琉球大学学術リポジトリ

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

メタデータ	言語: Japanese 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	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2264

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

安次富　哲　雄

一　序説
二　取消請求権と他の権利との関係
三　取消の要件
四　取消の種類および形式
五　取消をめぐる訴訟法上ならびに執行法上の問題
六　取消に対する批判
七　総括

一　序説

ドイツ法[1]上、名誉、信用が違法に侵害された場合の私法的救済の手段として、不法行為の効果としての損害賠償、限定的に認められる慰謝料、とならんで妨害排除がある。妨害排除請求としては、たとえば、そのような侵害が図書による場合には、紙型、図書の破棄などの方法によることもできる。しかし、名誉、信用の侵害が、一定範囲の者ないし世人への一定の事実（虚偽の事実）を主張することによって行われる場合には、この侵害状態の除去もまた、これらの者への事実主張の取消(Widerruf)によってもっとも有効に達成される。というのは、

主張者による、その主張が真実に反する旨の言明ないし宣言によって、世人間での主張の有害な影響が除去されるからである。

取消請求権によって救済が与えられる主要な侵害類型は、刑法典（ＳｔＧＢ）一八六条と民法典（ＢＧＢ）八二三条二項により不法行為とされる名誉侵害と、ＢＧＢ八二四条による信用侵害である。第一に、ＳｔＧＢ一八六条は、「他人に関してその者を軽蔑せしめ、または社会的評価を低下せしめるに足る事実を主張しあるいはこれを流布した者は、その事実が真実であることの証明がない限り」処罰されると規定している。この規定は、ＢＧＢ八二三条二項にいう保護法規の一つであるので、この規定に違反した者は、不法行為に基づく損害賠償、妨害排除、取消の義務を負わされる。ＳｔＧＢ一八六条は、故意犯であり、したがって、不法行為責任発生のためには故意を要するが、妨害排除請求、取消請求のためには、有責性（故意、過失）を要しないので、侵害行為が故意に基づくことを要しない。第二に、ＢＧＢ八二四条によれば、他人の信用を毀損し、または他人の営業もしくはその発展に関し不利益を生ぜしむべき事実を真実に反して主張し、または流布した者は、その真実に反することを過失によって知らなかった場合でも賠償責任を負うとされている。本条で保護されている経済的信用も、前述の個人的名誉も、ともに世人による社会的評価であり、またともに世人への虚偽の事実の主張により侵害され、したがって、取消請求権によって有効に保護される。以下の論述は、便宜上、個人的名誉を念頭に置いてなされているが、取消請求権との関連では、基本的に信用毀損にもあてはまる。第三に、ＳｔＧＢ一八五条も、侵害行為が事実主張によってなされる場合を含んでいる。しかし、本条では、第三者や世人への主張ではなく、被害者本人に対して主張された場合であるので、取消宣言によって、被害者の名誉感情が癒されることはあるが、流布状態にある虚偽の事実が除去されているのではない。したがって、本条に該当する侵害行為に対しては、取

消請求による救済は与えられない。

不真実の主張による名誉侵害の救済として、取消請求が最も効果的であることが、取消制度が活用されている理由であるが、その他にも、慰謝料による救済の不十分さも理由の一つと思われる。ドイツ民法典は、慰謝料をきわめて限定的にしか認めておらず、名誉毀損には建前として与えていない。[1-8] その後、判例により、名誉毀損についても慰謝料が認められるにいたったが、それも「重大なる侵害であること」[2] および「他に救済の方法がないこと」[3] の要件を付したきわめて限定的な承認にすぎない。

取消という制度は、もともと近代以前に刑罰として存在していたが、その刑罰としての取消制度は、近代的法意識と相容れないとして、一八七一年の刑法典では、排除された。[4] したがって、ライヒ最高裁判所（RG）は、最初は、私法上の名誉保護としての取消を、屈辱感をともなう刑罰、つまり刑法典で否定された刑罰とみなし、否認していた。[5] その後、ライヒ最高裁判所は、取消をまず損害賠償の一態様（§249 BGB）とみた上で、「取消は、刑罰として感じられるべき名誉毀損者の屈辱を含んではならず、ことに謝罪と結びついてはいけない」と述べ、さらに取消の訴は継続的侵害状態の存在を要件とする旨、判示した。[6] さらに、ライヒ最高裁判所は、一九三五年の判決[7]以来、取消をBGB・一〇〇四条等を類推適用した妨害排除の一態様としてみ、有責性を要件としないようになった。ついでこの立場は、戦後の判例に受けつがれた。英国地区最高裁判所（der oberste Gerichtshof für die britannische Zone）は、一九四八年一〇月の判決[8]で従来の判例理論を継承し、それを発展させた。すなわち、この判決は、BGB一〇〇四条に基づく取消言渡の要件として、主張が事実に反すること、また継続的侵害の排除が適切かつ必要であることを要件として述べ、さらに、取消が刑罰のごとき屈辱感を与えるものであってはならないとしたうえで、次のように述べた。「屈辱感という観点から、取消請求権につき二つの制限が

出てくる：(a)この請求権は、被害者に『満足を得せしめたり』、『法感情を回復』するように決められてはいけない。(b)取消は現になお存続している被害者への侵害を排除し、または減少するのに必要かつ適切でなければならない。(c)取消の内容および形式はこれらの目的を達するのに必要な限度を越えてはならず、特に取消は、謝罪と結びついてはいけない」。

このように判例は、取消の許与を狭い範囲に限定しようとし、また謝罪や屈辱と結びつかないよう繰り返し強調している。このことは、沿革上の理由にもよるが、それ以上に、取消が取消義務者に自己の主張が真実に反することを宣言するように強制することから、取消義務者に屈辱を与え、取消義務者の良心の自由、人間の尊厳を侵害することを理由としている。後述する取消の内容や形式をめぐる問題、強制執行をめぐる問題は、この対立を回避することが中心をなしている。

本稿においては、人格権侵害に対する不作為請求権の研究の一部として、ドイツ法上の名誉毀損的な事実主張の取消請求権の問題を取り扱い、その法構造および問題点を明らかにしようとするものである。この取消請求権を取り扱う理由は、以下のとおりである。第一に、取消の訴は、その性質上、取消義務者に屈辱を与えるおそれを内在しており、良心の自由、人間の尊厳と抵触しないようにとの配慮が、判例によるこの訴の承認以来、たえず意識され、それが法構成上にも反映されている。第二に、この取消請求権は、有責性を要件としない妨害排除請求権の一態様として構成されており、被害者の救済にとって有利である。第三に、判例、資料等の蓄積もあり、また学説は多くの部分で対立したままであるが、それにもかかわらず多くの有益な問題点の指摘がなされている。第四に、以上の諸点は、日本民法七二三条の名誉回復措置を考える上で参考になると思われる。しかし、わが民法七二三条の問題は、本稿では取り扱われない。

注

（1）　第二次世界大戦後については、西ドイツ法を取り扱っている。

（1－a）ＢＧＢ二五三条は、「精神的損害は法律に定めたる場合に限り金銭を以て賠償すべきことを請求することを得」と規定して、慰謝料が認められる場合を限定した。すなわち、不法行為による身体、健康の侵害または自由の剝奪の場合（§847, I BGB）、婚人に対し道徳に反する犯罪が行なわれ、または、詭計、強迫もしくは従属関係の濫用により婚姻外の性交を承諾させた場合（§847, II BGB）、非難すべきところのない女が婚約の相手方に性交を許したあと、相手方が婚約を解消した場合（§1300 BGB）、に認められている。

（2）BGH, BGHZ 35, 365（教会法の教授が強壮剤の宣伝に利用された事件）; BGH, NJW 62, 1004; BGH, BGHZ 39, 124; BGH, NJW 65, 685; BGH, NJW 65, 1374; BGH, GRUR 69, 147; BGH, JZ 65, 417.

（3）BGH, NJW 70, 1077 は、取消、不作為請求によって、満足に補償されない場合に慰謝料は許されると判示した。

（4）藤原「ドイツ判例法における名誉毀損的言説の取消を求める訴（Die Klage auf Widerruf einer Beleidigung）について」、司法研究所創立十五周年記念論文集上（昭三八）一一〇頁以下は、取消制度の確立までの発展過程を判例により跡付けている。

（5）RG, RGZ 60, 12 ff.

（6）RG, RGZ 88, 129 ff.

（7）RG, RGZ 148, 114.

（8）OGHbZ, OGHZ 1, 182.

二　取消請求権と他の権利との関係

1　取消請求権と原状回復請求権および妨害排除請求権

取消は、判例により創設された法制度であることは前述したが、その判例によれば、取消請求権の法的根拠も、当初は不法行為に基づく損害賠償の一態様としての原状回復（§249 BGB）と見られた。[1] しかし、この場合には、加害者の有責性（故意、過失）を要件とし、また利益衡量に基づく正当利益の擁護をも一定の場合には責任阻却事由として認めなければならない。したがって、この原状回復的な取消請求権は、有責性の要件を必要とせず、また不真実の証明により正当利益擁護の主張を排斥しうる点で、被害者に有利なＢＧＢ一〇〇四条などの類推による不作為的な取消請求権にとって代わられた。[2] 現時の判例、通説は、取消請求権をこの不作為的な取消請求権、すなわち妨害排除請求権の一態様としての取消請求権として認めている。[3]

取消請求権が、はじめ不法行為法上の原状回復的取消請求権として承認され、その後有責性を要件としない不作為的取消請求権に移行して来たことからも分るように、不法行為の効果としての損害賠償請求権と不作為請求権、特に妨害排除請求権とは一面で共通性を有する。すなわち、一方で一九〇五年のライヒ最高裁判所（ＲＧ）が法益について不作為請求権を承認して以来、[4] 絶対権侵害に対する不作為請求権（negatorischer Anspruch）以外に法益侵害に対する準不作為請求権（quasinegatorischer Anspruch）を認める法理が、判例、学説上確立している。したがって、このような法理の下では、不法行為による保護の対象、つまり絶対権および法益と妨害排除請求権のそれとは一致する。[5] また、不法行為も妨害排除請求権も、違法性を成立要件にしている。他方で、ＢＧＢの損害賠償は、原則として原状回復である（§249 BGB）。すなわち、不法行為と妨害排除請求権は、効果の点でも類似性がある。

そういう訳で、不法行為の効果として出てくる原状回復請求権と妨害排除請求権の関係を次に見てみることにする。

2　原状回復請求権と妨害排除請求権

第一に、両者とも保護の対象が同一範囲である。

第二に、違法性については、両者とも、すくなくとも客観的違法性を要件とする点では一致する。問題は、不法行為法の領域で問題にされ出した、行為違法説が、妨害排除請求の要件としての違法性にどのような影響を及ぼすかということである。この点は別の機会に検討したい。違法性阻却事由としての正当利益の擁護の問題は、特に取消請求権との対比では、一般に差異が承認されている。[6] 取消請求の場合には、不真実の証明がなされれば、取消請求は認容される。誰も、不真実な事実の主張を保持する正当な利益は有しないからであるとされている。[7] それに反し、不法行為に基づく損害賠償請求に対しては、正当利益の擁護は、一定の場合には、責任阻却事由となりうる。

第三に、有責性については、妨害排除請求の要件としては、要求されていない。

第四に、請求の相手方については、不法行為の場合には、侵害行為者であり、妨害排除請求の場合には、妨害者の行為により侵害が生じた場合(行為責任)、その行為者が妨害排除責任を負わされ、妨害状態が妨害者の意思に帰せしめうる場合（状態責任）にも、その者は妨害排除責任を負わされる。[8] Aがダンスホールを営業して隣人に騒音被害を及ぼしている場合、Aは、行為責任を負わされ、もしそのダンスホールがBの所有物であり、BからAが借りて営業している場合は、Bは状態責任を負わされる（Aはもちろん行為責任を負わされる）。ただし、取消請求権の場合には、その不代替性のために主張者による取消でなければ、その効力が劣るので、いずれにし

ても、主張者が取消義務者となる。

第五に、妨害排除請求権の時効については、古くは、三〇年の時効期間（§152 BGB）に服するとするのが支配的であったが、現在では、不法行為法（§852 BGB）を類推適用して、三年の短期時効に服するというのが有力である。[9]

第六に、原状回復請求権と妨害排除請求権の差異については、判例によれば、一方で妨害排除請求は、「物に影響をおよぼす源泉」[10]、「作用を続けている妨害原因」[11]の除去ということになり、またそれとの対比で原状回復請求は、「侵害結果」[12]、「物に生じた変更」[13]の復旧ということになる。たとえば、隣地の施設からの騒音、悪臭が飛来するイミシオーンの例では、騒音を減少させ、また悪臭を無臭化する装置を設置するなどして妨害原因たる騒音、悪臭を除去するのが妨害排除の対象となる。しかし、他方で実際には物に生じた不利益な変更に対しても、妨害排除による救済が与えられている。[14]つまり、この結果除去の場合には、不法行為責任と妨害排除責任との境界が不明確になる。

通説は、侵害の性質に着眼し、所有権侵害が、継続的侵害あるいは新しい侵害の源泉になり、またしたがって、有形的な妨害状態が存在する場合に、妨害排除の問題が生ずる旨、述べている。[15]

これに対して、Baur は、加害行為に着眼して、いわゆる「対向行為理論（Theorie des contrarius actus）」を提唱している。妨害排除請求によっては、「妨害的な活動の『対向行為』および妨害的な施設（『妨害源』）」の除去のみが請求されうるにすぎないとする。[16]たとえば、採石場からの爆破による落石事故について、屋敷内に落下した石の除去は、妨害排除請求により、家の屋根や窓ガラス等の損害は、不法行為に基づく損害賠償（§§823, 249 BGB）の問題になるとする。[17]

Pickerは、不法行為責任と妨害排除責任との衝突を避けるために、妨害排除責任が認められるためには、「事実上の権利簒奪（faktische Rechtsusurpation）」であることが不可欠であるとする。[18] BGB一〇〇四条の妨害排除請求権は、ある者が、所有権秩序により自分に帰属しない地位を占め、それによって、保護された権利の実現のじゃまになっている場合に、その者をその地位から退去させることを目的とする。Pickerは、通説に反して、妨害排除請求権を切迫した危険の除去を目的とするいわゆる危険除去請求権と解している。[19] すなわち、結果除去請求は、妨害排除請求権の対象とされないので、原状回復請求権との抵触は問題とならない。

Hohlochは、BGB一〇〇四条に基づく責任を侵害行為による権利の簒奪行為を前提とし、実質的には、法的支配領域間の平衡の要請から導かれるものとみる立場から、一定範囲では、結果除去も妨害排除請求権の内容に含まれると説いている。[20] すなわち、所有権侵害の場合の結果除去請求権は、侵害者の簒奪的権利行使に対して、所有権の完全性を保持する目的を有するものであり、それによって物に加えられた不利益な変更が除去される。侵害の結果、物に加えられた不利益な変更は、不法行為上の「損害」でもありうるので、その限りでは、この結果除去請求権と原状回復請求権は競合することになる。またその限りでは、原状回復の領域で有責性原理が廃棄されることになる。[21]

結局、判例、通説は、損害賠償請求権の要件である「損害（Schaden）」と妨害排除請求権の要件である「侵害行為（Beeinträchtigung）」の同質性を認めており、[22] また両請求権の効果についても一部の重複を認めている。前述の学説以外にも例えば、Esserは、両請求権の目的の差異を認めながら、「妨害排除請求権の内容が一般的にまた損害賠償請求権の内容でもありうる」[23] として両責任の競合を認めている。また、Larenzも、BGB八二三条以下の不法要件は、二重の意味を持ち、不法要件が客観的に充たされておれば妨害排除請求権を根拠づけ、有

責性も具えておれば、損害賠償請求権を根拠づける、と述べている。[24] Fikentscherも、妨害排除請求権と損害賠償請求権は、それぞれの要件を充たす限り、「並存的に」適用される旨、述べている。[25]

3　妨害排除的取消請求権と原状回復的取消請求権

妨害排除的取消請求権の原状回復的取消請求権に対する限界づけの基準は、判例、学説によれば、前者は、侵害原因の除去、後者は侵害の影響の除去である。[26] ところで、ここでも、判例、通説は、有責性を要しない妨害排除的な取消請求権の中に、結果除去をも含めているので、その限りでは、不法行為の効果としての原状回復的な取消請求権との境界は明らかでなくなる。[27]

主張された虚偽の事実が世人の記憶中に残り、将来にわたり、被害者の社会的評価を低下せしめる源泉となっているという意味では、その除去を目的とする取消請求権は、妨害排除的なものといえる。ところで、最初ある者が事実主張をなし、その後、沈黙していても、世人間で伝播されている場合には、最初の主張者への取消請求権は、一般に認容されている。Pickerは、この場合には、取消請求権によって、「継続的な侵害の源泉」の除去ではなく、原状回復がなされている、と述べている。[28]「継続的な侵害の源泉」は、現になされている世人の伝播行為であり、最初の主張者の主張ではないというのである。たしかに、前述した彼の妨害排除請求権についての考え方からすれば、世人の記憶中に残っている有害な主張を取消すのは、ある人の社会的評価に加えられた不利益な変更の除去、すなわち結果除去を意味し、それは、原状回復請求権の対象でしかないことになる。彼は、この場合、無過失の原状回復請求権が認められるのは、信用毀損につき無過失責任を認めるUWG一四条の例からして、一般的な「法的確信(Rechtsüberzeugung)」に反しないと述べている。[29]

Hohlochも、前述の事案につき、Pickerと同じく結果除去が問題となっていることは認める。[30] しかし、Hohloch

は、結果除去も、妨害排除請求権の中に含めるので、結論的には、判例、通説と差異はなくなる。前述のように、その限りでは、原状回復の領域で有責性原理が廃棄されることになる。また、ＢＧＢ二五一条は、原状回復が、不可能か不十分なとき(一項)、あるいは、法外な費用を要するとき（二項）に、金銭賠償に変容することを認めているが、その規定は、この妨害排除的な取消請求権には準用されない旨、彼は述べている。[31] 彼は、ＢＧＢ二五一条一項が準用されないのは、取消だけが原告の侵害された名声を回復したり、社会における原告の姿を正しうるからであるとし、また同条二項については、侵害された名誉、信用を回復させるのは、侵害者が被告に対し、不法を行ったことを一般公衆に知らせるという方法をとらざるをえないからであるとする。

原状回復請求権と妨害排除請求権の項で述べたことと同様に、この領域でも、両請求権の成立要件や効果についての一部重複が認められる。[32]

注

(1) RG, RGZ 88, 129; RGZ 97, 343; RG, JW 1934, 408.

(2) E. Helle, Der Schutz der Persönlichkeit der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 2. Aufl., 1969, S. 47; G. Hohloch, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, 1976, S. 60.

(3) RG, RGZ 148, 114, 123; RGZ 163, 210; OGbZ, OGHZ 1, 182; BGH, BGHZ 10, 104; BGHZ 14, 163; BGHZ 14, 222; BGHZ 31, 308; E. Helle, a. a. O., S.29 f.; H.Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S.358 ff.; K.Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, BT. 11. Aufl., 1977, §76, S.611 ff.; W.Fikentscher, Schuldrecht, 6.Aufl., §114, 4, S.696 ff.; U. Emmerich, BGB Schuldrecht BT, S.146 ff.; H.Kötz, Deliktsrecht, S.274 ff.

(4) RG, RGZ 60, 6.

(5) F. Baur, Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der "vorbeugenden Unterlassungsklage" JZ 66, S. 381 ff. は、不作為請求権の保護対象を(1)絶対権、(2)法律によって承認された法益、(3)不法行為法によって承認された個人的領域の利益、の三種に分けるが、特に、(2)、(3)については、全法秩序によって承認されておればよく、不法行為法と関連しなければならないということはないとする。

(6) 行為違法論との関係は、別の機会に論じたい。

(7) E. Helle, a.a.O., S. 45.

(8) F. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 9. Aufl., 1977, §12, S. 102ff.

(9) J. Esser, Schuldrecht, Bd. II BT, 4. Aufl., 1971, §112 IV, S. 456; G. Hohloch, a.a.O., S. 11/12.

(10) BGH, NJW 62, 1342.

(11) BGH, NJW 63, 2020; MDR 1964, 666.

(12) BGH, BGHZ 28, 113.

(13) RG, RGZ 163, 214.

(14) たとえば、河床にある爆破された橋の残がいの除去（BGH, BGHZ 1, 57, 64）、土地上に投棄されたごみや汚物の除去（BGH, BGHZ 18, 223ff.）、を妨害排除の対象とみている。G. Hohloch, a.a.O., S. 58.

(15) Staudinger-Berg, §1004 Rdnr, 6; G. Hohloch, a.a. O., S. 61. 参照。

(16) F. Baur. Lehrbuch des Sachenrechts, 9. Aufl., 1977, S. 12, IV, 1.

(17) F. Baur, a.a.O., §12, IV.

(18) E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 131f.

(19) W. Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 103.

(20) G. Hohloch, a.a.O., S. 166ff.

(21) G. Hohloch, a.a.O., S. 179.

(22) G. Hohloch, a.a.O., S. 63.

(23) J. Esser, a. a. O., S. 472.

(24) K. Larenz, a. a. O., §76, Ⅲ.

(25) W. Fikentscher, a. a. O., §114, Ⅱ, 2, S. 669/670.

(26) OGHbZ, OGHZ 1, 182; BGH, BGHZ 10, 104; BGHZ 14, 163; BGHZ 14, 222; BGHZ 31, 308; E. Helle, a. a. O., S. 30f.

(27) G. Hohloch, a. a. O., S. 59.

(28) E. Picker, a. a. O., 89/90.

(29) E. Picker, a. a. O., 90.

(30) G. Hohloch, a. a. O., S. 59.

(31) G. Hohloch, a. a. O., S. 189, S. 191.

(32) E. Helle, a. a. O., S. 47; P. Schwerdtner, a. a. O., S. 313.

三　取消の要件

1　客観的違法性

妨害排除の一種としての取消請求は、その排除が問題となっている状態の客観的違法のみを要件とする。[1] すなわち、この請求権は、被告の有責性（故意・過失）を要件とせず、この点で、損害賠償請求権としての原状回復と区別されている。

名誉は一方では、ＳｔＧＢ一八六条の名誉保護の規定と関連づけられたＢＧＢ八二三条二項によって私法的に保護される。その他、名誉が刑罰法規に違反しない行為によって侵害される場合には、一般条項性を有する一般的人格権によって名誉の保護がはかられる場合もある。

まず、ＳｔＧＢ一八六条とＢＧＢ八二三条二項の規定による場合には、ＳｔＧＢ一八六条に該当する行為は違法となる。しかし、その場合にも、その事実の主張が、「権利の行使あるいは権利防衛のためあるいは正当利益の擁護のため」になされたときは、表示の形式、または表示等のなされた事情から侮辱の存在が明らかでない限り、違法性を阻却する（§193 StGB）。この場合には、「正当利益の擁護」の判断に際して、法益、利益衡量がなされる。

一般的人格権の一内容としての名誉保護の場合には、一般的人格権自体が限界の不明な権利であり、したがって、他の権利ないし利益との調整が問題になってくる。すなわち、具体的事件における「法益ないし利益衡量（Güter- und Interessenabwägung）」によって権利の限界が画される。[2] つまり対立している権利の優劣、侵害の違法性なども、この法益、利益衡量によって決まる。要するに、具体的事件において、人格権が「侵害」されているという判断が、侵害の違法性に関する判断と一致することになる。[3]

人格権侵害の許否の基準として、一般的には、法益、利益衡量が不可欠かつ有用であるが、ことＳｔＧＢ一八六条の事実主張による名誉侵害の場合には、法益、利益衡量よりも、真実性が侵害の許否を決する基準として適している。[4] したがって、ＳｔＧＢ一八六条を充たす侵害行為による名誉毀損の場合には、真実性の基準が、利益、法益衡量に優先して適用される。侵害者が、この場合に正当利益の擁護に出たと抗弁しても、被害者は、その事実主張の不真実性を立証することによって、主張の取消請求を基礎づけることができる。しかし、損害賠償の請求が問題となっている場合には、結論を異にする。この場合、侵害者が事実を真実と思い、また侵害者が軽率に行動しなかった時には、正当利益の擁護は、責任阻却事由となり、損害賠償請求は認められないことになる。[5]

2　事実主張への限定

判例、通説によれば、取消されうるのは、不真実な事実の主張に限定され、これに反し、意見、価値判断は、取消の対象たりえないとされている。[6] その理由とするところは、まず、意見、価値判断の取消は、自由な意見発表に関する基本権（Art.5, Abs.1GG）に反するからである。さらに、加害者が意見を取消すことを強制されるならば、たとえ彼が内心でその意見を堅持しているとしても、そのような強制は、加害者の人間の尊厳[7]（Art.1GG）に反し、良心の圧迫[8]になる。ここでいう事実とは、原則として立証に適する、外界の事象や状態をいうが、内的態度、意図あるいはもくろみも、外的な状況あるいは状態と関係づけられた限りでは事実となる。[9]

名誉や経済的信用は、ある人の人格的価値、経済的信用についての社会の評価である。第一に、事実が主張されたり流布された場合、その事実は、その者に関して世論が形成される基礎となる。第二に、事実の中でも、真実な事実だけが、ある者の価値に関する世論の基礎として不可欠であり、真実に反する事実は、世論形成を歪めるものであり、名誉等保護のために制限されうるものである。したがって、不真実な事実の除去は、主張者の

意思を曲げることとしてではなく、世論の重要性により命ぜられた修正として現われる。[10] 事実主張が不完全、一方的、歪められあるいは誇張されている場合も、事実主張が完全に不真実である場合と同様に、世論の基礎として不適当であり、ここでの関係では、両者は同じように取扱われる。第三に、外界の事象、状態としての事実は、客観的な性質を有し、真否の証明が可能であり、主張の許否の基準となしうる。

それに反し、価値判断については、以下の点が指摘されうる。[11] 第一に、価値判断は事象や状態を判断者の基準で評価している。したがって、主観的性質、つまり判断者の立場に依存している。第二に、それゆえ、ある者に対する純粋の価値判断は、事実主張の場合とは異って、その聴者や読者が、その者に対する自己の意見を形成する基礎を提供しない。もちろん、価値判断が権威者によってなされたり、専門知識に裏うちされていたり、あるいは印象的に述べられている場合には、その価値判断は、名誉や経済的名声を危険にする暗示的な作用をする。第三に、価値判断は、事実主張とは異なり、真実、不真実の立証になじまず、当不当の問題しか生じない。つまり、人間やその行為に関する価値判断は、判断者の一般的、宗教的、道徳的、政治的、経済的あるいは芸術的な見解を具体的状況に適用して表明している場合が多い。そして、今日のような多元的社会においては、裁判官がそのような見解の正当性を測定しうる客観的基準に欠けており、合理的な答えは出されない。同じくどんな行動が道徳的により良いか、どんな政治的あるいは経済的政策がより正しいか、どんな技術的な方向がより重要であるかということは、客観的かつ法的に有効な基準によって決定されない。第四に、そもそも名誉および経済的名声自体が個々人の価値判断の交換に基づく一般的価値判断として成立しており、価値判断を制限すれば、保護しようとしている名誉や経済的名声から、その基礎を奪うことになる。第五に、不当な価値判断を制限するという形でなされても、価値判断の制限は、意見発表の自由とは相容れない。絶え間ない精神的論争、すなわち意見と

利益の闘争が、自由な民主的国家秩序の生活要素であれば、価値判断の発表は制限されてはいけない。基本法五条は、不当な価値判断でも保護する。

しかし、事実の主張と価値判断の区別は、必ずしも明確ではない。二、三具体例をみてみよう。連邦通常裁判所（BGH）は、被告が盗難にあった聖母マリア像を高額の賞金を約束して取戻した雑誌社(原告)の行為は、庇護罪および賍物罪になると告訴したり、新聞で非難するなどした事件で、被告は、事実の主張をしておらず、すでに周知の出来事についての法的見解を述べているにすぎないとし、また、被告は基本法五条に基づき、たとえその見解が間違っているとしても、見解を主張する権限があり、そのうえ、単なる意見の取消は誰も要求されないとして、訴を棄却した。[12] 同じく連邦通常裁判所（BGH）は、ある工事の換気装置の設計、監督者が原告の機械を発注し取付準備をしている取付業者に対し、原告の機械は「安いつまらぬ物」であると手紙で書き送り、その機械の購入を断念させた事案で、原告からの取消請求を問題の発言が価値判断であることを理由に棄却した。[13] また、特定の医薬品の製造および販売をなす者について、週刊誌「シュピーゲル」がその報道中で、これらの者は、「奇抜な吹聴で、それ自身無価値な物をかなりのもうけで呼び売りしている」と書いた事案で、連邦通常裁判所は、事実の主張ではなく価値判断とみた。[13-a]

最後に、事実主張という場合の「主張」について簡単につけ加えておく。事実の「主張」は、その形式の相違によって、陳述(Aufstellung)と流布(Verbreitung)とに区別される。陳述は、ある事実の主張を自分の固有の見解として述べるかあるいは他人の主張を自分のものとして述べることであり、流布は、ある種の主張を自分のものとすることなく広めることである。[14] 主張は、言語、文書、ことによっては、適切な動作によってもなされる。[15] 主張の意味は、付随的状況を考慮したうえで、全一体として評価されるべきである。主張者の意図や言葉の意味

も決定的ではなく、全体的な内容やその色合いによって公平な聴者や読者がどのように解したかが問題とされるべきである。主張は、第三者に伝達されてはじめて成り立つ。そうでなければ、名誉の毀損はありえないからである。主張が被害者本人に対してのみなされた場合は、名誉感情を侵害する侮辱(Beleidigung i. S. des §185 StGB)が成立するにすぎない。(16)

3　侵害の継続性

取消請求権が認められるためには、名誉毀損的な主張の作用が継続していなければならない。すなわち、名誉毀損的な主張が、被害者にとって、名誉毀損あるいは経済的名声の損傷として働き続ける源泉をなしている場合に、その侵害の排除に対する権利保護利益が認められるべきである。妨害排除請求権の一態様としての取消請求権については、当然の要件である。

名誉あるいは経済的名声に対する公然たる侵害の場合には、通常、妨害の継続性が認められる。なぜなら、この侵害は、取消されるか、根拠のないものとして証明されるまで、無批判な公衆のもとで、名誉、名声を損なうものとして作用し続けるからである。

4　言語的な発表

取消請求権は、侵害行為が言語的な発表による場合に認められる。他の種類の侵害は、取消になじまない。例えば、写真の公表によって作り出された印象、あるいは被害者を侵害する行為の影響等は、取消によっては除去されない。この場合は、通常の妨害排除の方法による。

侮辱(§185 StGB mit §823, Abs. 2 BGB)になるような「ののしりの言葉」は、被害者の名誉感情を害することはあっても、継続的にその者の社会的評価を低下させることはない。そのうえ、このような「ののしり

の言葉」は、性質上、謝罪したりすることに適しているが、取消によって社会から除去されえない。[17]「ののしりの言葉」による侵害に対しては、刑罰による救済が与えられている。

5　侵害除去の必要性

継続的な侵害を除去するために必要であるときにはじめて与えられる。取消がある種の不愉快を伴いうるとしても、取消は刑罰として作用してはならないし、加害者の謝罪と屈辱を目的としてもいけない。[18]これらは、刑罰の任務である。また被害者の損なわれている名誉感情を回復するためのものであってもいけない。したがって、判例は、被害者当人に対してのみなされた事実の主張の場合に取消を許すのは、しょく罪や謝罪を目的とすることになるという理由で取消請求を拒む。[19]取消は、内容および形式において、名誉の回復ないし継続中の人格権侵害の排除にとって、必要な限度を越えてはならず、そのために最も寛大な手段でなければならない。[20]また個人の秘密領域を事実を爆露するなどして侵害する、いわゆるプライヴァシーの侵害なども取消になじまない。というのは、知られたくない事実を取消の際に、再度、公表されることになるからである。

注

(1) BGHZ 10, 104; BGH, NJW 65, 35; 65, 294; E. Helle, Der Schutz der Persönlichkeit der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 2. Aufl. 1969, S. 30; W. Fikentscher, Schuldrecht, 6. Aufl. 1976, S. 699.

(2) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, BT. 11. Aufl., 1977, S. 531.

(3) K. Larenz, a. a. O., S. 531.

(4) E. Helle, a. a. O., S. 26.

(5) E. Helle, a. a. O., S. 20; K. Larenz, a. a. O., S. 553.

(6) BGHZ 10, 104, 105; BGH, NJW 61, 1913; BGH, NJW 65, 35; 65, 249; E. Helle, a. a. O., S. 30.

(7) E. Helle, a. a. O., S. 30.

(8) H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 359.

(9) E. Helle, a. a. O., S. 13.

(10) P. Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 315.

(11) 以下の叙述は、主として、E. Helle, a. a. O., S. 13ff. による。

(12) BGH, NJW 65, 294.

(13) BGH, NJW 65, 35.

(13—a) BGH, LM § 824, Nr. 13.

(14) E. Helle, a. a. O., S. 17.

(15) E. Helle, a. a. O., S. 16.

(16) E. Helle, a. a. O., S. 18.

(17) H. Hubmann, a. a. O., S. 359.

(18) RGZ 148, 124; BGH, NJW 52, 417; 58, 827; 58, 1044; BGHZ 14, 176.

(19) BGHZ, 10, 104; P. Schwerdtner, a. a. O., S. 319ff. は以下のように述べている。取消は、世論形成過程に入りこんでくる不真実な事実を取り除くことを目標としているから、世論形成過程に入りこんでいない「二人きり」での名誉毀損的な主張の取消は許されない。

(20) RGZ 163, 216; BGHZ 10, 105; BGH, JZ 60, 702f.

四　取消の種類および形式

1　取消の種類

（a）　無制限の取消　なされた主張の不真実が確実であるときに、何らかの制限あるいは補足なしの単純な取消がなされる。[1] この無制限の取消の本質は、一般に、「申立てられた非難の不真実性の承認（Eingeständnis der Unwahrheit des erhobenen Vorwurfs）」[2] あるいは、「間違いの承認（Eingeständnis der Irrtums）」[3]、あるいは「誤りの承認（Eingeständnis der Unrichtigkeit）」[4] と解されている。

これに反し、この無制限の取消を否認すべきだとする有力な学説がある。すなわち、Schlosser[5] は、取消はなされた主張が不真実であると宣言されるということを意味するのではなく、単に主張が主張として片付けられるべきであるということを意味するにすぎない、と述べている。また、Ritter[6] も、取消は、主張の内容につきいかなる見解も含まずに、主張をもとの状態にもどすことを意味すると、同様の見解を述べている。この立場では、判例、通説が、無制限の取消を許す場合として説明している事例についても次に述べる制限的取消のみを許すことになる。[7] またSchwerdtner も取消は、「（事実の）真実性を証明しえないことの承認」を意味するにすぎないという立場から、無制限の取消を否定する。[7-a] すなわち、この説によっても義務者は、取消により、述べられた主張は真実の証明が出来ないため保持されえない旨を宣言する、つまり判例、通説のいう制限的取消のみをなしうるにすぎない。そのような取消であれば、自由な意見発表の権利、自己の良心のみに従って行動する権利（信教の自由、思想の自由など）、感情の尊重に関する権利等のいずれにも反しない。そのうえ、取消によって不真実の事実が意見（世論）形成過程から排除されるということが、取消義務者の内的変化が求められずに達成される。[8]

（b）　制限的取消　主張の真実性が証明されえないために違法ではあるが、しかし、挙証責任を有する被害者

の方も、その主張の不真実性を立証しえない場合には、取消義務者は、不真実、間違い、あるいは誤りの承認ではなく、訴訟における証拠調べの結果によれば、その主張を保持しえない旨を宣言すべきである。[9]

被告が本と新聞で、原告（往年のベルリン突撃隊長）が一九三三年の帝国議会放火事件に指導的に関係していた旨を書き、その中で、原告を「強盗団の首領」、「大成功の突撃隊勇士の典型」、「放火犯首謀者中の一人」等等と表現した。そこで原告から名誉毀損的な主張の取消と不作為請求が出され、それが認容された事件で、連邦通常裁判所（ＢＧＨ）は、被告の主張は、捜査手続および民事訴訟における詳細な証拠調べの結果によれば、真実であることは立証されず、また他方、不真実性も確実ではないとして、被告に制限的な取消を課した。[10]

ある主張が最初は、正当な利益の擁護のために、それゆえに適法に発表されたが、その後になって、その主張の不真実性が証明された場合にも、その間に事実関係の解明の結果にもとづき、その主張はもはや保持されえないという形式の制限的取消が許される。[11]

これに対しては、主張が、最初適法に発表されたにもかかわらず、取消が許されることに反対して、法秩序によって保護された行為が後になって違法になることはありえない、という異議が出されている。[12] これに対して、連邦通常裁判所は、取消にとっては、過去のではなく現在の状態が問題であるということを強調している。[13] たとえば、被告（出版社および本の著者）が、自分達の著書を原告が内容的に、部分的に、あるいは語句的にまねることによって有責に盗作をなしたと非難したので、原告からその非難の取消と将来の不作為請求を訴求した。これに対し、連邦通常裁判所（ＢＧＨ）は、次のように判示して、両請求を認容した。訴訟の過程で原告は、その本の利用につき被告の許可を得ていることが明らかになった（つまり被告の非難は真実に反していた）。たしかにこの不真実は、後発的にのみ明らかになった。しかし、それにもかかわらず、この不真実は、現在において排除する原

告の不作為請求権（§1004 BGB)の要件としての非難の客観的違法性を基礎づける。それゆえ、もともと適法な行為が行為者の協力なしに、その後に違法になりえないという反論は間違っている。行為ではなく、行為に基づいた被告だけが除去しうる状態が違法を根拠づける。

この問題は、違法性理論についての結果違法（Erfolgungsunrecht）と行為違法（Handlungsunrecht）の対立と深いかかわりを持っているが、ここではこれ以上立入らないことにする。[14]

（c）訂正、補充　名誉毀損的な事実の主張が、絶対的に不真実ではないが、不完全、一方的、不明瞭あるいは誇張的で聴者や読者を誤解に導きやすい場合、例えばある者が実際は、正当防衛に当る行為で他人を傷つけたのに、正当防衛の点を黙って傷害の事実だけを述べたような事例では、事実が完全に真実に反する場合のように作用し、また世論の基礎としても不適切である。この場合の取消は、訂正、補充の宣言によりなされる。これによって世人の誤った印象が排除される。[15]

連邦通常裁判所（BGH）は、被告がある学生団体の政治的傾向について指摘する記事を自己の発行する週刊誌「シュピーゲル」で報道するに際し、原告の書簡等のある部分を言い換えたり短かくしたりして、原告の政治的立場を読者に歪めて伝え、彼の名声を損ねた事件で、以下のように述べて被告に訂正のための説明文の掲載を命じた。すなわち、新聞が政治的出来事について適切な方法で報道している時には、原則として社会の正当利益を擁護している。しかし、その正当利益の擁護は、新聞が個人の名誉の侵害を顧みずになしうるほど広くは認められていず、基本法（GG）五条一項の出版の自由とGG二条（人格の自由な発展の権利）およびGG五条二項（個人的名誉権）が対立している場合には、両者の利益衡量によって決せられる。「『シュピーゲル』の記事は、原告の意見を文脈から切り離したり、またそれ以外の方法でなお、不正確に引用したりすることによって、読者

に単に部分的な真実を伝え、またそのように原告にとって不利益な人格の誤った評価に対する基礎をすえた」。このことから生じた名誉侵害は、正当利益の擁護によっては正当化されないとして、被告による説明文の掲載を命じた。

(d) Abrücken　他人の主張に対して、誰かが責任を負うべきであれば――たとえば著者の主張に対して新聞発行人は責任を負う――、その者は、他人の名誉毀損的な発表から離れること(Abrücken)が取消請求により請求される。[16]

(e) 暫定的取消　仮処分の方法で、被告は、その主張を「目下のところ」あるいは「現時点では」保持できない旨の宣言をさせられる。[17]

2　取消の形式

連邦憲法裁判所は、Augstein 決定[18]において、取消の形式について、重要な問題を提起している。

週刊誌(「シュピーゲル」)の編集者兼発行人であるAugstein がCSUの政治家Straussについて多くの記事をその週刊誌に掲載したが、特にStraussが連邦国防相時代に汚職をした旨の非難記事が問題となり、Straussからの求めに応じて、ミュンヘン地方裁判所は、Augsteinに自筆署名による取消と慰謝料を言渡した。しかし、Augsteinは、この判決に対し、人間の尊厳、人格の自由な発展の権利および自由な意見発表の権利 (Art. 1, 2, 5 GG) を侵害するものだとして、連邦憲法裁判所に憲法異議を申立てた。しかし、この憲法異議は、遅滞した申立を理由に却下されはしたが、その決定は、取消の意味について詳細に述べていた。

その要旨は以下の通りである：取消を命ずる判決言渡は、取消義務者により取消されるべき主張の不真実性について、その義務者が納得させられていなければならないということを意味しない旨を裁判所は確定した。取消義務者は、屈辱感を感じさせられてはいけない。すなわちその意志が屈服させられてはいけない。彼の確信を変

えることが彼に不当に要求されているのではなく、また――現存しない――確信の変化を外部へ告白することが彼に不当に要求されているのでもない。それどころか、取消義務者は、その宣言中で、彼が彼に下された確定判決の履行として宣言を述べる旨を表現することができる。取消義務者がこのように法治国家の訴訟手続で下された判決に応じるならば、彼はただ現行法の尊重だけを表明しているにすぎない。このような宣言においては、人間の尊厳の侵害はありえない。

この決定によれば、取消の宣言により取消義務者が屈辱を感ずるなどして、人間の尊厳を侵害することがないようにとの配慮から取消の形式が問題とされている。つまり、取消判決は、義務者にその確信を変えることも、また確信の変化を外部へ告白することも要求しておらず、したがって取消義務者は、取消宣言中で、自分に下された確定判決の履行として宣言している旨を表現してよいとされている。しかし、この配慮は、実際には、取消の効力を弱める結果になった。

Augsteinは、「シュピーゲル」の一九七〇年一二号に取消宣言を掲載した。すなわち、まず、裁判所が彼に一定の詳細に挙げられた主張を取消せと言渡した旨を述べた。この宣言によって、彼が為そうとしていることは、当時彼によって述べられた確信の変化に基づいて行なわれるのではないことを述べた。さらに、この宣言は、連邦憲法裁判所の決定により為すものであるとしたうえで、「連邦憲法裁判所は、私の確信を変更することを私に不当に要求しない旨およびこの種の宣言は、決して――現存しない――確信の変更を外部に告白することを意味しない旨を述べている」と強調した。その宣言中に、彼は、問題となった記事の縮小された写真を掲載した。

連邦憲法裁判所の付したこの制限――宣言文中での、判決により課された義務の指摘――は、取消の効力をい

ちじるしく弱めるものであると批判されている。[19] すなわち、最初の主張の遠回わしの裏付けを述べているに等しくなるとされる。[20]

注

(1) E. Helle, Der Schutz der Persönlichkeit der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 2. Aufl., 1969, S. 33; H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 360.

(2) H. Hubmann, Der Anspruch auf Widerruf ehrverletzender Pressedarstellung, JUS 63, 131.

(3) J. Esser, Schuldrecht, Band II, BT, 4. Aufl., S. 473.

(4) OLG Karlsruhe, Die Justiz 63, 203, 204; BGHZ 37, 187, 189f. は、「事実主張の取消は、被告がなされた主張を誤りと宣言する」という点で理解されるべきであると判示する。

(5) P. Schlosser, Zur Beweislast im System des zivilrechtlichen Ehrenschutzes, JZ 63, S. 309ff.

(6) F. L. Ritter, Zum Widerruf einer Tatsachenbehauptung, ZZP Bd. 84 (1971), S. 163ff., 178.

(7) F. L. Ritter, a. a. O., S. 166.

(7—a) P. Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 315ff.

(8) P. Schwerdtner, a. a. O., S.317.

(9) H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 360; E. Helle, a. a. O., S. 33; J. Esser, a. a. O., S. 473; W. Fikentscher, Schuldrecht, 6. Aufl., 1976, S. 698.

(10) BGB, NJW 66, S. 647.

(11) H. Hubmann, a. a. O., S. 360; E. Helle, a. a. O., S. 34.

(12) M. Salinger, Die Unterlussungsklage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, GruchB 64 (1920) 276ff.; D. Leipold, Wirksamer Ehrenschutz durch gerichtliche Feststellung von Tatsachen, ZZP 84 1971, S. 150ff.; H. Hubmann, a. a. O., S. 360 / 361.

(13) BGB, NJW 58, 1043; 59, 2011f.; JZ 60, 701f.; BGHZ 37, 191; F. Baur, Der Beseitigungsanspruch nach §1004 BGB, AcP 160 (1961) 480f.; H. Hubmann, a. a. O., S. 361

(14) F. Baur, a. a. O., S. 467ff.; W. Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, 394ff.

(15) H. Hubmann, a. a. O., S. 360; E. Helle, a. a. O., S. 34.

(16) E. Helle, a. a. O., S. 34 / 35.

(17) E. Helle, a. a. O., S. 37ff.; F. Baur, Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964, S. 607ff.; L. G. Essen, JZ 72, 89ff.

(18) BVerfG, NJW 1970, S. 651 / 652 =Ufita Bd. 59 (1971), S. 324ff.

(19) P. Schwerdtner, a. a. O., S. 325f.; D. Leipold, a. a. O., S. 150f.

(20) P. Schwerdtner, a. a. O., S. 326.

五　取消をめぐる訴訟法上ならびに執行法上の問題

1　取消と挙証責任

判例、通説は、取消の本質を不真実の承認と解する立場から、主張者が自己の主張の真実性を立証しえないだけでは、取消は主張者に課されず、むしろ、その主張の不真実性が確定的である時、主張者に対して取消は課される、とする。[1] つまり、名誉毀損の際に不作為請求や損害賠償については、主張が真実であることの挙証責任を侵害者が負わされているのに反し、取消については、主張が不真実であることの挙証責任を被害者が負わさるべきであるとする。そうでなければ、あるいは、取消義務者は、真実であるかもしれない主張を不真実であると宣言することを法により強制されることになり、取消義務者の人格に反するような良心の圧迫になるとする。[2]

たとえば、判例は以下のように述べている。

「……事実主張の取消は、被告が述べられた主張が不真実であると宣言するという点で理解され、また原告の意図に従っても、そのように理解されるべきである。しかし、法は、誰かが判決によって、ひょっとして真実であるかもしれない事を不真実であると呼ぶように義務づけられることを許さない。被告が、原告によって求められた裁判上の命令に自由意思で従わないならば、その述べられるべき宣言は、ＺＰＯ八八八条の意味で不代替的行為であるので(OGHZ 1, 182, 194)、被告は、その内容が客観的真実にも、また宣言者の主観的確信にも反するかもしれない宣言を拘禁あるいは罰金で強制されることになる。しかし、基本法一条、二条の観点からすでに、異議を述べられるかもしれないそのような法的強制は、主張の取消請求権が主張の不真実性を前提としているということを示している。従って、取消請求権の特性は、立証責任配分に結果があらわれ、かつ不作為請求権や金銭賠償に影響を与えている立証法則(Beweisregel)の借用を許さない」。[3]

要するに、判例、通説は、取消の本質を不真実の承認と理解し、またその執行はＺＰＯ八八八条によるとする観点から、取消義務者の人間の尊厳等を考慮し、一般の妨害排除、損害賠償としての原状回復とも異なる挙証責任の配分をとっているのである。

もし、被害者が、主張の不真実性を立証しえず（したがって判例、通説のいう無制限の取消は許されない）、また侵害者による真実性の立証もなされえないときには、前述のように、制限的取消だけが与えられると解されている。(4)

これに反して、取消の本質を判例、通説のいう制限的取消、すなわち、述べられた主張は、真実性の立証に欠けているため保持しえない旨の宣言と理解する立場からは、判例、通説とは逆に、つまり一般の妨害排除、損害賠償の場合と同様に、侵害者に真実であることの挙証責任を負わせる。(5)そして、判例、通説による挙証責任配分の欠点を以下のように指摘している。被害者に挙証責任を負わす説によれば、取消を請求する者は、相手方の主張の不真実を立証するため、自分の経済的および私的存在のデーターを公開しなければならず、このことは、被害者に取消請求をしりごみさせる原因となる。また、そのような挙証責任の配分は、侵害者が報道機関などのマス・メディアである場合には、それに追加的な情報をえさせる結果になる、というのである。(6)

2　取消判決の執行

イ、不代替的作為を目的とする債権の執行

取消判決の執行もＺＰＯ八八八条が適用されるとするのが学説、判例の一般的傾向である。(7)すなわち、取消宣言を不代替的作為とみて、その執行につき、その執行方法を規定したＺＰＯ八八八条を適用していこうとするものである。取消が不代替的すなわち高度に個人的な行為ということは、主張の効力が、まさにその主張者によっ

てのみもとの状態に戻されうるということを意味する。[8] 取消を命ずる判決が言渡されたのに、債務者が任意に履行しないときは、罰金(最高額五〇、〇〇〇DM)および六ケ月以下の拘禁(§913 ZPO)によって、債務者に取消の宣言を強制する。しかし、債務者が、この処罰を受けてもよいという気になれば債権者は、取消請求権を実現するてはずはないことになる。この罰金は、債権者にではなく、国家に帰属する。

取消の強制は、GG一条一項、二条一項に基づく基本権に反するという批判は、「名誉毀損的な主張をなした人の尊厳は、被害者の尊厳よりも保護に値しない」というように、反論されている。[9] またこのGG一条一項、二条一項との関係で、憲法違反にならないようにするため、取消の本質も主張の内容に対する態度表明なしに、単純に主張から離れること(Sich-Distanzieren)にすぎない旨主張されている。[10]

ロ、意思表示をなすことを目的とする債権の執行

これに反して、取消判決の執行は、意思表示をなすことを目的とする債権の執行に関するZPO八九四条を準用してなすべきとする説も有力に唱えられている。[11]

この説は、取消の個人的な宣言を罰則によって強制することは、債務者に不必要な屈辱を負わすことになるということを配慮して、取消を命ずる判決の確定によって取消がなされたとみなそうとするものである。第一に、ZPO八九四条は、意思表示に関係し、また法律効果の発生に関するものである。それに反し、取消の発表は意思表示でも、また法律効果の発生でもなく、単に名誉毀損的な主張の事実上の継続のみの排除を目指しているにすぎない、ということが問題となる。この点につき、Helleは、以下のように答えている。[12] 取消と意思表示の差異は取消判決の執行として、取消の宣言を要するかどうかという問題に関しては、重要でない。ZPO八九四条の趣旨は、「表示の強制は債権者を引き留め、また債務者を必要もないのにわずらわす」[13]ということにあり、そ

のことは、取消の宣言の場合にもあてはまる。またＺＰＯが施行された一八七九年には、私法的な名誉保護の手段としての取消はまだ判例学説上承認されていなかった。[14] したがって、意思表示以外の表示を命ずる判決を言い渡す可能性を立法者は思いつかず、そのためＺＰＯ八九四条で規定されなかっただけである。第二に、取消判決が、特別な取消宣言を要しないならば、それは、不真実あるいは、証明不可能の確認、つまり消極的な事実の確認を対象としており、確認の利益がある場合に、「法律関係の存在あるいは不存在」および書面の真正不真正についてのみ確認訴訟を許すＺＰＯ二五六条に反するのではないかという疑問である。これに対して、確認判決では、消極的事実の確認は判決の直接の対象であるのに、取消判決では単にその基礎をなすにすぎず、したがってＺＰＯ二五六条に反しない、と主張する。[15] 第三に、原告がある給付を命ずる判決の執行を断念するならば、権利保護の必要性に欠けるのではないかという問題がある。これに対しては、原告の実体法上の請求権が判決の確定によって――判決の執行を要せずに――履行されるならば、権利保護の必要性に欠ける場合にあたらない、とする。[16] まさに、ＺＰＯ八九四条がその例であり、取消判決の場合も同様である。

さらに、取消判決の執行にＺＰＯ八九四条を準用して、判決に取消の個人的な宣言の代用を認める見解は、裁判所は、名誉毀損的な主張が届いた人々への原告による判決の送付権限や公然の主張の場合には判決公表権限を与えるべきだと主張する。この判決の送付、公表権限および「この宣言は、この判決が確定すると同時に発表されたものとみなす」旨の追加書は判決主文に付加されるべきだと主張する。[17]

下級審ながら、最近この見解をとる判決があらわれた。[18] 「名誉毀損的な主張を聞き知った者の意識中にあるその主張の継続を排除するのが取消の目的であれば、取消は、その目的を越える方法でなされる必要はなく、また加害者に刑罰類似の性質を有する付加的な重荷を負わす副次的作用を含む方法で行われる必要もない」とした上

で、取消判決の執行は、ZPO八九四条に従ってなされるべき旨判示した。そして、この取消は、この判決が確定力を有するにいたるやいなや発表されたものとみなす旨の追加書を判決主文中で記載することをもあわせて承認した。

3　取消の際の判決公表

取消に対する加害者の義務を言い渡している判決を加害者の費用で公表することが、妨害排除のために必要なように思われる限り、裁判所は、被害者にその権限を与えることができる。[19] この判決公表は、判例によれば、BGB二四九条あるいは一〇〇四条[20]に基づくものとされている。[21]

有害な発表が特にマス・メディアによって公然と公表され流布されたときには、取消を命ずる私法上の判決が公表されることによっても、その公表は排除されうる。

この判決公表は、被告をきびしくさらしものにする。したがって、この判決公表は、その公表が侵害を阻止、排除するために必要不可欠である限りにおいて、また、被告に不必要な「屈辱」を与えない限りで、また「屈辱」を与えない方法で許されるにすぎない。[22]

公然の名誉毀損(§200 StGB)、および不正競争(§23, Abs. 2 UWG)、および著作権侵害(§103 UrhG)を理由とする刑事判決、および不正競争(§23, Abs. 1 UWG)を理由とする民事判決の公表が法規上規定されている。これに反し、公然の名誉毀損や経済的名声侵害を理由とする民事判決の公表は、判例により承認された。[23] その際、判例は、まず、損害賠償たる原状回復(§249 BGB)として判決公表を認めたが、後に、妨害予防、排除(§1004 BGB)[24]としても認めるようになった。

裁判所は、個々の事件の諸事情を比較考量して、判決の公表が必要であるかどうかを決する。[25] 世間がすでに新

聞によって十分に周知させられているときは、公表は必要ない。[26] また判決の公表は、有害な発表よりも広範囲に達してはいけない。それゆえ例えば、有害な発表が回覧で流布されたにすぎないときは、日刊紙上での公表は必要でない。[27] しかし、他方、判決公表は、例えば、ある団体からのメンバーの除名が、日刊紙で告知されたならば、被害者は、通常、除名の無効を確定する判決が、同一の新聞で公表されることを請求しうる。[28]

公表の種類、公表される新聞、公表される期限等は、判決で正確に確定されるべきである。

これに反し、判決公表そのものを否定する見解もある。たとえば、Schwerdtner は、取消の不代替性を強調して、判決公表権限は、それを損うので許されないと主張する。[29]

注

(1) RG, JW 39, 238; JW 33, 1403; BGHZ 37, 189f. 191; H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967, S. 359/360; E. Helle, NJW 62, 1813; P. Schlosser, Zur Beweislast im System des zivilrechtlichen Ehrenschutzes, JZ 63, S. 312; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, BT. 11. Aufl. S. 478ff; J. Esser, Schuldrecht, Bd. II, BT. 4 Aufl. S. 468ff.

(2) H. Hubmann, a. a. O., S. 359/360.

(3) BGHZ 37, 187ff., S. 189/190.

(4) RG, JW 39. 238; BGH, JZ 60, 702; BGHZ 37, 190; BGH, NJW 66, 649; Rehbinder, Beweislast für die Unwahrheit der Behauptung und Umfang des Widerrufsanspruchs beim privatrechtlichen Ehrenschutz, JZ 63, S. 314ff.; Soergel-Siebert, §12 Anm. 9.

(5) P. Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977. S. 324.

(6) P. Schwerdtner, a. a. O., S. 323 / 324.

(7) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, §894 Anm. 1 ; Johaness, JZ 1964, S. 317 ff.; W. Grunsky, Einführungs in der Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht, S. 17; F. L. Ritter, Zum Widerruf einer Tatsachenbenbehauptung, ZZP Bd. 84 (1971), 173ff.; Schwerdtner, a. a. O., S. 332ff., S. 334; OLG Freiburg, JZ 51, 751; BGH, NJW 52, 417; 62, 1438.

(8) F. L. Ritter, a. a. O., S. 164; Schwerdtner, a. a. O., S. 334.

(9) F. L. Ritter, a. a. O., S. 175; Schwerdtner, a. a. O., S. 334.

(10) F. L. Ritter, a. a. O., S. 175 / 176; Schwerdtner, a. a. O., S. 334.

(11) Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10, Aufl, 1978, §39, Ⅱ. 1. S. 194; E. Helle, Das Urteil auf Widerruf einer verletzender Behauptung und seine Vollstreckung, NJW 63. 131ff.

(12) E. Helle, a. a. O., S. 131 ff.

(13) E. Helle, a. a. O., S. 131 ff.

(14) 一九〇五年一月九日のRGZ 60, 12 が私法的な取消を取り扱った最初の判決である。

(15) E. Helle, a. a. O., S. 132.

(16) E. Helle, a. a. O., S. 132.

(17) E. Helle, a. a. O., S. 132.

(18) OLG Frankfurt, v. 12. 5. 1972, JZ 74, 62ff.

(19) H. Hubmann, a. a. O., S. 361; BGH, LM §1004 Nr. 85.
(20) RG, JW 34, 411.
(21) BGH Arch PR Übers. X (1965), 55, OLG Freiburg JZ 51, 751f.; LG Gießen, NJW 57, 1804.
(22) BGH, NJW 63, 904.
(23) RG, JW 1934, 408.
(24) OLG Freiburg JZ 51, 751.
(25) BGHZ 14, 163, 172.
(26) BGH, NJW 65, 294.
(27) OLG Zweibrücken, JW 1934, 51.
(28) RG, JW 1934, 610.
(29) P. Schwerdtner, a. a. O., S. 321.

六　取消に対する批判

1　Leipold の批判(1)

Leipoldは、実際上も、理論的にも問題のある取消請求の代わりに、不真実を直接に確認する訴訟を提唱している。この不真実の確認訴訟によって取消請求をする際の原告の目的である名誉毀損的な主張が不真実である旨の裁判上の確認も達成され、また取消制度に内在する問題も、これによって、解決されるとする。

Leipoldは、第一に、取消請求で被害者、中傷者双方の利害を調整することは不可能である、とする。そして以下のようにその根拠を述べている。名誉の継続的な侵害を排除するには、たしかに、取消義務者による、なされた主張は不真実である旨の宣言が適切である。しかし、そのことは、取消義務者の良心や確信に威圧を加えることになる。それを回避するために、連邦憲法裁判所は、取消義務者が取消宣言中で、自分の確信を変更するものではない旨を宣言してよい、と一の解決策を示した。そのことによって取消の効力は弱まり、むしろ、取消は以前の主張の新たな流布とすら考えられる。第二に、彼は、取消請求権には、理論的にも二点の問題があると指摘する。その一は、取消請求権の法的根拠の問題である。つまり、不法行為法上の損害賠償請求権に基づくものか、あるいは、不作為的な妨害排除請求権に基づくものかという問題である。判例、学説が一般に解しているように、有責性を要件としない不作為的な妨害排除請求権とみると、この場合の妨害源の排除は、たとえば、イミシオーンの場合の騒音、ほこりの発生源である装置の排除と同視しうるか。取消宣言は、それによって名誉毀損的な影響をできるだけ取り除くために、最初の主張に対する平衡を作り出そうとする試みにすぎず、だとすれば、それは妨害排除の性質を越えていないか。つまり、原状回復になっていないか。その二は、名誉毀損的な主張が正当利益の擁護としてなされ、したがって、違法性を欠く行為が、後に、訴訟上その主張の不真実が立証された場合、判例、通説は、取消が認められる、とする。これとの関連で生じてくる行為違法かあるいは結果違法かという難かしい理論的対立に遭遇する。

そういうわけで、Leipoldは、ZPO二五六条を類推適用して、不真実の確認の訴を提唱しているのである。そして、この確認判決は、UWG二三条、StGB二〇〇条を類推適用して、被告の費用で名誉毀損的な主張の流布状態に対応して、それぞれ一定範囲の人々あるいは公衆に知らされる。

2　Schwerdtner の批判[2]

Schwerdtner は、以下の三点を掲げて、取消を批判している。第一に、取消請求の構造的な弱点すなわち、取消請求は、時たま、最近の法的に許された、以前の主張の繰り返しになり、またそれによって以前の言説の強化としてあらわれる点を指摘している。

第二に、取消の形式につき、前述、Augstein-Beschluß は、その宣言中で「取消義務者は、自分に対して発せられた確定力ある判決の履行としてこの声明を掲載している」旨を述べてよいということを確定した。それによって、実際上は、最初の主張の遠回わしの裏付けのみを述べているような取消宣言も可能になった。

第三に、取消請求については、被害者が、挙証責任を負うとするのが判例、通説であるが、そうだとすると、被害者が主張の不真実を立証するためには、経済的および私的存在のデーターを提出しなければならず、このことは、被害者が取消請求するのをしりごみする原因となり、また侵害者がマス・メディアであれば、取消請求は、それへの追加的な情報提供をさせる道具となる。

注

(1) D. Leipold, Wirksamer Ehrenschutz durch gerichtliche Feststellung von Tatsachen, ZZP, Bd. 84 (1971), S. 150ff.

(2) P. Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, S. 312ff.

七　総括

名誉毀損的な事実主張の取消制度は、私法上の名誉、信用保護手段として判例により確立されたものである。一方で、取消制度の私法上の名誉保護手段としての有効性を承認しながらも、取消義務者に不必要な屈辱を課したり、謝罪を強要するものであってはならないと、たえず意識され続けている。このことは、沿革上の理由にもよるが、それ以上に、取消によって、取消義務者が自己の主張が真実に反する旨の宣言を強制されることから、取消義務者に屈辱を与え、その良心の自由、人間の尊厳を侵害することを理由とする。

取消請求権は、当初、不法行為の効果としての原状回復請求権として、後に、有責性を要件としない妨害排除請求権の一態様として確立され、現在にいたっている。このことは、一方で、準不作為請求権の確立により、絶対権以外の法益まで不作為的保護が可能にされていたこと、したがって、不法行為の保護の対象と妨害排除の保護の対象が一致すること、また他方で取消請求権が、結果除去機能を含み、その点で不法行為の効果としての原状回復と競合関係を生ずる、ということと関係する。したがって、取消請求権が結果除去を含むような場合には、原状回復との抵触が生ずる。取消の場合、虚偽の事実主張が世人のもとで、被害者の社会的評価を低下させている場合に、その不利益な変更ないし侵害結果をその事実主張を取消すことにより復旧しているとみれば、原状回復的であるし、主張された虚偽の事実が世人の記憶中に残り、将来にわたり被害者の社会的評価を低下せしめる源泉をなしているとみれば、取消はその原因除去、すなわち妨害排除ともみられる。したがって、特に、取消請求を妨害排除と構成しているのは、有責要件なしで救済を容易にしようという政策的な配慮から出たものとも言えるのではないか。

取消の要件については、違法性の点では、ＳｔＧＢ一八六条とＢＧＢ八二三条二項による名誉毀損の場合、

「正当利益の擁護」という違法性阻却事由に優先して、不真実性という基準が用いられるので、不真実の立証さえ出来れば、広く取消は認められる。また、意見発表の自由（Art. 5, Abs. 1 GG）等との関連で、取消の対象を「事実」主張に限定し、価値判断や意見等は取消しえないものとされている。また、取消により保護されるのは、名誉、信用であり、名誉感情は入らない。

取消の本質は、判例、通説によれば、「事実主張の不真実の承認」であり、それ以上に、被害者の名誉等を侵害したことの承認や謝罪は含まれない。自由な意見発表や良心の自由を配慮して、取消を「(事実)の真実性を証明しえないことの承認」と解すべきとの説も有力に説えられている。また、同様に取消の強制が、義務者の「人間の尊厳」を侵害しないようにとの配慮から、取消義務者は、取消宣言中で、自分に下された確定判決の履行として宣言している旨を表記してよいとするのが連邦憲法裁判所の見解である。しかし、このような配慮は、取消の効力を弱め、新たな流布とすら考えられると批判されている。

挙証責任についても、被害者に不真実の挙証責任を負わせていた。これは、取消義務者が、真実であるかもしれない主張を不真実であると宣言することを強制されることがないようにとの配慮が働いている。

取消判決の執行についても、不代替的作為を目的とする債権の執行（§888 ZPO）とするのが判例、通説であったが、意思表示をなすことを目的とする債権の執行（§894 ZPO）、不真実の確認訴訟（§256 ZPOの準用）などの有力な反対説もある。

（昭和五十四年六月十日脱稿）