

# 琉球大学学術リポジトリ

## ドイツ私法における死者の人格保護

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 安次富, 哲雄, Ashitomi, Tetsuo メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/2261">http://hdl.handle.net/20.500.12000/2261</a>

## ドイツ私法における死者の人格保護

安次富 哲 雄

## 一 序説

## 二 死後の一般的人格権の法構成

## 三 人格および名譽の私法上の保護の新秩序のための法律案

## 四 間接的な死者の人格保護

## 五 直接のおよび間接的な死者の人格保護の比較

## 六 結び

## 一 序説

(一) わが国では、死者の人格権の私法上の保護は、つい最近まで、判例、学説によってほとんど問題にされたことはなかった。<sup>(1)</sup>ところが、臼井吉見著の「事故のてんまつ」が故川端康成氏とその遺族の名譽やプライバシーを侵害したかどうか争われた事件および城山三郎著の故広田弘毅元首相の伝記小説「落日燃ゆ」判決を契機に同問題が学問上も問題にされるようになった。ちなみに、「事故のてんまつ」事件は、昭和五二年八月一六日に原告（川端氏の未亡人と養女）と被告（著者と出版社）間に和解が成立し、死者に人格権が存続するかどうかという問題について裁判所の判断を仰ぐ機会を失った。これに反し、「落日燃ゆ」事件は、昭和五二年七月一九日に東

京地裁で、また昭和五四年三月一四日に東京高裁でそれぞれ判決が出された。同事件の事案は、同小説中の「それに、相手は花柳界の女だけではない。部下の妻との関係もうんぬんされた。(潔癖な広田は、そうした佐分利の私行に、『風上にも置けぬ』と、眉をひそめていた)」という文章が、故佐分利貞男元駐支公使の名譽を毀損し、故人を実父のように敬愛しているX(佐分利氏の甥)は、これによって耐えがたい精神的苦痛を味わったとしてY(著者)を相手に謝罪広告と慰謝料を求めたものであった。東京地裁は、死者に対する(虚偽虚妄により、また故意、過失に基づく)名誉毀損行為が、遺族の死者に対する敬愛追慕の情等の人格的利益を社会的に妥当な受忍限度をこえて侵害する場合に、遺族は救済を求めうる、と判示している。すなわち、死者に対する敬愛追慕等の遺族の固有の人格権の保護が問題となっており、死者はそれを通じて間接的に保護されているにすぎない。これに反し、控訴審は、「死者の名誉ないし人格権についてであるが、刑法二三〇条二項及び著作権法二八〇条はこれを肯定し、法律上保護すべきものとしていることは明らかである。右のほか、一般私法に関しては直接の規定はないが、特に右と異なる考え方をすべき理由は見出せないから、この分野においても、法律上保護されるべき権利ないし利益として、その侵害行為につき不法行為成立の可能性を肯定すべきである」と判示して、一般論としては、死者の人格権ないし利益を認めたと、本件は、X自からが、著しい精神的苦痛を被ったとして、それに対する不法行為を主張するものと解されるとして、遺族の敬愛追慕等の人格権侵害の成否を判断している。このように判例の方向も、一般的には、死者の人格権の存続を肯定する方向を示しているといえる。しかし、控訴審も述べているように死者の権利を行使する者の範囲等の具体的問題については、未解決のままである。<sup>(5)</sup>

前述両事件を契機に書かれた論文や、「落日燃ゆ」判決の評釈中で、五十嵐清、斉藤博両教授も死後の人格権を肯定する立場から、ドイツの判例、通説を参考に理論構成を試みておられる。<sup>(6)</sup>このように、死者の人格権保護に

関する研究は、わが国においても、開始されるにいたつた。本稿も、わが国での同問題の解明に資することを志向して、ドイツ法の詳細な紹介を試みる次第である。<sup>(7)</sup>

(二) 前述したように、死者の人格の保護の問題は、わが国では、やっと問題が意識されたばかりで、全く新しい課題である。しかし、比較法的にみれば、必ずしも新しい問題ではない。ところで、保護の与え方をみると、死者の人格権の存続を認め、それを直接に保護するドイツ法の行き方と死者の人格権の存続を認めず、死者の人格侵害が同時に遺族の固有の人格権（尊崇感情、追憶）侵害となる場合に、遺族からの請求を認めるという間接的な方法がある。たとえば、スイス法は、この間接的保護の方法を採っている。形式的には、英米法も、この方法を採用しているようにも見えるが、しかし厳密に言えば、英米法は、死者の保護を原則的に否認する立場を採っていると解される。

英米法<sup>(8)</sup>では、名譽、プライバシーに関する権利は、一身専属的なものであり、侵害に対する訴権もこの侵害をうけた本人に専属するものと考えられている。したがって、死者の名譽やプライバシーが侵害された場合に、死者の遺族が代わって訴えることもできないと解されている。すなわち、死者の人格の直接の保護は禁じられている。ただし、このような処理は、コモン・ローの建前からきており、制定法が明文でこれを変更して、死者にもプライバシー侵害の成立を認めるときは別である。オクラホマ、ユタ、ヴァージニア等は、プライバシー侵害の救済を死者にも認めている。このような制定法がない場合には、死者のプライバシーの侵害が同時に生存者たる原告のプライバシーの侵害になる場合に、原告の固有のプライバシー侵害として訴えることができる。アメリカの例では、生後まもなく死亡した奇形児の写真を勝手にとり、公表した者に対する親からの差止と損害賠償の請求について、親自身のプライバシーの侵害として、これを認めた判例がある。<sup>(9)</sup>つまり、奇形の子の出生は、通常人

にとつて親として公開されたくない私的秘蔵であり、その公開は、親自身のプライバシー侵害にもあたると考えられているにすぎない。

名誉毀損の場合も、死者に対する名誉毀損が、直接生存者に対しても、名誉毀損となる場合、——たとえば、遺族の名が死者と結びつけられているばかりではなく、この結びつけの結果、名をあげられた人の名声に影響を与え、かつその道徳的非行を激しく非難するような事例——にはその遺族から訴を提起しうる。この場合も、死者の名誉毀損とは関係なく、その遺族自身の名誉が侵害されている場合にあたる。したがって、死者の名誉を侵害することにより、間接的に生存者の名声に影響を与えるおそれがあるにすぎないという程度では否定されている。

死者に対するプライバシーや名誉毀損が同時に遺族の同法益の侵害になる場合というのは、きわめて例外的にしか生ぜず、このことを死者の人格の保護の側から言えば、ごくまれな場合にしか保護が与えられないことになる。この程度の救済では、あくまで、遺族の固有の人格の保護のみが問題とされているというべきであつて、間接的にせよ死者の保護をなしているとは言い難い。

スイス法は、一般的人格権について明文の規定をおいている (Art. 28 ZGB)。スイス民法 (ZGB) 二八条は「その人格的諸関係を権限なく侵害された者は、妨害の除去を請求することが出来る……」と規定している。しかし、死者の人格権については、スイス法もドイツ法と同様に明文の規定を置いていない。その点については、スイスの判例、学説は、ドイツ法とは対照的に、死者の人格権を否定する立場を採っている。

スイス法の考え方によれば、一般的人格権は、死を以って終了し、死後には存続しない。また、この一般的人格権は、相続もされえない。したがって、死者に対して、名誉毀損的な主張がなされたり、死者の生活像が歪曲

されて公表されたりしても、死者の人格権侵害として直接には保護されえない。しかし、「人格的諸関係」という概念は包括的なので、死者の人格の後遺作用を遺族の人格的諸関係として包含せしめうる。換言すれば、死者への尊崇感情や追憶に関する遺族の固有の権利も遺族の人格的諸関係に含まれることになる。ただし、死者の人格の後遺作用が個々の事件において遺族の人格的諸関係としてどのように評価されるかは、裁判官の裁量にまかされている。このようにして、たとえば、死者の名誉毀損の際には、その名誉毀損が同時に、遺族の「人格的諸関係」を侵害する時に、遺族は固有の人格権に基づき訴えうる。つまり、死者の人格の保護は、遺族の人格権保護を通じてなされることになる。この立場では、死者の人格保護の度合は、英米法よりは、はるかに広く認められるが、死者の利害と遺族の利害が一致しない時には、死者の人格への侵害が遺族の人格権の侵害とは解されないで、直接的保護よりは狭くなると解される。

〔三〕 死後も保護に値する人格的価値が存することについては承認されえよう。その必要の根拠は、人間の人格の完全な保護のためであると解されよう。人間が自分の死後、自分の観念的な利益のどのような保護を期待しうるかということが、人間の行動や感情、生き方にも影響を与える<sup>(11)</sup>。したがって、生存者の人格権は、死後の人格権が保護されてはじめて十分に保護されているといえる。問題は、死者の人格の保護の仕方である。直接的に死者の人格権を保護する方法か、あるいは遺族等の人格権保護を通して間接的に保護するかのいずれを選択するかである。

理論的にも、死者の人格（権）そのものと、遺族の人格権は別物であり、また、実際上も、死者の人格侵害が、必ずしも遺族の人格権侵害にならない場合もある。たとえば、「キリスト教民主主義の政治家に関して、その政治家は、存命中、偽装した共産主義者であった旨、虚偽で主張されたとしても、そのことは、世界革命の真の信奉

者である一人息子の感情をほとんど害しないであろう<sup>(12)</sup>。また、ある記事が死者にとつては評価を上げるものであるが、反面、近親者の社会的評価を下げる場合もある。それどころか、死者の名誉等が遺族によって侵害される場合すらあるのである。それ以外にも、死者の人格侵害にあたる場合のすべてが、死者に対する尊崇感情、追憶等に関する遺族の人格権侵害になるとは限らない。したがって、遺族等の人格権保護を通しての間接的保護では、死者の人格保護として十分でない。

そういう訳で、死者の人格権の存続を認めその直接的な保護を判例、通説によって承認しているドイツ法を考察の対象としたい。考察にあたっては、通説、判例による理論構成を個別的な問題点にわたって詳述するとともに、またそれに対する批判として台頭してきたいわゆる間接保護説(死者の人格権否認説)をも検討し、ついで両説の理論構成、実効性の両面にわたって比較を試みる。また、法律としては日の目を見なかったが「人格および名譽の私法上の保護の新秩序のための法律案」についても触れたい。

本稿は、精神的な人格法益の死後の侵害に対する保護の問題を取扱う。死後の臓器移植の問題も、遺体の無欠性の保護として、死者の人格権の保護に関係があるが、精神的な人格法益の場合とは別異に構成されるべきであり<sup>(13)</sup>、また、ここで取扱われる救済としての不作為、妨害排除請求も、死後の臓器移植に対する救済としては適切でない。というのは、救済として遅すぎるからである。<sup>(14)</sup>

注

- (1) 宗宮信次・名誉権論二九二頁以下と五十嵐清「人格権の侵害」注釈民法四一八六頁が、死者の名誉毀損について言及しているが、両者とも、立法論としてはともかく、解釈論としては否定されるべきとする。死者の名誉毀損に関する判例としては、死者は人格権を有しないので名誉毀損とはならないという先例（東京地判明三六・一一・二〇、法律新聞一七五、一七）があるにすぎない。
- (2) 東京地判昭五二・七・一九、判例時報（以下、判時と略す）八五七号六五頁以下。
- (3) 東京高判昭五四・三・一四、高等裁判所民事判例集（以下高民と略す）三二卷三三頁以下、判時九一八号二頁以下。
- (4) 高民三三卷三七、三八頁。
- (5) 高民三三卷三八頁。
- (6) 五十嵐清「死者の人格権——「事故のてんまつ」「落日燃ゆ」両事件を機縁として」ジュリスト（以下ジュリと略す）六五三号五五頁以下、同「死者の名誉」ジュリ六六六号（昭和五二年重要判例解説）、七六頁以下、齊藤博「故人に対する名誉毀損——「落日燃ゆ」謝罪広告等請求事件第一審判決」判例評論二二八号三三頁以下。
- (7) 齊藤博、人格権法の研究、二二〇頁以下も故人の一般的人格権を取扱っている。
- (8) 以下の記述は、伊藤正己「プライバシーの権利」一五六頁以下および Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Der zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika, 1960, S. 100ff., S.207ff., S.328f. によった。
- (9) Baremore v. Savannah Hospital, 155 S. E. 194 (130).



- (10) W. F. Bürgi, Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach Schweizer Privatrecht, Z. Sch. R. 66 (1947), S. 8; Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, aaO., S. 23, S. 328f.; H. Hoch, Fortwirken zivilrechtlichen Persönlichkeitssschutzes nach dem Tode, Diss. Köln, 1975, S. 281ff.
- (11) G. Krüger-Nieland, Persönlichkeitschutz Verstorbener als Schranke der Freiheit der Kunst, GR-UR 1968, S. 524; A. Buschmann, Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, S. 2082.
- (12) A. Heldrich, Der Persönlichkeitschutz Verstorbener, Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung (Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag), 1970, S. 170.
- (13) Heldrich, aaO., S. 175.
- (14) Heldrich, aaO., S. 177.

## 二 死後の一般的人格権の法構成

## (一) 判例

1 コジマ・ヴァグナー（Cosima Wagner）事件（BGHZ 15, 249ff., Urt.v. 26. 11. 1954）

連邦通常裁判所（BGH）は、リヒャルト・ヴァグナー（Richard Wagner）の未亡人コジマ・ヴァグナー（Cosima Wagner）の相続人とコジマから彼女の日記、書簡類の処分を任された娘の遺言執行人の間で、故コジマの日記、書簡の公表をめぐる争われた、いわゆるコジマ・ヴァグナー事件で、一般的人格権は権利の担い手の死によっては消滅しない旨をはじめて判示した。すなわち、「人格権は、本来の権利の担い手の死を超えて存続する。それは著作者人格権については、判例および学説において一致して認められている。このことは同じく一般的人格権にも妥当する。なぜなら、人格の保護すべき価値は、その主体の死によって消滅してしまう権利能力よりも長く存続するからである」と判示されている。<sup>(1)</sup>

この見解は、判例、学説の圧倒的支持を受けた。<sup>(2)</sup>しかし、本判決で実際に判示されているのは、著作者人格権が著作者の死後も存続し、権利承継人に移る、ということにすぎない。というのは、コジマ・ヴァグナーの日記の公表権限は誰に帰属するかという決定されるべき問題について、著作者人格権に依拠することができたからである。一般論として、一般的人格権の存続についても触れているにすぎない。この問題が正面から取扱われたのは、次の判例である。

2 メフィスト（Mephisto）事件（BGHZ 50, 133ff., Urt.v. 20.3. 1968）

事実：トーマス・マン（Thomas Mann）の息子、クラウス・マン（Klaus Mann）は、かつての友人でかつ妹婿であったメフィスト役者グスタフ・グリュントゲンス（Gustaf Gründgens）をモデルにして、亡

命先で書いた時代批判的な小説「メフィスト」を一九三六年オランダで公刊した。この小説は俳優ヘントリーク・ヘーフゲン (Hendrik Höjgen) という名の主人公の生涯を描いており、その中で彼は、性的倒錯者、小市民出身の名誉欲の強い有能なオポテュニスト、ナチス権力の協力者として描かれていた。ヘーフゲンという主人公は、容姿、生活歴、職歴、出演作品、とくにメフィスト役者であることおよびプロシヤ国立劇場の総監督への昇進等の点で、実在のグリユントゲンスの外見と生涯に一致していた。そのために、演劇通の読者は、主人公とグリユントゲンスを同一視し、また主人公の虚構の卑劣な行為および意見をグリユントゲンスのものと誤信するおそれがあった。このようにして、この小説は、否定的な方向に歪曲されたグリユントゲンスの人格像および生活像を読者に伝え、それによって、後世の人々のもとのグリユントゲンスの名声をひどく低下させるものであった。作者のマンも被害者のグリユントゲンスも、共に故人になってしまっていたので、この小説の西ドイツでの販売を禁ずる不作為請求訴訟は、グリユントゲンスの養子 (単独相続人) により、出版社 (一九六三年にこの小説の出版を企図した。) を相手どって提起された。原審は、原告の請求を認容したので、被告から上告。BGHは、上告を棄却した。

判旨：一般的人格権は、死を超えて作用している。このことは、種々の法律中の諸規定、たとえば、著作権法 (UrhG) 八三条 (実演家の著作人格権の保護)、美術著作権法 (KUG) 一二条 (肖像権保護)、刑法典 (StGB) 一八九条 (死者の追憶保護) および刑事訴訟法典 (StPO) 三六一条 (死者の利益のための刑事手続の再審) から生ずる。「一般的人格権の承認後は、詳細に述べられ規制された死者の人格的法益の個別的事例は、一般的法上の義務の表現として理解されるべきである。その一般的法上の義務によれば、ここで争われている種類の人格的法益は、——もちろん、人の死により条件づけられた制限的な範囲において——その法益の担い

手の死後もまた、同胞により尊重されるべきである。というのは、そうでなければ、基本法の価値決定は、十分には有効にならないだろう。当法廷は、生存中の人間の尊厳および人格の自由な発展は、人間が少なくとも死後、ひどい名誉毀損的な歪曲に対し生活像の保護を当てにし、またこの期待の下に生活できる時にのみ、基本法の意味において十分に保障されているということを確信している。」

死後の一般的人格権を代表する権限がある者は、まず死者によって委任された者（本件の原告はこれにあたる）、つぎに近親者である。また、死後の人格権の存続期間は、確定的な期間としては決まっていない。しかし、そのことは、いつまでも存続するというのではなく、代行権限者の生存中ということです。自ずから定まることになる。コメント…本判決は、死者の一般的人格権の存続を正面きって認め、保護範囲、代行権限者、保護期間等の個別的問題も明らかにした画期的なものである。死後も一般的人格権が存続するといっても、死者は自からは権利行使できないので、第三者の代行によって権利は行使される。そのような代行権限者として、死者により、生前に指定された者と近親者をあげている。死者の権利の保護期間は、確定的な期間を設けず、代行権限者の生存中としている。また、保護される人格権の範囲は、「人の死により条件づけられた制限的な範囲」と判示して、生存者よりも狭くなることを認めている。

「法秩序は、侵害されうる法益の保護のために、生存している権利主体の現存とは関係なく、同胞への行為の命令や禁止を定めうるし、またとりわけこの本来の担い手が死によって権利能力を失った時には、話題になっている種類の不作為請求権に対応する権利の主体でない者によって代行させる」<sup>(3)</sup>として、主体なき権利の構成をとっているように思われる。<sup>(4)</sup>このような権利の存続は、U r h G 八三条やK U G 二二条等の実定法規定によって根拠づけられようとする。

3 その他の判例

BGHは、一九七四年四月六日の判決で、<sup>(5)</sup>死者の生活像のひどい歪曲に対する救済として、損害賠償請求権を否定した。損害賠償によって、死者にもはや満足(Genüfung)を手に入れてやることはできないということをも理由とする。

また、連邦憲法裁判所(BVerfG)は、一九七一年の決定で、<sup>(6)</sup>前述、メフィスト判決におけるBGHの見解とは対照的に、基本法(GG)二条一項(人格の自由な発展の権利)は、「少なくとも潜在的あるいは将来行為しうる人の存在が不可欠であることを前提としている」として、この基本権の担い手を生存者に限り、また、死者の私法的な保護に対する本条からの放射効(Ausstrahlungswirkung)を否定している。しかし、同憲法裁判所は、GG一条一項(人間の尊厳の不可侵性)が死者にも及ぶ旨を肯定している。この点は、前述したメフィスト判決におけるBGHの見解と同趣旨である。

□ 学説

<sup>(8)</sup>通説は、一般的人格権が権利主体の死を超えて存続することを承認している。人は死によって権利能力を失うと一般に解されている。そうすると存続する死者の人格権は、帰属主体なしで存続していることになる。このような権利の存在形態を、現行私法体系へ組み入れるためにはどのように法構成すべきかということが第一に、問題となる。その前に、そもそもこの死後に存続する人格権は基本権によって根拠づけられているかどうかがあわせて問題となる。なぜなら、生存者の一般的人格権も、GG一条一項や二条一項によって基礎づけられているからである。以上の問題は、「法的根拠」の項目で取扱われる。

第二に、死者の一般的人格権はどの範囲で存続するかということが問題となる。生存者のそれと同じ範囲か、

あるいは死によって縮小された範囲でかという問題である。この点に関しては、「保護範囲」の項目で取扱われる。第三に、人格権がその担い手の死後も存続するとしても、それは何時までか。その期間は何によって画されるのか。その法的性質は、時効かあるいは除斥期間か。以上の諸点は、「保護期間」の項目で取扱われる。

第四に、人格権は存続し第三者によって侵害されうる。しかし、その担い手は死亡していて、権利を行使できないので、死者の権利を代行する者を決めなければならない。どの範囲の者を代行請求権者にするか。その請求権者が多数いる場合にその間で優先順位を決めるかどうか。各請求権者はどのように権利を行使するか。違法性を阻却する同意は誰によってなされなければならないか。請求権者はどのような形式で権利を行使するか、自己の名でかあるいは死者の名でか。これらの問題は、「請求権者」の項目で取扱われる。

第五に、死者の人格権侵害に対しては、どのような救済手段が認められるか。死者には財産的損害は生じえず、また、死者は精神的苦痛も感じえないからである。この問題は、「救済の内容」の項目で取扱われる。

具体的な法構成の問題に移る前に、なぜ、法的に死者の人格権を保護しなければならないか、という問題について、通説の考え方をみてみよう。まず、フープマン(Hubmann)は、以下のように、西洋的な文化意識をもって説明する。すなわち、人の霊は死によって永遠の、無窮の、霊的な国へ帰って行くが、また人は、この世にも価値や作品を残しており、霊はその中に残っている。たしかに、死者は、人間の共同生活上の重要な関係では存在しえず、また、独立かつ積極的な力を持たず、権利能力も有しない。しかし、価値と作品が存続する限りそれらに対する権利、つまり人格権は存続する。<sup>9)</sup>

また、ヘルトリッヒ(Heldrich)は、死後の人格的法益の保護は、生存中の人格の発展を十分に保護するためだという前述メフィスト判決理論に基づいて、「死後の人格保護は、生存中に承認された一般的人格権の必要な

後遺作用 (Nachwirkung) である」と述べている。<sup>(10)</sup>

### 1 法的根拠

死者の存続する人格権を直接に保護するという考え方は、通説的見解である。しかし、細部については、学説の間に対立がある。特に、その法的根拠については、諸説が対立し、統一を見ない状態である。ただ、人格権は、相続により相続人には承継されないということ、したがって相続を以って死後の人格権の存続の根拠となしえないことについては異論はない。<sup>(11)</sup>つまり、死後の人格権の保護の際には、財産的価値ではなく、一身専属的な権利が問題となっているので、相続されないと解されている。

根拠としては、憲法的な側面、すなわち死後の人格権の存続は、憲法規定によって根拠づけられるかどうかという問題と私法体系中での理論構成の問題が論じられている。

#### (A) 死後の人格権と基本権

生存者の一般的人格権も、GG 一条一項 (人間の尊厳の不可侵性)、同二条一項 (人格の自由な発展の権利) の両規定を根拠に連邦通常裁判所の判例により私権として形成された。したがって、死後の一般的人格権の存続の問題も、この一般的人格権の基礎としての両条から肯定されるかどうか、換言すれば、人間の尊厳の不可侵性の原則および人格の自由な発展に関する基本権は、人間の死を超えてもまた適用されるかどうかがまず説明されなければならない。

ブッシュマン (Buschmann)<sup>(12)</sup> は、憲法学の通説に属するディリッヒ (Dirig)<sup>(13)</sup> の所説を引用して、人間の尊厳の不可侵性に関する基本権の存続は肯定されるべきである、と次のように述べている。すなわち、何時から何時まで、人間は法律的意味において固有権の担い手として GG 一条一項の価値保護に関与するかが問われるな

らば、そのことは要するに「私法上の請求権思想からの間違った質問」である。尊厳という一般的な人間の固有価値は、具体的な現存とは関係なく存するので、具体的な人間がまだ生まれず、あるいはすでに死亡している時にもまた人間の尊厳への侵害は考慮される。「人間から生まれた者および人間であった者は、人間の尊厳に関与する」<sup>(14)</sup>。このようにして、ブシュマンは<sup>(15)</sup>、人間の尊厳は、価値体験の自由に結びつけられており、したがって死者には承認されえないというマンゴルト・クライン（v. Mangoldt-Klein）<sup>(16)</sup>の見解に反対している。

これに反し、人間の自由な発展に関する基本権（Art. 2, Abs. 1 GG）は、憲法学者間でも、本来の意味において行為しうる人のみが担い手であるという見解が支配的のようである<sup>(17)</sup>。したがって、死者はGG二条一項の基本権の担い手たりえない<sup>(18)</sup>。ブシュマンも、二条一項の基本権は、各人に自由な決定および自由な行為の権利を保障するものであるとして、同じ結論に達している<sup>(19)</sup>。

#### (B) 理論構成

##### (i) 主体なき権利 (Subjektloses Recht) 理論

判例も前述したように、人格権はその担い手の死後は、権利主体のない権利として引き続き存在するということを認めている<sup>(20)</sup>。学説も、人は、死によって権利能力を失うという立場を採るものは、一般的には、権利主体なき人格権を承認することになる。もっとも、後述する、ブシュマンやヘルトリッヒは、死による権利能力の消滅を前提としながらも、主体なき権利理論は採っていない。

フープマンは、人格権の担い手の死後も依然として存続を認められ、近親者等の第三者によって保護される構成をとる実定規定の例として、著作者人格権や肖像権の規定をあげている。著作権法は、著作者の死後も著作権につき一定期間の存続を認めているが、著作者人格権についても同一期間（七〇年）保護していると解される



(§64 UrhG)。また同じく著作権法は、実演家の著作人格権は実演後二五年間は保護され、その間に実演家が死亡しても消長はない旨規定している (§83 UrhG)。さらに、美術著作権法によれば、被肖像者の死後一〇年間は肖像の流布、展示については遺族の同意を要するとされている (§22 KUG)。これらの規定を根拠に死後の存続について規定のない人格権についても、死者の保護に値する利益が存する限りは、存続すると解されなければならぬとする。<sup>(21)</sup>

クリーガー・ニラント (Krüger-Nieland) も、個別的な人格権について死後の保護規定 (§22 KUG, §83 UrhG) が置かれているので、立法者は、本来の法主体の死後も保護を及ぼすことにはささかも疑念を有していなかった、と述べている。同じことは、法律上明文の規定が欠けているため、一般的人格権によって根拠づけられる他の人格的利益についてもあてはまるべきである、と述べている。<sup>(22)</sup>

従来、主体なき権利の概念は、第一に、権利帰属が中断する場合、つまり旧権利者の消滅と新権利主体へ権利が帰属する時点の間に時間的間隙がある場合を説明するために使用されて来た。<sup>(23)</sup>したがって、この概念の機能は、従来は、一時的に、担い手なしである法的地位を、将来の権利主体の利益のために確保しておくためであった。しかし、ここで問題となっている、死者の人格権の場合には、性質上、永久に新しい担い手は現われてこない。<sup>(24)</sup>このように、死者の人格権は、従来、唱えられて来た主体なき権利の概念には含まれず、また、死者の人格権を主張する者も、従来の主体なき権利理論を必ずしも援用している訳ではない。フープマン、クリーガー・ニラントおよび判例は、厳密に言えば、死後も人格権は存続しようということを他の実定法規定をもって根拠づけただけであって、死後の人格権が現行私法体系の中でどのように理論構成されるかということについては、何も述べていないとも解されうる。理論的には、死後の人格権が現行私法上存続しようかという問題とそれが私法体系

中でのどのように理論構成されるかという問題は別である。理論構成について何も述べていないのは、結局、主体なき権利自体を承認していること以外ならないと解しここで説明した。

(ii) 制限的権利能力論

死後の人格権の存続を根拠づけるために、権利能力が死によって消滅する、ということ自体を修正しようとする立場である。

(a) 残留物 (Residuum)、残余 (Ricksand) 説

コーラー (Kohler) は、死者に人格権の残留物 (Residuum) が帰属することを認めている<sup>(25)</sup>。この残留物は、死者に、権利侵害に対して第三者 (近親者) による保護を認めてやる。死後保護されるべき法益としては、人間の尊厳と名誉が考えられている。

死体は、単なる物ではなく、人格の残余 (Ricksand)、残照 (Nachglanz) として認められ、また保護されなければならない、何か独特なもの、独立なものおよび人格的なものを有する、ということ<sup>(26)</sup>を認める見解である。

ガーライス (Gareis) は、死体に法的に特別な地位を認めることによって、死者が権利の担い手たりうることを認める。この法的に特別な地位およびそれと結びつけられた延長された人格権は、身体の形状が腐朽等によって完全になくなるまで存続する、とガーライスは述べている。したがって、埋葬の際には比較的長く存続するが、火葬の際にはきわめて短時間しか存続しないことになる。

ラウスニッツ (Rausnitz) も、死体に特別な地位を認め、その死体のもとに生前有していた権利の一部が残っている、と述べている。

(b) 制限的権利能力説

法が権利能力の始期について誕生をもって統一的には定めなかったということを参照して、死をあらゆる関係で権利能力の終期として把握すべきではなく、法主体の段階的な消滅を承認すべきであるという見解が出てくる。胎児(nasciturus)の保護が、後日完全な権利能力を有する者が現われてくるということに拠っているように、逆に死者の保護は、その死者がかつて生存中完全な権利主体として存在していたという点を根拠にしている。この考え方によって、権利能力の始期および終期は相対化されることになる。<sup>(27)</sup>

しかし、権利能力という統一的概念を色々な段階に解体する最近の試みおよび段階をつけられた権利能力の概念を私法理論の体系内に組みこもうとする最近の試みは、まだ一般的な同意を得ていないといわれている。<sup>(28)</sup>

それにもかかわらず、最近、ヒルシュ(Hirsch)は、刑法の論文中で、存続する権利の範囲に限定された死者の権利能力を名替毀損および侮辱に関して肯定した。<sup>(29)</sup> この理論の出発点は、GG一条一項でいう「人間」という概念の抽象化である。このことは、人間に、いつまでも侵害に対し保護されうる、具体的な権利主体に関係のない人間の尊厳の承認を可能にする。ヒルシュは、実際の権利の担い手の存在を超えて延びている人間の尊厳に、ある権利の存続のために必要な権利主体性(Rechtssubjektivität)を承認した。死者には、権利にとって不可欠の法的力が欠けているということとは、このさい些細なことである、とヒルシュは述べている。なぜなら、第三者が法的力を死者のために行使しうるからである。

(iii) 一般的権利主体性(allgemeine Rechtssubjektivität)理論

ブシュマンは、BGB一条で言及されている権利能力の概念とならんで、その他にこの概念の前提をなす一般的権利主体性が存在すると考えている。<sup>(30)</sup> 彼は、この理論によって担い手の死後も持続すると思われる人格権は、私法上の理論体系中に最も良く組み入れられると考えている。この一般的権利主体の概念は、権利能力の

概念をもっては理解されえないあらゆる事件をおおい、またその根拠は——権利能力の概念と同様に——結局、人間の尊厳の中で探し求められるべきであるとする。ボルフ (Hans J. Wolff) の所説<sup>(31)</sup>を借用して、ブシュマンは、権利主体性を少なくとも法規の帰属主体であるべき人間あるいは人間の団体の特性と定義している。<sup>(32)</sup>すなわち、一般的権利主体性は、ある主体に権利あるいは義務を帰属させる法規が存在する時には常に承認されるとする。このことは、KUG二二条およびUrhG八三条の死者に關してもあてはまる。つまり、KUG二二条は、被害者の死後もまた、遺族にその肖像の公表および流布をその同意にかからせるべき権利を帰属させているし、また、UrhG八三条は、実演家の死後、歪曲した実演を禁ずる権利を近親者に帰属させている。両規定のもとでは、主体の権利能力は、その死をもって消滅しているけれども、その権利は主体に帰属し、第三者（近親者）にその権利主張をまかせている。この場合の死者は、もはや権利能力は有しないが、権利能力を超えて延びている一般的な権利主体性を有する。

ブシュマンは、KUG二二条、UrhG八三条等の類推 (Gesetzanalogie) により死後も持続する個別的な権利を引き出している。<sup>(33)</sup>したがって、この場合の死者も権利主体性を有し、人格権が帰属しうることになる。

(iv) ヘルトリッヒの見解

ヘルトリッヒによれば、死者の人格像の尊重は、「個々の権利主体の相応する個々の権利なしに法秩序（たとえば、§ 168, 189 StGB）により定められている一般的義務から出てくる」とみなされている。<sup>(34)</sup>この一般的義務の違反は、GG一条および二条により命ぜられた人格保護の具体化を通じて最終審の裁判によって発展させられた民法 (BGB) 八二三条二項の意味における保護法規の違反を意味する。ヘルトリッヒは、エッサー (Esser)<sup>(35)</sup>に従い、最終審裁判官の裁判により作り出された裁判官法は、性質上法曹法を含む、成文法の一部としての実体

的実定法であるので、保護法規たりうることを認めている。B G B 八二三条二項による私法上の法益保護は、同条一項に比べて、まさに、権利侵害が規範違反の要件として挙げられていない点で拡大されている。<sup>(36)</sup>つまり、保護法規違反は、保護された人の、規範によって保護されている保護法益が侵害されたときに、損害賠償および不作為義務を根拠づけるという事情をヘルトリッヒは基礎にしている。<sup>(37)</sup>

## 2 保護範囲

人格価値は、それが生存者に帰属する範囲において、死者にもまた承認されうるのではないということに関しては、学説は一致している。というのは、死はその限りでは往時の法的地位を廃し、あるいは制限する効力を有するからである。死後の人格の保護は、性質上、死後もまた保護に値するような人格的法益に限られる。<sup>(38)</sup>

それゆえに、まず生存している権利主体の存在に結びつけられている人格価値は、保護の対象たりえない。すなわち、生命、健康に関する権利はこれに属する。さらに、積極的に行為している人の存在を前提にしている人格権も死後は保護されない。たとえば、行為自由の権利、自己発展等の権利がこれに入る。

第一に、著作者人格権や肖像権については、判例、学説は、U r h G 六四条、八三条、K U G 二二条を根拠に、その保護が死後に及ぶことを一般に承認している。明文の根拠規定はないが、発明者人格権は、発明者の死後も存続すると解されている。<sup>(39)</sup>第二に、同一性利益、特に人格像の変造を阻止する権利もまた保護される。<sup>(40)</sup>第三に、氏名権もまた死後保護される必要がある。ポーランドのスパイ組織とうわさされている団体が、死亡したドイツ・ポーランド協調の先駆者の氏をつけていた事件で、未亡人の氏の侵害を理由とする固有の権利に基づいてではあるが、不作為請求が認容された。<sup>(41)</sup>しかし、通説の立場からすれば、このような事案では、死者の氏名権に基づく請求権が認められるべきであった。第四に、死者の名誉も保護される。<sup>(42)</sup>死者が生前に取得し、またその減ぜら

れない存続に關し利益を有する名声も保護されうる。それゆえ、S i G B 一八九条は死者の追憶の毀損を処罰している。第五に、生活像は、一連の判例、學說で死後なお保護に値するものと見なされている。<sup>(43)</sup>第六に、語られ、あるいは書かれた言葉に關する権利も死後保護されるべきである。<sup>(44)</sup>第七に、死者の私的生活あるいは秘密領域も、暴露に対して保護されるべきである。<sup>(45)</sup>

通説は、死者にも、以上を含めて包括的な一般的人格権が存続している旨主張している。これに対し、プシュマンは、これらの人格的利益は、たしかに一般的人格権の一部ではあるが、中核的、本質的な部分ではない、とする。一般的人格権の中核的、本質的部分（人格の自由な發展の権利、たとえば、行動の自由に關する権利、身体的活動の自由に關する権利、營業上の活動に關する権利等々）と考えられる部分は死とともに消滅する。したがって、死者に保護されているのは、前述のような個別的人格権にすぎないとプシュマンは述べている。<sup>(46)</sup>

死者の人格権の限界は、我々の文化上の見解によって画されるべきである。<sup>(47)</sup>このようにして良俗に反するような遺体に關する遺言は尊重されるべきではない。また、有名人(Personen der Zeitgeschichte)は、死後も、生中と同様の制限に服すべきである。歴史研究に關する科学的利益は、特別な考慮を必要とする。この点については、死者の人格的利益は、死んでから時間が経つにつれて重要性を失うという観点に立って判断されるべきである。したがって、具体的事件においては、歴史研究の科学的利益と死者の利益が衡量されるべきである。利益衡量は、死者の利益が遺族の正当な利益と衝突するときにもまたなされるべきである。たとえば、死者の娘が、遺体を解剖室に遺贈した父の遺言を、父に対する尊崇感情から実行しようとしないうとき、どのように決定されるべきかも、結局は、両者の利害の衡量によって決せられるべきである。<sup>(48)</sup>

### 3 保護期間

死者への追憶は時とともに色あせ、また死者の利益は、時の経過につれて重要性を失って行く。死者が遺族や世人から全く忘れ去られて、今や歴史上の人物になってしまっているときには、科学的、芸術的あるいは娯楽的作品による死者の生活像の歪曲は、保護されない。時の経過による死者の利益の減少に応じて、公衆の情報利益や歴史研究の科学的利益は増大する。したがって、死者の存続する人格権が時間的に限定されることは、妥当である。実際に、死後の人格権の保護が無限に続くべきだと主張する者は、学説上、見当らない。しかし、具体的にどの期間が適切であるかという点については、参考とされるべき現行規定もまちまちで、学説も一致をみない。

まず、確定的な保護期間の設定を思いとどまる学説がある。<sup>(49)</sup>ニッバーダイ(Nipperdey)は、<sup>(50)</sup>確定的な期間を設定せず、人格的利益の保護の重要性にまかせている。しかし、事情によっては、この利益は、かなり長い期間の経過後は、もはや存続しなくなる、とする。ラーレンツ(Larenz)は、<sup>(51)</sup>死後の人格権は、一世代の間、存続する、という見解である。なぜなら、通常、この期間は、死者の生活や活動に関して利害関係のある人が存在するからである。ヘルトリッヒも「保護の自明の期間は、すでに死者の人格的法益が生存している請求権者によってのみ保護されるということから結果として生じてくる」と述べ、<sup>(52)</sup>請求権者の生存中に限っている。

他の学説は、死者の人格権保護に一定の固定的な期間を付す。そして、この期間は、除斥期間と解されている。<sup>(53)</sup>まず、フープマンは、著作者人格権や肖像権に関する諸規定(UrhG六四条は七〇年、同八三条は二五年、KUG二二条は一〇年)を参照して、「七〇年の期間は長すぎ、かといって一〇年では短かすぎる」として、二五年間存続するという結論を引き出している。<sup>(54)</sup>コーラーは、<sup>(55)</sup>たった五年の保護期間を提唱している。コーラーは、この期間をローマ法から導き出している。ローマ法では、人の死後五年間に限り、その者の権利状態を争いあるいはその者の遺言による処分に異議を申し立てることができた。

## 4 請求権者

死者が、自分に関係づけられた権利をもちや自分自身では行使しえないことは自明の理である。死者は、権利擁護のために自分に対する関係に基づいて行為する権限を有する者を必要とする。死者の利益は、この権利代行者により擁護される。この代行資格の法的性質については争いがある。ラーレンツやヘルトリッヒ等<sup>(57)</sup>、多くの者は、「受託者 (Trenthänder)」として、死者の利益を自分の権利に基づき代行する権限があると解している。これに反し、キースリンク (Kiesling)<sup>(59)</sup> は、この権利者を代理人とみている。

誰が請求権者になるかということについても争いがある。死後に残された財産的価値の継承者としての相続人の決定と死者の人格的法益に対する権利代行者の決定とは、別の観点からなされるべきである。したがって、請求権者として相続人をあてるということは、妥当でないと解されている<sup>(60)</sup>。

死者の人格権を行使しうる者の第一は、近親者である。ニッパードアイは、近親者として配偶者、子供、これがいなければ両親、両親もいなければ、兄弟姉妹および孫をあげている。彼の場合には、KUG二二条で肖像権が肖像権者の死後、近親者により行使される旨が、規定されていることから、死後の人格権の行使は近親者によりなされるべきことを導き出し、さらに近親者の範囲の確定のためには、StGB一八九条、一九四四、七七条二項等を参照している。フープマンは、同じく死者の人格権の擁護について近親者による点は、KUG二二条に依拠するが、近親者の範囲の確定のためには、URHG八三条三項、六〇条三項とKUG二二条を類推適用して、配偶者、子供、それがいないときには両親が請求権者だとする。ヘルトリッヒは、StGB一八九条を類推して、配偶者、子、両親および兄弟姉妹という最も近い遺族を請求権者だとする。なるほど、近親者が死者の人格権を行使することは自然の姿であり、現行法の諸規定とも一致する。しかし、近親者と死者の利害は、常に一致する



とは限らず、また相反する場合もある。死者に対する攻撃的な記事が、死者の信用を著しく失わせているが、近親者は傍観しているかあるいは場合によっては満足気に静観していることもある。さらには、死者の人格権が近親者により歪曲される場合すらある。<sup>(64)</sup> 結局、死者の人格権の保護が実現されるかどうかは、近親者の意思によることになり、<sup>(65)</sup> 両者の利害が一致しないか、近親者による加害の場合には保護されないことになる。さらに、近親者そのものが全く存しない場合にもまた、死者の人格権は保護されまいまになる。

したがって、請求権者の第二は、死者が生前に明示的に指定したものである。<sup>(66)</sup> 指定の意思は、全く財産的な利益にかかわりないので、遺言の形式をふむ必要はない。しかし、死者の相当に真摯な意思が明らかでなければならぬ。このようにして、死者は自分の死後のために、自分の人格的利益の擁護を友人、知人、死者により設立された財団あるいは社団に信用して任せることができる。<sup>(67)</sup>

ヘルトリッヒは、前記二つ以外に、事実上の親密な生活から生じてくる黙示の授權も認めている。<sup>(68)</sup> たとえば、近親者による死者の中傷に対して、死者の長年の女友達は、請求権限があり、また死者の人格権侵害が研究や職業上の領域にかかわり、かつ近親者が十分な特有の専門知識に欠けている場合には、同僚あるいは、科学的な共同研究者も死者の人格像に対する侵害を防ぐべき可能性を有する。

請求権者が、特に近親者である場合には、請求権者が多数いることがあり、濫訴のおそれもある。そのことを根拠に、近親者間に順位を付す説もある。<sup>(69)</sup> しかし、有効な死後の人格権保護のために、請求権者間に順位を設けるべきでないという考えもある。<sup>(70)</sup> この考え方のほうが、それぞれの請求権者は、それぞれ独立に権利行使できるので死者の人格権保護のために、有効であるからである。順位を定めると、先順位者が故意に権利行使をしないときに、死者の保護はどうなるかという困難な問題も生ずるが、この点については、四、3の項で後述する。濫

訴のおそれについては、近親者が死者の人格権の保護のための訴訟を提起しても固有の財産上の利得を得ることなく、その上、訴訟の費用は自己負担ということになるので、杞憂にすぎないといわれている。<sup>(71)</sup>

請求権者が多数いる場合にも、権利行使は、それぞれ独立になしうる。このことは、請求権者間に順位を付す学説において同順位者が多数いる場合にも同様である。たとえば、このことは、近親者の一人あるいは同順位の近親者の一人が侵害行為をなしている時に重要である。<sup>(72)</sup> それに反し、違法性の阻却が近親者の同意によるべきときには、全員あるいは、順位を定める学説によれば、同順位の者全員が同意しなければならぬ。

##### 5 救済の内容

死後の人格権侵害の救済として、不法行為に基づく損害賠償がまず問題となる。これに対し、通説は、金銭賠償は、それが財産的損害の賠償であれ、慰謝料としてであれ、否定されるべきであるとしている。<sup>(73)</sup> 死者は金銭によつて填補されるべき損害を法的意味において全く有しない。つまり、被害者が欠けており、また死者の人格法益の侵害からは、もはや死者に財産的損害は生じえないからであるとされている。<sup>(74)</sup> また、慰謝料（有名な *Hert-eneiter* 判決 —— BGHZ 26, 349, Urt. v. 14.2. 1958 —— 以来、一定の要件の下に、生存者の一般的人格権の侵害の際には認められている）もまた認められない。死者は、もはや精神的苦痛を感じないからである。たしかに、慰謝料の承認は、死者の人格保護を確実にするために有効な一般予防的効力は有するかもしれない。それにもかかわらず、死者への中傷が、結果的に請求権者に利得（損害填補ではない）を得させることになり妥当ではない。<sup>(75)</sup> さらに、このことは、一般的人格権の侵害の際の慰謝料を、主として被害者に満足を手に入れてやるためのものと解する B G H の見解とも一致する。<sup>(76)</sup> なぜなら、世俗的な裁判の手段によっては、もはや死者に満足を手に入れてやることはできないからである。<sup>(77)</sup>

救済手段としては、不作為請求権、妨害排除請求権および反論権(Gegendarstellungsrecht)が認められることになる。<sup>(78)</sup>これらの請求権をもって、たとえば無権限者の手中にある死者の手紙や日記帳を返還させ、また、生活像を歪曲するような小説の販売を禁止させ<sup>(79)</sup>、さらに、名誉を毀損するような不真実な主張を取消させることができる。<sup>(80)</sup>反論文掲載請求権は、各ラント(Land)の新聞法に基づく救済であって、定期刊行物によって報道された事実について、被害者が、反論文の掲載を編集者ないし発行者に請求できるとするものである。取消とは異なつて報道された事実の不真実性が裁判所により確定されることを要しない。編集者等は、被害者の作成した反論文をそのまま、掲載要求のあつた日以後の最近号で、原文掲載の場所と同じ場所に同一の大きさの活字で掲載すべきであり、また掲載料は、無料となっている。<sup>(81)</sup>

通説の枠内で、次のような問題はどのように処理されるであろうか。請求権者が、有利な金銭上の申し合わせの故に、彼により管理されるべき死後の人格権の侵害に同意することができるといふ問題である。死後の直接の人格権保護は、人間によって作り出された人格価値が、その者の死後保護されることに關する人間の利益に役立つように決められているという前提から出発されるならば、死者が生前にこの種の侵害に対して同意を与える旨の意思を表示している場合にのみ許されると解される。この限りで、代行資格は、請求権者により保護されるべき利益に關する管理権ということになる。この管理権も相続人に帰属させられない。というのは、相続人は財産的地位における権利承継人であるからである。通説の見解によれば、請求権者は、死者の人格的価値は管理するが経済的価値は管理しない。したがつて、請求権者は権利侵害に關して同意しうるが取得金(Erlös)は、相続人に帰属する。<sup>(82)</sup>

註

- (一) BGHZ 15, S. 259.
- (二) LG München Ufita 20, S. 230; Koebel, Das Fortwirken des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 58, S. 936ff.; H.C. Nipperdey, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Ufita 30, S. 20; H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967 S. 340ff.; G. Krüger-Nieland, Persönlichkeitschutz Verstorbener als Schranke der Freiheit der Kunst, GRUR 1968, S. 523ff.
- (三) BGHZ 50, S. 137.
- (四) A. Heldrich, Das Persönlichkeitschutz Verstorbener, Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung (Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag), 1970, S. 167.
- (五) BGH, NJW 1974, S. 1371.
- (六) BVerfG, NJW 1971, S. 1645ff. 本邦民法の「死後人格保護」の意義をめぐって
- (七) BVerfG, NJW 1971, S. 1647.
- (八) K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., § 8 II, S. 108f.; Eneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Teil 1, 15. Aufl., § 101 III, S. 594ff.; H. Lange, Lehrbuch des Erbrechts, § 5 III, 5; Kipp-Coing, Erbrecht, 13. Aufl., § 91, S. 527ff.; Hubmann, aao., S. 341; Krüger-Nieland, GRUR 1968, S. 523ff.; Koebel, NJW 1958, S. 936ff.; A. Buschmann, Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, S. 2081ff.; Heldrich, aao., S. 167ff.
- (九) Hubmann, aao., S. 340ff.

- (10) Heldrich, aAO, S. 167.
- (11) 大久保 隆夫 Hubmann, aAO, S.347.; Heldrich, aAO, S. 167.
- (12) Buschmann, NJW 1970, S. 2082f.
- (13) Dürig in : Maunz - Dürig - Herzog, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 23, 26.
- (14) Dürig, aAO, insbesondere Rdnr. 23.
- (15) Buschmann, NJW 1970, S. 2083.
- (16) v. Mangoldt - Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 1 Anm. III 3C.
- (17) Buschmann, NJW 1970, S. 2083.
- (18) Maunz-Dürig, aAO, Art. 2 Rdnr. 66.
- (19) Buschmann, NJW 1970, S. 2083.
- (20) BGHZ 15, S. 249ff.; BGHZ 50, S. 133ff.
- (21) Hubmann, aAO, S. 242f.
- (22) Krüger - Nieland, GRUR 1968, S. 524.
- (23) Buschmann, NJW 1970, S. 2087. 彼は「その例として」無記名証券の放棄、会員のなくなった団体、白地  
無記名証券の「消滅」 Heldrich, aAO, S. 168.; H. P. Westermann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem  
Tode seines Trägers, FamRZ 1969, S. 565.
- (24) Heldrich, aAO, S. 168.
- (25) Kohler, Das Eigenbild im Recht, S. 26f.

- (26) 以下Gareis 及びRausnitz の「*Lebende*」B. Lehmann, *Postmortaler Persönlichkeitsschutz* — Zur Frage des Fortbestehens des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über den Tod des Rechtsträgers hinaus —, S. 64ff. 以下。
- (27) Westermann, *FamRZ* 1969, S. 563.
- (28) Buschmann, *NJW* 1970, S. 2086.
- (29) H. J. Hirsch, *Ehre und Beleidigung — Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschutzes* —, S. 129, FN 17, S. 131, FN 19.
- (30) Buschmann, *NJW* 1970, S. 2087f.
- (31) H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht*, I, 7. Aufl. 1968, § 32 III a.
- (32) Buschmann, *NJW* 1970, S. 2087.
- (33) ブシマンは、死後に存続する人格権（生活像および性格像に関する権利、美的および創造的な業績に関する権利、書かれた言葉に関する権利、遺体の無傷性等）は、人格権と無体財産権（*Immaterialgüterrecht*）の境界線上にあるものであって、一般的人格権の構成部分ではあるが、本質的構成部分ではないとする。したがって、死後に存続するのは、一般的人格権ではなく、個別的な人格権だとする。Buschmann, *NJW* 1970, S. 2085f.
- (34) Heldrich, *aO.*, S. 168f.
- (35) J. Esser, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht: Festschrift Hippel* (1967) S. 95ff (118).
- (36) K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrecht II*, 10 Aufl., § 72, II, S. 545ff.
- (37) P. Schwerdner, *Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung*, S. 109, 以下。

Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 72, II, S. 456 必檢照中。

- (82) Nipperdey, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Ufita 30, S. 20f.
- (83) Hubmann, aaO., S. 343.
- (40) Ebd.
- (41) BGH 8, S. 318
- (42) Hubmann, aaO., S. 344 ; BGHZ 26, S.68 (Scherlock Holmes) ; BGHZ 50, S. 133 (Mephisto).
- (43) Hubmann, aaO., S. 344 ; BGHZ 26, S. 61ff.
- (44) Koebel, NJW 1958, S. 937 ; Hubmann, aaO., S. 345.
- (45) Koebel, NJW 1958, S. 937 ; Larenz, 42 DJT, S. 30 ; Hubmann, aaO., S. 345.
- (46) Buschmann, NJW 1970, S. 2085f.
- (47) Hubmann, aaO., S. 345.
- (48) Hubmann, aaO., S. 345f.
- (49) Ennecerus - Nipperdey, aaO., §101 III, S. 595 ; Nipperdey, Ufita 30, S. 22 ; Nipperdey, 42 DJT, S. 19 ; Larenz, 42 DJT, S. 30 ; Heldrich, aaO., S. 174.
- (50) Nipperdey 必檢照中必檢照。
- (51) Larenz, 42 DJT, S. 30.
- (52) Heldrich, aaO., S. 174.
- (53) 必檢照必檢照必檢照 Ufita 29, S. 62
- (54) Hubmann, aaO., S. 346.

- (15) Kohler, aAO., S. 162.
- (16) Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl., § 8 II, S. 108f.
- (17) Heldrich, aAO., S. 170f.
- (18) v. Gamm, Zur praktischen Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1955, S. 1826ff.; Koebel, NJW 1958, S. 937; Lange, aAO., S. 582.
- (19) Kiesling, Verfügungen über den Leichnam oder Totensorge?, NJW 1969, S. 536.
- (20) Nipperdey, Ufita 30, S. 21; Heldrich, aAO., S. 171.
- (21) Nipperdey, Ufita 30, S. 21.
- (22) Hubmann, aAO., S. 347.
- (23) Heldrich, aAO., S. 171.
- (24) Heldrich, aAO., S. 170.
- (25) Heldrich, aAO., S. 171.
- (26) Nipperdey, Ufita 30, S. 21; Hubmann, aAO., S. 347f.; Heldrich, aAO., S. 171.
- (27) Hubmann aAO., S. 347.
- (28) Heldrich, aAO., S. 171f.
- (29) Nipperdey, Ufita 30, S. 21.
- (30) Heldrich, aAO., S. 172.
- (31) Ebd.
- (32) Nipperdey, Ufita 30, S. 21.



- (62) Enneccerus - Nipperdey, aAO, S. 596 ; Nipperdey, Ufita 30, S. 22 ; Hubmann, aAO, S. 348 ; Koebel, NJW 1958, S. 938 ; Heldrich, aAO, S. 174.
- (7) Nipperdey, Ufita 30, S. 22 ; Heldrich, aAO, S. 174.
- (6) Heldrich, aAO, S. 174.
- (7) BGHZ 35, S. 363ff. (369)
- (7) Heldrich, aAO, S. 174.
- (9) Hubmann, aAO, S. 348, 444 ; Nipperdey, Ufita 30, S. 22 ; Heldrich, aAO, S. 174 参見区論權と個人  
保護と個人。
- (9) BGHZ 50, S. 133ff.
- (8) BGH, NJW 1974, S. 1371.
- (10) 区論權と個人 M. Löffler, Presserecht, Bd II, § 11 LPG, S. 204ff. ; Löffler-Ricker, Handbuch des  
Presserechts, S. 1088ff. ; Hubmann, aAO, S. 370ff. 参見
- (8) Koebel, NJW 1958, S. 938 ; E. May, Zum Schutze der Persönlichkeit nach dem Tode, NJW 1958,  
S. 2102 ; Westermann, FamRZ 1969, S. 571 ; Lehmann, aAO, S. 40f.
- (8) Lehmann, aAO, S. 41.

### 三 人格および名譽の私法上の保護の新秩序のための法律案

#### 1 死者の人格権に関する規定の内容

一九五九年六月に連邦参議院に提出された「人格および名譽の私法上の保護の新秩序のための法律案 (Der

Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes」(以下、人格権保護法案と略す<sup>(1)</sup>)は、同年七月一〇日には同院を通過し、同八月一八日に連邦議会に送付されたが、報道関係者からの批判もあってついに成立するにはいたらなかった<sup>(2)</sup>。以下で同法案中の死者の人格権保護に関する規定とその内容について概観を試みる。この規定は、内容的には概して通説、判例を踏襲するもので、新味はないが、死者の存続する人格権に関する、比較法的にもおそらく、唯一の規定として考察に値する。

人格権保護法案の一条一項によれば、BGB 一二条として左の規定が置かれることになった。

第二二条 (1) 他人の人格を違法に侵害した者は、侵害を除去する義務を負う。このことは、とくに一二条ないし一九条の場合に適用される。将来の侵害の恐れがあるときは、被害者は不作為の訴をも提起しうる。ただし、人間の共同生活において通念上受忍すべき侵害はこの限りではない。

(2) 被害者が死亡しているときまたは侵害が死者に向けられているときは、近親者 (Angehörigen) が、死者がその他の者を指定したときにはその者が、一項による請求権を行使する権限を有する。被害者の死後三〇年経過したときは、この請求権を行使することはできない。ただし、この時期より前に、請求権が契約により承認されるかまたは訴訟係属となったときはこの限りではない。

(3) 二項に規定する近親者とは、生存配偶者および子供、そのいずれも存在しないときは両親、両親も存在しないときは兄弟姉妹および孫をいう。同順位の近親者が多数あるときは、各人が一項にもとづく請求権を行使しうる。全員が同意したときのみ、違法性は阻却される。

本稿のテーマである死者の人格権に関する規定は、第二項、第三項に置かれている。一九五八年に公表された司法省参事官草案では、人格権の保護期間は五十年であったのが本法案では三〇年に短縮されている<sup>(3)</sup>。第三項は、

近親者の範囲等に関する規定であるが、司法省参事官草案と本法案の間には、請求権者の順位について若干の変更がみられ、前者で「兄弟姉妹も存しないときに孫」となっていたところを、後者では「兄弟姉妹および孫」に変えられている。<sup>(4)</sup>

この法案が死後の人格権の存続の根拠として、どのような理論に立脚するかは「理由書」にも述べられておらず、明らかでない。保護される人格権の範囲についても明文上は、何らの制限も置かれていないが、生存している権利主体の存在に結びつけられている人格価値および積極的に行為している人の存在を前提としているような人格的法益は、その性質上、保護の対象たりえない。死後の人格権の保護は、人格権侵害が、被害者の死後に始められた場合にも、また被害者の生存中に始められた侵害が死後もなお存続する場合にも与えられる (Abs. 2, Satz 1)<sup>(5)</sup>。

妨害排除、不作為請求のためには、二項二文で、被害者の死後三〇年の除斥期間 (Ausschlussfrist) が定められている。つまり、ほぼ一世代の期間である<sup>(6)</sup>。二項但書は、B G B 八四七条を手本にしている。<sup>(7)</sup> すなわち、請求権が除斥期間の満了前に契約によって承認されるかあるいは訴訟係属になっておれば、期間満了後も行使しうることになっている。

請求権者は、二項一文に規定されている。第一に、死者の近親者である。その近親者の範囲と順序は、St G B 一八九条の死者の名譽毀損の際の告訴権者 ( § 77 Abs. 2 StGB ) と同じである。同順位の近親者が多数いるときには、三項二文にしたがって、各人で請求権を行使しうる。このことは、侵害が、近親者中の一員によってなされるときなどに意味がある。<sup>(8)</sup> 違法性阻却のために同意を要するときには、権限を有するすべての近親者の同意が必要である ( Abs. 3, Satz 2 )。B O B 二三三九条の相続欠格者も二項による権利者から明文をもって

は除かれていない。しかし、このことは許されない権利行使（die unzulässige Rechtsausübung）の観点から、特別の規定なしに除かれるものと解されている。<sup>(9)</sup>なお、近親者間には順位が付され、第一順位が配偶者および子供、第二順位が両親、第三順位が兄弟姉妹および孫である（Abs. 3, Satz 1）。この順位に関しては、連邦参議院の可決に際して、未成年者たる子供ののみが存在するときとか、侵害が配偶者より生ずる場合を考慮して、一二条三項において両親を配偶者や子供とならべて第一順位に入れる必要がないかどうかを吟味してほしい旨の付帯意見が添えられていた。<sup>(10)</sup>第二に、死者が指定した者もまた請求権者である（Abs. 2, Satz 1）。この指定は、遺言の形式をふむことを要しない。この指定請求権者は、近親者に優先する。すなわち、指定請求権者が、指定された事項については、優先順位者となる。その結果、必要な同意も指定請求権者がいる場合には、その者によりなされなければならない。<sup>(11)</sup>

救済の内容としては、妨害排除請求と不作為請求のみである。損害賠償請求権は、侵害がもたら死者に向けられている限り認められない。死者の人格権を根拠にする保護が問題となっているので、ここでは、被害者が欠けており、したがってまた損害の発生がないからである。もちろん、死者に向けられた人格権侵害によって近親者が固有の人格権を侵害されたときには、BGB新一二条以下とBGB八二三条以下の規定に従って、近親者は妨害排除請求権および不作為請求権とともに、損害賠償請求権を与えられる。<sup>(12)</sup>

なお、死者の人格権侵害の違法性は、全員の同意によるほか、他の理由から、特に利益衡量の理由からも阻却されうる。その利益衡量の際には、死後の時間的経過が重要になる。<sup>(13)</sup>

## 2 人格権保護法案中のBGB新一二条二、三項に対する批判

ここでは、通説、判例の立場に立つ同規定に対する間接保護説の側からの批判をみることとする。このこ

とは、同説の立法化に対する考え方を知る上でも有益であり、またそれによって第二二条二、三項をめぐる問題状況も明らかにされうるからである。

まず、尊崇感情や追憶等に関する遺族の固有の人格権保護で十分だとする間接保護説から、二二条二項一文は、死者の人格権の存続を前提とする規定だと批判されている。立法化するのであれば、同条一項には死者への尊崇感情や追憶の尊重に関する人格権も含ませうるので、むしろ二項では、死者ではなく、遺族の権利が問題となっているということを明らかにすべきだとする。<sup>(14)</sup>

請求権者についても、指定による請求権者、請求権者の固定的な範囲、順位等が批判されている。まず、二二条二項一文が指定による請求権者を規定していることに対し、この受託者が故意または過失により死者の意思に反して権限を行使しないときの死者の保護（たとえば受託者の解任等）が規定されておらず問題であるとする。<sup>(15)</sup> また、同条三項一文が請求権者を確定的な範囲に限定したり、その間に順位を付す点についても、遺族の人格権が同価値であること、また、通説が、その理由としてあげている法的安定性も根拠がないとする。<sup>(16)</sup> つまり、通説は、直接的保護と併存して、尊崇感情等の侵害を理由とする遺族の固有の権利に基づく訴をも認めているので、法的安定性を理由とする請求権者の範囲の確定は実際上は無意味になり、また、「先順位」の「近親者の同意は違法性を阻却するとするが、このことも、併存する遺族の固有の権利からの訴によって無意味になると批判されている。<sup>(17)</sup> また先順位者の失策に対する死者の側の保護が欠如している点も指摘されている。<sup>(18)</sup>

二項二文の三〇年の保護期間の規定も、第一に、固有の人格権を侵害されても保護を与えられない遺族が出てくること、第二に、通説は固定的な期間の定の根拠を法的安定性の確保のためとしているが、併存的に遺族の固有の権利からの訴を認めているので、それによって、法的安定性の確保は失敗に帰すことの二つの理由で批判さ

れている<sup>(19)</sup>

間接保護説の論者は、スイス民法を範とする者が多い<sup>(20)</sup>。ZGB二八条一項は、「人格的諸関係を不法に侵害された者は、侵害の除去を訴求することができる」と規定するが、その「人格的諸関係」には、死者への尊崇感情、追憶に関する遺族の固有の人格権も含まれると解されており、また、その上、同条は、請求権者に関する固定的な範囲、順位、保護期間、一定の近親者による違法性の阻却等に関する内容を含んでいない。以上の決定は、すべて裁判官の判断にまかされている<sup>(21)</sup>。

そこで、ホッホ（Hoh）は、一二条一項はZGB二八条一項と同様に、死者の追憶等の尊重に関する遺族の固有の人格権も含みうるので二項以下をスイス法——<sup>(22)</sup>もつともスイス法では明文の規定は置かれていないが——を手本に二項以下を次のように修正すべきだと主張する<sup>(22)</sup>。

第二二条 (1) 原文通り。

(2) 被害者が死亡しているときまたは被害者の追憶が侵害されたときは、遺族 (Hinterbliebene) がその行為によって違法に固有の人格を侵害されている限り、一項による請求は遺族に属する。

(3) 二項に規定する遺族とは、死者と人格的に密接に結合した者および死者の現実のまたは推定的な意思によって追憶を保護する権限を付与された者である。遺族が多数あるときは、各人は単独で一項による請求権を行使しうる。全員が同意したときにのみ違法性は除去される。

通説的な見解からは、前述のような規定は必ずしも必要でない。また、死者の人格権の存続を否定し、遺族の固有の人格権侵害に基づく保護を規定しておきながら、同時に、三項で、(死者が生前に指定した) 指定請求権者を規定するのは問題である。間接保護説の立場では保護されるのは、遺族の固有の人格権であるが、死者が生

前に指定した権利者によって保護されるのは、誰の人格的法益であろうか。

注

- (1) 人格権保護法案の正文と立法理由(Begründung)は、Ufita 29, S. 39ff. 所収のものによる。
- (2) 人格保護法案の成立過程および内容については、五十嵐清「松田昌二」西ドイツにおける私生活の私法的保護—一般的人格権理論の発展—戒能||伊藤編・ブライバシーの研究一九四頁以下、三島宗彦・人格権の保護五二頁以下、斉藤博・人格権の研究一二二頁以下参照。
- (3) 斉藤・人格権法の研究一二六頁。
- (4) 斉藤・前掲書一二六頁。
- (5) Ufita 29, S. 62.
- (6) Ebd.
- (7) Ebd.
- (8) Ebd.
- (9) Ebd.
- (10) 斉藤・前掲書一四三頁以下参照。
- (11) Ufita 29, S. 62.
- (12) Ebd.
- (13) Ufita 29, S. 36.
- (14) H. Hoch, Fortwirken zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, Diss. 1975, S. 275.

- (15) Ebd.
- (16) Ebd., H. P. Westermann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, S. 569. 参照
- (17) Hoch, aaO., S. 276.
- (18) Ebd.
- (19) Hoch, aaO., S. 280.
- (20) Westermann, aaO., S. 562; Hoch, aaO., S. 283f.
- (21) Hoch, aaO., S. 284.
- (22) Hoch, aaO., S. 286f.

#### 四 間接的な死者の人格保護

##### 1 死後の一般的人格権の存続否定

ここで取扱われる見解は、通説とは逆に、一般的人格権は、権利の担い手の死によって消滅するという説である。したがって、死後、死者の氏名が冒用され、死者の秘密が公表され、あるいは死者の生活像が歪曲されても、死者が直接に保護されるということは不可能である。死後は、いかなる保護可能な法的地位も存在しないからである。したがって、この立場では、死者に対する侵害行為が、同時に遺族等の死者と密接な関係にある人の固有の人格権（尊崇感情や追憶に関する権利等）侵害になるとき、その遺族等の固有の人格権侵害の救済を通して、間接的に死者の人格へも保護が与えられるとする。



この説は、権利の担い手の死を超えて一般的人格権が存続するということを現行私法体系中で説明する理論的困難を回避するために唱えられている。すなわち、この説は、直接保護説<sup>(1)</sup>一般的人格権存続説たる通説、判例への批判として近時有力に唱えられている。

以下に、まず、一般的人格権の存続に対するこの説からの批判を取り上げ、個別的問題は、繰り返しを避けるために、次節の「直接のおよび間接的な死者の人格保護の比較」で説明することにする。

通説によれば、死者はすでに権利能力を有していない。したがって、人格権の主体たりえない。それにもかかわらず、一般的人格権は、死後も存続すると考えられている。フープマンは、「死者はもはや権利闘争の主体たりえない、すなわち死者の権利能力は消滅してしまっている。しかし、死者の作品が存続している限りにおいては、それらに関する死者の権利、すなわち(死者の)人格権もまた作用を継続していなければならない」と述べ、このことは西洋的な文化意識とも一致するとしている。<sup>(2)</sup>また、判例、通説によれば、死後の一般的人格権の保護の意義は、そのような死後の保護を信頼し、期待しつつ生活するときはじめて、人間の尊厳、人格の自由な発展そのものも十分に保護される、という点にあるとされている。<sup>(3)</sup>このことは、人間が自分の死後、どのような人格的利益の保護を期待しうるかということが、人間の行動や感情、はては生き方にも影響を与える、ということを前提としている。<sup>(4)</sup>

シュベルトナー(Schwerdtner)は、死後の人格権の存在が西洋的文化意識と一致する点および死後の権利状態の生き方への影響の点について、平均人にとって、心理学的に見れば必ずしも当を得ていないと批判する。<sup>(5)</sup>また、たとえ、前記の点を認めうるとしても、この期待が効果的に保護される保障がない。近親者が死者の人格権を保護する気がないときはどうするのか、と疑問を提起している。<sup>(6)</sup>

我々は、この点に関するシュベルトナーの見解に同調しえない。たとえば、著作権の保護の対象でない日記帳やその他の秘密にしておきたい書類などを公表されたくないと思っている者は、その意思が死後保護されないと知ったら、破棄するか、書くのをやめるしかないだろう。<sup>(7)</sup> また、生活像、性格像を歪曲されて小説、映画等で描写されても何らの保護もないということが我々の生前の行動や感情に何らの影響も与えないとはとうてい考えられない。また、近親者が、死者の人格権を保護するために権利行使をしない場合のために、指定による請求権者の制度が考えられているのである。

## 2 理論構成に対する批判

(i) フープマン<sup>(8)</sup>、ブシュマン<sup>(9)</sup>、クリーガー・ニラント<sup>(10)</sup>および判例は死後の肖像の流布あるいは展示のために一〇年間、死者の近親者の同意が必要であると規定するKUG二三条三、四項および、実演している芸術家の死後、近親者が死後の実演の歪曲を差止めることができるとするUrHG八三条を肖像権と著作者人格権の死後の存続を承認したものと解している。とくに、ブシュマンは、これら両規定の類推により、生活像および性格像に関する権利、美的および創造的な作品に関する権利、書かれた言葉に関する権利等、さらに遺体の無欠性に関する権利を存続するものと考えた。<sup>(12)</sup>

これに対し、シュベルトナーは、これら両規定は近親者の固有の権利を規定したものであって、死者の権利を存続するものとし近親者に代行権限を認めたものではないと批判する。<sup>(13)</sup>

(ii) 通説は、GG一条一項の人間の尊厳は、死者にも適用がある旨主張している。<sup>(14)</sup> これに対し、シュベルトナーは、同条の憲法規範からは、私法上の人格保護の一定の形式は、引き出ししえないとして、これもまた死後の人格権の根拠たりえないとしている。<sup>(15)</sup>

(iii) 通説が、死後の人格権を現行私法の体系中に組み入れるために考えた理論構成に対する、間接保護説からの批判に移ろう。権利としての人格権は、帰属主体を必要とする。しかし、死によって、権利能力は消滅すると一般に解されているので、死後の人格権は、権利能力を有する人に帰属させられない。そういう訳で、通説の理論構成も種々対立し、また、きわめて技巧的に過ぎる点は否めない。間接保護説が出て来た主たる根拠も、この理論的難点を回避するためである。

(a) 主体なき権利理論 主体なき権利理論は、一時的に担い手なしである法的地位や権利帰属の中断の場合に用いられる法理論であった。この点、死者の人格権については、その性質上新しい担い手は永久に発生せず、担い手なしの状態は一時的ではない点が、この理論で説明するさいの難点とされている<sup>(16)</sup>。また、これまでこの理論で説明されて来た事例は、将来の主体に対する財産的な利益の維持が問題となっていたという点も、同様に、死者の人格権を説明する際の難点となる<sup>(17)</sup>。

主体なき権利の理論構成をこれまでの主体なき権利として説明されて来た枠からはみ出す新しい事例——たとえば、持続的、恒久的の主体なき権利——をも包含するように理論構成が發展させられない限り、理論構成として十分でないと解される。

(b) 制限的権利能力理論 胎児について制限的権利能力者とする学説もある<sup>(18)</sup>。これと同様に、死者を制限的権利能力をもって、説明することに對しては、権利能力は出生に始まり死をもって終るといふ権利能力に関する通説を修正することになるので批判が多い<sup>(19)</sup>。

私法上の自然人は、現行法によれば生きている人のみである。法律が人を生きているものとして擬制する規定は、自然人の発生およびそれに併って権利能力が見込まれる場合である<sup>(20)</sup>。しかし、死者の場合は、まさに権利能

力者になる者に欠けたままである。

権利能力の終了は、一般に、それぞれの自然人の生命の終焉と同時に起こると理解されている。死後の人格権の承認は、人間は死の際に権利や義務の独立の帰属点として脱落するという否定できない事実の感わしにすぎない、とヴェスターマン（Westermann）は批判する。<sup>(21)</sup>

(c) 一般的権利主体性理論 シュベルトナーは、死者はKUG二二条やUrhG八三条のもとでの権利の帰属主体でもないという立場から、権利が死者に帰属することに反対する。このようにして、シュベルトナーは、八権利能力の概念とならんでその前提をなす一般的権利主体性を考え、その一般的権利主体性は、ある主体に権利あるいは義務を帰属させる法規が存在するときは常に承認されるとする√一般的権利主体の概念は、術語的反復法でしかない、と批判している。<sup>(22)</sup>

(d) ヘルトリッヒの見解 死者の人格像の尊重に対する法により定められた一般的義務の違反はBGB八三三条の保護法規定反として法的責任（損害賠償、不作為請求等）を生ずる、とするヘルトリッヒの説に<sup>(24)</sup>対して、シュベルトナーは、死者が、同条項の保護法規が前提とする保護される人的範囲に属するか疑問であると批判する。というのは、死者は、もはや法的交通（Rechtsverkehr）に参加しないからである、とする。<sup>(25)</sup>

### 3 総括

ここでの問題は一方で死後、人格権が存在する点と、他方で、権利能力が死亡によって消滅する点を、どのように矛盾なく説明するかということをめぐる対立であり、直接保護説は、間接保護説から、十分な理論構成がなされていない、と批判されている。また、直接保護説の間でも互いに異なった構成がなされ、対立している。このことから問題解決の困難さはいかがえる。間接保護説は、遺族等の固有の人格権侵害を問題にするので、た

しかた、ここでの理論構成の問題は生じない。ただ、間接保護説の保護の対象は、あくまで遺族等の人格権であり、死者の人格権ではない点が多分に問題である。

註

(1) H. P. Westermann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Träger, FamRZ 1969, S. 561ff.; B. Lehmann, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, — Zur Frage des Fortbestehens des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über den Tod des Rechtsträgers hinaus —, Diss. 1973, S. 1ff.; H. Hoch, Fortwirken zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, Diss., 1975, S. 1ff.; P. Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 101ff.

(2) H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967, S. 341f.

(3) BGHZ 50, S. 133(139); G. Krüger-Nieland, Persönlichkeitsschutz Verstorbener als Schranke der Freiheit der Kunst, GRUR 1968, S. 524; A. Buschmann, Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, S. 2082; A. Heldrich, Der Persönlichkeitsschutz Verstorbener, Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung (Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag), 1970, S. 167.

(4) Krüger - Nieland, GRUR 1968, S. 524; Buschmann, NJW 1970, S. 2082; Heldrich, aaO., S. 177.

(5) Schwerdtner, aaO., S. 103; 544 Westermann, FamRZ 1969, S. 561-562, 563°

(6) Schwerdtner, aaO., S. 103f.

(7) Buschmann, NJW 1970, S. 2081f.

(8) Hubmann, aaO., S. 342f.

- (6) Buschmann, NJW 1970, S. 2085.
- (9) Krüger - Nieland, GRUR 1968, S. 524.
- (11) BGHZ 50, S. 133 (136).
- (12) Buschmann, NJW 1970, S. 2085f.
- (13) Schwerdtner, aAO, S. 105f.
- (14) Buschmann, NJW 1970, S. 2082f.
- (15) Schwerdtner, aAO, S. 107.
- (9) Westermann, FamRZ 1969, S. 565f. ; Schwerdtner, aAO, S. 108.
- (17) Westermann, aAO, S. 565f. ; Lehmann, aAO, S. 119.
- (9) F. Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit – Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Privaten  
 Personenrechts — S. 111ff.
- (9) Westermann, FamRZ 1969, S. 563 ; Buschmann, NJW 1970, S. 2086 ; Heldrich, aAO, S. 167f.
- (8) Buschmann, NJW 1970, S. 2086.
- (21) Westermann, FamRZ 1969, S. 563f.
- (22) Buschmann, NJW 1970, S. 2081ff.
- (8) Schwerdtner, aAO, S. 109.
- (24) Heldrich, aAO, S. 163ff.
- (8) Schwerdtner, aAO, S. 110.

## 五 直接のおよび間接的な死者の人格保護の比較

尊崇感情や追憶等の遺族の固有の人格権の保護を問題とする、間接保護説は、死者の人格権を承認せず、したがって死後の人格権の存続に関する理論構成も不要である。また、この立場では、死者の人格権を代行する請求権者の問題もおこらない。問題は、この間接的な死後の人格保護によっても、死者を十分に保護しうるかどうかである。以下で個別的問題につき具体的に検討をすすめたい。

### 1 保護の範囲

(i) 死者の人格権の範囲については、通説は、死者を生存者と決して同範囲で保護すべきだとしているわけではない。死後の人格の保護は、性質上死後もまたなお保護に値するような人格的法益に限られる。それゆえに、生存している権利主体に結びつけられている人格価値（たとえば、生命、健康等）は、保護の対象たりえない。さらに、積極的に行為している人の存在を前提とするすべての人格権も、死後は保護されない。たとえば、行為自由の権利、人格の自由な発展に関する権利は認められない。前述連邦憲法裁判所のメフィスト決定においては、GG二条一項から導き出される人格の自由な発展の権利の担い手は、生存者だけであるから、この権利の存続は否定されるべきである、と述べられている<sup>(1)</sup>。したがって、保護の対象としては、まず、存続につき明文の規定のある著作者人格権 (§ 383 UrhG) と肖像権 (§ 22 KUG) および類似のものとして、発明者人格権があげられる。ついで、これらの規定の類推により、死者によって生存中に作り出された人格的価値、すなわち氏名、名声および名誉、生活像および性格像、語られた言葉および書かれた言葉、私的領域ないし秘密領域等が保護に値する地位とされている。これらは、フープマンにより、個性の保護に関する権利と呼ばれているものである<sup>(2)</sup>。また、これらは生存中にすでに客観化され、また死を超えて存続する人格の表示 (Personlichkeits-

äußerung)と関連する権利である。<sup>(3)</sup>なお、遺体の完全無欠性に関する権利については、死後に存続する人格権とするかどうかにつき争がある。<sup>(4)</sup>

間接保護説によれば、人格権のどの部分が死を超えて存続するかということは問題とならない。間接保護説によれば、親密な関係にある人の死によって、具体的な保護客体に関して拡張された遺族の人格権が出発点である。つまり、死者に関する尊崇感情や追憶によって拡張された生存者＝遺族等の人格領域が、死者に向けられた侵害行為によって侵害されるのである。それにもかかわらず、保護範囲については、実際上大差はないとみてよい。<sup>(5)</sup>というのは、直接保護説によれば、死者の存続するとされた人格権の内容には、死後保護に値するものがすべて含まれていたし、また間接保護説によっても、死者の保護に値する利益の侵害が、遺族の固有の人格権侵害になるかどうかの問題にされるからである。したがって、両説をこの点で比較すると、両説ともある人間により彼の生存中に作られ、したがって、その者の死の際にすでに存在している人格価値を保護に値するとみている点では同じである、と解され、ただ保護の仕方が一方は直接的、他方は間接的という点が異なるにすぎない。<sup>(6)</sup>

しかし、保護の実効性という点では、直接保護説がすぐれている。つまり、死者に向けられた名声や性格の価値を下げる言動、死者の私的領域および秘密領域からの公表ないし死者の生活像の歪曲などの侵害行為によって、死者と親密な関係にある者（遺族等）が当然に人格権を侵害されるという結論にはならない。死者と遺族等の利害が一致しない場合もあるからである。死者にとっては、名譽毀損的な言動が、遺族にとってはその社会的評価を上げるものであったり、また、遺族自身が加害者になる場合もある。さらに、死者の名譽の侵害は、死者が生存中であつたとしても、また、その遺族の侵害を意味するときでなければ、遺族の人格権侵害とはいえないとか、死者の秘密領域の侵害が同時に遺族の秘密領域の侵害になるときはじめて保護が与えられるというように、



死者に向けられた侵害が遺族等の人格権侵害になるのを狭く解するという恐れもある。しかし、このように解すると、名替毀損等の人格権侵害が直接に死者および遺族の双方に向けられているという例外的場合にしか保護は認められないことになる。したがって、この場合には、死者の保護としてはほとんど機能しない。ちなみに、このように侵害が双方に向けられているときには、直接保護説は、遺族の固有の人格権に基づく権利行使も併存的に認められている。<sup>(7)</sup> また広く解して、死者への人格侵害が当然に遺族の人格権侵害になる、ということ<sup>(8)</sup>を無制限に認めると、ほとんど直接保護説と変わらなくなる。すなわち、この場合には、死者への侵害が即、あるいは当然に遺族の人格権侵害とみなされており、遺族の人格権侵害を問題にするのは擬制にすぎず、実体は死者の人格の保護にほかならない。したがって、この場合には、「死者への侵害」即「遺族の侵害」と構成される遺族の範囲を決めることが必要になるだろう。しかし、たとえ、最大限広く解しても、死者と遺族の利害が一致しない場合には救済されない<sup>(8)</sup>ので、直接保護説が、死者をより厚く保護する。

(ii) 遺族ないし請求権者が死者の人格侵害を受忍し、また——場合によっては有利な金銭上の取決めのために——同意し、あるいは死者の意思に反して行為し、あるいはこれらの者の行為が死者の人格を侵害する場合はどうか<sup>(8)</sup>なるか。

通説によれば、ある者が生存中に彼の死後の人格領域に関して発表した意思に反し、また請求権者の固有の利益に基づく受忍や同意を認めることはできないということになる。そう解しなければ、請求権者により、まさに防衛されるべき死者の利益は、請求権者の固有の利益の背後におしやられ、後回しにされることになる。<sup>(9)</sup> このことは、死後の直接の人格保護の意味や目的と一致しない。このような事例では、他の請求権者による請求がなされ、また全員によらない同意は違法性を阻却しない。すなわち、受忍や同意はそれをなしている者だけにしか及

ばない。他の代行権限を有する近親者あるいは指定請求権者は、権利を行使しうる。ただ、それらの者がいない場合には、實際上、死者の保護はなされないままになる。というのは、請求権者にその任務にふさわしい行為の遂行を強制する方法がないからである。

間接保護説によれば、前掲の設題については、いかなる困難な法的问题も生じない。各遺族は、死者への関係をもまた含んでいる彼の一般的人格権を彼に都合のよい方法で自由に行使しうる。各遺族は、権利侵害に同意しうる。このことが、金銭的な取決めのために生じたものであれば、取得金もまた各遺族に帰属する。死者への尊崇感情や追憶を第三者からの侵害に対して防衛することは、各遺族等に属する。したがって、ある者が侵害に同意しても、他の者には及ばない。しかし、すべての遺族が死者への侵害行為に同意したら違法性は阻却される。<sup>(10)</sup>このことは、通説中の請求権者に順位を決めない説と一致している。<sup>(11)</sup>これらすべてのことは死者への侵害が、遺族の固有の人格権侵害になるかどうかを問題にすることから生ずる。

両見解ともに、究極的には死者の保護は、生者の意思に依存している点で共通である。しかし、間接保護説の場合には、遺族等の死者と親密な関係にある者だけに依存するが、直接保護説のもとでは、近親者以外に、生存中、死後の人格保護につき適切で、信頼しうる者を請求権者として指定しておくことができる。この受託請求権者は、近親者が死者の意に添わないときに偉力を發揮する。以上の比較検討から、死者の保護という点では、直接保護説が秀れているといえる。

(iii) つぎに、いわゆる有名人（Personen der Zeitgeschichte）の死後の保護の事例に移ろう。有名人は、その生存中であってもその人格領域の保護に対して制限をうけている。このことは、公的生活で名を成した人に対する公衆の情報利益から結果として生ずる。この情報利益は、事実の再述に限るのではなく、人間やそ

の作品の科学的、芸術的および人格的評価をも包含する<sup>(12)</sup>。たしかに、この情報利益は、有名人のもとでもまた、通常、私的領域および個人的領域への侵害を正当化しない。しかし、たとえば有名人が政治活動の結果、世間の注目を受けるにいたっている場合は、その行為の動機やその人物の性格の判断のために、私的生活の公表をも受忍しなければならぬ。

したがって、通説によれば、有名人の人格権は、どの範囲で保護されるかは、死者の人格保護利益と公衆の情報<sup>(13)</sup>の必要性の間で利益衡量がなされることになる。また、間接保護説では、尊崇感情、追憶等の侵害を中心とする遺族の人格的利益と公衆の情報利益の個別的事件における比較衡量が問題とされる<sup>(14)</sup>。つまり、前者によれば、有名人の人格権侵害の違法性に関する評価問題であり、また後者によれば、有名人へ向けられた侵害行為による遺族の人格権侵害の違法性の問題となる。この際にも、公衆の情報利益と比較衡量される反対利益が、死者の存続する人格的利益である場合よりも、間接的な遺族の尊崇感情、追憶等の人格的利益である場合は、軽く評価される可能性がある。

## 2 保護期間

死者の人格領域が、無限に保護されるべきでないという点は、両説ともに一致している。時の経過とともに、生存者（遺族であろうと、世人であろうと）のもとで、死者への追憶は色あせ、また世代の交替につれて、結局、死者と結びつけられていたすべての人はこの世から姿を消してしまう。

通説にも一定の確定的な期間を定める説とそうでない説とがある。期間を定める説も、五年<sup>(15)</sup>、二五年<sup>(16)</sup>、一世代<sup>(17)</sup>とまちまちである。人格権保護法案のBGB新一二条二項によれば、三〇年とされている。また一定の確定的な期間を定めることを断念する者は、死後の人格領域が保護に値するかどうかをもって基準としようとし<sup>(18)</sup>。また請

求権者の生存中とする。<sup>(19)</sup>

間接保護説によれば、保護期間に関する問題は、おのずから解決する<sup>(20)</sup>。死者をはっきりと思い浮べる人および死者に関する追憶を自分の固有の人格領域に加える人が生きている間が保護期間ということになる。死者に遺族等がない場合には、結局、死者は保護されないことになる。というのは、被害者が欠けているからである。

直接保護説、間接保護説のどちらを選ぶかということ、確定的な期間を定めるかどうかとは必ずしも結びつかない。直接保護説をとりながら、確定的な期間を定めないこともできる。このようにして、この点に関しては、両説に甲乙つけ難い。

### 3 請求権者

通説によれば、権利の担い手の死を超えて存続する人格権は、第三者からの侵害に対する保護を必要とする。しかし、死者自身は、もはや権利侵害に対して自衛することができないので、この任務は、生存者により引き受けられなければならない。このような権利代行者は、死者のために、自己の名で権利行使をしなければならぬ者なので、そういう権限がある者を類似の他の規定などを参照して、明確に定めておかなければならない。通説は、請求権者として第一に、一定の近親者、第二に、死者が生前に明示的に指定した者をあげている<sup>(21)</sup>。また、学説によっては、さらに、前記の者以外に事実上の親密な生活から生じてくる黙示の授權による請求権者も認めている<sup>(22)</sup>。

つぎに、多数いる請求権者間に順位を付けるか否かの問題も生じてくる。順位を付ける説と付けない説があるが、順位を付ける説は、死者との信頼関係および親等（Verwandtschaftsgrad）を基準に順位を決めている<sup>(23)</sup>。もし順位を付ける見解を採用すれば、後順位者は、先順位者が故意または意識的に保護のために権利行使をし

ないときには、どのように抵抗しうるか、という問題が生じる。<sup>(24)</sup>これについては、死者の明示あるいは推定的な意思に反する場合には、後順位者が権限を行使しようと解すべきことにならう。

間接保護説の下では、請求権者の範囲や順位に関する問題はおこらない。<sup>(25)</sup>すなわち、死者に対して死者の追憶を自分の人格的な事柄として、したがって、自分の人格領域の一部とみなすことを正当化する人的関係にある人のみが、またそのような人は、すべて請求権者である。換言すれば、死者に対して親密な関係に立っているすべての者が、同時に請求権者である。その親密な関係は、家族法上、営業上、友情あるいはその他の性質から発生する。<sup>(26)</sup>まず、近親者は、通常、死者と特別に親密な関係に立っている。しかし、近親者というだけで自動的に請求権者になるわけではない。さらに、近親関係に基づかなくても、その人間関係が十分に親密である限り、正当に評価されるに値する。たとえば友人などがその例として考えられる。<sup>(27)</sup>

通説によれば、団体も死者の権利の受託請求権者たりえた。間接保護説によれば、団体等の法人も人格権を有するかどうかの問題となる。死者が属した団体および死者にちなんだ名をつけたあるいはその他の理由から死者に特別に関与している団体（たとえば、死者の一生の仕事に特別な関心を持っている団体等）もまた、死者の人格の軽蔑的な評価あるいは描写によって被害を被りうる。<sup>(28)</sup>法秩序によって団体に認められた活動領域の範囲内で、団体（経済的目的あるいは精神的目的に奉仕する団体、あるいは職業団体等も含めて）が人格権を有するということは、今日では一般的に承認されているからである。<sup>(29)</sup>その際、特に氏名権、名誉権、経済的名声あるいは秘密領域に関する権利が考えられるべきである。<sup>(30)</sup>それゆえ、たとえば、死亡した企業の設定者が営業を完全に不当な利潤をあげあるいは不面目な計略に基づいて営んでいた旨述べられたならば、団体としての企業の経済的名声の侵害がある。<sup>(31)</sup>また、ある団体の精神的な利益は、たとえば、政党の指導的地位にあるSPDの政治家につ

いて、彼はS E Dの秘密会員であるとか、あるいは東側の通信社のスパイである旨の言動により侵害される<sup>(32)</sup>。このような事例では、被害を被むった団体の重大かつ重要な利益の侵害のみが訴を基礎づける<sup>(33)</sup>。

また、間接保護説によれば、被害者たる遺族等の原則的な同価値性の観点から、遺族間に順位を定めずに、それぞれの遺族が訴の権限を有し、また全員が共同して同意するときに、侵害行為は違法性が阻却される<sup>(34)</sup>。

請求権者に関して、両説が比較されるならば、人的範囲については、實際上、両説は、直接保護説から指定による権限者を除けば、ほとんど大差はない。ところで、近親者がいないか、あっても死者と利害が一致せず、また死者と親密な関係にある人もいない場合には、死者は生前に自己の信頼する人を指名して死後の人格権侵害に対する保護を任せざるをえない。この点では、直接保護説が秀れている。なぜなら、間接保護説のように遺族等の固有の人格権を通じてしか保護されず、したがって遺族がいない場合、または遺族がいても放置している場合には、結局、死者の保護がないのであれば、それは、死者の人格保護として十分とはいえないからである。

間接保護説によれば、遺族の間に順位を付す問題は生じない<sup>(35)</sup>。しかし、直接保護説でも順位を定めない説もある。順位の問題は、どちらかの立場と論理必然的に結びつくのではない。

#### 4 救済の内容

通説は、死者の人格権侵害の救済として、不作為請求権、妨害排除請求権、また、人によっては、反論権を認めている。これに反し、間接保護説は、これら以外に損害賠償（慰謝料も含めて）<sup>(36)</sup>を認めている。間接保護説によれば、死者の人格権侵害による遺族の固有の人格権侵害の救済が問題とされているので、侵害行為により遺族に生じた損害——財産的であろうと精神的であろうと——が、損害賠償により填補されることになる。

ここで填補されている損害は、遺族の固有の損害であり、決して死者の損害ではない。死者には何らの損害も

生じないからである。たしかに、損害賠償を課されることになっていけば、他人は死者の人格的法益の侵害を思いとどまるかもしれない。したがって、そのような事実上の死者の保護としては機能する。しかし、遺族からの損害賠償請求は、あくまで遺族の救済であって、死者の救済 $\parallel$ 保護ではない。死者の救済手段としては、理論上、前掲の不作為請求、妨害排除請求、反論権以外にはありえない。また、通説も、死者の人格権侵害に対する保護手段としての損害賠償を否定しているだけであって、請求権者（たとえば、遺族等）の固有の人格権侵害に基づく損害賠償請求権は特に否定していない<sup>(37)</sup>。

両説の検討の結果は、救済の内容、保護手段について、必ずしも間接保護説が秀れているとはいえない。問題は結局、救済の実効性の問題になる。その点では、前述したように、直接保護説に軍配は上った。

## 5 総括

保護される法益の範囲については、両説によって大差は生じない。しかし、保護の度合では圧倒的に直接保護説が大きい。第一に、間接保護説では、どのような場合に死者の人格権侵害が死者と親密な関係にある一定の遺族等の固有の人格権を侵害するといえるかという判断にかかっている。死者の私的生活の侵害や名誉毀損が同時に遺族等の私的生活を侵害したまた社会的評価を低下させる場合にはじめて保護を与えるというように狭く解すると、保護はきわめてまれに、例外的にしか認められないことになる。したがって、このような遺族等の保護をとりたてて死者の保護という必要はない。また、死者の人格的法益の侵害が当然にまたは即、遺族等の尊崇感情や追憶等の人格権侵害になるというように、広く認めると保護の度合としては、直接保護説に近くなる。しかし、どのような場合に死者の人格への侵害が遺族等の人格権侵害を構成するかは、裁判官の裁量にまかされている。さらにあまり広く認めると、どのような人的範囲の遺族等の場合に、当然にまたは即、保護が認められるのかと

いう問題が生ずる。第二に、広く解ずるとしても、間接保護説の場合には、死者の保護は、指定請求権者による請求権の代行ということはありません、遺族等の意思にのみ依拠する。したがって、遺族等が居ない場合、また、居ても、死者の利害と遺族等の利害が一致しない場合、また遺族等による侵害が起った場合には死者は、保護されないままとなる。

請求権者については、指定による請求権者を認める点で、直接保護説が秀れている。

救済の内容についても、間接保護説の下で認められる損害賠償は、厳密に言えば、死者の人格の保護とはいえない。ただ、将来の侵害の再発を防止する効果はあるという意味で、事実上、死者の人格保護として機能している、とはいえる。そのような損害賠償による事実上の死者の保護機能を承認すれば、不作為請求権や妨害排除請求権が、言論、出版の自由あるいは芸術の自由等の理論で否定されるときには、結局、損害賠償に依らざるをえない。その際には、通説は、遺族の固有の人格権侵害を理由として損害賠償を認めうる。というのは、通説は、直接的保護とならんで遺族の固有の人格権侵害に基づく救済が併存することを否定していないからである。

以上をまとめると、間接的保護によっては、直接的保護と同程度の保護を死者に与えることは出来ず、また間接的保護で与えられる保護の程度では、死者の人格侵害に対する保護として不十分だということになる。

注

(1) BVerfG NJW 1971, S. 1647f.

(2) H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 268ff. など、同書一七五頁で、フーブマンは、

一般的人格権の内容を以下の三類型に分類する。第一類型が、人格の発展に関する権利、第二類型が、人格に関する権利、



第三類型が、個性に関する権利である。第一類型では一般的行為自由および身体的動作の自由、労働活動、営業活動、職業的特に文化的活動、団結の自由、自由な意見発表の自由、宗教的倫理的活動、教育に関する権利が取扱われている。第二類型では、存在の保護、精神の保護、意見の保護、感情生活および霊的生活の保護、人格的関係の保護を取扱っている。第三類型では、個性、氏名、商号、商標、名譽、外見、生活像、人格像、語られた言葉、書かれた言葉、私的生活、秘密領域を取扱っている。

(6) A. Buschmann, Zur Fortwirken des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, S. 2085f.  
 (4) たんねび A. Heldrich, Der Persönlichkeitsschutz Verstorbener, Rechtsbewahrung und Rechtswentwicklung (Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag), 1970, S. 175f. は、遺体の完全無欠性は、死後に存続する人格権ではないとする。

(5) B. Lehmann, Postmortaler Persönlichkeitsschutz — Zur Frage des Fortbestehens des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über den Tod des Rechtsträgers hinaus —, S. 128f.

(9) Lehmann, aaO., S. 129.

(7) たんねび H. C. Nipperdey, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Ufita 30, S. 22; BGH NJW 1974, S. 371.

(8) Lehmann, aaO., S. 129.

(6) Lehmann, aaO., S. 129f.

(10) H. P. Westermann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, S. 569; Lehmann, aaO., S. 131.

(11) Hubmann, aaO., S. 347 参照。

- (12) Westermann, FamRZ 1969, S. 569.
- (13) Hubmann, aaO., S. 345f.
- (14) Westermann, FamRZ 1969, S. 569.
- (15) Kohler, Das Eigenbild im Recht, S. 162.
- (19) von Gamm, Zur praktischen Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1985, S. 1827 ;  
Hubmann, aaO., S. 346.
- (17) K. Larenz, 42 DJT, S. 30.
- (18) Nipperdey, 42 DJT, S. 20.
- (16) Heldrich, aaO., S. 173 ; BGHZ 50, S. 133ff (136) .
- (20) Westermann, aaO., S. 569.
- (21) Hubmann, aaO., S. 347f. ; Nipperdey, Ufita 30, S. 21 ; Heldrich, aaO., S. 171.
- (22) Heldrich, aaO., S. 171f.
- (23) Nipperdey, Ufita 30, S. 21.
- (24) Lehmann, aaO., S. 139f.
- (25) Westermann, aaO., S. 569.
- (26) Lehmann, aaO., S. 140.
- (27) Lehmann, aaO., S. 141.
- (28) Westermann, FamRZ 1969, S. 568.
- (23) Lehmann, aaO., S. 141.

- (30) Westermann, FamRZ 1969, S. 568.
- (31) Ebd.
- (32) Westermann, FamRZ 1969, S. 568.
- (33) Ebd.
- (34) Westermann, FamRZ 1969, S. 569 ; Lehmann, aaO., S. 131.
- (35) Westermann, FamRZ 1969, S. 569.
- (36) Westermann, FamRZ 1969, S. 571.
- (37) Nipperdey, Ufita 30, S. 22 ; BGH NJW 1974, S. 1371.

## 六 結び

(一) 人間が生前に作り出した人格的価値や作品が死後も保護されるべきことについては肯定されるべきである。しかし、具体的な保護の方法について、通説、判例は、死後の人格権の存続を認め、一定の第三者にその権利を行使させて保護する方法を採り、他方は、尊崇感情や追憶の保護に関する遺族の固有の人格権を保護することによって間接的に死者の保護も図る方法を採用している。

通説、判例の採る直接保護説には、死後も人格権を存続せしめるという現行法上、特異な制度を私法体系中に組み入れるための理論構成に難点があった。そのため、主体なき権利理論、制限的権利能力論等々の諸説が対立し何が支配的な学説か判定が難しい状態である。また、筆者も、どの構成に与すべきか迷っている状態である。引き続き理論構成を考察し、日本法の下での死者の人格権の保護の論究の際により明解な理論構成を明らかにし

たい。それ以外の個別的な問題、すなわち、保護範囲、保護期間、請求権者および順位、救済の内容についても学説の対立はあったが、理論構成の問題に比べると必ずしも困難な問題ではない。ただ、引き続き判例の集積や学説の展開によって細部にわたる問題が解明される必要がある。

それに対して、間接保護説は、元来、現行私法体系内での解決を考えており、理論構成上の困難は生じない。ただ具体的な点では問題がないわけではなかった。いずれにしても、理論構成の難点を回避しうる点は、この説の長所ではある。

□ しかし、死者の人格の保護という目的や、それによって効果的な保護を与えうるかという実際的な観点から比較考察した結果は、直接保護説の方が秀れていた。換言すれば、間接保護説によっては、直接保護説と同程度の実効的な効果を期待しえず、死者の人格の保護という目的からして不十分であることがわかった。つまり遺族の固有の人格権の保護を通じては、死者の完全な人格保護は実現されえない。

まず、死者の利益は、遺族等の利益と一致するとは限らず、対立していることもあり、場合によっては、死者の人格が遺族等により侵害されることすらある。このことから理論的に死者の人格（権）と遺族等の人格権は区別されるべきである。また実際上も両者の利害が一致する場合にしか死者の保護は期待されない。この点で、間接保護説は、死者の人格侵害が遺族等の固有の人格権侵害になるときにしか保護を与えず、また両者の利害が一致しないときおよび遺族等が存在のときには、保護の途が全くない。これに対して、死者の人格権そのものの保護を目指す直接保護説は、両者の利害の不一致や遺族等による侵害さらには、遺族等の不存在に対処するために指定による請求権者を認めて死者の保護に万全を期している。

さらに、両者の利害が一致する場合でも、死者に対する侵害が、当然に遺族等の固有の人格権侵害になるとは

限らない。死者への侵害が、どの範囲で遺族等の固有の人格権侵害となるかは狭く解したり広く解したり種々に構成できる。最大限広く解しても直接保護説には及ばないが、たとえば死者の生活像を歪曲する小説中に遺族等の名が出た時にはじめて遺族の人格権侵害として救済を与えるということであれば、より狭くなり、また、死者（たとえば、不具の子）の私的生活の侵害が同時に遺族（母親）の私的生活の侵害になる場合にはじめて、遺族の私的生活侵害として救済することであれば、さらに一段と保護の範囲は狭くなる。つまり、死者への侵害が遺族等の固有の人格権侵害になる場合を狭く解すれば、間接保護説は、死者の保護制度としての独自の意義を失う。

直接保護説は、さらに、死者の存続する人格権保護とならんで、遺族等の固有の人格権侵害の保護も併存的に認めている。

死者の保護という点では、直接保護説でなければ、十分な保護を与えることはできない。我々が、直接保護説を採る最大の理由である。

〔三〕 存続する人格権は、一般的人格権と解するのが多数説であるが、中には、個別的人格権と解する説もあった。この点は、一般的人格権という包括的な概念を知らない我が法制にとっては注目に値する。

〔四〕 死者の保護としては、理論的に損害賠償（慰謝料を含めて）は認められない。損害賠償は、遺族の固有の人格権侵害に対する救済でしかない。不作為請求権や妨害排除請求権は、言論の自由等の理由で否定されることもある。その際には、間接的ないし事実上、死者の人格保護としても機能する遺族の人格権侵害を根拠とする損害賠償請求に依らざるをえない。通説も、この遺族の固有の損害賠償請求権は併存的に認めている。

死者の人格保護の手段として、不作為請求権や妨害排除請求権の機能する余地は必ずしも小さくない。著作

者人格権、肖像権、氏名権という個別的な人格権の場合は、明文をもって不作為請求等の救済が承認されてきた領域であり、これらの救済の働く余地が大きい。また、人格像、生活像の歪曲や私事の暴露等による場合も、死者の社会的評価の低下や遺族ないし世人の追憶の毀損の形をとる場合が多い。したがって、この場合は、取消請求による救済の余地が大きい<sup>(1)</sup>。また、侵害行為が、出版等の形をとる場合も、出版や頒布の禁止とならんで、この著書の執筆の意図や経過あるいは、実在の人物とは無関係である旨の説明付きで出版を認めるような救済も考慮の余地がある。

反論権については、死者の人格侵害に対する救済としてのみならず、一般的に、人格権侵害に対する救済手段として、その可能性および有効性が検討されなければならない。この点については、次稿で発表の予定である。結局、我々は、死者の人格の真の保護のためには、直接保護説による方法が妥当であるという結論に達した。その線に沿った、我が法制の下での死者の人格権保護の検討は、今後の課題としたい。

注

(1) BGH, Urt. v. 6. 4. 1974, NJW 1974, S. 1371. なお、取消請求権については、拙稿「ドイツ法における名誉毀損的主張の取消請求権について」『琉大法学第二十五号一頁以下参照。』

(昭和五十五年六月三日脱稿)