

タイトル	「メフィスト事件」再考：ドイツにおける芸術の自由と人格権の保護の一こま
著者	五十嵐，清
引用	北海学園大学法学研究，41(1)：77-127
発行日	2005-06-30

「メフィスト事件」再考

——ドイツにおける芸術の自由と人格権の保護の二こま

五十嵐

清

「メフィスト事件」再考

目次

I はじめに
II 連邦通常裁判所一九六八年三月二〇日判決

III 連邦憲法裁判所一九七一年二月二四日決定
IV 若干の考察

I はじめに

作家トーマス・マン (Thomas Mann) の長男のクラウス・マン (Klaus Mann) は、一九三六年に亡命先のオランダで反時代的小説『メフィスト (Mephisto)』を出版した。このなかでクラウスは、姉のエーリカ (Erika) のかつての夫で、自分とも親しかった俳優グリュントゲンス (Gründgens) をモデルとしたヘーフゲン (Höfgen) という俳優を登場させ、かれが、ナチスの権力者にとりいって立身出世をした様子を批判的に叙述した。本書が一九六三年にドイツの出版社から刊行されようとしたところ、その直前に死亡したグリュントゲンスにかわって、その養子が出版禁止を求めて訴えを提起した。連邦通常裁判所 (BGH) の一九六八年三月二〇日判決も、また出版社側から提起された異議申立に対する連邦憲法裁判所 (BVerfG) 一九七一年二月二四日決定も、いずれも出版社側の主張を認めなかった。私はこれまでとくにBGHの判決を死者の人格権を認めた判決として高く評価してきたが、本件では、いまひとつ芸術の自由と人格権の保護の關係についても重大な判断がなされている。しかもこの点では、憲法裁判所の判断は二分され、学説の評価も分かれている。⁽²⁾

そこで今回は、両判決の判決理由だけでなく、『メフィスト』⁽³⁾ や、その他の若干の關係資料⁽⁴⁾ を読み、「メフィスト事件」を再考したい。もつとも、「再考」といっても、本稿は以上の問題について本格的な論述を目指したものではなく、二つの判決文の翻訳がその中心であり、それに若干の蛇足を加えたにすぎない。また、一介の法律学者にドイツ文学が分かるわけはなく、本稿はドイツ文学ないし演劇の専門家から見れば、不十分なこというまでもないが、法律学者の側からのささやかな寄与としてお読みいただければ幸いである。

II 連邦通常裁判所一九六八年三月二〇日判決 (BGHZ 50, 133)

まずドイツの通常事件の最高裁判所である連邦通常裁判所民事第一部一九六八年三月二〇日の判決をほぼ全訳のかたちで紹介する（ただし、括弧内の引用文献の多くを省略した。私のコメントは括弧内か注で示す）。本件の判例集 (BGHZ) での見出しは、「反時代的小説におけるその生活像の歪曲に対する死者の人格権保護の問題について」（『メフィスト』）となっている。

〈事実の概要〉

俳優で劇場監督でもある故グスタフ・グリュントゲンス（以下Gと略称）の養子で、単独相続人である原告は、本件訴えで、クラウス・マンの著書『メフィスト——ある出世物語』の流布に異議を述べた。

Gは、二〇年代にクラウス・マンと親しくしており、その姉エーリカと一九二八年まで短期間結婚していた。三三年にクラウス・エーリカ姉弟は政治的確信から亡命した。とりわけメフィスト役で有名となったGは、三四年にベルリン国立劇場の監督に任命され、三六年にはプロイセンの国家評議員 (Staatsrat) になり、三七年にはゲーリングの指揮下にあるプロイセン国立劇場の総監督に任命された。

クラウスは、亡命後まもなくメフィスト小説を書き、一九三六年にアムステルダムのQuerido社よりドイツ語で出版した。この小説は、以下のような俳優、すなわち、小説ではヘンドリーク・ヘーフゲン「以下、Hと略称」と称し、

倒錯的性的傾向をもつ、小市民的環境から育った、名誉欲の強い、才能のあるオポチュニストとして、また、ナチス権力者のシニカルでわがまま勝手な同調者として、さらにまた再保険者⁽⁵⁾として描かれる俳優、の輝かしい経歴を叙述している。数多くの細部——容姿や容貌の叙述、この俳優が出演した劇名の順序、とくにメフィスト役の引きうけ、プロイセン国立劇場の総監督への昇進——は、Gの外見と経歴に相応している。また、彼の周辺にいる人物も、小説のなかに再現されている⁽⁶⁾。

小説のなかでHの人格に詩化されている本質的なネガティブな特徴や行為が、Gにあてはまらないことについては、当事者間に争いが無い。

メフィスト小説は、一九五六年に新たに東ベルリンのAufbau書店より出版され、その最終頁に、「この本のあらゆる人物は類型を示すだけで、肖像を示すものではない。K. M.」というメモを掲載した。この出版に対し、Gの養子になってからその死亡まで助手であった原告は、同年にGの名前で異議を申し立てたが、出版物は流布されてしまった。さらに、三つの西ドイツの出版社における出版は、阻止することができた。

一九六三年八月、被告はこの本の出版を予告した。一九六三年一〇月七日のGの死後、原告はまずこれに対し抗議したが、効果はなかったので、ついに訴えを提起した。第一審で被告が勝訴したのち、被告は、本書を、以下のような仮処分によって命じられた序文付きで出版した。

「読者へ」

著者クラウス・マンは、一九三三年に良心により自発的に亡命し、一九三六年にこの小説をアムステルダムで執筆した。彼の当時の見解と彼のヒトラー独裁に対する憎悪から、彼は小説の形で劇場史の反時代的な像を作り出した。当時の人物の借用が誤認されえないような場合でも、彼は小説の登場人物について、彼の詩的想像力によって形態を与えたものである。それはとくに主役についてあてはまる。小説中にこの人物に帰属される行為や心情は、つねに大部分著者の想像力に即している。したがって彼は、その作品に『この本のあらゆる人物は類型を示すだけで、肖像を示すものではない』との表明を付加した。

出版社」

地裁はこの訴えを棄却し、理由中にとりわけ、この小説によって侵害されたGの人格権は、その死亡とともに消滅したと説示した。

この判決に対し、原告は控訴をし、その訴えの希望をさらに追及したが、禁止は無条件でいつまでも求められるものではないことを表明した。被告は、この小説を将来はつねに仮処分によって命じられた序文とともに出版することを義務付けられている、と表明した。

高等裁判所は控訴を認め、控訴人の主張にしたがって判決をした。被告の上告は効果がなかった。

〈判決理由より〉

I 省略

II 死者の人格権の保護に関する説示

1 この部分は原審判断の要約。なお傍線部分は原文の活字が大きい箇所を示す。

「原審は以下のように論じた。すなわち、その性質上譲渡できない人格の権利は、死後は法的主体が存在しないので、もはや存続し得ない。しかしそれにもかかわらず、法秩序は死後も効力のある人格の保護を与えている。たとえばそれは、死者の埋葬指示の尊重義務のなかに、さらには死者の墓の世話のなかに、また死者の安らぎの保護、死体窃盗の処罰、追憶の誹謗、死後においてもなお刑事手続きの再開、肖像の保護、実演家の演技の歪曲を死後も訴追する権利のなかに、そしてまた、名誉侵害により生前に勝ち取った禁止判決の存続のなかに、現れている。原告は、この人格保護から導かれる請求権を、Gの養子として、したがってまた遺族として、その唯一の相続人として、またGがすでに生前に本書の流布を妨げることを委任した者として、主張することができる。」

2 ここからBGHの判断が示される。

「この（原審の）説示については、結果において賛成すべきである。」

BGHは、すでに死者の日記の公開の権限がだれに属するかという問題に関連して、以下のこと、すなわち、著作者人格権にとって、それは本来の権利の担い手の死後も存続することが一致して承認されるべきである、と説示した。それは、一般的人格権に対しても同様に妥当する。なぜなら、人格の保護に値する価値は、死亡とともに消滅するそ

の主体の権利能力よりも長く存続するからである (BGHZ 15, 249, 259 — コジマ・ワーグナー事件⁽⁷⁾)。この見解は、判例・学説において圧倒的な支持を見出した (Nipperdey, Hubmann など、詳細省略)。

この見解に対してなされた懸念は、根拠がない。人格権はたしかに——刑法一八三——一八七条による名誉毀損と一八九条のより狭い規定(死者の追憶の侵害)との比較が示すように——人の死亡とともに決定的な制限を受ける。なぜなら、積極的に行動する人の存在を条件付けるあらゆる影響力が、終了するからである。さらに、人格権の限界領域における対立する利益の衡量にさいし、被害者の個人的な感覚それ自体の保護は、もはや重要性をもつことはありえない。この理由から、たとえば、プライバシー領域の叙述にさいして人格権の侵害が存在するかという問題は、死者については、生者の場合とは異なる評価基準によって判断されるべきである。しかし他方、死者は譲渡可能な有体物を残すだけでなく、侵害可能で、死後も保護に値する無体財産が存続することは、一般に承認されている。なにが個々の場合にこの財貨に数えられるか、そしてその侵害からどのような請求権が発生しうるかについては、本件では最終的な吟味を要しない。なぜなら、ここでは——後に詳論するように——生活像の重大な歪曲に対する不作為請求だけが問題だからである。その点では、人格権による不作為請求は、侵害可能で保護に値する財貨が存在するにもかかわらず、この生活像が生涯を終え、被害者がもはや自分で守ることができない瞬間に、完全に消滅すべきであるということについて、説得力のある根拠は見出されない。

人格権が——財産的価値のある部分を除けば——一身専属的な権利として譲渡性も相続性ももたないことは、決定的ではない。法秩序は、侵害可能な法益のために、生きている権利主体の存在とは独立に、法的構成員の行動に対

し命令と禁止を定めることができるし、またとくに、この権利の本来の担い手が死亡により権利能力を失った場合には、それ自身は相応する権利の担い手ではないすべての人によって、いま問題となっている種類の不作為請求を利用させることができる。以前より法秩序は、それ自身譲渡性のない人格権が問題になっている特別に重要な事例群に対し、すでにこの解決を規定している。かくして被肖像者の死後の肖像の流布は、遺族の同意に依存している（一九〇七年一月九日の美術著作権法二二条）。また死者の追憶の誹謗に関する刑法規定（刑法一八九条）については、今日では、ここでは提訴権のある遺族の敬虔感情や家族的名誉だけでなく、死者自身の名誉が社会的空間において存続する尊重請求権の形で保護されるという見解が主張されている（Weizel）。刑事訴訟法三六一条は、死者のために、一定の遺族の申立により、刑事手続きの再審を認めている。さらに、実演家の遺族は、死後、死者の演技の歪曲を禁止することができ（著作権法八三「現行七六」条）。そのような規定は、一部分すでに以前の法によって効力を有していたので、なおさら基本法の憲法的価値秩序によれば、人の死後、有体的財貨への譲渡可能な権利は存続するが、その能力によって獲得され、場合によっては後世の人々の記憶のなかではるかに長く生き続ける名声が、第三者の侵害に対し保護されずに放置されることは、もはや承認されえないことである。また、基本法一条で人間の尊厳を不可侵と宣言し、二条で人格の発展への権利を確定することにより、主として法共同体のなかでなお活動している市民の人格的利益の保護を保障しようとしたことから出発しているとしても、他方、われわれの文化圏の見解に反して、死後も「不可侵」として残る人間の尊厳に対する保護の保障が死者には脱落するということに対し、何らかの手がかりが与えられているわけではない。基本法の立法者の価値判断は、基本権のカタログにおいて、人間の尊厳の包括的な保護のために人間の生命に対する期間的制限を認めさせていないので、以下のことについて、すなわち、最高裁判例が、民法八二三条一項の一般条項を憲法立法者の価値判断にしたがって充足することによって、同条同項の意味におけるその

他の権利として承認したいいわゆる一般的人格権の保護は、なにゆえに死亡とともに必然的に終了するかについて、納得しえないものがある。一般的人格権の認められた後は、死者の人格的財貨の保護について詳しく規定された上述の個々の事例は、むしろ一般的な法義務の表現として理解されるべきである。それによれば、ここで争われている種類の人格的財貨は——もちろん人の死亡によって条件付けられた狭い範囲ではあるが——その所有者の死後も、法的構成員によって尊重されるべきである。当（民事第一）部は、人間は少なくとも死後の重大な名誉毀損的歪曲に対するその生活像の保護を信頼し、この期待のもとに生きることができるとした場合にのみ、生前における人間の尊厳と自由な発展は、基本法の意味において十分に保障されることを、確信している。

これに対し上告人は、口頭弁論でつぎのような主張をした。すなわち、本件の不作為請求は、この請求が公の訴えの方法で追求されるべきかどうかについて、被害者に決定が留保されなければならないという意味で、一身専属性をもち、したがって、死後の人格保護の主張は、せいぜい死者がすでに生前に授權をした場合に（そしてその限りで）考慮される、と主張した。

Gが原告にそのための授權を實際したかどうかは別として、この見解には、すでに以下の点で賛成できない。すなわち、そうすると権利の遂行は、死亡前になされた行為が被害者に適時に知らされたかどうか、また行為が被害者の死亡の直前になされたか直後になされたかどうか、という偶然に依存するからである。さらに、権利者が年齢や病気で疲れきったり、またはあきらめて、もはや自分で死亡の前に手続きを始めようと踏み切ることができない場合があることが、指摘されるべきである。無体的人格権が一身専属的性格を有するとしても、権利遂行を被害者の授權に係

らしめることを要しないことは、上述の立法者によりすでに詳しく規定された申立権能の諸場合を通して、すでに確認されている。

上告人の見解とは違って、法的安定性の観点からしても、第三者による死者の人格保護の主張は特別の授權のない限り排除されるべきである、ということが必要としない。権利の一身専属性は、反対の方向の規定のない限り、第一に死者により生前に任命された者が申立権者とみなされる、という帰結をたしかに正当化する。さらにしかし、立法者によってすでに詳しく規定された事例を類推して、死んだ家族構成員への誹謗によって、しばしば自分も巻き添えになる死者の近親者が問題となる。それは、多数の申立権者にあてはまる。しかしそこから、死者の人格保護の主張は明示の授權がないために失効しなければならないほどの、法的安定性に対する著しい危険は生じない。たしかにこの見解によれば、個々の申立権者の抗議行動への同意は、他の申立権者がそれにもかかわらず反対の方向で介入することを、排除しない。しかしこの同意は、一般に違法性の要件が存在するかについて、重要な根拠となる。本件では、申立権者の範囲を最終的に決定する必要はない。なぜなら、いずれにせよ原告は死者の養子として、とくにGが唯一の相続人として指定しただけでなく、すでに生前に小説の流布を妨げることを委任した者としてこの範囲に属することとは、原審が法および手続きに違反することなしに確定しているからである。

美術著作権法二二条および著作権法八三条の場合には、そこで規定された権能は期限が限られている。そのような立法者による個別規定がなくても、生活像の限界のない死後の保護は懸念されるべきである。期間的制限はすでに、死者の人格権は万人によってではなく、一定の範囲の生存している申立権者によってのみ主張されることができ、

ということから導かれる。それとは別に、ここで議論されている人格権的不作為請求権の行使は、申立権者が十分な権利保護の必要性を明かにしうることを前提としている。この必要性は、まさに本件のような場合には、死者に対する記憶が薄れるにつれ消滅する。また、個々の場合における人格権侵害の要件と違法性が限界付けられるべき利益衡量にさいしては、以下のこと、すなわち、時の経過とともに生活像が歪曲されないことへの利益が減少し、他方で、歴史的経過の叙述における誤りのゆえに法的請求が停止されないことに対する反対利益が増大する、ということが重要である。いずれにせよ、なお生きている原告は、Gの死亡の直後になされた人格権侵害に対し、訴えを提起する権利を有する。また、不作為命令は期間的制限を必要としない。というのは、時間の経過により、訴えられた請求権のさらなる遂行に対する権利保護の利益が消滅するならば、判決の強制執行に反対することは被告の自由にかかされているからである。」

III 以下は、芸術の自由と人格権の保護の関係についての説示である。そのうち、1と2は原審の判断の要約。

1 「事実自体に関して、原審は、クラウス・マンはかれの小説の主人公を明かにGに依拠したことを具体的に詳論している。現実から借用したできごとの十分な「異化 (Verfremdung)」は確定されない。増えつつある若い読者は、たしかに、叙述された小説の人物のなかに、当時生きていた人物を認識せず、またこの小説を二〇年代と三〇年代における演劇生活の反時代的叙述とみなすことはないであろう。しかし、本書が主として読まれる、無視できない数の演劇に明るい観衆は、主人公HについてGを思い浮かべ、そして外的容貌、生活と職業の道程、および環境における一致によって、GとHを同一視するであろう。そのさい、読者は真実と虚構とを区別できないのである。

原審の事実審としてのこの確定は、法または手続きに違反することはない……。」

2 「原審はさらに、この小説は、Hの行動、動機、発言をGと結びつける読者にとって、Gのネガティブにゆがめられた誹謗的性格像や生活像を伝える、と説示している。本書は、とくにHの黒人ダンサー——これは議論の余地なく架空の人物なのだが⁽⁸⁾——とのマゾ的な関係によって、小説の形をとったいかさま文書(Schmähchrift)であると考えられる。GはHの形で偉大な経歴を持つ天才的俳優として描かれ、とくにメフィスト役を演じ、その性格上メフィストそのものであり、ナチスの権力者にその出世のために自分を引き渡した。さらに、Hが二三の政治的に追われた者を、ただそれにより後の再保険をするために助けたという想定は、Hに対する、そしてさらにGに対する軽蔑を意味する。また、結婚生活におけるHの性的不能——それがGに当てはまるかどうかは別として——、さらに数多くの言葉による侮辱は、Gをさげすむのにふさわしい。

被告は、このネガティブな生活像や性格像が實際上Gに当てはまることを説明しなかったし、証拠も提出しなかった。Gは——小説のなかで叙述されたように——ゲーリング家に出入りし、その四三回目の誕生日に演説したことがない点では、争いがない⁽⁹⁾。かれの早い出世は——同様に戦後の栄誉も——かれの俳優としての能力に帰せしめられる。被告もまた、Gが一九三三年以後政治的なプロパガンダ目的のためにわが身を捧げたと主張していない。クラウス・マンが、当時Gが政治的に追われている者を再保険の理由からのみ助けたと信じていたとしても、Gが——被告も認めるように——自己の危険においてユダヤ人俳優、またはユダヤ女性と結婚している俳優や、政治的に嫌疑をかけられた者を助けたという事実、それに反している。

Gの性格像や生活像の真実に反する歪曲は——原審がさらに説示するように——自由な批判的意見表明の権利に

よっても、また本件小説は、地裁の見解と一致して、芸術作品として評価されることによっても、擁護されない。プライバシーの領域が侵害される限りでは、一般に利益衡量はすべて排除される。したがって、人格権侵害による原告の不作为請求は、基本法一条、二条および民法一〇〇四条、八二三条により根拠付けられる。」

3 ここからBGHの見解が示される。

「原審が上述の(事実の)確定および評価から導いた法的結論に向けられた上告人の攻撃について、結果においてその成果は否定されなければならない(つまり、上告棄却)。」

(a) 憲法と人格権の保護 「人間の尊厳に基づく人格権(基本法一条二条)は、民法八二三条一項の意味におけるその他の権利として保護される(たとえば、BGHZ 13, 334—読者の手紙; 24, 200—遅れた帰還者; 26, 349—素人騎士; 30, 7—カテリーナ・バレンテ; 31, 308—学生団体; 35, 363—朝鮮人参; 39, 124—テレビ女子アナ; GRUR 1965, 256—グレットナ・グリーン)⁽¹⁰⁾。この一般条項的な「受け皿的構成要件(Aufangstatbestand)」、⁽¹¹⁾の内容的精密化にさいし、憲法的価値判断に遡ることによって、人格権はもちろん、基本法二条によって、他人の権利、憲法的秩序および道徳律による明示の限界付けを受けていることだけが、考慮されるべきではない。むしろそれをこえて、すでに一般に構成要件に適合した違法な人格権侵害が存するかどうかという審査をするにさいし、憲法立法者のさらなる価値判断が参照されるべきであるが、その価値判断は、まさに一般条項の合憲的解釈にさいし影響を及ぼす(BVerfGE 7, 198, 204—リュート; 12, 113, 125—シュミット)⁽¹²⁾、特別の違法性阻却事由の観点のもとではじめて考慮されるものではない(BGHZ 45, 296, 307—地獄の業火)。」

(b)意見表明の自由と人格権の保護 「根本的な価値判断の一つとして、とくに——Gのように——公的生活におけるその活動と地位によって一般的な関心の対象となった人に対しては、とりわけ自由な批判的な意見表明の権利(基本法五条一項)が対立する(BGHZ 36, 77—武器商人: BGH NJW 1964, 1471—道学者先生)⁽¹³⁾。この(意見表明の)権利は、本件においては、一九三三年以来の劇場生活の諸関係に対する一般的な反時代的な論争をカバーするだけでなく、クラウス・マンがするどい論争的発言で、現代史の広く知られた人格としてのGの経歴と性格像を批判し、とくに、ヒトラー独裁制に対する亡命者としての積極的な反対者の見地から、Gの行動は世間の目にナチスの評価を高める危険を含んでいる、と批判したことをもカバーしている。しかしクラウス・マンは、原審の適切な説示によれば、そのような批判に限定せず、かれの叙述に架空のできごとを付け加えた。そのなかで全く正当化されないのは、黒人ダンサーに対する行動の捏造である。彼女とHは、長期にわたる倒錯的な関係を維持し、彼女がかれの経歴に危険となる恐れがあったときに、卑劣な方法でゲシュタポに逮捕させ、国外へ追放させたのである。さらにここで言及されるべきは、当時の権力者との特別に密接な種類の関係があったと捏造し、また人種的政治的に危険にさらされた者の救助活動を、打算的な再保険に基づく行為へ歪曲したことである。人格の態様や生活像を批判的に判断する権利は、基本法五条二項の明示の規定によれば、個人的名誉の法のなかにその限界を見出す。そして、いずれにせよそれは以下のこと、すなわち、人格の生活像を架空の、またはいかなる手がかりもなしに主張され、信条をネガティブに特徴づけ、有能な人間の卑劣な行為様式が問題になっているという判断を許すように、行動様式を歪曲することを、正当化しない。とくに、ダンサーに対する虚構の最終的行動は、読者に他の選択を許さない⁽¹⁴⁾。」

(c)芸術の自由と人格権の保護 「このような著しい程度の歪曲は、被告が第一に援用する、同じく憲法によって保

障された芸術の自由（基本法五条三項）によってもカバーされない。本件小説は、二つの原審により、法律の錯誤なしに、芸術的創造の成果として評価されたので、本件でもこの基本権規範が適用される。そしてその規範は、原告の見解に反して、国家に対して向けられた制度的保障を含むだけでなく、必然的に、芸術家として活動し、創作の成果を公衆に公表する芸術家の個人的自由を含むものである（文献省略）。この自由の保障は、歴史的には、明らかに第一に、市民の国家による侵害に対する防禦権を意味するものであるが、同時に、連邦憲法裁判所の判例の意味で、一つの根本的判断を體現している（判例省略）。その根本的判断によれば、一定の範囲の法・社会秩序に対して、憲法立法者の価値判断が拘束力あるものとして表現され、また他方で、それ（根本的判断）は人間の尊厳の根本価値と密接に関連しており、そして民法の一般条項を埋めるにさいして、根本規範として顧慮を要求している。

この憲法規範の援用にさいして、憲法立法者が芸術の自由を特別に包括的に保障したことが、被告のために顧慮されなければならない。人格権の保護や意見自由の権利の場合と違って、それはワイマル憲法の対応する規定の解釈について意見の相違があつたにもかかわらず、なんらの明示の制限を規定せず、それにより、五条二項の一般的な法律による留保は適用されない、と表現されている（たとえば、BVerwGE 1, 303—女罪人；LG Hamburg NJW 1963, 675⁽¹⁵⁾）。そこから生ずる帰結は、意見の表明が芸術作品の形をとった場合には、芸術作品のレベルに達しない意見表明のときよりも、その自由活動の余地は、被害者の人格領域に対して、より広く認められるということである（文献省略）。本件のような諸場合にとっては、それは、芸術家はたんに——芸術家の創作過程においてどうしても必要なことだが——現実のできごとと個人的な周辺の人々の経験とを結びつけることが許され、そして、この刺激の加工にさいして十分な異化の場合には、一層の創作活動の余地が残されていることを意味するだけではない。むしろ、芸術の

自由と保護される人格領域の間の衝突にさいしては、利益衡量により、以下のこと、すなわち、芸術家は現代史の人物の生活を小説風に叙述するにさいしては、その人物が、歴史的なできごとを實際に忠実に再現することを明かに要求しない場合には、被叙述者を架空のできごとによって補充的に特徴づけ、そして——原審の見解に反して——死者については、一定の限界のなかでプライバシー領域のできごとと叙述することが許される、ということが導かれる。これからみれば、本件では、クラウス・マンが小説において真実と架空のできごとをごちゃ混ぜにし、そのさいプライバシーの領域にふれたことも、それだけではなお苦情をいうべきでないであろう。

しかし、芸術家の創作の自由のこの包括的な保障も、芸術家の創作は無制限に行使することが許されることを、意味することはできない。なぜなら、芸術の自由は憲法的価値秩序の孤立した最高価値であり、あらゆる他の価値はその下位に置かれるべきである、というわけでないからである。芸術の自由が、個々の憲法立法者によって命じられた特別に包括的な保障を顧慮して、その限界を見出すところでは、詳しい説示は必要でない。とくに、この限界を——「母基本権」としての基本法二条一項に適用のもとで——他人の権利、憲法的秩序、道德律、そしてまたこの枠のなかで制定された法律のなかを求めることが、ただちに許されるかどうかは、不確かであろう（文献省略）。なぜなら、どっちみち、自由な芸術活動の権利は、同様に憲法によって保障された人格権に対する顧慮によって、一定の範囲で内在的な限界を知るからである。本件のように、モデルとして明らかに分かるように利用された特定の人物の生活像が、架空の付加物によって根本的にネガティブに歪曲され、しかもそれが風刺的またはその他の誇張的表現として認められないような場合には、この限界は越えられることになる。芸術家がある人物の性格を表現する場合に、實際のできごとの変更を意識的に取り組むならば、かれは憲法により保障された人格権の利益において、モデルとの関係を

分らないようにすることが期待されうるし、また期待されなければならない。本件では、原審の適切な説示によれば、それは行なわれていない。Gの人格領域への侵害は、本件小説からもたらされるHの性格・生活像が、Gの人生から引き出される根本的な特徴や人格像と一致しているならば、場合によっては正当化されるであろう。この前提のもとで、明かに小説的な描写にさいして、芸術の自由の限界を越えることなしに、実際のできごとや会話や経験が付加捏造されることができ。しかし本件では、Gが、自分の輝かしい経歴のために、以前の政治的信条を裏切つて権力者と密接な関係を結び、愛人をゲシュタポに引渡し、危険にさらされた人をただ打算から助けるような、シニカルでわがまま勝手なオポチュニストの類型にふさわしい、ということは主張されなかった。

結局、攻撃された小説の流布を原審が人格権侵害と判断したとすれば、それは法的根拠からは苦情をいうべき筋合いはない。」

〈コメント〉

本件B G Hの判決について、すでに若干のコメントをしたが、とりあえずここでまとめてコメントしたい。判決理由IIの部分、すなわち死者の人格権の保護の部分は、死者固有の人格的利益の侵害を認めようとする私見の基となつた判決なので、私としては批判的なコメントをする余地が乏しい。ただ本件の事実関係は、この種の事件としてはかなり特殊である。多くの事件では、被害者の死後に人格権の侵害があり、遺族がこれに対しどのような法的手段をとるべきかが問題となるのに対し、本件では『メフィスト』が最初に刊行された時はともかく、第二次大戦後東西ドイツで刊行され、または刊行されようとしたときに、G側は発売禁止を求めた。さらに本件出版は一九六三年のGのマ

ニアでの客死の直前に企画され、直後に実行されたものである。^(15a) このような状況において、もしB G Hが成法上の根拠がないという理由で原告の主張を退けたとしたら、たしかに正義に反することになる。⁽¹⁶⁾ それだけに、被害者の死後ある程度の年数が経ってからなされた死者の人格権侵害のケースに、本件判旨がどこまで及ぶか疑問の余地がある（もつとも本件判旨は、申立権者の範囲や期間制限などの点で一応の配慮をしている）。

判決理由Ⅲの部分、すなわち、憲法の保障する意見表明の自由（基本法五条二項）および芸術の自由（同五条三項）と人格権の保護の関係については、B G Hも、被告側の主張する二つの自由を十分に考慮しているが、それらはいずれも無制限ではないとし、結局は原告側の人格権の保護を優先させた。その決め手となったのは、Hの黒人ダンサーに対する仕打ちと、ナチスの被害者の救助をもつばら再保険のためとした二点に絞られる。しかし、これまでのコメントでもふれたが、二点ともそれほどひどいものではない。今日第三者の立場で（しかも外国人として）『メフィスト』を読むかぎり、Hは、天才的な俳優としてありがちな人物として、まさに一つの「類型」として描かれており、Gの名誉をそれほど傷つけるものとは思われない。日本流に言えば、Gは名誉感情を害されたにすぎない。はたしてこのような利益は、Gの死後も守られなければならないのだろうか。そこでつぎには、この点で裁判官の間で意見のわかれた連邦憲法裁判所の決定を見ることにしたい。

Ⅲ 連邦憲法裁判所一九七一年二月二十四日決定（BVerfGE 30, 173）

B G Hで敗訴した被告N出版社は、連邦憲法裁判所に憲法違反の異議申立をした。しかし、この憲法異議も、連邦憲法裁判所第一法廷一九七一年二月二十四日決定で棄却されたが、芸術の保護と人格権の保護の関係の本件への適用については、裁判官の意見は三対三にわかれた。そこで、以下憲法裁判所の決定理由を紹介したい。ただし、この決定

理由は五〇頁をこえる長文のため、要約と抄訳にならざるをえないことをお断りしたい。⁽¹⁷⁾

〈決定要旨〉

- 1 基本法五条三項一文は、芸術の領域と国家との関係を規制するきわめて重要な原則的規範である。それは同時に個人の自由権をも保障する。
- 2 芸術の自由の保障は、芸術家の活動だけでなく、芸術作品の上演や流布にも関係する。
- 3 芸術の自由の権利を、出版者も援用することができる。
- 4 芸術の自由に対しては、基本法五条二項の制限も、また二条一項但書きの制限も、適用されない。
- 5 芸術の自由の保障と憲法によって保護される人格領域との衝突は、基本法の価値秩序の基準によって解決されるべきである。そのさいとくに基本法一条一項の保障する人間の尊厳が考慮されるべきである。

〈決定主文〉

憲法異議は棄却。

〈理由〉

A—I (S. 174-176)

ここではまず本件的事实関係の簡単な説示があるほか、BGH判決になかった点として、クラウス・マンの自叙伝『転換点』(英語版The Turning Point, 1942; 独語版Der Wendepunkt, 1952)から、『メフィスト』執筆の動機にふれ

た部分の引用がある。そこでは、とくに英語版で、Gの人格をこきおろしており、クラウドにとっては不利な材料となっている。この部分は保木本による抄訳があるが、⁽¹⁸⁾クラウドの名誉のために、保木本が省略した独語版の後半部分を澁谷寿一訳によって紹介したい。

『メフィスト』は、そういわれたことはあるが、決して「モデル小説」ではない。無道にも絢爛としシニックにも傍若無人の成り上がり者が、私の諷刺の中心におかれているが、それはかつて実在し、またある人の保証するところによれば、今もなお実在するある俳優の特定の特徴をもっているかもしれない。私が小説に書いた枢密顧問官兼国立劇場総監督ヘンドリック・ヘーフゲンは、私が若い頃よく知っていた枢密顧問官兼国立劇場総監督グスタフ・グリュントゲンスの肖像であろうか。ところが必ずしもそうではないのだ。ヘーフゲンはいろいろの点で私のかつての義兄とは違っている。しかし、小説中の人物がその原型となった人に実際以上に似ていると仮定したところで、だからといってグリュントゲンスがこの本の「主人公」であるとは、やっぱりいうことはできないだろう。この時代批評的な試みにおいては、そもそも個々の場合が問題なのではなく、タイプが問題なのである。類例としてならば、ほかの人でもまったく同じように役立てることができたであろう。私がグリュントゲンスを選んだのは―彼を特別悪人だと考えていたからではなく（彼はおそらく第三帝国の他の高位高官の多くの者よりもむしろいい方さえあったのだ）、単に偶然彼を特によく知っていたからにすぎない。われわれが以前は親しい間柄だったからこそ、彼の変貌、彼の墮落は私にとって、小説に書くのに十分なくらいとついで、奇妙で、信じがたい、途方もないもの⁽¹⁹⁾に思えたのである」。

この部分まで引用することで、大勢にそれほど影響がないかもしれないが、憲法裁判所はよりフェアであったと評することができよう。

A—II (S. 176-181)

この部分は本件の民事裁判所の一・二審、およびBGHにおける審理の経過と判決理由の要約からなっているので、本稿では再現の必要はないであろう。

B—I (S. 182-184)

ここでは、異議申立人の主張が要約されている。その大要は以下のごとくである。

「BGHとOLGの判決は、基本法一条、二条一項、五条一項および三項、一四條、一〇三条一項、ならびに比例性および法的安定性についての憲法上の原則に反する。その理由として、まずこれらの判決は芸術の自由を侵害する。芸術作品の本質は、小説の登場人物が現実と似ているとか、一致しているとかに關係しない。たしかに芸術家は現実の出来事からヒントをうる。クラウス・マンにとつては、Gがナチスの権力者にとりいって、立身出世したことが素材になった。しかし、詩人の世界は現実と結び付けられるものではない。その点で、芸術的表現の見られないいわゆる鍵穴小説とは異なる。本件小説は、内外の批評家により芸術作品として評価されている。このような芸術作品においては、詩人的空想の産物の部分と現実の模写または記録の部分とを分けることはできない。

それゆえ、本件小説がGの人格領域へ及ぼした影響を判断するのに、現実と見分けがつかないとか、一致するとかは、基準として適切でない。人格に対する法的保護は、現実世界の人間に対して存在するのであって、詩的創作の空

想世界に関するものではない。そこには互いに比較し得ない独自の世界がある。この芸術家的表現の独自性を、基本法五条三項一文が保障しているのである。

この規定には内在的制約があるという見解は、この基本権が無制限に保障されていることを顧慮していない。Gの側には、その死亡により、限られた人格権が残っているにすぎない。さらに、亡命文学の最初の作品としての本件小説の出版に対する、公衆の特別の利益が十分に評価されていない。

本件小説は、今日の関係からではなく、その成立時の観念に従って評価されるべきである。なぜなら、ただそれ自身、およびその時代によって理解されうるというのが、芸術作品の本質に属するからである。とりわけ、ナチス支配期における本件小説の成立に特徴を与えた、政治的状况が重要である。

本件小説のシンボルの内容とモデルへの距離を示した批評家の鑑定意見も、十分に評価されていない。また、芸術と現実を区別することができるし、本件小説はGの伝記ではない、と演劇専門家が教えたことも、十分に顧慮されていない。

さらに、本件小説の内容を変更することを、著作権上の保護が禁止している。また、本件小説の禁止に対して、基本法五条一項による公衆の知る権利が対立する。本件小説の出版は、私的な論争だけでなく、とりわけ公の意見形成に役立つべきである。その他、この禁止は、基本法一四条（財産権の保護）によって保護される、異議申立人の出版者としての公表権と頒布権を侵害する（以下、さらに基本法一〇三条一項「法律上の聴聞を求める権利」、比例性および法的安定性の原則を侵害していると論じているが、ここでは省略）。」

B—II (S. 184-187)

ここでは連邦憲法裁判所法九四条⁽²⁰⁾による、連邦司法大臣と前訴の原告の意見の陳述がまとめられている。

1 連邦司法大臣の意見の概要

連邦司法大臣は、最終的な立場表明を放棄するという前提で、大要以下のように論じた。

「異議申立人は、裁判所による出版禁止により、基本法五条三項一文の基本権を侵害された。なぜなら、出版者に対する流布禁止措置は、本質的に情報伝達に向けられた芸術創作の活動の可能性を、狭めるからである。

基本法一条および二条一項により、故Gは、限られた範囲で、死後の人格保護が保障されている。この保護法益が、本件小説により侵害されるかは、主として本書の芸術的評価の問題である。いずれにせよ、叙述された出来事を普遍妥当的で理念的な表現で覆うという芸術家の営みは、小説の叙述を歴史的現実と厳密に一致させることを認めない。また、小説における實在の歴史上のモデルは、読者の意識のなかで、芸術家による素材の昇華によって後退する。本件小説におけるこのような歴史的基盤の異化は、本書の序文によって一層強められている。この状況において、素材の芸術的昇華が、すべての読者に一見して分かるものでなければならないという要求は、芸術の自由の保障と一致しない。

芸術の自由と人格保護のあいだの価値の衝突は、芸術の自由の無制限性によって解決されるわけではない。この基本権も、個人の共同体性を顧慮して、制限されるからである。他方で、個人の名誉権も芸術の自由に対し優位を享受しない。その自由は、最終的に人間の尊厳の尊重に基づくからである。したがって、衝突する基本権の保護範囲は、利益衡量により、個々の場合のあらゆる事情を基準として、それぞれが最大の活動力を展開できるように、たがいに限界付けられなければならない。そのさい、原則として、現在の諸関係が基礎になければならない。しかし、本件小

説が成立した外的な諸関係と時代の状況も、判断に組み込まれるべきである。というのは、読者は、成立史とそれによって条件付けられた著者の視角の相対化を、考慮するであろうから。また、著者のGに対する侮蔑的な表現が、当時の政治的権力者と独立の芸術の擁護者とのあいだの個人的ではなく、公的な論争のなかでなされたという事情は、読者のもとで異なる判断を導くであろう。さらに、当時のドイツ内の諸関係についての実用教育教材を公衆に近づかせるという、著しい利益が存する。

さいごに、比例性の原則は、無制限の流布禁止を正当化するかどうか、また、本書の主人公の人物のネガティブに描写されたタイプは現実の忠実な模写でないことを、序文で十分に明らかにしているのではないか、について審査されなければならない。」

以上が、連邦司法大臣の意見の概要であるが、それは異議申立人の主張に好意的であることが明かである。

2 ここでは、前訴の原告（Gの養子）側の反論が要約されている。

「前訴の原告は、憲法異議は根拠が無いとする。

本件小説は、芸術の自由の濫用である。その公表は、Gの人格権をその本質的内容において侵害している。基本法五条三項一文によっても、芸術家の攻撃的意思は、一般的に妥当する法の制限によって、制限されている。クラウス・マンにとって決定的根拠は、自身の告白によれば、第一に芸術の関心ではなく、憎悪感であったので、利益衡量は必要でない。さらに、基本法五条三項の保護は、現代史の重要な人格としてのGについての、真実にそった告知に対する公衆の利益のために、拒否されるべきである。」

C—I (S. 187)

ここから連邦憲法裁判所の法廷意見が始まるので、より詳しく紹介したい。まず最初に法律上の聴聞を求める権利を問題とする。〇LGおよびBGHにおける訴訟に関して提起された、法律上の聴聞を求める異議申立人の請求権(基本法一〇三条一項)の侵害に対する非難は、正当化されない。(理由省略)

C—II (S. 187-188)

ここでは連邦憲法裁判所の審査権の範囲を問題とする。純粹の民事上の請求権である不作為請求権の適用の適否については、原則として憲法裁判所には審査権限がないとした後で、大要以下のように述べる。

「しかしながら連邦憲法裁判所は、異議を申し立てられた両裁判所(OLGとBGH)の判決が、民法規範の適用にさいし、基本権の意義についての根本的に正しくない見解に基づくかどうか、または解釈の結果がそれ自体主張された基本権を侵害するかどうかについて、審査しなければならない(BVerfGE 7, 198 [205 f.]; 21, 209 [216])⁽²⁾。この憲法の放射的効力に関する限り、まず第一に、異議申立人によって主張された憲法に保証された芸術の自由(基本法五条三項一文)が、そして次に、意見自由の基本権(基本法五条一項)、とりわけこの基本権と、両判決が基本法一条一項・二条一項によって故Gに与えた保護されるべき人格の範囲との関係が、問題となる。」

C—III (S. 188-195)

この部分では、基本権としての芸術の自由の意義、および芸術の自由と人格権の保護の関係に関する一般論が展開されている。なお、ここではすべての裁判官の意見は一致している。

まず「基本法五条三項一文は、芸術は、学問、研究および教授とならんで、自由であると宣言している。この自由の保証とともに、基本法五条三項一文は、文言および趣旨にしたがい、第一に、芸術の領域と国家との関係を規制する客観的な極めて重要な原則的規範を含んでいる。同時にこの規定は、この領域で活動するすべての人に対し個人的な自由権を保障している。」

1 ここではまず基本法における芸術の自由の意義が論ぜられる。

「芸術」という生活領域は、芸術の本質によつて特徴付けられた独自の構造標識によつて決定される。憲法の芸術概念の解釈は、それより出発しなければならない。芸術的活動の本質は自由な創造的形成にある……。あらゆる芸術的活動には、合理的に解消できない意識的・無意識的なできごとがまざりあっている。芸術的創造には、直感、想像力および芸術理解力が一緒に働く。それは第一に、芸術家の個人的人格の報告ではなくて、その表現、しかも最も直接的な表現である。

芸術の自由の保障は、芸術的創造の「作業領域 (Werkbereich)」と「作用領域 (Wirkbereich)」に同じように関係する。二つの領域は解きたい統一体を形成する。芸術的活動 (作業領域) だけでなく、それを超えて芸術作品の展示や流布もまた、同じく芸術に特殊なできごととして、作品との出会いによつて必要不可欠である。公衆に芸術作品へのアクセスが提供されるこの「作用領域」は、とりわけ基本法五条三項の自由の保障が成長した大地である。ナチスの体制とその芸術政策を回顧するだけで、芸術家の個人的権利の保障は、芸術の自由を守るために十分ではないことが分かる。芸術の自由の保障の人的な適用範囲を芸術作品の作用領域へ広げることがなければ、この基本権は大幅に空洞化されるであろう。」

2 憲法の保障する芸術の自由の範囲などについては、芸術形態によりいろいろ考慮すべき点があるが、本件では、問題となる小説の芸術的価値について、異論がない。それゆえ本件では、歴史的現実のできごとと結びつき、そのため作品のモデルの保護に値する権利や利益との衝突の危険が存する説話的芸術作品、を判断するさいに考慮されうる特殊の観点に対応するだけで十分である。

芸術家が実人生のできごとを叙述するさいにも、この現実には芸術作品のなかで「詩化」される。現実性 (Realität) は、経験的・歴史的な現実の関連から解き放され、新たな関係へ導かれ、そこでは芸術的要請が前面に出る。個々のできごとの真実性は、芸術的統一性のために犠牲にされなければならない。

基本法五条三項一文の基本権の趣旨と課題は、とりわけ、芸術の自己法則性に基づき、美学的顧慮によって規定されたプロセスなどを、公権力の介入から守ることにある。芸術家が現実と出会い、自分の経験したできごとを形成する方法は、あらかじめ規制されてはならない。現実に対するかれの態度の「正当性」については、芸術家だけが決定できる。その限り芸術の自由の保障は、芸術家の活動の方法、内容、傾向に対し影響を及ぼすことの禁止を意味する。説話的芸術作品にとっては、そこからとくに、憲法の保障は自由なテーマの選択と自由なテーマの形成を含むことが、導き出される。この保障は、この特殊芸術家的裁量の領域を拘束力のある規定によって制限することを、国家に禁止しているからである。そのことは、芸術家が現実のできごとと対決する場合に、とくに当てはまる。「参加 (engagiert)」芸術の領域は、この自由の保障からはずされない。

3 ここでは、基本法五条三項一文の保障は、芸術家だけでなく、出版者にも及ぶことが述べられているが、詳細は省略したい。

4 ここでは芸術の自由の無制限性が論じられている。

「芸術は、基本法五条三項一文により、その自立性と自己法則性において、留保なく保障されている。芸術概念を評価的に狭めたり、または他の憲法規定の制限条項に基づいた拡張解釈や類推によって制限する試みは、基本法五条三項一文の明確な規定にかんがみ、効果をあげることとはできない。」とくに、基本法五条一項の基本権を制限する五条二項の規定は、三項の場合に適用の余地がない。それは立法過程からも明らかである。さらに、基本法二条一項後半（人格の自由な発展を制限する規定）にしたがって芸術の自由が制限されるという見解も、拒否されるべきである（いずれも詳細は省略）。

5 しかし、芸術の自由も無制約ではなく、基本法一条の人間の尊厳には服する。

「他方で、自由権は無制限に保障されるわけではない。基本法五条三項一文における自由の保証は、すべての基本権と同様、基本権の人間像、すなわち社会的共同体の内部で自由に展開する、自己責任を持つ人格としての人間から、出発する（BVerfGE 4, 7 [15 f.]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]⁽²²⁾）。しかしながら、基本権の無留保性にとっては、芸術の自由の保障の限界は憲法自身によってのみ規定されるべきである、と解することがふさわしい。芸術の自由は、たんなる法律の立法者に対する留保を含まないので、それは一般的な法規定によっても、また不確実な条項によっても相対化されることは許されない。それらの法規定や条項は、憲法上の端緒も、また十分な法治国家的保証もなしに、国家共同体の存立にとって必要な財貨を危険ならしめようとするものである。むしろ芸術の自由の保障の枠内で顧慮されるべき衝突は、基本法の価値秩序を基準とし、この基本的な価値体系の統一性を顧慮して、憲法解釈によって解決されるべきである。芸術の自由は、基本法の価値体系の一部として、とりわけ基本法一条で保障され、最高価値と

して基本法の全価値体系を支配する人間の尊厳、に従属する (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]⁽²³⁾)。それにもかかわらず芸術の自由の保障は、芸術作品が社会的平面でも影響を及ぼしうるので、同じく憲法上で保護される人格領域と衝突することがありうる。

自分の近くにいる人間についての人格上および生活上のデータへの芸術家の介入によって、被叙述者の社会的価値および尊重請求権が侵害されうる理由は、そのような芸術作品は、美学的現実として作用するだけでなく、それとなく、叙述にさいしては芸術的に高められるが、しかしその社会関連的影響を失うことのない現実のなかに、存在を持つことに求められる。社会的平面へのこの影響は、芸術の独自の領域と「ならんで」展開する。それでも、その影響はまた基本法五条三項一文の保障領域を一瞥することで評価されなければならない。なぜなら、芸術作品における「現実の」世界と「美学的な」世界は、統一体をなすからである。」

6 ここでは死者の人格権の保護が論ぜられる。憲法裁判所は、BGHの見解と異なり、死者の人格権は基本法一条からのみ基礎付けられるとする。本決定のなかでも最も重要な箇所の一つである。

「両裁判所は、この関連において、故俳優Gの人格領域からの保護効果の判断のために正当にも基本法一条一項を評価的に援用した。もし、その人としての存在によって尊厳が帰属する人間が、この一般的な尊重請求権において、その死後に低く評価されたり、卑しめられたりすることが許されるならば、憲法によって保証された、すべての基本権の基礎にある人間の尊厳の不可侵性の要請と、それは一致しないであろう。したがって、基本法一条一項においてすべての国家権力に課された、人間の尊厳への攻撃に対し個人の保護を保障する義務は、その人の死亡によって終了しない。」

BGHとOLGは、それを超えて、また基本法二条一項によって、その死亡によって条件付けられた範囲ではあるが、故俳優Gの人格に関する私法的保護領域への放射的効力を承認した。しかしながら、死後の人格権の存続は否定されるべきである。というのは、この基本権の担い手は生きている人に限られるべきであり、この基本権からの保護は、死亡とともに消滅するからである。基本法二条一項からの基本権は、少なくとも潜在的に、または将来的に行う能力のある人の存在を、不可欠なものと前提している。死後の法的状況は人の生前の自由な発展にとって重要でないことはないというBGHの考慮は、なんらそれを変更することができない。死後における人格保護の否定は、基本法二条一項において保障される行為および決定の自由に対する、いかなる侵害をも意味することはない。」

7 ここでは、一般論の最後として、人格権の保護と芸術の自由の衝突の解決の方法が述べられる。

「それゆえ人格保護と芸術の自由の権利との緊張状態の解決は、芸術外の社会領域における芸術作品の影響に対して注意を喚起するだけでなく、芸術に特殊な視点にも考慮を払わなければならない。基本法一条一項の根底にある人間像は、五条三項一文の自由の保障によって特徴付けられるとともに、反対にその自由の保障は基本法一条一項の価値観念によって影響される。個人の社会的価値および尊重請求権は、芸術の自由に優先するわけではなく、他方、芸術も人間の一般的尊重請求権をただちに無視することは許されない。」

芸術的叙述において、現実世界の個人のデータに依拠することによって、芸術作品の公表と対立する、被叙述者の保護に値する人格領域への重大な侵害を恐れなければならないかどうかについての判断は、個々の場合のあらゆる事情の衡量によってのみ、適格に行なわれることができる。」（以下省略）

C—IV (S. 195-200)

ここは、以上の一般論を本件に適用した部分であるが、ここでは半数の裁判官の意見が示されているにすぎない。まずは、結論の提示である。

「それに次いで、連邦憲法裁判所は、基本法一条一項によって保護される故Gとその養子の人格領域と、基本法五条三項一文で保障される芸術の自由とのあいだの、両裁判所によってなされた衡量にさいし、両裁判所が上述の諸原則を考慮したかどうかを決定しなければならない。この問題の決定にさいし、本法廷では意見が同数に分かれた。それゆえに、連邦憲法裁判所法一五条二項四文²⁴により、異議を申立てられた両判決が基本法に違反することは、確定されえなかった。」

1 ここから法廷意見が始まる。

「両裁判所による基本法二条一項の援用は、上述のように、不正な結果となる。しかしながら、はじめになされた基本法一条一項による理由付けが判決を支えているので、このことは無害である。」

2 ここでは両裁判所の判決理由のうち、Gは時の人であったこと、死者の人格保護の必要性は時とともに弱まること、人格権の保護と芸術の自由との関係について利益衡量を行ったことを、を評価している。

3 ここでは、憲法裁判所の原審判決に対する審査権の範囲について論じている。結局、この点における意見の相違が結論を左右したと思われるので、本件判決理由のなかで重要な箇所であるが、私の専門外であるので、深入りし

ないことにする。⁽²⁵⁾ 三人の裁判官の消極的な意見は、つぎのようなものである。

「連邦憲法裁判所は、上訴裁判所の方法による個々の事件についての独自の評価を、権限のある裁判官の評価にとって代わる権能を有しない。それはむしろ、そのような事件において、敗訴した当事者の基本権の侵害を、以下の場合にのみ確定することができるだけである。その場合とは、権限のある裁判官が、対立する基本権領域の衡量が問題になっていることを認識しなかったか、または、その判決が、基本権のひとつまたは他のものについて、とくにその保護領域の範囲について、基本的に誤った見解に基づく場合である。」

この立場から見ると、両判決は、人格権の保護と芸術の自由とのあいだの緊張関係を認め、それを利益衡量により解決している。両裁判所は本件小説を、その社会的作用の点だけでなく、芸術的側面からも十分に考慮している。また、本件小説のなかで、モデルとなったGについて否定的な描写が多いことも、明らかにしている。本件小説の出版禁止を認めたことは、比例性の原則に違反するものではない。「したがって連邦憲法裁判所は、異議申立のなされた判決によって宣言された公表の禁止について、基本法三条一項（平等原則）が守られたかどうかだけを審理することができる。それは肯定できる（つまり三条一項は守られた）。」

C—V (S. 200)

ここでは主として、原審判決が基本法五条一項（意見の自由）の基本権を侵害したかを問題とし、それには当たらないと述べられている。

シュタイン (Stein) 裁判官の反対意見 (S. 200-218)

本件については、CIVに関し三名の裁判官が反対しているが、そのうち反対意見が公表されているのは、シュタインとルップフフォン・ブリュンネック (Rupp-v. Brünneck) の二名である。ここではシュタインの反対意見を中心に紹介する（ただし、二〇頁近い長文のため、ここでも要約とならざるをえない）。

I

シュタインはまず憲法裁判所の審査権の範囲を問題とする。それはもつと広くあるべきであるとして、法廷意見を批判する。ここでは、最後の部分だけ訳出する。

「本件のような事件において、三人の裁判官の見解に従い、連邦憲法裁判所の審査権限が、狭く限られた統制に、すなわち（民事）裁判所が基本権の影響を一般的に認識し、それを顧慮し、そして一般的な恣意禁止（の原則）を侵害しなかったかどうかに制限されるならば、連邦憲法裁判所は、あらゆる法領域における基本権の保護者であるというその任務に、ふさわしくないことになるう。したがって本裁判所は、確定した判例によって、利益衝突の場合への憲法の放射的効力の範囲と射程についての判断にさいし、抽象的な陳述に限ることなく、もし民事・刑事裁判所が基本権の放射的効力を誤認したならば、それらの裁判所の評価を自己の評価によって置きかえる権限を有するとみなした（引用判例省略）」(S. 201 f.)

II

ここでは、本件の主題である、基本法における芸術の自由の意義、およびそれと人格権の保護の関係について論じ

られる。

1 シュタインはまず、両裁判所はその判決理由のなかで、芸術作品の社会への作用面だけを考慮し、美学的特殊性を無視していると批判する。両裁判所は、その立場から、モデルと現実を同視し、本件小説をいかさま文書ときめつけ、出版を禁止した。しかし、そのような見方は、記録文学にはふさわしいが、芸術作品には妥当しない。すなわち、「小説についての芸術家的関心は、歴史的事件の現実の忠実な、真実をめざした叙述ではなく、作家の想像力に基づき本質的で分かりやすい造形を目標とするものである。小説をその美学的存在のそとで展開する影響によってのみ判断することは、芸術と真の現実との特殊な関係をおろそかにし、基本法五条三項一文により異議申立人に保障された自由権を不当に制限する。」(S. 204)

2 ここでは芸術作品、とくにモデル小説の特色について、シュタインの文学的造詣が披露されているが、その詳細は省略せざるをえない。シュタインは、モデル小説が事実と距離を保つべきであるという見解に反対であり、とくにそれは本件のように現代史の人物の場合に重要であるとする。「このような方法で制限された芸術は、基本法五条三項一文の意味において自由ではないであろう。芸術の自由の保障は、原則として芸術のテーマ領域を制限することや、(一定の)表現手段や方法を芸術の作成過程から除外することを許さない。また芸術家に対して、人格領域から使用されたデータを、少なくとも美学的に要求できる領域において、小説の登場人物のモデルとして利用された人格との同定が避けられるように異化することを、とりわけ国家によって課せられることはできない。美学的に要求できることに關しては、拘束力のある規制は作成されないし、またそれが自由国家においては国家機関によって樹立されること

は許されない。」(S. 209)

クラウス・マンは、第二次大戦後に、Gについての新しい認識に基づき改作すべきであったとする両裁判所の見解に対しても、シュタインは、それは芸術家の創作の自由の侵害であると批判する。また一般読者の判断を重視した点についても、それは芸術の特質を理解しないものとする。かくして、この部分の結論として、

「たしかに芸術の自由の保障は、芸術はしばしば誤解され、特殊な事情の下で個人にだけ明らかになるということから、被害者の人格にとって生ずる全損害を、被害者に負担させるわけではない。しかしそれ(芸術の自由の保障)は、個人と芸術家の関心事とのあいだの利益調整にさいし、芸術の独自の価値をとくに顧慮することを義務付ける。それは、美学的作用面からも、芸術的叙述の歴史的現実からの解放と、美学の現実性としてのその独立性が、ともに評価されることによってのみ実現しうる。本件小説のGの人格に対する消極的な非芸術的な影響をさけるために、公表の禁止によって美学の領域に介入することは、以下の場合にはいずれにせよ許されない。それは、芸術作品としての本件小説の評価にさいし、Gとの純粹に素材的な関係が、事実的なものと詩的なものとの結合において、明かに背景に退いている場合であり、その場合には、たとえこの現実への依拠が認識できるものであっても、変わりはない。」

(S. 210 f.)

3 この観点から本件小説を見ると、HはGの肖像ではなく、一つの類型として描かれている。また、本件小説の書かれた時代的背景を重視すべきである。「メフィスト小説は亡命文学作品であり、そのテーマ、構造、言語は亡命者の政治的、社会的、心理的例外状況の圧迫のもとでのみ、正しく評価されうる。」(S. 212 f.)この点で、両裁判所は、本件小説の執筆の動機を問題としていない。「メフィスト小説の芸術的関心事は、ナチス国家における精神的同調の現

象を、分かりやすい形で叙述することにある。」(S. 213)

4 ここでは死者の人格保護を問題とする。すでに本件連邦憲法裁判所決定の法廷意見で、死者の人格保護と芸術の自由の衝突の場合は、基本法一条一項のみを基準とすべきであるとしている。もちろん、シュタインもこの点で同調する。

「基本法一条一項は、人間にその人としての存在によって帰属する、一般的な固有の価値を保障する(BVerfGE 30, 1[2, 要旨²⁶])。人間の尊厳の不可侵性の要請は、それによって同時に人間それ自体がその固有価値や独自性において侵害されるような、人格領域への侵入に対し保護を保証する。個々の人格の自由な発展を保障する基本法二条一項に較べると、一条一項は個性(Individualität)よりも人格(Personalität)により多く関係する。」(S. 214) 本件では、この違いは大きい。

さらに、死者については、時の経過とともに、死者への追憶が消失することが顧慮されなければならない。他方、Gは今日では演劇史上の人物であり、本書の出版によりその評価が揺るぐことはない。また、本書については、執筆当時の状況を知り、かつ芸術に関心のある読者が判断したならば、結果は異なったであろう。

かくして「それゆえ、憲法的価値判断の意味における、衝突する利益の衡量のさいに、死者の人格の尊厳を狭めることは、それが流布の禁止を正当化できるほど重要ではありえない。」(S. 216 f.)

5 ここでは、第一審判決後に出版社によって付加された序文(本稿八一頁)の意義を問題とする。シュタインによれば、それによりGの人格の尊厳に対する不利益な影響は減少し、それに対する出版禁止は、憲法の保障する比例

性の原則を侵害するとされる。

6 結論 「これらの理由により、故Gの人格領域への重大な侵害は確定されない。したがって、基本法一条一項に対する一義的な違反もまた存在しない。そのような違反だけが、留保無く保障された芸術の自由を勘案すれば、人間の尊厳の侵害の確定を正当化し、基本法五条三項一文の基本権の援用の拒否へ導くであろう。」(S. 218)

ルップIIフォン・ブリュンネック裁判官の反対意見 (S. 218-227)

ルップIIフォン・ブリュンネック裁判官（以下、R-Bと略称）も、シュタイン裁判官の反対意見に同調し、以下のように補足する。

1 まず憲法裁判所の審査権の範囲を制限する法廷意見は、従来の判例、とくにリュート判決に反する。法廷意見では、個々の場合の法適用の方法に対する憲法異議は、いつも見こみがないことになる。

2 異議申し立てられた両判決は、基本法五条三項の基本権の本件利益衝突への影響を十分に顧慮していない。とくに、本件のように小説の形をとった芸術作品を、現実性のものさしで計った点で、そうである。「そのような(BGH)の評価方法は、私見によれば、小説の形をとった芸術作品の本質を歪曲し、基本法五条三項の芸術の自由の無制限な保障からまず第一に引き出される要請、すなわち、加工されるべき素材の選択とその芸術的造形に対して、芸術家にどんな規制もなされるべきでないという要請、と一致しない。」(S. 222) もっとも、R-Bによれば、『メフィ

スト』は（クラウス・マンの他の作品に較べ）必ずしも良い小説ではない。しかし、本件小説が基本法五条三項の保護の対象となる芸術作品であることについては意見が一致しているので、そのことは基本権の適用について関係はない。

3 「直接に基本法五条三項から出発する審査は、憲法による基本権の留保のない無制限な保障に、この上ない重要性を置かなければならない。」(S. 223) 法廷意見のように、芸術の自由は基本法一条一項の制限を受けるとしても、「人格保護の利益のためになされる介入は、きわめて狭く限られた例外を意味することだけが許される。」(S. 224) 本件のように現代史の人物がモデルとされる場合には、基本権の保障を拒否する決定的な基準は、小説で特定の人物を侮辱したり、その目的のために小説の形式を濫用したりなどしたかどうかである。本件小説は、それに当たらない。それは、ナチスに対する抵抗文学であり、この観点から見れば、本件小説に見られる個々の歪曲についても、別の光が当てられる。

4 両裁判所のとった基準に従うとしても、本件小説の書かれた当時の例外的状況が考慮されなければならない。その亡命の状況において、クラウス・マンは、ナチス体制に対し全力をあげて抵抗を試みた。シュミット／シュピーゲル事件 (BVerfGE 12, 113 [129]) で、連邦憲法裁判所はプレス⁽²⁷⁾の自由を優先させた。私 (R-B) はさらに、言論の自由を推し進めたアメリカのニューヨーク・タイムズ事件に言及したい。マンの行為は、現行基本法の認める抵抗権の発露である。

このように考えると、Gの死亡から年月の経った今日では、本年小説の出版を禁止する必要性は一層ないことにな

る。

IV 若干の考察

1 その後の経過

ここではまず、一九七一年の連邦憲法裁判所決定ののち、一〇年後の『メフィスト』の再出版にいたるまでの経過を、簡単にスケッチしたい。⁽²⁸⁾

本決定の法廷意見は、当時のプレスにより批判され、逆にシュタインなどの反対意見が評価されたが、七〇年代の終わりまでは、『メフィスト』の発禁状態が続いた。この状況に一石を投じたのは、フランスの劇団「太陽座」による戯曲「メフィスト」の上演である。この興行は大成功を収め、ドイツでも上演された。この戯曲のドイツ語版が出版されたほか、『メフィスト』の海賊版も出回った。この頃になると、G（グリュントゲンス）も忘れられた存在となった。本件の実質的な異議申立人であったB. Spangenbergは、『メフィスト』の出版の時期が到来したと思い、Rowohlt社との間で出版の契約を結んだ。かくして一九八〇年末に、『メフィスト』はポケット版で出版され、たちまちベストセラーとなったが、これに対する訴訟は提起されなかった。

つづいて一九八一年に、『メフィスト』は、ハンガリーの監督István Szabóにより映画化された（戯曲も映画も原作に比べGの立場をより配慮している）。他方、同年にGについて展示会が開かれ、その実像（Gはナチスに加担したわけではなかった）も明らかにになった。

一九八三年には、わが国でも岩淵達治による『メフィスト』の邦訳が刊行された。⁽²⁹⁾

2 その後の判例

本稿のテーマからすると、本来なら、連邦憲法裁判所の『メフィスト』決定以後の判例の展開を、とくに芸術の自由と人格権の保護の係に重点をおいて考察すべきであるが、この点ではめばしい判例が乏しいので、ここではむしろ死者の人格権の保護に関する憲法裁判所とB G Hの判例を中心に、その後の展開を追いたい。いずれにせよ、『メフィスト』事件のB G Hと憲法裁判所の判決は、芸術の自由と死者の人格権の保護に関するその後の判例にとって、リーディングケースとなっている。

(1) 連邦憲法裁判所の判例

(i) シュトラウス諷刺画事件 (BVerfGE 75, 369 [一九八七年]) 芸術の自由に制限があるかどうか争われた事件としては、シュトラウス諷刺画事件が注目される。この事件は、バイエルン州首相のシュトラウスを批判する風刺画(シュトラウスを交尾する豚に見立てて描いた戯画)により侮辱罪として罰せられた者による、憲法異議を扱った事件である。連邦憲法裁判所は、本件の諷刺画が憲法の保障する「芸術」にあたるとしたが、本件風刺画により「異議申立人は、人間の尊厳を最高位の価値として認めている現在の法秩序が否認せざるをえない方法で、シュトラウスの名誉を毀損した」として、憲法異議を認めなかった⁽³⁰⁾。本件はあまりにも品のない風刺画のため、さすがの憲法裁判所も芸術の自由を制限せざるを得なかったものと思われる。本件では生者の人格権の保護が問題になったのであるが、シュトラウスの死後にこのような風刺画が描かれた場合も、結果は変わらないであろう。

しかし、シュトラウス事件は例外であり、一般的には、連邦憲法裁判所は、芸術の自由を優先させている(たとえば、ドイツ国家およびその象徴「国歌や国旗」を侮辱した者を罰する刑法九〇a条一項による有罪判決を、芸術の自

由を侵害し違憲であるとするBVerfGE 81, 278; 81, 298が、その例。さらに同種の事件として、「ドイツは死ななければならぬ」という歌を演奏した者を罰した刑事判決を違憲とするBVerfG, NJW 2001, 596がある。

以上は、生者に対する名誉毀損などを問題とした事例であるが、死者の人格権侵害に関する事件では、以下の二つが注目される。

(ii) ブラント肖像事件 (BVerfG, NJW 2001, 594) ある業者がブラント元連邦首相の肖像のあるコインを無断で発行したのに対し、ブラント夫人が差止めを請求した。一・二審はこの請求を認めたが、BGHは原判決を取り消した(BGH, NJW 1996, 593)。これに対するブラント夫人からの憲法異議を、憲法裁判所は認めなかった。憲法裁判所によれば、死者の人格権の保護については、『メフィスト』決定に従い、基本法一条一項だけが適用され、二条一項は適用されない。一般的人格権はここでは直接の審査基準とならない。また、本件に関しては、生者の場合でも、美術著作権法二三条一項一号により、ブラントのような絶対的有名人については、許可無くして肖像を作成できる。例外は、もっぱら営利目的で肖像が作成される場合である。この点で、OLGとBGHで見解が分かれたが、BGHは本件について公衆の知る権利も認めているので、憲法的に異議を述べることはできない、とされた。いずれにせよ本件では、ブラントが生きていても差止めが認められないので、死後の保護はほとんど期待できないであろう。⁽³¹⁾

(iii) カイゼン事件 (BVerfG, NJW 2001, 2957) いま一つ最近の事例では、意見表明の自由と死者の人格権保護の衝突を扱うヴィルヘルム・カイゼン事件が注目される。カイゼン(一九七九年死亡)はブレーメン市長などを歴任したSPDの政治家であった。一九九一年のブレーメン市会議員選挙にさいし、極右政党のドイツ国民同盟(DVU)が選挙用新聞に、「彼らもドイツ国民同盟に投票するであろう」という見出しで、エンゲルスなどとならんでカイゼンの肖像と引用文を掲げたので、カイゼンの娘が原告となって、このような記事の差止めを求めた。一審はこの訴えを

認めたが、二審は、この記事は基本法五条一項の意見表明の自由の範囲内であるとして、請求を棄却した。そこで原告は、憲法異議を申し立てた。しかし、憲法裁判所は、この異議を認めなかった。ここでも憲法裁判所は、『メフィスト』決定に従い、死者に認められるのは、基本法一条一項の人間の尊厳だけであり、二条一項の一般的人格権は認められないとする。そして、人間の尊厳の侵害は、その重大な侵害がなされたことを前提とするが、本件はそれに当たらないとする。⁽³²⁾

以上の二例から全体を判断するのは困難であるが、『メフィスト』決定は、死者の人格権の保護に対し、制限的に作用しているように思われる。

(2) 連邦通常裁判所 (BGH) の判例

芸術の自由と死者の人格権の保護の関係を扱ったBGHの判例としては、以下の二件が注目される。連邦憲法裁判所の判例が死者の人格権の保護を狭める傾向があるのに比べ、BGHの判例はそれを広げる傾向にあるといえる。

(i) ノルデ偽画事件 (BGHZ 107, 384 [一九八九年]) まず登場するのは、ドイツ表現主義を代表する画家エミール・ノルデ (Emil Nolde) の偽画に関する事件である。もともと本件は、死者の人格権と直接関係するものではない。すなわち、ノルデの署名のある水彩画二枚を所有するXが、Y財団 (ノルデに關係する財団のようである) にその真偽を鑑定してもらうため画を引き渡したところ、偽画であると判定したYは、その画が市場に出回るのをおそれて、Xに返還しなかった。そこでXがYに対し画の返還を要求した。これに対し、Yは反訴として画の署名のところに偽画であるという表示をすることを求めた。原審はXの請求を認め、Yの反訴を退けた。BGHも、Xの返還請求については原審の判断を正当とし、Yの反訴についても結論は正当とする。したがって、以下の死者の人格権に関するB

GHの判断は、結論と関係しないものである。

Yは反訴として偽画と表示する妨害排除請求権を行使しているが、その根拠である氏名権は本人（ノルデ）の死亡とともに消滅する。ノルデ夫人自身は氏名の濫用を自分の権利として訴えることはできるが、本件ではYに対し授権がない。Yは妨害排除として署名の除去を求めることができるが、Yはそれを求めている。

一般的人格権の侵害の点でも、原審の判断は正当である。たしかに死後の人格保護は認められる（『メフィスト』判決などを引用）。偽画作成も芸術家の人格領域の侵害となる。原審の判断とは異なり、Xが偽画を本物として市場に出すことによる、芸術家の人格への重大な侵害もありうる。また、ノルデの死後三〇年以上経っているから保護の必要はないとする原審の判断も、根拠がない。それは個々のケースの事情による。俳優についてはそれほど長く続かないが、ノルデのようなドイツ表現主義を代表する画家については、もつと長い。そこでXは、一定の範囲で妨害排除請求権を有するが、本件では、それはノルデの署名の除去で足りる。

死後の人格権がいつまで続くかは、ドイツでも一般的な規定が無いため争われている。本件BGH判決は、俳優が問題となった『メフィスト』判決と画家を扱う本件とを区別している点が注目される。⁽³³⁾

(ii) マレーヌ・ディートリッヒ事件 (BGHZ 143, 214 [一九九九年]) 本件についてはわが国ですでに詳しい紹介があるので、ここでは死者の人格権にしばらく紹介したい。⁽³⁴⁾ 本件の被告はミュージカルプロダクションの支配人であり、一九九二年に死亡したディートリッヒ（以下Dと略称）の生涯を内容としたミュージカルを翌年に上演したが、そのさいDの肖像や氏名を使ったグッズを製作販売したほか、肖像を自動車会社の宣伝に使うことを許可した。これに対し、Dの娘が原告となって、被告を相手に差止めや損害賠償などを求めて訴えを提起した。一・二審は差止めの一部を認めたが、その他の請求を棄却した。これに対し、BGHは原審判決を破棄差し戻した。

ここでは死者の人格権の問題だけをとりあげる。死者の人格権を認めたドイツ判例も、効果としては防禦請求権を認めるだけで、損害賠償は認めていなかった。死者には損害は発生しないというのが、その理由である。しかし、本件のように死者の人格権の侵害により財産的損害が生ずる場合には、それでは十分ではない。そこでBGHは、死者について生ずる財産的損害については、相続人による相続を認め、相続人は死者の意思を顧慮して行動すべきであり、この権能は相続人にも帰属するものとした。

その他、被告は、ミュージカルは芸術であり、芸術の自由は保護されると主張したが、宣伝用のグッズの販売はミュージカルと直接関係がないとされた。

本件は、アメリカ法のパブリシティ権に相当する領域を扱うものであり、本件判旨は、有名人の人格権の財産的価値について、実質的にはアメリカ法と同一方向に向かうものであるということができよう。⁽³⁵⁾

3 わが国の判例との比較

ここでは、『メフィスト』事件についての両判決から、われわれはなにを学ぶことができるかを、同種の日本の判例との比較を通じて、考えることにしたい。わが国では、モデル小説による人格権の侵害と芸術の自由の保障が対立した判例として、『宴のあと』、『名もなき道を』、『石に泳ぐ魚』の三件があげられる。私はすでにこの三判決について、別の角度から考察している⁽³⁶⁾ので、ここでは本稿のテーマと関連する問題のみ簡単に取り上げることにした。それでも、人間の尊厳を最高価値とする基本法一条、一般的人格権の基礎となった同二条、芸術の無制約の自由を保障する同五条三項一文のような規定を有しない日本法の判例と、ドイツの判例を比較することは、無謀のそしりを受けないが、本稿が多少でも日独法の比較に貢献することを期待している。

(1) 『宴のあと』事件（東京地判昭三九・九・二八下民集一五卷九号二三一七頁）

わが国の判例で『メフィスト』事件と最も共通性があるのは、『宴のあと』判決であろう。どちらも一流の作家によって書かれ、モデルも有名人である。結果も作家が敗れている（ただし、『宴のあと』ではプライバシーの侵害が問題となったのに対し、『メフィスト』では名誉毀損が問題となっている）。一般読者は事実とフィクションを区別できないとする点も（とくに『メフィスト』の高裁判決）、同様である。判決理由の書き方は別として、大きく異なるのは、芸術の自由の取扱である。『メフィスト』事件の全判決が芸術の自由と人格権の保護の関係を詳論しているのに対し、『宴のあと』判決は、プライバシーの価値と芸術的価値の基準は全く異質なものであり、芸術的価値がいかにあっても、プライバシーの侵害はありうるとして、あつさり切り捨てた。⁽³⁸⁾ また、『メフィスト』では、Hの人格を否定するような叙述が見られたのに対し、『宴のあと』にはそのような箇所はほとんどない。おそらくドイツでは、『宴のあと』のような作品については、人格権の侵害はほとんど考えられないのではないか。

(2) 『名もなき道を』事件（東京地判平七・五・一九判時一六九一号九一頁）

本件は、芥川賞作家高橋治が旧制高校の同級生をモデルとして書いた『名もなき道を』が、モデルの近親者の名誉やプライバシーを侵害したとして訴訟になった事件である。東京地裁は、モデルがあっても芸術的昇華が進んだ場合には、一般読者も事実と虚構との区別ができるので、モデルの名誉やプライバシーの侵害は原則として生じないという立場から、『名もなき道を』の芸術性を評価し、原告の請求を棄却した。本判決は、『メフィスト』決定の反対意見と通ずる判決であると評価できる。ただし、本判決はわが国ではいささか突出しており、控訴審で、実質的に被告勝訴の形で和解した。本件のような事案がドイツの裁判所で扱われた場合にどうなるかは、予測困難であるが、東京地判と同様、おそらく芸術の自由を優先させるのではないだろうか。

(3) 『石に泳ぐ魚』事件（東京地判平一一・六・二三判時一六九一号九一頁、東京高判平一三・二・一五判時一七四一号六八頁、最判平一四・九・二四判時一八〇二号六〇頁）

本件は、芥川賞作家である柳美里が受賞前に月刊誌に発表した「石に泳ぐ魚」と題する自伝的処女小説に、仮名で登場した韓国女性が人格権を侵害されたとして、柳や出版社を相手に、差止めと損害賠償を求めた事案である。一・二審は原告の主張を認め、最高裁もそれを追認した。ここでは、詳細に議論を展開した二審をとりあげたい。そこで最も問題となったのは、原告の顔の腫瘍に関する詳細な叙述である。判旨は、「個人の障害や病気の事実は、個人に関する情報のうちでも最も他人に知られたくない類のものである。特に外貌に関する障害の事実は……」として、そのプライバシー性を承認する。そして、本稿の観点で最も注目されるのは、文学作品と人間の尊厳に関する以下のくだりである。「小説を創作する際、他人の人格的価値、特に障害を有する者をモデルとする場合はその者の心の痛みにも思いを致し、その名誉やプライバシーを損なわないうよう、モデルとその同定の可能性を排除することができないはずはないのである。このような創作上の配慮をすることなく、小説の公表によって他者の尊厳を傷つけることがあれば、その侵害に対して法的に責任を負うのは当然のことである。ことは人間の尊厳にかかわるのであって、芸術の名によってもその侵害を容認することはできない。」（判時一七四一号八〇頁）

この論旨を、芸術の自由といえども人間の尊厳を侵すことはできないと解するならば、基本的にはドイツの憲法裁判所の見解と一致するところがある。したがって、原告の死後も無削除版の出版は許されないことになろう。

4 むすび

死者の人格権の保護について、私はかねがねドイツ法にならって積極説を主張してきたが、これまで連邦通常裁判

所と連邦憲法裁判所の見解の相違について考慮することがなかった。日本国憲法にはドイツ基本法一条のような規定はないが、死者の人格権は、その人間としての尊厳性を損なう場合にのみ保護される、という見解に心惹かれるものがある。そのように解しても、『北方ジャーナル』事件や、前述の『石に泳ぐ魚』事件のようなものは、死後も保護されるので、それで足りるのではないか。

さて、それを前提としても、『メフィスト』事件については、どの意見を支持すべきか迷うところであるが、やはり憲法裁判所のシュタインとルツプフオン・ブリュンネックの見解を支持したい。私としては、芸術至上主義を擁護するわけではないが、『メフィスト』を読み、その抵抗文学としての意義を高く評価したいからである。もともと、この私見も主観性を免れない。もし岩淵達司のように、生前のグリュントゲンスの舞台を見る機会があつたら⁽³⁹⁾（一九五〇年代の半ばにドイツに留学した私には、その機会もありえた）、結論が変わっているかもしれない。

注

(1) 五十嵐清『人格権論』（一粒社、一九八九年）一六四頁以下、同『人格権法概説』（有斐閣、二〇〇三年）三八頁参照。なお、前者ではエーリカをクラウスの妹としているが、訂正する。

(2) 憲法裁判所では、芸術の自由と人格権の保護について、裁判官の判断は三対三に分かれたが、憲法異議が認められるには過半数の同意が必要のため（現行連邦憲法裁判所法一五条四項三文）「初宿正典・須賀博志編訳『連邦憲法裁判所法』成文堂、二〇〇三年、二五頁」参照）、異議は棄却された。この点についても、拙著『人格権法概説』では、多数意見がBGHの結論を支持したと書かれているが（同書三八頁）、訂正する。

(3) 『メフィスト』の邦訳として、岩淵達治ほか訳『メフィスト——出世物語』（三修社、一九八三年）がある。この邦訳の所在について、北大名誉教授の新妻篤氏のご教示をえた。

(4) 主なものは、クラウス・マン（小栗浩ほか訳）『転換点——マン家の人々』（晶文社、一九八六年）、岩淵達治『メフィスト』とグ

リュンドゲンス」テアトロ四七八・四七九・四八〇号（一九八三—八四年）、Eberhard Spangenberg, *Karriere eines Romans*, edition spangenberg im Ellermann Verlag, 2. Aufl. 1984にある。

(5) 「再保険者」というのは、Gが劇場監督時代に、共産主義にコミットしていた俳優の助命を図った行為を、もっぱらナチス崩壊後の自分の地位を守るためであったと評価したことをさす。クラウス側に不利な材料の一つである。Gは、『メフィスト』刊行後も共産主義者の演劇人の助命に勤め、その結果、第二次大戦後、ソ連軍に抑留されたGは、被助命者の働きにより釈放されたとのことである。Gの意図はともあれ、結果的には再保険の役割を果たした。岩淵・前掲（注4）テアトロ四八〇号二一五頁参照。

(6) 具体的に、登場人物のだれがだれをモデルにしたかについては、岩淵訳（注3参照）にいちいち指摘がある。問題の黒人ダンサーは従来架空の人とされていたが、その後これにもモデルがあると指摘されている。Spangenberg (Fn. 4), S. 108.

(7) 本件については、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」戒能通孝・伊藤正己編『プライヴァシー研究』（日本評論社、一九六二年）一六一頁参照。

(8) ただし、前掲注（6）参照。なお、このモデルとGとの実際の関係については不詳。

(9) 『メフィスト』序章はこの場面から始まっている。

(10) 最後の二件を除き、五十嵐・松田・前掲（注7）一六〇—一七二頁参照。「テレビ女子アナ」事件は、テレビ女子アナの行動について報道した、名誉毀損的な雑誌記事に対し、一万マルクの慰謝料が認められたもの（BGHの判決は一九六三年）。今日のわが国の同種の事件の先取りをしている。なお本件については、石井智弥「ドイツにおける人格権侵害に対する金銭賠償」専修法研論集三六号九頁（二〇〇五年）に引用がある。

(11) リュート事件については、『ドイツの憲法判例』（信山社、第二版、二〇〇三年）一五七頁以下（木村俊夫執筆）、シュミット事件については、同・一七八頁以下（上村都執筆）参照。

(12) 「地獄の業火」事件は、宗教問題に関する二つの出版社間の言論の応酬を扱ったもの。被告の批判を、原告が営業権の侵害として訴えた。しかし、BGHは、被告の批判を、特別な違法性阻却事由を顧慮することなく、正当とした。本件については、中村哲也「営業批判とドイツ不法行為法」法政理論二五巻三三八頁（一九九三年）など参照。

(13) 「武器商人」事件については、五十嵐・松田・前掲（注7）一七四頁参照。「道学者先生（Sittenrichter）」事件とは、日頃倫理的立場から他人を攻撃していた出版者が淫行勧誘罪により起訴されたことを機縁に、その出版者の女性関係を報じた雑誌記事に対する差止請求事件であるが、意見表明の自由の範囲内とされた。

なおここで基本法五条の訳文を掲げたい。「(1)各人は、言語、文書、図画によって自己の意見を自由に表明し流布する権利、および一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由ならびに放送およびフィルムによる報道の自由は保障される。検閲は行なわれない。」

(2)これらの権利は、一般的法律の規定、少年保護のための法律上の規定、および個人的名誉権によって制限を受ける。

(3)芸術および学問、研究および教授は自由である。教授の自由は、憲法に対する忠誠を免除するものではない。」樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』(三省堂、第三版、一九九四年)一七七頁(初宿正典訳)による。

(14) ここでクラウス・マンのために一言すれば、Hは黒人ダンサーをパリに居住させ、生活費を払っており、それほどひどい仕打ちをしただけではない。岩淵訳二六四頁以下参照。

(15) 「女罪人(Sunderin)」事件については、保木本一郎「ドイツにおける芸術の自由の憲法的統制論」國學院法学三三巻四号(一九九五年)一〇二頁以下参照。LG Hamburg(判例集ではOLGとされているが、間違いと思われる)は、フランスの作家Jean GenetのNotre Dame des Fleurs(花のノートルダム)をわいせつ図書として発禁を求めた検察官の提訴を、疑わしいときは芸術の自由を優先させるべきであるとして、退けたもの。

(15a) もっとも、これらの場合に、Gがどのように対応したか定かでない。まず本件小説が一九三六年に出版されたとき、マンの本書贈呈先リストの最初にGの氏名が載っているが、それが実行されたかどうか明らかでない。五二年にエーリカによる『メフィスト』出版計画があったが、これはGの反対により挫折した。五六年の東ドイツでの出版にさいしては、Gは表に立たなかったようである。また最後の世界旅行の出発前にGが『メフィスト』の出版計画を知っていたか、定かでない。E. Spangenberg(Fn. 4), S. 97f., 145ff., 163 u. 161.

(16) この点で、わが国の裁判例で興味深いのは大分地判平一五・五・一五判時一八二六号一〇三頁である。本件は、週刊誌に洞穴遺跡を捏造したと書かれ、自殺した考古学者Aの遺族が、出版社等に対し、慰謝料と謝罪広告を求めたものである。理論構成としては、Aの生前に被害が発生し、Aは慰謝料と謝罪広告を請求する意思を有したが、訴えを提起する以前に自殺したので、遺族がその請求権を相続して行使したものと思われる。しかし、週刊誌の三回目の記事はAの死亡後に発売されているので、死者の人格権の侵害を問題とする余地があった。一審の大分地裁は、その点にふれず、Aの請求権を遺族が相続したとして、慰謝料六〇〇万円の支払いと謝罪広告の掲載を命じた。本件は、控訴審・福岡高判平一六・二・二三判タ一一四九号二三四頁で、慰謝料が八〇〇万円に増額され、そのまま最判平一六・七・一五(平成一六年(オ)第九一一号)で確定した(ただし、最高裁HPに公表されているのは、謝罪広告

の合憲性に関する部分だけである)。いずれにせよ本件は、遺族の請求が認められなければ、正義に反することになる。

- (17) 本件については、保木本一郎「芸術の自由の憲法的統制―メフィスト決定」『ドイツの憲法判例』(前掲注11)一九〇頁以下、および同「ドイツにおける芸術の自由の憲法的統制論」(前掲注15)があり、参考にさせていただいた(ただし、そこにも私の旧稿と同様な間違いが見られるほか、両者にたびたび見られる「たとえば前者一九〇頁」「女性出版人」は「出版社」、「二〇年」「二、三〇年」とあるは「(一九)二〇年代」「二、三〇年代」とすべきであろう)。

- (18) 保木本(前掲注15)八七頁。なお『転換点』のこの部分は、原告にとって有利な証拠となるので、すでに第一審の段階で、利用されている。E. Spangenberg (Fn. 3), S. 163.

- (19) 『転換点』(前掲注4)四〇三頁以下(この部分は澁谷寿一が担当。ただしこの箇所については、最終段階で、Gと出版社の要望により、エーリカによって削除された部分がある。クラウス・マンの草稿のコピーは、E. Spangenberg (Fn. 3), S. 142にある)。なお、『転換点』は訳本で六〇〇頁をこえる大著であるが、一流作家との交流など興味深いエピソードが多く、今日の読者は、本文引用箇所を読みすごしてしまっているのではない。

- (20) 初宿・須賀編訳・前掲(注2)七三頁参照。

- (21) 前者(リュート判決)については、前掲・注11参照。後者は、単なる法律である負担調整法の解釈問題は、憲法裁判所の審査の対象にならないとするもの。

- (22) BVerfGE 4, 7は、投資援助法の違憲性が争われたもの。五十嵐清『比較民事法の諸問題』(一粒社、一九七六年)六一頁注六、『ドイツの憲法判例(第二版)』二五頁以下参照。7, 198は前掲リュート事件(前掲・注11)。24, 119は、一九六一年の家族法改正によって設けられた民法一七四七条三項(未成年者の養子縁組にさいし、親に代わって後見裁判所が同意することを認めた規定)の違憲性を問題とするもの。27, 1は、国勢調査の違憲性を問題とするもの。リュート判決を除き、他の三件では、結論として合憲とされる。

- (23) 前者(旅券延長申請却下事件)については、五十嵐・前掲(注22)六一頁注七、『ドイツの憲法判例(第二版)』四二頁以下(田口精一執筆)参照。後者については前注参照。

- (24) 前述(注2)のように、この条文は現行法では一五條四項三文にあたる。

- (25) ただし、私法学者の一人として、私は、近時のドイツの憲法裁判所が私法事件についての通常裁判所の判決に介入しすぎる、というドイツの多くの私法学者の批判に賛成であるが、本件はそれとは別であると考えている。

- (26) 本件は、通信の秘密の制限を定めた法律(一九六八年)の基となった基本法一〇条二項二文の挿入が、基本法七九条三項の定める

- 基本法変更の限界を超えるかどうかを問題とした事件。詳しくは『ドイツの憲法判例（第二版）』二六一頁以下（西浦公執筆）参照。
- (27) シュミット（シュピーゲル）事件については、前掲注11参照。
- (28) 以下は、主としてE. Spangenberg (Fn. 4), S. 190 ff. その他、注4所掲文献による。
- (29) 前掲注4参照。なおGの実像については、同じく注4所掲の岩淵『「メフィスト」とグリュンドゲンス』が詳しい。
- (30) 本件の詳細は、田口精一「芸術の自由と人間の尊厳」、前掲『ドイツの最新憲法判例』一五五頁以下参照。本文の引用もそれによる。
- (31) これに相応する日本の裁判例としては、王選手メダル事件がある（東京地決昭五三・一〇・二判タ三七二号九七頁）。ここでは差止めが認められている。
- (32) 本件の詳細は、ドイツ憲法研究会「ドイツ憲法判例研究（一二三）『故人の尊厳』保護」（押久保倫夫執筆）自治研究八〇巻四号一三六頁以下（二〇〇四年）参照。なお執筆者は本件について批判的である。本件を論じたPabst, Der postmortale Persönlichkeitschutz in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2002, 999も批判的。
- (33) わが国では絵画は著作権の対象となり（著作権法一〇条一項四号）、著作人格権は死後五〇年存続する（同法一一六条三項）。
- (34) 中村哲也「人格権侵害と財産的損害—BGHマルレーネ・ディートリッヒ判決をめぐって」法政理論三五巻一号（二〇〇二年）
- (35) もっともアメリカでも、パブリシティ権の相続性については、見解が分かれているようである。五十嵐『人格権法概説』（前掲）一九〇頁参照。
- (36) 五十嵐清「フィクションによるプライバシーの侵害」西原道雄古稀記念『現代民事法学の理論（下巻）』（信山社、二〇〇二年）二五九頁以下。
- (37) この点に関する興味深い論稿として、クリステイナ・エッシャー・ヴァインガルト・村上淳一「『宴のあと』事件と『メフィスト』事件——ドイツから見た日本の裁判」UP二六〇—二六二号（一九九四年）参照。
- (38) 下民集一五巻九号二三六四頁。『宴のあと』判決の評釈のうち、伊藤正己・ジュリ三〇九号四七頁以下は「作品が芸術的価値をもつことは、権利侵害の成否に影響を及ぼすことも否定できない」とする。これは、『メフィスト』決定の反対意見につながる見解といえる。
- (39) 岩淵ほか訳『メフィスト』（前掲注3）三四三頁。