

## 不倫相手への遺贈と「公序良俗」

西台 満

### Does the Law Permit the Devise to a Mistress by Will ?

Michiru NISHIDAI

In Japan, each field of learning seems to be mutually isolated. The interdisciplinary or multiple studies in particular are preferable to prevent them from getting into self-complacency. This paper is a criticism of one general opinion in the academic society of civil law made by a student of criminal law.

The Supreme Court held that it was valid for a married man to leave a part of his fortune to his mistress by will. I insist that such will is invalid because of the deviation from public order and morals (Civil Code; article 90).

---

#### Key Words

public order and morals 公序良俗 testament 遺言 liaison 不倫

### 第1章 序

大学は英語では University、ドイツ語では Universität と呼ばれており、それぞれの元になっている形容詞 universal、universal は、「宇宙の、全般の、普遍的な」というような意味である。だから一つ又は少数の学部しか持たない高等教育機関は、College ではあっても University ではない。さまざまな学問分野が、一つに (uni)まとまっているところ、それが大学である。

我国では、確かにハード的には、言い換えると土地的には一つにまとまった大学が何百と林立しているわけだが、ソフト的・内容的には普遍的なる共通の真理を目指す求心力が働いているか、というと甚だ心許ない。明治維新以来、西洋の学問を取り入れるのに急で、玉石混淆、とにかく分野毎に分かれて翻訳・紹介に明け暮れた。言うなれば、新しい知識を取り入れる上から下への流ればかりがあって、それらの知識相互間に如何なる関係があるのか、といった横の交流が完全に欠如していた。

これは、何も学問の世界に限った話ではない。政治の世界でも、事情は似たり寄ったりである。帝国大学において少数のエリートを養成し、そのエリート群に権限を集中して、

国家の運営に当たらせる。地方は国の出先に過ぎず、指示・命令は中央から地方への一方通行となる。地方毎に、住民が自分たちで相談して決めるという横のつながり、即ち地方自治は我国には存在しない。アメリカの占領の下、西洋的民主主義憲法が制定されても、実態は変わらなかった。今日でもなお、我国は中央集権国家である。

しかし、二大覇権国家の一方の雄、ソ連が1991年に崩壊したことにより、世界はアメリカの Hegemonie ( 盟主の地位・指導権) 下に入った。Global standard ( 世界統一基準 ) という美名の下に、アメリカは自国の基準を世界に押し付け始めた。インターネットという情報通信革命と相まって、良くも悪くも世界は急速に一体化しつつある。我国は、これまでは巧妙に非関税障壁を設けて、外国資本との競争を回避してきたのであるが、金融を手始めに、次々と市場を世界に向けて開放せざるを得なくなるであろう。

学問も、同様である。専門別同業者ギルド ( 組合 ) としての学会は、真理よりも権威の維持を主目的に、階層制社会を形成してきたが、日本国内における権威などグローバルな観点からは無価値である。この弊は、国際的批判にさらされることの少ない文科系の学問において著しい。

今日では学問の専門化が進み、専門の中でも更に細分化され、そのため、同じ専門に属している人同士でも話が通じないことがある、とさえ言われている。そういう状況下にあっては、「本来、学問は一つ」という大学の原点に戻ることが、特に重要と思われる。つまり、学際的 ( interdisciplinary ) あるいは複合的 ( multiple ) な研究が、時代の要請となる。

仲間内だけで通じる専門用語を使い、仲間内でお互いに高く評価し合う ( 仲間ほめ ) ようなことを続けていると、段々世間の常識から外れてゆくようなことにもなりかねない。奇しくも、平成11年9月30日茨城県東海村で、放射能漏れ事故が発生した。単なるウランの精製ということで会社も従業員も甘く見て、利潤追求のため正規の手続を大幅に簡略化して作業していた。こういう驚くべき実態が、仲間内では当たり前のこととされ、危険な行為が危険だと感じられていなかった。

従って学問も、それぞれの領域が蛸壺的に孤立して独善に陥らないよう、風通しを良くしなければならないのである。本稿の意図は、刑法学からの民法学批判である。最初に取り上げたのは、不倫という違法行為に基づく遺贈が、果たして効力を認められるかどうか、である。

## 第2章 判例

この問題に関しては、昭和61年11月20日に初めての最高裁判決が出た。既に大審院時代に一件、判決が出ているので、先ずそれを紹介しておくことにする。

事実を簡単に述べると、Aは妾に対して「自分が死ぬまでこの関係が続けるなら、死ん

〈研究ノート〉

だときに一万円を遺贈する」との遺書を作成し、妾に手渡していた。そしてAの死後、遺族から「その遺言は公序良俗に反し、無効」との確認訴訟が提起された。

大審院はこの争いに対し、「本件遺言は、妾関係の維持継続を条件とするもので、善良の風俗に反する事項を目的とするものなること、疑いを入れるの余地無し」と断じて、遺族の請求を認容したのである<sup>(1)</sup>。根拠はもちろん、民法90条「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は無効とす」である。

最高裁は、この大審院判決を踏襲して、「妾関係を維持継続する目的か否か」を重要な判断基準としている。事実は、次のようである。

Bは、本宅のある静岡県伊東市と妾のいる東京とを行ったり来たりして、この状態が約6年間続いた。妾宅で遺産の三分の一をやるという殴り書きのような遺書を作成した約1年後に、本宅で亡くなった。妻と一人娘の二人が相続人として、もちろん遺書の無効を主張して争うことになったのだが、最高裁は、大審院とは逆に、遺書有効として原告の請求を退けたのである。

本判決に対する民法学者の評釈を見る限り、賛成が圧倒的である。「遺贈が遺言者・受遺者間の男女関係の維持継続を狙いとしていたか、遺言の結果親密度が増したかどうか、遺言者死亡後の受遺者の生活が遺贈目的物の存否にかかっているかどうかなど」<sup>(2)</sup> 諸般の事情を総合的に考慮する点は、具体的に妥当な結論を出すには当然のこと、と考えられているようである。

しかし、刑法学者の私から見れば、それでは余りにも法的安定性がない。言い換えると、裁判官の胸三寸、彼の考えようで裁判の勝ち負けはどちらにでも転ぶわけで、まるでサイコロを振るような感じである。弁護士にしても、「あらゆる要素が総合的に考慮される」ということだけが判例上明らかなだけだから、訴訟を起こした場合の勝ち負けは予想できない。「ともかく、やってみましょう」ということになる。弁護士にとっては、そういう状況の方がむしろ、商売上都合がいいのかも知れない。しかし、国民にとっては大迷惑である。法律だけで裁判の結果が予想できるというのが民主主義の本来の姿であるが、少なくとも法律を読み判例を調べればどういう判決が出てくるのか分かるぐらいでなければならぬ。

結論の「具体的妥当性」と要件→結論の「予測可能性」とは、二律背反、こちらを立てればあちらが立たずの関係で、永遠のテーマではあるが、今の民法学界は余りにも前者に傾きすぎているのではないだろうか。「法律に定めるのは単なる大枠だけで、後は裁判官の御自由に」では、法治主義即ち法に基づく裁判とは言い難く、人治主義、裁く人間の価値観に左右される専制政治に成り下がってしまう恐れがある。以下、具体的妥当性と予測可能性の適度のバランスという観点から、私なりの民法解釈を提示してみたい。

### 第3章 不倫関係を維持継続する目的

妾に対する三分の一の包括遺贈を有効と判断した、その根拠を個々検討する。

判決によれば、「本件遺言は不倫な関係の維持継続を目的とするものではなく、もっぱら生計を亡Bに頼っていた被上告人(妾)の生活を保全するためにされたものというべき」である。

しかし、この理由には納得がゆきかねる。まず、「不倫関係の維持」と「生活保全」とが全然別個のものと観念されている。Bが妾を愛している場合、不倫関係を今後も維持したいと願うであろうし、生活についても心配のないようにしてやりたいと思うであろうことは、想像に難くない。そういうBが、妾にマンションを買ってやったとすると、その生前贈与は、維持目的であろうか、それとも保全目的であろうか？ 両方である。

そもそも、婚姻制度の設けられている趣旨は何であろうか。それは「女性の保護」、より正確に言うと「妻の保護」に尽きる。オスは、できるだけ多くのメスに子孫をはらませること、人間のオスの場合だとできるだけ多くのメスとセックスすること、に頗る熱心だが、その結果生まれる子孫の養育ということになると、甚だ不熱心である。動物の場合だと、その子孫は短期間で成長するから、オスが養育を放棄しても大して害はないのだが、人間の場合は全然違う。社会性を身に着けた人間らしい人間になるまで、あるいは家庭を作れるほどの経済的能力を持つまでには、15年以上の長い長い年月がかかる。近年は18年が最低で、22年あるいはそれ以上かかる場合も稀ではない。成人するまでにかかる費用も並大抵ではない、ということである。

オスが本能のままに性行動を取るのを許していたら、言い換えるとメスに子供を生ませるだけで、自らは養育の義務を果たさないオスの存在を許していたら、人間の共同体は危機に瀕することになる。「社会の基本的単位としての家庭の健全化は国家の関心事であるから」、婚姻法は強行法的性格を帯びることになるのである<sup>③</sup>。

民法752条は「夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならない」と定める。男女同権という建て前があるために、夫と妻双方の権利・義務という形を取ってはいるが、眼目は、つまり真の狙いは男に扶助義務を負わせることにあるのは、間違いない。

このような婚姻制度の趣旨を踏まえるなら、決して最高裁や民法学者のような狭い解釈は出て来ないはずである。即ち、彼等は「不倫関係の維持継続」を、将来に向かってのそれに限定して考えている。しかし、不倫は婚姻制度を破壊するものであるが故に、将来に向かって続く場合のみならず、過去に維持継続された不倫も公序良俗に反すること、言を待たない。

従って、「今後も私が死ぬまで妾でいてくれたら、遺産をあげる」というような将来の継続を条件とした遺言であろうが、「これまで、妾としてよく尽くしてくれた」との過去の継続に対する感謝からの手切れ金の贈与であろうが、関係はない。どちらも無効である。

しかも、将来の不倫だけを無効の対象にしようとする立場（以後、通説と呼ぶ）は、心理的にも法律的にも非現実的な空論である。と言うのは、配偶者の一方が他方の不倫によって心理的衝撃を受けるのは、それを知ってからそれが更に継続するからではない。過去にそういう事実があったことによってである。確かに、今後も続くとの予測は、受けた衝撃を倍加させはするであろう。しかし、最初の「裏切られた」とのショックが余りにも大きいために、たとえ、発覚した時点で不倫関係が終わったとしても、以後夫婦関係がうまく行かなくなり、離婚に至るケースが少なくないように思われる。法律上の離婚原因に挙げられている「配偶者に不貞な行為があったとき」（民法770条1項1号）にしても、将来も継続する不貞行為に限られないこと、言うまでもない。

結局、大審院が最初に示した、有効・無効を決定するメルクマールとしての「不倫関係の維持継続目的」とは、過去に継続した、あるいは将来も継続するであろう不倫関係を目的にした、換言するとそういう関係に帰因する財産の移転は、公序良俗に反し無効、との意味に解釈しなければならない、ということである。因みに、目的は原因と同義である。例えば、「金を盗む目的で、人の家に侵入した」は、「人の家に侵入したのは、金欲しさが動機（原因）だった」と同じ意味である。

最高裁も通説も、婚姻制度の趣旨・目的という根本的なところから考えなかったために、浅薄な「読んで字の如し」解釈に陥ったのである。「Bが長年つきあった愛人に遺産の三分の一を贈るといふ遺書を書いたのは、生活保全を図ったのであって、不倫関係維持のためではない」との理由づけに対しては、上告人（遺族）のようにも批判できる。即ち、

「原判決をみると、あえて、不倫関係の維持継続のために遺言は必要でなかったとして、被上告人の将来の生活のためだとしている。即ち、男性側は女性をひきとめておくためにはどうしても必要という理由がなくては、維持継続と言えないという解釈であり、でなければ、有効というようであるが、これは原則と例外を逆にした解釈で、誤りである…。なぜなら…不倫関係にある者に対して、相当の財産を遺贈する（のは）、相手の女性の気持を、より自分に向けさせ、安心させることにより、互の関係をさらに緊密にし、深い関係にさせるのが目的であるのが通常（だからである）。

遺言書は遺言者が死亡しなければ、遺贈の内容の実現がないのであり、不倫な関係の破綻があれば、遺言が取消されたり、書き換えられたりする恐れもある。従って、遺言者の方から、相手方に対し、不倫な関係を強要しなければならないような事情がなくとも、不倫な関係を維持継続することが固定化することは確実である。…

（つまり）被上告人は、せっかく書かせた遺言の実現までは、即ち、亡Bの死まで亡Bとの関係を維持しようということにならざるを得ないのであり、現に、亡Bの死亡の直前まで交渉を続けている」<sup>41</sup>。

日頃、几帳面な文字を書く亡Bが、本件遺書に関しては殴り書きのような乱暴な書き方

をしているのも、被上告人からうるさくせがまれたこと、即ち遺書を書かなければ二人の  
 関係の維持が困難になったことを証明しているように思われる。

本件最高裁判決に賛成との立場を明らかにしている佐藤義彦すら、上記理由づけには、  
 次のように反対する。

「本判決が、『本件遺言は不倫な関係の維持継続を目的とするものではない』とし  
 ているのは、もしも『不倫な関係の維持継続を目的』とした遺贈であるとしたときは、  
 本件遺贈を無効と判断するほかなかったからである。しかし、現実問題として、Bが  
 被上告人に全財産の三分の一を遺贈する旨を記載した遺言書を手渡すことにより、B  
 と被上告人との愛情関係が深まることもありこそすれ、これが原因で両者の関係が断  
 絶するとは考えられないのではなからうか？

また、『本件遺言は…もっぱら生計を亡Bに頼っていた被上告人の生活を保全する  
 ためにされたものというべきである』という部分も、被上告人がホステスであり、生  
 活能力がなかったというわけのものでもないことをあわせ考えると、この認定自体に  
 かなり疑問が残るばかりでなく、仮に『生活を保全するため』にのみなされたものだ  
 としても、なぜそのことが、公序良俗違反にならないことの根拠となるのかについて  
 は、説明がないのである。財産的利益の供与は、多かれ少なかれ常に『生活を保全』  
 する機能を有するものであることを考えると、『生活を保全するため』であったと言  
 うことにより、現実問題としては、婚姻外性関係にある者相互間における財産的利益  
 の授受が常に有効となるという契機を含むことになってしまう<sup>6)</sup>。

#### 第4章 総合的考慮

「不倫関係維持」と「生活保全」、なぜこのようなナンセンスな区別が、下級審から最  
 高裁まで、何の疑問も感じられることなくまかり通ったのか、不可解と言うの他ない。最  
 高裁でも、五名の裁判官の全員一致である。

佐藤の批判の中にあるように、「生活保全」という理由は、説明の必要など全くなしに、  
 不倫という不法を帳消しにしてしまう威力をもつものとして、判決中で使用されている。  
 それは、あたかも水戸黄門が「これが目に入らぬか」と頭上高く掲げる「葵の御紋入り印  
 籠」の如くである。

「生活保全」あるいは「生きるため」という目的が掲げられた時は、我々は無条件にひ  
 れ伏さなければならない、と決まっているのか？ お金がなく、空腹で死にそうなら、食  
 べ物は好き放題に盗んでいいのか？ 本件最高裁判決の考え方だとイエスという答が帰っ  
 てきそうで、刑法学者たる私には納得がいきかねるところである。最後に、民法学者がこ  
 ぞって賛成する「諸事情を総合的に考慮する」手法について論じておきたい。

確かに、法律解釈に当たっては、「常識外れのとんでもない結論が出たりしないように」、

## 〈研究ノート〉

できれば「何人をもなるほどと感心させるような、筋の通った結論になるように」ということで、貨物船が目的地なしに出港することがあり得ないように、いろいろな要素を考慮に入れて落ち着き先を予め念頭に入れておく、ということは大切である。そういう意味での総合的考慮は、解釈には必要不可欠だと考える。しかし、それはあくまで、条文の意味の選択・決定の背後で働く思考作用であって、表面に出てくるものではない。表向きは、「法律第何条はこのような意味に解すべきであるから、当該法律行為は無効あるいは有効」という風にもっていく。

第2章で述べたことの繰り返しになるが、国会の制定した法律によって、それを読めば、大筋で、こうすればこうなる、こういうことを欲するならこうしなければならない、ということが分かる仕組みになっている。しかし、文章での記述には言うまでもなく大きな限界があるから、細かい点での疑問・理解の相違については、判例などで逐次明らかにされていくことになっている。こうして、法律の内容が国民に明白になってゆけば、訴訟にまで紛糾しないように各人、気を付けるであろうから、法的平和が実現するのである。これを、「法治主義」あるいは「法的安定性」と呼んでいる。

しかるに、条文解釈の背後で機能すべき考慮が、表面ないし前面に出てくると、法治主義が崩れる。裁判官がどういう判決を出すのか、予測できなくなる。裁判官の個人的な価値観で裁かれるからである。

本件で見れば、①不倫関係は7年間も継続した ②妾の存在を、家族は早くから知っていた ③Bと妾とは半同棲で、妻との関係は希薄になっていた ④遺言の作成で、Bと妾の親密度が増したという形跡はない ⑤旧規定では妻の法定相続分は三分の一、遺言書でも三分の一で、変わらない ⑥子(一人)の相続分は三分の二から三分の一に半減するが、子は既に嫁いでおり、教員としての収入もある ⑦妾は生計をもっぱらBに頼っていた一などが、結論を導き出した理由として、判決の前面に出されている。

確かに、判断の「材料」は明らかにされているわけであるが、なぜそれが材料として考慮の対象になったのか、それがどの程度なら対象になりどの程度なら対象にならないのか、すべての材料は全く同等の価値なのかそれとも軽重の違いがあるのか、違いがあるとすれば具体的にどのように秤量されたのか、判決に記載されている以外にも考慮すべき材料はいろいろあると思われるが(例えば、被上告人の性格・職業・収入、半同棲の内容、Bからの生前贈与の額、遺産分割の方法・結果などなど)、なぜそれらは省略されているのか、など分からないことだらけである。

不倫期間について言えば、7年ならよいとして、5年ならどうなのか、2～3年ではだめなのか。妻との関係が希薄と言うが、離婚したわけではもちろんなくて、別居しているわけでもない。妾宅に頻繁に通ったというだけで、寝泊まりは主として妻宅であり、死亡したのも妻宅である。夫婦としての実態を失い、気持ちが完全に妾に移っていたとすれば、遺言も「全額、妾にやる」となり、遺族には遺留分しか行かなかったはずである。起居生

活を共にして夫婦同然だったというわけでもないのに、半同棲と呼んで妻と全く同等の地位を認めて、果たして公平と言えるのか。

繰り返して言えば、判断の材料はかなり豊富に判決中に示されてはいるが、その材料がどれだけの分量でどのように加工された結果、主文のような結論に至ったのか、過程が全く不明である。つまり、判断の「基準」が示されていないのである。従って、第2章で書いたように、裁判官の胸三寸で結論を出した、と言わざるを得ない。

上告人は「原則と例外を逆にした解釈」と批判したが、私も同様に「本判決は、民法秩序をひっくり返し、つまり違法と適法を逆転させて、違法の方をむしろ保護しようとしている」と批判したい。妾に遺贈することによって、二人の関係がより親密になり絆が強まったことを上告人が証明しない限り、遺贈はもっぱら妾の生活を保全する目的でなされたと思われ適法であるとの理由づけが、まさにその典型であることは、既に述べた。被上告人に対しては、遺贈が生活保全目的であることの立証は要求されなかった。それ以外の点を見てゆくならば、

(1)夫Bが妾を持ったことを、妻は早くから気づいていたという事実が、妾への遺贈を適法とする根拠の一つにされている。気づいていながら、それに対する何らかの法的手段、例えばBを相手取った離婚請求訴訟・あるいはBと妾を相手取った慰謝料請求訴訟、を取らなかったことが違法だとでも言うのだろうか。これらは権利であって、決して義務ではない。

認識の有無を問題にするのなら、妾の認識つまりBは既婚者であると知った上で交際を始めたのか、もし知らなかったとすれば何時知ったのか、をこそ問うべきである。なぜなら、知った時点で、それから以後の交際は民法上違法となり、妻に対する不法行為を構成するからである。裁判所が問題にする妻の認識など、民法上は何の意味も持たない。まさに倒錯した思考である。

(2)亡Bの一人娘は既に嫁ぎ、しかも高校の講師をしているのであるが、結婚していること、職業を持っていることが、妾によって相続分を半分奪われる理由にされている。なぜ、家庭を持ち、真面目に働いていることが、裁判所によって不利にカウントされなければならないのか。下級審でも最高裁でも、裁判官は、職も収入もなしに毎日ぶらぶらしていることが望ましい状態、とでも考えているらしく、「もっぱら生計を亡Bに頼っていた」ということを被上告人勝訴の理由にしている。実際は、そんなことはなくて、ホステスとして働き収入もあったわけだが、事実を曲げてまで被上告人は働いてなかった、ということにされている。

(3)遺産総額がかなり大きいらしく、妻は三分の一を相続することによって「生活の基盤が脅か」されることはない、ということも、裁判に敗れる理由になっている。遺産は、本来夫婦の協力で築き上げた共有財産で、一定の親族に引き継がれるのを通常とするものであるから、よりによって不法に夫婦の一方と関係を結んだ者などに分与したり引き継がせ



## 〈研究ノート〉

たりするべき性質のものではない。しかも、Bが妾に引き継がせようと企図した三分之一がそのように大きい金額であるならば、なおさら妻にとっては遣りきれない思いになるであろうことは、想像に難くない。従って、本件に関する一連の裁判所の判断は、社会通念から言っても、全く首肯しがたいものである。

ここで反論として、必ず登場してくると思われるのが、「法律行為の自由」原則である。例えば、本件と全く同様の事案で福岡地裁は遺言無効判決を出したのであるが、その判決に対しては「本判決のように、遺贈の効力をその内容の故に否定することは…遺言内容への介入であり、最終意思の否定である。そもそも、わが国の民法では、何人もその遺産については、遺留分を除くと遺言により全く自由に処分できることになっており、その遺言者の意思は、最終意思であるが故に尊重されなければならない」との批判がある<sup>6)</sup>。

人が死に際して表示する意思を最終意思と呼んでいるのであろうが、確かに人情的にはできるだけ適えて上げたいとは思いますが、法の前では最終であろうがなかろうが関係ない。例えば、第三者に100%遺贈するのが、その人の最終意思だったとしても、遺留分制度というものによって、その意思は否定されるのである。

では、遺留分だけが「法律行為の自由」に対する制限なのかと言うと、そうではない。先ず、遺言書には厳格な形式が要求される。この形式からちょっとでも外れると、いくら最終意思だからと言っても受け付けてはもらえない。遺言事項という制限もある。葬式の様式・規模・方法などに関していくら遺言書で指示しておいても、これらは遺言事項ではないため、強制力が認められない。更に、「公序良俗に反しないこと」という総則に定められた大前提もある。いくら、私的自治が原則、法律行為は自由なんだと言っても、あくまで法の枠内での自治・自由であることを忘れてはならないのである。

このことは、憲法において既に明らかである。人間は生まれながらにして基本的に自由、即ち原則自由ということで「基本的人権」が認められること、民主主義国家の前提であるが、だからと言って無制限の自由を認める国家など地球上には存在しない。周りの人に迷惑をかけないという意味の「公共の福祉」が、個人の自由をがっちり方向付けている。従って、「遺言に関しては、遺留分以外は完全に自由」などという見解は、その人の勝手な思い込み以外の何物でもない。

## 第5章 結論

結局、第3章で述べたように、不倫関係を維持・継続する目的での出捐、即ち簡潔に表現すると「不倫に起因する財産供与」は、公序良俗に反するが故に無効、と判決するのが法に基づく裁判を義務づけられた裁判所の取るべき唯一の態度である。事細かに判断材料を並べ立てながら、実質的には裁判官の個人的な価値観で裁量するような裁判は行うべきでない。

このような私の立場は、「倫理観や性風俗等の変化を見ようとしなない」「時代遅れの潔癖な倫理観を法に持ち込む」見解なのであろうか。決してそうではない。倫理観や価値観は、時代により、それどころか人によってさまざまに異なるものであることを、私は否定しない。しかし、法が動かない以上、変化に対応して改正されない以上は、あらゆる倫理観の最低限ないし共通項として厳として機能すべきことを認めなければならない。その点で、多くの判例評釈者は、解釈論と立法論をごちゃ混ぜにしているように思われるのである。書かれた法規定を無視して、時代の変化に合わせた結論を主張する。しかし、それでは人々は安心して暮らせない。

古今東西変わることのない「不倫の実相」は、明治30年12月4日の大審院判決の言葉に凝縮しているように思われる。即ち、不倫の男女が、二人の関係が永遠に続くようにとの願望から「別れたいと言い出した方は、相手に違約金を支払う」との契約を結んだ。その後、男の方が契約に違反したので、女が違約金支払いを求めて出訴した事案で、大審院は「妾なるものは、男女間における内輪の関係にして一夫一婦たる善良の風俗に反するものなれば、法律上その関係を認めることを得ず」と、女の請求を棄却した。

まさに、不倫は「内輪の関係」である。どこまでも秘密裏に行なわれるべき男女関係である。最高裁は判決で、妻が知っていながら事を荒立てなかったと、まるで妻の落度であるかのように非難しているが、それは全くのお門違いと言うべきである。妾があくまで日陰の存在として生活している限りは「見て、見ぬ振りをする」、これが「情け」であり、大人としての雅量である。賞賛されこそすれ、非難されるいわれは毛頭ない。

日陰に閉じこめられる代償として、妾はできるだけ高い物を男にねだればよい。但し、不動産をねだる場合でも、あくまで裏金による新規購入でなければならないだろう。夫婦の財産は基本的に共有なので、妻に見つかれば、訴訟によって無効にされるからである。従って、生前贈与であれ遺贈であれ、既に夫婦の財産としてある不動産には絶対手を付けてはならない。

妾とは、古今東西そういう地位・身分である。それが嫌なら、初めから妾になんかならなければよいのである。昔は、一家の窮状を救うために娘が遊女や妾に売られるといった涙を誘う話が少なくなかったが、今は違う。好き好んで不倫関係に入るのであるから、同情する必要なんか全くない。時代の変化を言うなら、私の見解こそが時代の流れに沿うものなのである。

最高裁の事案のように、妾が遺言書を盾に公然と訴訟を起こしてきた場合は、日陰にいない存在が白日の下に堂々と出て来たわけであるから、裁判所としては一刀の下に、これを切り捨てなければならない<sup>(7)</sup>。妾を受取人とする生命保険についても、妻の訴えによって無効とされた事案がある<sup>(8)</sup>。

<研究ノート>

【註】

- (1) 大審院判決昭和18年3月19日—大審院民事判例集第22巻185頁、191頁。
- (2) 加藤永一、「不倫な女性に対する包括遺贈と公序良俗」昭和61年度重要判例解説『ジュリスト臨時増刊887号』（昭62年）、61頁。
- (3) 人見康子、民法（8）第3版増訂版（有斐閣双書、昭63年）、80頁。
- (4) 最高裁判決昭和61年11月20日—民集40巻7号1167頁、1173-5頁。
- (5) 佐藤義彦、「不倫な関係にある女性に対する包括遺贈が公序良俗に反しないとされた事例」『民商法雑誌98巻5号』（昭63年）、666頁。
- (6) 西垣道夫、「『不倫』に絡む財産の供与と公序良俗」『ジュリスト814号』（昭59年）、79頁。  
「遺留分の規定に反しない限り、財産の処分は遺言者の自由である」吉田欣子、「遺言と遺留分」『判例タイムズ527号』（昭59年）、76頁。
- (7) 違法行為をする者は、裁判所の救済を求めることができない（クリーンハンドの原則）。参考：民90条、民708条（不法原因給付）。
- (8) 東京地裁判決平成8年7月30日—『金融法務事情1468号』、45頁。

（西台 満 秋田大学）