

講演

最近のドイツの判例における人格権保護の諸問題

ハンス・シュトル[※]

藤岡 康宏 訳

I

ドイツ民法典はその第一節で自然人について氏名権だけを特別な人格権として規定を置いています。即ち、民法典によると氏名称呼者の正当な利益の、ある種の侵害に対しては、その侵害が帰責される者の過失を要件とせず保護が与えられます（12条）。その他にも、特に生命、身体、健康、自由といった人間の基本的な人格的法益に対する違法・有責な侵害に関しては、不法行為法で損害賠償というサンクション（823 条 1 項、249条）で保護が与えられます。それ以外の人格的利益、特に人の名誉については民法典は823条 2 項により間接的な形で不法行為による保護を与えるにすぎません。同条によると、他人の保護を目的とした法規に違反したときは、その法規により保護さるべき者に対して法規違反により引き起こした損害の賠償の義務が課されます。侮辱、中傷、誹謗を処罰する刑法の規定（刑法典185条から188条）は、従前から常に民法典823条 2 項に言う保護法規の典型とされており、よって他人の名誉毀損が刑事罰の対象となればそれは常に民事法上の不法行為にもなるとされてきました。

※ Hans Stoll 教授（フライブルグ大学）は、平成 8 年 6 月 5 日早稲田大学で標記の題目で講演された。本稿はあらかじめ用意されていた講演原稿を基に訳出し、質疑応答を紹介するものである。藤原正則助教授（小樽商科大学）から有益なご助言を得たが、特に質疑応答については同助教授に負うところが大きい。ここに記してお礼に代えることにしたい。

とは言っても不法行為者は民法上被害者の財産的損害についてだけ責任を負わされるにすぎないのです。何となれば、非財産的損害に対する金銭賠償を定めた民法典847条は、身体傷害、自由の剥奪、及び性的自己決定への一定の不法行為に対してだけ賠償を認めており、名誉及び他の人格的財産（利益）への侵害は規定していないからです。大体、民法典では、日本民法（710条、723条）とは違ってどこにも「名誉」という言葉は使われていないのです。

民法典が人格権を権利として認め保護するという点で狭量なことは、始めから批判されていましたが⁽¹⁾、程なく不満足なものであることがはっきりとしました。確かに判例はその力の限りで法規の持ち合わせている道具立てを用いてこういった不都合を除く努力を傾けてきました。例えば故意の良俗違反への損害賠償を義務づける民法典826条や人格権保護を法規が定めた個々の構成要件に依ったりしてです⁽²⁾。その結果、例えばある人に関係した描写が小説、脚本、映像のおよそどの分野でもなされているときは、この人の私的領域の保護に民法典12条の氏名権が類推されたりもしています⁽³⁾。そうは言いましても、バラバラの事案類型に限って判例法が展開されても、それには限界があります。ですから、書簡や日記を許可を待たないで公開しても該当する法規がないが為にこれを妨げることは原則的には不可能だという様な事態は何ら変えられるものではありませんでした。但し、ライヒ裁判所は、手紙がフリードリッヒ・ニーチェの手紙だったりすると、この私記も個人の精神的作品でもあるとして、この原則の例外を設けました。その場合には著作権法上の保護を受けます⁽⁴⁾。しかし、そんなことよりもっと重大なのは、不法行為法の対象となるような人格権侵害すら関係者が単に精神的損害を被るにすぎないときは、私法上のサンクションは課せられなかったという事態であります。

ようやく第二次世界大戦後になって判例は一般的人格権を承認することで人格権を包括的に保護するという一步を踏み出しました。判例によると、一般的人格権は原則として総ての人間に向けられたその人の人格的關係を尊重するよ

(1) Vgl. etwa *v. Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889) in: Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft (1948) 478, 503.

(2) 詳細は *v. Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860-1960 II (1960) 49, 103 f.

(3) *v. Caemmerer* (前注) 103 N. 246.

(4) RG 7. 11. 1908, RGZ 69, 401, これについて *v. Caemmerer* (注2) 103, 105.

う求める絶対的な権利であるとして、民法典823条1項の権利と同視されています。一般的人格権の範囲、内容共に一般条項と同様はっきりしたものではない、とも言います⁽⁵⁾。とりあえずこのことが意味するのは、社会や技術の発展が一定の典型的な人格的利益に対する特別な保護が形成されることを要求している限りで、一般的人格権から様々な個別の人格的利益が引き出され得るという理です。この意味で、語られた言葉、手紙、その他の私信、及びおよそ私的、個人的領域一般は個別の人格権の対象であるという承認が得られたのです。確立した判例によると、例えば他人の話を隠れてテープ録音したり⁽⁶⁾、同意なしに他人の写真を撮ること⁽⁷⁾は一般的に違法とされます。但し、一般的人格権は一般条項的性格を持ちますから、その保護が与えられる範囲も一般条項的なだけでなく、権利内容も一定程度相対化されることになります。即ち、客観的には、人格的利益の各々が保護される範囲は、正当化事由がなければその利益の侵害が総て違法であるといった具合にはキチンと限界づけられてはおりません。そうではなく、権利保護の限界は一般的には法益や利益の衡量の後はいじめてその具体的内容が詳しく決定され得るのです⁽⁸⁾。こういった意味で一般的人格権の侵害は、身体侵害や物の毀損とは反対に「開かれた」不法行為の構成要件であります。

一般的人格権の特徴が最もよくあらわれている最も重要な権利は、間違いなく個人の名誉に関する権利でしょう。名誉権も今日では一般的人格権から派生しています。こういった理解に基づいて、名誉の私法的保護が刑事上重要な保護の限界をこえて広げられていくことが可能となっています。例えば、芸術家はその名前が入れ歯の固定材の宣伝に使われるのを黙って見ている必要はありません⁽⁹⁾。判例ではこのケースは勿論刑事罰の対象となる侮辱ではありませんが、一般的人格権の侵害とされております。一般的人格権は、ある人の名誉が損なわれることがなくても、その人の誤った姿が伝えられるだけでも充分侵害され得るのです。例えば、名誉にはかわからなくても、その政治家が自ら社会

(5) BGH 2. 4. 1957, BGHZ 24, 72, 78; *Brandner*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, JZ 1983, 689-696.

(6) BGH 20. 5. 1985, BGHZ 27, 284.

(7) BGH 10. 5. 1957 (注5); OLG Hamm 2. 4. 1987, JZ 1988, 308.

(8) BGH 21. 6. 1966, BGHZ 45, 296, 307; 20. 3. 1968, BGHZ 50, 133, 143; 18. 10. 1977, NJW 1978, 751, 753; *Brandner* (注5) 689; *v. Caemmerer* (注2) 112.

(9) BGH 18. 3. 1959, BGHZ 30, 7.

的にこうだと主張している姿を損なうような見解を伝えることがそれです⁽¹⁰⁾。

第二次世界大戦後の判例によって新たな基礎が与えられたのは、人格権保護の要件だけではありません。一般的人格権の責任の帰結の方も拡充、いやそれどころか画期的に拡大されました。いわゆる「ヘーレン・ライター事件」⁽¹¹⁾で連邦裁判所は、人格の重大な侵害があった場合は、そのことが法規に定めがないにもかかわらず、精神的損害に対してもこういった侵害に固有の損害として適正な金銭賠償の請求が可能と判示しました。その際に連邦通常裁判所が依拠したのは、基本法 1 条及び 2 条で人間の尊厳と人格の自由な展開に憲法上特別な保護が与えられているという、基本法の価値判断でした。精神的損害の賠償に関する連邦通常裁判所の勇気のある判例法の形成を法規に反しているとして学説の一部は激しく批判しましたが、結局は連邦憲法裁判所の認めるところとなりました⁽¹²⁾。さらに、判例は人格を侵害する言明に対抗する特別な権利救済手段の段階的システムをも創り出しました。不実の主張により自己の人格を侵害された者は、その権利侵害の状態が継続して創り出されている限り、行為者にその不実の主張の撤回を請求できます⁽¹³⁾。この請求権は侵害された人格権の内容に由来しますが、その基礎となるのは、行為者が作り出した権利侵害状態は行為者の反対の意見表明によって除去され得るという考え方です。ですから、そこでは行為者が有責に行為したか否かは全く問題にされません。但し、被害者は係争中の主張の不真実性を証明する必要があります⁽¹⁴⁾。この証明が成功せずとも、主張の妥当性の根拠が薄弱なら、〔文字通りの撤回ではなくても〕水増しされた撤回の要求が可能となります⁽¹⁵⁾。つまり、行為者は自己の主張を維持できないと表明しなくてはなりません。しかしながら、被告の主張が当たっている可能性が充分あるという状況では、こうした制限付きの撤回も排除されることとなります⁽¹⁶⁾。撤回は、名声が損なわれたときにだけ対抗手段として許されるのであって、名誉感情を守ったり、被害者の為に被害の

(10) BVerfG 3. 6. 1980, BVerGE 54, 148=JZ 1980, 719.

(11) BGH 14. 2. 1958, BGHZ 26, 349.

(12) BVerfG 14. 2. 1973, BVerGE 34, 269=NJW 1973, 1221=JZ 1973, 662.

(13) BGH 12. 1. 1960, JZ 1960, 701; 19. 12. 1960, BGHZ 34, 99, 102 f.; 20. 12. 1983, BGHZ 89, 198.

(14) BGH 5. 6. 1962, BGHZ 37, 187.

(15) BGH 9. 12. 1975, BGHZ 65, 325, 337.

(16) BGH 14. 6. 1977, BGHZ 69, 181.

回復による満足をはかるものでもありません。ですから、その主張が被害者に対してだけなされたときは、主張の撤回を請求することはできません⁽¹⁷⁾。ましてや、「のしり言葉の撤回」を求める民法上の請求権は存在しませんし、又行為者にその信念に反して他人の名誉を傷つける意見表明の撤回を人格権故に請求できるものでもありません⁽¹⁸⁾。総てこうした制限が課される基本的な考え方は、行為者が屈辱的ではなく、出来る限り自由に意見表明する権利を奪われてはならないということなのです。

予防的性格を持つ権利救済手段の中心は、差止請求権です。差止請求によって、人格侵害の恐れのある被告の眼前に迫った言明を事前に差止めることができます。差止請求が使われるのは、～実は実務ではそれが通例ですが～すでに行われた言明が再度行われる危険があるときこれを排除するためです⁽¹⁹⁾。

さて、以上でドイツ法の一般的人格権の基本的性格とその発展について述べましたが、今度は近年のドイツの判例で特に争われている問題について話したいと思います。こうした問題の中心は、憲法上保障された意見表明の自由及び出版の自由（基本法5条1項）と、基本法5条2項で総ての自由権の制約として明文で規定されている個人の名誉権との緊張関係です。〔しかも〕そこでの問題は、民事責任の要件及び効果とも関係しております。

II

1 論争における許容された意見表明と責任を基礎づける名誉侵害との困難な限界づけは、ドイツでは判例法の課題であり、成果であります。その指針を示しているのは、基本権の保護を監視すべき連邦憲法裁判所の判決です。連邦憲法裁判所の判例によると、基本権は単に国家に対する市民の抵抗権にとどまらず、私法の解釈及び適用即ち民法典の一般条項の枠内でもしかるべく尊重されるべき憲法上の基本的な判断でもあります⁽²⁰⁾。基本法5条2項の「一般的法律」の留保は、私法の個々の条文が基本法5条1項で保障された意見表明の自

(17) BGH 17. 6. 1953, BGHZ 10, 104, 107.

(18) BGH 17. 6. 1953 (前注) 105.

(19) BGH 18. 6. 1974, NJW 1974, 1762; 1. 2. 1977, AfP 1978, 33; 25. 11. 1986, BGHZ 99, 133, 135f.

(20) 基礎づけとして, BVerfG 15. 1. 1958, BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257 = JZ 1958, 114.

由と出版の自由に限界をはめるものと理解されてはならない、と言うものです。反対に連邦憲法裁判所は自由な意見表明には、民主的国家のために、一般的権利にも光彩を投じる根本的な意義を与えております。ですから、総て自由を制限する条文は基本権に照らして解釈さるべきだ、とされます⁽²¹⁾。通常裁判所は、特に民事裁判所の判決もそれが基本権の誤った理解をしており基本権の「光彩を放つ影響力」にふれるものであれば、憲法異議の訴えによって破棄され得ます。憲法異議の訴えがなされた多くの判決で、連邦憲法裁判所は、個人の名誉及び他の私権が自由な意見表明と出版の自由の前にどの限度で後退すべきかを、拘束力を持って定めてきました。その際に連邦憲法裁判所は、基本権の保護という法の根本的問題への態度を表明するだけでなく、基本権の保護がおびやかされる限りでは、専門裁判所による具体的な法の適用、特にある言明の解釈と帰責とを検討しています⁽²²⁾。そこでの連邦憲法裁判所の基本的スタンスは、個人の名誉権に対し自由な意見表明という基本権を優先させる方に傾いています。とりわけその傾向は、事実の主張とは反対に意見や評価の要素が強いこきおろしの評価や意見表明を判断するに際して見てとれます⁽²³⁾。意見表明というのは、それが公に関する問題の論争に寄せられたものなら、自由な議論という推定を受けられます⁽²⁴⁾。他の人々は、こういった意見表明や評価が自己の人格にふれるものであったりその営業上の利益が侵害されることを基本的に受け入れなくてはなりません。そこで公にされた評価が誹謗だったり、他人の個人的中傷を目的とされていたときに、はじめて許容の限度を越えたことになります⁽²⁵⁾。このとりわけメディアに好意的な判例への批判は増大しており、現在激しい論争の対象となっています⁽²⁶⁾。判例のもたらした状態

(21) BVerfG 15. 1. 1958 (前注)

(22) 連邦憲法裁判所判事による判例の正確な記述として、*Grimm*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697-1705.

(23) BVerfG 9. 10. 1991, BVerfGE 85, 1=NJW 1992, 1439.

(24) BVerfG 15. 1. 1958 (注20) ; 22. 6. 1982, BVerfGE 61, 1=NJW 1983, 1415.

(25) BVerfG 22. 6. 1990, BVerfGE 82, 272=NJW 1995, 95 ; 9. 10. 1991 (注23) ; 12. 10. 1993, NJW 1994, 124=JZ 1994, 413.

(26) *Kiesel*, Die Liquidation des Ehrenschatzes durch das Bundesverfassungsgericht, NVwZ 1992, 1129 ff.; *Kriele*, Ehrenschutz und Meinungsfreiheit, NJW 1994, 1887 ff.; *Ossenbühl*, Medien zwischen Macht und Recht, JZ 1995, 633 ff.; *Sendler*, Kann man Liberalität übertreiben? ZRP 1994, 343 ff.;

を例えば、シュトゥルナーは次のように特徴づけています。即ち「評価的言明に対する名誉保護はもはや痕跡にしかすぎないし、不真実の主張に対する検証を求める保護も非常な程度破壊されてしまっている」⁽²⁷⁾というのです。著名の筋から名前をあげると、連邦行政裁判所の前裁判長の一人からは、連邦憲法裁判所はリベラルの度をすぎし、放埒に陥っていると非難されていますし⁽²⁸⁾、さらに又、ハインリッヒ・ベルの作品の題名にあてつけて、「連邦市民の失われた名誉」⁽²⁹⁾とか、それどころか、連邦憲法裁判所は名誉の保護を抹殺してしまった⁽³⁰⁾、とまで言われる始末です。

こういった批判を総て評価するためには、多方面からの検討が必要でしょう。しかし、それでもやはり、実際今一つ思案が必要となる2、3のポイントをとりあげてみることにしましょう。

2 人格権保護に関するドイツの判例にとって基本的なのは、名誉に関する事実主張と評価との区別です。名誉を傷つける事実主張を広めることは原則として許されませんが、こきおろしの評価は自由な意見表明を求める基本権によって一般的に保護されますから、原則として許されています。ところが、この区別はとても簡単とは言い難いのです。特に、こきおろしの評価は多少なりとも露骨に事実の憶測と入り交じっているが故にです。連邦憲法裁判所は、こういった混在主張での事実的関連づけや言明が意見形成の前提であり、よってその基礎となっていたときは、これに言論の自由という特権を与えています⁽³¹⁾。ですから、例えばある医者があいつはS病院を「ダメにした」と言われても⁽³²⁾、弁護士が「刑事弁護を報酬により引き受ける」と非難されても⁽³³⁾、それは原則として許される意見表明だということになります。〔さら

同, Liberalität oder Libertinage ? NJW 1993, 2157 ff.; *Stürmer*, Die verlorene Ehre des Bundesbürgers-bessere Spielregeln für die öffentliche Meinungsbildung ? JZ 1994, 875 ff.; *Tettinger*, Die Ehre-ein ungeschütztes Verfassungsgut ? (1995).

(27) *Stürmer* (前注) 867.

(28) *Sendler* (注26).

(29) *Stürmer* (注26).

(30) *Kiesel* (注26).

(31) *Grimm* (注22) 1699 mit Nachw.

(32) BVerfG 11. 11. 1992, NJW 1993, 1845.

(33) BVerfG 11. 4. 1991, NJW 1991, 2074.

に〕連邦憲法裁判所は、著名な政治家、フランツ・ヨセフ・シュトラウスが問題とされ、彼が「ファシストをかばっている」⁽³⁴⁾あるいは彼は「日和見民主主義者」⁽³⁵⁾だという誹謗を敗訴させた判決を破棄しています。以上の場合総て、攻撃対象たる人のこきおろしは一見評価とも見えますが、同時に重大な事実上の非難も含んでいます。こういった非難は、その反論困難な一般的内容の故にこそ、攻撃された者の名声を危殆にさらします。ですから、侮辱者が事実に関する告発を評価の中心に「包ん」だり、評価対象とすることで、侮辱者が得するようなことになるのは許されません⁽³⁶⁾。被害者は、侮辱者が意見表明という隠れみのの下で、価値低下的な意見が基礎づけられ、それ故重大なものと映らせる、異議を唱えることのできない主張をしたときも、十分にそれから守られる必要があります。こういった場合には、侮辱者に真実性の証明を期待したり、反対に被侮辱者に不真実の証明を許したりしても意味がないことは確かです。裁判所は証拠調べで参ってしまうでしょう。私の考えでは、中間的な解決が妥当と思われます。つまり、批判者が他人をこきおろす評価を、明らかに十分な根拠がない事実に関する言明と関係させたときは、言論の自由が濫用されたと考えるのです。その際は、「根拠のない無思慮な誹謗」があったと言えます。こういったことが認定できるか否かは、〔もちろん〕具体的状況によります。連邦憲法裁判所は、自分で事実審の役割を求めることなく、専門裁判所に個々のケースにふさわしい判断を委ねるべきでありましょう。

3 連邦憲法裁判所の意見でも、意見表明が被害者の恥辱を目的としていれば許されるものではありません⁽³⁷⁾。但し、憲法裁判所は恥辱の概念は狭く解さるべきだと言っており⁽³⁸⁾、それ故、恥辱を根拠に訴えても被害者は滅多に勝訴することはありません。恥辱があったと言えるのは、論争の内容よりも被害者の侮辱の意図がはっきりしている場合に限られます⁽³⁹⁾。しかし、意見表明の自由と人格的名誉の保護とを衡量するには、均衡性の原則に深く配慮さる

(34) BVerfG 19. 4. 1990, BVerfGE 82, 43=JZ 1990, 915.

(35) BVerfG 26. 6. 1990, BVerfGE 82, 272=NJW 1991, 95=JZ 1990, 1072.

(36) 適切に, *Ossenbühl* (注26) 639; *Stürner* (注26) 868.

(37) BVerfG 19. 4. 1990 (注34); 26. 6. 1990 (注35); 25. 3. 1992, BVerfGE 86, 1=NJW 1992, 2073.

(38) BVerfG 10. 10. 1995, NJW 1995, 3303.

(39) BGH 12. 10. 1993, NJW 1994, 124=JZ 1994, 413; BVerfG 10. 10. 1995 (前注).

べきです。他人に関係あるこきおろしの評価は総て、批判者がわかっているか、計算に入れているに違いない侮辱の要素を必ず含んでいます。〔ですから〕こきおろしの評価は、客観的に見て侮辱者が追求する事実に関する関心の対象と意義が被害者の侮辱との関係でバランスを欠いていれば、その限りで原則として保護さるべき言論の自由の濫用となります。侮辱者の主たる目的が侮辱である必要はありません。侮辱者が事実に関する関心を追求する際に、他人を不必要に全く配慮を欠いてさらしものにするようなやり方で意見表明しただけで充分です。この要件は、例えば BGH のグリーンピース事件の判決では満たされていると言えます⁽⁴⁰⁾。環境保護団体グリーンピースのドイツの代表である被告はある宣伝ブラカードについて責任がありました。その宣伝ブラカードでは、地球環境のオゾン層にとって危険な化学物質の生産が批判されていました。被告が広めた宣伝ブラカードでは、原告たる化学コンツェルの会長及びかの化学物質を生産しているもう一つの化学企業の代表が、攻撃的な文句とともに描かれていました。その文句中なかんずく「皆環境を口にするが、我々は環境を破壊する」と書かれていました。さらにこれに加えて、電話番号があげられており、描かれた人に電話するよう呼び掛けられていました。結局被告について問題となったのは、公衆を動かす問題に対する意見を表明したことでした。しかし、このことは、原告を絵にして名前をあげて個人的にさらし者にし、しかも電話攻勢の呼び掛けで攻撃せずとも、その意図がはっきりしなくなるものでもありませんでしたし、アグレッシブなものとなり得ました。それにもかかわらず、BGH は間違いなく連邦憲法裁判所の言論の自由という基本権についての広まった判決をおもんばかって、訴えを退けたのです。

4 ここまではっきりと刑法及び一般私法での個人の名誉の保護特にこきおろしの意見表明への保護が後退したことで、ドイツでは以上で述べた責任の帰結以外にも人格保護の特別な法的救済手段を創り出さねばということを考えさせられるに至ったのです。学説が、私自身もその一人ですが⁽⁴¹⁾、提案したのは、スイス法のモデルに倣って人格侵害の確認の訴えと判決の公表を認めることでした⁽⁴²⁾。シュトゥルナーはこの提案をマスコミ法における個人の権利保

(40) BGH 12. 10. 1993 (前注)。

(41) *Stoll*, Verhandlungen des 45. DJT Karlsruhe 1964 I (鑑定意見) 142; 同, in: FS Bötticher (1969) 341 ff., 357 ff.

(42) この点について, *Stürmer*, Verhandlungen des 58. DJT München 1990 I (鑑

護改正のための鑑定で支持し、1990年のミュンヘンでの第58回ドイツ法曹大会でも支持されました⁽⁴³⁾。それにもかかわらず、BGHはこれまでこういった提案を退けており、権利侵害の発生の確認の訴えを却下しています⁽⁴⁴⁾。事実の確認だけでは、民訴法256条で言う確認の訴の訴訟物となる法律関係とは言えないということです。

さらに、反論記事という出版法上の手段を促進し利用していこうという声も強くなっています⁽⁴⁵⁾。反論権は始めはフランスの出版法で発展してきた権利救済手段であり、ドイツ法でもこれは承認され、ラジオやテレビの報道番組でも関係当事者は自由に利用できます⁽⁴⁶⁾。ただし、反論権は連邦法に規定がなく、大体その内容は同じなのですが、州法で認められるだけです。連邦憲法裁判所は、反論の為に自分のことを明らかにする権利は一般的人格権に含まれるとしています⁽⁴⁷⁾。それにもかかわらず、連邦憲法裁判所の見解では、この権利は直接憲法上の要請から与えられるのではなく、これを認める実定法規が必要です。それどころか連邦憲法裁判所はブランデンブルグで反論記事の公表を認めた判決を破棄することまでしています。裁判所の説く理由は、ブランデンブルグという新しく連邦に加わった州では、反論記事の掲載義務によって出版の自由を制限する出版法の規定がない、ということにあります⁽⁴⁸⁾。反論権は、新聞、ラジオ、テレビでの報道で関係当事者に反論の権利を認めるものであります。メディアは、その反対記事の妥当性を審査することは許されず、同じ枠で反論記事を掲載する義務を負います。但し、ドイツ法での反論権は事実主張に対する立場の表明という枠内に厳格に制限されています⁽⁴⁹⁾。こういった事態は非常に遺憾なことです。私は既に1971年に国際比較法辞典でフランス法の

定意見) A 71, N. 62.

(43) *Stürner* (前注); 同, JZ 1994, 873.

(44) BGH 3. 5. 1977, BGHZ 68, 331.

(45) *Kreuzer*, Persönlichkeitsschutz und Entgegnungsanspruch, in: FS Geiger (1974) 61 ff.; *Ossenbühl* (注26) 641-643; *Stürner* (注42) A 91 ff. ラジオ・テレビ法の統一的規制に向けてのヨーロッパ議会とEUの努力について, *Seitz/Schmidt/Schoener*, Der Gegendarstellungsanspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen 2 (1990) 292-294.

(46) *Seitz/Schmidt/Schoener* (前注) 1 ff.

(47) BVerfG 8. 2. 1983, BVerfG 63, 131=NJW 1983, 1874=JZ 1983, 492.

(48) BVerfG 19. 2. 1993, DtZ 1994, 67.

(49) *Seitz/Schmidt/Schoener* (注45) 64 ff.

モデルに倣って、それが権利者に関係するものなら価値判断に関しても総ての種類の記事を求める「反論権」を与えるのが望ましいと言ってまいりました⁽⁵⁰⁾。同様の提案をシュトゥルナーも1990年のドイツ法曹大会の鑑定でしています⁽⁵¹⁾。もちろんこういった提案に対する反対も大きい（ことは確かです）。何となれば、私は不当だと考えますが、これは出版の自由を危殆にさらすと考える人もいるからです。賛否の状況は1994年5月11日のザールランドの新出版法⁽⁵²⁾に対する多様な反論に見てとれます。同法は反論権を若干の点で改善してはいますが、事実に関する主張に関してだけ反論権が認められるという点を何等変えるものではありません。それにもかかわらず、同法は論難されております⁽⁵³⁾。連邦憲法裁判所の前所長ペンダは、「出版の自由を若干侵食したザールランドのモデルに従う契機は全く存在しない」⁽⁵⁴⁾などと書いています。民主主義国家における「第四権力」などと呼ぶ者もあるメディアの力に対してこんなに遠慮するのは妥当とは言えません。何となれば、人格保護が犠牲となっているからです。

5 それでもBGHは、真実ではない主張による故意の人格権侵害のひどいケースには厳しい民事法上のサンクションがふさわしいと考えました⁽⁵⁵⁾。あるイラストマガジンの1992年3月の表紙に、独占インタビューと称する記事を指示するとともに、モノコのカロリーナ王女の写真が載せられました。「カロリーナ、激白インタビュー」という見出しの下に、カロリーナがレポーターと会って「電撃インタビュー」の枠内でもらしたと称する王女の言葉が再現されています。〔ところが〕このインタビューはでっちあげでした。さてこの雑誌の出版社は仮処分により即座に反対意見の掲載を命じられましたが、2年以上これにおくれる本訴で民事裁判所は、雑誌の見出しのページに一定の枠での撤回を命じました。さらに慰謝料の支払いも認められたのです。判決によると、

(50) *Stoll*, Consequences of Liability: Remedies, I. E. C. L. XI: Torts, Part 2 (1986) ch. 8, no. 201.

(51) *Stürner* (注42) A 91 ff.

(52) ザールランド出版法及び放送法改正のための法律1335号について, *Abl. Saarland* 1994, 834; これについて, *Ossenbühl* (注26) 633, 642.

(53) *Ossenbühl* (前注), *Stürner*, *JZ* 1994, 866 f. 参照.

(54) *Benda*, Eine Gegendarstellung zur saarländischen Pressefreiheit, *NJW* 1994, 2266, 2267.

(55) BGH 15. 11. 1994, BGHZ 128, 1=NJW 1995, 861=JZ 1995, 360.

慰謝料の支払い、原告にひきおこされた人格権侵害のひどさを考えれば、被告に撤回を命ずることと矛盾するものではないのです。加えて、原告は撤回を求めて三つの審級で争わねばならず、そのため大変な遅延の後ようやくその権利を守ることができたともされます。原審は原告に3万マルクの慰謝料を認めましたが、BGHはその額が過小だとして差戻しました。BGHによると、人格権の侵害程度がひどいときは金銭賠償の請求の中心は、犠牲者の得心がいくという観点です。加えて、権利救済は予防に役立ちます。この目的は、利益を挙げる為に人格をあえて侵害したことは、賠償額がつりあっているときにだけ達成される、と言います。但しこの理は、人格をふてぶてしく商業化したときその「利益の剥脱」をしようというのでは確かにありませんが、権利侵害から利益をあげたことを慰謝料額の算定のファクターとして考慮すべきだ、とされています。つまり、こういった「人格の市場化」を本当に妨げる効果は、金銭賠償の額をキチンと考えて始めて可能となるとされているのです。

BGHはこのリーディング・ケースで、行為者が故意に金もうけの為に他人の人格をあえて顧みることがなかったときには、明快に慰謝料の予防効果を承認しています。もちろんこのことは、敗訴判決の威嚇乃至懲罰的な副作用と言ってもよく、ほとんどの人がこれを厳格に退けることはない慰謝料の一側面でありましょう⁽⁵⁶⁾。まず問題とされているのが、刑事裁判所に留保された刑罰と損害賠償との厳格な分離が放棄される点なのです。しかし、私の思いますに、私権保護と不法行為の性質が私法の威嚇的対処をも必要とする場合は、この区別は最後の最後まで守らるべきではありません。この慰謝料の副次的効果は、故意の金もうけの為に人格権侵害の場合は、行為者がその行為に刑事罰を課せられたとしても、余計なものということにはなりません⁽⁵⁷⁾。これは「懲罰的損害 (exemplary damage)」につき英米法で言及され、現在イギリスの法律委員会 (Law Commission) でその立法が検討されている視点と全く同じアイディアです⁽⁵⁸⁾。法律委員会はこの法制度を維持しさらに現在イギリスの判例で承認されているより広い範囲でこれを立法化しようという方向に傾いております。

(56) 問題状況について、*Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993) 59 ff., 147 f., 210-212.

(57) BGH 29. 11. 1994, NJW 1995, 781.

(58) The Law Commission. Consultation Paper No. 132: Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages. A Consultation Paper (London 1993).

「モナコのカロリーナ」判決の判例批評で完全な「利益の剥奪」は侵害不当利得あるいは準事務管理（678条2項BGB）という法的観点だけから支持できる、とした者があります⁽⁵⁹⁾。ただし、こういった制度は、被害者に留保されたその人気と周知性を商業的に利用するという機会を加害者が無権限で利用したときにだけ、例えば著名な人の写真や名前を宣伝に利用したときにだけ、利用可能です⁽⁶⁰⁾。しかし、誰もでっちあげの「独占インタビュー」に支払ってもらうつもりはないだろうし、たとえ有名人に対してもこんなやり方方法的に認められた収入源を開発しようとは思わないでしょう。ここでの不法行為の核心は、被害者に留保された稼ぎの機会の取奪ではなく、被告出版社がもうけのために売り上げ増加をねらってあえて行った原告の侮辱なのであります。

つい最近「クラウディア・シファーにホットドッグの中は似合わない」というタイトルで報道されたケースでも、私は同じように考えたいのです⁽⁶¹⁾。アメリカのポップアート作家メル・ラモスがドイツのトップモデルのクラウディア・シファーのあらゆる写真をホットドッグの中味としました。そこで、この美のアイドルはハンブルグのギャラリーを相手に仮処分を得、こうしたシファーをモチーフとした写真を展示、売却したりカタログに入れて販売することが禁じられました。同じような問題でイタリアでも新聞社が訴えられました。以上のケースでもドイツ法では人格の侵害の重大性ゆえ慰謝料請求も問題となりましようが、不当利得の視点からの「利益の剥奪」はダメです。さらにこのケースでは、芸術家及びその作品を販売した者と企業は、基本法5条3項の保障する芸術の自由を主張できるかという点も問題となります。同条の基本権は一般法規と個人の名誉権の留保によって制限されたことはありません。芸術の自由の制限は憲法自らによってだけ定められますが⁽⁶²⁾、人格の侵害の判定には利益衡量が必要となります。と言いますのは、人間の尊厳及び人格の自由な発展も憲法上保護されている価値だからです。（しかし）他の侮辱的風刺のケース⁽⁶³⁾と同様その事実関係によっては人格の保護を優先させなければならないでありましよう。

(59) *Schlechtriem*, JZ 1995, 363, 365.

(60) 例えば, BGH 14. 4. 1992, NJW 1992, 2084=JZ 1992, 1133.

(61) F. A. Z. vom 15. 5. 1996, S. 14.

(62) BVerfG 24. 2. 1971, BVerfGE 30, 193=NJW 1971, 1645.

(63) BVerfG 3. 6. 1987, BVerfGE 75, 369=NJW 1989, 2661; OLG Karlsruhe 27. 4. 1994, NJW 1994, 1963 (シュテフィ・グラフの侮辱).

ドイツの判例が明らかにしているのは、一般的人格権の承認によっても決して人格保護に関する総ての重要な問題に速やかな解決が与えられる訳ではないという理です。人格保護は判例によると具体化と法形成が必要であり、その際によりも他人の競合する自由権が困難な問題を投げ掛けています。ドイツの裁判所はこれまでのところ完全に満足な解決を得るに至ってはいませんが、この問題と格闘しているのです。

【追記】 以下に講演後に行われた討論を要約しておく。

〔質問〕 本日の講演でも連邦憲法裁判所の判決が名誉毀損の問題につき重要な役割を果たしていることがふれられていた。ところで、ドイツでは連邦憲法裁判所は民事裁判に介入しすぎである、立法者の役割まで果たしていると批判されている。この点について先生のお考えを聞きたい。特に連邦憲法裁判所と連邦通常裁判所の妥当な分業について。

〔答〕 ご指摘の通り。日本法とは異なった制度であるが、ドイツでは憲法異議訴訟というものがあり、すべての人は個々の法律が憲法に適合しているか否かの審査を連邦憲法裁判所に申し立てることができる。さらに基本権が侵害されているときには、民事裁判所の判決も憲法違反か否かの審査を請求できる。その際に、連邦憲法裁判所は法規が抽象的に憲法違反か否かにとどまらず事実認定にまで介入しており、批判されている。

連邦憲法裁判所と連邦通常裁判所との理想的な役割分担については争われている。民事法学者、刑事法学者は憲法裁判所は口を出しすぎであると批判的な者が多い。私見では、法規の抽象的解釈は別として、ある事実の事実認定にまで入り込むのは不当だと考える。例えば、ある言明が名誉毀損を構成するか否かというときに、当然 A という解釈もあれば B という考え方もある。ところが憲法裁判所は A でも B でもない C だと独自の考え方を示す。しかも、連邦憲法裁判所は民事、刑事、行政等の裁判所と異なり各分野の専門家が充分用意されている訳でもない。こうした連邦憲法裁判所の傾向は名誉毀損でも非常に問題で、特に「兵士は殺人者（という発言が名誉毀損にあたるかが問われた）」判決等では同裁判所は非難されている。

今一つ付加すると、外国の法律家には理解し難いことかもしれないが、連邦憲法裁判所は憲法は民事法についても憲法適合的に解釈されねばならない、憲法は放射力（Ausstrahlungskraft）を持つ、と言っている。本来憲法は市民と国家の関係を規律するものだが、私人間にも憲法は間接適用される。基本法 5

条1項では名誉権も一般法により制限されることになるのだが、つまり民法等で限界づけられるはずだが、そこで今一度民法を解釈するにあたっては憲法適合的であってはならない、しかも憲法で保障される市民の基本権がなるべく制限されないよう解釈されなくてはならない、と言っている。名誉毀損に関しても連邦通常裁判所が総てについて判決している訳ではなく、その間隙に連邦憲法裁判所が入り込んできており、非常に批判が多い。

ところで、自分の方からも質問したい。イギリスやアメリカでは消極的であるが、大陸法では反論掲載権が認められ普及してきている。これはフランス法の功績で1880年以来承認されている。ドイツでも随分と議論され、連邦憲法裁判所は個人の人格権から反論掲載権を基礎づけているが、具体的な法律が反論掲載権を規定していない限りこれを認めていない（ちなみに、先に言及したザールランドの法律は、ラフォンテースが個人攻撃にさらされたことが契機となって立法された）。日本ではどうなっているか。

〔答〕（出席者）日本では有名なサンケイ新聞反論掲載権事件という判決があり、自民党が共産党を新聞紙上で批判しこれに共産党が無料で同紙上に反論掲載を求めた。最高裁はこれを退けた。その主な理由は、人格権は国家に対する権利で私人間にはそのままでは適用されない、編集権の侵害にあたる、新聞への掲載は有料ではないか、等である。日本の学説は基本的にはアメリカ型で反論掲載権に対して消極的であり、仮に反論掲載権を認める法律があっても憲法違反の疑いがあると考える者が多い。とにかく消極的な者が大勢である。

〔再度、質問〕それでは、有料で反論を掲載せよと新聞に求めた場合はどうか。それでも裁判所は認めないか。

〔答〕（出席者）恐らく日本の大勢の考えはそうであろう（この後、わが国の状況については夕食時にでも再度話すことにして、本日の講演について質問したい、という希望があり、この点については打ち切られた）。

〔質問〕（以下はテープ不調のため、メモに基づく）本日の講演でふれられたドイツの判決は制裁的損害賠償の可能性を、つまり不法行為の機能として制裁、予防機能を正面から認めたのか。人格権に限らず、身体損害でも同様なのか。

〔答〕この判決は一般的に制裁機能を認めたと考えるべきではない。例えば、ある人を故意に傷つけようと考え、自転車に乗っているところを横から突き倒した者があったとする。加害者は被害者の人格を攻撃する意図もあったとする。しかし、それだけでは制裁的損害賠償にそのままつながることはない。重

要なのは、人格への攻撃とともに利益をあげようという意図（Gewinnabsicht）である。例えば「モナコのカロリーナ」の事件でも雑誌は記事によって売上増大、利益の獲得を目指している。20年前にも同様に新聞が売上増大を目論んで人格権を侵害し制裁的賠償が認められた。当時多くの学説は反対し、制裁は刑事の役割で民事のそれではないと批判した。旧くて重要な問題である。イギリスでも同様の傾向にあり、一般化している訳ではない。

〔質問〕ところで、損害賠償は損害によって具体的に算定できる。これに対して慰謝料は裁量の余地が大きい。そうすると慰謝料についての裁判官のコントロールはどう考えたらよいのか。

〔答〕裁判官の裁量の範囲については色々な意見がある。しかしドイツでは旧くからの判例で、連邦通常裁判所の判例でもあるが、慰謝料に一定の基準が設けられている。具体的には加害者の意図、被侵害利益、人格か身体か、過失の程度、特にドイツに特徴的なのは加害者と被害者の資力、特に給付能力を顧慮しており、これによって具体的な額が影響される。他方イギリスでは、資力は考慮していない（第二次世界大戦後、イギリスの占領地域の裁判では資力の考慮はナチズムの影響だと批判された）。