

人格権侵害と原状回復

五十嵐

清

目次

- 一 はじめに
- 二 民法七二三条の制定過程
- 三 不法行為の救済手段としての原状回復の意義
- 四 人格権侵害と原状回復

一 はじめに

わが民法は、不法行為に対する損害賠償の手段として金銭賠償を原則とし（民法七二三条一項、四一七条）、ただ名誉毀損の場合にかぎり、例外として、「名誉ヲ回復スルニ適當ナル処分」を裁判所が命ずることができ旨規定している（七二三条、なお同種の規定は、特許法一〇六条〔実用新案法三〇条、意匠法四一条、商標法三九条は同条

を準用）、著作権法一一五条にもある）。そして判例は、七二三条を人の社会的名誉が毀損された場合にのみ適用されるとし、たんなる名誉感情の侵害にすぎないときは、その適用を拒んでいる（最判昭和四五年一月一八日民集二四卷一三号二一五一頁。なお旧著作権法三六条ノ二〔現一一五条〕につき同旨、最判昭和六一年五月三〇日民集四〇卷四号七二五頁）。

本稿は、人格権侵害に対する実効的な救済手段を模索する一環として、名誉毀損以外の人格権または人格的利益の侵害の場合にも、原状回復の方法を認めることが可能である旨を論ずることによって、これまでの判例・通説に對し若干の揺さぶりをかけることを目的とするものである。

二 民法七二三条の制定過程

まず民法七二三条の制定過程を一瞥したい。もっとも、これによって私見にとって有利な展望が開けるわけではないことを予めお断りしたい。なおこの点に關し、近時和田真一による詳細な研究が発表されているので、⁽¹⁾ここでは本稿に必要なかぎりで言及するにとどめる。

現行民法七二三条に相当する規定は旧民法には存せず、現行民法を審議した法典調査会に、損害賠償の標準を定める規定の一つとして、過失相殺の規定につづき、七三一条二項として提案されたのが、現行七二三条の前身である。その内容はすでに今日のものと全く同一であった。これに對し原案七三一条一項は、現行七一〇条とほぼ同一内容のものであった。種々審議の結果、原案七三一条一項は独立して、不法行為の一般的成立要件の規定のあとに持っていかれたのに對し、二項はそのまま残って現行七二三条となった。

本条の立法趣旨について、起草委員の穂積陳重はつぎのように述べている。「此第二項ノ他人ノ名誉ヲ毀損スルト云フ場合ハ一番此不法行為中デ之ヲ賠償シ又ハ其被害者ヲ元トノ有様ニ法律デ回シテヤルト云フコトノ中デハ六カシイ事柄デアルノデアリマス。デ是迄ハ勿論名誉回復ノ訴トカ云フ事ニ付テ色々ナ訴訟モアッタヤウデアリマス。或ハ其名誉ヲ回復スル為メニ広告ヲサセルトカ或ハ広告料ヲ請求スルト云フヤウナ風ノコトハ往々聞及ビマシタガ、兎ニ角名誉ノ權ト云フモノガアツタナラバ其名誉ヲ害サレタト云フ事カラ生ズル財産上又ハ第一項ニ依ツテ其ノ他ノ場合ニ相当ノ賠償ヲ取ル。併シ此財産以外ノ損害ト云フモノ丈ケデハドウモ足ラヌノデアリマス。或ル場合ニ於テハドレ位金銭デ其賠償額ヲ貰ツテモ其金銭デハ其名誉ヲ回復スルニハ足ラニト云フコトガアリマス。唯ダ夫レヲ以テ慰メルニ過ギマセヌ。然ニ外ニ明文ガアリマセヌトキハ固ヨリ夫ヨリ夫レヨリ外ニ出来マセヌ」⁽²⁾ 要するに、名誉毀損の場合には、金銭賠償だけでは被害者は満足できないことがあるので、名誉を回復する他の手段が必要だというにつきる。

つぎに、本条の比較法的ルーツはなにか。穂積陳重は前記引用部分につづき、オランダ民法に言及し、そこでは賠償金のほかに、「裁判所デ公然ト第一ニ原告カラシテ請求シテ或ハ誹謗デアッタト云フ宣告ヲ公示スルト云フコトヲ請求ヲスル夫レカラ被告ハ裁判所デ謝罪ヲスル其謝罪ノ言葉マデ和蘭民法ニハ出テ居リマシタ」⁽³⁾ が、それは「適当ナ仕方デハナイト思ヒマス」ので、現行規定を設けたと説明している。これによれば、本条については直接の外国法のモデルはなく、むしろ当時のわが国の慣習を考慮して規定されたものと推測される。というのは、すでに現行民法制定以前の判例で、名誉毀損について、要件の点ではイギリス法によりながら、効果の点では記事の取消と謝罪広告を認めた例が散見されるからである。⁽⁴⁾

もつとも、穂積陳重は、具体的な原状回復の方法としては、「例へば加害者ニ命ズルお前ノ新聞デ斯ウ云フ事ヲ出シタ夫レカラ其損害賠償ハドレ丈ケ、且取消セト云フヤウナ風ノ場合ガ一番適用ガ多イト思ヒマス。外ニ適用ノ酷ドク多イコトハ或ハ或ル所へ手紙ヲ持ッテ往クトカサウ云フヤウナ風ノ夫レヲ取消セ言葉デ取消サセルト云フコトモ或ル場合ニ於テハアルカモ知レマセヌ」と述べており、ここでは主として取消だけを考えている。⁽³⁾

本条の内容についてとくに議論されたのは、取消広告の記載を加害者以外の新聞社に強制できるかをめぐるものであった。この点では、起草者の間に足並が多少乱れたが、そのような判決をすることは可能であり、ただその新聞社が命に従わないときはやむをえないということ⁽⁶⁾で落ち着いた。結局、原案の修正はなく、そのまま現行法となった。いずれにせよ、本条をめぐっては、それほど議論はなく、したがってその後の解釈論を拘束するような議論は存在しないといってよい。

なお『民法修正案理由書』では、本条の規定する原状回復の例として、謝罪の意の広告あるいは法廷における謝罪が挙げられている。⁽⁷⁾初期の文献も、その例を踏襲している。⁽⁸⁾このうち、謝罪広告がその後も広く利用されているのに対し、法廷における謝罪については、判例も否定し、今日では全然利用されていない。⁽⁹⁾

(1) 和田真一「民法七二三条に基づく名誉回復『請求権』に関する一考察」立命館法学二一八号四六五頁以下（一九九一年）。

(2) 『法典調査会民法議事速記録』（商事法務研究会版）五卷四四三頁。

(3) 同四四四頁（ここではオランダ民法典の条文の引用はないが、一四〇九・一四一〇条がそれに相当する）。その他、同所で引用された外国法典の条文のうち、関係あるものとしては、オーストリア民法一三三〇条二項がある。それによれば、「なにびとかが、他人の信用、生業、生計を危険にさらすような事実を流布し、それが真実でないことを知っていたか、または知るべきであったときも」損害賠償の請求が認められるほか、さらにこの場合には、「取消またはその公表を請求されうる」とされる。その他の引

用外国条文の多くは現七一〇条に関するものであるが、確かめえなかったものも多いことをお断りしたい。

- (4) 五十川直行「日本民法に及ぼしたイギリス法の影響」(序説)加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向』(有斐閣、一九九二年)二一頁および四〇頁以下の注一〇〇・一〇一・一〇二参照。なお注一〇二によれば、梅謙次郎は、民法七二三条は「旧民法とも違ひ、外国に例を求めたものでもない。之は民法の一特色として掲ぐべき規定であつて、其の根拠は明治初年以來の我が國の慣習に基いたものである」と講義したといわれる(出典、岩田新『民法起草と日本精神』(日本法理研究会、一九四三年)一〇九頁〔未見〕)。

- (5) 『法典調査会民法議事速記録』前掲四四四頁ほか。

- (6) 同四四八―四五二頁。

- (7) 『民法修正案理由書』六二五頁(広中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣、一九八七年)六八五頁)。

- (8) 岡松参太郎『注釈民法理由下巻』(有斐閣、四版、一八九八年)次五〇三頁、梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣、訂正増補第三〇版、一九一〇年)九一五頁。

- (9) 東京控訴院昭和七年七月一五日決定(法律評論二二卷一〇号民訴四四一。なお末川博・浅井清信「判例を中心として観た民事上の名誉毀損」法律時報六卷九号一一頁(一九三四年)参照。

三 不法行為の救済手段としての原状回復の意義

1 金銭賠償の原則

人格権侵害の問題に入るに先立ち、ここでまず、わが國の不法行為法一般の救済手段としての金銭賠償と原状回復の関係について、一瞥したい。いうまでもなく、わが民法は、債務不履行・不法行為をとわず、損害賠償の方法としては金銭賠償を原則としている(四一七条・七二三条一項)。民法における例外は、名誉毀損の場合の七二三条

だけである。その他、特別法として、前掲の無体財産法関係を除くと、昭和九年制定の不正競争防止法一条三項（現一条ノ二、四項）と昭和一四年改正の旧鉱業法七八条ノ八（現鉱業法一一一条）において、損害賠償として金銭賠償のほかに原状回復が認められている。⁽¹⁰⁾

現行民法制定当時の立法例は分かれており、とくにドイツ民法では逆に損害賠償の原則は原状回復であり、金銭賠償は例外とされていた（ドイツ民法二四九―二五一条）。わが立法者は、金銭賠償の方が便利だという理由で、こちらを原則とした。⁽¹¹⁾ ドイツでも実際上は金銭賠償が原則とされているので、わが民法の起草者は先見の明を誇つてもよいが、しかし特別規定がないかぎり原状回復を認めないというのは、狭きに失する。やがて、不法行為の効果として、より広く原状回復を認めるべきであるとする学説が登場することとなる。

2 原状回復の必要性

不法行為の効果として、より広く原状回復を認めるべきであるという主張は、それと妨害排除請求との区別があまりいまいではあったが、すでに戦前より若干の学者によりなされていた。しかし、ここでは戦後の学説に限定したい。まず戒能通孝は、一九四六年に、不法行為の効果は違法状態の除去でなければならないのに、原則として損害賠償に尽きる、とする通説を批判し、民法七二三条の趣旨は、「敢て名誉に限定しない趣旨である」とし、金銭賠償のほかに、原状回復や予防措置を命ずることも不法行為の効果として考えられる、と説いた。⁽¹³⁾ ここでも、妨害排除と原状回復の区別が明らかでなく、重点は前者におかれている。ついで一九四九年に、勝本正晃は、ドイツ民法などの規定を引用し、「損害賠償の理想は理論上、原状回復でなければならぬ」とし、「原状回復が可能にして当事者双方に取って、社会の通念上それによることを妥当とするときは、原状回復を認むべきである」と説いた。⁽¹⁴⁾ そこには、

物資の自由な流通が阻害されていた当時の経済状態の反映がみられるが、一般化に値する提言である。

以上はいずれも教科書の片隅で提言された意見であったが、このような先駆的見解を受けて、まず一九五一年に清水兼男により、不法行為の効果として、金銭賠償とならんで、現実的、直接的な救済としての原状回復ないし妨害排除のような方法を認めるべきことが主張された（ただし、ここでも重点は妨害排除におかれた¹⁵）。ついで一九五六年に、浜田稔により画期的論文「不法行為の効果に関する一考察」が発表された¹⁶。浜田は、不法行為の効果として金銭賠償を原則とするわが民法を批判するために、まず独・仏・英三国法を比較対照して、そこには不法行為の効果としてかなり広く妨害排除や原状回復が認められている事実を明らかにし、ついで、わが国では、それらの必要性を他の手段（物権的請求権法理の適用・拡張、債権者代位権の転用など）で補っている事実を指摘し、「これ等のことから明らかにするように、不法行為に対しては金銭賠償だけが唯一の有効かつ便宜な救済方法であるとは考えることができない」とする。そして、「不法行為に対する救済は金銭賠償ではなく、むしろ第一には、不法行為による侵害の状態を除去して、以前の状態に回復させる原状回復にあると考えられるのである」と主張する¹⁷。さらに浜田は、不法行為の効果として原状回復を認める根拠や実益、他の制度との関係などについて論じているが、ここでいう原状回復のなかには、本来の（狭義の）原状回復のほか、妨害排除が含まれている（ただし妨害予防は除外）。また実益の一つとして、人格権の侵害に対して侵害の停止を請求できるとするに止どまっているのは、本稿の観点からいえば、いささか残念である¹⁸。

以上のような見解は、その後の学説で若干の支持を得たものの¹⁹、実務や通説を支配するにはいたらなかった。しかし、近時公害被害の賠償のためには金銭賠償だけでは十分ではなく、原状回復の必要性が痛感されるに及んで、

ふたたび脚光を浴びることになった。ここでは、その中心的役割を果たした富井利安の論文を紹介したい。⁽²⁰⁾

富井は、原状回復の必要性について、まず「そのごくありきたりの理由は、被害者の救済にとって『金銭賠償のみでは不十分』だからである」とし、わが国の特別法で原状回復の認められている例に共通する理由として、①自然的原状回復が必ずしも不可能でないこと、②被害法益に代替性がなく、金銭でもって代物を手に入れることが不可能かまた非常に困難であること、③被害法益が等価交換法則になじまず、したがって金銭評価ないし金銭による算定が困難なものであること、④被害が個人の私的な利益の侵害というレベルにとどまらず、社会的な性格を有し、したがって、被害を現実的に回復することは社会的利益ないし公共的利益にも合致すること、の四点をあげている。そして、明文規定がなくとも、原状回復は「これらとほぼ同様の条件が充たされる場合には、それ以外の権利侵害事例についても必要に応じてもっと導入される可能性を包蔵しているとみられよう」と論じている。⁽²¹⁾ 以上の論述は、公害を念頭においているため、本稿で主張する人格権ないし人格的利益の侵害の場合にそのままでは妥当しないところもあるが（とくに④）、基本的には本稿の主張を裏付けるに足るものである。

3 妨害排除と原状回復

ここで改めて、妨害排除と原状回復の関係について一言したい。前述のように、戦前より戦後にかけて、多くの学説が妨害排除（差止）と原状回復の区別を必ずしも明確にしなかったことは事実である。そのため、不法行為の効果として原状回復が認められるべきであるという主張のなかには、本来の妨害排除を考えている例が多い。これに対し今日では、妨害排除は違法な権利侵害に対し認められるべき救済手段であり、必ずしも不法行為の成立を要件としないのに対し、他方、原状回復は不法行為の損害賠償の一方法として例外的に認められるべき制度であると

して、両者を区別する見解が有力である。⁽²²⁾判例も、人格権侵害に対し、民法七二三条の適用にさいしては、その前提として不法行為の成立を要求するのに対し、差止については、人格権の違法な侵害を要件として（ただし、言論の自由とのかねあいで、厳しい要件を加えているが）、不法行為の成立とは独立に認め（とくに、「北方ジャーナル」事件についての最大判昭和六一年六月一日民集四〇巻四号八七二頁参照）、両者を明確に区別しているように思われる。

しかし両者の区別は諸外国においても必ずしも明瞭ではない。とくに本稿にとって興味深いのは、名誉毀損に対しドイツで認められた取消請求は、当初は原状回復の一環として位置づけられていたのに、今日では、妨害排除請求権として認められているという事実である（後者のほうが、加害者の故意・過失を証明しなくてすむため、被害者の保護になるというのが、その理由である）。⁽²³⁾このことは、實際上両者の区別が困難であることを意味している。わが国でも、両者の区別に批判的な見解もあり、⁽²⁴⁾裁判例でも両者の区別が明瞭でない場合がある（後述）。確かに両者は理論的には一応区別ができるが、とりわけ人格権侵害の例では、どちらともいえない救済手段があることは否定できない。このため、原状回復が認められない場合にも、妨害排除によって、ある程度目的を達することが可能になる。このことは、不法行為の効果を金銭賠償に限るという原則に反省を迫るものである。

(10) 鉱業法の損害賠償の規定は、他の場合と若干規定の形式を異にしている。その制定過程については、吉田文和・利根川治夫「鉱害賠償規定の成立過程」北大経済学研究二八巻三号（一九七九年）が詳しい。簡単には、吉田「鉱害の原状回復と費用分担」日本土地法学会編『公害の原状回復』（有斐閣、一九八〇年）一二以下頁参照。

(11) 『法典調査会民法議事速記録』前掲三巻八〇頁および五巻四二八頁、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（三）」法協

一〇三卷八号一五七頁以下（一九八六年）、和田・前掲（注1）四七二頁注（1）参照。とくに大塚論文は旧民法に遡って考察し、ボワソナードの意図としては、旧民法財産編三八六条一項（現行民法七二二条一項の前身）の規定を厳格に適用すべきでないことを明らかにし（大塚・前掲一五八五頁）、本稿にとり重要な指摘をしている。

(12) たとえば、Münch Komm.-Grnsky § 249 Rd Nr.1(2. Aufl.1985 S.374)。

(13) 戒能通孝『債権各論』（巖松堂、改訂初版、一九四六年）四六一頁。

(14) 勝本正晃『債権法概論（各論）』（有斐閣、一九四九年）三〇一頁、三二三頁。

(15) 清水兼男『不法行為と現実的救済』法経研究（金沢大学）一卷一号一七頁以下（一九五一年）。

(16) 浜田稔「不法行為の効果に関する一考察―不法行為の効果としての原状回復について」私法一五号（一九五六年）九一頁以下。ちなみにこの論文は、その前年の私法学会で発表されたものである。

(17) 同九八頁。

(18) 同一〇四頁。

(19) 加藤一郎『不法行為』（有斐閣、増補版、一九七四年）二一五頁、広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第四版、一九七二年）四七四頁、幾代通『不法行為』（築摩書房、一九七七年）二七二頁など。

(20) 富井利安「公害の原状回復について―民事救済法論の視点から」広島大学総合科学部紀要Ⅱ社会文化研究一〇、一一卷（一九八五―八六年）「同『公害賠償責任の研究』（日本評論社、一九八六年）一一五頁以下所収、引用は後者による」。なお、公害の原状回復については、その他、日本土地法学会編『公害の原状回復』（前掲）所収論文およびシンポジウム参照。

(21) 富井・前掲一四〇頁。

(22) 両者の区別については、すでに戦前に名譽毀損に関し宗宮信次により指摘されたが（宗宮『名譽權論』（有斐閣、一九三九年）四六四頁）、戦後では、舟橋淳一『物權法』（有斐閣、一九六〇年）二六頁、『注釈民法（6）』（有斐閣、一九六七年）四八頁以下「好美清光執筆」、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（下巻）』（青林書院、一九八五年）四七五頁以下などが代表的。

(23) ドイツ法の取消請求については、安次富哲雄「ドイツ法における名譽毀損的主張の取消請求権について」琉大法学二五号（一

九七九年）が詳しい。なお和田・前掲（注1）四九六頁以下参照。

（24）両者の区別に疑問を呈するものとしては、たとえば幾代・前掲（注19）二九六頁参照。浜田・前掲（注16）もこの立場と思われる。その他の学説については、大塚・前掲（注11）法協一〇三卷六号一一八九頁以下（一九八六年）参照（なお本稿脱稿後接した文献として、安次富哲雄「民法七二三条の名誉回復処分について」〔琉大法学四八号二二九頁および二四三頁（一九九二年）がある〕）。

四 人格権侵害と原状回復

1 人格権侵害に対する救済手段の不十分性

人格権侵害に対する原状回復の重要性を知るために、他の救済手段が不十分であることを明らかにしたい。

（1）金銭賠償、とくに慰謝料 わが国で、人格権侵害に対するもつとも一般的な救済手段は、慰謝料の支払いである。この点で、一部外国（ドイツ、旧ソ連など）と違い、理論的な障害はない。問題はその額が少ないことにある。このことについては、すでに久しく学者や実務家により指摘されている。とくに注目されるのは、「北方ジャーナル」事件大法廷判決における大橋進裁判官の補足意見である。同裁判官は、言論の事前抑制に厳しい態度をとる多数意見に賛成するが、バランス上、事後の救済の重要性を強調し、「わが国において名誉毀損に対する損害賠償は、それが認容される場合においても、しばしば名目的な低額に失するとの非難を受けているのが実情と考えられるのであるが、これが本来表現の自由の保障の範囲外ともいふべき言論の横行を許す結果となっている」と論じた。^{（25）}しかし、この要望は今日までほとんど実務に影響を与えていない。平成になっても、かなり悪質の人格権侵害のケ

スで、慰謝料が二〇〇万円を越えることはめったにない。この程度では、大マスコミ企業が被告の場合には、ほとんど痛痒を感じないであろう（ただし、平成二年に合計五〇〇万円前後の慰謝料を認めた裁判例が二件報告されていることは注目に値する⁽²⁶⁾）。

さらに金銭賠償は、資産のある被害者にとっては、あまり意味のない救済手段である。そのような人にとっては、他の救済手段のほうが重要となる。

(2) 差止（妨害予防・排除）

(i) 事前・事後の差止 人格権を侵害するおそれのある出版物に対し、事前の差止が可能なら、それがもつとも有効な人格権保護の手段であることはいうまでもない。そして、一定の厳しい要件のもとではあるが、「北方ジャーナル」事件大法廷判決（前掲）は、その可能性を認めた。最高裁は、その根拠として「人格権としての名誉権」をあげているので、他の人格権侵害（とくに自由権および氏名権侵害）の場合にも、差止が認められることは間違いない。肖像権やプライバシー権については、今後の最高裁の判例に期待するほかないが、すでに下級審では、プライバシー権の侵害を理由として差止を認めた例がある⁽²⁷⁾。

しかし、出版物の差止は表現の自由に対する大きな制約となり、とくに事前差止は憲法の禁ずる検閲に類する行為なので、慰謝料を認める場合よりも、要件を絞らざるをえず、このため明白に違法なものでなければ利用できない。さらに明白に違法であっても、事前差止は事前に出版物の内容を知る機会がなければ利用できない。事後の差止についても、新聞、週刊誌、電波メディアなどについては、ほとんど役にたたない。したがって、差止はいかに有効な手段であっても、そこには限界がある。

(ii) 他の妨害排除手段　そこで、出版物の発行等の差止のほかに、有効な妨害排除手段がないかが問題となる。

この点で注目に値するのは、「週刊フライデー」肖像権侵害事件である。この事件で原告は、慰謝料のほか、肖像権に基づく妨害排除および予防の手段として、①新聞に本件フライデー回収の協力依頼等の広告掲載、②全国の主要図書館に対する本件写真の閲覧利用者への警告を内容とする付箋およびその貼付を依頼する文書の送付、を求めた。これに対し、東京地判平成元年六月二三日（判時一三一九号一三二頁）は、「原告の求める措置は、甚だ不確実で実効性に欠けるものといわざるを得ないものであって、法的救済方法として適切かつ相当なものとはいえない。」「として、この請求を退けた。しかし、人格権侵害に対する適当な救済手段が乏しい今日、たとえ実効性が少なくても、原告の希望に応ずるべきではなかったか。⁽²⁸⁾なお本件では、原告はその主張を妨害排除および予防として基礎づけたが、②はむしろ原状回復ではないかと思われる。いずれにせよ両者の限界がはっきりしない一例である。

(3) 反論権⁽²⁹⁾　反論権は、とくに名誉毀損に対する有効な救済手段として、ヨーロッパ各国で法律により広く認められている権利であるが、わが国では「サンケン新聞意見広告」事件で共産党が主張したため、注目された。この事件では、裁判所は終始、不法行為の成立とは無関係な反論権の主張を退けたが、民法七二三条の名誉回復処分のひとつとして、その可能性を認めた（とくに本訴第一審、東京地判昭和五二年七月一三日判時八五七号三〇頁）。したがって、この問題は本来次項で論ずべきであるが、ヨーロッパにおけるこの制度の本体は、不法行為の成否に係なく、名誉毀損的言論に対し認められるべきものとされているので、ここでかたんに言及したい。

ヨーロッパ型反論権のわが国への導入は、解釈論としてはいささか無理である。立法論としては、前向きに検討すべき問題であるが、マスコミの反対が予想されるので、実現は当分困難であろう。最高裁もこの制度の導入には

消極的のように思われる（最判昭和六二年四月二四日民集四一巻三号四九五頁）。これに対し、民法七二三条により反論権を認める可能性については、学説の賛成もあり、適当な裁判例の出現を待つばかりであるといえる。⁽³⁰⁾ もっとも、この点（原状回復の一方法としての反論権の承認）については、解釈論としても反対があるばかりでなく、いずれにせよそれほど多くを期待できない。⁽³¹⁾ 私としては、被害者の救済に資することができる以上、原状回復の一環としての反論権を認めるべきであると思うが、それよりもヨーロッパ型反論権（とくにドイツ型）の実現に努めるのが筋である。

以上のかんたんな考察によっても、人格権侵害に対する有効な救済手段が乏しいことは明らかである。このため、多くの被害者は泣き寝入りをするか、（ビートたけし事件のように）ときには暴力沙汰に及ぶことすらある。

2 名誉毀損と原状回復

そこでさいごに残された救済手段である原状回復について考察したい。おそらく人格権侵害に対するもつとも有効な救済手段として考えられるのは、差止と原状回復であろう。民法七二三条の立法趣旨も、そこに求められる。差止の問題点については前述したので、ここでは原状回復の実情を問題としたい。

(1) 謝罪広告 わが国で名誉毀損に対する原状回復の方法として圧倒的多くの場合に利用されるのは、謝罪広告である。それは、前述のように、現行民法制定以前より利用されており、それ以後も、名誉毀損の被害者により絶えず利用され、裁判所も、要件を絞り、文面を緩和しながら、かなり多くの場合に、その請求を認めている。⁽³²⁾ 謝罪広告の強制は良心の自由を保障した憲法一九条に違反するのではないか、という主張がなされたが、最高裁はこれを退けた（最大判昭和三二年七月四日民集一〇巻七号七八五頁）。学界では違憲説を支持する学説が増えつつあるが、

実務には全然反映していない。日本人の文化に深く根を下ろした法制度のひとつであろうか。⁽³³⁾ 私自身は、謝罪広告の違憲性についてはアンビバレントな態度をとっているが、わが国におけるその意義の大きさは否定できない。そこで、この制度を名誉毀損以外の人格権侵害に対しても利用できないか、というのが本稿の目的のひとつである。

(2) その他の原状回復方法 名誉毀損に対し謝罪広告以外の原状回復方法が認められた例は乏しい。謝罪文の交付（京都地判昭和四五年八月二七日判時六一四号一八四頁）・郵送（大阪高判昭和六一年八月二八日判時一二一九号七二頁）・掲示（高松地判昭和三年一月七日不法行為に関する下級裁判所民事裁判例集七四五頁）、取消広告（大阪地判昭和四三年七月三〇日判時五二八号一五頁）、碑文の一部の削除（大阪地判昭和四一年六月二一日判タ一九五号一四二頁）、看板の撤去（横浜地判昭和六三年五月二四日判時一三一一号一〇二頁）などが認められたにすぎない。⁽³⁴⁾ このほか、学説上、謝罪広告に代わる適当な原状回復の方法として、ドイツなどの例にならない、判決要旨の広告を認めるべきだとする提案があるが、それを容認した裁判例はない。⁽³⁵⁾ 妨害排除の手段を含め、今後適当な原状回復の方法の開発に努めるべきであり、それに対し、裁判所も積極的に対応すべきである。

3 名誉権以外の人格権の侵害と原状回復

(1) 判例の原則 人格権の侵害として名誉権以外にとくに問題となるのは、氏名権、肖像権、プライバシー権の侵害である。もっとも、わが国の最高裁が、そのうち排他性を認めているのは氏名権だけであるが（最判昭和六三年二月一六日民集四二巻二号二七頁）、民法七二三条の適用のためには、侵害された権利の絶対性を必要としないので、これらの人格的利益の侵害された場合に七二三条の適用を拒否する理由とはならない。しかし、この点で障害となりうるのは、最判昭和四五年一月二一日（民集二四巻一三号二一五一頁）の存在である。この事件では、原

告が名誉感情の侵害を理由とする謝罪広告の掲載を主張したのに対し、最高裁は、民法七二三条の趣旨を「その処分により、加害者に対して制裁を加えたり、また、加害者に謝罪等をさせることにより被害者に主観的な満足を与えたりするためではなく、金銭による損害賠償のみでは填補されえない、毀損された被害者の人格的価値に対する社会的、客観的な評価自体を回復することを可能ならしめるためであると解すべきであり、したがって、このような原状回復処分をもって救済するに適するのは、人の社会的名誉が毀損された場合であり、かつ、その場合にかぎられると解するのが相当であるからである。」と解して、その主張を退けた。その判旨を文字通り理解すれば、名誉毀損以外の人格権の侵害に対しては、民法七二三条の適用の余地はないことになる。はたして、そう解すべきであろうか。

(2) 氏名権・肖像権 まず、氏名権・肖像権は名誉権とプライバシー権の中間に位置する権利である。大陸法ではそれらはいずれも人格権の一環として位置づけられる（とくにドイツ法）。これに対しアメリカ法では、両者はプライバシー権の一部として位置づけられている。わが国では、これまで両者の独立性がならずしも明らかでなかったために、本来氏名権や肖像権の侵害とされるべき事案が、名誉毀損として争われることが多い（古い例だが、東京温泉事件〔東京地判昭和三十一年八月八日判時九二号一六頁〕がその一例³⁶）。したがって、名誉毀損を理由とすれば認められる謝罪広告が、正面から氏名権または肖像権侵害を理由とすれば認められない、としたら筋が通らないことになる。

近時この点で注目されるのは、写真週刊誌による肖像権とプライバシーの侵害の場合に、謝罪広告の掲載を認めた東京地判平成二年五月二二日（判時一三五七号九三頁）である。東京地裁は、判決理由のなかで、この事件の肖

像権およびプライバシーの侵害は名誉毀損と類似した性質を有しているので、特定の救済は、損害賠償の方法として適切かつ合理的なものであるとし、その理由を以下のように詳論する。「本件写真が（原告）の肖像権及びプライバシーを違法に侵害するものであり、雑誌に公表することが法律上本来許されないものであることを読者に認識させる方法を採用すれば、読者の本件写真に対する認識の仕方を変えることにより本件写真の社会的な意味を質的に変容させ、もって本件肖像権及びプライバシーの侵害の原因を相当程度減少させることができるものというべきである。そして、そうすることによって、将来の侵害ばかりでなく、過去の侵害による（原告）の精神的な損害をも一定程度軽減することができると考えられる。このようにみていくと、本件においては、民法七二三条を類推適用して被告らに謝罪広告を命ずるのが、損害の原状回復の方法として、有効、適切、かつ、合理的であり、また公平の理念にも合致するといふべきである。」（同一〇一頁下段）さすがに、第一線で活躍している裁判官の説示であり、私としても全面的に賛意を表したい。

(3) プライバシー権 前記東京地判平成二年五月二二日では、原告は肖像権のほかに、プライバシーの侵害を理由として謝罪広告を請求し、認められた。したがって、プライバシー権の侵害を理由とする原状回復については、すでに裁判例をもつことになった。しかし、プライバシーの領域は広く、前記判例がすべてのプライバシー事件の先例になりうるかは疑問の余地がある（たとえば、秘事の公表によるプライバシーの侵害の場合）。一般的にプライバシー権の侵害に対しては原状回復は認められないというのがこれまでの判例である（とくに『宴のあと』事件〔東京地判昭和三九年九月二八日下民集一五卷九号二三一七頁〕参照）。前記最判昭和四五年一月一八日も、プライバシー権の侵害に対して原状回復を否定する趣旨と思われる。また、学説の多くもこの見解を支持している。その根

抛は、一言でいえば、いったん侵害されたプライバシーには回復の方法がなく、この点で社会的評価の低下にすぎない名誉毀損とは性質が異なる、というに帰する⁽³⁷⁾。

しかし、このような見解はあまりにも概念的なものであり、もっと実態に即した具体的な考察が必要である。前記最判昭和四五年の説示はたてまえ論に終始し、現実の謝罪広告の社会的機能を見做している。まず、謝罪広告によっても、いったん傷つけられた被害者の名誉は、十分に回復するものではなく、したがって、あわせて他の救済手段が考えられなければならない。その点では、プライバシーの侵害の場合と五十歩百歩である。つぎに、一般に謝罪広告の内容は、真実に反する言辞により被害者の名誉を傷つけたことを認め、陳謝するという部分からなっているが、最高裁の説示に忠実な方法としては、陳謝の部分削除し、たんに取消の部分だけ広告すべきである（謝罪広告の違憲性との関連で、そのような主張も多い）。しかし、これでは謝罪広告を求める被害者の目的は十分に達せられないであろう。被害者としては、むしろ、加害者に陳謝させることを目的の一つとしているといわざるを得ない。それにより被害者もいくぶん満足し、また加害者に対する抑止の効果もある程度期待できる。現在の日本で、なお謝罪広告が求められているのは、謝罪広告にこのような社会的効果があるからである。最高裁の説示は、謝罪広告の違憲性を否定した前記最判昭和三一年七月四日を変更してはじめて説得力をもつものと思われる。

したがって、プライバシー権の侵害の場合にも、悪質なときは、謝罪広告を認めてさしつかえない。その内容は、「週刊○○の記事により貴殿のプライバシーを侵害したことを認め、陳謝します。」⁽³⁸⁾ということになる。どんなプライバシーが侵害されたかまで広告する必要がないので、謝罪広告により重ねてプライバシーが侵害されるというおそれもない。以上の説は、学説上では少数説だが、実務家（とくに弁護士）の著作では支持されている。⁽³⁹⁾

(4) 他の原状回復手段 これまでは、原状回復の方法として謝罪広告を考えてきたが、それ以外の原状回復手段について、最後に一言したい。他の方法のうち、謝罪文の交付等の措置については、上述したことがそのまま妥当するであろう。これに対し、妨害排除との限界がいまいな碑文の削除とか看板の撤去については、名誉権以外の人格権の侵害の場合に適用を拒む理由はない。この種の請求をすべて差止請求ととらえ、原状回復と厳格に区別すべきであるとする主張は考えられるが、本稿の立場からは実際的ではない。今後この種の原状回復手段の開発に努めるべきである。⁽⁴⁰⁾ この点で比較法がそれほど役立つわけではないが、たとえばフランス民法九条によれば、プライバシーの侵害に対し、「裁判官は、係争物保管、差押え、その他私生活の内部への侵害を妨げ又は止めさせるのに適切なすべての措置を命ずることができる。」⁽⁴¹⁾ されているのが、参考になる。

(25) 民集四〇巻四号八九四頁。なお伊藤正己裁判官も同意見。同八九〇頁参照。

(26) 東京地判平成二年一月三〇日判夕七三〇号一四〇頁(美容整形事件、差引五〇〇万円認容)、京都地判平成二年十二月二〇日判夕七五二号一八八頁(池坊事件、合計四九〇万円)。その後、名誉・信用等の違法な侵害を理由として、ゴルフ場経営会社等に対し合計八五〇万円の慰謝料を認めた例が公表された(東京地判平成三年一月二七日判夕七九七号二四〇頁)。これに対し、「ロース疑惑」の容疑者として新聞・週刊誌を賑わしたM氏より、出版社に対し多くの名誉毀損またはプライバシー侵害訴訟が提起されたが、勝訴した場合の慰謝料金額は五〇万―一〇〇万にすぎない。これでは書き得ではないか。

(27) 東京地決平成元年三月二四日判夕七一三号九四頁。

(28) 五十嵐清・判評三七一号三七頁、山口純夫・判評三七三三〇頁(後者は本件判批)参照。なお本件の控訴審判決(東京高判平成二年七月二四日判時一三五六号九〇頁)も、原告の妨害排除請求を否定した。のみならず、そこでは肖像権の絶対権的性質も否定している。

(29) 反論権一般については、五十嵐清「幾代通教授と名誉毀損法」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』(有斐閣、一九九三年)

四六六頁以下に譲りたい。

(30) ただし近時の東京地判平成四年二月二五日判タ七八四号八四頁（雑誌「諸君！」反論権掲載請求事件）も、不法行為が成立しないという理由で、原告の反論文掲載請求を否定した。

(31) 幾代通「新聞による名誉毀損と反論権」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』（有斐閣、一九七五年）四五八―四六〇頁参照。

(32) 和田・前掲（注1）四七四頁以下に、過去一〇年間の謝罪広告に関する裁判例の分析がある。

(33) ちなみに、最大判昭和三十一年の原告は共産党員であったが、その後の多くの訴訟で原告となった共産党員は謝罪広告の掲載を主張している。たとえば、最判四五年一月一八日民集二四卷一三三二―一三五頁（本文参照）、最近では東京地判平成二年三月二三日判タ七三八号一三四頁（原告は宮本委員長）など。ただし、いずれも請求棄却。

(34) このうち、最後の二件は本来は妨害排除であらう。大阪地判については、判例集では七二三条が引用されているが、判決理由では妨害排除とされている。これに対し、横浜地判のほうは、判決理由中で民法七二三条の適用ないし類推適用と明示している。この事件の判批として、五十嵐清・判評三七一号三六頁参照。本稿はこの判批を発展させたものである。なお近時の東京地判平成三年一月二七日（判タ七九七号二四〇頁）は、差止の一環として人格権に基づく立看板の撤去を命じた。

(35) 判決要旨の広告は、幾代通「名誉毀損につき謝罪広告を命ずる判決」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣、一九七七年）で提案されたものである。この提案は近時草野真人裁判官により支持され（同「名誉回復処分」篠田省二編『不法行為訴訟（1）』（青林書院、一九九一年）三一六頁）、また東京地判平成四年三月二七日（判時一四二四号七二頁）で、原告により「判決の結論の広告」という形で請求されたが、プライバシーの侵害に対して原状回復は認められないという理由で棄却された。控訴審も同旨。東京高判平成四年二月二二日（判例集未登載）。

(36) 五十嵐清『人格権論』（一粒社、一九八九年）二二六頁以下参照。

(37) 三島宗彦『人格権の保護』（有斐閣、一九六五年）三四六頁、幾代通「謝罪広告」『現代損害賠償法講座2名譽・プライバシー』（日本評論社、一九七二年）二四九頁以下、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』（判例時報社、一九九一年）一四五頁以下、

安次富・前掲（注24）二五五頁など。

（38）一例として、東京地判平成二年五月二二日で認められた謝罪広告の文面（判時一三五七号一〇二頁上段）参照。

（39）山川洋一郎・山田卓生編『有名人とプライバシー』（有斐閣、一九八七年）一四四頁以下、木村達也ほか『プライバシーにご用心』（有斐閣、一九八九年）六三頁参照。

（40）伊藤正己裁判官も、「北方ジャーナル」事件大法廷判決の補足意見のなかで、「事後の救済手段として、現在認められているよりもいっそう有効適切なものを考える必要があるようにも考えられる」と述べている（民集四〇巻四号八九〇頁）。

（41）その他の措置としては、当該部分の削除(suppression)や折り込み広告、警告文、訂正文の公表などがあげられている。London, *Les droits de la personnalité*, 1983, p.251 et s.