

## [研究ノート]

# クラブのママやホステスがいわゆる「枕営業」として 長期間にわたり顧客と性交渉を繰り返した行為が 不法行為にあたらなかった事例 —— 不貞行為の相手方に対する慰謝料請求の可否

東京地裁平成26年4月14日判決(平成25年(ワ)第34252号損害賠償請求事件)  
請求棄却(確定)、判例タイムズ1411号312頁

李 憲

### 【事実の概要】

### 【判 旨】

### 【研 究】

1. 本判決の特徴
2. 不貞行為と不法行為責任
3. 判例・学説の変遷
4. まとめ

### 【事実の概要】

X女〔原告〕とA男は夫婦関係である。一方、Y女(被告)はクラブBの女支配人(いわゆるママ)である。クラブBの常連であったAは、Xとの婚姻関係中に、7年余りにわたり(平成17年8月～平成24年12月)、月に1、2回(主に土曜日に)Y女と共に食事を摂った後にホテルに行って夕方に別れるということを繰り返していた。それが発覚された後、XはYに対して、Yの行為によってXが甚大な精神的苦痛を被ったなどと主張し、不法行為に基づき400万円の慰謝料及びその遅延損害金の支払いを求めた。それに対して、Yは、YとAは飽くまでクラブの「ママ」と客との関係であり、それ以上ではなく、「ママ」という立場上、大事な客と店外でも食事や花見などの付き合いをするのは当然であると主張した。またYは、そもそもAの不貞行為の相手方は自分ではなく別の女性であり、Xの本件請求は、XA夫婦協力の下、AがクラブBで遣った金員を取り戻そうとするものであると反論している。

### 【判 旨】 Xの請求を棄却

「仮に、本件不貞行為の存在が認められるとしても、……、クラブのママないしホステスが顧客と性交渉を反復・継続したとしても、それが“枕営業”であると認められる場合には、売春婦の場合と同様に、顧客の性欲処理に商売として応じたに過ぎず、何ら婚姻共同生活の平和を害するものではないから、そのことを知った妻が精神的苦痛を受

けたとしても、当該妻に対する関係で、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。」

## 【研究】

### 1. 本判決の特徴

本判決は、クラブのママやホステスのいわゆる「枕営業」が、顧客の配偶者に対する不法行為にはあたらないとしたものである。マスメディアで大きく取り上げられたこともあり、当時、世間の注目を大いに集めた判決である<sup>1)</sup>。本判決が大きな話題を呼んだ理由としては、東京地裁の「枕営業」に対する寛容さへの驚き、論理の組み立て方への違和感、従来の判例理論との整合性に対する疑問などが考えられる。

(1)本事案において、東京地裁は、クラブBのママである被告Y女がA男と不貞行為を行ったか否かについては、認定していない。そして、仮に両者が不貞行為を行ったとしても、原告X女が主張する事実関係とAの陳述内容（表1参照）からすると、Xに対する不法行為を構成することはできないとしている。

表1 Xの主張とAの陳述内容に基づく事実関係

AとYの関係	不貞行為の期間	7年間（平成17年8月～平成24年12月）
	不貞行為の頻度	月1、2回
	金品等の授与	AはYに、7年で2、3回1万円のお小遣いを授与
AとDの関係	通った期間	8年間（平成17年3月～平成25年4月）
	通った頻度	月1、2回
AとXの関係	婚姻関係継続中 <sup>2)</sup>	

その理由として、東京地裁は、「クラブのママやホステス……の中には、顧客の明示的又は黙示的な要求に応じるなどして、当該顧客と性交渉をする「枕営業」と呼ばれる営業活動を行う者も少なからずいることは公知の事実である」が、（表1で表す事実関係からすると）Yの行為は典型的な「枕営業」に該当するものであり、「何ら婚姻共同生活の平和を害するものではないから、そのことを知った妻が精神的苦痛を受けたとしても、当該妻に対する関係で、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」と述べている。

しかし、（表1のような）Yの行為が果たして「枕営業」といえるのかも、恐らく見解の分かれるところであると思うが、それよりも、「枕営業」を「公知の事実」として「何ら婚姻共同生活の平和を害するものでない」とした東京地裁の判断に、多くの人は驚きを禁じ得なかったようである。本判決については、「枕営業」を容認、促進するようなもので、社会通念とずれているという批判もみられる。

(2)更に東京地裁は、「枕営業」が顧客の「婚姻共同生活の平和」を害しないことの論拠として、（ソープランドなど）売春との比較論を展開している。

東京地裁は、まず、「ソープランドに勤務する女性のような売春婦が対価を得て妻のある顧客と性交渉を行った場合には、当該性交渉は当該顧客の性欲処理に商売として応じたに過ぎず、何ら婚姻共同生活の平和を害するものではないから、たとえそれが長年にわたり頻回に行われ、そのことを知った妻が不快感や嫌悪感を抱いて精神的苦痛を受けたとしても、当該妻に対する関係で、不法行為を構成するものではない」と断ったうえで、枕営業と（ソープランドなど）売春の差異について、次のような見解を示している。

確かに「枕営業」は、「ソープランドに勤務する女性の場合のように、性行為への直接的な対価が支払われるもの」でなく、また、「ソープランドに勤務する女性が顧客の選り好みをすることができない」のに対して、「枕営業」の場合は、「顧客を自分の意思で選択することができる」。しかし、売春には、「出会い系サイトを用いた売春や、いわゆるデートクラブなどのように、売春婦が性交渉に応ずる顧客を選択することができる形態のもの」もある。そうすると、「枕営業」と「売春」との違いは、「対価が直接的なものであるか、間接的なものであるか」の差に過ぎず、「枕営業」を「売春と別異に扱う理由」はない、という。

従って、本件 Y のように、クラブのママないしホステスが、顧客と性交渉を反復・継続したとしても、それが「枕営業」であると認められる場合には、売春婦の場合と同様に、顧客の性欲処理に商売として応じたに過ぎないから、「何ら婚姻共同生活の平和を害するものではない」という論理である。

表 2 売春と枕営業との差異

		対価性	客を選択する可能性
売春	ソープランド	直接的なもの	不可能
	出会い系サイト・デートクラブ	直接的なもの	可能
枕営業		間接的なもの	可能

確かに、一般的に、「売春」を行った者には相手方の「婚姻共同生活の平和」の侵害について害意（或いは違法性）が大きいとはいえず、対相手方の配偶者の関係で不法行為を構成することは適切ではないと考える。また、社会通念上、「売春」行為が相手方の「婚姻共同生活の平和」に与えるダメージも恋愛感情に基づく不貞行為の場合よりは軽いものといえるかもしれない。それにしても、東京高裁が（罰則規定がないとはいえ）売春防止法により明確に禁止されている売春行為を比較の基準としたこと自体に、違和感を覚えた人は少なくないだろう。

また、東京高裁は、売春と「枕営業」の違いは、対価性が直接的なものなのか間接的なものなのかの差に過ぎないので、（不貞行為の相手方に対する慰謝料請求の問題において）両者を別異に扱う理由はないとしているが、そもそも「枕営業」の法的定義と判断基準は何か、またどのような場合に間接的な対価性があるといえるのかなど、不明瞭な部分が多いといわざるを得ない。

(3)不貞行為の相手方に対する慰謝料請求について、最高裁は従来から、（不貞行為の前に婚姻関係が既に破綻している場合（最判平成 8 年 3 月 26 日民集 23 卷 10 号 1896 頁）な

どを除き）原則として認めるという立場をとってきた。しかも、不貞行為の相手方に故意又は過失がある限り、一方の「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、両名の関係が自然の愛情によっ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る」とされており（最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁）、職業によっては不法行為にあたらぬという可能性は示されていない。一方、本事案において、東京高裁は、「枕営業」は「何ら婚姻共同生活の平和を害するものではない」ので、それを行った相手方は不法行為責任を負わなくてもよいとしているが、このような判断は上記最高裁の判例理論に修正を加えたことを意味するのか、注目される点である。

実際に原告X側も本件訴訟中に、最高裁判決の立場を踏襲して、被告Yの不法行為責任を認めるべきと主張している。それに対して東京高裁は、今までの最高裁判例は決して「枕営業」も相手方男性の妻に対する関係で不法行為を構成するとしたものではない」として、X側の主張を退いた。X側は結局控訴せず、本判決は確定しているが、しかし、東京高裁の右判断が果たして今までの最高裁判例と整合性のとれたものといえるのか、疑問の余地は大いに残る。

以下では、まず不貞行為の定義と不法行為責任の要件を確認した上で、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求についての判例の変遷（主には本判決でも取り上げられている二つの最高裁判決）と、それに関する学説上の議論を考察し、最後にはそれらを踏まえて本判決の意義を検討したい。

## 2. 不貞行為と不法行為責任

民法には夫婦間の貞操義務を直接定めた明文規定はないが、判例・通説は、不貞行為が法定離婚原因の一つ（民770条1項1号）になっていることや、一夫一妻制という婚姻の本質などから、夫婦は相互に貞操義務を負うとしている<sup>3)</sup>。そして、夫婦の一方（夫或いは妻）が配偶者以外の者と不貞行為を行った場合、原則としてその配偶者は夫或いは妻に対して不法行為に基づく損害賠償を請求することができる<sup>4)</sup>とされている。但し、このような配偶者間の損害賠償は、そのほとんどが離婚時に「離婚慰謝料」<sup>4)</sup>という形で請求されており、婚姻関係継続中に問題となることは考えにくい。また、判例は、婚姻の破綻について夫婦双方に同じ程度の責任がある場合（東京地判昭和55年6月27日判タ423号132頁など）や、不貞行為を行う前に夫婦の婚姻関係が既に破綻していた場合（東京高判昭和63年10月12日（未公表）<sup>5)</sup>など）には、慰謝料請求を否定している。

それでは、配偶者は夫或いは妻と不貞行為を行った相手方に対しても、不法行為に基づく損害賠償を請求することができるか。また、そのためにはどのような要件が必要か。以下では、まず不貞行為の定義と不法行為の成立要件を確認しておこう。

### (1) 不貞行為の定義

（民770条1項1号に規定する）離婚原因としての「不貞行為」の定義について、最高裁は、「配偶者以外の者と性的関係を結ぶことをいうのであって、この場合、相手方の自由な意思にもとづくものであるか否かは問わない」と狭義に解釈している（最判昭和48年11月

15日判タ303号141頁)。それに対して、(損害賠償の原因となる)加害行為としての「不貞行為」については、「性的関係」に限定せず、より広く捉えた下級審判例も多くみられる。例えば、東京高判昭和47年11月30日(判時688号60頁)は、性的関係を認定するに足る的確な証拠がなくても、一連の行為(作為・不作為)が「離婚請求にまで追込んだ決定的動機となった」場合には、不法行為責任を免れないとしている。また、東京地判平成17年11月15日(Westlaw Japan掲載)は、「婚姻関係にある配偶者と第三者との関わり合いが不法行為となるか否かは、一方配偶者の他方配偶者に対する守操請求権の保護というよりも、婚姻共同生活の平和の維持によってもたされる配偶者の人格的利益を保護するという見地から検討されるべきであり、第三者が配偶者の相手配偶者との婚姻共同生活を破壊したと評価されれば違法たり得るのであって、第三者が相手配偶者と肉体関係を結んだことが違法性を認めるための絶対的要件とはいえない」と述べている。一方、学説において、例えば安西二郎判事は、加害行為としての「不貞行為」を①性交又は性交類似行為、②同棲、③上記の他、通常人の基準として、婚姻を破綻に至らせる蓋然性のある異性との交流・接触として解すべきであると提唱している<sup>6)</sup>。

## (2)不法行為の成立要件

民法において、ある者が他人に対して損害を加えた場合、たとえ契約関係がなくても、一定の要件の下で、加害者は被害者に対し金銭賠償などの責任(損害賠償責任)を負わなければならないとされている。その(積極的)要件としては、一般的に、「故意または過失」、「権利または法律上保護される利益の侵害(違法性)」、「損害の発生と因果関係」があげられる(民709条)。そのほかに消極的要件として、「違法阻却事由の不存在」(民720条など)や、「加害者の責任能力の存在」(民712条、713条)も求められる。以下では、主に積極的要件を中心に、不貞行為を(相手方の配偶者に対する)不法行為として構成することができるかを考察することとする。

### ①故意または過失

不法行為が成立するためには、加害者に故意か過失のいずれかがなければならない(民709条)。そのうち、故意とは、「自己の行為により一定の結果が発生すべきことを認識しながら、その結果の発生を容認して、その行為をあえてするという心理状態」<sup>7)</sup>を指し、積極的に結果の発生を望むことまでは必要とされない。一方、過失については、従来、「自己の行為により一定の結果が発生すべきことを認識すべきであるのに、不注意のためその結果の発生を認識しないでその行為をする心理状態」<sup>8)</sup>とされていたが、現在は、主観的態様から離れ、法的評価を受けた客観的注意義務違反として捉えられている<sup>9)</sup>。

それでは、不貞行為を(相手方の配偶者に対する)不法行為として構成する場合、具体的にどのような状態を故意・過失とするか。まず、従来から、相手方に配偶者がいることを故意・過失の対象とすべきとする説があり<sup>10)</sup>、それを採用した判例<sup>11)</sup>も少なくない。つまり、相手方に配偶者がいることを知っていたことが故意にあたり、それを知らなければならないのに知らなかったことが過失にあたる、という考え方があり<sup>12)</sup>。しかし、前述のように、相手方に配偶者がいても、不貞行為前にその婚姻関係が既に破綻していた場合には、不法行為にあたらぬとするのが判例・通説の立場である<sup>13)</sup>。そうすると、不貞相手方に

配偶者がいることだけでなく、その婚姻関係がまだ破綻していないことも認識・認識可能性の対象とすべきという考え方<sup>14)</sup>もあり得る。

その他に、例えば水野紀子教授は、不貞行為について「不法行為の故意・過失があるというためにはもっと積極的な害意が必要である」と見解を示している<sup>15)</sup>。それを具体化したものとして、例えば、婚姻関係を破綻させ又は悪影響を与えることについて、故意・過失を求める見解<sup>16)</sup>も有力といえる。

## ②権利または法律上保護される利益の侵害（違法性）

平成16年の民法改正前の旧709条では、「他人ノ権利ヲ侵害シタル」こと（権利侵害）が要件とされていた。初期の判例も権利が侵害された場合にのみ不法行為責任が発生するとしていたが（大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁）、その後、判例は被害者の「法律上保護される利益」が侵害された場合にも不法行為責任が発生するに至った（大判大正14年11月28日民集4巻670頁）。一方、学説においては、「権利侵害」は「違法性」が最も端的に示される場合を示したものであり、「違法性」の徴表の一つにとどまるので、709条の「権利侵害」を「違法性」に読み替えるべきとする見解<sup>17)</sup>が提示され、更に「違法性」の判断基準（相関関係説<sup>18)</sup>）が定式化され、戦前から通説として定着していた。それによると、違法性は「被侵害利益の種類」（強弱は、物権的>人格権的>債権的）と「侵害行為の態様」（強弱は、刑法法規違反>禁止命令法規違反>公序良俗違反>権利濫用）という二要素の相関関係で総合的に判断されるという（一方が重大なものであれば、もう一方が軽微のものであっても違法性は認められることになる）。しかし、このような通説は、戦後になって、「故意・過失」といった主観的要件が「違法性」と無関係とされているとして、批判を受けるようになる。現在、「違法性」理論については、「違法・過失二元論」、「過失一元論」、「違法一元論」などが鼎立する）いわば百家争鳴の状態であり、当分決着を見ないだろうともいわれている<sup>19)</sup>。そして平成16年の民法改正により、709条の「権利を侵害」が「権利又は法律上保護される利益を侵害」に拡大されたが、「違法性」に関する文言は結局取り込まれなかった。とはいえ、改正前の議論は改正法でも妥当するものと考えられている<sup>20)</sup>。

このように、不貞行為を不法行為として構成するためには、一般的に、当該行為に違法性がなければならない。つまり、不貞行為によって、相手方の配偶者に（違法性の徴表となる）何らかの権利侵害または保護法益侵害がなければ、不法行為は成立しない。この点について、判例では、「夫（又は妻）の権利の侵害」、「守操要求権の侵害」、「守操義務違反への加担」、「夫（又は妻）としての人格的利益又は名誉権の侵害」、「家庭の平和侵害」など、身分上の地位に基づいて与えられる権利或いは人格的利益の侵害があげられている<sup>21)</sup>。それに対して、例えば吉村良一教授は、「性的自由と家族関係に関する利益は、今日の社会における重要な利益として不法行為法上保護の対象となりうる」としつつ、「しかし、他面において、性や家族関係の在り方は本来、個人の自由な自己決定に委ねられるべき部分も多い。従って、これらの利益が侵害された場合の違法性判断にあたっては、侵害行為の態様が重要な役割を占めることになる」と述べている<sup>22)</sup>。また櫻見由美子教授は、不貞行為は、前述の侵害行為の諸態様のうち、違法性が弱いとされる公序良俗違反行為に該当するので、「悪意性の強い“故意”、即ち、相手方において、夫婦の一方と不貞行為を行う

ことが“婚姻共同生活の平和”を害するものであり、他方配偶者に損害を与えることを認識しつつ、不貞行為を行うという制約が必要ではないだろうか」と見解を示している<sup>23)</sup>。

### ③ 損害の発生と因果関係

不法行為が成立するためには、現実的な損害が発生したことが必要であり、かつその損害と加害行為との間に因果関係がなければならない。まず、損害は利益状態の種類に応じて財産的損害（民 709 条）と非財産的損害（民 710 条）に分類され、そのうち財産的損害はまた積極的損害と消極的損害に区別される。基本的に損害の発生は主張する被害者が立証しなければならないが、（非財産的損害による損害賠償である）慰謝料については裁判所の裁量による。そして、因果関係については、通説・判例は、債務不履行（民 416 条）の場合と同様に、行為と損害との間に「相当因果関係」があることを要するとしている（大判大正 15 年 5 月 22 日民集 5 卷 386 頁）。

前述のように、不貞行為によって侵害される可能性のあるのは、主に「身分上の地位に基づいて与えられる権利或いは人格的利益」なので、その結果としての損害も主には精神的苦痛ということになる。但し、不貞行為があったが、その後夫婦関係が破綻することなく回復し共同生活を継続している場合については、見解が大きく分かれる。一方では、単に不貞行為があったというだけでも、もし他方配偶者が精神的平和をみだされ精神的苦痛を受けたのであれば、損害が発生したことになるので、不法行為責任を認めるべきとする見解がある<sup>24)</sup>。他方では、「夫婦関係が破綻することなく回復するなら、……侵害された婦（夫）権は回復され、原告の苦痛はこれによって……既に慰藉されたと見てよい」とする見解もある<sup>25)</sup>。

なお、不貞行為による損害賠償責任が認められた場合、慰謝料の算定の際には、婚姻期間の長さや不貞行為の態様、婚姻関係への影響などの様々な要素<sup>26)</sup>が勘案されるが、50～200万円が相場であるといわれている<sup>27)</sup>。

## 3. 判例・学説の変遷

### (1) 新民法施行前

不貞行為の相手方に対する慰謝料請求について、判例は大審院の時代からそれを認めてきた（大判明治 36 年 10 月 1 日刑録 9 輯 1425 頁、大判明治 41 年 3 月 30 日刑録 14 輯 331 頁、神戸地判昭和 6 年 5 月 16 日法律新聞 1271 号 29 頁など）。しかし、戦前では、妻とその相姦者にのみ姦通罪（刑 183 条〈削除〉）の適用があり、また、妻の不貞行為は直ちに離婚原因とされていたが、夫の場合は姦通罪によって刑に処せられた場合でなければ（不貞行為だけでは）離婚原因にはならなかった（旧民 813 条）。つまり、妻の夫に対する守操請求権は、夫の妻に対する守操請求権に比して格段の差があったのである。実際に初期の判例をみても、専ら夫が妻の不貞相手に対して「夫権の侵害」、「名誉毀損」、「社会的地位の侵害」を理由に慰謝料を請求するものである<sup>28)</sup>。

その後、判例は、夫も貞操義務を負うことを明言し、妻は夫の不貞相手方に対して損害賠償を請求できるという原則を認めるようになる（大決大正 15 年 7 月 20 日刑集 5 卷 318 頁〈終結判決は大判昭和 2 年 5 月 17 日法律新聞 2692 号 6 頁〉<sup>29)</sup>。右事案において、大審院は「婦ハ夫ニ対シ貞操ヲ守ル義務アルハ勿論、夫モ亦婦ニ対シ其義務ヲ有セザルベカ

ラズ」と判示しているが、右判示が「妻権」を創設したことを意味するか否かをめぐっては、当時肯定説と否定説との激しい論争があった<sup>30)</sup>。

## (2)新民法施行後

### ①最高裁昭和54年判決以前

戦後、男女平等の理念が導入されたことで、まず刑法改正（昭和22年）により姦通罪が廃止され、また民法改正（昭和22年）により不貞行為という法定離婚原因が夫にも適用されるようになった。但し、野川照夫教授の研究によると、（昭和22～54年の）公表判例をみると、昭和39年まではなお夫からの（妻の不貞相手に対する）請求が圧倒的に多く、それ以後妻からの（夫の不貞相手に対する）請求が多くなっているという<sup>31)</sup>。そして、そのうちのほとんどが「夫（又は妻）の権利の侵害」、「守操要求権の侵害」、「守操義務違反への加担」、「夫（又は妻）としての人格的利益又は名誉権の侵害」、「家庭の平和侵害」などを根拠に原告の慰謝料請求を認容している<sup>32)</sup>。

但し、婚姻関係の破綻後に不貞関係が結ばれた事案では、慰謝料請求を認めた判例もあれば、認めなかった判例もある。例えば東京高判昭和48年3月9日（判時703号37頁）は、夫婦関係が既に事実上ほとんど破綻していたとしても、離婚がなされるまでは、妻は夫に対して貞操を守り、同居すべきことを求めうる地位にあり、他の女性が事情を知りながら夫と同棲生活をなし、本妻でもあるかのように振舞った行為は本妻の名誉を傷つけ精神的損害を与えた不法行為にあたる、と判示している。一方で、例えば横浜地判昭和48年6月29日（判タ299号336頁）は、婚姻関係が既に他の原因によって破綻している場合には、夫は妻に対する守操を期待する権利（夫権）を失ったものと解されるので、婚姻関係の破綻後、夫・子供があることを知りながら妻と情交関係を継続しても不法行為（夫権侵害）とはならない、と判示している。

また、この時期の判例では、不貞行為があったにもかかわらず婚姻関係が破綻することなく夫婦が和解した場合でも、慰謝料請求はほとんど認められていた<sup>33)</sup>。例えば熊本地裁山鹿支部判昭和39年11月10日（判時399号41頁）では、被告（妻の不貞相手）が「現在円満な夫婦共同生活に復帰しているのであるから、原告甲は被告に対する賠償請求権も当然放棄したことになるというべきである」と主張したのに対して、裁判所は「およそ姦通の当事者に対する不法行為責任については、被害者たる本夫が事前に該姦通行為を縦容した場合は別として、事後において妻と和解し円満な夫婦共同生活に復帰したとしても一旦成立した右不法行為たる姦通行為の違法性は阻却せられるものではない」と判示している。

更に、東京地判昭和37年3月1日（判時295号33頁）では、被告（妻の不貞相手）が、原告夫婦の婚姻関係が「回復することにより同女に対し右損害賠償債務を免除した。しかし、連帯債務者の一方に対する債務の免除は他方の連帯債務者にもその効果が及ぶから、これによって被告の右損害賠償債務も消滅に帰した」と主張したのに対して、裁判所は、原告の妻と被告とは「共同の不法行為によって原告に精神上の損害を加えたものであり民法第719条に所謂共同不法行為者であること被告主張のとおりであるが、右法条にいう「各自連帯して」とは各自損害の全額を賠償する義務あることを示したにすぎなく、行為者相互の間には所謂不真正連帯関係が存するに止り従って連帯債務に関する規定中債権を満足

させる事項以外の民法第437条の免除に関する規定のごときはその適用がないと解すべきである」から、仮に原告が妻に対し損害賠償債務を免除したとしても、その効力は被告に及ぶものでないと述べている。

この時期の社会背景として、夫の浮気と妻の浮気に対する社会通念の許容度の差がまだ大きく、学説上は、妻からの慰謝料請求権を強く支持するような論調<sup>34)</sup>や、夫婦が同等の権利を有することを強調するような内容<sup>35)</sup>が主流であった。そして、配偶者の不貞行為が宥恕され婚姻関係が継続している場合でも、その不貞相手の不法行為責任は免れないとする説<sup>36)</sup>が支配的であったように思われる。

更に特筆すべきことは、この時期既に、配偶者の不貞相手に対する慰謝料請求権を一定の基準で制限しようとする学説もみられるようになったことである。具体的には、夫婦関係破綻後の不貞行為は不法行為にはあたらないとする説<sup>37)</sup>や、不貞行為を誘起した責任が主に不貞配偶者にある場合には、その不貞相手の違法性は否定されてよいとする説<sup>38)</sup>、不貞行為によって夫婦関係が破綻しなかった場合或いは破綻したとしても離婚請求がなされていない場合には、不貞相手に対してのみ不法行為責任を追及することができないとする説<sup>39)</sup>などがそれにあたる。

そして、前述最高裁昭和54年3月30日判決をきっかけに、学説上の議論は更に盛んになる。実は、最高裁は昭和54年3月30日に二つ同じ趣旨の判決を下したのである。一つが前掲最判昭和54年3月30日（昭和51年（オ）第328号民集33巻2号303頁）であり、もう一つが最判昭和54年3月30日（昭和53年第1267号判タ383号46頁）である<sup>40)</sup>。以下では、紙幅の関係上、本件事案でも取り上げられている前者（昭和51年（オ）第328号）のみについて考察することとする。

## ②最判昭和54年3月30日（民集33巻2号303頁）

### 〔事実の概要〕

甲女と乙男は昭和23年に婚姻した夫婦であり、二人の間には3人の未成年子（丁・戊・己）がいる。他方、ホステスとして働いていた丙女は、昭和32年に乙と知り合い、乙に妻子がいることを知りながら、（自然の愛情によって）乙と情交関係を持つに至り、約3年後に女子庚を出産した。昭和39年、その事実を知った甲が乙を難詰したことをきっかけに、甲に対して愛情を失いかけていた乙は甲と別居し、昭和42年には丙と同居するようになった。但しその後も、乙は毎月数万円を妻子に送金し続けていた。一方、丙は独立してバーを経営しており、乙から経済的援助を受けることはなかった。そこで甲及び丁・戊・己は、丙に対して、平和な家庭生活が破壊されたとして慰謝料を請求した。第1審（東京地裁）では甲らが勝訴したが、原審（東京高裁）は、乙丙間の情交関係は自然愛情から生じたものであり、また、乙丙の同棲は甲乙の婚姻関係破綻後に始まったものなので、丙の行為には違法性がないとし、甲らの請求を退いた。そこで甲らが上告した。

### 〔判旨〕

#### ・配偶者（甲）の請求について

「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、両名の関係が自然の愛情に

よっ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った精神上の苦痛を慰謝すべき義務があるというべきである。」

#### ・子（丁・戊・己）の請求について

「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った右男性と同棲するに至った結果、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ったとしても、その女性が害意をもっ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って行うことができるのであるから、他の女性と同棲の結果、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ったとしても、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。」

#### 〔解 説〕

本判決は、不貞行為の相手方（丙）は、他方の配偶者（甲）に対しては不法行為責任を負うが、子（丁・戊・己）に対しては責任を負わないことを明らかにしたものである。そのうち、子に対する不法行為責任の問題については、それまで下級審判決が数件<sup>41)</sup>公表されていた程度で、大審院・最高裁の判例はまだなく、学説上もあまり議論されていなかったため、本判決は先例としての意義を持つ。しかし、東京地裁平成26年判決との関連性から、以下では、主に配偶者からの慰謝料請求の部分に焦点を絞りたい。

本判決は、まず、（不貞行為による）配偶者の被侵害利益として「夫又は妻としての権利」をあげている。これは大審院時代以来用いてきた「妻（夫）の権利」に比して、本質的な違いはないが、「配偶者たる夫又は妻の精神的平和」をも含めたやや幅広い概念であるといわれている<sup>42)</sup>。また、本判決は、配偶者の不貞相手に故意又は過失がある限り、「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、両名の関係が自然の愛情によって生じたかどうか」にかかわらず、その不貞行為は違法性を帯びると判断している。この点も基本的には大審院判例の踏襲とみていい。しかし、前述のように、それまで学説及び下級審レベルでは、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求を合理的に制限しようとする試みが行われていた。それに対して、最高裁は右請求をほとんど無条件的に肯定したのである。それが学説上大きな論争の種となったといえる。

本判決をめぐっては多くの評釈が発表され、それにより（不貞行為の相手方に対する慰謝料請求についての）肯定的な根拠と否定的な根拠が明確になってきたのである<sup>43)</sup>。まず、肯定的な根拠としては、a. 婚姻家族の愛情的利益は法の保護に値するもので、それに対する侵害や破壊は防がなければならないこと<sup>44)</sup>、b. 今日ではまだ不貞行為の相手方を婚姻破壊の共同不法行為者とみて、残された配偶者に慰謝料請求権を与えるべきだとするのが、支配的なモラルないし国民一般の法意識であること<sup>45)</sup>、などがあげられている。一方、否定的な根拠としては、a. 夫婦であっても人格的には独立平等なので、配偶者を自己の所有

物とみることを前提とする不貞慰謝料請求を認めることはできないこと<sup>46)</sup>、b.不貞相手に対して慰謝料を求めることは、配偶者の愛情の強制売却に等しく、婚姻に本質に反すること<sup>47)</sup>、c.民法752条の貞操義務は、債権的権利義務であって、配偶者間のみの規範として遵守されるべきであり、不貞相手の行為は、不貞配偶者の自由意思行為に取り込まれて不法行為を構成しないこと<sup>48)</sup>、d.西ドイツ、フランス、イギリスなどの欧米諸国では現在このような損害賠償請求を否定していること<sup>49)</sup>、e.不貞相手に対する慰謝料請求を認めるとすると、婚姻破綻の結果を救済するための法的紛争処理が繁雑になること<sup>50)</sup>、f.婚姻制度を尊重するために法ができるのは、婚姻費用分担の履行を確保し、離婚給付を厚くすることにつきること<sup>51)</sup>、g.不法行為法の損害填補機能・懲罰的機能・予防機能の面から不貞相手に対する慰謝料請求を考える場合、まず配偶者を失ったという敗北感は金銭を受けることでより悲痛になり、またその予防機能も期待できず、更に懲罰的機能は刑法の姦通罪が廃止された現在では高度の違法性を有する不貞行為に限られるべきであること<sup>52)</sup>、などがあげられている。

もちろん上記肯定的な根拠と否定的な根拠は、決して肯定説と否定説のみに帰結するのではなく、前述した不貞相手に対する慰謝料請求を一定の基準で制限しようとする説の論拠ともなり得る。その中には、右請求を原則的に肯定しながら、婚姻関係破綻（事実上離婚）後に不貞行為があった場合などを例外とする説<sup>53)</sup>もあれば、右請求を原則として否定しながら、第三者が不貞行為を利用して夫婦の一方を害しようとした場合や第三者の暴力・詐欺・強迫など強制的・半強制的な手段によって不貞行為が行われた場合などを例外とする説<sup>54)</sup>もみられる。

本判決が出た後、不貞相手に対する慰謝料請求を特に制限せずに認容する下級審判例が続出するが、一方では右請求に何らかの制約を加えた裁判例も数多く現れるようになる<sup>55)</sup>。例えば、東京高判昭和57年9月30日（判時1059号69頁）は、不貞行為を理由とする損害賠償請求権は民法724条の3年の消滅時効により消滅するとしうえて、妻子ある男性と通じて子を出産し認知請求すること自体は妻に対する不法行為とはならないとしている。その後、最判平成6年1月20日（判時1503号75頁）は、右消滅時効の起算点について、「夫婦の一方の配偶者が他方の配偶者と第三者との同棲により第三者に対して取得する慰謝料請求権については、一方の配偶者が右の同棲関係を知った時から、それまでの間の慰謝料請求権の消滅時効が進行する」と明らかにしている。

また、例えば東京高判昭和60年11月20日（判時1174号73頁）や東京地判平成4年12月10日（判タ870号232頁）では、不貞行為（或いは婚姻破綻）についての主たる責任が不貞配偶者にあり、不貞相手の責任が副次的なものであるとして、慰謝料額が低額に抑えられている。

更に、例えば東京高判昭和60年10月17日（判時1172号61頁）など複数の下級審判例では、婚姻関係破綻後の不貞行為の不法行為責任が否定されている。このような立場は最判平成8年3月26日（民集23巻10号1896頁）にも採用されることになる。

### ③最判平成8年3月26日（民集23巻10号1896頁）

#### 〔事実の概要〕

甲女と乙男は昭和42年に婚姻した夫婦であり、二人の間には2人の子（丁・戊）がいる。

甲と乙は、性格の相違や金銭問題などが原因で次第に不仲となり、乙の仕事上の問題をきっかけに仲が更に険悪になった。乙は昭和61年に、家庭裁判所に別居する目的で夫婦関係調整の調停を申し立てたが、甲が出頭しなかったため、取り下げとなった。その翌年、乙は病気のため入院したが、退院後、別途に購入したマンションに転居し、甲と別居するようになった。他方、丙は昭和62年に、働いていたスナックで乙と知り合い、乙が妻と離婚することになっていると聞き、乙と交際するようになり、同年乙のマンションで同棲するようになった。そして、平成元年に丙は乙の子己を出産し、乙は己を認知した。そこで甲は、丙に対して慰謝料を請求したが、1審、原審とも棄却され、上告した。

### 〔判 旨〕

「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いうことができからであって、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。」

### 〔解 説〕

不貞行為の相手方に対する慰謝料請求について何ら制限も設けなかった最高裁昭和54年判決は、学説上の盛んな議論（特に批判）を引き起こしたが、本判決は、このような状況下で不法行為の成立に制限を加えた最初の最高裁判例である。

まず、最高裁昭和54年判決では、不貞行為による被侵害利益が「夫又は妻としての権利」であるとされているが、一方、本判決では、「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」とされている。両者の関係については、質的な違いがないとする見解<sup>56)</sup>もあるが、前者が「夫ないし妻その者に対して有する権利構成」となっているのに対して後者は「婚姻共同生活の平和の維持」という人格権的法益・権利構成」を採用しているという見解<sup>57)</sup>もある。

そして、本判決は、被侵害利益の観点から、婚姻関係破綻の場合の不法行為の成立を否定し、最高裁昭和54年判決の射程を婚姻関係破綻前に限定したのである<sup>58)</sup>。前述のように、これと似たような理論は、実は従来から多くの論者により唱えられており、また、下級審レベルでは多くの前例がみられる。ただし注意すべきことは、本判決は決して婚姻破綻により貞操義務が消滅することを根拠にしておらず、あくまで保護法益の観点から論理を組み立てている点である。

本判決の意義について、学説上は、大いにそれを肯定する意見もあれば<sup>59)</sup>、限定的に肯定・否定する意見も多くみられる。特に後者について、例えば國井和郎教授は、「本判決は昭和54年判決と矛盾しない形で、否定説側に同判決を一方ないし半歩踏み出したのである」としつつ、ただし「婚姻共同生活の平和の維持を不法行為法上の保護法益とすることに疑問を抱いている」とし、不法行為の成立を第三者が不貞行為を利用して夫婦の一方を害しようとした場合のみに限定すべきと主張する<sup>60)</sup>。

また、水野紀子教授は、「本判決は、否定説の批判を容れて、この請求権行使を段階的に制限することを目指していたのかもしれない」が、「有効な制限という観点からは、本判決の論理は大いに疑問である」としている。その理由は、「この慰謝料請求権が最大の弊害をもたらすのは、配偶者間が破綻していない場合であるからである。不貞行為にもかかわらず夫婦関係が破綻していない場合には、この慰謝料請求権は、夫が請求する場合は美人局類似の行為として機能し、妻が請求する場合は非嫡出子からの夫に対する強制認知を抑制するものとして機能する」からと説明している<sup>61)</sup>。そこで、同教授は「不貞行為という不法行為の共同不法行為者である配偶者を宥恕しながら、不貞行為の相手方にだけ慰謝料を請求することは許されない、と構成するほうが、望ましい制限の手法」であると提言する<sup>62)</sup>。

更に、本判決は「婚姻関係破綻」を判断基準とする制限方法を採用しているが、例えば二宮周平教授は、「破綻」認定の困難さに着目し、「最判平成8年3月26日の法理の下では、破綻が先か不貞が先かという不毛の論争・主張が繰り返され、「破綻」の認定をめぐる紛争が拡大したり、その認定が裁判官の裁量・価値観に左右されるおそれが否定できない」と指摘している<sup>63)</sup>。また、「配偶者以外の人と性関係をもつかどうかも、本人が自らの問題として自分で判断することなのだから、配偶者以外の者と性行為を行なうという意思決定をした配偶者自身が貞操義務違反の責任を負うのが筋ということになり、不貞の相手方の不法責任は原則として否定されるべきである」と主張する<sup>64)</sup>。

#### ④最判平成8年3月26日以降

平成8年には、最判平成8年3月26日以外にもう一つ関連する最高裁判例があった。妻が、夫と不貞行為を行った女性に対して慰謝料の支払いを求めた事案において、最高裁は、妻が女性に対して夫との夫婦仲が冷めており離婚するつもりである旨を話したことが不倫の原因を成している上、不倫関係を知った妻が、同女に対して単に口頭で慰謝料の支払要求をするにとどまらず、夫の同女に対する暴力を利用して更に金員を要求したことなどの事情を勘案すれば、妻の慰謝料請求権行使は、信義則に反し権利の濫用として許されるものではないと判示した（最判平成8年6月18日家月48巻12号39頁）。本事案は、まさに（最高裁昭和54年判決が採用した）不貞相手に対する慰謝料請求権を無制限に認めることの弊害が実証された事例といえる<sup>65)</sup>。但し、本判決は、あくまで右慰謝料請求権の行使を権利濫用として退いたものであり、右慰謝料請求権の成否を否定した（或いは新たな制限を加えた）ものではなく、基本的にはそれまでの最高裁の判例理論を踏襲したものと見える。本判決については、最高裁が正面から不法行為が成立しないことを明言することができず、権利濫用法理を使わざるを得ない点において、最高裁がこれまで構築してきた判断枠組みに危うさがあることは否定できないとの見解もみられる<sup>66)</sup>。

最判平成8年6月18日以降、関連する最高裁判決はまだ現れておらず、下級審も基本的には最高裁の判断枠組みに立脚してきたといえよう。一方、学説上は、不貞行為の相手方の不法行為責任を制約する或いは否定する見解が益々有力になっている。また、右不法行為責任を有効に制約する或いは否定するために、不法行為法上の解釈論の視点からも、様々な提案がなされている。例えば、保護法益の観点から制約を考えるものや、第三者の行為態様や主観的要件との関係で制約を考えるもの、「被害者側の過失」理論の適用で制

約を考えるもの、権利濫用・信義則違反と過失相殺の規定で制約を考えるものなどがそれにあたる<sup>67)</sup>。しかし、前述のように不法行為（民709条）の要件論自体が混沌としていることもあり、上記提案はいずれも圧倒的な支持を得ているとはいえず、学説はなお混沌な状況にあるといわざるを得ない。

#### 4. まとめ

最高裁昭和54年判決が不貞相手の不法行為責任について特に制限することなくそれを認めて以来、学説上は盛んな議論が展開されてきた。そしてその後、最高裁は、学説からの批判に応える形で、不貞相手に対する慰謝料請求権行使を制限しようと努め、婚姻関係破綻の前後によって不法行為責任の有無を判断するという判例法理を確立するに至った。しかし、まさに樫見教授が指摘するように、「否定説が慰謝料請求権行使の弊害が大きいとしている類型については、なお有効な制限手法はなく」、特に「婚姻関係が何とか現状に復した結果、配偶者が、不法行為を行った配偶者に対する慰謝料請求権の行使を思いとどまりながらも、財布が一つになった夫婦が、今度は第三者への慰謝料請求権を行使するという構図では、現在の判例理論が、これを適切に制限する手法は獲得していない」<sup>68)</sup>という問題点が本件事案を通じてもう一度証明されたといえよう。

実際に本件訴訟において、被告Yは、Xの本件請求はXA夫婦協力の下でAがクラブBで遣った金員を取り戻そうとするものであると反論しているが、真偽はともかくして、現在の最高裁の判例理論だと、Yが述べているようなタイプの請求を有効に排除することは困難である。また、学説上も、その制限方法についての圧倒的に有力な解釈論はなく、議論が混沌しているように思われる。このような状況の中で、東京地裁は、原告Xの請求を排除するために、「枕営業」は（売春の場合と同様に）何ら婚姻共同生活の平和を害するものでないという「革新」的な解釈を展開し、結局物議を醸すこととなったものと考えられる。

確かに、(本稿「1. 本判決の特徴」で述べたように) 本判決における東京地裁の論理構成には、幾つか疑問を抱かざるを得ない点がある。とはいえ、その結論自体には賛同できると考える。というのは、水野教授も指摘するように、不貞行為の相手方に対する「慰謝料請求権が最大の弊害をもたらすのは、配偶者間が破綻していない場合」であり、その場合の請求まで容認すると、「美人局類似の行為」や「非嫡出子からの夫に対する強制認知を抑制する」行為までが法的保護を受けることになりかねないからである<sup>69)</sup>。しかも、本件事案の場合、仮にYA間に不貞行為があったとしても、Yには主観的に(XAの婚姻関係を破綻させようとする) 害意があったと(少なくとも強いとまで)は認められず、また、「枕営業」と判断された) その行為に重大な違法性があるとはいえず、また、

なお、本判決についての一連の議論状況をみると、不貞行為の相手方に対する慰謝料請求自体については、それを認めるべきだとするのがまだ「支配的なモラルないし国民一般の法意識」であるように思われる。また、否定説が唱える「性に関する自己決定権」についても、世間一般の理解と学説上の認識との間にはまだ大きな隔りがあるといわざるを得ない。これらの点も決して見逃すことはできないと考える。

以上のように、本判決は、その先例性は限定的であるものの、今までの判例理論と学説上の議論を再検討させるための素材を提供したという意味では、重要な意義を有するものといえよう。

## 注

- 1) 「枕営業、結婚生活害さない」クラブママへの妻の請求棄却 東京地裁 朝日新聞朝刊（2015年5月28日）p.38、「(社説)不倫と裁判 一律には判断できない」朝日新聞朝刊（2015年7月3日）p.14など。
- 2) 本件請求が、AYの関係が発覚した直後になされていることや、また、Aの訴訟における役割（原告Xの主張を補完するような陳述書を提出したこと）などを勘案すると、少なくとも裁判当時は、AXの婚姻関係がまだ完全には破綻していないと考えるのが素直だろう。
- 3) 青山道夫、有地 亨(編)（1989年）『新版注釈民法（21）』、pp.362・363〔黒木三郎〕、有斐閣。
- 4) まず「慰謝料」とは、「生命・身体・自由・名誉・貞操などを侵害する不法行為によって生じた精神的損害の賠償として算定された金銭」のことである（有吉春代、平山信一（2011年）『離婚と慰謝料（改訂版）』、pp.124、自由国民社）。そして離婚に伴う慰謝料には、大きく分けて、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料があるといわれている。その中、離婚原因慰謝料は、不貞行為、虐待など離婚の原因となった個別的な有責行為によって被った損害に対する慰謝料であり、離婚自体慰謝料は、相手方の有責行為によって離婚せざるを得なくなったことから生ずる損害に対する慰謝料である。しかし、裁判実務においては、この二つを厳密に区別せず、包括的に「離婚慰謝料」として損害賠償を命じている（二宮周平（2013年）『家族法（第4版）』、p.103、新世社）。また近年は、「離婚慰謝料」の存在意義を否定する見解もみられる。例えば、本澤巳代子教授は、「経済弱者の離婚後の生活保障は、一方当事者の有責性を前提とした慰謝料請求の認容によるのではなく、夫婦財産の清算や離婚後の扶養など、財産分与の内容の充実によって図っていくべきである」と主張している（本澤巳代子（1998年）『離婚給付の研究』、pp.220以下、一粒社）。
- 5) 鈴木真次（1992年）『離婚給付の決定基準』、p.60、弘文堂。
- 6) 安西二郎（2008年）「不貞慰謝料請求事件に関する実務上の諸問題」判例タイムズ1278号、pp.46・47。
- 7) 加藤一郎（編）（1965年）『注釈民法（19）』、p.21〔加藤一朗〕、有斐閣。
- 8) 加藤・前掲注(7) pp.20・21。
- 9) 平井宜雄（1992年）『債権各論Ⅱ不法行為』、pp.25以下、弘文堂。
- 10) 加藤一朗（1967年）『家族法判例百選（新版）』、p.25、有斐閣。幾代通（1977年）『不法行為（現代法学全集20Ⅱ）』、p.85、筑摩書房。野川照夫（1980年）「配偶者の地位侵害による損害賠償請求」『現代家族法大系2』、p.30、有斐閣など。
- 11) 例えば、水野紀子教授は、前掲最高裁昭和54年判決が「相手方が配偶者のあることを認識していたらそれだけで故意・過失がある」という立場を採用していると見解を示している（水野紀子（1981年）「最高裁判所民事判例研究 夫と同棲した女性に対して妻または子から慰謝料請求ができるか」『法学協会雑誌』98巻2号、p.171）。最近の判例として、東京地判平成21年12月25日（Westlaw Japan掲載）などがあげられる。
- 12) 田中恒朗（1973年）「夫と情交関係を結んだ女性に対する妻からの慰謝料請求」『ジュリスト』550号、pp.122以下、野川・前掲注(10) pp.369・370など。
- 13) 我妻 栄（1961年）『親族法（法律学全集23）』、p.135、有斐閣。横浜地判昭和48年6月29日判タ299号、p.336、最判平成8年3月26日民集23巻10号、p.1896など。
- 14) 例えば、東京地判平成20年10月28日（Westlaw Japan掲載）は、「婚姻関係が破綻していないことを半ば知りながらも、……情交におぼれたという事実が窺われるのであって、被告の故意又は過失の事実が認定される」としている。
- 15) 水野・前掲注(11) p.171。
- 16) 例えば、東京地判平成19年4月24日（Westlaw Japan掲載）は「責任を認めるためには、……交際することが、いまだ破綻していない婚姻関係を破綻させるものであることを認識し、又はこれを認識しなかったことに過失があることを要する」と判断している。
- 17) 末川 博（1949年）『権利侵害論（第2版）』、pp.294以下、日本評論社。
- 18) 我妻 栄（1940年）『事務管理・不当利得・不法行為』、pp.125以下、日本評論社、参照。
- 19) 詳しくは、前田達明（1998年）『権利侵害と違法性』。山田卓生、藤岡康宏（編）『新・現代損害賠償法講座（2）』、p.15以下、日本評論社、参照。
- 20) 吉村良一（2010年）『不法行為法（第4版）』、pp.41・42、有斐閣。

- 21) 野川・前掲注(10) p.366。
- 22) 吉村・前掲注(20) pp.47・48。
- 23) 梶見由美子(2007年)「婚姻関係の破壊に対する第三者の不法行為責任について－最高裁昭和54年3月30日判決以降の実務の軌跡を中心として－」『金沢法学』49巻2号、p.183。
- 24) 加藤一郎(編)(1965年)『注釈民法(19)』、p.92〔三島宗彦〕、有斐閣。野川・前掲注(10) p.371など。
- 25) 田中恒朗(1973年)「夫と情交関係を結んだ女性に対する妻からの慰謝料請求」『ジュリスト』550号、p.121。
- 26) 中里和伸(2015年)『不貞慰謝料請求の実務』、pp.144以下、LABO。安西・前掲注(6) pp.56以下が詳しい。
- 27) 辻朗(2000年)「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」『判例タイムズ』1041号、pp.29以下、安西・前掲注(6) pp.57以下、参照。
- 28) 竜崎喜助「不貞にまつわる慰謝料請求権」『判例タイムズ』414号、p.13、参照。
- 29) 本決定及び判決の意義について、竜崎喜助弁護士は、「第一に、貞操義務の本質を、単なる夫権という言葉に頼ることなく、婚姻生活における平和安全幸福を守るための配偶者の誠実義務として位置づけたこと、第二に、不貞をされた他方の配偶者の損害が、夫婦間の相互的な貞操義務を破られたことに対する精神的なものである旨を明確にしたこと、第三に不貞によって離婚を余儀なくされたこと、その結果、子供の扶養義務を一身に負わなければならなくなったこと、を損害の中に包含して考えたこと」等に重要な意義があると見解を示している(竜崎・前掲注(28) p.14)。
- 30) 水野・前掲注(11) pp.295以下、参照。
- 31) 野川・前掲注(10) pp.364・365、参照。
- 32) 野川・前掲注(10) pp.365・366、参照。
- 33) 野川・前掲注(10) p.367、参照。
- 34) 中川善之助(1962年)「愛情の自由と責任－三角関係と法規制」『判例時報(別冊)』312号、pp.1-5。
- 35) 我妻栄、有泉亨、四宮和夫(1963年)『判例コンメンタールVI(事務管理・不当利得 不法行為)』、p.250、日本評論社など。
- 36) 三島・前掲注(24) p.92。
- 37) 我妻・前掲注(13) p.135。
- 38) 田中・前掲注(25) p.122。
- 39) 田中・前掲注(25) p.122。
- 40) 本件事案において、原告X側は、論拠として最判昭和54年3月30日(判タ383号 p.46)を取り上げているが、判例の事実関係からして、正しくは最判昭和54年3月30日(民集33巻2号、p.303)であると考える。
- 41) 子からの慰謝料請求を肯定した例としては東京地判昭和44年2月3日(判時566号、p.71)、否定した例としては東京地判昭和37年7月17日(下民13巻7号、p.1434)がある。
- 42) 榎本恭博「妻及び未成年の子のある男性と肉関係を持ち同棲するに至った女性の行為と右未成年の子に対する不法行為の成否」『最高裁判所判例解説(民事篇・昭和54年度)』、p.176。
- 43) 水野・前掲注(11) p.158。
- 44) 中川 淳(1979年)「家庭破壊による配偶者とその子の慰謝料」『判例タイムズ』383号、p.6。
- 45) 泉 久雄(1980年)「親の一方と同棲する第三者と子への不法行為」『ジュリスト』718号、p.92。
- 46) 島津一朗(1979年)「不貞行為と損害賠償」『判例タイムズ』385号、pp.121以下。
- 47) 島津・前掲注(46) p.122。
- 48) 前田達明(1985年)『愛と家庭と一不貞行為に基づく損害賠償請求』、pp.302・303、成文堂。
- 49) 島津・前掲注(46) p.122、前田・前掲注(47) pp.47以下。
- 50) 水野・前掲注(11) p.167。
- 51) 水野・前掲注(11) p.167。
- 52) 人見康子(1991年)「夫の不倫相手方に対する妻子の慰謝料請求権」『判例タイムズ』747号、p.76。
- 53) 野川・前掲注(10) p.371、泉 久雄(1979年)「親の不貞行為と子の慰謝料請求」『ジュリスト』694号、p.88など。

- 54) 島津・前掲注(46) p.121、前田・前掲注(48) p.302、小野幸二(1985年)「不貞行為の相手方に対する損害賠償請求」『民法の争点Ⅱ』、p.205など。
- 55) 辻・前掲注(27) pp.31以下、参照。
- 56) 西原道雄(1997年)「婚姻関係破綻後に夫婦の一方と肉体関係を持った第三者の他方に対する不法行為責任」『私法判例リマークス(14)1997(上)』、p.68。
- 57) 樫見・前掲注(23) p.210、p.196。
- 58) 國井和郎(1997年)「婚姻関係が既に破綻していた夫婦の一方と肉体関係をもった第三者の他方配偶者に対する不法行為責任の有無」『法学教室(判例セレクト1996)』、p.27。
- 59) 菅原(1996年)「婚姻関係が破綻している場合における不倫の相手方に対する慰謝料請求権の存否」『法律のひろば』49巻9号、p.45。山口(1997年)「婚姻関係が既に破綻している夫婦の一方と肉体関係を持った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任の有無」『判例タイムズ』924号、p.88。
- 60) 國井和郎(2002年)「夫と通じた者に対する妻の慰謝料請求権」『家族法判例百選(第六版)』、p.23、有斐閣。
- 61) 水野紀子(2005年)「破綻している夫婦の一方と関係した第三者に対する他方配偶者の損害賠償請求」『民法判例百選Ⅱ(第5版)』、p.201、有斐閣。
- 62) 同上。
- 63) 二宮周平「不貞行為の相手方の不法行為責任」円谷 峻、松尾 弘(編)(2008年)『損害賠償法の軌跡と展望[山田卓先生古稀記念論文集]』、p.163、日本評論社。
- 64) 二宮周平(2001年)「妻の不貞行為の相手方の不法行為責任(東京地判平成10.7.31)」『判例タイムズ』1060号、p.112。
- 65) 樫見・前掲注(23) p.210、p.201。
- 66) 中里・前掲注(26) p.55。
- 67) 窪田充見(2008年)「夫と通じた者に対する妻の慰謝料請求権」『家族法判例百選(第7版)』pp.22以下、有斐閣。樫見・前掲注(22) p.212、参照。
- 68) 樫見・前掲注(23) p.210、p.212。
- 69) 水野・前掲注(61) p.201。

キーワード：不貞行為、慰謝料、枕営業、不法行為

(LI Xian)