

# 『弁護士から見る不貞にかかわる証拠』

令和2年11月30日

札幌総合法律事務所

弁護士 岩本 拓 人

## 第1 浮気調査の目的

浮気調査の目的は大きく分けて2つ

- ① 相手方の意思に関わらず離婚を成立させるため
- ② 慰謝料を請求するため

### 1 相手方の意思に関わらず離婚を成立させるため

- (1) 離婚原因 ⇒ 離婚原因がある場合、一方が離婚したくないと言っている場合でも離婚が成立します。逆に、離婚原因がない場合、一方が離婚に応じてくれないと離婚できません。

#### 【条文】

(裁判上の離婚)

**第七百七十条** 夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。

- 一 配偶者に不貞な行為があったとき。
- 二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
- 三 配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。
- 四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。
- 五 その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。

2 裁判所は、前項第一号から第四号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。

(2) 民法 770 条 1 項 1 号の「不貞行為」とは？

⇒ 自由な意思に基づいて配偶者以外の異性（※1）と性交渉（※2）を行うこと

※1 名古屋地裁平成 29 年 9 月 15 日では、「同性間の肉体関係が不貞行為に該当するかはともかくとしても・・・婚姻関係における平穩を害し、婚姻関係を破たんさせる原因となる行為であることは明らかであるから、同性の者であっても既婚者であることを知りながら肉体関係を有することは、社会的相当性を逸脱した違法な行為であって不法行為と評価すべきである。」と判断しています。

※2 東京地裁平成 28 年 9 月 16 日では、抱き合ったり、キスをしたり、服の上から体を触るなどしていることが不法行為に該当すると判断しています。一方で、東京地裁平成 28 年 9 月 13 日は、キスや抱きしめる行為について不法行為に該当しないと判断しています。なお、5 号に該当する可能性はあります。

Q 風俗店（ソープランド）は？

A 不貞行為にあたる

※ もっとも、東京地判平成 25 年 3 月 22 日は傍論で、風俗店での性交渉は不貞行為に当たらない旨判示している。

Q 謝って一度許してもらった場合は（『宥恕』）？

A 微妙・・・ そもそも全面的に許したといえるかも問題となる

※ 東京高判平成 4 年 12 月 24 日は、一度相手方の不貞行為を宥恕した者が相手方からの離婚請求に対して有責配偶者の抗弁を主張することは信義則上許されないと判示しています。

## 2 慰謝料を請求するため

(1) 条文・裁判例

【条文】

（不法行為による損害賠償）

**第七百九条** 『故意又は過失』によって『他人の権利又は法律上保護される利益』を侵害した者は、これによって生じた『損害』を賠償する責任を負う。

最判昭和54年3月30日

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つ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つた精神上的苦痛を慰謝すべき義務があるというべきである。

(2) 「故意又は過失」って？

相手方が婚姻関係にあること（既婚者）を知っていること又は知り得たこと

※ 配偶者自身には常に故意が認められます（自分が結婚していることを知らないわけがありません）

奥さん（旦那）がいると知らなかったという言い訳

⇒ 本当に知らなかったとしても知らなかったことに「過失」があれば損害賠償請求できます。

⇒ 調査の時は、対象者の『指輪』に注目してください。

(3) 婚姻関係破綻

不貞行為時に婚姻関係が破綻していた場合は、そもそも侵害されるものがないため、慰謝料請求をすることはできません。

⇒ 婚姻関係の破綻については『別居』を基準とする裁判例が多いです。

調査を行うのであれば別居前に行うことをお勧めします。

※ もっとも、別居後の調査が全く無駄というわけではありません。他の証拠（メール等）によって、別居前からの不貞関係を立証できることもあるからです。

家庭内別居という言い訳は？

⇒ 家庭内別居・仮面夫婦を立証することは事実上困難ですので気にする必要はないです。

最判平成8年3月26日

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（後記判例参照）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るからであって、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。

(4) 不貞相手への離婚慰謝料請求

最判平成31年2月19日により、特段の事情のない限り、不貞相手へは「離婚慰謝料」の請求を行うことはできなくなりました。もっとも、不貞相手への「不貞慰謝料」の請求は従前と同様に行うことができます。一般的には、離婚慰謝料の方が不貞慰謝料よりも高額になる傾向があります。

最判平成31年2月19日

夫婦が離婚するに至るまでの経緯は当該夫婦の諸事情に応じて一様ではないが、協議上の離婚と裁判上の離婚のいずれであっても、離婚による婚姻の解消は、本来、当該夫婦の間で決められるべき事柄である。

したがって、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者は、これにより当該夫婦の婚姻関係が破綻して離婚するに至ったとしても、当該夫婦の他方に対し、不貞行為を理由とする不法行為責任を負うべき場合があることはともかくとして、直ちに、当該夫婦を離婚させたことを理由とする不法行為責任を負うことはないと解される。第三者がそのことを理由とする不法行為責任を負うのは、当該第三者が、単に夫婦の一方との間で不貞行為に及ぶにとどまらず、当該夫婦を離婚させることを意図してその婚姻関係に対する不当な干渉をするなどして当該夫婦を離婚のやむなきに至らしめたものと評価すべき特段の事情があるときに限られるというべきである。

以上によれば、夫婦の一方は、他方と不貞行為に及んだ第三者に対して、上記特段の事情がない限り、離婚に伴う慰謝料を請求することはできないものと解するのが相当である。

Q 性交渉以外に慰謝料は発生するか？

A 理論的には可能だし判決をもらったこともあるが微妙・・・

※ 東京地判平成 20 年 12 月 5 日は、キスを不法行為として認めています。

宇都宮地裁真岡支部令和元年 9 月 18 日は、キスやペッティングについて不貞行為に当たることは明らかと認めています。

東京地裁平成 28 年 9 月 16 日では、抱き合ったり、キスをしたり、服の上から体を触るなどしていることが不法行為に該当すると判断しています。

東京地裁平成 28 年 9 月 13 日は、キスや抱きしめる行為について不法行為に該当しないと判断しています。

⇒程度問題

Q 同性のカップルでも慰謝料請求できるか？

A 結婚しているのと変わらない状態であれば可能

※ 宇都宮地裁真岡支部令和元年 9 月 18 日は、結論としては不貞相手に対する慰謝料請求を認めませんでした。が、同性のカップルであっても、内縁関係と同視できる場合は、内縁関係に準じた法的保護に値する利益が認められると判示しています（パートナーに対する請求は認めています）。

Q 慰謝料の相場は？

A 離婚するとき 100～300万円

離婚しないとき 50～100万円前後

Q 慰謝料額は何によって決まるか？

A 依頼者の年齢、婚姻期間、子供の有無・年齢、交際解消の有無、相手方の資力・相手方の年齢、不貞行為の期間・頻度等

Q 風俗嬢に請求できる？ニュークラ嬢は？

A ソープ嬢は難しいと思います。ニュークラ嬢にはよく請求しています。

※ 認めた裁判例としては、東京地裁平成 28 年 10 月 17 日、東京地裁平成 29 年 3 月 13 日、東京地裁平成 30 年 1 月 31 日がありますが、いずれも相手方が婚姻関係にあることを知っています。

東京地判平成 26 年 4 月 14 日 (『枕営業判決』)

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。

## 第 2 離婚の金銭問題 (基本事項の確認)

### 1 浮気の慰謝料

### 2 財産分与

⇒ 結婚してから離婚するまでの財産を半分

生命保険・退職金・特有財産 (婚姻前財産・相続財産)・会社財産

### 3 調査費用・弁護士費用

(1) 弁護士費用認容金額の 10% 程度認められるケースが多い

(2) 調査費用

⇒ ケースバイケース

⇒ 他の証拠でも認められるケースでは否定されることもある

⇒ 必ずしも全額は認められない

例 252 万円 ⇒ 100 万円 (最高額? ここ最近はより低額となる傾向)

⇒ 相手方が不貞を認めた場合でも請求が否定されるわけではない (証拠があるから認めたとも考えられる。)

### 4 婚姻費用・養育費

算定表

## 第3 不貞行為の証拠と裁判例

### 1 写真

#### (1) 不貞行為の証拠としての「写真」

自宅、ホテル、旅館などの密室内で性交渉そのものを撮影した証拠が存在することはなかなか考えにくいところですが、例えば、相手方の携帯電話などに保存されている場合があります。このような写真は、不貞行為の事実を強く推認する証拠となります。また、ホテルや自宅に2人で入る場面や、ホテルや自宅から出てきた場面の写真も不貞行為を強く推認させる証拠となります。

ここで重要な点は、

- ① 対象者の顔が明確に撮影されていること
- ② 入った時点と出た時点

この2点を揃えることが重要となります。

これ以外にも、以下のような写真があった場合には、不貞の事実が強く推認されるものといえます。

#### ○ 浮気相手との旅行写真

- \* 写真の鮮明度によって、人物の同一性が問題になる場合があります。
- \* 場所が特定できるものが写っているかも重要です。

#### ○ 旅館などで同室に宿泊し一夜を共にしたことが分かる写真や映像

- \* もっとも、自宅に出入りしている場面を撮影した写真（「入室」と「退室」のいずれかしか映っていないもの、短時間の滞在しか確認出来ないもの等）自体では、不貞の立証として不十分と判断される可能性があります。

#### ○ プリントシール機（写真シール機）の写真シール

- \* 両者がある程度親密であることが窺われるものの、それを超えて肉体関係の存在をも推認されるためには、特段の事情が必要となります。

#### (2) 写真の注意点

裁判所に証拠を提出するためには、「撮影時期」を明確にする必要があります。

東京地判平成20年12月5日判決

【不貞相手】が風呂に入っている写真を【有責配偶者】が所持していたという事案において、「風呂の写真については、その撮影日時が不明瞭である他、正確な日付がなされたのかどうかの点についても不明である。」と指摘し、Xの主張を認めなかったという裁判例。

東京地判平成27年3月17日判決

「【有責配偶者】は、平成22年9月時点で、自己の使用する携帯電話に装着したSDカード内に、平成19年7月30日から平成20年3月25日までの間に撮影された【不貞相手】の上半身が写った写真6枚を保存しており、そのなかには、【不貞相手】がバスローブを来た写真や上半身裸の写真等もあった。」と判示し、【有責配偶者】  
【不貞相手】間の不貞行為を認めた。

東京地判平成28年2月19日判決

「原告は、平成14年頃に撮影されたとする写真を提出するが、写真の内容等に照らし、複数の者が行動を共にした際に撮影された写真とみる余地があること（被告が、平成8年以降、同窓会を通じてAと再会し、同窓会を通じての交流があったことは当事者間に争いが無い。）、そもそも、写真の撮影時期が判然としないことに照らし、同写真によっても被告とAとの平成16年以前の交際関係が不貞行為に当たるものであることを認めるには足りない。」と判示し、不貞行為を認めませんでした。

## 2 興信所・探偵社等の調査報告書

実際の不貞慰謝料請求訴訟の裁判例でも、この調査報告書が不貞行為を裏付けるための証拠として提出されることが多くあります。

しかしながら、調査報告書の内容は精査されるため注意が必要です。

手を繋いでいるなど親密さをうかがわせる行動、時間帯（深夜の場合は怪しい）、二人で入っていた施設の性質（性交渉が予想される施設か否か）、二人で一緒にいる時間など、かなり細かく精査されます。また、裁判官のハードルは高いと考えた方がよいです。

浦和地方裁判所平成59年3月5日判決

Xが【有責配偶者】（妻）の行動調査を調査事務所に依頼したところ、【有責配偶者】が【不貞相手】の自動車に同乗していた等の内容の調査報告書が証拠となり、同裁判所は「【不貞相手】は【有責配偶者】としばしば性的関係をもっていたことを推認できる」と判示した。※ 車内での性交渉の可能性



東京地判平成17年11月15日判決

「【不貞相手】方は一間であり、寝具類も一組しなかった。Xは、興信所に【有責配偶者】の素行調査を依頼したが、平成16年5月9日から同月14日までの間、【不貞相手】方に入入りする【有責配偶者】及び【不貞相手】の同行が調査された結果、この間、【有責配偶者】及び【不貞相手】が【不貞相手】方に同宿し、その周辺を行き交う際に仲良く体を密着させて手をつないでいたことがあったことが明らかとなり、同年6月4日ころにその旨Xに報告された。」という事実認定のもと、

「狭い一室に男女が数日間にわたり同宿し、戸外に出た際にも体を密着させて手をつないで歩いていたこと等からして、【不貞相手】と【有責配偶者】との間には肉体関係があったと認めるのが相当である。」と判示した。

東京地方裁判所平成17年8月25日判決

夫がバイアグラの郵送を受けたことがあり、バイアグラを使用したことがあることを自認していること、夫が繁華街の中の店舗に入っていく状況や飲食店に女性と入店していく状況が写真に写っていることまでは認められるものの、夫が不貞行為に及んでいることまでを認めるに足りないとした裁判例

### 3 住民票の写し

仮に、不貞行為の相手方と同居している場合、【有責配偶者】と【不貞相手】の住民票上の住所が同一の住所である場合には、特段の事情がない限り、『同棲の事実』を推認させるものといえます。

そして、『同棲の事実』は、同棲カップル間で通常性交又は成功類似行為がなされているとの経験則と相俟って、不貞行為が推認されるものといえます。

東京地判平成20年10月2日判決

【有責配偶者】が住民票を【不貞相手】の住所地に移した事実をもって【有責配偶者】【不貞相手】間の不貞行為を認定できるかということが問題になった裁判例です。

裁判所は、「Xは、・・・【有責配偶者】が住民上の住所を【不貞相手】の肩書住所地に移した点を指摘するが、実際に【不貞相手】と【有責配偶者】が不貞関係にあったとすれば、【不貞相手】及び【有責配偶者】が、Xが【不貞相手】と【有責配偶者】の不貞関係を疑っている状況で、Xと【有責配偶者】の離婚後間もない時期にあえてその裏付けとなるような行動に出るものとはにわかに考え難いし、上記各事実から【不貞相手】と【有責配偶者】との間に不貞関係があることを裏付けることもできないとうべきである。」と判示する。

※ このように、住民票の異動の事実だけでは、【有責配偶者】【不貞相手】間の不貞行為の認定がなされない場合もあることから、やはり【有責配偶者】と【不貞相手】が現実同居していることの事実の立証が必要です。

#### 4 戸籍謄本

裁判において、Xと【有責配偶者】が婚姻していることが前提となりますので、Xと【有責配偶者】の婚姻関係を立証するために、Xの戸籍謄本を提出する必要があります。

この点に関し、【有責配偶者】が、【不貞相手】の生んだ子を認知していた場合には、不貞の事実が強く推認させます。

※ 離婚後に、婚姻期間中に不貞行為があったことが判明した場合（離婚後に、相手方が再婚して再婚相手が再婚後まもなく出産したケース）

#### 5 クレジットカードの利用明細書・領収書等（飲食店、ホテルの利用記録）

##### （1）宿泊施設についてのクレジットカードの利用明細書

ホテル、旅館等の宿泊施設の領収書、クレジットカードの利用明細書は、その内容如何によっては『2人で宿泊した事実』が推認されます（金額等）。

もっとも、【有責配偶者】が所持していた領収書の場合、『同宿した相手方』が【不貞相手】といえるかについても別途検討が必要となります。

##### 東京地判平成19年4月16日判決

【有責配偶者】名義のクレジットカードの平成17年10月14日作成・同年11月4日支払期限の利用明細書における請求額は15万8167円、別カードの平成18年1月25日発行・2月10日支払期限の利用明細書による請求額は21万9503円であり、平成17年中の東京・宮崎間の航空券購入費やホテル代などがクレジットカード代金として請求されており、【不貞相手】との交際にかんがりの支出をしていたことが推認できる。

##### （2）レシート（領収書）

【有責配偶者】の財布などから発見されたコンビニなどのレシートについて、自宅や会社とは離れた場所で、普段立ち寄る機会のないコンビニのレシートの購入物が、2人で一緒にいた事実を示唆することもあり得ます。

もっとも、証拠としては強いものとはいえず、レシートのみで不貞の立証を行うのは困難と思われる。

名古屋高判平成21年5月28日判決（判例時報2069号50頁）

【有責配偶者】の財布の中等から、かなりの量のラブホテルの割引券や利用カード、あるいは、ホテルの名前入りのライター等が発見されたこと、氏名不詳者と旅行に出掛け、湯豆腐店で2人でした食事の代金を自分のカードで支払ったこと、その後ほどなくして離婚を求めるメールを一方向的に妻に送りつけたことなどを総合考慮して、不貞行為の存在を認定した裁判例。

## 6 メール（パソコン・携帯電話）

【有責配偶者】【不貞相手】間のメールを不貞の証拠とするためには、メールの文面自体が肉関係の存在を示しているか（「昨日のホテルまたいきたいね。」「奥さんにバシたら大変だね」「気持ちよかった」等）、メールに添付された写真と相俟って肉関係の存在を示すものである必要があるものといえます。

### \*注意点

「メール」を確認する過程で、ロックされた携帯電話のパスワードを同意なく解除してメールを閲覧したりする行為は、プライバシー侵害と認定されたり、また、『不正アクセス行為の禁止等に関する法律』違反に該当する可能性があります。

東京地判平成19年2月1日判決

本裁判例は、次のとおり判示し、これらのメールを根拠に不貞行為を認めた。

「【有責配偶者】は平成17年5月頃から、【不貞相手】とメールをし始めた。【不貞相手】から【有責配偶者】に対し、【不貞相手】の自宅に来ないかと誘い、【有責配偶者】から【不貞相手】に対し「また、誘ってね」という返事がなされた。また、【有責配偶者】は携帯電話をどこにでも持ち歩くようになった。」

東京地判平成19年7月31日判決

×が【有責配偶者】に対して【不貞相手】に会わない旨のメールを送信させ、【不貞相手】がそのメールに対して【有責配偶者】に返事として送ったメールが【有責配偶者】【不貞相手】間の不貞行為の証拠となったという裁判例。

「×は、【有責配偶者】に対し、【不貞相手】に会わない旨のメールを送信させた。その後、【不貞相手】は、【有責配偶者】のパソコンのメール宛に「ボクが何したっているの」「電話して。お願いだよ。中途半端はいやだよ。」「理由は？きちんと説明するまで今回は引かないよ。」「自分でやってきたことなのにね。後始末をちゃんとできないならついまでも続くわね。ばかばかしいなこの会話」などのメールを送信した。これらのメールを根拠として、不貞行為が認定された。

東京地判平成 20 年 10 月 8 日判決

【有責配偶者】【不貞相手】間の下記のメールによって、【有責配偶者】【不貞相手】間の不貞行為が認められた。

「は、はなちが（笑）冗談はさておき、自分もしたいよ。抱きしめてチューしたりするとどこか連れ込みたくなる。」

「とてもとても大切なので、大事にしたいです。この先、一緒になるまでに苦労かけたり、つらいこともあるかと思うんだけど、決して逃げたり投げたりしないから。一生、今と変わらず大事にしていく。安心して。愛しているから。」

「一緒にいたい。泊まってください。」

「近い将来、結婚してください。子どもも欲しい。」

「朝起きて【有責配偶者】ちゃんが横にいるのがうれしい。」

などのメールのやり取りがあり、不貞の事実を認定した。

東京地方裁判所平成 18 年 3 月 14 日

ホステスが夫に頻繁にメールを送信していたところ、同メール中には返信を示す「Re」が多数見受けられる上、その内容からみても夫の返信に対応していることは明らかで、ホステスが一方的に送りつけてきたものではないとし、そのメールの内容からすれば、ホステスとの間に肉体関係を持っていたことが認められるとした裁判例。 ※ 受信メールの消し忘れ？

東京地判平成 21 年 3 月 11 日判決

次のとおり判示し、メールから【有責配偶者】【不貞相手】間の不貞行為を認定した。

【不貞相手】は、【有責配偶者】に対して、私事にかかわる情報を伝えるとともに、【有責配偶者】を「【有責配偶者】ちゃん」と呼んで、「【有責配偶者】ちゃんが私の前からいなくなってしまうたら、完全に人生の終わり」「【有責配偶者】ちゃんの写真を枕元において見ながら寝ます。」「奥様と B ちゃん（X【有責配偶者】間の長女）を目の前にしても私の気持ちは少しも緩まず、【有責配偶者】ちゃんを信じて邪念を捨ててただついていくだけです。」、その他、会いたい、会えてうれしいなど、【有責配偶者】を慕う気持ちを言葉にして送っている。

東京地判平成 20 年 12 月 5 日判決

【有責配偶者】【不貞相手】間で次のようなメールのやり取りが認定された。

【不貞相手】から【有責配偶者】に対し、

「一緒に いなくてわ いや 月曜日 夜 まで 一緒 ぜったい これわ 約束  
でした」

「わたしお 裏切るつもりなら。今なら。すぐつたえろ」

「わたしお だましたの じゅんなわたしお」

「わたしお いますぐ だいてほしい」

【有責配偶者】から【不貞相手】に対し

「素敵な【不貞相手】さんと過ごした三日間は、夢のようでした。こんなに愛し合えるなんて、ぼくは幸せです。約束した様に、頑張ります・・・愛している。すぐに会って愛し合いたい」

【不貞相手】から【有責配偶者】に対し、

「早くいっしょに暮らしたい。早くね。」

裁判所は、上記メールのやりとりに対し、「メールの内容自体のみから、性的肉体的交渉があったとは断定することはできず、」としつつも、【不貞相手】が【有責配偶者】との間で、婚姻の約束をして交際し、【有責配偶者】に対し、Xとの別居・離婚を要求したことについて、不法行為の成立を認定した。

東京地判平成 21 年 12 月 15 日判決

【有責配偶者】と【不貞相手】（ホステス）の不貞行為を以下のメールから推認できるとした。

確かに、【有責配偶者】と【不貞相手】とが情交関係にあったことを直接に証明する証拠はない。しかしながら、①・・・電子メールの内容、とりわけ「OOO」という表現が使われており、それが【有責配偶者】の男性器を示すことは【不貞相手】も自認していること、したがって、当該電子メールは、【有責配偶者】が【不貞相手】に自分の性器に噛み傷ができていますので、いじめないでほしいと送信したのに対し、【不貞相手】は自分の腕にも【有責配偶者】の噛み傷ができていますと伝えていると解されること、②【有責配偶者】は、Xの父にも、不倫の事実を認めていることから、情交関係があったと推認さえざるを得ない。

この点、確かに、クラブのホステスという【不貞相手】の仕事柄、客の気を引いて来店を促すような、いわゆる営業メールを、店の客に送るのも仕事ということは十分理解することができるが、それを踏まえても、このようなメールを送る必要性は乏しく、その内容は純粋な営業メールの内容としては理解することのできない内容が含まれており、情交関係を推認せざるを得ない。

東京地判平成21年7月16日判決

次のように述べ、【有責配偶者】が【不貞相手】（ホステス）に対して送付した「好きだ」とのメールからでは【有責配偶者】【不貞相手】間の肉体関係の事実まで推認できないとした。

【不貞相手】は、ホステスとして、【有責配偶者】と知りあい、複数回同伴出勤・アフターを共にしたほか、「好きだ」とのメールを送信しているものの、両名が肉体関係を有していたことまでは推認するに足りない。

## 7 SNS（ブログなど）

ブログのアルバムに投稿されたツーショットの写真の日時・場所が判明すれば、証拠になり得ます。

東京地判平成21年5月13日判決

【不貞相手】のブログが【有責配偶者】【不貞相手】の不貞行為の証拠となったと評価できる裁判例。

- ① 【不貞相手】が、朝寝入っている【有責配偶者】の姿を写真撮影したこと
- ② 【有責配偶者】の姿が、裸に近い状態でいたこと
- ③ 【不貞相手】は、上記の写真を自分が管理するインターネット上のホームページ上に「愛する人に」及び「3年間の幸せありがとう」との各文言を付して掲載したこと

## 8 手紙・贈答品

【有責配偶者】と【不貞相手】が手紙のやりとりをしていた場合にも、その内容によっては不貞行為の証拠になり得ます。

特に、携帯電話によるコミュニケーションが主流になっている現在では、「手紙」という連絡手段を採ること自体が、【有責配偶者】と【不貞相手】が特別な関係にあることを示唆するという評価も十分あり得ます。

※ ホステスの営業メール・手紙等はある程度お客さんの関心を得るために過剰な内容となる（疑似恋愛）こともあるという経験則が働いています。会社の同僚等が同様の内容の手紙を渡した場合には裁判所の認定も変わってくると思われます。

東京地判平成 20 年 10 月 2 日判決

訴訟提起前に【不貞相手】が【有責配偶者】に対して送付した手紙や、【不貞相手】のXに対する【有責配偶者】との関係を認めた言動を【有責配偶者】【不貞相手】間の不貞行為を認めるには、不十分とした裁判例。

Xは、【不貞相手】が【有責配偶者】に対し、「かずへ」「ずっと愛している。」「ごめん、帰るね・・・」「カギ、ヨロピコ」「ストーブもね」などと書かれた『手紙』を【有責配偶者】が所持しているのを見つけた・・・

これに対して、「ずっと愛しているね」との文言は、【不貞相手】が客に対するサービスとして書いたものに過ぎず、他の常連客に対してもあることで何ら不自然なことではない等の【不貞相手】の主張はあながち不合理であるとして排斥できないし、手紙の記載内容から肉体関係を推認できない。

したがって、手紙のみから不貞関係を推認することは出来ない。

#### 9 手帳・スケジュール帳・日記・メモ

紙媒体のものか、ワープロ文書かなどを問わず、【有責配偶者】が【不貞相手】と何時に会ったのかを示す記述、記号（例えば『ハートマーク』など）が確認できれば、不貞の証拠となり得る。

何時に会ったかに留まらず、具体的な行先の記載が確認できれば、更に推認は強まる。

東京地判平成 15 年 11 月 6 日判決

不貞行為の裏付けとして、【有責配偶者】の『手帳』が証拠となった裁判例。

【有責配偶者】は、平成 9 年度以降の手帳を大切に保管しており、手帳の見開きのカレンダー欄の日付には水色のマーカーで印があり、継続的に印があること、月経初日の記号とは異なり、水色の印の開始時期である、【有責配偶者】の【不貞相手】に対する平成 13 年 3 月 30 日のメールによれば、【有責配偶者】【不貞相手】両名の交際開始時期は、同年 3 月 31 日の 4 年前であることが認められ、同メールが前提とする親密な男女関係が同日に開始されたことが推認され、また、平成 12 年 11 月 10 日にも水色の印があり、この日に『会う約束』のあったことも推認され、これらの事実からすれば、平成 9 年 3 月 31 日に遠くない日以来【有責配偶者】と【不貞相手】が肉体関係を持ち始めたものと推認できる。

東京地方裁判所平成17年5月27日

夫が出張するに当たり、その目的、同伴者につき、妻には1人で行くなどと嘘の説明をしていたこと、夫が出張の目的の会合があった都市ではなく、その近くの観光地のホテルを予約し、その理由につき通常考えられない説明をしていたこと、夫が出張2日目には会合に出席せず、寺めぐりをしており、その出席が必須でなかったこと、出張2日目の寺めぐりは1人であり、同伴者は会合に出席していたと言っていたが、それも嘘であったことから、当該ホテルに宿泊したのは、同伴者と観光地で過ごすためであったことを認定し、夫とその同伴者との不貞行為を認定した裁判例。

#### <裁判所の判断の傾向>

上記の各裁判例によれば、不貞行為の主な認定資料としては、当事者及び関係者の各供述、手紙、写真、メール、調査会社の調査報告書、カードの利用明細等があり、事実認定上指摘されている事情としては、不貞相手との親密な様子（腕を組んでいる、キスをしているなど）、不貞相手と不貞行為者の住所の関係（近くに転居してきたことなど）、不貞相手との交際経過と相手方配偶者との別居ないし家庭内別居、離婚交渉に至る経過との関係、ラブホテルの利用、合理的な理由のない相当長期間の経済的な援助、不貞行為者の供述の不合理性等が挙げられ、これらの事情を総合考慮して、不貞行為の存在を認定しています。

これに対し、例えば、特定の相手方に対する恋愛感情、風俗店での遊興、バイアグラの購入及び使用だけでは、不貞行為の存在を直ちに認定することは困難であるとされています。

したがって、一概に～がなければ立証することができないということではなく、証拠となりうる資料、事情を丁寧に積み重ねて、不貞行為の存在を立証する必要があります。

#### 【経験談】

- ① 相手方宅に2人きりで宿泊したのに不貞行為が認められなかった事例
- ② 同宿に一定の理由がある場合（2世帯住宅・山登り・同じマンション・同性愛）

#### 【Q&A】

Q 宿泊に関する事実は何回取ればいいのか？

A 多いほどいいが他の証拠との関係による

Q 入室は取れたが退室も必要か？残り調査時間の関係

A 基本的に退室も必要です。直ぐに出たなどの言い訳されないため



## 第4 違法な調査と証拠能力【参考】

### 1 秘密録音

東京高判昭和52年7月15日

証拠が、著しく反社会的な手段を用いて、人の精神的肉体的自由を拘束する等の人格権侵害を伴う方法によって採集されたものであるときは、それ自体違法の評価を受け、その証拠能力を否定されてもやむを得ないものというべきである。そして話者の同意なくしてなされた録音テープは、通常話者の一般的人格権の侵害となり得ることは明らかであるから、その証拠能力の適否の判定に当っては、その録音の手段方法が著しく反社会的と認められるか否かを基準とすべきものと解するのが相当であり、これを本件についてみるに、右録音は、酒席における石上らの発言供述を、単に同人ら不知の間に録取したものであるにとどまり、いまだ同人ら的人格権を著しく反社会的な手段方法で侵害したものであるということはできないから、右録音テープは、証拠能力を有するものと認めるべきである。

大分地判昭和46年11月8日判決 ※ 古い裁判例です。

録音録取書については、Aが対話の相手方であるBの同意を得ずに秘かに録音したテープの録音書であり、相手方の同意なしに対話を録音することは、公益を保護するためあるいは著しく優越する正当利益を擁護するためなど特段の事情のない限り、相手方的人格権を侵害する不法な行為と言うべきであり、民事事件の一方の当事者の証拠固めというような私的利益のみでは未だ一般的にこれを正当化することはできず、対話の相手方の同意のない無断録音テープは不法手段で収集されたものとして証拠能力を否定した裁判例。

### 2 書類等の窃取

名古屋地判平成3年8月9日判決

妻から夫の不倫相手に対する慰謝料請求事件において、夫の賃貸していたマンションの郵便受けから妻が無断で持ち出した信書が書証として提出された場合において、夫婦間の一般的承諾のもとに行われる行為の範囲を逸脱して取得した証拠であることが同われなくもないが、夫は、不倫相手との関係を妻に隠そうとしていなかったこと、夫は現在も妻と共に鰻屋を営んでおり、妻と同居していることが認められるのであるから、右証拠収集の方法、態様は、民事訴訟において証拠能力を否定するまでの違法性を帯びるものであるということはできず、無断持ち出しの違法性はその証拠能力に影響を及ぼさない程度のものであったとされた裁判例。

東京地判平成 10 年 5 月 29 日判決

夫が妻の不倫相手を被告として損害賠償請求した事案において、夫が陳述書の原稿ないし手元控えとして作成した大学ノートを、妻が別居後の夫の家に入り、これ入手し、被告に渡して、被告から書証として証拠申請された場合において、入手方法に強い反社会性があり、信義誠実の原則に反するから、証拠申出は違法であるとして証拠能力を否定した裁判例。

### 3 盗撮

岡山地裁倉敷支部平成 17 年 12 月 13 日判決

興信所が作成した報告書は、盗撮という違法行為によって作成されたものであり証拠能力が認められないという主張を排斥し、本件証拠上、上記所掌が著しく反社会的な手段を用いて人格権等の侵害を伴う方法によって採取されたものとまでは認められないとして、興信所作成の報告書の証拠能力が認められた裁判例。

京都地裁平成 18 年 1 月 24 日

被告は、従業員をして、平成 15 年 1 月 17 日から同月 19 日までの 3 日間、本件マンション 2 階の配電盤の上にビデオカメラを設置し、原告の居室に出入りする人物や原告の容貌を無断で撮影したことが認められる。ビデオカメラの設置によって、原告の居室に出入りする人物や原告の容貌が無断で撮影され、原告のプライバシーが侵害されたことは明らかであるが、その期間は 3 日間であること、本件報告書の記載内容を前提に A が原告に対して訴訟を提起したこと、その訴訟において、原告は、A に対し 100 万円を支払うことで和解したこと、その和解金の支払状況や現在、原告は B と同居していること等を総合考慮すると、原告に対する慰籍料の額としては、50 万円が相当である。

### 4 メール取得（不正アクセス禁止法）

東京地判平成 18 年 6 月 30 日判決

使用者の同意なくして携帯電話からメールを収集する行為は、通常、使用者の人格権の侵害となり得ることは明らかであるから、その証拠能力の適否の判定に当たっては、その手段方法や態様等が著しく反社会的と認められるか否かを基準として判断するとし、A は、B の鞆や衣装ケースから携帯電話を抜き出しており、A が、B の意に反して、本件法廷に提出された証拠を収集したことは認められるとしても、このことをもって、B の人格権を著しく害する反社会的な手段方法や態様において、これを収集したもの<sup>とまで</sup>いうことは困難であるとして証拠能力を認めた裁判例。

## 5 最近の裁判例

### 東京地判平成28年5月16日判決

原告側は、Aが個人で使用するパソコンを無断で操作して、その中身を覗き、勝手に個人情報を取り出して収集し、そのパソコンを無理な操作によって壊したものである。したがって、そのような著しく反社会的で不正な手段によって収集された違法な証拠は、公序良俗に反し、訴訟法上の信義則や公正の原則に照らして証拠価値がなく、証拠能力、証明力等は認められるべきではない。被告は、甲3、甲4の1～5などを違法収集証拠であるから、証拠として採用すべきでない旨の主張をするようであるが、本件において、原告側がこれらの証拠を収集するに際し、違法収集証拠として排除すべきほどの違法行為があったことを認めるに足りる証拠はない。したがって、この被告の主張は採用しない。

### 東京地判平成30年5月16日判決

妻が夫の別荘に行き、ログインされたままの夫のPCのフォルダに保存されていたLINEのやり取り等のデータを取得した事案について、「【妻】に建造物侵入の故意があったかどうかは定かではなく、また、鴨川の別荘への立入方法が著しく反社会的であると評価できるものでもない。」「【妻】が鴨川の別荘に立ち入ったときに、本件アカウントにログインしたままの状態のパソコンがあったか、パソコンのハードディスク内に本件LINEデータが保存されていたかであった可能性が高く、【妻】が不正ログインによって本件LINEデータを入手したとは認められず、その入手方法が著しく反社会的であると認めるに足りる事情もない。」として、証拠能力を認めています。

このことから、建造物侵入罪が成立する場合や、他人のアカウントに不正にログインして入手した場合は、証拠能力が否定される可能性があります。

### <裁判所の判断の傾向>

不貞慰謝料請求事件で通常見られる、尾行や自宅等の張り込み、不特定多数人が立ち入ることができる場所での写真・ビデオ撮影類であれば、手段方法や態様等が著しく反社会的とはいえず、証拠能力が否定されることはないと考えられる（不貞慰謝料請求事件に関する実務上の諸問題58頁参照）。一方で、秘密録音については、裁判例が分かれており、事例判断の傾向が強い。GPSの証拠能力については、刑事事件の最高裁裁判例（平成29年3月15日）の影響も少なからずあるのではないと思われる。

以上