

## 夫婦の一方が他方と不貞行為に及んだ第三者に対し 離婚に伴う慰謝料を請求することの可否

松本克美

最高裁第三小法廷平成31年2月19日判決

(平成29年(受)第1456号、損害賠償請求事件、民集73巻2号187頁)

第一審：水戸地裁竜ヶ崎支部平成28年11月21日判決(平成27年(ワ)第216号、民集73巻2号194頁)

第二審：東京高裁平成29年4月27日判決(平成28年(ネ)第5842号、民集73巻2号203号)

後述するように判例は配偶者の不貞行為<sup>1</sup>の相手方たる第三者に対し、不法行為を理由にした慰謝料請求権を認めてきた。地域によっては、今や過払金返還訴訟や交通事故訴訟の次に多いのが不貞慰謝料訴訟であるとまで言われている<sup>2</sup>。本件の争点は、夫婦の一方が不貞行為に及んだ後に、婚姻が破綻し離婚に至ったことについて、不貞行為の相手方の第三者に離婚に伴う慰謝料を請求することができるかということであった。最高裁は、これを否定する初めての判断を示した。理論上も実務上も影響の大きい判決と思われる。

### 《事実》

XはA女と平成6年3月に婚姻届を出し、同年8月には長男が、翌年10月には長女が出生した。平成20年12月頃からXが仕事で遅くなる日が多くなり、XA間に性交渉がなくなった。同時期に、AはYが勤務する会社に入社し、間もなくYと知り合い、翌年6月にはAとYとの間に不貞関係が始まった。その翌年5月にXはAとYとの不貞関係を知ることとなったが、その頃、AはYとの不貞関係を解消し、Xとの同居を継続した。その4年後の平成26年4月に至り、Aは長女の大学進学を機に家を出てXと別居を始め、その後、半年間はAはXの元に帰ることも、連絡を取ることもなかった。同年11月にXはAを相手に夫婦関係調整の調停を申し立て、翌年2月には調停離婚が成立した。同年11月にXはYを相

1 民法は裁判離婚の原因の第一に、「配偶者に不貞な行為があったとき」を挙げている(770条1項1号)。この場合の「不貞な行為」の意義について、夫が妻以外の女性を強姦したことが「不貞な行為」に当たるかが争点となった事案で、最高裁は、離婚原因となる「不貞な行為」とは、「配偶者ある者が、自由な意思にもとづいて、配偶者以外の者と性的関係を結ぶこと」であり、性的関係の相手方の自由な意思は不要であるとしている(最判昭和48・11・15民集27・10・1323)。

2 安西二郎「不貞慰謝料請求事件に関する実務上の諸問題」判タ1278号(2008年)45頁。最近の不貞慰謝料判決を分析したものとして、中川和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務』(2015年、LABO)、大塚正之「不貞行為慰謝料に関する裁判例の分析(1)～(5)・完」家庭の法と裁判10号(2017年)34頁以下、同11号(2017年)41頁以下、同12号(2018年)39頁以下、同14号(2018年)39頁以下、同15号(2018年)40頁以下。

手どり、Yの不貞行為が原因で離婚に至り、長年連れ添った愛情の対象を失ったXは計り知れない精神的苦痛を被ったとして、Yの不法行為を理由に慰謝料300万円と不貞関係の調査費用150万円、弁護士費用45万円の合計495万円と調停離婚成立の日を起算日とする年5分の遅延損害金の支払いを請求して提訴した。

これに対し、YはAと知り合った時点ではAX間の夫婦関係は破綻していたから不貞行為ではない、Aが不貞行為を知ってから調停離婚の成立までに3年以上が経過しているから、Xの損害賠償請求権は消滅時効が完成している、XのAに対する慰謝料請求権がAのXに対する財産分与請求権と相殺されたので、そのことによってYのXに対する損害賠償請求権も弁済されたと解されるなどと主張して争った。

1審判決は、①XA間の婚姻はYの不貞行為により破綻し、調停離婚に至ったのであって、Yの不貞行為の時点でXA間の婚姻は破綻していなかった、②Xの請求権は不貞自体についての精神的苦痛だけでなく、そのことにより離婚を余儀なくされたことの精神的苦痛に対する賠償請求を含んでおり、後者の消滅時効起算点は離婚が成立した時点なので、不貞の調査費用の損害賠償請求権は消滅時効が完成しているが、離婚を余儀なくされたことについての損害賠償請求権は時効が完成していない、③XA間の財産分与においては、Yが主張するようなYへの慰謝料請求を消滅させるような相殺処理はされていないとして、慰謝料180万円、弁護士費用18万円の合計198万円の請求を認容した。これを不服としてYが控訴したが控訴審は同様の理由で控訴を棄却した。そこで、Yが上告し、原審が引用する離婚慰謝料の消滅時効起算点は離婚が成立した時点であるとする最判昭和46年7月23日民集25巻8号505頁は、婚姻当事者間の慰謝料請求権の事案であって、本件とは事案を異にする、また、原審が引用する不貞の相手方である第三者に対して離婚を余儀なくされたことの慰謝料請求権の時効起算点を離婚成立時とした東京高判平成10年12月21日は、不貞行為のみを理由として離婚したと認定された事例であり、離婚原因を不貞行為のみであると特定できず、他に種々考える本件とは事案を異にするなどと主張して上告受理申立をした。

## 《判旨》

上告審は次の理由で原判決を破棄し、Xの請求を棄却した。

「夫婦の一方は、他方に対し、その有責行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことを理由としてその損害の賠償を求めるところ、本件は、夫婦間ではなく、夫婦の一方が、他方と不貞関係にあった第三者に対して、離婚に伴う慰謝料を請求するものである。

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。」（下線は引用者。以下同様）。本件ではそのような特段の事情がないから X は Y に対して離婚に伴う慰謝料を請求することはできない。

## 《研究》

### 1 配偶者間の離婚慰謝料請求権

本判決は上記のように判決理由の冒頭で、「夫婦の一方は、他方に対し、その有責行為により離婚をやむなくされ精神的苦痛を被ったことを理由としてその損害の賠償を求めることができる」と記している。これはいわゆる配偶者間での離婚慰謝料についての記述である。明治民法典のもとでは、離婚に伴う財産分与の規定は置かれず、離婚によって生ずる妻の経済的不利益は不法行為による慰謝料により調整されるべき問題とされた。すなわち離婚を余儀なくされたことを不法行為と捉え、その慰謝料という形で離婚後の経済的不利益の一定の調整が図られてきたのである<sup>3</sup>。

ところが、戦後の家族法改正で個人の尊厳と両性の本質的平等を旨とした家族法の改正が課題となる中で、離婚を不法行為として捉えるのでない離婚後の財産的給付制度として財産分与制度が創設されることになった（民法768条）。しかし、戦前から離婚慰謝料として定着してきた離婚後の財産給付の慣行と法意識は財産分与制度の創設後も残存を続け、財産分与と同時に慰謝料も請求されることも多く、実務上は財産分与の要素には精算、不要の他に慰謝料的要素も含むものと解され、財産分与で考慮されなかった慰謝料的要素については、財産分与と別途にあとで慰謝料として請求することも認められてきた（最判昭和46・7・23民集25巻5号808頁）。他方で、離婚に伴う慰謝料には、暴行や虐待など婚姻破綻の原因として個別に不法行為と認定できる慰謝料（離婚原因慰謝料）と、離婚のやむなきに至ったこと自体の精神的苦痛に対する慰謝料（離婚自体慰謝料）の両者を一体として含むものと解され<sup>4</sup>、判例上、離婚慰謝料の消滅時効起算点も個々の不法行為時点ではなく、離婚が成立した時点を持って起算点と解されてきた（前掲・最判昭和46年）。

しかし、離婚慰謝料という構成は財産分与規定のなかった戦前においては妥当したものの、戦後は財産分与制度が創設されたのであるから、離婚を不法行為として捉える離婚慰謝料という法的構成はもはや認めるべきでなく、重要なのは財産分与制度の合理化であるという指

3 戦前の離婚給付をめぐる立法論、判例動向については、本澤巳代子『離婚給付の研究』（一粒社、1998年）14頁以下、犬伏由子「第768条」島津一郎・安部徹編集『新版注釈民法（22）』（有斐閣、2008年）180頁以下参照。

4 財産分与制度と裁判例の分析については、高野耕一『財産分与・家事調停の道』（日本評論社、1989年）、大津千秋『離婚給付に関する実証的研究』（日本評論社、1990年）、鈴木真次『離婚給付の決定基準』（弘文堂、1992年）。最近のものとして、犬伏由子「第768条」二宮周平編『新注釈民法（17）』（有斐閣、2017年）392頁以下、常岡史子「離婚給付と離婚慰謝料」二宮周平編集代表・犬伏由子編『現代家族法講座・第2巻婚姻と離婚』（日本評論社、2020年）253頁以下等。

摘は、戦後早い段階からなされてきた<sup>5</sup>。その後も、学説においては、離婚法における破綻主義を徹底し有責性の原理を排除するという理念のもとに、離婚慰謝料という法的構成は廃止すべしという見解はますます強くなってきているが<sup>6</sup>、本判決は当面はそのような離婚慰謝料廃止論には与しないことを宣言しているのであろう。

## 2 第三者に対する離婚慰謝料請求

本判決の調査官解説は、不本意ながら内縁破綻のやむなきに至ったことについて、内縁配偶者ととも第三者（内縁の夫の父母）にも不法行為を理由に慰謝料を請求した事案で、これを認めた最高裁昭和38年判決<sup>7</sup>が、第三者にも不法行為責任が成立する理由として「内縁関係に不当な干渉をしてこれを破綻させた」ことを挙げていることを紹介している<sup>8</sup>。

また同解説では不貞相手の離婚慰謝料請求事例では、これを認めた下級審裁判例は少ないことが指摘されている。東京高判平成10・12・21判タ1023号242頁は、最初の肯定例で、原審も引用する判決である。最判平成31年の事案は不貞関係の継続は1年余りで、夫Xがそれを知った頃にはAY間の不貞関係は解消していたのに対して、東京高判平成10年の事案は、婚姻関係開始から11年目に夫と被告女性の間にも不貞関係が形成され、夫が家を出てこの女性との半同棲生活となり、それから7年後には夫が完全に原告妻と別居し、離婚を請求し、妻がこれを拒否すると裁判で離婚を争い、最高裁で離婚判決が確定したのは、別居から29年後で、その前年に35歳の長男がノイローゼとなり退職し、妻がその看護もしなければならず、その時期に被告女性を相手取り不貞慰謝料を請求する訴訟を提起し、この訴訟の控訴審で、別訴の離婚判決確定を受けて、離婚のやむなきに至ったことも慰謝料請求の理由に加えた事案であり、最判平成31年の事案とは相当に異なる事案である。東京高裁は、相手方離婚慰謝料を肯定する理由として、「前示の事実関係によれば、被控訴人と太郎との肉体関係ないし同棲の継続により右離婚をやむなくされ、最終的に離婚判決が確定したのであるから、離婚に至らしめた被控訴人の右行為が控訴人に対する不法行為となるものと解すべきである。」としている。

## 3 本判決における不貞相手方である第三者への離婚慰謝料請求否定の理由づけ

本判決は、上述のように、不貞相手方である第三者に対する離婚慰謝料請求を否定する理由として、「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」であることを挙げている。その意味するところは、たとえ不貞行為があったとしても、離婚の成立は当事者の意思（協議離婚、調停離婚）ないし一方当事者の意思と審判ないし裁判によって決せられるのであるから、第三者の不貞行為と離婚という結果の間の因果関係は切断されていると解すことにならうか<sup>9</sup>。

5 川島武宜「離婚慰謝料と財産分与との関係—法的保護と法的構成との関係の問題として」我妻栄先生還暦記念『損害賠償責任の研究・上巻』（有斐閣、1957年）257頁以下など。

6 本澤巳代子「離婚による財産分与」石川稔他編『家族法改正の課題』（日本加除出版、1993年）213頁、成澤寛「財産分与の役割」家族＜社会と法＞33号（2017年）168頁。

7 最判昭和38・2・1民集17巻1号160頁。

8 家原尚秀「本件判批」法律のひろば72巻7号57頁。

9 大島梨沙は本判決について、「不貞行為と離婚との間の因果関係は原理的に切断され、離婚から発生する精神的損害について不貞の相手方が責任を負わないという立論」であると評価している（大島梨沙「本件判批」新・判例解説 Watch25号（2019年）126頁）。また檜見由美子も「配偶者の不貞行為から、当該夫婦が離婚に到る経過は一樣ではなく、また様々な困難を夫婦で克服しながら婚姻関係を再構築して婚姻解消には至らない夫婦もあ



なお最判昭和54年<sup>10</sup>は、夫の不貞の相手方である女性に対する妻からの慰謝料請求を認容しつつ、子からの慰謝料請求を否定したが、その理由は、「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。」として因果関係の切断を慰謝料否定の理由に挙げていたことが注目される。

他方で、本判決は、例外的に不貞相手方である第三者が離婚の結果について不法行為責任を負う場合として、「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」を挙げている<sup>11</sup>。この「特段の事情」はどのような場合に認められるのかは今後の判例の展開の中で具体化されていくのであろうが、例えば、ある論者は「第三者が離婚する気のなかった夫婦に意図的に互いの虚偽の情報を与えるなどして離婚する意思を生じさせ、協議離婚へと仕向けたという場合」を挙げている<sup>12</sup>。これは婚姻の継続ないし解消の自己決定権を侵害している場合である。別の論者は、そもそも本判決のように因果関係の切断というような法的構成をとるよりも、端的に、＜婚姻共同生活を維持するか、離婚をして婚姻共同生活を解消するかについての他方配偶者の決定権＞（自己決定権）が侵害されたかどうかを不法行為の成否の判断基準とすべしと指摘する<sup>13</sup>。この問題は、そもそも不貞行為についての不法行為責任を認めるべきか否かという根本問題に関わるので、項を改めて論じよう。

#### 4 「不貞行為」と不法行為責任

本判決は上記のように、「夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者は、・・・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」と判示している。

判例は、戦前から、夫婦の一方は、不貞行為の相手方である第三者に対して不法行為を理由とした慰謝料請求権を有することを認めてきた<sup>14</sup>。ところで戦前は夫婦の一方が第三者と婚姻外の性的関係を持った場合につき、刑法183条が「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス但相姦シタル者亦同シ」と姦通罪を規定していた。つまり、妻は夫以外の第三者と性的関係を持つと刑罰を科されるが、夫は、相手が独身女性であれば罪にはならなかったのである。このような男女不平等は裁判離婚の原因にも反映されていた。明治民法典は「妻カ姦通ヲ為シタルトキ」を離婚原因に挙げながら（813条1号）、「夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ」に初めて離婚原因となるものとしていた（同条2号）。

判例は古くから第三者に対する不貞慰謝料を認めたが、当初は、妻の不貞相手である第三

---

る」のだから、不貞行為と離婚との間の相当因果関係があることと疑問があるとして、本判決の結論を妥当とする（櫻見由美子「本件判批」民商155巻6号（2020年）1168頁）。

10 最判昭和54・3・30民集33巻2号303頁。

11 なお前掲最判昭和54年は例外的に子から父親の不貞の相手方たる第三者に慰謝料請求ができるのは、「その女性が害意をもつ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」のある場合としている。

12 大島・前掲注（9）126頁。

13 潮見佳男「本件判批」家庭の法と裁判24号（2020年）119頁。

14 松本克美「貞操義務の非法化」前掲注（4）二宮周平編集代表・犬伏由子編『現代家族法講座・第2巻婚姻と離婚』136頁以下で戦前の法規定、学説、判例動向を紹介しているので、その詳細と参考文献はそちらに譲る。

者に対する慰謝料請求であった。大審院は、不貞行為をした第三者がなぜ夫に対して不法行為を負うのかの理由づけとして、「凡ソ夫ハ妻ニ対シ貞操ヲ守ラシムル權アルモノナレハ本件上告人カ被上告人ノ妻ト姦シタルハ即チ本夫タル被上告人ノ夫權ヲ侵害シタルモノト云ハサルヲ得ス」とした<sup>15</sup>。つまり夫は妻に守操請求権を持っており、第三者がその守操請求権を侵害したことをもって不法行為としたのである。その後、男女平等の観点から、妻にも夫に対して貞操を守らせる権利があるのではないかが問題となり、大審院は一般論として、次の理由でこれを肯定した。「婚姻ハ夫婦ノ共同生活ヲ目的トスルモノナレハ配偶者ハ互ニ協力シテ其ノ協同生活ノ平和安全及幸福ヲ保持セサルヘカラス然リ而シテ夫婦カ相互ニ誠実ヲ守ルコトハ其ノ協同生活ノ平和安全及幸福ヲ保ツノ必要条件ナルヲ以テ配偶者ハ婚姻契約ニ因リ互ニ誠実ヲ守ル義務ヲ負フモノト云フ可ク配偶者ノ一方カ不誠実ナル行動ヲ為シ共同生活ノ平和安全及幸福ヲ害スルハ即チ婚姻契約ニ因リテ負担シタル義務ニ違背スルモノニシテ他方ノ權利ヲ侵害スルモノト謂ハサルヘカラス換言スレハ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ノ義務ヲ有セサルヘカラス<sup>16</sup>」。昭和になると下級審裁判例で実際に妻から夫の不貞の相手方への慰謝料請求を認める例が出てくる<sup>17</sup>。

戦後の法改革では、姦通罪の男女不平等が問題となり、夫の姦通も妻の姦通と同じように罰する（姦通罪の男女平等化）か、それとも姦通罪を廃止するか（婚姻外の性的関係への国家権力の不介入）が議論された末に、後者が実現した。また家族法においては、「不貞な行為」が男女の差異なく裁判離婚原因として規定されるに至った<sup>18</sup>。

学説は、男女平等の理念のもとに妻にも裁判上、認められるようになってきた夫の不貞を理由とした夫ないし第三者に対する不貞慰謝料を当然のように支持するものが多かった<sup>19</sup>。しかし自然の愛情の結果であろうが不貞行為の相手方である第三者には不法行為責任が成立し、他方配偶者からの慰謝料請求の原因となることを改めて認めた前掲の最高裁昭和54年判決<sup>20</sup>が出たことを契機に、不貞行為を不法行為として把握することへの批判説が台頭するようになる。愛情の喪失が金銭に変わること自体がおかしいとか、不貞を不法行為と評価しても不貞がなくなるものでもなく抑止効果はなく、また、慰謝料をもらっても愛情が戻るわけでもなく、美人局などの弊害も生じることなどが否定説の論拠とされた。比較法的にも、不貞は不法行為の問題としてではなく、離婚をめぐる家族法の問題として扱うべきとして民法典制定以来、判例上、一貫して不貞慰謝料を認めてこなかったドイツの例や、以前は不貞慰謝料を認めていたが、弊害が大きいとして、それを認めない方向に法改革をしたイギリス法やアメリカの各州法なども否定論を補強する参考例として挙げられた<sup>21</sup>。

15 大判明治36・10・1形録9輯1425頁。

16 大判大正15・7・20刑集5・318。

17 大阪地判昭和15・7・2法律新聞4608号4頁。

18 以上の戦後の法改革については、松本・前掲注(14)141頁以下参照。

19 肯定説として、加藤一郎『不法行為』（有斐閣、1957年）130頁、我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）99頁、中川善之助『愛情の自由と責任—三角関係と法規制』判例評論52巻4号（1962年）4頁、加藤一郎編『注釈民法（19）』（有斐閣、1965年）92頁（三島宗彦執筆部分）など。

20 前掲注(10)参照。

21 否定説とし、上野雅和「夫婦間の不法行為」奥田昌道他『民法学7親族・相続の重要問題』（有斐閣、1976年）91頁以下、島津一郎「不貞行為と損害賠償—配偶者の場合と子の場合」判タ385号（1979年）121頁、伊藤昌司「男女関係の『市場原理』」判タ499号（1983年）141頁、前田達明『愛と家庭と—不貞行為に基づく損害賠償』（成文堂、1985年）302頁以下、有地享「不倫をめぐる損害賠償請求の諸問題」ケース研究242号（1994年）14頁以下など。筆者も否定説である（松本・前掲注（7）参照）、樫見由美子「婚姻関係の破壊に対する第三者の不法行為責任

1980年代末からは夫婦間レイプの問題を契機に婚姻によっても性の自己決定が放棄されたわけではないのから夫婦相互間に貞操を要求する権利があり、それに従う義務があるという考え自体が改められるべきであるというフェミニズム法学からの主張も提唱されるようになる<sup>22</sup>。また、離婚法の破綻主義を徹底させ有責性の要素を排除することが紛争の激化・泥沼化を防ぎ、破綻した夫婦各自の再出発や子の福祉にかなない、離婚給付の合理化こそを進めるべきとの主張も一段と強まっている<sup>23</sup>。

判例は、不貞行為が不法行為と評価されるという原則は維持しつつも、婚姻破綻後の婚姻外の性的関係は、すでに「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」が喪失しているから不法行為とならないとし<sup>24</sup>、また、不貞慰謝料の消滅時効は同棲の事実を知ったときから日々進行するとして提訴より3年前の慰謝料請求権は消滅したと判断する<sup>25</sup>など、不貞行為が不法行為となる範囲を限定してきている。今回検討した本判決も不貞行為を理由として離婚に至ったこと自体の慰謝料を不貞の相手方の第三者に請求できないとして不貞慰謝料の範囲を制限した判決と評価できる<sup>26</sup>。

しかし、前述した不貞慰謝料否定説の考え方からすれば、不貞行為を不法行為と捉えること自体が否定されるべきなので、不貞行為の結果、離婚に至ったからと言って不貞行為の相手方である第三者が慰謝料を支払う義務はないことになる<sup>27</sup>。ただし、本判決が例示するように、あるいは前掲の論者達が指摘するように、婚姻を破綻させることを意図して婚姻当事者の意思決定に不当に介入したような場合は、不法行為責任が成立する余地はあり得るであろう。しかしこの場合の不法行為は<不貞行為>ではなく、そのような意味での<自己決定権侵害行為>である<sup>28</sup>。

（立命館大学大学院法務研究科教授）

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（2007年）211頁以下など

- 22 星野澄子『非婚と結婚』（青木書店、1989年）59頁以下、角田由紀子『性の法律学』（有斐閣、1991年）131頁、福島瑞穂『裁判の女性学—女性の裁かれかた』（有斐閣、1997年）33頁、渡辺和子「性暴力と司法—『貞操』ではなく、性的自由」近藤和子編『性幻想を語る（近代を読みかえる第2巻）』（三一書房、1998年）310頁以下など。
- 23 小川富之「夫婦関係と不法行為」『21世紀の家族と法—小野幸二教授古稀記念論集』（法学書院、2007年）348頁、水野紀子「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」円谷 峻＝松尾弘編『損害賠償法の軌跡と展望（山田卓生先生古稀記念論文集）』（日本評論社、2008）133頁以下、二宮周平「不貞行為の相手方の不法行為責任」同前所収155頁以下、二宮周平・原田直子「貞操概念と不貞の相手方の不法行為責任」ジェンダーと法10号（2013年）90頁以下、松川正毅「貞操義務と不法行為」松浦好治他編『市民法の新たな挑戦—加賀山茂先生還暦記念』（信山社、2013年）599頁など。
- 24 最判平成8・3・26民集50巻4号993頁。
- 25 最判平成6・1・20判時1503号75頁。本判決については松本克美「判批」判時1518号（1995年）197頁で詳細に検討した。
- 26 遠藤孝幸は、「今回の判例の結論は、不貞の相手方への慰謝料請求に対する謙抑的な評価と、離婚自体慰謝料の意義についての消極的な評価の反映であるようにも思われる。そうであるなら、今後、両者の存在意義はより一層深刻に問われるのではないか」とする（遠藤孝幸「本件判批」月報司法書士573号（2019年）43頁）。
- 27 不貞を不法行為と捉えることへの批判的な視点から、すでに今から20年以上前に、不貞の結果、離婚に至った場合でも、「第三者が婚姻を破綻させることを意図し、かつ社会観念上不当と思われる程度の干渉行為を行った場合に限り違法性をおび、その不法行為責任を問うるとみるべきであろう」とする見解が公表されていたことは注目に値する（岩志和一郎「家族関係と不法行為」山田卓生編集代表・藤岡康弘編集『新・現代損害賠償法講座2権利侵害と被害利益』（日本評論社、1998年）161頁）。最判平成31年を検討する石松勉も、基本的に不貞慰謝料自体を否定する立場から、第三者に離婚慰謝料を請求できるのは、第三者が暴力的な言動で他方配偶者に離婚を迫り、その結果離婚のやむなきにいたらしめた場合のように、配偶者の固有の婚姻共同生活の平和や婚姻生活における幸福の追求に関する一般的な人格権を侵害した場合などに限られるべきとする（石松勉「本件判批」新判例解説 Watch25号（2019年）96頁）。
- 28 大島は従って、この場合の損害も自己決定権の侵害としての損害として捉えるべきことを指摘する（大島・前掲注（9）126頁）。