

人格権侵害に対する損害賠償の史的考察

—損害賠償法の二元化—

石井 智 弥

I. はじめに

人格権侵害の態様を分類すると、生命、身体、健康などの被害者の身体的部分を損傷させる侵害態様と被害者の精神的な内面部分を傷つける侵害態様が考えられる。損害賠償の議論に焦点を絞ると、前者の侵害態様については、多発する交通事故を背景にして損害概念に関する議論が活発化し、人身侵害に対する損害賠償の充実化が図られた⁽¹⁾。一方、後者の侵害態様に関しては、長年、低額な慰謝料が批判され⁽²⁾、近年になって、500万円前後の慰謝料を認める判決が現れるようになった⁽³⁾、その算定を裏づける原理については不明確なままであり、いまだ大きな課題が残されている。判例によれば、慰謝料の額は、被害者・加害者双方の財産状況・社会的地位や不法行為の動機など諸般の事情を考慮した上で、裁判官の裁量により算出されることになっている⁽⁴⁾、このような説明は、どんな場合に金額が高くなり、どんな場合に低くなるのか分からず、当事者への説得力にも欠けるものと言えよう。そもそも慰謝料によって救済しようとしている非財産的損害は金銭によって換算できない損害であり、財産的損害のように、賠償額算定の際に参考にしうる指標（市場での価値など）も無い。換言すると、非財産的損害は、金銭で損害を填補するという考えが妥当しにくい種類の損害である。こうしたことから、古くから慰謝料の機能に関しては損害填補以外の機能、すなわち制裁的機能が論じられてきた⁽⁵⁾、通説及び判例は慰謝料においても損害填補の考えを維持し続けた。そしてこの通説・判例の主張の根拠こそ、「制裁機能は刑事法が果たすべきもので、民事法の目的は損害の填補である」

という民事刑事峻別の考えである⁽⁶⁾。

しかし、民事刑事の峻別という理由だけでは、金銭で換価しえない非財産的損害を金銭で埋め合わせるという発想に、合理的な説明を与えることができない。なぜならこれは「民事法は損害填補を目的とし、刑事法は制裁を目的とする」という峻別体系をアプリオリなものとして捉え、この体系の帰結として、非財産的損害であっても民事法の領域である限り金銭による損害填補の理念が作用する、と述べているに過ぎないからだ。したがって、金銭で換価し得ないものを金銭で埋め合わせるという矛盾には何も答えてはいない。

そこで本稿では、損害填補の理念は非財産的損害⁽⁷⁾の場合にも妥当するのか、という点について、ドイツ民法典起草前後の法状況とその後発展した人格権の法的保護手段の発展を辿りながら検証していく。その結論として、財産的損害と非財産的損害はそれぞれ別の算定原理に基づいてその賠償額を決定すべき、という仮説を次に提示する。

人格権侵害の中でも、とりわけ精神的な部分への侵害に焦点を当て、その侵害に対する効果的な保護手段の研究を深めることが本稿の目的である。

II. BGB 起草時の議論とその後の発展

1. BGB 起草時の法状況

はじめに、ドイツ民法典（以下 BGB と表記する）が起草される直前の法状況から民事救済手段の変遷を概観する。次に、民事の救済手段において中心的な役割を果たす損害賠償について、BGB に大きな影響を与えたとされるモムゼンの損害論に目を向ける。

(1) 民事・刑事峻別の動き

18世紀から19世紀にかけてプロイセン、オーストリア、ザクセンなどで法典編纂が始まった。刑法においても、刑罰が国家の利益のために行使されていた無秩序な状態から、「罪刑法定主義」のもとで近代刑法へと変貌していったのもこのころである。このような各法律の法典化の中で、刑法には刑法独自の目的、民法には民法独自の目的がより明確に意識されるようになる。その結果、既存の法制度を民事と刑事に分ける作業が行なわれるようになった。次に述べるインユーリア訴権と慰謝料の扱いはその顕著な例と言える。

(a) インユーリア訴権の消滅⁽⁸⁾

ローマ時代、当初「インユーリア」は身体侵害のみを指し、賠償額ないし罰金の額は侵害の種類によって定額化されていた。やがて被害者が請求額を決定できるインユーリア評価訴権が設けられ、さらにインユーリアの対象も罵詈雑言や侮辱が含まれるようになる。もちろんこの時代は民事刑事が未分離のままであった。その後ローマ法を継受したドイツでも民事刑事未分離のままインユーリア訴権は活用されたが、インユーリアの対象は狭められ侮辱となり、取消 (Widerruf)、謝罪 (Abbitte)、名誉宣言 (Ehrenerklärung) などの数あった名誉の保護手段の一つとして用いられた。

このインユーリア訴権は、名誉の毀損を金銭で解決することを嫌悪するドイツ人の法思想に加え⁽⁹⁾、1872年の刑法典施行を契機にその存続が危ぶまれるようになる。すなわち、施行されたこの刑法典は、故意の身体侵害及び重大な名誉毀損の不法行為を公的刑罰によって威嚇するものとしていたからだ。刑罰は公的なものとして認識され、私人 (被害者) のための刑罰 (私的刑罰) としてのインユーリア訴権は、施行された刑法典の中に置かれなかった。その結果、インユーリア訴権は民事・刑事峻別の動きの中、刑罰の法典である刑法にも規定されず、損害賠償の法典である民法

にも規定されなかったため、消滅へと向かった。

(b) 慰謝料の存続⁽¹⁰⁾

一方の慰謝料は、最終的に損害賠償の法典である BGB に定着する。そもそも慰謝料は裁判実務から発展したと言われる。16世紀中葉、賠償額算定の際に苦痛を考慮するのを当然視していた民衆から、苦痛に対する賠償の要求が強まったため、裁判所は理論的な正当化もないまま、非財産的損害にも賠償を認め始めたとされる。17世紀中葉になると「パンデクテンの現代的慣用 (Usus modernus pandectarum)」により、このような賠償はアクィーリア訴権の拡大として位置付けられるようになる。しかし、ローマ法上、非財産的損害は刑罰によって保護されていたため、非刑罰化したアクィーリア訴権の拡大という扱いには矛盾が孕んでいた。さらに損害賠償と刑罰が混在したゲルマン法のブーセ (Buße) も慰謝料の発展に寄与していた。それゆえ「刑罰か損害賠償か」という慰謝料の本質に関する議論は、BGB の立法まで続くことになる。

その後慰謝料は、その本質に関する議論が決着のつかぬまま、各地で法典の中に規定されるようになる。例えば1794年のプロイセン一般ラント法は、農民又は一般の市民階級の人だけに制限した上で、耐え忍んだ苦痛の程度に応じて、必要な治療費の半分を下回らなかつその2倍を上まわらない限度で、慰謝料が算定される旨規定した。またザクセンでは、1838年の刑法典に慰謝料は規定されていたが、後に1863年のザクセン民法典草案の中に現れることになる。

このように慰謝料の本質は不明確なまま法典の中に取り込まれていったが、傾向としては損害賠償のほうに近づいていったようである。ブーセと比較しても、刑罰的要素を強く残すものとして扱われたブーセのほうは刑法典に位置付けられたのに対し、ブーセの損害

賠償の側面から派生した慰謝料は民法典に規定された。それゆえ刑罰と損害賠償が混在する非財産的損害に対する救済の中で、損害賠償としての機能に着目された結果、慰謝料は存続したと考えられる。

(c) 小 括

かくして刑罰と損害賠償が混在した制度は、刑法と民法のどちらかに分類されるか、あるいは消滅の道を辿ることになった。その過程で、非財産的損害も慰謝料の形で民法の中での救済が与えられるようになったが、BGB起草当時の法状況を見ると、民法の主たる救済対象は財産的損害であったように思われる。それは次に検討するモムゼンの損害論から読みとれる。

(2) 財産的損害を想定した損害論

非財産的損害については、その法的救済手段は民事・刑事峻別の過程で消滅したものと存続したものに分かれていったが、財産的損害に関しては、民法の中心的な救済対象としての位置付けがなされていく。損害論に多大な影響を与えたモムゼンの「差額説」もそうした流れを後押ししていったと考えられる。

モムゼンは利益概念を「ある者の現在の時点での財産額と、特定の損害となる出来事の介入がなければこの者の財産が問題となった時点で有していたであろう額の間の差」⁽¹¹⁾と捉えて統一し、この利益が損害賠償によって賠償される損害とした。また、モムゼンは責任の基礎となる事実によって賠償範囲を変えるのは刑罰にあたることを考え、責任の基礎となる事実と損害賠償の範囲を結びつけることに反対した⁽¹²⁾。そしてこの差額説は、BGB249条の「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ていなければ存在するであろう状態を回復しなければならない」という文言と結合し、いくつかの批判や修正はあったものの⁽¹³⁾、損害論に関する支配的な見解の基本的な立場として存続することになる。

差額説は財産状態の差によって利益・損害を割り出すので、被った損害以上の賠償額を支払わせることはない。それゆえ、民事と刑事の峻別にも適合する。生じた差額を賠償するということは、まさに損害の填補をそのまま投影したものと言える。

民事刑事峻別の流れの中で、民法の中心的役割である損害賠償、そしてその損害賠償の根本的課題である損害論において、損害填補の理念と合致する差額説が唱えられ、浸透していったことは、損害填補の理念を民法全体の支配理念へと定着させるのに大きな役割を果たしたと考えられる。

さらにモムゼンの見解において注目すべきことは、差額説自体が財産的損害を前提としていた、ということである。損害賠償の対象となる利益概念の定義からも分かるように、損害は財産上の差と考えられている。それにもかかわらず、BGB249条は財産的損害と非財産的損害の区別をしていない。そのため、損害填補と差額説は財産的損害であるか非財産的損害であるかを問わず、損害賠償法の理念として染み渡っていった。

(3) 小 括

BGB起草前の法状況について整理してみると、民事刑事の峻別の流れの中で、損害賠償と刑罰が混在する法制度は民法と刑法のどちらかに分類され、あるいは消滅していった。そうした状況において、非財産的損害に対する救済手段も民法の中に置かれたが、損害賠償を議論する上で主として念頭に置かれたのは財産的損害であった。それゆえ損害論も財産的損害を前提にしたものとなり、こうした前提のもとで展開されたモムゼンの「差額説」が損害填補の理念を後押ししながら損害賠償法全体に浸透していった。その結果、非財産的損害の賠償も損害填補の理念のもとに包含しうるように扱われた。

以上のようにBGBが立法される直前の法状況を整理したうえで、次に立法過程において非

財産的損害，特に人格権侵害に対する救済がどのように考えられていたのかを考察する。

2. 立法当時⁽¹⁴⁾の人格権保護の議論

(1) 非財産的損害に対する認識

非財産的損害はその性質上，金銭で換算できないため，客観的にその損害額を割り出せない。裁判官の裁量によって決めざるを得ない。BGB 第一草案の立法者はこのような裁量権を裁判官に与えることを危険視したとされる⁽¹⁵⁾。そのため，非財産的損害に対する金銭賠償は，法律に規定された場合に制限して認められた。

第二草案でも非財産的損害に対する金銭賠償の限定主義は貫かれ，結局，限られた救済対象として BGB は，生命，身体，健康の侵害や自由，名誉の侵害を規定することになった。すなわち，生命，身体，健康，自由については BGB 823条 1項により賠償が可能となり，非財産的損害も BGB 旧847条に賠償を認める規定が置かれた。名誉に関しては，BGB823条 2項の保護法規違反の規定により，名誉毀損の刑罰法規に違反する限りにおいて，賠償が認められることとなった。しかし，生命，身体，健康は確かに重要な法益であるが，その侵害は純粋に精神的苦痛だけを惹き起こすのではなく，何らかの財産的損害の発生を必ず伴うものである。したがって財産的損害を主たる損害として想定しているものと考えられる。自由についても，その内容に関しては，身体的な行動の自由だけを指していたのか，精神的な自由も含むものであったのかは不明であり，学説では前者の立場で理解されている⁽¹⁶⁾。それゆえ立法者が非財産的損害の保護を積極的に採り入れようとしていたのかは疑問が残る。特にそうした疑念は，名誉を保護する仕方から思い起こさせる。

(2) 名誉の保護⁽¹⁷⁾

日本民法には710条及び723条に名誉を保護するための規定があるが，BGB には明文で名誉を保護する規定はない。そのため前述のように，

BGB823条 2項の保護法規違反として不法行為を構成することになる。これは裁判官に広範囲の裁量権を認めることを危惧したという理由のほかに，名誉独自の理由がある。すなわち，名誉への侵害においても，財産的利益の侵害と同様に金銭賠償で解決することに対して，ドイツの民衆，特に上流階級（*besseren Kreise*）の者たちは強い嫌悪を抱く，という法感情があり，第二次草案の委員会においてもこの考えが主張されたからだ⁽¹⁸⁾。さらに当時のこのような見解を指示するものとして，例えばハルトマンも「最も神聖な心情を下劣な強欲で評価し，そのあらゆる有責の侮辱を金銭の給付によって埋め合わされることは，とても深遠なドイツ人の感覚にとって抵抗がある」⁽¹⁹⁾と述べていた。したがって，名誉の保護は金銭による填補ではなく，刑罰による威嚇が原則的な手段として位置付けられることになった。

その一方で，名誉に類似した信用（*Kredit*）については，BGB824条に保護の規定が設けられた。しかしこれは，経済上の名誉（*Geschäftsehre*）と呼ばれる法益であり，その侵害は非財産的損害を生じさせるものではない⁽²⁰⁾。つまり，名誉（*Ehre*）であっても人格的な名誉（*persönliche Ehre*）の場合には，民法上の問題ではなく主として刑事罰による解決を念頭に置き，経済上の名誉（*Geschäftsehre*）の場合には民法で保護することになっている。このことはまさに，立法者がもっぱら財産的損害の救済を想定して BGB を設計していた，という証左であろう。

(3) 小 括

以上の分析から，BGB は財産的利益の保護に主眼を置いて作られ，金銭による救済が馴染まない非財産的損害は例外的な存在として扱われたと考えられる。そして，例外的に発生する非財産的損害も生命，身体，健康，身体的行動の自由の侵害など，何らかの財産的損害と結びつきうる損害が想定されたと思われる。したがっ

て、現代社会で重要視されている「私生活」の観念も BGB 立法時には強く意識されてはいなかったであろう。それゆえ、非財産的損害の救済手段が不十分なまま BGB は制定されたと指摘しうる。

しかし、現実には科学技術の革新やマスメディアの著しい発展が人格権の深刻な侵害を生み、非財産的損害は立法者の想定を越えて多発した。そこで次に、こうした非財産的損害の続出に対し、判例はどのように展開していったのかを考察する。

3. その後の人格権保護の発展⁽²¹⁾

(1) ライヒ裁判所時代

BGB の立法段階では例外的な存在として位置付けられた非財産的損害は、人格権侵害の事例で多く発生したが、BGB243条により制限的にしか認められていなかったため、保護の対象から漏れる法益が問題となった。そこで、民法上の保護の対象から外れる人格的利益も包括的に保護する権利概念として一般的人格権が唱えられた。

しかしライヒ裁判所は一般的人格権を承認しなかった。すなわち、「一般的人格権は現行の民法では認められていない」(RGZ. 69. 403) という理由から、氏名権や著作権など法律上規定された権利だけが民法上保護される、とする態度を取り続けたのである。その結果、法律上規定のない一般的人格権を承認し、人格的利益を包括的に保護するという積極的な対応はなされず、非財産的損害に対する効果的な保護手段は講じられなかった。

(2) 連邦通常裁判所での展開

ライヒ裁判所時代、厳しい環境にあった人格権の保護は、第二次大戦後、連邦通常裁判所(以下 BGH と表記する)に改まると、判例において大きな変化を見せる。まず、ボン基本法(以下 GG と表記する)の中に人間の尊厳の不可侵性(GG 1 条 1 項)と人格の自由な発展の

権利(GG 2 条 1 項)が規定されたことを受けて、一般的人格権が承認されるようになった(BGHZ13. 334)。これを契機に、具体的な民事上の保護手段として損害賠償に関する法理が展開されていく。

その第一歩として、「アマチュア騎手事件」の BGH 判決(BGHZ26. 349)が BGB253条の制限を BGB 旧847条の類推適用によって克服する。すなわち BGB 旧847条に規定された「自由」の解釈を身体的自由から精神的自由へと広げることにより、非財産的損害の賠償を可能にした。次に「朝鮮人参事件」の BGH 判決(BGHZ35. 363)では、BGB253条の限定主義から脱し、GG 1 条及び 2 条 1 項を根拠にして、人格権侵害を理由とする金銭賠償を認めた。そして、人格権保護に関する判例が BGB の規定から乖離していくことは是非を問題にした「ソラヤ事件」(NJW1965. 686 ; BVerfGE34. 269)において、憲法裁判所は BGB による非財産的損害の制限を「立法上の過誤」と指摘し、人格権侵害を理由とする金銭賠償を容認した。この憲法裁判所の判断により、BGH によって展開された人格権の保護手段は正当化された。さらに近年、一連の「カロリーネ事件」の BGH 判決(BGHZ128. 1 ; NJW1996. 984 ; NJW1996. 985)では、人格権侵害に対する金銭賠償に抑止的機能が認められた⁽²²⁾。

(3) 小 括

人格権侵害の事例における BGH の判例の展開は、非財産的損害に関する BGB の不備を補うものであった。立法者は財産的損害の救済を主として想定し、非財産的損害を限定した。この弊害が人格権侵害の事例で顕在化したため、BGH は初めに BGB253条の限定主義を克服しなければならなかった。これは一般的人格権の承認、そして人格権侵害を理由とする金銭賠償の創造によって成し遂げられることになるが、判例の展開はさらに続き、侵害抑止のための金銭賠償が判決の中で示された。この抑止的機能

については、すでに「ソラヤ事件」での憲法裁判所の判断の中で説示されており、「カロリーネ事件」で初めて現れたものではない、という指摘もある⁽²³⁾。

以上のような人格権保護の判例は、非財産的損害の救済という側面から考察すると、一つの到達点に達したようにも考えられる。すなわち、損害填補の理念からの離脱である。損害填補の理念は財産的損害の救済を念頭に置いて浸透されたとすると、非財産的損害の救済の場合には、十分に機能する原理とはなりえない。このような機能不全は人格権侵害の事例において顕著に現れる。こうしたことを背景にBGHは、民事上の保護を人格権にまで広げていく中で、損害填補の理念から脱し、人格権保護の一つの手段として侵害抑止の機能を損害賠償の中に取り入れたのではないかと思われる。

Ⅲ. 二元化の試み

1. 損害填補の理念の限界

これまでの分析から、BGBと非財産的損害との関係は、次のような結論に達しうる。すなわち、損害賠償法を支配する損害填補の理念は、BGB自体が財産的損害の救済に主眼を置いていたため、財産的損害を前提にした考えであった、ということである。後にBGHの判例が非財産的損害の救済のためにBGBの制限主義を修正していったとき、救済手段として侵害抑止の考えが現れたが、この考えはまさに、損害填補の理念は非財産的損害の事例には適合し得ない、という損害填補の限界を示したものと言える。

このようなドイツ民法における非財産的損害の保護の発展は、日本民法における非財産的損害に対する効果的な救済手段を検討する上で、有益な材料となる。日本民法ではドイツと異なり、非財産的損害に対する金銭賠償は制限されることなく認められていたが、損害填補の理念は非財産的損害の賠償においても適用された。その結果、原告が精神的苦痛に対する賠償として、損害填補の理念と異なるいわゆる懲罰的損害賠償を求めても、

「我が国の不法行為に基づく損害賠償制度は、…被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復することを目的とする」（長野地判平成14年12月4日判例タイムズ1147号245頁）として、そのような目的的金銭賠償は認められて来なかった。しかし、損害填補の理念が非財産的損害に妥当するものではない、ということがドイツ民法の歴史的考察から明らかになった今、もはや損害填補の理念に拘束されることはない。それゆえ、人格権侵害に代表される侵害行為によって生じる非財産的損害の賠償は、損害填補の理念ではなく、別の理念に基づいて算定されるべきことになる。つまり、損害填補の理念は財産的損害の場合にのみ用いられ、非財産的損害の場合には別の理念を確立し、損害賠償の理念は二元化されるに至る。

2. 新たな理念の確立

では、どのような算定理念が非財産的損害の場合には適用されるべきなのか。私見としては、被害者の満足、侵害行為の抑止、侵害行為者の制裁の三つを提示したい。

まず、被害者の満足については、すでにスイス債務法がGenugtuungとして規定している⁽²⁴⁾。ドイツでも慰謝料の本質に関する議論が行なわれた中、BGHは非財産的損害の相応な填補と並んで被害者に対するGenugtuungを慰謝料の機能として認めた⁽²⁵⁾。それゆえ満足の考えは、比較法的にも非財産的損害に対する賠償の算定理念として合理性を有する。次に侵害行為の抑止に関しては、前述の「カロリーネ事件」のようなマスメディアによる人格権侵害において効果的であると考えられる。他人の人格権を侵害する内容の記事で発行部数を伸ばし、利益を得ようとする報道機関に対し、それによって獲得される利益を上回る金銭賠償を課すことで、類似の侵害行為を一般的に抑止することが可能になるからだ。この抑止の考えに類似するものとして、「利得の吐き出し」という観点から加害者の得た利益を賠償額算定の要素と考えることもできるが、このように加害者側の利

得のみに着目すると、加害者が何の利得も得ていない場合に対処できなくなる。そこで三つ目として、侵害行為者を制裁するという視点から損害賠償を論じることが必要になる。すなわち、英米法の懲罰的損害賠償にあたるものだ。英米法では財産的損害であるか非財産的損害であるかを問わず、このような損害賠償は認められうるが、「非財産的損害に対する賠償は損害填補の理念に拘束されない」という立場からは、非財産的損害の場合には日本民法上も認められる余地はあると考える。

また、これら三つの算定理念の中でどれが強調されるかは、具体的な事例に従って判断されるべきである。例えば、すでに刑事事件で加害者が有罪判決を受けている場合には、制裁の理念が賠償額算定に与える影響は小さくなるだろう。

IV. 結 び

本研究では非財産的損害の救済という視点からBGBの成立過程及びその後の判例を分析することで、「非財産的損害の賠償には損害填補の理念は適用されない」という帰結を引き出すことができた。そしてこの帰結を前提に、その延長作業として、非財産的損害に対する賠償の算定理念を三つ提示することも試みた。

これまで慰謝料の算定は、裁判官の裁量で行なわれるとしながらも、損害填補の理念から逸脱することはできなかった。しかし本稿の結論に立てば、慰謝料の算定も「裁量」の一言で片付けることなく、「被害者の満足」、「侵害行為の抑止」、「侵害行為者への制裁」の理念のいずれかあるいは全てを強調することで、算定額引き上げの理由とすることができるだろう。もし、理由が不明確なまま慰謝料額を上げてしまうならば、慰謝料額の「相場」が引き上げられた、という印象を与えかねない⁽²⁶⁾。確かに取引社会においては、裁判結果の予測可能性は重要であり、そのため賠償額に「相場」というものがあれば有益であるかもしれない。しかし人格権侵害においては、侵害行為によって得られる利益と賠償金として支払う額(損失)を天秤にかける上での資料を与えること

になる。このようなことは、ルキウス・ウェラティウス⁽²⁷⁾の故事からも連想されるように、定額化された賠償金を支払えば他人の人格権を侵害してもよい、という思考形式を助長させてしまうであろう。それゆえ、慰謝料額の「相場」を引き上げるという発想ではなく、明確で適切な理念に基づいて算定することが、非財産的損害の救済、さらには人格権の保護にとって望ましいと考える。

注

- (1) 高橋眞「損害論」『民法講座別巻1』(有斐閣、1990年)。
- (2) 五十嵐清・宮田裕『名誉とプライバシー』(有斐閣、1968年) 67頁。
- (3) 判例タイムズ1070号29頁以下参照。プライバシー侵害に関する最近の裁判例の研究として、升田純「プライバシーの値段(1),(2),(3),(4・完)」NBL870号、871号、872号、873号(2007-2008年)参照。
- (4) 大判明治43年4月5日民録16輯273頁。
- (5) 戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償請求権(一),(二)」法学協会雑誌50巻2号・3号(1932年)、三島彦宗「慰謝料の本質」金沢法学5巻1号(1959年)など。
- (6) 民集51巻6号2373頁、東京高判昭和63年3月11日判例タイムズ666号91頁など。
- (7) 本稿で使用される「非財産的損害」は、最高裁昭和39年1月28日(民集18巻1号136頁)に示された「無形損害」という広い内容の概念を意味するのではなく、財産的損害と対置させた狭義の概念、すなわち、精神的損害を指すものとして使っている。
- (8) インユーリア訴権について、石井茂樹「Injuriaの史的観察」法学協会雑誌42巻6号127頁、斎藤博『人格権法の研究』(一粒社、1979年)312頁以下参照、Vgl. Ina Ebert, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*. 2004. S. 197ff.
- (9) 後述4頁(2)名誉の保護。
- (10) 慰謝料について、斎藤・前掲318以下参照、Vgl. Horst Kaufmann, *Rezeption und Usus modernus*

- der actio legis Aquiliae*. 1958. S. 29ff.; Judith Göbel, *Geldentschädigung und Schmerzensgeld*. 2004. S. 9ff.
- (11) Friedrich Mommsen, *Zur Lehre vom dem Interesse*. 1855. S. 3. モムゼンの『利益論』に関しては、北川善太郎「損害賠償論の史的変遷」法学論叢73巻4号1頁(1963年)、平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会, 1971年)31頁以下、樫見由美子「ドイツにおける損害概念の歴史的展開—ドイツ民法典成立史—」金沢法学38巻1・2号211頁(1996年)参照。
- (12) a. a. O. S. 167f.
- (13) 吉村良一「ドイツにおける財産的損害概念」立命館法学150号794頁(1980年)、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義—ドイツにおける判例の検討を中心に—(一), (二), (三)完」立命館法学248号, 251号, 252号(1996—1997年)参照。
- (14) BGB 編纂当時の状況については斎藤・前掲58頁以下、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会, 1999年)参照。
- (15) Motive. S. 22.
- (16) 椿寿夫・石近健男編『註釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省堂, 1990年)74頁, Dieter Medicus, *Schuldrecht II Besonderer Teil*. Auflg. 11. S. 370f.
- (17) 宗宮信次『名誉権論』(有斐閣, 増補版, 1961年)156頁以下, Tilman Hoppe, *Persönlichkeitsschutz durch Haftungsrecht*. 2001. s. 51ff.
- (18) Protokolle. S. 1247.
- (19) Hartmann, *Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung*. AcP. Bd. 73. 1888. S. 364.
- (20) 宗宮・前掲158頁以下, Medicus, a. a. O. S. 379.
- (21) ドイツにおける人格権の保護について, 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—一般的人格権理論の発展」戒能通孝・伊藤正巳編『プライベート研究』(日本評論社, 1962年)150頁以下, 三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣, 1965年)16頁以下, 斎藤・前掲, 五十嵐清『人格権論』(一粒社, 1989年)122頁以下, 木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成—人格権概念に仮託された意味・機能に着目して—(1), (2完)」立命館法学295号, 296号(2004年)参照。
- (22) 中村哲也「人格の商品化とドイツ不法行為法—カロリーネ・フォン・モナコ事件をめぐる—」法政理論33巻2号(2000年)、窪田充見「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償請求権の役割」ジュリスト1199号33頁(2001年)、拙稿「ドイツにおける人格権侵害に対する金銭賠償—侵害抑止を目的とした損害賠償—」専修法研論集36号1頁(2005年)。
- (23) Rosengarten “Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht” NJW1996, Heft30. 4S. 41935.; Körnar “Zur Aufgabe des Haftungsrechts - Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente” NJW2000, Heft4. S. 244.
- (24) スイス債務法49条。スイス法については, 吉村良一「スイス法における精神的損害の賠償(一), (二)完」法学論叢105巻4号, 5号(1979年)参照。
- (25) BGHZ. 18. 149.
- (26) 慰謝料の定額化を志向するものとして, 井上繁規「名誉毀損による慰謝料算定の定型化及び定額化の試論」判例タイムズ1070号4頁(2001年)。
- (27) 十二表法の規定により, 故意に他人の身体を傷つけた者は25アースの定額化された罰金を支払うとされた古代ローマ時代, ルキウス・ウェラティウス(Lucius Veratius)という者が歩きながら通行人を平手打ちし, 後続の奴隷が被害を受けた通行人に25アースを支払って歩いた, という故事。ゲオルク・クリンゲンベルク(瀧澤榮治訳)『ローマ債権法講義』(大学教育出版, 2001年)336頁参照。