) 一般的な文脈での叙述であるが、水野・前掲注(107)「事実婚の法的保護」84頁以下、同・前掲注(8)「家族法とジェンダー」87頁以下、同・前掲注(8)「内縁準婚理論と事実婚の保護」627頁以下等を参照。

意義を持たないことになる。

これに対して、②のように、身分や地位それ自体からは切り離された個人としての人格的な権利や利益を構想する場合、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1つの要素に過ぎなくなるため、問題となる家族の枠は、①におけるよりも拡大される。従って、類型⑤のように横の家族関係が完全に破壊されている場面では²⁴⁸⁾、当該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、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、有責性をもってその関係を破棄した相手方に対する損害賠償請求が認められる余地がある²⁴⁹⁾。また、類型④と類型⑥について言えば、その間に家族法上の権利義務の存在を認めることができない者同士の関係でも②は問題となるため、こうした縦の家族関係が事実上破壊され、これによって自己の人

247) 婚姻外カップル関係の解消に伴って生ずる財産的な不利益に関しては、財産分与規定の類推適用によるのか、それ以外の方法によるのかという法律構成上の問題があることを度外視すれば、①を拡大し、これを不法行為における保護法益として設定するという手法によらなくても、一定の範囲で填補することができる。また、人格的な不利益についても、②によれば、婚姻外カップルにも関係喪失に関わる保護を与えることができる。従って、少なくとも実際上の帰結だけから見れば、類型⑥で①を基礎に据えることを前提として、事実的同一性を根拠にこの解決をほかのカップルにも及ぼしていくという方策をとる必要はない。

248) ②は、関係が破壊されていることを前提とするため、類型③で問題になることはない。

249) 最判平成16年11月18日判時1881号83頁は、パートナーシップ関係が解消されたことを理由に損害賠償が請求された事案で、「婚姻及びこれに準ずるものと同様の存続の保障を求める余地がないことはもとより、上記関係の存続に関し、YがXに対して何らかの法的な義務を負うものと解することはできず、Xが上記関係の存続に関する法的な権利ないし利益を有するものとはいえない」と判示し、婚姻外カップルの存続保障についての二元的救済モデルを示している(吉田克己「最判平成16年11月18日・判批」民商134巻3号(2006年)155頁等)。この点、本稿の分析枠組によれば、上記引用箇所の前半部分に対応するものを①、後半部分に対応するものを②として再解釈することができる。このように理解すると、この判例は、結論的には否定しているものの、パートナーシップ関係の解消の場面で、②の侵害を理由とする損害賠償請求の可能性を認めた点において、重要な意義を持つ(ただし、①に相当するものを観念する必要があるかどうかには疑問が残る)。

格の実現が妨げられたときには、そのことを理由とする損害賠償請求の可能性が開かれる。そして、この方向性は、①を問題にすることができない場面では、子の利益にも適う。

次に、制約手法レベルでの議論を扱う²⁵⁰⁾。類型①と類型②で損害賠償請求に制約が課せられる家族については、⑦によれば、親子や夫婦といった同一性を語ることができる家族²⁵¹⁾という形で一定の枠が設定されるが²⁵²⁾、④によると、各時代の家族観を背景にあるべきものと規定された家族（④-1）、守るべき平和を有する家族（④-2）等といったように、曖昧な枠しか設定されず、その範囲は、広くも狭くもなりうる。確かに、④は、社会における家族のあり方を法の世界に投影し、あるいは、現実に存在する個々の家族の実情を法の枠内に取り込もうとするものであり、こうした発想それ自体は、「家族の保護」の場面であれば一定の説得力を持つのかもしれない。しかし、仮に個人に帰属する権利を家族の存在によって制約することが何らかの理由によって正当化されると仮定しても、その範囲に明確な枠付けが設定されないというのでは、権利保障の手段である不法行為法のあり方として、④は問題を孕んでいる。これに対して、⑦によれば、そもそも損害賠償請求の制約という発想が存在しないため、家族の枠またはサークルという問題設定自体も意味を持たなくなる。

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観点から、(1)で整理した議論を検討する。ここでも、保護対象レベルでの議論と制約手法レベルでの議論に分けて分析を行い、その後、両者の分析成果の統合を試みる。

まず、保護対象レベルでの議論を扱う²⁵³⁾。初めに、「家族に関する保護」の

250) 類型①と類型②以外では、保護対象レベルで損害賠償請求をなすうる家族の範囲が限定されるため、制約手法レベルで家族の枠に影響を及ぼすような議論が展開されることはない。従って、ここでは、類型①と類型②のみを扱う。

251) この場面でも、その実質的同一性を理由に、婚姻外カップルや事実上の親子を法律上の夫婦や親子と同じように扱うことは考えられる。

252) もっとも、注(251)で述べた事情のほか、身分的な同一性という観念それ自体に内在する曖昧さのため、その枠が一義的に設定されるわけではない。

場面での分析成果を参考にしつつ²⁵⁴⁾、類型㉔と類型㉕における権利や利益の把握方法をめぐる対立がどのような形で家族の捉え方に影響を及ぼすのかを確認しておく。㉑-1は、配偶者間では相互に相手方を支配することができるという発想を、親子間では相互に相手方に対して絶対的な要求を貫くことができるという発想を介在させる。そのため、ここでの家族のメンバーは、当該家族のほかのメンバーに従属または依存する存在として把握される。これに対して、㉑-2は、配偶者間や親子間における諸要求から支配的または絶対的な契機を取り除いた上で、これらを個人に帰属する権利義務の問題として構想する。従って、ここでの家族のメンバーは、当該家族のほかのメンバーと身分上の関係を持ちつつも、そこから独立した存在として捉えられる。このように、㉑-1と㉑-2の対立軸は、家族内の各人は家族のメンバーである前に自由を享受する個人であるという認識を出発点とするかどうかという点にある。

次いで、類型㉖における権利や利益の把握方法の背後にどのような家族の捉え方が控えているのかを明らかにし、その成果を踏まえて、類型㉕と類型㉖で㉑の背景にあると考えられる家族の捉え方についても、その意義を中心に若干の言及を行う。

類型㉖における㉑は、配偶者という法律上の身分や地位を問題にするため、この考え方それ自体の中に、特定の夫婦の捉え方への親和性を読み取ることはできない。問題は、そこで想定されている身分や地位の中身であり、その理解の仕方によって、異なる夫婦の捉え方が浮かび上がってくることになる。一方で、 α . その内容が㉑-1や㉑-2に局限されるとすれば、類型㉔におけるのと同じような意味での夫婦の捉え方が現れる。また、この場合には、夫婦という存在が婚姻法上の権利義務の枠内でのみ把握される。その結果、類型㉖における損害賠償の中身も、こうした権利義務の喪失に関わる要素に限られることになる²⁵⁵⁾。他方で、 β . 配偶者としての身分や地位の中身は㉑-1や㉑-2に

253) 注(240)で述べたのと同じ理由により、類型㉗と類型㉘は検討対象から除外される。

254) 本誌前号95頁以下を参照。

限定されないと考えるならば、夫婦という存在にも婚姻法上の権利義務だけに還元されない豊かな内実が与えられる。これによると、類型⑥での損害賠償の内容には、権利義務の喪失に関わる要素のみならず、相手方との関係で築いていた人格的利益の侵害に関わる要素も含まれることになる。以上のように、 α と β の対立軸は、夫婦の存在価値として家族法上の権利義務を超えるものを認めるかどうかという点にある。

このような形で①内部の対立軸を整理すると、配偶者との関係で形成していた人格の保護を問題にする②は、 β と一定の連続性を有していることが明らかになる。というのは、②は、 β によって把握されている①の内容のうち、権利義務の喪失に関わらない要素を、夫婦という身分や地位からは切り離し、個人を主体とする形で再構成して、明確化しようとするものだからである。従って、②と β では、身分と人格のどちらを起点にするのかという点に違いがあるものの、いずれも、配偶者相互を完全に分離するのではなく、夫婦を緩やかに個人化させる形で把握する点で共通し、また、類型⑥の解決としては、少なくとも人格的な不利益の取扱いに関する限り²⁵⁶⁾、ほぼ同様の結論を導く構成である。

これに対して、縦の家族関係に関わる類型④と類型⑤では、②は、家族法上の権利義務の存在を認めることができない者同士の関係でも問題にすることができるため、特定の身分や地位の存在を前提とした β とは、異なる意義を持つ。このことを、家族における子の地位という視点から捉え直せば、以下のようにまとめることができる。子が、一定の身分を持つ者との関係のみならず、それ以外の家族的な繋がりを持つ者との関係をも基礎としつつ、自己の人格を形成し、発展させていく存在であるとすれば、②は、子の利益に資する枠組である。

255) 婚姻の解消に伴って生ずる財産的不利益が離婚給付によって十分に填補されるとすれば、ここでの損害賠償に盛り込まれる要素はほとんど存在しなくなるのではないかと思われる。

256) ただし、婚姻の解消に伴って生ずる財産的不利益が離婚給付によって十分に填補されない場合、 β であれば、これを損害賠償の中に取り込むことができるが、②によれば、その不十分さを損害賠償の問題として処理することはできない。

反対から言えば、②は、子を自律的な存在として把握しながらも、完全に独立した存在と見ることもせず、子に対して、親のみならずそれ以外の一定の家族との関係でも身分上または身分外の法的繋がりを提供しようとするものであり、(横の家族関係におけるよりも広い範囲での) 緩やかな個人化を志向するものである²⁵⁷⁾。

次に、制約手法レベルでの議論を検討する。ここでは、類型①と類型②、類型③と類型④、類型⑤と類型⑥に分けて、各制約手法が家族の捉え方に対しどのような含意を持つのかという問いを解明していくのが適切である。というのは、侵害の対象となっている権利や利益の性格によって、上記の問いへの解答の仕方とこれに対する評価も大きく異なってくるからである。

1つ目として、類型①と類型②で展開された制約手法における家族関係の捉え方を明らかにする。この点、⑦、⑧には、その濃淡に差はあるものの、個人を家族や家族のほかのメンバーに埋没または従属させようとする姿勢が見られる。しかも、これらにおいては、財産レベルではなく、人格レベルにおける埋没や従属が問題となっている。一方で、⑨に関して言うと、家族内の各人は独立の法人格を持ち権利や利益の享受主体となりうるという民法の基本的な立場から出発すれば、夫婦や親子を一体的に把握することによって損害賠償請求を制約する解釈は、民法の規律に由来しない家族観によって、いわば外在的に個人化を縮小させるものであると言わざるをえない²⁵⁸⁾。他方で、⑧についても、あるべき家族や家族の平和という観点から損害賠償請求を制約する可能性を認めることは、結局のところ、本来的には個人に帰属するはずの権利をその個人が属する家族全体または当該家族のメンバーの利益のために限定することには

257) 子どもの権利一般に関するものであり、ニュアンスの相違もあるが、子どもについて依存しながらも成長途上にある存在として捉えることの重要性を背景とした、佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣・2008年)203頁以下〔初出・1987年〕・224頁以下、米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣・1992年)243頁以下、芹沢斉「子どもの自己決定権と保護」『岩波講座 現代の法14 自己決定権と法』(岩波書店・1998年)154頁以下等の指摘を参照。

258) この点については、拙稿・前掲注(9)414頁以下も参照。

かならず、民法の基本理念に適合しない枠組であると評価しなければならない²⁵⁹⁾。これらとの対比も踏まえて㊦を見ると、この考え方は、一般的な権利や利益の侵害が問題になっている以上、個人の権利保護にとって家族が障壁となってはならないとの観点から、類型㊦と類型㊧の問題を完全に個人化して捉える構成である。

2つ目として、横の家族関係に関わる類型㊦と類型㊧で展開された制約手法における家族関係の捉え方を解明する。なお、類型㊧で想定されている制約手法は、類型㊦におけるそれと基本的には同一であるため、以下では、類型㊦に即した叙述を行い、その後、類型㊧の場面における留意点に言及する。

類型㊦では、家族秩序または家族の平和という観点からの制約（第1の制約手法）、家族法的な救済手段の適合性という観点からの制約（第2の制約手法）、関係する制度の性格、類型㊦で言えば、婚姻の制度的性格という観点からの制約（第3の制約手法）を観察することができたが、いずれの制約手法も、（元）夫婦間での対立を悪化させたり、新たな紛争を生じさせたりしないようにするため、関係の回復あるいは関係解消後の未来に目を向けているという点で共通している。そうすると、類型㊦で損害賠償請求の制約を予定する立場から見れば、（元）夫婦は、完全に分離された個人ではなく、家庭を築き、または、子を育てていくための協調者として把握されており²⁶⁰⁾、反対に、これを制約しない立場からすれば、（元）夫婦は、敵対者として捉えられていることが明らかとなる。

もっとも、これらの3つの制約手法における協調者の意味は異なっているように思われる。まず、第1の制約手法においては、外部的かつ事後的な評価者

259) 水野・前掲注（196）99頁は、前掲・最判昭和47年5月30日（本稿の枠組で言えば㊦-2）について、夫婦間の契約取消権を規定した754条に関する議論の例も挙げつつ、夫婦間の権利行使を過度に抑制するという特徴が現れていると評価する。

260) フランス法に関するものであるが、Pons, *supra* note 16, n^o267 et s., pp.161 et s. は、類型㊦で不法行為責任を否定することは、調停的な婚姻法の証であると言う。また、この場面におけるサンクション一般に関する指摘であるが、Cf. Ruffieux, *supra* note 156, n^o56 et s., pp.64 et s.

の視点から家族秩序や家族の平和が語られるため、いわば強制された協調者が問題となっている。次に、第2の制約手法では、当事者間における自律的対話が重視されるため、能動的な協調者が想定されることになる。最後に、第3の制約手法においては、婚姻制度に内在する自律的機能に基づいた秩序の回復と維持が問われているため、第2の制約手法との対比で言えば、受動的な協調者が観念されている²⁶¹⁾。このように見ると、ここでの争点は、損害賠償請求を制約するための枠組としていずれの制約手法が適切かという点だけでなく、未来志向の措置を実効的なものとするためにはいずれの夫婦の捉え方が適切かという点にもあることが分かる。

ところで、類型③で損害賠償請求を制約することは、故意または過失により他方配偶者の家族法的な権利や利益を侵害した者に対して損害賠償の支払いを免れさせることを意味する。従って、各制約手法が家族の捉え方に与える影響を正確に見極めるためには、上記の点のみならず、制約の結果、各当事者、とりわけ、損害賠償責任を負うはずであった者が婚姻との関係でどのように把握されることになるのかという帰結の面にも目を向けておく必要がある。このような観点から3つの制約手法を比較すると、第3の制約手法は、義務または権利レベルでの制約を考えているため、この手法によれば、当事者は、義務のレベルでも婚姻から自由化されるのに対し、第1および第2の制約手法は、救済手段のレベルでの制約を想定しているため、これらの手法によれば、当事者は、婚姻法上の義務自体についてはこれを負い続けるものの、サンクションのレベルでは婚姻から自由化されるということになる。そうすると、ここでは、第3の制約手法によった場合に、たとえそれが婚姻の秩序と均衡を回復させるための措置であるとしても、夫婦を過度に自由化し、(家族の枠を拡大させないと仮定した場合には)夫婦とは異なる存在であるはずの婚姻外カップルの関係に

261) このような名称を付したのは、第3の制約手法においては、一方に婚姻義務に反する行為がある場合に、他方がこれに対応する婚姻義務の履行を免れるとされているだけで、当事者に対して関係の回復に向けた措置を講ずべきことが要請されているわけではないからである。

近づける結果が生じてしまわないかとの疑問も生ずる。

なお、類型⑥で想定されている制約手法についても、基本的には上記と同じ分析が妥当する。もっとも、類型③との対比で見ると、ここでは、以下の2点に留意が必要である。1つは、夫婦関係の解消に伴う事後処理が既に終了しているケースでは、（第1の制約手法で）考慮されるべき家庭の平和や、（第2の制約手法で）求められる対話は、類型③におけるよりも狭くなるため、これらの方法によって損害賠償請求が制約される場面も限られることになるという点である。もう1つは、類型⑥では、①のみならず、②の侵害も問われうるところ、また、婚姻外カップルでも②の侵害が問われるところ、これらの場合には、一般的な法益の侵害が問題になっているとして、類型①と同じように、損害賠償請求に対する一切の制約を認めないとする可能性も排除されないという点である。

3つ目として、縦の家族関係に関わる類型④と類型⑥で展開された制約手法における家族関係の捉え方を明らかにする。類型④と類型⑥で想定されている制約手法は、類型③の場面のそれと基本的には同一であるため²⁶²⁾、以下では、2つ目における分析成果を基礎にしつつ、それと対比させる形での考察を行う。

類型④の典型的なケースである、子の家族的な権利や利益が親によって侵害されたという場面や、子の監護や子との面会交流が（元）配偶者によって妨げられたという場面を想定すると、子という存在の性格を考えれば、親子または子をめぐって争っている（元）夫婦を完全な敵対者として捉えることはもちろん、第1の制約手法を前提に²⁶³⁾、親子または（元）夫婦を強制された協調

262) もっとも、最終的な帰結についてまで同一になるというわけではない。第1の制約手法と第2の制約手法によれば、類型③と類型④や類型⑥ではほぼ同様の帰結が導かれうるが、第3の制約手法による場合には、そこで問われることになる制度の性格が横の家族関係と縦の家族関係で本質的に異なるため、それぞれの場面で導かれる帰結にも大きな差異が生ずることになるからである。

263) 子の時期における監護や教育がその子の将来にまで大きな影響を及ぼすことを考えると、そもそも子の利益よりも家族秩序や家庭の平和を重視する第1の制約手法それ自体に疑問が残る。

者として把握することや、第2の制約手法を前提に、これらの者を類型©における夫婦と同じような意味での能動的な協調者として捉えることは²⁶⁴⁾、必ずしも事態適格的ではない。むしろ、ここでは、第3の制約手法を基礎に、親子または(元)夫婦を一応の協調者として位置付けつつ、親子制度に内在する性格、上記の場面で言えば、子の利益を考慮した形での制約を考えていくことが、未来に目を向けた解決のあり方としては適切である。そして、この手法によれば、当事者、上記の場面で言えば、親または子の監護や子との面会交流を妨げている(元)配偶者は、義務のレベルで親または(元)配偶者としての責務から自由化されることはないし、また、一定の場合に子の利益を考慮した上で損害賠償責任を免れることがありうるものの、多くのケースでは、サンクションのレベルでも上記の責務から自由化されることはなくなる。

最後に、保護対象と制約手法それぞれのレベルでの議論から導かれる家族の捉え方を統合すれば、以下ようになる。横の家族関係においては、関係継続中には個人化された①-2の侵害が、関係解消時または解消後には緩やかに個人化された①-βまたは②の侵害がそれぞれ問題となっており、その上で、損害賠償請求について当事者を協調者として捉えることを前提とした制約が考えられているところ、仮にこの制約を認めるとすれば、本来的に損害賠償責任を負うべき者は義務またはサンクションのレベルで自由化される。これに対して、縦の家族関係においては、関係継続中にも、個人化された①-2のほか、緩やかに個人化された②の侵害が問題となり、損害賠償請求の行使については子の利益の観点からの制約がありうるに過ぎず、そのため、本来的に損害賠償責任を負うべき者が義務またはサンクションのレベルで自由化されることも例外的である。ここでは、横の家族関係と縦の家族関係の性格の違いから、保護対象、制約手法、サンクションの強度における取扱いの差異が導かれていることが分

264) というのは、子が依存しながらも成長途上にある存在であるとすれば、子が親との関係を自らの意思で判断していくことには困難を伴う場面も想定されるほか、こうした把握の仕方によると、親子や(元)配偶者の自律的な決定という名の下に、子の利益を考慮しない帰結が導かれてしまうおそれも存するからである。

かる²⁶⁵⁾。

第3に、(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)で整理した議論を分析する。

まず、前者の視点から、「家族に対する責任」の場面で展開されてきた各議論がどのような典型的家族像を想定し、それにどのような意味付けを与えてきたのかを検討する。もっとも、一口に家族の像といっても、従前の議論では、2つの異なる意味での典型的家族像が問題となってきたと考えられる。

1つは、望ましいものとして想定されるという意味での典型的家族像である。一方で、類型Aと類型Bにおける①-1（家族の平和に盛り込まれる内容によっては、①-2や類型C等における第1の制約手法）は、評価者があるべきものとする家族秩序から典型的家族像を抽出し、そこから外れる場合に損害賠償請求を制約する。他方で、類型C等における各制約手法も、未来に目を向けた協調者があるべき典型的家族と見た上で、この観点から制約を基礎付ける。とはいえ、これら2つの立場において、典型的家族像に与えられている役割は全く異なる。前者においては、典型的家族像から外れる者には一切の救済が否定されるという点で、そこからの離脱を許さない強制された像が問題となっているのに対し、後者では、家族法的規律や各制度に内在する機能により損害賠償とは別の救済が存在していること（類型Cや類型D）、損害賠償請求の可能性が完全に排除されているわけではないこと（類型Dや類型E）からすれば、そこからの離脱も許されうる推奨された像が問題となっていると見ることができるからである。

もう1つは、法律上の家族との関係における典型的家族像である²⁶⁶⁾。ここでは、とりわけ婚姻カップルを典型的なものとして、その取扱いを婚姻外カップルのそれと異ならせるのかどうかの問題となる。類型Cと類型Eの①は、基

265) このような対比の仕方は、Ruffieux, supra note 156から着想を得たものである。

266) 不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面に即した検討について、文献の所在も含め、本誌前号99頁以下を参照。

本的に法律上の夫婦を典型的なカップルと位置付け、そこでの「家族に対する責任」とそれ以外の「家族に対する責任」を明確に区別するが、①を基礎にしつつ家族の枠を拡大する議論は、法律上の夫婦を典型的なカップルとは位置付けずに、実質的な同一性がある限り、両者における「家族に対する責任」の取扱いを一元化する。もっとも、前者の立場においても、損害賠償請求の制約の仕方によっては、法律上の夫婦における「家族に対する責任」は、多かれ少なかれ、婚姻外カップルにおける「家族に対する責任」に接近する。一方で、類型㉔で義務や権利のレベルでの制約を構想すると、こうした制約が妥当する限りにおいて、法律上の夫婦間の義務や権利と婚姻外カップル間のそれは同じように扱われることになり、その結果、両者における責任の取扱いも同一化する。これに対して、救済手段レベルでの制約を構想するならば、両者は、損害賠償請求の可否という結論の次元では同列に扱われることになるものの、義務や権利の存否という次元では違いを残すことになる。結局、ここでは、類型㉔で、義務や権利と救済手段の全てについて両者を同様に扱うべきなのか（①を基礎に家族の枠を拡大する議論）、一定の範囲でのみ義務や権利と救済手段を同様に扱うべきなのか（第3の制約手法）、一定の範囲で、かつ、救済手段についてのみ両者を同様に扱うべきなのか（第1の制約手法および第2の制約手法）という点が、対立軸となっている。他方で、類型㉕では、婚姻外カップルでも②の侵害が問題となり、かつ、夫婦間における①の中に②も内包されていると考えるならば、その限りにおいて、両者の取扱いは類似する。

次に、後者の視点から、「家族に対する責任」の場面で展開されてきた各議論が家族という存在にどの程度の自律性を認めているのか、それとの関連で家族内の個人をどのように把握しているのかを分析する²⁶⁷⁾。

267) この問いは、具体的なレベルで言えば、「家族に対する責任」の場面でも問題になるほか、より一般的なレベルで見ると、国家、家族、個人の間をどのように捉えるかという問題にも連なる。後者の点については、文献の所在も含め、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社・1999年）62頁以下・219頁以下〔初出・1996年～1998年〕（民法上の議論）、野崎綾子『正義・家族・法の構造転換——リベラル・フェミニズムの再定位』（勁草書房・2003年）52頁以下〔初出・2000年〕（法哲学上の議論）等を参照。

類型①と類型②の①-1（家族の平和に盛り込まれる内容によっては、①-2や類型③における第1の制約手法）は、家族秩序（や家族の平和）という観点から家族内の問題への法の介入を制限する枠組であり、その結果、家族という存在の自律性を強調する結果となる。また、類型③における各制約手法も、当事者を協調者として把握する限りにおいて、家族への民事責任法の介入を抑え、家族内での自律的交渉を促進しようとする。もっとも、両者において、家族の自律の意味とそれが個人に与える影響は大きく異なる。前者においては、家族という存在それ自体の自律が観念されており、従って、たとえ問題となっているのが個人に一般的な形で帰属する権利や利益の侵害であっても、家族内の個人は家族という存在への従属を強いられることがある²⁶⁸⁾。言い換えれば、これは、家族内の個人ではなく、家族に一義的な意味を認める考え方である。これに対して、後者では、家族という存在それ自体ではなく家族のメンバーの自律が強調される。そのため、家族外でも問題となりうる権利や利益の侵害が問題となる場合には個人が家族に従属させられることはないし、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反が問題になる場面でも、家族内の個人は、家族のほかのメンバーとの対話を求められるにすぎない。言い換えれば、これは、家族を個人の幸福追求のための手段として位置付け、家族内の個人に一義的な意味を認める考え方である²⁶⁹⁾。

第4に、民事責任法の枠組という視点から、(1)で整理した議論をごく簡単に検討する。ここでは、「家族に対する責任」の場面で展開されてきた各議論と民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念との整合性が問われる。

一方で、類型①と類型②で被害者の損害賠償請求に制約を課す枠組は、民事責任の本質や目的として挙げられている諸理念に適合しない。というのは、こ

268) 米沢・前掲注(257) 274頁以下は、憲法上、家族の自律的機能は保障されるべきであるが、それを強調することは家族構成員のうち弱者が強者によって支配されることを国家が放置する機能を果たす場合がある旨を指摘する。

269) 契約アプローチを支持するかどうかは別としても、これは、野崎・前掲注(267)が説く、家族の個人化、自由な連帯としての家族という方向性である。

の枠組は、本来的に見れば個人に帰属する権利の保護が図られるはずの場面で、または、守られるべきものとして設定された行為規範への違反が存在するはずの場面で、あるいは、法秩序に反する行為がなされたとして否定的評価が下されるべき場面で、損害賠償請求を制約するものであり、個人の権利保障²⁷⁰⁾、行為規範を設定するタイプの抑止や制裁²⁷¹⁾、非難としての制裁²⁷²⁾といういずれの目的にも反すると言わざるをえないからである。

他方で、類型④と類型⑤以外で、不法行為による損害賠償の可能性を認めつつ、一定のケースでそれに制約を課すことは、必ずしも民事責任の本質や目的として挙げられている諸価値に適合しないものではないと思われる。まず、前者の側面について言えば、ここでの損害賠償請求は、①や②という個人に帰属する権利、利益、地位の保護を問題にするものであるため、これを認めることと個人の権利保障という目的との間に不整合は存在しないし²⁷³⁾、不法行為法を通じて、家族法で予定されている義務の履行が促され、家族の行為が道徳化されるとすれば、損害賠償請求の認容は抑止や制裁という目的にも適う²⁷⁴⁾。次に、後者の側面に関しても、相手方の自由や人格への配慮という観点も重要であること（類型③や類型⑥における同居や貞操等の場面）、ほかの手段による権利保障、抑止や制裁の可能性が開かれていること（第2の制約手法による場合）、②のような一般的な人格権の侵害が問題となるケースにおいては制約を排除する可能性も想定されうること等に鑑みれば、損害賠償請求を制約した

270) 家族秩序や家族の平和という観点は、個人に帰属する生命、身体、自由、人格等の保護への制約を基礎付けうるような対抗価値ではない。

271) 家族内では守られるべき行為規範の内容が変わるとして、不法行為の成否の段階で義務違反の存在を否定することも考えられないわけではないが、その根拠の説明には困難を伴う。

272) 家族秩序等の中身を法秩序の中に取り込み、不法行為の成否の段階で法秩序への違反を否定することも考えられないわけではないが、その根拠の説明には困難を伴う。

273) もっとも、注(137)でも言及したように、それぞれの場面で①や②を価値的に回復するのに十分な賠償が付与されているかという点については、十分な検証が必要である。

274) これは、Pons, *supra* note 16およびRuffieux, *supra* note 156が、そのテーゼ全編にわたって強調している点である。

としても、そのことは、類型④や類型⑤の場合とは異なり、必ずしも民事責任の目的や本質として挙げられている諸理念に反するわけではないと考えられる。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究C「現代法における人と家族を起点とした民事責任法理の構想」（課題番号16K03384）の研究成果の一部である。本稿については、当初、前号および本号に分割して掲載することを予定していたが、本号の紙幅の都合により、「家族外に対する責任」と「おわりに」を次号に回すことにした旨を付言しておく。末尾になって恐縮であるが、北先生には、筆者が筑波大学法科大学院に着任して以来、様々な面で多くのご指導およびご教示をいただいた。厚く御礼申し上げますとともに、このような連載の一部を先生の退職記念号に掲載する運びとなったことをお詫び申し上げます。

（しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授）