

日本法學

第八十六卷 第四号 2021年3月

研究ノート

コロナ危機下の信教の自由

——ドイツの判例の展開——

岡田 俊幸

判例研究

水先人の重過失と被嚮導船舶の船舶所有者に対する
損害賠償責任

——大阪高判平成二八年一〇月一四日

南 健悟

Westlaw Japan 文献番号2016WLJPCA10146003

翻訳

ゲルマン私法からみた所有とその自然本性一般について

クリスティアン・トマシウス

ヨーン・ゲオルク・フランク

出雲 孝 訳

論説

名誉毀損における原状回復と

その目的に関する法史学からの一試論

——名誉の回復をめぐる近世ドイツの議論を中心に——

出雲 孝

雑報

日本法學 第八十六卷 索引

日本法学 第八十六卷第一号 目次

論 説

ドイツにおける計画策定手続の展開に関する考察
——我が国の計画策定手続の充実化への応用を見据えて——
……長谷川 福造

資 料

穂積陳重博士『羅馬法講義』第二編
羅馬法正編第一巻及び第二巻
……吉原 達也 編

論 説

由利公正と太政官札財政……甲斐素直

日本法学 第八十六卷第二・三号 目次

論 説

住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性について ……西原雄二
スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論 ……長谷川 貞之

研究ノート

コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所 ……岡田 俊幸

判例研究

輸入商品譲渡担保の設定者の再生手続開始と
転売代金債権への物上代位

平成29年5月10日最高裁第2小法廷決定、平成28年（許）第26号債権
差押命令取消及び申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する
許可抗告事件、抗告棄却、民集71巻5号789頁、判タ1440号112頁、
判時2347号86頁、金判1518号8頁、金判1525号8頁、
金法2075号64頁

……清水 恵介

翻 訳

ゲルマン私法からみた物の差異について ……

クリスティアン・トマジウス
ヨハン・コンラット・ネーゼン
……出雲 孝訳

コロナ危機下の信教の自由

——ドイツの判例の展開——

岡田 俊 幸

目次

- I はじめに
- II 判例の展開
- III 結びにかえて

I はじめに

筆者は、ドイツ連邦憲法裁判所が二〇二〇年三月中旬から五月末日までの間にコロナ・パンデミックに関連す

る事案について下した諸決定を時系列に沿って紹介する作業を行った^①。この作業は今後とも継続する必要がある^②が、連邦憲法裁判所以外の裁判所（とくに行政裁判所）も、コロナウイルス感染拡大阻止のために講じられた措置による基本権制限に関連する事案を数多く扱っていることは注目に値する。本稿は、研究の対象を信教の自由の制限に関連する事案に絞ってドイツの裁判所（とくに行政裁判所）の判例を紹介することを目的とする^③。以下、原則として時系列に沿って（叙述の便宜上そう

なっていない場合があるので、「原則的」との留保を付した。判例を出来る限り客観的・内在的に紹介する作業を行った⁽⁴⁾上で、判例に含まれる憲法上の問題点を抽出する作業を行うことにしたい⁽⁵⁾。

II 判例の展開

一 二〇二〇年四月三日ドレスデン行政裁判所決定

ドレスデン行政裁判所は、二〇二〇年四月三日の決定⁽⁶⁾（判例①）において、コロナ・パンデミックに際して教会、モスク、シナゴークにおける会合及びその他の信仰共同体の会合を禁止する一般処分の部分（七a号）は基本法四条二項に反しないと判断した。ザクセン州社会問題・社会連帯省の二〇二〇年三月二〇日の一般処分は、教会、モスク、シナゴークにおける会合及びその他の信仰共同体の会合を禁止していた。この一般処分には二〇二〇年四月二〇日までという期限が付されていた（Rn. 2）。その後、二〇二〇年三月二一日の一般処分が二〇二〇年四月一日に発効し、二〇二〇年三月二〇日の一般処分は失効したが、本件で問題となっている部分に

ついては変更されていない（Rn. 3）。二〇二〇年四月一日、申立人は訴えを提起し、仮の権利保護を求めた（Rn. 5）。行政裁判所は、申立ては適法であるが、理由がない（Rn. 11）として本件申立てを棄却した（主文）。

ドレスデン行政裁判所は、基本法四条の解釈を示した上で、身体的無瑕性を求める各人の保護請求権及びこれから導出される国の保護義務は、妨げられることなく宗教活動を行うという基本法四条によって保護された申立人の権利の制約を正当化できる適格性を有すること、この制約が具体的に正当化されるかどうかは、二〇二〇年三月三一日の一般処分の実体的合法性の問題であること⁽⁷⁾を指摘する（Rn. 16）。そして、行政裁判所は、二〇二〇年三月三一日の一般処分七a号に対して実体的観点からも異議を唱えることはできないと判断した（Rn. 19）。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 相手方は、二〇二〇年三月三一日の一般処分の制定に際して、医学的及び疫学的知見を基礎とし、これを考慮に入れるよう努めている。ロベルト・コッホ研究所（以下、「RKI」という。）は、様々な疫学的局面の到達に応じて様々な戦略によって達成することが求められ

る上位の諸目的を述べている。現在の状況においては、私的、職業的及び公的領域における感染の回避を目的とする社会的接触の縮減、旅行の縮減といった社会全体の努力による抑え込み戦略を追求することが求められる。これによつて、罹患者数をできる限り少なく抑え、とくに危険なグループのための更なる防護措置を講じ、病院における治療キャパシティを拡大し、医療体制における極限的負担を回避し、抗ウイルス薬及びワクチンの開発を可能にする時間を獲得しようとするものである (Ri. 21)。

(ii) これらの事実に基づくと、二〇二〇年三月三十一日の一般処分による信仰共同体の会合の禁止に対して異議を唱えることはできない。上記の禁止は、必要であり、相当である。二〇二〇年三月三十一日の一般処分は、主として、更なる措置を講じるための時間を得るために、新規感染を抑止し、又は新規感染の速度を遅らせることによつて新規感染の爆発的增加に対処することを目的としているところ、宗教的会合の禁止規定は、この目的を促進するのに少なくとも適合的であると思われる。七a)号及びこれと結び付いた社会的接触の縮減が必要かどうか、

すなわち、同等に適合的なすべての手段の中で最も緩やかなものであるかどうかについては、最終的に判断することはできない。いわゆるソーシャル・ディスタンスングの実効性の問題についても、また、より緩やかである可能性のある手段についても科学的知見が存在しないことは明らかである。上記の各手段に伴う蔓延リスク・感染リスクの問題についての臨床研究も、また、他国において講じられた措置に関する科学的知見も存在しない。コロナウイルス対策措置の比例性の問題に関して科学的知見がなく、これに基づく法的検討ができないことについては、管轄官庁が講じた措置をそれが科学的知見に合致しているのかどうかを継続的に審査すること、及び、措置に期限を付けることによつてのみ考慮に入れることができる。このことが十分な程度において行われている限りにおいて、本件措置は、コロナ・パンデミックからすべての人に対して著しいリスクが生じていることにかんがみると、申立人の権利に対する期限付きの制約―妨げられることなく宗教活動を行う申立人の権利は、教会その他の宗教施設における会合の禁止によつて、時間的に限定された制約を受けている―との関係においては、

比例原則に反しない。申立人には他の形態の信仰活動が残されているから、なおさらである (Rn. 22)。

信仰共同体の会合において離隔距離保持要求が完全に遵守されている場合には、離隔距離保持要求は、宗教的会合の全面禁止と同じ程度に適合的な手段となり得るかもしれない。しかし、複数の人のあらゆる会合は、離隔距離保持要求についての注意を個別的、一時的、場合によつては軽率かつ無意識に怠り、ウイルス感染を拡大させる危険を内在しており、その結果、離隔距離保持要求は、会合の全面禁止と比較して高度の潜在的危険性を有していることから、同等に適合的な手段ではない。裁判所は、妨げられることなく宗教活動を行うという基本法によつて保護された権利が、基本法一条一項によつて保護された人間の尊厳と密接に結びついているが故に最も重要な憲法上の権利であることも、また、まさに目下の状況において、他の人と一緒に信仰活動することは多くの人々によつて重要なものと考えられていることも認める。しかし、多数の人々にとつて生命に対する著しい危険が差し迫っていること、及び、他の代替手段がないことにかんがみると、申立人は目下のところこの著しい

基本権制約を受忍しなければならない (Rn. 23)。

二 二〇二〇年四月七日ベルリン行政裁判所決定

ベルリン行政裁判所は、二〇二〇年四月七日の決定(判例②)において、公開の礼拝の禁止は基本法四条一項及び二項に基づく基本権(信教の自由)を侵害していないと判断した。本件の事実の概要は、次のとおりである。申立人は、S教会を運営主体として思想的かつ財政的に支援している宗教団体であり、ベルリンのある地区における礼拝を執り行っている (Rn. 2)。二〇二〇年三月二二日のベルリンにおける新型コロナウイルス SARS-CoV-2感染拡大阻止のために必要な措置に関する命令(以下、「本件命令」という。) 一条一項により、公開及び非公開を問わず行事、集会、会合及び集まりを行うことは許されないとされた。教会において公開の礼拝を執り行うことは、参加者の人数にかかわらず、本件命令一条一項に違反する (Rn. 11)。申立人は、仮の権利保護の方法により、本件命令の諸規定に反して一定の要件の下で公開の礼拝を執り行うことの許可の確認を求めた (Rn. 1)。一定の要件というのは、申立人が、参

加者五〇人以下の公開の礼拝を実施するに当たって、適切な措置により、とくに礼拝参列者に印を付けた座席を割り当てることにより、参列者が建物の出入りに際して及び礼拝中に一・五メートルの最小離隔距離を維持し、さらに、すべての参列者がその氏名、住所及び電話番号を記入し、申立人がそれを保管し、求めがあればベルリン州（市）に利用させることを確保することである（Rn. 4）。

行政裁判所は、二〇二〇年三月三十一日の仮命令発布の申立てを棄却した（主文）。行政裁判所は、本件命令の諸規定は簡易審査によると信教の自由に対する「違憲の制約」ではないと判断した（Rn. 13）。行政裁判所は、まず、先例^⑧を引用しつつ、基本法四条一項及び二項は信仰の自由という一つの包括的に解される統一的な基本権を保障していること、この基本権は留保なく保障されており、その制限は憲法それ自体から導き出されなければならないこと、少なくとも第三者の基本権及び憲法ランクの共同体価値から信教の自由の適法な制限が導き出されることに争いはないこと、さらに、第三者の基本権及び憲法ランクの共同体価値と信教の自由が衝突した場合

は比較衡量をしなければならず、その枠内において衝突している法益について出来る限り損なわれないような調整をしなければならぬことを確認する（Rn. 14）。そして、行政裁判所は、これらの原則を前提とすると、本件命令の諸規定から帰結される教会及びその他の施設における公開の礼拝の開催の（事実上の）禁止は、「信教の自由の基本権の憲法内在的制約の憲法適合的具体化」であることが見込まれると判断した（Rn. 15）。判断の内容は、以下のとおりである。

(i) 本件命令は、その規定の全体として、コロナウイルス SARS-CoV-2 の新規感染を出来る限り予防し、これにより、住民の間で感染症 COVID-19 が蔓延する速度を遅らせ、その結果、とくに入院患者及び集中治療を必要とする患者数が利用可能なキャパシティを上回ることにによる公的医療制度の過重負担を回避することを目的としている（Rn. 16）。専門知識のある RKI の評価によると、コロナウイルス感染は引き続き極めてダイナミックな展開の状況にあり、そこから、依然として深刻な状況にあることが明らかになる。ドイツにおける住民の健康に対する危険性は、現時点においては全体として

高いものであると評価されなければならないし、リスク・グループにとつてはさらに極めて高度であると評価されなければならない。ドイツにおける新規感染者数及び死亡者数は日々増加している。R K Iによると、ウイルスの感染力は極めて高い。感染経路に関する包括的で科学的根拠のある研究は、まだ存在していない。R K Iによると、飛沫感染が主要な感染経路であるようだが、汚染された物体の表面を通しての接触感染も完全に排除することはできない。無症状者を通しての感染の蓋然性は極めて高いと推測される。病状経過は固定的ではなく、極めて多様であるから、ウイルス感染の結果は、現在のところ、個別の事案において全く予見できない。無症状から味覚障害を伴う重度の塵肺症や羅患者の死亡に至るまで幅広い。一般的には、重症になる蓋然性は、年齢が高い場合と基礎疾患がある場合に高くなるが、基礎疾患のない人や若年の患者の場合も重篤化が観察されている。子どもはむしろ軽症にとどまる場合が多いが、このグループにおいても、とくに乳児と幼児において重症のケースが報告されている。病気の根本的治療法又はウイルスに対する効果的なワクチンは現在のところ利用でき

ないし、中期的に利用できる見込みもない。それ故、R K Iの評価によると、重篤化した場合に対する集中治療の十分なキャパシティがCOVID-19の爆発的発生を克服する重要な要素である。ベルリン州においても、現在、三八六二人の感染者のうち五二七人が入院患者であり、一三三人が集中治療を受けている (Rn. 17)。

(ii) これらのことから、簡易審査及び評価によると、コロナウイルスは、各人の健康及び生命、住民全体の健康、公的医療体制の機能にとつて現に存在する著しい危険であり、この危険には、住民の間でウイルス感染が爆発的に拡大することを抑止し、又は制限することによつてのみ対処できることが明らかになる (Rn. 18)。基本法二条二項一文によると、各人は、生命及び身体的無瑕疵の権利を有しており、この範囲において国は特別の保護義務を負う。住民の健康それ自体の保護も、憲法上のランクを有し、信仰の自由の制限を正当化することができる (Rn. 19)。

(iii) 本件命令の枠内においてこれらの極めて重要な憲法法益を保護するために講じられた措置には、教会及びこれに類する施設において公開の礼拝を開催することの

(事実上の) 禁止も含まれるが、この措置は、直接的な社会的接触の制限によって住民の間の感染リスクを減少させ、感染の速度を遅らせることを目的としている。同じ所帯で生活していない人が一つの空間に集まる典型である公開の行事の禁止は、感染数増加のカーブを緩やかにする適切な手段であり、申立人もこれを原理的に否定していない (Rn. 20)。

問題となっている措置は、この目的を達成するために必要でもある。申立人は、より緩やかな手段により、とくに、礼拝参列者の間に一・五メートルの離隔距離を保つという提案している手段によって目的を同じく効果的な仕方でも達成できることを疎明していない。たしかに、他の人と一・五メートル以上の離隔距離をとることがコロナウイルス感染のリスクを減少させることは、RKIの最新の指摘に合致している。しかしながら、感染経路に関する現在進行中の研究にみられると、離隔距離の保持によって感染拡大は確実に抑えられるという前提から出発することはできない。塗沫感染による感染、すなわち、物体の表面に存在するウイルスの吸収又は眼の結膜を通しての感染の可能性も排除できないから、なおさ

らである。さらに、「主催者」が教会の座席に印を付ける等の措置によって最小離隔距離の保持を確実に確保することなどは到底できないであろうし、同時に話し(祈祷)歌うという礼拝に典型的な行いをする場合、参列者から高い程度において潜在的にウイルスを含んだ唾液が飛沫するであろう。のみならず、礼拝への参列は、感染した可能性のある者との接触が継続することも考慮に入れないなければならない。接触時間が長ければ長いほど、感染リスクは明らかに大きくなる。「高度の感染リスク」は、現時点での知見によると、罹患者と一五分以上接触することにある。この点において、スーパーマーケットにおける買物客同士の又は公共交通機関における乗客同士の回避できない一時的な出会いと比較的長時間の礼拝という合同の儀式を比べることはできない。最後に、礼拝参列者の接触データの把握は、感染拡大のリスクを変えらるものではない。他の接触者(礼拝に参列していない人)との事後的感染の危険については、礼拝に際して得られた個人データに基づくとしても、事後の感染経路の即時かつ徹底的な遮断を行う実効的で信頼できるシステムによってのみ対処することができるが、このよ

うなシステムは、周知のように（未だ）存在していない。これらの理由から、申立人が提案する手段によっては、公開の礼拝の完全な中止によるものほぼ同等の確実性をもつてコロナウイルス感染拡大を阻止することはできない（Rn. 21）。

申立人の信仰の自由及び信仰告白の自由に対する制約は、簡易審査によると、過度に重大なものではない。たしかに教会暦年において聖週間及び復活祭は格別の地位を占めており、その際の礼拝を事後的に埋め合わせることはできず、申立人は、事後的に埋め合わせることができない礼拝を対面かつ共同で執り行う可能性を奪われる。しかし、このことは、簡易審査においては、礼拝参列者及び他の住民の生命及び健康の保護並びに公的医療制度の機能の維持によって正当化される。とくに、これによつて信教の自由の核心領域は影響を受けていない。申立人は、その教義に反する行為をすることを強制されていないし、個人の枠内において宗教的行為をすることを妨げられていない。例えば、個人的な沈黙の礼拝のために教会を訪れることは、本件命令一四条三項に基づいて適法である。同じ世帯で生活している人々の範囲での私

的な祈りは何時でも行うことができる。ベルリン州（市）によると―場合によつては本件命令一条四項二文に基づいて―家庭内で一〇人以内の礼拝も執り行うことができる。ベルリン州（市）は、本件命令一条七項の準用による屋外の礼拝の許可も考えられるとの見解を示している。これらとは別に、リアルタイムで放送されるラジオ礼拝・テレビ礼拝及び様々な教区がその信者のために提供している礼拝のライブストリームの枠内において合同の祈り、合同の祈禱、さらには、聖職者や他の信者との宗教的交流を（ヴァーチャルに）成立させる多数の手段が存在する。司牧及び聖職者による助力については、必要がある場合には、電話及び他の電子メディアを通して提供し、利用させることができる。それ故、申立人には、本件命令による制限の適用期間中も、他の信者と結び付き、（ヴァーチャルに）宗教的共同作業を体験し、これによりその信仰を能動的かつ共同で確認する様々な可能性が残されている（Rn. 22）。

本件命令には短い期限が付されていること、及び、本件命令は、第三者の極めて重要な基本権及び憲法ランクを有する重要な共同体価値の保護を目的としていること

にかんがみると、申立人が被らなければならない信教の自由の制限は簡易審査によると正当化されるものであり、とくに比例性を欠くものではない (Rn. 23)。

三 二〇二〇年四月八日ベルリン・ブランデンブルク

上級行政裁判所決定

ベルリン行政裁判所決定に対して抗告がなされた。抗告人は、補助的に、少なくとも四月九日、一〇日、一日及び一二日に（聖木曜日から復活祭の日曜日までの期間に）礼拝を執り行い、参列を認めることが許されることの確認を求めた (Rn. 3)。ベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所は、二〇二〇年四月八日の決定(判例③)において抗告を棄却した。上級行政裁判所は、その理由の中で、次のように説示した。

(i) 抗告人は、行政裁判所の決定は、一つの教会の開放が、数百店舗のスーパーマーケット、ホームセンター等が営業していることと比較して、感染拡大のリスクをどの程度上昇させているのかについて示していないと主張するが、抗告人は、本件命令の諸規定は、個別事案に対してではなく、むしろベルリンにあるすべての教会、

宗教団体及び世界観団体に対して同じように適用されることを理解していない。平等取扱いの必要性にかんがみて、リスク評価について、一つの教会の開放のみが問題であると想定することはできない (Rn. 8)。

(ii) 抗告人は、あらゆる種類の公開性が例外なく排除された場合には、信教の自由の核心領域が影響を受けていると主張するが、本件においては、あらゆる種類の公開性の禁止が問題となっているわけではないし、その継続的な排除が問題となっているわけでもない。行政裁判所は、ベルリン州(市)の見解によると―場合によっては本件命令一条四項二文に基づいて―家庭内で一〇人以内の礼拝も執り行うことができることを指摘している。ベルリン州(市)は、本件命令一条七項の準用による屋外の礼拝の許可も考えられるとの見解を示している。行政裁判所は、さらに、礼拝の「ライブストリーム」の可能性を挙げているが、これは、「公開性」を少なくともヴァーチャルに創出することができる。行政裁判所は、宗教的行為の―公開でもある―活動と禁止の影響を受けずに残されている諸形態が可能であることを挙げているが、この可能性と、各人の生命及び健康並びに住民全体

の健康という憲法法益の高い価値は、目的達成（感染拡大の阻止）に必要であり、本件命令の現時点の適用期間にかんがみて短い期限が付されている宗教的行為の制限の相当性（狭義の比例性）を根拠付ける。二〇二〇年四月一九日までという期限は、更なる延長を前に命令が定める防護措置の必要性について改めて検討する可能性と不可避性を確保する（Rn. 12）。

四 二〇二〇年四月一〇日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定

ベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所が抗告を棄却した後、申立人（抗告人）は、衛生上の防護措置を実施しつつ St. A 教会⁽¹⁰⁾において公開の礼拝を開催することが許されるとの確認を目的として連邦憲法裁判所に仮命令の発布を求めた（Rn. 3）。連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇二〇年四月一〇日の決定⁽¹¹⁾（判例④）において、仮命令の発布の申立ては適法であるが、理由がないとして棄却した（Rn. 5）。第二部会は、本件申立てについて結果衡量の基準によって判断した（Rn. 9）。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 仮命令は発布されなかった、憲法異議の訴えが認容された場合、申立人（団体）は、公開の礼拝を申立てに記載された状況の下で開催することが不当に認められず、申立人（個人）は、この場合、憲法上の請求権が存するにもかかわらず上記の礼拝に参加できないことになる。申立人らは、公開の礼拝の開催と礼拝への参加は申立人らの信仰の中心的構成要素であり、この信仰行為を、教会への個人的な沈黙の訪問又はインターネットによる礼拝の中継といった他の形式の宗教活動に置き換えることはできないことを示した。それ故、ベルリン州コロナ命令に基づく公開の礼拝の禁止は、基本法四条一項及び二項に基づく申立人らの権利（信仰及び告白の自由）に対する「極めて重大な制約」を意味する。このことは、この禁止がキリスト教徒の信仰生活のクライマックスである復活祭の祝日の間に開催される公開の礼拝にも及ぶ範囲において、より強く当てはまる（Rn. 10）。仮命令は発布されなかった、憲法異議の訴えが認容された場合、このことは、信仰及び告白の自由に対する「極めて重大な、申立人らの信仰理解によると不可逆的でもある制約」が行われることになる（Rn. 11）。

(ii) これに対して、仮命令の方法により、申立人が St. A 教会において最大参加人数五〇人の公開の礼拝を開催する権利を有することが確認されたが、憲法異議の訴えが認容されなかった場合、非常に多くの人々が St. A 教会における礼拝のみならず、他の教会における礼拝にも集まることが予測される。このことは、まさに復活祭の祝日について当てはまる (Ru. 12)。これにより、R K I のリスク評価に基づくと、ウイルスに感染し、多くの人々が罹病し、重症のケースを治療する際に医療施設に過重負担が課せられ、最悪の場合に人が死亡する危険性が著しく高まることになる。憲法上許された仕方では、礼拝を禁止することによって、このことを回避することが可能であったにもかかわらず、そうなのである。この危険は、自らの意思で礼拝に参加した人に限られるのではなく、二次感染の可能性及び医療キャパシティの使用によって著しく広範囲の人々にも及ぶ (Ru. 13)。

申立人らは、適切な措置（参加者数の限定（五〇人）、教会の建物への立入りの管理、一・五メートルの最小離隔距離を保った上での印をした座席の割り当て、参加者リストの作成）によって、上記の危険の発生を十分効果

的に予防することができると主張する。これに対してベリン行政裁判所は、二〇二〇年四月七日の決定において、このような考え方を前提することができると十分な確実性はないと評価しているが、申立人はこれに対して真剣に疑問を述べているわけではない。当裁判所は、他人と一・五メートル以上の離隔距離をとることはコロナウイルス感染のリスクを減少させるが、現在の知見によると、これによって感染拡大が確実に阻止されると想定することはできないとの R K I のリスク評価に依拠する。さらに、行政裁判所の見解によると、教会の出入りに際して及び礼拝中に離隔距離の保持を確実に実施することはできず、同時に話す（祈祷）及び歌うという礼拝に典型的な行為をしたときは参加者からウイルスを含む潜在的可能性が高い唾液が空气中に放出されるだろう。加えて、現在の知見によると、他人と接触する時間が長ければ長いほど、感染の危険性は高まる。罹患した人と一五分以上接触した場合には高い感染リスクがあるが、礼拝の場合、この時間を上回るのが通常である (Ru. 14)。

(iii) 国は、生命及び身体的無瑕性の権利（基本法二条二項）に基づいて生命を保護することも義務付けられて

おり、生命にかかわるこのような危険に対して、共同で礼拝を行う基本権によつて保護された権利は、現時点では劣位に置かれなければならない。例えば、RKIの評価によると、多数の死亡事例を発生させる医療システム崩壊を回避するために、パンデミックの初期段階においては、接触を出来る限り広範囲に阻止することによつて高度に感染力のあるウイルス感染の拡大の速度を遅らせることができる。また、このシナリオをこれと結び付いた経済的及び社会的問題にもかかわらず出来る限り回避するという基本決断は、申立人の想定とは異なり、「科学」によつてではなく、これに政治的に責任を負う者によつて下された (Rn. 15)。

ベルリン州コロナ命令には、これにより本件で問題となつている公開の礼拝の禁止にも二〇二〇年四月一九日にまでという期限が付されていることからしても、健康及び生命の保護のための信仰の自由に対する極めて重大な制約は現時点においては是認できる。これにより、本件命令が、コロナ・パンデミックの新たな展開を考慮しつつ継続的に補正されなければならないことが確保される。この場合、公開の礼拝の禁止に関しては、比例原則

のより厳格な審査が行われなければならない、礼拝の禁止を条件付きで、場合によつて地域的に限定して緩和することが新たな知見にかんがみてウイルスの感染経路の要因、又は医療システムの過重負担の危険の要因となり得るかどうかが調査されなければならない (Rn. 16)。

五 二〇二〇年四月七日ヘッセン州上級行政裁判所

ヘッセン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月七日の決定¹²(判例⑤)において、仮処分により教会等における宗教的会合の禁止を定める規定の執行停止を求める申立てを棄却した(主文)。二〇二〇年三月一七日のヘッセン州第四次コロナウイルス対策命令一条五項は、教会、モスク、シナゴーク及びその他の信仰共同体の会合は禁止されると定めていた。申立人は、ローマカトリック教会に属しており、その確信に基づき、そして、その宗教上の義務を果たすためにミサに定期的に(少なくとも毎週日曜日に)通っていたが、このことは、本件規定によつて不可能になった (Rn. 11)。申立人は、二〇二〇年三月二七日に、行政裁判所法四七条六項に基づく仮の権利保護の申立てを行い、信教の自由は制約のない基本

権として制限することは許されないし、また、本件禁止は比例原則に反していると主張した (Rn. 12)。上級行政裁判所は、本件申立ては不適法であり、少なくとも理由がないと判断した (Rn. 19)。上級行政裁判所は、信教の自由に関する申立人の主張に対して次のように説示した。

(i) たしかに礼拝の禁止は宗教的行為の自由の基本権の保護範囲を制約している。何故なら、これにより、キリスト教の——とくにカトリックの——宗教的行為の本質的メルクマールが、つまり、礼拝に参列すること (日曜日の祈り) が不可能になり、これに伴って他の信徒と共同でミサを執り行い、聖体を受領することも不可能になるが、これらの行為も、信教の自由に含まれるからである (Rn. 38)。

基本法四条二項は、信教の自由を留保なく保障しているが、無制約に保障しているわけではない。信教の自由は、その限界を、少なくとも、第三者の基本権又は憲法ランクを付与された法価値を保護するために必要であるところに見出す。司祭や信徒の生命及び健康の保護の観点から、さらには、ウイルスの高度の感染力及び拡散の

広範囲性にかんがみて、信徒ではない他の人々の生命及び健康の保護の観点からも、本件はこの場合に当たると (Rn. 41)。

(ii) 本件禁止は比例原則に反しない (Rn. 47)。本件禁止は、急激に感染拡大し、多数の市民にとって極めて危険なウイルスから住民を防護するという正当な目的を追求している (Rn. 48)。

本件規制は適法的である。何故なら、これにより、存在する感染状況が排除されるからである。感染症予防法一条一項に定められた目的を達成するために礼拝及び宗教的会合の開催の禁止が適法的であることに疑いの余地はない。R K I は、私的、職業的及び公的領域における感染回避を目的とする社会的接触の縮減と旅行の縮減を勧告しており (二〇二〇年三月二六日の R K I の調査結果)、本件措置は、感染症 COVID-19 の蔓延を阻止するのに適格的である。当部が R K I の評価及び本件措置の適合性を疑問視する根拠は——迅速的手続きにおいてはなおさら——何もない。 (Rn. 49)。

攻撃されている規定の必要性の点について、当部は、少なくとも迅速的手続きの枠内においては、COVID-19

蔓延拡大の阻止という目的を達成するために同じように適格である可能性のある他のモデル——礼拝の枠内において離隔距離保持要求及び衛生措置を実行するという申立人の提案——がその効果において接触の予防的禁止というヘッセン州の選択した規制モデルと同等であり、それ故、より緩やかな手段として考慮に値すると認定することはできない。数多くの不確実性と専門的知見の恒常的展開を特徴とする本件のようなパンデミックの状況において、命令制定者に対しては、少なくとも展開の現時点においては、選択した手段に関しても、他の手段が同等に適合的であり、より負担が少ないことが明らかでない限り評価特権が認められなければならないところ、本件においてこのような一義的な確認をすることは不可能である (Rn. 50)。

申立人の基本権の制約は、住民の健康の保護及びとくに医療体制の過重負担の防止という追求されている成果との関係において均衡を失っていない。たしかに、申立人及び多くの人々は、二〇二〇年四月一九日まで、これにより、キリスト教の最高の祝祭である復活祭の間も礼拝に参列することができない。しかし、他方において、

健康の保護、とくに高度の感染力のあるウイルス性疾患の蔓延の速度を遅らせることは、現時点の状況においては、ヘッセン州が講じたような徹底的な措置を正当化する。専門家によると、コロナウイルスの感染拡大に対しては、まさに初期段階において効果的に対処することが決定的である。そうしなければ、国の医療体制の崩壊という危険も差し迫ったものになる。これまでリベラルな対応をしてきた諸国（例えば、スウェーデン）も、住民に厳しい規制に対応するように求めた。加えて、攻撃されている規制は、現在の極めてダイナミックなプロセスの一部であり、このプロセスにおいて危険防御措置は日々新たに追加され、調整されている。そこで、二〇二〇年三月一七日の命令にも全体として二〇二〇年四月一九日までという期限が付されている。この（短い）期限の設定は、コロナ・パンデミックの新たな展開を常に考慮することを確保する。展開によっては、州政府が利益衡量をして適切であると判断した場合には、制限が緩和される可能性もある。IfO 研究所が公表した学際的専門家集団の提案は、厳格な規制の緩和を将来においてあらゆる利害の比較衡量をしつつどのように行う

ことができるのかについての議論の活性化の端緒を示している (Rn. 51)。

これらのことからすると、現在のところは、高度の感染力のあるウイルス性疾患の蔓延拡大に対して住民の生命を保護すること、及び、現在の過重負担からドイツにおける医療制度の機能遂行能力と病院、医院等の医療施設において働いている人を保護することという基本法二条二項一文に根拠がある公益が優越する。最大限の医療提供の保障は、極めて重要な共同体利益であり、国は、その保護を、憲法に基づいて、基本法二〇条一項の社会国家原理の観点からも配慮しなければならない。これに對して、宗教的会合によって宗教的活動を自由に行う権利は、現在のところ、劣位に置かれなければならない (Rn. 52)。信者には、多くの人が集まることなくできる宗教的行為のすべての可能性が残されているので、このことは、なおさら当てはまる。大司教と司祭は、礼拝をインターネットやテレビで放映し、司牧活動を電話により出来る限り継続する数多くの機会を得ようと努めている。これにより、たしかに信者は、聖体を受領する機会を奪われたままであるが、しかし、ウイルス感染の世界

的拡大とこれに起因する様々な住民集団に対する危険にかんがみて、このことは差し当たり受忍されなければならない。この点において、教会及び宗教団体は、我々が生きている共同体全体に対して責任を負っている (Rn. 53)。加えて、教皇も、自らが執り行う聖週間及び復活祭における礼拝を信徒の参列なしに開催するので、現在のパンデミックは、カトリック教会の側からも、当分の間、日曜日及び祝日の礼拝に参列することを控えてもよい重要な理由であると認められている (Rn. 54)。

六 二〇二〇年四月一〇日連邦憲法裁判所第一法廷第

二部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇二〇年四月一〇日の決定(判例⑥)¹³において、二〇二〇年四月七日ヘッセン州上級行政裁判所決定を破棄し、二〇二〇年三月一七日のヘッセン州第四次コロナウイルス対策命令一条五項の失効を暫定的に中止することを求める仮命令発布の申立てを棄却した(主文)。第二部会は、仮命令の発布の申立ては適法である (Rn. 5) が、理由がないと判断した (Rn. 7)。第二部会は、結果衡量の基準に基づ

いて事案を検討した (Rn. 10)。その内容は、次のとおりである。

(i) 仮命令は発布されなかったが、憲法異議の訴えが認容された場合、申立人にとって参加することが重要であるミサが不当に禁止される。申立人は、第二バチカン公会議及びカトリック教会教理問答書の言明に関連させて、カトリックの教義によると聖餐式を共同で行うことは信仰の中心的構成要素であり、この信仰行為を、インターネットによる礼拝の中継又は個人の祈祷といった他の形式の宗教活動に置き換えることはできないことを示した。それ故、この祝典の禁止は、基本法四条一項及び二項に基づく信仰の自由及び告白の自由に対する「極めて重大な制約」を意味する。このことは、この禁止がキリスト教徒の信仰生活のクライマックスである復活祭の祝日の間に開催される聖体式にも及ぶ範囲において、より強く当てはまる (Rn. 11)。仮命令が発布されず、憲法異議の訴えが認容された場合、このことは、信仰及び告白の自由に対する「極めて重大な、申立人らの信仰理解によると不可逆的でもある制約」が不当に行われることになる (Rn. 12)。

(ii) これに対して、教会における会合の禁止を仮命令により暫定的に失効させたが、憲法異議の訴えが認容されなかった場合、非常に多くの人々が教会における礼拝に集まることが予測される。このことは、まさに復活祭の祝日について当てはまる。これにより、RKIのリスク評価に基づくと、ウイルスに感染し、多くの人々が罹病し、重症のケースを治療する際に医療施設に過重負担が課せられ、最悪の場合に人が死亡する危険性が著しく高まることになる。憲法上許された仕方では礼拝を禁止することによって、このことを回避することが可能であったにもかかわらず、そうなるのである。この危険は、自らの意思で礼拝に参加した人に限られるのではなく、二次感染の可能性及び医療キャパシティの使用によって著しく広範囲の人々にも及ぶ (Rn. 13)。

(iii) 国は、生命及び身体的無瑕性の権利 (基本法二条二項) に基づいて生命を保護することも義務付けられており、生命にかかわるこのような危険に対して、共同で礼拝を行う基本権によって保護された権利は、現時点では劣位に置かれなければならない。上級行政裁判所は、RKIの評価によると、多数の死亡事例を発生させる医

療システムの崩壊を回避するために、パンデミックの初期段階においては、接触を出来る限り広範囲に阻止することによって高度に感染力のあるウイルス感染の拡大の速度を遅らせることが重要であると指摘したが、これは正当である。教会における会合の禁止を定めた二〇二〇年三月一七日の命令に二〇二〇年四月一九日までという期限が付されていることから、健康及び生命を保護するための信仰の自由に対する極めて重大な制約は現時点においては是認できる。これにより、本件命令が、コロナ・パンデミックの新たな展開を考慮しつつ継続的に補正されなければならないことが確保される。この場合、教会における会合の禁止に関しては、比例原則のより厳格な審査が行われなければならない。礼拝の禁止を条件付きで、場合によって地域的に限定して緩和することが新たな知見にかんがみてウイルスの感染経路の要因、又は医療システムの過重負担の危険の要因となり得るかどうかが調査されなければならない (Rn. 14)。

七 二〇二〇年四月九日ハンブルク州上級行政裁判所 決定

ハンブルク州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月九日の決定¹⁴(判例⑦)において、教会、モスク及びシナゴグにおける会合を禁止した二〇二〇年四月二日のハイブルク市(州)におけるコロナウイルス SARS-CoV-2 感染拡大対策命令二条一項一文及び二文の執行を暫定的に停止することを求める申立てを棄却した (S. 4)。上級行政裁判所は、申立ては適法である (S. 5 f.) が、理由がない (S. 7) と判断した。上級行政裁判所は、信教の自由及び告白の自由の制限は、憲法自体から導出されなければならないが、憲法内在的限界にはとくに第三者の基本権及び憲法ランクを有する共同体価値が含まれることを指摘した上で、本件命令から帰結される教会における礼拝の開催及び礼拝への参加の禁止は、申立人の信教の自由の「憲法内在的限界の具体化」であると判断する (S. 10 f.)。上級行政裁判所は、この禁止が比例原則に反していないことを詳細に論じている。以下、この部分に限定して本件決定を紹介する。

(i) 教会における会合の禁止は、正当な目的を追求し

ている。コロナウイルス SARS-CoV-2 に感染することは関係者の健康及び生命を危うくするものであるから、上記の禁止は、コロナウイルス SARS-CoV-2 の感染拡大を抑止し新規感染を阻止すること、及び、これより、基本法二条二項一文によって保護されている他の礼拝参列者及び他の住民の生命及び身体的無瑕性を保護することを目的としている。RKIの二〇二〇年三月二六日付けリスク評価によると、ドイツにおける住民の健康に対する危険性は、現時点において全体として高いものであると評価され、リスク・グループにとっては極めて高いものであると評価される。重症になる蓋然性は、年齢が高い場合と基礎疾患がある場合には高くなるが、基礎疾患のない人や若年の患者又は子どもにおいても重篤化が見られる。病状経路は固定的ではなく、様々であり、無症状から味覚障害を伴う重度の塵肺症や死亡に至るまで幅広い。二〇二〇年四月九日の時点で、ハンブルク在住者二六〇人が入院治療を受け、そのうち七九人が集中治療を受けている。法医学研究所の報告によると、すでに三三人について COVID-19 の感染が死亡原因であると確認されている (S. 11 f.)。

(ii) 本件禁止は、正当な目的の達成に適合的である。何故なら、これによって、目前に迫った復活祭との関連において存在する感染状況が抑止されるからである。礼拝の禁止によって、閉鎖空間である教会における複数の人の会合とこれと結び付いた直接的な社会的接触が阻止される。これによりコロナウイルス COVID-19 の新規感染が阻止される。RKIの報告によると、飛沫感染が主要な感染経路であるようだが、汚染された物体の表面を通しての接触感染も完全に排除することはできない。それ故、とくに社会的接触の縮減は、新規感染のリスクを減少させる (S. 11)。

(iii) 本件禁止は、正当な目的を達成するために必要でもある。申立人は、より緩やかな手段によって、とくに、礼拝参列者間で約一・五メートルの最小離隔距離を保持すること、平和の挨拶の際に接触しないこと、健康であると感じる人のみに参加を許すこと、又は、出席者のデータを記録することによって、目的を同等に効果的な仕方では達成できることを疎明していない。このことは、ベルリン行政裁判所が、二〇二〇年四月七日の決定(判例②)において詳しく述べているところである(この決

定の引用の部分は紹介しない。)。当部はこれに賛成し、以下の点を補足する。平和の挨拶の際に接触しないことは、飛沫感染が主要な感染経路であることにかんがみると、新規感染を決定的に阻止することはできない。同じことは、健康であると感じる人のみの参加にも当てはまる。ある人が健康であると感じるか、それとも病気であると感じるかは「主観的評価」に左右されるものであること、及び、この感覚は、実際の健康状態と必然的に関連しているわけではないことは別として、コロナウィルス SARS-CoV-2 については、健康であると「感じている」人がウィルスを感染させる可能性があるということが重要である。実際のデータに基づくと、患者は症状が現れる二・五日前には感染能力を有すると考えられる。提案されている諸条件は、教会における会合を禁止する措置と同等に適合的な手段ではない (S. 12f.)。

申立人は、講じられた措置の適合性及びコロナウィルスの危険性に疑いを持つ医学者の見解を指摘して、講じられた措置の適合性について疑問を述べるが、これに対しては、措置の適合性は命令制定者の評価特権に服すること、命令制定者は、決定の基礎が不確実である場合は、確認されている事実を無視しておらず、他の措置が同等に適合的で負担の程度が低いものであることが明らかではない限り、適合的かつ必要な手段を自ら選択する権限を有することを指摘しなければならない (S. 13f.)。

(iv) 申立人の基本権の制約は、住民の生命及び健康の保護という目的の関係において比例性を失っていない。申立人は、礼拝の枠内においてキリスト教において中心にある復活祭を他の信者と共同で祝う機会を奪われていること、この祝祭は事後的に埋め合わせることができないことを指摘するが、たしかにこれは正当である。裁判所は、個別の事案において何を宗教及び世界観の行使と考えることができるのかを評価するに際して、関係する宗教団体及び世界観団体並びに個々の基本権主体の自己理解を考慮に入れられないことは許されないことを認める。しかし、他の信者が出席している礼拝への参加又は礼拝の開催という保護に値する利益は、死亡に至る可能性がある他の人の生命に対する差し迫った著しい危険と対比しつつ総合的評価をすると、劣位に置かれる。その際には、他の信者が出席している礼拝への参加又は礼拝の開催の禁止は「信教の自由の部分領域」のみに影響を与え

るにすぎないことも考慮しなければならない。自己の宗教を他の仕方で行使することは、申立人の自由に委ねられている。申立人は、ライブストリームによって礼拝に参加し、他の信者と「ヴァーチャルに」集まる可能性を有している。たしかに、これが「同価値的な代用物」であることを議論の出発点とすることはできないが、それにもかかわらず、この種の代替手段は、少なくとも制限を部分的に埋め合わせるのに適格的である (S. 15 f.)。

加えて、制限には本件命令によって二〇二〇年四月三〇日までという時間的制限が加えられている。期限を付すことは恣意的なものではなく、むしろ、比例原則の不可欠の要素である。期限を付すことは、この種の厳しい制約を見通すことのできる期間に限定して定め、講じた措置の必要性を審査し、定期的に、遅くとも適用期間の経過後には、措置が引き続き必要であり、それ故に延長又は新たに制定するか、それとも緩和が可能であるのかについて決定するという相手方の義務の表出である。相手方は、命令の適用期間中も継続的に、危険状況を評価し、緩和の可能性を審査する義務を負っている (S. 15)。

八 二〇二〇年四月九日テューリンゲン州上級行政裁判所決定

テューリンゲン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月九日の決定¹⁵⁾(判例⑧)において、教会施設における会合の一律(例外のない)禁止の執行停止を求める申立てを拒けた。テューリンゲン州労働・社会・保健・女性・家族省は、二〇二〇年四月七日に、コロナウイルス SARS-CoV-2 感染拡大阻止のための必要な措置に関する命令(以下、「本件命令」という。)を制定した (Rn. 2)。本件命令三条一項により、二人以上による行事、集会、デモ行進、集まり及びその他の会合は一定の例外を除いて禁止され、このことは、教会の施設、モスク及びシナゴグ並びにその他の宗教団体及び世界観団体の儀式部屋にも適用される (Rn. 6)。申立人は、テューリンゲン州にある世界教会主義のキリスト教修道院の主体(登録団体)であり、仮命令の方法により、聖金曜日から復活祭の翌日の月曜日までの期間とその後の日曜日に修道院付属の教会において衛生基準を遵守しつつ公開の礼拝を執り行う権利の保障を求めた (Rn. 1)。申立人は、次のように主張した。法規命令は、公開の礼拝をまさに

復活祭に関連するキリスト教の最高の祝日において禁止している範囲において、許されない仕方では基本法四条に基づく基本権を制約している。この基本権は、人間の尊厳の内容の表出として個人的及び集団的基本権行使を保障しており、他の基本権よりも高く評価されなければならない。その侵害は法的に不可能であり、基本権の完全な廃止はなおさらそうである。いずれにしても本件の措置は比例原則に反する。禁止の対象ではない店舗とは異なって、礼拝参列者の数は限定されていること（約三〇人から五〇人）、及び、利用できる教会の床面積が大きいこと（一階席の面積約三〇〇平方メートル、二階席の面積約一〇〇平方メートル）にかんがみると、法律で要求されている離隔距離を保持することができるのであるから、なおさらである。さらに、申立人は、これ以外の衛生上及び疫学上の義務を果たすことができる。インフルエンザの蔓延や病院内感染爆発との比較が示すように、全体として、新型コロナウイルスの危険性は過大評価されている。教会における沈黙の祈禱という許された代替的手段を指摘されることもあるが、これも、礼拝の枠内においては、祭壇の前で司祭との適切な距離を保ちながら

ら行うことはできないことが理解されていない（Rn. 24）。
上級行政裁判所は仮命令の発布の申立てを棄却した（主文）が、信教の自由の制約に関しては、理由の中で次のように説示した。

(i) 申立人が、感染防護法三二条三文が基本法四条一項及び二項の制約可能性を挙げていないことを理由として、基本法一九条一項二文の憲法上の挙示要請の違反を主張していると解すると、この主張に賛成することはできない。この主張は、挙示要請は、明文上の授権に基づいて立法者によって制約することが許される基本権にのみ適用されることを理解していない。挙示要請は、基本法四条のような留保のない基本権には適用されない（Rn. 44）。

(ii) 官庁の裁量は、「必要な」防護措置でなければならぬこと、つまり、病気の蔓延を阻止するために必要な措置であることによって制限される。さらに、法律は、時間的アスペクトを強調している。すなわち、措置は、必要な期間に限って講じられなければならない。全体として裁量は、比例原則によって限界が設定される（Rn.

51)。本件命令三条一項二文に基づく禁止、すなわち教会施設における会合の禁止は比例原則に反しないと解する根拠がある (Rn. 52)。

本件命令が定める規定は、医療制度、とくに重症の人を治療する病院の機能遂行能力の維持を目的とするものであるが、これは極めて重要な共同体利益である。このように理解された医療制度の機能遂行能力を適手的な手段により保障し、これにより、医療制度の過重負担によつて直接的に危険にさらされる者の生命及び健康を保護することは、国の基本的任務である。基本法二条二項一文は、生命及び身体的無瑕性を保護し促進することを国に義務付けている。国がどのようにこの任務を遂行するのかは、広い形成余地に服する。憲法は保護をもつばら目的として設定しているのであり、その内容形成を詳細に定めていない (Rn. 55)。このことを前提とすると、教会の会合場所を閉鎖する命令制定者の命令は目的達成のために適手的に必要な手段であるという一定の蓋然性がある (Rn. 56)。

共同で儀式を執り行うことがその基盤である会合、とくに礼拝においては、通常の場合、教会訪問者相互の、

さらには教会訪問者と聖職者との多数の接触が発生する可能性があることは明らかである。加えて、声を出して祈り歌うこと、さらに、動作の交換 (例えば、平和の挨拶) は宗教上の儀式の本質的要素であるが、これらにより、通常の場合、感染の可能性があるエアロゾル (飛沫核) の強力かつ広範囲の放出のおそれがある。それ故、このような会合の禁止は、原則として、感染連鎖の発生を回避するのに適手的である (Rn. 58)。他のより深刻ではない措置を講じることが可能であったと認識するのは容易ではない。本件で問題となつている感染状況の特徴は著しい不確実性と専門知識の不連続的發展にあり、国家機関 (本件においては命令制定者) には、選択した手段との関係において、他の措置が同等に適手的でより負担の少ない手段であることが明らかではない限り、これに対応する評価特権が認められなければならない (Rn. 59)。この基準によると、教会における会合の禁止と比べて人の接触による危険を減少させるのに同等に効果的で実効性のある措置が利用できることは明らかではない。人の接触の徹底的な最小化にほぼ匹敵するような実効的な代替手段は、少なくとも現在のところは、思い

浮かばない (Rn. 60)。申立人は、他の行事に適用される安全条件（本件命令三条五項）及び一般的衛生条件（本件命令四条）を遵守しつつ礼拝を執り行うことは、危険を減少させながら可能であると主張するが、この評価に従うことはできない。第一に、申立人は、このような規制は、州全域で他の宗教団体にも適用されなければならないものであり、このことは、限定された時間と地域において著しく多くの人が集まる結果となることを理解していない。この結果は、人の接触を制限するという法律上の規制の原則的意図に矛盾する。第二に、教会の内部においては、人の集まりを安全基準と衛生基準が遵守されるように統制することは可能であるが、教会の出入りの際に統制することはできない (Rn. 61)。しかしながら、本件規制が対立する憲法上の地位の比較衡量をした場合に相当であるかどうかについては、本案の手続きにおける審査に留保される (Rn. 62)。

申立人は、まさに聖金曜日及び復活祭の日に合同で執り行われる公開の礼拝が申立人の構成員の宗教的行為においてどのような中心的意味を有しているのかについて十分に示している。これらの日がキリスト教の教会暦年

において最高の祝祭日であり、すべてのキリスト教団体の宗教生活にとって格別の重要性を有することは、公知の事実である。従って、これらの日に共同で礼拝を執り行えないことは、宗教上の行為の自由に対する重大な制約である (Rn. 63)。それにもかかわらず公開の礼拝の完全な禁止が生命に対する危険に対処するという具体的関心事との関係においてなお正当化されるかどうかについては、少なくとも簡易手続きにおいては最終的な解答を与えることはできない (Rn. 64)。

(iii) 申立人が一般公衆の出入りが許される行事又は施設と関係における不平等取扱いを主張していると理解すると、この主張にも賛成することはできない。たしかに命令制定者は、区別を設けるときに、基本法三条一項に基づき一般平等原則に拘束される。しかしながら、一般平等原則から、規制の対象と区別のメルクマールに並び、高権担当者に対して様々な限界が導かれ、その際に、正当化要求の水準は規制されている生活及び事物領域の特殊性により規定される (Rn. 67)。命令制定者は、その評価特権の枠内において、パンデミックによって差し迫っている危険に対処するために、差し当たり、生活に

とって重要な市民の利益の中でも、市民に対する食料供給及び医療提供を可能にし、これを確保するという構造的基本決定を下した。命令制定者は、精神的、文化的及び身体的観点からすると同じように根源的な他の欲求の保障を差し当たり後回しにした。生活関係の複雑性と、出来る限り迅速に行動するという要請にかんがみると、法的には、そして、命令制定者が有する評価特権を考慮すると、これに異議を唱えることはできない (Rn. 68)。命令制定者は、不断の観察義務及び審査義務を、つまり、措置の厳格化が必要であるかどうか、又は、既存の制限が比例原則の観点から全部又は一部について撤廃されなければならぬかどうかについて持続的に審査する義務を負う。このことは、上記のリスクについても当てはまる。個々の措置が必要ではなく、ほとんど役に立たないことが明らかになった場合には、この措置は、速やかに廃止又は改正されなければならない (Rn. 69)。

九 二〇二〇年四月二三日ニードルザクセン州上級行政裁判所決定

ニードルザクセン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四

月二三日の決定(判例¹⁶⑨)において、ニードルザクセン州コロナ命令の規定の執行停止を求める申立てを棄却した(主文)。本件の事実の概要は、次のとおりである。申立人は、ムスリムの権利のために活動する登録団体であり、申立人が使用しているモスクにおいて宗教的会合を開催している (Rn. 1)。二〇二〇年四月一七日に制定されたコロナウイルス感染を防護するニードルザクセン州命令一条は、教会、モスク、シナゴーク及びその他の信仰共同体の会合を禁止している (Rn. 2)。申立人は、二〇二〇年四月二一日に、ニードルザクセン州上級行政裁判所に規範統制手続きの遂行の申立てをするとともに、これに関連して仮の執行停止を求める申立てをした。申立人は、モスクにおける会合を禁止する規定は、基本法四条一項及び二項に基づく集団的な信教の自由(宗教的行為の自由)を侵害していると主張するとともに、とくにラマダンという霊的でもっとも聖なる月においてはそうであると主張した (Rn. 9)。上級行政裁判所は、モスクにおける集団的な宗教的行為の自由の制約は憲法上正当化されるものであり、申立人の過度の負担とはならないと判断した (Rn. 48)。その内容は、次のとおりであ

る。

(i) 二〇二〇年四月一七日の命令の規定により、(集団的な) 宗教的行為の自由は、一部の態様においてのみ影響を受けているにすぎない。モスクにおける個人の「沈黙の」礼拝、個々の聖職者による牧会活動、死にゆく人に付き添うことは許されている。命令の規定により、二人以上の「屋外の集会」についても一定の感染防護に關連する制限と条件の下で禁止の例外が認められるが、このことは、屋外の宗教的集会にも適用される(又は、少なくとも準用される)。最後に、自己の住居において家族の範囲で合同の祈祷を行うことも許される(Rn. 50)。しかしながら、基本法四条一項及び二項の基本権の保護範囲に対する侵害の程度―閉鎖空間における集团的・宗教的に動機付けられた会合の禁止―は極めて重大である。特徴付けなければならない。何故なら、とくにムスリムにとって重要な断食月ラマダンにおける合同の金曜礼拝の排除は、当該宗教の中心的な儀式的行為の禁止だからである。この行為は、留保なく保障されている極めて重要な基本法四条に基づく基本権によって保護されている。申立人は、様々な状況を援用しつつ、イスラムの戒

律によると金曜礼拝への「本格的な」宗教的参加は信徒の身体的参列を求めており、ヴァーチヤルな礼拝(例えばインターネット中継やテレビ中継)をイスラム神学上排除しているとの主張を構築しているが、とくにこの場合については、侵害の程度の上記のような評価が当てはまる(Rn. 51)。

(ii) 上記の範囲における全面禁止の適合性も肯定されなければならない(Rn. 52)。また、この禁止は、引き続き必要である。何故なら、より緩やかではあるが、感染予防法上の目的を達成するために同等に効果的な手段は、現在のところ、明らかではないからである。申立人が列挙した手段(参加人数の制限(二四人)、信者間に一・五メートルの最小離隔距離をとること、マスクの着用、モスクに入る前に手洗いの儀式を行うこと(石鹸を使用)、消毒剤の用意等の制限や条件付きで礼拝を許可すること)は同等に効果的な手段とは言えない。申立人は、明らかに、本件命令三条七号に基づいて現時点において販売所及び商店を開くために求められる防護措置を閉鎖空間における宗教的会合に転用しようとしているが、これは現時点では無条件で可能であるというわけではな

い (Rn. 53)。何故なら、教会、モスク、シナゴグにおける礼拝及びその他の会合は、コロナウイルスの感染拡大という観点からは、感染予防上の危険の潜在的 가능성이比較にならない程に高く、上記の礼拝及び会合を、比較的多くの人が販売所に訪れた場合と比較することはできないからである。さらに、リスクの加速度的増加も差し迫っている (Rn. 54)。まず、目的的会合は、買物のように個人の需要充足のために多数の人がたんに偶然に同時に居合わせるといえるものではないことが強調されなければならない。加えて、経験則上、祈りをしたい人は多数であることが予測される。とくにラマダンにおいてはそうである。このことと、典型的には面積が小さくかつ狭い見渡せる空間（本件においてモスクの面積は三〇〇平方メートル）で行われることは、人数と安全距離のコントロールを困難にする。安全距離は、とくに金曜礼拝の会合中には常に下回る危険がある。事の性質上、この宗教的会合は、合同の勤め（活動）に伴う比較的長時間の滞留をするという性質を有する。これが、まさに訪問と滞在の目的である。買物の状況のような人のたんなる短期的な（一時的な）出合いではない。

それ故、教会、モスク及びシナゴグにおける禁止された会合は、広い範囲で許されている販売所よりも、コンサート、スポーツ行事、教育施設の状況及び余暇活動のような比較的厳格に禁止又は制限されている行事に近い。さらに、閉鎖空間における礼拝は、信者の目的な合同の活動（とくに同時に祈り歌う場合に、大量のウイルス放出が生じる可能性がある。）の故に、「受動的」観客を伴う行事と比して、高度の危険の潜在的可能性を含む (Rn. 55)。これらのことからすると、連邦憲法裁判所が二〇二〇年四月一〇日の決定において認めた疫学上の危険状況の評価は依然として当てはまる。キリスト教とムスリムの上部団体も、礼拝の中止を通知することによって無条件にこの評価に同意している。命令制定者は、二〇二〇年四月一七日の改正後も、この評価を維持し、危険の潜在的可能性という観点から、閉鎖空間における礼拝を、観客を伴う行事、激しい接触を伴うスポーツと同じように扱い、買物による需要充足と同等に扱わなかった。この区別は、命令制定者のある程度理解できるコンセプトを示している (Rn. 56)

一〇二〇年四月二十九日連邦憲法裁判所第一法廷

第二部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇二〇年四月二十九日の決定(判例¹⁷)において、ニーダーザクセン州コロナ命令に基づく教会、モスク及びシナゴークにおける礼拝、並びに合同の宗教行為をするための他の信仰共同体の会合の禁止を、申請に基づいて個別の事案において禁止の例外を認めることを排除している範囲において、仮命令の方法により暫定的に停止した(主文)。ニーダーザクセン州上級行政裁判所が二〇二〇年四月二三日の決定において申立てを棄却した後、本件憲法異議の訴えの申立人は、二〇二〇年五月一日から五月二三日までの間、本件命令の諸規定(二条、八条、九条)を遵守しつつ金曜祈禱を異議申立人が使用しているモスクにおいて行うことを異議申立人に許可することを求める仮命令の発布を申し立てた(Rn. 1)。第二部会は、仮命令の発布の申立ては適法であり、主文から明らかになる範囲において理由があると判断した(Rn. 6)。第二部会は、上級行政裁判所の見解とは異なり、少なくとも疫学上の危険状況に対処するための知見及び戦略の現時点の水準に

よると、個別の事案において、必要な場合には衛生当局との調整をしつつ、状況に即した条件及び制限を付けて例外を許可することができる可能性のないモスクにおける礼拝の一般的禁止は基本法四条に適合しないことが見込まれると見解を示した(Rn. 9)。第二部会は、次のように説示した。

(i) 上級行政裁判所によると、医療システムの過重負担を防ぐために罹病の拡大の速度を出来る限り遅くしなければならず、そのためにソーシャル・デスタンスを作り出すことが不可欠である(Rn. 10)。モスクにおける礼拝の禁止は感染を回避するために引き続き必要である。モスクにおける会合は、かりに本件命令が販売所及び商店を開くために求めているような防護措置がモスクにおける会合に適用されると仮定しても、販売所や商店を訪れる場合よりも著しく高い潜在的危険性を有する。モスクにおける会合は、買い物の状況とは異なり、長時間に及ぶ目的的な合同の活動であり、そこにおいては、とくに祈禱や歌唱を同時に行うために大量のウイルス放出が予測されなければならない。まさにラマダン(断食月)においては、信者が多数であり、多くの祈禱部屋は狭い

ことからコントロールが機能せず、安全距離が常に保たれない危険がある。それ故、マスク、教会及びシナゴグにおける集会は、販売所よりも、なお禁止又は厳格に制限されているコンサート、スポーツ行事、余暇活動に近い (Rn. 10)。

(ii) 命令制定者は礼拝について買い物をする場合と同じような状況であることから出発する必要はない (危険状況について異なる判断をすることができる) とする上級行政裁判所の考えに異議を唱えることはできない。しかし、人の接触による感染のリスクの評価は、マスクにおいて礼拝を行う場合は、より広い範囲において、個別事案の具体的事情に左右される。申立人自らが、イスラム教の礼拝は教義によつて著しく異なることを指摘している。申立人の信奉する教義によると、金曜礼拝において歌うことはなく、祈祷においてもイマームだけが声を出す。リスク評価に際しては、とりわけ、各々のマスクの大きさ、立地条件及び建築上の状況、並びに宗教団体の規模及び構造も重要である。申立人は、自己の教区の約一三〇〇人の構成員の大部分を知っており、信者を個別的に金曜礼拝に招くことにより、マスクの前で待機す

るための行列を避けることができると主張している (Rn. 13)。

(ii) 申立人によると、マスクにおける礼拝の禁止は、少なくともラマダン中の金曜礼拝にも及ぶ範囲において、信仰の自由に対する重大な制約を意味するが、この観点からすると、本件命令が、—必要に応じて衛生官庁の意見も聴いた上で—具体的事情を総合的に評価する場合には感染の危険の有意的増大を確実に否定できるような礼拝を個別事案において例外的に許可する可能性をまったく認めていないことは、少なくとも、現時点の危険状況これに依拠した疫学上の危険に対処する現在の戦略においては、是認できない。個別事案に即した肯定的評価をすることがいかなる場合においてもできないとは認められない (Rn. 14)。

各々の教義に依拠した金曜祈祷のやり方やマスクの前で人が集まることを回避するために考えられる措置はすでに挙げられているところであるが、申立人は、さらに、所轄宗務部局との話し合いにより、申立人が使用するマスクにおいて金曜日に金曜礼拝を複数回実施し、これにより個々の礼拝を極めて少人数のものにとどめることに

ついて許可を受けていることを指摘している。比較的多くの人々が比較的長い時間一緒にすることによって生じる、買物の状況よりも高い感染の危険性を回避するために、さらなる措置として、マスクの着用を信者に義務付けること、信者が祈祷のために占有することができない部分に印を付けること、安全距離を販売所に適用される基準よりも数倍拡大することが挙げられている (Rn. 15)。

(iii) モスクにおける会合の禁止の暫定的な一部失効により、申立人は、礼拝の例外的許可を求める申請をすることができる。所轄官庁は、例外的に礼拝を行うことができるかどうかを個別事案に即して審査しなければならない。禁止と結び付いた信仰の自由に対する制約の重大性も、この評価にとって決定的であり、この重大性は、とくにラマダンにおける金曜礼拝についてはとくに深刻であるが、しかし、他方において、とりわけ、条件及び制限の遵守を実効的にコントロールする可能性、各教区の地域的条件並びに構造及び規模、そして、とくに、社会的接触から生じる生命に対する危険の現時点での評価が決定的である (Rn. 16)。

コロナ危機下の信教の自由 (岡田)

一 二〇二〇年五月一八日バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所決定

バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所は、二〇二〇年五月一八日の決定¹⁸(判例⑪)において、礼拝中における感染防護措置を定めた州政府のコロナ命令及び文化省の命令の諸規定は現在のところ適法であるとの判断を示した。二〇二〇年五月一六日のコロナ命令を改正する州政府第一次命令の文言における二〇二〇年五月九日の SARS-CoV-2 ウイルス感染拡大を阻止する感染防護措置に関する州政府命令 (以下、「本件命令」という。) は、一定の公共的地区におけるマスク着用義務、一定の範囲の接触制限及び学校活動の制限に加えて、命令によって学校活動の原則的禁止を一定の基準に従って拡大又は緩和する文化大臣の権限について定めていた。さらに、本件命令三条四項は、教会並びに宗教団体及び信仰共同体が宗教的行為のために行う行事及びその他の集まりは許されると定め、法規命令により、上記行事及びその他の集まりに加えて、すべての埋葬、葬儀、儀式的遺体洗浄に関する感染防護基準及び実施規則を定める権限を文化省に与えた (Rn. 2, 148)。申立人は、行政裁

判所法四七条六項に基づく訴えを提起し (Rn. 1)、本件命令の諸規定が申立人の諸々の基本権を侵害していると主張した (Rn. 4)。以下では、信教の自由の侵害に関する部分に限定して申立人の主張及び決定の内容を紹介する。

申立人は、敬虔なキリスト教徒であり、古カトリック教会の構成員である。申立人は、次のように主張した。二〇二〇年四月一九日に予定されていた聖体拝領の儀式は中止された。古カトリックの典礼様式に従った礼拝及び三二〇人による信徒集会は引き続き禁止される。本件命令は、宗教的行為の絶対的禁止であり、違憲であることは明らかである (Rn. 8)。

文化省は、すでに二〇二〇年五月三日に、二〇二〇年五月二日の文言における二〇二〇年三月一七日のコロナ命令の規定に基づいて、礼拝、その他の宗教的行事及び集まり並びに埋葬の領域における SARS-CoV-2 ウイルス感染拡大を阻止する感染防護措置に関する命令を制定し、同命令は二〇二〇年五月四日に発効していた (Rn. 149)。この命令は、宗教的目的で使用される教会並びに宗教団体及び信仰共同体の空間において宗教的行為のた

めに行われる行事及びその他の集まりは、一定の基準の下に、かつその他の地域警察の基準を留保しつつ許されたと定めていたが、この基準には、とくに、人と人との間の一・五メートルの最小離隔距離を保持すること、及び、行事等の実施に際して感染リスクを出来る限り減少させることの確保を求める規則が含まれる (Rn. 149)。上級行政裁判所は、まず、教会並びに宗教団体及び信仰共同体が宗教的行為のために行う行事及びその他の集まりは許されると定める本件命令三条四項一文は、上記の行動様式が原則として国による事前の許可なしに行うことが許されることを明確化しただけであり、これに憲法上の疑問はないことを確認する (Rn. 151)。つぎに、上級行政裁判所は、二〇二〇年五月三日の文化省の命令において規定されている礼拝を執り行うための基準が現在のところ基本法四条一項及び二項に基づく申立人の基本権を侵害するものではないこと、及び、基本法三条三項に基づく差別的禁止についても同じことが当てはまることを説いている (Rn. 154)。上級行政裁判所は、次のように説示した。

(i) 申立人の信教の自由が二〇二〇年五月三日の命令

によって侵害されていないことはほぼ確実である (Rn. 155)。

コロナ命令の制定者としての州政府は、感染の危険を減少させ、感染速度を全体として遅らせるという正当な目的を追求しているが、命令制定者としての文化省は、州政府の正当な目的を追求している。この目的を達成するために、文化省は、二〇二〇年五月三日の命令において適切な手段を選択した。このことは、本件命令一条において定められている基準に、とくに、人と人の間の一・五メートルの最小離隔距離の保持を原則として求める規則、表面の消毒等によって感染リスクを減少させることを求める「可能な限りにおいて」のみ適用される規則、身体接触及び同一物の複数回の使用を回避することを求める同じく「可能な限りにおいて」のみ適用される規則、さらに、感染防護計画を作成し、求められた場合には管轄官庁に提出するという主催者のみを名宛人とする規則に当てはまる。これらの措置は、現在のところは必要でもあると見込まれる。申立人は、より緩やかであるが、同等に効果的な手段を示していないし、現時点においては、これは明らかではない (Rn. 156)。

コロナ危機下の信教の自由 (岡田)

この手段が現時点において相当である (狭義の比例性を失っていない) であることはほぼ確実である。二〇二〇年五月三日の命令一条によって引き起こされた基本権制約は、申立人が主張するような「宗教的行為の絶対的禁止」ではない。しかし、それは申立人の信仰の自由に対する重大な制約である。何故なら、この制約は宗教儀式上の行為の領域や宗教上の慣行の実践及び遵守の領域に影響を与え、これにより基本権の核心領域に根拠がある行為に影響を与えるからである。しかしながら、コロナウイルスに関係する多数の人々の生命に対する同じく重大な影響及びこれと結び付いたドイツの医療体制の機能遂行能力の維持がこれと対立する。この観点から存する上述の危険にかんがみると、二〇二〇年五月三日の文化省の命令は、現在のところ、狭義の比例原則に合致することが見込まれる。上記の規定によって礼拝の実施が不可能になるわけではないこと、及び、礼拝に関する感染防護基準それ自体もいくつかの「可能性の留保」の下に置かれていることから、このことはなおいっそう当てはまる (Rn. 157)。

(ii) 基本法三条三項一文は、「…を理由として

(wegen)」というメルクマールによって、少なくとも、別異取扱いが基本法三条三項一文に列挙されているメルクマールに依拠しながら行われるという程度における因果性を求めている。従って、このメルクマールは、法的な別異取扱いのための結節点として援用されてはならない。しかし、二〇二〇年五月三日の命令の制定者は、信仰及び宗教的世界観を別異取扱いのための結節点として援用していない。なお、二〇二〇年五月三日の命令は、かりに基本法三条三項一文の保護範囲該当性を肯定したとしても、命令によって保護されている基本法二条二項一文に基づく衝突する憲法に関する検討を踏まえると、厳格な基準を適用したとしても、現在のところは厳格な審査にパスすることになろう (Rn. 160)。

一一二 二〇二〇年六月二六日バイエルン州上級行政裁判所決定

バイエルン州上級行政裁判所は、二〇二〇年六月二六日の決定⁽¹⁹⁾(判例⁽¹²⁾)において、礼拝中のマスク着用を義務付ける命令は基本法四条一項及び二項に基づく基本権(信教の自由)を侵害するものではないとの判断を示し

た。二〇二〇年六月一九日の第六次バイエルン州感染防護措置命令(以下、「本件命令」という。)六条一項三号により、マスク着用義務(本件命令一条二項)は、教会、シナゴーク及びモスク並びにその他の信仰共同体の会合において行われる公衆の出入りできる礼拝の参列者にも、自己の座席から離れる範囲において適用される (Rn. 2)。申立人は、二〇二〇年六月二二日付け書面により、上級行政裁判所に訴えを提起し、同日、マスク着用に関する上記規定に対する行政裁判所法四八条六項に基づく仮の権利保護を申し立てた。申立人は次のように主張した。申立人は、カトリックの信者であり、ローマカトリック教会に属している。申立人は、自己の生活をカトリックの教義に準拠して営んでおり、自己の宗教生活の本質的要素である聖餐式に出来る限り毎日通っている。とくに聖体の厳かな拝領は申立人にとって高い価値を有している。攻撃されている規定に基づいて、申立人は、聖体拝領のために席を立つときにわざわざマスクを着用しなければならぬ。聖体拝領の直前にマスクを―たいていはもたもたと―外して、聖体拝領の直後に再び着用する。これにより、基本法四条に基づく申立人の基本権が侵害

されている。命じられたマスク着用義務は、礼拝式を損なうとともに、個人の信教の自由を侵害している。礼拝式の根源的要素である聖体拝領への参加は、外部からの妨害を受けるものであつてならない。サクラメントの重大性にかんがみると、信者ができるのは聖体に恭しく近づぐことのみである。このような適切な態度は、マスクを着けて外して再び着けるといふ動作によって不可能になる。教会の警備員が国家権力の履行補助者として信者にマスクを正しく着用するように注意しているが、厳かな聖体拝領は教会の警備員によつても妨害されている。外観からしてすでに礼拝参列者は自分たちをもちや「信仰を一にして儀式を行う信徒集団」ではなく、潜在的感染者又は病人であると感じる。聖体礼拝台に集まっているマスクをした信徒集団は、「死が迫っている者の悲劇的な集まり」のように見える。これによつて基本法四条の保護範囲が著しい影響を受けている (Rn. 3)。かりに礼拝におけるマスク着用義務が、これだけを切り離して考察すると、ウイルスの感染拡大を抑制するのに適合的であるとしても、少なくともこれを一・五メートルの最小離隔距離及びそこから算定される最大参加者数並びに大

司教区の感染防護計画と併せて見ると、その適合性に対する著しい疑問が存在する。ミサの間カトリック教会によつて最小離隔距離の保持は確保されているので、これに加えてマスク着用義務を課すことには何の必要性もない。少なくとも制約の相当性は欠けている。バイエルン州における感染者数は著しく減少している。かりに州の一部地域において感染者数が突然に増加したときは、管轄官庁は、地域的に限定して対応できる。現在の感染事例数にかんがみると、各基本権主体は、各自の一般的行為自由の枠内において、各自が危険にどのように対処するかについて自ら決定することができなければならない。基本法四条に基づく基本権の高い価値及び重要性が適切に考慮されていない (Rn. 4)。

上級行政裁判所は申立てを棄却した (主文)。同裁判所は、規範統制の申立てが本案において勝訴の見込みがないとの判断を示した (Rn. 14) が、その中で、基本法四条一項及び二項に基づく基本権の制約は少なくとも「衝突する憲法」(とくに基本法二条二項一文)によつて正当化される (Rn. 15) と論じている。同裁判所は、まず、マスク着用義務について、次のように説示した。

RKIの二〇二〇年六月二一日付け報告書によると、現時点において新規感染者数は減少しているが、世界規模においても、またドイツにおいても、極めてダイナミックで深刻な状況が続いている。このような状況において、命令制定者は、感染症予防法二八条一項の枠内において、あらゆる措置を、追求する成果を少なくとも一部でも生じさせる蓋然性を高める範囲において講じる責務がある。RKIは、リスク・グループを保護し、感染力を減少させるために、公共の空間において一定の状況の下でマスクを一般的に着用することを推奨している。マスクの保護機能は、RKIの評価によると、少なくとも「説得力がある」もので、他の措置―とくに一・五メートル以上の離隔距離の保持、咳のルール、手の衛生管理―と併せた追加的構成要素としてマスクを使用することはウイルス感染拡大の速度を遅らせるのに適的である (Rn. 19)。学問上の議論において、感染防護に対するマスク着用の一般的義務の有効性について論争があり、パンデミックの展開に対処する際にこれとは別の実際上の不確実性も存在するかもしれないが、命令制定者がその決定に際してRKIの上記の立場を基礎とした場合には、バイエル

ン州には評価の余地が認められることにかんがみると、これに異議を唱えることはできない (Rn. 20)。マスク着用を命じることは、現在の状況においては、少なくとも、身体的接触を減少させること、又は他の人との間で出来る限り長い離隔距離を保持すること、さらには一般的衛生規則を厳守することと組み合わせると、原則的に適当な手段である。一般的衛生規則及び離隔距離保持命令の遵守に追加してマスク着用義務を命じることにより他の制限及び禁止の緩和ないし廃止が可能になり、これにより経済生活及び社会生活に復帰できるという背景的事情を踏まえても、マスク着用義務の適合性は明らかである (Rn. 21)。

そして、上級行政裁判所は、このことは、攻撃されているところの、本件命令六条一項三号に基づく礼拝及びその他の信仰共同体の会合の出席者に対するマスク着用義務に關しても、これにより基本法四条一項及び二項に基づく権利が制約されている範囲において当てはまる (Rn. 23) と判断した。その内容は、次のとおりである。

(i) 少なくとも申立人の主張による限りでは、本件命令六条一項三号に基づくマスク着用義務が基本法四条一

項及び二項に基づく申立人の基本権を制約していると判断することに説得力があるように思われる。かりに、聖体拝領が、ローマカトリック教会の教会内規則により、参列者がそのために自己の席を離れる場合に限り可能であると仮定しても、申立人は、マスク着用義務は、聖体拝領の際の「適切な態度」を妨げ、その外観のために、礼拝参列者は自分たちを「信仰を一にして儀式を行う信徒集団」とは感じないと述べるにとどまる。このような申立人の差し当たりたんに個人的ものにはすぎない感覚がどのような範囲において申立人の信仰の内容又は行使を損なうことになり得るのかについて、申立人の主張から読み取ることができるとしても、せいぜいのところその端緒にとどまる。その際に、申立人が属しているローマカトリック教会はフェイスカバーの着用を禁止したり、それに（宗教的）意味を与えたりしておらず、むしろ現時点では礼拝に参加している間マスクを着用することを自ら命じていることも考慮しなければならない。ローマカトリック教会の役職者からマスク着用義務に対して宗教的根拠のある異議が唱えられていることは知られていないし、申立人によっても主張されていない

(Rn 24)。

(ii) 申立人の主張は別として、礼拝等の参列者に対する本件命令六条一項三号に基づくマスク着用義務が、宗教的行為との特別の関連性を有していることから、基本法四条一項及び二項に基づく参列者の権利を制約している場合であっても、この制約は「衝突する憲法」（とくに基本法二条二項一文）によって正当化される。信教の自由は留保なく保障されているが、信教の自由は、その限界を、他の憲法法益の重要性が個別事案において信仰の自由の制約と少なくとも均衡を失っていない限り、他の憲法法益の保護に見出す。本件において攻撃されているマスク着用義務との関連においては、信教の自由の制約は—少なくとも迅速的手続きの枠内においては—著しい重大性を有しているとは言えないことを衡量の中に含めなければならぬ。マスク着用義務は礼拝及びその他の宗教的会合に参加する可能性に何の影響も与えないものであり、さらに、参列者が各人の席を離れている時間に限り適用される。それ故、宗教的行為との重大な衝突は、宗教的行為が静態的に又は座席から離れずに行うことができない範囲に限って考えられる。そうすると、申

立人の主張によっても、また、他の場合においても、基本法四条に基づく権利の重大な制約は、その規範名宛人について認識することはできない。最後に、制約の重大性は、やむを得ない理由によりマスクを外すことも常に許される(本件命令一条二項三号)ことにより、さらに減じられる。通常は祭壇のある場所の中心で行われるローマカトリック教会における聖体拝領の状況においては、本件命令六条一項三号に基づくマスク着用義務は免除される。いかなる時間にやむを得ない理由による免除が認められるのかは、各々の教義の内容によって定められなければならないが、その際に、聖体拝領のまさに直前から、そして聖体拝領の間に限りマスクを外すという申立人が述べる大司教区ミュンヘンと同フライジングの実践に対して異議を唱える理由はない (Rn. 25)。

基本法四条一項及び二項に基づく礼拝参列者の権利の制約は、基本法二条二項一文に基づく基本権の保護がより重大であることよって正当化される。感染症予防法上の根拠に基づいて制定されたマスク着用命令は、住民の生命及び健康の保護(基本法二条二項一文)を追求しているところ、住民の生命及び健康の保護は、一般的に

基本法四条に基づく信仰の自由の制約を正当化する適格性を有するのみならず、本件においては、当該制約の重大性を凌駕している。申立人は、ミサの開催中すべての参加者間における一・五メートルの最小離隔距離を保障することよってすでに衛生上の要求は充たされていると主張するが、このことも上記のことを妨げるものではない。礼拝及びその他の宗教的会合は、通常の場合、閉鎖的空間において多数の人々が短期間にとどまらない滞在をすることと結び付いており、純粹に静態的な状況(例えば、席に座っている場合)以外の状況においては、人々の間に十分な離隔距離を全面的に確保することは、最大限の注意を払ったとしてもできないことを考慮すると、本件命令六条一項三号に基づくマスク着用義務は、基本法四条一項及び二項に基づく基本権の制約及び意義の重大性との関係において相当の比例性を有している (Rn. 26)。

一三 二〇二〇年一〇月二七日フランクフルト行政裁判所決定

フランクフルト行政裁判所は、二〇二〇年一〇月二七

日の決定(判例⁽²⁰⁾)において、ローマカトリック教会の司祭に対して礼拝中マスク着用を義務付けることは適法であると判断した。フランクフルトアムメイン市は、二〇二〇年一月一五日の市内における新型コロナウイルス(SARS-CoV-2)感染拡大阻止対策のための一般処分(以下、「本件一般処分」という。)五号により、コロナ接触制限及び営業制限命令(CoKoBeV)一条二a項に基づく合同の宗教的行為のための信仰共同体の会合並びに葬儀及び埋葬においては、すべての参加者に対してマスク(Mund-Nasen-Bedeckung)の着用を命じるとの規定(六号一文)を本件一般処分に追加した。また、本件一般処分には、マスク着用義務と併せて、マスクを外すことも、それが必要な宗教的行為を行うためにどうしても必要であり、その際に他の人と間における一・五メートルの離隔距離が遵守されている場合には、短期間限り許されると定める例外規定(第六号三文)も導入された(Rn. 2)。申立人はローマカトリックの司祭である(Rn. 1)。申立人は、二〇二〇年一月二〇日に、フランクフルト行政裁判所に仮の権利保護を求めて訴えを提起した。申立人は、次のように主張した。申立人は、

E教会において行われるすべての礼拝の「厳かな執行」に責任を負っている。すべての礼拝において、現行のコロナ防護規定の全部が実施されている。これに加えて、司教総代理の職務指令に対応して法律の規定を上回るより厳格な防護措置及び衛生措置を遵守している。マスク着用を命じることが、少なくともローマカトリック教会の礼拝においては必要ではないので、本件一般処分は実体的にも違法である。RKIの集計したデータによると、「感染環境」の項目「礼拝」は、他の感染環境と比べて副次的な役割を果たしているにすぎない。とくにカトリックの礼拝において席でマスクを着用することは必要ではない。何故なら、信者は礼拝中静かに座り、ひざまずき、又は起立するにすぎず、その際にも一・五メートルの離隔距離を相互に保っているからである。申立人が知る限り、フランクフルトアムメイン及びリンブルク大司教区の地区におけるカトリック教会の礼拝において感染事例は発生していない。申立人は、官庁が礼拝における従来の感染防護措置を徹底的に監視することがマスク着用義務よりも緩やかな手段であると考えられる。本件一般処分は、信者とミサ執行司祭とを区別していない。絶対

的なマスク着用義務は、その宗教活動及び牧会活動において、とくに、聖書の章句を唱え、説教をするときに聖職者を強く妨げている。信者にとっても、マスク着用義務は、その信教の自由の重大な制約である。本件一般処分は、地域的条件の観点からも区別を設けていない。エアロゾル（飛沫核）による空気感染にとって、つまり感染力リスクにとって決定的である空間の容積も、また、その他の状況も考慮されていない (Rn. 4)。

行政裁判所は、本件一般処分五号の延期効を求める申立てを棄却した(主文)。行政裁判所によると、感染事象と信仰共同体の会合との関連性があり得るものであり、排除されない。礼拝及びその他の宗教的会合が、通常の場合、閉鎖的空間において多数の人々が短期間にとどまらない滞在をすることと結び付いていることを考慮すると、このことは的外れであるとは思われない (Rn. 21)。そして、行政裁判所は、少なくとも、基本法四条に基づき信教の自由及び基本法二条に基づく一般的行為の自由という関係する保護法益と住民の健康の保護及び医療制度の過重負担の阻止という基本法二条二項一文を抛りどころとする公共的目的とを比較して結果衡量をすると、

申立人が示した制限は劣位に置かれなければならないことが明らかになる (Rn. 23) と判断した。その内容は、次のとおりである。

(i) 申立人は、マスク着用義務は、その宗教活動及び牧会活動において、とくに、聖書の章句を唱え、説教をするときに申立人を強く妨げ、さらに、マスク着用義務は、カトリックの礼拝における信教の自由の行使に含まれるところの聖書の朗読及び解釈をする際に申立人を強く制約すると述べた。このような申立人の差し当たりたんに個人的ものにすぎない感覚がどのような範囲において申立人の信仰の内容又は行使を損なうことになり得るのかについて、申立人の主張から読み取ることができるとしても、せいぜいのところその端緒にとどまる。しかし、その際に、ローマカトリック教会がマスク着用を自ら命じており、申立人が持ち出した「礼拝の厳かな執行」は保障されていると考えていることを考慮しなければならぬ。リムブルク司教区の二〇二〇年九月七日以降に行われる礼拝式に関する職務指令によると、座席に着くまでと教会を去る際にマスクを着用しなければならぬ。聖体拝領の間はマスク着用を強制的に命じていな

いが、それを排除してもいい。さらに、リムブルク司教区の発出した二〇二〇年一〇月一九日付け通知は、フルンクフルト市による礼拝中のマスク着用義務の制定を踏まえて、これまでも防護措置及び衛生措置を礼拝等において実施してきたが、これを今後とも継続するという内容の地区担当者のメールを引用している (Rn.24)。ローマカトリック教会からマスク着用義務に対して宗教的根拠のある異議が唱えられていることは知られていないし、申立人によっても主張されていない。マスク着用義務は、共同で宗教的行為を行うために信仰共同体が会合を行う可能性に何の影響を与えていない (Rn.25)。もつとも、マスク着用義務が、司祭の宗教活動及び牧会活動において司祭に影響を与え、これにより、宗教的行為並びに宗教的慣行の実践及び遵守の領域において影響を与えるとともに、基本権の核心領域に根付いている行為に影響を与えることに争いはない (Rn.26)。

(ii) 申立人は、より緩やかな手段として、合同の宗教的行為をするための信仰共同体の会合が行われる空間的条件によって区別を設けることを挙げているが、この基準が不明確であるために、これを貫徹することはできない

い。マスク着用義務は屋外礼拝においては必要ではないとの想定は、相手方(市)は一般処分一号によってマスク着用義務を市内の人通りの多い道路においても命じていることを見落としている。各々の会合の形態によって区別すること、それ故に信仰共同体によって区別することとは、憲法上の中立性要請に反する。申立人が挙げている、官庁による礼拝中の衛生規定及び離隔距離規定の監視並びに制裁は宗教的モメントに影響を与えるものであり、少なくともより緩やかな手段としては考慮に値しない。職務指令の基準による衛生計画が存在していると申立人の異議も効きめがない。感染拡大が新たな段階に達したことにより、既存の措置に「追加的」措置が求められている。それ故、ミサ執行司祭を例外とし、信者に対してのみマスク着用義務を課すことは、感染を阻止するためのより緩やかではあるが、同じく適合的な手段であると考えすることはできない (Rn.27)。当裁判所は、一般的衛生規則及び離隔距離保持命令の遵守に加えてマスク着用を義務付けることにより、パンデミックの初期において行われた礼拝禁止のような他の制限及び禁止を行わないことが可能になることを強調しておく (Rn.28)。

住民の健康の保護及び医療制度の過重負担の阻止という基本法二条二項一文を拠りどころとする公共的目的 (Rn. 29) のの衡量をするに際して、裁判所は、RKI による二〇二〇年一〇月二六日付け「COVID-19 のリスク評価」を基礎に置く。これによると、ドイツは、極めてダイナミックで深刻な状況にある (Rn. 30)。現在、ドイツにおいて、感染の急激な拡大が観察され、RKI は、全住民が感染防護に取り組むようにとの警告を緊急に発している (Rn. 31)。このような背景事情において、マスク着用義務は、新規感染者数を少なくとも一時的に減少させ、コロナウイルスの感染拡大の速度を遅らせ、これにより回避可能な死亡事例の発生確率を減少させようとするものである (Rn. 32)。危険にさらされる可能性のある人の生命及び健康の格別の重要性にかんがみると、基本権によって保護された信教の自由の時間的及び状況的に限定された制限は、追求されている目的との関係において均衡を失っていない。マスク着用義務は、一般的行為の自由に対する制約の比較的低い重大性との関係において相当の均衡を失っていない (Rn. 33)。その際に当裁判所は、措置に期限が付されており、措置が不

断の観察及び評価並びにこれに対応した調整を受けることを考慮に入れている (Rn. 34)。

III 結びにかえて

(一) 以上の叙述により、コロナ・パンデミックにおける信教の自由の制限に関連するドイツの判例の動向はほぼ明らかになったと思われる²¹⁾。ドイツの判例において問題となったのは、(1)公開の礼拝の禁止の憲法適合性(判例①)と判例⑩)、(2)礼拝中に求められる衛生規則及びマスク着用義務の憲法適合性(判例⑪)と判例⑬)であった。以下、結びにかえて、上記の論点に含まれる理論的問題点を抽出する作業を行う。

検討に先立って、信教の自由の保護範囲及び制約の正当化の判断枠組みについては、本稿で紹介した判例は先例に依拠しており、新たな解釈論を打ち出しているわけではないことを確認しておきたい。基本法四条は「留保のない基本権」を定めているが、信教の自由の制約が衝突する基本権や他の憲法上の利益によって正当化される²²⁾というものは、連邦憲法裁判所の確立した判例である。

従って、本稿で紹介した判例において注目しなければならぬのは、保護範囲及び判断枠組みについての解釈論ではなく、事案の具体的検討に当たっての事実評価であると言えよう。以下、上記の点に着目しながら若干の検討を行う。

(二) まず、公開の礼拝の禁止の憲法適合性について検討しよう。公開の礼拝の禁止が信教の自由（宗教的行為の自由）を制約するものであることについて争いはなく、問題となるのは公開の礼拝の禁止が比例原則に適合しているかどうかである。もともと、規制目的の正当性と手段の適合性についてはこれを肯定することに特に異論はないだろう。議論が分かれるのは手段の必要性及び相当性の判断であると考えられるが、以下では相当性の要件に絞って検討を加える。

判例①から判例⑩までの判例は、公開の礼拝を禁止する命令の規定が相当であると判断したが、その内容は微妙に異なっていることに注意する必要がある。ハイニツヒ (Hans Michael Heinig) は、二〇一〇年三月一七日の論説²³において、公開の礼拝を禁止する規定は比例原則に反しておらず、憲法上異議を唱えることはできないと

論じている。ハイニツヒによると、この規定は「長期的な禁止」ではなく、多くの人を救済するために保健衛生政策として理解できる計画に従って実施される「暫定的措置」にすぎない。また、この措置は、特定の宗教に向けられておらず、宗教それ自体にも向けられていないという意味において「中立的」である。さらに、ハイニツヒは、会合が禁止されただけであって、公共の場で活動することも、牧会活動を営むことも、宗教的活動を行うことも禁止されていないと指摘している。カトリック教会は、今後もミサを執り行うことができる。たんに参列者がいないだけである。ハイニツヒのこの指摘は、公開の礼拝の禁止による信教の自由の制約の程度（重大性）を低く評価するものであり、手段の相当性を肯定する論拠となるものである。筆者がとくに注目するのは最後の論拠である。ハイニツヒは、宗教的行為は公開の礼拝以外にも種々のものがあり、公開の礼拝の禁止は宗教的行為の一部を制約するものにすぎない（これ以外の形態の宗教的行為は制約を受けていない）ことを理由として、公開の礼拝の禁止による信教の自由に対する制約の重大性を低く評価している。信教の自由の制約に関する同じ

ような評価は、判例①、判例②、判例③、判例⑤及び判例⑦においても見出すことができる。二〇二〇年四月三日ドレスデン行政裁判所決定(判例①)は、宗教的会合が禁止されても、申立人には他の形態の信仰活動が残されていることを指摘している。²⁴二〇二〇年四月七日ベルリン行政裁判所判決(判例②)は、公開の礼拝の禁止によつて、申立人は、その教義に反する行為をすることを強制されていないし、個人の枠内において宗教的行為をすることを妨げられていないことから、信教の自由の核心領域は影響を受けていないと指摘している。²⁵また、二〇二〇年四月八日ベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所決定(判例③)もあらゆる種類の公開の礼拝が禁止されているわけではないことを指摘している。²⁶さらに、二〇二〇年四月七日ヘッセン州上級行政裁判所決定(判例⑤)は、信者には多くの人が集まることなくできる宗教的行為のすべての可能性が残されていることを指摘している。²⁷二〇二〇年四月九日ハンブルク州上級行政裁判所決定(判例⑦)は、他の信者が出席している礼拝への参加又は礼拝の開催の禁止は「信教の自由の部分領域」のみに影響を与えるにすぎないと指摘している。²⁸こ

れに対して、二〇二〇年四月一〇日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定(判例④)は、公開の礼拝の開催と礼拝への参加は申立人らの信仰の中心的構成要素であり、この信仰上の行為を、教会への個人的訪問又はインターネットによる礼拝の中継といった他の形式の宗教活動に置き換えることはできないという申立人の主張を受け入れ、公開の礼拝の禁止は、基本法四条一項及び二項に基づく申立人らの権利(信仰及び告白の自由)に対する「極めて重大な制約」を意味すると判示し、²⁹信教の自由の制約の程度に関する判例②と判例③の評価を否定している。二〇二〇年四月一〇日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定(判例⑥)も同じ評価をしている。³⁰これは、判例⑤の評価を否定したものである。これ以降の判例(判例⑨⑩)は、公開の礼拝の禁止は信教の自由に対する「重大な制約」であると評価している。もつとも、判例④、判例⑥及び判例⑨は、生命及び健康の保護(基本法二条二項)の重要性を指摘して、信教の自由に対する「重大な制約」にもかかわらず公開の礼拝を禁止する措置の相当性を肯定している。このような状況において二〇二〇年四月二九日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会

決定（判例⑩）が公開の礼拝の全面的禁止の憲法適合性を疑問視したことは注目に値する。同決定は、マスクにおける礼拝の禁止は、少なくともラマダン中の金曜礼拝にも及ぶ範囲において、信仰の自由に対する重大な制約を意味することを指摘し、この観点からすると、本件命令が、―必要に応じて衛生官庁の意見も聴いた上で―具体的事情を総合的に評価する場合には感染の危険の有意的増大を確実に否定できるような礼拝を個別事案において例外的に許可する可能性をまったく認めていないことは、少なくとも、現時点の危険状況、これに依拠した疫学上の危険に対処する現在の戦略においては、是認できないと判示した³¹。本決定が個別の事案において例外的許可を与える可能性のない一般的禁止の基本法四条適合性を疑問視した論拠として複数のものが考えられるが、少なくとも公開の礼拝の禁止が信教の自由に対する「重大な制約」であるとの評価がその一つであることは間違いないと思われる。筆者は、判例①から判例⑩までの判例を分析してみると、公開の礼拝の禁止による信教の自由に対する制約の程度（重大性）の評価が措置の相当性の判断を大きく左右するものであると言えるのではないか

コロナ危機下の信教の自由（岡田）

と考えている。連邦憲法裁判所が公開の礼拝の全面的禁止の憲法適合性を疑問視する決定（判例⑩）を下すに至った要因の一つとして公開の礼拝の禁止による信教の自由に対する制約の程度が重大であるとの評価の定着を指摘することもできるだろう³²。

ところで、ハイニツヒは、公開の礼拝を禁止する規定が比例原則に反しない論拠として、それが「暫定的措置」にすぎないことも挙げている。判例①から判例⑦までの判例は、禁止措置の相当性を判断するに際して措置の暫定性を強調している。これに対して、二〇二〇年四月二十九日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定（判例⑩）はこの論拠に言及していない。ヒルグリユバー（Christian Hillgruber）は、二〇二〇年二月二日に公表されたインタビューの中で、全住民の健康の保護に役立つことを目的とする措置も比例原則を遵守しなければならないこと、礼拝の禁止が、信教の自由に適合するためにはどのような期間まで及ぶのかをきめ細かく見極めなければならず、すべての礼拝の数週間にも及ぶ禁止を根拠付けることは容易ではないと発言していた³³。筆者は、判例⑩が個別の事案において例外的許可を与える可

四三（四九七）

能性のない一般的禁止の憲法適合性を疑問視した背景としては、四月後半にもなると措置の暫定性は論拠として使えないという事情もあると推測している。

(三) つぎに、礼拝中の衛生規則及びマスク着用義務の憲法適合性について検討しよう。礼拝中に衛生規則の遵守を求めることは宗教的行為に制約を加えるものであることについては争いの余地はないだろう。また、礼拝中における感染防護措置を定めた州政府のコロナ命令及び文化省の命令の諸規定による信教の自由に対する制約が比例原則に合致するとした二〇二〇年五月一八日バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所決定（判例⑪）は説得力があり、とくに検討を要する問題はない。検討しなければならぬのは、礼拝中のマスク着用義務の憲法適合性である。もともと、礼拝中のマスク着用義務が信教の自由を侵害するものではないとの結論に異論はないだろう。ここで検討しなければならないのは、そもそもマスク着用義務を課すことが信教の自由を制約しているかどうかという点である。この点について、二〇二〇年六月二六日バイエルン州上級行政裁判所決定（判例⑫）は、少なくとも申立人の主張による限りでは、命令

に基づくマスク着用義務が基本法四条一項及び二項に基づく申立人（礼拝参列者）の基本権を制約していると判断することに説得力があるように思われないと指摘しており³⁴。マスク着用義務が申立人の信教の自由に対する制約に当たらないと解しているようにも読める。これに対して、二〇二〇年一月一七日フランクフルト行政裁判所決定（判例⑬）は、マスク着用義務が、司祭の宗教活動及び牧会活動において司祭に影響を与え、これにより、宗教的行為並びに宗教的慣行の実践及び遵守の領域において影響を与え、とともに、基本権の核心領域に根付いている行為に影響を与えることに争いはないと指摘し、マスク着用義務が司祭の信教の自由を制約していると考えていると推測される³⁵。判例⑫と判例⑬の違いは、「礼拝参列者」に対するマスク着用義務か、それとも「司祭」に対するマスク着用義務かという事案の違いに起因するのかもしれないが、ここでは、そもそもマスク着用義務を課すことが信教の自由を制約しているかどうか一つの重要な論点であるとの問題点の指摘で満足するほかない。最後に、礼拝中以外の場面にについても一言しておく、宗教上の戒律が顔を覆い隠すことを禁止し

ている場合には、このような宗教を信仰している人にマスク着用義務を課すことはその人の信教の自由に対する制約に当たるといえることができるであろう⁽³⁶⁾。しかし、それ以外のケースにおいて、マスク着用義務が信教の自由の制約に当たるとどうか、制約に当たるとした場合があるとして、制約に当たるというためにはどのような要件が必要なのか。これは、理論的には極めて興味深い論点と言えるよう。

(1) 岡田俊幸「コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所」
日本法学八六卷二・三号(二〇二〇年)一一七頁以下。
この論文の原稿は二〇二〇年六月八日に提出された。同論文の脱稿後に公表された(又はその存在に気付いた)関連文献(ドイツの法制度や判例を紹介した論文)として、以下のものがある。まず、泉眞樹子による一連の論文が挙げられる。泉眞樹子「【ドイツ】新型コロナウイルス感染症対策関連法(その二)」外国の立法二八四・一号(二〇二〇年)一二頁以下、同「【ドイツ】コロナ危機に対処するための税制支援に関する法律」外国の立法二八四・二号(二〇二〇年)一二頁以下、同「【ドイツ】コロナ禍による第二次補正予算法及び経済安定化対策等」外国の立法二八五・一号(二〇二〇年)四頁以下、同

「【ドイツ】コロナ禍の自治体支援のための憲法改正等及び倒産防止策延長」外国の立法二八五・二号(二〇二〇年)四頁以下。また、水島朝穂が自己のホームページに掲載している「直言」にも継続的にドイツの状況が紹介されている。「2020/7/6: コロナの『永続波』にいかに対応するか―『新しい日常』?」(<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2020/0706.html>)。『2020/10/26: 欧州におけるコロナ危機―Go To トラブルの日本』(<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2020/1026.html>)。また、横田明美・阿部和文「ドイツにおける COVID 19 (新型コロナウイルス感染症)への立法対応―連邦と州の権限配分及び行政情報法の観点から」JILIS レポート Vol.3 No.2 (一般財団法人情報法制研究所、二〇二〇年)、中西優美子「ドイツのコロナウイルス対応とEU (ドイツからの報告)」週刊経団連タイムス・緊急レポート(短期集中連載②)二〇二〇年五月十一日 (https://www.keidanren.or.jp/journal/times/2020/covid19_EU02.html)。山本真敬「COVID-19とドイツの法状況」ジュリスト一五四六号(二〇二〇年)七一頁、石塚壮太郎「ドイツにおける緊急事態宣言?」弘文堂スクエア『〈コロナ〉と憲法 COVID-19 感染拡大への各国対応と緊急事態宣言から考える 第四回 (2020-10-06)』(<https://coronatokkenpon.hatenablog.com/entry/2020/10/06>)。瀬古雄祐「【ドイツ】経済安定化基金の創設―新型コロナウイルス感染拡大対

策―」外国の立法二八五・一号（二〇二〇年）八頁以下、横田明美「ドイツ感染症予防法の多段改正と市民への情報提供― COVID-19（新型コロナウイルス感染症）への法的対応」論究ジュリスト三五号（二〇二〇年）七〇頁以下がある。また、ドイツの法制度等に関する記述を含む論文として、井田敦彦「COVID-19と緊急事態宣言・行動規制措置―各国の法制を中心に―」調査と情報―ISSUE BRIEF―一一〇〇号（国立国会図書館、二〇二〇年）一頁以下がある。なお、熊谷徹『パンデミックが露わにした「国のかたち」欧州コロナ一五〇日間の攻防』NHK出版新書（二〇二〇年）、翁百合「ドイツのコロナ対策から何を学べるか―医療態勢・機動的対応・財政運営―」NIRA オピニオンペーパー No. 54（二〇二〇年一〇月）(<https://www.nira.or.jp/pdf/opinion54.pdf>) も参照。

(2) 岡田・前掲注(1)において、連邦憲法裁判所が二〇二〇年三月中旬から五月末日までの間にコロナ・パンデミックに関連する事案について下した諸決定を時系列に沿って紹介したが、二〇二〇年六月一日以降も、連邦憲法裁判所はいくつかの注目に値する決定を下している。例えば、COVID-19との関連においてトリアージ規制をしない立法者の不作為に対する仮命令発布の申立てを棄却した二〇二〇年七月一六日連邦憲法裁判所第三部会決定 (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten

Senats vom 16. Juli 2020 - 1 BvR 1541/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200716_1bvr154120.html) や「長時間の無言デモの禁止に関する仮命令の発布の申立てを斥けた二〇二〇年八月三〇日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定 (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 30. August 2020 - 1 BvQ 94/20 -, http://www.bverfg.de/e/gk20200830_1bvq009420.html) を挙げることができる。筆者は、これらの決定についても紹介する作業を行う計画を立てていた。しかし、言い訳にすぎないことを承知しつつあえて申し上げると、IT「未修者」である筆者は、まさに予想通り(!) オンライン授業の準備と実施に手間取り、残念ながら上記の計画は実現できなかった。

(3) 本稿は、二〇二〇年一二月一二日に提出された。言うまでもないが、本稿が研究の対象とする判例は二〇二〇年一二月一三日までに筆者が知り得たものに限られる。なお、アメリカ合衆国における状況については、大林啓吾「コロナ禍の信教の自由」弘文堂スクエア『ヘロナ」』と憲法 COVID-19感染拡大への各国対応と緊急事態宣言から考える第一一回 (2020-12-09)』(<https://coronatokenkou.hatenablog.com/entry/2020/12/09>) によって紹介されている。

(4) 本稿は、ドイツの判例を出来る限り客観的・内在的に紹介する作業を行うことを企図するものであるが、こ

の作業は、あくまでも信教の自由に対する制約の憲法適合性という限定的な視角から行うものにすぎない。従って、行政訴訟法上の論点についてはまったく触れておらず（そもそも筆者にはこれを紹介・検討する能力はなく）、客観的・内在的にドイツの判例を紹介する作業を行うとしても、行政法研究者がこの作業をした場合には、全く別の紹介の仕方になるかもしれない（vgl. Philipp Bender, Verwaltungsgewalt durch Maßnahmen zum Schutz gegen Gottesdienstverbote durch Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus, in: NVwZ - Extra 9b/2020.）。

(5) 本稿は、その多くの部分を連邦憲法裁判所及び行政裁判所が下した諸決定を時系列に沿って客観的・内在的に紹介する作業に当てており、また、諸決定について若干の検討を行う部分も含んでいるが、問題点の抽出にとどまり、立ち入った理論的考察を行うものではない。この意味において、本稿は、「論説」の水準にまったく到達しておらず、「研究ノート」の性格を有するにとどまるものである。しかし、岡田・前掲注(1)一五三頁で述べたことを繰り返して述べると、コロナ危機の時期におけるドイツの裁判所の活動を客観的に記録しておくことにも少なくない意味があると考えられるし、また、ドイツの裁判所の判例を紹介することは、日本においてなお継続しているコロナ・パンデミックに関わる憲法上の問題を考察する上でも一つの参考資料となることも考えられる。

以上の理由から「研究ノート」の性格を有するにとどまる本稿をあえて公表することにした次第である。

(6) VG Dresden, Beschluss vom 03. April 2020 - 3 L 182/20 -, juris. 以下、判例の引用は、本文中に当該箇所の欄外番号を示す「L182/20」で行う。

(7) VG Berlin, Entscheidung vom 07. April 2020 - 14 L 32/20 -, juris.

(8) BVerfGE 108, 282, 297; BVerwGE 112, 227 ff., 314, 318.

(9) Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 08. April 2020 - OVG 11 S 21/20 -, juris.

(10) 行政裁判所は、St. Afra-KircheをS教会と表記しているのに対して、連邦憲法裁判所はSt. A教会と表記している。

(11) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 - 1 BvQ 31/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq003120.html. この決定は、岡田・前掲注(1)一二六頁以下においても紹介しておいたが、判例の展開を時系列に沿って客観的に紹介するという観点からこの決定の紹介を省略することはできず、ここでも繰り返して紹介することにした。以下の記述は、岡田・前掲注(1)一二六頁以下の記述を利用している。

(12) Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 07. April 2020 - 8 B 892/20.N -, juris.

- (13) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq002820.html. この決定は、岡田・前掲注(1)一二四頁以下においても紹介しておいたが、判例の展開を時系列に沿って客観的に紹介するという観点からこの決定の紹介を省略することはできず、ここでも繰り返し紹介することにした。以下の記述は、岡田・前掲注(1)一二四頁以下の記述を利用している。
- (14) VG Hamburg, Beschluss vom 09. 04. 2020 - 9 E 1605/20. この決定については、欄外番号が付されていないため、本文中に頁数を示すことにより引用する。
- (15) Thüringer Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 09. April 2020 - 3 EN 238/20 -, juris.
- (16) OVG Lüneburg, Beschluss vom 23. April 2020 - 13 MN 109/20 -, juris.
- (17) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020 - 1 BvQ 44/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200429_1bvq004420.html. この決定は、岡田・前掲注(1)一二八頁以下においても紹介しておいたが、判例の展開を時系列に沿って客観的に紹介するという観点からこの決定の紹介を省略することはできず、ここでも繰り返し紹介することにした。以下の記述は、岡田・前掲注(1)一二八頁以下の記述を利用している。
- (18) Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 18. Mai 2020 - 1 S 1357/20 -, juris.
- (19) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 26. Juni 2020 - 20 NE 20.1423 -, juris.
- (20) VG Frankfurt, Beschluss vom 27. Oktober 2020 - 5 L 2749/20.F -, juris.
- (21) 二〇二〇年四月九日バイエルン州上級行政裁判所決定 (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 09. April 2020 - 20 NE 20.738 -, juris) は取り上げなかった。以下にその内容を簡単に紹介しておく。申立人は、ミュンヘンに住所を有しているローマカトリック教徒であり、二〇二〇年四月六日付け書面によって、教会、モスク及びシナゴグにおける会合を原則として禁止したバイエルン州命令一条一項二文に対して、宗教的行使の自由 (基本法四条一項及び二項) の侵害を理由として、行政裁判所法四七条六項に基づく仮の権利保護を求めた (Rn. 6)。これに対してバイエルン州上級行政裁判所は、仮の権利保護手続きに対する権利保護の必要性を否定して、申立てを斥けた。上級行政裁判所は、次のように判示した。大司教区ミュンヘン及びフライジングは、自発的に、COVID-19の羅病の拡大を阻止し、とくに危険にさらされているグループを保護するために、二〇二〇年四月一九日まで公開の礼拝の執行を中止し、信者 (申立人もこれに含まれる) に対してミサに参列する義務を免除している。大司教区ミュンヘン及びフライジングの決

定は、教会の内部領域における自律的法定として、カトリック教会の構成員である申立人によって差し当たり尊重されなければならない。それ故、申立人は、現在のところ、すでに実際上の理由から、自己の属する信仰共同体の礼拝に参加する可能性を有していなむ (Rn. 23)。⁽²¹⁾ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 09. April 2020 - 20 NE 20.704 - は同種の事案を扱ったものであるが、同じくは紹介しない。

また、関連する判例として、VG Hannover, Beschluss vom 07. April 2020 - 15 B 2112/20 -, juris; Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 09. April 2020 - 3 B 119/20 -, juris; Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 09. April 2020 - 3 B 115/20 -, juris; OVG Lüneburg, Beschluss vom 28. April 2020 - 13 MN 90/20 -, juris 等があるが、紹介しない。

(21) BVerfGE 28, 243, 261.
(22) *Hans Michael Hennig*, Gottesdienstverbot auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes: Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und Grenzen, VerfBlog, 2020/3/17, <https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/>.

(23) VG Dresden, Beschluss vom. 03. April 2020 - 3L 183120 -, juris, Rn. 22.

(24) VG Berlin, Entscheidung vom 07. April 2020 - 14 L

32/20 -, juris, Rn. 22.

(25) Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 08. April 2020 - OVG 11 S 21/20 -, juris, Rn. 12.

(26) Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 07. April 2020 - 8 B 892/20.N -, juris, Rn. 53.

(27) VG Hamburg, 09.04.2020 - 9E 1605/20, S. 15.

(28) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 - 1 BvQ 31/20 -, Rn. 10, http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq003120.html.

(29) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20 -, Rn. 11, http://www.bverfg.de/e/qk20200410_1bvq002820.html.

(30) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020 - 1 BvQ 44/20 - Rn. 14, http://www.bverfg.de/e/qk20200429_1bvq004420.html.

(31) 柴田正義「〈研究ノート〉コロナウイルス禍と礼拝の自由」金城学院大学論集社会科学編一七巻一号(二〇二〇年)二六頁以下(二九頁)は、「特にキリスト教において、『礼拝は信仰のいのち』であり信教の自由の中核的役割を果たしていることが明らかになった。このため、礼拝自粛に伴いオンライン等の代替措置を講ずることは、宗派によっては、その本質的意義を損なうことになり、慎重になされなければならない。」と指摘してい

る。また、土井健司「【緊急提言】礼拝学の視点から
(二) 礼拝 守る知恵と工夫を」(二〇二〇年三月一日
付けキリスト教新聞ホームページ)は、「主日礼拝の中止
やはり、それはちょっと行き過ぎではないか。例えばカ
トリックのミサは、その中心に『エウカリスティア』が
あり、つまりプロテスタントという聖餐式が中心になる。
そのため信徒の出席は必ずしも必要ではなく、司祭はミ
サを執り行い、その祭儀を実施することができるとであ
う。これに対して私たちプロテスタントの礼拝は、み言
葉の朗読とその説教が中心となる。ここにミサと礼拝の
違いがある。聖餐式は一つの儀礼として参加者がいなく
とも司祭一人で執り行うことができる。しかしプロテス
タントの礼拝は、説教を中心とするかぎり牧師が一人で
礼拝を行うことはないのである。「改行」したがって、プ
ロテスタントの場合、主日礼拝の中止は、一週間の区切
りの中で教会として礼拝をまったく行わないことになっ
てしまおう。」と指摘している (<http://www.kirishin.com/2020/03/06/41698/>)。

(33) *Christian Hillgruber*, Können Gottesdienste verboten werden? / Kirchenrechtler über Religionsfreiheit und Corona, <https://www.domradio.de/themen/corona/2020-03-12/koennen-gottesdienste-verboten-werden-kirchenrechtler-ueber-religionsfreiheit-und-corona>.

(34) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 26. Juni 2020 – 20 NE 20.1423 –, juris, Rn. 24.

(35) VG Frankfurt, Beschluss vom 27. Oktober 2020 – 5 L 2749/20.F –, juris, Rn. 26.

(36) Vgl. *Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages*, „Mund-Nasen-Bedeckung“ und Freiheitsrechte, WD 3 – 3000 – 109/20, S. 9.

水先人の重過失と被嚮導船舶の船舶所有者に対する 損害賠償責任^①

——大阪高判平成二八年一〇月一四日

Westlaw Japan 文献番号 2016WLJPCA10146003 ——

南 健 悟

【事実の概要】

一 本件は、平成二二年七月一五日に発生した原告X社所有の船舶（以下、本船という）が中華人民共和国から兵庫県姫路港へ向かって航行していた際、浅瀬に座礁したこと（以下、本件座礁事故という）につき、本件座礁事故の原因は本船の水先業務に従事していた被告水先人

Y1が本船を右転させるべき地点を取り違えて予定より早く右転させた重過失にあるとして、X社がY1らに対して上記水先契約及び不法行為に基づき損害賠償責任を追及した事件である。

Y1は、平成二二年七月一五日午後五時五〇分、水先業務を行うため、神戸市和田岬沖合で本船に乗船し、水

先業務を開始した(以下、本件水先業務と、そのための水先契約を本件水先契約という)。なお、本件水先契約は次のような規定を含む内海水先区水先約款(以下、本件約款という)によつて規律されている。

二二条一項

「船長は、水先人の操船上の助言が確實かつ迅速に実行されているか否かを常に監督するものとする。」

同二項

「船長は、一般見張りを嚴重に行ない、港内又は特殊な水域航行中は適当な場所に見張員を配置し(レーダーを装備する船舶にあつては、これを活用する。)異常を認めたとときは速かに水先人に通知するものとする。」

二二条一項

「船長又は船舶所有者は、水先人に水先をさせた場合において、水先人の業務上の過失により、当該船舶、船長、船員又は第三者に生じた損害については、水先人の責任を問わない。この場合において、水先人は、当該船舶に關して支払われるべき水先料の全額を船長又は船舶所有

者に請求しないものとする。」

同三項

「前二項は、水先人の故意又は重大な過失に基づく責任については、適用しないものとする。」

Y1が、本船乗船後、本船D船長に対し同意を求めたパイロットインフォメーションカード(以下、PICという)には、水先人からのBRM〔ブリッジ・リソース・マネジメント〕の実践として、「PICの嚮導計画を確認すること、PICの記載と水先人の実際の嚮導に矛盾があれば、水先人に質問すること」が、また、水先業務チェックリストには、「本船への要請(特にBRMP〔ブリッジ・リソース・マネジメント・フォー・パイロット〕の一環として)見張り及び適当な間隔で船位測定、海図への記入、航行監視―計画航路より大きく外れた場合のリマインド、PILOTの操船意図/意見に疑問があるときの質問」がそれぞれ記載され、船側のチェックを求めている。Y1は、D船長から機関や航海計器などに異常がない旨の説明を受け、PICを提出し、これによれば、本件水先業務における予定航路は、明石

海峡航路を抜けた後、推薦航路を西南西方向に航行し、播磨灘航路第六号灯浮標を航過し、同第五号灯浮標の周りで右転し、鹿ノ瀬西方灯浮標（ただし、同灯浮標はP I Cには記載されていない）の西方を北上し、姫路港広畑区に向かい錨泊するというものであった。なお、Y 1は、当初から、鹿ノ瀬西ルート・北ルートを航行することを予定しており、本船の右転予定地点は、播磨灘航路第五号灯浮標ではなく、鹿ノ瀬西方灯浮標とする予定であったが、上記カードによる説明は、カンタマルートを避けて、鹿ノ瀬西ルートを航行する大略のルートを示す趣旨であると理解していたことから、右転予定地点が鹿ノ瀬西方灯浮標付近であることについては、D船長及びその他の乗組員に告げず、海図等を利用した予定針路の説明もしなかった。本船は、同日午後六時一八分頃、明石海峡航路に入航した後、午後六時三〇分頃までは、D船長を含め、約一〇人が船橋にいたが、明石海峡大橋を通過後、Y 1に声をかけることなく、D船長は夕食をとるため船橋から降りた。そのため、ブリッジ内にはY 1のほか、一等航海士E（以下、当直航海士という）と操舵手F（以下、当直操舵手という）が残り、航海当直

を行った。当直航海士は、日本の港に入るのは初めてであり、当直操舵手は、日本へ入航したことはあるが、瀬戸内海を航行するのは初めてであった。当直操舵手は、手動で舵をとっており、当直航海士は、レーダーを見るなどして見張りをし、明石海峡航路を出てからは一五分おきに本船の位置を海図に記入していた。本船は、明石海峡航路を通航していたが、同日午後六時四三分頃、同航路西口で、針路を二四八度に定め、一一・四ノットの速力で航行した。本船が播磨灘航路に入った頃、本船よりも速力が遅い二隻の小型船（以下、同航船という）が、本船の前方を同じ方向に航行していた。Y 1は、鹿ノ瀬西方灯浮標の周辺で右転する鹿ノ瀬西ルート・北ルートにより、姫路港へ向けて航行する予定であったことから、これらの同航船をいかに追い越して右転するかを遣った。本船は、鹿ノ瀬灯浮標を航過した午後七時三〇分頃、本船に近い方の同航船一隻を追い越した。同日の日没時刻は午後七時一五分であり、鹿ノ瀬灯浮標は点灯していた。日没後の薄明りの中ではあったが、視界は良く、Y 1は、目視及び双眼鏡により、同灯浮標の灯火、塗色及び形状の種類を確認しようと思えば、することが

できた。ところが、このときY1は、視認した灯浮標と本船との位置関係をレーダー及び目視で確認し、レーダー画面上の映像で通常右に見て変針する鹿ノ瀬西方灯浮標沖における同灯浮標と本船との相関映像の情景と、本件座礁事故直前の本船のレーダー画面に映し出された鹿ノ瀬灯浮標と本船との相関映像の情景とが、あまりにも類似していたため、瞬間的に錯覚に陥り、視認した鹿ノ瀬灯浮標を鹿ノ瀬西方灯浮標であると思い込んだ。しかも、Y1は、その際、自ら視認し、レーダーでも認識した灯浮標の種類を確認しなかったばかりか、GPSや海図によって灯浮標や船位を確認することもしなかった。そして、Y1は、鹿ノ瀬西方灯浮標を本船右舷側に一マイル隔てて航行する針路を取れば、本船を安全に右転させ、姫路港に向かう予定針路に導くことができるものとされていたことから、同日午後七時三一分、本船は、実際に、播磨灘航路第六号灯浮標を航過しただけで、鹿ノ瀬西ルート・北ルートの右転予定地点である鹿ノ瀬西方灯浮標の周辺には達していなかったにもかかわらず、当直操舵手に対し、本船を手動操舵に切り替え、右転のため針路二五五度を指示し、さらに、徐々に右に変針す

るよう指示した(以上のY1の灯浮標誤認とこれに基づく右変針指示を「本件Y1の行為」という)。当直航海士は、本船の船位について「鹿ノ瀬の南西沖であり、もう少しで北西側に位置する浅瀬を過ぎるところ」であると認識していたが、Y1には報告しなかった。また、本船が鹿ノ瀬を航過したため針路を北寄りに向けたのだと理解したが、最後の位置を記入してからあまり時間が経過していないため、少し不安に駆られたが、変針の地点についてもY1に尋ねることはしなかった。結果的に、本船は、午後七時三二分頃、鹿ノ瀬灯浮標を正横に見ながら徐々に右変針し、それ以上は変針することなく航行を続け、同日午後七時四〇分頃、同灯浮標の北に位置する鹿ノ瀬の浅瀬に座礁した。なお、Y1は本件座礁事故について、業務上過失往来危険の罪で起訴され、罰金三〇万円の略式命令を受け、また、海難審判において一か月間の業務停止に処せられた^②。

そこで、Xは、Y1に対して水先契約の債務不履行及び不法行為に基づき、本件座礁事故によってXが被った損害金二億五二九万七四八六円及び遅延損害金を、さらに、Y1が所属する被告水先人会及び被告水先人連合

会（Y2）に対して、Y1の使用者であり、またY1を監視監督する義務があったのにこれを怠ったとして、不法行為又は使用者責任に基づき、連帯して上記損害賠償金及び遅延損害金の支払いを求めた。

二 原審（神戸地判平成成二七年九月三日 Westlaw Japan 文献番号2015WLJPCA09036007）は以下のよう
に判示して、Y1に対する請求の一部を認容した。

「〔本件水先約款二二条の〕免責及びその排除規定の趣旨・目的は次のとおりであると解される。すなわち船舶事故は、その性質上、常に船舶所有者に多額の人的、物的損害を発生させる危険性を有しているが、その反面、船舶所有者は、かかる船舶を所有し、かつ、これを水先人などを利用して運航に供することによって多くの利益を取得し得る地位にある。このことに鑑みると水先業務において水先人の過失によって生じた損害の全てを水先人に負わせることは酷に過ぎ、損害の公平な分担という観点からも水先人の責任を一定の範囲で制限し、これを保護する必要がある。そこで、このような水先人保護の要請を踏まえ、水先人の責任を故意又は重過失がある場合に限定し、通常要求される程度の注意を尽くさなかつ

たことにより生じた損害については、これを免責することにした。以上が本件水先約款二二条の趣旨であると解されるが、これに照らして考えると、同条二項にいう『重過失』とは、注意義務違反の程度が故意と同視し得るほど顕著で、この免責規定により水先人を保護する必要性を欠く場合、すなわち水先人が通常要求される程度の注意を払うまでもなく、それ以下の僅かな注意を払うことを怠らなければ、容易く違法かつ有害な結果を予見し、これを回避することができたにもかかわらず、その僅かな注意を払わなかったため、上記違法、有害な結果を予見し、回避することができなかった場合をいうものと解するのが相当である」と述べた上で、「Y1は、上記のとおり同日午後七時一八分、実際に播磨瀬航路第六号灯浮標を通過し、右舷側に鹿ノ瀬の浅瀬を見ながら南西方向へ航行していたにもかかわらず、迂闊にも上記の僅かな注意を払うことを怠り、容易に見分けることができるはずの『鹿ノ瀬灯浮標』を『鹿ノ瀬西方灯浮標』と
思い込み、操舵手に対して本船の右転を指示した上、その後も自らの誤りに気づかず、漫然と鹿ノ瀬の浅瀬に向け航行を続け、本件座礁事故を招いたものであるとい

得る。そうだとするとY1の行為における同被告の注意義務違反の程度は、他に『特段の事情』が認められない限り、故意と同視し得るほど重大であるといわざるを得ない」として、その特段の事情について、第一に、「本

件水先業務においてBRMという手法が十分に励行されず、本船の船長らとの間で有効な情報交換やその提供が行われなかったことそれ自体は、いずれの側の安全意識にも問題があったことに基因しているといわざるを得ず、僅かな注意を払うことを怠ったY1の注意義務違反の程度を通常の過失レベルにまで軽減させるような性質のものではなく、損害額の認定に当たって損害の公平な分担という見地から過失相殺の一事情として斟酌されるにとどまるものというべきである。：Y1の行為が水先人であるY1と本船の船長ら乗組員との間で適切なBRMが励行されず、本件座礁事故の防止に向け通常であれば行われるであろう情報交換等が行われなかったことは、上記『特段の事情』を基礎づける具体的な事実関係には当たら「ない」とし、第二に、「本件座礁事故の発生地点周辺の海域の特性やそのときの周辺状況等は、上記『特段の事情』を基礎づけるに足りるものではなく、上記重

過失に関する判断を左右しない」とし、本船側の過失について二割、過失相殺して、Y1に対して一億九二二六万一八七四円の賠償を認め、Y2に対する請求は棄却した。X及びY1が控訴。

【判旨】Y1の控訴に基づき原判決一部取消・請求棄却、Xの控訴棄却。

I 本件約款の免責条項における「重過失」の意義

「本件免責条項の主な趣旨、目的は、：水先人は海上交通に不可欠な役割を果たしている反面、いったん水先業務により事故が発生した場合には、損害がその負担能力をはるかに超えて甚大になることがあり、これを保険等により適切に補てんすることも困難であることから、水先人を保護すべく、その責任を一定の場合に限定しようというものであると解される。：本件免責条項において水先人が免責されない重過失とは、単に、過失の程度が重大であることを意味するものではなく、水先人の注意義務違反の程度が故意と同視し得るほど顕著であり、上記の本件免責条項の趣旨、目的に照らしても、水先人を保護する必要性を欠く場合、すなわち、①水先人が、違

法、有害な結果発生のおそれのあることを認識しながら、その認識のもとで通常の水先人であれば行うはずのない無謀な行為をしたような場合ないし②通常要求される程度の注意を払うまでもなく、それ以下の僅かな注意を払うことさえ怠らなければ、たやすく違法かつ有害な結果を予見し、これを回避することができたにもかかわらず、その僅かな注意を払わなかったため、上記違法、有害な結果を予見し、回避することができなかつた場合をいうものと解するのが相当である。」

II Y1の重過失について

(一)「本件免責条項は、船長又は船舶所有者と水先人の関係を規律するものであるから、重過失と認められるかどうかの判断に際しては、単に、水先人の過失の軽重のみによって判断することは相当ではなく、船長又は船舶所有者側に水先人の水先業務の遂行を阻害するような落ち度が認められる場合には、これらを総合して考慮し、当該船長らの落ち度を考慮してもなお、水先人の過失が重大であるといえるかどうかを考慮されるべきである。」

(二)「Y1が、このような錯誤から脱するには、①Y1が実際に視認した灯浮標の色、形、灯質等を確認するこ

と、②本船搭載の二台のレーダーのレンジを適宜変更して、視認に係る上記灯浮標と周辺の灯浮標との位置関係を確認すること、③右転開始の予定時刻との整合性や、直前に航過した播磨灘航路第六号灯浮標からの所要時間を確認すること、④本船搭載のGPSや海図を用いて船位を確認すること、⑤これらにより船位を把握していた当直航海士に本船の位置を確認すること、などの比較的容易な措置をとることにより、可能であったと考えられる。そうすると、このような措置すらとることもなく航行を続けたというY1の注意義務違反については、重大なものであったと見る余地もないではない。」

(三)「Y1は、当時、灯浮標の灯火や塗色等を識別することが物理的には可能であったとしても、視界の良い昼間や灯火が認識しやすい夜間の場合のように、容易にこれらを識別することが可能であったとまではいえず、むしろ、視界に入った約一マイル先の灯浮標の誤認が起りやすい時間帯であったとみることとできる…。：加えて、前述したように、本船のレーダーに映る鹿ノ瀬灯浮標と本船との位置関係は、一見すると、Y1が右転を予定していた鹿ノ瀬西方灯浮標と本船との位置関係に酷似

していた。なお、目視による確認の重要性は、今なお指摘されている。…ものの、近年は、レーダー等の電子航海機器の発達、進化に伴い、電子航海計器による位置確認などが主流となりつつあることも指摘されているところである。…そして、レーダーの誤認による船位不確認を引き起こすことも、必ずしも珍しいことではない。…以上のような状況は、水先人にとつては、灯浮標の思い込みや誤認が起こりやすい状況が重なっていたということができるから、Y1が、いかに、専門資格を有する水先人であり、周辺海域等を熟知していたとしても、上記の各状況が複合した結果、錯覚や錯誤に陥り、灯浮標の思い込みや誤認を起こすことも、あり得ないことであるとは言い切れない。そして、錯誤に陥った当人は、そのことに容易には気付かず、外部から何らの指摘も受けなければ、…灯浮標や船位の確認を行う必要性も自覚できないまま、結果として錯誤が見過ごされることも、あり得ないことではない。…」

(四) 「Y1の過失の程度を評価するに当たっては、本船におけるBRMの実際の状況がどのようなものであったのかについても、考慮する必要があるというべきである。

そして、…水先人乗船時のBRMの実施は、本件条約及び本件入出港手順書として本船側に強制されており…、本船側は、水先人が乗船して嚮導を行う場合であっても、安全に対する船長の責任が軽減されるものでないこと、そして、当直職員は、水先人の嚮導中に船長が船橋に不在の場合には、船の安全運航についての責任を自身が負い、水先人のとる対応や意図に疑問が生じた場合には水先人に説明を求め、それでも疑問が残る場合は、船長に報告し、さらに、緊急的な対応が要求される場合には、自ら対応するものとされている。現に、Y1も、本件水先業務を開始するに当たって、BRMPの一環として、本船側に対し、見張り及び適当な間隔での船位測定、海図への記入、航行監視等を行うよう、要請していたものである。それにもかかわらず、D船長は、明石海峡大橋を通過した後、Y1に対し、用件等を何ら告げることなく船橋から姿を消し、その後いったんは戻ったものの、結局本件座礁事故が発生するまでの間、Y1と操船について情報交換を行うことはなかった。また、当直航海士も、本件行為の直前である午後七時三〇分頃、本船の位置を海図に記入していた際、本船の位置が『鹿ノ瀬の南

西沖であり、もう少しで北西側に位置する浅瀬（鹿ノ瀬）を過ぎるところ』にあることを認識し、かつ、その直前の海図記入時から時間が経過していなかったため、Y1の右転指示に対し、少し不安を感じていたにもかかわらず、Y1に対して、それらのことを報告したり、あるいは問い質すことをしなかった。そして、仮に、これらの情報交換等が適切に行われていたならば、本件行為が行われることなく、本件座礁事故も未然に防止できた可能性は少なくない。：他方、「STCW」条約による水先人乗船時のBRMの実施は、船長をリーダーとして構築されるものであって、かつ、水先人を船長の助言者あるいは被用者にすぎないと解したとしても、BRMが船側と水先人との間の情報交換により成立するという性質上、船側にのみ課された義務と見るのは相当ではなく、水先人に対しても、ブリッジチームの一員として、その義務を課しているものと解すべきである。：本件座礁事故の場合、D船長が離橋したことはともかく、少なくとも当直航海士が抱いた：疑念は、正に、本件座礁事故に直結する航路の逸脱であって、本船が鹿ノ瀬に向かっている（少なくともその可能性がある）ことを認識

しながら、Y1にその旨の指摘をしたり、Y1に操船の意図を確認する行動を取らなかったものであるから、そのこともまた、本件水先業務の遂行に与えた影響は、無視できないというべきである。これらに照らせば、一方においては、本船側の落ち度を軽視することもまた、相当ではないというべきである。：以上を総合勘案すれば、本件座礁事故は、Y1の過失行為（本件行為）によるものであることは否定できないもの、本船側にも、Y1の本件水先業務の遂行を阻害するに足る相応の落ち度があったことは否定できない。

そして、本船側の落ち度は、：条約による国際的な法的義務に違反するものである上、これが果たされていれば、本件座礁事故を未然に防止できた可能性が少なくなかったと考えられることに照らせば、Y1の本件行為による過失を、：重過失、すなわち、水先人として通常要求される以下の僅かな注意を怠ったものと評価することも、相当ではないというべきである。」

Ⅲ Y2の不法行為・使用者責任・債務不履行責任

(一)「Y2のうち水先人」は、水先業務を提供する主体である水先人個人の業務が、膨大・煩雑であり、か

つ公益性の高い性質を有することを踏まえ、これを事務的・物理的な側面から補助し支援することを事業の目的としているにとどまるといえるのであるから、…水先人会が本件水先契約の実質的な主体であることを具体的に基礎付けるに足りるものではなく…、水先人会は、あくまで水先人から委託を受け、一元的に、水先人のする水先の引き受けに関する事務の取次ないしは窓口業務を行うことを目的としているにとどまり、水先人を実質的に指導・監督するための組織ではない上、他に、Y1との間に実質的な指揮監督関係(使用関係)を基礎付ける特段の事情を認めるに足りる証拠はない。

(二)「水先人会の行う水先人に対する指導、監督等は、あくまで水先業務の適正かつ円滑な遂行を確保するための教育的な補助支援活動にとどまるのであって、水先人が締結した個々の水先契約の相手方(船舶所有者等)やその他の第三者の法的利益を直接保護することを目的とするものではない。そうだとすると水先人会は、他に『特段の事情』が認められない限り、個々の水先契約の相手方(船舶所有者等)やその他の第三者との関係で、水先人に対して必要かつ適切な指導、教育(注意喚起)

を行うべき注意義務を負っているものとは解されない」。

(三)「Y2のうち連合会」は、水先人会の会員の品位を保持し、水先業務の適正かつ円滑な遂行に資するため、水先人会及びその会員の指導、連絡及び監督に関する事務を行うことを目的としており、したがって、その上記各会則も、水先業務の適正かつ円滑な遂行を確保するためのものであって、水先人が締結した個々の水先契約の相手方(船舶所有者等)やその他の第三者の法的利益の保護を目的とするものではない。そうだとすると連合会は、『特段の事情』が認められない限り、個々の水先契約の相手方(船舶所有者等)やその他の第三者との関係で、水先人に対して必要かつ適切な指導、教育(注意喚起)を行うべき注意義務を負っているものとは解されない」。

(四)「水先人会が、水先人らが定めた会則に基づき、〔水先人会が設置する合同事務所を経由して水先契約の締結をするものとする〕こと、水先人会が、水先人の指導、連絡、監督及び処分を行い、当直制度や輪番制を整備すること、水先人に支援情報を提供すること並びに水先人に代わって水先料の請求手続を行い、船会社は水先人会

に水先料と旅費を支払っていることの各業務」を行っていることをもって、水先契約の主体が、個々の水先人ではなく、水先人会であるとはいえない」。

【研究】

一 本判決の意義

本件は、水先人の水先契約の一方当事者である船舶所有者（船主・本船側）に対する損害賠償責任が直接的に争われ、また水先約款の免責条項の解釈について判断された、おそらく日本で初めての裁判例であると思われる。従来、水先人の責任については、水先人による嚮導により他船と衝突した場合に、当該他船の船舶所有者に対する水先人の責任がどうなるのかなどについては判例及び^④学説上争われていたが、本件は、水先契約当事者間における損害賠償責任関係が争われた事例であり、本件に係る評釈を除き、判例及び^⑤学説上、ほとんど議論されてこなかった事例と思われる。そのため、先例となる裁判例も学説における議論もほとんどない重要な論点について

下級審裁判例とはいえ初めて判断をしたという点において重要な意義を有する。さらに、本件では後述するように、船長以下、本船の乗組員と水先人との関係に関するブリッジ・リソース・マネジメント（BRM）及びブリッジ・リソース・マネジメント・フォー・パイロット（BRMP）についても言及されており、それが水先行為の履行において、どのような法的な位置づけが与えられているのかを示したものとしても重要な意義を有する。

二 水先人と水先契約

水先人とは、一定の水先区について水先人の免許を受け、船舶に乗り込み当該船舶を導く（嚮導する）者とされている（水先法二条一項、二項）。水先制度は、座礁や衝突といった海上危険を防止し、船舶の安全を確保するためのものとされる^⑥。なお、水先人は、一定の水先区において船舶に乗り込み、船長以下乗組員に対して特定の水域について有する専門的知識を提供し、船舶を嚮導するが、特定の水先区で継続的に職務をし、特定の水先区に附着し、もっぱら特定の船舶で継続的に労務に服す

る者ではないことから、船員とは区別される⁽⁷⁾。また、水先制度においては、水先区のうち政令で定める港または水域においては、その船舶を運航するときは、一定の場合を除き、水先人を取り込ませなければならぬ強制水先の制度（水先法三五条一項）と、法律上、水先人の乗り組みが強制されず、船長の要請によりなされる任意水先の制度がある⁽⁸⁾。なお、本件では、本船が石炭二万四二〇〇トンを積載し、中華人民共和国バンタン港を出港し、兵庫県の姫路港へ向かっていたが、姫路港入港時に水先人を取り込ませていた。これは明石海峡航路等の一部の水域が強制水先区になっており、原則として水先人による嚮導が義務付けられている強制水先であった。もつとも、強制水先の場合であっても、水先契約の締結が前提とされる点で、強制水先人も任意水先人も異なるところはない。

水先契約は、当事者の一方たる水先人が水先役務を提供することを約し、相手方たる船主がその対価として水先料を支払うことを約する、諾成・双務・有償の契約である⁽⁹⁾。そして、水先契約の内容については、一般的に水先約款によって規律される。そして、本件で問題となっ

たのは、当該水先約款二一条の「①船長又は船舶所有者は、水先人に水先をさせた場合において、水先人の業務上の過失により、当該船舶、船長、船員又は第三者に生じた損害については、水先人の責任を問わない。この場合において、水先人は、当該船舶に関して支払われるべき水先料の全額を船長又は船舶所有者に請求しないものとする。」③前二項は、水先人の故意又は重大な過失に基づく責任については、適用しないものとする。」という規定である。すなわち、本件水先契約に基づきY1は本船を嚮導し、当該水先契約の履行時に、本件座礁事故を引き起こしたものであるが、もし、Y1に本件水先契約の履行において故意または重大な過失により本船に損害を生じさせた場合には、Y1は損害賠償責任を免除され得ないが、他方で、それに当たらない場合（軽過失の場合）にはY1は免責されることになる。したがって、本件においては、Y1が本件座礁事故について水先約款の免責条項にいう「故意又は重大な過失」があったか否かということが主たる争点となっている。そこで、以下では、まず、本件水先行為において、Y1に重過失があったとする原審判決と重過失まではなかったとする控

訴審判決を比較する。

ところで、本件において追及されているY1の責任が本件水先契約の債務不履行責任であるのか、それともY1の(重)過失に基づく不法行為責任であるのかは判然としない。¹⁰もつとも、水先行為の履行債務を手段債務として位置づけるとするならば、¹¹債権者側である本船側(X)がY1の履行の不完全を主張・立証することとなり、このことは不法行為と構成とした場合の水先人の「過失」を主張・立証することと大差ない。¹²結局、問題は、本件水先契約の履行において、水先人Y1について過失があつたか否か、さらに、あつたとして、その過失は重大なものであつたか否かということに尽きる。

三 (重) 過失の対象―原審判決と控訴審判決の違い

本件における水先人の過失の具体的な内容を考察するに当たって、まずは過失の対象が何かについて明らかにしておきたい。本件では、過失の対象が原審判決と控訴審判決とで異なっており、そのことが、ブリッジ・リ

ソース・マネジメント(BRM)の位置づけや結論にも影響を与えているものと思われる。

(一) 原審判決の場合

原審判決では、水先人の過失の対象について、「水先人として通常要求される程度の注意を払うまでもなく、それ以下の僅かな注意を払ってさえいれば、∴『鹿ノ瀬西方灯浮標』ではないことを容易に認識し、本件座礁事故の発生を未然に回避することができ」、「漫然と鹿ノ瀬の浅瀬に向け航行を続け、本件座礁事故を招いた」とし、「Y1の行為におけるY1の注意義務違反の程度は、他に『特段の事情』が認められない限り、故意と同視し得るほど重大である」と述べているように、鹿ノ瀬灯浮標を鹿ノ瀬西方灯浮標と誤認して、右転するよう指示した行為を(重)過失による行為として位置づけていることが分かる。つまり、水先人の(重)過失の対象を、右転するよう指示した点に見出していることが分かる。

これを前提とすると、本船側のBRMは、当該(重)過失の対象である水先人による右転指示よりも時間的に後る側にくることとなり、水先人の(重)過失判断とは

別次元の問題として位置づけられる。そのため、原審判決は「BRMという手法が十分に励行されず、本船の船長らとの間で有効な情報交換やその提供が行わなかったことそれ自体は：損害額の認定に当たって損害の公平な分担という見地から過失相殺の一事情として斟酌される」としている。つまり、水先人の(重)過失とは別に、BRMの不励行を本船側である債権者側の過失を水先人の債務者側の過失判断とは一応区別して位置づけていることになる。もつとも、この点は、重過失の有無を考える中で「特段の事情」として本船側のBRMの不励行について位置づけていることからすれば、控訴審判決の場合とで結論として大きな差はないようにも見受けられる。しかしながら、原審判決が述べているような「特段の事情」が債務者の過失との関係で、どのような法的位置づけを持つのかについて、やや不明瞭な内容になっているものと思われる。

(二) 控訴審判決の場合

他方で、控訴審判決は次のように判示している。すなわち、「鹿ノ瀬西方灯浮標であると思ひ込み、本船を右

転させるため、当直操舵手に二五五度を指示し、その後も徐々に右に変針するよう指示して、最終的に三二〇度に定めた上、上記誤認に気付かないまま航行を継続したため、：本件座礁事故を発生させた」とし、「本件行為のうち、：本船の右転を開始したこと自体は、本件座礁事故に直接関係するものではない」としている。つまり、第一審判決と異なり、(重)過失について、右転指示だけではなく、座礁事故に至るまでの水先行為全体を対象としていることがわかる。そして、実際、重過失の存否についても「水先人の過失の軽重のみによって判断することは相当ではなく、船長又は船舶所有者側に水先人の水先業務の遂行を阻害するような落ち度が認められる場合に、これらを総合して考慮し、当該船長らの落ち度を考慮してもなお、水先人の過失が重大であるといえるかどうかを考慮されるべき」としたうえで、確かに、「〔本件Y1の右転指示について、種々の〕措置すらとることもなく航行を続けたというY1の注意義務違反については、重大なものであったと見る余地もないではない」としつつも、本件の事実関係を下に「Y1の過失の程度を評価するに当たっては、本船におけるBRMの実際の状

況がどのようなものであったのかについても、考慮する必要がある」と判示している。

そうすると、原審判決の（重）過失の対象は、あくまで本件座礁事故のきっかけとなった右転指示としている一方、控訴審判決は、本件座礁事故に至るまでの水先行が全体としている点で異なる。そして、もし、控訴審判決のように（重）過失の対象を設定した場合、本船側のBRMの不励行は、水先人の過失の考慮要素の中に取り込まれることになり、過失相殺という過失判断の外側の要素ではなく、水先人の過失の要素の中に位置づけることができる。

四 水先人Y1の過失

（一）債務不履行における債務者の過失

そこで、上記のことを踏まえて、水先人の過失の判断について検討する。従来、裁判実務において、民法四一五条の過失（帰責事由）の有無は、問題となった債務に係る給付の内容や不履行の態様から一律に定めるのではなく、個々の取引関係に即して、契約の性質、契約

の目的、契約の締結に至る経緯等の債務の発生原因となった契約に関する諸事情を考慮し、併せて取引に関して形成された社会通念も勘案して判断されてきた¹³。

さらに、従来、民法学説においては、債務不履行について債権者に圧倒的な帰責性がある場合、債務者の債務不履行責任が免責される可能性が指摘されている¹⁴。つまり、債務者に過失があるか否かについては、単に債務者の行為に着目するだけではなく、債権者の行為にも着目し、債務者の過失の判断要素に含まれることを示唆するものである。そうすると、水先人（債務者）の過失を検討する上では、本船側（債権者）の過失を取り込むこととそれ自体は不当なものとはいえないように思われる。問題は、水先契約の内容それ自体や本船側のBRMの励行が、どのように本件水先契約の内容に取り込まれているのか、そして、その点を水先人の過失を考えるうえで考慮要素として取り込んでも良いのかということになる。

（二）水先契約の内容とBRM

前述したように、水先契約とは、水先人が水先役務を提供することを約し、船主がその対価として水先料を支

払うことを約する契約とされる。そして、具体的な水先行為の内容は、水先法や水先約款において規律されている。

本件は、まさに水先行為における過失が問題となっているが、当該過失を考えるうえでは、水先行為は水先人による嚮導と船長等の本船側の乗組員との関係が重要となる。この点、水先法によれば、その四一条で「①船長は、水先人が船舶に赴いたときは、正当な事由がある場合のほか、水先人に水先をさせなければならぬ。②前項の規定は、水先人に水先をさせている場合において、船舶の安全な運航を期するための船長の責任を解除し、又はその権限を侵すものと解釈してはならない。」と定め、さらに、四三条で「水先人は、船舶に赴いた場合において水先を求められたときは、正当な事由がある場合のほか、その求めに応じ、かつ、誠実に水先をしなければならぬ。」とされている。つまり、水先法においては、水先人が船舶に乗り込み、水先行為を行う場合であっても、あくまで船舶の安全な運航を期するためには、結局、被嚮導船舶の船長が最終的な運航責任者として位置づけられていることになる。従来、学説においても、

船舶の航法について、専門的指導をなす、船長の相談役であり、その指揮権は依然として船長に委ねられているとされている。¹⁵⁾ 実際、水先約款でも、その二条で「水先人は、船舶交通の安全を図り、あわせて船舶の運航能率の増進に資するため、船長に助言する者としての資格において、水先業務に誠実に従事するものであり、安全運航に対する船長の権限及びその責任は、水先人の乗船によつて変更されるものではない。」として、船舶の指揮者ではなく船長の助言者たる地位であるとされ、一二条では「①船長は、水先人の操船上の助言が確実かつ迅速に実行されているか否かを常に監督するものとする。②船長は、見張りを厳重に行い、港内又は特殊な水域航行中は適当な場所に見張員を配置し（レーダーを装備する船舶にあつては、これを活用する。）、異常を認めるときは速やかに水先人に通知するものとする。③船長は、常に機関及び錨を使用できるようにしておくものとする。④船長は、水先人が業務を安全に遂行するため、引船の使用その他について水先人の要求に対して協力するものとする。」としており、船長による水先行為への協力義務等が定められている。加えて、本判決でも指摘され

ているように、一九七八年の船員の訓練及び資格証明並びに当直の基準に関する国際条約 (International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, 1978: STCW条約) の船員の訓練及び資格証明並びに当直の基準コード、コードA部、STCW条約の付属書の規定に関する強制基準、第八章 当直に関する基準、四九においても水先人が乗船している場合の航行について「船舶の安全についての船長及び航海当直を担当する職員の任務及び義務は、水先人の任務及び義務に関わらず、水先人が乗船していることにより解除されない。船長及び水先人は、航行の手順、現地の事情及び船舶の特性に関する情報を相互に交換しなければならず、かつ、船長及び／又は航海当直を担当する職員は、水先人と密接に協力し、かつ、船位及び動向を常に正確に確認しなければならない。」とし、同じく五〇においても「航海当直を担当する職員は、水先人の行動又は意図について何らかの疑問がある場合には、水先人に説明を求めなければならない。それにもかかわらず質問が残る場合には、直ちに船長に通報するとともに、船長が来る前に、必要と考えられるすべての

措置をとらなければならない。」としている。また、一九七四年の海上における人命の安全のための国際条約 (International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974: SOLAS条約) 付属書 第IX章 船舶の安全運航の管理において、国際安全管理 (ISM) コードを強制的なものとして適用されているが、そのISMコードにおいては、安全管理システム (SMS) を作成し、これを規定し、実施するための安全管理マニュアルの船内への備置が義務付けられ、乗組員に遵守させなければならないとされており、それには、水先人乗船時について、自船情報の提供、パイロット業務と同人意図の把握と打合せ、パイロットの監視、航海上の危険、パイロットの意図等、継続的な情報交換が規定されている。このように、STCW条約、SOLAS条約やISMコードで示されているように、水先人が乗船した場合には、船側と水先人とが必要な情報提供を行い、そのための協力、意思疎通が義務付けられているということもわかる。そして、本判決においても重視されているが、水先人と船側との協力や意思疎通はブリッジ・リソース・マネジメント・フォー・パイロット (BRMP) と呼ばれている。

これはBRMの一つで、水先人が乗船している場合のものである。本判決でも問題となっているBRMとは、もともとヒューマン・ファクターによる海難事故防止を目的としてブリッジ（船橋）で利用できるあらゆる資源を有効に活用することであり、ブリッジにいる乗組員等同士、互いによく連携機能させ、ヒューマン・ファク

ターによる海難事故を防止するためのものとされている。¹⁶そして、水先人が乗船してきた場合には、水先人もブリッジのチームの一員として位置づけ、「パイロットとの融和」を図るようにするものが、BRMPである。¹⁷BRMPにおいては、「パイロットの行動に疑問を呈するのは非礼に値しない。当然のことながら、我々は「船側は」パイロットの専門的知識に代価を支払っているわけであり、専門的知識を期待する確たる理由がある。しかし、パイロットが操舵室にいますという理由だけで周囲で発生している出来事を理解しようとする義務を失うものではない。理に適った疑問をパイロットに問いかける当直オフィサーや船長は良好な作業関係と、一段と快適で効率的な運航を生み出す航海への関心をはっきりとパイロットに示すことができる。」¹⁸と言われているとおり、

BRMPにおいては船側と水先人との間の情報交換、意思疎通や協力的行為が重要視されており、それが各種条約において法的な位置づけを与えられているといえよう。換言すれば、水先契約は、水先人の行為のみならず、本船側の協力動作等についても重視されるタイプの契約類型であるということが指摘できよう。

これらの点に鑑みると、水先契約の履行に当たっては、第一に、水先人が乗船し、船舶を嚮導していたとしても、あくまで水先人は船長の助言者に過ぎず、依然として船長がその運航の責任者とされていること、第二に、（各種条約等において強制されている）BRMやBRMPといった考え方から、水先を行うに当たっては水先人の行為だけではなく、船長等の本船側の協力等が義務付けられていたり、水先人がミス等を行うような場合を想定して、情報交換を行うことが求められているといえる。少なくとも、本件水先契約においても、上記のような本船側の事情もまた水先契約の履行に当たって重要な役割を担っており、水先人の過失による債務不履行の有無を考えるうえでは、当該過失判断の考慮要素に取り込まれるべきものと考えられる。より端的にいえば、本船側の協

力行為等が水先契約の中で義務付けられているということになり、単に、水先人がミスをしたのみで過失があると即断することにはならず、それに対して本船側がどのような行為をしたのかなどについても判断要素として組み込まれるべきことになると考えられる。このように、本件水先契約の内容には、本船側の行為も取り込まれており、そのことを水先人の過失判断の一事情として扱うべきである。そうすると、本件において原審判決と控訴審判決とで異なっている（重）過失の対象について、本件座礁事故に至るまでの水先行為全体とした控訴審判決の方が、水先法、国際条約及び水先契約の内容等を踏まえた適切な判断を行っているものと考えられる。

（三）小括

したがって、確かに、本件において、水先人は不適切な右転指示を出した点について過失はあるものの、水先契約の債務不履行の成立要件を考慮する中では、水先人の行為のみに着目するのではなく、本船側の行為についても考慮要素にいて、水先人の過失を判断することは可能であるし、適切であると考えられる。

五 水先人の重過失とその判断

（一）水先人の重過失

四までで述べたように、水先人の過失の判断については、本船側の事情も加味することが適切であるとしたうえで、しかしながら、本件で争点となっているのは、水先人の重過失である。本判決でも争点となっているように、水先約款では水先人に過失によって生じた損害については免責とされている一方、故意又は重過失によって生じた損害については免責されないとされている。そのため、本件において、水先人に過失があったとしても、軽過失である場合には免責される一方、重過失である場合には免責されず、損害賠償責任を負うこととなる。

この点、原審判決では、一般論として「『重過失』とは、注意義務違反の程度が故意と同視し得るほど顕著で、この免責規定により水先人を保護する必要性を欠く場合、すなわち水先人が通常要求される程度の注意を払うまでもなく、それ以下の僅かな注意を払うことを怠らなければ、容易く違法かつ有害な結果を予見し、これを回避することができたにもかかわらず、その僅かな注意を払わ

なかったため、上記違法、有害な結果を予見し、回避することができなかつた場合」としている。そのうえで、前述したように、右転の指示について重過失があつたか否かを判断している。他方で、控訴審判決は、「水先人の注意義務違反の程度が故意と同視し得るほど顕著であり、「水先人の保護という」…本件免責条項の趣旨、目的に照らしても、水先人を保護する必要性を欠く場合、すなわち、①水先人が、違法、有害な結果発生のおそれのあることを認識しながら、その認識のもとで通常の水先人であれば行うはずのない無謀な行為をしたような場合合ないしは②通常要求される程度の注意を払うまでもなく、それ以下の僅かな注意を払うことさえ怠らなければ、たやすく違法かつ有害な結果を予見し、これを回避することができたにもかかわらず、その僅かな注意を払わなかつたため、上記違法、有害な結果を予見し、回避することができなかつた場合」と述べている。第一審判決と控訴審判決とを読み比べると、控訴審判決においては、いわゆる認識ある無謀行為（国際海上物品運送法一〇条参照）についても示されているが、重過失の判断それ自体に大差がないように思われる。やはり結論を分けたの

は、(重) 過失の対象を、控訴審判決は本件座礁事故に至る経緯全体から見た水先人の行為としている点であると思われる。

重過失について、失火責任法における重過失が問題となった事例などにおいては、「通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解する¹⁹⁾」とされる。しかし、現在では、重過失の意義について、私法上、さまざまな局面で用いられ、同一の意味内容として把握することは必然ではなく、相対的な概念であり、重過失を要件とする各条文の趣旨に鑑みて、例えば、その趣旨に即して、著しい義務違反と考えたり、故意だけを問題としつつ、故意の立証の緩和という観点から重過失を要件としているときには、わずかな注意さえすれば、たやすく予見できたことを重過失としたりしているといった説明がなされている²¹⁾。この点、従来の裁判例では、重過失の意味合いは、行為者の負っている注意義務の程度を考慮に入れるか否かによって異なっているとさ

れる²²。それでは、水先人の重過失とはどのように捉えられるのだろうか。確かに、本件免責規定のような場合には、従来、行為者に着目した判断がなされてきている²³。例えば、取締役の責任や専門家の責任等のような場合である。水先人の場合、船舶嚮導の専門家であることから、従来の判断に従えば、行為者の負っている注意義務の程度は高くなり、それとの乖離の大きさが重過失判断に影響を与えることになる可能性もあつた²⁴。すなわち、行為者の専門性や特殊技能等を考慮して一般人よりも、注意義務それ自体の水準が高められているような場合において、行為者がその高められた標準的行為を行わなかったときに重過失と判断される余地がある²⁵。したがって、水先人が専門家として、水先行為を受託しているということになれば、水先人が通常に従っている（高度化された）注意義務の基準をもとに、それとの乖離が問題とされ、重過失を単に故意に準じるものとして捉えることはできないのではないかと考えられる。そのため、もし、重過失の対象を第一審判決のように、右転指示に求めるのであれば、水先人に重過失があつたとされ可能性は充分あつたものと思われる。

しかしながら、他方で、水先人は本件免責規定の制定経緯や趣旨、すなわち、「水先業務により事故が発生した場合には、損害がその負担能力をはるかに超えて甚大になることがあり、これを保険等により適切に補てんすることも困難であることから、水先人を保護すべく、その責任を一定の場合に限定しようとした」（控訴審判決）ということに鑑みれば²⁶、行為者の属性から、高度な注意義務が課せられていると考えられる一方で、水先人の保護という観点からは、逆に責任を軽減する方向に解釈するということ（本判決の文言に即していえば、「水先人の注意義務違反の程度に故意と同視し得るほど顕著」であると位置づけること）は不当なものとは考えられない²⁷。さらに、控訴審判決では、重過失の対象を本件座礁事故に至るまでの水先行為全体に求めていることからすれば、本船側の過失がその水先人の過失判断に組み込まれ、重過失とまでは言えないという評価がなされたものと考えられる。

（二）結論

水先人の過失の程度については、確かに、予定とは異

なる地点において右転の指示を出した点に着目すれば、原審判決が述べるように重過失があったと判断される余地はあったようにも思われる（実際、控訴審判決においても重大なものであったと見る余地もないではないとしている）。しかし、控訴審判決では、水先人の重過失の有無の判断に当たっては、本件座礁事故に至る経緯全体を検討しており、本船側のBRM(P)の不励行との関係から、重過失を否定している。本件の事実関係の下で、重過失を右転指示だけではなく一連の水先行為全体に焦点を当てるのであれば、少なくとも、本船側にもBRM(P)の不励行も存在しており、故意と同視し得るほど顕著であるとは言えなかったのではないかと思われる。²⁸⁾

六 水先人会及び日本水先人連合会の責任

(一) 水先人会の責任

本件では、Y1だけではなくY1が所属する水先人会及び日本水先人連合会についても責任追及されている。最後に、ごく簡単にはあるが、水先人会及び日本水先人連合会の責任についても触れておきたい。

まず、水先人会の責任についてである。水先人会の責任については、第一に、本件水先契約は水先人会と締結したものとしたうえで、債務不履行であるとし、さらに第二に、水先人の不法行為による使用者責任（民法七一五条一項）が認められると、主張されている。水先人会とは、水先人が会員となつて構成される法人であり（水先法四八条二項）、その目的は、会員の品位を保持し、水先業務の適正かつ円滑な遂行に資するため、合同事務所²⁹⁾の設置及び運営、水先人の要請並びに会員の指導、連絡及び監督に関する事務を行うこととされる（水先法四八条二項）。本件原審判決（控訴審判決もその多くを引用）によれば、水先人会について、水先法及び水先約款の各種規定から「水先人の水先に関する専門的な知識や経験に対する信頼を重視した上、当該水先人が、自ら定めた約款を踏まえ、独立して誠実に自己の水先業務を行い、その相手方である船舶所有者らに対し、予め対価として定め置いた水先料を請求する関係を前提にしているものと解するのが相当であるところ、現に、Y1ら内海水先区の水先人は、免許を受けて被告水先人会に所属し、神戸税務署長に対し、水先人として個人事業の開業

届書を提出していること…、自ら内海水先区水先約款を定めて、これに基づき水先契約を締結して水先業務を行っていることなどの事情を総合考慮すると本件水先契約は、他に特段の事情が認められない限り、実質的に水先人であるY1に帰属しているものと認めるのが相当である。」とし、さらに「水先人会は、水先業務を提供する主体である水先人個人の業務が、膨大・煩雑であり、かつ公共性の高い性質を有することを踏まえ、これを事務的・物理的な側面から補助し支援することを事業の目的としているにとどまる」として特段の事情も認められないとし、やはり水先契約の主体は、あくまでY1であつて水先人会ではないとしている。さらに、使用者責任についても、「被告水先人会は、あくまで水先人から委託を受け、一元的に、水先人のする水先の引き受けに關する事務の取次ないしは窓口業務を行うことを目的としているにとどまり、水先人を実質的に指導・監督するための組織ではない上、他に、Y1との間に実質的な指揮監督関係（使用関係）を基礎付ける特段の事情を認めるに足りる証拠はない」として、使用者責任も否定している。前者の点については、もともと水先人会は、水先

業務の運営のために、通信その他の事務施設を必要とすることから、そのような業務運営上必要な施設の整備を目的とし、加えて水先人同士の親睦及び福祉をはかることを目的とされており、水先業務それ自体は水先人個人によつて行われるとされてきた³⁰。そのため、水先人会自身が水先契約締結の当事者となることは基本的になく、加えて、本件原審判決及び控訴審判決が述べるように、水先人会は水先人の事務の取次や窓口業務を行うことを目的としており、水先人と水先人会との間に指揮命令関係があるとは言えないものと思われる。加えて、控訴審判決で追加的にXから主張された点として、水先人会（組合）に関する大審院判決との関係についても付言しておく。大判昭和九年二月二一日民集一二卷二四号二三四頁は当時の水先人組合における組合規約の一部改正につき、組合員である水先人が、当該改正については全員一致ではなかったとして、全員一致により議決がなされなかつたことは決議無効事由に当たるなどと主張した事案である。同事件においては、水先人組合は民法上の組合であるとした事例であるが³¹、もし、水先人会が民法上の組合であるとするならば、組合員個人である水

先人が水先契約の当事者となるのではなく、水先人会が契約当事者になると主張したものと思われる。しかしながら、当該大審院判決はあくまで組合格約の改正決議の無効が問題となった事例であつて、水先人個人が契約を締結することまでも否定した裁判例であるともまでいえず、さらに、昭和二四年の水先法改正に伴い、権利能力なき社団として位置づけられ、組合性は否定されていること⁽³²⁾と、また平成一八年の水先法改正により法人とされていることから、先例性は小さいものと思われる。加えて、本判決が述べているように、立法論として法人たる水先人会が水先契約の主体となるべきであるという意見が出されているものの、それが否定されている状況であることに鑑みれば、やはり水先人会が本件における水先契約の当事者であるとの判断はできなかつたものと考えられる⁽³³⁾。

(二) 日本水先人連合会の責任

次に、日本水先人連合会の責任についてである。日本水先人連合会とは、全国の水先人会によって設立された法人であり（水先法五五条一項、三項）、その目的は、

水先人会の会員の品位を保持し、水先業務の適正かつ円滑な遂行に資するため、水先人会及びその会員の指導、連絡及び監督に関する事務を行うことである（水先法五五条二項）。確かに、水先人連合会は、水先人会及び水先人に対して、会則に基づき、必要な監督、指示又は指導をすることができ、加えて、個々の水先人に対する処分も各水先人会に勧告することができる⁽³⁴⁾とされている。しかし、原審判決が述べているように、このことから日本水先人連合会とY1（水先人）との間に実質的な指揮監督関係がある⁽³⁵⁾とは言いにくく、日本水先人連合会について使用者責任を認めることはできないものと考えられる。

したがって、水先人会及び日本水先人連合会の責任を否定したことについては原審判決及び控訴審判決いずれも妥当なものと考えられる。

七. 結びに代えて

本判決に関連して、国土交通省が設置していた「水先人の人材確保・育成等に関する検討会」の会合において、

水先人の責任制限について議論がなされた。第八回会合の会議資料によれば、日本水先人連合会から、本件で問題となった水先約款二二条三項の「重大な過失」の定義を明らかにすることなどが要望され、また、控訴審判決で述べられているように、「故意又は損害の発生のおそれがあることを認識しながら自己の無謀な行為」に改正することの当否や、重大な過失による場合でも、責任制限制度（責任限度額）を設けることなどについても議論の俎上に上った。³⁴ 結果的には、責任制限制度などについては、本判決でも言及されている法人引受け制度との関係で議論を進めていく必要があるとされている。水先人に対してどこまで責任を認めるべきかという問題は引き続き議論すべきであるように思われる。



（参考図：海難審判庁・海難審判所裁決録22巻428頁より引用）

（1） 本稿は、二〇二〇年十一月一四日に開催された日本航海学会第一四三回秋季講演会海上交通法規研究会にて報告したものを加筆修正したものである。研究会参加者

にこの場をお借りして御礼申し上げます。なお、本研究は JSPS 科研費 18H00805 の助成を受けたものである。

(2) 神戸地方海難審判所平成二二年六月四日裁決（海難審判庁・海難審判所裁決録二二巻四二五頁〔貨物船ハンジンプリスベン乗揚事件〕）。なお、海難審判所による事故時の状況の図については参考図として別掲した。

(3) 大判昭和一〇年六月三日大審院判決全集一輯一九号一五頁。

(4) 志津田氏治「水先人と船主責任」同『堪航能力と海事法の研究』（酒井書店、一九七一年）二二三頁「初出一九五九年」、原茂太一「水先人の過失と対外責任の帰属」吉永榮助編『田中誠二先生古稀記念 現代商法学の諸問題』（千倉書房、一九六七年）五〇七頁等。

(5) もつとも、藤崎道好『水先法の研究』（成山堂書店、一九六七年）六三〇頁は「水先人に対する損害賠償責任の追及は、現実に行われたことはないが、将来において発生する可能性があ」と指摘しており、本件のような訴訟が生じうることは既に指摘されていた。また、一九五五年四月に、横浜港における米軍と東京湾水先人組合において、水先契約において、水先人の過失により米軍に与えた損害に対し、水先人が賠償責任を負うべきであると主張された事例（最終的には水先人組合による抗議により賠償責任条項が撤回）や、実際に、水先人が外国船において水先行為をした際に、同船及び他船に損

害を与えた事件において、水先人が乗船していた船主から水先人に対して損害賠償を請求する態度を示された者の、結果的に東京湾水先人組合が強硬に反対した結果、請求を断念した事例があるとされている。

(6) 中村真澄Ⅱ箱井崇史『海商法（第2版）』（成文堂、二〇一三年）一四〇頁、田中誠二『海商法詳論（増補3版）』（勁草書房、一九八五年）二二七頁。

(7) 前掲註6・田中二二七頁。

(8) 前掲註6・中村Ⅱ箱井一四〇頁、岡田豊基『現代保険法・海商法』（中央経済社、二〇二〇年）一五四頁。

(9) 藤崎道好『水先契約の研究』（成山堂書店、一九七〇年）二五頁。

(10) 原審判決では水先約款二一条の規定について「この免責規定が水先人の債務不履行責任だけでなく、不法行為に基づく損害賠償責任にも適用があるという点で当事者の認識は一致している」としている。もつとも、原審判決では結論において不法行為に基づく責任であるとも述べている。また、控訴審判決では結論部分において「Y1の本件行為については、本件免責条項が適用されるから、Y1は、Xに対する債務不履行責任及び不法行為責任を免責されることとなる」と述べている。

(11) この点、従来、水先契約は請負契約たる性質を有するとの見解もある（鹽田環「水先人ヲ論ズ」国家学会雑誌二三巻一〇号（一九〇九年）三七頁）。すなわち、水先

契約に基づく水路の嚮導は請負の性質を帯び、その仕事の完成、すなわち、船舶を嚮導して安全に船舶を入港させることを約する契約であるとする。このような立場を敷衍するのであれば、本件座礁事故の発生により、債務不履行（不完全履行）の事実があるとされ、他方で、水先人の側において、本件座礁事故について帰責事由のないことを主張・立証することになると思われる。しかし、現在では、雇用契約の一種であるとする見解（前掲註6・中村Ⅱ箱井一四一頁）や、準委任契約とする見解（逸見真「水先人の民事免責―水先約款免責条項の現代的意義と妥当性」日本航海学会論文集一二六号（二〇一二年）一二八頁、三好登志行Ⅱ藤本昌二「水先標準約款21条3項『重大な過失』の意義について」海事法研究会誌二三五号（二〇一七年）一五頁）が有力に唱えられている。もつとも、これらの契約の性質が主として理論的問題となるのは、水先人の嚮導に従って船舶を運航していた場合に、他船と衝突した場合の水先人と被嚮導船舶の船主の他船船主に対する衝突責任の場面であると思われる。請負契約説によれば、あくまで注文者である本船側については責任を問われず、水先人のみが衝突相手船主に対して責任を負うことになる一方（民法七一六条参照）、他方で雇用契約や準委任契約であると性質決定するのであれば、民法七一五条ないしは商法六九〇条に基づく使用者責任または船主責任により、水先人及び本船舶

主についても責任を負う可能性が出てくる（雇用契約であると性質決定した場合には、商法六九〇条の適用により、準委任契約であると性質決定した場合には、商法六九〇条の類推適用ないしは民法七一五条の適用が考えられる）。そのため、本件のように、水先人の本船船主に對する責任については、いずれの立場に与したとしても、基本的には、主張・立証の対象や立証責任の分配に多少の違いが生じるに過ぎないものと思われる。ただし、雇用契約説であるとした場合、被嚮導船舶の船主の水先人に対する損害賠償請求において、民法七一五条三項における求償権に対する制限のような議論はあり得るかもしれない。

(12) 奥田昌道Ⅱ佐々木茂美『新版債権総論（上巻）』（判例タイムズ社、二〇二〇年）二三〇頁参照。

(13) 前掲註12・奥田Ⅱ佐々木一五七頁。この点、平成二九年民法改正四一五条一項但書では「債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。」とそのことを明文化した（筒井健夫Ⅱ村松秀樹編著『二問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、二〇一八年）七四〜五頁参照）。

(14) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、二〇一七年）三八五頁。

(15) 小町谷操三『船舶衝突法論』（岩波書店、一九四九年）

- 一一三頁、石井照久『海商法』(有斐閣、一九七四年) 一九五頁〜一九六頁、前掲註4・志津田二二九頁。ただし、森清『海商法原論(全訂改版)』(有斐閣、一九四一年) 六二頁は反対。
- (16) Michael R. Adams / 廣澤明(訳)『ブリッジ・リソース・マネジメント』(成山堂書店、二〇一一年) 四頁等参照。例えば、船長は、たとえリーダーを利用していたとしても、当直担当者に対して航海当直の状況等を船長に知らせるよう促すべきであるとされている(See, Tuuli Anna Messer, MASTER'S HANDBOOK ON SHIP'S BUSINESS (Cornell Maritime Press, 3rd ed.), p.8)。
- (17) 前掲註16・Michael / 廣澤一二〇頁以下。
- (18) 前掲註16・Michael / 廣澤一四三頁。
- (19) 最判昭和三二年七月九日民集一一巻七号二二〇三頁。
- (20) 神田秀樹「判批」江頭憲治郎ほか編『商法(総則・商行為) 判例百選(第5版)』(有斐閣、二〇〇八年) 一九五頁。
- (21) 道垣内弘人「重過失」法学教室二九〇号(二〇〇四年) 三九頁。
- (22) 道垣内弘人「『重過失』概念についての覚書」能見善久ほか『民法学における法と政策』(有斐閣、二〇〇七年) 五六一頁。
- (23) 前掲註22・道垣内五六五頁〜五六六頁参照。
- (24) 前掲註11・逸見一二八頁。
- (25) 奥田昌道編『新版注釈民法(10) II 債権(1)』(潮見佳男) (有斐閣、二〇一一年) 二二四頁。
- (26) もともと水先約款における水先人の免責条項は、本来、水先人は船長に対する助言者に過ぎず、水先行為によつて生じた損害については船舶所有者が負担すべきものであるという水先法の考え方を前提とする。水先人に対して船主から損害賠償責任が追及された場合、水先業務の運営に重大な影響を及ぼすことが想定されたことから、免責条項を水先約款に挿入することが求められた。当時の水先人協会からは、水先人の故意または重過失によらずして生じた損害に対しては免責される旨の条項が提案され、英国船主責任保険組合八団体及び日本船主協会との協議により、認められたという経緯がある(前掲註5・藤崎六三〇頁〜六三四頁参照)。
- (27) 前掲註11・三好II藤本一一頁。例えば、アメリカ法においても、水先人には適切な賠償責任保険がなく、賠償リスクを分散することが困難である一方、船主は賠償リスクを最も容易に付保でき、かつほとんど追加費用もかからないことから、水先人の賠償責任の免責規定を有効と認める(Thomas J. Schoenbaum, ADMIRALTY AND MARITIME LAW, Vol. 2 (West Pub. 5th ed., 2011), p.94-95)。
- (28) 債権者側の過失との関係では、本文で述べたように、債務者の過失を検討する中で、債権者の過失をも考慮要

素とし得るとした。そして、この債権者の過失について、過失相殺の文脈ではあるが、契約は契約当事者を拘束するものであり、債権者の過失を考えるにあたっては、債務者の側と同様に、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」判断されるとする。そして、このような理解からすると、どのような場合に債権者に過失があるといえるかの判断においても、債務不履行に該当する事実の発生に関するリスクが契約においてどのように配分されていたかが出発点に据えられるべきことになるとの指摘が見られる（潮見佳男ほか編『詳解改正民法』〔長野史寛〕（商事法務、二〇一八年）一六二頁）。この点を踏まえるならば、本件水先契約においては、債権者側である本船側にも、水先人は船長の助言者であることを前提に、水先人の嚮導に疑問が生じるような場合には情報交換等を行うなどして、損害の発生を回避することが求められているということであれば、本件では、まさに損害リスクを回避するために債権者に課されている措置を講じていない以上、それに応じて、債務者の過失が軽減されることは不当とは言えないとも思われる。したがって、本件では、少なくとも、水先人（債務者）に過失がないという事案ではなく、水先人に過失はあるものの、水先人の嚮導に対する本船側の過失ある不作為（BRMの不励行）によって、重過失とまではいえないという事案であったと考えられる。

水先人の重過失と被嚮導船舶の船舶所有者に対する損害賠償責任（南）

七九（五三三）

(29) 会員のする水先の引受けに関する事務を統合して行うための事務所（水先法四八条二項括弧書き）。

(30) 前掲註9・藤崎六五頁。

(31) 本判決については、藤崎道好「水先人組合の決議無効確認の訴」我妻栄編『海事判例百選（増補版）』（有斐閣、一九七三年）六四頁参照。

(32) 前掲註6・田中二二〇頁～二二二頁。

(33) なお、アメリカ法においても、水先人会（pilot associations）は、その会員である水先人の不法行為について代位責任を負わないというルールが確立していると思われる。水先人は水先人会の代理人としての機能は有していないこと、また一般公衆に対して水先人の専門的な行為について保証をなすものではないからである。

Schoenbaum, supra note 27, p.96.

(34) 国土交通省「第8回水先人の人材確保・育成等に関する検討会」<available at <https://www.mlit.go.jp/common/001154333.pdf> (Last access: 12/1/2020)>

ゲルマン私法からみた所有と その自然本性一般について

クリスティアン・トマジウス
 ヨーハン・ゲオルク・フランク
 出 雲 孝 訳

1 解題

本稿は、プロイセンの法学者クリスティアン・トマジウス (Christian THOMASIUS, 1655-1728年)⁽¹⁾ が主査を務めた学位請求論文「ゲルマン私法からみた所有とその自然本性一般について *De dominio et ejus natura in genere intuitu juris Germanici privati*」(1721年)の日本語訳である(以下、本学位請求論文そのものを指すときは「本史料」、訳者の訳文を指すときは「本邦訳」と呼ぶ)。学位請求者は、ヨーハン・ゲオルク・フランク (Johann Georg FRANCK, 生没年不詳) というハレの正規アドヴォカート(羅 *advocatus ordinarius*、独 *Ordentlicher Advokat*) である。

近世ドイツにおけるアドヴォカートという職業は、法廷代弁人であったプロクラートル(羅 *procurator*、独 *Prokurator*) と対をなす法律職であり、裁判外で訴訟手続の準備を担当したり、法的なアドバイスをしたりする役割を担っていた⁽²⁾。現代日本の弁護士業と比較した場合、法廷弁護を独占する職がプロクラートル、裁判外での法律相談や書類作成を引き受ける職がアドヴォカートと呼ばれ、区分されていたことになる。本史料における学位請求者のフランクは、後者の法実務家であったものと推測される。

アドヴォカートの学位請求論文を翻訳する意義とは何であるか、という理由の一部については、別稿において解説したことが当てはまる⁽³⁾。すなわち、本史料は、学位請求者であるフランクの著作というよりも、むしろ、近世ドイツの高名な自然法論者トマジウスの著作であると認定することが可能だからである。これに加えて、本史料に関しては、日本語訳を世に出すもうひとつの学術的な理由が存在する。それは、哲学者イマヌエル・カント (Immanuel KANT, 1724-1804年) が本史料を読み、彼の『法論 *Rechtslehre*』に反映させたと推量する十分な根拠があることである。

カントが本史料の存在を知っていたことは、直接的に実証することができる。というのも、カントは、1767年から1788年の間に担当した自然法の講義において、ゴットフリート・アッヘンヴァル (Gottfried ACHENWALL, 1719-1772年) の『自然法 *Jus naturae*』 (2巻本、1755-1756年出版、カントが参照していたのは1763年の第5版) を用いており⁽⁴⁾、その第1巻第2部第3章「所有権 *dominium*」に、本史料が主要参考文献として掲載されていたからである⁽⁵⁾。

すると、カントは本史料の中身に実際に目を通したのか否か、という点が問題となる。これについても、以下の理由から肯定的に解することができる。カントの『法論』と本史料とは、①私法の主たる規律対象は「私のもの」と「君のもの」との区別であること (『法論』第1部第1章の章題 B56⁽⁶⁾、および本史料第1節を参照)、②それゆえに私法の基盤は所有権法であり、契約法や家族法はそのあとに続くこと (『法論』第1部第2章第1節 B80、第2節 B97、第3節 B105、および本史料第1節から第8節までを参照⁽⁷⁾)、これら2点において一致している。ところで、これらの主張は、当時の主流派の見解とは異なっていた。したがって、カントとトマジウスとが似通っているのは、両者が18世紀ドイツに広く流布していた見解に従ったからに過ぎない、とは言えない。すると、両者の一致を説明するためには、以下の2つの仮説のいずれかを採用しなければならない。すなわち、カントは自分が指定した教科書に

載っていたトマジウスの本史料を参考にしたか、あるいは参考にしなかったにもかかわらず体系が一致したかの、いずれかである。前者の仮説のほうが、後者の仮説よりも尤もらしい。直感的にそれが尤もらしい、というわけではなく、以下のように明確な理由を挙げることができる。

まず、①の用語法について、トマジウスとカントが用いている「私のものと君のもの（羅 *meum et tuum*、独 *Mein und Dein*）」という言い回しは、アッヘンヴァル『自然法〔第5版〕』第1巻第2部第3章「所有権 *dominium*」の第142節にもみられる⁽⁸⁾。したがって、カントが本史料に目を通さなくとも、「私のものと君のもの *meum et tuum*」という表現を知ることが可能であったし、彼がこの表現を最初に知ったのはおそらくアッヘンヴァルのこの箇所を通じてなのであろう。しかし、この「私のものと君のもの」という言い回しは、アッヘンヴァルの著作の中では註に近いかたちで言及されており、本文で多用されているわけではない。本文中に出てくるのは、「私の物 *res mea*」⁽⁹⁾、「私に固有な / 専有された物 *res mihi propria*」⁽¹⁰⁾、「固有な / 専有された物 *res propria*」⁽¹¹⁾、「自分の物 *res sua*」⁽¹²⁾、「私の物、他人の物 *res mea, res aliena*」⁽¹³⁾、「自分に固有な / 専有された物 *res sibi propria*」⁽¹⁴⁾である。

もしカントがトマジウスではなくアッヘンヴァルを参照しただけであるならば、本文中で複数回使われている表現を無視してまで、わざわざ註で触れられているものを選択する必要はなかったはずである。特に、近世の著名な自然法論者たちは、アッヘンヴァル自身がそうであったように、「固有な / 専有された *proprium*」というラテン語形容詞のほうを好んで用いていた。例えば、ザミュエル・フォン・プーフENDORF (Samuel von PUFENDORF, 1632-1694年) はその主著『自然法と万民法 *De jure naturae et gentium*』(8巻本、1672年)において、所有とは物の「固有性 / 専有 *proprietas*」であると捉えている⁽¹⁵⁾。また、クリスティアン・ヴォルフ (Christian WOLFF, 1679-1754年) は、『科学的な方法で研究された自然法 *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*』

(8巻本、1740-1748年)において、「固有な / 専有された物 *res propria*」を論述の対象として挙げて、これを所有権と結びつけている⁽¹⁶⁾。したがって、仮にカントがトマジウスの本史料を無視して他の主流派の用語法に依拠したならば、『法論』第1部第1章の表題は「外的な私のもものと君のもの一般に関する私法 *Das Privatrecht vom Äusseren Mein und Dein überhaupt*」ではなく、「外的な固有の / 専有されたもの一般に関する私法 *Das Privatrecht vom Äusseren Eigenen überhaupt*」となったはずである。カントは本史料に目を通さなかったにもかかわらず「私のもものと君のもの」をわざわざ章題に選んだ、と考えることは不自然である。

さて、以上の議論に対しては、次のような疑問が生じるかもしれない。カントとトマジウスとの用語法が偶然一致する可能性は低いと見積もられているけれども、アッヘンヴァルの用語法とトマジウスのそれとが一致した事実は、そのような偶然が起こりうることの証左ではないであろうか、と。この疑問に対しては、アッヘンヴァルの用語法とトマジウスのそれとが一致していることそれ自体がそもそも偶然ではない、という反論を加えることができる。というのも、アッヘンヴァルは『自然法〔第3版〕』(1755年)において、「私のもものと君のもの」や「私の物と君の物」という表現を用いておらず⁽¹⁷⁾、この表現が同書に初めて現れるのは、トマジウスの本史料が主要参考文献に挙げられた第4版(1758年)においてだからである⁽¹⁸⁾。つまり、アッヘンヴァルが「私のもものと君のもの」という言い回しを用いるようになった時期と、彼が本史料を引用した時期とは重なっている。これは、アッヘンヴァル自身が本史料からそもそも影響を受けていた、ということの証拠である。このように、「私のもものと君のもの」という言い回しは、本史料を目にした者でなければ容易に思いつかない表現なのである。

次に、②の体系の問題に移ろう。法制史の観点から言えば、トマジウスやカントが構想した物権法を基礎とする体系は、当時は異色で

あった。例えば、プロイセンの官僚ザミュエル・フォン・コクツェイー (Samuel von COCCEJI, 1679-1755年) は、彼が起草を担当した『フリードリヒ法典草案 *Projekt des Corporis Juris Fridericiani*』(1781年の『フリードリヒ法典 *Corpus Juris Fridericianum*』とは別物である。)において、第1部に「人の法 *jus personarum*」を、第2部に「物の法 *jus rerum*」を置いている⁽¹⁹⁾。これは、『ユスティニアヌス帝の法学提要 *Institutiones Justiniani*』の配列と一致している。また、1756年にバイエルンで施行された『マキシミアン・バイエルン法典 *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*』も、『ユスティニアヌス帝の法学提要』に従い、人の法を先行させている。その後、1794年のプロイセンで施行に至った『プロイセン一般ラント法 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*』は、『ユスティニアヌス帝の法学提要』の構成からはやや外れているものの、人や契約に関する規定を、物権法の前に置いている。このように、近世ドイツの立法史において、物権法をまず規定するという発想は、採用されていなかった⁽²⁰⁾。仮にカントが当時の一般的な法体系から影響を受けていたならば、『法論』においても家族法などを先に説明したはずである。したがって、『法論』の構成がローマ法の伝統や当時の実定法に依拠したものでないことは、明らかであろう。

同様に、法思想史の観点からみても、トマジウスとカントの体系は革新的であった。まず、フーゴー・グロチウス (Hugo GROTIUS, 1583-1645年) の『戦争と平和の法 *De jure belli ac pacis*』(1625年) やエメール・ド・ヴァッテル (Emer de VATTEL, 1714-1767年) の『万民法 *Le droit des gens*』(1758年) のように、国家活動を体系の初めから前提とするものは、カントの論述にそぐわない。また、プーフェンドルフは『自然法と万民法』において、損害賠償法 (第3巻第1章) や契約法総論 (第3巻第4章以下) を、物権法 (第4巻第3章以下) の前に置いている。同様に、ヴォルフも『科学的な方法で研究された自然法』において、物権法 (第2部) の前に不法行為法を置いており (第1部第3章)、所有

を私法の根幹とみる発想を持っていなかった。本史料でトマジウスが提示しているところの、物権法のみならず契約法、相続法、民事訴訟手続、それどころか人の法ですら、私法の文脈では所有なしには成立しえない、というアイデアは、近世の主だった自然法論者には見られないものである。

つまり、近世ドイツの法制史、特に法典編纂史と、法思想史、特に自然法論との両領域において、トマジウスの学説は孤立していた。したがって、カントがトマジウスから影響を受けなかったと考えるためには、彼は本史料が講義テキストの主要参考文献にあがっていたにもかかわらず目を通しておらず、それでいながら用語と体系においてトマジウスの独自説と似通った結論に達していた、という仮定を受け入れなければならない。しかし、この仮定よりも、カントは自分が採用した教科書に掲載されていたトマジウスの論文に目を通し、それに触発された、と推測するほうが尤もらしい。

以上の論述から、本史料の歴史的な価値は明らかになったと思われる。すなわち、本史料の価値は、カントの『法論』を部分的に規定したことにある。この観点からみると、例えば本史料第14節は、カントが批判している「原始的共有 *communio primaeva*」であることが分かるであろう。詳細な比較については、別稿に譲ることとしたい。

2 凡例

本史料については、全集等の校訂を経たテキストが令和2年12月11日時点では存在していない。訳者は、中央大学図書館ライヒ最高裁判所図書館旧蔵17~18世紀学位論文コレクション91-10を底本としつつ、誤植と思しき箇所については、マックス・プランク＝ヨーロッパ法史研究所の蔵書等と比較照合し、校正した。校正した箇所とその内容については、本邦訳の訳註にて明記した。貴重書の閲覧を許可して下さった中央大学図書館には、この場を借りて御礼申し上げる。

本邦訳の訳文中における括弧の使い方は、以下の通りである。丸括弧は、トマジウスおよびフランク自身が原文で使用したものである。角括弧は、原文にない言葉を訳文に補うときに、訳者が挿入したものである。亀甲括弧は、訳者が註釈をつけるとき、訳註に落とし込むほどではないと判断した場合に、訳者が挿入したものである。鉤括弧および二重鉤括弧に対応する記号は原文にはなく、訳者が日本語の慣用に照らして挿入したものである。

本邦訳における註について、a) b) c)とアルファベットに右丸括弧で表記されているものは、原註である。原文はいわゆる脚注を用いておらず、本文にそのまま併記しているため、訳文もこれに従った。いわゆる脚注のかたちになっているものは、訳註である。

本邦訳における文字の装飾については、以下の通りである。原文の本論部分においてイタリックになっている箇所は、訳文において太字で強調した。これに対して、原註はすべてイタリックになっているけれども、これらをすべて太字にすることはしなかった。トマジウスは序文、註、目次などをイタリックで書く癖があり、強調の意図ではないと解されるからである。

最後に、トマジウスとフランクがラテン語およびドイツ語を解説しているときは、これを訳文に載せた。綴りの現代化も控えた。歴史的用語法の解説である以上、原文を尊重する必要があると考えたからである。

3 翻訳

第1節 私法はあまねく、私のものと君のものに関わっているのであるが、私のものと君のものとの差異はすべて、所有 *dominium* に由来しているため、所有の観念に確固たる基礎を与えるように、熱心に努力すべきである。なぜなら、私法の教えはすべて、所有に鑑みているか、またはその自然本性から導き出されるかの、いずれかだからで

ある。そして、たとえこの主張が、広義の所有、すなわち無体物 *res incorporalis* の所有についても真であるとしても、しかし、[本稿で] 述べられたことから明らかになるように、ここで私はもっぱら、狭義の所有、すなわち有体物 *res corporalis* の所有を念頭に置く。なぜなら、有体物の所有がなければ、無体物の所有はおおよそ観念しえないからである。

第2節 というのも実に、他の場所 [= 「ゲルマン私法からみた物の差異について *De rerum differentiis intuitu juris Germanici privati*」 [1721年]] で論じておいた物の区別はどれも、物の所有を取得したり維持したり移転したりすることに関していろいろと考察を加えるべきときにしか、有用さをもたらさない。これらの [取得、維持、移転という] 効果全体について考察するときであれ、いずれかについてのみ考察するときであれ、そうである。またそれだけでなく、法学が関わるその他の権利もすべて、所有を前提にしており、しかも、所有を目的としているかまたは所有から生じているかの、いずれかである。

第3節 なるほど、物における権利 *jus in re* に関して言えば、仮に所有というものが存在しなかったならば、役権も質権も相続も存在しなかったであろうことに、疑いの余地はない。ところで、役権と質権とが、自然法の原理にもとづく所有の効果として成り立っているのに対して、遺言による承継取得は、決して所有の自然本性から導き出すことができず、むしろ任意の法 [= 実定法] の規定のみから導き出される。主査であるトマジウス先生は、既に専門論文「遺言相続の起源について *De origine successionis testamentariae*」 [1705年] において、このことを詳しく導き出している。後述第46節を参照。無遺言の被相続人からの承継取得も、市民法にもとづく所有の取得方法に数え入れられるべきである。

第4節 占有 *possessio* そのものは、たとえ物における権利 *jus in re* や物に対する権利 *jus ad rem* に本来的には属さないとしても、さらに、占有に関する章において述べられるべきことがらによれば、所有は占有から始まるので、むしろ所有のほうが占有に依存しているとみられるかもしれないとしても、しかし、占有が法学において考察されるときは、占有のほうが所有を前提としており、所有を目的としているのである。なぜなら、法的な占有はすべて、自己のために持つ心を伴うからである。

第5節 ところで、約束 *pactum* や契約 *contractus*⁽²¹⁾ というものはすべて、[1] 売買のように、所有を取得したり移転したりすることを目的としているか、あるいは、[2] 賃約のように、所有者が自分の物から生じる利益の特定の部分を相手方に移転することを目指しているか、あるいは、[3] 委任や寄託の多くの場合においてそうであるように、自分の物の所有を維持することを目指しているか、あるいは、[4] 私人間でおこなわれる恭順や服従の約束のように、所有が[制度として]導入されていないときでもまったく無用なわけではないが、しかしほとんど無用であるか、[5] あるいは最後に、[所有との関係を見捨てるときは]市民生活においてほとんど効果をもたらさないかの、いずれかである。最後のたぐいの約束は、所有に服する物とは無関係な、純粹に人的な約束である。例えば、他人に情報を伝える約束、他人の病気を診る約束、絵を描く約束などである。[これらの約束は、物とは直接的に関わり合いを持たないので]、それゆえに法律も、これらの約束およびそれに類する事案においては、原告のために、利害に対する訴権〔＝損害賠償を求める訴権〕を發明したのである。とはいえ、利害は、所有を前提とする。[したがって、あらゆる約束と契約は、所有を前提とする。]

第6節 ところで、物の量すなわち物の価格も、所有なしには觀念さ

れえないはずである。反対に、所有が〔制度として〕置かれるとすぐに、所有に服している物同士の比較が、すなわち、物の価値と価格とが生まれ、さらにそれらの物同士の交換が生まれた。ここから商取引が生じたのであるけれども、この商取引の隆盛は、貨幣や金銭を生み出した。

第7節 ところで、私法に関する法的な手続は総じて、所有に奉仕しており、またそれが所有から生じる諸権利を判定する手続である限り、〔所有の〕取得または維持にも奉仕している。それゆえに、物から所有が取り除かれるならば、法的な手続もここ〔=私法〕では存在する余地がなかったであろう。

第8節 それどころか、人の法も、それが私法と関わっている限りにおいては、物の所有のみを念頭においている。あるいは少なくとも一次的には、物の所有を念頭においている。というのも、家長の権限、主人の権限、夫の権限、自由、外国籍と対置されるところの市民権、年齢、位階、そのほか身分というものは何であれ、その身分に属する人々が、所有を取得、維持または譲渡する能力を独自に持っているか否かという観点がなければ、私法と関係しないからである。

第9節 というわけで、私たちは本題へと入るわけであるが、所有 *dominium* という言葉は、人に対する支配 *imperium* という特殊な意味で解かれて、公法に割り当てられることがある（例えば、奴隷たちを支配する所有者 *dominus* の権限は、支配 *imperium* である。なぜなら、この権限はそれ自体では、第8節にもとづいて、公法に属するからである。それが専制的な支配であるのか、それとも協調的な支配であるのかは、関係がない）。他方で、所有という言葉は、この支配と対置されるところの、物の法と解されることもあり、そして後者こそが、この論文のテーマである。というのも、支配は人間に向けられた権利でしかないけれども、所有は、所

有に服する限りでの人と物とに向けられた権利だからである。それゆえに、海の所有に関する論争⁽²²⁾において、ある人々は、所有の代わりに海の支配という用語をもちいているわけであるが、これはおよそ適切ではない。[なぜなら、海の所有は、人に向けられた権利ではないからである。]

第10節 所有 dominium は、物の共有 communio [=後掲第11節の消極的な共有] とは正反対のものであり、専有 proprietas も、この共有とは正反対のものである。したがって、所有と専有とは、ひとつのものである。そしてそれゆえに、所有とは、物を専有する権利である。そして、役権や質権や債務それ自体のような無体物も、広い意味では専有されたり⁽²³⁾ 所有に服したりするわけであるけれども、しかしこれまで述べられてきたことによれば、無体的な権利は、有体物の所有を前提としているので、ここから、狭義の所有すなわち有体物の所有が、広義の所有よりも上位の種であることが分かる。ところで、専有されていない物は、共有されている。

第11節 共有 communio には、消極的な意味の共有がある。消極的な意味の共有とは、専有と現実の所有とをすべて排除したときをいう。すなわちそこでは、あらゆる人々が、彼らの任意に物を使用する平等な権利を持っているだけでなく、その物の所有を取得する平等な権利も持っていると観念される。また、共有には、積極的な意味の共有がある。積極的な意味の共有とは、ある視点からみれば専有を前提にしているけれども、別の視点からみれば共有を前提にしているときをいう。例えば、2人以上の人々が一体となって、物を専有しているときが、そうである。というのも、彼ら以外の人々の視点からみれば、物は彼ら [=共有者たち] の所有に服している。すなわち、物は専有されている。その結果、彼らは、彼ら以外の人々をその物の使用から排除することができる。他方で、この2人以上の人々が相互に参照されると

きは、この物はだれにも専有されておらず、またそれゆえに、各人がこの物を任意に使用することができるわけでもない。むしろ、物の自然本性が要求するところに応じて、また、他の人が自分の権利を行使しているときにこれを邪魔しないようにするために、しばしば、共有物の使用においては、[許可を求める人の立場よりも] 禁止を求める人の立場のほうが優位である。

第12節 さらにまた、共有のこの区別にあたって、消極的な意味の共有は、より下位の種となる。なぜなら、消極的な意味の共有の対象は、無主物であるけれども、積極的な意味の共有の対象は、本来の意味における狭義の共有物だからである。それゆえに、主査であるトマジウス先生が既に他の場所で、すなわち『万民法と自然法の基礎 *Fundamenta juris naturae et gentium*』[1705年] 第2巻第10章第8節およびそこに付された註において忠告したように、消極的な意味の共有という用語は、省いても問題がない。なぜなら、ことがらそれ自体からして、消極的な意味の共有の本質は、あらゆる所有の否定から成り立っているからである。

第13節 したがって、積極的な意味の共有は、専有と共有とが入り交じったものであるから、所有もまた、共同所有 *dominium commune* と単独所有 *dominium proprium* とに区別されるのが慣わしである。前者は、例えば2、3の人々が同じ家屋を買うか、あるいはその家屋が彼らに遺贈される時である。後者は狭義の所有であり、物がたったひとりの人間に専有されている場合をいう。ここでもういちど、共同所有は所有の下位の種である、ということが明らかになる。

第14節 さて、人類の起源についてどのような仮説を置こうとも、すなわち、たったひとりの人間 [= アダム] から全人類が派生したと考えるキリスト教徒またはユダヤ教徒の仮説を置くのであれ、最初の人

間たちは大地のいずこかから生まれたと教える異教徒たちの仮説を置くのであれ、次のことは明らかである。消極的な意味における物の共有は、物の所有よりも古くから存在していた。すなわち、すべての有体物は当初、それがだれかに合法的に専有されるまでは、無主物 *res nullius* であった。なぜなら、[消極的な意味の共有においては] 平等な人々が平等な権利を有しており、また、[消極的な意味の共有においても可能な人的支配である] 家長の権限や夫の権限というものは、その自然本性からすれば、子供たちの財産や妻の財産を取得する権利をもたらさないからである。

第15節 ところで、プロテスタントのあいだでも、およそプーフェンドルフの時代まで通説化していた誤りにもとづいて、神は、最初の両親 [= アダムとイヴ] に告げられた祝福において、被造物に対する人間たちの所有を、特別な処置として、しかも法のかたちで導入したのだと教えられていたけれども、これは聖職者たちの極めて愚昧な作り話に属するものであると、今や心ある人々によって気づかれている。このことは、主査であるトマジウス先生が、他の場所で、すなわち『神法学提要 *Institutiones jurisprudentiae divinae*』[1688年] 第2巻第10章および『自然法と万民法の基礎』同巻同章で証明した通りである。

第16節 さて、専有という言葉も所有という言葉も、やや曖昧であり、そしてそれゆえに、第10節における主張、すなわち、所有とは物を専有する権利であるという主張は、所有の定義としては十分ではないので、専有という観念が他にどのようなことがらを含んでいるのかを、今から見てみるべきであろう。ローマ法の教えから離れて、また、市民法の規定や合意された約束から生じるさまざまな制限からも離れて、もし君が所有というものを考察するならば、(有体物であれ無体物であれ) 専有とは (所有者の視点からみれば) 任意に物を使用する権限であり、

(それ以外の人々の視点からみれば) 他者一般をこの使用から排除する権限である。

第17節 ここから今や、次のことが明白になる。所有の対象となりうる物については、すぐうえで述べられた権限がそれらの物に関して現実化されうること、すなわち、それらの物が使用不能ではないこと、そして無尽蔵に使えるものでもないことが要求され、またこれに加えて、それらの物の所持、占有、保管が、いくつかの仕方に限って可能であることも要求される。不可能なことがらについては義務が存在しないように、不可能なことがらについては権利も存在しえないはずである。

第18節 ところで、これらのことから、あらゆる所有は占有から始まることのみならず、以下のこともまた帰結する。すなわち、もし君が共有の原始的な起源に着目するならば、(積極的な意味の) 共有の権利は占有に由来しており、またそれゆえに、所有の権利も共有の権利も、決して占有されることがない物や占有すべきでない物には、拡張されることができない。また、その自然本性からして保管が不可能であり、他の人々による使用を防ぐことができない物にも、これらの権利は拡張されることができない。というのも、私たちの能力を上回る物について所有を試みることは、愚かで不合理であるのみならず、決して使用することができない物に共有の何らかの権利を及ぼそうとすることもまた、同じくらい愚かだからである。

第19節 ここから、海の所有に関する論争、地球全体の所有に関する論争(あるいはまた普遍君主政 *monarchia universalis* に関する論争)、月の窪みの売買に関する論争、さらにはミシシッピ川流域の大地の売買に関する論争、また極めて頻繁におこなわれているところの空気の取引全般に関する論争について、どのように決定すべきであるのかが、容易に判断されうるであろう。しかし、この件について私の判断をより詳

しく述べることは、分別の規則にもとづいて、差し控えることにしたい。その理由はとりわけ、これらの問題が、私法ではなくむしろ公法に属していると考えられるからである。

第20節 ところで、述べられたことから同時に、無主物 *res nullius* は共有物 *res communis* や専有物 *res propria* とどのように異なるのかも、明らかになる。無主物とは、専有物や共有物になることはできるけれども〔現時点では〕共有物や専有物になっていない物、あるいは、いかなる所有にも服さないのだから共有物にも専有物にもなっていない物である。共有物とは、その物について、複数の人々が一体となって、他の人々を排除しながらこれを使用する権利を有しているときをいう。専有物とは、この種の権利が、たったひとりにだけ帰属している場合である。さて、例を挙げて説明しよう。次のように考えなさい。未だかつて先占されていない島、つまり無人島（すなわち無主物）がある。その島へ、そこに留まるつもりの人々が上陸する（そしてこれによって、彼らはこの島を共有物とする）。そしてそのあとで、各人が特定の部分を先占する（そして彼らはこれらの部分を専有物とする）。

第21節 したがって、地球全体は、人類の起源に関して、信仰のある人々の仮説に従うのであれ信仰のない人々の仮説に従うのであれ、当初は共有物でも専有物でもなく、無主物であった。ところで、先占は、共有を生じさせるものであれ〔単独〕所有を生じさせるものであれ、原始的な取得方法である。共有を生じさせる先占とは、複数の人々が、保管、分離、分割または個別的な使用を定めるためのその他の表示なしに、ある物を先占するときをいう。他方で、〔単独〕所有を生じさせる先占とは、先占が保管および個別的な処置を伴って、または分割を伴って、（そしてひとりの人によって）おこなわれるときをいう。

第23節 ところで、共有物は、共有状態にある他の人々の合意がない

限り、だれかひとりによっておこなわれた保管や分離のみでは、各人の専有物へと転じることができない。さらに、これに加えて、他の人々の承認と分割とが必要である。ところでもしこの人が、他の共有仲間たちから聞き入れてもらえないならば、裁判官の判断によって分割がおこなわれる。

第24節 それゆえに、次のことは確かである。所有者一般について見れば（すなわち共同所有も含まれるときは）、**原始的な取得方法**には2つある。すなわち、自分自身のために持つ心を伴った**先占**と、**分割**である。先占は、共同所有においても単独所有においても適用されうる原始的な取得方法である。これに対して、**分割**は、常に共同所有を前提にしているので、単独所有にのみ特有の原始的な取得方法である。ところで、次のように主張する人がいるかもしれない。**分割**は、先占によって取得された共同所有をその時点で前提にしているので、まさにそれゆえに、原始的な取得方法ではなく**承継的な取得方法**である、と。私たちは、内容について合意している限り、その人と用語について争わないことにしよう。というのも、いずれにせよ、単独所有という観点からみれば、分割は原始的な取得方法なのであるから。[すなわち、元共有者たちの単独所有は、分割までは存在しなかったのだから。]

第25節 さらに、たとえ第16節における専有の定義によれば、物を任意に使用する権限が、他の人々も一緒にこの物を任意に使用することがないように、彼らを排除する権限を生み出すと考えられており、その理由は、さもないと、任意に自分の物を使用する権利であるところの**所有**が、将来的に無意味または無効になってしまうからであるとしても、しかし、私は、これら2つの権限のうちのどちらが**優先的なもの**として観念されるべきであるのか、どちらから残りの一方が効果として発生するのか、これらのことを細かく論じるつもりはない。なぜなら、この問いは、有用さよりもむしろ**瑣末さ**と結びついているから

である。というのも、一方では、仮に他の人々が平等な権利を有しているならば、私が物を絶対的に任意に使用することは不可能であり、そしてそれゆえに、物を任意に使用する権利が与えられたときは、他の人々を排除する権利もまた与えられることになる。他方では逆に、上位者を持たない人々のあいだでは、物の任意の使用から他の人々を排除する権限が、物を任意に使用する権限を含んでおり、これを生み出すものと考えられる。

第26節 とはいえ、もしかすると、先占による取得においては、先占者たちは、物を任意に使用する権限をもっぱら念頭においており、他方で、分割による取得においては、分割者たちは、他の人々をその物の使用から排除することを「もっぱら」念頭においているのかもしれない。しかしさしあたっては、この考察もまた、有用さよりは瑣末さにつながるものである。

第27節 より判明に考察されるべきであるのは、次のことである。物を任意に使用して他の人々をその物から排除するというこの一般的観念には、なにが含まれているのか、そして、あの権限のうちのどちらか一方が、あるいはその両方が、どのようなことを含意しているのか。[その答えはなにかというと] もちろん、この両方の権限は、以下の権能を包括している。すなわち、産出力のある物からさまざまな果実を収穫する権能、あるいは少なくとも（すなわち産出力のない物については）何らかの利便性や快適性をその物から可能な限り享受する権能、また、いかなる他の所持人からもこの物を取り戻す権能、または、その物に損害を与えた人に評価額を請求する権能、その物を消費する権能、増減滅失させる権能、譲渡する権能すなわちその使用全体を他人に永久に移転する権能、さらには、譲渡することなしにその物の利益全体を一定期間他人に移転する権能、あるいは、何らかの使用の一部を、いかなる期間であれ、永久にすら移転する権能である。同様に、他人の

利益のために、専有物の使用を自発的に控える権能、そして、所有のその他の効果を停止したり制限したりする権能をも包括している。

ゲルマン私法からみた所有とその自然本性一般について（出雲）

第28節 私は次のように述べた。物を使用する権限全体が永久に他人へ移転されたとき、その物は譲渡されたと評価される、と。なぜなら、[第18節で述べたように]、使用できない物は、その自然本性からして、所有に服しえないからである。ここから、次のことが分かる。物の使用全体が一時的に他人へ移転されたときは、なるほど、所有の何らかの部分¹は移転者に留まるかもしれないけれども、しかし、長期か短期か、確定期間か不確定期間か、無条件か条件付きか、あるいは、使用と一緒に所有の**その他の部分**も移転されたか否かに応じて、あるときは[所有者に残る部分のほう]が**優位**であり、あるときは**劣位**である。それどころか、もし私たちがより正確に述べようとするならば、使用全体を移転した人のところに残っている所有は、物における所有 *dominium in re* というよりは、むしろ**期待における所有 *dominium in spe*** であると考えられる⁽²⁴⁾。とりわけ、先の所有者が留保しているものが、利便よりもむしろ負担から成り立っているときは、そうである。

第29節 ここから、次のことが容易に分かる。もし私が他人に、使用する権限全体を永久にあるいは長期間移転して、その結果、私には第三者から**物を取り戻す権限**しか残されておらず、さらにその取戻しすらも、私が使用を移転した人の利益のためでしかないならば、このような所有は、極めて**非本来的な意味での所有**である。というのも、この種の権限は、利便でも利益でもなく、むしろ負担だからである。

九五（五四九）

第30節 さらに、次のことも明白である。果実や快適性を物から得る権限は、**所有の一次的かつ最も優れた効果**であるのに対して、物を取り戻す権限は、**二次的**でより劣った効果でしかない。それゆえに、ローマ法の教えから離れるならば、また、ローマ法の解釈者たちの通

説からも離れるならば、物の取戻し単体が所有の基準になったりその一次的な効果になったりすることはない。

第31節 ある人が、所有の前述の効果を実現させたり、所有の自然本性から自ずと生じる結果を実現させたりすることができており、その人の実現が他人の指示や指図に依存していないならば、その人は、絶対的かつ独立した所有 *dominium absolutum et independens* をしているといわれる。他方で、これらの効果や結果を、一部であれ全部であれ、他人の指図や指示に応じて実現する人、あるいは、他人の指図や指示がなければそもそも実現することができない人は、束縛された所有 *dominium strictum* ないし依存した所有 *dominium dependens* をしているといわれる。ある人が、自己の同意によって所有の実現に制限をかけるならば、その人の所有は制限された所有 *dominium limitatum* と呼ばれる。

第32節 ある人が、所有の効果または〔その所有から生じる〕利益の効果を他人と分かち合わないならば、その人の所有は十全な所有 *dominium plenum* といわれる。反対に、所有の効果が〔複数人によって〕分けられた場合、その所有は十全でない所有 *dominium minus plenum* といわれる。

第33節 ところで、ことがらそのものから明らかなように、これらの区別は、同音異義的ではなく〔＝無関係な対象に同じ名前がつけられているのではなく〕、類比的である〔＝ある対象を範として他の対象に似た名前がつけられている〕から、上述第16節で私が〔細かい区別をせずに〕、範となる最も優位の類を定義したとしても、すなわち、絶対的かつ独立した十全な所有を定義したとしても、このことは、私にとって落ち度とはならない。

第34節 十全でない所有についてみると、物を使用収益する権限を持つ人が、その物を増加させたり改良したりする権限も一緒に持っているときは、その人の所有は準所有 *dominium utile* といわれる。この準所有に対置されるものとして、本所有 *dominium directum* がある。本所有とは、ある人が、自分の物の使用を認める対価として、他人から何らかの利益を有効に〔＝法的に強制力のあるかたちで〕請求する権限を留保しつつ、その準所有をこの他人に認めるときをいう。結果として、その人は、利益が給付されなかったときは、物を他人から罰として取りあげることができる。例えば、地上権の目的物 *superficies* に対する所有、永代借地権の目的物 *emphyteusis* に対する所有、封土 *feudum* に対する所有である。

第35節 それゆえに、もし地上権の目的物の所有者が、地代を受け取らないならば〔＝地代の請求権がそもそもないならば〕、あるいは、地代が支払われていないにもかかわらずこの物を取りあげることができないならば、あるいは、永代借地権の目的物の所有者が、地租が支払われていないにもかかわらずこの物を取りあげることができないならば、そのとき彼らの所有は、本所有という名前には値せず、むしろ第28節で述べられた通り、期待における所有という名前にもみ値する。したがって、ゲルマンにおける農夫たちの小作地も、本来は〔ローマ法が言うような〕永代借地ではなく、そしてそれゆえに、小作地と永代借地とを同義であると解する人々は、誤っている。

第36節 さらに、物から果実全般を収穫する権限だけを享受している人は、長期であろうが〔短期であろうが〕、〔有償であろうが〕無償であろうが、割合的な量の返還〔＝収穫物からの対価の支払い〕がおこなわれていようが、物を任意に作り変える権限（すなわち改良する権限）を有していないので、準所有すらしておらず、ローマ法上の用益権者や賃借人のように、いかなるときも決して物における権利 *jus in re* を

持っていない。ここからさらに、ゲルマン法上の用益権とローマ法上の用益権とのあいだには、大きな違いがあることが分かる。しかし、この違いに関するこれ以上の説明は、それに相応しい箇所まで保留されるべきである。

第37節 ある人が、使用収益する権限と一緒に、作り変える権能を、ただし改良する権能のみを相手方へ移転して、自分には、この相手方の死亡後にあるいは一定期間経過後に物を返還してもらう権限のみを留保したとする。ところが、この人は、相手方が物を消費しようとしたときに、これを取りあげる直接的な権能を持っていなかったとする。この人には、[第35節の人々と] 同じ理があてはまる。というのも、この人は、そのあいだ、本所有でも準所有でもなく、期待における所有しかしていない。ところが、期待における所有は、本来的な意味での所有ではない。

第38節 ここから、以下のことが帰結する。嫁資に対する妻の権利は、婚姻が継続しているあいだは所有ではない。むしろ、婚姻が継続している限り、夫のみが嫁資の所有者である。トリボニアヌスは『勅法彙纂 *Codex*』第5巻第12章第30法文において、妻の権利を自然な所有と呼んでいるけれども、これは無益で関係のない瑣末さに由来しているので、反論にならない。主査であるトマジウス先生の『学説彙纂ノート *Notae ad Pandectas*』[1713年]第23巻第3章に対するノート236頁の冒頭を見よ。ところで、嫁資たる土地に対する夫の所有を準所有と呼びうるか否かは、あまり重要ではない。もし君が、この準所有という名づけ方によって、夫の所有は十全ではないけれども、さしあたりローマ法上の用益権者よりは優れていて内容が豊かであるということを意味させたいならば、そのときこの主張は寛恕されうる。主査であるトマジウス先生の前掲書を参照。しかしこれとは反対に、もし君が、本所有と対をなすもののみを準所有と呼ぶならば、そのとき、夫の所

有は本来的な意味での準所有ではない。なぜなら、妻は、婚姻が続いている限り、本所有を享受していないからである。

第39節 自分の物の使用を（用益権 *ususfructus* におけるように）全部あるいは（使用权 *usus* におけるように）一部だけ他の人に移転したけれども、しかし、使用者自身はその物を他の占有者から取り戻すことができず、移転者〔のみ〕が取り戻しうるならば、この移転者の物は、他の人に役している *personae servire* [=人役権 *servitus personalis*] といわれる。ところで、もしこのような利益が土地に付与されて、そしてその土地の特定の占有者には着目せず、直接的に相手方の土地の便益を目的としているならば、物役権 *servitus realis* ないし地役権 *servitus praedialis* と呼ばれる。

第40節 人による使用 *usus personae* [=人役権にもとづく使用] と呼ばれるのは、使用者が占有中の土地の価値が上がらず、むしろしばしば減少するような使用である。反対に、[地役権における] 土地の便益とは、[特に種類の限られない] 利益全般であり⁽²⁵⁾、要役地の価値を上昇させることを常とする何らかの快適性や居住性をも含む⁽²⁶⁾。

第41節 上述第4節で私は、法的な占有は自己のために持つ心と結びついており、そして所有はこの種の占有から始まると述べた。したがって、もし所有者が自分の物を譲渡しようとするならば、この物の占有を十分な表示によって相手方に移転することが必要となるであろう。これは、相手方が自己のために持つ心を伴って、この物を占有するためである。したがって、所有の移転のためには、たとえその移転が（賃貸や使用貸借などにおいて常にそうであるように）物から生じる利益を得る権限と結びついているとしても、物理的な占有 *possessio physica* の移転では不十分であり、それに加えて、所有を放棄する心もまた要求される。逆もまた然りであり、所有を移転する心、意図およ

び約束だけでは、所有を現実⁽²⁷⁾に移転するためには不十分であり、それに加えて、売買においてそうであるように、占有の移転も求められる。

第42節 というのも、あとで所有を移転するという表示が相手方から承諾されることによって、この相手方が物に対する権利 *jus ad rem* を手に入れて、この権利の力によって、所有を現実に移転するように、約束した人を強制することができるとしても、しかし、所有そのものの移転は、承継的な取得方法においても、原始的な取得方法におけるのと同様に、占有に始まるからである。

第43節 ここから、次のことが明らかになる。引渡し *traditio* は、たとえローマ法から離れても、極めて自然な〔承継取得の〕方法である。ところで、幾通りの方法によって引渡しは、すなわち占有の移転が法的に起こりうるのかは、それに相応しい箇所ですく詳しく説明すべきであろう。

第44節 さらに、自分が持っていない所有を他人に移転しえないことが、確かな法になっているように、自分の所有がまさに消滅せんとする出来事に際して、それを他人に移転することはできない。このことも、同様に確かな法である。

第45節 このようにして例えば、一時的な所有者は⁽²⁸⁾、期間の経過時には、物を譲渡することができない。このことに疑いの余地はない。

第46節 したがって、理の同一性からして、また、所有の自然本性からして、あらゆる譲渡は、生きている人々のあいだでおこなわれなければならない。なぜなら、死はすべての権利を奪って消滅させるからである。したがってまた、市民法および慣習から離れて自然法のみに従うならば、遺言による〔所有の〕移転は無効である。これは、然る

べき箇所を示される通りである。さしあたり、主査であるトマジウス先生の「遺言相続の起源について」および上述第3節で述べられたことを見よ。

第47節 最後に、所有者でなければだれも物の取戻しをすることはない一方で、相手方が自己のために持つ心を伴って物を占有していないならば、所有者であっても取戻しを必要としない⁽²⁹⁾。

第48節 したがって、所有物取戻し訴訟 *rei vindicatio* は、占有者を相手方として⁽³⁰⁾、この占有者が所有していないにもかかわらず所持している物を返還させるために、所有者に認められるものである。

第49節 したがって、この訴権においては、2つのこと、すなわち、原告の所有と被告の占有とが証明されなければならない。ただし、被告がいずれかを否認するときに限る。そして、このことは、ゲルマン人たちにおいても、実務として受け入れられている通りである。

第50節 ローマ法には、別の理があてはまる。そこでは、所有物取戻し訴訟において、原告の所有のみが証明されるべきであり、被告の占有は証明される必要がまったくなかった^{a)}。なぜなら、法務官は、自分が占有していることを被告が認めるまで⁽³¹⁾、所有者に所有物取戻し訴訟を与えなかったからである。

a) なぜなら、たとえ法文の中で、所有物取戻し訴訟は占有者を相手方として認められると言われているとしても、この所有物取戻し訴訟において被告の占有が証明されるべきであるとは、決して言われていないからである。『学説彙纂 *Digesta*』第6巻第1章第7法文、第9法文、第25法文、第27法文、第36法文首項、第80法文。第10巻第4章全体も付け加えておこう。とりわけ、第10巻第4章第1法文、第3法文

第1項および第3項以下。第11巻第1章第4法文、第9法文第1項、第11法文第4項、第20法文第1項も参照。

第51節 ところで、被告は自身の占有を否認しているけれども、所有者は反対にこれを主張しているならば、[ローマ法においては] 法務官が提示訴権 *actio ad exhibendum* を与えた。この訴権は、それゆえに、所有物取戻し訴訟の準備訴権といわれる^{b)}。

b) 『学説彙纂』第10巻第4章第1法文および同巻同章第3法文第3項。ウルリク・フーバー⁽³²⁾『市民法予講 *Praelectiones juris civilis*』[3巻本、1678年]の『学説彙纂』第10巻第4章に対する註釈6(310頁)⁽³³⁾。

第52節 ところで、この提示訴権において、被告が占有していることを原告が証明したならば、所有物取戻し訴訟はもはや必要がなくなった。なぜなら、法務官は、そのことだけで^{c)}、物を被告から取りあげたからである。これは、被告が嘘をついたからではなく、審理のために被告に占有の有無を質問 *interrogare* した法務官の威厳を、彼の嘘によって傷つけたからである^{d)}。

c) 『学説彙纂』第6巻第1章第80法文。

d) 『学説彙纂』第11巻第1章第11法文第4項を第2巻第1章第9法文と関連づけよ。

第53節 したがって、ゲルマン法は、法務官の[法廷における] 質問 *interrogatio* を決して継受しておらず、また日々の実務は、この質問が所有物取戻し訴訟において用いられていないことを教えているので、次のことが明らかになる。ローマ人たちのもとで所有物取戻し訴訟の準備訴権であったところの提示訴権が、ゲルマンにおいて使われてい

ると主張している人々^{e)}、あるいは、所有物取戻し訴訟において、被告が占有していることを原告が証明するならば、たとえ自己の所有を証明していなくても、それだけで被告は有責判決をくだされるべきであると主張している人々は^{f)}、ゲルマン法の諸原理に反している。それどころか、後者の主張は、ローマ法とすら一致していない^{g)}。

e) 主査であるトマジウス先生の『学説彙纂ノート』第10巻第4章に対するノート137頁を見よ。また、既にシルター⁽³⁴⁾が『学説彙纂演習 *Exercitationes ad Pandectas*』第20演習第21章⁽³⁵⁾で、またバイヤー⁽³⁶⁾が[1699年の『その基礎に立ち返り、かつ時代の慣用に合わせられた市民法の、学説彙纂にもとづく簡潔な諸命題によってまとめられた概論 *Delineatio iuris civilis ad fundamenta sua revocati et ad seculi usum accommodati positionibus succinctis inclusa secundum Pandectas*』に所収の]『学説彙纂』第10巻第4章に対する註釈で、はっきりと、この見解はゲルマン法学の諸原理とまったく一致していないことを示した。

f) 彼らは、とりわけ以下のことを強弁している。公正明大かつ健全に定められている法 [=虚偽の回答をした被告に対する制裁] を使わせまいとした最初の人、だれかは分からないけれども嘘つきの庇護者であり、そしてこれらの健全な規定は、むしろ [ゲルマンの] 法廷へふたたび戻されるべきである、と。主査であるトマジウス先生の『学説彙纂ノート』第6巻第1章に対するノート108頁を参照。

g) なぜなら、ローマ法によれば、所有物取戻し訴訟が提起された場合、常に所有が証明されるべきだったからである。

第54節 さてしかし、国家の利益にもとづいて、裁判において犯された被告の嘘をすべて、訴えられているところの物の剥奪によってまたは抗弁の喪失によって罰するか否かは^{h)}、立法の分別または助言の分

別に属しており、ここで問題になっている司法の分別には属していない。この司法の分別が解明するのは、立法および慣習によってなにが受け入れられ、そして定められているのかであって、どうあるべきかではない。

h) 故ストウリユク⁽³⁷⁾が座長であった1703年の討論書「嘘に対する罰によって訴訟手続を短縮することについて *De processibus abbreviandis per poenam mendacii*」がある。この討論書では、いたるところで、とりわけ第44節から第46節において、立法の分別が司法の分別と混同されている。

第55節 したがって、立法の分別のルールに関しては、たとえ先の主張〔＝被告の嘘を物の剥奪によって罰するべきであるとする主張〕についてさまざまなことが忠告されうるとしてもⁱ⁾、しかしそれはこの教科書とは無関係であり、それゆえに、その主張はゲルマン人たちの慣習によれば受け入れられていないということだけで足りる。このことは、それに相応しい箇所、争点決定および証明に関する教えにもとづいて、より詳細に明らかになるであろう。

i) 前掲論文には、当事者たちを嘘へと煽り立てるアドヴォカートの追放に関して、多くの真なることがらが含まれている。しかし、この悪行を分別あるかたちで懲らしめるべきであるのか否か、また、裁判におけるあらゆる虚言を罰することで、この悪行を有意義に懲らしめることができるのか否か、さらに、罰を伴う禁止は紛争を短縮させるのであろうか否か、これらの問いは、それぞれ異なっている。これらの問いに関しては、分別に従って忠告しておくべきことがら、まだたくさんある。

第56節 所有の自然本性については、以上で十分である。所有を取得

する個々の方法を専門的に論じることは、占有および占有から生じる権利について若干詳しく説明したあとのほうが、相応しい。この点は、他の人々の思慮に委ねることにしよう。

終わり

- (1) トマジウスについては、Gerd Kleinheyer und Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 6. Aufl., Tübingen : Mohr Siebeck, 2017, SS. 453-460を参照。
- (2) Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 1., Berlin : Erich Schmidt Verlag, 1971, col. 184. (zu *Anwalt*, col. 182-191, G. Buchda)
- (3) クリスティアン・トマジウス (著)、ヨーハン・コンラット・ネーゼン (著)、出雲孝 (訳) 「ゲルマン私法からみた物の差異について」日本法学86巻2・3合併号226-222頁 (日本大学法学部、2020年) の解題を参照。
- (4) Gottfried Achenwall, *Natural Law: A Translation of the Textbook for Kant's Lectures on Legal and Political Philosophy*, edited by Pauline Kleingeld, translated by Corinna Vermeulen with an Introduction by Paul Guyer, London : Bloomsbury, 2020, p. xiii.
- (5) Gottfried Achenwall, *Jus naturae*, 5 ed., Göttingen : Bossiegel, 1763, lib. 1. sec. 2. tit. 3., p. 117および Achenwall, a. a. O. (Anm. 4), p. 49を参照。なお、アッヘンヴァルの手元にあった本史料は、トマジウスの死後に出版されたものであるらしく、出版年が1730年となっている。カントがどの版を読んだのかは不明であるけれども、トマジウスとフランクが本史料を大幅に改訂した事実は確認されていない。
- (6) 本解題では、『法論』を参照する場合、Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, (Werkausgabe Band VIII), 17 Aufl., Wiesbaden : Suhrkamp, 2014に所収のB版の頁数を記載する。
- (7) 拙訳 (前掲註3) 217頁の第10節において言及されている私法の配列も参照。
- (8) Achenwall, a. a. O (Anm. 5), lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 142., p. 122. 「したがって、物の所有は、先占を通じて導入されたのであり、先占に起源を有している。そしてこのため、私たちの所有に服する物が、特殊な意味で『物 res』と呼ばれる。なぜなら、私のものと君のものに関して語られるのは、またそれゆえに物の側からみれば、私の物と君の物に関して語られるのは、とりわけ法においてだからである」 (Per occupationem itaque introducta sunt et originem ceperunt rerum dominia, et hinc RES

speciatim vocantur, quae dominii nostri capaces sunt: quippe de meo et tuo, atque hinc etiam respectu rerum, de iis, quae meae vel tuae sunt, potissimum in Iure sermo est.)。

- (9) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 136., p. 117.
- (10) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 136., p. 117.
- (11) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 137., p. 118.; §. 138., p. 119.
- (12) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 137., p. 119.; §. 139., pp. 119-120.; §. 140., p. 121.; §. 141., p. 121.; §. 142., p. 122.
- (13) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 137., p. 119.
- (14) *Ibid.*, lib. 1. sec. 2. tit. 3. §. 142., p. 122.
- (15) Samuel von Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Lund : Adam Junghans, 1672, lib. 4. cap. 4. §. 1., pp. 452-453を参照。
- (16) Christian Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Halle : Officina Libraria Rengeriana, 1742, par. 2., cap. 2. §. 132., p. 128. 「固有な / 専有された物と呼ばれるのは、私たちが固有権 / 専有権を有しているところの物である」(Res propriae dicuntur, in quibus jus proprietatis habemus.)。
- (17) Gottfried Achenwall, *Jus naturae*, 3 ed., Göttingen : Bossiegel, 1755, lib. 1. sec. 2. tit. 3., §. 178., pp. 98-99を参照。そこでは、前掲註 8 で引用した文章の後半部分「なぜなら、私のものと君のものに関して語られるのは、またそれゆえに物の側からみれば、私の物と君の物に関して語られるのは、とりわけ法においてだからである」(quippe de meo et tuo, atque hinc etiam respectu rerum, de iis, quae meae vel tuae sunt, potissimum in Iure sermo est) が書かれていない。
- (18) Gottfried Achenwall, *Jus naturae*, 4 ed., Göttingen : Bossiegel, 1758, lib. 1. sec. 2. tit. 3., p. 113 et §. 142., p. 119を参照。
- (19) Takashi Izumo, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Frankfurt am Main : Peter Lang Verlag, 2016, S. 25.
- (20) トマジウス自身も、1713年から1714年にかけて、フリードリヒ・ヴィルヘルム 1 世から法典編纂を命じられていた。彼の体系が受け入れられなかったことは、後代の法学者たちの明確な態度表明と言えるであろう。この法典編纂については、Izumo, a. a. O. (Anm. 19), S. 22を参照。
- (21) 原文では *cuntractus* となっているが、*contractus* と校正した。
- (22) 原文では *conroversia* となっているが、*controversia* と校正した。
- (23) 原文では *ssnt* となっているが、*sunt* と校正した。
- (24) 「期待における所有 *dominium in spe*」という用語は、ローマ普通法学にもみられる。例として、親の財産に対する子の権利、すなわち推定相続人の期待権が挙げられる。Joannes Jacobus van Nispen, *Specimen*

academicum inaugurale sistens modos acquirendi dominium ex jure gentium, Leiden : Andrea Costerus, 1781, p. 9 を参照。

- (25) この大雑把な定義は、ローマ法との比較において意味を持つ。ローマ法においては、便益の種類に応じて「都市地役権 *servitus urbana*」と「農村地役権 *servitus rustica*」とが区別された。トマジウスは、この区別をゲルマン法において否定している。Izumo, a. a. O. (Anm. 19), S. 129を参照。つまり、便益について区別をしないことが、そのままローマ法に対する批判となっているのである。
- (26) 役権が土地に設定された場合、それが人役権のときは土地の価値が下がり、地役権のときは土地の価値が上がる。このことは、次の例から明らかである。Aは、隣人Bに、A所有の土地甲において個人的に使用収益する権利を付与した。このとき、人役権の一種である「用益権 *ususfructus*」が設定されたものと仮定する。Aが甲を第三者Cに売却する場合、CはBを追い出すことができないので（人役権の物権的効力）、甲の価格を低く見積もるであろう。これに対して、Aが甲（要役地）に水を引くために、隣人Bの土地乙を承役地とする地役権としての「引水権 *aquaeductus*」を設定してもらったと仮定する。Aが甲を第三者Cに売却する場合、CもBの土地から引水できるので（地役権の物権的効力）、甲の価格を高く見積もるであろう。
- (27) 原文では *adactualem* となっているが、*ad actualem* と校正した。
- (28) トマジウスはここで「一時的な所有者 *dominus temporarius*」を定義していないけれども、当時は例えば妻の嫁資に対する夫の立場が、そのように呼ばれていたようである。Nicolaus Hieronymus Gundling, *Ausführliche und gründliche Discourse uber die sämtlichen Pandecten*, Bd. 2., Frankfurt am Main und Leipzig : Spring, 1739, S. 1510を参照（*uber* は原書名ママ）。
- (29) 所有者が非 - 自主占有者から物を返してもらった場合であっても、暴力などの自力救済に出るはならない。このことは当然である。もっとも、トマジウスとフランクは、自発的に返還しない時点で「自己のために持つ心 *animus sibi habendi*」を認定しているのかもしれない。
- (30) 原文では *advnrsus* となっているが、*adversus* と校正した。
- (31) 原文では *nonante* となっているが、*non ante* と校正した。
- (32) ウルリク・フーバー (Ulrik HUBER, 1636-1694年) は、フリースラントの法学者である。フラネッカー大学 (*Academia Franekerensis*, 1585-1811年) 教授。
- (33) 筆者が確認した Ulrik Huber, *Praelectiones juris civilis*, vol. 2., Leuven : Joann Franciscus van Overbeke, 1766では、註釈5 (347頁) に *quod cognitu ad actionem est necessarium, actione exhibendi sit praeparatum* という一文がみられる。

- (34) ヨハン・シルター (Johann SCHILTER, 1632-1705年) は、ドイツの法学家である。諸事情からアカデミアにおいては不遇であり、フランスによる併合前後のシュトラスブルク大学で名誉教授の身分を得るなど、変則的な学術活動をおこなっていた。
- (35) 訳者が参照した Johann Schilter, *Praxis juris Romani in foro Germanico : Ad secundam, tertiam, quartam et quintam partem Pandectarum*, vol. 2., Frankfurt am Main : Franciscus Varrentrapp, 1733 では、第91章 (134頁) が該当した。
- (36) ゲオルク・バイヤー (Georg BEYER, 1665-1714年) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。
- (37) ザミュエル・ストウリユク (Samuel STRYK, 1640-1710年) は、ドイツの法学者である。フランクフルト・アン・デア・オーダー大学、ヴィッテンベルク大学、ハレ大学で教鞭をとり、「パンデクテンの現代的慣用 *Usus modernus Pandectarum*」の大家として知られた。

〈謝辞〉

本研究は JSPS 科研費 JP20K13307 の助成を受けたものである。

名誉毀損における原状回復と その目的に関する法史学からの一試論

——名誉の回復をめぐる近世ドイツの議論を中心に——

出 雲 孝

1 はじめに

我が国の民法723条は「他人の名誉を毀損した者に対しては、裁判所は、被害者の請求により、損害賠償に代えて、又は損害賠償とともに、名誉を回復するのに適当な処分を命ずることができる」と定めている。同条文における原状回復の趣旨について、学説は「名誉回復処分は、被害者に主観的な満足を与えるためではなく、金銭による損害賠償のみではてん補されない社会的・客観的評価自体を回復することを可能ならしめるために規定されたもの」⁽¹⁾であると解しており、最判昭和45年12月18日民集24巻13号2151頁も、同様の判断をくだしている。

名誉を回復するための「適当な処分」として実務上認められているもののひとつに、いわゆる謝罪広告がある⁽²⁾。「謝罪」という文言から明らかなように、加害者の良心の自由（憲19条）に関わる問題であるから、本人が自発的に謝罪した場合はともかく、代替執行（民414条1項、民執171条）に付すことは違憲である、とする学説が多い⁽³⁾。しかし、最高裁は、「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のもの」であれば、代替執行に付すことも違憲ではないとしている（最大判昭和31年7月4日民集10巻7号758頁）。

謝罪広告の代替執行が可能である以上は、加害者の意に反した謝罪広告の必要性およびその内容の適切性を、事前に判断する枠組みが必要となる。前者の必要性については、例えば、名誉毀損からの年数の経過が必要性を減じさせると考える裁判例がある（東京地判平成18年6月20日判タ1242号233頁）。また、内容の適切性については、謝罪広告の大きさ等を判決で指定した裁判例（高松地判平成9年6月30日判タ986号261頁）が存在する一方で、活字の大きさ等のみならず文面も任意とした裁判例（東京地判平成7年3月14日判時1552号90頁）もみられる⁽⁴⁾。このため、「現在のところ、裁判所の裁量に委ねられており、明確さを欠いている」という指摘がある⁽⁵⁾。

本稿の目的は、以上のような実定法上の問題関心を踏まえつつ、近世ドイツにおける名誉毀損の取り扱いを振り返ることで、名誉回復の制度趣旨に関する歴史的知見をつけくわえることにある。具体的には、ローマ法、17世紀ドイツの学説および裁判例、ならびに哲学者イマヌエル・カント（Immanuel KANT, 1724-1804年）の法思想の4つを概観する。なお、近世においては刑事法上の名誉毀損と民事法上の名誉毀損との区別が曖昧であり、本稿の叙述も、両分野にまたがるものがしばしばある。この点については留意されたい。

2 ローマ法における名誉毀損

(1) 十二表法

古代ローマにおける不法行為には、「インユーリア iniuria」という類型が存在した。「人格権侵害」と訳されることがあるけれども、現代の用語との混同を避けるため、本稿ではカタカナ表記で「インユーリア」と呼ぶことにする。

紀元前450年頃に成立した十二表法において、人間の身体に対する危害は、以下の3つに類型化されていた。①「四肢を麻痺させたならば、その者と和さない限り、同害報復されよ Si membrum rupsit, ni cum eo

pacit, talio esto」、②「手足の骨を折ったならば、自由人については300アスの贖罪金を、奴隷については150アスの贖罪金を支払え Manu fustive si os fregit, libero CCC, si servo, CL poenae sunt」、③「インユーリアを他人におこなったならば、25アスの贖罪金を支払え Si iniuriam alteri faxsit, XXV poenae sunt」⁽⁶⁾。

この時代におけるインユーリアは類型③に限定されており、類型①と類型②に該当しない「それ以外の身体への攻撃 die sonstigen Angriffe auf den Körper」を意味した⁽⁷⁾。つまり、初期のインユーリアは、身体攻撃のうち、四肢の麻痺、四肢の骨折以外の危害（そしてその金額から察するにこれらよりも軽い危害）を包括する概念であった。

(2) 古典期ローマ法

ところが、既に紀元前の段階で、法務官は同害報復を告示によって禁じ、また、十二表法にもとづく贖罪金の額が貨幣価値の下落によって実効性を失ったので、これらも廃止された⁽⁸⁾。しかし、インユーリアという用語そのものは放棄されず、十二表法の時代とは異なる意味を担わされた。紀元後2世紀後半から3世紀前半にかけて活躍した法学者ウルピアーヌスは、次のように説明する。

『学説彙纂』第47巻第10章第1法文首項（ウルピアーヌス『告示註解』第56巻）

インユーリアと言われるのは、それが法にもとづかずにおこなわれること〔訳註：法を意味するユースに否定のインがついたもの〕だからである。というのも、法にもとづかずにおこなわれることはすべて、不法におこなわれると言われるからである。これは一般的な意味である。ところで、特殊な意味においては、インユーリアとは侮辱のことである。場合によっては、インユーリアという名称で、過失によって与えられた損害が指示されることもある。私たちはこれを、アクィリウス法において言

うのが常である。また場合によっては、私たちは不公平をインユーリアと言うこともある。なぜなら、ある人が不公平にあるいは不正に判決をくだすならば、法と正義が欠けているという理由で、すなわち適法ではないという意味で、インユーリアと呼ばれるからである。ところで、「侮辱 contumelia」は「侮る contemnere」に由来する。⁽⁹⁾

ウルピアヌスによれば、インユーリアには4つの意味がある。

①一般的には、ラテン語 iniuria が「適法 iure」と「不 in-」との組み合わせであることから、法にもとづいていないことがらを意味する。

②特殊的には、「侮辱 (contumelia)」のみを意味する。すなわち、「インユーリアという言葉で、今や、身体侵害と並んで人格侵害を、すなわち他者の人格性に対するあらゆる自覚的な軽蔑を、またそれゆえに(ギリシャ語のヒュブリスがその語源的な意味において持っていたような)自己の人格の奢りを意味する」⁽¹⁰⁾。この意味におけるインユーリアが、本稿の研究対象である。さらに、③アクィリウス法に固有の用法として、「過失によって与えられた損害 *damnum culpa datum*」が意味されることもあれば、④「不公平 *iniquitas*」と同視されることもあった。

このように定義しなおされたインユーリアについて、古典期の法学と法実務は、複数の手続を用意した。すなわち、インユーリア訴権においては、「その件について審判人に公平であると見られるべき額 *quantum ob eam rem aequum iudici videbitur*」について有責判決をくだす正規の手続(『学説彙纂』第47巻第10章第17法文第2項)と、身体的な懲らしめを含む非正規の手続(後掲『学説彙纂』第47巻第10章第45法文)とが用意されており、さらに場合によっては「公の審問 *quaestio publica*」が、元老院決議にもとづいて認められた(後掲『学説彙纂』第47巻第10章第6法文)。その後、ユスティニアヌス法においては、刑事的な性格と民事的な性格とが一応区分され、以下のように整理された。

『法学提要』第4巻第4章第10法文

最も知っておかなければならないのは、すべてのインユーリアについて、被害者は、刑事としても民事としても訴えることができることである。なるほどそして、もし民事として訴えられるならば、言明されたことにもとづいて評価がなされた上で、罰が科される。他方でもし刑事として訴えられるならば、裁判官の職責にもとづいて、非正規の罰が被告人に宣告される。ただし、ゼノンの勅令〔=『勅法彙纂 Codex』第9巻第35章第11法文（478年）〕が次のことを導入したことは、もちろん遵守されなければならない。すなわち、上流の人々および彼らよりもさらに上位にいる人々は、刑事にあたっては、本勅法の内容にもとづき、プロクラトールを通じてインユーリアの訴えを提起したり応訴したりすることができる。その内容は、本勅法から自ずと明らかである。⁽¹¹⁾

ここでの民事と刑事との区別は、我が国のそれとは異なっている。なぜなら、民事にせよ刑事にせよ、有責判決が「罰 poena」であることは変わらず、民事罰が金銭の支払いを、刑事罰はそれ以外の非正規手続を意味するに過ぎないからである。いずれにせよ、ユスティニアヌス法は、中世学識法を経由してヨーロッパに拡散し、名誉毀損に関する議論の前提となった。

3 近世ドイツの普通法学

(1) 問題の所在

インユーリア訴権は、その民事的な性格と刑事的な性格とをユスティニアヌス法において一応区別されたものの、民事手続における有責判決もけっきょくのところは罰であり、いわゆる損害賠償ではなかった。すると、インユーリア訴権は罰を通じていかなる目的を達成

しようとしているのか、という疑問が、おのずと生じてくる。近世ドイツにおける刑事法の大家であったベネディクト・小カルプッツォフ (Benedikt CARPZOV der Jüngere、1595-1666年)⁽¹²⁾ は、この問題に大胆なかたちで取り組んだ。本稿では、小カルプッツォフの議論を追いながら、近世ドイツにおける名誉毀損の捉え方をみていく。

(2) インユーリア訴権に関する2つの見解

ア 修復説

小カルプッツォフは著書『刑事に関するザクセンの帝国内新実務 *Practica nova imperialis Saxonicae rerum criminalium*』(1635年) 第2巻第95問第90項において、次のような問いを立てている。「インユーリアを被った人が、自分に加えられたインユーリアに罰を求めずに沈黙するならば、その人は自己の名誉を危険に晒して、そしてその人の評判がこれによって害されることになるのであろうか」⁽¹³⁾。小カルプッツォフはこの問いを通じて、インユーリア訴権の目的が、名誉の修復であるか否かを問うている。というのも、インユーリア訴権の目的が名誉の修復であるならば、この訴権を行使しないことは、名誉の修復を断念すること、すなわち毀損された名誉を放置することに繋がるかもしれないからである。これはちょうど、有体物が毀損された場合において、だれかに修理を求めなければ傷が消えないことと似ている。では、有体物とのこのような比較が、実際に可能であるのか。これが、小カルプッツォフの問題関心である。

まず、通俗的な見解を確認しておこう。「インユーリアを被った人がインユーリアの訂正ないし [金銭] 評価を訴えているとき、何よりも訴えようとしているのは、いかなる価格によっても評価されることのできない名誉が自分から奪われたので、この名誉を回復してもらうことである、と考えられており」⁽¹⁴⁾、これが小カルプッツォフの批判対象となる一般的な解釈である。この解釈によれば、被害者は名誉を喪失しているので、「したがって、もしインユーリア訴権を使わないなら

ば、そして名誉の回復が為されないならば、名誉は侵害されたままであり、インユーリアを被った人の評判は汚されたままである。このことに、およそ疑いの余地はない⁽¹⁵⁾。つまり、この通俗的な理解によれば、名誉を傷つけられたという表現は、有体物の場合と同様に、文字通り、対象が傷つけられた状態を意味する。以下、名誉は有体物と同じように毀損され、何も対応しなければその傷が残るので、インユーリア訴権はその修復を目指している、とする考えを「修復説」と呼ぶことにしよう。

イ 事実確認説

しかしながら、名誉も有体物と同様に損なわれうるとする修復説の前提は、一見して奇妙である。というのも、名誉は有体物のような実体を有しておらず、刃物で傷つけたり手で持ち去ろうとしたりすることができる対象ではないからである。小カルプッツォフはこの点を考慮して、修復説を次のように批判する。

しかし、反対のことがより正しい。インユーリアを被った人は、訴えないとしても、自分の名誉や評判を決して害しておらず、その結果、インユーリアに罰を求めるのか、それともインユーリアを加えた人を赦すのかは、彼の自由である。ところで、どちらの道を選ぼうとも、危険は発生しない。というのも、褒めるに値しない人から褒められても、その人の名誉は僅かにしか、あるいはむしろまったく増加しないように、たいしたことのない人から偉大で誠実な人に投げかけられたインユーリアな言葉によっては、その偉大で誠実な人から名誉や評判が奪われることはないからである⁽¹⁶⁾。

小カルプッツォフの主張は、誹謗中傷によっても名誉は毀損されない、という大胆な仮説を採用している。なるほど、名誉が毀損されて

いなければ、インユーリア訴権による名誉の回復は、被害者にとって必要不可欠なものではない。

けれども、仮にそうであるならば、そもそもインユーリア訴権そのものが無用ではないのか、という疑問が生じる。修復説においては、減少した名誉の回復という、分かりやすい用途が定められていた。小カルプッツォフはこれを否定して、次のように訴権の目的を変更する。

インユーリアを被った人が〔誹謗中傷の〕訂正を訴えているとき、彼は自己の名誉の回復を請求している、ということも、反論にはならない。名誉がインユーリアによって汚された、ということがここから帰結するように見えるけれども、実際には、この訴権は、攻撃された評判の原状回復ではなく、名誉が無傷のままであることの表明を目的としている。すなわち、これによって被告が公に自分の嘘を自分で否定して、原告に対して述べたことは偽であると、またこれを通じて、自分は原告にインユーリアをおこなったと自白するわけである。そしてそれゆえに、インユーリアを被った人が訴えようが沈黙していようが、自分自身の名誉を危険に晒すことは決してない。ところで、インユーリアに罰を求める人は、名誉が綺麗なままで汚されていないことを公に立証する。そして、まさにこのことから、邪な偽りの風聞を通じてインユーリアにより他人の名誉を損なうことができる勘違いする人が、世間には現れてくる。(下線部は引用者)⁽¹⁷⁾

小カルプッツォフによれば、インユーリア訴権の目的は、傷つけられた名誉の修復ではなく、名誉が無傷であることの確認でしかない。したがって、インユーリア訴権を使わなければ名誉の回復が果たされないのではないか、と心配する必要はない。このことは、インユーリアのドイツ語表現である「人格侵害 Persönlichkeitsverletzung」⁽¹⁸⁾が、

法思想史的には自明の考えではなかったことを、さらには、名誉毀損という捉え方そのものが自明ではなかったことを示唆している。以下では、このような小カルプツォフの説を「事実確認説」と呼ぶことにしよう。

(3) 事実確認説の適用事例

ア はじめに

小カルプツォフの事実確認説の重要性は、それが実際の事件において採用されたことにある。この事件は、クリスティアン・トマジウス (Christian THOMASIUS, 1655-1728年)⁽¹⁹⁾ の『いろいろと選び抜かれた法的事件に関する真面目な、しかしそれでいて陽気かつ理性的な、トマジウスの意見と回顧 *Ernsthafte, aber doch muntere und vernünftige Thomasische Gedancken und Erinnerungen über allerhand auserlesene juristische Händel*』(4巻本、1723年)に収録されている(以下『回顧』と略す)。『回顧』は、ハレ法科大学判決団がくださった公的な回答に、そのメンバーであったトマジウスが個人的な見解をつけくわえた訴訟記録である。ハレ法科大学判決団とは、1693年1月3日、ブランデンブルク選帝侯フリードリヒ3世(1657-1713年、後のプロイセン国王フリードリヒ1世)が、当時設立されてまもないハレ大学の3人の教授に回答権を賦与することで成立した紛争解決団体である⁽²⁰⁾。この判決団は、「厳しい政府の監督に服する国家による司法機関として設置されたという事情がある一方で、近代的国家司法制度とは相入れない、参審委員会と同様の身分的特権集団としての側面も併せ持つて」⁽²¹⁾おり、「訴訟記録の送付先を自国内の判決団に限定することで、国王・政府は少なくとも国内の事件に関して域外権力の介入を排除すること」⁽²²⁾を目的としていた。判決団の回答は必ず合議によったこと⁽²³⁾、本事件の時期にはザミュエル・ストウリュク (Samuel STRYK, 1640-1710年)が判決団の管長であったこと⁽²⁴⁾、トマジウスも本事件が判決団名義で解決されたものであることを明言していることから⁽²⁵⁾、以下に紹介する回

答がトマジウスの個人的信条を反映したものではないことに注意を要する。とりわけ、トマジウスは彼の主著『神法学提要 *Institutiones jurisprudentiae divinae*』（3巻本、1688年）において、精神的損害は金銭評価可能であるという立場をとっており⁽²⁶⁾、前提が小カルプッツォフと異なっている。

イ 第1巻第7事件（1694年1月5日付）における事案の概要

本稿で紹介するのは、『回顧』第1巻第7事件「もしインユーリアを被ったが、だれから被ったのかを知らないならば、どのように振る舞う必要があるか *Wie man sich zu verhalten habe, wenn man injuriret worden, und nicht weiß, von wem?*」⁽²⁷⁾という表題を付された1694年1月5日付の事件である。事件の詳細に入る前に、トマジウスは、次のような小噺から始めている⁽²⁸⁾。

あるとき、ひとりの男が、暗闇で平手打ちを受けた。居合わせた人々に尋ねてみたが、だれも犯人の正体を知らなかった。男は友人から、犯人が分からない以上は「賠償 *satisfactio*」を受けることができないので、じっと我慢しておくのが賢いという忠告を受けた。けれども、男は犯人に「復讐 *revange*」をしようと躍起になり、四方八方に手を尽くしたあと、「参審員 *Schöppen Herren*」に救済を申し立てた。すぐに次のような回答が返ってきた。「もし貴方が平手打ちを受けて、だれから受けたのかが分からないのであれば、貴方はその平手打ちを受けるだけの咎があったわけだ」⁽²⁹⁾。

トマジウスは、この小噺を有名なものとみなしており、読者に怒らないように忠告している。「というのも、このような馬鹿馬鹿しい悪ふざけ〔＝犯人が分からないにもかかわらず訴え出ること〕をするかあるいはしたことがある愚かな人々が、世の中に存在しているとか、あるいはかつて存在していたなどということは、ありえない」⁽³⁰⁾と読者は思うかもしれないからである。ところが、トマジウスは、似たような事件が1694年1月5日、ハレ法科大学判決団に持ち込まれたと述べ

る。その概要は、次の通りである。

昔、「ディカスタイエン Dicasteyen」という領地の貴族（以下、匿名でセンプロニウスと表記されている。）が、長いあいだ旅に出ていた。帰郷した彼は、友人から次のことを知らされた。「アディキーン Adicien」やその他の地域で、彼の不行状に関する誤った噂が広まっている、と。その噂を広めたのはひとりの旅人であることは分かっていたけれども、すでに姿を消していた。彼らはこの旅人をくまなく捜し回ったが、結局見つからなかった。「しかしそれにもかかわらず、センプロニウスの名誉心がこれによって少なからず踏みにじられ、とりわけこのような噂がどんどん遠方へ広まっているという理由から、また、ディカスタイエンにおける貴族の地位にもとづいて『純粹裁判権 merum imperium』⁽³¹⁾を掌握しているセンプロニウスは、重罪人に対する刑事手続をおこない、かつ、死罪に至るまで捜査をすることができるという理由から、さらには、極めて地位の高い両親からの生まれで、自分自身も名誉ある地位にあり、また、偉大な人々のもとで寵愛を受けながら生活しており、そしてそれゆえに正体不明の誹謗者ないし陰謀家に対する刑事訴訟および捜査をさせる必要があるという理由から、恒久的な沈黙を課すのでは彼の満足にとって十分ではないとみなし、自分自身を通じて、あるいは、その他の御上を通じて、執行官によってこの誹謗者が公的にすなわち公の場所で呼び出され、そこで刑吏によって誹謗者ないし陰謀家と大声で宣告され、かつ、破廉恥であると認定されるように取り計らうべきだと思ひ込んだ」⁽³²⁾。

センプロニウスは、自身の要求を法的に根拠づけられると考え、『学説彙纂』から4つの法文を判決団に提示した⁽³³⁾。以下、日本語私訳および筆者の解説を載せておく。

『学説彙纂』第47巻第10章第6法文（パウルス『告示註解』第55巻）
この元老院議決〔＝誹謗中傷を目的とした碑文または文書によらない誣言に対して罰を拡張する元老院議決〕が必要になるの

は、被害者の名前が示されなかったときである。すなわち、そのときは証明が難しいので、元老院は、公の審問によって事態が罰せられることを欲した。しかし、もし名前が示されたならば、共通の法〔＝市民法〕によってインユーリアを訴えることができるであろう。というのも、被害者は、公的な裁判よりも先に判断される私的な裁判で訴えることを、禁止されるべきではないからである。なぜなら、〔インユーリアは本来的に〕私的な事件に属するからである。もちろん、もし公的な裁判によって訴えられたならば、私的な裁判は拒絶されるべきであるし、逆もまた然りである。

インユーリアは、元老院議決によって、誹謗中傷を目的とするエピソードの製作・売買または文書によらないかたちでの製作・売買にも拡張された（『学説彙纂』第47巻第10章第5法文第10項を参照）。パウルスがここで述べているのは、この議決の趣旨である。パウルスによれば、誹謗中傷を通じて具体的な名指しがなされていなかった場合、そもそも被害者の特定が困難であるから、公の審問がおこなわれることになった。反対に、被害者の名前が具体的に示されているときは、公の審問とインユーリア訴権とが選択的競合の関係に立つ。センプロニウスは、被害者の匿名性を加害者の匿名性に拡張して解釈した上で、この公の審問を求めたのかもしれない。

『学説彙纂』第47巻第10章第35法文（ウルピアーヌス『審判総覧』第3巻）

もしある人が、自分は評判が悪くお金もないという理由で、インユーリア裁判を侮って重大なインユーリアを犯したならば、法務官は、この事件を厳しく糾問して、インユーリアをおこなった人々を懲らしめるべきである。

この法文は、無資力・悪漢であるがゆえに罰を恐れない加害者に対して、法務官は厳しい態度で臨まなければならないことを命じている。法務官がどのような態度をとるべきであるのかは、法文中には書かれていないけれども、『標準註釈 *Glossa ordinaria*』によれば、加害者は身体的に制裁されるべきである（後掲『学説彙纂』第47巻第10章第45法文も参照）⁽³⁴⁾。センプロニウスは、行方不明の旅人を、このような身体的制裁に値する悪漢と評価したのであろう。

『学説彙纂』第47巻第10章第42法文（パウルス『意見集』第5巻）
 上訴人たちによって審判人が罵倒されるようなことがあってはならない。その場合、上訴人たちは破廉恥の烙印を捺される。

パウルスによれば、裁判において審判人が侮辱されるようなことがあってはならない。センプロニウスがこの法文を引き合いに出したのは、領地内の刑事裁判権を持つ自身を、「審判人 *judex*」と同一視したからであろう。

『学説彙纂』第47巻第10章第45法文（ヘルモゲニアヌス『撮要』第5巻）

インユーリアに関して、現在では、事件と人物とに鑑みて、非正規の手続きが設けられることが常になっている。そしてなるほど、[インユーリアを犯した] 奴隷たちは鞭で打たれてから主人たちのもとへ返還される。しかし、自由人たちは、身分が低いときはなるほど棒で殴られるけれども、その他の人々は一時的に追放されるか、あるいはなにごとかから遠ざけられることによって懲らしめられる。

ヘルモゲニアヌスによれば、インユーリアには罰金がかくわえられるだけでなく、非正規手続として身体刑あるいは追放刑も科されること

になっていた。この法文をセンプロニウスが引き合いに出した意図は曖昧であるけれども、次の2つの可能性が考えられる。ひとつは、センプロニウスが、「事件と人物に鑑みて *ex causa et persona*」という文言に照らして、自身の高貴な身分に相応しい対応を求めた可能性である。もうひとつは、非正規手続の部分に着目して、罰金以外の救済手段がとられることを望んだ可能性である。いずれの解釈が正しいものであるのか、それとも第3の解釈が成り立ちうるのかについては、決め手がない。

ウ 判決団の回答

ハレ法科大学判決団は、センプロニウスの訴えに対して、どのように回答したのであろうか。結論から言えば、センプロニウスの訴えは退けられた。

このように、センプロニウスも、身元不明で調査することのできない旅人に対して、アディキーンにおける布告をおこなうことはできないし、ディカスタイエンまたはその他の場所における捜査をおこなうこともできない。しかし、センプロニウスは、つまらない噂によって彼に加えられた誹謗に復讐しようと考えたのであるから、彼の良き友人に対して、然るべきかたちで次のように依頼する自由を持つ。そのような話〔＝センプロニウスに関する噂話〕をした人々を幾人か、名前を挙げつつ彼に示し、そのあとでこれらの人々をインユーリアで訴追するか、あるいはこの言及された旅人に関する明確な証言を彼らから引き出し、さらに彼〔＝センプロニウス〕のために郵便はがきで問い合わせ、そして最後に彼〔＝旅人〕に対して、管轄地で自身のインユーリア訴訟をおこなうように、と。以上、法にもとづいて⁽³⁵⁾。

『回顧』の中では、この回答がくだるまでに、複数の法的な論点が扱われている。本稿で重要なものは最後の論点、すなわち、センプロニウスがいかなる法的手段もとれない場合、彼の名誉が回復しないのではないか、という懸念である、判決団はこれを解決するため、2つの根拠を提示した。ひとつは、前述の小カルプツォフの事実確認説である⁽³⁶⁾。センプロニウスがインユーリア訴権を使えなくとも、名誉はそもそも毀損されていない。なぜなら、インユーリア訴権が求めているのは、名誉の修復ではなくて、名誉が無傷であることの確認に過ぎないからである。もうひとつは、ユスティニアヌス帝が編纂させた『勅法彙纂 *Codex*』から採られた次の法文である⁽³⁷⁾。

『勅法彙纂』第9巻第35章第3法文（ゴルディアヌス3世、239年）
もし君が誣告者でないならば、インユーリアを為す目的でだれかが君のことを密告者と呼ぶことにより、君の名声汚されてしまうのではないかと心配すべきではない。なお、君は、君の名声を減じさせる目的でなにかをおこなったことが暴露された人々を相手方として、確立した慣わしに従い、インユーリアの裁判を試みることができる。

この勅法において、ゴルディアヌス3世（在位238-244年）は、虚報によって密告者と噂された人に対して、名声が汚される心配はないと論じている。ハレ法科大学判決団がこの勅法を引用している意図は、明らかであろう。すなわち、インユーリアがなされたこと、またインユーリアの裁判が認められることは、被害者の名声が減少するか否かとは無関係である、と判決団は解釈している。

センプロニウスは、ハレ法科大学判決団から回答を受け取ったあと、どうなったのであろうか。トマジウスは、知らないと答えている。「なぜなら、アディキーンやディカスタイエンがどこにあるのか、私は私の地図の中に見つけることができなかつたからである」⁽³⁸⁾。この結末

についてトマジウスは何ら説明を加えていないけれども、次のように憶測することが可能であるかもしれない。センプロニウスは、実は貴族ではなく、自分のことを貴族だと思い込んでいただけであった、と。つまり、ハレ法科大学判決団がセンプロニウスの訴えを相手にしなかったのは、彼の主張が絵空事であると理解し、遠回しに拒絶したからである、という可能性も考えられる。しかし、このことは、ハレ法科大学判決団が小カルプツォフの学説に依拠した事実には影響を与えないので、本稿では深く立ち入らないことにする。

4 イマニュエル・カント

(1) 人格の不可侵性

以上のように、小カルプツォフとハレ法科大学判決団は、インユーリア訴権の目的を、傷つけられた名誉の修復とはみななかった。名誉は有体物と異なり、そもそも毀損の対象にならない、という考えが、その背景にあった。彼らの解釈によれば、インユーリア訴権は、名誉が無傷であることの確認、すなわち事実確認を目的とする。

しかし、この事実確認説には、ひとつの大きな問題があった。名誉の毀損不可能性という前提が、あまり尤もらしくないのである。各人には評判というものが現にあり、その評判は全員に等しく与えられているわけではない。また、功績にもとづいて評判が上がったり、醜聞にもとづいて下がったりすることも、日常経験からして明らかである。インユーリア訴権において常に名誉の無傷性を仮定することには、無理があるように思われる。実際、事実確認説では、我が国の民法723条や刑法230条に関する議論を何ら基礎づけることができない。

そこで、現代法的な名誉毀損の捉え方へと繋げるための、橋渡しとなる理論が必要になる。本稿では、この橋渡し役として、ドイツの哲学者カントの法思想に着目する。名誉毀損に関するカントの出発点は、人格の不可侵性と名誉の毀損可能性とを区別することにある。まず、

カントは晩年の『法論 *Rechtslehre*』において、「人格 (Person)」が物理法則には服さないことを指摘する (『法論』 B22)⁽³⁹⁾。

人格とは、その行為が帰責の対象となりうる主体である。したがって、道徳的な人格性とは、道徳法則のもとにある理性的存在の自由に他ならない (これに対して、心理的な人格性とは、様々な状態における自己について、その現存在の同一性を自覚する能力である)。このことから、以下のことが帰結する。人格は、それが (単独であるか、あるいは少なくとも他の諸人格と共同で) 自分自身に与える法則以外には服さない。

この定義からも明らかであるように、道徳的人格性は、物理的に毀損することが可能なものではないし、他者の一方的な評価によって毀損することが可能なものでもない。なぜなら、それは物理法則に服するものではないし、他者が勝手に定立した法則に服するものでもないからである。

このことは、死者の名誉という論点においても維持されている。というのも、人間を一個の現象として捉えた場合、死者の名誉は成り立たないかのようにみえるけれども、カントはこれを認めているからである。カントは、なぜ死者が名誉を持ちうるのかについて、次のように理由づけする (『法論』 B136)。

なぜなら、私は、他者との法的関係においては、各人格をその人間性のみにもとづいて、したがって〔訳註：理性によってのみ把握可能な〕「叡智的人間 *homo noumenon*」として実際には考察しているからである。

死亡によってすら消滅しえない法的人格を、他者が誹謗中傷によって毀損することはできないはずである。このことは、『法論』のみなら

ず『徳論 *Tugendlehre*』においても完徹されている（『徳論』A93）⁽⁴⁰⁾。

自然というシステムの中にある人間（現象的人間、理性的動物）は、大した意義を持たない存在であり、大地の産物として、他の獣たちと共通の価値（通俗的な価値 *pretium vulgare*）しか持たない。人間が他の獣たちよりも悟性をとりわけ持っているということですら、また、自分に自分で目的を設定することができるということですから、有用性という外的な価値（使用価値 *pretium usus*）、すなわち人間が他のものにまさって持つ有用性という外的な価値を、その人に与えるに過ぎない。言い換えれば、物としての獣たちと交換するにあたっての商品としての価格である。けれども、人間は、一般的な交換手段すなわち貨幣と比べれば、それよりもまだ低い価値しか持っていない。それゆえに貨幣の価値は、卓越している（卓越した価値 *pretium eminens*）と名付けられているのである。

ところが、人間が人格として考察されるとき、すなわち、道徳的・実践的理性の主体として考察されるとき、あらゆる価格を凌駕している。というのも、そのような主体（叡智的人間 *homo noumenon*）として、人間は、他者の目的に対する単なる手段であると評価されてはならず、いやそれどころか、自分自身の目的に対する単なる手段としてすら評価されてはならず、目的そのものであると評価されねばならないからである。すなわち、人間は尊厳（絶対的な内的価値）を有している。この尊厳を通じて、人間は、世界にいる他の理性的存在すべてに対して、自分に対する尊敬を要求し、あらゆる他者とこのような仕方で比肩し、そして平等の立場に立って自分を評価することができるのである。

カントによれば、尊敬の対象になるのは、物理的存在としての人間

ではなく、人格的存在としての人間である。物理的存在としての人間は、いくら優秀であろうとも、貨幣より価値のないものでしかない。なぜなら、他の獣とすら交換可能な商品に過ぎず、この交換過程においては貨幣の有用性に勝てないからである。カント自身は言及していないけれども、人格的存在として扱われていなかった古代ローマの奴隷は、まさにそのようなものであろう。

(2) 名誉の毀損可能性

以上の『法論』の議論と『徳論』のそれとを踏まえたとき、ローマ法学における「人格侵害 Persönlichkeitsverletzung」という用語が、実際には適当ではないことが分かる。というのも、「人格 Person」は、行為や言説によって傷ついたり縮小したりするものではなく、不可侵なものとして理念的に設定されているからである。

すると、人格は不可侵であるがゆえに、いかなる侮辱に対しても無傷であるから、小カルプツォフの説が正しいことになるのであろうか。この点について、カントは、人格から区別される「名誉 Ehre」という概念を導入した（『法論』 B137-139）。

もしだれかが、ある死者について犯罪を言いふらしており、仮に存命中であればこの犯罪が当該死者の名誉を失わせしめたかあるいは少なくとも軽蔑に値させたはずであるならば、この容疑が故意に真実に反しており嘘であると証明できる者はだれであれ、この死者に対して悪口を言った人を、誣言者であると公に告発して、それによってこの者自身の名誉を喪失させることができる。このことは、たとえ亡くなっているとしても死者はそれ〔訳註：誣言〕によって侮辱されること、また、たとえ死者は既に実在しないとしても先の弁護によってその死者に回復が生じること、これらを適法に前提としなければ、おこないえないであろう。死者のために弁護する者の役割を演じる資格を、

弁護する者は「わざわざ」証明してはならない。なぜなら、「たとえその資格の証明がなくても」人間はだれであれ、この権能を、単なる徳の義務に属するものとして（すなわち倫理的に考えられたものとして）ではなく、人間性一般の権利にすら属するものとして、敢えて引き受けざるをえないからである。つまり、例えばこのような死者の汚名から友人たちや親族たちに生じるかもしれない特別な個人的不利益は、告訴の権限を弁護する者に付与するためには、必要がない。

死者は、たとえ亡くなっているとしても、すなわちたとえこの世に存在しないとしても、侮辱の対象になりうる。同時に、その侮辱からの救済の対象にもなりうる。このことは一見すると、人格が不可侵であることと矛盾している。なぜなら、死亡によってすら消滅しない人格が、誣言によって傷つくということは、奇妙に思われるからである。しかし、カントはここで、誣言者が死者の人格を侵害したとは述べておらず、「名誉を失わせしめた *ehrlös machen*」と表現している。つまり、誣言者が公に制裁を受けるのは、死者の人格の侵害という不可能なことを試みたからではなく、死者の人格が持つ名誉を、故意に嘘を広めることで失わせしめたからである。したがって、そこでの「回復 *Genugtuung*」とは、傷つけられた人格の修復ではなく、その人格が有すべき名誉の回復ということになろう。この回復は、死者の名誉そのものの回復であるから、親族関係のような特別の関係がない者であっても、誣告者を告発することができる⁽⁴¹⁾。

(3) 名誉毀損とは理念的に要請された社会的評価の喪失である

人格そのものは無傷であるにもかかわらず「名誉が失われている *ehrlös*」とは、具体的にどのような状態を指すのであろうか。言い換えれば、人格の不可侵性と名誉の毀損可能性とは、どのように両立するのであろうか。この疑問に対して、カントは『法論』の中で直接的

に答えていない。しかし、前掲箇所と言及されている「徳 Tugend」を扱った『徳論』に着目してみると、次のような説明が見つかる（『徳論』A145-146）。

悪しき陰口（中傷 *obtrectatio*）ないし悪口というものは、私がここで念頭に置いているように、侮蔑（侮辱 *contumelia*）、すなわち法の裁きを受けるべき偽りの悪口ではなく、他人に対する尊敬にとって不利になる事柄を噂にする直接的で、特別の意図のない傾向性なのであるが、そのような陰口ないし悪口は、人間性一般に対する然るべき尊敬に反している。なぜなら、いかなる所与のスクन्दルも、人倫上の善へと向かう衝動を基礎付けるこの尊敬を弱め、そして、可能な限りそれに対する不信を引き起こすからである。

他者の名誉を汚すものの意図的な拡散（誣告 *propalatio*）は、たとえ公の裁判に服さないものであるとしても、さらにはその誣告が真実であるとしても、人間性一般に対する尊敬を減少させるものであり、終局的には私たち〔人間という〕種に対して、尊厳がないという影を投げかけ、人間嫌い（人間憎悪）や軽蔑を支配的な考え方にしたり、あるいは、そのような軽蔑をしばしば目撃することによって道徳感情を麻痺させたりそれに慣れさせたりしてしまう。

カントによれば、「他者の名誉を汚す *die Ehre eines andern schmälern*」とは、「人間性一般に対する尊敬を減少させること *die Verringerung der Achtung für die Menschheit überhaupt*」を意味する。つまり、カントの法思想における名誉は、有体物や人格のように（物理的あるいは理念的な）一個の対象として把握されているのではなく、人格と人格とのあいだの関係として把握されている。ある人格が他の人格に対して然るべき敬意を払っている状態が、名誉の意味なのである。したがって、

「名誉が失われている ehrlos」という表現も、ある対象が減少しているという量的な事態ではなく、ある人格が他の人格から敬意を払われていないという相関的な事態であると解さなければならない。

このことから、人格間での尊敬を失わせしめる可能性のある情報は、たとえそれが事実であっても調査・拡散してはならないことになる。実際、カントは、他人の生活習慣を調査することを次のように禁じている（『徳論』A146）。

このため、他人の習俗を詮索すること（探偵癖 *alotrio-episcopia*)も、それ自体で既に、人間学に対する侮辱的な好奇心であり、このような好奇心に対しては、だれであれ、自分自身への然るべき尊敬に対する侵害として、正当に抵抗することができる。

以上のカントの議論をまとめると、次のようになる。人間は、理念的な人格として、お互いに尊敬し合わなければならない。この尊敬は、理念的な人格に向けられるものであるから、その人が実際にどういう人物であるのかは考慮されない。しかし、人間は、ある人に関する醜聞を耳にすると、理念的な人格と実際の人物との乖離から、人格という高度に理念的なものに対する敬意を失ってしまう。この敬意の喪失は、その醜聞が事実であろうと虚偽であろうと、生じる可能性がある。これを回復して、もう一度お互いを尊敬し合うように仕向けさせることが、名誉に関する法的または道徳的な規範の目的となる。このとき、カントは、法的な強制と制裁の対象を、故意に虚偽の情報をもって名誉を毀損した場合に限定している。故意でない場合、または情報の内容そのものが真実である場合には、あくまでも道徳的な違反であるとする。

(4) 名誉毀損に対する刑罰

本稿は、名誉毀損における原状回復の意義を論じるものであるから、

これに対する刑事罰は、叙述の射程外にある。しかしながら、上述の議論をより明確化するために、『法論』における名誉毀損罪の取り扱いについても付言しておく。カントの刑罰観はいわゆる「タリオの法 *ius talionis*」すなわち「応報権 *Wiedervergeltungsrecht*」を基調としており（『法論』B227）、名誉毀損罪は次のように論じられている（『法論』B228）。

このようにして、例えば「言葉によるインユーリア *Verbalinjurie*」にもとづく罰金は、[加害行為である] 侮辱とまったく均衡がとれていない。なぜなら、お金をたくさん持っている人は、おそらく時には面白半分で侮辱をする余裕ができてしまうからである。けれども、一方〔訳註：以下、「被害者」とする。〕の名誉愛に対する冷やかしが、他方〔訳註：以下、「加害者」とする。〕の高慢に対する苦痛とほぼ等しくなることは可能である。このことは、判決と法によって、加害者が公的に「謝罪する *abbitten*」ように強制されるときだけでなく、例えば加害者が被害者に対して、被害者ほうが身分が低いにもかかわらず、謝罪と同時に手に接吻するように強制されるときも、そうであろう。

カントは、言葉によるインユーリアについて、基本的に「罰金 *Geldstraf*」を想定しつつも、それによっては応報が達成されない場合があるので⁽⁴²⁾、追加の罰を設けた。その例として、「謝罪 *Abbitte*」が挙げられている。この謝罪は、本稿のテーマと直接的に関係するものではない。なぜなら、カントが謝罪を要請しているのは、それによって被害者の名誉が回復するからではなく、あくまでも応報の一環に過ぎないからである。カントの枠組みにおける謝罪は、字義的にも理論的にも公法上のサンクションであり、私法上のサンクションではない、ということになるろう。

5 まとめ

ローマ法において、他人の名誉を毀損する行為は、インユーリアという特別な不法行為類型にまとめられ、金銭的・身体的サンクションを受けた。金銭的なサンクションは、審判人が裁量によって決定する罰金であり、いわゆる損害賠償ではなかった。なぜなら、奴隷の場合とは異なって、自由人の身体や名誉は金銭評価不能であり、損害額を算定することができないと考えられていたからである。

このインユーリア訴権の目的をめぐって、近世ドイツにおいては、2つの説が対立していた。通俗的な解釈は、名誉の回復を字義通りに捉えて、インユーリア訴権の目的を、毀損された名誉の修復に求めた。これに対して、刑事法の大家であった小カルプッツォフは、名誉に物理的な毀損可能性がないことを重視し、インユーリア訴権の目的を、裁判上の事実確認に求めた。すなわち、名誉の回復とは、名誉が無傷であることの確認に過ぎず、物の毀損における回復とは意味が異なるものとされた。そして、ブランデンブルク・プロイセンのハレ法科大学判決団は、実際の事件に小カルプッツォフの説を適用したことがあった。当該事件においては、原告が誣告の拡散防止に努めれば、名誉の無傷確認は十分に可能であるという理由により、行方不明の誣告者の処罰を求めた原告の請求が退けられた。

このように、名誉毀損に関する裁判はもっぱら事実確認を目的としており、それ以外の方法で真相究明が可能である場合はその手段をとってもよい、とする解釈は、被害者の救済範囲を狭めてしまう虞があった。そこで、哲学者のカントは、人格の不可侵性と名誉の毀損可能性との区別を導入した。すなわち、理念的主体である人格は誹謗中傷によっては損なわれないけれども、社会的評価である名誉は増減しうることを指摘した。カントは、この種の名誉の喪失を、物理的な量の減少としてではなく、然るべき敬意を他者から払われなくなるということという相関的な事態として捉えた。そして、この然るべき敬意は、被

害者が具体的に立派な人間として賞賛されることではなく、抽象的な一個の人格として尊重されることを意味した。したがって、そこにおける名誉の回復とは、被害者が抽象的な一個の人格として尊重されなおすこと、言い換えれば、被害者に対して然るべき敬意をふたたび払うように社会構成員たちを仕向けることに他ならない。

カントはこの名誉回復の方法について詳細には述べていないけれども、2つの可能性が考えられる。まず、誹謗中傷が事実にもとづいていなかった場合は、カントが死者の名誉の文脈で言及したように、反論と弁護による名誉の回復、すなわち事実の確認と誣告の訂正とを要求することができるはずである。これに対して、誹謗中傷が事実にもとづいていた場合は、たとえその誹謗中傷の内容が真実であるとしても、なお被害者は抽象的な一個の人格として然るべき敬意を求めることができるので、情報拡散の禁止が必要になろう。そして、いずれの場合においても、加害者に対する社会的なサンクションが追加される。このサンクションは、名誉を毀損した言説の内容が虚偽であったときは、誤った情報を拡散したことに対するサンクションであり、反対にその内容が真実であったときは、理念的な人格に向けられるべき社会構成員たちの敬意を減少させたことに対するサンクション、すなわち摘示してはならない事実を摘示したことに対するサンクションである。

以上の法思想史的な知見が、我が国の実定法にとってどれほどの応用可能性を秘めているのか、これについては慎重な検討を要する。本稿では、間接的な示唆を述べるにとどめておきたい。カントの枠組みは、我が国のいくつかの裁判例に、理論的な根拠を与えることができるように思われる。例えば、冒頭で言及した最判昭和45年12月18日民集24巻13号2151頁は、社会的評価としての名誉というカントの発想と親和的である。いわゆる謝罪広告も、それが報復ではなく社会的評価の回復を目的としている限りにおいては、カントの議論から即座に否定されるものではなかった。謝罪広告の必要性やその内容についても、

被害者の社会的評価の回復を達成するために必要かつ十分であることを要する、という一応の基準を立てることができるのではないであろうか。もっとも、カントの議論に照らせば、加害者に対して私法的に求められるサンクションは、情報の訂正を目的とする広告であって、謝罪の広告ではないはずである。なぜなら、カント自身が区別して論じているように、加害者に対して精神的苦痛を与えることは、公法の問題であって、私法の問題ではないからである。我が国においても、訂正広告等の異称をめぐる議論があってよいのではないであろうか。さらに、カントが名誉の基礎にすえていたのは、理念的に求められる社会的評価、すなわち社会構成員たちから受けるべき評価であって、実際の社会的評価、すなわち現に受けている評価ではなかった。我が国の学説実務がこの点についてどちらの立場をとっているのかは、筆者のような法史家からも気になるところである。

最後に、カントの議論が道徳論をも含んでおり、実定法学というディシプリンと必ずしも一致しないことには、注意を要する。例えば、カントはプライバシーの問題を道徳の問題と捉えているけれども、これは現代法と相容れないものである。より深い比較と考察については、実定法学の研究領域に委ねることとしたい。

以上

- (1) 能見善久・加藤新太郎〔編〕『論点体系 判例民法<第3版> 8 不法行為I』71頁〔前田陽一〕(第一法規、2019年)。
- (2) 同上100-102頁。
- (3) 同上101頁。
- (4) 和田真一「謝罪広告請求の内容とその実現」立命館法学327・328合併号991-1025頁(立命館大学法学会、2009年)1016頁は、後者の東京地裁の判決について、「文面までも任意というのは、名誉毀損の回復に必要な処分としては不十分ではないだろうか」とコメントしている。
- (5) 同上992頁。
- (6) Max Kaser, Rolf Knütel und Sebastian Lohsse, *Juristische Kurz-*

- Lehrbücher: Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München : C. H. Beck, 2017, SS. 316-317.
- (7) *Ibid.*, S. 317.
- (8) *Ibid.*, S. 317.
- (9) 以下、『学説彙纂 *Digesta*』の訳出にあたっては、Alan Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, vol. 4., Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1998も参照した。
- (10) Kaser et al., a. a. O. (Anm. 6), S. 317.
- (11) 訳出にあたっては、Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Sebastian Lohsse und Thomas RUFNER, *Corpus Iuris Civilis: Die Institutionen*, 4. Aufl., Heidelberg : C.F. Müller, 2013, S. 228も参照した。
- (12) 小カルプツォフについては、Gerd Kleinheyer und Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 6. Aufl., Tübingen : Mohr Siebeck, 2017, SS. 92-97を参照。
- (13) Benedikt Carpzov der Jüngere, *Practica nova imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Frankfurt am Main : Heres D. Tobiae Mevii et Elerdi Schumacheri, 1684, par. 2. quaest. 95. q. 13., p. 397a: „An iniuriatus injuriam sibi illatam vindicare nolens, ac tacens, periculum suae famae subeat, ejusque existimatio ob id laedatur?“
- (14) *Ibid.*, p. 397a: „[...] quod injuriatus agendo ad palinodiam aut aestimationem injuriarum, omnium maxime id agere videatur, ut honor sibi ablati, qui nullo pretio aestimandus est, restituatur.“
- (15) *Ibid.*, p. 397a: „Intermissa itaque actione injuriarum, nec facta honoris restitutione, vix dubium est, quin laesa maneat et commaculata injuriati existimatio.“
- (16) *Ibid.*, p. 397ab: „Verius tamen est contrarium, injuriarum non agendo, nullatenus suae famae atque existimationi praejudicare, ut cui liberum est, injurias vindicare, aut injurianti condonare: quamcunque autem viam elegerit, absque periculo est. Quemadmodum enim existimationi illius, qui laudatur ab eo, qui nulla laude dignus est, parum, aut potius omnino nihil accedit: ita de honore et existimatione viri gravis et honesti nihil detrahitur verbis injuriosis, a levi quopiam homine in eum prolatis, [...] “
- (17) *Ibid.*, p. 397b: „Nec obstat, quod injuriatus agens ad palinodiam petat restitutionem sui honoris. Unde sequi videtur, eum injuriis commaculatum fuisse; Siquidem haec actio magis tendit ad declarationem famae illaesae, quam redintegrationem offensae existimationis, nimirum, quo Reus publice mendacii semetipsum arguat, et confiteatur, falsa esse, quae in actorem dixerat; et proinde injuriam se illi fecisse, adeoque sive agat, sive taceat injuriatus, ipsius fama nequiquam periclitatur; Vindicans tamen injurias,

famam integram et non commaculatam publice testatur, et hoc ipso vulgo obvenit, qui ex prava et falsa opinione injuriis honorem alicujus deprimi putat.“

- (18) Kaser et al., a. a. O (Anm. 6), S. 317.
- (19) トマジウスについては、Kleinheyer et al., a. a. O. (Anm. 12), SS. 453-460を参照。
- (20) 飯野靖夫「ハレにおける法科大学判決団：絶対主義ブランデンブルク・プロイセンでの学識裁判（1）」法学論叢131巻3号37-55頁（京都大学法学会、1992年）42頁。
- (21) 飯野靖夫「ハレにおける法科大学判決団：絶対主義ブランデンブルク・プロイセンでの学識裁判（2完）」法学論叢133巻3号30-52頁（京都大学法学会、1993年）50頁。
- (22) 同上51頁。
- (23) 同上33-34頁。
- (24) 飯野（前掲注20）55頁。
- (25) Christian Thomasius, *Ernsthafte, aber doch muntere und vernünfftige Thomasische Gedancken und Erinnerungen über allerhand auserlesene juristische Händel*, Bd. 1., Halle : Rengerische Buchhandlung, 1723, Vorrede（頁番号は付されていないが10頁目）「第一に、判決団全体の名義で解決された事件は、自分から巣穴に飛び込んで、ミツバチを詐称するマルハナバチたちを自分に対して怒らせてしまう人が独りで個人的な意見を書いたものよりも、反論に晒されることが少ないからである」（Denn 1. sind die in Nahmen eines gantzen Collegii verfertigte Sachen so vielen Widerspruch nicht unterworfen, als was einer, der für sich in das Nest gestöhret und die für Bienen sich ausgebende Hummeln wieder sich erbittert, für sich und seine privat-Meinung geschrieben.）。
- (26) Christian Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, Halle : Vidua Christophori Salfeldii, 7 ed., 1730, lib. 2. cap. 4. §. 16., p. 120.
- (27) Thomasius, a. a. O. (Anm. 25), S. 152.
- (28) *Ibid.*, SS. 152-153.
- (29) *Ibid.*, S. 153: „Habt Ihr eine Ohrfeige bekommen, und wisset nicht von wem; so seydt Ihr dieselbige zu behalten schuldig.“
- (30) *Ibid.*, S. 154: „Denn es ist nicht möglich, daß solche Thoren in der Welt seyn können oder jemahls gewesen, die dergleichen Narren=Possen vornähmen oder vorgenommen hätten.“
- (31) ローマ法に由来する用語で、領域内で刑罰を加える裁判権を意味する。これと対になる用語として、財産に関する裁判権を意味する「混合裁判権（mixtum imperium）」がある。『学説彙纂』第2巻第1章第3法文（ウルピアーヌス『クァエストルの職務について』第2巻）を参照。

- (32) Thomasius, a. a. O. (Anm. 25), S. 155: „Nachdem aber gleichwohl Sempronii Renommee hiedurch nicht wenig touchiret, insonderheit, da ein solches Murneln immer weiter und ferner eingeschlichen, und Sempronius dennoch von solcher Condition, daß Er auf seinem Adelichen Guthe zu Dicasteyen wieder Capital-Delinquenten ob competens merum imperium criminaliter verfahren, und ad poenam mortis usque inquiriren mag, überdem auch derselbe von vornehmen hohen Eltern und selbst auf seinem Guthe in renomirlichen statu, auch bey grossen Herren in Gnaden lebet, und dahero wieder den ungewissen Diffamatorem vel calumniatem criminaliter agiren oder inquiriren zu lassen genöthiget wird, zu seiner satisfaction aber perpetui silentii impositionem nicht zulänglich erachtet, sondern vermeinet entweder selbst, oder durch andere Obrigkeit es dahin zu bringen, daß durch den Nachrichter der Diffamante öffentlich oder in loco publico citiret, und darauf per carnificem pro diffamante vel calumniante ausgerufen und pro infami erkläret werde: [...] “
- (33) *Ibid.*, S. 157.
- (34) Accursius, *Glossa ordinaria: Digestum nouum*, Lyon, 1551, ad D 47.10.35, p. 947, n. (e).
- (35) Thomasius, a. a. O. (Anm. 25), S. 159.: „So möchte auch Sempronius wieder den unbekanten und nicht zu erforschenden Passagier weder per denunciationem zu Adicien, noch per Inquisitionem zu Dicasteyen oder andern Orten verfahren: Es ist ihm aber unbenommen, da Er die ihm durch das gemeine Gemurmeln zugefügte Beschimpfung zu vindiciren gemeinet, seinen guten Freund gebührend anzuhalten, daß er ihm etliche Personen, die dergleichen Reden geführet, nahmhafft mache, auch so dann entweder selbige injuriarum belange, oder von ihnen deutlichere Bezeugung des gemeldeten Passagiers heraus bringe, und ferner Sichseinethalben in denen Post-Charten erkundige, auch endlich wieder ihn an gehörigem Orte seine Injurien-Klage anstelle. V. R. W.“
- (36) *Ibid.*, S. 158.
- (37) *Ibid.*, S. 158.
- (38) *Ibid.*, S. 156: „ [...] zumahl da ich in meiner Land=Charte nicht habe finden können, wo Adicien und Dicasteyen liege.“
- (39) 本稿では、『法論 *Rechtslehre*』を参照する場合、Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, (Werkausgabe Band VIII) 17 Aufl., Wiesbaden : Suhrkamp, 2014に所収のB版の頁数を記載する。また、訳出にあたっては、イマニエル・カント (著)、吉澤傳三郎、尾田幸雄 (訳) 『カント全集11 人倫の形而上学』(理想社、1969年)も参照した。
- (40) 本稿では、『徳論 *Tugendlehre*』を参照する場合、Kant, a. a. O. (Anm.

39) に所収の A 版の頁数を記載する。訳出にあたって、カント（前掲注39）を参照したのは、『法論』と同様である。

(41) このカントの主張は、現代日本における学説実務とは異なっている。というのも、日本の学説実務は、死者の名誉回復そのものは認めておらず、遺族の人格的利益のみを問題にしているからである。能見ほか〔編〕（前掲注1）103頁〔前田陽一〕を参照。

(42) 富者が遊びで他人にインユーリアを加えることは、ローマが十二表法上の定額罰金刑を採用していた時代に、実際にあったと伝えられている。Kaser et. al., (Anm. 6), S. 317を参照。カントはこの逸話を参考に行っているのかもしれない。

日本法学 第八十六卷 索引

論 説

ドイツにおける計画策定手続の展開に関する考察 ——我が国の計画策定手続の充実化への応用を見据えて——	……………	長谷川 福造 ……	号 頁
……………	……………	……………	……………
由利公正と太政官札財政……………	……………	甲 斐 素 直 ……	一 (二二八)
……………	……………	……………	……………
住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性について……………	……………	西 原 雄 二 ……	二 (一一)
……………	……………	……………	……………
スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論……………	……………	長 谷 川 貞 之 ……	二 (三七)
……………	……………	……………	……………
名誉毀損における原状回復と その目的に関する法史学からの一試論 ——名誉の回復をめぐる近世ドイツの議論を中心に——	……………	出 雲 孝 ……	四 (一四二)

翻 訳

ゲルマン私法からみた物の差異について

クリステイアン・トマジウス
ヨーハン・コンラット・ネーゼン……二
出 雲 孝 訳 ……三 (二二六)

ゲルマン私法からみた所有と
その自然本性一般について

クリステイアン・トマジウス
ヨーハン・ゲオルク・フランク……四 (一一二)
出 雲 孝 訳

研究ノート

コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所

岡 田 俊 幸 ……二
三 (一一七)

コロナ危機下の信教の自由

——ドイツの判例の展開——

岡 田 俊 幸 ……四 (一)

資 料

穂積陳重博士『羅馬法講義』第二編
羅馬法正編第一卷及び第二卷

吉原 達也 編 ……一 (三七)

判例研究

輸入商品譲渡担保の設定者の再生手続開始と

転売代金債権への物上代位

平成29年5月10日最高裁第2小法廷決定、平成28年(許)第26号債権
差押命令取消及び申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する
許可抗告事件、抗告棄却、民集71卷5号789頁、判タ14440号112頁、
判時2347号86頁、金判1518号8頁、金判1525号8頁、
金法2075号64頁

……………清水恵介…二
……………三(一九〇)

水先人の重過失と被嚮導船舶の船舶所有者に対する
損害賠償責任

——大阪高判平成二八年一〇月一四日

Westlaw Japan 文献番号2016WLJPCA10146003——

……………南健悟…四(五一)

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<https://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

執筆者紹介

掲載順

岡田俊幸 日本大学大学院教授
南田健悟 日本大学教授
出雲孝 日本大学准教授

機関誌編集委員会

委員長	大岡 健輔
副委員長	賀来 健
委員	南来 健悟
	大久保 拓也
	加藤 雅之
	黒滝 真理子
	高畑 英一郎
	友岡 史仁
	松島 雪江
	横溝 えりか
	渡辺 徳夫
	石川 徳幸
	石橋 正孝
	岩井 義和
	大熊 圭子
	加藤 竜也
	杉本 竜也
	中静 未也
	野村 隆彦
	宮澤 義典
	佐藤 義典
	前田 義典

日本法学第八十六卷第四号

令和三年三月五日印刷
令和三年三月十七日発行 非売品

編集責任者 日本大学法学会
小田 司

発行者 日本大学法学会
電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二一ー二四 A&Xビル
印刷所 株式会社メディアオ
電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 86 No. 4 March 2021

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

NOTE

Toshiyuki Okada, *Religionsfreiheit in der Corona-Krise — Neuere
Entwicklungen der deutschen Rechtsprechung*

CASE COMMENT

Kengo Minami, *Liability for Damages to Shipowner due to Gross
Negligence of Pilot*

TRANSLATION

Christian Thomasius, Johann Georg Franck, *On Ownership and its
General Nature in View of German Private Law,
Translated by Takashi Izumo*

ARTICLE

Takashi Izumo, *An Essay on Recovery in Defamation and its Purpose in
the Light of Legal History: With a Focus on the
Controversy over Recovery of Reputation in Germany
during the Early Modern Period*