

Title	人格権侵害における被害者の承諾に関する基礎的考察： フランスにおける人格権保護法理の把握に向けて
Sub Title	Consentement et atteinte au droit de la personnalité en droit civil français
Author	石尾, 智久(Ishio, Tomohisa)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内 『法学政治学論究』 刊行会
Publication year	2018
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.118, (2018. 9) ,p.63- 94
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180915-0063

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

人格権侵害における被害者の承諾に関する基礎的考察

——フランスにおける人格権保護法理の把握に向けて——

石 尾 智 久

- 一 はじめに
 - (一) 問題の所在
 - (二) 本稿の目的と構成
- 二 人格権者の承諾に着目する意義
 - (一) フランス民法典における人格権者の承諾の位置づけ
 - (二) 人格権者の承諾を巡る議論の背景
 - (三) 若干の検討
- 三 人格権者の承諾の法的構成
 - (一) 法律行為構成
 - (二) 法的事実構成
 - (三) 法律行為・法的事実二元構成
- 四 検討——人格権者の承諾の位置づけと法的構成
 - (一) 日本法への示唆
 - (二) 人格権保護の法理における承諾の位置づけ
- 五 結びにかえて——今後の展望

一 はじめに

(一) 問題の所在

現代社会においては、人格権や人格的利益の法的保護が重要となっている⁽¹⁾。とりわけ、肖像やプライバシーといった精神的人格権の侵害は、インターネットやソーシャル・ネットワークワーキング・サービス(SNS)の普及とも相まって、深刻化しているといつてよい。こうした情報技術の発展に伴う負の側面への対応という見地からも、精神的人格権の保護法理を構築することが不可欠である⁽²⁾。

本稿は、精神的人格権の保護法理を具体的に提示するためには、人格権侵害⁽³⁾における被害者の承諾⁽⁴⁾に焦点を当てることが大きな意味を持つとの認識をもとに、その法的性質の考察を試みるものである。もとより、肖像やプライバシーに関する情報の公開が、その人自身の意思ないし承諾に基づいてなされるのであれば、不法行為が成立することはない。学説も、「人格権の侵害一般について、被害者の承諾があれば違法性は阻却される」と述べているように⁽⁵⁾、このこと自体は自明である。しかし、まさに当然視されているからこそ、人格権者の承諾は十分に議論されることがなく、不明確な部分がなお残されているように思われる⁽⁶⁾。以下では、①人格権侵害を理由とする不法行為の判断枠組がどのように構築されるべきであるか、②それが他の「権利」——具体的には、財産権や自己決定権——とどのような関係にあるのかという問題を採り上げて考察してみたい。

①について。人格権保護に関する従来の議論は、人格権と表現の自由との衡量問題に重点を置いてきた。しかし、そもそも衡量以前の問題として、不法行為の成否に直結する人格権者の承諾が、どのような法的性質を有しているのかを明らかにすることは重要であろう。人格権者が承諾を与えることによって、人格権を取引の対象とする場合につ

いては、既に論じられている。⁽⁷⁾これに対して、人格権侵害による不法行為の成否については、次のような課題を指摘することができる。

第一に、人格権者の承諾は、人格権保護の法理において、どのような位置を占めるのか。人格権保護の法理については、人格権は相関的衡量に親しむ法益ではないとして、人格権侵害は常に違法であると評価するアプローチと、対抗法益との衡量によることを説くアプローチの二つがある。⁽⁸⁾承諾の存在は、前者の見解においては、違法性阻却事由の一つとして位置づけられることになろうが、後者においては、どのように位置づけられるのか。それぞれのアプローチにおいては、人格権者の承諾が持つ法的意味も別様に理解される必要があるのではないか。

第二に、人格権者の承諾の法的構成は、どのように解するべきか。不法行為法において、被害者の承諾は違法性阻却事由の一つだとされている。ところが、そこでの承諾の法的構成は様々に解されている。承諾は、被侵害利益・権利の処分として捉えられることがあるが、そこにいわゆる「処分」とは、一律に法律行為なのであろうか。承諾は意思表示であると述べる議論は、⁽⁹⁾そのように解するものであろう。しかし、承諾にあたっては行為能力までは要求されないと説く見解は、⁽¹⁰⁾少なくとも一般の法律行為とは異なるものとして承諾を捉えているようである。このようにみると、違法性阻却の根拠となる「処分」の法的性質は明らかでないことが分かる。

②について。人格権に関する従来の研究によって、人格権概念の定義や、人格権に包摂されている具体的な法益は一定程度明らかにされてきており、人格権の実効的な保護のための法理も提示されている。そして、近時では、人格権法、さらには、人の法の独立が説かれて⁽¹¹⁾いる。ところが、人格権保護の法理は、財産権の保護と比較した際に、具体的にはどのような相違があるのかは十分に示されておらず、人格権の体系的独立性が具体的にいかなる意味を持つのかについても明らかにされていない。⁽¹²⁾人格権者の承諾に着目した考察を行うことは、人格権と財産権との相違を浮き彫りにすることに繋がり、さらには、人格権法に独立した体系的地位を与えることの一助になりうると考える。

さらに、不法行為法に目を転じれば、近時、自己決定権の重要性が説かれている⁽¹⁵⁾。このような立場からすれば、人格権保護においては、主体の行った自己決定の問題として、人格権者の承諾の法的評価に光が当てられるべきことになろう。そうであるとすれば、人格権者の承諾について検討することは、自己決定権の内容を吟味することに結びつくと考えられる。

(二) 本稿の目的と構成

以上のような問題意識から、本稿では、人格権保護の法理において人格権者の承諾がどのように位置づけられるのかを明らかにし、そのうえで、人格権者の承諾の法的構成を検討する。ただし、本稿では、人格権者の承諾に関する理論的な分析に重点を置くこととし、具体的な判断枠組の考察は別稿に委ねることとする。

本稿の課題に取り組み際に注目されるのは、フランス法における議論である⁽¹⁶⁾。それは、主に二つの理由からである。第一に、フランス民法典は、わが国と同様に、人格権者の承諾についての規定を置いていない。すなわち、フランス民法典における人格権保護は、「各人は、私生活の尊重を求める権利を有する」と定める民法典九条に加えて、「他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであっても、フォートによってそれを生じさせた者に、それを賠償する義務を負わせる」と定める民法典一二四〇条によって主に図られているが、これらの規定においては、人格権者の承諾についての定めはない。そのため、人格権保護の法理において、人格権者の承諾を位置づけることが求められている。したがって、フランス法を参照することによって、わが国において、人格権者の承諾を不法行為法に位置づけるための手がかりを得ることができると考える。第二に、フランスにおいては、人格権侵害の場面を念頭に置いて、人格権者の承諾をどのように評価するかに関する議論が蓄積されている。そのため、フランス法の議論を参照することは、人格権者の承諾の法的構成、及び、その具体的な規律を考察するうえで有益だと考える。

そこで、以下において、二では、人格権者の承諾を巡るフランスの議論が、どのような理論的・実務的背景で行われているのかについて検討する。これによって、人格権者の承諾に着目する意義を明らかにしたい。三では、こうした議論の背景をもとに、人格権者の承諾についてのフランスの学説の動向を分析する。ここでは、人格権保護の法理における人格権者の承諾の位置づけと、人格権者の承諾の法的構成について検討する。そのうえで、四では、こうしたフランス法の議論が、わが国においていかなる意味を持つかについて考察したい。

二 人格権者の承諾に着目する意義

フランス民法典は、人格権者の承諾については何らの定めも置いていない。そのため、(一)人格権者の承諾に相当する問題領域が、フランス民法典の中でどのように位置づけられているのかを確認する。そのうえで、(二)人格権者の承諾について、いかなる理論的・実務的背景のもとで、学説が議論しているのかを明らかにする。以上を踏まえて、(三)人格権者の承諾に着目する意義について、検討を加えたい。

(一) フランス民法典における人格権者の承諾の位置づけ

フランス不法行為法において、被害者は、加害行為について承諾を与えることによって、その違法性を阻却することができる。もともと、このような被害者の承諾について、その内容を直接定めた規定はない。しかし、被害者が承諾を与えているとき、ローマ法諺である *volenti non fit injuria* (欲する者は害されず) の原則に従って、加害行為の違法性は阻却される⁽¹⁸⁾。被害者の承諾に類する概念としては「危険の引受け」があり、両者は次のように区別される。すなわち、危険の引受けとは、スポーツ事故のように、加害者の意思に基づかない、偶発的な損害発生の可能性につい

て承諾を与える場合をいうのに対して、被害者の承諾とは、法律上保護される権利・利益に対する、加害者の意思に基づく侵害について承諾することをいうとされている。⁽²⁰⁾つまり、損害が加害者の意思と偶然の事象のいずれに基づいて発生するかによって、両者は区別される。

そして、被害者の承諾は、保護法益に依じて、有体物に対する侵害の場合のほか、身体の完全性に対する侵害、及び、精神的利益の侵害における場合の三つに区別される。⁽²¹⁾第一に、有体物の侵害に関する承諾については、原則として違法性が阻却される。第二に、身体の侵害に関する承諾については、身体は処分することができないから、原則として違法性を阻却しない。したがって、決闘や安楽死といった同意殺人や、身体に対する傷害について承諾していたとしても、加害行為の違法性は阻却されない。そのため、被害者が承諾を与えることで違法性が阻却されるのは、医的侵襲のような場合に限られる。そして、第三に、精神的利益の侵害に関する承諾については、裁判例において厳格に認定されており、承諾は、明示に、かつ、侵害内容を特定した形で与えられなければならない。そのため、被害者が加害行為に耐えていたに過ぎないときや、加害者以外の者に承諾を与えていたときには、加害者との関係では承諾を与えていたことにはならない。ここでは、具体例として、肖像権や私生活の尊重を求める権利に対する侵害などが挙げられている。⁽²²⁾したがって、人格権者の承諾は、被害者の承諾に関する第三の類型に属する問題として位置づけられる。

なお、フランスにおいては、肖像権や私生活の尊重を求める権利の侵害を念頭に置いて、具体的な判断枠組を提示する学説もある。⁽²³⁾それにもかかわらず、本稿が、これら二つの権利だけではなく、精神的利益の侵害に対する承諾を念頭に置いて考察を進める理由について一言しておきたい。精神的利益には、氏名や声などの多様な利益が包摂されており、肖像や私生活の二つに限定されるわけではない。もっとも、フランスにおいては、肖像の保護は古くから問題となっていた。⁽²⁴⁾そして、私生活の保護は、二〇世紀中葉に写真技術やマスメディアが発達して以来、今日に至るま

で大きな問題となっている⁽²⁵⁾。そのため、肖像と私生活の保護については膨大な裁判例が蓄積されており、これら二つの権利の保護を代表的な事案類型として、精神的利益の保護に関する規律が具体化されているといえる⁽²⁶⁾。

(二) 人格権者の承諾を巡る議論の背景

フランス法において、人格権者の承諾を巡る議論は、いかなる理論的・実務的背景のもとでなされているのであるか。

第一に、理論的な背景について。ここでは、人格権が処分の対象とならない権利として定義されていることと、人格権者の承諾との関係について取り上げる。人格権概念は、フランス民法典の制定当初には想定されておらず、二〇世紀初頭に入ってから初めて本格的な研究の対象となった。ペローは、裁判例を整理することで、人格権について初めて体系的な研究を行った論者であり、それによると、人格権として分類される権利は、財産権とは異なる規律に服するとされている。すなわち、人格権は、財産権とは異なり、あらゆる人に対して対抗することができ、さらに、金銭によって評価することができない。そして、後者の金銭換算不可能性の帰結として、譲渡不可能性 (*incessibilité*)、時効による非消滅性 (*imprescriptibilité*)、相続不可能性 (*intransmissibilité successorale*)、代理制度の非適用性 (*inapplication des mandes généraux de représentation d'autrui*) が導かれている⁽²⁸⁾。人格権者の承諾という観点から重要なのは、人格権が、その性質上、譲渡することができないことである。この性質は、現代においても処分不可能性 (*indisponibilité*) として認められている。そして、処分不可能性の根拠としては、人格権は主体との密接な関連を有しているから、主体と切り離すことはできないことや、人の尊厳を保護するために、処分の対象とならないことが指摘されている⁽²⁹⁾。

もっとも、人格権概念が提唱された当初から、人格権の譲渡不可能性は、あくまでも理論上の性質であって、実際

には大きく緩和されるとされていた。というのは、当初から、自らの氏名を利用することについての合意や、氏名の商標における利用への合意、肖像画の公表に関する合意などは、人格権の譲渡不可能性にもかかわらず認められていたからである⁽³¹⁾。このように、人格権は、処分可能な権利として定義されながらも、実務上は合意の対象としての権利とされてきた。そして、現代では、とりわけ肖像の商業的利用が進んでおり、破毀院は肖像を合意の対象とすることを認めている⁽³²⁾。したがって、人格権の処分不可能性とは、人格権者が承諾を与えることによって、何らかの法的効果を発生させることを完全に妨げるものではないといえる⁽³⁴⁾。

第二に、実務的な背景について。ここでは、人格権者の承諾が、財産権を対象とする承諾とは異なる独自の規律に服するとされていることを取り上げる⁽³⁵⁾。そのことが顕著に表れているのは、承諾の成立要件のほか、承諾の範囲についての厳格解釈 (interpretation strict)、二重の承諾の原則、承諾の撤回可能性を巡る議論である。フランス法において、人格権者の承諾に着目した議論が行われている意味を考えるために、それぞれについて裁判例を一瞥しておく。

まず、承諾の成立については明瞭性、及び、特定性が要求され、その承諾の範囲については厳格解釈の原則が適用されている。すなわち、人格権者は、承諾を黙示に与えることもできるけれども、その際には、一切の曖昧さがなく (non équivoque)、承諾が与えられていることが状況から明らかであることが必要となる⁽³⁶⁾。さらに、承諾は、それが与えられた目的が特定 (specific) されていなければならない⁽³⁷⁾。したがって、人格権侵害に関して包括的に承諾を与えることはできず、特定の公表行為に関する承諾でなければならぬ。そして、承諾の範囲は、承諾が与えられた目的を尊重して、厳格に解釈されなければならない⁽³⁸⁾。そのため、その目的を超える範囲での人格権の利用については、再度、承諾を得ることが必要となる。

次に、二重の承諾の原則とは、人格権者は、たとえ無能力者であっても、承諾を与えることのできる自然的能力 (capacité naturelle) を有する場合、法定代理人の承諾に加えて、人格権者の承諾が必要だとするものである⁽³⁹⁾。この原

則は、民法典四五九条一項によって、無能力者が身上に関する決定であれば単独で行うことができることが定められた以後も、実定法の整序から導き出されている。⁽⁴⁰⁾

最後に、人格権者の承諾は、たとえそれが契約を構成するものであっても、一定の補償を支払うことで、自由に撤回できることが示されている。⁽⁴¹⁾これは、合意の対象が人格権であることから認められた、合意の拘束力の原則に対する例外だといえる。

(三) 若干の検討

以上に見た通り、フランス法においては、人格権者の承諾に焦点を当てた議論がなされている。その背景には、二つの事情があると考えられる。

第一に、理論と実務を調和する必要性である。人格権は、主体と密接な関係を有しており、理論的には処分することができない権利として構成されている。しかし、学説が人格権概念を提唱した当初から、裁判例においては、人格権を合意の対象とすることが認められていた。したがって、人格権者の承諾については、理論的な処分不可能性と人格権を合意の対象とする実際上の必要性を調和することのできる法的構成を提示することが求められていた。このように、社会的要請に適う理論構成を提示する必要性に導かれて、人格権者の承諾に関する考察が深められてきたといえよう。

第二に、人格権者の意思を重視する必要性である。先に示した通り、裁判例においては、承諾の対象が人格権である場合、承諾が成立するには特定性・明瞭性が要求されるほか、厳格解釈の原則、二重の承諾の原則、撤回自由の原則が示されている。その背景には、人格的利益の処分については、被害者の意思が関与すべきとの考慮があると推測される。そのため、これらの裁判例を基礎づけるためにも、人格権者の承諾に着目した議論が展開されていると考え

られる。したがって、人格権者の承諾に着目することによって、人格権保護の法理において、被害者の意思的関与の有無を評価するための「場」を確保することが可能となり、さらには、人格権保護の法理を精緻に構築することができる⁴³⁾と考える。

三 人格権者の承諾の法的構成

ここでは、人格権者の承諾の法的構成に関する学説を検討する。人格権は、主体と不可分であるため、人格権者の承諾を人格権の絶対的な放棄としては構成できない⁴²⁾。それにもかかわらず、人格権者から承諾を得ている場合、加害行為の違法性は阻却される。以上のことは、どのような法的構成に基づいて説明されるのであろうか。承諾の法的構成について、学説は、(一)法律行為の構成要素とする見解、(二)法的事実とする見解、(三)法律行為と法的事実の二側面を觀念する見解に分かれている。これらの学説を見たうえで、(四)人格権保護の法理における人格権者の承諾の位置づけと、人格権者の承諾の法的構成について検討しよう。

(一) 法律行為構成

人格権者の承諾を法律行為として捉える見解がある。たとえば、ケゼールによれば、私生活の尊重を求める権利の侵害についての承諾は、常に契約を構成する。すなわち、承諾は、私生活への干渉・暴露、あるいは、肖像の撮影・公表についての申込みに対してなされる意思表示として捉えられている。そして、この契約は、日常生活における写真の撮影のように、締結されると同時に履行されることもあれば、モデルの写真を撮影する契約のように継続的な債務を発生させることもある⁴³⁾。

そのほか、人格権保護の事前の放棄として捉える学説も、人格権者の承諾を法律行為として構成しているといえる。たとえば、代表的な論者として、ネルソンは、人格権者の承諾は、権利行使の制限的譲渡、ないしは、人格権の利用権能の放棄（とりわけ、損害賠償請求権の放棄）として捉えている。また、近時の論者として、タロンやグボーは、人格権は主体の人格を保護しているから、それ自体を第三者に譲渡することはできず、人格権者の承諾は、人格権保護——損害賠償請求・差止め——の放棄にあたるという⁽⁴⁴⁾。なお、民法学においてもしばしば引用される刑法学説として、フামীーアブドゥは、加害行為を適法なものとする片務的な法律行為として承諾を分析している⁽⁴⁵⁾。

(二) 法的事実構成

人格権侵害が問題となる場面について、人格権者の承諾を法的事実 (le fait juridique) として捉える見解がある。これは、人格権の権利性を否定する代表的論者であるアンセルの学説である⁽⁴⁶⁾。先にも一言したとおり、従来⁽⁴⁶⁾の学説は、人格権を処分不可能な権利であることよって特徴づけてきた。アンセルの研究は、このことに反対して、まさに人格権という権利の存在を否定しようとしたものである。そして、その一環として、人格権者の承諾について特徴的な研究を行っている。

1 人格権者の承諾の法的構成

まず、アンセルの提示する全体の理論枠組を確認しておこう。アンセルは、人格権者の承諾が問題となる場面を、民事責任法における違法性の阻却が問題となる場面と、債権債務関係の発生に向けられた合意の有効性が問題となる場面とに区別する⁽⁴⁷⁾。すなわち、加害行為の違法性阻却が問題となる場面では、債権債務の発生という観点から見れば契約が締結されていたと評価できる事案であっても、承諾は、合意の有効性という観点から評価されるのではなく、

フォートの評価対象となる法的事実として評価される。これに対して、債権債務関係の発生が問題となる場面では、承諾は法律行為の構成要素として捉えられる。これについて、アンセルは、画家とモデルの間で何らかの契約が締結されていた場合を具体例として、次のように説明している。すなわち、画家がモデルに対して報酬を求めることができるのかという側面においては、報酬請求権の発生が問題となるから、承諾は契約の構成要素として評価される。これに対して、画家が肖像を無断で公表した場合、モデルが画家に対して損害賠償や差止めを求めることができるのかという観点から見れば、法的事実としての承諾の評価が問題となる。⁽⁴⁸⁾したがって、人格権者の承諾を民事責任の成否という観点から見る場合には、承諾の法律行為としての側面を完全に否定しているから、アンセルの見解を法的事実構成として位置づけることができる。

次に、法律行為と法的事実の区別の基準についてである。アンセルによれば、両者の区別は、表意者が法的効果の発生を企図したかどうかという心理的な基準によるものではない。なぜなら、処罰されることを望んで刑法上の罪を犯したとしても、その行為が法律行為となるわけではないからである。したがって、法的効果が主体の意思を要件として発生するのか(法律行為)、あるいは、主体の意思とは関係なく、客観的な評価に基づいて発生するのか(法的事実)によって、両者は区別される。そして、民事責任法における違法性評価は、所与の法秩序において客観的に正当とされている事柄に対する違反であるため、主体の意思とは関係がない。⁽⁴⁹⁾そのため、アンセルによれば、被害者が加害行為に承諾しているとしても、客観的な評価である違法性に影響を及ぼすことはできない。そのため、人格権者の承諾は、加害行為の違法性評価において考慮される法的事実として捉えられることとなる。

2 法的事実による違法性阻却の構造とその意義

アンセルによれば、法的事実としての承諾によって違法性が阻却される根拠は、こうである。まず、加害者に対し

て、フォートの前提として他者の承諾に反する加害行為をしてはならないという行為規範が課される。そのため、加害者が人格権者から承諾を得ているときには、加害行為に対する違法性評価が消滅するのではなく、そもそもフォートの前提となる義務違反が存在しないと評価される。なぜなら、民事責任法によって個人に課される行為規範は、社会において正当とされる客観的なルールであって、個人の意思によって、その行為規範に対する違反にあたる違法性評価に影響を及ぼすことはできないからである。⁽⁵⁰⁾

それでは、人格権者の承諾に法的事実としての側面を見出すことは、どのような意味を有するか。アンセルは、承諾を法的事実として捉えることによって、契約が無効となる場合であっても、被害者の承諾によって違法性が阻却される場合があるとする。そこで、アンセルは、法的事実としての承諾と法律行為における承諾の間に、次のような具體的な異同を指摘している。

まず、意思表示の瑕疵についてである。人格権者が承諾を与えるに際して、相手方の詐欺・強迫があった場合、人格権者が与えた承諾によって違法性は阻却されないとする。なぜなら、詐欺や強迫は、それ自体が不法行為を構成するフォートとなるからである。⁽⁵¹⁾これについては、承諾を法律行為として捉えた場合であっても、その法律行為は無効となるから、法的事実としての承諾と法律行為としての承諾の評価に相違はない。他方で、人格権者が承諾を与えるに際して錯誤に陥っている場合、法的事実としての承諾は、法律行為としての承諾とは異なる取扱いを受けるとする。すなわち、法律行為は無効であるとしても、承諾によって違法性が阻却される場合がある。なぜなら、フォートの考慮要素として被害者の承諾を位置づける結果、表意者が法的効果を発生させるのに十分な意思を有していたかどうかの問題となるのではなく、加害者の行為態様が問題となるからである。したがって、加害者が、表意者が錯誤に陥って承諾を与えたことについて認識しておらず、かつ、認識することができなかった場合、加害者にフォートはないと評価される。⁽⁵²⁾このように、表意者が錯誤に陥っている場合の取扱いが、詐欺や強迫に基づいて承諾を与えた場合と異

なるのは、表意者の錯誤について加害者に非難されるべき要素がないからであろう。そのため、表意者が錯誤に基づいて承諾を与えた場合、フォートの有無について、加害者の行為態様に関する評価の一環として、表意者の錯誤を知っていたか、あるいは、知ることができたかが判断されることとなる。

次に、人格権者が行為能力を有していない場合、錯誤の場合と同様に、相手方が、表意者が無能力者であることを認識していたとき、又は、認識することができたときに、フォートがあるとされる⁽⁵³⁾。その理由については、錯誤の場合と同様の推論を行うことができよう。すなわち、表意者が行為能力を有していないことについて、加害者に違法性はないから、フォートの有無に関する判断においては、加害者の行為態様の評価が問題となる。その結果、表意者の無能力についての加害者の認識の有無に焦点が当たることになる。また、肖像の公表の場合などは、法律行為における同意とは異なり、真摯な同意を行う「自然的能力 (capacite natured)」を有しているときには、無能力者による承諾であっても、加害行為の違法性を阻却するとされている⁽⁵⁴⁾。したがって、無能力者が承諾を与えているとき、それによって発生した法律行為は無効であるとしても、加害者がそれを知らず、また、知り得なかった場合、違法性が阻却されることになる。

最後に、承諾を法的事実として構成することによって、法律行為との相違が顕著に表れるのは、契約の成立要件である目的 (objet) とコースの適法性の評価についてだ⁽⁵⁵⁾という。すなわち、法的事実としての承諾においては、目的とコースの違法性については問題とならないから、仮に目的やコースが違法であっても、それによって承諾による違法性阻却の効果に影響を及ぼさない⁽⁵⁶⁾。そのため、アンセルによると、加害者に課されている行為規範の側から問題を捉え直すことになる。

(三) 法律行為・法的事実二元構成

承諾を法的事実と法律行為の構成要素に区別したうえで、その両方の点から、加害行為の違法性が阻却されるとする見解がある。ここでは、法律行為・法的事実二元構成を代表するものとして、ラヴァナスによるテーズ『肖像の撮影と公表に対する人の保護』と、サンーポーが編集する体系書『人格権』を分析する。

1 ラヴァナスの見解

(i) 人格権者の承諾の法的構成

ラヴァナスは、承諾には二つの側面があるとす⁽⁵⁷⁾。第一は、法的事実としての承諾である。第二は、契約の基本的な構成要素としての承諾である。そして、両者は、承諾によって債権債務関係が発生するかどうかによって区別される⁽⁵⁸⁾。

そして、ラヴァナスは、承諾が二つの側面を有していることを否定し、いずれか一方に純化することは、誤りに陥るとい^う。一方で、承諾によって意思の合致に基づく債権債務関係が常に生じるわけではないから、承諾を契約の構成要素としてのみ捉えることは誤りだとす^る。他方で、承諾を法的事実としてのみ捉えることは、肖像を巡る法律関係の一部しか捉えていないため、不正確であるとする。なぜなら、モデルの肖像を公表することの適法性は、多くの場合、契約によって基礎づけることができるからである。すなわち、契約が締結されている場合、加害行為の違法性が阻却されることは、モデルの負っている債務によって説明されるものであり、*volenti non fit injuria*の法諺によって説明されることはないとする。このように、承諾について二つの側面を見出すことは、実際上の意味のみならず、具体的な意味も有するという。すなわち、承諾に法的事実としての側面と契約としての側面の両方を見出すことは、

承諾の有無・範囲や、違法性阻却の構造について、より具体的に考察することができる⁽⁵⁹⁾。ここでは、承諾の二つの側面において、違法性が阻却される構造を分析しよう。

(ii) 人格権者の承諾による違法性阻却の構造

第一に、法的事実としての承諾による違法性阻却の構造についてである。ラヴァナスによれば、法的事実としての承諾によって違法性が阻却されるのは、承諾を与えた者と承諾を得た者の二つの側面から説明される。

まず、承諾を与えた者の意思に着目した説明についてである。前提として、ラヴァナスによれば、肖像の侵害の違法性評価は、情報の必要性と人格を尊重すべきという要請の二つを衡量することによって定まるとされている⁽⁶⁰⁾。そのため、個人の意思によって、客観的評価であるはずの違法性評価が覆る理由を明らかにしなければならない。これについて、ラヴァナスは、ルビエの見解を引用しつつ次のように説明する。すなわち、実定法上の保護とは、それによって利益を受ける者に権限 (Droit) を与えるものであるから、保護が与えられた主体は、自らの権能 (pouvoir) を用いるかどうかの自由を有している。そのため、個人の意思は、法律が創設した利益を拒否することができる。したがって、主体は、承諾を与えなかったならば、民事責任や刑事責任を負うであろう侵害を許容することができるとい⁽⁶¹⁾う。もつとも、主体が自らの権能を用いる自由を有していると説明するだけでは、事前に承諾を与えていたとしても、翻意して保護を求めることができるようにも思われる。ところが、裁判例においては、承諾を得て肖像の撮影や公表がなされていたときには、違法性が阻却されているとして原告の請求が棄却されている。

そこで、次に、ラヴァナスは、人格権者が後に翻意したとしても加害行為の違法性が阻却される根拠について、承諾が与えられた加害者の側から説明している。すなわち、承諾を得た者は、自らが負っていた人の容貌を撮影・公表してはならない義務を免れているという。この場合、人格権者は、承諾によって権利を放棄しているわけではなく、また、承諾を得た写真家や出版社が、何らかの権利を取得するわけでもない。なぜなら、ここでの承諾は、あくまで

も「意思に基づく法的事実 (le fait juridique volontaire)」であつて、法律行為ではないからである。そして、このように解することによつて、一度与えた承諾を撤回することができるという原則や、人格権の不可処分性との調和を図ることができるとする。⁽⁶²⁾

第二に、契約の構成要素としての承諾についてである。ラヴァナスによれば、先に述べた通り、契約が締結されている場合、加害行為の違法性が阻却されることは、モデルの負っている債務によつて説明される。そして、契約の対象が非財産的権利である肖像の撮影や公表であるとしても、そのみによつて契約の有効性が否定されることはなく、原則として契約は有効であるとされている。⁽⁶³⁾ もつとも、肖像は人格に関わる利益であるから、契約において権利者の意思が果たす役割が財産権を対象とする契約とは異なるという。すなわち、自由に契約を撤回することができるという意味において意思の役割は大きくなっているのに対して、終局的に自らの権能を放棄することができないという意味においては意思の役割は小さくなっているとする。また、非財産的権利は尊重されなければならないので、契約当事者の意思は、自由な債務を生じさせることはできず、人格の保護に向けられた公序による制約を受けるとする。⁽⁶⁴⁾

2 サニーボーの見解

(i) 人格権者の承諾の位置づけ

サニーボーは、私生活の尊重を求める権利の保護を具体的に念頭に置いて、承諾の位置づけを示している点で特徴的である。私生活の尊重の権利が侵害された場合、違法性阻却事由については、二段階の検討が行われる。すなわち、①被害者の承諾がある場合、その時点で對抗法益との衡量を経ることなく、違法性が阻却される。これに対して、②被害者の承諾がない場合、對抗法益との衡量が問題となり、對抗法益が優越する場合には違法性が阻却されるとする。⁽⁶⁵⁾ このように、被害者の承諾と衡量問題を異なる段階の問題として捉えたうえで、對抗法益との衡量に入る前段階の規

律として、承諾の成立要件・範囲が論じることには意味があるという。

そして、人格権者の承諾と法益衡量の二段階によって、人格権保護の法理を構築することは、人格権保護の民事責任法からの体系的な独立に結びつくとする。すなわち、人格権保護において、裁判官は加害者の行為態様の違法性評価が行っているのではなく、同等の価値を有する権利・自由——私生活の尊重の権利と表現の自由など——が調整されている。そこにおいては、違法性評価に代わって、権利・自由の調整と人格権者の承諾が決定的な位置づけを占めるとする。⁽⁶⁶⁾

(ii) 人格権者の承諾の法的構成

サン・ポーは、私生活の尊重を求める権利を念頭に置きつつ、その侵害に関する承諾は、法的事実である場合と契約の構成要素である場合の二つがあるという⁽⁶⁷⁾。承諾が法的事実である場合、加害者が免責される根拠についての説明はないけれども、ラヴァナスやアンセルと同様に解することができるように思われる。また、人格権を対象とする契約は、合意の自由によって認められることを前提として、契約の目的 (objet) は、相手方に人格的利益を一時的に利用、または、享受させる一時的な許可 (concession temporaire) に加えて、法的保護の一時的な放棄の二つであるとする⁽⁶⁸⁾。そして、こうした契約は、行為能力を有する者 (personne capable) によってなされなければならないが、公序良俗に反しないこと、及び、目的とコースの適法性が必要であるとする⁽⁶⁹⁾。

(四) 検討——人格権者の承諾の位置づけと法的構成

以上紹介してきた人格権者の承諾の法的構成に関する学説について、まず、人格権保護の法理における人格権者の承諾の位置づけという観点から整理する。そのうえで、承諾の法的構成に関する学説の対立について分析しよう。

1 人格権者の承諾の位置づけ

人格権者の承諾は、人格権保護の法理においてどのような位置づけを占めるか。これについては、フランス法の議論を次の二つに整理することができる。

第一は、サン・ポーのように、承諾を衡量問題の前段階に位置づけることである。これは、具体的には私生活の尊重を求める権利を念頭に置いて説かれていた。しかし、人格権の保護においては常に対抗法益との衡量が問題となるから、こうした位置づけは人格権一般について妥当するものとして捉えることができる。

第二は、アンセルのように、承諾をフォート評価の対象となる事実位置づけることである。このとき、承諾の有無は、加害者の行為態様の評価に還元される。なぜなら、加害者に課されている義務は、権利主体の意思に反して人格権を侵害してはならない、というものだからである。そのため、このように考える場合、人格権保護は、民事責任法によって図られることになる。⁽¹⁹⁾

2 人格権者の承諾の法的構成

フランス法においては、人格権者の承諾について三つの見解が主張されていた。まず、法律行為構成によると、承諾は常に何らかの法律行為を構成する。次に、法的事実構成によると、加害行為の違法性評価の場面と債権債務関係の発生の場面を区別して、前者において承諾を捉える場合、人格権者の承諾は、法的事実であって、フォートの前提としての行為規範に取り込まれる。そのため、加害者が承諾を得ている場合、人格権者の意思に反して人格権を侵害してはならないという義務に反していないから、加害行為の違法性が阻却される。最後に、承諾には法律行為と法的事実の二つの側面があると説く見解がある。たとえば、ラヴァナスは、法的事実としての承諾については、加害者が義務を免れるとして法的事実説と同様の説明を与えており、法律行為の構成要素としての承諾については、その法律

行為の効果によって違法性が阻却されるとする。

それでは、以上の見解の対立をどう評価すべきか。まず、法律行為構成と法律行為・法的事実二元構成は、法律行為概念の広狭によって対立している。法律行為構成によれば、日常的な写真撮影も契約として構成される。たしかに、理論的には、肖像の撮影を申込みと捉えて、それに対する承諾によって契約の成立を觀念することは可能であろう。けれども、法律行為・法的事実二元構成をとるラヴァナスによって、実際には、当事者に債権債務関係を発生させる意思がない場合が多く想定されるとして、こうした構成は擬制であるとの批判が投げかけられている。ここでは、人格権者が承諾を与えることで債権債務関係を発生させる意思を有していない場面にも契約の成立を認めるかどうかによって、法律行為構成と法律行為・法的事実二元構成が対立している。

次に、法的事実構成は、人格権侵害の場面において承諾を評価するとき、いかなる場合でも承諾を法律行為として捉えることを否定する点で、他の学説と対立している。法的事実構成が他の構成と具体的に帰結が異なる具体的な場合は、アンセルによれば、錯誤の場合である。すなわち、人格権者が錯誤によって契約を締結したと評価できる場合であっても、加害者が表意者の錯誤について認識していなかったときには、不法行為は成立しないとされている。なぜなら、人格権者の承諾は加害者の行為態様に取り込まれて評価されるため、承諾を与える人格権者の意思の形成過程に瑕疵があったとしても、加害者の行為態様に当然に悪性が認められることにはならないからである。これに対して、法律行為構成と法律行為・法的事実二元構成によれば、錯誤に基づく承諾によって契約が成立している場合、その契約が錯誤により無効となるため、不法行為が成立する。したがって、法的事実構成においては、人格権の処分に関する被害者の意思と比べて、加害者の行動の自由を重視する帰結がもたらされる。もともと、法的事実構成は、依然として少数有力説に留まっている。その理由は、法的事実構成が、人格権侵害の場面において承諾を評価する場合には、承諾を法律行為として捉えることを否定する点にあるのではないか。裁判例においては、人格権の処分におい

て人格権者の意思的関与が重視される傾向にあるため(二)(三)参照)、人格権者の意思と比べて、加害者の行動の自由を重視する評価は受け入れられ難いように思われる。

以上の検討から明らかなことは、法律行為構成によれば、当事者が、権利放棄の意思や債権債務関係を発生させる意思を有していないとしても、そうした意思を擬制することで、承諾が法律行為を構成する場面があること、法的事実構成によれば、人格権者が錯誤に陥っている場合に、人格権者の意思よりも加害者の行動の自由が重視される場面があることである。そして、こうした難点を免れる構成として、承諾を法律行為・法的事実の二側面から捉えることが有用であると考える。

四 日本法への示唆

フランス法では、人格権保護の法理において、承諾には二つの異なる位置づけが与えられている。第一は、人格権者の承諾を民事責任法規範に位置づけることによって、承諾をフォート評価の対象に取り込む見解である。第二は、民事責任法規範とは異なり、人格権保護の法理を承諾と法益衡量の二つの段階で捉える見解である。

人格権者の承諾の法的構成については、法律行為構成、法的事実構成、法律行為・法的事実二元構成が提示されている。その中でも、法律行為構成・法的事実構成は、人格権者の承諾について、法律行為の構成要素である場合と、フォート評価の対象である法的事実の場合の二つを区別するものである。これによれば、承諾が法的事実である場合には、フォート評価を通じて、加害行為の違法性が阻却される。他方で、承諾が法律行為の構成要素である場合、その法律行為の効果によって、加害行為の違法性が阻却される。

以下では、フランス法の分析を踏まえて、(一)人格権保護の法理において人格権者の承諾がどのように位置づけられ

るかを明らかにしたうえで、(一)人格権者の承諾の法的構成について考察しよう。

(一) 人格権保護の法理における承諾の位置づけ

わが国における人格権保護の法理は、主に二つのアプローチから提示されている。

第一は、人格権保護を加害行為の違法性の観点から位置づける伝統的なアプローチである。これについては、一定の人格的利益に高い要保護性を認める見解と、そうでないものに分けられるが、いずれも違法性評価によって加害者に対する帰責の有無を判断しているため、同一のアプローチとして整理する。このアプローチでは、人格権者の承諾は、違法性阻却事由の一つとして位置づけられると考える。

第二は、人格権と表現の自由などの對抗法益との衡量によって、人格権侵害の有無を判断する新たなアプローチである。⁽⁷³⁾ このアプローチでは、①人格権者の承諾の有無と、②人格権と對抗法益との衡量を段階的に捉えるべきだと考える。したがって、人格権者の承諾は、衡量の前段階の規律としての位置を占めることとなる。そのため、人格権者が承諾を与えている場合、人格権と對抗法益との衡量を経ることなく、不法行為の成立が否定される。これに対して、人格権者が承諾を与えていない場合、人格権と對抗法益との衡量によって、不法行為の成否が判断されると考える。

(二) 人格権者の承諾の法的構成

わが国において、法律行為の構成要素としての承諾とは、特定の申込みに対してなされ、これと合致することに よって契約を成立させる意思表示だとされている。⁽⁷⁴⁾ そうであるとすれば、被害者の承諾における「承諾」の法的構成は次の二つの形で構成されるのではないか。すなわち、①契約における申込みの対概念として、承諾が何らかの契約を構成する場合や、損害賠償請求権、差止請求権の放棄を構成する場合と、②違法性・過失の評価根拠事実を構成す

る場合である。そして、①は、法律行為の構成要素としての承諾であり、②は法的事実としての承諾として整理することができる。それぞれの側面について、どのような帰結が導かれるかを具体的に示しておこう。

第一に、承諾が法律行為を構成する場合、その法律行為の効果によって違法性が阻却されると考える。たとえば、モデルが事務所との間で肖像の利用に関する契約を締結しており、その契約の有効性が争われている場合、承諾は法律行為として捉えられる。そして、承諾がいかなる法律行為を構成するかは、法律行為の解釈に委ねられることとなる。さらに、承諾が法律行為を構成することの帰結として、承諾に錯誤や詐欺、強迫といった合意の瑕疵に関する諸法理が適用され、公序良俗違反の有無が判断される。また、承諾を与えるためには、人格権者の行為能力が必要となる。

第二に、承諾が法律行為を構成しない場合、承諾は過失ないし違法性の評価要素として捉えられると考える。⁽⁷⁶⁾ たとえば、日常的な写真撮影の場合、承諾は、写真を撮影した者の過失ないしは違法性の評価要素となる。さらに、モデルが事務所との間で肖像の利用契約を締結している場合であっても、法律行為の有効性としてではなく、不法行為の成立要件や違法性阻却事由において承諾が評価されるときには、その承諾は過失ないし違法性の評価要素として捉えられると考える。したがって、この場合、法律行為を想定した諸法理は適用されず、また、人格権者の行為能力も不要となる。

五 結びにかえて——今後の展望

本稿では、人格権保護の法理における承諾の位置づけ、及び、人格権者の承諾の法的構について考察した。そして、人格権侵害の場面において、人格権者の承諾は、申込みの対概念として法律行為を構成する場合と、過失・違法性の

評価要素を構成する場合の二つがあることを明らかにした。これに対して、人格権者の承諾をどのように評価するかに関する具体的な判断枠組の考察については、概略を示すに留めざるを得なかった(二(二)2)。人格権侵害の事案においては、人格権者が、侵害について事前に一定の承諾を与えていることが想定されるため、この承諾の法的評価に着目することが重要となる。そうであるとすれば、人格権者の承諾の評価に焦点を当てた考察を及ぼすことによって、人格権保護の法理を具体的に提示することができると思われる。そこで、本稿において示した、①承諾の成立における特定性・明瞭性、厳格解釈の原則のほか、②二重の承諾の原則、③承諾の撤回可能性に関する議論を参照しつつ、わが国における人格権保護の法理を具体的に提示することを、今後の研究課題としたい。

こうした課題に正面から取り組むことよって、人格権が承諾の対象となる場合は、財産権が承諾の対象となる場合と比較して、主体の意思が尊重されるべきとの要請があることが明らかとなる。そのため、人格権者の承諾に着目した研究を深化させていくことは、承諾の対象が人格権であることの特殊性を浮き彫りにすることとなるであろう。こうした研究は、人格権と財産権の接点を照射することを意味し、これによって、人格権の体系的独立性を確立することに寄与できると考える。

〔付記〕 本研究はJSPS科研費(17J08769)の助成を受けたものである。

- (1) 大村敦志『「人の法」から見た不法行為法の展開——大塚直ほか編『社会の発展と権利の創造——民法と環境法学の最前線 淡路古稀』(二〇一二年、有斐閣) 三三三—三三三頁においては、不法行為法の展開という観点からみた場合に、重要な事件は人格権・人格的利益に関するものにシフトしつつあるとされている。
- (2) 人格権保護に関する代表的な研究として、齋藤博『人格価値の保護と民法』(一粒社、一九八六年)、五十嵐清『人格権論』(一粒社、一九八九年)、同『人格権法概説』(有斐閣、二〇〇三年)、藤岡康宏『損害賠償法の構造』(成文堂、二〇〇

- (二) 一八頁以下、木村和成「わが国における人格権概念の特質——その再定位の試み——」(二)「二・完」撰南法学第三四号(二〇〇五年)八五頁以下、第三五号(二〇〇六年)六九頁以下。
- (3) 以下では、肖像権、名誉権、プライバシー権、氏名権などの精神的な人格権を人格権と表記する。そのため、生命・身体といった身体的な人格権、及び、生活利益を考察の対象から除外する。
- (4) 以下では、人格権侵害における被害者の承諾を人格権者の承諾と表記する。そのため、人格権者とは、精神的な人格権が侵害された場合の権利主体を指すこととする。
- (5) 五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣、二〇〇三年)三二頁。
- (6) 従来の議論において、人格権者の承諾は、名誉権・肖像権・プライバシー権の侵害における免責事由として簡単に触れられるに留まる。たとえば、五十嵐清「田宮裕『名誉とプライバシー』」(有斐閣、一九六八年)三〇—三二頁、二一八—二二〇頁によると、被害者の承諾は不法行為法の違法性阻却事由として認められており、その点は名誉侵害とプライバシー侵害においても変わらないとする。そして、承諾は黙示でもなされうるが、その範囲が曖昧なときには、広く解するべきでないとする。竹田稔「プライバシー侵害と民事責任」(判例時報社、増補改訂版、一九九八年)二〇九—二二二頁によれば、プライバシー侵害に関する承諾は、単なる放任ではなく、その侵害を積極的に理解したうえでなされなければならないが、黙示でも足りるとする。
- (7) 大村敦志「民法読解 総則編」(有斐閣、二〇〇九年)一一九—一二〇頁。加藤雅信「人格権と著作者人格権——損害賠償・差止め・処分可能性を中心に——」(法時八七巻三号(二〇一四年)九〇—九三頁。米村滋人「人格権の権利構造と『一身専属性』」(法協一三四巻第三号(二〇一七年)四七—四七三頁)。
- (8) 近時の研究として、木村和成「わが国における人格権概念の特質」(二・完)撰南法学第三五号(二〇〇六年)一〇五—一〇六頁。
- (9) 近時の研究として、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」(民法研究第五号(二〇〇八年)七七頁)。
- (10) 潮見佳男「不法行為法Ⅰ」(信山社、第二版、二〇〇九年)四三八頁。
- (11) 藤岡康宏「民法講義Ⅴ 不法行為法」(信山社、二〇一三年)一五四—一五五頁、一五八頁。
- (12) 我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為」(日本評論社、一九三七年)一五一頁。
- (13) 広中俊雄「新版民法綱要 第一巻総論」(創文社、二〇〇六年)八三—八四頁。山野目章夫「『人の法』の観点の再整理」

- 民法学研究第四号(二〇〇四年)一頁以下、大村敦志「小粥太郎『民法学を語る』(有斐閣、二〇一五年)〔大村敦志〕一五二一―一六八頁。藤岡康宏『民法講義Ⅰ 民法総論』(信山社、二〇一五頁)一〇一―一頁。
- (14) 吉田克己「広中俊雄の民法体系論と市民社会の基本的諸秩序論」法時八七卷九号(二〇一七年)二八頁。
- (15) 山本・前掲注(9)一―二八頁においては、決定権的権利観を前提として、人格権とは、「主体が自己のあり方を決める権利」として定義されている。さらに、現代社会における自己決定権の重要性を説くものとして、吉田克己「現代市民社会と民法学」(日本評論社、一九九九年)二五八頁以下。
- (16) フランス法における人格権者の承諾については、私生活の尊重を求める権利、及び、肖像権について一定の紹介がなされている(北村一郎「私生活の尊重を求める権利——フランスにおける『人の法』権利』の復権——」北村編『現代ヨーロッパ法の展望』(一九九八年、東京大学出版会)二四五―二四八頁、遠藤史啓「不法行為法における権利・利益の意義——フランス法における肖像権の議論を手掛りに——」神奈川法学四七卷三号(二〇一四年)一六〇―一六二頁)。これらの研究では、肖像権や私生活の尊重を求める権利の侵害を念頭に置いて、主体の承諾による違法性阻却の判断枠組が明らかにされている。これに対して、本稿は、これまで明らかにされてこなかった、人格権保護法理における承諾の位置づけと承諾の法的構成について説明しようとするものである。
- (17) 民法典九条と民法典一二四〇条の私生活の保護の関係については、判例の変遷しばらくは民事責任法の規定と併用されており、フォート、損害、因果関係の証明が必要だとされていた(CA Paris, 17 déc. 1973 : D. 1976, p. 120, note R.). しかし、現在、破毀院は、「私生活に対する侵害の証明さえあれば、賠償を求める権利が認められる」と示しており、私生活の侵害があれば、一二四〇条を根拠とすることなく、九条のみに基づいて賠償を求めることができる(とされている)(Cass. Ier, civ. nov. 1996 : Bull. civ. 1996, I, n. 378)。その結果、私生活が侵害された事案においては、九条あるいは、一二四〇条のいずれにも基づいても賠償を求めることができる。
- 他方で、名誉については、刑事立法である一八八一年出版自由法の構成要件に基づいて民事上も保護が図られている。しかし、フランスにおいても人格権の構成要素に名誉を含むのが一般的である(François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, personnalité-incapacité-protection*, 8^e, Dalloz, 2012, n° 102-103, pp. 110-111 ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Les Personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, 7^e, LGDJ, 2014, n° 342-345, pp. 159-165)。

- (18) Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ, 9^e, 2017, n° 131, p. 76.
- (19) Geneviève VINEY, Patrice JOURRDAIN, Suzanne CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e, LGDJ, 2013, n° 575-577, pp. 678-682.
- (20) Geneviève VINEY, Patrice JOURRDAIN, Suzanne CARVAL, supra note 19, n° 572, p. 673.
- (21) Geneviève VINEY, Patrice JOURRDAIN, Suzanne CARVAL, supra note 19, n° 574-578, pp. 678-682.
- (22) Geneviève VINEY, Patrice JOURRDAIN, Suzanne CARVAL, supra note 19, n° 577, p. 681.
- (23) Gilles GOUBEAUX, *Droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 306-307, pp. 283-285 et n° 321-323, pp. 299-303.
- (24) Henri FOUGEROL, *La Figure humaine et le droit*, thèse Paris, 1913, pp. 75-98 は「ネースにおおつて」肖像の保護における承諾の位置づけを初めて本格的に取り扱ったものでもある。
- (25) Pierre KAYSER, *Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles*, in : *Mel. Marty*, 1978, n° 2, p. 726-727.
- (26) こうした理解は「代表的な体系書におおつて」被害者の承諾に関する規律が保護法益に応じて三つの類型に分けられていることから基礎づけられると考える。なお、肖像権や私生活の尊重を求める権利についての承諾の特殊性は「客体が肖像権や私生活であることに由来するのではなく、こうした法益が人の精神的な利益に関わることに由来する。これについては、人格権者の承諾についての具体的な規律を考察する別稿で詳しく論じることとした」。
- (27) André AMIAUD, *Les droits de la personnalité*, in : *Travaux de l'Association Henri Capitant*, II, 1946, pp. 295-296 以下「民法典が、個人主義に支えられているにもかかわらず、人格権に関する規定が置かれていない理由について次の三点を挙げる。すなわち、一定の人格権の保護は公法で認められており、同様の保護が私法上も与えられると考えられていたこと、民法典は財産に関する法典として制定されていたこと、当時の社会状況からみて、人格権侵害の可能性はそれほど大きくなかったことである」。
- (28) Étienne-Ernest-Hippolyte PERRAUD, *Des droits de la personnalité*, RTD civ., 1909, p. 517.
- (29) Gilles GOUBEAUX, *Droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 286, pp. 256-258.
- (30) 人格権は「人間の尊厳や個人主義とつうした価値の重要性ゆえに放棄すべきなことを明示するものとおつて」Agnes LUCAS-SCHLOTTER, *Droit moral et droits de la personnalité*, PUAM, 2002, n° 462, p. 354^o。
- (31) Étienne-Ernest-Hippolyte PERRAUD, supra note 28, p. 517-520. また「石井智弥「フランス民法における人格権保護の発

- 展——尊重義務の生成——(一)茨城大学人文学部紀要(二〇一〇年)二二—二三頁参照。
- (32) Jean STOFFLET, *Le droit de la personne sur son image, Quelques remarques sur la protection de la personnalité*, JCP, 1957, n° 30.
- (33) 肖像の利用に関する契約を締結するとは、破産院におつても認められつゝ (Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2008 : JCP, 2009, 2, 10025, note Grégoire LOISEAU)。
- (34) Gilles GOURBEAUX, supra note 23, n° 286, pp. 256-258 : Denis TALLON, *Personnalité (Droit de la)*, Rep. civ., n° 160, pp. 25-26. なお、コルニエの概説書においては、私生活に関わる写真の撮影・公表について承諾を与えることは認められており、人格権が処分不可能であることとそれ自体が否定されつゝ (Gerard CORNU, *Droit civil, Les personnes*, 13^e, LGDJ, 2007, n° 36, pp. 76-80)。
- (35) 契約法の観点からは、契約の対象が人格的利益であることによつて、承諾に関する一般的な成立要件・解釈準則が修正や例外と指摘する学説もある (Corine FILIPPONE, *La contractualisation des droits de la personnalité*, thèse, Paris, 2001, n° 323, p. 303)。
- (36) Cass 1^{re} ci., 13 nov. 2008 : L'épargne 2009, II, p. 12, obs. L. Marino.
- (37) CA Paris, 4^e ch. 9 nov. 1982, D. 1984, jurispr. P. 30, note R. Lindon.
- (38) Cass 1^{re} civ., 30 mai 2000 : Bull. civ. 2000, I, n° 167. Cass 1^{re} civ., 14 juin 2007 : Bull. civ. 2007, I, n° 236.
- (39) CA Paris, 25 mai 1867 : S. 1868, 2, p. 41.
- (40) 民法典四五九条一項は、二〇〇七年三月五日の法律 (Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007) によつて定められた。
- (41) Cass 1^{re} civ., 18 mai 1972 : *JCP G* 1972, II, 17209, concl. note R. Lindon.
- (42) たとえば、ケゼールは、人格権を放棄するとはべきならなければならない、合意の対象とべきことを指摘してつゝ (Pierre KAYSER, *les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, RTD civ., 1971, n° 37, p. 493)。
- (43) Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit, protection du secret de la vie privée*, 3^e, ECONOMICA, 1995, n° 136, p. 236. もっとも、ケゼールは承諾の法的構成について改説している。当初、ケゼールは、友人の写真を撮影した場合には、いかなる債務も生じなるとして、人格権者の承諾が契約を構成しない場合がありうることを認めてつた (Pierre KAYSER, *Le droit dit à l'image*, in : *MéL. Roubier*, n° 15, p. 86)。

- (44) Roger NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, 1929, n° 185, p. 401; Denis TALLON, supra note 34, n° 160, pp. 25-26 ; Gilles GOUBEAU, supra note 23, n° 286, p. 257. また、近世の研究として、Agnès LUCAS-SCHLOTTER, supra note 30, n° 522, pp. 397-398 参照。
- (45) Anton FÄHMY ABDOL, *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971, n° 43, p. 80.
- (46) Pascal ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, Une approche critique de la théorie de la personnalité*, thèse, Dijon, 1978. Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUR, 2^e, 2013, n° 9 p. 159 以下、同トースやその「人格権の権利性否定説を代表する見解」として引用する。アンセルは「わが国に於ける法的強制力のある内容義務性（区分）を提示した論者として、契約法における広く知られている（Pascal ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligatoire du contrat*, RTC civ., 199, p. 771）。なか、以下トーマスを引用する際には、全て *L'indisponibilité des droits de la personnalité, Une approche critique de la théorie de la personnalité* の引用とする。
- (47) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 10, p. 15.
- (48) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 51, pp. 51-52.
- (49) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 49, pp. 50-51.
- (50) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 40, pp. 43-44.
- (51) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 57, p. 56.
- (52) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 57, pp. 56-57.
- (53) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 58, pp. 57-58.
- (54) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 61, pp. 69-60.
- (55) なお、二〇一六年二月一〇日のオールドマンズ二〇一六―一三二号（l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016）による債務法改正後の民法典一一二八条においては、目的（objet）と原因（cause）は契約の有効要件とされている。
- (56) Pascal ANCEL, supra note 46, n° 65, pp. 62-63.
- (57) Jacques RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, 1978, n° 70-80, pp. 68-84. ラヴァナスの用語法としては、承諾には「契約の構成要素としての側面」と「法的事実としての側面」があるとする。後者は「autorisation」を「permission」として表記されている。Consentement は「わが国における契約法では、同

意と訳されるのが一般的である。もっとも、本稿では、用語法の統一という観点から、consentementを承諾と訳出する。わが国における承諾概念は、申込みの対概念として法律行為の構成要素を意味する場合だけでなく、被害者の承諾として法律行為を構成しない場合にも用いられるから、ことうした訳出も許されると考える。なお、次に考察するサン・ポーは、法的事実としての承諾は、autorisationと表記しており、契約の構成要素としての承諾をconsentementと表記しているが、同様の考慮から、承諾として訳出する。

- (58) Jacques RAVANNAS, supra note 57, n° 64, pp. 85-86.
- (59) Jacques RAVANNAS, supra note 57, n° 65 pp. 86-87.
- (60) Jacques RAVANNAS, supra note 57, n° 170, pp.177-178.
- (61) Jacques RAVANNAS, supra note 57, n° 243, pp. 246-247.
- (62) Jacques RAVANNAS, supra note 57, n° 244, p. 247.
- (63) Jacques RAVANNAS, supra note 57, n° 264, pp. 266-268.
- (64) Jacques RAVANNAS, supra note 57, n° 265, p. 268.
- (65) Jean-Christophe SAINT-PAU, (sous la dir.), *Droits de la personnalité*, Lexis Nexis, 2013, n° 1238 et 1239, p. 761. なお、本稿における同書の引用箇所は、全ツサン・ポーによる執筆箇所であるから、彼の学説として取り扱っている。
- (66) Jean-Christophe SAINT-PAU, supra note 65, n° 368, pp. 227-228.
- (67) Jean-Christophe SAINT-PAU, supra note 65, n° 1241, p. 762.
- (68) Jean-Christophe SAINT-PAU, supra note 65, n° 1264, p. 779.
- (69) Jean-Christophe SAINT-PAU, supra note 65, n° 1262, p. 778.
- (70) アンセルと同様に、人格権の権利性を否定したうえで、このように説く近時の有力な見解として、Cyril BLOCH, *La cessation de l'illicite Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra contractuelle*, Dalloz, 2008, n° 274-2, pp. 310-314°.
- (71) 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学四号（一九七六年）七六頁。五十嵐・藤岡康宏「人格権」法教一二六号（一九九一年）三八―四二頁。同『民法講義Ⅰ 民法総論』（信山社、二〇一五年）三八―三九頁。大塚直「人格権に基づく差止請求」民商一一六巻四・五号（一九九七年）五二七頁。同「保護法益としての人身と人格」シュリー一二六号（一

九九年) 四一—四二頁。広中・前掲注(13) 一五—一七頁。木村・前掲注(8) (二〇〇六年) 一〇五—一〇六頁。

(72) 我妻・前掲注(12) 一二七頁。

(73) 山本敬三「前科の公表におけるプライバシー侵害と表現の自由」民商一一六卷四・五号(一九九七年) 六四八—六五一頁。同「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から——」論叢一五四卷一五四卷四・五・六号(二〇〇四年)、山本・前掲注(9) 七七頁。潮見・前掲注(10) 三一—三五頁。たとえば、山本敬三は、不法行為の要件を次のように構成する。すなわち、不法行為とは、個人の基本権が他人によって侵害されている場合に、国家が自ら負う基本権保護義務を果たすために用意した制度であるとの理解を前提に、①権利侵害要件は被害者の基本権の保護のためであり、②故意・過失要件は加害者の基本権の制約、または、制約の正当化のための要件であるとする。そして、不法行為の成否は、①被害者の基本権と、②加害者の基本権の衡量によって決せられるとする。

(74) 中田裕康『契約法』(有斐閣、二〇一七年) 九〇頁。

(75) たとえば、五十嵐は、人格権は一身専属性を有していることを理由として、人格権の譲渡を否定する(五十嵐・前掲注(5) 一三三頁)。また、人格権の一身専属性を当然に認めることを否定する近時の見解においても、人格的生存を困難にすることが典型的に認められるため、人格権を終局的な譲渡の対象とすることは否定されると考えられる(米村・前掲注(7) 四五八—四六四頁)。そのため、承諾が法律行為を構成する場合であっても、その法律行為によって人格権の終局的な処分は認められない。そして、承諾の構成する法律行為が、人格権の一時的な利用契約か、損害賠償請求権などの放棄を構成するかは、法律行為の解釈に委ねられると考える。

(76) 被害者の承諾が、違法性阻却事由か過失の評価根拠事実のいずれを構成するかは、不法行為の成立要件を巡る議論と連動する。違法性を不法行為の成立要件の一つとする見解においては、被害者の承諾を違法性阻却事由として位置づけられるのに対して、違法性を不法行為の成立要件としない見解においては、過失の評価根拠事実ないしは損害の考慮要素として位置づけられることになる(平井宜雄『債権各論II 不法行為法』(弘文堂、一九九二年) 九一—九二頁。窪田充見『不法行為法』(有斐閣、二〇〇七年) 二五〇頁)。

石尾 智久 (いしお ともひさ)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 日本学術振興会特別研究員 (DC2)

所属学会 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 日仏法学会

専攻領域 民法