

## 「夫婦の義務」についての一考察

伊藤 司

- 一 はじめに
- 二 「婚姻の破綻」により判断の変化する判例（婚姻の効果を中心に）
- 三 婚姻の破綻が影響を与えない婚姻法上の義務
- 四 ドイツ法の検討
- 五 まとめにかえて

## 一 はじめに

「夫婦の義務」は、ふつう婚姻の効果として取り扱われ、まずはその種類（財産的效果とそれ以外の効果に分類され、その中で、いくつかの義務が順次説明される）や、その義務違反が離婚の原因となること、義務の強制履行が不可能であることなどが説明される。おそらく通常はこのような説明がなされた上で講義が進行していくと思われるのであるが、本稿は、この一連のルールがどのような性質を持っているのかを検討してみようとする

試みである。本稿では、とくに最高裁の判例に着目し、実施のところそのようなルールが裁判規範としてどのように運用されているのかについて検討してみたい(二、三)。そのうえで、若干のドイツ法との比較とあわせ検討し(四)、その特色の一端でも明確にしてみたいというのが狙いである(五)。そのため、はじめに最高裁判例を検討するが、本稿では婚姻が離婚という形で解消する以前の段階で、しかも婚姻が破綻しているという評価をされた場合に、どの効果がどのような変化を受けるかという点に焦点を当てて検討することにした。結論から言えばこの婚姻の破綻により法的な評価がかりと変わる婚姻上の義務が少なからず存在するからであり、また変化しない婚姻上の義務も存在するからである。そのうえで若干の比較法的検討を加え、それが日本に特有の問題であるのかについて確認をし、この段階でいいうることをまとめていくように検討を進めていきたい。

## 二 「婚姻の破綻」により判断の変化する判例(婚姻の効果を中心に)

ここでは、「婚姻の破綻」が一つのメルクマールとなり、それ以外の場合と判断を異にする判例をみていこう。

### 1 有責配偶者の離婚請求(義務違反を原因とする)

ここでは、まず義務違反の結果たる離婚請求の場面を検討してみたい。

貞操義務に関連して、婚姻破綻後の第三者との同棲が裁判離婚の原因となるかが争われた最高裁昭和四六年五

月二一日判決<sup>(1)</sup>がある。

この判決は、以下のような事案である。すなわち、

Y<sub>1</sub>とXは昭和三五年三月に婚姻し（ただし昭和三四年一二月より足入れを経て）、同時にXはY<sub>2</sub>（Y<sub>1</sub>の父）の養子となった。XはY等と同居していたが、同年一二月にXは同居していた家を飛び出しそれ以来同居はしていない。Y<sub>2</sub>は婚姻当時よりXの親族の悪口を言い非難するようになった。さらにY<sub>2</sub>はX・Y<sub>1</sub>夫婦の寝室にかつてに入り込んだり、Xに男色行為を強要したりし、Xがそれらを拒むとXをいびりだすようになった。そのころ、Y<sub>1</sub>も態度を微妙に変化させた。その後、X・Y<sub>2</sub>夫婦には長男も誕生したが、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の態度は変化せず、夫婦関係および養親子関係は破綻するに至った。家庭和合の調停も行われたが、調停は成立しなかった。その間何度か話し合いがもたれたが、いずれもうまくいかず、結局Xから本件離婚および離縁の訴が提起された。なお、昭和四二年ごろからXはAという女性を同棲し、昭和四三年には同女との間に子が誕生している。

このような事案のもとで最高裁は、「原審が適法に確定した事実によれば、XはY<sub>1</sub>との間の婚姻関係が完全に破綻した後において、Aと同棲し、夫婦同様の生活を送り、その間に一児を、もうけたものである。右事実関係のもとにおいては、その同棲は、XとY<sub>1</sub>との間の婚姻関係を破綻させる原因となったものではないから、これをもつて本訴離婚請求を排斥すべき理由とすることはできない。」と判示してXよりの離婚請求を認容している。

さて、この判決は、有責配偶者の離婚請求に関する最高裁大法廷判決（最高裁昭和六二年九月二日判決民集四一卷六号一四二三頁）によってその意義を失ったようにもみえるが、しかし、先の大法廷判決の判例変更も、周知のように、有責配偶者からの離婚請求についていわゆる積極的破綻主義を採用したのではなく、有責配偶

者からの離婚請求として認められない離婚請求があり得ることを示していると理解できる。したがって、この判決は判例法上の意義をまったく失ってしまったわけではなく、いまだ生きている判決ということができよう。

まず、事実関係に着目すると、結局のところこの夫婦の間には離婚の訴えが提起され、Y側が離婚に同意しない理由は不明であるが、Y側に主たる原因があつて婚姻関係がうまくいけなくなり、それが原因でこの二人の婚姻は破綻状態となり、その後Xが他女と同棲して子までもうけている、という状況である。ここでは、おそらく夫婦が破綻しているという事実についての争いは存在していない、むしろそのことについては当事者双方が認めたとえで、離婚請求を認めるべきかどうかが争われているのである。

そこで、Y等はこれがいわゆる有責配偶者からの離婚請求であるとして、請求棄却を求めたが、最高裁は、「その同棲は、XとY<sub>1</sub>との間の婚姻関係を破綻させる原因となつたものではないから、これをもつて本訴離婚請求を排斥すべき理由とすることはできない」として離婚請求を認容した。つまり、他女との同棲が婚姻を破綻させる原因となつたわけではないという理由で、有責配偶者からの離婚請求ではないと判断されている。そこで、多くの学説からこの判決は、有責行為と破綻の間に因果関係がある場合のみ有責配偶者の離婚請求と評価されるといふ判例であると理解されている。<sup>8)</sup> 本稿の観点からすれば、この判決は婚姻破綻後には、いわゆる夫婦の貞操義務違反が離婚原因とはならないことを明らかにしたものと理解することができ、ここから婚姻破綻後には、夫婦の貞操義務が観念されるものであるかという疑問が表面化してくるわけである。ただし、この判決だけではその疑問に答えを出すことはできない。なぜならこの判決は離婚訴訟において離婚を認めるべきか、という問題についての判断であり、そこでは、婚姻破綻後の有責行為が離婚原因とはならないことを明らかにしたことは疑いないが、貞操義務が婚姻の破綻後についても存続するか、という問題について判断したものではない、と理解され

るからである。したがって、この問題について判例の立場ははまだオープンであると理解すべきだということになる。<sup>(3)</sup>

## 2 夫婦間の契約取消権

(1) 夫婦関係の破綻により、婚姻の効果が失われる例としては、民法七五四条の契約取消権の規定があげられるであろう。この問題についてまず検討すべきは最高裁判昭和三三年三月六日判決である<sup>(4)</sup>。この判決において、Y男とX女は昭和一九年に婚姻したが、Yの女性関係などで夫婦仲がうまくいかず、離婚話を持ち上がりごたごたしており、昭和二六年一月一日五日付けで「女との交渉は一切致すまじく万一約を破りたるときは一切の権利をXにまかせ裸のまま家を出る」旨の誓約書を差し入れたこともあった。しかし夫婦仲はよくならず昭和二七年五月一日にYは家を出てしまった。その後YはXに「自分の名義に関する一切の利権を昭和二七年五月一日午前零時にXに贈与する」旨の自筆の書面および離婚届を交付した。そのためXは、贈与に基づいて本件建物（Y所有のほぼ唯一の財産）の移転登記手続を請求して提訴したが、Yは昭和二七年七月三日付けの書面で贈与契約を取り消したとして、請求を棄却するように求めた事案において、第二審が民法七五四条「は、本来原則として夫婦関係が通常の状態にある場合に適用せられるべきものと解すべく、前期認定した如く、夫が他の女との関係を断ち切れずに妻との不和がこうじ、離婚届を妻につきつけて家を出て了つたような、夫婦関係がすでに破綻に瀕している場合には、真に止むを得ざる特別の事由でもあれば格別、然らざるかぎり適用すべきではなく、ことに本件の場合には控訴人としては、夫婦関係破綻した場合には独立して子どもを養育しつつ生計を立てるため、

従来の営業を続けていく上に必要欠くべからざる営業の本拠兼住居である本件建物の贈与を受けたのを、一方的に取消されることは、回復し難い損害を蒙ることとなる」と判断したのをうけて、最高裁判所が、「夫婦関係がすでに破綻に瀕しているような場合になされた夫婦間の贈与はこれを取り消し得ないと解すべきことは、原判決の判示するとおりである」として、夫婦関係の破綻後については民法七五四条の適用を否定した。

この事件において、第二審と最高裁の判決を比較してみれば、どちらも夫婦関係が破綻しているような状態でなされた夫婦間の贈与契約が民法七五四条により取り消しを認めるべきでないという結論において一致しているが、最高裁判所はその結論のみに言及しているのに対して、原審はそれに加えて、贈与の内容が取り消されることになる<sup>6)</sup>と贈与を受ける側の損害が非常に大きいこと（むしろ、その生活が困難になるといふ事情）についてとくに言及していた。おそらくこの差異は、最高裁判所が意図的にした判示であり、判例としては、契約の内容に踏み込むことなく、破綻以後になされた契約すべてに民法七五四条の適用がないことを明らかにすることを異図したように思われる。

また、事実関係に着目すれば、この事件における贈与契約というのは、既に夫婦関係がごたごたしている状況でなされ、ある意味で贈与契約はそのごたごたを抑える目的でなされたといえる。また、この合意の有無が問題となったのは、結局夫婦関係の修復がうまくいかず、夫婦関係が破壊された（夫婦関係が破綻したと同義とみられる）ことがきっかけとなっている。すなわち、以前から指摘されているように、契約の取り消しは破綻した夫婦間で行われ、破綻して離婚が問題になっているために取り消しがなされたということができるわけである。そのためか、戦前の昭和十九年一〇月五日大審院判決が引用されている<sup>6)</sup>。

(2) 次にこの条文が問題となった最高裁判所の判例は、最高裁昭和四二年二月二日判決<sup>(6)</sup>である。

この判決では、昭和一三年に婚姻した夫婦であるX女とY男とが、昭和二五年頃から夫婦円満を欠き、話し合いをしたところ、今後は円満に生活するように話がまとまり、その際に夫Yから妻Xに山林を贈与する旨の契約が成立した。その後、Yは贈与契約に基づく移転登記を拒むなどのXに対する不信行為があったため、再度話し合いがもたれ、XはYと同居することに合意したが、その際さらにいくつかの山林をYからXに贈与する旨の契約が成立した。その後、贈与契約の目的たる山林の一部については移転登記がなされたが、残りの部分については移転登記されないままであったところ、離婚の訴えが提起されたのち（この訴えはXとY双方から提起されている）、YはXとの贈与契約を民法七五四条にもとづいて取り消す旨の意思表示をした。第一審は、取り消しを認めたが、第二審は、第一審の判断とは異なり、「夫婦関係は全く破綻に瀕していたものというべく、このような時期になされた贈与を取り消す旨の意思表示は、民法七五四条の法意に照らして、その効果を生じないものといわねばならない」として、取り消しを認めなかった。そこで上告がYよりなされたが、その理由は、「贈与取り消しの意思表示は後れたけれども終生夫婦円満を条件とし老後の楽しみにとした贈与は双方から離婚の訴えをするようになったときは取り消すことができると信ずる」というのであり、これに対する最高裁判所による民法七五四条の解釈が注目されたが、最高裁判所は、「民法七五四条にいう「婚姻中」とは、単に形式的に婚姻が継続していることではなく、形式的にも、実質的にもそれが継続していることをいうものと解すべきであるから、婚姻が実質的に破綻している場合には、それが形式的に継続しているとしても、同条の規定により、夫婦間の契約を取り消すことは許されないものと解するのが相当である」として、やはり取り消しを認めた。

この判示からは、最高裁判所による民法七五四条の文言についての解釈により勝敗が決したようにも見えるが、

多くの論者が指摘するように、本来は民法七五四条そのものの妥当性が問題であったのであり、結局のところ、民法七五四条を実際のところほとんど適用の余地のないものとしてしまった、すなわち、婚姻が破綻していない時期に締結された契約であっても、その婚姻が破綻してしまった後にはもはや取り消し得ないものと判断されたということになる。<sup>1)</sup>

なお、この問題とは別に本稿の問題関心からは、この判示において、「婚姻が実質的に破綻している場合には、それが形式的に継続しているとしても」という言い回しが使用されているところからしても、この条文の解釈においては、形式上継続している婚姻関係でも、それが実質的に破綻しているものであるとすれば、そのときにはこの条文は適用されないという判断をしている点が注目されよう。つまりここでは、形式的な婚姻の継続は、この条文の適用の際には問題にならず、その婚姻が実質的に継続しているかどうかによってその適用を判断すべきだとしているわけである。

### 3 貞操義務違反による損害賠償請求が問題となった判例

#### (1) 最高裁判所昭和五四年三月三〇日判決

上述のように夫婦の貞操義務については、有責配偶者の離婚請求のときにも問題となりうるものであったが、そのことは判決文において直接判断されることはなかった。まさにその点が直接問題となった事件としては最高裁判所昭和五四年三月三〇日判決<sup>2)</sup>があげられるであろう。以下ではこの判決を検討する。

この事件において、AとX<sub>1</sub>とは、昭和三三年七月二〇日に婚姻の届出をした夫婦である。二人の間にX<sub>2</sub>(昭

和二年八月一五日生まれ)、 $X_3$ (昭和三三年九月一三日生まれ)および $X_4$ (昭和三九年四月二日生まれ)の三人の子がいる。Aは、昭和三二年頃Yと知り合い、そのうちYはAに妻子のいることを知りながら肉体関係を持つようになり、昭和三五年一月には女兒が誕生している。昭和三九年二月頃に二人の関係が $X_1$ の知るところとなり、夫婦関係が険悪となりAとYは昭和四二年頃から同棲するようになったが、Aと $X_1$ は離婚しないままである。そこで $X_1$ がYに対し、Yの行為によって夫婦共同生活において妻が夫に対して貞操を求める権利が侵害されたとして五〇〇万円の慰謝料の支払いを、 $X_2$ 、 $X_3$ 、 $X_4$ が父との共同生活により享受することのできた監護、教育、愛情的利益が侵害されたとしてそれぞれ二〇〇万円、一〇〇万円、一〇〇万円の慰謝料の支払いを求めた。

第一審は、 $X_1$ はYがAと同棲したことにより、Aに対し貞操を要求する権利を侵害されたほか、Aの妻として同人と同居し、共同生活を営む権利、愛情的利益を侵害され、 $X_2$ 、 $X_3$ 、 $X_4$ はYがAと同棲した当時、いずれも未成年者であつてAと $X_1$ との共同親権に服しているものであり、父AをYに奪われて以来、父との親子共同生活が破壊され、父に対する身上監護を求める権利の一部すなわち父との同居生活により有形無形に享受することのできる愛情的利益が侵害されたとして請求額のうち $X_1$ に三〇〇万円、 $X_2$ に三〇万円、 $X_3$ と $X_4$ に各五〇万円を認容した。<sup>(9)</sup>

第二審は、AとYとの関係は、Aの誘いかけから相互の自然の愛情によって生じたものであり、Aと $X_1$ との婚姻生活は、 $X_1$ がAとYとの関係を知り、Aが別居した昭和三九年六月に破綻するに至り、右別居は、Aが $X_1$ に責められ愛情を全く喪失したために敢行されたもので、YがAと同棲を求めたものではなく、Yに直接の責任があるということも、同棲をもってYに違法があるとすることもできないし、また、AがYと同棲して以来、子どもである $X_2$ 、 $X_3$ 、 $X_4$ は、Aの愛撫、養育を受けられなくなりしたが、これは、一にAの不徳に帰することであつ

て、Yに直接責任があるとすることはできず、したがってYに不法行為責任はないとして第一審判決を取り消し、Xらの請求をすべて棄却した。

上告理由は、妻子ある男と不倫関係に陥り、その家庭を破壊した者は、どちらが積極的に誘ったかということの問題とすべきではなく、夫婦別居後の同棲であっても、その別居の原因がそれまでの不倫関係に起因し、それが妻に知られるようになったことが理由となっている場合には、妻子に対する引き続いての不法行為を構成するのであって、それを否定した原審は、法令の解釈適用を誤っているというものである。

これに対して最高裁判所は、原審判決の一部を破棄差戻しして以下のように判示した。すなわち、「夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉体関係を持つに至らせたかどうか、兩名の関係が自然の愛情によつて生じたかどうかにかかわらず、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被つた精神上の苦痛を慰謝すべき義務があるといふべきである。

したがって、前記のとおり、原審が、AとYの関係は自然の愛情に基づいて生じたものであるから、Yの行為は違法性がなく、X<sub>1</sub>に対して不法行為責任を負わないとしたのは、法律の解釈適用を誤つたものであり、その誤りは、判決に影響を及ぼすことが明らかである。論旨はこの点において理由があり、原判決中X<sub>1</sub>に関する部分は破棄を免れず、更に、審理を尽くさせるのを相当とするから、右部分につき本件を原審に差し戻すこととする。」また、X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub>、X<sub>4</sub>については、「妻及び未成年の子のある男性と肉体関係を持った女性が妻子のもとを去つた右男性と同棲するに至つた結果、その子が日常生活において父親から愛情を注がれ、その監護、教育を受けることができなくなつたとしても、その女性が害意をもつて父親の子に対する監護等を積極的に阻止するなど特段の

事情のない限り、右女性の行為は未成年の子に対して不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。けだし、父親がその未成年の子に対し愛情を注ぎ、監護、教育を行うことは、他の女性と同棲するかどうかにかかわらず、父親自らの意思によつて行うことができるのであるから、他の女性との同棲の結果、未成年の子が事実上父親の愛情、監護、教育を受けることができず、そのため不利益を被つたとしても、そのことと右女性の行為との間には相当因果関係がないものといわなければならないからである。」と判示して、X<sub>1</sub>の上告についてのみ第二審の判決を破棄差戻し、X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub>、X<sub>4</sub>については、上告棄却とした。

以上の判決からいえることは、実際の事件が真実どのような事案であつたかについては議論の余地があろうが、第二審の認定事実からすると、明らかに婚姻の破綻前に不貞行為の事実がある、という認定がなされており、その認定を前提にこの判決を読めば、第三者が「夫婦の一方の配偶者と肉體關係を持つた」ことが、「他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び」るのであるから、これはあきらかに配偶者の一方と「肉體關係を持つ」つ行為自体すなわち不貞行為事自体が権利を侵害する行為であり、また不貞行為が「違法性を帯び」るものであると判断していることにならう。またこのことは、「右配偶者を誘惑するなどして肉體關係を持つに至らせたかどうか、兩名の關係が自然の愛情によつて生じたかどうかにかかわらず」そのようなのであるから、その肉體關係が誘惑などのある種の故意にもとづく場合に限らず、その關係が「兩名の關係が自然の愛情によつて生じた」場合も同じなのであり、第三者が誘惑されたいしは強姦されたような場合以外は、いわゆる不貞行為自体が不法行為となることを明確にしているとしか読むことができない。この点が後に検討する平成八年判決との明確な違いとなっているように思われる。

また、この判決の事実關係で注目されるのは、夫婦が離婚をしていないという点であろう。したがって、Yの

不貞行為がX<sub>1</sub>とAとの夫婦関係を破壊したとは評価しにくい事案であったことに注意しておくべきであろう。この点も後に検討する平成八年判決の事案とあわせて考慮すべき事案である。

この結果ともいえるが、この判決は大きな論争の種となった。本稿はこの論争に深く立ち入るものではないし、筆者にその能力もないが、しかしこのような事案であったにもかかわらず、判示のような結論になったことも、判決に対する有力な異論を呼び起こすこととなった原因の一つであるように思われる。<sup>(11)</sup>

このような大きな論争の後に最高裁判所の新たな見解が表明され、論争が続くことになるが、これが次に検討する最高裁平成八年三月二六日判決である。<sup>(11)</sup>

## (2) 最高裁判所平成八年三月二六日判決

この判決の事実関係は以下のとおりである。XとAとは昭和四二年五月一日に婚姻の届出をし二人の子がいる。XとAとの夫婦関係は、性格の相違や金銭に対する考え方の相違等が原因になって次第に悪くなっていったが、Aの転職により残業による深夜の帰宅が増え、Xは不満を募らせるようになった。その不満を考慮して、Aは、株式会社Bにさらに転職して取締役就任した。Aは、その後、自宅の土地建物をBの債務の担保に提供してその資金繰りに協力するなどし、また、Bの経営を引き継ぐこととなり、その代表取締役に就任した。しかし、Xは、Aが代表取締役になることに強く反対し、Aと喧嘩になった。こうしたことから、AはXを避けるようになったが、XがAの帰宅時に包丁をちらつかせることもあり、夫婦関係は非常に悪化した。そのため、Aは、昭和六一年七月初、Xと別居する目的で家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申し立てたが、不調に終わった。その後Aは、昭和六二年二月にB名義で本件マンションを購入した。そして、自身が大腸がんで入院中にXと別居す

る意思を固めていたAは、同年五月六日、自宅を出て本件マンションに転居し、Xと別居した。一方Yは、スナックでアルバイトをしていたが、同六二年四月ころに客として来店したAと知り合った。被上告人は、Aから、妻とは離婚することになっていないと聞き、また、AがXと別居して本件マンションにおいて一人で生活するようになったため、Aの言を信じて、次第に親しい交際をするようになり、また同年夏ころまでに肉體關係を持ち、同年一〇月ころ本件マンションで同棲するに至った。そして、被上告人は平成元年二月三日にAとの間の子を出産し、Aは同月八日にその子を認知した。

Xは、Yの不貞行為はXとAとの婚姻關係を破壊するものであるとして、Yに対し、不法行為を理由に慰謝料一〇〇〇万円と遅延損害金の支払いを求めて本件訴訟を提起した。第一審裁判所はYとAとの關係が夫婦關係の完全な破綻後であり、YがAと肉體關係を持つようになったのは昭和六二年五月ころであるが、本件はYがAと不倫な關係にあることよってXの家庭生活の平穩が害されたとする不法行為訴訟であるところ、YがAと肉體關係を持つようになった当時、XとAとの婚姻關係はすでに形骸化しており、Yはそれを信じていたのであるから、Yの行為に違法性があるとはいえないとして、Xの請求を棄却した。そこでXが控訴した。

第二審判決も、第一審同様に、YとAが肉體關係を持ったのは、Aが別居した後で、XとAとの夫婦關係は破綻していた事実、さらに、YはAから妻とは離婚することになっている旨聞き、そのAの話を信じてAと肉體關係を持ち、同棲した事実などから、Yの行為がXとAの婚姻關係を破壊したものとはいえず、したがってXの權利を違法に侵害したのではないとして、Xの控訴を棄却した。そのため、Xが上告した。

上告理由は二点あり、①最高裁昭五四年三月三〇日判決に反していることと、②原判決の事実認定に誤りがある、すなわち、夫婦の別居前にYとAとの肉體關係が生じていたというものである。

これに対し最高裁は、「甲の配偶者乙と第三者丙が肉体関係を持った場合において、甲と乙との婚姻関係がその当時既に破綻していたときは、特段の事情のない限り、丙は、甲に対して不法行為責任を負わないものと解するのが相当である。けだし、丙が乙と肉体関係を持つことが甲に対する不法行為となるのは、それが甲の婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為とすることができるからであって、甲と乙との婚姻関係が既に破綻していた場合には、原則として、甲にこのような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえないからである。」と判示して、第二審の判断を是認して上告を棄却した。また、昭和五四年三月三〇日の判決については、不貞行為が「婚姻関係破綻前のものであって事実を異」にすることを理由にこの判例に反するものではないとした。

この判決の事実関係に着目すると、当然のことながら、破綻の認定の後に、不貞行為（あるいは同棲）がなされたことを丁寧に説示している。この同じ争点は上告理由にもでてきた最高裁昭和五四年三月三〇日判決民集三三卷二号三〇三頁においても、原告被告の争点の一つであったが、この事件においては第二審の認定事実からすると、明らかに婚姻の破綻前に不貞行為の事実がある、とされている<sup>13)</sup>。この事実認定の違いが結論を大きく分ける結果となったのである。この事実認定については異論もあるが、裁判所は昭和五四年判決においては婚姻の破綻が不貞行為の後であること、一方平成八年判決においては婚姻の破綻後に不貞行為がなされたことを明示的に判断しており、客観的な真実がどのようなものであったのかについてはいざ知らず、少なくとも最高裁判所はそれぞれの二審裁判所の事実認定の事実を念頭に判断しているものである。

そこで、この二つの最高裁判所による判断を比較してみると、最高裁昭和五四年判決は先に検討したように、明確に不貞行為そのものが不法行為となる旨を判示しているのに対し、最高裁平成八年判決は、不貞行為が不法

行為となるのは「婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益を侵害する行為ということが出来るから」であるとし、まさに平成八年の事例のように婚姻関係が破綻した後に不貞行為がなされた場合には、「このような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえない」のであって、そのような場合には不法行為が成立しない旨判示しており、不貞行為が不法行為となる原則に揺らぎはないが、それは絶対的なものではなく、例外として「このような権利又は法的保護に値する利益があるとはいえない」場合には不法行為が成立しないことを明らかにしたと理解することができよう。周知の通り、この場合に不法行為が成立すると考えるべきかそれ自体が問題なのであるが、この点についての検討は他日を期すことにさせていただく。それはさておき、判例の理解としては不貞行為それ自体が当然に不法行為となるものではなく、それが婚姻の破綻の原因となっている場合には不法行為となるが、逆にその原因とはなっていない場合には不法行為とならない、と理解すべきであろう。<sup>(15)</sup> そのような理解を前提とすれば、少なくとも不貞行為自体が当然に不法行為とは評価されないわけであるから、もはや「不貞行為の慰謝料請求」という表現自体が、適切ではないと考えるべきであろう。

ところで、本稿の視点からすれば、「婚姻の破綻」が起こってしまった後は、もはや貞操義務なる義務が觀念できないことに着目すべきであろう。つまり、不貞行為が婚姻の破綻の原因をなしているときには義務違反が觀念され、それが不法行為を評価されて損害賠償請求を基礎づける原因となるし、離婚原因としてそれが評価される。しかし、不貞行為が行われても、それが婚姻の破綻の後であって婚姻破綻の原因とは評価されない場合には、不貞行為が不法行為を構成することではなく、またその行為自体が離婚原因として評価されることになる。とすれば、夫婦間に貞操義務があるとしても、不貞行為がその貞操義務違反の行為と評価されるのは、婚姻破綻以前でしかあり得ないことになる。このように貞操義務が判例により肯定されているといってもそれは、すくなく

とも婚姻中であればその存在が認められるような義務ではなく、婚姻が破綻状態になれば、第三者がその義務を妨害することもできず、さらには両配偶者間でもその義務違反が観念できないような義務となっているのだという点に注意が必要であろう。

なお、この二つの最高裁判決の事実関係に着目すると、どちらも離婚が成立していないことが重要であろう。この二つの事案ではいずれも原告たる損害賠償を請求する者が離婚を求めているわけではない、むしろ離婚に反対しているのである。この点に着目して、水野教授が提唱される解釈論<sup>(16)</sup>、すなわち、配偶者間に宥恕があればその効果は第三者にもおよび第三者に対する損害賠償請求権も消滅する、という解釈論が登場する意味がありそうである。この点も非常に興味深いが、検討は他日を期したい。

### (3) 小結

これらの判例をまとめてみると以下のようなになる。すなわち、それは、貞操義務に限らず、婚姻における夫婦の義務の多くが、「婚姻の破綻」という認定によりその義務を果たさなくてもよいことになる。その意味で、これらの夫婦の義務は通常の義務と異なり、そもそもその義務が強制されないのみならず、「婚姻の破綻」により、その義務の履行を命ぜられることもなく、義務の不履行が離婚原因となることもないことになる。そうだとすればこの義務というのは、民法における通常の義務とはたいへんに異なる効力しか持たない、非常に弱い義務といえることができるであろう。家族間の義務であるから、あまり法により強力な義務とするべきではないという考え方もありうる。このこと自体が妥当であるかは大きな問題である。あるいはこれを特殊日本の考え方にもとづくものとみることができよう。おそらくは複合的な要因によるものであるというのが一番正鵠を得ている

ように思われる。

### 三 婚姻の破綻が影響を与えない婚姻法上の義務

一方、これまで検討してきた夫婦の義務と異なり、婚姻の破綻がその義務にとくに影響を与えない場合も存在する。それは夫婦の婚姻費用分担義務（民七六〇条）ないし扶助義務（民七五二条）である。これにつき以下で検討しよう。その義務の取り扱いについては以下の最高裁判決が参考になろう。最高裁平成一七年六月九日決定<sup>(17)</sup>である。

この決定においては、Y（夫）とX（妻）は昭和五三年四月に婚姻その間には三人の子（既に成人した長女と長男及び大学生の二女）がいる。夫婦は昭和五二年二月の挙式から同居していたが平成一三年九月より別居している。YはXに対し平成一四年三月、夫婦関係調整調停事件の申し立てをしたが不成立に終わっている。また、Xは平成一五年五月不動産仮差押命令（被保全権利は、清算的扶養的財産分与請求権と慰謝料請求権）及び面会禁止等仮処分命令の各申立をし、同年六月にその旨の保全決定を得た。また、Xは、Yに対し同年七月に離婚等請求事件を提起して離婚、財産分与及び離婚慰謝料の支払いを求め、Yは、Xに対し、同年一二月、予備的反訴請求事件を提起し、不貞にもとづく離婚慰謝料の請求をしている。本件は平成一六年二月に調停が申し立てられたが、調停不成立のために審判に移行した。本件では、無職無収入のXからYに対して平成一六年四月以降一か月六万円の婚姻費用分担請求がなされ、Yからは、XがFと不貞に及んでYと別居したものであり、別居につき

有責配偶者であるからYには婚姻費用分担義務はない旨主張がなされたが、原審判は、Xの不貞の事実を否定し、婚姻費用分担請求については平成一六年四月以降夫婦の離婚又は別居解消に至るまで月五万円の支払いを命じた。そのためYが抗告。これに対し最高裁判所は「Xは、Fと不倫におよび、これを維持継続したことにより本件婚姻関係が破綻したものである」といふべきであり、これにつきXは、有責配偶者であり、その相手方が婚姻関係が破綻したものとしてYに対して離婚訴訟を提起して離婚を求めるといふことは一組の男女の永続的な精神的、経済的及び性的な紐帯である婚姻生活共同体が崩壊し、最早、夫婦間の具体的同居局扶助の義務が喪失したことを自認するにほかならないのであるから、このようなXからYに対して、婚姻費用の分担を求めるとは信義則に照らして許されないものと解するのが相当である」として原審判を取り消しXの本件婚姻費用分担申し立てを却下した。

この決定からはいくつかの点が指摘できよう。まずは、婚姻費用分担義務が、別居後も継続するということが前提となっていることである。この点は争点にもなっておらず、またその点を明言した最高裁判決も見当たらないので、いくぶん明確性に欠けるといふべきであるが、同様にこの点を前提とする最高裁の判断は以前から散見されるところであり(たとえば、最高裁昭和四六年九月二一日判決民集二五卷六号八二三頁)<sup>(18)</sup>、また下級審判決に目を転ずれば、公表されている判決や審判の多くが別居中の婚姻費用分担義務あるいは扶助義務の履行が問題となっており、しかもそれが認められている事案が少なくないことを考えると、<sup>(19)</sup>夫婦における婚姻費用分担義務ないし扶助義務として、未成熟子に対する親の養育費負担義務はいずれも紛争は別居当事者間で問題となつていくことが指摘できることになる。これらはいずれもいわゆる通説により「生活保持義務」の典型例としてあげられてきたものである。<sup>(20)</sup>

また、最高裁判平成一七年決定のもうひとつ注目すべき点は、婚姻費用負担義務が、それが婚姻の破綻に主たる原因をなしたいわゆる有責配偶者と評価される配偶者からの請求の場合には、例外的にその義務にもとづく請求を排除されるということである。この点についての前例ともいえる最高裁判決のひとつは最判昭和四三年九月二〇日判決<sup>(21)</sup>であろう。この事件において最高裁は婚姻費用分担額の決定について家庭裁判所がそれを決定すべきものと判断したのであるが、家庭裁判所によれば最高裁判平成一七年決定同様に夫婦の破綻の原因が婚姻費用分担請求をなした配偶者であり、結局は婚姻費用分担請求が認められていない。これについても最高裁判所の判断は明確といえないかもしれないが、同旨の下級審判決も少なくないことと考え合わせると、おそらく裁判所の立場はこれらの義務については、「婚姻の破綻」が何の影響も与えない義務と考えているものと理解できよう。むしろ、この義務に関しては、「婚姻の破綻」があつてはじめて問題となると言うべきかもしれない。親子間における子からの親に対する養育費請求に対する裁判所と併せて考えれば、かつての通説たる中川善之助説が「生活保持義務」と考えてきた、夫婦間及び親の未成年の子に対する扶養の問題が実際にはその両者の関係が壊れた段階で問題となつて、ある意味でそれを前提に判断がなされているというのが現実と言うべきかもしれない。

また、扶助義務違反を有責配偶者が主張することができず、有責配偶者に対する扶助がなされていない事実をもつて、離婚原因の規定たる民法七七〇条の悪意の遺棄に該当しない、と判断した最高裁昭和三九年九月一七日判決<sup>(22)</sup>も注目されよう。このように、婚姻費用分担義務と扶助義務は判例により同様に扱われているように思われるのである。

#### 四 ドイツ法の検討

ここまで検討してきた日本の裁判所の立場は、特殊日本的な状況と評価されるかもしれない。しかし、ここでドイツ法に目を転じると、そこには日本の状況に似た法状況が見て取れる。もちろん、完全に一致しているとはいえないし、日本独自の部分がまったくなくともいえないが、おそらくお互いに参考としているように思われるがドイツ法の状況を一瞥しよう。

##### (1) 婚姻中に義務の履行が請求できなくなる義務

まず、ドイツ民法において、夫婦間の義務について一番重要な規定としてドイツ民法一三三三条があげられよう。<sup>(24)</sup> この条文の第一項第二文から婚姻している夫婦のさまざまな義務が導かれることになる。シュバール教授は、教科書の中で、①共同生活をする義務（この義務には、同居をする義務と性的誠実を守る義務が考えられている。）②共同の事務についての配慮義務（この配慮には、家政の執行、子どもの世話、余暇の計画などが含まれる）、③家事の執行に必要な調度品や住居を使用させる義務、④配偶者の一身上の事務について援助義務（一定の要件のもとにおける夫婦の共働義務もここに含まれる）、および⑤家事執行及び職業活動の義務に分類している。<sup>(25)</sup> このような条文の構造及び分類は、わが国のそれとは異なっているのは明らかである。しかし、大幅な違いと評することもできないように思われる。

さて、ここでわれわれが注目すべきは二項である。この二項からは明らかに婚姻共同体の修復にむけた請求権、

つまりは婚姻における配偶者の財産上のそれではない義務、たとえば同居義務が対象である。この義務は、夫婦であれば当然発生する義務であるが、日本と同様にこのような義務は強制可能ではない。<sup>(28)</sup>さて、本稿において検討すべき点は、そのような義務が婚姻において常に存続するのかという問題である。一般論としてはドイツ民法一三五三条一項において婚姻が存続するかぎり同居義務も存続するようにもみえる。しかし、同条二項は、その義務の存続に二つの例外があることを規定している。すなわち、請求権の行使が権利濫用とみられる場合と婚姻が破綻した場合である。まず、請求権の行使が濫用とみられる場合であるが、シユヴァープ教授によれば、「原告は、（たとえば、禁断療法を受けようとしないう中毒患者と同居せよという場合のように）他方に期待不可能な犠牲を要求している場合、または、要求が真摯なものと思えない場合には、この要求は、権利濫用的なもの」となる」と説明されている。<sup>(29)</sup>また、ロート教授は、自ら婚姻上の義務を履行しないで他方配偶者に対して婚姻共同体の修復を請求するような場合をあげる。これは日本の有責配偶者からの離婚請求にも似た、クリーンハンズの原則が考えられるような場合であろう。

ここで、とくに注目されるのもうひとつの場合、すなわち、婚姻が既に挫折している場合である。これは *gescheitert* という文言から明らかかなように、婚姻が「破綻している」と同じと考えていいようである。とすれば、まさにこれまで検討してきたような、日本の裁判所の立場と軌を一にしているといえそうである。つまり、婚姻破綻後には、夫婦のパーソナルな義務 *personale Ehepflicht* は、もはや義務とはならないということになろう。そうなれば、そのような義務は、上述のように、その義務の履行が強制できないだけでなく、その義務の不履行そのものが離婚原因となる可能性も否定されることになろう。ただし、ドイツ法においては、離婚原因が婚姻の挫折 *Scheitern der Ehe* だけであり、つまり、破綻主義離婚法を採用し、日本のように有責主義に基づくような離婚

原因の規定が存しないドイツ民法においては、そもそも婚姻法上の義務の不履行がただちに離婚原因となるようなルールにはなっておらず、婚姻が挫折した場合に離婚となるようなルールがおかれている（ドイツ民法一五六五条）。そのため、なお、婚姻の義務の履行が求められなくなる婚姻の破綻の要件については、それが離婚の要件たる三年の別居や一年の別居がそれにあたるとする判決もみうけられるが、その詳細については他日を期したい。ただ、離婚の要件がここでの婚姻破綻の要件とかならずしも合致するものではないことについては、いわゆる苛酷条項により離婚が認められないような場合でも、婚姻は破綻しているとする学説もあるようであり、やはりその要件については曖昧な点があるように推測される。

## （2）婚姻が破綻してもなお存続する義務

次に、このような破綻した婚姻においては、パーソナルな義務 *personale Ehepflicht* の履行が請求できないとされていることは確認したが、請求権が存続する義務も存在している。それは破綻した婚姻を別居ととらえれば、<sup>(33)</sup> その別居についても規定が存在し、その規定によれば、「一方配偶者は、他方に対して、夫婦の生活上および稼働状況ないし財産状況に応じて相応な扶養を請求することができる」<sup>(34)</sup> のである。<sup>(35)</sup> まさに婚姻が破綻して別居している状態で、扶養が必要な配偶者は他方配偶者に対して、扶養を請求することができることになる。さきほど確認したように、夫婦のパーソナルな義務については、明文でその義務の履行が婚姻の破綻により不要となるが、同じく明文で扶養義務はその存続が認められている。後者の点は、ドイツ民法においては離婚後扶養が認められている点と連動するルールとなっているのだが、これは少なくとも離婚後扶養が明文では認められているわけではない日本民法と比較すると興味深い。バランス的にはドイツ民法のルールがよりすぐれているようである。し

かし、この点について本稿では深く立ち入らないことにする。<sup>(36)</sup>

なお、この義務の履行が期待できない場合についてのドイツ民法の規定<sup>(37)</sup>によれば、婚姻の破綻につき有責な配偶者はたとえ扶養を必要とする場合においても他方配偶者に扶養の請求をすることが許されないことになる。まさにこの点は前に検討した日本の最高裁判決と軌を一にするものであると評価できよう。その意味で、この観点からすれば、日本の裁判所の判断が独自性を持った判断であると評することは、なかなか難しいということになるであろう。

## 五 まとめにかえて

本稿は「はじめに」で述べたように夫婦の義務につきその特色をあぶり出してみようとする試みである。ただ、筆者の能力と紙幅の関係から本稿はそのような検討の手始めとして若干の検討を試みるにすぎないことになってしまった。とくに夫婦の義務のすべてを検討しているわけではないことは、不十分であることは疑いない。おそらくはここで検討した義務以外にも同様な結論を得ることができるように思われるが、その検証は本稿においてはできなかつた。この点については、他日その補充を試みることにせざるを得ない。ここでは、今後の検討のためにいくつかの指摘をするだけにとどまることになる。

まず指摘すべきは、婚姻している夫婦の義務のいくつかが「婚姻の破綻」という認定によりその義務の履行を求められなくなるし、その不履行に対する法的責任を問われなくなるということである。もちろんそれはすべて

の義務というわけではない。いくつかの義務についてはその義務の履行ないし義務違反への法的責任を求められることもほとんどない（たとえば夫婦協力義務（民七五二条）など）。このような内容をもつ義務を規定しておくことにどのような意味があるのかについては慎重な検討を要する。今後の課題である。

また、婚姻が離婚という形で終了したわけではなく、少なくとも形式上は存続しているにもかかわらず、「婚姻の破綻」という事実により、夫婦の義務の履行が求められなくなるというのは、事実を優先する「特殊日本のな」現象とも理解されうる。しかし、ドイツ法の状況を見てみると、完全に一致するとはとうていいえないが、やはり「婚姻の破綻」が一つのメルクマールとなり、夫婦間の義務が求められなくなるようなルールになっていることは興味深い。

「特殊日本のな特徴と批判することも大切であるが、このような比較法上一致する点は何に由来するのかについて検討を進めることも大切であろう。本稿はまさにその点に対する検討を欠いているが、そのような検討をすることが今後の課題となる。本稿はまさにその点を指摘し得たにすぎない。

## 注

- (1) 民集二五巻三号四〇八頁、評釈や判例解説として久留郡茂子「判批」別冊ジュリ四〇号七七頁（一九七三年）、柳川俊一「判解」最判解民事篇昭和四六年度九二頁（一九七二年）、中川淳「判批」民商六六巻二号三二〇頁（一九七二年）、阿部徹「判批」民法の基本判例二〇三頁（一九八六年）、浦本寛雄「別冊ジュリ六六号六四頁（一九八六年）、中川淳「法セ一九五号一三四頁（一九七二年）」などがある。

- (2) 例えば柳川俊一「判解」最判解昭和四六年度九二頁（一九七二年）、阿部徹「有責配偶者の離婚請求」民法の基本判例（第三版）

二二七頁（一九七九年）、加藤永一「裁判離婚における有責性」法学教室第二期四号一〇六頁～一〇七頁（一九七四年）など参照。  
(3) 後に検討するように、そもそも夫婦の貞操義務あるいは貞操義務違反がどのような法的効果をもたらすのかという問題自体も少なくともはつきりしているとは言いがたいのであり、その問題とここで検討している、貞操義務が婚姻の破綻後についても存続するかという問題とは区別して検討されるべきであろう。ここではその点を保留しておきたい。

(4) 民集一二卷三号四一四頁、評釈や判例解説として長谷部茂吉「判解」最判解民事篇昭和三三年度四一頁（一九五九年）、中川淳「判批」民商三八卷四号六三四頁（一九五九年）、山崎賢一「判批」法律論叢三二卷五号一〇三頁（一九五九年）、福地陽子「判批」神戸法学雑誌八卷二号二八六頁（一九五八年）、國府剛「判批」法七二四四号一一六頁（一九七五年）などがある。

(5) 民集二三卷五七九頁。

この判決において、Xの主張では、XとYは昭和三年一月三〇日に婚姻したが、Xが遊蕩にふけたため、Xの実母が親族と協議をし、Xの家財産を被上告人に譲渡した形をとって所有名義をYとした。しかしながらこれは仮装譲渡であるとしてXは自己の名義に戻すように請求した。

また、予備的請求として、仮にその譲渡が真正のものであるとしても、この譲渡が夫婦間になされたものであるとして、民法七九二条（当時の規定、なお、内容は現行民法七五四条に同じ）に基づいてその取り消しの意思表示をした上で、所有権はXにあるため、返還の請求をするとの主張をした。

これに対し裁判所は、まず第二審が主たる請求については、仮装譲渡の事実はないとしてその請求を排斥し、予備的請求については、Xが一〇年以上も他の女性と同棲している事実を認定し、Yの生活の保障を目的として親族の話し合いによって名義をYに移したとして、夫婦間の契約の取り消しは「正當ナル夫婦関係ヲ前提トシテ容認セラルルモノ」であるとし、「夫婦関係ノ既ニ破綻ニ瀕セル場合ニ於テ夫婦ノ一方カ其ノ相手方ニ損害ヲ加フルコトノミヲ目的トシテ夫婦間ノ譲渡契約ヲ取消スカ如キハ取消

権ノ濫用」であるとして、予備的請求も排斥された。そのためXより上告されたが、大審院は、「…右原審認定ノ事実關係ノ下ニ於テ為サレタル右家屋ノ所有權移轉契約ハ夫婦間ノ契約ナルノ故ヲ以テ之ヲ取消シ被告人ヨリ其ノ生活ノ保障トモ見ルヘキ唯一ノ財産タル右家屋ヲ取戻サントスル如キハ被告人ニ損害ヲ加フルコトノミヲ目的トスル權利ノ濫用ナリトシテ右取消ハ其ノ効力ヲ發生セサルモノト判定スルモ必スシモ不当ト謂フヲ得サル」として上告を棄却した。

注目すべきは、この判決においては、契約の取り消しが権利の濫用としてその効力を否定され、当時の民法七九二条の解釈問題としてこの問題が取り扱われてはいないという点があげられよう。そして、この点が重視されて引用されたと理解できる。また、この判決においてはこの条文の効力を否定するような解釈をとることは抵抗があり、この条文を前提に、権利濫用法理によって具体的妥当性を確保することが考えられたのであろう。ただこの判決の場合には、破綻した夫婦関係（原判決に対する上告理由中に「原判決ハ上告人カ妻タル被告人ヲ有シナカラ西迫亀子ト別ニ一家ヲ構ヘ同棲シ居ルコトノ一事ニヨリ之ヲ目シテ上告人ト被告人ノ夫婦關係ハ単ニ戸籍上ノ夫婦ニ過キスシテ真ノ夫婦ニアラス其ノ關係ハ破綻ニ瀕セルモノト…シタ」との文言がみえる）において、夫婦間の契約取消権の行使を認めなかったという結果に着目するならば、破綻した婚姻において契約取消権を行使することは、契約の相手方に対するシカーネと評価することができ、そのため権利の濫用としてその権利行使をできないものとしたのであろう。

- (6) 民集二二卷一八八頁、評釈や判例解説として、柘田文郎「判解」最判解民事篇昭和四二年度五二頁（一九六七年）、平井宜雄「判批」法協八五卷二二四二頁（一九六八年）、戒能通孝「判批」民商五七卷二二六五頁（一九六七年）、中川淳「判批」法時四〇卷二二八九頁（一九六八年）、国府剛「判批」同法一九卷七号三三四頁（一九六七年）、鍛冶良堅「判批」別冊ジュリ四〇号四八頁（一九七三年）、松嶋由紀子「判批」別冊ジュリ六六号三六頁（一九八〇年）、中川淳「判批」法七一七七号一二二頁（一九七〇年）などがある。

- (7) たとえば、平井宜雄「判批」法協八五巻二二四五頁（一九六八年）において平井教授は、「本判決が婚姻が破綻していない時期に締結された契約について破綻後における取消権の行使を否定したという事実だと認められる」点にその特徴を見いだしている（二四八頁）。
- (8) 民集三三巻二二〇三頁、評釈や判例解説として榎本恭博「判解」最判解民事篇昭和五四年度一六七頁（一九八三年）、水野紀子「判批」法協九八巻二二九二頁（一九八一年）、前田達明「愛と家庭と」（成文堂一九八五年）、津田養平「判批」ひろば三二巻七号四二頁（一九七九年）、水野紀子「判批」別冊ジュリ一〇五号一九八頁（一九八九年）、同「判批」別冊ジュリ一三七号一九六頁（一九九六年）、など多数ある。
- (9) 第一審判決の理由については、最判解昭和五四年度一六八頁（一九八三年）参照。
- (10) 水野紀子「判批」法協九八巻二二〇三頁（一九八一年）によれば、この判決は「リトマス試験紙」と評される。水野教授の見解はこの後若干の変容をみせることとなるので、一概には言えないが、本件の事案が水野教授の最も反対するような事案であることは注目すべきであろう。まさにこのような事案であったからこそ大きな論争になったものと思われる。
- (11) 民集五〇巻四号九九三頁、評釈や判例解説として、田中豊「判解」最判解民事篇平成八年度三三三頁（二〇〇〇年）、水野紀子「判批」民商一一六巻六号九〇六頁（一九九七年）、潮海一雄「判批」教室一九二号九八頁（一九九六年）、菅原万里子「判批」ひろば四九巻九号四一頁（一九九六年）、水野紀子「判批」別冊ジュリ一六〇号二〇〇頁、國井和郎「判批」別冊ジュリ一六二号二二頁（二〇〇二年）、樫見由美子「判批」民法の基本判例（第二版）一六七頁（一九九九年）、西原道雄「判批」判リマ一四号六八頁（一九九七年）、窪田充見「判批」別冊ジュリ一九三号二二頁（二〇〇八年）などがある。
- (12) この判決については調査官解説（田中豊「判解」最判解平成八年度三三五頁（一九九九年））による。
- (13) 水野紀子「判批」民商一一六巻六号九二九頁（一九九七年）参照。

- (14) この点については多くの論稿があるが、近時の論稿として、水野紀子「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」円谷・松尾編『害賠償法の軌跡と展望（山田卓生先生古稀記念論文集）』（日本評論社二〇〇八年）一三三頁、二宮周平「不貞行為の相手方の不法行為責任」同書一五五頁参照。
- (15) このような理解を示すものとして、二宮前掲論文、内田貴『民法Ⅳ補訂版』（東大出版会二〇〇四年）二六頁、なお、大村『家族法第三版』（有斐閣二〇一〇年）五六頁も同様の理解をしていると思われる。
- (16) 水野紀子「判批」民商一一六卷六号（一九九七年）や同「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」前掲注(14)一三三頁参照。
- (17) 家月五八巻三号九八頁。
- (18) 本件は家庭内別居をしている夫婦において、夫から妻に婚姻費用支払いの調停がなされていたが、その支払いが滞っていた。ところがその夫が自己所有の不動産を売却したので、妻が夫を相手に詐害行為取消訴訟を提起した事案で、支払いを命じた調停の前提事実が高度の蓋然性をもって予測される限度において、これを保全債権として詐害行為の成否を判断することが許される旨判示したものである。この判決では、家庭内別居している夫婦の間で婚姻費用分担義務が存続することが前提となっていると理解することができる。
- (19) この点についての下級審判決の検討は、紙幅と筆者の能力との関係上他日を期すほかない。また、この点は、以前検討したことのある、親子間における子からの親に対する養育費請求が、実際には別居している親子間の請求ほとんどとなっている点とあわせ考えると興味深い。なおこの親子間の養育費の争いについては、拙稿『生活保持義務』と『生活扶助義務』についての一考察―親の未成熟子に対する扶養義務を中心に―太田・荒川・生熊編『民事法学への挑戦と新たな構築』（創文社二〇〇八年）六八五頁以下、とくに六九八頁参照。
- (20) いわゆる通説を形成してきた中川善之助説については前掲拙稿六八八頁以下参照。

- (21) 民集二二卷九号一九三八頁、評釈や判例解説として柳川俊一「判解」最判解民事篇昭和四三年度六八七頁（一九六九年）、星野英一「判批」法協八六卷一一号一三七三頁（一九六九年）などがある。
- (22) たとえば、福岡高判昭和三二年四月三〇日高民集一〇卷九号一九四頁、東京高決昭和五七年一月二六日家月三五卷二二号七一頁など多数ある。
- (23) 民集一八卷七号一四六一頁、評釈や判例解説として、奈良次郎「判解」最判解民事篇昭和三九年度三四〇頁（一九六五年）、大原長和「判批」別冊ジュリ四〇号六七頁（一九七三年）、阿部徹「判批」別冊ジュリ六六号五八頁（一九八〇年）などがある。
- (24) 条文は以下のとおり。  
一三五三条 婚姻生活共同体  
婚姻は生涯にわたって締結される。両配偶者は、互いに婚姻生活共同体のために義務を負う；彼らは互いに責任を負う。  
配偶者の一方は以下のような場合に、共同体の修復にむけた効果をもたらすような他方配偶者からの請求に対する義務を負わない、すなわち、その請求が権利の濫用となる場合、あるいは婚姻が既に挫折している *geschleiert* 場合である。
- (25) この義務については、拙稿「配偶者の協力義務と夫婦財産の清算（一）〜（三）完」法学五八卷六号一〇五五頁（一九九五年）、五九卷一号二九頁（一九九五年）、五九卷四号四一六頁（一九九五年）参照。
- (26) Vgl. Dieter Schwab, *Familienrecht* 20. Aufl., 2012 S. 53f.
- (27) Dieter Schwab, a.a.O., S. 66. はこれをパーソナルな義務 *persönlich Ehepflicht* と呼ぶ。なお、D. シュウアーブ著鈴木祿弥訳「ドイツ家族法」（創文社一九八六年）七五頁も参照（これは Dieter Schwab *Familienrecht* 3. Aufl. 1984 の翻訳である）。
- (28) Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) 一二〇条三項、なお Vgl. Dieter Schwab, a.a.O. S. 66.

- (29) D. シュヴァープ著鈴木祿弥訳前掲書七六頁。
- (30) Staudinger/Koppel (2012) § 1353 Rn 150.
- (31) 一年に<sup>1</sup>つて OLG Hamburg NJW 1978, 644 などし学説 Soegel/Lange Rn49, Bamberger/Roth/Hahn Rn34; aa Emman/Kroll-Ludwigs Rn26. Vgl. MünchKomm/Roh Rn47.
- (32) ちなみに、ドイツ民法における別居は離婚の一步手前ともいいうべき状態であり、ドイツ民法一五六五条によれば一年間の別居の事実がまさに離婚の要件となっており、例外はあるにしても(同条二項二文)、離婚には少なくとも一年間の別居が必要となっている。
- 一五六五条は以下のとおりである。
- 一五六五条 婚姻は、その挫折により離婚となりうる。婚姻は、両配偶者の共同体がもはや成立しておらず、両配偶者にその回復が期待できないときに挫折する。
- 両配偶者がいまだ一年の別居を経ないときは、婚姻は以下のような場合に離婚となる、すなわち婚姻の継続が申立人にとつて、被申立人個人にのみ存する原因により要求し得ない過酷となる場合である。
- (34) D. シュヴァープ著鈴木祿弥訳前掲書一七二頁。
- (35) ドイツ民法一三六一一条一項一文、なお、この条文については、拙稿「夫婦の扶助義務に関する一考察(一)——別居中の夫婦の取扱を中心に——」富大経済論集四三卷三号五四八頁以下参照。
- (36) ドイツ法における離婚後扶養については拙稿「離婚後扶養に関する一考察——ドイツ法の検討——」太田・中村編「民事法秩序の生成と展開」(創文社一九九六年)一三三頁以下参照。
- (37) 別居についてのドイツ民法一三六一一条三項によれば、離婚後扶養の苛酷条項である一五七九条二号ないし八号の規定が準用される。

ている。ここでとくに問題となるのは同条四号である。この規定については拙稿「離婚後扶養に関する一考察―ドイツ法の検討―」前掲注③六一三五頁以下参照。とくに一六〇頁注三二では、この規定が別居している夫婦についても適用される旨言及している。

