

322.3

Ku929z
8



0012876000

0012876-000

322.3-Ku929z

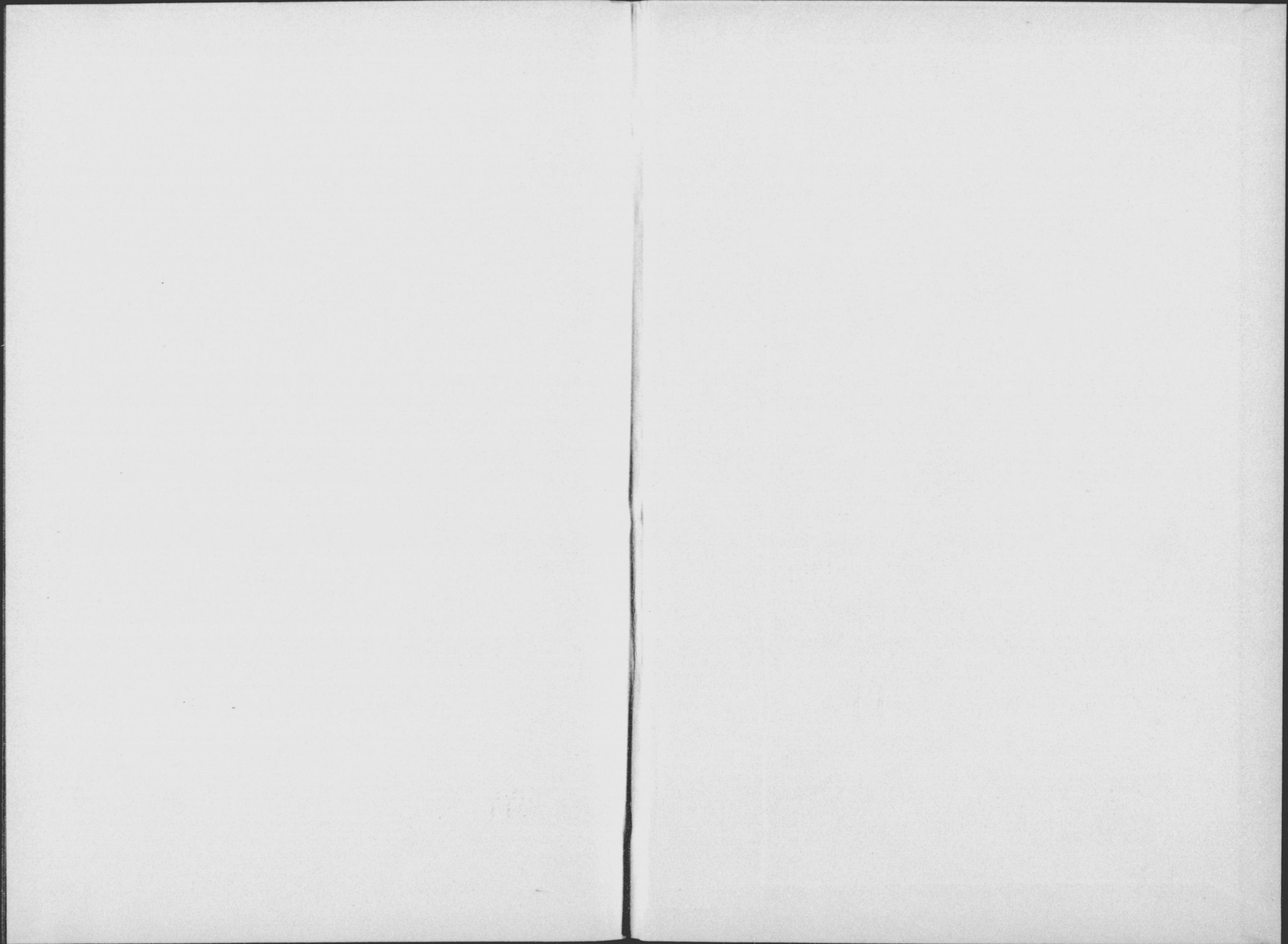
人格権法の発達

栗生武夫・著

弘文堂書房

1929

ACC



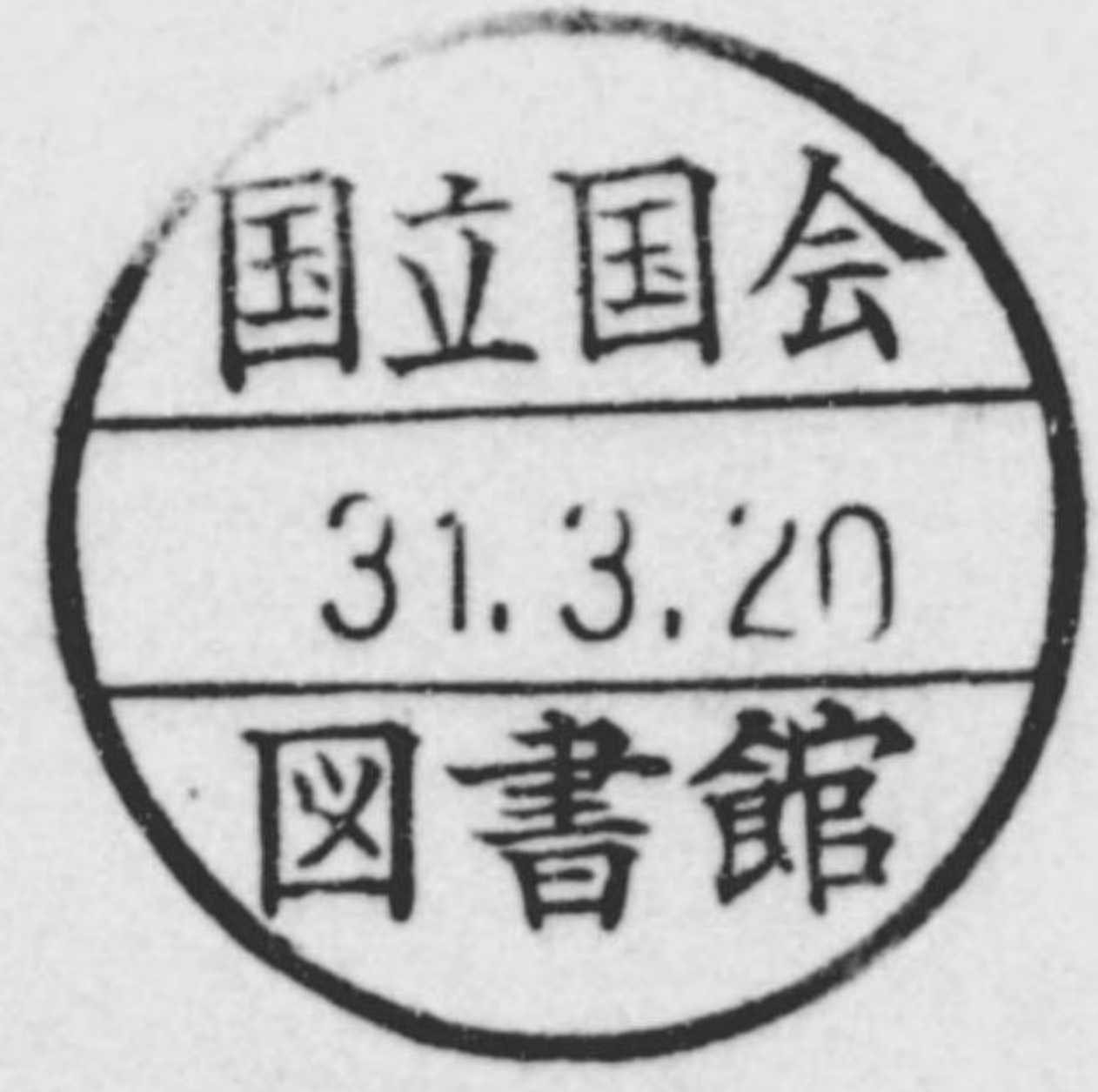
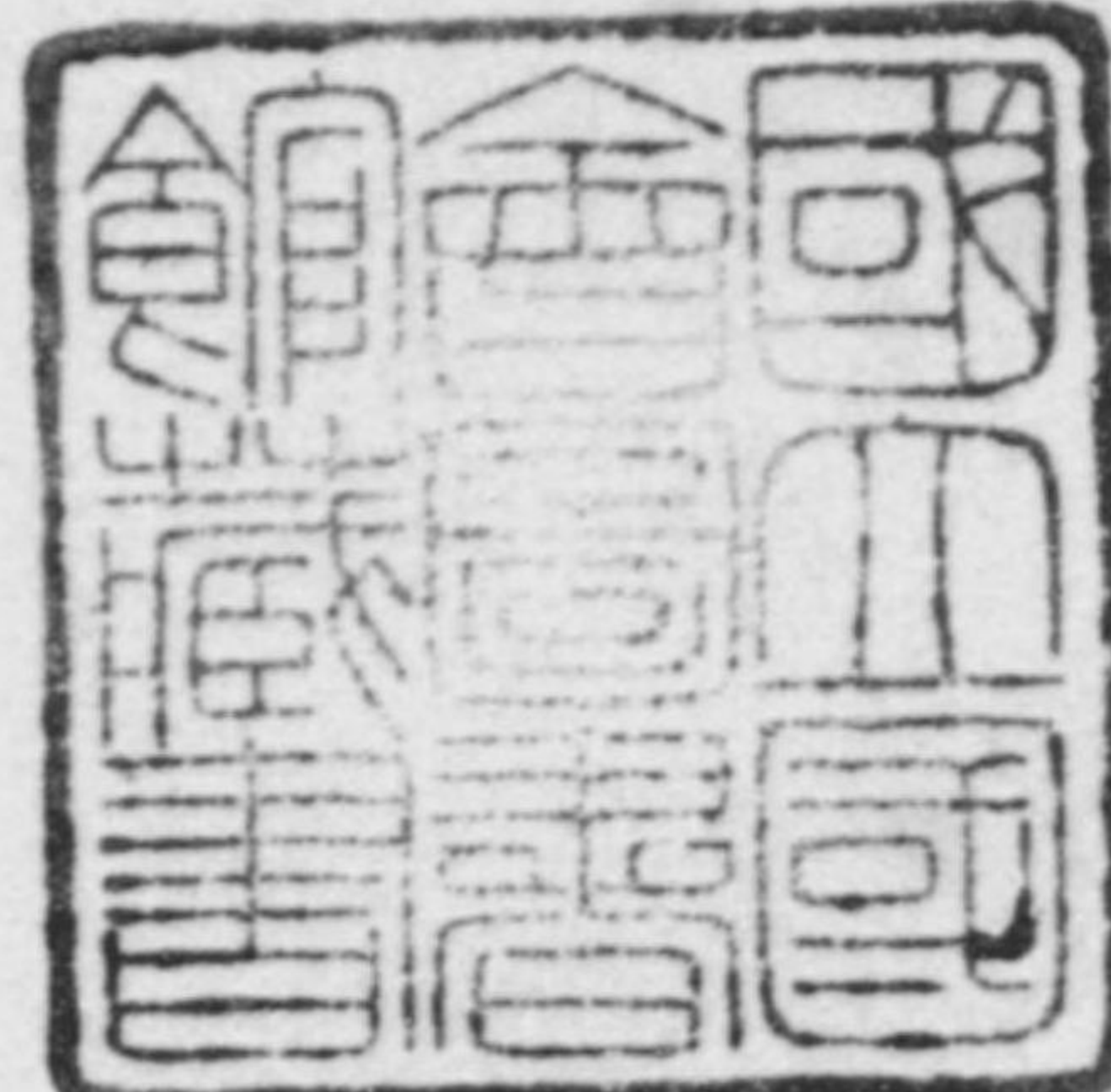
KI-2P-61

達人の法權發達

栗生武夫著

東京 弘文堂 東京

322.3 Ku9273



389777

東北帝國大學教授 栗生武夫

人格權法の發達

弘文堂刊行

恒藤 恭君にささぐ

序

個人主義的經濟秩序は、各人を利潤の追求者にした。計算器にした。賢明に利害を考へ、執拗に我利を主張する萬人對萬人の争鬪状態を、そこに現出させた。

私法上の損得計算も、従つて大いに緻密になつた。『受けた損害』ばかりでなく、『失つた利益』も損害だとし、『履行利益の喪失』ばかりでなく、『信賴利益の喪失』も損害だとし、『有形財の侵害』ばかりでなく、『無形財の侵害』も損害だとし、而してその各々に對して遠慮なく賠償を要求するに至つた。何ぞ保護に洩れたるはなきか、何ぞ賠償を受けざるはなきかと、狡猾に注意を拂つたため、相次いで新法益および新損害の發見となつたのである。

人格權は、十九世紀の利己心が發見した私權の新種類であつた。人格權法は、十九世紀の私法學が切り開いた私法の處女地であつた。續々新法益が發見された。人的利益といはれるものの數が、刻々殖えた。生命・身體・健康・肉體および精神の自由・名譽・貞操・信用・秘密・肖像・氏名、曰く何曰く何。而してその侵害に對しては、損害賠償を要求し、侵害に伴ふ無形之精神苦に對しても、慰藉料を求めた。賠償や慰藉料は、事後の救濟手段であるから、未だ以て私益の保護に足らないとし、豫防的手段の私力的なるものとして新たに緊急避難權を案出し、その公力的なるものとして大いに不作爲の訴を發達させた——すべて我慾の擁護のために。

本書は、個々の人的利益が、十九世紀利己心の動力に推されて、一々法の保護を受けるに至つた次第を、簡潔に要記しやうとしたものである。實例を獨瑞その他の

判例に取り、なるべく具體的に、斯法發達の經過および現状を示さうとも力めた。

東北帝國大學法文學部第一研究室にて

一九二九年元旦

栗 生 武 夫

内 容

序 説

個人主義と人的利益の發見——新法益の發見者としての Jhering (1—4)

第一節 生命の私法的保護

- 一 序説(四)
- 二 生命侵害——中世法上の生命侵害と近世法上のそれ(五—六)
- 三 遺族救済——中世法の團體主義と近世法の個人主義(八—九)
- 四 扶養請求權者の賠償請求——妻——未婚又は未成年の子——夫——自餘の扶養親族——次順位の扶養義務者ある場合(九—一七)
- 五 扶養期待權者の賠償請求(二七—一八)
- 六 契約上の扶養請求權者の賠償請求(一九—二〇)

七 勞務請求權者の賠償請求(二〇—二二)

八 相続分減少に基づく相続人の賠償請求(二一)

九 相続に基づく相続人の賠償請求——終身定期金又は他人に對する相続權を喪失したことに對し、死者自身損害賠償請求權を取得すと見る說——勞働收益の喪失に對しても損害賠償請求權を取得すと見る說——不明晰なる法律感情(二二—二四)

一〇 直接損害に基づく賠償請求——治療費・死體費(二五—二六)

一一 精神苦に對する慰藉料——獨法——佛法——瑞法(二六—三〇)

一二 要約——個人主義と遺族損害賠償請求權の分解(三〇—三二)

第二節 身體の私法的保護……………三二—四二

一 序説(三二)

二 身體侵害——不作爲に基づく身體侵害の例——手術の合法性(三三—三五)

三 賠償請求——治療費——失つた取得と將來失ふ取得——營業利益の喪失——

婚姻見込の減少(三五—四〇)

四 慰藉料請求——これを認める主義の普及(四一—四二)

第三節 健康の私法的保護……………四三—四五

一 序説(四三)

二 健康侵害——健康を危險にする行爲——不作爲による健康侵害(四三—四五)

三 賠償および慰藉料請求(四五)

第四節 自由の私法的保護……………四五—五〇

一 序説(四六)

二 自由侵害——侵害方法の種々(四六—四七)

三 賠償および慰藉料請求——自由回復費——利得喪失——慰藉料請求(四八—五〇)

第五節 精神生活の私法的保護……………五〇—五五

- 一 序説(五〇)
- 二 詐欺——詐欺の不法性——被害者の救済方法(五〇—五二)
- 三 助言・案内・紹介——原則として無責任——より善き知に反する報告・紹介——報酬を取つて報告する者および業として報告する者の責任加重(五二—五五)

第六節 貞操の私法的保護……………五五—六三

- 一 序説——嫁入りの訴とそれに対する非難(五五—五七)
- 二 貞操侵害——侵害方法の種々——不正手段と女子許諾との間の因果關係(五七—六〇)
- 三 不貞の抗辯——その廢止(六〇—六一)
- 四 賠償および慰藉料請求——侵害の場合と和姦の場合——慰藉料請求は本人に限る(六一—六三)

第七節 名譽の私法的保護……………六四—七四

- 一 序説(六四)
- 二 名譽侵害——その意義および種別——傳播と誇張——報告と批評(六四—六九)
- 三 名譽感侵害——その意義——表示侮辱と態度侮辱——諧謔——名譽感侵害の種別(六九—七二)
- 四 賠償および慰藉料請求——取消請求と謝罪請求(七二—七四)

第八節 信用および秘密の私法的保護……………七五—七九

- 一 序説(七五)
- 二 信用——その意義および侵害方法——労働者の信用(七五—七七)
- 三 秘密——私的・秘密と營業秘密——知得による侵害と漏洩による侵害(七七—七八)
- 四 賠償および慰藉料請求(七八—七九)

第九節 肖像權……………七九—八九

- 一 序説——請負による場合と然らざる場合——肖像權法制定以前の狀態(八〇—八二)
- 二 肖像權の侵害——違法阻却の場合——現代史的人物・行列中の人物・美術畫のモデル——默示の同意——漫畫——消極的禁止權に過ぎず(八三—八八)
- 三 賠償および慰藉料請求(八八—八九)

第十節 氏名權……………八九—九九

- 一 序説——命名目的——私權としての氏名權の史上出現(八九—九二)
- 二 氏名權侵害——不使用による侵害——使用による侵害——外觀上・呼稱上・觀念上の類似——混同の具體的危險——氏名平行——變名(九二—九七)
- 三 氏名の奪取——取引の安全のために氏名權の行使を制限(九七—九九)
- 四 賠償および慰藉料請求(九九)

第十一節 私力的豫防手段——自衛……………一〇〇—一〇九

- 一 序説——事前的豫防手段の必要(一〇〇)
- 二 正當防衛——受衛貨物の擴大、限定主義から一般主義へ——可侵貨物の擴大、客觀主義から主觀主義へ(一〇〇—一〇三)
- 三 對物防衛——その意義——受衛貨物の擴大と可侵貨物の擴大(一〇四—一〇五)
- 四 緊急避難權——その意義——その史上出現——緊急避難の許される場合——損害補償責任(一〇五—一〇九)

第十二節 公力的豫防手段——不作爲の訴……………一〇九—一一四

- 一 序説(一〇九)
- 二 適用範圍の擴大——ロオマ法・ドイツ普通法・プロイセン州法・フランス民法(一一〇—一一二)
- 三 不作爲の訴による人的利益の保護——すべての人的利益のためにこれを起

すことをう(一一二—一一四)

結論……………一一四—一二一

- 一 人格權法發達の動因としての個人主義——人的利益の個人化——被害中心の賠償請求——人的利益の増加——計算の精密化——豫防手段の發達——すべてみな利益の保護の完全のために(一一四—一一八)
- 二 人格權の社會化——肖像權法・氏名權法等にあらはれたる社會化傾向——『市民生活における忍容限界』(一一八—一二二)

人格權法の發達

序 説

イ 一九世紀に入つてから、私法は、私益の番兵としてのその任務を、未だ十全に盡しきつてゐないことを發見した。私法の保護に洩れた私益あり、もしくは私法の保護の十分ならざる私益あることを發見した。『人的利益』がそれである。

もちろん前代の法律秩序も、生命や身體自由や名譽を、重大な法律貨物として厚く保護はしてゐたが、その方法は、私法的でなくして、刑法的乃至警察的であつた。ただ國家が、人的利益の侵害者を處罰しただけで、被害者自身は加害者に對し、私訴を提起することをえず、不作爲の請求權も損害賠償の請求權もなかつた。況んや精神苦に對する慰藉料などは認められてゐなかつた。

ロ 十九世紀は、私人が私益に眼ざめた時代である。自利の主張に鋭敏になり、錢

勘定に正確になつた時代である。利益は洩さず拾つて一々法の保護を求め、損害は限なく數へてそれぞれ賠償を求めるに至つた。そこで初めて、私益にして未だ私法の保護なき人的利益なるものあることを發見し、有形財の侵害に對して損害賠償あるごとく、人的利益の侵害に對しても、また救済なかるべからずと叫ぶに至つた——

最初の叫びは、あの利益法學の創設者であり新富者の巧妙な代辯人であつた Rudolf v. Jhering から上げられた。いはく——『有形財のみが法律保護の對象であらうか？無形の精神的貨物が無視されていいであらうか？從來の裁判官は、財布の利益 (Interesse des Geldbetrags) のみを保護してきた。一步財布を離れると、法律保護からも離れるごとく考へてきた』¹⁾と。彼は利益の地平線を大いに廣げて、無形利益をも含ましめ、一切の私益を、私法的保護の光りに浴せしめんことを期したのである。

1) Jhering, Ein Rechtsgutachten, in seinen Jahrb. 18, SS. 44, 49.

ハ 質實な法源探求者 Bruns へ、同時代の人々が、精神的利益の侵害を不法行爲と見てゐないことに、不平をもつた。いはく——『有形財は手段に過ぎない、享樂のため的手段に過ぎない。手段の破壊だけが不法行爲で、目的の破壊、すなはち享樂自体に對する直接侵害が、どうして不法行爲でないのであらうか』¹⁾と。Gust. Lehmann, Pfaff, Strohal, Gierke²⁾らも、それぞれの立場から、人的利益の保護されざるべからざることを痛論した。

- 1) Bei Holzendorff's Encyklop die d. Rechtsw. 3. Aufl. (1877), S. 410.
- 2) Gust. Lehmann, Die Schutzlosigkeit d. immateriellen Lebensgüter.
- 3) Zit. bei G. Lehmann, S. 41 f.
- 4) Gierke, Deutsches Privatr. I. 702 ff.

ニ 立法においては、プロイセン州法、ザクセン民法、オオストリア民法等、多かれ少

かれ、この問題に留意した。ドイツ民法・スイス民法に至つて、ほぼ完全な保護方法の樹立となつた。ドイツ普通法の判例とフランスの判例とが、人的利益保護の擴大史に功献したことは非常であつた。

ホ 本書は、我慾の防禦を任務と考へた十九世紀の私法學が、いかなる人的利益をいかに保護しつつ以て今日に至れるを叙することを以て任とする。

第一節 生命の私法的保護

一 序 説

生命侵害の場合は、他の人的利益侵害の場合と異り、被害者自身の救済でなくして、遺族の救済が問題となる。いま他人に近親を殺されて扶養者を失つた遺族を救済するために、立法者の講じ來つた手段の變遷を見んに――

二 生命侵害

イ 私法上の生命侵害の意味は、刑法上の殺人の意味よりもすつと廣くなければならぬ、さうしないと遺族の救済を受けうる場合、あまりに狭ばまるといふことは、中世の立法家もすでに充分に氣づいたところであつた。十四五世紀頃の法源は、(一)生命侵害の概念中に、殺害ばかりでなく傷害致死 (Körperverletzung mit tödlichen Ausgang) をも含ませてゐた。傷害と死亡との間に時間の間隔あるも、二つが因果の關係に立つかぎり、損害賠償を求めんに差支なしとしてゐた。¹⁾ また(二)作爲による殺害ばかりでなく、義務違反の不作爲による致死をも含ませ、例へば道路の管理者が修繕を怠つたため車顛覆し、人負傷し、死を招いたといふ場合に、管理者を生命侵害者と見、これに賠償義務を負はせてゐた。²⁾

1) 中世法といへども、行爲の結果にあらざる損害に對してまで賠償義務を命じやうとはしてゐなかつた (Hammer, Die Lehre von Schadensersatz nach dem Sachsenspiegel

und verwandten Rechtsquellen, S. 57 ff.)°

2) ローマ法は、加害者の作爲による加害のみを見、不作爲による場合を看過してゐたが (Windscheid, Pandl. 6. Aufl. S. 973. 末川・不法行爲の成立要件として觀た權利侵害・法學論叢・一五ノ一・七四) ドイツ固有法は、古くから不作爲による加害を認めてゐたのである (Schwäbisches Weisthum v. 1307 bei Grimm Weisth. I, S. 340)°

■ 近世法においても私法上の生命侵害の意味は刑法上の殺人よりも廣く、凡そ死を招く一切の不法行爲をさうよぶのである。傷害致死や義務違反の不作爲による殺害をも含むのである。¹⁾

1) 一例をドイツの判例にとると——ある夜、原告の夫は、ある橋を渡つたが橋の袂に立つ街燈の光すでに消えて暗く、且つ橋の欄干あまりに低くかつたため、踏みはづして川に落ちた。川からは救助されたが、墜落の際負うた傷のため、二日目に死んだ。寡婦は橋の管理者たる村を相手取り、損害賠償の訴を起した。被告が管理義務に違反して欄干を適當の高さにしなかつたため、夫の死をひき起し、扶養請求

權を失うに至つたといふのである。

これに對し被告はいつた——『橋は警察の許可をえた設計にかかる。且つ附近一帯の同種の橋に比し、特 欄干が低いともいへぬ。よく通常の高さを保つてゐる。街燈は毎夜十時に消すが、これは十時以後の通行者稀なるがためである。故に十時以後の通行者は、自ら照明を用意しなければならぬ。自ら用意を怠り落ちて死んでも、管理者に責任のあらう筈がない』と。

しかし帝國裁判所はいふ、『警察の許可があつた場合にも、橋の管理人は、善良なる管理者の注意を以て、交通の安全を圖らねばならぬ。欄干の高さは附近一帯普通であるといふが、それはたまたま、すべての橋につき管理義務の違反ありしことを暴露しただけで、低い欄干を正常化するに足らない。十時以後は街路全部消燈するといふが、特に危険な橋の附近は、照明しておく必要がある。充分な欄干と、適當な照明と (zureichende Abschrank und gehörige Beleuchtung) を怠つたことは、何といつても管理義務違反の不作爲であり、管理者はこれから生じた結果に對し賠償責任を負はねばならぬ』と (v. 18/5 1903, Entsch. d. Reichsg. 55, Nr. 7)°

三 遺族救済

1 さて右様の意味の生命侵害あつた場合、遺族は加害者に對し、何を理由に損害賠償を請求しえたかといふに、中世の法律は、近親被殺そのものを理由に、法律所定の身代金(Wergeld)を加害者に請求できるとしてゐた。すなはち當時の法律は、自由人の生命は金いくら、女子や小兒はそれより幾何安いといふ風に、地位・性・年齢に従つて人の生命を金錢に評價し、ある人が殺されると、遺族は死者の法定生命價、すなはち身代金を當然請求できる仕組にしてゐたのであつた。¹⁾ 請求権者自身、損害を受けたかどうか問題でない。近親さへ殺されれば、遺族は自身少しも損害を受けてゐなくても、死者の身代金額を加害者に請求できたのであつた。

1) Hamner, a. a. O. S. 101.

□ 近世法の個人主義は、近親被殺そのものを理由とする損害賠償請求権を認めず、遺族自身の被害を理由とする損害賠償請求権のみを認める。すなはち(一)近世

法は、妻とか子とか各遺族が賠償を請求しうるだけで、全遺族はその名において請求することをえないとする。(二)各遺族も、その資格において當然に賠償を請求することはできず、扶養請求権を失つたとか、扶養期待権を失つたとか、勞務請求権を失つたとかいふことを理由としてのみ、賠償を請求しうとする。換言すれば親族としてではなしに、扶養請求権者として、勞務請求権者として、その他の権利の主體として賠償請求をなしうるに止まるとする。その結果、從來漠然たりし親族間の法律關係が、明細に分別されるに至つた。もと死者に對して有つてゐたあらゆる権利を數へ盡し、あれも侵害されたこれも失はれたとして、一々賠償を求めに至つた。重もな権利について述べると――

四 扶養請求権者の賠償請求

近世法は、親族關係の疎密に應じて扶養請求権の取得要件を定め、關係の密な者ほど扶養請求権を取得し易く、疎な者ほど取得し難い仕組にしてゐるので、それが當

然の結果として、親族關係の密な者ほど、扶養請求權の侵害を理由に損害賠償を請求し易く、疎な者ほど、これを理由に損害賠償を請求し難い。妻が一番有利、未婚又は未成年の子これにつき、夫さらにこれにつき、その他の親族が一番不利といふことになつてゐる——

イ 妻は妻たる地位に基き、夫に對し當然扶養請求權を取得すると見られてゐる。¹⁾ 妻自身充分財産を有する場合にも、夫に對し扶養を求めると見られてゐる。その結果、夫被殺の場合には、常に妻の扶養請求權の侵害あり、妻は必ず加害者にその賠償を求めうるのである。²⁾

1) 判例に曰く——『夫婦間の財産關係が一般共産制 (allgemeine Gütergemeinschaft) によつて律しられてゐる場合には、妻の扶養料は、夫の特有財産からせず、夫婦共同の財産から支出される。而して共同財は、夫婦 $\frac{1}{2}$ づつの割合にて共有すと解すべきが故に、一般共産制の場合、妻は實は、扶養料の單に $\frac{1}{2}$ を夫から受けをるに過ぎず、他の $\frac{1}{2}$ は妻自身の支出にかかる。従つてこの場合、夫殺されたときは、妻は扶

養料の $\frac{1}{2}$ だけ侵害を受けたとして、加害者に賠償を求めうるのみにて、その全額に對する賠償を求めらるゝことをえなく』(v. 6/7. 1908. Entsch. d. Reichsgr. 69. Nr. (5)。

2) 妻の生活費は二種に分れる。一は妻がその婚姻法上の義務を履行するために必要とする費用——例へば彼女は夫と居住および地位を共同にせねばならぬが、そのために必要となる費用。二は單獨にてもなほ要するであらうところの費用——例へば衣食費、疾病治療費。共に夫の負擔だが、法律は前者を婚姻費用の負擔(日民七八九條)後者を扶養(日民七九〇條)といふ。妻は夫を殺された場合、扶養請求權の喪失については賠償請求をなしうるが、婚姻費用負擔者の喪失については、賠償請求をなすことができない。なぜならば夫の死と共に婚姻は解消し、婚姻費用を要せざるに至るから。

□ 未婚又は未成年の子は、いはゆる元本維持の權 (Recht, den Bestand der Adventitien unvermindert zu erhalten) を有し、果實と勞賃とある場合は、これによつて自活せねばならぬが、それで足りぬ場合は、あへて元本に喰ひ込むの要なく、不足部分を親の支

給に待つことができるとされてゐる。¹⁾ 換言すれば、元本あるも果實なく勞賃なき場合は、親に對し扶養請求権を取得すると見られてゐる。従つて親被殺の場合、未婚又は未成年の子にとつては、元本の有無は問題とならない。果實又は勞賃さへなければ、扶養請求権の侵害を受けたとして、その賠償を加害者に求めることができるのである。

もちろん親の死と子の扶養喪失と、時間的に接着してゐる必要はない。二者の間に相當因果の關係ある以上、時間的間隔は大でも、むろん時効期間を越えてはならないが、損害賠償を求めるとに差支ないのである。親の死後數年にして、果實および勞賃では食へぬことになり、親だに平均命數を保たば扶養を受けえたらうといふ場合には、やはり加害者に扶養請求権侵害の賠償を求めることができるのである。訴提起の際、『親あらば扶養を受けえたらうに』の關係ありさへすれば足りるのである。²⁾

1) Preuss. Ldr. II, 2 §§ 65, 161 ff. 204, 287—Sächs. GB. §§ 1845, 1826—Österr. GB. §§ 139, 141, 220, 221—Code Civil Art. 203, 384, 385.

判例もいふ——『子がその財産の果實又は勞賃を以て、その生活費と教育費とを支辨しうる間、父は何ら支出の要なし。しかし父は、子の特有財産の元本を減ぜず、保持する義務 (Pflicht, den Bestand der Adventitien unvermindert zu erhalten) があるから、子がその果實又は勞賃で支辨しえぬ場合は、父は子の元本を處分せず、父自身の財産から支出せねばならぬ』(Erk. Cassel 18/6 1857 Seuffert's Archiv XII, Nr. 169)。

2) 判例にいはいはく——『扶養請求権は死者の生前すでに發生してゐたことを要せず、訴提起の際、死者あらば扶養を受けえたらうに』の關係あれば足りる』(v. 21/6 1894, Entsch. d. Reichsg. 33, Nr. 65)。

ハ 夫は果實や勞賃を失つてしまつたといふだけでなく、元本さへも失つてしまふに及んで、初めて妻に對し、扶養請求をなすことができる。¹⁾ 故にまだ財産を有し勞働能力をもつ夫は、妻が殺されても、直ちには損害賠償請求をなすことができな

い。後日財産および労働能力を失ふに至るを待つてこれを請求する外ないのである。

14

1) Preuss. Ldr. II. 1. 262—Bayr. Ldr. I. 6. 12—Sächs. GB. § 1637—Oldenburg, G. v. 24/4 1873
Art 33 § 2—Erk. Darmstadt 2/11 1872 Seuffert's Archiv 27, Nr. 267—Buegner, Zur Theorie u.
Praxis d. Alimentationspflicht, 176.

二 自余の扶養親族 (alimentationsbe. echtigle Verwandten) が扶養請求権を取得するためには、受ける者の困窮と與へる者の餘裕とを前提とせねばならない。受ける者に果實も元本も労働能力もなきこと。與へる者に、他人に對する義務を履行し、地位相當の生活を保ち、しかもなほ餘裕あることを前提とせねばならない。故に成年の子が、親を殺された場合には、親の生前すでに窮乏し、しかも親に救助の餘裕あつたときにかぎり、直ちに損害賠償請求をなすことをうるるのであつて、然らざれば後日窮乏におち入り、『親だにあらば、扶養を受けえたらうに』の關係生じるを待つ

て賠償請求をなす外ないのである。³³⁾

- 1) 尊屬卑屬は、親等の數を問はず扶養親族であり、権利者の必要と義務者の給付能力とを前提にして扶養請求権を取得した。親子といふ中には養親子を含んでゐたが、配偶者の父母は含まず、繼親子も含まなかつた。兄弟姉妹を扶養親族とした例は、極めて稀だつた (Rohr, Deutsch. Privatr. II. S. 321f.)。
- 2) 判例にいはく——『遺族が損害賠償の訴を起した場合には、生前すでに死者と遺族との間に扶養の必要と餘裕と、ありしや否やを問題とすべきでない。むしろ訴提起の際、遺族にその必要ありや? また死者の取得能力より考へ、彼もしあらば扶養を與へえしや? を見るべきである』(v. 21/6 1894, Entsch. d. Reichsg. 33, Nr. 65)。
- 3) 判例にいはく——『死者の扶養能力を判断するには、死亡の時のみを絶対の標準とせず、むしろ訴提起の時を標準にし、彼もしこの時にあらば幾何の餘裕あつたらうかを判断することを要する。死亡の當時僅少の日給しかえてゐなかつたにせよ、後に増俸されてゐたらう場合には、後のものを標準とし、扶養能力の有無および程度を判断すべし』(v. 21/6 1891, Entsch. d. Reichsg. 65)。

15

ホ 加害者の行爲により扶養者を失つたが、死者に代つて遺族を扶養すべき次順位の義務者なほ存すといふ場合にはどうなるか？ 遺族はなほ扶養請求権の侵害を受けたとして加害者に賠償を求めうるか？ 一派の學者は、次順位の扶養者ある場合には、遺族は何ら損害を被らず、従つて損害賠償請求権なし、加害者に賠償を求めうるは、遺族にあらずして次順位の扶養義務者その人ならざるべからずと説いたが、耳をこの説に傾けた者はなかつた。判例および通説は、次順位者ある場合には、遺族は加害者に賠償を求め、得たる賠償金によりまづ自活すべし、これにより自活しえざるに及んで初めて助けを次順位者に求むべしと見てきた。ドイツ民法も、次順位者の扶養負擔に先ち、遺族をして加害者に賠償を求め、一まづこれにより自活せしむべしとの主義を採用した。²⁾

1) Eger, Reichshaftpflichtgesetz 1876 S. 280 ff.

2) Motive, II, S. 782 — わが大審院は、次順位の扶養義務者ある場合には、遺族は損

害賠償請求権を取得せずと見てゐる(大審・大正三・一〇・二九、民録八三四)。

五 扶養期待権者の賠償請求

イ 扶養親族が扶養請求権を取得するには、権利者の必要 (Bedürftigkeit des Berechtigten) と義務者の給付能力 (Leistungsfähigkeit des Verpflichteten) とを前提とする。と、前述の通りだが、往々にして一方はすでに窮乏に落ち、他方は未だ給付能力なき場合を見る。例へば貧困な親と未だ職業能力なき子との間のごとし。かゝる場合、もし親が、子の被殺により扶養期待権を侵害されたとして、賠償を加害者に求めることができるならば、老後の安逸を期してゐた親の期待を保護する上に、ほゞ遺憾ないであらう。一九〇二年、錠前屋の徒弟をしてゐた十五歳になる原告の子は、親方の過失で、鐵棒に頭を打たれて死んだ。母は洗濯女にして生活すでに困難、子が一人前の錠前職としてうべき一週二十一マアクの約²⁾を、扶養料として給せらるべきの日を待ちかまへてゐたのであつたが、今この希望を失つたので、親方に

その賠償を請求した。一審および控訴審は、子には未だ給付能力なかりしが故に母は未だ扶養請求権を取得せざりし、従つて賠償を求めざることをえずと判決したが、上告裁判所は、子の死亡當時未だ扶養請求権を取得してゐなくても、後にこれを取得すべき可能存する以上、親は扶養期待権の侵害を理由とする損害賠償請求をなすことができるとし、原告の請求を認めた。¹⁾ この時以來扶養期待権の侵害が損害賠償請求の理由となるに至つたのである。

1) Olerst. LG. f. Bayern v. 9/4 1902, Seuffert's Archiv 57, Nr. 218.

□ しかしながら親の扶養期待権は、子が將來その扶養義務を履行するであらうといふ相當の可能存する場合にのみ成立すべきであるから、極めて幼小な子が殺されたやうな場合には、親は扶養期待権の侵害を云爲することができないと見られてゐる。スイスの判例は、十三歳の子を失つた親に、扶養期待権の侵害を理由とする損害賠償請求を認めた。¹⁾ 十歳の子を失つた親にもこれを認めた。²⁾ しかし三

歳半の子を失つた親にはこれを拒んだ。³⁾

- 1) Entsch. d. Schweiz. Bundesg. 17. S. 641f.
- 2) Entsch. d. Schweiz. Bundesg. 33. 2. Abt. S. 88.
- 3) Bundesg. in Revue jud., 1896, S. 191f.

六 契約上の扶養請求権者の賠償請求

多くの立法は、法律の規定に基き死者に對し扶養請求権をもつところの遺族にのみ損害賠償請求権を與へ、契約上の扶養請求権にまでこれを認めることを躊躇してきたが、¹⁾ スイス法のごときは、夙に契約上の扶養請求権者にこれを認めた。契約上の扶養請求権者もやはり被害者であり、賠償請求を拒まらるべき理由がないといふのである。²⁾

1) Österr. GB. § 1327—Preuss. I. 6, § 109—BGB. 844.

2) Schweizeres Haftpflichtgesetz, Bundes G. 1/7 1875 (in Goldschmidt's Zeitschr. XXI, S. 205 ff.)

Art 5—Obl. R. Art 45 (32) は、扶養者 (Versorger) を失った者は、加害者に賠償を求めやうとしてゐるが、そのいはゆる扶養者の中に、契約上の扶養者をも含めてゐるのである (Egger-Oser, Komm. zu Art. 45)。

20

七 勞務請求權者の賠償請求

親は子に、夫は妻に、慣習上正當と見られる程度の勞務を求めることができ、これを親族法上の勞務請求權といふ。しかし普通法の判例は、勞務請求權の喪失は賠償請求の理由とならずとし、例へば夫に勞務を供し來つた妻が殺されても、夫は、勞務請求權の喪失を理由としては損害賠償を求めむわけに行かぬと見てきた。¹⁾ ドイツ民法以來勞務請求權の喪失を理由とする損害賠償請求權認めらる。²⁾

1) これを普通法の判例に見るに——一八七一年、小車を引いて田舎道を行つた原告の妻は、被告の大車に轢かれて死んだ。原告は、彼の取得にとり重要であつた死者の勞務供與 (die für seinen Erwerb wichtige Dienstleistungen der Getödteten) を失つたこ

とを理由にして、その賠償を被告に求めたが、裁判所は、『新しき判例は、遺族が、法律上彼が死者に期待しえし扶養の代償を、加害者に求めることを可能にしてゐる。しかし勞務の代償を求めうとはしてゐない。原告の請求は、立法史の未だ踏み越えてゐない限界の彼岸に立つ』といつて、原告の請求を棄却した (Erk. d. O.G. zu Wölfenbittel v. 23/2 1875, Seuffert's Archiv, 31, Nr. 36)。

2) B.G.B. 845.

八 相続分減少に基く相続人の賠償請求

さすがに被相続人の被殺によつて相続人の相続權が侵害されると見た立法はなかつた。けだし相続人は、加害者によつて相続權を奪はれるにあらず、遺産の實質を減少されるにもあらず、單に、より大きい遺産を取得しうる可能性を失はしめられるに過ぎないのであるが、この可能性たる、事實上のもので、不可侵を第三者に請求しうる底のものでないからである。¹⁾

1) Vgl. Motive II. 776f.

21

九 相續に基く相續人の賠償請求

死者自身がより大いなる遺産をのこす可能性を失つたといふことを理由にして、加害者に對し一旦損害賠償請求権を取得し、直ちにこれを相續人に相續さすと見ることが可能であらうか？ 換言すれば相續人は、加害者に對し原始的に損害賠償請求権を取得することはできないが、相續によつて傳來的にこれを取得する見ることが可能であらうか？ 余の寡聞なる、未だかゝる法理によつた立法をも知らぬのである。中世においても、その後においても、より大いなる遺産をのこす可能性を失つたことを理由とする賠償請求権を、死者自身に與へた例はないやうにおもふのである。

たゞ一つ、ドイツ民法の第一草案は、被相續人の失つた利益を二つに分けた。¹⁾ 一は被相續人が生存さへつづけるなら失はれずにすんだらうところの利益。二は被相續人が生存をつづけてもなほ失つたかも知れない利益。後者の喪失は生命

侵害と必ずしも因果の關係に立たないから、その責を加害者に歸するわけに行かないが、前者の喪失は生命侵害と相當因果の關係に立つゆゑ、これを加害者の責に歸すべし。かの相續權終身定期金債權のごときは、生存だに前提とすれば當然取得し若くは當然存続したところのもので、被相續人がこれらを失ふに至つたのは、一に全くその生命を侵害された結果といふべく、従つて加害者をしてこれを賠償せしめざるべからずと考へたのである。

第二草案の委員會では、被相續人の勞働收益喪失に對しても加害者これを賠償せざるべからずと唱へる者を生じた。その理由は、生存さへつづけたら勞働をもつづけえたらうし、従つて勞働收益をもつづけえたらうに、生命侵害を受けた結果、被相續人は働くことも、貯めることもできなくなつたといふのである。侵害行爲と勞働收益の喪失との間に、相當因果の關係があるといふのである。

しかし第二草案委員會の決議は、以上諸提案を、『不明晰な感情に基くもの』(Der

auf dem unklaren Gefühle beruhende Antrag) として、すべて斥けた。その理由は、終身定期金の喪失や労働収益の喪失と生命侵害との間に因果の関係がないといふのは、もちろんない。凡そ損害賠償請求権が発生するためには客観的に損害を生じたといふだけで足らず、さらに主観的にこれを損害と感ずる者——すなはちいはゆる損害關心者 (Beschädigte) ——を必要とするのに、生命侵害の場合には、侵害されてしまった刹那に、これを損害と感ずる關心者消え、遂に損害賠償請求権が、その發生要件を満たさずに終るからといふにある。²⁾

1) Protokolle II 616 ff.

2) 加害者に不法行為の成立要件すべて具備する以上、損害關心者の有無に關せず、賠償せしめざるべからずといふ説は、不法行為そのものを悪んだ昔の思想のなごりである。それは、被害を中心とする今日の個人主義的損害賠償法理に充分徹底した學説といふことをえない。歴史はかゝる學説を、『不明瞭な法律感情に基くもの』として、すでにすでに淘汰してしまつてゐるのである。

一〇 直接損害に基く賠償請求

死者が死亡までの間に要する治療費の賠償を加害者に求めうることはいふまでもなく、而してこの請求権が死亡と同時に相続人に移ることも明かなので、相続人が治療費を加害者に請求しうるといふことに、反對する論者はさすがになかつた。¹⁾ しかし埋葬費については、普通法の判例に、『埋葬費の負擔は、相続人の早晩免れざりし所なるが故に、これを以て加害者の行為に出でたる損害なりとなすことをえす。従つて相続人は被相続人の埋葬費を加害者に請求することをうべからず』といふのがあるが、これは異例で、通常は、死體検査料、死體運送料、埋葬料等を、加害者の負擔としてきたのである。²⁾ 現代法上また然り。³⁾

1) Preuss. Ldr. I, 6, § 98—Sächs. GB. § 1491—Reichscharpflichtgesetz § 3—Schweiz. Haftpflichtgesetz, Art 5.

2) Seuffer's Archiv, 15 Nr. 225.

3) Gruchot, IV, S. 171—Förster-Eccius, Preuss Privatr. II. S. 479—Dernburg, Preuss. Privatr. II. S. 913.

4) BGB. § 844—Schweiz. ObR. Art. 45.

一 精神苦に對する慰藉料

精神苦も被害の一つである。で、遺族は近親被殺の場合、財産上の損害に對してばかりでなく、精神苦に對しても慰藉を求めうるかといふ問題を起すが、

1) 普通法は、身體侵害を受けた被害者にのみ慰藉料請求権を認め、近親を殺された遺族には、これを認めなかつた。ドイツ民法制定の際、精神苦に對する賠償をもつと廣く認めよとの議論が出たが、一般的にこれを認めると些細の感情苦に對してまで慰藉を請求する者が現はれるだらうといふので、特に法の認めたる精神的利益の犯された場合につき、慰藉料請求を認めるだけに止めた。²⁾しかし特に法の認めたる精神的利益といふのは、身體健康自由および貞操に對する精神的利益に過ぎ

ず、³⁾近親の健在に對する吾人の満足の情の如きを、その一つに數へてをらぬため、つまりドイツでは、身體侵害健康侵害自由侵害および貞操侵害の場合には慰藉料を求めることができ、近親被殺の場合には、財産的損害の賠償を求めうるだけで、精神苦に對する慰藉料を求めえぬのである。

1) Windscheid-Kipp, § 257 Anm. 6.

地方は普通法よりもより廣く精神的利益を保護してゐた。ザクセン民法は、自由侵害を受けた者および貞操侵害を受けた者は、精神苦に對しても賠償を求めることができるとし (Sächs. GB. § 1497, § 1551) プロイセン州法は、貞操侵害によつて妊娠した婦女に、慰藉料請求権を認めてゐた (Preuss. Ldr. II. 1. § 1015, 1032)。

2) I. Entw. § 221—II. Entw. § 216—Mot. II. S. 21 ff.—BGB. 253.

3) BGB. §§ 847, 1300.

□ フランスはこれに反し、同民法一三八二條に、『いかなる行為にても凡そ他人の損害となる行為をなしたる者は、被害者に賠償せざるべからず』とあり、一三

八三條に、『作爲によりて生ぜしめたる損害に對してのみならず、不作爲又は不注意によりて生ぜしめたる損害に對しても賠償せざるべからず』とある。その損害 (dommage) の意義を廣く解し、『無形損害 (dommage moral) も損害なり、これに對しても賠償責任を免れず』としてきたのである。少くとも通説はさう見てきたのである。¹⁾ 判例も同一步調をとり、或は貞操侵害者に、相手方の精神苦に對する慰藉料支拂を命じ、²⁾ 或は名譽侵害者に同じ趣旨の支拂を命じ、甚しきは婚姻豫約にはあらざる單なる夫婦約束のしかしあまりに勝手なる破約者に、相手方の精神苦慰藉の意味の支拂を命じるといつた調子で、かなり廣く精神上の利益を保護してきた。近親被殺による精神苦に對しても、もちろん慰藉料支拂を命じてきたのであつて、被告に貞操を蹂躪されたために自殺した小女の親に、莫大な慰藉料を支拂はしめた一八四七年十二月十日の判決のごとき、甚だ有名である。³⁾

1) Sourdat, traité général de la responsabilité (3 Ed) I. Nr. 2, 33 ff.—Seng. Vergütung nicht-

ökonomischen Schadens aus Delikten in Arch. f. bürg. R., 5, S. 341 ff.—Kohler, Die Ideale im Recht in Arch. f. bürg. R., 5, S. 259 ff.

2) 判例は Seng. a. a. O. S. 347f. 242°。

3) ベルギーの學說判例も、佛と同じく精神苦に對する慰藉料を認める。一八八一年三月十七日の破毀院判決の如き、鐵道事故によつて死んだ小女の父に、有形的損害の賠償として三千フラン、無形的損害の慰藉として一萬フラン、二人の兄弟にやはり無形的損害の慰藉として千フランづつを認めた (Seng. a. a. O. S. 349)°。

ハ スイスでは一八八三年一月一日舊債務法の効力發生するまでは、ドイツ系區域は獨法主義をとつて遺族の慰藉料請求を認めず、フランス系地方は佛法主義をとつてこれを認めてゐたが、¹⁾ 舊債務法以來、『裁判官は特別の事情ことに被告の故意又は重過失を考慮し、有形損害の賠償の外、適當なる金額を慰藉料として原告に支拂はしめることをうる』に至つた。換言すれば、佛法主義によつて統一を見ることになつた。²⁾

1) Seng, a. a. O. S. 350.

2) Schweiz Obl. 54 (47).

30

一二 要約

個人主義的思想の充溢と共に、損害賠償請求権も同じ主義の上に立つことになったのである。他人が損害を被つても自分が賠償を求めに行かない、自分の請求は自分の被害を理由としなければならぬ、といふことになったのである。近親もまた他人である。故に近親その人の被害を理由となすわけには行かない、被殺はなるほど近親その人にとつて絶大の損害であらうが、彼以外の者、すなはち遺族にとつて必ずしも損害でない、近親の死によつて遺族が扶養請求権を失つたとか、勞務請求権を失つたとかいふときに、初めてそれが遺族自身の損害となる、他の損害賠償請求権者と同じやうに、遺族も彼自身の損害を理由として賠償請求をなさねばならぬ、といふことになったのである。

最も大きい遺族自身の損害は、もちろん扶養請求権の喪失であつたから、それを理由とする賠償請求が、遺族請求の第一であつた。十九世紀末までの遺族請求は、殆ど扶養請求権の侵害を理由とする請求に盡きてゐたといつていい。が、その後、『遺族損害』の分析精緻となり、扶養請求権の侵害を理由とする損害賠償請求権の外に、契約上の扶養請求権の侵害を理由とするもの、扶養期待権の侵害を理由とするもの、勞務請求権の侵害を理由とするもの、直接損害を理由とするもの、精神苦を理由とするもの等々、各種の損害、各別の件名で救済を受けるに至つた。扶養請求権の侵害を理由とする賠償請求権それ自身も、妻が請求する場合、未成年又は未婚の子が請求する場合、夫が請求する場合、自余の扶養親族が請求する場合といふ風に、一々區別されてきた。

おもふに中世の身代金制度は、扶養請求権の喪失を理由とする損害賠償請求権は、もちろん、その他諸種の損害賠償請求権を漠然包藏した觀念であつたといつて

よからう。爾後の史的発展が、この漠然たる觀念を各種獨立の損害賠償請求權に分解してしまつたのである。

第二節 身體の私法的保護

一 序 説

中世法は、身體侵害を受けた者は、贖罪金(Busse)として身代金の幾割かを加害者に請求できることにしてゐた。¹⁾ ローマ法は、身體侵害を受けた者は、治療費の支出・勞賃の喪失獲得能力の減退に對する賠償を、加害者に求めることができると、明瞭に規定してゐたので、²⁾ 同法の繼受は、身體侵害に對する賠償の制度を、發達させるに與つて力があつた。ことに十九世紀における普通法の判例および學説が、この法制を明細に發展させた――

- 1) Schröder-v. Kinsburg, Lehrb. d. deutsch. Rechtsg. S. 376.
- 2) D. 9. 1, 3; D. 9. 4, 7.

二 身體侵害

イ 身體侵害の意味は古くから、すいぶん廣く、(一)疫痛を伴はざる身體組織の破壊、例へば頭髮切斷(Zopfabschneiden)のときを含み、(二)身體組織を破壊せざる横打(Schläge)のときをも含んでゐた。¹⁾ (三)義務違反の不作爲からも身體侵害を生ず、例へば道路の管理人が修繕を怠つたため、人ころび、負傷したとすると、管理人が身體侵害者だとしてゐた。²⁾

- 1) Sachensp. II, 65: Schilt aber ein Mann ein Kind, oder räuffet er es bey den Haaren, oder schlägt es mit einer Gerten und seine Missethat,.....
- 2) Schwäbisches Weisthum v. 1397 bei Grimm, Weisth. I, S. 340.

□ 現代の判例中から、義務違反の不作爲に基く身體侵害の場合を例示すると(一)

鐵道踏切番が一切を鎖ざすことを怠つたため、通行者汽車に觸れて負傷したとか、(二)家の所有者が階段に燈火をとすことを怠つたため、上層の居住人へ郵便物を運ぶ配達夫が落ちて脚を折つたとか、(三)電燈會社が、現代の技術上可能なるにかかはらず漏電防止の施設を怠り、ために發火して人を負傷させたとか、¹⁾(四)醫師が手術後適當の時に繃帶を除去することを怠つたため、傷口を化膿させたとかいふの類。

1) Entsch. d. Schweiz. Bundesg. 27, 2. Abt., S. 494.

2) Entsch. d. Schweiz. Bundesg. 18, S. 311; 30, 2. Abt., S. 308.

ハ 醫師の手術が患者又はその法定代理人の同意を以てした場合ももちろん、これを以てせずになした場合にも、なほ違法性を欠き、身體侵害とならないといふことは、何人も認めてきたが、なぜさうならないかの段になると、説明の方法區々であつた。現時の通説は、いはゆる目的説 (Zwecktheorie) をとり、手術は、生命又はより重要な體部の保全のために拂はれるより小なる犠牲にして、その目的正しきが故

に、違法性を欠くと説く。従つて手術の方法、治療の目的に合せず、合するも過度なる場合は、醫師の手術といへども身體侵害となり、損害賠償の原因となる。¹⁾

1) Specker, Persönlichkeitsr. S. 277 ff.

三 賠償請求

被害者損害の額は、治療費の支出、勞賃の喪失、獲得能力の減退等を見て量定される。

イ 治療費 (Heilungskosten) とは、身體侵害を受けたために生じた一切の経費をいふ。醫師看護婦、義眼、義足、義齒の費用、温泉行の費用等が治療費であることはいふまでもない。足腰を折られて乳母車で行かねばならぬことになつたとすると、乳母車の代金および附添人の費用は、治療のための費用といひにくい。が、身體侵害に原因する費用とはいひうるので、これを加害者に求めることができる。とされてゐる。¹⁾

1) Entsch. d. österr. oberst. Gerichtsh. in Ziv.-u.-Justizverw. I. Nr. 14.

□ しかし『折られた腕は、當り籤でな』(der gebrochene Arm darf nicht als Treffer erscheinen)——被害者は、治療の目的を越え、若くは生活慣習(Lebensgewohnheit)を越えたる治療方法の費用を、加害者に求めることはできぬのである。¹⁾ ヨムで足るのに金の入歯を入れ、²⁾安い温泉場で直しうるのに贅澤な場所へ行かうとはいへぬのである。³⁾

1) Samml. d. Zivl. Entsch. d. oberst. Gerichtsh. 10, Nr. 3817; 15, Nr. 6184; 16, Nr. 6304.

2) Beiträge zur Erläuterung d. deutschen Rechts 67, S. 570.

3) Samml. d. Zivl. Entsch. d. oberst. Gerichtsh. 12, Nr. 4778.

4) 被害者は治療に要する費用を請求できる。すでに支拂ってしまったことを前提とし、支拂以前、治療費請求の訴を起して差支ないのである (Fürster-Eccius, Preuss. Privatr. II. 481 Anm. 21)°

ハ 身體侵害の結果、一時業を休んだとすると、その間に取得しうべかりし勞賃を、

『失つた取得』(entgangener Verdienst)として加害者に賠償させることができる。

一週間休業したので一週間分の勞賃を請求するといふがごとし。取得の可能を失はしめられたとすると、事物通常の進行に従へば期待しえし利益を、『將來失ふ取得』(künftig entgehende Verdienst)として加害者に賠償させることができる。廢人にされてしまつた場合に、然らざれば取得しえやうところの年收を請求すること¹⁾。また身體侵害のため職業變更を余儀なくされた場合には、新職業に對する準備費を加害者に求めることができる。足を折られた場合、坐業修得の費用を請求することし。取得能力を回復すれば、その範圍において、賠償請求權を失ふ。²⁾

1) 精確にいふと、訴訟終了までの間にすでに消えた部分が、『失つた取得』。以後失はるべき部分が、『將來失ふ取得』(Ehrenzweig, System. d. allg. österr. Privatr. II. I S. 628 Anm. 149)°

1) プロシヤ州法は、過失に比例して賠償程度を階段づけてゐた——(一)軽い被害の場合には治療費を請求しうるのみで、喪失利益の賠償を求めることをえない、(二)重

い被害の場合には、(イ)『失つた取得』に對しても賠償を請求することができ、(ロ)特に故意重過失に基くときは、『將來失ふ取得』に對しても賠償を求めることができ(Preuss. Ldr. I, 6 §§ III ff.)。

二 前示のごとく、労働者が労賃を失つた場合には、労賃全部を加害者に賠償させることができるが、営業主が営業利益を失つた場合はどうか？ やはり失へる利益の全部を加害者に賠償させることができるか？ だとすると、富豪安田某が身體侵害を受けて廢人となつた際、加害者は、安田自ら財産を運轉せば收得しえやう年一十萬圓の利益喪失を安田に賠償せねばならぬこととならうが、この大結果を避けるために、現時の學說判例は、財産収益と労働収益とを峻別し、後者の喪失に對してのみ賠償を命じてゐるのである。けだし富豪が財産を運轉するのは、財産管理の労働をなすのである。身體侵害のため彼が失ふのは、この労働力であつて財産そのものではないのである——財産そのものは嚴存する——故に、加害者は管

理労働力の喪失に對してのみ賠償すれば足る。富豪自身と同様に財産を運轉しうる財産管理人を備入れる費用を賠償すれば足る。安田某と同様に財産運轉の能力ありと見られる結城某を備入れる費用を賠償すれば足ると見てゐるのである。¹⁾

1) 『従前同様の収益をあげるために堪能且つ有經驗の財産管理人(tüchtiger u. erfahrener Wirtschaftsinспекtor)を備入れる費用』——それが廢人にされた營業主の眞に被つた損害である(Vgl. Entsch. d. Reichsgr. 69, S. 254)。

ホ 未婚の女子が身體侵害のため容姿を醜くされ、地位相當の婚姻をなす見込減少した場合には、裁判官の適當と認める額を加害者から受けることができた。¹⁾あまりに高齢の婦人は受けえなかつたが、若い婦人は、初めから醜くかつた場合にも、たほ婚姻見込の減少(Verminderung der Heiratsaussicht)を理由に、賠償を請求することができた。²⁾

1) 容姿を醜くされたため財産損害を受けた場合、例へば俳優がために失職したと

いふやうな場合には、男女を問はず、一般原則に従ひ、損害賠償を求めることができ
た (Preuss. Ldr. I, 6 § 128—Österr. GB., § 1326—Zürich. GB. v. 1835, § 1845—Sächs. GB. § 1490)。

- 1) 一八二八年九月の Stuttgart 裁判所の判決は、婚姻見込の減少に對する賠償請求權
なるものは、普通法上認むることをえずといつて排斥してゐるが、同四六年十一月
の München 裁判所の判決は、これを普通法の法則と見てゐる (Seuffert's Archiv, I, Nr.
65)。⁵⁾ 地方法中結婚見込の減少に對する賠償請求を明記したのは、Österr. GB. 1326
—Preuss. Ldr. I, 6, 123 ff.—Sächs. GB. § 1490.

3) Dernburg, Preuss. Privatr. II, S. 911 Anm. 16.

- 4) プロイセン州法は、結婚見込を減少された未婚の女子は、結婚すればその際父か
ら受けえたらう利益——すなはち嫁入支度料——を、加害者をして賠償させるこ
とができる。加害者に故意又は重過失ありしときは、結婚すれば夫から受けえ
たらう利益——すなはち扶養料——を、加害者をして賠償させることができる、とし
てゐた (Preuss. Ldr. 6 § 123 ff.)。普通法は、過失に應じて賠償責任を階段づけるこ
とをしなかつた (Seuffert's Archiv 13, Nr. 28)。

四 慰藉料請求

イ 身體侵害を受けた者は、財産的損害に對する賠償の外に、苦痛に對する慰藉料
——すなはちいはゆる Schmerzgeld——を加害者に請求することができた。¹⁾ 故意侵
害の場合はもちろん、過失侵害の場合にも、これを請求することができた。²⁾ 額は、苦
痛の程度に従ひ、裁判官自由にこれを裁定した。大抵は賠償請求と併合して提起
されたが、獨立の慰藉料訴訟 (Schmerzensgeldklage) も可能であつた。

ロ 元來この制度は、ロマ法源には見えないが、帝國法たる Karlv. の刑法典 (CCC.
dh. Constitutio Carolina Criminalis) 二一十條に、『違法に他人の身體に暴行を加へし者は、
苦痛に對し賠償を與へざるべからず』とあつたので、これを根據に、普通法として
慰藉料請求の訴を認め來つたのである。³⁾ 地方法の中には、明文を以て否定したの
もあり、⁴⁾ 明文を以て肯定したのもあつた。⁵⁾ 獨一草は普通法の主義をとり、身體侵害
を受けた者に慰藉料請求を認めた。⁶⁾ フランスは前世紀半以來、判例を以てこれを

認め來つた。⁷⁾

- 1) München (Seuffert's Archiv 31, Nr. 231 u. 232)—Jena (Seuffert 23, Nr. 31)—Oldenburg (Seuffert I, Nr. 220; 31, 230)—Rostock (Seuffert, 31, Nr. 232)—Celle (Seuffert, 13, 31; 27, 30).
- 2) 判例に曰く——『慰藉料請求の條文的根據たる Karl V の刑法典第二十條は慰藉料請求を、加害者の故意にかからしめず。故に過失による侵害の場合にもこれを求むるに妨なし』(Erk. d. Oberst. Gerichtsh. f. Bayern v. 12/11 1875 Seuffert's Archiv 31, Nr. 231)。
- 3) Karl V の刑法典以前すべてに慰藉料請求を認めた痕跡あることについては Vgl. S obbe-Lehmann, Deutsch. Privatr. III, 526 Anm. 28.
- 4) Bad. Ldr. § 1382f: „Schmerzensgeld kann nicht gefordert werden.“
- 5) österr. GB. § 1325—Sächs. GB. § 1489.—Schweiz 47 (54).
- 6) I. Entw. 728.—II. Entw. 770.—BGB. 847.
- 7) 二七頁參照。

第三節 健康の私法的保護

一 序 説

健康を獨立の法益と見、その侵害を獨立の不法行爲と見るに至つたのは、獨一草以來である。それまでは自身侵害 (Körperverletzung) あるいは健康侵害 (Gesundheitverletzung) なし、せしぜし前の語中後の者を包含せしめたに過ぎなんだ——

- 1) Preuss. Ldr. I, 6 § 111; Österr. GB. 1325; Sächs. BG. 1483; Schweiz. OblR. 53 等みな身體侵害の語を用ゐるに止まる。
- 2) スイス新債務法も、健康侵害なる語は用ゐない。しかし學者は、四十六條の身體侵害中に、健康侵害を含ませてゐる (Egger-Oser, Komm. zu Art 46)。⁸⁾ オオストリアの學者も、同國民法一三二五條の身體侵害なる語をやはり廣く解してゐる (Ehrenzweig, Syst. d. allg. österr. Privatr. II, 1, S. 627)。⁹⁾ わが七百十條の『身體』中にも、健康を含ま

しむべきであらう。

二 健康侵害

イ 身體機能の侵害が健康侵害であることはいふまでもない。腐肉を賣つて食した人を中毒させ、性交によつて病毒を相手に傳へること¹⁾。精神機能の侵害も健康侵害となる。汽車事故の際、乗客は身に寸傷を負はなかつたが、驚愕により恐怖性神経衰弱 (traumatische Neurose) になつたといふ場合のこと²⁾。

1) Samml. v. Zivilr. Entsch. d. k. k. Oberst. Gerichtsh. 11, Nr. 4079; 17, Nr. 6778.

2) Samml. 7, Nr. 2886.

ロ オオストロイの判例の如きは、健康を危険にする行爲をも健康侵害に準じてゐる。例へば食した肉の腐敗に氣づき醫師に診断を乞ひしに、何ら異状なかつたとすると、健康侵害はない、しかし健康を危険にする行爲はあつたのであるから、肉屋は、買主が醫師に拂ふ診察料を賠償せねばならぬといふこと¹⁾。

1) Samml. 10, Nr. 3983; 11, Nr. 4243.

ハ むろん不作爲によつても健康侵害は成立する。醫師が現代の醫學が命じる當然の措置を怠つたため病氣を重もらせたとか、藥劑師が劇藥瓶に「劇」字を附記することを忘れたため、滋養藥とまちがへて患者服用し、腹痛を起したとかいふごと¹⁾。

1) Entsch. d. Schweiz. Bundesg. 31, 2 Abt. S. 628.

三 賠償および慰藉料請求

被害者は治療費の支出、勞賃の喪失、獲得能力の減退に對して損害賠償を求めることができ、苦痛に對して慰藉料を求めることができる。

第四節 自由の私法的保護

一 序 説

ロオマ法や普通法は、自由侵害は、他の要素と合體してなら格別、自身獨立しては、

不法行爲とならないと見てゐた。佛法やスイス舊債務法は、自由侵害を不法行爲と見てゐたが、そのために特別規定を立てず、不法行爲一般の原則——佛の一三八二條瑞の五〇條——を適用してゐたに過ぎなんだ。ドイツの立法はこれに反し、プロイセン州法でもザクセン民法でも、自由侵害につき特別規定を設けてゐた。¹⁾ オオストリアまた然り。²⁾ 現行ドイツ民法また然り。³⁾

1) Preuss. Ldr. I. 6, §§ 132 ff.—Säch. GB. § 1497—Pnd. G. v. 6/3 1845 § 6—Hess. Entw. Art. 666 ff.—Bayr. Entw. Art. 945.

2) Österr. GB. § 1329.

3) Motive II. S. 795f.

二 自由侵害

イ 自由侵害とは、運動の自由 (Lokomotionsfreiheit) を制限すること——居所轉換の

自由 (Freiheit des Aufenthaltswechsels) を制限すること——をいふ。密室に監禁することばかりではない、出口を開放してゐても、被害者をしてそれが利用を不可能ならしめた場合は、やはり自由侵害となる。自動車に乗せて疾走するがごとし、被害者自身の抑制観念 (Hemmungsvorstellung)——羞恥恐怖の情等——を利用して彼の運動を妨げても自由侵害となる。入浴中の女の衣類を奪ひ、彼女をして外出を躊躇させることし。¹⁾

1) Rosenfeld, Sier-Somlo=Elster, Handwörterb. d. Rechtsw. 2. S. 504 ff.

ロ その目的が合法な場合、若くは自由を制限されることにつき被制限者に同意ある場合は、自由侵害とならない。例へば醫師が患者に運動を禁止、演奏の主催者が音楽演奏中客の堂外に出づるを禁止、また政黨の袖領が議員を讒詰にするがごとし。

1) Rosenfeld, a. a. O.

三 賠償および慰藉料請求

4 被害者は、(一)自由回復に要する費用を、加害者に請求することができる。¹⁾ 例へば大阪の女が上海に監禁されたとする、監禁地から舊居所までの復歸費、すなはち上海から大阪までの旅費は、加害者の負擔となる。請負師の過失でトンネル崩壊し、中に働いてゐた工夫出口を失つたとすると、出口開放に要する費用は請負師の負擔となる。(二)利益取得を妨げられた場合、すなはち勞働収益を妨げられた場合には、その賠償を求めらるゝこともできる。紡績女工が監禁のため十日間働かえなかつたとすると、十日分の勞賃を、工夫が三日間生埋めにされてゐたとすると、三分の勞賃を請求することができる。

1) Preuss. Ldr. I. 6, § 132 ff.—Ös. err. GB., § 1329—Württemb. G. v. 5/9 1839, art. 16—BGB., § 823.

□ 自由被害者に慰藉料請求権を與へた立法は、比較的少なかつた。これを身體

被害者に與へた填普さへ、自由被害者に在りてゐた。フランスの判例はこれに反し、自由被害者も他の人的利益の被害者と同じく慰藉料請求をなすことができる¹⁾と見てきた。¹⁾ ザクセン法に至つては、遠く十六世紀の昔から自由の被害者は、自由回復費および喪失利益に對する外、精神苦に對しても、賠償を求めることができるとしてきた。²⁾ ドイツ民法も自由被害者の慰藉料請求を認める。³⁾

1) 二七頁參照。

2) Weiske, Abhandlungen aus dem Gebiete des deutschen Rechts, S. 108-111.

3) BGB. § 847.

ハ ザクセン法上の慰藉料は、『監禁一日につきいくら』といふ風に、形式的に法定されてゐた。これを *Sachsenbusse* といふ。¹⁾ 現代の慰藉料は、被害者苦痛の程度、加害者過失の程度、兩者の身分財産状態等を參酌して、自由に裁判官これを量定する。

1) 古くは監禁一日 40 Groschen の割だつたが (Stobbe=Lehmann, Deutsch. Privatr. III. S.

第五節 精神生活の私法的保護

一 序説

正しく社會事象を觀念することは、取引活動を有利に營む必須の前提である。故に各人は、觀念生活の完全性 (Integrität des Vorstellungslbens) を保證されなければならぬ。みだりに他人から觀念の正確さを攪亂されてはならない。詐欺された場合はもちろん、虚偽の報告や悪意ある推薦を受けた場合にも、よつて被つた損害を加害者に賠償さすことができねばならない——

二 詐欺

イ ザクセン民法は詐欺を不法行爲と見、被害者は詐欺に基く損害の賠償を加害者に求めうる旨、明かに規定した。¹⁾ 自余の立法はこれを言明はしなかつたが、プロイセン州法の下においても、フランス民法の下においても、オオストリア民法の下においても、乃至また普通法の下においても、詐欺は不法行爲だといふのが通説であつた。²⁾ 現行ドイツ民法上も詐欺は不法行爲となる。³⁾

1) Sachs. GB. § 1504; Dresd. Entw. Art. 1011.

2) Motive II. 753 ff.

3) BGB. §§ 823 II, 826. — わが國法上も詐欺が不法行爲となることについては鳩山・債權各論・八七四。

□ 被害者は、詐欺なきときの原状を回復すべく加害者に請求することができた。分説すると、(一) 詐欺なかりせば全然契約を締結しなかつたらうやうな場合——成立詐欺 (dolus causam dans) の場合——には、受けた給付を返還し、與へた給付を取戻

することができた。(二)詐偽なきも締結したるべく、ただ、さまで不利には締結しなかつたらうやうな場合——内容詐欺(dolus incidens)の場合——には、給付を取戻すことはできなかつたが、損害を排除することはでき、例へば詐欺のため二十圓高く買った場合には、その二十圓を減額することができた。現代法上また然り。¹⁾

1) 取消権だけで被害者は救はれぬ。別に損害賠償請求権の必要存す。なぜなれば、(一)詐欺にかかつて告知を中止し、告知期間を徒過したといふやうな場合には、取消の道なく、損害賠償を求め外に仕方がない。(二)内容詐欺の場合には、被害者は、取消さずに、損害の賠償だけを受けやうと欲する。(三)成立詐欺の場合には、被害者は、取消権によつても、損害賠償請求権によつても、ひとしく給付を取戻しうるが、二者消滅時効を異にするの結果、やはり並有の實益あり(v. Thur, allg. Teil, II, 1, S. 627 ff.)。

三 助言案内紹介

イ 助言(Rat)案内(Auskunft)紹介(Empfehlung)等からは責任生ぜずといふのが、

十九世紀立法の常則であつた。¹⁾ けだしこれらの場合には、與へる者に責任負擔の意思なく、受ける者に、自己の危険において行動するの決心存す、且つもし助言等から賠償責任生ずると、人これを與へることを躊躇し、人間同志の交際と取引とが、あまりに重苦しくなるからである。現代立法も助言等からは責任生ぜずと見てゐる。²⁾

1) Seuffert's Archiv, 32 Nr. 45—Preuss. Ldr. I. 13 § 217—Österr. GB. § 1300—Zürich. GB. § 1131—Sächs. GB. § 1301—Bayr. Entw. Art. 687—Bad. Ldr. § 1381a bis 1381ae.

2) BGB. § 676.

□ しかし故意に虚偽の報告をした者、すなはち、より善き知に反して (gegen besseren Wissen) 報告した者は、その報告を判断の基礎としたために相手方の受けた損害を賠償してやらねばならなかつた。¹⁾ ある男に支拂能力なきことを知りつつ信用できると報告したり、²⁾ある種の方法で改築工事をはじめると、建物崩壊するかも

知れないと知りつゝ、その方法を教へたり、ある男に盜癖あることを知りつゝ、安心できるとして出納掛に紹介したりした者は、その報告なり紹介なりに従つたために受けた相手方の損害を賠償してやらねばならなかつた。現代法上も故意に出た虚偽の報告は不法行爲となる。

- 1) Preuss. Ldr. I, 13 § 218—Sächs. GB. § 1301—Österr. § 1300 Vgl. Randa, Schadensatzpflicht nach österr. R. S. 66.
- 2) Jurist. Wochenschr. 1917, S. 285.
- 3) Jurist. Wochenschr. 1913, S. 431. Vgl. auch Sammlung v. Zivilr. Entsch. d. k. k. Oberst. Gerichtsh. VI, Nr. 2490.
- 4) 判例にいはく——「直接原告に與へず、第三者に與へしときといへども、その助言、第三者より原告へ傳達さるべきことを知りし場合は、原告に對し損害賠償の責を免れず」(Jurist. Wochenschr. 1912, S. 293)。

ハ 報酬を取つて報告する者および業として報告する者の責任は、普通人のそれ

よりも重かつた。普通人は前にいつたやうに、故意に出た虚偽の報告に對してのみ責任を負つたが、報酬を取り若くは業とする者は、過失に出た輕卒な助言(Leicht-sinnige Rat)に對しても責任を負つたからである——業とする者は多く報酬を取る。しかしさうでない場合もある。私立の無料法律相談所、無料衛生顧問、無料職業紹介所のごとし——また無免許醫、無資格辯護士も、醫又は辯護士を標榜する以上、醫又は辯護士と同様に、過失に對し責任を負はねばならなかつた。²⁾

- 1) Preuss. Ldr. I, 13, §§ 219, 221—österr. GB. § 1300 Satz 1.
- 2) Ehrenzweig, System. d. allg. österr. Privatr. II, S. 665 ff.; Randa, a. a. O. 末川・民法に於ける特殊問題の研究二卷・五〇三頁以下。

第六節 貞操の私法的保護

一 序説

イ 十九世紀の立法は、夫なき良家の婦女を孕ませた者は、その婦女と婚姻するか、支度料を與へて第三者との婚姻可能を高めてやるか、二者その一を撰ばねばならぬとしてゐた。¹⁾これを嫁入りの訴 (Deflorationsklage) とす。²⁾

1) Preuss. Ldr. II. 1, §§ 1061, 1064 ff., 1025 ff.—Sächs. GB. §§ 151 ff.—Würtemb. G. v. 5/9 1839—Allenh. G. v. 25/5 1876 §§ 1 ff.

1) 嫁入りの訴は、教會法の影響である。教會法は夫なき良家の婦女と通じた者は、支度料當方持ちにてその婦女と婚姻せねばならぬとしてゐた。これを『婚姻且つ支度料』(duc et dota) の義務とす。ややこの峻嚴を寛利し『婚姻又は支度料』(duc aut dota) その一を撰ばねば足る、支度料當方持ちにて娶る要なしとしたのが、すなはち嫁入りの訴である (Vgl. Stöbl-e-Lehmann, deutsch. Privatr. III. 530 ff.)。

ロ 嫁入りの訴に對しては、『嫁入請求は本來請求すべからざる事項を請求するものにして正しからず、支度料請求も父の責任の轉嫁にしてこれまた不當。誘惑者に對しては別に正當の請求方法あるにあらずや？ 不法に貞操を侵害されし

場合は不法行爲上の責任を問ふべく、孕みたる場合は分娩および産褥の費用を要求すべし』といふ正當な反對意見が絶えなかつた。ドイツ民法以來、遂に嫁入りの訴を廢し、不法に貞操を侵害されし場合には不法行爲上の請求、孕みたる場合には分娩および産褥費の請求といふことになつた。¹⁾

1) Österr. GB. § 1328 は、ひとに嫁入りの訴を廢し、妊娠せしめられた女は、婚姻又は支度料を求めらることをえず、分娩および産褥の費用を求めらるに過ぎないとしてゐた。佛の判例も嫁入りの訴を認めず、ただ一三八二條を根據に、貞操侵害者に損害賠償義務を負はせてゐるに過ぎない (Zeitsch. f. franz. Civilt. 2, S. 336 ff.)。Bad. G. v. 6/3 1845 §§ 14 ff.;Würtemb. G. v. 5/9 1839 Art 18 また然り。

二 貞操侵害

イ 貞操侵害とは、暴力を用ゐたとか、心神喪失抗拒不能を利用したとかいふ場合だけでなく、女子の許諾をうるにはえしたが、しかし正常の許諾でなかつたといふ場

合をもふくむ。¹⁾ 例へば(一)女子がその性交を婚姻上のものと誤認してゐたのを利

用した錯誤利用の性交、(二)欺罔行為を以て女子を錯誤に陥れ、その結果女子をして性交を許諾させた詐欺的性交、²⁾ (三)強迫行為を以て女子に畏怖の念を生ぜしめ、その結果女子をして性交を許諾させた強迫的性交³⁾のごとき然り。

1) Preuss. G. v. 24/4 1854 § 1—österr. G. B. § 1338—BGB. § 825—Zeitschr. f. franz. Civilr. 2. S. 336 ff.

2) 詐欺性交として判例に現はれてくるのは、男が將來結婚するやうに吹聴したため、遂に許諾を與へるに至つたとか、妻あることを秘してゐたため許諾を與へてしまつたとか、ふの類 (Jurist. Wochenschr. 1906, S. 352; 1909, S. 415)。

3) 強迫的性交とは、許諾を與へざれば解雇すべしとか、犯罪を告發すべしとかいふの類。

□ 從屬關係の濫用によつて女子の許諾を勝ちえた場合も、貞操侵害と見られてゐる。¹⁾ 雇主債權者後見人警官教師醫師等が、その地位を濫用した場合のごとし。

間接從屬關係の濫用、例へば、雇主が雇人の妻を弄ぶごときも、貞操侵害だとされてゐる。²⁾

1) österr. G. B. § 1338—BGB. § 825—Zeitschr. f. franz. Civilr. 2. S. 336 ff.

2) Ehrenzweig, Syst. d. allg. österr. Privatr. II. 1, S. 664.

ハ 不正手段と女子許諾との間には相當因果の關係あることを要する。故に手段極めて輕微にして、他の婦人に對してならば、恐らく効果なかつたらうといふ場合には、たまたまそれが當該の場合、その女子の許諾の原因をなしたとしても、貞操侵害ありといふことをえない。なぜなれば偶然の結果は、裁判官これを行為者に歸せしめることをえざるがため、男子の手段と女子の許諾との間に相當なる因果の關係なきときは、裁判官は畢竟、女子許諾の原因は別に存す、彼女は彼女自身の判斷に基き許諾を與へしものにして、男の手段に動かされしにあらずと看做さざるをえざるが故である。¹⁾ 例へば『婚姻の前ぶれ』と女子の許諾との間には、相當因果

の関係あらう。従つてこれに動かされた女子は貞操侵害の訴を起しえやう。しかし『富の誇示』と女子の許諾との間には相當因果の関係なし。故にこれに動かされた女子は貞操侵害の訴を起すことをえないのである。

1) Rechts. d. Oberhandsg. 3 S. 210.

三 不貞の抗辯 (Einrede der Bescholtenheit)

イ 十九世紀の立法は、夫なき良家の女子のみ嫁入の訴 (Deflorationsklage) を起すことができる。夫ある者數人の情夫をもつた者賃金をとつて性交を許諾した者は、懐胎しても、男に對し『結婚か支度料か』(duc aut dota)を請求することができないとしてゐた。¹⁾ またこの請求権を一旦取得しても、未だ男が結婚拒絶の意思を表示せざる間に、他へ嫁ぐか若くは不貞行爲をなせば、請求権を失ふともしてゐた。²⁾ けだし嫁入りの訴は、嫁入りさすことを主眼にしてゐたから、最初より妻たるに適せざる有夫の婦・性業婦・不貞の女にはこの請求権を與へず、後に妻たるに適せざるに

至れば、一旦取得した請求権を失ふと定めざるをえなかつたのである。

1) Preuss. G. v. 24/25 1854, § 9—Sächs. GB, § 1552—Seuffert's Archiv 26, Nr. 133; 32, Nr. 291; 46, Nr. 49.

2) Preuss. Ldr. II, 1, §§ 1080f.—Sächs. GB § 1552—Allenb. G. v. 29/5 1876 § 2—Seuffert's Archiv (6), Nr. 45.

□ しかし今日の貞操侵害訴訟は、誘惑者へ嫁がんがためでなくして、誘惑者の不法行爲上の責任を問はんがためであるから、夫なき良家の女ばかりでなく、すべての女が原告となりうるのである。侵害を受けた後不貞の行爲をはじめても、一旦取得した請求権を失ふには至らないのである。¹⁾

1) 不貞の抗辯の弊害については Vgl. A. Menger, Bürgerl. R. u. Besitzlosen Volksklassen, S. 75 ff.

四 賠償および慰籍料請求

イ 貞操侵害によつて損害を發生させた場合には、その賠償をなさねばならない。例へば侵害によつて女子の身體若くは健康を害したとすると、治療費を出すことを要する。妊娠させ、分娩の費用を出させ、且つ休業させたとして、すべてそれらを賠償することを要する——單なる和姦から妊娠させた場合の責任は、不法行為上の責任でなく、公平觀念から特に法の命じた責任であるから、その範圍、分娩産褥の費用を出さないが、貞操侵害から妊娠させた場合の責任は、不法行為上の責任であるから、すべての損害、すなはち休業のため失つた利益までも賠償せねばならぬのである。²⁾

1) Motive IV, S. 912—Seuffert's Archiv, 19, Nr. 212.

2) Ehrenzweig, a. a. O. S. 66f.

ロ 精神上的の苦痛に對する慰藉料を請求することもできる。佛の判例まづこれを認め、¹⁾スイスは舊債務法以來佛に倣ふこととなつた。²⁾ドイツのやうに原則とし

て慰藉料請求を認めない國も、貞操侵害の場合にはこれを請求することができる。と、特に明記してゐるのである。³⁾ 奥法は今なほこれを認めないが、他方において婚姻見込の減少 (verminderte Heiratsaussicht) を有形損害の一種と見、これに對し賠償を請求しうることにしてゐるので、事實、慰藉料請求を與へたも同然である。⁴⁾

1) Code Civil 1382 一七頁參照。

2) Alt. O. R. Art. 55

3) BGB. § 253 § 847 II.

4) Ehrenzweig, a. a. O. S. 66f.

ハ 慰藉料請求は本人に限る。親は、娘の貞操を侵害されても慰藉料請求をなすわけに行かぬのである。¹⁾

1) Motive, II, S. 753f.

第七節 名譽の私法的保護

一 序説

十九世紀の法律學は、未だ名譽と名譽感とをハッキリ分ち、各別にその侵害を論じるまでに至つてゐなかつた。截然たる兩者の區別は、實に最近の事である。すなはち最近發達の成果を見んに――

二 名譽侵害

イ 名譽 (Ehre) とは、地位相當の行動可能に對する社會の信頼である。あの人は、その年齢相當性相當職業相當地位相當に行動しうる智力體力乃至徳性を具備してゐるだらうと、社會から信頼されてゐるその状態が、すなはちその人の名譽である。故に名譽は共通性を有す。同一地位の人は同一程度の名譽を受けるのであ

る。甲乙優劣の差は法律これを顧みない。地位に隨伴する當然の名譽のみが法的保護の對象である。¹⁾

1) スイスの判例は名譽を定義して、或は „die äussere, soziale und berufliche Beziehungen“

なりといひ (Entsch. d. Schweiz. Bundesg. 13, 87) 或は „die Achtung der Stellung“ なりと

す (31, 2 Abt. 246) 或は „die Bewertung in der öffentlichen Meinung“ (33, 2 Abt. 591)

なりといふ。

□ まづ人は、(一) 人類としての名譽を受ける。これを人類名譽 (Menschenehre) とすふ。故にその事實なきに、彼は動物同然の行動をなしたりといはば、その人の人類名譽を侵害することとならう。¹⁾ (二) 年齢相當の名譽を受ける。これを年齢名譽 (Altershre) とすふ。故にその事實なきに、彼は小兒同然の行動をなしたりといはば、その人の年齢名譽を侵害することとならう。²⁾ (三) ことに女性は、性道德の遵守者としての信頼を社會から受ける。これを性名譽 (Geschlechtshhre) とすふ。故にそ

の事實なきに、彼女は夜陰街頭を彷徨せりとか、情夫と密會せりとかいはば、その人の姓名譽を侵害することとならう。³⁾ (四) また人は、市民的義務の遵守者としての信頼を受ける。これを市民名譽 (Bürgerre) といふ。故にその事實なきに、彼は盜めりとか、⁴⁾ 横領せりとか、⁵⁾ 偽證せりとか、詐欺取財せりとか、私生子を殺せりとか、⁶⁾ 墓地の神聖を犯せり、⁷⁾ とかいつた場合にはもちろん、單なる市民道德の違反を虚傳せるに過ぎざる場合にも、やはり市民名譽の侵害となるであらう。事實に反して、由來彼は辨濟の誠意を欠くとか、彼は共產主義者だとかいふごとし。⁸⁾ (五) 職業に關しては、銀行家には銀行家の職責あり、靴屋には靴屋の職責あり、労働者には労働者の職責あり、各々その責務の擔當に堪ゆとの信頼を社會より受けをるが故に、もしその事實なきに、あの銀行家は不良貸附をなしたとか、あの靴屋は一人前の技能がないとか、あの労働者は一人前の體力がないとかいへば、各々の職業名譽 (Berufshe) を侵害することとならう。學者や作家も職業名譽を受ける。もしその事實なきに、あ

の作家は劣情挑發的書ぶりをしたとか、あの學者は誤讀したとかいふならば、やはり職業名譽の侵害となるであらう。⁹⁾ 要するに名譽は一定地位の所屬者に當然に社會が拂ふ信頼であり、名譽侵害はこの信頼を減少させる事實——すなはちいはゆる名譽減少的事實 (ehrenmindernde Tatsache) ——を虚傳することである。

- 1) Specker, Personlicheitr. S. 97.
- 2) Specker, a. a. O. S. 103.
- 3) Specker, a. a. O. S. 103.
- 4) Entsch. d. schweig. Bundesg. 20, 144.
- 5) Entsch. d. schweig. Bundesg. 21, 498 ff.
- 6) Entsch. d. schweig. Bundesg. 21, 1199.
- 7) Entsch. d. schweig. Bundesg. 31, 2 Abt. 274 ff. 33, 2 Abt. 591.
- 8) その他出生・教育程度・疾病・信仰・政見等に關する虚傳も名譽侵害となる (Ehrenzweig, Syst. d. österr. allg. Privatr. II. I S. 658)。

ハ 傳播も侵害となる。他人の主張の事實に合せざることを知りつつそれを傳播し、若くは他人の主張を輕卒に事實なりと信じてそれを傳播することし。誇張も侵害となる。一度泥酔したのを習慣的のごとく吹聴し、一度警察規則にふれただけなのに、その人を警察規則の常習違反者のやうにいひふらすことし。不作爲によつても侵害成立す。辯解してやるべき筈の人が沈黙せる場合、すなはち店員横領の嫌疑を受けたるが故に、番頭辯解してやるべき筈のところ、沈黙を守れる場合のことし。

1) Lobe, Handwörterb. d. Rechtsw. 2. S. 159.

ニ 事實の報告は、憲法が吾人に保證する自由の一つで、もちろん名譽侵害とならない。たとへその結果、ある人の名譽に減少を來たさうとも、眞實にそれが合してゐるかぎり、報告は名譽侵害とならない。ただある人の名譽に減少を來たさしめ

んとする目的のみのために、その人の名譽減少的事實をあばくならば、それは自由若くは權利の濫用の意味において、不法行爲となるであらう。¹⁾

1) これに反し正常利害關係人に事實を報告する場合は、不法行爲とならない。婚姻せんとする人に相手方の素性卑しきを教へ、貸金せんとする人に、相手方の不信用極まることを教ゆることし。

ホ 事實の批評も、市民的自由の一つで、名譽侵害とならない。たとへその結果、ある人の名譽に減少を來たさうとも、責を負ふ限りでない。ただ單にある人の名譽に減少を來たさしめんと目的のみから、その人を惡罵するならば、それは自由若くは權利の濫用となり、その意味で不法行爲とならう。

三 名譽感侵害

4 名譽感 (Ehgefühl) とは地位相當の誇りである。一定地位の所屬者が當然にもつ内的價値の自覺である。これまた共通性を有し、同一地位にある者は同一程

度の名譽感をもつ。特別自尊心の強い人があつても、法はそれを顧みない。

□ 名譽感すなはち價值自覺は、侮辱によつて侵害される。侮辱は價值否定の意思表現で、表示侮辱 (Verhöhnung) と態度侮辱 (Reinigung) とに分れるとされてきた。

(一) 表示侮辱とは表示意思を以て價值否定の意思を表示する場合で、言語文章を以て人を侮辱し、劇に組み、繪にかいて人を侮辱する場合は大抵これに入る。身振りによる侮辱——舌を出し、唾をはきかくるの類²⁾——も大抵これに入る。(二) 態度侮辱とは、周囲の事情から價值否定の意思を推知しうる場合をいふ。卑猥の目的から婦人の身體にふれ、嫌がる女に無理にキツスした男は、恐らく侮辱意思の表示を直接の目的としてはゐないであらうが、侮辱を前提とするにあらざればこの種の行爲はなしえぬ筈だから、よつて以て彼の侮辱意思を推斷しうるのである。他人の門標に不潔物をぬるがごとき行爲からも侮辱意思を推斷しうとされてゐる。³⁾

1) 嘗てハンブルグ市で、ある興行師の興行させた芝居に出てくる女魔術師 (Zauber-

in) が、同市の某名流婦人を諷刺すること何人にも明かだつたので、その婦人が、名譽侵害を理由に、興行師に上演停止を請求し、勝訴したことがあつた (Deutsch. Juristen-Zeit. 1904, S. 80)。

1) 面打のごときは、身體侵害であると同時に、侮辱意思の表示でもある。

3) Specker, a. a. O. S. 178 ff.——大官に辭職を敬告するために棺桶・自殺用器の類を送附したといふ話を、日本で屢々聞くが、この種の行爲からも侮辱意思を推斷しうるであらう。絶交同盟からまた然り。

ハ 表示侮辱の場合に眞意と表示と齟齬し、侮辱の表示あるも眞意これに伴はざることがある。この場合には侮辱の成立とならない。諧謔皮肉のごとし。果して眞意伴はざるやは、表示の際の顔色、聲調等を見て決すべしとされてゐる。¹⁾

1) 人の集合を侮辱することがある。『近時の學生は云々』『日本の貴族は云々』といふがごとし。集合そのものは法人でないから、名譽感の保護を受けないが、實は集合名詞が特定人を指してゐることあり、この場合にはその特定人の名譽感侵害と

なるのである——Specker, a. a. O. S. 174f.

2) 甲に對する侮辱が乙に對しても侮辱となることがある。これを間接侮辱 (mittelbare Injure) といふ。しかし人人獨立の今日、雇人への侮辱が同時に僱主への侮辱となり、子・妻への侮辱が、親・夫への侮辱となるといった場合は非常に少ない——Specker, a. a. O. S. 188f.

二 侵害の對象は小別される。人類を動物のごとく罵詈するは、—— „die Zoologische Scheit-u. Schimpfworte“ —— 人類的名譽感の侵害¹⁾。女子の貞操を蹂躪するは、同時に女性名譽感の侵害。その他地位職業等に従つて名譽感あり、そのそれぞれにつき侵害あるのである。

1) Specker, a. a. O. S. 97.

四 賠償および慰藉料請求

イ 一九世紀初頭の立法は、『名譽は賣物でないから』(“Weil einem ehrliebenden Bürger

seine Ehre nicht um Geld feil sein soll”)といふ理由で、¹⁾名譽侵害に對する金銭的慰藉を排斥した。ドイツ普通法は、もとは名譽被害者の慰藉請求を認めてゐたが、刑法典・刑事訴訟法典の施行と共に、人格侵害訴訟 (Injurienklage) が廢止されてしまつたため、爾後慰藉請求をなしえざるに至つた。²⁾ もちろん有形損害を被つた場合には、普通法上も地方方法上も、³⁾その賠償を求めえたが、精神苦を被つたに過ぎなうだ場合には、その慰藉を求める道がなかつたのである。

1) Zeiler, Komm. üb. d. ABGB. zu § 1330.

2) Einf. Ges. zur Str. P. O. § 11. A. S. 1.

3) Einf. Ges. zur Str. P. O. § 11. Abs. 1—Gruchot IV, 178—öster. BG. § 1330—Preuss. Ldr. I, 6 §§ 130, 131.

ロ ドイツやオオストリアは、今なほ名譽被害者の慰藉料請求を認めない。¹⁾ しかしフランスの判例は、つとに名譽被害者の慰藉料請求を認め、²⁾スイスも一八八一年

の舊債務法以來これを認める。³⁾

74

1) BGB. §§ 253, 847—Österr. BG. § 1330—Randa, Schadenersatzpflicht, S. 200: „*Sicher und allgemein anerkannt, ist, dass für Ehrenverletzung (ohne Vermögensnachteil) keine Geldentschädigung verlangt werden kann.*“

2) 二七頁參照。

3) Alt. O. R. Art. 55. —ヌイヌ民法二十八條と同新債務法四十九條との關係につきは Vgl. v. Thur, schweiz. Obligationenr. I. S. 106 Anm. 2.

ハ 名譽減少的報告の取消を求めるはゆる取消請求の訴 (Klage auf Widerruf) 並びに陳謝請求の訴 (Klage auf Abbitte) は、歐洲に於ては、近時殆ど姿を洩した。¹⁾

1) Einf. Ges. zur Str. P. O. § 11, Abs. 1—Zeller, Über den Wert der Ehrenerklärung, des Widerrufes u. der Abbitte, Zeitschr. f. österr. Rechtsgelahrtheit 1837 I S. 237—換・1 三三三
○條二項は今なほ取消請求の訴を認むるも殆ど行はれてゐないらし (Vgl. Ehrenzweig, a. a. O. S. 657.)

第八節 信用および秘密の私法的保護

一 序 説

信用や秘密の保護は、二十世紀にはじまるといつていい。ことにドイツ民法¹⁾およびスイス民法にはじまるといつていいが、もうその保護は、次の程度へ達してゐるのである——

1) Protokolle, 2. S. 637 ff.

二 信用

イ 信用 (Kredit) とは、支拂能力および支拂意思 (Zahlungsfähigkeit u. Zahlungswilligkeit) に對する社會の信頼である。或は給付力および給付意思 (Leistenkönnen u. Wollen) に對する社會の信頼だといつてもよいであらう。とにかく財産的義務の履行に

75

つき社會から受けてゐる好評 (Guter Ruf) が信用である——各人の生活、大いに商
化しつゝある今日、たゞに商人ばかりでなく、一般市民も支拂的好評を、法律によつ
て保護されねばならぬのである。¹⁾

76

1) Specker, Persönlichkeit. S. 115.

□ 信用は、事實の虚構によつて侵害されるばかりでなく、他人の主張の事實に合
せざることを知るにかかはらず傳播し、若くは他人の主張を輕卒に信じて傳播す
ることによつても、また侵害されると見られてゐる。輕卒に他人の言を信じて某
銀行が取付けを受けたさうだ、某商店が行詰つたさうだと傳播することし。

ハ 肉體のおよび智能的労働者の労働力および労働意思 (Arbeitskraft u. Arbeitswil-
ligkeit) に對する社會の信頼も信用に準じて保護されてゐる。その事實なきに、あ
の労働者は腕がないとか、怠け者だとかいへば、労働者の信用の侵害となる。¹⁾

1) Vgl. Riezler, Arbeitskraft u. Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung. Archiv f.

bürgerl. Recht 27, S. 218 ff. insb. 236f.

三 秘 密

イ 秘密 (Geheimsphäre) とは、私生活上又は營業上、何人も他人に知得されることを
欲せざるべき事實である。その私生活に關するものを私的秘密 (Privatgeheimnis)
といふ。封緘せる手紙その他の文書、日記、家計簿、寫眞、スケッチ、未發表の原稿、諸種
の覺帳のごとし。その營業に關するものを營業秘密 (Geschäftsgeheimnis) とす。¹⁾
未だ特許をえざる發明、工夫、商業帳簿、諸種の設計圖、流行や得意先の調査書等のご
とし。¹⁾

1) Giesker, Rechtsschutz des Briefes in der Schweiz, S. 3.

□ 秘密は知得 (Kenntnisnahme) によつて侵害される。秘密事項記載の文書を破毀
したかどうかは問題でない。知得した知識を營利の目的に利用したかどうかも
問題でない。知得さへすれば、すなはち秘密の侵害となるのである——¹⁾ 秘密文書

77

を寫し取り、秘密寫眞を複寫するときいはゆる知の體化 (Kenntnisverkörperung) も、
またもちろん秘密の侵害である。²⁾ 78

1) Giesker, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimnisse, S. 30f.; Briefe, 15f.

2) Giesker, Geheimnisse 51; Briefe, 38f.

ニ 秘密はまた漏洩によつて侵害される。漏洩とは知の媒介 (Kenntnisvermittlung)。
すなはち本人から相對的に秘密を解放された受信者が、第三者に傳播することを
いふ。醫師辯護士藥劑師産婆等に、本人から解放された秘密を保持すべき義務あ
るはもちろんだが、その他の者も、明示又は默示の契約上、秘密保持の義務 (Geheim-
haltungspflicht) を負ふ。工場労働者のごとき、工場秘密保持の義務を負はざるべか
らずとされつつある。¹⁾

1) Weibers, ds. Gesetz, §§ 9, 10—BGB, § 826——なほ有馬・不正競争論一九三頁以下参照。

四 賠償および慰藉料請求

イ 信用侵害のため利得可能を減少させられた者は、その賠償を求めうるが、慰藉
料請求はできない。なぜなれば信用は、人的利益でなくして財 (Vermögensgut) であ
り、その侵害は、單なる財産侵害に過ぎぬからである。信用を人格と見、若くは人格
と財との合體 (Doppelgut) と見る説は、近時大いに廢れた。³⁾

1) Eizbacher, Handlungsfähigkeit, S. 318; Kohler, Lehrbuch 2 S. 517.

2) Huber, Kredit als selbständiges Rechtsgut.

3) Entsch. d. Schweiz. Bundesg. 31. 2. Abt. S. 245.

ロ 私的秘密侵害の場合には、損害賠償の外慰藉料をも求めることができる。な
ぜなればそれは人的利益の侵害であるから。營業秘密侵害の場合には、損害賠償
のみを求めることができる。なぜなればそれは單なる財産侵害に過ぎぬから。

第九節 肖像權

一 序 説

イ 肖像 (Bildwerk) とは、容姿の模寫をいふ。繪畫彫刻寫眞のごとし。請負契約に基いて製作される場合と、然らずに製作される場合とあらう。(一) 請負契約に基いて製作された場合、肖像上の著作権は、注文者に移るか、それとも製作者に残るか？ 製作者に残るとせば、本人の利益保護上、相當に製作者の権利行使を制限する必要あらうが、通説は、肖像注文の場合には、著作権は當然注文者に移ると見る故、殆ど制限の必要を見ない。¹⁾ これに反し、(二) 請負によらざる場合には、もとより著作権は製作者側に残るから、本人の利益保護上、大いにそれを制限する必要あるのである。肖像製作者の著作権を制限する本人の権利を、肖像權 (Recht am eigenen Bilde) とす。²⁾

1) G. v. 9/1 1876 § 8 Abs. 1: „Wenn der Urheber eines Werkes der bildenden Künfte das Eigentum am Werk einem anderen überlässt, so ist darin die Übertragung des Nachbildungs-

rechtes fortan nicht enthalten; bei Porträts und Porträtbüsten geht dieses Recht jedoch auf den Besteller über.“—G. v. 10/1 1876 § 7 Satz 3: „Bei photographischen Bildnissen (Porträts) geht das Recht [sc. der ausschliesslichen Nachbildung] auch ohne Vertrag von selbst auf den Besteller über.“—Vgl. auch Kohler, *Autorr.* S. 202f. Gierke, *deutsch. Privatr.* I. S. 779.

2) 肖像權は、肖像の陳列や複製・頒布やを制限する權利で、撮影そのものを制限する權利ではない。もちろん吾人は、撮影そのものに對しても同意權をもつが、それは名譽權の作用で、肖像權の作用ではないのである。従つて同意なき早取寫眞は、侮辱とはなつても肖像權の侵害とはならぬのである。

□ 肖像權といふ制限權なかりし當時は、裁判所は、名を侮辱にかりて、かつかつ肖像本人の利益を保護してゐた——例へば(一) 一八九八年、Osisee 海水浴で若い婦人の裸體になつた一刹那を、早取寫眞にとり、繪はがきに製作し、賣出した者のあつた際には、侮辱なりとして原版を沒收した。¹⁾ (二) ビスマルク公死去のみぎり、公の死室へ忍び入り、公の死顔を撮影した者のあつた際には、家宅侵入によつて寫したとい

ふかどで、原版を没収した。²⁾ (三)妻の寫眞を注文した夫が、離婚後その寫眞を自轉車營業の廣告に使用し、妻から禁止の要求あつた事件の際には、裁判所は、寫眞は夫の注文による、故に夫に複製頒布の自由あり、妻はこれを禁止することをえずとまで判示せざるをえなかつた。³⁾——一九〇七年一月九日、肖像上著作権の制限に関する法律 (G. betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste u. der Photographie, §§ 22-24) の發布を見るに至つたのは、實にかかる不都合の續出に困りきつた結果であつた。

1) Entsch. d. 2. Strafsenats v. 29/11 1898, mitgeteilt von Gareis, Gutachten S. 6f.

2) Entsch. d. Reichsg. in Zivils. 45, Nr. 43—Vgl. dazu Kohler, Der Fall der Bismarckphotographie (Autor-u. industrier. Abh. u. Guta. II. 53 ff.).

3) Entsch. d. Reichsg. in Strafs. 33. Nr. 90.

4) 佛の判例に關しは Vgl. Kohler in seinem Archiv 10. S. 274; Das Eigenbild im Recht; Kunstwerkr. S. 157f; Olshausen Lei Gruchot 46, S. 492.

二 肖像權の侵害——違法阻却の場合

イ 肖像權は肖像が、本人の同意なしに陳列複製頒布されることによつて侵害される。第三者がそれをやつた場合はもちろん、著作者がそれをやつてもやはり肖像權の侵害となる。他人が注文者であつた場合に、その他人が本人の同意なしに陳列複製頒布しても、またもとより肖像權の侵害となる。がしかし、

ロ 『公に生活する者は、世間がその肖像を見たがるのを忍容しなければならぬ』。¹⁾ 『新聞的出來事の關係人物も、寫眞に撮られることを我慢しなければならぬ』。かかる人物を知りたがることは、世間正當の要求と見ていいからである——そもそも個人羞恥心の平穩のために、無同意複製の場合をなるべく少なからしむべきか、公衆好奇心の満足のために、かかる場合を多からしむべきかは、肖像法制定の際、大いに争はれた。二大立法見點であつたが、²⁾法律は後者を取り、無同意複製の場合を非常に多く認めたのである。すなはち——

1) Kohler, Aut.-u. indust. Abhandl. u. Gutacht. S. 56: „Wer in der Öffentlichkeit lebt, muss

84

sich gefallen lassen, dass die Welt das Bedürfnis empfindet, sein Bild zu kennen, und dass sie diesem Verlangen entspricht.“

2) Keyssner, Recht am eigenen Bilde; Gareis, Verhandlungen d. 26. deutsch. Juristentages I. は保守的態度に出づなるべく本人の同意に懸らせやうとしたが、Kohler, a. a. O. は、肖像の公的性質を強調し、無同意複製の場合を多からしめやうとした。Vgl. dazu Rietschel, Das Recht am eigenen Bilde, Arch. f. Civ. Praxis. 94, 161 ff.

ハ 現代史上の人物には肖像権なし、同意なしにその肖像を陳列・複製・頒布されても、彼は異議を述べぬことになつてゐるのである。¹⁾ しかも學說判例は、いはゆる現代史的人物の意義を最廣義に解釋し、元首政治家・外交官・議員・學者・發明家・著作家・藝術家等はもちろん、成功せる實業家、²⁾ 刑事被告人、異常の不運又は幸運に際會せる人々等も、現代史的人物にして、やはり肖像権なしと見てゐる。結果において、新聞的興味 (Journalistisches Interesse) の對象となりうる人は、すべて肖像権なしといふも

過言でなす。

1) Kunstschutzgesetz v. 9/1 1907 § 231.

2) Juristisch. Wochenschr. 1925, S. 378.

3) 現代史的人物といへども、私生活上の肖像——政治家としてではなく、父とし夫としての肖像——については、肖像権をもつ (Specker, Persönlichkeitsr. S. 266)。

前記ビスマルク公の場合に關連して、Kohler はいつた——『公衆は、病氣中の公人の肖像を見たがるわけに行かない。病態は私生活であるからである。死態に至つては、私生活中の最嚴肅のもので、それは何人からも破られないヴェエエルに包まなければならない』と (Kohler, Aut.-u. indust. Abhandl. u. Gut. 56f.)。

4) 本文所述のごとく、殆ど名士には肖像権がない。しかし商品の包装紙に、その寫真を利用されたといふやうな場合には、名士といへども、肖像権を主張して、肖像使用を禁止させることができるのである。ある煙草製造場が、ツエペリン伯の同意なしに伯の肖像および名を、商標に使用した際、伯は禁止の訴を起して勝訴した (Entsch. d. Reichsg. 74, Nr. 86)。

85

ニ 公衆の興味をそそる集會行列儀式等に參列してゐる人も肖像權を主張するわけに行かない。¹⁾ もともと公的意味をもつてゐない所の人も一旦行列に加はるや公的意味を帯び來り、レンズの前で我儘をいへぬことになるからである。風景が主で人物が點景に過ぎない場合にも、その人物は肖像權を失ふとされてゐる。

1) G. v. 9/1 1907, § 23 I Z. 3.

ホ 繪畫や美術寫眞のモデルも肖像權を失ふ。¹⁾ 畫面に強く本人の特徴が出てゐる場合にも、本人は、著作者の陳列複製頒布を制限するわけに行かぬのである。法は藝術に對する公衆の利益を本人の利益以上に保護し、著作者に完全な公表の自由を保證してゐるのである。

1) G. v. 9/1 1907, § 23 I Z. 4.

ヘ 賃金をとつて肖像を寫させた場合は、暗黙の間に本人が陳列複製頒布の自由を著作者に與へた場合と見てゐる。陳列等が本人の廣告になる場合にも、本人の

同意ありと擬制してゐる。¹⁾ その結果モデル女に肖像權なく、藝妓等にも肖像權なしのである。

1) Elster, Handwörterb. d. Rechtsw. I. S. 768.

ト 問題は漫畫であるが、一派の學者は、現代史的意義ある人物は肖像の陳列複製頒布を禁じえぬごとく、漫畫のそれをも禁じえぬが、然らざる普通人は肖像の陳列等を禁じうるごとく、漫畫のそれをも禁じうると説く。¹⁾ が、進歩した學説は、漫畫の絶對的自由 (unbedingte Karikaturfreiheit) を主張する。曰く、『笑ひこそ人生の花、社交の色。漫畫に笑ひ轉げうることによつて、どれだけ社會は幸福を増すかも知れない。故にユウモアの目的 (humoristische Zweck) に出づるかぎり、漫畫の陳列複製頒布は、充分自由でなければならぬ。侮辱の意味ある場合はもとより格別だが、然らざるかぎり、本人は甘じて笑題にならなければならぬ』と。²⁾ これ實に Kohler, Allfeld, Fuld 等の所説にして、當來の判例は、彼らの指し示した方向へ動いて行くかと

なものである。

1) Elser, a. a. O.

2) Kohler, a. a. O. 56f.

チ 肖像権は消極的な禁止権で、積極的な請求権ではない。肖像本人の方から、著作者へ、該肖像を陳列複製頒布するやうに請求するわけには行かぬのである。映画俳優がその傭主に對し、彼の寫眞をもつと盛んに廣告用に使用すべきことを請求した事件に關し、ドイツの裁判所は、肖像主にかゝる積極的請求権なしと判示した。¹⁾

1) Entsch. d. Reichsg. 103, Nr. 95.

三 賠償および慰藉料請求

イ 肖像権侵害の場合、すなはち肖像権者の同意なしに肖像を陳列複製頒布した者あつた場合には、肖像権者は妨害除却を求めることができる。妨害除却は、侵害

なかりしならば存すべかりし状態の回復——いはゆる自然的回復(Naturalrestitution)——を請求するものにして、損害賠償請求の一種である。陳列の中止複製の回収のことし。

ロ 慰藉料請求は、獨法はこれを認めず、¹⁾スイスはこれを認む。²⁾

1) BGB. § 253.

2) Schweiz. Obl. R. Art. 59.

第十節 氏名權

一 序説

イ 名は、個性ある個體を容易に思ひ浮べさせるための符徴である。¹⁾ 個體の特徴を一々列挙するの煩をさけるために、人は、名といふ符徴を豫め附し、これによつて

個體を簡短にいひ表はすのである。地域にも名を附し、家畜にも名を附し、人類の創作にかかる有形無形の財にも名を附す。著作の表題、營業の商號、商品の商標、いづれも名である。ここでは氏名すなはち人の名を取扱ふ。

1) Opet, Das Namerrecht d. bürgerl. Gesetzbuchs. Arch. f. Civil. Praxis 87, S. 319 ff.

口 もと氏名には、事實的社會的意味しかなかつた。各人任意にこれを使用し、少しも法の制縛を受けなかつた。十七世紀頃これに關する公法規定の發生を見るには至つたが、その内容は、氏名はみだりに變更することを得ず、これを變更するには官の許可を要す、他人の名を借用せる者は刑に處すといふの程度を出でなかつた。¹⁾ もちろん氏名權なる私權を認めるまでには至つてゐなかつたのである。十九世紀初頭の立法——例へばプロイセン法、オーストリア民法、ザクセン民法——も、氏名の取得方法に關し、嫡出子は父の姓を稱すとか、私生子は母の姓を稱すとか、棄兒は官これに命名すとか定めただけで、私權としての氏名權は認めなかつた。²⁾ こ

れを認めるに至つたのは、實にドイツ民法以後である。

1) Hermann, Über das Recht d. Namensführung u. d. Namensänderung Arch. f. Civil. Prax. 45, 164 ff.

5) Preuss. Ldr. II. 1 §§ 192, 741, 742, 863, 864, II. 2 §§ 58, 559, 592, 640, 641, 682, 685, 688, 659, 713.—Österr. GB. §§ 92, 146, 165, 182 ff.—Sächs. GB. §§ 1748, 1796, 1801.

ハ 尤もフランスでは共和曆十一年芽月二日、一定氏名の主體は同一氏名の使用を他人に禁止しようと明かに定めたこともあつた。¹⁾ 民法の判例は、氏を家の一つの所有權と見、氏の借用者を一種の所有權侵害者と見てきた。²⁾ スイスは民法以來、ドイツに倣つて氏名權を認めた。³⁾ オーストリアも一九一六年三月十九日の勅令で私權としての氏名權を認めるに至つた。⁴⁾

1) Opet, a. a. O. 314f.

2) Vgl. Planiol, droit civil I 397.

3) Schweiz. ZGB. Art 29.

二 氏名権侵害

イ 氏名を使用しうる権利を氏名権といふ——第一に氏名権は不使用 (Nichtgebrauch) によつて侵害される。けだし氏名は、正当な指示手段 (Bezeichnungsmittel) であるので、ある人を指すにはその人の氏名を以てせざるべからず、その人の氏名を以てせざるときは、その人は、氏名権の侵害を受けたとして、氏名の使用——すなはち正当指示手段の使用——を、その他人に請求しうることになるのである。強ひて他人の名字を滑稽的に發音するときは、不使用による他人氏名権の侵害でもあり、侮辱でもある。¹⁾

1) この例は屢々日本の政界に出た。藏原惟廓を『ぞうばら惟廓』とよみ、根本正を『根も正』とよんだごとし。

2) 藝術家は藝術活動につき藝名を用ふる。故にある興行師が、興行廣告に、尾上

菊五郎と書かずに彼の本名を書き、ある展覽會の主催者が、竹内栖鳳作と書かずに彼の本名を書くならば、やはり不使用による氏名権の侵害であらう。

3) 舊説は不使用による氏名権侵害の場合を看過してゐた (Thering, in seinen Jahrb. 23, S. 310; Regelsberger, Pand. I. S. 198; Thon, Rechtsnorm. S. 153) — Opet, Specker 以後不使用による氏名権侵害を認められるに至つた (Opet, a. a. O. S. 377 ff.; Specker, Persönlichkeitsr. S. 55 ff.)。

ロ 氏名権はまた使用 (Gebrauch) によつても侵害される。けだし氏名は指示の手段 (Bezeichnungsmittel) であると同時に區別の手段 (Unterscheidungsmittel) でもあるから、人は、他人の名を自己指示の具に用ゐることをえず、自己指示の具に用ゐれば使用による氏名権の侵害となるのである。¹⁾

1) 眞實に反しある他人が云々の行爲をなしたと主張する場合は、名譽侵害となるも氏名権侵害とならない。例へばその事實なきに某醫學博士御推薦と書いて賣藥廣告をなし、某殿御賛助と書いて寄附金を募るとし。けだしこの場合は、他人

の名を自己指示の具に供せず、他人自身ある行爲推薦又は贊助をなしたと吹聴するに過ぎないからである。

ハ 使用による侵害は、他人の名をそのまま使用した場合にだけでなく、他人の名と外観上呼稱上又は觀念上類似する名を使用した場合にも成立する。¹⁾ 例へば綴りをかへて *Stresemann* を *Streseman* と書き、字劃をかへて豊島を豊島と書いても、外観上の類似あるため氏名侵害となる。多少字數を増減してもなほ侵害成立する。スイスの判例は、*„F. Roskopf & Cie.“* なる商號を *„F. E. Roskopf & Cie.“* なる商號の侵害と見てゐるのである。²⁾ 全然文字をかへても發音類似するときは、呼稱上の類似としてやはり侵害成立する。河井を『かわい』又は *Kawai* とかくごとし。觀念上の類似のために氏名權又は商號權の侵害となることもある。スイスの判例は、*„Schweizerische Milchgesellschaft.“* なる商號を *„Anglo-Swiss condensed milk Company.“* なる商號の侵害と見た。英獨語を異にするも觀念は同一だといふ理由からである。^{3) 4)}

- 1) *Specker, a. a. O. S. 157 ff.*
- 2) *Revue d. Gerichspraxis 24, Nr. 13.*
- 3) *Entsch. d. Schweiz. Bundesg. 27 2. Abt. S. 520 ff.*
- 4) ドイツ帝國裁判所は、夫の情婦が夫と旅行し、ホテルの名簿へ「妻」と記入した場合には、妻は情婦のために、氏名權を侵害されたりといふべく、従つて情婦に對し、向後の不作爲を請求するを妨げずと判示してゐるが (*Entsch. d. Reichsg. 108, Nr. 66*)、正確にいふとこれなどは、氏名そのものの詐稱でなくして、妻といふ私法的地位の詐稱であらう。

ニ しかし外形上混同の危険あつても事實その虞れなきときは、氏名權の侵害とならない。むづかしくいふと、氏名權侵害成立するためには、抽象的なる混同の危険 (*Gefahr in abstracto*) があるだけでなく、具體的なる混同の危険 (*Gefahr in concreto*) であることを要するのである。¹⁾ 故に、(一) 異職同名の場合は、氏名權侵害にならない事實混同の虞れなきが故である。靴屋が藥屋の商號に倣つても藥屋の商號權を侵害

したことにならぬのである。(二)同職同名でも得意の方で同名者の實質的相異に着目すべき場合には、やはり氏名權侵害とならない。芝居の観客は重きを俳優の實質的相異におくから、東京の俳優が大阪の俳優に倣つて同じ『中村福助』を名乗つても、後者の氏名權を侵したことにならぬのである。

1) Specker, Persönlichkeitsr. S. 157 ff.

ホ 數人各々合法に同一氏名を取得してゐる場合を氏名の平行(Parallel'es Namensgebrauch)といふ。數人の山田太郎あるがごとし。この場合に各人『山田太郎』を使用するは、各人その權利を行使するものにして、もとより正當である。たゞし具體的混同の危険存する場合には、各人その名に特別の肩書(unterscheidendes Zusatz)を附せざるべからず、これを附せざれば不作爲による他人の氏名權の侵害となつて見られてゐる。¹⁾一番地の山田太郎、二番地の山田太郎と名乗らざるべからざるがごとし。また同名者を侵害する目的を以て自己の名を使用すれば、氏名權の濫用

となるとも見られてゐる。すべての權利に濫用の禁あるがごとく、氏名權にもそれがあつたといふのである。²⁾

1) Specker, a. a. O. S. 56f.

2) Specker, a. a. O. S. 56.

ヘ 特殊の生活方面においては、人は變名使用の自由がある。著作に雅號を用ひ、演劇に藝名を用ひ、説教に僧名を用ひることとし。變名も氏名同然に保護されるかについては、ドイツ民法の解釋上異論あつたが、一九二一年一月二十一日、帝國裁判所は變名も氏名同然に保護さるとの新判例を開いた。¹⁾

1) Entsch. d. Reichsg. 101 Nr. 61.

三 氏名の奪取(Enteignung des Familiennamens)

イ 一九二五年次のやうな事件がドイツに出た——J. Malzmannなる商號を以て煙草業を営んでゐたJ. Malzmann氏死し、その數子、同一商號の下に營業をつづけて

ゐたが、その中の一人 Adolf Malzmann 獨立し、他の商人と共同して、Lanata A. Malzmann & Co. G. m. b. H. なる商號をもつ有限責任會社を設立し、やはり煙草業をはじめたので、J. Malzmann から混同の虞れ (Verwechslungsmöglichkeit) ありとなし、有限責任會社に對し、その商號中より Malzmann なる文字を削除すべく請求した。一審二審は共に原告を敗訴させたが、上告審は、『Malzmann といふ語は、略語的性質 (Schlagwort-character) を有する商號中の重要語であるから、後で出來た有限責任會社は、たとへその社員に Malzmann なる姓の者あるにもせよ、この語を商號中に挿入することを避けねばならぬ』とし、原告を勝訴させた。¹⁾

1) RG. in Jurist. Wochenschr. 1925, S. — Vgl. auch Entsch. d. RG. 75, Nr. 90; III, Nr. 19.

□ この判決に對しては、『判決のとき見解をとると、たまたま氏名類似の商號を登記した者あつたために、氏名權者が、その當然の權利を行使しえぬことになる』と反對した者もあつたが、¹⁾ Rosenthal 一派は、『氏名權の行使によつて取引を攪亂せ

しむべからず、判決が混同の可能存する場合氏名を商號に用ゐるを許さずとせるは、洗練されたる法律良心 (verfeinerte Rechtsgewissen) の發露なり』と激賞した。²⁾ Kirchnerberger は、やや皮肉に、これを氏名の奪取 (Enteignung des Familiennamens) とよんだ。³⁾

1) Vgl. Eisler, Namenrecht, Handw. d. Rechtsw. 4, S. 179.

2) Rosenthal, Jurist. Wochenschr. 1925, S. 1289.

3) Kirchnerberger, Jurist. Wochenschr. 1925, S. 2106.

四 賠償および慰藉料請求

被害者が、氏名權侵害により財産的損害を受けたのならば——例へば得意を荒され、収益を減少されたのならば——その賠償を求めることが出来る。慰藉料に至つては、獨はこれを認めず、¹⁾ スイスはこれを認む。²⁾

1) BGB. § 253

2) Schweiz. Obl. R. Art 45.

第十一節 私力的豫防手段—自衛

一 序説

人的利益の侵害あつた場合、被害者が加害者に對して、損害賠償若くは妨害除却又は慰藉料を請求しうるといふことは、各種人的利益侵害の節下において各別に述べたが、眞に充分に人的利益を侵害から擁護しやうためには、損害賠償妨害除却乃至慰藉料といふやうな事後の救済手段ばかりでなく、事前の豫防手段をも認めなければならぬ。すなはち私力による豫防としての自衛 (Selbstverteidigung) と、公力による豫防としての不作爲の訴とを發達させなければならぬ。まづ自衛方法の發達からのべる。

二 正當防衛 (Notwehr)

イ 正當防衛は、『歴史を有せず』¹⁾といはれる普遍不動の法則で、ロオマ法も、ゲルマン法も、教會法も、みな認めた。けれど法益を不法の侵害から防衛することは、法律元來の任務であるから公力の救済を受けざる急迫の場合に、私人自ら法益を不法の侵害から防衛するのは、法律に代つて法律の意思を實行するものにして、Titzzeのいふごとく、法律のための事務管理であるからである。

- 1) Titzze, Notstandsrr. im deutsch. BGB. u. ihre geschichtl. Entw. S. 25. 瀧川・刑法講義 1011。
- 2) Titzze, S. 25.

ロ しかもなほそこに、多少の近代的變化を發見しえぬではない。(一)は、いはゆる受衛貨物 (wehrhaftes Gut) すなはち防衛行爲を以て防衛しうる貨物の範圍の、大いに廣まつたことである。生命身體所有權占有權等のためにのみ正當防衛をなしうと見た限定主義¹⁾が捨てられ、自由のためにも、名譽のためにも²⁾、氏名權のためにも、肖像權のためにも³⁾、すべての法益のために、正當防衛をなしうと見られるに至つた

ことである。

1) ローマ法は、生命・身體・所有權・占有等のためにのみ正當防衛を許したに過ぎなかつた (Titze, S. 50 ff.)。ゲルマン法も、ほぼ同一限界を劃してゐた (Titze, S. 37 ff.)。ドイツ普通法の學説はこれに反し、すべての法益のために正當防衛を行ひうとした。立法におつては、Sächs. GB. § 178 ff., Schweiz. Alt O. R. 56 が、はじめて一般主義をとつた。

2) ドイツ帝國裁判所は、演説者が聴衆の中のある人の名譽を毀損しはじめた刹那、その者立つて『黙れ、黙れ』と叫んだ事件に關し、かくのときは、演説の妨害にあらずして名譽の防衛 (Ehrennotwehr) なり。何人も法益侵害の終了するまで忍耐するの要なし。侵害のはじまらんとし、若くはなほ續かんとする際未然にこれを防止することをうと判示した (Entsch. d. Reichsg. in Strafs. 21, Nr. 62)。

3) Keyssner, Das R. am eigenen Bilde. S. 28.

ハ (二)は、いはゆる可侵貨物 (Verletzliches Gut) すなはち防衛行爲を以て反撃しうる

貨物の範圍の大きいに廣まつたことである。従前は小なる法益を擁護するため大なる法益を反撃してはならない、それをするとな防衛過剰 (Notweh excess) になるといはれてゐたが、今は、過剰の有無を防衛者の意思によつて決す。防衛の目的に出づるかぎりより大なる法益を反撃しても過剰にならない、防衛の目的に出なければ——復讐等の目的からなせば——より小なる法益を反撃しても過剰になると見る。客觀的なる法益の大小によらず、主觀的なる防衛者の意思によつて過剰かどうかをきめるのである。その結果、かなり安心して防衛權を揮ひうることになつた。

1) ドイツ帝國裁判所は、相手が侮辱の身振りを示したからとて、これを面打した事件に關し、面打は元來名譽防衛に適する行爲にあらざるが故に、これを以て、防衛の目的に出でたる反撃と見ざることをえず、むしろ新たなる追撃と見ざるべからずと判示した (Deutsch. Juristen-Zeit. 1909, S. 1091)。

三 對物防衛 (Sachwehr)

イ 對物防衛とは、他人の物から生じた急迫の危難を防衛するために、法益の主體が危難の原因たる他人の物を毀損しうることである。¹⁾

この法則もすこぶる古い——ことにゲルマン法に顯著に出てゐた——²⁾ けだし他人の不正侵害を忍容する必要のないやうに、他人の物からの危難を忍容する必要もない筈。他人に對して正當防衛をなしうるならば、他人の物に對しても對物防衛をなしうるべき理であるからである。

1) 對物防衛 (Sachwehr) の語は Kohler に出る (Kohler, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, I. S. 212 ff.)。

2) 甲地を荒らす他人の動物は、損害賠償責任を生ずることなしに、これを殺し又は傷けうといふ類の規定が多かつた (Titze, S. 4 ff.)。

ロ が、こゝにもやはり、(一)受衛貨物の擴大と、(二)可侵貨物の擴大と眼につく——中

世の頃は、生命や身體乃至不動産所有權の防衛のために對物防衛をなすことが許されてゐた位のものであつたが、今はすべての財産と人的利益とのために、對物防衛をなしうるのである。また中世の頃は、害をなす他人の動物を侵襲しえただけで、動物以外の物は、いかに危険でも侵襲するわけに行かなかつたが、今は、すべての種類の物に對し防衛行爲をなしうるのである。³⁾

1) Titze, S. 44 ff.

2) Titze, S. 44 ff.

3) Preuss. Ldr. I. 9 § 155 は、生命および健康を防衛するために、害をなす他人の動物を反撃しうと規定してゐたが、同國の判例は、生命・健康以外の法益のためにも對物防衛をなしうることを認め、動物以外の他人の物に對しても對物防衛をなしうることを認めてゐた (Rechtsp. des O. T. 17, S. 261)。

四 緊急避難行爲 (Notstandhandlung)

イ 緊急避難行為とは、急迫の危難を避けるために、危難の發生に係りなき他人の貨物、すなはちいはゆる中立貨物 (neutrales Gut) を蹂躪しうることである。

かかる思想は、ロオマ法にない。¹⁾ ゲルマンには、明瞭にあつたが、²⁾ 『中立貨物の蹂躪』といふ言葉の響きの恐ろしさに、近世法典は、これを明文に言明することを避けてきた。³⁾ 簡別的には海商法における荷投げ (Seewurf) とか、物權法における隣地通行とか、必要排水とか、避難權の思想を前提とするにあらざれば認めえぬものを認めてゐたが、一般的に、『急迫の場合、他人の權利圏内に侵入しう』といひ切る勇氣はなかつたのである。ドイツ民法に至つてとうとうこれを條文に掲載した(九〇四條)。スイスおよびオオストリアがこれに倣つた。⁴⁾ その他の國も、殆ど自然法的 (beinahe naturrechtlich) だとして、これを認めるやうになつた。⁵⁾

1) Titze, S. 52 ff.

2) ゲルマンには『權なき』: Not kennt kein Gebot, " ein besser Recht ist Leibesnot, als

Herrngebot, " „Not sucht Brot, wo sie es findet“ などと云つたが、(Vgl. Graf=Dietherr, Deutsch. Rechtsprechungswörter S. 388 ff.) 廣く緊急避難權を認めてゐた。彼らは、緊急の場合には、隣人の助力を乞ふこともでき、隣人のより小なる法益を犠牲にすることもできると見てゐたのである (Wilda, Strafr. d. Germanen, S. 959)。

3) Titze, S. 65.

4) Schweiz. neu O. R. § 2 II Österr. GB. § 1306 a (Nov. III. § 156)。

5) 獨法が緊急避難の規定を設けたのは、確定法文からである。第一および第二の草案にはまだなかつた。故に一草の模倣たるわが民法にも緊急避難の規定はないのである。七二〇條二項は、對物防衛の規定で、通説のいふやうに、緊急避難の規定ではないのである。

□ 緊急避難は、基礎を法益の比較におく。大なる法益を救出するために小なる法益を蹂躪するは、あへて不合理ならずとの基礎からである。¹⁾ 故にそれは、可侵貨物の著しく (unverhältnismässig) 小なき場合にだけ、許される。對等又はより大なる

他人の法益を犠牲にして自己の法益を救出するわけには行かぬのである。Rudolf Merkel はおもしろく例示した——溺れんとする人が他人のボートにかちりつき、凍えんとする旅人が他人の小屋にもぐりこみ、着てゐる衣服に火のついた人が他人のバケツの水をかぶるとき、彼は緊急避難行為をしてゐるのだと。³⁾ 飛行機に故障を生じて他人の田畑へ不時着陸するがとき、村への溢水をふせぐために人住まぬ對岸の堤防を決潰するがとき、またもとより緊急避難行為といへるであらう。むろんこれをなすに所有権者の同意を要しはしない。彼の意に反して彼の物を蹂躪しうるのである。³⁾ 所有権者は忍容せねばならぬのである。

1) V. Tuhr, allg. Teil, II. 2, S. 601.

2) Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen u. d. Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, S. 37f.

3) V. Tuhr, a. a. O. S. 602.

ハ 避難行為を以て第三者の中立貨物を侵害した者は、あとから補償せねばならないとされてゐる。けだし大法益救出のために小法益を犠牲にすること、そのことは止むをえないが、他人の出費において自己の法益を救出してはならない。避難行為を以て第三者に加へた損害は、避難者が自己の法益の救出のために要した費用であり、とりも直さず一種の保存費であるから、出費者に對して補償せねばならぬといふのである。避難行為そのものは合法だが、それによつて損害補償の責任を生ずと見るのである。¹⁾

1) V. Tuhr, Nothstand im Zivilr. S. 135.

第十二節 公力的豫防手段——不作爲の訴

人的利益の事前的豫防手段として正當防衛對物防衛および緊急避難の發達を來たしたといふことを前節にのべたが、事前的豫防手段はこれに盡きない。外に不作爲の訴がある。前三者の私力的なるに反して、これは公力的である。いまその發達經過を見ると――

二 適用範圍の擴大

イ ローマ法においては不作爲の訴は、所有權地上權永小作權質權占有等に對する侵害を、未然に防止するために起しえたに過ぎなんだ¹⁾が、十九世紀中普通法の判例は、大いに不作爲の訴の適用範圍を廣め、これによつて保護されうるものとして新たに種々の權利を加へた。²⁾ 人格權の中からは、氏名權がその撰に入つた。³⁾

- 1) Elzbacher, Unterlassungsklage, S. 6 ff.
- 2) Elzbacher, 18 ff.
- 3) 一八五一年五月七日、Celle Oberappellationsgericht は、被告がその私生子に、原告の姓

を附してゐるのを、止めさせてもらひたいといふ原告の請求を理由ありとした (Seuffert's Archiv, 19 Nr. 114)。¹⁾ 一八九二年四月十一日の帝國裁判所の判決も、氏名權侵害行爲の停止を求める訴を是認した (Entsch. d. Reichsg. i. Zivilsachen, 129 Nr. 32.)²⁾

ロ 地方法も擴張の方針をとつて進んだ。プロイセン州法のごとき明示的には、占有の防衛のために不作爲の訴を起しうる旨を規定してゐただけだつたが、判例¹⁾は、他の物權のためにもこれを認め、物權以外の權利のためにも往々これを認めた。²⁾ 氏名權はここでも、不作爲の訴を起しうる權利の一つとして數へられた。³⁾⁴⁾

- 1) Preuss. Ldr. 17 § 151.
- 2) Striethorst's Archiv 16, Nr. 17, 15 Nr. 70, 44 Nr. 34.
- 3) Entsch. d. Obergericht 15, Nr. 35.
- 4) ザクセンでは、民法が不作爲の訴を起しうる場合を、比較的詳細に列記してゐたため (Sächs. GB, §§ 321, 532, 325, 326, 327, 566, 205, 503, 762) 却つてこの訴の自由發達を妨げ、氏名權等のためにこれを認めるまでに至らなんだ (Elzbacher, S. 61 ff.)¹⁾

ハ フランスでは不作爲の訴に關する規定全くなかつたため、却つてこの訴の發達に便利した。所有權その他の物權のためにはもちろん、氏名權防衛のためにも肖像權防衛のためにも、これを起しえたのであつた。¹⁾ 小説家 Alexander Dumas があつた。寫眞師に對し、彼がある婦人と寫してゐる寫眞を市場に賣りひろめることを中止すべく要求し、勝訴した事件のごとき有名である。

1) Elzbacher, S. 44 ff.

2) Sirey Recueil 1868 2, 41.

三 不作爲の訴による人的利益の保護

イ 現代の學說判例に至つては、不作爲の訴の適用範圍を極度に廣め、凡そ絶對權の性質を有する權利が侵害を受けんとしてゐる場合には、權利者は、不作爲の訴を起して侵害を未然に防ぐことができると見てゐる。人格權の限りにおいても、今はもう氏名權と肖像權とだけでない。すべての人的利益が、不作爲の訴を以て鎧

はれてゐるのである。すなはち(一)生命身體のためにもこれを起すことができる。通行人に毎度犬をけしかける者ある場合に、その者に對してこれを起し、通行人に危険を感じさせる程度の大速力で毎度馬を驅る者ある場合に、その者に對してこれを起すがごとし。二階の窓際に植木鉢をつき出し、下を通る者に危険を感じさせる場合、森に仕掛獵銃を仕掛け、里人に危険を感じさせる場合また同じい。(二)健康のためにも起しうる。傳染病豫防法によつて交通を遮斷されてゐる區域内にみだりに出入する者ある場合に、その者の同居人が、その者に對し不作爲請求をなすごとし。(三)自由のためにも起しうる。ストライキした労働者が、工場へ入らんとする労働者を腕力で阻止した場合のごとし。(四)名譽のためには、最もしばしば起されてゐる——引つづき無根の事實の流布されるのを防止する等のために。

ロ 宗教的倫理的乃至美的感情を、一種の人的利益と見る論者は、この種感情利益の防衛のためにも不作爲の訴を起しうと説く。例へば禮拜所等に對して公然不

敬の行爲をなす者、公然猥褻の行爲をなす者、公然動物虐待をなす者、異常の騒音を發する者等々に對しては、あへて官憲の取締を待たず、私人自ら不作爲の訴を起しうと説く。¹⁾

1) Elzbacher, S. 138.

結論

結論として少しく綜合的見地から、人格權法發展の全經過を回顧して見るに――

一 人格權法發達の動因としての個人主義

イ まづ氣づくは、人的利益の個人的分解である。例へば昔は、家族の一員が侮辱を受けると、家長も侮辱されたとして訴を起しえたが、今では、侮辱の直接對象となつた家族だけ、原告となることができる。昔は、娘が他人に凌辱されると親もまた

訴を起しえたが、今は、娘ひとり原告となることが出来る。雇人が侮辱されたといつて主人が怒り、團體員の一人が侮辱されたといつて全員怒るといふやうな現象は、遠い昔の語草となつてしまつた。有形財が各個人に分屬するやうに、無形財も各個人に分屬するのである。¹⁾

1) 六三頁・七二頁參照。

ロ 損害賠償請求が、加害よりも被害を中心とするに至つたことも著しく眼につく。昔は、被害額の冷靜な計算よりも、加害者その人を惡む心の方が先走り、被害の有無程度をさしおいて、加害者を責めたが、今は、違法があつたといふだけでは賠償請求權なく、損害があつたといふだけでも請求權なく、損害を損害と感じる損害關心者 (Beschädigte) あるときは、じめてその者が賠償請求權を取得すると見る。その結果、生命侵害の場合に、相続人が、死者から損害賠償請求權を相続するといふやうなことが不可能になつた。死者は損害關心者にあらず、故に賠償請求權なし、故に

これを相続人に傳ふることをえずとの論理からである。遺族にして損害賠償請求をなさうとならば、各自その被害を理由とせねばならない、單に近親が殺されたからといはず、近親の被殺によつて自分自身扶養請求権を失ふに至つたとか、勞務請求権を失ふに至つたとか、精神的安樂を害されたとか、いはねばならぬことになつた。

1) 三〇頁参照。

ハ 獨立法益としての人的利益が、その數を増したことも顯著である。昔は人的利益は、刑法又は行政法の保護を受けたのみで、私法の保護は受けなかつた。強ひて數へても、生命身體自由名譽位が、私法的保護の對象となつてゐたに過ぎなんだ。信用肖像氏名秘密精神的自由等が、私法の保護を受けるに至つたのは、まことに最近の事である。

ニ 人的利益の侵害によつて生じた損害の額の計算方法が、正確になつたことも

驚異である。昔は有形財のみを利益と考へ、その侵害のみを損害と見てゐたが、今は精神上的の安樂をも利益と見、その攪亂に對して慰藉料を求めうとする。有形損害の計算方法も嚴密になり、受けたる損害の外、失へる利益を常に加算するやうになつた。失へる利益の計算それ自身、またいかに精確化しつつあるかは、身體侵害の賠償についてのべた所に見よ。¹⁾

1) 三五頁以下参照

ホ さらに近代に入つてから、人的利益の侵害に對する豫防手段の發達を見た。緊急避難權と不作爲の訴とがそれである。損害賠償慰藉料請求といふやうな事後の救済で満足せず、事前の手段をも併用するに至つたのである。罹病を恐怖する者は、治療法(Terapie)よりも豫防法(Prophylax)に重きをおく。自己の利益の侵害されることを極度に恐怖する現代人は、損害賠償慰藉料請求では事遅し、事前の救済なかるべからずとして、ここに、豫防手段の私力的なものとして緊急避難權を發

達させ、その公力的なものとして不作爲の訴を發達させるに至つたのである。
へ 十九世紀は、すべての人間を商人化した。遺利の發見と損害の回避とに、人各と鋭敏な注意を輝かすに至つた。人的利益なる新利益を發見し、あらたにこれを私法の保護の下におくに至つたのも――これを個人的に分裂せしめ、各人恰も有形財を分有するやうに、無形財をも分有すと見るに至つたのも――被害を中心とし、被害者のみ損害賠償請求權を取得すと見るに至つたのも――賠償額の計算を嚴密にし、有形損害ばかりでなく、無形損害や失へる利益やを常に加味するに至つたのも――さらにまた、不作爲請求の訴といふやうな豫防手段を案出するに至つたのも――詮すればみな、各人自利の貴重に眼ざめ、自利に對する法的保護の、いやが上にも完全ならんことを所期した結果に外ならない。やはり利己心が、人格權法發展の根本動因であつたのである。

二 人格權の社會化

しかし風多き冬の日にも、木の間を洩れる日の光りの斑らに地上に輝くのを見るやうに、自我の主張のあまりにも執拗な人格權法の表面にも、革新の第二形相はすでにちらついてゐるのである。人格權社會化の傾向、これである。

イ すでにわれわれは、「肖像權」の節下において、ドイツ肖像權法制定の際、なるべく個人の羞恥心を擁護し、肖像本人の同意なければ、複製頒布しえぬことに定めねばならぬといふ個人本位の意見となるべく社會の好奇心を擁護し、少くとも公的性質を有する人の肖像權は極力これを制限し、無斷でこれらの人の肖像を複製頒布しうることにせねばならぬといふ社會本位の主張と、兩々相對峙したが、法律は遂に後者に組みし、非常に多く、無同意複製の場合を認めたといふことをのべた。漫畫について、直ちにこれを本人に對する侮辱なりと見る説衰へ、漫畫によつて社會は、「笑」を増す。故に本人は社會のために、無邪氣な笑の材料となることを甘受せねばならぬと見る説、次第に勝利をえつつありと述べた。「氏名權」の節下におい

ては、取引の安全のために、氏名権者の氏名権行使の停止される場合あることを注意した——これらが人格権の社會化以外の何ものであらうか？

いな、ひとり氏名権と肖像権とだけでない。身體でも自由でも名譽でも信用でも、すべて人的利益の主張が、公共善の前に大いに自制せねばならぬと見られることになつたのである。

□ おもふに個人は、個々の個人でなしに社會の個人である。社會構成の微分子である。故に社會の維持および發展のためには、自我の主張を抑へねばならぬ。その抑へねばならぬ程度をわれわれは、『市民生活における忍容限界』とよぶ。忍容限界を越えた人格侵害のみが不法行為となるのである。忍容限界内の小侵害は、損害賠償の理由とも、慰藉料請求の理由ともならぬのである。¹⁾ 電車の中で足を踏まれた。身體侵害なりとして損害賠償を求めうるや？ いはく否。なぜなればそれは忍容限界内の小侵害に過ぎぬから。騒音のために安眠を妨げられた。

精神的安慰を害されたとして慰藉料を請求しうるや？ いはく否。これまた忍容限界内の小出来事に過ぎぬから。都會生活の密集化と共に、市民の忍容義務はますます重なるであらう。人格権主張の範圍がますます狭ばまるであらう。人格権なるものは、十九世紀利己主義の産んだ小市民的個人意識に過ぎぬ。所有權の社會化されねばならず、また現に社會化しつつあるやうに、人格権も社會化されねばならず、また現に社會化しつつあるのである。

1) スイス債務法四十九條は、慰藉料の請求を、過責又は侵害の特に重大な場合に限つた。輕過失又は輕侵害の場合には、損害賠償を求めうるのみにて、慰藉料請求をなしえずとした。輕微なる人格衝突は、人間交際に當時見るところにして、各人相互に寛容ならざるべからずと見たためである。人的利益の主我的主張を相當に抑制した規定といへるであらう。

をはり

昭和四年一月十五日印刷
昭和四年一月二十日發行

正價金壹圓貳拾錢



著者 栗生武夫

印刷者 八坂淺次郎

印刷所 弘文堂印刷部

京都市丸太町寺町東入
京都市東川通川端東入

發行所

發賣元

弘文堂書房

弘文堂東京店

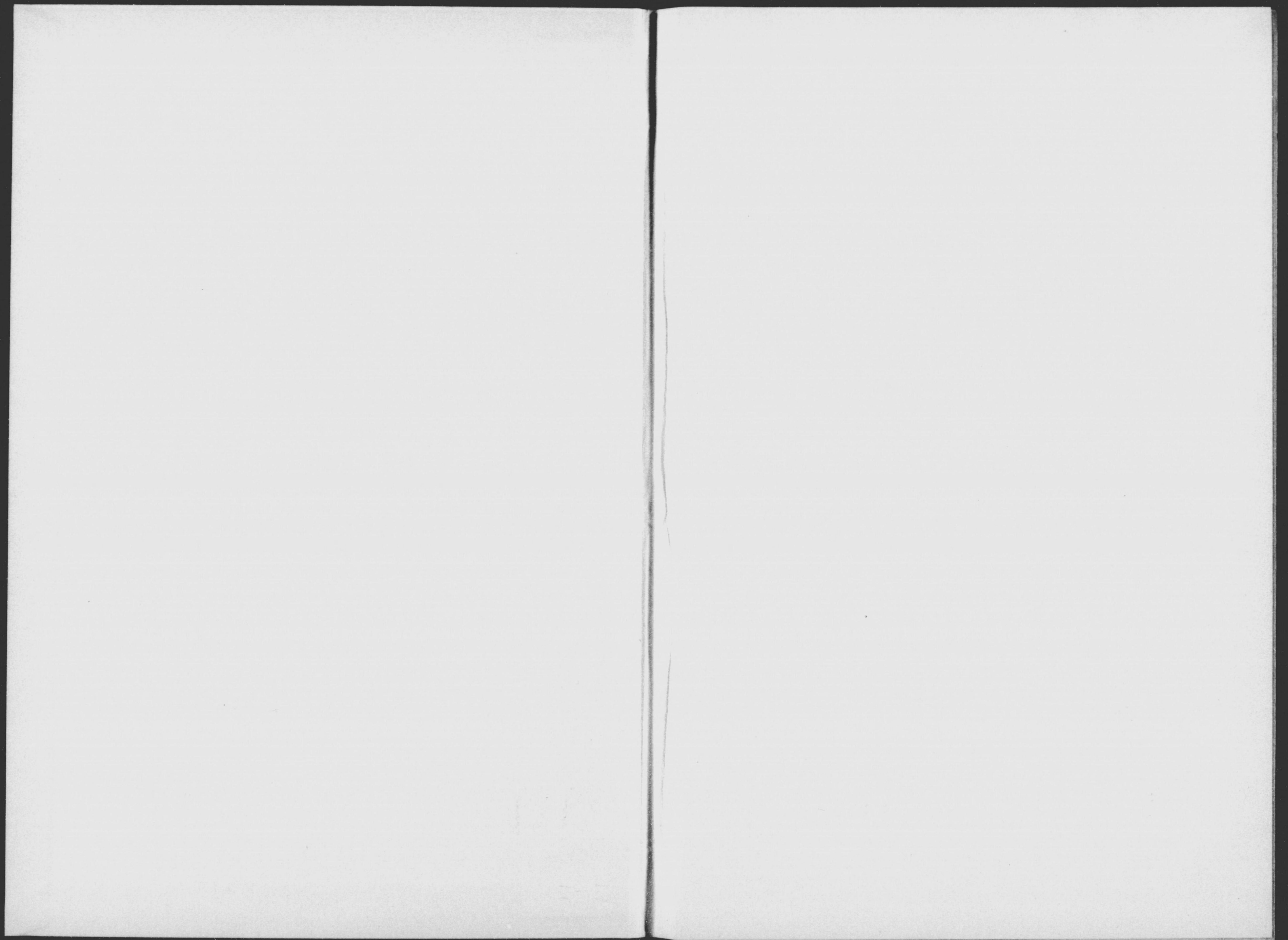
京都市丸太町寺町東入
電話 二一〇〇

東京市神田區淡路町二丁目四
電話 田三二七九

(ハノモキ無印證行發及付奥)
(ズラ非ニ行發ノ堂文弘)

AE-2P
-61

同	著	栗生武夫著	人格權法の發達	一・二〇
同	著	ビザンチン期における親族法の發達	一・一八	
同	著	婚姻立法における二主義の抗爭	三・二〇	
竹田省著	手形法大意	二・五〇		
同	著	商法判例批評	二・五八	
牧健二著	日本法制史論上卷	四・〇〇		
瀧川幸辰著	陪審裁判	四・〇六		
山田正三著	改正民事訴訟法	四・〇〇		
同	著	判例批評民事訴訟法 (I)	五・二〇	
同	著	同 (II)	三・五〇	
常三郎著	註釋訴訟記録 (第一審第二審)	六・三〇		
同	著	同 (破産續産)	四・二〇	
同	著	日本和議法論	六・二〇	
同	著	破産法大綱	三・一〇	
同	著	破産法及和議 (自一卷至四卷) 各	三・一〇	
同	著	民法要論 (總則)	三・二〇	
宮本英脩著	刑法學綱要 (I) (II) 各	一・七〇		
同	著	同 (III)	一・四〇	
烏賀良著	商法要論上卷 (總則)	四・五〇		
同	著	同 (會社)	二・二〇	
同	著	同 (下卷)	二・一〇	
宮本英雄著	英法研究	五・〇〇		
跡次郎著	國際私法論 (上卷)	六・三〇		
定次郎著	國際私法論 (下卷)	六・三〇		
末川博著	民法に於ける特殊問題の研究 (I)	三・八〇		
同	著	同 (II)	三・八〇	
同	著	民法大	三・五〇	
菅原春二著	日本民法論 (總則)	五・二〇		
同	著	民法判例批評	四・三〇	
同	著	民法要論 (總則)	六・三〇	
同	著	最近大審院民法判例批評	三・一〇	
同	著	民法研究	三・一〇	
井上三郎著	増訂破産法綱要 (I)	二・一〇		
直井三郎著	不正競争業論	五・二〇		



23