

ドイツにおける人格権概念の形成(2・完)

人格権概念に仮託された意味・機能に着目して

木 村 和 成

目 次

はじめに

- 1 BGB 起草以前における人格権概念の生成と展開
 - (1) 著作権・出版権領域における「人格の権利」概念
 - (2) 民法理論における「人格の権利」の取り扱い
 - (3) 「人格の権利」概念の到達点 「人格権」ないし「個人権」概念
 - (4) 小 括
- 2 BGB 起草過程における人格権概念の取り扱い
 - (1) 部分草案の提出から第一草案の起草まで
 - (2) 帝国司法庁準備委員会での審議から第二草案の起草まで
 - (3) 第二草案の修正から現行823条 1 項へ
 - (4) 小 括 (以上、295号)
- 3 BGB 施行後の判例・学説による人格権概念の発展 (以下、本号)
 - (1) 人格権概念の発展 1933年以前
 - (2) 国家社会主義時代の人格権 1933年以降
 - (3) 小 括
- 4 戦後の一般的人格権概念の承認と定着
 - (1) 判例による一般的人格権の承認と定着
 - (2) 一般的人格権概念の意義と固有の機能
 - (3) 一般的人格権承認への動機
 - (4) 小 括

おわりに

3 BGB 施行後の判例・学説による人格権概念の発展

前章までで明らかにしたのは、人格権に、法律上の権利概念として活動保護のための権利概念という一定の枠組みが与えられてゆく過程であった。BGB そのものには人格権に関する規定が置かれることはなかったが、BGB 施行後、社会経済の状況に伴う実際の必要性から、司法によって人

格権の保護が個別的に図られていった。ただその保護は、主に BGB を含む既存の法規範を拡張的ないしは類推的に解釈するという方法をもってなされたものであり、そこで人格権として保護されていったのは結局人間のさまざまな活動であり、その契機となったのは競争法の問題であった。その流れの中でその後の人格権も展開してゆくのである。

本章では、こうした人格権概念の展開を判例や学説の両面から検証し、BGB 以降の裁判実務や理論が、活動保護権として人格権を把握していたことを明らかにする。なお、本章では、時代背景の差異から BGB が施行された1900年から第三帝国成立（1933年）までの期間⁽¹⁾と、それからドイツ敗戦（1945年）までの期間⁽²⁾に分けて論述を進めていくこととする。

(1) 人格権概念の発展 1933年以前

1. 判例における個別的人格権の展開

a) 人格権に対する BGB 施行当初の判例の態度

既に見たように、BGB 起草過程において立法者は BGB 823条 1 項に列挙された法益が果たして権利であるのかどうかという点、あるいは同項の「その他の権利」にどのような権利が含まれるのかという点については最終的に明確な判断を避けた。その結果、こうした問題の解決は後の判例や学説に委ねられることになったが、BGB 施行当初において裁判所は概して BGB 823条 1 項に列挙された法益のみに固執する傾向にあった。そのため、人格権は同項の保護法益あるいは「その他の権利」という概念には含まれないとみなす判例がいくつか現れている。ここではまず、人格権に言及するいくつかの帝国裁判所（*Reichsgericht*，以下 RG と略）の判決を通して、当時の判例が人格権をどのような権利概念として見ていたかということを明らかにする。

なお、以下で判例の冒頭に付されている番号は、筆者が便宜上付したものであり、必ずしも時系列と対応しているわけではないこと、また判決理由については人格権に関する範囲で取り上げており、その余の部分につい

て割愛していることを予め承されたい。

【1】RG 1902年5月29日判決（RGZ 51, 369）²⁸⁶⁾

【事実関係】 工場の所有者と従業員との新賃金システムの導入をめぐる紛争で、所有者が退職を申し出た従業員を再雇用しないよう多くの同業者に依頼した。原告（従業員）はその名誉や収入可能性などを被告（工場所有者）によって侵害されたとしてBGB 823条、824条、826条などによる損害賠償などを求めて提訴。一審、二審とも原告敗訴。原告が上告したがこれも棄却。

【判決理由】 RGは「(BGB 823条の：引用者注)『その他の権利』の概念を非常に広く拡張することはできない」(S. 373)とした上で、「823条1項ではまず第一に特定の生活利益 *Lebensgüter* 生命、身体、健康、自由が列挙されているが、それゆえにこの生活利益が真の権利として承認され、権利の例として列挙されていること、そしてそれに応じて『あるいはその他の権利』という文言が一般的にはっきりと列挙された生活利益とは異なる包括的な意味でもたらされているであろうことは、条文も法文の成立史も何も語っていない」(同前)とし、「『その他の権利』の概念が特定の、法秩序によってそのように形成されかつ表現された主観的権利に限定される場合には、ここにそのような権利の性質を欠いた権限あるいは資格」(同前)をそこに含めることはできないなどと述べて、名誉などの保護を否定した。更に人格権についても、「……いわゆる人格権あるいは個人権が……私権であるという説明は……以前には……承認されるには至らなかった(し)、こうした解釈はBGB 823条1項の適用に際してはその区別がまったく不明確なままであり、用いられないと思われている」(同前)と言及している。

この判決で、RGはBGB 823条1項に「名誉」を含めることを否定し、更に人格権概念を採用すること自体にも難色を示している。なお、これ以前にも 下級審判決ではあるが 名誉侵害が問題となったケースで、BGB 823条1項のもとでのその保護を否定したハンブルク高等裁判所（*Oberlandesgericht*，以下 OLG と略）1900年11月20日判決（GRUR 1901, 210）は、「人格の一般的な保護の必要性についてのあらゆる説明には、将来の立法措置についての注目すべき提案という意義が与えられ得るに過ぎない」²⁸⁷⁾として、人格保護の必要性が生じてもおそれは将来の立法に対す

る一つの手がかりでしかあり得ず、あくまでも保護に値するのは実定法上の権利であるという見方を示している。

更に【1】判決の半年後には、これに追隨する判決が出る。

【2】RG 1902年12月14日判決 (RGZ 56, 271)²⁸⁸⁾

【事実関係】 書籍取引業者の団体において一部の業者が過剰な割引価格で書籍を売却することを防ぐ目的で、出版社が提示した小売価格を厳守するなどの規約が結ばれた。これに違反した業者は「叩き売り商人」リストなるものに掲載され、団体に加盟する業者に回付される通達の中でその氏名を明らかにされることとなった。原告は1891年5月20日の通達以来、およそ10年にわたってこのリストに掲載され続けた。その後リストから削除されたが団体からの撤回表明などがなかったため、信用を毀損されたなどとして BGB 823条, 824条, 826条などに基づく損害賠償を請求。一審, 二審とも原告の請求を棄却。原告が上告し, 824条に関わる OLG の判断のみが破棄されたが, その他の点については上告棄却。

【判決理由】 RG は特に823条1項に関して「BGB 823条1項で確定されている損害賠償義務はそこで列挙された法益又は権利の違法な侵害を要件としている。この法律の意味での『その他の権利』に、法律によって権利として形成されてもいないすべてのいわゆる人格権や個人権を含める見解は、当法廷では以前に何度も否定されている。とりわけ労働力を妨害されずに利用する権限あるいは収入可能性との関係ではまさにそうである」(S. 271)と述べて、BGB 823条1項の「その他の権利」に人格権、個人権ないしは労働力や収入可能性などを含めることを否定した。

この判決でも人格権への言及がなされているが、ここでの人格権には上で述べた帝国議会の審議で提案された「労働力」や、その他にも個々人の収入可能性が含まれているようである。先の【1】判決では名誉や収入可能性との関連で人格権概念が現れているし、ここでは労働力の利用あるいは収入可能性といった利益との関連で人格権概念が登場する。人格権概念がやはり広範な概念であることは指摘するまでもないであろうが、ここでそれよりもなお強く指摘しておかなければならないのは、【1・2】判決ではいずれも人間の(経済的)活動が何らかの形で侵害されているケースが

基礎となっているということである。2つのケースではいずれも労働可能性、すなわち収入可能性の侵害が問題となっており、まさにそうした人間の活動という側面が人格権概念に包摂されている。もっともいずれも人格権が BGB 823条 1項の「その他の権利」に含まれないとされているため、具体的にはその保護が否定されている。しかし、これらの判決には人格権がそうした人間の活動保護のための権利概念として認識されていることがはっきりと現れていると指摘することが可能ではなからうか。

次に見る2つの判決も上の2つの判決と同じように人格権概念を把握している。

【3】RG 1904年2月27日判決 (RGZ 58, 24)²⁸⁹⁾

【事実関係】 ジュート繊維から作られたクリミヤ絨毯など3つの実用新案を実用新案登録簿に登録していた被告会社は、原告に対してその実用新案の模造品を製造することを禁じ、更に原告を刑事告発した。原告は被告会社に対して実用新案の抹消と製造禁止や刑事告発によって生じた損害の賠償を求めて提訴。一審、二審が原告の請求を認容したために被告が上告した模様。破棄自判。

【判決理由】 RG は、被告が、原告の BGB 823条 1項に列挙された個別的な法益を侵害したかどうかが重要であるとした上で、それとの関係から「……『あるいはその他の権利』という文言によってはっきりと列挙された法益を超えてなお他の同様の生活利益に拡張しようとする見解は RG の判例では支持を得ていないし、……個別的な人格権あるいは個人権を構築しようとする理論は既に認められておらず、それは法律の解釈のための根拠としては適切ではない」(28-29頁)と述べて、自由な獲得行為や労働力の妨げられない利用についての権限を823条 1項の保護に含めることを否定。

このいわゆる「クリミヤ絨毯」事件判決は、「設立され稼働中の営業についての権利」を認め、営業権侵害からの損害賠償請求が認められる余地があることを承認したものであるが²⁹⁰⁾、やはり人格権について RG は従来の立場を崩していないし、個別的な人格権の創造すら認めていない。ここでも人格権概念は「労働力の妨げられない利用についての権限」や「自

由な獲得行為」といった人間の活動に対して向けられているように思われる。

【4】RG 1906年10月4日判決 (RGZ 64, 155)

【事実関係】 ある医師団体が決議をもってその団体に加盟していない医師に対して、医師としての業務に従事することを禁じた。医師は BGB 823条 1項及び同826条を援用して決議の撤回と決議により生じた財産損害の賠償を求めて提訴。一審、二審とも原告が敗訴した模様で、原告が上告。上告棄却。

【判決理由】 RG は、1904年2月27日判決(【3】判決)と似たように823条1項の適用可能性は医師の業務の執行が「その他の権利」概念に含まれるかどうかにかかっていると問題を限定した後、先の【1】判決及び【2】判決を援用して「『その他の権利』概念を、自由な獲得行為をも含むいわゆる人格権にまで拡張することは、法律の精神には存在せず、承認することができない」(S. 156)としてこの問題を否定。

ここでも原告は医師としての活動を被告によって侵害されており、RG は明確に、侵害された「自由な獲得行為」を人格権の内包とみなしている。【1】~【3】判決と同様に人格権の内容はこの判決においてもやはり人間の活動にかかっている。すなわち、上で見た4つの判決はつづめて言えばいずれも人間の諸活動を人格権の内包と見ていると指摘することができる。BGB 823条1項の「その他の権利」の権利概念を人格権にまで及ぼすことができないとしているのはいずれにも共通することである。とするならば、人格権概念は少なくとも BGB 823条1項には規定されていないことになる。つまり、同項で列挙されている生命、身体、健康などの法益は少なくとも RG によれば人格権とはみなされていないのである。そして、RG が人格権と考えているのは、主に収入可能性やそれを支える自由な獲得行為などといった人間の活動そのものだと考えられるのである。

もっとも、その一方で、RG 1908年4月7日判決 (RGZ 68, 229) のように「観念的利益 *ideales Gut* としての名誉は人間の人格権の一部を形成し、その存在の基礎であるから、それは財産権的な関係において他人のた

めに無造作に利用され得ないものである」²⁹¹⁾として観念的で非財産的な利益としての名誉を人格権に含めるものもあれば²⁹²⁾、死亡した母親の埋葬地を巡る紛争で故人の意思を尊重すべきだとした RG 1920年10月28日判決（RGZ 100, 171）は故人の意思の尊重は「死者への配慮を与えるものであるが、故人の人格の権利はその亡骸においても存続しているとみなす……法的な見方にも対応している」²⁹³⁾として死者の意思という観念的で非財産的な利益を「人格の権利」と構成するものもある。死者の意思を「人格権」ではなく「人格の権利」といういささか古い時代の 本稿によれば非常に抽象的で広い意味で用いられた 概念が持ち出されていることも興味深い、「名誉」も人格権に含まれるとする RG 判決は当時にはこれ以外には見当たらない。ただこの判決では、解雇された工場従業員である被告がライバル工場に採用され、原告である工場主が被告の雇傭契約違反を理由として違約金を求めたことが基礎となっており、やはり上のいくつかの判決と同様に、労働紛争的な性格が強い。被告の「人格権としての名誉」を保護する一方で、RG が意図していたのは結局労働者の活動の保護なのである。

b) 人間の活動保護を中心とした人格権概念の発展

上のように、BGB 施行当初において人格権概念は、BGB 823条 1 項の保護法益ないしは「その他の権利」概念に含まれるかどうかという問題の中では、その保護を明確に否定されてきた。しかし、そこでは労働や収入可能性といった人間の活動に関わる側面の侵害が人格権侵害と評価されていることも明らかとなった。

RG は、以下で見るといくつかの判決の流れの中で一転して人格権概念を認める方向へと動き出す。その方向性を生み出した土壌はまさに著作権や商標権といった精神的な産業上の法領域であった。既にガーライスがこうした著作権法や商標保護法などの特別法の中に見出していた個人権（人格権）概念を RG も認めてゆく。こうした領域における人格権概念の取り扱いから、判例における人格権概念の生成が出發することになる。

1) 氏名権・商標権などの領域

氏名権や商標権の侵害を人格権侵害と捉える最初の判決が次の【5】判決である。

【5】RG 1906年11月30日判決 (RGZ 64, 397)

【事実関係】 不明。商標権の侵害が問題となったケースであると思われる。

【判決理由】 「……商標登録簿への商標の登録から生じる権利は 氏名や商号のように 個人権である。商標により認められた保護によって当然に、まさに氏名や商号のように人格の権利が保護されるのである」(S. 398)。

この判決はおそらく商標権の侵害が問題となったケースであると思われるが、ここで RG は氏名や商号、そして商標に対する権利が「人格の権利」であると明言する。こうした権利を「人格」に関連させて構成するのはおそらくこの判決が最初であろう。そしてそこに含まれているのは氏名権、商号権、商標権といったまさに精神的な産業上の権利である。こうした権利の侵害は結果的に被害者の(経済)活動を制限することになるがゆえに、こうした活動権的な権利の保護は、自由主義に貫かれた BGB にとっても当然の帰結であった。そしてこれらの権利を個人権(人格権)とみなして保護するというガーライスの見解はここでも支持されていると言ってもよい。このように商標権を「人格の権利」とみなす考え方は次の判決にも現れている。

【6】RG 1923年6月19日判決 (RGZ 108, 8)

【事実関係】 原告は1896年以来、人工甘味料について「Saccharin」(サッカリン)を商標として登録していた。一方被告はベルリン在住でオランダの人工甘味料工場の総代理人であり、「サッカリン」に自己の工場の名を付して販売していた。但し、被告はドイツ国内ではそれを販売していなかったが、1922年2月17日に自らの住むベルリンから手紙でポーランドの薬局店主にこの商品の購入を持ちかけた。そのため原告は商標法違反や不正競争防止法違反を理由に、被告に対して商品販売の禁止、工場の操業の禁止、損害賠償などを求めて提訴。一審により

請求が認容されたため被告が控訴。原審も控訴を棄却したため、被告が上告。上告棄却。

【判決理由】 RG は商標権の侵害は国内すなわちドイツからの上記の手紙の発送により生じているとした原審の判断を支持し、「原審は RG の判例と一致して、人格の権利から生じる商標権は（特許権と異なり）領域的に制限されず、それゆえドイツの商標は、ドイツの裁判管轄権が及ぶ範囲で帝国の境界を超えても保護されるという立場に立っている」（S. 9）とした。

この判決にも現れているように商標権侵害が問題となったケースの基礎となった事実を見ればやはり競争が問題となっていることが多い。次のケースでは商標権侵害のケースではないが、上の判決と同様に競争の事実が判断の基礎になっている場合に人格権概念が現れている。

【 7 】 RG 1929年 7月 3日判決（RGZ 125, 174）

【事実関係】 原告、被告ともに造花、とりわけ花環を製造する業者である。原告は多大な労力と費用を投下して人工サボテンを製造し、それを意匠登録簿に登録した。競争相手である同業者の被告はその模造を試みて成功し、顧客への回状の中で模造をほのめかした。そのため、原告は被告に対して模造の禁止や損害賠償を求めて提訴。一審で請求が棄却されたため原告が控訴。原審では請求の一部が認容されたに過ぎなかったため、原告が上告。破棄差戻。

【判決理由】 RG は「いかなる営業主も 原告も援用したように 法秩序によりその営業活動領域についての彼の人格権を、彼が誠実な方法で獲得した取引の既得権の中で保護されている」（395頁）とした上で、そうした既得権を侵害する競争の方法は、そのやり方が誠実な取引の経過と矛盾している場合には良俗に反するとして、本件のようなケースはこれに該当するとみなした。

上のケースでは最終的に RG は競争方法の良俗違反性を根拠にして判断を下しているが、「営業活動領域についての人格権」という形で原告の営業活動が保護されることを述べている。

こうした商標権侵害や競争といったケースでは被害者の（営業）活動保護を人格権概念で基礎付ける場合がほとんどである。これに対して次のように発明権に関わるケースにおいては、人格権を必ずしも財産権的なもの

として捉えないものもある。

【8】RG 1932年12月7日判決 (RGZ 139, 87)

【事実関係】原告(化学者)は、1919年から1930年に解雇されるまで被告の企業で働いていた。1925年からは被告の子会社に勤務し、特殊な裂けにくい銅製の絹糸の製造に関する発明に従事していた。1927年には発明に成功して特許を申請、1931年5月に特許を取得した。その間に、解雇された原告は被告に対して、発明は企業発明ではなく帝国労働規約9条の意味での職務発明に当たる旨の確認や報酬の支払いなどを求めて提訴。一審で請求がほぼ認容され、被告が控訴。原審は控訴を棄却したため被告が上告。RGは原告の請求の一部をより詳しく吟味させるため、原判決を破棄して差戻した。

【判決理由】RGは「もし発明の特許性がなお確定していないとすれば、確認の訴えは原告が発明についての人格権を援用しているがゆえに認められるだろうと原審が説明する場合には、それに追従することはできない」(S. 92)として原審の判断を斥けつつも、「人格権は発明者に もっとも今日もなおお争われているが 特許を与える際にそのようなものとして呼ばれる権限についてのみ存在する。ところで、発明についての権利は不完全な絶対的無体財産権であり、いかなる場合にも一般的には人格権とはされない」(同前)とした上で、「原審の裁判官は表現を間違えてはいるが、結論には賛成する」(同前)と述べている。

これは発明権が問題となったケースである。RGは発明権を人格権とはせず、無体財産権であるとする²⁹⁴⁾。発明権については、企業発明と職務発明との区別問題もあり、発明者の権利を保護しようとする機運が醸成されるには長い時間を要した²⁹⁵⁾。そうした性質上、発明権の場合には必ずしも人間(発明者)の活動保護という観点が重要であるとは限らず、結果的に競争法の問題ではないことがほとんどであった。むしろこの領域では、発明者名誉の保護が問題となることが多かった。つまり自身が「発明者たること」の保護が重要であった。その意味では人間の観念的で非財産的な側面の保護が問題なのであり、人間の活動保護として展開してきた人格権概念の発展過程からすれば、発明権保護の問題は当時の人格権という権利概念では把握することのできないものであったと考えられる。

次に【5】判決などによって「人格の権利」とされている氏名権についてもこれを人格権とする判決が存在することを指摘しておこう。

【9】RG 1918年12月12日判決 (RGZ 95, 269)

【事実関係】 スイス・バーゼルに住む被告は故 von B. の娘と婚姻して3人の子をもうけた。そのため、故 von B. は生前、被告とその家族に von B. という姓を名乗らせることをプロイセン王に申請したが拒否された。しかし、被告は故 von B. の没後、自らとその家族の名に von B. の姓を付して日常生活を送っていた。そのため、原告 (von B. とされているため故 von B. の一族か?) は被告に対して von B. の姓を名乗ることを禁じることを求めて提訴。一審、二審とも請求を棄却したため、原告が上告。上告棄却。

【判決理由】 裁判管轄権がないとする被告の主張を容れた控訴審の判決を RG は支持したが、特に氏名権の侵害に関して次のように言及した。不法行為を原因とする訴訟で原告が主張しなければならないのは「 BGB 12条及び823条の構成要件に存する客観的違法性から推論して 被告の有責な行為から生じており、それゆえに被告はその行為の違法性を認識し又は過失により認識しなかったという事実である」(S. 270 f.) が、氏名権が問題となっているところではこの必要性が読み取られないのは、「BGB が823条以下で原則的に故意過失の原理 *Verschuldungsprinzip* にこだわっており、この原理はいくつかのそれに続く規定でしか姿を現さないからである」(S. 271) として、「こうした例外規定で規定されている債務関係は、氏名権の侵害から生じた債務関係とは決して同じものではなく、惹起原理 *Verursachungsprinzip* を人格権侵害に対する損害責任へと拡張せよという要求は承認されえず、氏名の不正使用から生じた財産損害の主張が不法行為から生じた訴えの決定的な根拠になるかどうかは議論され得ない」(同前) とした。

この判決では被告が氏名権の侵害を主張したかどうかは定かではない。いずれにせよここでの RG の氏名権に関する叙述を見る限りでは、判例も氏名権を人格権と見ているようであり、そうした人格権の侵害による救済を不法行為法によって図ることは認められないと考えている。人格権概念はやはり不法行為法、とりわけ823条1項の対象となる概念ではないので

ある。もっとも周知のように氏名権の侵害に関しては BGB 12条がその保護を定めているため必ずしも823条1項で保護を図る必要はない。そのせいからか明確に人格権概念には触れないが、BGB 12条などを根拠に氏名権を保護した判例が例えば RG 1910年10月28日判決 (RGZ 74, 308)²⁹⁶⁾、時代を下った RG 1938年9月29日判決 (JW 1939, 153)²⁹⁷⁾ などに見られる。

最後に、後に見る【12】判決で氏名権と同じく既に個別的人格権と認められていた自己の肖像についての権利についての RG 判決を見ておこう。

【10】RG 1929年6月26日判決 (RGZ 125, 80)²⁹⁸⁾

【事実関係】 被告は、タバコ銘柄の宣伝の目的で有名サッカー選手である原告の肖像を無断で使用した。そのため、原告は被告に対して肖像の流布することの禁止を求めて提訴。一審が請求を棄却したため、原告は直接上告。上告棄却。

【判決理由】 RG は「原則的に肖像の流布又は展示についてその同意を必要とする自己の肖像についての人格権 (美術・写真著作権法22条) は……原告がサッカー選手であるということで原告に寄せられる公の関心のために公共の利益により破られなければならない (同23条1項)」(S. 82) とした上で、有名人である原告の肖像が流布されることを原告は受忍しなければならないとした。

本判決は自己の肖像についての権利を人格権と認めているが、彼が有名人であるがゆえにこの保護を拒んだ。先の RG 1910年10月28日判決 (RGZ 74, 308) では同じようにタバコの銘柄の宣伝に利用されたツェッペリン *Zeppelin* が同様の訴訟を起こしたが、1910年判決では、伯爵でもあったツェッペリンの名望家としての肖像や社会的地位に着目して「彼の氏名がある商品と結びついてもたらされている場合にはそれは神経の細やかな人物の意思に反している」²⁹⁹⁾ として請求が認容されている。同じようなケースで【10】判決では異なる結論が導かれたことについては、裁判所はたくましいスポーツマンを「神経の細やかな人物とは判断しなかった」と評するものもある³⁰⁰⁾。

肖像権の場合には、これも商業的な利用可能性があることから、活動保護の観点からこれを人格権として保護することも可能であると思われる、そ

れゆえに後に見る【12】判決ではまさに肖像権も人格権であると構成されている。本判決では、被害者が有名人であるがゆえに公共性をもって彼はその侵害を受忍しなければならないとされたのである。

2) 著作権領域

前章で見たように既に19世紀から人格権概念が現れ、ある程度成熟した議論が展開していた著作権領域においても、次の判例に見られるように人格権概念は当初、判例の認めるところではなかった。

【11】RG 1908年9月16日判決 (RGZ 69, 242)

【事実関係】 貸雑誌の回読サークルを主宰する被告が、そこで回読されていた原告の発行する雑誌に会社の広告などを織り込んで編集したことに対して、原告がこれを禁止することを求めて提訴。一審、二審ともに原告の請求を棄却し、原告が上告。上告棄却。

【判決理由】 RG は、原告が援用した1901年の文学・音楽著作権法の規定には被告の行為は抵触しないなどとした上で原告の請求を棄却し、「同法の規定の外に存在する、あらゆる作品の形を変えることによって侵害される著作者の人格権」(S. 243) は承認されないとした原審の判断を支持。

この判決は「著作者」の人格権を否定しているものだが、次の RG 1908年11月7日判決では人格権を根拠とする原告の請求についてはこれを斥けているものの、人格権についてはこれまでの判例とは異なるニュアンスを示している。

【12】RG 1908年11月7日判決 (RGZ 69, 401)³⁰¹⁾

【事実関係】 1900年8月に死亡したニーチェは生前、ある教授とおよそ20年にわたって親しく手紙のやり取りをしていた。その教授は1905年6月に死亡し、遺言で彼の遺産の中にあったニーチェの手紙を発行することを被告に委任した。被告は遺言どおりにニーチェの一連の手紙を出版したため、原告(ニーチェの妹でありその単独相続人)は、手紙の公開が彼女によって代理されるニーチェの人格権を侵害するなどとして、その出版の停止などを求めて提訴。一審、二審ともに

原告が敗訴したため上告。RG は原判決を破棄して差戻。

【判決理由】 RG は請求の根拠を著作権法に置いた原告の上告を認容し、この点に関する原審の判断を破棄した。ただ、人格権については「(原告の訴えは)原告のいわゆる個人権や人格権を根拠にしているという点では当然に棄却される。一般的人格権は現行民法の知らぬところである。特に法律に規定された、氏名権や商標権、自己の肖像についての権利、著作権の人格権的要素といったような、特に法律に規定された人格権が存在するのみである。自己の手紙について的人格権は……今まで貫徹されていない。それゆえ人格の権利保護は専ら不法行為の領域でのみ与えられているに過ぎず、既になされている不法行為に対しては損害賠償や原状回復の方法で、予想される不法行為に対しては不作為の訴えの方法で保護される」(S. 403 f.)という判断を示している。

本判決は一般的人格権を明確に否定する初めてのものであるが、氏名権や商標権など既に法律上に規定されたこうした権利を指して人格権と呼んでいる。やはり、BGB 823条1項に列挙された生命などの法益を人格権には含めていない。その意味では、人格権は人間の活動保護のための権利概念であると捉える見方はここでも貫徹していると言ってもよい。

【13】RG 1912年6月8日判決 (RGZ 79, 397)³⁰²⁾

【事実関係】 原告は、被告からフレスコの絵画を自邸の階段の踊り場に描くことを依頼され、これを遂行した。しかし、後に被告がこの絵画に加工を施したため、原告は著名な画家としての自らの人格権侵害などを理由としてこの加工の除去を求めて提訴。一審では請求の一部が認容されたに過ぎなかったため、双方が控訴。原審では被告の控訴が棄却され、被告が上告。上告棄却。

【判決理由】 RG は先の1908年11月7日判決を引いて「一般的人格権は我々の現行民法では承認されていないが、個別的に規定された人格権は認められている」(S. 398)とした上で著作者の人格権的要素について言及し、「芸術家的人格権は主に出版者あるいは彼がその著作権を複製、作品を商売として流布あるいは展示する目的で譲渡した者との関係において認められ、……我々の民法が一般的人格権を承認していないと解釈する場合にも……芸術家に対して立法者によって前提とされた権利保護を与えるという必要性が生じるのであり、それはむしろ補充を必要としている美術・写真著作権法の規定そのものから推論され得るし、ま

たされなければならない」(S. 399 f.)とし、原告の加工行為は芸術家としての原告の特性 *Eigenart* を侵害しているとした。

この判決も【12】判決を承けて、同様に一般的人格権を否定し、法律に規定された個別的な人格権のみを承認するに過ぎない。本判決は著作人人格権の保護を図ったものとして紹介されることがあるが³⁰³⁾、少なくともこの判決は、原告の加工行為が芸術家としての原告の特性の侵害しているという点を強調しているに過ぎない。確かに、判決理由の中では、芸術作品の所有権者の趣味が変わったことによって彼がそれを譲渡したり売却したり、ひいては廃棄することは芸術家の作品の芸術的特性を侵害するものではないし、また芸術家の人格権を侵害するものでもないという叙述が見られる³⁰⁴⁾。しかし、最終的に RG は原告の加工行為を芸術家の人格権侵害であるとは明言しないし、加工行為を施されたことにより失われた原告の「芸術家としての名誉や名声と不可分に結びつく人的利益 *persönliche Interesse*」³⁰⁵⁾は法的な保護を享受すると述べるにとどまっている。RG は一般論では法律上個別的に規定された人格権を認めているが、事案への法適用に際しては芸術家の作品の芸術的特性などを人格権として構成して保護することまでには踏み込んでいないように読める。

【14】RG 1913年 5月28日判決 (RGZ 82, 333)

【事実関係】原告は被告よりファサードの設計を依頼され、報酬と引き換えにその設計図を被告に提供した。後に原告の設計図がベルリンなどで建築された建物のもと同じであったことが分かり、原告は自らがその設計者であると主張したにもかかわらず、被告は自らの従業員である原告が自らの意見と指図に従ってその設計図を作成したと主張して、原告にその主張をやめるように命じた。原告は被告に対し、被告自らを著作人とすることを禁止すること、そして付加的に被告には原告にその主張をやめさせるような権利は帰属しないことの確認を求めて提訴。一審では原告は BGB 823条及び(著作権とは異なる)著作権者であることの権利 *Urheberschaftsrecht* を根拠としたが請求棄却。原審では、原告は1907年の美術・写真著作権法、BGB 823条及び826条、そして不正競争防止法を援用し

たがこれも棄却されたため上告。上告棄却。

【判決理由】 RG は、設計図が被告の着想に由来するものであって原告が設計する際にも被告の希望が主張されていることを重視した原審の判決を支持した上で、「特別法の規定とは別に著作権上的人格権が承認されるとしても、原告は問題となっているファサードに対して著作権上的人格権を有していない」(S. 337)とした。

ここでの「著作権上的人格権」が何を示しているのかは明らかではないため詳しくは立ち入らないが、結果的に設計図の構想が被告の着想によるものであったことが認定されていることから、原告固有の発想が設計図に反映しているわけではないという意味において原告の「著作権上的人格権」は 仮にそうしたものが認められるとしても 否定されたのであろう。

【15】RG 1921年4月23日判決 (RGZ 102, 134)³⁰⁶⁾

【事実関係】 被告は、1912年に死亡したスウェーデンの作家ストリントベルクの5つの作品を違法にドイツ語に翻訳して販売した。そのためストリントベルクの相続人である原告が、その作品の複製や販売の禁止や既に出版されたものの廃棄、損害賠償を求めて提訴。一審では請求が棄却されたが、二審では原告の請求が一部認容され、双方が上告。RG は被告の上告のみを棄却。

【判決理由】 RG は「現行ドイツ法では一般的人格権は承認されておらず、むしろ法律上の保護は個別的で特別な人格権に与えられている。例えば氏名権、商標権、自己の肖像についての権利、著作権上的人格権の要素である。しかし、自由な翻訳権が検討されるこうしたケースにドイツ著作権法は適用できないので、ここでは著作権上的人格権は考慮されない」(S. 140)とした被告の見解を斥け、著作権法上の規定などを根拠に原告の上告を認容した。

斉藤教授はこの判決について「Strindberg の著作権とそこに含まれる人格権は承認されるべきだとした」³⁰⁷⁾とするが、これには少々疑問が残る。本件では、確かに著作権上的人格権が考慮されないという被告の上告は斥けられている。裏を返せば、著作権上的人格権が保護されると判示しているようにも読める。しかし、RG はあくまでもこの事案はドイツの著作権

法が予定している問題ではなく、それゆえに著作権上的人格権が考慮されない述べているに過ぎず、著作権上的人格権という存在を前提としてはいるものの、それを積極的に認めて原告の権利保護を図ったものとまで踏み込んで評価することはできないのではないかと。

【16】RG 1925年4月8日判決 (RGZ 110, 393)

【事実関係】 建築家である被告は、1919年2月から1921年3月まで原告の所有する会社の従業員であった。その間、被告はレストランなどの内装を手掛け、そのうちの一つに自らの設計による旨を刻んだ碑文を備え付けた。そのため、原告は自らの当時の従業員としての被告によりなされたインテリアデザインについての著作権を理由としてこうした碑文の撤去、将来にわたる碑文の設置の禁止などを求めて提訴。一審は請求を棄却したが原審がそれを認容したため、被告が上告。破棄差戻。

【判決理由】 RG は原判決を破棄して差戻したが、とりわけ人格権について「芸術家にはその氏名を示す *Anbringung* 権利が帰属しなければならない。こうした権限は人格権の現れである。人格権は確かに美術・写真著作権法には特に規定されていないが、この強い影響力において……13条(禁止権)の規定により無言のうちに承認されている」(S. 397)と言及している(但し、具体的にはこのケースで著作者のこうした権利が行使されうるかどうかは疑わしいとする)。

このケースでは建築家が自己の名を刻んだ碑文の撤去を求められているが、RG はこうした自己の名を示す権限を「人格権の現れ」として保護を認めている。ただ、これは一般論として認めただけでなく、具体的な適用に当たっては否定されているようである。

【17】RG 1926年5月12日判決 (RGZ 113, 413)³⁰⁸⁾

【事実関係】 ラジオ放送局の番組編成者であった被告は、予め原告の同意を得ずに原告が執筆したある作品をドラマとしてラジオで放送した。そのため、原告はその作品を許可なくラジオで放送したことによって自らの権利が侵害されたとして損害賠償を求めて提訴。なお、被告も原告の作品は無線放送では彼の同意を必要とせず放送可能であるとして反訴を提起している。一審で原告の請求が認

容され、被告の反訴は棄却されたため被告が控訴したが原審もこれを棄却し、被告が上告。上告棄却。

【判決理由】 RG は、最終的には1901年文学・音楽著作権法11条（複製権や商業的に流布する権利）により被告の上告を棄却するが、原告が主張した人格権侵害について次のように詳しく説明して否定している。「訴えの請求は……包括的な人格権あるいは著作権の種類による一般的な権限では根拠付けられない。確定判例と一致して原審は一般的人格権が現行法秩序では承認されていないことを根拠としている。法秩序は専ら特に法律上規定された人格権すなわち名誉についての権利、氏名権、商標権、自己の肖像についての権利、著作権の人格権的構成要素を与えているに過ぎない。否定判決は適切に次のように説明している。すなわち、著作者がその作品について排他的に自由に扱うことのできる一般的人格権は個別的法秩序によって承認された権限の上位概念として考えることができるに過ぎず、こうした個別的法措置とは別に請求権を正当化する可能性はそれには認められない。それゆえ、そのような個別的法秩序により与えられた権限の侵害が存在しない限りでは、防御請求又は損害賠償請求は根拠付けられないのである」(S. 414 f.)

本判決は、一般的人格権の意義を思考概念として認めるに過ぎず、具体的な請求権を生じるものではないとしている。ここでも著作者の人格権侵害が否定されているように、【12】-【17】の判例の中にはいくつか著作権の人格権的要素を一般論としては肯定しているものが散見されるが、結論的には人格権による保護を否定したり、あるいは著作権法上の規定を用いて問題を解決するものがほとんどである。当初は著作者や出版者の活動保護から出発しつつも、ブルンチュリらの学説を嚆矢として、著作者の観念的で非財産的な利益を包括するものとして発展してきた著作権領域における人格権概念が、RG においては具体的な適用において否定されていることは興味深い。商標権などといった活動の保護に資する人格権概念が RG によっても明らかに人格権として認識され、保護されていることは極めて対照的である。

しかし、RG も以下の2つの判決で、著作者の人格権を明確に認め、事案への適用に当たっても人格権が保護されるべきことを明確に述べる。

【18】RG 1929年2月16日判決 (RGZ 123, 312)

【事実関係】 被告は、1908年に死亡したヴィルヘルム・ブッシュの作品をラジオで放送した。これに対して、その作家の相続人である原告(出版社)がその作品の放送に対する報酬の支払いを要求したが、被告は原告会社も構成員である訴外会社との契約 ブッシュの作品を放送により自由に流布してもよいという内容が含まれていた により既にその訴外会社に対価を支払っていることを理由にこれを拒否した。そこで原告はライセンス料の支払いとブッシュの作品を原告の同意なくラジオ放送することの禁止を求めて提訴。一審で原告の請求が認容されたため被告が控訴。原審は被告の控訴を棄却したため、被告が上告。上告棄却。

【判決理由】 RGは他人が著作権上の権限領域のすべての財産権の構成要素を獲得する場合にも「著作者はいかなるケースにおいても譲渡できず、契約でも手をつけることのできぬ人格権を有している」(S. 320)とし、こうした権利は「とりわけ作品の改変に対する防御において現れる」(同前)と判断した。更に「人格権の核心に根付いているのは、例えば財産権的な著作者の権限についての契約の締結により法律上の新たな創造によって譲渡人に生じるものである」(同前)とも述べている。

【19】RG 1929年7月3日判決 (RGZ 125, 174)

【事実関係】 学者シュミットは自らの授業のために原告の出版社でジュッターリン書体に関する入門書を1924年に出版した。その入門書ではシュミットが特定のペンについて言及しており、原告はその言及が特定のペンの宣伝になるとして、第3版の印刷に当たってシュミットにその削除を要請し、シュミットはそれに応じて第3版の末尾に注意書きを付け加えた。シュミットは1926年に没したが、多数のペン工場から抗議や苦情を受けたプロイセン文相は、1927年に原告に対して新版でも特定のペンについての言及があるかどうかの確認を求めた。原告はそれに応じてその言及の削除を被告(シュミットの相続人)に依頼したが、被告はこれを拒否した。そのため原告は被告に対して第3版の残部(約5000部)の原価での買取、書物の25か所での特定のペンへの言及の修正を求めて提訴。一審、二審とも請求が棄却されたため、原告が上告。上告棄却。

【判決理由】 RGは出版法13条1項に基づき、原則的に出版者が作品の改変などをすることは禁止されるとした原審の判断を支持し、「それは(文学・音楽著作権法9条と同様に)作品についての著作者の人格権を保護すべきであるという

規定の目的に適っている」(S. 177)とした。ただ「複製し流布する作品と出版者の関係は純粋な仕事上の領域を出ないわけではない。それゆえ彼は専門的知識、判断力、感情移入した理解によって作品に拘束され得るのであり、それゆえ作品の利益のために修正でもって介入し、特殊な職業能力に応じた固有の人格権を行使するのに適しているのである」とも述べ、出版者の人格権についても言及している。

これらの判決と従来著作権にかかわる判決との決定的な相違は、例えば実定法秩序の中に著作者の人格権を明確に読み込みつつ、まさにそのことを基調としながら著作者の保護を図っている点にある。従来判決は著作権の人格権的要素を認識しつつもそれを具体的な事案への適用に当たっては重視していないのである。ここでの人格権の保護とは、従来とは異なり、競争法の問題の中での活動保護的なものではなく、むしろ「著作者たること」の保護とでも言うべき、人間の観念的で非財産的な利益の保護なのである。その意味においては、人格権概念が人間の活動保護から、人間の存在保護(具体的には「著作者たること」の保護や著作者名誉の保護)へとウィングを広げているかのような印象を与える。しかし、著作権に関する一連の判決の動きを見ると興味深い点が見出される。すなわち、当初は著作権にかかわる問題について、民法との関係を考慮しながら判断が下されている。例えば【13】判決(ニーチェの手紙事件)や【15】判決(ストリントベルク事件)などでは、民法ないしは法秩序という広い法領域での人格権概念の中に著作者の人格権を含めて法解釈を行なっている。しかし、【18・19】判決では、純粋に著作権法の問題としてその中で人格権概念の検討を行なっている(もっとも、これには当事者の主張も関係しているだろう)。つまり、民法ないしは法秩序の中に人格権を位置づけて検討するという態度は見られないのである。このことは、既にコーラーが著作権の二元理論を示していたように、民法ないしは他の法秩序における人格権とは切り離れた形で、著作権法制度の中での人格権概念すなわち著作者人格権を認識しているものであると捉えられよう。その意味ではやはり、

著作者の人格権は「著作者人格権」としてこれまでの「人格権」からは切り離され、別個の権利概念として把握されるようになったと評価することが可能であり、活動保護権として意味を有してきた人格権概念そのものは何らその性質を変えていないと見られる。

c) 名誉保護への人格権概念の拡張

上で述べたように、RG は氏名権や商標権、著作権の人格権的要素といたった実定法に定められた個別的人格権を認め、それを保護する傾向にあった(但し、著作権に関しては「著作者人格権」という形で切り離れた)。一方では、いくつかの判例に見られたように個別的人格権を包括する基本権的な一般的人格権概念を認めないことが RG 判例の一致した態度であった。そのため、今日では文句なしに人格権概念に含まれている生命、身体、健康、自由及び名誉の保護などに際しては人格権への言及はほとんどなされなかった。生命、身体、健康、自由が BGB 823条 1項における保護法益として明確に定めてあることを考慮するとしても、RG はそれとは別に人格権概念が823条 1項の「その他の権利」には含まれないと考えていることからすれば、それらの保護法益は RG によれば人格権概念には含まれないとされていたことになる。名誉はそれらの保護法益には含まれていなかったが、やはり RG が人格権概念について述べる場合にはそこには含まれることはほとんどない³⁰⁹⁾。このことと、一連の人格権概念の生成と展開の過程を重ね合わせるならば、RG もやはり人格権概念を人間の活動保護という目的で用いていたことが更に鮮明となろう。

しかし、上で見た判例の動きの中から明らかのように、1920年代後半には著作権領域での判決を通じて、人間の存在保護のために人格権概念に持ち出す動きが出てきた。その動きは下級審判決に顕著に表れるようになり、例えばベルリン地方裁判所(Landgericht) 1928年3月6日判決(JW 1929, 451)は、氏名を挙げて原告の生活史を記した著作物が流布されたケースで、「法律上特に規定された人格権、とりわけ氏名権、自己の肖像についての権利から、著作物における人格の描写は、その人格がその描写

の中止を求める正当な利益を有している場合には許されることが導かれる」³¹⁰⁾としてその著作物の流布を禁じた。また、キール OLG 1929年7月9日判決(JW 1930, 78)は、妻とその愛人により殺害された判事補の家庭事情などを描いた芝居の上演が行なわれたケースで、RG は人間をすべての範囲で広く保護するという一般的な法的思考を創造する、生活の必要性に適合した判例の構築を阻害しているとして一般的人格権を否認するRG を批判し、「法学も一般的人格権を更に発展させる判例に期待しており、当法廷はこの事案において、そのような権利が今や既に一般的に肯定されるべきか、更に個別事例においてはこの権利の限界が引かれるべきかという最終的な立場表明を必要とせずに、原告の請求権を既に一般的人格権から推論することができるものとする³¹¹⁾とした³¹²⁾。

この2つの判決に共通しているのは、いずれも名誉や私的領域の侵害が問題となっていると思われることである。そして、その保護を人格権や一般的人格権によって図ろうとしている点も共通している。その意味においては人格権概念に人間の存在保護といった目的も加わっているのである。ただ、名誉保護については必ずしもそうとも言い切れない部分がある。当時、名誉は信用の危殆化などとの関係から BGB 824条や826条、1004条などによって部分的に図られていたに過ぎない。すなわち、名誉などの保護は収入可能性の侵害など財産損害を導く範囲で認められていたのである。その意味では名誉の保護は、「非財産的な本質的特性」の保護というよりもむしろ収入可能性の侵害を保護することによる収入の機会や市場への平等な参加といった経済的な動機によってなされていたと見るべきであろう³¹³⁾。その意味では、名誉保護も人間の(経済)活動保護という側面を有していたと見るのが可能である。それを人格権ないしは一般的人格権から推論しようとするのは、やはり人格権概念が競争法の問題の中で人間の活動保護に資する概念として認識されていることを表しているともいえよう。

2. 人格権をめぐる学説の状況

上で見た RG 判例の動きに対して、学説はどのように人格権概念を捉えていたのであろうか。学説の多くは判例の方向性と一致している。すなわち、氏名権や商標権、肖像権などの保護を人格権の保護と構成することは大方の認めるところである。ただ、そうした個別的な人格権の保護を超えて、ギールケやコーラーによって主張されたような広範で包括的な一般的人格権概念を認めるかどうかという点に顕著な立場の相違が見られる。以下ではその点に注意を払いつつ、人格権概念をどのようなものとして把握していたかということをいくつかの学説を検討しながら明らかにしていこう³¹⁴⁾。

a) デルンブルク

まず一般的人格権概念を明確に承認しようとするのがデルンブルク *Dernburg* である。彼は今日もなお「人格という私権」³¹⁵⁾の承認にはなお多くの反論があるとしつつも、BGB 12条の氏名権に関する規定を掲げて、BGB は人格権を承認しており、HGB にもその37条に商号権に関する規定があることを引いている。そして彼は、「氏名にも当てはまることは、他の人的利益 名誉、自由、身体的完全性にも当てはまる」³¹⁶⁾として広範な一般的人格権概念の承認を求めようとする。彼によれば「人間に私法上の保護を与えることは法治国家の観念がまさに求めるところ」³¹⁷⁾であり、それゆえに彼の眼には「823条による人格の侵害からの保護は不十分なもの」³¹⁸⁾と映るのである。

彼の債務関係法の体系書³¹⁹⁾における BGB 823条 1項に関する記述では、同条によって彼の構想する一般的人格権概念の保護が図られるべきかどうかという点については特に言及されておらず、ただそこには人格権あるいは個人権が含まれるかどうかという問題があるとして、これに対する判例・学説ともに立場にブレがあると指摘するにとどまっている³²⁰⁾。しかし、総則部分での彼的人格権に対する態度からすれば、彼は人格権の保護を823条 1項によって図ることを念頭においていると指摘することができ

るだろう。デルンブルクの言う人格権概念は、まさにギールケやコーラーの構想したそれと非常に類似した広範で一般的な人格権である。BGBの施行後にこの立場を明確にした学説はおそらくデルンブルクのものが初めてであると思われる。

b) エルツバッチャー

デルンブルクと同様に一般的人格権を指向するが、なお現代の一般的人格権概念に接近しているのがエルツバッチャー *Elzbacher* である。彼はその著『行為能力』において、「排他権の侵害」というテーマの下で人格権概念を扱っている。ここではまず排他権の種類が、物の利用における所有権や印を使用する場合の氏名権といったような「個別的利益についての権利 *die Rechte an einzelnen Gütern*」と、我々のすべての利益全体を形成する一般的排他権などが含まれる「全利益領域についての権利 *die Rechte an ganzen Güterkreisen*」に区別されている³²¹⁾。彼的人格権概念は前者に属するものであり、そこでは人格権は外的利益についての権利と対置されている。ここで彼が指摘する人格権概念は、我々人間と不可分に結びついたものであり、それゆえにそこには生命や自由、名誉、信用といった利益が含まれている³²²⁾。これに対して外的利益についての権利なるものには、所有権や氏名権などが含まれており、彼によればこれらは「人格権によって」保障された我々人間が得ることのできる外的な利益である³²³⁾。そして、その外的な利益は最終的には物権や非有形的利益についての権利という形に分かれゆくとエルツバッチャーは考える³²⁴⁾。この点で既に彼が人格権概念を高次の権利概念として捉えていることが明らかになっているといえるだろう。すなわち、彼は人格権を「個別的な利益についての権利」の全体を支える権利としてそれにある種の基本権的な性格を認めているのである。

彼的人格権の定義にはそれがよく現れている。彼は人格権を「我々が我々の人的利益を享受することを……保障する排他権である」と性格付け、生命や身体的・精神的完全性、諸力の自由な利用、名誉及び信用といった

人的な利益がそこに含まれるとしている³²⁵⁾。更に進んで彼は「統一的な人格権のみが存在するに過ぎない」³²⁶⁾と結論付ける。このことはまさに彼が人格権概念を「個別的な利益のついでに権利」の全体を支える権利として位置付けていることと対応している。つまり、彼は人格権を個別的な権利の総体と見ているのではなく、あくまでもそうした権利の享受を保障する統一的な権利と捉えている。斉藤教授が適切にもエルツバッチャーとギールケとの類似性を指摘しているように³²⁷⁾、ここにはギールケが説く統一的な基本権として一般的人格権概念の定義との近接性が見て取れる。しかし、エルツバッチャーにおいてはギールケのような概念的な広範さや不特定性をあまり読み取ることはできない。その理由はまさに人格権が外的利益についての権利と区別されているからである。すなわち、エルツバッチャーは所有権や氏名権ひいては商号権なども外的利益についての権利として完全に人格権概念から切断しており、それらが人格権として含まれる余地がないのである。こうした権利が人格権から脱落していることは、ひとえにエルツバッチャーが人格権概念から財産権的要素を除外しようとしていることを示している³²⁸⁾。

RGが氏名権や商号権などといった権利を人格権として保護していったこの時代において、こうしたエルツバッチャーの見解はひときわ異彩を放っている。氏名権や商号権までもも人格権の射程から外そうとする彼のような見方は他の学説においては存在しない。彼のいう人格権は、生命や身体的・精神的完全性など人間の存在に関わる利益を中心とした概念であるという点ではRGの捉える人格権とは異なる概念であり、名誉や信用も含んでいる点で今日の一般的人格権概念に近いものがあるといえよう。但し、エルツバッチャーにおいても「諸力の自由な利用」が人格権の中に含まれており、その意味ではRGが念頭に置いていたと考えられる、人間の活動保護に資する人格権概念とまったく異なる概念となっているわけではない。

c) コザック

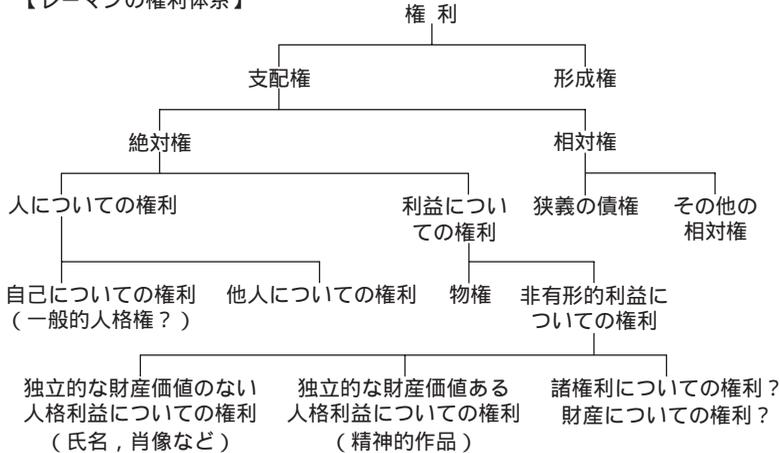
今日の意味での個別的人格権概念を指して「人格権」とするのがコザック *Cosack* である。彼はまず「人間は誕生してから民法のもとで人として保護を受け、生命、健康、自由、名誉、獲得行為などはある程度の範囲で他者からの侵害から民法上保護される」³²⁹⁾とする。ここで「ある程度」とされていることから明らかなように、彼はこうした利益を包括的に保護する「自己についての権利」には明確に反対する。そして「事実、生命、健康、自由、名誉などは確かに法益であり、人間は客観的法によりその享受を保護される」³³⁰⁾として、生命などについての権利は認められず、あくまでも法益であるという立場をとる。

コザックはこうした一般的で包括的な「自己についての権利」を否定する一方で、「一連の限定的に規定された人的な個別権」(例えば、氏名権や肖像についての権利)の存在を認め、これを彼は「いわゆる人格権ないしは個人権」と呼ぶ³³¹⁾。ここで注意しなければならないのは、彼は生命や健康などについてはそれを「自己についての権利」と称して人格権や個人権とはしないが、氏名権や肖像についての権利についてはこれを人格権としていることである。そして、コザックは明確に「私は氏名や肖像についての人間の権利に関する問題を肯定するが、生命や健康、自由などについての権利に関する問題は否定する」³³²⁾と述べている。つまり、彼が肯定する前者の問題は、彼にとってはまさに「人格権ないしは個人権」の問題なのであり、これを肯定するということはすなわち人格権概念を肯定していることと同じである。その反面、生命や健康などについての権利を否定しているが、コザックがこれを人格権と決してみなしていない以上、人格権を否定していることにはならない³³³⁾。むしろ、コザックは氏名や肖像についての権利 今日で言うところの個別的人格権 の承認を通じて、人格権概念を明確に承認しているのである。そしてそこでその人格権概念に含まれているのは判例と同様に、人間の活動に関わる利益なのである。

d) レーマン³³⁴⁾

レーマンは、自らの構想する権利体系の中で人格権に明確な位置付けを

【レーマンの権利体系】



Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2 Aufl., 1922, S. 60 の図を和訳して引用

与えている。まずはその権利体系を見てみよう。

ここでとりわけ注目されるのは、自己についての権利 (一般的人格権?), 独立した財産価値のない人格利益, 独立した財産価値ある人格利益という諸概念である。

まず第一の自己についての権利であるが、これはサヴィニー以来多くの学説によって否定されてきたものである。レーマンはそもそも自己そのものが権利客体となることを明確に承認している³³⁵⁾。そのためここには BGB 823条 1項に列挙されている生命, 身体, 健康及び自由が含まれることになる。ただ、そこに一般的人格権が含まれるかどうかは争いのあるところであるとしつつも³³⁶⁾, レーマン自身は一般的人格権を823条 1項の「その他の権利」に含むことを意図している。彼はまず823条 1項における法益の列挙を「法律は823条において自己の完全性についての利益をそのさまざまな弱点により823条で所有権とその他の権利とともに列挙してそれと同等なものとし、それゆえ単に保護されるに過ぎない823条 2項の法益の領域からそれを取り出ししている」³³⁷⁾と捉える。彼によれば823条 1項

と2項はその射程を異にするものである。すなわち、823条2項はそこでいう保護法規において明らかにされている利益を「個別的に」保護するに過ぎないものである一方、823条1項で言及されている所有権やその他の権利は「一般的に」保護されている。その意味において、所有権保護やその他の権利の保護を BGB は優先的に扱っていると捉えられ³³⁸⁾、最終的に彼は823条1項の「その他の権利」に一般的人格権を包摂させることによって、「不作為の訴えにより侵害の禁止を主張する可能性」、「慎重な類推による人格領域の保護を拡張する可能性」を創出するという一般的人格権の実質的な意味を具現化しようとするのである³³⁹⁾。もっとも一般的人格権の無限の広がりにはレーマン自身も懸念するところであり「人格領域がいかなる関係においても一般的に保護されるべきであるということは一般的人格権の承認から自明に引き出されるべきではない³⁴⁰⁾」と述べている。

第二の独立的な財産価値のない人格利益、第三の独立的な財産価値ある人格利益という概念は、少なくともレーマンの権利体系からするならば一般的人格権には含まれない別の概念ということになる。前者には氏名権や名誉についての権利が含まれており(但し、名誉についての権利の承認に対しては争いがあるとすると)、これらは人格権あるいは個人権と呼ばれ、財産価値のない人格利益とされる³⁴¹⁾。ここで注目されるのは氏名権の取り扱いである。氏名権は商標権などと並んで権利所有者の財産的利益の保護に資する概念として発展してきたものである³⁴²⁾。それがレーマンにおいては「財産価値のない」ものとして捉えられているのは、未だに氏名の経済的な利用可能性が十分に認識されていないということであろうか³⁴³⁾。これに対して財産価値ある人格利益とされる後者に含まれているのが文学作品や発明である。なお、両者はここではこのように厳格に区別されているが、結果的にその他の人格権として一括されている³⁴⁴⁾。

このように、レーマンの権利体系の構想の中には2種類的人格権概念が含まれている。一方は「自己についての権利」としての、人格と密接不可分の(一般的)人格権であり、他方は人格から分離され得る利益としての

人格権概念である。前者は人間の存在そのものに関わる利益であるから、人間の存在保護としての人格権と捉えることができるであろうし、反対に後者は人間の活動保護としての人格権とすることができよう。この両者を区別して人格権概念を捉えるところにレーマンの独自性があると指摘することができると思われる。

e) トゥール

これまで見てきた学説は、一般・個別の差異はあれ、人格権概念を何らかの形で認めていた。これらと異なりトゥール *v. Tuhr* のように明確に人格権概念を否定するものもある。

トゥールは、まず生命や身体などは「いかなる法秩序もその保護を主要な使命としている」客体であると捉える³⁴⁵⁾。そして、こうした利益に対しては既に民法、とりわけ不法行為法によりその侵害者に対する損害賠償請求権などが予定されているとするが、やはりトゥールもそうした法益を果たして権利として解釈することが可能かどうかといった問題にここで直面することになる。トゥールは、近時ではこの問題を肯定するものが多いとして例えばギールケやコーラーの人格権ないしは個人権概念を挙げてその概要を説明した後、こうした見解は BGB では否定されていると評価する³⁴⁶⁾。更に彼は BGB 823条 1項に列挙されている「最も重要な」³⁴⁷⁾法益の法的性質についての争いを、「こうした問題を判断しなくてもよいように法律が侵害の場合の法律効果をはっきりと定め、実定的に規定している」³⁴⁸⁾がゆえにあまり意味のないことであると捉えている。しかし、823条 1項の「その他の権利」概念に「いわゆる人格権」³⁴⁹⁾が含まれるかどうかという問題の際には「自己についての権利」が承認されるかどうかは実際上重要な問題であるとする。ここでトゥールは自らの語る人格権概念の意味については詳しく立ち入っていないが、その文脈からすれば生命や身体といった利益がそこに含まれているようである。

彼は最終的に人格権概念を権利として承認しないが、その理由として、権利が権利者に支配を与えている一方で、支配を与えられなければ彼

に帰属しないであろう(例えば所有権),あるいは彼の利益のために彼自身に一般的に許された行為を独占する(例えば著作権)という当然のことが,法律によって確かに制限され得るが創出する必要のない自然状態である身体や生命には欠けていること,権利の始期と終期については何も言及されていないこと,こうした権利は譲渡できずかつ放棄することもできないこと,法律はその内容や範囲を規定していないことを挙げる³⁵⁰⁾。その結果,トゥールは人格権の権利性を否定することになり,これはBGB 823条1項の射程から外れることになる。そして,彼はBGB 826条がその保護には適切であることを強調している³⁵¹⁾。

f) ブランク

ブランクはBGB 1条の前注においてまず「人格の権利」を取り扱っている³⁵²⁾。そこでは「人格からは権利能力とは別に,なおいわゆる個人権

生命,身体,健康,自由,名誉についての権利,そして氏名,精神的生産物についての権利が推論され³⁵³⁾るとして「人格の権利」を定義し,氏名についてはBGB 12条,精神的生産物については特別法が定めるとするが,それ以外の生命などについての権利については争いがあるという。その核心は,そうした権利が果たして存在するかどうか,あるいは単に法的に保護されるべき利益が問題であるに過ぎないのかどうかという点にある。そこで参照されているのがBGB 823条1項の起草過程である。他の学説においてはブランク・コンメンタール以上に起草過程に詳しく立ち入るものはなく,ここでは起草過程での議論から「BGBが生命,身体,健康,自由及び名誉についての個別的な権利を承認しようとしていたことは認められない³⁵⁴⁾」ことが導き出されている。それゆえ「人格の権利」のうち実定法において認められている権利は氏名権や精神的生産物についての権利すなわち著作権ということになる。

これに対応してBGB 823条1項での注釈でも「実際の法適用においては,個人のすべての活動,維持及び印を包括する一般的な人格権は権利として認められない³⁵⁵⁾」として823条1項の「その他の権利」概念に含めること

を拒絶する。しかし個別的人格権は認められるのであって、そこに含まれる氏名権、商号権、著作権、発明権、商標権などは法秩序が発展させている権利であると性格付けている。こうした主に財産的利益を含む権利すなわち個別的人格権が認められることに対して、生命などについての権利が認められずあくまでも法益にとどまらざるを得ず、一般的人格権もまた認められない理由は「BGB という現行法によれば、法規定がある者のために他人に制約を課し、それゆえに規範保護あるいは法的優遇 *Rechtsbegünstigung* そのものと同列に置かれているところでは権利は決して見出され得ない」³⁵⁶⁾ という点にある。すなわち、BGB 823条 1項に列挙されている法益や一般的人格権はその保護により他人の行動を制限する可能性を有しているがゆえにそれは権利としては認められないのである。ここではBGBの起草過程でも現れたような、一般的人格権の導入による経済生活の危殆化への懸念が現れている。その意味ではブランク・コンメンタールの見方も、BGB や RG の姿勢と同列に位置付けられると言えよう。

g) エンネツェルス

エンネツェルス *Enneccerus* はまず民法総則の体系書（後にニッパードイ *Nipperdey* が補訂）³⁵⁷⁾ において一般的人格権概念を否定する。それは既に多くの学説によって承認されているとしてギールケやレーグルスベルガーなどを指摘し、「ある程度の人格保護は今や疑いなく存在する」³⁵⁸⁾ としながらも、「人格と不可分に結びついた利益 生命、身体、健康、身体的自由 は権利と同様に一般に絶対的に保護される」³⁵⁹⁾ が、自由な活動や名誉、労働力といった個別的人格権については既に予定されている法規による保護で十分であるとする。その理由は、まさに「権利のもとで一般的人格権を求めることは、他の人格の発展に重大な障害を与えるだろうし、その進歩を妨げることになるであろう」³⁶⁰⁾ という点にある。この説明は、起草過程の箇所でも論じたような、広範な一般的人格権概念を認めることによる他者の経済活動を妨害する危険の発生を懸念しており、そのことこそがまさに一般的人格権を承認しない主要な根拠となっている。

しかし、彼もまた人格権概念そのものをまったく認めないわけではない。彼らは氏名権を BGB が保護を定めた人格権として挙げている。そして BGB はこれ以外のその他の人格権を認めていないとし、BGB の外にいくつもの人格権保護すなわち RG 判例と同様に例えば氏名、肖像、商標侵害、そして競業のケースにおいて人格権の保護を見出すことができると述べる³⁶¹⁾。それゆえ、生命などの利益は人格権として含まれていない。そもそも生命などについての利益はあくまでも「権利と同様に」保護されるに過ぎず、権利そのものではない。このことからすれば、生命などの権利は包括的な一般的な意味での人格権という概念には包摂され得るが、実際にはそれらは独立的に権利とみなされているがゆえに人格権とはみなされていないということが導き出される。彼らにとっても一般的人格権はあくまでも思想上の概念であり、法的な権利概念ではない。その結果、人格権という法的な権利概念として保護を享受するのは、やはり氏名や商標、肖像についての利益なのである。

このことは彼の債務法の体系書（後にレーマン *Lehmann* が補訂）³⁶²⁾における不法行為法の説明においても現れている。すなわち、生命などに対する利益は法益であって権利ではないということを BGB 823条 1 項の成立過程から検証し、同条は「権利侵害の場合」、「4 つの法益の侵害の場合」という 2 つの侵害のケースから権利ないしは 4 つの法益を保護する規定であるとす³⁶³⁾。もちろん既に否定されている一般的人格権概念がここに含まれる余地はなく、前節【17】判決を引いた上で一般的人格権、ひいては BGB 823条 1 項の「その他の権利」にそれを含めることを否定することは RG の確定判例であるとして自論を補強しているが、氏名権や商標権などといった人格権については「(RG は) 排他的権限という絶対的効果をもった人格権を、特定の個別的人格権にはっきり限定して承認している」³⁶⁴⁾としてこれを認めている。もっとも、一般的人格権についても権利概念としての承認とその保護については否定するが、一般的人格権という権利概念の実際上の意味を「慎重な類推による人格権保護を拡張するため

の十分な思考形式をもたらすこと」³⁶⁵⁾にあるとも指摘している。ここにもやはり結果的に一般的人格権概念は法的な権利概念ではなく思考上の概念に過ぎず、実際に認められる人格権とは氏名についての利益などを指していることが顕著に表れているのである。

（2）国家社会主義時代的人格権 1933年以降

上のように学説においては見解の対立が見られるものの、判例によって順調に形成されてきた人格権概念構築への萌芽は、ドイツでは1933年の国家社会主義ドイツ労働者党（ナチス）の政権獲得以降、社会構造が国家社会主義へと傾斜していく中で次第に摘み取られてゆく。国家社会主義の下では個々人の利益よりも社会すなわち共同体の利益が優先され、その結果、ここまで発展してきた人格権概念は後退を余儀なくされる。ここではその経緯について、判例と学説の動きから少々触れておきたい。

1．判例における人格権概念

この時代においても判例は依然として一般的人格権を否定し、個別的な人格権のみを重視する立場を一貫して崩していない。

【20】RG 1933年2月2日判決（HRR 1933, 1319）

【事実関係】靴屋を営む原告の姉（妹）は、同じく靴の取引を生業とする訴外男性と結婚したが、後に彼女とその息子は夫である訴外男性に殺害された。この事件を契機として被告によって出版された書籍において原告は名指しで殺人者の義兄（弟）と呼ばれ、更に真実に反して彼が手形騎乗（空手形使用）をなしていると非難された。そのため、原告は損害賠償などを求めて提訴。一審、原審ともに原告の請求を棄却した模様で、原告が上告。破棄自判。

【判決理由】RGは一般的人格権について「RGの以前の立場（RGZ 113, 414 = 【17】）や有力な学説の見解に反して一般的人格権の823条1項による保護を承認しようとする場合には、こうした権利の存在を大きく制限し、限界付けすることが必要である。いかなるケースにおいても個々人あるいはその活動の、個別的な特徴を備えたとすべての存在を問題にしなければならない」としてこれを否定し、結論的にはBGB 824条、826条などを用いて原告の名誉などの保護を図った。

この判決では靴屋を営む原告の名誉の侵害、ひいては営業上の信用保護が図られているが、判決ではこうした利益を個別的人格権とはせず、結果的に BGB 824条などによりそれを保護する。このほか、原告の妻がある男性と不倫関係にあることを被告が主張し、原告が名誉の侵害による不作為請求をなした RG 1937年9月2日判決 (RGZ 156, 372) では同様に BGB 826条、1004条などにより原告の名誉を保護しており、名誉を人格権とはせずに826条などにより問題の処理を図る姿勢は一貫して維持されている。

その他、著作権領域においても人格権に言及するものが若干存在する。

【21】RG 1933年4月26日判決 (RGZ 140, 264)

【事実関係】原告は、1904年に『銀行営業の技術』なる書物を被告出版社から出版した。その2年前には予め両者の間で出版契約が結ばれており、そこでは原告への報酬を売価の10%とすること、銀行制度の発展に応じて新版を発行するために被告が求めてから6ヶ月以内に原稿を引渡すこと、原告の病氣や死亡などの場合には被告は出版を他人に譲渡することなどが約定されていた。第9版出版後の1931年に原告が出版契約が良俗違反(例えば、原告が契約の種々の条件により拘束されたこと)により無効である旨を主張して、被告には新版を発行する権限がないことの確認などを求めて提訴。一審、二審とも請求を棄却したため、原告が上告。上告棄却。

【判決理由】RGは「契約が原告を束縛するという結果になり、特に被告が原告の人的自由をふさわしくない方法で制限し、原告の著作権(ひいては著作者人格権)を被告の意思や一方的な指図により侵害し、原告の作家としての仕事に対して非常にわずかな報酬しか認めなかったことを否定した」(S. 266)原審の判断を支持した。更に「(著作者)が一度創造した作品により共同体に義務付けられる場合には、需要の仲介者としての出版者によりそうした要求が著作者に迫る。社会生活のこうした兆候の中では著作権に適用される『社会的に拘束された権限』という思想が現れる。それが物所有権について承認されているように、精神作品についての権利に対してもその創造者の人格権に関係なくそれは承認されなければならない」(S. 270)とも述べている。

この判決には早くも国家社会主義的な思想が現れている。とりわけ共同体 *Gemeinschaft* 優位の思想である。RG はこの思想の影響を受けてか、著作権には「社会的に拘束された権限」という思想が適用され、著作者の権限も物所有権と同様に共同体により制限されると明確に述べている。その結果、このケースでは原告の請求が一貫して認容されていない。

これに対して、次の判決ではそのような思想は具体的には見当たらず、著作者の人格権を明確に承認している。

【22】RG 1936年3月28日判決 (RGZ 151, 50)

【事実関係】 原告出版社は、アメリカの作家の小説の翻訳及び公表についての権利を取得し、契約により被告に作品の翻訳を依頼した。それは後に「原告による唯一の正当な翻訳」として出版されたが、その後原告は廉価版において被告の当初の翻訳を多数の点で修正した上で出版した。そのため、原告は被告に対して、被告は他人による他の方法での作品の翻訳を禁じる権限を有していないことの確認などを求めて提訴。一審は原告の請求を認容し、翻訳を改変した形での複製や流布の禁止などを求めた被告の反訴を棄却したため、被告が控訴。原審では原告が訴えの請求を「被告は原告に対して作品の翻訳の公表や販売を禁じる権限を有していないことの確認」に変更したが、その結果、原告は敗訴し、損害賠償についても敗訴した。原告が上告したが、上告棄却。

【判決理由】 RG は「上告は、著作者の権利としての変更権が……（無体財産権とは異なる）著作者人格権の現れ……であることを十分に考慮していない」（S. 52）とし、「変更権が原告に譲渡されるという解釈は、著作者の人格権はその行使によって譲渡されうるという考えに支えられているが……，著作者が実際の結果において変更禁止を取り除く結果になるがゆえに後者の命題はいかなるケースでも不当である」（S. 54）と述べた上で、「出版者と並んで同時に著作者に残っている著作者人格権を侵害するような第三者の行為に対する権限が著作者には帰属しないのかどうかを吟味するまでもなく、いずれにせよその保護は与えられるのである」（S. 55）とした。

例えば、ゴットバルトはこの時期の判例について、「判例は一般的人格権により具現化されようとしているように思える真の個人主義にしりごみ

した³⁶⁶⁾という評価を与え、一般的人格権が終ぞ権利概念として認められなかったとする。なぜなら「個人主義的法解釈の中心的内容として絶対的に保護される権利の形をとる一般的人格権はまさに共同体イデオロギーに真っ向から異論を唱えるものであった³⁶⁷⁾」からであった。このように一般的人格権が国家社会主義思想の下でその権利としての性質から必然的に不要な存在となっていたと思われる一方、個別的人格権も例えば著作権に関する【21】判決に見られるように、あくまでも共同体に対して劣後する存在として認識されることがあったのである。

2. 学説における人格権概念の決定的な後退

上のように判例の一部に現れた共同体優位の思想は学説においても主流をなしていく。既に前節で見たように、学説においても(一般的)人格権概念を認めるべきかどうかという議論がさまざまな角度から生じていたが、1933年以降の学説には人格権ないしは一般的人格権概念を共同体との関係から捉えるものが多く見られるようになる。

例えば、ヘアマン *Herrmann* は「すべてを超えて民族全体の幸福が存在する。このドグマに人格保護も屈しなければならない。……何人も民族共同体に対して一定の価値を有している。この価値は寄り集まり、その文化的、経済的、道徳的な成果によってある程度算定される。しかしそこでは消極的な側面も考慮されるべきである。すなわち人が大衆に対して敵対し又は不利益になるように活動する場合には、この価値は減少させられあるいはすべて消え失せるのである。つまり個々人の価値が異なることは明らかである。従ってこの価値を維持、発展させることを目的とする人格の保護は一様に強いものではなく、柔軟なものにしなければならない。『人は同じ人である』という立場に対しては宣戦布告すべきなのである³⁶⁸⁾」として、人格の保護は一貫して目指されるべきものではなく、あくまでも共同体の利益となるべき範囲においてそれが図られるべきであると述べ、ヴィルムント *Willmund* は「少し前に個人主義的な概念であるとして一般的人格権をまったく否定した後に、一般的人格権を用いることはひょっと

すると奇妙に思われるかもしれない。それゆえ、かつての一般的人格権は……放棄された概念であり、もはや決して検討されるべきではないことを最初から強調しておかなければならない³⁶⁹⁾として従来的一般的人格権は既に放棄されたことを明確にしつつ、「外見的なもの、すなわち一般的人格権の形に関して言うならば、なお一般的人格権の形式のみが与えられているに過ぎない。つまり、(社会の一般的人格権とは異なる)共同体の一般的人格権の形式である。……共同体においては人はもはや社会におけるような解放された個人ではない。共同体それ自体の一部分なのである。それゆえ、何人も私的領域を意のままにできるという最も包括的な可能性を認めようとする人格権運動という以前の努力は自然に解決される。なぜなら共同体利益を考慮することは個人利益とは別の最高の前提だからである³⁷⁰⁾とすることによって、一般的人格権を「共同体における一般的人格権」という形で共同体利益によってさまざまな制限を受ける権利概念とするのである。その意味では従来から主張されてきた一般的人格権概念はここで完全にその実質を失い、まったく新たな「共同体における一般的人格権」という概念を生じたのである。もちろん、既に判例により発展してきた個別的人格権概念も【21】判決に見られるように共同体の利益により制限されることは言うまでもないだろう。

こうした個人個人の権利概念が次第に衰弱の途をたどったことは、ドイツ法アカデミーによる民族法典(VGB)草案³⁷¹⁾にも顕著に表れている。「多くの異論がある一般的人格権も個人個人の法的地位において与えられる権利義務の結びつきを明らかにすることができなかった³⁷²⁾とされた一般的人格権概念はこのVGBにおいては現れるはずもなく、今日では人格権の内包とされる生命などの利益の保護は個別的に列挙されているに過ぎない。それを示しているのは「いかなる権利同胞 *Rechtsgenosse* もその法的地位の侵害からの保護を享受する。彼は名誉、自由、労働力、生命、健康、経済生活における所有権やその地位の侵害から保護される」とした草案4条である。BGB 823条1項で保護法益として生命以下の利益が列挙されてい

ることと対照的なのは、第一に823条1項の列挙からは外れた名誉が先頭に来ていること、第二にこうした利益が「法的地位 *Rechtsstellung*」とされているに過ぎないことである。名誉が先頭に列挙されていることについては、名誉が「共同体に関連する観念に裏打ちされた、国家社会主義においては非常に重要な意味を持つ概念」³⁷³⁾であるがゆえにVGBにおいては重視されたと見られ、こうした名誉などが「法的地位」という概念で把握されているに過ぎないことはまさに個々人に認められる権利という概念がこの時代においては衰退していることを表している。この草案4条より前に置かれた1～3条が民族共同体に対する民族同胞の義務を示していることもこのことを裏付けるものであろう。

(3) 小 括

ここで本章で得られた結論を簡単にまとめておこう。

1 BGB 施行後の判例の流れを見れば、まず指摘することができるのは最終的にRGは、実定法に明確に規定され、人間の活動保護にかかわる権利の侵害を人格権の侵害とみなした一方で、BGBの起草過程でもほとんど現れることのなかった包括的で基本権的性格を有する一般的人格権を認めるには至らなかった。そして、一般的人格権をBGB 823条1項の「その他の権利」に含むことが判例において拒絶されていたことからすれば、果たしてそのような権利を権利概念として認めることができるかどうかという問題についても判例は否定的な態度を示していたと評価することができよう。これに対して学説の態度は分かれていた。例えば、デルンブルク、エルツパッヒャーのように一般的人格権を承認するもの(但し、既に指摘したようにデルンブルクとエルツパッヒャーとでは射程が異なっている)を除いて、大勢は一般的人格権を認める傾向にはなかった。更に、一般的人格権を認めない学説の中でもそもそも人格権という権利概念の存在自体を否定しようとするトゥールや、一般的人格権概念を単に思考上の概念と位置付け、そこに実務的な意味合いを見出そうとするエンネッツェルスの

見解などがさまざまに存在している状態であった。こうしたさまざまな学説の状況の中にあっても大方に共通しているのはコザックやレーマンらに見られるような氏名権や商標権，肖像についての権利を人格権として構成することであった。

RG も一般的人格権を拒絶した反面において，氏名権や商標権，自己の肖像についての権利，著作権の人格権の要素といった個別的に法律に規定された人格権というものを明らかに認識し，その保護を図ろうとした（もっとも，著作権にかかわる人格権については「著作者人格権」として「人格権」からは切り離している）。それは，人格権概念が主にそうした領域から生成し，そして展開していったことと符合しており，人間の活動を保護する権利の侵害が人格権の侵害であると認識していたことを示している。

BGB 以前にも人格権がそのようなものとして認識されていたことは既に明らかにした。そして BGB 起草過程前にはゲールケやコーラーの功績により，人間の活動や存在にかかわるさまざまな利益を包括的に含む一般的人格権概念が提唱されていた。しかし，その過度の広範さ，不特定性から司法もそれを敬遠したことは RG の判例に現れた一般的人格権の否定から明らかである。あくまでも RG は実定法上に規定された，広く学界に受け入れられたガーライスの理論が指摘したような人間の活動保護のために人格権概念を持ち出す傾向にあった。それは，BGB 以前にほぼ確定された人格権概念の意義と性質にまったく適合する。つまり，BGB 以降の裁判実務や学説は，こうした枠組みで人格権概念を把握し，それを発展させていったのである。それゆえ，活動保護，とりわけ経済活動の保護に当たらないとみなされたものについては人格権の保護が認められることは極めて少なかったのである。その顕著な例が【10】判決であろう。この判決は人格権について言及するものではないが上のことをはっきりと示している。ここでは，人気サッカー選手がタバコ銘柄の宣伝目的で自己の肖像を利用されたが，結果的に彼に対する公共の関心から彼の自己の肖像についての

人格権保護は認められなかった。この判決理由にも現れているように、肖像の商業化という現実にもかかわらず RG はそのことをまったく認識していない。つまり、このサッカー選手の場合には、彼はその肖像を自己のために商業的に利用して何らかの収益を得る可能性を持っているにもかかわらず、財産価値としての肖像の利用という思考が判例においてはなされなかったのである。それゆえに肖像の有する財産価値、経済活動での利用可能性は認識されず、結果的に人格権が侵害されることは肯定されることになるのである。ゴットヴァルトはこうした経緯を踏まえて、「人格の商品化が既に行なわれている場合には…… RG は個別的な排他権によって人格権の保護を認めてきたが、……この過程は、包括的な排他権である一般的人格権を承認するためにはなお不十分なものであった。なぜなら人格の非常にわずかな領域が商品化されているに過ぎず、財産価値あるものと認識されていなかったからである」³⁷⁴⁾と評価している。既に人格の商品化がなされている領域においては人格権としての保護が与えられていたというこうした評価からも、やはり RG の判例においては、商業化可能性があるところでそれを経済活動に利用する者の保護、つまり人間の活動の侵害をまさに人格権侵害とすることによってその保護を図ってきたことがなお強く裏付けられよう。

2 こうしたことと対応していると思われるのは、判例においては、逆に人間の存在にかかわる生命や身体、健康などといった観念的で非財産的な利益の侵害が人格権の侵害としてみなされなかったこと、著作者の観念的で非財産的な利益がしばらく認められなかったこと、そして最終的に RG は名誉の侵害を人格権の侵害として明確に認識しなかったことである。RG は名誉ないしは信用の侵害が「財産的な損害を導く限りで」BGB 826条などによる保護を図ってきた。少なくとも名誉の侵害について RG が BGB 823条1項ではなく BGB 826条などを援用しているということは、RG が名誉の保護を少なくとも「権利」の保護とは考えていないことが見て取れる。名誉の保護はあくまでも「財産損害を阻止し、市場への平等な

参加を保障する」³⁷⁵⁾限りで認められていたに過ぎない。このことからすれば、RG 自体やはり名誉といった人間の存在にかかわる観念的で非財産的な利益の包括的保護に関してはかなり消極的な姿勢を示していると言える。その意味では当時、名誉などが、競争法問題の中で現れ人間の活動保護に資する概念として形成された人格権として認識されなかったことは当然の帰結でもあり得る。それゆえ、逆に名誉の保護が人間の(経済)活動と密接な関係を持っている場合にはそれが保護される場合もあったのである。

結局、人格権概念が俎上にのぼるケースは人間の(経済)活動が何らかの形で侵害されたものであり、事案を眺めると競争的な問題、少なくとも収入可能性の侵害ひいては営業の妨害が基礎になっていることが多い。BGB 以前にほぼ確定された、活動保護権としての人格権概念の概念枠組みは、こうしたケースにおける権利保護にもっとも適したものであった。人格権概念の性質決定が、その後の人格権概念の生成と展開に対して一定の枠組みと法創造の指針を与えたのである。

ところが、戦後に基本権的な一般的人格権が認められるに至って、その性質は名誉やプライバシーといった人間の観念的で非財産的な利益を中心とするものとして認識され、一般的人格権は人間の存在保護に資する権利概念として機能することとなる。なぜ人格権概念の意義とその固有の機能がなぜこのように大きく変わっていったのか、そこには同じ「人格権」という概念を共有しながらも明確に現れているその意味の相違、そして先に見た国家社会主義の苦い経験と次章で見る戦後の民法学の大きい転回が作用しているのである。

4 戦後の一般的人格権概念の承認と定着

前章で見たように、人格権概念は主に競争法問題の中で、人間の活動を保護する権利として発展してきた。1933年以降のナチス時代にその発展

は一時的に断絶したものの、戦後のBGH 1954年5月25日判決(BGHZ 13, 334)などにより、BGHがボン基本法(GG)1条1項, 2条1項から一般的人格権を推論し、後にそれがBGB 823条1項における「その他の権利」に含まれることが明らかにされたことによって、これまで判例によって生成・展開してきた人格権とはやや性質を異にする、一般的人格権が民法上明確な保護を受けることが明らかになり、ここに従来法の状況は決定的に変わる事となった。

ドイツでは、一般的人格権はGGの施行による法状況の根本的な変化により承認されるに至ったと一般的に説明されているため³⁷⁶⁾、一般的人格権は「人間の尊厳」や「人格の自由な発展」というスローガンの下でまさに倫理的な意味での人格価値の保護としての役割を期待され、民法上では人格権概念はあたかもそれを法律上現実化するための権利概念であるかのように考えられている³⁷⁷⁾。従来わが国の学説でも、ドイツで一連の一般的人格権概念承認への動きについて、例えばそれを私生活の保護を図るものとするもの³⁷⁸⁾や所与の人格価値の更なる保護をめざすもの³⁷⁹⁾といった、一般的人格権が人間の観念的で非財産的な利益の保護に資するものであるとの認識に支えられた評価が一般的である。もちろん、こうした評価に異を唱えるつもりもないし、これらのことはドイツにおける一般的人格権概念の承認と定着の意義をはっきりと表していると思う。ただ前章までの検討によってこれを新たに捉えなおすとき、そこには別の見方が現れることになる。

本章では、まず上記BGH 1954年判決を皮切りに次々と出された一連のBGH判決をいくつか紹介し(1)、その判決群から引き出される一般的人格権概念の意義と固有の機能について検討する(2)。そして、判例や学説がこうした一般的人格権概念を明確に認めるに至った動機についてドイツにおける近時の研究を参考にしつつ明らかにする(3)。なお、以下でも、これまで展開してきた人格権概念と戦後の一般的人格権概念の混同を避けるため、単に人格権としている場合には前者を指していることを注意されたい(但

し、各判決の事実関係・判決理由の部分を除く)、

(1) 判例による一般的人格権の承認と定着³⁸⁰⁾

判例上初めて一般的人格権を認めたのが次の【23】判決である。この判決を嚆矢としてこの後10年間のおよそ20以上のBGH判決で一般的人格権概念が明確に認められている。

【23】BGH 1954年5月25日判決(BGHZ 13, 334)³⁸¹⁾

【事実関係】 訴外Aは、第三帝国において経済相や帝国銀行総裁を務めた銀行家であった。彼はニュルンベルク裁判で戦犯として無罪の判決を受け、1953年にデュッセルドルフで銀行を設立した。その際、ある週刊誌がAの過去の政治的経歴について言及し、その政治活動を批判的に論じた。そこで言及されていた内容の一部事実ではない箇所があったので、Aは弁護士(原告)に訂正要求を委任し、原告はその週刊誌の出版社(被告)に訂正要求文書を送付したが、出版社はそれを同誌の投書欄で一部を改変して公表した。そのため、原告は被告に対してその公表の撤回と訂正文の掲載を求めて提訴。一審が請求を認容したため被告が控訴。原審では一審判決が破棄されたため、原告が上告。BGHは一審判決を回復。

【判決理由】 BGHはまず原審について「原告の人格権の侵害を理由とする原告の要求が正当化されるかどうか……という点について不当にも吟味していない」(S. 337)とする。そして「RGは確かにBGB 826条についての多くの判例で人格権に保護を与えてきたが、原則的には……人格権を特定の個別的な人格利益についてのみ認めてきた」(S. 337 f.)が、基本法1条及び2条により「一般的人格権は憲法上保障された人格権とみなされなければならない」(S. 338)として、被告の行為は原告の人格権的利益の侵害であるとした。

著作権保護の下にはない「私信」が無断でかつ改変された形で引用された場合に、一般的人格権からその著作者を保護するこの判決の趣旨は、半年後のBGH 1954年11月26日判決(BGHZ 15, 249)³⁸²⁾でも援用されているし、これらを基礎にしてBGH 1957年4月2日判決(BGHZ 24, 72)³⁸³⁾ではそれがBGB 823条1項の「その他の権利」に含まれること、更には

BGH 1957年11月15日判決 (BGHZ 26, 52)³⁸⁴⁾では一般的人格権侵害に対する不作為請求が可能であることも確認されている。

【24】BGH 1956年5月8日判決 (BGHZ 20, 345)³⁸⁵⁾

【事実関係】 あるカメラマン(被告)は、有名俳優である原告に雑誌での公開を目的とした写真撮影を依頼し、了承された。被告は後に原告の同意なく、スクーターメーカー(被告)にその写真を譲渡した。被告は譲り受けたその写真を宣伝目的で自社のスクーターの広告に利用した。そのため、原告は被告らに対し損害賠償を求めて提訴。一審が請求を認めため被告らが控訴。原審は被告のうちスクーターメーカーに対する損害賠償のみを棄却したため、原告が上告。BGHは一審判決を回復。

【判決理由】 BGHは原審の「被写体になった人物の排他的権利は……著作権ではなく、その本質からすれば人格権である」(S. 347)という判断には賛成しつつも、具体的な判断においては被告(特にスクーターメーカー)に対する原告の請求を認容しなかったことに対しては【23】判決の趣旨を援用しながら被告らに対する適切な「仮定ライセンス料」の支払いを認容した。

こうした自己の肖像についての権利の侵害に当たるケースは【10】判決にも見られるように既に戦前も存在した。ただ、そこではこのケースとは逆に、この権利が当時は人格権とされていたにもかかわらず、「公共の利益」によりその侵害は正当化されていたこと、そして未だに肖像ひいては人格の商業化という現象が裁判所によって十分に認識されていなかったことに注意しなければならない³⁸⁶⁾。これに対して、本判決は人間の活動にかかわる権利としての肖像権が一般的人格権として保護されたこと、裁判所においても人格の商品化が明確に認識されたという意味においては、後に見るように一般的人格権概念の意義と固有の機能を解明する上では重要な位置付けを与えられるべきものである。

【25】BGH 1957年5月10日判決 (BGHZ 24, 200)³⁸⁷⁾

【事実関係】 住居所有者で、繊維業を生業とする原告は、1953年にソ連から帰

還したドイツ兵 (医師, 原告の娘の夫) に対する賃貸借契約の締結を拒否した。これが帰還兵に対する冷酷な態度であるとしてある雑誌により原告の写真つきで報道され, 原告の繊維業の不買運動に発展した。原告はその雑誌を発行する出版社 (被告) に対し損害賠償を求めて提訴。一審, 原審ともに原告の請求が認容されたため, 被告が上告。上告棄却。

【判決理由】 BGH は「写真報道には……不買運動の促進が暗に含まれており, 写真記事の公表と流布は BGB 823条 1 項の意味での原告の営業の侵害である」(S. 205) とした原審の判断に同意した上で, 更に写真の撮影については「有名人も原則的にその私的領域においてその同意なく公表の目的で写真を撮影されることを許容するものではない。このことは, 美術・写真著作権法に定められた写真ではない肖像保護からではなく……一般的人格権から生じる」(S. 208) として【23】判決を援用しつつ上告を棄却した。

不買運動による財産的損害がきっかけとなって生じたと思われるこうしたケースも一般的人格権の侵害とされていることには, RG 時代の判例が, 競争法の問題の中で人間の活動保護に資する概念として人格権概念を援用してきたこととの連続性を見て取ることができよう。

【26】BGH 1958年 2月14日判決 (BGHZ 26, 349)³⁸⁸⁾

【事実関係】 性的能力を増強する薬剤を製造する被告は, 訴外新聞社が撮影した原告 (素人騎手) の騎乗写真をモデルにしてその薬剤の宣伝のために作成したポスターに描いた。原告は【24】判決で述べられたような適切な仮定ライセンス料に基づく損害の算定を基礎に, 被告に対して損害賠償を求めて提訴。一審, 原審ともに原告の請求を認容。被告が上告したが, 上告棄却。

【判決理由】 BGH は, 原審は「財産的」損害ではなく「非財産的」損害を認めたと解釈した上で, 【23】判決を引きながら「それゆえ GG 1 条及び 2 条は直接的に, 原則的に個人々の自由かつ自己責任での自己決定のもとにあり, その侵害がまずいわゆる非財産的損害, すなわち人格を低下させる中に現れる損害を生じることによって法的に特徴付けられる内的な人格領域を保護している」(S. 354) として, 原告の「非財産的」損害賠償を求める請求を認容した。

本判決は一般的人格権侵害に対する非財産的損害賠償, すなわち慰謝料の支払いを初めて認めたものである。ここでは「内的な人格領域」という

点が重視されており³⁸⁹⁾、それゆえ人格侵害は「第一に」非財産的損害を生じるとされている。「素人」騎手である原告にはその肖像を商業的に自ら利用できる可能性がかなり限られたものとなっているがゆえに、彼の損害は【24】判決(有名俳優の肖像侵害のケース)のような「仮定ライセンス料」の支払いでは根拠付けられないということがこうしたBGHの判断の基礎になっている。いずれにせよこの判決は、一般的人格権が非財産的利益を含んでいることを認めている点で重要である。

【27】BGH 1959年12月22日判決(BGHZ 31, 308)³⁹⁰⁾

【事実関係】 訴外学生が、「ボン学生新聞」での「強制収容所と国家社会主義」というテーマの論文に対する反論を寄稿したところ、彼の所属する民主主義的国家秩序の建設を目指す学生組合から除名された。この学生組合のOBである原告(弁護士)は学生に対する組合の不寛容な態度を批判し、それとともに当該テーマに関する自己の立場を明らかにする文書を学生組合に対して送達し、除名の撤回を企図した。被告週刊誌は1957年8月21日号でこれを要約、改変した形で「OBの言葉」という見出しで「アカデミカー *Akademiker*」欄に掲載した。これにより原告は読者に誤った印象を生じたとして、記事の訂正及び撤回、将来に対する不作為を求めて被告を提訴。一審は原告の請求を認容したため被告が控訴。原審では控訴が一部人余されたため、双方が上告。上告棄却。

【判決理由】 BGHは「被告の主張は、原告が国家社会主義の犯罪を軽視し、彼の思想は今日なお国家社会主義の思想に近いものであるということ想起させており……更に原告の意見表明が改変して引用されている点に一般的人格権の侵害が既に認められる」(S. 311)として、原告の請求を認容。

このケースは【23】判決と似たケースであるが、原告の意見表明に立ち入って判断を下しているBGHの態度からすれば「名誉」の保護に近いともいえる³⁹¹⁾。

(2) 一般的人格権概念の意義と固有の機能

上のように判例は「一般的」人格権を認めることによって、従来、「人

格権」の侵害とみなされていた局面とは明らかに異なる局面で「一般的人格権」の侵害を把握するようになった。このことにこそ「一般的」人格権を承認したことの意味がある。この権利概念の導入に伴って、従来的人格権概念の意義と固有の機能は背後に大きく後退することとなった。

1. 一般的人格権の射程

a) 一般的人格権侵害に対する慰謝料の肯定

【26】判決からも明らかになるように、一般的人格権が判例上明確に承認されたことは、従来、競争法的問題の中で人間の活動保護のために発展してきたという従来的人格権概念の意味を大きく変えることとなった。より正確に言えば、従来十分に認識されてこなかった人間の存在保護という側面が把握され、GGの「人間の尊厳」や「人格の自由な発展」の保護という原則に依拠しながら、一般的人格権という権利概念によって人間の存在保護のために用いられるようになったのである。【26】判決によって一般的人格権侵害に対する慰謝料が認められたことは、まさにこのことを端的に示している。その後も例えば、ある学者の名が朝鮮人参を成分とする強壮剤の宣伝に無断で用いられたことケースで彼の一般的人格権侵害を理由に慰謝料請求を認容したBGH 1961年9月18日判決(JZ 1962, 120)³⁹²⁾など、一般的人格権侵害に対する慰謝料を肯定することはBGHの確定判例となっていった。

【26】判決の事案は【24】判決の事案と類似している。すなわち、ともに自己の肖像を他人によって商品の宣伝のために無断で利用されたケースである。ただ、【24】判決が「仮定ライセンス料」概念を設定して財産的損害を認定している一方で、【26】判決では原告が【24】判決を援用して「仮定ライセンス料」の支払いを求め、原審もこれを認容していたにもかかわらず、BGHは原審による損害の認定を「財産的」損害ではなく「非財産的」損害であると読み替え、結論的に非財産的損害に対する賠償、すなわち慰謝料を認定している。2つの判決では肖像を無断利用された原告が有名人であるかどうかという違いは存在するものの、こうした異なる結

論が導かれたことには、やはり GG による一般的人格権の承認が大きく作用していることはいうまでもない。先に見たように【26】判決の判決理由の中で BGH が「GG 1 条及び 2 条は直接的に、原則的に個々人の自由かつ自己責任での自己決定のもとにあり、その侵害がまずいわゆる非財産的損害、すなわち人格を低下させる中に現れる損害を生じることによって法的に特徴付けられる内的な人格領域を保護している」と述べていることは上のことを裏付けている。【24】判決では【26】判決ほど GG に依拠する部分は見られない。【24】判決には後に述べるように、まさに競争法的問題の中での人間の活動保護権として人格権概念を認識しているという点では、戦前の RG の示した人格権概念と、戦後の一般的人格権との連続性を見て取ることができる。それゆえに GG による補強をそれほど必要としないといえる。その一方で【26】判決の事案は従来発展してきた人格権概念では保護することのできない領域に属するものである。その意味では非財産的損害に対する賠償を認定するにはやはり「一般的」人格権の保護を推論させる GG による補強が必要とされざるを得ない。GG の施行に伴って一般的人格権概念が新たに導入されることによって人間の観念的で非財産的利益、すなわち人間の存在の保護がより容易になったことはここから明らかであろう。

b) 名誉の保護？

同様に RG 時代には「財産的損害を導く限りで」保護されてきたに過ぎなかった名誉にとっても、判例による一般的人格権の承認はその保護をより容易なものにならしめることとなった。

例えば、【27】判決では「被告の主張が、原告が国家社会主義の犯罪を軽視し、彼の思想は今日なお国家社会主義の思想に近いものであるということ想起させ」ることが重視されている。報道機関によって公共に対する誤ったイメージが流布されたことに重心が置かれていることからすればここで保護された対象は原告の名誉であると指摘することができよう。同様に、【23】判決は著作権法によっては保護されない私信の無断引用など

が問題となったケースだが、被告によるその引用が原告に対する公共の誤ったイメージを生じたことについても言及がなされているという点では【27】判決と同様に名誉の保護を図るものと見ることもできる。いずれのケースでも財産的損害を導いたかどうかは問題とされてはいないし、もちろん具体的に財産的損害は生じていない（もっとも、後に見るようにこの見方に対しては有力な反論もあることに注意しなければならない）。それゆえにここで保護されている名誉は観念的で非財産的な利益であるという点では人間の存在にかかわるものであり、こうしたケースにおいて一般的人格権が援用され、その侵害を認めるという形でそうした利益の保護が図られていることは、一般的人格権が人間の存在保護に資する概念であることを端的に示すものである。

２．一般的人格権の中での従来的人格権概念の維持

ａ）私的自治の原則（契約自由）の保護

まず指摘できるのは BGH も RG 時代の判例と同様に、競争法的問題の中で人間の活動保護を図る必要があるケースにおいて一般的人格権概念を用いていることである。【24】判決がまさにその典型であろう。この判決では、原告の財産的損害の算定に当たっては正式な契約を交わしていたならば原告が得たであろう「仮定」のライセンス料が基礎となっている。このように、【24】判決では明らかに原告の逸失したライセンス料が損害とされていることから、そのライセンス料を原告が取得できなかったということは彼の経済活動を侵害していることになる。実際にその保護のために一般的人格権概念が持ち出されている。既に述べたように肖像や芸術的作品の無断使用に関しては RG 以来、財産価値が認識され、人間の活動に用いられていると考えられてきたところでは保護が与えられてきた。【24】判決のように従来ならば保護が与えられなかったであろうところに保護が与えられたということは司法自身が人格の商業化という現象をはっきりと認識したことを示しているといえよう。もっとも、人間の尊厳や人格の自由な発展を標榜する一般的人格権が既に承認されていたこともこのことを

容易にしたことはいうまでもない。

では結局、一般的人格権概念を通じてこのように保護を図ることにはどのような意味があったのであろうか。その答えはゴットヴァルトが適切に指摘しているように、やはり私的自治とりわけ契約の自由の保護にあると思われる³⁹³⁾。【24】判決の事案では、原告とカメラマンのとの間に存在する契約が基礎となっており、契約外にある第三者である被告が原告の写真を営利目的で利用しており、原告にとっては本来の契約上得られるべき利益すなわちライセンス料が逸失している。判決がこのことを強調しつつ更にそれを損害の算定方法として用いていることは、あたかも正式な契約を結ぶことなく他人の肖像を無断で利用する者は正式な契約を結んだ者よりもより良き立場にあるべきではないという価値判断が根底に潜んでいるかのようである。すなわち、フリーライダーの出現を防止することを意図しているように思われるのである。BGH がこれを一般的人格権の侵害として構成したことの理由は、GG に理念化された「人格の自由な発展」の保護という原則から推論される一般的人格権概念でもってまさに個々人の経済的な自己実現

【24】判決では自己の肖像を市場に投入することによって得られる利益を明確に保護しようとした点にあるのではないだろうか。逆に言うならば、「人格の自由な発展」の保護という原則に従った一般的人格権概念の導入がなければ、私法システムの適用根拠や信頼性

具体的には、契約上の同意に基づいてライセンス料といった対価を支払うことによって他人のものを利用するという契約上の原則の保護が危殆化するという恐れが根底には存在したとすることもできよう。その意味では、一般的人格権概念の中にも「経済的な自己実現」という新たな要請のもとで、従来的人格権概念が有してきた意味や機能が維持されていると見られる。

b) 経済活動の保護

一般的人格権概念の中でも従来的人格権概念の意味や機能が維持されていることは、【25】判決にも見出される。この判決では、被告による原告

に関する彼女の写真付きでの報道が結果的に不買運動を招いたケースで一般的人格権の侵害が認められた。ここで BGH は不買運動を発生させた被告の報道がまずもって「BGB 823条 1 項の意味での原告の営業の侵害」であることを指摘している。そうするならば、この判決で保護されているのはまさに営業という原告の財産的な利益であり、そして経済活動である。そのようなものが一般的人格権として構成されていることは、前章で指摘した RG 判例における人間の（経済）活動を保護する権利としての人格権という概念という認識が BGH の言う一般的人格権概念の中にも基本的に維持されていることを裏付けている。

この判決に加えて、先に名誉の保護として取り扱った【23・27】判決にもこのことが現れていると指摘しているのがゴットヴァルトである³⁹⁴。彼の分析によれば名誉の保護と見られるこの2つの判決の背後にも実はこうした経済活動の保護という観点が存在している。2つの判決では原告はいずれも弁護士であった。そしてその弁護士の意見表明が報道機関などにより無断で改変されて引用されたことによって、彼らがナチス時代に対する肯定的評価を与えているという誤った印象を公共に対して生じたのである。ゴットヴァルトはここで「弁護士の顧客流出」という財産的損害を読み取っている。すなわちナチス時代に好意的な評価を与えていると報道されることによってそれを敬遠する既存の顧客の流出、更には新規の顧客獲得を妨害する可能性が存在したと指摘するのである。確かに、このことはいずれもこうした報道が訴訟の原因となった BGH 1966年3月8日判決（NJW 1966, 1213）、BGH 1966年6月19日判決（JZ 1967, 317）にも現れている。前者では出版社を営む原告、後者では医師である原告の一般的人格権侵害が認められているが、いずれも報道用による顧客ないしは患者の流出などといった財産的損害が生じる可能性があったケースである。この他にも BGH 1963年3月5日判決（BGHZ 39, 124）では、女性アナウンサーがその性的嗜好を新聞記事により公表され、テレビ局を解雇されたために一般的人格権の侵害を理由として損害賠償を求めて認められている。

このように、名誉や名声の保護を一般的人格権を援用することによって図ることは、結果的に収入可能性の保護という人間の活動保護の側面をも有していたと指摘するゴットヴァルトの分析には注意を払う必要がある。財産的損害を導く、すなわち人間の活動保護を阻害している限りで保護を図ってきた RG 判例の態度は、一般的人格権の保護を打ち出した BGH においても一貫して承継されているのである。ただ大きな変化は、一般的人格権が認められたことによって、人間の存在にかかわる人間の観念的で非財産的な利益にまで人格権概念が拡大したことに伴って名誉などの侵害により財産的損害が生じたか否か、すなわち人間の活動が阻害されているか否かという問題を意識する必要性がなくなったことにあるに過ぎない。

(3) 一般的人格権承認への動機

以上見てきたように、BGH による一般的人格権の承認は、結果的には RG における「人間の活動保護のための人格権」の展開と連続した関係にあるものであることが明らかとなったが、確かに BGH の一連の判決群には RG 判例と異なる方向性、すなわち「人間の尊厳」や「人格の尊重」といった GG の基本権条項を媒介とした倫理的な要請が前面に出ていることは疑う余地がない。その意味では経済的領域において発展してきた人格権は、戦後の一般的人格権とはパラレルなものであり、一般的人格権は観念的な要素の強いものであるかのような印象を生じ得る。ここでは一般的人格権概念がなぜそのような傾向を含むものとして 判例や学説によって用いられまたは認識されるようになったのかという点について解明しておきたい。

1. 基本法の制定と人格権理論への影響

まず疑いなく挙げられるのが、ボン基本法(GG)の影響であろう。1949年5月23日、ナチス時代の苦い経験を踏まえて制定された GG はその1条1項において「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である。」と人間の不可侵を定め、

2条1項では「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。」として人格の自由な発展についての権利を明確に規定した³⁹⁵⁾。これらの規定は先に挙げた【23】判決が援用していることに顕著に表れているように、判例・学説がまさに一般的人格権を承認する上での最も主要な拠りどころとなってゆく。もっとも戦前においてもヴァイマル憲法に依拠して人格権保護を意図したスモシェヴェア *Smoschewer* のように、憲法上の基本権条項から一般的人格権を推論する学説も存在していたが³⁹⁶⁾、学説において有力な見解となるには至らなかった³⁹⁷⁾。

例えば、シュマイスマイスター *Schmeißmeister* が「人格権を現行法秩序と一致させる可能性があるとしても、この権利は法倫理の基礎から既に承認されている」³⁹⁸⁾と述べていることにも表れている自然法理論復興の流れの中で³⁹⁹⁾、第三帝国の成立から戦時中にかけての凄惨な経験がまさに人格の保護を法理論の中心に据えようとする見解を次第に増加せしめた。既に GG の制定以前にも、ハルスタイン *Hallstein* が人格の固有の価値を新たな憲法の価値秩序においてのみならず民法においても考慮すべきであるとしていた⁴⁰⁰⁾、コーイングは、財産価値のある人格的利益のみならず、まさに人間の最高の人的観念的領域も排他権的に保護されるべきであり、人格保護の領域においてはドイツ法が断片的性質な性質を有しているがゆえに人間の尊重という指導的理念が求められなければならないと主張していた⁴⁰¹⁾。こうした傾向には GG の制定でもって更に拍車がかかり、戦前には一般的人格権に明確に反対していたニッパードイデス⁴⁰²⁾すら、GG において一般的人格権が初めて法律上承認されたとしたのである⁴⁰²⁾。そして、1953年には「人格権法の父」⁴⁰³⁾と呼ばれるフープマンによる『人格権』（初版）が現れる。フープマンの功績についてはわが国でも既に紹介されているのでここで改めて詳しく立ち入ることはしないが、その『人格権』がまず第1章において「倫理と法における人格」という観点から一般的人格権概念の説明を始めていることから明らかなように、フープマン

の一般的人格権においてもやはり GG が定めた基本権条項と同様の「人間の尊厳」、「人格の尊重」といった新たな理念を見出すことができる。彼の『人格権』の初版の序文にはそのことが最も顕著に表れている。

「これまでの20年間、我々には人格という問題、人間の共生の中で人間の価値やその尊重という問題が突きつけられていたように思える。我々は全体主義的国家権力によりライフワークから引き離され、人の使命と共同体の要求との間での精神的葛藤を経験した一方で、他方では戦争という危機の中で人間の存在の意味や価値について熟慮するようになった。……我々に自分自身の自我を顧みさせた存在の『極限状況』は、人格の価値やその一度限りの特別な使命、自己の良心に対する責任についての認識を我々に深めさせることになったのである。」⁴⁰⁴⁾

従来的人格権に関する説明においては、こうした「人間の尊厳」、「人格の尊重」という倫理的な観点を前面に出すものはほとんど存在しなかった。従来的人格権は、そのような点を意識したものではなく、既に見たように、そこではむしろ実定法に定められた氏名権や商標権、自己の肖像についての権利といった財産権的な人格権が中心に据えられていたのだから当然である。その意味では、戦前の判例や学説の状況は概して法実証主義的色彩の強いものであった。それが戦後に至って、基本法の制定を一つの媒介としながら一般的人格権概念によってまさに倫理的な要請としての人格の尊重というテーゼが前面に出されてゆくことになるのである。

もっとも、ラーレンツ *Larenz* のように基本法による法状況の変化を重視しつつも、一般的人格権を基本法から導き出すことに反対するものもあることも指摘しておく必要がある。ラーレンツは【23】判決を批判して、この判決は憲法と私法との関係を見誤ったものだと指摘している⁴⁰⁵⁾。彼によれば基本法の規定は民法に対して人格保護を求めているものではなく、むしろ人格の保護は「『一般的人格権』の肯定によってではなく、自己の言葉などについての権利といった個別的で特殊な人格権の発展により現実

化される」⁴⁰⁶⁾ものとされる。ラーレンツのこうした見解は、基本法による法状況の変化はあったが、人格権の保護は以前 RG 判例がなしてきたような保護の方向性に従ってなされるべきことを説くものであるように思われる。その意味においては、BGH も一般的人格権の中に従来的人格権を含みつつその保護を進めていったとする本稿の見方とこうしたラーレンツの見解は一致し得る。

2. 過去の克服としての一般的人格権概念の強調

従来わが国においても一般的人格権を認めるに至った動機としては上で述べたような倫理的、道徳的観点が注目されてきた。しかし、ゴットヴァルトやハッテンハウアーによる近時の分析は決してこのことだけに重点を置かない。

ハッテンハウアーによれば一般的人格権の承認はまさに「法律家のナチス時代の理論に対する責任を排除する動き」であるとされる。彼は第三帝国時代における判例や学説による「人」概念の捉え方を挙げつつ、それによる一般的人格権承認の動機について次のように説明する。

「第三帝国の滅亡後、法律家は彼らがお最近まで民族や人やその立場について教えていたことを読んで大いに狼狽した。……伝統的な人理論や権利能力に対してなされた攻撃は消し去ることができないものだった。それゆえ多くは排除やラディカルな方向転換によってそれらを忘れようとしたのである。民主主義の「価値」、人間性、人間の尊厳を支持するという一連の学者の表明は戦後すぐになされた。人間の権利や共同体に対する個々人の優位を支持するという表明はどこでも読み取ることができた。……法学者や実務家が専ら外見上新たな憲法理論に沿ってかつての法典の解釈作業をなした場合には、それは自己の過ちを否定する試みであった。新しい何かが言われなければならなかったのである。法律家が以前から成功するに至らぬままであった人格の理論や一般的人格権の理論にそれが見出される。」⁴⁰⁷⁾

このように第三帝国における法律家の果たした役割を正視するハッテン

ハウアーは、一般的人格権をまさに求められた戦後の「新しい何か」に過ぎないのである。もっとも、彼自身が「人格権」という概念自体にそれほど大きな意義を見出していないことからすればこれは当然の結論であるのかもしれないが⁴⁰⁸⁾、こうした彼の見方は一般的人格権をまさに人間の尊厳や人格の自由な発展という点から説明することを試みるフープマンさえも批判の対象とし、「フープマンは国家社会主義時代の誤った歩みを非難していないにもかかわらず、その宗教的で重々しい文脈には、自らの責任を敢えて認めようとする勇気をほとんど持たない世代の狼狽や恥をたやすく読み取ることができる⁴⁰⁹⁾」としている。ハッテンハウアーにとっては判例や学説が一般的人格権を明確に認めるに至った動機はまさに「過去の克服」にあるのであり、一般的人格権による人間の尊厳や人格の自由な発展の保護は過去の「埋め合わせ」⁴¹⁰⁾なのである。そのため彼によれば人格権侵害による慰謝料を初めて認めた【26】判決はBGHの進取性を示すものなどではあり得ず、「過去の克服」や過去の「埋め合わせ」として人間の尊厳や人格の自由な発展を保護することに使命感を感じていた裁判官が敢えてBGBの明文規定に「違反」してまで一般的人格権を認めたものと評価されている。ハッテンハウアーにおいては、あくまでも一般的人格権は「過去の克服」などといった機能を有するに過ぎないものなのである。その意味では、一般的人格権は従来的人格権とは当然にまったく異なるものである。

ゴットヴァルトもこの指摘に追随し、とりわけ判例について一般的人格権を承認することの「攻撃的機能」と「防御的機能」を強調する。

彼の指摘する「攻撃的機能」とは、裁判所が一般的人格権を承認することによって人間の尊厳の保護などを判断の中心に据えているというメッセージを大衆に対して発信する役割を果たしたであろう点に認められる。なぜそうしたものを発する必要があるのかという問いに対して、ゴットヴァルトはまず一連の一般的人格権を承認する判決に関与した裁判官の経歴に着目する⁴¹¹⁾。BGHの裁判官の多くはRG時代からその地位にあった

人物で占められており、彼らは多かれ少なかれ第三帝国時代の判例に関与していた。例えば一般的人格権を初めて認めた【23】判決や同様に初めて一般的人格権侵害に対する慰謝料を認めた【26】判決を下した BGH 第一民事部の部長ヴァインカウフ *Weinkauff* は、1937年から既に RG 判事として第三帝国時代の司法に携わっていた（他の裁判官も何らかの形でそれに関与していた）⁴¹²⁾。すなわち、BGH において一般的人格権を認めるに至った法廷の裁判官の経歴からすれば、彼らはかつてユダヤ人に対して市民としての死を宣告したことに見受けられるような「純血主義的司法」の当事者であったのであり、ゴットヴァルトは彼らは一般的人格権を認めることによってまさにこうした過去の出来事をフェードアウトさせようとする意図を持っていたということを詳しく論証している⁴¹³⁾。これについては先のハッテンハウアーも同様である。ハッテンハウアーも裁判官は自らの過去になしてきたことを覆い隠さんがために民族の道徳的教育者を自称し、自然法理念復興の流れを受けつつ人間の尊厳の保護を前面に出すことによって、まさにそうしたピンチから道徳的教育者となるチャンスを作り出したと評価している⁴¹⁴⁾。

このことは、はからずもヴァインカウフ自身の叙述からも裏付けられている。すなわち、彼自身が示したのは、一般的人格権を判例上承認するに至った動機は自然法秩序の中心的要素としての人間らしさ、彼らを取り巻く不可侵の権利領域や自由領域にそれ相応の民法上の保護を与える点にあるということである⁴¹⁵⁾。更に進んで彼は一般的人格権を承認する目的を、道徳領域及び法領域での「価値のカオス」を終わらせること、そして制定法を「あるべき客観的秩序」という基準に合わせることにあるとはっきりと述べているのである⁴¹⁶⁾。ここに現れているように BGH の裁判官ですら一般的人格権の承認に際しては RG が氏名権などといった人格権を既に保護してきたことを一切指摘しない。依拠するのはやはり人間の尊厳の保護といった戦後に高揚した倫理的道徳的原則である。ゴットヴァルトに言わせれば「前へと目が向けられ、後へは向けられなかった」⁴¹⁷⁾のである。こ

ここには判例がまさに基本権から一般的人格権を導いたことと裁判官が過去の出来事の排除を試みたことの間には相補的な関係が成立する。すなわち、一般的人格権を承認することによって、裁判所においては人間の尊厳を最も重視するというメッセージを発信することによる「攻撃的」機能、それでもって過去の出来事を押し流そうとし、ひいては一般的人格権の保護によって他人による裁判官の過去への関心を逸らそうとする「防御的」機能が、一般的人格権には託されたのである。

防御的機能はとりわけ BGH 初期の人格権判例において発揮されている。すなわち、【23】判決ではかつて戦犯裁判にかけられた人物に対する支持という誤解を生じたということ、【27】判決では、かつての第三帝国時代の施策を肯定するようなイメージを生じたことがそれぞれ問題となっていた。そして、それらが一般的人格権の侵害として構成されたことは、第三者による過去の出来事への介入、過去の出来事についての論争を防ぐ意図を持っていたとするのがゴットヴァルトの分析である。実際にそれらの判決の詳細に立ち入ってみれば、前者においては、第三帝国における政治的活動に関する文書の歪曲的公開の名誉毀損性についてははっきりとした言及がなされてはならず、単に誤った印象を生じたことが人格権の侵害を構成するとされている。後者においても同様に、文書の歪曲的公開を理由として人格権侵害を認めたものの、その名誉毀損的な性質については言及せず、新聞について「新聞が事件について報道あるいは公衆の重大な情報の利益が存在するその立場を明らかにする」⁴¹⁸⁾場合に新聞は正当な利益を代表し、そこでは「政治的な事件の取扱いの場合には……適切な報道についての公共の情報の利益は原則的に肯定されるべき」⁴¹⁹⁾としつつも、この具体的なケースにおいてはそこで述べられている要素を認めていない。その他にも、ナチス時代のある人物の行動を取り扱ったテレビ番組で、報道された情報は何ら歪曲ないしは改変されたものではなかったにもかかわらず一般的人格権侵害が認められた BGH 1966年3月8日判決 (NJW 1966, 1213)、流布された情報の真実性が問われることなく、情報

流布手段の反公序良俗性により一般的人格権侵害が認められた BGH 1966 年6月19日判決(JZ 1967, 317)などにゴットヴァルトの指摘する「防御的」機能が見出される。このようなゴットヴァルトの分析によれば、ナチス時代に関わる事実に関する様々な情報の流布ないしは公表は、その真実性や重大性の如何を問わずに 判決によれば 一般的人格権の侵害であると見なされ、公共の情報の利益などに優先するものとなっている。その意味でゴットヴァルトは「……BGH の判例は RG の方法のみを継承するつもりではなかった。人格権判例は観念的な保護範囲の構築を促進しただけでなく、一般的人格権の承認をまさに強制した『過去の出来事の克服』という特殊な形をしていた」⁴²⁰⁾と分析し、裁判所が一般的人格権に「攻撃的」機能、「防御的」機能という二面性を持たせたことを指摘している。以上のことは、ゴットヴァルトが従来的人格権概念と戦後の一般的人格権概念の中に連続性を読み取りつつも、性格の異なるものとして認識していることと一致している。

一般的人格権が観念的な領域から生じた権利概念であるかのような判例・学説の説明は以上のことから説明され得る。実際に一連の一般的人格権を承認する判決においても RG がとってきたような方向性、すなわち一般的人格権の中に、従来的人格権が意図してきた経済活動の保護をも読み込むことができることを再び思い起こすならば、突如として人間の尊厳といった倫理的な観点が、一般的人格権という用語上の変化を経てその前面に出たことは極めて不思議に思える。しかし、以上の説明からすればまさに人間の活動保護として主に経済的領域で機能してきた人格権概念が、一般的人格権としてあたかも人間の存在保護に資する概念として観念的な性格を有する権利となったように見えるある種の不連続性は解明されるのではなからうか。同じ人格権という語を共有しながらも、「人格権」と「一般的人格権」という概念の背後に存在する意図の決定的な相違を明らかに見ることができるのである。

3. 技術発展と私生活暴露の可能性

先に見た判決群の基礎となった事案に共通して見られる、マス・メディアの発達などといった技術発展とそれに伴う私生活暴露の可能性が一般的人格権の承認の動機となったことも指摘しておかなければならない。わが国ではこのことこそが一般的人格権承認への大きな動機となり、一般的人格権の主要な機能として認識される傾向にある⁴²¹⁾。BGHによる一般的人格権承認後の第42回ドイツ法曹会議(1957年)⁴²²⁾ではさまざまな行為からの私生活の保護がテーマとされ、テープレコーダー、盗聴設備、小型カメラ、うそ発見器などといった科学技術が発展を遂げつつある社会において、広範な人格保護を図らないことは権利の拒絶に匹敵するという見解が出されていた。

例えば、BGH 1963年3月5日判決(BGHZ 39, 124)では、女性アナウンサーが自らの性的嗜好を新聞記事によって大々的に報道され、それによって彼女がテレビ局を解雇されたケースにおいて、「……法の解釈の変化と並んで、1900年以来根本的な技術的……発展が行われたことが法の発展にとっては更に重要である。それは全体的に、立法者そのものにとっても予期されていなかった新たな人格的利益の侵害の可能性のみならずとりわけいわゆるマス・メディアの影響や流布において 持続的な人格侵害にとっては有利な条件を作り出した。それゆえ侵害の性質に対応する強化された人格の法的保護という要求に対して BGBの規定はもはや明らかに正当なものではない」⁴²³⁾と述べ、司法により創造された概念である一般的人格権の侵害をもって原告の損害賠償請求を認容した。

しかし、一般的人格権を初めて明確に承認した【23】判決においては一般的人格権の侵害についてマス・メディアの介在があったにもかかわらずそれに対する言及は見られないし、【27】判決でもそれは同様である。その意味においては、科学技術の進歩は一般的人格権の「承認」に対しては必ずしも原動力たり得なかったのではないか。すなわち、一般的人格権の「承認」に与えた影響としてのさまざまな技術発展による私生活暴露という危険性は後に付加的に認識されたものであるように思われるのである。

もちろん結果的にそのような機能を果たしたことは当然であるし、そのことが一般的人格権概念の「発達」にとって大きな原動力となってきたことも言を俟たない。ただそのことが一般的人格権の承認の契機となったことかどうかについては疑問が残る。上のように一般的人格権の承認についての動機を説明しているゴットヴァルトも、【23】判決においては新聞報道が問題となっていたものの BGH はマス・メディアの波及効果を顧慮しておらず、フープマンもその著『人格権』の初版においては既にそれが現れた1953年には技術革新が生じるであろう経済発展が始まっていたにもかかわらず 技術の進歩、発展については何も言及してはいなかったとしてこの点については疑問視し、「技術による論証は、徐々に見出されてきた結論に根拠を与えるに当たって初めて引き合いに出された」とするのである⁴²⁴。

(4) 小 括

ここで本章で得られた結論をまとめておこう。

1 BGH によって認められた一般的人格権の侵害とは、「人間の尊厳」や「人格の自由な発展」の保護を目指した GG 1 条 1 項などの規定を根拠として、まさに人間の存在にかかわる人間の観念的で非財産的な利益の侵害を意味し、それゆえに人格権は人間の存在保護のために用いられるようになったといえる。とりわけ、一般的人格権侵害に対する慰謝料請求が【26】判決で認容され、それ以後も定着していったことは一般的人格権概念が人間の存在保護にも向けられた概念であるという一般的な認識を植えることとなったのである。

一般的人格権承認の背景には上に述べたような倫理的な要請がある。「人格権」という概念を共有しているものの、従来的人格権侵害の局面が人間の活動の侵害の局面であり、主に経済的、競争法的領域で発展してきたこととは対照的である。もっとも、一般的人格権の中にも【24】判決のように、従来的人格権概念で把握され得る人間の活動という側面を保護し

ていると見られる点を見出すことができ、まったく異なる概念であるとまで断ずることはできない。その意味では、競争法の問題の中での人間の活動保護のための人格権は、一般的人格権とされることによって複線的な方向性を有する概念、すなわち一方では人間の活動保護、他方では人間の存在保護のための概念となったということもでき、ヴァグナー Wagner はこれを人格権の「複線」化現象と呼ぶ⁴²⁵⁾。

2 もっとも、既に指摘したように、人格権と一般的人格権との間にはその背景にある意図が異なっている。人格権という概念によって意図されたのは、人間の活動保護であることは既に明らかにした。それに対して、一般的人格権概念の承認で意図されたのは、GG に表れた「人間の尊厳」や「人格の自由な発展」という倫理的な要請、そしてそれを生ぜしめたナチス時代の苦い経験の克服である。ハッテンハウアーやゴットヴァルトは判例や学説による一般的人格権の導入の意図をそうした点から根拠付けている。ゲッティングはこれに加えてアメリカで発展したプライバシー概念の影響を受けた私生活の保護という動機が存在したと指摘しつつ、やはり「一般的人格権の承認は、国家社会主義的な権力支配の間に人間性が墮落したことへの反応であり、基本法1条及び2条によって保障された倫理的な人間の尊厳や自己決定の倫理的な基礎的価値から導き出されたのである」⁴²⁶⁾と述べている。一般的人格権は所与の人格価値を明確に保護することに資する概念なのであり、人格の価値を保護するという極めて広範で抽象的な目的が意図されているがゆえに「一般的」人格権なのである。その意味では、戦後に登場した一般的人格権は、カントの設定した「人格的な権利」に近いし、ギールケが構想した基本権的な一般的人格権とほぼ同義である。カントが述べたような、決して法律的な意味で用いたとは言えない「人格」の概念、そしてそれを法律上の概念としてギールケが構成した一般的「人格」権とが統合された形で具現化したのが戦後の一般的人格権なのである。一般的人格権においては、従来的人格権概念が意図した、活動保護としての人格権という意味はその背後に後退し、倫理的な要請に裏打

ちされた「人格」保護の中で、「人格」の一つの発現形態である経済的な自己実現としての意味が認められるに過ぎない。それゆえ、一般的人格権の承認以降、活動保護としての人格権という権利概念の戦前までの捉え方、そしてその保護の局面は、今日に至るまで一般的人格権の保護という枠組では把握されず、明らかに後退していった。もっとも、これには活動保護にかかわる特別法の整備の進展も作用していることは明らかであろう。しかし、一般的人格権が承認され、ここには上に述べたような倫理的要請としての人格の保護という目的が前面に出ているため、その保護の対象は、人間の観念的で非財産的な利益(名誉やプライバシーなど)の保護に向けられるようになったため、活動保護という従来的人格権の捉え方が、一般的人格権には必ずしも適合的なものではなかったということもできよう。

お わ り に

(1) 発展過程から見る人格権概念の意義と固有の機能

以上、18世紀後半から20世紀後半までの人格権概念の発達を検討してきた。著作権領域を実質的な出発点とする人格権概念の発展過程においては、人間の(経済的)活動の侵害を人格権の侵害と見る傾向が強かった。

1 まず、著作権領域で偽版の問題を解決するために例えばカントにより「人格の権利」という概念が提唱された。その概念は、著作者や出版者の活動を保護する意図を持つものであったが、その権利概念の中心に据えられた「人格」は未だ法的な概念として成熟しておらず、単に従来の「人」概念に代わるものとして考えられていたがゆえに、広範なものとして捉えられる傾向があった。「人 *Person*」、「人格 *Persönlichkeit*」、「人格権 *Personlichkeitsrecht*」の概念がまったく曖昧で時によっては混同して用いられていたとするハッテンハウアーの指摘はそれを裏付けている⁴²⁷⁾。ハッテンハウアーは、私法における人格権概念の発展を次のように見ている。すなわち、「人格」という概念は、啓蒙主義思想の流れの中で「人」

概念の代わりに倫理的な意味において持ち出されたに過ぎず、カントらが哲学の領域で唱えた「人格」概念を私法に持ち込んだものである。この時点で既に「人」概念と「人格」概念は重なり合うことになる。そしてその「人格」概念が権利概念として「人格権」となる場合には、結果的に「人の権利」という観念と同義であり、プフタラに見られるような「権利能力」概念との混同を生むのである。

その一方で、こうした倫理的な要素を多分に含んだ人格権概念は、私法の一般理論においては法律関係の主体としての「人」概念が形成されゆく中で、法律上の概念としての「人格の権利」ないしは「人格権」概念として構成されていった。しかし、法律学とりわけ民法学においては、そうした権利概念は、「人間の自己に対する権利」として法律的に特定されることとなり、例えばサヴィニーにおいてはこうした権利が否定されるに至った。このことは、法律学ないしは民法学が人間の存在を保護するという認識を未だ十分に有していなかったことをも示しているが、「人格の権利」という法的には未熟な概念が、実定法との関連性を持たされつつ法律上の概念として彫塑されていく一つのプロセスとして評価することができる。もっとも、著作権領域においてはブルンチュリらによって著作権という権利概念の中に著作者と分離不可分の観念的で非財産的な利益が認識され、それがまさに(著作者)人格権の本質として概念構成されるに至ったが、こうした人格権の捉え方は、民法学の範疇における人格権概念の中ではなく、著作権法やそこでの学説の整備に伴って、著作者人格権という形で従来の人格権概念から切り離された形で発展していったのである。

こうしたプロセスの中で、「人格の権利」を実定法との関係において明確に特定したのが、多義性を持つ「人格の権利」という概念ではなく、敢えて「個人権」(人格権)の概念をそれに充てたガーライスであった。その概念を人間の活動にかかわる権利として特定したガーライスの理論は、実定法上と人格権との関係をはっきりと示したという点において学界の広い支持を受けた。それゆえに、抽象的で広範な人格権概念を設定した同時

期のギールケやコーラーの学説は、当時における人格権概念の一つの到達点を示したものであるとはいえ、サヴィニーらによっては否定されていた人間の存在保護をも含む極めて一般的で広範に過ぎる概念であるというきらいがあり、ために当時においては少数的であったと見てよい。

2 「人格の権利」という概念が、人間の活動を保護する権利として、実定法とのつながりを見出されることによって法律上の権利概念として認識されていったことは、BGBの起草過程の中にも暗示されている。そもそも人格権概念そのものについては起草過程ではほとんど議論にはなっていない。今日では人格権の内包を構成する生命、身体、健康、自由、名誉といった利益を総称して人格権と指したのはたった一度に過ぎない。そこですら、立法者たちは、人格権は個人の権利として保障されるものではなく、その権利概念の目的をあくまで他人からの侵害を禁止することであるとしている。すなわち BGB 903条に明確な定義規定を持つ所有権などといった支配権とは決定的に異なり、積極的な保護を意図していない。ギールケやコーラーのいう人格権概念のように、人格権概念の広範さが他人の経済活動を阻害することに対する立法者の懸念があったと思われる一方で、起草過程で人格権概念が議論の俎上にのぼらなかったこと背景には、人格権の概念が生命や身体など人間の存在にかかわる利益の保護のための概念とは見なされておらず、むしろ学界の広い支持を受けたガーライスの個人権（人格権）概念のように、競争法的問題を解決するという目的の中で人間の活動保護のための概念と見なされていた可能性が存在するように思われる。その保護は既に BGB に先行して整備されていた著作権法などの特別法である程度達成されており、BGB で改めて議論する必要はない。人間の存在保護をも図る広範な人格権概念が BGB の起草過程で問題とならなかったのは当然の帰結であるともいえる。

3 人間の活動の侵害を人格権の侵害とする傾向は、BGB 施行後の裁判実務ではなお顕著に現れている。判例は最終的に一般的人格権を認めなかったが、氏名権や商標権などといった既に実定法上規定されていた権利

についてはこれを人格権とすることを躊躇しなかった。結論的に人格権が人間の活動保護に対して向けられてきたことはRGの判例が証明することになったのである。実際には判例は、主に競争業が問題となったケースで人格権概念に言及することがほとんどであり、人間の経済活動の保護のため、ひいては競争法の問題の解決のために人格権概念を用いてきた。人間の存在にかかわる名誉などといった観念的で非財産的な利益の保護については、そもそもこうした利益を人格権と見なす判例はほとんどなく、その保護も財産的損害、すなわち活動を阻害していると見なされる範囲で保護されたに過ぎない。

こうして競争法の問題の中で人間の活動保護のための権利概念として判例法上発達してきた人格権概念は、戦後のさまざまな思惑や要素によって一般的人格権が導入されるに至って、同じ人格権という概念を共有してはいるものの、そこに含まれた意味はやや異なるものとなった。すなわち、GG1条及び2条による「人間の尊厳」や「人格の自由な発展」の保護という倫理的な要請を直接の根拠としつつ、人間の存在にかかわる人間の観念的で非財産的な利益を中心とする権利概念として一般的人格権が導入されたのである。一般的人格権概念導入のこうした背景と意図を考えると、そこには倫理的な意味での「人格」という脈絡で「人格的な権利」を構想したカント、法律上の権利概念として基本権的な一般的人格権概念を設定したゴールケ、この2つの考え方が一般的人格権には統合的に組み込まれていると見ることができる。それゆえ、一般的人格権は今日でもなお、プライバシーや私生活の保護といった人間の存在にかかわる観念的で非財産的な利益の保護にも資するものとして一般的に認識される傾向にあり、従来のように競争法の問題という従来の民法学ないしは法律学が十分に把握していなかったところで用いられた人格権概念の目的や意義は、一般的人格権の中では影の薄い存在となってしまったのである。すなわち、倫理的な要請としての一般的人格権概念導入の意義と目的を考えるならば、一般的人格権が、名誉やプライバシー、私生活保護といった人間の存在そのも

のにかかわる部分の保護には適的な権利概念であっても、経済的活動を中心とした活動保護という目的は、経済的な自己実現といった側面から捉えることは可能であっても、それは一般的人格権の主要な目的とまでは言うことはできないものなのである。一般的人格権の中に、従来的人格権概念と同様に活動保護という意味を読み込むことはできるものの、戦前的人格権概念と戦後の一般的人格権との間には上のような差異が存在することは疑いない。

4 以上のような人格権概念の発展過程からすれば、人格権概念は、著作権・出版権領域などでの活動保護の必要性から、カントが倫理的な要素の強い「人格」という概念を用いることによって法律的な意味とは言い難い抽象的な「人格の権利」という概念から生成したものである。やがて、それに法律上の権利概念としての意味が与えられていく中で、倫理的な意味での人格保護と、法律上の人ないしは人格保護が切り離されていった。しかし、後者においては人間の自己に対する権利、すなわち人間の存在にかかわる観念的で非財産的な権利は法律上の権利として認められず、結局、実体法との関係が認められる、人間の活動保護のための人格権が形成されていったのである。ここに認められる人格権概念の当初の意義とその固有の機能は、戦後の一般的人格権の承認でそれが再び倫理的な要請と結び付けられることによって変化すると指摘することができる。

ドイツ法におけるこうした人格権ないし一般的人格権の展開が示しているのは、一言で言えば、こうした権利概念が一定の目的に沿って用いられてきたということである。活動保護という目的で人格権がまさにそのようなものとして把握されていた時代には、これに合致しない権利の保護は、少なくとも人格権の保護としては語られていない。また、一般的人格権の承認以降は、その目的が「人間の尊厳」などという倫理的な要請に裏打ちされた、人間の存在にかかわる観念的で非財産的な権利ないし利益の保護といったやや抽象的なものとはなっているものの、活動保護的な目的という従来の人格権概念の意味は大幅に後退しているし、わが国で見られるよう

な通行妨害を人格権侵害で片付けようとする傾向など見られない(もっとも、ドイツでは BGB 物権法における相隣関係の問題、イミッシオーンの問題として解決することが可能であることも考慮する必要はある)。

(2) わが国の人格権論との関係

以上の検討から、わが国の人格権論について得られる示唆について最後に若干触れておきたい。

1 第一に、わが国の今日的人格権概念は、ドイツの人格権ないし一般的人格権よりもかなり射程の広いものとなっており、それゆえ、わが国における人格権概念を根本的に解明するためには、民法のみにとどまらないより広い法領域を横断的に考察することによって日本型人格権概念の特質を解明する必要があることを指摘できよう。

ドイツでは、人格権概念の実質的出発点は、著作権など、今日では民法外の領域となっている部分に存在する。それには、著作権法などの特別法が民法典に先行して制定されたことも大きく作用しており、この点、わが国の法状況も同じである。例えば、旧著作権法の制定は1899(明治32)年であるが、これに先行して既に1869(明治2)年には出版条例が存在したし⁴²⁸⁾、商標・特許・意匠についてもそれぞれ1884(明治17)年に商標条例、1885(明治18)年に専売特許条例、1888(明治21)年に意匠条例が制定されており、これらは旧著作権法と同様に、1899(明治32)年にそれぞれ商標法、特許法、意匠法(いずれも旧法)となっている。こうした特別法と民法との関係についてはかなり早い時期から認識されており、民法典起草者の一人である梅謙次郎博士は、外国人の権利との関連で版權・特許・意匠・商標について立ち入った検討を加えている⁴²⁹⁾。予定している別稿で詳細に取り上げる予定であるが、わが国の人格権概念もこうした特別法領域における人格権の展開に一定程度の影響を受けている。それゆえ、わが国の広範な人格権概念の特質を歴史的に解明するためには、こうした法領域をまたぐ検討が必要になってくるように思われる。わが国における

人格権に関する研究の多くは、名誉・プライバシー、生命・身体・健康などといった民法典の射程での議論、あるいは著作者人格権などといった特別法領域での個別的な議論に分かたれる傾向があるといってもよく、これらはある程度統合的に把握し、広く法秩序における人格権概念の意義、特質、機能などを検証した上で、改めて民法における人格権概念の意味を検討することは、今後の人格権概念の展開の道筋をつけるためにも重要な意味を持つのではないかと思う。

2 第二に、ドイツ法の検討から得られる示唆としては、人格権ないしは一般的人格権に仮託された意味・機能が明確になっており、それゆえに今日わが国で懸念される人格権概念の「稀釈化」⁴³⁰⁾という現象が生じ得ないこと、特に一般的人格権についてはその意義・機能を支える基礎がはっきりとしていること、以上の2点を挙げることができよう。

第一の意味・機能の明確さについては、前節で触れたのでここでは繰り返さない。第二の点について少し述べると、わが国的人格権は、ドイツの一般的人格権のように GG という基礎があって、そこから演繹的にその内容が導き出されるほど、明確に基礎がはっきりしているものではない。わが国的人格権は、ドイツの一般的人格権と類似しているという見解もあるが⁴³¹⁾、わが国的人格権とドイツの一般的人格権における一種の母権的性格についてはそのような共通点を見出すことができるかもしれないが、わが国においてはドイツにおけるような憲法上の基本権と人格権との関係が確固たるものとは未だいえない状況にあり、純粋に判例や学説の発展に拠っているという点ではむしろ戦前ドイツ的人格権に近接している⁴³²⁾。

ドイツにおける人格権と一般的人格権には一定の連続性が認められるものの、前者が、何が人格権の侵害に当たるのかという現象形態レベルの視点から人格権概念が構成されていったのに対し、後者は、憲法上に基礎を有するがゆえに一般的人格権という大きな枠組みから個別的な権利が演繹されるという概念形態レベルの視点で捉えられているという点で決定的な相違がある。しかも一般的人格権には倫理的・道徳的な目的がはっきりと裏

付けられており、一般的人格権はその目的に沿った形で具体的に適用されているのである。このことを念頭に置くと、憲法上などにはっきりとした基礎を有しているとは断言できないわが国的人格権概念については、人格権という権利概念の枠組みを先に設定し、そこから具体的な権利ないし利益を演繹的に導き出してゆくという手法にはやや無理があるのではないだろうか。すなわち、その手法によれば人格権概念の性格は基礎がないゆえに目的や意義、機能がはっきりせず、結果的に人格権とは何であるのかという根本的な点がより不明確なままになってしまうのではないかと思われる。これが今日のわが国的人格権概念が抱える最大の問題であろう。

人格権概念の中身が豊富化することによって、それだけ保護の範囲が広がってゆくならば、少なくとも個々人の権利保護の強化という点では積極的な評価を与えることができるかもしれない。しかし、逆に考えるならば、それだけ人格権概念の中身が多様化することによって、結局、人格権という権利概念で保護されるべきものは何か、人格権概念の必要性は何かという点がますます曖昧模糊としたものにならざるを得ない。それゆえ、差止を認めるためにこそ人格権の意義が認められるという理由付けがなされる局面が生じ、人格権に基づく差止請求の要件を検討することによって、人格権として保護されるもの、保護されないものとの切り分けがなされてゆくこととなる。その結果、相隣関係的な問題も、生活妨害的な問題も、差止を認めるために人格権侵害の問題であるとされ、結果的に人格権の内容がまた多様化することとなって、人格権の「稀釈化」という事態が憂慮されることになるのである。

わが国ではまず人格権とは何かということをはっきりと明らかにする必要がある。憲法上に基礎を求めるとは別として、民法のみにとどまらずより広い法領域に目を向けつつ、何が人格権の侵害とされてきたのか、そしてそれが他の権利の射程との関係でどう考えるべきなのか、こうした現象形態レベルの視点からわが国的人格権概念の歴史的展開、今日的位置づけを跡付けする必要があるように思われる。単に人格権という権利概念の存在を

自明のこととして、人格権に含まれる権利は何かという概念形態レベルの視点から検討を加えることはあまり適切であるようには思われぬ。上のような視点からわが国の人格権概念の展開を検討し、そのことによって人格権を民法上どのように位置付けるかという問題への解答を引き出し、そこで初めて人格権概念の今後の可能性と限界が明らかになるのではないだろうか。国際的な動向を見ても人格権の内容が多様化し、今後も豊富化することが十分に予想されることを考慮すれば、単に差止の観点からだけではなくして人格権概念の体系的整理を行なう必要性は大きく、このことは法創造に委ねられる人格権概念の今後の展開にとっても一定の指針を与えることになると思われるのである。

- 286) 本判決については、斉藤「人格権法の発展に関する一考察」法学論叢78巻5号(1966年)73頁以下(本判決を名誉権の保護とする)、錦織・判タ352号12頁(本判決を営業の保護という観点から把握する)にも検討されている。
- 287) OLG Hamburg, GRUR 1901, S. 210.
- 288) 本判決については、錦織・判タ352号12頁以下(営業の保護という観点から把握する)にも検討されている。
- 289) 本判決については、営業活動の保護という観点から、錦織・判タ352号13頁以下、和田・立命204号191頁以下にも検討されている。
- 290) 本判決を含めたドイツにおける判例法上の営業権保護の展開については、錦織・前掲判タ論文、和田・前掲論文参照。
- 291) RGZ 68, 231. もっともこの判決では名誉保護に関する規定として当時の刑法302条, 302条bを援用している。なお、本判決は直接的にはこうした名誉保護が問題となった事案ではない。
- 292) これに対して *Simon, Das Persönlichkeitsrecht and Seine gewerblichen Erscheinungsformen*, S. 220 は、この判決について本文と同じ部分を引用して「実務では名誉は BGB 823条1項の意味での権利としても人格権としてもまったく認められていなかったのである」という評価を与えているが、その意図は明らかではない。
- 293) RGZ 100, 173.
- 294) フィケンチャー(丹宗監訳)『競争と産業上の権利保護』151頁参照。フィケンチャーは、特許法の領域では人格権理論が判例に対して及ぼした影響はほとんどなかったことを指摘している。
- 295) Vgl. *Simon*, a. a. O. S. 88 ff.
- 296) 斉藤・前掲論文73頁以下参照。
- 297) 斉藤・前掲論文74頁以下参照。

- 298) 本判決については、斉藤・前掲論文80頁(肖像権の保護と捉える)にも検討されている。
- 299) RGZ 74, 311.
- 300) *Brehmer/Voegeli*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR), JA 1978, S. 378.
- 301) 本判決については、斉藤・前掲論文84頁以下にも検討されている。
- 302) 本判決については、斉藤・前掲論文82頁以下にも検討されている。
- 303) 斉藤・前掲論文83頁, 同・人格権法の研究97頁。
- 304) Vgl. RGZ 79, 401.
- 305) RGZ 79, 402.
- 306) 本判決については、斉藤・前掲論文83頁以下にも検討されている。
- 307) 斉藤・前掲論文83頁。
- 308) 本判決については、斉藤・前掲論文83頁以下にも検討されている。
- 309) 名誉については信用危殆との関係で BGB 824条やその他にも BGB 826条, 1004条などによる保護が考えられていた。その詳細についてはさしあたり Vgl. *Jimon*, a. a. O. S. 231 ff.
- 310) JW 1929, S. 451. なお、このケースでは裁判所は被告には故意もなく、良俗にも違反していないことを確定している。
- 311) JW 1930, S. 80.
- 312) 更に、KG 1930年11月10日決定 (Ufita 1931, 328) は秘密領域についての絶対的権利を承認している。
- 313) *Gottwald*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, S. 39.
- 314) 以下では主に当時の主要な体系書を中心に学説を検討しているが、これらのほかにも BGB 施行以降人格権に関する多くの論稿(その多くが Dissertation)が登場している。例えば *Mutzenbecher*, Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht, 1909, *Specker*, Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht, 1910, *Ulsamer*, Zur Kritik der Lehre vom Persönlichkeitsrecht, 1910, *Adler*, Die Persönlichkeitsrechte im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Juli 1911, Teil II, 1911, S.165 ff., *Schulz-Schäffer*, Das subjective Recht im Gebiete der unlaubten Handlungen, Bd.1, 1915, 特に S. 119 ff. (これについては、斉藤・人格権法の研究54頁以下に検討されている), *L. Müller*, Begriff und Existenz der Persönlichkeitsrechte nach geltendem Recht, 1916., *Oertmann*, Zur Struktur der subjectiven Privatrechte, AcP 123, 1925, S. 129 ff., 特に S. 139 ff., *Wieruszowski*, Der heutigen Stand der Lehre vom Persönlichekeitsrecht, DRiZ 1927, S. 225 ff. (この評価については Vgl. *Simon*, a. a. O. S. 204 f.), *Schönfeld*, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, in: *Schreiber* (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd.2, 1929, S.191 ff., 特に S. 214 ff. (この評価については Vgl. *Simon*, a. a. O. S. 205 f.), *Smoschwer*, Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen und im Urheberrecht, Ufita 3, 1930, S. 119 ff., 229 ff., 349 ff., *Reinhardt*, Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung, 1931 (これについては、斉藤・人格権法の研究55頁以下に検討されている)。1933年以降も *Börger*, Das Persönlichkeitsrecht, Sein Wesen und seine Anerkennung in

der Rechtsordnung, 1933., *Theegarten*, Das Problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1934., *Herrmann*, Das allhemeine Persönlichkeitsrecht, 1935., *Kirchhof*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, 1938., *Willmund*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Urheberrechts, 1938. などが見られる。こうした現象は、判例による人格権概念に対する認識を一つの触媒として人格権概念に対する学説の関心が大いに高まっていったことを示すものであると言える。

- 315) *Dernburg*, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preusens, 1902, S. 48.
- 316) *ders.*, S. 49.
- 317) *ders.*, S. 50.
- 318) Ebda.
- 319) *Dernburg*, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preusens, 2. Abteilung, Einzelne Obligationen, 1906.
- 320) *ders.*, S. 700 f.
- 321) *Elzbacher*, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Bd. I, 1903, S. 303.
- 322) Ebda.
- 323) Ebda.
- 324) Ebda.
- 325) *ders.*, S. 304 f.
- 326) *ders.*, S. 305.
- 327) 齊藤・人格権法の研究45頁参照。
- 328) 同前。齊藤教授も同様の指摘をしている。
- 329) *Cosack*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, 7. Aufl., 1922, S. 71. なおコザックの見解については齊藤・人格権法の研究53頁にも検討されている。
- 330) *Cosack*, a. a. O. S. 71.
- 331) Ebda.
- 332) Ebda.
- 333) 齊藤・人格権法の研究53頁は、コザックを人格権否定論者の一人に数える。確かに今日の意味での一般的人格権概念からすれば、コザックが生命などに対する権利を認めないという点では人格権否定論者に数えることも可能であるが、コザックが氏名や肖像を指してこれを人格権と構成し、それを承認していることを考えれば、コザックをあなたがち人格権否定論者と評価することはできないように思われる。
- 334) *Lehmann*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., 1922.
- 335) *ders.*, S. 230.
- 336) *ders.*, S. 63.
- 337) Ebda.
- 338) Ebda.
- 339) *Lehmann*, a. a. O. S. 64.

- 340) Ebda.
- 341) Vgl. *Simon*, a. a. O. S. 145 ff.
- 342) *Lehmann*, a. a. O. S. 65.
- 343) ゴットヴァルトも当時においてはこうした現象は至って少なく、氏名権などが財産価値あるものとしては一般に認識されにくい状況にあったことを指摘している。Vgl. *Gottwald*, a. a. O. S. 46.
- 344) *ders.*, S. 273 ff.
- 345) v. *Tuhr*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, *Allgemeine Lehre und Personenrecht*, 1910, S. 148. なお、トゥールの学説については齊藤・人格権法の研究52頁以下にも検討されている。
- 346) v. *Tuhr*, a. a. O. S. 149.
- 347) *ders.*, a. a. O. S. 150.
- 348) Ebda.
- 349) Ebda.
- 350) *ders.*, a. a. O. S. 151.
- 351) *ders.*, a. a. O. S. 152.
- 352) *Strohal* (Hrsg.), *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Bd.1, *Allgemeiner Teil* (§§ 1-240), 4. Aufl., 1913, S.7 f. (初版に触れることができなかったで、ここでは4版のものを用いた)。
- 353) *ders.*, S. 7.
- 354) *ders.*, S. 7 f.
- 355) *Strohal* (Hrsg.), *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Bd. 2, 2. Hälfte, *Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil)*, 4. Aufl., 1928, S. 1718.
- 356) *ders.*, S. 1718 f.
- 357) *Enneccerus/Nipperdey*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, *Einleitung, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl., 1931.
- 358) *ders.*, S. 215.
- 359) Ebda.
- 360) Ebda.
- 361) *ders.*, S. 282 ff.
- 362) *Enneccerus/Lehmann*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, 11. Aufl., 1930.
- 363) *ders.*, S. 720 f.
- 364) *ders.*, S. 722.
- 365) Ebda.
- 366) *Gottwald*, a. a. O. S.49.
- 367) Ebda.
- 368) *Hermann*, a. a. O., S. 26.

ドイツにおける人格権概念の形成 (2・完) (木村)

- 369) *Willmund*, a. a. O., S. 59.
- 370) *ders.*, a. a. O. S. 26 ff.
- 371) これについては Vgl. *Schubert*, Volksgesetzbuch, Teilentwürfen Arbeitsberichte und sonstige Materialien, 1988.
- 372) Begründung zum ersten Buch des VGB, 1942, S. 49.
- 373) *Gottwald*, a. a. O. S. 54.
- 374) *Gottwald*, a. a. O. S. 46.
- 375) Ebd.
- 376) 例えば, Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 2, 13. Aufl., 1994, S. 492.
- 377) Münchener Kommentar, Bd. 5, S. 1595 (*Wagner*). ここでは, 一般的人格権概念を非財産的利益の保護に資する概念と限定的に捉えることが「一般的な観念」と捉えられている。
- 378) 例えば, 五十嵐 = 松田「西ドイツにおける私生活の私法的保護」151頁以下参照。
- 379) 例えば, 齊藤・前掲論文85頁以下参照。
- 380) 一連のBGH判決については, 五十嵐 = 松田・前掲160頁以下にも詳しく紹介されている。
- 381) 本判決については五十嵐 = 松田・前掲160頁, 齊藤・前掲論文89頁にも検討されている。
- 382) 五十嵐 = 松田・前掲161頁参照。
- 383) 同前163頁以下参照。
- 384) 同前165頁以下参照。
- 385) 本判決については, 同前168頁以下, 齊藤・前掲論文90頁にも検討されている。
- 386) 【24】判決も【10】判決については「トゥール・ハーダー(原告であった有名サッカー選手)の肖像は商品や商号と直接に結び付けられたものではなかった」(BGHZ 24, 351)とかなり苦しい分析をしている。
- 387) 本判決については, 五十嵐 = 松田・前掲164頁以下(ドイツでの通説的見解に拠ってセンセーショナルなニュース報道の限界を示すケースと捉える), 齊藤・前掲論文90頁以下にも検討されている。
- 388) 本判決については, 五十嵐 = 松田・前掲166頁以下, 齊藤・前掲論文96頁にも検討されている。
- 389) 本判決と同様に, BGH 1958年5月20日判決は, テープレコーダーによる盗聴を一般的人格権侵害としている。この判決もまさに「内的な私的領域」を保護したものである。詳細については, 五十嵐 = 松田・前掲167頁以下参照。
- 390) 本判決については, 五十嵐 = 松田・前掲171頁以下(名誉毀損のケースと捉える), 齊藤・前掲論文91頁以下にも検討されている。
- 391) 五十嵐 = 松田・前掲171頁は, 本判決を「名誉毀損のケース」と直截に捉えている。
- 392) 本判決については, 五十嵐 = 松田・前掲172頁以下も参照。
- 393) *Gottwald*, a. a. O. S. 138 ff.
- 394) *Gottwald*, a. a. O. S. 151 ff.
- 395) 1条1項並びに2条1項の訳については, 宮沢俊義編『世界憲法集 第4版』(1983年岩波書店) 159頁以下によった。

- 396) *Smoschewer*, a. a. O. S. 173 ff. これについて *Gottwald*, a. a. O., S. 64. は、戦前においてはほとんど顧みられなかったにもかかわらず、基本法から一般的人格権を推論する傾向が強まったがゆえにスモシェヴェアの見解を参照するものが戦後増えたことを「スモシェヴェアは……センセーショナルなカムバックを飾った」と皮肉交じりに評価している(更に、ゴットヴァルトは「もっともスモシェヴェアの見解は戦前には一致して否定されていたという点で『カムバック』という概念がまったく当てはまるわけではない」〔*Gottwald*, a. a. O., S. 64., Fußn. 25〕と続けている)。
- 397) ヴァイマル憲法の制定とその人格権理論への影響については Vgl. *Simon*, a. a. O., S. 219 ff.
- 398) *Schmeißmeister*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 1951, S. 63.
- 399) 自然法の復興と人格権理論との関係については Vgl. *Gottwald*, a. a. O. S. 157 ff.
- 400) *Hallstein*, Wiederherstellung des Privatrechts, SJZ 1946, S.1 ff.
- 401) *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, SJZ 1947, S. 642.
- 402) *Ennecerus/Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, Einleitung, Allgemeiner Teil, 1.Halbband, 14. Aufl., 1952, S. 291 ff. 既に見た同書の13版(1931年)では「権利のもとで一般的人格権を求めることは、他の人格の発展に重大な障害を与えるだろうし、その進歩を妨げることになるであろう」とされていたこととは対照的である。
- 403) 齊藤・人格権法の研究105頁。
- 404) *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 1953, S. 1.
- 405) *Larenz/Canaris*, a. a. O., S. 492.
- 406) *ders.*, S. 493.
- 407) *Hattenhauer*, Grundbegriffe des bürgerlichem Rechts, S. 18 f.
- 408) Vgl. *Hattenhauer*, a. a. O. S. 11 ff. ハッテンハウアーは、「人格」の語を18世紀になって創られた造語であると指摘し、それを伝統的な「人」概念に代わるものとして評価するにとどめている。
- 409) *Hattenhauer*, a. a. O. S. 19.
- 410) Ebda.
- 411) *Gottwald*, a. a. O. S. 75 ff.
- 412) 当時のBGH 第一民事部の裁判官の主な経歴については Vgl. *Gottwald*, a. a. O. S. 75, Fußn. 75.
- 413) *Gottwald*, a. a. O. S. 70 ff.
- 414) *Hattenhauer*, Reform durch “Richerrecht”?, ZRP 1978, S. 83 ff.
- 415) *Weinkauff*, Die Aufgaben des Bundesgerichtshofs, in: Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe, 1950, S.46., *ders.*, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1693.
- 416) *ders.*, NJW 1960, S. 1693.
- 417) *Gottwald*, a. a. O. S. 69.
- 418) BGHZ 31, 311.
- 419) Ebda.

ドイツにおける人格権概念の形成(2・完)(木村)

- 420) *Gottwald*, a. a. O. S. 124.
- 421) 例えば, 五十嵐 = 松田・前掲175頁は, BGH の一般的人格権を認めた初期の判決を括弧で「大部分が広い意味で本稿でいう私生活の保護に関係している」と評価している。
- 422) これについては五十嵐 = 松田・前掲190頁以下, 齊藤・人格権法の研究112頁以下に詳しい。
- 423) BGHZ 39, 131.
- 424) *Gottwald*, a. a. O. S. 133 ff.
- 425) *Münchener Kommentar*, Bd. 5, S. 1595 (*Wagner*). 但し, ヴァクナーは人格権が一方で「財産的利益」, 他方で「非財産的利益」と保護するという意味で「複線」的であると指摘している。
- 426) *Götting*, a. a. O. S. 6.
- 427) *Hattenhauer*, a. a. O. S. 14.
- 428) この間の経緯については, 大家重夫『著作権を確立した人々(第2版)』(2004年 成文堂)に詳しい。阿部正幸「判批」判タ1005号(1999年)52頁以下, 吉田「判批」民商120巻6号(1999年)162頁以下。
- 429) 梅謙次郎『民法総則講義筆記』(1898年)68頁表以下参照。
- 430) 吉田「判批」民商120巻6号162頁。
- 431) 五十嵐・人格権法概説12頁以下。
- 432) もっとも, 戦前のドイツでもヴァイマル憲法から基本権としての人格権を演繹しようとする学説は若干ながら存在した。その学説については vgl. *J. Simon*, a. a. O. S. 209 ff.