

## 17 ドイツ国際私法における 人格権保護の現在と未来

クリスティアン・フォン・バル

- I 実質法の実情
- II 不法行為準拠法の基本的優位とその確定
  - 1 人格権保護と国際不法行為法
  - 2 共通常居所への連結
  - 3 不法行為地連結
    - a 概論
    - b 唯一の不法行為地としての発行地および頒布地
    - c 頒布地の概念について
- III 属人法と法廷地法
  - 1 属人法
  - 2 法廷地法
    - a 原則
    - b 氏名保護法
- IV 射程と限界

### I 実質法の実情

非物質的な人格的財産の権利は、個々の国々で、その内容上もドグマーティッシュな理論的構造においても、さまざまに規律されている。例えば、氏名権においては、ドイツ、オーストリア、スイスと、英米法系の法との重大な概念上の差異が直ちに目につく。というのは、上記のドイツ語を話す三つの国々では、氏名における絶対権を認めている<sup>(1)</sup>が、コモン・ローは、そのような権利を

(1) ドイツ法 (§ 12 BGB) については例えば BGHZ 8 S. 318; RGZ 56 S. 190 und RGZ 91 S. 350, 352参照。スイス法 (Art. 29 ZGB) については BGE 102 II 161 und BGE 108 II

一度として認めたことはないからである。*Prosser*<sup>(2)</sup>を読むと、つぎのように書いてある。「氏名の使用についての排他的権利などというものは存在しない」と。そして、イギリスからは、つぎのようなことも聞こえてくる。「この国では、ある人に、見知らぬ他人が特定の氏名を僭称することを妨げる資格を与えるほどの、氏名に対する絶対権を認めていない」<sup>(3)</sup>と。コモン・ローのように、氏名の扱いについて比較的リベラルな法を用いる法秩序<sup>(4)</sup>は、必然的に氏名保護の法領域を食いつぶしていくことになる。というのは、コモン・ロー諸国が氏名保護の法領域で絶対的排他的権限を認めたならば、それによって、この国々の氏名についての法的にリベラルな扱いも、決定的に弱まることになろうからである。もちろん、ゲルマン法系の法とは異質の考え方は、ドイツ語圏の諸国において絶対権の概念が認められている分野で、完全に法的保護を放棄することを強いられてしまう、などということ、決して意味するものではない。確かに、人の氏名使用を争うこと自体が不法行為になるという構成は、コモン・ローではとれないが、それは、ドイツ法においても實際上ほとんどたいした役割を演じない<sup>(5)</sup>。むしろ、ここで中心となる問題は、その他の国と同様に、ドイツ語圏では氏名僭称(Namensanmaßung)すなわち権限なき氏名使用<sup>(6)</sup>という不法行為に姿を変えた、同一性の欺罔の問題である。この不法な氏名僭称は、確かに、その本質においてドイツの典型的な不法行為となっている。それは、当該氏名で表示された人がその氏名の真の持ち主とみなされる<sup>(7)</sup>、という効果を他人にもたらす行為に、損害賠償の責を負わせているからである。しかし、氏名僭称のための判断材料が示すのは、大陸法系の氏名保護法がここでも中心点ではない、ということである<sup>(8)</sup>。それが本当に活発に機能するようになったのは、履行を当該氏名の持ち主のそれと称する目的で、他人の名を用いて、物品または履

241, オーストリア法 (§ 43 ABGB) については OGH JBl 1953 S. 518 sowie OGH SZ 37 S. 178 を参照。

(2) *Prosser (-Keeton)*, Torts<sup>5</sup> (St. Paul, Minn. 1984) S. 852.

(3) *Earl Cowley v. Countess Cowley* (1901) A. C. 450, 459 (per Lord Lindley); vgl. auch *Dockrell v. Dougall* (1899) 80 L. T. 556.

(4) 詳細は *Josling*, Change of Name<sup>13</sup> (London 1985) 参照。

(5) *Staudinger-Coing/Habermann*<sup>12</sup>, § 12 BGB, Rdnr. 116 ff. は、より詳細。

(6) 両概念は、ドイツおよびスイスで同義的に用いられる。Vgl. *Staudinger-Coing/Habermann* aaO Rdnr. 128 ff.

(7) Vgl. RG HRR 1938 Nr. 1583: RGZ 91 S. 350, 352 sowie BGHZ 30 S. 7, 9.

(8) Wie Fn. 6; さらに, MünchKomm-Schwerdtner<sup>2</sup>, § 12 BGB Rdnr. 102 ff und *Raschauer*, Namensrecht (Wien/New York 1978) S. 282 ff. をみよ。

行を表示する<sup>(9)</sup>、という分野が初めてである。この分野は、ドイツの裁判によってもスイスの裁判によっても、率直に、各々の法律上の構成要件の「拡張」と評価されていた分野である<sup>(10)</sup>。しかしまた、こうした氏名僭称法のうちで實際上中心的な分野においては、イギリス法や（より効果的な）アメリカ法は、保護を与えることを可能にしている。というのは、イギリス法は、こうした場合について「詐称通用 (passing off)」<sup>(11)</sup>という不法行為を発展させてきたし、アメリカの諸州では、この分野はとうに、一般的人格権であるプライバシー権<sup>(12)</sup>という彼の地の法制度によって包括されている<sup>(13)</sup>。

比較的大きい、同一性欺罔という不法行為<sup>(14)</sup>のあらゆる可能性を尽くした意義は、ドイツの実質法（これに関しては偶然ではなくドイツの抵触法<sup>(15)</sup>においてもまた）においては、常に氏名僭称法にある。この意義は、思い返してみると、つぎのことからも明らかにわかる。すなわち、それには、常に、一般的人格権の思想へ導く志向が内在していたのである。スイスにおいては、すでに長い間、事案によって、適宜、氏名の保護（スイス民法29条2項）と人格権の一般的保護（スイス民法28条1項）とを使い分ける<sup>(16)</sup>のが実務になっているように思われる。それは、ドイツにおいては、連邦最高裁判所が、いわゆる一般的人格権を初めて採用し<sup>(17)</sup>、その侵害に対して慰謝料請求権を認めた<sup>(18)</sup>後で、よ

(9) この点では、例えば BGE 80 II 140; BGE 87 II 111; BGH LM Nr. 21 zu § 12 BGB sowie BGH NJW 1959 S. 525. 極端に上げた（診療所の開設に関する広告における履歴を氏名僭称と指摘）ものとしては、OLG München OLGZ 1974 S. 280 ff.

(10) BGHZ 30 S. 7, 9 sowie BGB 102 II 161, 165 f.

(11) *Tussaud v. Tussaud* (1890) 44 Ch. 679 参照。詳細については、例えば *Clerk & Lindsell (-Armitage and Dias)*, *Torts*<sup>14</sup> (London 1975) Rdnr. 2227 ff. 参照。

(12) *Warren* と *Brandeis* は、有名な論文 4(1890/91) *Harv. L. Rev.* 193 の中で、なお “right to privacy” という言葉を用いている。それは、こんにち “right of privacy” という言葉に統合されている。

(13) *Prosser (-Keeton)* aaO (Fn. 2) S. 851.

(14) その限界については、BGHZ 30 S. 7 ff; BGHZ 81 S. 75 ff sowie BGE 108 II 241 ff.

(15) *Heldrich*, *Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internationalen Privatrecht*, in: v. Caemmerer (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (1983) S. 361, 363 は、正当にも、人格保護についてのドイツの判例は「圧倒的に氏名保護の問題を」扱ってきた、と述べている。

(16) Vgl. BGE 102 II 161, 166: 「スイス民法29条2項および28条1項の適用範囲を強く局限することは、・・・必ずしも必要ではない・・・。氏名僭称の概念が狭く把握されるならば、違法な侵害に対し氏名の保護を求める者の請求権を守るために、民法28条という一般条項へ依然としてなお立ち戻ることになる。」

うやく可能になった。*Prosser* が広範なアメリカの裁判のために発展させた体系<sup>(19)</sup>に依拠するならば、こんにちドイツにおいて一般的人格権という見出しのもとで把握される法状況もまた、つぎの四つの大きなグループに区分けできる。それは、(1)人が物理的に邪魔されずにいること (*physisches Alleinsein*) または静穏に暮らすこと (*Zurückgezogenheit*) に対する不法行為、(2)他人の肖像の利用 (芸術著作権法22条参照)、あるいはまた、同一性の欺罔の恐れがない分野における、営業目的のための他人の名前の利用<sup>(20)</sup>、(3)ごくプライベートな領域を公にされることからの保護、(4)歪曲しているが、必ずしも名誉を奪っているとはいえないような事実の主張、の四つに関するものである。いわゆる一般的人格権は、このようにして、ドイツ法につぎの三重の効果を提供したのである。すなわち、第一に、法律上の効果の面で保護を与えてきたこと、第二に、氏名法上の足枷を破壊したこと、第三に、民法により保護法律においてのみ付与される名誉の保護 (ドイツ民法823条2項) の限界を飛び越えたこと、という三つの効果である。

こうした展開を、他の国々の法に関連づけるならば、まず、ドイツの私法秩序における一般的人格権の、特にドグマーティッシュな機能を度外視しなければならぬ。例えば、人格についての「絶対的」権利をドイツ民法823条1項にいう「その他の」権利に読み取る、という法技術的な技巧それ自体は、実際には、実体的な法状況にとってまったく重要ではない。例えば、フランスは、拡充された<sup>(21)</sup>、しかも近時 *Ehlers* と *Baumann* の極めて優れた研究によって示されたように<sup>(22)</sup>、ドイツを遙かに凌駕しさえする、人格権上の保護の網を使う

(17) BGHZ 13 S. 334 ff.

(18) BGHZ 26 S. 349 ff.

(19) AaO (Fn. 2) S. 849 ff.; ドイツ語に翻訳されたものとして、*Prosser*, Das Recht auf die Privatssphäre in Amerika, *RabelsZ* 21 (1956) S. 401 ff.

(20) Wie Fn. 14.

(21) それを強調するものとして、*Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung*<sup>2</sup> (1984), Bd. 2, S. 440, 448 ff. ドイツ語の文献として、さらに、*Constantinesco*, Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz im französischen Recht, *AcP* 159 (1960/61) S. 320 ff.; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht<sup>2</sup>, Bd. 2 (1986) S. 523 ff. 参照。フランスの文献としては、例えば、*Carbonnier*, *Droit Civil — Les Personnes, La Famille, Les Incapacités*<sup>5</sup> (Paris 1983) S. 22 ff. 比較的新しい判例情報については、*Lindon/Amson*, *Droits de la Personnalité* d. 1987. I. 384 ff. 参照。

(22) *Ehlers/Baumann*, Verletzungen des Persönlichkeitsrechts in der französischen Rechtsprechung — ein Vergleich mit dem deutschen Recht, *ZvglRWiss* 77 (1978) S. 241 ff.

ことができる<sup>(23)</sup>。フランス法は、すでに長いこと、徹底した肖像および氏名の保護を進めてきた。それにもかかわらず、フランスでは、絶対的な氏名権も絶対的な人格権も用いない<sup>(24)</sup>。したがって、不法行為法的な諸形態は、司法技術的な思考形式としてのみフランスの実質法の知らないものであるにすぎないし、それゆえ、フランスの責任法は、ドイツでは不法行為法を解決のためのよすがとするような紛争を、自ら扱うのに慣れていないなどということは決してない。

イギリスでは、事情は異なる。というのは、イギリスにおける「プライバシー権」の拒否は、是非ともここで特記すべき保護の欠缺に至る可能性があるため、「一般的人格権 (droit général de la personnalité)」<sup>(25)</sup>に対するフランスの拒否とは、質的に全く異なるものである。イギリス法には、依然としてつぎのことが妥当する。すなわち、「被害者は、現行の不法行為の何らかの類型一名誉棄損、法廷侮辱、トレスパス (侵害)、ニューサンス (生活侵害)、信認の破壊、ないし著作権の違反—に自己の訴えを当てはめなければならない。さもなければ、彼はコモン・ロー上の救済を受けることはない」<sup>(26)</sup>のである。例えば、それは、結果としてつぎのことを伴う。すなわち、他人の名前の使用<sup>(27)</sup>または広告における他人の肖像の公開<sup>(28)</sup>は、こうした行為が侮辱<sup>(29)</sup>に該当する境目または著作権侵害<sup>(30)</sup>に該当する境目を越えない限り、不法行為法上の効果は生じない、ということである。トレスパスもニューサンスもないところでは、被害者には、私生活の秘密を探り出すこと<sup>(31)</sup>に対する対抗手段、または空から家の写真を撮ること<sup>(32)</sup>に対する対抗手段は、何ら用いることができない<sup>(33)</sup>。かつて、

(23) *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika* (Gutachten, 1960) S. 82 ff. 自己の肖像権については、例えば最近の Paris 25. 10. 1982, D. Jur. 1983 S. 363. 参照。

(24) フランス民法典 9 条 1 項は「何人も自己の私生活を尊重される権利を有する」として、フランスの不法行為法が、行為規範で考えられている (絶対的な権利保護ないし法益保護というカテゴリーではない) ことを何も変えるものではない。

(25) それについては、*Zweigert/Kötz* aaO (Fn. 21) S. 449

(26) *Redmond-Cooper*, *The Press and the Law of Privacy*, 34 (1985) *IntCompLQ* 769.

(27) *Dockrell v. Dougall* (1899) 80 L. T. 556

(28) *Tolly v. Fry* [1930] 1 K. B. 467.

(29) *Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Dunlop* [1921] A. C. 367.

(30) *Williams v. Settle* [1960] 1 W. L. R. 1072

(31) Vgl. *Max-Planck-Institut* aaO (Fn. 23) S. 204.

(32) *Bernstein of Leigh v. Skyviews* [1978] 1 Q. B. 479.

イギリスの裁判所は、「電話のプライバシー権」を認めることができなかったことがあるのである<sup>(34)</sup>。もちろん、この種の弱点は、大きな強みでもある。というのは、コモン・ローは、「文書による名誉棄損 (libel)」および「口頭による名誉棄損 (slander)」という二つの侮辱の類型<sup>(35)</sup>によって、例えばドイツ法よりも明白に広範な名誉保護をはかっている。「文書による名誉棄損」<sup>(36)</sup>は、要約していえば、書籍、新聞または手紙において具体化され、したがって永続的な(目に見える)侮辱形態である。そして、「口頭による名誉棄損」は、「一時的で、かつ耳に聞こえるもの (anything temporary and audible)」<sup>(37)</sup>である。この二つの不法行為は、両方とも、侮辱の意味も、故意・過失も、要件としていない<sup>(38)</sup>。しかも「文書による名誉棄損」は、「他の要件なしに請求を基礎づける (actionable per se)」(すなわち「現実の損害の証明」なしに損害賠償請求権が認められる)ので、この不法行為類型は、私人とマスコミが対決する際の先鋭な武器となる。マスコミは、—ドイツ法とは全く異なり—場合によっては自分たちの故意・過失なしに、慰謝料を支払わねばならないこともありうるのである。

人格権の侵害に結びつけられた精神的損害に対し賠償がされるか否か、賠償を受けられるとすればいかなる状況でか、そして、どの程度の額で受けられるか<sup>(39)</sup>、という問題に対する態度の相違は、もちろん、コモン・ローの法秩序との比較においてのみ生じるものではない。例えば、日本法では、名誉の侵害に

(33) 詳細は、*Winfield/Jolowitz (-Rogers), On Tort*<sup>2</sup>, (London 1984) 参照。ここでは、「プライバシーの侵害」を「疑わしい不法行為」と説明している。

(34) *Malone v. Metropolitan Police Commissioner* [1979] Ch. 344.

(35) Vgl. *Monson v. Tussaud Ltd.* [1984] 1 Q. B. 673 (鑑人形館における展示：文書による名誉棄損)

(36) それについて、より詳細には、*Helmholz, Damages in Actions for Slander at Common Law*, 103 (1987) LQRev. 624. 参照。

(37) *Dias/Marquesinis, The English Law of Torts* (London 1976) S. 161

(38) *Cassidy v. Daily Mirror Newspapers, Ltd.* [1929] 2. K. B. 331; *E. Hulton and Co. v. Jones* [1919] A. C. 20. 他方また、「善意の」名誉棄損に対する「賠償金の提供」については、1952年名誉棄損法 4 条 3 項参照。

(39) アメリカでは懲罰的損害賠償制度によって、(大陸法の法律家の観点からすると)まさしく天文学的な額に達した。これは場合によっては、判決の承認について重要な問題を提起する。Vgl. *Stiefel/Stürmer, Die Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadensersatzurteile excessiver Höhe, VersR* 1987 S. 829 ff. sowie *Drolshammer/Schärper, Die Verletzung des materiellen ordre public als Verweigerungsgrund bei der Vollstreckung eines US-amerikanischen "punitive damages Urteils", SJZ* 1986 S. 309 ff.

対しては、日本民法(710条)において、すでに当初から慰謝料請求が認められていた。すなわち、ドイツ民法第一草案の704条に依拠している<sup>(40)</sup>日本の民法は、依然として名誉を絶対権として保護しているのみならず、ドイツ帝国議会立法委員会のもっていた、つぎのような考えは受容しなかったのである。その考えとは、「一般的な民衆の考え方によれば、侮辱に対して金銭で片をつけるのは、名誉あることではなく、名誉の侵害を金銭を求める訴えで補おうとする者には、失うべき名誉はない」<sup>(41)</sup>という考え方である。この種の考え方は、旧東ドイツ<sup>(42)</sup>や他のいくつかの社会主義国家<sup>(43)</sup>においても明らかに維持されてきた。すなわち、旧東ドイツ民法336条は、いかなる場合であろうと慰謝料請求権を認めなかったし、ポーランドでは<sup>(44)</sup>、慰謝料請求権を女性の性的名誉の侵害に限定している(ポーランド民法445条)。しかし、ハンガリー<sup>(45)</sup>やユーゴスラヴィア<sup>(46)</sup>では、もっと緩やかである。オーストリア<sup>(47)</sup>とスイス(スイス債務法28条a 2項)<sup>(48)</sup>では、侵害と過失が特別重大であることが要件とされている。

(40) ドイツ不法行為法の日本での継受の歴史は、*Urakawa/v. Bar*, Verschuldens- und Gefährdungshaftung im japanischen Recht, *RebelsZ* 43 (1979) S. 147 ff. に詳しい。

(41) *v. Bar*, Schmerzensgeld und gesellschaftliche Stellung des Opfers bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, *NJW* 1980 S. 1724. に、詳細な説明と引用紹介がある。

(42) Vgl. *Püschel*, Persönlichkeitsrechte unter dem Schutz des künftigen Zivilrechts, *NJ* 1967 S. 726, 758, 759; s. auch *Fritsche/Posch*, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeitrechte der Bürger, *NJ* 1982 S. 224 f.

(43) *Westen*, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz im sozialistischen Recht, *ROW* 1967 S. 145 ff. に概観されている。旧チェコスロバキアについては、*Knap*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem neuen tschechoslowakischen bürgerlichen Gesetzbuch, *Ufita* 47 (1966) S. 223 ff. に詳しい。

(44) それについては、*Max-Planck-Institut* für ausländisches und internationales Privatrecht (Hrsg.) *Deutsch-polnisches Kolloquium über Wirtschaftsrecht und das Recht des Persönlichkeitsschutzes* (1985)

(45) *Eckhardt*, Der Schutz der Persönlichkeit im ungarischen Zivilrecht unter rechtsvergleichender Betrachtung, *Diss. Köln* (1985) S. 111; *Bárd/Kiss*, Der Ersatz für immateriellen Schaden in Ungarn, *VersR* 1981 S. 911 ff.

(46) *Finzgar*, Jugoslawisches Recht, in: *Dworkin/Fleming/Hubrecht/Strömholm/Finzgar/Kübler*, Die Haftung der Massenmedien, insbesondere der Presse, bei Eingriffen in persönliche oder gewerbliche Rechtspositionen (1972) S. 99 ff. 1978年の新ユーゴスラヴィア法については、債務法200条以下参照。

(47) *Bydlinski*, Der immaterielle Schaden in der österreichischen Rechtsentwicklung, in: *Festschrift v. Caemmerer* (1978) s. 785 ff.

(48) 詳しくは、例えば、*Bucher*, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz (Zürich 1986) Rdnr. 563 ff.

他方また、他の諸法は、それに対して、広範囲にわたり、財産的損害と非財産的損害との潔癖な分離を放棄している。すなわち、適当と思われる場合に、ときおり、形だけの慰謝料額を認めることで充分としているのである<sup>(49)</sup>。

## II 不法行為準拠法の基本的優位と不法行為準拠法の確定

### 1 人格権保護と国際不法行為法

前記したような（もちろん大づかみに概観できたにすぎないが）法の多様さに鑑みれば、かつまた、国境を越える現今の販売技術・コミュニケーション技術・情報技術が、大きな人格権をめぐる紛争の潜在的可能性を構築してきたという事情に鑑みれば、この領域の国際私法上の問題提起が、こんにち、いつでも裁判所にも到達する可能性がある。したがって、この問題に対する法的な下準備がいかに少ないか、ということがひとときわ目を引くのである。目下ドイツ連邦共和国で通用している国際私法は、民法施行法38条の（特別）留保條款<sup>(50)</sup>を度外視すれば、この問題領域に対して完全に沈黙している。そして、将来の抵触法は、さらなる類別をすることなく<sup>(51)</sup>、民法施行法40条以下<sup>(52)</sup>の「契約外の責任」で包括して扱うにすぎないであろう。特別な抵触規定は、人格権侵害を総体として<sup>(53)</sup>、あるいはその中の氏名保護法だけをとって<sup>(54)</sup>、

(49) 例えばフランスで、(同時に若干複雑な法状況が説明されている判例である) Cass. civ. 28. 11. 1962, Gaz. Pal. 1963. 1. 108, sowie Cass. crim. 8. 7. 1975, J. C. P. 1976. II. 18369, note *Caleb*. 参照。その他、フランスの新民事訴訟法典700条については、Paris 26. 3. 1987, Sem. Jur. 1987. II. 20904.

(50) この（削除が決まっており、1896年の旧民法施行法12条に由来する）規定は、つぎのようなものである。「外国においてなされた不法行為に基づいて、ドイツ人に対し、ドイツの法律によって根拠づけられる以上の請求権を主張することはできない。」

(51) これまでよく知られている参事官草案のテキストは、その他に、*Ferid*, IPR<sup>3</sup>, 6-205, 1. でも載録されている。

(52) 特別規則は、不正競争（民法施行法草案40条2項2号）および無体財産権（民法施行法草案42条3項）にしか存しない。

(53) スイスでは国際私法に関する連邦法草案135条において、広範な一しかもいくつもの選択の可能性が錯綜している一印刷物・ラジオ放送・テレビ放送による人格侵害に基づく請求権が規定されている。人格権侵害の特別連結については、*Schnitzer*, *Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz*, SJZ 1980 S. 309, 314

(54) オーストリア国際私法13条2項参照。「氏名の保護は、侵害行為が行なわれた国の法によって判断される」。

存在することはないであろう。

このように、(まもなく)法律に規定される(であろう)ドイツ国際不法行為法において、人格権に関する独立の規定が欠けているということは、もちろん、つぎのことを意味するものではない。すなわち、氏名権保護・名誉権保護・人格権保護の特別な問題を、現存する規範では、極めて限定的にしか処理できない、ということの意味するわけではないのである。そしてまた、この人格権侵害の領域が、一般的国際不法行為法における他のテーマと区別できずに、必ず消滅していく運命にある、ということの意味するものでもないのである。それらの二つとも、(以下でより詳しく明らかにするが)実は誤りなのである。我々が従来ドイツの法史学や外国の抵触法の発展傾向から学ぶことができたことによれば、それは、むしろつぎのような内容である。すなわち、(広義の)人格権保護は、国際不法行為法の広い屋根の下でも、その法適用法上の独自性を常に保っている、ということである。我々は再びこのことに立ち返るが、しかし、ここで先に述べておきたいのが、先決問題の領域における属人法の依然として問題を含む役割について、さらに不法行為地決定をめぐる独特の困難について、そして最後に、内国および外国において事実上くりかえし法廷地法 (lex fori) が強力に普及してきたという状況に、我々はいかなる意義を認めるべきなのか、という問題である。ご多分に漏れずドイツもそうなのだが、人格侵害の構成要件は、例えば、スイス<sup>(55)</sup>・オーストリア<sup>(56)</sup>・フランス<sup>(57)</sup>・イギリス<sup>(58)</sup>・アメリ

(55) Wie Fn. 53; im übrigen schon BGE 35 II 477, 480 (1909); BGE 43 II 309, 316 ff (1917) und BGE 51 II 327 (1925). 学説では例えば, *v. Steiger*, Betrachtungen zum Schutz der Persönlichkeit im internationalen Privatrecht, SchwJbIntR 1968 S. 197 ff; *Vischer/v. Planta*, IPR<sup>27</sup> (Basel 1982) S. 49 ff; *Bucher*, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz (Basel 1985) S. 129 ff; *Beitzke*, Das Deliktsrecht im schweizerischen IPR-Entwurf, SchwJbIntR 1979 S. 93, 104 f. 参照。

(56) Wie Fn. 54; vgl. ferner OGH JBl 1976 S. 102 ff; *Beitzke*, Neues österreichisches Kollisionsrecht, RabelsZ 43 (1979) S. 3245, 258 f, 271 f; *Schwimann*, Grundriß des internationalen Privatrechts (1982) S. 79, S. 163 ff.

(57) いずれも管轄権の関係で, Trib. gr. inst. Paris, 29. 9. 1982 および 27. 4. 1983, Rev. crit. dr. i. pr. 1983 S. 670 ならびに Paris 19. 3. 1984, GRURInt 1986 S. 555 ff. もっとも, *Batiffol/Lagarde*, Droit international privé II<sup>7</sup> (Paris 1983) no. 392 は, (属人法への連結を斥けるというやり方で) つぎのように述べている: 「判例は, 当然のことながら治安に関する法律としてとらえられた, フランスの法律の適用へと向かっているように思える」。Trib. gr. inst. Paris 23. 6. 1976, Rev. crit. dr. i. pr. 1978 S. 132 は, ドイツ・フランス間の言論・出版による不法行為の場合に, フランスで現実化した損害に対して, フランス法を適用する。ドイツの部分の判断については, 我々は管轄権ありとは考えない。

カ<sup>(59)</sup>でも、不法行為準拠法により、判断される。それにもかかわらず、特に州際法上の問題構造<sup>(60)</sup>が、名誉権侵害および人格権侵害を被害者の住所へ連結することを促進してきた<sup>(61)</sup>アメリカを除いて、実際に法廷地法と異なる法が適用された判決<sup>(62)</sup>を見つけるのは、依然としてなお非常に困難である。我々は、この実際の調査結果の原因を、人格保護のために外国の私法を適用するのに一般的な不快感があるからだ、としなければならないのであろうか？あるいはまた、

- 
- (58) *Mochado v. Fontes* [1897] 2 Q. B. 231 (C. A.) (外国における文書による名誉棄損の要件の現実化；*Phillips v. Eyre* (1870) L. R. 6 Q. B. 1 の準則の適用)；*Szalatny Stacho v. Fink* [1947] K. B. I (C. A.) (チェコ人間の文書による名誉棄損がイギリスの地で起き、イギリス法が適用された。)
- (59) 判例として、例えば、*Banks v. King Features Syndicate*, 30 F. Supp. 352 (1939)；*Hartmann v. Time Inc.*, 166 F. 2d 127, 1 A. L. R. 2d 370 (3rd Cir. 1948)；*Mattox v. News Syndicate Co., Inc.*, 176 F. 2d 897, 12 A. L. R. 2d 988 (2nd Cir. 1949)；*Dale System v. General Teledradio Inc.* 105 F. Supp. 745 (1952)；*Bernstein v. National Broadcasting Co.*, 129 F. Supp. 817 (1955)；*Hanley v. Tribune Publishing Co.*, 527 F. 2d. 68 (9th Cir. 1975)；*Machleder v. Diaz*. 538 F. Supp. 1364 (1982) 参照。
- (60) 私見によれば、*Schwiegel = Klein* の学位取得論文 *Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Massenmedien im Internationalen Privatrecht*, Diss. Münster 1983 では、これは十分に顧慮されていない。その他の点では、この論文は、アメリカの抵触法判例に関するかなり優れたドイツ語による概観であると思う。
- (61) *Wie Fn. 59 und 60*；さらに、2d Restatement の § 152 および § 153 (American Law Institute, Restatement of the Law Second, Conflict of Law 2d, §§ 1 to 221；St. Paul 1971) 参照。ここにはつぎのように書かれている：§ 152. プライバシーの権利。プライバシーの権利の侵害に対する訴えにおいては、侵害が起こった州の実質法が、§ 153 に定められているところを除いて、両当事者の権利および責任を決定する。ただし、特定の争点に関して、他のいずれかの州が、§ 6 に定められる原則のもとで、その場合においては本来その他の州の実質法が適用されるであろうような当該事件および当事者に、より重要な関係を有しているときは、その限りでない。／§ 153. 複数の州におけるプライバシーの侵害。原告のプライバシーの権利を侵害し、かつ、本もしくは新聞のいずれか一つの版またはラジオもしくはテレビのいずれか一つの放送、映画のいずれか一つの公開、または類似の総公表媒体に含まれる事項から生じる権利および責任は、特定の争点に関して、§ 6 に定められる原則のもとで当該事件および当事者に、最も重要な関係を有している州の実質法によって決定される。これは、通常、訴えられた事項が当該州で発表されたときに原告がドミナイルを有していた州になるであろう。
- (62) これまでの判例においては、私のみ限り、国際裁判管轄 (の欠缺) についての考慮から、外国の実質法により外国の法廷が裁判すべしという結論が直接導き出される判決のみが、援用されている。BGH NJW 1977 S. 1590 および注57で引用したフランスの判例参照。フランスで生じた損害への管轄権上の制限を、双方的抵触規定において新解釈することが許されるならば、人格権に関する損害が現実化する領域におけるあらゆる法を指定する、ということの内容としたであろう。

各国の国際不法行為法には特別な連結状況があるということ<sup>(63)</sup>によって、ないしは国際的管轄権に関して諸々の考量があるということによって、十分に説明できるであろうか？それとの一般的な関連で、また注目しておくべきなのは、人格権侵害に関する抵触法の統一への助走は、まだ出発点にすら立っていない、ということである。すなわち、これほどに微妙な法領域において、各国は、明らかに、自国の国際私法を用いることに固執して、よそ者の干渉を嫌う一家の主人のように、他国の国際私法の規律を受けたくないのである。

その他、外国の抵触法による具体的な連結状況がどうであれ—それが実際上かなり緊急で重要なのは、クライアントのために法廷地を探す弁護士にとって「だけ」であるが—、連結状況は、近いうちにドイツの裁判官の心を煩わす必要はなくなる。というのは、国際不法行為法上の外国法の指定が、ドイツの国際私法の中に規定されるか否か<sup>(64)</sup>は、いまのところ必ずしも明らかではないのだが、この点に関して法状況は、速やかに明らかになろうからである。すなわち、参事官草案(Referentenentwurf)が成文法に変貌すれば、ドイツ国際不法行為法は実質法的指定(Sachnormverweisung)の現れであるということが、確定するであろう(民法施行法草案42条2項)。ただし、反致および再致は、その場合から除外される。

## 2 共通常居所への連結

法定の債務関係に関するドイツ国際私法の参事官草案は、民法施行法草案40条2項1号において、賠償義務者および被害者の共通の常居所地法を、他のあらゆる準拠法よりも優先して適用することを認めている。それよりも優先順位が高いのは、つぎのものだけである。すなわち、まず、従前と同様<sup>(65)</sup>、「契約外債務関係を生ぜしめた事実(Ereignis)の発生後」(民法施行法草案42条1項)に依然として可能である法選択、ならびに、—これは新しいのだが—、(原則的準拠法よりも)「はるかに密接な関連がある」国の法、である。42条1項という回避条項(Ausweichklausel)は、もちろん、両当事者が事実上共通の常居所を有しているような場合には、人格権保護に関する国際私法にとってほとんど重

(63) *Phillips v. Eyre* 事件の準則に従っているイギリスのように。それについては例えば、*Dicey/Morris, Conflict of Laws*<sup>10</sup>, Vol. II, S. 927, 938, 971 (1980) 参照。

(64) *v. Bar*, *Neue Rechtsprechung zum Kollisionsrecht*, JZ 1984 S. 126, 129. に詳しい。

(65) *v. Bar*, *Grundfragen des Internationalen Deliktsrechts*, JZ 1985 S. 961, 964. に紹介がある。比較的新しい判例としては、BGH NJW 1974 S. 410, BGH WM 1986 S. 1444. をみよ。

要ではない。というのは、常居所が作出するよりもっと密接な関係など、私には（少なくともドイツの抵触法上の観点からは<sup>(66)</sup>）想像できないように思われるからである。両当事者の周囲をなす共通の法が優位することよりも、我々がここで問題としている連結対象の特性をよりうまく正当化できる客観的連結など、他にはないのである。人格権侵害は、その重心に従って、人が生活している法空間において現れる。ここで彼は、社会的なアイデンティティと彼自身の名声を獲得しており、彼を評価するのに決定的な役割を果たす、名誉に関する不文律が、ここにはある。それとは逆に、出版・ラジオ・テレビに相応して、出版社の所在地ないし放送局の所在地を顧慮するならば、共通の常居所への連結は、出版・ラジオ・テレビにも便宜である。というのは、こんにち編集部においては短い時間で決定がなされねばならないということに鑑みると、マスコミ企業の所在地に通用し、それゆえ知らなければならぬような行為規範と異なるものを知るのは、はじめからほとんど不可能であることがしばしばであるからである。さらに常居所地連結の第三の利点は、法律上の効果の面でも現れる。精神的損害の賠償の根拠および程度は、被害者の生活拠点 (Lebensmittelpunkt) に存在する<sup>(67)</sup>。被害者は、そこで手に入れられる物によって（ならびにそこで通用している市場価格で）のみ、だいたい補償といえるものを獲得できる。そしてまた、支出することに決した額の高さを見れば、彼の周囲は、彼に生じた損害がどれくらい大きかったかがわかる。現行法によれば—そして同時に、ドイツの判例を手がかりにすれば—、共通の常居所地法の優先適用は、もちろん、交通事故の法についての裁判によってのみ裏付けられ<sup>(68)</sup>、何らかの形で人格権上の問題に関わり合わねばならなかった裁判を手がかりにしても、それはできない。というのは、後者の領域においては、ドイツの判例は、私が概観する限りでは、第一に、いずれにしても結果的には、常にドイツ法を適用しており<sup>(69)</sup>、第二に、法適用法上の諸問題を（必ずしも完全には概観していな

(66) しかしこの意味では、前述した抵触法の大多数（例外：イギリス）も同様であろう。いずれにせよ、アメリカでは主として被害者の住所が重要であり（注59および61参照）、他の法への「より重要な関係」が認められたのは、私の知る限りでは、これまで、両当事者が隔たった常居所を持っていた場合だけである（例えば、*Hanley v. Tribune Pub. Co.* aaO. [Fn. 59] の原審）。

(67) *v. Bar*, JZ 1984 S. 669, 671.

(68) 特に、BGHZ 90 S. 294 ff.; その他、*v. Bar* aaO (Fn. 64, 65 und 67) ならびに *v. Bar*, *Das deutsche IPR vor, in und nach der Reform: Rechtsprechung zum Kollisionsrecht seit 1984*, JZ 1987 S. 755, 814, 816. にさらなる紹介がある。

(69) *Wie* Fn. 61.

いが<sup>(70)</sup>、もっぱら不法行為地連結の問題との関連でのみ扱っていたからである。しかるに、内国に住む外国人に対するドイツのマスコミの言論・出版による不法行為が取り扱われても、その場合、彼の国籍は、驚くべきことに全く注意を引かなかったのである<sup>(71)</sup>。確かに我々は、そのことを、そのような場合には裁判はドイツ法を適用するのが自明である事案だったのだと、解釈するかもしれない。しかしそうであっても、真の抵触法上の命題が、その背後に隠れているのではない。というのは、第一に、そのような場合には、不法行為地も国内にあるのが通例である（裁判において、外国におけるドイツ人に対するドイツの新聞の行為の人格権上の関連性が判断された、という事案は、私の知る限りでは、これまで記録されていない<sup>(72)</sup>）からであり、第二に、加害者と被害者の共通の外国での常居所（住所）への連結について全般的な吟味が、これまで全く欠けていたからである。ライヒ最高裁判所の判例<sup>(73)</sup>—後にこれは、連邦最高裁判所によって、明白に緩和されたのだが<sup>(74)</sup>—によれば、ドイツに所在する企業は、外国での相互の競争を、ドイツ法で方向づけられねばならなかった。このライヒ最高裁判所の判例は、我々がここで関心をもっている連結規則を根拠づけるに際し、人格権上の関連が欠けているという理由だけでもう、何ら役に立たない<sup>(75)</sup>。そしてまた、国際的氏名保護法の裁判には妥当しない。というのは第一に、国際的な氏名保護法が、固有の規則によって発展したからであり<sup>(76)</sup>、第二に、そこにおいては、外国の請求権者の内国の常居所は、常に、国

(70) 例えば、BGH NJW 1962 S. 1438（スイス人に対する侮辱的な手紙を、フランクフルトのドイツ人がイタリア人に出した事案）；それについての批判は、Lüderitz, Ehrenschtz im internationalen Privatrecht, NJW 1962 S. 2142. 参照。

(71) 例えば、BGHZ 30 S. 7 ff. 参照。

(72) このような事実関係の一つに、かつてのシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州首相の死の状況のドイツのグラフ雑誌での写真報道に関するもので、ジュネーブのホテルで死んでいるところを発見され、許可なしに記者が写真を撮った、というものがあつた。この撮影だけでもう（まだ頒布はされていなくとも）、スイスに不法行為地があるとされる、独立に評価されるべき行動ということになろう。ちなみに、スイスは、当該グラフ雑誌が頒布されたところでもある。それにもかかわらず、ドイツの観点からすると、もっぱらドイツの不法行為法で判断されるのである。場合によってはありうるスイス法の判断の回避の可能性も、ここでは問題にならないのである。

(73) RGZ 140 S. 25 ff; RGZ 150 S. 265, 270.

(74) BGHZ 35 S. 329 ff; vgl. auch BGH NJW 1968 S. 1572, 1574.

(75) 民法施行法草案40条2項2号によれば、それに加えて、いずれにせよ不正競争法のために、基準となる市場への特別連結が設けられるとされている。

(76) 下記 III 2 b 参照。

際不法行為法の行為地原則に関してのみ役割を演じてきたからである<sup>(77)</sup>。

### 3 不法行為地連結

#### a 概論

(潜在的な)加害者と被害者の共通の常居所地への連結を優先することは、確実に、特定の状況で抵触法上の作業を著しく簡素化することを意味する。というのは、周囲の法 (Umweltrecht) が事実上共通しているところではどこでも、ドイツ国際私法は、人格権侵害が、不法行為法上の行為地原則の意味で行なわれたところはどこか、という難しい問題に、法適用者が答える労力を省いているからである。このような利点には、もちろん裏面もある。法適用問題の緩和は、共通の常居所地が欠如しているために不法行為地を場所的に決定する必要があるところでは、ほぼ必然的に法適用問題が先鋭化することにつながるにちがいないからである。というのは、こうした場合、前提的に選択される法のうちいずれ (全部または一部) に最終的に準拠するのが決定されねばならない、という帰結を伴って、不法行為地としていくつもの場所が問題になるような状況に、苦しめられるのがほとんど常であろうからである。確かに、行為者が、被害者の常居所地で行為したような場合には、不法行為地原則によって、確実な備えをなすことができる。ドイツ人またはイギリス人が、フランスの地で、侮辱的な手紙を書き、これをフランスの中に常居所がある人に送った場合、これらの行為は、フランスの不法行為法に規律される。しかしながら、内国の<sup>(78)</sup>裁判を見れば、いずれの場合も、経験的につぎのことがわかる。すなわち、一人格の保護は、抵触法上、他の不法行為法上の類型 (例えば交通事故) から区別される、という点からも明らかなのであるが、この種の事実関係を、裁判所は、これまで実際に扱ってこなかった、ということである。裁判所で争われた紛争のテーマは、固有の規則により広範にかたちづくられた氏名保護法を度外視すれば、「国境を越えた」手紙による不法行為<sup>(79)</sup>およびマスコミの言論・出版による不法行為に関するもの以外には、ほとんどないに等しかった。これらの不法行為は、外国にドミサイルがある外国人に、彼的人格権侵害にあたることが内国から伝えられた<sup>(80)</sup>か、あるいは逆に、内国にドミサイルがある人に、

(77) 例えば、BGHZ 8 S. 318 ff. および BGHZ 14 S. 286 ff. 参照。

(78) 外国の判例に関して、信頼できる概観的知識を手に入れるのは、依然として難しい。前記 II. 1 で紹介した判例についても、もちろんこのことはあてはまる。

(79) BGH NJW 1962 S. 1438.

彼の人格権侵害にあたるのが外国から伝えられた<sup>(81)</sup>、というものであった。

b 唯一の不法行為地としての発行地および頒布地

人格権に関して「国境を越えた」手紙ないしマスコミの言論・出版による不法行為のこうした領域について、この場合には、隔地的不法行為の問題として扱う、つぎのような見解<sup>(82)</sup>が現在では珍しくない。すなわち、すでに1888年ライヒ最高裁判所によって初めて採用されており<sup>(83)</sup>、このたびそれを明文化するために民法施行法に規定される、行動地(Handlungsort)と結果発生地(Erfolgsort)への不法行為地の遍在的分解、を用いるという見解である。当該規則は、民法施行法草案40条1項の文言によれば、つぎのようになっている。曰く、「契約外責任は、・・・責任の基礎となる事実が発生した国の法か、あるいは、保護利益が侵害された国の法のうち、どちらか被侵害者にとってより有利な法にしたがって(規律される)」と。もっと厳密に眺めれば、もちろんつぎのことがわかるであろう。すなわち、この種の連結は、名誉権ないし人格権侵害にはなじまないのである。それらには確かに複数の行動地が存するが、そこから分離しうる「結果発生地」は存しないからである。こうした考え方をすでに1977年の判決で支持している連邦最高裁判所(BGH)は、そのとき正当にもつぎのように述べた。『出版物の公開によってなされた人格侵害について、民事訴訟法第32条に定める行為地(Begehungsort)をその頒布地(Verbreitungsort)に制限するには重要な理由がある・・・。(それゆえ)発行地(Erscheinungsort)と並んで、頒布地のみが、出版物による人格権侵害のなされた地とみなされるが、それとは関係ない被害者の住所・居所はそうみなされない、ということは維持されるべきである』と<sup>(84)</sup>。それは、事実そのとおりである。

たった今引用した文章は、判決の中で、確かに民事訴訟法32条の管轄規定には関連づけられているが、抵触法上の問題にも有効である<sup>(85)</sup>。さしあたり、そして一般的に言って、人の名誉または人格は、ある特定の国に(そしてそれは、

(80) BGH NJW 1965 S. 685 (Iran); OLG Hamburg Ufita 60 (1971) S. 322 ff (Niederlande); BGHZ 35 S. 363 ff (Österreich); OLG Köln OLGZ 1973 S. 330 ff (Italien).

(81) BGH IPRspr. 1970 Nr. 97 (スイスの新聞); BGH NJW 1977 S. 1590 (オーストリアの新聞).

(82) 例えば、OLG Köln OLGZ 1973 S. 330, 335 und (österr.) OGH JBI 1976 S. 102; 学説としては、例えば、Heldrich (Fn. 15) S. 370参照。

(83) RGZ 23 S. 305.

(84) BGH IPRspr. 1977 Nr. 124=NJW 1977 S. 1590.

(85) ZPO32条と不法行為法上の行為地連結との並行性については、一般に、BGH IPRspr. 1970 Nr. 97 参照。

常居所のある国に、ということである)「位置している」という前提は、誤った観念である。すでに *Josef Kohler* がいったように、人格は場所を持たないのである。すなわち、人格は、「その力を全世界中に」<sup>(86)</sup> 拡げるのである。場所的に有意義に決められることができるのは、損害発生地だけであって<sup>(87)</sup>、人格権が侵害された地ではない<sup>(88)</sup>。およそ抵触法的に別な決定をする者は、ドイツ法の実質法の構造のあまりにも強い印象の下にいる(いわゆる一般的人格権は、ここでもまた、外面的にのみ「絶対的な」性質を有する。しかしそれは、本当は、違法性の積極的確認を行なう概括的権利であって、したがって行為規範の束なのである!)ばかりか、さらに、人工的な窮屈および誤った行為地決定をも強いられているのである。我々が区別なく常に、被害者の常居所に焦点を合わせるとしたら、それは窮屈であろう。というのは、それが有名であればあるほど一要するに、マスコミがそれに殺到するような「ビッグネーム」であると一、その連結点はますます不確かになるからである。他方、私には、人格権の「位置性(Belegenheit)」を、その持ち主の有名度にかからしめることは耐え難い(かつまた実際には実行不可能な)ことである。さらに、私には、言論・出版の自由の観点から、(存するとされる)結果発生地を抵触法上独立して扱うことに対する、由々しい疑念があるように思われる。例えば、ニューヨークで売られているイギリスの新聞が、イスラエルの政治家のかの地での私生活の問題を報じたとして。このような記事のイスラエルで起こりうる効果は明白である。それにもかかわらず、イギリスまたはニューヨークの言論・出版の自由の問題について、記事で取り上げられている人物がイスラエルに住んでいるから、というだけでイスラエル法に従うわけにはいかないのである。オランダ人の司会者が、ドイツのテレビで、イランのアヤトラ(シーア派最高聖職者)を風刺した場合にも、同じことがいえる。イラン法は、これを重い名誉侵害とみなすかもしれないが、それは、イラン法がドイツのテレビで心構えすべき行為規範を立てていた、ということの意味するわけではない。そして、このような場合に、ドイツ法を公序(ordre public)を介してはじめて登場させるならば、それは抵触法上きつと誤った方法であろう。それに反し、発行地と並んで頒布地にも依拠することは、全く別のことである。どこに新聞が配布され、どこに放送が流されるか<sup>(89)</sup>、は責任者たちが掌握している。我々は、責任者らが、その活動す

(86) *Kohler, Warenzeichenrecht*<sup>2</sup> (1910) S. 206.

(87) それに焦点を合わせるのは、フランスの判例である。上記注57参照。

(88) BGH IPRspr. 1977 Nr. 124 S. 385.

る市場のルールを守らなければならない場合、彼らに不当なことは何ら要求しない。

したがって、基本構造において、言論・出版による人格権侵害の領域での不法行為地連結は、行動地（＝行為地）への連結のみがありうる。それはもちろん、複数の行動地が存在する可能性、すなわち発行地と—追加的に—（事情によっては複数であることすらある）頒布地とが存在する可能性<sup>(90)</sup>を排斥しない。その際、ドイツの国際不法行為法の構成においては、原則として行動地と結果発生地を選択できる場合には、優遇の原則（Günstigkeitsprinzip）により、複数の行動地の中からも被害者に（有利な行動地を）選択させる<sup>(91)</sup>ということに、その根拠をおいている。このようにして準拠法が決められたならば、その場合、他方また、損害の清算全体が同時にそれに規律される。それと異なる可能性があるのは、—フランスのように<sup>(92)</sup>—損害が現実化する場所がそれ自体で抵触法上の意義を持っているような場合だけである。しかし、ドイツの国際不法行為法ではそのようなことはなく、そして、—ここでもまたフランスと異なり—国際裁判管轄についてのドイツ法においてもまた<sup>(93)</sup>、そのようなことはない。ここでフランスと同様な態度をとることは、私は、有意義なこととは決してみなさない。というのは、フランスのような方法で構成しなければならない抵触法上の絵は、事情によっては無数の小石（＝国内法）を集めてできたモザイクにひとしい<sup>(94)</sup>からである。

(89) 国境を接した地域においてしばしば幾重もの受信を可能にする、衛星テレビ放送の特殊問題については、*Hohloch*, *Neue Medien und Individualrechtsschutz. Kollisionsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Rundfunksendungen*, ZUM 1986 S. 165 ff. 参照。

(90) BGH IPRspr. 1977 Nr. 124.

(91) BGH aaO; 結果的には、頒布地を「結果発生地」と解釈するすべての判例・学説も同じである。

(92) Wie Fn. 57; さらに例えば、*Gaudemet = Tallon*, Note, Rev. crit. d. i. pr. 67 (1978) S. 136 f.; *Battifol/Lagarde*, *Droit international privé II* (1983) No. 656; *Heldrich*, *Persönlichkeitsverletzungen im Internationalen Privatrecht*, Festschrift Zajtay (1982) S. 215, 221. 参照。

(93) 不法行為の裁判権の領域において、フランスとドイツの間で異なる考え方が判例の中で育まれてきたヨーロッパ民事訴訟条約（EuGVÜ）もまた、ドイツ法である。Vgl. *Stauder*, Anmerkung zu Paris 19. 3. 1984, GRUR Int 1986 S. 556.

(94) アメリカにおける連結状況に関しては、*Heldrich* aaO (Fn. 92) S. 222 が類似のことを報告している。「ただ一つの軽率な言葉により（そこでは事情によってはありうることであるが）、様々な法秩序に基づく責任問題が、まさしく花火のように惹起される」。

依然として問題なのは、言論・出版による不法行為の、発行地および頒布地への二元的連結が、手紙による不法行為および氏名権に関する利益の侵害にとって何を意味するのか、ということである。ともかくも目を引くのは、一般に結果発生地を（連結点として）独り立ちさせた出生時刻とみられている1888年のライヒ最高裁判所判決が<sup>(95)</sup>、手紙による不法行為をすでに扱っていたことである。それにもかかわらず、この領域でも、独立の結果発生地へ連結することに対する慎重さが要請されている。その理由は、第一に、前記の判決においては、故意による不実の信用情報（したがって名誉権侵害ではない）が問題になっていたこと、第二に、ライヒ最高裁判所は、私がみる限りでは、一度も被害者の住所を決め手として顧慮しておらず、（たとえ被害者の住所と事実上同一であったとしても）手紙の名宛地を顧慮していた、ということ、そして第三に、人格権の場所的位置づけに対する一般的な疑念が、氏名および名誉の保護の領域においても、依然として存在していることである。これらの諸類型と一般的な人格権との間では、実質法上の境界線が、至るところで流動している。抵触法は、それらを各々の目的にそって統合すべきなのであって、国際私法上作為的な印象を与える区別によって根拠づけるべきではないのである。

#### c 頒布地の概念について

人格権に関して提起される問題を抵触法上克服する際の、比較的中心的な役割は、「頒布」の概念にある。出版物の発行地は、ほとんど常に困難なく確定できるが、頒布地への連結は、解釈の可能性の変動幅を開くものである。我々は、傾向としては、言論・出版による不法行為の場合にはいつでも、各々の情報を「しゃべり散らし」といえるぐらいまで流布していなければならない、というような高い要求<sup>(96)</sup>をすべきである。雑誌は、外国に小部数送られただけでは、まだ頒布されたとはいえない。むしろ、とりあげるに値するマーケット・シェアを占める程度の通常の販売を、問題としなければならない。私見では、それに賛成する決め手となるのは、人格保護の「他の面」は、ほとんど常に、言論・出版の自由である、ということであり、その言論・出版の自由の規制は、その本質的重心に従って、新聞の発行地に広げることができなければならない、ということである。頒布といえるための要求が小さければ小さいほど、頒布地の法の、発行地の法への反射の効果はますます強くなる。発行地の法は、このよ

(95) RGZ 23 S. 305 f.

(96) 異説, BGH IPRspr. 1970 Nr. 97 および BGH IPRspr. 1977 Nr. 124. 両者とも、もっぱら管轄権との関係でのものである。

うな場合には、また、公序則を介して頒布地の法の干渉をはねつける方向にすばやく傾く。外国語で書かれているために特定の外国人の間でしか流布されていない、外国の雑誌の場合には、さらに、ここで民法施行法草案41条という回避条項（「はるかに密接な関連」）が適用にならないのか、ということがいずれにせよ検討されなければならない。このこともまた、我々が、一連邦最高裁判所のように<sup>(97)</sup>一頒布の行為形態への小さい要求で満足するならば、（私見では）正しい道のりにいない、ということの徴憑である。

### III 属人法と法廷地法

#### 1 属人法

再三再四、氏名保護法においてとりわけ<sup>(98)</sup>、検討がなされ、かつ支持されたのは、人格侵害の領域で、何らかの形態で被害者の属人法も適用することである<sup>(99)</sup>。こんにちでは抵触法上の本問題に関しては、明らかに、「属人法」を適用するというですでに片がついている、とみなしなければならない<sup>(100)</sup>。現行法上は、それに関連する比較的新しい判例が、もはや何らの疑念も残していないし<sup>(101)</sup>、立法論としても、民法施行法草案40条以下が、この点につき、はっきりと示している。しかしまた、少なくとも、「個々人にいかなる人格権が帰属するか」という先決問題については、「人格権は絶対権たる性格」をもっている<sup>(102)</sup>などという根拠づけで、属人法によって規律することを要求するのは、およそ

(97) AaO.

(98) Vgl. RGZ 100 S. 182, 187 sowie RGZ 117 S. 215, 218; 学説については、*Heldrich* aaO (Fn. 15) S. 364 ならびに *Soergel-Kegel*<sup>11</sup>, Anh. nach Art. 7 Rdnr. 13. の引用紹介を参照されたい。フランスにもこの傾向がある。*Dayant*, Le nom en droit international privé *Juris-Classeur de droit international*, Fasc. 543, Rdnr. 34 ff (Paris, Loseblatt) での概観を参照。

(99) 近時では、*Ferid*, IPR<sup>8</sup> (1987) E-11, 3 ならびに 7-114 ff; さらに *Kegel* aaO.

(100) それは、もちろん特定の性質決定問題を排斥するものではない。例えば、我々は、一般的人格権の観点から、婚姻妨害訴訟の紛争要素を評価してもかまわない。それにもかかわらず、両配偶者の請求権は、互いに（第三者に対する請求権とは逆に）、婚姻効果法的に性質決定されるべきであり、したがって属人法で判断されるべきである。Vgl. *Staudinger-v. Bar*, Internationales Eherecht<sup>12</sup> (1983), Art. 14 EGBGB, Rdnr. 77.

(101) OLG Hamburg Ufita 60 (1971) S. 322; OLG Köln OLGZ 1973 S. 330, 335; vgl. auch *Hohloch*, ZUM 1986 S. 165, 176.

(102) *Ferid* aaO (Fn. 99).

説得力がない。絶対権たる性格云々は、氏名権を度外視すれば、ドイツの実質法にとって非常に疑問の残るところであり、私見によれば、抵触法的にもこの先決問題（と称されるもの）を独立して連結させることは誤りである<sup>(103)</sup>。というのは、人が一般的人格権をもっている「か否か」という問題は、すでに基本法一条により最終的な決着がはかられており、抵触法には、いかなる種類の行為から人格が保護されるべきかを、— 一般国法 (einfaches Recht) として— 決定することしか残されていないからである。そして、氏名権においてさえも、私見によれば、ある者が絶対的な氏名権をもっているか否かという問題を、先決問題において、本問題から隔離することは、ほとんど意味がない。というのは、このような方法をとれば、絶対的な氏名権ではなくとも、ドイツ法で民法 12 条および 823 条 1 項で処理する分野<sup>(104)</sup>では保護を受ける権限がないとはいきれないような法秩序の内容を、ほとんど不可避免的に誤ることになってしまうにちがいないからである。先決問題を形成しようとする場合に、あまりにもヨーロッパ大陸法実質法に基づいて多く考えられすぎているということは、他につきのようなことから明らかになる。例えば、本問題がイギリス法に規律される場合、先決問題（と称されるもの）は全く生じえないのである。

## 2 法廷地法

### a 原則

あらゆる不法行為法上の衣をまとっているにもかかわらず、これまで（ドイツの）判例の結論が採ってきたのが、明らかに法廷地法であった<sup>(105)</sup>、というすでに言及した現象については、この小稿の終わりごろにまた再び立ち返らなければならない。この現象は、人格権上の侵害要件が、実際には不法行為準拠法によらずに、裁判が求められた地の法の実質法によって裁判されているのではないか、という疑念を幾重にも育んできた<sup>(106)</sup>。しかしながら、私には、それによって本当に核心が衝かれているとは、認識できない。というのは、これまでの

(103) *Batiffol/Lagarde*, *Droit international privé* II<sup>7</sup>, no. 392 の末尾も参照：「しかしながら、このような考え方によっては、当該外国人の属人法がそれを規定していないような場合には、フランスにおいて外国人にこうした保護を拒絶することになるであろう。」

(104) 上記 I 参照。

(105) *Wie* Fn. 62.

(106) *Raabe*, *IPR*<sup>6</sup> (1961) S. 647; *Batiffol/Lagarde*, *Droit international privé* II<sup>7</sup>, no. 392 a. E. 氏名保護権については（それについてはすぐに b. で扱うが）例えば, *Baur*, *Zum Namensschutz im deutschen internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Handelsnamen*, *AcP* 167 (1967) S. 535, 540.

判例を分析すれば、直ちにつきのことが明らかになるからである。すなわち、これまで、裁判所に法廷地法を用いさせるような、人格権保護と基本権との親近性は、一度もなかった—いずれにせよ識別できなかった—のである。これまで、ドイツの公序則（民法施行法6条参照）に依拠して、人格の保護につき、外国の私法の過剰効果に対抗したドイツの判例は、存在しない。そして、すべてが、人格権保護のために、ドイツ法を優遇するに至った特別な考慮はなかったということの支持材料となっている。法廷地が「不正規の連結」として働くことは、むしろ、ドイツの国際不法行為法の一般的現象である<sup>(107)</sup>。氏名保護だけが、その点について例外になっている（この点についてはすぐに再説）。そうした一般的な不法行為法上の連結状況の中での重要な役割を、不法行為地という言葉（Tatortformel）の管轄権上の意義との関連で演じるのは、どちらが有利かという比較衡量（Günstigkeitsvergleich）である。というのは、請求がドイツ法によって根拠づけられている場合には、裁判官は、訴訟法上の理由（*ne ultra petita*；中立事項と判決事項の一致）から外国法の調査を避けて通るからである。一般的意義をもつ第二の重要な理由は、不法行為後の法選択の可能性である。すなわち、コストの理由は、少なからぬ当事者たちに、ドイツ法の適用を裁判所で同意させるきっかけになるのである<sup>(108)</sup>。最も持続的にこれまで法現実を作り上げてきたのは、もちろん1986年改正時点での民法施行法38条（＝1896年の旧民法施行法12条）という排斥規定（留保条款）である。たびたび非難を受けつつも<sup>(109)</sup>、実務では役に立つものと認識されてきたこの規定によれば、「外国においてなされた不法行為に基づき、ドイツ人に対して、ドイツの法律によって根拠づけられる以上の請求権を主張することはできない」。もっとも、人格権侵害の領域においても少なからぬ役割を果たしてきた<sup>(110)</sup>この規定は、削除されることが決まっており、それゆえ、当然、ドイツの国際的人格権保護には独自の吟味がますます間近に迫っている、ということができるといえる<sup>(111)</sup>。その際、裁判所は、この間近に迫った法改正に鑑み、あまりに軽々しくドイツの公序則にまた立ち戻ることによって、こんにちの法適用法上の傾斜状態を新た

(107) *v. Bar*, JZ 1985 S. 961, 963.

(108) BGH IPRax 1982 S. 13, 14 および BGHZ 42 S. 385, 389 によれば、原告は、自己の請求を、推断されうる場合ですら、ドイツ法に基づく請求権に制限できるし、それによって、外国法によるさらに広い請求権を放棄することができる。

(109) Vgl. *Ferid*, IPR<sup>3</sup>, 6-182（「時代遅れ」, 「グロテスク」, 「スキャンダラス」と避難）

(110) 例えば, OLG Köln OLGZ 1973 S. 330 ff. 参照。

(111) *Hohloch*, ZUM 1986 S. 165, 177.

に採用しようとするのではない、と思われる。頒布地の概念を慎重に用いるにあたって、そうする誘因は何ら存しないのである。前記したような連結状況は、総体的には均衡がとれているように思われる。事実関係が外国法によって実際に判断されるべき場合には、ドイツの基本権保護への緩い関係が存するにすぎず、民法施行法 6 条が充足されるのは極めて例外的であろうからである。この例外については、とりわけ、準拠法によって、並外れた額の慰謝料の支払いが命じられてしまうような場合が、これに属するであろう。

#### b 氏名保護法

従来のドイツの判例においては、もちろん常に、氏名保護法に特別な役回りが割り当てられてきた。そうした判例が依拠しえた、正しい理由が明白にされることなく、ライヒ最高裁判所<sup>(112)</sup>および連邦最高裁判所<sup>(113)</sup>が常に承認してきたのは、「外国人がドイツにおいて自己の氏名を使用する権利は、民法12条で内国民に認められる権利と同様に、侵害に対して保護を受ける。外国人は、彼の本国法によれば民法12条に定めるより広い保護が与えられる場合でも、かかる保護を受けることができないだけである」<sup>(114)</sup>ということである。この文章は、さまざまな解釈の余地を残している。文章自体を素直に読むと、法廷地法への連結を目的としているように思われる。しかし、ここで扱われているのは「ドイツにおいて」外国人が氏名を使用できる権利に関してであるから、修正された不法行為地規則と渉外事実関係についての事項規定との、折衷を扱っている可能性もある。第三の解釈可能性は、この判例原則を先決問題（といわれるもの）という独立の連結を拒否するものとみて、絶対的な氏名権の「存否」は属人法によって判断されるべきだ、とすることである。ともかくも、この玉虫色の判例原則と、氏名保護権における、属人法の意義についてのライヒ最高裁判所民事判例集117巻215頁以下の所見との関連が、この解釈を強く後押ししている。最後に、第四の考えるに値する解釈は、この判例の原則は、旧民法施行法12条の内国の不法行為への準用を扱ったとみることができるものであり、準用ができない場合は（再び属人法の命ずる準拠により）外国法に規律されるものとしたものだ、というものである。とにかく、ドイツの国際的氏名保護法は、このような風変りな形態では法改正を生き残らないであろうということは、確かだと思われる。氏名保護も、今後は、国際的人格保護法の一般的規則に従わ

(112) RGZ 117 S. 215, 218 (基本的に)

(113) BGHZ 8 S. 328, 319.

(114) BGH aaO.

なければならないであろうし、その枠内では、平凡な法廷地法連結の余地も排斥規定の余地もないであろう。しかし、民法12条の実質法上の内容も、そしてまた、絶対的な氏名権の存否に関する問題を、抵触法上の先決問題の中に含めることは許されないという原則も、依然として残るであろう。

#### IV 射程と限界

人格権侵害についての準拠法は、請求の根拠および範囲についてのあらゆる問題を包括している。その際、それに従うのは、諸々の損害賠償請求権だけではない。妨害排除・停止請求権および反論記事請求権<sup>(115)</sup>もまた、それらと統一的に連結されるべきである。同様に、死後の人格保護の領域<sup>(116)</sup>もまた、この中に入れられるべきである。それに反して、つぎの類型は、抵触法上独自の地位を有していることから、ここに入れるべきではない。例えば、著作人格権の侵害は国際著作権法の一部を形成している<sup>(117)</sup>。外国との接触に伴う競争の構成要件は、国際競争法の特別規則に従う<sup>(118)</sup>。商法上の会社の保護は、抵触法上固有の準拠法を用いる<sup>(119)</sup>。婚姻の空間的具体的領域の妨害は、部分的に<sup>(120)</sup>婚姻の効果に関する準拠法に属する。さらに顧慮されるべきことは、人格権保護は不当利得法上の手段によっても効果的に進めることができ<sup>(121)</sup>、このような場合には不当利得返還請求権の準拠法に従う<sup>(122)</sup>、ということである。最後に、生命・身体・健康も人格的財産であるが、それら自体は、侵害が各人の自己決定権の無視（例えば、医師の説明義務違反）に基づいている場合にも、ここで言及した非身体的人格的財産とは関係がない、ということを書いて終わりにしたい。

(115) *Hohloch*, ZUM 1986 S. 165, 176; *MünchKomm-Kreuzer*, Art. 12 EGBGB Rdnr. 251, 259; *Birk*, Schadensersatz und sonstige Restitutionsformen im IPR (1969) S. 209.

(116) それについては、*v. Bar*, IPR II (本稿執筆時は出版準備中) Rdnr. 23. に詳しい。

(117) これについては、*v. Bar*, Kollisionsrecht, Fremdenrecht und Sachrecht für internationale Sachverhalte im Internationalen Urheberrecht, *Ufita* 108 (1988) S. 1 ff.

(118) Vgl. Art. 40 II 2 EGBGB-E.

(119) 産業上の所有権の保護のための1883年3月20日のパリ団体協定2条：自国民の取り扱い；企業の所在地の法。

(120) *Wie* Fn. 100.

(121) 例えば、BGHZ 81 S. 75 ff.

(122) Vgl. Art. 38 EGBGB-E.

あとがき

本稿は、ドイツ、オスナブリュック大学国際私法・比較法研究所の所長であるクリスティアン・フォン・バル教授 (Prof. Dr. Christian v. Bar) が、早稲田大学比較法研究所創立 30 周年記念論文集 (Law in East and West: Recht in Ost und West, 1988, Waseda University Press) に寄稿された論文の翻訳である。論文原題名は、Persönlichkeitsrechtsschutz im gegenwärtigen und zukünftigen deutschen internationalen Privatrecht.

翻訳担当 勅使川原和彦  
早稲田大学法学部助手