

家族法判決・審判研究

九州家族研究会

小野, 義美
宮崎大学教育学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1809>

出版情報：法政研究. 51 (3/4), pp.183-202, 1984-03-26. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

判例研究

家族法判決・審判研究

九州家族研究会

第三者による家庭破壊と未成年の子に対する不法行為責任

最高裁 昭和五四年三月三〇日 第二小法廷判決

(昭和五一年(オ)第三二八号 慰謝料請求事件)

民集三三卷二号 二〇三頁

〈事実の概要〉

訴外A男(夫)と原告X₁女(被控訴人、上告人、妻)は昭和二三年七月二〇日に婚姻の届出をし、その間には原告X₂女(同、長女、昭和二三年八月一五日出生)、X₃女(同、昭和三三年九月一三日出生)、X₄女(同、三女、昭和三九年四月二日出生)がいる。Aは、昭和三二年二月頃から、銀座のアルバイトサロンでホステスをしていた被告Y女(控訴人、被上告人)と知り合い、やがて互いに好意を持つようになり、YはAに妻子があることを知りながら情交関係をもつに至った。昭和三五年一月二一日にYはAとの間に訴外B女を出産し、Aは昭和三九年四月三日にBを認知した。その間、AはYとの関係をX₁に隠してい

たが、ついに昭和三九年二月頃、X₁は両者の関係を知るに至り、Aを厳しく責めたため、既に愛情を失いかけていたAは、同年六月、X₁らと別居し、その後Yと同棲したが、まもなく鳥取県に移り住み、昭和四二年に再び東京に戻り、現在に至るまでYと同棲している。なお、Yは昭和三九年銀座でバーを開業し、Aとの子Bを養育しているが、Aと同棲する前後を通じてAから金員の贈与ないし貸与を受けたことも、生活費を受け取ったこともない。また、Aが妻子のもとに戻りたいのであれば、敢えて反対はしないとの態度である。また、Aは自分の職業をもち、別居以来、毎月数万円をX₁らに送金していた。

そこで、X₁は、夫の貞操を要求する権利を、X₂、X₃、X₄は父の保護を求める権利を奪われ、更に、X₁らは、妻として、子としてAとともに共同して家庭生活を営むことを求める親族権を侵害され、精神的平和を害されたとして、X₁は五〇〇万円、X₂は二〇〇万円、X₃、X₄は各一〇〇万円を慰謝料としてYに請求した。

第一審は、Yの行為はX₁、X₂らの何れに対しても不法行為になるとして、X₁につき三〇〇万円、X₂につき五〇万円、X₃、X₄につき各五〇万円の慰謝料を認容した(東京地判昭和四九年六月二八日)。

これに対し、原審は、AとYとはAのさそいかけから自然の愛情によって情交関係が生じたものであること、AとYが同棲生活に入ったのはAとX₁との婚姻生活が既に破綻した後であっ

て、しかもAの方からYのもとへ赴いたものであること、AとYの同棲以来子供であるX₂らはAの愛ぶ養育を受けられなくなったわけであるが、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はいえないこと、等を理由に、Yに不法行為はないとして、一審判決を取り消し、X₁とX₄の請求をすべて棄却した(東京高判昭和五〇年一月二二日)。

そこで、X₁とX₄は、概略、(一)妻子ある男と不倫関係に陥り、その家庭を破壊した者は、妻のみならず子に対しても不法行為責任を負うべきである、(二)その者は、年齢・不倫関係の期間等からみて、どちらが積極的に誘つたかは問題とすべきではない、(三)不倫関係において敢えて非嫡出子を生み、認知を求めることは、正妻と嫡出子に対する不法行為となる、(四)夫婦別居後の同棲であっても、その別居原因がそれまでの不倫関係に起因している場合は、その同棲は妻子に対する不法行為である、(五)以上から原判決は暴論であり、これは妾関係の肯定、乱交の奨励を導き、健全な家庭生活秩序の崩壊をもたらす、と主張して上告した。

△判 旨▽

X₁に関する部分は破棄差戻し、X₂とX₄については上告棄却した。X₁に関する判旨は省略する。

「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の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。ただし、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。

原審が適法に確定したところによれば、X₂、X₃、X₄の父親であるAは昭和三二、三三年ごろからYと肉体関係を持ち、X₂らが未成年に達していなかつた昭和四二、四三年Yと同棲するに至つたが、YはAとの同棲を積極的に求めたものでなく、AがX₂らのもとに戻るのを敢えて反対しなかつたし、AもX₂らに対して生活費を送つていたことがあつたというのである。したがつて、前記説示に照らすと、右のような事実関係の下で、特段の事情も窺えない本件においては、その行為はX₂らに対し、不法行為を構成するものとはいひ難い。……」

大塚裁判官の補足意見

「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ようになれば、右未成年の子が事実上父親の監護等を受けられなくなり、そのため不利益を被る場合があることは、否めないことである。この場合に、問題は、右の事実上の不利益を法的に評価して原因行為と相当因果関係にあるものであるとしようかである。……本件のような場合においては、家に残した子に対し、監護等を行うことは、その境遇いかんにかかわらず、まさに父親自らの意思によって決められるのであるから、相当因果関係の有無の判断に当たっては、この父親の意思決定が重要な意義を持つものと考えらるべきである。そして、右父親の意思決定のいかんによって未成年の子が監護等を受けられるか、又は受けられないかの結果が生ずるものであるところ、多数意見摘示にかかわる原審の確定した事実関係のもとにおいては、相手方の女性の同棲行為によって未成年の子が不利益を受けることが通常であるとはいえず、右不利益は、あくまでも事実上もたらされたものにかすぎず、それを法的に評価して原因行為と相当因果関係にある結果であるといふことはできない。……」

本林裁判官の反対意見

「……私は、未成年の子を持つ男性と肉体関係を持ち、その者の子供を出産し、妻子のもとを去った右男性と同棲するに至った女性がたとえ、自らその同棲を望んだものでもなく、同棲後も、男性が妻子のもとに戻ることに敢えて反対しないのであるとしても、同棲の結果、男性がその未成年の子に対して全く、監

護、教育を行わなくなったのであれば、それによって被る子の不利益は、その女性の男性との同棲という行為によって生じたものといふべきであり、その間には相当因果関係があるとするのが相当であると考えるのである。ただし、不法行為における行為とその結果との間に相当因果関係があるかどうかの判断は、そのような行為があれば、通常はそのような結果が生ずるのであろうと認められるかどうかの基準によってされるべきところ、妻子のもとを去って他の女性と同棲した男性が後に残して来た未成年の子に対して事実上監護及び教育を行うことをしなくなり、そのため子が不利益を被ることは、通常のことであると考えられ、……更に、日常の父子の共同生活の上で子が父から日々、享受することのできる愛情は、父親が他の女性と同棲すれば、必ず奪われることになることはいうまでもないのである〔る〕……。……次に検討されなければならないのは、Yの行為によってX₂らが被った不利益は、はたして不法行為法によって保護されるべき法益となり得るかの問題である……。民法八二〇条は、親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負うと規定する。……親が故意又は過失によって右義務を懈怠し、その結果、子が不利益を被ったとすれば、親は、子に対して不法行為上の損害賠償義務を負うものといふべきであるから、右不利益は、不法行為法によって保護されるべき法益となり得ると考えられるのである。また、未成年の子が両親とともに共同生活をおくることによって享受することので

きる父親からの愛情、父子の共同生活が生み出すところの家庭的な生活利益等は、未成年の子の人格形成に強く影響を与えずにはいられないものであり、かつ、人間性の本質に深くかかわり合うものであることを考えると、法律は、それらへの侵害に対しては厚い保護の手を差し延べなければならない、換言すれば、右利益等は、十分に法律の保護に価する法益であるといふべきである。このように考えると、ある女性が未成年の子を家に残して来た男性と同棲することによって、右子が父親からの愛情、監護、教育を享受し得なくなるような結果が生じた場合には、右女性は、故意又は過失がある限り、未成年の子に対して、不法行為責任を負うものといわざるを得ないわけである。

……」

△ 批評

一 本判決の位置・特徴

本判決は、夫が妻子のもとを去り他女と同棲したことによる、妻及び子からその女性に対し不法行為に基づく慰謝料請求をしたのに対し、妻についてはその請求を認容し、子については棄却した（以下「東京ケース」ともいう）。最高裁は、同日、妻が夫子のもとを去りメキシコへ渡航して他男と同棲したため、夫及び子から男性に対し慰謝料請求をした本件と対照的な事案についても、本判決と同じ判断を下した（以下「大阪ケース」という）。

配偶者が不貞行為を行った場合、その相手方に対し他方配偶者が不法行為に基づく慰謝料請求をなすことは、大審院以来の確定した判例であり、最高裁も踏襲している⁽²⁾。従って、本判決は、配偶者からの慰謝料請求を認容した点においては新しいものではない。これに対して、子からの不貞の相手方に対する慰謝料請求については、従来、大審院、最高裁を通して判例が見られなかったが、近時、問題が表面化し、下級審判決も判断が分かれていたのであり、本判決は、子からの慰謝料請求を否定したとはいえ、最高裁として初めての判断を示したものである。そこで、以下においては、後者の問題に限定して検討を行いたい⁽³⁾。

ここで、検討に先立ち、本件の特徴と判決の論理を整理しておこう。

本件では、父親が第三者と情交関係（婚外子の出生、認知）をもち、発覚後、妻と三人の子（何れも未成年子）と別居し、以後、第三者と同棲継続中である。この同棲関係については、第三者は、その父親に妻子がいることは当初より知っていたが、同棲は積極的に求めたものでもなく、同棲後も父親が妻子のもとへ戻ること敢えて反対していないし、生活費の授受もない。他方、父親は、第三者に傾倒しており、妻子のもとへ帰る意向は全くなく、妻も父親が帰ってくると思っていない（後日、妻は離婚訴訟を提起した⁽⁴⁾）。つまり、同棲関係は、情交関係に起因し、父親の方から積極的に求めたものではあるが、もは

や解消の可能性のない形で継続されており、残された未成年の子は父親の監護等を受けていない。尤も、父親は、別居以来、自己収入から毎月数万円を妻子に送金していた事実は認められる。

このような事実関係の下で、本判決は第三者の父親との同棲行為が残された未成年の子に対する不法行為とはならないという結論を下したわけであるが、その際の民法第七〇九条論における主な特徴点は次の如くである。

第一は、これが最大の特徴であるが、因果関係についてである。判決は、第三者の同棲行為と未成年の子の不利益との間には相当因果関係がないとする。その論拠としては、先ず、「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わりなく、父親自らの意思によって行うことができるのである」として、監護教育義務者たる「親の意思」＝義務不履行にこそ直接的原因があるとする。そして、例外的に、第三者は「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」がある場合に限り有責とする。本件では、第三者が父親との同棲を積極的に求めたものではない、父親が妻子のもとに戻るのを敢えて反対しなかった、父親が妻子に生活費を送っていたことがあった、として特段の事情が存しないと認定した。

そこで、第二に、以上のような認識の基礎には、判決自身は直接言及していないのであるが、被侵害利益を狭く把握・構成

する態度が窺われる。即ち、判決は、未成年の子の「不利益」の内容として「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」ことを指摘するが、しかし、同時に、父親による愛情、監護、教育は「他の女性と同棲するかどうかにかわりなく」父親自身が行うという。同日の〈大阪ケース〉の判決では「同棲の場所が外国であっても、国内であっても差異はない」とすという。即ち、ここには、被侵害利益として、単に未成年の子が親の愛情、監護、教育を受けることのみが考えられ、そのような利益は親との共同生活を前提にして初めて十分に享受しうるものであるということ、或いは、共同生活そのものによってもたらされる利益というものが考慮されていないのである。

なお、第三に、前述の如く、第三者は「特段の事情」がある場合に限り有責とされることから、故意要件について、単に同棲の相手方に妻子がいることを認識するだけでは不十分で、「害意」を要する、との認識が窺われよう。

二 従来の下級審裁判例の検討

本判決の検討のためには、先ず、それ以前の裁判例について分析を行う必要がある。先述の如く、本判決は大審院・最高裁としては初めての判決であるが、下級審は一〇例の判決がみられ、肯否相対立している。

下級審判決には次のものがある。⁽⁵⁾

- ① 東京地判 昭和三七年七月一七日（棄却）
 - ② “ 昭和四四年二月三日（認容）
 - ③ 広島地判 昭和四八年九月二一日（認容）
 - ④ 東京地判 昭和四九年六月二八日（認容）
 - ⑤ 東京高判 昭和五〇年一月二二日（棄却）
 - ⑥ 大阪地判 昭和五二年四月二〇日（棄却）
 - ⑦ “ 昭和五二年六月六日（棄却）
 - ⑧ 大阪高裁 昭和五三年八月八日（認容）
 - ⑨ “ 昭和五三年八月三〇日（棄却）
 - ⑩ 東京地判 昭和五四年一月三一日（認容）
- これらの内、④、⑤は本判決（東京ケース）の第一、二審であり、⑦、⑧は（大阪ケース）の第一、二審であり、何れも一、二審の判断が相対立している。全体としても、認容例（②③④⑧⑩）と棄却例（①⑤⑥⑦⑨）とが相半ばして対立している。そこで、以下、認容例、棄却例の論拠を検討する。
- (一) 先ず、認容例について分析しよう。認容例中判決理由を確認しうるのは②、③、⑧、⑩であり、更に、その内、論拠を明示するのは②、③、⑧である。
- ②は、妻と三人の子を持ち幸福な生活をしてきた男性が教え子の母親と相互に好意を抱くようになり、ついに男性が家出し（残された子は十二歳、九歳、五歳）、同棲するに至った事案である。請求認容の理由は次の如し。
- 「近代的家族は、一夫一婦制を根底とし、通常、夫婦とその

未成年の子によって形成される親族共同生活を中核とする。その親族共同生活から醸成される、各構成員の精神的平和・幸福感その他相互間の愛情利益というべきものは、その共同生活が客観的・社会的に定着されたものである限り、それ自体独立して、法の保護に値する人格的利益であると考え。したがって、そのような家族関係を知りながら、夫と不倫関係に入つて、夫を親族共同生活から離脱させることによつて家庭を破壊した第三者は、妻に対しては勿論のこと、未成年の子に対しても、不法行為者としての責任を負わなければならない……」

即ち、②判決の論拠の第一の、かつ最大の特徴は、夫婦と未成年の子によって形成される「親族共同生活」を重視し、その共同生活から醸成される「各構成員の精神的平和・幸福感その他相互間の愛情利益ともいふべきもの」をそれ自体独立して法の保護に値する「人格的利益」として構成する点にある。この点で、棄却例は「未成年の子の父に対する関係を、実定法上認められる扶養・監護教育・財産管理請求権の総体に過ぎないと解し、愛情利益の実質的部分を看過するものであ」とされる。第二に、以上の如く被侵害利益を把握することから、第三者は、相手方に妻子があり、共同生活関係にあるという「そのような家族関係を知りながら」、不倫関係、同棲関係に入れば有責とされる。即ち、最高裁のいうような「害意」は少なくとも要求されていない。

③、⑧についても論拠は共通である。即ち、

「原告……は、被告の行為によって……母としての愛情を受けることができず父母との共同生活によって得られる精神的平和を乱され、その人格的利益を侵害されたものということができる……」(③)

「夫婦とその未成年子からなる家族にあって、各人は他の家族と共に平穩に幸福な家庭生活を営むべき法の保護に値する利益を有し、……第三者が妻と不倫な関係を結んで当該平和な家庭を破壊したときは、……未成年子の身上監護請求権の侵害を理由とするだけでなく、……前記精神的利益の侵害をも理由として不法行為の成立を肯認しうる……」(⑧)

⑧は、更に、故意の点について「未成年子に対して第三者が害意を持つなど……特別の態様の侵害行為がなされたときに限つてのみ、不法行為の成立を認めるべきものと解すべきではない」と、害意等を要しないことを明言している。

以上に対し、⑩は若干趣きを異にする。事案の特徴は肉體關係・同棲關係が専ら妻子ある男性の側の積極性においてなされた点にある。しかし、判決は「右原告らの平穩な家庭生活が破壊されるに至ったのは、そのほとんどが……父たる(者)の責任に帰せしめられるべきであり、右家庭生活の破壊について被告の関与の度合ひいては責任の割合が極めて小さい」ことを認定しつつも、このことは責任の存否の判断では問題とされず、慰謝料の算定において考慮されているにすぎないのである。即

ち、ここでは、家庭生活破壊に対する「被告の関与の度合ひいては責任の割合が極めて小さい」場合であっても不法行為責任が認められており、逆に言えば、⑧と同様、被告に対し害意等は要求されていないのである。

さて、以上認容例の論拠を検討してきたが、その特徴点は次の二点に整理されよう。

第一点は被侵害利益の把え方である。認容例では、未成年の子と両親との「共同生活」が重視され、その「共同生活から醸成される、各構成員の精神的平和、幸福感その他相互間の愛情的利益というべきもの」(②)、「父母との共同生活によって得られる精神的平和」(③)、「他の家族と共に平穩に幸福な家庭生活を営むべき……利益」「精神的利益」(⑧)を、それ自体独立して法の保護に値する「人格的利益」として構成する。従つて、論理的には、⑧が端的に論ずる如く、未成年の子の被侵害利益は、親に対する扶養、身上監護請求権と前述の如き「人格的利益」ということにならう。認容例では専ら後者が問題とされている。

第二点は加害者の侵害態様についてである。認容例では、被侵害利益として「人格的利益」を専ら問題としていることから、加害者につき、未成年の子が親と共同生活關係にあり、親の一方との同棲によってそれが破壊されることを認識しておれば足り、それ以上に「害意を持つなど……特別の態様の侵害行為」の存在も要しないし、逆に、家庭破壊に対する「関与の度

合ひいては責任の割合が極めて小さい」ことも責任否定の理由とはなされていないのである。

(二) 次に棄却例の論拠について検討しよう。

①は、認容、棄却例を含め、この種事件の最初の判決である。夫婦仲があまりうまくいっていなかった父親が、渡米中に知り合った女性に積極的に交際を求め、帰国後も妻子（未成年の子2人）の許へ帰らず、ついにその女性と同棲するに至った事案である。これに対し判決は、事実認識としては、先ず次のようにいう、

「原告…が右（父親）との別居により…父としての愛情をうけることができず、そのため精神上的苦痛を蒙ったことが認められ、又、右原告等の損害と被告の（父親）との同棲及び…同棲に至るまでの（父親）との交際の間には相当因果関係が存するものといわなければならない。…」

この限りでは認容例とほぼ同一の判断で、未成年の子が父親との別居により「父としての愛情をうけることができ」ないことを「精神上の苦痛」・「損害」と把握する。しかし、この認識は、その後の論理展開の中で無視されてしまうのである。即ち、

「ところで、かように第三者が未成年の子をもつ夫婦の一方と情交関係を結び又はこれと同棲し、その結果その夫婦の一方が未成年の子を夫婦の他方の監護教育に委ね自らはこれをつくさなかった場合、右第三者は右未成年の子の当該親から監護教育を受ける権利を違法に侵害したといふべきか否か

といえ、未成年の子とその親との関係はたんに前者が後者に対し扶養、身上監護を要求しうる権利を有するにすぎず、又後者が前者に対し右義務をつくすか否かは専らその意思のみに依存し、たとえ後者が第三者と前記のような肉体関係を結んだからといって、そのことにより後者に対する右身上監護義務を履行しえなくなるというものではないから、右問題は通常は消極に解すべく、ただ第三者が当初から未成年の子に対し苦痛又は損害を加える意図の下に行動したとか或いは積極的に誘惑的な挙措を用いて当該親の無知又は意思薄弱などに乗じて当該親と未成年の子との間の親子的共同生活を破壊したといふような特別の場合のみ、未成年の子に対する不法行為が成立するものと解するのが相当である。本件について△証拠▽を総合すると…被告は交際の当初から右同棲に至るまで終始消極的・受動的であったものと認めることができ…被告において前段で述べたような不法行為を構成すべき特別の場合に該当すべき事実を見出すことができないから、結局原告…の被告に対する不法行為にもとづく損害賠償の請求は失当なるものとせざるを得ない。」

この判決の論理の特徴は、第一に、「未成年の子とその親との関係はたんに前者が後者に対し扶養、身上監護を要求しうる権利を有するにすぎず」として、被侵害利益を「監護教育を受ける権利」に限定して把える点にある。前述の事実認識が全く反映されていないのである。従って、第三者の未成年の子に対

する不法行為の成否は、「右第三者は右未成年の子の当該親から監護教育を受ける権利を違法に侵害したというべきか否か」の問題に限定して論じられることになる。そこで、特徴の第二は、第三者による監護教育権の侵害の有無の判断に当り、同棲の相手方である「親の意思」の介在が重視される点である。即ち、親が未成年の子に対し「右（監護・教育）義務をつくすか否かは専らその意思のみに依存し、たとえ後者（親）が第三者と……肉體關係を結んだからといって、そのことにより後者（未成年の子）に対する右身上監護義務を履行しえなくなるというものではない」として、義務不履行の原因を専ら「親の意思」に求め、従って、第三者の責任は「通常は消極に解すべ」きものとされる。そして、極めて例外的に、「第三者が当初から未成年の子に対し苦痛又は損害を加える意図の下に行動したとか或いは積極的に誘惑的な挙措を用いて当該親の無知又は意思薄弱などに乗じて当該親と未成年の子との間の親子的共同生活を破壊したというような特別の場合」に限って責任があるものとされる。即ち、監護教育権の侵害と第三者の同棲行為との間には、「特別の場合」を除き、相当因果關係がないということになる。

他の棄却例も、概ね、①の判決論理の特徴の一又は二に基づくものである。

⑥、⑨は被侵害利益を争点とする。とくに、⑥は「反射的利益」論を展開する点で特徴的である。即ち、

「子は親に対し親族相互間の権利として扶養請求権を有しているが、未成年の子が親と同居し、それに伴い生活上の種々の利益を受けることは、両親が婚姻に伴う義務として同居のうえ互に扶助、協力、ないしは親の意思に基づき家庭生活を営むことによって受ける反射的利益であって、両親より授る恩恵的なものであり、子から親に対する請求権の実現として享受するべき利益ではないのである。……」

被侵害利益は「扶養請求権」に限定され、「未成年の子が親と同居し、それに伴い生活上の種々の利益を受けること」は、親の婚姻義務ないし意思に基づく家庭生活によって受ける「反射的利益」、「両親より授る恩恵的なもの」にすぎないものとされる。⑨も、子が父の「愛情、協力を身近に受けること」、「平和感」、「幸福感」といった、これら「愛情協力を受ける利益」は法律上保護されるべき利益とまではいえないとする。

他方、⑤、⑦は親の義務不履行を問題とする。⑤は、子の請求を認容した④を破棄し、次の如くいう、

「訴外人（父親）が控訴人（他女）と同棲して以来子供……は訴外人の愛ぶ養育を受けられなくなったわけであるが、これは一に訴外人の不徳に帰することであって、控訴人に直接責任があるとはできない。」

即ち、子の不利益の責任は「一に訴外人（父親）の不徳に帰する」とされ、同棲相手たる第三者には「直接責任がある」とすることはできない」とする。⑦も同趣旨で、第三者の行為は

「その母との同棲行為たるに止まるから、特別の事情のない限り不法行為を構成するものとは解し難い」と判示する。即ち、両者の論理は、子の損害の「直接的責任」は義務不履行の親にあるものとし、第三者は「特別の事情」ある場合に限り責任を負うにすぎないとするものである。

以上、棄却例の論拠を検討してきたが、その特徴は次の二点に整理されよう。これらは、何れも、認容例における特徴点に対応するものである。

第一点は被侵害利益についてである。棄却例は、未成年の子の被侵害利益を「扶養、身上監護を要求しうる権利」、「扶養請求権」と限定して把握し、親と子の共同生活から得られる「愛情協力を受ける利益」を「反射的利益」、「恩恵的なもの」として法的保護の対象としないのである。

第二点は、「監護教育を受ける権利」の侵害と第三者の同棲行為との因果関係についてである。棄却例は、監護教育義務の履行は専ら「親の意思」のみに依存し、同棲とは無関係であると、従って、権利侵害と第三者の同棲行為との間には、通常、相当因果関係がないものとする。ただ、例外的に、第三者に「害意」、「積極的挙措」等の「特別の事情」がある場合に限り有責とされる。

さて、以上、従来の下級審裁判例につき、認容例、棄却例の論拠について検討したのであるが、結局の所、両者の基本的対

立点は被侵害利益の構成の仕方にある、ということが出来る。その構成の如何によって、未成年の子の「損害」との関係における第三者の同棲行為の評価が別かれていたのである。

このような下級審判決の真向うからの対立の中にあつて、最高裁としての判断が待たれていたわけであるが、本最高裁判決は、 \wedge 大阪ケース \vee と共に、棄却例の立場を採ることを表明したのである。次にその評価を試みよう。

三 本判決の評価・問題点

本判決を一体どう評価すればよいであろうか。この問題に関しては、従来、学説上殆んど論じられていない。従って、本判決をめぐるのは評価が大きく分かれていたのである。本判決に關する主論点は、既に明らかな如く、(一)被侵害利益の把握・構成の仕方、(二)因果関係の有無、(三)「害意」の要否、に集約することができる。以下、この論点に従って検討する。

(一) 被侵害利益の把握・構成の仕方について

本判決(多数意見)の被侵害利益の捉え方は、直接的には触れられてはいないが、しかし、既に確認した如く、親子の共同生活を視野外に置き、「父親の愛情、監護、教育を受けること」として限定的に扱っているものと解することができる。これに対して、本林裁判官(反対意見)は、監護・教育を受ける権利の他に、「未成年の子が両親とともに共同生活をおくること」によって享受することのできる父親からの愛情、父子の共同生活

が生み出すところの家庭的な生活利益等は、未成年の子の人格形成に強く影響を与えずにはいられないものであり、かつ、人間の性の本質に深くかかわり合うものである」として、多数意見とは逆に、共同生活に基づく「家庭的な生活利益等」を被侵害利益として把握すべきだと主張する。これら多数意見と反対意見の対立は、まさに下級審裁判例の基本的対立点であったわけである。

学説上は、むしろ、本林反対意見と共通した論調が多い。先駆的には、中川（善）教授は「判例は、他処で女と同棲していても、子の身上監護はできるといっているが……身上監護というのは何も生活費を送るだけのことではなからう。むしろ、それは愛護とでもいふべき性質をもっているものと思う」と主張された。これを承け、中川（淳）教授も、「父母の愛情に包まれて家庭において精神的な安定と幸福を享受する」という「愛情的利益」をもって、それ自体法の保護に値する利益と解すべきものとされる。これに対し異論を唱えるのは人見教授であり、「愛情その他共同生活が生み出すところの家庭的な生活利益は：一種の反射的利益であるにすぎない」といわれる。この「反射的利益」論は、既に検討した如く、大阪地裁昭和五二年判決の論理である。

この被侵害利益の検討に当たっては、先ず以って、未成年の子がいかなる家族関係の下に置かれ、いかなる「不利益」を被っているかという実態を踏まえる必要がある。本件における事

実関係を整理してみると、父親は第三者と同棲関係を継続中であり（しかも、既に婚外子もいる）、母親の許へ帰る意向は全くなく、母親も父親が戻るとは思っていないことから、父母の婚姻関係は完全に破綻している（後日、母親は離婚訴訟を提起するに至る）。即ち、父親は第三者といわゆる重婚の内縁関係にあるものと解され、子どもたちは婚姻関係の破綻した母親と同居しているのである。子どもの状況についてみると、三人の子どもは全て女子で、父の家出時は一六才、六才、〇才であった。原告の主張によると、父親からは不十分な養育費しか送金がなく、また、母親が十分働けないことから、子どもらは、一時、各別に知人宅へ預けられ、「一家離散の悲境」に陥った。とくに、長女は、感受性の強い年頃であり、高校受験期にあつたため、父の家出に悩み、勉強も手につかず、一時は自殺を考えた程であったという。又、長女は、最近結婚したものの、それまで、父の同棲関係、認知子の存在が縁談に支障を与えていた。他の二子についても、長女と「大同小異の苦痛」を受けているという。このように、三人の未成年の子は、完全に破綻した婚姻関係の下で、第三者と重婚の内縁関係にある父親から放置され、不十分な生活費しか受けえず、一家離散の悲境、自殺を考えた程の悩み、縁談への支障、といった種々の「不利益」を被っているのである（尚、大阪ケースでは、母親が第三者と外国で同棲中で、婚姻関係は破綻しており、父親の許には、一九才、一五才、一〇才の三人の男の子が残こされ、第二

審判決は「原告らは、永年にわたる平穩で安定した家庭生活を破壊され、これにより筆舌に尽し難い程の精神的苦痛を被ったであろうことは経験則上容易に推認される」と事実認定している。

では、以上の如き実態把握の下で、未成年の子の種々の「不利益」はどのように法的に評価され、従って、被侵害利益はいかに構成されるべきであろうか。

先ずは、父親が三人の未成年の子を放置し、不十分な生活費しか送金していない事實は親権者としての義務不履行であるといふ点については異論がなからう。まさに、下級審棄却例並びに本判決多数意のいう「監護・教育を受ける権利」の侵害である。

しかし、問題は、未成年の子の「不利益」のうち、父親の家出・同棲それ自体によって大きな精神的苦痛を被っているという点の評価についてである。とくに、長女は、高校受験期にあり、感受性の強い年頃で、父親の家出・同棲によって自殺を考えた程の大きな精神的苦痛を被っている事實に鑑みれば、この長女にとって、父親との（従って、父母との）共同生活というものがもつ価値の重大性を否定しえないであろう。即ち、ここに、認容例昭和四四年東京地裁判決が正に指摘するような「共同生活から醸成される、各構成員の精神的平和、幸福感その他相互間の愛情的利益」が重視されるべきであろう。この点で、本判決多数意見が、父親の責任は「他の女性と同棲するかどうかに

かわりなく……行うことができる」として（八大阪ケース）では「同棲の場所が外国であっても、国内であっても差異はない」とす（九）、未成年の子にとっての両親との共同生活のもつ価値を何ら吟味することなく、一律に否定し去るのは疑問である。⁽¹¹⁾

本来、この「愛情的利益」については、単に事実認識としてのみならず、理論的にも、「婚姻家族における親子関係の中に強く内在されている」⁽¹²⁾ものとして、もっと積極的に位置付ける必要がある。有地教授によれば、今日の家族法は、個人の尊厳と両性の本質的平等の原則に従い、個々の家族構成員について自由・平等・独立の法的人格者であることを承認した上で、婚姻関係と親子関係から成る近代家族秩序を法規範化し、家族の安定と保護を図ろうとするもので、その基底には、夫婦と未成年の子とが家族的共同生活を営む近代的な婚姻家族(Famille conjugale)が措定されており、従って、家族法上の夫婦、親子の関係は、単なる「個別的権利義務」関係としてではなく、婚姻家族の構成員としての夫、妻、親、子という具体的地位に即した「家族的権利義務」関係として構成される必要がある⁽¹³⁾。即ち、親子関係についていえば、親は正に親として未成年の子を監護・教育する義務を負うのであり、しかも、その義務は、本来、親と未成年の子の「家族的共同生活」関係を前提としているのである。父母共同親権の原則（民法八一八条）もまさにこの観点から位置付けられる必要がある。従って、本件未

成年の子は、父親に対して、単に「監護・教育を受ける権利」に止まらず、同時に、父親との（従って、父母との）共同生活関係の回復、即ち、実質的には、共同生活から醸成される「愛情的利益」の享受を請求しうるものと解すべきであろう。即ち、この「愛情的利益」は、親子関係に内在的な利益として、独立に法の保護に値いする「人格的利益」として構成することが可能である。¹⁴ 反射的利益論は、未成年の子の人格的な自由・平等・独立性は、本来、親との共同生活関係の中においてこそ実質的に保障されうるといふ点を過小評価するものである。

(二) 因果関係の有無について

本判決（多数意見）は、因果関係論において最大の特徴を示すのであるが、第三者の同棲行為と未成年の子の不利益との因果関係について、既に確認した如く、本来、未成年の子の監護・教育は、同棲の有無に関係なく、「父親自らの意思」によって行いうるものであること、第三者に有責とすべき「特段の事情」が存しないことを理由に相当因果関係がないと判示する（大塚裁判官の補足意見も、父親の意思決定を重視し、同様の結論を示す）。これに対し、本林裁判官（反対意見）は、先ず監護・教育上の不利益について、同棲と不利益との間の相当因果関係存否の判断は「そのような行為があれば、通常はそのような結果が生ずるであろうと認められるかどうか」の基準でなすべく、「妻子のもとを去って他の女性と同棲した男性が後に残して来た未成年の子に対して事実上監護及び教育を行うことを

しなくなり、そのため子が不利益を被ることは、通常のことであると考えられる」とし、又、子が父親の愛情を享受しえなくなった不利益については、「日常の父子の共同生活の上で子が父親から日々、享受することができる愛情は、父親が他の女性と同棲すれば、必ず奪われることになることはいうまでもない」として、女性の同棲行為と未成年の子の不利益との間には相当因果関係があると主張する。即ち、多数意見及び補足意見と反対意見との対立点は、相当因果関係の判断において父親の意思決定を重視すべきか否か、又、「愛情的利益」を独立の被侵害利益として構成し、その侵害についての因果関係を論ずるか否かにある。

学説も同様の対立をみせる。島津教授は「相手方の行為と子の損害との間には、通常の場合には、子を棄てるかどうかの親の自由意思が介入することは明らかである。この意味で、両者間には法律上の因果関係はないといえる」として「親の自由意思」の介入を重視される。¹⁵ これに対し、沢井教授は「相手方と同棲していても、実質的監護は可能という多数意見には常識的に同調しがたいし、子を棄てた親の自由意思が介入しているも、不貞の相手方には、法的評価において、『誘発』の責を肯定すべきであり、因果関係は中断されえない」と主張される。¹⁶

そこで、考えるに、先ず、本判決多数意見の如く、父親が監護・教育を行うことは、「他の女性と同棲するかどうかにかか

わりなく、父親自らの意思によって行うことができる」という認識は疑問である。「他の女性と同棲すること、自分の子に対し監護教育をなすべき義務を履行することとは、少なくとも純論理的には両立することが可能である」(傍点原文)と言いつけるのであるか。このような認識は、本件の実態を無視した観念論の疑いが濃い。本件における実態は、既に確認した如く、父親は第三者といわゆる重婚的内縁関係にあると解することができる。従って、父親は、子の扶養という点では、嫡出子に対してのみならず、同居する非嫡出子に対しても同時に義務を負うのであり、しかも、その義務の程度は、配偶者に対する場合とは異なり、同一内容の生活保持義務と解すべきであるから、¹⁸⁾父親の嫡出子・非嫡出子に対する義務は真向うから対立するものとなる。即ち、重婚的内縁家族の保護か嫡出家族の保護かの対立がみられるのである。¹⁹⁾その意味で、父親が重婚的内縁関係を維持・継続しながら、同時に「父親自らの意思」により残存嫡出子に対し十分な監護教育をなしうるものとは解し難い(尤も、本件では、父親は同居の非嫡出子に対しては、目下の所、扶養責任を問われてはいない)。ましてや、共同生活に伴う「愛情的利益」の享受という点では、「父親自らの意思」に基づきその享受を可能ならしめるということは、実は、同棲関係を解消するということに外ならず、従って、同棲関係の継続とは「純論理的」に「両立」しえないのである。以上のように、父親が同棲関係・重婚的内縁関係を継

続しながら、同時に残存嫡出子に対し監護・教育を行い、「愛情的利益」を享受させることは、たとえ強靱な「父親自らの意思」をもってしても現実問題としては困難あるいは不可能というべく、従って、嫡出子の不利益の帰責事由を専ら「父親自らの意思」に求め、それを以て第三者の同棲行為との因果関係中断事由となすのは疑問である。

では、次に、相当因果関係の認定には第三者に「特段の事情」が存することを要するであろうか。本判決多数意見は、「父親自らの意思」の介在を前提に、第三者に「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」の「特段の事情」の存在を要するものとする。又、学説のうち、同棲に対する「親の自由意思」を重視する立場は、第三者が父親の意思を不当に支配し或いは排斥したといえるような事情の存在を要するという。しかも、これらは「特段の事情」として、「害意をもって：積極的に阻止」とか、「暴力、詐欺、強迫などの違法手段を用いて父母の一方を奪ったとき」といった具合にかなり厳格な基準を掲げている。これは、それだけ監護・教育すべき子を棄て第三者との同棲関係に入ることを「自由意思」によって選択した父親自身の責任を追求しようとするものであるが、しかし、反面、そのことが却って同棲相手たる第三者の責任を追求する可能性を極度に狭めることになり、むしろ国民感情からかけ離れたものになりはしないだろうか。²⁰⁾そこで、学説の中には、「特段の事情」の基準を緩和して結果の具体的妥当性を図ろう

とするものがみられ、「積極的に誘惑的な挙措を用いて当該親の無知又は意思薄弱などに乗じ」た場合、⁽²¹⁾ 第三者が親の一方の不法行為を「誘発」した場合なども「特段の事情」に含めるべきだとする。しかし、私は、共同生活より生じる「愛情的利益」を被侵害利益として構成すべきとする立場から、もっと一般的に第三者の不法行為責任を認めるべきだと思う。本件では、第三者と父親との情交関係・同棲行為によって現実に家庭は破壊され、残された未成年の子はそれにより大きな精神的苦痛を被っているのである。原審判決が認定する如く、少くとも第三者は父親に妻子がいることを知った上で情交・同棲関係に入った以上、たとえそれが父親の積極性において行われたにせよ、通常の場合、その情交・同棲行為と未成年の子の精神的苦痛との間には相当因果関係があると解しえよう。即ち、第三者と父親との共同不法行為として構成することになる。これは本判決の前半の判示事項である、妻よりの第三者に対する慰謝料請求是認の論理構成との整合性を保つことにもなる。⁽²³⁾ 本判決の認定する、同棲関係における第三者の消極性の事情は、認容例東京地裁昭和五四年判決の如く、慰謝料算定において考慮すれば足りるのである。

(三) 害意の要否について

尚、本判決多数意見が「特段の事情」として「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」ことを例示する点に注目し、これを故意要件として積極的に位置付けるべきだ

とする主張がある。即ち、前田教授は、本判決多数意見が「相当因果関係がない」と理由付けるのは説得力がなく、むしろ本林反対意見の方が説得力をもつとし、従って、「相当因果関係」ではなく、民法八二〇条などによる法益は、第三者からの侵害については「害意」を条件とするケース（債権侵害に類似して）というだけの方が、理由付けとしては秀れているであろう」と主張される。⁽²⁴⁾ 同様の主張は島津教授にもみられ、「子が親から監護を受ける権利も对人的なものであって、いわば債権的性質を有する。したがって、不法行為の相手方が暴力、詐欺、強迫などの違法手段を用いて父母の一方を奪ったときにだけ子の損害賠償の請求ができる」と解すべきである」といわれる。⁽²⁵⁾ 両教授は、何れも、本件事案について第三者による債権侵害類似の構成をとり、故意要件を加重すべきものとされるわけである。しかし、被侵害利益を「監護・教育を受ける権利」と狭く構成する場合とはかく、共同生活に伴う「愛情的利益」を独自の人格的利益として構成する以上は、第三者が子の親と同棲関係にあるという、その事実だけでもって右利益の侵害につながるのであって、かように故意要件を厳格に解する必要はないものと思われる。

注

(1) 最高裁昭和五四年三月三〇日第二小法廷判決（昭和五三年（オ）第二二六七号 慰謝料請求事件）（判夕三八

三号五一頁)。

△事実の概要▽

妻A女と夫X₁(原告・控訴人・被控訴人・被上告人)の間には三人の男の子X₂、X₃、X₄(原告・控訴人・被上告人)がいた。A女は、昭和四五年三月頃、勤務会社のメキシコ駐在員に命ぜられたY男(被告・被控訴人・控訴人・上告人)のために催された中学校の同級生の送別会に出席して、久し振りにYに会い、それ以来二人の交際が始まり、昭和四六年七月頃AはYに逢うため単身メキシコに渡り肉體關係をもつに至り、帰国後、X₁に対し別居を申し出た。Yは昭和四七年末などに一時帰国をしたが、その際にも密会を重ねていた。昭和四八年三月、X₁はA・Yの關係を知るに及び大いに驚き、Yとの關係を絶つよう強く説得したがAは聞き入れず、その後、AはX₁らのもとを去り、一旦は復歸したもの、昭和四九年一〇月頃、メキシコへ渡航し、現在までYと同棲している。

そこで、X₁、X₂、X₃、X₄はYに対し不法行為に基づく慰謝料請求をした。

第一審はX₁の請求は認容したがX₂、X₃、X₄の請求は棄却した。

しかし、原審はX₁のみならずX₂、X₃、X₄の請求についても認容した。

Y上告。

△判旨▽

最高裁はYのX₁に対する上告を棄却し、X₂、X₃、X₄の請求を認容した原判決を破棄・差戻にした(X₁に関する判旨は省略)。

「夫及び未成年の子のある女性と肉體關係を持った男性が夫や子のもとを去った右女性と同棲するに至った結果、その子が日常生活において母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、その男性が害意をもって母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、右男性の行為は、未成年の子に対して不法行為を構成するものではない。けだし、母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、他の男性と同棲するかどうかにかかわらず、母親自らの意思によって行うことができるのであるから、他の男性と同棲の結果、未成年の子が事実上母親の愛情、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、そのことと右男性の行為との間には相当因果關係がないものといわなければならないからであり、このことは、同棲の場所が外国であっても、国内であっても差異はない。したがって、前記のとおり、原審が特段の事情の存在を認定しないまま、いず

れも成年に達していなかったX₂らのもとを去ったAと同棲したYの行為とX₂らが不利益を被ったことの間、相当因果関係があることを前提にYの行為がX₂らに対する関係で不法行為を構成するものとしたのは、法令の解釈適用を誤り、ひいては審理不尽の違法をおかしたものとすべき。原判決中X₂らの請求を認容した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。』

(尚、大塚裁判官の補足意見、本林裁判官の反対意見がある)

(2) 古くは大判明治三十六年一〇月一日刑録九輯一四二五頁、大判明治四一年三月三〇日刑録一四輯三三一頁が夫からの請求を認容し、大決大正一五年七月二〇日刑集五卷三一八頁(終局判決は大判昭和二年五月一七日新聞二六九二号六頁)が妻からの請求を認容した。最高裁になっても、最判昭和四一年一月二六日民集一三卷一二号一五六二頁、最判昭和四一年四月一日裁判集八三号一七頁が、双方とも夫からの請求であるが、認容している。戦前戦後の判例に関する分析については、野川照夫「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』三六一頁以下、竜崎喜助「不貞にまつわる慰謝料請求法」(判例タイムズ四一

四号) 一一頁以下、等参照。

(3) 本判決に関する判例批評の主なものは次の通りである(以下、文献の引用は、この番号による)。

- ① 中川 淳「家庭破壊による配偶者とその子の慰謝料」(判夕三八三号、尚、その後、同『核家族の法理』に収録)
- ② 島津一郎「不貞行為と損害賠償」(判夕三八五号)
- ③ 人見康子「不貞の相手方に対する子の慰謝料請求権」(Law School, No.8)
- ④ 前田達明「妻及び未成年の子のある男性と肉體關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」(民商法雑誌八二卷四号)
- ⑤ 同 「不貞にもとづく損害賠償」(判夕三九七号)
- ⑥ 泉 久雄「親の不貞行為と子の慰謝料請求」(ジュリスト六九四号)
- ⑦ 同 「親の一方と同棲する第三者と子への不法行為」(ジュリスト七一八号)
- ⑧ 沢井 裕「夫と通じた者に対する妻子の慰謝料請求権」(別冊ジュリスト・家族法判例百選(第三版)、23)
- ⑨ 阿部 徹「不貞の相手方の不法行為責任」(判夕

四一一号)

- ⑩ 津田賛平「親の不貞行為の相手方に対する子の慰謝料請求の可否」(法律のひろば三二巻七号)
- ⑪ 水野紀子「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」(法協九八巻二二号)
- ⑫ 同 「不貞行為の相手方に対する配偶者および未成年子の慰謝料請求」(別冊ジュリスト・民法判例百選Ⅱ・債権、82)
- ⑬ 林 修三「親が浮気で家出した場合、残された子どもは浮気の相手方に慰謝料の請求ができるか」(時の法令一〇三九号)
- ⑭ 榎本恭博「妻及び未成年の子のある男性と肉體關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」(ジュリスト六九四号)
- (4) 白井正明・典子「弁護士末記・男と女、そして子供の愛憎のからみ合い」(時の法令一〇七二号)三四頁。
- (5) 前田④、五二三～五二四頁に關連事項と共に整理された一覽表が掲載されている。その他、⑩の判決(判夕・三八〇号一一四頁)を付加するのが妥当であろう。
- 尚、これらの判決の内、④、⑥、⑦、⑨は未公表であるが、幸い、最高裁(大阪ケース)の上告理由中に、⑥、⑦、⑨の判決文の引用がある。
- (6) 従来、この問題を論じたものとしては、中川善之助

- 「愛情の自由と責任」(判例評論五二号、尚、これは東京地裁昭和三七年判決の批評である)、谷口・植林『損害賠償法概説』二六四頁、我妻編『親族法(判例コンメンタール)』三八三頁等があるにすぎない。
- (7) 本件評釈者の中でも、判旨賛成は島津、人見、前田、阿部、津田、水野の各氏、判旨反対は中川、泉、沢井、林の各氏に分かれている。
- (8) 中川(善)・前掲論文四頁。
- (9) 中川(淳)①一一頁。泉⑥九〇頁、林⑬五八～五九頁も同旨。
- (10) 人見③八五頁。
- (11) 二宮孝富「家族關係と不法行為」(野村他編著『不法行為』学陽書房)二一八頁。
- (12) 中川(淳)①一一頁。
- (13) 有地亨「家族法秩序における論理構成」(法政研究三三巻三二六号)一六三頁以下、同「現代家族法の構成と基本原理」(奥田他編『民法学7』)八頁、同「家族」(『岩波講座・基本法学2・団体』)九三頁、参照。また、中川(淳)教授も「家族法における個人は、財産法におけるアトミスティックな個人と異なり、一体的または統体的關係における個人、または身分關係における愛情的利益を荷っている個人」として把握すべきことを主張される(中川(淳)①一一頁)。尚、佐藤隆

夫「現行家族法上の親と子の地位」(ケース研究一七八号)二五頁参照。

- (14) 尚、近時、この「人格利益」的構成に対し、「関係的利益」概念が提唱されている。林田清明「親子関係の法的保護」(大分大学経済論集三三卷三号)四六頁以下。その問題点の指摘につき、植木哲「民法学のあゆみ」(法律時報五五卷八号)一三三頁参照。

- (15) 島津②一二四頁。同旨、人見③八五頁、津田⑩四八頁、水野⑪一六九頁。

- (16) 沢井⑧五三頁。泉⑥九〇頁は、第三者による家庭破壊行為の「誘発」をもって「特段の事情」に含めるべきだという。

- (17) 津田⑩四七頁。

- (18) 九州家族研究会「婚姻費用分担・扶養審判例の分析と算定方式の研究(中)」(家庭裁判月報二六卷九号)五二―五三頁参照。従来、重婚の内縁関係の問題は主として、配偶者を中心に論じられてきたが、本問におけるが如き、嫡出子・非嫡出子の相互関係も今後の大きな課題である。

- (19) 両者の対立の具体例の一つとして、婚外子が父親の氏への変更を申し立てた場合に、婚外子の福祉の擁護の要請と嫡出家族の保護の要請とが対立する。これに関する審判例の分析については、有地・前掲「家族」八

三頁以下、叶和夫「婚外子の氏を父に変更することの可否」(ジュリスト六六五号)一二二頁以下参照。

- (20) 泉⑥九〇頁。

- (21) 津田⑩四九頁。

- (22) 泉⑥九〇頁、沢井⑧五三頁。

- (23) これとは逆に、父親の「自由意思」を論拠に子の慰謝料請求を否定する論理構成を妻の慰謝料請求の場合にも適用すべきだとする考え方も強い。例えば、島津②一二二頁、前田⑤四頁。

- (24) 前田④六五頁。

- (25) 島津②一二四頁。

(付記) 本稿は家族研究会での報告を加筆・訂正したものである。当日の研究會において貴重なご教示を賜った有地亨教授、その他研究会員の皆さんに感謝いたします。

(小野義美)