

民法における人格権の総則的地位 (3・完)

Die Stellung des Persönlichkeitsrechts als allgemeiner Grundsatz im Zivilrecht (3)

石井智弥

目次

第1章 はじめに

第2章 ドイツにおける人格権保護の展開

第1節 一般的人格権の承認とその保護

第2節 基本権による民法規範の支配

1. 基本権の私人間効力論

2. 基本権保護義務論への展開

(以上、59号)

3. 私法と憲法規範

第3節 人格権の位置付け

第3章 フランスにおける人格権保護

第1節 人格権と民法

第2節 人格権の保護態様

第3節 民法の基本原則

(以上、60号)

第4章 比較考察と判例分析

第5章 結び

第4章 比較考察と判例分析

第1節 独・仏比較考察

前章までに見てきたドイツとフランスの法状況を比較考察すると、次のことを指摘することができるであろう。

まず、ドイツでは、人格権の基盤となる概念として、憲法に規定された「人間の尊厳」と「人格の自由な発展」が用いられている。人間の尊厳の尊重と保護を国家権力に義務付けることで、不可侵性を法制度上担保させ、個人には人格の自由な発展の権利を認めることで、そうした保護の請求を可能にしている。人間の尊厳への侵害や人格の自由な発展の妨害は、国家権力だけでなく私人によってなされることもあるが、これも基本権への侵害として扱っている。いわば、他人の人格を尊重し侵害してはならないという行為規範は、民法の中で扱わず、基本権の一つに含めることで実現している。このことから、一見すると、人格権保護は民法ではなく憲法に帰属する問題のように思われるが、基本権保護は全法体

系を支配する原理として位置付けられているので、人格の相互尊重および不可侵の義務(行為規範)は民法における基本原則として設ける必要がなかったと解すべきであろう。したがって、民法は憲法の影響下にあるので、憲法上保障された人格権の精神に服するものであり、間接的にはあるが、人格権の保護は民法の基本原則の一つとして位置付けることができる。

他方、フランスでは、民法の条文に「私生活の尊重」や「人体の尊重」を明記し、精神的な人格的利益と身体的な人格的利益の尊重を民法原理として承認している。人格権と言う表現は用いられていないが、人格権の保護を実効的に保護するための基本原則が表されていると言えよう。いわば、人格権保護を直接的に民法の基本原則としている。

両国の相違点としては、憲法の位置付けが挙げられる。ドイツでは憲法が前面に出て、人格権保護が実質的に達成されることを憲法上の要請として捉え、全ての法秩序の支配者としての憲法が民法に対して人格権の保護を

命じている、という構図が見られる。これに対し、フランスでは、私人間の人格権侵害を民法上の問題として捉え、民法の中で人格権保護のメカニズムを完結させている。しかし、民法全体の支配原理でもあるという点で憲法の基本権保護を通じてではあるが、人格権はドイツでも総則的な位置づけを確保し得るのであり、フランスと同様、人格権を民法の基本原理の一つとしている点では共通性を見出し得るだろう。

では、このような人格権の基本原理性は日本でも見いだせるのか。次に日本の法状況について判例を中心に考察していく。

第2節 日本における人格権保護

1. 不法行為と人格権概念

(1) 差止請求

日本ではフランスと同様に、非財産的損害に対する賠償請求に制限が設けられていなかったため、人格権概念は損害賠償請求の場合、その必要性についてドイツほど強く意識されなかった。その意義が重要視されたのは差止請求の事例においてであり、差止請求の根拠¹として人格権は注目されてきたと考えられている²。その代表的な判例が「北方ジャーナル事件」(最判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁)である。この事件では「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。」と判示され、人格権に基づく差止請求が認められたのと同時に、人格権が最高裁の判例上、最初に登場した。この最高裁判決以前においても、下級審の判断において、「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出来る。」という判決³が出されていたが、最高裁で明確に人格権を差止

1 差止請求権の発生根拠に関しては、根本尚徳『差止請求権の理論』(有斐閣、2011年)23頁以下で詳細な分析が行われている。

2 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂、1992年)107頁、大塚直「所有権(物権的請求権)・人格権・環境権」法学教室157号(1993年)23頁以下、同「人格権に基づく差止」民商法雑誌116巻4・5号(1997年)501頁以下、窪田充見「人格権侵害と損害賠償—人格的利益の侵害を契機とする民法705条^アについてのスケッチ—」民商法雑誌116巻4・5号(1997年)554頁以下など。人格権の意義を差止請求権に求めない見解として、木村和成「わが国における人格権概念の特質—その再定位の試み—(一)、(二・完)」撰南法学34号(2005年)85頁以下、35号(2006号)69頁以下。

請求の根拠にした意義は大きく、これ以降、下級審裁判例において、人格権を根拠とする差止請求事件が数多く現れていった。その後、「石に泳ぐ魚事件」（最判平成14年9月24日判時1802号60頁）において「人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、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。」とする判断が下され、人格権を根拠とする差止請求は判例上確立したと言える。

そして精神的な人格権や身体的な人格権以外に、平穏な生活を妨害される場面でも、人格権が差止請求の根拠として挙げられている。暴力団の組事務所を使用禁止にするために提起された仮処分の判断において、「何人にも生命、身体、財産等を侵されることなく平穏な日常生活を営む自由ないし権利があり、この権利等は、人間の尊厳を守るための基本的、かつ、重要不可欠な保護法益であつて、物権の場合と同様に排他性を有する固有の権利であるというべきであるから、これらの人間としての固有の権利である人格権が受忍限度を越えて違法に侵害されたり、又は侵害される恐れがある場合には、その被害者は、加害者の当該行為が外形的には権利行使の範囲内のものであつても、加害者に対し、人格権に基づいて、現に行われている侵害を排除し、又は将来の侵害を予防するため、その行為の差止、又はその原因の除去を請求することができる」（静岡地裁浜松支部決定昭和62

年10月19日判タ654号241頁）とした⁴。なお、この平穏生活権については、生命、身体を法的保護の対象とする身体権そのものではなく、生命、身体に対する侵害の危険から直接に引き起こされる危険感、不安感によって精神的平穏や平穏な生活を侵害されない権利と考え、身体権に直結した精神的な人格権である旨の分析がなされている⁵。

(2) 憲法との関係

次に人格権については、憲法との関係が議論の対象となっている。前述のようにドイツでは、一般的人格権の承認にGG1条及び2条が根拠とされ、基本権保護の枠組みにおいて、人格権は民事上保護されてきた。日本においても、人格権の根拠を憲法、とりわけ13条の幸福追求権に求めようとする見解が支配的であり、裁判例においてもその傾向が現れている。前記「北方ジャーナル事件」においても「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（憲法一三条）と表現の自由の保障（同二一条）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。」という表現がなされていた。最近の下級審裁判例でも、大飯原発運転差止訴訟第一審判決において「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（13条、25条）、

3 大阪国際空港事件控訴審判決（大阪高判昭和50年11月27日民集35巻10号1881頁）。

4 最近の同種の事例として、福岡地裁久留米支部の決定でも「何人も、人格権として、その生命、身体を害されることなく平穏に日常生活を営む自由ないし権利を有しており、受忍限度を越えて違法にこれを侵害されるおそれがある場合には、人格権に基づいて侵害行為の差止めを求めることができる」と判断している（平成21年3月27日判タ1303号302頁）。

5 淡路剛久「廃棄物処分場をめぐる裁判の動向—人格権としての平穏生活権の進展—」環境と公害36巻2号（2001年）9頁以下。

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。」(福井地判平成 26 年 5 月 21 日判時 2228 号 72 頁)と判示されている。

人格権の根拠を憲法に求めようとする意義としては、差止請求を基礎づけるために、強い権利性をそこに認めようとするのが考えられる。物権的請求権を生じさせる物権と並ぶ強い権利として位置付け、対抗する利益となりうる表現の自由に引けを取らない権利とするために、憲法を根拠とすることは、確かに有用であろう。学説においても、「北方ジャーナル事件」の解説において「人格権は、…憲法 13 条によって保障される憲法上の基本権である」と明言する見解が見られる⁶。

(3) 新たな法益の受け皿

さらに、人格権は、時代の進展や人々の意識の変化等により生じる新たな法益の受け皿として用いられている。実際、裁判においては、新たな法益を人格権ないし人格的利益の一つと位置づけて、不法行為訴訟が提起されることがある。そうした法益は裁判所によって全て認められてきたわけではなく、また、法的保護に値するものと認められても、比較衡量により、不法行為の成立が否定されることもあった。代表的な事例を以下に挙げてみよう。

(i) 氏名日本語読み訴訟 (最判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 卷 2 号 27 頁)

在日韓国人の原告について NHK がニュースで取り上げる際、原告が事前に自身の氏名を朝鮮語読みで発音するよう求めていたが、NHK は日本語読みで氏名を読み上げたため、慰謝料 1 円と謝罪等を NHK に請求した。これについて最高裁は以下のように判示した。

「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つて、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。」として、まず不法行為法上の被侵害利益として認めた。しかしその後には次のように続けた。「…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。そして加害行為の態様などを考慮して不法行為の成否は判断されるとし、結果として、この事件では不法行為は否定された⁷。しかし、原告が敗訴したとはいえ、氏名に関する利益が人格権の一つと判断された意義は大きいといえよう。

6 山本敬三「判批」『民法判例百選 I 第 7 版』(2015 年) 11 頁。また潮見佳男『不法行為法 I [第 2 版]』(信山社、2009 年) 194 頁は「人格権とは、人間の尊厳に由来し、人格の自由な展開および個人の自律的決定の保護を目的にするとともに、個人の私的領域の平穏に対する保護を目的とする権利である。なかでも、私的領域一般における人格的利益を保護するものとしての一般的人格権は、憲法 13 条にその基礎を有し、憲法上保障された基本権の 1 つであると同時に、私権としての性質を有する。」と記している。表現の自由との関係では、五十嵐清『人格権概説』(有斐閣、2003 年) 18 頁が「…対抗原理である表現の自由の一人歩きを阻止するために、人格権も基本的人権の一つとすることが望ましい」としている。

(ii) 自衛官合祀事件（最大判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁）

原告は殉職した自衛官の妻でありキリスト教徒であるが、自衛隊山口地方連絡部の職員と社団法人隊友会山口県支部（以下、県隊友会という）の共同申請によって、夫が宗教法人山口県護国神社に合祀されたため、自己の信仰生活における心の静謐等を侵害され精神的苦痛を受けたとして、国及び県隊友会に対し損害賠償を請求した。第一審は「一般に人が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。人が自己の死に対してこのような人格権を有することは明らかであると考えられるが、他人の死に対してもこれを肯定しうるかは一応問題となる。しかし、人は現世において自己に最も近い者として配偶者と共同の生活を営み、精神生活を共にするものであるから、配偶者の死に対しては自己の死に準ずみ程の関心を抱くのは通常であり、従つて他人に干渉されることなく故人を宗教的に取扱うことの利益も右にいう人格権と考えることが許されると解される。」と判

示し、原審も隊友会に対する責任を否定したが国に対する責任は認めた。しかし最高裁は次のように判示し、このような人格権を否定した。

「人が自己の信仰生活の静謐を他者の宗教上の行為によつて害されたとし、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、かえつ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

- 7 この判決について、齊藤博「氏名を正確に呼称される利益」ジュリスト935号74頁は「たしかに、視聴者の理解を容易にすべき日本語読みによる呼称が一般に行なわれていたであろう。しかし、そのような方法が行なわれ、それを社会一般が認識していたとしても、そのことをもって直ちに個人の人格価値の侵害を正当化できるのかどうかは見解が分かれよう。」と述べている。また、大村敦志『不法行為判例に学ぶ—社会と法の接点』（有斐閣、2011年）231頁は「…強い意思表示とともに自らの氏名の読み方が示されたにもかかわらず、多数派を形成する視聴者の便宜のために、これを無視することが許容されるのか。この点こそが本件の核心であったと言えよう。」と指摘している。その他にも、飯塚和之「判批」判夕671号（1988年）81頁以下は「本件最判も昭和五〇年当時においては、日本語読みが慣用的な方法として是認されていたとしているだけで、現時点において、どうなるかは判断していない。今後、同種の事件が提起された場合は、本判決とは異なる結論が出る可能性が残されている。」（83頁）とし、これ以降、公開の場所や公共のメディアでの本人の意思に反した日本語読みは違法性を帯びうる、と分析している。なお、本判決以前の裁判例をまとめた氏名権の研究として、川井健「氏名権の侵害」有泉亨監・伊藤正巳編『現代損害賠償法講座2 名誉・プライバシー』（日本評論社、1972年）223頁以下がある。

審が宗教上の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。」

この判決については憲法学者でもある伊藤正巳裁判官による反対意見が付されている。すなわち「私は、現代社会において、他者から自己の欲しない刺激によつ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つ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。社会の発展とともに、不法行為法上の保護利益は拡大されてきたが、このような宗教上の心の静穏の要求もまた現在において、一つの法的利益たるを失わないといつてよい。」というものである。学説においても憲法学及び民法学から判決に批判的な評釈等が出された⁸。そして最高裁では否定されたのであるが、その後も、宗教・信仰に関する人格権の訴訟は提起されていった。代表的な事例として、原告の近親者が靖国神社に合祀されたことに対し、原告が靖国神社及び国を訴えた事件があり、このとき原告は、上記昭和 63 年大法廷

判決で否定された「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益」とは区別されるべき「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」を主張した。これについて大阪地判平成 21 年 2 月 26 日（判時 2063 号 40 頁、判タ 1300 号 104 頁）は「昭和 63 年大法廷判決は、直接的には宗教的人格権について判断しているものの、その実質は、他者の信教の自由との調整に関する判断をしていると理解すべきであつて、その判断は、…人が他者の宗教的行為によって生ずる宗教的感情以外の不快の心情ないし感情を持つ場合における信教の自由との調整についても妥当するものであるから、原告らの…主張は採用することができない。」と判示し、こうした人格権を認めず、控訴審でも否定された（大阪高判平成 22 年 11 月 21 日判時 2104 号 48 頁）。また関連する事案として、現職の内閣総理大臣が靖国神社を参拝したことに対して起こされた訴訟では、原告は人格権という言葉を使用していないが「戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受け入れるか否かを含め、戦没者をどのように回顧し祭祀するか、しないかに関して（公権力からの圧迫、干渉を受けずに）自ら決定し、行う権利ないし利益」が侵害されたと主張した。これについても最判平成 18 年 6 月 23 日（集民 220 号 573 頁）「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活等に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではないから、他人が特定の神社に参拝することによって、自己の心情ないし宗教上の

8 憲法学からの評釈は多数あるが、代表的なものとして、芦部信喜「自衛官合祀と政教分離原則—合祀拒否訴訟大法廷判決について—」法学教室 95 号 6 頁以下。民法学からの評釈あるいは考察については、斉藤博「宗教の自由と私法上の人格権」ジュリスト 916 号（1988 年）36 頁以下、星野英一「自衛官合祀訴訟の民法上の諸問題」法学教室 96 号（1988 年）12 頁以下、同「『自衛官合祀訴訟の民法上の諸問題』補遺」法学教室 97 号（1988 年）88 頁。最近のものとして、吉村良一「個人の追悼・慰霊に関する遺族の権利・利益の不法行為法上の保護—靖国合祀取消訴訟をてがかりに—」立命館法学 327=328 号（2009 年）2380 頁以下、大村・前掲書 207 頁以下、河上正二『民法学入門〔第 2 版〕増補版』（日本評論社、2014 年）183 頁以下。

感情が害されたとし、不快の念を抱いたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできないと解するのが相当である。」として、このような利益を否定している。

いずれの事例においても、不法行為の被侵害利益としては否定されているが、原告は人格権に結びつけながら、宗教・信仰における利益の保護を求めようとする傾向は見られるだろう。

(iii) セクシャルハラスメント訴訟（最判平成 11 年 7 月 16 日労判 767 号 14 頁）

職場のハラスメントの事例では、会社の代表取締役である被告が、自身の居宅で家政婦的業務に就かせていた原告に対し、性的言動をあびせ、強姦未遂を行った事案において、原審（名古屋高判金沢支部平成 8 年 10 月 30 日労判 707 号 37 頁）が、「職場において、男性の上司が部下の女性に対し、その地位を利用して、女性の意に反する性的言動に出た場合、これがすべて違法と評価されるものではなく、その行為の態様、行為者である男性の職務上の地位、年齢、被害女性の年齢、婚姻歴の有無、両者のそれまでの関係、当該言動の行われた場所、その言動の反復・継続性、被害女性の対応等を総合的にみて、それが社会的見地から不相当とされる程度のものである場合には、性的自由ないし性的自己決定権等の人格権を侵害するものとして、違法となるというべきである。」と判示し、損害賠償を被告に命じた。そして最高裁もこの判断を支持している⁹。

(iv) 小樽温泉訴訟（札幌地判平成 14 年 11 月 11 日判時 1806 号 84 頁、判タ 1150 号 185 頁）

その他、下級審の事案であるが、人種差別

を人格権侵害とした判決がある。北海道小樽市の公衆浴場において、ロシア人船員のマナーに反した利用に対する苦情が寄せられるようになったことから、「JAPANESE ONLY」の張り紙が貼られるようになり、外国人の利用が排除されるようになった。これに対し、利用を拒絶された 3 人の原告（ドイツ人、アメリカ人、日本に帰化した元アメリカ人）が人種差別を根拠に不法行為の訴えを起し、札幌地裁は「本件入浴拒否によって、公衆浴場…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」と判示した。

以上のように、人格権は不法行為訴訟において、差止請求の根拠として用いられ、さらには、新たに生じた法益の侵害を主張するための受け皿として機能してきた。ここまでの分析は、人格権を不法行為における被侵害利益の一つとして扱ってきたが、不法行為以外の裁判例にも目を向けてみると、他の分野においてもその存在意義は見出されうる。最高裁の重要判例からそうした事例を拾い上げてみよう。

2. 民法全体との関係

(1) 氏名と人格権—親族法における人格権—

氏名が人格権の一つであることは、前記「氏名日本語読み訴訟」において最高裁が明言しているが、この氏名は親族法上も重要な議論を生じさせている。まず、氏名については、出生時の命名権が問題となる。命名権の法的性質に関しては、従来三つの説が主張されてきた。すなわち、①親権者の権限や作用の一環とする考え¹⁰、②子の固有の権利・人格権を事務管理的に親権者が代行するという考え¹¹、

9 但し、原審・最高裁ともに不当解雇の主張は認められなかった。

③子の固有の権利・人格権を親権者が代理して行使するという考え¹²である。①は親権と結びつける考え方であるが、②と③は命名の権限は第一次的に子自身にあると考え、子の人格権と結びつけている。命名権者が誰であるかを定める規定はないが、戸籍法 52 条により、出生届の届出義務者は第一に父母としているため、戸籍上の氏名を決定するのは事実上、親ということになる。しかし、親に事実上の命名権があるとしても、無制約に命名が認められているわけではなく、戸籍法 50 条により、法務省令で定める常用平易な文字を戸籍上の氏名には使用しなければならないとしている。それだけでなく、「社会通念に照らして明白に不適当な名や一般常識から著しく逸脱したと思われる名」は命名権の濫用であり、そうした名の使用は許されないとする判断があり¹³、命名される子の利益に配慮したものと見える。また、名の変更も正当な事由があれば認められており（戸籍法 107 条の 2）、正当な事由としては、珍奇・難解・難読であることや、同じ地域に同姓同名が複数いるなどの混同の恐れ、長期間通称を使用していた場合などが挙げられているが、その名を使用する本人の利益も当然に考慮されていると言えよう。最近では性同一性障害を理由とする名の変更も認められてきている（大阪高決平成 21 年 11 月 10 日家月 62 卷 8 号 75 頁）。名前は社会的な機能を有するものではあるが、命名や名の変更の事案を見ると、氏名を使用する本人の人格とも深く結びついていることが分かるであろう。

自身の氏名の発祥たる命名においても、本人の人格への配慮が必要になるとすれば、そ

の変更においても、本人の人格を無視することはできないはずである。名の変更の審判以外に、一般的に氏名の変更が起り得るのは婚姻時であろう。法律上は、夫又は妻の氏に統一することになっているが、慣行的に夫の氏を称するとされているため、妻が氏の変更を望まないとき、妻は事実上氏の変更を強制されることになる。とりわけ、氏の変更は仕事上の不便や本人のキャリア形成に不都合を生じさせることがあり、戸籍上の氏名を変更できなくとも、職場において従前の氏を通称として使用したいという要求も生まれてきた。実際、国立大学の教員が勤務先の大学において旧姓使用を制限されていることに対し、旧姓使用を可能にすることと、通称使用の権利の侵害を理由とした損害賠償を国に求める訴訟が提起された。しかしこれについて東京地判平成 5 年 11 月 19 日（判タ 835 号 58 頁）は次のように判示して、主張を認めなかった。

「なるほど、通称名であっても、個人がそれを一定期間専用し続けることによって当該個人を他人から識別し特定する機能を有するようになれば、人が個人として尊重される基礎となる法的保護の対象たる名称として、その個人の人格の象徴ともなりうる可能性を有する。しかしながら、本件全証拠をもってしても、公務員の服務及び勤務関係において、婚姻届出に伴う変動前の氏名が通称名として戸籍名のように個人の名称として長期的にわたり国民生活における基本的なものとして根付いているものであるとは認めることができず、また、右通称名を専用することは未だ普遍的とはいえず、個人の人格的生存に不可欠

10 中川淳「判批」判例評論 429 号（判時 1503 号）（1994 年）231 頁。

11 戒能通孝「子を命名する権利と義務」穂積追悼『家族法の諸問題』（有斐閣、1952 年）329 頁など。

12 田中実「命名の法理」法学研究 37 卷 10 号（1964 年）16 頁、高梨公之「名と戸籍」日大法学 30 卷 1 号（1964 年）9 頁など。

13 「悪魔ちゃん事件」（東京家裁八王子支審平成 6 年 1 月 31 日判時 1486 号 56 頁）。

なものということはできないものというべきである。／したがって、立法論としてはともかく、原告主張に係る氏名保持権（右通称名ないし婚姻による変動前の氏名を使用する権利）が憲法一三条によって保障されているものと断定することはできないから、被告藤川らの所為が同法条に違反するものと認めることはできない。」

この判決に対しては、「おそらく10年先に読み返されたときに、本判決の人権問題における視野の狭さと社会の変化への鈍感さは、誰の目にも顕著な違和感をもって映るものと思われる」といった批判もなされている¹⁴。学説においては、夫婦の一方に氏の変更を事実上強制する制度になっていることに対しては、批判的な見解が多数見られており¹⁵、立法論としても夫婦別氏制度の導入が俎上に上ってきた。平成8年には、法制審議会の答申において、「民法の一部を改正する法律案要綱」の中で選択的夫婦別氏制度の導入が盛り込まれたが、これも法律の成立には至っていない¹⁶。そうした中、夫婦の氏の統一を規定する民法750条の規定を改正しないことが立法不作為に当たるとして、近時、訴訟が提起された。すでに、750条の合憲性については「国民感情または国民感情及び社会的慣習を根拠として制定されたといわれる民法750条は、現在においてもなお合理性を有するものであって、何ら憲法13条、24条1項に違反するものではない。」とする下級審の

判断（岐阜家審平成元年6月23日家月41巻9号116頁）があるが、今回の事件でも東京地判平成25年5月29日（判タ1393号81頁）は次のように判示して、立法不作為の主張を認めなかった。すなわち、「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り、氏名を他人に冒用されない権利・利益があり、正確に呼称される利益があるといえる…。／しかし、人格権の一内容を構成する氏名について、憲法上の保障が及ぶべき範囲が明白であることを基礎づける事実は見当たらず、婚姻に際し、婚姻当事者の双方が婚姻前の氏を称することができる権利が憲法13条で保障されている権利に含まれることが明白であるということとはできない。」というものである¹⁷。

これらの判決は選択的夫婦別氏について消極的な見解を示しているが、人格権の観点が十分にくみ取られていないように思われる。氏名は、命名においては親子の法律問題となり、夫婦の氏の決定においては婚姻の法律問題ともなる。氏名権を人格権の一つとするならば、人格権は親族法上も重要な意義を有すると言えよう。そして、前記昭和63年の「氏名日本語読み訴訟」において、判例は氏名を人格権の一内容としたのであるから、「人格の

14 水野紀子「判批」私法判例リマークス10号（1995年<上>）80頁。

15 犬伏由子「家族における自由と平等」法学セミナー556号（2001年）24頁、滝沢幸代「選択的夫婦別氏制—その意義と課題—」成城法学43号（1993年）22頁など。

16 答申が提出されるまでの経緯や提出後の経過については、清水響「選択的夫婦別氏制度についての覚書」鈴木祿弥追悼『民事法学への挑戦と新たな構築』（創文社、2008年）803頁以下参照。

17 その他、立法不作為の違憲性といった憲法上の問題もこの判決には含まれているが（詳しくは田代重紀「判批」平成25年度重要判例解説13頁以下参照）、ここでは省略する。なお、本件については平成27年12月16日の最高裁大法廷において、夫婦同氏を定める民法750条の規定は憲法に違反しない旨の判決が下された。

象徴としての氏名を構成する氏について、人格権の視点から、本人の意思に反して変更されないことを保障すべき」という主張¹⁸も当然に成り立つであろう。

(2) 私道通行権と人格権—物権法における人格権—

私道の開設については、通常、地役権や圍繞地通行権など物権が問題となるが¹⁹、私道通行権を人格権ないし人格権的権利と関連させて議論された事案が判例にある²⁰。以下、関連する事件について、時系列でそれらの判決を確認していく。

(i) 最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁

これは、村道に障害物を設置し、村道の利用を妨げている被告に対し、村道を利用している原告が村道利用の妨害排除を求めた事件である。原審は、原告には地方公共団体が村道を開設していることの反射的利益しかなく、妨害排除を求める排他的な権限はないとして、原告の主張を認めなかったが、最高裁は次のように判示した。

「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。」

この事件は、公道の通行権が問題となったが、最高裁はこれを「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」と解し、自由権の一つとした。その後、自由権という表現については、下級審の判決において、「私人の日常生活上必須な通行権益であって、民法上保護に値する自由権（人格権）に属するものの一つ」（東京高判昭和49年11月26日判時768号32頁）や「反射的利益に基づく通行利益といえども私人の日常生活に必須な道路利用である場合民法上保護に値する自由権（人格権）として保護されるべきであり、この自由権が侵害されたときは、右権利に基づいて妨害排除し、かつ予防することができる」と解するのが相当である。」（東京地判昭和57年1月29日下民集33巻1-4号69頁）など、自由権の後に人格権という言葉を付け加えるものが出てきた。

(ii) 最判平成3年4月19日金判872号42頁

この事件で問題となった私道は、原告X、被告Y、訴外A、訴外Bの土地の各一部を道路として提供することで認められた道路位置指定を受けている。XとAは袋地の所有者であるが、実際に道路として使われていたのはこのXとA所有の私道部分であった。この私道の両側にそれぞれ土地を所有しているYとBは、道路と敷地の境界に障壁を設け、Yは生垣を植え、Bは石垣を設置してい

18 二宮周平「人格権から見た選択的夫婦別氏制度（2）」戸籍時報690号（2012年）7頁。

19 賃借権に基づいて私道として使用する場合も考えられるが、訴訟としては妨害排除請求に関連して対抗力が争われる事案が想起されるので、物権類似の問題とも言えるだろう。

20 私道の通行権については、安藤一郎『私道の法律問題 第5版』（三省堂、2005年）458頁以下において、下級審裁判例を含めた判例の整理と学説の紹介が簡潔にまとめられている。

た。そうした中、Yが生垣を廃してブロック塀に変えたことから、XがYに対し、通行の自由を妨害しているとして、ブロック塀の撤去を請求した。第一審（東京地判昭和60年5月9日判タ605号73頁）及び原審（東京高判昭和62年2月26日判時1233号75頁）ともに、原告Xの主張を認め、原審においては「反射的利益に基づく通行利益といえども、私人の日常生活上必要な通行利益であって、民法上保護するに値する自由権（人格権）として保護されるべきであり、私人が右自由権を侵害されたときは、右権利に基づいて妨害の排除をし、かつ、予防することができる」と解するのが相当である」と判示している。しかし、最高裁では、「特定の土地につき道路位置指定処分がされ、当該土地が現実に道路として開設されている場合においては、当該土地所有者以外の者も右土地を自由に通行することができる」と解するべきところ、前示事実関係によれば、本件道路位置指定土地のうち、上告人〔Y〕土地の部分は、既存の本件私道との境界上（本件ブロック塀築造位置）に従前から存在した竹垣及び柵木の生垣の内側に位置して、現実に道路部分として開設されていなかったというのであるから、被上告人がその部分を自由に通行することができるものではない。」と述べ、ブロック塀によって通行が妨害されたわけではなく、ブロック塀設置以前から、Y所有部分は道路として利用されていなかったことを理由に妨害排除を認めなかった。

妨害排除請求が否定されたこともあり、この判決では私道通行の利益の法的性質にまで議論は進まなかったため、「自由権（人格権）」と解するの否かについては、明確にされなかった。

(iii) 最判平成5年11月26日判タ857号
100頁

この事件も平成3年判決と同様に、障壁の

再築が問題となった。被告は旧建物を取り壊し新たな建物を建てる際、位置指定された私道にはみ出して設置されていた塀も取り壊して新たなブロック塀を設置しようとした。特定行政庁から設置不許可の通告や工事停止命令が出されていたにもかかわらず、被告は当該ブロック塀を設置し、結果として従前の塀よりもさらにブロック2枚分ほど私道にはみ出すこととなった。そこでこの私道を利用している原告がブロック塀の撤去を求めて訴えた。平成3年判決との違いは、ブロック2枚分の通路妨害が生じている点であるが、最高裁は次のように判示した。

「本件ブロック塀の内側に位置する上告人の所有地のうち、上告人が従前設置していた塀の内側の部分は、現実に道路として開設されておらず、被上告人が通行していたわけではないから、右部分については、自由に通行し得るといふ反射的利益自体が生じていないというべきであるし…、また、本件ブロック塀の設置により既存の通路の幅員が狭められた範囲はブロック二枚分の幅の程度にとどまり、本件ブロック塀の外側（南側）には公道に通ずる通路があるというのであるから、被上告人の日常生活に支障が生じたとはいえないことが明らかであり、本件ブロック塀が設置されたことにより被上告人の人格的利益が侵害されたものとは解し難い。」とし、位置指定された道路を「通行等に利用することが、特定の私人にとっては、自由権（人格権）として民法上の保護に値するとする原審の判断の理論的当否について論ずるまでもない」とした。

この判決でも「自由権（人格権）」に関しての最高裁の明確な態度表明はなされなかった。

(iv) 最判平成9年12月18日民集51巻10
号4241頁

本件私道は、道路位置指定を受けてから

30年以上、原告を含む近隣住民が徒歩及び自動車で行き、道路として利用されてきた。そうした中、本件私道を所有することになった被告は、この私道を利用する近隣住民に対し、被告が作成した本件私道の通行に関する契約を結ばない限り、本件私道の通行を禁止すると通知し、公道との出入りに簡易ゲート設置した。簡易ゲートは自動車から下車して取り除かなければならず、自動車での通行を妨害していた。そこで、上記通行に関する契約の締結を拒んだ原告は、当該簡易ゲートの排除を求め、訴訟を提起した。第一審及び原審ともに原告の主張を認めたため、被告は上告したが、最高裁も次のように判示して棄却した。

「建築基準法四二条一項五号の規定による位置の指定（以下「道路位置指定」という。）を受け現実に開設されている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、右道路の通行をその敷地の所有者によって妨害され、又は妨害されるおそれがあるときは、敷地所有者が右通行を受忍することによって通行者の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの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）を有するものというべきである。／けだし、道路位置指定を受け現実に開設されている道路を公衆が通行することができるのは、本来は道路位置指定に伴う反射的利益にすぎず、その通行が妨害された者であっても道路敷地所有者に対する妨害排除等の請求権を有しないのが原則であるが、生活の本拠と外部との交通は人間の基本的な生活利益に属するものであるであって、これが阻害された場合の不利益には甚だしいものがあるから、外部との交通についての代替手段を欠くなどの理由により日常生活上不可欠なものとなった通行に関する利益は私法上も保護に値するというべきであり、他方、道路位置指定に伴い建築基準

法上の建築制限などの規制を受けるに至った道路敷地所有者は、少なくとも道路の通行について日常生活上不可欠の利益を有する者がいる場合においては、右の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情のない限り、右の者の通行を禁止ないし制限することについて保護に値する正当な利益を有するとはいえず、私法上の通行受忍義務を負うこととなってもやむを得ないものと考えられるからである。」（下線は筆者による）

この判決に至って、私道通行の妨害を排除する請求権が「人格権的権利」であると最高裁で初めて明示された。これまでの判決では原審で「人格権」という表現を使っているが、原審の判断を否定していたため、妨害排除請求の根拠としては明確な位置付けがなされていなかった。本判決はこれを正面から論じ、「人格権的権利」と称した上で、生活の本拠と外部との交通は人間の基本的な生活利益に属すると指摘した。

（v）最判平成12年1月27日集民196号
201頁

本件私道は建築基準法42条2項に規定された「みなし道路（2項道路）」であるが、被告はこの私道に面する自己所有地にマンションを建築した際、従前のフェンスを廃して、所有地により後退した位置（道路中心線から3メートル以上離れた地点）に新たなフェンスを設置した。そして道路中心線から1メートル弱の位置に金属ポール10本を設置し、ポールの間を鎖でつないだ。これに対し、本件私道を挟んで被告の土地の向かい側に土地を有する原告は、相続によりこの土地を取得した後、地上建物を取り壊し、賃貸駐車場として利用しようと考えていたが、上記の金属ポールが設置されたため、自動車の通行が困難になった。そこで、原告は金属ポールの撤去を求めて被告を訴えた。なお、本件私道は、自動車の通行がほとんどなく、近隣でのビル

建築の際、工事車両が原告の土地を駐車場として利用していたときにのみ、通行があった。最高裁の判決は以下のとおりである。

まず、私道の通行に関しては、「建築基準法四二条一項五号の規定による位置の指定を受け現実に開設されている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、右道路の通行をその敷地の所有者によって妨害され、又は妨害されるおそれがあるときは、敷地所有者が右通行を受忍することによって通行者の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの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）を有するものというべきである（最高裁平成八年（オ）第一三六一号同九年一月一八日第一小法廷判決・民集五一卷一〇号四二四一頁）。そして、このことは、同条二項の規定による指定を受け現実に開設されている道路の場合であっても、何ら異なるものではないと解するのが相当である。」として、前記平成9年判決を引用し、「みなし道路（2項道路）」の場合でも、道路位置指定を受けた私道と同様に、これを利用している者には「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）」があると判示した。しかしながら、本件においては、私道に面した土地を原告は利用していないだけでなく、単に駐車場として利用する目的で金属ポール

道を自動車で通行することについて「日常生活上不可欠の利益」を有しているとは言えないと判断し、原告の主張を認めなかった。

（vi）人格権的構成について

判例は平成9年判決において、私道通行における妨害排除請求権を人格権的権利とした。下級審裁判例においては、「通行の自由権（人格権）」という表現が使われていたが、これは最高裁において、人格権の定義が明確でなかったことから「人格権的権利」という用語にしたものと解説されており²¹、これまでの内容と同じものとして理解されている。

学説に目を向けると、判例のように人格権的構成を採ることについては、見解が分かれており、肯定的な評価をする説²²がある一方で、岡本詔治教授は「両者の対立は私道をめぐる物的支配の争いにほかならない」とし、「少なくとも土地を軸にした相隣紛争は可能なかぎり物的な相隣関係法の中へ取り込むべきであって、一般的な人格権概念に頼るべきではない」と述べ、人格権的構成を否定する見解を主張している²³。さらには、通行権は個人の権利・利益の問題というよりも地域社会的公序に関わるものであるとして、「市民的地域社会共同秩序」という考えのもとで再考すべきとする見解や²⁴、広中俊雄博士の「外郭秩序論」²⁵を引用して「『通行の自由権』問題は、外郭秩序たる生活利益秩序の次元に属する」と説く見解²⁶があり、また「通行妨害

21 野山宏「判解」法曹時報51巻9号（1999年）315頁。

22 瀬本比呂志「私道の通行権ないし通行の自由について」判タ939号（1997年）、和田真一「人格権としての私道通行権について」立命館法学271-272号下巻（2000年）1765頁以下、田中康博「判批」判例評論474号（判時1640号）21頁、齊藤博「判批」法学教室216号94頁など。

23 岡本詔治「建築基準法上の私道と通行の自由権（私権）—自由使用利益の存否と『自由通行権』について—」島大法学35巻4号（1992年）11頁。

24 池田恒男「判批」判タ983号71頁以下。

25 広中俊雄『新版民法綱要 第一巻総論』（創文社、2006年）13頁以下。なお旧版は1989年刊行。

26 吉田克己「判批」民商法雑誌120巻6号（1999年）1062頁以下。

を生命・健康侵害や重大な精神的侵害の場合と同様に権利侵害と捉えるよりも、生活利益（人格的利益）の侵害と解して、通行者と私道所有者との利益衡量によって当該通行利益が生活利益として保護に値するか否かについて判断することが、他の生活妨害の被害利益とのバランスを考慮に入れた妥当な結論を導出できる」として、生活利益という人格的利益の一つとする見解もある²⁷。議論の状況としては、岡本教授が物権法の視点から問題を捉えるべきとし、「市民的地域社会共同秩序」の法理を提唱する池田恒男教授は公法・私法を超えた相隣関係法を志向しているように見えるが、これら以外の見解は、判例も含め、「通路を使用することの日常生活上の便益」を起点としていると考えられる。

(3) 自己決定と人格権

—契約における人格権—

最後に、自己決定と人格権との関係について触れたい。自己決定を想起させる代表的な判例としては「エホバの証人輸血拒否事件」が挙げられるであろう。この事件では「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。」と判示され、「意思決定をする権利」という表現であるが²⁸、人格権の一つとして位置付けている。裁判では、場合によっては輸血をする旨の説明が十分になされたかという説明義務の問題と輸血をしないと都合が存在していたのかという医療契約締結の問題も論じられていたが、結論としては、不法行為として扱われた。では契約上の自己決定も人格権とし

て保護されるのか。この点に関連する判例として、平成15年と16年に下された判決がある。

(i) 最判平成15年12月9日民集57巻11号1887頁

この事件は、阪神・淡路大震災により焼失した建物の所有者が、加入していた火災保険の保険会社に対し、地震保険の附帯に関する情報提供義務及び説明義務の違反を理由に慰謝料等を請求したものである。地震によって発生した火災については、火災保険の対象外になるため、火災保険加入の際には、地震保険を付帯しない旨の申出をしない限り、地震保険も付けられることになるが、原告らは火災保険の加入契約において、地震保険を付帯しない場合の欄に押印していた。このときの地震保険の内容等に関する情報提供や説明が不十分であったということが原告らの主張であり、原審は「第1審原告らは、第1審被告らの情報提供・説明義務の履行によって、一般の火災保険に加えて、地震保険確認欄への押印をすることなく、第1審被告らからの説明に基づき保険金額及び保険料の選択をして地震保険契約締結の申込みをした可能性も否定できないのであって、この自己決定の機会を喪失したことによる同第1審原告らの精神的苦痛に対する慰謝料は、これをもって第1審被告らの義務違反と相当因果関係のある損害と認めるのが相当である。」と判示し、原告の主張を認めた。しかし最高裁は、「このような地震保険に加入するか否かについての意思決定は、生命、身体等の人格的利益に関するものではなく、財産的利益に関するものであることにかんがみると、この意思決定に関し、仮に保険会社側からの情報の提供や説明に何らかの不十分、不適切な点があった

27 宮崎淳「私道通行の保護と人格権—生活妨害における私道の通行妨害の位置づけ—」創価法学 32巻 1-2号 (2002年) 180頁。

28 この点を重視する評釈として、潮見佳男「判批」『医事法判例百選』(2006年) 96頁以下。

としても、特段の事情が存しない限り、これをもって慰謝料請求権の発生を肯認し得る違法行為と評価することはできないものというべきである。」と述べ、原告らの主張を認めなかった。

(ii) 最判平成16年11月18日民集58巻8号2225頁

本事件の原告らは、住宅公団設営の団地内の住宅を賃貸借していたが、団地の建て替えがなされるにあたり、建て替え後の分譲住宅の購入を希望した。原告らは賃貸借契約の合意解除や団地の明け渡し等に協力し、次の内容含む覚書を住宅公団と交わした。すなわち、住宅公団は原告らに対し優先的に分譲住宅を斡旋した後、直ちに未分譲住宅の一般公募を行うこと、そして一般公募における譲渡価格は原告らに対する譲渡価格と少なくとも同等にすること、である。しかし、実際には、原告らへの分譲価格が高額過ぎるため、この価格で公募をする意思は住宅公団にはなく、そのことも原告らに説明していなかった。さらには、原告らへの分譲価格よりも25.5%から29.1%の値下げをした上で、住宅公団は一般公募を行った。そこで原告らは、当該分譲住宅の譲渡契約を締結するか否かの意思決定をする上で、十分な説明がされていなかったとして、住宅公団側に慰謝料等を請求する訴訟を提起した。最高裁は次のように判示して、原告らの主張を認めた。

「…住宅公団は、被上告人らが、本件優先購入条項により、本件各譲渡契約締結の時点において、被上告人らに対するあっせん後未分譲住宅の一般公募が直ちに行われると認識していたことを少なくとも容易に知ることができたにもかかわらず、被上告人らに対し、上記一般公募を直ちにする意思がないことを

全く説明せず、これにより被上告人らが住宅公団の設定に係る分譲住宅の価格の適否について十分に検討した上で本件各譲渡契約を締結するか否かを決定する機会を奪ったものというべきであって、住宅公団が当該説明をしなかったことは信義誠実の原則に著しく違反するものであるといわざるを得ない。そうすると、被上告人らが住宅公団との間で本件各譲渡契約を締結するか否かの意思決定は財産的利益に関するものではあるが、住宅公団の上記行為は慰謝料請求権の発生を肯認し得る違法行為と評価することが相当である。」

(iii) 検討

平成15年判決は、地震保険に加入するか否かの意思決定について、生命、身体等の人格的利益に関するものではないと明言した上で、さらに、「情報の提供や説明に何らかの不十分、不適切な点があったとしても、特段の事情が存しない限り、これをもって慰謝料請求権の発生を肯認し得る違法行為と評価することはできない」と述べ、本事案では意図的に情報を秘匿した事実はないとして、慰謝料請求を認めなかった。これに対し平成16年判決は、原告らに分譲した値段では高すぎて売れないので一般公募は直ちに行わない、という情報を意図的に伝えなかった。このような意図的な情報の秘匿は信義則に反するとして、原告は「価格の適否について十分に検討した上で本件各譲渡契約を締結するか否かを決定する機会を奪」われたと判断し、慰謝料請求が認められた。両判決の関係については、事案が異なると評する見解²⁹、平成15年判決における「特段の事情」が平成16年判決で認められたとする見解³⁰、あるいは平成16年判決が「特段の事情」という言葉が使われていないことを重視して、この「特段

29 円谷峻「判批」法律のひろば2005年7月号77頁。

30 大中有信「判批」金判1216号（2005年）77頁。

の事情」の容認事例とする考えに反対する見解³¹などが示されている。いずれにしても、慰謝料請求の可否について判断が分かれたことについては、情報の意図的な秘匿の有無が重要な判断材料であったと言え、この点に関しては一致していると考えられる。

その上で、そうした秘匿があったとされる平成16年判決は、価格の適否を検討して契約締結の判断をする機会が奪われたとし、契約締結の意思決定が害されたと捉えた。そしてこの意思決定は財産的利益であるが、その侵害は慰謝料請求権も発生し得るとした。学説では、このような場合に慰謝料請求も認められるのかという点について議論がある。錦織成史教授は「説明は不十分であったけれども、実際にはその危険を伴った取引から利益を得たとしても、なお慰藉料請求権が生じるという内容の保護も、出てきうることになる」と述べ、消極的な見解を示しているが³²、小粥太郎教授は「説明義務違反がある場合、表意者は、整備された情報環境の下で意思決定をする機会を失う。これが自己決定権侵害の意味であろう。…救済手段として、原状回復(契約の解消)ではなく金銭賠償を考える際にも、経済的損失ではなく、機会の喪失そのものを損害と位置づけ、その金銭的評価を考えるべきである」として、積極的な立場に立つ³³。また、円谷峻教授は平成16年判決のような事案について、財産的損害の賠償として、損害額については民事訴訟法248条を使うとする解決を指摘している³⁴。そもそもこの問題は、平成15年判決及び同16年判決で論じられた「意思決定」が人格権ないし人格的利益として位置付けられていないこと

から生じていると考えられる。人格権ないし人格的利益の侵害が生じた損害であるなら、慰謝料請求権の発生について議論は生じないであろう。そこで平成12年の「エホバの証人輸血拒否事件」の最高裁判決で示された「意思決定」と平成15年判決及び同16年判決での「意思決定」の質的な違いを論じることが必要となる。

この質的な違いであるが、二つの「意思決定」の差異は、人格的利益に関わる意思決定であるか否かに求められる。そしてここでの人格的利益は、生命・身体・健康などの身体的な人格的利益だけでなく、自由・私生活・肖像などの精神的な人格的利益なども含むべきであろう。例えば、意思決定の実現のための契約介入という点では、写真集の出版において、身体全体をアップで写され、体の線がはっきりと透けて見える写真と胸の部分が透けて見える写真の使用を止めさせるために、写真のモデルが写真集の出版差し止めを求めた訴訟において、写真の選択権が契約上、出版社側に帰属しているとする反論に対し、東京高判平成8年3月19日(東京高等裁判所民事判決時報47巻10頁)は、この契約の文言を文字通り解釈すれば、出版社側に写真の選択権が全面的にあると解されるとしたが、肖像権は「人格の尊厳を内容とする人格権の発現形態の一つであり、したがって、肖像権に関する契約は、本人の意思が尊重されるように解釈されるべきである」と判示し、この契約の文言は、「写真家とモデル双方が写真集に掲載することを一般的に了解した写真であることを当然の前提として」出版社側に掲載写真の選択権が与えられる趣旨のも

31 原田剛「判批」法学セミナー602号(2005年)120頁。

32 錦織成史「取引の不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト1086号(1996年)86頁以下(90頁)。

33 小粥太郎『「説明義務違反による損害賠償」に関する二、三の覚書』自由と正義47巻10号(1996年)36頁以下(46頁)。

34 円谷峻『不法行為法 事務管理・不当利得一判例による法形成一〔第2版〕』(成文堂、2010年)171頁。

のだと解するべきだとしている。また、酌婦稼働契約を前提とした金銭消費貸借契約について、前者の契約が公序良俗違反で無効であれば後者の契約も無効となるとした最判昭和30年10月7日（民集9巻11号1616頁）も、人格権という表現は使われていないが、親の借金のために事実上の人身売買に近い酌婦稼働契約を結ばされた娘の自由を守るために下された判決であり、いわば娘の意思決定を踏みにじる契約を無効にしたのである。判決の趣旨を悪用し、計画的な前借詐欺などの懸念も生じ得るが、「これらを、総合的に考えた場合にも、身売りして自由を束縛された娘を解放してその人格的尊厳を回復することの利益が、総てを凌駕しているというべきであろう」という評価もこの判決にはされている³⁵。二つの契約を「密接に関連して互に不可分の関係にあるものと認められる」として、娘が締結した酌婦稼働契約だけでなく、前借金として親が結んだ金銭消費貸借契約も無効にしたのは、人格的利益に関する娘の意思決定を実質的にも実現させるためであろう。

以上のように考えるならば、判例は少なくとも、人格的利益に関わる意思決定が害される場合には、契約に介入し、そうした意思決定の実現と保護に努めていると指摘できるだろう。それゆえ、平成15年及び16年判決から、契約法に人格権が介在することはないと解するべきでなく、財産取引を目的とした契約であったとしても、そこに人格的利益に関する意思決定への侵害が生じているのであれば、人格権の問題として、その意思決定の保護と実現が図られるものと考えられる。

第3節 人格権の総則的意義

上述の判例分析から、どのようなことが導き出せるのか。この点について触れ、民法における人格権の総則的な意義を指摘したい。

1. 裁判例からの示唆

人格権の問題は、これまで不法行為法の被侵害利益の一つとして扱われてきた。確かに、訴訟においては不法行為として損害賠償を請求する事件の中に人格権の問題の多くは現れているが、裁判例を分析すると、親族法、物権法、契約法の中でも人格権の存在意義は見出される。まず、親族法においては、氏名を人格権の構成要素とした昭和63年判決により、氏名の最初の発現となる命名が親子の法律問題を引き起こすことから、人格権は親子法に及ぶ。また、婚姻時の氏の統一に際しては、氏が氏名の一部であることから、婚姻法でも人格権が関わりを持つことになる。そして、物の支配、財貨帰属の法であるところの物権法の領域でも、私道の通行が「日常生活上不可欠の利益」を有する場合には、その通行権は「人格権的権利」と位置づけられた。さらに契約においても、人格的利益に関する意思決定が害されている場合には、損害賠償や契約の無効などによって、そうした意思決定の保障が図られている。損害賠償については、不法行為を根拠とする場合が多いかもしれないが、人格的利益に関する意思決定が契約において実現されなかったことに対する実質的な保護手段として機能しているとも考えられるので、契約においても人格権保護の要請が作用していると言えよう。

このように多様な領域で人格権概念が使用されることについては、広がり過ぎていたとの批判的な見方もできるが、人格権そのものが民法全体に関わる概念である、という捉え方もできるであろう。後者の考え方から判例を見るならば、人格権に対する見方も、不法行為法の被侵害利益の一つという位置付けから、民法全体の総則的な地位へと展開する余地も見出せるかもしれない。そこで、そのような展開の可能性を次に探っていく。

35 河上・前掲書78頁。

2. 総則的地位の可能性

人格権に不法行為法の被侵害利益を超えた幅広い法概念としての地位を与えようとする見解は、これまでも主張されてきた。代表的なものとしては、広中俊雄博士の説が挙げられる。この説は、市民社会に成立する基本的秩序から民法の基本的仕組みを構想し、市民社会の基本的秩序として、財貨秩序と人格秩序を提示した³⁶。「人格秩序」については「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」と定義し、「これは、二〇世紀中葉以降における市民社会の存在理由にかかわる秩序—市民社会の存立条件にかかわる「財貨秩序」…と併せて市民社会の根本的秩序ともいうべきもの—であり、あるいは『人格秩序』一般として、あるいは家族結合における『人格秩序』として問題となる。」と記している³⁷。

さらに近時においては、藤岡康宏教授によって、人格権を「民法構成上的人格権」と「救済規範としての人格権」に分ける画期的な見解が出されている。藤岡教授はまず、「…『人格権』は不法行為法上の保護法益…にとどめられることなく、『物権』や『債権』と並ぶ「民法構成上の権利」と位置づけられるべきものであり、このようにして民法上に定礎せしめられた『人格権』を拠点として、民法は「『人の法』と『財産の法』として再構成されるべき」と述べ、人格権に民法の構成原理としての役割も見出す³⁸。そもそも民法は、近代市民社会の法として、特定の個人に対し権利を与え、他の者に対してはこれを尊重するよう命じることで、私法的秩序の維持を図っている。人格権について言えば、与えられ、尊重され

ているのは「人」の法的地位そのものである。この法的地位が「民法構成上的人格権」に当たり、これをどのように保護していくのかに関わるのが「救済規範としての人格権」となる。後者については不法行為法の領域になるが、「人」の法的地位すなわち人格的利益を享受する地位を脅かす行為であるところの「人格的利益の享受への侵害」が人格権侵害の不法行為を構成することになり、民法709条の要件「権利又は法律上保護される利益」との関係では、享受される人格的利益は「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』」に二分され、「人格的権利」の享受が侵害される場合を同条の「権利」侵害とし、「人格的利益」の侵害は同条の「法律上保護される利益」への侵害と位置づけている³⁹。そして前者の「民法構成上的人格権」については、「『人』の法的地位をまもるための権利」と考える。不法行為法の問題となる「救済規範としての人格権」とは別個独立した法概念として観念することで、人格権は物権や債権とは本質的に異なる内容・効力・機能を有する権利であることが明確になるが、物権や債権を成り立たせるのは、権利の主体としての人であるという点に鑑みるなら、このように、人格権に対して独自の権利性を認めることは、「人格権が『人』の地位に関する権利として、物権や債権にさきだつてまず問題とされるべき権利である」という理解を可能にするとした⁴⁰。さらに「民法は社会の基本法であるから、『民法構成上的人格権』は『社会の構成原理としての人格権』でもある」⁴¹と説き、人格権が民

36 広中・前掲書（新版）1頁以下。

37 同14頁。

38 藤岡康宏『民法講義I 民法総論』（信山社、2015年）13-14頁。

39 同『民法講義V 不法行為法』（信山社、2013年）90頁。

40 藤岡・前掲書『民法総論』14頁以下。

法の主要な構成原理であるばかりか、社会の構成原理にもなりうることを指摘している。

人格権を民法の主要な構成要素として位置付け、民法の総論的議論に置こうとする主張は、広中博士の見解を萌芽とするならば、藤岡教授の説によって確信的な方向付けがなされたと言えよう。では、人格権を不法行為における被侵害利益以外の側面、すなわち民法全体の総則的原理、さらには社会の構成原理として捉えるならば、そうした原理において、人格権はどのような規範として現れるのか。最後に、この点について私見を述べたい。

3. 人格の相互尊重義務

この問題については、人についての規定に人格権に関する条文を置くフランス民法が参考になる。フランス民法においては、人格権という概念を明記してはいないが、この概念に相当するものとして、私生活を尊重される権利や身体を尊重される権利を民法典第1編「人」に規定している。「尊重される権利」とは特定の人からなされる相対的な場面を想定しているのではなく、万人に対して尊重を求めることができるものであるから、全ての人に「尊重される権利」を認めるということは、全ての人に他人の私生活や身体を「尊重する義務」を課している、ということでもある。さらにフランス民法16条の「法律は人の優位性を確保し、人の尊厳に対するあらゆる侵害を禁じ、生命の始まりから人間の尊重を保障する」という規定を加味すると、フランス民法は「社会の構成原理としての人格権」を設けているものと解されるだろう。まさに、このことに人格権の原理規範として役割が見いだされうる。すなわち、人格権は、人格を相互に尊重する義務（人格の相互尊重義務）として民法全体の支配という地位に就き、市民社会における行動原理として機能する。

藤岡教授の説く「民法構成上の人格権」と「救済規範としての人格権」の二元的構成に即して私見を述べると、救済規範としては、人格の相互尊重義務の違反（人格を尊重される権利の侵害）が人格権の侵害となり、不法行為を構成するか否かは、義務違反の程度によって決せられる。民法構成上の役割としては、人格の相互尊重義務を一般的義務とし、社会生活において互いに他人の人格を尊重することが求められる。具体的には、夫婦の氏の場合、夫婦の氏を統一するのか、別々にするのかは、夫及び妻それぞれの人格に関わる事柄であるため、それぞれが独自に判断すべき事項といえる。そのような点からは、選択的夫婦別氏制度が望ましく、その場合、自分の氏の変更は拒絶し同時に配偶者には氏の統一を求めることは、相手の意向を無視して自分の主張を配偶者に押し付ける振る舞いであり、配偶者の人格を尊重していないことになる。私道の通行では、地役権のような排他的な権利に基づいて通行しているのではない場合でも、私道の所有者に妨害排除を請求できるのは、生活上必要とされる通行を妨害しないことが通行者の人格への尊重であるからだ。契約上の意思決定の場合には、契約の相手方の人格的利益に関わる意思決定を尊重することがその相手方の人格を尊重することになる。

第5章 結び

本稿は、近年、民法学において主張されてきた「人の法」の構築や、人格権を中心にした民法学の再構成などの議論の一助となるべく、人格権に関するドイツ及びフランスの比較法的考察と日本の裁判例の検討を行ってきた。その結果、人格権は民法全体の支配原理

として機能しており、総則的な行為規範の一つとして位置付けるべき、という見解に至った。そして、私見をより簡潔に述べるならば、本論文の主張は、人格権を「権利」と「義務」のそれぞれの側面から再構成して、「救済規範としての人格権」を「自己の人格を尊重される権利」とし、「民法構成上の人格権」を「他人の人格を尊重する義務」と捉え、後者の人格権に総則的地位を与えようとするものである。このように、人格権に総則的地位を与え、人格権中心の民法学を志向することの意義は、財産法中心の従来の民法学の理解⁴²に再考をせまり、民法の中に「人間の尊厳の保障」を発見することにあると考える。民法の中に現れる「人」は、法律行為のプレイヤーといった、あたかもゲームにおける駒の一つという扱いではなく、生身の人間であり、その生身の人間の尊厳を保障することが民法の役割である。このことに気付かせたのが、まさに人格権の存在であろう。

なお、「人格の相互尊重義務」という私見が、まだ粗削りの段階であることは自覚している。より精緻にするには、多くの裁判例の詳細な検討が必要であると考え、これについては今後、稿を改めて討究していきたい。

【付記】北海道大学名誉教授五十嵐清先生のご冥福を心よりお祈り申し上げます。

五十嵐先生には、大学院生の頃より、お送りした抜き刷りに目を通していただき、有益なご意見を賜ってきた。さらには、「君の論文にはこの文献が使われていない。もし手に入らないようなら貸してあげてもよい。」と言われたことがあり、良識のある者なら遠慮するのであろうが、私はお言葉に甘え拝借し、郵送していただいた。この文献は博士論文執筆の際に役立ち、博士の学位をいただくことができた。先生のご厚情の賜物である。

(いしい・ともや 本学部准教授)

42 「商品交換の法」という観点から私法をとらえようとする見解（川島武宜『民法I総論・物権』（有斐閣、1960年）2頁以下）や、「現行法は、相続の要件の面では、親族法と不可分の関係にあり、相続の効果の面では、財産権の移転が問題となる。すなわち、現行相続法は、その一方の足を相続法に、他方の足を財産法につっこんでいるとあってよい。」「…親族法は、相続と扶養との二つの効果をもたらすための要件としての親族関係…を規律する要件規定と見ることができる。しかも、扶養について、公的扶養＝社会保障制度が整備されて行くなれば、私的扶養の意義は次第に薄れ、扶養の要件規定としての親族法の意義も、次第に弱くなってゆく。そうだとすれば、親族法は、狭義の相続の要件規定としてのみ、その法としての存在意味をもつ、とさえいえる」として、親族法と相続法を財産法の一部として取り込もうとする説明（鈴木禄弥『相続法講義』（創文社、1993年）296頁以下）など。