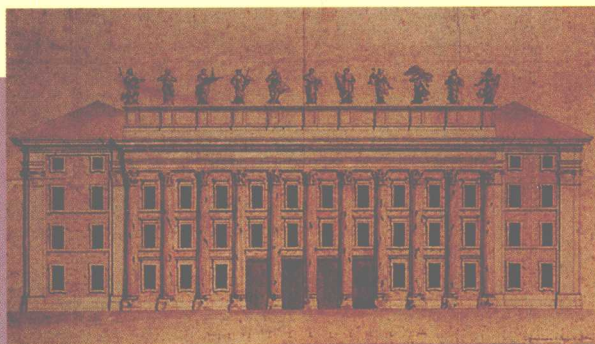


法学精品教科书译丛

人格权法

〔日〕五十岚清 著

〔日〕铃木贤 葛敏 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

“在全世界的人格权发展史上，毫无疑问二十世纪后半期是最值得关注的时代，这一时期，各国的人格权保护都得到显著加强，这也是由于在这之前，人们经历了一个人权遭遇无视的时代，这里有反省的因素存在；同时，也因为这一时期媒体及近代科技的发展使人格权明显变得更加容易受到侵害，损害结果也被进一步扩大……”

作者五十岚清先生以其五十八年的教授经历，以及一直活跃在人格权法研究第一线所修得的学术气魄，在为我们展示对人格权法研究之纵观历史、横看世界的宏观视野的同时，详细介绍了二十一世纪初期日本人格权法的现状，以其强劲的腕力，阐述了在具体案例中各种学术理论的应用和发展。本书中介绍的人格权法判例，基本囊括了日本有关人格权法的所有重要判例。本书语言高度精炼而又通俗易懂，适合于从事司法实践的法官、检察官、律师及其他关注人格权法问题的广大读者。

〔日〕五十岚清 男，1925年生于日本新潟县，1948年毕业于日本东京大学法学部。曾任北海道大学法学部教授、札幌大学法学部教授，现任北海道大学名誉教授。主要著作有：《比较法入门》、《契约与情事变更》、《比较民法学的诸问题》、《比较法学的历史与理论》、《民法与比较法》、《人格权论》、《私法入门》、《现代比较法学之诸相》、《法学入门》等。

〔日〕铃木贤 男，1960年生于日本北海道，1991年取得北海道大学法学博士学位，现任北海道大学法学研究院教授，日本比较法学会理事，日本现代中国学会理事，亚洲法学会理事，北海道大学校长助理。主要著作有：《现代中国继承法的原理——传统的克服与继承》、《现代中国法入门》（合著）等。

葛敏 女，生于中国上海，日本北海道大学法学院民法学硕士，曾任北海道大学法学研究院特任助教，现为上海四维乐马律师事务所律师。

ISBN 978-7-301-15987-3



9 787301 159873 >

定价：32.00元

法学精品教科书译丛

人格权法

〔日〕五十岚清 著
〔日〕铃木贤 葛敏 译

北京大学出版社

北京·2009

著作权合同登记号：图字 01 - 2008 - 5566

图书在版编目 (CIP) 数据

人格权法 / (日) 五十岚清著 ; (日) 铃木贤, 葛敏译. — 北京 : 北京大学出版社, 2009. 11

(法学精品教科书译丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 15987 - 3

I. 人… II. ①五… ②铃… ③葛… III. 人格 - 权利 - 法学 - 研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 181818 号

书 名：人格权法

著作责任者：[日]五十岚清 著 [日]铃木贤 葛敏 译

责任编辑：李燕芬

封面设计：第零书装部

标准书号：ISBN 978 - 7 - 301 - 15987 - 3/D · 2434

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址：<http://www.pup.cn> 电子邮箱：law@pup.pku.edu.cn

电 话：邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者：北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者：新华书店

730mm × 980mm 16 开本 14.75 印张 265 千字

2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷

定 价：32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

在全世界的人权发展史上,毫无疑问 20 世纪后半期是最值得关注的时代,这一时期,各国的人格权保护都得到显著加强,这也是由于在这之前,人们经历了一个人权遭遇无视的时代,这里便有反省的因素存在,同时,也因为这一时期媒体及近代科技的发展使人格权明显变得更加容易受到侵害,损害结果也被进一步扩大。笔者几乎在这半个世纪的每一个时期都有幸处在人格权法研究的第一线,本书也可以说是为了对这一切做一个总结而著。

在此之前,笔者的目标是:首先让人格权的概念在日本得到承认,其次是认可当人格权受到侵害时,可以要求停止侵害,再次,当人格权遭受侵害时希望能对一贯过低的抚慰金赔偿额来一次大幅度增额。这一切,在跨入 21 世纪的今天,在日本都基本得以实现,虽然相对这一成果来说,笔者个人的贡献极其微不足道,但还是非常欣喜能够亲眼目睹这一整个的发展过程。

本书主要是通过判例来阐明 21 世纪的日本人格权法的现状,关于 21 世纪的人格权应有的面貌,在本书中仅仅稍作提及,原则上将这一工作托付给年轻的研究人员。本书是以 1989 年出版的拙著《人格权论》(日本一粒社)的第一章“人格权法概论”为原型的,本以为做一下修改,不必费太多时间就可以完成,但是经过这 15 年的岁月,人格权法发生了惊人的变化,因为不断出现各种新问题,完成本书几乎等于写了一部新的著作,花费了一年多的时间,量也增加了三倍,即使这样,为了不超越概论书的范围,对各个具体问题的阐述显得深度不够,但是作为补偿,在这些篇章中,关于人格权应该引起注意的问题,几乎都做了论述,对这一点,笔者感到非常满意。

本书中关于人格权的判例,主要以《判例时报》与《判例 TIMES》^[1]为中心,笔者认为基本囊括了所有判例,两个杂志有争议时,主要是为了节省篇幅,(实际上即使使用《判例 TIMES》时也),优先引用《判例时报》,在此对《判例 TIMES》的相关人员表示歉意。关于学说,尽最大可能做了参照,为了不超越概论书的范围,引用仅限于一部分(特别是关于对判例的批评)。另外,对青

[1] 《判例 TIMES》的原文为《判例タイムズ》,译成中文的话应为《判例时报》,为了避免与前者混淆,在此采译为《判例 TIMES》。——译者注

年研究者的研究论文,尽最大努力进行了引用,对外国的文献也进行了相当数量的引用,但引用仅限于完全理解透彻的内容。还有,关于判例与学说,参照了截至2003年9月底之前公开发行的出版物(关于参照最高法院网页的判例是截至10月底)。

本书的内容如上所述,对本书读者的设定,首先考虑的是从事司法实践的法律人(法官、检察官、律师的总称。——译者注),尽可能做到法律人读了以后,能对工作起到帮助。但是,因为笔者对司法实践并不在行,所以肯定存在许多不足之处,如果能得到指正,将非常荣幸。另外,在著本书时,也考虑到,尽可能让媒体的相关人员也能读懂这本书(因此,在文字表达的准确性上做了一定程度的牺牲)。同时实现这两个目标存在一定的难度,有点担心是否会因此使本书变得不够完善。此外,如果还有其他读者,将不胜欣喜。

本书到出版社发行为止,得到了各方面的大力支持,特别是北海道大学法学部的过去共事的诸位同仁,尤其是濑川信久、道幸哲也、奥田安弘三位仁兄,在此深表感谢。还有,在出版发行方面,承蒙有斐阁书籍编辑第一部的信国幸彦先生的尽心尽力,否则本书肯定会存在更多的缺点。最后,谨将本书献给已于去年10月13日永眠的95岁的恩师山田晟先生的亡灵。先生在八十多岁的时候,还以充沛的精力一直从事学术活动,笔者寄去的所有著作、论文,先生都一一过目,并提出尖锐的意见,本书将无法再请先生过目,非常之遗憾。

五十嵐清

2003年11月于日本札幌

中文版序

拙作《人格权法》这次有机会由铃木贤教授与葛敏女士翻译成中文并得以出版,本人实在感到无比荣幸。本书的目的是介绍 21 世纪初期日本人格权法的判例和学说的现状。尽管在人格权法领域,中国的立法要比日本更加先进,但是判例和学说的发展好像还不够充分。今后,言论的自由在中国会得到更广泛的认可,与此同时,对个人的名誉权、隐私权的侵害也将伴随增加。当这种侵害发生的时候,倘若拙作的中文版能对本人平素无比敬爱的中国读者多少起到一点作用,那么本人将感到非常荣幸。

本书从出版至今,已经历了 4 年多的时光,但是在此期间判例领域并没有出现显著的发展(在中文版中添加了一些新判例)。但是在立法领域,本书第 7 章所研究的国际人格权法被做出了较大的修改,因此在这里稍做简单的说明。作为日本国际私法的主要法源的《法例》被 2006 年新制定的《法适用通则法》(2007 年 1 月 1 日施行)所取代。这一《通则法》对侵权行为的准据法作了单独的规定,而且对名誉毁损和信用毁损作了特别规定。对一般侵权行为的准据法采用结果发生地主义原则,但是对无法预见的则以加害行为地法为准据法,这正是采用了本书(第 296 页)的提案(第 17 条)。但是,在名誉和信用受到损害时,把受害人的常住地法作为准据法(第 19 条,其理由是:如果采用受害人的常住地法作为准据法的话,一般情况下可以更好地保护受害人,另外,如果采用结果发生地主义,在受到国际性的人格权侵害时,结果发生地为复数的情况较多,所以为了避免可能出现的困难,理应采纳前者)。根据这种新规定,那么本书第 290 页的设例中,[1]的准据法就是日本法,[2]的准据法就是法国法。但是,由于以前的《法例》第 11 条第 2 款和第 3 款依然被保留着(第 22 条第 1、2 款),所以,即使适用了外国法,但是对日本法不能认可的救济方法也将不予认可。还有,《通则法》虽然仅仅就名誉毁损和信用毁损做了规定,但依然非常期待能将这一规定(第 19 条)准用到姓名权、肖像权、隐私权等其他人格权受侵害的情况中。

最后,再次对翻译拙作的铃木贤教授以及完成了非常困难的翻译工程的葛敏女士深表谢意。

五十嵐清

2009 年 6 月 8 日于日本札幌

文献名略语

《判例集》

民 录	大审院民事判决录
刑 录	大审院刑事判决录
民 集	大审院或最高裁判所民事判例集
刑 集	大审院或最高裁判所刑事判例集
高裁《民集》	高等裁判所民事判例集
高裁《刑集》	高等裁判所刑事判例集
《下民集》	下级裁判所民事裁判例集
《下刑集》	下级裁判所刑事裁判例集
判 时	判例时报
判 夕	判例 TIMES(原文:判例タイムズ——译者注)

《书籍·论文》

藤 冈	藤冈康宏《损害赔偿法的构造》(日本成文堂·2002年)
五十 岚	五十岚清《人格权论》(日本一粒社·1989年)
五十岚 = 松田	五十岚清 = 松田昌士《西德对私生活的私法保护》 戒能通孝 = 伊藤正己编《隐私权研究》(日本评论社·1962年)
五十岚 = 田宫	五十岚清 = 田宫裕《名誉与隐私》(日本有斐阁·1968年)
三 岛	三岛宗彦《人格权的保护》(日本有斐阁·1965年)
小 野	小野清一郎《刑法对名誉的保护》(日本有斐阁·增补版·1970年)
齐 藤	齐藤博《人格权法的研究》(日本一粒社·1979年)
宗 宫	宗宫信次《名誉权论》(日本有斐阁·增补版·1961年)
竹 田	竹田捻《隐私侵害与民事责任》(判例时报社·增补改订版·1998年)
竹田·研究	竹田捻《关于名誉·隐私侵害的民事责任的研究》(日本酒井书店·1982年)
竹田 = 堀部	竹田捻 = 堀部政男编《名誉·隐私保护关系诉讼(新·裁判实务大系9)》(日本青林书院·2001年)
山田 = 藤冈	山田卓生 = 藤冈康宏编《新·现代损害赔偿法讲座2 权利侵害与被侵害利益》(日本评论社·1998年)

目 录

第1章 人格权法总论	1
第1节 人格权法的发展	1
第2节 人格权的概念与法律性质	7
第3节 人格权的诸类型	14
第2章 名誉权	16
第1节 总论	16
第2节 媒体引起的名誉毁损	35
第3节 媒体以外的名誉毁损	85
第3章 姓名权 肖像权 商品化权	116
第1节 姓名权	116
第2节 肖像权	128
第3节 商品化权	141
第4章 隐私权	152
第1节 隐私权的发展	152
第2节 隐私权的概念	159
第3节 侵害隐私权的几种形态	161
第4节 允许侵害隐私的情况	173
第5章 其他人格权	179
第1节 自由权	179
第2节 宗教上的人格权	182
第3节 其他人格权	185
第6章 救济手段	189
第1节 序言	189
第2节 经济赔偿,尤其是精神损失赔偿费(抚慰金)	189
第3节 恢复原状、特别是道歉广告	194
第4节 停止侵害	205

2 人格权法

第5节 反驳权 212

第7章 跨越国境的人格权侵害——人格权与国际私法 218

第1节 序言 218

第2节 国际审判管辖权 219

第3节 准据法的决定 221

第4节 准据法的适用 225

第5节 对外国判决的承认与执行 227

第6节 互联网引起的跨国境的人格权侵害 228

第1章 人格权法总论

第1节 人格权法的发展

【1】序言

人格权这一词是一个多义词,在日本是否可以将其称做权利还存在着争议。但是,名誉、姓名、肖像、隐私等作为具有人格属性的、受法律保护的几种利益,当今受到了侵权法等各种法律的保护,而且这种保护的必要性也在不断增强。这是由于,一方面人类经历了多种灾难,提高了对人的尊严的认识;另一方面,近代媒体、传播手段的飞速发展,使人格利益受到侵害的可能性显著增强,而且这种损害在不断扩大。由于这样的时代背景,在日本,人格权这一词汇也渐渐被广泛使用,最后得到了最高法院的认可。但是,关于人格权的意义与内容,在学者和法律人(法官、检察官、律师。在日本称作法律实务家。——译者注)之间,未必存在共同的理解。因此,本书想从对人格权法的发展历史做简单回顾开始。

【2】第二次世界大战前

世界上很多国家的人格权法都在第二次世界大战后,得到飞速发展,在此,首先对第二次世界大战前的情况做一下回顾。^{〔1〕}

人格权这一概念在欧洲大陆具有非常古老的渊源,不过,在罗马法中,人格权的概念并未出现,对名誉侵害的保护,只是在保护人身权不受侵害的侵权行为诉权制度的发展中,逐渐得到认可的。一般认为,人格权作为权利得到认

〔1〕〔日〕栗生武夫:《人格权法的发展》(日本弘文堂·1929年)。

可是近代初期的人文主义法学家多内鲁斯(Donellus)的功绩。^[2]在此以后,人格权的概念经由近代自然法学家赋予其精神支柱,从而逐渐形成。

但是,19世纪以萨维尼(Savigny)为主的支配德国的历史法学派,对于把人格权作为权利来认可是持消极态度的,因此世纪末制定的德国民法典,没有制定有关人格权的一般规定。除了对姓名权(第12条)作了单独规定以外,对侵害生命、身体、健康、自由(第823条第1款)、信用(第824条)的违法行为,仅规定了将其作为侵权行为进行处理,从而对其加以保护的宗旨。第一草案中规定的“名誉”,没有被作为独立的保护对象,而是通过其他规定(特别是第823条第2款的违反保护法规)对其进行间接的保护。学说上广泛主张应该认可一般人格权,但是在战前的判例中并未得到许可。^[3]

与此相反,19世纪初期制定的法国民法典,虽然对人格权未作任何规定,但因对侵权行为的规定(第1382条)比较富有弹性,所以19世纪中叶以后的判例,将各种侵害人格利益的行为,都通过侵权行为法来实现救济,因此,可以说法国法在实质意义上对人格权法的发展做了很大的贡献。^[4]

另外,对世界人格权发展起到划时代作用的是21世纪初的瑞士民法典。它既明确宣布禁止违法侵害与人格相关的几种关系(《民法》第28条第1款),又规定当侵害行为和过失特别严重时,可以请求赔偿精神损失(《债务法》第49条)。除了具体的人格权(例如姓名权“《民法》第29条”)以外,还确立了一般人格权的概念,这一点具有重要的意义。在第二次世界大战之前,就已经对列支敦士登(Liechtenstein)(1926年)、中华民国(1929年)、希腊(1940年制定,1946年施行)等的民法典产生了影响。^[5]

[2] [法]多内鲁斯 Donellus(1927—1991)把权利分为支配权和债权,而且将前者的对象又划分为人和物。这种“对人的权利”发展成了当今的人格权,具体包含生命、身体不受伤害、自由、评价。侵害这样的人格利益,就构成了侵权行为,用侵权诉讼制度进行救济,载[日]五十岚清·松田昌士:《西德对私生活的私法保护》,第178页;[日]齐藤博:《人格权法的研究》(日本一粒社·1979年),第7页。

[3] [日]齐藤博:《人格权法的研究》(日本一粒社·1979年)第58页起。关于德国民法典的侵权行为的规定译文,参照[日]椿寿夫·右近健男:《注释德国不当得利·侵权行为法》(日本三省堂·1996年)。

[4] 关于法国的人格权发展参照[日]高桥康之:《人格权研究——法国》《比较法研究》24号(1963年);[日]三岛宗彦:《人格权的保护》(日本有斐阁·1965年)从90页开始;[日]大石泰彦:《法国的媒体法》(日本现代人文社·1999年);[日]皆川治广:《论隐私权的保护与限度论》(日本北树出版·2000年)等。

[5] [日]齐藤博:《人格权法的研究》(日本一粒社·1979年)第73页。但是,在此未言及“中华民国”民法典,其第18条第1款规定:“人格权在遭受侵害时,可以向法院提出请求停止侵害。”很明显,这是受《瑞士民法》第28条第1款的影响。还有,该民法典在中国内地几乎未被适用,战后与蒋介石政权一起,来到了台湾地区,作为现行法,一直适用到现在。在1982年,新增了第18条第1款的第2项,即“有受到侵害的危险时,可以请求防止侵害”。

相对于以上大陆法系各国的人格权法的发展,英美法各国自有自己独自的发展道路。在英美法中,即便在当今,也不存在人格权这一概念。但是,在大陆法中人格权的各种利益,受各种侵权行为法的保护,特别是名誉损毁法(defamation)在英国,分为口头引起的名誉损害(slander)和书面引起的名誉损害(libel),这是大陆法无法相比的丰富多彩的发展。^[6]另外,从19世纪末开始,在美国法中,隐私权有了很大的发展。过去不能依靠名誉损毁法来加以保护的私生活由此得到了保护,这在现代生活中,具有重大的意义。^[7]

那么,日本怎么样呢?日本人也自古以来被称为是看重名誉的国民,在明治以前,对损害名誉的行为,仅施以刑事制裁,没有考虑过民事上的制裁。在明治以后的法典编纂中,由博瓦索纳德(Boissonade)起草的旧民法,模仿了法国民法,依旧没有关于人格权方面的规定。与此相反,现行《民法典》的起草者,学习《德国民法典》的第一草案,除了财产权以外,还特别规定了对身体、自由、名誉的侵害是权利侵害(第710条),从而一定的人格权侵害被作为侵权行为得到了认可。^[8]初期的学说、判例认为:“作为侵权行为的构成要件,必须具有权利侵害,从这一观点出发,每次在出现新的需要保护的人格利益时,都要通过运用信用权、营业权、贞操权等明确的人格权概念来解决问题。”^[9]但是在1925年的“大学汤”案件(大判大14·11·28《民集》4卷第670页)以后,判例的立场发生变化,那就是侵权行为的成立,并不一定要有权利侵害。在学说上,末川博的《权利侵害论》(1930年)之后,逐步否定人格权概念,从而使违法性取代了权利侵害,虽然并不是说在人格利益受到违法侵害时不对其实施救济,但对此后人格权的发展,可以说稍稍起了反作用。^[10]

【3】第二次世界大战后

在第二次世界大战后的世界人格权法的发展中,最引人注目的是美国的

[6] 关于英美法中的名誉损害法的发展,参照[日]小野清一郎:《刑法对名誉的保护》(日本有斐阁·增补版·1970年)的第92页;[日]宗宫信次:《名誉权论》(日本有斐阁·增补版·1961年)的第98页;作为概说书的还有[日]塚本重赖:《英美法中的关于名誉侵害的研究》(中央大学出版社·1988年)。

[7] 关于美国隐私法的发展,参照[日]伊藤正己:《隐私权》(日本岩波书店·1963年)。

[8] [日]广中俊雄:《民法修正案(前3编)的理由书》(日本有斐阁·1987年)第671页。

[9] [日]鸠山秀夫:《增订日本债权法各论 下》(日本岩波书店·1924年)第869页。

[10] [日]戒能通孝:《人格权与权利侵害的类型化》(《法律时报》27卷11号·1955年);《戒能通孝著作集 II 人权》(日本评论社)的第113页;[日]五十岚清:《违法性——“大学汤”案》;[日]柚木馨等:《判例演习债权法2》(日本有斐阁·1964年) | 五十岚的被收入在第207页 | 等等。还有,[日]宗宫信次《名誉权论》是战前肯定人格权的代表作。参照[日]宗宫信次:《名誉权论》(日本有斐阁·增补版·1961年)第193页。

隐私权和德国的一般人格权的发展。与此同时,很多国家在制定和修改民法典时,纷纷制定了以保护人格权为宗旨的规定,这一点也十分引人注目。

在这当中,首先引起注目的是联邦德国对一般人格权的深入展开。在此,学说和判例都突破了对人格权加以限制的民法典,根据以保障人的尊严和人格的自由发展的《德国基本法》第1条和第2条,把一般人格权这一概念作为现行法上的权利加以认可,对侵害行为,规定有权请求精神赔偿。但原本预定实现的立法化,至今仍未得到实现,在德国一般人格权依然是仅仅停留在判例法上的制度。^[11]

与此相对,在法国,根据1970年7月17日的人权保障强化法而对民法典进行了修改,规定有追求私生活得到尊重的权利,即对隐私权作了规定(第9条),又由于1994年7月29日生命伦理法的诞生,在《民法》第16条作了这样的宣言:“人的生命从诞生开始,其优越性受到法律的保障,法律禁止任何损害其尊严的行为,保障作为人的存在而应得的尊重。”^[12]另外,走在世界前列的、对一般人格权作了规定的瑞士,也于1983年对民法典中关于人格权的规定做了全面修改,在扩大了保护内容的同时,又增加了关于反驳权的相关规定。^[13]

在过去的社会主义国家中,1964年的俄罗斯共和国民法典对名誉和尊严的保护作出了规定(第7条)^[14],1975年的民主德国民法典,也规定应当广泛尊重人格权,对侵害行为规定了各种救济方法(第7条、第327条)^[15]苏联解体以后,新制定的《俄罗斯联邦共和国民法典》(1995年施行),除了规定包括隐私权在内的非财产性利益的保护以外(第150条·第151条),还特别对市民的名誉、

[11] 关于西德的一般人格权的发展,参照[日]齐藤博:《人格权法的研究》(日本一粒社·1979年)第99页;参照[日]五十岚清·松田昌士:《西德对私生活的私法保护》的第157页;[日]五十岚清:《人格权论》(日本一粒社·1989年)的第122页。

[12] 关于法国的私生活受到尊重的权利,详细内容参照[日]皆川治广:《论隐私权的保护与限度论》(日本北树出版·2000年);[日]北村一郎:《私生活得到尊重的权利——在法国的“人之法——权利”的复权》;[日]北村一郎:《现代欧洲法之展望》(东京大学出版会·1998年)。另外,读北村论文,会有这种印象:法国,和德国一样(或者说超过德国),在世界上是人格权受到最好保护的国家。

[13] 修改后的瑞士《民法》第28条第1款规定:“人格受到违法侵害者,对参与侵害其人格权的任何人,可以请法官保护。”在第2款中,规定了违法性阻却事由,在第28a条中,规定了各种救济手段。

[14] 本条的译文,参照[日]五十岚·佐保雅子:“‘俄罗斯共和国民法典’日译文(1)”,载《北大法学论集》16卷1号(1965年)第141页。另外,关于苏联法中人格权的保护,参照[日]稻子恒夫:“人格权的比较法研究——苏维埃”,载《比较法研究》24号(1963年)。

[15] 第7条是姓名权。关于第327条,参照[日]山田晟:《德意志民主主义共和国法概说》(下)(东京大学出版会·1982年)第257页。

尊严、信誉受到损害时,规定了各种救济方法(第152条)。^[16]

在亚洲的社会主义国家中国和越南,在推进改革开放的过程中制定的法典,也对人格权做了很好的保护。即1986年通过的中国的《民法通则》,在第5章《民事权利》中的第4节《人身权》中,对姓名权、肖像权、名誉权和荣誉权作出了规定(第99条—第102条),而且对侵害行为,规定了包括赔礼道歉在内的各种救济方法。^[17]1995年制定的《越南民法典》,在《总则篇》中设立了《人格权》这一节,除了规定“任何人都有尊重他人人格权的义务”以外(第26条第3款),还用22个条款详细规定了对各种人格权的保护(但是,后半部分属于亲属关系上的权利)。^[18]在东亚,2001年韩国制定的民法修改试行案中,提出应当新增一条2款^[19]:“①作为具有人的尊严和价值的人,按照自身自由的意志形成法律关系。②人的人格权受法律保护。”

在英美法中,美国隐私法的发展非常引人注目,特别是20世纪60年代以后,因为电脑的普及,隐私权遭受侵害的情况越来越严重,所以隐私权作为受宪法保障的权利的同时,保护个人信息的立法也得到了发展。与此相对应,在学说上,起初把隐私权消极地理解为“别管我的权利”随后转变成“个人信息的自我控制权”,后来又进一步发展成“自我决定的自主权”^[20]这种积极的理解。另外,在美国,包括名誉毁损法在内,存在着相对于人格权的保护,更强调保护舆论的自由的倾向。特别是认为除非“存在现实的恶意(actual malice)”,否则对公职者的名誉侵害是不成立的。《纽约时报》案(1964年)的这一规则,

[16] 条文的日译文,参照《俄罗斯研究别册4》(日本国际问题研究所·1995年)第50页。关于运用状态,参照了〔日〕阿曾正浩:“俄罗斯的言论自由”,载《欧亚研究》第26号(2002年)第31页。

[17] 条文的日译文,参照《法律时报》58卷9号(1986年)第70页。另外,关于中国的人格权法的一般情况,详细内容参照〔中〕杨立新:《中国民法的理论与实践》(日本成文堂·2001年)第1页开始。还有,现在正在规划中的中国民法典草案,有这样的提案;在总则篇中设《人格权》一节,对一般人格权加以认可,并对隐私权作出规定。(据2002年召开的中国日本民法研究会分发的《中国民法典草案建议稿》)

[18] 作为越南民法典的日译文和解说,有〔日〕铃木康二:《越南民法》(日本贸易振兴会·1996年)。

[19] 〔韩〕郑钟休:“韩国民法的现代化(1)”,载《民商法杂志》126卷2号(2002年)第163页。另外,郑对本条的评价为:本条属于“21世纪私法的大宪章条款(同第165页)”。笔者也有同感。

[20] 关于美国隐私法的现状,在此除了《现代生活与隐私》,载〔日〕佐藤正己:《现代损害赔偿法讲座2》(日本评论社·1972年)以外,有〔日〕阪本昌成:《隐私权》(日本成文堂·1982年)、同《隐私权论》(日本评论社·1986年),〔日〕新保史生:《隐私权的形成与发展》(日本成文堂·2000年),在此,列举到此为止。

把这种倾向又向前推进了一大步。^[21]

另外在英国,长期以来隐私权没有从正面得到认可,但是通过1998年人权法的制定,开始把欧洲人权条约进行国内法化,隐私权(第8条)也由此得到了保障。^[22]另一方面,在名誉毁损法领域,虽然在1952年和1996年制定了《名誉毁损法》(Defamation Act),但都仅仅是小规模修改,离彻底的修改还相距甚远。^[23]

处于大陆法与英美法的混合法领域的加拿大魁北克州,1994年起开始施行的新民法典,除了保护一般人格权(第3条)以外,特别对名誉与隐私的保护作了详细的规定(第35条—第41条)。^[24]

在日本,战后由于媒体的异常发展,名誉、隐私受到侵害的案例不断增加,同时,由于人权意识的提高,人格权侵害成了一大社会问题,特别是在名誉毁损领域,判例在质和量上都渐渐地占据了重要地位。另外,以《宴会之后》案为转折点,之后很多判例都对隐私权进行了认可。最高法院也在1986年的《北方月刊》案的判决中,认可了人格权在遭到侵害时,有权要求停止侵害。但是,主张应该向外国学习,在民法典中增加以保护受害者为宗旨的一般规定的这种提案^[25]始终没有出现。在立法上,直到1988年,才制定了《关于保护由行政机关保存的经电子计算机处理的个人信息的法律规定》。为了更加广泛地保护个人信息,《个人信息保护法》也在2001年向国会做了提案。这一法案,由于受到在野党和媒体的强烈反对,而迟迟没有进展,直到2003年5月,才得以成立。^[26]

[21] 关于纽约时报案,〔日〕塚本重赖:《英美法中关于名誉侵害的研究》(日本中央大学出版社·1988年)。关于此后的发展,参照〔日〕清水公一:“以美利坚合众国的宪法法理而展开的名誉损害法”,载《法学政治学论究》2号(1989年),同“美国的表现自由与名誉权的调整”,载《法学政治学论究》10号(1991年),参照〔日〕松井茂记:“对纽约时报判决之法理的再研讨”,载《民商法杂志》115卷2号(1996年)等。另外,“现实的恶意”是指“明知是虚假,或者完全无视是否虚假”。

[22] 〔英〕Middleton John:“英国对隐私在法律上和伦理上的保护论的展开”,载《一桥大学研究年报法学研究》35号(2001年)。

[23] 关于1952年的法,参照〔日〕塚本重赖:《英美法中的关于名誉侵害的研究》(日本中央大学出版社·1988年)第332页开始,关于1996年的法,参照〔英〕Middleton:《联合王国的1996年的名誉损害法》一桥论争119卷1号(1998年)。

[24] 比较简单地参照〔加拿大〕イゾルド・ジャンドロー:《魁北克民法典的研究手册》,土井辉生译,载《比较法学》29卷2号(1996年)第118页。

[25] 顺便提一下,《日本的侵权法リステイトメント》也仅仅对“名誉侵害”作了规定。参照《法学家》906号(1998年)第78页(能见善久执笔)。

[26] 作为个人信息保护法成立以前的文献,有行政管理厅行政管理局监修的《改订世界隐私法》(行政·1982年),〔日〕堀部政男:《隐私与高度信息化的社会》(日本岩波新书·1988年),〔日〕堀部政男:《信息公开·个人信息的保护》(《法学家》增刊,日本有斐阁·1994年),《特集·个人信息保护的法制化动向与课题》,载《法律时报》72卷10号(2000年),〔日〕田岛泰彦:《是人权还是表现的自由》(日本评论社·2001年)等等。

第2节 人格权的概念与法律性质

【1】人格权的概念

人格权的概念^[27]涉及很多方面,从历史上看,它与自然权概念相连,是人的根本权利,所有权利由此派生,因此,被理解为一切权利的源泉。但是,如此大的概念,反而难以将其确认为现行法上的权利,这也为反对意见提供了反驳依据。因此,本书对人格权做比较狭义的理解:即主要将具有人格属性的生命、身体、健康、自由、名誉、隐私等为对象的、为了使其自由发展,必须保障其不受任何第三者侵害的多种利益的总称。

人格权可以分为一般人格权和具体人格权。后者是指如姓名权、肖像权、名誉权那样,对构成要件具有严格限制的权利。与此相对应,前者是具体人格权的总称,特别是在保护尚未被严格限定的人格利益(比如:隐私)上,这一概念起到主要作用。本来,一般人格权这一词汇,在大陆法系中,主要在德国的学说、判例上被使用,而在其他国家,人格权这一词汇的意思似乎就是德国的一般人格权的意思。^[28]像这样的一般人格权或人格权的概念,在当今的大陆法系中,被广泛认可。另一方面,美国法中的隐私权法,包括姓名权和肖像权,实

[27] “人格”这一词汇,在古汉语中并不存在,据说是在明治二十年代,作为英语的 person、personality 的译文而产生的日制汉语,参照[日]佐古纯一郎:《近代日本思想史中的人格概念的形成》(日本朝文社·1995)另外,关于 person 的辞源,参照[西班牙]霍赛·雍帕尔特:《人类的尊严与国家权力》(成文堂·1990年)。还有,“人格权”这一词汇,在明治三十年代时已经被使用,比如:[日]富井政章:《民法原论第一卷》(初版·1903年)中,在权利的分类中,列举了人格权,把它定义为:“人格权是指作为个人的存在而直接拥有的权利。比如对生命、身体或名誉的保全,或对姓名的称呼权。”(第124页,但引用的是修订增补第15版·1920年)同时,现在在中国被使用的“人格权”概念,被认为是从日本引进的,在中国作为上位概念的“人身权”这一词汇也被使用,有关两者的关系,参照[日]宇田川幸则:“中国围绕精神损害的经济赔偿的法律与实务(1)”,载《北大法学论集》47卷4号(1996年)第1043页注(2)。

[28] 在人格权概念的使用方法上,因为存在着个人差异,所以无法将其一般化。瑞士的 Bucher 在使用“人格权(Persönlichkeitsrechte)”这一概念时和德国的一般人格权概念的意义几乎完全相同。[瑞士]Büther, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 1986, S. 131ff. 另一方面,法国的 Carbonier 在民法教科书第一卷《自然人的属性》这一章中,讨论了这一问题,将其分为:①人格权(其中包括姓名权、肖像权、名誉权);②个人自由;③私生活的尊重(民法9条);④民事上的平等等四点。Carbonier, Droit civil, 1, Les personnes, 20 éd. 1996, p. 133 et s. 对此,Beignier 在《人格权》中,将人格权分为:①身体的完全性(以生命伦理上的问题为中心);②精神的完全性(本来的人格权);③市民的自由三部分。相对于 Carbonier 的与一般人格权相近的人格权概念,Beignier 则观点非常独特,或许连书名也应该译为《人格法》。

际上也可以说是起到的实际作用与一般人格权的概念相同。对于一般人格权,即使在德国,也因其对构成要件的规定非常含糊而受到批判,认为有损法律的安定性。^[29]但是这一点,是法律的一般条款普遍存在的问题,从保护人格权这一角度来看,应该说一般人格权的概念还是非常有价值的,并且,也是一个今后应该将其进一步具体化、类型化的概念。

在日本,如前所述,在违法性理论的前提下,人格权概念曾经是被否定的,取而代之的是对各种人格利益的保护,是通过对违法性进行类型化过程中的一环而展开讨论的。但是,像这样通过侵权行为法被保护的人格利益,不仅不妨碍称作权利,而且因为人格权概念已经形成,应当受到保护的利益的内容和范围也得到了明确,更方便把这种违法侵害作为侵权行为来处理,在这一点上,具有它的长处。而且,以侵害人格权为理由,有了请求停止侵害的依据。由于这些理由,战后在日本的学术界,认可人格权概念的学说渐渐变得有力。

战后的判例中,最初对人格利益进行保护时,对人格权这一词汇的使用是持消极态度的。这当中,“宴会之后”案的判决^[30],把隐私理解为“即使被认为是包含在所谓的人格权当中,但依然不妨碍把它称作一种权利。”另外,大阪国际机场案的一、二审判决^[31],认可了以人格权为依据要求停止侵害的请求,是具有划时代意义的判决。最高法院也在昭和44年6月25日的判决^[32]理由中第一次使用“作为人格权的个人名誉的保护”这种字眼,而且,《北方月刊》案最高法院大法庭的判决^[33]认为,“根据作为人格权的名誉权……可以请求停止侵害”,人格权概念在名实上都得到了认可。^[34]接着,最高法院在昭和63年2月16日的判决^[35]中指出,姓名是“人作为个人受到尊重的基础,是个人人格的象征,并构成人格权内容的一部分”,在此也使用了人格权这一词汇。现在,可以说人格权这一概念在实践中也已被接受了。

不过,最高法院在使用人格权这一词汇时,想表达的究竟是什么意思并非总是十分明确,它具有与德国的一般人格权相同的一面,但也存在异议。^[36](在德国,一般人格权的概念也是多意的)。在这种情况下,最近最高法院在“耶和

[29] [日]五十岚清·松田昌士:《西德对私生活的私法保护》,第188页。

[30] 东京地判昭39·9·28《下民集》15卷9号第2317页。

[31] 大阪地判昭49·2·27《判时》729号第3页,大阪高判昭50·11·27《判时》797号第36页。

[32] 《刑集》23卷7号第975页。

[33] 最大判昭61·6·11《民集》40卷4号第872页。

[34] [日]五十岚清:《人格权论》(日本一粒社·1989年),第177页。

[35] 《民集》42卷2号第27页。

[36] 据参加审理《北方月刊》案的最高法院大法庭的加藤和夫调查官称,从本判决看“一般人格权并没有如西德一样得到认可。”参照《法学家》867号第58页。

华的证人”拒绝输血案中认为：“如果患者认为接受输血的行为违背自己的宗教信仰，并具有明确的拒绝伴随输血可能的医疗行为的意思表示时，这种意思表示的决定权作为人格权内容的一部分，必须受到尊重。”由此开始认为，人格权包括自我决定权。^[37] 这一点虽然超越了本书的人格权概念的范围，但它与美国最近的隐私权的研究动向相一致，是应该引起注意的判例。^[38]

如上所述，因为在日本一般人格权这一词汇不常被使用^[39]（在欧洲，除德国以外也不被使用），仅仅用人格权这一词汇表达着与此相同的意思，所以，在本书中，也仅用“人格权”这一词汇，表达如上所述的具体人格权的总称。

【2】人格权的法律性质

1. 绝对权

人格权与物权一样，是具有排他性的绝对权，对任何人都可以主张这种权利，在权利遭受侵害时，可以请求防止侵害或排除侵害。最高法院在前述的《北方月刊》案的大法庭判决中，认可了在名誉权受到侵害时，可以请求停止侵害，并且指出：“总之名誉与生命、身体一样，是极其重要的必须受到法律保护的法律利益，这是因为作为人格权的名誉权与物权一样，应该说是具有排他性的权利。”^[40] 最高法院把名誉权以外的人格权是否具有绝对性这一问题遗留了下来。在程度上虽然有所区别，但是对所有的人格权都应该承认其绝对性。^[41]

2. 专属性

人格权是专属于某人的人格的权利，因此人格权不能转让，也不能成为债权人行使代位权的对象（日本《民法》第423条第1款但书）。但是因人格权受到侵害而引起的已经被具体化的损害赔偿请求权是可以转让的。

在人格权不能成为继承的对象这一点上，也具有专属性（日本《民法》第896条但书）。^[42] 不过，生前已经被具体化的损害赔偿请求权可以成为继承的对

[37] 最判平12·2·29《民集》54卷2号582。

[38] 指出这一点的判例评释，参照〔日〕吉田邦彦：《判例评论》521号11页。另外，在德国，Bastion-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1977, S. 214 ff. 将自己决定权作为一般人格权的一个重要领域。

[39] 不过，宗宫信次在战前已经承认了一般人格权。〔日〕宗宫信次：《名誉权论》（日本有斐阁·增补版·1961年），第207页。

[40] 《民集》40卷4号第877页。

[41] 批判意见参照〔日〕藤冈康宏《损害赔偿法的构造》（日本成文堂·2002年）第148页和第323页。

[42] 不过，由人格权派生的权利即知识产权（比如著作权），其可转让性和继承性得到了认可（日本《著作权法》第61条、第62条）。还有引起争论的关于能否将其看做是姓名权、肖像权的一种状态的公共宣传权，是否可以转让、继承尚存在争议。

象。现在的判例中,对侵权行为引起的精神损失赔偿费的请求权,受害人生前即使没有明确的意思表示,请求权也可以被继承^[43],该判决书中指出:“这种做法仅适用于人格权中的生命、身体受侵害的情况,对名誉、隐私的侵害,始终应当尊重本人的意思。”

另外,关于人格权是否因人的死亡而消灭这一问题,意见存在着分歧。如果按笔者的理解,即如果人格权不因人的死亡而消灭的话,那么就专属性这一点应当加以修正(另外,关于“死者的人格权”的详细内容,在关于名誉毁损的章节中加以论述)。

【3】宪法与人格权

1. 人格权在宪法中的变化与发展^[44]

到目前为止,本书以民法为中心对人格权的发展进行了回顾,但在当今社会中,人格权作为宪法中的基本人权之一越来越显示出其重要地位。其渊源可以追溯到美国的独立宣言(1776年)、法国的人权宣言(1789年),此后又经历了第二次世界大战。战后的世界人权宣言(1948年)作了这样的规定:“任何人的私生活、家庭、住宅以及通信不受任意干涉,其名誉或信用不受任意攻击。所有的人在受到干涉或攻击时,有权得到法律的保护”(第12条)。

此后,在1966年的国际人权规约(B规约)(又名:《公民权利和政治权利国际公约》——译者注)中,采纳了同样内容的规定(第17条),由此使其具备了实际效力。

1949年西德的德国基本法是具有划时代意义的一国宪法,出于对纵容纳粹统治的深刻反省,德国在《基本法》的第1条中规定:“人的尊严不可侵犯”。在第2条中又进一步规定:“每个人……拥有自由发展自己人格的权利”,真正地把人格尊严的价值置于宪法的最高地位。近期的宪法具有同样的倾向,比如:俄罗斯的《联邦宪法》(1993年)第21条、23条、24条^[45]、《柬埔寨宪法》(1994年)的第38条、40条^[46]等等。它们都以尊重人类或者人格尊严为基础,在具体问题上,把名誉权、隐私权作为基本人权这一点具有共同之处。

另外,在美国的康奈蒂格州(Connecticut),关于禁止使用避孕药、避孕器具的法律是否违宪而引起争论的案件中,联邦最高法院在1965年的判决中认

[43] 最大判昭12·11·1《民集》21卷9号第2249页。

[44] 【3】是再现〔日〕五十岚清:“人格权(特集·民法与宪法)”,载《法学教室》171号(1994年)第25页的部分内容。

[45] 〔日〕樋口阳一等:《解说世界宪法集》(日本三省堂·第3版·1994年)第318页。

[46] 〔日〕四本健二译,《法学讨论》1994年8月号第59页。

可了隐私权是宪法上的权利,之后作为自我决定权的隐私权在美国得到了发展。^[47]

在《日本宪法》中,没有保护人格权的直接规定,但是当今比较有力的学说认为,根据《宪法》第13条,人格权作为基本人权,特别是作为一种新的人权,可以被演绎推出。^[48]该条继承了美国独立宣言的特色,规定了:“全体国民,作为个人受到尊重。国民对生命、自由及追求幸福的权利……予以最大的尊重。”这一规定,整体上带有浓厚的18世纪色彩,日本的宪法学者认为,“个人的尊重”可以理解为与德国《基本法》第1条的“人的尊严”同义,而且“追求幸福的权利”不单单指形式上的,应理解为是概括了具体法律权利的基本权,即与德国的一般人格权同样,由此可以演绎出具体的权利。在此可列举的具体人格权有名誉权、隐私权、自我决定权、环境权等。笔者个人更倾向于把“个人的尊重”与“人的尊严”看做是两个不同概念的霍赛·雍帕尔特的主张。^[49]另外,暂且撇开隐私权不谈,关于其他人格权,特别是由追求幸福的权利演绎推出名誉权,在语感上实在是有点牵强附会(名誉权难道不应该由来于“人的尊严”吗?不过,如下所述的最高法院在《北方月刊》案中对个人名誉权的保护,依据的是日本《宪法》第13条),要从18世纪的日本宪法去演绎推出新的人格权,宪法学者也实在是太辛苦了。

2. 宪法上的人格权与民法上的人格权的关系

关于宪法上的人格权与民法上的人格权的关系,最值得参考的是德国的例子。在第二次世界大战以前的判例中,一般人格权没有被得到认可,战后,情况发生了突变,引起这种变化的导火线是上述德国《基本法》的第1条和第2条。学说和判例均从这一规定中推论出一般人格权,且不流于形式,其作为现行法,在私人间也具有法律效力。不过,在德国仅有这些还不能充分保护人

[47] 381 U. S. 479 (1965). 详细内容参照〔日〕小竹聪:“关于美利坚合众国宪法上的隐私权(1)”,载《法研论集(早大)》58号(1991年),第93页。

[48] 以下主要参照〔日〕樋口阳一等:《注释日本国宪法上卷》(日本青林书院·1984年),第254页(佐藤幸治执笔)及〔日〕芦部信喜:《宪法学Ⅱ人权总论》(日本有斐阁·1994年)第328页。另外,此后受到注目的论稿主要是公法学会的专题讨论,“幸福追求权的构造与展开”,载《公法研究》58号(1996年)所收的论稿,特别是〔日〕户波江二的《幸福追求权的构造》以及〔日〕根森健的《宪法上的人格权》。

[49] 〔西班牙〕霍赛·雍帕尔特:“日本国宪法解释问题中的‘个人的尊重’与‘人的尊严’”,载《判夕》377号(1979年)同霍赛·雍帕尔特:《人的尊严与国家权力》(日本成文堂·1990年)。对霍赛·雍帕尔特说显示理解的论文有青柳幸一的《个人的尊重与人的尊严》(日本尚学社·1996年)第5页(初出1987年)。对此,佐藤幸治·载〔日〕樋口阳一等:《注释日本国宪法上卷》(日本青林书院·1984年)(注49)第257页、〔日〕户波江二:《幸福追求权的构造》(注49)第8页等等持批判意见。

格权,对人格权侵害的最有效的保护手段和救济方法是精神损失赔偿,但德国民法原则上不认可这种观点,因此,学说和判例从《基本法》第1条的人的尊严至高无上这一点出发,对侵犯一般人格权的行为,在满足一定要件的前提下,认可了精神损失赔偿费。而且,该民事判例,在1973年的索拉亚案中,被联邦宪法法院认可。^[50]

与此相对,日本如何呢?日本的判例,为了承认新的人格权,运用了日本《宪法》第13条。与已述的内容有点重复,所以在此只做简单的概括。首先,在日本首次认可隐私权的判例是1964(昭和39年)年的“宴会之后”案的判决,东京地方法院对隐私权的认定是从“日本国宪法之所以成立是因为有个人尊严这一思想基础”寻找依据的。^[51]并且,此后的“逆转”案的一审判决,更加明确地依据日本《宪法》第13条,对隐私权做了如下定义,“保持人格上的自律或私生活的安定的一种利益”^[52]。二审判决认为,“以个人的尊重和人格尊严为基准的我国的法律秩序下”,在私法上也可以认可隐私权。^[53]但是与此形成反差的是,在该案的最高法院的判决中,不要说日本《宪法》第13条,就连隐私权都未言及,仅仅论述了前科问题是否可以在非虚构小说中使用真名以及有何限制,所以站在本书的立场上看,实在感到非常遗憾。^[54]

另外,关于肖像权的最高法院大法庭的昭和44年(1969年)12月24日判决中,显示了这样的观点:“警官在没有正当理由的情况下对个人的容貌进行拍照,违反《宪法》第13条的宗旨,是不允许的。”^[55]还有关于姓名权,最高法院在昭和63年(1988年)2月16日的判决中指出:“姓名……是人作为个人得到尊重的基础”^[56]。因此,在判例中,需要承认新的人格权时,可以说总是引用《宪法》第13条来进行引证的。不仅如此,在民法中已被认可的名誉权问题,在《北方月刊》案的大法庭判决中做了这样的表述^[57],“因表现行为而引起名誉侵害时,对作为人格权的个人名誉的保护(《宪法》第13条)与保障舆论的自由(同第21条)会发生冲突,”^[58]这也是以《宪法》第13条为根据的。

[50] [日]齐藤博:《人格权法的研究》(日本一粒社·1979年),第99页。

[51] 《下民集》15卷9号第2361页。

[52] 东京地判昭62·11·20《判时》1258号第22页,有关本案,参照[日]五十岚清:《人格权论》(日本一粒社·1989年),第194页。

[53] 东京高判平元·9·5《判时》1323号第37页,关于本案参照[日]五十岚清:《私法判例评论》1号(1990年)第111页。

[54] 最判平6·2·8《民集》48卷2号,第149页。

[55] 《刑集》23卷12号,第1625页。

[56] 《民集》42卷2号,第27页。

[57] 最大判昭61·6·11。

[58] 《民集》40卷4号第877页。

因此,在德国和日本,可以说人格权(特别是新的人格权)是从宪法推论出来的。但是仅以此很难解答两者(宪法上的人格权与民法上的人格权)之间的相互关系。星野英一认为,在法国两者是对等关系,“在法律存在以前就已经存在的属于人类的人权,一方面是可以向国家主张的宪法上的权利,另一方面表现为可以向他人主张的人格权”^[59]。这是同时拥有具有200年传统历史的从拿破仑法典开始的民法典,和仅第二次世界大战后就修改了多次宪法的法国才会持有的见解。

当然,只要把人格权理解为自由权,在日本依照传统的观点,宪法上的人格权也是为了使个人的人格利益,不受来自国家或其他公共团体的侵害而设定的基本人权。与此相对应,民法上的人格权是为了防止个人的人格利益受到来自他人的侵害而加以设定的权利,两者有这样的区别。但是,这两种区别在公法与私法的古典区别已经消失的今天,很难成立。对来自国家的人格权侵害,只要受害人可以请求停止侵害和损害赔偿,这也属于民法领域的问题,至少民法学者并不去区别这一侵害是来自国家还是来自私人。因此,在当今,可以说在人格权的领域,宪法和民法的区别已经变得不很明确了。

3. 若干问题的提出

在此,笔者想站在民法学者的立场上,向宪法学提出若干问题。

(1) 首先,作为人格权的基础,必须由宪法奠定吗? 否定意见在上面已经做了介绍,笔者同意宪法是最高法律规范这种观点,为了认可民法中没有明文规定的新的人格权,《宪法》第13条所起的作用应该得到高度评价,今后还将期待这种作用。还有,舆论的自由作为与人格权处于对抗关系的存在,其单方的过度发展应该加以阻止,所以,把人格权作为基本人权之一应当是比较理想的。

(2) 那么,作为人格权的基础,日本《宪法》第13条是否足够充分? 关于这一点已经谈到了一些,依笔者看,该条拥有太多的18世纪色彩和英美法系的色彩。如果可能的话,笔者觉得像德国《基本法》第1条、第2条那样,具有高格调的宪法才与21世纪的宪法相称。另外值得考虑的是向外国的宪法学习,把人格权、名誉权、隐私权作为基本人权加以明确。但是,在还难以推测宪法修改日程的情况下,这一课题是通过解释宪法、创立学说来完成的,所以对这项工作应该再一次给予高度评价。

[59] [日]星野英一:《民法·财产法》(放送大学教育振兴会·1994年)第52页。另外,在宪法学者中,也有持这种见解的:“总之,在过分突出宪法之前,应该更重视私法的思想。法学王国的国王是宪法还是民法? 针对这个问题,我的回答是构筑法律思考的基础是民法。”[日]内野正幸:“关于隐私权的比较保守的考察”,载《公法研究》58号(1996年)第88页。

(3) 再来看一下宪法学者对人格权的看法,不管怎么说,比起对人格权的保护,毕竟还是更注重对舆论的自由的保护,这一点无法否认。^[60] 只要舆论的自由不能得到确实保障,那么宪法再怎么保护人格权,充其量只能算是画饼充饥,因为历史已经证明了这一点,这一点应该是完全能够理解的,但是一个无财无势的个人,其人格权在强大的媒体力量面前,只能被任意侵犯,这种现状,难道不应该引起深思吗?

第3节 人格权的诸类型

人格权是一个总概念,有必要将其具体化、类型化。因此,对人格权有各种各样的不同分类^[61],但是,由于本书为“人格权法概论”,所以从一开始就没有打算把所有的人格权都作为研究对象,在此仅做简单的概括。

(1) 身体的人格权与精神的人格权

前者是指对具有人的身体属性的生命、身体、健康等拥有的权利。把这些称作为人格权,几乎没有什么异议。但是,在这一领域中,例如在英美侵权法中, personal injury 作为独立的部分而存在,与后者的情况大不相同。^[62] 与此相对,后者精神的人格权,当今是以名誉权、姓名权、肖像权、隐私权为主,在人格权中占中心地位。因此,本书仅以后者作为研究对象。

[60] 具有代表性的可以列举〔日〕松井茂记:《“媒体与法”入门》(日本弘文堂·1988年)。宪法学者根森健针对人格权的侵害与表现的自由“在发生冲突如何进行调整……在人权的价值体系中,在抽象地衡量人权的价值这一层次上,与个人的尊严更紧密相连的是人格权,应该认为人格权优先于表现的自由”。根森健:《宪法上的人格权》第76页。另一方面,在民法学者中,畿代通可以说是更强调表现的自由的民法学者。参照〔日〕五十岚清:《畿代通教授与名誉损害法》,载〔日〕畿代通献呈论集:《财产法学的新展开》(日本有斐阁·1993年)。

[61] 关于几个大陆法国家的具体案例,同注29——在人格权概念的使用方法上,因为存在着个人差异,所以无法将其一般化。瑞士的 Bucher 在使用“人格权(Persönlichkeitsrechte)”这一概念时和德国的一般人格权概念的意义几乎完全相同。Buther, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 1986, S. 131ff. 另一方面,法国的 Carbonier 在民法教科书第一卷《自然人的属性》这一章中,讨论了这一问题,将其分为:①人格权(其中包括姓名权、肖像权、名誉权);②个人自由;③私生活的尊重(民法9条);④民事上的平等这四点。Carbonier, Droit civil, 1, Les personnes, 20 éd. 1996, p. 133et s. 对此,Beignier 在《人格权》中,将人格权分为:①身体的完全性(以生命伦理上的问题为中心);②精神的完全性(本来的人格权);③市民的自由三部分。相对于 Carbonier 的与一般人格权相近的人格权概念,Beignier 则观点非常独特,或许连书名也应该译为《人格法》。关于德国,〔日〕齐藤博的《人格权法的研究》(日本一粒社·1979年)第219页有详细介绍。

[62] 〔日〕藤冈康宏:《损害赔偿法的构造》(日本成文堂·2002年)第140页。

另外,著作权、专利权等知识产权(特别是著者的人格权)在广义上也包含在人格权范围之内,但因其在实体法中作为独立的法领域而存在,所以不作为本书的研究对象。

(2) 被动的人格权与主动的人格权

到目前为止的人格权,基本上都具有被动性这一特征,即在受到第三者侵害时请求保护。对此,最近的美国对隐私权的理解,其重心正在逐步由“个人信息的管理权”,转变为“自我决定的自主权”。而且,这一潮流如前所述,日本也开始受其影响。如果把它称之为主动的人格权,那么这一领域,对将来的人格权法来说,肯定是无法忽视的。但是,本书原则上仅限于研究被动的人格权。

这样的话,本书所讨论的人格权是名誉权、姓名权、肖像权、隐私权,以及其他人格权。以下,对这些人格权进行详细论述。

第2章 名誉权

第1节 总论

【1】序言

在人格权中,名誉权很早就各个国家受到侵权法的保护,它在罗马法的侵权行为诉权制度的发展中得到认可,并且为近代大陆法所继承。但是,19世纪的德国法学认为名誉主要应当受到刑法的保护,所以在私法上的保护就未能够得到发展,正如前面所提到的,在民法典中,关于名誉权未被特别言及。在德国,私法对名誉权的保护之所以受到促进,是此后的判例和学说努力的结果,当今,名誉作为一般人格权的一个环节受到保护(另外,在基本法中对个人名誉权的保护,也是对意见表明自由的一种限制。参照德国《基本法》第5条第1款、第2款)。〔1〕在瑞士,对于名誉毁损,也是作为人格权的一个环节来加以保护的。〔2〕在法国,根据1881年的“关于出版自由的法律”,名誉毁损在受到刑法调整的同时,也可以受到民法的保护,由此还形成和发展了丰富多彩的判例法。〔3〕对此,在英美法国家,名誉毁损作为侵权行为的一种类型,很早开始就

〔1〕关于德国的名誉毁损法,参照〔日〕三岛宗彦:《人格权的保护》(日本有斐阁·1965年),第22页起,〔德〕Johannes Hager, *Der Schutz der Ehre im Zivilrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 196(1996), 168,特别关于其与宪法的关系,参照约瑟夫(木村弘之、塩入 miho译)“在〈意见表明自由〉的统治下的名誉保护”,载日本《法学研究》72卷4号〔1998年〕第53页;〔日〕松原光宏:“人格权侵害的宪法构成——以名誉毁损的情况为中心”,载日本《法学新报》108卷3号—8号(2001—2003年,未完)等。

〔2〕关于瑞士的名誉毁损法,参照〔日〕三岛宗彦:《人格权的保护》(日本有斐阁·1965年),第67页,〔瑞士〕Butler, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 1986, S. 137f.

〔3〕关于法国的名誉毁损法,除了参照第一章注5所载的文献(特别是关于出版自由法,参照了大石泰彦:《法国的媒体法》22页开始)以外,还参照〔法〕B. Beignier, *L'honneur et le droit*, Paris 1995,〔日〕桥本真:《关于法国法中的“名誉”侵害》,载〔日〕伊藤进还历纪念《对民法中的“责任”的横断考察》(第一法规·1997年),同《法国的名誉毁损法理中的“善意的证明”与“表现的慎重程度”》,载〔日〕玉田弘毅古稀纪念《现代民法学的诸问题》(信山社·1998年),同“名誉毁损的法律构造与社会评价的降低——以法国法为题材”,载《宫崎大学教育文化部纪要社会科学》3号(2000年)等。

可以看到其独自的发展,当今,已形成了具有复杂体系的一种制度。〔4〕

在日本的民法典中,“名誉”在侵权法上被明文规定受到保护(第710条、第723条),关于这点毫无疑问。判例以这一规定为依据,为保护名誉努力发挥作用。第二次世界大战后,因为媒体的飞速发展与人权意识的高涨,围绕名誉毁损的判例出现了激增。〔5〕最高法院虽然也开始论及重要论点,但还是不够充分。因此,本书除了最高法院的判例以外,也尽可能把更多下级法院的判例作为考察的对象,以此概观日本的现行名誉毁损法。〔6〕

【2】名誉的意义

1. 社会评价的下降

旧时的大审院(1947年前的最高法院,译者注)在判决中表明:“名誉是指每个人因其自身的品性、德行、名声、信用等,所应该得到的世人的相应评价”〔7〕。把侵害名誉理解为使他人的社会评价降低的一种行为,这种见解当今依然受到通说、判例的支持。〔8〕因此,使用了侵害名誉的言词,但客观上并未造成对方的社会评价降低时,侵权行为不成立。

具体判例有:东京地判昭48·2·24《判时》711号第109页(对创价学会的

〔4〕关于英美名誉毁损法,参照第1章注7、注22、注24所载文献。现在英美两国都面临着制度改革的问题,在英国由于1996年对法律的修改,情况有所改善,与此相对,美国依然依赖判例。参照〔日〕松井茂记:“对纽约时报判决之法理的再探讨”,载《民商法杂志》115卷2号(1996年)。

〔5〕看了一下手头的名誉毁损判例的卡片,战后20年期间,被公开的判例数约100件,此后的20年期间,数量有了倍增。而进入平成以后,已经超过了300件(进入20世纪90年代以后。——译者注)。

〔6〕昭和40年左右以前的判例,经过汇集的讨论研究文献有〔日〕三岛宗彦:《人格权的保护》(日本有斐阁·1965年)第251页开始,《注释民法(19)》(日本有斐阁·1965年)第184页开始、〔五十岚清执笔〕,参照〔日〕五十岚清·田宫裕:《名誉与隐私》,(日本有斐阁·1968年)。关于昭和时代以后,详细情况参照〔日〕竹田揆:《关于名誉·隐私侵害的民事责任的研究》,(日本酒井书店·1982年),〔日〕五十岚清:《人格权论》(日本一粒社·1989年)第12页开始。关于最近的判例,竹田、渠部的一些论稿比较详细,载〔日〕竹田揆·掘部政男:《名誉·隐私保护关系诉讼(新·裁判实务大系9)》(日本青林书院·2001年)。

〔7〕大判明39·2·19《民录》12辑第226页。

〔8〕(最大判昭61·6·11《民集》40卷4号第872页),顺便提一下,最高裁判所大法庭在昭和61年11日的判决中,对名誉做了如下定义:“人因其品性、德行、名声、信用等所接受的社会对其人格价值的客观评价”(《民集》40卷4号第877页)。关于学说,旧时有〔日〕小野清一郎:《刑法对名誉的保护》(日本有斐阁·增补版·1970年)第251页开始,〔日〕宗宫信次:《名誉权论》(日本有斐阁·增补版·1961年)第248页开始,最近的有〔日〕四宫和夫:《事务管理·不当得利·侵权行为(中卷)》(日本青林书院·1983年)第323页,〔日〕畿代通、德本伸一:《侵权行为法》(日本有斐阁·1993年)第89页,〔日〕潮见佳男:《侵权行为法》(日本信山社·1999年)第68页等等。

中伤),东京地判平8·12·20《判时》1619号第104页(摄影周刊杂志对宗教法人“幸福的科学”的批评),最判平9·5·27《民集》51卷5号第2009页的原审(“洛杉矶疑案”的三浦和义向《富士晚报》提起的诉讼中,原审认为《富士晚报》是以刊登迎合读者口味内容的报道为主的报纸,因此,不会因该报道导致三浦的社会评价进一步降低,所以原告败诉。但是,最高法院认为:“不能以报纸的编辑方针、其读者的主要构成以及以此为基础的社会对该报刊的性质的一般评价来判断其侵权行为责任是否构成。”所以撤销原判并发回重审),东京地判平9·9·24判夕980号第224页(奥姆真理教案的辩护律师对《周刊新潮》,没有提供足以证明被报道的人物的社会评价降低的具体事实),东京地判平9·12·22《判时》1637号第66页(电脑通信对其他会员提出质疑),东京地判平10·7·27判夕991号第200页(信息杂志上刊登的对众议院议员的批评报道,判决理由考虑到其主要内容具有很强的公共性),东京高判平11·3·18《判时》1744号第77页(三浦义和对《朝日新闻》报。以被告人的阅读经历来推测其犯罪动机的报道),东京高判平12·9·21判夕1094号第181页(日莲正宗的僧侣公开了这一事实,即自己受到创价学会的干部以提供金钱为条件而劝诱其退出宗派),东京地判平14·6·17判夕1120号第187页(周刊杂志对民主党的菅直人与大桥巨泉的批评报道),东京高判平14·9·25《判时》1813号第86页(周刊杂志的报道指出沿袭奥姆真理教的阿夫莱 Ahle 及其领导人的危险性),东京高判平15·2·19《判时》1825号第75页(电视节目报道了地方公共团体在公共工程的委托中的不正之风)等,以上均认为该表现行为未造成原告的社会评价下降(或者仅有极少的下降),以此为由,原告请求被驳回。近来这一类判例的骤增现象引人注目。

另外,作为上述引用部分的前提条件,有因侵害名誉而造成社会评价下降的时期,即侵权行为成立时期,上述最判平9·5·27(第3小法庭)的最高法院的意见是:“在新闻报道引起侵害他人名誉的情况中,刊载使他人社会评价下降的内容的新闻报道被发行时,和被报道对象因该报道内容而产生社会评价下降的危险时,侵权行为即成立。”与此相对,同在三浦义和关联案中,同一天在第三小法庭下达的判决中指出:“在新闻报道引起名誉毁损时,刊载该内容的报刊得到发行、在读者处于有可能阅读该报道的状态时,可以认为该报道客观上导致被报道人的社会评价下降”(最判平9·5·27《民集》51卷5号第2024页),两者的表现有微妙的差别。因为前者受到刑事判例影响,在民法领域,应该向后者统一。^[9]

[9] 关于两者之间的关系,参照[日]五十岚清:《私法判例评论》17号(1998<下>),第65页。另外,批判日本判例中的“社会评价下降”的判断标准的有:[日]桥本真:《名誉毁损的法律构造与社会评价的下降》第1页开始,其他有同“判例中的名誉毁损与名誉情感的侵害”,载《宫崎大学教育学部纪要社会科学》85、86号(1999年),《宫崎大学教育文化学部纪要社会科学》1号(1999年),2号(2000年)(未完)。

2. 名誉情感的侵害

虽然使用了侵害名誉权的言词,但受害人的社会评价并未由此引起下降时,通常认为受害人的名誉情感(人们对自身的人格价值所持有的主观评价[参照前述最高法院昭和45年的判决])受到了伤害。但是,受害人的社会评价客观上并未降低,只不过是名誉情感受到伤害时,侵害名誉权就不成立,这是判例一贯持有的观点。(东京地判昭41·8·5《判时》462号第37页[执行官把被送达人姓名称呼处写上了“犯罪嫌疑人”],最判昭45·12·18《民集》24卷13号第2151页[对共产党员发送了其反对党的候补者选举对策委员的委嘱状],东京地判昭61·7·12判夕622号第149页[法官的暴言],神户地判平5·3·17《判时》1489号第137页[对女性的带有侮辱的表达]等)。不过,昭和45年最高法院判决的案例,是请求刊登道歉广告的案例,不是作为《民法》第723条的名誉问题请求经济赔偿的案例(因此,经济赔偿得到认可的可能性并不是不存在。另外,作为同类案例,有关于旧《著作权法》第36条第2款[现行《著作权法》第115条]所指的著者的“声誉名望”,可参考最判61·5·30《民集》40卷4号第725页[讽刺剧案])。

与此相对,最近在下级法院的审判中,以侵害名誉情感为理由,认可精神赔偿的案例较多(东京地判昭46·8·7《判时》640号第5页[女律师被赶出警察署],大阪高判昭54·11·27判夕406号第129页[对出租司机的酒后暴言],大阪地判昭60·2·13判夕554号第266页[轻率地把无辜者看做犯人],浦和地判平3·10·2判夕774号第203页[毫无根据地将他人作为精神病患者向保健所长申请诊断与保护],名古屋地判平6·9·26《判时》1525号第99页[取笑相貌的表达],东京高判平7·10·30《判时》1557号第79页[“幸福的科学”案],大阪地判平11·3·11判夕1055号第213页[站务员对残疾人的带有歧视、侮辱性的言行],名古屋高判平12·10·25《判时》1735号第70页[“高中女生、女白领的连续绑架杀害案”,对女死刑犯的奔放的性生活的描述],东京地判平13·12·25《判时》1792号第79页[写:著名科幻小说女评论家说自己的著书是由丈夫代笔的]等)。另一方面,东京地判平8·12·24判夕955号第195页中:私立大学的副教授向文部省提出的业绩报告有虚假记载,因此请求认定名誉情感受到侵害。针对这一请求,判决对侵害名誉情感而构成侵权行为要件进行了严格的限制,认为“仅限于有明显的加害意图,并实施了严重的人格攻击行为”的情况。但是,本判决可以说稍微有点突出。(不过,本案的上诉审驳回了上诉·东京高判平9·12·25判夕1009号第175页)。

由于名誉情感也是一种人格权的利益,所以对超过一定限度的违法侵害,

至少应当认可对其精神赔偿的请求。^[10]最近,伴随着关于侵害名誉情感的判例的定型,对人格权的侵害,受害人方在主张名誉受到损害、隐私权遭到侵犯的同时,也同时对名誉情感受到侵害而请求精神赔偿,法院也针对不同情况分别进行判断(其具有代表性的判例是“鱼之祭”的一、二审判决[东京地判平11·6·22《判时》1691号第91页,东京高判平13·2·15《判时》1741号第68页]。另外最高法院也对其加以认可,参照最判平14·9·24《判时》1802号第60页)。但是,在很多场合,对名誉情感的侵害往往被名誉毁损、隐私权的侵害所吸收包括,所以名誉情感的侵害应该作为一种补充内容而加以主张。^[11]

3. 侮辱

侵害名誉情感往往是由使用带有侮辱性的言词造成的。在刑法上对名誉毁损罪与侮辱罪是以是否要求具有“公然性”作为区分标准的,围绕这一点,学说一分为二,在民法上,只要因侮辱引起了名誉毁损(有时仅侵害名誉情感),不管怎样,都是法律保护的对象。(作为侵害名誉情感而被引用的其他判例有,东京高判昭56·8·25《判时》1019号第81页[缺乏公然性的侮辱],东京地判昭60·11·27《判时》1174号第34页[在工会杂志上,对对立关系的女工会成员用“矮子、丑八怪”进行诽谤],横滨地判昭61·4·9判夕601号第50页[诽谤和中伤大学教授是“恐怖分子”“种族歧视主义者”],东京地判昭61·5·6判夕630号第165页[对拳击练习场经营者,使用“脸就是邪恶的履历书”等作为标题且刊载了照片],东京地判昭62·9·28《判时》1281号第111页[律师的惩戒处分决定中的非法行为的主张],东京地判平2·7·16《判时》1380号第116页[周刊杂志刊载了刑事被告人在拘留所的行为的报道],千叶地松户支判平12·8·10《判时》1734号第82页[某地方议会的男性议员对某女性议员作了“不要男人的女人”的发言]等。与此相对,京都地判平4·5·8判夕792号第181页中,对制作并散布侮辱私立高中校长文章的行为,以校方对真相探明持消极态度为由,不认可侵害名誉权的成立)。另

[10] [日]宗宫信次:《名誉权论》(日本有斐阁·增补版·1961年)第228页,主张对名誉情感的侵害,可以从一般人格权寻求保护依据。[日]三岛宗彦:日本《民商法杂志》65卷6号第966页,[日]四宫和夫:日本《法学杂志》89卷9号第1230页(均为最判昭45·12·18的评注),[日]菅野孝久:《对“隐私”概念的机能的研讨》《法学家》665号(1977年)第66页,[日]齐藤博:《判例评论》286号第203页(东京高判昭56·8·25的评注),[日]山口纯夫:《判例评论》344号第203页开始(东京地判昭61·5·6的评注)等等。还有,本人过去的把名誉情感的侵害作为侵害隐私权来加以保护的论说(《注释民法(19)》第185页,[日]五十岚清:《人格权论》(日本一粒社·1989年),[日]五十岚清·田宫裕:《名誉与隐私》(日本有斐阁·1968年)第11页,这是受“宴会之后”案判决影响的解释,因为不能将其一般化,所以五十岚从14页开始改成了本文。

[11] 关于这类判例,详细参照[日]桥本真:《关于法国法中的“名誉”侵害》(注66),载《教育学部纪要》第13页,还有关于法国法中如何对待名誉情感参照[日]桥本真:《关于法国法中的“名誉”侵害》,载[日]伊藤进还历纪念:《对民法中的“责任”的横断考察》(第一法规·1997年)。

外,伴随着公正评论法理的确立(后述),还是有必要对上述判例进行再研究再讨论(比如在最近的东京高判平14·8·28《判时》1816号第63页:东京都议会的自民党机关报,把在加强取缔奥姆真理教意见书进行表决时中途退场的议员指责为“思想危险分子”,是否属于侮辱?法院认为,此属公正评论,不属于侮辱)。

4. 社会地位

如果把名誉理解为对个人的社会评价,那么侵害名誉权是否成立,必须审查和考虑此人所处的社会地位与状况(大判明38·12·8《民录》11辑第1665页)。根据判例,认为具有一定社会地位的人,理应特别重视自身的名誉(上述大判,受害人是神官。另外还有:东京控判昭12·1·27法律新闻4119号第7页〔著名的出版社〕,千叶地馆山支判昭43·1·25《判时》529号第65页,神户地判昭60·11·29《判时》1209号第115页,东京地判昭63·1·21判夕664号第106页,东京地判昭63·7·25《判时》1293号第105页〔在上述判例中,受害人都是律师〕。顺便提一下,神户地判是这样认为的:“原告是律师,从职业的角度考虑其社会信用的重要性是不言而喻的”。而且,在最后的例子中,考虑到受害人是律师,认可了500万日元的精神损失赔偿费(但是,其上诉审·东京高判平元·10·17《判时》1327号第34页中,以具有相当性为由撤销了原判)。此后,律师是受害人时,比较高的精神赔偿予以认可(大阪地判平4·10·23《判时》1474号第108页〔精神损失赔偿费为600万日元〕,静冈地判平10·9·24《判时》1689号第119页〔国家赔偿案,精神损失赔偿费为1000万日元〕)。

但是,以上并不意味如果受害人的社会地位较低侵害名誉权就不成立。比如说,在当今的民主主义社会中,政治家等社会地位较高的人更应该甘心接受国民的批评,应该说名誉受到保护的反而更加狭窄。

5. 流传范围(公然性的有无)

为了证明某种言词造成受害人的社会评价下降,原则上要求侵害名誉权这一事实必须在一定范围内得到流传。关于这一点,对某一特定人物进行告知时,名誉权侵害是否成立就成了问题。以往的判例是,只要将有损他人社会地位的事实向第三者进行了表达,即使并未造成社会的广泛流传,也已经侵害了他人的名誉权(大判大5·10·12《民录》22辑第1879页,大判昭2·12·17法律评论17卷民第160页,金泽的判昭30·8·18《下民集》6卷8号第1641页)。但是,在当今开放的社会中,应当将流传的程度理解为决定有无违法性的重要标准,战后,从这种见地出发,出现了否定侵害名誉权的判例(长野地饭田地支判昭31·4·9《下民集》7卷4号第903页〔调解时的发言〕,东京高判昭35·9·12《下民集》11卷9号第1885页〔在警察署长室的言词〕,东京地判昭45·7·17《判时》616号第83页〔告诉了两个人〕等)。但是也有相反的案例(东京高判昭44·1·31《判时》558号第62页〔调解程序中提交的诽谤性文书〕,东京地判和44·10·31《判时》558号第83页〔在饭店里的漫骂〕,仙台地判昭59·8·24《判时》1136号第136页〔对邻居主妇的造谣中伤〕等)。这些

都是故意诽谤中伤的例子(在此后的案例中,认定了对特定对象通过电话、信件、甚至传真引起的名誉毁损案例有:东京地判平4·1·23判夕865号第247页,东京地判平4·8·31判夕819号第167页,东京地判平9·4·21判夕969号第223页〔把传真发到电视台〕等)。还有,在流传范围有限的情况下,即使认可了名誉侵害的责任,精神赔偿金额较少也是通常惯例(上述东京地判平4·8·31的金额为30万日元,同平9·4·21是40万日元)。

在当今的信息社会中,即便是针对特定个人的表达行为,也有认可其公然性的情况。据冈山地判昭53·4·27《判时》908号第75页所载:关于信用调查公司错误的调查报告究竟是否造成了被调查人名誉毁损这一问题,虽然被告主张缺乏公然性,但法院判决认为,由于信用调查企业把被调查人的相关事实有偿分发给不特定的多数人,所以不能说没有公然性。不过,与此相反的是据大阪高判昭47·11·30《判时》700号101所载:因纺织品检测机关的错误检测,是否造成了名誉毁损?法院认为,试验鉴定本不具有流传给不特定多数人的性质,所以法院持否定的态度。应该说这是信用调查与试验检查的差异。

【3】名誉毁损(侵害名誉权)责任的一般成立要件

名誉权受到侵害的受害人要请求损害赔偿,加害行为必须满足侵权行为的一般构成要件(日本《民法》第709条)。

1. 故意或过失

名誉毁损的成立,原则上要求加害人必须具有故意或者过失(仙台地判昭34·5·21《判时》205号第24页〔犯罪报道,详述不能认可无过失责任的理由〕,广岛地判昭50·6·18《判时》811号第87页)。有认为应当认可媒体的无过失责任的见解^{〔12〕},但只是少数意见。或许应当通过提高企业对注意义务的认识来解决问题。

另一方面,为了确保媒体的报道自由,仿照美国《纽约时报》案的判决,提出这样的观点:即如果没有“现实的恶意”,名誉毁损就不成立。虽然一般情况下应予以否定(被告方的“现实的恶意”理论的主张被排斥的案例有:大阪地判昭54·9·28《判时》956号第86页〔关于对犯罪嫌疑人以外的第三人(大学教授)的住宅进行搜索的报纸报道〕,大阪高判平元·5·26判夕713号第196页〔有关国会议员候补者的摄影周刊的报道〕),但遇到对公众人物有事前或事后限制时,值得考虑(参照《北方月刊》案的最高裁大法庭判决)。

另外,在很多侵害名誉权的诉讼案中,有无过失之所以引起争议,是因为关系到这种信以为真是否存在相当性的问题。但是,关于这个问题,将在报纸

〔12〕〔日〕三岛宗彦:《人格权的保护》(日本有斐阁·1965年)第255页。

报道引起的名誉毁损的内容处进行详述。

2. 权利侵害与违法性

根据日本《民法》第709条规定,侵权行为成立,必须侵害了某种权利。如本书这样,若站在认可人格权的角度看,那么这一点原则上不会成为问题。即使侵权行为要求具有违法性,侵害人格权的行为原则上是违法的,所以如果不存在阻却违法事由,那么,对名誉权的侵害即成立。

关于侵害名誉权与违法性的关系,实际存在的是在什么情况下违法性可以被阻却的问题。特别重要的是通过证明事实的真实性来阻却违法性(即所谓的真实性法理)和公正评论法理。关于这些问题,会在新闻报道引起的名誉毁损的章节处详细论述,在此,仅就一般的阻却违法事由做一下简述^[13](另外,不属于以下任何类型,站在有关违法性的相关关系说的立场看,仅仅是“作为名誉毁损行为,不属于任何类型也不带有任何实质性的违法性”,否定名誉毁损的判例有:东京地判平2·3·23《判时》1374号第67页的〔原首相提及共产党委员长的40年前的活动〕案)。

(1) 受害人的承诺

不仅限于侵害名誉权,对于一般的人格权侵害,如果有受害人的承诺,原则上其违法性就受到阻却。(因受害人的承诺的有无引起争论的案例有:东京高判平12·12·28《判时》1750号第103页的〔否定例〕)。但是,在名誉毁损的情况下,对严重损害个人尊严的言行,即使得到受害人的承诺,也认为不能阻却违法性。

(2) 正当防卫

刑法就不用多言(日本《刑法》第36条),在民法的侵权行为中,正当防卫也是阻却违法性的事由(日本《民法》第702条第1款)。具体来说正如这样的例子:对他人足以引起侵害自己名誉权的言行,为了对自身进行保护而予以反击,结果损害了他人的名誉。在德国刑法典中,作为名誉毁损罪的阻却违法事由,列举了对自身正当利益的保护(第193条),可以说是正当防卫思想在名誉权侵害领域中的具体化。在名誉毁损法中,因为正当防卫或者保护正当利益而认可其阻却违法事由的典型案例有最高裁判所昭和38年4月16日的判决(《民集》17卷3号第476页)。在此,因为在学会杂志之间就名誉毁损是否成立引起了争论,最高法院的观点是“为了保护自己的正当利益,不得已损害了他人的名誉、信用时,其行为与他人的言行相比,在方法、内容上如果没有超出适当的范围,可以认为缺乏违法性”(同第480页)。关于这一点,最近的判例有:东京地判平2·1·30判夕730号第140页(美容整形女医师间的争论。但是本案中的还击行为因为超出正当范围,所以需要承担法律责任),福冈地判平2·8·30《判时》1384号第

[13] [日]小野清一郎:《刑法对名誉的保护》(日本有斐阁·增补版·1970年)第133页,[日]宗宫信次:《名誉权论》(日本有斐阁·增补版·1961年)第232页。

75 页,(对先发生的散发侵害自己名誉权文书的行为,为了反击散发了反驳文章),东京地判平 4·12·16《判时》1472 号第 130 页(自己的研究论文被指抄袭他人的学者的反击),横滨地判平 6·2·1《判时》1521 号第 100 页(被律师以贪污罪告发的政治家把该律师称作“缺德律师”),东京地判 12·6·26 判夕 1116 号第 226 页(东京都东村山市市议员 A 被怀疑扒窃后坠楼死亡。围绕这一案件,因为 A 的遗属在周刊杂志上发表了“A 被创价学会杀害”,创价学会的会长就在《圣教新闻》上发言说:A 的扒窃是事实,坠楼死亡系自杀的可能性较大,说是创价学会策划谋杀,简直是荒唐的无稽之谈。A 的遗属等认为,该发言是对自己的名誉毁损,将创价学会告上法庭,但是,法院认为这是对先行发生的名誉毁损行为的正当反驳。上诉审亦驳回了上诉·东京高判平 13·9·11 判夕 1116 号第 221 页)等。

(3) 正当业务行为

日本《刑法》规定(《刑法》第 35 条):“依照法令或者基于正当业务而实施的行为,不处罚。”民法上也规定行使正当业务的行为可以阻却违法性。最近的判例有东京地判 5·5·25《判时》1492 号第 107 页刊载的案例(将其他律师被顾问公司解除关系的意思通知了交易户的律师的行为)。

3. 损害结果的发生

侵权行为的成立,必须有已发生的损害事实(损害事实被否定的最近的判例有上述东京地判 2·3·23)。英美法中的名义上的损害赔偿,在日本不被认可,但最近在隐私法领域出现了认可名义上的损害赔偿的案例并受到瞩目(东京高判 14·1·16《判时》1772 号第 17 页[早大江泽民演讲会参加者名单提交案,认可了每人 1 万日元的抚慰金])。

在德国等,人格权受到侵害时,除了经济赔偿以外,对造成精神痛苦时的精神损失赔偿费(抚慰金)的认可持消极的态度,但日本在这一点上不存在问题(《民法》第 710 条)。但是,这种精神痛苦,必须是被法律认可的可用慰抚金来进行救济的损害(东京地判昭 62·5·27 判夕 652 号第 191 页[认为仅有不快感、焦虑感或愤怒还不够])。

4. 因果关系

侵权行为的成立,还要求侵害名誉权的言行与损害事实之间有因果关系。关于这一点,特别是当警察当局的错误发表被媒体报道,由此损害被扩大的时候,最大的问题便是警察当局的 责任范围应当如何认定(后述第 120 页)。另外,最近有这样的判例:公司的原董事将公司的秘密提供给周刊杂志的记者,造成的结果是损害公司名誉的报道被刊登,在这种情况下,信息的提供与报道的刊登之间有相当的因果关系,所以被判以支付巨额损害赔偿(东京地判平 11·2·15 判夕 1023 号第 220 页,全部金额为 2 亿 5000 万日元,其中抚慰金为 1000 万日元)。

5. 诉讼上的问题

在此,提一下名誉毁损案的民事诉讼法上的问题。

(1) 诉讼要件

根据《裁判所法》*第3条第1款规定,审判的对象是“法律上的争讼”。在这一点上,关于宗教教义的争讼是否能够成为审判的对象,存在争议(关于姓名权,参照东京地决昭63·11·11《判时》1297号第81页),在名誉毁损的领域中也有被认为不属于“法律上的争讼而被驳回的案例”(围绕关于谁是“学园创始人”的争议,大阪地判平7·3·7《判时》1534号第77页,认为应由学园内部自己判断。与此相对,东京地判平《判时》1570号第3页中,指出英和辞典中的例文错误造成名誉毁损而提起诉讼,对此法院认为属于“法律上的争讼”。即便没错,但对认可了巨额赔偿这一结论,存在疑问[难道不应该也稍微重视一下批判的自由吗?])。

另外,对于因地方议会的议决,认为名誉被毁损的议员提起的诉讼,东京地判平5·10·20《判时》1492号第111页中,肯定了“该问题属于地方议会的内部规章问题,不属于司法审议对象”这一观点,法院认为,“促使A议员做深刻反省并赔礼道歉”的决议是否引起名誉毁损,不属于司法审议的范围,但是,在东京八王子支判平3·4·25《判时》1396号第90页中,对于辞职劝告决议损害议员名誉的诉讼,法院认为其属于司法审议对象,并认定了抚慰金赔偿。其不同判断的理由应该是:前者属于议员的议会活动,而后者是与此无关的决议。

(2) 审判管辖

关于名誉毁损案件的地域管辖,原则上按照被告人的住所地或者主要事业所、营业所的所在地管辖(日本《民事诉讼法》第4条第1款、第2款、第4款),因为名誉毁损属于侵权行为,所以侵权行为发生地的法院也有管辖权(同第5条第9项)。关于侵权行为地是指什么地方,存在行为发生地说(报纸、杂志的发行地)和结果发生地说(报纸、杂志的分发地),至少在审判管辖上两者都应当得到认可(最近的判例有大阪地决平7·7·19判夕903号第238页;在东京发行的周刊杂志侵犯了住在神户的音乐家的名誉毁损诉讼案,在向周刊杂志的分发地大阪的地方法院提起诉讼后,法院认为侵权行为地是指:“侵权行为施行地包含侵权行为地和结果发生地”认可了分发地的大阪法院的管辖权)。

(3) 时效

为了方便,在此想提一下因名誉毁损而产生的损害赔偿请求权的消灭时效问题。根据日本《民法》第724条规定,由侵权行为产生的损害赔偿请求权,“受害人……从应当知悉损害及其加害人时起,三年间不行使时,因时效而消灭”。在此,存在的问题是时效的起算点问题。判例和学说认为,“知悉损

* 法院法。——译者注

害及其加害人时”应从有利于受害人的角度进行理解。关于“洛杉矶疑案”的很多名誉毁损报道,三浦义和在狱中知悉并提起诉讼时,已经在发行后经过了十年左右,为此,如何计算时效的起算点重新成为问题。关于这一点,在1993年到1994年的若干下级法院的判例是这样认为的:在报纸发行(或电视节目的播放)后经过了相当的期间,可以推定原告知悉报道的存在,并以此为理由,认可了被告方的消灭时效的抗辩(东京地判平5·11·30《判时》1487号第79页[相当期间是指数日内],东京地判平6·2·15《判时》1520号第124页[从播放开始数日内],东京高判平6·4·25判夕856号第231页[送报纸时],东京地判平6·8·30《判时》1532号第92页[周刊杂志发行开始的相当期间或者原告的著书发行时])。

与此相对,东京高判平9·11·10《判时》1638号第87页中,关于损害及其加害人,认可了原告方的“原则上要求真正知悉”,从而排斥了被告方的时效消灭的主张。

就这样,关于这一问题,以前的下级法院的判例存在分歧,但是最近的最高法院的三浦案判决中认为,对于从通讯社转载到地方报纸的报道,从保护受害人的角度出发,和前面的东京高判平9·11·10一样,“该条所指的‘受害人知悉损害时’应当理解为受害人真正认识到损害的发生之时”,对于像原告那样,拥有强有力的信息收集能力和技能的人来说,将知悉本案中的转载报道的存在之时作为时效的起算点的原判,作出了撤销原判发回重审的判决。(最判平14·1·29《民集》56卷1号第218页)^[14]

【4】有关当事人的几个问题

对于名誉毁损的成立,受害人的社会地位问题在前面已经提到,其他关于受害人的问题,将在此进行论述。

1. 受害人的特定性

对于名誉毁损的成立,受害人必须是可以特定的,受害人是否具有可特定性,存在以下两个问题。

(1) 使用假名等情况

首先,虽未使用特定个人的姓名,但如果综合考虑其他情况,可以推知是指谁的时候,原则上对该者的名誉毁损成立。比如,仙台高裁昭29·10·19高等裁判所刑事裁判特报1卷8号第379页(将‘渡边藏吉’用同音字‘绵锅久良喜智’替代),大阪地判昭43·7·30《判时》528号第15页(将大阪府议会议员的姓名中的一个文字做了改变后使用),名古屋地判昭56·2·23《判时》1020号第83页(S警部‘现警察课长’的表示),东京地判昭59·6·4《判时》1120号第9页(“始终

[14] 作为本案的判例评价,参照[日]手嶋丰:《法学教室》263号第200页。

支持使用者同盟的朝日的比亚法拉记者A”的表示),千叶地判平8·9·25《判时》1602号第109页(‘共产党的市议会议员’),东京地判昭14·7·12《判时》1796号第102页(用“没有交易行的非银行”来表示武富士)等。

与此相对,否定特定性的实例有:东京地判昭54·5·28《判时》943号第74页(从随笔中的“□□”表示,不可能察觉是指原告);神户地判昭58·11·7判夕519号第201页(把船上落水死亡事故案的犯罪嫌疑人仅发表为住在神户的七岁少年);神户地判平7·9·29《判时》1570号第95页(私立大学的宣传杂志上刊登了“某特定教员”无法澄清其盗窃嫌疑);等等。

在这一点上,所谓的原型小说带来了较多的话题,但是,实际诉讼中特定性被否定的实例较少(与舟桥圣一的小说《白色魔鱼》中的登场人物具有相似环境的岐阜县的某纸张批发店,提起了名誉毁损诉讼,法院以没有证明被告将其作为原型的证据为理由,驳回原告的诉讼请求。岐阜地判昭34·3·28《判时》182号第17页)。

(2) 对集团的名誉毁损

接下来谈谈集团的名誉毁损问题,比如说类似于使用“东北人很粗野”等表现时,在这种情况下,对象比较含糊,原则上应理解为对该集团的所属人群不造成名誉毁损。(具体实例有:京都地判昭50·7·11《判时》802号第105页[小说中的“朝鲜征伐”这一用词,对特定的朝鲜人不构成名誉毁损];大阪地判平5·3·26《判时》1473号第102页[在杀人案的报纸报道中将其动机写成由借贷了过多“高利贷”引起。因此一般的高利贷同行业者提起了名誉毁损诉讼]等)。

但是,集团如果比较小、且集团组成人员是特定的,对这样的集团进行诽谤时,有对集团造成名誉毁损成立的实例(东京高判昭29·5·11《下民集》5卷第681页[新闻报道侵害了居住在某公寓并组成自治会的华侨的名誉,法院认为该报道对自治会及自治会全体成员的名誉毁损成立])。

2. 对法人的名誉毁损

如果将集团进一步组织化,就成了法人。对法人及其他团体来说,也可考虑其存在一个社会评价问题,所以,对法人的名誉毁损也是成立的,关于这点日本不存在异议,但问题出在司法救助的手段上。对于应该进行财产损失的赔偿、刊登道歉广告并不存在争议,但是,关于精神损害赔偿,因为法人的精神痛苦无法衡量,所以,过去以此为由持否定态度的判例较多。但是在学说上认为法人的名誉在遭受侵害时,作为司法救助手段,仅采用道歉广告显然不够恰当,也不够充分,而且因为财产损失并非经常发生,所以,认为对无形财产损失的赔偿也充分必要,持这种观点的学者逐渐增多。这种观点也渐渐对下级法院的判例产生了影响,最高法院在昭和39年1月28日在判决中指出:“法人的名誉受到侵害时,即使产生的是无形损害,对上述损害只要有可能进行金钱

评估,即适用民法第710条”。^[15]

另外,法人也是多种多样的,有这样的实例:在个人经营的公司的名誉毁损案件中,对经营者个人的名誉毁损得到了认可,但对公司的无形损害的主张未得到法院的支持(大阪地判昭59·7·23《判时》1165号第142页)。另外还有这样的案例:主要对某大公司的董事长进行个人诽谤的某周刊杂志的报道,法院认可了其对公司的名誉毁损(东京高判6·9·7《判时》1517号第40页〔精神赔偿费即抚慰金500万日元〕。^[16]

除了法人以外,还有对没有权利能力的社会团体造成名誉毁损时,法院认可了对该社团的无形损害(抚慰金)进行赔偿的实例(东京地判昭43·1·31《判时》507号第7页〔中野民主商工会〕,东京地判44·12·16《判时》579号第29页〔都教组练马支部〕,浦和地判平6·5·13《判时》1501号第52页,该上诉审·东京高判7·11·29《判时》1557号第52页〔埼玉司法书士会〕,前桥地判平9·2·18《判时》1630号第106页〔〇〇地区都市计划民主研究会〕等)。但是,作为团体,必须具有当事人能力(参照日本《民事诉讼法》第29条。否定当事人能力的案例有那霸地判昭50·10·21《判时》807号第83页〔日本共产党冲绳委员会〕)。

3. 对死者的名誉毁损(人格权侵害)^[17]

(1) 序说

当死者的名誉权受到侵害(用更一般的说法是人格权受到侵害)时,死者的家属拥有的是什么权利这一问题,在国外从很久以前就是不断被争论的对象,日本在1977(昭和52)年,臼井吉见的《事故的原委》作为侵害了已故作家川端康成及其遗属的名誉和隐私,被遗属提起了诉讼。^[18]也就在同一时期,围绕城山三郎的《夕阳在燃烧》(广田弘毅原首相的传记作品)是否侵犯了已故外交官佐分利贞男的名誉这一问题,东京地方裁判所在昭和52年7月19日作出了判决(《判时》857号第65页),且马上引起了关注。在此,首先想从比较法的角度开始分析(还有,以下以死者的名誉毁损为中心,就人格权做一般的论述)。

(2) 比较法

关于这一点,比较法也存在分歧。

[15] 《民集》18卷1号第136页),详细内容参照〔日〕森泉章的《关于法人的名誉毁损》以及《团体法的诸问题》(日本一粒社·1971年)。还有作为法人的名誉毁损的新的研究成果有:〔日〕和田真一:“法人、团体的名誉毁损及其公共性”,载《立命馆法学》1993年5、6号;同“‘团体的慰谢料请求权’再考”,载《立命馆法学》1999年4号、5号。

[16] 作为本案的判例批评,〔日〕长谷川隆·《判例评论》449号第189页。

[17] 本文记述了修改〔日〕五十岚清:《人格权论》(日本一粒社·1989年)第160页以下内容的概要,被引用的很多文献在此省略。

[18] 此事件通过和解得到解决,参照〔日〕五十岚清:《人格权论》(日本一粒社·1989年)第161页。

(i) 英美法

首先,在英美法中,对名誉、隐私的权利被认为是受害人的一种专属权,因此,不能以他人的名誉、隐私受到侵害为由提起诉讼,而且,死者的名誉、隐私在受到侵害时,遗属不能替代死者行使权利。但是,在侵害死者的名誉、隐私的同时,也侵害了遗属自身的名誉、隐私时,属于例外。

(ii) 大陆法

与此相对,大陆法特别是德国法,通说与判例均认可死者自身的人格权不受侵害。具有代表性的判例是关于“孟菲斯特”案的1968年3月20日联邦法院作出的判决(BGHZ50,133)。该案的大致内容是:托马斯·曼的儿子克拉斯·曼在1936年,以迎合纳粹并得到重用的扮演孟菲斯特的演员格林特盖斯为原型,写了反时代小说《孟菲斯特》并在荷兰公开刊登。1963年,格林特盖斯死亡,在临死之前,被告出版社正在计划出版《孟菲斯特》,本案是原告(格林特盖斯的养子)向法院提出停止出版请求的案例。

德国联邦法院从《基本法》第1条、第2条开始了说明,认为“人至少可以相信,在其死后受到严重歪曲(事实)的名誉毁损时,其生前的生活形象受到保护。只有在能够拥有这种期待的前提下生存时,其生前的作为人的尊严和自由发展才能够按基本法的含义得到充分保障”,认可了对死者的名誉毁损的成立。

该案又进一步请示了联邦宪法法院,联邦宪法法院在1971年2月24日的决定中(BverfGE30,173),以法庭意见的形式支持了联邦法院的结论。但是,宪法法院仅依据第1条第1款的“人的尊严”将死者的人格权进行了类推,与联邦法院不同,认为第2条仅适用生者。因此。根据宪法法院的观点,对死者人格权侵害的认可,仅限于损害了“人的尊严”的场合。^[19]

[19] 关于该宪法法院的决定,参照[日]保木本一郎:“德国艺术自由的宪法统治论”,载《国学院法学》32卷4号(1995年)(但是,保木本的论文将重点放在艺术自由的限制上,没有涉及对死者人格权的保护。而笔者的旧稿忽略了这个宪法判例)。在此虽无暇详述,但现在笔者的看法是想支持在本案中艺术自由放在优先位置的Stein法官的反对意见。另外,从关于死后人格保护的德国的最新动向来看,首先对于女星Marlene Dietrich的人格权侵害,联邦法院认可了财产损害赔偿的两个判例引人注目。Frommeyer, Persönlichkeitsschutz nach dem Tode und Schadensersatz—BGHZ 143, 214 ff. (“Marlene Dietrich”) und BGH, NJW 2000, 2201f. (“Der blaue Engel [叹息天使]”), Juristische Schulung 2002, 13. [日]中村哲也:《人格权侵害和财产损害——BHG关于Marlene Dietrich的判决》,载《法政理论》35卷1号(2002年)。但是该判决意味着在实质上认可了商品化权。另一方面,联邦宪法法院,在近期的决定中,维持孟菲斯特决定,以没有对“人的尊严”造成重大侵害为由,否定了原告提出的异议。另外,详情参照[日]五十岚清:《“孟菲斯特”诉讼案再考》出自《北海学园大学法学研究》41卷1号[2005年]。

不过,在大陆法系中德国法也显然有点突出,在法国有较多的关于死者的肖像权、隐私权的判例,但其理论构造并不十分明确,学说上也有分歧,比起死者的权利由其继承人行使之构造,侵害了死者近亲属对死者的爱情这一学说比较权威。^[20] 瑞士的判例、学说也将其理解为侵害了近亲属对死者的怀念之情。

(iii) 其他

《俄罗斯联邦民法典》第152条第1款第2项规定:“市民的名誉和尊严以及其死后的名誉和尊严,基于其利害关系人的请求得到保护”,对死者名誉的保护作了明文规定。还有,在中国也有认可死者名誉权的判例。^[21]

(3) 实体法上的依据

接下来想阐述一下在日本是否认可对死者名誉权的保护,首先,日本在实体法上并不是完全没有关于死者名誉权的规定。

(i) 对死者的名誉毁损罪

日本刑法对伪造事实,造成死者名誉毁损的进行惩罚(第23条第2款)。这是向国外学习制定的,但实际适用的实例很少。^[22] 学说上主要针对该罪的法律上(受保护)的利益究竟是什么展开了论争。主要学说有:①各遗属个人的名誉;②遗属对死者的虔敬之情;③死者自身的名誉。其中③是通说。另外对死者的名誉毁损罪有权提起诉讼的是死者的亲属及其子孙(日本《刑事诉讼法》第223条第1款)。

(ii) 作者的死后的人格权

日本著作权法保护著作者死后的人格权,即:“将作品提供或提示给社会时,即使在该作品的作者死亡之后,如果把作者仍看作生存在世的情况下,对作者构成侵害人格权的行为予以禁止(第60条)”。作者死亡后,如果发生这样的违法行为或者有发生的可能时,作者的遗属(配偶、子女、父母、孙子女、祖父母或者兄弟姐妹)有权请求制止。另外,对故意或者过失造成作者人格权损害的,或者行使了违反上述第60条的行为,除了可要求赔偿损失以外,还可以请求采取适当措施来恢复名誉(第116条第1款、第2款)。此外,作者可以通过遗嘱,指定某人替代遗属行使权利,但规定该替代者在著作者死亡后超过50年后,不

[20] 关于法国法的最近情形,参照〔日〕皆川治广:《论隐私权的保护与限度论》(北树出版·2000年),第127页。

[21] 参照〔日〕宇田川幸则:“中国围绕精神损害的经济赔偿的法律与实务(1)”,载《北大法学论集》48卷2号380页起。关于学说,参照杨立新:《中国民法的理论与实践》(日本成文堂·2001年)第16页起。

[22] 作为适用的判例有最判昭27·3·7《刑集》6卷3号第441页。

得再行使请求权(同条第3款)。

(iii) 在日本的现行法中,除此之外不存在认可死者人格权的规定

那么,把上述现行法上的依据进行一般化,作为解释论,民法上是否可以广泛认可死者的人格权,这是接下来要谈的问题。

根据传统的观点,刑事责任与民事责任的目的不同,因此把对死者的名誉毁损罪在民事上进行一般化是不允许的。还有,著作权法的规定是民事特别规定,将此进行一般化应该也是不被允许的。但是,对死者的人格权,法律存在缺陷,根据当今的权威法律观念,难道不可以认为法律的形成可以通过法官来加以实现吗?关于认可死者人格权的依据,希望可以借鉴德国的判例,还有,在日本,个人尊严在宪法上(第13条)、民法上(第1条第2款)都受到保障,人格权渐渐地受到了广泛的认可。这种趋势也只有死在死者的人格权得到认可以后,才可能趋于完善。

(4) 理论构造

死者的人格权受到侵害时,关于遗属等提起的赔偿请求的理论构成,参考上述比较法和名誉毁损罪的法律利益论,可以考虑有以下三种构造:

(i) 侵害了遗属固有的人格权

侵害死者的人格权的行为同时也侵害了遗属的人格权时,毫无疑问,遗属可以以自己的人格权受到侵害为理由,要求赔偿损失。死者的人格权在受到侵害时,事实上多数以这种方式得到补偿^[23](作为判例有:静冈地判昭56·7·17《判时》1011号第36页〔主妇被邻居杀伤,报纸以“三角关系的纠纷”进行报道的案件。受害人的母亲的诉讼请求得到了认可〕;大阪地堺支判昭58·3·23《判时》1071号第33页〔小堺昭三的实录小说《告密》中,俳句诗人西东三鬼的次子被写成时“特高的特务”,西东三鬼的次子主张三鬼及自己的名誉受到损害,向作者及出版社提起诉讼,请求司法救助的实例。但仅仅是原告自身的请求得到了认可〕;东京地判昭61·4·28《判时》1189号第108页〔死者的作品被第三者作为自己的作品并进行发表的行为,被认为损害了遗属的名誉权的案例(丰后的石風呂案)〕等)。

但是,像《夕阳在燃烧》案那样,当原告的名字一次都没有出现在作品中时,采用这种方法有其局限性(本来,对于夫妻、父母子女关系,如果是众所周知的话,即使遗属的名字没有直接出现,其人格权也有可能受到侵害。不过,上述大阪地判平元12·27案例,否定了因摄影杂志的报道引起死者父母名誉隐私的损害)。

(ii) 侵害了遗属对死者的虔敬之情

这不仅在比较法上应该得到赞成,在日本,上述《夕阳在燃烧》案的一审

[23] 作为主张这种构成具有时效性的论稿,参照〔日〕中尾英二:“对死者的名誉等的保护”,载《西南学院大学大学院法学研究论集》11号(1993年)。

判决也(东京地判昭 52·7·19)采用了这一理论构造,对认可死者的人格权这一概念还在踌躇不决的人来说,这实际上是对死者人格利益进行的最大程度的保护。因此,结论姑且不谈,采用这一理论构造的判例较多(《夕阳在燃烧》案的上诉审判决、即东京高判昭 54·314《判时》918 号第 21 页,也持同样的观点。还有,前载静冈地判昭 56·7·17 中,关于死者的姐姐,以及札幌地判平 14·6·27〔阿伊努人格权诉讼〕^[24]案中死者的孙子,主张的都是侵害了他们对死者的爱情)。与此相对,以侵害了遗属的虔敬情感为理由,最后认可了对遗属的抚慰金的判例有:那霸地判昭 58·3·2《判时》1082 号第 120 页(关于造成少年死亡的事故,警察做了错误的发表,由此侵害了作为遗属的死者父母对死者的爱与思念之情);大阪地判平元·12·27《判时》1341 号第 53 页(对日本首例死于艾滋病的女性,摄影杂志刊登了附该女性遗影的报道,死者父母对出版社提起了诉讼。法院判决认为该行为严重侵害了原告对已故女儿的爱与思念之情)等。

这种见解实际上很难与上述(i)相区别,在学说上将两者不作区别,经常称其为间接保护说。但是根据不同的案例,也存在采用这一理论构造而更显恰当的情况,而且可以得到比较法上的支持,所以,作为笔者也更想保留这一理论构成。^[25]但是,根据案例,死者自身的利益与遗属的虔敬情感并非永远一致。另外没有遗属时,对侵害死者人格权的行为是不是就可以放任不管,这也是个问题。因此有必要思考侵害死者自身人格权的理论构成。

(iii) 对死者人格权(更准确地说是人格利益)的侵害

即使是死者,也依然拥有人格利益,在这种利益受到侵害时,遗属等可以替代死者请求司法救助,这种学说(直接保护说)就是如前所述的德国的学说、判例所持的观点,笔者也想支持这种观点,但日本在学说上存在分歧。^[26]

[24] 本案的判例集未公开刊载。在 1980 年阿伊努研究员 A 等编辑出版的《阿伊努史资料集》中,收录了明治、大正时期制成的有关阿伊努族的卫生状态的调查书(系实名记载并有死亡原因)和对阿伊努族充满歧视色彩的《医事谈》。对此,被记载人的子孙们等作为原告,以各种人格权遭侵害为由提起诉讼。其中,对于两名孙儿以损害其敬爱、追慕之情提起的诉讼,法院以因两位原告生于其祖父母死亡之后为由,不予认可。

[25] 作为支持这种说法的近期学说,有〔日〕谷口笃子:“死后的人格权及对遗族的敬爱、追慕之情的保护”,载《明大大学院法学研究论集》4 号·5 号(1996 年)。

[26] 〔日〕五十岚清:《人格权论》(日本一粒社·1989 年)第 175 页。另外,〔日〕畿代通:《毁损死者名誉的言论及侵权行为责任》对笔者个人意见进行了最尖锐批判,作为笔者对它的评价,参照〔日〕五十岚清:《畿代通教授和名誉毁损法》畿代通献呈论集《财产法学的新展开》·(日本有斐阁·1993 年)第 471 页。作为此后的学说,除注 86·注 87 所揭示的论文,还有〔日〕安次富智雄:“死者的人格权”,载《损害赔偿法的课题与展望》(日本评论社·1990 年)(对直接保护说的确认),〔日〕畿本典章:“关于对死者的名誉毁损救济的实体法依据的考察”,载《学习院大学大学院法学论集》6 号(1998 年)(放送法第 4 条也做参考对象)。除安次富的论文以外都是研究生的论稿,这一点十分引人注目。

另一方面,在判例中,并非没有认可直接保护说的必要性的判例,但主要以“缺乏现行法上的依据”为理由,最终否定了这一学说。^[27]

但是,如果采用(iii)的理论构成,根据德国宪法法院的判例,必须比对生者的人格权侵害更严格对待。对人格权的侵害,死者自身并不会感到痛苦这一点是很明确的,死亡后,时间越是推移,越应该把探求艺术的自由、历史的真相放到更优先考虑的位置上去。这一点在《夕阳在燃烧》案的一审判决中,按照当时对死者的名誉毁损罪的规定,“仅限于以虚假(事实)损害名誉的情况”,才可以认可侵权行为的成立。还有,在侵害利益情况严重时,应该认可侵权行为的成立。

以下,就采用(ii)、(iii)的理论构成(特别是(iii))时所存在的问题进行论述。

(5) 请求权者

认可侵害死者自身人格权时,谁可以替代死者行使请求权是一个问题。在这一点上,刑事案件中的“死者的亲属或子孙”(《刑事诉讼法》第233条)范围实在太广。与此相对,前面提及的著作权法规定的顺序和范围(配偶、子女、父母、孙子女、祖父母或者兄弟姐妹之顺序)可以成为样板。在死者没有亲属时(有亲属时也同样),可以考虑由死者在生前指定某人行使请求权。

到目前为止的判例中,原告几乎都是死者的父母或子女,不存在问题。稍微有点问题的是死者的侄儿成为原告的《夕阳在燃烧》案,由于原告主张一直将已故叔父当作自己的亲身父亲一样敬爱,那么将其看做遗属,追加到请求权者之中也未尝不可。与此相对,东京八王子支判平元·11·9《判时》1334号第209页中,对于为恩师恢复名誉而提出要求书面道歉的诉讼请求,原告被认为非受害人遗属,无权提出该请求。

(6) 期限

遗属等在已故者死后,到何时为止可以行使请求权是一个问题。这本来属于立法时必须进行考虑的问题,但是,作为解释论,将参考现行的实体法。虽然对死者的名誉毁损罪的提起是没有期限限制的,但是对作者的人格权的保护,期限其实到上述遗属全部死亡或者被指定者在著作权者死亡后50年为止。但是,在一般情况下,并没有必要保护这么长时间。当今,或许应当规定在30年左右。无论如何,随着已故者死后年数的增加,舆论的自由的余地得以拓宽,利益衡量的结果,诉讼请求不被认可的情况应该会逐渐增多。

[27] 前面提过的东京高判昭54·3·14;大阪地堺支判昭58·3·23;大阪地判平元12·27;还有东京地判昭58·5·26《判时》1094号第78页〔曾为众议院议员的死者的名誉毁损本身不成立的案例〕等。

在日本的判例中,佐分利死后经过44年才提起的《夕阳在燃烧》案,在这一点上似乎也不够合理。

(7) 补偿的内容

在本书中,关于补偿方法将在第6章做专门论述,但是关于死者的人格权侵害,应该做特别考虑的地方较多,所以在此想大体谈一下。

(i) 停止侵害

《北方月刊》案的大法庭判决确立了对侵害了人格权的表现行为可以请求停止侵害。同时,因为这种认可,考虑到保护舆论的自由,即使对生者也对成立要件具有严格的限制。所以对死者确有必要提出更严格的成立要件。另一方面,上述大法庭判决,因为停止侵害是以人格权受到侵害为前提的,如果仅以侵害了对死者的虔敬情感为理由,要求停止侵害比较困难,这也应该说是这一学说的弱点。^[28]

由遗属提起的请求停止侵害的案例有“事故的原委”案,但遗属最终是通过调解的方式达到目的的。还没有出现通过判决得到认可的判例。

(ii) 损害赔偿

有认可侵害了死者遗属固有的人格权的情况、也有认可侵害了对死者的虔敬情感的情况,从而对原告的抚慰金请求都做出了认可。那么,死者自身的人格权受到侵害时情况会怎么样呢? 笔者的个人意见是:既然死者自身不可能感受精神痛苦,遗属就不能代为行使。

(iii) 回复原状

为了回复原状而使用的道歉广告究竟是否合理还是存在一定的问题,一般认为对死者来说,认可取消请求已经足够,但也有认可道歉广告的判例(大阪地堺支判昭58·3·23的“密告”案。一般认为侵害了原告自身的名誉权)。

另外关于反驳权,这是“事故的原委”案中原告所持的主张,这一主张还有进一步深入研究的余地。^[29]

但是,总体上看,即使理论上可以认可死者的人格权受到侵害时的赔偿,但从实际效果上看,正如持反对意见者所主张的那样,并不能对其有太多的期待,不得不承认“对言论还以言论”这一命题是具有其自身意义的。^[30]

[28] 安次富的论文有力地阐述此点。〔日〕安次富哲雄:“死者的人格权”,载《损害赔偿法的课题与展望》(日本评论社·1990年)(对直接保护说的确认)。

[29] 根据法国的出版自由法,在一定要件下,继承人可代替死者行使反论权。

[30] 〔日〕畿代通:《毁损死者名誉的言论及侵权行为责任》,载《名大政法论证集》88号(1981年),第221页注(33)。

第2节 媒体引起的名誉毁损

【1】由新闻报道引起的名誉毁损

1. 序言

现今,名誉毁损案主要是由报纸、周刊杂志等大众传媒的侵害行为所引起,另外还有各种形态的名誉毁损行为。本书将名誉毁损的情况大致分为媒体造成的名誉毁损与媒体之外的其他损毁行为来分别论述。我们从媒体造成的名誉毁损——其中最重要的报纸报道引起的名誉毁损开始讲起。

当今的名誉毁损法中最重要的领域,不言而喻,自然是报纸报道引起的名誉毁损。现在的报纸必须将社会上发生的重要事实迅速地报道出去,因此往往没有充分的时间来确认报道的真实性,这样就有可能产生与事实相反的报道。而且,报纸站在盈利的立场上,有时会去迎合读者,而报道公职人员或其他个人的私生活。这些错误的报道以及围绕私生活的报道,一瞬间就能传播到全国甚至全世界,由此造成的受害人的精神痛苦,是以往无法比拟的。另一方面,报道的自由根植于国民的“知情权”,是实现民主主义社会的基础。因此,过于尊重个人名誉,就无法避免地会造成媒体从业者的萎缩,而这一点又是必须避免的。报纸一方的报道的自由与国民一方的保护人格权的要求之间的矛盾该如何协调呢?关于这一点,战后的判例,采用的是真实性、相当性的法理。因此,对真实性和相当性的判断成了问题的关键,对于这一问题,至今已有无数相关判例。下面,包含其他问题,以判例为中心,来概观一下有关报纸报道引起的名誉毁损。

2. 一般基准

“一定的报纸报道,其内容与事实相反是否构成名誉毁损,要以一般读者的一般注意和一般理解为判断的标准。”(最判昭31·7·20《民集》10卷8号1059页的《判决要旨》)因此,即使该报纸以刊登庸俗内容的报道为编辑方针,并形成相应的读者群体,由于读者会相信那些报道,所以认为名誉毁损成立。(最判平9·5·27《民集》51卷5号2009页,同旨还有东京高判平5·8·31《判时》1474号76页)另外,对于使用“听说”“据说”等用传闻的形式所写的报道,通常人们还是会认为其报道是真实的,所以当报道的内容与事实不符时,就会构成名誉毁损。(东京地判昭37·12·25《判时》332号18页“‘防卫厅的日共间谍’案”,东京地判昭43·4·8《下民集》19卷3·4号175页“用‘据调查’揭示了原告的犯罪事实”)

另一方面,把刑事案件放在社会版面进行报道时,要以义务教育或者高中毕业程度的人能读懂为标准,进行简明有重点的报道。例如,将“以非律师活动为业”写作“从事假冒律师活动”进行报道的话,并不构成名誉毁损。(东京

地判昭 48·3·29《判夕》306 号 208 页)

3. “标题”、“文章的开头”^[31]

在与上述一般基准的关系中,特别成为问题的是因标题、文章开头部分引起的名誉毁损。有的报道整体上可能并不违反事实,不过,即使报道的整体内容不会构成名誉毁损,但因为一般读者仅以标题或开头部分来判断整体内容,所以由此造成名誉毁损也是可以想象的。前载地判昭 31·7·20 中,以“大规模毒品团伙的据点”为开头部分,被认为构成名誉毁损。仅因为标题而被确认为“名誉毁损”的判例有:东京地判昭 45·3·4《判时》614 号第 62 页(“火焰瓶抢劫”)、仙台高判昭 47·3·27《判时》678 号第 50 页(“缺德司法书士被捕,与暴力团伙合伙行骗”),大阪地判昭 49·6·5《判时》758 号第 88 页(“向公害节目施压”等等,但被认为不具违法性),盛冈地判昭 57·4·1《判夕》476 号第 138 页(“腐朽的大阪贸易会社”),东京地判平 3·1·14《判时》1378 号第 89 页(“X,胡滥诉讼第 18 次”),神户地判平 5·1·26《判夕》827 号第 243 页(“县议员与黑社会头目的灰色交往”),水户地判平 7·9·27《判时》1573 号第 107 页(关于前水户市市长,“水户艺术馆也为打破窘境而行贿?”),然而,在上诉审·东京地判平 9·1·29《判时》1597 号第 71 页中,不认为“标题”造成了名誉毁损,东京高判平 13·4·11《判时》1754 号第 89 页(关于承袭奥姆真理教的宗教团体,“继续沙林的研究”)等等。

但是,其他的很多判例,不仅是标题,文章的内容也造成了名誉的损毁。比如:千叶地判昭 36·5·17《下民集》12 卷 5 号第 1156 页(“与裁判长调查员的交易”等),东京地判昭 45·4·13《判时》592 号第 31 页(“面具下的暴力社长”),大阪地判昭 47·2·10《判时》679 号第 47 页(“私吞股份的社长”等等),大阪高判昭 53·11·30《判夕》394 号第 73 页(将大学教授作为日本人游击队乱射案的黑幕的报道),等等。

另外,否定标题造成名誉毁损的判例也很多。早先有福冈高判昭 28·1·16《下民集》4 卷 1 号第 38 页(“夫妻双双逃跑的有违反嫌疑的落选议院”),广岛高判昭 29·10·14 高裁《民集》7 卷 11 号第 885 页(“用手枪威胁诉说真相的青年”。一审判决被撤销)。这等判例,近期又有增加的趋势。例如:东京高判昭 52·2·25《判夕》354 号第 272 页(使用者联盟案,“充满疑惑的幽灵团体!!”),新泻地高田支判昭 56·4·23《判时》1020 号第 110 页(“缺德金融业者”等),东京地判昭 56·4·27《判夕》447 号第 101 页(“还是监狱生活好”等),岐阜地判昭 58·5·11《判时》1094 号第 96 页(“一亿日元规模的山林买卖”,仙台高判昭 58·9·30《判时》1119 号第 86 页[撤销了上述盛冈地判昭 57·4·1]),东京地判昭

[31] 关于标题引起名誉毁损的有关判例,详情参见〔日〕大石泰彦:《报纸标题引起的名誉毁损》,载《判例评论》458 号第 51 页(水户地判平 7·9·27 的评述)。