

法学博士学位論文

人格権概念に関する一考察

— 日仏韓の比較法的研究から

2014年9月30日

東京大学大学院
法学政治学研究科

ゴウ チョルウン
高 鉄雄

目 次

序 章	1
第一節 問題の所在	3
第二節 検討課題と順序	9
第一章 フランス法における人格権論	13
はじめに	15
第一節 人格権と「人格」論	21
第一款 一八世紀後半～二〇世紀初頭	21
第一項 Code Civil 成立前後から一九世紀前半まで	21
1. Code Civil 前の personne	21
2. Code Civil 以降における personne	23
1) 立法者の理解	23
2) 初期の学説	25
3) 小括	28
第二項 一九世紀後半から二〇世紀初頭まで	29
1. Aubry et Rau から Planiol, Capitant, Josserand まで	30
2. 自然人から法人へ: 法人論争における人格	41
3. 法哲学における人格権概念	44
4. 人格権概念の構築—Perreau・Demogue・Nerson	47
第二款 二〇世紀中盤～現在	52
第一項 立法への試みと一九七〇年・一九九四年立法	52
1. フランス民法典改正委員会における人格権論	52
2. 一九七〇年・九四年立法という枠組	61
3. 小括	73
第二項 現代学説における人・人格・人格権	74

1. 人間の根源的権利としての人格権	75
2. 所有権としての人格権	77
3. 小括	77
第二節 人格権と「権利」論	78
第一款 主観的権利をめぐる議論	79
第一項 古典的学説	79
1. SavignyとJheringの権利論	79
2. SaleillesとMichoudの混合説	83
3. Duguitの権利否認論	84
第二項 現代の学説	86
1. Dabinの権利論	86
2. Roubierの権利論	89
3. Kayserの見解	92
第二款 人格権と民事責任：主観的権利論の一断面	94
第一項 人格権の民事責任からの独立	95
1. 一八八一年七月二九日法律と民法一三八二条	95
2. 民法九条と民法一三八二条	98
第二項 人格権の民事責任への依存	100
第一章のまとめ	103
第二章 日本法における人格権論	105
はじめに	107
第一節 人格権論の形成	107
第一款 起草時から戦前まで	107
第一項 起草者の理解	107
1. 法典調査会主査委員会での議論：「私権」と「権利」をめぐる	107
2. 起草者の「人格権」概念の理解	111
第二項 諸学説における人格権論	115

1. 「権利侵害」から「違法性」へ	115
2. 諸学説における人格権論	117
(1) 松本丞治	117
(2) 鳩山秀夫	119
(3) 牧野英一	120
(4) 末弘巖太郎	122
(5) 末川博	122
3. 不法行為法理論の転向と人格権論	123
第二款 戦後	125
第一項 不法行為法論の展開	125
第二項 判例の展開	126
1. 紹介	126
2. 判例の整理と人格権論	167
第二節 人格権論の転回	168
第一款 不法行為法論からの人格権論	169
第一項 権利論の転回	169
1. 権利・利益の二元論	169
(1) 大塚直	169
(2) 加藤雅信	170
(3) 藤岡康宏	170
2. 権利・秩序の二元論	171
(1) 原島重義	172
(2) 広中俊雄	174
第二項 権利観の転回	175
1. 潮見佳男	175
2. 山本敬三	176
第一款の小括	178
第二款 民法総論における人格権論	180
第一項 民法二条・三条論	180
1. 問題の所在	180
2. 民法二条論	181
(1) 民法二条の原理	183

① 我妻栄の理解	183
② 検討	186
(2) 民法二条の機能	187
① 自然権＝道德哲学的価値への「通路」	188
② 「個人の尊厳」・「人間の尊厳」への出発点	189
③ 自由・平等・連帯の体现の手段	190
④ 検討	191
3. 民法三条論	191
4. 小括	194
第二項 「人の法」論	194
 第二章のまとめ	 196
 第三章 韓国法における人格権論	 197
はじめに	200
 第一節 人格権論の形成	 200
第一款 民法制定時から一九八〇年まで	200
第一項 民法制定過程における人格権論の不在	200
第二項 学説の先導的役割	201
第二款 一九八〇年から一九九〇年まで	203
第一項 一九八〇年の憲法改正と人格権論	203
第二項 私法判例における人格権概念の登場	204
第三款 一九九〇年以降	207
第一項 判例の紹介	207
1. 名誉	207
2. 私生活	212
3. セクハラ	219
4. 肖像	223
5. その他	226
第二項 判例の整理と若干の検討	246

1. 法律上保護される利益	246
2. 違法性	247
第二節 人格権論の展開	250
第一款 憲法と民法との関係	250
第一項 学説	250
1. 民法学における「憲法と民法」の関係	250
2. 憲法規定の対私人間効力	253
第二項 判例	255
1. 人格権をめぐる憲法裁判所の判例	255
2. 憲法上の人格権と民法上の人格権の関係	257
第二款 立法論における人格権論	260
第一項 二〇〇四年民法改正経緯と挫折	260
第二項 二〇〇九年以降の民法改正委員会での議論	263
第三款 検討	267
第一項 両改正案の異同	267
第二項 「通則」から「人」へ	268
第三章のまとめ	270
結 章 人格権概念の意義	271
第一節 まとめ	273
第一款 前章までのまとめ	273
第二款 日本法への示唆	275
第二節 将来の課題	276

序 章

第一節 問題の所在

1. 人格権概念の理解をめぐる学説と判例の間の「ずれ」

人格権という言葉は、民法典に存在せず、民法制定以降、学説・判例の議論によって形成されてきた。しかし、人格権は論者によって多義的に使用されてきたために、その内容を明確化するための学説の努力にも拘らず、その外延は依然として不明確なところが多い¹。一方、判例において「人格権」概念は社会における個人の様々な法益を保護するものとして定着している²。ただ、判例は「人格権」概念を使ってはいるものの、人格権とは何かについて明示的に述べたものはなく、専ら学説上の議論に委ねている。近時の判例においては、人格権とまでは言えないが「人格的利益」という表現を使うことによって一定の法益に保護を与えているものも少なくない³。さらに、最近に至って最高裁は、パブリシティ権を「人格権に由来する権利である」と判示し⁴、人格権に権利の「発祥地 (matrice)」としての性格付けを行っている。

戦後、私生活の保護が問題となり始めた早い段階から人格権論を展開し⁵、代表的論者となった五十嵐清は、人格権概念につき「もっとも、最高裁が人格権という言葉で何を表現しようとしているかは、必ずしも明らかではない。西ドイツの一般的人格権と共通する

¹ 加藤雅信『『人格権』論の意義は何か』同『現代民法学の展開』(有斐閣、一九九三年)一三四頁では、人格権概念の「外延を画すことを放棄したうえで、あえて述べれば、人格権とは、身体・健康・自由、氏名、肖像・名誉・プライバシー等々の人格的属性が第三者により侵害された場合に、それを保護すべく、損害賠償、謝罪広告を含む原状回復、差止め等が認められる権利である(傍点、筆者)」とまで述べている。

² 最大判昭和五六年一二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁(大阪国際空港事件)の少数意見ではじめて人格権概念が登場してから、「人格権としての名誉権」を法廷意見として正面から認めた最判昭和六一年六月一日民集四〇卷四号八七二頁(北方ジャーナル事件)、氏名を「人格権の一内容を構成する」と認めた最判昭和六三年二月一六日民集四二卷二号二七頁(NHK日本語読み事件)、患者の輸血を拒否するという意思を「人格権の一内容として」認めた最判平成二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁(エホバの証人輸血事件)、「人格権に由来する権利の一内容」としてのパブリシティ権を認めた最判平成二四年二月二日民集六六卷二号八九頁(ピンク・レディー事件)に至っている。

³ たとえば、最判昭和六三年二月一六日民集四二卷二号二七頁(NHK日本語読み事件)〔氏名を正確に呼称される人格的利益〕、最判昭和六三年一月二〇日裁判集民一五五号三七七頁(囚われの聴衆事件)伊藤正己補足意見〔他人から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を害されない人格的利益〕、最判平成元年一二月二一日民集四三卷一〇号二二五二頁(長崎教師批判ビラ事件)〔私生活の平穏などの人格的利益〕、最判平成一七年一月一〇日民集五九卷九号二四二八頁(法廷内撮影事件)〔みだりに自己の容ぼう等を撮影され、これを公表されない人格的利益〕など。

⁴ 最判平成二四年二月二日民集六六卷二号八九頁(ピンク・レディー事件)。第二章の日本法【判例⑭】参照。

⁵ 五十嵐清、松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護—一般的人格権理論の発展」伊藤正己、戒能通孝編『プライバシー研究』(日本評論社、一九六二年)一五〇頁以下〔初出、一九六一年〕から始まる五十嵐清の一連の研究がある。下記注参照。

面もあるが、いまのところはっきりしたことはいえないようである」と指摘する⁶。この認識の下で、「人格権」概念を「主として生命・身体・健康・自由・名誉・プライバシーなどの人格的属性を対象とし、その自由な発展のために、第三者による侵害に対し保護されなければならない諸利益の総体である」と定義している⁷。しかし、この定義は、彼自身も述べているように「比較的狭く解し」たものであり、エホバの証人輸血事件で述べられた人格権理解には対応できていないとされる⁸。人格権概念を敢えて「比較的狭く解し」た理由としては、「人間の根源的な権利であり、あらゆる権利の派生する源である」と広範に解された概念は「かえって実定法上の権利として承認しにくい」という反論に対応するものであると述べている⁹。しかし、現在の判例の状況では、自己決定権を、人格権ないし人格権の一内容として認めている以上¹⁰、学説においてもこの権利を人格権という枠組みにおいて位置づける試みを行うべきであり¹¹、敢えて排除することについては慎重でなければならない。

このように、「人格権」概念をめぐる、現在の通説的見解と現在の判例の状況との間においてはずれが生じており、この点につき、いかに考えるべきかが問題となる。このずれに関しては、さまざまな分析がありうるが、たとえば次のことが指摘されている¹²。

星野英一は「わが国においては、生命、身体、自由、名誉の侵害に対する損害賠償が明文で規定されているが、近年、ドイツを中心とする諸国の制度が紹介される中で、一般的人格権を承認せよとの主張が若干の学者によってなされている。しかし、……わが民法七〇九条の解釈上……損害賠償を認める前提として右のような『権利』を認める実益は存在しない」。一般的人格権の「肯定論者はドイツの学説によりかかっているためか、まだ必ずしも日本民法典上の議論として十分な論拠を提供していないように見受けられる。所有権移転の時期をめぐる議論において、所有権移転の時期を一点に定めることの実益として述べられたように、所有権を構成する権利・権能のうち既に明らかになっているもの以外のものが将来発見されたような場合のためにそうすべきだという議論が正しいのであれば、

⁶ 五十嵐清『人格権論』（一粒社、一九八九年）九頁〔以下では、『人格権論』とする〕。

⁷ 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、二〇〇三年）一〇頁〔以下では、『人格権法概説』とする〕。

⁸ 五十嵐清『人格権法概説』一〇頁、一二頁。

⁹ 五十嵐清『人格権法概説』九～一〇頁。

¹⁰ 最判平成一二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁（エホバの証人輸血拒否事件）、最判平成一五年九月二日民集五七卷八号九七三頁（早稲田大学名簿提出事件）など。

¹¹ 自己決定権を人格権（生命・身体）と関連づける学説が多い。大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇五年）二〇三頁では、意思決定をする権利が「生命・身体そのものではなく、それにかかわる主観的な利益の保護」であるという。ただ、窪田充見『不法行為法一民法を学ぶ』（有斐閣、二〇〇七年）一三八頁では、「生命や身体、健康に関するような自己決定権」と述べ、必ずしも人格権の用語を使ってはいないが、自己決定権を生命・身体に関わるものとして捉えている。

¹² 星野英一「私法における人間」同『民法論集第六巻』（有斐閣、一九八六年）一四九頁〔初出、一九八三年〕〔以下では、「人間」とする〕。

人格権についても同様である、というのが一つの有力な論拠となろうか」と¹³。

また、斉藤博もその著書において次のように述べる¹⁴。「人格権の保護がわが国において積極的に論ぜられるようになって未だ日の浅いこともあってか、人格権の概念がやや不透明に論ぜられていることに気付く。人格権の中に財産権を混在させるとか、人格権の保護を説きながら、その実、財産価値の保護を意図しているようなことを見受けることができる」。別の著書では、日本では「一般的人格権の内容発見が、生命、身体、健康からはじめられたというところに一つの特徴があり¹⁵、「人格権法の発展の仕方としては、ここ（生活妨害から人格価値を保護するために不作為請求のなされること―筆者）に、ドイツ法の行き方とは全く異なった側面を見ることできる」と指摘する¹⁶。

2. 代表的学説に至るまでの学説史

日本において初めて人格権について詳細に検討したのは仁保亀松である¹⁷。ドイツ法やスイス法を参照して仁保は、「人格権は、人格即ち権利の主格たることを得る権利なりとの意義においては、他の一切の権利に対してその基礎的権利」であり、「生命、身体の如き特定的人格の財貨をもって賓格（普通に目的という）と為す特殊の権利なりとの意義においては、この如き人格的財貨が最も先に法律の保護を受けるものなるが故に、人格権は一切の権利中最初に成立したる原始的権利（以上、句読点、現代語化、筆者）」であると述べる¹⁸。そして、人格権の意義、人格権の種類、人格権の保護に大きく分けてそれぞれについて検討を加えている。本稿の観点からして興味深いのは、人格権を「原始的権利」として認められた点であり、その意義のところで「人格権」と「人格たる権」との区別に関して述べる次の叙述は、現代においても通じるころがあると考えられる。「学者往々人格権と人格たるの権とを混同し、更に個別的人格権と一般的人格権との区別を明らかにせざるにより、人格権の意義は一層曖昧模糊の現状に存する」。「人格とは、権利の主体たることを意味するにより、人格たるの権は、すなわち権利の主格たることを得る権利を指す」。「わが国において、人格たるの権利を節約して人格権というもあえて不当に非ずと雖も、従来普通の用例によれば、生命、身体、名誉、自由のごとき所為人格的財貨をもって賓格となす権利を指して人格権といい、人格たるの権は、むしろ人格または権利能力というが如き術語の内に、これを包摂せしめ特別の権利名義を認めざるもの如し」。「人格的財貨をもって賓格となす

¹³ 星野「人間」一七〇頁注一〇〇。

¹⁴ 斉藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、一九八六年）iv頁（はじめに）参照。

¹⁵ 斉藤博『人格権法の研究』（一粒社、一九七九年）二二五頁〔初出、一九七五年～一九七八年〕〔以下では『研究』とする〕。

¹⁶ 斉藤『研究』三五八頁。

¹⁷ 仁保亀松「人格権ヲ論ス」京都法学会雑誌一一卷六号（一九一五年）一頁以下。この点既に、木村和成「わが国における人格権概念の特質（二・完）」撰南法学三五号（二〇〇六年）七一頁で指摘されている。

¹⁸ 仁保・二頁。

権利と、人格そのものをもって資格となす権利とは、既にその資格を異にするにより、互いに相異なる権利たること明白にして、これに同一の権利名義を冠し、共に人格権と称するは、その当を得たるものに非ず。「人格的財貨をもって資格となす権利に対しては、従来の用例に従って人格権なる名義をもってし、人格そのものをもって資格となす権利に対しては、人格たるの権または人格本権なる名義をもってし、双方の区別を明白ならしめんとする（下線、筆者）」。以上で明らかであることは、仁保は、ドイツ法からの影響の下で、人格（＝権利能力）と人格権との違いを明確に区別し、専ら人格的利益を対象にする権利を人格権として理解している¹⁹。とりわけ、ここでは、「人格たるの権」ないし「人格本権」という現代でいう権利能力と人格権との関係が述べられて意識されている点を指摘して次に移る²⁰。

仁保論文が出てから間もないうちに、同じ雑誌において Savigny 説に依拠しながら人格権概念を否定する見解が登場する²¹。ここでは、人格権を専ら自然法論ないし天赋人權論からの「迷想」・「妄想」であると否定し、私法上においては自由権であると主張している。その後、人格権に関するより詳細な研究が登場した²²。栗生は「人格権は、十九世紀の利己心が発見した私権の新種類であった。人格権法は十九世紀の私法学が切り開いた私法の処女地であった」とし²³、生命、身体、健康、自由、精神生活、貞操、名誉、信用および秘密、肖像権、氏名権を、法益ごとにそれぞれ検討する。結論において、人格権法の発達の動因として「個人主義」があり、社会化の傾向が見られると指摘する。その後、刑法と民法における名誉に関して二つの重要な研究が現れた。刑法においては、小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護』であり、民法においては、宗宮信次『名誉権論』である²⁴。ただ、両研究共に法史学的かつ比較法的観点から名誉概念にアプローチする大著であるが、名誉に集中しており、前者はとりわけ本稿の問題関心である人格権概念に関してあまり言及がなされていないため省略する。以下では、後者が若干触れてあるところを一瞥するに止める。宗

¹⁹ 人格権概念には、「生命、身体、健康、名誉、自由、姓名、自己表彰の方法、肖像、音声、創作、秘事、思想、感情」などが含まれるとし、今日の観点からしてもかなり広い法益を認めている（一三頁）。特に自己表彰の方法は現代的観点からいうと、アイデンティティの問題であり、自己情報決定も含むものであり、興味深い。

²⁰ ここで述べられている「人格たるの権」ないし「人格本権」という言葉は、後の議論では見られない。

²¹ 菅原春二「私法上ノ自由権ヲ論ス」京都法学会雑誌一三卷九号（一九一八年）四四頁以下。

²² 栗生武夫『人格権法の発達』（弘文堂書房、一九二九年）。

²³ 栗生・前掲書二頁。

²⁴ 小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護』（有斐閣、一九三四年）〔増補版、一九七〇年〕、宗宮信次『名誉権論』（有斐閣、一九三九年）〔増補版、一九六一年〕。後者につき、加藤雅信ほか編『民法学説百年史』（三省堂、一九九九年）六一〇頁以下〔藤岡康宏執筆〕参照。小野の名誉論をその思想や人間像に焦点を当てる研究として、小粥太郎「小野清一郎の名誉論—『民法における人間』を考えるためのノート—」法学七五巻四号（二〇一一年）一頁以下が、最近現れた。

宮は、名誉権を「人格権」に属する権利であるといい、仁保と同様、人格権に関する定義を「人格」から始めている²⁵。民法一条（現三条）によって権利能力が認められるとし、「法が権利能力を認めて各種の権利を享有せしむるは、畢竟人格を完全に保護せんとする手段方法なれば、当然の理として其の保護主体其のものの直接侵害を保護し、権利主体自身の肉体的精神的存在を完全に保障せんとする法の存在を推論せしむ。即ち法は元來人のために存し、且つ其の内容は合理的なりと前提する以上、人自身の完全を保障し、最先の事実として一般的人格者（法人を含む）自身を保護尊重する権の存在を法が認むるものと解せざるを得ず。人を権利の主体と認むるためには、先ず主体自身の全きを期し、先ず其の人格の存在、行動の完全を保障せざるべからず」²⁶。なお、宗宮が人格権の基礎づけの際に「条理」について言及している部分も後の学説によって注目されている²⁷。

戦後に至っては、一九六二年に比較法学会では「人格権の比較法的研究」というテーマで取り上げられ²⁸、より比較法的研究が進むことになる²⁹。一九六五年には比較法を本格的に取り入れた著書も現れた³⁰。これらの諸研究を基に、齊藤博、五十嵐清の上記の研究が登場し、人格権論における現在の代表的学説を形成するに至った。

3. 民法・憲法との関係論からの人格権論

近年、民法・憲法との関係の議論が深まるにつれて、民法と憲法との協働で考えるべき素材の一つとしてしばしば取り上げられてきたのが「人格権」である³¹。民法・憲法の関係論の深化の旗手を務めた星野は、「人格権の基本的な考え方は、法哲学的な問題」といい、「そういう権利（人格権、括弧筆者）が、条文に明文がなくても認められるということならば、その根拠は、条文ではなく、『法律の精神』といってもあまりはつきりしないので、むしろ端的に人間の価値に基づいて、いろいろな人格的利益をお互いに主張できるし、国家に対しても主張できるということになるはずです。つまり、人権は憲法にだけ認められており、それは私人間にも適用されるというよりは、基本的な法律の原理があつて、それ

²⁵ 宗宮信次『名誉権論 [増補版]』（有斐閣、一九六一年）一九六～一九七頁で、「普通に人格とは権利の主体たる資格を現はす言葉として用いられるのみならず、此の権利を認めたるものが、……自然法学者の基本権なる漠然たる観念に由来するがため、延いて人格権の意義が、しばしば広く解せられて、権利主体又は権利能力の意味と同視せられたることあり」と述べ、ドイツの諸学説を検討し、人格権とは「権利者（法人を含む）自体を直接保護することを目的とする絶対権にして、権利者自身の上に存立する利益、即ち人格そのものと離るべからざる人的利益を目的とする権利なり」と定義する。

²⁶ 宗宮においては、一九世紀のフランス法学は参照されず、二〇世紀初頭（一九二三年以降）のPlaniol, Mazeaud, Capitantの書が参照されているにすぎない。

²⁷ 宗宮・前掲書二〇五～二〇六頁。藤岡・前掲論文六一頁。

²⁸ 五十嵐清ほか「人格権の比較法的研究」比較法研究二四号（一九六三年）三～七三頁。

²⁹ ドイツ法をさらに検討するものも続く。柳沢弘士「一般的人格権侵害の法的保護（一）・（二）」日本法学二八卷三・四号（一九六二年）参照。

³⁰ 三島宗彦『人格権の保護』（有斐閣、一九六五年）。

³¹ 一九九四年の法教一七一号での特集では、五十嵐清が検討した。

が憲法においては国に対する権利として、民法においては私人に対する権利として存在する、と考えるほうがよくはないか、と考えられます」と指摘する³²。続いて、「広く人格権の問題が、おそらく従来、民法の中で最も憲法と接触する問題だと考えられてきたと思いますので、扱う必要があります。憲法としては一三条の問題でしょうか。民法上既に判例で人格権の侵害に対する損害賠償や人格権の侵害に基づく差止めが認められていますので、それと憲法との関係が、きわだった形ででてくるのかもしれませんが。その他、自由平等に関する問題はすべてここに入ってくるわけですから、両方の関連するところが、非常に広い領域だろうと思います（下線、筆者）」と述べている³³。

星野は、民法の明文上の根拠のない人格権の考え方が「法律の精神」や「法律の原理」の問題であるとして、従来人格権の法的根拠として考えられてきた民法七〇九条・七一条等に基づいた説明を行っておらず、「人格権」を憲法・民法にまたがる問題として取扱っている。ここでは、人格権が包摂する範囲に「平等」まで含んでおり、通説の見解よりも「広く」考えられている。

また、民法・憲法関係論において両者が基礎とする共通価値として浮かび上がったものは³⁴、人格権概念ともつながる核心的価値の「個人の尊厳」である³⁵。これはそもそも人格権概念に内在する価値であって、何も新しい価値が発見されたわけではない。しかし、これは従来の不法行為法学上の人格権論からは、表に出にくい視点であり、民法・憲法関係論を通じて「再確認された」ものといえる。

³² 星野英一『民法のもう一つの学び方〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇六年）二六～二七頁〔以下では、『学び方』とする〕。

³³ 星野『学び方』三一頁。

³⁴ 小山剛ほか「高橋和之憲法学との対話」の討論、「出発点は、国家以前において、個人の尊厳を根本価値とする社会を作ろうということにあります。……次いで、そのような社会を実定法秩序により保障し維持していくために国家が形成されます。その国家が依拠すべき基本価値は、私の場合、社会の根本価値と同一の個人の尊厳ということになります。国家が一定の価値を基礎とする社会を保障するために形成されるとすれば、同一の価値に依拠するのは当然だと考えます。ゆえに、国家は個々人を個人として尊重する義務を負います。そのことが個別的人権の尊重として具体化されることになります。その個別的人権の内容は、たしかに私人間の場合とは異なる内容として具体化されるでしょう。横関係と縦関係は性質が違いますから、その違いに応じて個人の尊厳の具体的な現れ方、『人権化』のされ方が異なるのは当然のことと思います。しかし、基礎にある個人の尊厳は同一であると考えられます」法時八二巻五号（二〇一〇年）七〇頁〔高橋和之発言〕。

³⁵ 東京地判昭和六三年下民一五卷九号二七一七頁（「宴のあと」事件）では、「近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法によって立つところでもある個人の尊厳という思想は、相互の人格が尊重され、不当な干渉から自我が保護されることによってはじめて確実なものとなるのであって、不当な干渉から自我が保護されることによってはじめて確実なものとなる」として「個人の尊厳」の用語を使っている（ただ、民法二条は援用していない）。個人の尊厳は、民法二条の導入によって民法上の原理として明示的に確認された。この問題に関しては、重要であるために後述する。

第二節 検討課題と順序

第一節でみてきたように、通説的見解と判例の展開の間に生じている「ずれ」と、近時の憲法・民法関係論からの示唆を考慮に入れると、現在における人格権概念は、不法行為法に限って議論すべき問題ではなく、民法総論の観点から捉え直すことによって、一定の視点を提示する必要がある。

戦前においてもこのような観点が垣間見られる場面があった。仁保から宗宮に至るまで、人格権概念否定説を除くと、人格権論では、原始的権利という視点が存在し、人格たる権（人格本権）と人格権の両方が議論されたのであり、権利能力と人格権との関係が、少なくともその違いに関して意識されていた。しかし、戦後の人格権論においては、両者の関係に関して理論的議論が深化するどころか、仁保のいう人格たる権（人格本権）に関しては言及すらされなくなった。その理由としては様々なことが考えられるが、大きい理由の一つは、新たな不法行為法上の利益の登場によって、それらの利益の法的保護に関心が高まったことによって、人格権概念も不法行為法からのアプローチが自然と多くなされたことにある。その他にも、「人格」の語が「権利能力」の語に代わって議論されることによって、あたかも両者が別なものとして考えられることになった点、また「人格」の語が「法人格」の語として扱われることになって、「人格」論が法人に人格を認めるか否かの法人格論として集中的に行われていた点などを挙げるができる³⁶。

従来の不法行為法を中心とした人格権ないし人格的利益の保護に関する議論からは、「いかに」人格権を守るべきかという議論に枠づけがなされたために、「なぜ」人格権を守るべきなのかという、人格権論の前提となっている部分、つまり人格権の「アイデンティティ」に関する問題を正面から取り上げることは比較的になかった。そこで、本稿では、民法総論に重点を置くことによって、法技術論の影響が強かった従来の人格権論に相対化の視点を加えることを試みる。そもそも人格権とは何かという問題は、法思想・法哲学の問題でもあるために、本格的に検討するならばこれらも一緒に取り扱わなければならないが、筆者の能力上の問題からして、民法上の議論に限って問題を取り上げる³⁷。具体的な検討課

³⁶ ここでは「人格」は、法が人を法律上いかに捉えるかに視点を置くものであるとし、「法人格」は、法人が法律上の人としていかに捉えるかに視点を置くものと理解する。このような人格観は、「私の説く所の人格は法律上の人格であって、言はば法律規範観念上の人格観である。換言すれば人間の社会的活動の外部的に表現したる状態、即ち人間性を固有する人類の社会的生活態其物を指すのである」と早い時期に既に渡邊省三が示している（『人格法学』（杉山書店、一九三一年）三二～三三頁）。同書の序で鳩山秀夫は、「君の所為人格なるものは、主観すれば人間性、客観的に静視すれば人間其物、動観して始めて個々人の生活態となる。此の生活態の確保実現を以て、私法体系の根軸となすのが所為人格法学である」と紹介している。

³⁷ 法哲学上の議論としては、ホセ・ヨンパルトの一連の研究が参考に値する。ホセ・ヨンパルト『自然法論の研究：法の歴史性をめぐって』（有斐閣、一九七二年）、同『実定法に内在する自然法：その歴史性と不変性』（有斐閣、一九七九年）。簡単な紹介としては、ホ

題として、以下の二つがある。

まず、人格権の意義に関する問題である。従来の議論においては人格権概念の承認に関する最も大きな意義として、差止が言及されていた³⁸。本稿の立場としても人格権による差止請求の重要性を否定する趣旨は毛頭ない。本稿がむしろ関心を有するものは、何故、人格権が絶対権として性質を有するのかという、差止を認めること的前提になっている部分である。これは、従来、人格権の権利性に関する問題として議論されていたものであった³⁹。これにつき、人格権論において必ずしも十分に取り上げることのなかった起草者の人格権論、「人」ないし「人格」の観点に注目した諸学説が存在している⁴⁰。それらの学説等を素材として、民法総論の観点から人格権を考えるという本稿の問題意識に沿って検討することによって、人格権の意義を考える際に一定の示唆を得ることができる。

次に、人格権の位置付けの問題である。民法総論の観点から人格権を捉えたとすると、それを位置づける際の視座としては、議論が深まりつつある「人の法」が最も適切である。近時、民法学において、民法上の「人」・「人の法」に関する議論が広く行われつつある⁴¹。日本における「人の法」に関する議論は⁴²、いうまでもなくフランス法における「人の法」

セ・ヨンパルト『法哲学案内』（成文堂、一九九三年）がある。また、三島淑臣『理性法思想の成立』（成文堂、一九九八年）も参照。法思想史に関しては、たとえば、恒藤武二『法思想史』（筑摩書房、一九七七年）、三島淑臣『法思想史〔新版〕』（青林書院、一九九三年）を参照。

³⁸ 五十嵐清『人格権論』一七七頁以下、大塚直「人格権に基づく差止請求—他の構成による差止請求との関係を中心として」民商一一六巻四＝五号（一九九七年）五〇一頁以下。

³⁹ 五十嵐清『概説』一三頁、斉藤『研究』一九八～二〇一頁。ただ、藤岡康宏『損害賠償法の構造』（成文堂、二〇〇二年）一四八頁〔初出、一九九一年〕〔以下、『構造』とする〕では、名誉・プライバシーの場合には絶対権を付与することに反対する。

⁴⁰ 第二章の日本法の第一款の第一項参照。

⁴¹ 星野英一「人間」、同『民法—財産法』（放送大学、一九九四年）四六頁以下、大村敦志「民法における『人』」『消費者・家族と法』（東京大学出版会、一九九九年）二三九頁以下〔初出、一九九八年〕、特集「民法のなかの人間」法セミ五二九号（一九九九年）三四頁以下〔吉田克己・二宮周平・平野裕之〕、河上正二「『人の法』としての民法」法セミ五八三号（二〇〇三年）八一頁以下〔後に、『民法学入門〔第二版〕』（日本評論社、二〇〇九年）に所収〕、大村敦志「人」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇四年）一四〇頁以下、小粥太郎「法的人格」同『民法の世界』（商事法務、二〇〇七年）二〇頁以下、座談会「法における人間像を語る」法時八〇巻一号（二〇〇八年）四頁以下（石川健治、瀬川信久、只木誠、町村泰貴、後藤卷則）、道垣内弘人「民法の世界—民法が想定する人間像と社会」法セミ六四三三号（二〇〇八年）二八頁以下、宮下修一「『人』と『ヒト』—二一世紀の民法入門」法セミ六六四号（二〇一〇年）一〇頁以下、松本恒雄「民法における『人』象」法セミ六八八号（二〇一二年）二八頁以下など。

⁴² 広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系—旧民法人事編—「人の法」の解体から一世紀余を経て（上）（下）」ジュリー一八四・一一八五号（二〇〇〇年）〔以下では「解体」とする〕。大村敦志「『人の法』から見た不法行為法の展開」淡路剛久古稀記念『社会の発展と権利の創造』（有斐閣、二〇一二年）三四一頁では、広中のこの論文によって「『人の法』という表現が日本の民法学者の間に広がるきっかけとなった」という。その後のものとして、広中俊雄「解体」、同「綻びた日本民法典の体系と民法学の対処」創文四八二号（二

の展開から多くの示唆を得ている⁴³。フランス法の状況を簡単に見てみると、フランス法では、従来、人格保護に関する議論が民法一三八二条を中心とする不法行為法で行われていた。しかし、判例法の発展を受けて、一九七〇年に私生活の尊重に関する民法九条が挿入され⁴⁴、一九九四年には、人身の尊重に関する民法一六条が挿入された⁴⁵。これら立法がなされたことによって判例・学説はフィード・バックを受け、さらに展開を続けており⁴⁶、この「場」となったのが、「人の法」であった。フランスの「人の法」の発展の背景には、基本原理の更新に関するフランス民法学が有する独自の強みが存在している⁴⁷。

上記の課題を検討する際の研究方法としては、韓国とフランス法の比較法的研究に依拠する。フランス法に関しては上記の説明のように「人の法」の体系を有しており、本来外来概念である人格権を導入するにあたり、「人」や「人格」などの隣接諸概念との関係から独自の人格権概念が学説上作られた。その概念の形成過程を検討することによって、日韓の現在の議論に一定の示唆を与えることができると思われる。

一方、韓国法を取り上げることにしてはさらに次の説明を付け加える必要がある。日韓の両国は、ともに「比較法の産物」としての民法を有しており、パンデクテンという共通の体系に基づいて起草された。日本法と同様に、韓国法も人格権に関する明文の条文を起草時には有しなかったが、現在、人格権の条文化に関する立法上の議論が進められている⁴⁸。韓国では、人格権に関する条文を民法総則に置く提案が出され、日本では、民法総則あるいは不法行為法に人格権に関する条文を入れるための改正私案が出されている⁴⁹。ま

〇〇五年)、同『新版 民法綱要〔第一巻総論〕』(創文社、二〇〇六年)〔初出、一九八九年〕〔以下では『綱要』とする〕、山野目章夫『『人の法』の観点の再整理』民法研究四号(二〇〇四年)〔以下では「再整理」とする〕、大村敦志『新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、二〇〇九年)四〇八頁以下、同『『人の法』から見た不法行為法の展開』淡路剛久古稀記念『社会の発展と権利の創造—民法・環境法学の最前線』(有斐閣、二〇一二年)三二一頁以下参照。

⁴³ 山野目章夫「再整理」二頁。

⁴⁴ Loi n° 70-589 du 9 juillet 1970.

⁴⁵ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

⁴⁶ その他も、無罪推定の尊重に関する規定(フランス民法九条の一条)、死後における遺体の尊重に関する規定(フランス民法一六条の一の一条)などがある。

⁴⁷ 大村敦志『二〇世紀 フランス民法学から』(東京大学出版会、二〇〇九年)一〇三頁以下参照〔以下、『フランス民法学から』とする〕。

⁴⁸ 韓国では、一九九九年に法務部主導で民法(財産編)改正委員会を立ち上げ、二〇〇四年に第一条の二(人間の尊厳と自律)第二項において「人の人格権は保護される」という条文案を国会に提出した(『民法(財産編)改正資料集』(法務部、二〇〇四年)一〇頁以下参照)。しかし、国会任期満了によって自動的に廃案となった。それ以降、二〇〇九年から同じく法務部において民法改正委員会を設置し、財産法全般を対象にして検討を行い、二〇一三年にその活動を終えている。その成果として、法務部民法改正試案として条文が収録された『民法改正叢書』が二〇一三年七月に公開された。

⁴⁹ 民法改正研究会『日本民法改正試案』条文案一覧判ター二八一号(二〇〇九年)三九頁で、第二条(基本理念)第一項で「財産権、人格権、その他の私権は、これを侵してはならない」と提案する。椿寿夫ほか編『民法改正を考える』(日本評論社、二〇〇八年)四

た、後に詳しく取り上げるが、日本法と同様に韓国法でも人格権ないし人格的利益に関する判例の目覚ましい展開が存在する。この似て非なる韓国法の状況を紹介し日本法と対比することは有益であると考え。ただ、司法制度上、憲法裁判所を有する韓国は日本と大きく状況を異にする面もないわけではないため、機能的比較にならざるを得ない限界をも有している。

議論の順序としては、まず、フランスにおける人格権論を取り上げて比較のための軸を設定する（第一章）。続いて日本（第二章）と韓国（第三章）における人格権の議論状況を確認する。最後に、フランスを主軸として対比した場合に、日韓における人格権概念がいかなる特徴を有するのか、フランス法は日韓にいかなる示唆を与えることができるのかについて検討し、将来の課題を提示する（結章）。

三～四四頁〔齊藤博執筆〕も人格権の立法を提案する。また、大村敦志『「民法0・1・2・3条」＜私＞が生きるルール』（みすず書房、二〇〇七年）一〇四～一〇五頁〔以下では、『民法0・1・2・3条』とする〕においても改正私案が掲げられている。

第一章 フランス法における人格権論

はじめに

日本におけるフランス人格権論の従来の研究では、私生活⁵⁰、肖像⁵¹、氏名⁵²のような個別の利益に焦点を当てて検討を行うのが一般的であった⁵³。一方、フランスにおける近時の人格権論は、さらに広がりを見せている。所有からのアプローチ⁵⁴、人格権の契約化ないし財産権化⁵⁵、私法的人格権理論の行政法への適用⁵⁶など、様々な観点から人格権論が展開され

⁵⁰ 私生活の尊重に関しては、たとえば、大石泰彦「フランスにおける私生活の保護」青山法学論集三二巻二号（一九九〇年）四九頁以下〔後に、『フランスのマス・メディア法』（現代人文社、一九九九年）二〇一頁以下に所収〕、内野正幸「プライバシー権についての控眼目な考察—フランス法をひとつの手がかりにして」公法研究五八号（一九九六年）八〇頁以下、同「プライバシーの権利—おもにフランスの場合」鬼塚雄丞ほか編『自由な社会の条件』（新世社、一九九六年）三〇四頁以下、柴崎暁「フランスにおける私生活・名誉・情報保護（その一）」山形大学法学論叢八号（一九九七年）一頁以下、北村一郎「私生活の尊重を求める権利—フランスにおける《人の法＝権利》の復権—」同編『現代ヨーロッパ法の展望』（東京大学出版会、一九九八年）二一五頁以下〔以下、「復権」として引用〕、皆川治廣『プライバシー権の保護と限界論』（北樹出版、二〇〇〇年）、佐藤雄一郎「フランス憲法における私生活尊重権について」東北法学二四号（二〇〇四年）五七頁以下、上井長久「フランス法における私生活の保護について」明治大学社会科学研究所紀要四四巻一号（二〇〇五年）一七一頁以下、江藤英樹「フランスにおける表現の自由および私生活保障についての考察」法学論叢七九巻一号（二〇〇六年）八五頁以下など。

⁵¹ 肖像に関しては、ジェラルド・レジェ、山野目章夫訳「肖像権の保護」『フランス私法講演集』（中央大学出版部、一九九五年）、石井智弥「人格権固有の利益の保護—肖像権を中心に」専修法研論集三二巻（二〇〇三年）二五頁以下参照。

⁵² 氏名に関しては、木村健助『フランス法の氏名』（関西大学出版広報部、一九七七年）〔初出、一九五七年～一九五九年〕、山主正幸「フランス法における氏名権」日本法学三〇巻二号（一九六四年）一二頁以下、滝沢幸代「最近のフランスにおける氏の諸問題」日仏法学一四号（一九八六年）一〇頁以下、稲本洋之助「フランス法における『氏』」黒木三郎ほか編『家の名・族の名・人の名』（三省堂、一九八八年）二二三頁以下、吉井啓子「一九九三年のフランス家族法改正による命名・氏名の変更に関する新规定」同志社法学四八巻六号（一九九七年）一二九頁以下、田中道裕「氏名権の法理」民商一二〇巻四＝五号（一九九九年）七〇二頁以下など参照。

⁵³ この他、生殖補助医療に関しては、高橋朋子「フランスにおける医学的に援助された生殖をめぐる動向」東海法学七号（一九九一年）一九〇頁以下、同「人工生殖の比較法的研究—フランス」比較法研究五三三号（一九九一年）三八頁以下、野村豊弘「フランス判例における代理母と養子縁組」星野英一、森島昭夫編『現代社会と民法学の動向（下）』（有斐閣、一九九二年）五九五頁以下、大村敦志「人工生殖論議と『立法学』『法源・解釈・民法学』（有斐閣、一九九五年）二三一頁以下、本山敦「フランスの人工生殖親子関係法について」学習院大学法学研究科法学論集六号（一九九八年）九七以下頁、松川正毅『医学の発展と親子法』（有斐閣、二〇〇八年）など参照。

⁵⁴ F. Zenati-Castaing et T. Revet, Manuel de droit des personnes, PUF, 2006, pp. 217 - 223.

⁵⁵ G. Loiseau, Droits de la personnalité, Légipresse n° 290, 2012, p. 64. ; Meme auteur, Droits de la personnalité, Légipresse n° 301, 2013, pp. 62-64.

⁵⁶ J. Antipass, Les droits de la personnalité, Avant-propos D. Truchet, préf. J. Huet,

ている。より広い視点に立つと、ヨーロッパ人権条約の民法への影響⁵⁷、憲法の民法化・民法の憲法化など憲法と民法との間の接近現象⁵⁸、QPC (question préalable de constitutionnalité, 憲法適合性先決問題)⁵⁹など人権の基本権化の現象も人格権論とまったく関係のないものとは言えなくなっている。

従来の日本におけるフランス法研究は、人格権概念が念頭に置かれているものの立ち入った検討を行ったものは必ずしも多くなかった⁶⁰。最近に至って漸く「人格権」概念に焦点を当てた総論的研究が現れた⁶¹。大村論文では、Carbonnier と Cornu の叙述を手がかりとして現代学説において人格権概念がどのように理解されているのかを示した⁶²。「人格 (personnalité)」の語について、Carbonnier と Cornu は完全に理解が一致しているわけではないが、両者とも「自然人」を念頭において理解している⁶³。この点は必ずしも当然のことではないという。なぜなら、たとえば Planiol の説明によると personnalité が法主体性を指しており、必ずしも personne を示すものではないからである。Carbonnier と Cornu は人格権の範囲についても一致を見ることがなく、personne や personnalité の語の使い方にもまったく同じということではない。これ以上の詳しい検討は略されているが、現代フランスの代表的学説において、「人格」概念と「人格権」概念が連続的に捉えられている点、また自然人を念頭に置いている点の二つの共通する特徴を示しており、今後の研究に向けての手掛かりを与えている。

本章では上記の大村論文で指摘されていた問題意識を念頭におきつつ⁶⁴、フランスにおけ

th. Paris II, PUAM, 2012.

⁵⁷ A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002 [幡野弘樹「学会展望」国家学会雑誌一一七巻五=六号(二〇〇四年)六九五頁以下]。幡野弘樹「ヨーロッパ人権条約がフランス家族法に与える影響—法源レベルでの諸態様」日仏法学二四号(二〇〇七年)七七頁以下も参照。

⁵⁸ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, th. Paris II, LGDJ, 1998.; N. Molfessis, 幡野弘樹訳「民法の憲法化」新世代法政策学研究一一号(二〇一一年)二〇九頁以下。

⁵⁹ QPCに関しては、辻村みよ子、糠塚康江『フランス憲法入門』(三省堂、二〇一二年)一四一～一四八頁参照〔以下、『フランス憲法入門』とする〕。

⁶⁰ 人格権論一般に関する文献として、たとえば、高橋康之「人格権の研究—フランス」比較法研究二四号(一九六三年)、三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、一九六五)第四章、大村敦志『フランス民法』(信山社、二〇一一年)六〇頁以下(第三節)〔以下では、『フランス民法』とする〕、石井智弥「フランス民法における人格権保護の発展(一)～(八・完)」茨城大学社会科学論集五〇～五八号(二〇一一年～二〇一四年)などがある。

⁶¹ 大村敦志『フランス民法』六〇頁以下(第三節)。

⁶² 大村敦志『フランス民法』六二～六三頁。

⁶³ コルニュの法用語辞典を参照した山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、二〇〇二年)四二九頁〔以下では、『フランス法辞典』とする〕でも、人格権は、「すべての自然人に認められる……人間存在の内在的かつ不可侵の優越的権利」として、自然人を念頭に置いている。

⁶⁴ 大村論文でより詳しく述べることのなかった問題、つまり、いかなる経緯を経て「人格」という語が登場し、「人格」なる概念を民法学はどのように捉えてきたのか、何故人格は「法

る人格権概念の形成と展開に関して「人格」・「権利」という用語を中心に議論を整理する基礎的作業を行うことを目的とする。フランスにおいて人格権 (droits de la personnalité) という用語⁶⁵は、Code Civil 成立時において知られたものではなく、後にドイツ法⁶⁶ないしスイス法⁶⁷からの影響を受けて作られた概念であると指摘されている⁶⁸。ドイツからスイスにこの概念が伝わり、更にフランスに輸入されたと言われている⁶⁹。フランスでこの概念は最初「法の一般原理」として取り上げられた⁷⁰。フランスにはそもそも存在しなかった新し

主体性」を意味することになったのか、自然人を念頭に置く「人」と「人格」とはどのように関係するのかを探る。この作業を通じてなぜ「人格権」が人間の根源的権利を意味するに至ったのかを答えることになろう。

⁶⁵ les droits de la personnalité は言葉をそのまま訳すと、「人格に関する諸権利」であるが、以下においては、特に断らない限り「人格権」と訳す。ただ、一部学説は次の用語を使うものもある。R. Badinter, *Le droit au respect de la vie privée*, JCP 2136, 1968, n° 38 は、「人格に関する主観的権利 (droit subjectif de la personnalité)」の語を使っている。なお、B. Beignier, *Le droit de la personnalité, Que sais-je?*, PUF, 1992, p. 45 ; *L'honneur et le droit*, 1995, LGDJ, p. 52 et s. ; G. Loiseau, *Le nom, objet d'un contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1997, p. 476 et s. では、「人格から派生する権利 (droit dérivé de la personnalité)」を使う。 ; B. Beignier et J. Antipass, *La protection de la vie privée, Libertés et droits fondamentaux*, 19éd, Dalloz, 2013, n°333 では、判例・通説が述べている《des》 droits de la personnalité は、「債権としての性質を有する諸権利 (droits-créances)」、「～への権利 (droit à)」を含むために複数型 (droits) を使う。しかし、現代フランスにおける人格権観念 (conception) は、専ら人間の精神的完全性を保護するためであると述べ、その帰結として、単数型の人格権 (droit de la personnalité) を使うべきだと主張する。E. Dreyer, *Image des personnes*, J. -Cl. Communication, Fasc. 3750, spéc. n°s 20 et s. では、一般的人格権 (droit général de la personnalité) の語を使用している。

⁶⁶ ドイツ法の展開については、斉藤博『人格権法の研究』(一粒社、一九七九年) 第一部参照。人格権に関するドイツ法とフランス法を比較するテーゼとして、A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité étude de droit compare français et allemande*, t. 1 et 2, PUAM, 2002. 参照。

⁶⁷ スイス法については、吉村良一「スイスにおける精神的損害の賠償 (一)・(二・完)」法学論叢一〇五巻四号・五号 (一九七九年)、斉藤博『人格権法の研究』七三～八〇頁など参照。なお、オーストリアでは民法典制定時の一八一一年では、一六条ですべての人に権利能力を付与した規定を置くものの、プログラム規定としての性格を有していただけであった。しかし最近の判決において OGH (オーストリア最高裁) が同条を基に、成人の子の親に対する面接交渉権が認められて人格権の観点からも興味深い展開を示している。以上、五十嵐清「オーストリア民法典の二〇〇年」札幌法学二五巻二号 (二〇一四年) 九七頁以下参照。

⁶⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction Les personnes La famille l'enfant le couple*, Quadrige, t. 1, PUF, 2004, p. 525.

⁶⁹ J. Carbonnier, p. 525 では、人格権概念は、スイスの Roguin の著書 (E. Roguin, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, pp. 252-257) によって最初にフランスに紹介されたという。三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、一九六五) 九二頁では、人格権の承認の過程には「多少の回り道があった」と指摘する。

⁷⁰ A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. I, Paris, 1899 ; Roguin, *op. cit.* et s.

い概念であったために、民法学はその概念や法律構成を明確化する作業を早い時期から行ってきた⁷¹。概念定義や範囲に至るまで各論者がすべて共通とはいえないにせよ⁷²、人格権は一定の共通の了解を得て現代フランスの学説において定着していると言える⁷³。

現在の代表的学説の理解は、人格権を「人間の根源的権利」として理解している。そこで本稿では、なぜ代表的学説がこのような理解になったのかのつき、従来の学説・判例を整理するための視点として、「人格」と「権利」という分析軸を設定することにした。ここでの「人格」は、法が人を捉える視点をいい、そこには、人間がいかなる視点で法の世界で取り上げられるのかという点に関わっている。ローマ法からの体系を維持するフランスでは、「人」をいかに考えるかを民法制定後も議論してきたが、大雑把に分けると、一九世紀初頭には「人間」について、一九世紀末から二〇世紀初頭に掛けては「法人」について、法における「人」として捉えるための議論をしてきた。これらの議論を経て、二〇世紀初頭に「人」が「人格」として捉えられるようになった。現代フランス学説での人格権が「人間」の根源的権利と理解することになったのは、仮説の域を出ないものの、前者の議論が背後を成していることが一定の影響を及ぼしていると考えている。

次に、「権利」とは主観的権利のことであるが、主観的権利の性質に関する原理的な考察が諸学説においてなされており、この原理的考察が人格権の本質を考える際に、有益な示唆を与えている。したがって、「人格」と「権利」の両方の議論が、フランス学説の特色を成しており、人格権論の観点から、参考に値すると考える。

これまでのフランスの諸学説において、人格権概念は常に新しく、現在においても「構想中」のものである⁷⁵。人格権の「カテゴリーは開かれており、判例の創造者としての役割も表現されうる」⁷⁶。このカテゴリーは「不明確かつ広範であるからこそメリットを有する」とまで言われている⁷⁷。「現在では、人格権に関する一つの節で、その不安定な内容と一つ

⁷¹ 以下で取り上げる、Perreau、Nerson、Kayser など。

⁷² 人格権概念が統一を欠如した状況になっているという批判的な見解として、J. -M.

Bruguière, Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais... D. 2011, p. 29 参照。

⁷³ Carbonnier、Cornu、Malaurie などほとんどすべての教科書・体系書において人格権概念を言及している。星野英一「私法における人間—民法財産法を中心として」『基本法学 I 一人』（岩波書店、一九八三年）一四六頁では、一九五四年の法学部学士課程の改正により、「人格権」が教授すべき内容となった点を指摘する。

⁷⁴ 立法者は、知的所有法典 (Code de la propriété intellectuelle) 七一一の四条 g) では、「とりわけ姓、仮名、肖像のような第三者の人格権(droit de la personnalité)」と規定し、「人格権」概念を採用している。ただ、ここでは、単数型 (droit) であることに注意する必要がある。

⁷⁵ B. Beignier, Le droit de la personnalité, op. cit., p. 121.

⁷⁶ F. Pollaud-Dulian, Droit moral et droits de la personnalité, JCP G 1994, 3780, n° 20. Aussi, M. Picard, Le droit à. Étude de législation française, préf. M. Gobert, Economica, 2006, p. 240.

⁷⁷ D. Gutmann, Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille, préf. F. Terré, LGDJ, 2000, p. 192. カテゴリーの重要性につき、大村敦志『典型契約と

の分類でもって説明する民法概説書はほとんど存在しない」と言われ⁷⁸、人格権の承認に関しては「極端的で非現実的な個人主義の自然の成り行きに任せる」とまで述べられている⁷⁹。

このように学説上定着したとはいえ、未だに確立されたとは言えないなかで、本章の主たる関心は、そもそもフランス法の自生的概念でなかった人格権の語が、フランス法においてどのような過程を経て定着し、いかなる変容を遂げてきたのかである⁸⁰。たとえば「名誉」は、人格権概念がフランスで導入される以前から既に存在しており、ローマ (honos) 以来その法益が保護されてきた⁸¹。名誉が保護に値するものであるか (法益保護の問題)、名誉をどのように保護するのか (法律構成の問題)、名誉は人格権として考えることができるのかどうか (性質決定の問題) という三つの問題は互いに関係するものの、分けて考えることもできるのである。人格権が名誉権を含む広い概念であるという理解が今日における一般的理解であるが⁸²、それは人格権の語が導入された後に形成された一定の理解にすぎない。実際、フランスでは現在も人格権に名誉権を含まないと理解する有力な学説が存在する⁸³。もちろん、そうであるからといって名誉が保護に値しないということではない⁸⁴。

そこで、本章では人格権に関する議論を、「人格 (personnalité)」と「権利 (droit subjectif)」という二つに分けてそれぞれ検討する。なぜなら、「人の法」の体系を有しているフランスでは、「人格」ないし「法人格 (personnalité juridique)」と「権利」に関する豊富な議論が人格権論の背景をなしており、それぞれの語をめぐっての諸議論を整序することがフランス人格権論の特徴を理解する際に必須であると考えられるからである。

以下での試論を簡単に述べると、次のようになる。まず、「人格」に関する議論である。Code Civil 制定当時は、民事死や奴隷制の残存によって、*personne* ではない *homme* が存在していたために、人・物・権利変動という民法典の三本柱の一つである *personne* がどのような者を指すのかという議論は非常に重要であった。しかし、一九世紀中盤以降になると、

性質決定』(有斐閣、一九九七年)、小粥太郎「法的カテゴリーの性質」『民法学の行方』(商事法務、二〇〇八年) 八三頁以下参照。

⁷⁸ CA Paris, 27 fév. 1967, D. 1967, Jur., p. 452, note J. Foulon-Piganiol.

⁷⁹ C. Atias, *Les personnes, les incapacités*, PUF, 1985, n° 20. ; même auteur, *Le droit de nuire*, D. 1997, chr. p. 385.

⁸⁰ A. Lefevre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p. 57 では、「人格権」登場の哲学的背景を分析するものとして、A. Renaut, *L`ère de l`individu, contribution à une histoire de la subjectivité*, Gallimard, 1989 を掲げる〔同書は、水野浩二訳『個人の時代—主観性の歴史』(法政大学出版会、二〇〇二年) として出されている〕。

⁸¹ 名誉に関しては、B. Beignier, *L`honneur et le droit*, préf. J. Foyer, th. Paris II, LGDJ, 1995 参照。同書につき、大村敦志『フランス民法学から』一二二～一二四頁参照。

⁸² Carbonnier, *op. cit.*, p. 528 ; Cornu, *op. cit.*, p. 75 ; Malaurie, *op. cit.*, p. 155.

⁸³ P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, RTDC. 1971, p. 455. ; A. Lucas-Schloter, *Droit moral et droits de la personnalité*, PUAM, 2002, p. 205.

⁸⁴ 民法一三八二条の一般規定において保護される。また、La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse Art. 29 で既に「名誉」を保護する規定を置いている。

奴隷制の廃止などによって問題関心は *personne* の実質的内容を考えることに議論の焦点が移った。たとえば Aubry et Rau は、*personne* を、一つの資産 (*patrimoine*) を有する抽象的人格 (*personnalité*) であると述べることによって、人格が資産と結合されて理解されることとなった。その後、*personnalité* の語が大きく取り上げられたのが、いわゆる法人論争においてであった。法人の本質に関する法的構成を試みる諸学説の議論を通じて⁸⁵、民法上の「人」を説明する際に *personnalité* の語が有用なものとして使われることになったのである。

他方、一九世紀以降、「権利」の性質に関するドイツ民法学が紹介されるにともなって、フランスにおいては、民法学においてのみならず、公法学からも関心が寄せられた。二〇世紀中盤以降は、民法のみならず民事訴訟における問題との関係において⁸⁶、つまり訴権と権利の区別に関する議論など、権利論の立場から人格権にコミットするものも現れている⁸⁷。権利論から人格権を述べることは、法思想ないし法理論的側面からだけでなく、法技術的側面からアプローチするものであり、概念化に向けて多方面からアプローチするという一種の法文化的特色が現れている⁸⁸。

以上をベースにして、二〇世紀初頭に至って Perreau・Nerson による *droits de la personnalité* (ないし *droits extrapatrimoniaux*) に関する本格的議論が登場する。戦後の民法改正委員会での作業や、一九七〇年・一九九四年の民法改正による私生活と身体に関する条文の立法化を通じて、民法における人格権論がより可視化された形で現れる。二〇〇八年の民法改正では、人身に対する尊重が死後にも消滅せず、遺骸に対しても一定の

⁸⁵ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2 vol. Paris, LGDJ, 1906. ; R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^eé, Paris, 1922. ; 最近、Michoud のテーゼが復刊され、二〇一三年一月二一～二二日、Grenoble 大学法学部において、Michoud の研究を顧みるコロックが行われるなど、再照明されている。私法に関する報告として、N. Hakim, *Michoud et la doctrine de droit privé.* ; N. Mathey=X. Dupré de Boulois, *Personne morale de droit public et personne morale en droit privé.* ; S. Saunier=W. Dross, *Personne morale corporative et personne morale fondative.* がある (いずれも、未見)。

⁸⁶ フランスにおける民法と民事訴訟の垣根の低さは、従来の日本のフランス法学者の目を引き付け、多くの研究を行が行われるきっかけとなった。たとえば、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破産院のコントロール (一) ～ (一〇・完)」法協九三卷一―二号～九五卷五号 (一九七六～一九七八年)、同「フランス民事訴訟における鑑定人の役割 (一)・(二・完)」法協一一〇卷一―二号 (一九九三年)、荻村慎一郎「フランスにおける団体訴権と訴訟要件」法協一二一卷六号 (二〇〇四年)、齋藤哲志「フランスにおける契約の解除 (一)・(二・完)」法協一二三卷七～八号 (二〇〇六年) など。

⁸⁷ 以下でみる、Dabin, Roubier などの見解。

⁸⁸ F. Longchamps, *Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine*, APD, t.9, 1964, *Le droit subjectif en question*, Sirey, p.56 では、一九世紀を代表的な概念化 (*conceptualisation*) の世紀であるといい、「法律家は常に整合的・一般的概念のネットワークを通じて、彼らの経験を表現するように努力した。……実証主義 (*positivisme*) の出現とともに、この傾向はさらに飛躍的な発展を遂げ、学説は法律構成を組織化し、概念化しようとしたのがこの一九世紀である」と述べた。

法的保護を与える条文も加わった⁸⁹。身体に関する法的問題は、人格権の重要な問題領域の一つであるが、必要な限りにおいて取り上げるにとどめ、他の研究に譲る⁹⁰。

第一節 人格権と「人格」論

第一款 一八世紀後半～二〇世紀初頭

第一項 Code Civil 成立前後から一九世紀前半まで

1. Code Civil 前の *personne*

personne は、古法時代から存在していた用語であるために、その意味を捉えること自体ある種の時代的イデオロギーに立っている。Teillardによると、*personne* は二つの概念と関わりを有してきたという⁹¹。一つは、ギリシアで使われていた「*prosopon*」という用語で、人間の身体的・具体的容姿を示すものであった。もう一つは、ラテン語の「*persona*」であり、演劇に使われる仮面、役割を指す言葉である⁹²。後者がローマ法の学説において *homme* を指す意味として用いられることとなった。ローマ法の法律用語としての *persona* は、原告を *persona actoris*、被告を *persona rei* となっているように、それぞれの役割に基づいた訴訟手続における立場を示していた⁹³。

Teillard は次のように述べる。「*personne* の概念は、二重の発展を行ってきた。第一は、*homme* と *personne* の語の一致に関係する。：およそ人間存在を法律用語としての『*personne*』として認識することである。この一致は、およそ人間を権利主体として考える主観論に至る。この発展は、自然人に支配的な特徴である。第二の発展は、法律家により正確で技術的な意味を *personne* に与える。これは、主に中世教会法学者によるものであり、『法人

⁸⁹ Loi n° 2008-1350 du 19 déc. 2008, art. 11. 民法一六の一の一条「人身に対して行われるべき尊重は、死によっても消滅しない。死亡した人の遺骸は、火葬された人の遺骸も含め、尊重・尊厳・品位をもって扱われなければならない」。

⁹⁰ 身体・遺体に関しては、ジャック・ラバナス、山野目章夫ほか訳「人体の尊重—フランスにおける一九九四年の立法」比較法雑誌三巻三号（一九九七年）一三九頁以下、ドゥニ・マゾー、大村敦志訳「民法典における人体の法的地位」日仏文化七二号（二〇〇六年）一頁以下、水野紀子「遺体の法的地位」加藤一郎先生追悼『変動する日本社会と法』（有斐閣、二〇一一年）六八九頁以下、吉田克己「身体の法的地位（一）（二・完）」民商一四九巻一号・二号（二〇一四年）、櫛橋明香「人体の処分の法的枠組みについて（一）～（八・完）」法協一三一巻四号～一二号（二〇一四年）、同「人体の法的地位—フランス法における財産の概念から」吉田克己、片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、二〇一四年）二六八頁以下など参照。

⁹¹ A. Lefevre-Teillard, *op. cit.*, p. 12.

⁹² オッコー・ベーレンツ、河上正二訳著『歴史の中の民法』（日本評論社、二〇〇一年）一二五～一二七頁参照。

⁹³ J.-F. Niort, *Personne et discrimination : approche historique et théorique, actes du colloque de Paris, CNAM, 14 déc. 2005*, p. 5.

(personnes morales)』を性質決定づける際にこの用語を用いる。法人は、今日では、通常、法人格 (personnes juridiques) として性質決定づけられる」と⁹⁴。他方、Thomas は、「ローマ法では、persona を一つの資産 (patrimoine) に関する資格を有する権利主体 (sujet de droit) を指していた。……権利は、個人間 (individus) というよりは、資産の間、人々の間 (personnes) において発見される。その可能性としては、一人の主体に複数の人が含まれる場合 (一人の奴隷が二人の主人に共有されるとき) あるいは一人の人が複数の主体を含む場合 (複数の子供に一人の親) が存在する」⁹⁵。このように、ローマ法では、persona と呼ばれる権利主体は、必ずしも一人の人間 (un être humain) であるわけでもなく、専ら人間だけ (un seul être humain) を指すものでもなかった⁹⁶。

一方、ローマ法においては、persona のほかに、ローマ人としての完全な地位 (statut) を意味する caput (頭) という用語も存在した。その地位とは、status libertatis, status civitatis, status familiale という社会的かつ法的地位を指すものであり、その変動や喪失がしばしば行われていた。caput は、完全な persona であり、このときの persona は法的能力概念につながっている。たとえば、奴隷は persona を有していて、一定の法律行為もできるのであるが、caput ではないのである。

Pothier は、自著の「人の分類 (division des personnes)」のところで、聖職者、貴族、第三身分の人々、内国民・外国人、嫡出子・私生児、民事死の人あるいは民事死から回復された人、性や年齢その他など、さまざまな基準でもって人を分類した⁹⁷。

さらに植民地時代になると、伝統的慣習法が適用される本国ではヨーロッパ人、植民国家法が適用される植民地では現地人という、法領域ごとに人の法的地位を二重に併置する区分がなされた。

一八世紀までの状況について、Savatier は次のように述べる⁹⁸。「一八世紀末頃、人の権利の幾つかを政治的観点の下において現すときには、人 (personne) に関するものというより、むしろ人間 (homme) に関するものと言われていた。……技術的でなく、より一般的ですべての人に理解されやすい人間 (homme) の語は、より威厳ある意味を有する「人民 (peuple)」を連想させる。人 (personne) の語に関して密接な価値をもたらす転換が行われたのは、より後日のことである。……人の諸属性は、暗黙的に人間だけに付与される優越性 (transcendance) と結合するからである。人の観念 (idée) は、人間主義 (humanisme) の表現である」と。

⁹⁴ A. Lefevre-Teillard, op. cit., p. 12.

⁹⁵ Y. Thomas, Le sujet de droit, la personne et la nature, dans Le débat, n° 100, 1998, p. 100.

⁹⁶ J.-F. Niort, op. cit., p. 5.

⁹⁷ Traité des personnes et des choses, dans Œuvres complètes de Pothier, nov. éd, t. 23, Paris, 1821, p. 211 et s.

⁹⁸ R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, t. 3, Dalloz, 1959, n° 336.

一方、革命期議会で指導的な役割を果たした Sieyès は、人が自由になる前提として、所有 (propriété) を、社会ないし国家に先行する自然権として認識していた⁹⁹。彼の権利宣言の草案では、「それぞれの人間 (tout homme) は、自分自身 (personne) の唯一の所有者である。；そして、その所有は、譲渡不可能である」と規定し、自分自身に関する所有を最も根本的な所有と規定し、人の根幹をなすものと理解している¹⁰⁰。このような Sieyès の理解は、後の一七九三年の人権宣言の第一八条、「すべての人間 (tout homme) は、その役務、時間について契約することができる。；しかし、自らを売買することはできない。；その身体 (personne) は、譲渡可能な所有物ではない」に結実する。

以上の歴史的経験を踏まえて、身分制を打破して一七八九年八月二六日の人権宣言では、第一条で、「人は、自由で権利において平等なものとして生まれ、かつ生存する。社会的差別は、共同の利益の上にもみ設けることができる」と規定されるに至った¹⁰¹。

2. Code Civil 以降における personne

1) 立法者の理解

一八〇四年に制定された Code Civil は、第一編 (livre) 第一章 (titre) で「人 (Des personnes)」という題の下ではじまる¹⁰²。第一編では、民事身分、住所、婚姻、親子関係など自然人の法的状況に関わる諸規定が置かれていた。これは、自然人の身分 (états) や地位 (statuts) を、いわば「機能主義的 fonctionnaliste」観点から「人 (personne)」において取り扱うものであった¹⁰³。Code Civil 制定の時に想定されていた personne は、革命期の間団体排除思想からの影響が強に残っていたために、法人 (personne morale ないし personne juridique, personne civile) を意識的に排除した。そのために、社会的・実地的観点から問題となった法人概念をいかなる法律構成によって認めるべきかという問題が後に生じることとなるが¹⁰⁴、それより先に、主として問題となったのは personne と homme

⁹⁹ Sieyès に関しては、シイエス、稲本洋之助、伊藤洋一、川出良枝、松本英実訳『第三身分とは何か』(岩波文庫、二〇一一年) 二二〇頁以下〔伊藤洋一執筆〕参照。

¹⁰⁰ Sieyès は、さらに自分自身の行為ないし労働によって派生した所有を第二の所有(行為ないし労働の所有)、またその行為ないし労働の成果として出される物を第三の所有(物的所有)として理解する。

¹⁰¹ 高橋和之編『世界憲法集〔新版、第二版〕』(岩波文庫、二〇一二年) 三三七～三三八頁〔高橋和之訳〕、高木八尺、末延三次、宮沢俊義編『人権宣言集』(岩波文庫、一九五七年) 一三〇～一三一頁〔山本桂一訳〕参照。

¹⁰² フランス民法典の「人」の編に関しては、大村敦志「人」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』(有斐閣、二〇〇四年) 一四〇頁以下を参照。第一編でまとまった形で「人の法」を扱うことが Code Civil の特色であると指摘する(一四〇頁)。

¹⁰³ D. Deroussin, Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle), ellipses, 2010. n° 23, p. 20.

¹⁰⁴ フランスの法人論に関しては、大村敦志『フランスの社交と法』(有斐閣、二〇〇二年) 一五九頁以下、同『『結社の自由』の民法学的再検討・序説』『新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、二〇〇九年) 一六頁以下〔初出、二〇〇三年〕、同「ベルエポックの法人論

との関係であった。奴隷のように、homme であっても personne でなかった者が存在していたからであり、homme と区別された意味としての personne という理解がなされることとなったからである。また homme と individu との区別も論じられた¹⁰⁵。

人権宣言の趣旨をそのまま取り入れたとしたら、Code Civil においても必然的に、おおよそ人は権利義務の主体＝法律上の「人」(personne) となるはずであった。しかしながら、Code Civil の立法者の選択は「否」であった。Code Civil は、第八条で「おおよそフランス人は私権を享有する」と規定しており、「フランス人」であれば、「私権」を有するとした¹⁰⁶。しかし、そもそも「人」として扱われることがなかった「奴隷」が存在し、かつ絶対的な意味においてではないにせよ、「民事死」の制度をも維持したからである。「民事死」された人は、自然的な死ではないため、「民事死」とされてからも生を営んでおり、経済生活等を行うために「一定の」権利を有する必要がある。これを上記第八条と整合的に説明するために、Fenet は次のように説明している¹⁰⁷。「民事死という表現は、些か不正確である；なぜなら、すべての私権を奪う効果を有するのではないからである。この難しさを逃れるために、法律家は、売り買いする権利を、私権というより、むしろ万民法に属する権利であるという。なぜなら、自然的理性 (raison naturelle) による契約は、それぞれの国に固有な法律によって生ずるのではなく、世界各国において人間の本性かつ欲求から一般的必要性でもって生まれるものであるからである。：したがって、民事的に死んだとしても、すべての人間は、これらの権利を有することになる (下線、筆者)。

民法典編纂の議事録を作成した Locré は、Code Civil が Domat 以来の影響を強く受けたものとして、その持続性 (permanence) を重視する立場を採る。「personne は、…民法典において…民事身分 (état civil) と同義語である。；民事身分は、個人の多様な能力と無能力から構成されている」¹⁰⁸。

第八条の制定過程において、契約することのできる能力に関して国務院 (Conseil d'Etat) を通過した案が、護民院 (Tribunat) では、規範の再表明を要請された。それ故、国務院は「法的無能力」だけを言及する草案を提示したが、さらに護民院は、個人の知的かつ精神的能力に関する結果として考慮された法的能力の原則をより明確にする、次の修正案を

争」『フランス民法学から』八一頁以下〔初出、二〇〇四年〕など。個別の学説に注目するものとして、森泉章「カルボニエの法人論について」同『公益法人の研究』(勁草書房、一九七七年) 七六頁以下、時本義昭「レオン・ミシュウの法人論 (一) (二・完)」龍谷大学社会学部紀要三五・三六号 (二〇〇九～二〇一〇年) 参照。

¹⁰⁵ 後で詳しく見るように、たとえば C. Demolombe, Cours de droit civil, t.1, Paris, 1880, n°133 では、homme と individu とを区別することにつき、民法典に「難解さと困難を与える」と批判する。

¹⁰⁶ 大村敦志「私権と droits civils に関する覚書」高橋和之古稀記念『現代立憲主義の諸相 (下)』(有斐閣、二〇一三年) 三頁以下〔以下では、「私権・覚書」とする〕、フランス民法七条・八条に関しては一四頁以下参照。

¹⁰⁷ P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. t. 7, Paris, 1827, p. 182.

¹⁰⁸ J.-G. Locré, Esprit du Code Napoléon, t.1, Paris, 1805-1807, p. 54.

提示した。「およそ同意能力のある人は、自然的に (naturellement)、契約することができる」。これを受けて国務院は、自然ないし本性 (nature) という要素を除いて、「およそ人は契約することができる」と規定する草案を提示した。

2) 初期の学説

Code Civil 制定後、初期の注釈学派の一人であり、いち早く注釈書を出した Proudhon は¹⁰⁹、「人 (personne) の資格の規定」で次のように述べる。「第一の真実は、諸法律 (lois) が人に関する民事資格 (qualités civiles) を規制するということである。; 成年あるいは未成年、父権と夫権、何歳あるいは何歳まで婚姻や遺言をする能力を有するのか、夫婦、夫、父、母、子等の身分の正当性 (légitimité d'état) を規定する。……第二の真実も、また恒久的なものであって、諸法律が対象とするものは、個人一人一人 (particuliers) に関する条文ではない点である。なぜなら、諸法律において強行的に示された要件かつ身分ではなく、個別の合意に基づいて、成人あるいは未成年、ある行為に関する能力あるいは無能力、父、夫婦、嫡出子になることはできないからである……」¹¹⁰。

「人の身分の一般概念」では、「人の身分は、政治的あるいは民事的である。……人の民事身分 (état civil) は、cité に関する諸法 (simples droits de cité) による住所の確定、血族かつ姻族関係、性・年齢・精神的かつ身体構造に関して法律が付与する諸権利と諸資格、社会での取引に有効に現れかつ参加するために必要な権限と法的能力からなる」¹¹¹。人間の「諸資格」や「諸行為」をどのように規律するかは、法律 (loi) が決めることである¹¹²。

他方、Proudhon は、二人の個人が一人の personne を構成することも可能であると考えた。たとえば、夫の指揮 (direction) の下で結合した夫婦は、全体として契約することができる。なぜなら、彼らは区別された二人の personnes ではないからである¹¹³。

Toullier¹¹⁴は、Code Civil は、人 (personnes)、財 (biens) または物 (choses) を対象

¹⁰⁹ Jean-Baptiste-Victor Proudhon (一七五八～一八三八年)。Dijon 大学法学部長。一八〇九年に身分論 (Traité sur l'état des personnes) を著し、後の議論に長らく影響を与えた。主著 Cours de droit français は、一八四二年に Valette によって改訂される。「所有は盗みである」と述べた著名な社会理論家の Pierre-Joseph Proudhon とは遠い親戚関係である。P.-J. Proudhon については、例えば、河野健二編『プロードン・セレクション』(平凡社、二〇〇九年)、重田園江『連帯の哲学 I —フランス社会連帯主義』(勁草書房、二〇一〇年) 七五～九〇頁参照。

¹¹⁰ J.-B.-V. Proudhon, Cours de droit français. Première partie, t.1, Dijon, 1809, p. 13.

¹¹¹ Proudhon, op. cit., p. 61.

¹¹² Proudhon, op. cit., pp. 48-54.

¹¹³ Proudhon, op. cit., p. 254.

¹¹⁴ Charles Bonaventure Marie Toullier (一七五二～一八三五年)。Rennes 法科大学法学部長。フランス民法典編纂後に法典順に従った一二巻にも及ぶ注釈書を執筆し、Merlin、

としており¹¹⁵、人の法 (droits des personnes) とは何かを検討する前に、人 (personne) とは何か、いかなる人がいるのかをまず検討しなければならないという¹¹⁶。「人間」と「人」との違いについては、次のように述べる。「人間 (homme) は、身分 (rang)、社会 (société) の構成員資格、年齢、性別に関係なく、それぞれの人間存在 (tout être humaine) である」と定義する。一方、「人 (personne) は、社会での身分 (rang) によって考慮される人間 (homme) である。すべての法は、人 (personne) に果たすべき地位 (place) を付与し、かつ諸義務も付加する。それゆえ、人の権利 (droit des personnes) について語る際は、人間のうち、個性 (individu) が捨象され、彼の身分 (état) つまり彼が社会において果たす役割 (personnage) のみが考慮される」と述べる。結論としては、「身分 (état) と人 (personne) の二つの語は、相関関係 (corrélatifs) がある」¹¹⁷。

Toullier は、民事能力 (capacité civile) の語も使っている。「D'Aguesseau の定義において、民事能力における身分 (état) とは、家族あるいは国家 (pays) において、家族の構成員または国民 (citoyens) に固有なすべての権利を享有する資格 (habilité) のことである。たとえば、このような個人が、夫あるいは妻、外国人あるいは内国人、嫡出子あるいは非嫡出子 (enfant naturel) であるか否かが問題となるときなど、我々が身分の問題について言うときは、裁判所において一般的に使用する意味においてである」と述べる¹¹⁸。

Marcadet は¹¹⁹、personne という用語は、通常、人間 (homme)、個人 (individu) と理解

Proudhon とともに三大私法学者と呼ばれた。松坂佐一「ジェニイの『解釈方法論』を顧みて」民商七八巻臨増 I [末川先生追悼論集] (一九七八年) 二～五頁参照。福井勇二郎訳「十九世紀に於ける仏国民法学の発達—ユージェーヌ・ゴドゥメの講演に拠りて」同編訳『仏蘭西法学の諸相』(日本評論社、一九四三年) 二八頁以下も参照。

¹¹⁵ C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, t. 1, Paris, 1824, n° 166.

¹¹⁶ Toullier, *op. cit.*, n° 168. 同頁でどの判例であるかは詳しく述べないが、「判例では、人間 (homme) と人 (personne) は同義語としない」と指摘する。

¹¹⁷ Toullier, *op. cit.*, n° 168.

¹¹⁸ Toullier, *op. cit.*, n° 179.

¹¹⁹ Napoléon Victor Marcadé (一八一〇～一八五四年)、フランス法律家、一八五一～一八五四年までは破毀院の弁護士 (avocat) も務めた。マルカデの代表作はいくつもの改訂を受けている。初版: *Éléments du droit civil français* (Paris, 1842, 3 volumes)、第五版: *Explication théorique et pratique du code Napoléon* (Paris, 1858-1859, 9 volumes)、彼の死後、第六版から Paul Pont (12 volumes) による改訂。福井勇二郎訳「十九世紀に於ける仏国民法学の発達—ユージェーヌ・ゴドゥメの講演に拠りて」同編訳『仏蘭西法学の諸相』(日本評論社、一九四三年) 六一頁では「同書は条文の順を追うた民法典注釈書の体裁を具へて居るけれども、その大半を占めるのは、当時の高名な法律家に対する痛烈な論難である。彼は絶えず創見を追求したが、その業績の学問的価値には疑問の余地が多く、これを援用するには、余程の注意が必要であろう」と評価する。Paul Pont (一八〇八～一八八八年) は、晩年に破毀院判事に昇進。

されるのであり、立法者もまたそのような意味を付与したという¹²⁰。しかし、上で述べた Toullier とはこれと理解を異にする。「Toullier は *personne* という用語は法的にはそれぞれ異なった意味を有するという；それは、個人それ自体だけを意味するのではなく、個人が社会において享有する役割を意味するという」。これに対し、Marcadet は次のようにいう。「権利義務に関する個人の能力 (*capacité d`individu*) は、個人が思春期か婚姻適齢か、成年か未成年か、未婚か既婚か、直系尊属 (*ascendants*) を有するか否かなどによって、解釈されなければならない；ところが、これらの多様な資格すべては、民事身分という社会における立場を構成する。…… Toullier に従うと、*personne* という用語は、身分が指す結果であり、ほとんど役割 (*personnage*) の意味と変わらず、ラテン語の *persona* の翻訳になる。ローマ法で実在したこの理論は、われわれフランス法でも、少しも廃れたものではない」。

「我々には、*personne* は、それは人間 (*homme*) であり、身分変動が起こるとしても、*personne* は依然同じである；専ら変わるはその能力 (*capacité*) である。……もし *personne* が個人ではなく役割 (*rôle*)、つまりその個人が民事身分を享有した後の役割 (*personnage*) であって、したがって、ある出来事が民事身分に関する法的状態への変化をもたらす度に新たな役割が生まれ、その出来事が *personne* の変化を生じさせるという理論を認めることになったとしたら、我々はローマ法のそれとはかなり異なった独特な理論を有したであろう」¹²¹。

Duranton¹²²は、「*personne* は、外国人においても同じように、社会において与えられた身分 (*état*) を担う存在として考えられる *homme* のことである。我々が、外国人も *personnes* であると考えすることは、Théophile et Ulpian 以降、Heineccius が与えた定義をより拡大する…と理解できる」という¹²³。ローマ時代には奴隷が存在したために、*personne* と *individu* を区別していたが、現在においては両者を区別する実益がなく、ほとんど同じである¹²⁴。外国人も何らかの身分を有するため、一人の *personne* である¹²⁵。したがって、す

¹²⁰ Marcadet, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t.1, 6^e, 1868, n° 97.

¹²¹ Marcadet, *op. cit.*, n° 101.

¹²² Alexandre Duranton (一七八三～一八六六年)。Paris 大学法学部教授。福井勇二郎訳・前掲注一一九)「十九世紀に於ける仏国民法学の発達」四〇～四一頁では、Duranton の学風は、ほぼ「Toullier と Proudhon の中間に位し」、「Toullier のような誤謬も犯さず、Proudhon のような論理の過剰にも陥ら」ず、「直観的に妥当な解決を見出すのが常であった」と指摘する。大村敦志「私権・覚書」一五頁では、Duranton を「一九世紀初期の代表的な学説とされる」と述べる。

¹²³ A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t.1, 4^e, 1844, n° 112.

¹²⁴ Duranton, *op. cit.*, n° 113. 同項では「このような区別 (*personne-homme* の区別、筆者追加) は、ローマ法の諸原理において、キリスト教真理の良識ある現代の人民には知られていない奴隷制度を理由に厳格でありえた」と述べる。

すべての人間はその性質においては権利主体であるが、もっぱら能力 (capacité) だけが異なるのである。

Durantou の弟子でもある Demolombe は¹²⁶、序編のまとめのところで、人 (personne)、身分 (état)、能力 (capacité) に関して、次のように説明する¹²⁷。「人とは、それは人間 (homme) であり、個人自身 (individu lui-même) である。人は、他の人間との関係において、家族・社会 (cité) における人が占める位置 (place) や権利・義務を、法律 (loi) によって与えられるものである。……身分とは、位置それ自体であり、社会的役割、法的条件、権利かつ義務の全体 (ensemble) である。……最後に、能力とは、法的資格 (aptitude légale) であり、それは、権利の享受あるいは行使をするための人の権限 (habileté)、素質 (idonéité) である」。

しかしながら、「これらの用語 (personne, état, capacité、括弧筆者) の違いは、正確かつ明確な定義の可能性があるようには見えない。； 結局、personne は、今日の学説のように homme、individu を区別せずに使うのが、より簡単であり、より実際的である。このような区別は、抽象的かつ形而上学的であり、ナポレオン法典において難解さと混乱を与えかねない (傍点、筆者)」¹²⁸。

3) 小括

以上の叙述から明らかであるように、ローマ法からの用語である personne をいかに把握するかは Code Civil が制定されてからも一定せず、諸学説に異論が見られた。とりわけここでは次の点のみを確認することに止める。第一に、personne の語の由来とされた prosopon と personna のなかで、古法でいわれていた「人間の身体的・具体的容姿」を示すギリシア由来の「prosopon」¹²⁹という用語が Code Civil 以降の諸学説の説明には登場しなかった。第二に、Code Civil の personne をどのように理解すべきかにつき、Code Civil 制定後の

¹²⁵ Durantou, op. cit., n° 115.

¹²⁶ Charles Demolombe (一八〇四～一八八七年)。Caen 大学法学部教授。「注釈学派の王子 (prince de l'exégèse)」とも呼ばれた。Voir Olivier Cayla et J. -L. Halpérin, dictionnaire des grandes œuvres juridique, Dalloz, 2008, p. 123 et s.

¹²⁷ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. 1, Paris, 1845, n° 132, pp. 149-150.

¹²⁸ Demolombe, op. cit., n° 133.

¹²⁹ Prosopon に関する言語学的観察として、M. Nédoncelle, Prosopon et Persona dans l'Antiquité classique, essai de bilan linguistique, Revue des sciences religieuses, 1948, p. 277 et s. 佐藤真理恵「融解する表面—ヘレニズム以前のギリシアにおけるプロソポンの考察」美学五九巻二号 (二〇〇八年) 四四頁以下では、プロソポンは、プロス (～に対して、～の方へ) とオープス (目、顔) に分解でき、客体の目に映ずる要素の総体を表すという意味では受動的側面を表す。他方、アリストテレスによる定義では、正面に向かってシグナルを発するという意味で能動的側面を表す。古代ギリシアにおいて prosopon が「顔か仮面か」という近代的二項対立図式という理解ではなく、本来は両方の意味を内包し、互いに共存ないし交叉する場であると主張する。

初期の学説では、若干の議論が存在した。図式的に分けると、*personne=homme* との立場と、*personne≠homme* という立場とに大きく分けられる。後者の立場からの論拠としては、一八〇四年の Code Civil 制定後も続いた奴隷と民事死の制度であった。奴隷と民事死になった人は、*homme* ではあるものの、*personne* ではない。判例では、奴隷の法的性質に関して、「動産 (*choses meubles*)」として扱ったものもあったが¹³⁰、その後、奴隷をもはや目的による不動産 (*immeuble par destination*) ではなく、一人の人 (*une personne*) として考慮すべきと判示されるに至った¹³¹。一八四八年法律によって奴隷制度が実定法上公式的になくなり¹³²、同年に憲法にも条文化された¹³³。一八五四年五月三十一日法律によって民事死も廃止されることによって、*personne≠homme* という立場は、その有力な基盤を失うに至る¹³⁴。学説の *personne* の理解には、「自然的実在」と「法秩序」との間における二分法に関する理解の違いが存在した。

第二項 一九世紀後半から二〇世紀初頭まで

一九世紀前半までの諸学説は *personne* のところで、フランス民法七条・八条に従って¹³⁵、「私権の享有と剥奪」や「フランス人と外国人の区別」に関する説明から始めることが多かった。*personne* の属性の一つである国籍に関する議論はとりわけ置いておくとして、以下では *personne* が私権を有するとはどういうことを意味するのか、私権はどのようなものであるのかということに関して、諸学説を見ていきたい。この議論は、人格権を民法上の権利、つまり利権のなかでどのように位置づけるべきかという問題ないし私権と人格権との関係を考える際に重要な素材を提供する。

一方、*personne* に関する議論は、より抽象化された *personnalité* 概念の登場によって議論が一層深化する。それを最も早い時期に述べたのは、Aubry et Rau であり、彼らの代表

¹³⁰ Cass. Req. 1er déc. 1824, Jur. gén. V° Biens, n° 79.

¹³¹ Cass. civ. 1er, 8 fév. 1839, Douanes, C. Huc, D. 1839, I, p. 194.

¹³² Décrets-lois du 27 avril 1848. 一四の法律が適用されることによって奴隷制がなくなった。同法律の制定に尽力したのが、奴隷廃止委員会の長で政治家の Victor Schoelcher であった。奴隷制度廃止とその公式的宣言の曖昧さないし限界について、J.-P. Sainton, *De l'état d'esclave à l'état de citoyen*. Modalités du passage de l'esclavage à la citoyenneté aux Antilles françaises sous la Seconde République (1848-1850), revue Outre-Mers, t. 90, 2003, pp. 47-82.

¹³³ 一八四八年一月四日憲法の第六条「奴隷は、フランスのいかなる土地にも存在しえない」。訳出は、辻村みよ子、糠塚康江『フランス憲法入門』二三四頁。

¹³⁴ E. Glasson, *Éléments de droit français*, t. 1, Paris, 1884, n°20 は、「普通用語の人 (*personne*) は、自然人である (*homme physique*)。法学で、人は権利義務を有する能力のある者として考慮されたそれぞれの存在 (*être*) になる。各自然人は一人の人 (*une personne*) である：奴隷はもはや存在しない」と述べる。

¹³⁵ フランス民法七条「私権 (*droits civils*) の行使は、政治権 (*droits politiques*) の行使とは独立に行われる。後者は、憲法・選挙法に従って、獲得され保持される」。八条「およそフランス人は、私権を享有する」。

的理論である資産理論において、personnalité は重要な理論的根拠を与えた。その後、personnalité が学説上より確立した形で現れたPlaniol, Capitant, Josserandの教科書では、personne を personnalité 概念から説明することが一般的になり、personne は personnalité を有するものであり、その諸属性を示すのが droits de la personnalité であるという理解に至る。ただ、ここで personne、personnalité、droits de la personnalité の相互関係は必ずしも明らかでない。droits de la personnalité は、直訳すると personnalité の諸権利になるが、このときの personnalité は「具体的人格」という意味で、Aubry et Rau の personnalité や、「抽象的人格ないし法人格 (personnalité juridique)」の意味での personnalité とは、必ずしも同義ではない。そうすると、これらはいかなる関係を有するものであるのか。Aubry et Rau の personnalité や、法人格を意味する personnalité 概念は、人格権概念の形成に関係があるのか否か。この点を明らかにすることによって、初めて personne が personnalité を有し、droits de la personnalité を有する意味を正確に理解できるのではないか。

これを検討するための素材として重要であるのが、一九世紀末から二〇世紀にかけて展開された法人論争である。法人論争それ自体は、団体に法人格を認めるべきであるとして、いかなる法律構成でもって法人格を与えるべきかということに関するものであった。したがってその議論自体が直接人格権概念に関わるものではない。しかしながら、それらの議論の前提になっているもの、つまり本来は自然人＝法律上の人 (personne) という図式が念頭にあったのであり、この前提を承認した上で、それぞれの議論を組み立てていったのである。したがって、以下ではこの点に注目してそれぞれの説を取り上げることにする。

1. Aubry et Rau から Planiol, Capitant, Josserand まで

Aubry et Rau は、第一巻では、第一編で身分と法的能力 (capacité juridique) を扱い、第二巻の第二編では、適用対象における私権を扱う¹³⁶。法的能力のところでは、第一節「序説」、第二節「自然人の身分に関する諸行為・諸事実の証明方法など」、第三節「家族の身分一親戚・姻戚関係」、第四節「国籍」、第五節「刑罰」、第六節「性別・年齢・障害」を論じている。

¹³⁶ C. Aubry (一八〇三～一八八三年) et F.-C. Rau (一八〇三～一八七七年) は、ドイツ人である Zachariae のフランス民法 (Le droit civil français) の著書を訳した (Cours de droit civil français d'après la methode de Zachariae)。第一版は一八三九～一八四六年まで (全五巻) であるが、一八五六年から一八六三年にかけて刊行された第三版 (全六巻) から独自色を出したと言われ、フランス古典学説の傑作として「注釈学派の最高峰」であり、また「科学学派の出発点」とも称されている。一八七〇年に Rau が先に破毀院判事となり Aubry も三年後に同判事となる。詳細は、福井勇二郎「十九世紀に於ける仏国民法学の発達—ユーージェーヌ・ゴドゥメの講演に拠りて」同編訳『仏蘭西法学の諸相』(日本評論社、一九四三年) 六四～七〇頁、山口俊夫「フランス法学」碧海純一ほか『法学史』(東京大学出版会、一九七六年) 二〇〇頁も参照。Voir Olivier Cayla et J. -L. Halpérin, Dictionnaire des grandes œuvres juridique, Dalloz, 2008, p.9 et s.

まず、第一編「身分と法的能力」について見てみる¹³⁷。身分は、家族と政治的結社との関係における構成員としての個人の立場 (position) として定義される。他方、法的能力 (capacité juridique) は、権利義務の主体になる資格 (aptitude) である¹³⁸。法的能力には、政治的能力と民事的能力があり、前者は政治権の享有と行使に、後者は私権の享有と行使にそれぞれ関わる。「法的能力は、人格 (personnalité) (caput) と混同される。権利を所有し得えかつ義務に従う存在となり得る者は、人 (personne) である。人は、その個性 (individualité) が本性による結果 (œuvre) であるかあるいは法的抽象よるかによって、自然人または法人に分かれる」¹³⁹。Aubry et Rau は、身体や法的能力に関しては明示的に定義を与えるものの、「人格」に関しては明確に定義しない。ただ、caput と書くのみである¹⁴⁰。

第二巻の適用対象における私権では、私権の一般的対象、財産 (biens) と物 (choses) に関する様々な区分方法、権利の種類、物権・債権の獲得などを論じている。私権の対象となるものは、身体・自由・名誉などの先天的財産 (biens innés)¹⁴¹と外部対象 (objets extérieurs) である¹⁴²。前者は人の存在自体 (existence même des personnes) としばしば混同される。この区別は後に現れる資産外的財産 (biens extrapatrimoniaux)¹⁴³と資産的財産 (biens patrimoniaux) の区別の原型をなすために¹⁴⁴、重要である。

Aubry et Rau の代表的理論である資産理論によると¹⁴⁵、人の意思による財産集合体

¹³⁷ C. Aubry et F. -C. Rau, Cours de droit civil français d`après la methode de Zachariae, t. 1, 4é, 1869, pp. 177 et s. 第二版 (一八五〇年) までは、題目が「民事身分 (état civil)」であったが、第三版 (一八五六年) から「身分と法的能力」となり第五版に至っている。

¹³⁸ Aubry et Rau, op. cit., p. 178.

¹³⁹ Aubry et Rau, op. cit., p. 179.

¹⁴⁰ ラテン語の caput は、「頭」というのが原義であり、ローマで、税務調査あるいは兵役資源確保のための人口調査のために使用された用語である。ここで興味深い点は、persona を言及しなかった点である。一八〇三～一八〇六年の間における一連の判決において caput と persona に関する議論がなされた。

¹⁴¹ 横山美夏「財産概念について—フランス法からの示唆」早大比較法研究所編『日本法の中の外国法—基本法の比較法的考察』(成文堂、二〇一四年) 五二頁では、biens innés を「生得的財物」と訳する。

¹⁴² C. Aubry et F. -C. Rau, Cours de droit civil français d`après la methode de Zachariae, t. 2, 4é, 1869, n°162. 外的対象には、人 (des personnes) に対するもの (=債権) と物 (des choses) に対するもの (=物権) が入るとする。

¹⁴³ extrapatrimoniaux をどのように訳するかにつき、non-patrimoniaux が「非資産」と訳するものと区別するために、以下では、「資産外」と訳する。

¹⁴⁴ J. -M. Poughon, préf., dans Aubry et Rau : Leurs Œuvres, Leurs enseignements, Presses Univ. de Strasbourg, 2006, p. 8.

¹⁴⁵ 資産理論につき、丸山茂「フランスにおける人格承継観念の展開」九大法学三八号 (一九七九年) 一八七頁以下、アルフォンス・ヴェルゲ「一九世紀フランス私法に対するパンデクテン法学の影響—Vermögenからpatrimoineへ」比較法史学会編『比較法史研究の課題第一巻』(未来社、一九九二年) 二五六頁以下、横山美夏「財産一人と財産との関係から見

(ensemble des biens) ないし総体 (masse) が、人の人格性と関連付けられ、一つの資産を構成する¹⁴⁶。しかし、Aubry et Rau のいう先天的財産は、理論的にはその承認も考えられるが、実際上のフランス法においては patrimoine を構成しない¹⁴⁷。資産は、物質的あるいは精神的利益を人に与えるものであり¹⁴⁸、かつその侵害は賠償訴権をも生じさせるものである。賠償訴権は、その侵害が不法行為ないし準不法行為に該当する場合に得られるのであるが、このときの賠償訴権は、「外部対象」の権利に転ずることとなる。

このように Aubry et Rau における「人格」は、資産を構成するかあるいは資産に一致するものである。しかしながら、次の場合には、若干のずれが生じている。Aubry et Rau は、

た信託」NBL七九一号（二〇〇四年）一六頁以下、原恵美「信用の担保たる財産に関する基礎的考察—フランスにおけるパトリモワヌの解明」法学政治学論究六三号（二〇〇四年）、同「フランスにおけるパトリモワヌの原型—オーブリ＝ローの理論的分析」法学政治学論究六九号（二〇〇六年）、同「財産管理に対する二つのアプローチ—管理の対象たる『財産』をめぐるフランス法の検討を契機として」法学政治学論究七〇号（二〇〇六年）、片山直也「財産—bien およびpatrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六年）一七七頁以下、大村敦志「財産」『フランス民法—日本における研究状況—』（信山社、二〇一〇年）一三四頁以下、ピエール・クロック、原恵美訳「近時のフランス法における資産 (patrimoine) 論の展開」立教法務研究六号（二〇一三年）一六一頁以下、横山美夏「財産概念について—フランス法からの示唆」早大比較法研究所編『日本法の中の外国法—基本法の比較法的考察』（成文堂、二〇一四年）四七頁以下、瀬川信久「『資産 (patrimoine)』理論は日本民法学にとってどのような意味をもつのか—横山報告へのコメント」早大比較法研究所編『日本法の中の外国法—基本法の比較法的考察』（成文堂、二〇一四年）八一頁以下など参照。P. Oppetit, Philosophie du droit, pref. F. Terré, Dalloz, 1999, p. 131では、人格権の法理論が、あるときには非財産権 (droits d'extrapatrimoniaux) として、またあるときは、有償契約による金銭的利用を受け入れるものとして、一貫しない矛盾を孕んでおり、その原因となるものとして、Aubry et Rauの資産理論を掲げる。

¹⁴⁶ patrimoine をどのように訳すべきかに関しては、それ自体一つの大きな問題である。山口俊夫編『フランス法辞典』四二二頁では、「家産」、大村敦志『フランス民法』一三三頁では、「財産」、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—家族＝相続関係』（一九七八年）訳語対照表一四頁では「資産」として訳している。以上を含め、片山直也「財産—bien およびpatrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六年）一七七頁注一参照。以下では、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—家族＝相続関係』に従い、「資産」と訳する。

¹⁴⁷ C. Aubry et F. -C. Rau, Cours de droit civil français d'après la methode de Zachariae, t. 6, 4é, 1873, n°573, p. 230. 横山美夏「財産概念について—フランス法からの示唆」早大比較法研究所編『日本法の中の外国法—基本法の比較法的考察』（成文堂、二〇一四年）五二頁。

¹⁴⁸ F. Zenati, Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTDC 2003, p. 674. では、biens innés を「人に関する諸属性 (attributs de la personne)」であると説明する。

死者の諸財産が資産＝包括体として相続人に継がれる場合、死者の「人格」が承継するという考え方に立っている¹⁴⁹。このときの「人格」とは、人が生まれることによって法主体となる地位の意味での「抽象的人格」＝「法的人格」でもなく、また生命・自由・名誉などのような「具体的人格」でもなく、資産を構成する人格を指すのであるが、この場合には、『資産の人格性』に加えて『死者の人格の承継』という論理が介在している（傍点、原文）ために注意を要する¹⁵⁰。

一方、Aubry et Rauの資産理論は、所有概念とも密接に関連する。「人の自己の資産に対する権利は、所有権である」とする¹⁵¹。この所有権は、法主体の資産を有する能力(*faculté*)、資産からの収入を得る能力、遺言によって全部あるいは一部を処分する能力、資産の客体・価値を返還する能力、回復請求する能力に関わる権利である¹⁵²。ただ、資産とその保持者を統合する関係を所有権が築くとしたら、このときの所有権は、それ自体、人格 (*personne*) と物体 (*corps*) をなす一つの先天的財産でありかつ財産でもあるという理論的矛盾に陥る¹⁵³。このような混同が、後に「非物質に関する所有 (*propriétés immatérielles*)」を考えるに際して遅延 (*retard*) をもたらしたとの評価も存在する¹⁵⁴。しかし、資産理論は、現在においても廃れたものではなく、人格権理論や法的人格主義 (*personnalisme juridique*)、ヨーロッパ人権裁判所が想定する人権が登場する前に、既に、「人の保護の下に資産としての法 (*droit*) が存在する」という「人間中心主義 (*humanisme*)」を現すものであるとして肯定的に評価されている¹⁵⁵。

Demolombe は次のような興味深い記述をしている。「権利 (*droits*) という語は、もはや財産 (*biens*) の語と完全に同義としては考えられない。今後は、技術的かつ個別的意味として財産の語を使用する。財産との関係において、最も貴重かつ重要な権利が存在する。1) たとえば、人自身の身体、自由、名誉を対象とする権利のように、個人の存在自体を権利の原理とする。2) いくつかの支配権 (*droits de puissance*) と占有 (*possession*) は、夫権 (*puissance de maritale*)、父権 (*puissance de paternelle*) からの結果である。我々は、財産のカテゴリーに、先天的財産 (*biens innés*) を含めてはならない。先天的財産に対する権利は、人の存在と混同してはいけない。この権利は、個性 (*individualité*) 自体をその対象 (*objet*) とし、物 (*choses*) と同じように人も財産 (*biens*) として構成す

¹⁴⁹ Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 583.

¹⁵⁰ 瀬川・前掲注一四五) 九三頁注一六。

¹⁵¹ Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 576, p. 240. 横山・前掲注一四五) 五三頁。

¹⁵² Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 578.

¹⁵³ J. -M. Poughon, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁴ D. Deroussin, *Personnalité et <<biens innés>> chez Aubry et Rau : entre nature et abstraction*, dans Aubry et Rau leurs œuvres leurs enseignements, Presses Uni. de Strasbourg, 2006, p. 110.

¹⁵⁵ P. Malaurie, Aubry et Rau en 2003, dans Aubry et Rau leurs œuvres leurs enseignements, Presses Uni. de Strasbourg, 2006, p. 149.

ることを教えるまでに至る。金銭的かつ金銭に換算可能な物質的有用性だけでなく、存在の性質として増加可能な精神的有用性を、ある財産が有するのであれば、それはその財産が何らかの有用性 (utilité) を人間に与えるといえる。；ところが、この利点は、夫婦間あるいは親子間の人的関係の帰結であり、人間に大きな精神的有用性を与える。；したがって、これらの関係あるいはむしろ人たちは対象として存在し、財産を形成する」¹⁵⁶。ここでは、生命・身体・名誉を先天的財産という概念に包摂するという理解が示されている点は興味深い¹⁵⁷。

Baudry-Lacantinerie¹⁵⁸は、人に関して次のように述べる¹⁵⁹。「人 (personne) の観念 (idée) は、法=権利 (droits) の観念と不可分である。なぜなら、人 (personnes) は、専ら権利を有することのできる存在であるからである。個人は身分 (état) と能力 (capacité) の観念に緊密につながっている。私たちは法=権利を定義するとき、自然と身分と能力に至ることを発見する」¹⁶⁰。

「人 (personne) の状態である地位 (status)、それは社会で人が占める位置 (place)、すなわち身分 (rang) である。人が社会で享有する役割ないし法的身分 (condition juridique) は、フランス男性、フランス女性、外国人、独身、既婚者、死別者、嫡出子、非嫡出子、成年、未成年など多様である」¹⁶¹。

「法的能力 (capacité juridique) は、権利義務の主体になるための法的資格 (aptitude légale) である。したがって、婚姻能力とは、婚姻を生じさせる権利義務の主体になるための法的資格を言うことになる。能力は、考察する権利との関係における権利の性質 (nature) に応じて、政治的 (politique) あるいは私的 (civile) となる」¹⁶²。

後の Baudry-Lacantinerie=Houques-Fourcade の体系書の第二版では、「人」を「自然人」と「法人」とに分ける説明に入る前に、「人格 (personnalité)」概念に関する説明から始める¹⁶³。まず、人格の用語が古代の演劇の際に被る仮面をラテン語の *persona* という用語から由来するため、社会においてまたは個人自体として個人が担う「役割」にその意味が拡

¹⁵⁶ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. 9, 3^e, Paris, 1866, n°10, pp. 6-7.

¹⁵⁷ 学説のプライオリティの観点からすると、Demolombe の上掲書が、先天的財産を述べるものとしてしばしば引用される Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. 2, 4e, 1869, p. 2 より三年早い。ただ Aubry et Rau の第三版は未確認。

¹⁵⁸ Gabriel Baudry-Lacantinerie (一八三七～一九一三年)、ボルドー大学法学部名誉学長。

¹⁵⁹ G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, t. 1, Paris, 1882, n° 106- 107.

¹⁶⁰ Baudry-Lacantinerie, op. cit., n° 106.

¹⁶¹ Baudry-Lacantinerie, op. cit., n° 108.

¹⁶² Baudry-Lacantinerie, op. cit., n° 109.

¹⁶³ G. Baudry-Lacantinerie et M. Houques-Fourcade, Traité théorique et pratique de Droit Civil Des personnes, t. II, 2^e, Paris, 1902, n°s 286-287, p. 259.

張した。Aubry et Rau 等に従うと¹⁶⁴、人 (personne) は、権利 (droit) の観点から考慮された人間 (homme) あるいは法 (droits) の消極的・積極的主体であると定義し得る。しかし、人の観念 (idée) の拡張によって、理論知あるいは少なくとも意思 (volonté) の創造物、抽象的な存在としての資格を、法的人間 (homme juridique) として認める。その結果、自然人と法人とを区別できる。

Huc は¹⁶⁵、権利 (droits) を公権 (droits publics)、政治権 (droits politiques)、と私権 (droits civils) に分類する¹⁶⁶。公権は、人間であるゆえの資格 (qualité d'être humaine) のみによって各人に属する権利をいう。その例としては、収容 (recevoir) かつ処分する自由の結果としての所有権、良心と信仰の自由、思想の自由がある。これらの権利は、フランス人であることないしフランスの市民 (citoyen) であることに関係なく、人間という資格のみで認められるもので、一言でまとめると「自由 (la liberté)」であると説明する。

政治権は、一般的にそれぞれの人間に属するものではなく、各市民に国家に対する積極的な一員として、政治的統治に多少直接的に参加するものである。市民たちは、政体によって作られた規範に従ってそれらを行行使できるのみである。

私権とは、「市民の資格とは別にフランス人に属するものである」との理解を示しながら、「一般論としてフランス人はこの表現を公権と同じく理解している」と説明している。

次に、権利を享有することと行使することとの間には重要な違いがあることを指摘する¹⁶⁷。禁治産者や未成年者のように、権利を有するが事実上行使できない場合があるからである。もちろん代理人を通じて権利行使ができる場合もある。ただ、政治権の適用場面に関しては、代理行使ができないために権利の享有と行使との区別は意味をなさない。この区別は、代理人の仲介による行使を認めうる私権に最も意味を有する。遺言権と婚姻権は代理人の介入を伴うことができないため、享有と行使を区別することが不可能である。

Huc は、personne の説明の最初のところで、自然人のほかに、法律によって擬制された法人 (personnes civiles ou morales) に関して記述している¹⁶⁸。ここでは、法人を人間の集合体 (agrégation d'hommes vivant) として捉え、諸個人の利益とは完全に分離された形で団体独自の利益を享有するという。ただ、ここでは、国家 (État)、都 (départements)、市 (communes) などの行政組織、また職業組合 (syndicats professionnels) を例として掲げており、民事会社 (société) を念頭に置いているのではない。

¹⁶⁴ ここで引用されているのは、Aubry et Rau, 1, § 52, p. 262 ; Demolombe, 1, nos 132 et 133 ; Demante, 1, n° 13 ; Laurent, I, n° 287 ; Huc, 1, nos 96 et 202 ; Beudant, 1, n° 1 ; Planiol, 1, n° 342 ; Capitant, p. 51 である。

¹⁶⁵ T. Huc (一八二九～一九〇六年) : パリ控訴院裁判官、法学部名誉教授。彼の著書の一つが一八八二年 (明治十一年) に光妙寺三朗によって訳された (『伊仏民法比較論評』司法省)。

¹⁶⁶ T. Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. I, Paris, 1892, n° 218.

¹⁶⁷ Huc, op. cit., n° 219.

¹⁶⁸ Huc, op. cit., nos 202 - 203.

Beudant は¹⁶⁹、人の身分と能力に関する自著で、私権の享有と喪失、身分証書、住所、不在、婚姻の五つの編で構成する¹⁷⁰。「人」を「人間存在 (être humain)」と「法人 (personnes civiles, juridique ou morales)」とに大きく分ける。各々の人間は一個人 (une personne) である。人は生まれてから (より正確には、懐胎したときから) 権利主体となる資格である人格 (personnalité) を得る。人格は死によってなくなる。

Beudant は「権利 (droits) の享有と喪失に関するフランス人の要件」という章で、フランス人の所有するまたは所有し得る権利として、政治権 (droits politiques) と私権 (droits civils) を掲げる。私権 (droits civils) は、人々の間での関係の結果あるいは人間存在の資格から個人に属するものであると定義する。私権は以下の三つに分けられる。

第一は、自由に関する諸適用である。個人の自由または権限なくより強い決定的理由で強制された個人の処分権限。たとえ、自由が法律によって証明された場合だけあるいは法律によって導かれた形で存在するだけだとしても、個人の自由は、以下のものを含む。住居・人格 (personne) への不可侵、信念に従って思想を表明し考える権限または良心の自由、働く自由または意思 (gré) に従って活動する権限。

…… 長らく、これらの自由については、公権 (droits publics) という名が当てられた。革命期の憲法 (constitutions) は、それらをまず人権 (droits de l`homme) と呼んだ。それは、人が人という資格で有する権利である；人権は、フランス人権宣言によって創られた。一七九一年九月三日、一七九三年六月二四日、一七九五年の諸憲法 (Constitutions) の表題でもその言葉を見ることができる。一七九九年憲法は起草者たちが抽象的原理をほとんど好まなかったため、この伝統を放棄した。公権 (droits publics) という表現がはじめて登場したのは、一八一四年憲章であった。……この憲章は、革命を想定させる人権という表現の代わりに、フランス人の諸公権 (droits publics des français) という表現を使った。一八三〇年憲章も同様である。一八四八年憲法に至っては、革命的伝統に戻る；第二章の題は、憲法によって保障される市民の権利である。一八五二年憲法は、第一条で、「憲法は、フランス人の公法の基礎である一七八九年に宣言された偉大な諸原理を承認し、確認し、かつ保障する」という折衷的表現を選択した。これは、昔からの自然権または人権、続いて公権と呼ばれるものを確認した。

第二は、家族の関係に対応する諸権利である。婚姻、親子、縁組、夫権；婚姻する権利、子供たちに民事身分を与えるための認知する権利などは私権である。この関係は、様々な

¹⁶⁹ Charles Beudant (一八二九～一八九五年)。パリ大学教授、同大学名誉法学部長。

¹⁷⁰ C. Beudant, Cours de Droit Civil Français, L`état et la capacité des personnes, t.1, Paris, 1896. 同著は Beudant の死後、息子の Robert Beudant (グルノーブル大学名誉法学部長) によって一八九六年に出版される。後に Batiffol によって改訂された第二版では、私権の享有と喪失、身分 (身分証書、氏、住所、不在)、婚姻と親子、と若干構成が変わった (C. Beudant, H. Batiffol, Cours de Droit Civil Français, L`état et la capacité des personnes, 2é, t.2, Paris, 1936)。

権限に対応する義務にも帰結する：父権、母権、監督権。……結局、我々は伝統的に家族関係に一つの重要な権利を関連付ける：家族中に一人が亡くなった場合、その故人を代理して、家族の諸構成員に対する権利。相続権は家族権であり、したがって私権の一つである。

第三は、財や人の関係から生じるすべてのものをここに含ませるべきである。言い換えれば財産権：所有権とその支分権など。

Beudant は後の著書で、幾つかの基本概念に関する定義のところで《法律 loi》、《判例 jurisprudence》、《法 droit》、《立法 législation》の 4 つの用語について区別する必要があるとして、次のように述べる¹⁷¹。「四つの基本用語の中で、法＝権利という用語 (mot droit) はもっとも固定しにくい概念である」と言う。「ある場合には、所有権、債権など単独の特権 (prérogative isolée) として表示されたり、またある場合には、家族権 (droits de familles)、私権 (droits civils)、政治権 (droits politiques) など同じ原因によって生じる特権の集合として表示されたりするが、結局は、個人権 (droit individuel) あるいは単なる権利 (droit) のように人間の自律 (autonomie de la personne humaine) を構成する権限 (facultés) や特権 (prérogatives) が結合された具体的集合体 (ensemble concret) として表示される¹⁷²。言葉の意味 (acception) は多少広がったが、表示された概念は依然として同じである。いかなるものが、権限であり、特権であるのか。絶対的かつ永久的な実在 (réalité) が存在する権利なのか、それとも相対的かつ変わりうる利益だけが存在する権利なのか。それらの権利は、獲得された法的安全に基づいてかつ専ら法律による認可 (concession) の効果によってあるいはそれら自身によって存在するのだろうか。そこに法＝権利 (droit) の原理の問題という根本的な問題が存在する」¹⁷³。

Capitant は¹⁷⁴、私権概念と私権の分類のところで、私権 (droit civil) あるいは私法 (droit privé) は、他の人あるいは物における人の意思に付与された権限であると定義し、その分

¹⁷¹ Ch. Beudant, *Le Droit Individuel et l'État introduction à l'étude du droit*, 3é, Paris, 1920, pp.16 et s.

¹⁷² 北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」岩波講座『基本法学Ⅳ 契約』(岩波書店、一九八三年) 一八四頁では、「民法学者ブッダンが、法＝権利 (droit) を『人間存在の自律』 (autonomie de l'être humaine) と定義したのも、絶対主義的諸理論に対抗して『真のフランス的伝統』たる個人主義を防衛するためであった」と指摘する。続いて、「個人的権利＝法、または一層単純に権利＝法とは、人間存在の自律であり、それは、自分の思考と諸行動との指揮において自分自身にしか従属しないという、人間の本性に内在的な権能であって、即ち、人格 (人身) の不可侵性、自己のいろいろな表現における自由、最後に、所有であり、所有は個人的自由の一つのコロラリイでしかない」と Beudant の言を引用する。

¹⁷³ Ch. Beudant, *Le Droit Individuel et l'État introduction à l'étude du droit*, 3é, Paris, 1920, n° 13, pp.22-23.

¹⁷⁴ Capitant については、杉山直次郎『法源と解釈』(有斐閣、一九五七年) 三二〇頁以下に紹介がある。

類としては財産権 (droits du patrimoine) と家族権 (droits de famille) に分けられるという¹⁷⁵。しかし第二版(一九〇四年)では、「法一般」と「人または権利主体」の部 (partie) の間に「主観的権利 (droit subjectifs)」という部を置き、権利の定義を行い、権利 (droits) を政治権 (droits politiques) と私権 (droits civils) とに分ける。Capitant は、私権 (droits civils) について以下のように述べる(七六頁)。「私権は客観法 (droit objectif) によって個人の保障された活動領域を創る。前の諸例(政治権の具体例、筆者)とは異なっていて、私権は各個人に属する。なぜなら、個人は、生きている間に、自由を尊重する諸権利、所有をし、売り買いをするために必要不可欠ないくつかの権利やその類似のものを備えた限りにおいて存在し得るからである。人は、政治権がなくても生きることができるが、私権 (droits privés) なしには生きることができない」。

続いて、私権の分類として、公権 (droits publics)、財産権 (droits du patrimoine)、家族権 (droits de famille) を掲げる。ここで注目すべきは、前版とは違って、「公権」を私権の下位分類に入れたことである。公権については次のように述べる。「公権という類型は、人格の保護のために個人に必要な諸権利として理解される。公権は、人の自由 (liberté) に関する自由な発展を人間 (homme) に保障する。それは、法律によって定められた諸限界の下で様々な形で表れ得る。公権は、所有者になる権限・仕事をする権限 (faculté) を個人 (personne) に保障し、住居や人格 (personne) への不可侵を承認するなど、具体的観点から個人の自由を保護する。また精神的観点からは、思想の自由、宗教の自由などを保護する。一八世紀に、我々は公権を自然権あるいは人権 (droits de l`homme) と呼んだ。なぜなら、自然権あるいは人権は、人間の原始的な自由状態 (état d`indépendance primitive de l`homme) にその源を有すると考えたからである。人は社会に入ることによってその自由を部分的に放棄する。今日、我々はこれに公権という名を与えた」という(七六～七七頁)。この最後の文章に注が付いていて、そこではブダンの前書を引用している。注は続き、「《人権》という用語が《公権》に代わったのは、一八一四年と一八三〇年の憲章であった。実際、これらの権利の研究は、人の取引上での重要性のために民法に戻ることとなった所有権を除いて、公法 (Droit public) の分野に属する」と述べる¹⁷⁶。

Capitant の著書には、資産 (patrimoine) 概念の説明に際して、若干の記述の変化が存在する。第一版では、「資産概念は人格概念から導かれる」¹⁷⁷、「したがって、資産は、人間の人格の一部 (une partie de la personnalité de l`homme) を現す」と述べて、資産と

¹⁷⁵ H. Capitant, Introduction à l`étude du droit civil notions générales, Paris, 1898. 海老原明夫「法人の本質論：その一」ジュリ九五〇号(一九九〇年)一三頁では、富井がCapitantの法人学説を下敷きにしていると指摘する。

¹⁷⁶ 一八一四年・一八三〇年の憲章を含め、一九世紀前半の憲法に関する議論は、辻村みよ子、糠塚康江『フランス憲法入門』三〇～三九頁参照。

¹⁷⁷ H. Capitant, Introduction à l`étude du droit civil notions générales, Paris, 1898, p. 185. ただし、第二版以降は、この記述は削除された。

人格との関係を強く意識している¹⁷⁸。ここでは、CapitantがAubry et Rauの影響を強く受けていることは否定できない。しかし、第四版では、「資産は、一人の人間に属するすべての財 (biens) と、他人に対して履行すべきすべての義務 (obligations) (金銭的価値を表すもの) を含む」と説明し¹⁷⁹、また、「資産以外の権利では、金銭的性質が存在しない権利も存在する：家族権、父権、夫権、個人に内在する権利 (droits inhérents à l`individu) あるいは公権。しかしながら、公権への侵害は犯人 (coupable) に対して民事の賠償訴権をもたらす。その訴権は、財産に関しては金銭的性質を表す」と述べて、資産を人格と結びつけたAubry et Rauの資産理論を思わせる記述とは決別している¹⁸⁰。

後に改訂されたColin=Capitantでは、私権 (droits civils) を、人格に固有な権利 (droits inhérents à la personnalité)、家族権 (droits de famille)、財産権 (droits du patrimoine) に分ける¹⁸¹。「人格に固有な権利は、人権 (droits de l`homme) あるいは公権 (droits publics) あるいは先天的財産権 (droits biens innés) と呼ばれる。それらは、たとえば、生命権、名誉権、良心の自由、発言の自由など、専ら人間であること (seule qualité d`homme) の帰結である。この権利の行使が公法 (Droit public) の諸制度によって保障されたために、この権利の研究は、原則的に民法とは関係なく存在する。しかしながら、この性質の権利に関する不当な侵害があった場合に、この過ちの被害者は被った被害を立証し、加害者に損害賠償を主張できる。金銭を追求することが主であるこの能力 (faculté) は、新たな権利を構築し、財産権とは異なるカテゴリーに含まれる」。

Josserand¹⁸²は、まず、「人 (personnes) は、権利の積極的あるいは消極的主体になることのできる存在であるとし、法的生活において役割を享有する資格を有する」と述べる¹⁸³。そして自然人と法人を分ける。ただ、法人 (personnes morales ou personnes juridiques) には、民事上のものだけでなく、国家 (Etat)、都市 (communes)、大学 (Universités)、会社 (sociétés) など入るとする。

第二章の「人格の諸属性 (attributs)」では、自然人のように法人にも認められる人格として、姓名、住所、身分、能力、資産 (patrimoine) があるとする。その他の「神聖な」

¹⁷⁸ H. Capitant, op. cit., p. 185.

¹⁷⁹ H. Capitant, Introduction à l`étude du droit civil notions générales, 4^eé, Paris, 1923, p. 130.

¹⁸⁰ その理由に関して、Capitantが現実性 (réalité) を重視する立場にあり、Genyに従い、資産理論が無用でかつ危険であり、人工的かつ演繹的であると考えたからであるとの指摘がある (D. Deroussin, La pensée juridique de Henri Capitant, dans Le renouveau de la doctrine française, dir. N. Hakim et F. Melleray, Dalloz, 2009, p. 44)。

¹⁸¹ A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 6^eé, t. 1, 1930, pp. 101-102.

¹⁸² Louis Josserand (一八六八～一九四一年)、リヨン大学名誉法学部長 (一九一三～一九三五年)。晩年に破毀院裁判官になった (一九三八年)。

¹⁸³ L. Josserand, Cours de droit civil français, t. 1, 3^eé, Paris, Sirey, 1938, n° 181.

諸属性として、「人格権」があると述べる。そこには、名誉権、尊敬権 (droit à la consideration)、身体的・知的・精神的完全性への権利、私生活尊重権 (right of privacy)、平穏さを保つ権利が入るとし、損害賠償債権に転ずることのできる著作者人格権 (droit moral de l'auteur) や精神権 (droits moraux) も掲げている¹⁸⁴。たとえ我々がこの著書において諸属性を制限するとしても、そこには、より明確な規則目的 (objet d'une réglementation) が存在する。諸属性は、真の法律制度 (institutions juridiques) に至った。

Planiol は¹⁸⁵、「人 (Les personnes)」においてまず人格 (de la personnalité) に関して説明する¹⁸⁶。「人」は人格を有する存在であり、その人格の諸属性である姓名・法的身分 (état juridique) ・能力 (capacité) ・資産 (patrimoine) ・住所 (domicile) を有する。「人」には、実在する人 (自然人) と擬制された人 (法人) があり、権利義務を有する存在として定義する。

小括

Baudry-Lacantinerie, Beudant など一九世紀末までは、諸概説書において *personne* のところで、「私権の享有と剥奪」に関する記述から始める伝統的なスタイルを維持する。二〇世紀前後に登場した Planiol (1899) , Capitant (1898) , Josserand (1929) の概説書では¹⁸⁷、*personne* を *personnalité* の説明から始めることは、フランス民法学の通説的地位を確立するに至った¹⁸⁸。人のところで自然人と法人の区別に関する説明が登場し始めてから (Huc, Beudant, Baudry-Lacantinerie 2^e)、確立された (Planiol, Capitant, Josserand)。権利主体・客体の区分 (Capitant) など学説ごとに特色を見せている部分も看過することはできない。

personnalité について考える際に忘れてはならないのが、Ripert による Planiol の著書の改訂の際のメッセージである¹⁸⁹。Planiol の概説書では「集合的財産 (*propriété*

¹⁸⁴ Josserand, *op. cit.*, n° 205.

¹⁸⁵ Planiol に関しては、フィリップ・レミィ・吉田克己訳「ベル・エポック期のフランス民法学—プラニオル」北大法学論集五二巻五号 (二〇〇二年) 二二〇頁以下、吉田邦彦「プラニオルの民事責任論と方法論的特色—後世への遺産と時代的制約の比較法的考察—」北大法学論集五二巻五号 (二〇〇二年) 三〇七頁以下。また、小粥太郎「マルセル・プラニオルの横顔」『民法学の行方』(商事法務、二〇〇八年) 一三頁以下〔初出、二〇〇五年〕も参照。

¹⁸⁶ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Faculté de droit*, t.1, 3^e, 1904, n° 362 et s, p.142 et s.

¹⁸⁷ いずれも初版の発行年。

¹⁸⁸ Baudry-Lacantinerie=Houques-Fourcade (1902) も同様。

¹⁸⁹ 大村敦志『フランス民法学から』八九～九一頁。

collective)」として Bien のところで法人を述べているが¹⁹⁰、Planiol 死後の Ripert=Boulangier 改訂版においては、法人を *personne* のところで説明しているのである¹⁹¹。法人格の本性のところ、「自然人の考慮 (considération)」という項目を設けて、次のように述べる¹⁹²。「忘れてはならないのは、本当の法主体は人間であること、人間以外に人が存在するわけではないということである」し、結果として「個人の人格が団体のそれに吸収されてはならないし、*association* や *société* において、構成員は、一般意思によって奪われず、また団体加入によって放棄できない個人権を持っている」。「自然人と同様に、単一平等の法人格を与える必要は、法人には認められない。人格の諸属性が常に同じである自然人に比べて、法人においては、法人格の多様性の方が原則である。法人格の広がり、法人の性質と目的によって定まるのである」。

2. 自然人から法人へ：法人論争における人格

一九世紀後半から二〇世紀初頭にいたるまでは、フランスにおける法人論が最も盛んに議論された時期であった。Saleilles, Hauriou, Michoud など、ドイツの Gierke などの影響を受けながら、フランスにおける法人格論を展開していったのであり、その個別の議論の詳細に関しては、既に多くの紹介がある¹⁹³。法人擬制説、法人実在説、法人否認説などが主張され、団体に法人格の付与する法的根拠をそれぞれの立場に従って構成した。この議論は、営利・非営利を問わず団体に法的人格をいかに認めるのかという問題であって、そこには団体を法律上の人として扱うための法技術な側面ないし法政策な側面という両方の性格を有していた¹⁹⁴。

本稿の問題関心からすると、これらの諸説は団体の法的人格について語るものであると同時に、自然人の法的人格ないしは、*personne* と *personnalité* との関係を考える際に有益な素材を提供する。したがって、以下ではこの視点から法人論争を整理することを試みた

¹⁹⁰ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Faculté de droit*, t.1, 3^eé, 1904, p.977 et s.

¹⁹¹ *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complete par G. Ripert et J. Boulangier*, t.1, 5^eé, Paris, 1950. 大村敦志『フランス民法学から』八九頁では、Ripert が協力者として加わった版（一九二五年）では、Bien のところで法人が説明されていたと指摘する。

¹⁹² *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complete par G. Ripert et J. Boulangier*, t.1, 5^eé, Paris, 1950. p.273. 大村敦志『フランス民法学から』九一頁。

¹⁹³ 前掲注一〇四)の諸文献ほか、高村学人『アソシアシオンへの自由〈共和国〉の論理』（勁草書房、二〇〇七年）〔以下では、『アソシアシオン』とする〕、石川健治『自由と特権の距離〔増補版〕』（日本評論社、二〇〇七年）、小島慎司『制度と自由』（岩波書店、二〇一三年）など参照。

¹⁹⁴ 法人本質論と立法政策論は分離されるべきという主張につき、能見善久「団体論・法人論の現代的課題」NBL 七六七号（二〇〇三年）八頁。

い¹⁹⁵。

法人擬制説は、「団体」と「法人格」を分離し、法人格取得には国家の許可を必要とする。Laurent は「人間のみが法律上の人 (personnes) であり、権利 (droits) を有する」と述べ¹⁹⁶、行政法学者の Ducrocq は、「知性 (intelligence) 及び意思 (volonté) を備えた人間 (homme) だけが、現実かつ自然の法律上の人 (personne) である」と述べていることから¹⁹⁷、団体の法人格は擬制されるという立場に立っている¹⁹⁸。

擬制説の代表格である Savigny は次のように述べる。「個々の人間の自然的権利能力が擬制によって観念的主体に転用されるとき、そういう自然的公認はまったく欠けており、最高権力の意思だけが、人為的な権利主体を作ることによって、その代わりをすることができるのであって、その力を私的任意に任せようとするならば、不誠実な意思によって可能であるような大きな悪用を別としてさえ、法的状態の極めて高い不確実さが生ずることは避けがたいであろう」¹⁹⁹。ここでは、人間が法律上の権利主体になるときにも最高権力 (= 国家) の意思が人為的に介入する必要があるという。この点は、法人においても同様であって、団体も法人格を与えられるためには国家の意思が必要である。したがって、自然人も、団体も、法律上の権利主体となるためには、法人格が付与される必要があるという点については共通するロジックが存在し、その点においては一貫している²⁰⁰。ただし、法人擬制説では、あくまで団体は実在する自然人とは別の犠牲された存在であり、法人格を取得するプロセスに着目する。

しかし、実際上の問題として、アソシアシオンに行政的許可が下りたとしても、法人格が直ちに与えられたわけではなく、コンセイユ・デタの審査により、一般利益にとって有益な団体と判断された場合のみに法人格が付与されたのが問題点とされた²⁰¹。したがって、法人擬制説を超える理論を定立することが法学者らに余儀なくされ、法人実在説や、法人否認説が述べられるきっかけとなった。法人実在説は、ドイツの Gierke や Jellinek など

¹⁹⁵ 法人否認説は、法人をもって契約や代理といった個人的な法律関係に還元して把握することができるために、あえて、法人として法律構成を行う必要がないという立場であるため、以下では取り上げない。

¹⁹⁶ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t.1, Bruxelles et Paris, 1869, p.387.

¹⁹⁷ Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t.6, 7^e, Paris, 1905, p.12.

¹⁹⁸ 井上武史「憲法秩序における結社の自由 (一)」法学論叢一五九卷六号 (二〇〇六年) 四〇頁。

¹⁹⁹ サヴィニー、小橋一郎訳『現代ローマ法体系 第一巻』(成文堂、一九九三年) 二四三頁 [以下では、小橋訳とする]。

²⁰⁰ 法人擬制説は、Waldeck-Rousseau が起草した結社の自由を認める一九〇一年法の成立前の一八九九年法案に既にみられる。法案第一〇条では「法人格 (personnalité civile) とは、法律上の擬制 (fiction légale) であって、これにより、結社は構成員とは区別され、かつ構成員に関わらず存続する法人として扱われるのであり、結社財産の所有権は、この法人格のもとに存続する」と定め、第一一条では、第一項で「法人格という特権 (privilege) の取得を要求する結社は、法律特別施行令の形式でなされるデクレによる承認を得なければならぬ」と規定する。

²⁰¹ 高村学人『アソシアシオン』二一九頁。

を参照し、Hauriou, Saleilles, Michoud など公私法にわたってフランスを代表する学者らが唱えたものであった。法人実在説には論者ごとにそれぞれのバリエーションがあって、そのなかの一つである「有機体説」²⁰²の場合、生物学・心理学を基礎にして、団体を社会有機体として考えることによって、自然的有機体である自然人と同じものとして捉える主張もあった²⁰³。Saleilles は、初期には有機体的「集団意思実在説」の立場に立ったのであるが、後にはその論証の困難さから「法的組織体 (organisation) 説」に改説する²⁰⁴。Hauriou は、「法の発生においては、法的制度 (institutions juridiques) と法律 (loi) というものを、注意深く区別しなければならない。法的制度は、ほとんどの場合、自発的に組織されるのであり、法律は、これを承認し、制御するということしかできない。法人は、自然人と同様に、この種の法的制度の代表である」と述べて²⁰⁵、法人が擬制的なものでなく、法の世界において自然人と同じ法的制度であると捉えている。ここでは、自然人と法人の両方を「法的制度」という自らの枠組みのなかで同列に扱っている。この点は、Michoud にも通じるところである。Michoud も「自然的世界」と「法的世界」とを厳格に分けた後に、法人は後者においてのみに問題となると考えるからである²⁰⁶。Michoud は、個人的利益とは区別される「集合的利益」が存在し²⁰⁷、その利益を代表し、擁護することのできる組織 (organisation) の存在の要素によって、団体に法人格が承認されると述べる²⁰⁸。

このように、法人理論の発展を通じて、団体の法人格は自然人のそれとの間に深い内的関連性が存在する点が露わになった。福地俊雄はこの点に関して次のように述べている²⁰⁹。「法人においても自然人においても、帰着するところの要素は同一のものである、ということが予想される。自然人も法人も、『人格たることは、すべて法秩序の産物である』という意味で同一であるに止まらず、それぞれの社会的実体を構成する要素においても少なくともその最小限の要素において一同一である、ということが予想できるのである。つまり、法人論の序説として自然人の範疇を分析することは、自然人の背後に存するかような最小限の要素を検出するために、必要とされるのである。……法律における自然人の概念が、けっして現実の生きた人間とそのまま一致するものではなく、あくまでも法的範疇であり、『人格たることは、法秩序の人格化作用の所産である』ことは、そのかぎりにおい

²⁰² R. Worms, *Organism et société*, Paris, 1896. ; A. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Thèse Paris, 1899.

²⁰³ 高村学人『アソシアシオン』二二一頁。

²⁰⁴ 高村学人『アソシアシオン』二二一頁。

²⁰⁵ M. Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, t. 22, 1898, p. 139.

²⁰⁶ Michoud, *op. cit.*, t. 1, p. 95. 高村学人『アソシアシオン』二三二頁。

²⁰⁷ Michoud は、「法律が保護するのでは、意思ではなく、その意思が表す利益である」と述べ、Jhering と同見解である (*op. cit.*, t. 1, p. 102)。

²⁰⁸ Michoud, *op. cit.*, t. 1, p. 113. 高村学人『アソシアシオン』二三三頁。

²⁰⁹ 福地俊雄『法人法の理論』(信山社、一九九八年)二七～二九頁。

て疑いがない。……自然人が法的範疇であって現実の生きた人間そのものとは異なるということは、けっして両者の無関係を意味するものでないことも明らかである。自然人が単なる理念でなくて実定法上の概念であり範疇であるということが、すでに現実との関連を示すのである。法的範疇としての自然人の自由・平等な性格と現実の人間の不自由・不平等な存在との間に乖離があるということも、何ら両者の無関連を示すものではなく、かえって両者の内面的関連を示唆するものともいいうる」。法人理論が、擬制説から实在説へと発展したことに對して、自然人の人格も实在論から法的範疇としての性格を有することになったのは一見して反対の方向に発展したことのように見えるが、それは反対の方向ではなく法人理論による影響を受けてのものであろう。つまり、法人理論は、団体の法人格の承認に関わるだけでなく、自然人が「法的範疇としての人」あるいは「法律上の人 (personne)」として扱われる際の意味づけに関しても一定の影響を与えた。

3. 法哲学における人格権概念

今日、フランスで人格権に関する議論を最初に紹介した著者として知られるのは、Roguin と Boistel であると言われている²¹⁰。しかしその著書では、二人とも明示的には「人格権」という用語は使わず、それらの議論は実定法よりもむしろ法哲学に属するものであった²¹¹。人格権論に興味を有する学者は、自然法に関しても関心を有するものが多かった。以下、幾つかの代表的学説を取り上げ、簡単に紹介する。

Belime の『法哲学』第二巻は、次のように構成される²¹²。第一編は「人の身分」、第二編は「所有」である。第一編は、第一章「人間であるが故に人間に属する諸権利（存在権、個人防衛権、自由権、平等権）」²¹³、第二章「奴隷」、第三章「民事死」²¹⁴、第四章「外国人」、第五章「宗教の違い」、第六章「民事能力 (capacité civile) における性 (sexe) の影響」、第七章から第二〇章まで家族に関する法である。この Belime の著書は、「人格尊重に基づく権利 (le droit sur le respect de la personnalité) をとても明確に基礎づける」と

²¹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction Les personnes La famille l'enfant le couple*, Quadrige, t.1, PUF, 2004, n° 285, p. 525.

²¹¹ A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 90, p. 85.

²¹² W. Belime, *Philosophie du droit, ou Cours d'introduction à la science du droit*, t. II, 3^e, Paris, 1869. Belime は一八八三～一八八四年に司法省で出された井上正一（第一巻）、高木豊三（第二巻）の訳の『法理論』によって明治期に既に紹介されている。井上については、村上一博「大学史ノート井上正一 —日本人初の仏国法学博士」大学史紀要八号（二〇〇三年）一六四頁以下参照。高木については、七戸克彦「現行民法典を創った人びと主査委員四一横田國臣・高木豊三」法セミ六五九号（二〇〇九年）六七頁以下参照。

²¹³ ベリーム・高木豊三訳『法理論』（司法省、一八八四年）では、第一章「人ノ人トシテ有スル権利」とし、第一款「生存ノ権」、第二款「防身ノ権」、第三款「自由ノ権」、第四款「平等ノ権」と訳されている。

²¹⁴ ベリーム・高木豊三訳では、「准死」と訳される（四〇頁）。

評価されている²¹⁵。

Beaussire の『法の諸原理』の体系によると、法の一般理論、公法 (droit public)、私法 (droit privé) という分類を採っている²¹⁶。公法では、第一章「身分 (l'état) の一般理論—政治法 (droit politique) の諸原理」、第二章「公法との関係における民法原理」²¹⁷、第三章「刑法の諸原理」、第四章「公的サービス」、第五章「万民法の諸原理」を取り上げる。私法では、第一章「家族」、第二章「物的所有 (propriété matérielle)」、第三章「知的所有 (propriété intellectuelle)」、第四章「名誉」、第五章「生命と自由²¹⁸」という構成を採っている。権利の分類のところでは、完全権 (droits parfaits) と不完全権 (droits imparfaits)、尊重権 (droit au respect) と保佐権 (droit à l'assistance) という区分をも行っている。そのなかで、尊重権は、「私たちの生命、自由、名誉のように人 (personne) を承認するものである」と説明する²¹⁹。

Roguin は、第三部「私法に関する体系」の第四節「人それ自体に関する人権 (droits des personnes sur elles-mêmes)」の題を設定して、次のように述べる²²⁰。「私権のうちの多くの絶対権は、身体、活動、名誉のような身体的・精神的能力の全体ないし幾つかに関わるものであり、積極主体 (sujet actif) である人の権利として存在する」。諸学説がこの法的諸属性 (attributs juridiques) を述べているとし、Aubry et Rau、Merkel、Ahrens を引用する。Roguin は、Ahrens の「人的権利 (droits personnels) は人格 (personnalité) と同じ本質と存在の基盤を有し、人格から直接由来するがゆえに「絶対性」が生まれる。人的権利には、個性 (l'individualité) に内在する権利 (個人の能力、年の差、性、精神健康) と、個人と他人との関係を規律する権利²²¹その他がある」との理解が混同に基づくも

²¹⁵ A. Boistel, Cours de philosophie du droit, t. I, Paris, 1899, n° 54, p. 95.

²¹⁶ É. Beaussire, Les principes du droit, Paris, 1888. Charmont は、Beaussire をフランク (Franck) とともに「自然法学派の代表者たち」と称した (シャルモン、大澤章訳『自然法の再生』(岩波書店、一九二七年) 二四一頁)。

²¹⁷ ここでは、民事法 (loi civile)、民事裁判所 (tribunaux civiles)、警察 (police) の三つを取り上げる。

²¹⁸ Beaussire, op. cit., p. 394. 法に関する諸自由を三つに分類する。第一、個人の自由 (liberté individuelle)、第二、フランス人権宣言の用語である「往来の自由」、第三、精神的かつ知的領域での自由：思想・良心・教育・出版・結社・遺言・取引・労働の自由。

²¹⁹ Beaussire, op. cit., p. 51. ただ、ここでの尊重権は不可侵性を有する所有権をも承認するものでもあるので (同頁)、実定法でいう主観的権利というより一種の形而上学的なものと思われる (B. Beignier, op. cit., L'honneur et le droit, p. 44.)。

²²⁰ E. Roguin, La règle du droit, Lausanne, 1889, p. 252. Roguin がドイツの人格権理論をフランスに初めて紹介したと述べるものとして、J. Carbonnier, op. cit., Droit civil, t. 1, p. 235. ; A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, LGDJ, 1960, p. 1. Roguin の同著は、日本民法典の起草者の著書 (富井、梅) でもしばしば引用された。第二章第一節参照。

²²¹ たとえば、親族権 (droit de paranté)、結社権 (droit d'alliance)、市民権・国籍の

のであると批判する。なぜなら、第一に特殊な個人に付随するという意味で人的権利を絶対的なものとして考え、それから複数の人を明らかに繋げた諸権利をそこに入れたからである。この混同を回避するためには、より細密に分類するべきであるとして、第一、人の条件に関する諸規範、第二、人自身に関する諸権利、第三、他人の個性 (l'individualité) に関する諸権利を提案する²²²。

Boistel は²²³、自著において、第一部「基本原理 (Principes Fondamentaux)」、第二部「個人権 (Droit Individuel)」(以上、第一巻)、第三部「社会権 (Droit Social)」(第二巻) という構成を行った²²⁴。まず、法の一般原理として構築すべきは、他の人に対して、人間の不可侵性 (inviolabilité) を重要原理 (principe essentiel) として確立することである²²⁵。

第二部は、第一編「権利目録とその原始的獲得方法」、第二編「権利譲渡」、第三編「権利変化 (Altération des droits)」からなる。

まず、第二部「個人権」のところで、権利ないし法の本質は、「人間の不可侵性 (inviolabilité de la personne humaine)」にあるという²²⁶。そこで、権利を、人間の内部に関する権利 (droits purement internes) と人間の外部に関する権利 (droits de l'homme hors de lui)²²⁷ とに大きく分ける。前者は、さらに、先天的権利 (droits innés de l'homme) と獲得・発展権 (droits développés ou acquis) に分けることができる。先天的権利は、人間が生まれながらにして有するものであり、次の三つの始原的権限 (facultés primordiales)、つまり、真実 (vérité)・美德 (vertu)・感性 (sensibilité) への権利である²²⁸。これに対し、獲得・発展権は、「自由 (liberté) から発展したもの」と「所有 (propriété) の内部から発展したもの」に分けられる。前者には、知的秩序に関する諸自由 (思想表現・教育・出版等の自由)、精神的秩序に関する諸自由 (精神的自由・労働・宗教等の自由)、美的秩序に関する諸自由 (芸術等)、身体秩序に関する諸自由 (身体・住居の自由)、外部財産 (biens extérieurs) に関する諸自由 (収用・取引・労働契約等の自由)、他人との関係を目標とする諸自由 (集合・結社の自由) が入る。後者には、「生命権」、「身体の完全性の権利」、「安全権」、「名誉権」、「姓名権」、「民事身分への権利 (droit à l'état civil)」、「他人の信憑

ような社会的条件に関する権利など。

²²² Roguin, op. cit., p. 253.

²²³ Alphonse Boistel (一八三六～一九〇八年)。法哲学・自然法学者。彼は、Grenoble で民法を教え、パリ大学では商法も教えた。ボアステル著・福原直道ほか訳『仏国商法講義一～七冊』(明法堂、一八八七年)がある。

²²⁴ A. Boistel, Cours de philosophie du droit, t. I, Paris, 1899, n° 96, p. 187 et s.

²²⁵ Boistel, op. cit., n° 46, p. 82.

²²⁶ Boistel, op. cit., n° 95, p. 185.

²²⁷ この権利には、物によって獲得される権利 (所有権、占有権) と、人によって獲得される権利 (父権、体罰権など) が入る。

²²⁸ Boistel, op. cit., n° 98.

性への権利 (droit à la véracité d'autrui)、「秘密権 (droit aux secrets)」、「知的製品権 (droit aux productions de l'esprit)」が入る²²⁹。

Picard²³⁰もその著書で権利について以下のように説明している²³¹。まず、権利を構成する必須要素として、主体、客体、主体と客体の関係、保護(Protection)＝拘束(Contrainte)が存在する。権利の最初の客体は、「自我の皮 (enveloppe du Moi)」というべきものであって、そこには精神的実在 (existences) (たとえば、名誉、尊厳、羞恥、良い味覚、同情など)、身体的実在、民事的実在が入る²³²。これら三つの実在全体が身分(état)、階級(status)、一つの人権 (un droit personnel) を構成する²³³。

権利の分類方法には、内的分類と外的分類があり、内的分類では、人に関する二つの分類 (droits personnels, droits obligationnels) と物に関する二つの分類 (droits réels, droits intellectuels) があるという²³⁴。前三者は、ローマ法からのものであるが、最後の知的権利 (droits intellectuels) は科学の発展による知的財産に関する権利が徐々に浸透してきたことを Picard は正面から受け止めて構成したものである²³⁵。内的分類における最初の権利である人権 (droits personnels) に関して、「人間存在 (L'être humaine) は、身体的かつ精神的完全性 (totalité) を同時に有するため、人権の主体かつ客体である」という²³⁶。

4. 人格権概念の構築—Perreau・Demogue・Nerson

フランスにおいて人格権概念を初めて用いて理論化したのは Perreau である²³⁷。Perreau は一九〇九年にフランスの最も伝統のある民事季刊雑誌において「人格権について (Des droits de la personnalité)」という論文を発表し²³⁸、人格権の法的性格ないしその法的根

²²⁹ Boistel, op. cit., n^{os} 131 - 155.

²³⁰ Edmond Picard (一八三六～一九二四年)。ベルギーの法学者、政治家。父の David Picard は、Bruxelles 自由大学法学部教授。

²³¹ E. Picard, *Le droit pur*, Paris, 1909, pp. 57 et s.

²³² Picard, op. cit., p. 73.

²³³ Picard, op. cit., p. 73.

²³⁴ Picard, op. cit., p. 92. これらの他、第五の権利として、普遍権 (droits universels) が存在することも付け加える (p. 95)。外的分類では、私法と公法との区別、またその下位の分類を行っている。

²³⁵ Picard, op. cit., p. 93.

²³⁶ Picard, op. cit., p. 65.

²³⁷ P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, RTDC, 1971, p. 446 ; B. Beignier, *L'honneur et le droit*, préf. J. Foyer, th. Paris II, LGDJ, 1995, p. 45. ただ、大村敦志『フランス民法』六三頁では、「人格権に関する研究として先駆的なものとしては、Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, th. Lyon, 1939 があげられることが多い」と指摘する。

²³⁸ E. H. Perreau, *Des droits de la personnalité*, RTDC, 1909. pp. 501 - 536.

扱、財産権 (droits patrimoniaux) との違いを述べた²³⁹。彼は、財産の利用を規律する財産権 (droits patrimoniaux) に対比するものとして人格権を定義する²⁴⁰。人格権を大きく分けると、①個人をそれ自体として尊重すること、②個人を家族の構成員としての尊重すること、③個人を国家 (Société) の構成員として尊重することになる。①には、身体の完全性の権利、名誉権、生命権、肖像権などが入り、②には、親権、夫権、後見人の権限などが入り、③には、国籍への権利、選挙権、被選挙権や結社への権利などが入る。続いて、人格権の法的性質については、第一、絶対的対抗性を有し、第二、金銭評価不可能である点を述べる²⁴¹。より重要なのは後者であって、これは精神的損害 (dommage moral) に関する議論とつながっている。Perreau の独自色が出ているのは、人格権を上記の三つに分類したことにあるのも確かだが、より重要なのは諸外国の学説などを参照しながら、フランスの判例・学説を総合的に検討し、「人格権」という用語でもって一定の法益をまとめた点にある²⁴²。その後の一部学説に人格権につき否定的な見解が続いたにせよ、Perreau の論文によって「人格権」の用語がフランスで広まったことを否定することは難しい。

Perreau の後の研究で、肖像と権利に関する Fougerol が続いた²⁴³。彼は、肖像権の法的性質を所有権でも著作権でもなく、人格権であると理解する²⁴⁴。その人格権の内容を説明するに際して、個人を個人それ自体として尊重すること、家族あるいは社会の構成員として尊重するという Perreau の定義に従っている²⁴⁵。Fougerol は、肖像権を人格に内在する権利と同義語として使っている人的権利 (droits personnels) に位置づけるべきであるとして、以下のように説明する²⁴⁶。「ローマ人は、人的権利 (droits personnels) のカテゴリーを明確には知らなかった；それらは確かに存在した。しかし人格に関する普遍権 (droit universel) とはつながらなかつた。反対に、今日、主観的権利の数々の形態は独立した姿 (figure) を獲得した。父権あるいは所有が明確に一般的人格権とも区別されるように、主観的権利の一部は個別権として確立された。それらは、たとえば、身体の完全性、姓名、名誉への権利であり、また固有の肖像への権利も加えるべきである。肖像権は、人的権利のすべての特徴をよく集める；そのなかでも肖像権は、人自身に対する処分権というよりは、防御体 (ensemble de défenses) である；肖像権は、身分訴権 (actions d'état) の

²³⁹ Perreau の人格権論につき、石井智弥「フランス民法における人格権保護の発展 (一) — 尊重義務の発生」社会科学論集五〇号 (二〇一一年) 二〇～二五頁で紹介されている。

²⁴⁰ E. H. Perreau, *op. cit.*, p. 503.

²⁴¹ E. H. Perreau, *op. cit.*, pp. 514 et s.

²⁴² たとえば、その後の E. H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, RTDC, 1912, p. 609 et s. にも同様の思考が見られる。

²⁴³ H. Fougerol, *La figure humaine et le droit*, th. Paris, 1913.

²⁴⁴ Fougerol, *op. cit.*, pp. 27 - 31, spec. p. 31 : 「人の固有の肖像に関する権利は、身体の完全性と姓名への権利という自立した客体を有する。それは、とても貴重かつ神聖な財を保護する。……それは、それ自体として人間人格に付随した人的権利 (droits personnels) としてより大きな尊厳と調和をなして位置づけられる」。

²⁴⁵ Fougerol, *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁶ Fougerol, *op. cit.*, p. 29.

ように対世効として対抗可能である。……固有の肖像への権利は、身体の完全性かつ姓名への権利と同じように、独立の客体を有する。それは、また貴重かつ神聖な一つの財産 (un bien) を保護する：この容姿は、靈魂の鏡であり、人格の驚くべき表現である。肖像権は、人間人格に付随する最も重要な尊厳と調和しながら、人的権利として位置づけるべきである」²⁴⁷。

Demogue は、初期の著書である『私法の基本概念』では「物質的利益 (intérêt matériel)」と「精神的利益 (intérêt moral)」を区別する²⁴⁸。精神的利益に関して、名誉、姓名権、家族権、公民権 (droits civiques) は、物的な侵害がなくても精神的な利益を有するために保護に値するという²⁴⁹。ここで名誉だけは名誉「権」とは表現していないが、別の頁では、「後見人 (tuteur) に属するのが後見権 (droit de tutelle) であるように、名誉は、他人に属するものではなく、個人に属するものである」と説明する²⁵⁰。後の作品である『一般債務概論』では、faute の客観的要素において、「評判 (réputation) への権利」を例として取り上げて検討しており²⁵¹、「私生活への権利は未だ定着されていない」と述べた²⁵²。しかし、翌年の『一般債務概論』では、子の事故によって母が被った精神的・物的被害、事故による奇形のような身体損害、騒音や悪臭などの隣人損害、公然わいせつ罪、強姦罪などの様々な裁判例の検討から、これらの法益を「人格権」として認め、金銭的賠償を与えることを論じた。「判例では、少なくとも間接的な資産 (patrimoine) への被害 (dommages) を除いても、『人格権』を傷つけた被害を考慮している」と述べて、「人格権」概念を体系書で初めて取り上げた²⁵³。

Nerson は²⁵⁴、その博士論文において非財産権 (droits extrapatrimoniaux) に関する総合研究を行った²⁵⁵。指導教授の Roubier は序文で Nerson の論文は民法で最もはっきりしな

²⁴⁷ Fougerol, op. cit., pp. 29-31.

²⁴⁸ R. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, 1911, réimpr. 2001, p. 183. Demogue の人格権理解について、石井智弥「フランス民法における人格権保護の発展 (二) 一尊重義務の発生」社会科学論集五十一号 (二〇一一年) 二頁参照。

²⁴⁹ Demogue, op. cit., p. 185.

²⁵⁰ Demogue, op. cit., p. 186.

²⁵¹ R. Demogue, Traité des obligations en general : sources des obligations, t. III, Paris, 1923, p. 371, n° 227.

²⁵² Demogue, op. cit., n° 228. p. 372.

²⁵³ R. Demogue, Traité des obligations en general : sources des obligations, t. IV, Paris, 1924, p. 57, n°417. 人格権概念は、一九二三年の同書第三巻では登場しなかったものの、一九二四年の同書第四巻五七頁では Perreau の論文を引用している。

²⁵⁴ R. Nerson, Les droits extra-patrimoniaux, préf. P. Roubier, th. Lyon, 1939. また、Nerson の人格権論について、石井・前掲注二四八) 四～六頁が詳しい。

²⁵⁵ droits extrapatrimoniaux の訳語として、非財産権がよく使われる。ただ、

い一つを研究対象とした点に存すると紹介した²⁵⁶。「人間の人格の価値は、富 (richesses) の所有かつ資産に基づいた排他的な経済体制 (système d'économie) に対して明白な埋め合わせ (revanche) になる点にある」²⁵⁷。そのため人間関係につき、ありうる全形態を不完全な図式で示すことは不可能であり、民法一三八二条の *faute* に基づかせることは混乱を招きうる²⁵⁸。これらの人格的利益は、財産外の行為というよりは非財産権というべきである²⁵⁹。

序文で述べられている以上の見解を裏付けるために、Nerson は、まず、私法における財産外の法状況の分類を行った後 (第一巻)、非財産権の法的存在とその性質を論じる (第二巻)。法状況として、個性概念に関する非財産的利益 (①)、人格の身体的要素に関する非財産的利益 (②)、人格の精神的要素に関する非財産的利益 (③) に分けて検討する。①に関しては、氏名、住居、身分と能力、個性の要素としての資産 (*patrimoine*)、個性の要素としての職業を掲げる。②に関しては、身体の完全性の保護、自然人における個人権 (*droit de l'individu*) の法的存在と法的性質を掲げる。③は、さらに三つに類型化し、個人のそれ自身としての人格の保護 (③-1)、個人の家族の一員としての人格の保護 (③-2)、個人の国家の一員としての人格の保護 (③-3) とに分ける²⁶⁰。③-1 では、肖像権、秘密権、名誉権、著作者人格権を取り上げ、③-2 では、家族の思い出の品と墳墓、家族の諸権利を取り上げ、③-3 では、公権を取り上げる。個別的な非財産権を検討してから、非財産権の一般的考察へと移る。非財産権の法的存在に関する議論において注目すべきは先天的権利概念を否定する点である²⁶¹。

Nerson は、権利というものは、「直感的理性 (*Raison intuitive*) が見つけ出す理想的正義 (*justice idéale*) に関する社会的発現である」ため、「社会的創造物 (*création sociale*) である」と理解する²⁶²。それゆえ人の存在に固有な始原的権利 (*droits primordiaux*) に関する理論は疑わしく不正確である²⁶³。先天的権利は、生まれることで獲得する自律権 (*droits autonomes*) であるから、それらが侵害されたときでも特別な言及 (*mention spéciale*) を必要としないため、「人間は、先天的財産 (*biens innés*) を有するが、≪先天的権利 (*droits innés*) ≫と呼ぶことは不正確である」と述べる²⁶⁴。また、Nerson は「人格に関する財 (*biens*

non-patrimoniaux の語をどのように訳するか (Michoud) という問題があるが、とりわけ、以下では、*droits extrapatrimoniaux* を非財産権と訳する。

²⁵⁶ Nerson, *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁷ Nerson, *op. cit.*, p. 8.

²⁵⁸ Nerson, *op. cit.*, p. 8-9.

²⁵⁹ これにつき、Roubier は日の浅い諸法益の過度な権利構成には警戒をも示している (*op. cit.*, p. XI)。

²⁶⁰ この類型に至って、Perreau の影響が最も大きい。

²⁶¹ Nerson, *op. cit.*, pp. 337 - 345.

²⁶² Nerson, *op. cit.*, p. 337.

²⁶³ Nerson, *op. cit.*, p. 339.

²⁶⁴ Nerson, *op. cit.*, pp. 343-344.

de la personnalité)」という用語を用いて、「非財産権は、人格に関するすべての財 (bien) に及ぶが、人格に関するすべての財が権利の対象 (objet) ではない」と述べる²⁶⁵。そして、「非財産権の対象 (objet) は、権利者の人格に関する財 (bien) にあるのではなく、他人に対してこの財を尊重させることにある (傍点、筆者)」²⁶⁶とする。とりわけ、フランス法においてはドイツで論じられるような一般的人格権 (droit général de la personnalité) は必要でない。なぜなら、一般的人格権概念は、曖昧であるため、法的安定性に欠け、またその限界が不明確であるからである²⁶⁷。

以上のように、Nerson における人格権概念の理解は、Perreau によって構築された広い人格権概念を継ぐものとして、非財産権という文脈の中で位置づけた点がとりわけ評価に値する。人格権概念をドイツでの一般的人格権概念のような不法行為法上の概念としてではなく、人格的・精神的利益を保護するツールとして用いることを鮮明に主張した点も後のフランス法的人格権論に与えた影響は大きい。

²⁶⁵ Nerson, *op. cit.*, p. 358. ここでいう「人格に関するすべての財」が「人格権の目的ないし対象」であるとする、非財産権を人格権より広く理解しているということになる。

²⁶⁶ Nerson, *op. cit.*, p. 359.

²⁶⁷ Nerson, *op. cit.*, n°167, pp. 350 - 352.

第二款 二〇世紀中盤～現在

第一項 立法への試みと一九七〇年・一九九四年立法

1. フランス民法典改正委員会における人格権論²⁶⁸

・改正委員会設置までの経緯とその頓挫

一九四五年の第二次世界大戦が終わった直後に共和国の臨時政府は、法務大臣の下で Julliot de la Morandière を委員長とする一二人で構成された委員会を設置した²⁶⁹。フランス民法典改正委員会は一九四五年六月七日に民法改正に関する任務を任されてから一〇年に及ぶ検討作業を行った²⁷⁰。当初の予定としては民法典全体の改正を目指すものであったのであるが、諸般の事情により²⁷¹、最終的に改正案として提示されたものは、前編と第一編のみであった。

改正委員会の成立当初は4つの小委員会から構成された。第一小委員会は、Lyon-Caen を委員長とし、法の一般理論と国際私法に関する条文を、第二小委員会は、Julliot de la Morandière を委員長とし、人及び家族に関する条文を、第三小委員会は、Labbé を委員長とし、債務と契約に関する条文を、第四小委員会は、Oudinot を委員長とし、財産に関する条文をそれぞれ担当した。しかし、このやり方では小委員会で多数の会合を得てから提出された条文が委員会総会に上がり再び批判にあつてさらに小委員会に差し戻されるが多々あった。そのため改正作業の効率化の観点から一九五〇年からは小委員会方式を廃止し、事務局または改正委員の一人が作成した予備草案を直接委員会総会にかける方式に替えた。

完成された草案は、国璽尚書 (Garde des Sceaux) に一九五三年末に提出されたが、議会にまでは至ることはなかった²⁷²。Cornu はその理由として、その性格に何らかの不完全さがあったことや、全民法典を実質的に新たな構想 (idée) で刷新することできなかったこ

²⁶⁸ 作業の成果としては Avant-Projet de Code Civil par la commission de réforme du code civil, Recueil SIREY, 1955 を参照。フランス民法典改正委員会の事業一般に関しては、エル・ウーアン (R. Houin)、山本桂一訳「フランス民法典改正委員会の事業」ジュリ八一号 (一九五五年) 三九頁以下参照。また、同委員会の改正案の日本語訳としては、フランス民法典翻訳委員会 (野田良之代表) 訳「フランス民法典改正草案 (一) (二)」比較法雑誌四卷一・二号 (一九五八年)、三・四号 (一九五九年) がある。同誌四卷一・二号の Julliot de la Morandière、野田良之訳「司法大臣 国璽尚書殿への報告」五～七六頁も参照。

²⁶⁹ 委員会の構成員は、Houin・山本訳・前掲注二六八) 三九頁参照。

²⁷⁰ パリ大学法学部長で学士院会員である Julliot de la Morandière を委員長とする。委員会の構成員について詳しくは、Julliot de la Morandière 報告二三頁注一) 参照。

²⁷¹ これにつき、前掲注二六八) の Julliot de la Morandière 報告二四～三〇頁参照。

²⁷² 以下は、石井智弥「フランス民法における人格権保護の発展—尊重義務の生成 (五)」社会科学論集五四号 (二〇一二年) 七頁以下参照。

とを挙げる²⁷³。一方、Carbonnier は、民法典の形態 (forme) への無関心、改正の背後におけるドイツ民法典や急進社会主義に向けられた様々な統制 (regards)、法律家という「身分階級」に対する強すぎる信頼などの様々な非難によって挫折したという²⁷⁴。

・改正草案の編成と人格権

人格権に関する具体的議論に入る前に、改正委員会が構想する民法典の編成 (plan) について確認する必要がある²⁷⁵。第一小委員会で Niboyet の報告に基づいてドイツ式の総則を加える提案が行われたが、委員会総会において採用されなかった。法律行為の要件効果などを含む諸条項などを入れることは、短い前章というフランスの伝統に反し、あまりにも一般的な法条は実際の利益に乏しいという理由であった。その代わり、序編 (Discours préliminaire) に諸法源と時間における法の抵触を含む一般的規定を挿入することを取り決めた。それゆえ、委員会が提示した編成は、序編、第一編「自然人及び家族」、第二編「相続及び遺贈」、第三編「財産、物権及び知的財産権 (droit intellectuel)」、第四編「法律行為及び法律事実」、第五編「債権債務」、第六編「諸種の契約」、第七編「法人」であった。この提案に対して、委員会の諸メンバーから、人の身分は単に家族的身分に限定されるものではないなどの批判がなされた。委員会は、人の身分及び能力がその家族的地位から区別しがたい点、家族の尊重は実体的規定から派生する点を考慮して、自然人と家族を単一の編にした。

第一編は第一章「自然人の身分」という題の下で、さらに第一節「人格権」、第二節「身分証書」、第三節「氏名」、第四節「住所」、第五節「生死不明の状態」から構成される²⁷⁶。Julliot de la Morandière は、第一章が個人的人格権を確認し、その人格を個別化するに役立つ要素、身分の変動を跡づける諸要素からなっていると説明する²⁷⁷。また、第一節では、法条の再編成 (regroupement) が試みられたという²⁷⁸。この節では、単に人格権に関する規定だけでなく、出生や懐胎などの人格の権限を明確にするための法条を集めた。Julliot de la Morandière は、第一節の人格権に関する諸規定が「草案の最も独創的な部分」であると

²⁷³ G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e, Montchrestien, 2007, n°296, p. 169.

²⁷⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, 1. Introduction Les personnes La famille l'enfant le couple*, Quadrige, PUF, 2004, n°81, p. 139.

²⁷⁵ 以下は、ウーアン・山本訳・前傾注二六八) 四一～四二頁に多くを負っている。

²⁷⁶ 改正草案では、「氏名」に関しては、法的性質に関する学説上の争いに立ち入らずに、もっぱら「実際の観点から」人格権と別途の節に置くことにしたことが注目される。配偶者の氏の変更に関しては離婚及び別居の節に、養子の氏名に関しては、養子縁組及び養子準正の節に置くという個別方式を選択した。v. *Travaux de la commission de réforme du code civil*, t. VI (année 1950-1951), p. 77 et s. 野田ほか訳・前掲注二六八) 「草案」一二六～一三三頁参照。

²⁷⁷ 前掲注二六八) Julliot de la Morandière 報告四八頁。

²⁷⁸ 前掲注二六八) Julliot de la Morandière 報告五一頁。

評する²⁷⁹。さらに彼は、「人権と人格権が一つのものではない」としながらも、人格権の規定を通じて、フランス民法において、人権宣言や世界人権宣言における「人間の権利の尊重に付与している重要性」を確認することに大きな意義があるとする。

このような特徴を有する改正草案であるが、どのような議論を経て諸規定が起草されたのかを会議録での議論を参照しながら見てみる²⁸⁰。

第一節の「人格権」という改正草案ができるまでは、一九五一年四月一二日から一九五二年五月一五日までに延べ、七回の会議が行われた。人格権規定に関するたたき台が Houin によって提示された²⁸¹。たたき台の諸条文やその提案理由に入る前に、最初に指摘すべきことは、「人格とそれに付随する諸権利」という題目である。なぜこの題目にしたのかに関しては特に言及がないために詳しく検討はできないが、本稿でこれまで述べてきたことからすると、この題目は従来の学説が人格権を語る際に当然の前提としているものを的確に示していると思われる。つまり、この人格は単なる抽象的権利義務の主体となる意味での「法的人格」ではなく、人間が生まれながらに有する自然的かつ具体的「人格」であり、その人格に付随した権利というものを法が承認することが、まさに人格権であることをこの題目は示している。

さて、Houin が提示した八カ条に基づいて、一九五一年四月一二日会議において他の委員たちによって検討に付された。この会議では、人格権、胎児の保護、資産 (patrimoine) など権利主体と人格権との関係について議論がなされているため、議事録をまず紹介し²⁸²、その後検討する。

・民法改正委員会「一九五一年四月一二日会議」

人格権、胎児の保護、妊娠時期の決定、自然人の同定

参加者：Julliot de la Morandière 委員長，Cavarroc，Charpentier de Lapanouse，
Latournerie，Lyon-Caen，Niboyet，Rouast，Jousselin，Houin 事務局長，
Mallet，Verrier，Boitard 書記官

不在者：Delépine，Ancel.

この会議では、《自然人と家族について。第一章：人格とそれに付随する諸権利》と題する Houin によって提案された草案を検討し承認した²⁸³。

²⁷⁹ 前掲注二六八) Julliot de la Morandière 報告五六頁。

²⁸⁰ Travaux de la commission de réforme du code civil, t. VI (année 1950-1951), pp. 31 et ss.

²⁸¹ Roger Houin は、Rennes 法科大学教授・民法典改正委員会事務局長である。

²⁸² Travaux de la commission de réforme du code civil, t. VI (année 1950-1951), pp. 37-41.

²⁸³ 以下では、Houin の提案する草案を委員会草案と区別するために、Houin の草案 (projet)

この提案草案は、提案者の意図として、個別的に緻密な議論のために、土台を提供することをその目的とする。

条文の詳細な検討に入る前に、二つの一般問題が置かれる：我々は、人格権の承認を確実にするために、民法六条と一三八二条という実際の条文だけで満足できるのか。もし、それを否定するならば、人格権に関する特別な章を設けなければならないのか、あるいは単に関連するそれぞれの章（たとえば、相続、民事責任など）での条文に立ち戻るべきだろうか。

Houast と Niboyet 委員は、人格権問題が、一定程度は国内憲法ないし同時に国際憲法とも関わるという事実を強調した。フランス憲法の序文は、とりわけ有名な《人権宣言》に依拠しないのだろうか、国連の《人権憲章》は既にフランス官報に公布されていないのか、もっともそれら条文の法的拘束力が議論される。

委員長は、いずれの場合を考えても、提示されたこれらの条文が人間を保護しようと努める限りにおいて、民法に固有の利益を現すと指摘する。彼は、＜保護すべき権利のリストを設けることは、誤謬に陥ることになりかねず、同時に不可能である、しかし、反対に、将来の民法において人格権尊重を保障する諸規範を明確にすることは重要である＞という De Lapanouse の提案に同意する。

Latournerie は、人間人格の諸権利（＝人格権、筆者）に関する理論と公的自由（libertés publiques）に関する一般理論とを常に切り離すことはできないことを認める。しかし、人間の基本権の保護とその実在という、かなり一般的要求に関する条文を民法で認めないということは、大きな欠缺であるという。たとえば、家族を構成することあるいは契約を尊重することのように、疑いなく、民法典は全体として個人を保護しようと努めている。しかし、人間は、場合によって、裁判所によって尊重が認められる諸権利、たとえば身体の完全性、組合の自由、葬儀の自由への権利などいくつかの個別的性質を有する権利をも享受する。

Cavarroc と Niboyet は、今日の民法一三八二条は判例によって解釈されており、この（人格権の、筆者）尊重を保障するためにもそれで十分であると考える。Rouast は、この点に反対する。一三八二条は常に満足の制裁を保障するものではない。人間の保護は他の側面をも有する。：たとえば、契約無効、信仰の自由を配偶者が無視するときに他方配偶者に有利に宣言される離婚、父権（puissance paternelle）の濫用を抑えるために裁判所によって採られる諸措置など。

Latournerie のように Rouast は、民法典に人格権保護のための個別の諸条文が入ることに利益があると考える。とりわけ、彼は委員会に二つの新たな問題について注意を引き寄せる。第一は、遺体の保護のように、社会的あるいは科学的必要性和人格権が互いに衝突すること。第二は、たとえば臓器あるいは目のように生きている自然人の諸要素に関する契約の法的効力。これらの問題は立法者によって明確に解決されるに値するのではなから

を「提案草案」とする。

うかと。

委員会は、人格権に関する個別の節の起草に好意的理解を示し、Houin によって作られた草案を項目ごとに検討することを決める。

提案草案の第一条は以下のように示された：

《人間は、生まれたときから、社会生活、職業生活、家族生活の尊重と、精神的かつ身体的人格の尊重とを保障するために備えられたすべての権利と自由とを享受する》。

Oudinot は、この条文がある《選挙公約》に関する諸表現を若干連想させると批判した。反対に、Cavaroc は全草案のなかで唯一修正なしに採用されるに値する条文であると考えた。：この条文は判例に有用な指針 (directive) を与えるが、それぞれは訴えの自由に任されている。

Lyon-Caen は、また、この条文の維持を主張した。

しかしながら、委員会の多数は、この条文の基本的構想 (idée) だけを受け入れるべきであると考えた：人間は生まれてから死に至るまで一権利主体である。この規範の起草は様々な難しさを提起する。Rouast は、《権利主体 (sujet de droit) 》という表現が、非法律家の読解に些か難解であると心配する。彼は、《人間の諸権利は、生まれるときから始まる》という Lyon Caen の表現がより望ましいとする。委員会の何人かのメンバーは、《権利主体》表現において《権利》という単語を単に複数にすることを考えた。しかし、民法典は既に造詣深い実務家によって基礎されているという Niboyet の見解や、委員長の《権利主体》という古典的表現に対する主張に基づいて、維持された。

委員長はこの規定を一条一項に置き、二項に Houin の草案二条によって伝統的に認められた規則を続けることを提案した。《単なる胎児も、生きてかつ生存しうる状態で生まれる限り、諸権利を享受するとみなす》。

委員会はこの提案を支持した：しかし、各メンバーの望みを考慮に入れるためには、古いラテンの規則により近い起案が採用された。結局、第一条は次のように起草された。：

第一条 人間は、その出生から死亡まで、権利主体である。

胎児は、利益を有するすべての場合には、生きてかつ生存しうる状態で生まれる限り、生まれたものとみなす。

Houin の提案につき、委員会はこの条文の配置につき、直ちに付随的に生じる妊娠の最短

と最長の期間を明確にすることを決定した。この規範は既に親子関係の章に置かれていたが、しかしその一般的価値から人格権の節において統合を図った。

第二条 子は、出生前 180 日と 300 日との間の期間に、懐胎されたものとみなす。

《省略》

続いて、委員会は提案草案の第三条の検討に入る。：

《人 (une personne) の同一性 (identité) は、あらゆる方法によって証明することができる》。

《省略》

続いて、提案草案の第四条は示された：《各人は、一つの patrimoine を有する。》

この条文は単なる学説上の利益しか有しないという Niboyet の批判に基づいて削除された。

提案草案の第五条と第六条は検討された：

第五条 人格権は譲渡不可であり、差押不可であり、時効消滅しない。

人格権に与えられたすべての任意の制限は、それが一般的あるいは公序良俗に反するとしたら、無効である。

第六条 人格権に関するすべての不法の侵害は、行為者の責任に帰する。

この二つの条文は、委員会に多くの疑問を呼び起こした。人は、生きている間、その身体を処分できるのか。その人格は死とともに消滅するのか。たとえば、死体検死あるいは解剖のように、科学的あるいは医学的研究に対して、かなり狭い一条文を通じて、かなり後退化させるおそれがあるため、委員の何人は、かなり正確な諸条文を起草することにつき、難しさと危険さを指摘した。他方、目バンクあるいは臓器バンクを作り出すことの有

用性は言うまでもない。社会道徳は進化するし、かつ科学の進歩と医学の必要性を考慮することを判例に任せるべきである。

Boitard は自然債務の領域で認められるものと類似の解決をこの分野においても取り上げることを提案する。：物理的身体 (personne physique) に関わる契約は、自発的履行のときにだけ有効である。

Latournerie はこれらの尊厳と意思に必然的な尊重はもはや存在しないと主張する。なぜなら死は身体による保護の終わりをもはや示さないからである。

Oudinot は葬式の自由に関する一八八七年一月一七日法律の条文を援用する。

Houin は、死の記憶への侵害について生きている遺族を侵害する限りにおいて、刑事的に罰されることを述べた。

Cavarroc は、死者の権利、家族の権利、友人の権利との間で混同が生じるか否かについて問題にする。

結局、委員会は、Latournerie 委員に次の会議に検討すべき条文の草案を頼んだ。

書記官 Boitard

上記の提案草案の第五条と第六条は、後の一九五一年五月一〇日・二四日会議で改めて議論される。

・民法改正委員会「一九五一年五月一〇日・二四日会議」²⁸⁴

肖像・信書の保護の部：《省略》

最後に、委員会は Houin によって提案された、民事面における人格権の尊重を保障することに努める諸条文の研究に取り掛かった。

提案草案 第五条 《人格権は、譲渡不可、差押不可であり、時効消滅しない》。

《人格権に与えられたすべての任意の制限は、それが一般的あるいは公序良俗に反する

²⁸⁴ Travaux de la commission de réforme du code civil, t. VI (année 1950-1951), pp. 58-66.

としたら、無効である》。

第六条 《人格権に関するすべての不法の侵害は、行為者の責任に属する》。

これら条文の最初のものについては、活発な議論があった。

委員長と Niboyet は、異論のある規定を置くことに賛成するのか、棄権するのがよりよいのかを自問した。實際上、様々な人格権が譲渡不可なのは確実なのだろうか。Niboyet は、示されたこの規範が、出版社に譲渡・付与または遺贈できる著作者人格権のような個別の場合には、不正確であるにとりわけ考える。

委員会の多数は、この見解に反対し、まさに著作者人格権の根源的特徴は著作者の人格から離れないことにあり、したがって《取引外》であると考ええる。

Latournerie は、委員会が混同しているという。確かに人格権は、いくつかの限界と自発的な制限を与える。役務を賃借される人は、その自由を部分的に譲渡する。しかし、これらの権利の本質的特質は、最終的かつ全体的にこの権利を処分できないことに存在する。この原則は、完全に留保されるべきである。この確認は、一般射程を有する条文に挿入されるに値する。

Ancel はこの見解に同意する。とりわけ著作者は、たとえ著作が自身の思想をもはやよく表さないとしても、最終的に修正権を放棄したり、著作の破壊権を放棄したりすることはできないと考える。判例によると、著作者人格権の保持人 (titulaire) は、最終的かつ撤回不能の方法でもって、作品を放棄することはできない。

Cavarroc と De Lapanouse は、権利の保持者の自由を残して置く一般規範が望ましいと考える。De Lapanouse は、次の草案を提示する：《人格権は、最終的かつ全体的仕方でもって譲渡することはできない》。

Lyon-Caen と委員長は、人格権の部分的制限が公序に反するものでないときは許されることを規定することを望む。

Houin は、結局、次の草案を提示し、採用された。

第一七条 人格権は取引の目的とならない。

この権利の行使に付された任意の制限は、公の秩序に反するときは、すべて無効とする。

Houin によって提示された二番目の草案は、そのままの形式を維持することが難しくなった。

委員長は、《不法》という用語が無用ではないのかどうか問題提起した。Cavaroc も、示された草案に反対する態度を示した。たとえば、勾引状 (mandat d'amener) のように、人格権への侵害は合法である²⁸⁵。

Houin は、示された草案は単に侵害者の責任を制裁するためのものであることを強調した。次の定式によってそれを補充することができる。:

《人格に対するすべての侵害は、民法典の X 条以下の条文において、侵害者の責めに任ずる》。

委員長は、原則に関する条文を維持するのはおそらく無用ではないと指摘する。委員長は、人格侵害への通常の制裁 (sanction) は、侵害者の民事責任にあることを肯定する。人格権の尊重を保障するためのその他の手段は裁判官に任されたままである。: アストラント (astreinte)²⁸⁶、批判行為の排除あるいは削除を命ずる判決。

Rouast は、不法行為責任に関する公式的宣言 (référence formelle) に同意することを躊躇する。侵害者に対する責任は、契約的ということもありうる。

Boitard は、委員会が責任原則を肯定することによって、裁判所にそれぞれの無効あるいは擁護 (défense) の結論づけを任すことになると指摘する。したがって、この原則を置く方がより良いと、Rouast はこの方法に同意する。

De Lapanouse は、反対に、否定的解決策を提示する: 条文不在によって、裁判所は一般法の諸制裁を適用する。

委員長は、一般射程に関する一つの条文 (un texte) で十分であると考ええる。法典は規範に関する細い側面に立ち入る必要はない。細部の解決策を与えるのは判例である。

²⁸⁵ 日本では、刑事訴訟法六二、六四条参照。

²⁸⁶ 山口俊夫編『フランス法辞典』四二頁では、アストラント、罰金強制と訳されている。アストラントについては、森田修『強制履行の法学的構造』(東京大学出版会、一九九五年) [初出、一九九二～一九九三年]、大濱しのぶ『フランスのアストラント—第二次世界大戦後の展開』(信山社、二〇〇四年)、廣峰正子『民事責任における抑止と制裁—フランス民事責任の一断面』(日本評論社、二〇一〇年) 六七～七〇頁 [初出、二〇〇五年] も参照。

Houin は、侵害を被った人が損害の存在を立証することは置いておくとして、人格権は尊重されるべきである点をここで肯定するのが重要ではないかと述べる。

Lyon-Caen は、たとえ侵害を被った被害者が損害を立証できなかったとしても、人格を侵害した加害者が責任を負うことができる点は、理解し難いとする。

Niboyet は次の草案を提案した：

「人格の侵害を被る人は、その侵害の差止を命じることを、裁判官に訴えることができる」 この草案は、言及を避けることによって、損害の不可避性 (nécessité) を排除した。

Rouast は、この規定を、人格権の取引不可に関する予定かつ採用された条文の最終項として置くことを考慮することはできないか、と問いた。

委員長は、提案された規定の射程を強調する一つの個別条文をより好む：その人格は、契約当事者によるものではなく、第三者の脅かしから保護されるものである。

委員長は、委員会に次の草案を提案し、採用された。

第一八条 人格に対する不法の侵害がある場合には、侵害を受ける者は、その差止を請求することができる。ただし、侵害者に損害賠償責任の発生することを妨げない。

書記官 Boitard

2. 一九七〇年・九四年立法という枠組

上で議論された戦後の民法改正委員会による民法改正作業は実を結ばなかったものの、人格権に関する立法は、二〇世紀後半になって、法益ごとに条文化されることになる。人格権に関するものとして最も重要なものとして、私生活の尊重に関する一九七〇年立法と、生命倫理に関する一九九四年立法がある²⁸⁷。以下では、この二つの法律を素材として、私生活の尊重権と身体・生命に関する権利が、人格権概念といかなる関係を示しているのかについて見てみる。

²⁸⁷ この分類は Cornu が人間の始原的権利を「身体の尊重」と「人格に関する他の始原的権利」に分ける立場に最も近い (Cornu, op. cit., Les personnes)。両法を平行に捉える立場として、北村一郎「フランスにおける生命倫理立法の概要」ジュリー〇九〇号 (一九九六年) 一二八頁注七) 参照。

1) 一九七〇年七月一七日立法²⁸⁸

私生活の尊重原理は、一九世紀のある判決をきっかけに判例として認められて以来²⁸⁹、実務上様々な形で認められてきた²⁹⁰。フランスにおける個人的自由 (liberté individuelle) は、人権宣言以来の長い知的伝統のなかで語られて来たのであり、私生活の尊重も広い文脈としてはそのなかで位置付けることができる。一九七〇年七月一七日立法は、「市民の個人権の保障を強化するための法律」という題目のもとで²⁹¹、第三部「私生活の保護」第二二条では、民法典に九条を新たに入れることを決めた²⁹²。第一項では「各人はその私生活の尊重権を有する」と規定し、第二項では「裁判官は、私生活の秘密に対する侵害を防止または中止するために、損害賠償とは別に、係争物寄託、差押その他の適切なすべての措置を命ずることができる。これらの措置は、緊急な場合に緊急審理 (référé) によって命ずることができる」とした²⁹³。

²⁸⁸ R. Lindon, Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives a la protection de la vie privée, JCP Doc. 1970, 2357. ; R. Badinter, La protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine, JCP doc. 1971, 2435. ; J. Pradel, Les dispositions de la loi no 77-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée, Dalloz chro., 1971, p. 22.

²⁸⁹ Trib. civ. Seine, 16 juin 1858, D. 1858, III, p. 62 (Aff. Rachel). この判決が出た当時の社会的状況については、橋本一径「イメージの権利——一九世紀フランスにおける写真の著作権・肖像権」美学芸術学論集九号 (二〇一三年) 二七頁以下参照。私生活に関する歴史一般について、P. Ariés et G. Duby, Histoire de la vie privée, t. 1 - 5, Seuil, 1985.

²⁹⁰ P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit, préf. H. Mazeaud, 3é, Economica, 1995. Kayser は、同法成立前に Conseil d'Etat の一九六三年一月一日混合部判決において、人格権や信書の秘密に関する権利を認めることによって、暗黙的に私生活の尊重権が承認されているという (Kayser, op. cit., RTDC, p. 489, note 2)。

²⁹¹ JCP III, 1970, 36849-36850. 私生活の保護に関するもののほか、捜査段階における被疑者の人権、国家の安全に関する重罪及び軽罪を整備する規定なども盛り込まれた。

²⁹² 同法の成立背景の一つとして、一九六八年のヨーロッパ評議会諮問会議法律部会が私生活保護立法に関して勧告案を採択した点、西ドイツ・スイスなど法改正などの国際的な動きがあった (J. Pradel, op. cit., p. 111, 大石・前掲注五〇) 六六頁)。一九四八年一月一〇日パリで行われた第三回国連総会において満場一致で採択された世界人権宣言第一二条は、「何人も、その私生活、家族、家庭、通信に対して恣意的な干渉を受けたり、または名誉と信用に対して攻撃を受けたりすることはない。人はすべて、このような干渉または攻撃に対して法の保護を受ける権利を有する」と規定し、一九五〇年一月四日ローマで署名されたヨーロッパ人権条約八条 (私生活及び家族性格の尊重と権利) は、「①すべての人は、その私生活及び家族生活、住居並びに通信を尊重される権利を有する。②省略」と規定しており、国際レベルで既に私生活の尊重は一般化した。世界人権宣言に関しては、高木八尺、末延三次、宮沢俊義編『人権宣言集』(岩波文庫、一九五七年) 三九八頁以下参照。ヨーロッパ人権条約に関しては、F. スユードル、建石真公子訳『ヨーロッパ人権条約』(有信堂、一九九七年) 参照。

²⁹³ 条文訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典一家族・相続関係』法務資料四三三号 (一九七八年) 四頁を参照した。同法以前の私生活に関する主要文献として、L.

同条の制定過程においては、国民議会でいくつかの修正案が出されて議論がなされたために、以下で取り上げる²⁹⁴。同条の政府草案は、最初第一項は「各人はその私生活の尊重権を有する」と規定し、第二項は、「裁判官は、私生活の内密性への侵害を防止するために、アストラント (astrentes)、差押、係争物寄託のようなあらゆる措置を命令することができる；とりわけ重大な場合、緊急性が存在するとき、これらの措置は、緊急審理によって命ずることができる」と規定した。

これに対して、政府草案の説明者である Michel de Grailly と、P. Mazeaud, Tiberi が、九条第一項を「私生活に関するすべての違法な侵害 (illicite atteinte) は、加害者の責めに帰する損害が存在しなくても、被害者に主張する権利を与える（下線、筆者、以下同様）」という六九番修正案を提出した。また、de Grailly, Mazeaud は、第二項の「私生活の内密性の侵害を防止するために、アストラント (astrentes)、差押、係争物寄託のような」の語を、「このような侵害を中止 (faire cesser) あるいは防止するための、差押、係争物寄託のような」の語に替える七〇番修正案が出された。de Grailly は、第二項の「とりわけ重大な場合」の語を取り除く二四二番修正案を個人的に提出した²⁹⁵。

まず、七〇番修正案に対して、Mazeaud の補足説明があった。アストラントの削除理由につき、「アストラントは、判例法による措置の一つである。我々は依然として立法におけるアストラントの位置を正確に知らない。その金額確定 (liquidation) を実行することが問題となるとき、我々はとりわけアストラントを理解する。実際、我々はしばしばそれを損害賠償のように考えて問題解決する。；時々、我々は他の原理でもって問題解決する。利益配分 (intéressement) に関する一九六七年のオールドナンスあるいは賃料 (loyers) に関するオールドナンスのような例外条項において、既にアストラントは存在するというのを、我々は反証として提示する。しかし、我々が今日議論する条文に、この言及を行うことは、アストラントに立法的承認を与える」からであると述べる。

これに対して、国璽尚書は七〇番修正案が二つの問題を対象にするという。第一は、私生活への侵害を防止することが問題となるとき、アストラントを裁判官が使うことができるかの問題。第二に、私生活侵害に対して、防止することだけでなく、その中止を被害者が求めることができるかの問題。第一につき、Mazeaud の見解を受け入れることができない理由として、判決を遅滞なく履行させるために一方当事者に向けて金銭的威嚇を与えるア

Martin, Le secret de la vie privée, RTDC 1959, p. 227. ; P. Kayser, Le secret de la vie privée et de la jurisprudence civile, Mél. à R. Savatier, Paris, 1965, p. 405. ; R. Lindon, Le presse et la vie privée, JCP, I, 1965, 1887. ; R. Badinter, Le droit au respect de la vie privée, JCP, I, 1968, 2136.

²⁹⁴ J.O. Débat Assemblée nationale 2 séance du 28 mai 1970, pp. 2067 et s.

²⁹⁵ この文言は、出版物の差押が「それを正当化する程の重大性と緊急性のある場合」(H. Blin et al, Droit de la presse, Paris, Librairies Techniques, 1988, fasc. 300.) や、Trib. gr. inst. Paris, Réf., 27 fév. 1970, JCP 1970, II, 16923 で私生活への侵害が「絶えることのできない性質を有するとき」に差押を認めた (R. Lindon, op. cit., Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970, n° 5.) 点に関わる。

ストラントは、破毀院の判例によって定義されたものである。アストラントは、差押よりは重大なものではなく、既に強制退去に関する一九四九年七月二一日と利益配分に関する一九六七年オールドナンスにおいて立法化されている点を述べる。第二に、「中止」の語を入れる点に関しては、政府の理解として「中止する」の概念は、実際「防止するための」に含まれている。しかし、国璽尚書は、修正案で提案された追加によって有益な明確性を与えるため、文言追加に関しては同意する。

国璽尚書は、六九番修正案に関しては、「加害者の責めに帰する責任による損害がなくて」との語を追加することは有益ではあるが、自身は次のような別の問題についての意見を提示している。政府草案の第二項では「私生活の内密性への侵害」を規定している。六九番修正案によると、第一項ではこの表現を「私生活への侵害」に替えることを提案した。この問題は、民事のみならず、刑事においても基礎となるものであるため重要である。私生活の自由を保護しすぎたために、表現の自由の原則を犯してはならない。「私生活尊重権」と「情報提供への権利」との間に潜在するすべての紛争を公平に解決するべく、政府草案では「私生活への内密性への侵害」という文言を入れて、その調和を図ったのである。したがって政府草案の第二項の文言を支持する。なお、国璽尚書は、二四二番修正案に関しては、適切であると判断して、受け入れることにした。

国璽尚書のこの見解に対して、Michel de Grailly は、次のように述べる。国璽尚書が提示した点は、第一項の「違法」の語の追加に反対するものであると理解する。また、国璽尚書が第二項に関して述べている点も委員会のそれより正確であると感じる。しかしながら、たとえ「各人は私生活の尊重権を有する」という公式が通常は法の規範的諸規則 (*règles normatives de droit*) を有しない国際条約で現れうるとしても、国内法の条文に挿入されるとき、《予防拘禁 (*détention préventive*) は、一つの例外措置である》という公式は奇妙に想起されるだけである。国璽尚書を満足させるための文言を提案するとしたら、「私生活への違法の侵害を受ける者は、要求する権利を有する……」ではなく、「私生活への侵害を受ける者は、被害を被ったことにつき、要求する権利を有する……」に修正される。しかしながら、Michel de Grailly は、第一項は法の原理を表すものであり、第二項は、手続に関する諸規則を示すものであると考える。

この見解に対して、国璽尚書は、まず、私生活の尊重権に関する一般原理を入れることに関しては賛成する。次に私生活の「内密性」という表現は、より制限的であり、より簡単に保護することができるために、維持する。

Mazeaud も、国璽尚書の意見を受けて、次のように述べる。前に言及した二つの法律ないしオールドナンスは、同じ方法でアストラントを規律するものでなく、アストラント一般的要件効果がまだ定まっていない。破毀院でも矛盾した判例が存在し、立場が一定しない。したがって、アストラントの一般的要件効果は立法で解決すべきであるが、立法草案一三条 (=新民法九条) では一般条項の資格として入っているに過ぎない。

続いて、委員会の副会長の Raymond Zimmermann が、最初の二つは国璽尚書に、一つは

Michel de Grailly に対して意見を述べる。第一、第一項では「私生活の尊重権」となっており、第二項では「私生活への内密性への侵害」となっている。もし、各人が私生活の尊重権を有しているとしたら、その侵害は処罰されなければならない。国璽尚書が述べるように、第一項で「すべての人は、私生活の内密性の尊重権を有する」と定めることについては疑問に思っている。第二、アストラントに関して。そこでは、管轄 (compétence) の問題がある。第二項の「とくに重大な場合に」という文言は削除されるべきである。アストラントは、威嚇の性質を有している。；損害賠償で解決できるものは、それで解決されるべきである。緊急審理裁判官は、損害賠償を命ずることができず、この裁判官がアストラントで解決するための権限を有する存在として呼ばれるかは不明確である。：これは、手続に関する諸規範に反する。第三、六九番修正案で「違法」用語の削除を委員会が疑いなく受け入れたと示した Michel de Grailly に対して質問する。「私は、その理由において、侵害の被害 (dommage) に関する適法性 (licéité) が関係していると考える。ところが、侵害の適法性と被害との間には、いかなる直接の関係も存在しない。適法な侵害は、被害を惹起しうる。これらの状況の下で、私は、「違法」用語を諦め、新たな考慮がなければ委員会に賛成しない」。

国璽尚書は、Zimmermann に対して次のように答える。Zimmermann は、第一項の「私生活の尊重権」と第二項の「私生活の内密性」が矛盾するものであると述べる。しかし、我々の精神 (esprit) としては、この原理の承認は、条文の結果であるだけでなく、法律草案のそれぞれの部分全体の結果でもある。実際、各人が私生活の尊重権を有するという原理に基づいて、望遠レンズで肖像を入手したり、また会話を直接聞いたりあるいは生活の内密性のいくつかを襲撃したりする濫用的実務を制裁する。しかし、国璽尚書は、妥協の精神に基づいて、アストラントの語を政府草案の第二項から取り除く修正案を提示し、結果的に Mazeaud の主張が取り入れる形となった。これに基づき、Mazeaud も自らの七〇番修正案を撤回する。

最終的に、政府は二七四番修正案として、民法九条第二項を、「裁判官は、私生活の秘密に対する侵害を防止または中止するために、損害賠償とは別に、係争物寄託、差押その他の適切なすべての措置を命ずることができる。これらの措置は、緊急な場合に緊急審理によって命ずることができる」という文言にした²⁹⁶。

以上の議論を経て制定された民法九条であるが、同法の挿入によって直ちに損害賠償責任を扱う一般条項である民法一三八二条との関係が問題となった。この点については、第二節第二款の方で取り上げるためここでは省略する。以下では、制定過程での議論でも若干述べられたように、民法九条と他の原理との利益調整に関して若干述べる。

民法九条が包摂する分野は、現代社会における表現の自由や情報提供への権利などのよ

²⁹⁶ 二四二番修正案はその趣旨は通ったのであるが、二七四番修正案によって、結果的には「理由なし」となった。

うな他の基本権ないし基本原理との法益衝突が避けられない状況にあるために、必然的に利益調整が要請される²⁹⁷。判例では、例えば、週刊誌が著名な王室の王女の離婚記事において元夫との写真を許可なく載せたことに関して、「公共の事実に関わり」、「無害な性質」を有する場合においては、私生活への侵害にならないとしたもの²⁹⁸、「公衆への正当な情報提供に関する要求」に応えるために、高位職従事者の健康情報のような個人の状況を公開することは私生活の侵害に当たらないとしたもの²⁹⁹、車が焼かれることでなくなった男が「自殺か事故か」という記事で報道されたことに対して、妻と娘らが、亡くなった夫の憂鬱状態、年齢などの公開によって自身の私生活を侵害されたと主張した事案で、当該記事が「時事性 (actualité)」を有するとしたもの³⁰⁰など、市民の知る権利の方を優先するものがあった。

私生活の尊重と表現の自由との間での調整原理を破毀院レベルで初めて明示的に示すこととなった破毀院第一民事部二〇〇三年七月九日判決では³⁰¹、「私生活尊重権と表現の自由は、同一の規範的価値 (valeur normative) を有するものであり、ヨーロッパ人権条約八条と一〇条かつ民法九条を考慮して、裁判官にその衡平 (équilibre) を探究する義務を負わせるが、場合によっては、最も正当な利益から最も保護に値する解決法を優先する」と判示した³⁰²。この定式は、第一に、私生活の保護と表現の自由の間で、いかなる規範的序列 (hiérarchie normative) も存在しないとされた点、第二に、事実審裁判官に対して、両法益の一方に特権を付与するのではなく、両者を調和させるために努力すべき点を示したとして、非常に緻密なものであった³⁰³。

民法九条は憲法原理とも密接に関わっている。監視カメラシステムの設置及び利用に関する法律の違憲性が問われた憲法院一九九五年一月一八日判決では、「私生活尊重権の無視が、個人的自由への侵害を及ぼしうる」から、私生活の秘密に関して制限をもたらす立法条項は憲法に合致しないと判断した³⁰⁴。九五年判決は憲法六六条が保障する「個人的自由」

²⁹⁷ J.-P. Gridel et A. Lacabarats, Droit à la vie privé et liberté d'expression : fond du droit et action en justice, G.P. 17-19 nov. 2002, p.1632 et s.

²⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, D. 2002, p.3164, note C. Bigot.

²⁹⁹ CEDH 18 mai 2004 D. 2004, p. 1838, note A. Guedj.

³⁰⁰ Cass. civ. 2^e, 20 nov. 2003, Bull. civ. II, n° 354, p.288.

³⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 9 juil. 2003, JCP 2003, II, 10139, note J. Ravanas ; RTDC 2003, p. 680, note J. Hauser. ; droit & patrimoine 2004, n° 122, note G. Loiseau.

³⁰² フランスと同じように、ヨーロッパレベルにおいても裁判官が私生活関連の紛争に際して「公正な衡平 (juste équilibre)」を求めることが基準となっている。V. L. François, Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation et des droits d'autrui : la recherche d'un "juste équilibre" par le juge européen, D. 2006, p. 2953.

³⁰³ G. Loiseau, op.cit., note droit & patrimoine 2004, n° 122.

³⁰⁴ Cons. const. 18 janv. 1995, Rec. Cons. const., p.170. ; フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』(信山社、二〇〇二年) 九三頁以下〔江藤英樹執筆〕。この判決によって直ちに私生活尊重権が憲法的価値を有するとは言えないとの見解がある (N.

に関するものであったために³⁰⁵、私生活の尊重との関係が問題となったが、後の憲法院一九九九年七月二三日判決において³⁰⁶、私生活の尊重が個人的自由から切り離されることになる³⁰⁷。その後の、PACSの合憲性に関する憲法院一九九九年十一月九日判決 (con. 73) では³⁰⁸、一七八九年人権宣言の第二条の「自由」に私生活尊重が含まれると判示した。このように、私生活の尊重は、憲法院による判例においては、憲法六六条の「個人的自由」と人権宣言二条の「自由」との両方に関係している³⁰⁹。

今日、民法九条は、憲法のみならずヨーロッパ人権条約八条・一〇条との協働によって更に広い舞台において論じられている³¹⁰。ヨーロッパ人権裁判所の判例だけでもかなりの数に上るために、ここでは省略せざるを得ない³¹¹。

Carbonnierは、「私生活の尊重は、本質的には、不干渉義務から導かれるものであり、静かに放っておいてもらう (*laissez-moi tranquille*)」ものであり、それは、その性質でもって主観的権利であるという立場に立っている³¹²。私生活の尊重権の内容としては、個人の秘密領域を尊重させる権利 (秘密権) と、平穏な状態にさせてもらう権利 (静穏権) がある。この分類は、いわば私生活の尊重権の古典的分類に属するものである³¹³。その他に、性転換に関する判例の発展によって、自己決定 (*autodétermination*) が、私生活の尊重権の

Molfessis, *op. cit.*, Le Conseil constitutionnel, p.137.)。

³⁰⁵ 憲法六六条第二項「司法機関は、個人的自由の守護者であり、法律が定める要件にしたがって、この原則の尊重を保障する」。辻村みよ子、糠塚康江『フランス憲法入門』二六八頁。

³⁰⁶ Cons. const. 23 juil. 1999, Rec. Cons. const., p.100. ; フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例Ⅱ』(信山社、二〇一三年) 八七頁以下〔馬場里美執筆〕〔以下では、『フランスの憲法判例Ⅱ』とする〕。

³⁰⁷ L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, 4é, Dalloz, 2007, p.208. 馬場里美『フランスの憲法判例Ⅱ』九〇頁。

³⁰⁸ Cons. const. 9 nov. 1999, Rec. Cons. const., p.116. ; フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』(信山社、二〇〇二年) 九八頁以下〔齊藤笑美子執筆〕、同『フランスの憲法判例Ⅱ』九一頁以下〔同執筆〕。

³⁰⁹ B. Beignier et J. Antipass, *La protection de la vie privée, dans Libertés et droits fondamentaux*, 19éd, Dalloz, 2013, p.219. なお、一九九三年の時点で既に、憲法改正のための諮問委員会の議長であったG. Vedel 名誉学長は、憲法六六条を「各人は、私生活の尊重権と人格の尊厳権を有する」の文言に替えることを提案している。

³¹⁰ Debet, *op. cit.*, ; A. Debet, *Le Code Civil 1804-2004, un passé un présent un avenir*, Dalloz, 2004, p.953, ローラン・ルヴヌール、大村敦志訳「フランス民法典とヨーロッパ人権条約・ヨーロッパ統合」ジュリー二〇四号 (二〇〇一年) 四〇頁以下、伊藤洋一「コメント」同五〇頁以下参照。

³¹¹ F. Sudre dir, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l`homme*, Bruylant, 2005. p.11 では、私生活は「それを定義する以上になっている」との言葉を引用して (J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l`homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, n°652)、ヨーロッパレベルではもはや私生活を定義することは難しい状況になっていると説明する。

³¹² Carbonnier, *op. cit.*, *Quadiage manuels*, p.518.

³¹³ A. Lepage, *Personnalité(Droits de la)*, *Rép. civ.* Dalloz, 2009, p.28.

枠組において論じられることになった³¹⁴。ここでの私生活の尊重権は、個人自身が自己情報の主人 (maîtrise) であり、性転換 (transsexualism) も、パスポートへの言及ではなく、自らの意思に基づいて現れるだけである³¹⁵。今後の私生活の尊重権に関して、「個人の自己決定に関する権限 (faculté)」を明確に示すものである³¹⁶。

以上で述べたことからすると、民法九条のような私生活の侵害に関する紛争は、今日においては、もはや当事者同士の法益を考慮することで済む問題ではなく、当事者の個人的利益のほか、社会の「一般利益」というものをも考慮に入れて、総合的に比較衡量することが望まれている³¹⁷。

2) 一九九四年立法

フランスにおいて生命倫理立法は一〇年に渡る議論を経て、一九九四年に三つの立法によってその実を結ぶこととなった³¹⁸。三つの法律が対象とするものは非常に多岐にわたるが、

³¹⁴ 民事身分の処分不可能性が従来判例によって唱えられていたが、ヨーロッパ人権裁判所の判決 (CEDH 25 mars 1992, JCP 1992, II, 21955 note T. Garé ; RTDC 1992, p. 540, note J. Hauser et D. Huet-Weiller.) を受けて、破毀院が判例変更 (Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, 2 arrêts, JPC 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau) を行った。この判決で、治療目的で、医療措置が施され、その結果、外観上、身体的に反対の性になって社会的行動と一致することになったら、民事身分が転換されるという要件を定立した。以上につき、大村敦志「性転換・同性愛と民法」『消費者・家族と法』(東京大学出版会、一九九九年) 八五頁以下〔初出、一九九五年〕。

³¹⁵ A. Lepage, op. cit., *Personnalité*(Droits de la), p. 28.

³¹⁶ J. Ravanas, note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996, n° 85.

³¹⁷ たとえば、Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, D. 2007, 2776, note L. Marino. では「(フリーメイソンに所属することの) 訴訟上の公開は、司法の文脈においてであって、一般利益に関する議論において、公衆への情報として正当化される」。一般利益全般については、M. Mekki, *L' intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004. シンポジウム「現代社会における一般利益の諸相」新世代法政策学研究会 (二〇〇九年) 所収の各報告参照。とりわけ、ムスタファ・メキ、幡野弘樹、齋藤哲志「私法における一般利益と基本権」二二九頁以下参照。なお、二〇一一年に元老院 (Sénat) に提出された報告書では、諸利益の抵触 (conflits d' intérêts) の概念を、「予防と制御 (la prévention et la régulation)」という軸を原理として定義しており (M. Mekki, *Les conflits d' intérêts : prévenir et guérir*, JCP G 2011, p. 1130 et s.), 現代フランス社会において諸利益の対立の軽減のための対策一端が示されている。

³¹⁸ Les lois n° 94-548 du 1 juillet 1994, n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994. 立法経緯については、櫛島次郎「フランスにおける生命倫理の法制化」Studies 一号 (三菱化成生命科学研究所、一九九三年) 一四頁以下、同「フランスの生殖技術規制政策」Studies 二号 (三菱化成生命科学研究所、一九九四年) 一三五頁以下、大村敦志「人工生殖論議と『立法学』」『法源・解釈・民法学』(有斐閣、一九九五年) 二三一頁以下、北村一郎「フランスにおける生命倫理立法の概要」ジュリー〇九〇号 (一九九六年) 一二〇頁以下〔以下、「立法の概要」とする〕、ノエル・ルノワール、北村一郎、大村敦志「フランス生命倫理立法の背景—ルノワール氏に聞く」ジュリー〇九二号 (一九九六年) 七四頁以下など参照。その他、大村美由紀「フランス『生命倫理法』の全体像」外国の立法 三三巻二号 (一九九四年) 一頁以下、ミシェル・ゴベール、滝沢聿代「生命倫理とフランスの新立法」成城

その内容を大きく三つに分類できる³¹⁹。第一は、「身体の尊重」の一般原理に関するもの、第二は、医療的介助による人工生殖に関するもの、第三は、「臓器移植および人体組織の提供と利用」に関するものである³²⁰。このうち、身体の尊重に関する法律と生殖補助と臓器提供に関する法律の二つの法律は、憲法適合性に関する事前審査を受けることとなり、立法直前の憲法院一九九四年七月二七日判決によって適法とされたことによって成立した³²¹。この憲法院判決では、「あらゆる形態の隷従および墮落に対する人間の尊厳の保護は、憲法的価値を有する原理である」と判示し、人間の尊厳につき憲法的価値を付与した。また「小人投げ」事件として著名な一九九五年一〇月二七日の国務院判決では、行政法上の議論において「人間の尊厳」が初めて扱われた³²²。一九九四年立法以来、民法以外にも、健康法、言論法、行政法のような法分野において「人間の尊厳」が拡大した³²³。

同法律によって挿入された民法一六条は、「法律は、人 (personne) の優位 (primauté) を確保し³²⁴、人間の尊厳性を侵害するすべての行為を禁止し、その生命の始まりから、人間の尊重を保障すべきである³²⁵」と規定する。既に一九七五年の「人工妊娠中絶に関する法律」第一条において、「法律は、各人間存在 (tout être humain) を、生命の始まりから尊

法学四七号（一九九四年）一一三頁以下、櫛島次郎「フランスの先端医療規制の構造」法時六八巻一〇号（一九九六年）四八頁以下、ジャック・ラバナス、山野目章夫ほか訳「人体の尊重—フランスにおける一九九四年の立法」比較法雑誌三一巻三号（一九九七年）一三九頁以下、佐賀徹哉「フランス民法と生命倫理法」岐大医短紀要四巻二号（一九九八年）五一頁以下も参照。

³¹⁹ 北村一郎・前掲注三一八）「立法の概要」一二〇頁。

³²⁰ 以上の「生命倫理法」と呼ばれる法律は、二〇〇四年と二〇一一年に二度改正された。同改正につき、林瑞枝「生命倫理法改正」ジュリー一四三二号（二〇一一年）七一頁、服部有希「生命倫理関連法の制定」外国の立法二四九の一号（二〇一一年）一二頁以下参照。

³²¹ Cons. const. 27 juil. 1994, Rec. 100. この判決に関する文献として、建石真公子「フランスにおける生命倫理法と憲法—生命倫理法の特徴と憲法院判決について」宗教法一五号（一九九六年）五五頁以下、小林真紀「フランス公法における『人間の尊厳』の原理（一）～（二・完）」上智法学論集四二巻三＝四号～四三巻一号（一九九九年）一七一～一七八頁〔以下、「人間の尊厳の原理」とする〕、フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』（信山社、二〇〇二年）八七頁〔小林真紀執筆〕、同『フランスの憲法判例Ⅱ』（信山社、二〇一三年）九七頁〔小林真紀執筆〕。

³²² CE, Ass. 27 oct. 1995, 2 arrêts, JCP G II, 1996, 22630, note F. Hamon. ; D. 1996, p. 177 note G. Lebreton. フランスの地方で小人投げゲームを興行として見せ物を催したのであるが、市町村長が内務大臣通達等を考慮し、公序に反すると判断して、差止命令を出した。これにつき、主催会社と小人の両者が、差止命令の無効確認と損害賠償を求めた。国務院は、人間の尊厳の尊重は、地方自治法典二二二の二条が市町村行政警察の目的として定める「公序」の一構成要素であると判断した。同判決については、小林真紀・前掲注三二〇）「人間の尊厳の原理」一七九～一八四頁が詳しい。

³²³ M.-L. Pavia, La dignité de la personne humaine, dans Liberté et droits fondamentaux, 19 éd, 2013, Dalloz, p.176 et s.

³²⁴ 大村敦志『民法0・1・2・3条』一一八頁では、「人の優位」ではなく「人格の優位」と訳す。

³²⁵ 北村一郎・前掲注五〇）「復権」二二〇頁では、「人間の尊重」ではなく「人間存在の尊重」と訳す。

重することを保障する」と規定されていたために³²⁶、人間の「生命の尊重」に関しては、実定法の条文として現れていたのであるが、この立法によって「尊厳 (dignité)」という言葉がはじめて民法典に登場することとなった。したがって、民法ないし民法学としてこの尊厳をいかなる概念として捉えるのかについては大きな課題とされた。以下において、これに関して民法学と裁判例からの反応を若干検討する。

Carbonnier は、民法一六条が導入される前後の状況を次のような言葉で述べる³²⁷。「人間の身体は、人 (personne) の基体である³²⁸。ナポレオン法典と一九世紀の自由主義の法律家たちは、意思主義 (volontariste) の哲学を採っており、人格 (personnalité) の本質を身体よりもむしろ意思に置いていた。しかしながら、意思が存在しない狂人や幼児なども人 (personnes) であったし、意思は決して身体につながっているわけではないため、原則として、人間の身体を人 (personne) から構成されると位置づけることは、非常識ではない。生命倫理の最初の法律によって、民法典にその配置によって挿入されたものはこの意味においてであった：人の優位 (primauté de la personne) が標題として宣言され、その後、身体の尊重がそれに結合された」。ここで Carbonnier は、従来概念である「人」から構成されるものとして身体を位置づけており、従来概念との連続性を重視して位置づけている。続いて、人格権に関して述べているところでは、「人間の尊厳」という項目で次のように述べる。尊厳概念は、「人間存在の尊厳は不可侵である」というドイツの連邦憲法一条から由来するものであるとし、フランス実定法としては、民法一六条の挿入と上記一九九四年憲法院判決によって、厳粛に確認された。問題状況としては、第一、無資格者 (indigne) に尊厳があるのかの問題 (たとえば、相続欠格者に関するフランス民法七二七条) と、第二、尊厳への権利を合法的排斥はあるのかの問題を取り上げる。学校の規則における屈辱性 (humiliation) の利用に関する裁判例³²⁹、判決の公示や実体のない刑罰 (piloni dématérialisé) の公示に関する刑法の裁判例では³³⁰、人間の尊厳に反しないとされた。

Cornu は、「人の尊厳の尊重に関して」という項目を別に立てて、次のように述べる³³¹。「民事分野において、その発展は、二つの理念の下で支えられている。第一、その保護は、客観法からのものである。……人の尊厳は、客観法規範の直接の目的である。尊厳への主観的権利は存在しない。法律は、その尊厳を保護するのであり、直観的かつ直接的に獲得され、保障された尊重を与える。第二、尊厳は一つの指針 (directive) 概念である。……人

³²⁶ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975. 同法律は、「私たちの体はわたしたちのもの」というスローガンを中心に、女性解放運動の一環の結果として成立したものであった。Simone Veil が提案した法律として有名である。

³²⁷ Carbonnier, op. cit., Quadiage manuels, p. 381.

³²⁸ substratum を「基体」と訳したのは、吉田克己「法は身体をどのように捉えるべきか」法社会学 (二〇一四年) 一四六頁注七) による。

³²⁹ CEDH 25 mars 1993, JCP 1994, II, 22262, note Mazière (aff. Costello-Roberts c. Royaume-Uni). この事案では、学校における体罰が問題となった。

³³⁰ Cass. crim. 26 mars et 29 mai 1990, Bull. crim., n° 131 et dr. pén., 1990, 293.

³³¹ Cornu, op. cit., Les personnes manuels, n° 12.

間の条件は、各人において、自由、同一性、慎重さ、名誉、を要求しかつ前提としている。そこで、すべての個人は、尊厳において平等である。人間の尊厳とは、各人のその人間性 (humanité) の尊重である」。Cornu は、Carbonnier と同様に、民法一六条によって人間の尊厳が民法上の原理として認められることになった点については、共通している。ただ、主観的権利ではないという点を強調している点について、Carbonnier より明示的である。公法学説や一部の学説では、人間の尊厳を、新たな主観的権利として考えるものもある³³²。それらの学説には、新たな人権に関する影響力が見て取れるとの評価もある³³³。Cornu は、「尊厳への主観的権利は存在しない」と明示的に述べることによって、これらの学説に対して反対の立場を採っている。

人間の尊厳に関しては、破毀院第一民事部二〇〇〇年一二月二〇日判決 (Érignac 事件) で次のような判断を示している³³⁴。事案は、コルシカ島の Érignac 知事がコルシカ島分離独立運動家二人によって殺害されたことにつき、パリマッチと VSD という週刊誌が、殺害されて街の道路に倒れている知事の顔や体が写った写真を公開した。未亡人と子供二人は、上記二つの週刊誌の記事の差押と発行人に対する損害賠償を求めた。パリ大審裁判所は、ヨーロッパ人権条約一〇条と民法九条に基づいて、差押は適当でないとしたが、出版によって被害者の近親者が悲嘆の感情を覚えたことを指摘し、写真の公表によって遺族に混乱を与えた旨を新聞に掲載することを、二つの週刊誌に命じた。これに対して、週刊誌側は、故人の肖像権は死亡によって直ちになくなる点、当該写真は公的場所で撮られたために遺族には私生活の侵害にならない点、時事性を有する情報を情報提供する権利・義務がある点を主張して、控訴した。しかしながら、パリ控訴院では、次の三つを述べながら、第一審の結論を維持した。第一、ヨーロッパ人権条約一〇条二項を援用して根拠条文を替えた。第二、故人の喪中に、遺族の同意なく、故人に関する写真の公表が、遺族の悲痛な感情を侵害し、遺族の私生活の内密性への権利の一部を侵害すると判断した。第三に、民法九条二項に基づいて、新聞への公示を命じた³³⁵。これにつき週刊誌側は、控訴審では、①民法九条で要求される緊急性の証明がなされていない点、②私生活の内密性に対する侵害が発見できない点、③係争中の出版がヨーロッパ条約一〇条によって認められる基本的自由に関し合法であること、情報提供への要求の責務を果たしていることを主張し、上訴した。これに対し、破毀院は、上告を棄却した。判旨では、「人の権利 (droits de la personne)

³³² B. Mathieu, La dignité de la personne humaine : quel droit? quel titulaire, D. chr. 1996, p. 282. ; Th. Hassler et V. Lapp, Droit à la dignité : le retour!, LPA 1997, p. 12. ; J. -C. Saint-Pau, L'anonymat et le droit, Th. Montesquieu-Bordeaux IV, 1998, n° 495.

³³³ N. Molfessis, La dignité de la personne humaine en droit civil, dans dir. M. -L. Pavia et T. Revet, La dignité de la personne humaine, Economica, 1999, n° 25, p. 127.

³³⁴ Cass. Civ 1^{re}, 20 déc 2000, JCP G 2001, II, 10488, concl. J. Sainte-Rose, note J. Ravanas. ; D. 2001, p. 872, note J. -P. Gridel. この判決は、小林真紀・前掲注三二〇) 「人間の尊厳の原理 (一)」一五～二二頁で既に紹介されている。

³³⁵ 遺族の損害賠償請求に関しては、否定した。

への侵害の証明だけで、民法九条の意味における緊急性を特徴づける。公開された写真が、暗殺されて Ajaccio 街の道路の倒れている知事の顔と体を明確に表したことから鑑みると、控訴審はこの肖像が人間の尊厳を侵害し、その公表は違法であると判断できる。控訴審の決定は、ヨーロッパ人権条約一〇条と民法一六条を鑑みると、法的に正当化される」と述べた。本件破毀院判決で注目される点は、民法九条に関する判旨と、人間の尊厳に反して違法である判断したものである。ここでは、後者だけに限って検討する。破毀院は、上記の短い判旨だけでもって肖像の公表を違法と判断したのであるため、「尊厳」とは何か、民法一六条を援用しなければならない理由は何か、問題となっているのは民法九条違反ではなく、民法一三八二条を検討すべきではなかったかなど、とりわけ批判が強い³³⁶。破毀院が控訴審までに主張されることのなかった民法一六条をいかなる理由で考慮することとなったのかにつき、二〇〇〇年九月一九日オルドナンス二〇〇〇の九一六号によって³³⁷、一八八一年七月二九日法律に被害者の尊厳の侵害における罰金刑に関する三五条の四を取り入れたことの影響があるのではないかという Derieux の指摘は興味深い³³⁸。破毀院判決の言及した「人間の尊厳」に関しては、棄却判決に関して誇張した解釈を展開している感が歪めないものではあるが、人間の尊厳への尊重は遺体にまでその射程を広げ、「今日、人間の尊厳への尊重は、その人の死を越えて、私生活の内密性より階層的に (hiérarchiquement) 優先し、完全なる復興 (en plein renouveau) として伝統的原則の一つである」と述べる評釈もある³³⁹。

上記のような故人の写真が公開されたこととは異なるものであるが、その翌年、本人の写真の公開が問題となったことに関する破毀院第一民事部二〇〇一年二月二〇日判決が現れた³⁴⁰。高速鉄道 RER の Saint-Michel 駅での爆発テロによって負傷したある夫人が、パリマッチの週刊誌にその姿を無断で公開された。これに対して、本件写真の公開によって自らの「人間の尊厳」が害されたとし、撮影された場所のカフェは私的な空間であるため私生活をも侵害され、同意なく肖像を掲載されたことは肖像権侵害に当たると主張した。一九九七年四月二日にパリ大審裁判所は、係争中の写真が撮られた場所は、私的な空間ではないと判断し、かつ時事性を有する報道の自由の観点からして、写真掲載への違法性を否定した。これに対して、一九九八年一月三〇日のパリ控訴院判決では、本人の同意のない写真の公表は肖像権の侵害に当たるとして、違法性を肯定した。これに対して破毀院は、次のように述べて控訴審に破棄差戻した。「ヨーロッパ人権条約一〇条と、民法九条と一六

³³⁶ E. Derieux, Réparation des abus de la liberté d'expression. En application de la loi du 29 juillet 1881 ou d'autres textes, LPA, 7 mars 2001, pp.18-19.

³³⁷ Ordonnance n° 2000-916 du 19 sep. 2000, JO, n° 220, 22 sep. 2000, art.3.

³³⁸ Derieux, op. cit., p.19. 小林真紀・前掲注三二〇)「人間の尊厳の原理(一)」二一頁。

³³⁹ J.-P. Gridel, op. cit., note D.2001, pp.872 et 873.

³⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2001, JCP G, II, 10533, note J. Ravanas. この判決に関しては、小林真紀・前掲注三二〇)「人間の尊厳の原理(一)」二二～二六頁で紹介されている。

条から鑑みるに、ある事件に遭遇した人の肖像の公表は、人間の尊厳を尊重することを唯一の留保として、情報伝達の自由として、許される」と述べてから、「当該写真は、衝撃的である (sensationnel) こともなくかつわいせつ的 (indécence) でもないために、写っている人の尊厳を侵害するものではない」と判示して、控訴審を破棄した³⁴¹。本判決の意義としては、まず、肖像の公表につき、情報伝達の自由を防ぐことのできる一つの優先的制限 (une limite supérieure) として、「人間の尊厳」を掲げた点である³⁴²。また、本判決は、人間の尊厳を規定する民法一六条を援用しながら、尊厳の主体を、人間一般ではなく、「個人」の尊厳に関して判断した点において意義を有する³⁴³。このときの「尊厳」に関する判断基準として、「衝撃さ」や「わいせつさ」を掲げている。この基準の由来に関しては、控訴審において賠償金の減額理由を述べる部分で、「衝撃さを求めるものでもなく、わいせつ的であるともいえない」という判示があったから、これを受けて破毀院がこのような基準を示したという³⁴⁴。

人間の尊厳に関しては、人体の尊厳ないし遺体の尊厳をもその射程に入るのかどうかの問題となる。最近、遺体の尊厳に関して、「人体の不思議展」をめぐる一連の訴訟が話題となった³⁴⁵。この展示をめぐる人権団体などが民法、刑法、公衆訴訟法典に基づいて展示企画会社に展示の差止を請求した³⁴⁶。これにつき、パリ大審裁判所・パリ控訴院は、当該展示は商業目的でもって遺体を扱うものであり、民法が定める人体の尊重に違反するとして差止を認めた。これに対し被告会社は破毀院に上告した。破毀院は、商業目的の遺体の展示は、「遺骸は、尊重、尊厳及び節度をもって取り扱われなければならない」と判示し、民法一六の一の一条二項に違反するとして上告を棄却した³⁴⁷。

3. 小括

民法改正委員会における人格権概念の条文化は、最終的には立法されなかったものの、

³⁴¹ 夫人が移っている写真では、ショックを受けた様子を表しているが、血を流していたかどうかに関しては判決からは明らかではない。

³⁴² A. Lepage, note sur Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2001, D. somm. 2001, p.1990.

³⁴³ J. Sainte-Rose, dans conclusion sur Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 2001, Gaz. Pal. 2002, pp. 40-41.

³⁴⁴ 小林真紀・前掲注三二〇)「人間の尊厳の原理 (一)」二五～二六頁。

³⁴⁵ 藤野美都子「人体の尊重は死後まで」ジュリー四一九号 (二〇一一年) 一〇四頁、水野紀子「遺体の法的地位」森島昭夫、塩野宏編『加藤一郎先生追悼 変動する日本社会と法』(有斐閣、二〇一一年) 六九一頁、末永恵子『死体は見世物か』(大月書店、二〇一二年)、水野紀子『『死』に関する規律』論究ジュリ (二〇一三年夏号) 七三頁以下も参照。

³⁴⁶ 民法一六の一の一条「人体に対する尊重は、死をもって消滅しない。火葬に付された遺灰を含む遺骸は、尊重、尊厳および節度をもって取り扱われなければならない」、刑法二二五の一七条「死体の完全性に対する侵害は、いかなる方法にせよ、一年の拘禁刑および一五〇〇〇ユーロの罰金に処する」、公衆訴訟法典一二三二の一条「死が正式に確認された人からの組織の採取は、臨床医学的あるいは科学的目的においてのみ行い得る」。

³⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 16 sep. 2010, D. 2010. 2145, note F. Rome ; RTDC 2010. 760, chr. note J. Hauser.

その後の議論に大きな影響を与えたことを否定することはできない。従来議論されてきたものを新たに表に出して議論することによって、必ずしも意識化していない部分が改めて確認された面が多々あるからである。たとえば、Rouast、Niboyet、Latournerie は人権宣言、憲法との関係を意識した発言をし、人格権が民法上の問題ではあるが、これらの議論とのつながりを享有するものであるという点を示した。もちろん、取引不可性や譲渡不可性などの人格権に関する法的性質、効果等を明記した点が評価されるべきものであることには異論がない³⁴⁸。民法一三八二条との関係をいかに整理するかという論点も重要である。民法一三八二条の一般条項性を理由に Cavarroc と Niboyet は人格権条項の立法に反対する意見も出していた。しかし、Rouast によって、契約無効、父権の濫用、離婚のように、不法行為以外にも人間の人格を尊重すべき場面は存在するとして厳しく反論されたことによって、人格権の設置それ自体に反対することはできなかった。

このような委員会での議論が残した無形の資産が後の立法につながっている。人格権そのものは立法されなかったものの、一九七〇年立法や一九九四年立法の枠組みも、これらの議論とつながりを有している。両立法の立法に関して、立法時期の背景事情に注目した興味深い指摘がされているが³⁴⁹、これらの立法の土台となったものも、民法改正委員会での議論であるといえるだろう³⁵⁰。

第二項 現代学説における人・人格・人格権

³⁴⁸ Avant-projet de Code civil, présenté par la Commission de réforme du Code civil, Paris, Sirey, 1955, p. 75 et 237 (野田良之ほか訳「フランス民法典改正草案」比較法雑誌四巻一＝二号(一九五八年)一一三頁、一七七頁)。第一六四条「人格権は、取引の目的とならない。この権利の行使に附された任意の制限は、公の秩序に反するときは、すべて無効とする」、第一六五条「人格に対するあらゆる不法な侵害は、それを被った者に対して、その侵害を差止めることを請求する権利を付与する。ただし、侵害者に責任の発生することを妨げない」。

³⁴⁹ 水林彪「近代民法の原初的構想- 一七九一年フランス憲法律に見える Code de lois civiles について-」広中俊雄編「民法研究 第七号」(二〇一一年)一三二～一三三頁では、一九七〇年法と一九九四年法の立法時期が、①憲法院の法律審査が、人権保障の観点からなされた嚆矢としての一九七一年判決(Cons. const. 16 juil. 1971, Rec. 29, RJC I-24, GD. 19. フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』(信山社、二〇〇二年)一四一頁〔山元一執筆〕)、②一九八五年判決(Cons. const. 25 jan. 1985, Rec. 43, RJC I-223, GD. 37. フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』(信山社、二〇〇二年)四一四頁〔蛭原健介執筆])を画期とする、違憲審査対象の拡大がなされた「憲法の人格権法化」の時期と類似する点に着目している。

³⁵⁰ 一九七〇年立法の公布の際に、「賠償の外で、財産外の利益の保護に関する研究に衝撃が走った」との表現も見られたが(M.-E. Roujou de Boubée, Essai sur la notion de réparation, préf. P. Hébraud, th. LGDJ, 1974, p. 295.)、依然として人格権論が民法一三八二条との関係を保っている点からして、このような表現には誇張された面がないわけではない。

1. 人間の根源的権利としての人格権³⁵¹

Carbonnier は、人格権の上位概念として「人格 (personnalité)」を設ける。自然人 (personnes physiques) を特徴づける属性として、まず「人格 (personnalité)」を認める³⁵²。この概念は、権利義務の主体となりうるという意味での「法人格 (personnalité juridique)」ないし「権利能力」とは異なるものである。「古典的表現における私権 (droit civil) は、Code Civil と厳密につながった氏名・住所・民事身分・不在のような諸要素から構成されたものにすぎなかった」が、人格に関する理論は学説・判例の飛躍的發展によって、人間の法理論になったのである。今日において、法 (droit) は、自然人の「存在」、「個性化 (individualisation)」、「諸属性」に直接関心を有する。この諸属性に関するものが、人格権である。

Carbonnier の著書 (Droit civil, 1. Les personnes, PUF) では、自然人の属性・人格権に関する説明の仕方が改訂によって変化が見られる。第九版 (一九七一年) までは自然人の諸属性として、自然人の始原的権利 (droits primordiaux)、民事に関する諸自由 (libertés civiles)、民事上の平等 (égalité civile) を挙げていた。しかし第十版 (一九七四年) から、人格権 (droits de la personnalité)、個人の諸自由 (libertés individuelles)、私生活の尊重、民事上の平等を挙げる。さらに quadrige 版 (二〇〇四年) からは、無罪推定の尊重をも加えている。人格権の中身としては肖像権、名誉権だけを取り上げていたが、quadrige 版 (二〇〇四年) からは、「尊厳権 (droit à la dignité)」をも付け加えて論じている。これらは、私生活、無罪推定の尊重は一九七〇年や一九九三年の民法改正に関する立法によって新たに記述が加わることとなったと理解でき、尊厳権も判例の展開を考慮したと思われる³⁵³。一九七四年版から自然人の属性の項目において、「始原的権利」に代わり「人格権」の語が登場し、「民事に関する諸自由」も「個人の諸自由」に語が代わっている。

Malaurie は、「人の法 (Droits de la personne)」という題目の下で、自然人と法人を分けて論を組み立てている。自然人に関しては、「人の存在」、「人の同一性 (identification)」、「自然人の権利」に分ける。「自然人の権利」では、民事上の平等と (広義の) 人格権とが存在すると論じる。(広義の) 人格権は、民事に関する諸自由 (良心の自由、行動の自由、訴訟の自由) と (狭義の) 人格権から構成される。さらに (狭義の) 人格権には、身体の完全性の尊重、人間の尊厳の尊重がある。人間の尊厳の尊重には、私生活の尊重、肖像権、

³⁵¹ 大村敦志「私権・覚書」二二頁以下に多くを負っている。

³⁵² personnalité の語が登場したのは第一二版から第一六版のうちのいずれの版から〔未確認〕。J. Carbonnier, Droit civil, 1. Introduction Les personnes La famille l'enfant le couple, Quadrige, PUF, 2004, n° 195, p. 377.

³⁵³ たとえば、Cass. civ 1^{re}, 20 déc 2000, concl. J. Sainte-Rose, note J. Ravanas (Érignac 事件) et s.

名誉権、秘密権が入る³⁵⁴。

Malaurie は（広義の）人格権に関する最初の説明において次のように述べる。人格権は、「諸個人との関係において、自由と身体的・精神的完全性に関して第三者に対してすべての人が尊重権を有することをいう」。「今日、ほとんどすべての私権において人格権に関する持続的な拡張の傾向が存在する。：婚姻、契約自由、所有権、親子関係、相続権、芸術・文学作品の所有に関する精神権は、personnalité を問題にする。同様に、我々は人権 (droits de l`homme) をも法全体 (ensemble du droit) に結合できる。それぞれは、人格権でありかつ人権であるのか。これは極端かつ混同している理解である。人格権はより明確である。：人格権は、直接的に personnalité を問題とする」³⁵⁵。このように、Malaurie は人格権を先天的権利 (droits innés) であり、基本権・人権と共通する部分があるが、一致するわけではないという。ヨーロッパにおける人権状況をも続けて述べている点からしてもそのような理解が伺われる³⁵⁶。なお、法人に関しては、法人格なきものから法人格を付与されたものがあるとし、前者には幼虫のような団体 (groupements larvaires) と多細胞団体 (groupements multicellulaires) にさらに分ける³⁵⁷。これらの法人が法主体として有するものを準人格 (semi-personnalité) であると説明するところからすると、人間の人格を完全なる人格として認めている。

Cornu は、「人」を自然人と法人とに分けて、自然人のところで、「法人格と民事的平等」、「人の区別と民事身分」を述べる³⁵⁸。「法人格 (personnalité juridique)」は、さらに「法人格の承認」と「法人格の諸属性」に分けられ、前者は法人格の得失について、後者は「法主体になる資格」と「人間の始原的権利」とを述べる。法人格が人間存在に本来備わるものであることを明確に述べることによって、それが不可分かつ処分不可能な性質を有することを正当化する³⁵⁹。人間の始原的権利には、身体の尊重、その他の始原的権利に分ける。後者には、民事に関する諸自由、精神異常を理由とする入院に関する基本的保障、住所の不可侵、私生活の尊重権、無罪推定の尊重権、肖像権、音声権、名誉権、思想・信条の尊重権、秘密保持権など非常に具体的な権利までも掲げている。

³⁵⁴ J.-M. Bruguière, Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais... D. 2011, p. 33. note 45. では、Malaurie の人格権理解に関して、なぜ、尊厳への権利が身体の完全性への権利を統轄できないか、また肖像権が人格権に直接依拠するのではなく、なぜ尊厳への権利において現れるのかと述べる。

³⁵⁵ Ph. Malaurie, Les personnes. la protection des mineurs et des majeurs, Defrénois, 6é, 2012, n° 280.

³⁵⁶ Malaurie, op. cit., n°s 281-283.

³⁵⁷ Malaurie, op. cit., p. 165. C. Champaud, Les groupements sans personnalité juridique, Journées italiennes, t. XXI, Paris, éd. Dalloz, 1969, pp. 118-141 の表現に従ったと指摘する。

³⁵⁸ G. Cornu, Droit civil, Les personnes, 13é, Montchrestien, 2007, p. 7.

³⁵⁹ Cornu, op. cit., pp. 26-27.

団体が法人という法主体として認められるためには、「民事人格 (personnalité civile)」という資格の付与が必要である³⁶⁰。人格・法人格が人間に内在するものであるという説明とは対照的に、これと区別された用語として民事人格を使っておりかつ「付与される」ものであると指摘する点は興味深い。

2. 所有権としての人格権

所有権の対象として物だけでなく債権や権利までも含むべきと主張する所有に関する革新的テーゼを一九八一年に提出して³⁶¹、その名をフランス民法学界に知らしめた Zenati が近年 Revet と共に出した著書で人格権に関しても自らの理論に基づいて新たな理解を示している³⁶²。それによると、まず、従来的人格権論が「人格概念の内容を精巧にするいかなる試みも行われておらず」、場面ごとに経験的に作られてきたために、とりわけ法的人格

(*personne juridique*) との関係や、その法的本性が明らかでなかったと批判する³⁶³。このような「分裂 (*éclatement*)」が、人格概念の理解に問題を惹起する。それ故に、人格権理論を革新するべく、Zenati 自身の所有に関する理論に歩調を合わせて次のように述べる。

「人格は、財産 (*bien*) に内在するために、人格の概念は、財産の性質決定それ自体によって導かれる」。人格を対象とする特権 (*prérogative*) は、主観的権利であり、「所有権」である³⁶⁴。人格権は、所有の体制の中で、その対象 (*objet*) の独自性 (*particularisme*) のゆえに存在意義を有する。しかし、その独自性は人格権の本性に存在するものではなく、所有権の体制の特性 (*originalité*) を説明するものであり、例外的なものではないという。したがって、「所有権の特徴的構造 (*structure caractéristique*) が、人格権の理由 (*critère*) を構成する」と述べる。

3. 小括

以上においては、現代における代表的学説の人格権理解を取り上げ、かつ近時に主張されている説を概略的に取り上げた。本稿の問題関心との関係で重要なのは、フランスの現代学説における人格権理解がいかなる経緯でもって形成されたのであり、どのような枠組みの下で議論がなされているか、その特色とはいかなるものかという点である。

³⁶⁰ Cornu, *op. cit.*, p. 195.

³⁶¹ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Univ. de Jean Moulin, 1981. Aussi, *Pour une renouveau de la théorie de la propriété*, RTDC, 1993, p. 305. ゼナティの議論の紹介として、奥田昌道「ゼナティ教授の所有権論」法時六五卷一一号(一九九三年)一五頁以下、舟橋哲「所有権に関する Zenati 理論—権利客体論への序章として」法学政治学論究三二号(一九九七年)二〇一頁以下がある。

³⁶² F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, p. 217 et s.

³⁶³ Zenati et Revet, *op. cit.*, p. 214.

³⁶⁴ Zenati et Revet, *op. cit.*, pp. 221-223.

代表的学説は、人格権を人間の根源的権利として理解しており、その枠組にはもはや権利主体・権利客体という従来の所有権を念頭においた枠組に必ずしも当てはまらないものになっている。あえて、権利主体・権利客体という枠組みに代表的学説を当てはめるとすると、権利主体とは「自然人であること」、権利客体とは「人格」と捉えることができるかも知れない。しかし両者はきっぱり分かれるものではないために、このように当てはめる点に不自然さが残る感はゆがめない。近時主張される Zenati 説は、その分析自体には興味深いものがあるものの、従来の所有の図式に「人格」を当てはめている点においてやや不自然さがあり、「人格」というものの代表的学説が理解する「人格」とも一定の距離があると思われる。

第二節 人格権と「権利」論

人格 (personnalité) と法的能力 (capacité juridiques) は、主観的権利の体系 (système) の基礎にある概念である³⁶⁵。それゆえに、人が人格権を有するという意味を考える際には、人格・能力について検討することに加えて、権利というものをも同時に語る必要がある。しかしながら、現在のフランスにおいて主観的権利に関する法的概念化は、実際「危機に陥っている (en crise)」とか³⁶⁶、「破滅状態である (en perdition)」³⁶⁷ともいわれており、必ずしも共通の理解が得られているわけではない。ただ、実際上の問題において、人の法における主観的権利は増加しており、主観的権利をいかに考えるかは古典的課題でありながら、現在のフランス法においても検討が続けられているテーマである³⁶⁸。

一方、最近、能力と権利の相互関係を明らかにする研究が現れており³⁶⁹、注目されている³⁷⁰。その研究によると、権利を享有すること³⁷¹ (権利能力) と権利を行使すること³⁷² (行為

³⁶⁵ M. Villey, *Leçon d`histoire de la philosophie du droit*, Bibliothèque Dalloz, 2é, 2002, p. 250.

³⁶⁶ M. Picard, *Le droit à*, op.cit., n° 182.

³⁶⁷ D. Gutmann, *Droit subjectif*, dans *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga 2003, p. 531.

³⁶⁸ D. Cohen, *Le droit à...*, dans *L`avenir du droit*, Mél. F. Terré, Dalloz, 1999, p. 393 et s.; M. Picard, *Le droit à*, op.cit.; A. -C. Aune, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. A. Leborgne, PUAM, 2007.

³⁶⁹ I. Maria, *De l`intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits*, JCP G 2009, I, 149. Aussi Même auteur, *Les incapacité de jouissance. Étude critique d`une catégorie doctrinale*, préf. Pascal Ancel, Defrénois, 2010.

³⁷⁰ I. Maria は、二〇一三年末に刊行された *Jurisclasser Code civil* の第七条・八条の執筆者となっている。

³⁷¹ *jouissance de droit* であり、直訳すると「権利の享有」であるが、「権利能力」が分かりやすいために、以下では、権利能力と訳す。

能力)の二分論は、一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけての主観的権利の性質理解における「利益説」と「意思説」の二元論から由来したものであるという。したがって主観的権利の二元的理解に依拠した能力の二元的理解に疑問を呈し、能力を区分するこの二元論は時代の果実にすぎないため、現代においてもはやその成立基盤を失っていると主張する。このテーゼに関しては興味深い点を含んでいるが、とりわけここでは紹介に止めておく。

以下では、フランスにおける主観的権利に関する議論を紹介してから、若干の検討を加える。

第一款 主観的権利をめぐる議論³⁷³

第一項 古典的学説

1. Savigny と Jhering の権利論

一九世紀の前半最も偉大な法学者と呼ばれる Savigny は、『現代ローマ法体系』の著書がドイツで一八四〇年に出版されてから、同年に早くも Guenoux によってフランス語に翻訳されることとなり³⁷⁴、それ以来フランス学界にも多くの影響を与えた³⁷⁵。以下では Savigny の権利論を簡単に見た後に、人格権論との関わりを論ずることとする。

まず、Savigny は、法律関係について、次のように述べる。「実生活においてあらゆる方面から我々を取り囲み、我々に浸透するような法状態を考察するとき、まず、個々の人に属する力 (pouvoir de l'individu) が姿を現す。これは、個々の人の意思 (volonté) が支配する領域である。この力あるいは権限 (pouvoir ou faculté) をこの人の権利と呼ぶが、主観的意義における法 (droit) と呼ぶ人もいる。この権利は、主として疑われあるいは争われ、それからその存在と範囲が判決によって承認されるときに、目に見える形で現れる。しかしながら、もっと正確に考察すると、この判決という論理的形式は、偶然の必要から生じさせられているにすぎず、事柄の本質を汲み尽くすものではなくて、それ自体もっと深い基礎を必要とすることを納得できる。この基礎は法律関係 (rapport de droit) に存在するのであって、個々の権利は、法律関係の一つの特別な抽象によって分離された

³⁷² *exercice de droit* であり、直訳すると「権利の行使」であるが、「行為能力」が分かりやすいために、以下では、行為能力と訳す。

³⁷³ O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, préf. Georges Ripert, Recueil Sirey, 2^e éd., 1978, pp.110 et s.

³⁷⁴ F. Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, par C. Guenoux, t.1, Paris, 1840.

³⁷⁵ 日本での紹介としては、末川博「サヴィニーの権利論」末川博法律論文集Ⅱ『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、一九七〇年)二二頁以下〔初出、一九〇二年〕、高柳真三「サヴィニーの根本思想」国家学会雑誌四〇巻六号(一九二六年)一三頁以下。サヴィニーの人物像に関しては、石部雅亮「サヴィニー」伊藤正己編『法学者 人と作品』(日本評論社、一九八五年)二三頁以下参照。

側面にすぎない」³⁷⁶。「各個の法律関係は、人と人との関係で、法規 (règle de droit) に
よって定められるものとみえる。この法規は、各個人にその意思が他人の意思から独立し
て支配する一つの範囲を付与する」として³⁷⁷、法律関係の本質を個人意思の独立的支配範囲
として定義する。以上から、Savigny の権利論は、一般的に「意思説」と言われている³⁷⁸。
しかしながら、Savigny がもっぱら意思自体に傾斜して権利を理解することがすべてではな
い³⁷⁹。

Savigny は、法律関係は人間同士の関係においてその本質が存在することを前提としなが
ら、次のように述べる。「人間は、自分自身に対する権利を有している。この権利は、その
人の出生とともに必然的に生じ、死に至って終わるため、後に偶然取得しかつ通過的本性
を有する取得権 (droits acquis) とは対照的に、原始権 (droit originel) と呼ばれる」
³⁸⁰と述べており、意思自体が重要な性質をなす権利と異なる権利の存在を認めている。続い
て、「民法においては、名誉毀損、詐欺および暴力からの保護を目標とする諸権利がそれ (=
自分自身に対する人間の自然的権利、括弧筆者) に属し、不動産占有訴権 (actions
possessoires) もそうである。各人は、人の不可侵性 (inviolabilité) を究極的目的とす
るこれらの権利を有している。しかし、これらの権利は、この不可侵性の単なる結果とし
てみるべきではない。むしろ、まったく実定的な制度であり (institutions toutes
positives)、人格の制裁 (sanction de la personnalité) に関する特別な内容は、人の不
可侵性とは本質的に異なる。;そして、もし、それらを個人自身に関して専ら現れるものと
したら、実際の特徴を不明確にするだけである。その共通の出発点をなすすべての制度を
完全な方法で列挙することは、実りが少なくかつ教育的にもよくない。制度の類似性に関
する一般原理を承認することだけで十分である」と述べる³⁸¹。

以上で述べたことをまとめると、権利自体は個人の意思が人間同士の法律「関係」を形
成する際の最も重要な要素として現れるのであるが、唯一「原始的権利」だけが人間「存
在」の本質から付与されたものであって、法ないし制度がそれを認めている。ただ、それ
が「承認」されたとしたら、もはや「人の不可侵性」という理念レベルのものではなく、
もっぱら実定的「制度」となる。ただ、意思の支配の及ぶ対象ではないために、原始的権
利そのものを本来の権利として認めることはできない。このように Savigny は人格権概念
の否定することによって「人格権法の発展にネガティブな役割を演じた第一人者といえな
いこともない」が、ただ「彼以降、人格権を実定法の次元で考えていく思潮が強くなった」

³⁷⁶ Savigny, op. cit., pp. 7-8. 小橋訳・三六～三七頁。

³⁷⁷ Savigny, op. cit., p. 327. 小橋訳・二九八頁。

³⁷⁸ ここでの意思は、「現実の自然的意思」ではなく、潜在的ないし明示的「意思の支配」を
現している。

³⁷⁹ 末川・前掲注三七五) 二四頁では、「サヴィニーの権利論は本質的には法律関係論に還元
されねばならぬ」として、「法律関係を全般的に洞察することを要する」と述べる。

³⁸⁰ Savigny, op. cit., p. 329. 小橋訳・三三〇頁。

³⁸¹ Savigny, op. cit., p. 331.

との指摘は注目すべきものがある³⁸²。

主観的権利に関して意思主義者とされる Savigny の考えに対して、功利主義者としての考えを有する Jhering はしばしば対比される³⁸³。Jhering の『各発展段階におけるローマ法の精神』は全四冊（未完）であって³⁸⁴、Meulenaere によって翻訳されてフランスに紹介される。本書は、第一巻 (livre premier) で『ローマ法の起源』を論じ、第二巻 (livre deuxième) で『ローマ法の体系』を論じる途中で終わってしまう。第二巻は、さらに第一部「体系の一般特徴」、第二部「古代私法の諸権利 (droits)」から構成される。Jhering の法ないし権利に関する論述は、第四冊の第二部の第一章「法＝権利概念」で集約的にまとまっている³⁸⁵。

まず、Jhering は、権利を定義するに際して、力 (puissance) や意思 (volonté) の観念の不十分さを指摘する。その例としては、自律的意思を欠いている精神薄弱者や未成年者を取り上げる。それゆえに、かの有名な「権利とは、法律的に保護される利益である」との結論に至る³⁸⁶。「権利の原理には、二つの要素が存在する。第一は、実質的要素であって、権利の実際的目的が存在する。それは、法によって保障された効用 (utilité)、利益 (avantage)、利得 (gain) である。第二は形式的要素であって、権利の保護つまり訴権という手段としてのみこの目的に専ら関係する」³⁸⁷。

第一の実質的要素には、効用 (utilité)、財 (bien)、価値 (valeur)、享受 (jouissance)、利益 (intérêt) が入る。これらの概念を図る尺度は金銭あるいは貨幣価値のような経済的なものとして現れる。しかし、人格 (personnalité)、自由 (liberté)、名誉 (honneur)、家族関係 (liens de famille) など精神的性質を有する財物 (biens de nature morale) のようなより高次元の価値も存在する。各私権は、人間に利益を保証するために存在する。それぞれの権利の受取人は、すなわち人間 (homme) である³⁸⁸。すべての権利の目的は、物

³⁸² 齊藤博『人格権法の研究』三一頁。

³⁸³ 末川博「イェーリングの権利論」末川博法律論文集Ⅱ『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、一九七〇年) 三五頁以下〔初出、一九〇三年〕、ジャン・ダバン、水波朗訳『権利論』(創文社、一九七七年) 九〇～一〇〇頁〔以下、『権利論』とする〕が本稿と直接関連性を有する。その他、イェーリングに関する論稿として、笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』(東京大学出版会、一九七九年)、村上淳一『「権利のための闘争」を読む』(岩波書店、一九八三年)、同「イェーリング」伊藤正己編『法学者 人と作品』(日本評論社、一九八五年) 二三頁以下、大塚滋「イェーリングの転向をめぐって—ドイツにおける研究史概観」法時六一巻八号(一九八九年) 六五頁以下、山口廸彦「イェーリングにおける法と国家」法哲学年報一九八九年大会一五九頁以下、牛尾洋也「イェーリングの私法理論の二元性(一)(二・完) —イェーリングの民事不法論の予備的考察」法雑三七巻三号・四号(一九九一年) など。

³⁸⁴ Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, t. 1-4, 1852-1865.

³⁸⁵ Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, par. O. de Meulenaere, t. 4, 2^e, Paris, 1880, § 70-71. p. 315 et s.

³⁸⁶ Jhering, *op. cit.*, p. 326.

³⁸⁷ Jhering, *op. cit.*, p. 325.

³⁸⁸ Jhering, *op. cit.*, p. 326.

と人に関係する。ローマ人は経済的意味において財 (bien) の語を使用した。そのため、各権利の内容も一つの財 (un bien) において構成される。しかしながら、Jhering は、広い意味での財の観念から出発しない権利の定義は根底において欠陥を有すると述べる³⁸⁹。「財 (bien) の観念は、価値 (valeur) と利益 (intéret) の概念と関連する。価値の観念は、財の有用性 (utilité) に関する基準 (mesure) を含む。利益の観念は、権利主体またはその目的との個別関係における価値を現す。それ自体で一つの価値を有する権利は、利益がなくても権利主体のために存在することができる。たとえば、視覚障害者に展望権や、聴覚障害者にコンサートに入れる権利がそうである。財の観念とは違って、この二つの概念は、経済的秩序に専ら限定されるものではなく、実際の利益を得るだけである。この実際上の利益は、金銭として現れる権限に関する条件 (condition de pouvoir) が存在するだけである。そして、この価値基準は、金銭の価格として得ることができる対象に適用されるだけである。自由 (liberté)、生命 (vie)、名誉 (honneur) は原則的に評価不能である。しかしながら、ローマ法はこのような財が侵害される場合には、刑罰手段として金銭による罰金が適用された。したがって、金銭 (argent) は、価値と利益の経済的基準であった。実際、金銭は売買の取引手段としての形態であって、すべての価値の対象になる」³⁹⁰。「人間に保障されるべき財産以外の諸利益がある。財産の上に道徳的性質の諸善益が位置して、その価値は別の仕方で大きなものがある。すなわち、人格性、自由、名誉、家族の紐帯などがそこに入る。……価値の観念が実際的な利益に結びつくのは、その経済的側面に即したのであり、この意味で、自由、生命、名誉などは金銭で評価できないものがある」³⁹¹。

第二に、権利の形式的要素は「法的保護」であり、それは付与されるものである。Jhering はここで「訴権」を念頭に置いている。「すべての利益が、法的保護を必要とするわけでも、また受けうるわけでもない。さらに、利益を保護しているあらゆる法律が、享有者のために権利を生み出すわけでもない」³⁹²。その例としては、保護関税法が製造業者に都合よくその利益を保護しているが、それは彼らに権利を与えたものではなく、ただ法的反射効によるものである。私権についてののみ言及すると、権利者が他人の恩恵に頼ることなく、自らがイニシャチブを取って利益を保護することが重要であり、それは、「ローマ法においては、訴えすなわち、利益保護を為すべき義務を負うところの民事裁判官に対する請求である」³⁹³。つまり、権利は単なる恩恵ではなく、自らが主体的に利益を確保・主張するものであり、その保護手段が訴権である。しかしながら、後の版においてこのような理解は改められることになる³⁹⁴。公法上の立法及び学説が一般に訴権を伴わない公権を認めてきたことがその

³⁸⁹ Jhering, op. cit., p. 327.

³⁹⁰ Jhering, op. cit., pp. 327-328.

³⁹¹ Jhering, op. cit., pp. 328-330.

³⁹² Jhering, op. cit., p. 337.

³⁹³ Jhering, op. cit., p. 338.

³⁹⁴ 末川・前掲注三八三) 四五頁。

理由である。権利と訴権とのずれが生じる例として人格権を取り上げて、次のように説明する。「生命及び自由の保護は、たとえ刑事裁判官及び警察に委ねられていても、なお生命および自由についてのその権利が認められるべきであると主張する見解は、斯くして正当づけられる。現代における保護の形式は、前代におけるそれと異なってきたとしても、そのために権利の性質が害せられることはない—人が人であるということについての権利、即ち人格・権利能力・自由の承認は、人が有するすべての権利の論理的必然の前提である」と³⁹⁵。

以上のように、Jhering は以前の学説が主張していた意思説に対する反論として、法律上保護される利益こそ権利の核心であるとし、その利益には財産的価値だけでなく、人格・自由・名誉などの人格的価値が含まれていると理解する³⁹⁶。さらに、これらの人格的価値は、人が人であるということについての権利であることから、権利の「前提」にあたるために、通常の訴権とは異なった性質を有する権利であるとの理解に至っている³⁹⁷。

2. Saleilles と Michoud の混合説

権利を法律上保護される利益と考える Jhering に対して、Beudant は、主観的意思から切り離された利益と理解するのは、国家が思うがままにその保障を与えることになると批判する³⁹⁸。しかし、Beudant のこの批判が「幻想 (illusion)」から来るものであると Dabin はさらに反批判した³⁹⁹。なぜなら、意思説であれ利益説であれ、権利は常に法規に帰属するものであるために、国家が関与することは避けられないからである。

一方、Jhering の定義に従うとすると、法的不安定 (insécurité juridique) の原因になるとの批判もある⁴⁰⁰。

これまでの諸学説が意思か利益かを選択的に対立するものとして捉えたとしたら、混合説では、両者を組み合わせることで問題を解決する試みをする。Michoud は、権利を、「利益を代理またはそれを防御する意思に認められた力 (puissance) という手段をもって、法的に保護された人間あるいは人間団体の利益」と定義する⁴⁰¹。意思は利益を満足させるための目的であり、利益こそ主観的権利の基本的要素であると理解する。利益は、客観法が

³⁹⁵ Jhering, op. cit., t. 4, 5^e, p. 352. 末川・前掲注三八三) 四五頁。

³⁹⁶ Dabin は、「法規の枠内における自律的意思でなくして、自由とはそもそも何であろうか」と指摘する (水波訳『権利論』九二頁)。

³⁹⁷ Jhering は、『ローマ法の精神』の第四冊目を終えた時点ではその思考が体系の継続を許さなくなったために本書を完成させることを諦めて、『法律における目的』(一八七七～一八八三年) や『権利のための闘争』(一八七二年) にその作業を移すこととなった。

³⁹⁸ Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, 1891, p. 210.

³⁹⁹ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 67.

⁴⁰⁰ P. Roubier, op. cit., p. 69. 「適合性 (légalité) に関する実際の体制下において、諸権利は、法的保護の後に付与された単なる利益の現れではない。; それらは、諸権利の状態 (l'état) の最初から形成された、つまり、その状態が法的安全 (sécurité juridique) を付与したものである。そしてこれを Jhering の定義からは表すことはない。

⁴⁰¹ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. 1, Paris, LGDJ, 1906, p. 105.

自然人あるいは法人に意思を表現させかつ守る力を与えているから存在するのであり、それが主観的権利である。これに対して、Saleilles は、権利を「社会的性格の利益に仕える、そして自律的意思によって行使される権限 (pouvoir) である」と定義する⁴⁰²。Michoud が利益に優越性を認めたとしたら、Saleilles は権限に優越性を認める⁴⁰³。Dabin は、Saleilles の見解を Savigny や Windscheid による意思説や、Jhering による利益説のいずれでもない、折衷説であるという⁴⁰⁴。その内容は、権利の本質を法的な意思、むしろ権限 (pouvoir) と捉え、その中に「各人が自己の主人であること (Maîtrise)」を見出し、それは「権利の觀念に内有される権限を用いるべく資格づけられた者に、潜勢的に帰属されている支配 (Maîtrise)」であって、権利の現実化、その行使とは無関係であると論じるものであった。Dabin は、利益と意思との両要因のそれぞれの重要性に関する折衷説の支持者間の論争を終了させた点で、Saleilles の理解が Jellinek ら他の折衷論者の見解よりも優れていると評価する⁴⁰⁵。

3. Duguit の権利否認論

Duguit は上で論じてきた主観的権利の性質ないし根拠論とはそのアプローチを異にしているが、権利論という枠組みにおいて同時に語られるために、以下において取り上げることとする。Duguit は⁴⁰⁶、古典的に考えられてきた公法・私法体系を一つの形而上学としてその区分を取り払うことを主張する⁴⁰⁷。彼はその思考の出発点として、「人格」・「権利」の両方を否定する「権利否定論」を唱えた⁴⁰⁸。まず、権利について。従来、権利というものは、「個人的思想の産物」として考えられてきた。個人主義的思想を代表する一七八九年の人権宣言によると、人間は人間たる限りで社会に先立つ諸権利を有し、社会的規範はこれ

⁴⁰² R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^e, Paris, 1922, pp. 547-8.

⁴⁰³ P. Kayser, *op. cit.* RTDC, n° 4.

⁴⁰⁴ 水波朗『トマス主義の法哲学』(九州大学出版会、一九八七年)五〇〇～五〇六頁。

⁴⁰⁵ J. Dabin, *op. cit.*, pp. 76-80. 水波訳『権利論』一〇四～一〇九頁。

⁴⁰⁶ Duguit については、和田小次郎「デュギー」宮澤俊義他『法律思想家評伝』(日本評論社、一九五〇年)二六七頁以下、とりわけ二九八～二三〇頁の参考文献参照、恒藤武二「デュギー」木村亀二編『近代法思想史の人々』(日本評論社、一九六八年)二五頁以下。簡単には、高橋和之「レオン・デュギー—人と業績—」『現代憲法理論の源流』(有斐閣、一九八六年)二九三頁以下〔初出、一九七四年〕。民法学からは、大村敦志『フランス民法学から』四五～四七頁、第一編間章「ベルエポックの法人論争」〔ともに初出、二〇〇四年〕も参照。

⁴⁰⁷ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912, pp. 8-9, 12, 19 et s.

⁴⁰⁸ これにつき、牧野英一「法律現象の単位としての権利(三)」国家学会雑誌二八巻一―二号(一九一三年)一七九三頁以下。特に、一八〇六～一八一二頁。牧野は、この説が Duguit の「最も特色ある点」であり、かつ「最も非難ある点」であるという(一八〇六頁)。また、杉山直次郎『「デュギー」の権利否認論の批判』『法源と解釈』(有斐閣、一九五七年)一一五頁以下〔初出、一九一六年〕も参照。

らの自然的な人間の諸権利を保護することに存している⁴⁰⁹。そのため、客観法（法規範）に至るために主観法（権利）から出発し、客観法は主観法によって基礎付けられるという理解に立っている⁴¹⁰。この考え方のベースにおいては、哲学的・個人的な思想観が存在する。しかし、Duguit は、人であるが故に「人間人格の卓越した尊厳故に」その者に帰属する一定の権利を備えもっているという主張には支持し得ないという。なぜなら、人間は他の人間と接触することによってのみ諸権利を有するのであり、社会生活から、社会生活に適用される規範からのみ権利は由来することができるからである⁴¹¹。社会における個人は、専ら客観法に基づいた規範によって付与された地位が諸権利を生み、かつ諸権利を特徴付ける。

現代においては、社会的・実証的思想がより重要であり、「権利」も実際の社会の要求に合致するべきである⁴¹²。そうすると、権利を単なる個人的なものとして考えるのではなく、「社会的職能 (fonction social)」として考えた方がより実証的意義を有する。すべての個人が「社会連帯 (solidarité social)」に協同して存在するのである。その意味では、権利概念の絶対的放棄ということではなく、権利観の転換を主張しているのである。

Duguit が権利概念を放棄するからと言って、ただちに主観的要素をすべて否定するものではない。なぜなら、法は客観的であるにしても、その適用の上では、「個別的」であるからである。たとえば、他人を殺してはならない、人の物を盗んではならないといった社会規範においては、各人が守らなければならない諸義務が存在し、その義務が守られることによって、その結果としてそれぞれの人は自らの利益が守られるからである。つまり、ここでは、権利の代わりに、「法律上の地位」が存在するのである。ただ、この地位はただちに客観法から「付与された」というのではなく、客観法によって指定されたすべての他の者に有利に、訴訟の道が開かれたという。

次に「人格」について。法人擬制説ないし法人实在説の問題は、自然人の人格を団体ないし集合体にも認めることができるかについての問題であり、この問題は人格者として認めるか否かの問題である。しかし、単に個人ないし集合体が権利主体となるか否かの問題ではなく、個人ないし集合体が意図する目的が、その社会互属の目的に適合するか否かの問題として捉えるべきである。このように考える根拠として、一九〇一年七月一日法を例

⁴⁰⁹ レオン・デュギー、堀真琴訳『法と国家』（岩波文庫、一九三六年）二〇～四三頁〔第一章〕参照。

⁴¹⁰ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t.1, 3^e, 1927, § 18, p. 200 et s.

⁴¹¹ Duguit, *op.cit.*, § 19, p. 211-212. et § 67, p. 721.

⁴¹² 杉山直次郎「レオン・デュギーを悼みて」法協四七巻四号（一九二九年）六一六頁では、デュギーの学説を、『実証的社会法説』なお、一層詳しくいえば、実証主義の基礎の上に建立されたる社会本位的、連帯事實的、輿論法的、進化論的、客観法的学説であると評価する。杉山は、デュギーの権利及び人格に関して意思説に基づいた理解は、過去数十年間の権利及び人格の争論及び進展を無視するものであるとし、今は、個人主義的権利及び人格思想が社会覚醒との調節の時代に入っているという。また個人を没却させ社会を本位とした理解や、抽象と实在とに二分し前者を退くことは、極論に失するという。今の時代は、利益と意思、関係意思との調節でもって時代思潮となすものと解する。

として掲げる。この法では、「法人格 (personnalité morale)」という用語が存在しないこと、第一条から第三条まで、専ら社団の「目的」を中心とした規定になっていることが重要であるとする。

このような Duguit の考え方が登場した二〇世紀初頭は、「法＝権利の社会化 (socialisation du droit)」の考え方が広まった時期であった。一九世紀を通じて形成されてきた法的個人主義 (individualisme juridique) が一定の限界を見せたために、人間の自然の自由に基づく個人の意思に基づくのではなく、「社会連帯 (solidarité social)」の観点が全面的に出された。代表的には、Maxime Leroy、Emmanuel Lévy⁴¹³などの社会主義法学派が掲げられうる。このような法＝権利に関する法思想的転換に関する試みが行われた時代的背景のなかで Duguit の主張を理解する必要がある⁴¹⁴。

第二項 現代の学説

古典的学説として扱われた意思説ないし利益説またそれを修正する混合説に至るまで、また、客観法との関係において、学説は主観的権利の性質をめぐる議論を続けてきた。ただ、この議論が収束に至ることはなく現代に至っても依然として議論が続いており、今日の状況について、主観的権利概念は弱まっており、諸権利の観念 (idée) が分裂 (fraction) に至っているとも述べられている⁴¹⁵。

上記の古典学説での議論をベースにして、Dabin と Roubier は、現代における主観的権利論を独自の定義でもってリードしてきた。したがって、以下においては、まず、Dabin と Roubier の見解を見てから、その他の学説をも踏まえて、議論を紹介し、検討する。

1. Dabin の権利論

Dabin はベルギーの学者であるが、第二次世界大戦後、権利論に関する優れた業績でもってフランス学界に大きな影響を与えた⁴¹⁶。Dabin の理解によると、主観的権利は一つの≪帰

⁴¹³ E. Lévy, *La Vision Socialiste du Droit*, Paris, préf. E. Lambert, 1926. ; Voir G. Ripert, *Le Socialisme juridique d'Emmanuel Lévy*, *Rev. cri. de la jur.* p.21 et s.

⁴¹⁴ もっとも、この転換への試みが成功したというわけではない。北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」岩波講座『基本法学Ⅳ 契約』(岩波書店、一九八三年) 一九〇頁では、「『意思が法に奉仕するのであって、法が意思に奉仕するのではない』と要約されるような、絶対的個人主義の修正という限度における法の道徳化の志向であったように思われる」と指摘する。

⁴¹⁵ J. De la Morandière, *Les droits de la personnalité dans le projet français de réforme du code civil*, *Travaux de l'association Henri Capitant*, t.13, 1959-1960, p.169. 「もし、今日、人格権が研究されるとしたら、……主観的権利の資格を与えるべきである。経済的分野においては、主観的権利を諦めることもあり得るが、人格が問題となったら、自分の人格に関する権利を有していると言えるかが問題である」と述べる。

⁴¹⁶ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952. ダバン、水波郎訳『権利論』がある。Dabin の権利論については、高作正博「フランスにおける〈association〉と〈pouvoir〉四」

属 (appartenance)⁴¹⁷—支配 (maîtrise) 〉からなるのであり、帰属が支配を決定するという。これらの二つの要素は一つの実在 (une même réalité) の諸側面を有する。まず、「帰属」について。それぞれの権利は一つの財産 (bien) を前提としており、人はそれを自己のものであると言える。したがって、財産は必然的に一人の人と一人の物との間の帰属関係をいう。次に「支配」について。人は物を支配し、自由にそれを処分しうる。したがって権利は、Saleilles の言う単なる「権限」ではなく、権利対象を「支配する」ことに関する権限である。

以上の権利理解に基づいて、Dabin は権利の分類のところでも人格権についても論じている⁴¹⁸。「人格権 (droits de la personnalité) とは、身体的・精神的、個別的・社会的な諸側面において人格主体に関して構成される諸要素を、客体とする権利」であると定義する⁴¹⁹。人格権という用語は、法主体として自然人と法人とを区別しない「人の諸権利 (droits de la personne)」に含まれるが、「自然人」を念頭に置くことが多い。人格権は「自由権」としての側面を有する。それは事実行為のみならず、法律行為の遂行の自由とも関わる⁴²⁰。これについて、「問題となっているのは、自由の特殊的な権利であって、ここでは所与の素材に関連して、主体の自由こそが、権利の固有の客体を成しているのである。主体はこの場合その決定あるいは選択の主人であると認められている。決定あるいは選択のこの支配〔主人たること〕が直接に保証されている「帰属」(水波訳では「依属」)の利益である。したがって、哲学的には、それはそれが関連する種々の素材によりも、人格権(水波訳では人

琉大法学七五号(二〇〇六年)一頁以下、高秀成「フランス法における権限 (pouvoir) と財産管理制度」慶応法学二三号(二〇一二年)八五頁以下参照。権利論以外にも Dabin の法思想などに関して、水波郎「権利の基礎—ジャン・ダバンのばあい」法政研究二五卷二=四号(一九五九年)一七七頁以下、同訳『法の一般理論』(創文社、一九六一年)、同「ジェニーとダバン—二人のトミスト」法政研究三二卷二=六号上(一九六六年)一六七頁以下、同『法の観念』(成文堂、一九七一年)、同「ダバンの抵抗権論」法政研究三九卷二=四号(一九七三年)三〇五頁以下、飛沢謙一「法哲学とは何か—主としてフランスの法学者の見解」法と政治一九卷一号(一九六八年)三六頁以下などがある。民法学者によるものとして、石田喜久夫「J・ダバン『所有権の二重性について』—ブラッセル—一九四七年」経済研究二七号(一九六三年)六二頁以下などがある。

⁴¹⁷ appartenance は「帰属」ないし「依属」などと訳されるが、本稿では、吉田克己「第一回日仏物権法セミナーを終えて—ひとつの総括」法時八三卷八号(二〇一一年)九八頁以下に従って「帰属」と訳する。これについて、高秀成「フランス法における権限 (pouvoir) と財産管理制度」慶応法学二三号(二〇一二年)一〇〇頁注六三も参照。

⁴¹⁸ 以下は、水波訳『権利論』二三一～二四〇頁に多くを負う。

⁴¹⁹ Dabin, op. cit., p. 169. 水波訳『権利論』二三一頁。なお、この定義は人格権を「その客体として、身体的・精神的・個人的・社会的な様々な側面において考慮された人格要素を構成する権利である」と定義づける A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, LGDJ 1960. ; P. Kayser, op. cit., pp. 445-509 など後の学説にも大きな影響を与えた。

⁴²⁰ Dabin, op. cit., p. 172. 水波訳『権利論』二三九頁、遺言権を人格権として取り扱う見解 (A. Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTDC, 1944, p. 10) があることを紹介する。

格性の権利)の範疇にかかわることを示している。これは、自由の一般的観念の特殊的な適用である(傍点、ルビは水波訳)⁴²¹。

以上を筆者の理解に即して言い換えると、以下のようなになる。自然人が行う様々な自由を権利と呼べるのは、権利の構造である《帰属—支配》関係がここにおいても見られるからである。ここで客体に「帰属」するものは、選択に関する利益であり、主体はその選択を「支配」という構造を有する。ただ、通常の場合、《帰属—支配》関係でみられる権利主体と客体の関係は、二つの実体を有するのである。しかし、自由権は、権利主体が行為をなす「自由」を指すのと同時に、客体となるものはその「自由」であるから、主体と客体が異なる一般的場面ではないため、これは、自由に関する特殊的な場面であるという。

またDabinは、人格権の主体の属性を考える際に、自然人である属性に加えて「第二の」人格性を指摘する。具体的に、国籍、家族、身分(*classe*)、職業などから生ずるもの、たとえば、家父の名誉、固有に家族的な親愛、労働者の自由、芸術家の評論、商業上の信用などが存在する。

Dabinの理論は、二つの観点から評価に値する⁴²²。第一は、内的かつ外的な法関係として主観的権利の二重構造を明らかにした点である。主観的権利は、主体または客体において存在するものではなく、二つの関係において存在するという、主観的権利の動態さ(*droit subjectif dynamique*)を示したのである。言い換えれば、帰属(*appartenance*)は主体に向けた客体から生じる関係を現しており、支配(*maîtrise*)は客体に向けた主体の関係を現している。第一の主観的権利の二重構造の関係は内的なものであるのに対して、第二は、外的な関係に注目する。古典学説が権利を意思ないし利益として考えることは「第三者」の存在を忘れていないとして、主観的権利概念は必然的に社会関係(*relation sociale*)を含む。これは主観的権利が訴権によって保護されるべき理由でもある。

・Dabinに対する批判⁴²³

この理論は、所有権を念頭に置いて考案されたために、債権などのように他の権利に適用することが非常に難しい弱点を有している。したがってこの理論が広範囲に適用される際にはその厳格性を失う。Dabinもこの点につき自覚的ではあったが、帰属(*appartenance*)が「間接的(*médiate*)」であるという点に反対しなかった。しかし、この論証は説得ではない：支払うべき給付が債権者に属しないかあるいは少なくとも属しない。；債権者は単に履行を要求する権限を所有している(*disposer*)。所有することまたは帰属することが常に権利に不可欠ではない。自由な処分権限として考えられた支配(*maîtrise*)に関して、法

⁴²¹ Dabin, *op. cit.*, pp. 171 - 172. 水波訳『権利論』二三二～二三三頁。

⁴²² *Traité des Droits de la personnalité* sous la direction de J.-C. Saint-Pau, LexisNexis, 2013, n° 401. p. 245. par J.-C. Saint-Pau.

⁴²³ *Traité des Droits de la personnalité* sous la direction de J.-C. Saint-Pau, LexisNexis, 2013, n° 402. p. 245. par J.-C. Saint-Pau.

律がいくつかの権利（たとえば、身体の完全性）を処分することを禁止するときには、そこには支配 (maîtrise) は存在しないことになる。

逆説的に、Dabin がかなり厳格な見解 (concept) を使用している一方で、主観的権利に関してはかなり広い観念 (vision) を有している。主観的権利の対象として、外部物のみならず、人に内在する財（生命、身体の完全性、自由等）をも含んでおり、帰属可能な物にいかなる限界をも考えていないからである。

2. Roubier の権利論

Nerson の指導教授であった Roubier は後の作品において、Nerson の序文で述べた自らの懸念をより具体化する⁴²⁴。彼は、まず権利について次のように述べる。「権利は、専有可能な法的性質を有する財の概念と同じく、とても明白な概念に相当する」と述べており⁴²⁵、強固かつ厳格な古典的権利概念に依拠して理解している⁴²⁶。「金銭的に評価不可能な価値や利益が権利として問題となったときは、それは、専有可能な財 (bien appropriable) の問題ではない。したがって、専有可能な財の問題と、専有された財 (bien approprié) の問題とは一貫性がない。健康、身体的完全性、名誉、生命は所有や債権と同列に扱うことはできない」と述べる。専有可能な財と専有された財についてはほかの説明がなく、いかなる基準でもって区別されるのかは不確かである。健康等の人格に関するものの性質については、Ripert et Boulanger の体系書の引用があるだけである⁴²⁷。ただ、健康、名誉などが専有可能な財ではないために、「権利」として認められず財産権として保護されるものではないが、それとは別の形で保護に値するものであることという認識に基づいている点は確認できる。

「今のこの議論は、目的 (but) の問題ではなく、手段 (moyens) の問題である。人間の保護は権利のためにある理想 (idéal) を構成する。しかし、これがなぜ保護されなければならないのかを知ることが問題である：それは人の性質要素、人の性質あるいは人に対応

⁴²⁴ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963. Roubier の権利理解については、木村健助『フランス法の氏名』（関西大学出版広報部、一九七七年）一八〇～一八二頁、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、二〇〇七年）二〇三～二〇六頁、高秀成「フランス法における権限 (pouvoir) と財産管理制度」慶応法学二三号（二〇一二年）一〇三～一〇五頁参照。Roubier の法哲学について、飛沢謙一「法哲学とは何か—主としてフランスの法学者の見解」法と政治一九卷一号三～七頁参照。また Roubier の即時効の理論について言及するものとして、小粥太郎「時際法・入門」『民法学の行方』（商事法務、二〇〇八年）一三九頁以下。同一四〇頁では、「ルビエの（即時効の、筆者追加）理論は、局地的なものではなく、彼の法状態 (situation juridique) の概念—それ自体は一般にも用いられる概念だが主観的権利の概念との関係をはじめ難解—とも連結して」と指摘する。

⁴²⁵ op. cit., p. 365.

⁴²⁶ B. Beignier, *L'honneur et le droit*, préf. J. Foyer, th. Paris II, LGDJ, 1995, p. 48.

⁴²⁷ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, t. I, Paris, 1956, n°647 : 「人権 (droits de l'homme) は権利ではない」。

する権利の創造であるのか、あるいは昔からのローマの訴権の構造に専らよるものなのか。このローマの訴権は、侮辱あるいは侵害の被害者が加害者を裁判所に訴えることができた。この点に関する我々の意見は、最も明確であって、この議論は量的に多くないが、権利を承認する民法の古典的体系において問題となる」と述べる⁴²⁸。

Roubier は、主観的権利の類型として、第一に、各人が生まれることによって得る先天的権利 (droits innés)、第二に、団体の内部において団体の構成員に属する個人権 (droits individuels)、第三に、契約によって生ずる契約権 (droits contractuels) を掲げる⁴²⁹。とりわけ、人格権ともっとも密接に関わるために先天的権利についてより詳しくみる必要がある⁴³⁰。

先天的権利の反対語は、後得権 (droits acquis) である。この区別は既に古い時代からあって、先天的権利は *jura connota* に、後得権は *jura quaesita* として存在していた。後得権の尊重に関する権利について述べる際に、臨時法 (droit transitoire) では、先天的権利の一種 (branche) として説明した。しかしながら、このような基礎づけは各改革に敵対的偏見をもたらすために、革命家の理論の発展に貢献できないとして、今日においてはもはや廃れている。しかし、このような区別が現代の法律家からしてまったく無意味というわけではない。なぜなら、人格権の理論に関して形が変わって今日登場したのであるからである。

人格権は、人として生まれるそれ自体によって各人に認められるために、先天的権利である。しかし、人格権は、法 (droits) でもなければ主観的権利でもない⁴³¹。なぜなら、所有物返還訴権 (action en revendication) や相続権確認訴権 (action en pétition d'hérédité) のように、区別された訴権によって保護されないからである。人格は、客観法 (droit objectif) によって保護されているし、刑事訴権と一般民事訴権によって保護される⁴³²。通常、訴権を有している者が裁判に訴える権利を有しているというときは、この訴権に先行する権利が存在することを意味するものではない。この法状態 (situation juridique) には、反応的 (réactionnelle) な状態と制度上の状態という二種類が存在する⁴³³。

⁴²⁸ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, p. 364.

⁴²⁹ P. Roubier, *Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs*, Arch. phil. dr. 1964, p. 85.

⁴³⁰ P. Roubier, *Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs*, Arch. phil. dr. 1964, p. 85.

⁴³¹ P. Roubier, *Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs*, Arch. phil. dr. 1964, p. 86.

⁴³² この客観法と訴権との違いに関して、Roubier は民法一一六六条でも同様の構造を見ることができるとする。民法一一六六条で「各債権者は、債務者の一身に専属する権利を除いて、債務者に帰属するすべての権利または訴権を行使することができる」と規定していることを例として掲げる。ここで債務者の「権利または訴権」の語を分けていることにつき、たとえ両者が同一であったらそれは単なる重複にすぎないのであるから妥当でなく、前者と後者は同一ではないと解すべきである。

⁴³³ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, pp. 73-78.

人格に関する「権利」とは、人自体の特権 (prérogatives) に関する問題であり、人に起因する尊重思想につながる問題であると述べ、以下の三つの問題に整理できるとする。第一、姓・肖像などの人の個性の尊重 (respect de l'individualité de la personne)、第二、人の身体的完全性の尊重、第三、名誉・秘密・精神的創造などの人の精神的価値の尊重。これらをそれぞれ検討した後、結論に至る。結論では、フランスでは民法一三八二条において人間に関する保護が与えられているため、ドイツのような一般的人格権は必要ではないと指摘する。いわゆる人格権は通常の特権の側面を有しない。なぜなら肖像や名誉その他の要素の専有 (appropriation)⁴³⁴が問題となるが、それらは専有可能な財 (biens appropriables) ではないからである⁴³⁵。Roubier の理解によると、いわゆる人格権は、通常の特権ではなく、単なる法的に保護された状態 (situations juridiquement protégées) に過ぎない⁴³⁶。「真実は、訴権によって保護される合法的な利益がある分野においてだけ存在する」という言葉に Roubier の主張が集約されている⁴³⁷。

Roubier に対する批判

Roubier と同時代を生きながら彼を最もよく知る人の一人である Dabin は、Roubier の主張を項目ごとに反論する⁴³⁸。Roubier が生命、自由、名誉などは人間の財 (biens) であり、客観法による保護の問題であるという主張に対して、Dabin は、これは専ら諸利益の保護を

Roubier は次のように説明する。反応的な状態は、法的義務違反に基づくものによって生じるものであって、先行法 (droit antérieur) に依拠するものではない。その例としては、故意または過失による不法行為責任に基づく訴権、また転用物訴権などがある。一方、制度上の状態は、先行法 (droit antérieur) が存在する場合である。その例としては、婚姻、親子関係、親権、後見、無能力等がある。

⁴³⁴ この語をどのように訳するのは難しい問題である。川島武宜「家族法の立法過程における法律家の役割」中川善之助追悼『現代家族法大系 I』(有斐閣、一九八〇年)七頁、一五頁注一四では、Max Weber の appropriation を「専有利益」と訳している。川島武宜「解題」『川島武宜著作集第二巻 法社会学』(岩波書店、一九八二年)四一九頁では、この訳は熟慮の結果であったことが指摘されている。なお、「権利」という社会現象を分析したものとして、川島武宜「『権利』の社会学的分析—Max Weber の“appropriation”の理論を中心として」『川島武宜著作集第二巻 法社会学』(岩波書店、一九八二年)三六二頁以下〔初出、一九七三年〕。

⁴³⁵ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, p. 375 では、「氏名権」と「文学・芸術著作権」は、家族の名前や精神著作を知るための権利の源 (siège) を提供しうる具体的かつ外面的 (concret et extérieur) 要素が存在するため、人格権として認められるとする。

⁴³⁶ C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, n° 273, p. 303 では、Roubier は「権利」と「その対象」を誤解していると指摘する。

⁴³⁷ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, p. 366.

⁴³⁸ J. Dabin, *Droit subjectif et prérogatives juridiques*, Examen des thèses de M. Paul Roubier, Mémoires de l'Académie Royale de Belgique, t. LIV, Fasc. 3, 1960, p. 11.

どこまで保護することができるかに関する問題であるという。第一に、権利に対応する訴権を付与するという権利の創造という手段を通じて、第二に、法的に尊重する義務のある「適法な利益」を侵害したときに適用される刑事あるいは民事制裁を通じて解決できる問題であると反論する⁴³⁹。また、Roubier が人間の財 (biens) は譲渡あるいは放棄不可能なものであるということについて、Dabin は、戦時に秘密漏えいを防ぐための自殺のような人格に関わる財を放棄することが正当化される場合があること、また一定の条件の下で臓器あるいは血液の贈与の合法性が認められている点、労働契約にみられるように条件付きに自由を譲渡することもできるということを理由として掲げる⁴⁴⁰。

3. Kayser の見解

二〇世紀後半以降においてフランスの人格権論において最も輝きを放った者の一人が kayser である。kayser は、一九七一年に民法季刊雑誌に投稿した「人格権—理論的かつ実務的側面」という論文において自らの人格権論を次のように展開している⁴⁴¹。彼は、結論においてこの論文の目的を、次の二つが主であったと述べている⁴⁴²。第一は、「人格権を濫用することは可能であるのか、あるいは無制限なものとして考えるべきであるのかを知るためのものである」と述べており、人格権を権利的側面に注目している。第二は、家族権、公的自由、人権、自然権の諸権利と人格権との間における異同ないし関係について考察するものであるといい、これは人格権が他の権利との関係における位置付けを考えるものであった。この目的を達するために、客観法 (droit objectif) が個人にいかなる権限を認めたのかに関する人格権の画定 (détermination) の問題と、他の主観的権利との比較を通じて人格権の特徴を考える人格権の体制 (régime) という構成を採用した。

導入では、上記の主観的権利を定義する先行諸学説を検討した後に、次のように、自らの独自の見解を示している。権利の問題において、各人に権限を与えることは、同時にそのような行為をする自由の問題でもあり、Saleille の見解に類似する立場を提示する。Saleille の定義が「権利」と「民事自由」とを区別しないために不完全であるとして、「主観的権利とは、社会的特徴に関する諸利益のために設けられ、自律意思によって行使される、一定の内容を有する権限 (pouvoir) である」と定義することでそれを補っている⁴⁴³。

⁴³⁹ この点、Roubier は、Dabin も「権利の必須の構成要素は、主体に財が帰属することである」点を否定しないという。生命、身体の完全性、名誉、幾つかの秘密などは、とりわけ貴重な財である。：通常用語としてそれは妥当であるが、法律用語としては適切でない。なぜなら、主観的権利は専有された財に関するものであり、専有不可能な諸要素をその中心に有しうることはできないからである」と再反論する (op. cit., p. 38, note 1)。

⁴⁴⁰ J. Dabin, Droit subjectif et prérogatives juridiques, Examen des thèses de M. Paul Roubier, Mémoires de l'Académie Royale de Belgique, t. LIV, Fasc. 3, 1960, p. 12.

⁴⁴¹ P. Kayser, op. cit., RTDC, 1971, p. 445. ; Aussi, La protection de la vie privée par le droit, préf. H. Mazeaud, 3^e, Economica, 1995.

⁴⁴² Kayser, op. cit., RTDC, 1971, p. 508.

⁴⁴³ Kayser, op. cit., RTDC, 1971, p. 454. Martin も秘密を権利における境界画定の問題に

Kayser は、人格権の庇護の下で、類似する諸権利が発達したために、その「はれ(enflure)」を取り除くことによって、本当の人格権を「虚偽の人格権 (faux droits de la personnalité)」から区別できるという⁴⁴⁴。この虚偽の人格権は、主観的権利の定義に一致するものではなく、単に法的に保護される正当な利益に過ぎない。たとえば、生命権や身体の完全性への権利のような虚偽の権利は、「主観的権利の定義に一致しない。なぜなら、それらは主観的権利の本質である一定の権限を含まないからである。実際に、それらは人の権利ではなく、人の利益である。したがって、人の利益が侵害を受けた場合に、その保護は、民事責任によって保障される。この侵害から出発してこそ、被害者は、侵害によって惹起された損害の賠償を得るという主観的権利を付与される。いわゆる身体の完全性への権利は、実際、身体の完全性への侵害によって惹起された損害の賠償を得る権利である。しかし、この権利は、その侵害がフォートあるいは少なくとも責任を生じさせる行為 (fait générateur de responsabilité) を構成する限りにおいて存在するだけである」⁴⁴⁵。

続いて、Kayser は、人格権の目録を提示することは不完全性の危険を伴うものであるために、あえて試みることはせず、それよりはむしろ新たな権利を包括することのできる分類を行うべきであるとする。たとえば、幾つかの学説が採用している「身体的完全性の権利」と「精神的完全性への権利」という二分論は、たとえば氏名権のような両方に関わるものを説明できないために不十分であるとし、分類方法として、物権に比肩する人格権、債権に比肩する人格権、著作者や発明者の精神権の個別的な性格に分けて論じている。なお、ドイツのような一般的人格権をフランスにおいて承認するという問題に関しては、一般的人格権に関する「規範の承認が我々の法状況を重要な方法でもって変えるようには見えない。……民法典改正草案の一六五条が付与する規範は、専ら民法典が追求してきたことへの激励の価値しか有しない」とし、また、フランス民法一三八二条の規範からしても一般的人格権を認める必要はないという⁴⁴⁶。

Kayser は、人格権と自然人との関係を述べるところで、「法的人格が自然人に人格権を付与する」という⁴⁴⁷。主観的権利は、権利の保持者の間で不平等があったり、全ての権利保持者が画一的な権利を有したりするわけではないとしつつも、人格権はすべての自然人に属し、かつ平等なる権利であることを指摘する。法人に対しては、自然人の類似する一部の人格権が付与されるという⁴⁴⁸。

置くならば一つ権利であるとする (L. Martin, *Le secret de la vie privée*, RTDC, 1959, pp. 227 et s, notamment p. 239)。

⁴⁴⁴ Kayser, op. cit., RTDC, 1971, p. 455. この表現は Nerson からの借用であるという。

⁴⁴⁵ Kayser, op. cit., n° 11.

⁴⁴⁶ Kayser, op. cit., n° 31.

⁴⁴⁷ Kayser, op. cit., n° 34.

⁴⁴⁸ Kayser, op. cit., n° 35.

第二款 人格権と民事責任：主観的権利論の一断面

Code Civil に人格権に関する条文がなかったために、長らく人格的利益の保護は民事責任の分野、とりわけフランスの不法行為責任の一般規定である一三八二条において保護されてきた⁴⁴⁹。同条では、通常権利侵害を構成要件とせず、フォート、損害、因果関係によって不法行為責任が生ずる⁴⁵⁰。しかし、科学・技術の発達によって社会における権利保護の必要性が増すにつれて、私生活尊重の権利⁴⁵¹、住宅への権利⁴⁵²、環境への権利、情報への権利⁴⁵³などの様々な名前を有する権利が生まれることとなった⁴⁵⁴。この現象につき、Maurie は「判例が法律を扇動し、法律は判例を培養する」と言っている⁴⁵⁵。フランス民法一三八二条は、既に存在する権利の尊重を保障するのみならず、Code Civil の体系において新たに認められるべき権利の誕生にも常に貢献してきた⁴⁵⁶。

しかしながら、不法行為責任に関する訴権は、主観的権利とは独立の訴権であること、また、たとえ主観的権利が認められるとしても、民法一三八二条の適用の際に、法技術的にどのように構成すべきかに関して問題が残っていることから、現在においても保護法益の権利構成に対する異論も依然として根強く残っている⁴⁵⁷。

⁴⁴⁹ J.-C. Saint-Pau, La distinction des droits de la personnalité et de l'action en responsabilité civile, in Mélanges à H. Groutel, Litec, 2006, p.405 et s. ; T. Azzi, Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs, RTDC, 2007, p.227. 日本語文献として、小柳春一郎「権利と民事責任」法時八五巻七号（二〇一三年）六七頁以下。

⁴⁵⁰ フランスの民事責任については、自動車損害賠償法を中心とする野田良之の一連の研究が存在する。不法行為責任一般に関しては、山口俊夫『フランス法（下）』（東京大学出版会、二〇〇四年）第二編、新関輝夫『フランス不法行為責任の研究』（法律文化社、一九九一年）のみを挙げておく。

⁴⁵¹ Cass. soc. 2 Oct. 2001, n° 99-42. 942(Aff. Nikon france)

⁴⁵² Cass. civ. 3e, 22 Oct. 2003, n° 02-14.702.

⁴⁵³ Article L.1111-2 du Code de la santé public. 「あらゆる人は、自身の健康状態について情報を与えられる権利を有する。この情報は、提示された様々な検査、処置または予防行為、それらの有効性、生じうる緊急性、結果、通常予測可能なよくある危険または重大な危険、さらに可能性のある他の解決法及び拒否の場合の結果に関するものである。検査、処置または予防行為の実施後に新たな危険性が確認された場合、本人を見つけ出すことのできない場合を除いて、当事者に情報が提供されなければならない」。; Cass. Civ. 1re, 3 juin 2010, D. 2010, p.1522, note P. Sargos.

⁴⁵⁴ M. Picard, op.cit. ; 人の法に関しては、A. -C. Aune, Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille, préf. A. Leborgne, PUAM, 2007. 参照。最近では、忘れられる権利に関してもこの文脈から捉えられている。J. -M. Bruguière, Le <<droit à>> l'oubli numérique, un droit à oublier, Dalloz, 2014, p.299.

⁴⁵⁵ P. Malaurie, Droit civil : Les personnes-La protection des mineurs et des majeurs, 6é, 2012, Defrénois, n° 280.

⁴⁵⁶ T. Azzi, Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs, RTDC, 2007, p.227.

⁴⁵⁷ R. Nerson, op.cit. ; P. Roubier, op.cit. ; Ph. Le Tourneau, op.cit., n°s 1306-1308.

人格権もそれが問題となった初期には、民法一三八二条の枠組のなかで問題を考える場合が多かった。しかしながら、次第に独立した法益として考えられるようになってから、もはや民法一三八二条の枠組から離れるようなものが出てくることによって、改めてそれらの関係について議論がなされている。したがって、以下では、人格権が民事責任（とりわけ、不法行為責任）との関係において、民事責任から独立している面と、依存している面に分けて議論を整理する。この議論から、現代のフランスにおける人格権論と民事責任論ないし不法行為法論との関わり的一端を観察することができ、人格権論がその中から、いかなる意義を有するののかにつき、検討する。

第一項 人格権の民事責任からの独立

1. 一八八一年七月二九日法律と民法一三八二条

人格権論において、出版の自由に関する一八八一年七月二九日法律〔以下、一八八一年法とする〕と民法一三八二条との関係について、従来から主に論じられてきたテーマである⁴⁵⁸。Carbonnier は、不法行為責任と民法一三八二条との関係に関する問題状況につき、一九五一年に公開された「沈黙と栄光」と題する著名な論文で次のように述べている⁴⁵⁹。一八八一年法律は、「思想に関する表現すべてに関して、対立しているすべての諸利益（ここでは、民事諸利益を含む）を一度で調整する、それ自体で十分でありかつ同時に民法一三八二条の漠然とした権限の一部を取り除く、閉じた法制度（*système juridique clos*）を創設するために認められたものではない」か否かを知ることが一つの問題となる。このように伝統的法体系である民法一三八二条から、一八八一年法律はいかなる個別制度を作り、それと一般制度との関係を考察することは、一八八一年法が宿命的に抱える根源的問題であった。近年、この点に関して注目すべき判示がなされており、幾つかの破毀院判決を取り上げて検討する。

二〇〇〇年の破毀院混合部判決

混合部判決は二つの事案からなる⁴⁶⁰。第一の事案（*Consorts Erulin c/Événement du Jeudi et autres*）は、アルゼリ戦争の際に行われた拷問行為が故人の支配下で行われたとして、

⁴⁵⁸ この法律に関しては、大石泰彦の一連の研究がある。「フランス一八八一年出版自由法(上)～(下)」青山法学論集一六巻二号～一七巻二号（一九八八～一九八九年）、同「フランス一八八一年出版自由法」青山法学論集三一巻四号（一九九〇年）二〇九頁以下〔後に、『フランスのマス・メディア法』（現代人文社、一九九九年）に所収〕。また、曾我部真裕『反論権と表現の自由』（有斐閣、二〇一三年）〔初出、二〇〇五年〕第一章も参照。

⁴⁵⁹ J. Carbonnier, *le silence et la gloire*, D. chr. 1951, pp.119-120.

⁴⁶⁰ 混合部の同じ日付の判決として、更に別の二つの事案の判決が存在する。Cass. Ass. plén. 12 juil. 2000, RTDC 2000. p.842, note P. Jourdain. ; JCP G 2000. I.280, nos 7 et s., note G. Viney ; JCP G 2000. II.10439, note A. Lepage.

故人にその責任を転嫁する報道記事を週刊誌が公にした。これにつき、生存配偶者とその子らが民法一三八二条に基づいて訴えを起こした。第一審は新聞記者のフォートを認めたが、パリ控訴審では、「適用可能な唯一の条文は、故人の評判に対して影響を与える名誉毀損に関する一八八一年七月二九日法律の第三四条である」、ところが、ここでは、妻と子に関する敬意または名誉侵害に関する加害者の意図は欠いていると判示して、原告らの主張を認めなかった⁴⁶¹。これに対し、破毀院第二民事部は、控訴審が民法一三八二条の適用を拒否し、専ら一八八一年の法律に基づいて判断を行ったことを非難して、控訴審を破毀して差戻した⁴⁶²。しかし、同控訴院はヨーロッパ人権条約第一〇条に依拠して、表現の自由は法律によって規定された場合においてのみ制限されることができるとの理由から、裁判官はこの予見可能性の条件を満たす一八八一年七月二九日法律のみを考慮すればよく、この法律は、民法一三八二条を排除すると判断して、破毀院判決に抗議した。この判決は、言論分野においても民法一三八二条は一般的射程を有するとした以前の破毀院判決⁴⁶³に違背するとして再び上訴した。破毀院混合部は「一八八一年七月二九日法律によって抑制されかつ規定された表現の自由の濫用は、民法一三八二条に基づいて賠償され得ない；前述の法律第三四条の条文に関する係争発言の公表を考慮すると、原告らが前述の一三八二条の利用することを認めなかった控訴審は正当に判決した」と判示し⁴⁶⁴、一八八一年法が民法一三八二条の適用を排除したことを明確に認めた。

第二の事案 (Consorts Collard c/Jamet et autres) は、故人となったある良心も存在しない男性がエイズ・ウィールスの伝染によって複数の被害者をもたらし、突然死に至らせた責任を有することを読者の見解に基づいて日刊紙が報道したものであった。これにつき、男性の両親が日刊紙を相手にして損害賠償を提訴した。控訴審は、故人の評判に関する名誉毀損の事実は一八八一年法律の三四条によって個別の不法行為を規律するものであるため、原告に対して処罰しうる意図が不在するときには民法一三八二条の依拠して起訴することはできないと判示した⁴⁶⁵。これにつき、原告が上告したが、破毀院は第一の事案の判示と同じ言葉を述べて、棄却した。

その後、この判決の定式に従うことによって、判例が定立された⁴⁶⁶。ただ、混合部が採用した定式は民事責任訴権をすべて否定するものではなく、もっぱら民法一三八二条に依拠

⁴⁶¹ CA Paris 6 mars 1992, *Légipresse* 1992, n°95, III, 29.

⁴⁶² Cass. civ. 2^e, 22 juin 1994, *JCP G* 1994, I, 3809, n°4, note G. Viney ; *D.* 1994, somm. p.268, note T. Massis.

⁴⁶³ Cass. civ. 2^e, 5 mai 1993, *D.* 1994, somm. p.193, note T. Massis ; Cass. civ. 2^e, 24 janv. 1996 : *D. jur.*, 1997, p.268, note J. Ravanas.

⁴⁶⁴ Cass. Ass. plén. 12 juil. 2000, *RTDC* 2000. p.845, note P. Jourdain. ; *CCE* oct. 2000.31, n° 108, note A. Lepage.

⁴⁶⁵ CA Versailles 16 oct. 1997.

⁴⁶⁶ Cass. civ. 2^e, 8 mars 2001, 2 arrêts, *Bull.civ. II*.n° 46 et 47 ; Cass. civ. 2^e, 9 oct. 2003, *D. jur.* 2004. 590, note E. Dreyer ; Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, *JCP* 2004. IV.1913 et s.

することだけを問題にしたものであった⁴⁶⁷。したがって、それ以外の条文、例えば民法九条や九条の一のような条文に依拠して、民事責任を主張することを排除するものではない。

二〇〇五年の破毀院第一民事部判決

ある家族の失踪 (disparition) に関して多様な事実を分析した記事によってそれが広がり、記者と新聞社を相手として、民法九条と民法一三八二条に基づいて、提訴した。控訴審では原告の主張をほとんど認めたために、新聞社と記者がその破棄を求めて上告した。破毀院は、「私人間における (envers les personnes) 表現の自由の濫用は、民法一三八二条を根拠として起訴することはできない」として民法一三八二条に基づいてなされた非難は理由が存在するとした。

468

二〇〇〇年判決と二〇〇五年判決の関係

二〇〇〇年判決と二〇〇五年判決の間には次のような違いが存在する⁴⁶⁹。文言上、二〇〇五年判決では、一八八一年法律によって規定された表現の自由の濫用が問題ではなく、私人間のすべての濫用に関するものであった。したがって、二〇〇〇年判決で民法一三八二条に基づいて「賠償 (réparés)」されることはないとしたことに対して、二〇〇五年判決では民法一三八二条に基づいて「起訴 (poursuivis)」されることはないとしたのである。さらに破毀院の二〇〇六年二月七日判決に至っては、「一八八一年七月二九日法律によって処罰されかつ規定される表現の自由の濫用は、民法一二八二条を根拠として、『起訴かつ賠償』されることはできない」とまで判示された⁴⁷⁰。このような判例の発展が意味するものは、民法一三八二条の適用領域の排除を更に拡張することにある。二〇〇〇年判決で示されたのは、一八八一年法律が規律する範囲において民法一三八二条の適用を排除するものであったが、二〇〇五年判決においては、民法一三八二条に基づく「起訴」を禁止したのであり、一般民事責任原理によって賠償されうる範囲がより一般的で広いといえる。そうすると、表現の自由の濫用に関して、被害者が訴えうるものとしては、一八八一年法律以外に民法上の規定としては九条、九条の一を根拠にするしかない。あるいは、表現の自由の濫用の対象が人ではなく、製品 (produit)・サービス (service)・知的創造品 (création)

⁴⁶⁷ G. Viney, La particularisme des relations entre le civil et le penal en cas d'abus de la liberté d'expression, in Mélanges à B. Bouloc Les dorits et le droit, Dalloz, 2007, p. 1176.

⁴⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 27 sep. 2005, D. 2005. jur. 768, note G. Lecuyer ; RTDC 2006. 126, note P. Jourdain ; E. Dreyer, Disparition de la responsabilité en matière de presse, D. chr. 2006. 1337.

⁴⁶⁹ G. Viney, La particularisme des relations entre le civil et le penal en cas d'abus de la liberté d'expression, in Mélanges à B. Bouloc Les dorits et le droit, Dalloz, 2007, pp. 1177-1179, n^{os} 13-15.

⁴⁷⁰ Bull. civ. I, n^o 57.

intellectuelle) である場合には、依然として民法一三八二条に基づいて損害賠償を請求することができる⁴⁷¹。もちろん、諸事実が一八八一年法律の違反でない場合には、一三八二条の適用は認められる⁴⁷²。

2. 民法九条と民法一三八二条

民法九条の制定以降、実務において長らく民法一三八二条と民法九条との協働によって、私生活の尊重権を構成してきた。人格権の民事責任からの独立に関する傾向は、私生活尊重権、肖像権などに見られる。私生活尊重権に関して、今日最も著名な判決の一つとなった破毀院第一民事部一九九六年一月五日判決では、私生活尊重権の民事責任からの独立の一端が示されている（以下、一九九六年判決とする）⁴⁷³。事案は、次の通りである。Voici という雑誌を発行する Prisma Presse 社は、「C. と V.L.、その後、昼間に彼らは現れた」と題する記事でもって、モナコ公国王女の愛情生活に関する記事を公開した。これにつき、王女であるマダム G は、私生活の侵害とその肖像の無断公開による侵害を受けたとして、民法一三八二条ないし民法九条に基づいて損害賠償を求めて被告会社を訴えた。一九九二年一〇月二日にパリ第一審裁判所は、原告が被った被害 (dommage) の程度や確実さ (consistance) と、主張された侵害と損害 (préjudice) との間における因果関係とのいづれも考慮することなく、被告に八万フランの損害賠償を命じた。一九九四年二月一五日のパリ控訴院は、民法九条に基づいて、被告の行為が私生活と肖像の公開への反対する権利を侵害すると判示して、第一審を支持した。これに対し、被告は従来の下級審裁判例に依拠しながら⁴⁷⁴、「私生活が侵害された被害者に、侵害の防止あるいは中止を求める固有の訴権は民法九条に専ら基礎づけられ、損害賠償は依然として民法一三八二条の適用要件に服する。；したがって原告の訴権が、フォート (faute)、因果関係、損害の証明に関する一三八二条の諸要件を満足させる必要がないと控訴審が判示したことは、この二つの条文に関する必然的組み合わせ (nécessaire combination) を無視したのである」と主張し、控訴審判決の破毀を求めて上告した⁴⁷⁵。これに関し、破毀院は、「民法九条によると、私生活への侵害の証明だけで賠償権を獲得する。；控訴審は、愛情生活に関する係争物の公開によ

⁴⁷¹ Cass. Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, Bull. civ. I, n° 274.

⁴⁷² Cass. Civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, D. 2009. 1779, note J.-Y. Dupeux et T. Massis ; RTDC 2009. 331, note P. Jourdain. ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 sept. 2012, D. 2013. 457, note E. Dreyer.

⁴⁷³ Cass. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, JCP 1997, I, 4025, note G. Viney. ; JCP 1997, II, 22805, note J. Ravanas. ; D. somm. 1997, p. 289, note P. Jourdain. ; D. 1997, p. 403, note S. Laulom. ; H. Capitant et F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, 12^e éd., Dalloz, 2007, pp. 149-160.

⁴⁷⁴ CA Paris 5 déc. 1988, D. somm. 1990. 239, note D. Amson. ; CA Paris 17 déc. 1991, D. 1991. 371, note J. Ravanas.

⁴⁷⁵ 破毀院では取り上げられなかった被告のもう一つの上告理由として、パリ控訴審が、適切な理由づけなしに損害賠償とは別の民事罰としての賠償金を承認したことに対しても取消を求めた (Ravanas, op. cit., note sur Cass. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 2.).

るマダム G の私生活尊重権の侵害範囲を認定してから、被った損害額を最終的に評価した。；したがって、控訴審判決は、適法に正当化される」と述べた。

この一九九六年判決は、「主観的権利の誹謗者 (détracteurs) たちに、明確な否定を与えた」⁴⁷⁶。この判決が示した「私生活への侵害の証明だけで賠償権を獲得する」という定式は、その後の判決でも繰り返されることによって判例法理としての承認を得た⁴⁷⁷。この定式の射程をいかに考えるかについて、私生活が侵害された場合に個別のフォートや損害の証明する必要がなくなったのは、違法の差止においてだけでなく、金銭賠償のときにも適用されるとの見解が有力に示されている⁴⁷⁸。ただ、この見解も、損害賠償における私生活の尊重権を完全に独立したものとして理解するのではなく、私生活への侵害の証明の際には、フォートと損害が含まれているとして、被害者の立証負担を緩和するだけであるとの立場に立っている。

破毀院は、二〇〇三年の三つの判決においてこの定式をより具体化した。二つは、四月二三日付の第一民事部の判決⁴⁷⁹、もう一つは、四月二四日の第二民事部の判決⁴⁸⁰である。

四月二三日の第一判決は、「女性 (Femme)」という雑誌に、イスラム教の一分派の指導者であり実業者としても有名な原告の Karim 王子が「五八歳で、その配偶者と別れ、美しい瞳の若いラテンアメリカ人と関係を結ぶようである……」という記事が載せられたことにつき、雑誌社を訴えた。控訴審は「私生活の限界が公人に対しては緩やかに評価」し、「離婚の原因関係を表す係争記事の検証と、出来事に関する推測あるいは実際の私的な状況についてはいかなる余談も含まれないという見解の間の矛盾」は存在しないとした⁴⁸¹。破毀院も控訴審が認めた「離婚は記事の公開日において公的かつ周知の時事性 (un fait d'actualité) を有する事実であるため、記事は情報の自由の限界を超えるものではない。『美しい瞳の若いラテンアメリカ人』との表現は、この場合、簡単かつ暗示的であるため、悪意を欠いており、主張された侵害の利益を構成し得ない」として上告を棄却した⁴⁸²。

四月二三日の第二判決は、一九九六年八月にモナコ王国の王妃の S. Grimaldi の主人がストリップと婚外関係を結んだというマスコミの騒ぎの後の一二月に、パリマッチが配偶者と推定される者の気持ちと反応に関する記事を一枚の写真とともに載せた。これに対して Grimaldi 王女が私生活・肖像の侵害を求めて提訴した。控訴審は私生活・肖像の侵害を認めた。私生活については、「たとえ配偶者のいたずらが時事性 (un événement d'actualité) を有するとしても、諸記事は……情報対象の変容 (détournement) かつ情報解釈の必然的

⁴⁷⁶ Ravanas., op.cit., note sur Cass. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 6.

⁴⁷⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 25 fév. 1997, JCP 1997, II, 22873, note J. Ravanas.

⁴⁷⁸ Viney, op.cit., note sur Cass. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 3.

⁴⁷⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 23 avr. 2003, D. 2003, p.1539, note A. Lepage. ; ibid., p. 1854, note C. Bigot. ; JCP G, 2003, II, 10085, note J. Ravanas.

⁴⁸⁰ Cass. Civ. 2^e, 24 avr. 2003, Bull. civ. 2003, II, n° 114, p. 98.

⁴⁸¹ CA Versailles, 25 mai 2000.

⁴⁸² Cass. Civ. 1^{re}, 23 avr. 2003, 00-20.740.

でない一般化 (extrapolation) を構成する。したがって控訴審は、情報の自由と家族・私生活尊重権との間でなされた諸制裁を通じて探し求めた衡平を正当化した。またこの原則への侵害は、その方法が好意的・同情的なものかあるいは無礼的なものかということとは無関係である」と判示した。肖像については、「……私的クラブないし私的庭で撮られた諸写真に関して原告自らの参加が立証されていないと最終的に評価された」と判示した。破毀院も控訴審の判決を維持して、請求を棄却した。

一方、四月二四日の第二民事部の判決は、ある有名なサッカー選手と若い女性との関係を報じたパリマッチが私生活と肖像への侵害に当たるとして女性に訴えられた。控訴審はその主張を認めなかったが控訴審では原告の主張を認めたため被告のパリマッチが上告した。上告理由では記事と写真の公開に関して控訴審判断が一八八一年七月二九日法五三条⁴⁸³に基づいていないため無効であること、また比例性 (proportionnalité) の観点から許されないと主張した。これに対し、破毀院は「原告は民法九条の訴権に基づいている。民法九条は同意のない肖像の公表、肖像と私生活尊重権の侵害に関する諸情報の公開を明確に擁護する」、また「原告と訴外との関係の公開は、私生活尊重権の侵害を構成し、これらの公表が公的情報として正当化されるほど重要な出来事であるとして原告の含意によっても正当化されない限り、肖像の公表は明白に (distinctement) 肖像への尊重権を侵害する」と判断した控訴審を支持して、上告を棄却した。

私生活の尊重権はしばしば肖像権の侵害をも同時に惹起する。判例では、肖像権の侵害に関する条文が存在しないために、民法一三八二条に従っていた。しかし、破毀院は民法九条を拡大して解釈することによって、別な解決策を採る。つまり「この条文 (民法九条) によると、人は誰でも肖像の複製に反対する権利を有する」との文言を述べている⁴⁸⁴。私生活の尊重権や肖像権はもはや民法一三八二条の一般民事責任から更に一步を踏み出したのである。破毀院判決では、「私生活の尊重に対する侵害と肖像の尊重権の侵害は、それぞれ区別された損害の原因をなし、それぞれの賠償権を獲得する」と判示するに至っている⁴⁸⁵。

第二項 人格権の民事責任への依存

民法一三八二条との関係において民法九条等が独立したということができるとしても、

⁴⁸³ 一八八一年七月二九日法五三条「召喚状は、容疑事実を挙示し、これを法的に確定するものでなければならない。また、それは、訴追に適用される法律の条文を明示するものでなければならない。召喚状は、告訴人の請求がある場合、提訴を受けた裁判所が所在する市に住所を選定し、被告人および検事局に送達されなければならない。これらの手続のすべてが遵守されない場合には、訴追は無効となる」。以上は、大石泰彦訳・青山法学論集三巻四号 (一九九〇年) 二二〇頁を参照した。

⁴⁸⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 13 jan. 1998, D. 1999, p.120, note. J. Ravanas.

⁴⁸⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 12 déc. 2000, D. 2001, p.2434, note. J.-C. Saint-Pau.

当然ながら、そのことから直ちに人格権の規律に関して民法一三八二条がその役割を終えたということにはならない。民法九条は、私生活の尊重権、肖像権の法的根拠とはなり得ても、身体の尊重権、身体の完全性への権利の「発祥地」⁴⁸⁶にはなり得ないのである。人格権の侵害に関しては、民法九条のような条文によって強化された主観的権利が侵害の救済をなす場合もあるが、依然として、利益衡量などによって加害者と被害者の権利の調整を求める場合が多い。そのときには、仲裁的機能を果たすことのできる民法一三八二条が改めて再照明されるのである⁴⁸⁷。Code Civil 制定以来、民法一三八二条は、絶えず、フォート、損害、両者の間の因果関係による「一般性 (généralité) と柔軟性 (souplesse)」でもって⁴⁸⁸、その生命力を更新してきた。たとえば、身体の完全性への権利 (droit à l'intégrité physique) は、客観的不法行為責任の理論⁴⁸⁹からの影響を受けて作られかつ肯定されてきたものであり、民法一三八二条からのものである⁴⁹⁰。また、財産外の利益を主観的権利として性質決定することに関する整合性 (consistance) に疑問を提示し、主観的権利に関する理論に訴えることなしに、民事責任による保護を説いた見解も有力に主張されている⁴⁹¹。

まず、フォートについてみると、裁判所は、人格の諸要素に対する侵害に向けて、侵害を特徴づけることに排他的に結びついたフォートがあるかどうかを判断する。暴露あるいは私生活に関する情報調査の場合、この情報が私生活との関係の可否、また当事者の許諾を得たか否かを判断する。写真の公開の場合には、公衆に対する情報公開の必要性、同意の可否に関して判断をする。著作者の精神的権利の侵害の場合には、著作者の諸属性 (attributs) のなかの一つに関する侵害の可否さえ判断すればよい。これらの場合において、怠慢 (négligence) あるいは不注意 (imprudence) に対する証明は必要でない。

損害に関しては、被害者が受けた経済的損害の立証をしなければならない。もちろん経済的損害が存在しなくても、フォートを通じて、人格のある属性に関する侵害があれば、

⁴⁸⁶ 「母体、発祥地 matrice」という表現をはじめて使ったのは、J.-C. Saint-Pau, Cass. civ. 1^{re}., 16 juil. 1998, D. 1999, 541 であり、続いて A. Lepage, L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la "matrice" des droits de la personnalité ?, Gaz. Pal. 2007.5.18-19, p. 43 で再び使われた。

⁴⁸⁷ C. Bigot, note sur Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1998, D. 1999, somm. p. 168.

⁴⁸⁸ 同表現を使うものとして、P. Jourdain, Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile, Gaz. Pal. 2007.5.18-19, p. 52.

⁴⁸⁹ B. Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, these Paris, 1947. ; Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, RTDC 1958, p. 475. 日本語文献として、淡路剛久「スタルク教授の民事責任論—『保障理論』を中心として」日仏法学一〇号（一九七九年）一頁以下〔後に、『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣、一九八四年）一八頁以下に所収〕、石井智弥「スタルクの民事責任論と不法行為責任の根拠」茨城大学人文学部紀要社会科学論集四九号（二〇一〇年）一頁以下参照。

⁴⁹⁰ D. Tallon, Droits de la Personnalité, Rép. civ. Dalloz, oct. 1996, n° 7.

⁴⁹¹ C. Bloch, La cessation de l'illicite, op.cit., n° 266.

精神的損害を構成することも可能ではある。したがって、侵害の証明に基づいて、責任に関する諸要素が事実上推定される。

以上のように、人格権に関する規範は、依然として民事責任に依存しているといえる。この点は、次の有力説の言葉に尽きると言っても過言ではない。「不法行為責任の未だ認められていない機能の一つは、実定法によって既に承認された権利の尊重を保障するものだけでなく、まだ公式化あるいは認められていないものを現すものにある。その機能は、我々の法体系に関して新しく、発展的方法でもって貢献する」⁴⁹²。

⁴⁹² G. Viney, note sous Cass. civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, JCP G 1997, 4025, n° 5.

第一章のまとめ

第一章では、フランス法における人格権論の形成と発展状況を、「人格」と「権利」を軸にして検討した。「人格」は、法が「人」を捉える視点であるが、この語は、コード・シヴィル制定当初からのものではなく、一九世紀初期から二〇世紀初期までの諸学説の営みの成果であった。つまり、「人格」の語は、学説上の層の異なる議論の積み重ねが一定の背景をなし、歴史上形成されたものであった。一九世紀初頭までは、人間が法律上の「人」になることに関する議論として、一九世紀中盤になってからは、「人」と資産とをつなぐものとして、一九世紀後半から二〇世紀に掛けては、団体を法律上の「人」として認めるにおいて登場した。これらの諸議論においては一貫として人間＝法律上の「人」という視点が根底に置かれており、その上に、これらの諸議論が積み重なっている点にフランス法の独自の特色がある。したがって、後に入ってきた「人格権」の語を考えるにおいても、その前に存在していた「人」・「人の法」との関係から、その語の意義ないし位置づけが考えられ、この語の中心となるのもやはり人間ないし自然人である。この点が、その後の立法においても一定の影響を与え、今日の代表的学説が人格権を人間の根源的権利として理解することにまでつながっている。

もう一つの軸である「権利」に関する議論においても、フランス民法学の特色が現れている。古典的学説とされるドイツ学説からの示唆を得つつ、Saleilles や Michoud, Duguit などフランス法学の土台から主観的権利論を展開している。この原理的な考察は、Roubier, Dabin によって更に積み重なって、Kayser に至って、主観的権利としての人格権として一定の方向性を示すこととなった。さらに、近時に至っては、主観的権利論の実際的一断面として、民法一三八二条と民法九条等の関係が議論されており、最後において若干検討した。

以上のように、第一章では、フランス法上の人格権とはいかなるものかを考えるにおいて、「人格」・「権利」という基本概念を軸にしそれらの概念と「人格権」概念との関係から、人格権の意義ないし性質を捉えることによって、フランス法の議論の特色を示した。

第二章 日本法における人格権論

はじめに

序章で若干述べたとおり、日本における人格権論は、初めのころ広い意味において語られてから、狭い意味としてあるいは不法行為法上の人格権論という場面に限って議論がなされる傾向を示していた。一方、判例においては多様な人格的利益が實際上問題となっており、これらを包摂する人格権論の理論的枠組みの構築が急務となっている。不法行為法上の権利論からの成果をも吸収しつつ、広い文脈に立ち戻って議論することによって、人格権論に再照明を与える必要がある。近年において民法と憲法との関係論が注目を浴びたのも⁴⁹³、民法の適用範囲に関する問題が実際上の問題として改めて問われているからであり⁴⁹⁴、人格権論もこれらの議論から学ぶべき点は多い。

以下では、日本法における人格権論がどのような議論を経て現在の状況に至ることとなったかを学説・判例を中心に整理して、その特徴を探ってみたい。

第一節 人格権論の形成

第一款 起草時から戦前まで

第一項 起草者の理解

まず、起草者における「人格権」理解を検討する前に、民法典編纂時における私権論から始める必要がある。周知の通り、私権概念を巡っては起草者間において大論争が繰り広げられており、その議論は民法が包摂する範囲はいかなるものかに関する理解の相違から来たものであった。第一章でのフランスでの議論からも明らかな通り、人格権概念に関する議論は、そもそも民法上の「人」とは何か、民法が定めるないし保護する「人」の像とは何かというところと密接に関連する。この点は、そもそも民法が保護する領域はどこまでかという「私権」論と表裏の関係を有しており、「私権」とは何かという議論を抜きにして、「人格権」とは何かという議論を語ることはできない。つまり、「私権」の包摂範囲の異動によって、当然「人格権」の包摂範囲も異なり得るということもできる。したがって、以下では、まず、民法典編纂時の最初の論点の一つとなった「私権」をめぐる議論について触れた後に、起草者の理解、後の学説の理解などの「人格権」論へと進むことにする。

1. 法典調査会主査委員会での議論：「私権」と「権利」をめぐる⁴⁹⁵

ボワソナードが起草した旧民法が法典施行の延期派の反対に会い、結局施行されること

⁴⁹³ 原理的視点から問題状況を分析するものとして、宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論』（勁草書房、二〇〇八年）。

⁴⁹⁴ たとえば、最判平成一八年三月三〇日民集六〇巻三号九四八頁（国立マンション事件）。

⁴⁹⁵ この議論は、広中俊雄『綱要』一二〇頁注一）、大村敦志『民法読解 総則編』（有斐閣、二〇〇九年）八～九頁〔以下では、『読解 総則編』とする〕で簡略にまとめられている。

がなかったため日本人三人を中心として民法典起草のための作業が始まった。一八九三年の法典調査会の発足当初から委員たちの間で、総則第一編第一章（現二章）第一節の標題および一条（現三条一項）に「私権ノ享有」にすべきか「権利ノ享有」にすべきかをめぐって議論がなされた。

まず、標題について。標題の原案は「私権ノ享有」であった。これに対して、同年の六月九日主査委員会で菊池武夫は「権利ノ享有」にしたい旨を述べた。その理由としては、「元来民法ト云フモノハ、所為私権ト云フモノニ就テノ総テノ関係ヲ定メルモノデアルト云フコトハ、事新シク云フ迄モナク、何処デモサウ云フ風ニ極ツテ居ル様デアリマス。若シ、私権以外ノ事迄モ、民法ト云フ私法ノ中ニ定メテアツタナラバ、其方ガ間違ヒデアラウト思ヒマス。夫レデ学者ガ、民法ノ講義ヲスル時ニ民法ト云フモノハ、斯様ナモノデアルト云フ説明ヲスル場合ニハ、成程私権トカ公権トカ云フコトヲ区別シテ是レハ私権ヲ定メタモノデアルト云フコトヲ開卷第一ノ説明ニスルノハ宜シイガ、法律トシテ而カモ其一部分ノ又其ノ一部分ノ事柄ニ就テ設ケル所ノ名目ニ、私権ト云フ字ヲ用キルト云フコトハ体裁ノ上カラモ甚ダ宜シキヲ得ヌコトト考ヘマス。是レハ矢張り、民法中ノ小分ケデアリマスカラ私ト云フ字ヲ取テ除ケテ、権利ノ享有ト云フコトニセラレンコトヲ希望致シマス（以下、句読点、筆者）」という。言い換えると、ここでは、二つの理由を掲げている。第一に、民法という私権について定めるものであることが当たり前である点。第二に、私権と書くと、法律上の体制上宜しくない：法律の一部分またはその一部分の事柄について定める点、民法中の小分けとして定める点の二つがある。これについて、高木豊三が賛成の意思を表明する。

これにつき、原案を提案した穂積陳重は次のように説明する⁴⁹⁶。「民法ト云ヘバ、其中ニ権利ト云フモノガ規定シテアツテ、此ノ規定ハ固ヨリ私権ニ関スル事ヨリ外ハ掲ゲラレマセヌカラ殊更ニ講釈メカシテ其権利ノ性質ヲ開卷第一ニ現ハスニ及バナイト云フ論鋒ニ於テハ少シモ反対ハ御座イマセヌガ、唯歴史上ヨリノ反対ガアル。民法ハ民権ノ事ヲ規定スルノデアル。民法ト云フモノハ基本法典デアルト云フ所カラ、或ハ一切ノ権利義務ノ得喪ヲ掲ゲル。是迄ノ既成法典ニハ国民分限ノ得喪迄モ民法ニ掲ゲテアル。是ハ固ヨリ仏蘭西

⁴⁹⁶ 起草者の思想の背景などに関し、星野英一「日本民法学の出発点—民法典の起草者たち」『民法論集第五卷』（有斐閣、一九八六年）一四五頁以下〔初出、一九七七年〕が詳しい。とくに一九五～一九六頁によると、穂積がイギリス留学前は天賦人權論を取っていたが、その後進化論に接してから法律進化論を唱えることとなった。当時日本には「権利」という観念さえなかったからであり、外国の法学・法律文化を全面的に吸収せざるを得なかった状況であった。穂積については、民法学者でなく、法哲学者であると評価する（一五〇頁）。その他、穂積の法思想に関しては、たとえば穂積重行「明治一〇年代におけるドイツ法学の受容—東京大学法学部と穂積陳重」稲田正次編『明治国家形成過程の研究』（御茶の水書房、一九六六年）五〇五頁以下、松尾敬一「穂積陳重」潮見俊隆、利谷信義編『日本の法学者』（日本評論社、一九七四年）五五頁以下、小柳春一郎「穂積陳重と旧民法」法制史研究三一号（一九八一年）一〇五頁以下、白羽祐三「民法典論争の理論的性格—民法起草者・穂積陳重論—」法学新報一〇〇巻一号（一九九四年）一頁以下など数多くの研究がある。

法杯ハ国体上夫レガ尤モデサウ云フ風ニ出来テ居ルノデ、他ノ国デモサウ云フ風ニシテ差支ナイ国モアリマセウガ、其様ナモノヲ手本トシテ民法ガ総テ人民ノ権利ヲ定メル根本デアルト云フ様ナ考ガ往々アツタ。是レハ日本の法律ガ外国カラ移ツテ来ル関係上カラシテ来タモノデアリマセウ。其等ノ事ヨリシテ殊更ニ茲ニ私ト云フ字ヲ冠ラセル様ナコトガ出来タノデアリマス」。言い換えると、権利でなく、私権という用語を使ったのは、歴史上の理由であるからだという。民法は「基本法典」であるから、「一切の」権利義務の得喪を定めるべきものであって、権利とだけ書くと、国民としての資格・地位を失いかねない。民法は単なる権利でなく、すべて人民の権利を定める根本法であるべきだという。以上のように穂積はフランス法→旧民法→民法という歴史上のつながりを意識してこの議論を進めている。

次に、高木と梅の発言が続いて、さらに菊池は次のように言う。「総テ公権ト云フ様ナ事柄ハ、皆ナ省クト云フコトニナツテ居リマス故ニ、先ズ民法ト云フ書物ノ部分ヲ開イテ見テ、第一章第一節ト云フ所ニ来テ見テ権利ノ享有トアル是レハ何ウ云フ訳ノモノデアラウカト云フ疑ガ起ツタトシテモ、其中ヲ開イテ見レバ少シモ公権ノ事ガ書イテナイトスレバ直ニ分ルカラ、其様ナ懸念ハ入ラナイデアラウト思ヒマス」。

これにつき、穂積は「道理」には反対できないとし、この問題には、外国法全体の歴史上から「私権」というべきであって、講釈めいたものも入っているとす。結局、賛成多数で可決され、「私権」ではなく「権利」という用語に代わった。

その後、同年の九月二九日の主査委員会では、標題は「権利ノ享有」、第一条は「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」となった原案が提出され、審議が始まった。冒頭で、村田保が題目は権利となっていて、第一条、第二条は私権となっていると、あたかも私権と権利が別物である印象を与えるために、題目も私権の語を使って統一すべきと主張した。これにつき、高木豊三が「是レハ前ニ目錄ヲ議シタ時ニ、起草委員ハ私権ト云フノガ御持説デアツタノヲ、主査会ガ権利ト改メタノガ不都合ダト云フノデアリマセウ。然ラバ標題ノ方ヲ改メルガ宜イノニ之ヲ生カシテ殊ニ理由迄書テ置キ乍条文ニ至ツテ自説ヲ生カシテ書クト云フノハ妥カテナイト思ヒマス。故ニ是レハ何方カニ一定シタイ」と述べて、「私権」と「権利」とを統一すべきだという。高木の発言を受けて、梅は、標題は「権利」にしてもいいとしてそこまでこだわりを見せない。なぜなら、標題だけ見ても具体的なことは分からず、その中の条文を見る必要があるからだという。しかし条文である第一条では「権利」ではなく、「私権」と書くことに重要な意義があるとして次のように述べる。「成程権利ト書テ置テモ民法デアルカラ、民法以外ノ事ハ言ハヌト云フ理屈ハ立ツ。立ツコトハ立ツケレドモ、實際ハ左様ニハ往カヌ。何故カト云フト外国ノ法典ニモ例ガアツテ、民法中ニ幾ラカ公権ノ事ガ書テアル。就中権利ノ享有或ハ外国人ガ権利ヲ享有スル。私権ヲ享有スルト云フ様ナ問題ニ就テハ、尚更私権ト公権トヲ明カニ分チテ置ク必要ガアル。即チ、権利ヲ享有スルト云フコトガ公権デアレバ生レ乍ラニシテ享有スルト云フ事ハナイ、又外国人ハ公権ヲ享有スルト云フコトハナイノデアル。故ニ、之ヲ明カニシテ置カヌト他日迷ヒガ起ツテハ

大変デアリマスカラ、迷ヒノ起ラヌ様ニシテ置キタイ。然ラザレバ、世ノ中ノ人ガ之ヲ見テ、外国人ト雖モ特別ノ規定ノ無イ事ニ就テハ、如何ナル権利ヲモ享有シ得ルノデアルカト云フ疑ヲ起スカモ知レナイ。若シ選挙法杯ノ如キ公法ニ於テ、帝国臣民ト書テ無イ場合ニハ、外国人モ皆ナ権利ヲ享有スルカト云フ疑ガ起ルカモ知レナイ。或ハ其様ナ説ガ立ツカモ知レナイ、少クトモ疑ハ起ルノデアルカラ、条文ニハ明カニ分ル様ニ書テ置カナケレバナラヌト云フノデ斯ウ書キマシタ」。

このような梅の説明にもかかわらず、高木は「私権」とは書かなくても分かるため、条文の文言を「権利」と改めることを述べ、村田、長谷川喬、菊池武夫、横田國臣がそれに賛成した。これに対して、梅は「例へば、何か公吏ナドニ関スル規定ニ於テ、今日ノ規定ハ大抵ハ外国人ハ権利ヲ持タヌ事ガ書テアリマスガ、併シ少シ前ニ出タモノハ何トモ書テ無イ、夫レ等ニ對シテ民法ニ外国人モ特別ノ規定ガ無イ時ハ、権利ヲ享有スルト書テ置テモ世間ノ人ガ疑ヲ起スコトハ無イト云フ御考デアリマスカ」と高木に反問する。

このような応答に対して穂積陳重は、原案を私権とした理由として次のように述べる。「或ル国デハ民法ヲ国法の根本即チ基本法典ト見テ居リ、又他ノ国デハ憲法ガ有テ民法ハ小サイモノト見テ居ル国モアリマス。而シテ、民法ト云フモノハ、一番基本法典デ人民ノ権利ヲ極メタモノジヤトシテ居ル国モ少ナクナイデアリマス。故ニ、此民法ノ始メニ以テ往ツテ権利ノ享有ハ出生ニ始マルト書クト、如何ニモ権利ノ宣告ノ様ナ立派ナ文章ニナツテ、人ハ生マレ乍ラニシテ権利ヲ有スルト云フ、即チ生得権ノ宣言ヲシタ様ニモ見ヘマス。夫レデ旁々此処ニ私権トシタデアリマス」⁴⁹⁷。そうすると、村田が「権利」用語で標題と第一条とを統一したいとの高木説に反対し、標題を「私権」としたい旨を述べたのであり、その賛成者が続いた結果、最終的には標題も第一条も「私権」としてまとめられた⁴⁹⁸。

⁴⁹⁷ 穂積は別の論文で、「権利ノ感想トハ、強チ参政権等ノ如キ公法上ノ権利ノミヲ指スモノニアラズ、却テ主トシテ、生命、身体、榮譽、財産ノ権ノ如キ、私法上ノ権利ヲ指シタルモノナリ（傍点、原文）」と述べ（四五五～四五六頁）、「私権」については、「我邦ノ人民ハ動モスレバ、私法上ノ権利ヲ措キ、漫ニ公法上ノ権利ノミヲ擴張セントスルノ傾キアルハ嘆スベキノ至リナラスヤ」、「我邦數百千ノ法律家ハ、公法上ノ権利ヲ主張スルニ先ダチ、或ハ公法上ノ権利ヲ主張スルト共ニ、私法上ノ権利ヲ擴張シ、從來日本人ニ缺亡セル権利ノ感想ヲ發揚興起シ、社會ニ對シ、國家ニ對シ權利思想ノ培養者トナリ、權利思想ノ傳播者トナリ、又權利思想ノ保護者トナルノ大責任ヲ負擔スル者ト稱セザル可ラザルナリ」と述べて、私権概念の拡大を説いている（穂積陳重「権利ノ感想（前號ノ續）」法協五七号（一八八八年）四六〇～四六一頁）。

⁴⁹⁸ 広中俊雄『綱要』一二〇頁注一では、この議論は「民法自体の問題としてはどちらを採るべきかの決着がつけられず、社会に与える印象や議事手続の問題が論議の表面に出てくるなかで前者（＝私権の享有、筆者）を採ることがきまったといえるようである」と評価している。一方、この議論に表向きでは参加していない富井は「私権」と「権利」についてどのように考えているのかは明らかでないが、後の著書では、私権を「私法関係に於て其利益を享受するに付き法律の保障を有すること」と定義し、権利を「一般又は特定の人

以上でみてきたように、主査委員会での議論からすると、梅と穂積は、民法が社会の基本法典としてその規律範囲が広いという前提に立っているが、「私権」に関しては、若干異なった理解を示している。まず、梅は単に「権利」とだけ書くと、外国人が当然有するものなのかなどの様々な混乱が生ずるために「私権」と書くべきであると主張し、「国籍」との関係を強く意識している。これに対して、穂積は「国籍」に関しては言葉を述べないが、「私権」は生まれながらにして有する生得権ではないと述べて、「自然権」とは区別されたものであると理解する。「国籍」に関しては、結局、民法二条（現三条二項）の立法によって外国人にも私権が認められることになったために、解釈論上の問題は生じないことになるが、私権を「生まれながらに有するものではない」という穂積の理解に関しては、自然権的なものを私権に含む理解を示す梅の理解と異なるために、この違いが後の人格権論に影響を与える可能性を秘めている。

続いて、起草者の「人格権」概念の理解がいかなるものであったかについて見てみよう。

2. 起草者の「人格権」概念の理解

三人の起草者の内、穂積陳重と梅謙次郎に関しては、立法関連資料や諸著書から「人格権」という言葉を見つけることができず、この概念が念頭にあったかどうか定かでないが⁴⁹⁹、唯一富井政章だけは「人格権」という用語を念頭に置いていたといえる⁵⁰⁰。富井は、私権の分類には様々な方法があることを認めた上で、以下の三つの分類を掲げる。第一に、絶対権と相対権に分類し⁵⁰¹、絶対権には「人格権、親族権の一部及び物権（傍点は原文、現代語化は筆者、以下同様）」が含まれるとし、ここでの人格権とは「一個人たる直接の結果として存立する権利」と定義する。人格権の例としては、「生命、身体もしくは名誉を保全し、または氏姓を称する権利」を掲げ、いずれも「一個人たる性格に基づくもの」である⁵⁰²。第

に対して一定の利益を主張することを得る法律上の力」であると述べる（富井政章『民法原論 第一巻総論上』（有斐閣、一九二一年）一二二頁）。

⁴⁹⁹ 梅に関しては、後述の通り、「人格権」という用語は使わなかったものの、私権のなかに含まれる権利として「人權」という用語を使っていたし、私権につき独自の理解を示していた。

⁵⁰⁰ 富井政章『民法原論 第一巻総論上』（有斐閣、一九二一年）一二三頁以下、一二四頁〔以下では、『民法原論 総論上』とする〕、同『債権各論：完〔復刻版〕』（信山社、一九九四年）一七三頁。富井の民法原論に関する長文の書評につき、牧野英一「二三の民法上の基本觀念に就て（一）～（九・完）—富井先生の民法原論の新版を読む—」法学志林二三巻一号～一二号（一九二一年）を参照。富井につき、大村敦志「富井政章—学理的民法学の定礎者」法教一八六号（一九九六年）三二～三三頁とその参考文献も参照。

⁵⁰¹ 富井政章『民法原論 総論上』一二四頁。興味深いことに、富井は絶対権・相対権の分類について説明する際に、スイスの学者ロガンの著書（ここでは書名までは明記されていないが、E. Roguin, *La règle du droit*, Lausanne, 1889と推察される）の第一〇六節に依拠している点を明らかにしている（一二三頁）。梅もロガンをしばしば引用していた（梅謙次郎『民法総則』（法政大学、一九〇四年）五九頁など）。

⁵⁰² 富井政章『民法原論 総論上』一二四頁。同『債権各論：完〔復刻版〕』（信山社、一九九四年）一七三頁では、「一説によれば、不法行為に於いても侵害の目的たるべき権利は絶対

二に、私権を人身権と財産権に分類できるとし、前者には人格権及び親族権が入る⁵⁰³。この分類の実益としては、処分の効力、時効、差押などがある⁵⁰⁴。第三に、その他の分類として、権利の客体に関する分類（人格権・物権・債権・親族権・相続権・無体財産権・社員権）や、主たる権利・従たる権利、専属権・非専属権、支配権・請求権・形成権に分類する方法を掲げる。

とりわけ第一の分類が本稿と関わるが、このような富井の「人格権」理解は今日の観点から見ても興味深い点を含んでいる。まず、人格権を「一個人たる性格に基づくもの」であってかつ「直接の結果として」認められるもの、という理解に関して。この点は、何故に人格権が認められるかという疑問に対して答えを与えうるものであって、「人間」でもなく、法人を含む民法上の「人」でもなく、「一個人たる」ものとして認められるという理解である。このことは次に述べる「氏姓を称する権利」を人格権の例として掲げたことにもつながる。当時において「氏姓」はそもそも「家」のものであり、「個人」がそれを決めるものではないはずである。それにも関わらず氏姓を「称する」権利を個人の人格に関わるものとして認め、かつ「権利」としたのである。これは判例などの展開があった今日の観点からは当然であると理解できるが、起草当時の理解として一般的であるかどうかは検討の余地がある⁵⁰⁵。

一方、梅は、私権を「国家施政機関の運転に参与する権利を除き、各自の安寧、康福を全うするに必要な一切の権利」と理解する⁵⁰⁶。具体的には「人が生まれながらにして享有する権利」と「人が出生の後、ある方法によって取得するところの権利」とに分類する⁵⁰⁷。前者は「生命権、名誉権、身体の自由に関するものをはじめとし、信教の自由、言論の自

権に限るとす。絶対権とは、物権、生命、身体、名誉の如き人格権その他著作権、特許権の如き、知能権等を云ふ。相対権殊に債権の侵害は不法行為とならず（句読点、筆者）」と述べる。

⁵⁰³ 富井政章『民法原論 総論上』一二八頁。また富井を含む松波仁一郎、仁保亀松、仁井田益太郎の校閲の『帝国民法正解第六卷〔復刻版〕』（信山社、一九九七年）〔初出、一八九七年〕一四五四頁では、「生命、身体、名誉、自由のごとき所為人身権に対する加害行為は…（傍点、現代語化、筆者）」と釈義される。

⁵⁰⁴ 富井政章『民法原論 総論上』一三〇頁。

⁵⁰⁵ 後で検討する川名博士は氏名権につき富井とは正反対の理解をする。

⁵⁰⁶ 梅の私権の理解につきより詳しくは、大河純夫「外国人の私権と梅謙次郎（一）（二・完）」立命館法学二五三・二五五号（一九九七年）四七四頁・九九三頁以下参照。また「私権」概念の再説につき、大村『読解 総則編』（有斐閣、二〇〇九年）三五～三六頁参照。大村敦志「私権・覚書」二二頁注二八では、梅の用語法を次のように整理している。

（梅の紹介する一般の用語法）		（梅の提案する用語法）	
公権		政権（公権）	
私権	人権または天賦権	私権	人権（人格権）
	私権または取得権	私法権	人類権 国民権

⁵⁰⁷ 梅謙次郎『民法原理 総則編』（有斐閣書房、一九〇六年）三九頁以下。この他にも民権（国民権）、人権（人類権）があるとす（四二頁）。

由などに関する権利」のような「天賦権」⁵⁰⁸であり、後者は所有権、扶養を受ける権利、親族権などの「民法、商法その他の私法の保護の下にある諸種の権利」のような「取得権」であるとする。梅の別の著書⁵⁰⁹では私権を「自主権と私法権」とに分け、自主権の例としては身体の自由、宗教の自由、言論の自由、請願の自由、教授の自由、営業の自由を掲げ、私法権の例としては、民法その他の法が認める諸権利を掲げていることからすれば、天賦権は自主権に当たり、取得権は私法権に当たると理解できる⁵¹⁰⁵¹¹。

梅は「人格権」という用語は使わなかったものの、人格権の主たる保護法益に該当する生命、身体、名誉などの諸利益を「権利」と理解し、かつ諸「自由」に関する権利⁵¹²をも私権に属するとの理解を示している⁵¹³。今や領域ごとに分かれて考えられている諸自由を私権に含めている点、また生命・身体などを「権利」として理解している点は、本稿の人格権論の観点から大変興味深い。

以上のように、起草者の見解からして、立法に際しては「人格権」という用語が使われず議論されることもなかったが、そのことは直ちに「人格権」概念を認めなかったということにつながるわけではない⁵¹⁴。「人格権」という用語を使わなくてもその概念が包摂する

⁵⁰⁸ ただし梅謙次郎『民法原理 総則編』（有斐閣書房、一九〇六年）四四頁では、「天賦権は、主として刑法及び警察法によってその保護を受けるべく」とも述べる。

⁵⁰⁹ 梅謙次郎『民法総則〔復刻版〕』（法政大学講義録、一九九〇年）〔初出、一九〇四年〕四三九頁以下。

⁵¹⁰ この記述の順序と異なり、より正確には梅の著作の発表年からすると『民法総則』が明治三七年（一九〇四年）度講義録であり『民法原理 総則編』が一九〇六年発表であるため、自主権・私法権という用語から天賦権・取得権という用語に変わったと思われる。

⁵¹¹ 大河・前掲注五〇六（二・完）九九九頁では、梅謙次郎口述・民法総則〔東京帝国大学講義録〕では「人権」、「自由」ないし「自主権」の問題とされた「所有権」が、後の一九〇四年度講義録では「自主権」の項で扱われなかった点を指摘する。

⁵¹² 大村敦志『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、二〇〇九年）五〇一頁〔初出、二〇〇六年〕は、公権を広く捉える別の見解（E. Acollas, Manuel de droit civil, tome 1, 1869, p. 21.）では、諸自由（良心の自由、教育の自由、集会の自由、結社の自由、労働の自由）を公権に含めていると指摘する。Acollasの同書の日本語訳として、アコラス〔小島竜太郎訳〕『仏国民法提要〔復刻版〕』（信山社、二〇〇八年）がある。アコラスについては、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破毀院のコントロール（二）」法協九四卷一八頁注八七参照。北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」岩波講座『基本法学IV契約』（岩波書店、一九八三年）二〇三頁注六五では、「アコラ（ス）は、政治学ないし経済学の原理としての『人間の自律』を法の分野にも敷衍し、家族、所有権、契約などの全面にわたって批判的、哲学的考察を行い、個人の自律の徹底を要求して民法典の全面的改革の必要を主張していた。……急進的共和主義者のこの独創的な体系は、一九世紀中葉においては孤立した表われにとどまったが、とりわけわれわれの観点からは契約の現実に関する認識において先駆者的意義を有するものとして注目される」と指摘する。

⁵¹³ 大河・前掲注五〇六（二・完）九九七頁では、これらの諸自由を「『人格権』というべきものであるが、フランス革命時の憲法が規定した『ドロワー、ド、ロンム』の翻訳語として定着している『人権』と表現すべきものである」とされ、私権を「人権（droit de l'homme）・自由」と「私法権（狭義の私権）」とに分けて理解する。

⁵¹⁴ 民法二三四条・二三五条の議論も個人が生活する上で他者から自らの人格（私生活）を

法益は民法上保護されるために、わざわざ新しくかつ不明確な点も多く存在する「人格権」という用語は使わなくても済んだのである⁵¹⁵。人格権に含まれるものとして主として取り上げられる法益である生命・身体・名誉が侵害されたときに、財産権の侵害とは異なる特別の賠償を受けることを明示的に定めた民法七一〇条等での議論が後の人格権論によって主として具体的展開を遂げることとなる。それに比べて、諸自由に関する梅の広い理解や、「一個人たる性格」から由来する点に注目する富井の人格権理解は、必ずしも後の人格権論においてより詳しく取り上げられることはなかった⁵¹⁶。むしろ、富井の理解は、現代の人格権論で重要な位置を占める自己決定権論の人格権論における関わりないしその位置付けにも貴重な示唆を与え得るために、後の展開につながる意義を有していると思われる。

一方、富井と梅の間には、「私権」に関して異なる理解が示されていた。富井は、自著の不法行為の第一節「不法行為の性質」の所で、以下のように説明している。「不法行為の性質は古より有すること疑なし。只、ローマ法に於ては、公法上の不法行為殊に刑法上の不法行為と私法上の不法行為との限界明らかならざりき。近世に於ては、この區別確定して、民法に所為不法行為とは、公法上の不法行為殊に犯罪と毫も混合せず、専ら私法上の権利を傷害するものと見るなり。従つてその行為による制裁も被害者に損害賠償をなすことに帰着す。此方面より省察して不法行為が債権関係の一原因となるものなり。即ち損害賠償の債権を生ずると云ふ方面より見たるものなり。……（下線、原文。傍点、句読点等、筆者）」⁵¹⁷。「凡そ定義はなるべく簡單なるを尊ぶ。爰に不法行為の簡明なる定義を示さん。不法行為とは、過失により他人の私権を侵害する行為を云ふ。……右に示す定義によれば、不法行為の成立するには三つの要件備はるを要す。第一、先づ行為なるものなかるへからず。……第二、他人の私権を侵害する行為なること。……第三の要件、故意又は過失によりて侵犯の行為をなしたること（下線、原文。句読点等、筆者）」⁵¹⁸。この記述からすると、富井は、私権を公法とは厳格に区別された私法上の権利として理解している。また、私権と権利とを区別して使用せず、使い分けをしていない⁵¹⁸。一方、梅は、前述のように民法第

守るための規定を設けた趣旨からしても、民法起草時において民法七〇九条以下以外にも人格的利益を想定した議論は行われていたと言える。この点は、大村敦志『生活民法入門』（東京大学出版会、二〇〇三年）二五三頁で指摘されている。

⁵¹⁵ 大村敦志『民法0・1・2・3条』一一四頁。もちろん本文のように解することが、「人格権」概念を起草しなかったということに直ちにつながるわけではない。重要なのは、人格権概念を使わなくてもその対象となる諸利益が民法上保護されるべきものであるという理解が示されていたという点であろう。

⁵¹⁶ 最近に至り、大村敦志『読解 総則編』三六頁で、梅やエールリッヒから「私権」概念を広く捉える試みが行われており、山本敬三『民法講義Ⅰ総則〔第四版〕』（有斐閣、二〇一一年）三三頁注一もこれを引用する。梅と富井の法思想に関しては、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集四一卷五=六号（一九九一年）二四三九頁以下参照。

⁵¹⁷ 富井政章『債権各論：完〔復刻版〕』（信山社、一九九四年）一六九頁。

⁵¹⁸ 本野一郎、富井政章訳、レーンホルム、L. H. アダム、J. 訳『仏訳日本帝国民法典（日本立法資料全集（別巻一九））』（信山社出版、一九九七年）一七一頁の民法七〇九条の仏訳では、

一編「人」の題目に関する議論において「私権」を強く意識していることに明白に現れているため改めていうまでもなく、私権を広く捉えており、私権と権利とを区別している。

第二項 諸学説における人格権論

起草者における人格権論は、大雑把に言えば、「私権」をめぐる議論と、不法行為法における人格的利益の保護に関する議論と、両方を含む形で行われたと言える。前者が何故に人格権が認められ、どこまで認められるかという議論と関わるとしたら、後者は実際上どのようにして人格権に民法上の保護を与えていくかという議論であった。言い換えれば、前者が人格権の「包摂範囲」ないし「本性」に関わる議論であったとしたら、後者は人格権保護の「法律構成」に関する議論であった。起草者における人格権論は、たとえ起草者が意識しなかったとしても、両方にまたがることのできる人格権論であったが、後の議論においては、必ずしも両方が念頭に置かれて意識的に議論されたわけではなく、後者の視点だけに傾斜して議論されることが多かったと思われる。その結果として、学説では人格権と権利能力との混同が生じたり、財産価値を保護する理論構成を行ったりすることもあった⁵¹⁹。しかし、このような傾向を生み出すこととなったのは、当然ながら不法行為法理論の発展と深く関わっている。不法行為法における「権利侵害」要件をめぐる大議論が始まるにつれて（いわゆる「権利侵害」から「違法性」へ）、必然的に人格権論もその議論の影響を受けざるを得なかった。以下では、まず、「権利侵害」から「違法性」へという不法行為法の議論状況を簡単にみた後に、その議論が人格権論といかに関わり、どのような影響を与えたのかをより具体的に見てみよう。

1. 「権利侵害」から「違法性」へ

民法七〇九条において不法行為が成立するための要件は、「故意・過失」、「権利侵害」、「損害」が掲げられた⁵²⁰。「権利侵害」の文言につき、立法者は、旧民法三七〇条の規定が単に

富井が訳しているにもかかわらず、「Quiconque a, volontairement ou par faute, porté atteinte au droit d'autrui est tenu de réparer Le dommage qui en résulte.」となっており、私権 (droit civil) とはなっていない。ここでも、富井は「私権」と「権利」という用語を使い分けてはいない。本野一郎については、七戸克彦「現行民法典を創った人びと（一）査定委員①・主査委員⑧—土方寧・本野一郎」法セミ六六三号（二〇一〇年）六八頁以下参照。

⁵¹⁹ これにつき、斉藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、一九八六年）一七～二四頁参照。斉藤はこのような傾向を「問題意識の欠如」と表現する（二二頁）。

⁵²⁰ 民法七〇九条に関しては、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一年）三〇九～四二二頁、前田達明「民法七〇九条について」『不法行為帰責論』（創文社、一九七八年）一九五頁以下、瀬川信久「民法七〇九条」星野英一、広中俊雄編『民法典の百年Ⅲ 債権編』（有斐閣、一九九八年）五五九頁以下、前田達明「権利侵害と違法性」藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座二』（日本評論社、一九九八年）二頁以下、大河純夫「民法七〇九条『権利侵害』再考—法解釈学方法との関連において—」河内宏ほか編『市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社、二〇〇六年）五二五頁以下、前田陽一「不法行為におけ

「他人に損害を加えたる者は」とだけ書いてあって、甚だ不明確なところがあり、不法行為を明確化し、その範囲を限定するために「権利侵害」要件を加えたと説明する⁵²¹。ここで権利として例として挙げられていたものは、生命、財産、身体、自由、名誉等、人に固有に属するところの権利⁵²²や債権である⁵²³。「権利侵害」要件だけでなく、「損害」要件に関しても財産上の損害だけが認められていた旧民法と比べて、有形・無形の損害も認められている点からして、広い理解がなされていた。

しかし、大審院においては、前記のような立法者の理解とは異なり、「権利侵害」における「権利」の意味を厳格に解するに至る。いわゆる雲右衛門事件がその嚆矢である⁵²⁴。本件は、人気浪曲家の浪花節の実演したものを本人の承諾なくしてレコードに録音し、安値で販売したことについて、著作権の譲渡を受けたとみられる人が刑事裁判を起し、附帯私訴として損害賠償を求めた。第一審や控訴審は、著作権法違反につき、罰金刑を宣告したために、被告が上告した。これにつき、大審院は控訴審を破毀した。諸上告理由のなかで著作権の有無に関するものだけを取り上げると、「即興的音楽」のような「純然たる瞬間創作」は、「演奏家の主観に於て其旋律が確定する場合」あるいは「演奏者が特に楽譜を作りて之を固定せしめたる場合」でなければ「著作権」として認めることはできないとして、不法行為の成立を否定した。

これに対し、後に大学湯事件が登場することによって、「権利」を狭く解していた上記の判例が転換することになる⁵²⁵。事案は、被告から建物を賃借して湯屋を営んでいた原告が賃貸借契約の合意解除の際、被告の一人が湯屋を買い取るかあるいは原告が任意に湯屋を売

る権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』（有斐閣、二〇〇七年）四四六頁以下、樫見由美子「権利保護と損害賠償制度について」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』（有斐閣、二〇〇七年）四八七頁以下など参照。

⁵²¹ 『法典調査会民法議事速記録・第五卷』（商事法務研究会、一九八四年）二九八頁の穂積陳重委員の趣旨説明を参照。

⁵²² 『法典調査会民法議事速記録・第五卷』（商事法務研究会、一九八四年）二九七頁では、「人二固有致シテ居リマス所ノ権利」と述べる。

⁵²³ 『法典調査会民法議事速記録・第五卷』（商事法務研究会、一九八四年）二九七頁。

⁵²⁴ 大判大正三年（一九一四年）七月四日刑録二〇輯一三六〇頁。評釈としては、斉藤博『雲右衛門』判決へのもう一つの評価」北川善太郎編『知的財産法制』（東京布井出版、一九九六年）一〇三頁以下など。一方、本判決につき、不法行為法理論における再検討を行うものとして、能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」学習院大学法学会雑誌四四卷二号（二〇〇九年）一八三頁以下、大村敦志「芸能と複製—雲右衛門事件」『不法行為判例に学ぶ』（有斐閣、二〇一一年）八〇頁以下〔初出、二〇〇九年〕参照。

⁵²⁵ 大判大正一四年（一九二五年）一月二八日民集四卷六七〇頁。評釈として、前田達明「大学湯事件—権利侵害」ジュリ別冊四七号一六八頁（民法判例百選Ⅱ 債権）、有泉亨・ジュリ別冊二号六二頁（判例百選 第二版）、新美育文・法セミ増刊（不法行為法）一〇〇頁、川井健「大学湯事件判決について」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向』（有斐閣、一九九二年）一〇〇頁以下など。

却することを特約した。しかし、被告はもう一方の被告に建物を賃貸させ営業をさせたために、原告は特約違反による債務不履行と不法行為に基づく損害賠償責任を提起した。不法行為のところだけ取り上げると、第一審は、老舗が建物使用权と不可分であり、独立の権利の客体にならないとし、また侵害された権利の内容が不明確であるため、不法行為が成立せず、請求を棄却した⁵²⁶。控訴審は老舗が重要な財産的価値を有するのであるが、「純然たる事実関係であって権利の物体ではない」として侵害行為は不法行為に当たらないとした⁵²⁷。原告・控訴人の上告につき、大審院は、次のように述べて控訴審を破毀して差し戻した。民法における不法行為とは、「法規ノ命スルトコロ若ハ禁スルトコロニ違反する行為」であり、「法規違反ノ行為ヨリ生シタル悪結果ヲ除去スル為被害者ニ損害賠償請求権ヲ与フルコトカ吾人ノ法律観念ニ照シテ必要ナリト思惟セラルル場合」をいう。民法七〇九条は「故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」、またその「侵害ノ対象ハ……一ノ具体的権利ナルコトアルヘク或ハ法律上保護セラルルルーノ利益ナルコト」であると判示した。

この判決によって、不法行為法上の「権利侵害」要件が「法規違反の行為」ないし法律上保護されるべき利益であっても認められることとなった。本判決が出された以降、末川博『権利侵害論』が登場し⁵²⁸、さらに後の我妻栄の相関関係説によって⁵²⁹、「権利侵害から違法性へ」という不法行為理論が形成されるに至った。

2. 諸学説における人格権論

以上の不法行為法における権利侵害が判例によって再解釈されるなかで、学説が人格権につきいかなる理解を示していたのかに関して以下で検討する。

(1) 松本烝治

民法典が制定されてから登場した学説では、人格権概念の理解に幅が見られるものの、概ね人格権概念を承認するものが多かった⁵³⁰。そのほとんどは人格権概念につき人格価値を

⁵²⁶ 京都地判大正一三年（一九二四年）三月一七日。判決文は、前掲注五二五）の川井論文一〇三～一〇七頁。

⁵²⁷ 大阪控訴院判大正一四年（一九二五年）三月二七日。判決文は、前掲注五二五）川井論文一〇七～一一三頁。

⁵²⁸ 末川博『権利侵害論』（日本評論社、一九三〇年）。より正確には、末川博士は「権利侵害」を「違法性」に置き換えたのではなく、「権利侵害の場合」と、「権利侵害のない場合＝違法な場合」とに二元的に構成した。原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学四号（一九七六年）七三頁、川井・前掲注五二五）一二三頁参照。

⁵²⁹ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、一九三七年）一二五頁以下。

⁵³⁰ 人格権概念を否定する説として、たとえば唾道文藝『日本民法要論 総則』（弘文堂書房、一九二〇年）一〇五頁は、人格権を「人身上の利益を物体とする権利」と考え、生命・身体・自由・名誉等を物体とする支配権を認めることは理論上難しいという。戒能通孝『債

保護するものとして捉えているのであるが、例外的に財産価値を保護するものとして「財産不可侵権」を認め、それを一種の「人格権」として理解する学説も存在した⁵³¹。松本は、債務者と第三者が共謀して債権者に損害を与えたときに不法行為による損害賠償を認めることができるかという問題において、債権者に不法行為の客体たる権利として「財産不可侵権」を認め、債務者及び第三者に共同不法行為責任を認める立場を採る。既に七一〇条において、生命・身体・自由・名誉等の一般的不可侵権を認めたのであるから、「財産不可侵権」をこれらと同一の範疇で認めることも甚だ不当ではないという。特徴的なのは、財産不可侵権を一種の「人格権」として認める点である。財産不可侵権は、財産上に存在する権利を指すのではなく、財産を保有しמידりにこれを侵害されざるものであるため、人格権にほかならないという⁵³²。ここで述べられている「人格権」概念は他の学説で述べられているものからはかなり離れたものがあり、不法行為法でいう「権利侵害」における権利だけでは説明しきれないものが存在する⁵³³。したがって、松本の人格権ないし権利の理解に対してはとりわけ批判が強かった⁵³⁴。松本に従うとすると、不法行為法において「権利侵害」・「損害」要件を認めたことがもはや意味をなさないからだという。ただ、後にこの説の理解につき、「不当に財産を損傷せられざる権利」という点に意味があると指摘し、「いわゆる人格権の『観念』を拡張することである」と表現したものが現れた⁵³⁵。この評価に伺える点は、人格権が不画定なものとしてあいまいな点を含んでいるにもかかわらず、学説には、ある意味での狭い「固定観念」が存在しており、その観念を拡張することが松本説の貢献であると示されている。

権各論〔第四版〕』（巖松堂書店、一九五〇年）四五三～四五四頁では、「所為人格権に関する理論は、寧ろ著作権の如き、人格的利益と結びついた権利の積極的效果を理解するには不可欠であるが、不法行為自体の説明としては一時的且経過的のものとする方が妥当である」と述べる。末川博『権利侵害論』（日本評論社、一九三〇年）も人格権概念を否定する説として引用される。この説の評価については後述する。

⁵³¹ 松本丞治「債務者及ヒ第三者ノ共同行為ニ因ル損害ノ賠償責任」『私法論文集 第二卷』（巖松堂書店、一九一六年）二六〇頁以下。

⁵³² 松本丞治「債務者及ヒ第三者ノ共同行為ニ因ル損害ノ賠償責任」『私法論文集第二卷』（巖松堂書店、一九一六年）二六六頁注八。

⁵³³ 松本丞治『注釈民法全書 第一卷人法人及物〔第一〇版〕』（巖松堂書店、一九二〇年）五三頁では、私権を人格権、物権、債権、親族権、相続権、無体財産権及び社員権という七つの権利に分類できると述べ、さらに「人格権トハ權利者自己ノ上ニ存スル權利ヲ謂フ。此種ノ權利ハ人カ其独立ノ存在ヲ維持スル為メニ有スルモノタリ。例ヘハ人ハ自己ノ氏名ニ付テ名稱權ヲ有ス。自己ノ氏名ヲ専用シ他人ノ之ヲ妨害スルコトヲ禁止スルノ私権タリ。……即チ人ハ生命、身体、自由、名誉等ニ付テ人格権ヲ有スルモノト解スルナリ（読点、筆者）」（五三～五四頁）のように、通常言われてきた用語理解を示している部分も存在する。

⁵³⁴ 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下）』（岩波書店、一九二四年）八六〇頁、末弘巖太郎「双務契約と履行不能（二）」法協三四卷四号（一九一六年）八五頁。

⁵³⁵ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為〔復刻版〕』（日本評論社、一九八八年）〔初出、一九三七年〕一二四頁。

(2) 鳩山秀夫

鳩山は雲右衛門事件の関係で作成された⁵³⁶意見書において⁵³⁷、まず、権利思想につき、次のように述べている⁵³⁸。「抑も権利は人の社会に於ける生存発達の要件（所為利益）を以て内容とし、此内容に付て法律の与ふる力なり。人の社会に於ける生存発達の要件は二種に之を分類することを得。其一は、自己自身の存在及活動之なり、其二は、外界に存する物資なり。……第一種の利益（人の生存発達の要件）も亦固より人の生存発達要件として最も基本的たる要件にして之に付て特に法律の保護なく法律は之に付て権利を認むることなしと解するは法律の目的と権利の性質とを解せざるものなり、独逸に於て人格権なる権利を認むる見解が近時漸く多きを加ふるは上に述べたるが如し」。

人格権については、次のような理解を示している⁵³⁹。鳩山は、人格権には二種類が存在していて、第一は、人の存在についての人格権、第二は、人の行動についての人格権であるという。前者は、生命・身体・健康などを侵害する場合をいい、後者は、自由を侵害した場合をいう。不正競争の不法行為を認めるための法律構成として、他人の録音したレコードを無断でコピーし販売するなどの行為を行うような不正競争は、人の自由な行動ないし活動を侵害するものであるために、人格権侵害に当たるといふ論理構成を行っている。

鳩山は後の教科書ではより広い人格権理解を示している⁵⁴⁰。人格権は、次の二つの意味を内包する⁵⁴¹。第一は、「人格」の保護を内容とする一つの「包括的権利」としての意義である。しかし、このような理解は「権利能力」が想定するものと同一の意味を有するものであり、法律が「人」を権利主体としての静的な地位を認める点に意義があるために、「権利」として認めることには適さない。第二は、人の個別利益を保護するために、「権利」という一種の集合体として認めるところに意義を見出している。前者が地位的意義を有するとしたら、後者は「権利」として認めたことを強調するいわば機能的意義を有する。民法が明らかに認める人格権としては、身体権、自由権、名誉権がある。鳩山は、民法七一〇条の列举事項を説明的規定であると理解するため、この他にも氏名権、肖像権、信用権、営業権などがあるという⁵⁴²。とりわけ自由権については、意見書で議論を展開している。自由権

⁵³⁶ 能見・前掲注二四五）二一四頁注三四では、この意見書は「雲右衛門事件の裁判で提出されたものではなく」、その後の「蓄音機音譜複写製造販売の停止並損害賠償請求の件（大判大正七年九月一八日民録二四輯一七一〇頁）で提出されたものではないかと考えられる」という。

⁵³⁷ 鳩山秀夫「蓄音機レコード模写事件に関する意見書」蓄音機世界七卷六号（一九二〇年）一六五頁以下。

⁵³⁸ 鳩山・前掲注五三七）一六九～一七〇頁。

⁵³⁹ 本意見書では不正競争に関する不法行為を検討するに際してフランス学説をも合わせて検討するが、人格権理解に関してはドイツ学説に依拠している。

⁵⁴⁰ 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下）』（岩波書店、一九二四年）八六九～八七〇頁。

⁵⁴¹ 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下）』（岩波書店、一九二四年）八七〇頁以下。

⁵⁴² これに反対し、民法七一〇条は特殊な法的利益について明定したと理解するものとして、

とは「人が活動をするにおいて不当な拘束を受けない権利」であると定義する。人格権を「人の存在に対する人格権」と「人の活動に対する人格権」とに分けるとしたら、自由権は後者に属するという。その自由権には身体的活動のみならず、精神的活動の方が民法においてより重要であるとする⁵⁴³。もちろん、自由権といっても、それが絶対的かつ無制限に認められるわけではなく、「違法性」が存在するときには制限されうる⁵⁴⁴。

以上のように、鳩山は人格価値の保護に際して「権利」構成を重視しており、民法七一〇条の諸利益も権利として理解している⁵⁴⁵。意見書で現れた「人」から出発する人格権観は、あたかもフランス式の見解のようにも見えるが、後の教科書で示す人格権論は、ドイツ法を参照した人格権論となっている。ここでは、とりわけ「人」を基礎にして人格権論を述べる視点が存在していた点を確認し、次に移る。

(3) 牧野英一

関東大震災後の復興をめぐる法律問題に関して鳩山と論争を繰り広げた論敵でもあった牧野は⁵⁴⁶、鳩山の人格権理解に疑問を提示する。牧野は、「信用権のみならず、氏名権でも、肖像権でも、之を特に第七百十条の謂ゆる自由に包含されるものとするか又は名誉の中にもこもって居ると解するかの煩瑣な議論を避け、身体、自由、名誉と広く人格権一般を指示した用語そのものに包含されるものと解したい」と述べる⁵⁴⁷。その人格権の根拠付けに際しては、「人格権の権利たるものが、第七百十条第七百十一条で初めて明かにされるのではなくして、それ等二箇条の規定は人格権を当然に権利とすることから導き出され」、「人格権の権利たることは、第七百十条及び第七百十一条の以前に於て、既に七百九条に於て定まっ

曄道文藝「判批」京都法学会誌一一卷二号（一九一二年）九〇頁以下、とくに、九一頁。また、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為〔復刻版〕』（日本評論社、一九八八年）一三五頁〔初出、一九三七年〕も同旨。

⁵⁴³ 齊藤博『人格価値の保護と民法』（一粒社、一九八六年）一六頁は、この指摘につき、「すでに早くから『自由』を広く解していたことは注目に値しよう」と評価する。

⁵⁴⁴ たとえば、「公路交通は一種の自由と認めるものであるといえども、他人が適法な交通その他の事由によってこれを阻害することは、自由権の侵害とはならず、その阻害が適法でないときはじめて不法行為となる」と説明し（八七五頁）、注一八で大判明治三一年三月三〇日民録四輯三卷八五頁を掲げる。ただ、我妻・前掲書一三七頁注二〇では、判例の態度は一貫していないという。一方、民法七一〇条の「自由」に身体的自由のみでなく、精神的自由も入るとする理解に、中島玉吉『民法積義 第一卷』（金刺芳流堂、一九一二年）五一九頁、川名兼四朗『債権法要論』（金刺芳流堂、一九一五年）七〇八～七〇九頁、末弘巖太郎「双務契約ト履行不能（二）」法協三四卷四号（一九一六年）八三頁以下参照。身体的自由のみを主張する学説として、曄道文藝「判例批評 民事判例批評（五）」京都法学会雑誌一一卷五号（一九一六年）八八～八九頁。

⁵⁴⁵ 鳩山のこの理解を「権利拡大説」と呼ぶ見解もある（川井・前掲注五二五）評釈、一一一頁）。

⁵⁴⁶ これにつき、牛久俊一編『災後の法律問題』（牛久書店、一九二三年）の所収論考を参照。

⁵⁴⁷ 牧野英一「権利の觀念の転回」『法律に於ける具体的妥当性』（有斐閣、一九二五年）三四三～三四四頁〔初出、一九二四年〕〔以下、「転回」とする〕。

て居るものと解すべき」という⁵⁴⁸。この理解は、牧野における民法七〇九条の機能に関する次の説明に基づく。「民法七百九条は、権利の種目の確定を他の法規に譲ったものではなくして、それ自体に於て権利としての或ものを把持して居ると解すべきではなかろうか」と⁵⁴⁹。

牧野は、「レオン・デュギー (Léon Duguit)」の主張を紹介する別の論稿で⁵⁵⁰、「人格」ないし「権利」に関して次のように述べている。「現代の思想に於ては人格は権利の主体を意味する。併し、人格の観念は法律的観念の歴史としては権利の観念よりも古いものである。権利の観念の発達したる現代に於ては、人格は権利の主体を意味するものであるけれども、それはただ現代に於ける意義であるに過ぎないことを忘れてはならぬ。予輩は法律を以て人格間の規範と解したいと思ふ者で、法律といふ観念其者は人格の観念を予定して居るものであると考へる」⁵⁵¹。「人格の観念が近世に至って明瞭になったのは権利の観念が明瞭になったからである。権利の観念が明瞭になったのは意志^{原文ママ}の観念が発達したからである。意思を主張すといふことから、権利の観念が構成せられ、権利の観念からして吾人の人格といふことが明瞭に認識されることになったのである」。以上の叙述からすると、人格はそもそも権利より古い観念であって、近世における意思からの影響を受けた権利観念によって、より明瞭になった。しかしながら、「権利主体」という意味として使われている現代の「人格」の用語は、一方では明瞭になったことと同時に、他方では歴史上形成されてきたその他の不明瞭なところが切り落とされたものもあり（意思ないし権利に関わらないという理由で）、その意味では本来の姿よりは一定程度「限定的になった」とも言えるのではないか。本稿が関心を有するのは、その切り落とされた部分を含めた形で「人」を捉える視点である。その意味での人格が具体的にいかなるものかに関しては述べられていないが、牧野の次の論述は参考になる。権利濫用に関する G. Morin の説を紹介する論稿において⁵⁵²、「人格権 (droits de la personne)」につき、「人の存立と発達とについて権利、人の知能的精神的活動についてその権利」であり、「その要件を明らかにし、全民法の体系内に収めることが民法論の新しき仕事」であると言及している⁵⁵³。つまり、「人の存立と発達・知能的精神的活動とについての権利」こそが人格権であり、それは、「人」が民法ないし法学上の世界において登場し、自己実現するための「権利」である。Morin＝牧野が想定する現代における「人」はもはや抽象的な個人主義上の「人」ではなく、具体的な人道主義に基づいた「人」

⁵⁴⁸ 牧野英一「転回」三四六～三四七頁。

⁵⁴⁹ 牧野英一「転回」三四六頁。

⁵⁵⁰ 牧野英一「法律現象の単位としての権利(一)～(三)」国家学会雑誌二八巻八号～一二号(一九一三年)。

⁵⁵¹ 牧野英一「法律現象の単位としての権利(三)」国家学会雑誌二八巻一二号(一九一三年)一八〇六頁。

⁵⁵² 牧野英一「権利の濫用と人格権の構成」民商八巻六号(一九三八年)一頁以下〔以下では、「人格権」とする〕。また、杉山直治郎「法律方法、権利濫用並に権利其他の基本概念に関する新学説」日仏文化第一輯(一九三二年)二五二頁以下でも Morin の主張を紹介・検討する。

⁵⁵³ 牧野英一「人格権」一二頁。

である⁵⁵⁴。この点からすると、現代の「人の法」の議論で「人」に関してなされている理解が、既に牧野が想定している「人格権」理解に垣間見られている。

(4) 末弘巖太郎

末弘は、「人格」概念を打ち立てて、「人格」の尊重を強調する⁵⁵⁵。「人は社会に生き社会により社会の為に又社会と共に生きる。……社会は人が互に他をも亦人として意識し、承認し、尊重するによってのみ成り立ち得るのであって、人格の承認は実に社会成立の第一要件でなければならぬ。従って社会と共に其の法律との研究も亦先ず人格の研究より出發せねばならぬ」、「法制上法の前に萬人が平等であることは必ずしも各人に向って経済上社会上平等たる所為を確保するものではない。……今後法制の發達は、法律的乃至形式的人格の完成より進んで、経済的乃至社会的人格の完成に嚮はねばならない」。このように人格の保護の必要性を説いてから、次に、人格の具体的保護のために、法律は三つの場面で表れると説明する。「第一に、国家は刑法其他刑罰法令により吾々の身体生命自由名誉等に向って人格的保護を与え、国家と雖も法律によらずして濫りに国民の人格を犯すべからず」。「第二に、法律による人格の保護は不法行為法の上にも表れて居る」とし、民法七一〇条を掲げる。「第三に、人格の法律的保護方法として最も注目すべきものは、萬人に対し原則として平等に『權利能力』を付与し、萬人は一多少の例外はあるとしても一均しくあらゆる權利を共有して其の法律的保護を受け得ることにして居る」。本稿との関係からして、權利能力の付与を「人格」の法律的保護の一方法として掲げている視点は大変興味深い。また、「人格保護に関し最近の法律的進歩として注目し得るは、所為『人格権』概念の發達と之に伴って著作發明意匠其他吾々の精神的創作に対しても広く法律的保護が与へらるゝに至ったこととである」と述べ⁵⁵⁶、人格権概念を意識はしているもののそれ以上のことは述べていない。

(5) 末川博

一九三〇年に出され当時の權利論に大きな影響を与えた末川博である⁵⁵⁷。末川は人格権に関して以下のように述べる。「わが国の学説判例は殆んど例外なくこれ(生命、身体、自由、名誉、以上筆者)について人格権なるものを認め、更に貞操権、氏名権、肖像権、信用権というような個別的人格権が認めらるべき範圍を広げようとしているのである。……しかし、私は、權利は許容的法規との関係において与えられる積極的な独立のものであるであると考へ、法律によって……保護されているものが総て權利であるというようには観ない

⁵⁵⁴ 杉山直治郎・前掲注五五二) 二六八頁。

⁵⁵⁵ 末弘巖太郎『民法講話 上巻』(岩波書店、一九二七年) 六二頁以下。

⁵⁵⁶ 末弘巖太郎『民法講話 上巻』七〇頁。

⁵⁵⁷ 末川博『權利侵害論』(日本評論社、一九三〇年)。その学説史上の位置付けにつき、加藤雅信ほか編『民法学説百年史』(三省堂、一九九九年) 五八三～五八七頁参照 [中村哲也執筆]。以下では、第二版(一九四九年)の頁を用いる。

から、……生命権、身体権ないし信用権というようなものを一々権利とする必要はないと思う。……否、生命、身体、自由、名誉の如きは、いわば権利以上の存在であって、人が人として法律の世界において人格を認められている以上、当然に保護されるものであって、寧ろ権利の発する根源でありまた権利の帰する乾流であると観なければならぬ（下線、筆者）」とする⁵⁵⁸。続いて「民法が身体、自由、名誉を挙げているのは、寧ろこれらのものが財産権と全然範疇を異にすることを示し、しかもその侵害が当然に不法行為となることを前提としてその効果を規定しているのであって、必ずしもこれらについて権利を認めるというのではないと思う。……第七一〇条の挙示するところは制限的の意味を有するものではないことを俟たない。しかし、所為人格権を権利として認めると否とに拘らず、身体、自由、名誉というようなものが侵害された場合に、不法行為の成立が認めらるべきは疑ない。ただ、私は、これらについて……一々喧しく権利を云々する立場にあっては、ともすれば、侵害された権利が何であるかを個別的に詮索するに汲々たる余り、却って不法行為制度本来の使命を忘れる弊に陥るのをおそれるのである」と述べる⁵⁵⁹。

3. 不法行為法理論の転向と人格権論

大学湯事件判決が出た以降、「権利侵害」から「違法性」へという不法行為法理論の転向は、人格権論にも多大なる影響を与えた。人格価値の保護を判断する際にも具体的権利という厳密な意味での「権利」に執着しなくても、「吾人の法律観念」に適合するのであれば、不法行為法上の保護を受けうることとなった⁵⁶⁰。後の論者からは、末川と我妻の理論における「〈権利侵害から違法性へ〉という展開は、単なる技術的な要件の読替えに尽きるものではなく、民法が前提としていた個人主義の思想から脱却し、『社会共同生活の全体的向上』を理想とする思想への転換を意図したものにほかならない」といい、「権利本位の法律観から社会本位の法律観への転換」を行った点にこそその重要な意義が存在するとの評価もある⁵⁶¹。

一方で、人格権論が不法行為法との関係で盛んであったこととは違って、人格権論の出発点として「人格」を取り上げた学説に注目すべき点がある⁵⁶²。これらの説においては、いかに人格権を保護すべきかということより、そもそも人格権とはどのようなものかという点につき、重要な視点を提示する。もちろん、そこでの「人格」とは何かという問題をクリアしなければならないのであるが、単なる「抽象的人格」に限らないという点に関し

⁵⁵⁸ 末川・前掲注五五七) 三四二～三四四頁。

⁵⁵⁹ 末川・前掲注五五七) 三四四～三四五頁。

⁵⁶⁰ 大学湯事件判決の直接の影響を受けたものとして、たとえば、大審院昭和七年一〇月六日民集一一卷二〇二三頁（阪神電鉄事件）、最判昭和三年四月一日民集一二卷五号七八九頁（内縁の不当破棄）、最判昭和三年一月一六日民集一八卷一号一頁（村道共用妨害排除請求）など。

⁵⁶¹ 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権利論の視点から—」法学論叢一五四号四＝五＝六号（二〇〇四年）三〇八頁〔以下では、「再検討」として引用〕。

⁵⁶² 前記の牧野英一、末弘巖太郎、末川博。

ては、共通したものがある。たとえば、末川は人格権概念自体は否定していたが、それは民法七〇九条における「権利」という性質の付与を否定したのであり、人格価値そのものを否定していたわけではなく、むしろ「権利以上のもの」として理解することによって、その重要性をより高いレベルにおいて理解している⁵⁶³。この理解は「権利」(droit subjectif)を越えた「法」(droit objectif)のレベルにおいて人格価値を位置づけていると解することも不可能ではない。

この議論は、後の学説において「人」や「法的人格」という形でより意識して議論されることになる⁵⁶⁴。ここでは、不法行為法との関係とは異なった視点から（専ら「権利論」だけに拘らない）、「人格」概念に注目し、権利能力をも含めた「広い」視点に立つ人格権論も戦前に既に議論が存在したという点を確認し、次の議論に移る。

⁵⁶³ これにつき、後の学説は、「学説も末川博『権利侵害論』(一九三〇年)以降、人格権概念を否定し、権利侵害を違法性に置き換えるという方向を辿った。このことは、人格的利益の違法な侵害を救済しないというわけではないが、その後の人格権の発展に対し、ややマイナスの作用をしたように思われる」との評価を与えるが(五十嵐清『人格権法概説』五頁)、どのような意味においてマイナスの作用があるのかについては、末川の権利や人格価値の理解を含めた形で評価すべきであるため、議論の余地があると思われる。

⁵⁶⁴ 後に検討する川島武宜や星野英一の理解。

第二款 戦後

第一項 不法行為法論の展開⁵⁶⁵

戦後の不法行為法学の発展は判例の展開とともに目覚ましいものがあった。その詳しい展開を紹介するのは筆者の能力からしても本稿との関係からしてもとても手に負えないものがあるが、学説の推移をごく簡単に追っていくことにする。権利侵害から違法性へという戦前の学説の影響は戦後においても代表的学説において取り入れられた⁵⁶⁶。これに対し、過失を主観的要件として権利侵害（違法性）とは峻別するという理論構成を行ってきた従来の不法行為法学に対して、判例などの検討を通じて、過失は主観的要件としての心理状態ではなく、客観的な損害回避義務であると主張する見解が登場した（過失一元論）⁵⁶⁷。この見解によると、客観化された過失に加えて、違法性はもはや必要なくなる。これとは反対に、違法性を中心として過失を吸収しようとする見解も登場する（違法性一元論）⁵⁶⁸。このような学説の状況を指して「不法行為法学の混迷」⁵⁶⁹と評価する見解も存在した⁵⁷⁰。

一方で、不法行為法の外からの視点を用いて不法行為法学に迫る見解も登場することとなる。市民社会を構成する根本秩序は「財貨秩序」と「人格秩序」であって、これらの秩序が存立するための外郭秩序として「競争秩序」と「生活利益秩序」があると理解する見解から示唆を得て⁵⁷¹、不法行為法を新たに位置づける見解が登場する⁵⁷²。また、憲法と民法との関係から不法行為法上の権利を基本権として位置づける見解も登場する⁵⁷³。この権利観の

⁵⁶⁵ 藤岡康宏『構造』二一頁では、「不法行為の構造に関する理論的發展を遡ると、違法性概念の導入により『違法性と過失』の範型が確立された時期を第一期の建設期とするならば、過失概念の変容により範型の基盤が損なわれることにいたる第二期は不法行為法の発展と模索の時期にあたる。そうであれば、それにつづく第三期は模索のあとを結実させる再建の時期にあたるといえなくもない」と述べる。

⁵⁶⁶ 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、一九七四年）〔初版、一九五七年〕。

⁵⁶⁷ 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一年）。

⁵⁶⁸ 前田達明『不法行為帰責論』（創文社、一九七八年）。

⁵⁶⁹ 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望—違法性と過失」法セミ二九六号（一九七九年）七二頁以下、その応答として、前田達明「沢井裕『不法行為法学の混迷と展望』を読んで」法セミ二九八号（一九七九年）一一四頁以下参照。

⁵⁷⁰ 前田達明『不法行為法理論の展開』（成文堂、一九八四年）一頁は、この状況を「百花繚乱」とも評価した。

⁵⁷¹ 広中俊雄『綱要』〔初版、一九八九年〕。

⁵⁷² 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）〔初出、一九九七年〕。

⁵⁷³ 山本敬三の一連の論稿がある。同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治—私法関係における憲法原理の衝突（一）（二・完）」法学論叢三三卷四・五号（一九九三年）〔以下では、「リベラリズム」とする〕、同「再検討」前掲注五六一）、座談会「不法行為法の新時代」法時七八巻八号（二〇〇六年）四頁以下〔以下では、「新時代」とする〕、同「民法と他領域（一）憲法」内田貴、大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、二〇〇七年）八頁〔以下

転換をめぐる議論については、後の第二節第一款で詳しく取り上げることにする。

一方、一九九一年に組織された「民法典現代語化研究会」での検討から始まり⁵⁷⁴、二〇〇四年には、民法の現代語化に関する改正が実現された⁵⁷⁵。現代語化の際に、七〇九条における「権利」という文言が「権利又は法律上保護される利益」という文言に改正された⁵⁷⁶。立法者の説明によると、「判例・学説として確立した解釈となってい」るため、「条文に明示したものである」とされるが⁵⁷⁷、実際上の解釈論につき、様々な意見が出されており、展開が注目されていた⁵⁷⁸。

このような学説と立法の動きには、当然に判例の展開も大きく作用した。以下においては、被侵害利益としていかなる人格権ないし人格的利益が判例によって認められることとなったのかを中心に検討を行うことにする。

第二項 判例の展開

では、「憲法」とする]、同「人格権」内田貴、大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、二〇〇七年)四四～四七頁〔以下では、「人格権」とする]、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号(二〇〇八年)七七頁以下〔以下では、「基本権の保護」とする]、同「基本法による権利の保障と不法行為法の再構成」企業と法創造七巻三号(二〇一一年)七〇頁以下〔以下では、「再構成」とする]など。また、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』(信山社、二〇〇九年)二頁以下〔初出、一九九九年〕〔以下、『不法行為法Ⅰ』とする]も参照。

⁵⁷⁴ 座長・星野英一東京大学名誉教授。この研究会については、中田裕康「民法の現代語化」ジュリー二八三号(二〇〇五年)八八頁参照。

⁵⁷⁵ 二〇〇四年改正の経緯などについては、池田真朗『新しい民法—現代語化の経緯と解説』(有斐閣、二〇〇五年)、吉田徹、筒井健夫編『改正民法の解説』(商事法務、二〇〇五年)、中田裕康「民法の現代語化」ジュリー二八三号(二〇〇五年)八六頁以下など参照。

⁵⁷⁶ 「民法典現代語化研究会」の案では、「権利」の語は用いず、単に「法律上保護される利益」とだけになっていた。

⁵⁷⁷ 吉田、筒井・前掲注五七五)一一五頁。立法例として参照したのは、知的財産基本法(平成一四年法律第一二二号)第二条第二項「この法律で「知的財産権」とは、特許権、実用新案権、育成者権、意匠権、著作権、商標権その他の知的財産に関して法令により定められた権利又は法律上保護される利益に係る権利をいう)等であるという(一一六頁)。

⁵⁷⁸ 文言の修正につき、改正後も従来どの学説とも整合的に評価できるとする反面〔潮見佳男『不法行為法Ⅰ』八〇頁、道垣内弘人「民法七〇九条の現代語化と要件論」法教二九一号(二〇〇四年)六一頁]、大塚直「民法七〇九条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判タ一八六号(二〇〇五年)一八頁は、改正後「権利」・「法益」の異質性の評価が重視されたと理解する〔同旨として、藤岡『構造』二三七頁、吉村良一「不法行為法における権利侵害要件の『再生』」立命館法学三二一＝三二二号(二〇〇九年)六〇〇頁、中田裕康・前掲注五七四]九五頁では実質的に改正されたとの理解など]。この改正につき、広中俊雄『綱要』八八頁注一)では、権利侵害・利益侵害とで違法となる要件が異なる可能性などを考えると、二項を追加し、「前項の規定は、故意又は過失によって他人の法律上保護される利益を侵害した者について準用する」としたほうが適当であると述べる。

1. 紹介

人格権ないし人格的利益に関わる判例は、非常に多岐に渡るが、とりわけ、ここではその指導的役割を果たした判決を中心に検討する。

・まず、戦後初めて、プライバシーにつき指導的判断を示した「宴のあと」事件から始めよう。

【判例①】東京地判昭和三九年九月二八日下民集一五卷九号二三一七頁⁵⁷⁹（「宴のあと」事件）

元外務大臣である有田八郎が東京都知事選に社会党から推薦され立候補したのだが、惜敗した。有田の妻である畔上輝井は有名な料亭である「般若苑」の経営者であって、夫の選挙を陰から支えていた。しかし、選挙敗戦後、有田夫妻は離婚することとなり、その情報がマスコミなどで世に知らされることとなった。このことに興味をもっていた作家の三島由紀夫は、実際の事件の事実とほぼ類似する人物構成や内容でもって「宴のあと」という小説を執筆し、雑誌に連載を始めた。これにつき有田は、自身がモデルとされたことや小説の内容に不快感を覚え、作家と単行本での出版をなした新潮社を相手として、謝罪広告と慰謝料を求めて提訴した。東京地裁は、私生活の公開が不法行為となりうるかにつき、いわゆる三要件①「公開された内容が私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれ」があり、②「一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうと認められ（傍点、下民集）」、③「一般の人々に未だ知られていない」ことを提示した⁵⁸⁰。しかし本稿との関係においてより興味深い点は、私生活の利益を単なる倫理的な保護対象ではなく、法的保護の対象になることへの判断プロセスを提示した点である。被告が私生活をみだりに公開されないという意味でのプライバシーの尊重が実定法上の法益として疑わしいと主張したことにつき、東京地裁は次の立論を行う。

「近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法によって立つところでもある個人の尊厳という思想は、相互の人格が尊重され、不当な干渉から自我が保護されることによっ

⁵⁷⁹ 評釈として、奥平康弘『「宴のあと」事件判決について』判時三八九号三九頁以下、伊藤正己『「宴のあと」判決の問題点』ジュリ三〇九号四七頁以下、五十嵐清『「プライバシーの権利」—「宴のあと」事件』マスコミ判例百選〔第二版〕一二二～一二三頁、五十嵐清「フィクションによるプライバシーの侵害」伊藤進、齋藤修編『現代民事法学の理論下巻』（信山社、二〇〇二年）二六一～二六五頁、浦川道太郎『「宴のあと」事件』法セミ増刊『不法行為法』（一九八五年）一〇二～一〇三頁、大村敦志『不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点』（有斐閣、二〇一一年）第一章第一節〔初出、二〇〇九年〕など参照〔以下、『不法行為判例』とする〕。

⁵⁸⁰ 下民集一五卷九号二三六二～二三六三頁。

がないのにひそかにのぞき見る行為は犯罪とせられており（軽犯罪法一条一項二三号）その目的とするところが私生活の場所的根拠である住居の保護を通じてプライバシーの保障を図るにあることは明らかであり、また民法二三五条一項が相隣地の観望について一定の規制を設けたところも帰するところ他人の私生活をみだりにのぞき見ることを禁ずる趣旨にあることは言うまでもないし、このほか刑法一三条の信書開披罪なども同じくプライバシーの保護に資する規定であると解せられるのである。

ここに挙げたような成文法規の存在と前述したように私事をみだりに公開されないという保障が、今日のマスコミュニケーションの発達した社会では個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえにおいて必要不可欠なものであるとみられるに至っていることとを合わせ考えるならば、その尊重はもはや単に倫理的に要請されるにとどまらず、不法な侵害に対しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的な利益であると考えるのが正当であり、それはいわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれを一つの権利と呼ぶことを妨げるものではないと解するのが相当である。

右に判断したように、いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対しては侵害行為の差し止めや精神的苦痛に因る損害賠償請求権が認められるべきものであり、民法七〇九条はこのような侵害行為もなお不法行為として評価されるべきことを規定しているものと解釈するのが正当である」（下線、筆者）。

本訴訟は、プライバシーにあたる日本語も存在しない中で⁵⁸¹、いかに法的な判断を行うかは必ずしも容易ではなく、社会的にもプライバシーを「誕生」させた一つの事件であった⁵⁸²。ただ、事案としてはモデル小説に関するものであったために、最も典型的なプライバシー侵害ではなかった⁵⁸³。社会的にも未だに成熟した概念でもなかったプライバシーについて、法的レベルで議論するためにある種概念操作を行わざるを得なかった。この訴訟の原告側が相談したといわれている民法学者の戒能通孝は⁵⁸⁴、判決前の論文において、『プライバシー』の権利をもって『幸福追求の権利』の一作用であるとみる見解は、私にも

⁵⁸¹ 本訴訟を前後として、プライバシーに関する文献が多く登場する。たとえば、戒能通孝、伊藤正己編『プライバシー研究』（日本評論新社、一九六二年）、伊藤正己『プライバシーの権利』（岩波書店、一九六三年）、五十嵐清、田宮裕『名誉とプライバシー』（有斐閣双書、一九六八年）など。

⁵⁸² 日比嘉高「プライバシーの誕生—三島由紀夫『宴のあと』と文学、法、ゴシップ週刊誌」思想一〇三〇号（二〇一〇年）五一頁以下。

⁵⁸³ 伊藤正己『プライバシーの権利』（岩波書店、一九六三年）四頁でも、「この『宴のあと』事件は、プライバシーの権利という新しい内容をもつ権利をわが国の法のうちに成熟させる見地からみるときは、必ずしも適切な事件であるとは思わない」という。大村敦志『不法行為判例』一七七頁〔初出、二〇〇九年〕も同旨。

⁵⁸⁴ 大村敦志『不法行為判例』一八〇頁。

非常に興味あるものである」といい⁵⁸⁵、『プライバシー権』が『幸福追求権』の一部であるとみなければ、現行憲法の趣旨にもそぐわない」とする⁵⁸⁶。『プライバシー権』は、人間に固有かつ基本的な権利である。それは不用意・無用に侵されてはならないし、また営利主義の犠牲とせらるべきものではない」と述べ、プライバシーを「人間に固有かつ基本的」な「権利」として理解している。原告側もこの権利を憲法上の権利としての幸福追求権の一つであるとして立論を行った。

これに対して本判決が答えた判示には興味深い論理が含まれている⁵⁸⁷。まず「私事をみだりに公開されないという保障」は、「個人の尊厳を保ち」、「幸福の追求を保障するうえにおいて必要不可欠なものである」として、その尊重は法的保護に値する人格的利益であることを認める。続いて、「いわゆるプライバシー権」は、民法七〇九条の保護領域に属することを認める。このように本判決は二段階の概念操作を行っている。まず法的保護の対象になるか否かの上位レベルでの判断を行った後に、民法七〇九条の「権利」レベルでの保護法益性を論じている。第一段階においては、事実上の概念が法的概念として認められるのか否か、認められるとしたらいかなる根拠で認められるかという問題につき、憲法、軽犯罪法、民法、刑法など諸法から片鱗的に根拠を掲げているが、その判断の最上位では、「個人の尊厳」という「思想」に依拠している。被告も事実上の意味においてプライバシーの尊重が必要であることは認めているが、そのことが直ちに法律上の保護を導くことではないことを主張した。しかし、裁判所はプライバシーに関する事実上の利益が、民法七〇九条が保護する法的保護対象となるか否かを直ちに判断する前に、より上位レベルで法益になるか否かに関する判断を行ったことがこの判決で興味深いと思われる点である。しかも、その基準として、憲法・民法という個別実定法を越えた、「個人の尊厳という思想」に基づいて判断したという点である。

【判例②】最判平成六年二月八日民集四八卷二号一四九頁⁵⁸⁸（「逆転」事件）。

⁵⁸⁵ 戒能通孝「プライバシー権とその保障」民商三九卷一＝二＝三号（一九五九年）一三四頁。

⁵⁸⁶ 戒能通孝「プライバシー権とその保障」民商三九卷一＝二＝三号（一九五九年）一四四頁。

⁵⁸⁷ 「高橋和之憲法学との対話・討論」法時八二卷五号（二〇一〇年）六八頁〔高橋発言〕では、「例えば、『宴のあと』の場合、憲法上の人格権として名誉権なりプライバシー権があるなどと憲法学者はだれも言っていない段階で、民法学者が問題意識を持ち、おそらく相談を受けた民法学者から知恵を得た弁護士さんが、それは憲法一三条で認められるべきだと主張したのでしょう。ただ、判決自身は一三条なんて全然使っていないですね。民法上、それは保護される利益かどうかという議論をして結論を出した」と指摘する。

⁵⁸⁸ 評釈として、滝澤孝臣・曹時四九卷二号一七七頁、堀部政男・ジュリー〇五三号八五頁、中村哲也・ジュリー〇六四号一〇四頁、松井茂記・ジュリ臨増一〇六八号一五頁（平六重判解）、田島泰彦・憲法判例百選Ⅰ 第五版〔ジュリ別冊一八六号〕一三八頁、大石泰彦・メディア判例百選〔ジュリ別冊一七九号〕九二頁、山口成樹・法教一六八号一四四頁、阪

一九六四年に沖縄で起きた米兵殺人等事件に関する陪審裁判で有罪判決を受けた原告が、それから約二年服役した後、東京に移って職を得て結婚し一〇年以上平穏な生活を送っていた。前科については会社にも家族にも秘匿したままであった。沖縄での裁判の陪審員の一人であった被告は、その体験に基づいて一九七七年「逆転」という小説を新潮社から出版することで様々な賞を受けた。作品をテレビ・ドラマ化しようとしたNHKが原告らをインタビューする際に原告はこの小説の存在を知り、作家を相手にして慰謝料を求める損害賠償を訴えた。第一審では、原告の請求につき五〇万円の限度で慰謝料を認めた⁵⁸⁹。議論を法益保護の観点に限定して述べると、原告の前科を知られないよう保護される法的利益の存在有無につき、まず憲法一三条を掲げ、これによって、プライバシーの権利が認められるという。ただ、その中でも、社会通念上その保護すべき対象・内容が成熟したもの、保護の必要性につき社会的合意が得られる人格的利益（たとえば、他人に知られたくない私的事柄をみだりに公表されないという利益）が認められる。公表された事実であっても、「時の経過」によって再び法的保護の対象となる。

控訴審でも第一審とほぼ同じ理由で五〇万円の慰謝料を認めた⁵⁹⁰。ただ、法益保護の理由付けは第一審と異なっている。「個人の尊重と人格の尊厳とを基調とするわが国の法秩序の下においては、私法上も、個性の自由な発展を確保し、人格の尊厳を保障するために必要不可欠な人格的利益は広く保護の対象となり、これに対する不当な侵害は不法行為を構成するものというべきである。個人に関する一定領域の事柄について、社会的評価が及ばないものとし、他人の干渉を許さず、それによって人格の自律性や私生活の平穏を保持するという利益も、右のような領域に属する事柄についての情報を他人がみだりに公表することは、右利益の侵害に当たるといえるべきである。具体的には、性癖、履歴等の個人の諸属性、私生活上の言動及び家庭その他の私的な生活関係を構成する事実で、一般に知られておらず、かつ、一般人の感受性を基準として公開を欲しないような事柄は、これを公開することに特に公共的な意義が認められるような場合、又は当該個人の社会的地位や活動状況からいって、その公開を受忍させるのが相当であると認められる場合を除き、社会的評価を及ぼすべきではない領域に属し、その公開を免れることのできる利益がプライバシーとして保護されるべきである（下線、筆者）。

これにつき、最高裁は、前科等にかかわる事実は、「その者の名誉あるいは信用に直接に

本昌成・法教別冊一七四号八頁（付録・判例セレクト一九九四）、加藤新太郎・NBL 五六六号（一九九五年）五九頁、斉藤博・ひろば四七巻一〇号六九頁、前田陽一・法協一一三巻二号（一九九六年）三四二頁、山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由」民商一一六巻四＝五号（一九九七年）六一五頁以下〔以下では、「前科の公表」として引用〕、大村敦志・法教三五六号一二六頁〔後に『不法行為判例』一八二頁以下に所収〕など。

⁵⁸⁹ 東京地判昭和六二年十一月二〇日民集四八巻二号二一八頁以下。

⁵⁹⁰ 東京高判平成元年九月五日高民集四二巻三号三二五頁以下。

かかわる事項であるから」、みだりに「前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するというべきである」と一般論を述べる。ただ、その公表につき、「歴史的又は社会的な意義が認められるような場合」や「社会的活動に対する批判あるいは評価の一資料として」使われる場合には、受忍すべき場合もある。

「前科等にかかわる事実を公表されない利益」と「その公表によって得られる利益」との比較衡量については、「前科等にかかわる事実については、これを公表されない利益が法的保護に値する場合があると同時に、その公表が許されるべき場合もあるのであって、ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否かは、その者のその後の生活状況のみならず、事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべきもので、その結果、前科等にかかわる事実を公表されない法的利益が優越するとされる場合には、その公表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができるものといわなければならない」と判示した。

本判決は、前科等にかかわる事実を公表されない利益を「法律上保護された利益」と認めた理由につき、第一審から最高裁に至るまでに変化が見られる。第一審は、前科を公表されない法的利益が存在するかどうかについて、憲法一三条と「宴のあと」判決に依拠して、それを認めている。一方で、控訴審では憲法も「宴のあと」判決も援用せず、「個人の尊重と人格の尊厳とを基調とするわが国の法秩序」から直接人格的利益を保護対象として認めている。これにつき、最高裁は、従来の判例などを引用するだけで、憲法も社会秩序に関しても何も言及せずに、前科等にかかわる事実を公表されない利益を「法律上保護される利益」として認めた⁵⁹¹。これにつき、最高裁がプライバシー「権」⁵⁹²を実質的に承認したという見解が多く存在する⁵⁹³。一方で、判示にも表れているように、前科等が名誉あ

⁵⁹¹ 高橋和之「私人間効力論再訪」ジュリー三七二号（二〇〇九年）一五一頁。これにつき、五十嵐清『人格権法概説』一七頁は、「憲法一三条はおろか、プライバシー権にも言及することなく、もっぱら前科者についてノンフィクションにおいて実名で報道することの可否とその限界を論じたにすぎないのは」、残念であると述べる。前田・前掲注五八八）三四九～五〇頁では、本判決が「プライバシー」という用語を避けた理由として、概念自体がまだ十分固まったものとはいえないこと、前科にかかわる事実が時の経過によって私生活に転化することはありえないという憲法学説などからの批判があるからだと分析する。

⁵⁹² 法的に保護されるべきプライバシーをプライバシーと理解するか、プライバシー権と理解するかにつき、権利概念をいかなるものとして捉えるかによって立場が異なると思われるため、プライバシー「権」とした。本稿としては、民法七〇九条における「権利」と「法律上保護される利益」を含めて、「権利」という立場に立つために、プライバシー権とした。これを、「やわらかい権利」という用語を使う見解として、山野目章夫「私法とプライバシー」田島ほか編『表現の自由とプライバシー 憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』（日本評論社、二〇〇六年）三二頁。

⁵⁹³ 内田貴『債権各論〔第二版〕』（東京大学出版会、二〇〇七年）三五四頁、吉村良一『不

るいは信用にかかわる事項でもあるために、前科等を公表したことは名誉毀損で処理する可能性も存在する⁵⁹⁴。

最高裁が認める「前科等にかかわる事実を公表されない利益」には、「前科という事実そのものを公表されない利益」と、「新しく形成している社会生活の平穏を害されない利益」とが含まれている。前者を保護するには、名誉毀損の法理でも処理可能であろうが、後者を保護するには、名誉毀損には包摂されないのではないかと⁵⁹⁵。そうすると、やはりプライバシーと捉えることで、その利益を法律上の保護対象として包摂させるべきであろう。

なお、不法行為の判断基準として、「公表されることによる利益」と「公表されない利益」との比較衡量によって行う点に関しては、本判決でもって確立された⁵⁹⁶。

法行為法〔第四版〕（有斐閣、二〇一〇年）四八頁など。

⁵⁹⁴ 山口成樹・前掲注五八八）の立場。プライバシーと名誉毀損との判断の枠組に関する説明として、窪田充見『不法行為法』（有斐閣、二〇〇七年）一二八頁参照。

⁵⁹⁵ 山本敬三「前科の公表」六三五頁で、「最高裁判決は、一般論として名誉に言及しているが、実際に問題としているのは、前述したとおり、犯罪者の社会復帰利益である。したがって、これを文字どおり名誉の側に位置づけるのは適切ではなく、やはり実質的にはプライバシーを問題にしたものと理解すべきである」という。これに対して、石川健治「人格と権利一人権の観念をめぐるエチュード」ジュリー二四四号（二〇〇三年）三〇頁注二九では、「プライバシー権とは別の文脈の、むしろ名誉権に本籍を置く法益であったように思われる。そこで、問題になっているのは、現代における公・私の boundary の移動であり、本来私的領域に属するものが公共の劇場にせり出してきた局面、自己イメージを使い分ける権利として定式化されたのではないかと考えられる。ノンフィクション『逆転』事件について、最高裁が保護法益を専ら名誉権の文脈において論じ切っているのには、おそらく根拠がある」と述べており、対照的な理解がなされている。

⁵⁹⁶ 本判決が、「前科等にかかわる事実については、これを公表されない利益が法的保護に値する場合があると同時に、その公表が許されるべき場合もあるのであって、ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否かは、その者のその後の生活状況のみならず、事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべきもので、その結果、前科等にかかわる事実を公表されない法的利益が優越するとされる場合には、その公表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができるものといわなければならない（下線、筆者）」と判示した点につき、後に、刑事事件の当事者であった少年の仮名が週刊誌に流れたことが名誉毀損ないしプライバシー侵害になるか否かに関する後の判決（最判平成一五年三月一四日民集五七巻三号二二九頁〔長良川リンチ殺人報道事件〕）において、「プライバシーの侵害については、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立するのであるから、本件記事が週刊誌に掲載された当時の被上告人の年齢や社会的地位、当該犯罪行為の内容、これらが公表されることによって被上告人のプライバシーに属する情報が伝達される範囲と被上告人が被る具体的被害の程度、本件記事の目的や意義、公表時の社会的状況、本件記事において当該情報を公表する必要性など、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由に関する諸事情を個別具体的に審理し、これらを比較衡量して判断することが必要である（下線、筆者）」と判示された。

【判例③】最判平成一四年九月二四日判タ一〇六号七二頁⁵⁹⁷（「石に泳ぐ魚」事件）

著名な小説家である被告は自らの自伝的小説において、仮名の人物の身体的特徴やその父の犯罪歴などを詳細に記述したことによって、モデルとされた原告からプライバシー侵害、名誉毀損、名誉感情の侵害による慰謝料や小説の出版等の差止等を求めて作家と出版社を提訴した。第一審では一〇〇万円の慰謝料を認め、作品の出版等の差止を認めた⁵⁹⁸。

まず、原告と小説中の登場人物である「朴里花」との同定可能性に関して、「前記認定の原告と被告乙川との交友経過と本件小説の内容とを照らし合わせると、本件小説は、その相当部分において、原告と被告乙川との現実の交友経過に依拠して書かれたものであることが窺われ、『朴里花』は原告をモデルとする人物であると推認することができる（括弧内、省略）。また、原告がいわゆる在日三世の韓国人であり、韓国の梨花女子大学を卒業した後、東京芸術大学の大学院に進学し、工芸（陶芸）を専攻していること、原告は顔面に腫瘍があり、幼少時から一二歳までの間に右腫瘍の治療のため一三回の手術を受け、現在も治療を継続していること、原告が小学校五年生まで日本に居住し、その父が教職に就いていた大学の教員住宅に住んでいたこと、同人が、講演先の韓国においてスパイ容疑により逮捕され、その後釈放されて、家族とともに韓国に帰国したことは、前記認定のお

⁵⁹⁷ 評釈として、五十嵐清「フィクションによるプライバシーの侵害」西原道雄先生古稀記念『現代民事法学の理論 下巻』（信山社、二〇〇二年）二六九～二七三頁、大石泰彦・ジュリ臨増一二四六号一三頁、曾我部真裕・憲法判例百選Ⅰ 第六版〔ジュリ別冊二一七号〕一四二頁、棟居快行・メディア判例百選〔ジュリ別冊一七九号〕一五〇頁、同・ひろば五七巻五号七二頁、滝澤孝臣・NBL 八一四号八八頁、内藤光博・専修法学論集一〇七号一頁、田島泰彦・法時七五巻三号一〇七頁、仮屋篤子・名古屋学院大学論集：社会科学編四二巻一号八五頁、木村晋介、田島泰彦、渡辺澄子・大東文化大学法学研究所報別冊一二号一頁（シンポジウム）六頁以下、石井智弥・専修法研論集三七号一頁、大屋雄裕・法時七五巻八号二〇頁、和田美江・北大法学論集五八巻二号五一四頁、奥平康弘・コピーライト五〇二号三〇頁、紙谷雅子・法時七三巻四号七八頁、同・新聞研究五九八号六六頁など。原告側の論稿として、木村晋介、梓澤和幸「柳美里プライバシー裁判の真相」世界一九九九年九月号二〇九頁以下、飯田正剛「『言論の名による人権侵害』は認められない」創三二八号（一九九九年）七八頁以下、同「柳美里さんを訴えた原告女性が吐露した“痛み”」創三二九号（一九九九年）一一六頁以下参照。被告側の論稿として、柳美里「『石に泳ぐ魚』裁判をめぐる経緯について答える」創三二八号（一九九九年）六〇頁以下。また、木村晋介、三田誠広、田島泰彦「座談会 柳美里『石に泳ぐ魚』最高裁判決をめぐる」法セミナー五七七号（二〇〇三年）三八頁以下も参照。

⁵⁹⁸ 東京地判平成一一年六月二二日判タ一〇一四号二八〇頁。評釈として、田島泰彦・法七五四〇号六三頁、杉浦正典・ひろば五二巻一二号五六頁、松井茂記・法時七二巻四号一〇二頁、紙谷雅子・法教二三〇号四五頁、棟居快行・ジュリ臨増一一七九号一四頁（平一一重判解）、中村英樹・法政研究六七巻三号七八五頁以下など。また大江健三朗「陳述書と二つの付記」世界一九九九年九月号二一七頁以下も参照。

りであり、本件小説において『朴里花』にこれらの原告の属性が全て与えられていることは、当事者間に争いのない本件小説の内容（別紙一）をみれば明白である。これらの属性は、個々的に取り出した場合には、これを有する人物を特定するに足りないものであるが、これらを組み合わせた場合には、特にそれらが具体的で際立ったものであるだけに、一人の人物すなわち原告を特定するに十分なものということができる。そうすると、原告と面識がある者又は右に摘示した原告の属性の幾つかを知る者が本件小説を読んだ場合、かかる読者にとって、『朴里花』と原告とを同定することは容易に可能であるといわなければならない」として、同定可能性を肯定する。

次に、プライバシー侵害については、「本件小説の不特定多数の読者が『朴里花』と原告とを同定し得ることは前判示のとおりであるから、本件小説中に、『朴里花』について、原告がみだりに公開されることを欲せず、それが公開された場合に原告が精神的苦痛を受ける性質の未だ広く公開されていない私生活上の事実が記述されている場合には、本件小説の公表は原告のプライバシーを侵害するものと解すべきである。そして、その場合、摘示された私生活上の事実はすべて真実でなければならないものではなく、『朴里花』と原告とを同定できる読者が原告の私生活であると認識しても不合理ではない程度に真実らしく受け取られるものであれば足りるものと解すべきである」とした。

名誉毀損に関しては、「本件小説の不特定多数の読者が『朴里花』と原告とを同定し得ることは前判示のとおりであるから、本件小説における『朴里花』についての記述に、その社会的評価を低下させる性質のものがある場合には、その記述は、モデルである原告の社会的評価をも低下させることになり、原告の名誉を毀損するというべきである」とした。

また、名誉感情についても「本件小説の不特定多数の読者が『朴里花』と原告とを同定し得ることは前判示のとおりであるから、『朴里花』についての記述が人の名誉感情を侵害する性質のものである場合には、モデルである原告の名誉感情を侵害し、原告に対する不法行為を構成するということができる」とした。

控訴審でも、第一審の枠組を維持しながらほぼ原告の請求を認めている⁵⁹⁹。まず、プライバシー侵害について、「公にされた小説において、モデルとして同定できる実在の人物のプライバシーに関わる事実を、そのまま記述することが、当然に許されるわけではない。現実に題材を求めた場合も、これを小説的表現に昇華させる過程において、現実との切斷を図り、他者に対する視点から名誉やプライバシーを損なわない表現の方法をとることができないはずはない。このような創作上の配慮をすることなく、小説の公表によって他人の尊厳を傷つけることになれば、その小説の公表は、芸術の名によっても容認されない」（下線、筆者）とする。

⁵⁹⁹ 東京高判平成一三年二月一五日判タ一〇六一号二八九頁。評釈として、紙谷雅子・法時七三卷四号七八頁、同・新聞研究五九八号六六頁、鈴木秀美・法教二五二号八五頁、上村貞美・ジュリー二〇七号一一二頁など。ただ、差止を認めた根拠は、第一審と控訴審とで異なる。第一審が出版しない旨の当事者の合意に基づいて差止を認めたのに対して、控訴審では人格権に基づいている。

名誉毀損については、「まず、本件小説中の、『朴里花』の父がスパイ容疑により逮捕されたとの事実は、通常、本人及びその家族の社会的評価をも低下させるものというべきであるから、右の記述は、被控訴人の名誉を毀損するものというべきである。次に、本件小説中の、『朴里花』が新興宗教に入信し、連れ戻しに来た『梁秀香』に三万円を無心したとの事実は、新興宗教の信者でない者が、新興宗教に入信して、他人から寄付をせびったことを推認させるから、そのような虚偽の事実を公表することは、その者の社会的評価を低下させるものというべきである。したがって、右記述部分も、被控訴人の名誉を毀損するものである」……「本件小説中の『朴里花』の父がスパイ容疑で逮捕されたことに関する記述部分には、特殊な国情下において逮捕された旨の明確な記述はない。そもそも、スパイ容疑で逮捕されることは、その事情がどうであれ、一般的には本人及びその家族の社会的評価を低下させる事実である。また、『朴里花』が新興宗教に入信し、連れ戻しに行った『梁秀香』に三万円を無心したとの記述は、前にその新興宗教が高額の寄付を募るような問題のあるものとして描写されていたことや『朴里花』の「私が第三階位まで到達したら日本に行き、秀香にきちんと説明する」との記述部分に続いて記述されていることなどの事情からすると、右の記述部分は、前記のような趣旨のものと解するのが自然である」とする。

名誉感情の侵害については、「要するに、右のような苛烈な表現方法をとったのは、芸術上の必要に基づくものであるから、個々の表現を形式的に捉えて、他者の名誉感情を侵害するものであるといった解釈はとられるべきではない旨主張するものようである。しかし、問題は、『朴里花』を被控訴人と同定し得るようなシチュエーションの中で、右のような苛烈な表現が許されるかという点にある。控訴人柳が本件小説中の『朴里花』と被控訴人とを同定し得ないような記述上の配慮をしなかった以上、『朴里花』の顔面の腫瘍について右のような苛烈な表現をすれば、それは被控訴人の名誉感情を侵害するものと解さざるを得ない。芸術上の必要があることをもって、右のような苛烈な記述によっても被控訴人の名誉感情が侵害されることなどあり得ないなどということとはできない」とする。

これにつき、最高裁は、「公共の利益に係わらない被上告人のプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にない被上告人の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等により被上告人に重大で回復困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである。したがって、人格権としての名誉権等に基づく被上告人の各請求を認容した判断に違法はな」として控訴審を支持した。

・被侵害利益

プライバシーという用語を誕生させた前掲「宴のあと」事件の後に最高裁においてはじめて小説によるプライバシー侵害が争われたのが本判決である⁶⁰⁰。ただ「宴のあと」事件

⁶⁰⁰ 日比嘉高『『モデル小説』の黄昏—柳美里『石に泳ぐ魚』裁判とそれ以後』金沢大学国語国文三四巻（二〇〇九年）一二四頁では、『宴のあと』以降、『石に泳ぐ魚』に至るまでの

においてプライバシーを侵されたと主張した原告は著名人であったのに対して、本判決では無名の一私人が原告であった⁶⁰¹⁶⁰²。被侵害利益として主として問題となったのは⁶⁰³、(一)原告の父がスパイ容疑で逮捕されたこと、(二)原告の顔面の腫瘍を描写したことの二点が原告のプライバシー侵害に当たるかどうかであった⁶⁰⁴。

第一審が(一)につき、「ある人にとって肉親が犯罪容疑で逮捕された事実は、通常、逮捕の理由となった行為の如何を問わず、公表を欲しない事実であり、かかる事実の公表により原告が精神的苦痛を受けることは容易に推知される場所である」と判示したのに対して、控訴審は「『逮捕歴』は、その事情がどうであれ、一般的には本人及びその家族が公開されるのを欲しない事実である。一旦、公表された事実であっても、時間の経過等その後の事情によって、その秘匿が法的保護の対象となることがある」として、プライバシー侵害を認めた。この点、第一審も控訴審も逮捕歴という事実の公開に関しては、「一般人」基準を用いて、「公開されるのを欲しない事実」という判断を持ち出している。

前で検討した「逆転」事件では、私事に関わる事柄を公開するのが許される場合の基準として、(あ)歴史的または社会的な意義が認められるとき、(い)社会的影響力の強い人物の活動を批判あるいは評価する資料のとき、(う)公職にある者やその候補者などの公的立場にある人物の活動を批判あるいは評価するとき、の三つを提示した。この基準に従って本判決に当てはめるとすれば、そのいずれにも該当しないために、(一)は公開されるのが許されない事実となろう。これに対して、学説は判断が分かれている。「逮捕歴」を「公共の利害」に関する事実であるために、「当然に」プライバシー侵害とはならないとの理解に対して⁶⁰⁵、「逮捕や前科の事実は、公共的な捜査や刑事裁判にかかわる事柄であるので、『私生活上の事実』と言えるかどうかはかなり疑わしい」という理解もある⁶⁰⁶。

一方、(二)については、第一審が、原告と社会生活上直接に接触する者との間には秘匿することができないとしつつも、原告と面識がない人等に対しては「顔面に腫瘍がある事

過程で、我々の社会には<私的な領域>をめぐる大きな感性の変化があったと見るべき」とし、<報道被害の発見>と<個人情報への登場>がその大きな原因であると分析する。

⁶⁰¹ 公人と私人という視点でもって名誉・プライバシーを再考する見解として、京野哲也「私人の名誉は公人の名誉より軽いか(一)～(五・完)」判ター二五〇～一二五四号(二〇〇七～二〇〇八年)参照。

⁶⁰² また、虚構の部分につきプライバシー侵害を認めた「宴のあと」事件とは異なり、本判決は事実の部分につきプライバシー侵害があり得るとした(五十嵐・前掲注五九七)二七一～二七二頁)。

⁶⁰³ 本件で大事な争点の一つは、小説の人物と原告との間の同定可能性であるが(前掲注五九七)座談会四一頁〔木村発言〕、この論点は省略する。

⁶⁰⁴ 控訴審はこの他にも「Xが十二歳までの間に十三回手術を受けたこと」、「Xの顔の腫瘍が手術をしても治癒せず、手術をすると顔が麻痺したり、瞬きができなくなること」、「Xの顔の顔面がチェリストとの関係の破綻をもたらしたこと」という五点を掲げ、プライバシーの侵害に当たるとした。

⁶⁰⁵ 松井茂記・前掲注五九八)第一審評釈、一〇五頁。

⁶⁰⁶ 田島泰彦・前掲注五九八)第一審評釈、六四頁。

実は、通常、公表を欲しない事実であり、かかる事実の公表は原告に精神的苦痛を与えるものと認めるべきである」と判示したのに対して、控訴審は、「自己の障害や病気の事実は、個人に関する情報のうちでも最も他人に知られたいくない類のものである。特に外貌に関わる障害の事実は、その障害が本件のように類症例が少ないものである場合、その人物の他の属性等と合わせて公表されれば、それ自体が周囲の好奇の対象となるであろう。そして、このような事態がその者の社会的行動に多くの制約や悪影響をもたらすであろうことは容易に推測される」と判示した⁶⁰⁷。

(二) がプライバシー侵害となるか否かに関しては、前掲「宴のあと」事件でプライバシー侵害として認められる要件のうちの「非公知性」に関わらないために解釈上争いが生じていた。学説は、プライバシー侵害に当たると認めるもの⁶⁰⁸、プライバシーとは別の人格的利益に当たると認めるもの⁶⁰⁹、プライバシー侵害に当たらないとする⁶¹⁰、三つに分かれている。

この点、もし原告の外貌が腫瘍とまでには至らず、単なる黒子などの場合には、プライバシーとしての保護の度合いは下がると思われるが、顔面の腫瘍が単なる容貌ではなく、控訴審の認めるような障害や病気に関わるものであるならば、それは周りの人々に周知であるか否か等に関わりなく、より一層プライバシーとしての保護の必要性は増すであろう。

・名誉、プライバシー、名誉感情

(一)・(二)等の判断につき、最高裁は特にそれぞれの概念に関する議論を分けずに、「名誉、プライバシー、名誉感情」への侵害という用語でもって判断を行った。これらの用語は、「人格権訴訟のベテラン」である原告側代理人が「プライバシーの侵害のほか、万全を期して、名誉毀損と名誉感情の侵害も訴え」たことに因る⁶¹¹。実務上の取扱いとしていかなる請求原因でもって訴えた方がもっとも賠償額を高く得ることができるのかに関しては個別の事例の検討を経ないと検証できないのであるが、本件の第一審・控訴審では、(一)・(二)の公開が、一方は名誉毀損に、もう一方は名誉感情にまたがると判示している⁶¹²。名

⁶⁰⁷ 控訴審判決において特徴的なのは、顔面に腫瘍があることを「障害」として認定した点である。上村貞美・前掲注五九九)一一五頁では、「腫瘍は、手元にある『南山堂・医学大辞典』に項目として載っているように、病気であって単なる容貌に関する事実ではない」と指摘する。

⁶⁰⁸ 松井茂記・前掲注五九八)第一審評釈一〇四頁、上村貞美・ジュリー二〇七号一一五頁。

⁶⁰⁹ 橋本眞・判評五一三三号一三頁。

⁶¹⁰ 田島泰彦・前掲注五九七)一一〇頁は、控訴審の判旨につき、「プライバシーの判断では、従来の要件を緩和し、プライバシー概念を拡大している傾向が懸念される。……『私事性』や『非公知性』などの要件を事実上取り払い、プライバシー概念を無闇に肥大化させていくこうした傾向は、表現・報道の自由を過度に狭める危険がある」と批判する。

⁶¹¹ 五十嵐・前掲注五九七)二七二頁注一四。ただ、五十嵐自身は本件で名誉毀損と名誉感情の請求の必要はないと述べる(同注)。

⁶¹² (一)がプライバシー侵害・名誉毀損に当たるとし、(二)がプライバシー侵害・名誉感情の侵害に当たるとした。

誉感情に関しては「一般的人格権」として保護されるという説があるものの⁶¹³、判例においては、「名誉」に比べて「名誉感情」はその保護の度合いが低く⁶¹⁴、代表的見解も「多くの場合に、名誉感情の侵害は、名誉毀損やプライバシーの侵害に吸収されるので、名誉感情の侵害は補充的に主張されるべきではないか」という保護法益としての名誉感情の独立性には消極的である⁶¹⁵。名誉感情は、刑法上は「侮辱」という法益に当たる場合には強く保護されるが⁶¹⁶、民事上では「権利」として保護されることは難しいため、違法性の程度が強くないと保護されにくい⁶¹⁷。本判決ではプライバシーと共同ではあるが、民事において名誉感情に言及した数少ない例となった点につき事例としての意義はあるだろう⁶¹⁸。

【判例④】最判平成一五年九月二日民集五七卷八号九七三頁⁶¹⁹（早稲田大学名簿提出事件）

早稲田大学が、江沢民中国国家主席の講演会につき、警備のため警視庁から参加者の名簿を提出することを要請された。これにつき、大学が参加申込者の氏名等が記載された名簿の写しを警視庁に提出し、対象であった参加申込者の学生らが無断で名簿が提出されたことによってプライバシーを侵害されたとして大学を相手に損害賠償を求めた（その他の請求も行ったが省略する）⁶²⁰。第一審と控訴審は原告のいずれの請求も棄却した。控訴審は、

⁶¹³ 宗宮信次『名誉権論〔増補版〕』（有斐閣、一九六一年）二二八頁。

⁶¹⁴ 民法七二三条の「名誉」に名誉感情は含まないとしてもものとして、最判昭和四五年一月一八日民集二四卷一三号二一五一頁参照。

⁶¹⁵ 五十嵐清『人格権法概論』二六～二七頁。

⁶¹⁶ 刑法二三条「事実を摘示しなくても、公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に処する」。名誉毀損罪（刑法二三〇条）と侮辱罪の関係につき、通説は「公然と事実を摘示」した場合には名誉毀損罪として、そうでない場合は侮辱罪と理解し、どちらも社会的名誉を保護するとの立場に立っている（牧野英一『刑法各論 下巻』（有斐閣、一九五一年）四九〇頁）。これに対し、両者の区別を保護法益の違い（名誉毀損罪＝社会的名誉、侮辱罪＝名誉感情）も有力に主張されている（小野清一郎『新訂 刑法講義各論』（有斐閣、一九五四年）二一六頁、団藤重光『刑法綱要各論』〔第三版〕（創文社、一九九〇年）五一二頁など）。

⁶¹⁷ 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任〔増補改訂版〕』（判例時報社、一九九八年）三四〇頁注五五では、「名誉感情については、その侵害が一般市民の普通の感覚からして社会生活上是認できる限度を超えていると判断される場合に限って、法的救済を認めるのが相当である」という。

⁶¹⁸ 滝澤孝臣・前掲注五九七）九一頁。

⁶¹⁹ 評釈として、杉原則彦・曹時五六卷一一号二一七頁、前田陽一・ジュリ臨増一二六九号八九頁（平一五重判解）、高井裕之・ジュリ臨増一二六九号一〇頁（平一五重判解）、浜田純一・ジュリ別冊一七九号九四頁（メディア判例百選）、水野謙・法教別冊二八二号二一頁（付録・判例セレクト二〇〇三）、棟居快行・ジュリ別冊一八六号四六頁（憲法判例百選Ⅰ第五版）、内野正幸・法教二八一号一四六頁など。

⁶²⁰ 本訴訟では、甲乙の二つの訴訟が提起された。本訴訟で最高裁まで上がった甲訴訟（原告：講演中に叫びなどで逮捕された三名の学生）と、乙訴訟（原告：六名の学生ら）である。后者は、専ら名簿提出行為の違法性だけが争われ、高裁で一万円の慰謝料が認められ確定した（東京高判平成一四年一月一六日判時一七七二号一七頁）。

名簿の提出が同意なしになされたことは認めるが、諸事情を考慮すると、社会通念上許容される程度を逸脱した違法なものであるとまで認めることはできないため、違法でないとして認定した。これに対し、最高裁は、「本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと思えること」への期待は保護されるべきであるため、本件個人情報に法的保護の対象となるというべきであり、「同大学が……開示について承諾を求めることは容易であったものと考えられ、それが困難であった特別の事情がうかがわれない本件においては、……上告人らの同意を得る手続を執ることなく、上告人らに無断で本件個人情報を警察に開示した同大学の行為は、上告人らが任意に提出したプライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものであり、……不法行為を構成するというべきである」として控訴審の判断を破棄し⁶²¹、差し戻した⁶²²。

本判決は、氏名・住所・電話番号等の個人情報が、プライバシーに属するものであるか否かを最高裁で初めて判断した⁶²³。従来、名誉毀損と一緒に主張されることの多かったプライバシー侵害であったが、本判決では、プライバシーだけが扱われて不法行為が成立したという点において先例としての意義がある⁶²⁴。従来判例では、前科（判例②）や犯行態様（最判平成一五年三月一四日民集五七卷三号二二九頁）が出版物によって公表された際、プライバシーに当たる情報を公開することによって得られる利益と公開されないことによって得られる利益との比較衡量によって、不法行為の成否を判断していた。しかし、本判決では、本人の同意がなく、無断でなされた個人情報の開示は、「原則として」プライバシー侵害になることを認めた点に意義がある⁶²⁵。つまり、違法性の判断に際して、最判平成一五年三月一四日民集五七卷三号二二九頁は原・被告の利益の比較衡量を行っているが、本判決は専ら原告の行為態様に着目している⁶²⁶。このように、同じ年に出された最判平成一五

⁶²¹ この法定意見に対し、亀山・梶谷裁判官の反対意見がある。同意見では、個人情報のセンシティブティの低さ、警備の重要性などから正当な理由のもとで本件開示がなされ、かつ上告人らに実質的な不利益も生じていないとして、本件開示は受忍限度内であるとして不法行為を認めなかった。

⁶²² 差戻審では、学生一人当たり五〇〇〇円の慰謝料が命じられた（東京高裁平成一六年三月二三日判時一八五五号一〇四頁）。

⁶²³ なお、個人情報については、平成一五年に成立・施行された「個人情報の保護に関する法律」（平成一五年法律第五七号）の第三条（基本理念）で、「個人情報は、個人の人格尊重の理念の下に慎重に取り扱われるべきものであることにかんがみ、その適正な取扱いが図られなければならない」と規定されている。

⁶²⁴ 前田陽一・前掲注六一九）八九頁。

⁶²⁵ 水野謙・前掲注六一九）二一頁。プライバシー侵害が違法性阻却事由のない限り、不法行為に該当するという最高裁の判断方式は、本件の甲訴訟に関わる東京地判平成一三年一〇月一七日民集五七卷八号九九四頁（本件第一審）、東京高判平成一四年七月一七日民集五七卷八号一〇四五頁（本件控訴審）と、本件の乙訴訟に関わる二つの訴訟である東京地判平成一三年四月一日判時一七五二号三頁や東京高判平成一四年一月一六日判時一七二二号一七頁にも見られる。

⁶²⁶ 原告の行為態様につき、二つの観点から評価を行っている。第一は、「手続」違反につい

年三月一四日民集五七卷三号二二九頁と本判決の判断枠組みは一見すると異なるように見えるため、両判決をいかに位置づけ整合的に理解すべきかが問題となっている⁶²⁷。この点、前者は、「表現・報道の自由」との調整が問題となった事案であるのに対し、後者は、そのような両者の利益の衝突する事案ではないため、その限りにおいては両立させた形で位置づけ可能である⁶²⁸。

本判決のように、氏名・住所・電話番号などの開示につき不法行為の成否が問われた先例としては、最判平成元年一月二日民集四三卷一十二号二二五二頁がある。この事件は、公立小学校の教師を批判するビラのなかに氏名等を記載し、嫌がらせを行ったという事案であった。これにつき、最高裁は「私生活の平穏などの人格的利益」の違法な侵害を理由に、不法行為責任を認めた。また、電話の加入者の明示の意思表示に反して NTT が電話帳に氏名などを掲載した行為をプライバシー侵害として損害賠償が認められた事案⁶²⁹や、職業別電話帳に広告掲載されている諸情報をネット掲示板に書き込んだことによって無言・悪戯電話が架かってきたことにつき、プライバシー侵害として損害賠償が認められた事案⁶³⁰、人気芸能人の自宅住所の所在地等を掲載した書籍に対する事前の差止請求につき、住所は「私生活上の事柄」に該当するためそれを公表することがプライバシー侵害に当たるとした事案⁶³¹などがある。

一方で、本判決を契機にプライバシーがセンシティブ情報から、自己情報コントロールに関するものに変化する「転換点」となったと評価する説がある⁶³²。確かに従来、氏名・住所・電話番号などは個人の内密に深く関わるものとして捉えることが必ずしも一般的だったということは難しいかもしれない。ただ、この判決は「自己の欲しない情報を他人にみだりに公開されたくない」期待を保護したのであり、その対象が本判決では氏名・住所・電話番号だったのである。

て。本人の承諾を得ることができない例外的な場合を除き、情報提供につき本人の承諾を得るという「当然得べき法的过程」を経ることなく、個人情報他人に提供した大学の行為を、「違法な」行為であると判断した。第二は、「合理的な期待」違反について。学生らが講演会参加の名簿に自らの個人情報を書き込む際に、情報管理者として大学側を信頼し、原則としてその情報が第三者に提供されることはないという前提の上で情報提供をしたという評価を行った。

⁶²⁷ この問題につき、前田陽一「プライバシー侵害の不法行為に関する最近の二つの最高裁判決」判タ一四四号八九頁以下が詳しい。

⁶²⁸ 前田陽一・前掲注六二七)九五頁。

⁶²⁹ 東京地判平成一〇年一月二日判時一六四六号一〇二頁。慰謝料は一〇万円。

⁶³⁰ 神戸地判平成一一年六月二三日判時一七〇〇号九九頁。慰謝料は二〇万円。

⁶³¹ 東京地判平成一〇年一月三〇日判時一六八六号六八頁。

⁶³² 内藤篤『残念な判決としてのピンク・レディー最高裁判決』NBL 九七六号(二〇一二年)一九頁。また、五十嵐清『人格権論概説』二二二頁では、「この種の個人情報をプライバシーに含めるためには、プライバシー権を自己情報コントロール権ととらえることが必要ではなからうか」と指摘する。プライバシーを自己情報コントロールの観点から捉えた先駆的学説は、佐藤幸治であった。

【判例⑤】最大判昭和五六年一二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁⁶³³（大阪国際空港事件）

大阪国際空港付近に居住し、航空機の騒音により被害を受けている住民らが、国を相手に①午後九時から翌朝七時までの空港使用の差止と②過去および将来の損害賠償とを求めて提訴した。第一審では、①午後一〇時から翌朝七時までの使用差止、②過去の損害賠償請求を認めた（将来の損害賠償請求は棄却）。これに対して、控訴審は、①午後九時以降の飛行機の発着禁止など、人格権を根拠に差止請求を承認した。控訴審は、「およそ、個人の生命・身体・安全、精神的自由は、人間の存在に最も基本的なことからあつて、法律上絶対的に保護されるべきものであることは疑いがなく、また、人間として生存する以上、平穏、自由で人間たる尊厳にふさわしい生活を営むことも、最大限度尊重されるべきものであつて、憲法一三条はその趣旨に立脚するものであり、同二五条も反面からこれを裏付けているものと解することができる。このような、個人の生命、身体、精神および生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであつて、その総体を人格権ということができ、このような人格権は何人もみだりにこれを侵害することは許されず、その侵害に対してはこれを排除する権能が認められなければならない。すなわち、人は、疾病をもたらす等の身体侵害行為に対してはもとより、著しい精神的苦痛を被らせあるいは著しい生活上の妨害を来す行為に対しても、その侵害行為の排除を求めることができ、また、その被害が現実化していなくともその危険が切迫している場合には、あらかじめ侵害行為の禁止を求めることができるものと解すべきであつて、このような人格権に基づく妨害排除および妨害予防請求権が私法上の差止請求の根拠となりうるものということができ」との一般論を述べて、差止請求を認めた。

しかしながら、最高裁は、差止と将来の損害賠償請求については訴えを却下し、過去の損害賠償請求についてだけ差し戻した。その際、多数意見は差止の判断に際し人格権については言及しなかった。団藤反対意見では、人格権を「排他的な権利として構成することができるかは、きわめて困難な問題である」と述べており、環意見でも、「今直ちに被上告人らの指摘する憲法の法条などを根拠として、いうところの排他性を具えた人格権ないし環境権という一個の私権を承認する見解にくみすることはできない」と述べて、否定的な見解を示した。

⁶³³ 評釈として、加茂紀久男・曹時三七卷一号一五九頁、特集としてジュリ七六一号六頁以下、法時五四卷二号八頁以下、判時一〇二五号三頁以下、法セ三二五号二頁以下、ひろば三五卷三号四頁以下、判タ四六九号一〇頁以下がある。その他、民法学者によるものとして、沢井裕・ジュリ臨増七六八号八二頁（昭五六重判解）、同・ジュリ別冊一二六号一二頁（公害・環境判例百選）、田井義信・ジュリ別冊一七一号九六頁（環境法判例百選）、淡路剛久・法教別冊（民法の基本判例）一八九頁、潮海一雄・環境法研究一八号一四八頁など。原告代理人による裁判過程のスケッチとして、木村保男・法教一〇五号三二頁参照。

本判決は、最高裁の多数意見において「人格権」に関する判旨が存在しなかったために、人格権論と正面から関わるものではない。ただし、団藤反対意見・環意見には人格権に関わる理解が示されているため、その点につき検討する。本判決が出される当時においても「人格権」は、下級審裁判例⁶³⁴や学説⁶³⁵において差止の根拠として認められていたために、少数意見ではあるにせよ、強い疑念が出されたことは「衝撃的」とまで表現された⁶³⁶。

本件第一審も本件控訴審も「人格権」に基づいて差止を認めているが、第一審では人格権の内容を受忍限度論のなかで、公共性や行政政策などをも含めて総合的に考慮していたが、控訴審では人格権を憲法一三条・二五条に位置づけて一種の「天賦人權」として判断した点が大きく異なっていた⁶³⁷。そこで最高裁がいかなる判断を示すのかにつき期待されていた。しかしながら、多数意見では航空行政権と空港管理権の不可分一体論という枠組を採り、差止請求それ自体を却下した⁶³⁸。したがってその根拠に関する議論は正面からの判断されることもなかった⁶³⁹。

【判例⑥】最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁⁶⁴⁰（北方ジャーナル事件）

「北方ジャーナル」という雑誌を発行する会社（原告）が、北海道知事選の候補予定者（被告Ⅰ）につき、誹謗中傷のある記事を掲載予定していた。これを知ることとなった候

⁶³⁴ たとえば、佐賀地判昭和四二年一〇月一二日判時五〇二号二六頁、名古屋地判昭和四二年九月三〇日判時五一六号五七頁、東京地判昭和四七年二月二八日判時六六〇号三二頁、大阪地判昭和四九年二月二七日民集三五卷一〇号一六二一頁（本件第一審）、大阪高判昭和五〇年一月二七日民集三五卷一〇号一八八一頁（本件控訴審）など。

⁶³⁵ 好美清光「日照権の法的構造」ジュリ四九〇～四九四号（一九七一年）、加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、一九七四年）。

⁶³⁶ 加藤一郎「大阪空港大法廷判決の問題点」ジュリ七六一号（一九八二年）一二頁。

⁶³⁷ 座談会「大阪空港訴訟控訴審判決の評価と展望」法時四八巻二号（一九七六年）七八頁〔木村保男発言〕。

⁶³⁸ 多数意見では「行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかどうかはともかくとして」と表現して、行政訴訟による救済の可能性を開いたとみる余地があるが、「現実的には民事の差止請求の場合よりもっと厳しい判断がなされることになる」との評価がある（淡路剛久「大阪空港公害事件における被害の認定と違法性の判断」ジュリ七六一号（一九八二年）五五頁）。

⁶³⁹ 最高裁がこのような立場を示したことにつき、控訴審のように人格権に基づく差止請求を肯定すると、その延長線上に環境権が認められる可能性が生じ、それを回避するために、不適法却下を行ったとの分析がある（田井義信「大阪国際空港事件」別冊ジュリー七号〔環境法判例百選〕（二〇〇四年）九七頁）。

⁶⁴⁰ 評釈として、加藤和夫・曹時四一卷九号一九九頁、特集として、ジュリ八六七号一二頁、判タ六〇七号五頁、ひろば三九巻一〇号四頁、法時五八巻一〇号二頁。民法学者によるものとして、以下の注に掲げるもののほか、斉藤博・別冊ジュリー〇四号〔民法判例百選Ⅰ、第三版〕一四頁。また最近のものとして、山口いつ子「ネット時代の名誉毀損・プライバシー侵害と『事前抑制』」論究ジュリー号（二〇一二年）五二頁。

補予定者および選挙運動に関わっていた者（被告Ⅱ）が、雑誌会社を相手に印刷・販売の禁止などを命ずる仮処分を申請し、それが認められた。これに対し、会社は、仮処分の申請・認容が違法であるとし、被告Ⅰ・Ⅱおよび国（被告Ⅲ）を相手に、逸失利益等の損害賠償を求めて提訴した。第一審・控訴審は原告の請求を認めず、棄却した。上告理由において原告は、記事の事前差止が憲法二一条二項の禁止する「検閲」にあたり、同条一項の言論・表現の自由を侵害する等を主張した。

これにつき、最高裁は本件仮処分による事前差止は、「表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合とは異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるもの」であるため、「検閲」には当たらないとした。続いて、実体法上の差止請求権の存否に関し、次のように判示した。「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法七一〇条）又は名誉回復のための処分（同法七二三条）を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。けだし、名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるからである。「言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である」。

本判決は、最高裁として民事裁判では初めて「人格権」概念を明確に認め⁶⁴¹、「人格権としての名誉権」に基づいて差止請求権を認めた⁶⁴²。その根拠とは、「人格権としての名誉権」が物権と同様の排他性を有する権利であることを掲げている。本判決を参照した後の裁判例では、「名誉、プライバシー、名誉感情」の侵害の際に「人格権としての名誉権等」に基づく差止請求を認めた⁶⁴³。また、道路を通行するに際し、日常生活上不可欠の権利を有する者は、敷地所有者に対し、「妨害行為の排除及び将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）」を有すると判示した裁判例⁶⁴⁴も本判決の一事例を示したものといえる⁶⁴⁵。このように本判決は先例として後の裁判例に大きな影響を与えている。

本判決が基礎にしている人格権概念につき、「ひとくちに人格権といっても、他者や社会

⁶⁴¹ 五十嵐清『人格権法概説』一二頁。

⁶⁴² 既に最大判昭和四四年六月二五日刑集二三巻七号九七五頁で、「人格権としての個人の名誉の保護」という表現において「人格権」という用語を使用していた。

⁶⁴³ 最判平成一四年九月二四日、前掲【判例③】（「石に泳ぐ魚」事件）。

⁶⁴⁴ 最判平成九年一月一八日民集五一巻一〇号四二四一頁。

⁶⁴⁵ 阿部正幸・判夕臨増一〇〇五号五二頁（平一〇年主要判例解説）。

との関係における自己のあり方にかかわるもの（社会的人格権）や、個人としての事故の精神のあり方にかかわるもの（精神的人格権）、生活環境に対する自己のあり方にかかわるもの（環境的人格権）もある」なか、自分一人ではコントロールし尽くせず他者との関係において決まるものも存在するため、「このような権利を支配権と同視することには無理がある」との有力な見解がある⁶⁴⁶。ただ、調査官解説で明らかのように、「本判決は、名誉が生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、また、人格権としての名誉権が物権と同様に排他性を有する絶対権ないし支配権に属することから、人格権侵害のうち名誉権侵害に対する差止請求権を認めたものである。……（その意味では、本判決により、西ドイツのように、『一般的人格権』が認められたものとはいえない）」⁶⁴⁷。つまり、本判決では、「人格権」そのものに関する判断を行ったわけではなく、あくまで「人格権としての名誉権」につき、排他性を有する支配権を付与したのである。

本判決に先立つ、東京高裁昭和四五年四月一三日判時五八七号三一頁（「エロス+虐殺」事件）では、「現行法は人格的利益の侵害に対する救済として、損害賠償ないし原状回復を認めることを原則とするけれども、人格的利益を侵害された被害者は、また、加害者に対して、現に行なわれている侵害行為の排除を求め、或は将来生ずべき侵害の予防を求める請求権を有するものというべきである。しかし、人格的利益の侵害が、小説、演劇、映画等によってなされたとされる場合には、個人の尊厳及び幸福追求の権利の保護と表現の自由（特に言論の自由）の保障との関係に鑑み、いかなる場合に右請求権を認むべきかについて慎重な考慮を要するところである。そうして、一般的には、右請求権の存否は、具体的事案について、被害者が排除ないし予防の措置がなされないままで放置されることによって蒙る不利益の態様、程度と、侵害者が右の措置によってその活動の自由を制約されることによって受ける不利益のそれとを比較衡量して決すべきである」と述べている。この判決では、一般論ではあるものの、「人格権」ではなく、「人格的利益」に基づき、侵害の排除や予防を求める請求権を得ると述べた（比較衡量によって、最終的には請求否定）。

したがって、本判決が「人格権としての名誉権」と述べたところは、名誉権が人格権という性質を有するという側面を捉えたものであり、そのことから直ちに人格権そのものの法的性質につき何か判断を行ったということにはつながらないであろう。

・他人からその氏名を正確に呼称される利益

【判例⑦】最判昭和六三年二月一六日民集四二巻二号二七頁⁶⁴⁸（NHK 日本語読み事件）

⁶⁴⁶ 山本敬三「人格権—北方ジャーナル事件」別冊ジュリー一九五号〔民法判例百選第六版〕一一頁、同「基本権の保護」一二七頁以下。

⁶⁴⁷ 加藤・前掲注六四〇）二一〇頁。ただ、五十嵐清『人格権論』（一粒社、一九八九年）一八〇頁は、「本件大法廷判決は、実質的にいつて一般的人格権概念を認めたものということができる」と述べている。

⁶⁴⁸ 評釈として、塚原朋一・曹時四二巻五号二〇八頁、斉藤博・判タ臨増七〇六号九六頁（昭六三主判解）、同・ジュリ臨増九三五号七四頁（昭六三重判解）、飯塚和之・判タ六七一

在日韓国人の崔昌華牧師は、NHKがニュース番組で自己氏名が韓国語音読みでチョエ・チャンホアであることを知りながら、日本語音読みでサイ・ショウカと呼称したことにつき、謝罪と損害賠償等と求めた事案である（請求した慰謝料は一円）。争点は、多岐に渡るが最も重要なものは、氏名の不正確な呼称による不法行為の成否であった。第一審と控訴審はこの請求を却下した。最高裁は次のように、違法性こそ認めなかったものの、氏名を正確に呼称されることが不法行為法上保護される人格的利益であると判示した。

「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するものというべきであるから、人は、他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為法上の保護を受けうる人格的な利益を有するものというべきである。しかしながら、氏名を正確に呼称される利益は、氏名を他人に冒用されない権利・利益と異なり、その性質上不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえないから、他人に不正確な呼称をされたからといって、直ちに不法行為が成立するというべきではない。」……「不正確な呼称が明らかな蔑称である場合はともかくとして、不正確に呼称したすべての行為が違法性のあるものとして不法行為を構成するというべきではなく、むしろ、不正確に呼称した行為であっても、当該個人の明示的な意思に反してことさらに不正確な呼称をしたか、又は害意をもつて不正確な呼称をしたなどの特段の事情がない限り、違法性のない行為として容認されるものというべきである。」……「原審の確定したところによれば、上告人は、韓国籍を有する外国人であり、その氏名は漢字によって「崔昌華」と表記されるが、民族語読みによれば「チョエ・チャンホア」と発音されるところ、被上告人は昭和五〇年九月一日及び二日のテレビ放送のニュース番組において、上告人があらかじめ表明した意思に反して、上告人の氏名を日本語読みによって「サイ・ショウカ」と呼称したというのであるが、漢字による表記とその発音に関する我が国の歴史的な経緯、右の放送当時における社会的な状況など原審確定の諸事情を総合的に考慮すると、在日韓国人の氏名を民族語読みによらず日本語読みで呼称する慣用的な方法は、右当時においては我が国の社会一般の認識として是認されていたものといえる。そうすると、被上告人が上告人の氏名を慣用的な方法である日本語読みによって呼称した右行為には違法性がな」い。

・「法律上の利益」と「事実上の利益」の間

従来、「氏名権」というと⁶⁴⁹、氏名を冒用されない権利のことであり⁶⁵⁰、本判決で問題と

号八一頁、近藤敦・別冊ジュリー七九号〔メディア判例百選〕一〇八頁、星野英一・法教九五号七四頁、大村敦志・法教三五九号一二〇頁、小林節・民商九九卷五号八二頁、林修三・時の法令一三三五号八七頁、良永和隆・民事研修五八七号三一頁、富田哲・行政社会論集（福島大学）三卷三号四六頁、森英樹・法セ四〇六号一一〇頁など。

⁶⁴⁹ 氏名権については、川井健「氏名権の侵害」伊藤正己編『現代損害賠償法講座（二）名

なっていた氏名を正確に呼称される利益は法的な問題として扱われることがなかった⁶⁵¹。しかしながら本判決では、一般論ではあるものの、氏名を人格権の一内容として宣言したのであり、その意義は大きいものがある⁶⁵²。さらに、本判決は、氏名を正確に呼称されることを「権利」ではなく、「利益」と判示したことが大きな特徴である⁶⁵³。

・違法性の判断

氏名を正確に呼称されることが法的に保護される利益として認められるものの、それが直ちに違法であるわけではなく、諸事情を考慮して違法性が存在するか否かを判断すべきであるが、控訴審の確定した諸事実によると「違法ではない」とされた。そもそも「当該個人の明示的な意思に反してことさらに不正確な呼称をし、または害意をもって不正確な呼称をした」場合には、違法性が成立するが、そうでない場合である本件では、「歴史的な経緯」、「放送当時における社会的な状況」などを総合的に考慮すべきと判示した。違法性を判断する際に、第一審・控訴審では、漢字表記・日本語音読みという確立した「慣習」と表音を主体とする「放送というメディアの特殊性」を掲げて判断を行った。とりわけ「慣習」についてだけを取り上げると、原告は上告理由において、放送当時既に日本国憲法・国際人権規約・法務省通達などから社会における一般通常人の認識として、漢字表記に民族語音読みが一般化したと主張し、いわゆる確立した「慣習」に対抗した。これに対し、最高裁は、「慣習」論に立ち入らず、「慣用的な方法」という巧みな言葉を使いながら、専ら違法性のみを判断した。「慣習」であれ、「慣用」であれ、本判決を契機として、これまで当然とされてきたものに対して、その見方を変えるきっかけになった⁶⁵⁴。

・静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益

誉・プライバシー』（日本評論社、一九七二年）二二三頁以下。

⁶⁵⁰ 東京地判昭和六二年一〇月二日判時一二五二号一〇八頁では、原告の氏名類似の名称の書籍の出版につき、「原告の氏名を冒用し、原告の氏名権を侵害するものである」と判断した。

⁶⁵¹ 本判決の第一審・控訴審は、氏名を正確に呼称される利益が、未だ一般的に法律上の程度に熟さない事実上のものであると認識していた。一方、現在は、法律婚を希望するが氏の変更は望まないため、「氏」の変更を強制されない自由（ないし婚姻前の氏を使用する利益）が問題となっている（立法不作為による国家賠償を求めるものではあるものの、東京地判平成二五年五月二九日判時二一九六号六七頁）。このような主張も、将来少なくとも氏名を正確に呼称される利益と同等の利益を有するものとしてあるいはそれ以上に強固な利益を有するものとして認められることも有り得なくはないだろう。これにつき、「氏名権という人格権と婚姻の自由という基本的人権が衝突している民法七五〇条こそ、はるかに深刻な憲法問題であるとも評価できる」とも述べられている（水野紀子「婚外子相続分差別違憲決定」法時八五卷一二号一頁）。

⁶⁵² ほとんどの評釈はこの点を肯定する。

⁶⁵³ 星野評釈・七四頁では、利益侵害+違法な行為=権利侵害であると述べる。ただ、飯塚評釈・八一頁では、「人格権としての氏名権を承認した」と評価する。

⁶⁵⁴ 大村敦志『不法行為判例』二二八頁。

【判例⑧】最大判昭和六三年六月一日民集四二卷五号二七七頁⁶⁵⁵（自衛官合祀事件）

本件の事案は、私的団体の隊友会と自衛隊山口地方連絡部（以下、地連とする）が山口県護国神社に殉職自衛官の合祀を共同申請したことにつき、自衛官の妻である原告が、地連（＝国）と隊友会を相手に合祀手続の取消、合祀されたことによって精神的苦痛を受けたとして慰謝料を求めて提訴した。争点は多岐に渡るため、本稿の問題関心に沿って民法七〇九条の権利侵害ないし被侵害利益に基づいた判断に限って紹介する⁶⁵⁶。第一審では、本件合祀申請につき、「自己もしくは親しい者の死について、他人から干渉を受けない静謐の中で宗教上の感情と思考を巡らせ、行為をなすことの利益を宗教上の人格権の一内容としてとらえることができる」と解される⁶⁵⁵し、「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき法的利益」を「宗教上の人格権」としての権利侵害を認める。しかし違法性の検討の際に、被告である隊友会の合祀申請も「宗教行為」として法的に保護されるべきものであるため、原告の自由と被告の自由の間に衝突があり、優先すべき条理など存在しない。ただ、被告らが「原告の権利を侵害するに至る事情を……認識することができ不注意のためこれを認識しないで」合祀申請をしたから「過失」があると認定して、一〇〇万円の慰謝料を認めた。

これに対し、両被告の県隊友会・地連は控訴し、原告も敗訴部分につき附帯控訴した。控訴審は、県隊友会の請求を却下することで、合祀申請の共同不法行為性や、宗教上の人

⁶⁵⁵ 評釈として、調査官解説として、瀬戸正義・曹時四二卷二号三七六頁。憲法学からは、高橋和之・ジュリ九一六号二一頁、栗城寿夫・ジュリ臨増九三五号二一頁（昭六三重判解）、赤坂正浩・ジュリ別冊一八六号九八頁（憲法判例百選Ⅰ 第五版）、芦部信喜・法教九五号六頁、小林直樹・法時六〇卷一〇号五二頁、横田耕一・ジュリ別冊一〇九号四四頁（宗教判例百選 第二版）、笹川紀勝・ジュリ別冊一五四号一〇〇頁（憲法判例百選Ⅰ 第四版）、蟻川恒正・公法研究五九号二三四頁など。行政法学から、原田尚彦・ジュリ九一六号三〇頁など。民法学からは、星野英一・法教九六号一二頁、九七号八八頁〔『民法論集第八巻』（有斐閣、一九九六年）に所収〕、斉藤博・ジュリ九一六号三六頁、河上正二・法セ五八八号七二頁、五八九号六六頁〔『民法学入門〔第二版〕』（日本評論社、二〇〇九年）所収〕、大村敦志・法教三五八号一二八頁〔『不法行為判例に学ぶ』（有斐閣、二〇一一年）に所収〕、吉村良一・立命館法学三二七・三二八号九五六頁（下）など参照。また、原告側の弁護士の記録として、中川明『寛容と人権—憲法の「現場」からの問いなおし』（岩波書店、二〇一三年）一一五頁以下。なお、中谷康子さんを支える全国連合会『「合祀」いやです』（新教出版社、一九九三年）、田中信尚『自衛隊よ、夫を返せ！』（現代教養文庫、一九八八年）、同『合祀はいやです—こころの自由を求めて』（樹花舎、二〇〇三年）、ノーマ・フィールド、大島かおり訳『天皇の逝く国で』（みすず書房、一九九四年）、中川明『寛容と人権』（岩波書店、二〇一三年）第三章も参照。

⁶⁵⁶ 河上・前掲注六五五）七二頁では、本訴訟は「その本質は、個人の人格的利益保護の在り方をめぐる民法上の『不法行為訴訟』と考えるべきものである」と受け止める。

格権侵害に関する第一審の請求が維持された。これに不服し、上告。上告理由では、「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき法的利益」は法的保護に値しない利益であって、被侵害利益と認めたことに誤りがあると主張した。

最高裁は、多数意見では以下のように判示する。原告（被上告人）の「法益侵害の成否は、同神社と被上告人との間の私法上の関係として検討すべきこととなる」と述べた上で、三菱樹脂事件が提示した「私人相互間において憲法二〇条一項前段及び同条二項によって保障される信教の自由の侵害があり、その態様、程度が社会的に許容し得る限度を超えるときは、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、法的保護が図られるべきである」の定式を述べる⁶⁵⁷。しかし、「人が自己の信仰生活の静謐を他者の宗教上の行為によって害されたとし、そのことに不快の感情を持ち、そのようなことがないよう望むことのあるのは、その心情として当然であるとしても、かかる宗教上の感情を被侵害利益として、直ちに損害賠償を請求し、又は差止めを請求するなどの法的救済を求めることができるとするならば、かえって相手方の信教の自由を妨げる結果となるに至ることは、見易いところである。信教の自由の保障は、何人も自己の信仰と相容れない信仰をもつ者の信仰に基づく行為に対して、それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請しているものというべきである。このことは死去した配偶者の追慕、慰霊等に関する場合においても同様である。何人かをその信仰の対象とし、あるいは自己の信仰する宗教により何人かを追慕し、その魂の安らぎを求めるなどの宗教的行為をする自由は、誰にでも保障されているからである。原審が宗教上的人格権であるとする静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益なるものは、これを直ちに法的利益として認めることができない性質のものである」として、控訴審を破毀し、第一審判決を取り消すことによって、被上告人の法益を最終的に認めなかった。

これに対して、坂上壽夫の意見では、「何人も、死去した近親者の追慕、慰霊等については、それが誰によって行われる場合であっても、自己の意思に反しない宗教的方法によってのみ行われることにより、その信仰に関する心の静謐を保持する法的利益を有すると解するのが相当であり、これは宗教上的人格権の一内容とすることができる」ため、「人は、死去した近親者に関して、他者により自己の意思に反する宗教的方法で追慕、慰霊等が行われ、その結果、自己の心の静謐が害された場合には、その宗教上的人格権に基づき、法的救済を求めることができるというべきである」と述べる。

一方、伊藤正己の反対意見では、より鋭利に多数意見を批判する。本判決で問題となっているのは、信教の自由そのものではなく、「静謐な環境のもとで信仰生活を送る利益」が被侵害利益となりうるかどうかという点である。「現代社会において、他者から自己の欲しない刺激によって心を乱されない利益、いわば心の静穏の利益もまた、不法行為法上、被侵害利益となりうるものと認めてよいと考える。この利益が宗教上の領域において認めら

⁶⁵⁷ 最判昭和四八年一月二日民集二七卷一一号一五三六頁。

れるとき、これを宗教上の人格権あるいは宗教上のプライバシーということもできるが、それは呼称の問題である。これを憲法一三条によって基礎づけることもできなくはない。私は、そのような呼称や憲法上の根拠はともかくとして、少なくとも、このような宗教上の心の静穏を不法行為法上の法的利益として認めうれば足りると考える。「特に精神的自由にかかわる問題を考える場合に少数者の保護という視点にたつことが必要であり」、少数者の潔癖感に「少数者にとって守られるべき利益があるというべきであり、宗教的な心の静穏は少なくとも不法行為法上の保護を受ける利益であると認めてよいと思われる」。ただ、「このような心の静穏は、人格権の一つということができないわけではないが、まだ利益として十分強固なものとはいえず、信仰を理由に不利益を課したり、特定の宗教を強制したりすることによって侵される信教の自由に比して、なお法的利益としての保護の程度が低いことは認めざるをえないであろう」。「特に、人格権侵害による精神的損害の賠償を求める事件においては、このような侵害行為を全体としてとらえるのでなければならぬ。本件における宗教的な心の静穏が人格権として成熟したものといえるかどうかは別として、人格権の場合におけると同様に、一連の行為を侵害行為としてとらえて、その態様を考察すべきである」。

・被侵害利益について

第一審と控訴審が認めた原告の被侵害利益は、「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき法的利益」であって、これを原告の信教の自由ないし人格権⁶⁵⁸を侵害するものであると構成する。その法的根拠としては、憲法二〇条一項前段、一三条を掲げている。これに対して、最高裁は、坂上意見を除いて、その法的利益をただちに「人格権」として認めることはできないとし、より慎重な判断を行っている。しかし、ここで言われている「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき法的利益」というものもそもそも原告が望んでいたものとは、若干の距離のあるものであった。本判決で原告がそもそも求めたのは、亡夫を「その意思に反する宗教的方法で慰霊されないこと」、簡単には「祭神として祀られないこと」であって、平穏を意味するところの「心の静謐」ではなく、かつ単なる「不快感」でもなかった⁶⁵⁹。亡き夫を自らの「意思に反する宗教的方法で慰霊されないこと」が、第一審の審理において、既存する概念である「信教の自由」や「人格権」という枠組のなかで判断されるに際して、「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき法的利益」に変容されてしまったのである。第一審の判旨がそのような言葉使いとなっていたため、控訴審や上告審もその枠組の影響を受けて判断をすることとなった。

原告の本来の意図とは異なったにせよ、「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利

⁶⁵⁸ 第一審では、信教の自由は私法上の人格権に「属する」との理解に立っている。

⁶⁵⁹ 星野・前掲注六五五) 九六号一八～一九頁。河上・前掲注六五五) 五八九号六六～六七頁では、「個人の慰霊の方法について最も尊重せらるべき人格的利益は配偶者に帰属しているのではないかが問われている」と説明する。

益」(多数意見)、「信仰に関する心の静謐」(坂上意見)、「宗教上の心の静穏」(伊藤反対意見)に関する判示には興味深い点を多々含んでいる。多数意見はとりわけその法的保護性を否定したのであるが、伊藤反対意見は、「人格権」としては認められないが、不法行為法上の保護利益としては認められると述べ、更に坂上意見はそれを「人格権」として保護に値するとの立場に立っている。興味深いのは、伊藤反対意見では、「人格権」に属するか否かの問題と不法行為法上保護されるか否かという問題は分けられて論じられている点である。伊藤反対意見では、問題の本質は、原告の保護法益が宗教的人格権なのか宗教的プライバシーなのか、という呼称の問題ではなく、また、憲法一三条に基づくものであるか否かでもなく、不法行為法上保護されるのか否かを判断した。

なお、合祀申請の際に、地連ないし隊友会が配偶者の同意を得ずに手続を進めてしまったことが、手続的に問題があり、それ自体に強い違法性があると解する余地も存在した⁶⁶⁰。そうすると、原告としては自らの同意を得ずに「勝手に」・「許可なく」合祀手続を強引に進めたことが、原告の亡夫を自らの宗教的な意思に基づいて弔うことに関する人格的利益ないし故人の弔い方に関しての意思決定を行うことに関する人格的利益を害したという主張を行うことも有り得たのかもしれない⁶⁶¹。

【判例⑨】福岡地判平成四年四月一六日判時一四二六号四九頁⁶⁶² (福岡セクハラ事件)

本件の事案は、原告である女性がキャンパス情報誌などを発行する会社に入社してから、被告となった編集長の下で、取材、執筆、編集等の仕事をしていた。被告、編集長は、同

⁶⁶⁰ 星野・前掲注六五五)九六号二一頁。合祀申請手続において必要な除籍謄本と殉職証明書を遺族から得るプロセスないしその意味に注目する見解として、蟻川・前掲注六五五)二三五～二三六頁。

⁶⁶¹ この点は、亡き夫を誰がどのように弔うかという点につき、祭祀主宰を行う祭の権利を有すべきものは誰かという論点ともつながりを有する。もっとも本件で難しかったのは、亡き夫の父親は護国神社に合祀されることを望んでいたとされることによって、遺族間においても意見が割れていたという点である。これにつき、死者の意思の尊重を問う見解として、大村・前掲注六五五)一三五頁。

⁶⁶² 評釈として、山之内紀行・判タ臨増八二一八八頁(平四主判解)、山川隆一・ジュリー一〇〇五号四八頁、横山美夏・ジュリー一〇〇七号一五三頁、入江信子・ジュリ臨増一〇二四号二二三頁(平四重判解)、山崎文夫・ジュリ別冊一九七号四二頁(労働判例百選 第八版)、林弘子・ジュリ別冊一六五号七〇頁(労働判例百選 第七版)、奥山明良・ジュリ別冊一三四号六〇頁(労働判例百選 第六版)、香川孝三・法教一四五号一四〇頁、大村敦志・法教三六三号一〇二頁、大脇雅子・日本労働法学会誌八〇号一二三頁、永田秀樹・法セ四五一号一三〇頁、釜田泰介・季刊労働法一六四号一三六頁、青野覚・季刊労働法一六六号一九八頁、山田省三・労働法律旬報一二九一号六頁、辻本育子・労働法律旬報一二九一号一二頁など。原告の手記として、晴野まゆみ『さらば、原告A子—福岡セクシュアル・ハラスメント裁判手記』(海島社、二〇〇一年)がある。

社の広告主である旅行代理店の支店長と原告が交際につき、潔く思わず、同社内の人々や原告に対して性的な嫌がらせの発言を繰り返した。同社の経営の再建のために入社した専務は、原・被告の双方から相談を受けて、関係の悪化の防止のために話し合いをし、給与面で原告の待遇改善を行ったりもした。しかし、関係悪化が会社の業務運営に支障を来すようになったために、専務は原告と被告との話し合いを再び持ったが、原告が妥協の意思がなく、退職する意思を表示したので、被告に対しては三日間の自宅謹慎を命ずるに止まった。これにつき、原告は、被告に対してセクハラ等によって民法七〇九条に基づく損害賠償を請求し、会社に対しては民法七一五条に基づく使用者責任を問うなどの主張をした。これに対して、被告は、セクハラが法的概念として抽象的・不明確・不十分であるとして、成熟していないと反論して争った。

裁判所は、「被告が、被告会社の職場又は被告会社の社外であるが職務に関連する場において、原告又は現場の関係者に対し、原告の個人的性生活や性向を窺わせる事項について発言を行い、その結果、原告を職場に居づらくさせる状況を作り出し、しかも、右状況の出現について意図していたか、又は少なくとも予見していた場合には、それは、原告の人格を損なってその感情を害し、原告にとって働きやすい職場環境のなかで働く利益を害するものであるから、同被告は原告に対して民法七〇九条の不法行為責任を負うものと解すべきことはもとよりである」と述べ、「被告の一連の行動は、まとめてみると、一つは、被告会社の社内の関係者に原告の私生活ことに異性関係に言及してそれが乱脈であるかのようにその性向を非難する発言をして働く女性としての評価を低下させた行為（括弧、省略）、二つは、原告の異性関係者の個人名を具体的に掲げて（括弧、省略）、被告会社の内外の関係者に噂するなどし、原告に対する評価を低下させた行為であって、直接原告に対してその私生活の在り方をやゆする行為と併せて、いずれも異性関係等の原告の個人的生活をめぐるもので、働く女性としての原告の評価を低下させる行為であり、……最終的には原告を被告会社から退職せしめる結果にまで及んでいる。これらが、原告の意思に反し、その名誉感情その他の人格権を害するものであることは言うまでもない。……右一連の行為は、原告の職場環境を悪化させる原因を構成するものともなったのである。……原告の職場環境の悪化の原因となったのは、必ずしも被告の右一連の言動のみによるものではなく、……原告と同被告との対立関係にも大いに起因するものであり、……このような状況の中では、相互に多少の中傷や誹謗が行われることはやむを得ないことも考えられなくはない。しかしながら、現代社会の中における女性の地位や職場管理層を占める男性の間での女性観等に鑑みれば、本件においては、原告の異性関係を中心とした私生活に関する非難等が対立関係の解決や相手方放逐の手段ないしは方途として用いられたことに、その不法行為性を認めざるを得ない（下線、筆者）」と判断して、被告の不法行為を認め、一五〇万円の慰謝料を認めた⁶⁶³。

⁶⁶³ 会社と専務の使用者責任も肯定したが、これに関しては省略する。

本判決は、会社の上司である被告が、個人的な性生活や性向に関わる部分につき、原告の意思に反する形で、原告または社内の人々に噂話し、原告を退職に追い込ませたことによる不法行為責任を認めたものであった。まず、判旨の順に従っていると、最初の下線で、七〇九条の枠組に従って、被告がいかなる場合に不法行為責任を負うのかを一般論として述べている。その後、事実認定をしてから当てはめを行うが、当てはめでは、被告の一連の行為が、「名誉感情その他の人格権を害するものであることはいうまでもない」としながら、原告の職場環境を悪化させる原因を構成した点に注目している。ここでは、まず、権利侵害を認めて、違法性阻却に関して判断する構造を採っている。本件の被侵害利益が「個人的な性生活や性向」という最も内密に関わる部分であるため、これが権利侵害に当たるか否かに関しては判旨を展開することなく、あっさり認めている。しかしながら、違法性阻却に関しては、原告の発言等も考慮して、利益を調節している。つまり、原告側にも業務上の主導権を得ようとして対立関係を増大させたという事実を指摘しつつも、このような状況下で行われた相互の中傷ないし誹謗はやむを得ないものと判断した。原告側の行為の違法性より、被告の原告に対する非難等が「現代社会の中における女性の地位や職場管理層を占める男性の間での女性観等に鑑みれば」より強い違法性を帯びると判断した。

社会においてセクハラ判決であるとして耳目を浴びたものであったが⁶⁶⁴、上記の論旨の展開からすると、とりわけセクハラに関して特殊状況的な法的判断が示されたわけではない。ただ、本判決も「現代社会の中における女性の地位や職場管理層を占める男性の間での女性観等に鑑みれば」と述べており、現代社会における女性の状況を考慮した上で、上記の判断を行ったことは確実である。

・職場における自由な人間関係を形成する自由

【判例⑩】最判平成七年九月五日判時一五四六号一一五頁⁶⁶⁵（関西電力事件）

被告会社の従業員であった原告らの四人は、共産党員ないしその同調者であったことを理由に「不健全分子」扱いされることによって、職制等を通じて、職務の内外で原告らの行動を継続的かつ徹底的に監視され、他の社員との接触・交際をも排除させられた。具体的には、従業員をして原告らを尾行したり、外部からの電話の相手方を調査確認し、原告らのロッカーを無断で開けて手帳を写真撮影したり、警察から私生活に関する情報を入手

⁶⁶⁴ 社会での反応は、大村・前掲評釈参照。

⁶⁶⁵ 評釈として、東京大学労働法研究会・ジュリー一〇三号一五六頁〔手塚和彰執筆〕、石田眞・ジュリ別冊一九七号五八頁（労働判例百選第八版）、遠藤隆久・ジュリ別冊一六五号四四頁（労働判例百選第七版）、中嶋士元也・判評四四九号五八頁、川口美貴・民商一一五巻三号八九頁、柴田保幸・桐蔭法学三巻一号一三三頁、升田純・Lexis判例速報一八号一五頁、角田邦重・労判六八八号六頁、松井繁明・労働法律旬報一三七〇号六頁、山本吉人・労政時報三三〇八号六五頁、新谷眞人・季刊労働法一七九号一七三頁、上村雄一・法時六八巻一二期八四頁、大内伸哉・最新重要判例二〇〇労働法六頁など。

る自由な人間関係を形成する自由」の侵害かつ「名誉毀損」として認めた。また、尾行したことや、ロッカーを無断であけて私物である手帳を写真撮影したことは、プライバシー侵害と認めた。このように、最高裁では、プライバシー侵害に関する認定には控訴審と連続性を有するが、「思想、信条の自由」に関しては、理解に相異がある。この表現を使わなかったことにつき、従来判例上の整合性に配慮したという指摘や⁶⁶⁸、思想、信条だけを特別扱いせず精神的人格価値の保護の法理によって受け止めるべきという指摘がなされている⁶⁶⁹。

この点は、被告の諸行為によって職場で孤立させたことが「職場における自由な人間関係を形成する自由」の侵害だけでなく、「かつ」名誉毀損の侵害にもなると判断した点にも関係する。ここで最高裁は、何故に、名誉毀損の侵害に言及したのであるのか。思想・信条の自由に関する侵害に対して、「職場における自由な人間関係を形成する自由」に関する侵害だけでは、違法性を認めることにつき「弱い」面があったと判断したのだろうか。それとも、「職場における自由な人間関係を形成する自由」とは別個に名誉毀損の保護法益が控訴審の認定する諸事実に含まれていたのであろうか。名誉毀損を「社会的評価の低下」であると考えるとしたら、本件でいかなる評価の低下があったのかに関する判断をせずにこの法律構成を採ることにつながりかねない。そうすると、やはり違法性を判断するに際して、「合わせて一本」という判断を示したとしか解せないのであろうか。

・宗教上の信念に基づいて輸血につき意思決定をする権利

【判例⑪】最判平成一二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁⁶⁷⁰（エホバの証人輸血拒否事件）

⁶⁶⁸ 最判昭和六三年二月五日労判五一二号一二頁（東京電力塩山営業所事件）では、使用者の行為の違法性を、受忍限度論につき判断した。この点を考慮するものとして、上村雄一・法時六八卷一―二号八四頁など。岩村・前掲注六六七）控訴審評釈では、「東京電力事件判決の内容を考慮する限り、最高裁は、労働者の思想・信条の自由の保障について、本判決ほど厳格な立場はとっていないように思われる」と述べる（一八三頁）。

⁶⁶⁹ 角田邦重・労判六八八号一一頁。

⁶⁷⁰ 評釈として、佐久間邦夫・曹時五五卷一号一八七頁、植木哲・判タ臨増一一七八号二―四頁（説明義務違反・情報提供義務をめぐる判例と理論）、平野哲郎・判ター〇六六号一九頁、潮見佳男・ジュリ臨増一二〇二号六六頁（平一二重判解）、同・医事法判例百選〔ジュリ別冊一八三号〕九六頁、浅野博宣・憲法判例百選Ⅰ第五版〔ジュリ別冊一八六号〕五六頁、新美育文・法教二四八号一一頁、樋口範雄・法教二三九号四一頁、吉田克己・法教別冊二四六号二二頁（付録・判例セレクト二〇〇〇）、岡田信弘・法教別冊二四六号三頁（付録・判例セレクト二〇〇〇）、大村敦志・法教三六一号一〇三頁、吉田邦彦・判評五二―号一一頁（判時一七八二号一八一頁）、飯塚和之・NBL七三六号六六頁、野澤正充・法セ五四六号一一五頁、山田卓生・年報医事法学一六号二九一頁、野口勇・法セ五四九号六五頁、野畑健太郎・白鷗大学法科大学院紀要一号一四一頁など。

エホバの証人の患者である原告は、悪性肝臓血管腫との診断を受けて、輸血を伴わない手術を受けることができるとして被告東大病院に入院した。肝臓の腫瘍手術の際には、いかなる場合にも輸血を受けることを拒否する意思を担当医他に明示していた。しかし手術の際に出血が多く、輸血をしない限り命を救うことができないと判断した医師らは輸血を行った。後にこれを知ることとなった原告は、国ないし医師らを相手にして不法行為責任を求めて提訴した。第一審では、請求を棄却した⁶⁷¹。まず輸血禁止特約の効力について、診療契約の際の輸血禁止特約は公序良俗に反し無効であるとして。次に原告の輸血しないという意思を知っていたにもかかわらず、その意思に従うと振る舞って結局輸血をした行為は、原告の自己決定権及び宗教上の良心の侵害に当たるとの主張について、「医師らの行為の違法性は、患者と医師の関係、患者の信条、患者及びその家族の行動、患者の病状、手術の内容、医師の治療方針、医師の患者及びその家族に対する説明等の諸般の事情を総合考慮して判断すべき」であるとし、その結果、違法であるとは言えないとした。

これに対して、控訴審では医者らの説明義務違反を認め慰謝料を認めた⁶⁷²。まず無輸血特約に関しては、これが他者の権利を侵害するものではないこと、絶対的無輸血の条件下で手術を実施することが公共の利益ないし秩序を侵害しないものと評価される状況に至っていたことから、特約が無効ではないとする。次に説明義務違反の判断ないし結果について、「医師は、エホバの証人患者に対して輸血が予測される手術をするに先立ち、同患者が判断能力を有する成人であるときには、輸血拒否の意思の具体的内容を確認するとともに、医師の無輸血についての治療方針を説明することが必要である」として一般論を述べ、原告の主治医である「被控訴人富川は、一応相対的無輸血の方針を説明していると認められるが、みさえがこれに納得せず、絶対的無輸血に固執していることを認識した以上、そのことを他の担当医師特に責任者である被控訴人内田に告げ、担当医師団としての治療方針を統一すべき義務を負い、その内容が花子の固執しているところと一致しなければ、自ら又は被控訴人内田を通じて、みさえに説明してなお医科研における入院治療を継続するか

⁶⁷¹ 東京地判平成九年三月一二日民集六九〇頁。評釈として、桜井良則・訟月四四卷三号三一五頁、山田卓生・法教二〇二号一二二頁など。山田は、評釈において本判決を「インフォームド・コンセントの出発点ともいうべきもの」として位置付けし、自己決定に反する結果となった点を批判的に捉える。「最も重大なのは、被告が原告に輸血をしたことを告げていないことである」とする（一二三頁）。

⁶⁷² 東京高判平成一〇年二月九日高民集五一卷一号一頁。評釈として、関智文・ジュリー一五三号一二〇頁、駒村圭吾・ジュリ臨増一一五七号一〇頁（平一〇重判解）、手嶋豊・判評四七七号三九頁（判時一六四九号二一七頁）、浅野博宣・憲法判例百選Ⅰ第四版〔ジュリ別冊一五四号〕五六頁、山中正登・訟月四五卷五号八二一頁、野畑健太郎・白鷗大学法科大学院紀要一号一四一頁、山根改・中京大学大学院生法学研究論集一九号一七一頁、樋口範雄・法教二一五号一〇八頁など。

否か特に本件手術を受けるかどうかの選択の機会を与えるべきであった。そして、被控訴人内田、同富川及び同市川は、無輸血で手術を行う一〇〇%の見込みがないと判断した時点で（少なくとも術前検討会の後みさえ及び家族への手術説明の際には）、担当医師団の方針としてその説明をすべきであった」と認定した⁶⁷³。その義務を怠ったことによって、原告の絶対的無輸血の意思を維持して医科研での診療を受けないこととするのか、あるいは絶対的無輸血の意思を放棄して医科研での診療を受けることとするかの選択の機会（自己決定権行使の機会）が奪われたとする。また輸血行為の違法性ないし違法性阻却事由について、一般的には救命のために同意なしで行う輸血行為が違法でないものの、本件の特殊事情（救命ないし延命が至上命題でない点、治療方針に関しての説明懈怠）の下では「救命のために必要不可欠であった」とのことから違法性を阻却することはできないとした⁶⁷⁴。

この判決に不服し、被控訴人らは上告した。最高裁は、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」との一般論を提示した後、原告（被上告人）が絶対的無輸血の固い意思を有しており、無輸血手術を期待して入院したことを上告人ら（＝被控訴人ら）が知っていること、手術の際に輸血をする事態が生ずる可能性があることを認識していたときには、説明義務が発生するとした。この説明義務を怠ったことによって、輸血を伴う可能性のある手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪い原告の人格権を侵害したため、不法行為責任を負うとした。

・意義

本判決は「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重」されることを明示的に認めた点に大きな意義がある。ここでの「意思決定をする権利」を、高裁で論じられた「自己決定権」という用語を使わず、「人格権」と表現した点に意義を認める見解もあるが⁶⁷⁵、この権利を単に「自己決定権」と同視する見解もある⁶⁷⁶。憲法学からは「自己決定権ではなく、人格権なる語がもつぱら

⁶⁷³ 高民集五一巻一号一七～一八頁。

⁶⁷⁴ 説明義務を負っていなかった肝臓外科専門医（一人）と麻酔医（二人）は輸血行為の違法性に関して、原告の救命のために必要でなければ違法であり、必要であれば違法でないとするべきであるとして、最終的に救命のために行ったと判断して、違法性を認めなかった。

⁶⁷⁵ 潮見・前掲注六七〇）六七頁。ただ、本判決の内在的理解とは別に潮見佳男『不法行為法Ⅰ』二〇六頁では、「Ⅲ 自己決定権としての人格権・プライバシー」との題目で本判決を位置づけている。

⁶⁷⁶ 吉田克己・前掲注六七〇）二二頁。野口勇「エホバの証人無断輸血訴訟と最高裁判決」宗教法二〇号（二〇〇一年）一二〇頁では、「本判決は医療上の患者の意思決定権（いうならば自己決定権）は、『人格権』の一内容として尊重されるべきとした。『人格権』という言葉に着目してみると、憲法論においては、……いずれにしても憲法一三条で保障される

使用されているから」、「非憲法的言語空間における議論に基づいて結論を導き出している」との評価がある⁶⁷⁷。これに対しては、民法学からはとりわけ批判が多い⁶⁷⁸。なぜなら最高裁は、原判決における「自己決定権」の用語や自己決定権レベルでの一般命題をあえて避けて「人格権」の用語を意図的に「選択」したからである⁶⁷⁹。宗教上の信念に基づき輸血を拒否する意思決定をする権利が「自己決定権」であるか否かについて、最高裁は何も述べていないにも関わらず、それを憲法上あるいは民法上の権利であるとあえて区別して理解する必要はない。最高裁が何も述べていないことを積極的に解すると、憲法と民法⁶⁸⁰あるいは公私二元論の協調ないし協働⁶⁸¹が叫ばれる状況の中、憲法も民法も両方とも考慮に入れたと理解する余地も出てくる。

次に、注目すべきは、最高裁がその判旨において、輸血拒否の「意思決定をする権利」を認め、次の段落では「本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利」というより具体化した権利を認めた点である。この点につき、吉田は、前者を「自己決定の結果に着目してその保護を指向する」とし、後者を「選択の自由というプロセス自体に着目している」と区別して、保護法益として重要であるのは前者であるとする⁶⁸²。これに対し、潮見はこのような構造になったのは、民法七〇九条が「権利」要件と「過失」要件を分離しているからであり、前者と後者は「権利」要件と「過失」要件にそれぞれ対応するという⁶⁸³。潮見は後者につき「本件の問題処理を説明義務のスキームに載せ、行為者の過失を基礎づける行為義務違反の有無として問題を捉えたために、……当該具体的状況下で医者に必要な

基本的人権と解されている」と指摘する。

⁶⁷⁷ 岡田・前掲注六七〇) 三頁。また、駒村・前掲注六七〇) 一一頁では、控訴審で「生死に関わる自己決定を『権利』として積極的に承認した判決姿勢の背後には、……自己決定権の憲法的措置があると見るべきであろう」と指摘している。

⁶⁷⁸ 潮見・前掲注六七〇) 六七頁、吉田邦彦・前掲注六七〇) 一四頁など。

⁶⁷⁹ 岡田・前掲注六七〇) 三頁では、このような理解であると、「本判決と憲法論との間には隔たりが存在することになり、そしてその隔たりを克服するためには読替えと読込みが必要」であり、「人格権」を「自己決定権」に読み替えることで、憲法一三条を根拠とする自己決定権に読み込むことが可能であるとする。

⁶⁸⁰ 特集「民法と憲法」法教一七一号(一九九四年)六頁以下、星野英一、樋口陽一「社会の基本法と国家の基本法」ジュリー一九二号(二〇〇一年)二頁以下、シンポジウム「憲法と民法」法時七六巻二号(二〇〇四年)五〇頁以下、特集「憲法と民法」法セ六四六号(二〇〇八年)など。

⁶⁸¹ たとえば、シンポジウム「現代社会における私法・公法の〈協働〉」法社会学六六号一頁以下、吉村良一「民法学から見た公法と私法の交錯・協働」立命館法学三一二号(二〇〇七年)二二二頁以下、吉田克己「民法学と公私の再構成」早大比較法研究所編『比較と歴史のなかの日本法学』(成文堂、二〇〇八年)四一六頁以下、吉村良一「公私の交錯・協働と私法の『変容』」立命館法学三二三号(二〇〇九年)二七七頁以下。また吉田克己『市場・人格と民法学』(北海道大学出版会、二〇一二年)第一部も参照。

⁶⁸² 吉田克己・前掲注六七〇) 二二頁。なぜなら後者が保護法益とされるのであるならば、「説明義務違反があれば結果として輸血がなされなかった場合であっても、不法行為が成立するはずである」からだという。

⁶⁸³ 潮見・前掲注六七〇) 六七頁。

とされる説明を問擬する必要があった」とする。大村は後者が含まれている判旨のところを「説明義務違反により権利侵害が生じていると判断している」と理解する⁶⁸⁴。

・評価

本判決への評価に関しては、「画期的」な判決として肯定的に捉える立場も有力であるが⁶⁸⁵、「意思決定権」を尊重したことは評価しながらも、配慮すべき価値は拮抗し、遵守すべき義務相互の緊張関係に留意する立場も相当数いる⁶⁸⁶。本判決の調査官も本件事案の特殊性との関係から「事例判決」として理解する立場を採っている⁶⁸⁷。

患者の自己決定権をいかなるときに、いかなる条件の下において尊重すべきかということに関しては依然として不明確な点が多い。医師にも自らの診療に関する裁量権を有しており、患者の自己決定を尊重するとしてもそれを医師に押し付けることはできないからである。

・差別

【判例⑫】最判平成一七年四月七日 TKC 文献番号二五四二一三五四⁶⁸⁸（小樽温泉事件）

外国人である原告らが、小樽市所在の公衆浴場に入浴しようとしたところ、外国人であることを理由に入浴を拒否された⁶⁸⁹。これにつき、憲法、国際人権 B 規約、人種差別撤廃条約などに反する違法な人種差別であり、これによって人格権を侵害されたとして、公衆浴場の経営者である被告と小樽市に、不法行為に基づく損害賠償と謝罪広告を求めた。

これに対して、札幌地判平成一四年一月一日において、原告の請求を一部認容し慰謝料一〇〇万円を認めた⁶⁹⁰。これに対して、原告・被告共に控訴したが、札幌高判が控訴棄

⁶⁸⁴ 大村敦志『不法行為判例』二四七頁。

⁶⁸⁵ 樋口・前掲注六七〇) 四二頁。

⁶⁸⁶ 潮見・前掲注六七〇) 六六頁、新美・前掲注六七〇) 一四頁など。

⁶⁸⁷ 佐々木・前掲注六七〇) 一一〇頁では「やや特殊な事案」としている。

⁶⁸⁸ 評釈として、江島晶子・法教二八二号別冊（判例セレクト二〇〇三）六頁、佐藤美由紀・自治研究八〇巻七号一三九頁、佐藤文夫・ジュリ臨増一二四六号二六〇頁（平成一四年重判解）、大村敦志・法教三五七号一三四頁、中井伊都子・別冊ジュリ二〇四号一〇六頁（国際法判例百選 第二版）、菊地洋・成城法学七四号一頁など参照。原告の一人の裁判手記として、有道出人『ジャパニーズ・オンリー：小樽温泉入浴拒否問題と人種差別』（明石書店、二〇〇三年）がある。

⁶⁸⁹ 一部原告は、幾度となる入浴拒否の間の期間に、日本国籍を取得していたものもいた。外国国籍が理由ではなく、外国人という「外見」による入浴拒否であった。ただ、当時の状況として、小樽市では外国人の入浴マナーが問題となっており、被告のグループ企業のサウナは、日本人客の減少による経営不振で廃業となったものも存在した。

⁶⁹⁰ 札幌地判平成一四年一月一日判タ一五〇号一八五頁。尋問の際に、裁判官が和解案を提示したが、原・被告は共に和解勧告に応じず、判決を選択した。

却、さらに最高裁が上告棄却することによって、第一審が確定した⁶⁹¹。したがって、以下では、第一審判決を検討する。

まず、憲法や国際条約が私人間に直接適用されることではない点を示し、私人間関係においては、「憲法一四条一項，国際人権B規約，人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はそのおそれがあり，かつ，それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは，私的自治に対する一般的制限規定である民法一条，九〇条や不法行為に関する諸規定等により，私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして，憲法一四条一項，国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は，前記のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる（下線、筆者、以下同様）」とした。

「これを本件入浴拒否についてみると、本件入浴拒否は、湯の花の入口には外国人の入浴を拒否する旨の張り紙が掲示されていたことからして、国籍による区別のようにもみえるが、外見上国籍の区別ができない場合もあることや、第二入浴拒否においては、日本国籍を取得した原告 X3 が拒否されていることからすれば、実質的には、日本国籍の有無という国籍による区別ではなく、外見が外国人にみえるという，人種，皮膚の色，世系又は民族的若しくは種族的出身に基づく区別，制限であると認められ，憲法一四条一項，国際人権B規約二六条，人種差別撤廃条約の趣旨に照らし、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたるというべきである」。

入浴拒否による損害については、「本件入浴拒否によって、公衆浴場である被告に入浴できないという不利益を受けたにとどまらず、外国人にみえることを理由に人種差別されることによって人格権を侵害され，精神的苦痛を受けたものといえる」。なお、「本件入浴拒否によって原告らの社会的名誉が毀損されたとまで認めることはできない」と判断して、謝罪広告の請求は棄却された。

本件に関して、公法学からは、憲法、国際条約等が私人間に適用される場合に、間接適用されると明示的に判示したという点が大いに注目された⁶⁹²。しかし、それより重要であるのは、「具体的な法適用のプロセス」である⁶⁹³。この点につき裁判所は、私人間の関係において、基本的には、民法一条、九〇条、七〇九条等に基づいて、基本的自由や平等に対する侵害を無効ないし違法とする。そして、憲法や国際条約などは、「私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つになりうる」と判示した。本件では、被告の営業の自由の主張との考慮に際して、マナー違反の人々だけを排除することができたにもかかわらず、外見上外国人である人々一般を一律に入浴拒否した点は、「不合理な差別であって、社会的に許容し

⁶⁹¹ 札幌高判平成一六年九月一六日 TKC 文献番号二五四二一三五三。

⁶⁹² 佐藤文夫・前掲評釈二六一頁、江島晶子・前掲評釈六頁。

⁶⁹³ 大村・前掲評釈。

うる限度を超えているものといえるから、違法であって不法行為にあたり、原告らの人格権侵害を認めた。

この判旨では、入浴拒否があくまで「不合理な」差別であって、より強い違法性を帯びる「人種差別」とまでは述べていない⁶⁹⁴。ただ、損害論のところでは、「本件入浴拒否によって、公衆浴場である湯の花に入浴できないという不利益を受けたにとどまらず、外国人にみえることを理由に人種差別されることによって人格権を侵害され、精神的苦痛を受けたものといえる」と述べて、入浴拒否した行為を「人種差別」という言葉を使っている⁶⁹⁵。

・容ぼう等をみだりに公表されない人格的利益

【判例⑬】最判平成一七年一月一〇日民集五九卷九号二四二八頁⁶⁹⁶（法廷内撮影事件）

社会的に耳目を集める刑事裁判の容疑者が、別件の民事裁判における公判の法廷内での姿を週刊誌のカメラマンによって盗撮され、記事とともに一九九九年五月二六日号に公表された（本件第一記事）。その写真によって肖像権等を侵害されたとして、慰謝料と謝罪広告を求めて、新潮社とその編集長を訴えた。その後、新潮社は同年八月二五日号で、原告の容姿を描いたイラスト画三枚を記事とともに公表した（本件第二記事）。これにつき肖像権、名誉を侵害されたと主張し、新潮社には不法行為を理由に、またその取締役に対しては商法二六六条の三を理由に慰謝料、謝罪広告の掲示等を求めた。

第一審では、本件写真の撮影による原告の肖像権侵害を認め、違法性阻却については、事件の公共性・目的の公益性・手段の相当性を判断した結果、本件第一記事は不法行為を構成すると判断した。本件第二記事については、写真であるかイラスト画であるかは肖像権侵害の有無を決定する本質的要素とはいえず、違法性阻却事由の判断の一要素にすぎないとした。違法性については、第一記事と同じく上記三要素を検討した結果、阻却されなかったとした。慰謝料は、第一記事に関しては新潮社と編集長に対して二二〇万円、第二記事に関しては新潮社、編集長、取締役に対して四四〇万円を認めた。控訴審は第一審の判断枠組を維持しながら、第二記事の慰謝料を二二〇万円に減額した。

これにつき、最高裁は、以下のように判示し、本件第二記事の下段の二つのイラスト画

⁶⁹⁴ この判旨につき、原告の一人は不満を持っており、「判例としてのインパクトがぼやけてしまった」と考えている（有道・前掲書二四五頁）。

⁶⁹⁵ 最近現れた、在日特権を許さない市民の会が街頭での示威行為を行ったことの違法性が問われた京都地判平成二五年一〇月七日判時二二〇八号七四頁では、「民法七〇九条所定の不法行為に該当すると同時に、人種差別に該当する違法性を帯びている」と判示し、本件判決よりは違法性の程度が強く感じられる表現になっている。

⁶⁹⁶ 評釈として、太田晃詳・曹時五八卷八号一八四頁、渡辺康行・ジュリ臨増一三一三号九頁（平一七重判解）、藤田憲一・メディア判例百選〔ジュリ別冊一七九号〕一〇六頁、上村都・法教別冊三一八号七頁（付録・判例セレクト二〇〇六）、前田陽一・法の支配一四二号四五頁、舩越優子・六甲台論集（神戸大学大学院）五四巻一号一頁、竹田稔・コピーライト五四一号二二頁、仮屋篤子・法セ増刊（速報判例解説）一号八九頁など。

は違法性がなく、上段のイラスト画だけを違法と判断し、一部棄却・一部破棄差戻しを行った。

「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する」（最大判昭和四四年一二月二四日刑集二三卷一二号一六二五頁参照）。「ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである」。「人は、自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益も有すると解するのが相当であり、人の容ぼう等の撮影が違法と評価される場合には、その容ぼう等が撮影された写真を公表する行為は、被撮影者の上記人格的利益を侵害するものとして、違法性を有するものというべきである」。

「人は、自己の容ぼう等を描写したイラスト画についても、これをみだりに公表されない人格的利益を有すると解するのが相当である。しかしながら、人の容ぼう等を撮影した写真は、カメラのレンズがとらえた被撮影者の容ぼう等を化学的方法等により再現したものであり、それが公表された場合は、被撮影者の容ぼう等をありのままに示したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。これに対し、人の容ぼう等を描写したイラスト画は、その描写に作者の主観や技術が反映するものであり、それが公表された場合も、作者の主観や技術を反映したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。したがって、人の容ぼう等を描写したイラスト画を公表する行為が社会生活上受忍の限度を超えて不法行為法上違法と評価されるか否かの判断に当たっては、写真とは異なるイラスト画の上記特質が参酌されなければならない。

これを本件についてみると、前記のとおり、本件イラスト画のうち下段のイラスト画二点は、法廷において、被上告人が訴訟関係人から資料を見せられている状態及び手振りを交えて話しているような状態が描かれたものである。現在の我が国において、一般に、法廷内における被告人の動静を報道するためにその容ぼう等をイラスト画により描写し、これを新聞、雑誌等に掲載することは社会的に是認された行為であると解するのが相当であり、上記のような表現内容のイラスト画を公表する行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて被上告人の人格的利益を侵害するものとはいえないというべきである。したがって、上記イラスト画二点を本件第二記事に組み込み、本件写真週刊誌に掲載して公表した行為については、不法行為法上違法であると評価することはできない。しかしながら、本件イラスト画のうち上段のものは、前記のとおり、被上告人が手錠、腰縄により身体の拘束を受けている状態が描かれたものであり、そのような表現内容のイラスト画を公表する行為は、被上告人を侮辱し、被上告人の名誉感情を侵害するものというべきであり、同イラスト画を、本件第二記事に組み込み、本件写真週刊誌に掲載して公表した行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて、被上告人の人格的利益を侵害するものであり、不法行為法上

違法と評価すべきである」。

本判決の意義は、「みだりに自己の容ぼう等を撮影されない」ことや、「自己の容ぼう等を描写したイラスト画についても、これをみだりに公表されないこと」が、法律上保護されるべき「人格的利益」として認められた点である⁶⁹⁷。本判決では、「肖像権」という言葉を明示的に使わなかったため、権利性を認めなかったことに注意すべきであり、これにつき最高裁は非常に慎重な立場を示している⁶⁹⁸。

従来、「肖像権」侵害に関する下級審裁判例では、第一審・控訴審のような三要件説（①事実の公共性、②目的の公益性、③手段の相当性）を採った裁判例と⁶⁹⁹、最高裁のような総合衡量説を採った裁判例があった⁷⁰⁰。最高裁は、名誉毀損に関しては三要件説を⁷⁰¹、ある事実を公表されない利益に関しては総合衡量説を、それぞれの不法行為成否の判断枠組みとして採用した⁷⁰²。また、被侵害利益が名誉毀損・プライバシーに同時に関わる場合には、一つの判断枠組みではなく、それぞれの判断枠組みのなかで被侵害利益ごとに個別具体的に判断すべきであるとした⁷⁰³。

容ぼう等に関する被侵害利益に関しては、従来の下級審裁判例では、傍論ながら「その肖像を他人の目にさらされ……精神的苦痛を受けることなく生きること」が法的に保護されるべき人格的利益として認められたものや⁷⁰⁴、容ぼう等を撮影されないことにつき法的に保護されるべき人格的利益として認められたものが⁷⁰⁵、本判決と同様に「肖像権」という用語を

⁶⁹⁷ 山口いつ子「二〇〇五年マスコミ関係判例回顧—名誉棄損の免責に関する判断を中心に」新聞研究六五五号（二〇〇六年）五九頁は、「ここで最高裁が示した、容ぼう等に関する『人格的利益』というのは、曖昧さを含む概念である。ただ、この利益の侵害の違法性を被撮影者の社会的地位等の『総合考慮』に基づいて『受忍限度』を超えるかどうかで判断するという枠組みは、本件高裁が用いていた、肖像権侵害の違法性阻却事由として、①事実の公共性、②目的の公益性、③手段の相当性という三つの要件の有無と程度を総合的に判断する枠組みに比べれば、考慮されるべき事由を個別具体的に掲げた点では、より明確な判断の指針を提供するものと評価できよう」と指摘する。

⁶⁹⁸ これと異なり、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任〔増補改訂版〕』（判例時報社、一九九八年）二六四頁では、「肖像は人格的利益に止まらず、肖像権、すなわち、何人もみだりにその容貌・姿態を撮影されたり、撮影された肖像写真を公表されない権利であり、人格権の一つとしてこれを承認することができよう」と述べ、肖像に権利性を付与する見解もある。

⁶⁹⁹ 東京高判平成五年十一月二四日判時一四九一号九九頁、東京地判平成六年一月三十一日判タ八七五号一八六頁、東京高判平成一七年五月一八日判時一九〇七号五〇頁など。

⁷⁰⁰ 東京地判平成二年五月二二日判時一三五七号九三頁など。

⁷⁰¹ 最判昭和四一年六月二三日民集二〇巻五号一一一八頁（署名狂やら殺人前科事件）。

⁷⁰² 最判平成六年二月八日民集四八巻二号一四九頁（本稿【判例②】）。

⁷⁰³ 最判平成一五年三月一四日民集五七巻三号二二九頁（長谷川リンチ殺人報道事件）。

⁷⁰⁴ 東京地判昭和五一年六月二九日判時八一七号二三頁（マーク・レスター氏名・肖像権侵害事件）。この判決は、肖像等の「人格的利益」に関して、一般人に比べ、芸能人は基準が異なるという判旨も注目された。

⁷⁰⁵ 東京地判平成一年六月二三日判時一三一九号一三二頁（「週刊フライデー」肖像権侵害事

避けながら、人格的利益を語っていた。一方、「人格的利益」としての「肖像権」を問題とするものや⁷⁰⁶、「人格的な権利」ないし「人格に密接に関連する自由権」としての「肖像権」を問題とするものもある⁷⁰⁷。

・顧客吸引力を排他的に利用する権利

【判例⑭】最判平成二四年二月二日民集六六卷二号八九頁⁷⁰⁸（ピンク・レディー事件）。

原告の女性デュオである「ピンク・レディー」は一九七六年にデビューして一九八一年に解散した歌手であった。彼女らは、大胆なコスチュームと過激な振り付けによって、幅広い年齢層から絶大な人気を得て、その振り付けを真似することが社会的現象にまでなった。雑誌等の出版する会社の被告が、自ら発行する週刊誌に「ピンク・レディー de ダイエット」と題する記事を掲載し（以下、本件記事）、そこで原告の白黒写真一四枚が無断で使用されたために、原告がパブリシティ権を侵害したとして不法行為に基づく損害賠償を請求した。第一審・控訴審は、諸事情を総合的に利益衡量することによって請求ないし控訴を棄却した。最高裁も以下のような注目すべき判示をしたが、本件は不法行為法上違法ではないために、上告を棄却した。「人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される（氏名につき、最高裁昭和五八年（オ）第一三一〇号同六三年二月一六日第三小法廷判決・民集四二卷二号二七頁、肖像につき、最高裁昭和四〇年（あ）第一一八七号同四四年一二月二四日大法廷判決・刑集二三卷一〇号一六二五頁、最高裁平成一五年（受）第二八一号同一七年一月一〇日第一小法廷判決・民

件）。

⁷⁰⁶ 東京地判昭和六二年二月二七日判時一二四二号七六頁、東京高判平成一五年七月三十一日判時一八三一号一〇七頁（「脱ゴーマニズム宣言」事件・控訴審）、東京地判平成一七年九月二七日判時一九一七号一〇一頁など。

⁷⁰⁷ 東京地判平成二年五月二二日判時一四九一号一〇二頁とその控訴審の東京高判平成五年一月二四日判時一四九一号九九頁、東京地判平成一二年一〇月二七日判タ一〇五三号一五二頁など。

⁷⁰⁸ 評釈として、中島基至・曹時六五卷五号一五一頁、久保野恵美子・ジュリ臨増一四五三号八五頁（平二四重判解）、斉藤博・リマークス四六号五〇頁、松尾弘・法セ六九一号一五四頁、王冷然・法学（東北大学）七七卷四号一一六頁、水野謙・法教四〇八号一三三頁、小泉直樹・ジュリー四四二号六頁、奥邨弘司・ジュリ臨増一四五三号二七三頁（平二四重判解）、辰巳直彦・民商一四七卷一号三八頁、内藤篤・NBL 九七六号一七頁、同・コピーライト六一四号二頁（講演）、吉田和彦・ひろば六五卷七号四九頁、本山雅弘・国士舘法学四五号五七頁、安東奈穂子・知財管理六三卷三号三二三頁、上田真史・コピーライト六二二号二頁（講演）、伊藤真・法セ六九七号六頁、島並良・法教三八〇号一四七頁、竹田稔・コピーライト六一四号一六頁、田村善之・法時八四卷四号一頁、橋谷俊・知的財産法政策学研究（北海道大学）四一号二三一頁、四二号二九七頁、福本布紗・法時八五卷九号一一八頁など。

集五九卷九号二四二八頁各参照)。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利(以下「パブリシティ権」という。)は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものといえることができる。他方、肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もあるというべきである。そうすると、肖像等を無断で使用する行為は、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である」。

・パブリシティ権の法的性質

従来、人のパブリシティ権を実質的に認めた裁判例は少なくなかった⁷⁰⁹。初めて「パブリシティ権」という語が登場した以来⁷¹⁰、「顧客吸引力のもつ経済的な利益ないし価値を排他的に支配する財産的権利」⁷¹¹という財産権として認めたり⁷¹²、「著名人のパブリシティ権は、もともと人格権に根ざすもの」⁷¹³という人格権として認めたりして、その法的性質に関しては理解が分かれていた。学説上も、パブリシティ権を財産権と理解するもの⁷¹⁴と、人格権と理解するもの⁷¹⁵とで大きく分かれていた⁷¹⁶。しかしながら、パブリシティ権を人格権ないし

⁷⁰⁹ 物のパブリシティ権が争われたものとして(結果的には否定)、最判平成一六年二月一三日民集五八卷二号三一頁(ギャロップ・レーサー事件)がある。

⁷¹⁰ 東京地判平成元年九月二七日判時一三二六号一三七頁(光 GENJI 事件)。パブリシティ権を被保全権利とする仮処分決定の取消を申し立てたが、取り消すべき特別事情が認められないとして却下。

⁷¹¹ 東京高判平成三年九月二六日判時一四〇〇号三頁(おニャン子クラブ事件)。

⁷¹² 東京地判平成一〇年一月二一日判時一六四四号一四一頁(キング・クリムゾン事件)。

⁷¹³ 東京高判平成一四年九月一二日判時一八〇九号一四〇頁(ダービースタリオン事件)。

⁷¹⁴ 『新版 注釈民法(一八)債権(九)〔復刻版〕』(有斐閣、二〇〇三年)五七九頁〔阿部浩二執筆〕、斉藤博「判批」判評五八五号(二〇〇七年)四〇頁など。

⁷¹⁵ 渡辺修「人格メルクマールの利用権—人格権の一元的構成に関する覚書き」法学六〇巻六号(一九九六年)二八六頁、花本広志「人格権の財産権的側面—パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」独協法学四五号(一九九七年)二四七頁、潮見佳男『不法行為法Ⅰ』二一五頁など。

⁷¹⁶ その他、不正競争防止法二条一項一号に依拠する理解(井上由里子「パブリシティの権利の再構成—その理論的根拠としての混同防止規定」『現代企業法学の研究—筑波大学大学院企業法務専攻十周年記念論集』(信山社、二〇〇一年)一二七頁以下)や、標識法という理解(内藤篤、田代貞之『パブリシティ権概説〔第二版〕』(木鐸社、二〇〇五年)一五三頁以下)もある(正確には、パブリシティ権における標識性は不正競争防止法よりも「緩い」とする)。五十嵐清『人格権法概説』一八六頁では、パブリシティ権を「人格権、とくに氏名権と肖像権の一部と位置づけたい」としながら、「将来の方向としては、パブリシティ権を知的財産権に位置づける提案に魅力を感じている」とする。

財産権という二分法的に分けて理解する議論の前提に疑問が提示されている⁷¹⁷。なぜならこの二分法を採る立場は、第一に、人格権を狭く捉えており、第二に、人格権侵害の場合に財産的損害の賠償ができないことを前提としているからである⁷¹⁸。不法行為法学からは、保護法益と損害の区別はそれほど自明ではないが、「保護法益（権利）と損害を二元的に構成するのであれば、被侵害法益の属性が人格的なものか経済的なものかという判断と、その法益の侵害から生ずる損害が非財産的なものか財産的なものかという判断は、レベルを異にする」といい、従来のパブリシティの議論は保護法益と損害に関するいずれの議論であったのが明確ではないとの指摘もある⁷¹⁹。

以上の状況のなかで、本判決は、パブリシティ権を「肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから」、「人格権に由来する権利の一内容」を構成するものであると判示した⁷²⁰。この判示からすると、肖像等は、人格的価値や財産的価値の両方を有するのであり、それを区別するのではなく一体として捉えて、「人格権」に由来するものであるとし、従来しばしば検討されてきた「人格権」・「財産権」の二元論に立つものではない⁷²¹。ただ「人格権に由来する」権利とは、人格権とは別の性質を有する権利という意味ではなく、人格権ないし人格権の性質を有する権利という意味で、「人格に関する権利」というような広い意

⁷¹⁷ 安東奈穂子「肖像の経済的側面に対する法的保護のあり方を探って—『パブリシティの権利』の法的性質をめぐる議論の検証—」九大法学八八号（二〇〇四年）四七頁では、パブリシティ権を人格権と財産権のいずれではなく、「人格権でもあり財産権でもある」という構成を提示する。

⁷¹⁸ 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』二一三～二一四頁。

⁷¹⁹ 窪田充見「不法行為法学から見たパブリシティ」民商一三三卷四＝五号（二〇〇六年）七二七頁。

⁷²⁰ 国家賠償法に基づく損害賠償の事件であるが、最判平成一七年四月二一日集民二一六号五七九頁の泉反対意見で、「犯罪の被害者は、個人の尊厳が重んじられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される人格的権利を有するものであって、刑事手続における告訴権も、人格的権利の一部をなすものといえることができる。被害者がその所有に係る証拠物を捜査機関に提出するのは、犯人の検挙・処罰に役立つことを目的とするものであって、告訴権の行使の一内容、あるいは告訴権に類似する人格的権利の行使といえることができ、当該証拠物が捜査機関において捜査のために有効に活用され、捜査上必要である限り適正に保管されることの利益は、単に所有権の一部を構成するにとどまらず、上記の人格的権利に由来し、法的に保護された利益といえるべきである（下線、筆者）」との表現が判示されていた。

⁷²¹ 辰巳・前掲注七〇八）評釈民商一四七卷一号五一頁では、パブリシティ権を「人格権を背後に控えた財産権」であると表現することが妥当とされている。調査官解説では、「本判決は、『人格財』と『経済財』を分離不可能なものとして一元的に捉えるのではなく、『人格財』と『経済財』を性質の相容れない相互に独立したものとして二元的に捉えたうえ、『経済財』を保護する権利としてパブリシティ権を構成する」と指摘する（中島基至・前掲注七〇八）一五九頁）。しかし、「肖像に関する人格的利益を権利として初めて承認したという意味においても、『肖像権』についての判例法理上重要な意義を有するといえる」と述べ、「肖像権」を認めたと指摘する（同一五八頁）。この点につき、従来の最高裁の立場が「肖像権」を認めることに非常に慎重であった点（最大判昭和四四年二月二四日刑集二三卷一二号一六二五頁、最判平成一七年一月一〇日民集五九卷九号二四二八頁（【判例⑩】）など）を考慮すると、本判決で「肖像権」を認めたとまでは言えないだろう。

味として捉えるべきである⁷²²。

・通行の自由

【判例⑮】最判昭和三九年一月一六日民集一八卷一号一頁⁷²³

村道を挟んで原告らは宅地と耕地とを有したために、生活がもっぱら村道を通じてなされてきた。しかし、被告が道路上に槇を植栽し、石材を堆積したりして、原告らを含む一般住民の通行を妨害した。後には、納屋を作って道路を使用できないようにさせた。それゆえ原告らは被告の通行妨害行為の排除を求めて提訴した。第一審・控訴審は、原告らが有する通行の自由は、地方公共団体の行政行為による反射的效果としての利益にすぎないために、その利益が享受されないからといって直ちに私法上の妨害排除の請求をすることはできないとして請求を棄却した。これに不服し、原告らは被告の行為が民事上の不法行為を構成するとして上告した。

これに対し、最高裁は、次のように判示して破棄差戻した。「地方公共団体の開設している村道に対しては村民各自は他の村民がその道路に対して有する利益ないし自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須の行動を自由に行い得べきところの使用の自由権（民法七一〇条参照）を有するものと解するを相当とする。勿論、この通行の自由権は公法関係から由来するものであるけれども、各自が日常生活上諸般の権利を行使するについて欠くことのできない要具であるから、これに対しては民法上の保護を与うべきは当然の筋合である。故に一村民がこの権利を妨害されたときは民法上不法行為の問題の生ずるのは当然であり、この妨害が継続するときは、これが排除を求める権利を有することは、また言を俟たないところである」。

本判決の先例としては、既に大判明治三十一年三月三〇日民録四輯三卷八五頁が存在する⁷²⁴。同じく村道に関する村民の使用権が問題となっていた事案であったが、大審院は「公道の共同使用権は、公法上の関係より発生したるものなるにもせよ、各自の生活上の必須かつ諸般の権利行使の要具にして各人において当然これを有するものなれば、私法上においてもまた当然これを保護するべきものではないものとする。故に一個人にして他の一個人の共同使用を妨害したるときは、公用物につき、公益を害するのみならず、併せて、他の一個人の自由を侵害したるものなるをもって、民法上の不法行為に相当し、被侵害者は司法裁判所に出訴し、損害賠償もしくは侵害物の排除を請求しうべきものとする（現代語化・下線、筆者）」と判示した。このように本判決が「道路使用・通行の自由権」の法的性質に

⁷²² 吉田和彦・前掲注七〇八）ひろば六五卷七号六八頁。

⁷²³ 評釈として、山本進一・判評六九号四頁、遠藤貴子・ジュリ別冊二一一号四二頁（行政判例百選Ⅰ第六版）、原田尚彦・ジュリ別冊六二二号二六頁（行政判例百選Ⅰ）、田村浩一・民商五一卷四号一四二頁、時の法令四九九号五二頁など。

⁷²⁴ 五十嵐・概説二三四頁。

つき、「公法関係から由来するもの」であるが、「民法上の保護を与うべきは当然の筋合である」と判示したのは先例に依拠したのである。これに対しては、学説からは、理論構成自体に疑問を有するものや⁷²⁵、本件の道路使用する村民の地位は「私法的な使用权」ではないとの見解も存在する⁷²⁶。

近時に至っては、私道に関する判例も登場した。道路位置指定を受けた「準公道」の性格を有する道路に対して、道路敷地所有者が通行を妨害したために、生活の用に供している者が妨害排除を求めた最判平成九年一二月一八日民集五一卷一〇号四二四一頁である⁷²⁷。ここでは、「道路を通行することについて日常生活上不可欠の利益を有する者」は、「特段の事情のない限り、敷地所有者に対して右妨害行為の排除及び将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）を有する」と判示し、差止を認めた⁷²⁸。

2. 判例の整理と人格権論

以上のような判例の展開を、被侵害利益を中心に大まかに整理すると、次のように分類できる。プライバシー・個人情報【判例①～④】、身体【判例⑤】、名誉【判例⑥】、精神的自由（宗教、性、思想・信条）【判例⑦～⑪】、差別【判例⑫】、肖像【判例⑬】、肖像等【判例⑭】、身体的自由【判例⑮】である。

人は、社会という公共空間のなかで常に他者と関わり合いながら生きている。あるときはマジョリティとして、またあるときはマイノリティとして、場面ごとに相応しい「人格＝アイデンティティ」を演じている。そこで個人が自らのアイデンティティに基づいて生活することを望んでいるにも関わらず、他者との関係からして、あるいは社会に存在する慣習ないし秩序によって、一定の制約が存在する場面も少なくない。その際に自らの「信念」をいかに・どこまで貫くことができるのか、その際に民法はときにはその信念を保護し、またあるときにはその信念を支援する役割を担ってきた。

上記の裁判例の状況は、まさにこの自己と他者ないし社会の利益のせめぎ合いをいかに調節するかという知恵をそれぞれの場面に応じて探ったものである。人格権ないし人格的利益が問題となる場面は、「個」が他の「個」また「公共」とぶつかり合う場面が通常である。もっともセンシティブな問題が、「個」の人格形成に中心的な役割を担うアイデンティティに関わる問題である。これが裁判になった際には、まず法益として認められるのか否

⁷²⁵ 田村・評釈六五六頁。

⁷²⁶ 時の法令・五二頁。

⁷²⁷ 評釈としては、野山宏・曹時五一卷九号二九三頁、池田恒男・判タ九八三号六三頁、斉藤博・法教二一六号九四頁、吉田克己・民商一二〇卷六号一六二頁、秋山靖浩・北大法学論集五九卷六号一七五頁、和田真一・立命館法学二〇〇〇年三＝四号下巻などがある。

⁷²⁸ 調査官解説からは、「人格権」概念が判例・学説においてその内容・外延が明確でないために、「人格権的権利」という表現を使わざるを得なかったことを察することができる。野山・前掲注七二七）三〇九頁参照。吉田・前掲注七二七）一〇六四頁注一四では、判旨が人格権ではなく、「人格権的権利」と用語を使うことで、「人格権概念の希釈化を避けることにつながり、望ましいことというべき」と肯定的に評価している。

かが重要な基準となる。法的に保護される利益として認められたもの【判例⑨、⑩、⑪、⑫】と、結果的には保護されなかったものの、法益として認められる可能性を残した利益【判例⑦、⑧】とに分類できる。プライバシー・個人情報に関する問題もアイデンティティに関わる問題としてみることができる。小説家と主人公とされた人物【判例①、③】、小説家と傍論の人物、人物と公共ないし社会【判例②】の諸利益が対立するなかで、「個」の利益をいかに考えることができるのかが争われた。

身体・名誉に関しては【判例⑤、⑥】、古典的な法益として長い歴史を通じて形成されたものであるだけに、前記の法益よりは、比較的強い保護性を有する⁷²⁹。つまり、基本的に権利侵害として扱われる場合が多い。名誉に物権に類似した性質決定をすることによって差止という強い法的効果を示したもの【判例⑥】や、身体への直接的な危害に関するもの【判例⑤】は、「個」の問題ではあるものの、「その処遇に接する者なら誰でも」という前提が存在するために、なぜその法益が保護されなければならないかに関する問いをする必要性はそれほど高くない。身体そのものとの関係では「外見」という属性に関わるもの（【判例⑫】）は、「個」の問題ではあるが、同じ属性を有する一定の人々の法益の保護というより広い視点から評価することも可能である。肖像に関わるもの【判例⑬】は、その「個」の肖像につき、「人間の尊厳」を考慮に入れて問題を捉えていると解釈することも不可能ではないために興味深いものがある⁷³⁰。

より「個」の属性の視点が薄いものとして、生活空間に関わるものもある（【判例⑮】）。ここでは自らの生活において必須な法的利益である通行の自由が問題となっているが、その際に個人の属性が際立って重要というものではない。この事案では公私協働論の考え方が早い時期において現れているものであり、後の判決との関係においても興味深いものがある⁷³¹。

このように考えると、人格権の問題は、その場に置かれた極めて個人的な問題でありながらも、ときにはその個人と同じ属性を有する一定の人々に関わる問題でもあり、さらには「人間」一般という視点から問題を捉えることも可能な場面を含んでいる。諸判例に現れているように、現代社会における人格権問題を考える際に、「平等」・「人間」という視点をいかに取り入れるかに関しては課題になっている。

第二節 人格権論の転回

⁷²⁹ とりわけ、身体・名誉は刑法上も重要な保護法益である。

⁷³⁰ 【判例⑨、⑫】もこのような観点から捉えることも可能であるかもしれない。「人間の尊厳」と人格権論の関係のいかに考えるかは、これからの人格権論の課題であると思われる。その素材を提供するものとして、樋口陽一「人間の尊厳 vs 人権？—ペリュシュ判決をきっかけとして」民法研究四号（二〇〇四年）三一頁以下、大村敦志『フランス民法学から』二九二頁以下など参照。

⁷³¹ 公私協働論から景観利益を人格的利益との関わりにおいて論ずるものとして、最判平成一八年三月三〇日民集六〇巻三号九四八頁（国立景観訴訟）参照。

以上のような判例の展開を受けて、戦後の不法行為法学は、民法七〇九条の「権利」をめぐって、様々な見解が登場し、大きな理論的進展があった。以下では、不法行為法における「権利」論を中心に、主要な学説を取り上げ、人格権論との関わりを検討する（第一款）。続いて、不法行為論を越えた、民法総論の観点から、人格権論を考えることの有用性につき検討する（第二款）。

第一款 不法行為法論からの人格権論

第一項 権利論の転回

1. 権利・利益の二元論

(1) 大塚直

大塚は、不法行為法上の「権利」要件に関し、従来の絶対権的権利観に立ちながら、現代語化後の民法の条文にも表れているように、「権利」と「法律上保護される利益」とを「広い」意味での権利に含まれると理解する。前者の「権利」侵害は、違法性の阻却事由のない限り原則違法であるとされ、後者の「法律上保護される利益」侵害は、違法性を必要とする⁷³²。このような権利観に立ったうえで、大塚は、「人格権」概念を認める最大の意義は、差止請求の根拠として用いられることであると指摘する⁷³³。その際の人格権とは、「単なる人格的利益ではなく、少なくとも『他人の権利と区別された固有の領域を有する』という伝統的な権利の特質としての明確性を備えたものであることが必要である」という。どのような法益が人格的利益に含まれるかということについては、①生命侵害及び健康侵害、②疾病に至らない潜在的な健康侵害ないし重大な精神的侵害、③単なる不快感等の軽微な精神的侵害のうち、①と②だけが人格権侵害になるという⁷³⁴。

(2) 加藤雅信

不法行為法の全体を故意・過失のみによる一元的構成も故意・過失と権利侵害による二

⁷³² 大塚直「権利侵害論」内田貴、大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、二〇〇七年）二六六～二六九頁。同ほか編『要件事実論と民法学との対話』（商事法務、二〇〇五年）七八頁以下〔大塚直執筆〕。大塚の差止に関する理解の原点は、同「生活妨害の差止に関する基礎的考察（一）～（八・完）」法協一〇三巻四号～一〇七巻四号（一九八六～一九九〇年）参照。

⁷³³ 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリー一一二六号（一九九八年）四一頁〔以下、「人身と人格」とする〕、同「人格権に基づく差止請求」民商一一六巻四＝五号（一九九七年）五〇一頁以下〔以下、差止請求とする〕も参照。

⁷³⁴ 大塚「人身と人格」四二頁。

元的構成もいずれかをもって律しようとしたところに不法行為要件の混乱の原因があったとして、「絶対権・絶対的利益」と「相対権・相対的利益」を分ける立場を採っている⁷³⁵。侵害があった場合に故意・過失があれば常に損害賠償が認められる権利・利益を「絶対権・絶対的利益」と呼んでおり、故意・過失だけでは賠償請求権が発生せず、何らかの違法な侵害を必要とするものを「相対権・相対的利益」と呼んでいる。この分類に従って、人格権も生命・身体・健康・自由を絶対的人格権と、自己情報・名誉・氏名・肖像・プライバシー権などの相対的人格権とに分けている⁷³⁶。

(3) 藤岡康宏

藤岡は、民法七〇九条が権利保護の一般条項化にとどまらず、新たな利益の法実現に必要とされる概念が条文化され、両者あいまって、「開かれた体系」であることを強調する⁷³⁷。

⁷³⁵ 加藤雅信『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為〔第二版〕』（二〇〇五年）一八三頁以下。

⁷³⁶ 加藤・前掲書一八九頁。ただ、相対的人格権と相対権・相対的利益との間において相異があるとの指摘がある。「しかし、相対権・相対的利益と相対的人格権との保護に一点差違が生じるのは、違法性判断の構成要素に、行為者の過失が入りうるか否かという点である。……いずれであっても、加害者が単なる過失で行動した場合には、これ以前に述べてきた相対権・相対的利益の侵害が不法行為となることはなかった。しかし、……相対的人格権の侵害の場合には、過失による損害賠償請求権の成立が、いずれの利益についても問題となりうる」（二一九頁）。「相対的人格権にかんする見解は、さきに述べた市民活動の自由と公示制度という観点からも、必ずしも完全なものではない。この種の相対的人格権は、極端的でないものが多いうえ、それをめぐる公示制度も存在しない。そうであるとすれば、過失責任の導入と、権利等の可視性・公示性によって、市民の行動の自由を確保するという現行民法の基本枠組みは、相対的人格権のところで一部破綻をきたしていることは認めざるをえないであろう。しかし、このような部分的な破綻があるからといって、また、既存の法体系のなかに、安定的にとりこみにくいからといって、相対的人格権を保護しないというような態度をとることは、現在それを保護することの社会的要請がある以上、許されるところではない」（二三一頁）。「人格権、正確には相対的人格権は現行法体系のアキレス腱である」（二三二頁）。

⁷³⁷ 藤岡康宏『民法講義V 不法行為法』（信山社、二〇一三年）七九頁〔以下、『不法行為法』とする〕。藤岡は、次のように述べて、権利概念を動的に把握している。「たとえば、『権利』について考えるとき、まず想定されるのは、排他的支配権のことである。所有権にあてはめると、所有権は割当内容に対する排他的支配権（割当内容を保障する権利が所有権である）であるから、第三者の侵害から絶対的にまもられるべき権利である、とされる（これは所有権の侵害はただちに違法と評価されるべきことを意味する）。排他的支配権であることは、生命、身体など人格権についても語られることがあるが、これは生命、身体は所有権と同様に、絶対的に保護されるべき法益であることを理由づけるためである。しかしながら、人格権については所有権における同様の意味の割当内容というものを考えることはできない。生命や身体は法によって割り当てられるものではない。それは人の存立根拠（存在理由）そのものである。生命や身体が絶対的に保護されるべき法益であることは、この本来の性質によるのであって、そのことを理由として排他的に支配されるべき保護法益とされるのである。このように絶対的に保護されるべき法益であるとしても、その根拠が（各法益を通じて）統一的に説明できるものでもない。むしろ、共通項として抽出でき

さらに、日本民法は、権利を保護するために「民法の構成原理」と「不法行為法の救済原理」という多元的構造を有しているという⁷³⁸。前者において重要であるのは、「人格権が財産権と並ぶ基本的な権利として民法の構成上正当な地位を獲得する必要がある」⁷³⁹。「しかし、その人格権は所有権とは異なる権利として構成される必要があるのではないか。『不法行為法の救済原理』という視点から、不法行為法による人格権の保護のあり方について検討する場合にも、同様のことがあてはまるものと思われる。すなわち、所有権では割当内容の帰属侵害が問題となるのに対して、人格権では、人格的利益の割当内容ではなく、(本来、人に備わっている)人格的利益の享受が侵害されたと構成することができないか。これは人格的利益と、それを享受する法的地位をひとまず区別してみる考え方である。民法の構成原理としての人格権はこの法的地位にあたり、享受することのできる人格的利益には、権利として確立された『人格的権利』(その代表が生命、身体、自由など絶対的に保護されるべき権利)と、あらたに保護されるべき『人格的利益』とがある」と述べる⁷⁴⁰。

このように、「民法の構成原理としての人格権」(＝法的地位としての人格権、法的地位をまもるための権利)⁷⁴¹と「不法行為法による保護の対象としての人格権」を区別することによって、人格権の根拠が明確になり、人格権の発展に資することができるという。前者は、民法構成上の人格権として規範創造されるべきものであるのに対して、後者はその人格権が具体的にどのように保護されるべきかを考える不法行為法の対象としての人格権である。言い換えれば、前者は権利主体たる地位をまもるための(総体としての)人格権であるとすると、後者は第三者との関係で保護されるべき人格権保護の諸相である⁷⁴²。たとえば、人格権が排他的支配権であることは、前者の観点から理解することができるとしても、そこから直ちに「一つの結論」が引き出せるものではなく、現実に保護されるためには、後者の観点が必要である⁷⁴³。これが物権のような財産権の法理とは異なる人格権固有の法理であるとの主張である。

るのは、絶対権と構成されているものは、保護の対象が明確に概念化されているということである。そうすると、概念化が可能な権利利益については、権利保護に準じた保護をあたえることができる。このように考えると、七〇九条の『権利』を排他的支配権(絶対権)にかぎる必要はないし、固定的に考えることは不法行為法の継続的発展のさまたげとなりうるのである(八八頁注一一)。その動態的構造については、九二～九四頁参照。

⁷³⁸ 藤岡康宏『不法行為法』八五頁。前者は、民法の構造にとってどのような権利が必要であるかという視点。後者は、ある権利利益が侵害されている場合に、不法行為法は、救済規範としてこれにどのように対応するべきかという視点である。

⁷³⁹ 藤岡康宏『不法行為法』八六頁。

⁷⁴⁰ 藤岡康宏『不法行為法』九〇頁。

⁷⁴¹ ここで藤岡康宏は広中俊雄の「法的地位としての人格権」を言及する〔広中俊雄『綱要』一五～一六頁〕がそれは人格的利益の「帰属」の問題であって、「享受」の問題ではないと指摘する。

⁷⁴² 藤岡康宏『不法行為法』二四〇頁。

⁷⁴³ 藤岡康宏『不法行為法』五〇七頁。

2. 権利・秩序の二元論

以上の権利・利益の二元論とは違って、より広い視点に立って、権利論を捉える理解も示されている。以下では、「権利」と「秩序」を分けることによって、現代の不法行為法学が抱えている問題を解決しようとする学説の試みを紹介する⁷⁴⁴。

(1) 原島重義

まず、原島説を紹介する前に、権利・秩序の二元論に含むことに対して若干述べる必要がある。なぜなら、原島自身は、「秩序」という用語を使って、自らの権利論を述べるわけではないからである。本稿が使っている「秩序」の語は、広中の「秩序」の語に従っているつもりであるが、その意味では、原島説をここに入れることに対しては躊躇を覚えるものもある（厳密に言えば、ここには入ることにはならないかもしれない）。ただ、原島説は、権利・利益という不法行為法上の議論ではなく、権利論一般の観点からアプローチをしているものであり、その意味では広中と通じる部分がなくはないと理解したために、あえてここで述べることにする。

原島は、主観的権利を想定する古典的権利概念が、現代において登場した新しい問題である「一般的な予防的不作為の訴え、商号権・商標権などの無体財産権、いわゆる営業権、一般的人格権などの諸問題」に対処するに際して、限界に直面していると指摘する⁷⁴⁵。現代において組織化され強大な力を有することとなった「企業」の存在は古典的理論が予想しなかったものであり、「環境権」論における環境共有の法理も古典的権利論とは異質なものを含んでいる。しかしながら、原島は古典的権利概念を放棄するのではなく、「革新」することによってこれらの諸問題に対処するべきことを説く。

まず、原島の古典的権利理解から始める。「主観的権利 (subjektives Recht)、特に所有権は、個々の人格が支配する自由領域を保証するものである」⁷⁴⁶。ここでいう「権利」という規範を侵した場合は、違法阻却事由なき限り、ただちに違法であり、差止請求の理由となる。また、加害者に故意・過失があるときは、損害賠償請求の理由となる⁷⁴⁷。続いて、この権利論の射程外の問題については、違法論の問題になる。ここでも権利論の論理と同じく、違法であれば直ちに差止請求権が与えられ、かつ故意・過失があれば損害賠償請求

⁷⁴⁴ 瀬川信久「不法行為法の機能・目的をめぐる近時の議論について」淡路剛久古稀記念論文『社会の発展と権利の創造』(有斐閣、二〇一二年)三六〇頁では、「問題は、抽象的に権利か秩序かではなく、権利と秩序の関係を具体的にどう考えるか」とする。

⁷⁴⁵ 原島重義「民法理論の古典的体系とその限界一ひとつの覚え書き」山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』(法律文化社、一九七三年)一一九頁以下〔以下、「古典的体系」とする〕〔書評として、石田喜久夫・法時四七巻六号一三五頁以下〕、同「権利論とその限界」九大法政研究四二巻二＝三号(一九七五年)四一一頁以下。

⁷⁴⁶ 原島重義「古典的体系」一二二頁。

⁷⁴⁷ 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学四号(一九七六年)九五頁〔以下、「権利論の推移」とする〕〔書評として、沢井裕・法時五〇巻三号一五二頁以下〕。

権も与えられるという。

しかし、原島において「人格権」は、権利論の限界外にあるものというより、権利論の土台をなすものというべきであり、上記の古典的権利論とは別のものであるという⁷⁴⁸。「人格は権利と次元を異にするものであって、権利と同視しなければ法的保護の対象たり得ない、というようなものではない」と述べ、「人格権といわれる場合には、その救済方法が権利侵害の場合に準じて与えられる」と⁷⁴⁹。また、「人格」以外にも権利論の土台をなすものとして「自由」がある。『自由』は、すべての権利の土台であり、出発点である。『自由』のためにこそ『権利』がありうる、という意味で『自由』は『権利』と同次元にはない。さらにまた、自由領域・人格領域は、所有権のようにそれじたいとして一義的に、明白に画定されるものではない。望遠レンズ・小型カメラ・録音機などの技術上の発達、新聞・映画・ラジオ・テレビによるマス・メディアの普及、などによって、つまりは、新しい侵害態様の出現によって、プライバシーという自由領域・人格領域があらためて確認されることになる。古典的権利論において、『自由』や『人格』が権利的構成をとらなかったのは、このような二重の意味においてである⁷⁵⁰。

「そもそも、権利が法的保護に価するのは、自由な人格の独立を確保するがためであって、人格のためにこそ権利は存在しうる。また、その侵害が、差止・損害賠償の要件としての違法を指示するところの権利なるものは、法秩序によって承認され、配分された一定の支配領域のことをいう。したがって、特定の法的主体に帰属する法的地位（たとえば債権もふくめて）が、すべてここ^{原文ママ}いう権利ではない。人格はたしかに不可侵である。その侵害は権利侵害以上にただちに違法であるにしても、たとえば所有権のように、ここからここまでは自分の領分だと、杭を立てて標示できるような支配領域ではない⁷⁵¹。他方また、それゆえに身体・自由・名誉などの侵害として違法となる場合は、所有権侵害のように自明的ではない。たとえば健康概念にしても、所有権概念と比べれば、限界を画することはむづかしい。かりにこれを身体権・自由権・名誉権などといったとしてもこの事実にかわりはない⁷⁵²。

⁷⁴⁸ 原島「権利論の推移」九五～九六頁。同「開発と差止請求」九大法政研究四六卷二＝四号（一九八〇年）二八五頁でも、「いわゆる人格権侵害は、法的保護の次元では、権利侵害よりも上位にあるのであって、下位にあるのではない」と述べている。

⁷⁴⁹ 原島「権利論の推移」九六頁。

⁷⁵⁰ 原島「権利論の推移」七六頁。この見解は、我妻の相関関係論に対する二つの批判として述べられたものである。第一は、「人格的利益は被侵害利益として『権利』よりも軽く、したがって、侵害行為の態容によりきわめて違法性が強い場合にのみ、違法となりうる、ということになりかねない」ということ。第二は、「営業侵害と人格的利益の侵害とが、ともに『侵害態様』のいかんによって違法性をもつにしても、それはまったく違った意味をもっている。この質的な差異を、相関関係論は捨象してしまう」ことである。

⁷⁵¹ ここで末川博「権利侵害論」末川博法律論文集Ⅱ『権利侵害と権利濫用』五〇〇頁以下を引用する。

⁷⁵² 原島「開発と差止請求」前掲注七四八）二八五～二八六頁。「シンポジウム・環境権の再検討」日本土地法学会編『不動産取引法・環境権の再検討』（有斐閣、一九八三年）一七一

(2) 広中俊雄

広中は、市民社会論・民法体系論など民法の伝統的図式に捕らわれない幅広い視点から考察を次々と展開している⁷⁵³。以下では、不法行為法に関わる「権利」論が有する問題点を克服するための「秩序」論に焦点を当てて検討する。

広中は、公法・私法の二元論や財産法・家族法の二分法の問題点を指摘し、その解決法として、市民社会に成立する基本的諸秩序からのアプローチを採る「実質的意義における民法」を提示する⁷⁵⁴。その内容としては、第一に「財貨秩序」とその外郭秩序である「競争秩序」、第二に「人格秩序」とその外郭秩序である「生活利益秩序」、第三に「権力秩序」がある。まず、「財貨秩序」は「個別主体への財貨の帰属及び帰属主体の意思に基づく財貨の移転という仕組み」をいう⁷⁵⁵。さらに内容的には、商品の私的所有に関する「財貨帰属秩序」と商品交換という社会過程に関する「財貨移転秩序」とに分けられる。次に、「人格秩序」は「個々の人間がすべて人格的利益の帰属主体として扱われる仕組み」をいう⁷⁵⁶。「人格秩序」では、「人格的利益の帰属が侵害されないことのなかに『秩序』が観念され」、「人格的利益の帰属が侵害されれば、そのことはただちに『秩序』に反するものと評価される」⁷⁵⁷。人格的利益を侵害された者は、侵害の停止ないし予防の請求ができるし、故意・過失があれば損害賠償請求もできる。これに対して、「生活利益秩序」は、生活・環境などからの生活利益の享受が問題となるのであって、帰属が問題となるわけではない⁷⁵⁸。そのため帰属の確保に奉仕する差止請求権は成立する余地がないが、故意・過失があれば不法行為責任

頁〔原島発言〕でも、「まさに古典的な意味では、所有権という権利は人格のとりでなのであって、所有権侵害、その他の侵害は違法である、ひいては根底にあるところの人格の侵害ということに結局はなる。そういう形で、人格というのは権利とは別の次元で特別な位置がもともと与えられていたわけです。ですから、人格侵害による差止め請求を裁判所がどんどん認めるようになるという場合にも、所有権侵害と同じように、人格権侵害と言わなくてはならないのか、わざわざなぜ所有権になぞられる必要があるだろうかという疑問が起こります。人格侵害で結構ではないか」と本文と同旨のことを述べている。

⁷⁵³ 広中俊雄『綱要』、同「一二年を振り返る—とくに『民法の体系』のこと」創価法学三二巻一—二号（二〇〇二年）五頁〔以下、「一二年」として引用〕、同「主題（個人の尊厳と人間の尊厳）に関するおぼえがき」民法研究四号（二〇〇四年）五九頁〔以下、「個人の尊厳と人間の尊厳」とする〕など。

⁷⁵⁴ 広中俊雄『綱要』八一頁以下。

⁷⁵⁵ 広中俊雄『綱要』三～四頁。

⁷⁵⁶ 広中俊雄『綱要』一四頁。

⁷⁵⁷ 広中俊雄『綱要』一六頁。

⁷⁵⁸ 広中俊雄「不法行為に基づく損害賠償請求権をめぐって」同著作集IV『民事法の諸問題』（創文社、一九九四年）一八八頁では、人格秩序に入る「身体、自由その他の人格的利益の侵害」は、侵害の程度を問わず、「侵害者に故意・過失があれば不法行為責任を生ぜしめるという性質のもの」と考えられているが、生活利益秩序に入る「生活妨害」においてはそうではなく、「侵害の程度というものが本質的な重要性を持っている」と区別している。

は問うことができる⁷⁵⁹。最後に「権力秩序」とは、「社会構成員の社会的意識に結実しているものとしての、権力の編制および機能の総体」をいう。

広中が「法的利益の帰属」＝「権利」と把握しているとする、「権利」と「秩序」とを二元的に認めているようにも思われるが、実際に対置されているのは、「根本的秩序」と「外郭秩序」である⁷⁶⁰。広中においては、「財貨秩序」や「人格秩序」のような根本的秩序では、法的利益の帰属が観念され、「競争秩序」や「生活利益秩序」のような外郭秩序では、法的利益の享受が観念されるという違いが最も大きい。その結果、直ちに差止請求が認められるか否か判断が分かれている。しかし、差止請求権の根拠を「人間が人間たる資格において帰属主体となる他の人格的諸利益の確保のために」求めるのならば、利益の帰属か享受かが問題でなく、帰属主体の人格的諸利益が害されているか否かに関して判断されれば良いのではないか。

広中が「財貨秩序」と「人格秩序」とに分けて考えることに対しては、前者を資本主義経済＝商品交換モデルと考えるため、個々の人格は商品の帰属点として抽象的に認められるにすぎないのであり、実質的人格を想定する後者とは分断されたことになるとの批判も存在する⁷⁶¹。

とりわけ、ここでは、権利ではなく、「秩序」という観点から民法の体系を新たに組み立てることを試みている⁷⁶²。これは、従来の財産法・家族法という枠組みあるいは不法行為法上の権利として人格権を位置づけるのではなく、より広い視点に立って人格権を位置付けていること点を確認しておく。

第二項 権利観の転回

近時、「権利侵害」要件の復活・再生を主張する見解として、支配＝帰属を主とする権利観から決定権としての権利観に転換することを試みる動きが出てきている。民法七〇九条の「権利」を、憲法を頂点とする法秩序において保障される個人の権利として捉え直し、再構成を目指すものである。

1. 潮見佳男

潮見は、「権利」を「憲法のもとで国家により個人への帰属が承認され、保護されている地位」と定義する⁷⁶³。個人に権利として何を割り当てまた帰属させるかは、国民の選択した憲法がいかなる個人・社会を理念にするか次第である。憲法以前の自然権的意味で

⁷⁵⁹ 広中俊雄『綱要』一九～二二頁。

⁷⁶⁰ 山本敬三「基本権の保護」一〇三頁では、広中の構想を「『秩序』を出発点とした上で、その内容を二分する」と分析する。

⁷⁶¹ 山本敬三「基本権の保護」一〇三頁。

⁷⁶² ここでの「秩序とは、社会構成員一般に一平均的に—一定の規範的行動様式を観念させることによってその行動を方向づけるものをい」う（広中俊雄『綱要』二頁注二）。

⁷⁶³ 潮見佳男『不法行為法』一〇頁。以下は、一〇～一一頁に依拠する。

の「権利」は、憲法が個人の権利を承認し、保護するための基盤になりうるとしても、法的な意味での「権利」ではない。この権利には、自由権、平等権のみならず生存権その他の社会権のすべて、私的自治・自己決定の保障につながる選択権・決定権を中核とする権利、私有財産制・財産権の保障につながる財産的価値の帰属・支配を中核とする権利などがある。排他的割当を想定する絶対的・古典的権利観に依拠するものの、それだけでは狭すぎるために、生成中の権利も不法行為法の対象として「権利」と呼んでおり、柔軟な立場に立っている。

2. 山本敬三

これに対して、同じく民法上の権利を憲法上の基本権に依拠しながら、リベラリズムの思想に基づいた個人の自律を尊重する主張が有力に唱えられている⁷⁶⁴。山本は、潮見の議論が「七〇九条にいう『権利』としての要保護性を判断する際に、『基本権相互間で憲法上どのような客観的な価値秩序が想定されているか』が問題になるとし、そこでは、『自由権のみならず、平等権、生存権ほかの社会権も属し、さらにデュープロセスの問題も含まれる』とする。それはもはや、『基本権保護要請＝リベラリズムという図式にはおさまら』ず、『共同体的正義の観点や公共性の衡量も、こうした基本権保護要請に組み入れられ、個人の権利や利益をいつどの程度保護するかという考慮因子として具体化し、不法行為における違法評価を支えることとなる』。ここでは、むしろ、末川や我妻が追求しようとした『社会本位の法律観』との連続性がうかがわれるというべき」と指摘し⁷⁶⁵、自らの議論との違いを述べる。山本は、不法行為法で問題となる財産権・人格権などの保護法益は、まさに憲法上保障される基本権と重なるために、国家が個人間の基本権に関する争いが生じた場合に積極的に介入する義務を負っており、国家が用意した保護制度の一つが不法行為法であるという。従来、憲法の私人間適用において通説とされてきた間接適用説については、『私法規範を解釈する際に、基本権の価値を考慮しなければならない』という核心部分の意味があいまいであると指摘し、『考慮』するとはいったいどういうことなのか。そもそもなぜ『考慮しなければならない』のか」と疑問を提示する⁷⁶⁶。「この点を解明するカギとなるのが国家の基本権保護義務という考え方である」という⁷⁶⁷。

このような山本の国家による基本権保護義務論の前提となっているのは、自ら「重層的
基本法説」と称するものであって、「憲法が基本権の保障を宣言し、その侵害の禁止と保護・
支援を要請するのを受けて、民法が一市民相互の関係に関する私法の領域について一その
保障体制の基本的枠組みと基本原理を決定しているとみる考え方」である⁷⁶⁸。

⁷⁶⁴ 山本敬三・前掲注五七三)の諸論稿。

⁷⁶⁵ 山本敬三「基本権の保護」八六～八七頁。

⁷⁶⁶ 山本敬三「基本権の保護」八九頁。

⁷⁶⁷ 山本敬三「基本権の保護」九〇頁。

⁷⁶⁸ 憲法と民法との関係を主として扱う山本の論稿として、山本敬三「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点」法教一七一号（一九九四年）四四頁、同「基本法としての民法」ジュリ

基本権的権利論の権利観としては、従来の割当て・帰属からなる「支配権的権利観」に対して、個人の意思を尊重する「決定権的権利観」に立っている。ここでの『権利』は、所有権のように客体ないしその客体の利益が主体の支配に割り当てられる場合はもちろん、そのような割当てや帰属を語ることができない場合にも認められる。むしろ、そのような場合をふくめて、主体がするかしないかを定める可能性が保障されるところに、『権利』を認める主眼がある⁷⁶⁹。このように、山本は「権利」を意思説に立った上で、所有権のような「支配的権利」と決定権のような「相関的権利」に分けて考えている⁷⁷⁰。

山本は、以上の権利観に基づいて、すべての人を権利主体としての地位を認める。その根拠として、憲法一三条前段の「すべての国民は、個人として尊重される」に依拠している。個人が個人として尊重されるということは、まず個人の決定があれば、それを「承認する」ことが出発点にならなければならない⁷⁷¹。その上で自己のあり方を定める権利が「人格権」であり、「利益」の「帰属」を語ることの有無に関わらず、決定権が問題となる限り「権利」として認めることが可能である。

以上の山本の基本権保護義務論に対しては、次のような疑問も提示されている⁷⁷²。中村は、不法行為法を含む民法上の制度につき、「憲法の視点からは基本権保護義務の私法の平面における置き換えである」とみる山本の見解に対し、「論理構成は『迂回路』であってドイツ法特有のものであり、ドイツにおける実践的意義と切り離して考えるべきではない」という⁷⁷³。また「この迂回路が国家と社会の二元論を基礎としていることがあり、この点は「個々の『基本権』が民法上の権利と異なる性格をもつのか」という具体的検討を経ずに、一括して基本権と民法上の権利が異なる世界に置かれることに現れる。これは国家が個人間の規範の形成要因には直接には制約されない場に置かれることを意味する」という⁷⁷⁴。このような基本権保護義務論の考え方の代わりに、「市民社会において生成する個人間の行動様式を巡る規範に国家の活動が制約されるという出発点」として考え、『基本権的価値』はまず

一一二六号（一九九八年）二六一頁、『改訂版 新版注釈民法（一）総則（一）』（有斐閣、二〇〇二年）二二八～二三六頁〔山本敬三執筆〕〔以下、『注民』とする〕、同「憲法システムにおける私法の役割」法時七六巻二号（二〇〇四年）五九頁以下〔以下、「憲法システム」とする〕、同「憲法」八頁、同「憲法・民法関係論の展開とその意義」新世代法政策学研究五号（二〇一〇年）一頁以下〔以下、「関係論」とする〕など参照。

⁷⁶⁹ 山本敬三「基本権の保護」一二八頁。

⁷⁷⁰ 大塚直「山本説に対するコメント—憲法・不法行為法・環境法の断面」企業と法創造七巻三号（二〇一一年）一〇二頁

⁷⁷¹ ここでの「承認」の意味につき、山本は、石川健治「人格と権利—人権の観念をめぐるエチュード」ジュリー二四四号（二〇〇三年）二八頁以下に依拠している。

⁷⁷² 中村哲也「憲法の視点からの民法？—基本権保護義務論の中の民法をめぐる」広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社、二〇〇七年）四九九頁以下。ただ、五〇三頁では、「本稿は、山本、高橋、宮沢の間での議論に立ち入るものではなく、それらとは異なった角度から『憲法の視点からの民法』という考え方を検討することが目指される」と述べる。

⁷⁷³ 中村哲也・前掲注七七二）五〇二～五〇三頁。

⁷⁷⁴ 中村哲也・前掲注七七二）五三三頁。

社会構成員（法形成主体）に浸透することによって個人間での行動様式において現れることによって民法の形成要因となる」との考え方があり得るという⁷⁷⁵。さらに基本権保護義務論を使わなくても「論理構成の平面に限れば、わが国では民法第二条によって解決されているといえ」、民法解釈学は、民法第二条に関し、諸個人の価値意識を積み重ねる作業を通じて「個人の尊厳」と「両性の平等」という価値を市民の間に浸透させる役割を担っているという⁷⁷⁶。

また、「もっとも、私法独自の領域はないのか、具体的には、基本権の保護以外に不法行為法が保護する利益はないのか」、「憲法の下で不法行為法の問題を扱う際に、憲法の基本権を最も重要なものとして考える必要があるといえますが、本当に憲法的な議論だけで対処できるかというところも気になる」との危惧も述べられている⁷⁷⁷。

第一款の小括

第一款では、学説における不法行為法上の権利論の現代的展開について整理した。学説においては、不法行為法上の権利論を述べるもの（大塚、加藤）や、不法行為法には収まらず、民法全般的視点から権利論を捉えるもの（原島、藤岡）、さらに広い射程から権利論を見直すものもあった（広中）。また、憲法論からの示唆を基に、民法上の権利観を捉え、位置づける見解も見られた（潮見、山本）。これらの見解は、それぞれ視点や着地点は異なるものの、現代の諸問題に即した形で民法上の権利論を展開するものであり、人格権論だけを問題とするものではない。したがって、個別的・技術的問題に関しては一定の示唆を与えるものの、本稿が目標とする人格権概念そのものの再検討については必ずしも新たな示唆を与えているとは言えない。

そのなかでも、とりわけ、権利観を転換することによって、人格権論を再検討するという視点が有力に主張されており（山本）、それ自体は非常に魅力を含んでいる。確かに、この視点は、自己決定の問題を人格権論に位置づける点においては有用である。しかし、「権利」論に主眼を置いているために、「人格」とは何かに関する考察に欠けており、その他の

⁷⁷⁵ 中村哲也・前掲注七七二）五三一頁。これに対する再反論として山本敬三「基本権の保護」九四頁注三三では、近代化論や市民法論の立場からはありうる対応で理解できるとしつつも、「民事立法や民事裁判を『形式』と『実質』に分け、立法や裁判という国家の行為が介在していることを『形式』の問題にすぎないと位置づけることは、憲法によって国家法を拘束するというシステムを空洞化させる恐れもある。むしろ、近代法論や市民法論を前提とする立場でも、基本権保護義務の考え方は十分に接合可能であり—（省略）—国家・社会の基本法ないしは国家を取り込んだ市民社会の基本法として憲法および民法を重層的に位置づけてゆく方向をめざす方が、理論的にも実践的にもより多くの実りをもたらさるのではないだろうか」と述べる。

⁷⁷⁶ 中村哲也・前掲注七七二）五三六頁。

⁷⁷⁷ 大塚直「山本説に対するコメント—憲法・不法行為法・環境法の断面」企業と法創造七巻三号（二〇一一年）一〇一頁。

原理的問題（人格権概念の意義や位置付け）を検討するに際しては依然として多くの問題が残されている⁷⁷⁸。

⁷⁷⁸ さらにいうと、基本権保護義務論における基本権＝人格権という理解がその依拠している憲法学の「基本権」概念も必ずしも明確でない点も存在する。憲法学においても「基本権」論は現在進行中であり、仮に基本権に人格権が含まれると考えるとしても、論者ごとに基本権論に幅があるために、どの論者に依拠するかによって人格権論にも影響が出てくる可能性もなくはない。また、憲法一三条に依拠して民法上の人格権を認めることの可否や、基本権・人格権・私権のそれぞれの概念の関係をめぐっては、必ずしも十分な議論が展開されておらず、依然としてあいまいな点が残っている。

第二款 民法総論における人格権論

第二款では、人格権概念を人格的諸法益の総体という枠組的概念として捉える従来の人格権論に対し、民法総論に視点を移すことによって、人間の尊厳ないし個人の尊重を含む「人間の根源的権利として人格権」という視座を見いだすことを目標とする⁷⁷⁹。具体的には、人格権論の観点から、民法二条・三条における諸概念を素材として取り上げる⁷⁸⁰。まず、民法二条・三条の諸概念と人格権論との関係について検討する（第一項）。この作業は、現行法上の人格権論の居場所を見つける作業であるといえる。その次に、「人の法」というより広い文脈で人格権論を位置づけることについて検討する（第二項）。この作業は、必ずしも現行法体系に限らず、より抽象的レベルかつ広い意味において、つまり民法総論における人格権論をより正当に位置づける作業になるであろう。

第一項 民法二条・三条論

1. 問題の所在

日本民法二条は「この法律は、個人の尊厳と両性の平等を旨として、解釈しなければならない」と規定されており、一九四七年の民法の一部改正によって新たに追加された規定である。この条文に関して、現在の教科書等では、言及がなされていないか⁷⁸¹、言及がなされているとしても実定法の条文上の意義としては消極的評価を行うに止まっており⁷⁸²、必ずしも多くの注目を浴びているものではない。しかしながら一方では、二条（と一条）が導入されることによって、日本民法典の体系に重要な一つの変更がなされたと評価する見解も存在する⁷⁸³。このように民法二条は、学説の評価に温度差があり、これをどのように考えるべきかという問題は、民法二条の制定過程の議論をはじめ最近の学説・判例状況などを網羅的・総合的に検討しない限り、適切にその評価をすることはできないだろう。そこ

⁷⁷⁹ 民法総論の意義に関しては、大村敦志『民法総論』（岩波書店、二〇〇一年）序論参照。

⁷⁸⁰ 五十嵐清『人格権法概説』四一頁では、「わが国でも、個人の尊厳は憲法上も（一三条、その他略）、民法上も（一条ノ二）保障され、人格権はひろく認められるようになっている」と述べる。本稿の観点からすると、この「ひろく」という表現の意味を具体的に検討することにつながるだろう。

⁷⁸¹ 米倉明『民法講義総則（一）』（有斐閣、一九八四年）、四宮和夫、能見善久『民法総則〔第六版〕』（弘文堂、二〇〇二年）。

⁷⁸² 内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論〔第四版〕』（東京大学出版会、二〇〇八年）四八九頁〔以下、『民法Ⅰ』とする〕。大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇五年）〔以下では、『基本民法Ⅰ』とする〕二八七頁。ただ、大村敦志・同頁は一条一項と二条を合わせて再検討が必要である旨を指摘する。

⁷⁸³ 広中俊雄『綱要』一一〇頁では、一九四七年改正によって、「民法典全体が実質的には新民法典になったといってもよい」とまで述べる。

で、以下では、その議論のうちのごく一部である民法二条と人格権論との関わりについて検討を行うことを目的とする⁷⁸⁴。その理由は、次のような問題意識に基づく。民法二条が定める「個人の尊厳」や「両性の平等」は、そもそも人格権論の枠組のなかで解決できる問題ではなかったのか。そうでないとしたら、民法二条はいかなる点において人格権論と異なっており、どのような問題を解決しあるいは新たに浮き彫りにしたのか。反対に、人格権論の観点からすると、民法二条の成立前後で、人格権論は何らかの影響を受けたのか否か。受けたとしたらいかなる影響を受け、受けなかったとしたら何故受けなかったのかなど、多くの問題を含んでいる。しかしながら、これらの諸問題については従来必ずしも十分な検討が行われていないように思われる。一方、民法三条に関しては、民法・憲法論の深化によって、「私権」概念をめぐってまで議論が進み、最近になってその成果も出てきた⁷⁸⁵。そこでは、「私権」概念に注目することが人格権論からしても有用でありかつ必要である視点が提示された。

それゆえ、以下においては、近年の諸学説に依拠しつつ、まず、民法二条がいかなる議論を経て導入されたのかに関して簡単に見た後に、人格権論とどのように関わるのかを論じる(2)。続いて、民法三条と人格権論の関係について、若干の検討を行うことにする(3)。

2. 民法二条論

民法二条は、民法改正に関する起草委員会において、一九四六年一〇月に示された第三次草案(通称、山中案)ではじめてその姿を現した⁷⁸⁶。そこでは、「本法ハ個人ノ尊厳及ヒ両性の本質的平等ヲ本旨トシテ之ヲ解釈スヘシ」と規定され、現在の二条とほとんど異なる体裁を擁した。これを基に国会等での議論を経て、一九四七年一月二二日に「民法の一部を改正する法律」として公布され、一九四八年一月一日から施行されるに至った。その立法理由としては、憲法だけでも解釈・適用が行われるのではあるが、それを明確にする意味で「注意的に」民法に規定をおいたと説明されている⁷⁸⁷。とくに憲法二四条の文言を受け入れての立法であったために、従来の学説は、憲法二四条との関係を指摘する説が多い中⁷⁸⁸、憲法一三条や一四条を挙げるものも存在するなど⁷⁸⁹、とりわけ憲法との関係はしばしば指摘されていた。また「応急措置法によって否定された具体的な諸制度により担わ

⁷⁸⁴ 最近、民法二条を再検討する見解が現れ、人格権論との関係においても重要な示唆を与えている(大村敦志『読解 総則編』二二頁以下)。

⁷⁸⁵ 大村敦志「私権」。

⁷⁸⁶ 民法二条に関する成立過程は、山本敬三『注民』二二五頁以下が詳しい。以下もこれに多くを負っている。

⁷⁸⁷ 山本敬三『注民』二二七頁。

⁷⁸⁸ 星野英一『民法概論 I 序論・総則』(良書普及会、一九七一年)五九頁〔以下、『概論 I』とする〕、四宮和夫『民法総則〔第四版〕』(弘文堂、一九八六年)二二頁以下など。

⁷⁸⁹ 松坂佐一『民法提要 総則〔第三版〕』(有斐閣、一九七四年)四九頁、『注釈民法(一) 総則(一)』(有斐閣、一九六四年)一四二頁〔谷口知平執筆〕〔以下、『注民』とする〕。

れた『家』のイデオロギーを退けることが目的とされていたことは確かであろう」との指摘もある⁷⁹⁰。以上の説明からすると、憲法だけでも問題解決できるものの、民法二条を成立させることによって、その理念をより明確にするという消極的理解に基づいている。

これに対し、条文の導入に際して大きな役割を果たした我妻は次のように述べ、異なった理解を示している。「個人の尊厳と両性の本質的平等の理想は、……近世の自由主義的法思想の一表現である。従って、民法の冒頭に掲げられた右の規定は、その形式においては、解釈の標準を定めるものだが、その思想においては、自由主義的法思想を民法全編にわたる、いな、私法関係のすべてにわたる、理念として宣言したものと、私は考えるのである」と⁷⁹¹。「わが国では、……近代の個人主義的法思想が未だ十分に徹底しない分野が決して少なくない。従って、かような分野に『公共の福祉』という理念をあまりに性急に適用することは、私権の有する第一段の使命を犠牲にするおそれがある。その意味において、第一条は、つぎの第一条ノ二によって代表される、個人の自主・自由の尊重の理想と、充分調和させて解釈されなければならない」⁷⁹²。「一つは、『個人の尊厳』と『両性の本質的平等』という理念をもって、なお『自由』の原理の徹底・浸透を期するものであり、他の一つは、『公共の福祉』と『信義誠実』という理念をもって『平等』の要請に答えるものである」⁷⁹³。以上からすると、民法二条はもともと民法一条の二というものであったころからも想起されるように、民法一条との関係においてあるいはむしろ民法一条とセットとして、民法ないし私法全体に及ぶ「理念」ないし「私権の第一段の使命」としての機能を担うべきという理解になっている⁷⁹⁴。

⁷⁹⁰ 大村敦志『読解 総則編』二四頁。

⁷⁹¹ 我妻栄『新訂 民法総則』（有斐閣、一九六五年）二九～三〇頁〔以下、『民法総則』とする〕。

⁷⁹² 我妻栄『民法総則』三四頁。大村敦志『読解 総則編』二五頁。一方、条文の順序からして民法一条の二が信義則によって制約されるとする理解として、牧野英一「新憲法下の民法及び刑法（上）・（下）」法時六卷六・七号（一九五三年）六号・五頁、七号・五頁。中川善之助「個人の尊厳と両性の平等—民法一条の二について」東北法学会雑誌一〇号（一九六〇年）も、民法一条（現一条一項）との関係において民法一条の二を捉えている。民法一条では、個人の権利よりは公共の福祉を優先させるとしておきながら、民法「一条の二では、個人の人格または自由こそがすべての価値の本源であり、何よりもまず個人こそ尊重されねばならぬ」との間には明らかに矛盾が存在し、この矛盾は日本社会自身のもつ矛盾に相応する（四～六頁）。「民法一条の二は、この意味において（身分法の分野では未だに個人が顧みられず、女性も男性に比べて劣位に置かれているという意味において）、二十世紀における十八世紀的人権宣言だ（括弧、筆者）」という（七頁）。また、民法一条と一条の二の順序にも注意すべきである。民法一条が原則であり、民法一条の二は例外であるということが一般的理解であると示しながら、現実の社会において民法一条の二が適用され得る場面が多く、「例外というには余りに広い適用範囲」を有しているという（八～九頁）。

⁷⁹³ 我妻栄「民主主義の私法原理」『民法研究 I 私法一般』（有斐閣、一九六六年）四九頁〔初出、一九四九年〕。

⁷⁹⁴ 同旨、末川博「民法の改正をつらぬく二つの理念」季刊法律学四号（一九四八年）七九～八二頁。青山道夫「個人の尊厳と両性の本質的平等」法セミナー号（一九五六年）二一頁では、民法二条は民法全体にわたる解釈原理ではあるが、実際上は、親族・相続法の分野

(1) 民法二条の原理

民法二条が定める原理とはいかなるものであるのか。この点、民法二条の立法にも深く関わった我妻栄の議論から始める⁷⁹⁵。

① 我妻栄の理解

我妻は、不法行為制度に関する指導原理につき、重要な変遷が見られるという⁷⁹⁶。まず、近世の個人本位・権利本位の法律の下では、不法行為制度は、「個人の自由活動の限界を画する最小限度の制限」である。この理解によると、各個人は、社会生活における自由活動によって他人に損害を加えることがあっても、それは自由競争の「必然的結果」であって、法が濫りに介入すべきでなく、その他人の自由を侵害し、共同生活を脅かす場合にのみ、不法な行為とされるべきである。その要件としては、「行為者の主観に責むべきもの＝故意または過失」と、「権利侵害ないし法規違反」とが必要である。しかし、「法律の指導原理が個人の自由を保障することをもって最高の理想となさず、社会共同生活の全体的向上をもって理想となす」となると、不法行為は、「社会に生ずる損害の公平妥当な分配を図る制度」として考えられるようになる。「人類の社会共同生活は相互に利益を与える共同関係であるが、同時に、相互に必然的に損害を加え合う共同関係でもある」。この損害を填補することができるのは、被害者であるのかまたは加害者であるのかあるいは社会全体であるのか、不法行為制度だけではこの問題を解決することはできない。いずれにしても、不法行為制度は、「個人の自由活動の最小限度の制限たる思想」から「人類社会における損失の公平妥当なる分配の思想」へその指導原理が推移したのであり、「故意・過失」や「権利侵害」もこの立場からその絶対性を失う。

次に、我妻の「基本的人権」に関する議論を論ずる前に、憲法と民法に関する理解を確認しておく⁷⁹⁷。「近世の自由主義的法思想の下においては、個人の身分と財産の関係は、悉く、平等な個人の自由な契約によって規律すべきものとされ、国家の命令強制は、各個人のこの自由と平等とを保障するためにだけ是認されたのだから、公法と私法についての…生活関係を標準とする区別と、指導原理を標準とする区別とは、少なくとも原理的には、符合した」。しかし、「第十九世紀の末葉から著しくなったと富の不平等という現象に当面し、国家は、各個人に最小限度の文化的生存を保障するために、個人の財産関係にも積極的に関与し、命令強制を加えるようになった」。たとえば、大企業における労働者の雇用関係。また「身分の関係においてさえ、生まれてくるすべての児童をして心身ともに健全に育成されるようにするために、夫婦の結合や親権の行使に干渉を試みるようになった」。し

において特に重要性があると述べる。

⁷⁹⁵ 我妻栄ほか『戦後における民法改正の経過』（日本評論新社、一九五六年）参照。

⁷⁹⁶ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、一九三七年）九四頁以下。

⁷⁹⁷ 以下は、我妻栄『民法総則』三頁以下に多くを負っている。

たがって、「今日において、個人の身分と財産の関係を規律する法をもって私法とするときは、私法は次第に公法原理を摂取すると考えなければなら」ず、「自由と平等の原理に指導される法律関係をもって私法関係とするときは、公法は次第に私法の領域を蚕食しているといわなければならない」。以上の記述からも明らかなように、我妻は、公法と私法ないし憲法と民法との関係を分離されたものではあるが、現代社会においては、共通する部分が現れてきていると理解している。我妻の基本的な法思想としては、そもそも憲法と民法を区別して捉えているのではなく、公共の福祉という理念に浄化された自由と平等という原理は、現代における法の根本原理であり、それが憲法によっても民法によっても確認されているにすぎない⁷⁹⁸。

続いて、我妻の「基本的人権」に関する理解を見てみよう。我妻は、日本国憲法成立後、いち早く「基本的人権」について論じた⁷⁹⁹。「基本的人権」とは、「国民各自が、国家社会の一員として、その精神的ならびに肉体的の能力を十分に発揮し、人間としての生存に値する幸福な生活を営むために、欠くことのできない基本的な権利である」⁸⁰⁰。このような基本的人権は、大きく二つに分けることができる。第一は、一九世紀の憲法の特徴をなすものとしての「自由権的基本権」であり、第二は、二〇世紀の憲法の特徴をなすものとしての「生存権的基本権」である。第一に入るものは、アメリカ独立宣言・フランス人権宣言を代表とする「国家からの自由」であって⁸⁰¹、「各人が自然の状態ないし自然の性質において有する自由を各個人の基本的な権利と考え、これを国家権力をもって侵害しえないものたらしめようとする事」⁸⁰²である。第二は、ワイマール憲法に始まる「国家による自由」ものであって⁸⁰³、「国家を一の協同体となし、各個人の自由をこの協同体全体の発展・繁栄の

⁷⁹⁸ 山本敬三『注民』二二九頁。

⁷⁹⁹ 我妻栄「基本的人権」『民法研究VIII—憲法と私法』（有斐閣、一九七〇年）五七頁以下〔初出、一九四七年〕〔以下、「基本的人権」とする〕。我妻の他にも、末川博「基本的人権と民法」季刊法律学一号（一九四七年）九六頁以下、同「新たらしい憲法と新しい民法」佐々木惣一ほか『憲法と新法律の研究』（同友社、一九四八年）九八頁以下参照。

⁸⁰⁰ 我妻栄「新憲法と基本的人権」『民法研究VIII—憲法と私法』（有斐閣、一九七〇年）九二頁〔初出、一九四八年〕。

⁸⁰¹ 具体的には、「個人」に関するもの（法の前の平等、居住・移転・移住の自由、人身の自由・刑罰に対する保障、信書・通信の自由、意見発表の自由）、「共同生活」に関するもの（集会・結社の自由、選挙の自由、請願権、兵役と納税の義務は法律によるべきこと）、「宗教および宗教団体」に関するもの（信教の自由）、「教育および学校」に関するもの（芸術・科学の自由）、「経済生活」に関するもの（経済取引の自由、所有権・相続権の保障）がある。

⁸⁰² 我妻栄「基本的人権」六六頁。

⁸⁰³ 具体的には、「経済生活の秩序は各人をして人間らしい生活をなすことを得しむることを目的とし、正義の原則に適合することを要する。各人の経済上の自由はこの限界内において保障される」（ワイマール憲法一五一条一項）とか、労働者とその労働力につき国家の特別の保護を受ける（同一五七条）、各人に対して労働によって生活する機会を与えるべき（同一六三条）などがある。

ために尊重すべきものとする立場」⁸⁰⁴である。なお、用語に関して、我妻は、基本的人権・人権・基本権というそれぞれの言葉を厳密には区別せずに使用している。このような我妻の理解は、後の憲法学にも一定の影響を与え、後の憲法学でも「基本的人権」、「人権」および「基本的人権」を漠然と互換的に用いるのが一般的となった⁸⁰⁵。

ところで、基本的人権＝人権を基礎づける思想につき、我妻は一九五〇年代を前後して、その重点を軌道修正しているという注目すべき見解が近時現れている⁸⁰⁶。一九五〇年までの論文においては、基本的人権の保障に関して、「共同体理念」を重視する見解を述べていたのであるが⁸⁰⁷、一九五〇年以降の論文においては、再び「個人主義」への回帰ともいえるべき思想が現れているという⁸⁰⁸。「わが国の現状は、なお、個人の尊厳を確立するために、正しい意味での個人主義をもっともっと徹底すべき時である。そしてそのために、基本的人権の確立に向って努力すべきである。その意味で、人類の悲願ともいえるべき自然法思想に憧れをもつべきである。新憲法に現れた個人主義思想は、わが国を弱体化するための占領政策だなどと考えることは、断じて許されない。そんな思想は、敗戦の原因についての自覚と反省の少ないことを暴露する以外の何ものでもない。個人の尊厳を確立せずに、我が国の強化をはかることは、自覚なき個人のおしつけられた統合、すなわち専制的統合に終ることは明らかである。その意味で、基本的人権の保障こそ何よりも大切なことである（下線、筆者）」⁸⁰⁹。我妻は、昭和二十年代に書いた自らの論稿に貫いている二つの考え、「自由権的基本権の公共の福祉による制限を強調すること」と「生存権的基本権の実現にすこぶる楽観的なこと」が、その後の国内情勢の変化の下において、「自由権的基本権の調整を説き、共同体理念の高揚を主張することは、大きな危険をはらむであろう。私はいま痛切にそのことを感じている」と表現している⁸¹⁰。

また、遺稿となった最晩年の著作でも、「基本的人権」の基礎について、「自由国家的基本的人権は、人が生まれながらにして有するもの、すなわち、人間の本性ないしは人間の尊厳を基礎とする。しかし、社会国家的基本的人権の基礎も、同じく人の生来の本性ないし尊厳に基礎をおくとあってよい。……どちらも自然法によって認められる権利と考えて

⁸⁰⁴ 我妻栄「基本的人権」七一頁。

⁸⁰⁵ 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、一九八八年）四八一頁。また、初宿正典「人権概念史」長尾龍一、田中成明編『現代法哲学Ⅱ 法思想』（東京大学出版会、一九八三年）三二頁でも、我妻における「≪基本権≫は≪基本的人権≫の便宜上の省略形でしかないように思われる。しかし、我妻のこの基本的人権類型論以来、≪基本的人権≫を『単に≪基本権≫ともいう』用法が次第に定着したのではないだろうか」と指摘する。

⁸⁰⁶ 渡辺康行「人権理論の変容」岩波講座『現代の法Ⅰ 現代国家と法』（岩波書店、一九九七年）六八頁。

⁸⁰⁷ 我妻栄「基本的人権」八七～八八頁。

⁸⁰⁸ 我妻栄「基本的人権の保障」『民法研究Ⅷ—憲法と私法』（有斐閣、一九七〇年）三四一頁以下〔初出、一九五五年〕。

⁸⁰⁹ 我妻栄「基本的人権の保障」『民法研究Ⅷ—憲法と私法』（有斐閣、一九七〇年）三五〇頁〔初出、一九五五年〕。

⁸¹⁰ 我妻栄「はしがき」『民法研究Ⅷ—憲法と私法』（有斐閣、一九七〇年）二～四頁。

よい。……しかし、『人間の尊厳を何よりも尊い価値として保障しなければならない』という命題は普遍妥当性をもつ。二つの基本的人権は、等しくこの命題に基礎をおくものである。ただその抽象的な命題を実現するための具体的な手段は、時代によって異なる。封建的専制権力からこれを守らねばならない時代には、自由が重要視されるのに対し、資本主義の高度化した時代には、生存の保障に重点が傾くことにならねばならない(下線、筆者)」と述べる⁸¹¹。

我妻の個人・国家・権利に対する理解がよく現れている。「各個人は、生来、何ものにも代えがたい価値を有し、国家を組織する場合にもこれを奪うことはできない、いや、人々が国家を組織するのは、この個人の価値・個人の尊厳をすべての人に確保しその向上発展をはかるためだ、と理解することは可能である。その場合に、その個人の価値・個人の尊厳を権利と呼ぶこともさしつかえあるまい。国家によって制定・確認される権利とは次元が異なるというべきであろう」と。これによると、個人が有する権利とは、生来有する「個人の価値・尊厳」という国家以前において認められる権利と、国家によって制定・確認される権利、という次元の異なる二つが存在する。

② 検討

以上で見てきたように、我妻の不法行為制度に関する指導原理は「個人の最小限度の制限」から「社会の損失の公平・妥当な分配」へという一九三七年の時点における制度理解がベースになっていて、これが現在も我妻の代表的理解となっている。後の諸学説は、我妻がこの理解に基づいて「権利侵害から違法性へ」という学説の動きに与していると評している⁸¹²。

一方、我妻の「基本的人権」の根本思想に関しては、自由国家的基本的人権であれ、社会国家的基本的人権であれ、そこには人が生まれながらに有する「人間(個人)の尊厳」がそれらのベースとなっている。そのベースの上で、正しい意味での「個人主義」を確立することを説いている。この点は、不法行為制度の指導原理ないし民法全体の指導原理を考える際にも歩調を合わせることが必要であろう。不法行為法に関して言い換えれば、不法行為制度の指導原理が、個人の自由重視から社会の公平重視に移ったとはいえ、そもそも人類の歴史が示してきた立法以前の問題としての「人間(個人)の尊厳」がそのベースになっていて、その上で「社会」ないし「公共性」の観点からの「個人主義」を貫いていくことが、我妻のいう「正しい」個人主義として不法行為制度の制度理解になっていると考える。もちろん、この考え方は、憲法と民法との関係に関する連続的ないし一体的に捉える我妻の理解とも通じている。基本的人権の考え方として浮き彫りにされたものが、不

⁸¹¹ 我妻栄『法学概論』(有斐閣、一九七四年)八五～八六頁。

⁸¹² 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』(有斐閣、一九七四年)三七頁、幾代通『不法行為』(筑摩書房、一九七七年)六二頁、森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、一九八七年)二三二頁など。

法行為制度を考える際にも同じ発想の上で議論できると考えるのである。憲法と民法以前の問題であるが、両者が協働して守るべき「人間（個人）の尊厳」という思想ないし価値を、法律レベルとしては、憲法側からは「基本的人権」として保障し、民法側からは不法行為制度を通じて保障しているのである。ただ、我妻は、日本のように個人主義が不徹底の状態にしながら「社会」＝「公共の福祉」を過度に重視することに一定の問題性を含むと指摘している⁸¹³。

このように、立法当時には、民法二条の趣旨は単なる憲法理念の確認という消極的理解に立っていたものの、代表的学説は「民法全編を支配する原理として宣言したもの」と理解して、より積極的に解しているところが極めて興味深い。近時に至っては、民法と憲法との関係が議論になる際に、民法二条は重要な素材として取り上げられており、この点に関してさらに詳しく論じられ、議論が深化しつつある。以下では、民法と憲法との関係論から、民法二条がいかなる機能ないし役割を担うのかに関して代表的論者の見解から取り上げてみたい。

（２）民法二条の機能

憲法学での議論をリードしている樋口は次のように説いている。まず「憲法上の基本権一般についていえば、その私人間効力は、憲法規範の側からの要求を受ける形で、問題となる。そのなかで、『個人の尊厳と両性の本質的平等』という憲法価値は、民法二条に明記されることによって、その私人間効力の確保が、民法自体の側からの要求ともなっている」⁸¹⁴。したがって、「民法九〇条という枠組のなかで複数の憲法価値の間で調整をしようとするとき、その場面で、男女平等という価値は、民法二条（一条ノ二一当時）という制定法上の根拠を持つことを主張できるはずだったことになる」⁸¹⁵。つまり、民法二条の制定によって、「男女平等」という憲法価値は、民法という実定法上の根拠を有することになり、当事者は直接それに基づいて主張を行うことができるようになったという。また「民法二条で指示されている『個人の尊厳』は、『両性の本質的平等』と組み合わせられて、何より憲法二四条の受容という意味を持つのであるが、同時に、『個人としての尊重』することを掲げる憲法一三条に対応するという、より広い射程をも持つと考えられる。その点では、民法二条は、法人と個人それぞれの権利主張の調整という場面でも、効果を発揮できるはずで

⁸¹³ 我妻栄『民法総則』三～四頁では、すべての文明諸国の「私法は、なお自由と平等の原理によって支配される身分と財産だとなし、ただその指導原理は、近世初頭の個人主義的な自由ではなく、公共の福祉という理念によって浄化されたものだ、と考えている。この民法講義の態度もそうである。しかし、そこになお、根本的な問題が残されていることを意識すべきである」が、日本はさらに問題が複雑であるという。

⁸¹⁴ 樋口陽一『憲法という作為—「人」と「市民」の連関と緊張』（岩波書店、二〇〇九年）一四九頁〔以下では、『作為』とする〕。

⁸¹⁵ 樋口陽一『作為』一四九～一五〇頁。

ある」と述べ⁸¹⁶、民法二条が憲法二四条と憲法一三条を合わせたものより広い射程を有するという⁸¹⁷。

① 自然権＝道德哲学的価値への「通路」

別の憲法学からは、「個人の尊厳」を、公・私法を超える道德哲学的価値として理解し、憲法と民法の背後に措定された統一的価値原理として理解する⁸¹⁸。この立場からは、民法二条は「個人の尊厳が民法の解釈を嚮導すべき基本価値であることを確認している（傍点、筆者）」と述べる⁸¹⁹。また、「自然権（理念としての人権）は実定法により法的保障を実現されるという形で、自然権と実定法を関連づけており、かつ、民法が自然権の根拠としての『個人の尊厳』に従って解釈されるべきことを民法二条により根拠づけている」と述べ⁸²⁰、民法二条の役割を積極的に捉えている。この見解は、民法が社会を規律し、秩序づけるという近代社会における法的秩序・構造に関する独自の理解に基づいて主張されている⁸²¹。憲法は専ら国家に対する権利を定めるものであり、民法は私人間の権利を規律するものであるため、人権も「憲法上の人権」と「民法に取り込まれた人権（自然権）」とに分けられる⁸²²。しかし、民法学からは、この見解が主張する自然権の存否と内容についてはコンセンサスが得られていないとの批判がある⁸²³。また法史学からは⁸²⁴、一七八九～一七九一年では、

⁸¹⁶ 樋口陽一『作為』一五二頁注九。

⁸¹⁷ 別の個所で、樋口は、「近代の枠の内側にとどまりたいと思う」とし、そう思う以上、「二つの領域、個人の領域と公共社会の運用の場面について平仄の合わない座標にあえてこだわる必要がある。そして、そう考えることが民法一条ノ二の個人の尊厳条項理解としても適切」であると述べている（同「人間の尊厳 vs 人権？—ペリュシュ判決をきっかけとして」民法研究四号（二〇〇四年）五四頁）。

⁸¹⁸ 高橋和之『『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない』ジュリー二四五号（二〇〇三年）一四五頁〔以下、「及ばない」とする〕、「人権の私人間効力論」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、二〇〇四年）一頁以下、「人権論のパラダイム—私人間効力論を中心にして」憲法問題一七号（二〇〇六年）三六頁以下。

⁸¹⁹ 高橋和之「及ばない」一四六頁。

⁸²⁰ 高橋和之「現代人権論の基本構造」ジュリー二八八号（二〇〇五年）一二五頁注二四。

⁸²¹ 高橋和之「及ばない」一三九頁では、「民法典は、当然、人権宣言が表明した原理を基礎とするものと想定されていたはずであり、実際、後に制定されたナポレオン法典は、革命が確立した新しい社会の私人間関係を規整する基本法と観念された」として歴史に立脚して民法と社会との関係を考えている。最近、憲法学における支持として、西村枝美『『自由』を軋ませる『基本権の私人間適用』』関西大学法学論集五七巻二号（二〇〇七年）一頁以下も現れた。一方、山元一「<法構造イメージ>における憲法と民法」法セミ六四六号（二〇〇八年）一四頁では、「高橋が『憲法上の人権』を観念するに至った理由は、『国家と社会の二元論』という、フランス革命より後の一九世紀ドイツ公法学が所与の前提とする枠組を、それに全く無縁な近代フランス市民社会の法思想に投影させてしまったものであったといえよう」と厳しく批判している。

⁸²² 高橋和之「及ばない」一三七頁以下。

⁸²³ 山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望—自己決定の諸相』（有斐閣、二〇〇四年）一二頁。

⁸²⁴ 水林彪「近代民法の本源的な性格—全法体系の根本法としての Code civil」民法研究五号

人権宣言と憲法が *société civile* の基本法であって、憲法が私人間関係にも直接適用されていたのであり、一八〇四年の民法典制定以降、Code civil が全法体系の根本法となったのであるため、無適用説が一七八九～一七九一年のときにも、憲法上の権利と私法上の権利とを分けて議論していると批判された⁸²⁵。

② 「個人の尊厳」・「人間の尊厳」への出発点

広中は、民法二条に関して次のように述べる。「近代法においては、すべての人間は、人間たるの資格において、他からの侵害から保護されるべきであるということ、これによってこの類型を基礎づけることができる。このことを日本の民法は一条の二の『個人の尊厳』という言葉であらわしたというふうに見るべきだと私は考えております。民法一条の二というのは一体何に役立つ規定なのかという議論もあるようですが、少なくとも不法行為法に関して言えば、個人の尊厳を旨として七〇九条も解釈すべきであるとした規定として読むことは、可能であるばかりでなく必要であるというふうに考えます。というの……この民法一条の二というの、憲法の一三条、すべて国民は個人として尊重されるという、この一三条にかかわりを持っている規定であります、これに似たような規定を持っている西ドイツの現在の憲法、いわゆるボン憲法を手がかりにしてドイツでは一般的人格権という概念が構成されておまして、人格的利益の保護の範囲がこれまで狭かったのをひろげるのに役立てられようとしている、日本でも人格の尊厳、個人の尊厳ということに照らして考えると従来は人格的利益の保護は非常に制限されていたので、こういう反省に立脚して一般条項的な人格権保護の体系を構成すべきだという考えも出てきてよい、その際に民法一条の二あるいは憲法一三条はその手がかりになりうる、と考えられるからであります。……ともかく日本の民法一条の二にあらわれているような、近代法の『個人の尊厳』という理念によって、第三の基礎類型（生命、身体、自由、名誉その他の人格的利益の侵害、筆者追加）は基礎づけられるのだと言えます（下線、筆者）」⁸²⁶。

広中において特徴的なのは、民法二条に出てくる「個人の尊厳」という用語と「人間の尊厳」を意識して使い分けている点である⁸²⁷。民法二条の「『個人の尊厳』は憲法二四条に

（二〇〇八年）一頁以下、同「近代憲法の本源的性格—*société civile* の基本法としての一七八九年人権宣言・一七九一年憲法」『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』（日本評論社、二〇〇八年）二一頁以下、同「憲法と民法の本源的関係—*Constitution*(1789-1791)とCode civil(1804)」憲法問題二一号（二〇一〇年）七頁以下参照。

⁸²⁵ 再反論として、高橋和之「私人間効力論再訪」ジュリー一三七二号（二〇〇九年）一六一頁では、「『市民社会』の法秩序を実体的に定めるのは法律だと捉えるからである。憲法は法律を制定し執行するための法のプロセスを定めるのみで、市民社会の内容を定めるわけではない。そしてその法律の中心となるのが『民法』なのである。だからこそ、一七九一年憲法はCode de lois civilesの制定を命じたのである」と述べる。

⁸²⁶ 広中俊雄「不法行為に基づく損害賠償請求権をめぐって」同著作集IV『民事法の諸問題』（創文社、一九九四年）一八五～一八六頁。

⁸²⁷ 広中俊雄「主題（個人の尊厳と人間の尊厳）に関するおぼえがき」民法研究四号（二〇

も出てくる言葉であるのに対し、『人間の尊厳』という言葉は、日本では、制定民法にも憲法にも登場しない概念であるが（括弧省略）、民事紛争の処理に関するルールには、解釈上の民事裁判基準として認められるものもありうるのであって、今日とりわけ重要なのは欠陥補充として構成された裁判基準である⁸²⁸。解釈上の民事裁判基準としての「人間の尊厳」ルールが論理的に可能であるという。そして、「人間の尊厳」ルール＝「人間たる個人の尊厳」ルールは、「個人の尊厳を基礎としつつそれを補充する細目的ルールともいうべき性質のもの」であるという⁸²⁹。

このような広中の理解は、前で論じた我妻の理解より進んだ面が存在する。我妻は「人間の尊厳」と「個人の尊厳」とを意識して使い分けることはしなかったのであり、後者によりウェイトをおいて理解した部分が少なくない。また「人間の尊厳」という用語は使っていたものの、広中のような裁判基準として具体的に理解したわけではなく、一種の理念として抽象的に理解した部分が多かった。

③ 自由・平等・連帯の体現の手段

大村敦志は、民法二条を財産法とは無縁なものとして主に親族相続法に適用されるべきものと理解する従来の学説に対して⁸³⁰、民法二条の「個人の尊厳」・「両性の平等」を民法一条一項（公共の福祉）とセットとして、自由・平等・連帯（博愛・友愛）を実現するための手段として考えている⁸³¹。我妻が「個人の尊厳」・「両性の本質的平等」を「個人の自主・自由の尊重」に置き換えて理解していることにつき⁸³²、「一方に『個人の尊厳』と『両性の本質的平等』、他方に『公共の福祉』という衡量の図式が常に成り立つとは限らないとも言える」ために、この置き換えは「問題である」と述べる⁸³³。「『個人の尊厳』は個人の意思の尊重に還元されるわけではない」と述べ、学説上は「『個人』にウエイトを置いた理解」（谷口『注民』）と「『尊厳』にウエイトを置いた理解」（我妻）に分かれているという。判例においては、「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」という価値につき、両者が通ずるもののほかに⁸³⁴、緊張関係に立っているものもあるという⁸³⁵。「個人の尊厳」と「両性の本質的平

〇四年）五九頁以下〔以下では、「おぼえがき」として引用〕。詳しくは七五頁以下。この言葉がきっかけとなって樋口と議論することとなったという（五九～六〇頁）。

⁸²⁸ 広中俊雄「おぼえがき」七六頁。その例として、「背信行為ルール」を導入した最判昭和二八年九月二五日民集七卷九号九七九頁や「差止請求権」を認めた最大判昭和六一年六月一日（本稿【判例⑥】）を掲げる。

⁸²⁹ 「人間の尊厳」に関しては、法哲学者であるホセ・ヨンパルトの数多くの論稿がある。たとえば「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊重』と『人間の尊厳』（上）（下）」判タ三七八号（一九七九年）、『人間の尊厳と国家の権力』（成文堂、一九九〇年）、「再び、『個人の尊重』と『人間の尊厳』は同じか」『法の理論』一九号（二〇〇〇年）など。

⁸³⁰ 星野英一『概論Ⅰ』五九頁。内田貴『民法Ⅰ』四八九頁。

⁸³¹ 大村敦志『読解 総則編』二二～三〇頁。

⁸³² 我妻栄『民法総則』三四頁。

⁸³³ 大村敦志『読解 総則編』二六頁。

⁸³⁴ 最判昭和五六年三月二四日民集三五卷二号三〇〇頁（日産自動車事件判決）。

等」に関わるその他の問題も指摘している⁸³⁶。「個人の尊厳」に含まれるものとして「個人の尊重」・「人格の尊厳」のほかに、「人間の尊厳」も含まれるかという問題があるとして、含まれると考える説（広中）と、含まれないという説（樋口）があるという。以上を基にして、自由・平等・連帯の体現の手段として、「個人の尊重」・「人間の尊厳」・「公共の福祉」を掲げる⁸³⁷。

④ 検討

上記で見たように、民法二条論においては、民法と憲法との関係や法哲学上の問題など層の異なる諸問題を含んでいる。本稿では判例は詳しく検討することができなかった⁸³⁸。とりわけ民法二条の文言である「個人の尊厳」・「両性の平等」をいかに捉えるかという問題があり、本稿の立場からは両文言を「個人の（人間としての）尊厳」・「平等」として捉えるべきであると考えている。そうすると、前者は既に人格権論の枠組に入っていると考えることもでき、そうすると改めて民法上規定されることの意義を強調するまでもない（可視化することの意義を否定するものではない）⁸³⁹。問題は「平等」である。大村が指摘するように、「平等」の問題が、「個人の尊厳」と通ずるという場合には⁸⁴⁰、人格権論としてもその問題を包摂できるが、たとえば逸失利益の算定における男女格差の問題など、本質的に人格権論とは異なる問題の場合には、民法二条の「平等」はより広い射程を有すると言える。そうすると、民法二条の「平等」は規定の意義が大いに高まる。ただ、平等の問題は、さらに民法三条の思想が含むものでもあるために、民法三条論を検討してから、さらに考える必要がある。

3. 民法三条論

民法三条一項は、「私権の享有は、出生に始まる」と規定し、二項は「外国人は、法令又は条約の規定により禁止される場合を除き、私権を享有する」と規定している。第二項は最後に触れるとして、以下では第一項を中心に検討する。これに関しては、現代の教科

⁸³⁵ 最大判昭和三六年九月六日民集一五卷八号二〇四七頁。個人単位の所得税課税の是非をめぐって、夫婦別産制が両性の平等に反するとの主張がなされた件。

⁸³⁶ 大村敦志『読解 総則編』二九～三〇頁。

⁸³⁷ 大村敦志『読解 総則編』三〇頁上段の図参照。

⁸³⁸ これに関しては、別途検討が必要であるとする。最近、民法二条を裁判例と共に検討した論稿として、横山美夏「個人の尊厳と社会通念一事故物件に関する売主の瑕疵担保責任を素材として」法時八五卷五号（二〇一三年）一一頁以下が現れた。

⁸³⁹ たとえば、樋口陽一『作為』一五一頁では、「考えてみれば、民法一条ノ二（現二条）は、一九四七年以降、『実定法』であったはずではないだろうか」と述べており、民法二条の立法の意義を強調する。

⁸⁴⁰ 大村敦志『読解 総則編』二八頁。

書では「私法上の権利義務の権利主体となる資格を権利能力という」と説明される⁸⁴¹。ここでは、権利主体となる「資格」という説明になっているが、その他には、「地位」⁸⁴²や「権能」⁸⁴³と表現するものもある。この条文に関しては、従来「出生に始まる」という文言に焦点を当て、胎児の権利能力や死亡による消滅に関する議論が多くなされた⁸⁴⁴。しかし、本稿の観点からすると、一項の前段の文言により注目する。「私権の享有」をいかに理解するかという問題は、民法の適用範囲に関わる根源的な問題であり、民法典の「思想」とも関わる重要な問題である⁸⁴⁵。しかしながら、この条文は、通常ドイツ語由来の「権利能力」という語に置き換えて説明される場合が多く、この時点で、フランス語由来の「私権」・「享有」との間で「ずれ」が生ずる可能性がなくはない。

一方、「権利能力」・「私権」以外にも「人」を論じる際に「法的人格」の語がしばしば使われている⁸⁴⁶。星野は「法的人格」が「権利能力」と「人格権」を含んでおり、「人間を現代の私法から捉えた観念である」と説明する⁸⁴⁷。「法的人格」と「権利能力」との関係につき、別の論者は、「私は法的人格と権利能力を区別することの意義を、法的人格の尊重ということが第一義的であり、資本制社会において、すべての人間に権利能力が認められたことは、法的人格がそれだけ尊重されるようになったことである」と述べている⁸⁴⁸。広中は、すべての人は出生と同時に、「生命および身体（＝健康）の享受を内容とする権利（人格権の中核を成す権利）の現実的享有を始めるほか、もろもろの権利の享有資格（権利能力）を取得する」という⁸⁴⁹。ここでは、権利主体になるということは、人格権を有す

⁸⁴¹ 内田貴『民法Ⅰ』九一頁。

⁸⁴² 星野英一『概論Ⅰ』八七頁。

⁸⁴³ 大村敦志『基本民法Ⅰ』一八〇頁。

⁸⁴⁴ 我妻栄『民法総則』五一頁以下、『[改訂版]新版注釈民法（一）総則（一）』（有斐閣、二〇〇二年）二五六頁以下〔谷口知平、湯浅道男執筆〕。

⁸⁴⁵ 「思想としての民法」を提示するものとして、大村敦志「民法と民法典を考える」『法典・教育・民法学—民法総論研究』（有斐閣、一九九九年）一一一頁参照〔初出、一九九六年〕。また、川島武宜「民法における『人』の権利能力」『川島武宜著作集 第六卷』（岩波書店、一九八二年）三九頁〔初出、一九四二年〕附記では、『権利能力』に関する民法の規定はわが国の社会生活の現実に十全的に適合しているわけではなく、またそのような規範意識が必ずしも一般的ではなくむしろ限られた範囲においてしか存在しない。そこにわが国の社会の日本的な特質が存在する」として、法規定と社会・規範意識との乖離を指摘する。

⁸⁴⁶ 大村敦志『基本民法Ⅰ』一八〇頁では、権利能力を有する資格を「法的人格（法人格）」と説明する。

⁸⁴⁷ 星野英一『概論Ⅰ』九〇頁。

⁸⁴⁸ 山中康雄「法的人格と権利能力」星野英一編『[我妻栄先生追悼]私法学の新たな展開』（有斐閣、一九七五年）一四七頁。古代資本主義では、家長だけが「人」・「権利能力者」であり、妻・家子は「法的人格者」、奴隷は「法的人格者」でもなかったと説明する（山中康雄『民法〔総論・総則・家族・相続〕』（法律文化社、一九七八年）一七頁）。

⁸⁴⁹ 広中俊雄『綱要』九八頁。最近の原子力発電所の運転差止を求めた事案に関する判決である福井地判平成二六年五月二一日 Westlaw2014WLJPCA05216001 は、「生存を基礎とする人格権が公法、私法を問わず、すべての法分野において、最高の価値を持つとされている…

ることと権利能力を取得するという二つの意味を含むことを意味しており、不法行為法上の人格権の意味とは異なるものを示している。

一方、「私権」の語に関しては、近時になって再検討の機運が高まりつつある。差止請求権の検討の際に「私権」概念の再検討に関する必要性を説く見解が現れたのであり⁸⁵⁰、最近では、「私権」が民法（上）の適用範囲を画する機能を有し、私権を市民的権利と理解する有力な主張が現れた⁸⁵¹。

「私権」論の原点は、第一節第一項で検討したように起草者の梅謙次郎にある。梅のように「国民が施政機関の運転に参加する権を除き各自の安寧、康福を自衛するに要する一切の権利」として私権を捉えると⁸⁵²、身体・宗教・言論の自由なども私権に入る。また、エールリッヒは権利能力を①政治上の権利を有しこれを行行使する能力、②法的に承認され保護された家族関係に入り込む能力、③財産権を取得してこれを所有する能力、④人格、自由、生命、身体の法的保護を請求する権利から成ると述べる⁸⁵³。エールリッヒは、①を

…。個人の生命、身体、精神及び生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであって、その総体が人格権であるということが出来る。人格権は憲法上の権利であり（一三条、二五条）、また人の生命を基礎とするものであるがゆえに、我が国の法制下においてはこれを超える価値を他に見出すことはできない。したがって、この人格権とりわけ生命を守り生活を維持するという人格権の根幹部分に対する具体的侵害のおそれがあるときは、その侵害の理由、根拠、侵害者の過失の有無や差止めによって受ける不利益の大きさを問うことなく、人格権そのものに基づいて侵害行為の差止めを請求できることになる。人格権は各個人に由来するものであるが、その侵害形態が多数人の人格権を同時に侵害する性質を有するとき、その差止めの要請が強く働くのは理の当然である」。……「人格権に基づく差止請求訴訟としては名誉やプライバシーを保持するための出版の差止請求を挙げることができる。これらの訴訟は名誉権ないしプライバシー権と表現の自由という憲法上の地位において相拮抗する権利関係の調整という解決に困難を伴うものであるところ、これらと本件は大きく異なっている。すなわち、名誉やプライバシーを保持するという利益も生命と生活が維持されていることが前提となっているから、その意味では生命を守り生活を維持する利益は人格権の中でも根幹部分をなす根源的な権利ということが出来る」（以上、下線、筆者）と述べており、広中の考え方に近い面を有している。この判決につき、世界八五八号（二〇一四年）四五頁以下に座談会がある。

⁸⁵⁰ 差止請求権の実体要件に関する検討につき、「私権」概念に注目し、その再検討の必要性を説くものとして、森田修「差止請求と民法」高橋宏志共編『差止請求権の基本構造』（商事法務、二〇〇一年）一一六頁以下参照。

⁸⁵¹ 大村敦志『『市民的権利としての法』としての民法』『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、二〇〇九年）四九九頁以下〔初出、二〇〇六年〕〔以下では、「市民的権利」とする〕、大村敦志「私権」参照。

⁸⁵² 梅謙次郎『民法要義卷之一』（復刻版、有斐閣、二〇〇一年）六頁。

⁸⁵³ エーアリッヒ、川島武宜・三藤正訳『権利能力論〔改訳版〕』（岩波書店、一九七五年）一六頁。なお、改訂版の解説において、川島は、「われわれにとって興味があるのは、この

取り入れている点から、梅よりも更に広いものを想定している。その他の②～④までは梅と共通するものがある。

大村は、私権を梅やエールリッヒのように市民的権利として広く認める理由として、「民法の領域拡張と重点移動」にあるという⁸⁵⁴。領域拡張とは、家族・財産には還元されない個人間の関係を規律することになったことであり、重点移動とは、今日民法が「財産の法」であるだけでなく「人の法」「人格の法」として重要性を増しているからである。したがって「私権」が「市民的権利」であること、「基本的権利及び自由」が民法の規律対象であることを改めて確認することの意味は小さくなく、「権利能力」から「市民権」へと概念を転換するべきことを主張している⁸⁵⁵。

4. 小括

以上においては、人格権論との関わり合いを中心にして、民法二条と民法三条について検討した。これらの検討からすると、民法二条は、人格権の思想との関係において、民法三条は、人格権の法的根拠・法的位置につき、それぞれ関わりを有している。それでもなお課題は残っている。たとえば、平等の問題は、前に触れたとおり、民法二条からも民法三条からもアプローチできるものであり、人格権論としてもこれとの関わりを具体的にいかに考えていくかは問題である。人は、国籍・性別・年齢など様々な属性を有しており、場面ごとに平等の問題は、異なる様相を呈しているために、ここでは問題の指摘に止めて、今後の課題として具体的事例の中で考えていきたい。

第二項 「人の法」論

日本においても「人の法」に関して、成年後見制度の改正をきっかけに論じられたり、不法行為法の発展状況を受けて新たに体系化を図るための「場」として構想されたりして、民法典の体系を論じる際に取り上げられており、研究が進みつつある⁸⁵⁶。代表的論者である広中は、「人の法」を①人格権法、②家族法、③生活利益法と分類して、①と②を根幹部分とし、③を外郭部分として分類している⁸⁵⁷。もちろん「人の法」論も論者によってその包摂

本では、『権利能力』を、「初めから人間の社会的地位の総体」と把握する点であると述べる（七頁）。「人間の」に限定している部分が本稿との関係からも興味深い。

⁸⁵⁴ 大村敦志「市民的権利」五〇五～五〇六頁。

⁸⁵⁵ 大村敦志「市民的権利」五〇八頁。

⁸⁵⁶ 広中俊雄は自らの研究を下に、立法論として、「第一編 人」という新しい民法典の編纂を提示する。広中俊雄『「第一編 人」で始まる新しい民法典の編纂」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』（日本評論社、二〇〇八年）四五～四六頁。

⁸⁵⁷ 広中俊雄『綱要』九九頁。①～③につき、「救済に関し、この分野における不法行為損害賠償請求権の準則をふくむ」と述べている（同頁）。

する範囲が異なっており、課題がないわけではない⁸⁵⁸。しかしながら、「人の法」論から示唆を得つつ、最終的にはそのなかに位置づけることによって、本稿が想定する「人格権」を正しく位置づけることができる⁸⁵⁹。「人の法」の観点こそ、民法上の基本概念である「人」が社会において他者と共に生きる際に直面する様々な問題を規律する法体系であり、民法における「人」の再定位を行う際に有用な視点として機能するものであると考える。「人の法」概念の理論的枠組が「形成中」であり、未だに確立したとは言えないものの、「人格権」概念が中心となることによって、民法の思想的側面をより明確に打ち出す機能を有すると思われる。本稿においては、とりわけ人格権を「人の法」に位置づけることを目標とすることを述べるに止め、具体的な問題は、今後の課題とするしかない。

⁸⁵⁸ 広中・大村は、「人の法」に家族を含めて考えているが、山野目は、スイス法のように「人の法」に家族は含んでいない。この点、スイス法・ケベック法など更に広範囲にわたる比較法的検討が必要である。

⁸⁵⁹ 大村敦志『フランス民法』六九頁では「消費者・家族・社交のすべてを取り込み、人権論と不法行為法を加味して、『人の法』を再編・提唱することを、将来の大きな課題の一つ」と述べており、「人の法」は、様々な観点から「人」を捉える拠り所となる概念であることを示している。

第二章のまとめ

第二章では、起草者の人格権論から始まり、戦前の判例・学説、さらに戦後の判例・学説に至るまでの議論を通して、現在における人格権論の課題を浮き彫りにし、新たな人格権論を述べるための、基礎的作業を行った。

起草者における私権・権利論、民法七一〇条の保護法益論からすると、起草者らは人格権を認めているといえる。梅と富井において、私権の捉え方が異なるために、人格権に関しても、そこにいかなるものが含まれるべきであるのかという問題は残っている。ただ、人格権を、個人が人間として有する権利という理解は両者において共通するものがある。さらに、戦前のいくつかの学説においても、人から出発し、人格権を捉える学説が見られる。しかしながら、ドイツ法を参照して人格権論を展開する学説が増えるにつれ、不法行為法上の権利としての人格権、技術論としての人格権という視点が次第に強まって行った。戦後の学説に至っては、人間ないし個人から議論を展開する視点がなくなり、代表的学説も諸法益の総体としての人格権という消極的理解に止まる。このような狭い意味での人格権論は、民法・憲法の関係論から、あるいは私権論から、その問題性が浮き彫りになるにつれて、また、判例においてもさまざまな人格的利益が承認されるなか、広い意味での人格権論に「場」を移して、理論的枠組みを形成すべき時期に至っている。それは「新たな」人格権論の始まりと言えなくもないものの、再び起草者における人格権論から更なる示唆を得るという意味においては、「原点」に立ち戻った人格権論と言った方が適切であるかもしれない。

第三章 韓国法における人格権論

はじめに

二〇世紀の半ばに制定された韓国民法の立法の際に人格権に関する規定は存在せず、諸外国と同じく、判例・学説の主導によって議論が展開された。その展開が本格的に始まる時期としては、民法典が制定された直後ではなく、一九九〇年代以降である。政治的には一九七〇～八〇年代に及ぶ軍事政権が倒れることによって文民政府による民主化への移行（政治体制の変化）があり、経済的には高度経済成長の成熟期を迎えることとなり（一九九八年 IMF による金融介入前まで）、司法的には従来の三審制の法院に加えて、一九八八年に憲法裁判所が新たに設置されることとなった⁸⁶⁰。さらに一九九〇年に市民の政治的権利に関する国際規約（B 規約）への加入による市民運動の増加や⁸⁶¹、一九九八年には国民人権委員会の設立が試みられる⁸⁶²など様々な要因によって、国民の人権意識が高まったのは、一九九〇年代以降である⁸⁶³。

このような歴史的発展過程を有するなか、韓国における人格権論を語るに際して最も重要であるのは民法であることに異論はないだろうが、看過されてならないもしくは民法と同時に語らなければならないほど重要であるのが憲法である⁸⁶⁴。憲法には人格権を語る

⁸⁶⁰ 憲法裁判所に関する日本語文献として、韓国憲法裁判所編・徐元宇訳『韓国憲法裁判所一〇年史』（信山社、二〇〇〇年）、在日コリアン弁護士協会編『韓国憲法裁判所』（日本除出版、二〇一〇年）、岡田正則、河明鎬「韓国における憲法裁判所および行政法院の機能と役割」比較法研究四五巻二号（二〇一一年）一頁以下参照。

⁸⁶¹ 一九八七年に障害人権益問題研究所、一九八八年に民主社会のための弁護士の集まり、一九九〇年には仏教人権委員会、一九九一年には、民主主義民族統一全国連合に人権委員会が設置され、一九九二年には、外国人労働者人権のための集まり、一九九三年には、人権運動サランバン、一九九四年には、キリスト教人権委員会、参与連帯などが活動を始めた。以上、ホンソンス「韓国社会における人権の変動—世界化、制度化、地域化」安岩法学四三巻（二〇一四年）三一頁以下参照。

⁸⁶² 一九九九年に金大中大統領の公約であったが、紆余曲折を経て、漸く二〇〇一年四月三〇日に至り「国家人権委員会法」が国会で成立し、五月から公布された。この法に基づいて設立された国家人権委員会は、人権侵害、差別行為等につき、裁判所に意見提出、是正勧告や捜査依頼ないし告発などを行う。人権委員会は、委員長を含む全一人（常任四人、非常任七人）で構成され、全員委員会、委員長と常任委員三名で構成される常任委員会、三～五名で構成される分野別小委員会（侵害救済第一委員会、侵害救済第二委員会、差別是正委員会、障害者差別是正委員会）で構成される。議決定足数は、在籍委員過半数の賛成であり、常任委員会や小委員会は、三人以上の出席と三人以上の賛成が必要である。

⁸⁶³ 韓国人の法意識とその変化に関しては、高翔龍『韓国法』（信山社、二〇〇七年）第二章参照。

⁸⁶⁴ 韓国憲法に関する日本語文献として、金哲洙『韓国憲法の 50 年』（敬文堂、一九九八年）、初宿正典、辻村みよ子編『新解説世界憲法集』（三省堂、二〇〇六年）三四九頁以下、高橋和之編『新版世界憲法集〔第二版〕』（岩波文庫、二〇一二年）三四九頁以下〔国分典子〕。基本権に関して、鈴木敬夫編訳『現代韓国の基本権論』（成文堂、一九八五年）参照。韓国の憲法思想については、国分典子『近代東アジア世界と憲法思想』（慶応義塾大学出版会、二〇一二年）第七章・第八章も参照。

上で欠かせない依拠する条文を有しているからである⁸⁶⁵。しかしながら、憲法への言及が多い割には、憲法と民法との関係に関する議論は学界全体として盛んであるわけではなく、憲法規定の対私人間効力においては、間接効力説が判例・通説の立場に立っている⁸⁶⁶。とりわけ、後から設立された憲法裁判所は韓国社会においてその影響力を徐々に増してきており、現在は大法院と並ぶほどの力を有することとなった⁸⁶⁷。したがって、第一節では、民法を主として取り上げるが、第二節では憲法との関係に関しても検討を行う。

まず、民法制定時から人格権が、判例・学説上登場し始める一九九〇年までの時期までの議論を一まとめにし、その後の議論を次に紹介する（第一節）。続いて、二〇〇四年・二〇〇九年以降の二度に渡る民法改正委員会での議論によって条文化が進められた。これによって人格権論は、大きな転換点を迎えることとなったので、その点も含めて検討する（第二節）。

第一節 人格権論の形成

第一款 民法制定時から一九八〇年まで

第一項 民法制定過程における人格権論の不在

韓国の民法制定時において人格権に関する議論は存在せず、もっぱら不法行為法における議論のなかで行われていた⁸⁶⁸。韓国民法七五〇条では、不法行為に関する包括的一般規定

⁸⁶⁵ 憲法一〇条「すべての国民は、人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求する権利を有する。国家は個人が有する不可侵の基本的な人権を確認し、これを保障する義務を負う」、一七条「すべての国民は私生活の秘密と自由を侵害されえない」、三六条一項「婚姻と家庭生活は個人の尊厳と両性の平等を基礎として成立され維持されるべきであり、国家はこれを保障する」。

⁸⁶⁶ 許榮『韓国憲法論〔新訂一〇版〕』（博英社、一九九八年）二五四頁。判例が間接効力説を採ったとされるのも大法院二〇一〇年四月二二日宣告二〇〇八ダ三八二八八判決である。

⁸⁶⁷ たとえば、憲法裁判所一九九五年一月三〇日九四憲バ四〇判決が刑事処罰法規に対する委任立法につき限定違憲決定を行ったのに対して、大法院一九九六年四月九日宣告九五ヌ一四〇五判決は「憲法裁判所が宣告した限定違憲決定は憲法裁判所の見解を一応表明したのにすぎず、拘束力を有するものではない」と判示した。これに対し、憲法裁判所一九九七年一月二四日九六憲マー七二、一七三判決では、主文で、前記大法院判決が「請求人の財産権を侵害したものであるために、これを取り消す」と判示している。現在においても、依然として議論は未だに収斂する気配はない。李準一「大法院と憲法裁判所の合理的権限分配」高麗法学四八号（二〇〇七年）一七九頁以下参照。韓国民法学の代表的学者である梁彰洙は、二〇一四年九月五日の大法官の退任式において、制度的次元で最も早急に解決すべき問題の一つとして、大法院と憲法裁判所の両機関の関係定立を掲げている。

⁸⁶⁸ 民法の制定議論については、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（創文社、一九八九年）

を定めている⁸⁶⁹⁸⁷⁰。民法典編纂要綱によると、立法に際しての不法行為法の一般条項創設の指針としては「権利侵害の場合だけでなく、利益侵害の場合にも不法行為の成立を認めること」が述べられた⁸⁷¹。それに基づき、民法草案第七四三条において、現時の学説にしたがって日本民法七〇九条の「権利侵害」という文言を「違法性」に取り替えた⁸⁷²。これに関しては学会からの評価も肯定的⁸⁷³であり、この条文はさしたる変更なく成立することとなった。また、身体・自由・名誉を保護する現行民法七五一条⁸⁷⁴の前身である草案第七四四条については、諸外国の立法例を検討した上で、旧民法（日本民法）七一〇条と同一趣旨であるとし⁸⁷⁵、変更が加えられず成立されるに至った⁸⁷⁶。このように、立法過程においては、権利侵害に至らない利益侵害の場合にも不法行為を認めることが専ら意識されており、「人格権」概念やその内容等に関して正面から扱われることはなかった。ただ、身体・自由・名誉が例示として条文上掲げられることによって、民法上、人の身体的・精神的要素が法的保護の対象として意識されていた。

第二項 学説の先導的役割

民法制定後、人格権論の形成については学説が先導的役割を果たした。最初に人格権を取り上げた論文としては、崔鍾吉「人格権の私法上の保護」であった⁸⁷⁷。この論文では、マスコミの発達によって人格権とりわけ私生活の自由の侵害の危険性が高まっている状況を認めながら、ドイツ法における判例・学説を紹介しながら一般的人格権概念の有用性について議論した。結語において著者は、韓国において人格権の私法上の保護に関する議論が

一頁以下参照。特に一四二～一九八頁に詳しい。同書につき、張庚鶴・創文三〇六号（一九八九年）一九頁以下、岡孝・創文三〇八号（一九九〇年）二三頁以下に書評がある。

⁸⁶⁹ 民法七五〇条（不法行為の内容）故意または過失による違法行為によって他人に損害を加えた者は、その損害を賠償する責任がある。

⁸⁷⁰ 本章においては、特に断らない限り、条文はすべて韓国民法をいう。

⁸⁷¹ 梁彰洙『民法研究第一巻』（博英社、一九九一年）一一〇頁〔初出、一九八九年〕、民法典編纂要綱第五章第三七項目。

⁸⁷² 民議院法制司法委員会民法案審議小委員会『民法案審議録（上巻）』（一九五七年）四四一頁。

⁸⁷³ 学会からの民法草案に対する意見をまとめた民事法研究会『民法案意見書』（一潮閣、一九五七年）一九九頁〔金基善〕でも賛成の旨が述べられている。

⁸⁷⁴ 民法七五一条（財産以外の損害の賠償）①他人の身体、自由または名誉を害したりその他精神上の苦痛を加えた者は、財産以外の損害に対しても賠償する責任がある。

②法院は、前項の損害賠償を定期金債務として支給することを命じうるし、その履行を確保するために相当の担保の提供を命じうる。

⁸⁷⁵ 『民法案審議録（上巻）』（一九五七年）四四一頁。

⁸⁷⁶ 『民法案審議録（上巻）』（一九五七年）四四一頁では、第二項が審議において一九三〇年に公布された中華国民法の例にしたがって新設されたとする。

⁸⁷⁷ ジャスティス一号（一九六五年）二九頁以下。崔鍾吉については、崔鍾庫『韓国の法学者〔改訂版〕』（ソウル大学出版部、二〇〇七年）五七七頁以下参照。

あまりなされていないことにつき、「人格権を保護する必要性がないからではなく、ただ人格に対する権利意識が稀薄であるからである」と分析する（三五頁）。「国民の基本権を何よりも尊重する憲法の本質からすると、一般的人格権の概念はわが法秩序においてもやはり認定されているものとみるべきである。人格権の徹底なる保護こそ真正な民主主義の発展のための土台となるだろう（傍点、筆者）」と指摘する。注目すべきは傍点で示されているように、人格権概念は立法的に認められていないものの、憲法の本質に基づいて「私法」秩序において「既に」認められているという点である。この論文以外に人格権に関する著者の理解が示されたものは存在しないため、彼の理解する人格権概念については慎重な判断が必要である。この論文はもっぱらドイツ法における一般的人格権概念が念頭に置かれているために、韓国法における人格権概念の構築にまでは至らなかったものではあるが、人格権概念を韓国に紹介したことの意義は大きいものがある。

その後しばらく人格権に関する論考は見当たらず⁸⁷⁸、一九六〇年代後半から七〇年代にかけてプライバシーに関する議論が活発になった。ただ、この時期にプライバシー概念に関する論考を積極的に発表していたのは民法学者よりもむしろ憲法学者であった⁸⁷⁹。その議論の詳細については項を変えて説明する。

⁸⁷⁸ 一九七九年に民訴に造詣深い実務家の業績として、池弘源「人格権の侵害」司法論集一〇輯（一九七九年）二一三頁以下がある。

⁸⁷⁹ 憲法学者による論考として、韓相範「プライバシー（privacy）の権利」東国大学校論文集三＝四号（一九六八年）二四三頁以下、卞在玉「プライバシーの権利（一）～（三）」嶺南大学校論文集社会科学篇八～一一輯（一九七四～七八年）一七頁以下、金哲洙「知る権利とプライバシーとの関係—外国の立法例と判例を中心に（上）（下）」司法行政五四～五五輯（一九七五年）、李燾求「人格価値の法的保護」鈴木編・前掲注八六四）一八七頁以下〔初出、一九七八年〕、卞在玉『情報化社会におけるプライバシーの権利：アメリカの場合を中心に』ソウル大学校博士論文（一九七九年）など。そのほか、言論法学から崔竣「プライバシー権に対する考察」法政論叢二一輯（一九六六年）一五頁以下や、実務家の論考として、朴容相「プライバシーの概念（一）～（五・完）」法曹二〇巻五～一〇号（一九七一年）などがある。

第二款 一九八〇年から一九九〇年まで

第一項 一九八〇年の憲法改正と人格権論

一九六〇年代から七〇年代にかけての憲法学におけるプライバシー論は、一九八〇年の第五共和国憲法改正によって立法的承認を得ることとなった。その経緯としては⁸⁸⁰、一九七九年一〇月二六日に朴正熙大統領の逝去によって、大統領権限の強化や緊急措置権などを規定していた第四共和国憲法の廃止が必然となり、憲法改正論議が進むこととなった⁸⁸¹。政府機関である法制処内で一九八〇年一月一九日に憲法研究班⁸⁸²が設置され、憲法改正に向けた議論が始まった。憲法研究班は、約二カ月の集中的な活動を通じて研究報告書を作成し、同年三月一四日に活動を終えることとなる。しかし憲法研究班での議論は同日に作られた憲法改正審議委員会に受け継がれ⁸⁸³、同年九月九日に憲法改正案として確定し国民投票を得てから、同年一〇月二七日に公布・発効された⁸⁸⁴。人格権論との関係においてとりわけ注目されるのは、憲法九条（現一〇条）に幸福追求権の規定を新設したこと⁸⁸⁵、一六条に私生活の秘密と自由尊重に関する規定を新設した点である⁸⁸⁶。憲法研究班で基本権一般の研究を担当した憲法学者の説明によると、憲法九条における幸福追求権というのは、「国家は……国民が各自自己の幸福を追求する社会的諸般の活動においてその条件を保障すべきであり、また国民がその条件の保障を享受するという意味」として、「基本権全般の立体的・複合的保障構造でこの幸福追求という条件は実現しうる。そのため、この規定は人権の総論的・原則的規定に該当するものである」とする。また、憲法一六条を新たに入れた理由としては、「私たちは各人の私生活を尊重するということと国家権力も干渉することのできない個人の私的領域があるということに対する認識が不足した面がある。また現代の全体主義は

⁸⁸⁰ 金哲洙『憲法改正、回顧と展望』（大学出版社、一九八六年）二三三頁以下参照〔未見〕。

⁸⁸¹ 憲法改正の意義と限界を論ずるものとして、権寧星「憲法改正の法理」ソウル大学法学一九卷一号（一九七九年）二五五頁以下。

⁸⁸² 憲法研究班編『憲法研究班報告書』（法制処、一九八〇年）の研究経過によると、憲法研究班は法制処長を研究班委員長として、法学者一〇人、政治学者六人、経済学者六人、法曹三人、公務員五人、計三〇人として構成された。

⁸⁸³ 憲法改正審議委員会（以下、改憲委員会とする）は委員長（国務総理）一人、特別顧問一人、法曹界・政界・経済界などから委嘱した委員六七人を含んだ全六九人から構成された。憲法研究班での三〇人の委員の中で、五人が改憲委員会の委員になり、一五人が非常勤の専門委員として改憲委員会で活動を続けることとなった。

⁸⁸⁴ 憲法改正案作成に関する経緯については、金哲洙「韓国憲法の制定と改正経過小考」法史学研究六号（一九八一年）二四一～二四三頁参照。

⁸⁸⁵ 憲法九条（現一〇条）「すべての国民は人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求する権利を有する。国家は個人が有する不可侵の基本的な人権を確認し、これを保障する義務を負う」。改正前の条文でも、人間としての尊厳と価値を有することや、国家の国民に対する基本的人権保障義務は規定されていたが、新たに、「幸福追求」に関する文言だけが加わった。

⁸⁸⁶ 憲法一六条（現一七条）「すべての国民は私生活の秘密と自由を侵害されない」。

個人の私生活の中に深く介入・干渉・侵害することが共通的现象である。これに対して個人の品位と威厳を享受しうる最低限の条件としてこの私生活の秘密と自由の不可侵性をより鮮明にすべき必要がある」と説明する⁸⁸⁷。憲法九条に幸福追求権を追加したことに関連して、前段の「人間としての尊厳と価値」と幸福追求権との関係や⁸⁸⁸、三五条一項⁸⁸⁹との関係が憲法学説において大きな争点となる⁸⁹⁰。

第二項 私法判例における人格権概念の登場

大法院で最初に「人格権」という用語が登場した判決は、(大①)大法院一九八〇年一月一五日宣告七九ダ一八八三判決である。

【事案】被告私立学校の財団によって罷免された(罷免事由は不明)女教師である原告が、当該罷免は不当であり、被告の財団を相手に損害賠償請求をした訴訟である。控訴審(ソウル高等法院一九七九年九月一九日宣告七八ナ二六一)では、被告が原告を懲戒・罷免した行為につき、懲戒権を濫用した不法行為であるとし、原告に対する差別行為も不法行為になるとして、一〇〇万ウォンの慰謝料を認めたため、被告がこれに不服し、上告した。

【判決】上告棄却。

【判旨】「原審引用の第一審判決理由説示によると、……被告が原告を懲戒罷免した行為は……懲戒方法の種類と量定に関して、社会通念上要求されるその選択の内在的限界を逸脱した違法があるため、これはいわば懲戒権濫用として違法行為となり、また出勤した原告に勤務をできないようにしながら給料を支給せず差別的待遇を行った所為は、原告の人格権侵害として不法行為になる」。

本判決は不当罷免の事例として民法よりも労働法においてより重要な判例として扱われている。判決文からはなぜ「人格権」という用語を使ったのか、教師の人格権の中身は何かなど明らかではない事項が多い。私法上の主観的権利としての人格権概念が受容されて

⁸⁸⁷ 韓相範「第五共和国憲法の特色」考試界二八八号(一九八一年)一六頁、一八頁。

⁸⁸⁸ 主に、幸福追求権に具体的権利性を認めるべきか否か、認められるとしたら権利の内容はいかなるものか、「人間としての尊厳と価値」文言と分離して理解すべきか一緒に理解すべきかに関する論点である。

⁸⁸⁹ 憲法三五条一項(現三七条一項)「国民の自由と権利は、憲法に列挙されていない理由で軽視されてはならない」。

⁸⁹⁰ 議論を概観する文献として、権寧星「人間の尊厳性と幸福追求権」考試界二八八号(一九八一年)二八頁以下、金善擇「幸福追求権」考試研究二三五号(一九九三年)三五頁以下、同『「幸福追求権」と「憲法に列挙されていない権利」の基本権体系的解釈』安岩法学一輯(一九九三年)一七七頁以下、林智奉「幸福追求条項の基本権性」ジャスティス七一号(二〇〇三年)五頁以下など。最近のものとして、金哲洙「人間の尊厳と価値、幸福追求権に関する研究(上)(下)」大韓民国学術院論文集四七輯一号・二号(二〇〇八年)一九九頁・四一頁以下。

いるのかも明白ではない⁸⁹¹。本件における差別的待遇は、学校が不当に教師の勤務をできないようにすることから生じる精神的苦痛を惹起する行為と理解される⁸⁹²。

その後「人格権」に関して登場した判決は、言論による名誉毀損に関する重要な先例でもある、(大②)大法院一九八八年一〇月一日宣告八五ダカ二九判決⁸⁹³である⁸⁹⁴。

【事案】弁護士である原告は、「主婦生活」という月刊雑誌を出版する被告に対して、原告に関する当該雑誌の掲載記事が名誉毀損に当たるとし、精神的苦痛に対する慰謝料を請求した。当該記事は、原告が訴訟担当した訴外 A の手記であって、原告が A の訴訟担当につき行った所為が弁護士としての倫理を忘却したなどの人身攻撃的表現を使って原告の人格を誹謗し、社会的評価を低下させたと主張した。控訴審は①手記の内容が個人体験を超えて手記形式を借りた特定人誹謗に至り、その雑誌は全国一〇万部あまり配布される出版物で社会的評価低下を招く点、②手記の内容を確認せず掲載した点、③手記掲載が日刊の新聞記事の報道後になされ、より強い人身攻撃的内容があり、公共の利益の目的や手記内容の真実性を信じるに相当な理由がないという点を認めて、一〇〇〇万ウォンの慰謝料を認めた。これに対し、被告は上告理由において、手記は人が体験過程から感じた点や体験した事実を主観的に評価し記述するものであるため、客観的真実に符合する必要はないし、手記の内容が事実と異なる点があるとしたら、それは作成者に責任があると主張した。

【判決】上告棄却。

【判旨】まず、民主主義国家において表現の自由は憲法二〇条（現二一条）に基づいて厚く保護されることを述べる。一方、「憲法第九条（現一〇条、筆者）後段では、『すべての国民は……幸福を追求する権利を有する』といい、生命権、人格権などを保障しており、ある個人が国家権力や公権力または他人によって不当に人格権の侵害行為の排除と損害賠償を請求して、その権利を救済されうるようにしている」。

「したがって、私たちが民主政治を維持するにおいて必要不可欠な言論、出版等表現の自由は、時おり、個人の名誉や私生活の自由と秘密など人格権の領域を侵害する場合があるが、表現の自由に劣らずこのような私的法益も保護されなければならないため、人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障という二つの法益が衝突したときその調整をいかにすべきかは、具体的場合に社会的な諸利益を比較して表現の自由として得られる利益・価値と人格権の保護によって達成される価値とを衡量して、その規制の幅と方法を定

⁸⁹¹ 金知衡「憲法上の基本権と労働法一個別的勤労関係における議論を中心に」『憲法問題と裁判（下）』（司法研修院、一九九六年）二〇五～二〇六頁。

⁸⁹² 金兌宣「セクハラの民事責任」ジャスティス一〇二号（二〇〇九年）一五二頁。

⁸⁹³ 評釈として、李銀榮「名誉毀損責任における言論報道の真実性と公共性」『民事判例研究 XII』（博英社、一九九〇年）一五〇頁以下、梁彰洙「言論その他大衆媒体による名誉毀損に対する違法性判断」考試研究三二四号（二〇〇一年）七三頁以下。

⁸⁹⁴ 梁彰洙「最近重要民事判例動向」同『民法研究第七卷』（博英社、二〇〇三年）四〇六頁〔初出、二〇〇三年九月〕ではこの判決を言論その他メディア媒体による名誉毀損に関する判例の出発点として位置づけている。

めるべきである（下線、筆者）」。

「上記の趣旨からすると、刑事上あるいは民事上、他人の名誉を毀損した行為を行った場合にもそれが公共の利害に関する事項として、その目的がもっぱら公共の利益のための場合には、真実という証明があれば、その行為に違法性はなく、またその証明がなくても行為者がそれを真実であると信じる相当な理由がある場合にも違法性がないというべきである」とした上、「被告がこの事件の手記を雑誌に掲載するにおいて、その内容の真実性に対しては、まったく検討せず、原文の意味が歪曲されない範囲内において文章の一部だけを修正し、……そのまま雑誌に掲載したとしたら、……原告の社会的評価が低下されたと
言いうるため、被告は上記雑誌の発行者として、原告に対する名誉毀損の責任を免れ得ない」とした。

本判決は、事実を適示することに関する名誉毀損の事例である。本判決の意義は、三つ指摘することができる。第一は、包括的な人格権概念を使っている点⁸⁹⁵。第二は、憲法上認められている基本権が衝突したときの調整として「利益衡量」という手段によって違法性を判断している点⁸⁹⁶。第三は、人格権が侵害された場合における救済手段として損害賠償以外にも言及した点である。大法院はその判旨において「ある個人が国家権力や公権力または他人によって不当に人格権が侵害された場合には、人格権の侵害を理由にその侵害行為の排除と損害賠償を請求し、その権利を救済することができる（下線、筆者）」とした。この下線部分の判旨は後の大法院判決においてより具体化されることとなる⁸⁹⁷。

⁸⁹⁵ 下級審においては「人間の尊厳権」、「一般的人格権」という用語も使われており（ソウル民事地法一九八九年六月一三日宣告八六ガハプ五二六四）、依然として人格権概念が統一されていない。

⁸⁹⁶ 梁彰洙「韓国における不法行為法の展開」明淳龜ほか『世界化志向の私法—その背景と韓国・フランスの適応』（世昌出版社、二〇〇六年）二七七頁では、「ここで興味深い点は、所有権その他の絶対権が侵害された場合に対して、従来認められてきた違法性の『推定』……がここでは既に姿を隠して、衝突される他の法益との衡量を経てから初めて違法可否が決定されるという点である」と指摘した。

⁸⁹⁷ 大法院一九九六年四月一二日宣告九三ダ四〇六一四、四〇六二一で「人格権はその性質上一度侵害された後の救済手段（金銭賠償や名誉回復処分など）だけでは、その被害の完全な回復が難しく、損害填補の実効性も期待することが難しいため、人格権の侵害に対しては、事前（予防的）救済手段として侵害行為の停止・防止などの禁止請求権も認められる」（控訴審判旨の追認）とした（禁止請求権とは日本の差止請求権のことをいう。以下、禁止請求権とする）。後の大法院一九九七年一〇月二四日宣告九六ダー七八五一においては、「名誉に関する権利は一種の人格権としてみることができるものとして、その性質上一度侵害された後には、金銭賠償や名誉回復に必要な処分などの救済手段だけではその被害の完全な回復が難しく、損害填補の実効性を期待することが難しいため、このような人格権の侵害に対しては、事前予防的救済手段として侵害行為の停止・防止などの禁止請求権が認められるとみななければならない（下線、筆者）」と積極的に判旨するに至った。いかなる要件の下において禁止請求権を認めるべきかに関して、下級審判決では、名誉毀損に基づく場合には損害賠償と類似の方法で判断するべきとしたものや、あるいは損害賠償の場合より厳格な要件の下で禁止請求を認めるべきであるとしたものもあり、その判断が分かれ

第三款 一九九〇年以降

第一項 判例の紹介

一九八〇年代の民主化運動等によって韓国社会は大きく変化し、一九九〇年代以降には高まった人権意識の下で、より多様な主張が司法上においても現れることとなる。私生活・名誉など人格権に関わる判決は数えきれないほど増加したのであるが、その中でもとりわけ大きな分野を占めることとなったのは、言論等による私生活・名誉などの人格権侵害であった⁸⁹⁸。そのほかにも従来不法行為法上の議論としてあまり見られなかった新たな法的利益が次々と判例によって認められることとなる。

以下においては、幾つかの法益を類型ごとに分けて紹介する。

1. 名誉

民法七五一条において名誉が保護されていることは上で述べた⁸⁹⁹。その他にも、民法七六四条も「他人の名誉を毀損した者に対しては、法院は被害者の請求によって、損害賠償の代わりに、あるいは損害賠償と一緒に名誉回復に適切な処分を命ずることができる」とし、名誉毀損の場合の特則を規定している。その処分には、訂正報道請求、報道記事の撤回及び取消請求が含まれる⁹⁰⁰。

通説的見解によると、名誉とは、「人の人格的価値に対して社会が付与する評価、つま

ていた。これにつき、大法院二〇〇五年一月一七日宣告二〇〇三マー四七七決定では、「表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し、検閲を禁止する憲法二一条二項の趣旨に照らして、厳格かつ明確な要件を備えた場合において許容される」とした後に、「出版物に対する発行・販売等の禁止は、上のような表現行為に対する事前抑制に該当し」、「その表現行為に対する事前禁止は、原則的に、許容されてはならない」と判示した。ただ、「その表現内容が真実でなく、それが公共の利害に関する事項としてその目的が専ら公共の利益のためのものでなく、また被害者に重大かつ顕著に回復することが難しい損害を与えるおそれがある場合には、そのような表現行為がその価値が被害者の名誉に優越するものでないことが明白であり、またそれに対する有効適切な手段としての禁止の必要性も認められるために、このような実体的な要件を備えた場合に限り、例外的に、禁止請求が許される（下線、筆者）」と判示し、一定の指針を示した。

⁸⁹⁸ 言論基本法によって一九八一年設置された「言論仲裁委員会」は、一九九〇年代以降本格的に現れる言論による人格権侵害に対処する政策的保護手段であった。現在には、言論調整・仲裁など代替的紛争解決制度（ADR）に力を入れて、重要な役割を担っている。言論仲裁委員会『言論仲裁委員会三〇年史』（二〇一二年）参照。なお、言論法一般につき、日本での優れた紹介として、韓永学『韓国の言論法』（日本評論社、二〇一〇年）参照。

⁸⁹⁹ 刑法三〇七条～三一二条においても名誉に関する罪を規定する。三〇七条「公然と事実を適示して人の名誉を毀損した者は、二年以下の懲役または禁錮、あるいは五〇〇万ウォン以下の罰金に処する。

⁹⁰⁰ 梁三承「民法七六四条に関する研究—訂正報道の具体的方法に関して」言論仲裁一三巻五号（一九九三年）六頁以下。

り『外部的評価』である」と説明される⁹⁰¹。判例においても、早い時期から「民法第七六四条でいう名誉とは、人の品性・徳行・名声・信用等、世上から受ける客観的な評価をいう」との理解を示している⁹⁰²。一方、刑法三〇七条における「名誉」概念に関しては、代表的学説によると、次のように言われている⁹⁰³。名誉とは、①人格の純粋な内部的価値(内的名誉)、②人の人格的価値とその道徳的・社会的行為に対する社会的評価(外的名誉)、③人の人格的価値に対する自分自身の主観的な評価ないし感情(名誉感情)があるとし、このうち②だけが刑法上の名誉毀損罪を構成する。刑法での名誉と同様に、民事上の名誉も「社会的名誉」を指すものと理解されているために、自然人ではなく、法人に対しても名誉が保護される⁹⁰⁴。

言論による名誉毀損については、上で紹介した大②判決がその先例的意義を有している。この判決は、公益性と相当性の法理を展開している。また名誉と表現の自由が抵触する場合に、この公益性と相当性の法理が名誉毀損の違法性を判断する際において新たな基準になった⁹⁰⁵。

その後の裁判例では「公益性」を緩和させるものがあった。たとえば、大法院一九九六年一〇月一日宣告九五ダ三六三二九判決では、「ここで『専ら公共の利益に関するとき』というものは、適示された事実が客観的にみて、公共の利益に関するものであって、行為者も公共の利益のためにその事実を適示したものであって、……(その)可否は、当該適示事実の具体的内容、当該事実の公表がなされた相手方の範囲、その表現の方法など、その表現自体に関する諸般の事情を勘案すると同時に、その表現によって毀損されたが毀損され得る名誉の侵害程度などを比較・考慮して決定すべき」であるとして、「行為者の主要な目的や動機が公共の利益のためのものであるならば、付随的に他の私益的動機が内

⁹⁰¹ 郭潤直『債権各論』(博英社、一九九五年)六五六頁、李銀栄『民法Ⅱ債権総論・債権各論・親族相続法〔第五版〕』(博英社、二〇〇五年)四九六～四九七頁。

⁹⁰² 大法院一九八八年六月一四日宣告八七ダカー四五〇判決、大法院一九九七年一〇月二八日宣告九六ダ三八〇三二判決、大法院一九九九年二月九日宣告九八ダ三一三五六判決等。

⁹⁰³ 李在祥『刑法各論』(博英社、一九九八年)一六六頁。

⁹⁰⁴ 大法院一九九六年六月二八日宣告九六ダ二六九六判決では、「法人の目的事業遂行に影響を及ぼす程度で、法人の社会的名声、信用を毀損して、法人の社会的評価が侵害された場合には、その法人に対して不法行為を構成するというべきである」と判示する。一方、法人の名誉等が他人によって侵害された場合に救済は当然に行われるべきであるとして、「法人の人格権侵害に対する損害賠償請求権の主体可否に関する議論には実益がない」とする見解として、『注釈民法 債権各則七〔第三版〕』(二〇〇〇年)四三頁〔朴哲雨執筆〕。

⁹⁰⁵ 金載亨「人格権に関する判例の動向」民事法学二七号(二〇〇五年)三五四頁〔以下、「判例の動向」とする〕。ただ、梁彰洙「言論その他大衆媒体による名誉毀損に対する違法性判断」考試研究三二四号(二〇〇一年)七八頁では、「この判決の判断内容は実際その事案に直接対応する範囲をはるかに超えるものである」と指摘する。金載亨・三五五頁注八では、相当性問題を違法性としてではなく、故意・過失の問題として扱う一群の判例も存在し、これは最判昭和四一年六月二三日民集二〇巻五号一一一八頁の立場と同様であると指摘する。

包されていたとしても⁹⁰⁶、公共の利益のためのものであるとみななければならない（下線、筆者）」として不法行為の成立を否定した。また、歴史的事実に関するものである場合にも「相当性」が緩和される。大法院一九九八年二月二七日宣告九七ダ一九〇三八判決では、「特に適示された事実が歴史的事実である場合に、時間の経過によって、次第に死者や遺族の名誉よりも歴史的事実に対する探究または表現の自由が保護されるべきであり、また真実の可否を確認することができる客観的資料にも限界があり、その確認が容易でない点も考慮されるべきである」と判示し、当該事件の事実が真実でなくても、放送者が「真実であると信じ、かつそのように信じることに相当の理由があった」ため、不法行為責任が成立しないとした⁹⁰⁷。

公益性・相当性の法理は、「公人」理論とは、論理を異にする。相当性の基準は、被告に存在した事情を基準とするのに対して、公人理論は、原告の身分を基準にするものである。ただ、被告に報道内容が真実でなくても責任を免除させるという考え方は共通するものがある⁹⁰⁸。大法院一九九八年五月八日宣告九七ダ三四五六三判決では、「被害者が公的な人物であるとして、放送など言論媒体の名誉毀損行為が現実的な悪意に基づくものであることを、その被害者に立証しなければならないというものではない」と判示して、公人理論を排斥した。

しかし、この判決は名誉毀損事件につき「公人」と「私人」を別に扱うということまでは、その射程が及ぶものではなかった。段々と大法院判決では、両者を区別する方向に向かう。犯罪報道に際して被疑者につき匿名報道の原則を表明した最初の判決である大法院一九九八年七月一四日宣告九六ダ一七二五七判決では「一般的に大衆媒体の犯罪事件報道は、犯罪行態を批判的に照明し、社会的規範がいかなる内容を有しており、それを違反した場合にそれに対する法的制裁がいかに、どのような内容で実現されるかを知らせて、ひいては、犯罪の社会文化的な所与を明らかにさせ、それに対する社会的対策を講究するなど、世論形成に必要な情報を提供するなどの役割を担うものとして信じられており、したがって、大衆媒体の犯罪事件報道は公共性があるものと扱うことができる。しかし、犯罪自体を報道するために、必ず犯人や犯罪被疑者の身分を明示する必要があるものではなく、犯人や犯罪嫌疑者に関する報道が必ず犯罪自体に関する報道と同じ公共性を有するものとは言えないであろう」と一般論を述べて、本件において原告Xと訴外Aは「平凡な市民としていかなる意味においても公的な人物でない以上、一般国民としては、被告言論各社が適示した犯罪に対してはこれを知るべき正当な利益があるとしても、その犯人が原告Xと訴外Aであるというものまで知るべき正当な利益があるとまで言うことはできない」と判示した

⁹⁰⁶ この例の場合は、政治家として人気を集めて選挙に当選しようとする目的。

⁹⁰⁷ 評釈として、許根寧「ノンフィクション歴史ドラマでの特定人物に対する描写と名誉毀損による損害賠償責任」大法院判例解説三〇号（一九九八年）一六五頁以下。

⁹⁰⁸ 文在完「公人に関する最近名誉毀損法理の比較研究」言論仲裁二四卷一号（二〇〇四年）二頁。

⁹⁰⁹。ただ、この判決は公共性を判断するに際して公人であるか否かを判断するだけであって、正面から公人理論を扱ったものではない。その後、大法院二〇〇二年一月二二日宣告二〇〇〇ダ三七五二四、三七五三一判決に至って⁹¹⁰、「言論・出版の自由と名誉保護の間の限界を設定するにおいて、表現された内容が私的関係に関するものか、公的関係に関するものかによって差が存在するという点にも注意しなければならない。つまり、当該表現によって被害者が公的な存在であるか私的な存在であるか、その表現が公的な関心事案に関するものか、純粋に私的な領域に属する事案に関するものか、その表現が客観的に国民が知るべき公共性、社会性を備えた事案に関するものとして、世論形成や公開討論に寄与するものであるか否かを問い直して、公的存在に対する公的関心事案と私的な領域に属する事案の間で審査基準に差を設けるべきである。当該表現が、私的な領域に属する事案に関する場合には、言論の自由よりは名誉の保護という人格権が優先することができるが、公共的・社会的な意味を有する事案に関する場合には、その評価を異にするべきであり、言論の自由に対する制限も緩和されるべきである。そして被害者が当該名誉毀損的表現の危険を自招したものの可否もまた考慮されるべきである（下線、筆者）」と判示して公人理論を明示的に受け入れており⁹¹¹、その後も同旨の判決が出されているため確立された法理として理解できる⁹¹²。

一方、事実を適示する表現行為による大②とは事例が異なる、意見・論評による名誉毀損についても、一群の判例の展開が存在する。まず、先例として意義を有する判決は、大法院一九九九年二月九日宣告九八ダ三一三五六判決である。「民事上、他人に対する名誉毀損、つまり人間の品性、徳行、名声、信用などの人格的価値に関して社会から受ける客観的な評価を低下させることは事実を適示する表現行為のみならず、意見または論評を表明する表現行為によっても成立することがある。しかし「どの事実を基礎にして、意見または論評を表明することによって、他人の名誉を毀損する場合には、その行為が公共の

⁹⁰⁹ 斐炳日「言論機関の犯罪報道と名誉毀損」民事法学二二二号（二〇〇二年）一七二頁以下参照。

⁹¹⁰ 評釈は数多いが、金珉中「公的存在・公的関係と名誉毀損責任—大法院二〇〇二年一月二二日宣告二〇〇〇ダ三七五二四判決」ジャスティス七五号（二〇〇三年）一四五頁以下。韓渭洙「公人に対する名誉毀損の比較法的一考察：現実的悪意原則を中心として」ジャスティス六九号（二〇〇二年）一三一頁以下のみを挙げておく。

⁹¹¹ 大法院としては当該判決が初めてこれを認めるのであるが、この引用文には、「憲法裁判所一九九九年六月二四日宣告九七憲マ二六五決定参照」となっており、憲法裁判所がより先に判示したことから影響を受けている。憲法裁の事件は、都議会議員らが金日成に追悼手紙を送ったという事実を報道した地方新聞社に対して議員たちが刑法上の名誉毀損罪を主張して告訴したが検察が無嫌疑処分を下したことにつき刑法に関して憲法訴願を請求した事例である（請求棄却）。

⁹¹² 同旨として、大法院二〇〇三年七月八日宣告二〇〇二ダ六四三八四判決、大法院二〇〇三年七月二二日宣告二〇〇二ダ六二四九四判決、大法院二〇〇三年九月二日宣告二〇〇二ダ六三五五判決、大法院二〇〇四年二月二七日宣告二〇〇一ダ五三三八七判決、大法院二〇〇一年九月二日宣告二〇一〇ドー七二三七判決など。

利害に関する事項に関係し、その目的が公益を図るものであるときには、そのような意見または論評の前提となる事実が重要な部分において真実であるという証明があるか、その前提となる事実が重要な部分において真実であるという証明がないとしても、表現行為を行った人がその前提となる事実が重要な部分において真実であると信じるにつき相当な理由がある場合には、違法性がない」とした。つまり、意見や論評は、それが侮辱に該当しない限り、不法行為になることは少ない⁹¹³。そうすると、いかなる条件の下で、事実の適示、意見または論評を区別することができるのか。これにつき、同判決は、「そこで使用された語彙だけを通常の意味に従って理解する場合には、それが証拠によってその真意を決定することが可能な他人に関する特定の事項を主張することであると直ちに解釈されない場合でも、当該部分の前後の文脈と記事が掲載されるときに一般の読者が有している知識ないし経験などを考慮してみて、その部分が間接的に証拠によってその真意を決定することが可能な他人に関する特定の事項の主張するものであると理解されるならば、その部分は事実を適示することとみななければならない、これを黙示的に主張するものと理解できれば、意見または論評の表明とともにその前提となる事実を適示するものとみななければならない（下線、筆者）」と判示した。下線の部分からも分かる通り、この判決では必ずしも事実の適示に関して十分に明らかな判断枠組みが形成されたと言えるものではなかった。

その後の判決では、「ここでいう事実の適示とは、必ずしも事実を直接的に表現したものに限定するものではなく、間接的かつ迂回的な表現によっても、その表現の全趣旨に照らしてそのような事実の存在を暗示し、またこれによって特定人の社会的価値ないし評価が侵害される可能性がある程度の具体性があるだけで足りる（下線、筆者）」と述べ、より明確な形で事実の適示に関して見通ししやすい基準を定立させた⁹¹⁴。なお、刑事上の判決ではあるが「具体的な事実の適示は、出版物の内容のなかで直接的に明示される必要まではないといっても、少なくとも出版物内容のなかの特定文句によってそのような事実が直ちに類推され得るほどの表現は存在する必要がある」と述べたものもある⁹¹⁵。

名誉が侵害された場合には、相手方に対して、損害賠償と共に、名誉回復に適切な処分を請求することができる⁹¹⁶。禁止請求権に関しても上で述べたとおりである。その他にも、名誉毀損の場合には、反論権、訂正報道請求権が一般的に侵害の回復手段としてよく用いられるものである⁹¹⁷。ただ、後に述べるように、憲法裁判所の限定違憲決定によって謝罪広

⁹¹³ 梁彰洙「言論その他大衆媒体による名誉毀損に対する違法性判断」考試研究三二四号（二〇〇一年）八六頁。

⁹¹⁴ 大法院二〇〇〇年七月二八日宣告九九ダ六二〇三判決、大法院二〇〇二年一月二二日宣告二〇〇〇ダ三七五二四判決、大法院二〇〇四年八月一六日宣告二〇〇二ダ一六八〇四判決など。

⁹¹⁵ 大法院二〇〇七年六月一五日宣告二〇〇四ト四五七三判決。

⁹¹⁶ 大法院一九八八年六月一四日宣告八七ダカー四五〇判決。法人格なき社団に関しても同旨である（大法院一九九〇年二月二七日宣告八九ダカー二七七五判決）。

⁹¹⁷ 咸錫泉「人格権侵害とその回復に適切な処分」『裁判実務研究（一）言論関係訴訟』（二〇〇八年）四三〇頁以下。

告はできない。

2. 私生活⁹¹⁸

言論報道その他による私生活の侵害の問題が裁判上本格化するのも、一九九〇年代中盤からである⁹¹⁹。その理由としては、それまで私生活の侵害がまったく問題にならなかったわけではないが、名誉毀損に包摂させた形で主張されていたために、私生活それ自体が表に出てこなかった面があったとの指摘がある⁹²⁰。またこれにつき、梁彰洙は、プライバシー概念が「内容のあるものになるためには、一定の文化的前提、たとえば、個人の発見と個人ないし個性の自立化に優位を置く価値権の確立、社会の民主化等が必要である」と述べた⁹²¹。その後、現れた下級審判決として著名なものが、モデル小説に関するソウル地方法院一九九五年六月二三日宣告九四カハプ九二三〇判決である⁹²²。この判決は、著名であった韓国人の核物理学者をモデルとして描いた小説二編につき、遺族らが姓名・肖像・名誉毀損・私生活等への侵害を訴えたものであった。私生活侵害の部分だけを幾つか取り上げる。小説 A に関して、故人が生前に書いた手紙を公開した点については、「故人が上記手紙を公開することを黙示的に承諾したとみることができる以上、上記手紙の公開が上記故人の人格権

⁹¹⁸ 私生活の語を明示的に示した最初の判例である大法院一九七四年六月一日宣告七三ダ一六九一判決は、学校（被告）の校舎の建築において近隣住民（原告）の土地境界線と接したことにより（一部侵入）、学校からの雨水や各種ゴミが隣の家と庭に落ちかつ騒音も酷かったことに対して校舎の撤去等を求めた事案であった。これにつき「人が、その独占的支配下にある住宅内部で私生活を行うに際して、外部から遮断されて公開されず自由に起居し振る舞うことは、人間の自由権に属する侵害されてはならない一つの法益であるというべきである」と判示し、原告に慰謝料として各三〇万ウォンを認めた控訴審を支持した。それ以来、大法院は基本的には「私生活」という用語を使ってきたが、大法院一九九九年一月二六日宣告九八ダ二三八五〇判決において「プライバシー」という用語を初めて使っている（控訴審追認、上告棄却）。

⁹¹⁹ 梁彰洙「私生活秘密の保護—私法的側面を中心として」ジャスティス七六号（二〇〇三年）四七頁以下〔以下、「私生活秘密の保護」とする〕。

⁹²⁰ 韓渭洙「プライバシー侵害関連国内判決の動向」言論仲裁一九卷二号（一九九九年）四八頁。同頁では、「プライバシー侵害を明示的に認めた公刊された最初の判例」としてソウル民事地方法院一九九三年一月二七日宣告九三ガハプ二五三四四判決を掲げる。ただ、この判決も専ら名誉毀損だけを検討し、結論において私生活が侵害された点を述べるだけである（梁彰洙「私生活秘密の保護」四八頁注四四）。

⁹²¹ 梁彰洙「情報化社会」五二八頁。

⁹²² この判決は、私生活以外にも、姓名権・肖像権・パブリシティなど様々な法益が主張された事例であり下級審判決例であっても著名なものである。この判決につき、金載亨「モデル小説と人格権」人権と正義二五五号（一九九七年）四四頁以下参照〔以下、「モデル小説」とする〕。

またはプライバシーを侵害したとみることはできず、我が社会で公人になった上記故人が母に送った上記手紙で自身の生活などを主に記述しながら、妻子である申請人たちの近況などを簡略に言及したとしても、申請人ら自身の人格権またはプライバシーを侵害したという理由で、上記手紙の公表に対する禁止を請求することはできない」と判示した。小説 A の公開による私生活の侵害については、「故人は優れた物理学者として我が国民たちにお手本になることができる人として公的人物になったということが出来るが、この場合に、上記故人とその遺族の申請人たちは、彼らの生活像⁹²³が公表されることは一定程度受忍すべきであるために、上記故人と申請人らの人格権またはプライバシーが侵害されたとみることはできない」と判示した。小説 B に関しても、「操作された日記や手紙を引用して、日記を捏造したとしても、いわゆる『負の著作権』が認められないというのは、上記でみたのと同じであり、操作された日記なども小説の構成部分を成すものであり、上記小説が、全体的に上記故人に対する名誉毀損に当たらない以上、上記故人と申請人らの人格権またはプライバシー権を侵害したとみることはできない」と判示した。この判決では、公的人物の場合には、ある程度の私生活の公表は受忍しなければならないとする。しかし、私生活の侵害をどこまで受忍すべきかについての判断なしに私生活侵害自体を否定することに関しては論理的に問題がなくはない⁹²⁴。また、名誉毀損の枠組のなかで、あるいは「人格権またはプライバシー」という用語でもって私生活の判断をしており、とくに私生活の公表についての法的な判断は行っていない。用語の関係でいえば、小説 A に関する判示では、「プライバシー」、小説 B に関する判示では、「プライバシー権」という用語上の統一の問題も存在する。

私生活の秘密の保護に関する判例として先例として重要であるのは、次の判決である。

(大③) 大法院一九九八年七月二四日宣告九六ダ四二七八九判決 (保安司事件)

【事案】被告である旧韓国軍保安司令部⁹²⁵ (以下、保安司という) が約一三〇〇名の民間人に対して、人的事項・家族事項・学歴・職歴などの個人情報⁹²⁶の査察を行ったことが、兵役として勤務していた訴外の人によって一九九〇年に暴露されたために、その査察の対象となった原告らが国を相手に不法行為を理由に旧国家賠償法二条に⁹²⁷基づく損害賠償を請求

⁹²³ 梁彰洙「私生活秘密の保護」四九頁では「生活相」と訳している。

⁹²⁴ 梁彰洙「私生活秘密の保護」四九頁でも「ここでは社会的評価が高められた以上、私生活の侵害を問題とすることを否定的に評価する態度、言い換えれば、個人の私的領域の『意味』に対する鈍感が隠れているのではなかろうか」と指摘する。

⁹²⁵ 現在の「国軍機務司令部」という名称であって、軍事に関する情報収集ないし取り調べを目的に創設された国防部直轄の情報機関である (大統領令第二二〇〇七号の国軍機務司令部令に基づく)。

⁹²⁶ 控訴審 (ソウル高等法院一九九六年八月二〇日宣告九五ナ四四一四八) の判決理由における事実認定によると、一三〇〇人の中には政治家 (金泳三、金大中、盧武鉉)・法曹・教授・宗教指導者などの知識人も含まれていた。

⁹²⁷ 旧国家賠償法第二条第一項「国家または地方自治団体は公務員が、その職務を執行するにおいて、故意または過失によって法令に違反して、他人に損害を加えたり、自動車損害

した。第一審⁹²⁸は、違法な査察行為によって被害者の人間としての尊厳と価値及び幸福追求権、私生活の秘密と自由などが侵害され原告らの人格的存在としての自由な意思や行動に打撃を受けたため、被告に精神的損害を賠償する責任があるとした。一方、控訴審では、保安司が情報収集及び管理において民間人を対象にその動向監視の目的の下で尾行・聞き込みなどによって、思想・信条を含む個人の私的情報を無制限に秘密裡に収集・管理した点、管理の不徹底で私的情報が流出・公開された点に照らすと、職務範囲を超えた違法なものであり、原告の自己情報統制権を侵害され、かつ私生活の秘密と自由を侵害されたと認定し、一人当たりの慰謝料を二〇〇万ウォンを認めた。被告上告。

【判決】上告棄却。

【判旨】「……憲法一〇条は『すべての国民は人間としての尊厳と価値を有しており、幸福を追求する権利を有する。国家は個人が有する不可侵の基本的な人権を確認し、これを保障する義務を負う』と規定しており、憲法一七条は、『すべての国民は私生活の秘密と自由を侵害されない』と規定する。これら憲法規定は、個人の私生活に関する活動が他人から侵害されたり、私生活がみだりに公開されたりしない消極的権利はもちろん、今日のように高度に情報化された現代社会において、自身に対する情報を自律的に統制しうる積極的権利までも保障するのにその趣旨があると解される。」「……被告傘下国軍保安司令部が、法令に規定された職務範囲を超えて、民間人である原告らを対象に平素の動向を監視・把握する目的で持続的に個人の集会・結社に関する活動や私生活に関する情報を尾行、網員活用、探問採集などの方法で秘密裡に収集・管理したとしたら、これは、憲法によって保障される原告らの基本権を侵害するものとして不法行為を構成する（下線、筆者）」とした。「公的人物に対しては、私生活の秘密と自由が一定な範囲内において制限されて、その私生活の公開が免責される場合もあり得るが、これは公的人物が通常人と比べて一般国民の知る権利の対象になり、その公開が公共の利益になることに基づくものであるため、この事件のように一般国民の知る権利とは関係なく、国家機関が平素の動向を監視する目的で個人の情報を秘密裡に収集する場合には、その対象者が公的人物である理由だけでは免責されない」。

本判決は、収集された情報が第三者に公開されていないとしても、収集・管理自体が既に違法な行為に該当することを明白に指摘した点において意義を有する⁹²⁹。ただ、第一審から大法院に至るまでに、私生活の秘密と自由の法的根拠に関して理解の相異が存在する。第一審は、憲法一七条で私生活の秘密と自由が保障されるとして、同法三七条二項による基本権制限の法理を検討した⁹³⁰。一方、控訴審は、人格の自由な発現権としての人格権を憲

賠償保障法の規定によって損害賠償の責任がある場合には、この法によってその損害を賠償しなければならない。但書省略」。

⁹²⁸ ソウル地法一九九五年九月二九日宣告九一ガハプ四九三四六。

⁹²⁹ 梁彰洙「私生活秘密の保護」五二頁。金載亨「判例の動向」三七七頁も同旨。

⁹³⁰ 人格権に関する言及は存在しない。

法一〇条、三七条一項から導いており、私生活の秘密と自由は憲法一七条に基づくとしている。憲法一七条の私生活に関する権利は、①私生活の秘密の自由、②私生活平穏および形成の自由、③情報管理統制権に分けられると理解する。これに対して、大法院は、いずれの理解とも異なった憲法一〇条と一七条の規定に基づいて、個人の私生活に関する権利を、①個人の私生活がみだりに公開・侵害されない消極的権利と、②自己情報を自律的に統制することができる積極的権利とに分けて理解する。憲法一〇条と一七条との関係においては後で検討するとして、ここでは、憲法一〇条と一七条の組み合わせから、下線の消極的・積極的権利を導き出した点だけを確認する⁹³¹。学説上は、本判決によって、自己に関する情報を自律的に統御しうる権利を認めたと理解するものもあるが⁹³²、その解釈は大法院の判旨の傍論にすぎず⁹³³、拡大解釈と考えるべきである。また、学説上は指摘されていないが、本判決で重要なものとしてさらに注目しなければならないところは、憲法上の基本権侵害によって直ちに民事上の不法行為を構成すると判示した下線のところである⁹³⁴。憲法の私法に対する直接適用説ないし無適用説が少数説としてあまり有力に主張されないなかで、このような判示が出た点は特筆に値する点である。

大③が国家と私人との間における事案であったのに対して、次の判決は私人間における事案としてより注目された。

(大④) 大法院一九九八年九月四日宣告九六ダ一三二七判決 (PD手帳事件) ⁹³⁵

【事案】被告の一人である「PD手帳」というテレビ番組の製作チームは、一九九四年六月頃シリコン・バックを利用した乳房整形手術の現況と問題点を取材・放映することで手術の副作用に対する補償が可能な点を広く知らせ、乳房整形手術に関する正しい情報を提供するという意図のもとで取材を始めた。乳房拡大手術による副作用に関する事例を探している途中、乳房拡大手術のあと苦労している原告を知ることとなり、その後彼女のことを取材してきた。同番組は同年七月五日に放送されたが、放送中二回にわたり原告のインタ

⁹³¹ この判断枠組みは後の下級審裁判例（ソウル中央地方法院二〇〇九年五月二九日宣告二〇〇八ガハプ四〇六六八判決）において踏襲されている。

⁹³² たとえば、丁相朝、権英俊「個人情報の保護と民事的救済手段」法曹五八卷三号（二〇〇九年）七頁注一、文在完「個人情報の概念に関する研究」公法研究四二輯三号（二〇一四年）六五頁注二七など。

⁹³³ 未見であるが、李仁皓「個人情報に関する人格的利益の保護法理」韓国憲法学会／大法院憲法研究会二〇一一年一月一九日の発表（未公刊）。洪眞映「個人情報自己決定権と個人情報処理の自由衝突の司法的解決」民事判例研究三五卷（二〇一三年）七四五頁注一四での指摘による。

⁹³⁴ 根拠条文として、民法七五〇条、憲法一七条を掲げている。

⁹³⁵ 評釈として、許根寧「私生活に関する事項の公開とそれによる損害賠償請求」大法院判例解説三一号（一九九九年）九三頁以下。控訴審（ソウル高等法院一九九六年二月二日宣告九五ナ二五八一九）に関する詳細な検討として、金載亨「言論の事実報道による人格権侵害」ソウル大法学三九卷一号（一九九八年）一八九頁以下参照。

ビューが流れた。その際、原告の本名の代わりに仮名を使用し、原告の顔右側から照明を当て壁に現れた影を放映する方式で画面処理を行っていた。しかし、横顔の輪郭がそのまま表れた。また、原告の肉声には加工処理をせず、そのまま放送した。これに対し、原告を知っている親戚や知人が原告であることを特定できかつ原告が乳房拡大手術を受けたという事実が知らされたため、原告は私生活を侵害されたとして損害賠償を請求した。控訴審が上記賠償請求を認容したため⁹³⁶、被告がこれに不服、情報公開における公共性・公益性、原告の承諾の効力を主張し上告した。

【判決】 上告棄却。

【判旨】 公共性・公益性について、「憲法第一〇条は『すべての国民は人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求する権利を有する』、同法第一七条は『すべての国民は、私生活の秘密と自由を侵害されない』、同法第二一条第四項は『言論・出版は、他人の名誉や権利または公衆道徳や社会倫理を侵害してはならない。言論・出版が他人の名誉や権利を侵害したときは、被害者はこれに関する被害の賠償を請求しうる』と、それぞれ規定しており、刑法第三一六条⁹³⁷、第三一七条⁹³⁸では、個人の私生活の秘密と平穩を保護するために一定の個人の秘密を侵害したり、漏えいした行為を処罰する規定を設けているところ、これらの規定を総合して考えると、人は自身の私生活の秘密に関する事項をみだりに他人に公開されない法的利益を有するため、個人の私生活の秘密に関する事項は、それが公共の利害に関連して公衆の正当な関心の対象となる事項でない限り、秘密として保護されるべきであり、これを不当に公開することは不法行為を構成するべきである」との一般論を述べた後、「被告会社がこの事件プログラムを放送したことは、一般国民らにシリコン・パックを利用した乳房拡大手術の危険性を知らせて、それによる補償方法などに関する情報を提供するためのものであって、公共の利害に関する事項に対して公益を目的としたものであるというべきであるが、そのような手術を受けて副作用で苦勞している事例として、上記放送で紹介された人が誰であるかという点は、個人の私生活の秘密に属する事項であり、公衆の正当な関心の対象となる事項とは言えず、……適切な処置を取らず原告の周囲の人たちにおいて原告が上記手術を受けた事実を知ることができたのは、原告の私生活の秘密

⁹³⁶ 控訴審は原告の年、職業、結婚及び離婚経歴、この事件放送経緯と放送内容、放送時間及び放送後の結果等を斟酌し、原告が被った精神的苦痛につき一〇〇〇万ウォンの慰謝料を認めた。

⁹³⁷ 刑法三一六条（秘密侵害）封緘された物その他秘密装置を行った人の手紙、文書あるいは図画を開封した者は、三年以下の懲役あるいは禁固または五〇〇万ウォン以下の罰金に処す。

⁹³⁸ 刑法三一七条（業務上秘密漏えい）①医師、看護師、歯科医師、薬剤師、薬種商、助産師、弁護士、弁理士、公認会計士、公証人、代書業者やその職務上の補助者またはこれらの職にいた者がその業務処理中、取得した他人の秘密を漏えいしたときには、三年以下の懲役または禁錮、一〇年以下の資格停止または七〇〇万ウォン以下の罰金に処する。②宗教の職にある者またはあった者がその職務上取得した人の秘密を漏えいしたときも前項の刑と同様である。

を無断で公開したものとして不法行為を構成する」と判示した。

また、原告の承諾の効力については、「……本人の承諾を得た場合においても、承諾の範囲を超えて、承諾当時の予想とは異なる目的や方法でこれらの事項を公開する場合、これを違法なものと言わなければならない」とし、「被告一は、原告から何人も原告であることを知ることができないようにしてくれという条件の下で取材及び放映の承諾を受けた以上、映像をモザイク模様で隠し音声を変調するなど、原告周辺の人々を含む一般人が被撮影者が原告であることを知ることができないよう適切な措置を取った後にこれを放映すべきであり、このような方法によって原告の身分露出を防ぎ得たにもかかわらず、視聴者の関心を引くための方便としてこのような方法を取らずに、原告の肉声をそのまま放送するなど、前で述べたような方法で放送することによって、原告周辺の人々をして被撮影者が原告であることを知ることができるようにさせた以上、これは原告の承諾範囲を超えて承諾当時の予想とは異なる方法で不当に原告の私生活を公開したとみるのが相当である（下線、筆者）」と判示した。

本判決は、大法院レベルにおいて私人間において個人の私生活の秘密を無断公開したことを理由に不法行為責任を肯定した初めての判決である⁹³⁹。従来、私生活の秘密が違法に公開された事例に関して名誉毀損の問題として扱ったものがあつた⁹⁴⁰。しかし、本判決の登場によって、従来名誉毀損として処理されていた一定の事項を私生活の秘密の公開の問題として扱う道が開かれたのである。また、私生活の秘密を公開する際において、公共の利害に関する事項に対して公益を目的としたものであり、公衆の正当な関心の対象となる場合には、免責されると判断した部分も注目される⁹⁴¹。その後も、私生活の侵害における免責事由として「公衆の正当な関心事」基準を採る下級審裁判例が現れることからこの基準は定着したといえる⁹⁴²。ただ、私生活への侵害に関しての存否の問題と、違法性阻却ないし免責

⁹³⁹ 梁彰洙「私生活秘密の保護」五四頁、金載亨「判例の動向」三七七頁。

⁹⁴⁰ 大法院一九六七年七月二五日宣告六七ダ一〇〇〇判決。寡婦と情交関係をもった者が、その事実を部落民に流布したときには、特段の事情がない限り、寡婦の名誉を毀損するとして損害賠償を肯定。大法院二〇〇一年六月二六日宣告二〇〇〇ダ四四九二八判決では、「プライバシー権」を使っており、用語の使用は混乱している。梁彰洙「情報化社会とプライバシーの保護」同『民法研究 第一巻』（博英社、一九九一年）五一五頁〔初出、一九九一年〕〔以下、「情報化社会」とする〕では、大法院一九六七年七月二五日宣告六七ダ一〇〇〇判決（町の人々に原告と情交したという噂を広げたことにつき原告が名誉毀損されたとして訴えた事案、慰謝料肯定）を私生活侵害に関する最初の判決であるとする。

⁹⁴¹ 金載亨「判例の動向」三七九頁では、この点を指し、本判決で「最も核心的な判断」であると述べる。また、裁判研究官の解説では、「公衆の正当な関心事」という表現は、「アメリカでの legitimate public concern と概念から由来したものとみられる」と述べる（許根寧・前掲注九三五）一〇八頁）。

⁹⁴² この基準を撮る下級審として、ソウル地法二〇〇一年一月一九日宣告二〇〇一ガハプ八三九九判決（芸能人の結婚予定の事実）、ソウル地法二〇〇一年一月二六日宣告二〇〇一ガハプ二五三八七判決、ソウル地法二〇〇二年一月二六日宣告二〇〇二ガハプ一三九八

事由としての問題が、しばしば混在しているために、両者をいかに考えるかに関しては今後の課題となる。

本件事例において、被告が原告のインタビューを報道しながら原告の顔輪郭と音声をそのまま放送したことを、肖像権と音声権を侵害したとし、私生活の秘密のみならず、肖像権と音声権が侵害されたと解釈する理解がある⁹⁴³。ただ、このように解釈するためには、漸く不法行為法上の保護法益として「市民権」を得た私生活（あるいは名誉毀損から自立した私生活）と、肖像・音声がいかなる関係に立つのかを明確にすることが必要ではなかろうか。それを肖像権・音声権と呼ぶかは別として、たとえば顔や声など、人の自己同一性を表すものとして身体ないし身体の一部を構成するものは、本人の許可なしに他人にみだりに公開されてはならないものとして法的保護に値するものである。七五〇条が権利構成を要請していないにもかかわらず、何故、これらの法益を権利と言えるのかなどの問題を検討したうえで、上記のように解釈する必要があるだろう。なお、本判決では、プライバシーという用語を使わなかったことも注意すべきである。

一方、判示の冒頭で述べた一般論も注目すべきことがある⁹⁴⁴。大⑤判決との関係でいえば、憲法と刑法の条文を根拠として掲げながら、最終的に私生活を不当に公開したことは民事上の不法行為を構成すると判示した点は、やはり憲法の私法に対する直接適用に近い趣旨を述べたとして理解することも不可能ではないように思われる。

（大⑤）大法院二〇〇六年一二月二二日宣告二〇〇六ダ一五九二二判決⁹⁴⁵

【事案】原告と訴外Aはマンション再建築組合の組合員であり、被告は同組合の組合長である。再建築組合としてはその事業の遂行のためには訴外Aが所有する土地の所有権を取得しなければならないところ、訴外Aは高値で売り渡すつもりであって、組合と利害が対立していた。被告は二〇〇二年一二月に「再建築住宅組合お知らせ」というビラを組合員一二〇世帯に発送し、掲示板にも公告した。そのビラは原告と訴外Aとの会話を引用しながら二人を批判する内容のものであった。原告はビラ記載の発言を行ったことがないにもかかわらず、虚偽事実を適示するビラを配布することによって誤解を招き、原告の社会的評価を低下させるとして名誉毀損に当たると主張した。控訴審は被告の行為が違法であるし、私生活の秘密を侵害するものと判断して原告の主張を認めたが、被告は公共の利益のためのものであったため違法性がないと主張して上告。

【判決】控訴審判決を破毀し、ソウル高等法院に事件を差し戻す。

【判旨】

五判決など。

⁹⁴³ 金載亨「判例の動向」三七九頁。

⁹⁴⁴ この枠組は、大法院二〇一三年六月二七日宣告二〇一二ダ三一六二八判決でも踏襲される。

⁹⁴⁵ 評釈として、金時徹「人格権侵害の類型と私生活の秘密の保護領域」大法院判例解説六三号（二〇〇七年）一八六頁以下。

「刑事上も民事上も他人の名誉を毀損する場合にもそれが真実として専ら公共の利益に関するときには、その行為に違法性がないというべきであるが、ここで『専ら公共の利益に関するとき』というのは、適示された事実が客観的にみて公共の利益に関するものとして、行為者も公共の利益のためにその事実を適示したものであり、この場合にも適示された事実が公共の利益に関するものであるか否かは、その適示された事実の具体的内容、その事実の公表が行われた相手方の範囲、その表現の方法などその表現自体に関する諸般の事情を考慮すると同時に、その表現によって毀損されうる名誉の侵害程度などを比較・衡量して決定すべきであり、行為者の主要な目的や動機が公共の利益のためのものであるならば、付随的に他の私益的動機が含まれていたとしても、行為者の主要な目的や動機が公共の利益のためのものとみるべきである」。

「私生活に関する事項の公開が私生活の秘密を侵害したものであるとして違法であるとするためには、少なくともその公表された事項が一般人の感受性を基準として、その個人の立場に立ったときに公開されるのを望まないものに該当すると認められ、同時に一般人に未だ知られていないものとして、それが公開されることによってその個人が不快感や不安感を抱く事項などに該当するものをいうべきである」。

本判決は、真意の可否が不明確な事実の適示による名誉毀損行為に関する違法性判断などに関する従来判例を維持しながら、狭義の名誉毀損の主張と共に提起された、私生活の公開による私生活の秘密の侵害に関する要件および限界を判断した⁹⁴⁶。私生活の公開における違法性の基準として、次の三つ、つまり、①一般人の感受性、②その個人の立場からの不快感・不安感、③未公開事項であることを同時に満たす必要がある。本件で原告は、被告の行為が名誉毀損に当たると包括的に主張したが、主張内容を厳密に分析すると、狭義の名誉毀損ではなく、他の類型の人格権侵害である私生活の侵害に関する主張が含まれている⁹⁴⁷。

3. セクハラ

(大⑥) 大法院一九九八年二月一〇日宣告九五ダ三九五三三判決 (ソウル大セクハラ事件)

948

⁹⁴⁶ 金時徹・前掲注九四五) 二一五頁。

⁹⁴⁷ 金時徹・前掲注九四五) 二〇一頁。

⁹⁴⁸ 評釈として、金エルリム「判例から見た人事管理—セクハラの実態と使用者責任に関する訴訟」月刊経営界二五三号(一九九九年)六〇頁以下。日本語での概略的な紹介として、韓国女性ホットライン連合編・山下英愛訳『韓国女性人権運動史』(明石書店、二〇〇四年)八九～九四頁〔関庚子執筆〕。また、セクハラ関連の規範の成文化現象が伝統的儒教規範の弱体化ないし消滅に起因するとの分析として、崔大権「中間規範の成長—セクハラに関する規定の出現を中心として」現象と認識八六号(二〇〇二年)三一頁以下参照。

【事案】原告がNMR機器担当の有給助教として正式に任用される前後二、三ヶ月の間、化学科の教授である被告が機器の創作方法を教える過程で、原告の肩、背中、手などを被告の手や腕で無数に接触し、原告と会うときには原告の背中に手を付けるか、肩に触れた。実験室では、原告の髪を触ったり、原告が正式任用された後には、被告は二人だけで歓迎会をやろうと提案したり、自分の研究室で随時原告を呼び出し、原告の体を上下に見ながら体つきを見るような態度を取ったため、原告としては不快で困惑な感じを受けた。原告は職場内の不利益のためセクハラの都度直接的な拒絶はできず、黙示的に拒絶の意思表示をした。原告から性的接近を拒絶された被告はそれに報復するために、原告の業務を妨害し、原告の再任用を拒否することにより解任するに至った。原告は被告とその代理監督者・国を相手に損害賠償の責任を訴えた。第一審は原告の主張を認め、被告らに三〇〇〇万ウォンの慰謝料を支払うよう命じた⁹⁴⁹。控訴審はセクハラが単なる社会運動を超えて法的保護の対象になるという一般論は認めながら、原告の主張を裏付ける証拠不足、被告の行為は好意的で勧誘的言動に過ぎないなどを理由に第一審の被告ら敗訴部分を取り消した⁹⁵⁰。原告がこれに不服し上告。

【判決】控訴審判決のなか、被告に関する部分を破毀し、ソウル高等法院に差し戻す（もう一人の被告と国に対する上告は棄却）⁹⁵¹。

【判旨】

I 「すべての国民は人間として尊厳と価値を有しており、幸福を追求する権利を有し、これを実現するためには、個々人の有する人格的利益ないし人格権は法によって尊重され保護されなければならない。特に男女関係で一方の相手方に対する性的関心を表現する行為は、自然的なものであるため許容されるべきであるが、それが相手方の人格権を侵害して人間としての尊厳性を毀損し、精神的苦痛を与える程度に至るものは違法で許容されないものである（下線、筆者。以下同様）」。

II 「ある性的表現行為の違法性の可否は、双方当事者の年齢や関係、行為が行われた場所及び状況、性的動機や意図の有無、行為に対する相手方の明示的または推定的な反応の内容、行為の内容及び程度、行為が一回的あるいは短期間のものであるかそれとも継続的なものであるかの可否などの具体的事情を総合して、それが社会共同体の健全な常識と慣行に照らして容認しうる程度のものであるかの可否、つまり善良な風俗または社会秩序に違反するものであるかの可否によって決定されなければならない。そして相手方の性的表現行為によって人格権を侵害した者が精神的苦痛を被るというのは経験則上明白であるというべきである」。

具体的当てはめにおいて、

⁹⁴⁹ ソウル民事地方法院一九九四年四月一八日宣告九三ガハプ七七八〇四。

⁹⁵⁰ ソウル高等法院一九九五年七月二五日宣告九四ナ一五三五八。

⁹⁵¹ 差戻審のソウル高等法院一九九九年六月二五日判決によって被告の五〇〇万ウォンの賠償が確定した。

Ⅲ「化学科の教授兼NMR機器総責任者として事実上原告に対し指揮・監督関係にある被告の上のような言動は、確かに性的な動機と意図を有していたとみることができ、そのような性的な言動は一定期間の間だけに限るとしても、その期間だけは執拗で継続的であったため、社会通念上日常生活で許容される単純な冗談、または好意的で勧誘的な言動とみることができず、むしろ原告にして性的屈辱感や嫌悪感を覚えさせるものとして、原告の人格権を侵害したと言うべきであり、このような侵害行為は善良な風俗または社会秩序に違反する違法な行為であり、よって原告が精神的な苦痛を被ったことは経験則上明白である」。

まず、本判決の判断構造であるが、判旨Ⅰでは、セクハラ行為が民法上保護される法益として認められるための一般論を述べているのであるが、興味深い判示をしている。つまり、一般的に男女関係において性的関心を表現する行為は許されるものであるが、それが相手方の人格権を侵害し、人間としての尊厳性を毀損し、それが受忍限度を超えたときに、「違法」と評価されるのである。人格権という権利侵害は、被害者の尊厳性を毀損させるものではあるものの、それがただちに違法性を浴びさせるものではないとされる。そして、判旨Ⅱで、違法性を判断する具体的要件を提示する。下線でみられるように、性的表現行為の違法性は、当該行為に関する主観的・客観的諸事情だけでなく、善良な風俗または社会秩序に違反することによって、はじめで認められるとされる。ここにおける「善良な風俗または社会秩序」とはいわゆる「公序良俗」を想起させる文言ではあるが、それがただちに韓国民法一〇三条⁹⁵²における文言と同義の意味を有するののかについては慎重に判断すべきである。ただ、具体的当てはめである判旨Ⅲにおいては、「このような侵害行為は、善良な風俗または社会秩序に違反する違法な行為であって」とあっさり「善良な風俗または社会秩序」に関する具体的説示なしに、それに該当すると判示している。

大法院は、控訴審がセクハラを雇用関係に限定して「条件的セクハラ」と「環境型セクハラ」とに分けて、環境型の場合にはより強い違法性を要求している点を批判し、セクハラを「一般不法行為の一類型として把握して、行為の違法性可否にしたがって、不法行為の成否を判断すれば足り」と判示している⁹⁵³。控訴審のこの判断枠組みは、アメリカ法において、セクハラを性差別の一類型として把握する点に起因する⁹⁵⁴。これに対して大法院はセクハラ行為を「人間としての尊厳性」を毀損する人格権侵害として捉えており、この点が本判決において最も評価に値する。本判決が出された後まもなく、本判決を引用して、労働組合の事務室において押収・搜索令状の執行職務を行っていた警察の非組合員の女性に対する身体接触行為が、性的屈辱感あるいは嫌悪感を覚えさせ、女性の人格権を侵害す

⁹⁵² 民法一〇三条【反社会秩序の法律行為】善良な風俗その他社会秩序に違反した事項を内容とする法律行為は無効とする。

⁹⁵³ ただ、大法院のこの説示は、自らが、違法性の判断の際に「善良な風俗または社会秩序」に関する要件を追加的に課したことと矛盾するのではなかろうか。

⁹⁵⁴ 金載亨「判例の動向」三九〇頁。

るとして国家賠償責任を認めた下級審判決がある⁹⁵⁵。また後の大法院判決では、「客観的に相手方と同じ処遇にある一般的で平均的な人として性的屈辱感または嫌悪感を覚えさせる行為でない以上、相手方が性的屈辱感または嫌悪感を覚えただけでは、セクハラは成立し得ないというべきである」とし、本判決の基準に基づき、さらにその判断基準をより明らかにするものも出ている⁹⁵⁶。

なお、一九九五年に制定された女性発展基本法の一七条三項では、「国家・地方自治団体または事業主は、セクハラ予防など、職場内の平等の勤務環境の助成のために必要な措置を取るべきである」として、セクハラという用語を法律として初めて採用していた。しかしどのような行為がセクハラになるのかに関しては、議論が深まらなかった。しかし、この判決の後、一九九九年二月に「男女雇用平等法」が改正され、職場内のセクハラ予防と規制に関する規定が導入された⁹⁵⁷。また一九九九年七月から「男女差別禁止及び救済に関する法律」が施行されて、民間だけでなく、国家機関、地方自治体、公共団体などの公共機関での雇用、教育、財貨・施設・用役の利用と提供、法と政策の執行に関して生ずる性差別とセクハラを予防、禁止し、被害者の是正申請を調査、救済する男女差別改善実務委員会が設置された⁹⁵⁸。その他も、ILOの「雇用と職業の差別に関する協約の批准」（一九

⁹⁵⁵ ソウル地方法院一九九八年四月三〇日宣告九七ナ五一五四三判決。

⁹⁵⁶ 大法院二〇〇七年六月一四日宣告二〇〇五ドゥ六四六一判決。この判決での「一般的で平均的な人」がどのような人であるのかは依然として不明確ではあるが、他の下級審判決においては、「性的な言動が日常生活で許容される単純な冗談または好意的な言動の範疇を超えて違法であるかの可否を判断するにおいては、社会通念上、合理的な人が被害者の立場であるならば問題となる行為に対していかに判断して対応したであろうかを基準にすべきであるが、被害者の主観的事情も十分に考慮され結果的に威嚇的、敵対的な雇用環境を形成して業務能率を低下するようになったかを検討すべき（下線、筆者）」との判示した例がある（ソウル地方法院二〇〇二年一〇月二六日宣告二〇〇〇ガハプ五七四六二〔ロッテホテル・セクハラ事件〕。この事件の評釈として、李廷「職場内セクハラ（sexual harassment）と使用者責任」外法論集一四輯（二〇〇三年）九五頁以下）。梁鉉娥「実証主義方法論と女性主義法学」ソウル大法学四六巻二号（二〇〇五年）二三二頁では、被害者と同性の人の合理的観点がどのようなものであるのかという観点から、通常女性が被害者となる場合が多い点からすると「平均的な女性観点」ないし「平均的な女性観点に内在する平凡な合理性」から問題行為を判断するべきという。

⁹⁵⁷ 男女雇用平等法第二条の二の第二号で「職場内のセクハラ」とは「事業主・上司または勤労者が職場内の地位を利用して業務と関連して他の勤労者に性的な言語や行動などで、またはこれを条件として雇用上の不利益を与えるたり、または性的屈辱感を誘発させ、雇用環境を悪化させることをいう」と定義した。

⁹⁵⁸ 同法は、政府組織法の改正によって二〇〇五年に廃止され、女性家族部が「女性発展基本法」においてその役割を一部統合され、国家人権員会もその役割を担うこととなった（セクハラを平等権侵害の差別行為と理解）。女性発展基本法の二〇〇五年改正によって、第三条第四項で、「セクハラとは、業務、雇用その他の関係において国家機関・地方自治団体または大統領令で定める公共団体の従事者、使用者、または勤労者が、その地位を利用したり、業務などと関連して性的言動などで相手方に性的屈辱感または嫌悪感を覚えさせたり、性的言動その他の要求などに対して応じないことを理由に、雇用上の不利益を与えることをいう」と規定した。

九八年二月)、「国民年金法」の離婚配偶者の年金分割受給権の新設(一九九八年一二月)、「国際私法」の女性差別的規定の廃止(二〇〇一年四月)など、女性に関する差別が様々な法改正で改善されることとなった⁹⁵⁹。

4. 肖像

(大⑦) 大法院二〇〇六年一〇月一三日宣告二〇〇四ナ一六二八〇判決⁹⁶⁰

【事案】原告らが高速道路で乗用車に乗って移動中、訴外の人が運転するトラックに衝突を受けた。この事故によって原告らは腰椎部及び頸椎部に負傷を受け、車も破損された。原告らは保険会社を相手に保険金請求訴訟を起こした。この訴訟での身体鑑定結果における原告らの後遺障害程度が甚だしいと判断した保険会社の職員らが、七日間原告らを尾行しながら、その日常生活に関する写真を秘密裡に五四枚も撮影した。その写真は原告らのマンション及び職場駐車場、車両修理所の庭、幼稚園周辺道路など一般人のアクセスが許された公開場所で撮影されたものであった。保険金請求訴訟は、被告保険会社が一部原告に四六〇〇万ウォンを支給するという和解勧告決定で終了したが、その訴訟において無断で写真撮影したことをもって保険会社とその職員らを相手に別訴において慰謝料請求した。第一審は、被告らの行為が原告らの肖像権及び私生活の秘密と自由に関する権利を侵害する不法行為に当たるとして、二人の原告に各二〇〇万ウォン、一人の原告に一〇〇万ウォンの慰謝料を認めた。控訴審は、被告らの行為が肖像権及び私生活の秘密を侵害する行為であることは認めるが、その目的の正当性、手段・方法の補充性と相当性を考えると公正な民事裁判権の実現という優越な利益のために原告らが受忍すべき範囲内に属するとしてその違法性を否定した。これに不服し原告らが上告した。

【判決】控訴審判決を破棄し、事件をソウル中央地方法院合意部に差し戻す。

【判旨】

「人は誰でも自身の顔その他社会通念上特定人であることを識別しうる身体的特徴に関して、みだりに撮影または絵描写されたり公表されたりせず、営利的に利用されない権利を有するが、このような肖像権は、わが憲法第一〇条第一文によって憲法的に保障されている権利である。……したがって、肖像権及び私生活の秘密と自由に対する不当な侵害は不

⁹⁵⁹ 以上を含め、労働における女性に関して、金エルリム「光復六〇年、女性立法運動の展開と成果」女性と歴史四号(二〇〇六年)一一九頁以下、同「女性労働関係法六〇年史の省察」労働法学三四号(二〇一三年)一八五頁以下参照。

⁹⁶⁰ 評釈として、嚴東燮「肖像権保護の限界—作成拒絶権侵害の場合を中心として」民事法学三八号(二〇〇七年)一七五頁以下。権英俊「肖像権及び私生活の秘密と自由、そして利益衡量を通じた違法性判断」民事判例研究三二巻(二〇〇九年)五二二頁以下。また尹眞秀「二〇〇六年度主要民法関連判例回顧」ソウル大法学四八巻一号(二〇〇七年)四二六～四二九頁も参照。

法行為を構成するのであるが、上記侵害はそれが公開された場所で行われたことや民事訴訟の証拠を収集する目的でなされたという事由だけでは正当化され得ない」。

「このように、肖像権や私生活の秘密と自由を侵害する行為をめぐってお互いに異なる二つの方向の利益が衝突する場合には、具体的事案での事情を総合的に考慮した利益衡量を通じて、上記侵害行為の最終的な違法性が振り分けられる。このような利益衡量過程では、第一に、侵害行為の領域に属する考慮要素としては侵害行為でもって達成しようとする利益（以下、侵害法益という）の内容及びその重大性、侵害行為の必要性和効果性、侵害行為の補充性と緊急性、侵害方法の相当性などがあり、第二に、被害利益の領域に属する考慮要素としては被害法益の内容と重大性及び侵害行為によって被害者が受ける被害の程度、被害利益の保護価値などがある。そして、一旦権利の保護領域を侵犯することによって不法行為を構成すると評価された行為が違法でないという点は、これを主張する者が証明すべきである」。

下級審裁判例において最も早く肖像権侵害による不法行為が成立したと判断したのは、ソウル民事地方法院一九八八年九月九日宣告八七ガハプ六〇三二判決である。そこでは、「……肖像権とは、顔その他社会通念上、特定人であると識別することができる身体的特徴に関して、これがみだりに撮影され公表されたり、広告などで無断使用されることを防止することによって、肖像の人格価値を保護することを内容とする人格権の一部である……」と判示した⁹⁶¹。その後も多くの裁判例において「肖像権」概念が使用されており⁹⁶²、大法院レベルでも刑事事件では「肖像権」を前提とするものがあり⁹⁶³、本判決が必ずしも最初ではないが、民事上においてはじめて肖像権について判示した先例的意義を有する。学説では、一九六五年に初めて肖像権が認められるべきであるという主張が登場して以来⁹⁶⁴、肖像権が学説上認められており、とくに二〇〇〇年代以降は、パブリシティーに関する議論が多く登場し始めた⁹⁶⁵。肖像権に関しては、第一に顔その他社会通念上特定人であ

⁹⁶¹ 鄭相冀「判例を通じてみた肖像権の法理」延世法学研究三巻一号（一九九五年）三六二頁。

⁹⁶² たとえば、ソウル高等法院一九九六年六月一八日宣告九六ナ二八二判決では、肖像権の法的根拠を憲法一〇条に基づいて導かれる一般的人格権があり、そこに肖像権が含まれるとし、かつ民法七五一条第一項からも認められるとする。

⁹⁶³ 大法院一九九七年九月三〇日宣告九七ド一二三〇判決。

⁹⁶⁴ 南馨斗「パブリシティー権の立法的保護方案研究」文化体育観光部長官宛ての報告書（二〇一一年）四〇頁注一一二では、李丙璘「肖像権は認められるべきである」法律新聞一九六五年三月一日付、三頁が、韓国でWarren&Brandeis論文に相当するもので最初の「プライバシー」に関するものであると指摘する。その後、安溶教「肖像権の概念と意義」言論仲裁夏号（一九八二年）が登場した。

⁹⁶⁵ たとえば、韓渭洙「パブリシティー権の侵害と民事責任（上）（下）」人権と正義二四二・二四三号（一九九六年）、金圓日「パブリシティー権に対する小考—人格権、不当競争防止、著作権要素の区別と権利の範囲」法曹五二巻一号（二〇〇三年）九七頁以下、嚴東燮「パブリシティー権」西江法学研究六巻（二〇〇四年）一四七頁以下、南馨斗「世界市場観点

ることを知ることができる身体的特徴をみだりに撮影または作成されない権利（撮影作成拒絶権）、第二に、撮影された写真または作成された肖像がみだりに公表・複製されない権利（公表拒絶権）、第三に、肖像がみだりに営利目的で利用されない権利（肖像営利権）を含むと解されている⁹⁶⁶。下級審裁判例では、第一類型の同意が欠如したことが問題となったもの⁹⁶⁷、第二類型の同意の解釈が問題となったものが従来は多かった⁹⁶⁸。本判決が肖像権のなかで主として取り扱うのは第一類型の公表拒絶権に関するものであるが、第三類

からみたパブリシティー権」ジャスティス八六号（二〇〇五年）、朴道姫「人格権としてのプライバシーとパブリシティー権の法理」漢陽法学一八輯（二〇〇五年）一八七頁以下、同「プライバシー権とパブリシティー権の人格権的法理」産業財産権一八号（二〇〇五年）二四一頁以下、金世権「パブリシティー権の概念と法的性質」全北大法学研究二四輯（二〇〇六年）一〇五頁以下、同「パブリシティー権の侵害と救済に関する研究」全北大法学研究二五輯（二〇〇七年）二一五頁以下、南馨斗「パブリシティー権の哲学的基盤（上）（下）」ジャスティス九七・九八号（二〇〇七年）、丘在君「パブリシティー権に関する研究—国会での立法論議に関して」外法論集三〇輯（二〇〇八年）二〇九頁以下、安炳夏「無形的人格表示の商業的利用に内在された危険性」延世法学研究一九卷三号（二〇〇九年）二四七頁以下、同「人格権の財産権的性格—パブリシティー権批判」民事法学四五卷一号（二〇〇九年）七一頁以下、嚴東燮「韓国でのパブリシティー権論議：法的性格を中心に」民事法学五七号（二〇一一年）一〇九頁、権兌相「人格権の観点からみたパブリシティー権」民事法学五九号（二〇一二年）四三頁以下、同『パブリシティー権の理論的構成—人格権による保護を中心に』（景仁文化社、二〇一三年）、延基栄「パブリシティー権の侵害と損害賠償の課題」漢陽大法学論叢三一輯一号（二〇一四年）六一五頁以下など。パブリシティーを韓国法の体系においては認められなく、肖像権の法理で解決する試みとして、鄭京錫「肖像権の侵害要件と救済方法」ジャスティス九八号（二〇〇七年）一二二頁以下。また、資本の論理・人間の商品化などからパブリシティーを批判するものとして、崔亨九「パブリシティー権の譲渡性に対する再検討」産業財産権三一号（二〇一〇年）二六七頁以下、安炳夏・前掲論文参照。

⁹⁶⁶ 裴炳日「肖像権に関する研究」財産法研究九卷一号（一九九二年）一一九頁以下、韓渭洙「写真の無断撮影使用と民事責任、肖像権の侵害」午堂朴禹東先生華甲紀念『民事裁判の諸問題』（一九九四年）二〇九～二四一頁。

⁹⁶⁷ たとえば、ソウル東部支判一九九〇年一月二五日宣告八九ガハプ一三〇六四判決（ソウルオリンピックの際に馬車に乗っていた原告の顔写真を無断で個人的年賀状に入れて発送した場合にも肖像権侵害を承認）。

⁹⁶⁸ 撮影に同意したが本人の予想と異なった方法で放送された場合や（たとえば、ソウル地法南部支院一九九七年八月七日宣告九七ガハプ八〇二二判決：大学生の新生歓迎会の一場面を当初の約束と違って否定的な内容としてテレビで放送し、本人の同意なしに会話の場面を放送した行為が、私生活の自由及び肖像権を侵害したと認めたケース）、撮影に同意したが、配布には同意せず、本人の予想と異なった方法で写真が公表された場合（ソウル地判一九八九年七月二五日宣告八八ガハプ三一六一判決：女性雑誌にミス・コリア出身である原告の名誉を毀損する報道記事を掲載する際に、原告が宣伝用として配布・販売した写真集の写真の中で、比較的エロティックに見える二枚の写真を無断で掲載し、読者が上記写真を記事の一部として認識して原告の行状が良くないという強い印象を与えたケース）など。

型の肖像営利権すなわち、パブリシティーに関しても解釈の余地を残す判示を示しているとの意見がある⁹⁶⁹。

・人格権侵害における違法性の位置⁹⁷⁰

本判決において興味深い点は人格権侵害における違法性の位置に関する大法院の説示である。本判決は、まず「肖像権及び私生活の秘密と自由の保護領域を侵したものとして、不法行為を構成するといえる」と述べ、そして「一旦権利の保護領域を侵したことによって不法行為を構成すると評価された行為が違法でないという点は、これを主張する人が証明すべきであり、「諸般の事情を総合してみると、被告側が原告らに対して犯した侵害行為は違法性が阻却されるとみることはできない」とした。これに対して控訴審は、まず被告らが原告の日常を無断で撮影した行為は「原告らの承諾範囲を超えるものとして、一旦原告らが保障されるべき肖像権及び私生活の秘密を侵害した行為に該当するとみるべき」であるが、被告らの行為によって「原告らの肖像権及び私生活の秘密を侵害される結果を招いたとしても、この結果は……原告らが受忍すべき範囲内に属するといえる」ため違法性を否定した。大法院の立場に比べるとその説示は柔らかな表現となっており、違法性の推定はそもそも行っていない⁹⁷¹。

大法院は肖像権及び私生活の秘密と自由への侵害はただちに不法行為を構成するため、違法性阻却の立証責任は不法行為を行った者が負うべきであり、その立証が十分でないという論理である。肖像権及び私生活の秘密と自由に関する侵害が何故不法行為を構成するのかについての説示はないが、おそらく「権利」ないし権利に相当するものに対する侵害であるからと推察しうる。しかし、不法行為法上権利侵害を要件としない韓国民法の立場からしてこの論理は権利と違法性との関係をいかに捉えるべきかという大問題につながっている⁹⁷²。

5. その他

⁹⁶⁹ 権兌相・前掲『パブリシティー権の理論的構成—人格権による保護を中心に』（景仁文化社、二〇一三年）五三一頁。

⁹⁷⁰ 権兌相・前掲『パブリシティー権の理論的構成—人格権による保護を中心に』（景仁文化社、二〇一三年）五五九～五六二頁から多くの示唆を受けている。

⁹⁷¹ 権兌相・前掲『パブリシティー権の理論的構成—人格権による保護を中心に』（景仁文化社、二〇一三年）五六二頁では、利益衡量は、違法性の阻却レベルでの枠組ではなく、違法性の判断レベルの最初から適用されるものであるため、違法性の判断構造に関しては当然なる違法性推定を否定した控訴審の立場を支持する。

⁹⁷² 全元烈『名誉毀損不法行為における違法性要件の再構成』（ソウル大学博士論文、二〇〇一年）一二頁は、名誉毀損などの人格権が侵害されると違法性が推定されるとした後に違法性阻却事由を検討する判例を批判し、議論の「場」を憲法上の基本権間の調整のところに移し、違法性の推定なしに違法性自体を判断すべき必要性を説く。

(大⑧) 大法院一九九六年四月二三日宣告九五ダ六八二三判決⁹⁷³

【事案】株式会社である被告は、原告であるその従業員らが一九九一年六月一日から九日までの不法ストライキを主導したことを理由に、原告らを懲戒委員会に回付し、委員会の決定に基づいて七月一日懲戒解雇を行った。原告らは、七月一五日に被告の団体規約の規定等に基づいて再審を請求したが、同月二六日に開催された懲戒委員会においても上記懲戒解雇が正当であるとの確認がなされた。これに不服し、原告らは解雇無効確認の訴えを提起し、六月九日にストに関する懲戒をも含んだ一切の民事・刑事上の責任を問わないという免責合意がなされたと主張した。この訴えに関して、大法院一九九三年九月二八日判決は、特別の事情のない限り懲戒解雇には正当な理由があり免責合意に関する主張を排斥したが、被告がスト最終日に懲戒問題については最大限寛容を施すと約束したという事実に基づき、懲戒無効がその約束に違反し無効であるとした。この判決に基づいて原告らは被告に対して復職要求を行ったが、被告は拒否し続けた。原告らは懲戒委員の故意・過失によって懲戒の量定が誤ったこと、復職を拒否したことに対して被告を相手に損害賠償請求をした。控訴審は懲戒に関する被告の故意・過失を否定し、就業請求権が認められない以上復職拒否に関して損害賠償請求を行うことはできないとした。これに不服し、原告らが上告した。

【判決】控訴審を破毀し、ソウル高等法院に差し戻す。

【判旨】「使用者は特別な事情がない限り、勤労者との間で勤労契約の締結を通じて、自身の業務指揮権・業務命令権の行使と調和をなす範囲内において勤労者が勤労提供を通じて、このように真の人格発展を図ることによって自身の人格を実現することができるように配慮すべき信義則上の義務を負担するというべきである。したがって、使用者が勤労者の意思に反して、正当な理由なしに勤労者の勤労提供を継続的に拒否することは、このような勤労者の人格的法益を侵害することになり、使用者はこれによって勤労者が受ける精神的苦痛に対して賠償すべき義務があるというべきである（下線、筆者）」。

(大⑨) 大法院二〇〇八年六月二六日宣告二〇〇六ダ三〇七三〇判決⁹⁷⁴

【事案】原告は一九九八年三月に学校法人である被告の運営するA大学で社会福祉学を専攻する専任講師として任用され、二〇〇〇年四月に助教授に昇進した。また原告は任意団体である「A大学教授協議会」の副会長の地位に就いていた。二〇〇一年の学内の紛糾が生じ、その過程において原告が被告法人および訴外Bの名誉を毀損したとの理由で起訴され、第一

⁹⁷³ 評釈として、鄭鎮京「復職拒否と慰謝料—就業請求権の認定可否を中心に」労働法研究六輯（一九九七年）四九八頁以下。

⁹⁷⁴ 評釈として、金泰業「私立学校教員に対する職位解除と不法行為の成立要件」大法院判例解説七五号（二〇〇八年）一三九頁以下。金善恵「私立大学教授に対する職位解除処分が不法行為になるための要件及び彼に非専攻科目講義を意思に反して割り振ったことが不法行為を構成するかの可否」延世法学研究一九巻四号（二〇〇九年）一四九頁以下。

次職位解除処分を受けた。刑事の名誉毀損罪として起訴された件は、二〇〇二年九月、控訴審において原告に罰金と宣告猶予の軽い刑を言い渡されたため、これに基づいて原告は復職を果たした。しかし、原告は二〇〇三年二月に上記の刑事事件の有罪判決を受けたことを理由に第二次職位解除処分されるが、三月に減俸二ヶ月を受け再び復職を命じられた。復職したにもかかわらず、二〇〇三年度冬学期の講義につき被告は原告に何の連絡もせず、八月に原告からの講義予定の科目の問い合わせの際、原告には非専攻科目が割り振られていた。その後以前から講義してきた科目が空いていたため問い合わせたところ、原告にその科目を割り振ることはできないという返事を受け、結局専門外の訴外のCに原告の希望担当科目が割り振られた。原告は、職位解除処分と講義の割り振りは不法行為であるため、それによって被った精神的苦痛を賠償すべきと主張した。被告はこれにつき職位解除処分は私立学校法や法人の定款等の規定によってなされたものであり、講義の割り振りは原告が予め問い合わせるなどすべきであったがこれを怠慢した結果であったと反論した。控訴審は、職位解除処分について被告に故意・過失があったとはいえないとし、講義の任意割り振りについては、原告の主張を認め、一千万ウォンの慰謝料を認めた。これにつき、原告・被告ともに上告。被告は講義の割り振りは、原告の事情を考慮し、業務指揮権・業務命令権の範囲内において行われたものであると主張。

【判決】原告の敗訴部分を破毀し、ソウル高等法院に差し戻す。被告の上告は棄却。

【判旨】「大学教授は自らの専攻分野について講義をし、これを通じて自らの学問研究をより発展させることが、その人格権実現の本質的部分に該当するため、大学教授の使用者である学校法人がその業務指揮権などの行使に支障をきたすなどの特別な事情がないにもかかわらず、専ら所属大学教授を本来の業務から排除させる意図の下において、その意思に反して専攻分野と関係のない科目を割り当てることによって、結局講義できないようにした行為は、教員の人格的法益を侵害することとなり、学校法人は、……精神的苦痛に対して賠償する義務を負う（下線、筆者）。」

（大⑩）大法院二〇〇八年十一月二〇日宣告二〇〇七ダ二七六七〇判決（遺体引き渡し等事件）⁹⁷⁵

⁹⁷⁵ 本判決は、私の修士論文で取り扱ったために簡単に取り上げる。その後の評釈として、宋景根「祭祀主宰者の決定方法と亡人自身の遺体・遺骨に関する処分行為の効力及び死者の人格権」大法院判例解説七七号（二〇〇八年）六二三頁以下、権兌相「自身の遺体に関する死者の人格権」檀國大法学論叢三三卷二号（二〇〇九年）三三一頁以下、金パンギ「墳墓等の承継に関する民法第一〇〇八条の三の解釈論」忠北大法学研究二一卷三号（二〇一〇年）六五頁以下、李璣基「祭祀主宰者決定と祭祀用財産」高麗法学五六号（二〇一〇年）四七頁以下、鄭求兌「祭祀主宰者の決定方法に関する小考」慶熙法学四五卷四号（二〇一〇年）五五頁以下、張ビョンイル「死後の生前法律行為と死後人格の保護」韓独社会科学論叢二〇卷四号（二〇一〇年）一三七頁以下、全孝淑「祭祀主宰者の決定方法一」梨花女子大法学論集（二〇一〇年）大二九九頁以下、李準珩「所有権に基づく遺体引渡請求の許

【事案】故人は、一九四七年七月に訴外 B と婚姻し、その間に原告らなど三男三女を儲けた。一九六一年頃から B と離れて、訴外 C と同居した以来、二〇〇六年一月に死亡するまでの約四四年間 C との間で、被告ら（一男二女）を儲けた（被告らの戸籍謄本では母として C ではなく B となっていた）。被告らは、二〇〇六年一月に故人の遺体を公園墓地に葬った。しかし、原告らは故人の遺体を、予め用意していた山に葬るべきであるとして移葬を要求した。これに対して被告らが拒否し、原告は遺体引渡の訴えを提起した。第一審は、遺体・遺骸は特殊な所有権の客体となり、その権利は祭祀主宰者に帰属するとして、宗孫である原告の主張を認めた。控訴審も第一審の主張を認めて、控訴を棄却した。これにつき、被告が上告した。

【判決】上告棄却。

【判旨】

・遺体・遺骨の処分方法及び埋葬場所指定の効力について

多数意見「人の遺体・遺骨は、埋葬・管理・祭祀・供養の対象になりうる遺体物として墳墓に安置されてある先祖の遺体・遺骨は、民法第一〇〇八条の三所定の祭祀用財産である墳墓とともにその祭祀主宰者に承継され、被相続人自身の遺体・遺骨また上記祭祀用財産に準じてその祭祀主宰者に承継される」。……「被相続人の生前行為又は遺言で自身の遺体・遺骨を処分したり埋葬場所を指定した場合には、善良な風俗その他社会秩序に反しない以上、その意思は尊重されるべきであり、これは祭祀主宰者に対しても同じであるというべきであるが、被相続人の意思を尊重するべき義務は道義的なものに止まり、祭祀主宰者が必ずこれに拘束されるべき法律的義務まで負担するとはいえない」。

反対意見① 多数意見の遺体・遺骨が墳墓と共に祭祀主宰者に承継される点には賛成しながら、祭祀主宰者が、正当の事由なくして被相続人の意思に反してまで遺体・遺骨を処分したり埋葬場所を変更したりすることは許されない。「自身の身体に対する権利は、人格権の核心に該当し、身体に対する自己決定権は、当事者が活着している間はもちろん、その死後にも最大限尊重されるべきである」。生前行為または遺言で身体処分や葬式方法・埋葬場所などに関する意思を表示した場合に、その効力を死後にも認めるべきである。

反対意見② 遺体の死後処理は、墳墓の帰属とは分離して考えるべきである。そうすると、遺体の処理・帰属は、祭祀主宰者に関する民法一〇〇八条の三の枠組の外で一般法理として考えるべきである。そうすると、故人の終局的な意思が第一次的基準となる。「人が自分の身体に対して有する権利は、人格権的な性質のものとして、それが法定の遺言事項であるか否かの可否とは関係なしに、葬式・臓器寄贈・墳墓開設その他自身の遺体に対する死後処理に関する限り、いわば『死後的人格保護』の一内容として法的効力を有するとい

容可否」医療法学一一巻一号（二〇一〇年）一九九頁以下、ソングンモ「人体とその部分の私法的地位」高麗法学六九号（二〇一三年）三二三頁以下、宋榮珉「祭祀用財産と遺体帰属の一体性に関する再検討」東亜法学六一号（二〇一三年）一二三頁以下、林美媛「大法院の遺体引渡判決の法哲学的考察」法曹六八三号（二〇一三年）二六四頁以下などがある。

うべきである。これは人格権が死者にも生きている人と同じまたはそれに準ずる内容と範囲として一般的に認められるべきか否かとは別個の問題である。ここで、人格権という法概念自体が、人格的性質を有する個別的利益に対して、個別的局面で法的保護が付与されることが積もることによって次第に形成されてきたことを指摘するに止まる」。

(大⑩) 大法院二〇一〇年四月二二日宣告二〇〇八ダ三八二八八判決 (宗立学校事件)⁹⁷⁶

【事案】原告が二〇〇二年三月に入学した被告学校法人はキリスト教精神に立脚して設立された高校である。そのため各種行事のときにはキリスト教の儀式が行われていた。入学時にはキリスト教的教育方式について学生とその父母に説明を行い、「キリスト教教育とともにすべての教科課程を充実に受ける」という内容の宣誓も受けた(原告は入学時学生代表として宣誓を朗読した)。原告は、もともとキリスト教信者ではなかったが、学校の方針に従いキリスト教儀式に参加してきた。しかし「礼拝を強要するのは誤っていないか」、「礼拝は間違っただけであるため自分は参加しない」など数回に渡って拒否の意思を述べていた。生徒代表になった二〇〇四年六月には、学内の放送室で、「学生に毎週水曜日礼拝を強要することは間違っている。自分は水曜礼拝を拒否する。学校を離れることになるとしてもできる限りのことは何でもする」と校内放送を行った。また同日の午後ソウル市教育庁の前で、「憲法第二〇条すべての国民は宗教の自由を有する。しかし学校は例外？」と書かれたものをもって一人抗議を行った。被告はこれらの出来事をめぐって原告に転学を勧誘するに至ったが、原告が応じなかったため、懲戒決議に基づき同年七月八日付で退学処分をした。原告は退学処分の無効を行政訴訟として訴え、退学処分が実体的に裁量権を濫用した違法な処分であるだけでなく、懲戒手続においても瑕疵があり無効であるとの判決を得た(二〇〇五年一月)。同年三月に原告はソウル大学法学部に入学し、一〇月に被告学校法人とソウル市相手に損害賠償の訴えを提起した。原告は宗教の行事を強要し、憲法上の基本権である幸福追求権などを侵害し、退学処分をしたことによって精神的苦痛を被ったと主張した。以下では、被告学校法人に対する争点の中で、私人による宗教の自由への侵害が不法行為を構成するか否かに限って述べる。第一審は「原則的に学生の信仰の自由は、学校を設立した宗教団体の宣教や信仰実行の自由より本質的で人格的価値を有する上位の基本権に該当」するとし、その違法な侵害は、特別な事情がない限り私法上の人格権の侵害になるため、被告学校に一五〇〇万ウォンの損害賠償を認めた。しかし、控訴審では「たとえ信仰の自由が人格的価値を有する上位の基本権であり、その過程で学生

⁹⁷⁶ 評釈として、鄭享根「私立学校の宗教教育の自由」漢陽法学二一卷三輯(二〇一〇年)一八九頁以下。控訴審の評釈として、林知奉「私立高等学校の宗教教育の自由と青少年の権利—ソウル高等法院の姜義錫君事件判決に対する評釈を中心に」憲法学研究一四巻四号(二〇〇八年)二三三頁以下。第一審の評釈として、金裕煥「小・中学校宗教教育の問題点と解決方向—姜義錫事件判決の意味と展望」公法学研究九巻一号(二〇〇八年)三〇五頁以下。

である原告の自発的・自主的意思が十分に尊重されなかったとしても、このような行事と儀式及び授業が実施された動機ないし目的、被告のキリスト教学校としての伝統などに照らしてみても、それが原告の幸福追求権、信仰の自由ないし学習権を侵害する行為として合理的理由なく社会的許容限度を超えた違法な行為として評価することはできない」として被告の宗教教育が不法行為を構成しないとして第一審の敗訴部分を取り消した。これに不服し被告らが上告した。

【判決】控訴審判決中、被告学校法人に関する部分を破毀し、ソウル高等法院に差し戻す。被告ソウル市に対する上告棄却。

【判旨】

・基本権の侵害と損害賠償請求について、

I 「憲法上の基本権は、第一次的には個人の自由な領域を公権力の侵害から保護するための防御的権利であるが、一方で憲法の基本的な決断である客観的な価値秩序を具体化したものとして、私法を含むすべての法領域でその影響を及ぼすものであるため、私人間の私的な法律関係も憲法上の基本権規定に適合するよう規律されなければならない。ただ、基本権規定はその性質上、私法関係に直接適用されうる例外的なものを除いては、私法上の一般原則を規定した民法第二条⁹⁷⁷、第一〇三条、第七五〇条、第七五一条などの内容を形成し、その解釈基準になり、間接的に私法関係に効力を及ぼすようになる。宗教の自由という基本権の侵害と関連した不法行為の成立可否も、上のような一般規定を通じて、私法上保護される宗教に関する人格的法益侵害などの形態に具体化され論じられるべきである（下線、筆者）。

・学生と学校法人の基本権衝突とその違法性判断

II 「宗立学校が、高等学校平準化政策⁹⁷⁸によって、学生自身の信仰とは関係なく入学することとなった学生らを相手に、宗教的中立性が維持された普遍的な教養としての宗教教育の範囲を超えて、学校の設立理念となった特定の宗教教理を伝播する宗派教育の形態の宗教教育を実施する場合には、その宗教教育の具体的内容と程度、宗教教育が一時的なものであるかあるいは継続的なものであるかの可否、学生らにそのような宗教教育に関して事前

⁹⁷⁷ 民法二条【信義誠実】「①権利の行使と義務の履行は、信義に従い、誠実に行うべきである。②権利は濫用することができない」。

⁹⁷⁸ 一九七四年から公教育の正常化、私教育費の軽減、学閥社会の弊害克服などを理由に政府が導入した方策。小・中等教育法施行令八四条二項に基づいて、学群制を実施し、高校を抽選で配当する。私立学校もその対象となり自律性の制約を受ける代わりに、国家から財政的支援を受けることとなった。この制度が学歴低下を招き、むしろ私教育費の増大、教育不平等を深化させるという批判論も根強い。なお、上記の施行令が父母の学校選択権を侵害するとして違憲であるとの主張を行ったことにつき、憲法裁判所二〇〇九年四月三〇日宣告二〇〇五憲マ五一四は合憲（反対三人、一部反対一人）であると判断した。詳しくは、李琦雨「高等学校平準化制度に対する憲法的検討」教育法学研究一九巻二号（二〇〇七年）七九頁以下参照。

に十分な説明を行い同意を得たかの可否、宗教教育に対する学生らの態度や学生らが不利益の存することを恐れず自由に代替科目を選択するなど宗教教育への参加を拒否することができたか否かなどの具体的な事情を総合的に考慮し、社会共同体の健全な常識と法感情に照らして容認しうる限界を超えた宗教教育である場合には、違法性を認めうる（下線、筆者）。

まず、被告の宗教行事については、

Ⅲ 被告が「実施した宗教行事は、普遍的な教養としての宗教教育ではなく、キリスト教という特定宗教の教理を祈りと説教、讃美歌を歌うなどの方法で伝播する宗派的な行事であるにもかかわらず、上記学校はこれに参加しない学生らに一定の不利益を与えることによって参加を拒否することが事実上不可能な雰囲気を助成し何ら信仰を有しない原告がその行事に対する参加可否を自由な状態で決定しえないようにしたと判断されるため、これは信仰を有しない原告の基本権を考慮した仕打ちであるとするのは難しい。また被告が原告に宗教行事の内容と方式に対して事前に何らかの説明をし、同意を得るなどの処置を取らず、さらには数次にわたった異議があったにもかかわらず別途の措置なしに継続してキリスト教教理に基づいた様々な種類の宗教行事を長い間頻繁に反復して実施した行為は、そのような宗教行事が学生に正しい心性を培わせることに有益であるという点を考慮するとしても、原告に対する関係においては被告において許容される宗教行事の限界を超えたものとみななければならない」。

続いて、被告の宗教科目の授業については、

Ⅳ 被告が「実施した宗教科目の授業は、キリスト教教理に基づいた宗派教育と言い得るが、それにもかかわらず被告がこの事件の教育部の告示とは異なって、代替科目を開設しなかったことによって学生らに選択の機会を付与しなかったし、実質的な参加の自律性も保障されず、事前同意まで得なかった点から、……原告の宗教の自由という基本権によって生じる限界を考慮してなされた処置であるとみることは難しい」。

Ⅴ 「このような事情を総合すると、結局、被告が施行した宗教教育はわが社会の健全な常識と法感情に照らして容認されうる限界を超えるものとして、原告の宗教に関する人格的法益を侵害する違法な行為とみななければならない。また強制配定によって入学した学生らはすべてが被告と同一な宗教を有するものではないという点は経験則上明らかであるため、上記のような形態の宗教教育を実施する場合には、それによって人格的法益を侵害される学生がいるであろう点は十分予見可能であり、その侵害は回避可能であるというべきであるため、過失もまた認められる。ひいては、これによって被告の建学理念のような宗教を有しない原告が精神的に苦痛を受けたことは十分に推認することができる」。

・宗教教育の違法性・過失判断に関する反対意見（三人）

「宗立学校の宗教教育が、その許容される限界を超えて違法であると評価され、不法行為が成立するとみるためには、その宗教教育が普遍的で健全な社会人の養成という教育目的

に全然相応しくないものでない限り、学生が自身の宗教的信念や確信に基づいて宗立学校の宗教教育を拒否するという意思を明示的に表示するかあるいはこれと同一に評価しうる行動をしたにもかかわらず、そのような学生に転学の機会を付与する等の補完策を提示せず、宗教の自由を有する学生の人格的価値を無視し、一方的に宗教教育を強制したものであると認められなければならない。そして、上記のような宗教教育の拒否の意思が、学生自身の宗教的信念や確信に基づいたものであることを判断するためには、高校生というその年齢が未だ感情の起伏が激しく、人格的にも未成熟の成長段階であることを鑑みると、学生本人の意思表示だけで判断するものではなく、父母の態度などを十分考慮して、本人の真の省察を経たことを明確に確証しうるものでなければならず、進んで父母もこれに同意した場合でなければならない」と判示し、控訴審が認めた理由のなかでの諸事実、①入学当時、キリスト教教育と共にすべての教科教育を充実に受けるという宣誓をし、生徒会長の就任の際も、学校方針に従う誓約をした点。②二年以上の期間の間、キリスト教儀式に積極的に参加し、宗教科目の授業につき何の異議提起も行っていない点。③校内放送以降、学校から転学を進められたにもかかわらずそれを拒否した点、④学校では宗教科目に対して試験評価を行っておらずこれを成績等に反映していない点などから、学校が宗教教育を行った点が限界を超えていると判断することはできないとした。

また、同反対意見は、たとえ被告の宗教教育が違法であるとしても、このような違法な宗教教育を実施したことにつき、過失があるとは言えないという。その理由としては、被告が平準化政策以前の学校設立時（一九四七年）から長い間宗教教育を行ってきており、今まで特別な異議がなかったために自らの教育に強い確信を持ってきた点、平準化政策によってその存在意義ともいえる宗教教育の方式の変更を期待することは非現実的である点を挙げている。

基本権規定の私法上の適用に関しては、以下の憲法と民法論で論じるとして、ここでは、学校の宗教教育などの民法上の不法行為の成立に関するところだけを扱う。

・学校側の違法性・過失について

本判決において特殊韓国的な背景事情として重要であるのは、国が実施している高校平準化政策である。上記の注九七八)のように、この政策によって、私立学校でも専ら自身の望む学生のみを選抜することができず、かつ学生自身も自らが望む学校に入ることが一定限度において制限されている。この状況を踏まえた上で、本判決の判旨を検討しなければならない。本判決でとりわけ特徴的なのは、多数意見・反対意見に限らずに、違法性と過失の両方を判断枠組みに入れている点である。第一審と控訴審では、専ら諸事情を利益衡量し、違法性だけを判断した。それにもかかわらず、あえて大法院は、違法性と過失と両方を言及して判断枠組みを作ったのである。判旨Vを見ると、多数意見は、被告の宗教教育が原告の宗教に関する人格的法益を侵害する「違法な」行為であると認め、かつ人格

的法益を侵害される生徒がいるという点は予見可能でありその侵害が回避可能であるにもかかわらずそれを行わなかった点に「過失」があると判断したのである。この多数意見よりも反対意見において、違法性と過失の区別はより顕著に表れる。反対意見によると、被告の宗教教育の実施は違法でもなく、かつ過失もないという。たとえ宗教教育が違法であったとしても、その実施に過失があるとは言えないとして、違法性よりもむしろ過失の方を否定して、被告の不法行為責任を否定する⁹⁷⁹。

反対意見は、宗教教育が違法であるためには、本人が明示的に拒否しているにもかかわらずその人格的利益を無視し、一方的に宗教教育を強制したことが認められなければならないという。とりわけ反対意見が注目しているのは、原告（ないしその親権者）の宗教教育に対する明示的拒否の意思表示の存否である⁹⁸⁰。控訴審が認めた事実関係によると、二年に及ぶ期間での宗教行事ないし宗教教育の実施につき別段の拒否の意思を表明しなかった点、転学という別なルートが存在、宗教科目を成績に反映し実際的不利益を与えたことがない点などから、反対意見は明示的拒否の意思表示がないと判断した⁹⁸¹。

（大⑫）大法院二〇一一年一月二七日宣告二〇〇九ダ一九八六四判決（ソウル YMCA 事件）

982

⁹⁷⁹ その根拠として、大法院一九七三年一〇月一〇日宣告七二ダ二五八三判決（行政庁が違法な行政処分を行った場合に、その処分が違法であったとしても、直ちに公務員の故意・過失の不法行為責任を問うことができないとした事例）や、大法院二〇〇八年一月三十一日宣告二〇〇五ドゥハ二六九判決（勤労者に対する不利益処分が事後に法院によって無効にされても、非法律家である懲戒委員に不法行為責任を問い得る故意・過失は存在しないとした事例）を掲げる。なお、先例として、被告の宗教教育より一段と厳しく、宗教教育を受けることを卒業要件とする学則を定めた私立大学の事例も存在する（大法院一九九八年一月一〇日宣告九六ダ三七二六八判決）。そこでは、「私立大学は、宗教教育ないし宗教宣伝のために、学生らの信仰を有しない自由を侵害しない範囲内で、学生たちをして、一定の内容の宗教教育を受けることを卒業要件とする学則を制定することができる。上記、認定事実によると、上記大学の礼拝は、福音伝道や宗教人養成に直接的目標があるわけではなく、信仰を有しない自由を侵害しない範囲内で、学生らに宗教教育を行うことによって、真理・愛に基づいた普遍的教養人を要請することに目標を置いているということが出来るために、大学礼拝への六学期出席を卒業要件として定めた上記大学の学則は、憲法上宗教の自由に反する違憲無効の学則ではないと判断した」。

⁹⁸⁰ 反対意見によると、校内放送で終局的拒否意思を父母の同意の下で明確に述べたとしても、被告が従前通りに宗教教育を実施したという資料が不十分であるとした。

⁹⁸¹ 控訴審が認めた事実関係によると、原告と同学年のある生徒は、同じく宗教行事を拒否し転学したという事例があり、またエホバの証人の生徒が礼拝に参加せず、教室に残って勉強したがそれによる不利益を受けなかった事例もあった。

⁹⁸² 本判決の評釈として、金兌宣「私的団体の差別行為の違法性」全南大法学論叢三一輯二号（二〇一一年）五六九頁以下。また第一審と控訴審の検討につき、李淑静『私法関係における平等権の適用に関する研究—性差別訴訟事件を中心に』梨花女子大博士論文（二〇一〇年）八八～一〇四頁も参照。

【事案】被告であるソウル・キリスト教青年会（以下、ソウルYMCAとする）は、創設（一九〇三年）以来、社会教育・社会開発・社会福祉などの事業を目的とする非法人社団として多様な活動をしてきた結果、政府や市から財政的援助を受けるなど、公益的目的や活動をすることによって公的団体の性格をも有すると認識されるまでに至った。一九六七年には男性だけ会員になれるという憲章が改正され女性にも会員資格を付与し、二〇〇四年には女性が男性会員を上回るに至った。被告の憲章においては、総会員を満一九歳（二〇〇五年改正前、二〇歳）以上のキリスト教正会員であって二年以上普通会費以上の会費を継続して納付してきた会員のなかで、会員委員会の推薦によって理事会が審議・決定することとなっていた。女性会員たちは持続的に総会員として選定されよう被告に要求し続け、二〇〇三年第一〇〇次総会では、男女が同等な資格で参与し女性が男性と同等な権利を有するなどの内容の決議文を採択するに至った。二〇〇五年の総会では、憲章改正のために第一二条において、総会員を満十九歳以上のキリスト教正会員であって、普通会費以上を納付した満二年以上継続した会員として被告の活動に参加した者で、会員規定に定めることに従って会員委員会が推薦し、理事会が定める総会員資格審査を経て、その資格が認められた者として構成することが提案されたが、過半数が得られず通らなかった。韓国YMCA 全国連盟もこの差別処遇を是正することを勧告したが被告が応じなかったため、被告を連盟から退会することを公式宣言した。国家人権委員会（二〇〇四年）や国会議員八三名で構成された国会両性フォーラム（二〇〇五年）もこの差別処遇の是正を勧告した。女性会員らは二〇〇三年、二〇〇四年、二〇〇六年数回にわたって被告に総会員権限を要請し、総会員資格付与のための手続遂行の要請書を送った。それにもかかわらず、女性が総会員として選定されることはなかった。これに対し、一部女性会員と男性会員が原告となり被告に対して精神的苦痛に関する損害賠償を求めた。第一審⁹⁸³は、女性が総会員として選定されないことによって、総会員の地位に基づく総会議決権とその運営に関与することができる権利を剥奪されたとしても、その事情だけでは、被告の内部問題を越えて、原告女性会員らの一般民事法の秩序と密接な関連のある経済生活や社会生活上の権利や法的に保護されるべき利益を侵害されたと断定することはできず、被告が原告を必ず総会員として選定すべき法的義務も存在しないとして、請求を棄却した。これに対し控訴審⁹⁸⁴は、被告が会員女性に対して、性別を理由に社団の意思決定や機関選出に参与できる地位から排除することは、憲法第一条が宣言する平等原則に照らして容認されえない性差別的処遇として、全体法秩序に照らして容認されえない違法行為に該当し、民法七五〇条の不法行為を構成すると判断し、女性会員に対し各自一〇〇〇万ウォンの慰謝料を認めた⁹⁸⁵⁹⁸⁶。被告は

⁹⁸³ ソウル中央地方法院二〇〇七年六月二八日宣告二〇〇五ガハプ八二八五二判決。評釈として、李淑静「ソウル・キリスト教青年会損害賠償事件」仁荷大法学研究一一輯二号（二〇〇八年）一四一頁以下。

⁹⁸⁴ ソウル高等法院二〇〇九年二月一〇日宣告二〇〇七ナ七二六六五判決。

⁹⁸⁵ 男性会員は、自身の周りの人から被告が性差別団体であると批判されるたびに会員として精神的苦痛を受けたと主張したが、控訴審で差別的処遇と損害との間で相当因果関係が

これに不服し上告した。

【判決】 上告棄却。

【判旨】

・ 平等権侵害によって民法上の損害賠償を構成しうるか。

I 「憲法一一条は『すべての国民は法の前に平等である。いかなる人も性別・宗教または社会的身分によって政治的・経済的・社会的・文化的生活のすべての領域において差別されない』と規定して、平等の原則を宣言すると同時に、すべての国民に平等権を保障している。したがって私的団体を含めて社会共同体内で、個人が性別による不合理な差別を受けずに自身の希望と素養によって多様な社会的・経済的活動を営為することは、その人格権実現の本質的部分に該当するために、平等権という基本権の侵害も民法第七五〇条の一般規定を通じて私法上保護される人格的法益侵害の形態として具体化され論じることができ」る。

・ 性別による差別処遇に対する損害賠償責任の成立可否について、

II 「私的団体は、私的自治の原則ないし結社の自由によって、その団体の形成と組織、運営を自由に行うことができるため、私的団体がその性格や目的に照らし、その構成員を性別によって異なるように取り扱うことが一般的に禁止されるとはいえない。しかし、私的団体の構成員に対する性別による差別処遇が社会共同体の健全な常識と法感情に照らして容認しうる限界を超えた場合には、社会秩序に違反した行為として違法なものと評価されるし、上記のような限界を超えたか否かは、私的団体の性格や目的、差別処遇の必要性、差別処遇による法益侵害の様相および程度などを総合的に考慮して判断しなければならない。特に、私的団体の性格や目的に関しては、対外的にその団体が社会共同体内で純粋に私的な領域だけで活動するのかそうでなければ一定部分公共的領域で活動し公益的機能も遂行するのかと、対内的にその団体の構成員たちに提供される具体的な役務の内容と性格などを、差別処遇の必要性に関しては、そのような差別処遇が団体のアイデンティティを維持するために不可避なものとして必要な限度内の措置であったのかの可否を、差別処遇による法益侵害の様相及び程度に関しては、該当構成員の団体加入目的、そのための団体内活動での制約程度と期間、その加入目的達成のための代替的団体の加入可能性の有無、加入時団体内の差別処遇の存在に対する認識の有無、差別処遇に対する問題提起期間とこれに対するその団体の対応方式などを、わが社会の健全な常識と法感情に照らして合理的に考慮しなければならない（下線、筆者）」。

認められないとして請求を認めなかった。

⁹⁸⁶ なお、大法院では言及がないが、控訴審では、女性一般会員に対して総会員資格を否認したことが性差別的処遇に該当するかを検討する際に、憲法一一条以外に、国連の女性差別撤廃協約（一九八五年一月二六日から韓国国内法としても効力発生）第一条をも援用している。

・違法性判断の具体的当てはめについて、

Ⅲ「……①被告が部分的に公共的領域で活動する団体としての性格も有しながら、それに従った社会福祉的役割を遂行してきた点、②被告の多様な活動領域と社会的役割、これに対する一般の認識に照らして被告は他の団体に代替し得ない独自のアイデンティティを有している点、③原告らはこのような被告の活動領域と団体的性格に価値を付与し総会員として加入を希望しているにもかかわらず、被告が男性団体として出発したという沿革的理由だけで女性たちを差別処遇しうる合理的な必要性があるとは考えられない点、④被告のアイデンティティもまた既に……男性中心団体を脱皮したと考えられる点、⑤……実質的で真摯な改善努力が行われて来なかったし、⑥その過程の中で国家機関（国家人権委員会）から公式的に是正の勧告を受けた点、⑦特に原告らは、非法人社団である被告の団体構成員として会費を負担しながらも女性という理由だけで持続的に一般的な社員に付与される固有で基本的な権利である総会議決権などを行行使しうる機会を原始的に奪われてきた点、などを考慮すると、少なくとも被告が自ら不合理な総会運営に対する改善努力を天命した二〇〇三年度第一〇〇次定期総会以降にも原告らを総会員資格審査から源泉的に排除した性差別的処遇は、わが社会の健全な常識と法感情に照らして容認しうる限界を超えて社会秩序に違反するものとして、原告らの人格的法益を侵害し不法行為を構成するといふべきである（番号、筆者）」。

本判決は、平等権という基本権の侵害も、民法上の不法行為に関する一般規定を通じて私法上保護される人格的法益侵害の形態として具体化されて議論され得ることを示し、私的団体の構成員に対する性別による差別処遇につき、違法性判断の判断枠組みを提示した点において先例的意義を有する⁹⁸⁷。いかなる場合に差別処遇が違法であるのかは、判旨Ⅱの最初の下線で「社会共同体の健全な常識と法感情」から認容限界を超えたときであると示す。ある学説は、「差別」が権利侵害とは異なる固有の概念であり、差別の合理的根拠の有無が問題となるために、人格権侵害とは別の違法行為として理解すると述べるものもある⁹⁸⁸。

⁹⁸⁷ ただ、本判決において侵された原告の人格的法益が何であるのかは必ずしも明確ではない。「総会員として総会に主体的に参加し、自らの信条と信念に基づいて総会議決権を行行使することによって、団体内における自身の人格の確立ないし実現すること、団体構成員としての自覚を覚える機会」とでも言えるのだろうか。

⁹⁸⁸ 金允宣「セクハラ¹の民事責任」ジャスティス一〇二号（二〇〇九年）一五一～一五二頁。しかし、本判決が出た後の論稿〔同「違法な差別の救済と禁止請求」民事法学五八号（二〇一二年）七九～八〇頁〕では、「判例に現れた人格権概念は、ある明確な権利の範疇を指すというよりは、保護されるべき法益を救済するために使用される道具的概念の性格がより強いものとして考えられ、判例上憲法の基本権規定が一般的人格権概念を媒介にして私法に影響を与えている点を考慮すると、平等権も一般的人格権の概念として包摂して私法の領域に入ると考えることが論理的に一貫的であるように思われる。そして何よりも後でみることのように、違法な差別の救済手段として禁止請求権の認定が必要であるという現実的側面から、二つの概念的区分とは関係なく差別を人格的利益の侵害とみて、それに対する救済を認めた大法院判決に賛成する（下線、筆者）」と自説を改めている。

限界性の判断については、次の下線で、「私的団体の性格や目的」、「差別処遇の必要性」、「法的侵害の様相及び程度」を示している⁹⁸⁹。判旨Ⅲでは、私的団体の性格や目的につき（①、②、④）、差別処遇の必要性につき（③）、法的侵害の様相及び程度につき（⑤、⑥、⑦）それぞれ当てはめている。この法理は、第一審で「法的に保護され得る価値のある利益」が違法に侵害された場合に不法行為が成立するとした点や、控訴審で差別処遇が「憲法一条に定める平等の原理などの全体法秩序に照らして、容認することができない違法行為として民法七五〇条の不法行為を構成する」とした点に比べて、より詳細な判断基準を示している。

一方、本判決でも示されている通り、原則として、構成員の資格・権利を制限する団体の定款ないし決議は、私的自治の原則からしてその団体の自由である⁹⁹⁰。例外的に公序良俗違反になる場合や、不法行為を構成する場合があるだけである。以前問題となった事例としては、成年男性だけを宗中の構成員になることができるという「慣習法」は、男女平等を実現する方向で変化されてきた「全体法秩序」に反してもはや法的効力を有しないと判示したものがある⁹⁹¹。この判決では「宗中とは、共同先祖の墳墓守護と祭祀及び宗員相互間の親睦などを目的として構成される自然発生的種族集団であって、共同先祖と後孫の中で成年以上の男女として構成された種族団体としてその一部を任意にその構成員から排除することができない」とし、本人の加入意思を問わない「自然発生的種族集団」であるために任意加入団体より拘束性が強いものがある。本判決はこれとは異なって、自ら加入意思を表明して入る任意加入団体であり、団体から離脱することも原則的に自由である。また、この事例での原告は宗員地位確認の訴えを提起したのであり、原告勝訴によって、訴訟に参加しなかった他の女性でも宗員資格を得ることができた⁹⁹²。一方、本判決は差別処遇によ

⁹⁸⁹ これに対し、金兌宣・前掲注九八二）七四頁では、違法性判断のための考慮すべき要素として、①憲法的秩序との調和、②衝突する法益間の衡量、③合理的理由の有無、④団体の本質と目的に反する差別的処遇を自説として掲げている。

⁹⁹⁰ これを示したのは本判決の後まもなく出た大法院二〇一一年二月二四日宣告二〇〇九ダ一七七八三【宗中員地位確認】判決である。この事例は、宗中内の団体において男性だけを構成員として限定した会則につき、「宗中類似団体は……任意的な組織行為を経て成立された私的任意団体という点で、自然発生的な宗族集団である固有の意味の宗中とはその性質を異にするため、このような場合には、私的自治の原則ないし結社の自由に基づいて、その構成員の資格や加入条件を自由に定めることができることが原則である」ため、憲法一条及び民法一〇三条に違反して無効とは言えないと判示した。これに対して、類似宗中の場合にも女性を構成員として排除することが公序良俗に違反するとの見解として、金載亨「団体としての宗中」『民法論Ⅲ』（博英社、二〇〇七年）三四頁、尹眞秀「変化する社会と宗中に関する慣習」司法創刊号（二〇〇七年）二八頁。

⁹⁹¹ 大法院二〇〇五年七月二一日宣告二〇〇二ダ一一七八判決。この判決に関して詳しくは、大村敦志、権徹『日韓比較民法序説』（有斐閣、二〇一〇年）五〇～七〇頁〔権徹執筆〕参照。日本語の評釈として、金敏圭「いわゆる『娘たちの反乱』—韓国における女性の『宗員』資格に関する大法院判決について（上）（下）」戸時五九三号・五九四号（二〇〇六年）がある。

⁹⁹² 別個意見では、加入意思を示した女性のなかで、宗中始祖の後孫ではないなど加入を拒

る損害賠償の訴えを求めたものであるために、原則として原告だけに射程が及ぶ。

(大19) 大法院二〇一一年九月二日宣告二〇〇八ダ四二四三〇判決（人脈指数事件）⁹⁹³

【事案】被告は、法曹の個人身上情報を様々な方法で収集し、その情報を利用して自らの方法による人脈指数を算出し、ホームページ上検索サービスとして有料で提供していた（以下、本件サービスという）事業者である。被告は本件サービスが徹底的に公開され検証された資料に基づいたものであり、点数を計算する方法は特許登録されており、四年に渡って二〇〇人以上の法曹とのインタビューを通じて細部項目に付与される点数の正確性を高めるために努力したことをホームページ上掲載した。法曹の一部である原告らは、被告によって個人情報に関する人格権を侵害するとし不法行為責任と差止請求を求めて提訴した⁹⁹⁴。第一審・控訴審は、人脈指数サービスによって原告の自己情報統制権が侵害されたとはいえないとした。その理由としては、この身上情報は、ネット上既に公開された情報であって、弁護士の公的活動に関して法律需要者が最小限度に提供されるべきである個人的・職業的情報であるため原告らが受忍すべき義務がある点、実際の親密関係を明らかにすることや推定することではなく、機械的に算出した結果に過ぎず、別個の情報の創出・公開でない点、算定方式や根拠資料まで一緒に利用者に提供・公開している点、本件サービスで人脈指数が高い順から複数の人を検索結果として示し、またある法曹と特定法曹との指数が高く出たからといってその特定法曹の人格や名誉が毀損されたとはいえない点、本件サービスによって弁護士市場の公正な受任秩序が実際に乱れたという資料はなく、抽象的なおそれだけで憲法上の営業の自由を制限することは基本権に対する過度の制限になるため憲法上許されない点を挙げている。これらを考慮すると、本件サービスは国民の知る権利を充足させ、被告の表現の自由として保障される領域に属する。それゆえ人脈指数を提供する本件サービスは違法でない判断し、原告らの禁止請求をも棄却した⁹⁹⁵。

否することができる正当かつ合理的な理由がない限り、宗員資格を与えるべきであるという。

⁹⁹³ 評釈として、吳永斗「弁護士の個人情報提供に対する違法性検討」釜山判例研究会二〇一二年六月一頁以下、林奎哲「弁護士の人脈・勝訴率・専門性指数情報に対する処理の限界」釜山大法学研究五四巻四号（二〇一三年）二七頁以下、洪眞映「個人情報自己決定権と個人情報処理の自由衝突の司法的解決」民事判例研究三五巻（二〇一三年）七三三頁以下、権兌相「個人情報に関する人格権と表現の自由」梨花女子大法学論集一八巻一号（二〇一三年）四六一頁以下。

⁹⁹⁴ 原告は本件訴訟で大きく二つの点に関して裁判所に判断を求めた。第一は、個人身上情報による人脈指数を提供するサービスに関する情報掲載禁止と損害賠償請求、第二は、勝訴率や専門性指数を提供するサービスに関する情報掲載禁止と損害賠償請求。第一は、第一審・控訴審が合法としたのに対して、大法院が違法であるとし、第二は、第一審・控訴審が違法としたのに対して、大法院が合法であると判示した。本稿では、本稿の関心とより関係のある第一のみを取り上げる。

⁹⁹⁵ 損害賠償請求については、控訴審で、原告らが個別・具体的に精神的被害を受けたと認

【判決】控訴審判決の禁止請求部分を破毀し、この部分をソウル高等法院に差し戻す。

【判旨】

I まず、大⑤判決（保安司事件）と大⑬（宗立学校事件）の判旨を引用しながら憲法上の規定も私法上において間接的に効力を及ぼすことができる点を述べた後、「前でみたような、一般的人格権や私生活の秘密と自由を定めている憲法上基本権規定もまた民法の一般規定等を通じて私法上人格的法益の保障という形態として具体化される。したがって情報主体の同意なしに彼の個人情報を公開することは、その情報主体的人格的法益を侵害するものとして評価しうるならば違法性が認められると考えるべきである」。

II 「したがって、情報主体の同意なしに個人情報を公開することにより侵害される人格的法益と、情報主体の同意なしに自由に個人情報を公開する表現行為として保護され得る法的利益が一つの法律関係を巡って衝突する場合には、個人が公的存在であるのかの可否、個人情報の公共性及び公益性、個人情報の収集の目的・手続・利用形態の相当性、個人情報の利用の必要性、個人情報の利用によって侵害される利益の性質や内容等の諸事情を総合的に考慮して、個人情報に関する人格権の保護によって得られる利益（非公開の利益）と表現行為によって得られる利益（公開利益）を具体的に比較衡量して、どちらの利益がより優れたものと評価できるかによって、その行為の最終的な違法性の可否を判断しなければならない（下線、筆者）」。

III 控訴審の認めた事実関係への当てはめにおいて、

「被告が上記のような方法で算出・提供した人脈指数は原告らの公開された個人情報を単純にそのまま利用したものにはすぎないのみならず、法曹の間の個人情報が一致する場合、点数を付与し、配点比率を異なるようにしたり、加算点を加えたりして、原告らの個人情報を主観的な方法で再架空して数値化したものである。したがって、たとえ、この事件の個人身上情報が既に不特定多数に公開されている情報であったとしても、それとは異なり、上記のように算出された人脈指数は、法曹の間の親密度という私的で人格的な情報を内容とする全く別の新しい価値を有する情報である。そして、このような人脈指数によって表現される法曹の間の親密度は、弁護士である原告らの公的業務に対する評価的要素とは無関係である私的な領域に属する情報として、一般法律需要者らが弁護士を選択するために最小限度として提供されるべき公益的価値がある個人的及び職業的情報であるともいうことができない。また元来、人との親密度というものは、極めて個人の私的な領域に属する情報として、他人が知ることができないものであって、上記のような人脈指数は、被告が主観的基準に従って算出したものであっても、あたかも実際法曹の間の客観的親密度を表したものであるとして、利用者に混乱を惹起するおそれが大きい。そして、人脈指数サービスは社会一角の司法不信風潮に便乗して法曹の間の親密度が裁判と捜査に影響を及ぼすとい

める証拠がないために、棄却された。

う認識から出発したものであり、そのサービスを必要とする利用者たちも主としてそのような認識の下でサービスに接近するものであり、人脈指数サービスが通用するとしたら、上記のような一般の誤った認識が深化し、結果的に裁判や捜査の公正性に対する不必要な懸念が助長されるおそれが大きい。したがって、人脈指数サービス保護を通じて、情報主体である原告らの同意なしに自由に人脈指数を公開することができるようにすることによって達成される公的価値の保護必要性が高いということもできない。さらに、偶然有利な人脈指数が提供された特定弁護士は、他の弁護士との競争で優位を占めることができ、そのような優越的地位は人脈という正当でない根拠に基づくものであるために、上記のような人脈指数サービスは、弁護士の公正な受任秩序を阻害するおそれもある。これに関連して、弁護士法第三〇条は、『弁護士やその事務職員は、法律事件や法律事務の受任のために、裁判や捜査業務に従事する公務員との縁故など私的な関係を表し、影響力を及ぼすことのできるものとして宣伝してはならない』と規定しており、弁護士の公共性や公正な受任秩序を保障するための上記規定の趣旨は、弁護士のみならず非弁護士が弁護士との縁故関係などを公開する際にも考慮に入れるべきである（下線、筆者）」。

IV 本件サービスに関しては、「人脈指数の私的・人格的な性格、その算出過程における歪曲可能性、その利用による原告らの利益侵害と公的弊害への懸念、それに反して、その利用によって達成される公的価値の保護の必要性の程度などを総合的に考慮すれば、被告はこの事件の個人身上情報をもとにした人脈指数を公開するサービスを提供する表現行為によって得られる法的利益がこれを公開しなかったことにより保護を受け得る原告らの人格的法益に比べて優越していると考えることができないため、結局、被告のこの事件の人脈指数サービス提供行為は、原告らの個人情報に関する人格権を侵害する違法なものである」。

・本件サービスの判断に関する反対意見（四人）

個人身上情報の性格とその利用による原告らの利益侵害の程度について

i 「この事件の個人身上情報は、既に不特定多数人に公開されている情報であるだけでなく、原告らの私的で内密な領域に対するものでなく、原告らが弁護士として営為する公的活動に関するものとして、一般法律需要者が弁護士を選択するために最小限度として提供されるべき個人的及び職業的情報である」ため、その公開は原告らが受忍すべきであり、保護価値も表現の自由より高くない。

・人脈指数の意味とその表現方法の合理性の可否について

ii 人脈指数の意味は、「その性質上、外部に公開されたこの事件身上情報を基に外見上表れる法曹間の『親密な可能性』を表す制限的意味に過ぎず、被告自身もこの事件のホームページ上で『親密な可能性を点数で表したもの』である点を明らかにしている」。また、人

脈指数の算出方法と根拠をホームページに公開しているため、利用者としても人脈指数の制限的意味と限界を十分知り得た。したがって、「人脈指数の算出と表現方法が、表現の自由の保障範囲を超えるほどに合理性を失ったとは言えない。むしろ、配点基準などの人脈指数の算出方法は、被告の個人的意見に近いと、意思表示の自由の領域で厚く保護されるべきである」。

・ 公的弊害のおそれについて

iii 「人脈指数サービスは、特定法曹だけを検索結果として表すのではなく、人脈指数が高い順から多数の法曹を検索結果として示すため、ある法曹と他の特定法曹の人脈指数が高く出たからといってその特定法曹の人格や名誉が毀損されたとはいえない」……「弁護士
の公正な受任秩序を阻害させるおそれがあるということは、抽象的な危険に過ぎないため、これを理由として憲法上表現の自由ないし営業の自由を制限することは、基本権に対する過度な制限であるため容易く許されるものではない」……「たとえ多数意見の言うように公的弊害がある程度現実化されるとしても、その現実的弊害がそれほど大きいとは思われない。なぜなら、人脈指数は……否定的な意図だけで利用されるものではなく、必ず判事と検事だけでなく、弁護士間の人脈指数を確認しうるなど利用者の多様なニーズに応じて使用されるであろうし、……利用者としても人脈指数を弁護士に対する多様な情報中の一つとして参考するに止ま」るからである。

・ 公的価値の実現について

iv 「人脈指数サービスによる被告の表現の自由ないし営業の自由の保障、進んで法律需要者及び一般国民の知る権利の保障などの公的価値の実現という側面もまた十分考慮されるべきである」。……「このように法律需要者の正当な情報需要があるにもかかわらず、漠然とした悪用の余地があるとして、人脈指数の公開自体を防ぐことは司法不信の根本的な解決策にならず、むしろより深い誤解と不信を招き得る」。したがって、「この事件の個人身上情報の性格、人脈指数の算出方法の合理性程度、人脈指数利用の必要性とその利用によって達成される公的価値の保護必要性の程度、その利用によって原告らの利益侵害と公的弊害のおそれの程度などを総合的に考慮すると、この事件の個人身上情報に基づいた人脈指数サービスの提供が原告らの個人情報に関する人格的利益を侵害する違法な行為と評価することは難しい」。

・ 反対意見に対する補充意見（二人）

補充意見では、まず、次の原理的な判旨を述べる。「わが法律市場も益々規模が大きくなるにつれ、それに関する情報の海が形成されてきており、その海を航海するにおいては当然、海道や羅針盤が必要となった。それもまた市場の需要の一部である。消費者がい

かなる地図と羅針盤を信じ、利用するかは彼らの判断に任せればよい。もし消費者が無知であるか軽率であって地図をあまり妄信したり間違っただけによって誤導されるかもしれないという懸念はあり得る。しかしその懸念のために、法院が前に出てその地図と羅針盤がいかに信じうるものであるのかを検閲することはない。それこそ消費者の賢明な選択に一任してよいのであり、その情報が消費者の選択を受けて継続して生存するかはその市場でも必ずや生じる自由な競争に委ねておけばいいことである。消費者自ら市場に出た情報の価値と限界を読み図り、必要な限度において利用する眼目と判断力を備えていると信じない理由はない」と（判旨v）。

続いて、「この事件人脈指数にその次元の悪意的歪曲や社会的に寛容することのできない虚偽があるとは認められない。被告は指数算出の根拠を明確に提示し、信憑性の限界に対しても知らせている。また、指数算出方式でも公開された情報だけに基づいて主観的評価を最大限に排除し、それなりの客観的基準を維持しようとしたと考えられる。既に市場では、法曹の出身地域や出身学校、勤務期間など身上情報を集合してそのまま公開したり、出身学校別、試験期首別の名簿を提供することが広く利用されている。……結局、この事件人脈指数情報に対して問題となった核心は、分析要素の比重にしたがって加重値を置き、そのように算出された合算数値を基準に縁故の程度を表す対象者の順位を付けた点にあるというべきである。しかし、この部分は究極的にある『事実』に関する情報というより、サービス開発者および提供者の主観的評価による『意見』を表したものにすぎない。……結局、この事件人脈指数の本質的性格、基礎資料の出所、弁護士など法曹の公的地位、法律市場での需要者の要求と営業活動の自由などを勘案してみるに、この事件人脈指数程度の分析情報を提供することを禁止することによって保護される原告らの人格的法益が被告のような市場参加者の表現の自由や営業活動の自由を保障することによって得られる利益を超える点には同意することができない。むしろ、このような規制こそ公的人物に対する客観的情報分析を隔てる不必要かつ不適切な障害になりうる」。

「一方、多数意見が指摘したように、この事件人脈指数がわが社会の弊害として指摘される縁故主義を助長し煽るとか司法の公共性に対する信頼に悪い影響を与える副作用に対して憂慮することはできる。しかし、それは原告がこの事件請求の根拠として主張する人格的法益とはまったく次元の異なる話だ。もしその社会的問題に対する考慮のため、表現の自由と営業活動の自由を制限しなければならないとしたら、それは原則的に、立法府や行政府の役割であるというべきであるため、この事件のような個人的法益の侵害を理由とする私人間紛争で法院が役割を自任して積極的に規制することは控えなければならない……」。

本判決は控訴審と大法院との間で原告が求めた二つの争点に関する結論が真逆という意味で注目すべきものがあつた。大法院の多数意見は、個人身上情報に基づく人脈指数サ

ービスを提供した行為につき、被告の法益との利益衡量を経て「違法」であるとの判断に至ったが、多くの学説はこれに批判的であった⁹⁹⁶。

まず、本件で争われた原告・被告の有する権利ないし法益がいかなるものであるのかについてみてみよう。控訴審では、原告が「人格権および自己情報統制権」の侵害を主張したのに対して、判旨では、「自己情報統制権とその制限」だけを論じており、被告の表現の自由との比較衡量を経て、その自己情報統制権が侵害されたとは言えないとした。これに対して、本判決では原告には、「個人情報を開示することによって侵害される人格的法益」ないし「個人情報に関する人格権の保護によって得ることができる利益」を、被告には、「自由に個人情報を公開する表現行為として保護され得る法的利益」があるとし、比較衡量において考えるべき具体的な諸要素を掲げた（判旨Ⅱ）。

原告の個人身上情報は「既に」不特定多数に公開された情報であり、それを基に被告が自らの基準によって「人脈指数」という形として新たに架空したものを提供している。原告は、個人身上情報を自らの意思に反してみだりに利用されないことにつき法的利益を有するのみであり、本件サービスの提供行為それ自体には本来介入できないはずである。そこで、自らの意思に反してみだりに利用されないことを人格的利益として法律構成し、本件サービスを禁止することを主張した。本来ならば、原告の「同意なく」あるいは「意思に反して」自己情報を使われた点が争われるべき問題なのであり、本件サービス提供行為それ自体が問題ではないはずである。しかしながら「人格権および自己情報統制権」という権利構成を採らざるを得なかったのは、個人身上情報が既に公開されていたものであったために、それを「同意なく」あるいは「意思に反して」利用しただけでは、違法であることを立証するのに難しさがあつたこと、かつ禁止請求をするためであつただろう。そこで、被告の法的利益との調整の必要性が浮かび上がる。被告の法的利益に関しては、控訴審・反対意見では被告の営業の自由について言及をしており、表現の自由と同時に、営業の自由をも考えるべきかについて問題となりうる⁹⁹⁷。これに関して、営業の自由は表現の自由に伴随するものであるので、事案と最も関連がある表現の自由に関して判断するだけで足りるとの理解が示されている⁹⁹⁸。また、営業の自由によって保護される利益も私法上の人格権として把握することができるという理解もある⁹⁹⁹。被告の法的利益は、そもそも表現の自由か営業の自由かという二元的にきっぱり分けられるものではなく、定義によって両方とも関わるものがある。したがって、一方だけを考慮して他方を排除するという二者択一的な判断ではなく、何が表現の自由ないし営業の自由として考えられているのかを見極めた上で、その実質を判断することが必要である。なお、本件の被告が関わった別の訴訟（デ

⁹⁹⁶ 学説は多数意見の意見に批判的であり、反対意見の立場に近い。

⁹⁹⁷ 被告の法的利益は、表現の自由でなく、「営業の自由」であるとの見解もある（諸哲雄）。
洪眞映・前掲注九九三）評釈七五三頁。

⁹⁹⁸ 権兌相・前掲注九九三）評釈四八三頁。

⁹⁹⁹ 李洙瑛「ローマケットの弁護士情報提供の違法可否」『正義なる司法』（司法発展財団、二〇一一年）六八〇頁。

一データベース侵害停止仮処分、この訴訟でも被告)では、法曹の個人身上情報を独自に収集した法律新聞社が本件被告に対して自ら有するデータベースに関する権利侵害を理由に停止の仮処分が認められた¹⁰⁰⁰1001。

一方、本件サービスの対象である人脈指数について、控訴審は「個人の身上情報を組み合わせて機械的に算出した結果」とするが、大法院は、「公的業務に対する評価的要素とは無関係な私的な領域に属する情報」として「公益的価値のある個人的及び職業的情報とはいえない」と評価している。反対意見では、個人身上情報は法律需要者が弁護士を選択する際に「最小限度に提供されるべき個人的及び職業的情報」であるとする。補充意見でも人脈指数は、被告の個人的「意見」であるという。ある学説は、この事件の個人身上情報は、本来「社会的領域」に属する情報であるが、情報主体が自発的に公開することによって「公開領域」に移動した情報であると理解するものもある¹⁰⁰²。

本判決を読むに際して一つ注意すべきものは、第一審や控訴審では、人脈指数が表すものは「親疎関係」という用語でもって表現しているのに対し、大法院では、より主観的ニュアンスのある「親密度」という用語に替わっている点である¹⁰⁰³。何故に用語の切り替えをしているのかは明らかでないが、「親疎関係」を「親密度」というよりニュアンスのある表現の切り替えることによって、人脈指数がより私的で内密なものである印象を与えること、さらに「利用者に混乱をもたらすおそれ」という論理にまで自然につながっている。判旨Ⅲでは、人脈指数が表す結果にすぎない「親密度」の語が人脈指数の語に代わってむしろ中心になって検討がなされており、その言葉が有する主観性が際立って強調されている¹⁰⁰⁴。この点からすると、多数意見では用語の切り替えでもって人脈指数に対して自らの

¹⁰⁰⁰ ソウル中央地方法院二〇〇八年七月一八日宣告二〇〇八カハプー七七五決定。被告の主張が認められなかったことにつき、独自のデータベースを作成した点に関して具体的疎明が不足し、被告データベースで原告データベースの誤謬まで多数発見された点から複製行為が持続したことを知ることができ、また原告データベースは相当な人的・物的資源を投入して検証・補完作業を経てその保護期間も延長されてきたことから、原告の製作者としての権利が現在においても存続する点から仮処分を認容した。洪眞映・前掲注九九三) 評釈七六二頁注五一も参照。

¹⁰⁰¹ この訴訟で原告の法律新聞社は、現在でも司法試験に合格し司法研修所に入所した人を相手に、名前、生年月日、出身地域、メール・アドレス、司法試験回数、司法研修所期数、学歴(高校・大学)、経歴、その他(家族、論文、著書、趣味)などの情報を記載するように求めるようである。この情報は、『韓国法曹人大観』という本として出版され、法律新聞社のホームページのデータベースを通じて一般人にも提供される(以上、洪眞映・前掲注九九三) 評釈七七二頁注六八)。同ホームページでは、無料のログインだけで、名前、肖像、現職、生年月日、司法試験合格年、出身地を閲覧することができ、さらに有料会員になると、一件当たり五〇〇ウォンで、学歴と経歴を閲覧することができる。

¹⁰⁰² 洪眞映・前掲注九九三) 評釈七六〇頁。

¹⁰⁰³ さらに「客観的親密度」という言葉までも使用している。これに対して、反対意見では、被告らが自らホームページで「親密な可能性を点数で表示したもの」と明らかにしていると述べている。

¹⁰⁰⁴ 被告のホームページ上では、人脈指数の算出根拠などを掲げているため利用者がそれを

論理に符合する一定のイメージを与えるためであると理解することも不可能ではないだろう。

・多数意見と反対意見の対立軸

本判決の多数意見と反対意見に関しては、司法積極主義（後見主義）と司法消極主義（私的自治・自律性）との対立がその根底にあると指摘される¹⁰⁰⁵。多数意見では、人脈指数という情報に関して、市場での需要があるとしても、市場秩序を乱す可能性のある場合には予め一定の介入が必要であるとの認識がその背後に存在する。これに対して、反対意見・補充意見では、多様な情報に基づいて法律需要者が弁護士を選択することは「契約の自由」として保護されるべきであり、情報スクリーニングを予め行うのではなく市場に任せて置くことが最も効果的であるという（判旨v）。現在の実情としても法律情報が社会において不透明に提供される面がないわけではないので、それをむしろ表に出すことによってより透明性を図ることができるし、私的自治にも適しているからである。

第二項 判例の整理と若干の検討

以上の判例の一連の展開で明らかのように、名誉、私生活の秘密、肖像など人格権の法益として従来認識されてきたものもある一方、講義に関する教員の人格的法益や性に関する自己決定（セクハラにおける人格的利益）、宗教の自由のような従来必ずしも不法行為法上の法益として現れてこなかった法益も存在する。そうすると、これらのいわゆる新しい法益は、まず不法行為法上の保護法益として「法律上保護される利益」に値するか否かが問題となり、この法益を侵害したことが「違法」であるのか否か、その違法な行為をしたことが「損害」を与えたか否かという問題に続くことになる。人格権ないし人格的法益との関係では、保護法益であるか否かと違法であるか否かの二つが問題となる。以下ではこの二つについて簡単に検討する。

1. 法律上保護される利益

不法行為法の一般規定である民法七五〇条は「故意または過失による違法行為で他人に損害を加えた者はその損害を賠償する責任がある」と規定しており、法律上保護される利益であるのか否かは正面からは認められていない。文言上との関わりからすると「損害」が認められるための前提として捉えることになる。従来の韓国の不法行為法では、必ずしも法益侵害に関する議論が十分に行われていなかったのであり、法益の分類をいかにする

知った上で利用することを前提にすると、それを「客観的親密度」と捉えることはない。

¹⁰⁰⁵ 洪眞映・前掲注九九三）評釈七六五～七六八頁。

かに関しても理解が分かれ得る¹⁰⁰⁶。

いかなる利益が「法律上保護される利益」として法の次元において保護の対象になるのか。たとえば、前掲大法院一九七四年六月一日宣告七三ダ一六九一判決では、「人が、その独占的支配下にある住宅内部で私生活を行うに際して、外部から遮断されて公開されず自由に起居し振る舞うことは、人間の自由権に属する侵害されてはならない一つの法益であるというべきである（下線、筆者）」として、自由権という包摂概念を媒介にして、私生活の平穩を民法上の法益として認めた。媒介概念がなくより弱い利益であっても法益として認められる。大¹⁰⁰⁷においては憲法上認められる平等「権」につき、民法上の一般規定によって認められる人格的「法益」として認められるとした後に、違法性の判断を行っている。また大¹⁰⁰⁸では、原告や被告の利益が両方とも「人格的法益」として、法律上保護される利益として認められるとした後に、比較衡量を行った。一方、最近の裁判例では、被告会社のプログラムを設置することによってインターネット利用者が、韓国最大手のネット検索会社である原告のホームページに入る度に原告の許可なくバナー広告等を見る仕組みにした被告会社を相手に不当な利益を得ていることへの禁止と予防を求めた事案において、「競争者が相当な努力と投資によって構築した成果物を商道德や公正な競争秩序に反して自身の営業のために無断で利用することによって、競争者の努力と投資に便乗し不当に利益を得て競争者の法律上保護する価値のある利益を侵害した行為は、不正な競争行為として民法上不法行為に該当（下線、筆者）」すると判示し、著作権法・不正競争防止法の違反にはならない行為に対して、ある種の「秩序違反」として原告の法益を認めたものがある¹⁰⁰⁷。また、検事の外国人犯罪容疑者に対する杜撰な業務処理によって容疑者が出国して捜査に支障をきたした点が被害者の遺族たちの「保護する価値のある人格的法益を終局的に侵害する行為」として認めたものもある¹⁰⁰⁸。大型百貨店が虚偽の割引率を示しこれを誇張して広告した、いわゆる変則セールを行ったことに関して、商品の品質や価格に関する消費者の信頼や期待も保護されるべき利益として損害賠償を認めた事例もある¹⁰⁰⁹。

2. 違法性

被害者の主張が権利として認められたものあるいは権利に至らない法益として認められたとしても、相手方の権利ないし法益との対立・衝突が起こるのが現代型紛争、とりわけ

¹⁰⁰⁶ 金天秀「わが不法行為法の素描」民事法学五二号（二〇一〇年）五三六頁。

¹⁰⁰⁷ 大法院二〇一〇年八月二五日宣告二〇〇八マ一五四一決定。不法行為の効果として禁止・予防請求権も認めた。評釈として、金上中「不法行為の事前的救済手段としての禁止請求権の小考」比較私法五一号（二〇一〇年）一四一頁以下。

¹⁰⁰⁸ 大法院二〇〇五年九月九日宣告二〇〇三ダ二九五七判決。

¹⁰⁰⁹ 大法院一九九三年八月一三日宣告九二ダ五二六六五判決。控訴審（ソウル高等法院一九九二年一〇月三〇日宣告九二ナ二三一〇二判決）では、このような消費者の信頼は「法が当然に保護すべき人格的法益」であって、その侵害について精神的苦痛による損害賠償を認めた。

人格権に関わる紛争にしばしばみられる。したがって、違法性の判断に際しては、両当事者の利益衡量が欠かせないことになっている¹⁰¹⁰。これは上記の裁判例からも明らかである。名誉に関する最も初期の判例である大②では、「人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障という二つの法益が衝突したときその調整をいかにするべきかは、具体的場合に社会的な諸利益を比較して、表現の自由として得られる利益・価値と人格権の保護によって達成される価値とを衡量して、その規制の幅と方法を定めるべきである」と判示して、表現につき公益性・真実性・相当性があれば違法性がないという定式を定めた。ここでも「社会的な諸利益」という用語でもって述べられている通り、当事者の人格的法益に関わる紛争の場合には、利益衡量の際に「社会秩序」ないし「公益」がしばしば登場する。大⑫でも「私的団体は、私的自治の原則ないし結社の自由によって、その団体の形成と組織、運営を自由に行うことができるため、私的団体がその性格や目的に照らし、その構成員を性別によって異なるように取り扱うことが一般的に禁止されるとはいえない。しかし、私的団体の構成員に対する性別による差別処遇が社会共同体の健全な常識と法感情に照らして容認しうる限界を超えた場合には、社会秩序に違反した行為として違法なものとして評価されうるし、上記のような限界を超えたか否かは、私的団体の性格や目的、差別処遇の必要性、差別処遇による法益侵害の様相および程度などを総合的に考慮して判断しなければならない（下線、筆者）」と判示し、「社会秩序」違反であるか否かが違法の基準であるとしている。

人は誰しも社会において生きているために社会の利益を考慮に入れることそれ自体は何ら不思議なことではなく、むしろ当然のことであるが、問題はいかなる割合であるいほどの程度で考慮するかである。私生活に関する事項であっても「その公開が公共の利益のためであり、表現内容・方法などが不当なものでない場合には、違法性が阻却される」のであって¹⁰¹¹、公共の利益をどの程度のものとして判断するかによって結論が変わるのである。社会秩序ないし公益が最も明示的に違法性の判断枠組みに入ってきたのは大⑥である。ここでは「ある性的表現行為の違法性の可否は、双方当事者の年齢や関係、行為が行われた場所及び状況、性的動機や意図の有無、行為に対する相手方の明示的または推定的な反応の内容、行為の内容及び程度、行為が一回的あるいは短期間のものであるかそれとも継続的なものであるかの可否などの具体的事情を総合して、それが社会共同体の健全な常識と慣行に照らして容認しうる程度のものであるかの可否、つまり善良な風俗または社会秩序に違反するものであるかの可否によって決定されなければならない。そして相手方の性的表現行為によって人格権を侵害した者が精神的苦痛を被るとするのは経験則上明白であるというべきである（下線、筆者）」と判示している。この判旨によると、いくらセクハラ

¹⁰¹⁰ 法規範、法的推論と利益衡量の関係つき、金度均「法的利益衡量の構造と正当化問題」ソウル大法学四八巻二号（二〇〇七年）三一頁以下参照。

¹⁰¹¹ 大法院一九九六年四月一二日宣告九四ド三三〇九判決、大法院一九九八年九月四日宣告九六ダー一三二七判決（大④）など。

の被害者が主観的に大きな被害を受けたとしても、それが公序良俗に反するものでなければ、違法として評価されないのである。民法七五〇条にはない要件である「公序良俗」概念がこの判旨において新たに追加されたのであり、その意味するものは必ずしも明確ではない¹⁰¹²。ただ、後の旧男女差別禁止および救済に関する法律二条二号に定めた「性的言動など」¹⁰¹³に関する判決では¹⁰¹⁴、「公序良俗」概念ではなく、「客観的に相手方と同じ立場に置かれた一般的で平均的な人として」というより具体的な判旨を使用した。この判決では「客観的に相手方と同じ立場に置かれた一般的で平均的な人として」被害状況を鑑みて、同じような被害ないし侵害に至ると判断するならば違法性が認められることになるのであろう。ただ、この判決は、旧男女差別禁止及び救済に関する法律二条二号に関する判示であり、民法上の一般的な不法行為の事案とは異なる。したがって、依然として、大⑥の判断枠組みは維持されている。

なお「時間」という要素が、違法性を判断する際に重要な役割を担う場合がある。実際の人物や事件をモデルとした映画が虚偽の事実を適示したとして、遺族の名誉毀損が争われた事案において、「特に適示された事実が歴史的事実である場合に、時間が経過することによって次第に故人やその遺族の名誉よりは歴史的事実に対する探究または表現の自由が保護されなければならない」と判示した点から明らかであろう¹⁰¹⁵。

¹⁰¹² 梁彰洙「不法行為法の展望：一般不法行為要件の当否」民事法学九号（一九九三年）五三二頁では「第七五〇条の領域内でも既に一定の事案類型、つまり製造物責任、公害、医療過誤、所為人格権などの独自性獲得の傾向は明らかに看取される。このような第七五〇条内部での分化現象は今後も継続的に進行すると展望される。……場合によっては、『過失』や『違法性』のような一般要件を考慮せずに、その事案類型自体の内的な論理を徹底的に追いかけて考えてみる姿勢が必要であろう。そして、これが一般条項とどの点で調和されるし、どの点で決定的に別れなければならないかを考えなければならない」と述べる。たとえ「公序良俗」が「事案類型自体の内的な論理」によって生じたとしたら、それが一般条項とどのように接合するのかを判例上明らかにする必要があるが、この点が明らかでない。

¹⁰¹³ 「セクハラ」とは、業務、雇用その他の関係で公共機関の従事者、使用者あるいは勤労者がその地位を利用したり、業務などに関連して性的言動などで性的屈辱感あるいは嫌悪感を及ぼさせたり、性的言動その他の要求などに対して応じないことを理由に雇用上の不利益を与えることをいう。

¹⁰¹⁴ 大法院二〇〇七年六月一四日宣告二〇〇五ドゥ六四六一判決。同旨として、大法院二〇〇八年七月一〇日宣告二〇〇七ドゥ二二四九八判決。

¹⁰¹⁵ 大法院一九九八年二月二七日宣告九七ダー九〇三八判決、大法院二〇一〇年七月一五日宣告二〇〇七ダ三四八三判決。

第二節 人格権論の展開

第一節でみてきたように人格権論は早い時期から憲法上の条文（第一〇条、第一七条）が挿入されたこともあって憲法との関わりの中で議論が進められてきた。しかし人格権論において民法上の人格権の法的根拠を憲法に依拠したり、民法上の人格権と憲法上の人格権を明確に区別せず議論されてきており、その関係は必ずしも明らかにされていない。その関係を検討する前に、韓国法において憲法と民法との関係がどのように捉えられているのかを整理する必要がある。以下においては、まず憲法と民法との関係に関する学説上の状況を述べた後に（第一款第一項）、判例において人格権を中心とした憲法と民法との共同（協同）の実際場面について検討する（第一款第二項）。その後、立法論において人格権がどのように議論されているのかについて整理した後に（第二款）、若干の検討を加える（第三款）。

第一款 憲法と民法との関係¹⁰¹⁶

第一項 学説

1. 民法学における「憲法と民法」の関係

民法の側からして憲法と民法との関係について従来最も関心が多かったものは、憲法と家族法との関係であった¹⁰¹⁷。なぜなら民法制定以来、家族法は幾度も重要な改正が行われており¹⁰¹⁸、改正の度に憲法との関わりが深かったからである。とりわけ、憲法裁判所が設

¹⁰¹⁶ 韓国の議論につき日本語での紹介として、権寧高「韓国判例上の憲法と私法との関係」同志社法学二八三号（二〇〇二年）四五九頁以下。日本における憲法と民法との関係を紹介する韓国語文献として、鄭鍾休「憲法と民法—日本での議論を中心に」公法研究三七輯三号（二〇〇九年）一頁以下。

¹⁰¹⁷ 韓国でも「家族法」という用語自体問題となりうるが、以下での家族法には便宜上相続法を含むものとする。相続法を財産法として理解するものとして、郭潤直『相続法』（博英社、一九九八年）五一頁以下。憲法と家族法との関係については、許栄「憲法と家族法」延世大学法学研究三輯（一九八三年）四一五頁以下、尹眞秀「憲法が家族法の変化に与えた影響」ソウル大法学四五巻一号（二〇〇四年）二三三頁以下、同「伝統的家族制度と憲法—最近の憲法裁判所判例を中心として」ソウル大法学四七巻二号（二〇〇六年）一四九頁以下。

¹⁰¹⁸ 財産法領域においては、一九八四年改正（チョンセ傳世権、地上権）、二〇一一年改正（成年後見）が大きな改正であるが、比較的家族法は改正が多い。とりわけ重要なのは、一九九〇年改正と二〇〇五年改正である。日本語での紹介としてたとえば前者については、小玉敏彦「韓国の家族法改正をめぐって」ジュリ九八八号（一九九一年）八〇～八二頁、金嘯洙「韓国家族法とその改正について」比較法学二六巻一号（一九九二年）四九頁以下。後者については、高翔龍「韓国家族法の大改革」ジュリー二九四号（二〇〇五年）八四～九一頁参照。最近の紹介として、金亮完「韓国における家族法改正の軌跡」月報司法書士四

置された後、家族法分野における憲法不合法判断ないし違憲判断がなされることによって家族法の変貌を促したのである¹⁰¹⁹。本稿との関係において、憲法と家族法に関する一般議論は直接関わらないため、これ以上は省略せざるを得ない¹⁰²⁰。

憲法と民法との関係について最も早い時期に総合的に検討したものとして、一九九〇年に行われた研究会において発表されたものを載せた民事判例研究会編『民事判例研究XⅢ』（一九九一年）である。そこには四篇の論文が載っている。黄祐呂「憲法の私法的効力」、李在洪「財産権保障の憲法的意味」、李宙興「契約自由の憲法的意味」、崔柄煜「憲法に照らしてみた家族法」である。前三者は実務家（判事）の論文であり、最後が民法学者のものである。崔論文もまた憲法と家族法との関係を検討したものであるために人格権論と直接の関わりを有しない。

その後、しばらく議論が続かなかったものの、一九九八年に憲法制定五〇周年を記念し行われたシンポジウムで報告された梁彰洙論文が現れた¹⁰²¹。人格権論との関係で重要な説示を多く含んでいるため、以下で詳しく紹介する¹⁰²²。まず、同論文の状況認識としては、「人格権ないし人格的法益は、従来のわが民法学で顕著な地位を有しておらず」、「憲法または憲法学から多くの刺激と示唆を得ることができる」とされる（六五頁）。人格権侵害は、多くの場合、利益衡量による「違法性」の可否に関する判断が必要となるが、これにつき「憲法学における『基本権の相衝』に関して議論されているものから多くの示唆を得ることができる」とされる（六七頁）。また人格権の準拠点として、憲法一〇条での「人間としての尊厳と価値」、「幸福を追求する権利」や憲法一七条における「私生活の秘密と自由」を考慮しうが、憲法学におけるこれらの概念に関する議論が「思想としての民法」とも関連して意味を有すると述べる（六七頁）。「所有権が保護されるべき理由は何か、契約自由や過失責任の原則はそれ自体として有意味なものであるのかなど、問題をもう一度考えてみると、結局これらは人間としての尊厳と価値を実現して追求するための幸福を実現する基本道具である点に探すこともできると思われる。ラーレンツが最も基本的な法原則として、カントやヘーゲルを引用しながら、『相互尊重』または『他人を尊重すること』を掲げることまったく根拠がないとはいえない。そうすると、民法でも人格の尊重を終局的な価値理念として設定することはできないだろうか」と続ける（六八頁）。

七〇号（二〇一一年）三四頁以下。

¹⁰¹⁹ 家族法上、重要な制度とされた同姓同本禁婚制度（憲法裁判所一九九七年七月一六日宣告九五憲ガ六ないし一三）、戸主制度（憲法裁判所二〇〇五年二月三日宣告二〇〇一憲ガ九ないし一五、二〇〇四憲ガ五）、父姓主義（憲法裁判所二〇〇五年一二月二日宣告二〇〇三憲ガ五・六）が憲法裁判所によって憲法違反（憲法不合法ないし違憲）とされ、民法改正を促した。戸主制度違憲判決については、趙慶済「二〇〇五年二月三日戸主制憲法不合法決定に関して」立命館法学三〇二号（二〇〇五年）三六頁以下。

¹⁰²⁰ 各論的に関わる部分は、関連個所で取り上げる。

¹⁰²¹ 梁彰洙「憲法と民法—民法の観点から」ソウル大法学三九巻四号（一九九八年）六一頁以下〔後に同『民法研究第五巻』（博英社、一九九九年）に所収〕。

¹⁰²² 同号七九～八〇頁に尹眞秀のコメントがある。

梁彰洙のこのような理解は、憲法と民法との関係を従来における公私二分論に従わずに、憲法を国家の基本法（constitution d'Etat）として理解し、民法を社会の基本法（constitution social）として理解するフランス的発想に基づいている（七四頁）¹⁰²³。さらに、国家の基本法である憲法の存在理由も民法が長らく彫琢してきた人格・契約・所有権などの概念・制度を擁護するところにあるという理解も可能とされる（七四～七五頁）。そうすると憲法上の基本権のなかで基礎的・核心的もの（たとえば、憲法一〇条一項、一條など）は、人類社会の普遍的価値原理を宣言したいわゆる「自然法的」性質の規定として憲法と民法の区別を超越したところに存在するものであり、また民法も「人間としての尊厳と価値」の実現を志向する法であるとの理解に至る（七五頁）。

その後も、いくつかの論稿で憲法と民法との関係が論じられており、現在も議論は続いてはいるが¹⁰²⁴、学会全体として大きな取組ないし注目がされているわけではない。しかし、着実に議論は進んでおり、公法と私法の区別論にまで及んでいる¹⁰²⁵。私的自治や公益に注目しながら、憲法と民法に関する問題を扱ったものも現れており¹⁰²⁶、より多様な観点からの分析が進みつつある。人格権論についても言及するものがあるものの正面から扱われてはいない¹⁰²⁷。

¹⁰²³ この理解は従来の学会においては必ずしも一般的見解ではなかったため批判もなされている。たとえば、金善擇「基本権の効力」一六一頁注一六では「私法の独自性ないし私法が個人の自由に対して有する固有な価値は、国法秩序の統一的体系化では憲法的保障を前提に主張されるべきである」と批判する。

¹⁰²⁴ 諸哲雄「民事法と人権」人権と正義三六九号（二〇〇七年）四九頁以下、尹眞秀「私法上の団体と憲法」比較私法一五巻四号（二〇〇八年）一頁以下、李璣基「単純承認擬制規定に対する憲裁決定の問題—民法条項に対する憲法裁判所の介入と限界」民事法学四〇号（二〇〇八年）三四七頁以下、鄭鍾休「憲法と民法—日本での議論を中心に」公法研究三七輯三号（二〇〇九年）一頁以下、李正休『民事規範統制に関する研究—憲法裁判所決定例を中心に』東国大学博士論文（二〇一二年）、林建勉「民法の解釈と適用における基本権の影響」成均館法学二五巻二号（二〇一三年）一頁以下、白慶一「憲法規定が私的法律関係で考慮される限界」安岩法学四三巻（二〇一四年）一三七頁以下。公法学では、尹榮美『民事裁判と基本権—法律行為と不法行為を中心に』梨花女子大学博士論文（二〇一二年）、李在熙『私的領域での平等権保障』高麗大学博士論文（二〇一二年）が現れている。また法哲学者の論稿として、梁千秀『民事法秩序と人権』（集文堂、二〇一三年）とその書評である鄭求兌「民法と基礎法間の学際的研究の典範」法と社会四五号（二〇一三年）四二一頁以下がある。

¹⁰²⁵ 行政学からであるが、朴正勳「公・私法区別の方法論的意義と限界—フランスとドイツでの発展過程を参考にして」公法研究三七輯三号（二〇〇九年）八三頁以下がある。そこで次の興味深い指摘をしている。従来、公・私法区別の方法論的意義が疎かにされてきた理由として、第一に公・私法区別をドイツ法、とりわけ一九世紀のドイツの状況だけを前提として理解してきた点、第二に憲法裁判、とりわけ憲法訴訟審判の飛躍的發展を掲げる（九七頁）。

¹⁰²⁶ 諸哲雄「私的自治と公益の相互関係」ソウル大法学四七巻三号（二〇〇六年）一二一頁以下、朴秀坤「憲法上財産権秩序と私的自治—憲法裁判所の態度に対する私法的視角からの再照明」法と政策研究八輯二号（二〇〇八年）四三三頁以下。

¹⁰²⁷ 尹眞秀・前掲注一〇二四）三〇～三六頁では団体の人格権を、梁千秀・前掲注一〇二四）

2. 憲法規定の対私人間効力

憲法と民法との関係において最も基本的な論点は「憲法規定の対私人間効力」である¹⁰²⁸。憲法上の規定が私人間の争いにおいて問題となった場合に、憲法が私人の間の紛争においていかなる形でどのような関与をするべきかという古典的問題である。この問題の前提となるのは公私二分論であり、これに関しては行政法学を中心に議論されている反面¹⁰²⁹、民法学においては相対的に関心が低い状況である¹⁰³⁰。これに関して憲法学で通説とされるのは、間接適用説（ないし間接的私人効力説）である¹⁰³¹。民法学でも間接適用説が通説として考えられている¹⁰³²。

二三〇～二六四頁では、人権としての人格権を検討する点で貴重である。梁千秀論文の二三二～二三三頁では、「近代人権は人権の主体が実践理性を備えた自律的な存在であるという点に基盤を置く。これによると、一人間が人権の主体になることができる理由は、まさに人間が実践理性を備えた自律的な人格体 (Person) であるからである。これを通じて分かるように、人権は自律的な人格概念と不可分の関係を有する。しかしこのような人格連関性はまさに人格権で際立って現れる。なぜなら人格権こそ人格それ自体を保護対象とするからである。人格権の歴史が示しているように、人格権は生命、身体、自由、財産、名誉などに対する人権が保障することのできない人格のもう一つの側面を保護するために登場した権利である。これを通じて我々は人格権が人権の一種である点を論証することができる（下線、筆者）」と指摘する。部分的には同意できない部分が存在するが、基本的な認識は本稿と共通するものがあり、興味深い点を多々含んでいる。

¹⁰²⁸ 憲法学では、崔大権「基本権の第三者的効力—法社会学的接近の試み」公法研究一一輯（一九八三年）五九頁以下、金日煥「わが憲法上基本権の対私人的効力論議の批判的考察」憲法研究六巻二号（二〇〇〇年）六九頁以下、金善擇「私法秩序における基本権の効力」高麗法学三号（二〇〇二年）一五三頁以下〔以下、「基本権の効力」とする〕、朴揆煥「私法秩序として基本権効力拡張構造とその限界」公法研究三三輯三号（二〇〇五年）一一五頁以下など数多くの文献がある。基本権概念に関する論考として、鄭宗燮「基本権の概念に関する研究」ソウル大法学四四巻二号（二〇〇三年）一頁以下、同『基本権の概念』（グムブンオ、二〇〇七年）。また基本権の改正につき、金日煥「憲法基本権編改正の争点と代案」公法研究三八輯一号一卷（二〇〇九年）一頁以下。国会の憲法改正諮問委員会が出した『憲法改正案』（二〇一四年）では、基本権主体を「国民」から「人間」に替えることを提案している。そのほか、生命権、身体と精神の完全性、差別禁止、行動の自由などの各種の自由権などを盛り込むことが唱えられている。その簡単な紹介として、金哲洙「新憲法改正案の特色」大韓民国学術院通信二五二号（二〇一四年）二～五頁。

¹⁰²⁹ 行政法学の最近の論考として、たとえば鄭鎬庚「公・私法区別の歴史と意味に関する一考察（一）」漢陽大学法学論叢二三巻一号（二〇〇六年）二〇三頁以下。また最近では環境法でも議論がなされている〔たとえば、李侑峰「環境法の進化過程の中で現れた公法と私法間の葛藤構造」環境法研究（二〇一〇年）三三頁以下など〕。

¹⁰³⁰ 高翔龍「韓国民法施行五〇年の回顧」考試界五〇〇号（一九九八年）三二～三六頁では、現代においては公私法にまたがる新たな領域の出現などによって公私二分論を厳格に維持することはもはや意味を有しないと指摘する。

¹⁰³¹ 金善擇「基本権の効力」一七〇頁。

¹⁰³² 『注釈民法 民法総則〔第四版〕』（二〇一〇年）四〇二頁〔尹眞秀、李東珍執筆〕。

しかしながら、最近の憲法学では、間接適用説の例外を広げる形でそこから離脱を示す議論が現れており注目されている¹⁰³³。対私人間効力が直接適用される基本権として、勤労三権・表現の自由・人間の尊厳と価値、幸福追求権、参政権、家族間の平等規定を掲げるもの¹⁰³⁴、言論・出版の自由に対してだけ直接的効力を認めるもの¹⁰³⁵のように直接効力を有する具体的な自由を掲げるもの。一方、直接効力説にせよ間接効力説にせよ、私的自治との調和を認める限り、実質の違いは存在しない¹⁰³⁶、「全体的脈絡からそれぞれの独立的役割を付与する立体的な構成方式が合理的」である¹⁰³⁷、「直接効力説にせよ間接効力説にせよ現実的に重要なことは、むしろ基本権が立法者と裁判官にいかなる拘束力を有するかというもの」が重要である¹⁰³⁸、私法秩序に私人がその実質において国家や地方自治団体の機能や役割を遂行するときだけ基本権の私人的効力を認め、それ以外には基本権の私人的効力を認めるべきではない¹⁰³⁹など、より問題の実質に即した形で判断を促すことを述べている。

判例は最近に至って宗立学校事件（大¹⁰）で、「憲法上の基本権は、第一次的には個人の自由な領域を公権力の侵害から保護するための防御的権利であるが、一方で憲法の基本的な決断である客観的な価値秩序を具体化したものとして、私法を含むすべての法領域でその影響を及ぼすものであるため、私人間の私的な法律関係も憲法上の基本権規定に適合するよう規律されなければならない。ただ、基本権規定はその性質上、私法関係に直接適用されうる例外的なものを除いては、私法上の一般原則を規定した民法第二条、第一〇三条、第七五〇条、第七五一条などの内容を形成し、その解釈基準になり、間接的に私法関係に効力を及ぼすようになる。宗教の自由という基本権の侵害と関連した不法行為の成立可否も、上のような一般規定を通じて、私法上保護される宗教に関する人格的法益侵害などの形態に具体化され論じられるべきである（下線、筆者）」と判示し、はじめて間接的適用説を支持する立場を明確にした¹⁰⁴⁰。この判旨につき、最も厳しく批判する見解によると、原告が請求したのが民法上の損害賠償であるために、裁判所が憲法上の基本権を持ち出して基本権の衝突を前提として利益衡量を行う一連の作業がそもそも必要でなく、専ら民法上の損害賠償の要件にしたがって判断すればよいという¹⁰⁴¹。民法上の規定や理論が欠落するかあるいは明らかに不合理な結果をもたらすときに、はじめて憲法規定を参照すべきであるからだ。また、判旨では基本権規定を民法上の一般規定を通じて解釈・適用するべ

¹⁰³³ 以下の指摘は、白慶一・前掲注一〇二四）一三九頁注六に多くを負っている。

¹⁰³⁴ 金哲洙『憲法学新論』（博英社、二〇一三年）三四七頁。

¹⁰³⁵ 許栄『韓国憲法論』（博英社、二〇〇九年）二五九頁。

¹⁰³⁶ 梁建『憲法講義』（法文社、二〇一三年）二四五頁。

¹⁰³⁷ 李準一『憲法学講義』（弘文社、二〇〇八年）四三八頁。

¹⁰³⁸ 張永洙『憲法学』（弘文社、二〇一一年）四九八頁。

¹⁰³⁹ 鄭宗燮『憲法学原論』（博英社、二〇一三年）七五～七七頁。

¹⁰⁴⁰ その後の大法院二〇一一年一月二七日宣告二〇〇九ダ一八六四判決（大¹²）や、大法院二〇一一年九月二日宣告二〇〇八ダ四二四三〇判決（大¹³）も追認した点からして判例上確立した。

¹⁰⁴¹ 白慶一・前掲注一〇二四）一七八～一八四頁。

きであるとしながら、民法七五〇条、七五一条での過失、違法性、損害、因果関係などに関して検討していない点も批判されている¹⁰⁴²。

第二項 判例

1. 人格権をめぐる憲法裁判所の判例

憲法裁判所は、姦通を規定する刑法第二四一条の違憲可否を問う事件において、「憲法一〇条は、『すべての国民は人間としての尊厳と価値を有しており、幸福を追求する権利を有する。国家は、個人が有する不可侵の基本的な権利を確認して、これを保障する義務を負う』と規定して、すべての基本権保障の究極的目的（基本理念）とすることができる人間の本質であり固有な価値である個人の人格権と幸福追求権を保障している。そしてこのような個人の人格権・幸福追求権は個人の自己運命決定権をその前提としており、この自己情報運命決定権には、性的自己決定権、特に婚姻の自由や婚姻における相手方を決定することができる自由が含まれている（下線、筆者）」と述べて、「人格権」について言及した¹⁰⁴³。ただ、後の留置場内のトイレ設置及び管理行為に関する事案の憲裁二〇〇一年七月一九日宣告二〇〇〇憲マ五四六（違憲）では、「憲法一〇条は、『すべての国民は人間としての尊厳と価値を有しており、幸福を追求する権利を有する』として、すべての基本権の終局的目的であり基本理念であるともいえる人間の尊厳と価値を規定しているが、これは人間の本質的で固有な価値としてすべての場合に最大限に尊重されなければならない（下線、筆者）」と述べており、人格権の法的根拠を憲法一〇条の第一文前段だけを掲げており、かつ人格権という用語ではなく、「人間の尊厳と価値」という用語に切り替えている。

早い時期に民法学者に注目されたものとして、民法七六四条の「名誉回復に適切な処分」に謝罪広告が含まれることが良心の自由および人格権侵害であるとして憲法判断を求めた事案に関する憲裁一九九一年四月一日宣告八九憲マ一六〇（一部違憲）がある¹⁰⁴⁴。憲法一

¹⁰⁴² 白慶一・前掲注一〇二四）一八二頁。

¹⁰⁴³ 憲裁一九九〇年九月一〇日宣告八九憲マ八二（合憲、反対三人）。金善擇「憲法上人格権の保障体系と保護法益—憲法裁判所判例を中心に」憲法論叢一九輯（二〇〇八年）四九六頁では、この判決で人格権は、「主観的権利」というより「客観的憲法原理」という性質を有するものであるために、人格「権」としたことに疑問を提示する。

¹⁰⁴⁴ 憲法研究官（当時）解説として、尹眞秀「謝罪広告制度と民法第七六四条の違憲可否」司法行政三二卷一一号（一九九一年）七三頁以下がある。憲法学からは、成樂寅「名誉毀損に対する謝罪広告制度と憲法裁判所の決定」言論仲裁春号（一九九二年）、崔大權「良心の自由と謝罪広告」ソウル大法学三九卷三号（一九九八年）一頁以下、金日煥「憲法裁判所の謝罪広告決定」成均館法学一二期（二〇〇〇年）四三頁以下がある。民法学からは、尹喆洪「名誉毀損と謝罪広告を命ずる判決に関する小考」崇実大学法学論叢一三輯（二〇〇三年）八七頁以下、同「名誉毀損と原状回復—謝罪広告を中心に」比較私法一〇卷三号

九条、国際人権規約B規約一八条を掲げながら、「謝罪広告制度とは、他人の名誉を毀損して飛行を行ったと信じない者に本心に反して深く『謝罪する』としながら、罪悪を自認する意味の謝罪の意思表示を強要するものであるため、国家が裁判という権力作用を通じて自己の信念に反して自己の行為が飛行であり罪になるという倫理的判断を形成強要して外部に表示することを命ずる一方、意思・感情と合わない謝りという道義的意思までも広く含まれるものである。したがって、謝罪広告の強制は、良心でもないものが良心であるものように表現することの強制的に人間良心の歪曲・屈折であり、表と裏が異なる二重人格形成の強要であって、沈黙の自由の派生である良心に反する行為の強制禁止に抵触するもので、したがってわが憲法が保護しようとする精神的自由の一つである良心の自由の制約（括弧、省略）であるとみなければならない。……したがって、謝罪広告過程では、自然人であれ法人であれ、人格の自由な発現のために保護されなければならない人格権が無視され、国家による人格の外形的変形が招来され、人格形成に分裂が必然的に随伴することになる。このような意味で、謝罪広告制度は、憲法で保障される人格の尊厳と価値およびそれに基づく人格権に大きな危害になるとみるべきである（下線、筆者）」と判示した。

憲裁一九九一年九月一六日宣告八九憲マ一六五（定期刊行物の登録等に関する法律上の訂正報道請求権の違憲可否、合憲）では、憲法一〇条、一七条、二一条一項・四項を掲げて、「言論・出版の自由を保障すると同時に、言論・出版の自由が民主社会でたとえ重要な機能を遂行するとしても、それが人間の尊厳性から由来する個人の一般的人格権などの犠牲を強要することはできないことを明らかに示している。憲法の上記条項を総合して考えると、言論機関によって一般的な人格権や私生活の秘密と自由を侵害された被害者に、人間の尊厳と価値および私生活の秘密と自由権を保護するために、迅速で適切な防御の手段が与えられてこそ衡平の原理に符合するとみるべきである。したがって、この法が規定した反論権としての訂正報道請求権は、まさに憲法上保障された人格権にその元を置くのであ（下線、筆者）」と判示した。憲裁一九九九年五月二七日九七憲マ一三七（在所者囚衣着用処分違憲確認、違憲）、前掲・憲裁二〇〇一年七月一九日宣告二〇〇〇憲マ五四六、憲裁二〇〇二年七月一八日宣告二〇〇〇憲マ三二七（身体過剰捜索行為の違憲確認、違憲）は、「人間としての尊厳と価値」を人格権の憲法上の法的根拠として掲げている¹⁰⁴⁵。

憲裁二〇〇五年五月二六日宣告九九憲マ五一三等（住民登録法一七条の八等違憲確認等、合憲）は、個人情報自己決定権に関して今までとは異なる新しい法的構成を試みる。「個人

（二〇〇三年）二五頁以下参照。最近、本判決以降禁止された謝罪広告制度を再考するものとして、金敏圭「名誉回復処分としての謝罪広告排除に対する再考」東亜法学四九号（二〇一〇年）二九七頁以下。謝罪に関する法社会学的検討として、Ilhyung Lee, The law and culture of the apology in Korean dispute settlement (with Japan and the united states in mind), 27 Mich. J. Int'l L. 1(2005).

¹⁰⁴⁵ 金善擇「憲法上人格権の保障体系と保護法益—憲法裁判所判例を中心に」憲法論叢一九輯（二〇〇八年）四九四頁では「憲法裁判所のアプローチが事件別・問題中心的であるため、定型的に整理された一貫性のある立場を出したというより、多様な領域において様々な代案を提示した」と指摘する。

情報自己決定権の憲法上の根拠としては、憲法一七条の私生活の秘密と自由、憲法第一〇条第一文の人間の尊厳と価値及び幸福追求権に基づいた一般的人格権または上記条文と同時に、わが憲法の自由民主的基本秩序規定または国民主権原理と民主主義原理等を考慮するが、個人情報自己決定権として保護しようとする内容を上記各基本権及び憲法原理の中一部に完全に包摂させることは不可能であるために、……個人情報自己決定権はこれらを理念的基礎とする独自の基本権として憲法に明示されていない基本権である（下線、筆者）」とする¹⁰⁴⁶。

以上で明らかのように、憲法裁判所では、「人間としての尊厳と価値」・「人格権」・「一般的人格権」を混用しており、その法的根拠についても、憲法一〇条・一七条などを掲げており、これらをいかに整合的に解釈するべきかは、学説の課題となっている。

2. 憲法上的人格権と民法上的人格権の関係

憲法上的人格権に関する問題、たとえばその保護範囲、法的根拠、他の基本権との関係などについて様々な議論がなされている¹⁰⁴⁷。憲法学説は「一般的人格権」という用語を概ね認めるが¹⁰⁴⁸、その法的根拠としては憲法一〇条を掲げる説¹⁰⁴⁹、憲法一〇条と三七条一項との相互関係を掲げる説¹⁰⁵⁰、憲法一〇条、一七条、三七条一項などを掲げる説¹⁰⁵¹など一致

¹⁰⁴⁶ この個人情報自己決定権は、後の二つの判決において具体的に判断された。憲裁二〇一〇年二月二五日宣告二〇〇八憲マ三二四等においては、公職選挙法第八二条の六によるインターネット実名認証制に関して、実名認証資料の保管および提出義務が個人情報自己決定権に対する侵害ではないとした。また憲裁二〇一〇年五月二七日宣告二〇〇八憲マ六六三では、誰でも債務不履行者の名簿やその副本を閲覧できかつ複製することもできると規定した民事執行法第七二条第四項が債務の履行のために努力することを促す間接強制の効果を有しており、取引相手方に対する信用調査の手段になりうるという点から取引の安全にも寄与するとして個人情報自己決定権の侵害を否定した（合憲四人、違憲五人と違憲判断の方が多かった）。

¹⁰⁴⁷ 金日煥「韓国憲法上『一般的人格権』存在可否に関する批判的検討」公法研究二八輯四号二巻（二〇〇〇年）一一三頁以下が詳しい。

¹⁰⁴⁸ 金哲洙・許榮・金善擇など。「学界と一般人において、プライバシー、(一般的)人格権、私生活の自由を混用して使用している。憲法学者と一般国民はプライバシーという単語を好んで用い、憲法裁判所は一般的人格権を言及しているのみならず、多くの学者はわが憲法上、プライバシー権、一般的人格権、私生活の自由という権利がすべて(別個の)権利として存在するものとして主張していると判断される」と指摘する(金日煥「憲法基本権編改正の争点と代案」公法研究三八輯一号一卷(二〇〇九年)四頁注六)。

¹⁰⁴⁹ 金哲洙・前掲注一〇三四)三六〇頁以下。金善擇「憲法上人格権の保障体系と保護法益一憲法裁判所判例を中心に」憲法論叢一九輯(二〇〇八年)四八九頁以下では、人格権を狭義の人格権(尊厳権)と広義の人格権(一般的人格権など)とに分け、前者は憲法一〇条一文前段(人間としての尊厳と価値)を、後者は憲法一〇条(人間としての尊厳と価値+幸福追求権)などをその法的根拠として掲げる。ただ同教授は、広義の人格権に一般的人格権以外に、私生活の秘密と自由、個別的人格権などが入ると理解している点は注意すべきである。

¹⁰⁵⁰ 権寧星『憲法学原論』(法文社、二〇一〇年)四二四頁。

¹⁰⁵¹ 許榮・前掲注一〇三五)三一八頁以下。

していない。

憲法上の人格権から民法上の人格権を直接導くことはできないし、そうする必要もない¹⁰⁵²。なぜなら、憲法が規律する法的対象は民法が規律する法的対象が互いに異なっているため、憲法における人格権と民法における人格権を観念的には分けることができる¹⁰⁵³。しかし、実際上の問題として、憲法一〇条、一七条～二二条、三七条からして、両者を完全に分離することはできない。憲法一〇条を一般的人格権の根拠条項として、それ以下の条文は個別的人格権を表したものであるとの理解が一般的理解である。ただ、憲法学では一般的人格権を認めるか否かの議論より、一七条を他の基本権（一六条、一八条）との関係を解明することがより重要であるとの指摘もある¹⁰⁵⁴。また、憲法上の人格権のなかで私人間にも直接適用できるものもあることから憲法上の人格権論は民法上の人格権論に大いに影響を与えていると思われる。その問題の一つは、そもそも憲法・民法上の権利あるいはそれ以前に認められるべきものとは何か（憲法学でいえば、基本権の本質、民法学でいえば私権の本質）を解明することである¹⁰⁵⁵。人格権が人間としての尊厳と価値によって認められるべきものであるとしたら、それは基本権あるいは私権といかなる関係を有するのかを明らかにすることが必要である。また、憲法あるいは民法が考える人間像がいかなるものであるのかについても検討する必要がある¹⁰⁵⁶。その際に、憲法も民法もこの課題に向

¹⁰⁵² たとえば、環境権に関する大法院一九九五年九月一五日宣告九五ダ二三三七八は、憲法上の環境権から直接私法上の権利としての環境権を導くことができないとし、所有権に基づく妨害排除請求権と妨害予防請求権を認めた。

¹⁰⁵³ 韓秀雄「憲法上の人格権」憲法論叢一三輯（二〇〇二年）六三六頁注一八では以下のよう主張する。「『私法上保護される人格権』と『基本権としての人格権』は区分されるべきである。私法上保護される人格権は、法律上の制度であり、法律上の権利である一方、基本権としての人格権は憲法上の権利である。したがって、私法上の人格権が私人間の関係にだけ適用される反面、憲法上の人格権は私人間の関係のみならず、一次的には国家と個人との関係で重要な役割を行う。憲法上の人格権はいかなる方法で人格権を実現すべきかに関して、立法者に委任しているために、立法者は私法上の人格権保護だけでなく、刑法上の人格権保護のように多様な方法で憲法上の人格権を実現することができる。したがって、私法上の人格権はもっぱら憲法上人格権を実現するための憲法的に可能ないくつかの可能性の中の一つである。たとえ、憲法上の人格権と私法上の人格権の保護範囲が結果的にほぼ一致するにもかかわらず、まるで憲法上の財産権と私法上の財産権がお互いに異なることと同じく、お互いに混同されてはならない」。

¹⁰⁵⁴ 金日煥「韓国憲法上『一般的人格権』存在可否に関する批判的検討」公法研究二八輯四号二卷（二〇〇〇年）。

¹⁰⁵⁵ 憲法学では、金哲洙「基本権の性格—自然権か実定権か」法政一九七〇年四月号がある〔同『現代憲法論』（博英社、一九七九年）に所収〕。

¹⁰⁵⁶ 金哲洙「基本権の体系」ソウル大法学一〇巻一号（一九六八年）六五頁では、「わが憲法は自然権的な規定方式に従っているために、新しい分類方法が必要ではないかと思う。憲法の基本権は、憲法第八条（現一〇条、筆者）の人間の尊厳と価値権を主基本権として

けて対話のチャンネルを開いて協力ないし協同することが重要である。最近の有力な民法学説は、「人格権」を次のように述べる¹⁰⁵⁷。「人格権、つまり自分の体と心に関する法益を内容とする権利は、生来的で天賦的で自然法上認められるものであり、実定法上は具体的に憲法の基本権規定から確認されていくものである（下線、筆者）」と。このような理解は、民法・憲法の領域にこだわらず（ないし両者以前のものとして）実質的に人格権ないし人格的利益を判断することの重要性を説いているものの一例であり注目すべきであろう。

憲法裁判所と大法院との関係定立は未だに検討課題であるという点は、冒頭に述べたのである。ただ、実務において、両者は協働する場面も多く見られている。たとえば、憲法裁判所は、名誉に関する判旨において大法院の判決を引用しながら自らの判旨を述べているものがある¹⁰⁵⁸。また、大法院も、民法上の人格権論を述べる際に、憲法上の条文を掲げており、憲法における人格権論を念頭に置いているものも多い¹⁰⁵⁹。

把握すべきであり、このような人間の尊厳と価値権は、個別的な基本権に分化するとみるべきである。このような個別的な基本権としては、狭義における人間の尊厳権、平等権、自由権、生存権、請求権、参政権として分類するべきであると考え」と述べる。

¹⁰⁵⁷ 金天秀「わが不法行為法の素描」民事法学五二号（二〇一〇年）五三七頁。

¹⁰⁵⁸ 憲裁一九九九年六月二四日宣告九七憲マ二六五。誹謗目的による虚偽内容で刑事的な名誉を毀損されたとして、新聞社等を相手に告訴したが、検事が不起訴処分した。それにつき、検事を相手に不起訴処分が憲法上保障された平等権、裁判手続陳述権を侵害する違法があるとして、憲法訴願を請求した事案。公的人物の公的活動に関する新聞報道が名誉毀損的表現を含む場合、言論自由と名誉保護の利益調整の基準、刑法上の名誉毀損規定の解釈基準等について判示した。

¹⁰⁵⁹ 私生活に関しては、大法院一九九八年七月二四日宣告九六ダ四二七八九判決（憲法一〇条、一七条）、大法院一九九八年九月四日宣告九六ダ一一三二七判決（憲法一〇条、一七条、二一条四項）、大法院二〇一二年六月一八日宣告二〇一ドウ二三六一判決（憲法条文ではなく、憲裁二〇〇三年一〇月三〇日宣告二〇〇二憲マ五一三を直接引用）など。

第二款 立法における人格権論—人格権の条文化に向けて

第一項 二〇〇四年民法改正までの経緯と挫折¹⁰⁶⁰

韓国法務部は一九九九年二月に法曹界と学会から専門家一三人を招き『民法改正特別分科委員会』を構成して、研究と議論を経て、二〇〇一年一月一六日に改正試案を発表した。その後、この改正試案を検討するために、学会で二〇〇二年一月一六日に『民法改正案研究会』が発足した¹⁰⁶¹。この議論をも含む形で、最終的に二〇〇四年に「民法（財産編）改正試案」をまとめて国会に提出したが、会期満了によって前記試案は自動的に廃案となった¹⁰⁶²。成人年齢を満二〇歳から一九歳に下げ、根抵当権や根保証制度を整備するなど修正が多岐にわたって提案されたが、国会を通過されることはなかった。しかしだからといってこの試案が今ではもはや意義を有しないということにはならない。人格権論との関係では、注目すべき改正案が出されていたからである¹⁰⁶³。

それは、すなわち、民法改正試案一条の二（人間の尊厳と自律）¹⁰⁶⁴である¹⁰⁶⁵。第一項は「人は、人間としての尊厳と価値に基づいて自身の自由な意思に従って法律関係を形成する」と規定し、第二項は「人の人格権は保護される」と規定した。この条文に関しては、学会から八つの意見が提示されており、条文の削除を求める意見と¹⁰⁶⁶、修正を求める意見とに分かれた¹⁰⁶⁷。削除を求める意見が共通的に依拠するのは、憲法一〇条に人格権は依拠しているために、改めてその根拠条文を設ける必要はないという¹⁰⁶⁸。また、第二項は、「宣

¹⁰⁶⁰ この改正に関して日本での紹介として、梁彰洙「最近の韓国民法典改正作業」民商一二七巻四＝五号（二〇〇三年）六四二頁以下。また、鄭鍾休「韓国民法の現代化（一）（二・完）」民商一二六巻二号（二〇〇二年）一五五頁以下も参照。

¹⁰⁶¹ 研究会の成果として、黃迪仁ほか『民法改正案意見書』（三知院、二〇〇二年）。

¹⁰⁶² この試案の整理を行ったのが『民法（財産編）改正資料集』（法務部、二〇〇四年）である。

¹⁰⁶³ 学会では、既に不法行為法の七五一条の二として人格権に関する条項を置くことが提案されていた。姜南鎮「人格権の保護に対する一つの提案」民事法学一三＝一四号（一九九六年）一三四頁。その後のものとして、李鳳林「人格権の法理検討と立法提案」民事法学四五巻一号（二〇〇九年）一五九頁以下参照。

¹⁰⁶⁴ 条文題目は、第一次仮案のときには存在しなかったが、人間の尊厳（第二次仮案、第三次仮案）→人間の尊厳と自律（第四次仮案、最終案）となった。ただ上記、鄭・現代化論文では、「自律」を「自立」となっている。

¹⁰⁶⁵ この条文の提案者は李英俊委員である（『民法（財産編）改正資料集』（法務部、二〇〇四年）一一頁）。

¹⁰⁶⁶ 高翔龍、金天秀、朴慶亮、朴泳珪、宋徳洙、安春洙。安法榮は、条文新設には同意するが、第二項の新設は望まない。

¹⁰⁶⁷ 張在玉。

¹⁰⁶⁸ 安春洙は、「特に第二項の内容は、憲法的次元の意味を有するものであって、民法で規定される性質のものでない（傍点、筆者）」と述べる（黃迪仁ほか『民法改正案意見書』七頁）。

言的意味」しか有さず、実益がなく象徴的意義しかないという。これに対して、張在玉だけは、人格権の新設を推進する立場を採っている¹⁰⁶⁹。まず、人格権の条文の新設につき、ドイツ法ないしスイス法を参照しながら、「我が民法と法秩序全体に照らして判断すると、人格権に対する一般的保護に関しては、法律の欠缺が存在する領域であると言わなければならない。従来、判例と学説は、我が民法上、人格権あるいは人格的利益が一般的に保護され得ると理解したのであるが、これに対する深層のかつ明示的な法理論的論証は足りなかったと思われる。我が民法第七五〇条の文言だけでは、人格権が当然に導かれると解釈するには無理がある。我が民法では、一般的人格権の保護は、憲法上基本権の領域で保護される法（倫理的）原則である一般的人格権の法律超越的法形成または憲法合致的法形成を必要とするというべきである。したがって、立法府が民法で明示的に人格権または人格的利益を一般的に保護する規定を置くことは、法官が法形成した一般的人格権を安定化してくれる側面で、そして法官の価値判断の限界を法規範で限界付ける側面からは正しいと思われる。そして、法官によって人格権が自由に発展していく余地を残しておくためには、包括的な立法方式が保護されるべき人格的法益を個別的に列挙する方式よりは勝っているというべきである。したがって、改正試案で人格権に関して包括的に保護する規定を置く点には賛成する」という¹⁰⁷⁰。そして、人格権規定の位置については、「一般的人格の保護は、法（倫理的）原則を民法上法規範化して保護するものである」ため、「これを規範化するにおいて、我が民法の体系上、不法行為法で規定することが正しくなければ、改正案第一条の二第一項とは別個に、第二条の二を新設することを提案する」¹⁰⁷¹。更に、第二条の三（人格権侵害に対する救済）を新設し、人格権侵害の排除・予防請求権を規定することを提案する¹⁰⁷²。

このような学会での意見が出された後も、議論は平行したままで続く。まず、憲法との関係から条文の必要性を否定する見解は¹⁰⁷³、人格権の明文の規定を欠く現在においても憲法第一〇条と憲法第一七条から人格権を導くことができると主張する。これに対し、条文を置くことに賛成する見解は、民法総則編に人格権に関する原則的規定を置くこと自体に

¹⁰⁶⁹ 張在玉の人格権に関する論稿として、金漢澤と共著「言論の自由と人格保障」中央大学法学二一輯（一九九六年）二七頁以下、「死後の人格と遺族の人格保護」中央大学法学研究所法学論文集二四輯一号（二〇〇〇年）一四一頁以下、「遺族の死者に対する追慕の情—遺族の人格保護への法理構成」江原法学一四卷（二〇〇一年）二七五頁以下、「芸能人の姓名・肖像の経済的価値保護と損害賠償法の役割」法学論文集二七輯一号（二〇〇三年）九五頁以下など。

¹⁰⁷⁰ 黄迪仁ほか『民法改正案意見書』八頁。

¹⁰⁷¹ 第二条の二（人格権の保護）①人間の人格は保護される。②人格に対する侵害は、優越な私的あるいは公的利益や被害者の承諾または法規定によって正当化されない限り、違法である。

¹⁰⁷² 第二条の三（人格権侵害に対する救済）①人格を違法に侵害された者は、その侵害の排除を請求することができる。②～④は略。

¹⁰⁷³ 法務部訟務課、郭潤直、南孝淳など。また安法栄「二〇〇一年法務部民法改正試案に関する小考」高麗法学三八号（二〇〇二年）一七〇頁参照。

意義があるし¹⁰⁷⁴、人格権に関する条文は最も重要な改正事項であり、そのまま存置させるべきという¹⁰⁷⁵。その理由としては、憲法上の基本権は基本的に国民の国家に対する権利であるため、私法の領域にそのまま適用できるものではないため、社会生活の基本的法律関係を規律する民法に人格権に関する明文規定を置くべきであるという¹⁰⁷⁶。

この条文案に対し、第四八次全体会議（二〇〇三年八月一八日）では関係機関の意見（法院行政処）を検討するに際して、人格権に関する上記改正案は具体的でないため、より詳細な規定を設けるべきとして¹⁰⁷⁷次の提案もなされた。

民法一条の二（人格権の保護）

① 人の人格権は保護される。

② 人格権を侵害した者に対しては、損害賠償に置き換えるか、損害賠償と一緒に侵害された人格権の回復に適切な措置を行うことを請求しうるし、人格権を侵害するおそれのある行為を行う者に対しては、その予防や損害賠償の担保を請求しうる。

これに関して民法の通則のところを上記のような細かな規定を設けることは体系上宜しくないということで、この案は受け入れられず、第二項だけ不法行為の検討の際に再検討すべきとされた¹⁰⁷⁸。しかし、後の第五八次全体会議（二〇〇四年二月一四日）での検討の際に、法院行政処が提案した第二項は、試案第一条二の本来の改正趣旨が、私的自治と人格権の保護を強調するという宣言的趣旨であったために具体的効果を規定する条文を冒頭に置くことは望ましくなく、民法七五〇条において侵害の排除や予防請求権などの人格権侵害の個別的効果について対処可能であり¹⁰⁷⁹、また二一四条の適用でも対処可能であるため¹⁰⁸⁰、本来の改正趣旨に合わないとして¹⁰⁸¹。

人格権に関するこの改正試案は、二つの観点から評価された¹⁰⁸²。第一に、きわめて意識的に人格権規定を「通則」に含めた点である¹⁰⁸³。人格権に関する具体的内容やその効果に関する議論より、むしろ改正委員の共通の了解事項として念頭に置かれたのは、「民法における人格権の位置付け」という点であった。そのため人格権の要件・効果に関する議論は不法行為法の議論に譲るとして、それよりは人格権保護の理念を全面に出した点に意義を見出すことができる。第二は、私的自治との関係において人格権を捉えている点である。

¹⁰⁷⁴ 李英俊、梁彰洙、金載亨など

¹⁰⁷⁵ 『民法（財産編）改正資料集』（法務部、二〇〇四年）一四頁（梁彰洙）。

¹⁰⁷⁶ 金載亨「人格権一般」『民事判例研究 第二一卷』（博英社、一九九九年）六三五頁。

¹⁰⁷⁷ 「民法改正座談会（総則編）」人権と正義三一九号（二〇〇三年）二八頁〔金載亨発言〕。

¹⁰⁷⁸ 『民法（財産編）改正資料集』（法務部、二〇〇四年）一六頁。

¹⁰⁷⁹ 『民法（財産編）改正資料集』（法務部、二〇〇四年）一七頁（梁彰洙）。

¹⁰⁸⁰ 『民法（財産編）改正資料集』（法務部、二〇〇四年）一七頁（河京孝）。

¹⁰⁸¹ 『民法（財産編）改正資料集』（法務部、二〇〇四年）一八頁（白泰昇、南孝淳意見）。

¹⁰⁸² 梁彰洙「最近の韓国民法典改正作業」民商一二七巻四＝五号（二〇〇三年）六六〇頁。

¹⁰⁸³ これにつき、鄭鍾休「韓国民法の現代化（一）」民商一二六巻二号（二〇〇二年）一六五頁ではこの条文を「二一世紀私法のマグナ・カルタ条項」として評価する。

この点については、「民法が資本主義の円滑な運用を支えているという側面、すなわちその経済的・物質的側面だけを重んじる態度に対する反省の意味を含むといえる」との評価がなされている¹⁰⁸⁴。ただし、人間の尊厳、私的自治、人格権の相互関係ないしその内容については必ずしも共通の了解を得たとは言えない¹⁰⁸⁵。また課題として第二項で「人（人間）」の人格権という文言であるために、そこに法人は含まれるのかという論点も解決されていない¹⁰⁸⁶。

その後、民法学では人格権の定義について具体的な提案がなされなかったが、特別法においては大きな動きがあった。二〇〇五年に制定された言論仲裁及び被害救済等に関する法律（以下、言論被害救済法と呼ぶ）の第五条第一項（言論等による被害救済の原則）で人格権の定義に関する条文が挿入された。人格権とは「生命・自由・身体・健康・名誉・私生活の秘密と自由・肖像・姓名・音声・対話・著作物及び私的文書その他の人格的価値などに関する権利」であって、第二項で、言論等の免責事項として「被害者の同意を受けてなされた場合」（第一号）と「言論等の報道が公共の利益に関するものとして、真実であるか、真実であると信じるに正当な事由がある場合」（第二号）に免責されると規定した¹⁰⁸⁷。

第二項 二〇〇九年以降の民法改正委員会での議論

二〇〇四年の民法改正が挫折された後も民法改正への動きは続いた。二〇〇八年に韓国の民法学者が最も多く属する韓国民事法学会の夏季学術大会では「民法改正」というテーマの下で議論がなされた¹⁰⁸⁸。それを受けた形で法務部では、二〇〇九年二月四日に三七人の委員から構成された「民法改正委員会」を立ち上げ、本格的に民法改正について議論す

¹⁰⁸⁴ 梁彰洙「最近の韓国民法典改正作業」民商一二七卷四＝五号（二〇〇三年）六六〇頁。

¹⁰⁸⁵ この点、条文提案者である李英俊は「人格権は私的自治の原則ないし個人尊厳と価値を発現する最も包括的概念としてお互いに区別されるものではないと考える」とされる（前掲書一八頁）。

¹⁰⁸⁶ 鄭鍾休「韓国民法の現代化（一）」民商一二六卷二号（二〇〇二年）一七七頁注二八。

¹⁰⁸⁷ この法律の二〇一一年改正では第五条の二（死亡者の人格権保護）という条文が創設され、以下のように規定している。①第五条第一項の他人には死亡した人を含む。②死亡した人の人格権を侵害したか侵害するおそれがある場合には、これによる救済手続を遺族が遂行する。③第二項の遺族は他の法律に特別な規定がないときには、死亡した人の配偶者と直系卑属に限定するが、配偶者と直系卑属が誰もいない場合には直系尊属が、直系尊属もいない場合には兄弟姉妹がその遺族になり、同順位の遺族が二人以上いる場合には各自が単独に請求権を行使する。④死亡した人に対する人格権侵害に対する同意は第三項による同順位の遺族全員がしなければならない。⑤他の法律に特別な規定がなければ死亡後三〇年が過ぎた場合には、第二項による救済手続を遂行できない。

¹⁰⁸⁸ 学会誌民事法学四二号には、李時潤「二〇〇四年民法改正案起草の経過そして遺憾」、李英俊「民法改正に対する当否」など八つの論文が掲載された。

ることとなった¹⁰⁸⁹。第一期（二〇〇九年）、第二期（二〇一〇年）、第三期（二〇一一年）、第四期（二〇一二～二〇一三年）に分かれて検討が進められており、第三期までは六つの分科、第四期は四つの分科に分かれた。それぞれの分科で検討した後に、実務委員会会議、委員長団会議、全体会議を経て検討がなされた。検討対象としては、親族・相続編を除く民法全体を対象として始まった。その一部結実として、二〇一三年七月一日に親権・養子縁組・成年後見に関する改正民法が施行された。改正委員会の作業は、二〇一三年七月に法務部に改正試案を提出し、解散した¹⁰⁹⁰。

人格権に関しては民法改正委員会委員の一人でもある金載亨教授（ソウル大学）が二〇一一年一二月の東アジア民事法国際シンポジウムの第一回大会での発表論文で、次の立法提案（試案）を示した¹⁰⁹¹。金教授によると、人格価値がより重要になった現代において民法が紛争解決の指針として作用するためには人格権に関するより具体的な規定を設けるべく、人格権の概念やその範疇を定める規定を置くべきであるとした。憲法からも人格権を導くことはできるが、憲法上の基本権は国民と国家に対する権利であるため私法にそのまま適用できるものではないために、社会生活の基本的法律関係を規律する民法に人格権に関する明示的規定を置くことに意義があると述べる。そこで、人格権の定義を次のように掲げる。

¹⁰⁸⁹ 改正委員会は、二〇〇九年に六つの分科委員会として構成され、第一分科（八人）が「契約及び法律行為」、第二分科（六人）が「行為能力」、第三分科（六人）が「法人」、第四分科（六人）が「時効及び除斥期間」、第五分科（七人）が「担保」、第六分科（四人）が「体系及び長期課題」をそれぞれ担当した。改正作業の当初の予定としては、四年を目標にして段階的に改正案が成立する都度、法案として発議する形式を取った。その結果として、二〇一一年民法改正の際に成年年齢（二〇歳から一九歳に）や行為能力・後見制度が改正された。詳しくは、徐敏「民法改正の目標及び改正研究の現況」民事法研究一八輯（二〇一〇年）一頁以下。また二〇〇八年七月から法務部では「わかりやすい民法作り」特別分科委員会を構成して民法典全体を通じて用語や表現方法を整える準備もしてきた（朴東瑱「わかりやすい民法作り」民事法学四二号（二〇〇八年）一五二頁）。日本での紹介として、加藤雅信、中野邦保「急展開した『韓国民法典改正』と近時の動向」ジュリー三七九号（二〇〇九年）九六～九九頁参照。

¹⁰⁹⁰ その成果として、法務部は二〇〇四年改正の資料と合わせて民法改正叢書（全五巻）を二〇一三年七月に公刊した。第一巻・第二巻は『二〇一三年改正民法資料集（上）・（下）』、第三巻・第四巻は『二〇〇四年法務部民法改正案』、第五巻は、『二〇一三年法務部民法改正試案（条文編）』である。

¹⁰⁹¹ この発表文を若干修正した後ものとして、金載亨「人格権に関する立法提案」民事法学五七号（二〇一一年）四一頁以下〔以下、「立法提案」とする〕。同シンポジウムは、日本私法学会国際学术交流委員会（委員長：道垣内弘人、事務局長：大村敦志）として参加している。第一回が「東アジアにおける民法典の制定・改正と国際化・統一化の課題—人格権法と不法行為法を中心に」（於、ソウル）というテーマで、第二回（二〇一二年）が「民法における消費者の権利保護」（於、延吉）というテーマで、第三回（二〇一三年）が「社会の変動と新種の契約」（於、東京）というテーマでそれぞれ行われた。

改正試案 第三条の二（人格権）¹⁰⁹²

①[第一案] 人間は、生命・自由・身体・健康・名誉・私生活の秘密と自由・姓名・肖像・個人情報・音声・対話その他の人格的利益に関する権利（人格権）を有する。

[第二案] 人間は、人格的利益に関する権利（人格権）を有する。

② 何人も正当な事由なしに他人の人格権を侵害してはならない。

この他にも、違法性の排除¹⁰⁹³、損害賠償¹⁰⁹⁴、人格権侵害に対する中止または予防請求¹⁰⁹⁵、名誉毀損・回復¹⁰⁹⁶、死亡者の人格権¹⁰⁹⁷、姓名などの商業的利用¹⁰⁹⁸に関して具体的条文案を提言している。

この提案をベースとして、二〇一二年四月二六日の第四期民法改正委員会第一分科会議

¹⁰⁹² 金載亨「立法提案」五三頁。

¹⁰⁹³ 金載亨「立法提案」六四頁。第三条の三（違法性の排除など）①人格権の侵害程度が人間の共同生活において通常発生する限度を超えない場合に、その侵害を受けた人はこれを忍容すべき義務がある。しかし性質上侵害が許容されない場合または侵害の手段や目的が不適法である場合にはその限りではない。

②人格権の侵害に対する同意は、社会常規に反してはならない。

③言論その他これと類似の媒体による報道が、公共の利益に関するものとして真実であるか真実であると信じるに正当な事由がある場合には、名誉毀損に対して責任を負わない。

¹⁰⁹⁴ 金載亨「立法提案」七六頁。第三条の四（人格権侵害による損害賠償）[第一案]人間の人格権を侵害した者にたいして不法行為に関する規定（または民法第七五〇条の規定）によって損害賠償を請求しうる。[第二案]故意または過失による違法行為で人格権を侵害して損害を及ぼした者はその損害を賠償する責任がある。

¹⁰⁹⁵ 金載亨「立法提案」七七頁。第三条の五（人格権侵害に対する中止または予防請求）①人間はその人格権を違法に侵害した者に対して、侵害の中止その他の必要な措置を請求しうるし、人格権を違法に侵害するおそれのある行為を行う者に対して、その予防や損害賠償の担保を請求しうる。②第一項の場合、被害者は侵害行為に提供されたり侵害行為によって作られた物の廃棄やその他の必要な措置を請求しうる。

¹⁰⁹⁶ 金載亨「立法提案」七八頁。[第一案]第三条の六（名誉毀損に対する特則）他人の名誉を毀損した者に対しては、法院は、被害者の請求により[損害賠償に取り替えあるいは損害賠償とともに]名誉回復に適切な処分を命じうる。

[第二案]第三条の六（名誉回復に適切な処分等）他人の人格権を侵害した者に対しては、法院は、被害者の請求により[損害賠償に取り替えあるいは損害賠償とともに]名誉回復に適切な処分、その他これに類似の処分を命じうる。

¹⁰⁹⁷ 金載亨「立法提案」八八頁。第三条の七（死亡者の人格権保護）①人間が死亡した後も人格権を侵害する行為は許されない。②～⑤略。

¹⁰⁹⁸ 金載亨「立法提案」九九頁。第三条の八（姓名・肖像などの商業的利用）①人間は、姓名・肖像その他の人格的徴表を商業的に利用する権利を有する。②～③略。

では逐条ごとに検討が行われた¹⁰⁹⁹。人格権に関する条文新設につき、人格価値を充分反映できるのか、むしろその保護範囲が狭くなることにはならないのかという懸念が一部委員から提示されていたものの¹¹⁰⁰、新設することに関しては然したる反対意見は述べられなかった。この会議での検討結果、条文化すべきであるとして意見が集約されたのは、若干の文言修正の上、前掲改正試案の第三条の二〔第一案〕のみであった¹¹⁰¹。その他の条文は、より議論すべき点が多々あるために、条文化を見送った。その後、実務委→委員長団→全体会議を経て、最終的に民法改正試案として確定した¹¹⁰²。

¹⁰⁹⁹ 参加者は以下の通りである。分科委員長：池元林（高麗大）、分科委員：金基昌（高麗大）、徐乙五（利花女子大）、金尚中（高麗大）、朴徹（弁護士）。欠席：金又洙（判事）。法務部から、秦洞均（検事）、文明相、南ゼヒョン（二人とも公益法務官）、李ソンミ（研究委員）。

¹¹⁰⁰ 金基昌委員の発言。ただ、金委員も条文導入自体に反対するものではない。

¹¹⁰¹ 文言は、「人間は、生命・自由・身体・健康・名誉・私生活の秘密と自由、姓名・肖像・個人情報その他の人格に関する権利を有する」として提案された。

¹¹⁰² しかしながら、法務部編『二〇一三年法務部民法改正試案〔条文編〕』（二〇一三年）の四二頁では、この第三条の二が記載されなかった。その理由として、二〇一三年初期における委員会の議論の本への挿入が、この本の発行時である二〇一三年七月一日までに間に合わなかったとのことである（二〇一四年七月七日の金載亨教授の私的メールでの指摘による）。

第三款 検討

第一項 両改正案の異同

二〇〇四年改正案と二〇一三年改正案は、人格権に関する個別的な議論を不法行為法のところで行うとして、民法総則において原理的条文を設けるという点について基本的に同じ立場を前提とする。前述のように二〇〇四年改正案では、私的自治や人間の尊厳という用語が人格権と同じ条文と一緒に議論されることによって、議論がかみ合わない面が存在し、条文化に際して難航が示されていた。この点に関する反省を踏まえて、二〇一三年改正案では、専ら個別的な人格的利益を想定した人格権概念を語ることによって、民法における人格価値の具体的かつ実際の保護を図ることに集中した。この点は、二〇〇四年改正の後で登場した言論被害救済法において挿入された人格権の定義に関する条文の挿入（第五条第一項）の影響も無視することはできないであろう。

他方、両者の間にはいくつかの違いも存在する。全体的に言えば、二〇一三年改正案には二〇〇四年改正案のときには見られることがなかった人格権に関する個別の条文がより多く規定された。まず、民法七五一条に「法益」という言葉が挿入された¹¹⁰³。不法行為法の一般規定である七五〇条については現行法維持の立場を採ったのであるが、七五一条だけに「法益」の文言を新たに入れたのである。いかなる経緯でこの文言が加えられたのかにつき明確な説明がないのであるが¹¹⁰⁴、七五〇条の解釈にも影響を与えることがあり得るために、今後どのような解釈的展開をもたらすのか注目される¹¹⁰⁵。判事が定期金債務と担保提供を命ずることができることを定める現行法の七五一条二項は、金銭賠償の方法に関する改正案七六三条の二という条文を新設することに伴って削除された。続いて、より重要な点として、人格権侵害の予防に関する七六六条の二を明文化した¹¹⁰⁶。既に特別法では禁止請求権を明文化したものとして、言論被害救済法三〇条三項¹¹⁰⁷、著作権法一二三条¹¹⁰⁸、

¹¹⁰³ 改正案七五一条（財産以外の損害賠償）「他人の身体、自由、名誉やその他の法益を侵害して、財産以外の損害を加えた者は、その損害も賠償する責任がある」。

¹¹⁰⁴ 徐楨暎「二〇一三年法務部民法改正試案解題」法務部編『二〇一三年法務部民法改正試案〔条文編〕』（二〇一三年）一三頁以下。

¹¹⁰⁵ 法益との関係でいえば、法定代理人が加害者であるときや利害関係が相反するときなどの対応として、損害賠償請求権の消滅時効を定める改正案七六六条三項「性的侵害を理由とする損害賠償請求権は被害者が未成年である間は、消滅時効が停止する」にも注目すべきものがある。

¹¹⁰⁶ 七六六条の二（禁止請求）「①他人の違法行為によって損害を被ったか被るおそれのある者は、損害賠償によって損害を十分に回復することができず、損害の発生を中止または予防することが適当である場合には、その行為の禁止を請求することができる。

②第一項の禁止のために必要な場合には、損害を被ったり被るおそれがある者は、違法行為に使用される物の廃棄あるいはその他の適切な措置を請求することができる」。

¹¹⁰⁷ 三〇条③「第一項による被害者は、人格権を侵害する言論社等に対して侵害の停止を請

特許法一二六条¹¹⁰⁹、不正競争防止法および営業秘密保護に関する法律四条¹¹¹⁰・一〇条¹¹¹¹、消費者基本法七〇条¹¹¹²がある。

第二項 「通則」から「人」へ

二〇〇四年改正案の検討のときと比べて、二〇一三年改正委員会での議論において特筆すべきは、人格権規定の挿入自体に関して、検討委員の間において異論が見られなかった点である。それは、必ずしも人格権概念それ自体に対して共通の認識を有していることではない。人格権の条文の挿入への必要性、ないし人格権の保護に関して民法上明文化することについて、共通の認識を有しているのである。

二〇〇四年の段階では、民法総則中第一章「通則」のところで人格権規定を置くことを考えていた（第一条の二）。このときに、改正委員間の議論では、人格権と私的自治との関係や、人格権の思想的側面などが表に出されて議論が若干混乱した面もなくはない。なぜなら、「人間の尊厳」という条文項目の下で、第一項で私的自治を、第二項で人格権を規定

求することができ、その権利を明らかに侵害するおそれがある言論社等に対して侵害の予防を請求することができる」。

¹¹⁰⁸ 一二三条（侵害の停止など請求）① 著作権その他この法によって保護される権利（括弧、省略）を有する者は、その権利を侵害する者に対して、侵害の停止を請求することができるのであり、その権利を侵害するおそれがある者に対して侵害の予防あるいは損害賠償の担保を請求することができる。②～④省略。

¹¹⁰⁹ 一二六条（権利侵害に対する禁止請求権など）① 特許権者または専用実施権者は、自己の権利を侵害した者または侵害するおそれのある者に対して、その侵害の禁止または予防を請求することができる。②省略。

¹¹¹⁰ 四条（不正競争防止等の禁止請求権など）① 不正競争行為や第三条の二第一項または第二項を違反する行為で、自身の営業上の利益が侵害されたり、侵害されるおそれがある者は、不正競争行為または第三条の二第一項または第二項を違反する行為を行ったり、行おうとする者に対して、法院にその行為の禁止または予防を請求することができる。②省略。

¹¹¹¹ 一〇条（営業秘密侵害行為に対する禁止請求権）① 営業秘密の保有者は営業秘密侵害行為をしたり、しようとする者に対して、その行為による営業上の利益が侵害されたり、侵害するおそれがある場合には、法院にその行為の禁止または予防を請求することができる。②省略。

¹¹¹² 七〇条（団体訴訟の対象など）次の各号の一つに該当する団体は、事業者が第二〇条の規定を違反して、消費者の生命・身体または財産に対する権益を直接的に侵害し、その侵害が継続する場合には、法院に消費者権益侵害行為の禁止・中止を求める訴訟を提起することができる。以下各号省略。

することで様々な異論が出されたからである。また条文の位置も通則のところ、つまり第一条（法源）と第二条（信義誠実）の間であるからこそ、その位置付けに関しても疑問が多く出された。

それに比べて、二〇一三年改正案の元となった金論文では、第二章「人」のところの第三条権利能力の後ろに人格権規定を置くことを提案していることはまさに「卓見」であった（第三条の二）¹¹¹³。さらに、二〇〇四年度の議論からの教訓として、私的自治や人間の尊厳を持ち出さなかったのが、議論の混乱を予め防いだのであった。しかし、条文化への成功に関しては評価すべきものの、二〇〇四年改正案に比べて二〇一三年改正案の方がより豊かな人格権象を示しているのかに関して問われてみれば、必ずしも一概には肯定できない面も存在する。つまり、二〇〇四年試案では、第一項・第二項を合わせて読むことにより、人間は、「人間としての尊厳と価値」を有する存在であり、かつ「人格権」を有するとして、「人格権」の中身ないし根源的性格として、「人間としての尊厳と価値」が含まれる構造を有していた。しかしながら、二〇一三年改正案では「人間としての尊厳と価値」の語が存在せず、「人格権（ないし人格的利益）」の集合体としての性格だけを表向きに出すことになった¹¹¹⁴。

もう一点、二〇一三年改正案において注目すべきものとして、人格権が「人間」の人格に関する権利であることを明らかにした点である。二〇〇四年改正案の課題として法人の人格権が認められるか否かという点が掲げられていたが、これにつき二〇一三年改正案では予め「人間」の権利であるとして一定の立場を宣言した。二〇〇四年改正案のときには民法通則（第一条の二）で規定したが、二〇一三年改正案では「人」（第三条の二）に条文の位置を移したことも密接に関わる。韓国民法は第一編総則、第一章「通則」、第二章「人」、第三章「法人」となっているが、第二章の「人」は「自然人」のことを表している。したがって、第三条の二として規定すること自体、人格権を人間＝自然人の権利であることを前提とするものである。分科委の議論では、第三条の二を、三条の前に、つまり二条の二として入れることはどうかという提案もなされていた¹¹¹⁵。人間の権利能力の次に規定することで法人にその規定が及ぶのかという疑問に対しては、委員の間で争いがあった。金試案では、名誉毀損と侮辱に限って法人にも適用されるという立場を採るが、金基昌委員は、名誉毀損・侮辱を法人に適用してはならないと主張する。この点、名誉権や商号などに関する個別権は有することがありうるとしても、法人に人格権それ自体を認めるには無理があるだろう。

¹¹¹³ 金載亨「立法提案」四五頁。日本法でも判例六法で権利能力のところで人格権を位置付けることを「卓見」と評価されている（大村敦志『『人の法』から見た不法行為法の展開』淡路剛久古稀記念『社会の発展と権利の創造』（有斐閣、二〇一二年）三四三頁）。

¹¹¹⁴ ただ、民法原理からあるいは言論被害救済法の第四条二項「言論は、人間の尊厳と価値を尊重すべきであり、他人の名誉を毀損したり、権利または公衆道徳や社会倫理を侵害してはならない」などを参照し解釈論を展開する余地は残されている。

¹¹¹⁵ 前掲注一〇九九）池元林発言。

第三章のまとめ

第三章では、韓国法における人格権論の発展状況を整理、検討した。韓国法においても不法行為法の一般規定である七五〇条を中心に人格権論が展開しており、とりわけ一九九〇年代以降に、判例の目覚ましい発展があった。二〇〇〇年を前後して、それまでは国家による人権侵害という側面が多くあったものの、二〇〇〇年以降は、主として私人間の人格権侵害がより多くなっている。民法・憲法関係論が学会全体において大きな注目を浴びているわけではないものの、実務での人格権論をめぐる大法院と憲法裁判所の協働には目を見張るものがある。二〇〇四年民法改正の際に人格権の立法に尽力した学者は、植民地時代、外勢による解放、南北の分断状況、一九五〇年六月二五日に勃発した韓国戦争¹¹¹⁶、軍事独裁政権、一九八〇年五月十八日の光州民主化抗争を通じた歴史的経験からすると、「韓国法における最高の価値は『人間の尊厳』である」と明確に述べている¹¹¹⁷。言論被害救済法という個別法において人格権が既に立法化され、近いうちに民法改正もなされるとすると、学説においてこれらの人格権概念をいかなる枠組でもって理論化するべきであるのかという作業が急務になるであろう。

¹¹¹⁶ 日本でいう朝鮮戦争。

¹¹¹⁷ 李英俊「民法改正における頼み」民事法学四二号（二〇〇八年）二二四頁。

結 章 人格権概念の意義

第一節 まとめ

第一款 前章までのまとめ

第一章フランス法では、「人格権」の用語を構成する「人格」と「権利」という概念に焦点を当てて、フランス民法における人格権論を整理した。「人格」の語はフランス民法典制定時の用語ではなく、後に学説による概念であって、「人」の語との関係が問われたからである。一九世紀初頭、フランス民法典が制定されてからも奴隷や民事死という制度が存在しており、すべての自然人が法律上の人ではなかった。それゆえ一九世紀初期の学説は、自然人と法律上の「人」との違いは意識して議論された。その後、奴隷ないし民事死がなくなる一九世紀中盤になってからは、「人」の語は、財産上の観点から抽象的「人格」との関係で論じ始められる。さらに一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけて、団体の法的性質をめぐる法人論争が登場し、「法人格」に関する議論がさかんに行われた。二〇世紀初頭になると「人」を「人格」から説明し始める学説が多数説となる。この法状況を背景に、人格権概念は、二〇世紀初頭から本格的に論じられることとなる。二〇世紀中盤の人格権の立法化に関する議論では、人間の権利の尊重の観点から、自然人の身分において「人格権」が語られ、民法典における「人格権」の場が設定された。一九七〇年・一九九四年立法を経ることによって、民法典において、私生活・人身が確たる法益として確立し、人間の権利の尊重の思想が明確に打ち立てられる。以上のような歴史的展開を経て、現代学説において人格権は人間の根源的権利という理解に至っている。

一方、一九世紀以来人格権論は「権利」の観点からもアプローチされた。ドイツ法の影響を受けて、Savigny と Jhering の古典的権利論が語られ、その理論的弱点を克服する試みとして、Saleilles と Michoud の混合説が唱えられた。なお、公法学の Duguit は、客観法の視点から権利否認論を提示して、公法学だけでなく、民法学の権利論にも一定の影響を与えた。二〇世紀中盤以降、Roubier と Dabin の権利の法的性質に関する論争を経てから、Kayser に至って、人格権の観点から権利論を整理して一定の収束を見た。判例においては伝統的に民法一三八二条が人格権に関する法益を保護してきたのであるが、出版の自由に関する一八八一年法や民法九条など、その後成立した規範との関係が問われてきた。主観的権利論の関係からすると、それぞれの規範に関して、民法一三八二条から独立ないし依存の実際の傾向を示している。

権利論のところで、現在のフランス法は人格権論につき、不法行為法規範の発展からはじまり、民法第一編第一章での立法を経て、現在は後者が前者にさらに影響を与えるという、両者がお互いにフィード・バックしながら共存する規範体制を成していることを観察できる。

第二章日本法では、起草者における私権・権利をめぐる議論から人格権論への手掛かりを模索することから始まる。起草者の三人のうちの穂積を除いて、富井と梅の所説を取り

上げる。富井は法典調査会では人格権概念でもって議論していないが、後の著書では明示的に人格権概念を示しており、かつそれを導く根拠として「一個人」に注目している。一方、梅は、人格権の語は使わないものの、生命・身体などを権利とし、自由をも広く捉えている。また、私権に関して独自の理解を示していた。両者は、私権の捉え方には理解の相異があるにせよ、人格権論からして興味深い説示をしており、後の人格権論の原型を成している。起草者における人格権論は、「私権」をめぐる議論と不法行為法における人格的利益の保護に関する議論と、両方を含む形で行われたのである。

戦前の諸学説においては、人格権を述べる際に「人」ないし「人格」概念と「権利」概念からアプローチする一連の学説が存在した。これらの説は現在の人格権論においてはそれほど注目されていないものもあって、再評価されるべきものを含んでいる。権利論の代表格である末川が人格権概念を否定したことは広く知られているが、それは「権利」構成に反対するだけであって、これが直ちにこの概念が示している人格価値の保護を下げたことにつながるわけではない。

その後、不法行為法における権利理解をめぐって「権利侵害から違法性へ」というスローガンのもとで学説は権利侵害そのものから離れ、違法性ないし過失の要件に注目する傾向があった。また、戦後の判例の展開を受けて、権利論においても「権利・利益」や「権利・秩序」の二元論に関する考え方によって、従来の権利理解を更新する動きがあった。一方、近時になって、従来の支配＝帰属割当の権利観を決定権的権利観に転換し、憲法上の基本権に民法上の人格権の基礎を置く主張も現れた。

そこで、本稿では、人格権概念の意義ないしその位置付けを行うに際して、民法総論の観点からのアプローチを試みている。現行法上の位置付けとしては、民法二条・三条との関係を検討しており、より広い文脈としては「人の法」に位置づける必要があることを検討した。

第三章韓国法では、韓国民法七五〇条という日本民法と類似の不法行為法に関する一般条項を有しているために、人格権論はこの条文を中心として判例の発展があった。七五〇条では違法性要件があってこれが判例の展開において一定の役割を果たしており、それと共に「法律上保護される利益」との関係が、人格権論においてしばしば論じられていることが注目される。また、人格権論の展開において重要であるのが、民法と憲法との協働である。民法・憲法関係論は学界全体としてはそれほど盛んではないものの、人格権は民法学と憲法学の両方からアプローチされるべき素材として確実に認識されている。最近、大法院の判例において、憲法が私法の一般条項を通じて適用されるという間接効力説が明示的に述べられるなど、民法・憲法に関する議論に展開がある。立法的にも二〇〇四年改正において民法総則に人格権を置く提案がなされたし、二〇〇九年以来の民法改正委員会の作業の結果においても人格権に関する条文を民法総則に置くことが確定されており、近いうちに立法がされる予定である。

第二款 日本法への示唆

フランス法における代表的学説の「人間の根源的権利」という人格権理解に至る歴史的過程を、「人格」と「権利」という観点から分析した結果、次の点を確認できた。「人格」に関しては、「自然人」ないし「法人」が法律上の「人」という世界に入る際の時期・論理がそもそも別の経路であった点。「人」・「人の法」という枠組みの重みが、「人格」の語の定着において影響を与えた点。「権利」に関しては、法＝権利の法的伝統を背景として、主観的権利論が常に客観法との関係を意識しながら展開されており、人格権論もその影響を受けている点。現代の主観的権利論は、「人の法」と不法行為法との共存・協働の視点が強い点である。

日本においても、後者の「権利」からの視点は一定程度共有するものの、前者の「人格」からの視点は層を異にしている。フランス法と異なって、そもそも日本民法上の「人」とは自然人と法人との両方が最初から意識されていたのであり、専ら抽象的「人格」だけが念頭に置かれた。この出発点の違いが、人格権論ないし「人格」論を考えるにあたって最も大きな影響を及ぼしている。もちろん、「人格」に関する議論がまったく無だったわけではなく、戦前における学説でも「人格たるの権」と「人格権」との関係が問われていたし、その後の学説でも「人格」からのアプローチが意識されていたものがあった。しかし日本法では「人格」を法人格と同義と捉え、その議論が法人論に包摂された形で語られることとなり、人格権論からは外された。これによって、人格権論は「人格」論としてではなく、人格「権」論という法技術論に傾斜することになり、人格権論が不法行為法の枠組でしかアプローチされなかった。その後、民法・憲法論という、いわば「外」からの視点によって問題提起されて、現在の人格権論は再検討を迫られている。

そこで、フランス法から得た視座である、「人格」＝「人間」という視点に立ってアプローチすることで、人格権論においても「個人の尊重」・「人間の尊厳」という原理を中心に再構成する必要がある。そうすることによって、日本法における人格権概念が、単なる整理概念ではなく、改めて民法上の基本概念としての地位を確立し、市民社会の基本法としての民法の思想的意義を示す重要な概念として、今後もその生命力を持ち続けることができると考える。

第二節 将来の課題

本稿では専ら人格権概念そのものに焦点を当てて、日仏韓における議論状況を検討した。人格権概念そのものの特質を考えることによって、受け皿に当たる議論に終始した。今後も研究すべき課題は沢山あるが、これからの研究においては、人格権概念の内容の充填とその外延の更新が重要かつ必須であると考ええる。

まず、人格権の内容充填である。特に二つの問題に関して更に検討が必要である。一つ目は、人格権との中身との関係の問題であって（縦の関係）、二つ目は中身同士の関係の問題である（横の関係）。一つ目は、人格権目録の拡充の問題であるが、人格権とそれぞれの中身とのつながりがどのようになっているかを明らかにするという問題である。具体的に言うと、たとえば、パブリシティ権が人格権に入ることと、肖像権が人格権に入ることとは、必ずしも同じ理由で説明されるものではない。また、名誉権が人格権として考えられる理由と、プライバシーが人格権として考えられる理由は異なりうる。したがって、それぞれ個別の中身ごとに検討する必要がある。二つ目の問題は、人格権に包摂される法益であるけれども、それぞれの法益ごとの関係が必ずしも明らかでないものが存在する。先の例であると、パブリシティ権と肖像権との関係、あるいは肖像権とプライバシーの関係など、様々な比較が可能であろう。たとえば、肖像権は私生活に関する権利とも一部重なっており、必ずしも両者がきれいに分けられるものではないのである。

もう一つの課題として、人格権の外延の更新に関する問題がある。これにつきただちに想起されるのが、所有権概念との比較の問題である。最近のフランスの物権法改正の議論における「所有」ないし「所有権」論においては、権利の上に所有権が成立するという理解が示されており、このような理解は日韓の議論状況とは相当異なるものがある。フランスにおけるこの議論を整理することによって、所有権と人格権との関係をいかに考えるかに関する新たな視点を提示することができると思う。また、民法内の議論からさらに広がり、フランスの知的財産権に関する議論も人格権・所有権が交錯するものとして重要である。これらを素材に取り上げることによって、人格権概念のいわば「外側から」更新を行うことが必要である。この研究を通じてこそ、民法における人格権の位置付けにおいても、より正確さを期することができると思う。

さらに将来的には、民法上の「人」ないし「人の法」という民法上の体系に関しても関心を持ち、人格権に関するこれまでの議論を通じて、「人の法」をめぐる理論的枠組みの構築に接近することのできる研究に取り組みたい。そのためには、人格権を早い時期に立法化したスイス法や、人格権につき比較的詳細に規律を置いているケベック法の状況や、ドイツ法をさらに調べて、総合的に検討する必要がある。