

論
說

営業批判とドイツ不法行為法

中
村
哲
也

第一章 問題の所在

第二章 営業批判とRAGの概念

第三章 営業批判と名誉毀損

第四章 むすび

第一章 問題の所在

我国においてもドイツにおいても、営業活動の民事法的保護は第一次的には不正競争法を中心とした競争法及び無体財産法によって担当されている。しかし、無体財産権にまで確定具体化されていない営業活動が競争関係になり第三者によって妨害された場合について、不法行為が果してきた機能及びその際の構成はこの両国において大きく異なる。我国においては、営業妨害が教科書で不法行為法の一部で簡単に触れられてはいても、この領域が不法行為法のなかでのひとつの固有の部分をつくりあげるといふことはこれまでなかった。これに対しドイツ法においては、まず、BGB 八二四条、八二三条二項、八二六条⁽¹⁾がそれにあたることになるが、それぞれの要件にあたらぬ場合には欠缺補充として対応され、そこで⁽²⁾の法形成は、⁽³⁾の⁽⁴⁾によって導入され、多くの学説の懐疑的な姿勢に拘らず、BGHによって承継されたRG（営業権、正確には、設立され且稼働中の企業の上の権利・Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb）概念によって行われてきた。それによって、不法行為法においてひとつの領域がつくりだされた。この概念をめぐる判例・学説状況についてすでに検討したことがあるが、本稿は⁽²⁾この営業活動の不法行為法上の保護のうち営業批判問題を取りあげて、前稿を補足しようとするものである。ここでの問題の関心は次のところにある。

我国においては、表現行為による営業利益の侵害という問題は、名誉毀損法によって、要件・効果ともに人格的名誉の侵害と区別されずに扱われてきた。⁽³⁾しかし、とくに個人の営業活動においては人格的利益と営業利益の侵害

がともに問題となることが多いことは確かであるにせよ、営業活動の中心をしめる法人組織にかんしては、個人におけるのと同じようには、その活動への批判が活動主体の人間としての尊厳にかかわるという訳ではない。そこには、営業活動の不法行為法上の保護は人格的名譽毀損法におけるとは異なつた意義を持つものと見ることはできないかという問題がある。営業、広くは（営利を目的としない活動を含めて）事業は、本来的に様々な批判にさらされるものである点において、個人の人格とは異なる。後者においては、それが批判にさらされるのは、人格の多様な部分のうちの一部である。営業・事業活動はその全体が顕在的・潜在的な市場における競争を前提としてゐる。批判は、この競争の場の一要素である。

このように考えた場合、営業活動と人格的名譽の間には、多くの共通性及び重なりと同時に、法的保護の点で同一にすべきでない部分もあるのではないかが検討されるべきである。このことは、不法行為法の構造についての考え方と関連をもつ。即ち、わが民法においては、解釈によつて一般条項化された七〇九条が不法行為法の基本的性格を決定しており、また、そのことには十分な根拠があると考えるが、この一般条項の内容の確定作業が民法学にとつての大きな課題となる。相關關係論の登場はそのひとつの試みではあつたが、それが有効な方法を提示しているとは言いがたい。また、その後の不法行為法學の違法性・過失論議も、一般条項の内容確定に寄与しているとは言えない。⁴不法行為法の機能領域の確定のためには不法行為法の枠をこえて、差止法と共通する基礎的部分（効果の相違から救済の要件の相違があるにせよ）を明らかにすることが必要と考える。違法性と過失の關係、差止と損害賠償におけるそれぞれの違法性の關係もその問題が屬する類型によつて異なると考えるべきであろう。本稿は、営業批判行為による営業活動の阻害事件を中心に、そこでのあるべき法的保護とその性格を考える。具体的にはこ

の問題領域で議論の蓄積があり法形成の過程がみられるドイツ法を素材とするのであるが、法形成を必要とした背景たる法状況が我が国とは異なるので、その相違の所在とともに、にも拘らずこの法形成のなかにわれわれが見いだしうる意義を示すことを目的とする。

以下では、営業批判及び営業に関する真実摘示と不法行為法の成立の問題についての代表的な判決をとおして裁判所の態度を確認したあと、それに対する学説の多様な対応を分類しそれぞれの位置付けを行う。まず、RdG 概念の八二三条一項への整序をめぐる学説の相違の営業批判・真実摘示問題における現れを(第二章)、ついで、営業利益保護と人格的利益保護の関係に関して、この種の事件を巡ってのそれら学説の叙述に現れる傾向をさぐる(第三章)。不法行為法領域での法形成において、現代社会での不法行為法による利益保護・調整への広範にわたる要請に対応して、ドイツ不法行為法においても一般条項の機能拡大への動きが様々なかたちで現れるが、一方におけるこの拡大の方向と、他方でこの要請を前提としつつ再細分化による裁判規準の機能維持・回復の試みの関係を学説間及びそれぞれの学説内でみることが、両章を通じての関心である。具体的にはつぎの二点である。第一に、RdG 八二四条は不真実主張による信用危殆・営業利益侵害の過失責任及びその排除を規定しているが、価値判断の提示及び真実主張によるそれら利益侵害については規定がない。そこで裁判所は既に他の形で営業利益侵害に關しての判例によって形成されていたRdGの概念を用いた。この概念を要素とする規準は一般条項としての性格をもち、八二三条一項への整序がかかえる問題は、表現行為による営業利益侵害の違法性判断における利益衡量の位置と内容に關して一層顕著となり、判決に対する学説の対応の相違が生じる。このことをRdGのもつ不確定概念としての性格への態度設定の相違という角度から検討し、更にそれら学説のとり実質的評価の方法との関係を考え

る。第二に、八二四条はBGBが人格的名誉の保護を採り上げないこと、財産上の損害に着目して営業上の信用のみを法的保護の対象とすると言うことを意味したが、やがて判例によって人格的名誉が八二三条一項による保護の対象とされるようになる。このことは、RaGとAPR（一般的人格権・das allgemeine Persönlichkeitsrecht）の関係如何という問題を思い浮かべさせるが、しかし、BGBが予定した財産的利益保護と非財産的保護の法的効果上の違いから、RaG・APR両概念の関係如何は議論の対象となるには至らなかつた。このことには、それぞれの保護の要件の接近と言うこと、どちらにおいても差止による保護が第一次的であつて損害賠償内容の相違は重要なものとなつていないと言うことが考えられる。とはいえ他方で、学説の叙述の中には、それら利益の性格付けの相違を窺ふことのできるものがある。そこで、法人の名誉即ち営業上の名誉の侵害として扱われることがそのような被侵害利益の把握そして営業批判及び真実摘示の違法性判断の性格に与える影響を、私的利益と市場 \parallel 公共物の関係如何の問題が不法行為法の学説にいかに関われるか（あるいは現われないか）という角度から検討する。⁽⁵⁾

注

- (1) 本稿で参照する条文は以下のとおりである。BGB八二三条「(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。(2)他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過失がなくとも違反を生ずる場合には、賠償義務は、過失があるときに限り生ずる。」八二四条「(1)他人の信用を危うくし又はその他不利益を他人の現在及び将来の収入に対して生じさせる事実を真実に反して主張し、又は流布した者は、その不実を過失によって知らないとき

であつても、これによつて生じた損害を賠償しなければならない。(2)伝達者又はその受領者が伝達につき正当な利益を有するときは、伝達者は、不実であることを知らない伝達によつて、損害賠償の義務を負わない。」八二六条「善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。」椿寿夫・右近健男編「注釈ドイツ不当利得・不法行為法」(一九九〇)による。

(2) 中村「営業利益」とドイツ不法行為法——営業権概念と社会生活上の義務論をめぐつて——」法政理論二四卷二号(中村①・一九九二)一頁以下。

(3) もっとも、個々の判決において、被侵害利益が営業利益であることが、重要な意味をもつたのではないかと思われるものがある。この点については、中村「営業批判と名誉毀損法——違法性類型をめぐつて——」鈴木祿弥・徳本伸一編「財産法学の新展開・幾代通先生献呈論文集」(中村②・一九九三)四七七頁以下参照。

(4) これらの点につき、中村「現代民事違法性論における類型論と体系思考」法政理論一七卷三号(一九八四)一頁以下。

(5) 従つて、以下の叙述は、ドイツ民法解釈論への賛否をのべるものではなく、またそのうちのあるものをわが国へ導入することを主張するものでもない。

第二章 営業批判とRAG概念

一 営業批判・営業に関する真実摘示の違法性如何の問題は、ホイコット行動と結び付いたものとしてはRAG時

代に既にあつたが、表現行為の違法性という形では、戦後、⁽¹⁾の五条が存在することによって、大きな問題として現われてきた。BGHは、営業保護に関して形成されていたRAG概念をもちいてこの問題に対処した。以下では、判決を網羅的に検討するのではなく、学説の検討の前提として必要な限りでの流れを示すために、その後の展開に重要な意味をもった判決とそれらと現在へのつながりを示す近時の判決をみることにする。

まず、⁽²⁾①BGH, 1951. 10. 26判決 (BGHZ, 3, 270)の事件では、原告の発行する婦人雑誌「コンスタンツェ」が、被告の発行する教会関係の週刊誌に付けられる各教区の号の一つにおいて、「いかがわしい文化的産物の泥沼から咲いた花」であり女性の名誉と子供の教育にとって有害であると非難された。原告はこの表現行為の不作為及び撤回を請求し更に損害賠償義務および判決の公刊権限の確認を求めた。第一、二とも原告敗訴。BGHは、次のように述べて破棄差戻した。RAGは、企業の存在 (Bestand) についてだけでなく、個々の現象形式・営業活動全体においても直接的妨害から守られなければならない。本件記事は原告の営業活動を妨げられない権利への直接的侵害である。事実在即した (sachlich) 批判は違法ではないが、事実とはかかわらない批判は、それが正当な利益の擁護のために客観的に必要な場合だけ違法性がなくなる。正当な利益を他人の法的財への侵害によって擁護するものは最も穏当な方法を選ばなければならない⁽³⁾、と。

この判決の述べる定式——RAG侵害によって原則的に違法、例外的に違法性阻却——は、一方ではその後の表現行為事件の判決のなかで受け継がれるが⁽⁴⁾、他方では、疑問を呈する判決があり⁽⁵⁾、また言論・表現の自由を重視した憲法裁判所のLuth判決 (1958. 1. 15, BVerfGE, 7, 198) が⁽⁶⁾①判決の修正あるいは否定（その後の判決をこのどちらと解するかが一つの争点となるのであるが）の方向を間接的に示した。このようななかで現われ重要な位置を

占めるに至るのが②BGH 1966. 6. 21 判決 (BGHZ, 45, 196) である。

地獄の火 (Höllenfener) 事件判決と呼ばれるこの②判決の事実関係は次のとおりであった。原告が発行する週刊グラフ雑誌「シュテルン」に掲載された教会及びヨハネス法王への批判記事——そのタイトルが「地獄に火はほんとうに燃えているか? キリスト者の一体性についての幻想のうちで残っている物」——に対して被告の出版する雑誌が反批判記事を出した。原告は被告による記事がその名誉侵害的形式によって正当な利益の擁護のために許されることをはるかに越えているとして第一次的に⁽⁸⁾被告の侵害により、第二次的に被告に競争目的があったとして、被告の「(原告の) 雑誌の尺度は通俗である……」の主張の不作為を求めた。第一審は請求棄却、第二審では、原告が拡大した不作為請求部分の一部を認めた。BGHは原告の上告を棄却し、被告の付帯上告に基づき訴えをすべて棄却した。BGHは、この事件にとつての決定的問題は批判が原告の営業活動を法的に許されない態度で侵害することによって、法的に設定された限界を越えたかということにあるとし、この問題について①判決後のBGH判決、憲法裁判所判決を指示しつつ、①判決で扱われた問題は新たな検討を要するとした。そして、「公的問題における論争へのそれに適格な者による (durch einen Legitimierten) 参加である場合には、「自由な言論」の許容への推定が働く」という前提から、この限界は広く解されるべきであり、この事件での(被告による)論駁はいまだ悪意ある中傷的批判とは言えないとした。

この②判決の理解、①判決との関係如何が学説の一つの相違となつていくのであるが、その相違はまたその後の判決の中にも現われて来た。それは、①判決を部分的に修正したものとみるか、原則を転換したものとみるかという⁽⁹⁾ことであり、具体的には、②判決のいう「それに適格な者による論争への参加」ということを重視し、批判が正当

とされるのをメディア間の論争 (Pressefende) に限定するからである。

②判決を①判決の連続で捕えることの延長線上にあるものとして、③BGH, 1983. 2. 24 判決 (NJW 83. 2195)⁽⁹⁾がある。この判決では事実主張ともそれをおおしての非難ともとれる事件で、RaG 概念をもちいて表現行為の差止請求を認めた。この判決理由と結論は、表現行為による営業侵害事件での裁判例のひとつの流れを表している。そして、一方では支持があるとともに、他方では強い批判を呼び起こした。

③判決、原告 X は見本市の興業会社である。隔年に Köln で Photokina という名の世界見本市を開催し、Photo-Image という商標登録をもっていた。被告 Y はプリント工場を営み、一九六〇年からこの見本市に出展し、一九七六年まで同じ場所で展示していた。一九七八年の見本市に際し、展示の位置をめぐって X Y 間で対立が生じ、Y はこの年の参加を断念した。Y は、雑誌の折り込み広告で自らの製品の宣伝とならべて、Photonika 78 という見出しで抗議の為に見本市に出展しない旨の文章を掲げた。X は、商標侵害と RaG 侵害を理由として、Photonika 及び、それに続く文章を広告に入れることの不作為を求めた。LG, OLG, BGH を通じて、X の主張が認められた。BGH は、OLG と同様、まず、商標として用いていないとして商標侵害を否定したのち、営業侵害を次の様に肯定した。X が抗議を理由に見本市の出展をしないという表示は、単に事実を述べただけではなく、Y の行為がフェアでないという非難をふくんでいる。X が援用する②判決の原則はあてはまらない。その事件では、プレス間の論争が問題となっていて、②判決は、公共にとって重要な問題における論争への、それに適格と認められた者による参加が問題となっているときには、自由な論争への推定がはたらくという。このような前提は本事件では存在しないことは明らかである、と。

この判決の特色は、②判決の妥当範囲を狭く解して、違法なRAGの侵害を認めたことにある。このことは、まさに、RAG理解と関連している。

次に、これとは結論においても、構成においても反対の方向を示す④BGH, 1986, 11, 25判決(NJW 1987, 2746)を見ておこう。原告Xは消毒液の製造販売会社である。被告Yテレビ会社は、報道番組の中である町の複数の児童公園がそこでの空气中に高濃度のホルムアルデヒドのガスが検出されて閉鎖されたと伝え、この報道の合間に、このガスは消毒液やラックにも使われており、連邦環境省、厚生省はホルムアルデヒドを発ガン性ありとしていと述べ、X会社の消毒液を七―八秒間画面に映した。Xは、営業侵害であるとして、この番組の将来の再映の差止を求めた。第一、二審はRAG侵害を理由としてXの訴えをみとめたが、BGHはRAG侵害の存在は認めつつ、次のように述べてYの上告を容れた。営業者がかれの業務にたいする真実に対応した批判を原則として受忍しなければならぬ。本件での放映は批判として許されないような晒しものにする(Anprangerung)とみられるべきではない。Xの消毒液がこの報道が取り組んでいた危険性をもったホルムアルデヒドを含んでいたのだから放映には事実在即した理由があり、Xの商品名が画面に出されることも、報道を画面によって示さなければならぬというテレビ番組のもつ性格からみて不当であるとは言えない、と。

この事件は、批判的文脈のなかで具体的な商品が挙げられたことに特色がある。事実摘示に誤りがあるわけではないから、八二四条の問題とはならず、八二三条一項が適用条文とされたが、この判決では名前を挙げることで違法であるかということに論述が集中していて、参照されるBGH判決もその種の事件を扱ったものに限られ、前述の①②判決は指示されていない。しかし、違法性判断の実質的規準は相当性判断になっていて、その限りでは、②

判決のひとつの理解である八二三条一項の適用問題としつつ批判的表現の違法性判断を中傷的批判か否かにみる流れと同一になる。従って、結論だけでなく、考え方において③判決と異なるのは、③判決においては、営業批判がRaGの侵害であり原則的に違法であり、狭く解された②判決の「前提」が違法性を阻却する要件とされているのに対し、④判決では、そのような「前提」を論じることなく相当性判断が行われ、それも相当でないとは言えない（nicht unverhältnismäßig）という原則的許容が発点になっていることにある。¹¹⁾

営業批判については、RaGの侵害から原則的に違法とする判決は少数で、利益衡量を強調する判決が多数といえ、これはほぼ学説の傾向と対応する。このことには勿論憲法上の言論の自由の意義の承認がある。しかし、言論とこの被侵害利益の関係如何ということより、まず、ドイツ不法行為法規定のなかでこの保護をどう位置付けるかという問題が学説を分けることになった。

二 営業批判を原則的に承認するか一定の要件の下での例外的な違法性阻却を考えるかという点で②判決の理解が異なってきた。③④判決の相違ともなってくる。学説上も、RaGの概念に対する態度設定と関連しつつ、幾つかの立場が見られる。

①判決のようにRaGの侵害の違法性を発する考え方は、八二三条一項の「その他の権利」として捕えることを積極的に承認し、絶対権と同様というわけではないにせよ、その相違を強調することはしない考え方（T—a説）と結び付く。Schäferは、③判決を支持して次のように言う。自由な意見表明の権利の優越が認められて来たのは、批判のなかに公共に重大に関係する事柄における論争への参加がある事件においてだけである。②判決もそのような事件についてであり、BGH NJW 1970, 187における「中心において誤っていない報道による営業者への侵害の

違法性の認定には原則として慎重が必要である」という叙述も、新聞・ラジオ・テレビが公衆の真摯な情報への関心を果すという公共的任務の枠のなかで行動している事件に関するものである。この原則からは、公共的価値がないどのような私的な意見の相違でも公共の場に持ち出されれば上述の原則にしたがって（言論を優先させて）判断されるべきである、ということ（¹²）は導き出されえない、と。

このような立場からすれば、②判決はメディアが被告であるから、不作為請求を拒否したBのEの姿勢を支持することになろうから、裁判所の考えはこの立場で説明される。また、このように②判決の射程を狭く解して、それが①判決を一般的に否定したものではないと位置付けるこの立場は、それを支配的な説であろうとする叙述もあつたのであり、⁽¹³⁾当初から少数であつたというわけではない。⁽¹⁴⁾BのEを八二三条一項の「その他の権利」とすることに懐疑的な見解にたいして、Schäferは、RAGを八二三条一項列挙の権利とは異なつた梓権利として特徴付けることは認めつつ、すでに慣習法として新しいタイプの「その他の権利」が体系に組み込まれているのであつて、もはや法的構成上の議論は問題ではないとする。⁽¹⁵⁾ここでは、梓権利とされることは、利益衡量による違法性決定を言うため、構成要件該当性の違法性の徴憑機能をこの場合に否定するためであつた。しかしここで言う利益衡量の内容は、BのEのと公共的言論とされるものの保護を対置させ、後者を狭い要件の下で優先させるといふものである。従つて、ここでの被侵害利益が八二三条一項の権利と性格を異にするということは重視されないで、そこでいう利益衡量の必要性ということ、外から言論による制約をうけること、この制約が利益衡量を意味するといふものであつた。

これとは異なつた角度からであるが、やはり①②判決を対立的でなく、整合させようとする説として Buchner

がある。Buchnerにおいては、RdGと八二三条一項の「その他の権利」の関係を明確にすることが試みられるが、結論的にはこの相違を否定する方向がとられる。このことと①②判決理解は次のように関連している。即ち、批判的価値判断に関する判例の傾向は、その価値判断がその背後にある事実と一致しない場合に、営業侵害の視点のもとで法的保護が与えられるとまとめることができ、この区別によって問題は利益に適って解決されていると思われる⁽¹⁶⁾。これは、批判的価値判断が所与の事実のなかに基礎を持たず、しかしまた、隠された不真実主張として八二四条で捕えられるものでもない場合に、RdGの侵害として賠償義務のあるものとさるべきとすることである。このことから、①判決の事件では具体的出来事との関係なしに雑誌が一般的にけなされており、②判決では特定のきわめて問題を含んだ雑誌記事が批判のきっかけとなっていたというように、この二つの判決は区別されるものであった⁽¹⁷⁾という。Buchnerは、①判決をそのまま支持するわけではなく、一般的説示においては②判決とは異なるものであることを認めたい⁽¹⁸⁾。なされるべき利益衡量の内容の点で、それぞれの判決の結果は対立としてでなくて区別されて理解されるとするのである⁽¹⁸⁾。

Schäferにおいては、①判決の評価内容は部分的に修正されたとみるのたいていして、Buchnerにおいては、評価・利益衡量の内容ではなく、利益衡量を表現する定式が修正されたとみるわけである。前者は利益衡量において狭く解された公共性、後者は事実との整合性が違法性の否定に導くとされた。どちらにおいても①判決は修正されつつ維持される。これらの立場に共通していることは、RdGの概念の八二三条一項への位置付を積極的に維持することであり、RdGを一般条項の性格をもつとするが、その運用において、八二三条一項の権利・財との相違を明確にしつつ運用基準を求めるといえないこと⁽¹⁹⁾である⁽²⁰⁾。

これに対し、②判決が①判決を基本的に変更したものとみる学説があり、近時はこちらの方が多いと云える。後述八二六条説はすべてこのような②判決理解に立つが、八二三条一項によることを認める説も多い。そのなかでは、八二三条一項とすることを積極的に承認する説（I—b説）と消極的承認ともいえる姿勢である説（I—c説）とがある。

Zeuner はまず次のようにいう。（近時）BGHは正当にも、企業はその事業の批判に自らを晒さなければならぬと言ふこと、従つて、営業批判は——競争外では——原則として許されないものではない、ということ前提にしている。このことは現在の法——経済体制の基本的原理に即している⁽²¹⁾。と。Zeuner は、このような保護を一部にふくむRAGの概念について、所有権に近付けて見ることが重要なのではなく、営業活動の自由はBGBの制定当時すでに考えられていたことであり、八二三条一項の「その他の権利」とすることはこの法律の一般的地盤を離れる法展開ではないと言ふ⁽²²⁾。従つて、この説は八二三条一項において性格をことにする諸利益が保護されること、八二三条一項が一般条項としての性格を持つことを正面から承認する説である。

しかし、②判決の意義を評価しつつもRAGの概念による八二三条一項の適用にはこのようには積極的には対応しないでむしろ消極的承認といえる説（I—c説）が少なくない。たとえば、Steffen は、メディアによる批判に関して①判決の考えが②判決及びそれに至る判決（BGHZ 36, 77）によって明示的に放棄されたとするだけでなく、この考えは個人による論争においても適切な利益衡量には役立たないという。それはこの考えが企業利益を強調しすぎており、自由なコミュニケーションの憲法上の保障をないがしろにするからである、と。そして更に、違法性への境界は、その仕方が表現者の自己の利益及び対象者の反論の可能性を充分に考慮に入れてもはや擁護し得な

い場合に、はじめて越えられる。そのような事件は通常八二六条によって捕えられる⁽²³⁾、という。この叙述は八二六条説を積極的に主張したのではなく、実質的には八二六条が適用される場合と同じである、という趣旨に読める。確かに、表現行為との関係でも、SteffenはRaG概念を完全に否定しているわけではないが、この説から八二六条説（Ⅱ説）への距離は遠くはない。⁽²⁴⁾

三 とはいえ、Ⅰ—c説からⅡ説の間にはRaGの概念を否定あるいは分解するという一線がそこに存在している。それは、BGH判決の結論を支持しつつも、ここでの被侵害利益を不法行為法がいかに把握すべきかということ、Ⅰ—a説と対局的な姿勢を明確にすることである。

Kublerは、まず①判決につき、古典的「世論」の崩壊に対する反動と説明され得るとする。Kublerによれば、BGBの基礎にある啓蒙的自由主義においては、個人の意見自由は、公衆として集合する私人の判断が理性的議論として真実と正義の客観的認識を媒介し公共の福祉を実現する事のために、保護された。この「世論」は公共的なもののうちの国家に関連する領域を議論の対象とするものとされ、私的なもの——競争による経済はここに入れた——のもつ社会的領域は対象と考えられなかった。Kublerのいう古典的「世論」の崩壊とは、合理的議論という理念が擬制であることがコミュニケーションの構造の商業化によって明確になり、市民が商業的に行われる「意識産業」の消費者となったとされることであり、⁽²⁶⁾また、それと同時に、このコミュニケーション構造の変化が経済過程という私的なものとされてきたものも批判の対象、公共的事柄とするに至った⁽²⁷⁾ということである。この現実から、Kublerは①判決が示す心配は根拠あるものとしつつも、この判決は、集中された出版権力という新しい現象によって私的な利益だけが危うくされたとみていることによって、疑問のある帰結に至ったとする。即ち、

否定的意見表明が原則的に禁止されることになり、このことによって、その販売者の利益が守られるだけでなく、宣伝産業がつくりだした社会的規範が公共の場で批判されないことになる、⁽²⁸⁾

Kudlerのこの考え方には、被批判者＝営業者の私的利益を公共の場での批判に曝されるものとみることが基本にある。そして、この私的利益の保護はこの公共の内容に依存するという考えに連なり得るものである。⁽²⁹⁾ この立場からは、②判例を①判決の修正として並立を認める把握は拒否される。即ち、批判者と営業者をおなじ平面において、個別事件の状況による利益衡量をもとめ、そこで、当該批判の事実在即したものであること・裁判官による客観性の判断を重要なものとする考えは、たしかに、①判決を緩和するが、それに対する異議を取り除き得るものではない。事実在即しているかの判断は司法でなく公共に属するものであり、営業利益は世論の意義・機能に対しては保護されないものであるとし、RaG概念は時代遅れで誤りに導くものであるとする。⁽³⁰⁾ 結論として、Kudlerは、意見表明・真実主張は個々の場合に八二六条違反となることがあるだけであり、そこでは、その批判が、それに対して個々の被害者だけでなく自由なコミュニケーション過程の機能態様が保護されるべきであるような、濫用的な力の行使とみられるべきかが重要である、⁽³¹⁾ とする。ここでは、違法性の実質的根拠が、利益侵害という事だけでなく、コミュニケーションの場という公共的なものあるべき機能を乱すという行為の仕方による利益侵害であることに求められている。⁽³²⁾ 従って、Kudlerにおいては、コミュニケーションの場の機能の確保ということが関心であつて、それとの関連で経済過程が公共的議論の対象とされるにいたつたということが営業批判の民事責任問題としてみられている。

KudlerのRaG概念批判の叙述は表現行為に関してのみであつて、RaG問題全体の一部としての営業批判問題と

いう扱いではなかった。これに対して、RaG全体を対象としつつRaG概念を批判する説としてSchwitsanski説がある。Schwitsanskiにおいては、②判決のその後のRaGの展開にとつての意義を、この判決はたしかにRaGを八二三条一項に位置付けているが、構成要件該当行為からの違法性推定を放棄して、侵害態様が非難されるべきかを個々の事件に即して検討すべきとした点にあるとして、②判決は①判決に対しての原則の変更であるとする⁽³³⁾。

SchwitsanskiはRaG判例全体を八二三条一項の所有権概念の拡大でカバーするものと八二六条によるべきものに分けることによつて、RaG概念を否定する。営業批判は八二六条の下で、行為自由の濫用という視点から判断されることになる⁽³⁴⁾。Kublerにおいてコミュニケーション過程の公共性という機能の攪乱という実質的評価が示されていたが、Schwitsanskiにおいては、この問題に即した規範の形成に導く実質的評価視点は示されていない⁽³⁵⁾。

かくて、①判決と②判決の関係という点では、I—a説と他の説が対立するが、学説上は既に①判決の評価内容への支持は力を失っている。学説上はむしろ、I—b説とII説が対立し、比較的多いと思われる説がその中間（I—c説）に在るといふ状況にあり、そこでの対立点は、八二三条一項を古典的権利に類似した構造を持つ被侵害利益に限らないで、広い一般条項とするか（I—b説）、BGB不法行為法の三分類的な構成要件を維持するか（II説）にあった。II説においてもこの種の問題にとつての一般条項の必要性は承認されているが、それを不法行為法全体に及ぼす事なく、その一部である八二六条に限定するわけである。この対立には法的構成としてだけ見ればドイツ民法典の条文の存在が大きな役割を果たしているが、他方、被侵害利益の性格付け及び法形成においてその認識をいかに法的規準に構成するかという問題として的一般性を持ち得る対立である。そして、この対立に別の角度から加わるのが財産Vp論（Vp——社会生活上の義務・Verkehrspflicht⁽³⁶⁾）である。この議論と上述の対立点との関係

を以下で見よう。

四 ①②判決の位置付けという点では、I—a説と対立し、I—b説、I—c説、II説と同じくしつつ、しかしそれらの説とは異なつて財産Vpという考え方を導入しようとする説(III説)がある。この説の中でも説かれるところに相違がある。まず、Mertens説は、RAGという言葉の使用が堅固に一般化していることを考慮して、ここではこの言葉が維持される⁽³⁷⁾とするかぎりにおいては、I—c説的といえるが、その主張の内容は異なつたものである。即ち、Mertensは、梓権利とされるRAGの実質は、営業活動の基礎及び自由の可能性の保護の為の外法律的Vpの展開への授權基礎であるとする⁽³⁸⁾。ここに表現されている考え方は、RAGが法形成の結果であることを見る他のに、Vp違反の問題を見ること及びその設定が裁判官への授權によるとみられていることが特色である⁽³⁹⁾。このことは、必ずしもMertensにおいて営業保護と八二三条一項の権利保護との相違を強調することに導くわけではない。即ち、確かに、一方では、RAGがVpの束であり、八二三条一項の「その他の権利」に入れることを許すような、所有権に比較し得る絶対的な地位を示すものではないとし、RAGという言葉の使い方は誤解させやすいとする⁽⁴⁰⁾。しかし、他方でVpのつぎのような位置付けによつて、八二三条一項自体の意味が変えられ、この相違の意義が後退する。Mertensにおいては、Vp違反による不法行為は、八二三条一項が予定したものでなく、すべて、裁判官による法形成とみられている。そこで、Mertensは、八二三条一項には立法者の考えた絶対的権利保護と裁判官法上形成されたVpによる保護という二つの異なつた構造があるとし、財産保護のVpは、RAGによる営業財産保護と関連して八二三条一項二項を越えた法形成であると見られ、制限的不法行為法的一般条項と理解されるべきとする⁽⁴¹⁾。従つて、Mertens説においては、一方では、八二三条一項の権利・財の保護と営業利益・財産保護一般にはVp違反を

違法実質とするという共通性を見るが、他方ではなお、適用条文を異にすると言う点では、営業保護と八二三条一項の権利の保護との相違は考えられている。他の説はすべて財産Vpには反対であるが、実質的な内容的からは、Mertens説はI—b説に近く、I—c説・II説と方向を異にする。そこには、財産Vp概念を要素とする新しい一般条項の導入をめぐる対立がある。もつとも明確に対局的立場にたつII説には、八二六条の解釈操作が課題として残ることになる。

I—b説とII説の対立をI—b説をより徹底させる方向でより鮮明にさせるという意味を持つのがBrügemeierの財産Vp論である。Brügemeierは、①判決と②判決の関係を、後者によって、前者からの転換が最終的に行われたとし、またそれを支持する。⁽⁴²⁾そして、許容性限界を中傷的批判にみるBGHは、RGのボイコットについての判例の自由主義的立場——意見表明による営業批判をもつばら、刑法一八五条と結び付けた八二三条二項と八二六条の下に包摂するそれ——にたしかえた⁽⁴³⁾とする。このように理解した判例の結論を支持しつつ、Brügemeierは次のような構成を提示する。まず、Mertensと同様、RaGの実質をVpによる財産保護であるととらえる。⁽⁴⁴⁾営業上の財産損害については、一般的な構成要件メルクマールをとおして過失責任を構成することにはより得ず、保護の必要性が存するかぎりで、その社会領域に関連付けられた(sozialbereichsbezogen) Vpの定式化を通して行われる。それらは、一定の社会的状況における一定の名宛人層——保護権警告⁽⁴⁵⁾をする製造者、営業批判者、ボイコットをよびかける消費者団体など——のVpとして設定されることになる。Brügemeierはこれを、RaGの直接的侵害の構成要件から社会領域関連的Vpへの歩みとよ⁽⁴⁶⁾。

Brügemeier説が、Mertens説と異なってくるのは、このVp——営業批判についていえば、中傷的批判をしな

いというVp——違反による責任を八二三条一項に位置付けることにある。Ragによる営業のための特別な財産保護の解釈論上の構成はこれまで躓きの石であったが、今日では、経済的活動の自由は、他の保護的地位と並んで確固として八二三条一項に置き得るものである、とする。ここには、三つの基本的構成要件の間の古典的作業分担という立法上の考えが崩壊したというBrügemeierの主張がある。⁽⁴⁷⁾ Brügemeierによれば、古典的自由主義モデルに即して不法行為法を中心におかれた八二三条一項の物理的完全性保護・所有権の不可侵性保護の考え方は、益々複雑になる社会における個々人の行為・利益範囲を境界付けるには不充分であることがただちに明らかになった。

Rag、人格権をはじめとした裁判官による法形成が様々な形でおこなわれてきているが、その結果、八二三条一項は、具体的権利・法的財への侵害の古典的禁止構成要件から、近代的な裁判官の干渉規範になった。そのようなものとしての八二三条一項は、Vp違反についての責任構成要件として、中心のかつ一般条項としての意義が与えられる、⁽⁴⁹⁾と。

かくて、Brügemeierは②判決を支持し、その論旨の一般的妥当を主張するのであるが、それは、II説のように八二三条一項の権利との相違を強調することによってではなく、八二三条一項の意味変化の主張を通じて、八二三条一項に挙げられている権利の保護の構造との共通性が説かれる。そこでは、八二三条一項が大きな一般条項になる。Brügemeierが悪意ある中傷的批判をVp違反⇨Rag侵害の内容と見るにも拘らず八二六条説でないことには、八二三条一項を裁判官による干渉規範とする意義付けと結び付いた、他の説とは異なった八二六条理解がある。授権・干渉規範と言うことでは同じになる八二六条は補充的機能のものと位置付けられ得るが、それは、「せいぜい、社会的に顕著に誤った行為に関する禁止規則(Stopp, Regain)を述べるだけ」とされる。八二三条一項においては

規範の創造、その社会的受容が重要であるのに対し、八二六条においては、重大な反社会的行為という評価であつて、既にある規範の履行であるとされる。⁽⁵⁰⁾しかし、ここでは二つの規範の機能・意義が異なるものとしてではなく、連続の側面が強調されることが重要である。

①②判決理解を手掛かりとして、営業批判という形での営業活動の妨害に対する不法行為法的保護の各説の構成につき、八二三条一項の権利との関係の捕え方を、それぞれの一般条項運用の提案のあらわれとみて、特色付けた。欠缺補充・法形成の必要性の認識を共通にしつつも、営業批判の取り扱いの対応が分かれるのは、I— a 説は他の説と営業利益保護の内容についての評価の相違が明らかであるが、I— b 説、I— c 説、II 説、III 説の間で直接に表面にでるのは、保護の広狭にただちに結び付く相違ではなく、BGB 不法行為法のなかでの一般条項の拡大についての態度設定であった。そこで次に、同じく一般条項運用の方法という観点から、APR との関係について各説の態度を見てみよう。

注

(1) ボン基本法第五条「(1)各人は、自己の意見を言語、文書及び図面をもって自由に表明および流布する権利、及び一般に近づくことのできる情報源からさまざまなげられることなく知る権利を有する。出版の自由及びラヂオ及び映画による報道の自由は保障される。検閲は行われない。(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及び人格的名誉の権利によって制限される。(3)略」

(2) この判決は、浜上則雄「消費者保護のための商品欠陥の公表と表現の自由」ジュリスト六一四号（一九七六）四二頁、

錦織成史「ドイツにおける営業保護の法発展(下)」判例タイムズ三五三三号(一九七七)一四頁以下、二六頁以下、和田真一「ドイツ不法行為法における権利論の発展(一)」立命館法学二〇七号(一九八九)六一頁以下で紹介されている。

(3) なお、この事件は、再上告審で被告の競争目的が認定され、不正競争防止法一条による差止めがみとめられた、BGHZ, 14, 163.

(4) BGHZ, 8, 142 (錦織・前掲二八頁、和田・前掲六一六頁以下参照)、BGH, NJW 1963, 498 など。

(5) BGHZ, 36, 77.

(6) この判決については、川北洋太郎「基本的人権の第三者効力および言論の自由」ドイツ法判例百選(一九六九)五〇頁以下、斎藤博『人格権法の研究』(一九七九)一七九頁以下。

(7) この判決は、浜上・前掲四一頁以下、錦織・前掲二七頁、和田・前掲(三)立命館法学二〇八号(一九八九)七二〇頁以下で紹介されている。

(8) この原告の主張は①判決の定式に拠っている。

(9) ちなみに、邦語文献では、錦織・前掲二七頁は、「更に新たなルールが加えられるに至った」「特殊な場合について、補足されたことは明らかである」と慎重な表現ながら修正と見るようであり、和田・前掲七二二頁は「評価が逆転している」として相違をみている。その後の判決にとつての意義という点からは、相違に意味があろう。

(10) その他にLG Kempten JZ 1973, 516がある。この判決については、浜上・前掲三八頁以下参照。

(11) この方向に属する判決として、BGH, JZ 1966, 28. BGH, GRUR 1969, 304. LM 8823 (A1) BGB Nr. 35a, BGH, NJW 1970, 187 (和田・前掲七二四頁)、LG Berlin NJW 1976, 1456 など。また、BGHZ, 65, 326 の商品チヌト事件判決(和田・前掲七二五頁)も広く見ればこの方向に入る。

- (12) Staudinger/Schäfer, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 1986, Rdn. 86 zu §824.
- (13) Schäfer, a. a. O., Rdn. 82 zu §824. 上の立場を批判する側からの同様の叙述は、Kubler, Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen, AcP 172 (Kubler ①) S. 188.
- (14) 確かに裁判例での事件を見た場合、商品テスト事例を別にして、営業批判によるRG侵害の違法性が否定された事件は圧倒的にマスメディアが被告である。このこと自体は、マスメディアによる批判であるからこそ企業として法的手段による反撃に出なければならぬということが多いであろうから不思議ではない。そして一般市民が商品・営業批判を行った事件では、下級審判決の結論は分かれている。違法性肯定がLG Kempten, JZ 1973, S. 516、否定がBGH, NJW Berlin 1976, 1456 以下。
- (15) Schäfer, a. a. O., Rdn. 150 zu §823. 中村①三二頁注(34)参照。
- (16) Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971, S. 225. Buchner 説については、中村①二四頁以下。
- (17) Buchner, a. a. O., S. 226.
- (18) 商品テストについての「事実即ち」という要請と同じことが考えられると思われる。但し、Kubler ①, S. 188, Anm. 96 は、Buchner の②判決についてと商品テストについての叙述は異なると推測している。
- (19) Buchner においては、RG判は個々の行状義務規範を展開したものが、八二三条一項の諸権利においても基本的には行状義務の存在がその内容をしているとして、共通性が強調される (Buchner, a. a. O., S. 265ff. 拙稿①二二頁)。
- (20) このイーア説と同様の考えに立つと思われるものとして、Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften II Begründung, 1967, S. 68.

- 想ではない。経済的なものが自由競争に委ねられるといっても、すでにそこには、不正競争ルールが存在していたのである。古典的自由主義が全くこの点で全く公共への依存を知らなかったとはいえないのではないかと思われる。競争制限の禁止という意味での市場の公共性の確保は遅れたとしてもである。
- (30) Kübler ①, S. 196。そしてまた、営業保護を人格権から導き出す試みに対しても批判している。この点については、第三章で扱う。なお、RAG 概念否定については、また、Kübler, Der Referentenentwurf für ein neues Schadensersatzrecht und die zivilrechtliche Haftung der Presse (Kübler ③), JZ, 1968, S. 549.
- (31) Kübler ①, S. 196.
- (32) ③④判決にたづしつての Kübler の見解は見付けられなかったが、その立場からすれば、③には批判的、④は支持となろう。
- (33) Schwitanski, Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskampfrecht, 1986, S. 71.
- (34) Schwitanski, a. a. O., S. 230ff, 240ff; Schwitanski 説につき詳しくは中村①四八頁以下参照。
- (35) 中村①五三頁注(34)参照。RAG 概念を分解して一部を残すという点で Schwitanski 説と同様なものとして Stoll 説がある。Stoll 説については次章でとりあげるが、また、拙稿①四四頁以下。結論的には同旨と思われるものとして、Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht 1969, S. 70. II 説に属するは、また、Medicus, Bürgerliches Recht, 14. Aufl., 1988, Rdn. 614, Brinkmann, Gewerbekritik zwischen freier Meinungsäußerung und Warenrest, NJW 1987, 2724.
- (36) 財産不法論については、中村「純粹財産損害とドイツ不法行為——他人の財産の保護のための社会生活上の義務論をめぐって——」法政理論二二巻一号（中村③・一九八八）二八頁以下参照。
- (37) Mertens, Münchener-Kommentar zum BGB, 2. Aufl. (Mertens ①), Rdn. 484 zu §823.

- (38) Mertens ①, Rdn. 484 zu §823.
- (39) なお、Mertens は、営業批判一般については、中傷的批判であることを違法の内容と主張するが (Mertens ①, Rdn. 504 zu §823) ③判決については、営業批判事件としてではなく、企業表章の利用の問題として八二三条一項に近付けようとする (結論支持か)。
- (40) Mertens ①, Rdn. 484, Anm. 828, zu §823. 又、Mertens, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht—Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (Mertens ②), S. 232, 252 参照。
- (41) Mertens ②, S. 252. 『書かたや』八二三条三項、および S. 232.
- (42) Brügge-meier, Deliktsrecht, 1986, Rdn. 394ff. 々のことか、③判決を①判決の方向への珍しい逆戻りであるとする、a. a. O., S. 260, Anm. 194.
- (43) Brügge-meier, a. a. O., Rdn. 400.
- (44) Brügge-meier, a. a. O., Rdn. 338.
- (45) 々の意味については、中村①九頁参照。
- (46) Brügge-meier, a. a. O., Rdn. 338. Brügge-meier は、これらについて高圧線切断事例の BGH の結論を批判する。中村①三七頁以下。
- (47) Brügge-meier, a. a. O., Rdn. 335.
- (48) Brügge-meier のこの点の主張については、中村③三八頁以下参照。
- (49) Brügge-meier, a. a. O., Rdn. 85ff. 337.
- (50) Brügge-meier, a. a. O., Rdn. 844.

第三章 営業批判と名誉毀損

一 学説においては、営業に関する事実主張・批判的価値判断によって危うくされる利益を営業上の名誉（geschäftliche Ehre）と呼び、人格的名誉（persönliche Ehre）と呼びわけることが一般的である。しかし、この両者の関係、また RAG と APR の関係については、各学説の説くところに相違がある。⁽¹⁾この点での学説をみる前に、営業利益保護と人格保護の關係の歴史を簡単に見ておこう。ドイツ民法典八二四条は、一項で誤った事実摘示による信用毀損及びその他の営業上の不利益についての責任について規定し、二項で「伝達者又は受領者が伝達につき正当な利益を有するとき」に損害賠償義務を否定する。八二四条は、第二読会において第二草案七〇四条（現八二三条一項）の権利・財の列挙に名誉を入れるという修正案が、それは「あまりに（法的に）不安定であり、社会生活にとって大きな危険をもたらす」として否決されたのち、⁽²⁾名誉に関しては刑法を八二三条二項の保護法規とすることによる保護が残され、営業上の利益にはそれを越えた過失による侵害に対しての保護を限定を付したうえで認められたのである。⁽³⁾そして、この八二四条に該当しない、価値判断・営業侵害の真実の提示については、RAG の概念を用いて八二三条一項によって判断されてきたことは、前章にみたとおりである。

BGB 制定段階では法的保護を八二三条二項と刑法上の規定によるものとされていた人格的名誉は、第二次大戦後 APR の展開のなかで、八二三条一項による保護が承認されるようになった。名誉に関してはこのことが実際にどれだけの保護の拡大であるかについて疑問を呈する学説もあったが、⁽⁴⁾学説は一般に名誉を APR 概念のもとでの

個別的な人格権のひとつと理解している。⁽⁵⁾

このような展開によって、表現行為による侵害に関して、APRとRaGの相違は明確ではなくなってきた。まず、誤った事実の主張による名誉侵害に対してAPR・八二三条一項が適用されるといっても、過失において、正当な利益の擁護ということで八二四條二項、刑法一九三條と同じ要件の導入が説かれる⁽⁶⁾。次に、八二四條による「営業上の名誉」の保護は財産的損害の賠償によって、八二三條一項による人格的名誉の保護は一定の要件の下での精神的損害への慰謝料の承認によって行われることになったが、どちらの利益についても差止の認容が第一次的な保護を果しており、その限りでは財産的・非財産的という相違の意義は後退し、法的効果の相違からこの二つの利益の保護の要件の相違をいう必要性は減じていた。しかし、なお、学説上は真実証明における立証責任で区別を主張するということが、利益保護・違法性の実質的根拠に関して、営業利益と人格的利益が完全に一致させられているというわけではない。前章での八二三條一項説の中でもRaGとAPRの相違を維持する説とRaGの一部をAPRの中に取り込む説があり、八二六條説の中でも、人格的利益との関係についての叙述は分かれる。

二 まず、前章で述べたとおり消極的承認を含めると判例と同じく営業批判を八二三條一項の適用領域とする説は多数を占めるが、そのなかに、この種の事件をAPRから説明しようとする説がある。Hubmannは、①判決以来の展開によってRaGがAPRとならんだ一種の一般条項となり、そして、RaGもやはり人格権の内容を持つという。RaGは業績によって作られた価値と並んで継続的経済的活動を保護するのであり、この活動は企業の性質・作用ではなく、人格のそれである。RaGはそれ故、精神的な組織上の価値への無体財産権と営業活動への人格権とを内容とする⁽⁷⁾。また、Schiemannは、営業の違法な侵害をVp違反の結果とするが、そこで考えられているのは、

RGの概念によって扱われてきたものの内八二三条一項の保護対象の類推とされうるものであって、営業上の名誉はAPRの一部をなすものであるとする⁽⁸⁾。言わば積極的の一体化説とよびうるこれらの説の登場の背景には、当然のことながらAPRの展開があり、また、判決理由に用いられる概念は異なっても実際の法適用において違法性判断は異ならないのではないかとということがあると思われる。

この積極的の一体化説は八二三条一項のなかでの主張であったが、八二六条説のなかには、——ここでは当然RG, APRという概念ではなくなるが——このような一体化ではなく、ただ叙述のなかでこの被侵害利益を区別していないという説が見られる。Stollは次のように言う。経済的声望を害する不真実主張が一般的に禁じられることは八二四条が示している。この一般的禁止から、Vp——他者の信用関係についての事実上誤ったイメージが生じないよう注意するそれ——が導き出される⁽⁹⁾。その他の点では、経済的声望は人格的名誉と同様に低下的価値判断・意見表明に対して一般的にはおよそ保護されるものではない。それらの表現行為は、中傷的批判のように、個々の事例の特別な事情からのみ例外的に八二六条の意味で違法となる⁽¹⁰⁾。ここには、まず、RG・APR全体を梓権利・一般条項として利益衡量を説くことへの批判がある⁽¹¹⁾。Stollは、八二六条の適用をその個別事例に着目した結論の導出とみている。即ち、そこでは「行状規範は、一般的利益衡量に基づいて自律的⁽¹²⁾ (autonom) に構成される」とする。この自律的決定という概念は当然のことながら他律的 (heteronom) 決定と対になっており、あわせてStollの不法行為法論の中心的装置をなしている。Stollによれば、不法行為法規定理解の鍵はそこでの違法性概念にあり、RGの八二三条一項及び二項における違法性は、不法行為法の外でまた不法行為法と無関係に存在する権利保護、法律上の命令・禁止の内容から明らかになるとされ、ここでは違法性決定基準が外から与えられているという意味

で他律的法的決定と呼ばれる。これに對して、行狀規範を個別事件に應じて自由に決定することを許すのは八二六条だけである⁽¹³⁾。この枠組によると、八二六条は、その個別事件に着目して、一般的には許された表現行為がその事件の事情から許されないとするものであって、そこでは、一般的規範の創造ではない個別事件に對する裁判官による「自律的」な判断が考えられている。Soil¹³において、営業批判と人格批判の区別が現れないのは、ひとつには八二六条のこのような性格付けにあらう。自律的違法性決定に對しては、外部からなしうる意味ある行為としては、個別事件のカズイステイクはありえても、法形成と言う意味で規準の設定は考えられないから、営業批判と人格批判の關係如何ということは問題として現れて来ないことになる。

三 これに對し、まず、八二三条一項説の中でなおAPRとの相違をいう説がむしろ多いということが興味を引く。勿論、判例と同様、これまで展開されてきたPRの概念によつていふだけと解すべき叙述も多いのではあるが、区別を明示する叙述も少なくない。

まず、Schäferは、信用危殆を越えた場合に社会的な名誉が問題となるとしつつも、営業上の名誉それ自体はAPRの一部をなすものではないとする⁽¹⁴⁾。そこでは、APRの主体たりうるのは、個人(Der einzelne Mensch)だけであつて、法人・その他の団体は、八二四条、刑法一八五条以下と結び付いた八二三条二項による名誉保護をうける⁽¹⁵⁾、という考え方が出発にある。この区別は、法的効果の場面で、構成員個人の名誉毀損に感謝料請求権が認められることとはあつても、営業上の名誉の侵害について、これら団体に感謝料請求権は認めないという主張になる⁽¹⁶⁾。また、事実主張による営業利益侵害に関して、「出版物が市民の名誉に拘る事実を伝える場合に判例が正当にも課している厳格な注意義務は、評価が公共的な意義を持つ問題において述べられるときには、それが個人にとつて不利益なも

のであっても、同じようには当て嵌まらない⁽¹⁷⁾、という。従って、Schäferにおいて、人格的利益と営業利益の区別は念頭におかれているが、第二章で紹介したように、批判的表現に関しては、そもそも表現行為の違法性阻却を狭く解していたから、この区別は大きな意味をもつものではなかった。また、二つの利益の言論との関係を利益の性格の相違から論じるという事は現われていない。

八二三条一項を広く解するZenerにおいても、Schäferの出発点と同様に、表現行為に対してもRAGとAPRは別のものとされる。即ち、この両者は、関連は存在するが、それぞれに固有の問題をもっており、ふたつの領域は、それぞれの輪郭の明確さのために、区別することが適当であるとし、具体的にも、Schäferと同様、慰謝料をRAG侵害に拡大しないことがあげられている⁽¹⁸⁾。Zenerは、BGHの考え方を、企業はその業績の批判に自らを晒さねばならず、営業侵害の批判は原則的に許されないものではないとしているとまとめ、「このことは、現行の法——経済秩序の基本原理に適っている」としていた。人格的名誉に関しては、GG五条によって保証された法的地位と高度の緊張が生じ得ることがその保護の限定の基本的要素とされ⁽¹⁹⁾、RAG侵害に関しては、GG五条の基本権は、違法性判断の利益衡量のなかで特にその意義が顧慮されるべきである、とされている⁽²⁰⁾。この叙述には、APRとRAGの相違、即ち、APRと言論の自由は対立・緊張関係でとらえられ、営業批判は法——経済秩序に対応するものとされることが窺える。勿論、APRにおいても、この緊張関係の故に、場合によって、「解決は衡量の方法で求めざるを得ない⁽²¹⁾」とされているから、相違は明確に貫徹されているという訳ではないが、基本権との関係における相違が萌芽的には見られる⁽²²⁾。しかし、これらの断片的叙述からこの区別についての意義を論じることができず、ここでは八二三条一項説の多くは一体化説に進んではないかということを確認することができる、ということにとどめる⁽²³⁾。

四 八二三条一項説におけるRAG・APR区別説が、両方の利益の性質の相違を解くことからというより、判例の展開を支持するという性格を持つのにたいして、八二六条説のなかの区別説においては、利益の性質論が基礎におかれている。

Kublerにおいてこの問題はつぎの様にとりあげられた。まず、参事会草案を、①判決を現行判例としてそれとの整合を図っている点で批判し、さらにその理由書が、「私的名誉保護の諸原則へ密接に依拠している」と述べることに對して、「そこには、人格権についての判例によって展開されてきた私法上の名誉保護の規則を商業の領域全体に拡大し、それによって経済過程の重要な部分を公的議論の対象から外すという驚くべき意図が窺われる」と批判する⁽²⁴⁾。そして、それによって、宣伝によって作り上げられたイメージが人格権保護の名の下に絶対的保護権のランクにたかめられることになる。営業上の名誉という概念がこの過程を覆い隠す「玉虫色の概念」であるという⁽²⁵⁾。ここでは、草案が、APRを①判決の構造をもった絶対権として見たうえでそれを拡張してRAGの性格としたことが批判されている⁽²⁶⁾。Kublerにおいては、商業上の利益は全体が公的議論に服するものとされるから、「私的なものの本来の残留物 (Residuum)」として憲法上保護される人格領域⁽²⁷⁾とは、利益の性質において区別されることとなる。確かに、Kublerは、その後、私的名誉における人格保護の実質を「公衆の法廷の前で、名誉侵害的事実の主張に對し自己防衛する権能によって実現される⁽²⁸⁾」とし表現内容の妥当性判断は裁判所の任務ではないとする。そして、私的名誉保護においては、かつての名誉の内容であるその個人の社会的存在要求の権利・社会的地位の分配ルール⁽²⁹⁾がではなく、自由なコミュニケーションプロセスという公共的なものの機能確保という観点からの考慮が重要になってきたとされる⁽³⁰⁾。このことから、言論・出版の自由の側から名誉の保護される範囲が規定されてくると⁽³¹⁾

いうことになる。この言論の自由からの人格的名譽への規定の強調によって、かつて Kinder が述べていた経済過程と私的領域の憲法上の保護との相違がどの様に変わってくるかは不明である。しかし、消費者情報問題で、商品テストにおける公的テスト機関の注意義務の性格に関して、人格侵害を平行した領域 (Parallelbereich) であると、そこにおけるテレビ会社の注意義務の意味づけを議論の参考にしていること、また、ここでの公共的コミュニケーションが公正の要請 (Fairness-Gebot) の下にあるとし、この基準は、「営業保護という一般条項の枠のなかで具体化されるべき」とすることにも、考え方としてなお問題領域は別であることが前提とされているということが窺える。⁽³²⁾

八二六条説である Kinder において、歴史的展開を公共性の社会的構造の変化からの説明、それを前提としての主張の中での APR と別領域であることが維持されていることは確認できたが、その相違が解釈論上どのような姿になるかは明らかではない。この利益の性質の相違を憲法と民法の関係付けという法解釈論のなかで表すのが、Canaris 説である。Canaris は、④判決に関してつぎのように言う。この判決の結論は正しいと考えるが、BGH がこれを憲法によって決められたものと見ることは反対である。これと反対の結論になる衡量も G 五条一項に反しないだろう。何故なら一方で原告の保護に価する利益が害されており、他方では、このテレビ番組は決してその報道のなかのこの画面に依存していたわけではないからである。しかしながら、原告の利益は純粹に財産法上のものであった。現行不法行為法の自由優先的性格はまさに第一次財産的損害の賠償可能性に対しての極めて抑制的な姿勢にある。④判決が正当なのはこの不法行為法の故であって、報道の自由もこの事件では憲法次元のものではなく、民法次元の解釈要素として作用するものであった⁽³³⁾、と。この Canaris の見解には、かれの憲法と民法

の關係の解釈論的な整序があり、それが直接には主張の中心をなしているのであるが、本稿の関心は、その整序の内容そのものではなく、この事件の原告の利益を人格権から明確に区別することにある。そして人格権問題でないことと、この画面が当該表現にとって不可欠ではないことから憲法次元の問題ではないとされた。ここには、憲法解釈と民法解釈の次元を区別し、表現の自由による人格権の制約を前者の問題、営業利益を含む財産的利益と表現行為（この事件では利益侵害が不可避であったとは言えないそれ）の調整基準を民法の中にみるという姿勢がある。この姿勢は②判決についても同様に現れる。Canarisは、②判決につき、結論には賛成しつつ、その判決理由を批判し、「公共にとって重要な問題」についての「それに適格な者による論争への参加」であることが重要なのではなく、価値判断の自由という基本法五条の判断が尊重されるべきであって、特別な事情例えば競争意図、⁽³⁵⁾経済的社会的圧力の行使がない場合は、中傷的批判の禁止のみによって制限される、⁽³⁶⁾という。ここでも、Luth判決の判決理由への批判同様、不作為請求をしている原告の利益を経済的利益とみている。⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾

Canarisの関心は、裁判所による民法解釈が（それが権力発動による表現行為あるいは人格的利益の侵害ということに連なるからとして）憲法違反になるのはいかなる場合であるかということにあり、彼の憲法解釈論を前提とした民法解釈論が展開されている。ここでは、憲法上の要請である言論の自由との関係で基本権対立は人格権との間で考えられていて、営業利益は憲法次元の問題とされないということ、民法解釈において一般的財産的利益と性格づけられていると言ふことが重要である。

五 これらの説に對して、前章でⅢ説⁽³⁹⁾としたBruggemeier説は、すべてを八二三条一項の下に置くが、その中で、営業批判をRAG概念で扱ひ、APRとは項目を別だしている⁽⁴⁰⁾。また、BGHZ 80. 25が、人格権について妥当す

る尺度は営業活動の保護に関して持ち込めない、と述べるのを引用し、②判決から公共的事項についての論争においては「私的な利益」は極めて広範に（weitestgehend）に後退しなければならないということを現在の判例法の内容とする⁽⁴¹⁾。これらの叙述から、Bruggemeier 説が一体化説に与していないことは明らかであるが、更に、Bruggemeier においては、一体化説とは異なって、人格的名誉概念の意義が後退させられている。即ち、人格的名誉は、歴史的には人格権保護を巡る議論において経済的活動の自由と並んで重要な要素であったが、現在の人格権解釈論においては、私的領域・公共領域（言論の自由、自己の表現物、自己の肖像）・自己情報決定の背後に退き、せいぜい残余構成要件（Residualatbestand）として僅かなケースにとつて機能をもつに過ぎないとする⁽⁴²⁾。そして、どのような形式で営まれるものであれ経済的企業への侵害が経営・取引上の利益——経済的声望——に影響する場合には、RaG が問題となる⁽⁴³⁾という。しかし Bruggemeier による RaG と APR のこの区別は、被侵害利益の性質論が重要な位置をしめる体系のなかでなされている訳ではない。従って、この区別も一体化説への積極的な批判という意味を持つというより、従来の法展開を受け容れたものという色彩が強い。

このように見て来ると、積極的な一体化の主張は少数であつて、多くは従来どおり営業利益と人格的利益を別のものととらえており、そのさいには、効果場面で非財産的損害の賠償が排除されるということ、この拒否はとくに経済活動の営む法人について考えられていることが区別を支えていた。憲法上の言論の自由との関係が営業利益と人格的利益で異なるとする方向付けはみられるが、一体化説に対抗するものとしてのこの区別の根拠付けという点では、学説の展開があるとは言えない。このことは逆にいえば一体化説が力を持ち得ていないことの現れともいえる。APR 保護の必要性・欠缺補充ということは一致して支持されても、学説の多くに、BGB の姿勢とは違う意味

においては、やはり、営業保護と人格保護の要請への異なった対応が窺われることには、他の要因とともに、営業利益の市場秩序への依拠という性格の不法行為法における現れをみることでできよう。

注

- (1) なお、Schieman, *Ermann BGB Handkommentar*, Bd. 1, 8. Aufl., 1989, Rdn. 57 zu §823 は「判例における人格保護と営業保護の関係をはっきりしない (prekar) という。裁判例においては、営業上の名誉という言葉が使われた例は見当たらなかったが、たしかに、営業上の名声 (Ruf) を一般的に名誉とよぶことはあり (BGH, NJW, 75, 1882)」、そして更に「非営利団体について、その名誉を一般的に語っている (BGHZ 78, 274, BGH NJW 1974, 1762. なお、BGH NJW 1984, 1956 は原告タバコ会社に「人格権」をみとめているが——ただし請求棄却——、その内容が営業上の名誉をさしているのかは不明である。この点の指摘は、Moench, *Die Bedeutung der Meinungsfreiheit bei Eingriff in geschützte Rechtsposition*, NJW 1984, S. 2921.」。Schiemann のこの指摘は「後にあれる」企業の声望を Ruf から離して APR に入れる彼の説につながるものである。なお、学説の多くは、法人の名誉として営業上の名誉を内容としているが、それに限定しないで、「一般的、倫理的な能力もある」とする説もある (Lehmann, *Personlichkeitschutz juristischer Personen*, AcP 1970, S. 289。他には、Helle, a. a. O., 1969, S. 95f.)。この法人の名誉論はドイツ法でもなお十分に論じられているとは言えないが、一般的には営業上の名誉という概念で財産的利益が考えられていることが、我が国で人格的名誉との区別が意識されないこととの相違である。

(2) Mugdan II, S. 1076f., 1117.

- (3) 八二四条運用のその後については、素描的であるが中村②四九九頁以下。
- (4) Cammerer, a. a. O., S. 523.
- (5) 例えは、Larenz, a. a. O., S. 623, Schwerdner, Münchener Kommentar zum BGB Bd. 1, 2. Aufl., 1984, Rdn. 249 zu §12, Weirauner, Ermann Handkommentar zum BGB Bd. 1, Rdn. 33 Anhang zu §12, Schäfer, a. a. O., Rdn. 234 zu §823, Zeuner ①, Rdn. 78 zu §823 など。また、Caemmerer, a. a. O., S. 524 を参照。ただし、Brüggenmeier 説については後述する。
- (6) Schwerdner, a. a. O., Rdn. 259 zu §12, Weirauner, a. a. O., Rdn. 87 Anhang zu §12, Schäfer, a. a. O., Rdn. 234 zu §823.
- (7) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 192, 196 を参考を展開させたものとして、Forkel, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und 《wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht》, FS für Neumann, 1985, S. 229ff.
- (8) Schiemann, a. a. O., Rdn. 52, 57 zu §823, 更に、Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 3. Aufl., 1986, S. 138f. を。
- (9) Stoll, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts, 1984 (Stoll ①), S. 41, 196 「事実上誤った」として、BGH, 1978, 6. 20 (NJW 1978, 215) 事件での信用調査機関による金融機関への原告と同名の者の逮捕状の正しさが誤解を与える情報の提供がこの VP 違反の例とされている。
- (10) Stoll ①, S. 42; Stoll は RAG 概念を全面的に否定するわけではなく、客観的に表現され得る個々の保護領域に分化させること、それ以外の領域には八二六条を適用することを主張する (Stoll ①, S. 41)。¹⁾ Stoll の RAG 論については、中村①四四頁以下。営業批判と人格的名誉侵害が、区別されないことは、また Stoll, Freiheit der Meinungsäußerung und Schutz der Persönlichkeit in der neueren Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Haftung, Jura 1979 (Stoll ②), S. 584 Anm. 31, 191 では、批判的表現による人格権侵害の違法性要件が論じられていて、それを RAG 侵害判例によって説明している。その際、

「この点の問題に関する限り」という限定が付されているが、他の論文を含めてそれ以外の問題について論じていないから、他の点での扱いは正確に言えは不明である。

- (11) 利益衡量は意見表示には適當ではない旨 Stoll ②, S. 585.
- (12) Stoll ①, S. 41.
- (13) Stoll ①, S. 25f. Stoll の違法性論の内容及び問題点の検討は、中村③五〇頁以下。
- (14) Schäfer, a. a. O., Rdn. 237 zu §823. 社会的名譽と営業上の名譽については、また、Rdn. 2 zu §824.
- (15) Schäfer, a. a. O., Rdn. 202 zu §823.
- (16) Schäfer, a. a. O., Rdn. 203 zu §823.
- (17) Schäfer, a. a. O., Rdn. 78 zu §824.
- (18) Zeuner ①, Rdn. 133 zu §823. 同旨 Wehnauer, a. a. O., Rdn. 48 zu §12.
- (19) Zeuner ①, Rdn. 78 zu §823.
- (20) Zeuner ①, Rdn. 111 zu §823.
- (21) Zeuner ①, Rdn. 78 zu §823.
- (22) Zeuner ②, S. 197 以下. RaG が GG 一二条 APR が GG 一七、一八、一九、二〇、二一、二二、二三、二四条によつて根拠付けられるとされている。
- (23) その他は、Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., 1985, S. 735 以下. RaG 侵害一般について、その違法性判断基準は「経済固有の尺度が中心的役割を持ち」、「より個人に関連した評価を伴う APR と異なる」という。
- (24) Kübler ③, S. 548.
- (25) Kübler ③, S. 549.

- (26) Kubler は、BGH は APR をはじめから絶対権として扱ってこなかったたのであり、RAG 概念の展開とは異なっていたと
 なしている (Kubler ③, S. 544)。この Kubler の把握は当たっている。
- (27) Kubler ①, S. 196.
- (28) キュプラー(初宿正典・海老原明夫訳)「法廷として公衆?出版の自由と人格保護の関係の変遷——」日独法学一三三号(一
 九八九)一四頁。
- (29) キュプラー・前掲一五頁 (Kubler, Öffentlichkeit als Tribunal?, JZ 1984, S. 545)。
- (30) キュプラー・前掲二三頁 (Kubler, a. a. O., S. 545)。
- (31) キュプラー・前掲六頁。
- (32) Assmann/Kubler, Testhaftung und Testwerbung, ZHR, 142, 1978, S. 425.
- (33) 結論的はこの説に属すと思われるものとして、Helle, a. a. O., S. 70, Brinkmann, a. a. O., S. 2724.
- (34) Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzipien der richterlichen Anwendung und Fortbildung des
 Privatrechts, Jus 1989, S. 169.
- (35) Canaris, a. a. O., S. 168.
- (36) Canaris は、原告映画会社の被害利益を「妨害されずに金を稼ぐことが出来るといふ単なる利益」とよんで、基本権の
 衝突ではないとする。なお、また、Canaris による批判には「あらゆる事情に基づいた」衡量への批判がある (a. a. O., S.
 167) ところが重要である。
- (37) なお、Canaris, Grundproblem des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, S. 208 は、誤った事実主張によ
 る人間の利益の侵害に関して、名誉侵害でなく、人格像・人格表現が侵害されたことが重要であるとして、私的領域か職

業領域かは重要ではないとしている。CanarisのAPR論の検討にはたちいれないが、「人間の利益」と表現される事が興味をひく。

(38) Canarisの論文では、八二六条適用が明示的に主張されている訳ではない。しかし、中傷的批判を規準とする事は、RAG概念に全く言及せずに財産的利益とすること、及び財産的利益を八二三条一項の対象としないCanarisの立場(Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichtigen-Schutzpflichtigen, II FS-Larenz, 1983, S. 81ff. の点については、中村③五六頁以下参照)からみて、八二六条説と考えてよいであろう。

(39) やはり財産Vp論を唱えるMertensにおいては、人格権が扱われていないので、営業利益保護の主張との対比はできない。しかし、RAGについての叙述から、少なくとも、積極的に一体化を主張してはいないということは言える。なお、八二四条の適用に関して、名誉侵害的事実であることを要しない旨、Mertens ①, Rdn. 4 zu §824.

(40) Brüggemeier, a. a. O., Rdn. 335がFikentscherのいう経済的人格権に言及しているのも、かつこのRAG批判者FikentscherがRAG概念を承認するに至ったためであって、APRとの関係についで触れるものではない。なお、Forkel, a. a. O., S. 229ff. は、APRを強調する立場から経済的人格権概念を不要とする。

(41) Brüggemeier, a. a. O., Rdn. 397. なお、この「私的利益」「極めて広範に」という表現は判決文にはなくBrüggemeierの表現である。前者は文脈からみて人格的利益に對置させた財産的利益と言う意味であろう。

(42) Brüggemeier, a. a. O., Rdn. 286. とはいえ、そこで挙げられている例をみると、たとえば、社会的評価にかかわる事実で、生殖不能・非嫡出子・精神病といった私的・家庭領域からの事実の主張などは重要な機能領域であると思われるが、このことはBrüggemeierの人格権論の検討は行わない。

(43) Brüggemeier, a. a. O., Rdn. 292.

第四章　む　す　び

営業批判において、そこでの被侵害利益は被害者に排他的に帰属しているものではなく、市場という公共物の中の営業活動をとおして獲得されるものであり、批判はその活動への干渉・妨害である。競争関係にある者による虚偽の事実の主張については不正競争ルールがすでに不法行為法の外に存するが、競争関係にない者によるそれは、不正競争ルールの補完として、不法行為法が規準を用意しなければならない。批判的価値判断・真実摘示についてもその違法性判断の規準は不正競争ルール（競争者によるそれを違法とする意識の存在を前提として）を補完するものとして不法行為法において用意されなければならない。営業批判についてのこの我国の制定法の状況はドイツ法におけると同じである。本稿でみたように、ドイツ法においてはこの問題についての法形成が行われてきたが、そこでは、RaG 概念一般に対する批判も既に少なくないということが背景にあるが、営業批判についてはとくに RaG の構成に対しての批判が強かった。このことは、そこでの被侵害利益が市場での活動に依拠したものであるということが大きな要因であると思われる。また、営業保護の要請には早くから対応がなされ、不正競争法制、 BGB 八二四条のほかに、RaG 概念が展開されていたということから、RaG 概念への批判を行う説も含めて、多くの学説において営業批判が APR・人格的名誉侵害とは別に扱われていた。たしかに、APR を強調する少数説以外、学説上自覚的にこの区別に取り組まれているわけではないが、RaG 概念の展開を前提として、根付いている区別であると思われる。そして、本稿の関心である、ドイツ不法行為法の一般条項化の傾向とその中の規準の再構成の

多様な試みの具体的解釈場面での現れとそれぞれの意義という角度からみると、まず、RDの要素とする規準が一般条項的性格を持つことを共通の認識としつつ、一方では、それを営業利益一般の保護規準として維持する方向が、他方では、そのような一般条項（さらにまた、それを八二三条一項に置くことによる不法行為法全体への影響）を拒否して、利益の内容にそくして分解し、営業批判に関しては、八二六条に法的構成を求める方向が、それぞれの内部に相違を示しつつ、対立している。また、APRとの関係では、表現行為の違法性判断という点では共通性が存在するが、なお、多くの説がAPRとの一体化に進まないのは、個人と法人という中心になる利益享受主体の相違が要因になっているが、また、APRを要素とする規準の一般条項性の、そしてまたその細分化の困難の拡大ということもあるのではないかと思われる。

このような学説状況を確認して、我が国での営業批判の不法行為法上の扱いに資するということではしかしこの学説状況の背後にある重要な二つの点を見過ごすことになろう。第一に、ドイツにおいては、営業批判に対して圧倒的に不作為請求・撤回請求がおこなわれているということである。RDの侵害と構成されるにしても金銭賠償の内容如何という議論がほとんどおきないのはこのことの故である。我が国のこの種の事件が名誉・信用毀損として慰謝料によって対処されている事は、差止請求制度の展開の貧しさを示している。第二に、営業上の名誉という概念はすくなくとも営利法人に人格的名誉保護の類推を認めないという機能を果たしている。我が国の状況と比較した場合、このことは、まず、ドイツ法においては、営業利益の保護が人格権に依拠しなくても、独自に既に展開されていたということの現われと言えよう。そしてまた、上述のように営業批判に対しては差止が中心を占めるから、人格権概念の展開において大きな問題となった、非財産的損害の賠償といった金銭賠償による保護の要請は生じな

かったと言うこともあろう。このことからはまだ、人格権・基本権が個人を主体とするものであるという出発点が明確にされているということがいえる。そこでは非営利的団体の非財産的損害はあくまで人格的名譽の拡張として見られることになる。

一般条項が根をおろしている我が国不法行為法とは異なつた前提の下にあるドイツ不法行為法における議論は我が国の解釈論に直ちに結び付けられるべきものではない。しかし、不法行為法における機能類型の形成に実践的な意義を求める立場からは、市場経済、人格保護、言論の自由の承認といった市民社会の基本構造と価値対立の共通性を基礎として、ドイツ法における営業利益の法的保護の内容の形成とその法的構成をめぐる議論（特に、RAG 概念批判、営業批判とAPRとの関係）には、我が国不法行為法の形成（欠缺補充）への取組みを考えるうえで、有用な素材をみることができるといえる。