

# ドイツにおける人格権概念の形成 ( 1 )

人格権概念に仮託された意味・機能に着目して

木 村 和 成

## 目 次

はじめに

- 1 BGB 起草以前における人格権概念の生成と展開
  - (1) 著作権・出版権領域における「人格の権利」概念
  - (2) 民法理論における「人格の権利」の取り扱い
  - (3) 「人格の権利」概念の到達点 「人格権」ないし「個人権」概念
  - (4) 小 括
- 2 BGB 起草過程における人格権概念の取り扱い
  - (1) 部分草案の提出から第一草案の起草まで
  - (2) 帝国司法庁準備委員会での審議から第二草案の起草まで
  - (3) 第二草案の修正から現行823条 1項へ
  - (4) 小 括 (以上, 本号)
- 3 BGB 施行後の判例・学説による人格権概念の発展 (以下, 次号)
  - (1) 人格権概念の発展 1933年以前
  - (2) 国家社会主義時代の人格権 1933年以降
  - (3) 小 括
- 4 戦後の一般的人格権概念の承認と定着
  - (1) 判例による一般的人格権の承認と定着
  - (2) 一般的人格権概念の意義と固有の機能
  - (3) 一般的人格権承認への動機
  - (4) 小 括

おわりに

## は じ め に

1 人格権<sup>1)</sup>という権利概念の多様性は今日、多くの局面で認識されている。例えば、産業廃棄物処理施設の建設の差止請求<sup>2)</sup>、原子力発電所の建設・操業の差止請求<sup>3)</sup>、出版の差止請求<sup>4)</sup>、通行を阻害する物の妨害排

除請求<sup>5)</sup>、たばこ製造の差止請求<sup>6)</sup>、大気汚染を招来する可能性のある施設の建設差止請求<sup>7)</sup>などにおいて、差止請求や妨害排除請求のために用いられており<sup>8)</sup>、また学説においても、例えば近時の五十嵐清教授の『人格権法概説』（2003年）が、人格権の内容として、名誉権・氏名権・肖像権・パブリシティ権・プライバシー権・自由権など実に多くの権利ないし利益を挙げている。

わが国の民法典において明確な規定を持たないこの人格権という権利概念は、今日では上に挙げたような多様性をもって民法では重要な役割を果たしている。そうした多様化の一方で、わが国において初めて人格権について最高裁レベルで言及した大阪国際空港事件大法廷判決（1981年）で団藤重光裁判官がいみじくも指摘したような<sup>9)</sup>人格権の外延の不明確さへの懸念はなお払拭されていない。その後、最高裁大法廷が、名誉侵害のおそれのある雑誌記事の頒布などの事前差止が問題となった北方ジャーナル事件最高裁判決（1986年）<sup>10)</sup>において、最高裁レベルで初めて人格権という権利概念を承認し、それに基づく差止請求を認める判決を下したが、「……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……」と述べるにとどまって人格権そのものに関する一般論には触れなかったため<sup>11)</sup>、そこで人格権が定義づけられることはなく、結局人格権の外延は十分に明らかにされなかった<sup>12)</sup>。その後の多くの裁判例でもそれは同じであり、学説においても人格権という権利概念が多義的であること、不明確で漠然とした権利概念であることはもはや通説的見解となっている感がある<sup>13)</sup>。

こうした状況の中で、人格権の内容を確定しようとする試みはこれまで数多くなされており、既に斉藤博教授や五十嵐教授に代表される先行研究が存在している。ただ、今日では、例えば大塚直教授が人格権概念は差止の根拠として認められることに、より重大な意義を有すると指摘しているように<sup>14)</sup>、人格権概念それ自体に固有の意義を認めるというよりも、人格

的利益保護の観点から人格権という権利概念の有用性を説く見解も多い。このことの背景には、わが国の判例・学説が主に公害ないしは生活妨害の差止の根拠として人格権を援用してきたことがある<sup>15)</sup>。確かに差止の根拠として人格権に意義を見出すのならば、吉田克己教授が人格権の範囲は実は利益衡量なしには定められないと指摘しているように<sup>16)</sup>、その内包・外延は具体的ケースに応じて、例えば受忍限度論などによって考えてゆけばよいから、差止を与えるべき利益についてもそのつどの具体的な判断で定めてゆけばよいということになり、人格権という権利概念それ自体にさほど重要な意味があるようには思われない。また、人格権をそのようなものとして捉える以上、人格権に含まれる利益は利益衡量によって多種多様なものとなる可能性があり、結果的に先に述べたような人格権の内容の多様性、不明確性へと行き着く。

2 このことから、人格権という権利概念の内容を確定することによってのみ人格権の範囲や射程を画定することは非常に難しいと言わざるを得ず、その場合には人格権の内容の類型化にとどまらざるを得ない<sup>17)</sup>。しかし、これに対して人格権概念はそもそもその内容や範囲、射程を確定ないし画定し得るものではないのだから、所有権のように一義的にはっきりと画定することができないという原島重義教授の指摘もある<sup>18)</sup>。原島教授が説くように、確かに人格権は、技術上の発達やマス・メディアの普及といった新しい侵害態様の出現によってあらためて確認され、拡大してゆくものであり得るという点で他の権利とは異なる特殊性を有している。こうした人格権の弾力性とでもいうべき特殊性に、あらゆる人格領域を侵害から保護するという人格権という権利概念の意義を見出すことも可能であろう。しかし、今日では人格権の範囲の拡大、それに伴う内容の多様化は、上のような意義を超えて次のような局面を生じている。

第一に、民法上の他の権利と人格権とが交錯する局面が生じていることである。例えば、最(一)判平成9年12月18日民集51巻10号4241頁<sup>19)</sup>、最(一)判平成12年1月27日判時1703号131頁<sup>20)</sup>の2つの最高裁判決が、私道

通行権を「人格権的権利」と構成しているが<sup>21)</sup>、こうした私道通行権の問題は要役地と相隣地との所有権調整の問題として、あくまでも物権関係の問題として解決されるべき可能性を含んでいる<sup>22)</sup>。また、人格権概念の稀釈化を避けるために、このような問題を人格権侵害の問題とするのではなく、生活秩序違反という秩序違反のレベルに構成する見解も見られる<sup>23)</sup>。確かに私道通行権の侵害も人格権ないし人格領域の新たな侵害態様の一つであって、この２つの判決で改めて確認され、拡大したものと見ることができようが、それによって民法上の他の権利の射程と交錯する局面が生じ得ることは明らかであり（逆に言えば、他の法律構成によっても救済が可能である）、原島教授の指摘するような人格権という権利概念の特殊性を考慮するとしても、敢えてなぜ人格権に拠るのかという点が結局あいまいにならざるを得ない。

第二に、人格権という権利概念が民法上の権利としての意味を超えて、憲法上の基本的人権のような理念的な権利として認識される現象である。先に触れた北方ジャーナル事件最高裁判決は、「人格権としての名誉権」として、名誉権に敢えて「人格権として」という表現を冠している。ここには明らかに「名誉権」という権利概念の上位概念としての「人格権」が意識されている。むしろ、「人格権」という権利概念が上位に存在し、そこから演繹されたものとして「名誉権」が認識されているような印象を受けるのである。ところで、北方ジャーナル事件は、簡単に言えば表現の自由と名誉が衝突した局面である。表現の自由が憲法上認められた自由である一方、名誉（権）の保護は民法典に規定してあるに過ぎない。そこで、名誉（権）の上位に人格権という権利を観念し、その人格権に憲法13条の幸福追求権との結びつきが与えられることによって、人格権と表現の自由との利益衡量がなされることになる。ここでは、人格権は憲法上の基本権としての地位を与えられており、民法上の権利としての意味を超えて、民法上の名誉（権）などを包括的に含み、そして生み出す母権的な基本権になっているといえる（その意味ではドイツの一般的人格権に類似している

といえるかもしれない)。このことには、既に述べたような人格権という権利概念の多様性、そして人格的利益の保護という人間の尊厳にかかわる部分を保護しようとする意図が作用していることは疑いないだろう。すなわち、人に関わる多くの権利ないしは利益を含む権利として発展してきた人格権は、今日では憲法上の基本的人権のカタログに含められることに十分耐え得る人間の基本的な権利として認識されることもある<sup>24)</sup>。

第一点は、現象形態レベルの問題(どのようなケースを人格権侵害と考えるか)であり、第二の問題点は、概念形態レベルの問題(まず人格権という権利概念を設定してそこからその中身や限界を考えてゆく)の問題であって、問題の構造が異なるため同じ次元で取り扱うことはできず、むしろ両者がある程度遮断して考えることが必要であることはいうまでもない。わが国における人格権を考えるとき、それは民法上の明確な規定を持たないものであり、判例・学説により展開されてきたものであるから、まず第一の視点から人格権にアプローチするのがより適切であるといえよう。

今日、民法が「市場における商品交換を媒介する法」から「市場における商品交換とともに生活世界における人格的関係を(も)媒介する法」へと変容を遂げてゆく中で、保護法益としての人格権や人格的利益の民法における重要性が増していること<sup>25)</sup>、そしてそれに応じて今後予想される人格権の内容の豊富化を考えるならば、少なくとも人格権概念に民法上の権利として他の諸権利と区別された特定の枠組を与えること、そしてそれによって今後の人格権に関する法創造について一定の指針を与える必要があるように思う。そのためには、まずどのようなケースを人格権侵害と考えてきたかという現象レベルの問題に絞って人格権概念の歴史的な生成と展開を解明し、その今日的位置付けを明らかにしなければならない。

歴史的に見ても、人格権の侵害とされる局面は、必ずしも民法の領域にはとどまらない。それゆえ、民法のみにとどまらないより広いフィールド、例えば広中俊雄教授が析出する、市民社会の中に成立する「財貨秩序」と「人格秩序」という二大秩序<sup>26)</sup>のような大きな枠組みを意識しながら、

いったい何が人格権の侵害と構成され、そしてその現象は市民社会の展開の中でどこにどのように位置付けられるべきものなのかという点に目を凝らす必要がある。これが本稿の課題とするところである。

3 本稿では、上のような視点からドイツにおける人格権概念の形成過程を解明する。周知のように、ドイツ民法典もまたわが国と同様に人格権に関する規定を持たず、人格権については主に判例による法創造に委ねられてきた<sup>27)</sup>。わが国で人格権概念についての議論がとりわけ戦後になって活発になされるようになったことには、ドイツにおける一般的人格権の承認が大きく作用していることは言を俟たず<sup>28)</sup>、絶対権侵害を軸とする不法行為法規範というわが国と異なる法制度の存在はあるものの、今日なおわが国の人格権論はドイツにおけるそれに影響を受けている部分も否定できない<sup>29)</sup>。

ドイツでは、戦後に一般的人格権が判例・学説上明確に承認されるに至るまで、わが国よりはるか昔から人格権概念について活発な議論がなされてきた。それは、単に人格権という権利概念の構築を推し進めるものではなく、何を人格権の侵害とし、それを既存の法制度との関係でどう考えてゆくかという思索の過程であった。わが国とは異なる、ドイツ不法行為法の絶対権侵害を基軸とする規範構造がそうした議論を誘発したことは疑うべくもないであろうが、それをさしあたり措くとしてもわが国における今日までの人格権論と一般的人格権の承認に至るまでのドイツにおける人格権論が背景としていた状況は、民法上明確な保護規定を持たなかったという意味において共通するものがある。また、民法の領域においてのみならず、著作権法や特許法、商標法といった今日では知的財産法として括られる特別法領域をも巻き込んだドイツにおける人格権概念の形成過程は、後に見るように非常にダイナミックな展開を示しており、民法の領域のみにとどまらない、より広いフィールドにおける人格権概念の生成と展開を示している。これを明らかにすることは、わが国のみならず世界的に見ても多様化しつつある<sup>30)</sup>人格権概念、そしてその侵害からの保護を考える上で

重要である。

しかし、既にドイツにおける人格権の発展については多くの分析がなされてきたし<sup>31)</sup>、人格権概念についてドイツにおける議論を参照することに少なからぬ疑問を呈するものもある<sup>32)</sup>。これに対して本稿が目的とするところは既に示したような点にあり、単に人格権の形成過程を眺めるにとどまるものではない。更に人格権の問題についてドイツ法を参照することには次のような批判があり得るが、あらかじめここでそれに答えておきたい。第一に、絶対権侵害を機軸とするドイツ民法とそうしたものを有しないわが国の民法とでは構造的に問題の背景が異なるとの指摘があり得る。第二に、ドイツにおいては主に名誉毀損やプライバシー侵害からの救済を図るのが一般的人格権であり、わが国のように名誉・プライバシーにとどまらず、生活妨害のようなケースをも人格権構成で処理しようとする場合とドイツにおける一般的人格権とは同一平面で論じることができないという指摘があり得る。

しかし、こうした見解と本稿の目的はまったく相対するものではない。本稿は人格権という権利概念の意義をドイツにおける人格権の形成過程から検討するものであり、その意味においては絶対権侵害を機軸とするドイツ民法の構造が人間そのものに関わるさまざまな法益ないし利益を人格権として構成する法技術的な原因となったであろうことこそが、まさに本稿の目的とする分析に最も適した素材を提供している。すなわち、ここで問題の対象となるのは、人格「権」という権利概念が形成されてゆくことそのものなのである。その限りで第一の批判は当たらない。また、一般的人格権のみを検討の対象とするのであれば第二の批判は射的であるが、本稿はそれを念頭にはおいていないため、第二の批判もここでは当たらない。もっとも、本稿で用いる「人格権」という概念は、戦後のBGH判決(BGH 1954年5月25日判決 = BGHZ 13,334)で承認された、憲法的規範から演繹される基本権的な意味での「一般的人格権」と同じ意味で用いるものではない。それゆえにBGB 823条1項の「その他の権利」に含まれる絶



対権としての「一般的人格権」とも同じではない。本稿では、どのような権利ないし利益が人格権として構成されたかという点を分析するので、学説や判例が人格権としたものを指して「人格権」と呼んでいる。その意味では、「一般的人格権」との対比において「個別的人格権」と称するのがよいかもしれないが、本稿では煩雑さを避けて単に「人格権」としている。

4 本稿では、BGHにおける一般的人格権の承認とその確定までの人格権概念の形成過程を分析し、何を人格権侵害としてきたのかという現象形態の把握に視点を絞ってそれを展開する。

まず、ドイツでは BGB 制定以前から、既に現在では知的財産法といった特別法領域を形成している分野（著作権など）において人格権侵害と捉えられる局面が生じていた。その一方で、民法学においても法律学としての民法理論が精緻に構成されてゆく中で、何を人格権として構成すべきかという論争があり、これらを比較対照して検討することによって、BGB の起草までに人格権がどのようなものとして構成されていたのかを明らかにする(1)。その後、BGB 起草過程での議論(2)、BGB 施行後の判例・学説が、できあがった制定法を踏まえて何を人格権の侵害と見てきたのかという点を検証し、戦前までの人格権概念の到達点を明らかにする(3)。そして最後に、戦後の一般的人格権の承認と定着が以上のこととどのような関係があるのかについて述べておきたい(4)。

## 1 BGB 起草以前における人格権概念の生成と展開

18世紀後半から19世紀後半にかけてのおよそ100年の間、ドイツでは「人格の権利」ないしは「人格権」という権利概念が認識され、それについて極めて活発に議論がなされた。もちろんそれ以前にも、人格価値の法的保護を可能にする制度が既にローマの十二表法に存在し、グロティウスらによる自然法論の中でも人格権にかかわる議論がなされてきたことが既に斉藤教授の研究により明らかにされている<sup>33)</sup>。



しかし、こうした歴史的展開が示しているのは、まさに倫理的観点から所与の人格的価値(生命・身体・健康・自由・名誉など)を保護しようとする試みであると指摘することができよう。その意味では、必ずしも現実に生じた問題から人格権という権利概念を必要としたものではないと思われる。むしろ、ドイツにおいて現実の必要性から人格権概念を生成するに至った実質的契機は、まず著作権領域に求められる。その他にも商標法や特許法などの領域においても BGB 制定以前に既に人格権に関する議論がなされてきた。こうした領域においては、いずれも文学・芸術作品や発明などといった著作者ないしは発明者の精神的創造力にかかる創造物をどのように保護するか、あるいはそうした創造物を取引の対象とすることによって利益を得る者(例えば出版者など)の有する利益をどのように保護するか<sup>34)</sup>、ということが問題になってきた。そこに現れたのが人格権概念であり、それは後に見るように BGB の起草過程から戦前における人格権概念の展開に大きな影響を与えてきた。本稿の目的とするところである、何が人格権の侵害とされてきたかということの解明には、まずこうした「精神的な産業上の *geistig-gewerblich*<sup>35)</sup> 領域」における人格権概念の生成と展開を検討する必要がある。

ところで、上で述べた領域での人格権概念が学説において意識され始めたのは18世紀後半のことである<sup>36)</sup>。18世紀後半とえば、ヨーロッパがまさに産業革命による社会・経済の一大転換期を迎えていたころであり、技術の進歩や市場の拡大が顕著に見られた時代であった。ドイツではこの時代以降、特に著作権・出版権領域において「人格の権利」ないしは「人格権」の保護の必要性が声高に唱えられるようになっていった。今日、ドイツでも著作権などの領域においては既に多くの特別法が制定され、もはや民法とは別個の法領域が形成されていることはいうまでもないが、民法典という私法の一般法典が存在しなかった時代において、人格権の保護の必要性が最も顕著に生じた著作権・出版権領域を素材に、何を人格権の侵害と捉えてきたかということをもまず明らかにしようと思う(1)。その一方で、

法律学としての民法理論が構築されていく中で、人格権概念も民法上の位置付けを与えられていった。そこで何を人格権の侵害と考えていたのかについても検討しなければならない(2)。実際に著作権領域における人格権概念の展開と平行して、民法理論においても人格権という権利概念を設定し得るかどうかという先決問題に始まり、ギールケ *v. Gierke* らによる一般的人格権の提唱(3)まで、人格権に関する議論がめまぐるしく展開しているのである。

(1) 著作権・出版権領域<sup>37)</sup>における「人格の権利」概念

1. 社会的・経済的状况によるその保護の必要性

近世ドイツでは皇帝や領邦君主が出版者に出版特権を与えるというシステムが形成されていたが<sup>38)</sup>、出版権を保護する規定は唯一ザクセン法(1686年2月27日法)に見出されるに過ぎない<sup>39)</sup>。さらに当時のドイツにおいては著述業を生業とする者はほとんどいなかったとされ<sup>40)</sup>、その結果、著作権に関する問題はほとんど生じなかったものと思われる。ところが18世紀後半から著作者や出版者保護の気運が突如として高まっていくのであるが、その理由は当時の社会的・経済的状况の大きな変化にある。

最も大きな変化は書籍市場の爆発的な拡大であった<sup>41)</sup>。「啓蒙の世紀」と呼ばれた18世紀には書物の流通量が飛躍的に増大し、ドイツでもその例に違わず、18世紀には164,000点もの書物が市場に流通し(特に18世紀後半には110,300点)、それは17世紀の2倍以上にのぼったという<sup>42)</sup>。その背景に印刷技術の進歩があることは言うまでもないが、見逃せないのは文芸関係図書の高増加である<sup>43)</sup>。こうしたいわゆる市民文学の大衆化現象が書籍市場の拡大に大きな影響を及ぼしたことは明らかであろうし、逆に啓蒙主義思想の広がりが印刷技術の発達とあいまって書籍出版の増加につながったとも言える。こうした文学の大衆化の流れの中、18世紀後半には文学作品の海賊版も流通するようになった<sup>44)</sup>。

海賊版の問題は特に深刻であり、人気の出そうな本の場合にはその初版

の出版直後から海賊版が出ることが予想されたため、一部の著作者は海賊版より安い特価版の発行を行なうという本末転倒な事態すら生じていたという<sup>45)</sup>。こうした状況はとりわけ著作者や出版者にさまざまな危機感を抱かせたと思われ、書籍市場の爆発的拡大を媒介とした海賊版の流通によって、次に見るように著作権や出版権保護のための理論形成が大いに促進されることとなった。

## 2. 著作権・出版権保護の2つの理論構成 精神的所有権と「人格的権利」

### a) 精神的所有権論の展開

こうした海賊版の流通によって深刻な打撃を受けていたのは、むしろ著作者の作品を出版する出版者であったと思われる。そのため、とりわけ1770年代から生じた著作権保護のためとされる理論構成は、もっぱら著作者のために向けられたというよりも、「『苦勞と費用を伴って』印刷した作品を安易な複製から守る」<sup>46)</sup>という観点から、むしろ出版者の出版権に向けられたものであったと指摘することができよう<sup>47)</sup>。このことの背景には著作者と出版者の立場の不均衡、すなわち出版者の力が著作者よりもなお強かったことがあると思われる<sup>48)</sup>。

こうした保護の要求とは別に、そのための法理論的な素地も既に用意されつつあった。17世紀のドイツでは、皇帝権の衰退とそれに代わるラント諸侯の権威の高まりによって、従来のローマ法学は大きくその力を減じ、代わって固有法を求めて自然法理論が大きく展開した。それに加えて18世紀には啓蒙主義思想の発達により、著作者自身が自らの権利について自覚し、それを法的に定式化しようとする萌芽が生じつつあった<sup>49)</sup>。そして、ほぼ同時期には出版者にも排他的出版権を求める声が高まり、そうした時流の中で生まれたのがいわゆる「精神的所有権論」である<sup>50)</sup>。簡単に説明するならば、これは従来の法技術的な所有権概念とは異なり、所有権概念を拡張することによって物所有権とは別に新たに「人所有権 *Person-Eigenthum*」という概念を把握しようするものであった<sup>51)</sup>。

精神的所有権論は既に18世紀初頭から出版者の排他的出版権を裏付ける

意味において主張されていたが<sup>52)</sup>、世紀の後半になって著作権保護に関して明確に精神的所有権論を唱える見解が出てくる。まず、その先駆となったのはピュッター Pütter<sup>53)</sup>である<sup>54)</sup>。ピュッターはゲッティンゲン大学の公法の教授であり、彼自身も偽版 *der Nachdruck* の被害にあったことに加えて、ライプツィヒ<sup>55)</sup>の出版者からの依頼もあって著作権保護を唱えた論文を執筆したという(1774年)<sup>56)</sup>。ピュッターは「これ(作品：引用者注)は本来その著作者の真の所有権と同様であり、その存在がその技量や努力のおかげであるものと考えべきすべてのものを彼の所有権に属するものとみなすことができる」<sup>57)</sup>とし、著作権を所有権とほぼ同一視している。ピュッターには人格権に関する論及は見られないが、著作権を所有権と見るこの記述には精神的所有権論の影響を顕著に見て取ることができよう<sup>58)</sup>。

ピュッターにおいては未だ著作権を精神的所有権論的に基礎付けるにとどまっていたが、フィヒテ *Fichte*、ヘーゲル *Hegel* がこれを更に展開させることとなった<sup>59)</sup>。それぞれの見解を簡単に要約すれば、フィヒテは「本の偽版の違法性の実証 *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdruckes*」(1793年)<sup>60)</sup>なる論文において、書物の有する物的(有体的)側面と精神的側面(思想や形式など)を明確に識別した上でこの2つの側面についての所有権をとともに肯定した。それゆえ、その書物の売買の際には、物的側面についての所有権が買主に移転するに過ぎず、精神的側面についての所有権は著作者の排他的権利として著作者に帰属したままである。その結果、偽版の出版は当然にそうした排他権の性格を有する著作者の精神的所有権を侵害することになるのである。少々時代を下るがショーペンハウアー *Schopenhauer* も、物所有権と精神的所有権を区別し、著作者の思想作品には無体財産権が帰属するとしている<sup>61)</sup>。

こうしたフィヒテの見解とは異なって、ヘーゲルはその著書『法の哲学 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*』(1821年)<sup>62)</sup>において、人は自らの特殊な身体的・精神的技能についてその個別的な生産物や時間を限定した

使用を他人に譲渡することができるという点を基礎におく<sup>63)</sup>(なお、ヘーゲルはフィヒテのように偽版の問題から出発しているのではなく、「所有」という観点から出発している)。その結果、例えば、偽版は譲渡された「個別的生産物」となるから、偽版の出版者はそれについての所有権を有することがあり得る(ヘーゲルもこれを肯定している)。しかし、ヘーゲルは「(著作者は：引用者注)作品や物を複製する一般的方法や手段……の所有者であり続ける」<sup>64)</sup>とする。つまり、思想などといった無形の物はたとえ著作者の作品が譲渡されようとも本人の所有に帰属したままとなるわけである。ここにヘーゲルの精神的所有権論を読み取ることができる。但し、注意を払わなければならないのは、ヘーゲルは学術の発展においては他人の業績に「わずかの修飾」をつけるにとどまることはよくあることであり、その意味においては著作権が持つ著作者や印刷者の所有権保護という目的は、一定の範囲内で、しかも非常に限定的な範囲でしか貫徹されないとしていることである<sup>65)</sup>。このようにヘーゲルにおいては精神的所有権の保護という観点はあまり見られない。

#### **b) カントによる「人格的権利」**

これらの見方に対して、フィヒテと同様に偽版の問題から著作権の問題にアプローチするカント *Kant* の分析<sup>66)</sup>は特徴的である。カントは『偽版の違法性について *Von Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*』<sup>67)</sup>(1785年)において、偽版の違法性を著作者の権利からではなく、出版者の権利から演繹することを試みている。カントの論証の出発点は、出版という行為を、出版者自身の名前で商品(書物)を取引する行為ではなく、著作者の名前で業務を遂行する行為とみなすところにある<sup>68)</sup>。それゆえ、カントはそもそも偽版の出版をこうした行為をなす出版者の権利の侵害であるとして、著作者の権利の侵害であるとはみなしておらず、「……(著作者は自らの：引用者注)権利を読者との取引を行なうために出版者に対して全面的に処分した *disponieren* ……」がゆえに、出版者のみがこの取引を行なう権利の所有者であり、偽版者は、著作者ではなく出版者に対してその権

利を侵害している<sup>69)</sup>と結論付ける。そして、ここで侵害される出版者の権利とは、カントによれば、それが譲渡可能な権利であるがゆえに「最も人格的な権利 *jus personalissimum*」<sup>70)</sup>ではないとされる。

ここで初めてカントが「人格」という概念を持ち出しているが、彼のいう「人格的な権利」という概念は、「ある人に(自らに対して:引用者注)何かを給付し、あるいはそのように奉仕すべきことを要求する」<sup>71)</sup>権利と定義されている。つまり、カントの「人格的な権利」とは、人に対する何らかの請求権と同義なのである。それゆえに、出版者の権利とは、著作者から委ねられた書物についての所有権から推論されるものではなく、著作者との「特別な契約」<sup>72)</sup>から生じた権利なのである。ここでカントは「ある者が他人を通じてなすことは、自ら(ある者)がなしたこととみなされるべきである *Quod quis facit per alium, ipse fecisse putandus est*」という法格言を引き、他人の名前で業務を行なうことについての自らの権利を「人格的で肯定的な権利」とであると定義して、出版者の場合には、その権利の意味を、出版者が契約によって著作者の名前で行動するがゆえにその行動の責任は著作者が負うべきであるとする<sup>73)</sup>。出版者における「人格的で肯定的な権利」の意味は、まさに著作者という人格に上のような義務を負わせることにある。それゆえ、著作者が特定の出版者と「特別な契約」を結んでいる場合には、偽版の出版はこうした出版者の権利(人格的な権利)の侵害となるのである。

その一方で、カントは著作者について「最も人格的な権利」を認めている。カントはまず、著作者の作品とそこに語られた思想や思考の内容を区別し、前者は物権に属するがゆえに譲渡可能なものであるとする。更に後者について彼は、著作者は他人を媒介として自ら語る、すなわち著作者の名前以外で同じ言葉を読者に語ることを許さないという点で、「譲渡可能な権利(最も人格的な権利 *jus personalissimum*)」を有しているとする<sup>74)</sup>。そのため、「特別な契約」を結んだ出版者以外による偽版の出版も  
 改変などがない限りでは 著作者のこうした権利の侵害とはならな

いことになる。従って、偽版の出版はカントによれば、主に出版者の「人格的権利」の侵害となるのである。

このカントの見方は 出版者の権利の保護を念頭においたものであるとは言え ピュッターやフィヒテとは顕著な対照をなしている。すなわち、フィヒテらのように精神的所有権という概念をまったく用いず、著作者・出版者双方について「人格的な権利」なる概念を新たに把握し、とりわけ著作者について「最も人格的な権利」を認めている。レービンダー *Rehbinder* はこうしたカントの業績を「人格権としての著作権の理論を発展させた」と評している<sup>75)</sup>、ゲッティンク *Götting* は「人格権の観念は、特にカントのドイツ観念論哲学の自然法理論の流れの中にある」としている<sup>76)</sup>。

ただ、ここで注意しなければならないのは、カントが「人格的」とする意図は何かという点である。カントの「人格的権利」は、著作者の場合は他人には譲渡できないものであるが、出版者の場合には他人に譲渡できるものであるという点においては カントが前者を「最も」人格的な権利としていることはさておき 必ずしも譲渡不可能性、すなわち権利所有者である「人」と密接不可分の関係にあるかどうかは問題とはなっていないように思われる。カントの「人格的権利」にさしあたり与えることのできる評価は、著作者や出版者の権利を、ある人の権利という形で「人」を中心とする権利概念に構成したということだろう。これについてはハッテンハウアー *Hattenhauer* も同様の示唆を与えており、18世紀後半の私法においては従来のローマ法から引き継がれた「人 *Person*」概念ではなく、それに代わって新たに「人格 *Persönlichkeit*」概念が把握されるようになったと述べている<sup>77)</sup>。そしてそこには、啓蒙主義という18世紀の思想思潮の中、人間の理想像としての政治的、法的に平等な「人格」が唱えられていたという時代背景があったことが指摘されている<sup>78)</sup>。つまり、ここではカントは「人」に代わるものとして、極めて倫理的な要請に裏打ちされた「人格」の概念を用いたに過ぎないと捉えられているのである。その意



味では、「人格」的権利とは結局「人」の権利と同義であり、確かにカントの設定する上のような「人格」的権利は、突き詰めれば「人」の権利という非常に一般的で抽象的な権利概念と同値のものであり、何ら特殊で新たな権利概念でもない。実際に、カントは「人格的な権利」を「ある人に（自らに対して：引用者注）何かを給付し、あるいはそのように奉仕すべきことを要求する」権利と定義しており、カントの「人格的な権利」とは結局、人の人に対する権利をそのように言い換えたものだと考えられる。ただ、著作者の権利や出版者の権利を、「人格」の権利という非常に一般的で広範な権利の中に位置付け、その保護を唱えることによって彼らの何らかの利益保護を図ろうとした点において先駆的な意義が認められよう。

こうしたカントの「人格的な権利」を真っ向から批判するのがヘーゲルである。ヘーゲルは、カントのその概念を、「私が何かを与える、給付するといったような 債権関係 *obligatio* から生じるローマ法の *jus ad rem* のような、契約から生じる権利」であると評価し、そのような権利を人格的な権利と言うことはできないとする<sup>79)</sup>。では、ヘーゲルのいう人格的な権利とは何か。ヘーゲルは「いかなる類の権利も専ら人格に帰属するものであり、かつ契約から生じる権利は客観的には人格についての権利ではなく、専ら彼の外にあるもの又はその人から譲渡されるもの、すなわち常に物についての権利である」<sup>80)</sup>と定義している。ヘーゲルにとっては、カントが人の「人格的な権利」の対象を他人にしていることが専ら批判されるべき対象となっている。ヘーゲルは、その対象を第一に外的なもの、すなわち物としているので、その権利の最たる発現形態は所有ということになるのである<sup>81)</sup>（生命などはその権利の対象ではないが、人格そのものであるとする<sup>82)</sup>）。ただ、ヘーゲル自身もいかなる権利も人ないしは人格に帰属することを前提としていることから、彼の考える人格的権利という概念も、結論的にはカントと同様に非常に一般的な「人」の権利という概念を「人格」の語でもって代用したものであるとも考えられよう。カントと異なっているのは、カントが指摘するような著作者自身にとどまる彼と密接

不可分の要素を「人格」的権利の中に取り込んでいない点である（ヘーゲルは精神的所有権論でその要素を基礎付けている）。

ここでは、書籍市場の拡大などに伴う偽版の横行が、著作者や出版者（とりわけ後者）の権利保護の強化を唱える理論の構築を促進したことを述べてきたが、その権利保護はあくまでも著作者や出版者両方（むしろ出版者）を射程に置いていたため、後に見られるほど明確な著作者保護のための精神的所有権論は発展していないし、カントのいう「人格的な権利」は明らかに出版者の有する権利である（もちろん、カントにおいては著作者についてこの種の権利が肯定されることを述べているが、偽版はその権利の侵害とはならないとする）。このことから、実際の必要性から生じたのは確かに出版者の経済的利益の保護であることは疑いなく、こうした精神的所有権論の展開や「人格的権利」概念の登場は、実際にはまずもって出版者の経済的利益の保護を企図していたという評価が可能であろう。そのために「人格」という概念にかからせた権利概念が登場したことの背景、理由は上で説明したとおりである。とりわけ、カントの見解、すなわち著作者や出版者の権利を、「人」の権利という概念に代わる「人格」的な権利という権利概念の中に入れ（特に著作者の「人格的な権利」は「最も人格的な」権利とされる）、その中で彼らの利益の保護を図ろうとする意図は、その後の人格権の展開の礎となっていくのである。

### 3. 著作権保護立法への動き

周知のように、19世紀に入って程なくドイツは更に領土的な分裂に見舞われ（1806年の神聖ローマ帝国の解体）、有効な著作権保護を図ることが極めて難しくなった<sup>83)</sup>。加えて偽版の流通は広がる一方で、書籍取引業者は早急な著作権保護を要求していた。そのため一部のラントでは著作権保護のための立法が見られるようになった（例えば1809年バーデンラント法<sup>84)</sup>や1813年バイエルン刑法典397条<sup>85)</sup>）。また、ドイツの書籍業者は1815年のウィーン会議でもドイツにおける書籍取引の現状を訴え、ラントの枠組を超えた著作権保護を求めたため、同年6月の連邦規約18条dに、偽版

に対する著作者や出版者の権利保護が組み込まれた<sup>86)</sup>。長い審議を経て、この連邦規約が議決されたのは1835年のことであるが、このときには連邦全領域で偽版の出版が禁止され、著作者の権利保護が明確に規定された内容になっていた<sup>87)</sup>。なお、この後、『ゲーテ全集』がドイツ連邦議会によって初めてドイツ全土に著作権を認められている<sup>88)</sup>。

更に、プロイセンでは1837年に「学問及び芸術作品についての所有権保護に関する法律 *ein Gesetz zum Schutze des Eigentums an Werken der Wissenschaft und Kunst*」が制定された。この法律は、既に出版された著作の新たな複製の権利を著作者に留保し、著作権保護の存続期間を著作者の生存期間並びにその死後30年間と定めるなど現代的な著作権法であった<sup>89)</sup>。他のラントでもこうしたプロイセンの動きに追随する動きがあった一方で、ドイツ書籍販売業者団体も独自のいわゆる「フランクフルト草案」を起草するなど立法への動きが強まり<sup>90)</sup>、最終的には「北ドイツ連邦・文学作品等に関する著作権法 *ein Gesetz des Norddeutschen Bundes betreffend des Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, Musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken*」<sup>91)</sup> (1870年6月11日法)に結実したのである<sup>92)</sup>。こうした著作者保護の法整備が進んでいく一方で、学説では先に述べたカントの見解を基盤としつつ、著作権保護の理論構築も進んでいった。

#### 4. 著作者の観念的利益を内包とする「人格の権利」概念の展開

こうした立法における著作権保護の強化とともに、18世紀後半から台頭した精神的所有権論が19世紀中葉にはさまざまな批判に直面した。すなわち、精神的所有権論のメリットは、フィヒテが示したように書物の物的側面と精神的側面を区別し、それぞれに所有権を認めることにあったが、精神的所有権を認めることについては法学から多くの異論が出されるに至った。その根拠は、所有権の対象は有体物であって無体物に対しては認められないという法律学上の原則にあった。そこで登場するのが、著作権の中に著作者の観念的で非財産的利益(例えば、著作者の思想や思考内

容)を見出すことによってそれを人格権と構成し、それにより著作権保護を強化しようとする議論である。ここで注意を払うべきなのは、ここでのところの人格権概念が意味するものは何かということである。端的に言えば、著作者の観念的で非財産的利益の総体であると考えられ、これが人格権とされている。カントが、著作者には「最も人格的な権利」が帰するとしていたことは既に述べたが、カントのそれはあくまでも、著作者は他人を媒介として自ら語る、すなわち著作者の名前以外で同じ言葉を読者に語ることを許さないという点において譲渡不可能で最も人格的な権利とされたものであり、「ある人に何かを給付し、あるいはそのように奉仕すべきことを要求する」権利という彼の「人格的な権利」の定義から演繹されたものに過ぎない。次に見るいくつかの見解は、彼の「人格的な権利」を基礎としつつ、その対象を著作者の思想や名誉などといった観念的な部分にかからせている。ハッテンハウアーがいみじくも指摘したように、カントの用いた「人格」という倫理の領域に属する概念が、法律学(特に著作権法)上の概念に取り込まれていったのである。

いくつかの見解を簡単に見ると、まずブルンチュリ *Bluntschli* は『ドイツ私法 *Deutsches Privatrecht*』(1853年)において、精神的所有権論を真っ向から否定し、作家の著作を精神的生産物であるとして、これは非有形物的な性質を有しているがゆえに、有形物を対象とする所有権の客体ではあり得ないとする<sup>93)</sup>。更に、彼はカントを参照して「著作権の本質を著作者の『人の権利 *persönliches Recht*』と見なす場合のみそれは正確に理解される」<sup>94)</sup>とするので、彼は著作権の本質を「人の権利 *persönliches Recht*」、すなわち人の権利と見ているわけである。これを今日の人格権と同じであると見ることができるかどうかについて、我々が判断できるに足るだけの叙述を彼に見出すことはできないが、仮にこれをブルンチュリの言う人格権であるとするならば、彼は著作権を人格権と考えているということになるし、いずれにせよ著作権を「人」ないしは「人格」に引きつけて考えるという点ではカントと同じであるということになる<sup>95)</sup>。この

考え方は、後に述べるプフタ *Puchta* の見解に大きな影響を受け<sup>96)</sup>、著作者の意思決定及び意思に含まれる人格を著作権の決定的な要素と見なしたランゲ *Lange*<sup>97)</sup> (1858年)、著作権を「人格の権利」としながらも著作権の財産権的な構成要素をも特に強調するがこれを著作権の決定的な要素とはしないベゼラー *Beseler*<sup>98)</sup> (1866年)によって程なく賛同され、その後も同じように精神的所有権としての著作権理論を斥け、やはりカントを指摘しつつ著作者と彼の作品の間に存在する精神的な結びつきを強調して、著作権を最も人的で譲渡不可能でありかつ相続され得ないものであると定義するダーン *Dahn*<sup>99)</sup> (1877年)、後にその詳細を紹介するガーライス *Gareis*<sup>100)</sup> (1877年)などに見られるような精神的所有権概念を放棄する見解が次第に主流をなしていったのである。

こうした流れについて、ロイツェ *Leuze* は、人格権が自然法的な「天賦の権利」理論から区別され、更に実定法システムとの密接な関係からもたらされたことから、人格権の承認が促進されたと評価している<sup>101)</sup>。つまり、倫理的・自然法的な発想から導かれる人格権概念から脱却し、実定法システムの中における権利としての人格権概念が生成、展開したという指摘である。また、ジーモン *Simon* は著作権に関する人格権概念の登場の根拠は、以前からその承認について争われていた(著作者や出版者らの)経済的利益の保護にあるとし、更に著作者の私的自治の原則の承認がそれに決定的な影響を及ぼしたと指摘している<sup>102)</sup>。

確かに、著作者や出版者(特に後者)らの経済的利益が侵害されたことが、直接的に著作者や出版者(特に後者)の権利を根拠付けるための理論の構築を促進してきたという事実からすれば、ジーモンのこの指摘は看過できないであろう。著作権領域では実際には、一方ではフィヒテらのように精神的所有権概念で、他方ではカントを嚆矢とする人格的権利という概念で出版者や著作者を保護しようとする2つの理論構成の流れがあり、最終的には著作権を一元的に人格権(著作者の観念的利益を含む権利)と捉えるブルンチュリらの見解が主流を占めるに至った。人格権概念が、何よ

りも精神的所有権論が「所有権は有体物に対してのみ求められるに過ぎない」とする見解によって批判されたという事態を回避することが可能になるという法技術的な長所を有していたということももちろんだが、偽版の流通による出版者らの経済的損失がそうした理論構築の推進力となったことは疑いない。

問題は、カントからブルンチュリらに至るまでの「人格的な権利」ないしは「人格権」概念の位相差である。カントの場合には「人格的な権利」といってもその内実は「人の権利 *Personenrecht*」とほぼ同義であり、ブルンチュリらの場合にはそれより限定的かつ具体的で、著作者である人の観念的要素を中心として組み立てられている。観念的要素とは具体的には、著作者であることの保護、著作者の思想や精神、名誉といったものである。カントにはそれほど強く見られなかったそうした要素が、ブルンチュリらによってまさに人格権の主要な構成要素として考えられるようになったこと背景には、当時の著作者保護への立法の動き、それを裏打ちする著作者の思想や精神、名誉といった観念的要素への法律学の認識の深化があったと思われる。しかし、後に見るように、ブルンチュリらによるこうした人格権概念の把握の仕方が民法における人格権概念の展開に大きな影響を与えたというよりも、彼らの到達した人格権概念は著作権法制度の整備に伴って「著作者人格権」という形で、「人格権」とは別個の独立した概念となっていったといえる<sup>103)</sup>。民法における人格権概念は、むしろカントの「人格的な権利」という概念の延長線上で展開していったというべきである。すなわち、倫理的な要素が強く、「人」とほぼ同義の「人格」概念を基礎とした「人格の権利」という概念は、これが法律上の権利概念として考えられてゆく中でその意味や目的が更に特定されていくこととなったのである。

## (2) 民法理論における「人格の権利」の取り扱い

カントに始まった「人格の権利」は、著作権領域での問題から現れた概

念であったが、カント自身はそれを著作権領域で限定的に用いる意図は有していない。むしろ、それはより広い領域での倫理的・道徳的意味の強い概念であった。著作権における「人格の権利」はその後、ブルンチュリらによって著作者の観念的で非財産的な利益と確定され、「著作者人格権」として別の道を歩みはじめた。

その一方で、サヴィニーを嚆矢とする民法ないし法律理論の体系化・構造化の中で、法律上の概念として、「人格の権利」をどのように考えるかという問題が現れた。これは、一方では、倫理的で抽象的な意味での「人」概念ではなくして法律上の「人」概念を設定するという点で、他方では法律関係における「権利」とは何かという問題を模索する点で、重大な問題であった。実際に、「人格権」ないしは「人格の権利」といった概念を法律上認めることができるかどうか、認めるとしてもどのような利益が人格権の中身を占めることになるのかという点については、それぞれの学説においてかなりバラつきがあり、そこには「人格権」ないしは「人格の権利」という概念の法律上の位置づけに対する当時の学者たちの苦心を読み取ることができる。カントが設定したような「人格の権利」がやはり抽象的で広範な概念であったがゆえに、その法律的な意味での確定は困難を極めたのである。

本節ではサヴィニーら、こうした権利概念を取り扱っていると思われる学説をいくつか検討し、結局彼らは何を人格権の侵害とみなし、民法理論の中で人格の権利ないしは人格権といった概念をどのように法律的に把握していったかということについて検討する。

## 1. サヴィニー

ロイツェが「今日行なわれている人格権のための闘争は、サヴィニーの説明をきっかけにして生じた」<sup>104)</sup>と呼ぶサヴィニー *v. Savigny* は、まず法律関係 *die Rechtsverhältnisse* の本質を「個人の意思の独立的支配の範囲」<sup>105)</sup>と定義し、そして意思支配の対象に及ぼす諸力を権利と呼ぶ。すなわち権利を個々の人間の意思の支配請求権として特定しているということ



ができよう。

彼は、意思支配の対象としてまず「本人、自由意思のない自然、他人」の3つを列挙し<sup>106)</sup>、最終的にこのうち後二者のみが意思支配の対象であるとする<sup>107)</sup>。つまり、「本人」を意思支配の対象として除外するため、人間の自らに対する権利というものは導き出されない。それゆえ、この時点で既にカントの「人格的な権利」の内容は限定されることとなる。つまり、生命や身体、健康、自由、名誉などといった人格と密接不可分の観念的利益はその利益を有する人間の意思支配の対象ではないため、権利としては構成され得ないことになる。実際にサヴィニーはこうした人間の自らに対する権利(「原権 *Urrecht*<sup>108)</sup>)を認める権利を真っ向から否定している<sup>109)</sup>。

もっとも、サヴィニーはこうした「自分自身および自らの諸力に対する人間の正当な力」<sup>110)</sup>が存在することは明確に承認している。それを「真の権利の基礎」<sup>111)</sup>とさえ呼んでいる。しかし、彼はこれを実定法上においてわざわざ承認する必要はないとする<sup>112)</sup>。むしろ、そうした権利は「不可侵性」<sup>113)</sup>といった倫理や道徳から導き出される性質に根拠を有するものである。ここに見出されるのは、倫理や道徳が支配する領域と法によって実定的に規律される領域との明確な領域区分であり、その背景には自然的存在としての「人間 *Mensch*」を、法的な概念としての、すなわち法律関係の主体としての「人 *Person*」概念を設定しようとするサヴィニーの試みがあると考えられる<sup>114)</sup>。

ところで、サヴィニーがこうした人間の自らに対する権利すなわち人間の観念的側面についての権利を承認しない根拠の一つとして、彼はこうした権利を承認すれば最終的には「自殺についての権利」<sup>115)</sup>に行き着くことを指摘している。これと若干類似するのが、意思概念から出発して権利を論じるという点ではサヴィニーと同じ思考形式であると思われるヘーゲルの見解である。既に述べたように、ヘーゲルの場合には「人格的権利」の発現形態はまず所有であることから、彼の言う人格権とはほぼ有形的対象

に対する所有や占有といったものを含むと考えられる。そのため、ヘーゲルは自殺についての権利については、「……人間が自分の生命を支配する権利を有するとすれば、それは矛盾である。そもそもそのことは人間は自己を越えた権利 *ein Recht über sich* を有することを意味するに他ならないからである。」<sup>116)</sup>として、その権利性を否定している。もっとも、ヘーゲルの場合は自らの言う人格的権利を所有や占有といった財産権的側面、すなわち「人格的権利＝人の権利」という広い観点から捉えていると考えられるため<sup>117)</sup>、人格権という権利概念そのものを否定しているとは言えない。ただヘーゲルは、彼が先に述べた精神的所有権論者の系譜の中に位置付けられるように、著作権領域で著作者の観念的側面の保護を精神的所有権で片付けていることからすれば、このように自らの生命に対する権利すなわち自らの観念的側面についての権利を「人格的権利」から排除することは当然のことであろう。

サヴィニー自身は、少なくとも『現代ローマ法体系』の「法律関係の種類」の部分においては「人格権」であるとか、「人格の権利」などという概念には一切触れていない。その点を考慮するならば、サヴィニーがそうした概念を認識していたかどうかは極めて疑わしい。確かに今日では、人格権は生命や身体にかかわる利益を含む権利概念となっているが、サヴィニーはそれを「人格権」ないし「人格の権利」とは言わない。にもかかわらず、彼が人格権（否定）論のパイオニアと称されるのは、自然的存在としての「人間」概念から法律関係の主体としての「人」概念を精緻に理論構成していく中で、意思理論に拠りながら人間の自らに対する権利を明確に否定したためであろう。ただ、同じように人間の自らに対する権利を認めないサヴィニーとヘーゲルの決定的な相違は、サヴィニーがそれを排除して、意思支配の対象である「自由意思のない自然」と「他人」についての権利をそれぞれ「物についての権利（物権）」、「債権」とし、それにかかわる法の体系を財産法とする一方で、ヘーゲルはとりわけ「物についての権利」を「人格的権利」の典型的なものとみなしている。サヴィニーの

功績はまさにこの相違からも浮き彫りになる。すなわち彼は、従来の「人間」概念から法律関係の主体として「人」の概念構成をしていく中で、法律関係という枠組みの中から自らに対する権利を排除して、意思支配の対象をメルクマルとして「物権」・「債権」という2つの枠組みを立てることにより、従来の「人格的権利」という非常に漠然とした抽象度の高い概念の対象を、人間の自らに対する権利すなわち人間自身の観念的要素に収斂させたのである。サヴィニーにこのような意図があったかどうかは知る由もないが、結果的にこれ以後の人格権論がその思考形式に沿って展開していったことを考えれば、上のことは自然と明らかになる。

これに関してゲッティンクは、人格権が民法の枠組みの中に位置付けられてこなかったのは、サヴィニーも述べているように人間自身を意思支配の対象とすることができないという点で、所有権を中心とする支配権を軸とした民法の権利構造に対応していないためであったと指摘している<sup>118)</sup>。彼の理解によれば、サヴィニーはこの権利構造に対応していない人格権を排除し、財産権の典型として所有権に合わせられた、主体・客体関係を持つ支配観念によって特徴付けられる所有権を中心とした権利概念を構築し、それを財産法と括ったがゆえに、財産的利益 *die materielle Güter* と関連する財産権、とりわけ所有権と、精神的利益 *die geistigen Güter* を対象とする人格権とが対照的なものであるという理解がますます進み、現代の一般的人格権が観念的利益 *die ideelle Interessen* のみを包摂する傾向を導いたと評価する<sup>119)</sup>。サヴィニーの権利体系から人間の自己に対する権利が外され、そこには物権・債権という財産権が残ったことから考えれば、従来の「人の権利」すなわち、「人格の権利」という概念は、ヘーゲルなどが意図していたものとは異なり、もはやそうした財産権を除いた極めて観念的で非財産権的な、「人格」の権利として特化しかつ新たな性格付けを与えられることとなったということができよう。生命や身体に対する侵害を人格権侵害と捉えた上でそれを否定するサヴィニーの功績は、むしろ上の点に認めることができるのではないだろうか。

## 2. プフタ

プフタの理論は、その師であるサヴィニーよりもむしろヘーゲルの理論に近いことが既に指摘されているが<sup>120)</sup>、その出発点はやはりサヴィニーと類似している。プフタは、意思概念を中心にその法理論を形成し、自己決定の装置としての意思によって人を権利の主体としている<sup>121)</sup>。この点、サヴィニーと同様に法的概念としての「人」と自然的存在としての「人間」の分離を試みているふしが見られる<sup>122)</sup>。

プフタによれば、権利はこうした人の能力の具体的な現れであり、法的意思はある対象物、行為、人に隷属し、それによってこうした対象についての権利を獲得する<sup>123)</sup>。そして、こうした自己決定の装置としての意思には、更に「自己決定に対する力」が求められており、プフタは人のすべての決定についてのこうした完全な力を「人格の権利 *das Recht der Persönlichkeit*」とする<sup>124)</sup>。サヴィニーも同様の力を認めているが、サヴィニーはそれをこのように定式化していない。プフタの言う「人格の権利」概念は、そうした定義からかなり広義のものとなり、実質的に権利能力と同じものとなっている。

サヴィニーと異なっているのは、プフタがヘーゲルと似たような形で、意思は間接的には外的なるものを対象にすることによって、そして直接的には自己をそれに投影することによって人格に関連して存在するとしている点である<sup>125)</sup>。この観点から、プフタは「人格の権利」の発現形態をまず占有に求めており、その結果、占有の侵害は人格権侵害訴権 *actio injuriarum* によっても救済される<sup>126)</sup>、更にそれを敷衍して、「意思は外的な客体だけでなく、自らをも連結点として取り上げるので、権利の含む意味からすれば自らについての権利も自己に帰属する<sup>127)</sup>」とする。占有侵害などを「人格の権利」の侵害とするプフタのいう「権利の含む意味」が何を意味するのかは明らかではないが、プフタは意思が自らそのものに対して関与し得るために、まさに自己についての権利すなわち「人格の権利」がそこに見出されるとするのである。斉藤教授の言葉を借りれば、

プフタの言う人格権とは「……人間の存在に結びついた単なる抽象的な可能性を前提にしたのではなく、現実的な意思の能力、その意思を表明する可能性」<sup>128)</sup>を示したものであるといえよう。

プフタのこうした理論については、彼が人格の権利と権利能力と同一視することなども相俟って多くの批判があったが<sup>129)</sup>、コーイング *Coing* のように「プフタにとって人格権は人間の第一の権利であった」<sup>130)</sup>と評するものもある。いずれにせよ、プフタの「人格の権利」には、権利能力とそれとの同義性から、かなり広範な要素が含まれることとなる。サヴィニーと同様に法的制度としての「人」概念を指向しながらも、自らに対する自らの意思の関与を認めることによって「人格の権利」という概念を設定して占有などもそこに包摂せしめるプフタの理論は、結果的に実質上、カントやヘーゲルのいう「人格的権利」とほぼ同様の広義の概念となっている。

### 3. ヴイントシャイト

後に BGB 部分草案の審議（第一草案起草前の第一委員会での審議）に携わった<sup>131)</sup> ヴイントシャイト *Windscheid* は、人の意思支配の対象として自己そのものをそこに包含せしめ、自己についての「権利」を当然のこととして明確に認めた最初の法学者であると思われる。もっとも、ヴィントシャイトはプフタのように「人格の権利」という概念を用いていない。しかし、ヴィントシャイトのいう「人間の自らに対する権利」はサヴィニーのそれと同義で用いられていることは明らかであり、ここではさしあたりこれを「人格の権利」を意味するものとしておく。

ヴィントシャイトによれば、権利は「法秩序によってもたらされた意思の力または意思の支配」<sup>132)</sup>である。ヴィントシャイトの理論の特徴は、従来のヘーゲルやサヴィニーなどとは若干異なり、権利は人と物との関係として理解されるだけでなく、主体相互間においても理解されるべきとしている点にあるとされる<sup>133)</sup>。それゆえ、ヴィントシャイトは「意思支配は権利として自分自身をも対象とし得るものであり、それによって意思支配は『生命や身体的完全性、自己の身体（や自由）を誰にも妨害されるこ

となく意のままにできること』を決定する<sup>134)</sup>と考える。このようにヴィントシャイトは人間の自らに対する権利を当然のこととして承認しているから、サヴィニーが引き合いに出すいわゆる「自殺理論」の克服が重要な課題となる。

ヴィントシャイトは、「私法の場合には、まさに第三者あるいは個々人の権利領域を守ることの区別が重要なのであり、これに対して人間固有の権利での自殺というような侵害は重要なものではあり得ない<sup>135)</sup>とし、そもそも自殺行為自体を私法における重要な問題であるとは見なしていない。彼は、自分自身による生命の処分行為などといった問題を私法の重要な問題ではないとしてその障害をクリアし、「自己についての権利」、すなわち生命や身体、健康などといった利益を意思支配の対象としてそれに包摂することを可能にしているのである。但し、結論的には、そうした権利の存在は自明的であり、他とのその区別も疑いなく存在するから、そうした権利について更に進んでそれを解明する必要はないとしている<sup>136)</sup>。この点はサヴィニーと同様であると思われる。すなわち、サヴィニーも「実定法上においてわざわざ(そのような権利を)承認する必要はない<sup>137)</sup>としており、ヴィントシャイトも「自己についての権利」の存在を自明的に認められるものとしていることからすれば、ヴィントシャイトがそれを実定法上に規定することを考えていなかったことが推測されよう。

#### 4. ノイナー

ノイナー *Neuner* には「一般的人格権を承認した最初のパンデクテン法学者であり、個別的な人格権を分けた」功績が認められている<sup>138)</sup>。ノイナーは、まず人格権を人間の「第一の最も根源的な *ursprünglichste* 権利」であり「権利能力の最も近い現れ *nächsten Ausfluss*」であるとして、「自己目的たるべき、自己目的を維持し、発展する」権利であると定義する<sup>139)</sup>。この権利には、彼がかつては「原権」とか人間の「天賦の権利」とされていたと述べる、生命、身体的・精神的完全性、自由、人間の妨げられない一切の行為を求める権利や権利能力の承認を求める権利、そこか

ら生じる市民の名誉を求める権利、はたまた住所選択の自由、結婚の自由、信教の自由や職業選択の自由についての権利に至るまでかなり広範な内容が含まれている<sup>140)</sup>。そして、彼は「こうした権利の存在、すなわちこれらを一つにまとめた人格の権利の存在が考えられ得ることは当然」<sup>141)</sup>のこととし、非常に広範な「人格の権利」という概念を認めるのである。ノイナーの場合には、何が「人格の権利」の侵害に当たるのか、という発想からではなく、そもそも「人格の権利」という憲法上の基本権的な権利概念を先に設定し、そこに何が含まれるかという発想から「人格の権利」の内容を確定している。こうした点で、ノイナーの「人格の権利」は今日の一般的人格権に近い。

ところで、彼の設定する「人格の権利」という権利概念は、このようにほとんどの個別的な権利を括る概念であるがゆえに、結果的にプフタが直面したような権利能力と「人格の権利」との同義性が問題となり得るが、ノイナーは、それについて「権利能力そのものは人格の権利の構成要素ではなく、この権利や……他のすべての権利の一般的で法的な前提条件である」として、権利能力と「人格の権利」の概念的な区別をなしておらず、それぞれの限界付けは極めて曖昧なままになっている。

ハッテンハウアーは、こうしたノイナーの「人格の権利」の抽象性と広範さの理由を、ノイナーの見解がカントの「人格の権利」の影響を受けていること、そして「人 *Person*」・「人格 *Persönlichkeit*」・「人格権 *Persönlichkeitsrecht*」という3つの概念が私法においては厳密に区別された形で概念構成されず、一部ではそれらが同義的にさえ用いられていたことに求めている<sup>142)</sup>。ノイナーが一連の見解を発表した19世紀中葉は、ようやくサヴィニーによって、自然的存在としての「人間」と法律関係の主体としての「人」概念を区別する試みがなされ始めたころであり、18世紀に現れた「人格」概念も法律上の概念としての意味を未だ十分に与えられていなかった時代である。ハッテンハウアーの上の指摘の背景にはまさにこのことが意識されており、結果的にノイナーのいう「人格の権利」が単なる



「人間の権利」や私法においては権利能力とほぼ同義のものとならざるを得ないことを裏付けている。

ハッテンハウアーは更に、今日では憲法上の基本権に属するような住所選択の自由、結婚の自由、信教の自由や職業選択の自由なども私法上の「人格の権利」に分類していること背景には、国民の基本権などを初めて詳細に定めたフランクフルト憲法<sup>143)</sup>(ドイツ帝国憲法, 1849年公布)が結果的に施行されず、日の目をみなかったことがあることを指摘している<sup>144)</sup>。つまり、ノイナーが一連の見解を発表した当時には国民の基本権を保障する一般的な法律規定が一切存在せず、ノイナーは広範な「人格の権利」という概念の導入によって基本権の保障を少しでも前進させることを意図したとする指摘である。しかし、それを私法の領域において実現しようとしたノイナーの意図は、皮肉にも「人格の権利」という権利概念の外延の不明確さ、不特定性が懸念される端緒となっていったのである。

## 5. イェーリング

イェーリング *Jhering* も、ノイナーと同様に人格権を明確に承認しているとされている<sup>145)</sup>。イェーリングは、まず権利をその実体から生じる法的に保護される(私的)利益であると定義する<sup>146)</sup>。コーイングは、彼の功績は従来の権利概念を明確に定義し直すことによって、ヘーゲルなどに見られたような哲学的ないしは倫理的・道徳的思想を権利概念に組み込む流れを断ち切った点に認められるという<sup>147)</sup>。

イェーリングの人格権に関する論及は必ずしも多くはないが、彼は上のような観点から人格権について次のように定義する。すなわち、まず人格権は他のすべての私権とは異なり、その外に存在するもの何かとの法律関係を基礎付けるものではないとした上で、「……人格の権利は何ら無関係の *beziehungslos* 絶対的権利であり、法律関係を有しない権利であり、その他のすべての権利が他動詞 *Transitiva* である一方で、自動詞 *Intransitivum* である」<sup>148)</sup>と定義する。従来の「人格の権利」が人間の意思を権利の主要な要素とする見方から出発したために常に人間の意思と関連して

説明されてきたことからすれば、こうしたイエーリングの「人格の権利」の定義はかなりラディカルなものであるといえよう。例えば、サヴィニーらなどによっては、人間の自らに対する権利という概念の設定は、権利主体と権利客体が同一化することによって人間の自らに対する支配権を導くがゆえに忌避されてきた。権利概念を意思の主体と客体との関係から規定しようとする従来の権利理論は、イエーリングにおいては根本的に覆され、権利を法的に保護される利益とする彼の権利概念の定義によれば、確かに意思の主体と客体との関係にとらわれることなくストレートに「人格の権利」を法的に保護される(人ないしは人格に関わる)利益と定義することが可能である。こうした従来の「意思」理論から訣別した新たな権利ないしは人格権の定義は、これ以降の学説に大きな影響を与えたのである<sup>149)</sup>。

(3) 「人格の権利」概念の到達点 「人格権」ないし「個人権」概念

18世紀後半から19世紀中葉にかけて、主に著作権・出版権領域、民法理論の形成過程で論じられてきた「人格の権利」という概念は、BGBの起草時期とほぼ重なる1880年代以降の学説、とりわけギールケ、ガーライス、コーラー Kohler の学説により一つの到達点に至ることとなった。すなわち彼らの学説によって、従来の「人格の権利」という概念が、実定法秩序との明確な関連性を与えられることにより、実定法における権利概念として形成されていく契機が形成されることとなったのである。

1. ギールケ

BGB 制定以前の人格権概念の到達点を示す際に、まずもって言及されなければならないのがギールケの所論である。ギールケは『ドイツ私法 *Deutsches Privatrecht*』(1895年)において、人格権そのもの(なお、人格権 *Persönlichkeitsrecht* という概念を初めて用いたのもギールケであると思われる)の存在を認めた上でかなり立ち入った検討を行っており<sup>150)</sup>、人格権を包括的かつ体系的に論じたという点、そして従来の学説にこれが見られなかったという点において突出した業績を残したと言うこ

とができる。また、ギールケの理論は、著作権領域においても、著作権を一元的に人格権と捉えているという点で著作権一元論の代表的見解とみなされている<sup>151)</sup>。

ギールケの『ドイツ私法』における人格権への論及はおよそ200頁にもわたるものであり、そこではまず人格権の概念と本質が述べられた後に、人格権の種類が挙げられている。ギールケによれば、人格権の種類は、身体・生命・自由・名誉・個別的な諸状態 *Besondere Zustände*・活動・氏名・商標・精神的生産物についての権利である。このうち氏名及び商標、精神的生産物(著作及び発明)については章を改めて詳論し、とりわけ著作や発明を含む精神的生産物についての権利に対しては、全体のおよそ4分の3(著作権のみで全体の半数)の紙幅を割いて説明している。こうした偏りは、この領域については既に、著作権に関しては、文学作品などに関する著作権法(1870年6月11日)、造形芸術に関する著作権法(1876年1月9日)、写真に関する著作権法(1876年1月10日)、意匠などに関する著作権法(1876年1月11日)、発明権に関連するものとしては特許法(1877年7月1日)が存在していたことも作用しているが、何よりもまず著作権や発明権といった、人間の精神的な創造力にかかる産業領域において人格権に関する議論が蓄積され、展開していったことに帰せられるといえることができる。

ギールケは、『ドイツ私法』においてまず人格権概念の定義から出発する。彼は人格権を、その主体に固有の人格的領域の個別部分を支配することを保障する、絶対権固有のものであるとする<sup>152)</sup>。その結果、人格権は財産権的な特徴を含むこともあれば、まさに財産権そのものでもあり得るのである<sup>153)</sup>。ギールケは更に、法秩序によって保障された一般的請求権である一般的人格権と個別的人格権とに分かち<sup>154)</sup>、前者を統一的基本権として、「それはすべての個別的権利の基礎をなし、個別的権利をそこへと導く。それゆえそれは公権及び私権、物についての権利及び人についての権利を支え、それらに随伴するものである。」<sup>155)</sup>とする。ここには、何

が人格権侵害に当たるのかという発想ではなく、一般的人格権という包括的な権利概念を先に設定し、そこに含まれる権利を考えてゆくという発想が見られる。

ギールケによれば、人格権は財産権的要素を多分に含んだものである。そうするならば、個別的人格権に位置付けられている著作権にも財産権的要素が含まれることになる。ギールケはこれについて「(作品の：引用者注)保護は歴史的に出版権の保護に由来するのみならず、今日ではとりわけ他人の精神的作品の経済的な悪用を防ごうとするものであることがはっきりしているから、現行法に照らせば、これは同じように著作者にとってその作品と結びついている非財産的利益及び財産的利益を包含するものである。精神的作品の創造者に留保された支配は彼に対して考え得る利得を保障し、その経済的・芸術的意図及び名誉や名声といった獲得物を当然に保障するものである」<sup>156)</sup>とし、著作権保護においても著作者の名誉や名声といった観念的で非財産的な利益のみならず、彼らの財産的利益を十分に考慮する。著作権領域における学説においては、譲渡可能性の問題も含めて、こうしたギールケの見解に対して後に見るようなコーラーを初めとする学者からの批判があり、現在では著作権法領域においてギールケの見解に依拠するものはほとんどないとされる<sup>157)</sup>。しかし、本稿の主眼は著作権や著作者人格権の本質を探ることにはないので、ギールケが著作権や発明権などを個別的人格権として据えつつ、人格権を観念的で非財産的な利益、そして財産的利益をも含む広範なものとして概念設定したことにこそ大きな意義を見出すことができる。

ギールケの設定する人格権概念は、上に述べたように極めて広範なものであるがゆえに、その内容には生命、身体、自由、名誉、氏名のみならず、人間の活動の一環としての営業に関する権利も含まれている<sup>158)</sup>。そのため、ジューモンはこの多様性が「法学者をおびえさせた」<sup>159)</sup>と表現する一方で、フープマン Hubmann はこうした基本権が計り知れない多様な個別的人格権を生み出すことを期待させたとしている<sup>160)</sup>。いずれにせよ、ギ-

ルケの見解は、人格権という権利概念を明確に肯定し、その具体的な内容をも解明したという点では画期的なものであったが、あまりに広範で一般的な概念となっているがゆえに彼の学説はほとんど支持されなかった。

ところで、人格権概念を上のように設定したギールケは、権利と人格権の関係についてはどのように考えていたのであろうか。彼は、まず「客観的法は(人間に：引用者注)権利主体であることの資格を認めている。すなわち法秩序は人間とみなされ得る一般的請求権を保障している。こうした資格は人格と呼ばれる。従って人格の権利は法命題によって承認されていることになる」<sup>161)</sup>とする。つまり、ギールケが説くのは、そもそも人格権が法秩序(おそらく、これは実定法秩序ではなく、それより広義の法秩序を指していると思われる)によって権利として保障されているということである。法秩序によって認められた権利は、その反面において他者に対して義務を負わせることになるから、ギールケは、「権利者には人的利益の享受あるいは人的な力の活動がすべての他人に対して保障されている」<sup>162)</sup>とし、「自己の人格領域の構成要素は直接的な客体として現れ、これについて権利者に支配権限があるとみなされ、それゆえ他人による侵害を禁止する力があるとみなされる。何人も義務を負う主体なの」<sup>163)</sup>だとする。すなわち、ギールケは後に見るコーラーとほぼ同様に、権利の主体を権利者である人間とし、直接的客体を「自己の人格領域の固有の要素」、間接的客体を「義務を負う主体」つまり第三者であると見なしているのである。これによって、サヴィニー以来多くの法学者の確信を形成してきた「権利における主体と客体の同一性」を克服することが可能になる。ギールケは、人間と人格との関係を第三者との関係において確定しようとするのである。つまり、人間は他人の人格を侵害してはならないという規範から出発する<sup>164)</sup>。その結果、ギールケは人格権を「その主体に固有の人格的領域の個別部分を支配することを保障する、絶対権固有のもの」<sup>165)</sup>と定義するに至っているのである。

## 2. ガーライス

ギールケは、人格権を論じる中で、既に制定法の整備が進んでいる著作や発明などについての権利をかなり詳しく検討していた。ガーライスは、ギールケよりも先に、こうした既に妥当している制定法の中に、身体的・精神的諸力といった人間と密接不可分の要素を見出すことによって、「個人権 *Individualrechte*」概念を提唱した。ロイツェは、ガーライスが人格権を実定法に「移植 *Verpflanzung*」することによって「人格権が実際の法学の確固たる要素になった新時代が始まった」と評価しており<sup>166)</sup>、ジーンモンも、ガーライスを現代の人格権論の創始者とするのは正当なことであると見なしている<sup>167)</sup>。

ガーライスが、「個人権」概念に初めて言及した論文は「著作権並びに商号及び商標保護の法律上の本質 *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes*」<sup>168)</sup> (1877年)である。この論文で彼は、既に制定法によって一定の保護が図られている著作権や発明権、商標権、商標権などといった権利の性質を体系的に説明することが必要であるという問題意識に立って、とりわけ著作権保護などに関する従来の精神的所有権論や「人格の権利」の理論を徹底的に批判し、いずれも理論としての発展可能性を欠いていると糾弾する<sup>169)</sup>。彼にとっては、カントやブルンチュリ、そしてプフタやノイナーらの見解は、「人格の権利」という概念を厳密に把握すること、そして民法の体系性によりないがしろにされてきた、現代の法的生活の中から現れてきた新しい権利を解明して把握することにとっては不十分なものである<sup>170)</sup>。それゆえ、ヴィントシャイトが「自己についての権利」の存在を当然のものとして認めていることには賛成しているが、ヴィントシャイトは権利の内容を具体的に明らかにしていないがゆえに彼にも同意できないとするのである<sup>171)</sup>。

ガーライスが議論の出発点に置くのは、人間は他人を侵害してはならず、そうしなければ他人に対する侵害が不法なものではなくなってしまうという命題である<sup>172)</sup>。この命題を基本に据えるという点では、既に見たギー

ルケや後のコーラーと同じである。ただ、とりわけギールケと異なるのは、ガーライスが、実定法秩序が第三者からの侵害に対して何人にも帰属する人の特質の利用を保障している場合にはそこから「人の特質の権利 *ein Recht der persönlichen Eigenschaften*」が推定されなければならないとしている点である<sup>173)</sup>。ガーライスは、このように上の命題に実定法との関連性を与えている。そして彼は、実定法との関連性を与えられたそうした権利に「人格の権利」という名を冠することを、「人格の権利」と「権利能力」の2つの概念の混同の危険性という観点から避け、敢えて「個人権」の語を充てるのである<sup>174)</sup>。そしてこの個人権を、物権のように他人全体に対して、権利者の個人権が実定法の保護のもとにあるという点で承認すべき義務を負わせるという意味で用いるのである<sup>175)</sup>。

個人権の内容について、彼は具体的に、著作権については先に触れた文学作品などに関する著作権法・造形芸術に関する著作権法・写真に関する著作権法・意匠などに関する著作権法、商標権につき商標保護法(1874年11月30日)、商号保護につき帝国商法典(1871年4月16日)を挙げて、そこで具体的に規定されている権利保護の中に見られる個人権を説明している(なお、発明権については未だ特許法が成立していなかったため、著作権法から類推されることが説明されている)。ガーライスの理論の特徴は、個人権という権利概念の枠組みを先に設定するのではなく、上に挙げたような著作権や商号権といった実定法上の権利の侵害が個人権の侵害であるとしている点である。

更にガーライスは、上の論文の発表と同じ1877年に成立した特許法についてのコンメンタールで上のことを更に敷衍して「一般的個人権」なるものを提唱している<sup>176)</sup>。彼の述べる個人権とは、先の彼の定義に従えば個人の「人の特質」がその内容を充たすものであり、個人権の保護はその「人の特質」の実現の保護である。そうするならば、ガーライスが重視しているのは権利主体そのものについての権利の保護、すなわち人の自らに対する権利の保護というよりも、むしろ人間の身体的(有形的)な諸力、



あるいは精神的な諸力の利用についての権利保護であると思われる<sup>177)</sup>。実際にガーライスは、こうした個人権は、財産権と対立させられる「状態権 *Zustandsrechte*」とは重ならないとしている。つまり、ガーライスの念頭に置かれている個人権という概念は、むしろ、人間の活動保護に資する「活動権」と同じであると考えられる。その意味で、彼の個人権概念は従来の「人格の権利」とは大きく異なり、実定法との関連性を持たせたこと、「活動権」的な性格付けを行なったという点で画期的でかつ大きな説得力を持った見解であり、その所説は学界に広く受け入れられることになったとされる<sup>178)</sup>。後に見るように、実際に、BGB 施行後の判例実務では、ガーライスによりこうした「活動権」的な性質を有するとされた「個人権」、具体的には商標権、商号権などが「人格権」として認められていったのである。

### 3. コーラー

著作権の法的構成から出発したコーラーは、ギールケとは対照的に著作権から財産権の要素を除外した人格権（個人権）概念を設定した<sup>179)</sup>。

コーラーは、「著作権の対象すなわち精神的作品は、創造者である人間によって作り上げられることを伴って現れ、かつ別々に保護されなければならない独立したものとして存在するものであるから、一般的人格権に割り当てられる著作者の人格とは分離しているのである<sup>180)</sup>とし、著作権を無体財産権、すなわち「人間の外部に存在するが、無形で把握することができない法益についての権利<sup>181)</sup>として構成する。それゆえ、コーラーにおいては、著作権の対象は人格から分離したものとなり、著作権の要素から人格と密接不可分に結びつく観念的で非財産的な利益は一切排除され、著作者の名誉などといった人間の内部に存在するそうした利益は当然にこれに含まれないことになる<sup>182)</sup>。

コーラーは、著作権における財産的利益と観念的・非財産的利益とを截然と区別して、著作権には前者のみが認められるとし、後者については既に述べたガーライスが提唱した「個人権」としてそれを包摂する<sup>183)</sup>。こ

ここにいう「個人権」は前述のコーラーの叙述からすれば明らかに今日の一般的人格権に相当する概念と思われる<sup>184)</sup>。但し、先の叙述に従えば「個人権」の提唱者であるガーライスも既に個人権から出発して「一般的個人権」を承認していたが、ガーライスの場合は活動権的な権利という性格があり、純粋に観念的で非財産的な利益の総体としての個人権を考えるコーラーと異なっていることには注意を払わなければならない。また、コーラーのこうした見方は、ギールケが著作権の財産的要素、観念的要素を統一的に把握したのとは対照的であり、著作権を二元的に把握する代表的な見解である。実際にコーラー自身もギールケの見解には「方法論的な誤り」<sup>185)</sup>があり、例えば「作品そのものは決して人格の構成要素ではないし、人格に帰属する領域でもない」<sup>186)</sup>としてこれを批判している。

こうして、ブルンチュリらに始まる、著作権に人間(著作者)の観念的で非財産的な利益を読み込む見方は、コーラーに至って、こうした要素が著作権から分離され、「著作者人格権」という形で「人格権」からは切り離されることとなった。それゆえ、著作権に残されたのは著作者の財産的利益を核心とする無体財産権であり、それ以外の観念的で非財産的な利益はすべて個人権という別の権利概念を構成することになっている<sup>187)</sup>。その意味においては、フィヒテなどに見られたような物所有権と精神的所有権を区別する見解と類似しているが、精神的所有権概念を放棄して<sup>188)</sup>新たに無体財産権概念<sup>189)</sup>を設定する点において異なる。

コーラーのこうした区別のメルクマールは、法的な譲渡可能性に基づく経済的な利用可能性の有無であるとされる<sup>190)</sup>。それは、コーラーの「著作者の仕事の成果は譲渡され得るだろうが、個人権は原則的にその権利を有する人格と不可分に結びつくのが当然である」<sup>191)</sup>という叙述にも顕著に表れている。ここでコーラーのいう個人権をコーラーが設定する人格権概念と見て、ギールケの人格権と比較するならばこの2つの人格権概念には相違があるのだろうか。

ギールケのいう人格権概念は、財産的利益及び非財産的利益をともに含

む非常に広く一般的な概念である。これに対してコーラーの人格権論は著作権から出発しているため、まず著作権を無体財産権であるとして著作権の中にある利益を排除する。そして、観念的で非財産的利益はそれとは別の個人権の中に包摂される。この点から、コーラーの人格権概念は観念的で非財産的利益のみをその内包とする概念である。先に述べたように、コーラーは法的な譲渡可能性に基づく経済的な利用可能性によってその区別を立てていることから、彼のいう人格権は人格と分離することのできない権利である点に一つの特徴があることに注意する必要がある。つまり、コーラーの人格権概念は、著作権概念から観念的で非財産的利益を譲渡可能性というメルクマールによって切り離したものである。ただ、コーラーは個人権(人格権)を「すべての人格的利益についてそれを完全に利用し、それを享受することを保障する単一の権利」<sup>192)</sup>であるとして母権の性格ないしは原権 *Quellrechts* 的機能<sup>193)</sup>を与えることから、この結果、コーラーの人格権概念は私法にとどまらない広い範囲で生じることになる<sup>194)</sup>。コーラーは、ギールケの人格権概念を批判して、「ギールケは、人格権の木を大きく突出させた。そして、この巨木は結局すべての権利領域を包括し、最終的にはいかなる権利もほとんどすべて人格権となる」<sup>195)</sup>と述べている。しかし、コーラーについてゲッティンクが「ギールケはコーラーと並んで多くの人格権を同時に財産権であるとはっきり確定した最も重要な人格権論者である」<sup>196)</sup>(傍点筆者)と評しているように、結局コーラーの人格権概念は、そこに財産権的なものを含むか否かという点をさしあたり措くとしても、最終的にはギールケのいう人格権概念と類似した、射程の広い概念となっていることは明らかであろう。それは、ギールケと同じように、先に人格権という抽象的な権利概念を設定して、内容を考えてゆくという発想によるためであり、この点でガーライスのような発想とは異なっている。

ここでギールケについても述べたように、コーラーが権利と彼の人格権との関係についてどのように考えていたかということについても触れてお

かなければならない。コーラーはまず、サヴィニーに代表される意思理論を基礎とする人格権概念が結論的に権利の主体と客体の同一性を導くことから否定されていることを克服しようとする。彼は、人格とその客体との法的関係を人格の各部分の総和から類推して把握するのではなく、独立的にその意思の客体と直面している全体として把握する<sup>197)</sup>。すなわち、サヴィニーらに見られるように人格の各部分(例えば、生命や身体、人間の精神的な部分)それぞれを意思支配の対象と見れば、そうした人格の各部分についての権利は、結果的に権利主体と権利客体が同一であるという結論を導くことになる。しかし、コーラーが説くように、「独立的に人間の意思の客体と直面している全体」すなわち他人との関係においてそうした人格についての権利を見れば、こうした権利は「自らの存在が妨害されないことや自己発展について第三者に対してアピールすることができる権利」<sup>198)</sup>として特定されることになるのである。これを敷衍すれば、第三者は他人の人格一般について専らそれを侵害しない義務を有することになり、その結果、個人には包括的な一般的人格権が認められることになる。こうした論証の方法は、ギールケやガーライスと共通するものがあり、人格権を権利概念として位置付ける際の方法として主流となってきた感がある。コーラーは、こうした定義を与えた人格権から生命や健康、その他の個別的人格権を一般的人格権から推論しており、このことはコーラーが人格権を「すべての人格的利益についてそれを完全に利用し、それを享受することを保障する単一の権利」であると定義したこととも対応している。

このようにコーラーは人間と人格の関係について、人間と意思支配の対象としての物との関係という従来からの理解からは脱却し、人間相互間の関係において把握することにより、一般的人格権を導き出している。そのため実定法の個別的内容から出発するガーライスのように個別的人格権がまず想定されるのではなく、コーラーの場合にはまず一般的人格権が想定されることになるのである。但し、それゆえに彼の人格権概念が極めて広範な概念になってしまうきらいがあることについては既に述べた通りである。

ギールケとコーラーが設定した人格権概念は、その定義からしてもガーライスの指向した人間の活動保護という観点よりもはるかに広い、生命や身体、健康などといった人間の存在保護にも向けられている。それゆえに広範で一般的な概念である。法律概念としての人格権概念の構造化を目指した彼らの理論は、ある程度その具体的な内容が明らかにされたとはいえ、皮肉にも人格権の実質の出発点となったカントらの一般的で抽象的な「人格的権利」と同様の不明確性に直面してしまっているのである。

#### (4) 小 括

以上、BGB 以前における人格権概念の生成と展開を検討してきたが、一言でその過程をまとめるならば、「人格的権利」という極めて抽象的な権利概念から、法律上の権利概念としての「人格権」へとその内容が法律上具体化されていった過程であるとする事ができる。つまり、カントらを嚆矢とする「人格的権利」という概念は、法律上の概念化というフィルターを通して、結果的に 権利として認められない(サヴィニーら)、人間の活動保護という観点から認める(ガーライス)、人間の活動保護にとどまらない広い保護を認める(ギールケ・コーラー)という3つの方向へと向かっていったのである。

1 , の方向性は明らかに、(1)で検討したような BGB 以前の著作権領域における人格権概念の発達によるものである。

実際の必要性から人格権保護が唱えられるようになった直接的契機が、やはり18世紀以降の著作者や出版者の権利保護に求められることは(1)の検討から既に明らかである<sup>199)</sup>。

18世紀後半にピュッターやフィヒテらが偽版の横行から著作者や出版者(特に後者)の権利保護を意図して精神的所有権概念を提唱したが、それは既存の法学から猛烈な批判を受けて19世紀前半には次第に姿を消し、代わって現れたのがカントやヘーゲルを嚆矢とする「人格的権利」の概念であった。但し、ここでの「人格」とは極めて抽象的であり、必ずしも法的

概念であったとはいえない。むしろ、自然的存在としての「人間」の代用用語的な性質を持つ倫理的要素の強いものであった。それゆえに、その「人格的権利」は結局「人の権利」という抽象的で一般的な概念とほぼ同義の極めて広範なものとなっていた。

19世紀後半にはその前半に著作者保護のための著作権立法がたびたびなされたことから、理論も出版者保護から著作者保護へと傾斜した。そうした一連の流れの中で、精神的所有権論の衰退やサヴィニーによる人格権への意識づけなどを媒介として、プルンチュリらによって著作者の中に彼と分離できない観念的で非財産的な要素が認識され、それを中心とする「人格の権利」という概念が形成されていった。もっとも、その動きは、コーラーが著作権からそうした「人格の権利」として把握される要素を「個人権」として切り離し、これはやがて「著作者人格権」として「人格権」の発展とは別の形で独自の展開を経ることとなった。

その後、ギールケやコーラー、ガーライスが人格権という権利概念を法律上の権利概念として具体化する作業を行ない、BGB 制定以前における人格権概念の展開の到達点を示した。このうち特にガーライスは、「個人権」概念で人間の有する諸力の実現を活動権的に構成しつつ、実定法上の規定との関係を明確に示すことによって、広く学界に受け入れられていった。その一方で、ギールケやコーラーの人格権概念は、著作権の捉え方においてそこに著作者と密接不可分に結びついた観念的で非財産的な利益を取り込むか否かの差異は存在するものの、ガーライスのそれにとどまらない、極めて一般的で包括的な権利として構成され、それゆえに権利概念としての不特定性が敬遠されることとなったのである。この本質的差異は、何が人格権の侵害に当たるのかをまず考える、あるいは先に人格権という権利概念を先に設定してそこから演繹的に内容を考えてゆくという出発点の違いに起因するものである。概念レベルで考えてゆく場合、先に人格権概念を設定する必要があるので、ただでさえ抽象的にならざるを得ない人格権概念の定義はその抽象度をさらに増すことになる。これに対してガー

ライスのように現象レベルでの把握によれば、人格権概念の抽象化はある程度緩和されることになる。実際に、実質的に著作権領域から生成し、発展を遂げた人格権概念は、BGBの起草以前には、ガーライスのようにはっきりと実定法に基礎をおいた活動権としての個人権（人格権）概念、ギールケやコーラーのように基本権的な、すなわち人間の活動保護にとどまらない保護領域を獲得しようとする抽象的な人格権概念という2つの軸に収斂しているのである。

人格権を認めようとする一連の見解の背景には、ゴットヴァルト *Gottwald* が指摘するように、個々人やその精神的創造物を所有権類似の（排他的な）形で保護し、かつそれによって具体化された諸利益を包括的に保護しようとする意図がある<sup>200)</sup>。これを更に根拠付けているのがゲッティンクである。ゲッティンクは、「人格権とまさにその法的地位に関して言うならば、人格権は確かに人格と密接な結びつきを有しているが、一部では経済的利益の保護が優先的に存在することから明らかである。それゆえ例えば商標権は長い間 それどころかその譲渡可能性にもかかわらず 人格権に数えられてきた（し）……競業権も初期には経済活動での人格権から推論されていた<sup>201)</sup>とし、歴史的な観点からするならば人格権はまさに財産権でもあったと指摘している。

ゲッティンクの、人格権のその当初的形態は財産権であったと指摘が果たして正しいものであるのかどうかという点を留保するとしても、後に見るように、BGB 施行以後の裁判実務は、活動保護にかかわる権利の侵害を人格権の侵害と構成してゆく。そこでは、商標や商号、そしてその原初的な形態である氏名、その他にも競争法的問題、営業保護の問題において保護されるべき（経済的）活動にかかわる権利を人格権と把握している<sup>202)</sup>。それらの権利は、いずれも創造者の精神にかかる権利であることはいうまでもなく、その創造者の精神的生産物が何らかの形で市場に流通し、資本主義経済の中で他者との競争にさらされるという意味において営業（権）的な権利であると言え、まさにそうした権利が人格権として把握



されていったのである。それゆえ、通説化したガーライスの理論のように（経済的）活動にかかわる権利の侵害を人格権侵害とみなす見方は、その後の人格権という権利概念の展開に一定の方向性を与えたと結論付けることができるのである。フィケンチャー *Fikentscher* の、上に列挙したような産業上の権利保護をその競争法的背景から引き離すことはできないという指摘<sup>203</sup>は、こうした権利の侵害が人格権の侵害として考えられていったを認識するならば、人格権はまさに競争法的な問題の中で用いられるのであり、それは活動保護権としての意味を有するようになったとする本稿のこれまでの分析の結論と軌を一にするものである。すなわち、活動保護権としての枠組みが与えられていった *BGB* 以前の人格権概念の生成と展開は、やがて競争法の問題の中で、資本主義経済システムの中では当然に生じうる自由競争において当然に財貨獲得の機会を保障されるべき者の権利を保護するための権利概念として援用される基礎を形成したと評価することができるのである。

とりわけ、ガーライスの個人権（人格権）理論が広く学説に受け入れられた背景には、当時の学説がガーライスの理論が、人間の（とりわけ経済的）活動保護の必要性があると思われ、それが自由競争の中に現れたさまざまな弊害を克服しなければならないという社会に必然的に内在する問題をクリアするには最も適したものだと考えた点に求められよう。それゆえ、ガーライスがそうした必要性を把握し、ある程度整備の進んでいた著作権法や商標法、特許法といった実定法の規定そのものの中に個人権（人格権）を見出して活動保護権として個人権（人格権）概念を設定したことは、その後の人格権概念の展開に大きな影響を与えたのである。その一方で、ギールケらの人格権概念は、こうした実際上の必要性から形成されたものとは必ずしもいえず、むしろただでさえ抽象的な人格権という権利概念を先に設定し、そこから演繹的に内容を確定してゆくという手法によっているため、活動保護を超えた、生命や身体の保護といった人間の存在保護にまで人格権概念が及ぶこととなり、逆に他人の活動を制限しなければなら

ない局面を生じてしまう。それゆえ、自由(経済)主義を指向した後のBGBの立法、それに沿った裁判実務の中ではギールケらの提唱する広範な人格権の保護は承認されなかったと考えられるのである。

2 このように、いわゆる産業的な法領域での権利保護を目的として人格権ないしは個人権概念が発展していくとともに、私法の一般理論の中では、法律関係の主体としての「人」概念を設定していく中で、サヴィニーのように「人間の自己に対する権利」は認められない、あるいはヴィントシャイトのようにその存在を認めるとしてもそれを実定法上わざわざ規定する必要はないとする見解がみられた。端的に言えば、それは生命や身体についての権利の否定である。特にサヴィニーには、従来の「人格的権利」という非常に漠然とした抽象度の高い概念の対象を、人間の自らに対する権利すなわち人間自身の観念的要素に収斂させた功績が認められ、その後、今日に至るまでの人格権論の礎を作ったと評価することができよう。

サヴィニーに代表されるような「意思の力」を権利の本質と考える見解からは、そもそも自らに対する意思支配というものはあり得ず、それゆえに人間の自己についての権利は存在し得ないという結論が導かれている。すなわち、人格権においては権利の主体と客体との同一化現象が生じてしまうからである。このうちヴィントシャイトは人格権を否定するサヴィニーの主要な根拠の一つである「自殺理論」を克服して、人格権概念を肯定するに至るが、ことさら実定法において規定する必要はないとした。

これに対してギールケやコーラーは、およそ意思理論を基礎としながらも、従来のように人格権を主体内部における人間と人格との関係として考えるのではなく、他人＝第三者を権利の(間接的)客体とすることによって包括的な人格権保護の可能性を提唱した。サヴィニーらと同様の意思理論から出発しながらも、その意思支配の対象(客体)を人格そのものと直接的に考えて意思による支配可能性を否定するのではなく、それを侵害してはならない義務を負うべき第三者の存在を示すことによってそれを(間接的な)権利の客体とするのである。但し、その結果、人格権の内包は極

めて多様なものとなる可能性を孕むものになることは言うまでもない。

また、イェーリングに見られるような「意思の力」を権利の本質とするのではなく、「意思」を媒介とせず、権利概念の再定義を図ろうとする見解からは、人格権の保護は、法によって保護される利益としてストレートに認められる。つまり、「意思支配」を要素とする権利概念では必ず支配の客体、すなわち権利の客体を必要としたが、この見解によれば「意思」をそもそも権利の本質的要素としないのであるから、その客体が必然的に要求されなくなる。「保護される」あるいは「保護されるべき」利益であれば権利として認め得るのであるから、ここでも人格権の内容が漠然としたものとして設定されざるを得ないことになる。

このように、人格権を権利として認めることができるかどうかという議論の中では、結局、人格権という権利概念を認めないか、あるいは広範な人格権概念を認めるかのいずれかに帰着している。こうした一連の学説の流れの中で、何人も他人を侵害してはならないという抽象的かつ一般的な規範から出発して人格権(個人権)を権利概念として認めているものの、実定法の中にその要素を見出して、活動権としての位置付けをなすことによって結果的に人格権(個人権)の限界付けを図るガーライスの見解はやはり独自の地位を占めている。

3 こうした理論状況のもとで BGB の起草、そしてその後の裁判実務の展開を迎えるわけであるが、その流れは基本的にガーライスの念頭においた権利概念とほぼ同じであったと評価される。すなわち、人間の(経済的)活動保護にかかわる権利ないし利益を人格権と構成していったのである。

18世紀後半以降、著作権領域などで生じた問題を解決するために、カントを実質的な出発点とする「人格的権利」というまだ法的に成熟していない権利概念が、倫理的要素が強い「人格」という概念に法律関係における意味と位置付けが与えられてゆくことによって、法的概念として活動保護権としての「人格権」概念へと構成され、それが後に競争法的な問題の中

で個々人の権利保護のための概念として用いられていったのである。その意味では、BGB 以前の人格権概念の生成と展開には、活動保護権としてその性質決定を行ない、後の人格権概念の発展に一定の指針を与えたと評価することができる。

それゆえ、著作権法や特許法、商標法など、活動保護にかかわる特別法の領域で制定法の整備が進んだことは、当時の人格権論にとっては大きな影響を与えるものであったといえる。なぜなら、そうしたものを一定程度保護する規定がそこに置かれたことによって、いみじくもガーライスが説明したように実定法と人格権との密接な関係が明らかにされる契機が形成されたからである。そこで人間の活動保護権としての人格権の保護がある程度図られるようになった以上、私法の一般法である BGB の起草の際に残されていたのは、ギールケらによれば人格権の他方の側面とされる人の存在保護、すなわち生命や身体、健康などの保護をどう図るかという人間の存在保護の問題であったのである。

## 2 BGB 起草過程における人格権概念の取り扱い

BGB の起草以前には著作権、商号・商標権、発明権保護に関する制定法の整備が既にある程度達成されつつあった<sup>204)</sup>。前章で明らかにしたように、それは「人格の権利」という抽象的な権利概念が、人間の活動保護としての「人格権」という法律上の権利概念へと深化してゆく過程であった。人間の（経済的）活動保護にかかわる問題が、既に BGB に先行する特別法やそれに対応する人格権ないしは個人権概念でひとまず片付いていたことからすれば、BGB 立法の際に残されていた問題は、生命や身体、健康などといった人間の存在保護の問題であったと思われる。実際に起草過程では、人間の（経済的）活動保護はほとんど議論の俎上にのぼってはならず、むしろ BGB において生命などの観念的で非財産的な利益の保護、すなわち人間の存在保護を不法行為法の枠組みの中でどう考えていくのか

という点が、とりわけ今日もなお一般的人格権が問題となる場合に援用される BGB 823条 1 項の起草過程において主要な問題となった。

本章では、前章の内容を承けて BGB 起草過程におけるこうした利益の保護に関する議論を明らかにし、BGB が最終的に823条 1 項という形で個別的な利益を「保護法益」として規定するに至った過程について、部分草案の提出から第一草案の起草まで(1)、帝国司法庁準備委員会での審議から第二草案の起草まで(2)、そして民法典の成立まで(3)という3つの段階に分けて検討する<sup>205)</sup>。もっとも既に BGB 823条 1 項の起草過程については末川博士以来多くの研究がなされているが<sup>206)</sup>、ここでは上に述べた視点から改めて立ち入った検討を加える。

#### (1) 部分草案の提出から第一草案の起草まで

##### 1. キューベル部分草案

BGB 第二編債務法の起草に当たったのは、ヴェルテンブルクの代表として1863年から1866年にかけていわゆるドレスデン債務法草案の起草に携わった経験をもつキューベル *v. Kübel*<sup>207)</sup>であった。しかし、キューベルは病に倒れ、1881年に第一委員会の本会議がスタートした時点ではいわゆる部分草案は完成していなかった(その後、キューベルは1884年に没)。そのため、債務法の部分草案は助手によって作成された資料集を基に審議を開始することとなったのだが<sup>208)</sup>、現行823条 1 項を含む不法行為法の中心的な部分についてはキューベルの手による起草が終わっていた<sup>209)</sup>。

キューベル部分草案のうち、現行823条 1 項の原型となったのは次の4条である。

【キューベル部分草案1条】 何人も、故意又は過失により違法な行為あるいは不作為によって他人に損害を与えた場合には、この者に対して損害賠償義務を負う。

彼に故意過失 *Verschuldung* がないことは、何が損害の原因となったかによって証明される。

【同2条】責任は、作為又は不作為が、直接的あるいは間接的に損害の原因となったかどうかに関係なく生じる。

【同3条】過失は、加害の可能性がほとんどなく、その可能性が注意深い人によっても顧慮されないであろう場合には推定されない。

【同4条】違法行為によって他人に損害を与えた者の責任には、彼が故意や重過失に対してのみ責任を負うという法律関係が彼とその他人との間に存する場合には影響がない。

以上を見る限りでは、部分草案の段階では現行823条1項の規定にある保護法益の列挙は存在しなかったということになる。

## 2. 第一委員会での審議

この部分草案を承けて第一委員会本会議での審議が始まる。上述の部分に関する審議は1882年7月3日(第108回)から同年9月6日(第112回)にかけて6回行なわれているようである<sup>210)</sup>。審議では、ヴィントシャイトやプランク *Planck* などの委員が頻繁に発言を行ない、文言の差し替えや削除、追加に関する提案を活発に行なっているが、現行823条1項の規定にある保護法益についての言及は一切なく、第一委員会委員長パーペ *Pape* は議論を取りまとめ、審議後に第一委員会の内部に設置された編集委員会に宛てて次のような原案を提出した (RedVorl<sup>211)</sup>)。

【RedVorl 45条<sup>212)</sup>】何人も、故意又は過失により違法行為(作為又は不作為)によって他人の権利を侵害したあるいは他人に損害を与えた場合には、その他人にそれによって(行為によって)生じた損害を賠償する義務を負う。

ここで初めて「他人の権利を侵害」という表現が登場しているが、その経緯については明らかではない。更に、その原案の提出を承けて作成された編集委員会決議暫定集成 (ZustOR<sup>213)</sup>) においては、

【ZustOR 145条<sup>214)</sup>】何人も、故意又は過失により違法行為(作為又は不作為)によって他人に損害を与えた場合には、この者に対して損害賠償義務を負う。

何人も、故意又は過失により違法行為によって他人の権利を侵害した場合には、損害を予見できなかった場合にも、権利侵害によって他人に生じた損害をこの者に賠償する義務を負う。

という形で若干の修正を受けている。

### 3. 第一草案の起草

次に、編集委員会はその暫定的な草案に従っていよいよ第一草案の作成に当たる。これが編集委員会草案(KE<sup>215</sup>)であり、ZustOR 145条はここではKE 698条となって若干の修正を受け、最終的に第一草案704条として次のような形になって、1887年12月にパーペにより帝国宰相に提出された。

【第一草案704条<sup>216</sup>】 何人も、故意又は過失によりなされた違法行為 作為又は不作為 によって他人に対して、彼が損害の発生を予見した又は予見しなければならなかった損害を与えた場合には、損害の範囲を予見できたかどうかに関わらず、彼はその他人に対してその行為によって生じた損害を賠償する義務を負う。

何人も故意又は過失により違法行為によって他人の権利を侵害した場合には、損害の発生を予見できなかった場合にも、権利侵害によりその他人に生じた損害をこれに賠償する義務を負う。生命、身体、健康、自由及び名誉の侵害は、前述の規定における権利の侵害と見なされる。

ZustOR 145条とは若干文言を異にしているが、基本的にその条文構造は変わっていない。ただ ZustOR 145条には、後の第一草案704条2項2文には存在する「生命、身体、健康、自由及び名誉の侵害は、前述の規定における権利の侵害と見なされる」との表現がない。とすれば、前者と後者の間に存在したKEの作成過程において、この表現が挿入された可能性が高い。しかし、KEの作成過程における議論にはその挿入過程を見出すことはできない<sup>217</sup>。そのため、ここで注目すべき第一草案704条2項2文に対する起草者の見解については『第一草案理由書』<sup>218</sup>(いわゆる Motive)を参照しなければならない。

Motive では704条2項2文について、まず「他人に帰属する絶対的権利の侵害が違法であるということは疑いのないことである」<sup>219</sup>とし、「そのような権利概念に存在するのは、いかなる第三者もそれを尊重しなければならず、またそれを侵害してはならないということである」<sup>220</sup>とする。そして「生命、身体、健康、自由及び名誉の侵害が704条2項における権利侵害とみなされるという規定が必要不可欠であるのは、こうした上位の利



益 *höhere Güter* が権利とされ得るかどうかは疑問ではあり得るが、まさにそれらは加害を狭く解釈する場合にはしばしば欠けていた保護を必要としているからである<sup>221)</sup>と説明する。ここから、従来生命などの利益に対する侵害が十分に救済されていなかったことが示唆される。例えば、サヴィニーが「人間の自己に対する権利」について否定的な見解を示していたことを意識してのことであろうか。ただ、起草者は「704条2項によれば、生命、身体的完全性 *körperliche Unversehrtheit*、健康、自由及び名誉は、故意過失から生じた違法行為によるその侵害が損害賠償を義務付ける法益である。固有の人間についての権利が草案で承認されていることをこのことから推論するかどうかは、法律学による判断に委ねられたままである<sup>222)</sup>」として、生命などの法益が権利であるかどうかという点については判断を避けているようである。生命などの侵害が権利侵害であると条文上明確に規定しておきながら、一方ではこうした法益が権利であるかどうかについての判断は法律学に委ねていることは、やはりこうした法益を権利として構成することが可能かという点については議論が錯綜していることをはっきりと表しているとも指摘することができよう。

## (2) 帝国司法庁準備委員会での審議から第二草案の起草まで

### 1. 帝国司法庁準備委員会での審議

提出された第一草案は次に帝国司法庁に設置された準備委員会による修正を受けることとなる。この準備委員会の審議において第一草案704条は帝国司法庁準備委員会草案(E I-RJA<sup>223)</sup>)704条として次のような規定に代わる。

【E I-RJA 704条<sup>224)</sup>】 故意又は過失により、違法に他人の権利あるいは他人の保護を目的とする法律に違反した者は、その他人に対してそれによって生じた損害を賠償する義務を負う。

この規定の意味での権利には占有も含まれ、生命、身体、健康、自由及び名誉の侵害も権利侵害と見なされる。

ここで注目されるのは、第一草案704条1項と2項が統合されてより簡略化された条文に生まれ変わったこと、そして占有が不法行為法上保護される権利として新たに加わったことである。とりわけ、後者について同委員会議事録(Prot-RJA<sup>225</sup>)は「……占有が権利としてあるいは真の事実上の関係として解釈されるべであるかどうかという問題がこれによって先例となるものではない。しかし、他方ではこの補足はさまざまな方面から出されていた要望、すなわちそのような場合のために債権的に過ぎない *nur obligatorisch* 権利者を広い範囲で保護することを求める要望を十分に考慮しているのである……」<sup>226</sup>と述べている。容易に気づくのは、この説明には、占有を「この規定の意味での」権利に含め、その侵害を権利侵害と見なすにもかかわらず、必ずしも占有を権利として認めているのではないと断っている点において、Motiveにおける説明と類似した点が見出されることである。すなわち、第一草案において生命や身体などの利益を保護法益としてその侵害を権利侵害と見なすという条文構造を採用する際には、生命や身体などの法益が権利であるかどうかという点については後の法律学による判断に委ねるといった説明がなされていた。こうした説明は占有の場合でも同様である。つまり、新たに加わった占有侵害を権利侵害とみなすこの規定が存在するとしてもこれによって占有を権利とみなすことは「先例となるものではない」のである。

## 2. 第二委員会での審議

EI-RJA 704条は次に第二委員会に送られ、本会議での審議に付せられる。ここでは第二委員会の総括責任者となったプランク *Planck* からのものを含め、7つの提案<sup>227</sup>が出されている<sup>228</sup>。

1. 規定の若干の修正(ストルックマン *Struckmann*)
2. 提案1の2項の「健康」の後ろに「自由」を追加(プランク)
3. 704条を内容上2つのパラグラフに分割(マンドリ *v. Mandry*)
4. 提案1での704条に3項 過失責任の取り扱い を追加(リュージャー *Rüger*)

5. 提案1から「他人の保護を目的とする」という文言の削除など(クニイ *v.* *Cuny*)

6. a. 704条の規定の差し替え 故意又は過失により他人に違法に損害を与えた者は彼に賠償する義務を負う(スイス債務法50条参照) (同)

b. 新規定 損害賠償の方法など の追加

7. 提案6aへの2項 予見可能性など の追加(同)

提案の採用結果を先に述べれば、採用されたのは提案1, 2のみで、他のものはすべて否決されたようである<sup>229)</sup>。可決されたストルックマンの提案は、E I-RJA 704条1文のうち単に「それによって *dadurch*」という表現を「そこから *daraus*」という表現に代えるものであった。ただ、ストルックマンはその新规定の提案の際に、第2文の法益の列挙から「自由」を「うっかり」<sup>230)</sup>外してしまったため、プランクによって「自由」を元の場所へ戻す提案2が出され、これも承認された。

第二委員会本会議での704条に関する議論は、こうした提案に関するものも含めて非常に活発に行なわれた。704条に関する議論のうちまず俎上にのぼったのは、「不法行為から生じる損害賠償義務の要件についての原理的な問題の検討」<sup>231)</sup>であった。この問題の議論の中で初めて人格権への言及がなされている。すなわち、まず「草案やすべての提案が出発点にしていたのは、不法行為から生じる損害賠償の規定は、個々人がその内部でその個々人の自由を発展させその利益を追求することができる個々人の権利領域をお互いに区別することを特定する規定に属するというのである」<sup>232)</sup>として損害賠償の規定の性質を説明した後、「個々人の権利領域は……まずその本来の財産権すなわち物権や債権、しかし更にはそのいわゆる人格権(生命、身体的完全性、健康、自由、名誉)をも包括し、そのいずれも何人に対しても向けられた侵害の禁止によって、物についての権利同様に保護されている」<sup>233)</sup>として、ここで初めて人格権という概念を用い、それが「保護されている」と確定する。他人による侵害から初めて人格権

概念を考える、すなわち他人との関係で人格権概念を構成しようとするのは、前章で見たギールケやガーライス、コーラーの見解と同様である。このことから起草者らが人格権概念を肯定し、その保護を明確に念頭に置いていたことが明らかであるように見えるが、ジーマンは『『いわゆる人格権』は保護に値する個人から積極的に発展したのではなく、考える被害者から消極的に発展した』<sup>234)</sup>と評価し、ここで列挙された人格権(生命など)に対する起草者らの態度は積極的なものではなかったとしている。このジーマンの指摘は、議事録 *Protokolle* における「権利領域はしかしながら、法律が一方に他人の利益へのある程度の義務を負わせ、彼に特定の行為を命令し、あるいは禁止するという方法でお互いに区別される。しかしそこでは、一方の利益を他人による侵害から保護することをねらったそのような命令や禁止のみが考慮されているに過ぎない……」という権利領域論に関する説明からも裏付けられよう。すなわち、起草者らは彼らのいう「いわゆる人格権」やそこに含まれる利益に積極的な保護を与えることについては消極的であったのである。但し、注意しなければならないのは、現行 BGB 823条 1項に至る起草過程の中で人格権という概念が用いられたのはこの箇所のみであり、その他では一切それに言及されていないということである。とするならば、生命や身体などの観念的で非財産的な利益が人格権として考えられていたとはっきりと断定することはできない。

いずれにせよ、「いわゆる人格権」とされた生命や身体などの保護に対する立法者らの消極的姿勢は、次の704条 2項における議論において如実に表れる(なお、この段階では既に先のストルックマンの提案 1 が採用されているため条文は上のように若干変わっている)。議論の帰結を先に述べれば、704条 2項における保護法益(占有、生命、身体、健康、自由、名誉)が完全に姿を消すことになる。

704条 2項の審議でまず問題となったのは、E I-RJA で新たに加わったがこれを704条 2項に取り込むことについては争いのあった占有の取り扱いである。*Protokolle* は「委員会が占有への言及に反対した」<sup>235)</sup>として占

有の削除について結論のみを簡潔に述べるにとどまっているが、占有を削除すべきことについては後にその他の法益の列举を削除するかどうかについての見解が分かれた委員の間でも共通の認識であったようである。すなわち、占有侵害を権利侵害とみなすことは法典が占有を権利として認めているという不要な疑念を生むであろうし(但し、後に見るその他の法益の列举を維持することを求めるグループは、「明確性の利益からすれば、占有も1項の意味での権利として言及するほうが望ましい」<sup>236)</sup>とも述べている)、また、法律が認めた場合を除く占有侵害を違法なものとみなす草案814条(現行858条)が存在するので敢えてこれを不法行為法において規定する必要性は見出されないということである<sup>237)</sup>。

その他の利益 生命, 身体, 健康, 自由, 名誉 の取り扱いについては議論が真っ向から対立している。維持派の最大の目的は特に自由と名誉の列举を維持することにあつたようで、生命, 身体及び健康については「存在する法律が……十分な保護を与えているので、ここでは敢えて強調することはない」<sup>238)</sup>としている。彼らが、自由と名誉を規定することについては「実際の *sachlich*」<sup>239)</sup> 意味があるとしてこれに固執する根拠は、これらの利益を法益として保護しなければ、過失による名誉や自由の侵害を保護できないという点にある<sup>240)</sup>。また、仮にこれらを削除し、1項の権利概念に名誉や自由を含めるといふ解釈論でもってこれらの保護を図るとしたとしても、その可能性は不確実そのものであるとしてあくまでも草案における法益の列举の維持を求めた。これに対して「多数意見」<sup>241)</sup>とされる削除派の見解は、過失による名誉侵害や自由侵害を私法上の保護のもとに置くことが、社会生活を著しい危険にさらす一般的過失訴権 *actio culpa* を創出する可能性を生み、刑法186条の原則すら超えてしまう危険性を抛りどころとし、またこうした法益の列举は「教条的な印象」を生じるために避けるべきであるとしている<sup>242)</sup>。また生命, 身体及び健康については、占有の削除を求める見解表明の中で専ら付加的に、占有を削除すべきことと同じ理由 すなわち、法典が生命などを権利として認めてい

るという疑念を生じかねない からこれらについての言及も不要であると簡潔に判断を下している<sup>243)</sup>。

### 3. 第二草案の起草

削除派が多数を占めた結果、法益の列挙は削除されることとなり、第二委員会内に設置された編集委員会がその議論の帰結から作成した、責任者プラUNKによる第二委員会決議暫定集成(EI-VorlZust<sup>244)</sup>)704条は結果的に次のようなものとなった。

【EI-VorlZust 704条<sup>245)</sup>】 故意又は過失によって(違法に)他人の権利を侵害し、あるいは他人の保護を目的とする法律に違反した者は、その他人に対しそこから生じた損害を賠償する義務を負う。

その後この704条は、第二委員会編集会議暫定集成(EI-ZustRedKom<sup>246)</sup>)において若干の文言が修正され、そして2項が新たに追加されて第二草案746条となる<sup>247)</sup>。

【第二草案746条<sup>248)</sup>】 故意又は過失により他人の権利を違法に侵害し、あるいは他人の保護を目的とする法律に違反した者は、その他人に対しそれによって生じた損害を賠償する義務を負う。法律の内容によればその違反が故意過失 *Verschulden* なくしても考え得るものである場合には、賠償義務は故意過失 *Verschulden* ある場合のみ生じる。

損害賠償義務は、損害を与える行為が緊急事態において生じたことによって免れるものではない。

なお第二草案には、このほかに特に自由と名誉ないしは信用<sup>249)</sup>に関する規定が存在する。

【同747条<sup>250)</sup>】 違法に他人から自由を剥奪した者は、彼に過失責任のみが存するに過ぎない場合にもその他人に対しそれによって生じた損害を賠償しなければならない。

【同748条<sup>251)</sup>】 他人の信用を危殆化し又は彼の収入あるいは生計に対するその他の不利益を招く真実に反する事実を主張あるいは流布した者は、確かに真実ではないことを知らなかったが知り得べき場合には、その他人に対しそれによって生じた損害を賠償しなければならない。

伝達者が真実ではないことを未だ知らぬ伝達 *Mitteilung* は、彼あるいはその

伝達の受取人がそれについて正当な利益を有している場合は、伝達者に損害賠償を義務付けない。

過失による自由侵害からの保護をはっきりと規定した第二草案747条に至るまでの系譜については、第一草案727条に由来するとするもの<sup>252)</sup>、第一草案704条2項2文に由来するとするもの<sup>253)</sup>がある。また、748条の出自については、第一草案704条2項2文で一致している<sup>254)</sup>。第一草案704条2項についての審議では、自由と名誉の保護を規定することについてこれに反対する見解が多数を占め、結果的に704条2項からこれらを含めたすべての法益の列挙が姿を消したにもかかわらず、第二草案で自由や名誉に関する保護規定が置かれたことは、直接には先の704条2項の審議において削除派が自由や名誉に関する規定は第一草案727条やそこの新たな提案の審議において吟味すればよいとしていた<sup>255)</sup>ことに起因すると思われる。

第一草案727条の審議では、まず最初に故意又は過失による侵害からの自由の保護を定めた第一草案727条自体が削除されている<sup>256)</sup>。704条から法益の列挙が削除されたために「判例が自由を704条の意味での権利として解釈することに至るかどうかは疑わしい」<sup>257)</sup>こと、更には刑法が故意の自由の剥奪を規定しているに過ぎないことなどを理由として727条の削除に反対する意見があったのに対し、委員の多数は「……故意の自由の略奪というケースについて、被害者に対する賠償義務は疑いなく704条の一般原則から生じる」<sup>258)</sup>と述べた上で、「自由は、侵害が故意又は過失によって引き起こされたかどうかを顧慮することなく将来に対する侵害の中止を求める請求権をもたらず絶対的な性質を有する権利である(から)……704条の意味での権利としての自由の性質は判例によって誤解され得ないだろうことは信じられ得る」として727条の規定が不要であることに賛成したのである。しかし、結果的には第二草案において過失による自由の侵害からの保護が上のように明文で規定されることとなっている。この経緯について、*Protokolle* は「少数の意見も考慮するために、過失による



自由の剥奪が損害賠償を義務付けるかどうかについては、これを727条に変わる規定によってなお明確するほうがよいように思われ、起草は編集会議に委ねられた<sup>259)</sup>と述べるに過ぎない。しかし、このことから第二委員会本会議での審議を承けた EI-VorlZust の裁量によって第二草案747条が起草されたことは間違いない。

その後、第一草案727条に対して a ~ d の 4 つの提案が出され<sup>260)</sup>、そのすべてが採用されている。この中で特に注目されるのが、上の第二草案748条へと連なる727条 c の提案<sup>261)</sup>である。本来は、この提案は第一草案727条の後ろへ追加することが意図されていたが、先に述べたように既に727条が削除されていたため、結果的に独立した法条として成立することになる。

727条 c での審議では、「他人の信用を危殆化させる真実ではない事実の主張又は流布は、それを主張又は流布する者が真実ではないことを過失により知らなかった場合にも704条の意味での違法と見なされる」という草案がまず提案された後、「信用を危殆化させる」という文言の後に「あるいは彼の収入あるいは生計に対するその他の不利益を招く」という表現を挿入し、後に第二草案748条 2 項となる条文を 2 項として挿入する、727条に新たな規定として「何人も故意又は過失により他人の名誉を侵害した場合には、賠償額の確定の際に、名誉の侵害が被害者 *Beleidigten* の収入や生計に対してもたらした不利益な効果をも考慮される」という条文を採用するという 2 つの提案がなされた<sup>262)</sup>。結果的に、提案 が若干の集成を施されて編集会議へ送られ、第二草案748条となったが、提案 は否決されている。*Protokolle* は決議に際して有力だった見解をまとめているが、両提案の決定的なメルクマールは故意と過失にあったようである<sup>263)</sup>。すなわち、提案 は過失責任のみに言及するに過ぎないが、同 は故意にも言及している。故意の侵害のケースについては既に刑法典が定めており、 は刑法典がカバーする領域から外れる可能性のある過失による侵害を適切にフォローしていることによって すなわち、 のように

刑法と重なるところがない より適当な規定であるとされたのである。しかし、法文上から明らかなように、結局748条は、名誉ないしは信用の侵害が財産損害を導かない場合には損害賠償を認めていないという点では名誉ないしは信用保護の拡張を否定している、すなわち裏を返せば財産的利益の保護に限定(観念的で非財産的な利益の保護を否定)することになったのである<sup>264)</sup>。

こうして起草された第二草案746~748条は、連邦参議院に提出するに当たって1895年秋に再び修正を施されることになる。

### (3) 第二草案の修正から現行823条1項へ

#### 1. 修正第二草案の確定

修正第二草案では第二草案746~748条が次のような規定となる。

【修正第二草案808条<sup>265)</sup>】 故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権あるいはその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対しそこから生じた損害を賠償する義務を負う。

同様の義務は、他人の保護を目的とする法律に違反した者にも生じる。法律の内容によればその違反が故意過失 *Verschulden* なくしても考え得るものである場合には、賠償義務は故意過失 *Verschulde* ある場合にのみ生じる。

【同809条<sup>266)</sup>】 他人の信用を危殆化し又は彼の収入あるいは生計に対するその他の不利益を招く真実に反する事実を主張あるいは流布した者は、確かに真実ではないことを知らなかったが知り得べき場合には、その他人に対しそれによって生じた損害を賠償しなければならない。

伝達者が真実ではないことを未だ知らぬ伝達 *Mitteilung* によって、彼あるいはその伝達の受取人がそれについて正当な利益を有している場合は、伝達者には損害賠償が義務付けられない。

修正第二草案808条は、第二草案746条1項及び747条を統合した形で新たに編集されたものであり、同809条は第二草案748条を若干の文言の修正をした上で、しかしながら条文の内容それ自体を変じることなく受け継いでいる。808条は現行 BGB 823条、809条は現行 BGB 824条とまったく同じ

であり、この修正第二草案でもってこれらの法条は確定していたことになる。

注目されるのはやはり808条であろう。ここでは、第二草案746条で完全に削除されたはずの個別的な法益の列举が復活している。この経緯について少し立ち入ってみると、修正第二草案の起草の段階で、第二草案746条に対しては、747条を削除し、746条全体を上級の修正第二草案808条の表現に改める、第二草案746条1項の「他人の権利を違法に侵害し」という表現の後ろに「あるいは信義誠実の原則に違反する行為によって他人に損害を与え」という文言を挿入するという2つの提案がなされていた。

可決され、法文の表現をまったく改めることになった提案 についての *Protokolle* の記録を見てみよう(なお、提案 は提案者が取り下げている)。

「提案者は、その提案は主として編纂上の性質 *redaktionelle Natur* であると説明する。かつての審議の際には、個別的に列举された非財産的の法益 *immaterielle Rechtsgüter* の侵害も『存在する規定の意味での』権利の侵害とみなされるという第一草案704条1項の教条的な結論は、今日の学説が広義の人の権利 *persönliches Recht* を承認しているという理由で正当にも削除された。しかし、これによって第二草案では、こうした利益 *güter* の侵害が民法上不法行為とされることについてはどこにも直接的に表現されていない。/この提案には、その規定によればすべての法益が言い当てられているかどうか疑わしく思われ、そして「あるいはその他の権利」という保護条項が所有権に続いているために密接に理解され得るのではないかという異議が申立てられた。/更に、前段で個別的な法益が列举されていることによって、後段で言及されている法律の射程に関して疑いを生じ得るという反論があった。」<sup>267)</sup>

提案者は「編纂上のこと」と述べるにとどまり、提案者の詳細な提案理由も、提案への反論に対する提案者の再反論も見出すことはできないが、

第一草案704条2項に存在した非財産的法益の列举が第二草案で完全に削除されたことが提案の動機になっていることは少なくとも読み取ることができよう。ただ、第一草案の議論の中で話題となった生命などの法益を権利として認めるかどうかという点についてはここではまったく言及されていない。やはり、判例や学説の発展に委ねると考えられていたと捉えるべきであろうか。いずれにせよその意味では、生命などの法益は BGB においてははっきりと権利概念として承認されたと言うことはできないと思われる。

## 2. 帝国議会での審議

まだ修正第二草案の起草が終了していなかったにもかかわらず、1895年10月7日から連邦参議院司法委員会では修正第二草案が始まった<sup>268)</sup>。同委員会では上の修正第二草案808条及び809条はそのままの形で帝国議会提出草案(第三草案)807条、808条と編成されている。なお、同草案を帝国議会に提出するに当たっては簡易な趣旨説明書が作成されている(『帝国司法庁覚書』<sup>269)</sup><sup>270)</sup>。ここでは不法行為法の目的を「個々人の権利領域を他人の違法な侵害から保護」<sup>271)</sup>することにあるとし、ごく簡単に条文の趣旨説明を施しているに過ぎない。

第三草案は翌年1月16日に連邦参議院を通過、翌日には帝国議会に上程され、議会に設置された第十二委員会がその審議に当たることとなった。808条については何ら異論がなかった<sup>272)</sup>一方で、807条については、807条1項の「自由」の後に「名誉、良俗 *Sittlichkeit*」を挿入する、「所有権」と「あるいはその他の権利」の間に、「労働力、名誉、良俗」を挿入するなどして更に2項を削除する、などの提案が出されている<sup>273)</sup>。議論の焦点は「名誉、良俗、労働力」といった利益を807条の法益の中に含めるかどうか収斂し、の提案者であるシュタットハーゲン *Stadthagen* が強力に主張した「労働力」の挿入<sup>274)</sup>については、「これを一般化すれば活動の自由の耐えられない制限を導く」<sup>275)</sup>として、「名誉」の挿入については「過失による名誉侵害の場合にも損害賠償を義務付けるとい

う受け入れられぬ効果を生じるであろう<sup>276)</sup>がゆえに、そして「良俗」は「そもそも性的な名誉という意味でのみ考慮される」<sup>277)</sup>ものであるという理由から、いずれの提案も否決された。この結果、第十二委員会では第三草案807条、808条がいずれもその形を変えないままで決定され、帝国議会での可決を経て民法典が成立、現行 BGB 823条、824条がここに誕生することになるのである。

#### (4) 小 括

現行 BGB 823条 1項に至るまでにはさまざまな紆余曲折があり、第一草案704条 2項が「生命、身体、健康、自由及び名誉」の侵害を権利侵害とし、第二草案746条が「他人の権利」と包括的な表現に改めて自由及び名誉については別の規定(747条、748条)を設け、第三草案すなわち現行 BGB 823条 1項では、第二草案746条と747条を統合した形で第一草案704条 2項に類似した法条に再び改められるなど、かなり詳細な議論が展開された跡が見受けられた。ここでは、本稿の考察の対象である人格権との関係から起草過程の議論をまとめておく。

まず、人格権という権利概念については明確な規定が置かれるには至らなかったことは明らかである。第一草案につき審議した第二委員会本会議での「個々人の権利領域は……まずその本来の財産権すなわち物権や債権、しかし更にはそのいわゆる人格権(生命、身体的完全性、健康、自由、名誉)をも包括し、そのいずれも何人に対しても向けられた侵害の禁止によって、物についての権利同様に保護されている」<sup>278)</sup>という権利領域の定義の中に人格権概念が既に認識されていたことが見出されるが、人格権概念への言及は 少なくとも上で見た起草過程の議論の中では そのたった一度のみである。それ以外ではまったく登場しない。わが国ではまさに人格権の中核をなす生命や身体、健康などの利益の保護が問題となりながら、人格権という概念が現れないのはなぜであろうか。前章で見たように、確かに既に学説においては人格権概念が認識されてはいたし、例え

ば、ギールケによれば生命などは人格権の内包となる利益である。また、その概念そのものは起草過程においても 　ただ一度の言及ではあるが 　認識されてはいたにもかかわらずにである。

その答えは、例えば人格権の存在は自明のものであるからわざわざ実定法の中で規定する必要はないとしたヴィントシャイトらの思想や、齊藤教授が指摘しているように BGB の起草自体が人格権の保護に対する消極的な法律思潮の中での立法であったこと、生命や身体などの保護といった人間の存在保護に対する当時の法学ないしは民法学の消極的姿勢など<sup>279)</sup>にも求めることもできようが、以上の起草過程を見る限りにおいて直接的な原因として考えられるのは次の2点であると思われる。

第一には、例えばギールケなどによれば人格権を構成とされる「自由」と「名誉」の起草過程における取り扱いである。既に見たように、第二委員会本会議で第一草案704条2項2文における法益の列举を削除すること求める意見では、自由と名誉の過度の保護が、一般的過失訴権の導入を招来する可能性があり、その結果、社会生活が著しい危険にさらされることが懸念され、その結果、第二草案からはこれらを含めた法益の列举が姿を消す。しかし、結論においては運命をともにしていたはずのこの2つの利益が、一方では自由が BGB 823条1項の保護法益に含まれ、過失による自由侵害が肯定され、他方、名誉ないしは信用については BGB 824条という形で別の規定となったとはいえ BGB 823条1項の保護法益から除外されるという異なった道をたどったことは興味深い。このことには名誉ないしは信用保護の拡張によって逆に自由が必然的に制限されなければならない局面が出てくること、すなわちそれらの保護を広く認めることによって自由主義経済下における経済生活の危殆化へのおそれが顕著に表れていると見ることが可能ではなからうか。このことは BGB 824条では財産損害を導く限りで、すなわち財産的利益の保護の範囲でのみ名誉ないしは信用の保護を認めている反面、名声がより大きな財産的価値をもつ場合には BGB 824条のみならず競争相手からの侵害からそれを保護する BGB 826条や不正競

争防止法によっても保護される可能性があったこと、またヴィーアッカー *Wieacker* が指摘するように、BGB 起草当時既に時代遅れになっていた経済自由主義の優位が BGB そのものに反映していることから裏付けられよう<sup>280)</sup>。いずれにせよ、ギールケらによって既に権利概念として構築されつつあった広範な人格権概念に含まれ得る自由、名誉という2つの利益どうしが衝突する局面がここでは問題となっていたのである。それゆえ自由や名誉などをともに包括する ギールケによれば、人格に関わる財産的利益や観念的で非財産的な利益などを包括的に含む 人格権を保護するあるいは823条1項による保護を与えることなど到底不可能であり、広範さを危惧され得る人格権概念は法典の中で議論の俎上にのぼることなく、それが含む専ら個別的な利益ないし法益の保護が、BGB 823条1項において名誉のみを外した形で図られることとなったと考えることができよう。

第二に考えられるのは、当時考えられていた人格権概念の本質である。すなわち人格権概念の発展過程において人格権概念は、既に前章で見たようにがんらい人間の活動保護を目的とする権利であり、その保護の必要性が生じた局面で用いられる権利であると考えられていたということである。その一つの到達点で、ガーライスによる人間の活動保護権としての人格権(個人権)概念であり、ギールケ・コーラーの、それにとどまらない広範な人格権概念であり、このうち、ガーライスの見解が、明確に実定法に根拠を置いたものとして当時の学界に広く受け入れられていたことは既に述べた。

このことからすれば起草過程においては多くの委員らによって人格権という権利概念は、人間の活動保護を目的とする権利概念であり、そしてその保護は既に著作権法などといった特別法によってある程度の保護が図られており、敢えて BGB で規定する必要はなく、その構想の外に置かれていた可能性も否定できない。生命、身体などの利益は当時の人格権概念には含まれると考えられていなかったがゆえに、起草過程でそうした利益の保護に関する議論が生じて、そのような性質を有する人格権概念が俎上



にのぼらないことは当然の帰結であり得る。確かに、生命や身体などについての権利をそもそも権利概念として認めるべきかどうかという議論の錯綜がそれに作用していたことも考えられるが、BGB 以前的人格権概念の発展過程を眺めるときには、起草過程における生命、身体などの利益の保護に際して、結局、人格権という権利概念が問題とはならなかったことは、人格権概念がそのような利益を含む、すなわちいわゆる人間の存在保護にかかる部分をフォローする権利概念であるとは考えられていなかったことが基礎となっている可能性も否定できないのである。このことは、次章で述べる BGB 施行後の裁判実務や学説の動きを見れば、なお明らかになる。

第一の見方は、人格権概念が広範な概念（ギールケ・コーラーの到達点）であるがゆえにその保護を図ることが念頭に置かれなかったため、第二の見方によれば人格権概念がまさに人間の活動保護を目的とした権利概念として捉えられていた（ガーライスの到達点）がゆえに起草過程における議論では人格権概念が一度の言及を除いて現れなかったとするものである。果たしていずれの見方が人格権の生成・発展過程全体から見るならばより適切なのであろうか。もちろんいずれの見方も否定はできないが、BGB も含めた当時の法状況に鑑みて、これらの見方を統合的に考えることは可能であるように思われる。すなわち、結果的に、BGB で恐れられたのは広範な人格権概念の導入に伴う経済活動の縮小化であり、BGB 以前の特別法で十分に考慮されたのは人格権を人間の活動保護権と捉えることによる経済活動の保護である。すなわち、一連の特別法の整備や BGB の起草過程は、自由主義的思想に裏打ちされた一種の産業保護が貫徹したものであり、結果的に人格権概念が人間の活動保護に資する権利概念として性質を決定されてゆく過程であったと考えられる。つまり、BGB の起草過程も生命や身体など人間の存在に関わる利益を人格権として構成せず、生命や身体、健康、自由などといった利益を保護法益として列挙しつつ限定的に保護するにとどまり、ひいてはそれらが権利として認められるかどうかも留保したことから、その反面において結果的には人格権に人

間の活動保護としての意味を与えることとなったと評価することができるように思われるのである。

BGB 起草過程における人格権概念の取り扱いに関して、シュレヒトリーム *Schlechtriem* は、立法者はこうした状況を総合的に勘案した上で、漠然とした概念である人格権のその他の内包の個別具体化については結果的にそれを司法に委ね、それに特別な個々の人格権を創造する可能性のみを与えることとなったと指摘している<sup>281)</sup>。その一方で、ジーマンは人格権概念に対する立法者の消極的な態度を、先の権利領域論から証明することを試みている。すなわち、彼は立法者の「権利領域」の定義から『いわゆる人格権』は保護に値する個人から積極的に発展したのではなく、考えうる被害者から消極的に発展した<sup>282)</sup>とし、権利領域思想は単に侵害の諸構成要件の明確な概念的理解に資するに過ぎないのだとする<sup>283)</sup>。更に、所有権については BGB 903条のような明確な定義規定があるにも関わらず、人格権についてはそのような規定はなく、その意味においては所有権は人格権に対して優位に立つものであり、このことは BGB においては個人の権利が所有権から、すなわち支配権思想から理解されていることを表していると指摘している<sup>284)</sup>。確かに権利領域の思想では、個人の権利としてまず物権や債権という財産権が挙げられている。個人はまずその財産権の領域で活動し、利益を得るのである。ジーマンは権利領域の思想によればこの利益を保護しようとするときに初めて「物についての権利のように……いかなる者に対しても侵害を禁止することによって保護される『いわゆる人格権』」が観念されるのだとする<sup>285)</sup>。ジーマンが指摘するように、支配権たる所有権を軸に組み立てられた BGB の権利体系の中に、支配権としては構成し難い人格権概念を取り込んで明確にその保護を図ることはやはり困難であったと思われ、このことも人格権概念がはっきりと定義されず、それに関わる規定が置かれなかったことの要因として考慮されるべきであろう。

従来、BGB の起草過程において人格権概念は、その中に含まれるいく

つかの個別的利益が保護法益として列挙されたに過ぎないという点において、そして人格権そのものについて積極的な定義規定が置かれなかったという点において、消極的な取り扱いを受けたに過ぎなかったと指摘されてきた。しかし、人格権概念の生成と展開の過程からするならば、既に指摘したように、BGBの起草過程は従来の「人格の権利」などといった抽象的な権利概念を、実定法との関係では「人格権」という権利概念に、「人間の活動保護」権として性格を与える一つの契機を形成したと評価することができるように思われる。

- 1) 人格権に関する総合的な研究としては、栗生武夫『人格権法の研究』(1929年 弘文堂)、宗宮信次『名誉権論』(1939年 有斐閣)、三島宗彦『人格権の保護』(1965年 有斐閣)、斉藤博『人格権法の研究』(1979年 一粒社)、同『人格価値の保護と民法』(1986年 一粒社)、五十嵐清『人格権論』(1989年 一粒社)、同『人格権法概説』(2003年 有斐閣)などがある。
- 2) 比較的近時のものとして、福岡地田川支決平成10年3月26日判時1662号131頁、津地上野支決平成11年2月14日判タ1037号243頁・判時1706号99頁、水戸地決平成11年3月15日判時1686号86頁など。
- 3) 比較的近時のものとして、名古屋高金沢支判平成10年9月9日判時1656号37頁(志賀原子力発電所建設差止請求事件控訴審判決)、仙台高判平成11年3月31日判時1680号46頁(女川原子力発電所運転差止請求訴訟控訴審判決)、福井地判平成12年3月22日判タ1043号259頁(「もんじゅ」民事訴訟第一審判決)など。
- 4) 比較的近時のものとして、東京地判平成11年6月22日判タ1014号280頁(小説「石に泳ぐ魚」件第一審判決)、東京高判平成13年2月15日判時1741号68頁(同・控訴審判決)、最(三)判平成14年9月24日判時1802号60頁(同・最高裁判決)など。
- 5) 比較的近時のものとして、最(一)判平成12年1月27日判時1703号131頁など。
- 6) 比較的近時のものとして、名古屋地判平成10年11月13日判タ1025号247頁など。
- 7) 比較的近時のものとして、津地判平成11年5月11日判タ1024号93頁など。
- 8) 三浦正広「現代社会における人格権 情報社会と法システムの自律」青山法学論集38巻3・4合併号(1997年)356頁以下。
- 9) 最(大)判昭和56年12月16日民集30巻10号1369頁以下参照。但し、判決の多数意見では人格権概念については触れられていない(人格権に基づく差止請求自体が不適法なものであるとして上告を棄却した)。しかし、控訴審判決(大阪高判昭和50年11月27日民集35巻10号1881頁以下)が「……人格権の外延をただちに抽象的、一義的に確定することが困難であるとしても、少なくとも前記のような基本的な法益(名誉、肖像、プライバシーあるいは著作権等:引用者注)をその内容とするものとして人格権の概念を把握することができ、……差止請求の根拠として人格権を承認する実益も認められる……」としていたため、

団藤裁判官らの反対意見が付されるに至った。団藤裁判官は、人格権について「どこまでを権利として、ことに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」とし、環裁判官は、「法的安定の要請の見地から」人格権を承認し、その権能に基づいて差止請求をなし得ることを否定した。

- 10) 最(大)判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。
- 11) その後の最(三)判昭和63年2月16日民集32巻2号27頁(氏名日本語読み訴訟最高裁判決)も、氏名の保護について「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」(28頁)と述べるにとどめ、人格権そのものについては言及していない。
- 12) 加藤和夫・法曹時報41巻9号(最高裁判所判例解説)(1989年)210頁は、「本判決は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り、……生命、身体、名誉のほかにかなる人格的利益につきかかる差止請求権が認められるかは、今後の問題というべきであろう」として本判決でもって人格権の内容が明らかにされているわけではないことを示しており、野山宏・ジュリスト1137号(1998年)101頁は、最(一)判平成9年12月18日民集51巻10号4241頁が私道通行権を「人格権の権利」とし、「人格権」とはしなかったことについて、北方ジャーナル事件最高裁判決で人格権の定義が明らかにされていないがゆえに「人格権」という概念を用いることが回避されている可能性を示唆している。
- 13) 五十嵐・人格権法概説2頁参照。また大塚直「人格権に基づく差止 他の構成による差止請求との関係を中心として」民商法雑誌116巻4・5号(1997年)536頁は、生活妨害の場合の人格権に基づく差止の法律構成について人格権構成と物権構成との併用を唱え、その根拠を「人格権概念の外延は不明確であり、……生活妨害の場合については、被害が多種多様に互るので、特に深刻な問題があるところから、その不明確性を物権によって補う必要がある」点に求め、人格権概念の不明確性を既に前提としている。
- 14) 大塚・前掲502頁、同「保護法益としての人身と人格」ジュリスト1126号(1998年)42頁。
- 15) 学説においても、差止という法的効果から人格権を検討するものがほとんどである。比較的最近のものとして、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察 物権の妨害排除請求と不法行為に基づく請求との考察 (一)~(八・完)」法学協会雑誌103巻4・6・8・11号(1986年)、104巻2・9号(1987年)、107巻3・4号(1990年)、同・人格権に基づく差止請求、同「人格権に基づく特定の救済(第62回日本私法学会ワークショップ)」私法61号(1999年)、五十嵐「人格権侵害と原状回復」札幌法学4巻1・2号合併号(1993年)、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七〇九条についてのスケッチ」民商法雑誌116巻4・5号(1997年)、藤岡康弘「人格権」同編『新・現代損害賠償法講座 第2巻』(1998年 日本評論社)など。
- 16) 吉田克己『現代市民社会と民法学』(1999年 日本評論社)251頁。
- 17) 五十嵐教授も、人格権を「主として身体・健康・自由・名誉など人格的屬性を対象とし、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」と把握している(五十嵐・人格権論7頁,同・人格権法概説10頁)ものの、「人格権の意義が多岐にわたるため、その体系的分類は困難である」(同・人格権論11頁)とし、(対象を限定して)人格の精神的側面のみ着目した「類型」化を試みている。また斉藤教授も「人格価値のさまざまな側面、これまでその侵害を通じて浮き彫りにされてきた人格価値の諸側面」(斉藤・人格価値の保護と民法38頁)を検討している(なお、斉藤教授の「諸側面」には生命・身体・健康などの身体的側面も含まれている)。

- 18) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4(1976年)76頁,97頁以下。
- 19) 本判決の評釈については、斉藤博「判批」法学教室216号(1998年)94頁以下、池田恒男「判批」判タ983号(1998年)63頁以下、田中康博「判批」判例評論474号(1998年)199頁以下、阿部正幸「判批」判タ1005号(1999年)52頁以下(平成10年度主要民事判例解説)、吉田「判批」民商法雑誌120巻6号(1999年)162頁以下、多田利隆「判批」私法判例リマークス(18)(1999年)18頁以下などがある。
- 20) 本判決の評釈については、石田剛「判批」判例評論501号(2000年)198頁以下、今泉秀和「判批」判タ1065号(2001年)48頁以下(平成12年度主要民事判例解説)などがある。
- 21) 私道通行権と人格権との関係を整理・検討したものと、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(2000年)がある。
- 22) 岡本詔治「建築基準法上の私道と通行の自由権」島大法学35巻4号(1992年)参照。
- 23) 吉田・前掲判批参照。
- 24) 例えば、山本敬三「人格権 北方ジャーナル事件」民法判例百選(第5版)(2001年)17頁は、人格権は憲法13条に基礎を持つ基本権であると指摘している。
- 25) 吉田・前掲書139頁及び244頁,同「憲法と民法 問題の位相と構造」法律時報76巻2号(2004年)参照。
- 26) 広中俊雄『民法綱要 第一巻 総論上』(1989年 創文社)参照。広中教授は、市民社会に成立する基本的諸秩序として、まず「財貨秩序」、「人格秩序」を挙げ、に属するものとして「財貨帰属秩序」、「財貨移転秩序」、その外郭秩序として「競争秩序」、の外郭秩序として「生活利益秩序」を設定している。
- 27) ドイツ連邦通常裁判所は1954年5月25日判決(BGHZ 13,334)で初めて明確に一般的人格権を承認し、以後、一般的人格権はドイツ民法学に定着していった。
- 28) 五十嵐=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」戒能通孝=伊藤正己編『プライバシー研究』(1962年 日本評論社)がドイツ判例における一般的人格権の承認について本格的に取り上げたわが国最初の論文である。その後、1963年には比較法学会で人格権をテーマとして、比較法の立場から各国の人格権法の状況が議論され(比較法研究24号〔1963年〕所収の各論文参照)、1965年には各国の人格権法を詳細に検討した三島・前掲書が現れている。もっともこれらより先に、戒能通孝「人格権と権利侵害の類型化」法律時報27巻11号(1955年、後に『戒能通孝著作集 人権』〔1977年 日本評論社〕に収録)が名誉毀損の観点から人格権の保護にアプローチを試みている。その後、戒能博士は「プライバシー権とその保障」民商法雑誌39巻1・2・3号(1959年、後に戒能・前掲書に収録)を著し、それらはプライバシー権に関するわが国における先駆的業績をなしている。

## ドイツにおける人格権概念の形成(1)(木村)

- 29) 近時では、特にドイツにおける人格権侵害に対する金銭賠償をめぐる議論を紹介するものがある。例えば、窪田・前掲のほか、同「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償請求権の役割 BGHのカロリーヌ・モノコ女王事件判決をめぐる状況」ジュリスト1199号(2001年)、中村哲也「人格の商品化とドイツ不法行為法 カロリーネ・フォン・モノコ事件をめぐる」法政理論33巻2号(2000年)、同「人格権侵害と財産的損害 BGH マルレーネ・ディートリッヒ判決をめぐる」法政理論35巻1号(2002年)などがある。
- 30) 今日ではインターネットの普及に伴う国境を越えた人格権侵害という事象も生じている。国際私法的な問題も含めてこれを論じるものとしてはさしあたり vgl. *v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet*, 2001.
- 31) 三島・前掲書、斉藤・人格権法の研究、五十嵐・人格権論など参照。
- 32) 藤岡・前掲40頁参照。藤岡教授はドイツにおける一般的人格権概念は、絶対権侵害を機軸とするドイツ民法の構造を前提としてよりよく理解できるものであり、その有用性は肯定するとしても、わが国における人格権概念の意義はわが国の実定法秩序の中で問われればよいとする。
- 33) 斉藤・人格権法の研究3頁以下参照。
- 34) このことは *Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert*, 1962, S. 80 も指摘するところである。
- 35) *Gottwald, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell*, 1996, S. 18.
- 36) 16~18世紀の人格権論については、*Herrmann, Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16. 18. Jahrhunderts*, 1968、とりわけ19世紀については *Leuze, a. a. O.* S. 46 ff., *Scheyhing, Zur Geschichte des Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert*, AcP 158, 1959/1960, S. 503 ff. に詳しい。
- 37) ドイツ著作権法の発達についての詳細は *Gieseke, Die Geschichte des deutschen Urheberrecht*, 1957, v. *Gamm, Urheberrechtsgesetz*, 1968, Einführung S. 39 ff. など参照。既にわが国にもドイツにおける著作権概念の展開について詳細に検討したものとして、半田正夫「著作権の一元的構成について」同『著作権法の研究』(1971年 一粒社)がある(同『著作権法概説(第11版)』〔2003年 法学書院〕14頁以下、106頁以下に端的にまとめられている)。なお、本稿の検討の対象はドイツ法であるので、他の諸外国の著作権制度については触れないが、英米における著作権制度の発達については、白田秀彰『コピーライトの史的展開』(1998年 信山社)が詳細な検討を行なっている。
- 38) *v. Gamm, a. a. O.* S. 40 はこれを産業上の観点によるものであるとする。また、*W. H.ブリュフォード(上西河原章訳)『十八世紀のドイツ(第2版)』*(2001年 三修社)264頁は、これについて「宗教改革以後、指導的な国家の間に存在していた国家検閲は、個々の国家によって特定の書物に短期間許された『特典』の制度を用いて、その書物に対する需要がたいしてない間だけ出版者に一定の保護を与えていた」とする。なお、特権制度については *Kohler, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, 1907, S.32 ff. に詳しい。
- 39) 勝本正晃『日本著作権法』(1940年 巖松堂書店)18頁以下によれば、そのザクセン法で



は、出版者が法律によって保護を受けるためには、著作権を正当に取得したことを要すべき旨が定められていたに過ぎない。

- 40) ブリュフォード・前掲書260頁参照。
- 41) 当時の書籍市場をめぐる状況については、マックス・フォン・ベーン(飯塚信雄ほか訳)『ドイツ十八世紀の文化と社会 ゲーテ時代の社会的背景 (第2版)』(2001年三修社)19頁以下(永井義哉訳)に詳しい。
- 42) 成瀬治=山田欣吾=木村靖二編『世界歴史大系 ドイツ史2 1648年~1890年』(1996年山川出版社)149頁(坂井榮八郎執筆)。
- 43) 同前149頁によれば、文芸図書の流通数は1740年には市場全体の6%に過ぎなかったが、1800年には22%に上っている(反面、神学関係図書は1740年には39%だったものが、1800年には14%に落ち込んでいた)。またこうした書籍数の増加傾向には、ラテン語書籍の衰退とそれに対するドイツ語書籍の増加が作用しているとも指摘されている(これについてはベーン・前掲19頁以下〔杉浦忠夫訳〕参照)。
- 44) 成瀬ほか・前掲書149頁(坂井執筆)は、1774年に初めて出版されたゲーテ『若きヴェルテルの悩み』を例にとって海賊版の流通の飛躍的な増大を示している。すなわち、初版(1774年)には発行部数1,500に対して海賊版3,500部、2版(1775年)の発行部数3,000に対して海賊版1,000部といった具合である。
- 45) ブリュフォード・前掲書265頁以下参照。なお当時、「国家や都市は、ギルド規制に服さない印刷所を取締り、一般的には比較的大きな都市にしか印刷所の設立を許可しなかった(が)、海賊版が利益になるという事態になれば、たちまちこれらの取締り対策はぜんぜん効果がなくなった」という(ブリュフォード・前掲書264頁)。
- 46) *Olenhusen*, Recht auf geistiges Eigentum und Raubdrucke, KJ 1970, S. 36. オーレンフーゼンは、こうした出版者・印刷者の要求が精神的所有権理論の発展、後年の著作権立法に対する大きな障害となったと指摘している。
- 47) *Simon*, Das Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen: Ein Entwicklungsprozess, 1981, S. 23.
- 48) ブリュフォード・前掲書265頁以下参照。
- 49) *Gottwald*, a. a. O. S. 22. 更にフープマン(久々湊伸一訳)『著作権法の理論 芸術のための法と哲学』(1967年中央大学出版部)124頁以下参照(原著は *Hubmann*, Das Recht des Schöpferischen Geistes: Eine philosophische-juristische Betrachtung zur Urheberrechtsform, 1954)。
- 50) この経緯については、半田・前掲論文9頁以下に詳しい。
- 51) *Simon*, a. a. O. S. 26. ジーモンはこれに関して、*Fichte*, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, 1791, S. 443 ff. を指摘している。
- 52) 詳細は半田・前掲論文10頁以下参照。
- 53) *Pütter*, Der Büchernachdruck nach Grundsätzen des Rechts, 1774. ここでは *Gieseke*, a. a. O. S. 91 ff., *Simon*, a. a. O. S. 24 f. を参照した。
- 54) *Rehbinder*, Urheberrecht. 12. Aufl., 2002, S. 14.
- 55) ライプツィヒは、フランクフルト・アム・マインと並ぶ当時のドイツにおける二大書籍



市場であった。

- 56) 白田・前掲書198頁。
- 57) Pütter, a. a. O. S. 25. ここでは Simon, a. a. O. S. 24 の引用による。
- 58) 半田・前掲論文13頁以下は、ピュッターの後、フェーダー Feder, エーラーズ Ehlers, ツェラ Cella らによって精神的所有権論が展開されたことを明らかにしている。
- 59) フープマン・前掲書126頁以下では、フィヒテ・ヘーゲルと並んでショーペンハウアー Schopenhauer も物所有権と精神的所有権の区別について詳しく述べているとするが、そこで引用されているショーペンハウアーの著作と思われる“Neue Parerga und Paralipomena”については今のところ未見である(そのため、ショーペンハウアーの精神的所有権論についてはフープマン・前掲書126頁以下を参照されたい)。なお、ショーペンハウアーの著作には Parerga und paralipomena: kleine philosophische Schriften, Zweiter Band, 1851. (ここでは A. Schopenhauer, Parerga und paralipomena: kleine philosophische Schriften II, 1986, S. 589-650 に再録されたものを用いている。このショーペンハウアーの著作については、秋山英夫訳『ショーペンハウアー全集14 哲学小品集( )』(1973年白水社)がある)があるが、“Über Schriftstellerei und Stil”と題されたその第23章において、ショーペンハウアーは「書物は著作者の思想の写し Abdruck 以上のものではあり得ない」とした上で、思想の価値の所在はその素材(それについて著作者が考えたものそのもの)と形式(著作者はそれをどのように考えたのか)のいずれかにあるとしている(Schopenhauer, a. a. O. S. 594.)。これは、おそらく著作者とそれによって書かれた作品を好んで読む読者層の知的レベルの低下を嘆く文脈において叙述されたものであると思われるため(特に Schopenhauer, a. a. O. S. 589 ff.)一概には断じることはできないが、この区別はフープマン・前掲書126頁以下にあるような物所有権と精神的所有権の区別と脈を通じているようにも見える。
- 60) Fichte, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdruckes, 1793. ここでは, *Lauth und Jacob* (Hrsg.), J. G. Fichte-Gesamtausgabe, Werke Band 1, 1964, S. 405 ff. に再録されたものを用いている。なお、このフィヒテの見解についての詳細は、さしあたり半田・前掲論文14頁以下参照。
- 61) *Rehbinder*, a. a. O. S. 17. レーピンダーは *J. Frauenstädt* (Hrsg.), Aus Arthur Schopenhauers handschriftlichem Nachlaß, 1864, S.380 f. を引用している。
- 62) *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821. ここでは, G. W. F. Hegel Werke in zwanzig Bänden 7: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1978 に再録されたものを用いている(特に“Der Gebrauch der Sache”と題された S. 128 ff.)。このヘーゲルの著作については、高峯一愚訳『法の哲学』(論創社 1983年)などがある。
- 63) *Hegel*, a. a. O. S. 144 f. これについて, Simon, a. a. O. S.25 は「ヘーゲルは、すべての精神的生産物について、譲渡不可能な総体性・個別に売却できる部分を区別した」と評価している。
- 64) *ders.*, a. a. O. S. 147 f.
- 65) *ders.*, a. a. O. S. 149.

- 66) 周知のようにカントは法理論全体についても顕著な業績を残している。例えば *Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797* (これについては樽井正義 = 池尾恭一訳『カント全集11 人倫の形而上学』〔2002年 岩波書店〕がある) がそれに当たる。本稿ではそこで述べられていることがらと以下で検討するカントの「人格的な権利」との関係については検証できていない。
- 67) ここでは *Cassirer (Hrsg.), Immanuel Kants Werke, Band IV, 1973, S.211 ff.* に再録されたものを用いている。これについては、谷田信一ほか訳『カント全集13 批判期論集』(2002年 岩波書店) 36頁以下(円谷裕二訳)がある。
- 68) *Kant, a. a. O. S. 213.*
- 69) *ders., a. a. O. S. 216.*
- 70) *ders., a. a. O. S. 218.*
- 71) *ders., a. a. O. S. 217 f.*
- 72) *ders., a. a. O. S. 218.*
- 73) *Ebda.*
- 74) *ders., a. a. O. S. 221.*
- 75) *Rehbinder, a. a. O. S. 16.* もちろんこうしたカントの見解をもって、カントが著作権や出版権を人格権と考えているとする見方についてはかなり争いがある。これについては *Leuze, a. a. O. S. 86, Fußn. 26* 参照。
- 76) *Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 4.* ゲッティンクは、カントの人格理論を「……(カントは)人格の自律性の理論でもって自由や自己責任に対する権利を備えた個人を初めて哲学体系の中心へと動かしたが、そこではさまざまな財産的利益を持った具体的な個体としての人間を目指すのではなく、倫理的な原則という意味での『道徳的人格』という個人を超えた理性主体を目指した」(S. 4)と評し、更に「19世紀の哲学が特定した自律的人格のこうした理想像は、確かに民法ドグマに持続的な影響を及ぼした」(S. 5)としている。
- 77) *Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., 2000, S. 11.* ハッテンハウアーは、「人格」という語は18世紀後期に現れた造語であると指摘している。なお、ハッテンハウアーのこの主張は *ders., "Person" Zur Geschichte eines Begriffs, JuS 1982, S. 405 ff.* が初出と思われる。
- 78) *ders., a. a. O. S. 12.*
- 79) *Hegel, a. a. O. S. 100.*
- 80) *Ebda.*
- 81) *ders., a. a. O. S. 102 ff.* の所有論は明らかにこれを意識したものである。この経緯を正確に理解するためにはヘーゲルの設定する「人格」概念に深く立ち入る必要があるが、それは直接に本稿の目的とするところではないのでここではそれを端的にまとめている *Leuze, a. a. O. S. 39 ff.* を指摘するにとどめる。
- 82) *ders., a. a. O. S. 151.*
- 83) *Simon, a. a. O. S. 27* によれば、1794年のプロイセン一般ラント法995条以下、1294条以下では、著作権はまだ特権理論から保護されていたに過ぎない。同法における人格価値の保

護に関する規定については、斎藤・人格権法の研究22頁以下参照。

- 84) *ders.*, a. a. O. S. 27 によれば、バーデンラント法では精神的所有権が承認されていた。なお、18世紀には多くのラントにおいて、自国の印刷者が他国の保護に服している出版物の偽版を出版しても、それは国内産業の奨励という理由から公然と黙認されており、バーデンはその中でも最も悪質だったという(ブリュフォード・前掲書264頁参照)。
- 85) *ders.*, a. a. O. S. 27. バイエルン刑法典397条は「学問あるいは芸術作品をその著作者・相続人・著作者の権利を獲得した者の同意なく、印刷あるいは他の方法により複製することによって公共に認識させた者は、同一の所有権的形式に加工することを要せず、損害賠償とは別に、個々の印刷特権により、あるいはそれが無い場合にも警察刑法に含まれる規定により処罰される。」と規定していた。なお、バイエルンでは1840年4月15日法によって一般的著作権が承認されている。
- 86) *ders.*, a. a. O. S. 27. 更に半田・前掲論文24頁注40参照。
- 87) *Simon*, a. a. O. S. 28, *Rehbinder*, a. a. O. S. 14. なお *Simon*, a. a. O. S. 28 によれば、こうした明確な規定が置かれた理由として、1832年のハンバッハ祭の開催、1833年のフランクフルト襲撃事件など自由主義運動が非常に活発化したことを挙げている。自由主義的著作の偽版が出回ることによる自由主義思想の一般化が懸念されたことの表れであると考えられる。
- 88) *Rehbinder*, a. a. O. S. 12. 更にブリュフォード・前掲書264頁参照。
- 89) *Simon*, a. a. O. S. 28, *Rehbinder*, a. a. O. S. 14.
- 90) その間の立法への動きについては Vgl. *Rehbinder*, a. a. O. S. 14 f., v. *Gaum*, a. a. O. 39 ff.
- 91) BGBI. des Norddeutschen Bundes, S. 393.
- 92) この後にも1876年に造形美術の著作物に関する著作権法 *Kunsturhebergesetz* (RGL. S. 4), 無制限の複製に対する写真の保護に関する法律 *Gesetz betreffend den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung* (RGL. S. 8) が制定されている。
- 93) *Bluntschli*, Deutsches Privatrecht Bd. I, 1853, S. 188 ff. ブルンチュリは「第1編 人の権利 *Personenrecht*」の最終章(第6章)で著作権 *Autorrecht* について言及している。その主張の概要については半田・前掲論文26頁以下、更に *Simon*, a. a. O. S. 33 にも検討されている。
- 94) *ders.*, a. a. O. S. 189.
- 95) これについて *Leuze*, a. a. O. S. 91 は「ブルンチュリの場合には著作権の財産権的な構成要素が完全に姿を消している」とするが、半田・前掲論文27頁は「もちろんブルンチュリも著作物の有する財産的価値を看過していない。だが彼によれば第二義的な意味をもつものにすぎないものと解せられているようである」としている。
- 96) *Leuze*, a. a. O. S. 90.
- 97) *Lange*, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigentum, 1858, S. 40 ff.
- 98) *Beseler*, System des gemeinen deutschen Rechts, 2. Aufl., 1866, S. 321 ff. ベセラーは、ブルンチュリとは異なり「第2部 物権」の中の「第2章 所有権」の中で「いわゆる精神的所有権(著作権)」という独立した項目を立てて所説を展開している。なお、この部分に対応する初版(*ders.*, System des gemeinen deutschen Rechts, Band II, 1853)ではこうした領域への論及はなく、1866年の第2版で新たに追加されたものと思われる。その主張の概要

- については、半田・前掲論文27頁以下、更に *Simon*, a. a. O. S. 33 にも検討されている。
- 99) *Dahn*, Deutsches Rechtbuch, 1877, S.110 ff. *ダーン*は、*ブルンチュリ*と同様に「第2編 人の権利 *Personenrecht*」の最終章(第4章)で著作権 *Autorrecht* について言及している。その主張の概要については、半田・前掲論文28頁、*Simon*, a. a. O. S. 33. にも検討されている。
- 100) *Gareis*, Das juristische Wesen der Autorrechte sowie des Firmen-und Markenschutzes, Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrecht, Band 35, 1877, S.185 ff. 更に *Simon*, a. a. O. S. 37 f. 参照。ガーライスの理論の出発点は、いかなる人間も権利を有しており、その人格的属性を利用することができるというところにある。彼は人格に関連する要素に関する実定法上の規定を検討することを踏まえて、それを「個人権」として構成し、それに著作権などの権利が含まれるとした。
- 101) *Leuze*, a. a. O. S. 92.
- 102) *Simon*, a. a. O. S. 34. このジューモンの見解は、19世紀後半のドイツにおける「私的自治」概念の発達を意識したものと思われる。これに関しては、村上淳一「倫理的自律と私的自治」法学協会雑誌97巻7号(1980年)、同「近代ドイツの経済発展と私的自治 『営業の自由』を中心として」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(1982年 東京大学出版会)に詳しい。
- 103) 半田・著作権法概説113頁以下は、人格権と著作者人格権の間には大きな相違が見られ、これらを同次元で捉えることにはあまり意味がないと述べている。
- 104) *Leuze*, a. a. O. S. 52.
- 105) *v. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 334. なお、人格権に関わるサヴィニーの所説については、*Leuze*, S.46 ff., *Simon*, S. 173 ff., 齊藤・人格権法の研究30頁以下にも検討されている。
- 106) *ders.*, a. a. O. S. 334.
- 107) *ders.*, a. a. O. S. 338.
- 108) *ders.*, a. a. O. S. 335.
- 109) *Ebda.*
- 110) *ders.*, a. a. O. S. 336.
- 111) *ders.*, a. a. O. S. 336.
- 112) *ders.*, a. a. O. S. 336.
- 113) *ders.*, a. a. O. S. 336f.
- 114) *Vgl. Hattenhauer*, a. a. O. S. 10f.
- 115) *v. Savigny*, a. a. O. S. 336.
- 116) *Hegel*, a. a. O. S. 152. もっともここで「über」にどのような訳語を当てるべきかどうかは難しい。「自己についての権利」と訳することも可能であるからである。
- 117) 前節2. b) 参照。
- 118) *Götting*, a. a. O. S. 5f.
- 119) *ders.*, a. a. O. S. 6.
- 120) *Leuze*, a. a. O. S. 52, *Simon*, a. a. O. S. 178 f.

ドイツにおける人格権概念の形成(1)(木村)

- 121) *Puchta*, *Cursus der Institutionen*, 9. Aufl., 1881, Band I, S. 6 f. なお, 人格権に関わるプフタの所説については, *Leuze*, S. 52 ff., *Simon*, S. 178 ff., 齊藤・人格権法の研究32頁以下にも検討されている。
- 122) 齊藤・人格権法の研究33頁も同様の指摘をしている。
- 123) *Puchta*, *Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz?*, *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, Band II, 1829, S. 297.
- 124) *ders.*, *Institutionen I*, S. 50.
- 125) *Ebda.*
- 126) *ders.*, *Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz?*, S. 305 ff., *ders.*, *Institutionen*, Band II, S. 136 ff.
- 127) *ders.*, *Institutionen I*, S. 50.
- 128) 齊藤・人格権法の研究32頁。
- 129) *Leuze*, a. a. O. S. 56 f.
- 130) *Coing*, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte*, *Beiträge zur Rechtsforschung*, 1950, S. 202. もっとも, *Leuze*, a. a. O. S. 58 はこうした評価を適切ではないとする。
- 131) 石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』(1999年九州大学出版会)25頁参照。もっとも, ヴイントシャイトは1883年に第一委員会の委員を辞任しているため, その後の起草過程にどれほどの影響を与えたかは明らかではない。
- 132) *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 7. Aufl., 1891, S. 87.
- 133) *Seetzen*, *Der Verzicht im Immaterialgüterrecht*, 1969, S. 10.
- 134) *Windscheid*, a. a. O. S. 94.
- 135) *Ebda.*
- 136) *ders.*, a. a. O. S. 95.
- 137) *v. Sagviny*, a. a. O. S. 336.
- 138) *Leuze*, a. a. O. S. 62.
- 139) *Neuner*, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, 1866, S. 15 ff. ノイナーは, この著作の中で「人格の権利」についての叙述を「第2章 私法関係の種類」の冒頭に据えている。
- 140) *ders.*, a. a. O. S. 16 f.
- 141) *ders.*, a. a. O. S. 17.
- 142) *Hattenhauer*, a. a. O., S. 14., *Gottwald*, a. a. O. S. 12.
- 143) フランクフルト憲法(ドイツ帝国憲法)の詳細については, さしあたり高木八尺=未延三次=宮沢俊義編『人権宣言集』(1957年岩波書店)169頁以下参照。
- 144) *Hattenhauer*, a. a. O. S. 13.
- 145) *Simon*, a. a. O. S. 182.
- 146) *Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, 3. Teil, 8. Aufl., 1954, S. 339 ff.
- 147) *Coing*, *Zur Geschichte des Privatrechtssystem*, 1962, S. 73.
- 148) *Jhering*, *Passive Wirkungen der Rechte*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen*

- römischen und deutschen Privatrecht, Band 10, 1871, S. 387 ff.
- 149) *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 120.
- 150) v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, 1895, S. 702 ff. (ここでは、1936年に復刻されたものを用いている)。なお、ギールケの人格権論については既に齊藤・人格権法の研究38頁以下、特に著作権に関しては半田・前掲論文28頁以下においても検討されている。
- 151) 半田・著作権法108頁参照。
- 152) v. *Gierke*, a. a. O. S. 702 f.
- 153) *ders.*, a. a. O. S. 706.
- 154) *ders.*, a. a. O. S. 703.
- 155) *ders.*, a. a. O. S. 703 f.
- 156) *ders.*, a. a. O. S. 759.
- 157) 半田・前掲論文32頁(但し、ローマ法系のヨーロッパ諸国では多くの支持者を得ていたとする)。ドイツではアルフェルド *Allfeld*, Kommentar zu dem Gesetz vom 10.06. 1901 betreffend das Verlagsrecht, 1902, S. 21 ff. のようにギールケと同様に一元理論を採るものが存在した。なお、アルフェルドの見解に対する評価については *Simon*, a. a. O. S. 42 f. 参照。
- 158) v. *Gierke*, a. a. O. S. 708 ff. また、ギールケの人格権概念に含まれる種々の利益については、オットー・フォン・ギールケ(石尾賢二訳)『ドイツ私法概論』(1990年、三一書房)107頁以下にもその概略を見ることができる。
- 159) *Simon*, a. a. O. S. 188.
- 160) *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, S. 131.
- 161) *ders.*, a. a. O. S. 253 f.
- 162) *ders.*, a. a. O. S. 260.
- 163) Ebda.
- 164) この規範は、既にブルンス *Brunns* によって説かれていた。Vgl. *Brunns*, Encyclopadie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, 1. Theil, 2. Aufl., 1873, S. 330 f.
- 165) *ders.*, a. a. O. S. 702 f.
- 166) *Leuze*, a. a. O. S. 93.
- 167) *Simon*, a. a. O. S. 184.
- 168) *Gareis*, a. a. O. S. 187 ff.
- 169) *ders.*, a. a. O. S. 187.
- 170) Ebda.
- 171) *ders.*, a. a. O. S. 193.
- 172) *ders.*, a. a. O. S. 194. ここでガーライスはブルンスの見解(注164参照)を引用している。
- 173) Ebda.
- 174) *ders.*, a. a. O. S. 198 f.
- 175) *ders.*, a. a. O. S. 199 f.
- 176) *ders.*, Das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877, 1877, S. 19.
- 177) *Simon*, a. a. O. S. 184.

- 178) *Leuze*, a. a. O. S. 93.
- 179) *Kohler*, a. a. O. コーラーはこれ以外にも多くの著作において人格権を論じている(例えば *ders.*, *Das Autorrecht*, *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band 18, 1880, S. 129 ff.)。それらについては、さしあたり齊藤・人格権法の研究43頁注1を参照されたい。なお、コーラーの見解については齊藤・人格権法の研究42頁以下、半田・前掲論文34頁においても検討されている。
- 180) *ders.*, a. a. O. S. 1. *ders.*, *Zur Konstruktion des Urheberrechts*, *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd. 10, 1895, S. 248.
- 181) *ders.*, *Urheberrecht an Schriftwerken*, S. 1.
- 182) *ders.*, *Urheberrecht, an Schriftwerken*, S. 2.
- 183) *ders.*, *Urheberrecht an Schriftwerken*, S. 15.
- 184) 半田・前掲論文35頁も同じ見解を示している。
- 185) *Kohler*, *Urheberrecht*, S. 15.
- 186) *Ebda.*
- 187) 但し、コーラーはこの2つの権利は交錯し、お互いに密接に関連しているとも指摘している。Vgl. *Kohler*, *Zur Konstruktion*, S. 440.
- 188) *Kohler*, *Urheberrecht*, S. 21ff.
- 189) コーラーと同様に、著作権を無体財産権と見るのがレーゲルスベルガー *Regelsberger* である。彼は人格権についても言及しており、人格の権利を「すべての私権における第一の最も重要な権利であり、それは人間の最も高い利益を包括する」と定義する(*Regelsberger*, *Pandekten*, Band I, *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, herausgegeben von Karl Bindung, 1. Abteilung, 1. Teil, 1. Band, 1893, S. 198.)。そして、その人格の権利からは氏名、商号などに対する「個人権」と呼ばれるものが派生し、所有権侵害の際には被侵害者は人格権侵害訴権 *actio injuriarum* をも行使できるとする(S. 198 f.)。レーゲルスベルガーにおいても、やはりその「人格の権利」は氏名、商号などから所有権や債権までもを含むかなり広範な概念となっている(例えば、債権の侵害はその権利者の人格の侵害であるともされ、あらゆる権利には人格権が附随しているとみなされている)。なお、こうしたレーゲルスベルガーの見解については *Leuze*, a. a. O. S. 111f.、齊藤・人格権法の研究48頁にも検討されている。
- 190) *Simon*, a. a. O. S. 42., *Gottwald*, a. a. O. S. 25.
- 191) *Kohler*, *Das Autorrecht*, S. 67.
- 192) *ders.*, *Das Autorrecht*, S. 129f. *ders.*, *Urheberrecht an Schriftwerken*, S. 15.
- 193) *Simon*, a. a. O. S. 41.
- 194) 齊藤・人格権法の研究43頁参照。
- 195) *Kohler*, *Zur Konstruktion des Urheberrechts*, 1895, S. 241.
- 196) *Götting*, a. a. O. S. 7.
- 197) *Kohler*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Band 3, 1. Teil, 1915, S. 1.
- 198) *ders.*, *Lehrbuch*, S. 2.
- 199) 半田・著作権法概説107頁は、著作権領域における人格権概念の展開は、「19世紀のドイ



ツ私法全般に強い影響力を与えた人格権理論の展開に呼応して著作権の分野において主張されたものであり、いわば人格権理論の著作権的発現形態である」とするが、以上の経緯を見ればその指摘とは逆の結論が見出されよう。むしろ、当時の人格権概念はサヴィニーに見られるように一般的には否定的に捉えられているように思われるからである。

- 200) *Gottwald*, a. a. O. S. 27.
- 201) *Götting*, a. a. O. S. 7.
- 202) Vgl. *Simon*, a. a. O. S. 117 ff., 134 ff. 更に、産業上の権利保護全般については Vgl. *Hubmann/Götting*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 7. Aufl., 2002. とりわけ、競争法と人格権との関係については、フィケンチャー(丹宗昭信監訳)『競争と産業上の権利保護 西ドイツ競争制限禁止法の工業所有権法・不正競争防止法との関係についての考察』(1980年 六法出版社)144頁以下, 221頁以下参照。
- 203) フィケンチャー・前掲書154頁参照。
- 204) 更に、営業の保護に関しては、1896年5月27日に不正競争防止法が制定されている。BGB 起草とほぼ重なる時期に制定された同法と BGB 不法行為法との関係については、錦織成文「ドイツにおける営業保護の法発展(上) 判例にみる民事不法二元論の一局面」判タ352号(1977年)4頁以下, 和田真一「ドイツの不法行為における権利論の発展(一) 判例法上の営業権を中心として」立命館法学204号(1989年)188頁以下参照。
- 205) なお、ここでは BGB12条(氏名権)に関しては取り上げない。12条の起草過程においては、上で述べたような点についての議論は 確認できる限りでは 存在しないからである。12条の起草過程については *Jakobs/Schubert*, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil §§ 1-240, 1. Teilband*, 1985, S. 67 ff. ただそこでは帝国司法庁準備委員会, 第二委員会, 連邦参議院, 帝国議会での議事録が抜粋された形でわずかに引用されているに過ぎない。
- 206) BGB 全般にわたる起草過程については、石部編・前掲所収の石部論文, 児玉寛 = 大中有信「ドイツ民法典編纂資料一覧」参照。本章の叙述は、特にこれらで明らかにされている BGB 起草の過程を参照にしながら進められている。なお、現行 BGB 823条1項に至る起草過程については、末川博『権利侵害論(第2版)』(1949年 日本評論社)150頁以下, 柳澤弘士「ケメラの民事不法理論(三) 不法行為法における行為不法理論と不法類型論についての覚書」日本法学31巻4号(1966年)142頁以下, 乾達明「不法行為法についての一考察(二) 違法性と過失をめぐって」法学論叢81巻6号(1967年)45頁以下, 平井宜雄『損害賠償法の理論』(1971年 東京大学出版会)338頁以下, 錦織成文「民事不法の二元性(一) ドイツ不法行為法の発展に関する一考察」法学論叢98巻1号(1975年)28頁以下, 同・判タ352号6頁以下, 斉藤・人格権法の研究59頁以下においても検討されている。
- 207) 略歴等については *Schubert*, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil*, 1980, Einleitung, S. XIII ff.
- 208) 石部・前掲24頁参照。

- 209) キューベル部分草案における不法行為法草案並びにその起草理由については vgl. *Schubert*, a. a. O. S. 653 ff.
- 210) *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III §§ 652 bis 853, 1983, S. 872 ff.
- 211) Redaktionsvorlage für den Redaktionsausschuß der I. Kommission von Pape (パーベによる第一委員会編集委員会宛て編集原案).
- 212) *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 888.
- 213) Zusammenstellung der sachlich beschlossenen Bestimmungen des Obligationenrechts nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der I. Kommission (第一委員会編集委員会決議暫定集成).
- 214) *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 889.
- 215) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der ersten Beratung der I. Kommission (第一委員会編集委員会草案).
- 216) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, 1888, S. 156 f., *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 891 f.
- 217) *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 890 f., Protokolle der [I.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1881-1889, S. 11862 ff. ここに採録された議事録によれば KE での焦点は主に予見可能性に関するものであったようである。
- 218) Motive 編纂の経緯については石部・前掲33頁参照。
- 219) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Deutsche Reich, Band II, S. 726., *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 405.
- 220) Motive II, S. 726., *Mugdan*, Band II, S. 405.
- 221) Motive II, S. 728., *Mugdan*, Band II, S. 406.
- 222) なお, これは *Simon*, a. a. O. S. 157 に「Motive I, S. 274」として引用されているものであるが, Motive I の該当箇所にこの記述は見当たらない。
- 223) BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E I nach den Beschlüssen der Vorkommission des Reichsjustizamtes (帝国司法庁準備委員会決議草案).
- 224) *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 893.
- 225) Protokolle der Vorkommission des Reichs-Justizamtes (帝国司法庁準備委員会議事録).
- 226) *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 893., Prot-RJA, S. 535.
- 227) 実際にはこの7つの提案の審議の後, 更に3つの提案が出されている。それらについては, Vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. II, Tit. 2 20, Abschn. III, IV, S. 574.
- 228) *Mugdan*, Band II, S. 1072 f., Protokolle II, S. 566 f (但し, *Mugdan*, Band II では Protokolle II, S. 2709 ff.). なお, 以下では *Mugdan* 所収の Protokolle II を特に「M-Protokolle II」と表記して前者と区別する。
- 229) Vgl. *Mugdan*, Band II, S. 1073, 1077., M-Protokolle II, S. 2711, 2725., Protokolle II, S. 567.

- 230) Protokolle II, S. 572.
- 231) *Mugdan*, Band II, S. 1073., *M*-Protokolle II, S.2711., Protokolle II, S. 567.
- 232) *Mugdan*, Band II, S. 1073., *M*-Protokolle II, S. 2711., Protokolle II, S. 567.
- 233) *Mugdan*, Band II, S. 1073., *M*-Protokolle II, S. 2711 f., Protokolle II, S. 567 f.
- 234) *Simon*, a. a. O. S. 161.
- 235) Protokolle II, S. 573. もっとも、占有は今日では BGB 823条 1項の「その他の権利」に含められることにより保護されている。Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, Schuldrecht• Besonderer Teil III, §§ 705-853, 4. Aufl., 2004, S. 1583 ff (Wagner).
- 236) *Mugdan*, Band II, S. 1076., *M*-Protokolle II, S. 2722., Protokolle II, S. 572.
- 237) *Mugdan*, Band II, S. 1076f., *M*-Protokolle II, S. 2722 ff., Protokolle II, S. 573 ff.
- 238) *Mugdan*, Band II, S. 1076., *M*-Protokolle II, S. 2722f., Protokolle II, S. 573. とは言え、彼らは当然に生命などの法益の列挙も維持することも求めている。しかし、それは必ずしも積極的なものではなく、自由と名誉の削除を食い止めようとする以上、それらと同様に列挙されている生命などの列挙を維持することが当然の帰結になっていたに過ぎないためと思われる。
- 239) *Mugdan*, Band II, S. 1076., *M*-Protokolle II, S. 2723., Protokolle II, S. 573.
- 240) Ebda. これに関して、StGB 186条は過失による名誉毀損を想定しておらず、故意の場合のみを規定しているに過ぎない。
- 241) *Mugdan*, Band II, S. 1077., *M*-Protokolle II, S. 2723., Protokolle II, S. 573.
- 242) *Mugdan*, Band II, S. 1077., *M*-Protokolle II, S. 2723 f., Protokolle II, S. 573 f.
- 243) *Mugdan*, Band II, S. 1077., *M*-Protokolle II, S. 2724., Protokolle II, S. 573.
- 244) BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E I nach der "Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches" von *Planck* (ブランクによる第二委員会決議暫定集成).
- 245) *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 898.
- 246) BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E I nach der "Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission" der 2. Kommission (第二委員会編集会議決議暫定集成).
- 247) *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 898 には「第二草案では同じ規定が746条となった」とあることから、2項の追加は EI-ZustRedKom によるものと考えられる。
- 248) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, I. Buch, Allgemeiner Theil, 1892, S. 135., *Jakobs/Schubert*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 898.
- 249) 現行824条へと連なる第二草案748条では「名誉」という文言は用いられていない。しかし、*Mugdan*, Band II, S. 1077., *M*-Protokolle II, S. 2724., Protokolle II, S. 574. は、第二草案748条の原型となった第一草案727条での審議を「名誉に関する」ものとしているし、*Gottwald*, a. a. O. S. 10 もこれを名誉に関する規定として捉えているので、ここでは以下で見る第二草案748条(現行824条)を名誉ないしは信用に関する規定と見て叙述を進める。
- 250) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, S. 135.

- 251) Ebda.
- 252) *Jakobs/Schubert*, *Recht der Schuldverhältnisse*, S. 1119. なお, 第一草案727条は「故意又は過失により違法行為によって他人から人的自由 *die persönliche Freiheit* を奪った者は, 自由を奪われている間その他人と法律関係にあり, その関係によって彼に対して法律上の扶養 *Unterhalt* 請求権を生じている第三者に対して, 自由を奪われたがゆえに扶養請求権が国内で首尾よく行使され得ない場合には, 損害賠償を給付する義務を負う。この損害賠償請求権へは723条 2項及び723条の規定がそれに応じて適用される。/その他, 損害賠償責任を負う者の義務は704条の規定により特定される。」という非常に複雑な構造を有する条文であった ( 本条の正文については Vgl. *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Erste Lesung, 1888, S. 162. )。また, 第一草案727条についての起草理由については Vgl. *Motive* II, S. 795ff., *Mugdan* II, S. 444ff
- 253) *Mugdan* II, S.CXXII f., *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Zweite Lesung, S. 135.
- 254) Ebda., *Jakobs/Schubert*, *Recht der Schuldverhältnisse*, S. 1118.
- 255) *Mugdan*, Band II, S. 1077., *M-Protokolle* II, S. 2724., *Protokolle* II, S. 574.
- 256) *Mugdan*, Band II, S. 1113., *M-Protokolle* II, S. 2830., *Protokolle* II, S. 630.
- 257) *Mugdan* II, S. 1113., *M-Protokolle* II, S. 2834., *Protokolle* II, S. 630.
- 258) *Mugdan* II, S. 1113., *M-Protokolle* II, S. 2835., *Protokolle* II, S. 630.
- 259) *Mugdan* II, S. 1113., *M-Protokolle* II, S. 2835., *Protokolle* II, S. 631.
- 260) これらの提案については, Vgl. *Mugdan*, Band II, S. 1114 ff., *M-Protokolle* II, S. 2836 ff., *Protokolle* II, S. 631 ff.
- 261) *Mugdan*, Band II, S. 1117 f., *M-Protokolle* II, S. 2848 ff., *Protokolle* II, S. 637.
- 262) Ebda.
- 263) Vgl. *Mugdan*, Band II, S. 1117 f., *M-Protokolle* II, S. 2849 ff., *Protokolle* II, S. 637 f.
- 264) Vgl. *Gottwald*, a. a. O., S. 9
- 265) *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und eines zugehörigen Einführungsgesetzes sowie eines Gesetzes, betreffend Änderung des Gerichtsverfassungsgesetze zur Civilprozesordnung und zur Konkursordnung*, In der Fassung der Bundesrathsvorlagen, Auf amtliche Veranlassung, 1898, S. 142.
- 266) Ebda., S. 143.
- 267) *Mugdan*, Band II, S. 1078., *M-Protokolle* II, S. 8494., *Protokolle* VI, S. 200 f.
- 268) 石部・前掲48頁, 児玉 = 大中 xi 頁 ( 児玉執筆 )。
- 269) *Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, nebst drei Anlagen, Dem Reichstage vorgelegt in der vierten Session der neunten Legislaturperiode*, 6., unveränderte Aufl., 1898.
- 270) 石部・前掲48頁, 児玉 = 大中 xi 頁 ( 児玉執筆 )。
- 271) *Denkschrift*, S. 149.
- 272) *Jakobs/Schubert*, a. a. O. S. 901.
- 273) *Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*

- und Einführungsgesetzes, nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, 1896, S. 57., Jakobs/Schubert, a. a. O. S. 899 f., *Mugdan*, Band II, S. 1297.
- 274) 彼が労働力の挿入を強く求めたのは、「長時間労働によって労働力特に若者が次第に蝕まれる」(Bericht, S. 57., *Jakobs/Schubert*, a. a. O. S. 900.) ことを懸念したためであった。
- 275) Bericht, S. 57., *Jakobs/Schubert*, a. a. O. S. 900.
- 276) Ebda.
- 277) Ebda.
- 278) *Mugdan*, Band II, S. 1073., *M*-Protokolle II, S. 2711 f., Protokolle II, S. 567 f.
- 279) 斉藤・人格権法の研究60頁以下参照。斉藤教授はその他にも、歴史法学の力未だ衰えぬ中で立法作業が進められていったこと、立法者が法的に規制する領域をできるだけ狭くして個人の自由な自己主張の場たる倫理的領域を保持しようとする理想に燃えたこと、BGBの編纂が19世紀の法典編纂期にあって最後になったということが個々の人格的利益を網羅的に扱う必要を立法者が感じなかったことなどを理由として挙げている。
- 280) ヴィーアッカー(鈴木祿弥訳)『近世私法史 特にドイツにおける発展を顧慮して』(1961年 創文社)582頁参照。
- 281) *Schlechtriem*, Inhalt und systematischer Standort des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, DRiZ 1975, S. 65ff.
- 282) *Simon*, a. a. O. S. 161.
- 283) Ebda.
- 284) *ders*, a. a. O. S. 162.
- 285) Ebda.