

# 名誉および人格権侵害をめぐる訴訟に おける証明責任

フライブルク大学教授

ディーター・ライポルト

野村 秀 敏 訳

## 目次

- I 事実の主張による人格権侵害をめぐる訴訟における証明責任
- II 公法上の撤回請求訴訟における証明責任
- III 継続的な影響を残す事実の主張に対する私法上の名誉保護をめぐる訴訟における請求権内容と証明責任
- IV 要約

最近数年間の幾つかの興味深い判例によって、主張された事実が真実であるか不真実であるかについての証明責任が、名誉および人格権の民事法上の保護の枠内においてどのように大きな意義を有するかが、新たに明らかとされた。その人格権に関する著名なモノグラフィ<sup>(1)</sup>中において、ハインリッヒ・フープマンは、とりわけ撤回請求権 (Anspruch auf Widerruf) について明瞭に現れる利益の対立を明確に摘示し、それによって——他の多くの人格権保護についての問題点におけると同様に——判例および学説に強い影響を与えた。たとえば、連邦通常裁判所

は、後で詳しく紹介されることになる一九七七年六月一四日の判例中<sup>(2)</sup>で、明示的にフープマンの論述を引用している。議論の現状に対して若干の簡潔な所見を述べようという以下の試みは、本記念論文集の被献呈者に、心からの幸福を祈りつつ、感謝の気持ちのつつましやかな表現として捧げられる。

(1) Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. (1967), S. 358 ff., S. auch Hubmann, Der Anspruch auf Widerruf ehrenverletzender Presseartikel (zu BGH NJW 1961, 1913), JUS 1963, 98, 100 sowie JZ 1963, 131 (Urteilsanmerkung zu BGHZ 37, 187=JZ 1963, 130). Grundlegend auch Hubmann, Das Recht auf Identität, Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt (1966) 161.

(2) BGHZ 69, 181, 183.

## I 事実の主張による人格権侵害をめぐる訴訟における証明責任

概観の出発点となる連邦憲法裁判所の最近の判例<sup>(3)</sup>は、主張された事実が真実であるか不真実であるかについての証明責任が、名誉保護の領域においてのみならず人格権のその他の侵害の場合にも中心的な意義を有することがありうる、ということを具体的に示している。この訴訟においては、バーデン＝ヴュルテンベルク州の一九七六年の州議会の選挙戦中の出来事が問題となった。キリスト教民主同盟のバーデン＝ヴュルテンベルク州支部は、その演説者に対し、そこにとりわけ以下のような文章を含む「活動する社会主義者」と題する模範演説草稿を配付した。「ここで最後に、経済の負荷能力について検討したい。経済というものは、壊れるまで強く無理な使い方をし、それから任意に再び始動させることのできるモーターのようなものである。このようにエプラーとシュテファンが言った。」当時ドイツ社会民主党のバーデン＝ヴュルテンベルク州委員長であったエアハルト・エプラーは、経済の負荷能力について検討しなければならぬと文字どおり言ったこともないし、その趣旨のことを言ったこともないとの理由で、右のように述べることを止めるように求めて訴えを提起した。民事諸裁判所は不真実の証明がないと

し、証明責任を原告に負わせたので、請求棄却となった。憲法異議の申立ても理由なしとされた。

まず第一に興味深いのは、連邦憲法裁判所がその訴えを実体的にどのような評価したかということである。裁判所は、キリスト教民主同盟によってなされた主張中に名誉侵害的な非難を見ることが出来なかったため、主張された請求は名誉保護の領域の問題ではないとした。だが、連邦憲法裁判所は、被害者「自らが得ていると考えている社会的な名声についての自負」(der selbst definierte soziale Geltungsanspruch) がそれによって侵害される場合には、基本法二条一項によって保護された一般的人格権は、言ってもいいことを言ったとされることによって侵害されうるとの結論に達して、人格権の保護に新たな次元を開いた。この方向指示的な法的思考は、ここで引き続き分析されることはない。また、(連邦憲法裁判所と同様に) ドイツ社会民主党の委員長の言ったことについてなされた主張は、(直ぐ前に再掲した形での) 一般的人格権の侵害と評価されうるために、内容的に十分重大であるということが出発点とされる。

実体的に見て、人格権の侵害は、明らかに、原告が言ったとされることを言わなかった場合にのみ、肯定される。民事諸裁判所がこの問題の真偽不明を理由に請求を棄却した、つまり、原告に証明責任を負わせたことを、連邦憲法裁判所は憲法上問題はないとした。被告はその主張を理由付け(substantieren) しなければならぬ、すなわち、原告の反論がそれに関連しうることになる言った時、方法、相手方を述べなければならないから、不真実の証明は原告にとって不可能な要求ではない、という連邦憲法裁判所のこの関連における指摘は正当である。被告のこの理由付責任(または、原告は不真実についての主張・証明責任を負っており、被告はその限りで否認をするものであるということから出発するならば、二次的な主張責任)は、実際、原告にとり価値のある手助けとなる。被告による十分な理由付けがなされていない場合には、被告の否認は無効であり、ひいては原告の不真実であるとの主張は自白されたものと看做されるべきである(民事訴訟法一三八条三項)。他方、被告の主張が不真実である場合

にも、そのようなことを具体的に当て推量で述べたり、でっちあげたりするのが容易なことが時折ある。つまり、まさに例示の場合が示しているように、にもかかわらず、証明の危険は重大なままである。侵害された実体基本権から証拠法上の要求をも引き出すことはそれ自体全く可能であると思われるが、人格権の保護がこのように不十分となることの中にまさに憲法違反を見ることは、明らかに行き過ぎであろうし、その点では連邦憲法裁判所に賛成されるべきである。<sup>(7)</sup>

しかし、「憲法上ではなく」いわゆる一般法上の権利の平面において、被害者に、彼についてなされた主張が不真実であることの証明を負担させることが実際に説得的であるか否かが検討されるべきである。ここで刑法一八六条に含まれた逆の証明責任規定のことを考えてみるのが、非常に容易に思いつかれる。多分通説といつてよいであろう見解によって、名誉侵害的主張の差止請求権が問題である限り、民事法上の名誉保護の領域について、この証明責任規定は類推適用されている。<sup>(8)</sup>撤回請求権が問題となつて初めて、後でさらに示されるであろうように、見解が分かれる。ところで、確かに、連邦憲法裁判所の判例の事案は直接には名誉保護の領域の問題とはされえない。<sup>(9)</sup>連邦憲法裁判所は、これを理由に、刑法一八六条は適用されるべきではないということを出発点とした。<sup>(9)</sup>だが、ここで判断されるべき人格権の問題は名誉保護に近いので、名誉保護について認められた証明責任規則の類推が適当に思われる。双方において、証明不可能の危険を主張者に負担させ、それにより、彼をして、名誉もしくは一般的人格権を侵害する事実を主張する前に、まず真実性と証明可能性について慎重に確かめるようにさせることが、被害者の保護のために適切である。主張が正当な利益の擁護のために命ぜられているように思われる場合に初めて、そしてその限りで（刑法一九三条類推）、証明が欠けているにもかかわらず、しかしいずれにせよ手掛りが存在する場合に、事実の主張をなす、ないしは（それが反駁されていない限りで）主張を維持する権利が被告に認められるべきである。具体的な事件においては、しかし、正当な利益の擁護の要件を肯定することは困難である。<sup>(10)</sup>選挙戦

においてなるべく多くの自党への投票を獲得するという利益は、政治的競争者についての証明しえない主張をなすことを正当化しえない。

ここで主張された証明責任規則によると（それは主張責任にも影響を及ぼし、被告による理由付責任をその第一次の主張責任であるかのように見えさせる）、（高等裁判所がいったように）証拠調べの結果被告によってなされた主張が真実であるとも不真実であるとも確定されない場合には、したがって、差止請求訴訟は認容されるべきであつた<sup>(17)</sup>。

- (3) BVerfGE 54, 148-JZ 1980, 719-NJW 1980, 2070.
- (4) BVerfGE 54, 148, 155.
- (5) BVerfGE 54, 148, 157.
- (6) Vgl. Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl. (1983), §138 Rdnr. 28f.
- (7) それに反し、基本法三条一項のほかに他の憲法上の考慮から、証明責任は当事者に均等に分配されていなければならぬとの一般原則を導くことは説得的ではない。だが、BVerfGE 52, 131, 143ff. にあつて、「少数意見」はこの方向に進んだ。Dagegen Stürner NJW 1979, 2334, 2337; Stein-Jonas-Leipold (N. 6), Rdnr. 63 vor §128.
- (8) RG JW 37, 2352; RGZ 115, 74, 79, 83; P. Schlosser JZ 1963, 309, 311; Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen (1965), S. 164; Baumgärtel-Witmann, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1 (1981), § 823 II Rdnr. 97.
- (9) BVerfGE 54, 148, 157. 刑法一八六条に含まれた証明責任規則に言及し、正当な利益の擁護を理由にその考慮を否定した高等裁判所の説明を、連邦憲法裁判所は、その裁判をなすについて重要ではないといつた。なぜなら、それは、高等裁判所と同様に、名誉侵害的な事実の主張は存在しないということから出発したからである。類推は考慮の対象とならなかった。——Habmann, Recht auf Identität (N. 1) 165も、被害者に不真実の証明責任があるということから出発してゐる。

(10) 高等裁判所はこの要件が満たされたとしたが、この点について連邦憲法裁判所はその立場を明らかにしなかった。な

せなら、それは、刑法一八六条の証明責任規則はいずれにせよ適用されないと見たからである。注(9)参照。

(11) 意見表明の自由という基本権の援用により原告の人格権の保護が妨げられるかとうう、BVerfGE 54, 148, 158で最後に提起され、(既に人格権の侵害が証明がないということでも否定されたので)不問に付された問題は、だが、多分、証明が不可能ではないこの種の主張された事実が問題である限り、否定されるべきであらう。

## II 公法上の撤回請求訴訟における証明責任

本質的により問題であるのは、主張の差止請求権ではなくして、撤回請求権が問題である場合のその主張の真実または不真実についての証明責任である。連邦通常裁判所は、名誉を侵害する事実の主張の撤回を命ずることは、その主張が不真実であることが裁判所によって証明されたと看做されうる場合にのみ可能である、との立場を堅持している。<sup>(12)</sup> 事態を違つたようにも見ることができるとの例として、行政裁判権の領域の一判例が指示される。公務員が公法上の活動の枠内において不真実の事実を主張し、それにより継続的な影響を残す名誉の侵害状態を作り出したときに、公法上は公権力の主体に対する撤回請求権が認められているということは、<sup>(13)</sup> ちよつと目には予期に反することかもしれない。それでは、撤回請求権の本来の名宛人、すなわち主張を世に出した者が見過ごされることにならないのか。他方、「公法上の」団体にはその公務員の行動が、その他の場合と同様にここでも帰せしめられ、その結果、その主張は最終的にはその団体自身の主張ということになる。さらに、公務員はなるべくその職務上の行動を理由に個人的な請求を受けることから解放されるべきであるということも、結論において、被害者に原則として団体に対する直接請求権(そしてそののみ)を認めるということに十分有利な理由となるであろう。<sup>(14)</sup>

デュセルドルフ行政裁判所は、そのような事実を取り扱わなければならない<sup>(15)</sup> 市助役が、教師である原告について、原告が化学教室 (Chemiraum) の状態が悪いといて、管轄官庁を差し置いて市民運動の代表者に、そしてそれにより公衆に訴えた(いう趣旨)の主張をした。デュセルドルフ行政裁判所は、真実であることの証

明が成功していないとの理由で、市にこの主張の撤回を命じた。公法上の名誉保護については、裁判所は、意識的に、主張の不真実の証明責任に関する連邦通常裁判所の見解を採用していない。連邦通常裁判所はその見解を、とりわけ、もしかすると真実であるかもしれない主張の撤回を強要されえない侵害者の人格権上の利益を指示することによって理由付けた。<sup>(17)</sup>デュセルドルフ行政裁判所は、いずれにせよ被告たる団体には人格権がないからそのような考慮の余地はないと見た。それと並び、デュセルドルフ行政裁判所は、刑法一八六条の証明責任規則の類推適用を、公務員は特に慎重に行動する義務を負っており、それ故、それが言ったことを証明できなかったことの結果を引き受けなければならず、とりわけ、公権力の担い手によってなされた名誉侵害は、通常、私人によるそれよりも重大であるからにはなおさらである、ということでも理由付けた。

公法に分類されるにもかかわらず、この判例は、民事法上の名誉保護についてももう一度証明責任の問題をよく考えてみることに契機となるべきであろう。デュセルドルフ行政裁判所が、証明不可能の効果として被告たる団体に撤回義務を負わせることを可能と見ているとき、そのことは、撤回中に前になされた表示 (Erklärungs) の除去を見ており、必ずしも主張自体の真実もしくは不真実について何か言われているとは見ていない、ということを示唆する。すなわち、撤回の中に、前になされた主張が不真実であることの確定が含まれているとするならば、この法律効果は——いわば事の性質に基づいて——被告の人格権に関連した保護が何の問題とならない場合にも、考慮の対象とならないであろう。すなわち、裁判所自身が真実もしくは不真実を確定しえないと考えた場合に、どうして市は——高権的権威をもって——主張が不真実であると言わなければならないのであろうか。それに反し、それをもってそれとしての不真実が表示されることなく、撤回により、なされた名誉侵害的主張の影響が継続して残ることを防止することのみが問題であるならば、刑法一八六条から引き出されうる危険分配は、実際、真偽不明の場合にも、撤回を命ずることを正当化しうる。撤回が内容的に何を意味し、意味すべきであるかは、したがって中心的

な問題であり、しかも公法上の領域についても民事法上の領域についても同じようである。

(2) BGHZ 37, 187; BGHZ 69, 181, 182.

(3) Vgl. BGHZ 34, 99, 108 f. (dazu Bettermann JZ 1961, 482); BVerwG DÖV 1970, 642; ausführl. Froscher, Ehrenschtz im öffentlichen Recht, Jus 1978, 505, 508 f. (行政裁判所の面前における一般の給付訴訟によるいざい貫徹をたゞり公法上の除去(差止請求権)); s. auch Bettermann, Vom Rechtsschutz und Rechtsweg des Bürgers gegen Rundfunk-Rufmord, NJW 1977, 513, 517.

(14) 例外、つまり公務員個人に対する撤回請求権を、BGHZ 34, 99, 107は、その公務員によってなされた非難が、(1)それが職務執行上のものとされるにもかかわらず(2)名誉侵害の個人的色彩のために公務員個人によってなされた撤回の表示のみが名誉の回復をはかるのに適していると考えられる程に、個人的意見ないし立場の表明と認められる場合に、認めよう。

(15) NJW 1982, 2333. — W. Berg, Jus 1984, 521 のマセールドルフ行政裁判所に賛成している詳細な論文は、ここではほんの少し指示されうるだけである。

(16) 市が被告であったということは、判例誌中では明示されていないが、間接的に窺える。

(17) BGHZ 37, 187, 190; BGHZ 69, 181, 183 ff.

### III 継続的な影響を残す事実の主張に対する私法上の名誉保護をめぐる

#### 訴訟における請求権内容と証明責任

1 連邦通常裁判所は、各々の事実関係が注目に値する程類似している二つの基本的判例において、名誉侵害の主張の撤回請求権が問題となっている訴訟における証明責任の問題を取り扱った。双方の判決において、四つの目の下において起きたとされる出来事についての主張が問題であった。古い方の一九六二年の事案<sup>(18)</sup>においては、(婚姻をしていた)原告は、被告に対し、彼は彼女に婚姻の約束をしたとの主張の撤回を求めた。原告が国際教育者研



修大会 (Pädagogenlehrgang) に参加していた折、大会地で休暇を過ごしていた被告と知り合ったということが確定されたが、どの程度の親密さであったかが、明らかに既に訴訟上争われた。一九七七年の事案<sup>(19)</sup>においては、同様に原告と被告が対立していたが、ここでは、女の方は、第三者に対して、原告は彼女とのいさかいに際し暴力行為に出てひどい凶暴性をもって殴ったと主張しただけであった。原告は、それに対し、訴訟においてまさに逆の事述べ、彼ではなくして被告の方が暴力行為に出て、何度も何の理由もなしに彼を棒で殴ったと陳述した。

このような事案において、主張と主張が対立しており、何の証明力のある証拠方法も存在せず、あるいはせいぜい関係人の人格と生活態度に基づいた信用性についての手掛りが存在するに過ぎない場合には、その主張が真実もしくは不真実であることについて真偽不明となることはまさに最初から予定されていることである。連邦通常裁判所の見解によると、証拠調べの結果そのようになったときは、撤回請求訴訟は全面的に棄却されなければならない。このことは、しかし、四つの目の下において起きたとされる出来事についての名誉侵害的な主張に、人は、大幅に保護を受けることなく曝されているということを意味しないであろうか。最後には差止請求権が、そして事情によっては金銭賠償請求権が存在し、双方において被告が証明責任を負い、したがって真偽不明の場合にも敗訴判決を受けるということを指示することによって、この問題を回避することを試みるべきではないであろう。撤回請求権は、なされた主張から、その除去のために撤回が必要である、継続的な名誉侵害的效果が生じているということ(20)を前提としている。ついでにいえば、この必要性については全く厳格な要求がなされるべきであり、たとえば第三者に対する主張の場合には、普通は、撤回の必要性は肯定されるべきではないであろう。しかし、継続的な影響を残す名誉侵害のそのような状態が肯定されるべき場合(そして、ここではそのような場合が出発点とされている)、真偽不明のときに撤回請求権を否定することは、その主張の被害者にとり名誉保護の非常に大きな制限を意味する。

2 連邦通常裁判所は、撤回を命ずるには常に名誉侵害的主張の不真実の確定が前提とされるとの見解を、一九六二年の基本判例において、まず第一に、事実の主張の撤回は、被告がなされた主張を誤りと表示するといふ趣旨に理解されるし、原告の意図によるとそう理解されるべきである、といふことでもって理由付けた。<sup>(23)</sup>撤回請求権のこの特別な性格のために、連邦通常裁判所の見解によると、撤回請求訴訟においては、金銭賠償請求もしくは差止請求訴訟におけるのは異なつて証明責任が判断されなければならない。そして、それは、その理由を、法は、もしかすると真実であるかもしれないことを不真実であると言ふことを、人に裁判によつて義務付け、さらに彼をして、民事訴訟法八八条の強制手段によつて、そのようなもしかすると客観的眞実にも主観的確信にも矛盾するかもしれない表示を強制することを許しえないからである、といふ点に見ている。中間時において幾人かの論者が撤回をこのように理解することと、そこから引き出された証明責任の分配に対して疑問を提示したにもかかわらず、<sup>(23)</sup>一九七七年の判例もこの点に関する態度を変えなかつた。しかし、連邦通常裁判所の前提が今後も適切であるか否かは、二つの連邦通常裁判所の判決の中間時に連邦憲法裁判所が撤回に新たな輪郭を与えたといふ理由でも、検討されなければならない。

連邦憲法裁判所は、すなわち、以下のように述べた。<sup>(25)</sup>撤回を命ずることは、それを命ぜられた被告が、彼によつて撤回されるべき主張が不真実であることについて確信を抱いていなければならないといふことを意味しない。その被告は屈辱を感じさせられるわけでもないし、その意思が抑圧されるわけでもない。その確信を変えることや、ありもしない確信の変更を外部に向かつて告白することを要求されるわけでもない。こう述べたうえで、そのような危険が決して生じないようにするために、連邦憲法裁判所は、撤回を命ぜられた被告に、その表示中に、彼はそれを彼に対して下された確定判決の履行としてなすといふ旨を明らかにすることを認めた。撤回にこのような制限が付されている場合、撤回中で主張の不真実について何か言われていると考え、それ故証明責任を被害者に負わせ

ることがなお止むを得ないことであろうか。

3 この問題がさらに検討される前に、連邦憲法裁判所の判決から射程距離のよりずっと遠くまで及ぶ結論が引き出されえないかが、もちろん考慮されなければならない。著者を含め幾人かの観察者は、そのような弱められた、そして単なる判決の履行に過ぎないとの指示と結び付けられた表示は、名誉侵害的主張の除去というよりはむしろその隠された繰り返しに等しいから、撤回は実際上価値を減じられる虞があるのではないかという印象を、連邦憲法裁判所の判例について抱いた。別稿<sup>(26)</sup>で詳しく理由付けられているように、自分自身の表示という要素をおよそ放棄し、その代わりに、主張された名誉侵害的事実の不真実の裁判所による確定を求める訴えを認めるということが、結果的に考慮に値する。この提案には、しかし、連邦通常裁判所は従わなかった。<sup>(27)</sup>今、ここでは、以前なされた議論の繰り返しによってこの問題についての連邦通常裁判所の意見を今さら変えさせる、という余り成功の見込みのない試みはなされるべきではない。とりわけ、非常に大胆な法の発展が問題となるであろうということが、直ちに認められるからには、そのような試みはなされるべきではない。むしろ、本論文においては、確認訴訟の否定は事実と看做され、連邦通常裁判所の被告側に非常に有利な証明責任規則は、確認訴訟の否定、およびそのためにあげられた理由と滑らかに調和するのが問題とされる。

主張された名誉侵害的事実の不真実の確定、または特定の主張による人格権の違法な侵害の確定を求める訴えを、連邦通常裁判所は、民事訴訟法二五六条一項の一義的な文言に鑑みると、それは現行の権利保護の体系中に含まれないとの理由で、不適法であるとした。撤回請求権をもって被害者の保護に値する利益は十分に満足させられていないとの理由で、連邦通常裁判所は法の形成についての十分な動機はないとした。このことは、連邦通常裁判所の見解によると、連邦憲法裁判所の先に紹介した判例を考慮に入れても、つまり撤回を命ぜられた被告が、それによりその内面的な留保を明示するために、それを命ぜられたから撤回するということを撤回に付加する場合に

も、当てはまる。たとえば、撤回の命令の正しさについての疑問といったようなより射程距離の長い付加的文言は、連邦通常裁判所が指摘するように、もちろん許されない。この関連において、連邦通常裁判所は、撤回の表示の内容を自ら時折「断絶」(Abbrechen)と名付けている。これによって明らかに以前の表示からの断絶が意図されているが、引用符の使用の理由は、多分、裁判官が「断絶」という表現が全面的に適切か否かに完全な確信を持っていないことにある。連邦通常裁判所の判例は、しかし、その点では、連邦憲法裁判所の見解と同一の問題に直面することになる。撤回は、侵害者の表示という要素にこだわった場合、実際、以前の主張が不真実であると言っていることと理解されなければならず、またされるべきであるのか、あるいは、むしろ単に以前なされた主張からの断絶、それからの隔離が問題であるに過ぎないのか。

4 ここで——読者はこの観点がないことに多分既に気付かれていたであろう——無制限撤回(主張された事実が不真実であることが証明された場合に、何らの制限あるいは付加的文言なしになされる単純な撤回)と制限的撤回の区別に触れるべき時となった。つまり、侵害者は、真偽不明の場合、少なくとも、彼は証拠調べの結果その非難をもはや維持することはできない、という旨を表示すること(「これが制限的撤回である」を命ぜられえないかが問題である。そのような内容の表示がなされる時、表示者はそれでもってはその主張が真実であるとか、不真実であるとかいうことについては何も言っていないということは、それ自体明白である。にもかかわらず、連邦通常裁判所は、既に一九六二年の判決中で簡潔に、それから一九七七年の判決中でより詳細な理由付けを与えて、真偽不明の場合にそのような制限的撤回を命ずることをも大幅に否定した。その見解によると、すなわち、この制限的撤回は、「客観的に判断して非難が真実であることについての重大な手掛りが欠けている」<sup>(28)</sup>場合のみ、要求されうるといふ。成程不真実が証明されていないが、非難が真実であることについての重大な手掛りも存在しないといふこの狭い中間領域への制限によって、制限的撤回は、實際上非常に稀な場合にのみ問題となりうることになる。

さらにいえば、そのような中間領域の存在はおよそ許されるのかという問題が生ずる。客観的に判断して、つまり裁判所の目から見て、非難が真実であることについての重大な手掛りが存在しない場合には、本来、民事訴訟法二八六条一項一文の意味における不真実の証明がなされたと看做されなければならないのではなからうか。連邦通常裁判所の考察方法は、それがおよそ実際の適用領域を有すべきであるならば、証明度についての要求が誇張されるという危険を内包している。

連邦通常裁判所が「通常の」真偽不明——つまり、主張が真実であるということに有利な証拠も不利な証拠もそれぞれ相当あるという証明状態——の場合に制限的撤回を否定する議論は、批判的評価を呼び起こす。連邦通常裁判所は、まさに弱い撤回の場合に（無制限撤回を求める請求権は、一九七七年の判例中では、数行で否定されている）、被告の人格権上の利益の侵害の虞、すなわち、被告が自己の良心と確信に反して主張を放棄しなければならず、自己の誤った態度を指示しなければならない危険を指摘している。決定的な点は、その際、たとえば以前の主張をもちや維持しようとは思わないという形式における制限的撤回も、「場合によっては撤回を宣告する判決が指示されていることと関係なく、一般に、以前の主張が正しくないことを（今度は）承認してしまふことと評価される」<sup>(29)</sup>という連邦通常裁判所の見解である。それは、しかし、根本において、制限的撤回という工夫と明白に矛盾する鋭き出しの主張に過ぎない。連邦通常裁判所は、それからさらに、「なぜなら彼はそれ（主張）を証明しえないから」という付加的文言がおよそ矯正手段として適していないかどうかを検討しているが、それについて、そのようなことを述べるのは被侮辱者の名声に対する新たな攻撃へと容易に転化する、といっている。<sup>(30)</sup>連邦通常裁判所は、つまり、そのような制限的撤回でもってあまり被害者の利益の救済とはならない、ということから出発している。この判断をするのは、しかし、そのような制限的撤回の表示が命ぜられるべきであるか否かを、その申立てによって決める権利が帰属しなければならぬ原告の役割であろう。申立てが必要であるということは、連邦通常

裁判所のこの疑問を考慮するために十分であろう。しかし、そのような疑問のある付加的文言がなくとも、主張はもはや維持されないとの表示は真実か否かについて何も言っておらず、それ故、真偽不明の場合にも侵害者に強要しえないか否かが、第一次な問題として残ったままである。

5 連邦通常裁判所が、一九七七年の判決中において、無制限撤回についても制限的撤回についても厳格な証明の要求を立てたことにより、それが確認訴訟を否定すると決めた際に証明責任に関してなした考慮との注目に値する矛盾が生ずる。確認訴訟の方を利用しようとの提案は、それにより表示の人格的要素から生ずる問題を——その内容に関しても証明責任に関しても——回避するために、被告による表示、という要素を放棄し、その代わりに裁判所による確定という要素を前面に押し出すという趣旨である。連邦通常裁判所は、この提案を否定したとき、確認的な裁判は、「原則として、これまで認められてきた救済よりもより簡単な実体法上および証明上の要件に係らしめられえず<sup>(31)</sup>」、したがって、撤回請求権に比べてもまたそうである、ということを示した。だが、連邦通常裁判所は、撤回請求権について、まさにその人格的な要素を理由として、確認訴訟では同じ程度で妥当してはならないであろうような高い要求をした。成程、判決による不真実の積極的確定は、まさに既に指摘された事物の性質からして、不真実であることの証明を前提としているであろう。なぜなら、それは、その場合にのみ、不真実であるとの高権的な宣言が首尾一貫しており、それ自体筋が通っているからである。しかし、確認訴訟において真偽不明となつたときは、原告の申立てに基づき、主張された名誉侵害の事実が証明されなかったということを確定することに對する明白な疑問は存在しないであろう。連邦通常裁判所が、いずれにせよ撤回請求訴訟が存在するとの理由で確認訴訟を否定しながら、それは裁判所による確定とは異なつたものである、すなわち被告個人が表示をすべきことの命令であるとの理由で撤回請求訴訟について高い証明の要求をすることにより、名誉保護の重大な欠陥が被害者の犠牲において受忍されることとなつてゐる。

6 もし確認訴訟を適法とするならば、主張が不真実であること、または証明されなかったことの裁判所による確定が、明白かつ疑問の余地のないように表現され、したがって名誉保護が客観化され、その代わりに、他方で、侵害者の人格的な使用 (Personalen Einsatz) ①、すなわち表示をなすことの強制は完全に放棄されるであろう。それに反し、連邦通常裁判所とともに、侵害者の表示を継続的な影響を残す名誉侵害の除去のための正しくかつ必要な手段と考えるならば、連邦憲法裁判所と連邦通常裁判所によって表明された良心の強制に対する疑問に基づき、その場合、いわばこの主観的名誉保護観念の対価として、被告に要求されるべき表示を主張が不真実であると述べていると理解ないし定義することが放棄されえないか否かという問題が生ずる。「撤回」により名誉侵害的主張の影響が残ることを妨げることが問題であるから、そのような除去の効果がおよそどのようにして生じさせられるのかをより詳しく説明すべきであろう。名誉侵害的主張が一人なされたということは、成程、事実としては、この世から抹消されえない。しかし、その主張者がその主張を新たにするならば、それは彼に許されることである、ということにはならないように、「撤回」によってされるべきである。第三者は——そして、このことが決定的な点であるように私には思われるが、——「撤回」後は、もはや次のような形式において問題の主張をさらに続けることはできない。すなわち、成程それを自ら主張しはしないが、最初の主張者の言うところによると、事実関係の展開はその者が詳しく述べたようなものであったという情報を流布する形式でのその主張の継続は禁止されるのである。最初の主張者が、彼の側で除去の表示をなすや否や、すなわち、この伝達の内容は、それとして不真実となり、第三者自身が刑事法上および民事法上のサンクションに曝されることにならう。除去の表示の正当な機能は、したがって、その以前の表示からの主張者の隔離、断絶を明確にすること、あるいはこうも定義することができるが、現在の撤回者とその以前の主張との間の紐帯を断ち切ることである。なぜこれがなされるのか、主張者が不真実であることを認めたからか、あるいは単に彼が裁判所の判決によって除去の表示を強制されたからか、について言う

ことはその際必要ではない。単に、その際、制限的な文言を付加することによって隔離の効果が抹殺され、もしくは疑問とされることが許されないだけである。

主張の「撤回」が、ある者とその以前の主張との間の紐帯を断ち切ること以上のもの、もしくはそれ以外のものを含んでいるか否かは、疑われうる。連邦通常裁判所は成程そのようなものが含まれていると主張したが、そのテ―ゼに何の理由付けも与えなかった。反対の見解をとり、撤回を単にその以前の主張からの断絶に過ぎないと把握する論者(注(23)参照)に、連邦通常裁判所は、残念ながら個別的な対応をしていない。「撤回」という単語の国語の意味が国民によってどのように理解されているかのアンケートには、おそらく様々な回答がなされるであろう(その際、多くは質問の仕方とたまたまあげられる例に依ることになる)。法秩序は、とりわけ意思表示の撤回の場合のように(たとえば、民法一〇九条・一三〇条一項二文〔原文では一文となっているが、二文の誤りである〕・一七八条・二二五三条)、法律効果を消滅させる表示との関連において撤回という表現を特に用いている。そこでは、意思表示は初めから現実について述べる場所は何もないから、撤回がその表示が真実もしくは不真実であるということと何の関係も持たないことは明らかである。むしろ、その場合には、以前述べられたことを表示者に帰せしめることのないようにすることが問題となっている。すなわち、撤回者をそれが以前表示したことから断絶させることが問題となっている。<sup>33)</sup>このことに依拠すると、「撤回」という単語に、われわれの関連において、以前の主張からの断絶という意義だけを与えることも、全く可能であるように思われる。法秩序は、撤回を指示する場合、この撤回が内容的に何を意味するかを定義することができる。言い換えれば、連邦通常裁判所は、それ自体として、撤回がその他の場合には、もしくは通常はどのように理解されているかに拘束されることなく、撤回によって何が意図されているかを正確に確定することができるであろう。そして、そうした場合、少なくとも若干の時間の経過の後、撤回という単語のこの法律的な理解が十分に一般に知られることになるということも、多分



考慮に入れられうるであろう。他方、もちろん、撤回という単語は、先に指摘したように、不真実であると言っているように思わせるところがあるということのみならず、少なくとも示唆的に、撤回者の自己負罪、謝罪、あるいはさらに遙りの要素を含んでいる、ということが看過されるべきではない。その点に、判例が、刑事法的な付随的效果であるとして撤回とそれに類似の表示を否定し、その後、民法法の領域において撤回を再び適法とすることを当初躊躇した理由<sup>(24)</sup>があつた。純粹に国語的な不明確さと並んで、そのような刑罰に類似した効果をなるべく避けようとの努力も、撤回という単語を放棄する理由となる。

表示からの必要な隔離は、被告はその、以前の、主張を取り下げる、(zurücknehmen) と言うことによつて、国語的には最も明白に表現される。そのうえ、取下げの表示のこの趣旨が判例によつて確立され、他方、すべての説明的もしくは制限的な附加的文言が禁止されるならば、それでもつて、取下げを命ぜられた被告の人格権上の利益も、必要かつ可能な程度に保護されるであろう。どのみち名誉保護を主観的に観念することにとどまろうとするならば、先にあげた連邦憲法裁判所の判例後も、侵害者の表示によつて効果的な名誉保護を与えることは、このようにして可能であるように思われる。

直前で説明した意味における主張の取下げは、不真実について述べるところは何らないから、それを命ずることは、証拠調べの結果真偽不明となつた場合にも、正当化される。除去の効果のみが生ずるように嚴格に制限される結果、証明がないという危険を主張者に負わせること、つまり、除去請求訴訟についても主張・証明責任を刑法一八六条に準じて判断することが可能となる。まさにそれがなされたのと同じ形式で主張を将来に向かつても維持することが、正当な利益の擁護のために必要であり、被告がそれが真実であることの十分な手掛りを述べた場合にのみ、刑法一八六条を準用して、真偽不明のとき取下請求訴訟は棄却されるべきであろう。

- (81) BGHZ 37, 187-JZ 1963, 130 (mit Anm. Hubmann).
- (91) BGHZ 69, 181.
- (20) 当事者がいかなる関係にあつたかは、判例集からは明らかにならなう。
- (21) 近時撤回請求権の要件について述べるものとして、BGH NJW 1984, 1104 (狭く範囲内で)「不真実の主張がなされた場合でも撤回請求権が与えられる」。
- (22) BGHZ 37, 187, 189 f.
- (23) 無制限撤回中では不真実であるとの表示が含まれていないとの見解に反対し、主張者の証明責任を負わせることと賛成する論者として、Jaschke, P. Schlosser JZ 1963, 309, 312; H. Säcker MDR 1970, 893; Ritter ZFP 84 (1971) 163, 165, 166; Röttermann NJW 1971, 1636, 1638; MünchKomm-Schwerdner, BGB, § 12 Rdnr. 301, 309——兼帯、専帯裁判所の賛成する論者として、Jaschke, Hubmann JZ 1963, 131; ders., Persönlichkeitsrecht (N. 1) 359 f.; Reinicke MDR 1962, 978; Jaernig ZFP 79 (1966) 343 (N. 66).
- (24) その点と連邦通常裁判所によって確認訴訟が否定されたことと(後述「参照」(無制限)撤回の内容と証明責任と)関して連邦通常裁判所に賛成してこた私の旧説 (Leipold, Bewislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 164 ff., 170 f.) を修正する理由が、存在する。
- (25) BVerfGE 28, 1, 10 f.—Dazu Röttermann NJW 1971, 1636, 1639; Leipold ZFP 84 (1971) 150.
- (26) Leipold ZFP 84 (1971), 150; JZ 1974, 63.
- (27) BGHZ 68, 331=NJW 1977, 1288.
- (28) BGHZ 69, 181, 182; ebenso schon BGHZ 37, 187, 190.
- (29) BGHZ 69, 181, 184.
- (30) BGHZ 69, 181, 184 f.
- (15) BGH NJW 1977, 1288, 1290.
- (32) このことが、注(23)に掲げた連邦通常裁判所を批判する論者によって強調された。
- (33) 「撤回」が必ずしもある事実が不真実であるとの表示を含まないことの別個の例として、BGH NJW 1984, 436 が、不当な方法で対象者に関するデータを第三者に渡らした者に対するものとして認めている。「渡られたデータの撤回

を求める」請求権があげられる。

(34) Vgl. RGZ 60, 12, 16 ff. 「近代法以前に刑罰として存在した撤回という制度は、一八七一年の刑法で廃止されたが、この判決は、民法上の撤回という制度もこの刑罰であるとして、これを否定した。しかし、その後、民法上の撤回は、RGZ 88, 129 等によって、再び認められるに至った。」

#### IV 要約

1 主張された事実によって名誉ではなく、一般的人格権が侵害される場合にも、刑法一八六条の類推によって、いずれにせよ差止請求訴訟においては、主張者に、その主張が真実であることについての証明責任が負わされるべきであろう。

2 撤回による名誉保護についての現在の民事裁判所の実務には満足できない。どのみち名誉保護を主観的に観念することにとどまろうとする場合でも、無制限撤回と制限的撤回の二元性は放棄されるべきであり、(このことが継続的な影響を残す名誉侵害の除去のために実際に必要である限り)主張の取下げを求める請求権のみが与えられるべきであろう。彼が、その主張を将来に向かって維持することについて正当な利益の擁護を援用しうるであろう場合を除いて、その主張が不真実であるか否かが真偽不明である場合にも、被告は、説明的もしくは制限的な付加的文言と結び付けられることの許されない取下げを命ぜられるべきである。したがって、原則として、差止めもしくは金銭賠償請求訴訟の場合と全く同様に、被告が、彼によってなされた非難が真実であることについての主張・証明責任を負うことにならう。証明の危険をこのように負わせることは、名誉侵害の事実の主張をすることがより慎重に回避されることに寄与しうることにならう。そして、それは、四つの目の下で起きたとされる出来事が問題である場合にもそうである。

〔關係ドイツ法条文邦訳〕

基本法（宮沢俊義編・世界憲法集による。）

第二条 (1) 各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しない限り、その人格の自由な發展を目的とする権利を有する。

第三条 (1) すべての人は、法律の前に平等である。

刑法（法務大臣官房司法法制調査部編・ドイツ刑法典による。）

第一八六条 他人に関して、人に輕蔑され又は世評において低く評価されるに適した事実を主張し、又は流布した者は、この事実が証明可能な真実でない限り、一年以下の自由刑又は罰金に処し、行為が公然と、又は文書（…）の頒布によって行われたときは、二年以下の自由刑又は罰金に処する。

第一九三条 学問上、芸術上若しくは營業上の業績に関する非難的な判断、さらに権利の実行若しくは防衛のため、又は正当な利益の擁護のために行われた發表、及び部下の者に対する上官の訓戒及び譴責、官吏側の服務上の告発若しくは判断、並びにこれらに類似する場合は、侮辱の存在が、發表の形式から、又は發表の行われた事情から生ずる限度においてのみ、これを罰する。

民法（一部、外国法典叢書獨逸民法Iを参照した。）

第一〇九条 (1) 相手方は、「未成年者との」契約の追認があるまでは、これを撤回することができる。撤回は、未成年者に対しても、表示されることができる。

第一三〇条 (1) 隔地者に対する意思表示は、その通知が相手方に到達した時から、効力を生ずる。意思表示の到達前、又は到達と同時に撤回の通知が相手方に到達したときは、意思表示はその効力を生じない。

第一七八条 「無権代理人との」契約は、追認があるまでは、相手方において撤回することができる。ただし、相

手方が、契約の締結当時、代理権の欠缺を知っていたときは、この限りではない。撤回は、代理人に対しても、表示されることができる。

第二二五三条 (1) 被相続人は、遺言、及び遺言中に含まれた個々の処分をいつでも撤回することができる。

(2) 精神耗弱、浪費、飲酒癖又は麻薬癖による被相続人の行為能力制限の宣告は、宣告前になされた遺言の撤回を妨げない。

民事訴訟法 (一部、法務大臣官房司法法制調査部編・ドイツ民事訴訟法典により、一部、同編・ドイツ強制執行法を参照した。)

第一三八条 (3) 明らかに争われていない事實は、それを争わんとする意思が当事者のその他の陳述から認められないときは、自白したものと看做す。

第二五六条 (1) 法律関係の存在又は不存在の確認、証書の真正若しくは不真正の確認を求める訴えは、法律関係又は証書の真正又は不真正を裁判官の裁判により即時に確定することにつき原告が法律上の利益を有するとき、これを提起することができる。

第二八六条 (1) 裁判所は弁論の全趣旨と、なされた証拠調べの結果を斟酌して、自由な心証によって、事實の主張を真実と評価すべきか真実と評価すべきでないかを判断しなければならない。判決において裁判官の心証の原因となった理由を示さなければならない。

第八八八条 (1) 作為が第三者によって実行できない場合においてその作為が専ら債務者の意思に依存するときは、第一審の受訴裁判所は、申立てにより、強制金とこれを取り立てられえない場合には強制拘留により、又は強制拘留により債務者に強いて作為を実行させる旨を命ずる。各個の強制金は五万マルクを超えてはならない。強制拘留については、拘留に関する第四章の規定が準用される。

〔記者あとがき〕

本稿は、Dieter Leibold, Zur Beweislast beim Schutz der Ehre und des Persönlichkeitsrechts を訳出したものである。原論文は、Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen (Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag) —— (Frankfurt am Main, 1985, Alfred Metzner Verlag) の二七二頁以下に収められている。わが国においても、とりわけ政界や芸能界の人々に関して、暴露的な情報が伝えられ、名誉や人格権の侵害が問題となることが多くなっており、北方ジャーナル事件等の著名な事件も生じている。その北方ジャーナル事件の最高裁大法廷判決（最〔大〕判昭和六一・六・一一民集二〇巻四号八七二頁）の多数意見には、出版物の事前差止を求める訴訟においては、被告が主張された事実が真実であることや、出版が専ら公益目的に出たものであることの証明責任を負うかのようなことが述べられているが、これには学説上反対も強い（たとえば、右の判決の評釈である、横田耕一・判評三三八号〔判時一二二二一号〕四〇頁）。そして、この証明責任の点は、事前差止以外の名誉や人格権の侵害をめぐる訴訟においても問題となるであろう。そこで、この点をめぐるドイツの判例・学説の状況は、わが国での問題処理を考えるうえでも参考になると思われる。原論文は、このドイツの判例・学説の状況をよく伝えており、また、与えられる救済の内容（ドイツ法上従来考えられていたこの内容については、安次富哲雄「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」琉大法学二五号一頁以下に詳しい紹介がある）を考え直したうえで、証明責任の点についても判例に異を唱えているライポルト教授自身の見解も興味深い。ところで、ライポルト教授は、日本学術振興会の招聘により、本年（一九八八年）四月に来日され、五月末日までの滞日の間、各地の学会、大学等において講演をされる予定であり、その際、わが名城大学法学部にも来学される予定である。そこで、それを機に、右のように興味深い原論文の翻訳の本誌への掲載をお願いしたところ、ライポルト教授の御快諾をいただくことができたので、同教授に心からのお礼を申し上げつつ、ここに、本稿を掲

載する次第である。

訳出に際し、原文がイタリック体で書かれている部分には、傍点を付し、原文のままでは分かりにくい箇所には、「」により訳注を付した。また、冒頭に目次を、末尾に引用されている関係ドイツ法条文の邦訳を付した。

Ich möchte hiermit Herrn Professor Dr. Dieter Leopold, Freiburg i. Br., der mir Genehmigung dieser  
Übersetzung gegeben hat, herzlichst danken.

(のむら・ひでとし＝本学助教授)



# THE HISTORY OF THE UNITED STATES

BY

W. H. CHAPMAN

Author of

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"

and

"The History of the United States"