

オーストリアにおける人格権法の形成

—ABGB16条を中心に—

石井智弥

1. はじめに

人格権の比較法研究として、ドイツ法とフランス法の対比は大変興味深い相違を示している。ドイツでは、精神的損害に対する賠償を制限する規定が存在していたことから、非財産的損害の救済が不十分であった。それに加え、不法行為法の要件の厳格性により、法律上承認された個別の人格権だけが保護され、それ以外の人格的利益は保護法規違反や良俗違反の不法行為が成立しなければ、救済されない状態にあった。しかし、第二次大戦後、ボン基本法1条及び2条を根拠に判例上、一般的人格権が承認され、人格権の広範囲な保護が実現されるに至った⁽¹⁾。これに対しフランスでは、精神的損害に対する賠償は早くから認められ、さらに、民法の条文に

(1) 以上、ドイツの人格権法の発展については、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—一般的人格権理論の発展」戒能通孝・伊藤正巳編『プライベートシー研究』（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、齊藤博『人格権法の研究』（一粒社、1979年）、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）、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（2005年）、拙稿「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—」茨城大学政経学会雑誌78号（2008年）。

も9条で私生活尊重の権利が明記され、16条以下では人体の尊重を保障する趣旨の規定が置かれている。これらの規定がフランスにおける人格権保護の実体法上の根拠とされている⁽²⁾。このように両国は民法における人格権の保護の仕方に違いが見られ、ドイツでは根拠規定の不存在をボン基本法で補い、フランスでは民法の規定だけで人格権の保護を達成させた。こうした違いは、民法に人格権保護の根拠規定があるか否かに求められるように思われる。しかし、オーストリアでは一般民法典（以下ABGBという）に根拠規定と目されうるものがあるにもかかわらず、長年、この規定は人格権保護のために活用されず、1990年代に入ってから、人格権保護の根拠としてみなされるようになった。このように特異な変遷をうかがわせるにもかかわらず、これまでオーストリアの人格権法については、その概要は紹介されてきたが⁽³⁾、詳細を明らかにする研究まではなされてこなかった。日本の人格権法の発展にとっても、オーストリアでの人格権の保護の現状を知ることは、十分に意義のあるものと考えられる。そこで本稿では、オーストリア人格権法において中心的役割を果たしているABGB16条に関する議論を考察し、同国の人格権法の形成過程と特徴を明らかにしていく。

2. ABGB16条

(1) 内容

まず、ABGB16条の規定内容を概観する。条文そのものは次のように規定されている。

(2) 以上、フランスの人格権法については、拙稿「フランス民法における人格権保護の発展—尊重義務の生成—(1)～(8・完)」茨城大学人文学部紀要社会科学論集第50号～54号、第56号～58号(2010年～2014年)。

(3) 齊藤・前掲書24頁以下、五十嵐清「オーストリア民法典の200年」札幌法学25巻2号(2014年)105頁以下。

「全ての人間は、理性によって明白な生来の権利を有し、それゆえ人とみなされる。奴隷制あるいは農奴制、及びそれらに係る権力の行使は、本邦において許されない。」

この条文が意味するものは、以下のように説明されている。

(a) 権利能力

全ての人間が人 (Person) であることを確認していることから、国籍を問わず、全ての人間の権利主体性が16条により認められている、と解されている⁽⁴⁾。オーストリアでは完全に生まれた時点から、完全な範囲の権利能力が認められるとされており⁽⁵⁾、ABGB22条が胎児の制限的かつ条件付の権利能力を規定している。

(b) 奴隷制の否定

16条の第2文が明らかにしているように、奴隷制及び農奴制が否定されている。現代においては当然のことであるが、ABGBが1811年に誕生していることに鑑みれば、画期的な条文と言えよう。

(c) 人格権

16条の内容は、さらに人格権を認めるものと解されている。人間の存在そのものと分離しえない結びつきを有する権利が各人に認められており、それが人格権であるとする⁽⁶⁾。条文には人格権という表現はないが、後述するように、学説上、16条と人格権が結びつけられ、判例も16条を根拠に人格権の保護を認めてきた。このように広い展開がされていった背景を

(4) *M.Schwimann* (Hg.), *Praxiskommentar zum ABGB*, 2Auf.Bd.1, 1997, S.70; *P.Rummel, M.Lukas* (Hg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 4Auf.Teilband 1-43ABGB, 2015, S.181.

(5) *H.Koziol, R.Welser, A.Kletečka*, *Grundriss des bürgerlichen Rechts* Bd.1, 2014, S.54.

(6) *M.Schwimann*, a.a.O.S.70-71.

知るために、以下、16条の成り立ちを見ていく。

(2) 起草過程

(a) マルティーニの原草案とその修正

17世紀から18世紀にかけての「理性法」と呼ばれる近世自然法は、近代私法の発展に大きな影響を与えた。理性法の基礎とする考えは、人間は自己の理性に基づいて自然の法秩序を認識し、そうした法秩序を理性的真理から演繹的に導き出して、そしてそれを統一的な法制度として具現化することができる、というものである。その結果、理性法の理論はヨーロッパ各国の法典編纂事業へと結実していった。プロイセン一般ラント法(1794年)、そしてフランス民法典(1804年)が例として挙げられるが、ABGBもこうした理性法と結びついた法典編纂に連なる。オーストリアでは、まずマリア・テレジアが法典編纂宮廷委員会を設け、同委員会による「テレジア法典」(1766年)が作られ、ヨーゼフ2世の代で「ヨーゼフ法典」(1786年)が公布されて、レオポルド2世の代において、マルティーニを長とする委員会が一般民法典の草案を完成させた。これは「原草案(Urentwurf)」と呼ばれ、西ガリツィアなど一部の地域で法律として施行されることになり、「西ガリチエン民法典」と通称された⁽⁷⁾。現代の公法に当たる法がなかった時代において、全ての人が生まれながらに有する権

(7) 以上、ABGB制定までの経緯については、*U.Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte*, 6auf., 2008, S.13-16. 邦語文献として、シュロツァー・大木雅夫(訳)『近世私法史要論』(有信堂, 1991年)113頁以下、皆川宏之「オーストリア民法典の成立——特に国家制定法と人的権に関する規定の編纂過程を中心として」『歴史創造における事理と法理〔比較法史研究7〕』(未来社, 1998年)250頁以下、同「法典編纂と自然法論——オーストリア一般民法典第7条の成立史を題材として(一), (二・完)」法学論叢147巻5号(2000年)110頁, 149巻4号(2001年)128頁, 小野秀誠「オーストリア一般民法典(1811年, ABGB)の200年——啓蒙と官房学の結合」一橋法学14巻2号(2015年)579頁, 五十嵐清『ヨーロッパ私法への道——現代大陸法への歴史的入門〔新装版〕』(日本評論社, 2017年)75頁以下。

利、すなわち生来の権利に関する規定を、マルティーニは原草案の中に置いていた。28条から33条にかけて具体的な権利内容が規定されていたが、現行16条との関係では、次の原草案29条が目される。

「特に、自己の生命を保持する権利、生命保持に必要な物を獲得する権利、自己の身体力及び精神力を高める権利、自己及び自己の所有物を防衛する権利、自己の良き評判を維持する権利、そして完全に自己に所有が帰属するものを支配管理する権利は、人間の生来の権利に属する。」

しかし、民法典に個人の人権を明記するこうした試みは、レオポルド2世の死亡により突如終わった。生来の権利の明記に好意的ではなかった後継のフランツ2世は、マルティーニの原草案の改定を命じた。最終的に、マルティーニの弟子のツァイラーが中心となって草案を完成させ、現行の民法典が誕生したが、原草案に示されたような具体的な権利の列挙はなされなかった。ABGB 起草の審議における議事録⁽⁸⁾には、その理由が記されていた。すなわち、28条から33条に列挙された権利は自然法体系の中に置かれているものであり、裁判官であれば、学習していることが前提となるものである。しかしながら一般の人にとっては、これらの権利を明瞭かつ的確に理解することができない。そのため、これらの権利は有益に使用されることよりも、誤解や濫用の方が懸念されるとし、28条から33条は削除された。ただし、生来の権利そのものは16条に残された。

(b) ツァイラーの「生来の権利」

この16条を起草したツァイラーは、そこで規定された「生来の権利」をどのように考えていたのか。彼の著作『自然私法』⁽⁹⁾から探ってみよう。

(8) *J. Ofner, Der Urentwurf und Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches Bd.1, 1889, S.36ff.* (1976年の復刻版を使用)

(9) 初版は1802年であるが、1819年の第三版を使用した。*F.von Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 3Auf., 1819.*

ツァイラーの考えによると、人間は理性的存在者であり、法の根源はこの人間の理性に求められる⁽¹⁰⁾。理性的存在者は、理性の規則に服し、自らの活動について自由を有する⁽¹¹⁾。そして理性は、他の自由な存在者と共に生活する人間に対し、「己の自由は無制限ではない、なぜなら抑制されない自由の必然的な結果は、万人に対する万人の争いであるからだ」と告げるものである⁽¹²⁾。そうした考えのもと、ツァイラーはさらに次のように述べた。権利とは、一般的な理性の規則によって人間に承認された適法な行為をする能力であり、換言すると、自由な存在者の社交状態を妨害しない行為を実行する能力である。「他人の法的自由の効力を制限する行為はすべて止めなければならない」という最上位の原理に基づく法的義務は、全ての個々の人間に与えられるべき権利と合致する⁽¹³⁾。

以上のように、権利、理性、自由を結び付けた法理論を展開した上で、次にツァイラーは、取得行為の介在なく生まれながらに人間に与えられる権利、すなわち生来の権利を論じた。この生まれながらに取得する権利の第一に置かれるのが原権（Urrecht）であるとした。ツァイラーはこの権利のことを人格の権利（Recht der Persönlichkeit）と呼び、理性的で自由に行動する存在者の尊厳を確保する権利、法的自由の権利として論じている⁽¹⁴⁾。また、人間の生来の権利から、外部のあらゆる強制的恣意から解放される権利、自主独立の権利も生じるとし、これは人間性に由来し全ての人に認められ、恣意的強制は法の規制によらなければならないとする⁽¹⁵⁾。この原権と自主独立の権利から、各人の精神と肉体に関係するその他の権利が流れ出るとした⁽¹⁶⁾。

(10) Zeiller, a.a.O.S.1-2.

(11) Zeiller, a.a.O.S.6.

(12) Zeiller, a.a.O.S.8-9.

(13) Zeiller, a.a.O.S.13.

(14) Zeiller, a.a.O.S.65-66.

(15) Zeiller, a.a.O.S.68-69.

(3) カントの影響

ツァイラーの法思想がカントから大きな影響を受けていることは、一般に知られていることであり、ABGB 自体もその影響を強く受けていると言われる。カントと ABGB について16条との関連を中心に見ていくと、次のような指摘がこれまでなされてきた。

(a) スヴォボダ

まずはスヴォボダの視点から、16条へのカントの影響を見ていこう。スヴォボダが着目したのは自由の概念である。ツァイラーはカントの法思想に基づいて、法と権利を自由の概念で説明している。そもそも自由とは、カントによると、全ての人にその人間性に基づいて当然に帰属する生来の根源的権利であり、自己の自由は他者の自由と両立するという条件の下、他者の強制的な恣意からの独立を意味する。このように自由は、全ての人に認められるが、無制限で無秩序なものではない。その上でカントは、全ての人々の自由との調和という条件で各人の自由を制限するものが法であるとした。そしてツァイラーも、他者が人として共存しうるという条件下で各人の自由を制限するものが法であると述べている。他方で、自由そのものは権利であり「形式的な原権」であるとし、この権利から、その他の生来の権利がさらなる法的行為をすることなく、理性的存在者としての人間の性質によって生じるとした⁽¹⁷⁾。

ツァイラーは生来の権利について、民法典の中で具体的な列挙をしていなかったが、生来の権利とされる諸権利は、人格の概念と結びついた権利であるとしている。自由は人格の観念及び人格の権利と不可分であると考えており、この点もカントと同様であるとする⁽¹⁸⁾。

(16) Zeiller, a.a.O.S.69-70.

(17) E.Swoboda, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants, 1926, S.92-95.

(18) Swoboda, a.a.O.S. 95-97.

(b) ロイツェ

ロイツェもツァイラーがカントから異常なほどに感銘を受けていたことを指摘しており、カントの自由の原権が著書『自然私法』の中で借用されていることは明らかであるとする。このカントとツァイラーの自由の原権の内容についてであるが、後の研究者から、現代における一般的人格権の先駆的権利として論じられることがある。しかし、こうした見解に対してロイツェは、カントとツァイラーの原権が、一般的人格権と対照的に、内容のない純粹に形式的な権利であるということを十分に顧慮していないと批判する。ツァイラー自身も、原権は、理性から直接生じるものであり、他のあらゆる権利と異なり、特定の客体との関係を持たないので、形式的あるいは理念的な権利と呼んでいる。そのため、原権は、それだけを見ると無色透明な思考概念であり、特定の客体と関係しない権利であるがゆえに様々な種類の人間の活動を保護する能力を与えるものでない。このことから、ツァイラーはカントと異なり、生来の権利を明確な形で認めなければならぬと考えたという。したがって、自由の原権そのものは一般的人格権と直接関連付けることはできない、とロイツェは指摘した⁽¹⁹⁾。

他方で、原権から導かれる個々の生来の権利と個別的人格権には類似点があるとし、ツァイラーが挙げた諸権利（可能な限り存在する人の権利、健康を保持する権利、良き評判の権利など）がそれにあたるとする。さらに、定義においても生来の権利は、学説で述べられている人格権のそれと類似性があるとした。最終的にツァイラーの考えは、ABGBにおいて受け入れられ、カントの理性法が反映した特色を民法典に与えた。そして生来の権利は、ABGB16条の規定で実現することになった⁽²⁰⁾。

(19) *D.Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19.Jahrhundert, 1962, S.33-35.*

(20) *Leuze, a.a.O.36-37.*

3. ABGB16条と人格権に関する学説

ABGB16条は、上述したように、生来の権利を規定するものであるが、その説明において人格権との関連性が言及されてきた。この16条と人格権との関係性について、ABGB 誕生から年代別にその議論を捕捉していく。

(1) ABGB 誕生初期—ウンガーによる人格権否定論

ABGB が制定された時期において、ツァイラーと並び大きな影響力を持った法学者として、ウンガーが挙げられるだろう。彼の著作から人格権に対する考えを探っていく。

ウンガーは、人格権 (Persönlichkeitsrecht) という表現ではなく人的権利 (Personenrecht)⁽²¹⁾ という言い方をしている。内容を見ると人格権に相当するものであるが、ウンガーは敢えてこの表現を用いたようである。この人的権利を語る前提として、まず、権利の分類について言及している。学説上、私権はその対象に従って人的権利と財産的権利に分類されているとし、こうした分類は ABGB においても踏襲されているという。さらに人的権利は、ABGB15条によると、人的性質や人的関係性に関するものと家族関係に基礎を置くものに分けられている。ウンガーは前者を絶対的人的権利、後者を相対的人的権利と呼んだ。16条に規定された権利は、人格の特性から生じた権利として、絶対的人的権利に含めている⁽²²⁾。

しかしウンガーは、財産的権利と同じように語られている人的権利という概念の採用に対しては疑問を抱いていた。その一例として、16条規定の

(21) 齊藤・前掲書35頁注(2)はウンガーの意図を認識した上で、「人格権」と訳している。

(22) *J. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd.1, 1856, S.504-505.*

権利を挙げた。この権利は人格に基因するものであるが、人格とは全ての権利の前提、つまり全ての私権を貫いている要素ではないか、と指摘する。すなわち、人格とは権利能力であるとする。そして、人を権利能力者にする私権、人であるための私権などはないと述べた。さらに、古い学説は、人的権利を生来の権利、すなわち出生と共に生じ、譲渡し得ない権利に限定していることを問題視し、生まれながらに生じ、理性によって明白な権利、原権とは何か、という点について、意見が一致していないことを指摘する⁽²³⁾。

このようにウンガーが人格権ないし人的権利に否定的な考えを示しているのは、そうした権利の背景をなす自然法・自然権そのものに反対していたからであろう。それを端的に表しているのが、ABGB 7条の意義の否定である。この条文は「訴訟事件が法律の文言からも法律の自然の意味からも判決しえないものである場合には、法律で明確に定められた同種の事件及びそれに類似する他の法律の根拠が斟酌されなければならない。それでもなお疑義が残る場合には、綿密に収集され十分に考量された自然の法原則に従って、判決されなければならない。」という内容であり、ABGBが自然法的法典であることを示す代表的条文である。ウンガーは歴史法学の立場から、この7条を断固として拒否するとした。既存の法律の欠缺を解決することは、法の解釈で十分であり、7条で自然法を示しているのは、起草者の純粋な理論的欲求の満足以外の何物でもない⁽²⁴⁾。さらに、これに関する注記の中で、16条と17条も全く無意味で、実務上意義の無い条文であるとした⁽²⁵⁾。

しかし、ウンガーのこうした16条否定論は、その後の展開を見る限り、必ずしも永続的な見解にはならなかったようである。

(23) *Unger*, a.a.O.S.505-507.

(24) *Unger*, a.a.O.S.70-71.

(25) *Unger*, a.a.O.S.71, n.16..

(2) ABGB 誕生から100年後

ABGB 誕生から100年後、それを記念した論文集⁽²⁶⁾が公刊されたが、その中に人格権保護に言及する論文がある。以下ではそれらの研究から、20世紀初頭における人格権に関する学説の状況を読み取っていく。

(a) ウェルスパッヒャー

自然法と ABGB を論じる中で、ウェルスパッヒャーは自然法、16条、人格権の三つを関連させている。ウンガーは16条の意義を否定し、無用なものと考えたが、ウェルスパッヒャーは私法上の人格権の承認のための結合点としての意義を16条に与えた。人格権の議論は、当時すでにドイツ法に倣って、学説及び立法においてその保護の理論が形成されつつあり、一般的人格権の確立が目指された。この権利は、全ての個別的権利の基礎とされ、それら権利の中に浸透している最上の権利とされる。また、最上級の私権、人間の最高位の法益を包含するものなどと呼ばれてきた。さらに個別的人格権として、生命の権利、自由、健康、名誉、氏名の権利、営業上の地位の権利などが承認されていた。

このような人格権について説かれる内容は、多くの点において、自然法の生来の権利と類似していると、ウェルスパッヒャーは指摘する。自然法は全ての権利を、原権、人格の権利、人としてみなされる権利へと還元する。ツァイラーも原権について、理性的で自由に行動する存在者の尊厳を確保する権利として定義していた。そして ABGB 制定から100年後においても、理性によって明白な生来の権利は論じられており、人格権が16条において権利として承認され、人格権を形成するための出発点として16条が位置づけられるということは、確かなことであるとした⁽²⁷⁾。

(26) Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.1, 2, 1911. 以下、FS100J.ABGB として引用。

(27) *M. Wellspacher*, Das Naturrecht und das ABGB, in: FS100J.ABGB.Bd.1, S.187-189.

(b) アドラー

ドイツにおける人格権概念の形成過程とオーストリアでの16条の成立史を概説した上で、アドラーは16条の生来の権利と人格権の関係を論じた。まず、生来の権利についてその自然法上の意義や ABGB 起草者の考えを知ることなく、どの権利が16条の生来の権利として見なされるのかを語ることは出来ないという。16条の生来の権利は性質を同じくする人格権によって補われ、この人格権を16条で承認される権利として説明されることが適切であるとした。ただし、16条の文言自体については、特段の意義は無く、「それゆえ人とみなされる」という結論のみを根拠づけるものだとする。どの権利が生来の権利として扱われるのか、という問題も、自然法の考えを根拠にして判断するしかなく、具体的には、原草案29条に列挙された権利を基礎にしていくことになる。この規定は、濫用や誤解を生むという理由から削除されたが、ツァイラーは自身のコンメンタールにおいて生来の権利を同様の内容で説明していた。いずれにしてもこれらの権利は法律で承認されているものであり、16条を生来の権利であるか否かの判断基準にする必要はないので、この条文の実務上の意義もないという⁽²⁸⁾。

このようにアドラーは、16条そのものに生来の権利の判断基準を求めるのではなく、人格権が生来の権利の具体化されたものであるとし、さらに原草案29条に列挙された諸権利が生来の権利に含まれるとした。16条に新たな法創造を期待する内容ではないが、民法における人格権の根拠を16条に求めていることは明確にしている。

(c) マウツカ

ABGB 成立から100年後の当時、学説上、人格権ないし個人的権利として括られていた法的保護に値する一連の利益は、全てにおいて相応な法的

(28) *E.Adler*, Die Persönlichkeitsrechte im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in: FS100J.ABGB.Bd.2,S.185-188.

保護を与えられていたわけではなかった。しかも、個別的人格権は定式化することが非常に困難であり、対立する利益を考慮しなければならないという大きな困難もあったことから、法的保護が一般的に与えられるのか否かも疑問が持たれていた。そうした状況下において、マウツカはABGBの先進性を強調し、人格権は生来の権利という「衣」に包んで16条に導入されているとした⁽²⁹⁾。

さらに、スイス民法典が28条において人格権を承認したことを引き合いに出した上で、ABGBはその100年前にすでに人格権を取り入れているとした。人格権は、侵害されると精神的苦痛を生じさせる利益に保護を与えるので、これまで保護を受けられなかった利益が、最も高い重要なものとして保護されることになった。そうした点で、人格権の承認は、ABGBの数ある長所の中で、最大の長所であるとした⁽³⁰⁾。

(3) 第二次大戦後

第二次大戦後、ドイツではボン基本法を根拠にして一般的人格権が承認され、人格権保護の機運が高まっていった。こうした傾向はオーストリアでも見られ、16条との関連から人格権保護を主張する見解が出されている。断片的な言及もあるがそれらの言説を挙げていこう。

(a) レーム (1962年)

肖像権を論じる際に、レームはオーストリアの人格権論について言及しているが、人格権に関するそれまでの学説を述べた上で、オーストリアの法秩序において人格権は定着していないとした。そして、16条が私法上的人格権を承認するための結合点になっているぐらいであるとし、学説も積極的に人格権と向き合おうとはしていないとする。しかしながらレーム自

(29) *J.Mauczka*, Die Anwendung der Theorie der Interessenkollision auf die “angeborenen Rechte”, in : FS100J.ABGB.Bd.2, S.231.

(30) *Mauczka*, a.a.O.S.292-293.

身はそうした状況を好ましいと考えておらず、ドイツの判例が一般的人格権を承認して、人格権の法的保護を確立させ、スイスでは民法典に人格の保護が明記されている中、外国でのこうした人格権法の発展を漫然と見過ごすべきではないと主張した⁽³¹⁾。

(b) グシュニツァー (1966年)

グシュニツァーは、オーストリアにおける一般的人格権の承認については肯定的な見解を示している。歴史法学は、自分自身に対する法的力というものは考えられないので、人格に対する権利を否定していたが、実務上の必要性が、氏名の権利や肖像の権利などの個別的人格権を承認させたとする。氏名や肖像が権利の客体になったと考えるべきではなく、氏名や肖像に関して、ここでは人の保護が問題となっていると捉えるべきだとする。これまでの人格権法の状況を振り返ると、ツァイラーが人格の権利を原権と呼び、ドイツではボン基本法が人格権を承認し、スイスでは民法典に人格の保護が規定された。その他にも世界人権宣言やヨーロッパ人権条約などがある。オーストリア法においても、16条及び17条に裏付けされて、一般的人格権が受け入れられており、完全な範囲を形成しているわけではないが、この一般的人格権から個別的人格権が流出していると述べた⁽³²⁾。

(c) ビドリンスキー (1969年)

ビドリンスキーは、まず、私法の中心的概念が所有権ではなく人であることを指摘し、ツァイラーを引用して、人は、理性的で自由に行動する存在者の尊厳を確保する人間の原権によって法的に構成されているとした。また、人は人格保護の諸規範によって直接保障されるのであり、私的自治や所有権は人のために存在するという。そして、オーストリア民法典は、

(31) *E.Rehm*, Das Recht am eigenen Bild, JBl.1962, 1, S.2-3.

(32) *F.Gschntzer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1966, S. 70.

当初から、この人格の権利を中心的規範として保持していたとして、16条を指し示した⁽³³⁾。

(d) ライシャウアー (1973年)

16条と人格権について、ライシャウアーはこの条文が人間の人格を包括的に保護するものであると論じている。ABGBに明記された生来の権利は、一般条項のように広い概念であるが、今日で言うところの全ての個別的人格権を包含するものだと解した。しかしながら、民法典施行後、19世紀後半までのオーストリアでは、16条を用いた個別的人格権の形成がなされなかった。このことについてライシャウアーは、自然法を拒絶し、16条の意義も否定したウンガーの影響を指摘している⁽³⁴⁾。

また、一般的人格権の意義についても言及している。一般的人格権は、あらゆる人に対して対抗できる絶対的な権利であり、包括的な人格尊重の権利とされるが、一般条項の広がりを持ち、具体化もされていないことから、技術的意義において疑問があるとする。そのため、ライシャウアーは、一般的人格権を16条との関係において理解されるべきものとし、人の保護の規範となる原則的判断を強調し、16条を私法ひいてはオーストリアの全法秩序の中心規範として特徴づけるものとして、一般的人格権は語られるべきとする。そしてこの中心規範としての16条には、二重の機能があるとした。その一つは、全法秩序、特に私法を解釈するために、16条の原則的判断が引き合いに出される、ということである。個々の具体的な人格権が十分に承認されていないことから、16条は、人が関わる行為の良俗適合性を解釈する上で役立つとした。例えば、良俗条項に16条の評価が入り込む

(33) *F.Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht, 1969, S.28.

(34) *R.Reischauer*, Das Persönlichkeitsrecht auf Achtung des Fernsprechgeheimnisses (§16ABGB) und seine Bedeutung für das Dienstverhältnis, DRdA.1973, 207 (S.212).

ことで、良俗違反により雇用者の命令権に制限を加えることができる。もう一つの機能は、個別的人格権を演繹するというものである。起草者の意図では、個別的人格権は自然法から生じるものとされている。このような自然法に依拠した法創造については、ABGB 7条に規定があるが、それでもなお16条が置かれたのは、特別な意味があるからであるという。16条は、人格を保護するために、全法秩序の原則的命題を持ち出すように促し、このようにして個別的人格権は作り上げられていくとする。とりわけ、憲法上保障された人格保護のための基本権がそのような命題を含んでいるという。このような基本権は、私法秩序において除去されないだけでなく、むしろ16条を通して私法の中に流れ込んでおり、16条を介した全法秩序の評価から、個別的人格権は導き出されるとした⁽³⁵⁾。

(e) ベルカ (1982年)

ベルカは、16条の生来の権利から一般条項的な一般的人格権あるいはより具体化された個別的人格権が導き出されるのか、という問題に対し、少なくとも、私生活尊重の個別的人格権が16条に依拠するという事は、一致した見解だとしている。また、そうした法発見においては、ヨーロッパ人権条約8条の保障が影響していることにも言及し、さらには私生活尊重の権利が内容において不明確であることも指摘した⁽³⁶⁾。

その上で、ベルカは私生活尊重の権利を中心に、16条と憲法との関係を論じた。まず、16条は、基本権として保護された人格権を私法の中に変換する役割を果たしており、かくして憲法上の価値観に適合しようとしている、と述べている。またヨーロッパ人権条約8条の私生活に対しては、私生活を尊重しない行為から守るために、16条は包括的な保護を与えているとした。そして、16条は人格保護の欠落部分を埋め合わせることができる

(35) *Reischauer*, a.a.O.S.213.

(36) *W.Berka*, *Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, 1982, S.340-341.

ものと考えている⁽³⁷⁾。

このようにして、ベルカの著述は、16条が人格権保護の根拠条文として位置づけられており、そのことはもはや当然視されている、ということ物語った。

4. 判例の展開

上記のように、ABGB16条と人格権には深い関連性があることが、学説上、認められてきたが、判例は人格権の保護において16条をどのように用いてきたのか。最後に現在の判例の立場について見ていく。

(1) プログラム規定から中心規範へ

上述の諸学説が論じてきたように、オーストリアの人格権保護においては、ABGB16条が中心的役割を果たすものと思われた。しかしながら、この規定はプログラム規定と解され、新たな権利を創出するものではないとして、これまで積極的に機能していなかったとされる⁽³⁸⁾。そうした状況が1990年代から変わってきたとされ、その契機となったのが1990年2月27日のオーストリア最高裁判所（以下、OGHという）の判決である⁽³⁹⁾。だが、この判決の前にも16条と人格権を結びつけた判決は存在しており、まずはその判決から見ていく。

(a) OGH 1978年10月24日判決⁽⁴⁰⁾

この事件は、ザルツブルク地域健康保険組合の従業員間で生じた訴訟で

(37) *Berka*, a.a.O.342.

(38) *I.Griss*, Die Rechtsprechung als Organ der Rechtsfortbildung im Zivilrecht, in: Festschrift 200 Jahre ABGB, 2011, S.1522.

(39) *Loc.cit.*

(40) SZ51/146.

ある。同組合の従業員である原告 X と被告 Y は同組合の公募制の主任ボストを志願していたが、同組合の経営協議会は X 及び Y を含む全志願者の個人情報資料の写しを新たな志願者全員に送付してしまった。そのため、Y はこうした行為が守秘義務違反に該当するとして、調停所に申立をしたが、このとき、Y は当該個人情報資料を調停所に提出した。すると X が、Y の行為も職務上の守秘義務違反に該当すると主張し、Y を訴えた。

裁判所は Y の行為について、調停の手続きの過程で調停所から求められた文書として当該個人情報資料を提出しただけであると判断し、X の請求を棄却したが、その際 OGH は次のことを述べた。

「人格権としての秘密領域尊重の権利も、その範囲に関して異論がないわけではないが、そうした権利は、……ABGB16条の意味における生来の権利として承認されている。しかし、具体的な事案において人格権の存立及び範囲について判断する際には、常に全法秩序を考慮に入れた価値判断が下されなければならない……。人格権は絶対的な権利であり、第三者の侵害からの保護を享受する。だが、絶対的であるからといって、この権利を危険にさらす行為がすべて違法であるということにはならない。むしろ、危険にさらされた側の利益と行為者及び一般公衆の利益が対比される精密な評価が極めて強く必要とされる。」

このように、原告は敗訴した事件ではあるが、OGH は人格権を16条に結びつける考えを判決の中で示していた。この判決以上に、16条に積極的な役割を与え、この条文がプログラム規定ではないことを明確にしたのが次の1990年判決である。

(b) OGH 1990年2月27日判決⁽⁴¹⁾

原告は1987年7月以来、下腹部の腫瘍の痛みにより、通常の業務に就く

(41) JBL1990.734.

ことができない状況にある。手術を行えば病状を改善させ、通常業務にも従事できる可能性はあったが、容易な手術ではなくリスクも伴うため、原告はそうした手術を実施しなかった。そうした中、原告は勤労不能年金の受給を申請したが、申請が認められなかったため、裁判となった。論点とされたことは、被保険者が社会保障を受ける際、医療処置を受けなければならない受忍・協力義務が課されることになるのか、という問題である。具体的には、勤労不能年金を受給するには、病状改善の可能性のある手術を受けなければならないのか、ということである。OGHは、被保険者には一定の義務が課されるとしながら、今回の手術は身体的な負担が大きいので、原告である被保険者の身体的完全性の権利を脅かすことになるとして、勤労不能年金の受給拒絶を認めず、原告の請求を容認した。そして、その中で16条と人格権の関係について、以下のようにOGHは述べた。

「ABGB16条は、全ての人間は、理性によって明白な生来の権利を有し、それゆえ人とみなされる、という規範を定めている。ABGB16条は、単なるプログラム規定ではなく、我々の法秩序の中心的規範であり、権利を与える規範的内容を伴っている。この中心的規範は人格を基本的価値として承認している。その核心部分において、ABGB16条は人間の尊厳を保護している……。これら原権の一つが身体的完全性の権利であり、この権利はヨーロッパ人権条約2条によっても憲法的水準において保護されている。」

この文言の中の「単なるプログラム規定ではなく、我々の法秩序の中心的規範であり、権利を与える規範的内容を伴っている」という部分が重要であり、これを先例として、16条に基づいて様々な人格権が認められ、法的保護が与えられるようになっていった。

(2) 私生活保護

上記1990年判決以降、16条によって、私生活や秘密領域が人格権として

保護されるとした OGH の判決を取り上げる。

(a) OGH 1992年10月21日判決⁽⁴²⁾

原告 X は被告 Y 会社に雇われていたが、給与の額をめくり Y と交渉がなされていた。そうした中、X は終業後、Y の取締役の一人である A と話し合いをすることになったが、その話し合いにおいて、X は会話を密かに録音していた。録音に気づいた A は X に対して、録音したテープを渡すように求め、X がテープを渡すと、翌日、X は Y から解雇された。そこで X は Y に対し、未払いの給料や解雇補償などを求めたが、Y がこれに応じなかったため、訴訟となった。

第一審及び第二審は原告 X の請求を認めたため、Y が上告した。上告審では原審の判断を採らず、X の請求する解雇補償を認めなかった。この判決の中で、OGH は次のように述べた。

「……ABGB16条で規律されている一般的人格権から話された言葉の権利が演繹されないのか否か、そしてその結果、会話の密かな録音は公表されないとしても違法となるのか、この点が吟味されなければならない。」

そして、コツィオール (Koziol) の見解やドイツの判例を紹介した上で、次のように続けた。一般的人格権によって法的保護が認められることにより、人格の発展にとって不可欠な自由と自己決定が人間の最も内奥の人格的領域の中に帰する。伝言など電話での通話の場合、通常話し手の人格について言及されることはないので、話し手は自分の言葉の固定化に苦痛を覚えることがない。しかし、考えや意見の交換のために用いた個人の会話は、常に話し手の個別の人格が表明されているのであり、話し手には、自由に伸び伸びと不信の感情を持たずに会話する権利がある。会話の際に、話の流れや自身の声の音程が了解のない録音により、記録されてしまうことを懸念しなければならないとしたら、人格の発展を大いに害することに

(42) JBL1993.338.

なる。絶え間ない猜疑と不信の感情がこの懸念と不可分に結びつくだろう。これによって、同胞との信頼に満ちた意見交換の場が妨害されることになる。

このようにして、OGHは16条の一般的人格権から話された言葉の権利という個別的人格権を承認した。

(b) OGH 1997年5月14日判決⁽⁴³⁾

この事件は近隣の住民同士が争いの当事者となった。原告Xと被告Yらは隣人であり、かつては子ども同士と一緒に遊ぶような付き合いをしていたが、理由は判然としないが、いつしか険悪になってしまった。数年前に被告の家の外装工事をした際、作業で使用していた足場が悪用され、Y宅は侵入窃盗の被害を受けた。以後、そうした犯罪の被害を受けていなかったが、防犯目的と称して、Yらは自宅のバルコニーと入り口に監視カメラを設置した。このカメラはXの敷地に向けられており、庭、X宅のバスルームの窓などがカメラの視界の範囲に含まれていた。X夫婦は常に監視されているように感じ、不快感をおぼえたため、代理人を通じてカメラの撤去をYに申し入れたが、拒絶されたため、カメラの撤去もしくはカメラの設置位置の変更を求めて提訴した。

第一審では、カメラの撤去の請求は棄却されたが、設置位置の変更の請求は容認された。ABGB16条及びヨーロッパ人権条約8条の意味における私的領域及び秘密領域の尊重の人格権は、望ましくない監視の可能性があるだけで、侵害されているとし、利益衡量の結果、撤去ではなく設置位置の変更の請求を認めることにした。第二審でも被告の主張は認められなかったため、Yらは上告した。上告審も被告の主張を正当とせず、理由として次のことを述べた。

(43) JBl.1997.641.

「ABGB16条により、全ての人間は、理性によって明白な生来の権利を有し、それゆえ人とみなされる。この規定は、今日一般的には、単なるプログラム規定ではなく、法秩序の中心規範とみなされている。同規定は、人格を基本的価値として承認している。この規定から一同じように法秩序によって保護されている別の基本的価値（ヨーロッパ人権条約8条、データ保護法1条、著作権法77条等）からも一自己の私的領域及び秘密領域を尊重される、全ての人の生来の人格権が演繹される。保護については、その時々において、利益衡量によって決せられる……。」

（3）氏名権

（a）43条

氏名権の侵害については、ABGB43条が次のように救済規定を置いている。

「自己の氏名の使用権につき異議を述べられた者又は自己の氏名（筆名・芸名）の不正使用により被害を受けた者は、差止めを請求することができ、故意・過失のある場合には損害賠償を請求できる。」

このように、16条が一般的人格権の規定とするならば、43条は氏名権という個別的人格権を規定するものと位置付けられる。判例はこの二つの条文を用いて、氏名権の新たな側面も法益として認めた。それが次の事件である。

（b）OGH 2007年2月15日判決⁽⁴⁴⁾

会社経営者である被告Yは、背任、背任幫助、間接偽証、文書偽造を理由にベルリン地方裁判所から有罪判決を受け、5年の自由刑が言い渡された。その後、保護観察として刑の執行が停止され、Yは釈放された。さ

(44) JBL2007.592.

らに別の事件（Haban-Mord 訴訟）との関連で、Yはウィーン地方裁判所においてビデオ会議を用いた聴取を受けていた。原告Xは発行している定期刊行物の中で、Haban-Mord 訴訟を報道し、Yの名前を挙げた。これに対しYは、Yの名前を出して報道することを止めるようXに求め、ベルリン地方裁判所に仮処分を申し立てた。ベルリン地方裁判所は仮処分を認めたが、ベルリン上級裁判所では否定された。これを受けXは、Yが報道において自身の氏名の不使用を求めることは出来ないことの確認と、Yに対する損害賠償を求め、オーストリアで提訴した。第一審及び控訴審では、Xの請求が認められなかったので、Xは上告した。

OGHは上告理由の一部を正当とし、報道において氏名を匿名とすることについては、以下のように判示した。

「ABGB16条により、全ての人間は、理性によって明白な生来の権利を有し、それゆえ人とみなされる。この規定は、単なるプログラム規定ではなく、我々の法秩序の中心的規範であり、権利を与える規範の内容を伴っている……。」「氏名の匿名性の権利も一般的人格権から演繹される……。確かに、一般的人格権においては、一多くの他の絶対的権利の場合と異なり一危険にさらされた利益に行為者及び公共の利益が対置される、包括的な利益衡量を常にまずは行うことによって、その具体的な内容が判明するが……、人格権の過剰な保護は、他方当事者の利益及び公共の利益を耐えがたく制限することになる……。」「いずれにせよ、氏名の明記は、明確に法律上望ましいとき、あるいは許容されているとき、違法ではない。当事者が同意しておらず、法律上禁止されていることも法律上明確な権限もない場合、名前の明記が違法になるかという問題は利益衡量に依拠して決められる……。」

このように、氏名の匿名性の権利も人格権に含まれるとした上で、その侵害が認められるか否かは利益衡量によって決められるとし、原審は利益衡量において用いられる基準とその判定を誤ったと判示した。

(4) 差止請求 (OGH 2009年12月16日判決)⁽⁴⁵⁾

原告Xと被告Y1は姉妹であり、被告Y2はY1の配偶者であるが、XとY1の母Aは所有する不動産の半分の持分をY1とY2に譲渡し、その土地に建てられた家屋の1階に住居権を設定し、そこに住んでいた。Aは卒中発作により車椅子で生活しており、介護を必要とするが、家族内で紛争があるため、家族外の者が保佐人に選任されていた。XはAに面会するため、AとYらが居住する家屋を訪問していたが、そのたびに、Yらから面会を妨害され、家から追い出されるため、Yらに対し、Aとの面会を妨害しないよう求める訴えを起こした。

AにはXの面会を受ける権利が住居権に基づいて認められるが、X自身には面会権があるのかが問題となる。これについてOGHは、ヨーロッパ人権条約8条及びABGB16条を用いた解釈を行い、次のように判示した。「ABGB16条はその意義において、学説及び判例により、その中核的領域で人間の尊厳を保護するオーストリアの法秩序の中心的規範として、承認されている。この規定は、人として人間に与えられ、そして第三者から尊重される諸権利を承認するための根拠である……。」「基本的自由及び人権は、第一には国家に向けられているが、一方で私法においてそれらは、間接的第三者効という形式で一般的にその実現を見いだしている。特殊な個別の法律規範によって定められていない場合には、ABGB16条が憲法上保障された基本権を私法に移し入れる。そうして、基本権は市民の基本的自由と権利を国家権力から守ることにだけ役立つのではなく、それを超えて、私法上の関係の解釈や欠缺の補完において基本権により具体化された評価が考慮されることにより、市民相互の関係に対する効果も有するのである。私生活及び家族生活の保護もヨーロッパ人権条約8条によりこれら基本権の一つとされる。」「ヨーロッパ人権条約8条は家族生活尊重の権利を保証

(45) JBL2010.292.

している。この規定の意味における家族は、ヨーロッパ人権裁判所の判例によると、成人とその両親との関係も含んでいる……。それにより、国家は、私人間相互の関係においても家族生活を保護し、相互の利益を規律する法的枠組みとそれを貫徹する効果的な機構を用意することを義務づけられている。家族相互が接近する権利を第三者あるいは他の家族の成員に対し、貫徹しようとする家族の成員の支援もそれに数えられる……。」「……絶対権としての人格権の性質から、判例は、人格侵害の際に侵害の危険や反復的侵害の危険がある場合において、法秩序が明確に規範的な要件を予定していないときにおいても、（故意過失に依拠しない）差止請求権を認めている……。」

5. 結び

マルティーニの原草案以降、民法典に生来の権利が規定されてきたが、ツァイラーは現行の ABGB の起草において、生来の権利の具体的な内容を明記することを避けた。さらに、オーストリアで歴史法学を広め、ドイツのパンデクテン法学を導入させていったウンガーは、自然法学の立場に反対して、16条の意義も否定した。ツァイラーが具体的な内容を示さなかったことや当時有力な学者であったウンガーの主張が16条の解釈に影響を与え、人格権が16条から導き出されなかった、ということも考えられるだろう⁽⁴⁶⁾。しかし、19世紀末から20世紀初頭にかけて、オーストリアの学説の多くは16条を根拠に人格権保護を展開していく見解を示しており、今から100年前に、16条の存在意義は積極的に評価されていたと言えよう。その後も、学説は16条と人格権を結び付ける考えに立っており、そうした動向はついに1990年代に至って、判例に反映されることになった。OGH

(46) 齊藤・前掲書28頁は、歴史法学の影響を指摘する。

1978年判決の中で、すでに16条と人格権を結び付ける判断が示されていたが、後の OGH の諸判決を見ると、OGH 1990年判決が16条をプログラム規定ではなく権利を与える規範的内容を持つ規定として解釈し、16条から人格権を導き出した判例と位置付けられるだろう。事実、コンメンタールでもこのことが指摘されており⁽⁴⁷⁾、判例・通説となっている。ドイツでは1954年5月25日の連邦通常裁判所判決 (BGHZ13, 334) 以来、判例上の人格権保護が確立しており、フランスでは1970年に創設されたフランス民法典9条の「私生活尊重の権利」が、それまでに形成されてきた人格権保護の判例を集大成し、今日のフランスの人格権法として機能している。これに対しオーストリアでは、自然法の発想から民法典が作られ、その結実として16条に生来の権利を明記していることから、人格権保護を明らかにした先駆けと目されるべき立場であった。しかし、判例上、人格権保護の法理が確立したのは1990年であり、ドイツやフランスに比べ、判例の展開が遅く、起草当時の先進的な ABGB のイメージが損なわれることになってしまったと言えよう。

以上の考察をもとに、最後に結論として、比較法の観点からオーストリアの人格権法の特徴を指摘したい。それはドイツ法及びフランス法との接点とそれに付随する日本法との類似性から明らかになる。ABGB とフランス民法典はともに、自然法思想を時代背景に持つ19世紀初頭に誕生し、人格権の根拠となる条文を有している⁽⁴⁸⁾。他方で、ウンガー以来、オーストリアの民法学はドイツ法学の影響を受けており、民法典に人格権の根拠条文があるにもかかわらず、前記 OGH 2009年判決で見たように、憲法の

(47) *Rummel, Lukas*, a.a.O.S.180-181.

(48) 星野英一「民法とは何か——一、二のアプローチ」『民法論集 第7巻』(有斐閣, 1989年, 初出: 北海学園大学法学部二〇周年記念論文集『法学・政治学の動向』(北海道大学図書刊行会, 1986年)) 61頁以下は、スヴォボダを引用して、ルソー及びカントの影響から ABGB とフランス民法典の共通性を指摘する。

間接的第三者効という考えを採り入れ、16条を介して基本権保護が私人間においても図られるとしている⁽⁴⁹⁾。このような憲法の私人間適用論はフランスでは語られない⁽⁵⁰⁾。ここにおいて、オーストリア民法と日本民法との共通点が見出されるだろう。日本民法の不法行為法はフランスの不法行為法と同様に、包括的な成立要件を有しており、ドイツのように憲法上の基本権を持ち出すことなく、人格権侵害を不法行為として構成することは、解釈上可能であった。このため、憲法に依拠することなく人格権保護を達成することもありえたのであるが⁽⁵¹⁾、判例は、「言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護(憲法一三条)と表現の自由の保障(同二一条)とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である。」⁽⁵²⁾として、憲法に依拠して人格権を承認している⁽⁵³⁾。さらにその前提として、日本国憲法13条がプロ

(49) コメントールでも、このことは触れられている。H.Koziol, P.Bydlinski, R.Bollenberger (Hg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, 2017, S.20.

(50) 高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない—人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト1245号137頁、同「現代人権論の基本構造」ジュリスト1288号110頁。

(51) 樋口陽一教授は、「『個人ノ尊厳ト両性ノ本質的平等』という憲法価値は、民法一条ノ二に明記されることによって、その私人間効力が、民法自体の側からの要求ともなっている。」と述べている(樋口陽一「憲法・民法九〇条・『社会意識』」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力・上』(信山社, 2003年) 141頁)。また、中村哲也教授は、日本では民法第2条で個人の尊厳と男女の平等を解釈の指導原理としていることから、「ドイツで基本権の私人間効力として対処されている問題は、論理構成の平面に限れば、わが国では民法第二条によって解決されている」と主張する(中村哲也「憲法の視点からの民法?—基本権保護義務論の中の民法をめぐる—」林信夫=佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系』(創文社, 2006年) 534頁以下)。

(52) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号877頁。

(53) 表現の自由との衝突が論点となるので、憲法レベルでの対抗を可能にするため、憲法13条を持ち出す必要があったことも、一因として考えられる。

グラム規定ではなく新たな個別的な権利を生み出すものとされ、幸福追求権は「新しい人権の根拠となる一般的かつ包括的な権利」とされており⁽⁵⁴⁾、こうした日本国憲法13条の解釈論はABGB16条の議論と重なるものがある。しかしながら、日本法との相違点もあり、オーストリアの場合、憲法ではなく民法に明確な根拠規定がある。プログラム規定であるのか否かの議論も、民法の条文においてなされた。このように、民法の中に人権規定が置かれ、人格権の明確な根拠規定が民法に存在するにもかかわらず、憲法の間接適用が採り入れられている点に、オーストリア人格権法の重要な特質が見い出される。

(54) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第8版〕』（岩波書店，2023年）122頁以下。