

日本法學

第八十七卷 第三号 2021年12月

判例研究

聖職者例外法理の拡張と労働者保護規定の適用除外

—Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049 (2020)—

高畑 英一郎

駐車トレーラー追突致死事件

船山 泰範

判例研究

掘削泉における温泉権の成否

〔令和元年10月30日東京高裁判決、平成31年（ネ）第304号損害賠償請求
控訴事件、控訴棄却、判例時報2485号12頁、金融・商事判例1587号22頁〕

清水 恵介

論説

日タイにおける留置権の比較法的研究

——タイ民商法241条の継受史とその解釈——

ソラアット ナパット

出雲 孝

国連憲章下における非国家主体に対する自衛権の射程

——国連憲章の起草過程と、ニカラグア事件判決を中心に——

本吉 祐樹

売買契約・請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償

——ドイツ法における近時の展開——

山田 孝紀

ジョン王の生涯と大憲章

甲斐 素直

日本法学 第八十七卷第一号 目次

論 説

契約不適合認識前の加工・改造と解除

——買主の故意行為による原物返還不能が

……野 中 貴 弘

——売主負担となる余地——

研究ノート

休業と補償

——コロナ危機下におけるドイツの判例の展開——

……岡 田 俊 幸

研究ノート

養子縁組の多目的利用と縁組意思 …………… 帷 子 翔 太

日本法学 第八十七卷第二号 目次

喜多義人教授追悼論文集

国際法と社会科学をめぐる諸問題

聖職者例外法理の拡張と労働者保護規定の適用除外

—Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049 (2020)—

高 畑 英 一 郎

1. 事件の概要

本件は、ともにカトリック系私立小学校から解雇された原告が提起した類似の二つの事件を併合審理した判決である。

第一事件の原告のアグネス・モリッシーベル (Agnes Morrissey-Berru) は、新聞社広告部勤務を経て一九九八年に四七歳で被告小学校に代用教員として採用され、翌年常勤教員となった。「教員 (Teacher)」とし

て、毎年更新の雇用契約を被告学校と締結していた。最初の一〇年は第六学年を、その後は第五学年を担当した。原告はカトリック信者ではなかった。被告学校の要請により宗教教育担当者養成課程を受講したが、その課程を修了することはなかった。六〇歳になった二〇一四年に原告は被告学校から非常勤への転換を求められ、翌年契約更新を拒まれた。

第二事件原告のクリスティン・ビール (Kristen Biel) は、二〇一三年に被告学校に代用教員として採用され、

同年秋から第五学年を担当する常勤教員となった。「教員 (Teacher)」として、毎年更新の雇用契約を被告学校と締結した。被告学校に勤務する以前からカトリック信者であった。二〇一四年四月に乳がんと診断され被告学校に報告したところ、原告は同六月に被告学校から九月以降の契約を更新しない旨の通告を受けた。上告中に乳がんにより死去したため、夫が訴訟を継承した。

第一事件の被告アワー・レディー・オブ・グアダループ学校 (Our Lady of Guadalupe School) と第二事件被告セントジェームス・カトリック学校 (St. James Catholic School) は、いずれもカトリック系の私立小学校で、カルフォルニア州の認証学校である。両校とも、その所属する信者児童の信仰の発展と深化を使命とし、教員に信仰と品行の模範となつて児童に奨励することを求めている。教員との雇用契約においては、校内のカトリック信仰共同体を発展促進するという使命に基づき教員としての任務 (カトリック信仰・価値観の体現と奨励) の実践を要請している。また、教員の勤務を宗教的基準から評定していた。

両原告はいずれも小学校教員としてすべての科目を担当し、「宗教」科目も担当した。宗教を教える者として被告学校から「伝教者 (catechist)」すなわち児童・生徒の信仰形成に責任を負う者とみなされていた。「宗教」科目の教育は、指定のテキストに即して行われるカトリックの伝道であった。両原告は児童・生徒が校内の宗教儀式へ参加する手引きをするとともに、教室内で祈禱をした。

被告学校による雇止めに対して、原告モリッシーベルは年齢差別禁止法に基づき EEOC への申立を経て提訴し、原告ビールは障がい者差別禁止法に基づき、同申立を経て提訴した。被告学校は、新規の教育プログラムに対する不応や勤務評定における低評価などを雇止め^①の理由とする一方、聖職者例外 (ministerial exception) 法理を主張した。

2. 争点

本件の争点は、第一に宗教系私立学校で「宗教」を担当する教員は、小学校教諭であっても聖職者例外法理の適用対象となるかであり、第二にホサナ判決^②が聖職者例

外法理において検討した、聖職者認定の四つの考慮要素を維持すべきかである。なお、ホサナ判決のいう聖職者認定のための四つの考慮要素とは、(1)雇用主が被用者に「聖職者」の称号を与えていたか、(2)当該称号は対象者が聖職者養成課程を経たことを示すものか、(3)対象者は「聖職者」であるとの自己認識があつたか、(4)対象者の職務は宗教上の重要な役割を担うものかである。

3. 下級審

連邦地方裁判所はいずれの事件においても、事実審理を経ることなく聖職者例外法理を適用した⁽⁴⁾。これに対して、連邦控訴裁判所はいずれの事件において、上記考慮要素のうち(1)から(3)に該当しないことを理由に、同法理の適用を退けた⁽⁵⁾。

4. 判旨

アリート判事による法廷意見（破棄差戻し）

本件は、宗教系私立学校において宗教を教える教員の

雇用問題に裁判所が関与できるのかが争点である。

△教会自治権・聖職者選任権と聖職者例外法理▽

修正一条は信仰についての宗教団体の決定権を保障する。この決定権に対する政府の介入は信教の自由条項と国教樹立禁止条項の双方に反する。

信仰についての宗教団体の決定権は教会自治権と深く結びついている。教会自治権は宗教団体の世俗法からの全般的免除を意味しないが、宗教団体の中核的使命に不可欠な内部の管理についての決定に関する自治権を保護する。そして、ある重要な役割を果たす者の選考はこの自治権の構成要素である。

聖職者例外法理はこの理解に立脚する。この法理の下、宗教団体である重要な地位にいる者についての雇用問題に裁判所は関与すべきではない。

教会自治権が宗教団体の聖職者を自由に選任する権利を要請するのは、この権利がなければ、宗教団体の教義と一致しない伝道を聖職者がするかもしれない、そのため信者らを信仰から遠ざけることになるかもしれないからだ。聖職者例外法理は、宗教団体による信仰教義の保全という問題に関わる独立の権利を確保するものと理解さ

れてきた。

連邦最高裁は当該法理に関して、宗教団体に対する特定の雇用差別訴訟の否定は宗教条項の要請と理解した。この法理は憲法上保護される教会自治権に基づくものだが、この自治権に関する判例は聖職者の選任と監督に直接関係するものではない。

△「聖職者」 該当性審査とホサナ判決考慮要素の関係性▽

（宗教団体内部での）立場が聖職者例外法理の適用対象となるかの判定において、様々な要素が重要となる。ホサナ判決では当事者の伝道における役割が重要なものであったが、「聖職者」という称号も考慮要素だった。同判決では聖職者の称号とその役割に結びつきがあったが、そこで称号を重視したからといって他の事案でこの要素が必須となるわけではない。聖職者という称号への注目はキリスト教以外の宗教団体の事案には上手く適合しないから、称号と役割との関係性を検討しなければならない。またその検討には、堅牢な組織の宗教団体を組織性の弱い宗教団体よりも重視する危険がある。

小学校教諭に相応の専門性は不要なので、地位に必要

な学習訓練歴を彼らに求めることは歪みをもたらす。また、宗教団体によっては宗教教育の担当者に求められる訓練の程度は異なるから、称号の要素は必須のものではない。

重要なのは被用者が何をするかだ。ホサナ判決が示唆するのは、子供に宗教教育を施すことは宗教系私立学校の使命の中核にある責務だということである。宗教教育はアメリカ国内の多くの宗教団体にとって極めて重要である。カトリック、プロテスタント、ユダヤ教ほか多くでは、宗教団体の中心目的と若者への宗教教育とが深く結びついている。

△原告の役割について▽

（役割への注視という）この宗教条項の理解を本件に当てはめるなら、双方の原告は聖職者例外法理に該当する。原告らは重要な宗教上の役割を担っていたし、信仰教育は当該学校の使命の中核にあるものだ。宗教を含むすべての科目を教える小学校の教員として、原告らは生徒に信仰を教える責務を直接付託されていたし、生徒を信仰のある生活に導くことが期待されていた。

本件原告らは、ホサナ判決の原告が帯びていた属性の

すべてをもつわけではない。聖職者の称号はなく宗教指導者となるための正式な訓練を大して受けていないが、宗教を教える教員として担う中核的な責務はホサナ判決原告と本質的に同じだ。

△「聖職者」該当性における宗教団体側主張への敬讓▽
被告学校も、原告らは宗教団体の使命の遂行に不可欠な役割を果たしていたとみなしていた。原告らの役割に対する学校側の認識は重要である。裁判官は、宗教団体である者が果たす役割について、完全に理解できる立場にいない。そのため、対象者の宗教団体での役割に関する宗教団体の説明は重要なのだ。

△ホサナ判決四要素に立脚する原審への批判▽
原審はホサナ判決を誤って理解し、四要素を判断の検討項目とした。このやり方は「厳格な公式」を課すものではないという最高裁の警句に反する。当裁判所は、あらゆる要素を考慮に入れて「聖職者」該当性を判定するよう求める。

宗教系私立学校が教員に生徒の信仰形成教育の責務を付託している場合、学校と当該教員との紛争に裁判所が介入することは宗教系私立学校の自治性を脅かし修正一

条に反する。

トーマス判事補足意見（ゴースッチ判事同調）

ある被用者の地位が「聖職者」であるとの宗教団体の誠実な主張に、世俗裁判所が従うべきことを宗教条項は要求する。裁判官は宗教団体である者が果たす役割について完全に理解できる立場にないから、この敬讓は必要だ。聖職者たる要件は本質的に神学的問題であって、法的分析を通じて世俗裁判所で解決できるものではない。聖職者例外法理の適用は信仰の内容次第なので、ある宗教団体が「聖職者が担う」とみる役割は多様になるに違いない。少数派宗教団体への不利益を回避するため、そして自らの信仰と宗教使命を形成する宗教団体の権利に対する侵害を回避するために、聖職者の地位についての宗教団体の誠実な主張に裁判所は敬讓すべきだ。

宗教条項は人事を通して宗教団体が信仰を形成する権利を保障するので、人事に関する宗教団体の誠実な主張を尊重すべきだ。本件の証拠から、被告学校の誠実な主張を確認することができ、俗人教員として原告らは聖職者の役割を担っていた。学校側の主張は誠実なものなの

で、連邦最高裁がこれを尊重し聖職者例外法理を適用したことを正当化する。

ソトマイヨール判事反対意見（ギンズバーグ判事同調）

法廷意見の理解の下では、原告はわずかに「宗教」科目を教えたため「聖職者」とみなされ、法的救済なくいかなる理由でも解雇されることになる。法廷意見はホサナ判決の法理を「宗教団体が被用者は重要な役割を果たしていると考えているか」という単一の基準に変更した。この単一基準は判例法理に基づくものではない。本判決は無数の教師から法的保護を奪うものだ。

ホサナ判決は聖職者の認定における「厳格な公式」の採用を退けたが、四つの要素に注目し、宗教指導者ただ教義を伝える者とを上手に切り分けた。これは政府と宗教の関わり合いの防止と労働者保護規制からの過剰な免除の回避を調和させるものだ。本判決は聖職者例外法理を俗人教員に適用することで、ホサナ判決を書き換えた。それは、役割の重要性を重視し、役割についての宗教団体の説明を尊重するものだが、法的分析と自動承認とを交換するようなものだ。法廷意見は「裁判官は宗教

団体である者が果たす役割について完全に理解できる立場にない」と説示するが、それは司法審査の放棄である。

本判決は、雇用差別が裁判対象かどうかを雇用者に決定させるので、聖職者例外法理の濫用を招く。そして敵意に基づく差別を宗教団体に許すことになるが、これはホサナ判決とは合致しない。

法律問題として、原告らは「聖職者」ではない。ホサナ判決の四要素に合致しないからだ。堅牢な組織の宗教団体に属する被告学校は原告らを「俗人教員」とするだけで宗教指導者もしくは聖職者と対外的に説明せず、原告らは宗教指導者になるための相応の宗教的訓練を受けておらず、原告らは他の信者に対して宗教上の指導的立場にあるとの自己認識を示していない。そして教員としての役割についても、「宗教」科目を担当することは原告らを自動的に聖職者に転換するものではない。原告らの勤務時間の大半は世俗科目の教育であった。宗教教育に費やす時間がわずかな者を聖職者とはみなさない。原告らはもっぱら世俗の活動に従事していたのだから、学校側が宗教的理由を示していない時に原告らから法的保護のすべてを奪うのは間違っている。

本判決は重大な結果の前兆となる。カトリック系私立学校の教員は法の保護を失うことになる。その数は一〇万人を上回ると推計される。本判決により雇用者は雇用の自由を手にした。この一方的な結果は不公平で、宗教団体に雇用されている者を不安定な状況に置く。

5. 検討

A. 先例との関係

(a) 法廷意見の述べるように、本判決は教会自治権に基づくものである。アメリカにおける教会自治権とは、教会自らが信仰や教義の確定、聖職者選任、教会運営などその内部事項に関する決定を下す権利を指し、修正一条に基づくものである⁽⁸⁾。判決という形態の政府介入が教会の活動を萎縮させるのを防ぐ意義がある⁽⁹⁾。あらゆる事案に適用されるものではなく、教会の行為や判断が信仰に基づく場合に限り及ぶ⁽¹⁰⁾。一九五二年のケドロフ判決は傍論において次のように述べ、その人事権は教会自治権に包含されることを説示した。「聖職者の自由選任権は、不適切な選任方法によるとの証明がない限り、政府の介

入に対する信教の自由の一部として、連邦憲法の保護が及ぶといわなければならない⁽¹¹⁾」。なお、連邦最高裁が教会自治権を認めた判決の事案は主に教会分裂時の教会財産の帰属をめぐる問題であり、宗教団体の聖職者選任権を直接扱った判決はない。この点は、本判決法廷意見が念頭に置いたことである。

また、アメリカの教会自治権法理は本案審理における教会指導部（多数派）の主張に対する裁判所の敬讓⁽¹²⁾を意味し、司法判断適合性 (justiciability) に合致しないという形態の司法不介入を原理とするものではない。

(b) 次に、雇用における教会自治権と聖職者例外法理の関係を見てみよう。一九六〇年代までの黒人に対する事実上の苛烈な差別を是正するために一九六四年市民的権利法が制定された。この法律は「人種、肌の色、宗教、性別または出身国」などを理由とする差別を広く禁止するものであり、雇用の際の選別も否定される。しかし、宗教団体は同一の信仰をもつ者の集団であって、その指導者として雇用される者が異教徒であることはおよそ考え難い。さらに教義や宗教的伝統から男女に差異を設けているところもある（例えばカトリックは女性の司祭就

任を否定する⁽¹³⁾。上記のように宗教団体の聖職者選任権には憲法上の保護が及びうることを連邦最高裁が示唆していたため、連邦議会は市民的権利法そのものに免除規定を設け（一九六四年市民的権利法第七章など）、⁽¹⁴⁾ 宗教団体の伝統に基づく決定を尊重することにしたのである。当該免除規定を広く理解し、信仰上の理由に基づくか否かを問わず、宗教団体の主張を認める法理が聖職者例外法理であり、連邦控訴裁判所で確立した⁽¹⁵⁾。

(c) この法理を連邦最高裁として承認したのが、上記ホサナ判決である。これはロバーツ長官執筆の全員一致判決であり、連邦最高裁が長らく認めてきた教会自治権と当法理とを関連づけて修正一条の信教の自由条項と国教樹立禁止条項の双方が根拠となることを明らかにした⁽¹⁶⁾。同判決は、当法理は信仰を体現するものとしての「聖職者」の選任権を保護するものであって、⁽¹⁷⁾ 「聖職者」⁽¹⁸⁾ 該当性を認定する際の考慮要素として上記(1)～(4)を示した⁽¹⁸⁾。ただし、これらの要素は当該事案にみられるものであって、厳密なものではないとの警句を述べている⁽¹⁹⁾。また、当法理が司法不介入原理ではなく宗教団体側の抗弁としての性質を帯びることも確認した上で、⁽²⁰⁾ スミス判決⁽²¹⁾

の射程範囲を限定して信教の自由に対する中立一般規制の優越を「外的な身体的行為」に限定し、宗教団体の内部的判断には適用しないことを明記した⁽²²⁾。

同判決のアリート裁判官補足意見（ケイガン裁判官同調）は、「称号」重視の否定と宗教団体内部で果たす役割への注目、「信仰を伝える者」を選任する宗教団体の権利の尊重（宗教団体は信仰表明団体であり、誰が伝教を担当するのかを選択することができるため）、⁽²³⁾ 具体的伝教の担当者選任権の重視、教会自治権と聖職者例外法理との関係の確認といった点を記した⁽²³⁾。

トーマス裁判官も補足意見を述べ、宗教条項に基づく聖職者例外法理の承認を確認したのちに、聖職者認定は宗教問題であって裁判所が聖職者を定義することはできないことを強調した⁽²⁴⁾。

B. 本判決法廷意見の特徴

アリート裁判官執筆の法廷意見は、まず教会自治権と聖職者例外法理との直接的関係を再確認した。法廷意見は、教会自治権に関する連邦最高裁判決は宗教団体の聖職者選任権の憲法上の保護の根拠としては弱いことを認

めており、だからこそ教会自治権と聖職者例外法理を架橋する先例としてのホサナ判決の意義を重視して、その関係を改めて確認したといえよう。

また法廷意見は、ホサナ判決の自身の補足意見を採用したものと見えよう。なかでも、「聖職者」該当性の認定において「対象者が何をするのか」に注目している点²⁵は特徴的といえ、これは「役割」テストに相当するものであるとの理解が示されている。本件においては、その「役割」の具体的な内容として「伝教」を挙げ、若年信者への信仰教育と宗教団体の使命との深い関係を認定した。この認定は信仰教育を教会の中核的活動の一部と位置づけて教会自治権に包摂されるという理解を前提に、信仰教育担当者の「役割」と「聖職者」該当性とを結びつけた。

他方で、ホサナ判決で重視された聖職者の「称号」については、聖職者に一定の称号を付与する宗教団体（一般に堅牢な組織性を備えることが多い）とそのような称号がないところ（堅牢性に欠ける組織であることが多い）との間に取扱いの違いをもたらすことになるので、この要素の重視は避けるべきとした。宗教団体の多様性

を配慮した説示といえよう。

「役割」に関連して、その判定における宗教団体側の理解への敬讓を法廷意見は明記した。裁判官が宗教団体である者が果たす役割について完全に理解できる立場にいないことを理由に、どのような役割を果たす者が「聖職者」に当たるとのかについての判断を事実上宗教団体に委ねることにしたと理解することができよう。このような裁判所の姿勢は「役割」テストを換骨奪胎して無意味にするおそれがあり、それゆえ反対意見はこの敬讓を宗教団体の判断を「自動承認」することだとして批判するのである。「役割」を審査することによる「聖職者」該当性への司法審査の余地を無に帰すような当該説示は、宗教系私立学校における差別禁止法の適用領域を大幅に限定する効果をもたらすことが予想されよう。

このように、法廷意見は「聖職者」該当性において「役割」に注視することを一般的な判断基準であるように示すのであるが、「役割」が同種の事件で普遍的に決定的な考慮要素となるとはみなしておらず、係属事案の「あらゆる要素」を検討することも示唆する。これは事案ごとに検討要素を変更することを意味するといえ、上²⁶

記四要素を軸に多様な要素が「聖職者」該当性を認定する際に用いられることになろう。「聖職者」該当性の必要条件が示されなかったのであり、確固たる予見可能性をもたらしていない点は問題といえる。

C. トーマス補足意見について

トーマス裁判官の補足意見は、主に自身のホサナ判決補足意見を再述するものであり、「聖職者」該当性認定における宗教団体の判断への敬讓を主張する。上記のように法廷意見も宗教団体の判断に敬讓を示すが、法廷意見の場合は「聖職者」該当性を判断する際に注視する「役割」の具体的評価における宗教団体の判断に対してのものであるが、トーマス補足意見は誰が「聖職者」に該当するのかにについての宗教団体の判断に対しての敬讓である。トーマス補足意見が「聖職者」該当性についての宗教団体の見解を全面的に尊重するのに対して、法廷意見はその一部に敬讓を示そうとする点に違いがある。しかしながら、「役割」の判定が「聖職者」該当性判断の中心である以上、両者の敬讓に実質的差異はあまりないようである。²⁷ 少なくとも、法廷意見の示す敬讓は

トーマス補足意見の示す敬讓よりも司法審査の余地が残されていると述べることは難しいであろう（だからこそ、反対意見は「自動承認」と法廷意見の敬讓を批判するのである）。

トーマス補足意見はまた、その判断に対する敬讓の前提として宗教団体が「誠実な」主張をしていることを求め、その誠実性は証拠に基づいて判定することが可能であることを示唆する。

D. ソトマイヨール反対意見について

ソトマイヨール裁判官反対意見は、ホサナ判決の四要件を堅持すること要求し、「聖職者」該当性の認定要件を緩和することを批判する。そして、宗教団体側の解雇の自由が拡大することへの懸念を示し、敵意ある解雇を事実上許容する点を指摘する。またすでに触れたように、法廷意見が「聖職者」該当性判定において「役割」を判断する際に宗教団体側の主張に敬讓を示すことを批判し、それにより差別禁止法が実質的に無効となることを危惧するのである。

ソトマイヨール反対意見は、原審判決と同様に本件で

はホサナ判決の四要件のうち、(1)から(3)が欠けており、さらに「役割」を判断するにおいても就業時間内での「宗教」教育充当時間に着目すべき点として、本件原告らは「聖職者」に該当するほどの時間を伝教に割いていたわけではないとした⁽²⁸⁾。

E. 本判決の影響と射程

本判決の最大の影響は、聖職者例外法理の対象範囲を拡大したことである。特に、その対象を宗教指導者との自己認識にある者に限定しなかった点は、ギンズバーグ裁判官とソトマイヨール裁判官が（ホサナ判決の全員一致から）離脱した理由であろう。またその影響の大きさを鑑みれば、一般に判決の影響を限定しようとする「ミニマム」なロバーツ・コートの傾向から逸れるものと評することもできよう。

宗教に中立で一般に広く適用される労働関係法・差別禁止法に対する教会自治権の優越を再確認し、その優越に何らの限定を付さなかったことも注目すべき点である。限定的とはいえ法的判断の核心部分において宗教団体の見解を尊重すると説示したことにより、宗教団体の主張

次第では教会自治権が濫用されるおそれ否定できない。このように本判決は宗教団体を厚遇するものであるが、世俗的利益との衝突は様々な場面で懸念されるところである。本判決と同じ開廷期に連邦最高裁は雇用における同性愛者差別を市民的権利法の下で禁止する判決を下しているが、本判決との抵触はいずれ顕在化すると予想される。くわえて、ホビーロビー判決⁽³⁰⁾を足掛かりに、経営者の信仰心が経営判断に投影されている組織を「宗教団体」概念に包含するまで拡大する可能性を無視することはできないと思われる。このような無制約な宗教団体の厚遇が文化戦争における宗教批判の過熱化をもたらしとの見解も少なくなく、長期的な視点から宗教側を益する判決であるのかは今後検討されよう⁽³²⁾。

本判決の射程については、もつとも狭く解するとしても、宗教系私立学校の「宗教」科目担当教員および小学校教諭に及ぶと考えられる。そのため、彼らに適用されてきた労働関係の差別禁止法の保護が弱体化する効果が生じる。さらに宗教団体内で果たす「役割」を聖職者例外法理適用の要件とすることで、対象者が教員の枠を越えて拡大する可能性はあろう。本判決は言及しなかった

が、ホサナ判決が「聖職者」該当性において「信仰の体現者」とのべたことの潜在力は大きいといえよう。⁽³³⁾

本判決を受けて実務家たちは、雇用契約の締結に際して「宗教」科目を担当する教員に伝教的「役割」に従事することを明記して、聖職者例外法理の適用があることを明示する必要性をアドバイスしている。⁽³⁴⁾ また連邦労働省も、本判決の効果として教会運営の幼稚園・保育園の教員に聖職者例外法理が適用されること、そして彼らに連邦最低賃金規制が及ばないことを認める文書を発している。⁽³⁵⁾

(1) 聖職者例外法理とは、教会自治権を聖職者に関する雇用上の法的紛争の抗弁とする法理をいう。当法理の適用は宗教団体の主張に対する裁判所の敬讓を意味することとが、本判決で示めされた。聖職者例外法理についての主な邦語文献として、福嶋敏明『聖職者例外』法理とアメリカ連邦最高裁（一）（二・完）「神戸学院法学四二巻三・四号（二〇一三年）三六五頁、四三三巻三号（二〇一四年）一五三頁、山口智『信仰と法規制』（神戸市外国語大学外国学研究所、二〇一五年）一四五頁以下がある。

(2) Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and

Sch. v. EEOC, 565 U.S. 171 (2012).

(3) *Id.* at 191-192.

(4) See Biel v. St. James Sch., 2017 WL 5973293 (C.D. Cal. Jan. 24, 2017); Morrissey-Berru v. Our Lady of Guadalupe Sch., 2017 WL 6527336 (C.D. Cal. Sept. 27, 2017).

(5) See Biel v. St. James Sch., 911 F.3d 603 (9th Cir. 2018); Morrissey-Berru v. Our Lady of Guadalupe Sch., 769 F. Appx 460 (9th Cir. 2019).

(6) 本判決は以下の三判決を提示せよ。 Watson v. Jones, 80 U.S. 679 (1872); Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral of the Russian Orthodox Church, 344 U.S. 94 (1952); Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States and Canada v. Milivojevich, 426 U.S. 696 (1976).

(7) アメリカの教会自治権についての主な邦語文献として、棚村政行「アメリカの宗教法人法制」宗教法一七号（一九九八年）八一頁、同「アメリカにおける宗教団体の自律性」宗教法一八号（一九九九年）九三頁、田近肇「アメリカ合衆国における宗教団体制度（一）（二・完）」法学論叢一四五巻五号（一九九九年）五五頁、一四七巻五号（二〇〇〇年）二七頁、木下毅「アメリカにおける宗教団体とその紛争処理」佐藤幸治・木下毅編『現代国家と宗教団体』（岩波書店、一九九二年）九五頁、金原恭子「教会内紛争の司法介入（一）（二）（三・完）」法律協会雑

- 誌一一二巻八号（一九九五年）五九頁、一一七巻一一号（二〇〇〇年）一頁、一一八巻八号（二〇〇一年）七四頁、高畑英一郎「アメリカにおける教会自治権について」宗教法三九号（二〇二〇年）一三七頁が参照。
- (9) See *Brazauskas v. Fort Wayne-South Bend Diocese, Inc.*, 796 N.E.2d 286, 293 (Ind. 2003); *Bryce v. Episcopal Church in the Diocese of Colorado*, 289 F.3d 648, 655 (2002). See also W. COLE DURHAM & ROBERT SMITH, RELIGIOUS ORGANIZATIONS AND THE LAW § 1:30 (West, 2017); 123 A.L.R.5th 385, § 2 (2019).
- (9) See *Kirby v. Lexington Theological Seminary*, 426 S.W.3d 597 (Ky. 2014). See also 66 Am. JUR. 2D RELIGIOUS SOCIETIES § 14 (2019).
- (10) See also 123 A.L.R.5th 385, § 2 (2019).
- (11) *Kedroff*, 344 U.S. at 116.
- (12) See e.g., *Watson*, 80 U.S. 679; *Kedroff*, 344 U.S. 94.
- (13) See John Paul II, *Ordinatio Sacerdotalis* (May 22, 1994), available at <www.vatican.va/content/john-paul-ii/en/apost_letters/1994/documents/hf_jp-ii_apl_19940522_ordinatio-sacerdotalis.html>.
- (14) The Civil Rights Act, Title VII, 42 U.S.C. § 2000e-1.
- (15) See *McClure v. Salvation Army*, 460 F.2d 553, 558-559 (5th Cir. 1972).
- (16) *Hosanna-Tabor*, 565 U.S. at 185-189.
- (17) *Id.* at 188.
- (18) *Id.* at 191-192.
- (19) *Id.* at 190.
- (20) *Id.* at 195 n.4.
- (21) *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).
- (22) *Hosanna-Tabor*, 565 U.S. at 189-190.
- (23) *Id.* at 198-206 (Alito, J., concurring).
- (24) *Id.* at 1978-198 (Thomas, J., concurring).
- (25) See *The Supreme Court, 2019 Term—Leading Cases*, 134 HARV. L. REV. 460, 465 (2020); Zachary R. Carstens, Note, *The Right to Conscience vs. The Right to Die: Physician-Assisted Suicide, Catholic Hospitals, and the Rising Threat to Institutional Free Exercise in Healthcare*, 48 PEPP. L. REV. 175, 208 (2021). See also Maria Ruwe, Note, *The Functional Approach to the Ministerial Exception: Applying the Exception to the Employees Who Minister*, 89 U. CIN. L. REV. 205, 223-229 (2020); Jed Gluckstein, Note, *Should the Ministerial Exception Apply to Functions, Not Persons?*, 122 YALE L.J. 1964, 1974-1980 (2013).
- 「役割」テストに対しては、どのもろな「役割」が「聖職者」該当性を満たすのかは不明だ (*Leading Cases, supra*, at 466) 宗教的役割の判定は信仰定義への司法介入が必要 (See Lauren P. Heller, Note, *Modifying the*

Ministerial Exception: Providing Ministers with a Remedy for Employment Discrimination Under Title VII While Maintaining First Amendment Protections of Religious Freedom, 81 ST. JOHN'S L. REV. 663, 667 n.14 (2007); *Leading Cases, supra*, at 466-467) による批判がある。

(26) See *Leading Cases, supra* note 25, at 468.

(27) *Leading Cases, supra* note 25, 468-469の「役割」の「聖性」についての宗教団体の誠実な主張への敬讓が重要と述べるが、このような「役割」についての理解は両者の違いを埋めるものとなる。

(28) もともと、ホサナ判決法廷意見自体は「勤務時間の総量」と「聖職者」該当性は連関したところ。*Hosanna-Tabor*, 565 U.S. at 193-194.

(29) *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731 (2020).

(30) *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

(31) 2019-2020開廷期の宗教側勝訴判決は、www.scotusblog.com/2020/08/symposium-religions-wins-are-losses/。信教の自由条項が平等保護原則の否定に用いられていゝることを指摘する見解として、see Howard

Gillman & Erwin Chemerinsky, *Symposium: The unfolding revolution in the jurisprudence of the religion clauses*, SCOTUSblog (Aug. 6, 2020), [available at <www.scotusblog.com/2020/08/symposium-the-unfolding-revolution-in-the-jurisprudence-of-the-religion-clauses/>](https://www.scotusblog.com/2020/08/symposium-the-unfolding-revolution-in-the-jurisprudence-of-the-religion-clauses/).

(32) 近年の宗教側の勝訴判決はアメリカにおける信仰への支持を弱体化するとの懸念を示すものとして、see FRANK S. RAVITCH, *FREEDOM'S EDGE: RELIGIOUS FREEDOM, SEXUAL FREEDOM, AND THE FUTURE OF AMERICA* 37-38, 47, 90 (2016).

(33) 教会の広報担当者や音楽監督を聖職者とした事案として、see *Alicia-Hernandez v. Cath. Bishop of Chi.*, 320 F.3d 698 (7th Cir. 2003); *Tomic v. Cath. Diocese of Peoria*, 442 F.3d 1036 (7th Cir. 2006)。医療従事者や「信仰の体現者」による見解として、see *Carstens, supra* note 25, at 209-211.

(34) See Timothy Hilton & Larissa Whittingham, *SCOTUS Decision Impacts Discrimination Claims Against Religious Employers*, JD Supra, (July 21, 2020), [available at <www.jdsupra.com/legalnews/scotus-decision-impacts-discrimination-82075/>](https://www.jdsupra.com/legalnews/scotus-decision-impacts-discrimination-82075/).

(35) See *FLSA 2021-2* (Jan. 8, 2021), [available at <www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/opinion-letters/FLSA/2021_01_08_02_FLSA.pdf>](https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHD/opinion-letters/FLSA/2021_01_08_02_FLSA.pdf).

駐車トレーラー追突致死事件

船 山 泰 範

〔業務上過失致死事件、金沢地判令和三年四月八日、無罪確定、D1-Law.com判例体系、判例ID28291805〕

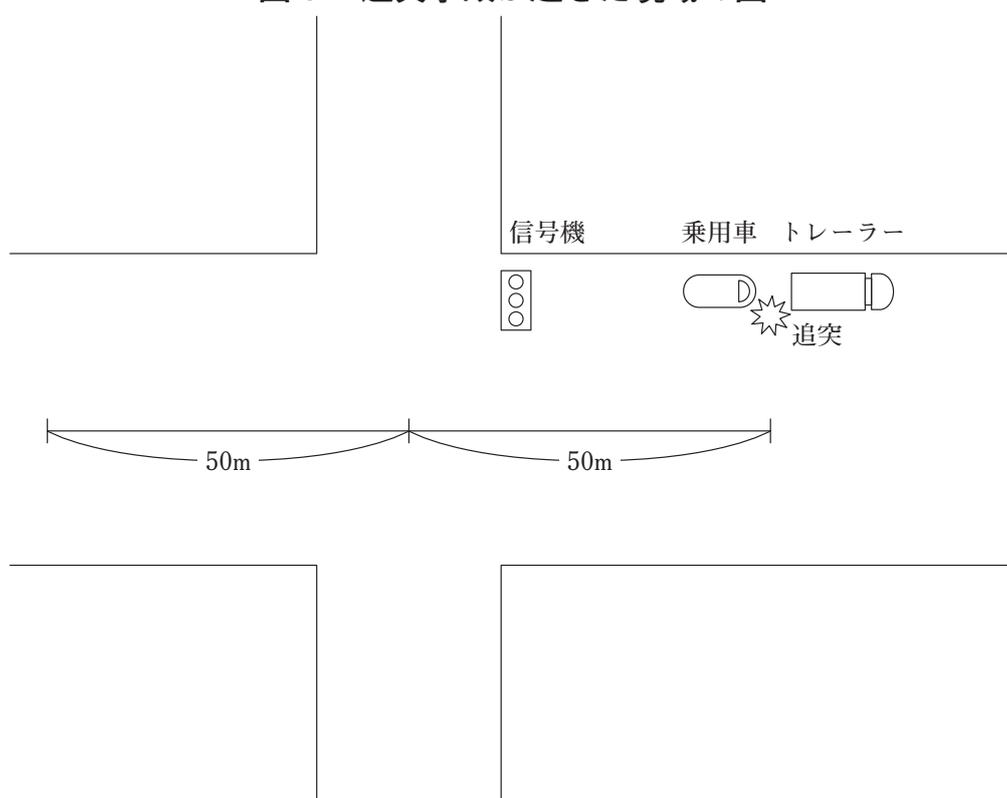
〔事実〕

被告人は、令和二年七月二七日午後二時四分頃、大型貨物自動車（石川県野々市市の片側二車線の駐車禁止区間の道路端に止め、車内で仮眠していた。ところが、翌日の七月二八日午前三時四九分頃、Y運転の普通乗用自動車（被告人車の後部に時速五四キロメートル以上で追突し、Yは出血性ショック等の傷害を負い、搬送先の

病院で死亡した。なお、事故当時は降雨であった。また、被告人は、追突事故自体には気付かず、車両を運転し、現場を離れている。

被告人車両は、トラクターとその後部に茶色コンテナを搭載したトレーラーが接続されたものである。被告人は、被告人車両を駐車した際、左側の尾灯（右側尾灯は点灯しなかった）と、ナンバープレート（非常点滅表示ランプを点灯させ、ハザードランプ（非常点滅表示灯）を点滅させており、これらのランプ付近に大型の反射器が装備されていた。なお、追突地点より西側一〇〇メートル以上にわたってほぼ直線であり、少なくとも被

図1 追突事故が起きた現場の図



告人車両後方約一〇〇メートルの地点からも被告人車両のハザードランプを視認することができた(図1参照)。

被告人は、駐車禁止区間に、駐車は厳に差し控える業務上の注意義務があるのにこれを怠って駐車した過失により、追突事故を起こさせ、その傷害によりYを死亡させたとして、業務上過失致死罪で起訴されたのである。

なお、ここで起訴罪名について触れておく。被告人(当時は被疑者)は、令和二年七月二十九日、自動車運転過失致死容疑(自動車運転処罰法五条)と救護義務違反・報告義務違反容疑(道交法七二条一項)で逮捕された。ところが被告人は事故に気付かなかったと容疑を否認し、トレーラーは車体の後部がわずかにへこむ程度だったことから、翌三〇日には釈放されている(北陸中日新聞令和二・八・一)。自動車の「運転」には停止中のもも含まれるとする解釈^①が有力である。さらに、自動車運転過失致死罪と業務上過失致死罪は、両者とも生命・身体を保護法益とし、犯行態様も同一であり、法定刑の上限は七年の懲役と五年の懲役である。してみると、「特別法は一般法に優先する」の原則からも、法定刑の重い前者が適用されるのではないかと考えられる。

ところが、本件では、検察官が格別の理由なく業務上過失致死罪で起訴している^②。

令和三年四月八日、金沢地裁は、以下のような理由を示して、被告人に無罪を言い渡した。同四月二二日、金沢地検は控訴を断念したので、本判決は確定した。

「判旨」

(1) 判決は、本件の争点として、①予見可能性、②因果関係、③道路上に駐車する行為が業務上過失致死罪における業務といえるか、の三つがあるとしながら、①の予見可能性に絞って検討している。

(2) 被告人の予見可能性については、三つの点から検討している。

第一に、車両を駐車していると、後方車両運転者の発見が遅れれば、追突される危険があるのではないかという点である。これについては、次のように判示している。「被告人車両はハザードランプを点滅させるなどしており、少なくともその一〇〇メートル程度（あるいはそれ以上）後方からでも、その点滅状況を視認することが

できるから、後方車両の運転者は、被告人車両を認識して、減速や車線変更により追突を回避することが極めて容易であったといえる。」

第二に、後方車両運転者の著しい前方注視義務違反を被告人が予見する必要があるかについて、次のように言及している。

「著しい前方注視義務違反等のある車両が進行してくることを、一般的抽象的な可能性を超えて予見することは甚だ困難といわざるを得ない。」

これは、被告人は著しい前方注視義務違反等のある車両が進行してくることを予見する必要はない、ということにほかならない。判決がわかりにくい表現をしている点についてあえて言えば、裁判官が論点を把握していない故ではないかと思う（評釈で論ずる）。なお、判決がこのように述べる前提としては、「被告人車両を発見、回避することができなかった後続車両の運転者は、少なくとも……交差点付近から進行方向を全く注視していないものと考えられる。」との事実認定がある。

第三に、「車両の運転者は降雨時にはより進路上の安全に注意を払うなどの対応をするのが通常である」から、

「本件道路の形状やハザードランプの点滅状況や路面の水たまりへの反射状況からして被告人車両の発見可能性に有意な変化はない」とする。

(3) 検察官の主張についての検討は、次の通りである。
(ア) 検察官は、車両を駐車する場合には後続車を含む車両の安全を害してはならないとする。しかし、判決は、「駐車禁止の指定があるのみで駐車のもたらず危険性が直ちに追突事故の予見可能性を肯定できるほどに具体化されるものとはいえない。」とする。

(イ) 検察官は、駐車禁止場所に通常駐車車両がないことを前提として自動車が行っているから、ハザードランプが点滅しているだけでは駐車車両の存在を認識することは容易ではないとする。この点については、「駐車禁止区間であっても停車車両が適法に存在する可能性」があり得るから、「本件道路が駐車禁止区間であることは、他の車両等の走行あるいは前方注視の仕方等に大きな影響を及ぼすものとはいえない」とする。

(ウ) 検察官は、停止表示板を設置していない点を追突事故の予見可能性を基礎づける根拠の一つとして主張している。この点については、法律上、夜間停車時の他の

車両への注意喚起としては、ハザードランプか停止表示板のいずれか一方で足りるからとして、検察官の主張は採用できないとする。

以上、検察官の主張三点はいずれも排斥されている。
(4) そして、判決は次のように結論する。

被告人は、本件地点における状態において、「車両を駐車するに当たって、その後方から車両が追突することを予見することは甚だ困難といわざるを得ないから、被告人にその予見可能性を前提とした注意義務違反、すなわち過失があるとは認められない。」とする。
よって、本件被告事件について犯罪の証明がないから、無罪であるとする。

〔評釈〕

一 判決の論理構成の検討

(1) 本判決の特色

本判決は、トレーラーの運転者として、夜間、片側二車線の第一車両通行帯に、交差点から約五〇メートル進んだ地点で駐車するにあたって、どのような予見可能性

(ないし予見義務)があつたかを検討する、という手法をとっているところに、その特色がある。

なお、本事案では、「駐車」行為が問題になっているので、道路交通法の定義を見ておこう。道交法二条一項一八号は、「駐車」について二つの態様をあげており、前段は継続的停止、後段は運転者の離脱である。すなわち、前段は、「車両等が客待ち、荷待ち、貨物の積卸し、故障その他の理由により継続的に停止すること」を規定している。車内での休憩は「その他の理由」にあたる^③と解されている。

その上で、①本件事故当時、被告人が駐車した地点付近は暗く、②被告人車両は目立つあるいは光を反射しやすいものではないこと、③最高速度が時速五〇キロメートルと指定されていることからすれば、「何らの措置を講じずに同所に被告人車両を駐車すれば、後方から進行してくる車両(以下、「後方車両」という。)運転者による発見が遅れて追突される危険性がある。」としている。すなわち、被告人には、駐車することによって、後方車両が追突するという予見可能性があるとするのである。ところで、上述の判決文の引用からも明らかのように、

本判決は、どのような予見可能性があつた場合にいかなる結果回避措置をとるべきかという点について検討しているのである。裁判官が意識しているかどうかは別として、過失犯の成否を判断するにあたって、予見可能性と結果回避措置をセットで捉える必要があることは了解されているのである。その意味において、判決の当該段落の表題として「予見可能性(ないし予見義務)について検討する」という掲げ方をしているのは一方を欠いており、齟齬があるといわざるをえない。

(2) 本判決の論理矛盾

右のことから明らかのように、本判決は、トレーラーを駐車するにあたっては、後方車両から追突される危険性があると、予見可能性の存在を明言しているのである。しかも、被告人自身がハザードランプを点滅させてから仮眠をとっているのは、本人が追突を予見して、回避措置をとったと捉えるのが素直な理解といえよう。

ところが、当該段落の結論部分で、「被告人車両を駐車するに当たって、その後方から車両が追突することを予見することは甚だ困難といわざるを得ないから、被告人にその予見可能性を前提とした注意義務違反、すなわ

「過失があるとは認められない。」(傍点は筆者)と論じているのは、少なくとも舌足らずな表現、端的に言うとは論理矛盾ということになる。

では、判決のこのような難点はどこから生ずるのであろうか。

(3) 矛盾惹起の要因

本判決が論理矛盾を惹き起こした要因を探ってみると、過失犯を予見可能性という要素のみの問題として捉える傾向に流されているため、と言わざるをえない。

過失犯の成立要件は、判例が夙に示すように、予見可能性と結果回避措置の組み合わせ⁴⁾として理解する必要がある。たとえば、自動車運転をしているとき、急に雨が激しく降ってきたとする。その場合、他車が見えにくくなったり、ブレーキが利きにくくなり、事故発生の可能性が高まると予見できるから、事故を回避するために、減速したり、点灯したり、あまり雨が激しいときは路肩に自動車を止めるなどの回避措置をとる必要がでてくるのである。そのような適切な運転態度をとらなかつたために事故を発生させれば、過失責任を問われることになるのである。

一方、予見可能性という要素は、過失犯のみの要件ではない。故意犯においても規範問題を引き出す契機となる。他人の胸腹部を鋭利な刃物で突き刺せば死亡させると、予見できるにもかかわらず、さらにそのような法益侵害をすることは人間として許されないと認識しながら、あえてそのような行為をしたからこそ、殺人罪として重い刑責に問われるのである。

さて、そこで、過失犯を構成する予見可能性と結果回避措置の関係であるが(後述のように、最も重要な課題)、予見可能性は、ある程度抽象的なもの、回避措置を思い付く程度のもので足りる⁵⁾というべきである。運転中に雨が降り出した例でいえば、降雨によって事故の確率が高まったから、運転動作を切り替える必要があるのであり、実際の事故が、正面衝突なのか追突なのか、一丁目で起きるか二丁目で起きるか、はたまた、その対象が人なのか自動車なのかはわからないのである。

この点を、判例(森永ドライミルク砒素中毒事件)で考えてみよう。ドライミルクの製造にあたって、ミルクの中に工業用第二燐酸ソーダを混ぜて製品化するとすれば、化学薬品を混ぜるに伴って不純物の混入する危険が

予見できるのであるから、製品として出荷する前にはいくつかの段階で危険性を点検する必要があるのである。第一には、納入された薬品が本当に第二燐酸ソーダであるか、第二には、製造された段階で不純物が入っていないかのチェックである。森永乳業徳島工場では、これらの基本的点検作業を怠っていたのである。その意味において、予見可能性は、実際にあった具体的な因果関係（松野製剤と呼ばれた、アルミ製造過程で生産された産業廃棄物が納入され、その中に砒素などがあつた）を見通すことである必要はないのである。⁶ すなわち、何事かは特定できないが、ある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかなないという程度の危惧感であれば、足りるのである。

(4) 評価

本判決が、實際上、過失犯の要素として回避措置が大事であるとかわかっていたことは付度してあげないと、不公平になるであろう。というのは、判決が、何らの措置を構じずに同所に被告人車両を駐車すれば、後方車両運転者による発見が遅れて追突される危険性があるが、被告人はハザードランプを点滅させるなどして、少なくとも

もその一〇〇メートル程度後方から視認することができると、確認しているからである。してみれば、判決は、その筋道に沿って、被告人は結果回避措置を十分にとっていたから過失責任は問われない、との論理展開をして、結論に至ればよかったのである、といえる。

そして、後方車両が追突したことに關しては、後方車両の運転者が、少なくとも交差点付近から進行方向を全く注視していないような運転態度をとるようなことまで被告人が予見する必要はない、とすればよいのである。

以上、私は、本判決の結論には賛成するものの論理構成に疑問を抱いたところから、批判を述べてきた。次に、私なりに論理の筋道を示すことにする。

二 本事案の争点

私は、本事案の争点として、①因果関係、②結果回避措置、③信賴の原則を取りあげ、かつ、この順序で検討を加える。

(1) 因果関係

まず、道路上に駐停車している自動車に追突⁷がなされ

て人身事故が発生した場合、駐停車していた運転者の刑事責任を明らかにする段取りとしては、因果関係の問題を検討すべきは当然のことである。なぜなら、人身事故の直接的な原因は、後方車両運転者の追突行為にあると考えられるからである。

さらに、因果関係の課題と、どのような故意行為・過失行為になるかの問題は、ともに構成要件該当性の要素なのだから、因果関係を先に論ずる必然性があるのか、という疑問に答えておきたいと思う。

因果関係が論点となった浜口雄狷狙撃事件（東京控判昭八・二・二八法律新聞三五四五・五）や自動車屋根から引き降ろし事件（最決昭四二・一〇・二四刑集二一・八・一一一六）では、最終的な結果発生より前に、一定の構成要件に該当する行為（殺害を惹き起こす危険な行為、自動車を人に衝突させ傷害を負わせる行為）がなされているから、それに加えて重い結果まで責任を負うのかが問われるのである。それに対し、本件では、死亡という結果が起きなければ過失犯が問われることはない。ハザードランプを点滅させて仮眠しただけでは過失犯罪に問われるわけではないのである。そして、実際、そ

のような危険な例が相当に（俗な言い方をすれば、五万と）あるのであろう。

そこで、結果が発生して初めて前提となる行為の責任が問われる場合は、因果関係のありなしから検討する必要がある。いわば、潜在していた危険にスポットライトを当てるのが因果関係という論点なのである。

ここでは、判例上争われた追突二例を取りあげてみよう。(い)道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した行為と、追突されてトランク内の被害者が死亡した場合の因果関係が問われた場合である。(ろ)高速道路上に自車及び他人の自動車を停止させた行為と、自車が走り去った後に、他人の自動車に後続車が追突して、後続車の五人が死傷した場合の因果関係が問われた場合である。以下、順次、検討する。

(い)例 Aは、二名と共謀の上、平成一六年三月六日午前三時四〇分頃、普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を押し込み、トランクカバーを閉めて脱出不能にし同車を発進走行させた後、呼び出した知人らと合流するため、車道の幅員が約七・五メートルの片側一車線のほぼ直線の見通しのよい道路上で停車した。ところが、数

分後の午前三時五〇分頃、Bは前方不注意のために、Aの車に至近距離に至るまで気付かず、ほぼ真後ろから時速約六〇キロメートルでその後部に追突した。これによつてトランク内に押し込まれていた被害者は、第二・第三頸髄挫傷の傷害を負つて、間もなく同傷害により死亡した。

問題となつたのは、被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者Bの甚だしい過失行為にある以上、トランク内に被害者を監禁したAの監禁行為と被害者の死亡との間に因果関係を認めることができるかという点である。⁽⁸⁾

折衷的相当因果関係説によつて、この問題を考えてみよう。折衷説は、まず、一般人が認識しえたことを前提として、将来どのようなことが起きるかを予見し、さらに、行為者がたまたま認識していたことがあれば、それをもとに将来どのようなことが起きるかを予見するのである。

さて、折衷説によると、第一基準は、行為の時点で一般人が認識しえたことを基にして将来どうなるかを予測するわけである。①自動車を片側一車線の路上に停車す

れば、後ろから追突される危険性がある。特に夜間であるとすれば、昼間より危険性は高まる。②日本国産の自動車は一般に堅牢にできていないから、追突されたりすれば、トランクなどはつぶれ、人が中に入っていたら死ぬかもしれない。右の①・②を合わせて考えれば、トランクの中に人を監禁して片側一車線の路上に夜間停止した場合、第三者の過失行為によつて追突を受け、中の人死亡することは十分可能性があることである。したがつて、Aの行為と被害者の死亡との間には相当因果関係が認められる。そして、Aの故意は監禁であるから、監禁罪の結果的加重犯として監禁致死罪が認められる。

最高裁は、この件について、因果関係を認めている（最決平一八・三・二七刑集六〇・三・二八二）。

(ろ)例 Cは、知人女性を助手席に乗せ、普通乗用自動車を運転していたが、同方向に進行していた大型トレーラーのDの運転態度に立腹し、D車を停止させて文句を言い、自分や同乗女性に謝罪させようと考え、平成一四年一月一二日午前六時少し前、高速道路の第三通行帯に自車を停止させ、後方約五・五メートルの地点にD車を停止させた。CはDを運転席から路上に引きずり降ろし、

Dの腰部等を足げりするなどしたので、DはCの顔面に頭突きをするなどの反撃を加えた。その後、現場で他の二台の車の追突などが発生し、Cは午前六時一七・一八分頃、本件現場から走り去ったが、Dは、自らエンジンキーをズボンのポケットに入れたことを失念し周囲を捜すなどして、Cが走り去ってから七・八分後まで、本件現場にD車を停止させ続けた。午前六時二五分頃、D車の後部に五名の乗った普通乗用自動車を追突し、うち四名が死亡し、一名が重傷を負った。

問題となったのは、Cの一連の行為と最後の追突による被害者死亡との間に因果関係を認めることができるかという点である。ここでは、判例の結論を先に示すと、次の通りである。「Dに文句を言い謝罪させるため、夜明け前の暗い高速道路の第三通行帯上に自車及びD車を停止させたという被告人の本件過失行為は、それ自体において後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していたというべきである。そして本件事故は、被告人の上記過失行為の後、…（略）…少なからぬ他人の行動等が介在して発生したものであるが、それらは被告人の上記過失行為及びこれと密接に関連してされ

た一連の暴行等に誘発されたものであったといえる。」その上で、被告人の過失行為と被害者らの死傷との間には因果関係があるとして、業務上過失致死傷罪の成立を認めているのである（最決平一六・一〇・一九刑集五八・七・六四五）。

判例が被告人の過失行為というのは、夜明け前の暗い高速道路の第三通行帯上にCとDの自動車を停止させた行為のことである。折衷説の第一基準によれば、行為の時点で一般人が認識しえたことを前提に将来を予測するわけである。①夜明け前の暗い高速道路上であること、②第三通行帯、すなわち、いわゆる追い越し車線であること、③普通乗用自動車の後ろに大型トレーラーを停止させたとなると、いつ大型トレーラーに追突が起きるか分からないという「重大な危険性」をCは招来したものと認めてよいと思われる。

では、本件に戻って検討してみよう。被告人が、午後一時四分頃、交差点から約五〇メートル先の第一車両通行帯にトレーラーを駐車させた行為と、翌日午前三時四九分頃、被害者運転の普通乗用自動車トレーラーに追突したことの間に因果関係はあるといえるであろう

か。本件事故当時、被告人の駐車地点は暗く、被告人車両が目立つものではなかったこと、最高速度が時速五〇キロメートルと指定されていることからすれば、後方車両運転者による発見が遅れたりすると、追突される危険性があると一般人は予測すると考えられる。また、被告人が仮眠前にハザードランプを点滅させたことは、一般人の予測の範囲内の回避措置であったといえる。したがって、折衷的相当因果関係説によれば、本件行為と結果との間に因果関係は認められることになる。

そして、因果関係があるとされてこそ、次に被告人に過失行為があつたといえるかが問われるのである。本判決がどの論点でも無罪になればよいかのごとき判断方法をとっているのは、論理として十分とはいえない。

(2) 結果回避措置

つぎに、本事案の中心論点は、被告人が車内で仮眠する目的で駐車するにあたって、トレーラーのハザードランプを点滅させる行為が、結果回避措置として足りるといえるか、という問題である。

予見可能性としては、被告人がハザードランプを点滅させたこと自体、追突などの事故発生を予測したからだ

といえる。被告人としては、自分が仮眠している間にいつ追突されるかわからないと危惧していたと思われる。そこで、予防措置としてハザードランプを点滅させたのである。

なお、検察官は、ハザードランプでは足りず、加えて停止表示板を設置していない点を捉え、回避措置として十分でなかったと主張している。しかし、この点は本判決も述べるように、法律上、具体的には道路交通法施行令によって、夜間停車時の他の車両への注意喚起としては、ハザードランプか停止表示板のいずれか一方で足りるものとされているのであるから、検察官の主張は認められない。

さらに、判決が述べるように、停止表示板は、後方車両の前照灯の照射範囲である四〇メートル（ロービーム時）ないし一〇〇メートル（ハイビーム時）の範囲内に入らなければ、反射によって駐停車車両の存在を知らせることはできないのである。本件のようにハザードランプの点滅が一〇〇メートル以上後方から視認できる場合に比べて、追突回避に「有意な差異」は生じないのであって、その意味でも検察官の主張は説得力に乏しいと

いわねばならない。

結論として、被告人が後方車両による追突がありうる
と予見して、ハザードランプを点滅させた行為は、予見
に基づく結果回避措置として十分であり、過失責任を問
われることはない。

しかし、このような私見に対し、以下のような批判が
ある。^⑩それは、追突車両が時速五四キロメートルで走行
していたとすると、仮に交差点で駐車車両を発見しても
三、四秒で衝突してしまうから事故は避けようがなかつ
たのではないか、そうするとハザードランプを点滅して
いたからよいというわけにはいかず、やはり当該場所に
駐車していたこと自体が危険性を高めたというべきでは
ないかとするものである。また、同趣旨の意見としては、
本件駐車行為がどのような危険を発生させるかについて、
危惧感説に立てば、ハザードランプをつけていても追突
してくる後続車両がありうると思われるべきではないか、
という疑問も呈せられた。

私は、次のように答えよう。本稿で随所に触れている
が、予見可能性と結果回避措置は相互関係の中で捉えら
れるものであって、さらに、予見可能性は合理的な危惧

感である必要がある。例をあげれば、ドライミルクに第
二燐酸ソーダを添加するから事故につながったのだから、
第二燐酸ソーダの添加そのものをすべきでなかった、と
の立論には賛成できない。第二燐酸ソーダを適量添加す
ることによって、ドライミルクの溶解度が向上すること
がわかったのでそのような工夫をしているのである。^⑪そ
うであるとすれば、その製品は乳児が飲むのであるから、
薬剤としては局方品や規格品を使うべきであり、それと
ともに、事故を防ぐために、製造工程や出荷前に適切に
化学的検査をし、不合格の場合は出荷を阻止すべきで
あったのである。

そこで、本件に関してである。まず、長距離を運転し
てきた運転者が道路の端に駐車して仮眠をとることは、
事故防止のためにも許されることである。ただし、後続
車両の追突などを予防する配慮が必要なことはいうまで
もない。本件では、①夜間駐車する場合の法令上の注意
として、ハザードランプを点滅させるか、停止表示板を
設置すればよいのであり、その注意義務は尽くしている。
②判決では、相当明確に、駐車位置から一〇〇メートル
を越える地点からハザードランプの点滅を視認できたは

ずという事実認定をしている。③一方、被害者は何らの回避行動をとっておらず、そのような無謀な運転まで配慮する必要はないというべきである。すなわち、被告人は合理的な危惧感に基づいて、ハザードランプの点滅という通常の方法による回避措置をとっているのであるから、後方車両の追突結果についてまで責任を問われない。

(3) 信頼の原則

本判決は、後方車両の運転者は、被告人車両を認識して、減速や車線変更により追突を回避することが極めて容易であったはずなのに、衝突したのはなぜだろうか、原因を追及する作業をしている。その上で、被告人車両を発見、回避することができなかった後方車両の運転者は、少なくとも「交差点付近から進行方向を全く注視していないもの」との考えを述べている。

しかし、判決が具体的根拠を示さずにこのように断ずるのは奇異である。そのような見解を披露するなら、たとえば被害者車両のドライブレコーダーの記録などを基に述べるのであればならないはずである。しかも、前述の判決文に続いて、「このような著しい前方注視義務違反等のある車両が進行してくることを、一般的抽象的

な可能性を超えて予見することは甚だ困難といわざるを得ない。」と論ずるのは、既述のようにわかりにくい。

この点を指摘するのであれば、むしろ、過失犯における信頼の原則を論点として掲げるべきであると思う。

信頼の原則は、危険な作業（業務）に携わる者同士において、特別な事情のないかぎり、それぞれの要求される結果回避措置を尽くせば足り、他者の不注意で危険が生ずることをあくまで予想して、万全の措置を採ることまでは必要とされない、とする原則である¹²。

この原則を本件に当てはめてみれば、被告人は、駐車するにあたって後方車両の運転者に対してはハザードランプを点滅させれば、通常、後方車両運転者はそれを視認して衝突を回避する挙動にでると信頼してよく、それを無視して車両が進行してくることで予想する必要はないということである。

したがって、信頼の原則の視点からも、被告人には注意義務違反は認められず、無罪である。

(4) 小括

以上の私の論理構成について、あるべき判決の骨子として述べれば、次の通りである。

被告人は駐車をする際、後方車両の追突を予見したからこそ、結果回避措置としてハザードランプを点滅させた上で仮眠した。ただし、そのハザードランプを無視して追突する後方車両があるとまでは予想しなかった。本件のように一〇〇メートル以上後方からハザードランプが視認できるように回避措置をとっていれば十分であり、その点で注意義務違反とはいえない。したがって、被告人は過失犯とならず、無罪である。

ところで、本判決が一度は争点としてあげた③道路上に駐車する行為が業務上過失致死罪における「業務」といえるかについて一瞥しておこう。

かつて、業務の意義について、判例は、人が社会生活上の地位に基づき反復・継続して行う行為であつて、他人の生命・身体等に危害を加えるおそれあるものとしていた（最判昭三三・四・一八刑集一二・六・一〇九〇〔猟銃発砲事件〕）。ところが、その後、範囲をやや広げて、人の生命・身体の危険を防止することを業務内容とするものも含まれるとしている（最決昭六〇・一〇・二二刑集三九・六・三六二〔ウレタンフォーム引火事件〕）。したがって、本件駐車行為が業務にあたることは異論がな

い。

さて、判例評釈としてはここまでで足りると思うが、私見の基には、回避措置重心説¹³があるので、蛇足とのお叱りを覚悟で管見を述べさせて頂く。

三 回避措置重心説の素描

(1) 予見可能性に傾斜するのはなぜか

過失犯というと、予見可能性が前提となるという考え方に理由がないわけではない。それは、予見可能性があるからこそ、結果回避措置をするべきという要請が働くという論理である。しかも、この理屈は、故意犯がなぜ処罰されるかという法理と並行に捉えられる。自分の行うことが犯罪に当たると気づくと、人には規範が働いて、それをしてはいけないという抑制が作用して、止めるのが通常であり、それをあえて破った場合は処罰されるという処罰根拠である。しかし、過失犯をこのような故意犯の延長で捉えると、本質的な違いを見失うといわねばならない。

故意犯と過失犯では、その基盤となる人間の理解のしかたに大きな違いがあると考えられる。故意犯は、人間とし

てあるべき規範を踏み破る人間像である。ただし、これは、故意犯人は見るからに悪辣な反社会的人間という意味ではない。というのは、故意犯には、いわゆるホワイトカラー犯罪¹⁴の一群が含まれるからである。他方、過失犯の大半は普通の国民（庶民）が関わる領域である¹⁵。過失犯現象として最も多い自動車交通事故を考えてみればわかることである。人間は、うっかりまちがえたり、忘れたり、勘違いをしたりする。空巢事件の半分は、家の鍵をかけ忘れて出かけた人の被害だ¹⁷ということである。

ところで、過失犯が誰でも関わる可能性があるということは、過失犯のしくみ（構造）を考える場合のヒントになる。それというのは、われわれは、事故・過失犯罪を惹起しないためにふだんどうしているか、ということをおい起こさせてくれるからである。

結論を先に示すと、過失犯については、「予見可能性 ↓結果回避措置」という時間的順序であるとは限らない¹⁸ということである。

(2) 回避措置が先行することもある

一定の社会的状況が存在すると、結果回避措置がまずなされることがあり、予見可能性はいわば後からついて

くることがある。たとえば、母親が幼児を連れて歩いているとき、急に自転車がぶつかってきそうになれば、母親はとっさに幼児を抱えるものであり、後でひやっとする（ぶつかっていたらたいへんだったわ―後からくる予見可能性）のである。ちなみに、多くの母親は子どもを車道とは反対側に歩かせているものであるが。

また、回避措置を効果的に発現させるため、一定の練習・訓練がなされることもあり、その場合、回避措置のみが行動基準として浮かび上がる。東北地方で言い伝えられている「津波でんでんこ¹⁹」はその例であり、いわゆるマニュアルというものの大半はそのようなものである。

(3) 予見可能性は危惧感で足りる

過失犯について回避措置を重心に捉えるということは、予見可能性は回避措置との関係性で捉えるという意味である。

たとえば、柔道においては、まず受け身ができなければ試合をさせないという方針がとられているのは、回避措置を先に考える取り組みの重要性を明確に物語るものといえる。

柔道指導者事件²⁰において、判決は、「柔道指導者が柔

道の指導のため技量が未熟で受け身が十分に習得されていない小中学生(年少者)に対し投げ技をかけて投げられる場合、その力加減の程度はともかく、力加減をすべき義務があることは明らかである。⁽²¹⁾として、結果回避のための注意義務の存在を示したのである。そして、この判決は、回避措置を重心に捉える以上、予見可能性はある程度抽象的にならざるを得ないことを明らかにする。すなわち、「技量・体格等が未熟な者が強い力で投げられる身体が畳に打ち付けられたりすれば、直接打撲した部分に限らず、身体各部に無理な力が加わる可能性があるものであり、無理な力が加わった部分に何らかの障害が発生しうることは十分に予見可能である」としたのである。そこで、「頭部を畳に打ち付けることだけが危険であり、これを防止すれば安全であるとする見解に科学的な裏付けがあるとはいえない」として、頭部に重大な障害を負うと予見しなかったという被告人の主張は斥けられ、有罪が言い渡されたのである。

(4) 管理過失・監督過失を問う

回避措置重心説は、管理過失や監督過失を問う考え方を支持する。⁽²²⁾たとえば、事件から五年を経て起訴された

軽井沢バス転落事件⁽²³⁾では、運転者が死亡しているので代わりにバス会社社長や運行管理者が起訴されたのではなく、未熟な運転者(本人も不安を感じていたという)に深夜の山岳ルート的大型バスを運転させてしまった⁽²⁴⁾ところに、管理・監督の面において、回避措置の怠りが見られるのである。

いずれにしても、過失犯は、結果回避措置と予見可能性を組み合わせて考慮する必要があることは、これまでの叙述で明らかになったと思うので、ここらで筆を擱くこととする。

(1) 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、平二八年)は、「停止させる場所で適切でなかったために事故につながったとき」は自動車の運転に含まれるとする(同七八頁)。

(2) 自動車運転過失致死罪において、自動車運転者には、「運転者個人の注意力に依存するところが大きい」とくに重い注意義務を課していること(山中敬一『刑法各論(第3版)』成文堂、平成二七年、七九頁)を考えると、一ランク下げて起訴した理由の説明が必要である。

(3) 平野龍一他編『注解特別刑法第一卷交通編(1)』(第二版)『(青林書院、平成四年)』七一頁。

(4) 最決昭四二・五・二五刑集二二・四・五八四は、彦神社事件に関して、過失の要件は、「結果の発生を予見することの可能性とその義務および右結果の発生を未然に防止することの可能性とその義務」であるとしている。

(5) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、昭和五〇年）は、「予見可能というためには、結果発生にいたる具体的因果過程の予見までが必要でなく、一般人ならばすくなくともその種の結果の発生がありうる」として、具体的な危惧感をいさぐ程度のものであれば足りる」とする（同二四〇頁）。

(6) 徳島地判昭四八・一一・二八判時七二一・七は、「予見可能性は結果防止に向けられたなんらかの負担を課するのが合理的であるということを裏付ける程度のものであればよい」とする。

(7) 一年間の交通死亡事故総計三、一三三件のうち、追突による場合は一五一件、四・八パーセントである。一番多いのは正面衝突の三一・五パーセントである（『令和二年版交通安全白書』）。また、ハザードランプの点滅なしで駐車していたトレーラーへの追突死亡事故も報告されている（神奈川新聞令和三年三月八日二二時二六分）。

(8) Aの行為とBの行為は結果との関係で競合することになるが、その点に関しては、日沖憲郎博士が述べられるように、「行為と結果との関係は、あくまで前者が後者の一条件をなしておればよい」のであって、「他の条件が

競合して結果を生じた場合であっても、原因を与えたものということができる」のである（日沖憲郎「因果関係」日本刑法学会編『刑事法講座第一卷刑法(1)』有斐閣、昭和二七年、一七八頁）。

(9) 道路交通法施行令一八条二項は、「夜間、道路……の幅員が五・五メートル以上の道路に停車し、又は駐車しているときは、車両の保安基準に関する規定により設けられる非常点滅表示灯（ハザードランプ）又は尾灯をつけなければならぬ。ただし、車両の保安基準に関する規定に定める基準に適合する駐車灯をつけて停車し、若しくは駐車しているとき……は、この限りでない。」（内は筆者注記）と規定している。

(10) 令和三年五月二二日に開催された日本大学法学部のリモートによる刑事法研究会における私の発表に対する質問として、当日、参加者から寄せられたものである。

(11) 前掲注(6)の判決。

(12) 判例は、自動車事故に関わる例をこの原則適用の嚆矢として認めた（最判昭四一・一二・二〇刑集二〇・一〇・一二二）。

(13) 私がこの見解を最初に示したのは、船山泰範「過失犯における回避措置重心説」『川端博先生古稀記念論文集「上巻」』（成文堂、平成二六年）四一頁。

(14) E・H・サザーランド著、平野竜一・井口浩二訳『ホワイト・カラーの犯罪』（岩波書店、昭和三〇年）。な

お、カール・F・シユスラーによると、サザーランドがホワイト・カラー犯罪に着目したのは、これまでの犯罪学が「貧困とその結果とだけを強調する」ことへの不満であり、この研究を通して「すべての犯罪を残りなく説明できる理論をつくり上げよう」と努力したのだと解説されている(同書「日本版への序文」i頁)。

(15) 数は少ないが、東京電力福島第一原発事件に代表される大規模企業過失犯罪に関しては、別の観点から刑事責任の問い方が必要とされるの言うまでもない。

(16) 令和元年の警察の認知件数でみると、刑法犯は全体で七四八、五五九件であり、過失運転致死傷と危険運転致死傷(自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律に含まれる)を合わせた数は二六九、一八二件である(『令和二年版犯罪白書』)。

(17) いわゆる無締り(鍵のかけ忘れ)による空巢の被害に関する統計では、一戸建では二四・一パーセント、中高層住宅では五一・四パーセント、その他では五四・二パーセントという数値が示されている(『警視庁令和元年中の住宅対象侵入窃盗の発生状況』について、生活安全総務課の手集計)。

(18) 他の学問領域でも、同種の論点があるようである。生理学では、通常、感覚が原因で運動の結果だという考え方をするが、必ずしもそうではないという。三木成夫『内臓と心臓』(河出文庫、平成二五年)によると、「感

覚と運動というものは、どちらが原因で、どちらが結果であるというものではない。……『感覚あるところに運動あり、運動あるところに感覚あり』というのが正しいとする(同八三頁)。三木は、動いたから新しい感覚が起る例として、「犬も歩けば棒にあたる」をあげている。

(19) 三陸沿岸部に伝わる戒めの言葉。津波のときは「互いに人のことには構わずに……『自分の命は自分で守れ』、共倒れの悲劇を防ごう」という趣旨(北原糸子ほか編『日本歴史災害事典』吉川弘文館、平成二四年、七八四頁)。

(20) この事件に関する私の判例研究として、船山泰範「柔道指導における過失責任」日本法学八〇巻四号(平成二七年)三七五頁がある。なお、この裁判は、検察審査会法改正により導入され、平成二二年五月二日から施行された強制起訴の八番目であり、かつ有罪判決が下された二件のうちの一件である。

(21) 長野地判平二六・四・三〇LEX/DB インターネットTKC法律情報データベース文献番号25503851。

(22) 結果回避措置は、結果が発生しないように安全への配慮をする合理的な精神から導かれるものであるから、この配慮は、事にあたっている人ばかりでなく、他者も行うことができるものであり、また、やらねばならぬ義務の根柢ともなるのである(船山泰範『刑法の礎・総論』法律文化社、平成二六年、七〇頁)。

(23) 事件は、平成二八年一月一五日午前一時五二分頃、運転手がスキーツアーバスを時速約九六キロメートルで制御不能に陥り、崖下に転落させ、運転手を含めて一五名を死亡させ、二六名に傷害を負わせたものであった。令和三年一月二一日、バス会社の社長と運行管理者が業務上過失致死傷罪で起訴された。同年一〇月二一日に初公判が開かれている。

(24) 私は、この事件の立証の行方に関して、被告人である二人には、「この運転手のバスに安心して乗れるのかと問うてみたい」とコメントしたことがある（令和三年四月六日読売新聞〔長野版〕朝刊）。

22年12月22日に商号が「株式会社 A」に変更され、平成23年3月28日に株主総会の決議により解散して清算手続に入り、現在も清算手続中である。平成27年2月18日、X 代表者である甲野春夫（以下、「甲野」という。）が代表清算人に就任している。）。

A は、平成16年4月2日、競売による売却によって、当時の所有者であった有限会社 F から、本件土地及び同土地上にある本件建物（以下、両者を併せて、「本件不動産」という。）の所有権を取得した。

- (2) A は、平成16年4月1日付けで、B に対し、本件建物を、瀬戸内海国立公園宮島宿舎事業の施設として使用すると目的で賃貸した（以下、「本件賃貸借契約」という。）。

B は、その後間もなくして、本件建物において旅館「弁天の宿いつくしま」⁽¹⁾（以下、「β」という。）の営業を開始した。

- (3) 一方で、A は、C 信託銀行との間で、平成16年7月6日、A が C 信託銀行に対して本件不動産を信託により譲渡し、その受益者を A とする旨の合意をした。そして、A は、同日、D に対し、上記信託に係る受益権を譲渡した。

C 信託銀行は、同日、上記信託譲渡により、A から、本件不動産の所有権を取得した。これに伴い、B との間の本件賃貸借契約の賃貸人たる地位は、A から C 信託銀行に移転した。その上で、C 信託銀行は、同日、本件建物を D に一括賃貸し、D から B に対して転貸するという形式をとる（D が新賃貸人となる）ことについて、B の承諾を得た。

- (4) 上記信託譲渡は、不動産投資スキームの一環として行われたものであった。すなわち、A の当時の代表者丙川秋子は、当時、G 投資法人の資産運用会社である H 株式会社のファンドマネジャーを務めていた。丙川は、A において本件不動産を取得し、これを C 信託銀行に信託譲渡し、その受益権を A から導管体（資産から得られた利益を投資家に配分するための機能）である D に譲渡し、D の親会社である海外法人 I が発行する業績分配型社債を G 投資法人が引き受けるこ

とで、最終的に G 投資法人の投資家に利益が配当される投資スキームを作り上げた。そして、本件建物における実際の旅館経営は、丙川が代表者を務める B が行うこととした。また、受益者である D が有する指図権の行使については、甲野が代表者を務める J 投資信託株式会社が代理人（以下、「指図代理人」という。）となった。

- (5) B は、「β」を温泉旅館としてその宿泊施設としての価値を高めるべく、平成16年7月26日、本件土地において温泉を掘削することについて温泉法に基づく広島県知事の許可を得た。そして、同年10月14日までの間に、温泉（神の湯）を湧出させ、同日、広島県知事に対し、温泉掘削工事完了届を提出した。B は、同年12月22日、睦月の湯の湧出量を増加するために動力を装置することについて、温泉法に基づく広島県知事の許可を得た。

上記の温泉掘削及び動力装置については、受益者である D の指図代理人である J 投資信託の承諾を得て行われた。

- (6) A は、平成17年3月1日、B を吸収合併した。これに伴い、A が本件賃貸借契約の賃借人たる地位を承継した。
- (7) A は、平成17年6月29日、本件土地において温泉を掘削することについて温泉法に基づく広島県知事の許可を得た。そして、平成18年3月23日までの間に、温泉（龍神の湯）を湧出させ、同日頃、広島県知事に対し、温泉掘削工事完了届を提出した。A は、同年6月21日、如月の湯の湧出量を増加するために動力を装置することについて、温泉法に基づく広島県知事の許可を得た。
- (8) A は、平成18年11月2日、「β」内の各場所において本件各温泉を利用することについて、温泉法に基づく広島県広島地域保健所長の許可を得た。また、A は、同日、上記各場所において本件各温泉を利用することについて、浴用上の禁忌症、適応症及び入浴上の注意に関する広島県広島地域保健所長の決定の通知を受けた。
- (9) A は、温泉旅館として「β」を経営するほか、ビジネスホテルや教会式結婚式場を運営していたが、サブプライムローン問題に端を

発した不動産事業資金融資の縮小とこれに伴う不動産市況の悪化を受け、業績及び資金繰りが急速に悪化していった⁽²⁾。

A は、平成21年1月5日、再生手続開始の申立てをし（東京地方裁判所平成21年（再）第2号）、同月16日、再生手続開始決定を得た。A の再生にあたっては、E（甲野が全額出資して同月に設立した株式会社）がスポンサー企業として資金援助等を行うことになった。A の再生計画案の検討過程において、仮に A が破産した場合の想定配当額が検討された。その過程で A の保有資産の価値評価が行われた。別紙温泉権目録記載1及び2の各温泉権（以下、「本件各温泉権」という。）は、A の貸借対照表上、「無形固定資産」の欄に商標権やソフトウェアと共に計上され、約3500万円と評価されていた。しかしながら、破産を想定した場合における本件各温泉権の清算貸借対照表上の評価は、回収可能性なしと判断され、評価額は0円となった。他の無形固定資産（商標権など）の全部も、同様に、回収可能性なしとして0円と評価された。同年7月15日、再生計画が認可され、同年8月12日、同認可決定が確定した⁽³⁾。

- (10) A 及び E は、上記民事再生事件の再生計画実行中に、再生計画とは別に、平成23年2月22日（後に新設分割無効判決が確定する新 A' を新設分割した日）付けで、次の内容の本件代物弁済契約①に係る契約書を作成した。

A は、E に対し、平成23年2月22日、下記の債務の弁済に代えて、新 A'（後に新設分割無効判決が確定）が発行する株式40株（評価額20万円）、本件各温泉権（揚水ポンプ動力装置一式を含む。評価額52万6470円）及び A が有する商標権（上記再生計画案検討過程における破産想定価値評価では、回収可能性なしとして0円と評価された。）全て（評価額24万0243円）を譲渡する。

記

A と破産者株式会社 K との間の平成14年4月3日付け建物賃貸借契約に基づき、K が民事再生手続中の A に対して有していたホテル

「マークスイン西川口」に係る未払賃料債権等合計1408万0007円（民事再生計画認可決定により減額変更される前の金額）につき、KとEが平成22年9月1日に締結した債権の売買契約（代金額40万円）により、AがEに対して負うこととなった未払賃料等の債務102万3761円（民事再生計画認可決定による減額変更後の金額）

- (11) EとXは、平成23年3月20日付けで、次の内容の本件代物弁済契約②に係る契約書を作成した。

Eは、Xに対し、同日、本件各温泉権（揚水ポンプ動力装置一式を含む。）を代金500万円で譲渡し、その譲渡代金をもって、EがXから平成21年4月13日に借り受けた500万円の借入金債務の弁済に充当する。

- (12) Aは、再生計画に定められた再生債権の10回の分割弁済のうち、3回目（平成22年12月末）までの支払を実施したが、資金繰りが悪化し、4回目（平成23年6月末）以降の支払の見込みが立たなくなった。Aは、平成23年2月22日、本店所在地を東京都千代田区〈略〉（同日までのAの本店所在地）とするA'株式会社（新A'）を新設分割設立会社とする会社分割をし、事業の全部を新A'に承継させた。この会社分割は、Aの再生手続の監督委員への事前報告がされないままに実施されたものであった。その後、Aは後記のとおり破産手続に移行したことから、Aの破産管財人は会社分割無効の訴えを提起し、新A'は、平成23年12月17日、東京地方裁判所の分割無効の判決の確定により、解散した。

- (13) Aは、平成23年3月28日、株主総会の決議により解散したが、再生債権はもとより、優先債権（公租公課）の弁済の見込みもないため、Aの再生手続は、平成23年6月6日、廃止となり、同年7月5日確定した。そして、同日午後5時、Aについて、破産手続開始決定が出された（東京地方裁判所平成23年(フ)第9557号）⁽⁴⁾。Aの破産手続は、平成26年8月25日、異時廃止となった。

- (14) Xは、平成23年11月28日、広島県知事に対し、本件各温泉につい

て、同年3月20日付けでAから可燃性天然ガスの濃度の確認を受けた者の地位の譲渡を受けたとして、温泉法14条の6第2項に基づく承継届を提出した。

- (15) Dは、平成23年12月20日、信託財産の引継ぎにより、C信託銀行から本件不動産の所有権を取得した。これに伴い、Aとの間の本件賃貸借契約に関して、C信託銀行が有していた賃貸人たる地位は、Dに移転した。
- (16) Aは、平成25年3月27日、「β（月の庵）」において本件各温泉を利用することについて、浴用上の禁忌症、適応症及び入浴上の注意に関する広島県廿日市市長の決定の通知を受けた。
- (17) Aは、Dに対する本件賃貸借契約に基づく賃料の支払を怠っていたことから、Dは、平成25年頃、Aを被告とする本件不動産の明渡請求訴訟を提起し、仮執行宣言付勝訴判決を得た。Dは、同年、上記判決に基づく強制執行を申し立て、平成26年2月、本件不動産のDへの明渡しが完了した。その後、Yが後記のとおり本件不動産の所有権を取得するまで、本件建物において旅館営業をした者はいない。
- (18) 一方で、平成25年頃、Dと、A、その代表者である甲野個人及び甲野が代表者を務めるXを含む5社との間で、本件不動産に関して支出した費用の償還等について紛争が生じ、Aは、同年10月、Dを被告として修繕費等の支払を求める訴訟を提起した（東京地方裁判所平成25年(ワ)第27224号事件）。

また、平成26年2月3日、Xは同社が本件各温泉権を有しており札による明認方法を施していることを、甲野が代表者を務める株式会社Lは同社が本件各温泉に関する機械設備を所有しており札による明認方法を施していることを、それぞれ主張する内容の通知書をDに対して送付した。平成27年7月27日、上記訴訟において、DがA及び上記利害関係人らに一定の解決金を支払う内容の和解が成立した。この和解には、甲野個人及び甲野が代表者を務める複数の株

式会社（Xを含む。）が利害関係人として参加し、和解条項第10項に、XはDに対し、本件各温泉の温泉湯口権以外に主張し得る何らの権利もないことを確認する旨の確認条項が設けられた。

- (19) D及びYは、平成28年8月25日、DがYに対して本件不動産を合計1億4000万円で売却する旨の本件売買契約を締結し、Yは、本件不動産の所有権を取得した。Yは、同日、本件売買契約を原因として、本件各登記を具備した。

なお、本件売買契約の締結に際して作成された重要事項説明書には、不動産の表示として、本件不動産（本件建物の附属建物符合2の浴場を含む。）及び「その他設備」として「温泉井戸2基」と記載されていた。また、「前不法占有者関連会社による温泉湯口権に対する所有権主張の可能性あり。」との本件記載があった。これは、上記和解条項第10項の確認条項があることを受けてのものであった。

- (20) Yは、平成29年3月13日、本件土地を温泉採取場所とする可燃性天然ガス濃度について、温泉法に基づく広島県知事の確認を得た。

また、Yは、同年6月30日、本件土地上の営業施設「リブマックスリゾート安芸宮島」（以下、「 α 」という。）において公衆浴場営業を行うことについて、公衆浴場法2条1項に基づく広島県廿日市市長の許可を得た。さらに、Yは、同年7月3日、「 α 」内の各場所において神の湯を利用することについて、温泉法に基づく広島県廿日市市長の許可をそれぞれ得るとともに、同日、上記各場所において本件各温泉を利用することについて、浴用上の禁忌症、適応症及び入浴上の注意に関する広島県廿日市市長の決定の通知をそれぞれ受けた。

- (21) Yは、平成29年7月10日から、本件土地上において、本件各温泉を利用した浴場設備のある宿泊施設「 α 」を開業した。

- (22) そこで、本件各温泉権を有していると主張するXが、Yに対し、Xが本件各温泉権を有していることの確認を求めるとともに、Yが平成29年7月10日から上記2つの温泉をXに無断で使用していると

して、不法行為に基づき、同日以降平成30年4月25日までの確定使用料相当損害金1691万6904円の支払と、同月26日以降 Y が本件土地の所有権若しくは賃借権その他の利用権を喪失し、又は X が本件各温泉権を喪失するまでの使用料相当損害金として1日当たり5万8536円の支払を求めて訴えを提起した。

なお、本件訴訟提起時は、株式会社 A が共同原告となっていたが、同社を原告とする訴えは、第一審係属中の平成29年11月1日、取下げにより終了した。

- (23) 第一審裁判所（東京地裁平成30年12月12日判決、平成29年(ワ)第23409号、判例時報2485号22頁、金融・商事判例1587号31頁、後掲【原判決判旨】参照）が X の請求を棄却したため、X が控訴。

【本判決判旨】

控訴棄却。

「以上の認定事実を踏まえて、本件各温泉権が物権として成立したか及び A がこれを取得したかどうかについて検討する。

ア 本件において X が主張する温泉権は、温泉地から湧出する温泉を湯口から直接採取して排他的に支配する物権であり、温泉専用権又は湯口権などとも呼ばれるものである。成文法上の根拠はなく、物権法定主義の例外の1つとされる。このような温泉を湯口から採取して利用する権利は、湧出地の土地所有権の権利の内容の1つに含まれ、土地所有権とは別の独立した物権としては成立しないのが原則である。通常は、湧出地の土地所有者以外の者が温泉を利用する権利は、債権的法律関係により形成される。例外的に温泉権が所有権とは別に物権として成立するのは、温泉権を湧出地の所有権とは別の独立した物権として認める慣習法が成立している地域に限られる。

イ 慣習法上の物権としての温泉権が湧出地の所有権とは別に独立の権利として成立しているのは、歴史の古い温泉であって、地表又はその近くに自然に湧出し、たいした地下掘削工事もせずに引湯できる場合が多いと考えられる。高度な温泉掘削技術の必要もなく、江戸時

代、明治時代から引湯が行われてきたが、明治時代の民法施行後に、温泉利用権の地域慣習法上の取り扱われ方が、債権法的構成によるよりも、物権法的構成による方がふさわしいと判断されたものが、慣習法上の物権として認められてきたものと考えられる。慣習法上の物権を認めるというのは、明治民法施行前の慣習法が明治民法と合致しない場合において、明治民法の規律よりも慣習法上の規律の方が社会経済の実態に適合しているときの緊急避難的な措置にすぎない。

現代の高度な掘削技術をもって何十メートルも地下を掘削し、新たに湧出させた温泉については、原則として、慣習法上の温泉権を掘削地の所有権とは別の物権として成立することは、ないと考えられる。掘削地所有者の所有権の一部を構成するものと考えれば足り、所有者以外の者が温泉を利用する権利は、賃借権や温泉利用契約などの債権的法律関係として構成すれば足りるからである。なお、本件各温泉のうち、睦月の湯は深さ150メートル…であり、如月の湯は深さ379メートル…である。

Xは、温泉を湧出させるためには多額の資本投下を必要とし、温泉権自体に極めて高い価値があるから、土地所有権とは別に、人工掘削によって物権としての温泉権が発生すると主張する。しかしながら、多額の資本投下をしたから、債権的法律関係でなく物権が発生するとはいえない。また、当該土地について無権利者である者が、掘削して温泉を掘り当てさえすれば物権としての温泉権を原始取得するとはいえないことも明らかである。土地所有者から温泉掘削の承諾を得ていた者であっても、掘削により温泉を掘り当てれば当然に物権としての温泉権を原始取得するものではない。温泉の利用、管理等については、債権的法律関係で処理することが通常は可能であるからである。土地所有者と温泉掘削者が異なる場合は、両者の間に債権的關係が存在することが通常であるから、温泉を掘り当てるための投下資本の回収等については、その債権的關係の中で処理すべきものと考えられる。

したがって、慣習法の成立が肯定されない限り、土地所有権と離れ

た物権としての温泉権は認められず、温泉を利用する権利は、土地所有権の一内容をなすものとして湧出地の所有者に帰属し、それ以外の者は、土地所有者から債権的に温泉の利用を許されるにすぎないと解するのが相当である。

ウ 本件各温泉が存在する地域において、温泉に関する権利を土地所有権とは別の独立した権利として認める慣習法があることを認めるに足りる証拠はない。

温泉掘削業者である日本フロンティア株式会社の専務取締役宮城吉久の陳述書は、広島県及び近県では温泉権は独立した権利として扱われる慣習法があるというが、同陳述書は一個人の認識を示すものにすぎない上、同陳述書においても温泉権は『土地の所有権に対して永年利用を認めさせる債権』であるとの記載もあるなど、債権ではなく物権であることの論拠が十分に示されていないから、採用できない。また、Xの主張によっても、本件土地が存在する安芸宮島は、国内有数の観光地であり、多数のホテルや旅館が存在する地域であるものの、温泉設備を有する宿泊施設は、Yが経営する「α」を含めて島内に3軒しか存在しないというのである…⁽⁵⁾。平成16年に神の湯を掘り当てるまでは、最大でも2軒しか存在しなかったことになる。このような状況の下では、温泉権に関する地方的慣習法が成立していたということは困難である。

以上によれば、本件各温泉権が物権として成立していたとはいえないから、Xの温泉権確認の請求は全部理由がないことに帰する。

エ 本件各温泉権がAの再生手続の過程における財産評価において0円（回収可能性なし）と評価されたことも、本件各温泉権が土地所有権とは別の独立した権利としては成立していないことを推認させるものである。

A又はBは、かつて本件各温泉を掘削して掘り当て、本件土地上で本件各温泉を利用して温泉旅館「β」を営業していた。しかしながら、これは当時の本件土地所有者（C信託銀行又はD）及び本件賃貸借契約

における賃貸人（C信託銀行）及び転貸人（D）との間の債権的關係…に基づき利用にすぎないというべきである。そして、この債権的關係についても、遅くともAが本件不動産のDへの明渡しを完了した平成26年2月の時点では、Aは、既に本件各温泉を適法に利用できる権限を喪失していたというべきである。

オ 念のために、Xが本件各温泉権の取得原因として主張する本件代物弁済契約①及び②の成否について、検討する。

前記認定事実によれば、本件代物弁済契約①及び②の締結時期（平成23年2月及び3月）より前に、Aは資金繰りの悪化により再生手続開始決定（平成21年1月16日）を受けており、その後の再生計画案の作成過程における破産を想定した場合の配当額の検討において、本件各温泉権は0円（回収可能性なし）と評価されており、代物弁済財産として相応の価値がないのではないかと考えられること、本件代物弁済契約①及び②の当事者であるEは、X代表者である甲野が全額出資して再生手続開始決定のあった平成21年1月に設立した会社であること、本件代物弁済契約①及び②は平成21年8月12日に認可決定が確定した再生計画の実行中に再生債権者の平等という再生計画の趣旨に反する内容を実行しようとするもので、他の代物弁済資産（後に新設分割無効判決が確定する新設会社発行の株式及び0円（回収可能性なし）と評価された商標権）も難のあるものばかりであり、真実代物弁済契約を締結する意思があったかどうか疑問があること、本件代物弁済契約①及び②の直後である平成23年3月28日にAは株主総会の決議により解散して清算手続に入っており、本件代物弁済契約①及び②の締結時点においては、事業の継続や再生計画履行の意思を失っていたと推認されること、Aは、平成23年6月から7月にかけて再生手続廃止決定及び破産手続開始決定を受け、本件建物の賃料不払を続けながら、任意の明渡しを拒否し、平成26年2月にDから強制執行を受けてようやく明け渡したこと、その後も甲野が代表者を務めるXが本件各温泉についての湯口権をDに主張し続けたこと、が認められる。

以上によれば、本件代物弁済契約①及び②は、債権を消滅させる意思も代物弁済対象財産の所有権を移転させる意思もなく、実体のない本件各温泉権の存在を主張して、D 又はその承継人から故なく経済的利益を取得しようという意図の下に締結されたものと推認するのが相当である。

そうすると、仮に本件各温泉権が物権として成立していたとしても、契約当事者が本件代物弁済契約①及び②により本件各温泉権を移転する意思を有していなかったというべきであるから、この観点からも、X の温泉権確認請求は理由がない」(下線部は、掲載誌に付されているもの)。

【原判決判旨】

「X が、Y による本件土地の所有権移転登記の具備に先立って、本件各温泉権について明認方法を施し、その明認方法が本件売買契約成立の時点まで存在していたか否か」について検討する。

〔1) 明認方法について

土地の所有権はその地上及び地下の全てに及ぶのが原則であるところ(民法207条)、仮に、温泉権が地盤である土地の所有権と離れた別個の権利であると解することができるとしても、それは、所有権に関する上記の原則に対する例外を認めることになるから、取引の安全を図る見地に照らして、温泉権をその権利者から取引によって取得する者は、第三者である地盤の土地所有者に対して自己の権利を主張するためには対抗要件を具備することが必要であると解するのが相当である。

そして、仮に、明認方法によって温泉権についての対抗要件を具備することができる^{五五}と解され^(七七五)るとしても、取引の安全を図る見地に照らし、明認方法は、第三者が容易に温泉権を認識することができる手段であり、かつ、第三者が利害関係を取得する当時にもそれだけの効果をもって存在することが必要というべきである。したがって、一旦明認方法が行われたとしても、第三者が利害関係を取得する当時において消失その他の事由で、明認方法が上記の公示としての働きを失っている場合には、当該明認方法をもって温泉権を第三者に対抗すること

はできないと解するのが相当である（最高裁昭和32年(オ)第355号同36年5月4日第一小法廷判決・民集15巻5号1253頁参照）。

(2) 本件掲示について

Xは、本件掲示をもって、本件各温泉権について明認方法による対抗要件を具備したと主張する。

しかし、証拠（甲17）によれば、本件掲示が存在した時期があることは認められるものの、本件売買契約が締結された当時、本件掲示が存在していたことを認めるに足りる証拠はないから、本件掲示に係る明認方法をもって本件各温泉権を第三者であるYに対抗することはできないというべきであり、Xの上記主張は、採用できない。

(3) 本件各許可及び本件各決定に関する保健所への記録及び記載について

Xは、本件各許可及び本件各決定に関する保健所への記録及び記載をもって、本件各温泉権について明認方法による対抗要件を具備したと主張する。

しかし、〔評釈者注：原判決要旨中の温泉法の条文は、いずれも平成19年4月25日法律第31号（いわゆる第二次改正）による改正前の条文であり、以下、【 】内に現行の条文を付記する。〕温泉法4条1項1号及び2号【4条1項1号及び3号】並びにこれらの規定の準用を定める温泉法9条2項【11条2項】の文理等に照らすと、温泉法3条1項及び9条1項【11条1項】は、温泉源を保護する目的で、温泉の掘削や温泉の湧出量を増加させるために動力を装置しようとする場合等には都道府県知事の許可を受けなければならない旨を規定したものとどまり、また、温泉法13条3項【15条3項】の文理等に照らすと、同条1項は、温泉が種々の成分を含有しており、用法等によって人体に害が与えられる可能性があることから、温泉を公共の浴用又は飲用に供しようとする場合には都道府県知事の許可を受けなければならない旨をそれぞれ規定したものとどまるというべきである。

したがって、これらの規定に基づく許可の存在は、その許可を得た

者が私法上の権利である温泉権を保有していることを直ちに示すものとはいえない。

また、本件各許可及び本件各決定は、温泉を湧出させる目的での土地の掘削をする際などの過去の一時点においてこれらの許可又は決定がされたことを示すにとどまり、少なくとも、現在の権利関係を示すものではないから、何ら公示としての機能を果たし得ないものである。

以上のとおり、本件各許可及び本件各決定に関する保健所への記録及び記載は、そもそも、私法上の温泉権の権利者を直接示すものではなく、その公示としての機能も極めて不十分なものといわざるを得ないから、取引の安全を図るとい見地に照らし、本件各許可及び本件各決定に関する保健所への記録及び記載を本件各温泉権についての明認方法であると認めることはできない。したがって、Xの上記主張は、採用できない」。

【評 釈】⁽⁶⁾

1 はじめに — 本判決の意義と本評釈の構成

掲載誌の匿名コメントが記すように、「温泉権が争点となる事例は珍しい」（金判1587号24頁）といえる上に、本判決は、今日の温泉の主流ともいえる掘削泉につき、高裁段階において、一般論の形で原則的な成立否定論を展開したものである。それゆえ、温泉実務に及ぼすインパクトは大きいと思われる。そこで、その判示内容を、従来の判例・学説との対比において慎重に読み解く必要がある。

原判決は、別個独立の温泉権を仮定しつつも Y に対抗できる明認方法がないことを理由に X の請求を棄却したが、これに対して、本判決は、前提問題である温泉権の成否につき、「現代の高度な掘削技術をもって何十メートルも地下を掘削し、新たに湧出させた温泉については、原則として、慣習法上の温泉権を掘削地の所有権とは別の物権として成立することは、ないと考えられる」と積極的に判示し、温泉権

の成立自体を否定することで、他の論点を判断するまでもなく前提問題のレベルで請求を棄却できるとした。本判決は、他方で、「念のため」として、「仮に本件各温泉権が物権として成立していたとしても、契約当事者が本件代物弁済契約①及び②により本件各温泉権を移転する意思を有していなかった」としているのであるから、いずれにせよ、裁判所の心証としては原判決と同様の請求棄却の結論であったと思われるが、そうであるならば、なぜそこまで積極的な判示を行う必要があったかが問われよう。

以下では、本判決における温泉権の法的構成を確認しつつも(2)、その判示内容を仔細にみるならば、戦後に有力化した川島説に対する過度の否定的言説となっていることを明らかにする(3)。そして、本判決が、川島説や、さらには戦前の鷹の湯事件判決との関係でも全面的依拠を避けている理由として考えられる点を踏まえ、他の先行業績も参照しながら、これら学説・判例の今日的評価を試み、あるべき温泉権の法的構成を素描する(4)。最後に、これらの考察に照らし、本件事案に適合的な判断は何であったのかを検討したい(5)。

2 本判決における温泉権の法的構成

温泉権は、明文の規定なき概念であるがゆえに、その内容を法的にどう構成するかはそれ自体が重要な争点であるとともに、論者ごとに微妙に異なる構成を示す概念でもあるため、まずはこの点を確認したい。

本判決における温泉権の法的構成は、以下の各判決文から読み取ることができる。すなわち、温泉権は、①「温泉地から湧出する温泉を湯口から直接採取して排他的に支配する物権」であり、②「物権法定主義の例外の1つ」であり、③「湧出地の土地所有権の権利の内容の1つに含まれ、土地所有権とは別の独立した物権としては成立しないのが原則である」こと、また、④「例外的に温泉権が所有権とは別に物権として成立するのは、温泉権を湧出地の所有権とは別の独立した

物権として認める慣習法が成立している地域に限られる」こと、である。以下、説明を加える。

①では、温泉権という概念が、論者によっては継続的債権関係としての配湯権を含んだ広義のものとして説かれているところ⁽⁷⁾、これを物権としての源泉（湯口）支配権、つまりは源泉権といった狭義のものに限定している。

②では、明文なき温泉権を物権法定主義（民法175条）⁽⁸⁾との関係でどう正当化するかについての一定の立場を吐露している。つまり、論者によっては、温泉権を基礎づける慣習法もまた、法の適用に関する通則法（法適用通則法）3条を通じて「法律と同一の効力を有する」ため、温泉権は物権法定主義に何ら反しないとの立場もみられるところ⁽⁹⁾、本判決はあくまで「物権法定主義の例外の1つ」としている。これは、形式的には物権法定主義に抵触するものの、実質的には、物権法定主義の趣旨（封建的支配からの所有権の解放、公示原則の保障など）に抵触しない限り例外として許容されるといったニュアンスを含んでいる。

③では、温泉権は源泉地盤所有権の内容に包含されており、原則、独立の物権として承認されないとの立場を表明している。これは、温泉権が源泉地盤所有権から常に切り離された独立の物権であるとの立場は少なくとも採らないことの表明であるとともに、独立の物権であることは否定するが源泉地盤所有権の内容にも包含されず、あくまで源泉地盤所有権に付随する権利にすぎないとする近時の論説⁽¹⁰⁾にも沿わない立場とみられる。

④では、上記原則に対する例外として、温泉権を独立の物権として認める地域慣習法の成立を許容している。これは、温泉権に関するほぼ唯一の最上級審判決である、いわゆる鷹の湯事件判決⁽¹¹⁾の立場を踏襲するものと思われる。なぜなら、同判決は、「本件係争ノ温泉専用権即所謂湯口権ニ付テハ該温泉所在ノ長野県松本地方ニ在ツテハ右権利カ温泉湧出地（原泉地）ヨリ引湯使用スル一種ノ物権的権利ニ属シ通常原泉地ノ所有権ト独立シテ処分セラルル地方慣習法存スル」と述べ、

温泉専用権ないしは湯口権が、地方慣習法の存在を前提に、源泉地盤所有権から独立して処分可能な物権的権利であることを認めているからである。

3 川島説に対する否定的言説の分析

本判決のこうした法的構成は、上記鷹の湯事件判決に比較的忠実であるとみられる一方で、戦後に有力説化し、一部の裁判例⁽¹²⁾にも採用された川島武宜博士の見解（以下、「川島説」という。）には必ずしも従わないことを示す結果となっている。

すなわち、川島説は、とりわけ本件のような民法成立後の掘削泉に対する権利、いわゆる近代法的温泉権については、多年の慣習を要することなく独立した権利の成立を認めていることから、慣習法の存在を前提とする本判決は川島説の否定⁽¹³⁾としての意義をもつ。実際、Xからは、書証として、川島博士執筆の2論考⁽¹⁴⁾が提出されていたものの、その見解を採用しなかったことから、これを意識しつつあえて否定したものとみられる。序論で触れた掘削泉に関する積極的な判示事項も、その反映であろう。

そして、川島説をあえて否定した背景には、小澤英明弁護士執筆の『温泉法—地下水法特論』（白揚社、2013年5月）における川島説批判（以下、自説の主張を含めて、「小澤説」という。）の影響があるように思われる。本件では、勝訴したY側から小澤説が書証等で提示されたわけではないものの、近時において入手もし易く、しかもそれまでの学説や裁判例を相当網羅的に調べた上で明確な主張を展開している同書は、温泉権に関する研究資料が軒並み相当古くなっている中では突出して目立つ近時の研究業績であり、裁判官の側で独自に参照していた可能性は高いと考えられる。

同書が、「慣行上温泉利用権を土地所有権とは独立した物権的権利として見なければ適切な解決ができない場合（筆者〔評釈者注：小澤弁護士を指す。〕はほとんどそのような事例は少ないと考えている）を除いて」は、

土地所有権を基礎にした権利で保護すべきであると述べ⁽¹⁵⁾、つまりは、かかる慣行の存在をかなり例外的なものと評価している点などは、表現は異なれども、本判決が、「慣習法上の物権を認めるというのは、明治民法施行前の慣習法が明治民法と合致しない場合において、明治民法の規律よりも慣習法上の規律の方が社会経済の実態に適合しているときの緊急避難的な措置にすぎない」と判示している点と、その価値判断において共通性が感じられる。

もっとも、他方で、より仔細に検討するならば、本判決は、小澤説にも表れないような、いっそう強い川島説への否定的言説を含んでいることがわかる。

(1) 高度な技術による掘削泉の原則否定

第1に、序論で触れた、「現代の高度な掘削技術をもって何十メートルも地下を掘削し、新たに湧出させた温泉については、原則として、慣習法上の温泉権を掘削地の所有権とは別の物権として成立することは、ないと考えられる」との判示は、小澤説にはみられないものである。

しかし、こうした判示に対しては、大きく2つの疑問が生じる。

(a) 鷹の湯事件判決との整合性

第1の疑問は、本判決が踏襲するとみられる前記鷹の湯事件判決との整合性である。

鷹の湯事件でその帰属が争われた鷹の湯源泉は、実際のところ、大正14(1925)年、鷹の湯旅館の経営者であった鈴木豊蔵氏が自己所有の水田で掘削することとし、30mぐらい(100尺)の井戸を上総掘りの方法で掘削したところ湧出したものとされる⁽¹⁶⁾。上総掘りは「現代の高度な掘削技術」ではないと解すれば整合するが、そうであるならば、上総掘りによる「何十メートル」もの掘削と、それを超える「現代の高度な掘削技術」による「何十メートル」もの掘削とで区別することの合理性が問われよう。つまり、同じ深さでありながらも掘削技術の高低によってなぜ区別できるのかとの疑問が生じる。

他方で、本判決が、完全な手掘りで「何十メートル」も掘削することは困難であるとの前提のもと、それを除外する趣旨で「現代の高度な掘削技術」という限定を加えたにすぎず、上総掘りもこれに含まれるとの理解であったとしたならば、今度は、かかる経緯で成立した鷹の湯源泉の実態を本判決が捉えていなかったのではないかとの別の疑念を生ずることとなる。上記の経緯は鷹の湯事件判決自体には記されておらず、後世の現地調査に基づく記述にすぎないため、そもそも鷹の湯事件判決自体が鷹の湯源泉の実態を捉えていなかった可能性すら否定できず、そうした経緯を踏まえなかったとしてもやむを得ないとはいえるものの、結果的には、本判決が鷹の湯事件判決と整合しないものとなっているきらいがある。

また、鷹の湯事件そのものから離れることが許されたとしても、鷹の湯事件判決が下された昭和15（1940）年当時すでに相当数の掘削泉による新興温泉地が出現していたという社会的実態⁽¹⁷⁾との整合性についてはなおも追及を免れないであろう。すなわち、すでにそうした温泉地が出現している客観的状況において下されたのが鷹の湯事件判決であり、川島説のように旧慣温泉権と近代法的温泉権とを特に区別することなく判示している点に鑑みるならば、「現代の高度な掘削技術」による掘削泉について、慣習法上の温泉権を原則論とはいえ強制的に否定することは、やはり鷹の湯事件判決との抵触を否定できないのではないかと思われる。

(b) 自然湧出泉等の場合

第2の疑問は、「現代の高度な掘削技術」による「掘削」泉についてかかる規範を定立することは、反対に、自然湧出泉や、いわば簡易な掘削技術による温泉については温泉権が原則的に肯定されることになるのかとの疑問である。

前記のとおり、鷹の湯源泉自体は掘削泉であったものの、鷹の湯事件判決において前提とされていた長野県松本地方における湯口権の慣習は、元来、自然湧出泉に関して形成されてきたものであった⁽¹⁸⁾。そ

れゆえ、自然湧出泉についてこそ慣習法の成立が温泉権の存立条件になると捉えたのが鷹の湯事件判決であり、それを踏襲する本判決もまた、慣習法の成立を不要とする趣旨ではないと考えられる。

しかも、本判決は、「現代の高度な掘削技術」による掘削泉についてでさえ別物権としての温泉権を「原則」否定したにすぎず、例外の存在を許容している。実際にそのような掘削泉に属する本件の2つの源泉について「慣習法」の有無を検討しているところをみれば、やはりここでも「慣習法の成立が肯定され」る場合こそが別物権としての温泉権を認める例外として捉えられている。結局、「現代の高度な掘削技術」による掘削泉か否かを問わず、慣習法の立証が必要とされているのであり、そうであるとするならば、鷹の湯事件判決に親近性のある前記の一般的判示に加えてこのような判示を重ねることには裁判規範としてどれほどの意味があるのか、との疑問が生じよう。

(2) 債権的法律関係としての構成

第2に、かかる法的構成を採用した理由の1つとして本判決が掲げる、「所有者以外の者が温泉を利用する権利は、賃借権や温泉利用契約などの債権的法律関係として構成すれば足りる」との点も、小澤説にはみられないものである。

この点、小澤説は、独立した物権的権利としての温泉利用権の承認に否定的ではあるものの、そうであるからといって、それを常に債権的法律関係として構成すべきと主張しているのではなく、あくまで、「土地所有権を基礎にした権利、すなわち、土地所有権、土地所有者から土地使用権の設定を受けた地上権、土地賃借権、地役権で保護すべき」と主張するにとどまる⁽¹⁹⁾。そのため、源泉地盤所有権を有していない者であっても、地上権や地役権の設定を受けた者でありさえすれば、その者が有する温泉利用権は、これらの物権に付随する権利として物権的に保護されることとなる。

したがって、本判決が、かかる形での物権的保護の余地をも否定する趣旨で債権的法律関係としての構成を指向するのであるとするなら

ば、小澤説以上に強い川島説への否定的言説として捉えられることとなる。果たしてこうした構成のもとでは、たとえ物権的な権限に基づく温泉利用であったとしても、あくまで債権的法律関係として処理されるにとどまるのであろうか。

このような言説を正当化できるとすれば、おそらくは、物権法定主義（民法175条）の例外を極力認めない厳格な解釈姿勢を貫いた場合のみとなる。しかし、かかる解釈姿勢を選択する以上、その姿勢が、譲渡担保権のような他の例外と説かれるものとの関係でも一貫させられるかが問われざるを得なくなるように思われる。

4 鷹の湯事件判決と川島説の今日的評価

このように、厳密には、鷹の湯事件判決とも、あるいは川島説の否定に立脚する小澤説とも異なる立場であることを表明する本判決の出現は、そのいずれの判例・学説もが、今日的には全面的に依拠するに値しないと裁判官が考えたことを示している。これらのうち、小澤説については、その見解の公表から比較的日が浅く、価値判断の方向性の共有にとどまったといえるが、すでに80年以上が経過している鷹の湯事件判決や、『温泉権の研究』の公表からは半世紀が経過している川島説への全面的依拠が回避されたのはなぜであろうか。以下、考え得る点を掲げて考察に付したい。

(1) 鷹の湯事件判決の今日的評価

昭和15（1940）年に鷹の湯事件判決が出現した背景には、昭和4（1929）年12月の日本温泉協会設立に伴う法律研究の委嘱により、温泉に関する法律研究が急速に進展したという事情があったと思われる。同判決前年の昭和14（1939）年には、主として昭和5（1930）年から同13（1938）年までに公表された温泉をめぐる法律論考を集成した、鉄道省国際観光局編『温泉法に関する文献』（鉄道省国際観光局、1939年9月）が発刊され、つまりは各種業界雑誌に分散していた諸論考を一書にまとめることで、その参照へのアクセスを著しく容易にしたことは、鷹

の湯事件判決の形成要因を考察する上で無視できない事実であったと思われる。

そして、同書に掲載された諸論考のうちで、圧倒的な説得力をもって鷹の湯事件判決の出現に寄与したと考えられるのが、当時現役の裁判官でありながらも日本温泉協会の委嘱を受けて次々と諸論考⁽²⁰⁾を公表した武田軍治判事であったことは推測に難くないところである。

その職歴や叙述に照らすと、武田判事は、明治30（1897）年に山形県東置賜郡高畠町に生まれ、東京帝国大学卒業後、昭和2（1927）年3月に長野地裁松本支部予備判事となり、翌3（1928）年10月から昭和5（1930）年3月までは同支部判事として勤務していた⁽²¹⁾。ちょうどこの頃、裁判官としての執務上、温泉権には、土地と離れて独立に取引されているような場合が実際民間にあるという経験を初めてしたとのことであり、おそらくは鷹の湯事件と同様に、浅間温泉における湯口権の慣行を見聞したことから、昭和5（1930）年3月に司法研究12輯6号として発刊された「地下水利用権に就て」（前記『温泉法に関する文献』にも採録。）等を通じて、慣習法上独立の温泉権を提唱するに至った⁽²²⁾。この見解に示唆を得て下されたのが鷹の湯事件判決であったとみられる。

また、鷹の湯事件判決自体やその素地を形成した武田判事の見解は、同判事と同郷の先輩であった民法学者の我妻栄博士によって評価されて体系書等で広く紹介され⁽²³⁾、鷹の湯事件判決の理解につき、土地所有権からみた温泉権の独立の程度（建物のような完全独立型か立木のような半独立型か）に関する議論の余地があるほかは概ね支持を受けて、特段の批判を浴びることなく画期的判例として今日なお参照すべきものとして紹介され続けている。

もっとも、同判決が下された80年以上前の状況と今日とを対比するならば、当時は、1000mを超えるような大深度の掘削泉もなく、いまだ自然湧出泉が主流を占めていたとみられる点と、温泉法が未制定の状況において、温泉の規律が各都道府県の取締規則に委ねられていた点が大きく異なっていた。つまり、その後に見られた掘削泉の飛躍的

増加に伴う権利関係の衝突や源泉の枯渇による深刻な利害対立を懸念する場面が、戦後の高度成長期と比べれば圧倒的に少なかったと考えられる上に、温泉権の具体的規律については、当時より立法に向けた強い要望や提言が出されていたこと⁽²⁴⁾から、やがて制定されるであろうことが予測されていた温泉法（ないしは鉱泉法）によって成し遂げられることが期待されていたといえ、それゆえ、裁判所の役割としては、差し当たり旧慣温泉権の規律を明確化すべく、慣習法の存在を要素とすれば足りると考えていた可能性も考えられよう。

ところが、戦後間もなく制定された温泉法には、温泉権の実体規定がついに入れられることはなかった。正確には、温泉法立案事務官であった牛丸義留^{よしと}氏により、「温泉権、その他温泉に関する権利」という章がいったん立案されたものの、権利関係は非常に難しいのもう少し研究するとの理由から削除に至ったとされる。また、戦後の連合国軍占領下における総司令部（いわゆるGHQ）との折衝の過程では、土地所有権の絶対性から、掘削の許可自体がけしからんという当初の評価であったことから、許可制度を認めてもらうので手一杯で、当時の状況においては温泉権規定の立法どころではなかったとの事情も存していた⁽²⁵⁾。ともあれ、温泉権の立法回避は、少なくとも当時の状況においては、温泉支配者の利益保護を不要とする趣旨ではなかったといえる。

それゆえ、戦後の最高裁判所において温泉権を正面から検討する判例がいまだ存在しないことを理由に、鷹の湯事件判決の文言を現代的な文脈の中で無理に理解しようとするのはかえってミスリーディングとなるのではないかが省察されてよいであろう。一部の裁判例⁽²⁶⁾にみられるように、温泉権の独立性や、さらには温泉権の明認方法についてまで地方慣習法の立証を必要とすることは、戦後の掘削ラッシュで次々と現れる新興温泉地にとっては不能を強いるものであり、事実上温泉権の主張を封じる結果となることが懸念される。現に、川島説に依拠するいくつかの裁判例がみられる一方で、近時もお、慣習法の立証ができない中で温泉権の主張者が敗訴する裁判例⁽²⁷⁾がみられる

が、こうした後者の裁判例群が温泉権主張者に対する安易な請求棄却事由として援用され、定着するおそれが懸念されよう。

また、鷹の湯事件判決が想定する完全独立型の温泉権のみならず、立木のように土地と切り離れた取引の経済的需要を受けて独立が承認される、いわゆる半独立型の温泉権であっても慣習法の立証が必要かはなおも議論の余地がある。

その意味では、本判決が鷹の湯事件判決からやや離れた判示を行おうとした、その試み自体は評価されてよいように思われる。

(2) 川島説の今日的評価

他方で、戦後の現地調査に基づく学者の共同研究に依拠する形で展開された川島説については、研究の分担ないし関心が温泉権の処分や対抗要件に集中していたこともあり、必ずしもその権利体系の全体像が明らかでなく、ともすれば、投下資本回収の観点から、多年の慣習を要せずして掘削の事実だけで土地所有権から独立した物権としての温泉権を原始取得できるとする見解の表面部分のみがクローズアップされ、批判の矛先となっていたように思われる。

しかし、土地所有者と異なる掘削者や温泉利用者がいた場合における当事者間の内部的な利用関係については、川島説が多く語るどころではなく、いわば川島説の欠落点であって、この点は、当時の共同研究者であった渡辺洋三博士の見解（以下、「渡辺説」という。）その他の学説的考察により補完せざるを得ない。

この点、渡辺説は、温泉権と源泉地盤との関係性を整理し、特に近代法的温泉については、源泉地盤に対する所有権ないし利用権が温泉権にとって不可欠な構成要素をなすとする⁽²⁸⁾。そして、温泉権者において源泉地盤の所有権・利用権を取得するための手段として、源泉地の売買や共有化のほか、地役権設定や借地の契約といった具体的方途を提示する。すなわち、ここでは、温泉権者の保護を所与の前提として源泉地盤の利用権等を導くのではなく、あくまで利用権等は、源泉地盤所有者との契約を通じて引き出されるものとされている。それゆ

え、理念的には、たとえ温泉権が掘削者によって原始取得されたとしても、源泉地盤の利用権を伴わなければおよそ意味をなさないこととなる⁽²⁹⁾。

また、掘削者による温泉権の原始取得という問題についても、民法学者の伊藤高義は、源泉地盤所有者と掘削者との間で湧出時における温泉権の帰属に関して明示・黙示の合意がない限り、温泉権は源泉地盤所有者に帰属するのが原則であると論じ⁽³⁰⁾、あくまで当該合意を通じて源泉地盤利用等の調整がなされるべきものとする。

加えて、川島説は、他方で、債権的な温泉利用権であっても、明認方法なくして第三者に対抗できず、逆に明認方法さえ備わっているならば第三者に対抗できるものと説いており⁽³¹⁾、現にこの立場を採用する裁判例⁽³²⁾もみられる。こうした立場に従うならば、少なくとも第三者との対抗問題に関する限り、温泉権を物権とみるか債権とみるかは本質的な違いをもたらさないこととなる。この点は、本判決や先行する本判決の評釈がいずれも踏まえていない点でもあり、あらためて強調しておきたい。

以上の検討を踏まえるならば、一般には多年の慣習に支えられている旧慣温泉権については、必ずしも源泉地盤の利用権を伴わずとも、場合によっては入会権の成立や所有権・地上権・地役権の時効取得等によって地盤利用を正当化する余地があるのに対し、掘削泉が念頭に置かれる近代法的温泉権については、あくまで源泉地盤の所有者との契約に由来する利用権原を伴わなければ実効性のない権利にとどまることとなる。しかし、このことは、裏を返すと、源泉地盤の利用権原を伴わせる以上、いったんは所有者に帰属するものとして、源泉地盤所有権に包摂された温泉権であっても、利用権設定とともに温泉権を所有権から独立させることもまた、所有者との契約によるならば可能であると解すべきこととなろう。そして、この理は、(投下資本の回収というやや射程の狭い需要ではない) 独立取引に向けた経済的需要に由来し、古来の地方慣習法に依拠するものではないから、慣習法の立証は不要

と解されよう。

5 本件事案に基づく評価

最後に、以上の理解のもとで、本件事案はどのように解決されるべきであったかにつき検討を加える。

本件事案の特色は、温泉の掘削が土地ではなく、建物の賃借人（厳密には転借人）によって行われた点にある。2箇所の源泉はいずれも当該建物の外部にあるため、広い意味では当該建物を含む旅館施設の一部としての敷地内にあるため、これも付随的には賃借の対象であるといえたとしても、その敷地を掘削することは本来的には当該建物賃貸借の用途外利用になると思われる。そこで、本件でも、掘削にあたり、当初の賃借人 B が信託受益者 D の指図代理人 J からの承諾が取られた（事実の概要(5)第2段落）。

ただ、問題は、当該承諾が実質的に所有者自身の承諾と同視できる⁽³³⁾と解し得たとしても、当該承諾により、湧出後の源泉に対して賃借人がいかなる権限を有することとなるのかについては、前記のとおり、掘削による温泉権の原始取得という川島説の表面的な見解を採用しない限り、必ずしも明らかとなるものではない。

そこで、評釈者が確認した当該承諾を示す書面（甲14号証）の内容を以下に掲げる。

B を甲とし、J を乙とし、本日下記のとおりの内容で甲及び乙は承諾した。

記

広島県佐伯郡宮島町〇町×番地所在乙信託管理に係る土地に、甲が、地下水取水に係る工事並びにそれらに関する許可申請をすることに同意した。又、上記の一連の許可の申請費用及びボーリング工事に係る費用を甲が全額負担することを条件に甲に地下水取水後の権限の一切を甲に与えることに乙は同意した。

これによれば、掘削費用は賃借人が全額負担することを条件に、「地下水取水後の権限の一切」を賃借人に与えたことがわかる。このような対価関係のある取引には一般に合理性があるといえるため、実際に費用をBが全額負担していたとしたならば、ここでの「地下水」である温泉の権限の一切がB（及び吸収合併後のA）に付与されることとなりそうである。

もっとも、ここにいう「温泉の権限」が、Xの主張する独立物権としての温泉権であるとは限らないであろう。一般には、所有権以外の土地の利用権原として、物権としての地上権等のほかに、継続的債権としての土地賃借権があり得るところであり、そのいずれであるかは文面上も明らかでない。地上権と賃借権の具体的相違としてはその譲渡性が挙げられるところ、「地下水取水後の権限の一切」を与えることが、第三者への譲渡が自由な権限として与えることを当然に意味するとは思われない。むしろ、賃借（ないしは転借）の一環として、温泉宿泊施設としての価値を高めるべく行われた掘削であって、いずれ賃貸借が終了すれば賃貸人に返還せざるを得ないはずの源泉であることも併せ考えるならば、あくまで賃借権（ないしは転借権）に付随した権限であって、賃貸借の終了とともに当該権限も消滅し、あとはせいぜい賃貸借終了時に現存する増価額を有益費として償還させ得る（民法608条2項）にとどまるのではないかと考えられる。

それゆえ、本件では、当該承諾によって付与された権限を温泉権と称し得たとしても、賃借権に準じた債権的権限にすぎず、吸収合併後の転借人Aが当該温泉権をEやXに代物弁済の形で譲渡すること自体、賃貸人の承諾がない限り行い得ない（民法539条の2参照）⁽³⁴⁾との理由で、請求を棄却すべきであったように思われる。

6 おわりに

本件はいわば執行妨害的な事案といえ、いずれにせよ請求棄却の結論を免れなかったとすれば、いずれの裁判例・学説とも整合しない新

見解をあえて打ち出してまで温泉権に関する正面からの判示を行う必要性はなかったと考える。本判決の出現により、近時の掘削による源泉に関しては物権としての温泉権を主張することに対してある種の抵抗が生じることとなり、この手の紛争を予防する効果は期待できるゆえ、それが本判決の狙いとも考えられるが、その反面、正当に保護すべき温泉権はますます衰退することが懸念される。

本判決を踏まえるならば、温泉権者側での今後の対応としては、差し当たり温泉権を一種の継続的債権と構成しつつ第三者対抗力を認めさせる方向性等が考えられるものの、根本的にはやはり、最高裁判決による解釈の統一が強く望まれるものといえよう。

- (1) 本判決の各掲載誌では旅館や源泉等につき仮名が用いられているものの、Yが全面勝訴している本件では、現在本件土地上でYが経営する旅館等の名を記したところでその社会的評価を下げることにほならないことにも鑑み、本評釈では、筆者が閲覧した訴訟記録に従い一部実名を用いることとした。
- (2) 丙川は、平成20年10月15日、Aの代表取締役を辞任した（以下、注(4)までは、本判決中の認定事実としては記されていないものの、書証や他の外部情報に照らして認められる事実を掲げる。）。
- (3) 事実の概要(1)にも記されているが、この頃までA'株式会社であったところが、平成22年12月22日、株式会社Aへと商号変更した。
- (4) G投資法人の資産運用会社Hは、平成23年7月8日、純財産額が最低限5000万円を下回る状況を理由として、金融消費取引業に対する監督上の行政処分により、金融商品取引業者の登録が取消しとなった（金融商品取引法29条の4第1項5号ロ、52条1項3号）。これを受けて、G投資法人もまた、同年9月13日に解散となった。
- (5) 他の2軒として、「岩惣」と「錦水館」がある。各宿のホームページによれば、「岩惣」は、1854（安政元）年の創業であるが、温泉自体は1885（明治18）年に掘った井戸の水にラドンが含まれていたのが始まりとされ、「錦水館」は、かつてあった冷泉が公共下水道工事のために泉源が埋められて廃止となった後、2004（平成16）年10月、掘削により新たに冷泉を湧出させたものとされる。本件の「神の湯」も含めて、弱放射能を含んだ冷鉱泉という点で泉質は共通するが、「岩惣」が若宮温泉、「錦水館」が宮島潮湯温泉と称しており、“宮島温泉”などといった3軒共通の温泉地名が定着しているわけではない。

- (6) 先行する本判決の評釈として、宮崎淳「判批・掘削して湧出させた温泉と慣習上の物権としての温泉権の成否」新・判例解説 Watch27号77頁(2020年10月)、田中淳子「判批・現代の掘削技術により湧出させた温泉に慣習法上の物権としての温泉権は成立するか」民事判例21号98頁(2020年11月)、黒根祥行「温泉権の物権的権利性に関する基礎的諸問題」甲南法務研究17号11頁(2021年3月)がある。また、本判決の簡単な解説として、拙稿・温泉89巻3号26頁(2021年8月)、渡辺晋・不動産鑑定58巻10号38頁(2021年10月)があるほか、温泉地域学の観点から、3つの時代区分における掘削泉の状況を踏まえた本判決の評価を行うものとして、拙稿「判批・掘削泉における温泉権の保護—第2の東京高裁判決をめぐって」温泉地域研究37号49頁(2021年9月)がある。
- (7) 川島武宜「温泉権に関する基礎的諸問題」『温泉権』34頁以下(岩波書店、1994年1月)[初出、川島武宜編『注釈民法(7)』621頁以下(有斐閣、1968年12月)]は、かかる配湯権を第二次温泉権の一種と位置づけている。
- (8) 道垣内弘人「物権法定主義」鎌田薫=加藤新太郎=須藤典明=中田裕康=三木浩一=大村敦志編著『民事法I(総則・物権)[第2版]』246頁(日本評論社、2010年4月)参照。
- (9) 法適用通則法3条の前身である法例2条の解釈論として、川島武宜「近代法の体系と旧慣による温泉権」・前掲注(7)温泉権59頁以下[初出、法協76巻4号437頁(1960年5月)]参照。
- (10) 後記の小澤説参照。
- (11) 大判昭和15年9月18日民集19巻19号1611頁。
- (12) 山形地判昭和43年11月25日(山形県・上山温泉)、東京地判昭和45年12月19日(和歌山県・白浜温泉)、高松高判昭和56年12月7日(高知県・安並温泉)、仙台高判昭和63年4月25日(岩手県・繋温泉)、東京地判平成23年4月25日(静岡県・伊東温泉)。
- (13) 宮崎・前掲注(6)判批では、当初の判例の立場への「回帰」と説かれる。
- (14) 第一審提出の甲40号証として、川島武宜「第三者への対抗要件」川島武宜=潮見俊隆=渡辺洋三編『温泉権の研究』506~529頁(勁草書房、1964年2月)が、控訴審提出の甲49号証として、川島・前掲注(7)温泉権26~34頁が提出されていた。
- (15) 小澤英明『温泉法』458頁(白揚社、2013年5月)。
- (16) 川井健「温泉権の取引と明認方法—鷹の湯事件を中心として」『不動産物権変動の公示と公信』164頁(日本評論社、1990年3月)[初出、遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第3巻』347頁(有斐閣、1983年11月)]参照。
- (17) 鷹の湯事件判決が下された昭和初期や、川島グループによる温泉権研究が展開された昭和中期における掘削泉の時代状況については、拙稿・前掲注(6)掘削泉における温泉権の保護参照。

- (18) 拙稿「浅間温泉の歴史と湯口権一鷹の湯事件を起点として」温泉地域研究36号13頁（2021年3月）参照。
- (19) 小澤・前掲注(15)温泉法458頁。
- (20) 武田軍治『地下水利用権論』（岩波書店、1942年3月）など。
- (21) 大日本司法大観編纂所編『大日本司法大観〔昭和15年版〕』221頁（大日本司法大観編纂所、1940年7月）参照。
- (22) 牛丸義留＝真田秀夫＝青木義人＝河野鎮雄＝武田軍司＝森本潔＝大山正「『温泉法制定当時の思い出と温泉権をめぐって』座談会(1)」温泉研究11号16頁（1958年3月）。
- (23) 我妻栄の執筆にかかる武田・前掲地下水利用権論の序文のほか、我妻栄「判批」『民法判例評釈I』202頁（コンメンタール刊行会、1965年12月）、同『新訂物権法』202頁（岩波書店、1983年5月）参照。
- (24) 清水澄「鉱泉法の制定を望む」温泉2巻6号（1931年6月）〔鉄道省国際観光局編『温泉法に関する文献』（鉄道省国際観光局、1939年9月）所収〕など。
- (25) 牛丸ほか・前掲「温泉法制定当時の思い出と温泉権をめぐって」座談会(1)14頁。
- (26) いずれも大分・別府温泉に関する、大分地判昭和29年6月28日下民集5巻6号985頁、大分地判昭和31年8月9日下民集7巻8号2151頁、福岡高判昭和34年6月20日下民集10巻6号1315頁など。
- (27) 東京地判昭和54年12月17日判タ415号128頁、東京地判平成15年11月21日判例集未登載（LLI/DB 参照、平成14年(ワ)第21944号、平成15年(ワ)第1256号温泉所有権確認等本訴請求事件、同反訴請求事件）、東京地判平成26年1月28日判例集未登載（WestlawJapan 参照、平成25年(ワ)第18082号温泉権等確認請求事件）。
- (28) 川島編・前掲注(7)注釈民法(7)626頁〔渡辺洋三〕、渡辺洋三（北條浩＝村田彰編）『温泉権論』196頁（御茶の水書房、2012年5月）参照。
- (29) 本判決掲載誌の匿名コメント（金判1587号24頁）が言及する、仙台高判昭和63年4月25日判タ676号109頁（岩手・繋温泉）は、川島説に沿って独立の温泉権と明認方法の具備を認めたものの、当然に源泉地盤を使用できるものではないとして、地盤所有者に対する妨害禁止請求を棄却している。
- (30) 伊藤高義「温泉権の原始的帰属」名古屋大学法政論集142号110頁（1992年5月）。
- (31) 川島編・前掲注(7)注釈民法(7)640頁〔川島武宜〕。
- (32) 東京地判平成23年4月25日判例集未搭載（LLI/DB 参照、平成20年(ワ)第18181号損害賠償等請求事件）。拙稿「伊東温泉における配湯権と明認方法」温泉81巻6号24頁（2013年11月）、同「温泉利用権の明認方法をめぐる序論的考察—配湯権裁判を契機として」村田彰先生還暦記念『現

代法と法システム』561頁（酒井書店、2014年12月）、同「配湯権の明認方法を認めた事例」温泉地域研究28号39頁（2017年3月）参照。

- (33) 指図代理人による承諾を所有者の承諾と同視できるかがそれ自体問題となり得るものの、本評釈ではその問題に立ち入らない。
- (34) 賃借人の掘削にかかる温泉権はすべて賃借権に準じた債権的権限にすぎないと論じる趣旨ではない。例えば、土地所有者ではない者が掘削を行う場合、温泉の湧出が不確実であることに鑑み、いったんは掘削地に対する使用貸借や賃貸借の契約を締結し、その際、温泉の湧出を条件として源泉地と温泉に関する湧出後の権利関係を取り決めるといった実務がみられるが（熱海温泉に関し、川島ほか編・前掲注(14)温泉権の研究35頁以下参照）、その中には、使用借人や賃借人にすぎない掘削者に物権的保護を与えるのがふさわしい取決めがなされているケースもあり得よう。

日タイにおける留置権の比較法的研究

——タイ民商法241条の継受史とその解釈——

ソラアット ナパット*
出 雲 孝**

I はじめに

1 研究の背景と目的

明治維新以来、日本はアジアにおける西洋文明の導入にあたって、先進的な役割を果たしてきた。法の分野においても、広く比較法のもとで体系をよく整理し、諸法典を完備し得たことは、今なお瞠目に値しよう。この成果は、アジア諸国が後発の法典編纂においてしばしば日本法を参照したという事実につながっていく。1990年代以降は日本側からの法整備支援が活発化しており、いわゆる開発法学とともに広域的な活動が行われてきた⁽¹⁾。このような流れの中で、日本法が国外に与えた影響を調査・追跡することは、比較法の観点からも重要な資料のひとつになるであろう。本研究は、その調査・追跡の中でも、継受国における日本法の変容に焦点を当てるものである。

直近の調査・追跡の前例を見ると、日本法の変容は継受そのものの段階で、またはその直後から生じるようである。例えばカンボジアの民法典編纂事業においては、既存の法制度との兼ね合いから、土地所有権とは異なる特別占有権という概念が存置された⁽²⁾。また、不動産の二重売買についても、背信的悪意者排除の法理はカンボジアの諸事

情から採用することができないという研究が存在する⁽³⁾。国家事業として法整備支援に取り組んだ場合であっても乖離が生じる以上、支援に関してはその後の変容を考慮した上で政策決定をすることが望ましい。では、継受時または継受後の日本法の変容にはどのようなパターンがあり、それぞれのパターンについてどのような対応が考えられるのであろうか。本研究は、タイ民商法上の留置権の取扱いを概観することで、この問いに一定の示唆を与えることを目的とする。

2 本研究の問題設定とアプローチ

本研究が扱う問いは、タイ民商法上の留置権が、日本法からどのような影響を受け、そしてどの程度変容したのか、である。タイの留置権を取り上げた理由は2つある。ひとつは、タイの民商法典がその多くの条文で日本民法典を参照しており⁽⁴⁾、特に留置権については純粋に日本法由来であると言ってよいからである⁽⁵⁾。もうひとつは、日本側からもタイの法制に関する先行研究の蓄積が進んでいるため⁽⁶⁾、基礎的な部分についてはこれらに依拠して論述を進めることが可能であったからである⁽⁷⁾。

3 本研究の意義と限界

タイの編纂者が日本法をどのように捉え、どのように継受したのか、またそこに誤解はなかったのか、さらにどのような変容を経るに至ったのかを明らかにすることは、東南アジアにおける日本法の影響を見るだけでなく、将来的な法整備支援においても参考に資するところがあるものと思われる。例えば破産法については法整備支援の準備が進んでおり、2018年12月20日には日本国法務省とタイ王国法務省執行局との共同セミナーが開催されている⁽⁸⁾。タイ破産法は日本破産法66条とは異なり、留置権を消滅させずに担保権者として優遇する方針を採っている（タイ破6条、95条を参照）、本研究が将来的な破産法の整備に資することもある。

これに対して、本研究の限界は以下の2点にある。まず、タイは日本からの直接的な支援を受けずに継受しており⁽⁹⁾、法整備支援の実例ではない。法整備支援がなされる場合、本研究が指摘する問題点はより緩和されたかたちで現れるかもしれない。次に、タイは民法典と商法典とを統一した民商法典の形式を採用している。本研究は、この体系的な差異について深く立ち入らなかった。タイにおいて民事留置権と商事留置権とが一体化していることも本来ならば比較対象とすべきであるが、これは別の機会に譲ることとしたい。

4 本研究の紀年法に関する留意点

タイは仏暦を採用している国である。仏暦は西暦に543年を加算したものである。このため、判例の表記は仏暦が公式となる。タイの判例の表記方法は、その年の事件番号と仏暦とを組み合わせたものであり、例えば仏暦2564年（西暦2021年）の事件番号1に関する最高裁の判決は、1号2564年判決となる。また、タイの文献からの引用にあたっては、出版年を仏暦で表記した。時系列を比較する場合には、上記の点にご注意いただきたい。

II タイ民商法241条に関する法制史的研究

1 先行研究の紹介

タイにおいて、留置権はタイ民商法241条に定められている。この条文は、主に日本民法295条を、部分的にスイス民法895条を参考にしたものであると理解されている⁽¹⁰⁾。しかし、スイス民法895条に由来すると思われる部分には実際にはなく⁽¹¹⁾、あくまでも比較対象とただけではないかと推測される。

本節では、そもそもタイの民商法典がどのように成立したのかを、先行研究にもとづきながら紹介し、241条の具体的な立法過程については本章第2節で論じる。タイ民商法典の編纂は、日本の民法典と似

通った過程を経ており、最初はフランス人顧問の草案をもとにした法典を1923年に公布したものの、これを施行せず、欧米と日本の民法を参考にした新しい法典を1925年以降、順次部分的に公布・施行していった。本研究では、日本法を参照した経緯に焦点を当てて叙述する。

タイ民商法典の編纂にあたって、日本の民法典を参照するように提案したのは、プロット・ウィチャイ・ナ・ソクラー (ปลด วิเชียร ณ สงขลา, 1890-1984年)、欽賜名プラヤー・マーナワラーチャセーウィー侯爵 (พระยามานวราชเสวี) であるとされる⁽¹²⁾。田村 (2011) は「マーン侯爵」という略称を用いているが、叙勲されたのは後年のことであるから、本研究では「プロット・ウィチャイ」を用いる。1909年、タイの司法省法典編纂委員会は、フランス人編纂委員が作成した英文草案の清書および管理を、英語通訳養成課程を修了したプロット・ウィチャイに命じた⁽¹³⁾。プロット・ウィチャイはその仕事ぶりが司法大臣コロムルワンラーチャブリーディレーク親王の目に留まったため、親王自身が設立した司法省付属法律学校に入学を許可された⁽¹⁴⁾。その後、法曹資格を取得し、奨学金を得てイギリスへ留学することとなった⁽¹⁵⁾。

留学時、プロット・ウィチャイは、持参した英文草案をイギリスの法務次官ジョン・オールスブルック・サイモン子爵 (John Allsebrook Simon, 1873-1954年) に見せる機会を得た⁽¹⁶⁾。サイモン卿は、草案の内容が独創的に過ぎ、起草者の力量が不足しているという理由で、既存の法典、例えば日本民法典をモデルにした方が良いという助言を与えた⁽¹⁷⁾。プロット・ウィチャイは、日本に民法典があることをその時点では知らなかったそうである⁽¹⁸⁾。

サイモン卿が日本民法典の参照を勧めた理由は、専ら2つあった。ひとつは、それを通じて間接的にドイツ民法典を継受することが可能であるという、いわば間接的継受の期待である⁽¹⁹⁾。もうひとつは政治的な事情であり、日本ではフランス人に編纂を依頼したあと、一旦公布された法典を放棄してドイツ民法典に乗り換えることに成功しているので⁽²⁰⁾、タイも同じかたちで切り抜けられるのではないか、という

思惑であった。事実、その後のタイはフランス人の草案にもとづく民商法典を1923年に一旦公布した後（以下、「タイ旧民商法」という。）、これを施行せず、1925年に新しい民法典の一部を公布させ、これが現行タイ民商法となっている（以下、「タイ民商法」というときはこちらである。）。つまり、「サイモン卿の熱心な『日本方式のすすめ』とは、単に法典の内容に関するのみならず、フランス人法律家の起草した法典を一旦公布して、法曹界からの拒否反応を呼び起こし、それを理由に再編纂することで、フランス政府からの非難をかわすという外交戦略的な筋書きをも意味していたようなのである」⁽²¹⁾。最終的に、「日本民法は、大陸法系民事法を代表するフランスとドイツ、両民法の伝統をタイ法へと媒介し、両者の統合を可能にした『独仏二大民法の媒介者』としての役割を果たした」⁽²²⁾。

2 タイ民商法241条の成立史

(1) 条文

タイ民商法の一般的な成立史を概観したので、本稿のテーマであるタイ民商法241条の成立史とその解釈を見ていく。まず、筆者らによる同条文の日本語訳と、タイにおいて広く普及している非公式の英訳とを掲載する⁽²³⁾。

タイ民商法241条

1項 他人の物の占有者が、その占有されている物と関係する自己の利益となる債務を有しているときは、その債務が弁済されるまで、その物を留置することができる。ただし、その債務が履行期を迎えていないときは、この限りでない。

(1) If the possessor of a property belonging to another has an obligation in his favour relating to the property possessed, he may retain the property until the obligation is performed; but this does not apply, if the obligation is not yet due.

2 項 前項の規定は、占有が違法な行為によって始まっているときは、適用しない。

(2) The provisions of the forgoing paragraph do not apply, if the possession begins by an unlawful act.

(2) タイ民商法における ทิ้ง の意味

タイ民商法241条の翻訳にあたっては、ทิ้ง (ニー) というタイ語の解釈が重要になる。タイ民商法においては債権・債務という概念が用語上明確に区別されておらず、専ら債務を意味するニーによって両義的な書き方がなされている。つまり、ニーが債権と債務のいずれを指しているのかは文脈依存であり、本節の第(3)項 b (b) で詳しく触れることになるように、241条1項では「債務」と理解することになっている⁽²⁴⁾。

すると、タイ民商法241条1項については、日本民法295条を参考にしたものであると考えられているにもかかわらず、なぜ「自己の利益となる債務」という文言がそこに現れるのか、という疑問が生じる。というのも、日本民法295条1項本文は「他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる」(下線部は引用者)と規定しており、「自己の利益となる債務」に相当する文言は見当たらないからである。次の第(3)項では、日本民法の英訳とその継受という観点から、この点を明らかにする。

(3) タイ民商法241条の立法過程

a タイ旧民商法典

1923年に公布されたタイ旧民商法には、留置権に該当する条文が見当たらず、ただ第2巻債務法の箇所にも、次のような条文が置かれていた⁽²⁵⁾。

タイ旧民商法377条

自己に属さない金銭または財産を所持または留置する権原を法律によって有する者がいるとき、その金銭または財産の所有者の債権者は、その者が占有を放棄するかまたは満足を受けるまで、その金銭または財産に対していかなる権利も行使することができない。

当時の「司法審議局 (Office of the Juridical Council)」は、この条文に対して次のような事例を挙げている。

乙は甲から質入れされた銀杯の占有者である。乙がこの銀杯の占有を放棄しない限り、あるいは満足を受けない限り、甲の債権者は、この銀杯に対していかなる権利も行使することができない。例えば、債権者は、弁済を受けるためにこれを差し押さえたり売却したりすることができない。⁽²⁶⁾

条文の体裁および司法審議局の解釈からして、タイ旧民商法377条は、目的物の所有者の債権者が、その目的物に対して強制執行を行うことを禁じた規定である。この条文は、「留置 (retain)」という文言を使っているものの、留置権であるとは言えない。その理由は2つある。

1番目の理由は、同条の規定が、目的物の占有者に権利を付与するのではなく、むしろ第三者 (=所有者の債権者) の権利を制限する書き方になっていることである。同条の法律効果は「その金銭または財産の所有者の債権者は…… (中略) ……その金銭または財産に対していかなる権利も行使することができない」ことであって、占有者がその金銭または財産に対して権利を取得することではない。仮に要件事実論的な言い方をすることが許されるならば、同条は権利阻止規定であって権利根拠規定ではない。

2番目の理由は、目的物の所有者本人が返還請求をした場合、占有者は同条文によってはこれを拒絶できないことである。司法審議局の

想定事例において、占有者乙は所有者甲からの返還請求を拒絶することができるけれども、それは377条にもとづくものではなく、乙が銀杯の質権者だからである。留置権を行使する本来的な場面は、留置物の所有者たる債務者からの引渡請求を拒絶することであり、その機能を果たさない同条の権利を留置権と呼ぶことはできない。

なお、留置権の条文がなぜタイ旧民法になかったのか、という点について、詳細なことは明らかになっていないが、ひとつの可能性として、編纂者がフランス人であったことが考えられよう。当時のフランス民法典には留置権に関する統一的な規定がなく、学説上認められていたものに過ぎなかったようである⁽²⁷⁾。

b 現行タイ民法典

(a) 問題の所在

以上のことから、タイ民法241条は、旧民法の破棄後、1925年に第一編および第二編が公布された際に新設されたものであることが分かる。ただし、編纂者の間では完全に断絶したものとは考えられておらず、「タイ民法典起草委員会 (The Drafting Committee of the Civil and Commercial Code)」の1925年9月4日付議事録によれば⁽²⁸⁾、タイ旧民法377条を日本民法295条と比較することで作業が進んだようである。第I章第3節で述べたように、このときの委員の中に日本人はいなかったものと考えられる。

では、日本人委員不在の状態、タイの編纂者たちはどのように日本民法典を参照したのであろうか。おそらくは当時の英語文献に頼ったものと推測される。田村 (2011) によれば、プロット・ウィチャイの蔵書には、2種類の英訳日本民法があった⁽²⁹⁾。ひとつは、ルートヴィヒ・ヘルマン・レーンホルム (Ludwig Hermann Lönholm, 1854- 没年不詳) の『日本民法典 (*The Civil Code of Japan*)』(1898年)であり、もうひとつは、ジョセフ・アーネスト・デ・ベッカー (Joseph Ernest de Becker, 1863-1929年) の『注釈日本民法典 (*Annotated Civil Code of Japan*)』(1909

年)である。債務不履行に関するタイ民商法215条との比較において、田村(2011)は、ベッカー訳が参照されたことを明らかにしている⁽³⁰⁾。

しかし、241条に限って言えば、ベッカー訳は現在タイで流通している英訳と一致していない⁽³¹⁾。後者はレーンホルム訳と類似している⁽³²⁾。とりわけ、タイ語原文に存在する「彼がまさに占有しているところの財産 (ด้วยทรัพย์สินซึ่งครองนั้นไว้, ドゥアイ・サブシン・スン・クローン・ナン・サイ)」の部分が、ベッカー訳では単に「物 (the thing)」となっているのに対して、レーンホルム訳では「占有されている物 (the thing possessed)」となっている点である。レーンホルム訳とタイ民商法241条の英訳との類似性は、他の翻訳、例えばイギリスの通訳官補であったジョン・ハリントン・ガビンズ (John Harington Gubbins, 1852-1929年)⁽³³⁾の英訳と比べても、際立ったものがある⁽³⁴⁾。したがって、プロット・ウィチャイは特定の英訳日本民法を底本としたわけではなく、いくつかの文献を比較参照していたこと、そして241条に関して言えばレーンホルム訳が基礎となったことを前提として、以下の論述を進める。

(b) 自己の利益となる債務

すると、本節第(2)項で指摘したところの問題、すなわち「自己の利益となる債務 (obligation in his favour)」という表現が一見すると日本民法295条の逐語訳に見えないという問題に対する答えは、タイの編纂者の考えにではなくレーンホルムの考えに求められなければならない。本研究では、他の条文のレーンホルム訳も参考にしながら、この問題に比較法的な視座を提供する。

まず、レーンホルム訳において「自己の利益となる債務 (obligation in his favour)」と訳されている条文は、当時の日本民法すなわち明治民法295条1項以外にも、342条⁽³⁵⁾、677条⁽³⁶⁾、919条2項⁽³⁷⁾、1017条1項⁽³⁸⁾がある。そして、これらの条文を日本語原文と照合すると、これは「債権」を言い換えたものであり、日本が債務法ではなく債権法と

いうスタイルを採用したことに起因している。レーンホルムは、日本語の「債権」をそのまま忠実に訳そうとしておらず、あくまでも債務法という体裁に落とし込もうとした。このことは第三編のタイトルが Claims ではなく Obligations となっていることから明らかである⁽³⁹⁾。

しかし、日本語原文で「債権」と記載されている部分をすべて「債務 (obligation)」と置き換えて不都合が生じないのか、という疑問がある。なるほど、債権の内容は債務の内容と表裏一体であるから、これらを置き換えても原則的に問題は生じないのであろう。例えば、「債権の目的が金銭であるとき」という明治民法402条1項の表現をレーンホルム訳のように「債務の目的を成しているものが金銭であるとき (if the thing forming the subject of the obligation is money)」と置き換えても、よほどの特殊事例を捻り出さない限り、支障は生じないはずである。

ところが、このような単純な置き換えができないケースもあった。それは、「債権を有する」というように、日本語原文が債権の帰属先を明確化している場合である。このケースで債権をそのまま「債務 (obligation)」に置き換えると、債権者と債務者の立場が入れ替わってしまうという不都合が生じる。そこで、レーンホルムはこの問題を回避するため、日本語原文が債権の帰属先を明確化する書き方になっているときは、「自己の利益となる債務 (obligation in his favour)」またはそれに類する表現を採用したものと推測される。例えば、明治民法342条の「その債権の担保として」は、レーンホルム訳において「自己の利益として存在する債務の担保として (as security for an obligation existing in his favour)」と訳されている⁽⁴⁰⁾。残念ながら、本研究はレーンホルム訳のすべての条文について以上の仮説が妥当することを検証し切れていないけれども、少なくとも「自己の利益となる債務 (obligation in his favour)」と訳された前掲5条文については、この仮説がすべて当てはまっている。ちなみに、日本民法の「債権」という用語を obligation in his favour と訳すことは、当時としても一般的であったわけではなく、例えばガビンズ訳は忠実に claim としている⁽⁴¹⁾。

したがって、現行のタイ民商法の草案は、明治民法295条を逐語訳しようとしたものであり、ただ「債権」という文言が「自己の利益となる債務 (obligation in his favour)」に置き換わっただけであることが分かる。しかしながら、タイ民商法の学説は、「自己の利益となる債務」という文言が「債権」とそのまま置き換え可能であるという理論構成を採用していない。タイ民商法の権威であるプラーモットによれば、「自己の利益となる債務 (obligation in his favour)」とは、債務の目的物を留置することがその者の利益になる事態を意味すると解しており⁽⁴²⁾、債権の同義語ではない。セードタブッドも、「自己の利益となる債務」とは占有者が債権者となる債務である、という迂遠な解釈を取っている⁽⁴³⁾。つまり、「自己の利益となる債務」とはあくまでも債務の一種であって債権ではない、というのがタイ民商法学者の共通理解である。このように、タイ民商法241条1項には、編纂者が英訳を参考にしたことに起因する誤解が紛れ込んでいる。日本法が海外に与える影響は、翻訳者が日本法をどのように翻訳したのかによっても左右されるのである。

Ⅲ タイ民商法241条に関する比較法的研究

1 タイ民商法241条1項における「他人の物」

日本法を参考にしたタイの留置権制度は、現在に至るまでの間、どのような変容を受けたのであろうか。本章では、このことをいくつかの論点から個別的に明らかにする。

日本民法295条1項について、留置の目的物が債務者の所有物ではないときに留置権が発生するか否かという論点がある。同項は「他人の物」と規定しており、ここに債務者以外の第三者が含まれるか否かについて解釈の余地があるからである。通説によれば、ここでの「他人」は債務者以外の第三者をも含んでおり、第三者所有物であっても留置権の成立は妨げられない⁽⁴⁴⁾。判例も、大審院時代のものとして、留置物の競落人に対する留置権の主張を認めた事案（大判昭和13年4月19日民

集17巻758頁)や、賃借人が支出した必要費・有益費の償還請求権は目的物譲渡後の新所有者に対しても留置権の根拠として主張することができる」と判示した事案(大判昭和9年10月23日裁判例8巻民249頁、大判昭和14年4月28日民集18巻484頁)がある⁽⁴⁵⁾。

これに対して、タイの判例通説は、留置権の対象となる物は債務者の所有物でなければならないとする(1767号2527年判決)⁽⁴⁶⁾。本判例は、タイ民商法572条以下に定められた賃貸借売買という契約類型に関するものである。賃貸借売買とは、「財産の所有者が賃借人にその財産を賃貸し、その賃借人が一定の回数 of 支払いをするという条件をもって、その賃借人にその財産の売却、または財産上の権利を移転することを約する契約」(同572条1項)であり、いわゆるリース契約と類似しているが、タイでは明確に区別されている。本判例の事実の概要は、以下の通りである。賃貸借売買の買主Aは、売主Xから自動車を引き渡された。後日、本件自動車が故障したため、AはYに修理を依頼し、これを引き渡した。A X間で賃料の不払いがあったため、契約が解除され、XからYに対して所有権にもとづく返還請求がなされた。Yは本件自動車上に留置権を主張した。最高裁の判断によれば、留置権の目的物となるのは債務者の所有物に限られており、Yは留置権を主張することができない。

では、いかなる場合にも目的物の所有者に債務者性がなければならないのか。この点については、2151号2530年判決が興味深い事例を扱っている。Aは繊維の販売を業とする者であり、Xと継続的な取引関係にあった。あるとき、Aは売却した繊維の染色が終わっていなかったため、買主Xの承諾を得た上で染色業者Yにこれを引き渡した。A Y間の取引も継続的なものであり、Xはこれを知っていた。ところが、Aは染色の代金を支払わず、その間にXはYに対して繊維の引渡しを求めた。Yは、染色の終わった繊維について留置権を主張した。最高裁は、Yの留置権を認めたものの、詳細な理由を付さなかった。ブロックガティの解釈によれば、本判例は前掲1767号2527年判決を変更

したものではない。なぜなら、タイ民商法1316条2項の付合に関する規定にもとづき⁽⁴⁷⁾、YにはXに対する価額償還請求権が発生するからである⁽⁴⁸⁾。

このように、タイ民商法上は、他人物性に債務者性が含まれるものとされている。これは「自己の利益となる債務」のケースとは異なり、同じ文言に関して各国でそれぞれ異なる解釈が通説判例となった例である。

2 タイ民商法241条2項における「違法な行為」

本節では、タイ民商法が継受時に日本民法の文言を変更したケース、すなわちタイ民商法241条2項の「違法な行為 (unlawful act)」の解釈を扱う。タイ語原文において、この文言は、「法 (กฎหมาย、ゴットマーイ)」に「不相応な (ไม่ชอบ、マイチョープ)」事柄を為すこと、という書き方になっている。なお、草案の段階ではタイ民商法241条2項も「不法行為 (wrongful act)」となっており⁽⁴⁹⁾、どこかの段階で条文の修正があったものと推測されるが、資料不足のため途中の経緯は明らかにならなかった。

タイ民商法上、「違法な行為」はいわゆる「不法行為」から区別されており、この区別は不法行為法の条文において直接的に現れている。

タイ民商法420条

故意または過失によって、他人の生命、身体、健康、自由、財産、またはその他の権利を違法に侵害する者は、不法行為を為したと言われ、そこから生じた損害を賠償する責めを負う。

A person who, willfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, liberty, property or any right of another person, is said to commit a wrongful act and is bound to make compensation therefore.

本条文で「違法に (unlawfully)」と訳されている箇所は、タイ語では

ピットゴットマーイ (ผิดกฎหมาย) という文言である。この規定の仕方から読み取れることとして、「不法行為 (wrongful act)」はその法律要件のひとつとして「違法性 (unlawfulness)」を含んでおり、両者は一致していないことが分かる。そして、「違法な (unlawful)」という用語は、タイ民商法の契約、事務管理および不当利得に関する条文にも現れているので⁽⁵⁰⁾、特定の法制度に依拠した概念ではなく、民商法典の価値体系全体に遍在する概念であると言えよう。すると、留置権の文脈において債権者が「違法に (unlawfully)」占有を開始したときとは、民商法典の法秩序に反するかたちで占有を開始したときであると言い換えることができる。

プラーモットの解説によれば、自動車の修理を請け負った者が、修理をしてこれを返還した後、修理代金が支払われなかったという理由で密かにこれを持ち去った場合が、違法の代表例である⁽⁵¹⁾。無論、これは窃盗であるから、不法行為と違法行為との差が明確に出ている例ではない。両者の差異が明確に出ているのは、818号2491年判決である。土地の売主Xが、買主Yに引渡しをしたものの、登記に至らなかった。タイ民商法では不動産登記が不動産売買の効力要件であるから (タイ民商456条1項)、XはYに対して所有権にもとづく土地の返還請求を行った。Yは留置権を主張した。最高裁によれば、不動産登記が効力要件である以上、Yが返還を拒絶することは違法であると判示された。本判例は明確に述べていないけれども、この場合の違法とは無権原と同義であると解することもできよう。

これに対して、日本民法295条2項は「前項の規定は、占有が不法行為によって始まった場合には、適用しない」と規定しており、「不法行為」という文言を用いている。ここでの「不法行為」が何を意味するのかについては、民法学でも解釈が分かれている⁽⁵²⁾。まず議論の出発点として、2項の不法行為概念は日本民法709条に規定されたいわゆる不法行為概念と一致するという見解と⁽⁵³⁾、必ずしも一致しないという見解とに分かれる。

さらに後者の見解は、専ら2つの論点に応じていくつかの立場に分かれる。1番目の論点は、日本民法196条2項との関連から、不法行為は行っていないけれども自己に占有権原がないことは知っていた悪意占有者についても、留置権は成立しないと解すべきか否かである。196条2項但書は、「悪意の占有者に対しては、裁判所は、回復者の請求により、その償還について相当の期限を許与することができる」と定められており、回復者が費用を償還する前であっても目的物の取戻しを認めている。このことから、自己に占有権原がないことを知っていた悪意の債権者については、留置権の成立が否定されるべきであるとも考えられる⁽⁵⁴⁾。類似の解釈として、背信性のある悪意占有者に限って留置権を否定すべきであるとする見解も存在する⁽⁵⁵⁾。

2番目の論点は、2項の不法行為概念に過失のケースを含めるべきか否かである。いわゆる過失不法行為が含まれるか否かだけでなく、1番目の論点と関連して、自己の無権原につき善意有過失の占有者も含まれるか否かが問題となる。学説には、善意有過失の占有者は除外されるべきであるとする見解と⁽⁵⁶⁾、故意のある不法行為に限定すべきであるとする見解とが存在する⁽⁵⁷⁾。

判例は、占有権原を喪失した後、自己に権原がないことを知りながら必要費・有益費を支出した者には留置権の成立を認めておらず（最判昭和46年7月16日民集25巻5号749頁）、過失によって知らなかった場合にも同様の判断を下している（最判昭和51年6月17日民集30巻6号616頁）。近時の学説も、「民法196条は、占有者・所有者間で費用償還請求権が発生することを規定しているだけで、発生した債権を担保するため占有者に留置権が発生するかどうかは民法295条が定めているところ」であり、「賃貸借契約が終了し明け渡すべき義務のある賃借人がその物に費用を投下すると途端に明渡請求に対抗して適法に賃借建物の留置を継続できるとするのはやはり妥当でないとして判例を支持する」⁽⁵⁸⁾。

以上のように、タイ民商法は「不法行為」の部分で「違法な行為」に置き換えて継受しており、これによって無権原の悪意占有者を文理

解釈のまま排除することができている。これは日本法を継受するにあたって、その部分的な問題点に気づき、あらかじめ修正を施した事例であると言えよう。

IV まとめ

本研究では、法制史および比較法の観点から、以下の3点を明らかにした。第1に、タイ民商法典の編纂者は留置権の条文について日本民法295条を参考にし、できる限り逐語的に翻訳するように努めたけれども、部分的に誤解が生じた。それは、編纂者が日本語原文に当たらないまま英訳を参照したこと、日本の債権法の体系が債務法の用語で翻案されていたことに起因していた。具体的には、「債権」の直訳である claim を用いずに、obligation in his favour という表現に置き換えたことが誤解の原因であった。

第2に、留置権の他人物性について、日本では第三者所有物も留置権の対象になることが認められているけれども、タイでは認められていない。これは条文の体裁に起因するものではなく、純粹にその後の学説史の中で分岐したものであると考えられる。

第3に、タイ民商法241条2項は日本民法295条2項の「不法行為」という文言を採用せず、「違法な行為」という表現に置き換えた。日本では709条の不法行為と295条2項の不法行為とが同義であるのか否かについて長年の論争が繰り広げられているのに対して、タイではこの論点がそもそも生じない結果となっている。これは継受時の変更が功を奏した一例であると言えよう。

以上の3点をまとめると、次のように結論づけることができよう。日本法の継受にあたっては、残念ながら日本語原文が直接的に参照されることは少なく、その後の研究の便宜からしても、優れた英訳文を準備しておくことが望ましい。日本法の英訳プロジェクトには、日本法の普及にとっても重要な意義がある。また、たとえ日本法が継受さ

れたとしても、長い年月の間には独自の法体系が芽生えてくる。長期的には各国の自主性を尊重するかたちでの支援が相応しく、それが現在の国際関係を良好に保つための下地になるのではないだろうか。

* タイ王国立タマサート大学法学部准教授 博士 (法学)

** 日本大学法学部准教授 Dr. jur.

- (1) 当該分野の先行研究については枚挙に遑がないけれども、直近の情勢として、金子由芳『アジアの市場経済化と民事法 法体系の模索と法整備支援の課題』(神戸大学出版会、2019年)、鮎京正訓=島田弦=桑原尚子『多様な法世界における法整備支援 (アジア法整備支援叢書)』(旬報社、2021年)を挙げておく。
- (2) カンボジアの土地特別占有権については、リム・スレイスロツ「カンボジアにおける不動産法制度の発展と課題——現地調査と具体的事案を踏まえて——」早稲田法学会誌70巻1号75-200頁(早稲田大学法学会、2019年)に詳細な現地調査報告がある。
- (3) 篠田陽一郎=ソウ・ヤーリー「カンボジア王国民法における不動産の二重売買」Nagoya University Asian Law Bulletin 第3巻1-19頁(名古屋大学法政国際教育協力研究センター、2017年)9頁。
- (4) タイ民商法典のどの条文が日本法を参照したのかについては、平良「タイ・日本民商法比較」法学研究58巻7号124-106頁(慶應義塾大学法学研究会、1985年)122頁以下の対照表がある。また、公式に出版されたものではないが、田村志緒理「タイ民商法典第一編・第二編 モデル条文判定理由・訳者覚書」(2016年) < http://openlegaltextbook.info/Resources/05_NewText-B1+2-V1-Reasoning_20161126.pdf > (2021年8月21日閲覧)、同「タイ民商法典第三編第一章～第一三章 モデル条文判定理由・訳者覚書」(2019年) < http://openlegaltextbook.info/Resources/05_NewText-B3-V1-Reasoning-Chap01-13_20190708.pdf > (同年同月同日閲覧)が、それぞれ同氏のWebサイトで公開されている。
- (5) タマサート大学法学部法社会学・法哲学・法史学科 [編]『プレイヤー・マーナワラーチャセーウィー (プロット・ウィチャイ・ナ・ソクラー) 聴聞録 [第2版]』(ヴィンユーシオン出版、仏暦2557年)154-155頁。
ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บันทึก คำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา) (พิมพ์ครั้งที่ 2, วิญญูชน 2557) 154-155.
- (6) 平(前掲注4)の他に、五十川直行「タイ民商法典に及ぼした日本民法典の影響——比較アジア民事法研究への展望」比較法研究57号123-127頁(比較法学会、1996年)、同「タイ民商法典の比較法的考察<序説>(1)

日本民法典との歴史的関連性」法政研究62巻3・4号732-700頁（九州大学法政学会、1996年）、西澤希久男「タイ民商法典編纂史序説——不平等条約改正と法典編纂」名古屋大学法政論集177巻223-271頁（名古屋大学大学院法学研究科、1999年）、同「タイ民商法典における約定担保の性格と問題点」政策創造研究7巻1-18頁（関西大学、2014年）、同「国際取引法研究の最前線(41)タイ抵当制度改革」国際商事法務44巻1号82-85頁（国際商事法研究所、2016年）、同「タイ国家立法議会と担保制度改革」アジア法研究2017年137-148頁（アジア法学会、2018年）、田村志緒理「1925年タイ民商法典における日本民法継受の態様」アジア法研究2011年115-134頁（アジア法学会、2012年）。さらに、最近のタイにおける担保制度改革に関する優れた紹介として、Kasitnon, Parawee: Implementation of International Standards on Secured Transactions into the Thai Legal System: Possibilities and Proposals. In: Gullifer, Louise, et al. (eds.): *Secured Transactions Law in Asia: Principles, Perspectives and Reform*. Oxford and New York, Hart Publishing (2021) pp. 263-290がある。

- (7) タイの法制度全般については、鮎京正訓〔編〕『アジア法ガイドブック』214-239頁（名古屋大学出版会、2009年）〔西澤希久男〕が概観を与えている。北村一郎〔編〕『アクセスガイド外国法』402-410頁（東京大学出版会、2004年）〔西澤希久男〕も参照。
- (8) 法務省「タイ・バンコクにおいて倒産法制に関するセミナーを開催しました（令和元年12月20日）」 < https://www.moj.go.jp/kokusai/kokusai06_00001.html >（2021年8月21日閲覧）。
- (9) この点を正確に叙述すると、当時のタイ刑法典の編纂に関わった政尾藤吉博士が民商法典の編纂に着手していたものの、一夫多妻制の議論が紛糾して編纂作業は中断し、そのまま帰国することになったようである。その後の法典編纂はフランス人法律家たちによって進められたが、最終的にはタイ人委員が彼らの編纂方針に反発し、独自に起草することになった。この経緯については、五十川・展望（前掲注6）124-126頁、同・序説(1)（前掲注6）718-710頁、飯田順三「タイ民商法典成立小史(1)~(6)」ジュリスト1141号168頁、1149号6頁、1154号5頁、1160号5頁、1165号5頁、1177号183頁、西澤・序説（前掲注6）226-256頁、田村（前掲注6）117-125頁を参照。
- (10) タマサート大学法学部法社会学・法哲学・法史学科〔編〕（前掲注5）154-155頁。
- (11) この時代のスイス民法895条の翻訳については、辰巳重範〔訳〕、穂積重遠〔校閲〕『瑞西民法 完』226頁（法学新報社、1911年）を参照。
- (12) 田村（前掲注6）118頁。
- (13) 同上118頁。なお、平（前掲注4）124頁によればイギリス人顧問もいたとされているが、詳細は不明である。

- (14) 田村 (前掲注 6) 119頁。
- (15) 同上119頁。
- (16) 同上119頁。
- (17) 同上120頁。もっとも、フランス人起草者に対するサイモン卿の評価が本当に公正であったのかについては、慎重な検討が必要であろう。フランス人起草者の編纂方針については、西澤・序説 (前掲注 6) 248頁以下を参照。
- (18) 田村 (前掲注 6) 120頁。
- (19) 同上120頁および130頁。
- (20) 日本におけるボワソナード草案の放棄については、大久保泰甫『ボワソナード——日本近代法の父』(岩波書店、1977年)の研究が詳しい。
- (21) 田村 (前掲注 6) 120頁。
- (22) 同上131頁。
- (23) タイ民商法241条の原文は以下の通り。
 มาตรา ๒๔๑ (1) ผู้ใดเป็นผู้ครองทรัพย์สินของผู้อื่น และมีหน้คนอื่นเป็นคุณประโยชน์แก่ตนเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งครองนั้นไซ้รู้ ท่านว่าผู้นั้นจะยึดหน้ทรัพย์สินนั้นไว้จนกว่าจะได้ชำระหน้ก็ได้ แต่ความที่กล่าวนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ เมื่อหน้นั้นยังไม่ถึงกำหนด (2) อนึ่ง บทบัญญัติในวรรคก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าการที่เข้าครอบครองนั้นเริ่มมาแต่ทำการอันใดอันหนึ่งซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (24) モムラーチャーウォンセーニー・プラーモット『仏暦2477年民商法 (仏暦2505年改正) 法律行為と債権総論 2巻本 [第2版]』第2巻 (サウウェーンステイガー・ンピム出版、仏暦2520年) 1038頁。
 หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช,
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหน้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) พุทธศักราช 2477 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505 (พิมพ์ครั้งที่ 2, แสงสุทธิการพิมพ์ 2520) 1038.
- (25) 田村 (前掲注 4) 第二編の一覧表も、現行タイ民商法241条に相当する条文はタイ旧民商法に存在しないと評価している。
- (26) Office of the Juridical Council: Draft Code on Obligations, X. In: *The Archives of the History of Thai Codification*. Bangkok (No date of publication) p. 196.
- (27) 道垣内弘人 [編]『新注釈民法(6)物権(3)』19頁 (有斐閣、2019年) [池田雅則]。
- (28) The Drafting Committee of the Civil and Commercial Code: รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย (*Memorandum of the Committee of Codification*). 4 September 1925 (B.E. 2468) p. 2.
- (29) 田村 (前掲注 6) 121頁。
- (30) 田村 (前掲注 6) 133頁注17。

- (31) Becker, J. E. de: *Annotated Civil Code of Japan*. Vol. 1. Reprint edition. Washington D.C., University Publications of America (1979) pp. 260-261. Article 295 “[1] When the possessor of a thing belonging to another person has an obligation in his favour arising on account of the thing, he may retain the same until the performance of the said obligation. This does not apply, however, when the performance of the obligation is not yet due. [2] The provisions of the preceding Paragraph do not apply if the possession commenced by an illegal act.”
- (32) Lönholm, Ludwig: *The Civil Code of Japan*. Tokyo, Maruya (1898) p. 75. Article 295 “[1] If the possessor of a thing belonging to another has an obligation in his favour relating to the thing possessed, he may retain the thing, until the obligation is performed, unless the obligation is not yet due. [2] The foregoing provision does not apply, if the possession began by an unlawful act.”
- (33) 川崎晴朗「明治時代の東京にあった外国公館(5)」外務省調査月報2014年度2号73-109頁（外務省第一国際情報官室、2015年）79頁。
- (34) Gubbins, John Harington: *The Civil Code of Japan*. Tokyo, Maruya (1897) p. 109. Article 295 “If a person who has possession of a thing which belongs to another has a claim against the owner arising out of the thing in question, he may detain the thing until his claim is satisfied. But this rule does not apply to cases where the time for satisfaction has not yet arrived.”
- (35) Lönholm, *supra* note 32, at 89. Article 342 “A pledgee has a right to possess the thing which he has received from the debtor or from a third person as security for an obligation existing in his favour, and to receive performance out of it in preference to other creditors.”
- (36) *Ibid.*, at 177. Article 677 “A debtor of an association cannot set off against his obligation an obligation existing in his favour against a member of the association.”
- (37) *Ibid.*, at 243. Article 919(2) “If the guardian knows that an obligation exists in his favour against the ward, and does not give notice thereof, he loses such obligation.”
- (38) *Ibid.*, at 271. Article 1017(1) “An heir must within a period of three months after he has notice that succession in his favour has occurred accept it absolutely or qualifiedly or refuse it. Such period, however, may be extended by the court on the application of a person interested or of the public procurator.”
- (39) *Ibid.*, at 104.
- (40) *Ibid.*, at 89.

- (41) Gubbins, *supra* note 34, at 109.
- (42) プラーモット (前掲注24) 1038頁。
- (43) ジード・セードタブッド [著]、ダーラーポーン・ティラワット [補訂] 『民法債権総論の原理 [第13版]』 (The Project for the Promotion of Textbook and Teaching Materials, Faculty of Law, Thammasat University、仏暦2545年) 115頁。
 จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ (ดาราพร ธีระวัฒน์ ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 13, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 115.
- (44) 古くは富井政章『民法原論第2巻物権』(有斐閣、1914年) 314頁がこの説を唱えており、以後、林良平 [編] 『注釈民法(8)物権(3)』(有斐閣、1965年) 31頁 [田中整爾]、我妻栄『新訂担保物権法 (民法講義Ⅲ)』(岩波書店、1968年) 35頁、柚木馨=高木多喜男『担保物権法 [第3版]』(有斐閣、1982年) 26頁、安永正昭『講義 物権・担保物権法 [第3版]』(有斐閣、2019年) 470頁も同説を採る。
- (45) 下級審裁判例も含めた解説については、道垣内 [編] (前掲注27) 49-50頁 [池田雅則] を参照。
- (46) キッティサック・プロックガティ [講演] 「留置権：債権か物権か？」 『学術記念イベント TU Law Conference 法学講演、タマサート、プリーディー・カセームサブ教授 (博士) 第5回仏暦2560年』 (タマサート大学法学部社会科学棟 SC3048・SC3049・SC3050教室、仏暦2560年11月15日) 41頁。
 กิตติศักดิ์ ปรกติ, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ‘สิทธิยึดหน่วง: บุริมสิทธิหรือ ทรัพย์สิทธิ?’ (งานวิชาการรำลึก TU Law Conference ปาฐกถานิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ ชุตสาตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ครั้งที่ 5 ประจำปี พ.ศ. 2560, อาคารเรียนรวมสังคมศาสตร์ ห้อง SC3048 SC3049 SC3050, 15 พฤศจิกายน 2560) 41.
- (47) タイ民商法1316条2項「もし複数の物のひとつが主物であると解されるときは、その所有者が合成物の単独所有者となる。ただし、その所有者は、残りの物の価額を、それぞれの所有者に支払わなければならない」。
- (48) プロックガティ [講演] (前掲注46) 41-42頁。
- (49) *Memorandum, supra* note 28, at 5.
- (50) 例えば現行タイ民商法188条は、「法律行為は、違法な条件、または公序良俗に反する条件が付されているときは、無効である」と規定する。
- (51) プラーモット (前掲注24) 1041-1042頁。
- (52) これについては道垣内 [編] (前掲注27) 65-69頁 [池田雅則] が概観を与えており、本研究の議論もこの整理にもとづいている。
- (53) 薬師寺志光『留置権論』(三省堂、1935年) 73-74頁、高橋真『担保物権法 [第2版]』20頁 (成文堂、2010年)、道垣内弘人『担保物権法 [第4

版)』(有斐閣、2017年) 27頁。民法判例研究会〔編〕『判例民法(大正10年度)〔第6版〕』(有斐閣、1932年) 646頁〔末弘巖太郎〕は「若しも『不法行爲』なる言葉の類推を以て事を解するならば」とする。

- (54) 我妻栄ほか〔編著〕『判例コンメンタールⅢ担保物権法』(コンメンタール刊行会、1968年) 49頁〔三藤邦彦〕。
- (55) 高島平蔵『物的担保法論Ⅰ』(成文堂、1977年) 113-114頁。
- (56) 柚木=高木(前掲注44) 28頁。我妻ほか(前掲注54) 49頁も、第1の論点との関連で同旨の結論に至っている。
- (57) 石田穰『担保物権法』(信山社、2010年) 28頁。
- (58) 安永(前掲注44) 480頁。

~~~~~  
論 説  
~~~~~

国連憲章下における非国家主体に対する自衛権の射程

——国連憲章の起草過程と、ニカラグア事件判決を中心に——

本 吉 祐 樹

1. はじめに：問題の所在
2. 国連憲章の起草過程
3. ニカラグア事件判決
4. 「侵略の定義」
5. おわりに

1. はじめに：問題の所在[※]

本稿は、国際連合（国連）憲章の制定が、その制定時点において存在していた国際慣習法上の自衛権、特に非国家主体に対する自衛権の射程に与えた影響について論じるものである。テロ集団の脅威が深刻化する中において、その脅威に対して自衛権に基づく軍事行動が可能か否かは、国家の存立に関わる重大な問題である。しかしながら、国連憲章制定から70年以上が経過した現在に至っても、非国家主体に対する自衛権の射程に関する議論は収束するどころか、むしろ拡散の一途をたどっている⁽¹⁾。

国連憲章第51条において自衛権は、

この憲章のいかなる規定も、国際連合加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持

に必要な措置をとるまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。この自衛権の行使に当って加盟国がとった措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない。また、この措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持又は回復のために必要と認める行動をいつでもとるこの憲章に基づく権能及び責任に対しては、いかなる影響も及ぼすものではない⁽²⁾。

と規定されており、自衛権に関する規定は、国連憲章上この条文に限定されている。第51条において、自衛権の発動要件に関連する文言は、「武力攻撃が発生した場合 (if an armed attack occurs)」、及び「固有の権利 (the inherent right)」という部分であるが⁽³⁾、これらの文言に関する定義やその詳細について、国連憲章の条文上は明らかにされていない。

グレイ (Gray) は、「自衛権の射程についての認識の不一致」は、第51条の解釈の違いによるものだとしたが⁽⁴⁾、解釈が定まらない一因は、第51条の文言それ自体が、自衛権の発動要件に関する詳細を定めていないところにある。

このような背景を踏まえ、本稿ではまず国連憲章の起草過程を分析し、国連憲章の制定が国際慣習法上の自衛権、特に非国家主体に対する自衛権の射程に与えた影響について論じる (第2節)。その上で、自衛権の「もっとも権威的な解釈」を提供したと評される⁽⁵⁾、国際司法裁判所 (International Court of Justice ; ICJ) のニカラグアに対する軍事的及び準軍事的活動事件 (ニカラグア事件) 判決の詳細を検討する (第3節)。次に、ニカラグア事件判決で提示された非国家主体に対する自衛権行使の枠組み (「ニカラグア基準」) において、重要な役割を果たした「侵略の定義に関する決議 (侵略の定義)」について議論を進め、「ニカラグア基準」の妥当性について論じる (第4節)。本稿では、このように相互に深く関わる3点 (国連憲章の起草過程、ニカラグア事件判決、「侵略の定義」) を包括的に分析することで、国連憲章下の自衛権、特に非国家主体に対する自衛権の射程について論じる。

ちなみに、国連憲章制定時に存在していた国際慣習法上の自衛権については、国連憲章制定以前の国家実行の詳細な分析を必要とするため、本稿の射程を外れる⁽⁶⁾。ただし、森が指摘するように、19世紀に成立した国際慣習法上の自衛権概念は、「自国に対する私人による侵害があり、領域国あるいは旗国による抑止が期待できない場合に、相手国領域に侵入し」、その侵害を排除することを正当化する根拠とされていた⁽⁷⁾。つまり、領域国による非国家主体のテロ行為等の「抑止が期待できない場合」において、被害国による非国家主体に対する自衛権に基づく軍事行動が認められていた、ということになる⁽⁸⁾。

2. 国連憲章の起草過程

国連憲章下の武力行使の規制に関わる条文の起草過程に関しては、既に様々な角度から研究がなされているが⁽⁹⁾、本稿では特に第51条、及び第2条4項の起草過程に焦点を当てて論じる。1969年の条約法に関するウィーン条約（ウィーン条約法条約）第32条によれば、条約の起草過程は、「解釈の補足的な手段」であり、条約の解釈に際して一定の役割を持ちうる⁽¹⁰⁾。上述した通り第51条の文言に関しては、曖昧さを残しているため、文言それ自体は自衛権の射程を定めるのに決定的ではなく⁽¹¹⁾、起草過程が持つ重要性は相対的に大きいといえよう。

(1) ダンバートン・オークス提案

国連憲章は、その制定がなされた「国際機構に関する連合国会議」（サンフランシスコ会議）に先立ち、いわゆる4大国である、アメリカ、イギリス、ソビエト連邦（ソ連）、中国の参加による、1944年のダンバートン・オークスでの会議において策定された案（ダンバートン・オークス提案）を基に討議された⁽¹²⁾。自衛権との関係で注目すべき点は、ダンバートン・オークス提案においては、安全保障理事会を中心とする集団安全保障体制の構築に重点が置かれ、自衛権に関する規定が見られなかった点である⁽¹³⁾。

つまり、国連憲章の基礎となったダンバートン・オークス提案では、非国家主体に対する自衛権の可否はおろか、自衛権そのものが議論の俎上にあがっていなかったということになる。ただし、田畑も指摘するようにこの事実は、「自衛権を認めない趣旨によるものではなく、むしろ、自衛権があることを当然のこととして、とくに規定する必要が認められなかった」ことによるものである⁽¹⁴⁾。よってダンバートン・オークス提案の策定に関わった国々が国際慣習法上の自衛権を否定、ないし本質的に縮減する意図を持っておらず、それを持ち続けるとの認識は共有されていた⁽¹⁵⁾。

(2) サンフランシスコ会議

1945年4月に開催されたサンフランシスコ会議で、国連憲章の起草へ向けた議論がされることとなった。国連設立の目的は、「一生のうちに二度まで言語に絶する悲哀を人類に与えた戦争」についての反省であり⁽¹⁶⁾、さらにその第1条1項において、国際の平和と安全のため「有効な集団的措置をとること」とされた。つまり国連においては、国際連盟体制の反省を踏まえ、集団安全保障体制の再構築が目指され、その前提となったのが、第2条4項に定められた加盟国間の武力行使の禁止という原則（武力不行使原則）であった⁽¹⁷⁾。

それゆえ、第2条4項の持つ重要性は大きく、第51条の起草過程の分析に入る前に、第2条4項に定められた武力不行使原則の起草過程について扱う。第2条4項は、

すべての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎まなければならない。

としており、ここに掲げられた武力不行使原則は、「20世紀国際法の金

字塔」とも評されるほど⁽¹⁸⁾、国連憲章体制による武力行使の規制の根幹に関わる条項である。

しかしながら、武力不行使原則の射程に関しては、その包括性について論争があり⁽¹⁹⁾、その武力行使の禁止の範囲を包括的に捉えるか（包括説）、そうでないか（非包括説）で学説上の対立が存在する⁽²⁰⁾。武力不行使原則の射程を包括的に捉える立場は、国連憲章制定の趣旨や背景に沿うものでもあり、国家実行上も、また学説上も多数の支持を集めている⁽²¹⁾。

その一方で、第2条4項の文言を根拠として、非包括的な立場をとる論者も存在している。ポウスト（Paust）は、「いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するもの」という文言が武力不行使原則の射程を制限するものであるとする⁽²²⁾。村瀬もまた別の角度からではあるが、集団安全保障体制が「機能麻痺」を起こし、実効的な措置が取れない場合には、第2条4項を含めて国連憲章の適用が停止されるという形で、第2条4項の武力不行使原則の適用そのものが否定されうる場合が存在するという立場をとる⁽²³⁾。それゆえ、この立場もまた武力不行使原則の包括性を否定するものともみなせよう。

このように、非包括説の立場に立てば、各国は自衛権を援用せずとも、武力不行使原則の枠外で、様々な軍事的対応が可能となり、武力行使の規制の議論枠組みそのものに影響を与えることになる。それゆえに、第2条4項の起草過程を検討することで、まずこの点を明確にしたい。

武力不行使原則は、サンフランシスコ会議で初めて「文言上現れた」自衛権とは異なり、ダンバートン・オークス提案において既に定められていた。ただしここでは、「いかなる国の領土保全または政治的独立に対する（against the territorial integrity or political independence of any state）」、及び「国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎まなければならない」など、武力不行使原則の射程を「制限」しているとも解しうる文言は存在していなかった⁽²⁴⁾。これらはサンフ

ランシスコ会議の段階において挿入されたものだからである。

それゆえに、これらの文言の挿入に、武力不行使原則の射程を制限する意図が存在したかどうか、本条項の起草過程をめぐる焦点となる。この変更は、サンフランシスコ会議において、複数の国が「領土保全」、及び「政治的独立」に関連する用語の挿入を希望したことに端を発した⁽²⁵⁾。例えば、チェコスロバキアは、第2条4項に「領土一体の尊重 (respect for the territorial integrity)」と「加盟国間の政治的独立 (political independence of States-members)」という文言を入れること求め⁽²⁶⁾、オーストラリアは、第2条4項の基礎となる「領土保全または政治的独立」という文言を挿入することを提案した⁽²⁷⁾。これらの国々は、領土保全と、政治的独立が、国連憲章上の明文的な保証となることを求めてこのような提起を行ったとされる⁽²⁸⁾。

そして、これらの文言の挿入についてアメリカは、あくまで「抜け穴をなくす (no loopholes)」ためであって、その射程は、武力行使の「絶対的に包括的な禁止 (an absolute all-inclusive prohibition)」であるとした⁽²⁹⁾。このアメリカの説明は、各国の非難を呼ぶことなく受け入れられたことから⁽³⁰⁾、第2条4項のこれらの文言の挿入は、あくまで中小国に対する「特別な保証」を与えることがその本旨であったといえよう⁽³¹⁾。

結論として、この一連の起草過程での議論は、第2条4項の武力不行使原則の射程が包括的であることを示している⁽³²⁾。よって、第2条4項の武力不行使原則の下では、第51条の自衛権と、第VII章に基づく国連の強制措置を除いては、原則として加盟国間の武力行使が禁じられている⁽³³⁾。言い換えれば、第51条に定められた自衛権は、国連憲章上、明示的に認められる唯一の個別国家による武力行使ということになる⁽³⁴⁾。

(3) 第51条の起草

ダンバートン・オークス提案に存在していなかった「自衛権」とい

う文言は、サンフランシスコ会議での議論の中で生まれた⁽³⁵⁾。その背景としては、ダンバートン・オークス提案において、地域機構による強制行動については、安保理の許可が必要とされ⁽³⁶⁾、かつ安保理の許可については、常任理事国の同意投票を含まねばならない（いわゆる常任理事国の「拒否権」）とされたことがある⁽³⁷⁾。

それゆえ、国連憲章体制下では、安保理の拒否権により、条約に基づく地域的集団安全保障体制が機能しない、という懸念が特にラテンアメリカ諸国の間に生まれ⁽³⁸⁾、議論が滞りを見せた（いわゆる「ラテンアメリカの危機⁽³⁹⁾」）。実際に、ラテンアメリカ諸国は、チャプルペテック協定（The Act of Chapultepec）において、米州諸国の主権と政治的独立に対する攻撃が、他の署名国への侵略になると定め⁽⁴⁰⁾、地域的集団安全保障体制を定めていた。

そこでアメリカは、これらの国々の懸念に対応するため、安保理が侵略を防ぐことに失敗し、侵略が加盟国に対して「他の国によって（by any state）」発生した場合に、「自衛のために必要な手段を取る固有の権利（the inherent right to take necessary measures for self-defence）」を保持するとし、チャプルペテック協定に定められているような地域的集団安全保障体制の枠組みにおいても、自衛権を行使できることを明記する案を提示した（アメリカ草案⁽⁴¹⁾）。

この提案に対して、イギリスは「最悪の地域主義（regionalism of the worst kind）」を招くとし、国連憲章体制下の集団安全保障体制を危機に陥れるとして反対した⁽⁴²⁾。そこでフランスは新たな提案として、もし安保理が対応についての決定に至らなかった場合には、「加盟国は、自国の平和、権利、正義のために必要と考えられる措置をとるために行動する権利を保持する」という条文を提案した（フランス草案⁽⁴³⁾）。この提案は、国家の自由な行動を認めるため、上述したラテンアメリカ諸国の懸念に完全に応えるものでもあったが、国連憲章体制下での武力行使の規制という本来の趣旨は失われるため、各国からの非難を呼び、合意に至らなかった⁽⁴⁴⁾。

このように議論が膠着する中で、アメリカによって提示されたのが現行の第51条である⁽⁴⁵⁾。「各国の自由な行動」に代わって、「武力攻撃が発生した場合」、及び「固有の権利」という文言を加えたことにより、「各国の自由な行動」に一定程度の規制を加え、その点のバランスをとろうとしたものと解されるが⁽⁴⁶⁾、ここにおいて、「武力攻撃」や「固有の権利」といった用語の定義について十分な議論がなされたとは言い難い。

(4) アメリカ草案からの「他の国によって (by any state)」という文言の削除

「武力攻撃が発生した場合」の部分の解釈に関して、「武力攻撃」の主体、つまり自衛権行使の対象が、この起草過程で特定されたか否かが焦点の1つとなろう。上述したように、アメリカ草案においては、自衛権行使の対象を、侵略が加盟国に対して「他の国によって発生した場合」と国家に限定したと解しうる文言があったが、これはフランス草案において削除され、その削除は、現行条文でも維持された。この点を根拠に、非国家主体への自衛権行使を可能とする主張があり、その代表的な論者がマーフィー (Murphy) である⁽⁴⁷⁾。

マーフィーは、起草過程におけるこの文言の削除と、その維持は、「第51条の自衛権の射程を広げる意図でなされた (so as to broaden the scope of the right of self-defense recognized under Article 51)」とし、またいずれの国も自衛権行使の対象を国家に限定する主張をしていないとする⁽⁴⁸⁾。注目すべき議論ではあるが、起草過程を見る限りは、自衛権行使の対象をめぐる議論はその中心とはなっておらず、そこまで断定できるかは慎重な判断を要しよう⁽⁴⁹⁾。実際に川岸のように、この文言の削除は、アメリカ草案からフランス草案への修正の「あくまで付随的結果」であるとして、非国家主体に対する自衛権を容認する意図を否定する見解も存在する⁽⁵⁰⁾。

しかし、単に「付随的な結果」として何らの意味も見出さないこと

も妥当ではあるまい。むしろこの文言の削除と、その維持は、国連憲章の起草者が、自衛権行使の対象について、「国際慣習法上の自衛権」の内容から「変更する意図をもっていなかった」という点を裏付けるものだといえよう。よって、一連の起草過程は、非国家主体に対して行使されていた国際慣習法上の自衛権が国連憲章制定後も存続している、という点を確認するものとみなされるべきであろう⁽⁵¹⁾。

(5) 「固有の自衛権」の解釈

次に第51条における、「固有の自衛権」、特に「固有」という文言の解釈もまた焦点の1つとなる。この点について2つの立場が存在する。まず「固有」とは、国連憲章制定後の自衛権と、国際慣習法上の自衛権との連続を示す語として解釈する立場である。もう一方は、「固有」という文言は、自衛権が「国連加盟国以外にも付されている (vested in States other than UN members)」ことを示すにとどまり、国連憲章制定後の自衛権と、国際慣習法上の自衛権との連続性を認めない立場である⁽⁵²⁾。

この点に関しては、そもそも自衛権は、国連憲章制定以前から存在する国際慣習法上の権利である点⁽⁵³⁾、さらに、ICJもまた国際慣習法上の自衛権の存在を認め、第51条で定められた自衛権は慣習法的な性格を有している、と述べていることから前者の立場が妥当であろう⁽⁵⁴⁾。よって「固有」という文言は、国連憲章で定められた自衛権が、国際慣習法上の自衛権を継承していることを意味すると解すべきである。

また、このような語法は、「戦争抛棄ニ関スル条約 (不戦条約)」の起草にあたり⁽⁵⁵⁾、アメリカが、国際慣習法上の自衛権が「固有の権利」であり、「不戦条約」による制限を受けることのないと述べたことにも表れている⁽⁵⁶⁾。さらに、国連憲章制定後に、ソ連が、自衛権は「国家の不可分の権利 (an inalienable right of States)」であり、第51条は、自衛権をつくりだしたのではなく、あくまで、その存在を確認したに過ぎない、という趣旨の表明をしている⁽⁵⁷⁾。もちろん、安保理への報告義務など、第51条の文言で明示的に定められた手続要件については、

新たな要素とみることができよう⁽⁵⁸⁾。

(6) 小括

ここまで、国連憲章の起草過程における、第2条4項の武力不行使原則及び、第51条の自衛権について見てきた。第2条4項の武力不行使原則については、起草者が包括的な禁止の枠組みを意図したことは確認されたが、一方の第51条の自衛権については、その解釈に資する、起草者の明確な意図は見出し難いものであった⁽⁵⁹⁾。

ただしそれは、非国家主体に対する自衛権の射程が不明のまま残された、ということではなく、むしろ起草者は国際慣習法上の自衛権、特に非国家主体に対する自衛権の射程を本質的に縮減、ないし変更する意図を持っていなかったと捉えるべきである。そのことは、自衛権行使の対象を国家に限定する文言が削除された点、かつ「固有の権利」という表現の点から二重に確認されるものであった。よって、第51条には、国際慣習法上存在した非国家主体に対する自衛権が、本質的な変更を受けることなく存続しているとの結論が導かれよう⁽⁶⁰⁾。

3. ニカラグア事件判決

本節では、ニカラグア事件本案判決の詳細と、本判決が提示した自衛権、及び武力不行使原則の解釈について検討する。ICJ 規程第38条によれば、判例はあくまで「補助手段 (subsidiary means)」とされ、また同規程第59条において、裁判は「その特定の事件に関してのみ拘束力を有する」とされている。

その一方で、ニカラグア事件判決は国連憲章制定後、ICJ が最初に武力行使の規制枠組みを包括的に扱ったものであり、一定の価値を有することは間違いない。その重要性について、ルイス (Ruys) は、これが歴史的に初めて、国際法上の武力行使の問題について、「直接的かつ精巧な判断を下した (a direct and elaborate ruling)」判例であるとする⁽⁶¹⁾。また「ニカラグア基準」が、特に非国家主体に対する自衛権行使を制

限的に解釈する論者によって重要視されていることを踏まえれば⁽⁶²⁾、ICJが国際慣習法上の自衛権をいかに解釈し、その枠組みを提示したかの詳細な分析は必要であろう。

本判決が取り扱った論点は多岐に渡るが、本稿に関連する、自衛権、及び武力不行使原則の解釈を中心に扱う。ちなみに、判決文においてICJは、国家責任法上の一次規則としての「侵略の定義」第3条(g)「実質的関与」、そして二次規則として「実効的支配」の概念を提示し⁽⁶³⁾、両者を区分けしている。その上で、非国家主体の行為が国家に帰属するためには非国家主体に対する「実効的支配 (effective control)」が存在していること必要だとしている(「実効的支配の基準」)⁽⁶⁴⁾。ただし、本稿で取り扱うのは、あくまで非国家主体に対する自衛権行使の文脈における「武力攻撃」の解釈であるため、「実効的支配」概念の詳細については扱わない⁽⁶⁵⁾。

(1) ニカラグア事件の背景と適用法規

ニカラグア事件は、ニカラグアに成立した新政府によって、近隣のエルサルバドル、ホンジュラス、コスタリカなどへの軍事干渉が行われたため、それら干渉を受ける国々を支援する目的で、アメリカがニカラグアに対する機雷敷設や、ニカラグアに存在する反政府組織への軍事支援などを行ったことが背景にある⁽⁶⁶⁾。ニカラグアは、それら一連のアメリカの行為が国際法違反であるとしてICJに提訴した⁽⁶⁷⁾。よってニカラグア事件判決では、ニカラグアによる近隣諸国に対する軍事干渉、そしてアメリカによるニカラグアに対する軍事干渉の合法性等について判断がなされた⁽⁶⁸⁾。

ニカラグア事件判決において留意すべき点としては、ICJがアメリカによる「多数国間条約留保」の主張を認めたため、多数国間条約の適用がされず、その1つである国連憲章の適用もなされなかった点である⁽⁶⁹⁾。それゆえICJは、国際慣習法を参照して、国際慣習法上の武力不行使原則、及び自衛権を検討した⁽⁷⁰⁾。また、ICJは国際慣習法が

条約に取り入れられたとしても、国際慣習法の適用が阻害されるものではなく、仮に両者の内容が同一だったとしても、条約が国際慣習法に優位するものではないとした⁽⁷¹⁾。このような立論をもって、ICJは国連憲章を適用することなく判断を下したのである。

もっとも判決文には、国連憲章について言及した箇所はあり、第51条に定められた自衛権は、国際慣習法上の自衛権と一定程度同内容のものを共有しているとした⁽⁷²⁾。それゆえに、この判決の枠組みは、国際慣習法上の自衛権はもちろん、第51条の解釈にも示唆を与えるものとされている⁽⁷³⁾。

(2) ニカラグア事件と武力不行使原則

ICJはまず、武力行使の規制をめぐる分野においては、国連憲章と国際慣習法は「共通の基本原則 (a common fundamental principle)」から生まれていることを指摘する⁽⁷⁴⁾。その上で、第2条4項に具現化された武力不行使原則もまた、国際慣習法上の原則であることを確認した⁽⁷⁵⁾。武力行使の概念については、「武力攻撃を構成する、最も深刻な形態の武力行使」と、「その他のより軽い形態の武力行使」に区別し、後者については、「国際連合憲章に従った諸国間の友好関係及び協力についての国際法の原則に関する宣言 (友好関係原則宣言)」を参照しそれが適用されるとした⁽⁷⁶⁾。

「友好関係原則宣言」において、国家と非国家主体との関与に関する部分として、

いずれの国も、他国の領域に侵入させる目的をもって、傭兵を含む不正規軍又は武装集団を組織し、また、その組織を奨励することを慎む義務を負う。いずれの国も、他国において内戦の行為又はテロ行為を、組織し、教唆し、援助し又はそれらに参加すること、また、かかる行為の実行に向けられた自国領域内における組織的活動を黙認することを、上の行為が武力による威嚇又は武力

の行使をともなう場合には、慎む義務を負う⁽⁷⁷⁾。

があり、この部分を ICJ は引用した⁽⁷⁸⁾。また、国連憲章第51条と米州機構 (Organization of American States ; OAS) 憲章の第21条が武力不行使原則の「例外としての自衛」に言及していることを指摘する⁽⁷⁹⁾。つまりニカラグア事件判決でも、包括的な武力不行使原則と、その例外としての自衛権という認識は共有されていることになろう。その上で ICJ は、自衛権についての議論を展開する。

(3) ニカラグア判決と非国家主体に対する自衛権行使

ICJ は、「武力攻撃が発生した場合に (in the case of an armed attack which has already occurred)」国際慣習法上の自衛権を行使できるとし、さらに国際慣習法上の要件である必要性と、均衡性を満たす必要があるとした⁽⁸⁰⁾。また「武力攻撃の定義は国連憲章によって、もたらされるものではない」とする⁽⁸¹⁾。その上で、「武力攻撃を構成する、最も深刻な形態の武力行使」について⁽⁸²⁾、判断する具体的基準として「侵略の定義」第3条(g)を部分的に引用した⁽⁸³⁾。

ICJ は、「武力攻撃」は「正規兵 (regular armed forces)」による越境軍事行動のみでなく、「侵略の定義」第3条(g)を踏まえて⁽⁸⁴⁾、正規兵により実行された実際の武力攻撃 (an actual armed attack) に「相当する重大性を有する武力行為を他国に対して実行する武装した集団、団体、不正規兵又は傭兵の国家による若しくは国家のための派遣、又はかかる行為に対する国家の実質的関与」を含むものとした⁽⁸⁵⁾。

また「武器の提供」や、「兵站などの支援」は、「武力攻撃」ではなく、武力による威嚇又は武力の行使、または干渉に相当するとした⁽⁸⁶⁾。このような枠組みを提示した上で、最終的にニカラグアの、エルサルバドル反政府武装勢力への軍事支援は「武力攻撃」に該当しないとし、アメリカの集団的自衛権による軍事行動の正当化を退けた⁽⁸⁷⁾。

つまり ICJ は「侵略の定義」を部分的に引用し、適用することに

よって⁽⁸⁸⁾、非国家主体に対する自衛権行使の枠組みを提示したことになる。よって、「ニカラグア基準」は、「実質的関与の基準」を軸として構成されているといえる。一方で、判決の中において、その適用の根拠について十分な説明はなされず、「侵略の定義」が国際慣習法を反映していることを示唆し、かつその適用を「否定する理由はない (sees no reason to deny)」とするのみである⁽⁸⁹⁾。

しかしながら、そもそも「侵略」という国連憲章上「武力攻撃」とは区別されている概念を、「武力攻撃」を定義するために部分的に引用した判断には疑問が残る。なぜなら、「侵略 (aggression)」概念は第39条、「武力攻撃 (armed attack)」概念は第51条においてと、異なる条文中で区別されて用いられている以上、少なくとも、一方の概念（「侵略」）を、もう一方の概念（「武力攻撃」）の解釈のために、部分的とはいえ引用することは、慎重に、かつ十分な国際法上の根拠に支えられねばならないからである。

さらに、この判決の個別意見において、シュワーベル (Schwebel) 判事は、「侵略の定義」を「武力攻撃」の解釈のために引用することを認めつつも、「侵略の定義」の起草過程において、非国家主体への「組織、支援、指揮」も「侵略」概念に含むという「6カ国案」の立場（後述）が受け入れられたとして⁽⁹⁰⁾、非国家主体への「組織、支援、指揮」が存在した場合でも自衛権の行使が可能という解釈を提示する。このように、「侵略の定義」の部分的な引用の可否はもちろんのこと、そこで定義された「侵略」概念の中身についても十分なコンセンサスが得られているとはいえない。

また自衛権行使に際した手続要件に関連して、ICJは第51条の安保理への自衛権行使の報告義務については、国際慣習法上のものではないことを指摘している⁽⁹¹⁾。その一方で、自衛権行使の報告が実施されないことは、その国が、自衛に基づいて行動しているかを判断する一つの要素になりうるとする⁽⁹²⁾。このような指摘は、自衛権が国際慣習法上の権利としての性質を基礎としつつ、国連憲章上の新たに設定さ

れた手続要件が合わさったものであることを示唆しよう。

(4) 小括

ここまで、ニカラグア事件判決の要点を見てきたが、本判決において、ICJが武力不行使原則、自衛権など、武力行使の規制について包括的に取り扱ったことがわかる。また、国連憲章を適用できなかったため、国際慣習法上の武力不行使原則、及び自衛権を適用した。そこでICJは、国際慣習法上の自衛権、特に非国家主体に対する自衛権の射程を判断するにあたり、「侵略の定義」を部分的に引用した。

しかし、ICJはその引用の国際法上の根拠についての説明を十分に尽くしているとは言えず、このような判断について疑問の余地は大きい。この点を掘り下げるため次節において、「侵略の定義」の起草過程の分析を通してICJの判断の妥当性について検討したい。特に「侵略の定義」における「侵略」概念が、自衛権の発動要件である「武力攻撃」概念と関連付けられるものなのか、またその意味内容において、十分に特定されているかについて議論する。

4. 「侵略の定義」

まず1974年の国連総会において採択された「侵略の定義」は、条約ではなく、あくまで国連総会決議であり、法的拘束力はない⁽⁹³⁾。ただし、国連憲章第13条に定められた国連総会による国際法の漸進的発達、及び法典化の動きの1つとして⁽⁹⁴⁾、一定程度尊重されるべき価値はあろう⁽⁹⁵⁾。

(1) 「侵略の定義」における「侵略」概念

「侵略の定義」において議論されることになった、「侵略」概念であるが、国連憲章第39条において、

安全保障理事会は、平和に対する脅威、平和の破壊又は侵略行為

の存在を決定し、並びに、国際の平和及び安全を維持し又は回復するために、勧告をし、又は第41条及び第42条に従っていかなる措置をとるかを決定する。

と明示されている。第39条は、国連憲章第七章に定められた集団安全保障の導入的性格を持つ重要な条文であり⁽⁹⁶⁾、サンフランシスコ会議において、「侵略」概念の定義を国連憲章に盛り込む動きも存在はしていたが、各国の見解の相違により成されなかった⁽⁹⁷⁾。

「侵略の定義」の前文では、第39条に明示的に触れ、安保理が「侵略行為の認定を容易に行えるよう (simplify the determination of acts of aggression)」にした上で、適切な対応を取ることができるようにする、と述べられている⁽⁹⁸⁾。つまり第39条における「侵略」概念の認定における一応の指針とすることを目的として、「侵略の定義」の起草が進められたのである⁽⁹⁹⁾。

それゆえ、「侵略の定義」は、自衛権の発動要件である「武力攻撃」概念を定義するものではないということは明らかである。もっとも、非国家主体を介する形での軍事干渉が、「侵略」概念に該当するか否かという議論の文脈において、一部の国が自衛権についても言及をしたのは事実である⁽¹⁰⁰⁾。その意味においては、その妥当性は別として、非国家主体に対する自衛権行使を分析する際に、「侵略の定義」が参照されうる要素をもっていたとはいえる。

「侵略の定義」の起草にあたっては、「間接侵略 (indirect aggression)」をいかに扱うかが1つの鍵となっていた。「間接侵略」とは、「国家の承認の下に (the approval of a State)」非国家主体が当該国に脅威を与えらるという幅広い状況を指し⁽¹⁰¹⁾、国家による非国家主体への「組織、支援、指揮」なども含まれうる概念であり、1960年代以降、この「間接侵略」が国際社会の脅威として深刻なものとして捉えられてきた⁽¹⁰²⁾。

(2) 「侵略の定義」の起草過程

「侵略の定義」の起草にあたっては、各国が草案を提示し、それに基づき議論が進められた⁽¹⁰³⁾。特に「間接侵略」を「侵略」に含むか否かについて、それを含むとする「6カ国案（アメリカ、イギリス、オーストラリア、カナダ、イタリア、日本が提示）」とそれを否定する「13カ国案（コロンビア、エクアドル、ガーナ、メキシコらが提示）」が真っ向から対立した⁽¹⁰⁴⁾。「13カ国案」は、「他国からの支援」を受けた非国家主体からの攻撃を受けた場合においては、その被害国は自衛権に基づくことなく、「その他の合理的かつ適当なすべての措置」によって対応している⁽¹⁰⁵⁾。提案国であるエクアドルは、「間接侵略」に対しては、自衛権ではなく、安保理に付託されるべきとした⁽¹⁰⁶⁾。

この立場は、「侵略の定義」の議論の中で現れた、非国家主体による攻撃を受けた際の、国際慣習法上存在した非国家主体に対する自衛権の射程を本質的に縮減、ないし変更するものともいえよう。なぜなら、国際慣習法上の自衛権概念は、領域国の関与、支援の度合いに必ずしも関係無く、領域国による「抑止が期待できない場合」にも非国家主体の脅威に対して行使されうるものだったからである⁽¹⁰⁷⁾。

よって、「13カ国案」に具現化された国際慣習法上の自衛権の射程を本質的に縮減、ないし変更する主張が、この「侵略の定義」をめぐる議論の中で国際社会の広範な支持を集められたのか否かについては、検討の価値はあろう。だが結論から言えば、このような考えは広範な支持を得られなかった。なぜなら、「13カ国案」に対して別の案である「6カ国案」は、他国への脅威となるテロ集団を含む非国家主体への「組織、支援、指揮」なども「侵略」概念に含もうとするものだったからである⁽¹⁰⁸⁾。

インドネシアは、「間接侵略」の脅威は深刻であるため、それを「侵略」に含めるべきと主張した⁽¹⁰⁹⁾。トルコもまた「間接侵略」の脅威を認めており⁽¹¹⁰⁾、「6カ国案」案は、一定の支持を集めたといえよう。このように見れば、「間接侵略」の脅威を深刻なものとする国々は一

定数存在し、「間接侵略」に対しては、自衛権行使は認められないとする「13ヵ国案」への正面からの反対が存在することが確認された。つまり、国際慣習法上存在した非国家主体に対する自衛権の射程を本質的に縮減、ないし変更する主張は、「侵略の定義」をめぐる議論の中で国際社会の広範な支持を集められなかったのである⁽¹¹¹⁾。

このような中で、「13ヵ国案」を支持する国々と、「6ヵ国案」を支持する国々の立場は真っ向から対立していたため、妥協案として、メキシコは「間接侵略」の議論を保留することを提起する⁽¹¹²⁾。しかしながら、「6ヵ国案」を提起した国々は受け入れを拒否した⁽¹¹³⁾。その理由として、イギリスは「侵略の定義」に「間接侵略」を含むことは、「極めて重要な論点 (the pivotal question)」だからだとした⁽¹¹⁴⁾。

このように議論が膠着する中において、インドネシアが、非国家主体への「組織、支援、指揮」の語から離れて、新たな語を用いることを提起し⁽¹¹⁵⁾、最終的には、現行の条文である、「上記の諸行為に相当する重大性を有する武力行為を他国に対して実行する武装した集団、団体、不正規兵又は傭兵の国家による若しくは国家のための派遣、又はかかる行為に対する国家の実質的関与 (its substantial involvement therein)」という文言で決着に至った⁽¹¹⁶⁾。

(3) 「侵略の定義」と「武力攻撃」概念

ここまで見たように「侵略の定義」は、自衛権の発動要件である「武力攻撃」概念を論じるものではないことが確認された。この点、森川も指摘するように、「侵略の定義」は、安保理が「侵略」行為を認定することを促進する目的で作成されたものである⁽¹¹⁷⁾。

もっとも、「侵略の定義」の起草過程において、複数の国々が、自衛権について触れており、各国の自衛権の射程についての理解を垣間見ることができた。そこでは、国際慣習法上の自衛権を制限する意図を持つであろう「13ヵ国案」が支持を集めることはなく、合意された形跡もない。一方で、シュワーベル判事が主張したように「6ヵ国案」

が全面的に受け入れられた⁽¹¹⁸⁾、とまでは言い切れないだろう。

しかし、このような「13ヵ国案」と「6ヵ国案」の深刻な対立が存在したこと自体、「侵略」概念が曖昧さを残し、第3条(g)が妥協の産物であることが確認できた⁽¹¹⁹⁾。つまり、この起草過程の経緯そのものが、第3条(g)の成立が、国際慣習法上存在した非国家主体に対する自衛権の射程を本質的に縮減、ないし変更するものではないことを強く示している。

この点につき、藤田の

この定義（「侵略の定義」）は、武力攻撃に対応する自衛権のいかなる規制をも含んでいない。この定義（「侵略の定義」）の作業文書からも、「武力攻撃」の定義の意図されていなかったことがわかる。ICJの「ニカラグア」判決も、この点を明確にしなかった⁽¹²⁰⁾。

との指摘は正鵠を射ており、「侵略の定義」と「武力攻撃」を関連付けるICJの理解については疑問が残る。

結論としては、「侵略の定義」は、「侵略」概念としてさえも曖昧さを残していた中において、それを「武力攻撃」の定義のために参照するのは、不適當と言わざるを得ない。よって、国際慣習法上の「武力攻撃」概念の定義を、「侵略」概念の定義の部分的引用で「代替」したICJの判断は容認できない。実際に、議論に参加した国の中には、「自衛に関する言及は、『侵略概念をより明確に定義するため』に資する場合に限るという指摘もあった⁽¹²¹⁾。

「侵略」概念をめぐるのは、国際刑事裁判所（International Criminal Court; ICC）規程においても議論がされており、第5条1項において、管轄権の犯罪の1つに挙げられている⁽¹²²⁾。しかし、この1998年ローマでの会議では、「侵略」概念の定義について合意に至る作業は難航し、その背景には「侵略の定義」を引用することへの反対論があった⁽¹²³⁾。その後も議論が続き、2010年のカンパラでの会議において、最終的に、

第8条の2において、「侵略の定義」の一部を引用する形で定義された⁽¹²⁴⁾。

ただし、ここでは単に「侵略の定義」を引用するだけにとどまらず、よりその定義を厳格化する文言、つまり、侵略行為を「その性質、重大性及び規模により国連憲章の明白な違反を構成する」ものであるという前提を置いている⁽¹²⁵⁾。さらに、この起草過程においても、「侵略の定義」が国際慣習法を反映していない、という趣旨の発言が存在していた⁽¹²⁶⁾。このように、ICC 規程をめぐる議論もまた1972年の「侵略の定義」それ自体が、「侵略」概念の定義としてさえも論争的なものであったことを示唆しよう⁽¹²⁷⁾。

(4) 「ニカラグア基準」の妥当性

ICJ はニカラグア事件判決において、国際法上の自衛権の枠組みについて法的判断を求められ、国際慣習法上の自衛権について検討したが、国連憲章制定後の「国連総会決議等に大きく依拠⁽¹²⁸⁾」、つまり「侵略の定義」第3条(g)を根拠にした点については、十分な国際法上の根拠を欠き疑問を残すものであった。実際に「侵略の定義」の起草過程においても、「武力攻撃」概念を定義する意図は存在せず、かつ「侵略」概念について、その具体的な中身について十分な合意が存在していなかった。それゆえに、それを自衛権発動の中核をなす「武力攻撃」概念に引用することは、国際法上の妥当性を欠くと言わざるを得ない。また、ニカラグア事件判決の個別意見で、ジェニングス (Jennings) 判事もまた、第51条の「武力攻撃」がいかに構成されるかということと、「侵略」概念との関係は、「大きく、かつ論争的な (large and controversial) 問題」であると指摘している⁽¹²⁹⁾。

このように見れば、ニカラグア事件判決は、自衛権の発動要件に関して、カロライン号事件以後に形成された国際慣習法上の「武力攻撃」概念に依拠せねばならないところを、「侵略の定義」における「侵略」概念に依拠していたことになる。その結果として、非国家主体に対する自衛権の射程の理解に不必要な制限を課したといえる。よって、ニ

カラグア事件判決を根拠として⁽¹³⁰⁾、非国家主体に対する自衛権の射程を制限的に解することの妥当性もまた、疑問を呈されるべきであろう。

5. おわりに

「自衛 (self-defence) という用語の意味は、国家による武力行使の法的規制をめぐるもっとも重要な問題」とされている⁽¹³¹⁾。それにも関わらず、その自衛権の詳細について十分に明らかになっているとは言い難い。本稿では、国連憲章第51条の起草過程、ニカラグア事件判決、及び「侵略の定義」を分析することを通して、国連憲章の制定が、国際慣習法上の自衛権、特に非国家主体に対する自衛権の射程に与えた影響について論じた。

自衛権は、地域的集団安全保障体制が機能しなくなることを恐れるラテンアメリカ諸国の懸念に応える形で明記されたが⁽¹³²⁾、その起草過程において、国際慣習法上の自衛権を否定する意図は存在しなかった。その意味でバウエット (Bowett) も指摘するように、「第51条は、国際法に新たな権利を持ち込んだ (import) のではなく、既存の権利を確認 (declaratory) したものの⁽¹³³⁾」とみるべきである。

本稿の結論として、国連憲章第51条は、制定時点において存在していた非国家主体に対する自衛権の射程を本質的に縮減、ないし変更するものではなく、むしろそれを基本的に継承しているということである⁽¹³⁴⁾。その一方で、ICJ が提示した「ニカラグア基準」は国際慣習法上の自衛権を十分に反映しているとはいえない。なぜなら「ニカラグア基準」を構成する「実質的関与の基準」が満たされない場合においても、自衛権行使が可能な場合が存在しているからである⁽¹³⁵⁾。

具体的には、領域国による非国家主体への資金、武器等の提供あるいは、いわゆる「領域国に (非国家主体の) 取り締まりの意思、または能力が無い (unwilling or unable) 場合」においても、国際慣習法上の自衛権は、非国家主体に対する自衛権行使の可能性を否定しておらず、その行使が可能な場合も存在しうるからである⁽¹³⁶⁾。

ただし、その場合でも自衛権行使の対象は、あくまで非国家主体であって、その領域国を対象とするものではないことに、留意が必要である⁽¹³⁷⁾。非国家主体に対する自衛権をめぐるのは、「非国家主体の存在する『領域国』」に対するものと、「領域国に存在する『非国家主体』」に対するもの、の2通りの事例が存在しているからである⁽¹³⁸⁾。

もちろん、「領域国に取り締まりの意思、または能力が無い場合」において、自衛権行使を認めることの危険性は幅広く認識されている⁽¹³⁹⁾。その危険性への対処に関する具体的な議論については、本稿の射程を外れるが、議論の方向性としては、自衛権の「慣習法上の要件」に着目するという指摘が注目されよう⁽¹⁴⁰⁾。非国家主体に対する自衛権の射程の明確化のためには、さらなる国家実行、及び国際判例等の精査が必要といえる。

※ 本稿は Newcastle University に提出した博士論文 Yuki Motoyoshi, “The Legality of Military Operations against Non-State Actors, when the Territorial State is Unwilling or Unable to Suppress the Threat of Non-State Actors” の一部を大幅に加筆修正したものである。

- (1) それは、国連憲章制定以後、自衛権行使の妥当性に関する各国の主張、及び学説上の賛否が交錯していることにも表れていよう。この点に関して、幅広く国家実行を概観する形で、「『非国家主体』に対する自衛権」の存在を論証しようとした試みが、本吉祐樹「‘Unwilling or Unable’ 理論をめぐる議論の現状—その起源、歴史的展開を中心に—」『横浜法学』第26巻第1号(2017年)。
- (2) The Charter of the United Nations (1945) (UN Charter), art. 51. 日本語訳は、国際連合広報センター <https://www.unic.or.jp/info/un/charter/text_japanese/> (as of May 1, 2021) を参照。
- (3) Humphrey Waldock, “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law,” *Hague Recueil*, Vol. 81 (1952), p. 496参照。
- (4) Christine Gray, *International Law and the Use of Force* (Oxford University Press, 2008), p. 117.
- (5) Rein Mullerson, “Self-Defense in the Contemporary World,” in Lori Damrosch and David Scheffer (eds), *Law and Force in the New International Order* (Westview Press 1991), p. 16.

- (6) 代表的な国家実行の1つとしてカロライン号事件が挙げられる。Yoram Dinstein, *War, Aggression, and Self-defence* (5th ed., Cambridge University Press, 2012), p. 274参照。国連憲章制定以前の国家実行の概略は、本吉「前掲論文」(注1)161-65頁。
- (7) 森肇志『自衛権の基層』(東京大学出版会、2009年)96頁。
- (8) 同上、95-96頁、また本吉「前掲論文」(注1)164-65頁。
- (9) 森『前掲書』(注7)223-66頁、田岡良一『国際法上の自衛権(補訂版)』(勁草書房、1981年)185-98頁、本吉「前掲論文」(注1)165-66頁、Derek Bowett, *Self-Defence in International Law* (Praeger, 1958), pp. 182-99など。
- (10) United Nations (UN), Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) (1969), art. 32.
- (11) この点の指摘としては、森『前掲書』(注7)15頁。
- (12) 尾寄重義「国際連合憲章第42条の注解」『国際政経論集』第18号(2012年)4-5頁参照。
- (13) Washington Conversations on International Organization (7 October 1944); Manley Hudson, "An Approach to the Dumbarton Oaks Proposals," *American Journal of International Law*, Vol. 39, No.1 (1945), pp. 95-96も参照。
- (14) 田畑茂二郎『安保体制と自衛権(増補訂正版)』(有信堂高文社、1969年)147頁。
- (15) Waldock, *supra* note 3, pp. 496-97; 松葉真美「集団的自衛権の法的性質とその発達—国際法上の議論—」『レファレンス』2009年1月号(2009年)82-83頁。
- (16) UN Charter, preamble.
- (17) 山本草二『新版 国際法』(有斐閣、1994年)714-15頁。
- (18) 最上敏樹「第13章 人権」小寺彰他編『講義国際法(第2版)』(有斐閣、2004年)377頁。
- (19) この点についての詳細な分析がなされたものとして、掛江朋子『武力不行使原則の射程—人道目的の武力行使の観点から—』(国際書院、2012年)108-25頁参照。
- (20) 同上、108-15頁。
- (21) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press, 2012), pp. 746-47; Olivier Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Bloomsbury Publishing 2010), p. 124.
- (22) Jordan Paust, "Use of Armed Force Against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond," *Cornell International Law Journal*, Vol. 35 (2002), pp. 536-37; Anthony D'Amato, *International Law: Process and*

Prospect (Transnational Publishers Inc, 1995), pp. 57-73.

- (23) 村瀬信也「武力不行使に関する国連憲章と一般国際法との適用関係— NATO のユーゴ空爆をめぐる議論を手掛かりとして」『上智法学論集』第43巻第3号(1999年)22-23頁。
- (24) Washington Conversations on International Organization (7 October 1944).
- (25) サンフランシスコ会議における第2条4項の起草過程についての詳細は、森『前掲書』(注7)226-40頁。
- (26) United Nations Conference on International Organization, Vol. III (1945), p. 466 (Czechoslovakian).
- (27) *Ibid.*, p. 557 (Australia).
- (28) Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford Clarendon Press 1963), p. 266.
- (29) United Nations Conference on International Organization, *supra* note 26, p. 335 (The US).
- (30) 森『前掲書』(注7)232頁。
- (31) Brownlie, *supra* note 28, p. 267.
- (32) ランデルツォーフアー (Randelzhofer) は、他国領域への侵入は、それがたとえ「限定的」であったとしても第2条4項違反を構成するとしている。Albrecht Randelzhofer, “Article 51” in Bruno Simma (ed), *The Charter of the United Nations, A Commentary* (3rd edn, Oxford University Press, 2012), p. 216; またこの点に関連した記述は、本吉祐樹「『保護する責任 (Responsibility to Protect)』概念の国際法上の位置づけ— R2P の実施手段と軍事介入をめぐって—」『横浜法学』第27巻第3号(2019年)545-46頁参照。
- (33) 掛江『前掲書』(注19)111頁。
- (34) Antonio Cassese, *International Law* (2nd edn, Oxford University Press, 2005), p 324.
- (35) ダンバートン・オークスでの会議、及びサンフランシスコ会議での自衛権をめぐる議論の詳細は、森『前掲書』(注7)240-66頁参照。
- (36) Washington Conversations on International Organization (Dumbarton Oaks Proposal) 7 October 1944.
- (37) 森『前掲書』(注7)250-51頁。
- (38) Manuel Canyes, “The Inter-American System and the Conference of Chapultepec,” *American Journal of International Law*, Vol. 39, No .3, (1945), p. 504.
- (39) US Department of State, Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers General, The United Nations, Vol. I (1945) p. 659 (San Francisco Draft); Tom Ruys, ‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN

- Charter* (Cambridge University Press, 2010), p. 62も参照。
- (40) Inter-American Reciprocal Assistance and Solidarity (The Act of Chapultepec) (1945).
- (41) US Department of State, San Francisco Draft, pp. 691-92; 森『前掲書』(注7)257-58頁参照。
- (42) US Department of State, San Francisco Draft, p. 692; 森『前掲書』(注7)257頁参照。
- (43) US Department of State, San Francisco Draft, p. 691.
- (44) *Ibid.*, p. 699.
- (45) *Ibid.*
- (46) 森肇志「集团的自衛権の誕生—秩序と無秩序の間に」『国際法外交雑誌』第102巻第1号(2003年)85-97頁参照。
- (47) Sean Murphy, “Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?” *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1 (2005), p. 70.
- (48) *Ibid.*
- (49) Ruys, *supra* note 39, pp. 67-8; 森もまた、非国家主体を対象とする自衛権が国連憲章下で認められうるか否かについて、サンフランシスコにおける「会議の場で議論されておらず、必ずしも明確ではない」ことを認める。『前掲書』(注7)267頁。
- (50) 川岸伸「非国家主体と国際法上の自衛権——九・一一同時多発テロ事件を契機として(一)」『法学論叢』第167巻第4号(2010年)120頁。
- (51) 本吉「前掲論文」(注1)166頁、また森『前掲書』(注7)249頁参照。
- (52) Randelzhofer, *supra* note 32, p. 1403; Roberto Ago, UN Doc A/CN.4/318/ADD. 5 (19 June 1980), para. 114も参照。
- (53) Brownlie, *supra* note 28, p. 251; Waldock, *supra* note 3, pp.461-68.
- (54) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits) (1986) ICJ Reports 14-150 (*Nicaragua case*), para. 176.
- (55) General Treaty for the Renunciation of War, *League of Nations Treaty Series*, Vol. 94 (27 August 1928) (Pact of Paris), p. 57.
- (56) Committee on Foreign Relations, “Hearings Before the Committee of Foreign Relations, United States Senate, Seventieth Congress on the General Pact for the Renunciation of War Signed At Paris, 27 August 1928,” *Foreign Relations*, Vol. 2 (1929), pp. 3-10.
- (57) UN Doc S/PV. 2190 (Soviet Union), para. 111.
- (58) 田畑『前掲書』(注14)164-65頁。
- (59) 森『前掲書』(注7)241頁参照。
- (60) 本吉「前掲論文」(注1)164-65頁。ただし、この結論はあくまで「非

国家主体に対する自衛権」が国連憲章制定以後も存続していることであって、その他の論点、具体的には、国際慣習法上存在していたとされる、いわゆる「先制的自衛権」なども無条件に存続していることを認めるわけではない。「先制的自衛権」の合法性は、第51条に「武力攻撃が発生した場合」という、その発動の制約を示唆する文言があるため、その点の解釈の文脈で論じられるべきだからである。このような議論は本稿の射程から外れるため別稿にて扱う。「先制的自衛権」の合法性について触れたものとして、藤田久一『国連法』（東京大学出版会、1998年）291-93頁、及び植木俊哉「低水準（低強度）敵対行為と自衛権（自衛権の新展開）」『国際問題』第556号（2006年）25-26頁参照。

- (61) Ruys, *supra* note 39, p. 1.
- (62) Oliver Corten, “The “Unwilling or Unable” Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, No. 3 (2016), p. 794; Gray, *supra* note 4, pp. 129-30.
- (63) この点は国家責任法上の一次規則と二次規則の違いでもあり、両者の違いは、国家の義務に関するものが一次規則であり、二次規則は、あくまで、一次規則に定められた国家が必要な義務を怠った場合の法的結果であるとされる。Yearbook of the ILC 2 (1980) 27、この点については、本吉「前掲論文」（注1）154頁、宮内靖彦「自衛の発動要件についての非国家的行為体の意味—国際判例の観点からの分析」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007年）139頁参照。
- (64) *Nicaragua case*, para. 115; また「実効的支配」の枠組みについては、国際違法行為の国家責任条文草案第8条「個人又は個人集団が、行為を成し遂げる中で、事実上、国家の命令、指揮、統治により行動している場合、それらの個人又は個人集団の行為は、国際法上の国家の行為と考えられる。」とされている。UN Doc A/56/10 (2001).
- (65) 昨今では「実質的関与」の概念を帰属理論とみなす傾向があることの指摘もなされ、実際に浅田は、ある規則が一次規則か二次規則かは「場合によってはアプリアリには決まらないということもある」として、この「実質的関与」を帰属基準の文脈において検討している。浅田正彦「非国家主体と自衛権—『侵略の定義』決議第3条(g)を中心に—」坂元茂樹・薬師寺公夫編『普遍的国際社会への法の挑戦（芹田健太郎先生古稀記念）』（信山社、2013年3月）825-26頁。このように今日においては、「実質的関与」を帰属基準として用いることが、まったく不適當というわけではないだろうが、武力行使の規制に関わる、最も重大な国際法上の課題の1つである自衛権を議論する際には、本来一次規則であるものを、二次規則として取り扱うのは原則として控えるべきと考える。それゆえ本稿では、「武力攻撃」の定義付けの文脈において「実質的関与」を引用することが適當かを論じている。よって自衛権行使と二次規則との関連については、別稿

で論じたい。

- (66) *Nicaragua case*, paras. 20-25.
- (67) *Ibid.*
- (68) *Nicaragua case*, Counter-Memorial of the United States of America, 17 August 1984, para. 290.
- (69) *Nicaragua case*, para. 172; この点についての詳細は、河合利修「第2章 国際法の法源」渡部茂己・喜多義人編『国際法（第3版）』（弘文堂、2018年）24-25頁、また村瀬「前掲論文」（注23）24頁参照。
- (70) *Nicaragua case*, para. 172.
- (71) *Ibid.*, para. 177.
- (72) *Ibid.*, para. 176; Ruys, *supra* note 39, pp. 7-8参照。
- (73) Ruys, *supra* note 39, pp. 7-8.
- (74) *Nicaragua case*, para. 181.
- (75) *Ibid.*, para. 190.
- (76) *Ibid.*, para. 191.
- (77) UNGA Res 2625 (XXV) (24 October 1970) UN Doc A/RES/25/2625.
- (78) *Nicaragua case*, para. 191.
- (79) *Ibid.*, para. 50.
- (80) *Ibid.*, para. 194.
- (81) *Ibid.*, para. 176.
- (82) *Ibid.*, para. 191.
- (83) *Ibid.*, paras. 195-96.
- (84) UNGA Res 3314 (XXIX) (14 December 1974) UN Doc A/RES/3314.
- (85) *Nicaragua case*, para. 195.
- (86) *Ibid.*
- (87) *Ibid.*, paras. 229-38.
- (88) Gray, *supra* note 4, p. 130.
- (89) *Nicaragua case*, para. 195.
- (90) *Nicaragua case*, Separate Opinion of Judge Schwebel, para. 165.
- (91) *Nicaragua case*, para. 200.
- (92) *Ibid.*
- (93) 岩沢雄司『国際法』（東京大学出版会、2020年）722頁。
- (94) UN Charter art 13(1).
- (95) Gray, *supra* note 4, p. 114.
- (96) 藤田『前掲書』（注60）315頁。
- (97) 川西晶大「安保理機能の拡大とその限界——国連安保理による非軍事的強制措置の決定について」『レファレンス』第56巻第4号（2006年）63頁参照。
- (98) UNGA Res 3314 (XXIX) (14 December 1974) UN Doc A/RES/3314.

- (99) 山本『前掲書』（注17）719頁。
- (100) UN Doc A/AC.134/L16 (24 March 1969).
- (101) Josef Kunz, “Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations,” *American Journal of International Law*, Vol. 41, No. 4 (1947), p. 878.
- (102) Stephen Schwebel, “Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law,” *Hague Recueil*, Vol. 136 (1972), p. 461. もっとも「侵略」と、「間接侵略」、そして「武力攻撃」概念の関係性については国連憲章上明らかにされていない。
- (103) 「侵略の定義」の起草過程が整理されているものとして、浅田「前掲論文」（注65）829-33頁も参照。
- (104) 両案の相違と、各国の意見対立の詳細については、Ruys, *supra* note 39, pp. 382-90.
- (105) UN Doc A/AC.134/L16 (24 March 1969).
- (106) UN Doc A/AC.134/SR.52-66 (26 October 1970) (Ecuador), p. 55.
- (107) 森『前掲書』（注7）95-96頁、本吉「前掲論文」（注1）166頁。
- (108) UN Doc A/AC.134/L17 (25 March 1969) art 2B (6)-(8).
- (109) UN Doc A/AC.134/SR.52-66 (26 October 1970) (Indonesia), p. 114; Ruys, *supra* note 39, p. 388参照。
- (110) UN Doc A/AC.134/SR.52-66 (26 October 1970) (Turkey), p. 115.
- (111) Ruys, *supra* note 39, p. 384.
- (112) UN Doc A/AC.134/SR.52-66 (26 October 1970) (Mexico), p. 86.
- (113) *Ibid.*, (United States), p. 107.
- (114) *Ibid.*, (UK), p. 106.
- (115) UN Doc A/AC.134/SR.110-113 (20 November 1973) (Indonesia), pp. 10-11.
- (116) UNGA Res 3314 (XXIX) (14 December 1974) UN Doc A/RES/3314.
- (117) 森川幸一「国際連合の強制措置と法の支配（一）—安全保障理事会の裁量権の限界をめぐって—」『国際法外交雑誌』第93巻第2号（1994年）15頁。同様の指摘は、藤田『前掲書』（注60）285頁。
- (118) *Nicaragua case*, Separate Opinion of Judge Schwebel, para. 165.
- (119) 浅田「前掲論文」（注65）833頁。
- (120) 藤田『前掲書』（注60）285頁（括弧内筆者）。
- (121) UN Doc A/AC.134/SR.67-78 (19 October 1970) (Japan), pp. 6-7.
- (122) Rome Statute of the International Criminal Court (1998).
- (123) Claus Kreß and Leonie Von Holtzendorff, “The Kampala Compromise on the Crime of Aggression,” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, No. 5 (2010), pp. 1182-215.
- (124) Amendment to the Rome Statute of the International Criminal Court

- on the Crime of Aggression, articles 8bis (11 June 2010).
- (125) *Ibid.*
- (126) International Criminal Court RC/5 Review Conference of the Rome Statute Distr.: General 10 June 2010, para. 16.
- (127) 木原正樹「国家の『侵略行為』を前提とする『侵略犯罪』の主体—『侵略犯罪』の実行行為の『コントロール』基準による画定の検討を中心に—」『世界法年報』第36巻(2018年)61-62頁。
- (128) 浅田正彦「武力不行使原則と集団的自衛権 ニカラグア事件(本案)」『国際法判例百選(第2版)』(有斐閣、2011年)216頁参照。
- (129) *Nicaragua case*, Separate Opinion of Judge Jennings, p. 543.
- (130) Corten, *supra* note 62, pp. 794; Gray, *supra* note 4, pp. 129-30.
- (131) Ian Brownlie, "The Use of Force in Self-Defense," *British Yearbook of International Law*, Vol. 37 (1961), p. 183.
- (132) 田岡『前掲書』(注9)193頁。
- (133) Bowett, *supra* note 9, p. 200.
- (134) この点について、2017年の別稿で、「領域国の統治が及ばない領域における非国家主体に対する自衛権行使は、まさに『固有』の自衛権の文脈でこそ語られてきたものなのである。」とまとめたが、現在においても、この結論に変更はない。本吉「前掲論文」(注1)190頁。
- (135) もっとも、ICJは、コンゴ領武力行動事件(コンゴ・ウガンダ事件)判決において、「どのような状況下において、現行の国際法が非国家主体による大規模攻撃に対して自衛権を認めているか、否かについて応答する必要が無い。」としていることから、「領域国」を対象としない、「非国家主体を対象とする自衛権行使」については、ニカラグア事件判決では議論していないという見方もできるかもしれない。 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (Merits) (DRC case) (2005) ICJ Reports 116-220*, para. 147、また、森肇志「武力不行使原則と集団的自衛権 ニカラグア事件(本案)」『国際法判例百選(第3版)』(有斐閣、2021年)221頁、及び本吉「前掲論文」(注1)170-71頁参照。
- (136) この結論はあくまで、国連憲章第51条の解釈の下で、理論上、そのような状況において、被害国が非国家主体に対して自衛権を行使しうることを指摘するものであって、その際には、自衛権の国際慣習法上、及び国連憲章上の要件を満たす必要がある。本吉「前掲論文」(注1)185-90頁参照。
- (137) 同上、190頁; Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors* (Oxford University Press, 2010), p. 74.
- (138) ただし、この点については、先行研究においても十分な精査がされているとは言い難いが、その方向性を示唆するものとして、本吉「前掲論文」(注1)190頁、及び Ruys, *supra* note 39, p. 531参照。

- (139) Corten, *supra* note 62, pp. 797-99; 本吉「前掲論文」(注1)191頁参照。
- (140) トラップ (Trapp) は、非国家主体に対する自衛権行使は、「自衛権における慣習法上の要素 (the customary law elements of the right of self-defence)」つまり、必要性和均衡性によってその合法性を判断すべきとする。Kimberley Trapp, “Back to Basics: Necessity, Proportionality and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56 (2007), p. 156; グレイもまた、非国家主体に対する自衛権行使をめぐっては、議論の争点が、必要性、均衡性などの自衛権の慣習法上の要件にあることを指摘している。Gray, *supra* note 4, p. 154; これらを踏まえた同様の指摘は、本吉「前掲論文」(注1)186頁。

売買契約・請負契約の給付に代わる 仮定的損害賠償

——ドイツ法における近時の展開——

山 田 孝 紀

- I 序論
- II BGH2018年2月22日判決までの法状況
- III 請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償の否定とその影響
- IV 売買契約の給付に代わる仮定的損害賠償の肯定
- V 請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償の再否定と学説の反応
- VI ドイツ法の整理・検討と日本法の検討
- VII 結論

I 序論

1 本稿の目的

債務者が契約の内容に適合しない目的物を債権者に引き渡したとする。このとき、債権者は、引き渡された目的物の追完（目的物の修補など）に代えて、①物の修補費用や②不適合による物の減価額などの賠償を債務者に請求できると考えられている⁽¹⁾。この損害賠償額の算定に関して、契約の内容に適合しない目的物が修補されていない場合において、債権者が当該物を保持しているときや第三者に売却したとき、債権者は当該物の修補費用相当額の賠償を債務者に請求できるか。

本稿は、この問題に関するドイツ法の近時の議論を詳細に整理・検

討した上で、日本法について一定の考察を加えることを目的とする。

以下では、日本法の議論状況を整理し、この問題を検討する必要性を示す。その上で、ドイツ法を検討対象とする理由を述べる。

2 日本法の議論状況と検討の必要性

請負契約では、2020年4月1日より施行された「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律44号）以前より、修補に代わる損害賠償が認められていた。その賠償額の算定方法につき、「契約不適合があることによる目的物の市場価格の低下分を考慮する方法と、不適合箇所の修補に要するであろう費用による方法とがありえた」との指摘がある⁽²⁾。それでは、上記1の例のような場合に債権者による修補費用相当額の賠償請求の可否についてどのような議論がなされていたのか。

この問題につき、建物の瑕疵に関する最判平成14年9月24日判時1801号77頁は、瑕疵ある建物を保持している注文者に瑕疵の修補前に修補費用相当額の賠償を認める⁽³⁾。最判平成23年7月21日判時2129号36頁は、訴訟継続中に建物の所有権を失った者が建物の設計・施工者等に不法行為に基づく瑕疵修補費用を求めた事案ではあるが、次のように判示した。すなわち、建物の所有者が建物を第三者に売却するなどしてその所有権を失った場合でも「修補費用相当額の補填を受けたなど特段の事情がない限り、一旦取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない」と述べた。学説には、被害者のもとで物が損傷した以上、損害賠償請求権は発生しており、被害者が物を譲渡したとしても当該請求権は消滅しないことや、被害者の損害賠償金の用途の自由を理由に判例を支持する見解⁽⁴⁾がある。また、債権者が莫大な瑕疵修補費用を「現実に支出した場合にのみ請求しうるというのは現実的ではない」と評価して判例を肯定的にみる見解がある⁽⁵⁾。

一方、債権者が契約の内容に適合しない目的物を売却した場合には修補費用相当額の賠償を否定する見解もある。船舶の運航中に著しい騒音や振動が生じたため注文者が改造工事や工期中の滞船料を求めた

下級審裁判例では、工事費や滞船料を瑕疵修補に代わる損害とみなすことは到底困難であると示した⁽⁶⁾。その理由につき、本船をすでに他に売り渡した注文者が「自らの負担で改造工事をなすことは考えられず」、改造工事に要する費用等は注文者に「現実には生じた不利益ではなく、いわば幻の出費および収入減」であること、船の売渡しの際の売買代金も瑕疵のために格別に低廉になった事実もないことを指摘する。学説においても、建物の瑕疵の修補費用に関して、修補を行わずに建物の所有権を失った者に修補費用相当額の賠償を認めることに疑問を示す見解がある⁽⁷⁾。この見解の中には、元所有者には瑕疵による建物の価値減価額の賠償が認められるべきとの主張がみられる⁽⁸⁾。このほか、上記平成23年判決が不法行為の事案であることを考慮し、賠償責任の根拠が建物所有に伴うリスクにあるために建物所有権を譲渡した者は修補費用の賠償を施行者らに請求できないとする見解もある⁽⁹⁾。

以上の通り、債権者が目的物を修補せずに保持したり、第三者に売却した場合に修補費用相当額の賠償が認められるか否かにつき各種の見解が示されていた。こうした中、改正民法により売買契約において追完請求権が新設された（562条・559条により他の有償契約に準用）。もっとも、追完に代わる損害賠償の要件の規定化は見送られ⁽¹⁰⁾、損害賠償額の算定方法も今後の解釈に委ねられた⁽¹¹⁾。そのため、従来の議論の中心であった請負契約のみならず、売買契約においても、契約の内容に適合しない目的物が引き渡された場合において、債権者が当該物を修補せずに保持しているときや第三者に売却したときに修補費用相当額の賠償を請求できるか否かを明らかにする必要が生じている。

3 ドイツ法を検討対象とする理由

本稿は、2のような日本法の状況に新たな視点を提供するためにドイツ法を検討対象とする。ドイツでは、瑕疵が除去されていないときに債権者が瑕疵除去費用相当額の賠償を請求できるか否かに関して「仮定的損害賠償⁽¹²⁾」と呼ばれる議論の蓄積がある。本論で詳述する

通り、連邦通常裁判所（以下、BGHとする）は、請負契約の注文者は目的物の瑕疵を除去しなければ瑕疵除去費用を請負人に請求できないと判断した。その一方、BGHは、不動産の買主は目的物の瑕疵を除去しなくとも瑕疵除去費用を売主に請求できると判断した。学説では、BGHの判断に関する賛否、仮定的損害賠償（瑕疵除去費用相当額の賠償）から生じうる過剰補償とその回避の方策、売買契約と請負契約で異なる判断が示された理由など多様な論点が議論されている。

こうしたドイツの議論は、日本法の検討に際して有益な視点を提供すると考えられる。そこで、本稿ではドイツの議論を紹介・検討し、日本法での一定の考察を加える。なお、仮定的損害賠償は不法行為法でも問題となるが、本稿ではBGHの重要判例・決定が示されており、学説上の議論も活発な売買契約と請負契約を対象とする。

II BGH2018年2月22日判決までの法状況

1 給付に代わる損害賠償請求の規律

仮定的損害賠償の可否を検討する前提として、ドイツ民法（以下、BGBとする）における給付に代わる損害賠償の規律を概観する。

契約の内容に適合しない給付の場合、債権者は、追完請求権を有する（BGB437条⁽¹³⁾1号・634条⁽¹⁴⁾1号）。追完の方法として、売買契約では、買主は、瑕疵の除去又は瑕疵のない代物給付を選択できる（BGB439条⁽¹⁵⁾1項）。請負契約では、請負人の選択に従い、瑕疵の除去又は新たな製作物を作ることができる（BGB635条⁽¹⁶⁾1項）。これらの追完方法のうち、買主の追完請求権や注文者の新規製作物請求権は、2002年1月1日施行のドイツ債務法改正によって新設された。

契約不適合において債権者に損害賠償請求が認められるためには、義務違反につき債務者の帰責事由が必要である（BGB280条⁽¹⁷⁾1項・3項）。義務違反の程度、すなわち瑕疵の程度が重大であるか否かによって給付に代わる損害賠償の内容が変わる。

瑕疵が重大である場合、債権者は瑕疵ある物を返還し、全部の給付

に代わる損害賠償（大きな損害賠償〔großer Schadensersatz〕）を請求できる（BGB281条⁽¹⁸⁾ 1項3文）。この損害は、債務者の給付の不履行によって債権者に生じた状態を賠償するものである⁽¹⁹⁾。

瑕疵の程度が重大でない場合には、瑕疵のある物を保持しようとする債権者は、履行又は追完のために相当の期間を定めた催告をし、その期間の経過後に給付に代わる損害賠償を請求できる（BGB280条1項・3項・281条1項・437条3号・634条4号）。この内容の損害賠償は、「小さな損害賠償（kleiner Schadensersatz）」と呼ばれる⁽²⁰⁾。債権者は、この損害賠償として、瑕疵による物の価値の減少額（Minderwert）又は瑕疵の除去に必要な費用を請求できる⁽²¹⁾。本稿の論点は、後者に関して債権者が瑕疵を除去しなくても瑕疵除去費用相当額の賠償を債務者に請求できるかどうかという点である。

以上の給付に代わる損害賠償請求の内容は、売買契約及び請負契約に同様に妥当する。ただし、次の点は異なる。第1に、請負人の追完拒絶が適法ではなく、追完のための相当の期間の経過後に注文者は瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求できる（BGB637条⁽²²⁾ 1項）。第2に、注文者は、瑕疵除去に必要な費用の前払い（Vorschuss）を請負人に請求できる（同条3項）。ドイツ債務法改正の立法者は、改正前から認められていた注文者の自己修補権を規定化した一方、売主の負担となる買主の自己修補権の導入を意図的に断念したとされる⁽²³⁾。前払請求権は、従来の判例や通説を考慮した上で委任の費用前払請求権（BGB669条⁽²⁴⁾）にならって作られたものである⁽²⁵⁾。

これらの規定からは債権者が給付に代わる損害賠償（小さな損害賠償）を求める際に、瑕疵を実際に除去しなければ修補費用相当額の賠償を請求できないのか否かは明らかではない。そこで、BGH2018年2月22日判決（以下、「BGH2018年判決」とする）が登場した経緯を把握するのに必要な範囲で同判決前の法状況を確認する。

2 判例における物の毀損及び請負契約の仮定的損害賠償の肯定

そもそも仮定的損害賠償の可否は、給付に代わる損害賠償だけでなく損害賠償に関して一般的に問題となる。損害賠償の総則規定であるBGB249条によれば「損害賠償の義務を負う者が、賠償を義務付ける事情がなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならず」(1項)、「身体の侵害又は物の毀損による損害賠償に関して、債権者は原状回復の代わりにそのために必要な金額を請求できる」(2項1文)。BGHは、同条に基づいて、交通事故の被害者には毀損された物の修補費用を実際に支出するかどうかにかかわらず、原状回復に必要な額の賠償を認めていた⁽²⁶⁾。なぜなら、被害者が賠償金を修補に使用するか損害の除去を放棄(例えば車を修補せずに使用)するかはその者の自由であり、そのことをドイツ民法典の立法者が認めていると考えたからである⁽²⁷⁾。また、被害者の財産が物の毀損(自動車に生じた損害)によって減少していると理解したこともその理由である⁽²⁸⁾。

BGHは、請負契約においてもドイツ債務法改正前の事例では、「瑕疵が実際に除去されるかどうか、どのような範囲で除去されるかどうかとは無関係に」⁽²⁹⁾、瑕疵除去費用相当額の賠償を注文者に認めていた。BGHは、この結果が「注文者が瑕疵のある製作物(Werk)を売却した場合でも変わらない」という⁽³⁰⁾。なぜなら、瑕疵ある物の売却後に注文者の瑕疵除去費用相当額での損害賠償請求権がなくなると、ドイツ民法典の立法者により認められた、注文者が(瑕疵のある)物を処分するという自由が害されるからである⁽³¹⁾。この判断は、瑕疵自体から損害が生ずるとの考え方を前提にしているとみられる⁽³²⁾。

3 仮定的損害賠償を否定する学説

2の判例に対し、特に物の毀損に関して仮定的損害賠償を認めることに否定的な学説が登場した。その見解は、判例の考えが損害賠償法の利得禁止(Bereicherungsverbot)に矛盾するとみる。利得禁止とは、「被害者が害を受けた事情がなかったならば存在したであろう状態より

も損害賠償を通じて良い状態に置かれてはならない」という原則である⁽³³⁾。つまり、金銭を支出していない被害者が修補費用相当額の賠償を受け取ると被害者を不当に利する結果になると指摘する⁽³⁴⁾。

4 債務法改正の立法者意思

上記3の見解は、2002年1月1日より施行されたドイツ債務法改正において損害賠償法を限定的に改正させる要因となった。債務法改正では、BGB249条2項第2文に「物の毀損の場合において、第1文により必要とされる金額は、それが現実に課される場合かつその限りにおいて、売上税 (Umsatzsteuer) を含む」との条文が新設された。その結果、被害者が毀損された物を修補していない場合、当該修補に必要とされる損害賠償額に売上税が含まれないこととなった。この改正で考慮されたのは、過剰補償 (Überkompensation) の禁止の原則、すなわち「損害賠償が本来の状態の回復を上回り、かつ被害者に利得をもたらしてはならない」との考えであった⁽³⁵⁾。この考えに加え、改正では、過剰補償の危険を低下させるために、被害者の賠償金の使途の自由を維持しつつも、損害の除去のために被害者が行った行為に損害額を合わせる具体的な損害算定の考え方も考慮された⁽³⁶⁾。

改正過程では損害賠償法の抜本的な変更も検討された。しかし、仮定的な修補費用の賠償を認める実務を放棄することが法的安定性を見通せない結果をもたらすこと、仮定的な修補費用に基づく損害算定が交通事故の領域では十分に信頼され本質的に支障なく機能してきたことをも考慮し⁽³⁷⁾、広範な改正は見送られた。

5 給付に代わる損害賠償における変化の兆し

4の改正は、BGB249条の変更のみを対象としていた。しかし、改正後に登場したBGH2010年7月22日判決は、立法者意思を考慮して「BGB634条4号・280条1項及び3項・281条による請負契約の給付に代わる損害賠償請求においても生じていない売上税が考慮されるなら

ば、注文者の損害の過剰補償」⁽³⁸⁾になるとした。その上で、注文者が製作物の瑕疵を除去していない場合には支出していない瑕疵除去費用の賠償には売上税が含まれないと判断した⁽³⁹⁾。

さらに学説では、売上税に限らず、目的物の瑕疵を除去していない注文者には瑕疵除去費用の賠償が認められないとする見解が現れる。Knütel は、注文者が瑕疵除去のための費用を支出していない場合、注文者はその費用相当額の損害を被っていないとして、仮定的な瑕疵除去費用の賠償に反対する⁽⁴⁰⁾。この見解は、支出した費用それ自体を損害と捉える。その一方、瑕疵は履行利益が完全に満たされていない状態にすぎず、その状態は価値の差額の支払いによって補償されると説く⁽⁴¹⁾。こうした損害の理解を前提に、Knütel は、仮定的な瑕疵除去費用を認めることが過剰補償になるとする。例えば、瑕疵による住宅の価値の減少額が約4万ドイツマルク (DM) であったとき、注文者に当該価値の減少が賠償されると契約通りの履行がなされたのと同様の状態に置かれる。この場合に修補の有無に関係なく約7万DMが賠償されると、注文者が瑕疵のない住宅を引き取ったときよりも約3DM良い状態に置かれると指摘する⁽⁴²⁾。

Halfmeier も Knütel の見解を引用し、瑕疵自体を義務付けられた給付の不足にすぎないとみる。そして、瑕疵除去のための必要費は実際に支出された限りで請負人により賠償される旨を説く⁽⁴³⁾。他方、給付に代わる損害賠償額を注文者の給付利益に焦点をあてて算定し、注文者が製作物の瑕疵の除去を断念した場合、注文者は瑕疵のない物と瑕疵のある物の (仮定的な) 価値の差額を請求できるとする⁽⁴⁴⁾。

これらの見解の影響を受け、BGH2018年判決が登場するに至る。

Ⅲ 請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償の否定とその影響

本章では、まず1においてBGH2018年判決の事案と判旨を確認する。その後、2以降では同判決に関する学説の議論状況をみていく。

1 BGH2018年2月22日判決の要旨⁽⁴⁵⁾

(1) 事案の概要

事案は、注文者が請負人や建築家に4階建ての戸建て住宅の周りに敷設された天然石の敷石の瑕疵に基づく損害賠償を求めたというものである。注文者は、2002年、建築家にオープンテラス (Freianlage) の設計及びその監理を注文した。注文者は、2004年には請負人に住宅の内側・外側の天然石やタイルの細工、防水工事の実施を注文した。請負人は、天然石の敷石を下請業者に設置させた。注文者は、2005年にその工作物を引き取った。2007年に天然石の工作の瑕疵が見つかり、その後瑕疵が悪化した。具体的には、敷石の割れ目や剥がれ、漆喰塗料の色落ちの発生や、漆喰の防水性が失われる状態が生じた。

注文者は、第一審において瑕疵除去のために必要な費用として請負人には91,792.58€ 及び利息の前払を、建築家には122,390.11€ 及び利息を請求した。第一審は注文者の請求を認め、請負人らが控訴していたところ、注文者が住宅を売却した。注文者は、請負人に対する前払いの訴えを仮定的な瑕疵除去費用の75%の額に相当する損害賠償へと変更した。原審は、売上税を仮定的な瑕疵除去費用に含まないとする点のみ一審の訴えを変更し、請負人及び建築家は連帯債務者として77,429.21€ 及び利息の支払い義務を負うなどと判断した。注文者が瑕疵の除去を断念したときに損害をどのように算定するのかを判断するために上告が認められた。

(2) 判旨

仮定的損害賠償は、判旨では主に注文者から請負人への請求において問題とされているため、以下ではその部分を中心にみていく。

① 仮定的損害賠償の否定⁽⁴⁶⁾

BGH 第7民事部は、従来判例では、瑕疵ある目的物を保持し、瑕疵を除去しない注文者には損害賠償の二つの方法が認められてきたとする (Rn.26)。一つは、瑕疵を原因とする価値の減少である。これは、

瑕疵のない物の仮定的な価値と瑕疵ある物の実際上の価値の差によって算定される (Rn.27)。注文者は、製作物を「瑕疵の除去を行うことなく売却した場合、瑕疵を理由とする具体的な収益の減少に基づいて損害を算定できる」 (Rn.28)。もう一つは、仮定的な瑕疵除去費用に相当する金額の支払いを求める方法である。そこでは、瑕疵を原因とする価値の差の算定は問題とならない⁽⁴⁷⁾。「仮定的な瑕疵除去費用が注文者の財産の価値の減少額を上回った場合でも不相当性 (BGB251条2項1文⁽⁴⁸⁾) の限界に至るまで」、仮定的な瑕疵除去費用の支払いが認められていた。なぜなら、「製作物の瑕疵それ自体がその除去とは無関係に」損害にあたると理解されていたからである (Rn.30)。

第7民事部は、このような損害概念が2002年の債務法改正以降に締結された請負契約に妥当しない理由を次のように示す (Rn.31)。

「瑕疵除去のために費用を支出していない注文者には、(単に仮定的な)費用の額の財産上の損害が生じていない。注文者の財産は、請負人の瑕疵のない給付と比べてそのような(仮定的な)支出額が減少していない。注文者が瑕疵を除去し、その費用を支払ったときにはじめて支出した費用の財産損害が注文者に生じる」⁽⁴⁹⁾ (Rn.32)。「従来の見解に反して、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害の算定は、瑕疵自体がその費用の額の財産損害になるとの理由から正当化できない。製作物が義務付けられた給付よりも劣った状態にとどまっているため、製作物の瑕疵は単なる給付の不足 (Leistungsdefizit) にすぎない⁽⁵⁰⁾」 (Rn.33)。「仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害の算定は、請負契約の給付の不足を的確に表さない。むしろ、その算定は、過剰補償や一般的な損害賠償法上の原則に基づく正当化されない注文者の利得をたびたびもたらす。なぜなら、瑕疵除去の(仮定的な)費用は、例えば、製作物の種類、瑕疵除去の方法、瑕疵除去への他の専門業者の参入の必要性という様々な事情に左右され、当事者が瑕疵のない製作物を査定して合意した報酬を(例外的な事例だけでなく)明らかに上回るからである。それゆえ、(仮定的な)瑕疵除去費用は、…瑕疵が除去されずに注文者に残っ

た給付の不足やこれによって生じた等価障害 (Äquivalenzstörung) の額を特定するのに適さない」(Rn.34)。

第7民事部は、瑕疵除去が行われていない場合に売上税の賠償を否定したBGH2010年判決等(上記Ⅱ5)との関連でも仮定的な瑕疵除去費用が否定される理由を次のように示す(Rn.35)。当部は、過剰補償を回避しようと試みた「これらの判例を継続し、BGB634条4号・280条・281条に基づく給付に代わる損害賠償の範囲を、注文者が瑕疵除去のために実際に行った処分とより強く一致させることが必要であると考え。このことは、BGB634条の規定概念(Regelungskonzept)に合致する。その概念とは、注文者の給付利益を保護し、その侵害の補償を瑕疵除去が行われているかどうかに向けるものである。それゆえ、仮定的な費用の賠償は、行われていない処分については排除される」(Rn.36)。

②給付に代わる損害賠償の算定方法

第7民事部は、瑕疵を除去していない注文者の損害の算定方法を次のように述べる。注文者には等価関係の障害から財産損害が生じる。その確定及び算定は、給付利益に向けられる(Rn.38,39)。「注文者は、瑕疵を除去しない場合、BGB634条3号・638条⁽⁵¹⁾に基づき侵害された給付利益の調整として報酬の減額を請求できる。この評価は、BGB634条4号・280条・281条に基づく小さな損害賠償の形態での給付に代わる損害賠償請求権の枠組みにおける損害算定に際しても考慮されなければならない。なぜなら、注文者は、損害賠償請求権の選択によって…過失の必要性を考慮すると厳格な要件に服する報酬減額の主張よりも不利な状態に置かれるべきではないからである」(Rn.40)。「それゆえ、その損害は、BGB634条3号・638条にならい、製作物のために合意された報酬に基づき、(除去されていない)瑕疵を理由とする製作物の価値の減少を評価する方法により算定されうる。重要なことは、製作物の瑕疵によって生じた等価関係の障害である」(Rn.41)。

瑕疵を除去しようとする注文者は、BGB634条2号・637条に基づき

原則として前払請求権を有する (Rn.48)。「これらの規定は、請負契約の給付利益の保護が、瑕疵除去の事前支出の不利益及びリスクを取り除くために注文者による前払請求権を必要とすることを明らかにする」(Rn.51)⁽⁵²⁾。

③請負契約への射程の限定

第7民事部は、本判決の射程を次のように示した。第5・8民事部は、売買目的物の瑕疵を理由とする「BGB437条3号・280条・281条の損害賠償について、(2002年1月1日の売買における追完請求権の導入以来)買主は、瑕疵の除去とは関係なく、小さな損害賠償の枠組みで賠償される損害を瑕疵除去費用に基づき算定しようと考えた」。その際、「民事部は、請負契約について仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を認めた従来の判例を適用した」(Rn.69)。「そのことは、第5・8民事部に上述の検討を考慮した上で判例を維持しようとするのか照会したり、民事部大法廷に法的問題を付託 (Vorlage) するきっかけとはならない。当部の判例変更は、請負契約の特殊性に基づくものであるからである。その特殊性は、売買契約について従来の見解を維持しようとする場合にも、請負契約の給付に代わる損害賠償の算定を他の方法で行うことを正当化することになるだろう」(Rn.70)。「一方では、多くの事例で経験的に示されているように、注文者の損害の重大な過剰補償の危険は、買主の損害に関する売買契約よりも請負契約では一層大きい。請負契約では、通常は製作物の瑕疵を除去する場合に比べてより安い費用で新しい製作物を作る可能性がそもそも事実上存在しないからである」(Rn.71)。他方では、注文者に賠償金の用途の自由を認めるために瑕疵除去費用を認める必要はない。瑕疵を除去しようとする注文者は、BGB637条3項の前払請求権によって保護される (Rn.72)。

(3) 判決の要点

上記判決は、次のようにまとめられる。ア) 瑕疵を除去していない

注文者には仮定的な瑕疵除去費用相当額の損害が生じていない。イ) 製作物の瑕疵は単なる給付の不足に過ぎず、仮定的な瑕疵除去費用が給付の不足を示すものではない。給付に代わる損害賠償額は、等価関係の障害を考慮して瑕疵ある物の価値の減少額に基づき算定される。ウ) 仮定的な瑕疵除去費用の賠償は、注文者への過剰補償となる。ア)～ウ) は、Knütel や Halfmeier の見解に影響を受けたものとみられる⁽⁵³⁾。さらに、エ) 請負契約では注文者の前払請求権によってその給付利益が保護される旨も説かれる。最後に、本判決は、オ) 請負契約では売買契約以上の過剰補償の危険が生じるという請負契約の特殊性を理由に、その射程が請負契約に限定されたとした。

学説では本判決の賛否や射程に関して論争が繰り広げられることになる。次に、これらの学説を確認していく。

2 BGH2018年判決に関する学説の反応

(1) 判決に肯定的な立場（仮定的損害賠償の否定）

BGH2018年判決に賛成する立場は、主に以下の論拠をあげる。

第1に、判決を肯定する見解は、実際に支出した費用を損害とみる。Popescu は、「製作物の瑕疵がそれ自体注文者の損害を表さない」とするBGH2018年判決の判旨を妥当と評価する。その上で、損害賠償の根拠とされるBGB280条が定める義務違反の概念は、「損害をもたらす有責な行為にすぎず」、まだ支出していない瑕疵除去費用を同条に基づいて賠償する余地はないと説く⁽⁵⁴⁾。第7民事部元裁判官のKniffkaも、瑕疵除去費用が支出されていない限り損害がないため、被害者は損害賠償金に関する用途の自由を有しないとみる⁽⁵⁵⁾。このように瑕疵除去に要した実際の支出額を損害とみる立場は、BGH2018年判決を、「2002年の損害賠償法の変更が実務に委ねた損害法の具体化や発展」に寄与するものと好意的に評価する⁽⁵⁶⁾。

第2に、第1の損害の理解を前提に過剰補償の危険からBGH2018年判決を支持する見解がある。学説では、同判決の根拠は請負契約の特

殊性ではなく、「被害者の利得や過剰補償をもたらしてはならないという損害賠償法の一般的な原則」にあるとの分析がみられる⁽⁵⁷⁾。Pickerは、この分析に基づき、「賠償義務者はもっぱら価値賠償のみを義務づけられているにもかかわらず、不完全履行により直接生じる財産の減少に基づく算定以上に高い負担を負うことになる理由が明らかでない」⁽⁵⁸⁾と主張する。Mäschも、「仮定的な瑕疵除去費用は報酬を明らかに上回るため、その費用は注文者の過剰補償につながることが多い」と指摘する⁽⁵⁹⁾。また、この結果はBGH2018年判決の事案と異なり、「注文者が製作物を再売却せず、製作物を保持しつつ、瑕疵を除去しようとしていない場合にも妥当する」という⁽⁶⁰⁾。さらに、Kniffkaは、個々の事例では仮定的な瑕疵除去費用に基づく算定が困難な場合があると捉える。その上で、その費用が高額となった場合でも事後的な修正は不可能であるため、瑕疵が実際に除去されていない場合には過剰補償を生じさせると理解する⁽⁶¹⁾。

第3に、瑕疵を除去しようとする注文者には費用前払請求権が認められる。Kniffkaによれば、注文者は損害賠償を選択した後でも前払請求権を主張しうるところ、この請求権によって注文者の給付利益が十分に確保されると指摘する⁽⁶²⁾。

(2) 判決に否定的な立場（仮定的損害賠償の肯定）

学説では、BGH2018年判決に以下のような批判もみられる。

第1に、損害の捉え方や結果の妥当性に対する問題である。例えば、Petersは、瑕疵の除去がなければ注文者に損害が生じないとする本判決の理解に疑問を示す⁽⁶³⁾。その見解は、注文者は、瑕疵のない状態の製作物の価値に基づき算定された完全な報酬を支払っているのに瑕疵ある状態の製作物を有したまま暮らすという不利益を被っているという。そして、自然石の瑕疵により「特別な目の保養（目を楽しませてくれる）」という目的が達成できなくなっていることは本来の損害にあたる」と説く。この見解は、仮定的損害賠償が本来の損害を賠償するた

めに、過剰補償にあたらぬとの立場に立っていると見えよう。Schwenker も同様の損害の理解を前提に、BGH2018年判決による注文者の請求権の縮減は請負人に利益をもたらすが、履行と追完の2回の契約不正義を働いた請負人は特に保護に値しないと主張する⁽⁶⁴⁾。その見解は、同判決によれば、請負人が設定された追完期間を何もせずに徒過すると注文者が瑕疵の除去を自分自身で取り除く状況に追い込まれるとみた上で、なぜ注文者がこうした努力を強制されなければならないのかとの疑問を示す⁽⁶⁵⁾。

第2に、債務法改正の立法者意思からの批判である。Peters は、次のように説明する。債務法改正前のBGB旧280条は債務不履行によって生じた損害賠償を規定していた。同条では、損害賠償金を他の使途に使用することも債権者の自由に委ねられていた⁽⁶⁶⁾。債務法改正はBGB280条に義務違反の概念を設け、BGB281条では給付に代わる損害賠償の規定を新設した。しかし、改正では実質的な変更が意図されていない。つまり、債務法改正後も損害賠償金の使途の限定はなく、その額は給付に必要な額で認められる点で債権者に好意的な制度が設計されている。それにもかかわらず、この賠償が認められないことは債権者が契約に基づき与えられた履行に対する利益を失うことをもたらすと説く⁽⁶⁷⁾。この見解は、第1の損害の理解が債務法改正後も維持されていることを示すとともに、売買契約及び請負契約ともに仮定的損害賠償を認めることをも意図したものとみられる。

第3に、こうした統一的な扱いを志向する立場は、BGH2018年判決が「請負契約の特殊性」を理由に売買契約と請負契約で異なる扱いをしたことにも疑問を投げかける。例えば、Seibel は、本判決の核心が一般的な損害賠償法の過剰補償の禁止にあると考える。そのため、「請負契約の特殊性」からは、請負契約と仮定的な瑕疵除去費用が認められる売買契約・住居所有権法・不法行為（自動車事故法）とで異なる扱いがされる理由を正当化できず⁽⁶⁸⁾、その用語は「民事部大法廷での審議を避けるための空想」(Märchen) にすぎないと批判する⁽⁶⁹⁾。Seibel は、

法領域ごとの異なる帰結が法的不安定をもたらすことも考慮し、Siegen 地方裁判所の建築部の部長として本判決に従うことはできないと批判する⁽⁷⁰⁾。学説では、そもそも「請負契約の特殊性」の概念自体が不明確であるとの批判もみられる⁽⁷¹⁾。

第4に、瑕疵のある物の市場価格の算定方法が抱える実用的な問題点も指摘される。この指摘の端緒となるのが Weyer の見解である。Weyer は、BGH2018年判決以前に Halfmeier の見解（II 5 参照）を批判し、瑕疵のある物とない物との市場価値の差額を通じて瑕疵に基づく物の減少額を算定することは極めて困難であるとの見解を示した。その見解では、BGH の過去の判例でも、瑕疵ある建物の市場での減少額につき裁判所が入手した鑑定書から最低限の損害額すら見積もることができなかったことが指摘されていた⁽⁷²⁾。学説では、BGH2018年判決が Weyer の反論に全く言及しない一方、Halfmeier の見解を参照した点が批判されている。こうした批判を述べる Schwenker は、Weyer の主張を参照し、「瑕疵が除去されていない場合の損害賠償に関する訴訟における価値の差額の決定は、瑕疵除去費用を確定するこれまでの方法よりも容易でなく、「この種の訴訟が長引き、コストも高くなる」との懸念も示す⁽⁷³⁾。

(3) 不相当な仮定的な瑕疵除去費用の制限

BGH2018年判決を批判的にみる見解の中には、仮定的な瑕疵除去費用に対する請負人の不利益にも配慮する試みが提示されている。例えば、Weingart は、仮定的な瑕疵除去費用が不相当（Unverhältnismäßigkeit）となる場合、請負人が BGB635条3項⁽⁷⁴⁾の抗弁を提起し、原状回復に代わる BGB251条2項の代用権（Ersetzungsbefugnis⁽⁷⁵⁾）を主張できるという⁽⁷⁶⁾。この主張が認められると、損害賠償は瑕疵のある財産と瑕疵のない財産との差額の金銭賠償に限定されるとする。Seibel も仮定的な瑕疵除去費用を否定する結論が仮にあるとしても、それは BGB242条の信義則を介して実現されうるとの主張を述べる⁽⁷⁷⁾。

3 売買契約への影響

(1) BGH2018年判決の射程が売買契約に及ぶとみる見解

上記2の論拠は、BGH2018年判決の射程に関わる。学説では、同判決が理由とする「過剰補償」の禁止によれば、その射程は売買契約にも及ぶとの見解がみられる。例えば、Heinemeyerは、過剰補償の危険に関する論証の背後には「損害賠償の算定を具体的な損害とより強く一致させる」立法者の考えがあり、この考えは請負契約に限定されないとする⁽⁷⁸⁾。さらに、Mäschも請負契約の過剰補償の危険を認めた上で、売買契約でも過剰補償が生じうるため仮定的損害賠償が否定されるべきと主張する⁽⁷⁹⁾。

次に、売買契約と請負契約の内容上の同一性からBGH2018年判決の射程が売買契約に及ぶとの見解がある。Heinemeyerによれば、債務法改正以来、両契約類型が大幅に接近し、売主と請負人の追完義務を同一視しうる部分があるとする。例えば、2018年1月1日の法改正により、売主は、BGB439条3項に基づき請負契約の要素と同様の取付し及び取外しも義務付けられる⁽⁸⁰⁾。そのため、両契約の内容上の同一性から売買でも仮定的損害賠償が否定される旨を説く⁽⁸¹⁾。

(2) BGH2018年判決の射程を限定的に捉える見解

(1)に対して、BGH2018年判決に賛成の立場をとりつつ、その射程を限定的に解する見解がある。例えば、Kniffkaは、「請負契約の特殊性」を根拠とするため、同判決が民事部大法廷への付託を見送ったことを正当と評価する⁽⁸²⁾。

一方、そもそもBGH2018年判決を批判する見解は、売買契約と請負契約の差異を問わず仮定的損害賠償が認められるとし、同判決の射程が売買契約に及ぶことも否定する⁽⁸³⁾。

このほかに売買と請負との違いに着目した見解として、Ulrichは、売買契約では買主に費用前払請求権が認められないことを指摘する。そのため、仮定的損害賠償が認められないならば買主は瑕疵除去のた

めに相当な費用を支出しなければならず、不利に扱われるとする⁽⁸⁴⁾。

それでは、BGHは売買契約においていかなる判断を下したのか。

IV 売買契約の給付に代わる仮定的損害賠償の肯定

1 BGH2020年3月13日決定以前の判例の状況

BGH2020年3月13日決定は、BGH2018年判決が売買契約にも影響を及ぼすかどうかについて注目すべき判断を下した（以下、「BGH2020年3月決定」と称する）。この決定では、債務法改正後から同決定が登場する前までに登場した売買の追完に代わる損害賠償の判例に言及している。そこで、まずこの判例を一瞥する。

ドイツ債務法改正後の売買契約の判例は、BGH2018年判決までの請負契約の判例を踏襲し、瑕疵の除去の有無を問わず、買主に瑕疵除去費用相当額の賠償が認められるとの判断を示していた。

BGH2012年6月15日判決は、買主が不動産（1920年築の家屋及びその敷地）を転売目的で購入したが、居住者の退去後に雨漏りによる損傷が発覚したため、売主に瑕疵除去費用（35,000€）を請求した事案である。買主は、瑕疵を除去せずに133,000€で当該不動産を売却した。同判決は、「買主は売主に契約に適合した瑕疵のない状態の回復を要求することができるため、賠償されるべき損害を瑕疵除去費用に基づき算定することができる。この請求権は、瑕疵が除去されていない場合でも不動産を売却した場合でも存在する。このことは、連邦通常裁判所の請負契約の追完請求権に関して認められている。同一の内容であるBGB433条・439条に基づく売買における追完請求権にとっても異なる⁽⁸⁵⁾」と判示した。

上記BGH2012年判決は、BGH2014年4月4日判決⁽⁸⁶⁾に引き継がれた。BGH2014年判決の事案は、買主が売主からアパート及び土地を260,000€で購入したが、引渡後にアパートの屋根にナミダタケが生え、木材が腐食していることが判明したため、当該瑕疵の除去費用を売主に求めたというものである。2007年の判決で売主には89,129.86€の改

修費用などの支払いが命じられたが、その後、買主は改修費用や専門家の鑑定費用など合わせてさらに499,728.86€の費用の発生が予想されるとして当該損害の賠償等を売主に求めた。同判決は、「買主は、小さな損害賠償の枠組みにおける瑕疵を原因とする価値の減少額の調整又は瑕疵除去費用の賠償を請求できる」と示した (Rn.33)。その上で、買主に瑕疵の除去費用相当額の賠償請求権が認められる場合でも、瑕疵の除去費用が売主にとって不相当である場合には、BGB251条2項1文を準用して損害賠償請求権が瑕疵を原因とする売買目的物の価値の減少額に制限されるとした (Rn.36)⁽⁸⁷⁾。具体的には、BGB439条3項(現4項⁽⁸⁸⁾)の追完拒絶の規定に基づき、瑕疵除去費用が瑕疵のない状態における不動産の流通価格又は瑕疵を原因とする減少価格の200%を上回る場合に不相当と評価された (Rn.39,41)。こうした追完拒絶が認められるのは、買主が売主に不相当な費用を負わせることが、BGB251条2項・439条4項に刻印された信義誠実の原則に矛盾することになるからである⁽⁸⁹⁾。

以上の通り、債務法改正後の判例は、買主に仮定的な瑕疵除去費用の請求を認める一方、不相当な費用に直面した売主の不利益に対応していた。これらの判例を踏まえ、BGH2020年3月13日決定をみていく。

2 BGH2020年3月13日決定の要旨

(1) 事案の概要

買主は、2014年2月に締結された売買契約により売主から79,800€の価格で住居(区分所有建物)を購入した。契約書には次の条項が含まれていた。

「売主は、過去に寝室の壁に湿気 (Feuchtigkeit) が生じていたことを認識していた。2015年末までに新たに寝室に湿気が生じた場合には、売主の費用での除去が義務付けられる」。

住居の引渡し後、2014年の終わりに寝室に湿気が生じた。買主は期間を設定して売主にその除去を求めたが、期間が徒過した。区分所有

権者は、共有部分に関わる限りで買主に損害の除去の権限を与えた。買主は、売上税を除いて予想される瑕疵除去費用12,312.90€等の支払いを売主に求めるとともに、今後生じる損害についても売主が賠償義務を負う旨の確認の訴えを提起した。

第1審は、売主が7,972.68€の支払い義務や今後生じる損害の賠償義務を負う旨を認めた。原審も売主は湿気の損害の除去に関して売買契約上の物の瑕疵責任を負っており、BGB437条3号・280条・281条に基づく給付に代わる損害賠償を支払う義務があるとした。これに対して売主が上告をした。

(2) BGH 第5民事部の判旨⁽⁹⁰⁾

①給付に代わる小さな損害賠償の算定の根拠⁽⁹¹⁾

「売買に関する第5民事部は、第7民事部に同調せず、従来の判例を維持することを望む。しかし、第7民事部が判例変更の拠り所とした理由によってこのことが妨げられる」と考える (Rn.10)。第5民事部は、まず給付に代わる小さな損害賠償を算定するための3つの方法の妥当性を検討する。第1にBGB249条ないし251条の規定、第2に個々の債務関係に関連する債務法各論の規定、第3にBGB280条以下の一般的な給付障害法の規定を介した方法である (Rn.11)。

まず第1の方法につき、BGHは、次のように判示した。両民事部は、「BGB249条の規定を援用しても法的問題を解決できないという点で一致する。このことは一部では異なって理解されているが⁽⁹²⁾、その見解は的確ではない」(Rn.12)。「BGB249条以下の規定は一般的に損害賠償請求権に適用され」、「特に不可侵性利益の調整を定める。その一方、BGB281条1項に基づく給付に代わる損害賠償は、等価利益の調整に資する」(Rn.13)。BGB249条以下の規定から給付に代わる損害賠償がどのように算定されるのかは明らかではない (Rn.14ff)。

次に、BGHは第2と第3の方法を検討し、後者の妥当性を示した。確かに、「第7民事部は法的問題を表面上は債務法各論に固定化してい

る（「BGB634条の規定概念」「請負契約法の特別性」）。しかし、「内容面では特別な請負契約法の規定はほとんど根拠とされず、むしろ根拠とされているのは損害概念や過剰補償の危険に関する一般化可能な考察である」。「本質的な核心において関わるのは一般的な給付障害法、すなわち BGB280条・281条の解釈である」（Rn.19）。それらの規定は、「給付に代わる売買法上の損害賠償請求権の算定にとって重要である。つまり物又は権利の瑕疵に関する買主や製作物の注文者の権利は、解除や損害賠償に関して債務法改正以来、一般的な給付障害法では統一化され、補充的に債務法各論の規定で定められる」。BGB437条3号・634条4号は、損害賠償に関する独自の規定ではない。「両規定は、特に BGB281条によって補充される BGB280条の中心的な責任の要件を参照する⁽⁹³⁾。売買契約及び請負契約における給付に代わる損害賠償請求権にとっての本来の根拠は、BGB280条・281条」にある（Rn.20）。

②債務法改正の立法者意思からみる請負契約の特殊性・重大な過剰補償の否定

第5民事部は、「少なくとも判例変更は、従来の第7民事部によって与えられた理由に基づくと請負契約に限定できない」とする（Rn.23）。その理由は、以下の通りである。

第5民事部の観点からは、第7民事部の2つの論拠は確固たるものとはいえない。そのことは、第1に「請負契約の特殊性」に妥当する（Rn.24）。「BGB634条からは、瑕疵除去が実際に行われているかどうかにより補償を一致させる（つまり BGB437条から相違する）独自の規定概念」が取り出されない。「BGB437条及びその規定を模した⁽⁹⁴⁾BGB634条は、一般的に（全ての契約法に統一的な）給付障害法を参照する『参照規範』の意味において、存在している瑕疵担保権を挙げる」ととどまるからである。「売買契約法と請負契約法との同時並行（Gleichlauf）が債務法改正の明確な目的であり、そのために BGB634条は BGB437条を模して作られた。瑕疵のない物の請求やそれと結びつく追完請求権の導入

は、一方では売買契約と請負契約を大幅に近づけ、他方では製作物の瑕疵についての請負人の責任を新たな売買の物の瑕疵責任に合わせた⁽⁹⁵⁾。それに応じて、第7民事部も BGB439条に基づく売買契約の追完請求権を請負契約の追完請求権と内容上同一のものと考えた。履行（追完）請求権に代わって生じる給付（Leistung）に代わる損害賠償請求権についても異なることが妥当しない」（Rn.25）⁽⁹⁶⁾。

次に、請負契約の「重大な過剰補償」の危険が売買契約よりも強く生じうるとする第7民事部の第2の根拠も正当化できないという。「ここで問題となるのは、『法政策的な考慮』である。過剰補償の危険が経験上裏付けられている」ことには疑問がある。「例えば、建設した施工者からの区分所有建物の購入は、住居が建築後3年後に売却されたり、賃貸されたりした場合、売買法に基づいて判断される。時的限度を超えることが『過剰補償』の危険を変えてはならないであろう。債務法改正の立法者は、まさに比較的新しい不動産の売却に関して請負契約と売買契約の分類をなくそうとしていた⁽⁹⁷⁾」からである（Rn.27）。

③買主の給付利益の反映

第5民事部は、仮定的損害賠償を肯定する理由を示す前に、判例変更がいかなる場合に正当化されるのかという一般論を示す。

「第7民事部の根拠は請負契約に限定されず、他の債務法各論の契約類型に転用されうる。このことは全く支配的な見解」である（Rn.28）。この観点は、判例の統一性のために民事部の判例の一致が必要であるということを支持する（Rn.29）。「出発点において確定判例の変更に關して連邦通常裁判所には限界がある」（Rn.30）。「確定された最高裁の判例によって時間をかけて形成されたより古い法規定を解釈する事例では、法的安定性や信頼保護が前面に押し出され、一度採られた法発展への固執が一般的には要求される。判例の連続性への相違は、明確で支配的な理由又はそれ自体説得的な理由が述べられる場合のみ例外的に受け入れられうる」（Rn.31）。「この大前提はここでも遵守されねばな

らない。なぜなら、数十年認められてきた予想される瑕疵除去費用に基づく（旧635条の）請負契約の小さな損害賠償の算定は、売買上の追完請求権の導入後に第5・8民事部によって共有されており、長年の統一的な判例が形成されてきたからである」（Rn.32）。それゆえ、「判例の連続性からの相違は、それを支える明確かつ支配的な理由又はそれ自体説得的な理由があるかどうかによってははからなければならない」（Rn.33）。

第5民事部は、こうした一般論を述べた上で、仮定的な瑕疵除去費用が買主の給付利益を反映することを以下のように詳述する。

「BGB280条・281条と結びつく BGB437条3号に基づく損害賠償が『給付⁽⁹⁸⁾に代わって』認められることから、債権者は、債務者が契約に適合した給付をしたならば経済的に存在した状態を請求できる。積極的利益の確定のための重要な基準点となるのが追完請求権である」。売買法上の履行請求権と異なり、「追完請求権の対象は、修補又は瑕疵のない代物給付による瑕疵なき状態の確立である。したがって、損害賠償は、（まだ行われていない）代物給付又は修補費用に基づき算定される。これらの費用は、実際に支出されているかどうかを問題とせずに瑕疵除去費用によつて的確に表現される。なぜなら、瑕疵除去費用は、損害賠償請求の時点で買主の貸借対照（Vermögensbilanz）では借方に記載されているからである⁽⁹⁹⁾」。「第7民事部は、請求権の根拠として義務違反（物の瑕疵）に照準を合わせる。…売買契約では追完が基準となる。売主は追完を優先的に義務付けられており、損害賠償請求権が追完の未履行を補償する」（Rn.34）。さらに、「瑕疵による物の価値の減少額が買主の給付利益を常に的確に反映しているわけではないことから瑕疵除去費用に基づく損害の算定が相応しい。例えば、購入した自動車が注文した緑色ではなく売れ行きの良い色で給付された場合、その物の瑕疵は市場価値を下げず、むしろ上げることになる。自動車の価値の減少は生じていないが、買主は反対給付を与えたのに注文した給付を受け取れない。売主が修補（新たな塗装）をしない場合、買主

が得られない給付の価値は、実際に支出されたかどうかを問題とすることなく、修補に必要な費用に基づき算定されうる。代物調達費用又は瑕疵除去費用は、等価関係、つまり売買価格の代価として義務付けられた等価物を受け取るという買主の利益を的確に反映する」(Rn.35)。

④債務法改正の立法者意思からみる売主の責任（追完義務）の強化

第5民事部は、仮定的損害賠償を肯定することが「債務法改正の立法者の理解にも合致する」点も指摘する(Rn.36)。立法理由では、「給付が不足している(100本のワインを購入したが90本であった)場合の損害賠償が、瑕疵のある給付(欠陥のあるナビのついた車)と同様に代物給付費用に基づき算定されること⁽¹⁰⁰⁾を参照する。したがって、立法者は、売買契約と請負契約を一致させる際に、当時の請負契約に関して確立された判例に従って、瑕疵がすでに除去されているかどうか、買主が瑕疵の除去を意図しているかどうかを重視しなかった。立法者は損害の算定に関連する変更を考慮せず、行ってもいない。反対に、債務法改正の全体的な構想は、内容的には従来判例の上に築かれたものである」(Rn.37,38)。

第5民事部によれば、債務法改正の核心的な目的は、「BGB280条以下の『義務違反』の統一的な責任体系を伴った全ての契約類型のための給付障害法の創設」にある。第2の「『重要な構造上のメルクマール』は、期間の設定の必要性を通じて確保された履行請求権の優位である⁽¹⁰¹⁾。物の瑕疵は追完によって除去され、二次的に解除、代金減額又は損害賠償によって調整される。…売主は、追完が不相当な費用と結びつく場合にのみ当該追完を拒絶できる。このような方法で、契約上合意された給付義務が可能な限り貫徹されるべきである(合意は守られなければならない)(Rn.39)」。しかし、第7民事部の新たな判例を踏襲すると、「優先的な追完請求権の導入によって約束された給付を取得させ、売主の責任を強化するという目的が妨げられることになってしまう」。つまり、「小さな損害賠償請求権が、瑕疵を原因とする価値の減

少額又は実際に支出した費用に限定されるならば」、追完を行わないという動機 (Anreiz) を売主に与えることになる。「債務法改正の構想に基づくと、給付に代わる損害賠償を求める請求は、物の価値の減少だけを埋め合わせるものではなく、不成功に終わった履行結果を補償する。瑕疵除去費用の賠償可能性を通じて、履行請求権の優位が損害賠償法に転化 (umsetzen) される」 (Rn.40)。

⑤買主の事前支出の不利益の回避

さらに、第5民事部は、仮定的損害賠償が否定されると、物の買主が瑕疵除去費用を事前支出しなければならないとの問題点を示す (Rn.41)。買主は、注文者と異なって前払請求権を有さない。それゆえ、「売主が課せられた義務を果たさないならば、買主は事前支出と結びつく重大な経済的な不利益を負担しなければならない」。しかし、「不動産の買主は、売買代金の支出のほかに瑕疵除去費用を立て替えられる」状態にはない。「BGB637条3項で規定されているような前払請求権を伴った自己修補権が売買では存在しないために、買主が事前支出を強制される」という (Rn.42)⁽¹⁰²⁾。

この判旨に続き、第5民事部は、損害賠償請求権と前払請求権との違いも述べる。給付とともにする又は給付に代わる損害賠償請求権は、被害者による用途を定めていない。そのことは「物の損害についてドイツの損害賠償で認められている原則」である。売買契約においてBGB437条3号・280条・281条1項に基づき前払請求権を認めることは、「立法者が自覚的な判断で前払請求権とともに自己修補権の導入を見送ったことと矛盾する」とみる (Rn.44)。

⑥過剰補償の否定と買主の処分自由

第5民事部は、②に加えて、従来の判例が売買における過剰補償を生じさせることも認められないとする (Rn.45)。そのことを説明するために、仮定的な瑕疵除去費用の概念や⑤の買主の事前支出の不利益の

回避、買主の目的物の処分の自由について次のように判示する。

「『仮定的な』瑕疵除去費用の概念は、存在していない損害が賠償されなければならないという趣旨で誤って理解されてはならない。それは、出発点として誤っている。なぜなら、給付と反対給付との関係が妨げられているからである。仮定とは、単に追完の形態でなされていない給付の評価にすぎない。通常の事例では、従来判例は不相当な結果をもたらさない。なぜなら、買主は瑕疵除去の事前支出を回避しようとするからである」。さらに、「買主が瑕疵の除去を後の時点に延期したいという他の正当な理由もある。買主が瑕疵除去を全く行わないという判断は、買主の処分の自由 (Dispositionsfreiheit) により保障される。買主は瑕疵とともに共存しても良いし、給付の価値を他に使用しても良い⁽¹⁰³⁾」 (Rn.46)。

続いて第5民事部は、実用性の観点から「瑕疵による価値の減少額の算定はしばしば困難」であることも指摘する。それに対して、「瑕疵除去費用に基づく損害賠償は比較的信頼するに足り、かつ算定が予見可能である。損害算定はかなり軽減され、当事者にとって予見できるように形成される」という (Rn.47)。

第5民事部は、上記の買主の処分の自由を踏まえて、買主が瑕疵のある物を損害賠償請求の訴訟中に売却した場合でも仮定的損害賠償が認められるとする。「確かに、そのような場合には、損害が売却と同時になくなることも想定される。しかし、従来判例は損害賠償請求権が物の売却後にも継続するとしていた」。その判例は、賛否両論を検討した上で最終的には次の論拠を正当と考えた。それは、物を売却したことが特に契約違反の当事者の利益になってはならず、長期にわたる訴訟の間に物の売却が阻止されてはならないという論拠である (Rn.48)⁽¹⁰⁴⁾⁽¹⁰⁵⁾。

3 小括

本決定の要点は、次の通りである。ア) 給付に代わる損害賠償の根拠は、給付障害法一般の損害賠償請求を定めた BGB280条・281条にあ

る。イ) 売買契約と請負契約との同一性を志向する債務法改正の立法者意思によれば、BGH2018年判決が論拠とする「請負契約の特殊性」につき、BGB634条から損害賠償の範囲を瑕疵除去のための行為に合わせる考えを見出せない。請負契約における重大な過剰補償は経験的に裏付けられておらず、むしろ債務法改正の立法者の考えとは一致しない。ア) とイ) は、売買契約と請負契約で統一的な解釈がとられることを正当化する根拠といえる。

それでは、仮定的損害賠償を肯定する理由は何か。その理由は、まず、ウ) 追完に必要な費用を基準として給付に代わる損害賠償額を算定することが、義務付けられた等価物を受け取るという買主の給付利益を的確に反映できるためである。そのことは、エ) 債務法改正の立法者意思によっても裏付けられる。本決定によれば、立法者は瑕疵の除去が行われたかどうかを考慮しておらず、損害算定に関する従来判例からの変更も意図していないという。さらに、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定は、オ) 前払請求権を有さない買主の事前支出のリスクの回避に必要である。実用的な観点からは、カ) その損害算定が物の価値の減少額に基づく算定よりも容易である点も指摘される。以上の理由から仮定的損害賠償が認められるところ、この結論は、キ) 買主が瑕疵のある物を損害賠償請求の訴訟中に売却した場合にも異なる。なぜなら、債権者が瑕疵ある物を売却したことによって損害賠償請求権がなくなるとすれば、一方では債務者の利益となり、他方では物を売却する債権者の処分の自由も害されるからである。

以上のア) ～カ) は、BGH2018年判決を批判する学説と共通する。Peters〔Ⅲ 2(2)〕もア) 仮定的損害賠償の根拠をBGB280条以下に求め、この賠償がウ) 債権者の利益を満足させるために必要であると考えた。その主張を正当化する根拠として、エ) 債務法改正の立法者意思を指摘していた。イ) 「請負契約の特殊性」の否定は、Seibel〔Ⅲ 2(2)〕の批判と重なる。オ) 債権者による事前支出のリスクは、Schwenker〔Ⅲ 2(2)〕やUlrich〔Ⅲ 3(2)〕から指摘されていた。カ) 瑕疵ある物の市

場価格の算定の問題も学説〔Ⅲ 2(2)〕の指摘と重なる。さらに、キ)債権者の瑕疵ある物の処分の自由は、BGH2018年判決前の請負契約の判例〔Ⅱ 2〕と同様の理解である。これらの共通点からすると、本決定は、BGH2018年判決までの請負契約の判例や同判決に否定的な学説の影響を受けたものといえよう。

第5民事部は、第7民事部にBGH2018年判決を維持するかどうかを照会した。これを受けて、第7民事部はBGB2020年10月8日(以下、「BGH2020年10月決定」とする)に再度判断を下した。学説の中にはBGH2020年3月決定と10月決定を対比させて、その当否を論じているものがある。そこで、学説の反応は、次章にてBGH2020年10月決定の内容を紹介した後でみていくこととする。

V 請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償の再否定と学説の反応

1 BGH2020年10月8日決定の要旨⁽¹⁰⁶⁾

第5民事部の照会は、BGH2020年3月決定の事案に基づくものである。この照会に対し、BGH2020年10月決定は、以下の判旨の通り、「請負契約において、BGB634条4号・280条・281条1項に基づく給付に代わる損害賠償(小さな損害賠償)はまだ支出されていない仮定的な瑕疵除去費用に基づいて算定できない」(Rn.18)と示した。

①給付に代わる損害賠償請求権の算定方法

BGHは、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の方法が認められない理由として以下の5つを指摘する。

第1に、BGB280条・281条の対象と文言である。「仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定は、同条の一般的な規定を通じて全ての契約類型のために定められていない」。同条の文言は、契約に適合しない給付がなされた場合の損害がどのような方法で算定されるのかを明らかにしていない(Rn.20)⁽¹⁰⁷⁾。

第2に、法律関係の多様性を考慮した損害算定の必要性和過剰補償の発生である。売買契約と請負契約において「追完請求権が規定されていることを考慮しても、BGB280条・281条からは、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定が導かれない。そのような損害算定が全ての契約類型の特殊性を考慮せずに統一的に生じることを推論できない」。このことを明確にするのは、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の第5民事部の根拠である。すなわち、「第5民事部は、最終的にはBGB280条・281条の一般的な規定からではなく、売買の追完請求権及びそれを超える売買上特徴づけられる評価、例えば買主の前払いの危険の問題から根拠づけている。少なくとも請負契約法では第5民事部の見解を共有できない」(Rn.23)。

判例により形成されてきた二元的な損害概念は、「一方では仮定の差額を含み、他方では信義則によって特徴づけられる規範的な評価を含む。その評価によれば、一般的な原則のほかに各契約類型の特質を考慮した損害賠償法上の評価が必要である」。判例で問題とされてきた「法律関係の多様性を考慮すると、財産損害の算定を一般的に又は給付に代わる損害賠償(小さな損害賠償)に関して、それぞれの規範的評価を顧慮せずに全ての法領域を統一的に扱うことは」できない。「ドイツ民法典の立法者は、損害概念の法的な定義を自覚的に行わなかった。なぜなら、全てのケースの起こりうる面や疑わしい面に対応するような定義を行うことができなかったからである。損害概念に並行して現れる問題の解決を学説や実務に委ねたのであろう。こうした立法者の控えめな態度は、債務法改正後も維持されている」(Rn.25)。

「第5民事部と第7民事部は、給付に瑕疵がある場合の給付に代わる損害賠償(小さな損害賠償)の枠組みでは、財産損害の算定が債権者の給付利益に向けられるという点では一致する」(Rn.26)。「注文者は瑕疵を除去した場合、BGB634条4号・280条・281条に基づき支出した費用を財産損害として主張できる」(Rn.28)。「しかし、債権者が自ら給付結果をもたらす方法で給付利益を守らなかった場合、どのような理由か

ら BGB280条・281条により一般的に仮定的な瑕疵除去費用に基づく財産損害の算定が必要とされるのかを認識できない」。同条の義務違反の結果、「注文者が瑕疵のない製作物に代わって瑕疵ある製作物を保持している」という結果が、少なくとも請負契約法では財産損害の算定の正当な基準となる⁽¹⁰⁸⁾。「債権者は、一般的な損害賠償法上の原則に基づき、債務者が契約を合意通りに履行したならば存在したのと同様の経済的な地位を要求できる。それに基づいて契約通りでない履行（追完）によって生じた事実上の財産状態は、契約通りの履行（追完）の場合の仮定的な財産状態と比較されうる」。「財産比較の方法で確定される差額を超える仮定的な瑕疵除去費用を認めることは、瑕疵のある製作物に基づき生じた財産損害を超える金額が『賠償』される結果となる。このことは、損害賠償法上の過剰補償の原則——詳しく言えば利得禁止にあたる」（Rn.29）。「瑕疵による価値の差額が存在していない場合、財産の比較が債権者の給付利益を的確に反映しないと第5民事部の補充的な指摘も異なる結果をもたらさない。逆に、過剰補償を生じる仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定は正当化されない」（Rn.31）。「請負契約法では、BGB634条2号・637条3項に関する前払請求権」がある。そのため、「瑕疵除去を行おうとする注文者を保護するために仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の必要がなく、注文者の過剰補償が正当化されない」（Rn.32）。

第3に、注文者の損害賠償金の用途の自由からも仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定は認められない。この原則は、「請求される損害が存在することを前提としている」からである（Rn.33）。

第4に、債務法改正の立法理由からも仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を正当化できない。「立法資料には損害賠償の評価に関する付随的な記述がある」にすぎない（Rn.34）。「仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定に関する第7民事部の旧判例は立法資料には記載されていない」。立法者が仮に旧法の判例を承認していたとしても「そのことはBGB280条・281条の文言に表れていない」（Rn.35）。「立法者が給

付に代わる損害賠償の算定に関する法律上の規定を設けていないことは、立法上の控え目な態度に対応しており、法律関係の多様性を考慮していると理解できる」(Rn.36)。

第5に、第5民事部と異なり、BGH2018年判決の判例変更が追完を行わないという動機を請負人に与えることにならない。なぜなら、「追完が未履行の場合に注文者は義務付けられた状態を自己で実現することで価値の減少をはるかに上回る瑕疵除去費用の賠償を要求することが正当化される」からである。さらに、「請負契約上のリスク分配に基づくと、BGB635条3項の追完の不相当性や損害賠償の枠組みでの瑕疵除去費用に関する不相当性がほとんど例外的な事例にしか生じないことからこの動機は存在しない」。「自己修補を行わない場合の仮定的な瑕疵除去費用に基づく算定は注文者の重大な過剰補償となり、もはや受け入れられない結果をもたらす」。他方で、請負人が履行と追完の二重の義務に違反しているため保護に値しないとの反論は認められない。「当該義務違反は損害賠償の要件であり、賠償額を決めるものではない」からである (Rn.37)。

②判例変更の理由

続いて第7民事部は、少なくとも請負契約における判例変更の必要性を次のように詳述する。

仮定的な瑕疵除去費用では自己修補をしない注文者の給付利益が的確に反映されない (Rn.39)。第5民事部のあげる「法政策的な熟慮」は全く問題とならず、連邦裁判所の判例の発展において重要とされてきた損害賠償法上の原則である「利得禁止」が重要である (Rn.40)。第7民事部はこの説明のために以下の例を示す (Rn.41)。

「注文者が戸建て住宅の1階の床に白い天然石を使ったタイル貼りを4万€の報酬で請負人に依頼した。実際にはライトグレーの天然石タイルが敷かれた。キッチンを再び解体し、家具を運び出し、敷かれたタイルを剥がして新しいタイルを敷き、家族を一時的にホテルに宿泊

させる必要があるため、交換には約6万€の費用がかかる」(Rn.42)。「以前の判例によれば、注文者がライトグレーの天然石タイルを保持することを決めた場合、約6万€の瑕疵除去費用を請求できる」。「注文者は合意した4万€を支払う必要がなく、希望の色でないタイルを受け取る場合にもさらに2万€を受け取ることになる」(Rn.44)。「そのことは、第7民事部の評価によれば、瑕疵ある製作物のための相当な損害調整ではなく、利得禁止に違反する過剰補償である」(Rn.45)。過剰補償が特に請負契約で発生する理由は、「製作物の個々の品質の合意が当該契約に特有のものである」ことや、瑕疵の除去に「他の専門業者の介入が必要となる」ことなどにある。後者につき、例えば、床暖房の瑕疵では、瑕疵の除去にはその交換に加え、「作業の完了後に床暖房を再修復するために床を壊すことも必要となる」。そのため支出されていない仮定的な瑕疵除去費用を認めることは、「重大な範囲での過剰補償を生じる」(Rn.46,47)。

さらに、判例変更は、BGB634条2号・637条に基づく前払請求権により注文者が十分に保護され、保護の欠缺がなくなったことからも正当化されると指摘する (Rn.54,56)。

最後に、第7民事部は、少なくとも請負契約では仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害額を簡単に算定できないとして、実用性の観点からもその費用に基づく過剰補償を正当化できないとする (Rn.57)。

③売買契約と請負契約との規律の違い

第7民事部は、「請負契約及び売買契約の瑕疵担保責任の枠組みでは、損害賠償の評価に関する同一性が法律上の異なる瑕疵担保権、特に前払請求権、さらに追完請求権に関しても要請されない」とする (Rn.58)。その理由を以下のように詳述する。

給付に瑕疵がある場合、「BGB280条・281条は直接適用されず、BGB437条3号又はBGB634条4号との関連においてのみ適用される」。後者の請求権は、「その出発点において債務法各論に位置付けられ、そ

の責任の法的要件を補い、補足する。したがって、BGB280条・281条に規定されていない損害賠償の評価に関する法的効果は、債務法各論を考慮して補充できる」(Rn.61)。

「債務法各論の請負契約上の瑕疵担保権の規律概念は、売買とは中心的な点で異なるため、同一視する必要ない」(Rn.62)。「まず本質的な差異は、追完の規律にある」(Rn.63)。「BGB634条1号・635条に定められる追完請求権の内容は、単に契約上の履行請求権の存続」である。「それゆえ、追完請求権には原則として請負契約上の結果責任が妥当し、必要な費用とは無関係に請負人が約束した給付の結果責任を負う。こうした背景から BGB635条3項における追完の不相当性に関する規律は、そのリスク分配が制限的に解釈される。瑕疵のない給付への注文者の客観的な利益がわずかである一方、追完が全く重大な費用の支出をもたらさうする場合のみ、不相当性を理由とする追完請求権の限界が生じる。しかし、請負人の結果への約束を考慮すると、注文者の客観的にわずかな利益は、単に例外的な事例においてのみ——例えばより小さな、特に視覚的な瑕疵が——想定される」(Rn.64)。「それに対して、売買法では追完の不相当性の審査に異なる基準が妥当する。立法者は、BGB439条4項2文において瑕疵のない状態の物の価値及び瑕疵の程度を審査基準として強調した。第5民事部の判例によれば、第1の基準として瑕疵除去費用が瑕疵のない状態の不動産の流通価値を上回るか、又は瑕疵を原因とする価値の減少額の200%を上回るときに当該費用が不相当となる⁽¹⁰⁹⁾。さらに、立法者は、BGB439条4項2文及び3文における不相当性に基づき、…買主に認められる追完方法の選択可能性を制限する。両規定は、…給付に代わる損害賠償請求権に関しても過剰補償が制限されうる結果をもたらす」(Rn.65)。一方、BGB635条3項は、請負契約法の「追完の限界のために考慮される事情を定めておらず、そのことは可能でもない」。「請負契約では、同法の中心である注文者の追完請求権、ひいては請負人の結果責任を大幅に切り下げることなく、売買と同等の方法で」不相当な仮定的な瑕疵除去費用を制限

することができない (Rn.66)。

さらに、本質的な差異は、請負契約では売買契約と異なり自己修補権及び前払請求権を予定している点にある (Rn.67)。「瑕疵除去に予想される費用を損害賠償によって常に要求できるのであれば、なぜ立法者が自己修補権を請負契約に規定したのかが分からない」(Rn.68)。第5民事部は、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を認める中心的な論拠として、買主には瑕疵除去のための事前の資金調達が期待できないことをあげる。この論拠は「売買法では正当化されるかもしれないが、請負契約では法律上の前払いを考慮して意味をなさない」。したがって、過剰補償の問題を考慮すると第5民事部の損害算定を正当化できない (Rn.69)。売買における前払請求権の放棄といった差異が「規範的な評価に基づく損害算定に際して重要とされず、各契約類型の必要性に基づく扱いが可能でない理由が明らかではない」(Rn.71)。

以上のように第7民事部は、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を一般的には否定した上で損害額を7,972.68€ と評価した⁽¹¹⁰⁾。

2 小括とその後の判例の動向

本決定の要点は、次の通りである。ア) 法律関係の多様性を考慮すると、BGB280条・281条から仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定が全ての契約類型に統一的に妥当しない。イ) 財産損害の算定基準は、注文者が瑕疵のある製作物を保持していることにある。それに基づき、不履行による事実上の財産状態と契約が履行された場合の仮定的な財産状態が比較される。ウ) この財産状態を超える仮定的な瑕疵除去費用の賠償は、過剰補償となる。エ) 債務法改正の立法者意思は、その賠償を正当化するための根拠とならない。以上のア)～エ)は、請負契約に限らず、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定を一般的に否定する理由とみうる。その上で、その損害算定を特に請負契約において否定する理由を次のように述べる。すなわち、オ) 個々の製作物の品質が請負契約に特有であることや瑕疵除去に他の専門業者の介入が

必要となるため、請負契約では特に重大な過剰補償が生じうる。カ) BGB635条3項の不当性は極めて例外的な場面しか認められず、仮定的な瑕疵除去費用から生じる過剰補償を制限できない。キ) 売買契約と請負契約との本質的な差異は、前払請求権にある。請負契約では前払請求権により注文者の保護の欠缺がなくなるため、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の必要はない。

第7民事部は、上記決定のあと、BGH2021年3月12日決定において、再び仮定的な瑕疵除去費用の賠償を否定した。その上で、BGH2018年判決の判例変更が「売買法上の瑕疵担保責任に転用されてはならない」とした。なぜなら「買主には、請負契約の注文者とは異なり前払請求権が認められず」、物の買主が瑕疵除去費用を事前支出しなければならないからである。そのため、売買では仮定的な瑕疵除去費用が今後も請求されうるとする⁽¹¹¹⁾。

3 学説

BGH2020年3月決定(IV2)及びBGH2020年10月決定(V1)について、学説ではどのように捉えられているのか。

(1) 仮定的損害賠償を否定する立場

まず、仮定的損害賠償を否定する立場につき、売買契約に関するBGH2020年3月決定を批判するPreussnerの見解をみていこう。

第1に、この見解は、売買契約の請負契約に対する優位性を疑問視する。BGH2020年3月決定は、債務法改正の過程において請負契約の規定が売買契約に適合して作られたため、両契約の瑕疵担保法上の損害賠償請求権が同様に解釈されたとした。しかし、Preussnerは、同決定が「売買法が優先されることを前提とし、損害賠償請求の統一性を維持するために請負契約の『特殊性』に目を背けたような印象を受けざるを得ない」と評する。さらに、この見解はBGB634条が437条を模した規定であり、請負契約が売買契約に従属すべきとの前提を立法資

料から見出せないと指摘する。両契約の違いとして追完方法の選択権が売買契約では買主にある一方、請負契約では請負人にある。これに加えて、注文者には自己修補権や前払請求権がある。この見解によれば、こうした瑕疵担保の各体系の重要性から、第5民事部は買主による目的物の処分への自由への制限を防ぐことを、第7民事部は前払請求による瑕疵除去の強化を考えたという⁽¹¹²⁾。

第2に、Preussnerは、請負人の第二次提供（Andienung）の確保の観点から、BGH2018年判決の利点を指摘する⁽¹¹³⁾。請負契約の瑕疵担保責任では自己修補、報酬減額、解除、給付に代わる損害賠償に対して追完が優先する。つまり、請負人は瑕疵を自ら除去する権利を認められている。BGH2018年判決は前払金が瑕疵除去に使用される証明を必要としたところ、同判決の登場後、「現在、大多数の注文者が、まず責任者である請負業者に瑕疵を除去してもらう判断をするため、第二次提供の可能性が開かれる」ようになったと指摘する⁽¹¹⁴⁾。

第3に、Preussnerは、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定の実用性への疑問を示す。第5民事部は、その損害算定が比較的信頼に足ると好意的に評価した。しかし、この見解は、瑕疵除去の予想コストは不確実な根拠に基づくとみる。実務では瑕疵除去費用が実際の想定よりも低く見積もられていた場合、費用の確認の訴えが提起される。訴訟では被告が推定額に異議を申立て、専門家の鑑定が必要となりうる。その結果、追加の訴訟費用が発生し、訴訟の長期化を招いていた。これに対し、前払金請求の際には原告が請求額を十分な根拠によって証明しなければならない。原告は瑕疵除去が行われた際の前払金の使途も説明しなければならない。余剰金は利息も含めて被告に返還される。そのため、前払請求権は、「訴訟上の負担の面で仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害賠償請求権の行使よりも明らかに有利」であるという⁽¹¹⁵⁾。

Preussnerは、論稿の最後に「時計の針を戻してBGH2018年判決以前の法状況に戻すことは、第一級の愚行である」と表現する⁽¹¹⁶⁾。その論稿では、刊行時期の関係からBGH2020年10月決定への言及はない。

もっとも、同決定は、売買契約と請負契約の同一性を否定し、請負契約の特殊性として前払請求権の存在をあげる。さらに、仮定的な瑕疵除去費用に基づく損害算定が困難であることを指摘する。これらの共通点からすると、BGH2020年10月決定は Preussner の見解と軌を一にしているということが出来る。

(2) 仮定的損害賠償を肯定する立場

(1)に対して、学説では Lauer⁽¹¹⁷⁾、Riehm⁽¹¹⁸⁾、Seibel⁽¹¹⁹⁾らによって BGH2020年10月決定への批判がみられる⁽¹²⁰⁾。以下では、その主張内容を論点ごとに見ていく。

第1に、瑕疵による物の価値減少額を損害とみることへの批判がある。BGH2018年判決・2020年10月決定は、物に瑕疵がある状態とない状態との差額を損害とみた。しかし、Riehm はこうした損害の理解を否定する。その見解によれば、「給付に代わる損害賠償の理論的な出発点は、請負人が相当な期間内に義務付けられた通りに製作物を製作しなかったという事実にある」という。すなわち、「注文者の損害は製作物の価値の差ではなく、瑕疵のある実際の性状にある。仮定的な瑕疵除去費用は、第三者を通じて義務付けられた性状を確立できる状態に注文者を置くため、瑕疵除去費用は的確に確定された代償物 (Surrogat)」であると説く。Riehm は、この論証のために BGH2020年10月決定が示した（請負人が白色の代わりに誤って灰色のタイルをつけた）例を出し、次のように説明する。この例では、「実際には財産的な価値の差額は生じないことがありうる。しかし、注文者の履行利益の侵害を否定できない。その侵害はタイルの新たな敷設により除去される。新たな敷設に必要な金額は、契約に適合した状態を正確に作り出すことができる点で注文者の侵害を反映している」。一方、財産の価値減少額に焦点を当てると、この事例では注文者は「全く賠償を得られない。なぜなら、家の実際上の価値は低下しておらず、BGB638条3項⁽¹²¹⁾に基づく請負契約上の減額の基礎も存在しない」からである。それゆえ、仮定的損

害賠償が否定されると、「注文者には損害賠償法の基本原理に違反する過少補償が生じる」⁽¹²²⁾。さらに、「瑕疵による価値の減少額は、注文者の実際上の損害を的確に表さない。なぜなら、この価値は注文者が実際に製作物を売却するまでは架空の額にほかならない」からである。以上の検討から、Riehm は、「注文者の真の損失は、製作物を売却した場合に収益が減少する事実のみならず、誤ったタイトル（義務違反の結果）を毎日目の前にしているという事実にある」と説く⁽¹²³⁾。

第2に、BGB2020年10月決定に対して、債務法改正の立法者意思を根拠とする売買契約と請負契約との同一性が指摘される。同決定は、BGB280条1項・3項・281条1項が、BGB437条3号（売買契約）や634条4号（請負契約）という異なる規定を参照していることを根拠に損害賠償額の算定方法の区別を正当化した。しかし、この根拠には疑問が投げかけられている。BGB437条3号・634条4号の文言は、物や製作物に瑕疵がある場合、買主や注文者が「この規定の要件を充たし、別段の定めがない限り」でBGB440条⁽¹²⁴⁾・636条⁽¹²⁵⁾・280条・281条に基づき損害賠償を要求できるとする点で一致する。Lauer は、この文言の同一性を指摘し、BGB634条はBGB280条以下の規定を示すのみであり、同一の規定を参照するBGB437条と異なる損害算定が導かれなるとみる⁽¹²⁶⁾。Riehm も「瑕疵担保法の体系的な全体構造は同一であるため、異なる参照規定（BGB437条3号・634条4号）は、異なる損害賠償額の算定を正当化しない」とする⁽¹²⁷⁾。こうした主張を裏付けるのが債務法改正の立法者意思である。Seibel は、立法理由書の次の文言などを引用し、第7民事部が立法者意思を誤解したと批判する。

「売買契約法の予定された変更は、両契約類型（筆者補足：売買契約と請負契約）の法律上の規定を相互に大幅に近づけ、その法的効果や法律上の規定の内的な構造（*Gliederung*）も同一の原理に基づき位置付けられうる結果をもたらす」⁽¹²⁸⁾。「物の瑕疵に関する責任が一般的な給付障害法の中に取り入れられる」ことで「売買契約と請負契約との差異を減少させることにもつながる」⁽¹²⁹⁾。「将来も両契約について差異は存在

しない。…政府草案634条は、請負契約に関して政府草案437条に対応する規定と一致する」⁽¹³⁰⁾。

Seibel は、この立法理由書から売買契約と請負契約との同時並行が債務法改正の目的であったことを強調する。そして、立法者意思が規定の解釈の際には必然的に遵守されねばならないにもかかわらず、第7民事部がBGB280条・281条の枠組みにおいて仮定的損害賠償を一般的に否定したこと⁽¹³¹⁾は明白な誤りであると論難する⁽¹³²⁾。

第3に、紛争の実態からも売買契約と請負契約との同一性が指摘される。Lauer は、両民事部で対象となった事実を少し変えれば、他の契約類型として位置付けられうるという。具体的には、「もし第7民事部の事案で、テラスが注文者により新たに付けられたのではなく、3年後に売却された低層住宅に付いていたら売買契約が適用されていた」こと、第5民事部の事案で湿気の除去が請負契約に服していたならばBGB634条・280条・281条が適用されていたと仮定する。そのため、「まさに判断が困難（Unwägbarkeit）な場合や、契約が組立義務のある売買契約なのか、そもそも請負契約が存在するのかという判断が難しい問題にこそ法的規制や立法者の意図に照らして瑕疵担保法を統一的に適用することが必要」であると説く⁽¹³³⁾。

第4に、BGH2020年10月決定の過剰補償の存在と不相当性の抗弁の理解への疑問がみられる。第7民事部は、上記2・3で述べた売買契約と請負契約の同一性を否定する論拠として、①仮定的損害賠償が請負契約では売買契約以上の重大な過剰補償を生じさせるとした。②その上で、請負人の追完拒絶を定めるBGB635条3項の抗弁では、特に高い不相当性が要求され、過剰補償をほとんど制限できないと考えた。しかし、Riehm は、前述第1の損害概念を前提として①に次のように反論する。「仮定的な瑕疵除去費用は、債務者が追完のために自身で負担しなければならない費用と通常は一致する」。「ここで考慮しなければならないことは、請負人は定められた期間内に瑕疵を除去することで損害賠償責任を回避する機会があったにもかかわらず、故意にそれ

を怠ったことである。特に請負人は自己修補権によって同じ費用を負担しうするため、より一層保護には値しない」。それゆえ、仮定的な瑕疵除去費用を相当な補償と評価する⁽¹³⁴⁾。次に、②に対して Riehm は、不相当性の抗弁により過剰補償を回避しうる旨を説く。その見解によれば、損害賠償法の経済的な要請に基づき、「被害者は瑕疵の除去のための様々な可能な方法の下で最も良い方法を選択しなければならない」とする。しかし、「最も良い瑕疵除去費用が瑕疵による買主又は注文者の実際の侵害と不相当な関係にある場合」、BGB439条4項・635条3項・251条2項の法思想⁽¹³⁵⁾と対立する。瑕疵除去費用が瑕疵の程度と不相当な関係にある場合、「債権者は瑕疵による価値の減少額の賠償のみを請求できる」。そして、この方法で「仮定的な瑕疵除去費用の賠償による過剰補償の危険性を回避するのに足りる」と主張する⁽¹³⁶⁾。さらに、Seibel も、BGB635条3項につき特に高い不相当性が必要とみるBGH2020年10月決定の誤りを指摘する。なぜなら、BGH は、「個別事例の全ての事情を考量して、合意通りの契約の履行の固執が履行に必要な費用との関係で信義誠実の原則に違反する場合」や請負人が瑕疵を故意で引き起こしたにも同条を適用しているからである⁽¹³⁷⁾。したがって、特に重大な請負契約の過剰補償の危険は全く証明されていないという⁽¹³⁸⁾。

第5に、前払請求権の存在を理由とするBGH2020年10月決定の問題が指摘される。学説では、前払請求権が存在しない場合に仮定的損害賠償を否定すると債権者が事前支出のリスクに直面するとの懸念が示される⁽¹³⁹⁾。一方、請負契約では前払請求権が存在するため、注文者の事前支出のリスクがない。そこで、BGH2020年10月決定は、請負契約における仮定的損害賠償を否定したとみられる。しかし、Lauer は、債務法改正の立法者は「瑕疵担保法の根本的な変更を考慮せず、第7民事部の結論を少なくとも意図していなかった」ため、前払請求権の存在にかかわらず、損害賠償額の算定方法を変更すべきでないと説く⁽¹⁴⁰⁾。Seibel も、給付に代わる損害賠償の根拠の一つである

BGB634条と前払請求権を定める BGB637条は要件面で違いがあり（後者は債務者の帰責事由が不要）、第7民事部が異質なもの同士を恣意的に比較した点で説得力を欠くと批判する⁽¹⁴¹⁾。

以上の批判⁽¹⁴²⁾から民事部大法廷へ付託すべきであったとの主張がなされている⁽¹⁴³⁾。

VI ドイツ法の整理・検討と日本法の検討

1 ドイツ法の整理・検討

日本法の検討に必要な範囲で、ドイツ法において仮定的損害賠償の可否を判断する際に議論されていた論点を整理する。その上で、BGHの判断が売買契約と請負契約で分かれた理由を整理・検討する。最後に、ドイツ法の今後の議論において生じうる課題を示す。

(1) 仮定的損害賠償の論点

II章～V章までのドイツの議論について仮定的損害賠償を肯定する立場（a説）と否定する立場（b説）に大別して整理してみたい。

①損害の理解

まず a 説は、①損害の理解について、物の瑕疵自体から仮定的な瑕疵除去費用相当額の損害が生じるとみる。例えば、Peters（III 2(2)）や Riehm（V 3(2)）は、債務者の義務違反により瑕疵のない物の状態が実現されていない状態を損害と捉える。BGH2020年3月決定も、給付と反対給付の関係が妨げられているため、仮定的損害賠償の意味を存在していない損害を賠償するという趣旨で理解してはならないとの考えを示す（Rn.46）。一方、b 説は、①瑕疵は損害ではなく、義務づけられた給付の不足にすぎず、瑕疵自体から仮定的な瑕疵除去費用相当額の損害が生じないとみる（Knütel・Halfmeier〔II 5〕やその影響を受けたBGH2018年判決 Rn.32以下。Popescu や Kniffka〔III 2(1)〕も同旨）。b 説では、瑕疵のある物とない物の価値の差額が損害と捉えられている。ただし、BGH2020年10月決定は、差額説に立ちつつ、法律関係の多様性を考慮

して損害を規範的に評価している点では完全に差額説に立っているわけではない。この損害の規範的評価の理由は、1(2)③にて後述する。

②給付に代わる損害賠償額の算定基準と損害賠償金の用途の自由

次に、a説は、給付に代わる損害賠償額の算定の根拠をBGB280条・281条に求めた上で追完請求権に着目する。追完請求権は代物給付や修補を通じて物の瑕疵のない状態を確立するため、追完に代わる損害賠償額はそれらの追完に要する費用に基づき算定されると説く(BGH2020年3月決定 Rn.34)。この立場は、瑕疵除去費用相当額の賠償金を瑕疵の除去に使用するか否かを債権者の自由と捉える(同決定 Rn.46)。一方、b説は、給付に代わる損害賠償の根拠を債務法各論の規定に求める。そして、瑕疵は給付の不足や等価関係の障害であり、それを表すのに瑕疵ある物の価値の減少額が適していると考え(BGH2018年判決 Rn.41)。この立場は、前述の通り、契約の内容に適合しない給付により生じた事実上の財産状態と契約の内容に適合した給付がされた場合の仮定的な財産状態の差を損害と捉える(例えば BGH2020年10月決定 Rn.29)。その上で、瑕疵除去費用相当額の損害が発生していない以上、債権者は損害賠償金の用途の自由を有さないとみる(Kniffka [Ⅲ 2(1)]、BGH2020年10月決定 Rn.33)。

③過剰補償の存在に対する認識

①の損害の理解や②の損害算定の基準を踏まえ、一般的な過剰補償の存否に対する理解の相違をみる(請負契約の過剰補償は後述1(2)②)。a説は、①瑕疵から損害が生じ、②その損害額を追完費用を基準に算定する。そして、瑕疵のない給付を実現する義務に違反し、かつ追完を行わなかった債務者がこの費用を負担すべきだとみる。したがって、仮定的損害賠償は過剰補償を生じさせないと理解する(Schwenker [Ⅲ 2(2)]・Riehm [V 3(2)])。これに対し、b説は、給付に代わる損害賠償額を瑕疵のある状態とない状態の物の差額を基準に算定した上で、瑕疵

のある物に基づき生じた財産損害を超える金額が賠償されるならば、債権者に過剰補償が生じると理解する (Knütel [II 5]、BGH2018年判決 Rn.34、BGH2020年10月決定 Rn.29、Rn.44以下)。b 説では、過剰補償を根拠として請負契約だけでなく売買契約においても仮定的損害賠償を否定する見解もある (例えば、Heinemeyer・Mäsch [III 3(1)])。

④債務法改正の立法者意思の理解

a 説は、以上①～③の主張を支える論拠を④債務法改正の立法者意思に求める。すなわち、a 説によれば、立法者はBGH2018年判決前の判例と同様、瑕疵の除去の有無を重視しておらず、さらに損害の算定に関連する従来判例変更を考慮せず、行っていないとみる (Peters [III 2(2)]、BGH2020年3月決定 Rn.37以下)。一方、b 説からは、立法資料から立法者による債務法改正前の判例の承認を見いだせないとの反論がなされる (BGH2020年10月決定 Rn.34以下)。これに対し、a 説は、同決定が立法者意思を誤解したと再反論しており (Seibel [V 3(2)])、立法者意思の認識の不一致がみられる。

⑤売買契約と請負契約の同一性

a 説・b 説の双方から論拠とされるのが売買契約と請負契約の同一性である。b 説では、債務法改正以降の両契約の類似性や債務者の追完義務の同一性を指摘し、売買契約においても仮定的損害賠償を否定する見解がある (Heinemeyer [III 3(1)])。ただし、b 説でこうした見解は少数にとどまる。むしろ売買契約と請負契約の同一性は、a 説の論拠とされている。a 説は、両契約の同一性を重視し、請負契約における特殊性を否定する (BGH2020年3月決定 Rn.25)。さらに、a 説は、売買契約や請負契約の事例状況が類似しており、両契約の区別が困難な場合があること、場面ごとの異なる扱いは法秩序の統一性を害すると考える (Seibel [III 2(2)]・Lauer [V 3(2)])。

(2) BGHにおける売買契約と請負契約の異なる判断の理由

以上の①～⑤の要素によれば、a説によれば売買契約や請負契約ともに仮定的損害賠償が認められ、b説によれば両契約ともに仮定的損害賠償が否定される結論に至るはずである。しかし、BGHは、売買契約と請負契約で判断を分けた。その理由はどこにあるのだろうか。

①契約に適合しない物の債権者による保持と売却との区別

まず、BGHの事案の違いは影響したのだろうか。BGH2018年判決の事案では、注文者は瑕疵ある目的物を売却していた。他方で、BGB2020年3月決定の事案では、不動産の買主は瑕疵がある住宅をまだ保持していた状態であった。そのため、この事案の違いが結論に影響を与えたとの見方が想定されうる。すなわち、前者では注文者は目的物を修補できる状態にはなく、売却により損害も消滅したとみる一方、後者では買主による目的物の修補が可能であり、仮定的損害賠償を認める必要性が高いとの見方である。

しかし、BGH2020年3月決定は、仮定的損害賠償を肯定した結論が「買主が瑕疵のある物を損害賠償請求の訴訟中に売却した場合でも異なる」とした。したがって、BGHの結論を分けたのは事案の違いではない。具体的には下記②～③にあると考えられる。

②請負契約の特殊性と過剰補償の存在

BGHの判断が分かれた理由を考えると注目されるのが、BGH2020年10月決定の指摘である。すなわち、同決定が、「信義則によって特徴づけられる規範的な評価」に基づき、「各契約類型の特質を考慮した損害賠償法上の評価」の必要性を指摘した点である。この点に関して、BGHは、なぜ規範的な評価を含む法律関係の多様性を考慮した損害算定が必要であると考えたのか。その理由は「請負契約の特殊性」、具体的には請負契約の過剰補償の存在を考えたことにある。BGH2018年判決は、多くの事例の経験を踏まえると、請負契約では物の新規製作に費用がかかり、売買契約よりも重大な過剰補償の危険が生じると指摘

した (Rn.71)。一方、BGH2020年3月決定は、売買契約と請負契約との同一性を志向するとともに、過剰補償の危険が経験的に裏付けられていないと反論した (Rn.27)。これに対し、BGH2020年10月決定は、請負契約では製作物の個々の品質の合意が当該契約に特有であることや、瑕疵の除去に他の専門業者の介入が必要となるとの理由から請負契約の重大な過剰補償が生じると再反論した (Rn.46以下)。

この過剰補償への対応として、BGH2020年10月決定は、BGB635条3項の対象も売買契約と請負契約の判断を区別する要素として重視した。同決定は、売主の追完拒絶を定める BGB439条4項と異なり、請負人の追完拒絶を定める BGB635条3項の適用場面を限定的に捉え (Rn.64)、過剰補償を同条からほとんど制限できないと考えた (Rn.66)。それゆえ、過剰補償の危険を回避するために請負契約における仮定的損害賠償を否定したとみられる。このように過剰補償の存在が請負契約における仮定的損害賠償を否定した要因の一つといえる。

③債権者の保護の必要性と損害の規範的評価

さらに、BGH が売買契約と請負契約で結論を区別した要因として、債権者の保護の必要性の有無がある。請負契約に関する BGH2018年判決は、注文者の給付利益が前払請求権によって保護されるため、瑕疵除去費用相当額の賠償を否定しても、注文者に瑕疵除去費用の事前支出のリスクはないと考えた (Rn.51,72)。BGH2020年10月決定も同様に、注文者が前払請求権により保護されるため仮定的な瑕疵除去費用相当額の賠償を認める必要がないと判断した (Rn.32)。これに対し、BGH2020年3月決定は、当該賠償を認めなければ、前払請求権を有さない買主が瑕疵除去費用の事前支出を強いられ、重大な経済的不利益を被ると考えた。

このように仮定的損害賠償を認めるか否かを判断するにあたっては、債権者の保護の欠缺が生じないようにする結論の妥当性も考慮されていた。つまり、前払請求権の存在ゆえに注文者には仮定的損害賠償を

否定する一方、買主の事前支出のリスクを回避するために買主には仮定的損害賠償が認められていた。その際には妥当な結論を正当化すべく損害が規範的に捉えられていたとみることにもできる。すなわち、BGH2020年3月決定は、追完請求権が代物給付や瑕疵除去を通じて瑕疵のない物の状態を確立する権利であることから、瑕疵除去費用を基準に追完に代わる損害賠償額を算定した。そこでは瑕疵のない状態を買主に実現させ、買主の給付利益を満足させるためにはどこまでの損害賠償額が認められるべきかという規範的評価を踏まえ、瑕疵除去費用相当額の仮定的損害賠償を認める判断がとられた可能性がある。他方、請負契約のBGH2020年10月決定は、注文者の仮定的損害賠償を否定したが、それは注文者の受けた損害が前払請求権を通じて補償されるとの評価がされた結果といえるであろう（そのため売買契約における仮定的損害賠償の肯定の余地を示した）。

(3) ドイツ法における今後の論点

①仮定的損害賠償額・瑕疵による物の価値の減少額の算定の問題

ドイツ法では、仮定的損害賠償や瑕疵による物の価値の減少額の算定方法の双方に対して、瑕疵除去に必要な費用の算定や瑕疵による物の減少額の算定が困難であるとの問題点が指摘されていた（前者の指摘につき Kniffka [Ⅲ 2(1)]・後者の指摘につき、Weyer [Ⅲ 2(2)]）。さらに、損害額の算定をめぐる、紛争の長期化を招くとの問題点も双方に指摘されていた（Schwenker [Ⅲ 2(2)]、Preussner [V 3(1)]）。この問題点に対して前払請求権の有用性を指摘する見解もある一方、学説では前払請求権を損害賠償請求権とは異質とみる指摘もあり [V 3(2)]、両者の関係が不明確な状況にある。ドイツでは、損害算定に関する上記問題が実際に生じているのか、そうであるとして前払請求権がその問題を克服しうるか、前払請求権と損害賠償請求権はいかなる関係にあるのか今後の論点となろう。

② BGH の判決・決定の影響

BGH によれば、売買契約と請負契約で仮定的損害賠償の可否について今後も異なる判断が下される。しかし、債務法改正後の両契約の類似性を考慮すると、売買契約と請負契約のどちらに性質決定すべきか困難な場面も生じうる (Lauer の指摘につき [V 3(2)])。例えば、製作物供給契約のような混合契約の場合にどのような判断がなされるのかがドイツにおける未解決の課題として残る⁽¹⁴⁴⁾。

さらに、BGH の射程が売買契約や請負契約以外の法領域に及ぼす影響も論点となる。具体的には、本稿では検討できなかったが、賃貸借契約や不法行為法においても仮定的損害賠償が認められるか否かも問題となるであろう⁽¹⁴⁵⁾。

以上をまとめると、BGH の判決・決定が売買契約と請負契約との区別が困難な場合にもたらす影響、賃貸借・不法行為法等⁽¹⁴⁶⁾に及ぼす影響が問題となる。仮に法領域ごとに判断が異なるとすれば、学説の指摘の通り (Seibel [III 2(2)])、法秩序の統一性や法的安定性の喪失が生じるのかという点も今後議論されることとなる。

2 日本法の検討

(1) 追完に代わる損害賠償額の算定

ドイツの議論を踏まえ、日本法の売買契約や請負契約の契約不適合における追完に代わる損害賠償額の算定をどのように考えるのかを検討する。まず、以下①～③では、債権者が契約の内容に適合しない目的物を第三者に売却せずに保持している場合を念頭に検討する。

①前払請求権の不存在による債権者の事前支出のリスク

日本法における契約不適合の際のリスク負担のあり方を考える際に考慮しなければならないのは、債務者が契約の内容に適合した履行をせず、さらに債権者によって定められた相当な期間内に追完義務も果たさなかったという事実である。したがって、契約の内容に適合しない給付によって生じたリスクは債務者が負担すべきであり、債権者に

リスクを転嫁させてはならない。

債権者のリスクを回避する方策としてドイツでは注文者に前払請求権が認められる。しかし、日本法では、売買契約・請負契約ともに前払請求権が存在しない。その結果、契約の内容に適合しない給付を受けた債権者が実際に当該不適合状態を除去した後でなければ追完に代わる損害賠償が認められないとすれば、債権者が自ら費用を支出しなければならないことになる。追完に代わる損害賠償として、仮定的な修補費用相当額の賠償のほか、契約不適合物の価値の減少額が想定される⁽¹⁴⁷⁾。それらの費用は、高額になることもある。しかし、契約の内容に適合しない給付の債権者が事前支出のリスクを強制される理由はなく、現実的に支出が可能な状況ではない⁽¹⁴⁸⁾。したがって、債権者が契約不適合物を保持している場合、債権者の事前支出のリスクを回避するために契約不適合の状態が追完されたか否かに関わらず、追完に代わる損害賠償が債権者に認められなければならない。

②仮定的損害賠償による債権者の契約利益の確保の必要性

次に、追完に代わる損害賠償が認められるとして、その費用をどのように算定するのかが問題となる。この点、契約不適合による物の市場価格の減少額を追完に代わる損害賠償額の算定基準とする方法では、債権者に契約の内容に適合した給付がなされたのと同様の状態を実現することができないという問題が生じる。例えば、引き渡された車の色が買主の希望した緑色とは異なり、売れ行きの良い色であった事例を考える（BGH2020年3月決定 Rn.35の例を参考とする）。このとき、契約不適合によって車の価値は下がらず、むしろ上がることもある。そのため、物の市場価値の減少額を基準に追完に代わる損害賠償額を算定すると、買主は契約の内容に適合した目的物の対価としての代金を支払っていたとしても損害賠償を得られず、その契約利益を確保できない結果が生じる。他方、仮定的損害賠償（追完費用相当額の賠償）が認められると、契約の内容に適合した給付がなされたならば債権者が置

かれた状態を実現することができる。したがって、原則として仮定的損害賠償を損害賠償額の算定の基準に据える必要がある。

③過剰補償の存否とその回避

②の通り、追完に代わる損害賠償額として仮定的損害賠償を認める場合に生じる問題はあるか。この点、ドイツで議論されていたように、日本法でも債権者への過剰補償が生じる可能性がある。例えば、請負人が敷設した床タイルにわずかな傷がある場合を考える。このとき、当該傷を修補するために、床タイルの大幅な取外しや取付けが必要となる場合、修補から得られる注文者の利益はわずかである一方で、床タイルの修補費用が認められると過剰な補償になりうる。当該修補費用を認めることは、請負人にとって不相当な負担となることも考えられる。こうした過剰補償は売買契約においても生じることがありうるであろう。

それでは、債権者への過剰補償の発生にどのように対処するのか。現在の日本法では、ドイツ民法439条4項や635条3項のように、給付拒絶を明確に定めた規定はない。一方、改正前民法634条1項ただし書では、瑕疵が重要でなく、注文者の修補から得られる利益に比べて請負人に過分の費用を要するときに注文者の瑕疵修補請求権を制限していた。同規定は、民法（債権関係）改正により削除された。その理由は、瑕疵が重要である場合でも修補請求権を制限すべき必要があること、追完請求権（追完不能）の限界については履行請求権（履行不能）の限界を定めた民法412条の2第1項で処理できるため、規定を設ける必要がないと考えられたからである⁽¹⁴⁹⁾。この改正経緯からは、債権者の利益と債務者の不利益との間に不相当な関係が存在するときに履行・追完請求権が制限されるとの考え方が民法412条の2第1項の履行不能の判断の中で維持されると理解されている⁽¹⁵⁰⁾。

本稿でみた給付に代わる小さな損害賠償の場合、契約の内容に適合しない物の修補は可能であり、履行不能ではない。そのため、一方で

は、民法412条の2第1項を類推適用ないしその法意を用いて過大な損害賠償額を制限する方法が想定される。他方では、民法412条の2第1項は履行不能の規定であるため、この規定を追完に代わる損害賠償額の制限に適用できないとも考えられる。こうした見方からは、追完に代わる損害賠償請求を制限する規定は存在せず⁽¹⁵¹⁾、信義則ないし権利濫用が根拠とされることになろう⁽¹⁵²⁾。

いずれの立場にせよ、こうした規定を用いることにより仮定的な修補費用相当額の賠償から生じうる過剰補償の問題に対処しうる。この過剰補償の有無を判断するための基準として、追完に代わる損害賠償請求権の限界を履行に代わる損害賠償請求権の限界よりも緩やかな基準で認めることもありうる⁽¹⁵³⁾。具体的には、改正前民法634条1項ただし書の基準に類似して、修補によって得られる債権者の利益と当該修補から生じる債務者の負担を比較衡量の基準に据えた上で、両者の間に不相当な関係があるときには過剰補償が存在すると評価する方法が考えられる。このときには、仮定的な修補費用相当額の賠償は認められず、債権者は契約不適合による物の価値の減少額を債務者に請求することができる⁽¹⁵⁴⁾。

④契約の内容に適合しない目的物の売却の場面について

③の債権者の過剰補償が生じるのは、具体的にどのような場面か。まず、債権者が契約の内容に適合しない給付を保持している場合を考える。このとき、債権者は契約の内容に適合した給付を実現するための費用を債務者から受け取ることに利益を有する。債権者は、その費用を使用して現実的に修補をすることが可能であるからである。それゆえ、この場合には過剰補償は原則として生じず、債権者には修補費用相当額の仮定的損害賠償が認められる。ただし、前述③の床タイルの事例のように契約の内容に適合しない給付の程度がわずかであるような場合は、修補費用相当額の仮定的損害賠償が過剰補償にあたるであろう。

一方、債権者が契約の内容に適合しない物を第三者に売却した場面はどうか。ドイツ法は、債権者が契約の内容に適合しない給付を保持していた場合と第三者に売却した場合で損害賠償額の算定方法を区別していない。しかし、債権者の過剰補償の有無に着目すると、日本法において両者の算定方法を区別することも検討に値する。例えば、売主が買主に家を引き渡したが、ほどなくして契約の内容に適合しない状態（湿気による家の一室の損傷）が発生したとする。買主が売主に相当期間を定めて催告をしたが、売主が修補を行わなかった。当該修補には100万円の費用が必要であった。その後、買主が当該家を第三者に売却した。このとき、家の元所有者である買主は、売主に修補費用相当額の賠償を求めることができるか。このとき、①買主が実際に修補を行って費用を支出したのであれば、買主は家を売却した後でも修補費用相当額の賠償を得る利益を有する。次に、②買主が実際に修補を行っていない状態で家を第三者に売却した場合はどうか。例えば、家の売却時に、その価値が契約の内容に適合した給付がなされた（損傷がない家の）状態よりも50万円減少したと評価された。このとき、買主は当該家の修補をすることができないため、買主が修補から得られる利益はないと解される。それにもかかわらず、買主が売主から100万円の仮定的な修補費用相当額の賠償を得られるとすれば、買主への過剰補償が生じる。ここでは契約不適合物を売却した買主の目的は修補及びその費用を得ることではなく、契約の内容に適合しない給付から実際に被った損害の補填を受けることにありとみられる。したがって、現に家を所有していない買主は、修補費用ではなく、契約の内容に適合しない給付による物の価値の減少額である50万円を売主に請求することができ、かつそれで足りるように思われる⁽¹⁵⁵⁾。

確かに、この考えは、債権者が契約の内容に適合した目的物を保持していれば債務者が支出したであろう費用よりも債務者の負担額が少なくなる結果をもたらす（BGH2020年3月決定 Rn.48を参照）。しかし、債務者が契約の内容に適合した給付をしていないことは損害賠償請求権

を発生させる要件であり、そのことは損害賠償額の多寡には影響しないといえよう（BGH2020年10月決定 Rn.37を参照）。

なお、買主のもとでは明らかではなかった契約不適合が、買主が第三者に当該物を売却した後に顕在化した場合はどうか。このとき、買主は契約不適合がないものと考えて物を売却し、第三者もそのように認識している。したがって、契約不適合を理由とする物の市場価格の減価額はないために、修補費用相当額の仮定的損害賠償は買主への過剰補償になる。ここでは損害賠償請求権の主体となるのは買主ではなく、契約不適合から生じる損害を被った第三者である⁽¹⁵⁶⁾。

(2) 日本法における損害算定論との関係

① 仮定的損害賠償の位置づけ——損害賠償額の算定

(1)のように契約不適合物を債権者が保持している場合と売却した場合で損害賠償額の算定方法を区別する必要性があるとして、それが理論的に認められるか。この検討の前に、仮定的損害賠償の議論が損害賠償額の画定の際に問題となることを確認しておく。

ドイツでは、給付に代わる小さな損害賠償を請求するためには、債務者の義務違反に対して債権者が履行又は追完のために相当の期間を定めた催告をし、その期間が経過する必要がある（Ⅱ1）。仮定的損害賠償の可否は、この要件を充足した後の給付に代わる損害賠償額の算定の問題として論じられていた。

他方、日本法では、追完に代わる損害賠償についてその要件が争われている⁽¹⁵⁷⁾。具体的には追完拒絶や解除権の発生などの付加的要件を必要とする立場（415条2項修正・類推適用説・563条類推適用説）や付加的要件を不要とする立場（415条1項適用説）がある。前者からは付加的要件をみたした後で、後者からは直ちに債権者は追完に代わる損害賠償を請求できる。仮定的損害賠償の可否は、この追完に代わる損害賠償請求権が発生した後の民法416条に基づく損害賠償額の画定に位置づけられる問題である。

②損害概念論の概要と規範的評価の必要性

次に、損害概念論の概要と規範的評価の必要性を確認する。ドイツでは(1)1のa説は瑕疵自体から損害が生じると捉える一方、b説は、瑕疵のある物とない物との価値の差を損害とみた。ただし、BGH第7民事部は、b説に立ちつつ、法律関係の多様性を考慮して損害を規範的に評価する必要性を示した。

日本では損害論について種々の議論があるところ、a説のように、「法的評価の対象たるべき事実」を損害と捉える見解（損害事実説）⁽¹⁵⁸⁾がある。この見解によれば、債務者が契約の内容に適合した目的物を引き渡さなかったという債務不履行によって発生した不利益な事実を損害として評価することになる⁽¹⁵⁹⁾。ただし、このように損害を捉えたことから直ちに追完に代わる損害賠償の賠償範囲が決定されるわけではない。どこまでが賠償されるべき損害になるのかという保護範囲の評価が必要となる⁽¹⁶⁰⁾。

一方、上記見解には次の指摘がみられる。すなわち、「給付の欠如が損害だといってみても、それは債務の履行がないこと（不履行）を言い換えただけにすぎない。したがって、『給付の欠如が債権者にもたらしめている財産的不利益の総体』をもって損害とみるのが適当である」との指摘である⁽¹⁶¹⁾。この指摘によれば、「損害そのものは包括的に捉えつつ、損害項目ごとに、『差額』として把握するのが適切なもの、別の観点からの評価を要するものを、それぞれに相応しい方法で観察し、評価することになる」⁽¹⁶²⁾。この見解でも、何が賠償される損害の範囲に含まれるのかを決める際に規範的評価が行われることになる。

③契約利益を基底に据えた賠償範囲の画定

それでは、どのようにして損害を規範的に評価するのか。この点、通説的地位を占めるとみられる保護範囲説において重要な視点がある。それは、保護範囲説が「契約規範によって保護されている契約利益を基点に据え、その契約利益が実現されたのと同等の利益状態を債権者

に対して価値的に実現するように賠償範囲を決定すべきであるとの主張に立脚している点」である⁽¹⁶³⁾。具体的には、債務不履行における損害賠償額の算定では、「債権者が本来有していた権利内容を金銭的価値で実現するためにはどこまでの損害が賠償されるべきかという規範的評価」が行われる⁽¹⁶⁴⁾。このことは、追完に代わる損害賠償の範囲の画定にも妥当する。債権者が契約の内容に適合しない給付を保持している場合には、債権者に修補費用相当額の賠償が認められることによって現実的に修補が可能な状態となる。したがって、債権者に契約の内容に適合した状態を実現するためにあるべき賠償とは何かを規範的に評価すると、実際に修補されていなくとも債権者には修補費用相当額の賠償が認められなければならない。他方で、債権者が契約不適合物を売却した場合でも債権者が修補費用を支出したときには、当該費用はまさに債権者が本来有していた権利内容を実現するものであるために賠償範囲に含まれる。では、債権者が修補費用を支出せず、目的物の売却時に当該物の価値の減少が生じた場合はどうか。このとき、いかなる賠償がなされれば債権者を契約利益が実現されたのと同等の利益状態に置くことができるかを考えると、債権者は修補を行うことで契約の内容に適合した状態を実現するわけではない。ここでは契約の内容に適合しない目的物の価値の減少額の賠償を認めることで債権者が本来有していた契約利益を実現することができるのではないだろうか⁽¹⁶⁵⁾。このように契約利益を基底に据えて損害賠償額の範囲を画定する視点から、債権者が契約の内容に適合しない物を保持していた場合と売却した場合において損害賠償額の算定を区別することは正当化できると考える。

VII 結論

本稿では日本法の問題状況を整理した上で（I章）、ドイツにおける給付に代わる仮定的損害賠償の議論をみた。まず、BGH2018年判決前の判例では請負契約において仮定的損害賠償（瑕疵除去費用相当額の賠

償)が認められていたこと(Ⅱ2)、その一方、一部の学説から批判がみられたことを確認した(Ⅱ3・5)。この批判に影響を受けたとみられるBGH第7民事部2018年判決は、注文者は目的物の瑕疵を実際に除去しなければ、瑕疵除去費用相当額の賠償を請負人に請求できないと判断した(Ⅲ1)。学説では、この判例変更の論拠や結論の妥当性、売買契約への影響をめぐり論争が交わされた(Ⅲ2・3)。その後、BGH第5民事部2020年3月決定は、それまでのBGHの判断と同様に(Ⅳ1)、不動産の買主は目的物の瑕疵を除去しなくとも瑕疵除去費用相当額の賠償を売主に請求できることを示した(Ⅳ2)。第5民事部の照会を受け、BGH2018年判決が維持されるか否かが注目されたところ、BGH第7民事部2020年10月決定は、請負契約では注文者に仮定的損害賠償が認められないとの判断を再び下した(V1)。同決定に対しても学説はその賛否をめぐり論争を展開している(V3)。

ドイツ法の議論状況につき、仮定的損害賠償を肯定する立場(a説)と否定する立場(b説)に大別し、次のように整理した。

a説は、①物の瑕疵から瑕疵除去費用相当額の損害が生じるとみる。その上で、②追完に代わる損害賠償額を、瑕疵のない状態を実現するための追完に必要な費用に基づき算定する。この立場からは、債権者は損害賠償金を瑕疵の除去に使用するか否かに関して用途の自由を有する。上記①・②を踏まえると、③仮定的損害賠償は過剰補償でないとして理解する。④上記①～③の主張を支える論拠となるのがドイツ債務法改正の立法者意思である。

これに対して、b説は、①物の瑕疵自体は給付の不足にすぎず、瑕疵除去費用相当額の損害は生じないとみる。その上で、②給付に代わる損害賠償額を、物に瑕疵がある状態とない状態との差額(瑕疵による物の価値の減少額)を基準に算定する。この立場では、瑕疵除去費用相当額の損害が生じていない以上、債権者は損害賠償金の用途の自由を有しないと理解する。上記①・②を踏まえると、③瑕疵による物の価値の減少額を超える損害を認めることは、損害賠償法上正当化されな

い債権者への過剰補償にあたりとみる。④債務法改正の立法者意思につき、b説は、従来の判例が踏襲されるとの理解を立法資料から見いだせないという。

a説・b説双方から⑤売買契約と請負契約の同一性が指摘される。特にa説は、債務法改正の立法者意思を根拠に、売買契約・請負契約ともに仮定的損害賠償を肯定すべきと主張した。そのことは、法秩序の統一性や法的安定性の観点からも望ましいと説く。

以上の①～⑤の要素によれば、仮定的損害賠償の可否に関して売買契約・請負契約ともに同一の結論に至るはずである。では、BGHはなぜ売買契約と請負契約で判断を分けたのか。この理由についてBGHの判断を分析し、請負契約の重大な過剰補償の存在、債権者の保護の欠缺を生じないようにする結論の妥当性が、仮定的損害賠償の可否につき売買契約と請負契約の判断の違いを生じさせたことを明らかにした(VI1)。

このドイツ法の議論を踏まえ、日本法の売買契約及び請負契約の契約不適合に基づく仮定的損害賠償の可否を検討した。まず、債権者が契約の内容に適合しない目的物を保持している場合、債権者の事前支出のリスクを回避する必要があることから契約の内容に適合しない状態が実際に追完されたか否かにかかわらず、追完に代わる損害賠償が認められなければならない。この賠償額は、契約の内容に適合した給付から得られる債権者の利益を保障する観点から契約不適合による物の価値の減少額ではなく、仮定的損害賠償を基準に算定すべきである。もっとも、当該賠償が債権者への過剰補償となる場合、具体的には修補から得られる債権者の利益と債務者の修補費用との間に不相当な関係が存在する場合には、賠償額が契約不適合による物の減少額に限定されうる。この過剰補償は、債権者が契約の内容に適合しない物を保持していたときには債権者に修補利益が認められるため原則として生じない。他方で、債権者が当該物を修補せずに第三者に売却した場合には債権者への過剰補償が生じる場面がある。このときには、債権者

は契約不適合による物の価値の減少額を債務者に請求できることを示した。こうした算定方法の区別は、契約利益を基底に据えた損害賠償額の評価、すなわち契約の内容に適合した給付があれば債権者が本来有していた権利内容を損害賠償を通して実現させるべきとの規範的評価を行うことにより可能であると考えられる（VI 2）。

本稿は、売買契約や請負契約を対象とした。そのため、BGHの判決・決定が賃貸借法や不法行為法にいかなる影響を与えるのかという検討課題が残されている。それを踏まえて売買・請負契約以外の日本法での解釈をどのように考えるのかについては他日に期したい。

【付記】本研究は、科学研究費（若手研究：20K13380）による研究成果の一部である。

- (1) 売買契約を対象とする説明として、田中洋「履行・追完に代わる損害賠償」潮見＝千葉ほか編『詳解 改正民法』（商事法務、2018年）136頁を参照。潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社、2021年）158頁では、追完に代わる損害賠償として「追完に必要な費用相当額の賠償や、契約に適合した物の価値と不適合物の価値との差額の賠償が考えられる」とする。
- (2) 山本豊編『新注釈民法(14債権(7))』（有斐閣、2018年）173頁〔笠井修執筆〕。
- (3) ただし、この事案は瑕疵が重要な場合である一方、本稿のドイツの「給付に代わる小さな損害賠償」の事案では瑕疵が重大でないという違いがある。
- (4) 青野博之「損害賠償金の使途の自由——ドイツ民法第249条第2項第1文に基づく損害賠償——」駒澤法曹8号（2012年）106頁。同105頁以下では、原状回復主義ではない日本民法では、損傷した物の修理費がその物の価値を超えるときはその物の価値の賠償にとどまるとされているが、「建物の場合には、そこで住み続けるのが通常だから、建て替えるという前提で判断され、修繕費が建物の価値を上回るというだけではその損害賠償請求が否定されることはない」とする。松本克美「建物の安全性確保義務と不法行為責任」立命館法学337号（2011年）215頁は、「損害賠償請求権当然消滅否定論は、所有物を壊された所有者が、壊した加害者から損害賠償を得た後に、目的物を売却したり、盗難にあったりして、所有権を失ったとしても、既に得た損害賠償金を返却する必要がないのと同じであ

- る」と述べる。
- (5) 野澤正充「判批」ジュリスト1440号（2012年）85頁。
- (6) 改正前民法634条1項に関する最判昭和58年1月20日の原判決である大阪高判昭和53年10月26日判時920号133頁。
- (7) 笠井修「判批」判時2072号（2010年）196頁は、「実際には修補を行わずに建物所有権を手離した」者らに瑕疵修補費用の支出を余儀なくされないという利益の侵害があったかという疑問であるとする。大澤逸平「建物の基本的安全性の瑕疵に関する不法行為責任について——最判平成19年7月6日及び同平成23年7月21日を契機として——」専修ロー7号（2012年）117頁は、『『修補費用相当額』の賠償は、事実上瑕疵の修補に用いられる可能性を欠く結果』、設計・施工者等「が負う『建物の基本的安全性』を確保する義務と何ら関係のない出捐となってしまう」と指摘する。同134頁以下は、「居住者等」一般の利益という観点から適切な制度設計を模索する中で多様な方法を検討し、不法行為法における適切な制度構築が困難であるという。
- (8) 最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁を題材に、新堂明子「建物の瑕疵の補修費用に関する建築請負人の建物買主に対する不法行為責任」NBL890号（2008年）63頁注19は、所有者でない者が「真に求めているのは瑕疵による建物の価値減損額」であることを示す。石橋秀起「判批」新・判例解説 Watch10号67頁は、修補費用相当額の賠償請求権者は、①取得した建物に瑕疵があることが発覚した現所有者、②瑕疵の発覚のため低い価格で売却せざるをえなかった元所有者、③自己の費用で修補したことにより瑕疵のない建物の価格で売却できた元所有者のいずれかに限られるとした上で、②の損害額は建物価値の減少分であると指摘する。
- (9) 古積健三郎「欠陥建物の設計・施工による不法行為責任」法教406号（2014年）130頁。荻野奈緒「判批（第二次控訴審の福岡高判平成21年2月6日）」同志社法学61巻4号（2009年）191頁は、所有権を失った者は「危険の除去ないし現実化防止にかかる費用を支出しておらず、今後これを支出すべき立場にもない」ため、危険の引受けという意味における権利・法益侵害や損害もないとしてその者の損害賠償を否定する。
- (10) そのように指摘する見解として、田中・前掲注(1)137頁。
- (11) 笠井・前掲注(2)174頁は、請負契約の損害賠償の特性を踏まえ、修補に代わる損害賠償額の算定がどのように行われるのかは改正後の判例・学説の展開に委ねられる旨を指摘する。
- (12) 原語は、fiktiver Schadensersatz である。判例・学説では、fiktive Abrechnung, fiktive Schadensberechnung, fiktive Mängelbeseitigungskosten などの用語も用いられる。
- (13) 【BGB437条】（瑕疵がある場合の買主の権利）
 物に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、買主は、次の各

号に定める権利を有する。

- 一 439条による追完請求権
- 二 440条、323条及び326条5項による解除権又は441条による代金減額権
- 三 440条、280条、281条、283条及び311a条に基づく損害賠償請求権又は284条に基づく無駄に終わった費用の賠償請求権

BGBの条文訳にあたっては、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学現代法研究所、2002年）181頁以下を大いに参照した。

(14) 【BGB634条】（瑕疵がある場合の注文者の権利）

製作物に瑕疵がある場合において、別段の定めがない限り、注文者は、次の各号に定める権利を有する。

- 一 635条による追完請求権
- 二 637条による瑕疵を自身で除去し、その必要な費用の償還を求める権利
- 三 636条、323条及び326条5項による解除権又は638条による報酬減額権
- 四 636条、280条、281条、283条及び311a条に基づく損害賠償請求権又は284条に基づく無駄に終わった費用の賠償請求権

(15) 【BGB439条】（追完）

- (1) 買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。
- (2) 売主は、追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。（3項以降は後述注(80)・(88)を参照）。

(16) 【BGB635条】（追完）

- (1) 注文者が追完を請求するときは、請負人は、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は新たな製作物を作ることができる。
- (2) 請負人は、追完のために必要な費用、特に運送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。（3項以降は後述注(74)を参照）。

(17) 【BGB280条】（義務違反に基づく損害賠償）

- (1) 債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合、債権者はこれによって生じた損害の賠償を請求することができる。このことは、債務者が義務違反につき責めに帰すべき事由がない場合には適用しない。
- (3) 債権者は、281条、282条又は283条の付加的要件をみたす場合のみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

(18) 【BGB281条】（給付がないこと又は給付が契約に適合しないことに基づく給付に代わる損害賠償）

- (1) 債務者が履行期に給付をしないか、又は給付が契約に適合しない限り、債権者は債務者に対して履行又は追完のための相当な期間を定め、当該期間が徒過した場合に、280条1項の要件の下で給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付の一部しか履行しない場合には、債権者は、給付の一部について利益を有しないときのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が義務付けられたと

おりに給付をしない場合に、義務違反が重大でないときは、債権者は全部の給付に代わる損害賠償を請求することができない。

- (19) 売買を対象とする説明として、Christoph Hirsch, Schuldrecht Besonderer Teil, 6.Aufl, Nomos 2020, § 16 Rn.188.
- (20) Grunewald in: Erman Kommentar zum BGB, 16.Aufl.2020, § 437BGB, Rn.16ff.; Voit in: BeckOK zum BGB, 57Edition, 2020, Rn.55ff.; Hirsch, a.a.O. (Fn.19), § 16 Rn.185. 古谷貴之「買主による代金減額後の『大きな損害賠償』請求権行使の可否」産大法学53巻2号(2019年)145頁脚注2及び4は、「大きな損害賠償」を瑕疵ある物を購入した買主が、その物を返還し、当該目的物の価額全部の賠償を請求すること、「小さな損害賠償」を買主が瑕疵ある物を保持した上で、瑕疵なき物の価額と実際の物の価額との差を損害賠償として請求することと定義する。
- (21) Grunewald, a.a.O. (Fn.20), Rn.16.; Hirsch, a.a.O. (Fn.19), Rn.184ff.
- (22) 【BGB637条】(注文者による瑕疵の除去)
- (1) 注文者は、請負人の追完拒絶が適法でないときは、製作物の瑕疵を理由として、追完のために定められた相当の期間の経過後に、その瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求できる(2項略)。
- (3) 注文者は、請負人に、瑕疵の除去のために必要な費用の前払いを請求することができる。
- (23) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (BT-Drucks.14/6040, S.229). 買主の自己修補権の規定化の断念については、BGHZ 162, 219, Rn.20.
- (24) 【BGB669条】(前払義務)
- 委任者は、委任の執行のために必要な費用を受任者の請求に対して前もって支払わなければならない。
- (25) BT-Drucks. 14/6040, S.229.
- (26) BGHZ61, 56, Rn.9.; BGHZ66, 239, Rn.11.1970年代以降の判例の変遷は、長野史寛『不法行為責任内容論序説』(有斐閣、2017年)84頁以下〔初出2013年〕が詳しく紹介する。
- (27) BGHZ61, 56, Rn.9.; BGHZ66, 239, Rn.11では、そのことはドイツ民法典の立法者の意図とされる(Prot. I 296, 297)。被害者の賠償金の用途の自由に関する法状況につき、青野・前掲注(4)91頁以下を参照。
- (28) Frank Weiler, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Nomos 2019, § 46 Rn.5.; Oliver Brand, Schadensersatzrecht, C.H.Beck Verlag München 2010, § 5 Rn.9.
- (29) BGHZ173, 83, Rn.16.他に仮定的な瑕疵除去費用を認めた判例としてBGHZ61, 28, Rn.35ff.; BGHZ99, 81, Leitsatz; MDR1989, 347, Rn.15.; NJW-RR 1996, 1044, Rn.18.などがある。
- (30) BGHZ 173, 83, Rn.16.

- (31) BGHZ 99, 81, Rn.10.
- (32) NZBau 2003, 375, Rn.13.
- (33) Brand, a.a.O. (Fn.28), § 5 Rn.37.; Vieweg/Lorz, in: Eckpfeiler des Zivilrechts (Staudingers Kommentar zum BGB), 7. Auflage 2020/2021, Rn.I 87.; 利得禁止の内容につき、Vgl. Stephan Gregor, Das Bereicherungsverbot, Mohr Siebeck 2012, S.3ff.
- (34) 例 えば、Helmut Köhler, Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB? in: FS für Karl Larenz zum 80, 1983, S.366.; Ulrich Magnus, Schaden und Ersatz, Mohr Siebeck 1989, S.58ff. 学説の批判につき、Vgl. Jochen Mohr, Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht, JZ 2019, 921. 長野・前掲注(26)90頁以下にも詳しい紹介がある。
- (35) Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (BT-Drucks.14/7752), S.13. このほかに、完全賠償や経済性（損害の除去のための複数の同価値の方法から経済的に合理的な方法を選択しなければならないこと）も考慮された。
- (36) BT-Drucks.14/7752, S.14.
- (37) BT-Drucks.14/7752, S.14.
- (38) BGHZ 186, 330, Rn.14.
- (39) BGHZ 186, 330, Leitsatz, Rn.14.
- (40) Christian Knütel, BauR 2004, 591ff, 593.
- (41) Knütel, a.a.O. (Fn.40), 593.
- (42) Knütel, a.a.O. (Fn.40), 594. なお、原著論文の数字を簡略化した。
- (43) Claus Halfmeier, BauR 2013, 322ff, 325. この見解は、永岩慧子「請負の瑕疵責任における給付に代わる損害賠償額の算定」名経法学第44号（2020年）77～80頁で紹介されている。しかし、後述のBGH2018年判決でも引用されている重要な見解であるため、本稿でも簡潔に紹介する。
- (44) Halfmeier, a.a.O. (Fn.43), 323, 325.
- (45) Urteil vom 22. 2. 2018-VII ZR46/17-, BGHZ 218, 1. 同判決を紹介するものとして、永岩・前掲注(43)83～88頁を参照。
- (46) 小見出しは、判決の理解を容易にする意図で筆者がつけたものである。
- (47) この損害の算定につき、債務法改正前の規定を適用した Urteil vom 16. 11. 2007-V ZR 45/07, NJW 2008, 436, Rn.12が参照される。第7民事部がこの判例を参照した意味について、後述注(110)を参照。
- (48) 【BGB251条】（期間を定めない金銭賠償）
 (2) 原状回復が不相当な費用を要するときは、賠償義務を負う者は、金銭による賠償をすることができる。
- (49) 原注：Halfmeier, a.a.O. (Fn.43), 320, 322f. の見解を引用。
- (50) 原注：Knütel, a.a.O. (Fn.40), 591, 593の見解を引用。

- (51) 【BGB638条】（報酬減額）
 (1) 注文者は、解除に代えて、請負人に対する意思表示によって報酬を減額することができる（以下、略。3項については、後述注(121)を参照）。
- (52) Rn.64ff.では、注文者から建築家への損害賠償額の算定も、瑕疵のない給付があった場合の製作物の仮定的な価値と実際の製作物の価値の減少額が比較され、対象物を売却したときには具体的な収益の減少額に基づき算定されると示された。その上で、注文者は、計画又は欠陥の瑕疵を理由に、BGB280条、634条4号に基づき金銭の事前支出を建築家に求めうる旨も示された。
- (53) このように評価する見解として、例えば Ulrike Picker, JZ 2018, 678. Fn.11 ; Hans Christian Schwenker, MDR 2018, 640, 644.; Susanne Heinemeyer, NJW 2018, 2441, 2442.
- (54) Paul Popescu, BauR 2018, 1599, 1601.
- (55) Rolf Kniffka, BauR 5/2018, Editorial I .
- (56) Heinemeyer, a.a.O. (Fn.53), 2443. もっとも、Heinemeyer は、BGH2018年判決が「BGB634条の規定の背後に存在する概念を被害者の実際の処分とより一致させることが必要」としたことには疑問を呈する。なぜなら、同条は瑕疵のある給付の場合の注文者の様々な瑕疵担保権を定めるにすぎず、中立的な規定であるからである。
- (57) Reinhard Greger, NZM 2020, 4, 6.; Heinemeyer, a.a.O. (Fn.53), 2443. この分析は、BGH2018年判決に賛成の立場だけでなく、反対の立場からも指摘されている（後述のBGH2020年3月13日決定（Rn.28）を参照）。
- (58) Picker, a.a.O. (Fn.53), 678は、仮定的な瑕疵除去費用の拒絶が損害賠償法上の利得禁止を定める BGB249条以下の体系に一致すると主張する。Picker は、判決以前より債権者の用途の自由などに疑問を指摘する。ders, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten, Mohr Siebeck 2003, S.22ff.,209ff.
- (59) Gerald Mäsch, JuS 2018, 907, 908ff.
- (60) Mäsch, a.a.O. (Fn.59), 908.
- (61) Kniffka, a.a.O (Fn.55), Editorial I .
- (62) Kniffka, a.a.O (Fn.55), Editorial II .
- (63) Frank Peters, JR 2019, 331, 340ff.
- (64) Schwenker, a.a.O. (Fn.53), 644ff. この見解は、後述の Weyer, NZBau 2013, 273の見解に基づいている。
- (65) Schwenker, a.a.O. (Fn.53), 644ff.
- (66) Peters, a.a.O. (Fn.63), 340.
- (67) Peters, a.a.O. (Fn.63), 341.
- (68) Mark Seibel, NZBau 2019, 81.
- (69) Seibel, a.a.O. (Fn.68), 82.Seibel の見解は、後述 V 3(2)も参照。

- (70) Seibel, a.a.O. (Fn.68), 82.
- (71) Schwenker, a.a.O. (Fn.53), 645は、BGH2018年判決が「請負契約の特殊性」という不気味な言葉の意味を説明せずに使用していると批判する。Reinhold Thode, jurisPR-PrivBauR 6/2018 Anm.1も請負契約の特殊性を「内容的に空虚なフレーズにすぎない」と評する。
- (72) Weyer, NZBau 2013, 269ff.
- (73) Schwenker, a.a.O. (Fn.53), 644. 同様の主張として Thode, a.a.O. (Fn.71), Anm.1; Thomas Riehm, NZM 2019, 273, 280. 以上の批判に加え、Seibel, a.a.O. (Fn.68), 82.; ders, MDR 2019, 265は、市場価値の評価者が物の市場価値の評価を行う際に市場価格から瑕疵の除去に必要な推定コストを差し引くため、本判決が瑕疵除去費用を考慮せずに市場価値を決定したことも問題視する。
- (74) 【BGB635条】(追完)
- (3) 請負人は、追完に不相当な費用を要するときは、第275条2項及び3項の適用を妨げることなく、これを拒絶することができる。
- (75) 代用権の訳についてドイチュ＝アーレンス著(浦川道太郎訳)『ドイツ不法行為法』(日本評論社、2008年)260頁を参照。
- (76) Hans-Joachim Weingart, NZBau 2018, 593, 597ff.
- (77) 瑕疵修補費用が高額となる事例を想定したものと考えられる。Seibel, a.a.O. (Fn.68), 82.Seibelは、請負人はBGB242条以外にBGB635条3項の抗弁を提起しうるとする。この点は、後述V3(2)第4の批判を参照。
- (78) Heinemeyer, a.a.O. (Fn.53), 2444.
- (79) Mäsch, a.a.O. (Fn.59), 909. 請負契約に射程を限定しない見解として、他に Maximilian Lotz, JuS 2019, 749, 751ff. Picker, a.a.O. (Fn.53), 680.
- (80) 【BGB439条】(追完)
- (3) 売主は、買主が瑕疵ある物をその種類及び使用目的に従って他の物に組み込んだとき又は他の物に取り付けたときは、追完により、瑕疵ある物を取り外し、修補した物又は引き渡した瑕疵のない物を組み込むか又は取り付けるために要する費用を賠償する義務を負う。442条1項は、契約締結時に代えて、買主が瑕疵ある物の組み込み又は取付けを行う時点での買主の認識を基準として適用する。
- 条文訳は、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』(法律文化社、2020年)298頁以下を参照した。この義務が制定される契機となった判例・学説及び改正経緯の詳細は、原田剛『売買・請負における追完義務』(成文堂、2017年)〔初出2012年〕76頁以下及び274頁以下、古谷・前掲書269頁以下、田中宏治『ドイツ売買論集』(信山社、2021年)197頁以下を参照。
- (81) Heinemeyer, a.a.O. (Fn.53), 2444.
- (82) Kniffka, a.a.O (Fn.55), Editorial II.

- (83) 例えば、Peters, a.a.O. (Fn.63), S.342.
- (84) Stephan Ulrich, GmbHR 2020, R7.
- (85) Urteil vom 15. 6. 2012-V ZR 198/11-, BGHZ 193, 326, Rn.31.
- (86) Urteil vom 4. 4. 2014-V ZR 275/12V-, BGHZ 200, 350.
- (87) 同判決を紹介するものとして、青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求——ドイツ請負法及び売買法——」駒澤法曹12号（2016年）87頁以降を参照。
- (88) 【BGB439条】（追完）
- (4) 売主は、買主が選択した追完に不相当な費用がかかるときは、275条2項及び3項の適用を妨げることなく、その追完を拒絶することができる。その場合には、特に瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の程度及び買主に重大な不利益を被らせることなく他の追完を行うことができるか否かを考慮する。この場合において、買主の請求権は、他の追完に制限されるが、第1文の要件による売主の拒絶権を妨げない。
- (89) 債務者の給付拒絶の規定及び正当化根拠に関しては、山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の検討」法と政治67巻4号（2017年）143頁以降及び152頁以降を参照。
- (90) BGH, Vorlagebeschluss vom 13. 3. 2020-V ZR 33/19-, BauR 2020, 1315.
- (91) 以下の小見出しは、決定の内容に即して筆者がつけたものである。
- (92) 原注：Halfmeier, BauR 2013, 320, 321ff.; Picker, JZ 2018, 676ff.; Mohr, JZ 2019, 917, 920.
- (93) 原注：BT-Drucks.14/6040 S.135.
- (94) 原注：Vgl.BT-Drucks.14/6040 S.261.
- (95) 原注：Vgl.BT-Drucks.14/6040 S.95, 209, 260.
- (96) この判旨に続き、本決定は、第7民事部が、計画に欠陥があった建築家に対して BGB637条3項に基づく前払請求権が存在していないため注文者の事前支出請求権を一般的な損害賠償から導いた（この点は注(52)を参照）ことをふまえ、「買主の自己修補権の欠如によって売買契約と請負契約の責任体系を異にすることを正当化できない」（Rn.26）と述べる。
- (97) 原注：BT-Drucks.14/6040 S.95. そのほか組立義務や製作物供給契約でも売買契約と請負契約の区別が曖昧であるとする。また本件では、寝室の湿気に関する売買契約上の責任のほかに、建築物の正面からの外観を絶縁材で防護し、かつ漆喰を塗る請負契約上の義務も存在しており、売買契約と請負契約の義務が共存していたとする。ドイツ債務法改正における製作物供給契約の削除提案と存置の経緯については、芦野訓和「ドイツ新債務法における請負法の改正——我が国への示唆を含めて」駿河台法学17巻1号（2003年）32頁。
- (98) この給付（Leistung）とは、具体的には追完（Nacherfüllung）を意味

- するとみられる。
- (99) この判旨は、買主の損害賠償請求権の行使の時点で損害（瑕疵）が発生し、買主に損失が生じていることを示しているものと思われる。
- (100) Vgl. BT-Drucks 14/6040 S.139f.
- (101) BT-Drucks.14/6040 S.92f.
- (102) 原注：賃貸借でも同様であるとする。Vgl. Lehmann-Richter, NZM 2018, 315, 316f.
- (103) 原注：Vgl. BGH, Urteil vom 24. 5. 1973-VII ZR 92/71, BGHZ61, 28, 30f.
- (104) この判旨に続き、不法行為の判例では仮定的な損害算定が認められるところ、第7民事部が売買法に影響を及ぼすならば、不法行為法と契約法で法秩序の統一性を損なう崩壊が生じうるとの懸念も示される（Rn.49ff.）。
- (105) 最後に、本決定は、買主が生じるであろう瑕疵除去費用の完全な賠償を求めているため、第7民事部とは異なり、損害額が瑕疵による物の価値の減少額に限定されないとする（Rn.53ff.）。
- (106) BGH, Beschluss vom 08. 10. 2020-VII ARZ 1/20-, NJW 2021, 53.
- (107) BGH2020年3月決定と同様、BGB249条以下の規定も根拠にならないとする（Rn.22ff.）。
- (108) Rn.24も同様の趣旨を判示するため、省略した。
- (109) この点についてBGH2014年4月4日判決（前述IV 1を参照）。
- (110) ただし、第7民事部は、「適切な事例では、瑕疵を原因とする価値の差額での損害が瑕疵除去費用に基づき算定することが許容される」という（仮定的な瑕疵除去費用が価値の減少額を大幅に上回り、価値の差額をもはや反映していない場合を除く）。その理由として、BGH2018年判決が債務法改正前の第5民事部の判例を参照したことを指摘する。その判例は、「適切な事例では、瑕疵を原因とする価値の差額での損害が、簡易な理由から、仮定的な瑕疵除去費用を手掛かりに算定される」と判示した。第7民事部は、BGH2020年3月決定の事案では適切な事例が存在するという。第一審は、湿気被害の除去に要する費用を7,972.68€と評価したところ、「その費用は、区分所有建物の価格の低下を正確に反映している」からである。その結果、本件では仮定的な瑕疵除去費用と瑕疵による物の価値の減少額が一致すると示した（Rn.81ff.）。
- (111) BGH, Urteil vom 12. 3. 2021-V ZR 33/19-, NJW 2021, 1532.
- (112) Mathias Preussner, NZBau 2021, 11ff.
- (113) Preussner, a.a.O. (Fn.112), 13ff.
- (114) Preussner, a.a.O. (Fn.112), 13ff.
- (115) Preussner, a.a.O. (Fn.112), 12.
- (116) Preussner, a.a.O. (Fn.112), 14. Preussner は、「売買法では正しいかもしれないことは、請負契約法には必ずしもあてはまらない。法的枠組み

とそれぞれの利益状況があまりにも違いすぎる」とも述べる。この表現からすると、売買契約で仮定的損害賠償が認められる余地を排除していない可能性もある。

(117) Jürgen Lauer, BauR 4/2021, 623.

(118) Thomas Riehm, NJW 2021, 27.

(119) Seibel, MDR 2/2021, 78.3名以外の見解は脚注で適宜紹介する。

(120) もっとも、本稿執筆時点ではBGH2020年10月決定から1年を経過しておらず、学説の状況は流動的である。

(121) 【BGB638条】（報酬減額）

(3) 減額の場合には、報酬は、契約締結時における瑕疵がない状態の製作物の価値と実際の価値を比較して引き下げられる。減額は、必要なとき限り、査定によって算定される。

(122) 以上までRiehm, a.a.O. (Fn.118), 30f. 事例の問題点に関してSeibel, a.a.O. (Fn.119), 82は、床タイルの事例は一般的に妥当する抽象的な法律上の命題を正当化するのに妥当でないこと、独自の個別事例が経験的に「ある (Ist)」ということから拘束力のある「べき (Soll)」規範を導き出すことができないと批判する。

(123) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 31f.

(124) 【BGB440条】（解除及び損害賠償に関する特則）

281条2項及び323条2項の他に、売主が前条4項による両方の追完を拒絶するとき、買主に認められた追完が達成されなかったとき、又は買主に期待することができないときは、期間の定めを要しない。(以下、略)

(125) 【BGB636条】（解除及び損害賠償に関する特則）

281条2項及び323条2項の他に、請負人が前条3項により追完を拒絶するとき、追完が達成されなかったとき、又は注文者に期待することができないときは、期間の定めを要しない。

(126) Lauer, a.a.O. (Fn.117), 625.

(127) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 29.

(128) BT-Drucks.14/6040, S.95.

(129) BT-Drucks.14/6040, S.209.

(130) BT-Drucks.14/6040, S.260ff.Seibelが引用する箇所は長く、そのすべてを紹介することができないため、引用を重要部分のみに限定する。

(131) BGH2020年10月決定のRn.20ff.Rn.34.

(132) Seibel, a.a.O. (Fn.119), 81ff.

(133) Lauer, a.a.O. (Fn.117), 625.; Riehm, a.a.O. (Fn.118), 29も仮定的損害賠償を全ての事例で認めることが判例の統一性の確保に資すると指摘する。Tilo Keil, EWiR 2021, 46も、評価矛盾を防ぎ、法秩序の統一性を促進するために、請負契約と売買契約の平行的な法的状況を考慮して、法的評価の一貫性が求められるとする。さらに、請負契約では注文者に仮定的な

費用に基づく損害賠償が否定される一方、自動車事故の場合に被害者にその費用が認められる場合、評価矛盾が生じるとする。

- (134) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 30.
- (135) この法思想は債務者の給付拒絶を定める BGB275条 2 項の法思想と一致する。吉政知広『事情変更法理と契約規範』(有斐閣、2014年)〔初出2004年〕249頁は、この法思想は「債権者が給付に固執することによって必要となる過大な費用を債務者が甘受する必要はない」という「権利濫用の思想」であり、その思想は比例原則の現れの一つであるとする。大原寛史「ドイツ民法における事実的不能の位置づけ——ドイツ民法275条 2 項をめぐる議論を中心に」同志社法学61巻 6 号 (2014年) 81頁も参照。比例原則の詳細は、山田・前掲注(89)169頁以下を参照。
- (136) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 30ff.; Lauer, a.a.O. (Fn.117), 625も不相当性の規律は追完要求に関係し、損害算定に関係しないため、算定方法を区別する理由にならないとする。
- (137) BGH Beschl.16.4.2009-VII ZR 177/07.
- (138) Seibel, a.a.O. (Fn.119), 83. このほか Stephan Lorenz, JZ 2021, 631は、ここで問題となるのは債権者の追完に対して有する利益と追完に要する債務者の負担との比較であるとして BGB275条 2 項の適用を主張する。
- (139) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 31. Looschelders, LMK 2020, 430873は、売買契約では仮定的な瑕疵除去費用の放棄が請負契約以上に大きな問題をもたらすとする。Lorenz, a.a.O (Fn.138), 631も債権者の事前支出のリスクを考慮して BGH2020年 3 月決定を正当と評価する。
- (140) Lauer, a.a.O. (Fn.117), 624ff も債務法改正前から請負人には瑕疵のない給付が義務付けられていたため、立法者が改正の際に損害算定について実質的な変更を予定していなかった旨を指摘する。
- (141) Seibel, a.a.O. (Fn.119), 82ff. Riehm, a.a.O. (Fn.118), 32も前払請求権に付属する自己修補では、前払金が予想以上に高くなるリスクを請負人が負う一方、注文者が仮定的な瑕疵除去費用を請求した後、実際に瑕疵の除去を決めたときに当該費用が見積額を上回ることが判明しても注文者は追加費用を請求できないとし、両者の違いを指摘する。
- (142) BGH2020年10月決定は、瑕疵除去費用が物の価値の減少額を明確に上回り、価値の差額をほぼ反映していないような事例を除き、適切な事例では物の価値の減少額が仮定的な瑕疵除去費用に基づいて算定されるとした。これに対しても、Lauer, a.a.O. (Fn.117), 626は、物の価値の減少額が確定しているときになぜ仮定的損害賠償が可能となるのかが不明確であるなどの疑問点を示す。Seibel, a.a.O. (Fn.119), 83も同決定が仮定的損害賠償を否定しつつ、結論ではその損害賠償を認めている点で評価矛盾があるほか、どのような場合に適切な事例が存在するのか明らかでないを指摘する。
- (143) Riehm, a.a.O. (Fn.118), 32.; Seibel, a.a.O. (Fn.119), 84.

- るものとして、潮見・前掲注(1)163頁脚注228・229。
- (152) 山田・前掲注(89)では、改正前民法634条1項ただし書の法思想と共通するBGB275条2項の正当化根拠を検討した。その結果、日本法ではいわゆる事実上の不能といわれる問題は、比例原則による債権者の利益と債務者の不利益との比較衡量を基礎に据えた信義則ないし権利濫用の問題として位置付けられるべきであったと主張した(同187~189頁)。この立場からは、追完に代わる過大な損害賠償請求権も信義則・権利濫用を通じて制限されることになる。
- (153) 本来的な履行と異なり、追完不能を相対的に緩やかに肯定する方向性につき、山野目章夫「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」曹時68巻1号(2016年)7頁を参照。
- (154) 売買契約と請負契約において追完に代わる損害請求権の限界の判断基準を変えることもありうる。例えば、BGB439条4項の判例では(IV1)、修補費用が契約不適合のない状態の不動産の流通価値を上回るか又は契約不適合による物の価値の減少額の200%を上回るとする基準が採用されていた(追完請求権の限界を考える際にこの基準が1つの判断基準を示すものとして参考になると指摘する見解として古谷・前掲注(80)326頁)。もっとも、BGB439条4項のような明文規定がない日本法の下で同様の基準を採用しうるか今後の検討課題としたい。
- (155) 最判平成23年7月21日の事案では、原告Xは重大な瑕疵あるマンションが競売に出されるまでに、欠陥トラブルの多さから入居者が減少し、家賃収入が当初の3分の1程度にまで減ってローンが返済できなかったという事情があった(幸田雅弘「別府マンション事件」市民と法72号(2011年)28頁)。この事案においては、Xが5億6200万円で購入したとされるマンションは、市場価値が極めて低廉な額になったと評価されるため、その市場価値の減少分の賠償が認められることになろう。この場合の減少分の賠償は、購入代金に匹敵する賠償額になると考えられる。
- (156) このような場合に前主は実質的に瑕疵修補相当額を填補されたと見るべきと指摘する見解として大澤・前掲注(7)111頁を参照。請負人が責任を負う範囲が広がり過ぎることへの対応として、建物の現所有者が修補費用の賠償請求権者になると説く見解として、畑中久彌「判批(最判平成19年7月6日)」福岡53巻4号(2009年)477頁以下を参照。このとき、第三者が契約関係にない売主に不法行為に基づく損害賠償請求権を追及できるかが問題となる。この問題につき契約法を対象とした本稿の分析から析出した視点ではないが、最判平成23年が指摘する通り、「基本的な安全性」を欠く建物の施工者らは、建物の基本的安全性の確保に向けた注意義務違反を理由に、第三者である居住者に不法行為に基づく損害賠償義務を負うことはありうるであろう。
- (157) 追完に代わる損害賠償の要件の議論状況につき田中洋「改正民法にお

ける『追完に代わる損害賠償』(1)～(5) NBL1173号4頁・1175号29頁・1176号28頁・1177号29頁・1178号38頁(2020年)、平野裕之『新債権法の論点と解釈』(慶應義塾出版会、第2版、2021年)135頁以下。

(158) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(有斐閣、1971年)140頁。

(159) 平井宜雄『債権総論』(弘文堂、第2版、1985年)68頁～69頁。

(160) 平井・前掲注(158)140頁、168頁以下。

(161) 奥田昌道『債権総論』(悠々社、増補版、1992年)171～172頁。

(162) 奥田説をこのように分析する見解として、高橋眞『損害概念論序説』(有斐閣、2005年)188頁。

(163) 潮見佳男『債務不履行の救済法理』(信山社、2010年)〔初出2006年〕193頁。

(164) 潮見・前掲注(150)433頁。この見解は、規範的評価に際して金銭に形を変えての本来的権利内容の貫徹という権利追求機能(権利保護機能)を重視したものである。

(165) 注(8)の学説の見解を参照。

~~~~~  
論 説  
~~~~~

ジョン王の生涯と大憲章

甲 斐 素 直

目次

[はじめに].....	2
1 ジョンの受けた教育.....	4
(1) ヘンリ二世と子供達.....	4
(2) ジョンの幼少期.....	6
(3) 実務教育.....	8
2 ジョンの王位承継とフランス内乱.....	9
(1) アンジュー帝国の承継問題.....	9
(2) フランス内乱.....	12
3 ジョンの婚姻とフランス内乱.....	14
(1) ジョンの婚姻.....	14
(2) ミルボアの戦い.....	16
(3) フランス北部領の喪失.....	19
4 ジョンの行財政改革.....	22
(1) ジョンの置かれた状況.....	22
(2) ジョンの行政改革.....	23
A 行政機構の整備・発展.....	23
B 王璽の誕生.....	29
C 行政書類の整備.....	31
(3) ジョンの財政改革.....	34
5 ジョンと教皇.....	39
(1) 聖職叙任権闘争.....	39
(2) 全封土の教皇への献納.....	42
(3) ポワチエ侵攻とブルーヴィーヌの戦い.....	44

6 ジョンと大憲章に始まるイングランド内乱……………	47
(1) 大憲章……………	47
(2) 内乱の勃発……………	52
(3) フランスの侵略……………	57
[終わりに]……………	59

[はじめに]

イングランドのジョン王 (John, King of England) は、わが国では一般に、軍事的才能に乏しく、アンジュー家の大陸領土を失ったうえ、家臣に大憲章 (Magna Carta) を突きつけられ、飲まざるを得なかった暗愚な王と認識されているであろう。

しかし、大憲章とは何か、という研究の一環として、ジョンについて掘り下げて調べた結果、筆者は、そのような一般的認識は誤っているのではないかと考えるにいたった。暗愚どころか、彼は当時としてはずば抜けた知性の持ち主と評価するべきであろう。特に彼の行政実務家としての能力は高く、その影響は英国行政法に今日まで残っているほどである。軍事的能力も、その兄リチャード獅子心王 (Richard the Lionheart) と違って戦場における勝利が少ないので劣っているように見えるが、これも戦略的には寧ろ非凡な才能の持ち主と評価するべきであろう。これらの点について、逐次紹介していきたい。

彼の悲劇は、むしろ、その卓越した知性、近代的な合理的な思考能力にあった。わが国でいえば平安末期から鎌倉初期に相当する無知蒙昧な時代には、その合理性は、騎士道という大変歪んだ発想に凝り固まった人々の反発を買いがちであったのである。

本稿では、ジョンの生涯について、幼年時代も含めて大憲章にいたる過程、さらに大憲章制定前後の変遷を多角的に検証し、その実像に迫りたい。

1 ジョンの受けた教育

(1) ヘンリ二世と子供達

ヘンリ二世 (Henry II) は、フランスのアンジュー伯ジョフルワ (Geoffrey V, Count of Anjou) とイングランドのノルマン王家の娘マティルダ (Empress Matilda) の子として生まれたことから、父からはアンジュー家の有するアンジュー、メーヌ (Maine)、トゥーレーヌ (Touraine)、母からはノルマン家の有するノルマンディ及びイングランド⁽¹⁾を継承した。さらにアキテーヌ女公爵であるエレノア (Eleanor of Aquitaine) と婚姻し、その支配地域であるアキテーヌ公領、ガスコニュ (Gascoigne) 公領、ポワチエ (Poitiers、英語では Poitou) 伯領など、フランス全土の3分の1近くの地域における共同統治者となった。この結果、北はスコットランド国境から南はピレネー山脈にいたるアンジュー帝国を築き上げた。この時、彼は21歳であった。

それにも拘わらず、ヘンリ二世は、自らの支配する領域だけに満足せず、その後も積極的に外部への侵略を行った。その活動の結果、ブルターニュ (Bretagne、英語では Brittany) 公領、ウェイルズ (Wales)、アイルランド (Ireland) 及びスコットランド (Scotland) を臣従させた。

妻との間には5男3女に恵まれた。そのうち、最初に生まれたウィリアム (William、1153年生まれ) は夭折したが、残り7人はすべて無事に成人している。その生年を順次示すと次のとおりである。

(1) イングランドの王位は、いったんは母の従兄弟スティーヴン (Stephen of Blois) の手に落ちていたが、激しい内乱の末、ヘンリは1153年のウェストミンスター条約 (Treaty of Westminster) によりイングランド王位を継承することとなり、1154年のスティーヴンの死を待って、イングランド王に戴冠した。Austin Lane Poole "From Domesday Book to Magna Carta: 1087-1216 (Oxford History of England)" Oxford University Press (second edition) 1956年刊 (以下、同書は『Poole・Domesday Book』と略記する。) 164頁参照。

ヘンリ	(Henry the Young King)	1155年
マティルダ	(Matilda of England)	1156年
リチャード	(Richard the Lionheart)	1157年
ジェフリー	(Geoffrey of Brittany)	1158年
エレノア	(Eleanor of England)	1162年
ジョアン	(Joan of England)	1165年
ジョン	(John the Lackland)	1167年

男児について、その誕生年を見ると、上3人は生年がかなり近いのに対し、彼らと末弟ジョンの間には、間に女兒二人がいるためもあって、10歳もの大きな年齢の隔たりがあることに気がつく。ヘンリ二世は、上の3人の男児は、総て騎士として育てた。例えば長男ヘンリの傅役には、当時もっとも名高い騎士であったマーシャル (William Marshal) が付けられていた⁽²⁾。その結果、いずれの子も武勇が自慢の騎士に育つ。

フランス西部に属する地域で、唯一ヘンリ二世の支配に属していなかったブルターニュについては、ヘンリはたびたび侵略した末、ブルターニュ公コナン4世 (Conan IV, Duke of Brittany) の娘コンスタンス (Constance, Duchess of Brittany) と3男ジェフリーとの婚姻の約束を取り付けることで併合に成功した。1169年には、ブルターニュのバロン達は、ジェフリーに対して臣従礼 (Homage) を行うことを強制された⁽³⁾。

1169年1月に、ヘンリ二世はフランス王ルイ七世 (Louis VII) との間で、両国間で長く続いた紛争を解決するための手段として、モンミライユ条約 (Treaty of Montmirail) を締結する⁽⁴⁾。この条約は、ルイ七世の娘マーガレット (Margaret of France) をヘンリの長男のヘンリと結婚さ

(2) ヘンリ二世の年長の子達が騎士として教育を受けたことについては Stephen Church, "King John: England, Magna Carta and the Making of a Tyrant" Macmillan 2015年刊 (以下、同書は『Church・King John』と略記する。) 10頁参照。

(3) ブルターニュの併合過程については『Poole・Domesday Book』324頁以下参照。

(4) モンミライユ条約については、『Church・King John』8頁参照。

せ、また、その妹アリス (Alys of France) をヘンリの次男リチャードと結婚させることを約束するものであった。その代償として、ヘンリは、自らの領地をその息子達に分割することを約した。すなわち、ヘンリは父の領地であるイングランド、ノルマンディ及びアンジューを受け取ることにされ、リチャードは母の領地であるアキテーヌを受け取ることにされ、そして、ジェフリーは未来の妻の領地であるブルターニュを受け取ることにされた。この条約により、ルイ七世は、娘二人をヘンリ二世に差し出す代わりに、近い将来にアンジュー帝国が解体されることを期待出来ることとなったのである。

この条約に従い、1170年に、ヘンリ二世は、ヘンリをイングランドの共同統治者とした (そのため、彼は一般に「ヘンリ若王 (Henry the Young King)」と呼ばれる)。リチャードは、母エレノアの統治担当領域に属するポワチエ伯 (Count of Poitou) となった。ジェフリーは、前述のとおり、ブルターニュ公 (Duke of Brittany) とされた⁽⁵⁾。

(2) ジョンの幼少期

ヘンリ二世の末子ジョンは、1167年12月24日、つまりクリスマスイブに生まれており、このモンミライユ条約締結時点では、やっと1歳を過ぎたばかりだったため、条約の対象には含まれなかった。そのため、どの領地も与えられることはなかった。そこで、ヘンリは、ジョンに欠地 (Lackland) と綽名を付けた。もっとも、ジョンが実際に欠地であった期間は短い。1177年5月のオックスフォードでの会議で、ジョンはアイルランド卿 (Lord of Ireland = アイルランド王に相当する。) に任じられ、関係するバロンからの臣従礼を受けたからである。ジョン10歳の時である⁽⁶⁾。

この経緯に明らかなおおり、ヘンリが息子たちに与えた領主の地位

(5) ジェフリーが正式にブルターニュ公となるのは、コナン四世が死去した1171年以降となる。『Poole・Domesday Book』325頁参照。

(6) ジョンがアイルランド卿になったことについては『Church・King John』13頁参照。

は形式的なものであって、息子達に統治の実権を与えるつもりはなかった。何しろ、条約締結の時点では、最年長のヘンリでさえ15歳に過ぎない。騎士道教育は受けていても、為政者となるべき何等の教育も受けていない10代の若者が、実際の統治を行うことができないのは自明と言える。

しかし、ヘンリ若王ら3人の息子達は、領地における実権が与えられないことに対して大いに不満を持った。そこで1173年に父に対して団結して反乱を起こす。母エレノアまでも、彼らの反乱に与した。しかし、無造作にヘンリに叩き潰されている⁽⁷⁾。ヘンリ若王は懲りずに再び1180年にも反乱を起こし、またもあっさりと撃破され、敗走する途中で病死した⁽⁸⁾。また、3男ジェフリーは、本来なら争うべき相手である、ルイ七世の子、フランス王フィリップ二世 (Philippe II) と親しみ、結局1186年に、彼を訪ねてパリにいる時に参加した馬上槍試合の事故で死ぬことになった⁽⁹⁾。

ヘンリ二世は、おそらく上3人の息子達が反乱に走った原因は、騎士道偏重の教育に問題があったと考えたのであろう、末子ジョンに関しては教育方針を一変させた。ジョンは子供時代を、具体的には1172年～77年は、フォントヴロー修道院 (Royal Abbey of Fontevraud) で過ごしている⁽¹⁰⁾。当時は教育機関がなかったため、子弟に高い教養を与えたいと親が考えれば、修道院に送るほかはなかったのである。例えばヘンリー一世 (ヘンリ二世の祖父) の妻マティルダ (Matilda of Scotland) は、スコットランド王の娘であるにも関わらず、その子供時代をイングランドの修道院で過ごしていたが、それも同じ理由からである⁽¹¹⁾。なお、

(7) ヘンリ若王等が1173年の反乱に至る経緯については『Poole・Domesday Book』332頁以下参照。

(8) 1180年の反乱については『Poole・Domesday Book』341頁参照。

(9) ジェフリーの死については『Poole・Domesday Book』342頁参照。

(10) ジョンがフォントヴロー修道院で子供時代を過ごしたことは『Church・King John』10頁参照。

(11) マティルダは6歳の時に、教育を受けるためにイングランドのロム

このフォントヴロー修道院は、ヘンリ二世の妻エレノアが、その晩年を過ごし、そこで死去したところであり、またヘンリ二世自身もそこに葬られている。

(3) 実務教育

ジョンは、修道院での生活を終えた後、しばらくの間は、父に従ってイングランドと大陸の間を行き来する生活となる⁽¹²⁾。父の行政を至近で見るそれは、当時としては最高の実務教育であったであろう。

しかし、父からの教育では身内の甘えが生じると考えられたのであろう、1179年、12歳の時から、宰相 (Justiciar) グランヴィル (Rannulf de Glanville) のグループに属してイングランドに留まり、国内各地を巡るようになる⁽¹³⁾。グランヴィルは父ヘンリのイングランド不在期間は、イングランドの全権を握る人物であり、イングランドで最初にコモンローに関する法律教科書を書いたと言われる人物であった⁽¹⁴⁾。したがって、彼の膝下で受ける実務教育は、兄リチャード等が受けた騎士

ジー修道院 (Romsey Abbey) に来ている。彼女の父マルコム王 (Malcolm III) は、1093年、イングランドに攻め込んだ際に戦死する。本来ならば、人質としてイングランド宮廷にいるマルコムの子ダンカン (Duncun II) が後を継ぐはずであるが、彼を差し置いて、マルコムの弟のドナルド (Donald III) が王位に就く。そのため、スコットランドは内乱状態になる。この時期に彼女は、ウィルトン修道院 (Wilton Abbey) に移動している (Lois L. Huneycutt “Matilda of Scotland: A Study in Medieval Queenship”, Boydell Press 2003年刊25頁)。

(12) ジョンが父親の王宮と行動を共にしたことは『Church・King John』14頁参照。

(13) ジョンがグランヴィルの指導下で活動したことは『Church・King John』14頁参照。

(14) グランヴィルが著したと言われるのが、イングランド最古の法律教科書といわれる『イングランド王国の法と慣習についての著作 (Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanvilla vocatur)』である。この書は著者名から単に『Glanville』と呼ばれる。その詳しい内容については Frederic William Maitland 『The Constitutional History of England: A Course of Lectures Delivered』 Cambridge University Press, 1919年刊 (以下『Maitland・Constitutional History』と略記する。) 13頁参照。

道教育とはまったく異なる、行政官としての素養をジョンに与えることになったはずである。また、グランヴィルは、軍人としても優れており、前述の1173年の大反乱の際には、それに便乗してイングランド北部に攻め込んだスコットランド王ウィリアム獅子王 (William the Lion) を、アニックの戦い (Battle of Alnwick) で撃破し、捕虜にしているほどの人物である。したがって、ジョンが彼から受ける軍事教育も優れたものであったろう⁽¹⁵⁾。

つまり、ジョンは、それまでの歴代のイングランドの王のような、無学で騎士としての教育だけしか受けていない王たちとはまったく異なる、高い教養と行政および軍略の専門家としての能力を持つ、新しいタイプの王として教育されたのである。

2 ジョンの王位承継とフランス内乱

(1) アンジュー帝国の承継問題

ヘンリ二世の後を継いだリチャード獅子心王が1199年4月6日に戦傷が元で死亡した時点で、彼と王妃ベレンガリア (Berengaria of Navarre) の間には一人の子供もいなかった。この当時、ノルマン人における継承の順位は確立していなかったが、基本的に長子相続制 (Primogeniture) であった。

それに従うならば、リチャードの死の時点での、アンジュー帝国継承の第一順位者は、三男ジェフリーの遺子ブルターニュ公アルチュール (Arthur of Brittany) ということになる⁽¹⁶⁾。実際、リチャード自身も

(15) ヘンリの業績の一つとしてあげたスコットランドの臣従は、グランヴィルの勝利の結果発生している。すなわち、グランヴィルによって捕虜となったウィリアム獅子王に対して、ヘンリは大変屈從的なファレーズ条約 (Treaty of Falaise) を押し付けることに成功したのである (『Poole・Domesday Book』227頁参照)。

(16) アルチュールは、リチャードの弟ジェフリー (Geoffrey of Brittany) とブルターニュ女公コンスタンス (Constance of Brittany) の子として

1190年にはアルチュールを後継者として指名していた⁽¹⁷⁾。

また、ノルマン法では女性の相続権も限定的にはあるが認めていたから、アルチュールの姉エレノア (Eleanor, Fair Maid of Brittany) も承継候補者となる。同様の理由で、リチャードやジェフリーの妹でジョンの姉であるエレノアは、カスティラ国王アルフォンソ八世 (Alfonso VIII of Castile) に嫁いでいたが、やはり継承権を有する。したがって、その娘であるブランシュ (Blanche de Castille) にも継承権が伝わっている。

彼らに対して、末弟であるジョンは、したがって相対的に不利な立場になる。しかし、リチャードは、死の直前にその周辺にいた彼に従う総ての者を集め、ジョンを彼の承継人に指名し、彼に対する忠誠を誓わせた。さらにフォントヴロー修道院にいた母エレノアに手紙を書いて呼び寄せ、後事を託した⁽¹⁸⁾。

このように、リチャードがその考えを変更した大きな理由は、アルチュールが、リチャードが十字軍のため不在の間に、反アンジュー的人物に成長していたことが大きい、と考えられる⁽¹⁹⁾。1196年に、リ

1187年に生まれている。父ジェフリーは1186年に死去しているため、彼は父の顔は知らない子である。J. A. Everard, "Brittany and the Angevins: Province and Empire 1158-1203" Cambridge University Press, 2000年刊 (以下、同書は『Everard・Brittany』と略記する。) 149頁以下参照。

(17) リチャードは、シチリア王タンクレディ (Tancredi) と1190年に締結した条約で、アルチュールとタンクレディの娘を婚姻させ、自分が子無くして死んだ場合には、アルチュールに自分の帝国を承継させると定めていた。Kate Norgate, "England Under the Angevin Kings, Vol. 2" Macmillan and Company, 1887年刊 (以下、同書は『Norgate・Angevin Kings』と略記する。) 295頁参照。ただし、神聖ローマ帝国皇帝ハインリッヒ6世が1194年にシチリア王国を滅ぼしているため、その時点で条約は失効し、アルチュールの婚約は消えている。

(18) リチャードが死亡時にジョンを後継者に指名したことについては、『Norgate・Angevin Kings』385頁参照。

(19) アルチュールの母コンスタンスは、夫ジェフリーの死とともに、1186年以降、ブルターニュの支配者となった。正確に言えば、彼女は、息子アルチュールの摂政として支配した。コンスタンスは、アンジュー家の侵略

チャードは9歳になろうとしているアルチュールを、自らの管理下に置こうとした。彼の母コンスタンスがそれに抵抗したので、リチャードは、彼女を召喚し、ノルマンディのサン・ジャム (Saint-James) で投獄した⁽²⁰⁾。そこでアルチュールは、フィリップ二世を頼り、その助けを借りてリチャードの領国を攻撃した。それに対し、リチャードがブルターニュに侵攻するという負の連鎖が発生している⁽²¹⁾。このように、アルチュールが完全にフランス側に立っているため、アルチュールにアンジュー帝国の承継権を認めれば、アンジュー帝国の独立をフィリップに売り渡しかねないと危惧されたのであろう。

リチャードの死後、イングランドやノルマンディのノルマン人達はリチャードの遺志を尊重し、ジョンを歓迎し、忠誠を誓った。これに応えて、ジョンも王位を継承するべく、積極的な活動を行った。先ず、リチャードの葬儀の3日後、1199年4月14日にジョンはノルマンディの宝蔵庫があったシノン城に行き、そこを押さえている⁽²²⁾。ついでルーアンに行き、4月25日、ノルマンディ公に即位する。ついで、イングランドに渡って、キリスト昇天祭の日 (Ascension Day = 1199年の場合には5月27日)、ウェストミンスター寺院でカンタベリ大司教ウォルター (Hubert Walter) の司祭の下に、イングランド王に即位した。翌日、バロン達から臣従礼を受けた⁽²³⁾。

からブルターニュの独立を守るべく奮闘した女性であるので、当然、その子のアルチュールも、反アンジュー帝国思想を持って育てられたと見られる。なお、アルチュールはリチャードの死の時点で12歳である。『Everard・Brittany』159頁以下参照。

(20) コンスタンスの投獄については、『Everard・Brittany』159頁以下参照。

(21) アルチュールがフィリップの助けを借りてリチャードと抗争状態になった事については『Everard・Brittany』161頁参照。

(22) ジョンがまずノルマンディの宝蔵庫を押さえたことは『Norgate・Angevin Kings』388頁参照。

(23) ジョンのノルマンディ公及びイングランド王への即位は『Poole・Domesday Book』378頁参照。

(2) フランス内乱

ジョンが6月20日に大陸に戻ると、そこでの状況は悪化していた。アキテーヌは、従来どおり母エレノアに忠誠を捧げ、そのエレノアはジョンを支持していたので問題は無かった。しかし、アンジュー家の本拠地であるアンジュー、メーヌ及びトゥーレーヌのバロン達は、リチャードの死の床でジョンへの忠誠を誓ったにも拘わらず、ジョンの兄ジェフリーの遺児アルチュールの継承順位の方が高いとして、彼に忠誠を誓うことにしたのである⁽²⁴⁾。この結果、アンジュー帝国は、イングランド、ノルマンディ、そして母を通じてポワチエやアキテーヌを押さえているジョンと、アンジュー、メーヌ及びトゥーレーヌを押さえているアルチュールの二つに分裂したのである。

この期を捉えて、フランス王フィリップ二世は、ジョンがフィリップの許可を受けることなく、ノルマンディ公を継承したと非難し、フィリップ自身が軍を率いて9月にノルマンディのエヴルー (Évreux) に侵攻した。アルチュール自身も軍を率いてノルマンディに侵攻し、母コンスタンスの救出に成功する。アルチュール軍は更に進んでル・マン (Le Mans) を攻略し、ジョンはその陥落前夜に辛うじて身一つで脱出に成功する有様であった⁽²⁵⁾。

コンスタンスは、息子の利益を確保する為に素早く行動した。すなわち、アルチュールの摂政として、フィリップにトゥール (Tours) で忠誠を誓い、フィリップはそれに応じてアルチュールを主君と認めた城塞や都市に守備隊を配置した⁽²⁶⁾。そして、アルチュール本人については君主としての後見権に基づき、パリに召喚した。これにより、フ

(24) ノルマンディ以外の大陸領土における忠誠の対象については『Poole・Domesday Book』378頁参照。『Norgate・Angevin Kings』389頁によると、アンジュー等のバロンは会議を開き、その地の相続法によればアルチュールが正統な承継者であると議決した。

(25) コンスタンスの救出は、『Norgate・Angevin Kings』389頁参照。

(26) コンスタンスが摂政として行った臣従礼については、『Norgate・Angevin Kings』390頁参照。

ランスは激しい内乱状態に陥った。

この時代の普通の王や貴族であれば、眼の前の敵を撃破する戦術を展開するのに全力を挙げるであろう。しかし、ジョンはこの事態に戦略的な対応をした。

まず、フランス王の領地を挟んだ反対側に位置するフランドル伯ボードワン九世 (Baldwin IX)、ブーローニュ伯ルノー (Reginald of Boulogne) それにドイツ王オットー四世と同盟を結んだのである⁽²⁷⁾。

最後のオットー四世との同盟には特殊な事情がある。この当時、ドイツでは国王が二人存在するという異常事態が発生していた。すなわち、1197年にバルバロッサ (Barbarossa = イタリア語で「赤ひげ」の意) の綽名で知られる皇帝フリードリヒ一世 (Friedrich I) の子、皇帝ハインリッヒ六世 (Heinrich VI) が死去したのを受けて、1198年3月、同じくバルバロッサの子、シュヴァーベン公フィリップ (Philipp von Schwaben) がミュールハウゼン (Mühlhausen) で国王に選出された。しかし、反対派は選挙方法が異常だとしてこれを否認し、改めてザクセン公ハインリヒ獅子王 (Heinrich der Löwe) の息子で、リチャード一世やジョンにとっては甥にあたるブラウンシュヴァイク公オットー (Otto von Braunschweig) を1198年7月に国王に選出した。対立する二人のドイツ王の中で、相対的に立場の弱いオットーは、ジョンの支援を期待して、フランスと戦うことを約束したのである⁽²⁸⁾。

そしてジョン自らは、リチャードが対フィリップ用に築いたガイヤール城 (Château Gaillard) などをしっかりと守る間に、こうした同盟者がフィリップ軍を背後から脅かすことで、戦局をひっくり返したのである。

(27) ジョンのフランドルやドイツとの同盟戦略については『Norgate・Angevin Kings』394頁参照。

(28) ジョンの長姉マティルダ (Matilda of England) は、ザクセンのハインリッヒ獅子王 (Heinrich der Löwe) に嫁いでいたが、オットーはその三男である。山田欣吾他編『ドイツ史1』山川出版社2007年刊 (同書については、以下『山田・ドイツ史』と略記する。) 252頁以下参照。

また、この時期に、フィリップは個人的に大きな過ちを犯した。デンマーク王の娘インゲボルク (Ingeburge de Danemark) と1193年に正式に結婚式を挙行していながら、何故かその翌日に心変わりし、系図を偽造して近親婚だとして結婚の無効を主張したのである。ローマ教会は、当然これを認めず、1200年1月、フランスに対して聖務禁止 (Interdict) が宣言された⁽²⁹⁾。これは教会におけるミサから始まって、結婚式や葬式に至る一切の聖務を禁止する命令で、民衆に多大な影響を与えることになる。

こうして本格的な戦闘を行うことなく、ジョンはフィリップに勝利した。その結果、1200年5月22日にセーヌ川中流域の島ル・ゲーレで、ジョンとフィリップの間で和約が締結された (Treaty of Le Goulet)。この和約で、フィリップはジョンをリチャード獅子心王の相続人として正式に認め、リチャードの総ての領地の承継を基本的に承認し、したがってアルチュールに対する支援を正式に放棄した。他方、ジョンは、フィリップに対して臣従礼をとることとなった。そして、相続上納金として2万マルクを納付することとされた。領地としては、フィリップは、それまでに占領していたノルマン領ヴェクサンやエヴルーなどを得ることはできたが、ほぼ全面的にジョンの戦略の勝利と言って良い⁽³⁰⁾。

3 ジョンの婚姻とフランス内乱

(1) ジョンの婚姻

ジョンの最初の婚約は、1173年、彼がわずか6歳だった時に、サヴォ

(29) フランスが教皇庁から聖務禁止をされたことについては『Poole・Domesday Book』379頁参照。

(30) ル・ゲーレ条約の内容については『Poole・Domesday Book』279頁参照。なお、フィリップは同時に別の条約でフランドル伯などに対しても大幅な領土の割譲を認めた。

イ公ハンバート三世 (Humbert III of Savoy) の娘アリス (Alice of Savoy) とのものであった。しかし、この婚約は1年後の1174年にアリスが死去したため、結婚には至っていない。

1176年、ジョンが9歳の時に、ヘンリ二世は、今度はグロスター伯ウィリアムの娘と婚約させている⁽³¹⁾。それがグロスター女伯イサベラ (Isabella, Countess of Gloucester) で、1189年のリチャードの戴冠の際に同時に結婚式が挙げられ、ジョンの最初の妻となる⁽³²⁾。しかし、彼女はヘンリ一世の庶子であるグロスター伯ロバートの孫 (つまり、ジョンとは又従兄妹) であるため、近親婚に該当するとして問題となった。これに対し、教皇クレメンス3世 (Clement III) は、婚姻自体は有効としたが、両者間の性交渉を禁じる決定を下した⁽³³⁾。

しかし、それでは嫡出子の出生は絶対に望めないで、王となったジョンとしては大変困ることになる。そこで、教皇庁に働きかけた結果、戴冠式の後に、教皇インノケンティウス3世 (Innocentius III) により、その婚姻無効が宣言される⁽³⁴⁾。この結果、ジョンは新たな婚姻が可能となった。

ジョンは前婚が無効となった1年後、1200年8月24日にイサベラ (Isabella of Angoulême) とボルドーで、結婚式を挙げた。イサベラは1188年生まれであるので、この時12歳くらいである。しかし、既に美しい女性であったらしい。他方、ジョンは1166年末に生まれたから33

(31) ジョンとグロスターのイサベラとの婚約については『Church・King John』1161頁参照。なお、この女性の名は、イサベラの外、Avisa、Aviceとも表記される。

(32) ジョンとグロスターのイサベラの結婚についてはAgnes Strickland, "Lives of the Queens of England from the Norman Conquest" Cambridge University Press 2010年刊 (以下同書は『Strickland・Queens of England』と略記する。) 45頁参照。

(33) ジョンとグロスターのイサベラの結婚について、性交渉が禁じられた事については『Strickland・Queens of England』45頁参照。

(34) ジョンとグロスターのイサベラとの婚姻無効については『Strickland・Queens of England』45頁参照。

歳である。ジョンは彼女に一目惚れした。イサベラもジョンと結婚することに前向きであったし、その父アングレーム伯は、アキテーヌ公ジョンに臣従礼を執っていたから、その点では、この結婚に問題はなかった⁽³⁵⁾。

ジョンは、花嫁をイングランドに連れ帰り、ウェストミンスターで開催された国民集会に掛け、その承認を得た⁽³⁶⁾。その結果、イサベラは、10月8日にカンタベリ大司教ウォルター (Hubert Walter) の司祭により王妃に戴冠した⁽³⁷⁾。

夫婦関係は極めて良好で、ジョンが死去するまでの約15年の間に、1207年に生まれた長男ヘンリを筆頭に2男3女に恵まれ、いずれも成人するまで育てている。

(2) ミルボアの戦い

この結婚がもたらした問題は、イサベラに、この結婚以前に、既にマルシュ伯 (Count of La Marche) ユーグ・ド・リュニジャン九世 (Hugues IX, comte de Lusignan) という許婚がいたということである。彼は許婚を奪われたことを怒って、ジョンに決闘を申し込んだ。しかし、ジョンはその決闘には応じるが、代理人 (Champion) を立てると言ったので、断念せざるを得なかった⁽³⁸⁾。ジョンはポワチエ伯であり、した

(35) ジョンとアングレームのイサベラとの結婚については『Strickland・Queens of England』46頁参照。ちなみにシェークスピア『ロミオとジュリエット』のジュリエットが13歳であることに見られるように、12歳の結婚は当時としては不自然ではない。

(36) 『Strickland・Queens of England』47頁によると、ロンドン塔に保管されている認可状 (Charter) に“that Isabella of Angoulême was crowned queen by common consent of the barons, cleagy, and people of England”と記載されたという。

(37) アングレームのイサベラの戴冠については『Strickland・Queens of England』47頁参照。

(38) ユーグがジョンに決闘を申し入れたことについては『Strickland・Queens of England』45頁参照。当時の慣習では、女性や王は、決闘にあたり代理人を立てることが認められていた。

がって、リュニジャン一族の主君でもあるので、ジョンの言葉に直接に異議を唱えることは出来なかったのである。そこで、1200年10月、ユーグは、フランス王フィリップに訴えて出る⁽³⁹⁾。

フィリップは、すぐには動かなかった。先に述べた聖務禁止処分の為に動けなかったというのが正しい。そこで、彼はまずインゲボルクを自分の宮廷に呼び寄せることで、1200年9月に聖務禁止の解除を得る。さらに、1202年、教皇イノケンティウス三世の呼びかけにより、第4回十字軍が出発する。この十字軍に、先のフィリップとの戦いで、ジョンの重要な味方であったフランドル伯やブーローニュ伯がこぞって参加してしまった⁽⁴⁰⁾。この結果、前回の内乱時には有効であった、背後からフィリップを脅かすという戦略が不可能になった。なお、この十字軍は、途中で目的地を聖地エルサレムからコンスタンティノープルに変更し、東ローマ帝国を滅ぼし、その地にラテン帝国 (Imperium Romaniae) を建国する。そして、その初代皇帝にフランドル伯ボードワンのが就任するのである。

このように周囲の情勢が整うのを待って、1202年、フィリップ王は、ユーグ・ド・リュニジャンの訴えを取上げ、ジョンをパリに喚問した。ジョンがそれを拒否すると、フィリップの法廷は、1202年4月28日、アキテーヌばかりではなく、ジョンの、全領地没収を宣言する⁽⁴¹⁾。この結果、ジョンはノルマンディと同時にアキテーヌも防衛する必要に迫られるという、不利な立場に置かれた。

フィリップは、アルチュールを対ジョン攻撃の兵器とするべく、ま

(39) リュニジャン一族が反乱を起こし、フィリップに訴えたことについては Frank Barlow “The Feudal Kingdom of England, 1042-1216” (Fourth Edition) Longman Inc.1988年刊 (以下、同書は『Barlow・Feudal Kingdom』と略記する。) 368頁参照。

(40) フランドル伯等が第4回十字軍に参加したことは『Barlow・Feudal Kingdom』410頁参照。

(41) フィリップがジョンの全領地没収を宣言したことは『Barlow・Feudal Kingdom』369頁参照。

ず1202年4月に娘マリー (Marie of France) を彼に嫁がせることを約し、同年6月に彼に騎士爵を授け (日本の元服に当たる)、ブルターニュ、メーヌ、アンジュー及びアキテーヌの君主として、フィリップに臣従礼を行わせた⁽⁴²⁾。なお、ノルマンディとトゥーレーヌについてはアルチュールの領地とせず、王領とした⁽⁴³⁾。

その上で、フィリップはノルマンディに攻め込んでジョンの目を引きつけた。その間に、アルチュールはリュニジャン一族と呼応して祖母エレノアを誘拐しようと、7月末に彼女の滞在するミルボー城 (Chateau Mirebeau) を急襲した。アルチュール軍は、ミルボーの町を抵抗なく占拠し、城を包囲した。それに対し、エレノアは城を堅く守る一方で、ルマンにいるジョンに対して救援を求める使者を送った。ジョンはその知らせを7月30日に受け取る。現場における軍事指揮官として、この際のジョンの果敢振りは素晴らしかった。彼は直ちに、傭兵隊等を率いて90マイル (約160km) もの距離を一気に南下したのである⁽⁴⁴⁾。

その時、ミルボーの町は次の様な状況だった。

「7月31日月曜日の夕方、攻撃は一時停止された。町のすべての門を塞ぐために土製のバリケードが設置されていたが、まもなくアルチュール軍に加わるべく、到着することが予定されていたブルターニュ人の部隊と補給物資を受け取るために一つだけは開いたままになっていた。その夜は暖かく、星明かりと輝く月に明るく照らされていた。『多くの実績のある騎士や下士官を信頼している』

(42) アルチュールがフィリップに臣従礼をしたことは『Barlow・Feudal Kingdom』369頁参照。

(43) フィリップが、ノルマンディ等は王領としたことは『Barlow・Feudal Kingdom』369頁参照。

(44) ミルボーの戦いの詳細は David Balfour, “Triumph and disaster: King John’s victory at Mirebeau, 1 August 1202” ‘Medieval Warfare Vol. 1’ Karwansaray BV, 2011年刊 (この論文は、以下『Balfour・Victory at Mirebeau』と略記する。) 12頁以下参照。

アルチュール軍の兵士の多くは、晴れた夜を利用して鎧を脇に脱ぎ、町の通りで眠っていた。」⁽⁴⁵⁾

恐らくは明るい月光に助けられて夜を徹して馬を走らせたジョンの軍勢は、8月1日の早朝に、ミルボーの唯一開いていた門から町の中に雪崩れ込んだ。夜が明けたときには、既に戦いは終わっていた(Battle of Mirebeau)。自分たちで設置したバリケードのおかげで、アルチュール軍には誰一人として、生きて町を脱出した者はいなかった。この結果、アルチュール本人ばかりかリュニジャン一族の多くなど、200人もの反乱の騎士がジョンの捕虜となった。

その結果、フィリップの侵攻軍も、その南からの攻撃の恐れが高まり、撤退せざるを得なくなり、この動乱は終わった⁽⁴⁶⁾。

(3) フランス北部領の喪失

この勝利の後、ジョンの運命は特段の敗北もないのに暗転する。

この当時の戦争では、敗れて捕虜になった者は、騎士道精神に則り、身代金が支払われるまでかなりの自由が認められるのが普通であった。しかし、ジョンは、幼児期について述べたとおり、いわゆる騎士道教育を受けていない。その結果、上位の者についても厳重に監禁した。重要度の低い下位の捕虜の場合には、その扱いはかなり劣悪であった。イングランド南部のコーフ城(Corfe Castle)に収監されていた25人の、比較的下位の捕虜は——ジョンの指示によるものかどうかは不明であるが——大変扱いが悪かったので、脱獄を図ったが失敗した。その結果、彼らの収容条件はさらに悪化した。これに対して、彼らはハンガーストライキを行い、22人が餓死するという事態になる⁽⁴⁷⁾。

(45) ミルボーの戦いは、『Balfour・Victory at Mirebeau』12頁より引用。文中の『』の部分は“Chronicon Anglium”274頁よりの引用という。これは、イングランドのRalph of Coggeshallという僧侶の残した年代記である。

(46) フィリップ侵攻軍の撤退については『Poole・Domesday Book』382頁参照。

(47) 捕虜の収容状況の劣悪さと、その結果、22人が食を断って死亡したこ

さらに問題が起こる。幽閉中のアルチュールが、なぜか死亡したのである⁽⁴⁸⁾。ジョンが泥酔したあげく、アルチュールを絞め殺してセーヌ川に投げ込んだ⁽⁴⁹⁾等の噂が（おそらくは故意に）流れた。

真実が何であるかは不明であるが、重要なことは、アンジューの貴族は、元々アルチュールを支持していたことに加えて、この捕虜の虐待のために、ジョンが甥を殺害したと信じる下地が存在していたということである。この結果、1202年後半までの間に、その地域でのフランス人家臣のジョンに対する支持が急速に崩壊した。それに当たっては、アンジュー等の州長官（Seneschal）をジョンの下で務め、ミルボーの戦いでは重要な助力者であったロッシュ（William des Roches）が、捕虜の監護権を彼に引き渡すようジョンに懇願し、それを拒絶されると、多くのノルマンディ貴族とともに忠誠の対象をフランス王に換えてしまったことの影響が大きい⁽⁵⁰⁾。

さらに、その噂を受けて、フィリップは宗主権を行使して、ジョンを再び法廷に召喚した。ジョンは当然応じない。その不服従に対して、フィリップの裁判所は、今度は大陸領ばかりでなく、イングランドまでも没収するという判決を下した⁽⁵¹⁾。この判決は、1216年のフランス王太子ルイ（後のルイ八世）のイングランド侵攻の法的な今一つの根拠

とについては『Balfour・Victory at Mirebeau』14頁参照。

(48) アルチュールの死因は不明である。詳しくは『Everard・Brittany』175頁参照。なお、アルチュールの姉エレノアも同時に捕らえられ、ブリストルの城に幽閉され、30年後にそこで死去した。ただし、一日当たり1マルクの維持費が支給されていたと言うから、待遇は悪くなかったようである（『Poole・Domesday Book』382頁注4参照）。

(49) ジョンが酔ってアルチュールを殺害したという噂については、『Balfour・Victory at Mirebeau』によると、Henry Luard, “Annales monastic” 1巻27頁にあるという。これは12世紀の僧侶である Richard of Devizes が表した “Annales de Wintonia” を19世紀に編集したものである。

(50) ジョンからロッシュ等の貴族が離れてしまったことは『Balfour・Victory at Mirebeau』15頁参照。

(51) ジョンに対する2度目の判決については『Poole・Domesday Book』382頁

となる⁽⁵²⁾。

この噂と判決の結果、ジョンから人心がさらに離れる。まずアルチュールの本拠地と言うべきブルターニュで反乱が起きる。1203年春には、メーヌとアンジューは、ジョンのコントロールから離れてしまう。ノルマンディ在地領主は、フィリップを迎えると次々とこれに帰順した。1204年3月には、救援のしようも無いままに、半年近くフィリップの攻撃に耐えてきた、難攻不落と謳われた要塞ガイヤール城が遂に陥落する⁽⁵³⁾。こうして、ノルマンディがまず、これという大きな戦いもないのに、ジョンの手から失われた。わずかにチャンネル諸島(Channel Islands)だけが、ノルマンディの中でイングランドの手に残った⁽⁵⁴⁾。さらに翌1205年にはアンジューが、1206年にはブルターニュが、それぞれフィリップ王に臣従することになる⁽⁵⁵⁾。

この結果、ジョンは、ミルボアの勝利後は、これという大きな敗戦もないままに、北部フランス領を失った。ただ、フランス南西部に位置し、母エレノアの領地であったアキテーヌ領は、従来どおりジョンの支配下に残った⁽⁵⁶⁾。これによりジョンのアンジュー帝国は、大きく南北に分断されることとなった。

(52) 王太子ルイの、1216年におけるイングランド侵攻の今一つの根拠は、その妻ブランシュ(Blanche de Castille)の母が、ヘンリ二世の娘エレノアであることから王位継承権があり、ルイはその夫としての資格により王位に就きうるというものである。その結婚について、詳しくは『Strickland・Queens of England』42頁参照。

(53) ガイヤール城の陥落については『Poole・Domesday Book』384頁参照。

(54) チャンネル諸島がジョンの手に残ったことについては『Poole・Domesday Book』382頁参照。同諸島は、今日も英国の一部である。

(55) フィリップがジョンの大陸領土の臣従を得たことは『Barlow・Feudal Kingdom』370頁参照。

(56) アキテーヌがイングランド領として残ったのは、ボルドーを中心に産するワインがイングランドに大量に輸出されていたため、その経済的利益が大きかったためという。『Barlow・Feudal Kingdom』370頁参照。

4 ジョンの行財政改革

(1) ジョンの置かれた状況

この大陸北部領土の喪失は、イングランド王国そのものに、本質的な変革をもたらすことになる。

「従来アンジュー複合国家においてイングランドは、フランスに本拠を持つ君主の大陸における所領政策や個人的野心追求のための根拠地、補給基地の地位に置かれていた。君主もバロンもイングランドの統治のためにはその時間と労力の数分の一をさいたにすぎなかった。しかるに、いまやこの一大複合国家はその北と南をつなぐ中枢部を失ったため、その支配層に属する人びとは海峡をまたぐ支配をやめてイングランドに閉じこもらざるをえなくなった。イングランドは大陸との政治的結合から切り離された島国となり、君主もバロンもより多くの力と関心をここに集中するようになった。」⁽⁵⁷⁾

兄リチャード一世の時代におけるバロンに対する財政的搾取は激しいものであったが、その当時はバロン達もほとんどがフランス側に所領をもっていたから、フランス領を保持することによる利益は、王と共有していた。そこで、厳しい負担にも我慢の余地はあったし、王は連続して勝利を勝ち取るにより、彼らの期待に応えた。しかし、ジョンの時代になると、ジョンが北部フランスにおける支配権を失うのと同時に、バロン達も大陸の所領を失った。なぜなら、

「フィリップ二世はノルマンディの占領を完了すると、直ちに勅令を発してイングランドに在住する騎士がノルマンディに有する領地すべてを没収する旨布告した。一時的にノルマンディを去った者については期限が定められ、この期限内に帰還し、フランス王

(57) 大陸所領の喪失に伴う変化については青山吉信編『イギリス史1』山川出版社1991年刊（以下、同書は『青山・イギリス史』と略記する。）252頁より引用。

に帰順せねばならず、この期限を守らぬ者の土地はすべてフランス国王直轄領に組み入れられた。ジョンもこれに対抗し、カペー側に走ったノルマン人がイングランドに保有する土地を没収していった。」⁽⁵⁸⁾

この結果、ジョンが領地回復戦を戦うことを支援することで得られる利益は、イングランドに残ったバロン達には、もはや存在しなくなっていた。

それにもかかわらず、ジョンは、失ったフランス領土回復のための努力を続けたほか、様々な戦いを展開する必要があった結果、リチャード時代と同様の膨大な軍事費を必要とした。そして、その調達をイングランドだけに期待しなけりばならなかつた。

「彼はフランスにおける地歩の維持と奪回のために、フィリップ二世と戦わねばならず、ブリテン島の範囲内では、アイルランドの征服を進め、ウェイルズのケルト人の進出を押さえ、スコットランド王の南下を阻止するために軍隊を動員せねばならなかつたが、これらの戦闘部隊の大部分は、フランドル人の傭兵からなっており、彼らを雇い入れるためには莫大な資金が必要であつた。その上カペー家に対して北と東から攻勢をかけるためには低地地方のバロンを同盟関係につなぎ止めておかねばならず、このためにジョンは彼らに貨幣知行を与えねばならなかつた。これらの貨幣を集めるために、ジョンは兄の時代からの苛斂誅求を一層強めたのである。」⁽⁵⁹⁾

(2) ジョンの行政改革

A 行政機構の整備・発展

王に書記官が必要なのは当然であり、したがってウィリアム征服王

(58) バロンが大陸所領を喪失した理由については城戸毅『マグナ・カルタの世紀』東京大学出版会1980年刊（以下、同書は『城戸・マグナカルタ』と略記する。）35頁より引用。

(59) ジョン王の財政問題は、『城戸・マグナカルタ』57頁より引用。

の戴冠と同時に、最初の書記官は任命されている。以後、歴代の王によって、多数の書記官が任命され続けている。書記官は、宮廷内にあって、極めて重要な官職であった。なぜなら、

「中世国家財政の核であり、また起源であったのは国王の家計である。この家計の中心は王の寝室にあった。人の寝室は彼の住居の中でも最も奥まった他人を近づけない場所であり、王の寝室もそれゆえ王の宝物や貨幣、重要な証書類などを保管しておくのに最適の場所であった。11世紀当時まではヨーロッパのどこにおいても数名の聖職書記 (clericus, clerk) の助力を得た一名ないし三名の侍従 (camerarius, chamberlain) からなる職員が容易に君主の財政を扱っていくことができた。」⁽⁶⁰⁾

書記官 (Chancellor) を、単なる王の補佐者から、一段と重要な地位に変えることになったのは、ヘンリー一世によって選任されたロジャ (Roger of Salisbury) である。ヘンリー一世はそれまで無名の司祭であったロジャを、自らの即位と同時に書記官に抜擢している⁽⁶¹⁾。ヘンリー一世の治世においては、国王が大陸領土支配の必要から長期にわたってイングランドを不在にすることがしばしばあったが、その際における代行者は、初期においては妻マティルダ (Matilda of Scotland) や息子ウィリアム (William Adelin) であった⁽⁶²⁾。しかし、彼らに先立たれた後

(60) 国王の寝室が行政機関に転化した過程については、城戸毅『中世イギリス財政史研究』東京大学出版会1994年刊（以下、同書は『城戸・財政史』と略記する。）17頁より引用。

(61) ロジャは、元々はノルマンディのカーン近くの小さな教会の司祭に過ぎなかった。しかし、ヘンリは、偶然に彼を知り、その能力に感銘を受けたので、戴冠直後の1101年に彼を直属の書記官 (Chancellor) に抜擢したのである。1102年には、彼はソールズベリ司教に任じられる。その履歴については『1911 Encyclopaedia Britannica/Roger, bishop of Salisbury』参照。

(62) 王妃マティルダ等によるヘンリ不在時の統治についての文章は Judith A. Green “The Government of England Under Henry I” Cambridge University Press 2010年刊39頁参照。なお、マティルダは1118年に死去する。また、ウィリアムは有名な White Ship の難船により、1120年に溺死

は、ロジャが国王不在時の代行者となった結果、ロジャは実質的に初代の宰相 (Justiciar) として行動することになったのである⁽⁶³⁾。もっとも、ロジャを宰相と呼んだ公文書は存在しておらず⁽⁶⁴⁾、正式に宰相という官職が誕生するのはヘンリ二世の治世からである⁽⁶⁵⁾。

宰相 (Justiciar) という官職が出現した後においては、書記官職は再び元の権限にもどった。しかし、ヘンリ二世は、その治世下になると、初代の書記官にベケット (Thomas Becket) を任命している。このように、宰相と対置されて重要な官職となった Chancellor を、以後、「尚書」と呼ぶこととしたい⁽⁶⁶⁾。

厳しい財政危機を、ジョンはリチャードの時代よりも縮小した領土で賄う必要に迫られた。そのため、彼は、国内行政を効率化すべく、様々な行政改革を断行した。しかし、行政改革は、適切な担い手があって、初めて実効性を持つ。そこで、彼が最初に行ったのは、優れ

している。

(63) ロジャを初代の Justiciar と呼ぶ例については C. Warren Hollister and John W. Baldwin “The Rise of Administrative Kingship: Henry I and Philip Augustus” *The American Historical Review*, Vol. 83, No. 4 (Oct., 1978) 876頁参照。

(64) ロジャについて、Justiciar とする公的記述がない事については、F. Maurice Powicke “Handbook of British Chronology” (Second Edition) Royal Historical Society 1961年刊 (以下、同書は『Powicke・British Chronology』と略記する。) 69頁参照。

(65) ヘンリ二世治世における宰相人事については、Emilie Amt, “The Accession of Henry II in England: Royal Government Restored, 1149-1159” Boydell Press 1993年刊21頁参照。

(66) わが国の英国史関連の文献では、Chancellor を大法官と訳する例が多い。これは、14世紀以降において、イングランド特有の法であるコモンローが、社会の変化に追随困難になった時以降、Chancellor が、衡平法裁判所 (court of equity) として機能し、エクィティ (Equity) という法が創出されたことから、大法官という訳語が生まれたのである。しかし、今取り上げている時代の Chancellor は、司法に関してエクィティのような特段の権限を持つ者では無い。しかし、単なる書記官でもないの、区別するため、尚書と訳することとした。

た尚書の起用であった。彼が起用したのは、兄リチャードの時代末期に宰相 (Justiciar) として活躍していた、カンタベリ大司教のウォルター (Hubert Walter) である⁽⁶⁷⁾。彼は、新しくローマ教皇となったインノケンティウス3世との対立から、1198年7月11日に宰相職の辞任に追い込まれていた。そのウォルターを、ジョンは、自らの戴冠式の日、尚書に任命したのである⁽⁶⁸⁾。

リチャード一世までの時代であれば、宰相は前述のとおり、王が国内に不在時の最高責任者であった。しかし、ジョンは大陸領土を失ったので、王は、原則として常に国内にいることとなった。その状態下で、元宰相であったウォルターを任命したことにより、尚書の役割は、王と手分けして国内統治を担当する事を意味することになる。

尚書の下で、彼を補佐する組織が尚書部 (Chancery) である。そして、時の経過とともに、国家の行財政規模が拡大して行くにつれて、尚書の重要性が増す。それに伴い、尚書部もその活動範囲を拡大していくことになる。

「尚書部は第一義的には宮廷部局であったし、尚書は宮廷官僚であった。しかし、そうであっても、尚書部も、尚書も、さらには印璽保管者 (Keeper of the seal) でさえもが常に国王と共にいたと言うことにはならなかった。ジョンが絶え間なく巡幸していたことが、常に王とともにあることを実行不可能にした、あるいは少なくともそれを極めて不都合なものにしたのかもしれない。ここで問題となることは、王が望む時には常に行政活動を始めうる手段を王が持たねばならないということであり、そして、この手段

(67) ウォルターの経歴等について、詳しくはS.B. Chrimes, "An Introduction to the Administrative History of Medieval England" (Third Edition) Basil Blackwell, 1966年刊 (以下、同書は『Chrimes・Administrative History』と略記する。) 42頁参照。

(68) ウォルターの尚書任命については、Edward Foss, "The Judges of England; With Sketches of Their Lives, Vol 2" Longman Et Al 1848年刊 (以下、同書は『Foss・Judges of England』と略記する。) 10頁参照。

は今や寝所部 (Chamber) により与えられていたのである。」⁽⁶⁹⁾

この引用文で「寝所部」と訳した言葉 (Camera regis, King's Chamber) は、先の引用文で「寝室」とした言葉と同一である。すなわち、国王の寝室で勤務する宮廷官僚は、もっとも国王の身近にいる官僚集団である。それが大きく発展したため、その行政機構が寝所部と訳される存在になってきたのである。

さらに、寝所部に附属する機関として納戸部 (Wardrobe) が誕生してくる。

「納戸 (Wardrobe) という語は、従来は寝所部と緊密に結びついた保管の場所程度の意味であったが、この語はやがて保管の場所というよりも保管する物を意味するものとして多用されるようになった。このような意味における納戸は、本質的には、通常国王の旅と一緒に付いて回った国王の手荷物の一部であり、そのような意味であるが故に無限の拡張可能性を有していた。重要な公文書・特許状・外国君公との通信文、その他、いかなる理由からにせよ手許近くに保管されるべき文書が納戸に加えられ、さらにすぐに使える現金の備えも加えておくことが便利で有ることが判った。納戸がこのように成長してくるにつれて、その保管と管理がより責任ある仕事となり、それ自身の官僚と記録を必要とするようになった。それが十分な現金を保管しているのも、必要に応じて現金を支出することにも重宝であった。こうして、寝所部と密接に結びついた繁忙な事務局が出現した。その結びつきは大変強

(69) 国王の宮廷財務室の関わりを書いた文章は、『Crimes・Administrative History』77頁より引用。文中で、印璽保管者に言及しているのは、後世において書記官・尚書の地位が、大法官 (Lord Chancellors) 兼国璽証書 (Lord Keepers of the Great Seal) という地位に発展したためである。

なお、ジョンは非常に精力的に国内を巡幸したことが判っている。普通の年でも12箇所以上に足を伸ばし、治世11年目には実に24の別々の場所で法廷を開催している。その点については『Foss・Judges of England』4頁参照。

いものではあったが、この時代のものを『寝所部財政局 (the financial department of the Chamber)』と呼ぶことは恐らくは誇張であり、それはむしろ寝所部に関する保管と支出を担当する部局と言うべきであろう。この局面において、ジョン治世時代のその活動は重要かつ増大しつつあり、その支出活動の詳細な記録は、独自の経費録 (Misae rolls) に示されている。⁽⁷⁰⁾

ジョンは尚書を有用なものともみなしていたらしく、ウォルターが1205年7月13日に死去した後は、後任としてウースター司教のグレイ (Walter de Gray) を任命し、1214年には後にダラム司教となるマーシュ (Richard Marsh) を任命している。マーシュは、ジョンの子、ヘンリ三世の時代にも引き続きその地位にあった⁽⁷¹⁾。

なお、尚書の重要性が増したことは、けっして宰相制の廃止を意味するわけではない。リチャード獅子心王は、前述のとおり、ウォルターを教皇の圧力により解任したが、直ちにその後任としてエセックス伯ジェフリー・フィッツ・ピーター (Geoffrey fitz Peter) を任命している。そして、ジョンは、彼を1213年10月に死去するまで宰相の地位にとどめ続けている。ただ、その後任のウィンチェスタ司教ロッシュ (Peter des Roches) は1214年2月に任命しているが、ロッシュが解任された日付ははっきりしない。ただ、1214年10月以降にジョンが帰国した後は、宰相としての活動をしていないところから見ると、ジョンは宰相を依然として王不在時の代行者と捉えていたとみられる。その後、大憲章の騒動の渦中の1215年に、バーグ (Hubert de Burgh) をラニーミードで宰相に任命した。バーグが任命されたのは1215年6月15～25日の間である⁽⁷²⁾。詳しくは後述するが、ジョンはかなり真摯に大憲章

(70) 王の納戸部についての文章は、『Chrimes · Administrative History』79頁より引用。

(71) ウォルターの死後の歴代尚書は『Powicke · British Chronology』82頁参照。

(72) ウォルターが宰相から解任された後の歴代宰相は『Powicke · British Chronology』70頁参照。

の実施に取り組んでおり、そのため、王の代行者としての宰相が、王自身が国内にいるにも拘わらず、必要になったためとみられる。

B 王璽の誕生

国王が、公文書を発行するに当たっては、それが王の意思であることを明確に示す手段として、エドワード証聖王の時代以降においては、その真性を担保する手段として印璽が使用されたと言われる⁽⁷³⁾。

日本の印のように紙面に直接朱や墨で押印する方法では無く、文書の下部に孔を開け、そこに通した紐に取り付けられた蠟あるいは粘土に押印する形で使用された。

ジョン王の印璽は、直径が96mm とかなり大きなもので、表側では、ジョン王が玉座に座り、右手に剣、左手に育ちつつある植物を象った主権の玉 (Sovereign's Orb = 神の力のシンボル) を持っている。周りに書いてあるのは、“IOHANNES DEI GRACIA REX ANGLIE DOMINVS HIBERNIE” (John the grace of God, King of England, Lord of Ireland) の文字である。裏面にはジョン王が馬に乗った姿が描かれ、周りに書いてあるのは“IOHANNES DUX NORMANNIE ET AQTANNIE COMES ANDEGAVIE” (John, Duke of Normandy and Aquitaine, Count of Anjou.) の文字である⁽⁷⁴⁾。

この例に見られるとおり、イングランド王の印璽はその一代限りのものである。王が新たに即位すると、それに応じて印璽は新たに作成された。

そして、宰相職が生まれると、印璽は彼に託されるのが通例となった⁽⁷⁵⁾。これも、宰相が国王不在時の代行者であったが故であろう。

(73) イングランドにおける印璽のはじまりについては、『Chrimes・Administrative History』15頁参照。

(74) ジョン王の印璽の詳細については、大英図書館 (British Library) による説明に基づく。

<https://www.bl.uk/collection-items/great-seal-of-king-john>

(75) 宰相職と国の印璽の関わりについては、『Chrimes・Administrative History』19頁参照。厳密に言うと、宰相職とは別に国事尚書 (Lord

もつとも、ジョンの場合には、印璽は、その在位期間を通じて彼の手許にあり、それが使用されたのは、彼自身の命令があった場合に限られることに、疑問の余地はないという⁽⁷⁶⁾。

ジョンのように、絶えず国内を巡幸し、積極的に行政活動を行っている王の場合、それまでの大型の印璽とは別に、王の意思であることを示す、携帯に便利な小型の印璽が必要になった。それは、それまでの大型の印璽との対比で、小印璽 (parvum sigillum, small seal) と呼ばれ、さらには、それを使用した公文書が標準化したために、単に王璽 (Privy Seal) と呼ばれるようになる。それに対して、従来からあった印璽は、大印璽 (Great Seal) と呼ばれるようになった。

「ジョンの治世の初期から、王璽が特に寝所部の仕事のために用いられており、それが寝所部の官僚、少なくとも国王に常に侍っている者の中の何者かにより保管されるのが通常であったことは明らかである。それ故に、従前においてどうであったかはともかく、今や王は行政活動のためにすぐに役立つ道具を手元に置くようになったのである。王璽で捺印された書状ないし令状は、大印璽がどこにあらうとも、それを動かし、また宮廷のどの部分にも、それどころか宮廷の外部に対してすら、指図を伝達するに十分な力を有していた。こうして寝所部に、効果的な秘書局が成長し、少なくとも名目上は宰相によって主宰される尚書部からはひよっとすると完全には区別されていないかも知れないが、それにも関わらず、自らの意思を表現するために常にすぐに役立つ伝達経路を国王に与えるようになったのである。」⁽⁷⁷⁾

Keeper of the Great Seal of England) という官職があり、これを宰相が自動的に兼任するという制度である。

(76) ジョン王の場合の印璽の管理については『Foss・Judges of England』14頁参照。

(77) 小印璽とその持つ機能を書いた文章は、『Chrimes・Administrative History』78頁より引用。

C 行政書類の整備

ジョンは、このように自分自身が国内のどこにしようと、自分の意思に従う行政機構を整備した上で、さらに行政書類の整備を断行した。あらゆる行政活動をきちんと文書化し、それに基づいて次の行政が行える体制を作り出したのである。例えば、それまでの財政書類の根幹的な書類記録であるパイプロール (Pipe Rolls)⁽⁷⁸⁾ は、ジョンより前には、すべての金銭債務をそのまま記録するという非能率な方法が採られていた。そのため、行政規模の拡大とともに、パイプロールの記述も煩雑化の一途をたどっていた。ジョンはそれを大幅に簡易化した。

「1206年頃に、州長官の納入に含まれる多数の金銭債務全体を示す単一の割符 (Tally) のみを発行するという方法が、遂に考え出された。この総額割符 (tallia dividenda) の考案は、完全な細目は依然として領収録 (Receipt Roll) に記入されねばならなかったにしても、財務府収納部が担当していた仕事を大いに減じた。さらにこのやり方は上級財務府においては、既に部分的には導入されていたパイプロール上に一括計上という方法の利用を促進した。金銭債務はますます一括して計上されるようになり、他方、個別項目の記録は開始抄本録 (Originalia Rolls)、抄本録 (Estreat Rolls)、領収録のような補助的記録にまかされた。」⁽⁷⁹⁾

土地やその他の恩恵の譲与に対して国王に支払いをなす約束を記録

(78) 財務府において保管している記録文書をパイプロール (Pipe Rolls) と呼ぶ。各地の州長官からの王室の歳入の詳細報告や、国王行政のための支出等の収支報告を、財務府において監査するが、その収支報告と監査記録の公文書を筒 (Pipe) 状の巻物形式にして毎年作成し、財務府において保管したのである。最古の記録は1130年のものであり、初期のものには欠落しているものもあるが、1156年から財務府が廃止される直前の1831年までの記録は毎年ほぼ欠落無く現存している。Christopher Corèdon “A Dictionary of Medieval Terms and Phrases” D.S. Brewer、2007年刊219頁参照。

(79) ジョンによる行政書類の整理断行については『Chrimes・Administrative History』74頁より引用。

している帳簿を許可料録 (Fine Rolls) という⁽⁸⁰⁾。そうした書類はヘンリ二世の時代から作られていた証拠があるが、それらの多くは、国王からの許可や特許の対象者が保管するに止まり、公的に記録されることは稀であった。財務府に、そうした書類の、何らかの形の抄本 (Estreats) が情報を提供し、その活動を促すために送られるようになった。その抄本の記録集が当初は発端録 (Origin Roll) と呼ばれ、やがて開始抄本録と呼ばれるようになった。その抄本の到来により、財務府が活動を開始する発端となる事が、その名の由来であろう。後になって、開始抄本録は尚書部で生じた金銭債務のみを管理する帳簿となり、その他は抄本録と呼ばれるものに記録されるようになった。こうした各種帳簿に相当するものはそれ以前からあったかもしれないが、現在に残っている尚書部記録集 (Chancery Rolls) は、全てジョンの即位以後のものである⁽⁸¹⁾。ジョンの行政改革の一環として、こうした整備が為されたと考えるのが妥当であろう。

リチャード一世は、初期には十字軍遠征費捻出のため、後には身代金等々の捻出のために、様々な人物や都市に、様々な特許を与えて財源確保を図った。しかし、それに関する満足な記録がなかったために、

(80) 「土地やその他の恩恵」とは奇妙な言葉で、判り難いと思われるので、それを具体的に許可料録に記録されているところから説明すると、女性相続人の結婚と寡婦の再婚に関する上納金拠出が、その多くを占める。例えばある寡婦は、結婚を強制されない権利を得るために100ポンドを上納し、別のある寡婦はある人物との結婚を拒み、他の自分が選んだ人物と結婚する権利を得るために200マルクと軍馬3頭を上納している (J. C. Holt "Magna Carta" Cambridge University Press 1992年刊 (以下、同書は『Holt・Magna Carta』と略記する。) 53頁参照)。非常に奇妙な例をあげれば、ある男の妻は、夫と一夜寝る権利を得るために、王に雌鶏200羽を上納している。その他、「王の寵愛を得るため」や「王の怒りをなだめるため」の上納例もある。馬、犬、鷲、鷹なども、その多くが許可料として得られている。ニシンやヤツメウナギなど、王の嗜好品を上納した例もある (『Poole・Domesday Book』 420頁参照)。

(81) ジョンの行政書類の説明は『Chrimes・Administrative History』 74頁参照。

行政が混乱するのは避けられなかった。その点についてもジョンは改革を断行している。

「1199年から最初の特許状録 (Charter Roll) が始まった。それまでは尚書部から発行された特許状の組織的記録は保存されていなかった。それより早い時期のもので残存している特許状は、外部団体すなわち司教座聖堂・修道院所有の公文書の中か、私人所有の公文書の中か、財務府内か、あるいは尚書部による用例の形で残存しているに過ぎなかった。〈中略〉ジョン治世第3年までに、荘重さの点では劣るが、なお形式に則った開封勅許状 (letter patent) のための別個独立の記録集である開封勅許状録 (Patent Rolls) が保存されるようになりつつあった。」⁽⁸²⁾

こうした文書保存・整理の改革により、行政効率が著しく向上したのは間違いない。ただ、その行政効率の改善は、国王の視点から見たものである。行政書類の完全な整備は、一般国民にとっては一段と厳しい締め付けを意味することとなったであろう。

「これらの発展によって、宮廷の行政効率の前進の巨大な一歩が印された。これら尚書部の記録 (Enrolments)、財務府記録、裁判記録 (Curia Regis Rolls)、寝所部及び納戸部の公文書は、政府に当時としては並ぶものもないほどの大量の文書記録を与え、政府はそこから情報と資料を引き出すことができたし、また行政活動を随意に点検することができたのである。これ以後は決して欠けることのない安定性と能率性の源が、この時に創造されたのである。もっとも、より効果的な統治が、ジョンによるその権能の使用が示すことになるように、必ずしも常により良い統治を意味しているとは限らないのだが。」⁽⁸³⁾

(82) ジョンの特許状録等は『Chrimes・Administrative History』76頁より引用。

(83) ジョンの行政書類整備は『Chrimes・Administrative History』77頁より引用。

(3) ジョンの財政改革

財政危機を乗り切るために、ジョンは、こうして整備された行政機構と行政書類を活用して、国民から厳しい取り立てを行ったのである。それは、それまでの時代の行政とは完全に一線を画するものとなった。

例えば、ヘンリ二世は、長女の結婚における持参金という形で軍役代納金を、バロンの保有する新旧騎士数に応じて1マルク宛徴収しようとしたが、失敗した。バロンは新騎士数に応じた納付に強い抵抗を示したためである⁽⁸⁴⁾。その後、軍役代納金の徴収率はずっと1騎士について1マルクと2マルクの間で推移していた。しかし、ジョンは1204年にオックスフォードで開催された国民会議 (Parliament) で、軍役代納金を1騎士につき2.5マルクをノルマンディ回復のための支援金 (Aid) の名目で承認させるのに成功した。さらに1210年と1214年には3マルクを徴収したのである⁽⁸⁵⁾。

また、軍役代納金の納入範囲を直臣から陪臣にまで拡張することで、徴収額を増やそうという試みも、最初にリチャードによって行われ、ジョンはそれを踏襲している。1201年に軍役代納金に加えて、3～4マルクを、軍役奉仕しないことを許可する料金として、大規模な直臣から徴収したのが始まりで、やがて平均で騎士1人当たり10マルクにまで増加したのである。この追加徴収は、王の純然たる恣意によるもので、直臣がその臣下から軍役代納金を徴収する許可料として徴収さ

(84) 歴史上、「バロンの回答 (Cartae Baronum)」と呼ばれる事件である。ウィリアム征服王の作成したドゥームズディブックの情報は、その後の時間経過により、各バロンの保有する騎士の数と乖離していた。例えばリンカン司教はドゥームズディブックでは60人の騎士を保有しているはずのところ、102人の騎士を保有していたという。そこで、ヘンリは新旧いずれか多い方に基づいて徴収しようとして抵抗に遭い、失敗したのである。『Poole・Domesday Book』13頁参照。

(85) ジョンによる軍役代納金の徴収は、G. L. Harriss, “King, Parliament and Public Finance in Medieval England to 1369” Oxford University Press Academic Monograph Reprints, 1975年刊 (以下、同書は『Harriss・Public Finance in Medieval England』と略記する。) 11頁参照。

れた⁽⁸⁶⁾。こうしてジョンはほとんどの土地保有者からの税の徴収を可能にしたのである。

しかし、軍役代納金は、建前として、その徴収が例外的に必要なという同意を国民会議で得られなければならないので、決して迅速・有効な税収とはならなかった。ジョンは、その治世に合計11回、軍役代納金を徴収しているが、許可料を加えても平均4500ポンドにしかならなかったのである⁽⁸⁷⁾。

ノルマン王家の頃には租税の中心であったデーンゲルト⁽⁸⁸⁾がそれを支える社会構造の変化により衰退してきたために、アンジュー王家の王達は、それに代わる収入源としてタリジ (talligium) と呼ばれる租税徴収手段を発達させてきた。それは、最初は国家的危機に当たっての人民側からの自発的拠出金であった。しかし、次第に軍役代納金徴収と同時に、直臣達がそれ相当額をその臣下から援助金 (auxilium) や贈物 (donum) の名目で徴収するようになってきたのに倣って、1159年頃から王領や都市からタリジを徴収するようになった。最初は例外的であったが、やがて軍役代納金を徴収したり、戦争の際には当然に徴収したりされるようになり、その臨時税的な性格を失っていった。1194年のリチャード一世の神聖ローマ帝国皇帝に対する身代金支払いの際に徴収されると、その後は1198年まで毎年、軍役代納金と共に徴収された。1202年から1206年までも毎年徴収された。この際には、徴収範

(86) ジョンによる軍役代納金の範囲拡大は『Harriss・Public Finance in Medieval England』11頁参照。

(87) ジョンによる軍役代納金の平均徴収額は『Harriss・Public Finance in Medieval England』12頁参照。

(88) デーンゲルト (Danegeld) は、元々は、ノルマン征服以前に、ヴァイキングの侵略を平和裏に防ぐ手段として、イングランド人が自主的に都市住民から徴収して、ヴァイキングに支払った財貨であった。ウィリアム征服王は、そのデーンゲルトを、そのまま踏襲してイングランドから徴収していた (『城戸・財政史』101頁参照)。それはハイデージ (Hidage) と呼ばれる単位により徴税されたが、それがどのようなものだったかは判っていない。

困を拡大して人頭割となった。ジョンによる連続的な徴収があった時代には、3000～5000マルク程度であった。その後は再び臨時課税となり、1210年のアイルランド戦役で徴収された際には8000ポンドを超えた⁽⁸⁹⁾。

デーンゲルトを時代に合わせて修正した犁税 (carucage) は、リチャード一世の時代には度々徴収されたが、ジョンの治世では1200年に徴収された例しかない。これは、フィリップに対する2万マルクの相続上納金を捻出するために行われた。これは通常の州長官ラインによる徴収ではなく、特に任命された徴収官により行われ、徴収額はパイプロールには記録されなかったが、7500ポンド程度と推定されている⁽⁹⁰⁾。

リチャード一世の十字軍遠征の軍事費用としては、教皇からの特許により、サラディン税と通称される10分の1税が徴収された⁽⁹¹⁾。同じ方法で、リチャードが神聖ローマ帝国皇帝により虜囚となった際の身代金のために、4分の1税が徴収された⁽⁹²⁾。ジョンは、1203年に同様の方法に依り7分の1税を徴収した。これは、最終的にはアルチュールの死に至る戦いのためで、伝えられるところに依れば、ジョンを見

(89) タリジの発達については『Harriss・Public Finance in Medieval England』12頁以下参照。

(90) ジョンの治世における犁税については『Harriss・Public Finance in Medieval England』15頁参照。

(91) サラディン税 (Saladin tithe) は、記録に残る英国における最初の所得税である。その名のタイト (tithe) とは、今日の英語で言えば“tenth”のことで、10分の1を意味し、聖書の記述に基づいて徴収される。十字軍戦争に従軍する資金を確保する手段として、1185年に、フランスのフィリップ二世とイングランドのヘンリ二世に、その国の司教、伯及びバロンの一般的同意と共に提供されたのである。サラディン税についてはFred A. Cazal, Jr., ‘The Tax of 1185 in Aid of the Holy Land’“Speculum”Vol. 30, No. 3 (Jul., 1955), University of Chicago Press. 385頁以下参照。

(92) リチャード一世治世下において4分の1税が徴収されたことは『城戸・財政史』17頁参照。

捨てた伯やバロンに対して課された⁽⁹³⁾。残念ながら、この7分の1税は、こうした概要が伝わるだけで、詳細は不明である。

以上に紹介した、それ以前に存在していた税制の活用だけでは、到底歳出を賄えないところから、ジョンは、それまでになかった新しい課税制度の導入を行った。

「1207年に全イングランドのあらゆる俗人は、何人から土地を保有している者も、イングランド内で不動産による収入と動産を有する者はすべて、王に対し御用金として、年収入1マルクにつき1シリングを支払わなければならないとの命令が発せられた。」⁽⁹⁴⁾

1マルクは3分の2ポンド、正確には13シリング4ペンスであるところから、この課税は一般に13分の1税とよばれる。

ウィリアム征服王は、直接受封者ばかりでなく、陪臣に対しても忠誠の誓いを求めた⁽⁹⁵⁾。この課税は、明らかにその延長線上に存在している。しかし、課税という点からみると、非常に斬新なものである。これまで国王が徴収していた税は、封建的援助金にせよ、軍役代納金にせよ、すべて基本的に王からの直接受封者だけを対象として徴収していた。ところが、この新税では、直接受封者に限らず、すべての俗人が課税の対象となった。すなわち封建的課税ではなく、大衆課税である。そのためこれが、イングランドで最初の国民課税であるといわれる。

また、これまでの課税はすべて基本的に不動産を基準とする課税であったが、この税の課税基準は個人の年間収入である。動産に対する

(93) ジョンの治世における7分の1税については『Harriss・Public Finance in Medieval England』15頁参照。

(94) ジョンの行った大衆課税に関する文章は、中村英勝『イギリス議会史(新版)』有斐閣1986年刊(以下、同書は『中村・議会史』と略記する。)25頁以下より引用。

(95) 歴史上、ソールズベリの誓い(Oath of Salisbury)と呼ばれる。それがあったことについては、Anne Savage “The Anglo-Saxon Chronicles” Tiger Books 1996年刊218頁参照。

課税は、この後、ジョンの孫のエドワード一世の時代になると主要な税収源となるが、この13分の1税は、その最初の例といえる。このような課税が可能になるためには、誰がどうすれば、すべての人の年間収入を正しく査定できるか、という問題を解決する必要がある。

例えば、わが国江戸時代に、課税の根幹が米に置かれていた最大の理由は、米の収穫量は田で坪刈りを実施すれば正確に把握できるのに対し、商人の商業活動による収入を正しく査定する技術を、幕府や大名が持っていなかったことにある。そのことを考えると、わが国で例えば鎌倉時代初期に相当する時点で、このような大衆課税が可能になったことは、当時のイングランドの先進性を端的に示している。それが可能であったのは、大衆側の協力であった。

(課税査定の)「任務もまた州の騎士達及び自由土地保有者たちに委託され、彼等は州長官と協力して任務の遂行に当たった。」⁽⁹⁶⁾

すなわち、同輩者による相互査定という手段で行われたのである。これによる税収は6万ポンドを上回り、そのうち57,421ポンド11シリング5ペンスは、その会計年度中に徴収に成功している⁽⁹⁷⁾。このような税制の、これほどに円滑な実施には、諸州の騎士の支持が不可欠である。この事から、この時には、ジョンは、貴族はともかく、諸州の騎士等から広範な支持を得ていたことが判る。

このような努力の結果、ジョンの治世において租税収入は著しく増加したが、それでもフランスとの死闘に必要なすべての歳出を賄うことは困難だった。そうした不足分は、ユダヤ人から徴収された。

「彼らはノルマンコンクェストの際に大陸からの移住者の一部として到来したといわれている。その後、1290年にエドワード一世によって追放されるまで『国王の農奴』と呼ばれる特殊な法的地位におかれ、王国の一般住民に対しては国王の裁判所において対等

(96) 騎士による査定は『中村・議会史』25頁以下より引用。

(97) 13分の1税に関する税収額は『Poole・Domesday Book』420頁参照。

であったが、国王に対しては、一般住民と異なりより劣悪な隷従的立場におかれていた。つまり彼らは経済活動においては国王の保護下にありながら、他方で国王の過酷な財政的収奪の対象とされていたのである。」⁽⁹⁸⁾

例えば、1187年にヘンリ二世は十字軍のためとして、彼らの家財の4分の1を徴収した。彼らは、リチャードの身代金調達の際にも、多大の寄付を強要された。ジョンは、治世の初めに、彼らの安全を保障するという特許状の代償として4000マルクを徴収している。もっともこの特許状にもかかわらず、ジョンは1210年には、1万マルクを支払うまで、ブリストルのユダヤ人多数を投獄している⁽⁹⁹⁾。

5 ジョンと教皇

(1) 聖職叙任権闘争

1205年7月13日、ジョンの尚書であり、カンタベリ大司教でもあったウォルターが亡くなった⁽¹⁰⁰⁾。その結果、後任のカンタベリ大司教を巡って、問題が生じた。すなわち、ウィリアム征服王以来、常に教皇と王との間で争われていた聖職叙任権問題が、その時、再燃したのである。

その発端は、カンタベリの修道士会が、ウォルターが亡くなったまさにその夜に、秘密裏に、当然にジョンからの許可無しに、後任のカンタベリ大司教として修道院次長レジナルド (Reginald, sub-prior of Christ church) を選出した事にある。教会法的には、これは正しい。これに対し、ジョンは、急ぎカンタベリに駆けつけ、死の2日後に、腹心であ

(98) ユダヤ人の地位に関する文章は、『城戸・マグナカルタ』111頁より引用。

(99) 歴代国王のユダヤ人からの搾取は『Poole・Domesday Book』423頁参照。

(100) ウォルターの死は『Poole・Domesday Book』442頁参照。

るノリッジ司教ジョン (John de Grey, Bishop of Norwich) を後任に任命した⁽¹⁰¹⁾。

両者は共に、自らの候補者を承認するよう、教皇に求めた。これに対し、教皇インノケンティウス三世は、いずれの候補者も拒否し、枢機卿ラングトン (Stephen Langton) を、1207年6月17日、カンタベリ大司教に任命した⁽¹⁰²⁾。ラングトンは、リンカンシャー生まれのイングランド人なので、上述の対立さえなければ、自然な選任と言える。パリ大学で学び、その時インノケンティウス三世と学友だった。その結果、教皇はラングトンをローマに呼び、枢機卿にまで引き上げた。いわば教皇の腹心とも言える。

ジョンとしては、ラングトンのカンタベリ大司教就任を認めると、ウィリアム征服王以来イングランド王が一貫して確保してきた聖職叙任権が侵害されることになるので、その任命に強く抵抗した。これに対し、教皇は、1208年3月24日、イングランド全土に、聖務禁止 (Interdict) を発令した。これにより、イングランドでは、教会が閉鎖され、教会の鐘は鳴らなくなり、ミサは教会の外庭で行われ、結婚式は教会外で行われ、死者は街の外に運ばれ、教会の祈り、司祭、儀式なしに、道路端の溝に埋められるという事態になるはずであった⁽¹⁰³⁾。つまり、先にフランス王フィリップが王妃インゲボルクの結婚解消時に苦しめられたのと同じ状況に、ジョンも置かれるはずであった。

しかし、行財政改革の威力でジョンの国内基盤は万全であったために、ジョンは処分に屈しなかった。それどころか、ローマによる聖務禁止に従う聖職者には、そのすべての資産を没収し、妻妾を逮捕すると宣言して、逆にイングランド教会側に圧力をかけた。つまり、ロー

(101) ジョン及び修道士会による大司教の後任選出については『Poole・Domesday Book』444頁参照。

(102) ラングトンの大司教任命については『Poole・Domesday Book』445頁参照。

(103) イングランドに対する聖務禁止については『Poole・Domesday Book』445頁参照。

マとイングランド教会を分断して、ローマに対する戦いという姿勢を示したのである。沈黙を守る聖職者に対しては圧を加えなかったし、いったんは聖務禁止令に従った聖職者に対しても、国王との和解を望む聖職者に対しては、示談金を払ってその資産や妻妾をうけ戻す事を認めた。

この結果、イングランドでは、教皇の命令はほとんど遵守されなかった。教皇は、聖務禁止を守らなかったイングランドの聖職者に対して、1209年の初め頃までは処罰を行ったが、その後は断念した。それどころか、聖務禁止の内容自体が1209年には修道院での非公開の聖体拝受が認められ、1212年には臨終の秘跡が認められるというように緩和されていった⁽¹⁰⁴⁾。

そこで教皇は1209年11月、ジョンを破門 (excommunication) した。しかし、それは北フランスの教会で公告されたのみで、ラングトンはイングランドのバロン達にそれを知らせようとはしなかった⁽¹⁰⁵⁾。

ジョンの国内基盤は依然として盤石で、影響を受けなかった。むしろ、教皇に忠実な僧侶の多くが国外に出たため、聖務禁止の制約が実質的にさらに緩和された。その上、王に従わない教会の財産をさらに没収することができたので、ジョンの財政基盤はより一層強化された。財務府への教会財産からの収入は1209年には400ポンドに過ぎなかったものが、1210年には3,700ポンド、そして1211年には24,000ポンドに増大していたのである⁽¹⁰⁶⁾。

「シトー会などの修道院からの没収分は財務府には入金されないもので、総額は更に大きい。彼らは他のどの宗教団体よりも苦しんでおり、強奪によって破壊されたため、多くの修道院が絶望し、僧

(104) 聖務禁止がジョンに対して実効性がなかったことは『Barlow・Feudal Kingdom』401頁参照。

(105) 破門がジョンに対して実効性がなかったことは『Barlow・Feudal Kingdom』402頁参照。

(106) ジョンが破門により、その財政基盤を強化したことについては『Poole・Domesday Book』446頁参照。

侶たちは他の修道院に避難所を求めて逃げた。彼らが追加徴収された額は16,018ポンド6シリング8ペンスである。司教、修道院その他の聖職者が財務府から追加徴収された総額は100,000ポンドを超えるものと見積もられている。」⁽¹⁰⁷⁾

こうして豊かな軍資金を得たジョンは、1210年から1212年に掛けてスコットランド、ウェイルズ及びアイルランドの討伐を成功させて足下を固めた。そうした戦役にも拘わらず、1212年の時点で、ジョンの宝蔵庫には20万ポンドの資金があった⁽¹⁰⁸⁾。

一方で、彼は、教皇からの働きかけによる国内での裏切りの危険性が高まったと判断し、対策を講じた。

「1212年の夏から、彼は裏切りと内乱の気配に著しく神経質になった。そして、これ迄信頼してきた代官や支持者にも執念深く不信の念を懐いた。彼の生命を狙う陰謀があってからは、疑わしいと思った人々からは、忠誠の証として土地全部を担保とする誠実証書 (Charter of fealty) とか、あるいはより即物的な城という形の保障を要求して、将来のおける彼らの忠誠を確保する為の様々な措置を講じた。」⁽¹⁰⁹⁾

このように、ジョンと教皇の対立は激化の一途をたどった。ただ、ジョンのしたたかなところは、この様に教皇と激しく対立しても、外交交渉を続ける窓口は維持し続けた点にある⁽¹¹⁰⁾。この事が、ジョンが後に対教皇関係を大きく転換する事を可能にすることになる。

(2) 全封土の教皇への献納

この当時、前述のとおり、ドイツでは国王が二人存在するという異

(107) ジョンが宗教施設から徴収した額については『Poole・Domesday Book』449頁より引用。

(108) ジョンの1212年の資金量については『Barlow・Feudal Kingdom』411頁参照。

(109) ジョンの安全策については『Holt・Magna Carta』193頁より引用。

(110) ジョンの教皇との関係維持については『城戸・マグナカルタ』41頁参照。

常事態が発生していた。この異常事態をチャンスとみた教皇イノケンティウス三世は、これに介入し、1201年3月、ジョンの甥であるブラウンシュヴァイク公オットーを正当な国王と宣言した。その後いま一人の王であったシュヴァーベン公フィリップの暗殺など若干の曲折を経て、1209年10月には正式に神聖ローマ帝国皇帝オットー四世として即位した。しかし、その後オットーは教皇と対立するようになったため、教皇は1210年10月にオットーを破門した。そして1211年9月にニュルンベルクで改めてハインリッヒ六世の子、フリードリヒ二世 (Friedrich von Hohenstaufen) を皇帝に即位させた。この結果、国王どころか、皇帝が二人いるという異常事態が発生した。当然ながら、オットー四世をイングランド王ジョンが支援し、フリードリヒ二世をフランス王フィリップが支援するという構図になった⁽¹¹¹⁾。

1212年5月4日、ジョンは、皇帝オットー四世及びフランス国内でフィリップに圧迫されているブローニュ伯ルノー (Renaud I of Boulogne)、フランドル伯フェルディナント (Ferdinand of Flanders) と共同戦線を張ることを約した (Treaty of Lambeth)⁽¹¹²⁾。これにより、ジョンはフィリップに対する大包围網を、再び形成するのに成功した。

他方、フィリップは、教皇の宣言に応じてイングランドに侵攻することを考え、まず海軍の確保のためにデンマークと結ぶこととした。そのため、長く幽閉していた王妃インゲボルクを正式に王妃として遇することまでした。その上で1213年4月にイングランドに侵攻すると発表した⁽¹¹³⁾。

すると、ジョンは、これに対する万全の迎撃態勢を取った⁽¹¹⁴⁾上で、教皇さえも予想しなかった意外な対応策を採ったのである。1213年5

(111) 神聖ローマ帝国における二重皇帝については、『山田・ドイツ史』250頁以下参照。

(112) ランベス条約については『Poole・Domesday Book』453頁参照。

(113) フィリップの侵攻については『Poole・Domesday Book』459頁参照。

(114) ジョンがしっかりした迎撃態勢を用意していたことについては『Poole・Domesday Book』459頁参照。

月15日、ジョンは教皇に忠誠を誓い、臣従の礼を執り、全イングランド及びアイルランドを教皇に献上した (Reconciliation)。そして、教皇の手から改めて王国を下賜されると、これに対し教会財産没収の償いとして10万マルク (約7万ポンド) を賠償し、さらに毎年1000マルク (イングランド分として700マルク、アイルランド分として300マルク) を献上するとしたのである⁽¹¹⁵⁾。

ジョンとして、聖務禁止や破門の解除を得るためであれば、単にラングトンのカンタベリ大司教就任を承認すれば足り、ここまで劇的な対応をとる必要はない。

「彼は彼の二つの王国の教皇への譲渡を、国の内外にある敵に対する外交的な攻撃手段と考えていた。国内においてはこの措置により聖務禁止の解決手段となり、教会との紛争が始まって以来空席となっている多くの司教座への任命に影響力を行使する上で、教皇の支持が得られるであろうと考えていた。これについて、彼が正しいことは速やかに証明された。彼はまた、国内で何らかの反乱が起こった際に、教皇の助力を得ようとして教皇に接近しようとしたようである。」⁽¹¹⁶⁾

ジョンに対する勝利に舞い上がった教皇は、聖務禁止を1214年7月2日に解いたばかりでなく、フィリップの侵攻を禁止することになった⁽¹¹⁷⁾。これにより、対フィリップ戦において、一転して大変有利な地位にジョンは立つことになった。

(3) ポワチエ侵攻とブーヴィーヌの戦い

教皇と和解したジョンは、フィリップを相手に必勝の戦略を立案・実施した。神聖ローマ帝国皇帝オットー四世やフランドル伯、ブー

(115) ジョンの王国の教皇への献上については『Poole・Domesday Book』457頁参照。

(116) ジョンの王国の教皇への献上の意図については『Holt・Magna Carta』217頁以下より引用。

(117) 聖務禁止の解除等については『Barlow・Feudal Kingdom』413頁参照。

ローニュ伯等と組んで、フランス王を北と東から同時に攻撃するという雄大な構想である。



1214年2月15日に、ジョンは、対岸のノルマンディではなく、大きくブルターニュを回り込んで、ラ・ロッシュェル (La Rochelle) に上陸するという意表を突いた作戦を実施した。ジョンに依然として忠誠を誓っているアキテーヌ人に迎えられたジョンは、サントンジュ (Saintonge)、アンゲーモワ (Angoumois) と、破竹の勢いで順調にポワチエ地域の平定を進め、4月3日にはリムーザン (Limousin) にまで到達し、5月には因縁あるリュニジャン一族をはじめとするバロン達から忠誠の誓いを受けた。6月17日にはアンジューに入り、その全域の再占領に成功した。

さらに進んで、ジョンがラロッシュェル・オー・モワンス (La Roche-aux-Moines) という要塞を包囲攻撃している段階で、フィリップは、王太子

ルイに、800名もの騎士を付けた大軍を派遣することができた。その段階で、戦うことなくジョンは7月2日、そこからラ・ロッシュェルに退却した⁽¹¹⁸⁾。

これは一見奇妙な行動に見えるが、戦略的には極めて有効な行動であった。なぜなら、ジョンは、ルイ軍をはるばるアンジューまで引きつけており、さらに戦いを避けたために、ジョンの軍勢は無傷で存在しているのです。ルイの大軍は、引き返すことが不可能な状態に置かれたのである。

この段階で、ジョンとの盟約に従って、オットー皇帝やフランドル伯等で構成された連合軍が北方からフランスに侵入しようとした。フィリップ王はこれを座視することは出来ず、自ら出兵した。両軍は、フランドル地方のブーヴィーヌで、1214年7月27日、激突する (Battle of Bouvines)。上述のとおり、フィリップはジョンを警戒して多数の騎士をルイに付けたため、この時点においてフィリップ自身の率いる軍は、敵軍の半数強に過ぎなかった。したがって、明らかに連合軍の勝利が期待できた。

ところが、ジョンの予想に反して、戦いはフランス国王フィリップ軍の完勝に終わったのである。最初にブーヴィーヌの戦場に到着したフランドル軍は戦場に到着するや、後続の友軍を待たずにそのままフィリップ軍に攻撃を仕掛けた。つまり数の利を生かさなかったのである。しかも騎士同士の一騎打ちからなる典型的な中世騎士軍の戦いを行った。このため、馬上戦闘技術に優れたフィリップ軍に、フランドル軍、オットー軍、ブーローニュ軍は、それぞれ個別撃破された結果、フィリップ軍の圧倒的な勝利に終わったのである⁽¹¹⁹⁾。

この戦いは、ジョンにとってばかりでなく、欧州中世史全体にとつ

(118) ロシュ＝オー＝モワンヌの戦いに至る経緯については『Poole・Domesday Book』465頁以下参照。

(119) ブーヴィーヌの戦いについては『Poole・Domesday Book』467頁以下参照。

でも、時代を分ける重要な戦いとなった。すなわち、これは神聖ローマ皇帝オットー四世の没落を決定づけるとともに、神聖ローマ帝国それ自体のフランス地域における声望を失墜させた。逆にフランス・カペー王家はフランス国内における威信を著しく向上させる。フィリップ王が尊厳王 (Auguste) と尊称されるのは、こうしてフランスを欧州の大国に押し上げた功績によるものである。

このブーヴィーヌにおける連合軍の敗北の結果、ジョンは、自らが敗れたわけでもないのに、北フランスの所領奪還の夢を断念せざるを得ないことになった。その結果、ジョンとフィリップとの間で、2014年9月18日、シノン城で休戦協定 (Truce of Chinon) が締結された。この協定で、ジョンは、フィリップにアンジュー、ポワチエ及びブルターニュを割譲し、かつ60,000ポンドの賠償を行い、それによって5年間の休戦を購うことになる⁽¹²⁰⁾。当然、ジョンとしては、その休戦期間を利用して、大勢を立て直し、再度北フランス領の奪取を試みるつもりであったにちがいない。

6 ジョンと大憲章に始まるイングランド内乱

(1) 大憲章

ジョンの予定を根底から覆したのは、本拠地イングランドにおける内乱の勃発である。

ジョンに対しては、イングランドにおいても、その即位当時からバロンの間に反対勢力が存在していた。特に北部バロンは対フランス遠征軍のための軍役代納金の支払いを拒絶していた。ブーヴィーヌの戦い後は、ジョンに対する批判が広範かつ公然たるものとなってくる⁽¹²¹⁾。

(120) シノンの休戦条約については『Poole・Domesday Book』465頁以下参照。

(121) 北部でジョンに対する抵抗が強まったことについては、『Holt・Magna Carta』218頁参照。

ジョンとしては、フランスとの戦いが優先されるため、イングランド内の紛争はできるだけ、話し合いで解決したかったはずである。また、ジョンは、この当時、教皇から、王国の安全と平和を確保する為、できるだけのことをするよう、勧告されていた。ジョンは、戴冠式の誓約 (coronation oath) の再確認を行うというある種の約束を、破門解除の際にしていたようである⁽¹²²⁾。誓約の再確認は、ラングトンの要請に基づく可能性もある。なぜなら、戴冠式の誓約の、荘重な第1項は、教会を平和に維持するという約束であったからである⁽¹²³⁾。

それからクリスマスまでに、バロン達は組織的に共同して「エドワード証聖王の法 (Leges Edwardi Confessoris)」、すなわちノルマン征服以前のアングロ=サクソン慣習法と、「ヘンリー一世の戴冠憲章」の確認を求め、王は逆にバロンが彼に対して誠実宣誓を行うことを求めるようになった。1215年1月6日に、ジョンは反対派と正式な交渉に入らざるを得なかった。この時までには反対派は、一つの組織に纏まり、盟約団 (Conjuratio) と称していた⁽¹²⁴⁾。

しかし、この1月にロンドンで行われた盟約団との話し合いは、手

(122) 戴冠式の誓約の再確認が要求されたことについては『Holt・Magna Carta』219頁参照。ジョンは、自身の戴冠式においては誓約を与えていない。しかし、ノルマン・アンジュー王家の歴代の王の多くは、初代のウィリアム征服王以来、戴冠式の際に家臣に対して誓約を与えることが多い。諸王の誓約内容は、基本的にはエドワード証聖王の法 (ノルマン征服以前の法慣習) の尊重である。特に、ヘンリー一世、スティーヴン及びヘンリー二世は、戴冠式の誓約を戴冠憲章として公布している。それらは、William Sharp McKechnie “Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John” James Mackrehouse and Sons, 1914年刊 (以下、同書は『McKechnie・Magna Carta』と略記する。) 481～485頁に収録されている。

(123) ジョンに対する戴冠式の誓約の再確認がラングトンの要請であるという点については、『Holt・Magna Carta』219頁参照。本文に述べた記述に照らし、ホルトの述べている、教皇との関わりでの戴冠憲章も、本文後述のバロンの要求するものであるヘンリー一世のものであると推定できる。

(124) ブーヴィーヌの戦い以降の変化については、『Holt・Magna Carta』222頁参照。

詰まり状態になったため、ジョンは復活祭の次の日曜日（この年の場合は4月26日）に、改めてノーザンプトンで会合し、彼らの要求に応じるかどうか回答することとした。その代償として、バロン達に安全通行権を認めた。この延期期間を利用して、両派はいずれもローマに働きかけた。しかし、当時はイングランドとローマの間は、片道30日が必要だった⁽¹²⁵⁾。したがって、ローマからの指示は、現地情勢から2ヶ月もずれたものとなった

3月19日付けの3通の書簡で、イノケンティウス三世もまた、紛争を、なんとか話し合いで解決しようと試みている。

「彼はジョンに宛てた手紙で、バロン達の十分に根拠のある請願を聞き、彼らを適切に扱うよう求めている。バロン達に対しては、彼は軍事力によって王に主張を押しつけていた盟約団と陰謀を荒々しく非難した。そのような盟約を今後は放棄しなければ破門するとした。バロン達は、無礼な方法ではなく、王の名誉を、敬意を持って守りながら、彼らが持つあらゆる要求をしなければならぬとされた。ラングトンには、国王と反対派の調停に失敗したとして、激しい叱責の言葉が送られた。」⁽¹²⁶⁾

これを見る限り、ジョンの行った教皇への封土の献納という奇手が、対フランス戦ばかりで無く、この内乱においても十分に威力を発揮していることを知ることができる。これ以降も、教皇はジョン以上に反乱バロンに対して厳しい姿勢をとり続けることになる。

ノーザンプトンに、バロン側は武装して集合した。このため、ジョンは行かなかった。ただ、安全通行権の期間を5月28日まで延長し、カンタベリ大司教ラングトンの仲介により話し合いに出席する者にこれを適用するとした。その後も、大司教やペンブルック伯を仲介者として会談や交渉が繰り返されたが成功しなかった。バロン達が、この

(125) 1月の話し合いとその後については、『Holt・Magna Carta』227頁参照。

(126) 教皇からイングランドに送られた手紙については、『Holt・Magna Carta』229頁より引用。

間に何を要求したのかについての記録は、残っていない。それに対して、ジョンの主張については、5月9日の証書 (Charter)、5月10日の開封証書 (Letter Patent)、5月29日付けの教皇に宛てた書簡などによって、比較的よく残っている⁽¹²⁷⁾。

事実として、バロン側は5月5日、王に対して誠実破棄の宣言 (renounce of fealty) を行った⁽¹²⁸⁾。これに対し、王は5月12日にバロン達の領地の差押を各州長官に命じ、ここにイングランドは内乱状態に陥ったのである。

5月17日日曜日、ロンドン市民の多くがミサに出席中に、市民の一部の協力を得て、バロン達はロンドンを奇襲し、占領したため、状況は一気にバロン側も有利なものとなった。この結果中立を保っていたバロンからも、王に反対する勢力に与するものが続出した⁽¹²⁹⁾。

このため、王もさらなる譲歩の必要を認識し、5月29日にローマから教皇特使が到着したことから、その仲裁により5月末から交渉が再開された⁽¹³⁰⁾。バロン側からは「バロン達の諸条項 (the Articles of the Barons)」が提出され⁽¹³¹⁾、王による承諾を経て、ロンドン西方約40kmにあるテムズ河畔のラニーミード (Runnymede) で、大憲章 (magna carta) が王によって承認されたのである (以下、他の大憲章と区別するため「1215年大憲章」と呼ぶ)⁽¹³²⁾。

(127) 4月26日以降の交渉状況については『Holt・Magna Carta』232頁参照。

(128) バロン達の誠実破棄の宣言については、『Holt・Magna Carta』235頁参照。

(129) バロン達のロンドン奇襲については、『Holt・Magna Carta』241頁参照。

(130) 教皇特使の到着については、『Holt・Magna Carta』242頁参照。

(131) バロン達の諸条項については、『Holt・Magna Carta』245頁参照。ホールトによると、これは、会談の両当事者によって作成され、国王の書記の一人が書いたものであるという。

(132) 大憲章は、一般に6月15日に成立したとされるが、ホールトに依れば、おそらく6月10日であるという。6月15日とされるのは、それが6月10日に発された休戦協定の最終日だったからだという。当時の年代記に依れば、大憲章が決定された日は6月18日から23日まで様々で、15日としているの

その内容の概要を紹介すると、全体は七の部分に分けることが出来ると言われている⁽¹³³⁾。

1. 王の封建関係に基づく直接受封者に対する搾取の歯止め規定
これが大憲章の中心となる規定である。ウィリアム二世以来もっとも問題の大きかった相続上納金の制限を定めた第2条、軍役代納金等の制限を定めた第12条、バロン側の課税同意権を定めた第14条などがその代表である。
2. 王のその他の手段に基づく財政的搾取の歯止め規定
王の所有する債権の取り立て制限を定めた第9条、第10条、罰金徴収の限度を定めた第20条～第22条などが代表的な規定である。
3. 王に対する司法制度の健全運営義務づけ規定
裁判の開催される場所及び日を特定した第17条～第19条などが代表的な規定である。上記罰金刑に関する限度規定は、司法制度の健全運営義務づけ規定の一環としても読むことができる。
4. 王の行政機構に対する義務づけ規定
王の役人による物資徴発を規制した第28条、第30条、第31条、国王御料林に関する第44条、第47条、第48条などがこれにあたる。このうち、御料林に関する規定は、1217年大憲章で、本体から分離されて詳細化され、御料林憲章として独立した。
5. 王のバロン・騎士以外の社会階層に対する義務づけ規定
都市の自由を保障した第13条等、一般の自由人に対する様々な自由を保障した第16条等がその代表的な規定である。
6. 王の過去の違法な搾取行為の取消撤回規定
第49条以下の規定のほとんどがそれに該当する。そして、この規定の解釈をめぐって、結局この大憲章は破棄されることになる。

はウエンドーヴァ (Roger of Wendover) だけだという。『Holt・Magna Carta』247頁以下参照。

(133) 大憲章の分類には、様々な説があるが、ここでは『城戸・マグナカルタ』70頁以下に準拠している。

7. 王に対する大憲章遵守義務保障規定

これに該当するのは第61条一条だけで、第6のグループの規定の順守状況を25人のバロンで構成される委員会が判定する、というものである。

このうち1及び2は明らかに財政問題である。司法制度の運営は国王の重要な財源であるから、3も本質的には1、2と変わらない。4は1、2、3の担保規定であるに過ぎない。したがって、5が若干異質なだけで、後はすべてジョンの財政活動に関連する規定で埋められていることになる。

大憲章は、今日の我々から見ると、歴史的な最重要文書である。しかし、ジョンとすれば、歴代の王、特に父ヘンリ二世が行った戴冠憲章の再確認の一つという意識であったはずで、特別のものとは思っていなかったに違いない。

大憲章が歴史的に重要なものとなったのは、ジョンはヘンリー一世の戴冠憲章の再確認を要求されたのに対して、ジョンの子、ヘンリ三世の1216年大憲章、1217年大憲章、1225年大憲章、そしてジョンの孫のエドワード一世の1297年大憲章に代表されるように、王と家臣の間でトラブルが生じると、ヘンリの戴冠憲章ではなく、ジョンの大憲章の再確認という建前の下で、それぞれの時点に合致した自由の要求が行われるように変化したからである。さらに、1225年大憲章が、成文法典(Statute Book)で最初に印刷された法典になった⁽¹³⁴⁾という、ある意味、偶然の要素に掛かっていたのである。

(2) 内乱の勃発

大憲章が調印されると、1215年6月19日にバロンは王に対して臣従礼を行った⁽¹³⁵⁾。ジョンの政府は、これに応じて直ちにそれに具体的効果を与えるための諸活動を行った。すなわち、書簡が各州長官その他

(134) 大憲章が歴史的な重要性を持つに至った理由が、最初の成文法典化にあったという点については、『Maitland・Constitutional History』16頁参照。

(135) 6月19日の臣従礼については『Holt・Magna Carta』252頁参照。

の王室官僚の下に送付され、王とバロン達の間には平和が訪れたことを公に読み上げた。大憲章52条は王がバロンから不法に剥奪した権利や財産をすべて元に戻すことと定めていたが、その措置は直ちに実行された。こうした証拠から見ると、王が真剣に平和を追求したことは明らかと考えられる⁽¹³⁶⁾。前述のとおり、ジョンとしては対仏戦の準備を固めるため、国内の安定を早急に希求していたのである。

バロン達は、そうではなかった。

「権力を握ると、彼らは、能力を超えた立場に置かれた男達に共通する卑小さと傲慢さを露呈した。彼らは、平和の遵守について王が望んだあらゆる保障を拒否することにより、忠誠の誓いを破った。そして、このことは司教たちによる正式な抗議の対象であった。彼らはラニーミードの協約を守るつもりはなかったように見える。北部住民の何人かは、交渉が終了する前に会場を去り、彼らが出席していなかったという口実の下に、自らの城を強化し、敵対行為を開始し、王室の荘園を破壊した。他の者は、憲章の規定を実行しようとした王室官僚を妨害し、冷遇した。」⁽¹³⁷⁾

要するに、バロン達が実際に目指していたのはジョンを排除することで、彼らにとって大憲章は、単にその手段として、ジョンに対し受諾しがたい要求を突きつけることにあった。したがって、予想に反してジョンがそれを受諾しても、それが彼らにとって、誠実に遵守すべき規範に変わるわけでは無かったのである。

他方、教皇イノケンティウス三世は、基本的にバロン側に対して大変批判的であった。大憲章が最終的に調印される直前の6月18日付けで教皇が書いた手紙では、大司教及び司教に対し、バロンが8日以内に王に従わない限り、破門するように求めていた。それに引き続いて

(136) 王が大憲章に実効性を与えようと積極的に活動したことについては『Poole・Domesday Book』477頁参照。

(137) バロン側が大憲章遵守の意図がなかったことについては『Poole・Domesday Book』477頁より引用。

7月7日に書かれた手紙では、更に強く、王に対して反乱を起こしている者及びその共謀者、幫助者をすべて破門にするとしていた。

ただ、ラングトン大司教が破門を実行することに消極的であったため、これらの手紙は直ちには効果を発揮せず、9月になって教皇特使のパンドルフ (Pandulf Verraccio) 等によって停止され、教皇自身も11月4日にそれを追認した。しかし、重要なことは、イングランドにおける最近情勢を完全に知らされると、教皇は、和解全体が単に不道德で下劣であるばかりではなく、違法かつ不当であるとして、教皇教書 (papal bull) により、8月24日、大憲章は無効であり、直ちに破棄されるとしたことである (Pro rege Johanne)。同日、教皇は直接バロン達に向けてその行動を咎める手紙を書いた。そして12月16日に書いた手紙では、具体的に名前を挙げて30人を破門にした⁽¹³⁸⁾。

しかし、イングランドでは、その教書の届く遙か以前に内乱に突入していた。ジョンの排除に失敗したバロン達は、次第に純然たる革命を起こすことを考え、9月、ジョンを廃位することを決意し、代わってフランスのフィリップ王の子、ルイ (Louis) を王に推戴することを決めた⁽¹³⁹⁾。ジョンの姉エレノアの娘であるブランシュ (Blanche de Castille) の夫として、ルイにはイングランド王位継承権があったからである。しかし、フィリップやルイは、なかなか英仏海峡を越える行動に出ようとはしなかった。

その9月には、ジョンはドーヴァーやカンタベリにいて、大陸から傭兵を呼び寄せて軍事体制を強化し、反乱したバロン側に対する軍事行動を展開していた。バロン達の拠点のうち、ロンドンへの道を塞ぐ要衝であるロチェスタ (Rochester) だけは頑強に抵抗した。しかし、ロン

(138) 教皇がバロンを破門し、大憲章を無効としたこと等については『Poole・Domesday Book』478頁以下参照。

(139) フランス王太子ルイをバロン達が王に推戴した大きな理由は、その妻ブランシュ (Blanche de Castille) が、ヘンリ二世の子であるエレノアの子 (つまりヘンリの孫) で、イングランド王位継承権を有していたためである。『Poole・Domesday Book』483頁参照。

ドンにいるバロン達の動きは不活発だった。彼らはルイに緊急メッセージを2回送り、ジョンに3回交渉の申し入れはしたが、ロチェスタ救援の試みは、中途半端なものを一回しただけだった。結局、7週間にわたる籠城の末、11月3日、ロチェスタは遂に降伏した⁽¹⁴⁰⁾。



(140) ロチェスタの攻囲戦については『Poole・Domesday Book』480頁参照。

ロチェスタだけが、ジョンが深刻な抵抗に遭った唯一の城であった。ジョンは12月19日にセントオールバーズ (St. Albans) を出発した。クリスマスにはノッティンガム (Nottingham) に到達し、新年にはヨーク (York) にいた。1月14日にはバーウィック (Berwick) に到着し、そこで9日間掛けて、北部のバロンと同盟して侵入してきたスコットランド王アレキサンダー二世 (Alexander II) を撃退した。そこからリンカン (Lincoln) を抜けて南部に戻り、3月にはロンドン近郊のハートフォード (Hertford) に至った。これは驚異的な進軍速度である。これが可能になったのは、ジョンの軍が進撃すると、町は門を開き、城は包囲されると抵抗の気配も見せずに降伏したからである⁽¹⁴¹⁾。

このように反乱の討伐がスムーズに進んだのは、基本的にジョンの軍事能力が、イングランド人に恐れられており、誰もが彼との正面衝突を避けようとしたためと思われる。それに加え、ジョンが反乱者に対して厳罰を科さなかった点が大きい。復讐のための復讐は、ジョンの方法では無かった。彼は、それよりは財政を潤すことを好んだ。

「多くの騎士やバロンの名が、許可料録に記録されているが、それによれば、通常10～100マルクの範囲の穏当な金額で、時には乗馬1～2頭を金銭に加えることで、王の善意を購入したとされている。彼らは、将来にわたる忠誠心を担保するために1人ないしそれ以上の人質を差し出した。ロチェスタその他の場所の包囲で捕らえられた囚人は身代金が必要だった。〈中略〉王は、当然、反逆者から彼らの土地を没収した。しかし、彼らが再び忠誠を誓った場合には、大きな困難もなくそれを回復することができた。非常に多くの回復の申し出があったので、尚書部により、それを取り扱うための共通型の令状が考案された。ジョンの統治の最後の数か月と彼の後継者の最初の数年間に、何百ものその令状が発行された。内戦による不動産の保有権に関する混乱は明らかに巨大な

(141) 北部の攻略については『Poole・Domesday Book』480頁参照。

ものであり、したがって、復元は必然的に緩慢なものとなったのである。」⁽¹⁴²⁾

この記述で驚くべきは、内乱が生じているにも拘わらず、ジョンの築いた行政機構が健全に機能して、許可料録などがきちんと記録されていたことであろう。ただ、財務府については、バロンがウェストミンスターを占拠していた間については、記録が一部欠落している。すなわち、会計記録は大憲章が調印される2ヶ月前の1215年の復活祭（4月19日）までは、通常の形式で記録されている。その後についても、18の断片的な記録が存在しており、内乱中も財政機構が完全に活動を停止していたわけではないことを示している⁽¹⁴³⁾。

こうしてジョンは、わずか3ヶ月で、反乱したバロンの支配地域を完全に回復し、残るは彼らの本拠地ロンドンを攻略するだけとなった。

(3) フランスの侵略

この段階になって、ようやくフランス王フィリップとその息子ルイは、ジョンとの休戦協定を破って、イングランドに侵攻することを決めた。

この時、ジョンに最初の不運が襲った。フランスからの侵略を防ぐために、テムズ河の河口に展開されていた21の港市の船舶が、嵐のために、その多くが沈み、無事な船もちりぢりになってしまったのである。その結果、フランス艦隊は妨害されることなく海峡の横断に成功し、1216年5月21日、ルイは大軍を率いてイングランドに上陸した。やむを得ず、ジョンはウィンチェスタに後退し、反乱バロン達はイングランド南東部で彼らの影響力を回復した⁽¹⁴⁴⁾。

しかし、外国人の侵略者を迎え入れ、教会によって破門されている

(142) 反乱者の処遇については『Poole・Domesday Book』481頁より引用。

(143) 会計記録等の残存については『Poole・Domesday Book』482参照。

(144) ルイのイングランド上陸については『Poole・Domesday Book』484頁参照。

バロン達は、イングランド人に人気がなかった。五港市のバロン達⁽¹⁴⁵⁾は、表面上、ルイに忠誠の誓いを立てたが、実際にはジョンに対する忠誠を堅持し、フランスの海運に多大な損害を加えた⁽¹⁴⁶⁾。

夏の終わりには、ジョンは西部を押さえ、ウェイルズの国境に軍を集めていた。そして、9月には最後の攻勢を掛けるに至った。この段階で再び、ジョンに立て続けに不運が襲った。まず、10月9日に彼自身が赤痢にかかってしまったのである。それでも彼のエネルギーは衰えず、一日に数十マイルを走破し、かつ寝る前に様々な行政上の指示を行う余力があった⁽¹⁴⁷⁾。

この段階で、ジョンに三度目の不運が襲った。彼の本隊とは別に、旅の資財総てを運んでいた輜重隊が、遭難して全滅したのである。今日ネネ川 (River Nene) として知られている川の、ウォッシュ (The Wash) と呼ばれる幅4マイル半もある河口を、干潮時に横断しようとして、流砂に巻き込まれて動きがとれなくなったところに潮流が押し寄せたため、人も物資も総て押し流され、一人の生存者も出ないという事件であった。

10月12日にこの知らせを受けて気力を欠いたのか、ジョンは発熱した。しかし、その後も無理に進軍を続けたため、遂に馬にも乗れないほどに衰弱した。それでも、彼は最後まで意識は明晰で、日々の仕事

(145) 五港市 (Cinque Ports) とは、W.S. マッケクニ著・禿氏好文訳『マグナ・カルターイギリス封建制度の法と歴史—』ミネルヴァ書房1999年刊新装版260頁欄外訳注1によると、次の様な存在である。「五港市は、ウィリアム征服王の時代に既に存在した Dover, Sandwich, Romney, Hastings 及び Hythe の五港であり、ジョン王の治世の頃には Winchelsea と Rye が加わったが、それでも『五港市』の名称が用いられた。また『バロン』と呼ばれたのは、これらの港市が海軍力を持ち、王の求めによって海軍による軍事的奉仕を提供したことから、これらの港市の指導的市民がそう呼ばれたのであって、この場合、王の受封者という本来の意味ではない。」

(146) 侵略軍等の不人気については『Poole・Domesday Book』484頁参照。

(147) ジョンが赤痢に罹患したことについては『Poole・Domesday Book』485頁参照。

に取り組み、彼の王国と彼の死後の家族の安全を確保する策の立案を、教皇特使グアロ、ウィンチェスタ司教ロッシュ (Peter des Roches)、ペンブルック伯ウィリアム・マーシャル等の重臣と行っていた。そして、1216年10月18日、ニューアーク (Newark) で遂に病没したのである⁽¹⁴⁸⁾。

彼の遺体は、ウスター (Worcester) にある彼の守護聖人である聖ウルフスタン (St. Wulfstan) を祭った大聖堂に葬られた⁽¹⁴⁹⁾。

[終わりに]

ジョンの能力について、わが国では次の様に言われたりする。

「ジョンが行政的実務能力にすぐれていたことは、司法面・行政面における彼の活発な活動から証明されるが、彼には性格上の欠陥があり、また軍事的才能にとぼしく家臣の信望をつなげなかった。」⁽¹⁵⁰⁾

この評価の後半は、妥当ではないと考える。

軍事的才能について言うならば、ジョンという人物の興味ある点は、兄リチャード等と違って、歴史に名を残すような大きな戦いへの直接参加は、全生涯を通じてみても、ミルボアの戦いに尽きると言う点である。したがって、彼は大きな戦場で勝利することは、当然ほとんど無かった。しかし、そもそも戦場において勝利するには、相手が勝利できると考えて彼に挑んでくる必要があるであろう。ところがジョンの場合、2014年のポワチエ侵攻時や2015年の内乱時の遠征に典型的に見られるように、彼が進撃すれば、敵は城門を開いて降伏することが圧倒的に多かったのである。2015年の内乱であれば、反乱したバロン

(148) ジョンがウォッシュの事件を聞いたことについては『Poole・Domesday Book』485頁参照。

(149) ジョンの死については『Poole・Domesday Book』486頁参照。なお、聖ウルフスタンはノルマン征服後にも司教職にあった唯一のイングランド人で、1203年に教皇イノケンティウス三世により列聖されている。

(150) ジョンに対する評価は『青山・イギリス史1』252頁より引用。

達は、ロチェスタの攻城戦においてすら、ひたすらルイの来援を待っていて、自分たち自身はジョンとの直接戦闘を終始回避したのである。それだけ、ジョンの軍事的才能は、当時一般に恐れられていたと見るべきであろう。

彼が恐れられた理由は、その戦いの手段が、戦うことなく勝利できるだけの、徹底した戦略を展開したからであろう。その戦略が——特に騎士道という彼が本質的に理解していなかった要素によって——失敗すると、今度は戦い無くして敗れることになる。その代表が、フランス北部領の喪失やブーヴィーヌの戦いである。すなわち、一般に言われているところと異なり、彼は決して戦いは苦手ではなかったし、戦略的には勝利することの方が多かった。

彼の軍事的才能の今一つの顕著な現れが、築城である。彼は数多くの城の補強を手がけている。彼が補強を手がけると、その城は難攻不落のものに生まれ変わった。例えば、ドーヴァ城は、ルイの占領地域の中に孤立して存在していたが、どれほど攻められても落城せず、それどころか1217年8月24日のドーヴァ海戦 (Battle of Dover) の拠点となったのである⁽¹⁵¹⁾。シモン・ド・モンフォールの反乱後、その残党が立て籠もったケニルワース城 (Kenilworth Castle) も、ジョンが手がけた最強の城の一つであった。そのため、1266年6月に始まった包囲戦は、半年近く経っても落城の気配を見せなかった。やむを得ずヘンリ三世は、その包囲戦の途中でケニルワースに国民会議を召集し、反乱側の主張を大幅に受け入れたケニルワース宣言 (Dictum of Kenilworth) を10月31日に発せざるを得なかったのである⁽¹⁵²⁾。こうした例は他にもいく

(151) ドーヴァ海戦では、計74隻からなるフランス艦隊にイングランド軍は40隻の小型艦の機動力を生かして攻撃した結果、フランスの旗艦を拿捕し、指揮官を捕虜にし、わずか15隻のフランス艦が逃げ帰るのに成功しただけ、という完勝だった。Maurice Powicke, "The Thirteenth Century, 1216-1307" Oxford University Press 2版 1962年刊 (以下、同書は『Powicke・The Thirteenth Century』と略記する。) 12頁以下参照。

(152) ケニルワース包囲戦と宣言については、William Stubbs "The

つか上げることが出来る。このような優れた築城能力を持つ者に、軍事的能力が欠けるとは言えないであろう。

臣下の信望を繋げなかった、という点についても妥当とは思えない。それまでのイングランド王の場合、それがヘンリー一世や二世、あるいはリチャードのように存命中は絶大な権力を揮った王の場合にも、その死と共に側近さえも逃散するのが常であった。しかし、ジョンの場合、臨終まで付き添い、その遺言を聞いたウィリアム・マーシャル以下の面々ばかりでなく、その際には遥か離れたドーヴァーにいた宰相バーク等でさえも、ジョンに対する忠誠は、その死後も揺るがなかった。特に、マーシャルの場合——彼の長男で同名のウィリアムは、1215年大憲章62条の定める25人の大憲章実施担当バロンの一人であったのだが——彼のジョンに対する忠誠は揺るがなかったのである。ジョンの死後、彼らはジョンの遺志に従い、わずか9歳のヘンリー三世を盛り立ててイングランド王位に就け、困難な闘いの末、ルイを追い落とすのに成功することとなる。

ジョンに対する忠誠の念は、側近だけではなく、前線の傭兵達にまで及んでいた。1215年大憲章に、非常に奇妙な規定が一つある。他の規定はすべて、一般的な表現をとっているのに対し、第50条だけは、理由を挙げることなく、次のように、個別具体的な人名を挙げて、その追放を求めているのである。

「朕は、ジェラルド・ド・アテー (Gerard de Athée) の一族を、執行職から完全に追放し、今後、彼らがイングランドにおいて、いかなる執行職をも保持しないようにするであろう。即ち、アンジェラルド・ド・シゴニエ (Engelard de Cigogné)、ピーター (Peter)、ギイ (Guy) およびアンドウルー・ド・シャンソー (Andrew de

Constitutional History of England: In Its Origin and Development, 第2巻” Oxford Clarendon Press1880年刊、104頁参照。ケニルワース城は、最終的に172日間というイングランド史上最長の籠城戦の末、食糧が尽きて、1266年12月13日に降伏した。

Chanceaux)、ギイ・ド・シゴニエ (Guy de Cigogné)、ジェフリ・ド・マーティニ (Geoffrey de Martigny)、および彼の兄弟、フィリップ・マーク (Philip Marc)、および彼の兄弟と彼の甥、および同人たちの血縁者全員を、である。」

彼らがどのような人物であったのかについては、ターナーによる研究が詳しい⁽¹⁵³⁾。それによると、彼らの姓であるアテー、シゴニエ及びシャンソーは、いずれも今日の行政区分では、フランスのアンドル＝エ＝ロワール (Indre-et-Loire) 県、当時はアンジュー家の本来の領地であるトゥーレーヌに、相互に近接して存在している小村の名前である⁽¹⁵⁴⁾。したがって、彼らはその村の出身者なのであろう。換言すれば、何の氏素性もない傭兵達であった。その無名の男達の能力をジョンは見抜き、イングランド各州の軍事指揮官として起用した。ターナーは、個々人について、内乱前後の時期の地位について詳細に研究成果を述べた後、次の様に要約している。

「彼らは廷臣でも政治家でもなく、バロンが怖れるに十分な理由がある、経験を積んだ兵士であった。」⁽¹⁵⁵⁾

つまり、本条はジョンが国内の治安維持のために要衝に配置した有能な前線指揮官の追放を求めたものである。彼らもまた、ジョンの死後も彼に忠誠を尽くし、ヘンリ三世を支持して反乱バロン達と戦い続け、最終的な勝利を勝ち得たのである。

このように、ジョンは、単に有能な行政手腕を持つばかりでなく、その死後の非常に厳しい状況下でも、側近や兵士から離反されないほどに、人間としての魅力を有する人物だったといえよう。それに対し、マーシャルの長男に代表される多くのバロンは、どの時代においても、

(153) 50条に列記された人々に関する説明は、George James Turner, "The Minority of Henry III. Part I" Royal Historical Society New Series, Vol. 18 (1904), (以下、この論文は『Turner・Henry 3』と略記する。) 245-295頁参照。

(154) アテー等の村の所在については『Turner・Henry 3』251頁参照。

(155) ターナーの言葉は、『Turner・Henry 3』254頁より引用。

二つの勢力が対立すれば、その時々に応じて旗幟を替える⁽¹⁵⁶⁾ので、そもそも永続的な忠誠を云々することは無意味である。

この様に見ると、ジョンの評価の最大の問題は、騎士道精神という奇妙な思想に左右されない、彼一流の合理的精神が、無知蒙昧な一般的な同時代人に必ずしも理解されず、現代人もそれに引きずられているという点に尽きるのでは無いかと思われるのである。

(156) マーシャルの長男の場合には、フランスが教皇領であるイングランドに対する侵略を理由に聖務禁止を再び発令された(『Turner・Henry 3』262頁)ため、ルイが一時的に帰国した直後の1217年3月に、イングランド王に忠誠を誓った。『Turner・Henry 3』263頁参照。また父マーシャルは、1217年5月20日のリンカンの戦い(Battle of Lincoln)で、ルイの軍を撃破しているが、この勝利の衝撃は大きく、これにより、わずか3ヶ月の間に、反乱軍に与していた150人以上のバロンが雪崩を打って、王党派に鞍替えをした。Maurice Powicke, "The Thirteenth Century, 1216-1307" Oxford University Press 2版 1962年刊12頁参照。

- 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

高畑英一郎	日本大学教授
船山泰範	日本大学元教授
清水恵介	日本大学教授
ソラアット・ナバット	タイ王国立タマサート大学法学部准教授
出雲孝	日本大学准教授
本吉祐樹	日本大学助教
山田孝紀	日本大学専任講師
甲斐素直	日本大学元教授

機関誌編集委員会

委員長	大岡健
副委員長	賀来健
委員	南保健
委員	大久保拓也
委員	小野美典
委員	加藤雅之
委員	黒滝真理子
委員	高畑英一郎
委員	友岡史仁
委員	横溝えりか
委員	石川徳夫
委員	石橋正孝
委員	大熊圭和
委員	杉本竜也
委員	加藤暁子
委員	中静未彦
委員	野村知子
委員	松島和彦
委員	米崎寛
委員	前田実

日本法学第八十七卷第二号

令和三年十二月十四日印刷
令和三年十二月二十四日発行
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 株式会社メデイオ
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. 87 No. 3 December 2021

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

CASE COMMENTS

- Eiichiro Takahata, *Case Note, Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049 (2020)*
- Yasunori Funayama, *Fatal accident due to collision with rear-end of parking trailer.*

CASE COMMENT

- Keisuke Shimizu, *A Study on the Establishment of Rights in Excavated Springs*

ARTICLES

- Soraat Naphat, Takashi Izumo, *A Comparative Legal Study on the Right of Retention in Japan and Thailand: The History and Interpretation of Article 241 of the Thai Civil and Commercial Code*
- Yuki Motoyoshi, *The Scope of the Right of Self-Defence against Non-State Actors under the UN Charter Through the Analysis of Its Travaux Préparatoires and the Nicaragua Case*
- Takanori Yamada, *Fiktive Mängelbeseitigungskosten als Schadensersatz statt der Leistung im Kauf- und Werkvertragsrecht — Neuere Entwicklung im deutschen Recht*
- Sunao Kai, *King John's Life and the Magna Carta*