

ドイツ法における人格保護の展開と金銭賠償

武井 亜矢子

1. 問題の所在

1960年代から1970年代にかけて、わが国の社会構造は急激に変化した。それにつれて、人格的利益に対する侵害が深刻な社会問題として現れるようになった。マスメディアの発達による個人のプライバシーへの侵害、公害や交通事故における生命・身体の侵害、日照権等の生活利益の侵害など、人格的利益に対する保護が強く求められるようになった¹⁾。その背景には、技術的・経済的な発展と並んで、戦後の思想的な発展があったと考えられる。すなわち、「個人の尊重」という理念の浸透である²⁾。

不法行為法においてもまた、人格的利益に対する保護の適否が問題になり、多数の判例が積み重ねられてきた。差止については、最高裁が、1967年に人格権に基づく差止請求権を認め³⁾、保護の規準が形成されつつある。しかし、損害賠償については、どのような規準が形成されてきたのか、明らかではない。

わが国の民法典では、非財産的損害に対する金銭賠償が認められており(709条・710条)、理論上の障害が少ないために、人格的利益に対する金銭賠償の問題は十分に議論されてこなかった⁴⁾。しかし、主として財産的損害を差額説的に捉える伝統的な損害論⁵⁾は、人格侵害に対する金銭賠償の法形成を整序するのに十分ではない⁶⁾。人身損害をめぐる激しい議論⁷⁾、及び実務における慰謝料の補完的機能の広がり⁸⁾は、それ自体、伝統的な損害論の行き詰まりを示している。損害論においてもまた、法秩序全体の中で人格的利益にどのような位置づけを与えるのかを明らかにしつつ⁹⁾、新しい保護の規準を導き出すことが必要になっている。

本稿では、その準備作業として、ドイツ法における人格保護の展開と金銭賠償について検討する。ドイツ法においても、特に第二次世界大戦後、人格の保護が大きく進められてきた⁹⁹。判例による法形成が大きな役割を果たしてきたことも、わが国と共通している。ただし、ドイツ法では、非財産的損害に対する金銭賠償は原則として認められず、法律に特別な定めのある場合に認められるにすぎない（BGB253条）。そのため、人格侵害に対して金銭賠償を認めること自体に困難が生ずる。この限りにおいて、人格侵害に対する金銭賠償は、法制度的には特殊ドイツ的な問題であり、わが国とは問題状況を異にする。しかし、わが国においてもドイツ法においても、人格侵害に対する金銭賠償の拡大という法形成が行われた点では共通している。かかる法形成を整序し、人格的利益に対する保護の規準を導くこともまた、両法秩序に共通の課題である¹⁰⁰。そこで、ドイツ法において、人格侵害に対する金銭賠償がどのように拡大され、そしてどのような整序がなされたのかを明らかにすることが、本稿の目的である。特に、人格保護に適合的な規準を求める試みとして、ハンス・シュトル(Hans Stoll)による損害論の再構成に着目する。

2. 人格的利益に対する金銭賠償制度の沿革と展開

BGBは、どのような損害が賠償されるかについて、統一的・一般的な規定を置いていない。BGB249条以下において、賠償される損害の要件を個々の的に定めているだけである。これらの規定によれば、原則は原状回復であり、原状回復が不可能、不十分、あるいは不相当な出費を要する場合にのみ、金銭賠償が行われる（249条・251条）¹⁰¹。

金銭賠償は、原則として財産的損害に対してしか認められず、非財産的損害に対して金銭による填補は、法律に特別の規定がある場合に例外的に認められるにすぎない（253条）¹⁰²。この例外の最も重要なものは、847条における慰謝料の規定である¹⁰³。同条によれば、身体又は健康の侵害、自由の侵奪、婦女習俗軽罪の場合には、非財産的損害に対する金銭賠償が可能である。

しかし、このように、限定的にのみ金銭賠償を認めるというBGBの基本的立場（＝列挙原則）は、個人の人格に対する保護が拡大されるにつれて、徐々に変更を迫られてきた。本章では、このようなBGBの限定主義について沿革

を示し、その枠組みを越えるBGH判例の意義と限界を明らかにする。

2-1 沿革⁹⁵

「損害賠償」という一般的な概念は、ローマ法には存在しない。ローマ法において、人格財は、主として民事的公訴(actiones poenales)によって保護されていた。その根底にあったのは、主として贖罪思想(Sühnegedanke)であり⁹⁶、無形的な損害を金銭の給付によって填補するという賠償機能は付随的なものであった。

人格侵害に対して中心的な役割を果たしたインユリア訴権(actio injuriarum)は、広く人格一般について金銭の給付を認めるものであり、損害賠償的な機能も備えていた⁹⁷。インユリア訴権は、確かにドイツ法に継受され、中世においてもある程度の役割を果たした⁹⁸。しかし、18世紀には、「精神的喪失に対して金銭を受け取ることは、不名誉であり、またドイツ人の法感情に反している」という主張が強まり⁹⁹、徐々にその損害賠償的な機能は縮小された。そして、19世紀には、ヴェルテンベルクにおいて残るのみとなった¹⁰⁰。結局、1877年の刑事訴訟法施行法11条の審議過程において、インユリア訴権は、明確に刑罰として性格づけられた。BGBの理由書によると、インユリア訴権の民法典への導入は、ほとんど審議されることなく、ごく簡単に否定されている¹⁰¹。第二委員会でも再び審議されたものの、やはり否定されている¹⁰²。損害賠償と刑罰を厳密に区別すべきであるという思想、及び損害賠償が被害者の利得につながるという懸念がその背景にあったと考えられる¹⁰³。こうして、人格侵害一般に対する金銭賠償は否定された。

他方、慰謝料請求権(Schmerzensgeldklage)は、部分的に辛うじて残された。それらは、いずれも沿革の異なる個別的な制度を寄せ集めたものである。例えば、身体侵害に対する慰謝料はカロリーナ法典に源を発し、婦女習俗軽罪に対する慰謝料は教会法に源を発し、自由侵奪に対する慰謝料はザクセン法に源を発する¹⁰⁴。これらは、その私罰的な性格のゆえに、多くの地方法において廃止された¹⁰⁵。また、1866年のドレスデン草案においても、一般的な慰謝料の規定を置くことは避けられた。それにもかかわらず、結果的に、慰謝料制度はBGBに採用された。そこで重要な役割を果たしたのは、1874年に発表されたヴェヒターの論文¹⁰⁶である。彼は、慰謝料の損害賠償的な性質を詳細に根拠づけ、

この見解を広く浸透させた。

注目されるのは、第一草案221条（現253条）の立法理由において、18世紀以来繰り返し主張されてきた「精神的喪失に対して金銭を受け取ることは不名誉である」という論拠が全く持ち出されなかったということである⁷⁹。むしろ、より重要な論拠となったのは、「非財産的損害に対する金銭賠償を一般的に承認することによって、裁判官に独裁的な権限が与えられる恐れがある」という懸念であり⁸⁰、無形的損害に金銭賠償を認めることそれ自体に対する抵抗は弱まっていた。しかし、BGBの限定的な立場を覆すにまでは至らなかった。

このような立法に対して、ギールケは、「わずかな不法行為債務について実現された非財産的損害に対する金銭賠償は、すべての不法行為債務に広げられなければならない」と主張した⁸¹。刑法学者であるリストもまた、BGBの限定的な立場に対して激しく批判を行った⁸²。その後も、多数の論者によってこの立法は批判されることになる⁸³。

2-2 BGH判例の展開⁸⁴

第二次大戦後、ボン基本法が制定され、人格の保護が大きく進められた⁸⁵。ドイツ法において、私法上の人格保護を確立するのに先駆的な役割を果たしたのは、BGHの判例であった⁸⁶。1954年の「シャハト書簡事件」判決において、BGHは、個人の尊厳の尊重及び人格の自由な発展を保障する基本法の規定に実定法上の根拠を置き、初めて「一般的人格権(allgemeines Persönlichkeitsrecht)」を承認した⁸⁷。

一般的人格権の承認後、その具体的な保護の内容が問題になった。広く原状回復が認められるドイツ法では、不作為請求については特に問題を生じなかった。しかし、損害賠償の面では、大きな困難が立ちはだかった。前述のように、BGB253条は、非財産的損害の金銭賠償に対して限定的な立場をとるが、人格的利益は主として非財産的損害の問題として現れるからである。

当初、BGHは、人格侵害に対する非財産的損害の賠償を認めなかった。具体的な財産的損害が生ずる限りにおいて、人格権の保護を図ることができるという立場である。1956年の「パウル・ダールケ事件」において、BGHは、精神的な不利益の賠償を認めず、逸失利益の賠償を認めるにとどまった⁸⁸。人格侵害に対する非財産的損害の賠償が初めて認められたのは、1958年の「アマチュ

ア騎手事件」判決である⁸⁹。ここで、BGHは、人格侵害を「内的自由」への侵害と捉え、847条「自由侵奪」の類推適用が可能であるとして、慰謝料の請求を認めた。この判決は、253条の枠組みを維持した上で、847条に依拠して無形の損害の賠償を可能にするものであった⁹⁰。

さらに、BGHは、253条の枠組みを超える法創造を行う。「朝鮮人参事件」がそれである⁹¹。「基本法の価値決定の影響の下で追求された私法上の人格保護の発展は、人格権の侵害が何ら精神的侵害に適した制裁を帰結するものでなければ、欠缺を有し、かつ不十分なものとなるだろう。基本法によって追求された人格保護を保障するためには、不法行為法上の保護を人間の一定の個別的法益に限定するのは狭すぎるということが証明されたのと同様に、精神的な損害賠償を個別的に列挙された法益の侵害にしか認めないことは、もはや基本法の価値体系に適さない」⁹²。この判決は、847条の類推適用から完全に離れているという点において、1958年の判決とは全く異なる意味を持つ。それは、基本法を根拠として、一般的人格権が侵害された場合に253条の効力を否定するものである。

2-3 BGH判例に対する学説の反応

基本法によってBGB253条の効力を否定するというBGHの判例は、1964年の「ソラヤ決定」⁹³において合憲性を確認された。しかし、多数の学説及び上級地方裁判所は、BGHの判例に反対する⁹⁴。それは、非財産的損害に対して金銭賠償を認めるという結論に対する反対ではなく、基本法による正当化という法的構成に対する反対である。

基本法の条文が具体的な私法規範を示したとする考え方は、基本法の"第三者効力"に関連して、問題を生ずる⁹⁵。「確かに、基本法1条及び2条の価値決定はその時代の法倫理的な理想への重要な典拠である。しかし、かかる価値決定は、それだけで私法の領域において規範化の効力を持ちうるものではない」⁹⁶。

では、253条を超えるBGHの法創造は、どこにその正当化根拠を見出すことができるのか。シュトルは次のように述べる。「BGB847条は沿革の異なる個別制度を無原則に寄せ集めたものである。…また、裁判官に独裁的な権限を与えるという懸念から253条は維持されたが、その根拠もまた疑わしい。なぜなら、1877年の民事訴訟法は、すでに、裁判官に損害確定の権限を与えていたの

だから」⁹⁸。また、彼は、詳細な比較法研究から、次のように指摘する。「ドイツ法の問題点は、無形的損害に対する金銭賠償を過度に抑制することだけではなく、その構想の欠如(Konzeptionslosigkeit)にもある。精神的損害の填補を不道徳とする(例えば旧東欧諸国の)法秩序にあっては、その原則が貫徹されている。ドイツ法には、そのような一貫した構想が存在しない」⁹⁹。

いずれにせよ、253条を越える法創造は、法的安定性を著しく害する。そのため、ドイツでは、一般的人格権に対応しうる立法の必要性が繰り返し説かれ、具体的な立法提言がなされてきた。慰謝料制度の整備はその中心的な課題であった。しかし、これらの立法提言はいずれも実現されることなく、現在に至っている¹⁰⁰。それでは、私法の枠内で、BGB253条を超える法発展をどのように整序することが可能か。次章において検討する。

3. 私法体系への整序—シュトルによる損害論の再構成

BGBの体系を維持しつつ、その中に人格保護の法発展を整序する試みは、当然のことながら、論者によって内容を異にする。本稿では、その一例として、シュトルによる整序に着目する。

3-1 損害法の二元論

シュトルの損害論は、金銭賠償を原状回復から厳密に区別することから出発する。

ドイツ法では、BGB249条ないし251条から、原状回復(Restitution)と填補(Kompensation)という二つの機能が導かれる¹⁰¹。それは、損害法の目的概念であり、規範を基礎づける原理としての意味を有する。ここで、損害概念の二元論(Dualismus)が明らかになる¹⁰²。

原状回復とは、「侵害された権利または法益の従前の状態を回復することにより、損害を除去すること」である。自然的原状回復と回復費用の支払いとが含まれる。他方、填補とは、「損害事件とその作用を回復することが不可能な場合に、その代わりとして、損害事件に必然的に伴う不利益の等価物(Aquivalent)」を与えることである。両機能の区別は、被侵害法益が非財産的損害である場合に、特に重要になる。なぜなら、原状回復においては財産的損

害も非財産的損害も保護の対象になるのに対し、金銭賠償においては、BGB 253条から、原則として非財産的損害のみが賠償されるからである⁵⁸。

原状回復において決定的であるのは、被侵害利益の内容に合致する事実状態を作り出すことが可能か否かである。ドイツの判例及び多数説は、この上に、同価値の状態の作出をも原状回復として承認する。いわば、金銭による原状回復である。「自然的原状回復が目的とするところは、損害事件がなければ存在していたであろう状態である。しかし、例えば修理によって“厳密には”この状態に到達できない場合には、それにできるだけ近づくような状態の回復が義務づけられる。それは、経済的に同価値の状態で足りる」と⁵⁹。

それに対して、シュトルは、従前の状態を完全に取り戻すことが不可能な場合には、原状回復とはいえない、と反論する。その理由は、次の点にある。経済的に同価値の状態を作り出すことが自然的原状回復として許容されるならば、精神的な不利益が問題になる場合にさえ、経済的に以前と同価値の状態を作り出すことが許容されることになる。この帰結は、BGB253条の規定に反している。判例及び多数説に見られる原状回復原理の“過度の”拡大は、「BGB253条を避けるための手段」に過ぎないから、支持できない、というのである⁶⁰。

原状回復原理の拡張によって253条を越えることを否定したシュトルは、金銭賠償原理の枠内で253条を越える試みを行う。以下に示す。

3-2 BGBにおける経済的人格の保護

BGB253条の規定から、金銭賠償原理の枠内で賠償可能性を拡張するには、特別の正当化を必要とする。シュトルは、その正当化根拠を、次のようなBGB 842条の規定に求める。「人に対する不法行為に基づく損害賠償義務は、その行為が被害者の現在又は将来の収入に関して生じさせた損失に及ぶ」。同条によって、私法上的人格保護は、847条により保護された純粋に精神的な人格だけではなく、経済的な人格の発展にも及ぶ⁶¹。

842条は、身体被害だけではなく、個人に対する侵害を広く含むと解される。慰謝料を個別的に列挙するBGB847条よりも広く人格を保護しうる。すでに第二委員会では、「草案第728条（現847条）は、それが名誉を含まない限りにおいて不十分である」⁶²と指摘されていた。それに対して、842条の規定は、「一般的人格保護の思想が感じ取られる唯一の条文」⁶³である。立法者は、金銭賠償の

通常の枠組みを拡張し、そこでは財産的損害と非財産的損害との厳密な境界に縛られる必要はないと考えていた、とシュトルは理解する⁸⁹⁾。

このようなシュトルの見解は、一般的な支持を得ているとはいえない。多数説によれば、本条は、被害者の現在及び将来の収入に関する不利益もまた、「財産的損害として」賠償されることを明確化するにすぎず、何ら非財産的損害へ賠償義務を拡張するものではない、という⁹⁰⁾。それに対してシュトルは次のように反論する。そのような財産的損害が賠償されることは、BGB249条、252条、及び差額説から明らかである。むしろ、本条の解釈において重要なのは、現在及び将来の収入に関する不利益が伝統的な財産的損害概念には含まれないということである。従って、BGB842条は、「財産的損害と非財産的損害との境界に存在し、かつBGB253条とZPO287条によっては十分に規定されない不利益も含む」ということを意味している、と⁹¹⁾。

判例は、このようなBGB842条の可能性を利用しなかった。シュトルは、前述の「朝鮮人参事件」、及び「テレビ・アナウンサー事件」において、基本法によってではなく、BGB842条によって253条を越える法形成を行うべきだったと主張する⁹²⁾。ただし、842条は、財産的損害を全く生じないような純粋に精神的な損害にあっては機能しない。BGBの枠内での法形成の限界である。

3-3 「主観的経済的損害」(subjektiv-wirtschaftlicher Schaden)

BGB842条による財産的損害の拡張は、BGBの体系の中で次のように位置づけられる。シュトルは、損害類型を次の三つに分類する。それは、「財産的損害(Vermögensschaden)」「純粋無形的損害(rein immaterieller Schaden)」及び「主観的経済的損害(subjektiv-wirtschaftlicher Schaden)」である。具体的には、「財産的損害」はBGB253条で賠償が認められうる財産的損害であり、「純粋無形的損害」は主として847条において賠償が認められうる非財産的損害である。第三の類型、「主観的経済的損害」が、842条によって賠償可能性を拡張された部分を把握するものである。したがって、253条を越える法形成は、主観的経済的損害概念に整序される⁹³⁾。

財産的損害とは、客観化可能であり、かつ取引上の諸観念(die Anschauungen des Verkehrs)に沿った一律の基準によって測られ得ることを要する。この要件を具えない損害は、すべて非財産的損害である。

純粋無形的損害は、客観化が不可能であり、かつ取引上の諸観念に沿った一律の基準によって測られ得ない損害である。つまり、客観的基準のない個人連関的な価値として性格づけられる。

財産的損害と純粋無形的損害との間には、その二つの損害の中間形態である"グレー・ゾーン"が存在する。それは、人の経済領域の妨害と結びつけられるにもかかわらず、算定可能な財産的喪失には現れない不利益である。このような損害をどのように保護するかは、各法秩序によって異なる。例えばフランス法では、非財産的損害として扱われることが多い。しかし、ドイツ法においては、「覆い隠された形で財産的損害の領域へと引き込まれる」。最も顕著な例は、個人の労働能力が失われた場合に、抽象化・客観化された損害計算により財産的損害の賠償が可能になる、とする考え方である⁸⁵。

シュトルは、この種の損害類型を「主観的経済的損害」と定義し、非財産的損害の一つとして位置づける⁸⁶。具体的には、職業遂行の困難化、経済的な評判の悪化、経済的な処分の妨害が挙げられる。例えば、声望(Ansehen)の侵害により、精神的な被害と共に、職業上の困難が生ずる場合がある。それは、具体的な収入の減少を生じたか否かを問題にすることなく、主観的経済的損害として保護の対象になる⁸⁶。

4. 「主観的経済的損害」の保護内容

「主観的経済的損害」の保護内容には、直接的な保護と間接的な保護とがある。

直接的な保護の第一は、労働能力喪失損害である。人身への攻撃による労働または職業の発展への妨害は、BGB842条によって保護される。ここでは、具体的に逸失利益を証明する必要がないために、財産的損害の抽象的な算定を許容しうる、とする見解がある⁸⁷。しかし、BGB842条の目的は、個人の発展の自由を保護することにあり、被害者を実際に妨害することが損害の核心である。ゆえに、稼業に従事できないあるいは従事する意思のない者は、同条による賠償を受けることができない。なぜなら、そのような被害者は、労働の努力を妨害されていないからである⁸⁸。

直接的な保護の第二は、無体財産権に関する諸規定から導かれる。ドイツ法においては、例えば、著作権(Urheberrecht)、特許権(Patentrecht)、実用新案権

(Gebrauchsmusterrecht), 意匠権(Geschmacksmusterrecht), 商標権(Warenzeichenrecht)などが, 特別の法的保護を与えられてきた。判例によれば, 賠償請求権者は, その選択に従って次のような賠償の方法を選択することができる。第一に, 得べかりし利益を含め具体的に生じた損害額, 第二に, 得べかりし使用料, 第三に, 侵害行為によって行為者が獲得した利得の金額, である。シュトルは, このような第二, 第三の特別な保護を, 主観的経済的損害に対する保護の核心として位置づける⁸⁷。

このように確定された主観的経済的損害の直接的な保護とは別に, その間接的・派生的な保護が問題になることがある。それは, 純粹に経済的な侵害から間接的に生ずる人格的不利益である。それは, 通常は独立して保護の対象になるものではない。しかし, 被害者の経済的な人格的利益が間接的に侵害されたことが, 被害者にとって極めて重大であり, かつ, それが算定可能な財産的損害の中には含まれない場合には, 特別に保護が及ぶと考えられる⁸⁸。間接的な保護として, 具体的には, 物への違法な侵害による主観的経済的損害, 及び契約違反による主観的経済的損害が重要である。例えば, 生活のために必要な物の利用が所有者から一時的に奪われ, あるいは個人が休暇旅行に出掛けられないことである。

なお, これらの問題は, 従来, 「規範的損害」と呼ばれてきたものである⁸⁹。最も一般的な理解によれば, 「規範的損害」とは, 差額説によって把握され得ない不利益について, 評価的な決定によって例外的に損害賠償が認められる, ということを表す。それは, 実質的には財産的損害概念の拡張である。しかし, シュトルは, このような保護の拡張には反対する。むしろ重要なのは人格保護の拡大である, というのである⁹⁰。このようにして, いわゆる規範的損害の諸問題もまた, 財産的利益から人格的利益への転換の中で, 非財産的損害の一類形として, 主観的経済的損害に整序される。

5. まとめ

シュトルによる再構成の最も重要な点は, 主観的経済的損害という概念を導入したことである。主観的経済的損害は, 財産的損害のような客観的基準によるのではなく, 主観的な基準によって, 経済的人格の保護に関する法形成を整

序するものである。この整序と基準の構成について、次のような意義が見出される。

第一に、人格保護に対する金銭賠償の範囲を拡張したことである。一般的人格権の承認後、ドイツ法においては、その金銭賠償が問題となってきたことは、すでに述べた通りである。経済的な側面を有する人格への保護もまた、著作権、意匠権、特許権、実用新案権といった権利が、個別的な立法によって保護を獲得したにすぎない。主観的経済的損害概念は、BGB842条及び無体財産権に関するこれらの立法の延長線上に、経済的な人格を位置づける。それによって、個別の無体財産権だけではなく、より一般的に一般的人格権に類似する形で経済的な人格への保護を進めることが可能になる⁹⁹。

第二に、主観的な保護の基準が用いられていることである。人格の経済的側面は、多くの場合、財産的損害としての性質と非財産的損害の両方の性質を有している。そのため、非財産的損害に対する金銭賠償が困難なドイツ法においては、財産的損害として整序されることが多い。規範的損害として論じられる多くの問題は、その例であり、差額説の要件を緩和すること、すなわち財産的損害概念の客観化・抽象化によって、保護が拡大されてきた。

しかし、経済的な性質を持つ利益をすべて財産的損害として把握することは、妥当ではない。経済的な性質を持つ利益が侵害され、それによって人格の発展に重要な影響を与える場合には、人格の側面に焦点が当てられるべきである。人格の保護が問題になっている場合に、その保護が客観的な基準によって決定されるとすれば、人格の保護を市場の論理に委ねることになる。シュトルは、人格的利益には個別的な基準がより適切だと考えたのであろう。

第三に、BGBの基本的な体系を維持して、基準が構成されていることである。基準の構成は、「填補」と「原状回復」という損害賠償法の機能から出発する。BGB249条以下の規定に忠実な法的構成である。また、主観的経済的損害という新しい損害類型を作り出すことによって、従来からの財産的損害と非財産的損害の区別を維持している。このようにして、人格保護の発展を進めつつ、法的安定性を獲得することが可能になる。

わが国においてもまた、法形成の整序は、人格に適合的な基準に従ってなされなければならない。特に、財産的損害と、経済的側面を持つ人格的利益とを区別し、それぞれに異なる基準を設定することは重要である。ある利益がその

どちらに属するかは、法秩序の評価によって異なるが、例えば、人身侵害における逸失利益は、人格の経済的側面として、財産的損害とは異なる基準に従う、と解することが可能である⁹⁹。このようにして、人格保護の観点から、従来の損害論を再検討することが必要である。また、人格的利益に適合的な基準を構成する方法としては、民法典の機能から出発し、人格的利益の性質に応じて、類型化をするというシュトルの方法が参考になるとと思われる。

最後に、今後の検討課題を示しておきたい。それは、法秩序全体の中での人格的利益の位置づけに関する問題である。

損害論において、法秩序全体の中で人格的利益にどのような位置づけを与えるのかを明らかにする必要があることは、前述した（第一章）。この問題については、二つの考え方がある¹⁰⁰。一つは、私法秩序に人格保護の法形成を位置づけ、私法内在的な規準によって保護の適否を判断する考え方である¹⁰¹。もう一つは、憲法を含めた法秩序の中に法形成を位置づけ、基本権の保護にかかわる問題として捉える考え方である¹⁰²。

後者の考え方は、近時、わが国において特に自己決定権との関係において議論されている。人格的利益の侵害にあってもまた、憲法を含めた法秩序全体の中で保護のあり方を考えることが可能であり、その意義を検討する必要がある¹⁰³。特にドイツ法においては、国家の保護義務として、基本法の私法への作用を規準化する考え方が広がってきている。すなわち、国家は基本権を保護する役割を担っており、民事法の立法者及び裁判官には、保護義務の実現が帰られる、という保護義務論である¹⁰⁴。カナリスによる一連の論稿が大きな影響を与え、保護義務論は有力になりつつある¹⁰⁵。

ここでは、いずれの考え方が妥当かは論じない。しかしながら、憲法の私法への介入に対して、民法学者の間にはなお反対が強い。上述した通り、シュトルもまた、基本法による253条の排除を拒絶し、私法の原理から出発して規準の構成を試みている¹⁰⁶。シュトルの理論は、憲法にまで遡ることなく、私法内在的な規準によって人格保護の法形成を整序する試みとして評価することができよう。私法内在的な基準を超えて、憲法からのアプローチが有効であるか否か、あるいは、具体的な問題を解決するためにどのような規準を提示できるのか、という問題については、別の機会に検討することにしたい。

【註】

- (1) 瀬川信久『『豊かな』社会の出現と民法学の課題』法の科学19号（1991年）110頁以下の分析によれば、1960年代には、主として生命・身体の侵害について激しく議論され、それに関する理論が一応確立した後の1970年代以降は、新しい生活利益をどう保護するのかが重要な問題になってきている、という。
- (2) わが国の法体系においても、「すべて国民は、個人として尊重される」とされ（憲法13条）、民法の解釈が「個人ノ尊厳ヲ旨トシテ」なされるべきである（民法1条ノ2）、と明文化された。
- (3) いわゆる「北方ジャーナル事件」判決（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）である。わが国の民法典は、差止についての規定を持たないため、この最高裁判決はきわめて重要な意味を持っている。
- (4) 窪田充見「人格権侵害と損害賠償－人格的利益の侵害を契機とする民法705条についてのスケッチ－」民商法雑誌116巻4・5号（1997年）554頁以下は、人格侵害における金銭賠償の問題を論じた数少ない論文の一つである。「不正に取得した利得の吐き出し」及び「自己決定権侵害」による損害賠償の問題が検討されている。
- (5) もっとも、わが国における差額説的な理論は、ドイツ法において差額説が有するような高度に法技術的な意味を持つものではない。高橋眞「損害論」『民法講座別巻1』（1990年）205頁以下、潮見佳男「人身損害概念と算定原理（一）」民商法雑誌103巻4号（1991年）511頁、平井宜雄『『損害』概念の再構成（一）』法学協会雑誌90巻12号（1973年）1513頁以下。
- (6) 吉田克己『現代市民社会と民法学』（1999年。初出：1996～1998年）247頁。
- (7) きわめて多数の文献があるが、重要かつ先駆的な業績として、西原道夫「幼児の死亡・傷害と損害賠償」判例評論75号（1964年）7頁、同「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号（1965年）107頁が挙げられる。
- (8) 幾代通『不法行為』（1977年）283頁以下、四宮和夫『不法行為』（1985年）596頁以下、斎藤修「慰謝料に関する諸問題」『新・現代損害賠償法講座第6巻』（1998年）222頁以下、等を参照。
- (9) 差止に関する論稿ではあるが、この観点からわが国における人格保護の法形成について検討を行うものとして、藤岡康宏「人格権」『新・現代損害賠償法講座第2巻』（1998年）21頁以下が示唆に富む。そこでは、「社会構成原

理としての人格権」という用語が用いられている。

- (10) ドイツ法における人格保護の発展については、五十嵐清・松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護」戒能通孝・伊藤正己編『プライベートー研究』（1962年）150頁以下、三島宗彦『人格権の保護』（1965年）、斎藤博『人格権法の研究』（1979年）、五十嵐『人格権論』（1989年）、が詳しい。
- (11) もっとも、その意味は若干異なる。ドイツ法では、BGBの制定時に非財産的損害に対する金銭賠償が原則として認められなかったため、人格的利益に対する金銭賠償の拡大は、法律を超える法継続形成（広義の欠缺補充）として現れる（vgl. *K.Larenz/ C.-W.Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 3.Aufl., 1995, S.187ff.）。それに対し、わが国では賠償される損害の性質について特に制限がないため、欠缺補充というよりはむしろ、709条及び710条における「損害」という一般条項もしくは不確定概念の具体化として現れる、といえよう。
- (12) BGB249条「損害賠償の義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなければ存在していたであろう状態を回復しなければならない。人身侵害または物の毀損を理由とする損害賠償がなされるべき場合には、債権者は、原状回復に代えて、これに必要な金額を請求することができる。」251条「①原状回復が可能でなく、または債権者に対する賠償として十分ではないときに限り、賠償義務者は、債権者に金銭で賠償しなければならない。②賠償義務者は、原状回復が過分の費用によってのみ可能であるときには、債権者に金銭で賠償することができる。」
- (13) BGB253条「財産的損害でない損害については、法律により定められた場合に限り、金銭による賠償を請求することができる。」
- (14) BGB847条「①身体もしくは健康の侵害の場合または自由侵奪の場合には、被害者は、財産的損害でない損害についても、金銭による衡平に応じた賠償を求めることができる。②女子に対する犯罪もしくは軽犯罪がなされた場合、または、偽計、脅迫もしくは従属的関係の濫用によって婚姻外の性的関係を同意させた場合において、同様の請求権がその女子にも与えられる。」
- (15) 斎藤・前掲311頁以下に詳しい。本稿では、以下の論文を主として参考にした。*Hans Stoll, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*; Verhandlungen des 45. DJT Karlsruhe,

1964, Bd.1(Gutachten), S.1ff. (以下, *Stoll*, ① と引用)

- (16) *M. Kaser*, Das römische Privatrecht I, 2.neubearb.Aufl., 1971, S.501.
- (17) *Kaser*, a.a.O., S.623f.
- (18) *E. Kaufmann*, Das spätmittelalterliche deutsche Schadensersatzrecht und die Rezeption der "actio injuriarum aestimatoria", ZRG Germann. Abt.78, 1961, S.93ff.
- (19) *Kaufmann*, Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB, AcP 162, 1963, S.424ff.
- (20) *Motive, Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB, 1899, S.418; *D.Lenze*, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, 1962, S.72ff., S.77 N.78; *Kaufmann*, a.a.O.(AcP 162), S.425.
- (21) *Motive, Mugdan* II S.418f.
- (22) *Protokolle, Mugdan* II S.1119.
- (23) *A.G.z.Dohna*, Die Stellung der Buße im reichsrechtlichen System des Immaterialguterschutztes, 1902, S.10ff.; *H.Coing*, Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutztes, JZ1958, S.558ff.
- (24) *H.A.Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1903, S.277ff.
- (25) *Motive, Mugdan* II S.446.
- (26) *Waechter*, Die Buse bei Beleidigungen und Korperverletzungen nach heutigem gemeinen Recht, 1874, S.72ff.
- (27) ただし, 第二委員会においてはわずかに問題になった。*Protokolle, Mugdan* II S.517.
- (28) *Motive, Mugdan* II S.12.
- (29) *O.v.Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Rech, 1889, S.196f.
- (30) *v.Liszt*, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutschen Reich, 1889, S.30.
- (31) 主なものとして, *Seng*, Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten, ArchBR 5, 1891, S.374; *P.Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S.56f.

- (32) わが国への紹介としては、前掲注(10)を参照。
- (33) GG1条「①人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である。」2条「①各人は、他人の権利を侵害し、かつ憲法秩序または良俗に違反しない限りにおいて、その人格の自由な発展への権利(das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit)を有する。②各人は、生命、身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これを侵害することが許される。」
- (34) 戦後の私法学者として特に貢献があったのは、コーイング、フープマン、ニッパードの3名と言われる。彼らの人格権理論については、五十嵐・松田・前掲181頁以下、斎藤・前掲103頁以下に紹介されている。
- (35) BGH 25.5.1954, BGHZ 13,334.
- (36) BGH 8.5.1956, BGHZ 20,345. 俳優であるダールケの写真が勝手に広告に用いられたことに対して損害賠償が請求された事件。
- (37) BGH 14.2.1958, BGHZ 26,349. アマチュア騎手として活躍する原告の写真が、精力増進剤の宣伝ポスターに無断で使用されたことに対して損害賠償が請求された事件。
- (38) 847条の拡張解釈によって一般的人格権にも慰謝料を認めるべきという考え方は、ニッパードによって主張されていた。H.C.Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, 15. bearb. Aufl., 1959, § 101 S.597. 他に、この法的構成に賛成するものとして、Coing, a.a.O., S.560.
- (39) BGH 19.9.1961, BGHZ 35,363. 大学教授である原告が、強壯剤の宣伝用説明書の中で自分が薬効を認めているとされたことに対して、強壯剤販売業者に損害賠償を請求した事件。
- (40) BGHZ 35,367.
- (41) BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34,269. 植松秀夫「判決の理由づけについて(一)－法思考のパラダイム転換－」岡山大学法学会雑誌39巻1号(1989年)1頁以下に、全文が訳出されている。
- (42) 批判的な見解として、Larenz, Anmerkung zu BGH 14.2.1958, NJW 1958, S.827ff.; E.Böttcher, Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, AcP 158, 1959-60, S.385ff.; ders., Die

Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung, MDR 1963, S.353ff.; *K.Münzel*, Schmerzensgeld für seelische Unlustgefühle, NJW 1960, S.2027ff.; *P.Hartmann*, Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld, NJW 1962, S.12ff.; *ders.*, Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld, NJW 1964, S.793ff.; *M.Löffler*, Die Grenzen richterlicher Rechtsfindung beim immateriellen Schadensersatz, NJW 1962, S.225ff.; *Kaufmann*, a.a.O.(AcP162), S.421ff. 他方, 判例に賛成するものとしては, *H.Hubmann*, JZ1962, S.121ff.

- (43) 連邦憲法裁判所は, 1958年の「リュート判決」以来, 一貫して間接効力説をとっている, という理解が通説である。
- (44) *Stoll*, ① S.50.
- (45) *Ebenda*.
- (46) *Stoll*, ① S.124f.
- (47) 1959年に議会に提出された「人格と保護に関する政府草案(人格及び名誉の私法上の保護の新秩序のための法律案)」は, 広く人格一般について新しい保護のあり方を提言するものであったが, 最終的には成立しなかった。そこで, 1964年の第45回法曹会議私法部会は, 慰謝料制度の整備に焦点を絞って, 立法の必要性について議論した。詳細は, 斎藤・前掲書112頁以下。
- (48) シュトルの理論について, 本章以下において考察の中心になるのは, *Stoll*, *Begriff und Grenzen des Vermögensschadens*, 1973. (以下, *Stoll*, ②と略); *ders.*, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, 1993. (以下, *Stoll*, ③と略)。
- (49) もっとも, 原状回復と金銭賠償の他にも, 損害賠償の機能は存在することをシュトルは認める。例えば, 予防あるいは満足といった機能は, ドイツ法実務において広がりを見せている。しかし, これらの機能は, 少なくともドイツ法においては, 他の機能の力を借りることなく独立した法的救済とはなり得ない。いわば二次的な機能として働くことを認めうるにすぎない。
- (50) *Stoll*, ② S.9.; *ders.*, ③ S.239ff.
- (51) *Stoll*, ② S.7f.; *ders.*, ③ S.150f.
- (52) 例えば, *Hermann Lange*, *Schadensersatz. Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, Bd.1, 2.Aufl., 1990, S.214f.
- (53) *Stoll*, ② S.8.; *ders.*, ③ S.156ff.

- (54) *Stoll*, ③ S.375f. なお, *W.Fikentscher*, *Wirtschaftsrecht II: Deutsches Wirtschaftsrecht*, 1983, S.112f., S.131ff.は, 一般的人格権を精神的な人格の保護のみに限定し, それとは別に独立して経済的人格権を保護すべきだという二元論的な主張を展開する。多数説は, 一般的人格権の一構成要素として理解すれば足りるとする一元論的な見解である。*H-P.Götting*, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, 1995, S.134ff.
- (55) *Protokolle, Mugdan* II, S.1117.
- (56) *Stoll*, ① S.13.
- (57) *Protokolle, Mugdan* II, S.1117.「現在及び将来の収入に関する不利益にあっては, 財産的損害と財産的損害の領域に属さない損害との境界が不明確になることが多い」。
- (58) *K.Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts II*(1972)513.; *Staudinger-Schäfer*, *Kommentar zum BGB*, 10/11. Aufl. (1970) § 842 Rdnr. 3.; *Münchener-Mertens*, § 842 Rdnr.2.
- (59) *Stoll*, ② S.21.; *ders.*, ③ S.378f.
- (60) *Stoll*, ① S.14f.
- (61) *Stoll*, ③ S.286ff.
- (62) きわめて多数の論稿があるが, 代表的なものとして, *R.Neuner*, *Interesse und Vermögensschaden*, *AcP* 133 (1931) 277ff.; *F.Bydlinsky*, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht* (1964); *E.Steindorff*, *Abstrakte und konkrete Schadensberechnung*, *AcP* 158 (1959-60) 431ff. なお, わが国への紹介としては, 若林三奈「法学的概念としての『損害』の意義(一)」立命館法学248号(1996年)689頁以下が詳しい。
- (63) これを「第三のカテゴリー」と称するのは, *U.Magnus*, *Schaden und Ersatz* (1987) S.306.
- (64) *Stoll*, ③ S.291ff., 375ff.
- (65) *Münchener-Mertens*, § 842, Rdnr.7.
- (66) *Stoll*, ③ S.329.
- (67) ただし, ドイツの支配的な見解は, 無体財産権に関する算定基準がなお一般的な"損害賠償"として理解され得る可能性について, 懐疑的である。得べかりし使用料の支払, あるいは利得の返還は, もはや損害賠償としてではなく, 例えば不当利得のような独立した法的請求権として理解されるべきであ

る，と。B.Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972) 72f.; Lange, a.a.O., 227f.; Staudinger-Medicus, § 249 Rdnr.80.

(68) Stoll, ③, S.383ff.

(69) ドイツ法における規範的損害論の動向に言及するのは、吉村良一「ドイツ法における財産的損害概念」立命館法学150-154号合併号(1980年)749頁以下、同「ドイツ法における人身損害の賠償」立命館法学159・160合併号(1981年)577頁以下、山本豊「西ドイツにおける損害(概念)論の動向-ホーロッフ鑑定意見の紹介を中心に-」法政大学現代研究叢書9(1988年)251頁以下、潮見佳男「人身損害概念と算定原理(一)」民商法雑誌103巻4号(1991年)1頁以下、若林・前揚(一)立命館法学248号(1996年)672頁以下、(二)同251号(1997年)105頁以下、(三)同252号(1997年)326頁以下。

(70) Stoll, ② S.9f., 35ff.

(71) ただし、シュトルは、マグヌスの著作への書評において、次のように断っている。すなわち、主観的経済的損害は、一般的人格権の領域を全体的に拡張することを意味するのではなく、人格の精神的側面とは別に、経済的な側面を付加するということである，と。Stoll, *RabelsZ* 54, 1990, S.781.

(72) シュトルは、その著作の中で、わが国における人身損害の定額化論について次のように述べ、定額化論が人格的利益を財産と同じ基準で測るものである，と指摘している。「…この理解がある法秩序において貫徹され、身体損害が一定の、一般に認められた評価額に基づき補償されうるとすれば、この法秩序において、身体損害は、客観的な評価によって定められた限度内で、財産的損害に数え入れられるであろう。」Stoll, ③ S.289.

(73) 藤岡・前掲32頁以下は、人格保護の二つの方向性として、伝統的問題処理方法とは別に、社会構成原理としての人格権の確立を目指す方法があることを指摘する。さらにその中でも、民法の秩序において人格権の法を整序する方向と、憲法との関連で新しいアプローチを持ち込もうとする視座とに分けられる，とする。

(74) 広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』(1989年)1頁以下は、個々の人間がすべて人格的利益の帰属主体として扱われる仕組みを「人格秩序」と呼び、「財貨秩序」と並んで「人格秩序」を市民社会の根本秩序として位置づけている。

- (75) 代表的なものとして、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治」(1)法学論叢133巻4号1頁以下(2)同巻5号1頁以下(1993年)が挙げられる。
- (76) 人格的利益について民法と憲法の関係を論じたものとして、五十嵐「人格権」法学教室171号(1994年)25頁以下。
- (77) ドイツにおける保護義務論の展開については、前注山本論文の他、山本「憲法と民法の関係ードイツ法の視点」法学教室171号(1994年)44頁以下、小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」慶応大学法学研究63巻7号(1990年)54頁以下、同「私法関係における基本権の保護ー基本権の私人間効力と国の保護義務ー」慶応大学法学研究65巻8号(1992年)23頁以下、に詳しい紹介がある。
- (78) *Canaris*, Grundrecht und Privatrecht, AcP184(1884)S.201f.; *ders.*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ1987, S.993ff.; *ders.*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S.161ff.
- (79) シュトルは、日本での講演において次のように語っている。「私法の中心的な問題において、法律の定めを理解し、発展させていくにあたって、憲法にまで遡らなければならないというのは、自然なことではないし、民事法典の将来にとってあまり好ましいことではない」シュトル／海老原昭夫訳「ドイツ民法典の百年(講演)」比較法研究(1996年)102頁以下。