

離婚慰謝料債務が遅滞に陥る時期

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 令和 4 年 1 月 28 日

【事 件 番 号】 令和 2 年（受）第 1765 号

【事 件 名】 離婚等請求本訴、同反訴事件

【裁 判 結 果】 原判決一部変更、一部棄却

【参 照 法 令】 民法 412 条、民法旧 404 条 2 項（平成 29 年法律第 44 号による改正前、現 419 条 1 項、平成 29 年法律第 44 号附則 17 条 3 項）

【掲 載 誌】 民集 76 巻 1 号登載予定

◆ LEX/DB 文献番号 25571927

龍谷大学教授 若林三奈

事実の概要

1 X（本訴原告・反訴被告、被控訴人、上告人）と妻 Y（本诉被告・反訴原告、控訴人、被上告人）は、平成 16 年 11 月に婚姻し、平成 17 年に A、平成 24 年に B の 2 子を得た。平成 29 年 3 月に、Y は、子らを連れて自宅を出て以来、X とは別居している。そこで X が、Y に対し、離婚を求めるとともに（民法 770 条 1 項 5 号）、子らの親権者の指定（いずれも X）、養育費の支払いを申し立て、併せて Y の多額の浪費により離婚を余儀なくされたとして慰謝料の支払いを求めた。反訴として、Y も、X に対し、同様に離婚を求め、子らの親権者の指定（いずれも Y）、養育費の支払いを申し立てた上、X の風俗通い等により婚姻関係が破綻したとして慰謝料の支払いを求めた。

2 一審（大津家判令 1・11・15）は、離婚を認めた上、子らの親権者を Y とし、X に養育費の支払いを命ずるとともに、X に 100 万円、Y に 200 万円の慰謝料の支払いと判決確定日の翌日からの遅延損害金の支払いを命じた。Y 控訴。

3 原審（大阪高判令 2・9・3）は、婚姻関係破綻の原因は、X の風俗通い等の言動によって Y に離婚を決意させたことが大きいと認定し、X に慰謝料 120 万円の支払いを命じた（X の請求は棄却）。その際、「婚姻関係が破綻した時期は、平成 29 年法律第 44 号（施行日は令和 2 年 4 月 1 日）

による改正前であると認められる」として「遅延損害金の利率は、改正前民法所定の年 5 分と解するのが相当」とした。X 上告。

判決の要旨

「(1) 離婚に伴う慰謝料請求は、夫婦の一方が、他方に対し、その有責行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことを理由として損害の賠償を求めるものであり、このような損害は、離婚が成立して初めて評価されるものであるから、その請求権は、当該夫婦の離婚の成立により発生するものと解すべきである。そして、不法行為による損害賠償債務は、損害の発生と同時に、何らの催告を要することなく、遅滞に陥るものである（最高裁昭和 34 年（オ）第 117 号同 37 年 9 月 4 日第三小法廷判決・民集 16 巻 9 号 1834 頁参照）。したがって、離婚に伴う慰謝料として夫婦の一方が負担すべき損害賠償債務は、離婚の成立時に遅滞に陥ると解するのが相当である。

(2) 以上によれば、離婚に伴う慰謝料として X が負担すべき損害賠償債務は、離婚の成立時である本判決確定の時に遅滞に陥るというべきである。したがって、改正法の施行日前に X が遅滞の責任を負った（改正法附則 17 条 3 項参照）ということとはできず、上記債務の遅延損害金の利率は、改正法による改正後の民法 404 条 2 項所定の年 3 パーセントである。

なお、Y の慰謝料請求は、X との婚姻関係の破

綻を生ずる原因となったXの個別の違法行為を理由とするものではない。そして、離婚に伴う慰謝料とは別に婚姻関係の破綻自体による慰謝料が問題となる余地はないというべきであり、Yの慰謝料請求は、離婚に伴う慰謝料を請求するものと解すべきである。」

判例の解説

一 本判決の意義

本判決の意義は、「離婚に伴う慰謝料」（以下、離婚慰謝料という）請求権は、離婚の成立時に発生すること、それゆえ離婚慰謝料債務もまた、不法行為による損害賠償債務が遅滞に陥る時期について述べた確立した判例に照らし、離婚の成立時である「判決確定時」に遅滞に陥ることを最高裁が初めて明らかにした点にある。

二 不法行為による賠償債務が遅滞に陥る時期

離婚慰謝料は、不法行為による損害賠償債務と理解されている（最判昭46・7・23民集25巻5号805頁〔以下、昭和46年判決という〕）。不法行為に基づく損害賠償債務は、期限の定めのない債務である。期限の定めのない債務の債務者は、履行の請求を受けた時から遅滞の責任を負うのが原則である（民法412条3項）。そこで起草者および初期の学説は、不法行為による損害賠償債務についても——現在の判例とは異なり——、不法行為時に債務が発生し、履行期にはあるが、債務者が履行遅滞に陥るのは債権者が請求した時（訴状送達時）と理解していた¹⁾。大審院の判例も、同様に請求時説と解していた²⁾。

しかし、その後、学説において、物損における不法行為時の交換価値賠償との兼ね合いから、また事故後請求時までには生じる現実の財産的支出（治療費等）に対して利息を付けることが不法行為法の原状回復の理念や公平の観念に適合するとして、不法行為時説（請求不要説）が通説化し、判旨引用の昭和37年判決に至った。当時の実務では、訴状送達の翌日に釈明あるいは整理される例が多かったものの、現在、上記の判例は、交通事故訴訟を中心に、実務上も定着している³⁾。

もっとも、昭和37年判決に対しては、遅延損害金の発生は、損害の金銭評価の時点と一致させるべきことを前提に、損害算定基準時、とくに口頭

弁論終結時を付遅滞時とみる学説からの批判がある他⁴⁾、近時の学説においても、①付遅滞時を口頭弁論終結時とすることは、訴訟遅延（あるいは引き延ばし）に対処するのに必ずしも適切ではないことから、また②安全配慮義務違反等の請求権競合が問題となる場面において、債務不履行構成の場合（412条3項）とのバランスを考慮し、不法行為にあっても請求権者が金銭請求の意思を表示した時（請求時または訴状送達時）に遅延損害金の発生を認める学説も有力である⁵⁾。

以上のように、不法行為債務の付遅滞時をめぐる議論は、主として、①不法行為成立時（損害発生時＝債務発生時）、②請求時（訴状送達の翌日）、③金銭評価の基準時（口頭弁論終結時等）に整理される。本判決は、離婚慰謝料につき①を採用するが、これが②③よりも遅い④判決確定時となる点に特徴がある。

三 離婚に伴う慰謝料の法的性質

有責行為による離婚に際して問題となる慰謝料は、理論上、①離婚原因慰謝料と②離婚自体慰謝料とに区別されている。①離婚原因慰謝料とは、他方配偶者による身体・自由・名誉等、離婚原因となった個別違法行為に対する慰謝料をいう。これが不法行為に基づく損害賠償請求であることは明らかであり、離婚と切り離して（夫婦間で）賠償請求することもあり得る。不貞行為も「配偶者としての地位」や「婚姻共同生活の平和の維持」（最判平8・3・26民集50巻4号993頁）といった法益侵害に対する不法行為になるとされ、この慰謝料請求権の消滅時効は、配偶者が不貞行為の事実を知った時から起算される（最判平6・1・20判時1503号75頁）。

判例は、上記の①慰謝料とは別に、「相手方の有責な行為によって離婚をやむなくされた」ことによる精神的苦痛に対して、「離婚慰謝料」を——当該事情が財産分与に際して十分に考慮されていないかぎり、離婚に伴う財産分与（民768条）とも区別して——認めている（最判昭31・2・21民集10巻2号124頁、昭和46年判決）。この請求権は、「このような損害は、離婚が成立してはじめて評価されるものであるから」「相手方が有責と判断されて離婚を命ずる判決が確定するなど、離婚が成立したときにはじめて、離婚に至らしめた相手方の行為が不法行為であることを知り、か

つ、損害の発生を確実に知ったこととなるもの」（昭和46年判決）とされ、これが消滅時効の起算点となる。学説の多くは、これを②離婚自体慰謝料と理解する（峻別説という）⁶⁾。

しかし、実務上、離婚訴訟に併合して離婚慰謝料が請求される場合には、「離婚原因となった個別有責行為の発生から、離婚に至るまでの一連の経過を、全体としての1個の不法行為と捉え、離婚慰謝料には、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料が含まれる」として一体的に処理するのが一般的である（一体説）⁷⁾。本判決も判旨の「なお書き」から、伝統的な一体説の理解に立つと評価されている⁸⁾。しかし、両慰謝料が、時効の起算点、債務の発生時や遅滞に陥る時期も異なるものとして捉えられる場合には、訴訟物も異なることから、実務上も両者の区別を避けて通ることはできない⁹⁾。もっとも、ここでの議論の焦点は、両者の区別ではなく、むしろ離婚慰謝料や離婚自体慰謝料を認めることの是非にあるとされる¹⁰⁾。

峻別説にせよ、一体説にせよ、「離婚の成立」が損害の発生を意味するとすれば、それを裏付ける当事者の利益（法益）は何かが問題となる。一般には、被侵害法益として「配偶者たる地位」等が指定されている他¹¹⁾、近時は「婚姻関係を維持するか離婚するかを決めるかの決定権（婚姻共同生活継続に向けた意思決定の自由）」との見方もある¹²⁾。これらの法益侵害は、峻別説においては、離婚（自体）慰謝料の成立要件となる一方、個別有責行為（固有の法益侵害）を起点に理解する場合には、当該不法行為の損害賠償の範囲の充足要件として位置づけられることとなろう¹³⁾。

四 離婚慰謝料債務が遅滞に陥る時期

以上を前提に、判例の不法行為成立時説に照らして、離婚慰謝料債務の付遅滞時を考えるならば、峻別説にあっては、それが離婚の成立時となるものの、一体説のように個別有責行為を出発点とする場合には、むしろ離婚原因行為による損害発生時（事実上の婚姻の破綻時等）が付遅滞時となるのではなかろうか。当該時点の特定が困難な場合には、遅くとも請求時（訴訟送達の日）となろう。

従来、実務では、離婚慰謝料債務が遅滞に陥る時期が、直接の争点となることはほぼなく、そもそも遅延損害金の請求のない例も多かったようである。とはいえ、ほとんどの判決例では「訴状送

達の日」とされていた。これらの判決例の中には、それが婚姻破綻後あるいは不法行為後であることを併せて明記するものがあることから、ここでは、有責行為を起点とする一体説のもとで、婚姻破綻時を損害の発生時として、判旨引用の昭和37年判決を念頭に遅延損害金の起算点が考慮されていたことが指摘されている¹⁴⁾。

そのようななか、昭和46年判決が、時効の起算点である「損害を知った時」の解釈にあたって、すでに「このような損害は、離婚が成立してはじめて評価される」と判示したことから、離婚慰謝料の付遅滞時も判決確定日となるとの指摘がされ¹⁵⁾、これに従う判決例も少ないながらもみられるようになっていた¹⁶⁾。もっとも、昭和46年判決は、当該債権の成立時に直接触れたものではなく、遅延損害金の問題はなお残ることも適切に指摘されていた¹⁷⁾。本判決は、離婚慰謝料債務は、離婚成立時に発生することを明らかにした上で、同時点が付遅滞時となるとし、この問題に決着をつけたものといえる。

五 本判決の検討

本判決の理解によれば、離婚慰謝料は、原告が訴えを提起した時点（請求時）には、債権そのものが存在していないこととなる。しかも本件Xは、本件慰謝料を求める一方で、離婚を請求している。離婚の成立を自ら求める者が、同時に「離婚が成立することによる精神的損害」を求めることに矛盾はないのか。ここでの損害や法益は何か。

有責行為を出発点とせず、離婚自体を不法行為として構成する場合（離婚自体慰謝料）、請求権者は、離婚（判決）により「配偶者としての地位」を侵害され、損害が発生すると説明されることが多い。しかし、離婚による損害があるというためには、少なくとも、被害配偶者には、婚姻継続の意思が必要ではなかろうか。たとえ他方配偶者に事実上の婚姻破綻に至る有責行為があったとしても、被害配偶者が、自己または子の経済的または身分上の利益等から、なお（時限的であれ）婚姻を継続する意思をもち、離婚を望まない場合もある。それにもかかわらず、判決等によって「離婚を余儀なくされた」場合でなければ、そこに損害や法益侵害（婚姻継続に向けた意思決定への侵害）を観念することは困難なように思われる（むろん、協議離婚や調停・審判離婚の場合にあっても、望ま

ない自己決定を強いられることはあり得、その限りで、慰謝料を認める余地はあろう)。もっとも、このように法益を限定的に考えたとしても、適法に決定された離婚が法益侵害を招来することは奇異である。学説上、離婚それ自体を単体で不法行為とみることへの批判があるのは当然であろう¹⁸⁾。

これに対して、伝統的一体説のもとでは、個別違法行為を理由とするものではなくても、相手方の有責行為が原因で離婚を決意するに至った場合には「離婚慰謝料」が生じると理解している。それゆえ本件のように夫の風俗通い等、個別違法行為として独立の慰謝料請求（離婚原因慰謝料）の対象とすることは困難な場合であっても、当該行為により婚姻共同生活の平和が乱され、結果、婚姻関係の破綻を招き、離婚という重大な結果に至った場合にあっては、「婚姻共同生活の平和維持という権利・利益」あるいは「配偶者の地位」に基づく何らかの人格的法益を違法に侵害したものと評価して不法行為責任を認めることに離婚慰謝料の意義があるようにも見える（むしろこのような評価もまた必然ではない）。離婚訴訟に併合して請求する場合には、結局、これは離婚原因慰謝料の評価に尽きるともいえる反面、裁判所は「婚姻共同生活の平和維持」という法益侵害の結果の重大性（離婚に至るかどうか）によって行為の違法性評価に差を設けているともいえよう。いずれにせよ、この場合、有責配偶者が、当該婚姻関係の婚姻共同生活の平和維持を侵害し、それにより婚姻生活が破綻するなり、離婚を決意せざるを得ない状況に相手方配偶者をおいた時点で損害が発生したといえるであろう（破綻につき被害配偶者の寄与が認められるべき場合には、有責配偶者の減責事由となろう）。このように考えれば、遅くとも被害配偶者が離婚や慰謝料を請求した時点で、損害は発生し、有責配偶者の離婚慰謝料債務は遅滞に陥ると考える従前の実務の方が、昭和37年判決の趣旨に沿った解決であったのではないか。婚姻関係は事実上破綻しており、結論を引き延ばすことは、もはや被害配偶者にとっては苦痛でしかないからである（ここに遅延損害金を認める意義があろう）。これに対し、本判決の結論のもとでは、Y側が破綻後、離婚の成立を引き延ばすことがあったとしても遅延損害金が発生する余地はなく、その点でも疑問が残る判決といえる。

●——注

- 1) 詳細は、若林三奈「不法行為による損害賠償債務が遅滞に陥る時期・試論」立命2015年5＝6号1032頁。
- 2) 若林・前掲注1) 1028頁、1030頁。
- 3) 大島眞一「交通損害賠償訴訟における虚構性と精緻性」判タ1197号（2006年）34頁。
- 4) 藤原弘道「損害賠償債務とその遅延損害金の発生時期（下）」判タ629号（1987年）14頁等。
- 5) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』（弘文堂、1992年）165頁、潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999年）266頁以下、平野裕之『不法行為法〔第3版〕』（信山社、2013年）473頁、若林・前掲注1) 1043頁、益井公司「不法行為における遅延利息の発生時期に関する一考察」岡古希『比較民法の将来像』（勁草書房、2020年）等。
- 6) 岩志和一郎「家族関係と不法行為」藤岡康弘編『新・現代損害賠償法講座2』（日本評論社、1998年）155頁。野田宏・最民判解昭和46年度491頁も同様に理解する。
- 7) 大津千明「離婚給付に関する実証的研究」（日本評論社、1990年〔初出1980年〕）66頁以下（相手方の有責行為により婚姻が破綻し、離婚まで「婚姻継続の苦痛」が蓄積するとともに、「配偶者たる地位の喪失」により「婚姻解消の苦痛」が生じるとされる）、家原尚秀・最民判解平成31＝令和元年度189頁。
- 8) 羽生香織「判批」新・判例解説 Watch 文献番号z18817009-00-041362199(Web版2022年7月8日掲載) 4頁。
- 9) 同旨・櫛橋明香「判批」令和元年度重判（2020年）79頁の他、広島高判平19・4・17家月59巻11号162頁は、両慰謝料は訴訟物が異なり、前訴・離婚原因慰謝料請求の既判力は本訴・離婚慰謝料請求には及ばないと判断した。
- 10) 犬伏由子「判批」リマックス37号（2008年）87頁。
- 11) 二宮周平編著『新注釈民法17』（有斐閣、2017年）401頁〔犬伏由子執筆〕。
- 12) 潮見佳男「判批」家庭の法と裁判24号（2020年）118頁。
- 13) 窪田充見『家族法〔第4版〕』（有斐閣、2019年）126頁。松本哲泓「離婚に伴う慰謝料請求権に対する遅延損害金の起算日」判タ527号（1984年）73頁。
- 14) 大津・前掲注7) 226頁、67頁、28頁。
- 15) 高野耕一「財産分与と離婚慰謝料」ジュリ500号（1972年）212頁。同旨、羽生・前掲注8) 4頁の他、村田大樹「判批」法教501号（2022年）127頁も参照のこと。
- 16) 大津・前掲注7) 226頁。大津も、同様の観点から一体説をとりつつ、これを支持する（同227頁）。
- 17) 野田・前掲注6) 496頁。
- 18) 川島武宜「離婚慰謝料と財産分与の関係」我妻還暦『損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣、1957年）275頁、右近健男「離婚の際の財産分与請求と慰謝料」石田・西原・高木還暦『損害賠償法の課題と展望』（日本評論社、2000年）426頁、二宮周平『家族法〔第5版〕』（新世社、2019年）108頁。