

人格の商品化とドイツ不法行為法

——カロリーネ・フォン・モナコ事件をめぐる——

中 村 哲 也

第1章 問題の所在

第2章 C.v.M 関連判決

第3章 BGH 判決支持説

第4章 BGH 判決批判説

第5章 まとめ—ドイツでの議論の整理と我が国の状況との比較

第1章 問題の所在

メディアによる名誉・プライバシーの侵害は販売部数の増加を目的とするという意味での人格の商品化という性格をもつ場合が少なくない。しかし、そのように断定することも更にはそうであるとしても言論の自由のもつ公共性と無関係と言い切れないところに、この問題への慎重な扱いが求められるゆえんがある。具体的には、この問題に対処するための民事法上の裁判規準の構成は、どのような解釈方法をへるにせよ、問題群に即した限定性と明確さを備えることが要請される。

我が国では、名誉毀損に関してはロス疑惑報道をめぐる一連の判決によって、プライバシー侵害に関してはノンフィクション作品やモデル小説に関する判決によって新たな展開がみられる。これらの裁判例では、責任成立要件の解釈が中心的な問題となっている。このレベルでの規準の一層の具体化が必要であると同時に、問題領域全体での展開のために、法的効果についての検討も必要になってきている。我が国での名誉毀損法の現下の展開にとってのロス疑惑報道事件判決と同

様の役割を果たしているのが、ドイツにおけるプライバシー保護の展開にとっての一連のカロリーネ・モノコ妃 (C.v.M) 事件判決である。それらにおいては、①公的人物の私的領域保護の範囲、②訂正・反論文の指定の方法、③金銭的救済の額という三つの問題が中心的テーマであった⁽¹⁾から、うち二つが法的効果に関するものであった。本稿は、このなかで、判決後激しく議論が戦わされてきている③金銭的救済の額の問題を採り上げる⁽²⁾。

非財産的損害の金銭的救済の性格については、我が国では、比較的近時の学説のなかで、特に公害・薬害事件において慰謝料の制裁的機能が議論され⁽³⁾、主として交通事故賠償において調整的機能が語られてきたが、名誉・プライバシー侵害⁽⁴⁾の慰謝料についてはそうした議論は少ない⁽⁵⁾。これに対して、ドイツでは、§ 847 の慰謝料一般に関して補填 (Ausgleich) 機能と満足 (Genugtuung) 機能が語られて来たが⁽⁶⁾、BGH の C.v.M 判決が、慰謝料一般とは区別して、利得目的での故意の人格権侵害の場合の金銭補償 (Entschädigung in Geld) について明示的に予防機能を前面に出したことによって、人格権侵害の金銭補償の性格を巡る議論は新たな段階に入った。従って、まず対象からして、また、条文の構造をはじめとする議論の背景の相違からも、これまでの我が国での慰謝料議論にドイツでの現在の議論を接ぎ木するわけにはいかない。以下では、一連の C.v.M 関連の判決を紹介し (第2章)、それに対する学説の議論を分類 (第3章、第4章) したのち、それら学説上の議論の整理及び我が国での議論の可能性の検討を行う (第5章)。ここでの関心は以下のところにある。

次章で紹介するように、APR 概念の展開のなかで節目となった幾つかの判決では、他者の人格が商品宣伝に利用されたという事件が扱われていたが、近時はメディアによる販売部数増加の目的での記事或いは写真の掲載に対して対象とされた者が救済を求める事件の判決が多く現れるようになってきた。主として政界、スポーツ、芸能関係の

著名人がその対象であるが、犯罪報道などでは、それに限定されない。第2章でみる一連のC.v.M 関連判決には、そのような出版報道の状況が背景にある。このような報道はドイツだけではなく、また、新しい問題とも言えないが、被対象者達が裁判所に法的救済を求めると、それを肯定する裁判例が頻出し、また、それらのことが当然であると受けとめられるようになってきていることが現代的現象である。このような報道被害に対して、BGH は、予防機能を内容とした金銭的補償を認めることによって対応した。BGB が非財産的損害の補償に限定的規定をもつこと、人格権侵害の非金銭的救済が第一次的救済手段として発展をみてきたことを考えると、C.v.M 判決における金銭補償の高額化は注目に価する。本稿では、それら判決及びそれをめぐる学説の状況を、法形成・欠缺補充の方法の対立という視点から整理する。ドイツにおける APR の展開は、BGB の欠缺の補充による人格保護規準の形成及び確立の過程であった。C.v.M 裁判例にみるメディアによる人格の商品化への対応もこの展開の延長上にあることは勿論であるが、金銭的補償の性格を巡る議論をあらためてひき起こすことになった。ここには、人格権形成の内容と法解釈の方法という二つのレベルでの考え方の対立の存在をみることができる。ドイツにおける人格の商品化という現実を背景とした民事法規準の形成をめぐる議論の整理は、我が国における人格権保護の状況の問題点の解明と今後の法形成の可能性の展望を与えるものと考えている⁽⁷⁾。

第1章 注

- (1) もっとも、Soehring, *Caroline und ein Ende?*, AfP 2000, S.234 は、「これら三つの領域すべてにおいて、プレスは自由は、大きな傷を負うことなく、議論から抜け出た」という。なお、Soehring は、出版社側の代理人弁護士である。derselbe, *Die Entwicklung des Presse-*

und Äußerungsrechts 1994-1996, NJW 1997, S.361 参照。

- (2) C.v.M 関連判決を、それぞれ中心的に扱われた問題に関して本文でつけた番号を付して、挙げておく。BGHZ 128. 1③ (差戻審判決は、OLG Hamburg NJW 1996, 2870)、BGH NJW 1996, 984③、BGH NJW 1996, 985③、BGHZ 131. 332① (BVerfG AfP 2000, 76へ)、BGH, AfP 1997, 350①, BVerfG AfP 1993, 733②, BVerfG AfP 1998, 148②, BVerfG AfP 2000, 76①。第2章で紹介するのは、③を付した判決である。C.v.M 関連判決については、既に我が国でも言及がある。窪田充見「人格権侵害と損害賠償」民商法雑誌116巻4・5号(1997)568頁、同「不法行為と制裁」『民法学の課題と展開・石田喜久夫先生古稀記念』(2000)695頁注(49)、斎藤修「慰謝料に関する諸問題」山田卓生・淡路剛久編『新・損害賠償法講座6』(1998)215頁以下。
- (3) 議論状況及び文献については、松川実「損害賠償論における制裁的機能(-)」高岡法学11巻2号(2000)198頁以下及び202頁注(6)、斉藤・前掲208頁以下など。また、窪田「不法行為と制裁」は、不法行為法一般の機能としての制裁の解釈論上の根拠付けを試みている。
- (4) 本稿では、ドイツ法の議論とあわせるために、これを人格権侵害とよぶ。但し、ドイツにおいては、人格権という場合に名誉を含めないことがあるが、これは利益の性質というより、一般的人格権(APR)承認の経緯に由来する。
- (5) 早い時期に三島宗彦「人格権の保護」(1965)13頁以下、297頁があったが、解釈論としての性格は弱かった。最近のものとしては、仮屋篤子「マス・メディアによるプライバシー侵害とその私法的救済についての一考察(-)」法学研究論集(明大院)10号(1999)154頁が慰謝料の裁量的算定のなかでの制裁的效果を目指している。私見については、第5章注(6)参照。この領域で制裁的慰謝料論を否定した近時の裁判例として、大阪地判1999.6.9判時1679号54頁がある。

- (6) 吉村良一「戦後西ドイツにおける慰謝料本質論の展開(一)(二)」民商法雑誌76巻4号(1977)546頁、5号(1977)672頁、斎藤博『人格権法の研究』(1979)337頁以下、浦川道太郎「慰謝料の比較法的研究(西ドイツ)」比較法研究44号(1982)20頁以下、松川「ドイツ損害賠償論における制裁的機能の浸透」比較法雑誌24巻4号(1991)80頁以下など。
- (7) 本稿で参照する主な条文の訳を掲げておく。

GG

- Art. 1-1 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護する事は、全ての国家権力の義務である。
- 1-3 以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判権を拘束する。
- Art. 2-1 各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する。
- 2-2 各人は、生命、身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これを侵害する事ができる。
- Art. 5-1 各人は、言語、文書及び図画をもって自由にその意見を表明し、及び流布し、及び一般に近づくことのできる情報源からさまたげられることなく知る権利を有する。出版の自由およびラジオおよび映画による報道の自由は、保障される。検閲は行われぬ。
- 2 これらの権利は、一般法律の規定、少年保護のための法律の規定、および個人的名誉権によって制限される。
- Art. 103-2 ある行為は、その行為がなされる前に、その可罰性が法律で定められていた場合にのみ、これを処罰することができる。
- 3 何人も、同一の行為につき、一般刑法の根拠にもとづいて、

重ねて処罰されてはならない。

BGB

- § 242 債務者は、取引倫理に照らして信義誠実が要求する様に、給付を実現する義務を負う。
- § 253 財産的損害でない損害については、金銭による補償は法律に規定された場合にのみ請求されうる。
- § 281-1 債務者が、給付を不能にした事情によって、債務を負っていた対象に関して代償物或いは代償請求権を取得したときは、債権者は、代償として受領された物の引渡し或いは代償請求権の譲渡を請求しうる。
- § 666 受任者は、委任者に必要な報告をすること、要求に基づき事務の状況について情報を与えること及び委任の遂行ののち説明する義務を負う。
- § 687-1 ある者が、権限のないことを知りながら、他人の事務を自己の事務として遂行したとき、その他人は、 §§ 677、678、682 による請求権を行使することができる。
- § 818-1 返還債務は、利用した利益、取得した権利に基づき又は取得した対象物の滅失、毀損もしくは侵奪の代償として受領したものに及ぶ。
- 2 利得した物の性質上返還が不能であるとき、又は、受領者が、その他の事由により返還ができないときは、受領者は、その価格を賠償しなければならない。
 - 3 受領者は、利得が現存しない限度において、返還又は価額賠償の義務を免れる。
 - 4 訴訟係属が生じた後は、受領者は一般規定により責めに任ずる。
- § 819-1 受領者は、法律上の原因の欠如を受領のときに知っていたとき、又はその後知ったときは、受領の時又は悪意となった時

から、返還請求権が訴訟係属を生じたのと同様の返還義務を負う。

§ 823-1 故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

§ 847 身体又は健康の侵害並びに自由を剥奪した場合においては、被害者は、財産的損害でない損害についても金銭による正当な補償を請求することができる。

ZPO

§ 287 損害が生じたか否か及び損害又は賠償さるべき利益の額について、当事者間で争いがあるとき、これに関して、裁判官は、すべての事情を評価し自由な確信に従って判断する。以下略。

第2章 C.v.M 関連判決

慰謝料の性質についての議論にとって重要な出発点となったのは、BGHZ 18, 149 (1955. 7. 6 大法廷決定)⁽¹⁾である。そこでは、自動車事故による身体侵害のケースで、慰謝料が補填機能とならんで満足機能をもつこと、後者の機能から、損害だけでなく加害者の過失・財産状態を含めた全ての事情が考慮されるという考えが示された。人格権侵害に関しては、BGHZ 26, 349 (1958. 2. 14判決、素人騎手事件)⁽²⁾が、APR 侵害に § 847-1 の類推によって金銭補償をみとめた。ついで、BGHZ 35, 363 (1961. 9. 19判決、朝鮮人参事件)⁽³⁾は、加害者に重大な過失があるか客観的に重大な侵害がある場合に、GG 第1条第2条を根拠として、金銭補償を認めた。この判決は、APR 侵害の金銭補償においては満足機能が前面に出るとし、さらに、他の救済手段に対する補充性にも言及している。このような BGH による APR 侵害の

金銭補償についての法形成に関連して、BVerfGE 34, 269 (1973. 2. 14決定、ソラヤ事件)⁽⁴⁾は、金銭補償を認めた通常裁判所の民事判決に対する憲法異議を退けた。その後も、様々な事件でAPR侵害における金銭補償が裁判上の問題となったが、本稿で採り上げる裁判例及び学説の議論の前提は、上記四つの判決・決定が示している。次に、C.v.M 関連判決を見て行こう。

① C.v.M I 1994. 11. 15, BGHZ 128, 1

原告C.v.Mは、被告出版社に対して、被告が発行した雑誌中の三つの記事及び写真掲載につき、撤回及び訂正文の公表、人格侵害の非財産的不利益の金銭補償の支払いを求めた。それらの記事の一つには、実際には行われていないインタビューが載せられ、他の記事には、原告が近く再婚する旨の予測が家族写真とともに載せられた。

第1審第2審では原告の請求が認められたが、撤回・訂正文については活字が請求より小さくされ、慰謝料の認容額は30,000DMであった。原告・被告双方が上告。BGH民事第6法廷は、それら上告のうち、より高額な金銭補償を請求する原告のそれを認め、原判決を破棄差戻した。その部分の判決理由は以下のとおり。

「……APR侵害の故の補償においては、本来の意味では、§ 847による慰謝料ではなく、GG第1条及び第2条1項の保護委託に由来する法的救済が問題となる(BVerfGE 34, 269)。金銭補償の承認は、そのような請求権なしでは、人間の尊厳と名誉の侵害が制裁のないままで、人格の法的保護が弱められる結果となってしまう、という考え方に基づいている。慰謝料におけるとは異なって、APR侵害の故の金銭補償においては、犠牲者の満足の視点が前面にでる(BGHZ 35, 363. 39, 124)。……そして更に(außerdem)、この法的救済は予防に役立つものでなければならない(BGH, VersR, 1985, 391)。

本件の特色は、被告が、故意の法違反によって、原告の人格を売上

部数の増加のため従って自己の経済的利益の追求のための道具として用いたということにある。被告にとって“こたえる (fühlfbar)” 金銭補償なしでは、原告は、その人格の配慮に欠けた強制的商品化 (Zwangskommerzialisierung) に広く保護なしで引き渡されることになってしまう。撤回・訂正を命ずる判決は、それらは言論の自由の保障に基づく被告の権利の保障の下でのみ行われ得るものであるが故に、原告にとっては不十分な保護しかもたらし得ない。金銭補償を命ずる判決が、人格権法から命じられる予防目的を果たすに適切でありうるのは、補償が、額のうえで、ここでは人格権が利得獲得のために侵害されたということに対しても対応物 (Gegenstück) をなすときだけである。このことは、確かに、人格への配慮を欠いた商品化の事件では「利得剥奪 (Gewinnabschöpfung)」が行われるべきであるということではない。しかし、権利侵害に基づく利得の追求は算定要因として金銭補償の額の決定に入れられるべきである。金銭補償の額から、それ故、人格の商品化に関しても真の阻止的効果がでてくるものでなければならない。……さらに、金銭補償は言論の自由を過度に制限するような額になってはならないということも考慮する必要がある。とはいえ勿論、本件の対象のように、プレスが人格の配慮に欠けた商品化を阻止されるというときには、このことは問題とならない」。

② C.v.M II, BGH 1995. 12. 5, NJW 1996, 984.

原告 C.v.M は、二つの雑誌記事において乳癌にかかっていると報道されたことに関して、被告出版社に対して、訂正文の掲載と金銭補償の支払いを求めた。既に訴訟外において、被告は一つの記事について撤回表示及び10,000DMの支払いに応じ、もう一つの記事についても、見出しの使用の差止の仮処分が認められていた。

第1審は、活字を小さくした上での訂正文掲載、一方の記事に(既に支払われた10,000DMを差し引いて) 15,000DM、もう一方の記事

に5,000DMの金銭補償を認めた。第2審は双方からの控訴をすべて棄却。原告が上告、被告が付帯上告した。BGHは、原告からの金銭補償の額を争う上告を認めて、原審に差戻した。本判決の判決理由は、当然のことながら①判決と内容的には同一であるが、それを補足する部分があるので、それを紹介する。

「原審は、金銭補償の額の決定に関して、BGHZ 18, 149で展開された慰謝料算定についての補填—満足機能という原則に沿ったことで、決定的な法的手掛かりを誤った。確かに、BGHは、1958年に、人格権の重大な侵害の場合の金銭補償請求権を、まず、BGB § 847の類推から導き出した (BGHZ 26, 349)。しかしながら、この根拠付けは放棄されて久しい。BVerfGは、1973年に、いわゆるソラヤ裁判において、そのような金銭給付のための法的基礎をGG第1条及び第2条にみた。それと同様に、BGHは、APR侵害の故の金銭補償請求権においては、BGB § 847による慰謝料ではなく、GG第1条及び第2条1項の保護委託に由来する法的救済が問題となる (BVerfGE 34, 269)ということから出発する。……

(以上のことは、) ここでは、原審が金銭補償の算定で中心的に拠った補填思考は、予防思考のために後方に退くべきであるということの意味する」。

②判決は、ここでの金銭補償が§ 847による慰謝料とは異なった制度であることを補足的説明を付け加えることでより明確にしている。①②判決ともに、基本法を根拠としているが、基本法の規定から規準を構成している訳ではない。すでに判例による欠缺補充作業によって形成されていた人格権侵害の金銭補償の規準に、利得目的での故意の侵害の場合に関して補完する規準が付け加えられたといえる。

③ BGH 1996. 12. 12 NJW 1996, 985

被告出版社は、三つの雑誌で、原告 (C.v.Mの8歳の長男) の写真

を4回に亘って掲載した。それらは、自動車の前、通学途中、サッカー中、海水浴場等での写真であった。原告は、肖像使用权のために支払われる金額についての情報、その情報に基づく金額の支払い、200,000DMを越える慰謝料の支払い、カメラマン及び代理店についての情報を請求した。第1審、第2審は原告の請求をすべて棄却。BGHは、慰謝料についての原判決の判断を破棄して差戻した。原判決は、慰謝料の要件であるような重大な人格権侵害はないとしたが、その理由として、慰謝料は被った不当な仕打ちに対しての適切な補填をつくるものであって、被告を新たな侵害行為から遠ざけることにその意味があるのではない、と述べたのをBGHは次ぎのように批判した。

「原審が、この請求権が予防にではなく、被った不当な仕打ちに対しての適切な補填に向けられているものであると述べる時、この請求権の見方は狭すぎる。原審は、……明らかに慰謝料に即した考え方、従って、ここで議論される金銭補償請求権の本質及び目的規定に適していない理解によって導かれている。……」

④ OLG Hamburg 1996. 7. 25, NJW 1996, 2870.

①判決の差戻審判決である。従って、ここでの法律論は①判決の見解に即して展開されるのであるが、それは、差戻審によって解釈されたものである。そこでは、BGH判決のいう予防機能をさらに利得剥奪にまで押し進めようとする原告側の主張に対して、その方向への可能性を閉ざす解釈が示されている。

OLG Hamburgは、原告の請求—被告の売上増大を基礎にした算定方法を主張したうえで、400,000DMを最低限として、それを「満足—予防の理由から、大幅に上回る」額を請求—に対して、次ぎのように述べた。

「BGH判決によれば、ここで問題となっているのは、APR侵害の特別な事件(Sonderfall)である。この事件は、被告が故意の法違反

の下で原告の人格を販売部数の増加、従って自己の経済的利益のための道具として利用したということが特徴である。……

人格権法においては、“利得剥奪”の考え方は、明示的に退けられている。BGHは、金銭補償の算定において、その“こたえるものである事”、満足機能そして予防目的に関しても、人格権侵害によって獲得された利得の具体的探求が決定上重要なものでありうるという指示を与えてはいないしそのような考えを感じさせるものでもない。むしろ、BGHが述べたのは、補償は、その額の上から、人格権が利得獲得のために侵害されたことの対応物でなければならないということであり、BGHは、人格の“強制的商品化”という事情そのものを前面に置いたのである。

経営学上探求可能な加害者の利益という具体的な額は、本法廷の見解でも、問題とはならない。第一に、……ここで主張されているAPR侵害の故の金銭補償請求権はこれ(損害賠償請求権)とは区別されるべきである。ここでは、“補償”という概念から既に窺えるように、被った人格侵害の適切な補填(Ausgleich)⁽⁵⁾がなさるべきであって、具体化可能な財産的損失の賠償がではない。補償の適切さは、獲得された利得(人格権侵害のみによるそれが確定可能であると仮定しても)の額に拠るのではない。そうでないと、利得をもたらさないそれどころか損失を伴うような出版は、たとえ人格権侵害の重大さや満足—予防思考といった他の基準がすべて異ならないと仮定しても、犠牲者にとって少ない額の補償請求権を意味することにならざるを得ない。……

第二に、加害者が—これもまた仮定のことだが—とくに高額の利得をそれによって獲得したということによって、犠牲者の人格の十分な満足を命ずる侵害の強さが大幅に増加するということは認めがたい。出発点は人格の侵害であって、そのものとしては、行為者の経済的な手際よさや彼にとって有利な事情によって変えられるものではない。

とはいえ勿論、現下のBGH判例によれば、本件のような事例の特別な基準として、人格権侵害が利得獲得意図(“強制的商品化”)を持って故意の法違反の下で行われたという事情が重要なものとして考慮要因に入れられなければならない。……

更に、BGH判例によって要求される“真の阻止的効果”は、本法廷の見解によれば、この種の事例のための明確に(加害者にとって)厳しくされた基準において既に与えられている。勿論、原告の人格の本件のような厚かましい強制的商品化の形は、予防目的を強調する著しく高額な金銭補償が必要であるということを示したということは否定できない。しかしながら、本法廷は、原告の考え—人格のそのような強制的商品化はそこで獲得された利得が剥奪されるときむしろやむのであり⁽⁶⁾、金銭補償の算定は、経済的に合理的に考える人間が人格権侵害をもはや計算に入れなくなるようなものでなければならないという考え—には、その求められた結果において従うことはできない。

予防思考を適切に考慮するということは、合理的に考えて、金銭補償請求権を直接に加害者の利得と結び付けるということを意味するとは言えない。……金銭補償の算定において問題となるのは、将来の人格権侵害の(全く)確実な防止ではなく、阻止的効果を適切に考慮の一つに入れるということである。この特別な種類の人格権侵害における、判決の時点での本法廷の認識によれば明らかに高額な金銭補償によって、十分な予防が考えられうる。というのは、それによって、被告や出版社一般にとって、金銭補償を請求されるというリスクが、質的に、従来とは全く異なるいまや一層“こたえる”次元において現れている。このことは、必然的に出版界において(これまでとは)異なった考え方に導くであろう。そのような事件で、より高額な金銭補償が必要になるかは、メディアの今後の行動にかかっている。

報道による人格権侵害においてつねにそうであるように、勿論本件でも、金銭補償が表現の自由を過度に制限するような額にならないこ

とも考慮に入れなければならない。上告審判決で既に述べられているように、このことは、本件のような人格への配慮を欠いた商品化が阻止されるというときには問題とならない。本法廷の見解でも、犠牲者の人格の強制的商品化としての特別な人格権侵害においては、十分な阻止的効果を確保するためには、金銭補償をかなりの程度 (ganz erheblich) 引き上げることが必要である。本件では、制裁リスクが明らかにまた人格権侵害の特殊な種類に対応して引き上げられることは、そのようにしてのみ人格権によって保護される基本権 (GG 第1条及び第2条) が保障されるのであるから、基本法第5条によって保護される利益にとって不当とはいえない」。結論として、OLG Hamburg は金銭補償の額を180,000DMとした。

第2章 注

- (1) 詳しくは、吉村・前掲(一) 552頁以下、浦川・前掲24頁など。
- (2) 五十嵐清・松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護」戒能通孝・伊藤正己編『プライバシー研究』(1962) 166頁、斎藤博・ドイツ判例百選 (1969) 84頁、吉村・前掲559頁など参照。原告の乗馬姿が、勝手に精力剤の宣伝に使われた事件。認容額は10,000DM。
- (3) 五十嵐・松田・前掲172頁、斎藤『人格権法の研究』341頁以下、吉村・前掲559頁など参照。国際法教会法を専門とする原告が、朝鮮人参研究家として精力剤の宣伝文に利用記載された事件で、認容額は8,000DM。
- (4) 渡辺康行「裁判官による法形成とその限界」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(1996) 303頁参照。イラン元王妃の架空独占インタビューが週刊誌に掲載された事件。この事件のBGH判決は、NJW 1965, 685。
- (5) この補償と補填という言葉の使い方はBGH判決とは異なる。BGH判決では慰謝料との対置で用いられているが、OLGでは、損害賠償、

それも財産的損害の賠償との対置で用いられている。

- (6) 原告が「むしろやむ」と言ったのは、人格権侵害の金銭補償の高額化が、人格の商品化を望まなかった原告の人格を金銭で換算することであって、商品化を促進することになる、という考え方に対する反論という意味においてであろう。

第3章 BGH 判決支持説

一連の C.v.M 判決に関して、多様な論点を巡って論争が生じている。以下では、金銭補償額の引き上げによる対応を支持する説を I 説、批判説を II 説とする。I 説には、BGH から OLG Hamburg の流れを支持する説 (I-a) と、BGH 判決を更に侵害者の利得の剥奪に推し進めることを主張する説 (I-b) がある。II 説には、非金銭的救済手段によってこの問題に対処することを主張する説 (II-a) と、不当利得法・準事務管理法の展開を主張する説 (II-b) がある。この分類は基本的なスタンスのそれであって、これに収まらない説もあるが、それらはこの分類への近さに着目して扱う。

I-a 説 BGH 第6民事法廷の判事であった Steffen の論述は、この問題に関しては、学説というよりは、むしろ、BGH 判決の内容を解説し補強するという性格を持っている。それだけに、他の BGH 判決支持説が説くところが必ずしも Steffen と一致していないことが興味を引く。

Steffen は、インタビューの中で、OLG Hamburg 判決の認容額を支持する⁽¹⁾。そして続けて、「我々も直接の利得剥奪は欲しなかった。しかし、我々は、補償が利得にのみ向かっている出版社にとっても感じる (spürbar) 額のものであることを欲していた」と述べ、BGH

判決及び OLG 判決について、「(人格保護に関して) 既に開けられていた門が、今日さらに一層広げられた」と評した⁽²⁾。

Steffen の叙述は三つの部分からなりたっている。まず、①C.v.M 判決に至るまでの人格権侵害の金銭補償の生成展開と特色が述べられ、ついで②予防的観点の新たな活性 (Neubelebung)、③予防的観点の限界が述べられる。

①素人騎手判決以来の展開によって、APR 侵害の救済として独自の要件と内容・算定基準をもった金銭補償制度が形成され、それによって慰謝料の任務が拡大された。そこでは、完全補填 (Totalausgleich) という目標のための金銭賠償の完全化というだけでなく、不十分であった人格保護の付加的救済即ち制裁と予防による強化があるとする (NJW 1997, S.10. 以下頁数のみ)⁽³⁾。ここで Steffen が独自の要件とするのは、他の救済手段—反論権、撤回請求、不作為請求、財産的損害の賠償—に対する補充性 (Susidiarität) と、人格の重大な侵害の存在である。そして、この要件上の特色が金銭補償の算定に関連するとする。即ち、原則は「金銭補償は、人格権のランクと侵害の重大性に対して適切なものでなければならない」(S.11) としたうえで、次ぎのように続ける。裁判官は、人格権侵害の金銭補償の算定においては、“真の” 慰謝料におけるよりも、不確実な状態にある。人格権侵害による利得追求意図に補償の高額化で対処しようという BGH 判決は、さらに新たな不確実性をひきおこした (S.11)。このように述べた後、Steffen は、これまでの算定の基本的方向を次ぎのようにまとめる。

算定の出発点にあるのは、狭義の慰謝料と同様、侵害の態様と強さである。このことは、金銭補償も任務とする原状回復任務 (Wiedergutmachungsaufgabe) が要求することである。被害者の満足要求の顧慮もこの任務に属する。判例においては補填機能と満足機能をそれぞれ独立した機能とみることがあったが、近時 BGH は、包括的補填

理解に立ち返り、そこでは、被害者の怒りも回復すべき損害の側面とされる。金銭補償の補充性ということでは、被害者にとっての他の救済手段の可能性も算定において考慮される要素となり、また、とくに、GG第5条1項の表現の自由の保障が額の算定において尊重されなければならない。このようにして、実務は、身体侵害の慰謝料とは同一に論じられない独自のまた節度ある (maßvoll) 考え方を発展させてきた (S.12)、と。

この①から読み取れるのは、金銭補償制度の任務としての原状回復の包括的理解と法発展の継続性を強調する姿勢である。これが、続いたの予防機能の位置付けにおいて、②その意義を主張しつつも、③同時にそれを限定することにつながる。

②Steffenは、人格の故意の商品化において、BGHのC.v.M判決がはじめて金銭補償に予防任務も含まれるとしたことによって、①のような金銭補償制度のこれまでの基準が適切であるかが問われることになったという (S.12)。1万マルクや2万マルクの補償では、出版社やテレビ局幹部を、消費者視聴者にとっての有名人の魅力を経済的にとことん利用すること (Ausschlachtung) から離すことはできないということは明らかである (S.12)。その種の事件では、金銭補償は、商業上の利益をも考慮に入れることによって初めて強制的商品化への対応物となる (S.13)⁽⁴⁾、と。

③Steffenはこの予防任務を後述I-b説のように推し進めない。即ち、「補償の高額化にとってのこの(予防の)観点は、しかし、絶対化されてはならない。第一に、BGHが利得獲得意図の顧慮を肯定しているのは、これまでのところ故意行為に関してのみである」(S.13)。Steffenは、これを支持して、言論の保障のためにこの領域では抑制が必要であるとする。更に、Steffenは、BGH判決が故意行為であっても利得剥奪は考えてはいないことを支持して、その根拠として大略次ぎのように述べる。算定の困難ということもあるが、これが第一の

理由ではない。ここでの抑制の理由は、民事法的な関係のなかで行動統御(Verhaltenssteuerung)を行うことの困難さにある。実体不法行為法も民事訴訟手続きも本来その為につくられてはいない。制裁は、実際、金銭補償の唯一の機能ではないのである。金銭補償は、その憲法上の遺伝子にも拘わらず、実体損害法に根をはっており⁽⁵⁾、それゆえ第一次的には原状回復に向けられている。法違反を貸借対照表の貸方にしきわめて厚かましいやり手をも諦めさせるというように人格保護を経済の対象とすることは、侵害の非財産的性質、制裁—民事罰に近づいてはいるが決して罰とはいえない—の民事法的な根(Wurzel)が禁じるところである(S.13)、と。

予防機能を限定するこのような根拠に更に次ぎのことが付け加えられる。市場での行為の予測は民事当事者手続きでは困難であること、(OLG判決のような)従来の枠を越えた金額の判決のもつ刻印づけ(Stigmatisierung)⁽⁶⁾には既に予防的作用があること、そして最後に、金銭補償は、他の差止的な救済方法に代わるものではなく、それに対する補足的なものであること、(S.13)である。かくて、③では、金銭補償の高額化が利得剥奪にまでは至るべきでないことの中心的根拠は、金銭補償の民事法的性格に、逆に言えば、刑事罰的性質の否定に求められている。

また、Steffenは不当利得法による解決の提案に対して次ぎのように反論しているが、そこにも彼のこの問題の捉え方が現れている。彼は言う。名前・肖像を承諾なしに商業的に使用した場合に、財産損害の賠償にかえて、契約による許諾に対して支払われるであろう額の請求が認められる制度がある。しかし、既にBGHZ 26, 349は、被害者が名前・肖像の商業的使用を拒否している場合にはこの方法は使えないと述べている。この判決は時代遅れになってはいない。決して自らを商業的利用に供することはない人間を商品化することは、商業利用の用意のある肖像や名前の違法コピーとは人格侵害の質が異なる。こ

ここでは、許可料を類推した損害賠償に比べて、非財産的不利益の金銭的補償がより適した等価物 (quivalent) である。そこには、財産の補填ではなく、人格の妥当要求にたいする無思慮への制裁がある、と (S.13f.)。準事務管理も不当利得と同じに扱われている (S.14)。ここには、人格権の商品化という問題への対処をあくまで被った非財産的不利益の問題とするという観点が示されている。

かくて、Steffen においては、人格の商品化現象に対しての金銭補償の予防機能の必要性を承認しつつも、人格権侵害における金銭補償の①で述べられたような独自性と包括的理解を維持し、予防機能は一機能、一算定要因としてその中におさまるものが考えられている。しかし、このような BGH・OLG 判決の解説・補強は、判決支持説のなかでも必ずしも広い賛同を得てはいない。金銭補償の高額化を疑問とする II 説からは、§ 847 の本来の慰謝料、特に人身被害や貞操侵害の場合のそれらに比べて高額であることの理由がないという批判が行われた⁽⁷⁾。後述する I-b 説の様に刑事的性格を認めて利得剥奪による予防機能を考えるのならば、このアンバランスは問題ではなくなるが、利得剥奪を否定し予防機能をあくまで民事法的性格のなかで捉える Steffen にとっては、避けられない問題であった。彼は、インタビューのなかで、一方では、人格権侵害における金銭補償の高額化が身体侵害における慰謝料に影響するかという質問に対して、「影響しない。

(人格権侵害は) 全く独自の法領域である」と答えるが、他方で、「重大な身体侵害における慰謝料は、この間、50万マルクから80万マルクに達するようになった。これは人格権侵害では全く考えられない」(ZRP 1996, S.367) と述べた。Steffen は、高額化ということをもっぱらそれまでの人格権侵害の金銭補償との比較でだけ捉えている (NJW 1997, S.12)。批判説とは認識に相違があった⁽⁸⁾。

Steffen においては、C.v.M 事件のための裁判規準 (「利得獲得意図の下での人格権侵害の場合の金銭的補償の算定においては、利得も算

定要素として、こたえる額が」命じられる)は、BGHによって朝鮮人参判決以来形成されて来た APR 侵害の金銭的補償の制度の展開の中にあるものと見られている。言い換えれば、C.v.M 判決における満足機能及び予防機能の強調は、BGB の欠缺を補充する作業によって形成されてきた金銭補償規準の解釈としてそれに部分的な補完的修正を加えることであった。この主張の特色は、この問題で必要とされた規準を、新たな種類の欠缺判断を必要とするものとは見ないで、操作としては、欠缺補充として既に形成されてきた規準の解釈・具体化とみることである。人格権侵害の金銭補償を損害補填、満足、予防の諸機能を包括したものと理解することで、法発展の連続性を確保しつつ、メディアによる人格の商品化による被害という問題に対応しようというこの立場は、従来は副次的機能とされていた予防機能を、算定において考慮される一機能とするものであった。それは、満足機能がなお非財産的損害の特質から説明されうるものであるに対して、いわば損害賠償制度を予防目的を考慮に入れたものに拡大的に転用することであった。しかし、Steffen においては、なお予防機能は包括的機能のうちの一つであるから、転用という側面は明確には現れない。I-b 説ではそれが明確になる。

Steffen の論述は、BGH 判決更には OLG Hamburg 判決を根拠付けるものという性格のものであったが、それら判決に対して異なった角度から出される疑問・批判を減少させるものとはならなかった。一方では予防機能を徹底する説が現れ、他方では、慰謝料(金銭補償)の性格の不明確さの増大への批判、高額化が損害賠償法から根拠付けられないという批判にさらされることになった。Steffen は、「法的不安定性は、金銭補償の算定には常に存在する」といわば開き直りつつ、「ひよとしたら、この不安定性のなかにも一定の予防的作用があるのかもしれない」と述べて論文を終わっている (S.14)。これも、BGH が選択した法形成の根拠付けの困難さを表すものであった⁽⁹⁾。

Steffenとは違って、判決のいう予防機能を刑事法的性格のものともみたくてBGH判決を支持する論者がある。それらのうち利得剝奪を主張してはいない論者は、なおI-a説としておこう⁽¹⁰⁾。ここでは、刑事法的性格に焦点を合わせた主張を展開しているStürnerの論述を見る。

Stürnerは、刑事法的性格をもった制度はドイツ損害賠償法にとって異物であったが、BGHのC.v.M判決は、利得に関連付けられた「刑罰的損害賠償(Strafschaden)」の考え方によって、満足機能と予防機能が前面に出された新しい種類の法的救済を作り出した(AfP 2000, S.1. S.8. 以下頁数のみ)とし、それが人格権侵害の金銭賠償の額の引き上げに導くと言う(S.8)⁽¹¹⁾。そして、「民法・刑事法の機能の境界分けに賛成するとしても、必然的に交差する領域を否定することは支持できない」(S.8)と、慎重な表現ながら、刑事的思考の導入を擁護する。彼は、この刑事的思考の民法への導入に二つの積極的論拠を与える。一つは、損害賠償法の機能からの理由である。「(損害賠償)請求権は、生活秩序としての私法秩序と法を守るための特権的(privilegiert)な道具である。……人格権侵害による損害賠償の特殊性は、補填目的が明確に背後に退き、損害賠償法の第二次的目的即ち一般及び特別予防がより強く前面にでることである」(S.8)、と。もう一つは社会学的理由ともいうべきもので、次のように言う。「刑事的損害賠償は、効果的合理的な行動統御である。そこでは倫理違反が経済的に評価される。これは時代の特色に根拠をもつ。……刑事的損害賠償によって、アメリカ法の継受が更に一歩おし進められた」。「人格保護とメディア自由の関係をアメリカ型に整序する場合には—メディア、裁判所、社会はこの方向にある—、そのようなメディア自由に適格的な制裁システムも受け入れざるを得ない」(S.7)、と。ドイツ法が現実履行(Naturalerfüllung)による法実現を中心とするのは哲学的観念論(理想主義)の影響であり、それがBGB § 253に表現され、今

日でもドイツの法律家が人格権侵害の金銭的補償を疑問視することに現れている (S.6) とする。Stürner が人格侵害の非金銭的救済手段の機能に与える評価は低い (S.6)。

Stürner においては、BGH 判決が予防機能を述べたことをアメリカ法との比較に基づいて刑事法的性格から根拠づけることが主張内容になっているが、利得剥奪は明示的には主張されていない。Stürner においては、C.v.M 判決が満足機能と予防機能を並列していたことがそのまま受け入れられて、その両機能を内容とした「新しい法的救済＝刑罰的損害賠償」とされている。そこでは、予防機能にだけ着目されているわけではない。

BGH 判決が明示した予防機能が刑事法的性格をもつということは、BGH 支持説のなかでもそれを認める者が多く、更に、I-b 説はそれを推し進めるという意味で言い、逆に、II 説はそれを批判する意味で言うというように広い受けとめ方になった。刑事法的性格の否定を利得剥奪否定の根拠として BGH を補強しようとした Steffen の主張は多くの支持者を見出すには至っていない。予防機能が付随的機能から前面に取り出されることによって、より一層、損害なき補償という側面が現れ、その根拠付けを刑事的性格の承認に求めるという方向(論理的にそれが必然というわけではないとしても)に向かうことになると言えるであろう。刑事法的性格を肯定しつつ BGH を支持する説は、利得剥奪説 (I-b 説) に近づく。そこになお相違があるとすれば、それは (刑事?) 政策上の判断によるということになる。

(I-b) 説

BGH 判決が出されると、もっぱら予防機能に着目した利得剥奪論が登場してきた。原告代理人である Prinz は、差戻審にむけて具体的な算定方法を提示しつつ利得剥奪論を展開している⁽¹²⁾。原告代理人としては当然ともいえるが、予防機能について、「考えられている程進

歩主義的というわけではない」、既に憲法裁判所のソラヤ決定に含まれている考え方であると法発展上の連続性を強調する⁽¹³⁾。

Körnerは、C.v.M判決を、予防目的を中心に置いたものとする(NJW 2000, S.246. 以下頁数のみ)。従って、OLG Hamburgによって認められた180,000DMという額に対しては、適切な(人格の)使用料であるか(S.244)と批判し、剥奪さるべき利得を販売増加に即して見積ることのみが人格の商品化の効果的予防たりうるとする(S.246)。Körnerの主張の特色は、満足機能概念を批判することによって予防機能の独立的意味を根拠づけようとするところにある。彼は言う。財産損害に即したBGBの損害賠償法は補填思考を責任法の第一次的機能であるとする。BGHZ 18. 149が⁸、満足機能を§847に賦与した。ここに、補填を越えた責任法の機能如何の問題への鍵がある。とはいえ、満足概念は、明確には定義できないものである。贖罪的機能が通常は前面に出ているが、予防的要素もこれから導きだされうる(S.242)。満足機能の批判者たちは§847の機能を人格侵害の償いに見ようとしており、そこで提案される§847の「正当な補償」のための算定要因—加害の程度、有責の程度、双方の財産状態—がBGHのこれまでの見方に対応しているとして、「このような方法でのみ、満足という捉えがたい概念が避けられる」(S.243)とする⁽¹⁴⁾。かくて、Körnerによれば、損害賠償法が本来予定した補填機能は、身体侵害の故の慰謝料においてはなお見ることが可能であるが、人格権侵害においては、補填機能に代わるものとしての満足機能が、さらには、それを越える予防と制裁的要素が全面にでる。このことは、すでにBGHが、朝鮮人参判決で強調したことである。C.v.M判決は、予防機能を初めて明示したのであるが、それは既に以前の判決の基礎にあったものであった(S.244, 246)、と。

Steffenが本来人格権侵害の場合の独自の要件と効果をもった金銭補償をかたるとき、予防機能は、この制度の輪郭の不明確さ、算定に

おける裁量の広さのもつ (他の制度の) 負担軽減任務 (Entlastungsaufgabe) のなかで述べられていた⁽¹⁵⁾。このことが、金銭補償の刑事法的性格の否定と並んで、予防機能の絶対化の否定、利得剥奪否定につながっていた。これに対して、Körnerにおいては、BGH 判決が満足機能と予防機能を並列させていたのを、満足機能の意義を批判することによって、予防機能を前面に押し出し、それによって利得剥奪を根拠づけている。Körner は、C.v.M 判決のいう GG 第 1 条第 2 条 1 項構成には全く意義を与えず、§ 847 の類推適用でよいとする (S.244)⁽¹⁶⁾。従って、Körner においては、新たな規準の構成が必要であるという意味での欠缺問題としては捉えられてはいない。この I-b 説では、勿論アメリカ法の懲罰的賠償制度の好意的参照は共通しているが、同時に、APR 判例の展開との連続性が強調されている。しかし、そこでいう連続性の内容は Steffen が示そうとしたものとは異なる。即ち、Steffen においては、金銭補償の包括的理解によって、予防機能をそのなかの側面とするという意味での連続性であって、この側面は C.v.M 事件のような限定されたケースで前面に出るとされるから、C.v.M 判決と従来の人格権侵害の金銭補償とは区別されていて、そこには、限定された新たな規準の付加がある。これに対して、I-b 説では、この区別はなく、むしろ、C.v.M 判決は本来の予防機能に向かう中途にあるものと位置付けられている。しかし、§ 847 が非財産的損害の救済制度を予定していたということからすれば、I-b 説では、非財産的損害の存在を責任成立要件とはするが、救済内容においては、金銭補償を、損害の存在とは別に、行為の予防という政策の道具とすることを正面から肯定し中心的機能にすえ、また、商品化と宣伝目的の利用との連続を強調することによって、広い範囲での損害賠償制度の転用が主張の内容になっている。

第3章 注

- (1) Steffen, Das Schmerzensgeld soll den Verleger ruhig schmerzen, ZRP 1996, S.367, その後の論稿 Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien, NJW 1997, S.13. も参照。
- (2) Steffen, ZRP 1996, S.367.
- (3) この金銭補償を、「慰謝料と並んだ独自の制度」とよぶが、同時に本文で紹介した文章及び、NJW 論文の標題のように、慰謝料という言葉は広い意味でも使われている。前掲 ZRP のインタビューでも同様である。
- (4) 文法的に見て原文の当該箇所には誤植があると思われるが、本文のように解釈した。
- (5) ここで述べられている比喩は、人格権侵害の場合の金銭補償が § 847 の慰謝料とは異なって、完全賠償の補完というだけでなく、制裁と予防によって、他の救済手段では不十分である保護の強化をも任務とする独自の制度となったということから、「その根はなお BGB § 847 にあるとしても、その遺伝子は GG 第 1 条第 2 条に由来し、独特の種類 of 請求権を発展させた」(S.10) と述べたことに対応している。もっとも、本文で要約した部分では、BGB § 847 との繋がりの方が予防的機能の限定の根拠とされている。
- (6) 権利侵害が存在するということの宣言の意味は、非財産的損害の賠償／補償制度のもつ輪郭の不明確さ (Konturlosigkeit) が持ち得る機能のうちのひとつとされるものである (Steffen, Die Aushilfeaufgaben des Schmerzensgeldes, FS-Odersky (1996), S.734)。そこでは、財産的損害がなくても慰謝料／金銭補償が命じられ得るという文脈でのべられる。また、NJW 1997, S.11.
- (7) 以前からあった批判であるが (吉村・前掲) 561頁、また素人騎手判決の認容額 10,000DM につき 563頁注 (5) 参照)、特に C.v.M 判決に関して、Seitz, Prinz und Prinzessin, NJW 1996, 2849, Gou-

nalakis, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, S.16, 24, Canaris, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, FS-Deutsch (1999), S.106. Lang, Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch zivilrechtliche Prävention?, NJW 1999, S.281 など。これは、人格権侵害のこのような金銭的救済が、有名人のための権利であるという批判にもつながる。この点に対しては、Steffen は、「勿論有名人のためだけの権利ではない。しかしメディアにとっては、有名人が売上をのばす」(ZRP1996, S. 367) と答えている。

- (8) I-b 説に属する Körner, Zur Aufgabe des Haftungsrechts, NJW 2000, S.246 は、身体侵害と人格権侵害の賠償額の評価矛盾を残された問題の一つであるとし、「確かに、極めて重大な健康侵害における請求権は、この間に、80万マルク或いはそれ以上に達したが、多くのケースでは、額は低いままに留まっている」と述べている。BGH 批判説である Seitz, NJW 1996, S.2849 は、Steffen の発言が短いことを考慮しても、説得的な説明は困難であるとして、1990年以降の判決での強姦被害者への慰謝料額の低さを示して反論している。人身被害の慰謝料の低額を指摘するものとして、Däubler, Sachen und Menschen im Schadensrecht, NJW 1999, S.1612 も参照。
- (9) Soehring, NJW, 1997, S.372f. は、C.v.M 事件の特異性を強調し、予防思考の法律論的根拠づけは困難であるとし、この判決の一般性を否定する。また、彼は、AfP 2000, S.236 では、OLG Hamburg による180,000DM という結論も、3件の侵害事件に対するものであることから従来と大きく変わるものではないとする。消極的支持説である。
- (10) Stoll/藤岡康宏訳「最近のドイツの判例における人格権保護の諸問題」比較法雑誌30巻2号(1997)114頁以下、v.Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I (1996), Rdn. 608ff (窪田編訳『ヨーロッパ不法行為法(2)』(1998)372頁以下)、Sabine Leutheusser-Schnarrenberger,

Die Zukunft des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, FS-Manfred Engelschall (1996), S.19. Stürner, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, S.1. その他に、v.Holleben, Geldersatz bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien (1999) が、BGHのいう予防機能に賛成し、また金銭補償の刑事法的性格を肯定している。しかし、利得を金銭補償の算定要素とすることには反対したうえで、結論的には準事務管理による利得剥奪を肯定するから、II-b説に入れる。

- (11) Stürnerは、額の点での他の人格財の侵害との相違については述べていない。刑事的性格を強調すれば、被害者間のバランスではなく、加害者への制裁という観点が前面にでるから、Steffenのように、この問題に言及する必要はなくなったといえる。
- (12) Prinz, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtverletzungen durch Medien, NJW 1996, 953. Prinzは、①判決の後、Der Schutz der Persönlichkeitsrechte vor Verletzungen durch die Medien, NJW 1995, 817を發表しているが、そこでは、人格権についての判例全体の展望がテーマになっていて、①判決による予防機能を根拠とした高額化の意義は強調されているが、利得剥奪論はまだ展開されていない。なお、差戻審でのPrinzの主張は、OLG Hamburg NJW 1996, 2870の中で詳しく扱われている。利得剥奪論は他に、Rosengarten, Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht, NJW 1996, S.1935. Körner, NJW 2000, S.241.
- (13) Prinz, NJW 1996, S.954.この点は、利得剥奪説に共通する。Rosengarten, NJW 1996, S.1935. Körner, NJW 2000, S.244. それらにはまた、予防機能に関して、朝鮮人参判決の意義の強調が共通している。この点に関して、第4章注(9)参照。
- (14) また、Körnerは、満足機能が判例においても、二つの領域で意義を失っているように見えるとして、被害者が重大な身体侵害の故に満

足を感じ得ないような場合に判例が慰謝料を否定しないこと、刑事判決とは無関係に慰謝料を課す民事判決の傾向があることをあげている (S.242f.)。

(15) Steffen, FS-Odersky, S.734.

(16) 総じて、I-b説は、BGHによる§847の慰謝料とGG第1条第2条1項に基づく金銭補償の区別には関心をよせていない。

第4章 BGH 判決批判説

前章冒頭で述べた様に、BGH 批判説は二つに分けられる。

II-a説 どのような構成によるものであれ金銭的救済の一層の形成による対処という方向に反対し、非金銭的救済の充実の方向を目指す立場である。この立場は少数説といえる⁽¹⁾。

Gounalakisは、C.v.M事件を、「既存の保護手段によって対処可能であった」し、100,000DM以上への引き上げは相当でないという (AfP 1998, S.18. 以下頁数のみ)⁽²⁾。言論の自由の顧慮の必要性 (S.11, 18)、刑事的性格をもつ目的設定と民事訴訟との不適合 (S.18) が中心的な論拠である。その他に、人身被害・性的被害者との比較 (S.16f, 24)、著名人の為の司法となること (S.18, 24)、C.v.M事件においてはこの額では、実際には「両当事者にとって何の意味もない (Schlag ins Wasser)」 (S.20)、実際に原告のAPRがとくに重大に侵害されたかは疑問 (S.22) といったことがあげられている。

Gounalakisには、そもそも人格の金銭的評価を基礎にした賠償ということへの懐疑がある。(金銭的補償による) 威嚇的作用は、被害者を「メディアの行動の統御ための道具とする」 (S.17) ものであるという⁽³⁾。従って、Gounalakisは、メディアによる人格の商品化という問題への対処は、非金銭的救済方法の展開によるべきである (S.21,

23f.)⁽⁴⁾、とし、更に、不当利得ないし準事務管理によるという提案を次ぎのように批判する。不当利得法説に対しては、素人騎手判決の論拠を支持して、財の主体に商品化の意思・用意がないのに、裁判所が市場価値に即して評価するのは、財主体の情報自己決定権を必然的に侵害することにならざるをえない(S.18f.)⁽⁵⁾、準事務管理説に対しては、「他人の行為」ということが欠けている(S.19)、と批判する。そして、このどちらによっても、利得剥奪はおかしな結果になるとする。即ち、利得をもたらさないせどころか損失を伴うような出版物は、利得をうむ出版と同様の重大な人格権侵害を引き起こしても、被害者の補償をしなくてよいことになる。また、利得することが、人格権侵害を重大にすることに結び付いているわけではない。人格権侵害は利得剥奪によっても補填されないことがある。最後に、売上増加と具体的記事の結び付きに関しては、ZPO § 287があっても解決できない証拠法上の問題がある(S.19)、と。このような批判に加えて更に憲法上の疑念として、利得剥奪は言論の自由の保障の憲法上の基礎に触れるという。即ち、人格侵害の記事や出版物からの利得がしばしば真面目な出版物を支えているのであって、その剥奪は出版全体の経済的弱体となり、言論自由の重大な侵害になるであろうという(S.19)。

BGHの法形成に対してのこのような批判には、当然、§ 847の類推から離れる必要はないという法的構成上の批判が伴っている⁽⁶⁾。このII-a説においては、C.v.M事件は、金銭的救済に関して新たな欠缺の存在を示すものとは受け取られていないし、また、既存のAPR保護規準の新たな解釈を求めるものでもないということになる。この立場は、価値判断においてI-b説に対して対極的な位置にあり、BGH判決に対しても最も批判的な説である。Steffenは、BGH内部でも意見の相違があったと述べており(Steffen, ZRP 1996, S.367)、II-a説のような立場はBGHの内にも存在したであろうと推測される。この説が少数説にとどまっているのは、ドイツにおいてもメディアによる

人格の商品化の現実が、非金銭的救済の存在を前提としても、人々をして早急に一層効果的な対応を求めさせるものとなっているということの現れであろう。人格の商品化という現実を前にすると、加害者に残される利得を言論確保のための資金とみるという論拠によって II-a 説が支持を広げるのは困難と思われる。

II-b 説 高額化された金銭的救済を事件の解決の在り方として疑問視するというわけではないが、それを不法行為の効果の問題とみることを批判する立場である。BGH 判決に対する反応の中での多数説といってよい⁽⁷⁾。多くの論者は不当利得或いは準事務管理の問題であると述べるが、具体的解釈論が提示されるには至っていなかった。そうしたなかで、Canaris によって、§ 281-1、§ 687-2 の類推適用を加えた不当利得法による対処を内容とした解釈論が提示された。

Canaris は、C.v.M 判決を次ぎの三つの論拠からなるとみる。即ち①人格権侵害の金銭補償は § 847 の慰謝料とは異なった GG 第 1 条第 2 条 1 項に基づく法的救済である。②この金銭補償では、犠牲者の満足の視点が前面に出、更に、この救済は予防に役立つべきものである。③販売促進、商業的利益の追求のための故意の人格侵害においては、被告にとって「こたえる」金銭補償がないと、原告は無思慮な強制的商品化に保護なしに引き渡されてしまう (Canaris、前掲 (第 3 章注 (8)) S.85f. 以下頁数のみ)。Canaris は、これら論拠にはすべて問題があるとして詳細な批判をくわえる。BGH の不法行為法の効果としての損害賠償理解に直接に関係するのは①②批判であるが、Canaris は、①②の前提である③が最も弱い論拠であるという。即ち、③は加害者の利得を考慮更には剥奪することを内容とする請求権が (不法行為法の) 他にはないということを前提としているが、この点の検討が行われていないとする (S.86)。このことから、Canaris は、まず③を採り上げて利得剥奪が既に不当利得法によって根拠付けられうるとい

うこと、BGHのような不法行為法の形成は不要であるという議論を展開する。以下、③批判の要点を(S.87-99での章節の符号を付して)摘示することからはじめよう。

APRは割当内容(Zuweisungsgehalt)をもち得る(II-1-a)⁽⁸⁾。被害者に対価での利用の許容の用意がないという否定説の論拠は、損害賠償法にあてはまっても、不当利得法にはあたらない(II-1-b)。§818-2は利得剥奪の根拠にはならない(II-1-c)。悪意の利得者は、§819-1及び§8184により、一般規定上の責任を負う。この一般規定に、§281が含まれる(II-2-a)。§819-1の狭い主観的要件は、類似の制度である準事務管理との並行を示している(II-2-b)。法定債務関係にあるここでの返還債務は主観的原始的不能に近く、§281の類推が可能である。§281によって利得剥奪を認めることで、準事務管理制度との評価上の矛盾が生じない。C.v.M事件のような商品化においては§281のいう代替物といえるのであって、広告目的であった素人騎手事件とは異なる(II-2-c)⁽⁹⁾。利得の額の算定はZPO§287の類推によることができる⁽¹⁰⁾。更に、§242に基づいて情報請求権、§§687-2、681-2、666の類推による顛末報告請求権も認めることができる(II-2-d)。悪意による侵害利得の場合だけが問題であるから報道の自由への過度の侵害を意味しない(II-2-e)。

Canarisは、BGHの不法行為法の考え方は、①テーゼによって強く影響されているとして、①批判にとりかかる(S.99-101)。まず、「BGHはかつて、APR侵害の賠償請求権を§847の類推によって根拠づけていた(BGHZ 26, 349)。BGHはその後すぐにこの方向から遠ざかってしまったが、この当初の方向が基本的には正しいものであった。APRが§823-1の適用領域に入れられることによって、§847には、“後発的欠缺(nachträgliche Lücke)”が生じた。……いまやAPRも§847の保護領域に入れ、(責任成立要件に関して§823-1に入れたと同様)この点に関しても法律上規定されている人格財と同列におく

ことは当然の帰結である。……§ 253はこのことの妨げにはならない。……列挙主義は、個別類推 (Einzelanalogie) による別な構成要件の同置を—後発的欠缺の場合には特に—禁ずるものではなく、ただ、全体類推 (Gesamtanalogie) の方法で、法律上の構成要件から一般的思考を展開することによって、原則と例外を逆転させることを禁ずるだけである。列挙主義が狭義の類推禁止に繋がるのは、原則として、類推禁止が法的安定性への特別な要求によって正当化される場合だけである」として、APR 侵害への § 847 の類推適用の可能性を肯定する (Ⅲ-1-a)。

次いで、BGH が GG 第 1 条第 2 条 1 項に拠って § 847 の慰謝料と区別することを批判する。「今日の憲法解釈学の考え方によれば、不法行為法の多くの部分は、基本権の保護命令機能の具体化とされている。このことは、§ 847 にも当然にあてはまる。§ 847 は GG 第 2 条 2 項の保護命令の具体化とみることができるのであるから。更に、…… (BGH による) 性格付けは、当該規律が憲法上正当である (verfassungslegitimiert) ということの意味するだけであって、それらが憲法上決定されている (verfassungsdeterminiert) ということではない。……更に、APR 侵害において § 847 に挙げられている財の侵害におけると比較して高額が認められののか、そうだとしたら何故なのかという問題がある。憲法に依拠して相違を根拠づけることは、この相違が憲法上命じられている或いは少なくとも憲法上正当であるということの説明できたときにのみ、目的を達成しうる。しかし、BGH はこれまでこのことをまったく行っていない」、と (Ⅲ-1-b)⁽¹¹⁾。

Canaris は、APR 侵害の金銭的救済の法的基礎を § 847 の類推適用に求め、②批判に取り掛かる。まず、BGH 及び通説的見解のいう満足機能を次のように批判する (S.102-105)。BGHZ 18, 149 以来、BGH は慰謝料には補填機能と並んで満足機能があるとしてきた。この見解に対して学説において異論が増加しつつある。今や、新たな方向付け

の 때가きてるように思われる。大法院決定の決定的弱点は、慰謝料の理解が狭すぎることである。そこでは、補填の考え方が“被害者に財産損害を越えて生活を困難にさせた加害者は、給付によって可能な範囲において被害者の生活を再び容易にすることの手助けをするべきである”というものとされる。しかし、“苦痛を喜びにかえる”という目標のたてかたは、慰謝料の機能にあっていない。そのことは、§ 847の目的は、被害者に“喜び”を与えることでなく、金銭をあたえることにあるのだということからすでに言える。人が“喜び”を感じるということを法は保障できないし、全くそれは法の任務ではない。更に、“苦悩”が補填されるべきという出発点が狭すぎる。というのは、§ 847においては、被害者が“財産損害でない損害の故にも”金銭による正当な補償を請求しうる、ということが明らかにされている。§ 847は真に損害賠償の性質のものであり、そこで命じられている“補償”はそれ故中核において§ 251-1の意味のそれである。従って、第一に、“外的 (äußere)”無体損害或いは生活上の損害 (Lebensführungsschaden)、即ち、展開・形成可能性の喪失が補填されるべきである。……追加的に、“内的 (innere)”無形損害或いは感情損害が顧慮されるべきである⁽¹²⁾。補填機能をこのように広く理解すれば追加的機能としての満足機能の正当な場所は残らないだろう。Deutschのいうとおり、満足機能は、“損害に遠く制裁に近い (schadensfern und sanktionsnah)”のである。まさに、そこに躓きの石がある。§ 847は疑い無く“損害に近く”書かれている(Ⅲ-2-a)⁽¹³⁾。

ついで、Canarisは、補填機能と満足機能に関して慰謝料一般について述べたことはAPR侵害に関しても当てはまるとする。例えば、素人騎手事件でも、感情損害と並んで、高度の“外的”無形損害が補填機能によって捉えられるし、朝鮮人参事件での原告の主張も同様であると(Ⅲ-2-b)。

BGHの強調する予防機能について(S.105-109)。まず、一般的予防

効果は、責任法にとって無関係ではないし、それ以外の私法領域でも存在する。しかし、ドイツ損害法においては、予防機能は非独立的機能しかもっていない(Ⅲ-3-a)。C.v.M 判決においては、無形損害の賠償の回復機能が予防機能のために目的外使用された。そこでは、予防機能が誤って独立化されている。架空インタビューによって、原告はそれ程の“外的”生活上の損害を被ってはいない。自己決定権の侵害に対する怒りという感情損害も大きくはないはずである。被告の行為の不法内容は、原告の個人的利益の侵害よりも故意による法無視にあって、それは公共の利害に関係する。損害賠償法は第一次的にこれに奉仕することにあるのではない。OLG が認めた額は、原告に加えられた不法とは釣り合いがとれておらず、一般予防的性格のものである。この額は他の人格財の侵害に § 847 によって認められてきた慰謝料と比較して大きな相違がある。この相違を予防の視点で考えると、他の財の侵害は財産的損害が多いこととならんで刑事的制裁があるのに、APR 侵害にはそれがない。このようにみると、APR 侵害における高額の金銭的補償は刑罰の代わりという機能をもつことになる。しかし、これは、現行責任法の正当な機能ではない。GG 第103条2項、3項への違反の可能性がある(Ⅲ-3-b)。

最後に、Canaris は、不当利得法による解決と不法行為法によるそれとの相違は解釈作業の精巧さというような問題ではなく、よって立つ正義の内容が異なるという。不当利得法においては、悪意侵害者が被害者の費用で獲得した利得の剥奪が問題であって、生活の質の侵害との適切な釣り合いの問題は生じない。目的が違うのであるから、他の慰謝料との不均衡の問題もない。予防的作用は、利得返還の付随的非独立的機能であるから、刑罰へ接近することもない。著名人は利得をもたらす立場にいるのであるから、(利得返還請求権の承認は)特権を意味しない(Ⅲ-3-c)。

かくて、Canaris は、C.v.M 事件に、商業宣伝での利用とは区別さ

れた意味での人格の商品化を見、それを不法行為法上ではなく、不当利得法上の欠缺問題としている。そこでは、規準を不当利得法の補充に求めた上で、それと並んで人格権侵害の金銭的補償は損害補填の問題であって § 847 の類推による欠缺補充とすべきであるとした。これは、I-b 説において、利得剥奪が侵害予防のための道具という位置にあったのとは異なる。I-b 説は C.v.M 事件をいわばメディアによる人格権侵害という社会問題として捉えることで、不法行為成立要件を手掛かりとして、金銭補償制度を損害の範囲を越えて、行動統御の道具としての転用を主張するものであった。これに対して、Canaris は、悪意の侵害利得という財産保持の正当性の欠如という財産問題と性格付けている。法律論のよって立つ所は、I-b 説と II-b 説が対極的位置にある。

第4章 注

- (1) Seitz, NJW 1996, S.2848 は、「(BGH 判決の) 結論はすべての方向から支持されている」と述べている。
- (2) この立場に属すると言えるものとして、Peifer, C.v.M II 判批, JR 1996, S.419. がある。「見出しの訂正は、金銭賠償よりも(加害者にとって) 応えるものであるが、BGH はこのことを十分に考慮しなかった」、威嚇的に高額な判決による予防というのは、「けっして望ましい方法ではない」という(ともに、S.422.)。他に、Stadler, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts (1999), S.29 は、金銭補償の「節度ある (maßvoll) 引き上げが必要である」としつつ、非金銭的救済手段の充実に問題解決の方向をみる。力点は後者にあるから、基本的姿勢は II-a 説に近いと思われるが、BGH 判決批判は強く出されてはいない。
- (3) また、Peifer も、「人格の金銭的評価は結果において、その価値低下 (Entwertung) の危険がある」(JR 1996, S.421) とする。

- (4) Peifer, Persönlichkeitsschaden und Geldersatz, ZVglRWiss. 96 (1997) S.89 も同旨。
- (5) Peifer, JR 1996, S.422. もこの論拠に賛成する。
- (6) Peifer, JR 1996, S.421. Gounalakis も、「BGH によって絶望的に強調された金銭補償の解釈論的独自性もこの (内容的な) 評価矛盾を取り除き得ない」(S.17) と言う。
- (7) Lang, NJW 1999, S.282, Ehmann, C.v.M II 原審判批, AfP 1995, 654 (但し, C.v.M I 判批, LM § 823 (Ah) BGBNr. 119 では、不当利得法については述べていない。), Heldrich, Privates Glück in der Medienwelt, FS-Schweizer (1999), S.36. Taupitz, Karlsruher Forum 1996(1997), S.75. Weyers, Karlsruher Forum 1996 (1997), S.87. Schwerdtner, Karlsruher Forum 1996 (1997), S.105 (但し、この法律論への関心は薄い)、不当利得と準事務管理を並べているのが、Schlechtriem, C.v.M I 判批, JZ 1995, S.364、Siemes, OLG Hamburg 差戻審判批, AfP 1997, S.542, Seitz, NJW 1996, S.2850. 利得剝奪については準事務管理によるのが、v.Holleben, aa.O., S.120ff. Vollkommer, Zum Schutz der Persönlichkeit vor unbefugter Vermarktung durch die Medien, FS-Leisner (1999), S.607ff. なお、P. H. Westermann, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzung, In: Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken (1998), S.147 は、「損害賠償と不当利得法の混合 (Vermischung)」とよんでいるが、主張の方向は明かではない。
- (8) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II · Halbband 2 Besonderer Teil 13. Aufl. (1994), S.169f. 173f. では、侵害利得の成立要件である「他者の費用で “auf Kosten”」の限定基準に関して、通説的立場である割当説 (Zuweisungstheorie) を基本的には支持しつつ、どのような地位 (Positionen) に割当内容が属するかについて、不法行為法上の決定を出発におく。「不法行為法は、ある財がある人

に割り当てられているか、どの範囲でかを決定するための規律プログラムを含んでいる」。人格権については、「人格権への侵害という客観的構成要件が充たされているかが重要である」とし、例として、新聞社が不正な方法で得た情報を掲載したり、他者の内面的領域(Intimsphäre)の問題を権限なく報道した場合を挙げている。ここには、人格権が§823-1の権利・財のような排他的絶対性をもたないことが、侵害利得の対象としての性格を否定することになるかという問題の立て方がある。人格財に割当的帰属が語り得るかという問題ではない。素人騎手判決以来の不当利得否定説の論拠も、割当て帰属性を問題としているのではない。また、準事務管理説も割当内容への侵害であることを前提としている(経済的側面を強調しつつ、v.Holleben, aa.O., S.125)。この点が我が国の不当利得法の考え方と最も異なる点である。これについては、第5章で触れる。

- (9) Canaris が、この事件に関して準事務管理説をとらないのは、架空インタビューの掲載が「他人の事務執行」とは言えないという理由である(S.86, 95)。実質的には、準事務管理説に極めて近い。また、宣伝目的での利用とC.v.M事件のような商品化を区別するのは、I-b説との重要な違いである。
- (10) Canaris は、剥奪さるべき利得の算定というが、OLG Hamburg による額を批判している訳ではないので、具体的にどの程度を考えているのかは分からない。なお、彼は、Karlsruher Forum S.60では、慰謝料による予防効果のためは、天文学的高額が必要になるだろうと批判している。
- (11) 人格権侵害の金銭補償を基本法から直接根拠付けることへの批判は、Lang, aa.O., S.275. Medicus, Bürgerliches Recht 18. Aufl. (1999), Rdn. 615. Deutsch, C.v.M II 判批, LM § 823 (Ah) BGBNr. 122 にもある。
- (12) 外的無体損害の説明として「外的生活の質」と言い換えられ、ある

人の周囲との関係を乱すこと、イメージの侵害が例示されている。内的無形損害の説明として、見ている人がいないところで頬を打たれた場合、確かに、外的無形損害はないが、侮辱の効果の故に内的無形損害はあり、§ 847が適用可能である、とされる。

- (13) 前章での Körner 説の紹介のなかにもあるように、満足機能批判はこれまでも存在していた。吉村・前掲(691頁以下、浦川・前掲26頁参照。それら批判に加えて、Canaris においては、外的・内的無形損害という分類がされている。また、Deutsch の *schadensfern* という表現にあらためて条文解決による補強を与えていることも特徴といえる。ここでは、BGH が予防機能を正面に出したことが、いわば副産物として、I-b, II-b の両方向からの満足機能批判を引き出したことに注目したい。Deutsch・前掲判批が、「満足機能批判者により理解を示したくなる」と述べているのが示唆的である。

第5章 まとめ—ドイツでの議論の整理と

我が国の状況との比較

1、メディアによる人格の商品化に対して BGH が行った金銭的救済の高額化という対処は、その結論においては、多数の支持を得ているといえる。しかし、金銭補償の予防機能を根拠とした方法には相反する二つの方向からの反応（一方は促進的な I-b 説、他方は批判的な II-b 説）があった。BGH 及び I-a 説は、満足機能と予防機能の前面化を BGB § 847 から離れた GG 第 1 条第 2 条によって理由づけているが、それらの操作によって規準が構成されている訳ではない。そこにあるのは、APR が GG 第 1 条第 2 条の援用のもとで欠缺補充によって形成されてきたということを背景にして、既に形成されている規準の解釈によって、その規準に利得目的での故意の人格権侵害の場合の

効果に関する規準を付け加える作業であった。予防機能を考慮する限りでは損害賠償制度の部分的転用をみることができ、金銭補償の包括的理解という根拠によって連続性が説かれることによって、この側面は明確には現れてこない⁽¹⁾。これに対して、I-b説は、朝鮮人参判決以来の連続性を述べるが、そこには、予防機能による一般化があり、また、BGBの損害賠償規定との関連をもたない制度の導入の主張がある。これは、広い範囲での人格権侵害の予防という目的に即しての、損害賠償制度の全面的転用である。また、人格権侵害の金銭的救済を前面に押し出すという、人格の商品化の現実への直接的対応がある。実質的評価の点では、このI-b説の対極に位置するのがII-a説である。そこには、人格侵害と金銭的救済の結び付きをあくまで補完的例外的なものにしようとする姿勢がある。この説は、C.v.M事件を、解釈或いは欠缺補充による新たな規準を必要とするものとは見ていない。そして、この説のBGH批判には、人格権の金銭的救済の拡大に対する理念的な批判が基礎にある。これに対して、II-b説によるBGH及びI-a説への批判は不法行為法及び損害賠償法の部分的転用ということに向けられていて、金銭的救済の拡大に対しての理念的な立場からの批判という訳ではない。そこでは、帰属主体に商業上の利用を認める意思のないものを利用したこと自体は非財産的損害の対象になるが、宣伝に利用するのは区別された人格そのもの商品化の結果は財産化された利得の問題とされ、その場合に当然存在する非財産的損害の賠償と並んで、被侵害者は、侵害者に保持の根拠が欠けることのいわば反射的効力として、商品化の結果である利得の返還を請求し得ることになる。ここには、損害、利得についてのBGBの基本的立場を前提として、対象を限定された欠缺補充による人格の商品化への対処の提案がある。

OLG Hamburgによる180,000DMという金銭補償額は、その後のドイツでの人格権侵害に関する裁判例のなかでも見られないようであ

る⁽²⁾。しかし、急激な変化はないにしても、BGH 判決への各学説の対応を併せ考えると、金銭補償額の上昇は序々に進むものと予想される。その際には、BGH 判決及び I-a 説が実務的には中心であり続けるだろうが、学説のなかの II-b 説のような法律論上の批判は容易にはやまないであろう。I-b 説は、金額上昇のいわば旗振りという役割は果たしても、宣伝目的利用まで含む叙述になっていて限定的規準への志向が弱いこと、ドイツ損害賠償法との距離の大きさから、中心的な位置になることはないであろう。II-a 説は I-b 説への対立者としてプレーキ役の存在以上にはならないと思われる。II-b 説は、学説上は力もち続けるであろう。請求権競合を前提とした請求の仕方によっては、裁判上でも現れる可能性はある。

2、我が国での慰謝料額は、生命身体侵害では調整的機能を含んでいるから判断が困難であるが、近時の傾向として、セクハラ事件では従来と比べて高額なそれが命じる判決が現れている。しかし、ドイツ法でいう人格権侵害にあたる事件に関しては、同様な事件が起こったとしても、OLG Hamburg 判決のような額が近い将来に現れるということにはなさそうである。そこで、最後に、本稿は日本法の解釈論を直接の対象とするものではないが、我が国においてそのような対応を考えるうえでの阻止的要因を、ドイツの判例・学説の動向との比較を通して考えてみる。

① 注目すべきは、まず、BGH による対応に対して、その結論自体に反対する説 (II-a) が少数にとどまっているということである。これは、解釈論上の方途の相違はあっても、メディアによる個人の人格領域への侵入が民事法的ルールにおいても対応を必要としているという判断が広範に及んでいることを示している。

我が国の学説のなかで、公害・薬害事件での制裁的慰謝料論の提示は多くあるが裁判所を動かすまでにはなっていない。それら事件では

従来は故意認定がされてこなかったという点で既に制裁的慰謝料論の現実化には困難があったが、報道被害は、利得目的による故意の人格権侵害という認定が考えられ得る領域である。しかし、まず慰謝料の捉え方が、この問題での法形成を困難にしている。我が国においては、非財産的損害はすべて慰謝料によって賠償されるが、慰謝料は、そのような補填機能とならんで、事実上、財産的損害の賠償の調整的機能も果たしている。この調整的機能は従って、どちらの種類のものであれ、損害補填機能と調和的なものである。しかし、この調整的機能も財産的損害を伴った人身被害において現れるものである。BGH判決で予防機能が明示的に現れるのには、満足機能の存在が媒介としての役割を果たした。非財産的損害の金銭的救済は、§ 847での列挙を除いて、それを規定した条文がなく、むしろ§ 253というそれへの阻止的な条文があるというBGBの構造にも拘わらず、§ 847の類推によるか、GG第1条第2条によるかはともかくとして、満足機能概念を通して柔軟な対応が可能となっていた。ここには、欠缺補充としての人格権保護の展開のなかに示される法形成への積極的な姿勢がなお引き続き表されている。この満足機能に対しては前章でみたとおりI-b説II-b説からの批判がある。II-b説は補填機能を広く解して(我が国の非財産的損害の捉えかたはこれに近い)、更にそれとは別に、悪意侵害に対しての不当利得法(説によっては、準事務管理)での対応を主張しており、その限りでは結論的には、人格の商品化に対する金銭的救済は広いものになっている。この説では、不当利得法における類推という手法による欠缺補充が損害賠償法の転用に優先されている。このような法形成への姿勢の相違が何に由来するかには様々なことが考えられるが、そのうちのひとつとして、欠缺補充への意識的取り組みの相違があげられる。我が国不法行為法について言えば、民法709条710条が、BGB §§ 253, 823-1, 847とは異なって、広い文言であることが、現実には行われざるを得ない欠缺補充を意識させないこと、具

体的には、慰謝料の問題領域に即した効果レベルでの規準構成が見られないことに繋がった。欠缺補充作業自体は裁判所の任務であるが、そうと明示されないその種の作業を含め、問題の整理を通して法形成に参加することは学説の任務である。

② 我が国の状況との比較で次ぎに指摘されるべきことは、ドイツ法においては、人格権侵害における金銭的補償は非金銭的救済に対して補完的位置におかれているということである。現に一連の C.v.M 事件でも、C.v.M I では撤回文の公表要求、C.v.M II では訂正要求が併せて肯定されている⁽³⁾。BGH 判決及びその結論を支持する学説には、そのような非金銭的救済だけでは不十分であるという判断がある。それだけの人格権保護の法形成があつての金銭補償の性格論である。従つて、II-a 説のような、非金銭的救済の意義を強調して金銭的救済の高額化に反対するという立場は我が国ではそのままでは現れがたく、そのような主張がされるとしたら、それには人格権に基づく非金銭的救済の広範なそして原則的手段としての承認という（ドイツではことさらにする必要のない）主張が伴わなければならない。このように考えると、ドイツにおける金銭補償の高額化が示す人格権保護の状況と我が国の状況との相違はますます大きなものであることが分かる。多様な非金銭的救済の道を実確につけることが金銭的救済の高額化より先決問題かも知れない⁽⁴⁾。

③ メディアに対する姿勢において、我が国裁判例の現状は、「利得目的での故意の人格権侵害」規準の導入には距離がある。BGH 及び支持説は、II-b 説を含めて、利得目的での故意の人格権侵害に問題を限定することで⁽⁵⁾、GG 第 5 条で保護された言論の自由との衝突を回避しようと考えている。このことをどう判断するかはドイツ国内での価値判断の対立（I-a, b, II-b 対 II-a）の問題である。ただ、この対立状況を見る場合にも、（その実効性についての評価に相違があることは別にして）非金銭的救済が第一次的なものとして存在するこ

とについての一致があるということは忘れられてはならない。従って、II-a 説も、その種の言論活動の保護ではなく、その利得によって他の種類の出版が可能になる場合があるということを理由にしており、それだけ言論の自由という論理は後退している。

我が国での報道による人格権侵害における人格権保護と言論の自由の調整は、名誉毀損の場合には、①「公共の利害に関する事実」、②「もっぱら公益を図る目的」、③「真実と信じるについての相当の理由」についての判断によっている。プライバシー侵害については、いまだ確定的といえる規準はない。C.v.M 事件のような捏造記事、追跡写真の掲載といった場合であれば、我が国でも責任成立場面では議論は出ないであろう。問題は、効果レベルで、「利得目的での故意の人格権侵害」という付加的規準の導入が（構成上どの領域であれ）現実的なものとして考え得るかにある。人格の商品化という問題はメディア報道による人格侵害ケースである。執筆者・編集者が損害賠償責任を負うことがあるとしても、それを越えた高額のお金補償や利得返還責任を課されるのはメディアである。前記①②は責任成立要件の一部であって、直接にはここでの問題とは異なるが、その運用はメディアに対する裁判所の姿勢を示しているという意味で間接的な判断材料である。①②規準がメディアに関してはほとんど機能していないということには、メディアの内容を裁判所が判断するということに対しての抑制的な姿勢をみることができる。成立要件レベルであれば、個別事件の特色は③要件の適用において考慮することが可能である。しかし、要件論でメディアを均質にとらえるこの姿勢は、名誉毀損・プライバシー侵害の存在を認めた場合でも、個々の記事に着目して、慰謝料（或いは侵害利得返還）のなかでの利得目的の扱いで「利得目的での故意の人格権侵害」に対応することを困難にする。しかし、ドイツにおいても、GG 第5条の言論の自由の保障はメディアの質を問わないとされており、規準に適切な限定が伴えば、一定の型の記事に関して

の効果論での対応において、金銭的救済を高額化することは、裁判所によるメディアの格付けを意味するわけではない。

④ 法的構成に関して。BGH 判決は、満足機能から予防機能を明示的に分化させることによって高額化を理由づけていた。これを不当利得 (或いは準事務管理) の問題であるとみた II-b 説がすべて満足機能を批判しているという訳ではないが、II-b 説のなかから、この問題をきっかけとして予防機能から逆上って満足機能批判に踏み切る説が現れたのである。かくて、この判決は、予防機能という中心問題から、ひいては、満足機能というこれまでの非財産的損害の金銭補償の性格の捉え方についての対立を鮮明にするに与かることとなった。BGH のいう金銭補償でも、満足機能・予防機能が「前面にでる」と言っていて、損害補填機能が無くなると言っているわけではないが、損害賠償制度という性格はより薄められることになった。従って、II-b 説からの批判はまず、従来からの満足機能という考えに対して、損害補填の捕らえ方が狭すぎるといえるということにあった。

ドイツでの満足機能にあたる概念は我が国では用いられていない。Canaris が、補填機能を広く解すべきであるとして挙げる外的無形損害、内的無形損害の例は、我が国では、責任成立要件を充たした行為によるものであれば、効果場面で非財産的損害とされ慰謝料の対象とされることに異論はないであろう。とはいえ、このことは、Canaris の主張にある損害賠償法としての性格の徹底を目指すということと共通するものを我が国の判例・学説がもっているということの意味する訳ではない。非財産的損害の補填の限定規定がないとことと慰謝料の算定が裁量によるということが、満足機能を持ち出すまでもなく我が国での慰謝料の機能をきわめて広いものにしていたのである。このことが、同時に、慰謝料の性質を巡る議論を低調なものにしていた。

しかし、付随的位置に止まらないものとしての予防機能は、我が国のような広い非財産的損害をもってしても、その補填 (或いは財産的

損害の調整)機能のなかでは語りえないものである⁽⁶⁾。ドイツにおける議論において、損害賠償法がなんらかの予防機能をもつことはすべての学説が認めるところであったが、多くの説では副次的機能としてであって、予防を目的として金銭補償を高額化するあるいは利得を剥奪するというのがここでの新たな問題であった。BGHが、予防機能を満足機能から分化させたこと、BGB § 847 から離れたことは、損害賠償法の外での法形成という性格を示している。それは損害を手掛かりにして、それを越えて金銭補償をするというものであるから、損害賠償制度の拡大的転用と言える。確かに、BGH及びI-a説では、損害賠償法の諸機能のうちで満足機能と予防機能が前面にでるという構成になっており、予防機能を独立化させたものではない。Steffenは、社会行動の方向づけのための道具化には反対している。しかし、人格権侵害による非財産的損害の存在を前提としつつも、その認定・算定とは異なる要素を金銭補償額決定において重要なものとすることで、§ 847の予定する金銭補償とは異なるものとなった。このことはI-b説でより明確になる。この説にとっては、人格権侵害があるということだけが重要であって、その法的効果は非財産的損害の回復措置という性格はなくなっている。損害賠償制度の全面的転用である。I-b説が、主張の根拠にアメリカ法を援用するのも、BGBの操作との距離を表している。II-a説はこの転用に反対し、II-b説は不当利得法或いは準事務管理での欠缺補充によって利得剥奪の可能性を提示することによって、この転用の必要性を否定する。

我が国においても、民法710条は「財産権ヲ害セサレサリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ為スコトヲ要ス」としているから、この条文を根拠とする損害賠償請求は、「損害」の回復を内容としていることは、BGB § 847と同じである。従って、不法行為法の予防機能を目的として明示的に損害を越えて金銭的救済を認めるとすれば、それはやはり民法710条の拡大的転用という意味での欠缺補充の問題となる。この

拡大的転用によって導入されることになる制度は、損害をきっかけとするだけで、制度目的が異なるから類推とは言えず、法規の操作によらない欠缺補充とみるべきものとなろう。我が国においても、メディアによる人格の商品化現象は広範にみられるところであり、金銭的給付が中心に置かれていることから、今後、裁量によって慰謝料のある程度の高額化が行われる可能性はある。また、制裁的慰謝料論はすでに存在しているから、学説のなかで、I-b説のような主張がでることも容易に想像できる。その際に、II-a説的対応はドイツにおける以上に困難に出会う。それでは、II-b説的対応についてはどうか。我が国ではII-b説登場にとって阻止的に作用する要因として二つのことがある。まず第一に、外在的要因であるが、II-b説が現れるには、BGH判決が満足機能、予防機能を明示し、さらに、GG第1条第2条に基づく規準であると述べたことによって、議論となる点(I-b説程ではないが、それなりに)明確にされたということがある。これによって欠缺補充によって形成されてきた人格権法に効果面でのもう一つの法形成(実質的には欠缺補充と言えるそれ)がみられることになった。これに対して、もし我が国で現在に比しての高額化が行われたとしても、「裁量を越える」額が法形成による規準に理由づけられて認められるという想定は困難である。慰謝料の裁量的算定ということ以上には理由付けがされないとすると、判決の論理に即した議論は困難となる。II-b説は欠缺補充方法の対置という性格をもち、欠缺論は論理的作業を不可欠の要素とするものだからである。しかし、このことは我が国の学説がこの点で困難な作業環境にあるということの意味するものではあるが、欠缺確定・補充の整理と提言という学説の重要な任務にとっての決定的な困難という訳ではない。

我が国での欠缺補充としてみた場合、不当利得法内在的な問題がII-b説的対応に対しての第二の阻止的要因として現れてくる。前述の

ようにⅡ-b説においてだけでなく、不当利得法の適用を否定する立場(例えば素人騎手判決)においても、人格的利益であること自体に割当的帰属に関する問題があるとは見られていない。これに対して我が国では、これまで、人格権侵害に基づく利得ということは議論されておらず、明示的に否定している説が多いというわけではないが、人格的利益に関しては、「『割当的帰属』の侵害というものはありません」人格的利益の帰属には、「財貨帰属秩序」が「財貨の帰属主体に当該財貨の有する利益内容をあてがっている(割り当てている)」のと同じことは語り得ない⁽⁷⁾という叙述が一般的傾向を表していると思われる。準事務管理制度の機能を、「他人の絶対的排他的権利領域(＝他人の事務)への悪意の侵害」の場合の収益引き取り請求権と収益計算報告請求権の承認にみる場合⁽⁸⁾にも同様の事が言える。確かに、人格的利益の帰属においては、人であることによる生来的な帰属を語りうる点で、そこでの救済の対象となる法的地位の性質が財貨の帰属におけるとは異なる。さらに、人格的利益は、その人格の存在から独立した内容ではない。健康という財があって、それを利用して受益するわけではない。従ってまた、その帰属している利益内容を、帰属主体にとって同じ意味において他者が受益するというものではない。人格的利益の侵害は、人格そのものの侵害であって、人格から離れた利益があってそれを他者が侵害或いは受益するというものではないのである。その限りでは、財貨帰属侵害のように、物権的請求権及びそれにかわる利得返還と同じ構造をみることはできない。しかし他方、その人格的利益を他者が(帰属主体に利益が帰属しているとは異なった内容で)利用することによって利得した場合、その利得の保持に根拠が欠けることも否定できない。侵害利得類型及び準事務管理は、利得の法的根拠の不存在を表すことに主眼があり、その限りでは、他人の人格の利用と共通性をもつ。人格と財貨の上述のような相違は、救済規範のレベルでこの類型を類推する説が登場することによっての決定的

な障害とはいえないであろう⁽⁹⁾。

第5章 注

- (1) 第3章注(5)及び本文のSteffenの§847とGG第1条第2条の関係の比喩的表現を参照。
- (2) Soehring, AfP 2000, S.236は、認容額は4桁から5桁半ばの間で動いているという。
- (3) なお、C.v.M 関連のうちのBGHZ 131, 332では、写真が掲載された雑誌の販売差止が一部認められている。
- (4) 本稿の対象ではないので立ち入らないが、人格権侵害の非金銭的救済における判例の法形成作業及び学説の状況のドイツ法との相違は大きい。我が国における最近の例として、差止請求を認めた「石に泳ぐ魚事件」判決(東京地判平1999・6・22判時1691号91頁)に対する判例批評にみえる反応(松井茂記・法時72巻4号(2000)106頁、田島泰彦・法セ540号(1999)65頁以下、これに対する反論及び再反論は、木村晋介・法時72巻6号(2000)45頁、松井・法時72巻9号(2000)76頁)にもそれが現れている。差止的救済を頑なに否定する姿勢を維持したまま、金銭的救済における高額化も否定する説が現れるとしたら、それは法形成任務を放棄するものと言わざるを得ない。
- (5) その下で、I-b説は、この類型を宣伝目的での利用まで含めて論じていることで、II-b説と異なっている。BGH, I-a説は明示はないが、II-b説と同じか。
- (6) 窪田「不法行為法と制裁」682頁以下は、制裁的機能を根拠づけるという関心から、損害論に取り組んでいる。そこでは狭義の解釈方法(この意味については、さしあたり広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(1997)1頁以下参照)によるそれが考えられているように見える。私は、人格侵害による損害の回復にふさわしい慰謝料が裁量によって決定されることを前提として、それを越える問題は、損害賠

償制度の転用の是非、どの領域の欠缺補充として規準を構成するかという二つの問題に行き着くであろうと考えている。

- (7) 広中『民法綱要第一巻総論上』(1989) 5頁、15頁。
- (8) 好美清光「準事務管理の再評価」【事務管理・不当利得の研究(3)・谷口知平先生還暦記念】(1972) 427頁以下。
- (9) 悪意侵害利得の返還の範囲に関しては、我が国の場合、Canarisのいう§ 281の類推のような手掛かりがないことの問題が残る。顛末報告請求権については、我が国でも問題はないであろう。

校正段階で以下のC.v.M関連判決に接した。

BVerfG AfP 2000, 347. BVerfG AfP 2000, 349, BVerfG AfP 2000, 350.
また、C.v.Mが直接の当事者ではないが、C.v.Mの再婚の相手とされた人物についての記事に関する判決として、BVerfG AfP 2000, 352(BGH AfP 1999, 350対する憲法異議), BVerfG AfP 2000, 353.