

〔下級審民訴事例研究七七〕

原告の被告に対する不貞行為に基づく慰謝料請求権が破産法二五三条一項二号の非免責債権に該当しないとされた事例

東京地裁平成二八年三月二一日判決（平成二七年（ワ）第一四八八二号）、損害賠償請求事件、判例タイムズ一四二九号二三四頁

〔事実〕

一 (1) X（女・原告）と訴外A（男）とは、平成二一年八月八日に結婚し、平成二五年末当時、両者の間には二人の子であるB（平成二二年一月生まれ）、C（平成二四年九月生まれ）がおり、Xは、三人目の子であるD（平成二六年四月生まれ）を身ごもっていた。

(2) Y（女・被告）は、かねてからAが当時のYの夫Eの後輩であることやバスケットボールを共通の趣味とすることから面識を有していて、バスケットボールの試合会場で挨拶を交わしたり、フェイスブックでメッセージを交換したりする関係であったが、平成二五年四月二四日にAが携帯電話の連絡先をYに知らせてきたことから連絡先を交換し、そのこ

ろから二人で食事に出かけるようになり親密な関係となっていた。Yは、平成二五年一月、Aの誕生日にマフラーをプレゼントした。

(3) Yは、平成二五年二月二日、Aに配偶者がいることを知りながら同人とともに神奈川県箱根町湯本のホテルに宿泊し、肉体関係を持ち不貞関係を有するに至った。もともと、当時、Yは、Aの配偶者が三人目の子を身ごもっていることは知らなかった。

(4) YとAは、頻繁に連絡を取りあい、継続的に月に二、三回程度、Yの仕事帰りに会うなどしてその不貞関係を継続した。その間、Yは、XとAとの間の子ら（B、C）と会ったことがあった。その後、Yは、当時の夫EからAとの不貞

関係を止めるように注意されたため、平成二六年五月三〇日には、A に対し、二人の関係を清算する旨を連絡した。しかし、Y には A に会いたいとの気持ちがあったことから、当時 Y が職務として A に勧めていた個人年金商品に関する連絡をとる必要がある、そのことをきっかけとして A に対し連絡をとり、二人の不貞関係は復活した。Y と A とは、その後平成二六年六月二一日にも肉休関係を持った。

(5) Y と A との不貞関係に気づいた X は、平成二六年八月一三日、Y に対し、A との不貞関係に関して手紙を送りたいので住所を教えてほしい旨の連絡をした。これに対し、Y は、これを拒絶し誠実に対応することをしなかった。その頃、Y の当時の夫 E は、Y に対し、X から、① Y と A との不貞関係が継続していた当時に X が身ごもっていたこと、② A は X を始めとする家族と暮らすための自宅を新しく購入していたこと、③ A は過去にも（妻たる）X 以外の女性と遊んでいたことなどの事情を聞かされたことを話した。その後、Y と A との不貞関係は終了した。

(6) しかる後に、X と Y とは、それぞれ代理人を通じて交渉をしていたところ、Y が X に対して謝罪した上で和解金二一〇万円を支払うこととし、頭金として三五万円を一括して支払い、残金の一七五万円を月々七万円の二五回の分割で支払うとの内容でおおむね合意に達し、その旨の条項の記載がある合意書に双方が署名捺印した。

しかし、Y は、ほかにも二〇〇万円程度の借金があり、上記和解金の頭金三五万円を捻出することができず、分割金として七万円を支払ったのみで、破産手続開始（自己破産）の申立てをした。その際、Y は、破産手続において、X の慰謝料請求権を破産債権として掲げていた。そして、Y は、平成二七年七月七日午後五時、破産手続開始決定を受けると同時に、同時破産手続廃止決定を受け、同年九月一六日には免責許可決定を受けた。

二 (1) このことを受け、X が、Y に対し、Y と X の夫 A との不貞行為により婚姻共同生活の平和を侵害され、夫婦関係が破綻する危機に瀕したとして、不法行為による損害賠償請求権に基づき五五〇万円の賠償金（慰謝料五〇〇万円および相当弁護士費用五〇万円）および不法行為の日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の支払いを求めて提起したのが、本件である。

(2) X は、本件訴訟において、次のように主張した。すなわち、Y は、X が三人目の子を身ごもっていた当時、積極的かつ主導的に A との不貞関係を結びかつ継続した。Y は、A との不貞関係を継続していた間、X の二人の子（B、C）と会ったり、Y が当時扱っていた年金保険商品を A に購入させたりしたばかりでなく、不貞関係発覚後には X を侮辱するような言動をとるなど X に対して不誠実な態度に終始してきた。以上のような Y の一連の行為によって、X と A との婚姻関係

は破綻の危機に瀕し、婚姻生活の平穏は侵害され、Xは多大な精神的苦痛を被った。これらXの被った精神的損害を慰藉するための慰謝料は五〇〇万円、Yの不法行為と相当因果関係のある弁護士費用としては五〇万円をそれぞれ下らない、と。

(3) これに対してYは、不貞行為があったことについてはこれを争わず、次のように主張した。すなわち、Yは、Aとの不貞関係が発覚、終了した後、破産手続開始決定を受け、免責許可決定を受けた。Yは、自らの破産手続において、Xの慰謝料請求権も破産債権として挙げていたから、免責許可決定によってその免責を受けている。破産法二五三条一項二号は、「破産者が悪意で加えた不法行為に基づく損害賠償請求権」は非免責債権である旨を規定しているが、その趣旨および目的に照らすと、ここでいう「悪意」とは、故意を超えた積極的害意をいうものと解される。Yの場合、Aとの不貞関係は約九ヶ月間であり長いとはいえないし、Xの二人の子らとも夫(A)の友人として会っただけであり、当時Xが妊娠しているということも知らなかった。本件におけるその他の事情を考慮しても、Xに対する積極的な害意があったということはできないから、Xの慰謝料請求権は免責されたというべきである、と。これに対し、本判決は、次のように判示した。

〔判旨〕

請求棄却

一 Yによる不法行為に基づく慰謝料請求権の成否・金額について

「XとAとの婚姻関係は、AがXと婚姻していることを認識した上でYと肉體関係を持つに至り、その不貞関係が継続し、その後Xに発覚するに及んで破綻の危機に瀕したということが出来る。YとAとの不貞行為は、Xに対する関係において共同不法行為として、それによりXが被った損害を賠償する責を負うべきこととなる。そして、Xが三人目の子を身ごもっていた時期に継続して不貞関係を持っていたこと、Aとの不貞関係においてYは決して受け身なものであったとはいえないことなどYとAとの不貞行為の態様、及び不貞関係発覚直後のYのXに対する対応など本件に顕れた一切の事情に鑑みると、Xが被った精神的苦痛を慰藉するための慰謝料は、多くとも本件提起前にX・Y間でおおむね合意に達した二一〇万円を超えることはないと認めるのが相当である。」

二 XのYに対する慰謝料請求権の非免責債権該当性の有無について

もっとも、「破産法二五三条一項二号は、『破産者が悪意で加えた不法行為に基づく損害賠償請求権』は非免責債権である旨規定するところ、同項三号が『破産者が故意又は重大な過失により加えた人の生命又は身体を害する不法行為に基づ

く損害賠償請求権(前号に掲げる請求権を除く。)」と規定していることや破産法が非免責債権を設けた趣旨及び目的に照らすと、そこでいう「悪意」とは故意を超えた積極的な害意をいうものと解するのが相当である。本件においては、上記認定及び説示したとおり、Yの、Aとの不貞行為の態様及び不貞関係発覚直後のXに対する対応など、本件に顕れた一切の事情に鑑みると、Yの不法行為はその違法性の程度が低いとは到底いえない。しかしながら他方で、本件に顕れた一切(の)事情から窺われる共同不法行為者であるAの行為をも考慮すると、Yが一方的にAを籠絡してXの家庭の平穏を侵害する意図があったとまで認定することはできず、Xに対する積極的な害意があったということはできない。XのYに対する慰謝料請求権は破産法二五三条一項二号の非免責債権に該当しないといわざるを得ない。」

〔評 釈〕 判旨に反対である。

一 問題の所在

本件訴訟は、原告X(女)が、被告Y(女)に対し、YとXの夫Aとの不貞行為により婚姻共同生活の平和を侵害され、夫婦関係が破綻する危機に瀕したとして、不法行為による損害賠償請求権に基づき五五〇万円の賠償金(慰謝料五〇〇万円および相当弁護士費用五〇万円)等の支払い

を求めた事件である。本判決は、Yによる不法行為の成立を認め、XのYに対する慰謝料は多くとも二一〇万円を超えることはない」と判示したが、他方で、本判決前にYは破産手続開始決定および免責許可決定を受けているところ、XのYに対する、不貞行為に基づく慰謝料請求権は、破産法二五三条一項二号所定の非免責債権には該当しないから、XのYに対する慰謝料請求権は免責されたと判示したものである。

周知のように、破産法二五三条一項二号は、「破産者が悪意で加えた不法行為に基づく損害賠償請求権」は非免責債権である旨を規定しているが、同趣旨の規定は、旧破産法三六六条ノ一二二号にもあり、ここにいう「悪意」の意味をどのように解するかについては、後述のように、学説上争いがあった。ところが、現行破産法は、非免責債権として、二号の損害賠償請求権とは別に、新たに三号所定の「破産者が故意又は重大な過失により加えた人の生命又は身体を害する不法行為に基づく損害賠償請求権(前号に掲げる請求権を除く。)」を追加したことから、現行破産法下でも、二号所定の「悪意」の意味が問題となる。本判決は、この点につき、二号所定の「悪意」とは、「故意を超えた積極的な害意をいう」と判示しているが、そのことの

当否が問題となるのみならず、本判決が認定したような事実関係の下では、Yの「悪意」を認定できないとしたことの当否も問題となる。以下、検討する。

二 破産法二五三条一項二号にいう「悪意」の意義をめぐる学説

現行破産法二五三条一項二号は、「破産者ガ悪意ヲ以テ加ヘタル不法行為ニ基ク損害賠償」請求権を非免責債権としていた旧破産法三六六条ノ一二二号をその前身とするが、ここにいう「悪意」の意味について、旧法下では、学説上、争いがあった。すなわち、戦後の破産免責制度の導入に關与した立案担当者が、「悪意」の意義につき、「不正に他人を害する意欲を指すのであって、不法行為の要件たる『故意』の概念とも異なる。」と述べていたことを受け、「悪意」とは、単なる故意では足りず、道徳的に非難すべき積極的な害意が必要であるとする見解（害意説）が通説を形成してきた。⁽²⁾

しかし、これに対しては、破産者の人格責任を基礎づけるのに、そこまで要求すべき合理的理由はないし、わが国の破産免責制度の母法であるアメリカ連邦倒産法の非免責債権に関する条項⁽³⁾の解釈としても、単なる故意で足りると

解されていることなどを理由に、旧破産法三六六条ノ一二二号の解釈としても、故意になされた不法行為であれば足り、故意以上の別段の意欲ないし害意を要求すべきではなく、また過失であっても、自動車の暴走運転など認識ある過失の場合には、二号の悪意と評価されることもありうるとする少数説（故意説）も有力に主張されていた。⁽⁴⁾この少数説の背景には、主に人身損害を被った被害者の有する不法行為債権の場合には、被害者救済の観点から、なるべくこれを非免責債権とすべきであるとの判断がある。⁽⁵⁾

しかし、現行破産法が、旧破産法三六六条ノ一二二号の後身たる現行破産法二五三条一項二号とは別に、三号で「破産者が故意又は重大な過失により加えた人の生命又は身体を害する不法行為に基づく損害賠償請求権（前号に掲げる請求権を除く。）」を新たに非免責債権として規定したことを受け、旧破産法下で少数説を採用していた有力学説が、現行破産法二五三条一項二号にいう「悪意」とは積極的害意を意味するとする通説（害意説）に与するに至り、⁽⁶⁾現行法下では、ほとんどすべての学説が害意説を採用しているといつてよい。⁽⁷⁾その理由は、次の点にあると考えられる。すなわち、現行破産法二五三条一項三号が、この種の損害賠償請求権を非免責債権としたのは、人の生命または

身体は、法の保護法益の中で最も重要なものであり、例えば暴走運転などのような重過失による不法行為について、損害賠償請求権を免責の対象とすることは、被害者に対する救済の面からも、加害者に対する制裁の面からも好ましくないとの理由に基づく⁽⁸⁾。そこで、三号が、人の生命・身体という最も重要な保護法益に対して故意または重過失で加えた不法行為に基づく損害賠償請求権について非免責債権としているのであるから、それを除く、二号所定の「破産者が悪意で加えた不法行為に基づく損害賠償請求権」については、単なる故意では足りず、より積極的な悪意をもって「悪意」と解するのが妥当であるとの考慮である。

しかし、具体的にどのような事実関係があれば、二号の「悪意」による不法行為といえるかは、具体的事案に即して判断しなければならない難しい問題である⁽⁹⁾。そこで、以下では、旧破産法三六六条ノ一二第二号および現行破産法二五三条一項二号にいう「悪意」の有無が争われた裁判例を取り上げ、裁判所が、どのような立場から、破産者の「悪意」について判断してきたのかを眺めた上で、それらの裁判例から見て、本判決の判断が妥当であったかどうかを検討することにした。

三 「悪意」の有無が争われた裁判例

(1) 「悪意」の有無が問題となった従来の裁判例を概観してみると、「悪意」の意義につき、明確に「害意」まで必要なのか、「故意」で足りるのかにつき明言することなく、破産者の「悪意」を認定した裁判例が、いくつもある。

まず、[1]東京地判平成八・九・三〇金判一〇二三号三八頁⁽¹⁰⁾は、被告Y（破産者）が約七〇〇万円の債務を負っていることを隠してデパートのクレジットカードの利用を申し込み、その収入では支払えない状態にあったことを認識していたにもかかわらず、カードを利用して食料品等を購入し、カード利用代金を支払わなかったとの事実関係の下では、Yはカード会社Xに対する悪意による不法行為責任があるとしたものである。

続く[2]東京地判平成九・一〇・一三判タ九六七号二七一頁・金判一〇四三号四四頁は、被告Y（破産者）の生活歴、Yの借財と返済状況、クレジットカードの利用状況、Yの経済状況等について認定した上、Yは、クレジットカード利用時において、Y自身およびYが勤務していた会社の経済状態が破たんしており、その代金支払いがY自身においても会社においても不可能であったこと、およびその結果カード会社Xに損害を与えることを十分認識していたもの

であり、Yは、このことを秘匿し、加盟店の担当係をして、立替払金の支払意思および支払能力があるものと誤信させ、クレジットカードを利用したのであるから、Yのカードの利用は、悪意による不法行為に該当すると判示したものである。^[2]判決の控訴審たる^[3]東京高判平成一〇・二・二五金判一〇四三号四二頁も、^[2]判決とほとんど同様の理由を掲げ、本件カードの利用（飲食）は、悪意による不法行為に当たり、立替金相当の損害賠償請求権は非免責債権に当たるとしている。

同様に、^[4]東京地判平成一一・一一・三〇金判一〇八九号四一頁は、貸金業者Xが、被告Yに対して金銭を貸し付けたところ、その金銭消費貸借契約の締結直後に、Yが破産宣告（破産手続開始決定）・同時廃止決定、さらに免責（許可）決定を受けたため、XがYに対して、「悪意」による不法行為であるとして損害賠償を求めた事案において、YがXから当該借入れをした当時、客観的に支払不能の状態にあったことに争いが無い場合には、特段の反証がない限り、Yが返済意思を欠いていたことが事実上推定される^[5]ところ、本件事実関係の下においては、Yの支払意思の欠如について、合理的疑いを抱かせる事情は特に窺われないとして、「悪意」による不法行為と判断したものである。

さらに、^[5]最判平成一二・一・二八金判一〇九三号一五頁⁽¹⁾も、被告Y（破産者）が、その月収額から生活費などを控除すると、すでに負っていた借入金債務に対する月々の弁済をすることができない状況にあったにもかかわらず、クレジットカードの発行を受け、これを利用して商品などを購入したなどの事実関係の下においては、Yの商品などの購入は、悪意による不法行為を構成するものと解するのが相当であると判示したものである。

(2) 以上の^[1]ないし^[5]判決が、いずれも、「悪意」の意義につき、「害意」まで必要なのか、「故意」で足りるのかにつき特に明言することなく、破産者の「悪意」を認定したものであるのに対し、その立場を特に明確にすることなく、悪意による不法行為に当たらないと判断した裁判例として、次の^[6]判決がある。

^[6]大分地判平成四・八・四判タ七九四号二六三頁⁽¹³⁾は、Y（破産者）が金融業者Xとの間で、X発行のキャッシュカードを利用して限度額まで繰り返し金員の借入れができる契約を締結した際、右契約書の連帯保証人欄に妻Zに無断でZの名前を記載・捺印したため、XがYと妻Zを被告として提起した貸金返還請求訴訟において、Yに対して勝訴したもの、妻Zに対しては敗訴したことから、改めて

Xが、(前訴判決確定後に)破産宣告・免責許可決定を受けたYを被告として、Yの虚偽説明により貸金相当額の損害を被ったとして提起した訴訟においてなされたものである。この訴訟において、Xは、XがYと本件契約を締結したのは、その妻Zが連帯保証人となることを承諾し同人より署名捺印の委任を受けているとのYの説明を信頼したからであり、Xによる本件契約締結行為は、旧破産法三六六条ノ一二第二号にいう「悪意」による不法行為に該当すると主張した。

[6]判決は、本件契約締結行為が、悪意による不法行為に該当するためには、少なくともYの欺罔行為により契約を締結したことに加え、契約に基づき借り受けた金員を弁済期に弁済できず、損害を加える高度の蓋然性があることを認識して契約を締結することを要するところ、本件事実関係の下では、YがXに損害を加える高度の蓋然性があることを認識して契約を締結したと推認することはできないとして、Xの請求を棄却した。

(3) これに対し、明確に通説(害意説)の立場から、「悪意」による不法行為に当たらないと判断した裁判例として、以下のものがある。

[7]東京地判平成一三・五・二九判タ一〇八七号二六四頁⁽¹⁾

は、二号の「悪意」につき、単なる故意ではなく、不正に他人を害する意思ないし積極的な害意を意味するとの立場から、破産者Yの行為は「悪意」による不法行為に当たらないと判示した裁判例である。本件は、YがXとの間で継続的にダイヤモンドの販売委託契約を締結していた場合において、Xからダイヤモンドの引渡しを受けた後、その代金をほとんど支払うことなく、破産宣告・免責許可決定を受けたという事案において、Yには差損を生じる価格で販売委託を受けたダイヤモンドを転売している点で問題はあ
るが、Yがダイヤモンドの一部をXに返還していること、別のダイヤモンドの一部を費用をかけて再鑑定依頼をしていること、Yは平成一〇年七月に街金から借入れを
していること、Yは平成一〇年七月に街金から借入れを
に
至るまでは、未払代金債務の分割弁済等をしていること
等からすると、Yは、大きな利幅が見込める個人客に販売
する可能性にかけて、差損を生じる売却により現金収入を
得て、別の仕入れ先から新しい商品を仕入れるという自
車
操業的な営業をしていたといえるが、(その判断は経営
者として相当であったとはいえないものの)Yに不正に他人
を害する意思ないし積極的な害意があったとはいえない
と判示した。

また[8]神戸地明石支判平成一八・六・二八判タ一二二九

号三三九頁も、同様に通説の立場から、破産者Yの行為は「悪意」による不法行為には当たらないと判示した裁判例である。本件は、訴外Aが、第一種知的障害者と認定されているB（Yの兄）になりすまし、貸金業者Xとの間で金銭消費貸借基本契約を締結し、Yが、同契約から生じる債務について連帯保証契約を締結した後、Aが約束の支払期日を過ぎても、Xに弁済をしなかったため期限の利益を喪失したとして、Xが、前記連帯保証契約に基づき、Yに対して連帯保証債務の履行を求めたが、Yが、破産宣告・免責許可決定を受けたことを理由に支払いを拒んだため、Xが、YがAと共謀して、Xを欺罔して金銭消費貸借契約を締結させて金銭を借り受け、その弁済をせずにXに損害を与えたとして、不法行為に基づく損害賠償の支払いをもとめた事案に関するものである。[8]判決は、二号の「悪意」とは、単なる故意ではなく、他人を害する積極的な意欲、すなわち「害意」をいうと解されるところ、Yは、Aに恩義を感じていたことや、Aが暴力団関係者であり恐怖感があつたことなどから、Aからの依頼を断りきれずに本件連帯保証契約を締結したに過ぎず、Yには、Xを欺罔して金員を詐取して利益を得ようとする積極的な意思はなく、また、本件連帯保証契約に基づく債務を弁済しなければなら

ないと考えており、かつ、自ら弁済する能力も全くなかつたとはいえないことなどからすれば、Yの行為に害意があつたとまで認めることはできないとして、二号にいう「悪意で加えられた不法行為」には当たらないとした。

(4) 以上のように、旧破産法下においても、近時は、「悪意」の意義につき、通説たる害意説に立つ裁判例が見られるが、現行破産法下で害意説に立つことを明言した裁判例として、[9]東京地判平成二〇・七・二二判時二〇二五号六七頁がある。[9]判決は、リース会社Xが、合併前のE（伊香保）町との間で、有機性廃棄物リサイクルシステム一式（本件設備）の延払売買契約を締結するに際し、当時E町の町長であつたYが、同契約を締結するのに必要なE町議会の決議がなく無権限であつたにもかかわらず、E町の町長の公印等を冒用して契約書を作成した上、E町議会の議事録を偽造し、契約が有効に成立する旨虚偽の説明をするなどして、Xをして同契約が有効に成立するものと誤信させ、損害を被らせたことが不法行為を構成すると主張し、Yに対して三億八一四万三〇〇〇円の損害賠償を請求した事案に関してなされたものである。これに対し、Yは、不法行為の成立を争うとともに、仮に不法行為責任が認められるとしても、Yは破産手続開始決定・免責許可決定を

受け、同決定は確定しているところ、Yには、Xに対する積極的な害意は認められないから、すでに免責されていると主張して争った。

これに対し[9]判決は、まず、本件取引に至る背景事情および本件取引の経過（本件取引は、最終的にはXがA社から本件設備を代金一括払いで購入し、代金延払いでE町に転売するという形態をとることとなり、実質的には信用取引というべきものであったこと）を詳細に認定した上で、YはE町が本件設備を購入して生ゴミ処理事業を行う計画の策定、同事業のために支出する費用を計上した予算の調整、同予算を定める町議会の議決、本件契約を締結することについての町議会の議決等、本件設備を購入するに当たって必要な法令等による手続をいずれも経ていないにもかかわらず、この事実をXの担当者知らせることなく、本件延払売買契約書の買主欄に町長記名印および町長公印をそれぞれ押印して契約書を作成し、また、発注書や町議会議事録といった本件取引に関する関係書類を偽造してXに交付し、あたかも正規の手続を経てXおよびE町との間の本件取引が有効に成立したかのような状態を作り出し、その旨誤信したXをして、本件設備の売主Aに対する売買代金として四億五三三万四九〇〇円の出捐をさせ、もって

Xに損害を被らせたものであるとして、YのXに対する不法行為が成立すると判示した。また、[9]判決は、Yは別途破産手続開始申立てを行い、免責許可決定を受け、同決定は確定しているが、前記事情によれば、YはXを害する積極的な意欲（害意）を有していたと認められ、前記不法行為に基づくXのYに対する損害賠償請求権は免責されないとした。

四 本判決の検討

(1) 本判決は、[7]判決以降の近時の裁判例と同様に、破産法二五三条一項二号にいう「悪意」の意義につき、故意を超えた積極的な害意をいうと解する見解（害意説）を採用した上で、本件の具体的な事実関係の下では、Yには、Xに対する積極的な害意があったとはいえないと判示したものである。本判決は、その説示からすると、一方で、Xが三人目の子を身ごもっていた時期にXの夫Aと継続して不貞関係を持っていたこと、Aとの不貞関係においてYは決して受け身的なものであったとはいえないことなど、YのAとの不貞行為の態様、および、不貞関係発覚直後のYのXを侮辱するような言動、XがYに対し不貞関係に関して手紙を送りたいので住所を教えてほしいと要請したのに

対し、Yがこれを拒絶したことなど、本件に顕れた一切の事情に鑑みると、Yの不法行為はその違法性の程度が低いとは到底いえないとしつつも、他方で、共同不法行為者であるXの夫Aの行為をも考慮すると、Yが一方的にAを籠絡してXの家庭の平穏を侵害する意図があったとまで認定することはできない点を重視して、Yに積極的な害意があったとはいえないと判断したものである。その意味で破産法二五三条一項二号にいう「悪意」の意義につき、近時の多くの裁判例と同様の立場から、XのYに対する不貞行為に基づく損害賠償請求権は、非免責債権に当たらないと判断したものである。

そこで、問題は、かかる本判決の判断が果たして妥当であったか否かという点であるが、本判決の可否を検討するに当たっては、破産者の「悪意」を否定した近時の[7][8]判決の事案と本件事案との間には若干の相違点があるという点に留意する必要がある。それは、[7][8]判決の事案は、いずれも被害者に生じた財産的損害についての賠償請求権が非免責債権に該当するか否かが争われたものであるのに対し、本件の事案は、被害者に生じた精神的損害についての賠償請求権（慰謝料請求権）が非免責債権に該当するか否かが争われたものであるという点である。⁽¹⁵⁾

(2) 慰謝料という概念は、元々は不法行為の被害者の精神的損害に対する賠償（金）を意味するものとして生まれしてきた概念である。⁽¹⁶⁾しかし、その後、伝統的な概念規定によれば、そもそも慰謝料が認められるはずのない、法人の被った財産的損害までが「慰謝料」の名の下に認容された⁽¹⁷⁾、あるいはまた、人の生命・身体の損害についての損害賠償請求訴訟において、逸失利益や精神的苦痛その他すべての損害が包括的に「慰謝料」という項目一本で認容されるといった訴訟実務の取扱い⁽¹⁸⁾にみられるように、伝統的な慰謝料概念の意味、したがってまた、慰謝料の趣旨・目的が変容を受けてきていることは否定できない。⁽¹⁹⁾しかし、実は、以上のような意味で慰謝料という概念が用いられる場合のその機能は、あくまでも慰謝料の補完（的）機能⁽²⁰⁾であって、本来は慰謝料が被害者その人の精神的苦痛の慰謝（すなわち慰めいたわること）を目的とするものであるという点（精神的苦痛の填補機能）は否定しえないように思われる。⁽²¹⁾

周知のように、慰謝料には、かかる精神的苦痛の填補機能に加え、一種の民事制裁的機能があると見る見解が、かねてより有力に主張されてきた。⁽²²⁾これに対して通説は、民事責任と刑事責任との分化の確立した現行法制の下におい

ては、制裁は刑事法に委ね、不法行為法上の救済としては填補賠償を目的とするものとして把握せざるをえないと理解しているように思われる。⁽²³⁾しかし、公害事件の多発を契機として、企業の加害行為を抑止するという観点から、慰謝料の制裁的機能が見直される一方⁽²⁴⁾で、制裁の重視は近代的損害賠償法に反するとのこれまでの理解が、比較法（特に英米法）研究を踏まえて反省される中⁽²⁵⁾、最近では、むしろ、慰謝料には、精神的苦痛の填補機能に加え、一種の民事制裁的機能があることを肯定する見解の方が有力となっているように見受けられる。⁽²⁶⁾

先に紹介した近時の裁判例では、二号の破産者の「悪意」の認定に当たっては、いくつかの間接事実から、その「悪意」を推認するという手法が採用されているが、近時の学説がいうように、慰謝料に一種の制裁的機能があるとすれば、本判決が認定しているような、YのAとの不貞行為の態様や、不貞関係発覚直後のYのXに対する不誠実な対応など本件に顕れた一切の事情を鑑みると、YのXに対する不法行為の違法性の程度が決して低いとはいえないといった客観的事情は、破産者Yの「悪意」を推認させる重要な間接事実といえるのではなからうか。にもかかわらず、本判決が、そうした重要な間接事実からYの「悪意」を推

認せず、XのYに対する慰謝料請求権は、二号所定の非免責債権に該当しないと判断したのは妥当ではなかったのではないかと思われる。本判決の判旨に反対であると述べたのは、以上の理由からである。

(1) 位野木益雄「中田秀雪『破産法及び和議法の一部を改正する法律の解説』法曹時報四卷九号（一九五二年）五四四頁。

(2) 兼子一編『破産法』（青林書院、一九五六年）二七五頁、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、一九五九年）二六七頁、兼子一「恒田文次『破産法・和議法』（改訂増補版）』（青林書院、一九六四年）二六二頁、山木戸克己『破産法』（青林書院新社、一九七四年）三〇〇頁、桜田勝義『破産法（新法律学ハンドブック）』（高文社、一九七四年）一〇二頁、谷口安平『倒産処理法（第二版）』（筑摩書房、一九八〇年）三三九頁、高木新二郎編『破産・和議の基礎知識』（青林書院、一九九六年）三九四頁「田頭章二」、中野貞一郎「道下徹編『基本法コンメンタール破産法（第二版）』（日本評論社、一九九七年）三六五頁「山垣清正」、大村雅彦『基礎講義破産法（増補版）』（青林書院、二〇〇二年）三三〇頁、畑宏樹「非免責債権としての不法行為債権に関する一考察」福島大学

行政社会論集一五卷一号(二〇〇二年)一三五頁など。
 なお、谷口・前掲三三九頁は、「悪意」を積極的な意と
 解すると、最も普通によくある過失による不法行為の場
 合には免責されてしまうが、被害者の立場を考慮すると、
 立法論としてはもっときめ細かい配慮が必要と思われる
 と指摘していた。

(3) 戦後、破産免責制度をアメリカ合衆国から導入する際
 に参照可能であった一九二九年連邦倒産法の第一七条(2)
 [現行一九七八年連邦倒産法第五二三条(a)(6)に相当する]
 では、「他の者または他の者の財産に対する債務者の故意
 あるいは悪意の加害」に基づく債務が、非免責債務(債
 権)とされていた。

(4) 斎藤秀夫・鈴木潔・麻上正信編『注解破産法』(青林
 書院新社、一九八三年)一一四九頁「池田辰夫」。破産免
 責制度導入直後の学説で、故意で足りると解するものと
 して、岡村玄治『破産法要義』(明玄書房、一九五四年)
 二四七頁がある。故意で足りるとする見解を支持するも
 のとして、伊藤眞『破産法』(有斐閣、一九八八年)三八
 八頁、宮川知法『消費者更生の法理論』(信山社、一九九
 七年)一九頁、林屋礼二『破産法講話』(信山社、一九九
 八年)一八六頁、東京地裁破産和議実務研究会編『破産・
 和議の実務(下)』(きんざい、一九九八年)一九七―一
 九八頁「佐々木宗啓」、小室裕一「破産免責事件における

一部債権者の保護」櫻井孝一先生古稀祝賀『倒産法学の
 軌跡と展望』(成文堂、二〇〇一年)四七四頁などがある。
 また、林屋礼二・上田徹一郎・福永有利『破産法』(青林
 書院、一九九三年)二九二頁「上田」、照屋雅子「非免責
 債権」石川明・田中康久・山内八郎編『破産・和議の実
 務と理論』(判例タイムズ八三〇号)(一九九四年)三六
 四頁もこの見解に好意的か。

(5) 畑・前掲注(2)一三二頁。

(6) 伊藤眞『破産法(第四版)』(有斐閣、二〇〇五年)五
 三五頁。ちなみに、同書の最新版である伊藤『破産法・
 民事再生法(第三版)』(有斐閣、二〇一四年)七二八頁
 でもこの見解を維持されている。

(7) 伊藤眞・松下淳一・山本和彦編集『新破産法の基本構
 造と実務』(ジュリスト増刊)(二〇〇七年)五四七―五
 四八頁「伊藤眞発言・松下淳一発言・瀬戸英雄発言」、宗
 田親彦『破産法概説(新訂第三版)』(慶應義塾大学出版
 会、二〇〇六年)五七五頁、小林秀之・齋藤善人『破産
 法(新論点講義シリーズ)』(弘文堂、二〇〇七年)二五
 三頁、中島弘雅『体系倒産法I(破産・特別清算)』(中
 央経済社、二〇〇七年)五一七頁、野村剛司「非免責債
 権」山本克己・山本和彦・瀬戸英雄編『新破産法の理論
 と実務』(判例タイムズ社、二〇〇八年)四六八頁、同
 『倒産法を知ろう』(青林書院、二〇一五年)一一一頁、

- 全国倒産処理弁護士ネットワーク編『破産実務Q&A二〇〇問』（金融財政事情研究会、二〇一二年）四〇二頁「新宅正人」、山本克己、小久保孝雄、中井康之編『新基本法コンメンタール破産法』（日本評論社、二〇一四年）六〇四頁「坂田宏」、山本和彦ほか『倒産法概説（第二版補訂版）』（弘文堂、二〇一五年）五六〇頁「山本和彦」、田頭章一『講義破産法・民事再生法』（有斐閣、二〇一六年）二八〇頁など。もっとも、徳田和幸『プレッパ破産法（第六版）』（弘文堂、二〇一五年）一三八頁は、現行破産法下において、「悪意」の意義につき、故意で足りるとする見解を支持しているように見える。
- (8) 小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』（商事法務、二〇〇四年）三四七頁参照。
- (9) 判例タイムズ一四二九号二三四頁の「解説」がこのことを指摘している。
- (10) [1]判決の解説として、武田仁・NBL六三六号（一九九八年）二八頁がある。
- (11) [5]判決の解説として、井田宏・判例タイムズ一〇六五号〔平成二二年度主要民事判例解説〕（二〇〇一年）三〇二頁、長谷部由起子・倒産判例百選〔第三版〕（二〇〇二年）一九六頁、同・倒産判例百選〔第四版〕（二〇〇六年）一五六頁、北村賢哲・倒産判例百選〔第五版〕（二〇一三年）一七四頁がある。
- (12) もっとも、小室・前掲注（4）四七七頁は、それらの裁判例は、故意で足りるとの見解（故意説）を示したものであると解している。
- (13) [6]判決を契機として書かれた論文として、井上薫「破産法第三六六条ノ二但書二号にいう『悪意』の対象」判例タイムズ八〇五号（一九九三年）三五頁がある。
- (14) [7]判決の評釈として、村田典子・ジュリスト一二七一号（二〇〇三年）一一二頁がある。
- (15) 二号の「悪意」の解釈に際しては、当該不法行為の事件類型がどのようなものであるかを念頭に置いて論ずべきである旨を説く学説として、佐藤鉄男「倒産手続における不法行為債権の処遇」福永有利ほか『倒産実体法』（別冊NBL六九号）（二〇〇二年）八頁以下、畑・前掲注（2）一三六頁、長谷部・前掲注（11）一九七頁、村田・前掲注（14）一一五頁がある。
- (16) このことにつき、幾代通「不法行為」（筑摩書房、一九七七年）二八二頁、幾代通、徳本伸一「不法行為法〔補訂版〕」（有斐閣、一九九三年）二九九頁。
- (17) たとえば、最判昭和三九・一・二八民集一八卷一号一三六頁。
- (18) このことにつき、田中康久「慰謝料額の算定」有泉亨監修『現代損害賠償法講座7』（日本評論社、一九七四年）二六〇頁参照。

- (19) 以上につき、幾代・前掲注(16)二八二―二八三頁、幾代Ⅱ徳本・前掲注(16)三〇〇―三〇一頁、前田達明『民法Ⅵ2(不法行為法)』(青林書院新社、一九八〇年)三二二頁以下、四宮和夫『不法行為』(青林書院、一九八五年)五九六頁、森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、一九八七年)三六四頁、潮見佳男『不法行為法』(信山社、一九九九年)二六一頁など参照。
- (20) 現在の損害賠償請求訴訟では、最判昭和四八・四・五民集二七卷三号四一九頁が、同一事故により生じた同一の身体傷害を理由として財産上の損害と精神上的の損害との賠償を請求する場合における請求権および訴訟物を一個であると判示して以降、積極損害とか逸失利益とかの費目において主張されている損害が、存在することは立証できるが、その額の算定が困難である場合に、その損害額を、当該費目においては認めず、慰謝料算定に当たり斟酌したり、さらには逸失利益を認めない代わりに、慰謝料費目において請求金額以上に慰謝料額を認定するといったことが行われている。これを慰謝料の補充(的)機能という。詳しくは、前掲注(19)の諸文献参照。
- (21) このことにつき、加藤一郎「慰謝料請求権の相統性」ジュリスト三九一号(一九六八年)四二頁、好美清光「慰謝料請求権の問題点」法学セミナー一四二号(一九六八年)六三頁参照。
- (22) たとえば、戒能通孝「不法行為法における無形損害の賠償請求権(一)(二・完)」法学協会雑誌五〇巻二号一八頁以下・三号一六頁以下(一九三二年)、同「債権各論」(厳松堂書店、一九四三年)四八四頁。
- (23) たとえば、植林弘「慰藉料算定論」(有斐閣、一九六二年)一二九頁以下、加藤一郎編『注釈民法(19)』(有斐閣、一九六五年)二〇一―二〇二頁「植林弘」、加藤一郎「不法行為(増補版)」(有斐閣、一九七四年)二二八頁、田中・前掲注(18)二六一頁、幾代・前掲注(16)二八二頁、幾代Ⅱ徳本・前掲注(16)三〇〇頁、四宮・前掲注(19)五九五頁など。裁判実務でも、慰謝料の制裁的機能は否定されている。たとえば、最判平成九・七・一一民集五一卷六号二五七三頁。
- (24) たとえば、三島宗彦「慰謝料の本質」金沢法学五巻一号(一九五九年)一頁、同「人格権の保護」(有斐閣、一九六五年)二九二頁、同「非財産的損害の賠償(一)」立命館法学七五・七六号(一九六七年)四九〇頁、同「無形損害の賠償をめぐって」私法三〇号(一九六八年)一四五頁、同「損害賠償と制裁的機能」立命館法学一〇五・一〇六号(一九七三年)六六六頁、花谷薫「慰謝料の制裁的機能に対する評価をめぐって」法と政治二四巻三号(一九七三年)三九六頁以下、淡路剛久「不法行為法における権利保障と損害の評価」(有斐閣、一九八四年)一五

六頁など。

(25) 代表的なものとしては、田中英夫『竹内昭夫』法の実現における私人の役割（東京大学出版会、一九八七年）一三三頁以下・一五六頁以下がある。

(26) たとえば、前田・前掲注（19）三三三頁、吉村良一「慰謝料請求権」星野英一編集代表『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、一九八五年）四二九頁以下、同『不法行為法（第五版）』（有斐閣、二〇一七年）一六八頁、森島・前掲注（19）三六六頁、沢井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第三版）』（有斐閣、二〇〇一年）二四三頁、加藤雅信『新民法体系V 事務管理・不当利得・不法行為（第二版）』（有斐閣、二〇〇五年）二八八頁以下など。なお、森島・前掲注（19）四六六頁以下、潮見・前掲注（19）二六三―二六四頁、同『不法行為法I（第二版）』（信山社、二〇〇九年）五〇頁以下も参照。

中島 弘雅