HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第68巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 68(2)
Issue Date	2017-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/66915
Type	journal
File Information	lawreview_vol68no2.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 68 巻　　第 2 号

論　　説

ヴェンツェル時代のドイツ国王裁判権と確認行為
…… 田　口　正　樹　　1

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（1）
―― 国家賠償法１条１項の責任原理との比較の視点から ――
…… 津　田　智　成　　59

犯罪論における同時存在原則について（3）…… 瀬　川　行　太　216[　1]

研究ノート

インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（2・完）
…… 富　山　侑　美　172[45]

資　　料

担保取引に関するUNCITRALモデル法の対訳（2・完）
…… 曽野裕夫・山中仁美　138[79]

2017(平成29)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
臼杵知史（法哲学）
大塚龍児（国際法）
岡田信弘（憲法）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村睦男（憲法）
中村研一（国際政治）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
林竣商（商法）

教授

稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
山口二郎（行政学）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）
會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷將（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）*
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
○齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
鈴木一人（国際政治経済学）*
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）*
○田口正樹（法史学）
田村善之（知的財産法）
常本照樹（憲法）
辻康夫（政治学）*
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
野田耕志（商法）
△長谷川晃（法哲学）
林誠司（民法）
藤原正則（日本政治思想史）
○眞壁仁（民事訴訟法）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）*
山崎幹根（行政学）*
山下竜一（行政法）*
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）

特任教授

朝倉靖（民事実務）
磯部真士（刑事実務）
藏重有紀之（法実務基礎）
橋場弘満（法実務基礎）
花形

准教授

村井壮太郎（民事実務）
池田悠（労働法）
伊藤一頼（国際法）*
○岩川隆嗣（民法）
郭舜（法制度論）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）*
小濵祥子（アメリカ政治史）*
佐藤陽子（刑法）
田中啓之（行政法）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
馬場香織（比較政治）
前田亮介（日本政治史）
三宅新（商法）
村上裕一（行政学）*

助教

木戸茜（民法）
呉逸寧（比較法）
津田智成（行政法）
丁文杰（知的財産法）
西村曜子（民法）
堀田尚徳（刑事訴訟法）
○山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山本周平（民法）

雑誌編集委員　○印
*は大学院公共政策学連携研究部専任教員
△は理事（副学長）

論　説

ヴェンツェル時代のドイツ国王裁判権と確認行為

田口正樹

はじめに

筆者は前稿において、一二七三年に即位したルードルフ一世から一三七八年に死去したカール四世までの中世後期ド

イツの皇帝・国王のもとで行われた、紛争解決に関係した確認行為について検討した[1]。本稿は、その続編として、国王ヴェンツェル（在位一三七六－一四〇〇年）時代の確認行為を対象に、そこに見られる展開と特徴を論じる。史料的基礎は、やはり前稿で利用した国王裁判権の活動に関する史料要録であるが[2]、ヴェンツェルの治世はこの史料シリーズによってすべてカバーされている[3]。検討は、国王本人による確認と宮廷裁判所による確認に分けて行うが、その前に国王ヴェンツェルの治世について、政治史的動向を中心に概観しておくことにしたい。

一．国王ヴェンツェルとその時代

ヴェンツェルは既に父カール四世在世中の一三七六年に国王に選出された[4]。皇帝在世中の国王選挙は、一三五六年に成立した金印勅書では予定されていなかった事態であったが、カール四世は選挙侯たちに数多くの利益と特権を与えてわが子の国王選出を実現し、中世後期ドイツでは例外的であった父から子への王位継承を達成した[5]。しかし、一三七八年一一月のカール四世の死去により一七歳で単独支配者となったヴェンツェルにとって、ちょうど同じ一三七八年に発生したカトリック教会の大分裂は、治世開始早々から大きな課題をもたらした。教皇の二重選挙とそれに続くローマ（ウルバヌス六世）とアヴィニヨン（クレメンス七世）の二人の教皇の分立は、西洋諸国をもローマ支持陣営とアヴィニヨン支持陣営に分けることになった。ドイツにおいては、ヴェンツェル自身はローマの教皇を支持し、一三七九年二月にライン地方の選挙侯たちとローマ支援の同盟（いわゆるウルバヌス同盟）を結成したが[6]、ハプスブルク家のオーストリア公レオポルトを中心に有力なアヴィニヨン派が存在し[7]、また西部地方はアヴィニヨン支持のフランスからの影響を受けた。

ドイツ国内ではそれにとどまらず、都市同盟と諸侯・貴族同盟との間の対立も激化した。既に皇帝カール四世治世の末期（一三七六年七月）に、王権の禁止にもかかわらずウルムなどシュヴァーベン諸都市の同盟が成立していたが、一三八〇年にはライン地方の都市同盟も成立した[8]。これに対してヴェンツェルは、一三八三年三月にニュルンベルクでラントフリーデを樹立したが、諸都市が参加を拒否したため、実質的に諸侯・貴族の同盟と化してかえって緊張を高める結果になった[9]。その後も、ヴェンツェルは何度か諸都市への接近を試みたが、彼の方針は安定しなかった[10]。両陣営の対立については、一三八四年七月にハイデルベルクで、更に一三八七年一一月にフランケンのメルゲントハイムで、和解の試みがなされたが、結局一三八八年にはシュヴァーベンとライン地方で戦争に突入し、ヴュルテンベルク伯エーバーハルトらの軍がデッフィンゲン Döffingen でシュヴァーベン諸都市の兵を、ライン宮中伯ループレヒト二世らの軍がヴォルムス近郊でライン諸都市の部隊を破って、諸侯・貴族側の勝利となった（第一次都市戦争）。このような状況のもとヴェンツェルは、一三八九年五月にエーガー Eger のラントフリーデを成立させて、いちおうライヒ全体に妥当する平和秩序を樹立した[11]。しかし期限六年とされたこのラントフリーデは、既に期限内に実効性を失い始め、期限到来後はフランケンと中ライン地方で部分的に延長されただけであった。また、ヴェンツェルはこの間、一三八四年と一三九〇年の二度にわたって、ユダヤ人に負った債務の免除とユダヤ人財産の没収を都市や諸侯・貴族に認め、その収益の一部をみずから得た[12]。

家門政策においては、ヴェンツェルは東方と西方で異なる結果を見ることとなった。東方では、ハンガリー・ポーランド王ラヨシュ一世が一三八二年に死去した後、王妃エリーザベトの意向を抑え、フランス王家（アンジュー公家）やナポリ王家もからんだ複雑な争いを制して、弟ジギスムントにハンガリー王位を確保することに成功し、ジギスムントは一三八七年三月にオーフェンでハンガリー王として戴冠された。もっとも、この後ジギスムントは政治的にしばしば

ヴェンツェルと対立し、また一三九六年九月に彼が率いた十字軍がバルカン半島のニコポリスでオスマン・トルコ軍に敗北すると、その後数年は政治的影響力を大幅に失った[13]。一方西方では、叔父のルクセンブルク・ブラバント公ヴェンツェルが一三八三年に世を去った後、国王ヴェンツェルは、一三八八年にルクセンブルクを従兄弟のモラヴィア（メーレン）辺境伯ヨストに質入れするなど、家領支配に余り注意を払わず、そのため特にブラバント・リンブルク公領へ、フランス側からブルゴーニュ公が支配を広げるのを阻止できなかった。一三九〇年にはルクセンブルク・ブラバント公ヴェンツェルの寡婦ヨハンナが、ブラバント・リンブルク公領の相続人としてブルゴーニュ公フィリップ夫妻を指定し、この取り決めに従って一四〇六年には次代のブルゴーニュ公ジャンがブラバントとリンブルクを支配下におさめることとなる。また、ルクセンブルクの質入れを受けたヨストも、西方支配に余り大きな精力を割かなかったため、ブルゴーニュ公の勢力拡大に歯止めがかかることはなかった[14]。ヨストはむしろ、ボヘミア（ベーメン）などでヴェンツェルに不利な行動を繰り返し、ドイツ王位をねらう策動もやめなかった。ヴェンツェルおよびジギスムントの弟のヨハン・フォン・ゲルリッツ、ヨストの弟（ヴェンツェルの従兄弟）のプロコプも含めて、ルクセンブルク家のメンバー間で対立が続き、ヴェンツェルの国王統治を脅かした。

しかし特にヴェンツェルにとって大きな問題となったのが足元のボヘミアにおける情勢であった。ボヘミアの大貴族たちとの関係は、カール四世時代と比べて目に見えて悪化し、加えて教会との関係も、プラハの司教総代理 Generalvikar ネポムクを国王が処刑させたことなどから険悪なものとなった。ボヘミアの貴族たちは、一三九四年五月には一時ヴェンツェルを捕縛して管理下に置いた[15]。このときには、ヴェンツェルは約三ヵ月後に救出されたものの、その後も彼のボヘミア支配は不安定であり続け、そのせいもあってヴェンツェルは一三八七年以後約一〇年の間、ライヒ西部へ姿を見せることをしなかった[16]。

この間、教会大分裂は、ローマとアヴィニヨンそれぞれの初代の教皇が死去した後も、後継者（ボニファティウス九世とベネディクトゥス一三世）が選ばれて継続した。フランスはこの間、ナポリ王位や北イタリアでの支配拡大をもくろんでイタリア遠征を準備するなど活発な外交を展開したが、ヴェンツェルはローマの教皇ボニファティウス九世からのローマ遠征要請にも応じず無為であった[17]。それどころか、ヴェンツェルが一三九五年五月に、選挙侯の同意を得ることなく、ミラノを支配していたヴィスコンティ家のジャン・ガレアッツォにミラノ公の地位を与えたことは、国王に対する不満をライヒ内に広げることとなった[18]。

ヴェンツェルの統治活動が不活発であることに対しては、既に早い時期から批判があり、国王に対してライヒ西部へのより頻繁な到来を求める要請などもなされていたが、一三九〇年代にはヴェンツェルに代わって統治する帝国代理の設置ないし国王の廃位が画策されるようになった[19]。一三九七年五月のフランクフルト集会における国王に対する不満の表明などを経て[20]、特にライン地方の選挙侯たちを中心に、ライン宮中伯をもってヴェンツェルに代えようとする動きが具体化していく。一三九九年四月の選挙侯同盟結成の後、一四〇〇年八月には、ライン川沿いのオーバーラーンシュタイン Oberlahnstein に集まったラインの四選挙侯らが、集会への召喚に応じなかったヴェンツェルを廃位し、彼ら自身の中からライン宮中伯ループレヒト三世を国王に選出した[21]。このようにして、ヴェンツェルは、約一〇〇年前の国王アードルフ・フォン・ナッサウと同様、選挙侯たちによって廃位されて、国王の地位を失うこととなったのである。父カール四世が築いたルクセンブルク家の覇権的王権の継承に、ヴェンツェルは完全に失敗したのであった[22]。

二　国王本人による確認行為

一　一三九〇年ごろまでのヴェンツェル治世前半、特にその初期には、父のカール四世の統治期からの連続性が見られる。

まず、支配者自身が当事者となった紛争に関して、確認が行われることがあった。カール四世在世中の一三七七年五月三一日にローテンブルクで発行した証書で、ヴェンツェルは、ウルム、コンスタンツ、エスリンゲンなど、都市同盟を結んだシュヴァーベンの国王都市に対して、それらが従来得ていた諸特権を一般的に確認した[23]。関連して、同日付の別の証書で、ヴェンツェルは、シュヴァーベンの国王諸都市に対して、カール四世が発行した小印章 Sekretsiegel 付きの皇帝証書に皇帝の大印章 Majestätssiegel が付されるべきことを約束した[24]。前年に皇帝に対して反抗していたシュヴァーベン都市同盟と皇帝・国王・その他の貴族たちとの間の対立は、このときいちおう解決されたが[25]、解決に向けた交渉のために、皇帝は小印章付きの証書で国王ヴェンツェルに交渉権限を与え、また別の小印章付き証書でエスリンゲン、ロットヴァイル、ヴァイルの三都市に対して、今後それらがヴュルテンベルク伯およびホーエンローエのラントフォークト職に下属しないことを認めていた。ヴェンツェルはこのとき、これら二通の皇帝証書に九月二九日までに皇帝の大印章が付されることを約束したのである。一三八二年八月にヴェンツェルはニュルンベルクで、彼とトルエンディンゲン Truhendingen 伯ヨハンの間でヨハンが国王支配下の都市の市民から略奪を行ったことにより生じた紛争に関して、ニュルンベルクのブルクグラーフ・フリードリヒとロイヒテンベルクのラントグラーフ・ヨハンが両当事者も同意のうえで下した決定の効力を承認した[26]。決定の文言自体が引用されているわけではないが、本件も国王自身が紛争当事者であったケースである。一三八五年一一月にはヴェンツェルはカールシュタイン Karlstein で、彼が選んだ仲裁人三人とオーストリア公アルブレヒト（三世）が選んだ仲裁人三人が同年一〇月に下した決定を遵守すると約束した[27]。これも国王自身が当事者となっていたケースであり、また国王が委任した仲裁人たちの決定の事後承認という点では、後述の委任裁判官などの措置の確認という性格をも有する。

国王の権利にかかわる証書が確認されるケースも見られる。一三八二年二月にブドヴァイス Budweis で出されたヴェンツェルの証書は、バイエルン公フリードリヒとロイヒテンベルクのラントグラーフ・ヨハンが国王とライヒの名においてレーゲンスブルクのユダヤ人に関して行った要求について、それに対してレーゲンスブルク市が提示したカール四世の証書と特権状の効力を認め、バイエルン公らの要求を否定した[28]。ユダヤ人という王権と特に関係の深い対象が問題となったケースであり、また国王自身も実質的には当事者として関わった事例でもある。一三八九年七月にヴェンツェルがピュルグリッツ Pürglitz で発行した証書によれば、ペーター・フォン・フンヴィル Peter von Hunwil が国王のもとへ、彼に対する帝国レーンの授封を確認した一三六五年一一月のカール四世の大印章付き証書を提出し、国王は挿入されたその証書をペーターのために確認した[29]。このときヴェンツェルが発行した確認証書には国王宮廷裁判所の印章が付されている。このように、ユダヤ人や帝国レーンが問題となった際に君主本人による確認が行われるのは、カール四世時代にも見られた現象であった。

確認証書の受領者が国王と非常に関係の近い諸侯であることが、背景となったと考えられる事例も見出される。一三八九年一二月に国王がボヘミアのベットレルン Bettlern[30] で発行した大印章付き証書によれば、バンベルク司教ランプレヒトが、司教とバンベルク市民との対立に関する仲裁判決を記した同年七月付のバンベルクの都市裁判官の証書を提示し、国王は挿入された当該証書を確認した[31]。一三九一年九月一一日に国王はベットレルンで、やはりバンベルク司教ランプレヒトの求めに応じて、バンベルク司教のレーン裁判所が司教とフリードリヒおよびウルリヒ・フォン・ホーエンローエとのレーン紛争に関して同年八月八日に下した判決を確認した[32]。国王が司教都市の裁判所や司教のレーン裁判所の証書を確認するのは珍しいことであるが、司教ランプレヒトは短期間ながら国王宮廷の書記局長をつとめ、ヴェンツェルの治世末期に他の諸侯が国王から離れる中でも、ヴェンツェルの宮廷との密接な関係を保った[33]。前述の確認は、

こうした特別な関係に由来するものと思われる。

ヴェンツェルの国王統治については、代官等への委任を多用したことが特徴として指摘されているが[34]、そうした性格とも対応して、委任を受けた裁判官などが取った措置を国王本人が事後に確認するケースもいくつか見られる。一三八一年九月にヴェンツェルがフランクフルトで発した大印章付き国王証書は、ヴェッツラーの市民間の対立に関してライン宮中伯ループレヒト一世が下した判決について、国王がその効力を承認したことを伝える[35]。ループレヒトの決定そのものが引用・挿入されているわけではない。決定は対立を引き起こした市民たちを市外に追放するものであったが、国王は、被追放者に安全通行権 Geleit が与えられてはならないこと、国王が以前に安全通行権を保証する文書を与えていた場合、当該文書は安全通行権に関しては無効であること、をあわせて宣言している。ループレヒトに対して国王から何らかの委任があったのかどうかは、この証書では明示されていないが、この時期のライヒ政策・教会政策におけるヴェンツェルとループレヒト一世の共同歩調を考えると[36]、国王による委託ないし容認を想定できるように思われる。

一三八八年四月六日にヴェンツェルはアムベルク Amberg で、シュヴァーベンの国王諸都市にあてた小印章付き文書を発して、バイエルン公シュテファンらと南ドイツの諸都市との間の対立について同年三月一五日にライン宮中伯ループレヒト一世がノイマルクトで下した仲裁判決に対する同意を伝えた[37]。ループレヒトの仲裁判決は、国王とライヒの名誉をうたって出されており[38]、また宮中伯が四月二三日にハイデルベルクで下した再度の仲裁判決には宮中伯自身と並んで国王の顧問としてボルッソ・フォン・リーゼンブルク Borsso von Riesenburg とシュポンハイム伯ヨハンの印章が付されていて[39]、諸侯・貴族と都市同盟との間の緊張が高まる中で[40]、ループレヒトによる仲裁が国王の意を受けて進められていたことを示している。ヴェンツェルの文書は、仲裁判決の文言を引用しているわけではなく、また同意を表明

するという形式であるが、支配者の委任を受けた現地での解決措置を支配者が事後的に確認するタイプに類似した例である。

一三八九年六月にヴェンツェルがピュルグリッツで発行した大印章付き証書は、スティスラフ・フォン・ヴァイトミュール Stislav von Weitmühl がシュトラースブルク司教フリードリヒとフュルステンベルク伯ハインリヒとの間のキンツィヒタール Kinzigtal の都市ハスラッハ Haslach をめぐる紛争について同年三月に下した判決を確認している[41]。証書によれば、国王は、エルザスのラントフォークトであるスティスラフに、両当事者を召喚し、彼らの主張を聴取し、国王封臣とともに判決を下す権限を与えた[42]。そして国王は、シュトラースブルク司教の求めに応じて、挿入された判決をスティスラフと国王封臣たちによって正当に下されたものとして確認し[43]、それが国王ないし国王宮廷裁判所によって下されたのと同様の効力を持つことを宣言し[44]、あわせて現在および将来のエルザスのラントフォークトに対して判決にしたがって司教がハスラッハを保持するべく、助力と保護を与えるように命じている。このケースは、委任裁判官が下した決定を、一方当事者の要請を受けて国王証書に挿入したうえで、それを確認して効力を補強するという点がはっきりした事例である。

一三九〇年一〇月にはヴェンツェルはピュルグリッツで、ライン宮中伯ループレヒト一世がカイザースラウテルンの修道院と市民たちとの間に成立させた和解を確認した[45]。国王証書では和解の内容に言及されるだけで、和解証書が引用されているわけではないが、ループレヒトは国王の委託を受けて活動したものとされており[46]、この例も委任裁判官などの措置を事後に確認する類型に属する。一三九一年七月にカールシュタインで発行した大印章付き証書でヴェンツェルは、ヴォルムス近郊のノイハウゼン Neuhausen 参事会教会 Stiftskirche のために、ラントフォークトであったエーバーハルト・シェンク・フォン・エアバッハ Eberhard Schenk von Erbach とラインのラントフリーデの八人の裁判官が下

した判決を確認した。[47] 判決は、ヴォルムス市が作った堤 Wehr のために洪水で被害を受けたという参事会教会からの訴えを受けて、その除去を市に命じたものであった。国王の任命にかかるラントフォークトが関与した判決の確認という点で、委任裁判官の措置を確認するケースに類するものと言えよう。

一三九二年三月にヴェンツェルはプラハで大印章付きの証書を発行して、ヘッセンのラントグラーフ・ヘルマン二世のために確認を行った。ヘルマンは、ハインツ・ヘルヴィヒ Heinz Helwig 以下のカッセル市民たちに対してカッセル市の裁判所で勝訴判決を獲得し、国王宮廷裁判所によるその確認を得ていたが、更にヴェンツェルによる確認を望み、大印章付きの確認証書を与えられたのである。[48] この場合も、先行証書自体の引用はない。宮廷裁判所による確認に加えて、国王自身による確認も与えられているのが興味深い。宮廷内ではあるが、国王とは別に裁判官が下した判決を事後的に国王が確認している点で、委任裁判官の決定を確認するケースに類似する。なお、ヴェンツェルは一四〇〇年一月にも、カッセルの市民たちに不利な判決と宮廷裁判所によるその確認について、彼の確認を与えているが、おそらく同じ件に関係した措置と思われる。[49]

このほかヴェンツェルが行った確認の中には、過去の国王の証書を改めて確認するという通常見られる統治行為であるが、背後に紛争が想定されたために史料要録に収録されているものがかなり見られる。ヴェンツェル治世においては、カール四世のもとでの事例と比べても、そうした確認行為は、紛争の経過の中で実質的に確認によって利益を得る側を勝たせる決定という性格が強く、いったん当事者間で決着した案件を宮廷で改めて確認するという、前稿および本稿で問題としている確認行為とはかなり意味が異なっている。

ヴェンツェルによる前任の支配者の証書の確認は、多くの場合、事案としてはカール四世期と同様に都市と教会の対立に関係して行われている。一三七九年九月にヴェンツェルはニュルンベルクで、レッターシュホーフ Rettershof の女

子修道院の求めに応じて、カール四世が一三七四年に同修道院に与えた、フランクフルト内外における流通税支払いを免除した特権状を、証書に挿入したうえで大印章を付して確認した[50]。ヴェンツェルの治世初期の事例であり、支配者の代替わりが確認の契機になったのかもしれないが、修道院とフランクフルト市との間の税徴収をめぐる紛争ゆえに史料要録に収められたものである。

一三八一年一月には、国王はニュルンベルクで、シュパイアー司教アードルフの求めに応じて司教が提示した一三六六年発行のカール四世の証書を、挿入したうえで大印章付きの証書で確認した[51]。カール四世の証書は、シュパイアー市による司教と司教座聖堂参事会の諸権利の侵害を禁止したものであった[52]。ヴェンツェルは父の皇帝証書を確認し、更にシュパイアーに住む市民をメンバーとして受け入れる義務を聖堂参事会が負わないことを認めるとともに、マインツ大司教アードルフ以下、ライン宮中伯、バーデン辺境伯、ライニンゲン、ヴュルテンベルク、ツヴァイブリュッケンの伯たちなどを保護者として指名している。

一三八三年九月にプラハで出された国王証書によれば、エルザスの国王都市オーバーエーンハイム Oberehnheim の市民たちが、カール四世の証書を提示して、証書にもかかわらず近郊のベルンハルズヴィラー Bernhardswiller 村について市の権利が害されていると訴えた。それに対してヴェンツェルは、カール四世の証書のとおり同市が村を保持するべきことを宣言し、村に関する市に対する訴えは国王ないし宮廷裁判所のもとへのみなされるべきこととした[53]。証書自体を挿入しているわけではないが、先代の支配者が出した証書の効力を認める措置である。

一三八四年八月にヴェンツェルはルクセンブルクで大印章付きの証書を発行して、トリーアの聖マクシミン修道院のために、同修道院がカール四世およびその前任者たちから得ていた諸特権状を確認し、あわせてトリーア市に対して同修道院およびその従属民の諸権利を侵害しないよう命令した[54]。これは一般的な特権確認で、先行する特権状の挿入も行

われていないが、修道院とトリーア市との対立が推定されて史料要録に採られたものである。おそらく一三八四年にヴェンツェルは、ハッヘンベルク Hachenberg の市民たちに対抗して、国王アードルフが中ライン地方のシトー派修道院マリーエンシュタット Marienstatt に与えた特権状を確認している。[55] これも紛争を背景に、以前の国王の特権状を確認するケースである。一三八五年七月に国王はピュルグリッツで証書を発行して、ハイディングスフェルト Heidingsfeld 市のために、カール四世が一三七八年三月に同市に与えた特権状を挿入のうえ確認し、ヴュルツブルク司教ゲアハルトに対して同市の特権を尊重するよう命令した。[56] やはり紛争を背景とした前任者の特権状の確認であろう。

一三九二年二月にヴェンツェルはベットレルンで大印章付きの証書を発し、パッサウ市民の求めに応じて、市民がパッサウ司教および司教座聖堂参事会のために差押えられないという古来の特権を更新し、ボヘミア王国の臣民たちに対してパッサウ市民の財産の差押えを禁止した。[57] 違反者には五〇金マルクの支払いが命じられ、ボヘミアの国王財庫とパッサウ市民が半分ずつ取得するものとされている。これも古くからの特権の確認が、背後に司教と市民との間の紛争が想定されたことによって、史料要録に収録されたものと思われる。

なお、非訟事件として、カール四世存命中の一三七七年七月に、ヴェンツェルがニュルンベルクで主催した法廷において、バイエルン公シュテファンおよびその他のバイエルン公とヴュルツブルク司教ゲアハルトとの間で、教会レーン等に関して取り決めがなされ、それらの取り決めが有効であると宣言されて、その旨の小印章付き国王証書が発行されている。[58]

二

しかし、一三九〇年代初め以降、治世の終わりに近づくにつれて、ヴェンツェル自身による確認の事例は乏しくなっていく。

支配者とライヒの権利に関する確認の類型として、帝国レーンに関する処分の確認例が見られる。一三九三年七月に

国王は、カールシュタインで大印章付きの長大なラテン語証書を発行し、ブラウンシュヴァイク＝リューネブルク公ベルンハルトおよびハインリヒのために、前年に成立したいわゆるLüneburger Sateを確認した[59]。そこにおける公とリューネブルク公領の諸身分との間の取り決めを記した証書全体が挿入されているわけではないが、Sateの内容と条項は詳しく言及されている。ただし、公兄弟が国王のもとにレーン授与請求を行っていないことも触れられており、今回の確認はこの点で先例にならないという留保が付されている[60]。またヴェンツェルは、同年九月にもベットレルンで改めて、Sateを確認する短い文書を出している[61]。

また、その他の国王の権利に関する事例として、一三九八年六月にヴェンツェルはコブレンツで大印章付きの証書を発行して、クレーフェ＝マルク伯アードルフとベルク公ヴィルヘルムとの間に成立した取り決めに同意を与え、確認した[62]。取り決めは、捕虜となったベルク公が釈放に際して身代金として、カイザースヴェルトKaiserswerthで得られる流通税収入をクレーフェ＝マルク伯に割り当てるものであった。国王証書には、元の取り決めを記した証書は挿入されていない。取り決めの対象が、本来は国王大権に属する流通税徴収権であったことが、国王による確認を促したものと思われる。

一三九六年一二月にヴェンツェルがプラハで発行した大印章付き国王証書は、委任裁判官による措置の確認を伝える[63]。国王は、フランクフルト市内の対立について、彼の顧問ボリヴォイ・フォン・スヴィナーレBořivoj von Svinaře[64]とプラハの大司教座聖堂参事会員で国王の書記であったフランツィスクスを委任裁判官に任じて権限を付与していたが[65]、彼らが当事者合意のうえで下した決定を国王証書によって確認している。決定の内容を記した証書は挿入されていない。

国王都市の裁判所などによる決定をヴェンツェルが確認している例もある。一三九七年一〇月一八日にヴェンツェ

ルは、ニュルンベルクで大印章付き国王証書を発行して、コルマール市の参事会がハンマン・グリュッレ Hanmann Grülle とヨハン・シュピンラー Johann Spinler に対して下した判決の効力を承認し、自身やモラヴィア辺境伯ヨストがハンマンとヨハンに与えていた証書を撤回した[66]。国王はエルザスのラントフォークトに、この件についてコルマール市を妨げないよう命令している。市の決定証書自体の引用はなされていない。同日付の別の証書で国王は、エルザスのミュールハウゼン市がベルトライン・ヴンネンベルク Bertlein Wunnenberg およびハインリヒ・フォン・レギスハイム Heinrich von Regisheim に対して下した判決の効力を認め、彼らの財産の半分は自身に半分は市に帰属するものとした[67]。またミュールハウゼン市に対する宮廷裁判所による召喚は破棄され、判決に反するような、国王とモラヴィア辺境伯の証書は無効とされた。市の判決証書自体は挿入されていない。これら二件は、いずれも王権に直属する国王都市の裁判所が下した決定の確認であり、その点で委任裁判官の措置の確認と類似したケースと言えよう。

確認の類型としては、裁判籍特権をヴェンツェル自身が確認している例もいくつか知られる。一三九三年一月、ヴェンツェルはベットレルンで、コンスタンツ市の要請に応じて、カール四世が一三七四年一〇月に同市に与えた特権状を、大印章付きの国王証書で挿入のうえ確認した[68]。カール四世の特権状は、世俗事項についてコンスタンツ市民を市外のラント裁判所などへの召喚から免れさせる裁判籍特権状であった[69]。国王はこれを確認するとともに、特にチューリヒとロットヴァイルのホーフ裁判所裁判官に対して市の特権を侵害しないよう命令した。これらの裁判所によるコンスタンツ市民の召喚や市民に対する裁判が、確認の直接の契機であったと推測される[70]。一三九四年五月五日付でベットレルンで出した大印章付き証書においてヴェンツェルは、ヴォルムス市の訴えを容れて、同市市民を市外の裁判所から免れさせる、彼の前任者たちの裁判籍特権状を侵害しないよう命令した[71]。ただし、確認証書に裁判籍特権状が挿入されているわけではなく、そうした内容の特権状をヴォルムス市がヴェンツェルの前任者たちから得ていることが述べられているだけで

ある。一三九八年一月にヴェンツェルがフランクフルトで発行した大印章付きの国王証書は、エルザスのテュルクハイム Türkheim 市がカール四世などヴェンツェルの前任者たちからラント裁判所で召喚・裁判されないという特権を得ていたことに言及し、そうした市の特権を侵害することを禁止した。その際、特に上エルザスのラント裁判所が念頭に置かれているが、裁判籍特権状自体が挿入・引用されているわけではない(72)。

これらの事例では、裁判籍特権の確認を、カール四世期のように宮廷裁判所が行うのではなく、国王本人が行っている点が注目される。その際に確認された裁判籍特権の発行者はヴェンツェル本人ではなく、カール四世など彼以前の支配者である。また、カール四世期の宮廷裁判所による裁判籍特権の確認が基本的にフランケン地方に集中していたのに対して、ヴェンツェルによる裁判籍特権の確認は、シュヴァーベン、中ライン、エルザスの受領者のために行われている(73)。

通常の統治行為としての確認行為が、背後に想定された紛争ゆえに採り上げられているケースもやはり見られる。前述のように、そうした確認は、実質的に紛争に関する決定としての性格を持つ。一三九五年三月にはヴェンツェルはプラハで詳細なラテン語証書を発行し、リガ大司教教会のためにカール四世とその前任者たちから与えられていた諸特権を確認して、大印章を付した(74)。ドイツ騎士修道会との対立を背景とするゆえに、史料要録に収録されたものである。上記のエルザスの国王都市による措置を確認した証書発行の前日、一三九七年一〇月一七日に、国王はニュルンベルクで大印章付き国王証書を発行し、ローテンブルクのドミニコ会女子修道院の求めに応じて、同修道院が従来国王などから得ていた諸特権、とりわけカール四世の一三五八年八月の特権状を挿入のうえ確認し、特にローテンブルク市に対して特権の侵害を禁じている(75)。これも背後に紛争が想定されたために収録された確認である。

三　このように、特にヴェンツェルの治世後半に、国王本人による確認は不活発となった。一三九四年に起きたボヘミ

アの貴族たちによる国王監禁事件など、ヴェンツェルの国王支配を麻痺させていった展開の影響が、確認行為という分野にも現れたものと考えられる。治世全体を通じて見ても、カール四世期と比較して、ヴェンツェル本人による確認行為は低調であった。帝国レーンの処分に関する確認は数少ないものとなり、ヴェンツェルのもとで帝国レーン制の弛緩がすすんだことをうかがわせる。委任裁判官等による措置の確認もそれほど多くなされているわけではなく、一般的な特権確認が紛争を想定されて採られているような事例を除くと、国王本人による確認の数は更に少なくなる。また、その中で、型どおり元の証書を挿入せずに、確認や効力保証を行っているケースが比較的多いのも目に付くところである。

三　宮廷裁判所による確認行為

一　国王ヴェンツェル本人による確認が、特に治世後半には不活発になっていったのに対して、宮廷裁判所が宮廷裁判所印章を付した証書を発行して行う確認行為は注目すべき展開を見せた。宮廷裁判所による確認は、まずカール四世期のように、主にフランケン地方の受領者のために行われた。

確認類型として、宮廷裁判所が裁判籍特権を確認する例が見られるのは、やはりカール四世治世と同様である。一三八一年一〇月に国王に代わる裁判官ロイヒテンベルクのラントグラーフ・ヨハンはニュルンベルクで証書を発行して、ヴュルツブルクの司教座聖堂参事会およびその他の聖職者たちの求めに応じて、聖職者たちを外部の裁判所から免れさせ、既に行われた召喚や判決を廃止し、聖職者たちに対する差押えを禁止した一三八一年一月の国王ヴェンツェルの証書を挿入したうえで、判決手続を経て確認し、国王証書が聖俗の裁判所で効力を有すべきことを決定した(76)。一三八二年三月に国王に代わる裁判官モラヴィア辺境伯プロコプがプラハで発行した証書によれば、バンベルク市民の

提示した、市民たちを差押えから免れさせる一三七七年四月のカール四世の証書が、判決によって確認された。[77]

一三九二年八月二〇日にベットレルンで、宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンは、エルヴァンゲン Ellwangen 修道院長が国王書記局の台帳から書き写して提示した同年七月一日の国王ヴェンツェルの裁判籍特権を、判決によって確認した。[78] このケースは、受益者が完成した特権状を所持していなかった点で興味深い。一三九七年一一月一〇日、宮廷裁判官シュヴァルツブルク伯ギュンターはニュルンベルクでいくつかの確認証書を発行したが、そのうち一通が裁判籍特権の確認にかかわる。フランケンのシトー派修道院カイスハイム Kaisheim の求めに応じて、一三七〇年二月のカール四世の特権状（修道院の裁判籍を皇帝と宮廷裁判所に指定し、他の世俗裁判所では裁判されないとする）を確認した一三九七年一〇月六日のヴェンツェルの国王証書について、この宮廷裁判所証書が国王証書と同等の効力を有すること、両証書とも有効であること、修道院の望む保護者が与えられるべきこと、が判決によって決定された。[79] なお、同日付の別の証書は、一三九七年一〇月一三日のヴェンツェルの保護証書について、修道院のためにやはり同様の確認を行っている。[80] 一三九九年六月には、国王に代わる裁判官シュテッティン公スヴァンティボル Swantibor がベットレルンで、ヴィンズハイム市が提示した、一三六七年一月のカール四世の裁判籍特権を判決で確認している。[81] 背景には、フランケンの国王諸都市に対してみずからのラント裁判所の管轄を及ぼそうとするヴュルツブルク司教の圧力があり、[82] その点でこのケースは、フランケンにおけるラント裁判所の競合関係という、カール四世時代から宮廷裁判所による確認行為の背後にあった事情をよく示している。

裁判籍特権ではないが、広い意味で裁判に関係する特権状が、宮廷裁判所によって確認されるケースもある。一三九二年二月一日に国王に代わる裁判官シュポンハイム伯ヨハンは、ニュルンベルク市が提示した一三九一年一二月二八日付のバンベルク司教ランプレヒトの証書を確認したが、[83] 司教の証書はシュポンハイム伯あてのもので、ニュルン

ベルクとマインツ、ヴォルムス、シュパイアーというライン地方の三都市との間の紛争に関して、仲裁による解決を試みるために、宮廷裁判所への召喚期日を延期することに同意するよう求めたものであった[84]。このとき確認対象となった証書は、このように宮廷裁判所への召喚に関係していた。この件に関しては更に、一三九四年二月四日にプラハで、国王に代わる裁判官トルエンディンゲン伯ヨハンが、ニュルンベルク市が提示した一三九三年一二月二五日のバンベルク司教ランプレヒトの証書を確認しているが、司教証書は召喚期日を更に延期するものであった[85]。

また、国王に代わる裁判官ザルム Salm 伯ハインリヒは、一三八四年一〇月一二日にアーヘンで、バンベルク司教ランプレヒトの求めにより、司教に対してルッパッハ Ruppach 川の司教のラント裁判所を確認した一三八四年八月一〇日の国王ヴェンツェルの証書を判決によって確認し、このラント裁判所における判決等が有効であることをやはり判決手続によって決定した[86]。このときの宮廷裁判所証書は、一三九〇年二月に宮廷裁判官ヨハン・フォン・クレンキンゲン Johann von Krenkingen がプラハで発行した宮廷裁判所証書で再び判決によって確認された[87]。あわせて、この間にルッパッハ川のラント裁判所で出された判決等の効力も、やはり宮廷裁判所判決によって確認された。同じ国王のもとで宮廷裁判所が出した証書が数年後にまた確認されているのが注目される。もっとも、これら二通の宮廷裁判所証書および上述の国王証書については、偽造ではないかという指摘がある[88]。

一三九七年一一月一五日に宮廷裁判官シュヴァルツブルク伯ギュンターがニュルンベルクで発行した証書は、ハインリヒ・フォム・ベルクとエーバーハルト・フォム・ベルクの兄弟が、国王によって彼らの城が破壊された後、一三九七年一〇月一四日に行ったウアフェーデを記した証書を認証している[89]。

しかし、ヴェンツェルのもとで宮廷裁判所によって確認されているのは、こうした裁判関係の内容の証書だけではない。国王本人による確認の場合と同様、バンベルク司教ランプレヒトが、裁判に直接関係しないような証書について、

宮廷裁判所からも多くの確認証書を得ている。一三八二年一二月、国王に代わる裁判官リーグニッツ公ループレヒトはプラハで、バンベルク司教ランプレヒトが法廷で読み上げさせた二通の証書を判決手続を経て確認した。一通は、バンベルク司教への所領売却に関する一三七六年三月のトルエンディンゲン伯ハインリヒらの証書であり[90]、もう一通も、同じ所領の売却に関する一三八二年四月のトルエンディンゲン伯ヨハンの証書であった[91]。当該所領に関する訴えが司教に害を与えることはできず、また訴えは司教に文書ないし使者によって通知されるべきものとされた。同じ案件に関しては、一三八四年八月六日にも、国王に代わる裁判官ロイヒテンベルクのラントグラーフ・ヨハンがルクセンブルクで、同年六月一五日付のトルエンディンゲン伯の証書を、バンベルク司教のために判決によって確認している[92]。

バンベルク司教ランプレヒトは一三九一年一月一六日にも、所領関係の証書の確認を得ている。宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンがベットレルンで証書を発行して、バンベルク司教の要望を容れて、司教がヴュルツブルク司教ゲアハルトとの間で結んだ所領交換契約を記した一三九〇年一一月二三日の証書を判決によって確認した[93]。バンベルク司教は確認を請う際に、ヴュルツブルク司教も交換契約に立ち会ったこと、両司教とも司教座聖堂参事会によって授権されていたこと、契約は彼らの自由な決定であったこと、を述べている。

一三九六年三月二四日には、宮廷裁判官オッペルン Oppeln 公ボルコがプラハで、やはりバンベルク司教ランプレヒトのために証書確認を行っている。確認されたのは、司教にトルエンディンゲン伯の所領の用益ゲヴェーレ Nutzgewere を与えた一三八三年一〇月の宮廷裁判所証書[94]、同じく伯の所領の用益ゲヴェーレを司教に認めた一三八三年一〇月の宮廷裁判所証書[95]、そして司教への所領売却を内容とする一三九六年三月一〇日付のトルエンディンゲン伯ヨハンの証書である[96]。確認がなされた直接の契機は伯が発行した第三の証書だったのであろう。上述の例と同様この場合も、司教はみずからに有利な売却証書について、宮廷裁判所による確認を得ているのである。このように所領の売却等

にかかわる証書について、宮廷裁判所が確認を行うのは珍しいことであるが、上述のような、司教ランプレヒトと国王宮廷との非常に密接な関係が、こうした異例の事態をもたらしているものと思われる。

一三九七年一二月一〇日、宮廷裁判官シュヴァルツブルク伯ギュンターはヴュルツブルクで、バンベルク市の求めに応じて二通の確認証書を発行した。一通は、挿入された一三九六年八月の国王ヴェンツェルの証書を確認しているが、国王証書は、税の支払いに関するバンベルク市とバンベルク司教の取り決めを確認したものであった[97]。もう一通は、やはり挿入された一三九六年七月の国王証書を確認しているが、国王証書はバンベルク市から退去した市民の租税支払い義務について定めたものであった[98]。いずれの宮廷裁判所証書においても、ヴュルツブルク司教以下にバンベルク市の権利の保護が命じられている。

なお、一三八七年三月にはニュルンベルクで、国王に代わる裁判官シュポンハイム伯ヨハンのもとで、ゲルボルト・ザイボートGerbolt Seybotらが提出した一三四八年二月のカール四世の証書（コンラート・ヴェンデルシュタインKonrad Wendelsteinへの授封を記す）と一三七六年九月の国王ヴェンツェルの証書が判決によって確認された[99]。ゲルボルトらは、件の所領がなお帝国レーンであること、また他の裁判所への召喚によってゲルボルトらに損害が生じないこと、について宮廷裁判所の判決を求めた。裁判所は証書を確認するとともに、ゲルボルトらが宮廷裁判所へ召喚されて応訴する際には、国王とライヒの諸権利が害されないようにすべきであると決定した。おそらくゲルボルトらがいずれかの裁判所へ召喚されかけたことを機に、帝国レーンとしての性格を、宮廷裁判所判決によって改めて確認してもらおうと考えたのであろう。カール四世のもとでは、もっぱら支配者本人が行っていた帝国レーン制に関する確認を、このケースでは宮廷裁判所が行っていることに注意しておこう。

二　ニュルンベルクのラント裁判所の証書を確認する事例は、カール四世期と同様に、かなり多く見られる[100]。カール四

世存命中の一三七七年三月にローテンブルクで、国王に代わる裁判官シュレージェン・ブリーク Brieg 公ハインリヒは、フランケン地方の下級貴族アルブレヒト・フォン・アウフゼス Albrecht von Aufseß が提示した、一三七六年一一月一三日のニュルンベルクのラント裁判所の証書（所領争いについてハインリヒおよびコンラート・フォン・アウフゼスに対するアルブレヒトの勝訴判決を記す）を、挿入のうえ宮廷裁判所の判決手続を経て確認した。ラント裁判所証書は、アルブレヒトがそれを必要とするすべての裁判所で常に効力を有するものとされた[101]。

一三八〇年三月、宮廷裁判官テッシェン Teschen 公プシェミスル Přemysl[102]はニュルンベルクで、ハプスブルク（＝ラウフェンブルク）伯ルードルフのために、挿入された一三七九年八月二五日付のニュルンベルクのラント裁判所証書を判決手続を経て確認した[103]。ラント裁判所証書はそれ自体、ハプスブルク伯のためにブルーノ・フォン・ラポルトシュタイン Bruno von Rappoltstein とヒルデブラントおよびディートマー・フォン・フナヴァイアー Hunaweier に対してアハト判決を下した一三七九年七月一九日付のロットヴァイルのホーフ裁判所証書[104]を確認したものであった[105]。宮廷裁判所は確認だけでなく、オーストリア公レオポルトをはじめとする上ライン地方の多くの貴族、およびシュトラースブルク、バーゼル、フライブルク、コルマールなどのエルザス・上ライン地方の諸都市を保護者として指定している。このような保護者指定が示すように、紛争当事者は上ライン・エルザスの貴族であったが、ロットヴァイルのホーフ裁判所から、ニュルンベルクのラント裁判所を経由して、宮廷裁判所による確認が与えられているのである。そうした経過からすると、この件は、カール四世期以来の宮廷裁判所による確認の「フランケン的」性格が継続していることを示すとともに、他方でそうした地域的限定が緩みつつある状況をもうかがわせるものといえる[106]。

一三八二年六月七日、宮廷裁判官コンラート・クライガー Konrad Kreyger はニュルンベルクで、フランケンの下級貴族ハインリヒ・クラー・フォン・フレーゼンドルフ Heinrich Klar von Frehsendorf の求めに応じて、彼のための勝

訴判決を記した一三八二年五月一九日のニュルンベルクのラント裁判所の証書を、挿入のうえ判決によって確認した。[107]一三八三年三月七日、宮廷裁判官テッシェン公プシェミスルは、ニュルンベルクで、フリッツおよびコンラート・ノイエンシュテッター Neuenstetter にバンベルク司教およびトルエンディンゲン伯の財産に対する一〇〇〇マルク分のアンライテ Anleite を認めた同年一月八日付のニュルンベルクのラント裁判所証書を判決によって確認した。[108]更に保護者として、バンベルク司教、ニュルンベルクのブルクグラーフ他の貴族たち、ニュルンベルク、ローテンブルク、バンベルクなどの多くの都市、更にノイエンシュテッターが望むすべての者たちが挙げられている。

ラント裁判所自体を支配下に持っていたニュルンベルクのブルクグラーフを受益者とする確認事例は、かなりの数に上っている。[109]一三八一年一〇月に宮廷裁判官ロイヒテンベルクのラントグラーフ・ヨハンはニュルンベルクで、同年二月のニュルンベルクのラント裁判所証書を確認した。[110]証書は、コンラート・フォン・トリムベルク Konrad von Trimberg が保持していた帝国レーンをニュルンベルクのブルクグラーフ・フリードリヒに与えたものであった。宮廷裁判官は更に保護者として、バンベルクとヴュルツブルクの司教、マイセン辺境伯、シュヴァルツブルク伯などを指定している。なお、一三八四年七月にはニュルンベルクで、宮廷裁判官テッシェン公プシェミスルが、ヤーコプ・ヴァイクライン・フォン・エッシェナウ Jakob Weiglein von Eschenau の寡婦クニグンデが提示した、一三六六年一二月のニュルンベルクのラント裁判所の証書を引用のうえ判決手続によって確認したが、証書はヤーコプがクニグンデを相続人に指定することを可能にするものであった。[111]

一三八七年三月一二日には国王に代わる裁判官シュポンハイム伯ヨハンによってハイディングスフェルトで、ニュルンベルクのブルクグラーフ・フリードリヒのために、挿入されたニュルンベルクのラント裁判所証書があいついで確認された。確認されたのは、フリードリヒにホーエネック領 Herrschaft Hoheneck への用益ゲヴェーレを認める一三八七

年二月二八日の証書[112]、フリードリヒにハインリヒ・フォン・アプスベルク Absberg の所領などに対する一〇〇〇マルク分のアンライテを認めた一三八二年一一月の証書[113]、コンラート・フォン・ゼッケンドルフ Seckendorf の諸権利をフリードリヒに譲渡することを記した一三七九年三月の証書[114]、同様にハインリヒ・フォン・ビルケンフェルス Birkenfels の諸権利をフリードリヒに譲渡するとした一三八二年一一月の証書[115]、そしてフリードリヒにデンネンローエ Demenlohe とレレンフェルト Lellenfeld の用益ゲヴェーレを与えた一三八五年二月の証書である[116]。このように、かなり前に発行された証書も含めて、ブルクグラーフは自己に有利な証書の効力を固めようとしているのである。

一三八九年一一月にベットレルンで、宮廷裁判官ヨハン・フォン・クレンキンゲンは、ニュルンベルクのブルクグラーフ・フリードリヒが提出した二通の証書、すなわち前述の一三八三年三月の宮廷裁判所証書と一三八五年二月のニュルンベルクのラント裁判所証書（ブルクグラーフに用益ゲヴェーレを与える）を判決で確認した。更にフリードリヒは、その結果確保された諸権利を自分の息子たちに譲渡し、この譲渡行為の有効性の確認をも得ている[117]。後半は非訟事件と言える。

一三九一年六月一七日付で、国王に代わる裁判官シュテッティン公スヴァンティボルはベットレルンで、多くの確認証書を出しているが、そのうち四通がニュルンベルクのラント裁判所証書の確認にかかわる。まず一通は、ニュルンベルク市のために、一三九一年六月一〇日のラント裁判所証書を、挿入のうえ判決により確認しているが、同証書自体はカール四世による特権付与を確認した一三七六年七月の国王ヴェンツェルの証書を更に確認したものであった[118]。あとの三通は、いずれもニュルンベルクのブルクグラーフ・フリードリヒのために発行されており、それぞれ一三九一年二月二七日付のラント裁判所証書を判決を経て確認している。確認されたラント裁判所証書の第一は、カール四世によって与えられた諸特権を確認する一三六四年四月のライン宮中伯ループレヒト一世の証書を認証するものであり[119]、第二

は、同じくカール四世により与えられた諸特権を確認する一三七一年一一月のマインツ大司教ヨハンの証書を認証しており[120]、第三は、同様の内容の一三七二年六月のケルン大司教フリードリヒの証書を認証している[121]。いずれも皇帝がブルクグラーフのために行った処分について選挙侯が同意書 Willebrief を発行しており、それをラント裁判所が認証していたのを、このとき更に宮廷裁判所が判決で確認したものである。

一三九三年一一月五日にベットレルンで、宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンによって多くの確認証書が発行されたが、そのうちの一通は、ニュルンベルクのブルクグラーフ・フリードリヒのために、挿入された一三九二年一月のニュルンベルクのラント裁判所証書を宮廷裁判所の判決によって確認している[122]。ラント裁判所証書はシュヴァルツァッハ Schwarzach のフォークタイとシュトルホーフェン Stollhofen 市に対する用益ゲヴェーレをブルクグラーフに与えたものであった。

ニュルンベルク市やその市民が受益者となった確認は、これまでに言及したケース以外にもいくつか知られる。一三九二年五月にプラハで、国王に代わる裁判官シュポンハイム伯ヨハンが、ニュルンベルクのハインリヒ・ルンメル Heinrich Rummel の求めに応じて、ブルクハルト・フォン・ゼッケンドルフ Burkhard von Seckendorf の所領に対する一〇〇〇マルク分の用益ゲヴェーレをハインリヒに与えた一三九二年四月七日のニュルンベルクのラント裁判所証書を判決で確認している。更にヴュルツブルク、バンベルク、アイヒシュテットの司教、ニュルンベルクのブルクグラーフ、シュヴァルツブルク、ヴェルトハイム、カステルの伯たちやその他の下級貴族たち、ヴュルツブルク、ニュルンベルク、シュヴァインフルト、ヴィンズハイム等の都市など多くの保護者が指定されている[123]。

一三九四年二月四日にプラハで、国王に代わる裁判官トルエンディンゲン伯ヨハンが多くの確認証書を発行しているが、そのうち一通は、ニュルンベルク市民マルティン・ハラー Martin Haller のために、ハインリヒ・アマン Heinrich

Ammanとの遺産争いに関するニュルンベルクのラント裁判所の証書（一三九三年一月付）を判決によって確認している。[124]

一三九六年五月三〇日にプラハで、国王に代わる裁判官ショーンベルクSchonberg伯ヨハンが、ニュルンベルクのラント裁判所の証書に関して三通の宮廷裁判所証書を出している。一通は、ニュルンベルク市民オットー・ハイデンOtto Heydenの求めに応じて、一三五五年四月のカール四世の裁判籍特権状を引用するラント裁判所証書を判決により確認する。[125] もう一通は、エッシェンバッハEschenbach市が提示した一三九三年一一月のラント裁判所証書を確認するが、証書は同市のローテンブルク市民ハンス・シュースター・フォン・ディンケルスビュールHans Schuster von Dinkelsbühlに対する措置を免責するものであった。[126] 最後の一通は、ニュルンベルク市が提示した一三九三年七月のラント裁判所証書を引用する。証書は、ニュルンベルク市民がブラウネックBrauneckで得たレーンに関して、その封主の地位がヴュルツブルク司教、バンベルク司教、ニュルンベルクのブルクグラーフなどの間で争われているため、争いが決着した後に主君からレーンを得ることを市に認めたものであった。この問題について、ブルクグラーフ側は当該レーンがいったん国王に復帰した後、ブルクグラーフに授与されたとして、ブルクグラーフからレーンを受領するよう要求したが、ニュルンベルク市は争いはなお決着していないとして、ラント裁判所証書の確認を求めた。これに対する宮廷裁判所の判決は、ブルクグラーフが国王からの授封を証明すれば、ニュルンベルク市はブルクグラーフを主君として彼からレーンを受領するべきである、しかしその証明がなされなければラント裁判所証書が引き続き有効である、という条件付きの確認であった。[127] なお、一三九七年一一月一〇日には、宮廷裁判官シュヴァルツブルク伯ギュンターがニュルンベルクで、フリッツ・ヴァイスハイト・フォン・アンスバッハFritz Weisheit von Ansbachのために、彼に用益ゲヴェーレを与えた一三九七年七月のニュルンベルクのラント裁判所証書を引用したうえで確認している。[128]

その他のフランケンの諸都市やそれらの市民を受益者とする確認例もある。一三八七年三月二〇日、国王に代わる裁判官シュポンハイム伯ヨハンはニュルンベルクで証書を発行して、ヴィンズハイム市が提示した一三八七年一月八日のニュルンベルクのラント裁判所証書を確認したが、当該証書は市に用益ゲヴェーレを認めるものであった[129]。このときの宮廷裁判所証書は、更に同年四月一三日に宮廷裁判官ヨハン・フォン・クレンキンゲン Johann von Krenkingen によって、ローテンブルク市のために確認されている[130]。

一三九〇年一月七日にプラハで、宮廷裁判官クレンキンゲンが、ヴィンズハイム市民ペーター・クンプフ Peter Kumpf の求めに応じて、アンナ・フォン・ホーエンローエの所領に対する用益ゲヴェーレをペーターに認めた一三八七年一〇月のニュルンベルクのラント裁判所証書を、判決によって確認している[131]。また同日にクレンキンゲンが発行した別の証書によれば、宮廷裁判官は、ローテンブルク市が提出した、宮廷裁判所証書およびヴィンズハイム市の証書を判決によって確認した[132]。宮廷裁判所証書のほうは、上述の一三八七年三月発行のもので、同年一月付でヴィンズハイム市にエントゼー Endsee 等の用益ゲヴェーレを認めたニュルンベルクのラント裁判所証書を確認していた[133]。ヴィンズハイム市の証書は一三八九年八月に出されたもので、市が宮廷裁判所で勝訴して得たアムト・エントゼー等をローテンブルク市に譲渡することを内容とするものであった[134]。更に、ローテンブルク市に知らせずに当該所領に関してなされた訴えなどは市を害さないこと、および市が当該所領に関して取る措置はラントフリーデ等に反しないことも確認された。ローテンブルク市が望むとおりに保護者が与えられるべきことも決定された。

その他のラント裁判所の証書や決定の確認についても、いくつかの例が知られている。一三八七年三月七日に国王に代わる裁判官シュポンハイム伯ヨハンがヴュルツブルクで出した証書によれば、エンドレス・フォン・ウッフェンハイム Endres von Uffenheim がヴィンズハイム市に対してヴュルツブルクのラント裁判所で得た勝訴判決が宮廷裁判所に

よっても確認された[135]。一三九二年七月一日には、宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンがベットレルンで、ヴァルター・フォン・ゼッケンドルフが提示した同年五月二四日のヴュルツブルクのラント裁判所証書を挿入のうえ判決で確認した[136]。一三九七年一一月一〇日に宮廷裁判官シュヴァルツブルク伯がニュルンベルクで発行した証書は、ニュルンベルクの故ハンス・レッシュ Hans Lesch の姉妹アンナが、ヴュルツブルクのラント裁判所で権利を取得したことをラント裁判所証書を提出して陳述したうえで、その権利を他人に譲渡できることの確認を宮廷裁判所に求め、そのように確認されたことを伝える[137]。ただし、ラント裁判所証書自体が挿入されているわけではない。

また、一三八三年四月には宮廷裁判官テッシェン公プシェミスルがプラハで、一三八一年七月にラント裁判官デーゲンハルト・フォン・グンデルフィンゲン Degenhart von Gundelfingen が発行した証書を引用したうえで、エッティンゲン伯ルートヴィヒおよびフリードリヒのために判決を経て確認している。ただし、ここで確認されているのがどこのラント裁判所の証書なのかは、明らかでない[138]。

これらのラント裁判所証書を確認する事例においては、確認の受益者はほとんどの場合フランケン地方から出ており、その点ではカール四世期に見られた特徴が継続している。また、確認だけにとどまらず保護者を指定する事例も、やはりカール四世期に引き続いていくつか見られる。

三　しかし国王ヴェンツェルのもとで宮廷裁判所は、過去に宮廷裁判所自身が発行した証書をも確認していく。既に、上述のニュルンベルクのラント裁判所証書の確認との関連で、いくつかそうした事例が見られたが、更に以下のような例がある。そしてそれらの例においては、カール四世期以来のフランケン地方への限定がはずれ、フランケンに隣接する地域から更に遠い地域へと、確認の空間が広がっていく。

カール四世が存命中の一三七七年七月六日に、国王に代わる裁判官シュレージェン・ブリーク公ハインリヒによって

ニュルンベルクで出された二通の証書は、宮廷裁判所判決の効力に関する決定として興味深い。一通目の証書によれば、バンベルクの司教座聖堂参事会が、参事会の諸特権を害する証書を宮廷裁判所に確認させようとする動きがあるとして、そうした確認がなされるべきかどうか、また参事会がそれについて知らせを受け召喚されることなしにそうした確認がなされるべきかどうかについて、宮廷裁判所の判決を求めた。宮廷裁判官に問われた判決人の騎士たちは、いったん別室に移って協議した後に法廷へ戻り、参事会がそのことを知らされ召喚されるのでなければ、そうした確認は無効であると判決した[139]。この件は、宮廷裁判所による確認が重要なものと見なされていたことを裏から示している。第二の証書によれば、フランケンの下級貴族ハインリヒ・フォン・アプスベルク Heinrich von Absberg が一三七七年二月四日の宮廷裁判所証書を提示したうえで、それを無効とするヒルシュベルク Hirschberg のラント裁判所の証書を受け取ったことを伝え、「最高裁判所 oberst geriht」である宮廷裁判所の証書が効力を保つべきかどうか、判決を求めた。ラント裁判所の証書は一三七七年六月二五日付で出されたものであった。この件についてやはり別室で協議した騎士たちは、法廷に戻った後、宮廷裁判所証書は効力を保持するべきこと、ラント裁判所証書のほうは無効とされるべきこと、アプスベルクには何らの損害も生じるべきではないこと、を判決した[140]。宮廷裁判所における決定がラント裁判所のそれに優越することが明示されている点、興味深い証書である。

宮廷裁判所証書の効力に関係する別の証書として、宮廷裁判官シュレージェン・ブリーク公ハインリヒが一三七九年一月一八日にニュルンベルクで発行した証書がある[141]。それによれば、ヘルスフェルト Hersfeld 修道院に対してヘルスフェルト市に一万マルクを支払うよう判決した一三七八年一一月二三日付の宮廷裁判所証書[142]を市が提出し、挿入されたその証書が効力を保つべきことが改めて判決された。一三七八年の証書はカール四世在世中に出されたものであったが、皇帝死去後すぐのタイミングで改めて確認されたわけである。このときの証書は更にマインツ大司教、マイセン辺境伯、

ヘッセンのラントグラーフなど諸侯、貴族、都市およびこの証書を知るすべての者を市のために保護者として指定している。この件では当事者が、フランケンに隣接するヘッセンの修道院と都市である。

一三八三年三月に宮廷裁判官テッシェン公プシェミスルがニュルンベルクで発行した証書は、エッティンゲン伯ルートヴィヒとフリードリヒが提示した一三六五年の宮廷裁判所証書を判決により確認した[143]。一三八四年一二月には、国王に代わる裁判官シュヴァルツブルク伯グンターはフランクフルトで、シュトラースブルクの司教座聖堂参事会長Dompropst ヨハン・フォン・オクセンシュタイン Johann von Ochsenstein が提示した一三七三年一月の宮廷裁判所証書を判決手続を経て確認した[144]。一三七三年の証書は、ヨハンにヘッセンのラントグラーフ・ヘルマンの所領に対する用益ゲヴェーレを与えるものであった。このときの確認では、一三七三年の証書に挙げられた諸侯らが改めて保護者として与えられ、彼らにヨハンへの助力が命じられている。おそらく判決の実現に困難を抱えたヨハンが改めて確認を求めたものと思われる。このケースでも、当事者はフランケン以外の地域（エルザス）に拠点を持っている。

一三九七年一月九日、国王に代わる裁判官シャウンベルク Schaunberg 伯ヴィルヘルムはプラハで、マイセン辺境伯ヴィルヘルムの求めに応じて、一三七四年六月のカール四世期の宮廷裁判所証書を挿入のうえ確認したが、証書はテューリンゲンのミュールハウゼン市にアハトを科すものであった。国王ヴェンツェルが改めてアハトを科すことも可能とされ、またミュールハウゼンがこの間に得た特権状や証書はすべて無効とされ、辺境伯が望む保護者が与えられるべきこととされた[145]。この件でも、マイセン辺境伯・ミュールハウゼン市ともフランケンに隣接する地方の勢力である。

こうした、前代の支配者のもとで出された宮廷裁判所証書の確認は、カール四世期には見られなかったものであるが、ヴェンツェル治世に入って行われるようになった。先代のルートヴィヒ四世の対立国王として出発したカール四世にとっては、ルートヴィヒ四世のもとでの宮廷裁判所証書を確認することは行われにくかったのであろうと思われる。

しかし、これらの事例はそれだけでなく、ヴェンツェル期における宮廷裁判所による確認活動の範囲の拡大を示すものでもある。

更に、国王宮廷から事案が別の裁判機関に回されて、そこで出された決定が事後に宮廷裁判所によって確認されるケースが見られる。国王本人が委任裁判官の措置を事後に確認するケースの宮廷裁判所版と言える。一三九三年三月に宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンはベットレルンで、フランクフルトのパウル・カステラン Paul Kastellan が提示した証書を判決によって確認した[146]。証書のうち一通は一三九二年八月にシュポンハイム伯自身が発行した宮廷裁判所証書で、ヘルスフェルト修道院からカステランに譲渡された所領をめぐる、カステランとハイナ Haina 修道院との間の紛争を、ヴュルツブルク司教のもとで解決するよう指示したものであった[147]。二通目はそれを受けた司教のもとでの決定を記した一三九二年一一月の司教証書で、それによればハイナ修道院側の代理人の権限が争われ、宮廷裁判所における手続についてのみ権限が与えられていることが司教のもとで判決によって決定された後、修道院側の代理人が裁判の場から立ち去っていた[148]。宮廷裁判所による管轄指示の結果としての判決を、宮廷裁判所が事後に確認したものである。この件の場合、紛争当事者は中ライン地方の勢力であるが、解決にあたったのはフランケン地方の有力諸侯であるヴュルツブルク司教であった。

なお、上述の一三八七年三月七日付のシュポンハイム伯ヨハンの証書は、エンドレス・フォン・ウッフェンハイムからエーバーハルト・ユーベライン Eberhard Übelein へ権利が法廷譲渡され、その譲渡が有効であることが宮廷裁判所判決によって決定されたことを伝える[149]。当事者はともにフランケン地方に属する。宮廷裁判所における非訟事件の取り扱い例である。更にヴュルツブルク司教以下多くの保護者が指定されたことが述べられている。また一三九一年二月に宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンがピュルグリッツで発行した証書は、ロイヒテンベルクのラントグラーフ・ヨハン

が宮廷裁判所において、彼の従者ニクラス・ヴェンデルシュタイン Niklas Wendelstein が宮廷裁判所で獲得した諸権利を、アルブレヒト・フォン・ホーエンローエに譲渡したことを伝えている。[150]

四　宮廷裁判所による確認のフランケン外への拡大は、一三九〇年代には宮廷裁判所証書の確認以外の類型についても、かなりの数見られるようになった。前稿で明らかになった宮廷裁判所による確認の「フランケン的」性格は、こうしてヴェンツェル治世後期には薄まっていくのである。

裁判籍特権の確認の類型としては、一三九二年二月一日に国王に代わる裁判官シュポンハイム伯ヨハンがベットレルンで、中ライン地方の有力国王都市フランクフルトが提示した一三九一年一二月一〇日付のマインツ大司教コンラートの証書を判決によって確認している。大司教の証書は、一二九一年五月、一二九九年二月、一三四九年九月にルードルフ一世、アルブレヒト一世およびカール四世が与えた裁判籍特権状を認証したものであった。[151]

一三九二年三月、国王に代わる裁判官シュポンハイム伯はプラハで、レーゲンスブルク市のために、レーゲンスブルクの聖ヤコプ修道院長が出した二通の証書を判決で確認した。[152]一三八九年三月付の第一の院長証書はカール四世の一三五五年七月付の証書を挿入したものであり、一三八二年六月付の第二の院長証書はヴェンツェルの一三八二年二月付の証書を挿入していた。このうち、一三五五年のカール四世の証書は、裁判籍特権状であった可能性があり、また一三八二年のヴェンツェルの証書は、レーゲンスブルク市民を市外の裁判所への召喚から免除する裁判籍特権状であった。[153]宮廷裁判所による確認の結果、これらの院長証書は国王証書と同様の効力を有するものとされた。

一三九四年二月四日にプラハで、国王に代わる裁判官トルエンディンゲン伯ヨハンは、多くの確認証書を発行しているが、そのうち三通が裁判籍特権の確認に関わる。上シュヴァーベンのライヒェナウ修道院のために、院が提示した一三五六年一一月のカール四世の裁判籍特権状と一三九二年三月のヴェンツェルの裁判籍特権状の効力が判決により確

認された。また宮廷裁判所による確認証書自体も支配者の裁判籍特権状と同等の効力を有すること、および修道院が望む保護者が与えられるべきこともあわせて判決によって決定された[154]。また、別の証書では、一三九三年一月のロットヴァイルのホーフ裁判所証書が判決により確認されたが、同裁判所証書はクレットガウ Klettgau のラント裁判官による修道院の従属民に対する判決とアハト宣告を無効とするものであった。ラント裁判官による判決は、皇帝・国王が与えた特権状にもかかわらず、また裁判集会（"lantag"）で修道院側から書証（"kundbrief"）が提示されたにもかかわらず、下されたものとされており、裁判籍特権が考慮されなかったと評価されている。またハプスブルク伯ハンスをはじめとする西南ドイツの貴族たちなどに、修道院の諸権利の保護が命じられている[155]。三通目の証書は、エッティンゲン伯ルートヴィヒおよびフリードリヒのために、一三一〇年三月の宮廷裁判所証書を確認しているが、宮廷裁判所証書は伯の領民を伯領の外の裁判所での裁判から免除する（ただし国王裁判所での裁判はありうる）ものであった[156]。このうち、ライヒェナウ修道院のための二通の確認証書が、フランケンの外の勢力のための措置である。

一三九四年九月一九日に、国王に代わる裁判官シュテッティン公スヴァンティボルはピシェク Pisek で、中ライン地方の司教都市ヴォルムス市のために、提示された証書を挿入のうえ判決で確認したが[157]、証書は一三九四年五月に国王ヴェンツェルが授与した裁判籍特権であった[158]。更に同日付の別の証書でシュテッティン公は、上シュヴァーベンのコンスタンツ市民、ハインリヒ・フォン・ウルムのために、一三九三年一二月のシャプブーフ Schapbuch のラント裁判所の証書を判決によって確認した[159]。ラント裁判所証書は、ヴェルデンベルク Werdenberg 伯アルブレヒトが同ラント裁判所の手続によってハインリヒから地代等を没収したが、その行為が皇帝・国王からコンスタンツ市に与えられた裁判籍特権に反するというハインリヒの主張を受けて、没収を無効としたものであった[160]。ハインリヒは同時に宮廷裁判所で、アルブレヒトがハインリヒを同ラント裁判所に改めて召喚したことについても、それを無効とする判決を得ている。

一三九五年一月にプラハで、国王に代わる裁判官シュテッティン公はバイエルン・オーストリア間の司教都市パッサウのために証書を発行した。それによれば、出頭したパッサウ市民が国王ヴェンツェルの証書を提示したが、その内容は、パッサウ市民を宮廷裁判所への召喚から基本的に免れさせるものであった。そのうえでパッサウ市側は、パウル・ウゲル Paul Ugel なるものがパッサウ市民を宮廷裁判所に召喚したが、そうした召喚は無効ではないかと問い、宮廷裁判所の判決によって無効であると確認された[161]。国王証書が挿入されているわけではないが、実質的に、国王が与えた裁判籍特権が宮廷裁判所によって確認されたケースと言える。

一三九七年一〇月一三日に、宮廷裁判官シュヴァルツブルク伯ギュンターはニュルンベルクで、上シュヴァーベン地方の国王都市ウルムの求めに応じて、同年一〇月一一日付でヴェンツェルが発行した裁判籍特権状を挿入したうえで、当該特権状とこの宮廷裁判所証書が同等の効力を有すること、両証書が有効であること、ウルム市が望む保護者が与えられるべきこと、を判決によって確認した[162]。

一三九八年二月一日、宮廷裁判官トロッパウ公ヨハンはケルンで、下ラインの司教都市ケルンのために五通の確認証書を発行した。宮廷裁判官は、一三五五年一二月にカール四世がケルン市に与えた裁判籍特権[163]、ケルン市から追放された織工に関して市を圧迫することを禁じたカール四世の一三七三年一一月の証書[164]、市内の対立ゆえにケルン市を訴えることを禁じたカール四世の一三七四年四月の証書[165]、ケルン市と国王との和解に関する一三九七年一月六日の国王ヴェンツェルの証書およびケルン市の諸特権を確認した同日付のヴェンツェルの証書[166]、ケルン市民がライヒの債務ゆえに差押えられないことを定めた一三九八年一月一一日の国王ヴェンツェルの特権状[167]、をそれぞれ判決によって確認した。ケルン市という、フランケンから遠く離れた受益者のために宮廷裁判所による確認がなされている。

裁判籍特権状以外の証書の確認においても、一三九〇年代に入るとやはりフランケン外の関係者のために確認がなさ

れていく。一三九三年一一月五日にベットレルンで、宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンが、ブラウンシュヴァイク・リューネブルク公領に関して、多くの確認証書を発行している。まず、ゲッティンゲン、ハノーファー、リューネブルクの各市のために、従来それらが保有してきた諸特権の効力がそれぞれ判決を経て確認された[168]。またブラウンシュヴァイク・リューネブルク公たちのためには、一三九二年九月のいわゆるSateがやはり判決手続を経て確認された[169]。上述のように、Sateは既に一三九三年七月に国王本人によって確認されていたが[170]、宮廷裁判所によっても改めて確認証書が出されたのである。更にリューネブルク市とハインリヒ・フォン・フェルトハイムHeinrich von Veltheimとの間の紛争に関して、一三九三年六月の仲裁裁判官オルトギス・クレンコクOrtgis Klenkok発行の証書と、一三九三年七月二日のリューネブルク市長ヨハン・ランゲJohann Lange発行の証書が、リューネブルク市のために判決によって確認された[171]。

一三九四年三月にプラハで、国王に代わる裁判官ショーンベルク伯ヴィルヘルムが、中ライン地方のシュポンハイム伯ヨハンの求めに応じて証書を発行している[172]。それによれば、シュポンハイム伯は、彼の父とザルム伯がニコラウス・フォン・フノールシュタインNikolaus von Hunolsteinに対抗して一三八二年九月に結んだ同盟証書を提示した後（同盟証書はそのまま挿入されている）、同盟によれば相手の了解なしに敵方と和解しないことになっていたにもかかわらず、ザルム伯が同盟に反してフノールシュタインと和解したことを陳述した。そのうえでシュポンハイム伯は、この状況で彼の父もフノールシュタインと和解することができるかどうかを、裁判所に問うた。これを受けて宮廷裁判所は、ザルム伯が同盟を破ったので、今やシュポンハイム伯も敵方と和解してよいと判決した。この決定は、証書をそのまま確認したものではないが、証書の内容を前提としているという点では、確認行為に類似していると言えよう。フランケンの外の当事者にかかわる事例であるが、特に自ら宮廷裁判官であったシュポンハイム伯ヨハンが当事者であったこと

も影響しているものと思われる。

帝国レーン制に関係する証書が確認される類型でも、フランケン外の勢力が受領者となる例が現れる。一三九四年一一月にプラハで、国王に代わる裁判官ショーンベルク伯ヴィルヘルムは、中ライン地方のライニンゲン伯エミッヒが提示した一三八〇年四月の国王ヴェンツェルの証書を判決を経て確認したが、国王証書はウルリヒ・フォン・フィンスティンゲン Finstingen が帝国レーンを娘に相続させることを認めるものであった[173]。フィンスティンゲンの女婿であったライニンゲン伯が、権利確保のために宮廷裁判所による確認を求めたのである。

ラント裁判所が発行した証書を確認する類型でも、フランケン外部への拡大が見られる。一三九一年六月一七日にシュテッティン公が発行した証書の中には、ロットヴァイルのホーフ裁判所の証書を確認しているものがある。一通は、シュヴェービッシュ・ハル市のために一三九〇年一一月のホーフ裁判所証書を挿入のうえ確認しているが[174]、当該証書は一三二〇年一一月に国王フリードリヒが同市に与えた裁判籍特権[175]、一三七三年三月にカール四世が授与した裁判籍特権[176]、および一三七六年七月の国王ヴェンツェルの証書を確認したものであった。もう一通は、シュヴェービッシュ・ハルの市民ヴィルヘルム・ゴッソルト Wilhelm Gossolt のために、一三九一年三月七日のホーフ裁判所証書を確認しているが、確認された証書はゴッソルトの訴えにもとづいてヴュルテンベルク居住の市民コンラート・ウメナウ Konrad Umenau にアハトを科したものであった[177]。シュヴェービッシュ・ハルはフランケンとシュヴァーベンの境界付近の国王都市であるが、シュヴァーベンにあったロットヴァイルのホーフ裁判所証書の確認が行われている。

一三九六年一月には国王に代わる裁判官シュテッティン公スヴァンティボルがプラハで、ハッハベルク Hachberg 辺境伯ルードルフの要請に応じて、フュルステンベルク伯ハインリヒの所領に対する用益ゲヴェーレをルードルフに認めた一三八八年六月のロットヴァイルのホーフ裁判所の証書を、判決によって確認した[178]。前述のシュヴェービッシュ・ハ

ル市に関する確認は、フランケンとの境界部の国王都市のための措置であったが、これはシュヴァーベンの貴族同士の紛争に関する確認である。

更に、ラント裁判所以外の裁判機関の判決の確認が求められている例がある。一三八五年三月にユトレヒト司教フロレンツは、スヴェーダー・フォン・ブローメンシュタイン Sweder von Bloemenstein とダーム・フォン・ブローメンヴェルデ Daem von Bloemenwerde との間の紛争に関して司教のもとで下された判決を宮廷裁判所へ送り、その確認を国王に請うている。[179]このケースでは例外的に既に一三八〇年代から、フランケン外の当事者のために確認が求められている。

一三九五年一一月に国王に代わる裁判官ショーンベルク伯ヴィルヘルムがプラハで発行した証書によれば、ハインリヒ・フォン・レンゲンフェルト Heinrich von Lengenfeld が、彼の訴えにもとづいてエアフルト市をラントフリーデ違反と判決した一三九四年八月のテューリンゲンのラントフリーデ裁判所の証書を提示し、挿入された証書が宮廷裁判所判決によって確認され、一般的に挙げられた保護者たちにレンゲンフェルトの権利の保護が命じられた。[180]ラント裁判所ではないが、これもフランケンの外の裁判機関の証書が確認された例である。

事案が移管された先の裁判機関の決定などを事後に確認する類型でも、フランケン外の裁判所についての確認が見られる。一三九四年三月、宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンはプラハで、エアフルト市のために証書を発行した。[181]証書によれば、エアフルト市とエアフルトのヘルマン・ローダー Hermann Roder との争いは、宮廷裁判所発行の証書にもとづいて宮廷裁判所からマインツ大司教コンラートのもとにあるエアフルトの裁判所へ回されていたが、市側は当該宮廷裁判所証書を提示した。[182]更に回付を受けて出された一三九四年一月の大司教裁判所の証書が引用されたが、それによると市側は既に一度応訴して勝訴判決も得たとして大司教裁判所の判決証書を示したところ、ローダー側は裁判の場から立ち去ったため、裁判所は市に責任がないことを改めて宣言した。こうした内容の大司教裁判所証書が読み上げられ

た後、その効力が判決によって確認された。

一三九九年五月九日、国王に代わる裁判官ドニン Donin のブルクグラーフ・オットーは、ハンス・フォン・エーバースベルク Hans von Ebersberg とフランク・フォン・クロンベルク Frank von Kronberg の争いに関して、宮廷裁判所の確認証書を発行した(183)。事件は宮廷裁判所から、フランクの封主であるマインツ大司教ヨハンのもとへ移管されていたが(184)、大司教は教会法教師のヨハン・フォン・ヴィッテンベルク Johann von Wittenberg に決定を委任した。挿入された一三九八年五月のヴィッテンベルク発行の証書は、手続と双方の主張を詳しく述べた後、エーバースベルク勝訴の判決が下されたことを伝える。この判決証書が宮廷裁判所判決によって確認されたのである。

このように、一三九〇年代に入ると、フランケン外の当事者が関係する多くの事案について、宮廷裁判所が確認証書を発行するという例が見られるようになる。ちょうど、国王ヴェンツェルによる確認行為が不活発化するのと平行して、宮廷裁判所は活動の範囲を大きく広げているのである。

おわりに

以上の行論で我々は、国王ヴェンツェルのもとでの紛争解決に関係した確認行為について、国王本人によるものと宮廷裁判所によるものに分けて検討を行ってきた。前稿で観察されたカール四世期の特徴は、ヴェンツェル治世当初にはなお継続して見られたものの、彼の治世がすすむにつれてそこから離れた特徴が顕著になっていった。

国王本人による確認については、とりわけ治世後半における不活発化が明らかであり、ヴェンツェルがルクセンブルク家メンバー間の対立やボヘミア貴族の反抗などによって統治活動を減退させていったことと対応している。その際、

レーンに関する取り決めの確認や、委任裁判官などの措置の結果の事後的確認など、カール四世のもとでかなり活発に行われていた類型についても事例が少なくなることは、ヴェンツェルが宮廷外で試みられていた紛争解決への関与を後退させていったことを示している。既にカール四世時代から、支配者が一般的な確認機関として紛争解決のさまざまな結果について紛争当事者から確認を求められるという状況ではなかったが、そうした限定性はヴェンツェルのもとでますます強まったのであった。

それに対して、宮廷裁判所による確認は、空間的範囲の面でも確認対象の面でも、カール四世期よりもむしろ拡大する傾向を示した。カール四世期と同様にフランケン地方の当事者のための確認もなお相当数見られたが、宮廷裁判所自身が発行した証書の確認などの新しい分野が開かれ、またそれも含めてフランケン地方外の当事者のための確認が、とりわけ一三九〇年代にかなり行われるようになった。カール四世期までフランケン地方という文脈に限定され、そこの当事者のための裁判籍特権の確認とラント裁判所証書の確認に基本的には終始していた宮廷裁判所による確認活動は、国王本人による確認が萎縮するのと反比例するように、地域的・事項的限定性を脱しはじめたのであった。

こうした状況が次代の国王ループレヒトのもとで、更にどのように展開していくのかについては、引き続き調査と検討が必要となる。

（1）田口正樹「中世後期ドイツ国王裁判権の活動としての確認行為（一）～（三・完）」『北大法学論集』六七巻五号（二〇一七年）一－三六頁、六七巻六号（二〇一七年）七五－一〇二頁、六八巻一号（二〇一七年）一－四八頁。

（2）Bernhard Diestelkamp (Hg.), Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451. (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Sonderreihe), Köln u. a. 1986 ff.（以下 UR と略す。）

（3）Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Wenzels 1376 - 1387, (UR, Bd. 11), Köln u. a. 2001,(=UR11); Ekkehart Rotter (Bearb.),

Die Zeit Wenzels 1388 - 1392, (UR, Bd. 12), Köln u. a. 2008,(=UR12); Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Wenzels 1393 - 1396, (UR, Bd. 13), Köln u. a. 2001,(=UR13); Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Wenzels 1397 - 1400, (UR, Bd. 14), Köln u. a. 2004,(=UR14).

（4）以下の叙述全般については、Friedrich Baethgen, Schisma- und Konzilszeit. Reichsreform und Habsburgs Aufstieg, in: Herbert Grundmann (Hg.), Gebhardt. Handbuch der deutschen Geschichte, 9. Aufl., Bd. 1: Frühzeit und Mittelalter, Stuttgart 1970, S. 607-692, S. 607-626; Ferdinand Seibt, Die Zeit der Luxemburger und der hussitischen Revolution, in: Karl Bosl (Hg.), Handbuch der Geschichte der böhmischen Länder, Bd. 1: Die böhmischen Länder von der archaischen Zeit bis zum Ausgang der hussitischen Revolution, Stuttgart 1967, S. 349-568, S. 473-487; Wilhelm Hanisch, Wenzel IV., in: Ferdinand Seibt (Hg.), Karl IV. und sein Kreis, (Lebensbilder zur Geschichte der böhmischen Länder, Bd. 3), München-Wien 1978, S. 251-279; Heinz Thomas, Deutsche Geschichte des Spätmittelalters 1250-1500, Stuttgart 1983, S. 309-340; Peter Moraw, Von offener Verfassung zu gestalteter Verdichtung. Das Reich im späten Mittelalter 1250 bis 1490, (Propyläen Geschichte Deutschlands, Bd. 3), Berlin 1985, S. 256-259; Heinrich Koller, Das Reich von den staufischen Kaisern bis zu Friedrich III. 1250-1450, in: Ferdinand Seibt (Hg.), Europa im Hoch- und Spätmittelalter, (Theodor Schieder (Hg.), Handbuch der europäischen Geschichte, Bd. 2), Stuttgart 1987, S. 383-467, S. 433-446; Eberhard Holtz, Wenzel, in: Evamaria Engel und Ders., (Hg.), Deutsche Könige und Kaiser des Mittelalters, Köln-Wien 1989, S. 323-333; Jörg K. Hoensch, Die Luxemburger. Eine spätmittelalterliche Dynastie gesamteuropäischer Bedeutung 1308-1437, Stuttgart 2000, S. 193-217; Martin Kintzinger, Wenzel (1376-1400, ＋1419), in: Bernd Schneidmüller und Stefan Weinfurter (Hg.), Die deutschen Herrscher des Mittelalters. Historische Portraits von Heinrich I. bis Maximilian I. (919-1519), München 2003, S. 433-445 を参照。日本語では、薩摩秀登『プラハの異端者たち　中世チェコのフス派にみる宗教改革』（一九九八年　現代書館）七三―八二頁。

（5）ヴェンツェルの国王選出については、教皇庁との交渉も含めて、Wilhelm Klare, Die Wahl Wenzels von Luxemburg zum Römischen König 1376, (Geschichte, Bd. 5), Münster 1990 を参照。カール四世が選挙侯に与えた特権や利益については、Ebenda, S. 61-76, 237-242.

（6）同盟はとりわけライン宮中伯ループレヒト一世のイニシアティヴによるものであった。Helmut Weigel, Männer um

König Wenzel. Das Problem der Reichspolitik 1379-1384, in: Deutsches Archiv für Geschichte des Mittelalters（以下 DA と略す）5 (1942), S. 112-177, S. 115 ff.

（7）レオポルトらとクレメンス七世との接触については、Franz Bliemetzrieder, Herzog Leopold III. von Österreich und das große abendländische Schisma, in: Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 29 (1908), S. 662-672. マインツ大司教アードルフ（フォン・ナッサウ）とクレメンス七世との関係、およびその背景となったマインツ大司教とライン宮中伯との領邦政策上の対立については、Alois Gerlich, Die Anfänge des großen abendländischen Schismas und der Mainzer Bistumsstreit, in: Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte 6 (1956), S. 25-76 の詳しい叙述を参照。

（8）このときの同盟に限らず、一四、一五世紀のシュヴァーベンおよびライン地方の都市同盟については、さしあたり Eberhard Isenmann, Die deutsche Stadt im Mittelalter 1150-1550. Stadtgestalt, Recht, Verfassung, Stadtregiment, Kirche, Gesellschaft, Wirtschaft, Wien u. a. 2012, S. 321-326 を参照。そこに関連文献も指示されている。ヴェンツェルと国王諸都市との関係については、Eberhard Holtz, Reichsstädte und Zentralgewalt unter König Wenzel 1376 - 1400, (Studien zu den Luxemburgern und ihrer Zeit, Bd. 4), Warendorf 1993.

（9）Heinz Angermeier, Königtum und Landfriede im deutschen Spätmittelalter, München 1966, S. 278-282; E. Holtz, a. a. O.（注8）, S. 77-82. なお、このときのランドフリーデは執行等について帝国全体を四つのクライスに区分するというクライス制を初めて規定した。

（10）一三八九年のエーガーのランドフリーデに至るまでのヴェンツェルの政策については、Helmut Weigel, König Wenzels persönliche Politik. Reich und Hausmacht 1384-1389, in: DA 7 (1944), S. 133-199 および E. Holtz, a. a. O.（注8）, S. 83-128 を参照。

（11）H. Angermeier, a. a. O.（注9）, S. 288-297; E. Holtz, a. a. O.（注8）, S. 126-128.

（12）全般について、Arthur Süssmann, Die Judenschuldentilgungen unter König Wenzel, (Diss. phil. Breslau), Breslau 1906. 一三八四・八五年の事件とニュルンベルクなどの諸都市およびそれらの上層市民との関係について、Wolfgang von Stromer, Oberdeutsche Hochfinanz 1350-1450, Teil I, (Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Beiheft 55),

S. 155-177. 一三八五年のユダヤ人財産没収とヴェンツェルの書記局による証書作成過程との関係については、Karel Hruza, *Anno domini 1385 do burden die iuden ... gevangen.* Die vorweggenommene Wirkung skandalöser Urkunden König Wenzels (IV.), in: Ders. und Paul Herold (Hg.), Wege zur Urkunde, Wege der Urkunde, Wege der Forschung. Beiträge zur europäischen Diplomatik des Mittelalters (Forschungen zur Kaiser- und Papstgeschichte des Mittelalters, Beihefte zu J. F. Böhmer, Regesta Imperii, Bd. 24), Wien u. a. 2005, S. 117-167 も参照。一三九〇年のユダヤ人財産没収については、E. Holtz, a. a. O.(注8), S. 140-152.

(13) ヴェンツェル治世におけるジギスムントの動向については、さしあたり、Martin Kintzinger, Sigmund (1410/11-1437). Mit Jobst von Mähren (1410-1411), in: B. Schneidmüller und S. Weinfurter (Hg.), a. a. O.(注4), S. 462-485, S. 465-469.

(14) とりわけ一三九四年以降の、ヴェンツェル治世末期の西方政策について、Alois Gerlich, Die Westpolitik des Hauses Luxemburg am Ausgang des 14. Jahrhunderts, in: Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins 107 (NF 68) (1959), S. 114-135.

(15) この事件については、Thomas R. Kraus, Eine unbekannte Quelle zur ersten Gefangenschaft König Wenzels im Jahre 1394, in: DA 43 (1987), S. 135-159 も参照。また、ボヘミア貴族の側からの見方として、Winfried Eberhard, Gewalt gegen den König im spätmittelalterlichen Böhmen. Adeliger Widerstand und der Ausbau der Herrschaftspartizipation, in: Martin Kintzinger und Jörg Rogge (Hg.), Königliche Gewalt - Gewalt gegen Könige. Macht und Mord im spätmittelalterlichen Europa, (Zeitschrift für Historische Forschung, Beiheft 33), Berlin 2004, S. 101-118.

(16) ヴェンツェルの移動状況については、Ivan Hlaváček, Das Urkunden- und Kanzleiwesen des böhmischen und römischen Königs Wenzel (IV.) 1376-1419, (Schriften der Monumenta Germaniae Historica, Bd. 23), Stuttgart 1970, S. 392-444に一四〇〇年の廃位の後も含めて、まとめられている。

(17) ヴェンツェルは、カール四世の死後一三八三年ごろまでローマ遠征を準備していたが、結局実現しないままに終わっていた。治世当初にヴェンツェルがルッカなどアペニン山脈以南の諸勢力も含めて、帝国イタリアの諸勢力とローマ遠征のために交渉していたことについては、Marie-Luise Favreau-Lilie, König Wenzel und Reichsitalien. Beobachtungen zu Inhalt, Form und Organisation politischer Kommunikation zwischen dem Reich und Italien im ausgehenden Mittelalter,

in: Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 109 (2001), S. 315-345.

（18）ヴェンツェルとヴィスコンティ家との関係については、Ivan Hlaváček, Wenzel (IV.) und Giangaleazzo Visconti, in: Paul-Joachim Heinig u. a. (Hg.), Reich, Regionen und Europa in Mittelalter und Neuzeit. Festschrift für Peter Moraw, (Historische Forschungen, Bd. 67), Berlin 2000, S. 203-226 も参照。

（19）ヴェンツェルの王位を覆そうとする動きと廃位に至る詳しい過程については、Alois Gerlich, Habsburg - Luxemburg - Wittelsbach im Kampf um die deutsche Königskrone. Studien zur Vorgeschichte des Königtums Ruprechts von der Pfalz, Wiesbaden 1960; Kerstin Dürschner, Der wacklige Thron. Politische Opposition im Reich von 1378 bis 1438, (Europäische Hochschulschriften, Reihe III: Geschichte und ihre Hilfswissenschaften, Bd. 959), Frankfurt a. M. u. a. 2003, S. 25-105. 廃位くの動きと国王諸都市との関係については、E. Holtz, a. a. O.（注8）, S. 166-191.

（20）イングランド国王リチャード二世をケルン大司教フリードリヒらがドイツ王に推そうとした動向については、Thomas R. Kraus, König Wenzel auf der Reise nach Reims und die Hoffnungen König Richards II. von England auf die römisch-deutsche Krone 1397/98, in: DA 52 (1996), S. 599-615.

（21）このときの国王廃位と国王選挙については、Ernst Schubert, Königsabsetzung im deutschen Mittelalter. Eine Studie zum Werden der Reichsverfassung, (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Philologisch-Historische Klasse, Dritte Folge, Bd. 267), Göttingen 2005, S. 362-420 およびそこで指示された文献を見よ。また、横川大輔「神聖ローマ帝国における一四〇〇年の国王廃位・新国王選挙と「金印勅書」」『西洋史学』二五八号（二〇一五年）一一九頁も参照。

（22）もっとも、一四・一五世紀の西洋世界において、国王支配の継続的な発展はそもそも容易でなかった。同時期のフランス、イングランド、ドイツにおける「国王の失敗」を比較しつつ論じた František Graus, Das Scheitern von Königen: Karl VI., Richard II., Wenzel IV., in: Reinhard Schneider (Hg.), Das spätmittelalterliche Königtum im europäischen Vergleich, (Vorträge und Forschungen, Bd. 32), Sigmaringen 1987, S. 17-39 を参照。なお、同時代および後代の歴史叙述におけるヴェンツェル像については、Petra Roscheck, König Wenzel IV. - Opfer einer schwarzen Legende und ihrer Strahlkraft, in: Peter Thorau u. a. (Hg.), Regionen Europas - Europa der Regionen. Festschrift für Kurt-Ulrich Jäschke zum 65.

Geburtstag, Köln 2003, S. 207-229 を参照。ただし、そこに見られるヴェンツェル擁護は行き過ぎであると思われる。

(23) UR11, Nr. 8; Julius Weizsäcker (Hg.), Deutsche Reichstagsakten unter König Wenzel, Bd. 1: 1376-1387, München 1867, 2. Aufl., Göttingen 1956（以下 DRTA, 1と略す), Nr. 106.

(24) UR11, Nr. 6; DRTA, 1, Nr. 103.

(25) UR11, Nr. 5, 7. また UR11, Nr. 11（同年六月の国王証書）も参照（証書の刊本は DRTA, 1, Nr. 104, 105, 111)。経緯については、さしあたり、E. Isenmann, a. a. O.(注8), S. 321 f. より詳しくは、Ludwig Schnurrer, König Wenzel und die Reichsstadt Rothenburg, in: Jahrbuch für fränkische Landesforschung 34/35 (1975), S. 681-720, S. 681-688; E. Holtz, a. a. O.(注8), S. 37-52.

(26) UR11, Nr. 153; Rudolph Freiherr von Stillfried und Traugott Märcker (Hg.), Monumenta Zollerana. Urkundenbuch zur Geschichte des Hauses Hohenzollern, Bd. 5: Urkunden der Fränkischen Linie 1378-1398, Berlin 1859, Nr. 105, "... das wir dieselben Burkgrauen vnd lantgrauen von derselben schiedunge vnd Richtunge wegen an allis geuerde vnuordachte wollen und sullen lassen ...". ブルクグラーフらの決定は UR11, Nr. 152. また決定に至るまでの交渉については UR11, Nr. 129 も参照。ヴェンツェルとトルエンデインゲン伯ヨハンとの対立の経過、およびそこからバンベルク司教ラムプレヒトが利を得たことについては、Hubert Russ, Die Edelfreien und Grafen von Truhendingen. Studien zur Geschichte eines Dynastengeschlechtes im fränkisch-schwäbisch-bayerischen Grenzraum vom frühen 12. bis frühen 15. Jahrhundert, (Veröffentlichungen der Gesellschaft für fränkische Geschichte, Reihe IX: Darstellungen aus der fränkischen Geschichte, Bd. 40), Neustadt a. d. Aisch 1992, S. 134.

(27) UR11, Nr. 333; Franz Martin Peltzel, Lebensgeschichte des Römischen und Böhmischen Königs Wenceslaus, Teil 1 (enthält die Jahre 1361-1395 nebst einem Urkundenbuche von 116 jetzt erst gedruckten Diplomen, Briefen und Akten), Prag 1788, Urkundenbuch, S. 66 f., Nr. 47, "... das wir dieselben teidinge genczlichen stete haben vnd volfuren wollen ...".

(28) UR11, Nr. 135, "... dobey wir sy auch genediclich meynen czu halden ...". カール四世の特権状の挿入は行われていない。バイエルン公とロイヒテンベルクのラントグラーフの要求については、前年の一三八一年七月に発行された UR11, Nr. 117-120 も参照。またこの件に関して、Siegfried Wittmer, Jüdisches Leben in Regensburg. Vom frühen Mittelalter bis

1519, Regensburg 2001, S. 93 も見よ。

(29) UR12, Nr. 154. カール四世の授封証書は Johann Friedrich Böhmer und Alfons Huber (Hg.), Regesta imperii, VIII : Die Regesten des Kaiserreichs unter Kaiser Karl IV. 1346-1378, Innsbruck 1877 (ND Hildesheim 1968)（以下 RI, 8 と略す), Nr. 4224. 授封の名宛人はイェルク・フォン・フンヴィルとその相続人たちとなっている。

(30) ベットレルンは、ヴェンツェルが狩猟等のために好んで滞在した場所であった。Ivan Hlaváček, Hof und Hofführung König Wenzels IV., in: Peter Moraw (Hg.), Deutscher Königshof, Hoftag und Reichstag im späteren Mittelalter, (Vorträge und Forschungen, Bd. 48), Stuttgart 2002, S. 105-136, S. 115.

(31) UR12, Nr. 188. このときの解決の内容については、Johann Looshorn, Geschichte des Bisthums Bamberg, Bd. 3: Das Bisthum Bamberg von 1303 - 1399, Bamberg 1891 (ND Bamberg 1968), S. 432 f.

(32) UR12, Nr. 333. 確認証書は写しのみで伝わっている。この紛争に関しては UR12, Nr. 316 も参照。また J. Looshorn, a. a. O.(注31), S. 438 も見よ。

(33) バンベルク司教ランプレヒト・フォン・ブルン Lamprecht von Brunn については、さしあたり、Helmut Flachenecker und Francis Rapp, Art. Lamprecht von Brunn, in: Erwin Gatz (Hg.), Die Bischöfe des Heiligen Römischen Reiches 1198 bis 1448. Ein biographisches Lexikon, Berlin 2001, S. 52-54. 彼は、既にカール四世の宮廷で皇帝のために活動していたが、一三八四年七月から一二月まで、国王ヴェンツェルの書記局長として史料に登場する。在職中に書記局長としての特筆すべき活動は見られないが、離任後も国王の側近として仕え続けた。I. Hlaváček, Das Urkunden- und Kanzleiwesen(注16), S. 181-183. また、Ders., Lamprecht von Brunn, Bischof von Bamberg (vor 1330 - 1399), in: Gerhard Pfeiffer und Alfred Wendehorst (Hg.), Fränkische Lebensbilder. Neue Folge der Lebensläufe aus Franken, Bd. 9, Würzburg 1980, S. 46-60 も参照。彼の司教在任中（一三七四－一三九九年）のバンベルク司教座については、J. Looshorn, a. a. O.(注31), S. 342-526.

(34) Ivan Hlaváček, Wenzel IV., sein Hof und seine Königsherrschaft vornehmlich über Böhmen, in: R. Schneider (Hg.), a. a. O.(注22), S. 201-232, S. 230.

(35) UR11, Nr. 123, "... wollen wir ... gericht vnd vrteyl in yren krefften genczlichen vnd gar bleiben sullen ...". なお、この時期のヴェッツラーの市内対立については、Eva-Marie Felschow, Wetzlar in der Krise des Spätmittelalters, (Quellen und

Forschungen zur hessischen Geschichte 63), Darmstadt und Marburg 1985, S. 206-212 も参照。

(36) H. Weigel, Männer(注6), S. 156 f.

(37) UR12, Nr. 26, "... vnsern willen gunst vnd vollwort geben haben ...".

(38) UR12, Nr. 25; Julius Weizsäcker (Hg.), Deutsche Reichstagsakten unter König Wenzel, Bd. 2: 1388-1397, München 1874, 2. Aufl., Göttingen 1956（以下 DRTA, 2 と略す), Nr. 3, "... vnserm herren dem Romischen konige vnd dem heiligen Riche zu eren ...".

(39) UR12, Nr. 27; DRTA, 2, Nr. 10. この証書には、ループレヒトが第一の仲裁判決を国王に提示し、国王がそれに同意したことも記されている。, "... des brachten wir ... die obgenant sache des uzspruchs fur unsern herren den konig diewile wir ym und dem riche daz zu eren getan hetten, do det er darzu sin gnade daz die richtunge und sune mit sinem willen und wolgefallen gegangen ist ...".

(40) F. Baethgen, a. a. O.(注4), S. 614 ff.; H. Thomas, a. a. O.(注4), S. 325 f.; E. Holtz, a. a. O.(注8), S. 114-119.

(41) UR12, Nr. 144. 証書全体の古い刊本として、Siegmund Riezler (Bearb.), Fürstenbergisches Urkundenbuch, Bd. 2: Quellen zur Geschichte der Grafen von Fürstenberg vom Jahre 1300-1399, Tübingen 1870, Nr. 535. スティスラフの判決は、UR12, Nr. 96. この件については、Manfred Hildenbrand, Haslach im Kinzigtal. Geschichte einer alten Marktstadt, Bd.1: Von Ur- und Frühgeschichte bis zu Vormärz und Revolution 1848/49, Haslach 2009, S. 46 f. も参照。

(42) UR12, Nr. 144, "... gancze macht geben ... uf nemliche tege fur sich vorboten ... kuntschaft brief vorderunge, antwort und widerrede eygentlichen vorhoren ... ein rechte ... dorumb sprechen ...".

(43) UR12, Nr. 144, "... beweret beuestet vnd confirmiret ... als es mit beheltnusse gowonlicher czirheit recht vnd redlichen von Im vnd vnsern vnd des Reichs mannen vbertragen vnd gesprochen ist misampt dem vrteilbriefe, als dauor von wortte zuwort begriffen ist ...".

(44) UR12, Nr. 144, "... gleicherweis als ab es von vns oder vnserm vnd des Reichs hofrichter vbertragen vnd gesprochen were ...".

(45) UR12, Nr. 262. 証書全体の刊本として、Eduard Winkelmann (Hg.), Acta imperii inedita saeculi XIII et XIV. Urkunden

und Briefe zur Geschichte des Kaiserreichs und des Königreichs Sizilien, Bd. 2: In den Jahren 1200 bis 1400, Innsbruck 1885 (ND Aalen 1964), Nr. 994.

(46) UR12, Nr. 262, "... von unserm sunderlichen entphelnisz und geheisze ...". もと国王領であったカイザースラウテルンは，一三七五年にカール四世が同地をオッペンハイムなどのその他の国王領とともにライン宮中伯に質入れして以来，宮中伯の領邦支配に組み込まれつつあった。経緯について，Christian Reinhardt, Die Integration der verpfändeten Reichsstädte Mosbach und Kaiserslautern in die Pfalzgrafschaft bei Rhein im 14. und 15. Jahrhundert, in: Kaiserslauterer Jahrbuch für pfälzische Geschichte und Volkskunde 5 (2005), S. 11-84.

(47) UR12, Nr. 320, "... haben ... mit wolbedachtem mute und rate unsrer getrewen und un rechter wissen den ... usspruch urteyle und teylunge ... gnediclichen bestetiget und confirmiret, bestetigen und confirmiren die von Romischer kuniclicher machte in kraft dicz brives ...". 証書全体の古い刊本として，Heinrich Boos (Hg.), Urkundenbuch der Stadt Worms, Bd. 2: 1301-1400, Berlin 1890, Nr. 961. 同参事会教会については，Philipp Walter Fabry, Das St. Cyriacusstift zu Neuhausen bei Worms, (Der Wormsgau, Beiheft 17), Worms 1958.

(48) UR12, Nr. 373, "... so hat vns der ... Landgraf <mit demutigem fliesse gebeden> ... das wir Im als ein Romischer kunig das ... vrteyle mitsampt den ... vnsers hofgerichtes vnd vrteyles brieuen ... zu bestetigen gnediclichen geruchten ...". カッセル市の裁判所の証書，および宮廷裁判所による確認証書は，知られていない。

(49) UR14, Nr. 362, "... und wir ouch vortzeiten beyde dasselbe urteil und ouch unsers hofgerichtes bestatigung mit unsern maiestasbriven bestete haben das haben wir von romischer kuniclicher mechte alle gebrechen als dheine in denselben urteilen weren oder erfunden wurden gentzlichen erfullet ...".

(50) UR11, Nr. 61. カール四世の特権状は，RI, 8, Nr. 5377.

(51) UR11, Nr. 105.

(52) Ronald Neumann und Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Karls IV. 1365-1371, (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 9), Köln u. a. 2003（以下 UR9と略す）, Nr. 151; RI, 8, Nr. 4370; Franz Xaver Remling (Hg.), Urkundenbuch zur Geschichte der Bischöfe zu Speyer, Bd. 1: Ältere Urkunden, Mainz 1852 (ND Aalen 1970), Nr.

641. なお、UR11, Nr. 105 によれば、ヴェンツェルの証書の書記局注記 Kanzleivermerk によれば、同証書はバンベルク司教ランプレヒトの仲介により発行されているが、彼は一三六〇年代にシュパイアー司教の地位にあり、カール四世の証書も彼が受領したものであった。なお、これらの証書発行の背景については、Ernst Voltmer, Reichsstadt und Herrschaft. Zur Geschichte der Stadt Speyer im hohen und späten Mittelalter, (Trierer Historische Forschungen, Bd. 1), Trier 1981, S. 115-118.

(53) UR11, Nr. 200. "... dem sollen sie für Vns oder Vnserm hoffegericht zu rechte gestehen vnd nümens anderswo ...". 証書文言によれば大印章が付されていたが、オリジナルは伝存せず、一八世紀の写しのみが残る。なお、カール四世の証書は伝わっていない。同村に対するオーバーエーンハイム市の支配については、Jean Braun et al., Obernai, Obernai 1977, S. 35-56, S. 48 f. も参照。

(54) UR11, Nr. 245.

(55) UR11, Nr. 283. 証書は残っておらず、一七世紀の Regest のみで伝わる。

(56) UR11, Nr. 317. カール四世の特権状は RI, 8, Nr. 5890. ヴェンツェルの確認証書には、大印章の付加を告げる文言があるが、実際に付されているのは宮廷裁判所印章である。

(57) UR12, Nr. 364.

(58) UR11, Nr. 14; Monumenta Boica, Bd. 43, Monumenta episcopatus Wirziburgensis, München 1876, Nr. 88.

(59) UR13, Nr. 89; Hans Sudendorf (Hg.), Urkundenbuch zur Geschichte der Herzöge von Braunschweig und Lüneburg und ihrer Lande, T. 7, Hannover-Göttingen 1871, Nr. 186. Lüneburger Sate については、ERNST Schubert, Geschichte Niedersachsens vom 9. bis zum ausgehenden 15. Jahrhundert, in: DERS. (Hg.), Geschichte Niedersachsens, Bd. 2, Teil 1, Politik, Verfassung, Wirtschaft vom 9. bis zum ausgehenden 15. Jahrhundert, Hannover 1997, S. 1-904, S. 771-777. その前史および成立後の対立について、Ebenda, S. 755-771, 777-782.

(60) UR13, Nr. 89; H. Sudendorf (Hg.), a. a. O.(注59), Nr. 186, "Nostre autem intencionis non est vt per dictam approbacionem nostram dictis ducibus aliquod jus de nouo in prefato ducatu accrescat presertim pro eo quia dicti duces secundum jura et observancias regie majestatis de ipso ducatu se non procurarunt a nobis infeudari absque iusto titulo

ipsum ducatum detinentes. … Nolumus tamen nobis vel … aliquod preiudicium generari … salvus nihilominus iuribus imperialibus et presertim si que plus fructuosa vel equitatis vigori se conformancia nobis vel successoribus viderentur in posterum facienda que pro nostro et successorum nostrorum arbitrio specialiter reservamus …".

(61) UR13, Nr. 100; H. Sudendorf (Hg.), a. a. O.(注59), Nr. 200, "… certas ordinaciones seu disposiciones causa pacis concordie et tranquillitatis factas inter … auctoritate Romana Regia providimus ex certa sciencia confirmandas …".

(62) UR14, Nr. 221; Theodor Joseph Lacomblet (Hg.), Urkundenbuch zur Geschichte des Niederrheins oder des Erzstifts Cöln, der Fürstenthümer Jülich und Berg, Geldern, Meurs, Cleve und Mark und der Reichsstifte Elten, Essen und Werden, Bd. 3, Düsseldorf 1853 (ND Aalen 1960), Nr. 1046.

(63) UR13, Nr. 390; Privilegia et pacta der Heiligen Römischen Reichs-Stadt Franckfurt am Mayn sammt der Guldenen Bulla Caroli IV., in Lateinisch und Teutscher Sprache, 2. Aufl., Frankfurt 1728, S. 221 f..

(64) ヴェンツェルの側近としてさまざまな任務を委ねられたボリヴォイについては、Rudolf Helmke, König Wenzel und seine böhmischen Günstlinge im Reich, (Diss. phil. Halle-Wittenberg), Halle a. d. S. 1913, S. 29-78; Ivan Hlaváček, Bořivoj von Svinaře, in: Gerhard Pfeiffer und Alfred Wendehorst (Hg.), Fränkische Lebensbilder. Neue Folge der Lebensläufe aus Franken, Bd. 6, Würzburg 1975, S. 77-91; Peter Hilsch, Bořiwoj von Swinaře als Landvogt im Elsaß. Zur königlichen Politik Wenzels gegenüber Straßburg und der elsässischen Landvogtei, in: Zeitschrift für württembergische Landesgeschichte 40 (1981), S. 436-451.

(65) 一三九六年八月にカールシュタインで発行された授権状はUR13, Nr. 358. 本文の二人に加えてバンベルク司教ランプレヒトにも授権され、彼ら三人ないし二人が解決にあたるべきこととされている。なお、UR13, Nr. 373, 375-377も参照。

(66) UR14, Nr. 81, "… fürbas mer ewiclich in seinen kreften bliben solle von allermeneglichen ungehindert …".

(67) UR14, Nr. 82; Xavier Mossmann (Ed.), Cartulaire de Mulhouse, Vol. 1, Strasbourg 1883, Nr. 410, "… vnd wollen das die egenanten von Mulhusen bey denselben vrteil vnd erkenntnusse bleiben sollen … ". なお、ミュールハウゼン市の裁判所については、Elke Herbsthofer, Die Gerichtsverfassung des Stadtgerichts von Mühlhausen im Elsaß im fünfzehnten Jahrhundert, (Diss. jur. Mainz, 1996).

(68) UR13, Nr. 6. 証書の一部の刊本として、Martin Wernli, Das kaiserliche Hofgericht in Zürich. Ein Beitrag zur spätmittelalterlichen Gerichtsbarkeit, (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 21), Zürich 1991, S. 233.

(69) Friedrich Battenberg, Die Gerichtsstandsprivilegien der deutschen Kaiser und Könige bis zum Jahre 1451, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 12), Teilbd. 2, Köln-Wien 1983 (以下 GSP, 2と略す), Nr. 799, "... das nyemant ... die burger daselbst gemeinlichen oder besunder, manne oder weibe, umb dheinerley werltliche sachen ... usswendig irer stat uff dhein lantgericht oder ander gericht ... nicht laden, furtreiben, ruffen, bekummern oder twingen sal oder mag.". 証書全体の刊本は、Emil E. Gutjahr, Die Urkunden deutscher Sprache in der Kanzlei Karls IV, Bd. 1, Urkundenanhang, Leipzig 1906, Nr. 22.

(70) ロットヴァイルのホーフ裁判所については、Hans Erich Feine, Die kaiserlichen Landgerichte in Schwaben im Spätmittelalter, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, (以下 ZRG GA と略す) 66 (1948), S. 148-235, S. 150-167 の他、田口、前掲（注1）(二)、（注120）で挙げられた文献を参照。チューリヒのホーフ裁判所については、M. Wernli, a. a. O.(注68)を参照。カール四世は一三六二年にチューリヒ市に対して、ロットヴァイルのホーフ裁判所と同様の諸権利を備えたラント裁判所の設立を認める特権状を与えた。もっとも、裁判所の活動が史料上で確認されるのは一三八三年以降である。その後の国王証書等による管轄の制限については、Ebenda, S. 110-114 を見よ。

(71) UR13, Nr. 142; H. Boos (Hg), a. a. O.(注47), Nr. 1003. 直近の裁判籍特権状として、一三七八年にヴェンツェルが発行した証書（一三五五年にカール四世が授与した特権状の確認）は GSP, 2, Nr. 839; H. Boos (Hg.), a. a. O.(注47), Nr. 748. また、ヴォルムス市に対してヴェルナー・コルト・フォン・リンブルク Werner Korth von Limburg らが請求を行っていたことを示す同年五月九日付の証書（UR13, Nr. 143; H. Boos (Hg.), a. a. O.(注47), Nr. 1005）も参照。

(72) UR14, Nr. 139. テュルクハイム市が得ていたカール四世の裁判籍特権状として、GSP, 2, Nr. 503, 580. このときの特権確認については、Auguste Scherlen, Geschichte der Stadt Türckheim, Türckheim 1925, S. 33 も参照。

(73) カール四世のもとでの宮廷裁判所による裁判籍特権の確認については、田口、前掲（注1）(二)、五頁以下を参照。

(74) UR13, Nr. 222.

(75) UR14, Nr. 79. 確認を知らせる、翌日付の、ローテンブルクの国王代官ディートリヒ・ヘッセ Dietrich Hesse に対する国

王の命令も参照。小印章が付されている。UR14, Nr. 80. この時期、ヴェンツェルとローテンブルク市との関係は、国王による租税要求のために緊張していた。L. Schnurrer, a. a. O.(注25), S. 700-712 を参照。

(76) UR11, Nr. 126; Monumenta Boica, Bd. 43, München 1876, Nr. 178. ヴェンツェルの証書は、Monumenta Boica, Bd. 43, Nr. 159.

(77) UR11, Nr. 138.

(78) UR12, Nr. 422. "... zeigt da ein abscherft die genomen vnd gezogen was vss des ... kunigs Canczly Register die von wort zu wort geschrieben stund vnd lutend ...". 裁判籍特権は GSP, 2, Nr. 947.

(79) UR14, Nr. 94. カール四世の特権状は、GSP, 2, Nr. 753. "... nisi dumtaxat coram nobis aut successoribus nostris Romanorum imperatoribus vel regibus seu iudice imperialis aut regalis curie teneatur seu debeat perpetuis temporibus conveniri ...".

(80) UR14, Nr. 95.

(81) UR14, Nr. 322. 確認された裁判籍特権は、GSP, 2, Nr. 748.

(82) UR14, Nr. 322, Anm. また、UR14, Nr. 26（ローテンブルクとヴュルツブルク司教）, 90（シュヴァインフルトとヴュルツブルク司教）; GSP, 2, Nr. 1058（国王ループレヒトによるヴィンズハイムのための裁判籍特権確認）も参照。

(83) UR12, Nr. 359.

(84) UR12, Nr. 346. この都市間紛争に関しては更に UR12, Nr. 317, 345, 443, 445 も参照。

(85) UR13, Nr. 128. 司教証書は、UR13, Nr. 113. また UR13, Nr. 112も参照。紛争に関して、更に UR13, Nr. 114, 115, 116, 142, 185, 190, 192, 212 も参照。

(86) UR11, Nr. 256. ここで確認されたバンベルク司教支配下の皇帝ラント裁判所については、H. E. Feine, a. a. O.(注70), S. 227.

(87) UR12, Nr. 211. この時期の司教ランプレヒトの動向については、J. Looshorn, a. a. O.(注31), S. 435.

(88) I. Hlaváček, a. a. O.(注16), S. 144 f.

(89) UR14, Nr. 97.

(90) UR11, Nr. 169. この一三七六年の証書は、更に古い一三一八年一二月の売却証書を引用するものであった。次の第二の

証書確認も含めて、H. Russ, a. a. O.(注26), S. 135 も参照。

(91) UR11, Nr. 170.

(92) UR11, Nr. 244.

(93) UR12, Nr. 284.

(94) UR13, Nr. 301. 保護者として、一般的な指定以外に、特にニュルンベルクのブルクグラーフ・フリードリヒ以下が指定されている。もとの宮廷裁判所証書は、UR11, Nr. 202.

(95) UR13, Nr. 302. 保護者指定に関しても、前注と同様である。もとの宮廷裁判所証書は、UR11, Nr. 206.

(96) UR13, Nr. 303. 一三八〇年代から九〇年代にかけてのトルエンディンゲン伯ヨハンのバンベルク司教ランプレヒトへの所領譲渡については、H. Russ, a. a. O.(注26), S. 133-139 を参照。また J. Looshorn, a. a. O.(注31), S. 373-381 も参照。

(97) UR14, Nr. 103.

(98) UR14, Nr. 104. 確認された国王証書は、UR13, Nr. 343.

(99) UR11, Nr. 390; Lazarus Carl von Wölckern (Hg.), Historia Norimbergensis Diplomatica, Nürnberg 1738, S. 470, Nr. 237. この事案については更に UR11, Nr. 403; L. C. von Wölckern (Hg), a. a. O., S. 471, Anm. も参照。

(100) フランケンのいわゆる皇帝ラント裁判所の一つで、ニュルンベルクのブルクグラーフの支配下にあったニュルンベルクのラント裁判所については、H. E. Feine, a. a. O.(注70), S. 220-223; Markus Twellenkamp, Die Burggrafen von Nürnberg und das deutsche Königtum (1273-1417), (Schriftenreihe des Stadtarchivs Nürnberg, Bd. 54), Nürnberg 1994, S. 175-192 の他、田口、前掲（注1）(三)、(注105) に掲げられた文献を参照。

(101) UR11, Nr. 1; Ernst Freiherr von und zu Aufsess (Hg.), Regesten des Geschlechts von und zu Aufseß, in: Vierteljahrsschrift für Heraldik, Sphragistik und Genealogie 15 (1887), Nr. 181. ラント裁判所の証書は Ebenda, Nr. 178. アルブレヒトが同じ件で獲得した別のラント裁判所判決（一三七六年一二月一七日付）は Ebenda, Nr. 179. この後一三七七年九月に、ニュルンベルクのラント裁判所は、アルブレヒトのために、被告らの財産に対して一万マルクの用益ゲヴェーレを認める決定を下した。Ebenda, Nr. 183. なお、皇帝カール四世に代わる裁判官ゲアラッハ・フォン・ホーエンローエは、一三七八年三月にニュルンベルクで、一三七六年一二月一七日および一三七七年九月のこれら二通のラント裁判所証書を、

挿入のうえ確認している。Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Karls IV. 1372-1378, (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 10), Köln u. a. 2014（以下 UR10と略す）, Nr. 477; E. Frhr. von und zu Aufsess (Hg), a. a. O., Nr. 187.

(102) カール四世とヴェンツェルのもとで長年にわたって宮廷裁判官ないし支配者に代わる裁判官として活動したテッシェン公プシェミスル、およびその他のシュレージェンの公たちの裁判官としての活動については、Peter Moraw, Das Mittelalter (bis 1469), in: Norbert Conrads (Hg), Deutsche Geschichte im Osten Europas. Schlesien, Berlin 1994, S. 37-176, S. 145-147.

(103) UR11, Nr. 75; Karl. Albrecht (Hg), Rappoltsteinisches Urkundenbuch. Bd. 2: 1364-1408, Colmar 1892, Nr. 181.

(104) K. Albrecht (Hg), a. a. O.(注103), Nr. 167.

(105) K. Albrecht (Hg), a. a. O.(注103), Nr. 170.

(106) この事案に関しては、ハプスブルク伯はまず宮廷裁判所で勝訴し、それに応じて国王が一三七九年二月にラポルトシュタインに対してアハトを科していた。UR11, Nr. 33; K. Albrecht (Hg), a. a. O.(注103), Nr. 164（証書には宮廷裁判所の印章を付す旨の文言がある）. 本文で扱った確認の後、国王はいったん事案をラポルトシュタインの封主であったブラバント公ヴェンツェルのもとへ回付し、一三八〇年六月にアハトを解除したが（UR11, Nr. 86; K. Albrecht (Hg), a. a. O.(注103), Nr. 184)、宮廷裁判所は一三八二年一〇月、ハプスブルク伯の訴えに応じて回付を無効とし、伯が得た判決が効力を保つべきであると決定した。UR11, Nr. 155, 156; K. Albrecht (Hg), a. a. O.(注103), Nr. 214, 215.

(107) UR11, Nr. 143.

(108) UR11, Nr. 179; R. Frhr. von Stillfried und T. Märcker (Hg), a. a. O.(注26), Nr. 119. この事案に関しては更に UR11, Nr. 129, 152, 153, 158, 169, 170 も参照。

(109) ニュルンベルクのブルクグラーフと国王ヴェンツェルとの関係については、M. Twellenkamp, a. a. O.(注100), S. 85-116. ブルクグラーフはヴェンツェルから多くの特権状を得たものの、カール四世期と比べると新たな重要な特権の授与はほとんどなく、従来からの特権の確認が多かった。

(110) UR11, Nr. 128; Johannes Adolph Schultes (Hg), Neue diplomatische Beiträge zur Fränkischen und Sächsischen

Geschichte, T. 1, Bayreuth 1792, S. 57 f., Nr. 14.

(111) UR11, Nr. 238.

(112) UR11, Nr. 382; R. v. Stillfried u. T. Märcker (Hg.), a. a. O.(注26), Nr. 192.

(113) UR11, Nr. 383.

(114) UR11, Nr. 384; R. v. Stillfried u. T. Märcker (Hg.), a. a. O.(注26), Nr. 190.

(115) UR11, Nr. 385; R. v. Stillfried u. T. Märcker (Hg.), a. a. O.(注26), Nr. 191.

(116) UR11, Nr. 386; R. v. Stillfried u. T. Märcker (Hg.), a. a. O.(注26), Nr. 193.

(117) UR12, Nr. 185; R. v. Stillfried u. T. Märcker (Hg.), a. a. O.(注26), Nr. 236. ラント裁判所証書は、Ebenda, Nr. 150.

(118) UR12, Nr. 311.

(119) UR12, Nr. 313.

(120) UR12, Nr. 314.

(121) UR12, Nr. 315. なお、写しとして残るUR12, Nr. 312 も参照。

(122) UR13, Nr. 104; R. v. Stillfried u. T. Märcker (Hg.), a. a. O.(注26), Nr. 308.

(123) UR12, Nr. 394; Christian Meyer (Hg.), Urkundenbuch der Stadt Augsburg, Bd. 2: Die Urkunden vom Jahre 1347 - 1399, Augsburg 1878, Nr. 774.

(124) UR13, Nr. 125.

(125) UR13, Nr. 319.

(126) UR13, Nr. 320.

(127) UR13, Nr. 321.

(128) UR14, Nr. 93.

(129) UR11, Nr. 389.

(130) UR11, Nr. 394.

(131) UR12, Nr. 203.

(132) UR12, Nr. 205.
(133) UR11, Nr. 389.
(134) UR12, Nr. 160.
(135) UR11, Nr. 381, "... vor des heiligen Reichs hofgerichte bestetigt ...". ただし、宮廷裁判所による確認証書自体は残っていない。いわゆる皇帝ラント裁判所の一つで、ヴュルツブルク司教の支配下にあったヴュルツブルクのラント裁判所については、H. E. Feine, a. a. O.(注70), S. 224-227; Friedrich Merzbacher, Iudicium Provinciale Ducatus Franconiae. Das Kaiserliche Landgericht des Herzogtums Franken - Würzburg im Spätmittelalter, München 1956 を参照。
(136) UR12, Nr. 405.
(137) UR14, Nr. 96.
(138) UR11, Nr. 193. オリジナルは残っていない。なお、この証書自体、ラント裁判官コンラート・フォン・ヒュルンハイム Konrad von Hürnheim が一三三三年八月に出した証書を挿入している。
(139) UR11, Nr. 12.
(140) UR11, Nr. 13. ヒルシュベルクのラント裁判所については、田口、前掲（注1）(三)、(注108) に挙げられた文献を参照。
(141) UR11, Nr. 30; Louis Demme, Nachrichten und Urkunden zur Chronik von Hersfeld, Bd. I: Bis 1618, Hersfeld 1891, S. 156, Beilage 42.
(142) UR10, Nr. 519; L. Demme, a. a. O.(注141), S. 151 ff., Beilage 40. なお、UR10, Nr. 520 も参照。修道院と市の対立については、L. Demme, a. a. O.(注141), S. 26-33.
(143) UR11, Nr. 180.
(144) UR11, Nr. 276; Valentin F. Gudenus, Sylloge I variorum diplomatariorum monumentorumque veterum ineditorum adhuc et res germanicas in primis vero Moguntinas illustrantium, Frankfurt a. M. 1728, S. 649 ff., Nr. 31.
(145) UR14, Nr. 6. 実際、ヴェンツェルは一月一六日にミュールハウゼンに対してアハトを宣告した。UR14, Nr. 9. なお、この時期のマイセン辺境伯（ヴェッティン家）については、さしあたり、Reiner Gross, Die Wettiner, Stuttgart 2007, S. 47-69 を参照。また、このときのテューリンゲン諸都市とマイセン辺境伯との対立については、Werner Mägdefrau, Der

Thüringer Städtebund im Mittelalter, Weimar 1977, S. 224 f. も参照。

(146) UR13, Nr. 53.

(147) UR12, Nr. 413.

(148) UR12, Nr. 450. この紛争については UR12, Nr. 258, 296 も参照。両当事者は一三九四年四月に暫定的に和解したが、国王ヴェンツェルは一三九八年一月にそれまでの判決をすべて無効とし、審理のやり直しを命じた。UR14, Nr. 142.

(149) UR11, Nr. 381.

(150) UR12, Nr. 289.

(151) UR12, Nr. 358; Privilegia et pacta(注63), S. 296-298. 認証された裁判籍特権状は、Friedrich Battenberg, Die Gerichtsstandsprivilegien der deutschen Kaiser und Könige bis zum Jahre 1451, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 12), Teilbd. 1, Köln-Wien 1983（以下 GSP, 1と略す), Nr. 126, 185, 541.

(152) UR12, Nr. 372.

(153) GSP, 2, Nr. 903.

(154) UR13, Nr. 123. 確認された裁判籍特権状は、GSP, 1, Nr. 632; GSP, 2, Nr. 945.

(155) UR13, Nr. 124. なお、クレットガウのラント裁判所については、H. E. Feine, a. a. O.(注70), S. 211 f. また、これらのライヒェナウ修道院のための特権確認については、Bernhard Diestelkamp, Vom einstufigen Gericht zur obersten Rechtsmittelinstanz. Die deutsche Königsgerichtsbarkeit und die Verdichtung der Reichsverfassung im Spätmittelalter, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 64), Köln u. a. 2014, S. 50 も参照。

(156) UR13, Nr. 127. 確認された宮廷裁判所証書は、Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Adolfs von Nassau, Albrechts I. von Habsburg, Heinrichs von Luxemburg : 1292-1313, (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs-und Hofgerichts, Bd. 4), Köln u.a. 1992, Nr. 457a.

(157) UR13, Nr. 150.

(158) GSP, 2, Nr. 963.

(159) UR13, Nr. 151.

(160) ヴェンツェルは、一三九三年一月に、カール四世の一三七四年の裁判席特権状を、コンスタンツのために確認している。GSP, 2, Nr. 955.
(161) UR13, Nr. 194. この件については、更にUR13, Nr. 201, 273を参照。前史としてUR11, Nr. 337, 344も見よ。
(162) UR14, Nr. 76. 確認された裁判籍特権状はGSP, 2, Nr. 980.
(163) UR14, Nr. 165. 確認されたカール四世の特権状はGSP, 1, Nr. 619.
(164) UR14, Nr. 166.
(165) UR14, Nr. 167. 確認されたカール四世の証書はGSP, 2, Nr. 795.
(166) UR14, Nr. 168. ケルン市との和解に関する国王証書はUR14, Nr. 4.
(167) UR14, Nr. 169.
(168) UR13, Nr. 105, 106, 107; Karl Gustav Schmidt (Hg.), Urkundenbuch der Stadt Göttingen, Bd. 1, (Urkundenbuch des historischen Vereins für Niedersachsen, Heft 6), Hannover 1863, Nr. 353; H. Sudendorf, a. a. O.(注59), Nr. 204, 202. 1のときの確認については、B. Diestelkamp, a. a. O.(注155), S. 49 ～参照。
(169) UR13, Nr. 108; H. Sudendorf, a. a. O.(注59), Nr. 205.
(170) UR13, Nr. 89; H. Sudendorf, a. a. O.(注59), Nr. 186.
(171) UR13, Nr. 109, 110; H. Sudendorf, a. a. O.(注59), Nr. 206, 207.
(172) UR13, Nr. 140.
(173) UR13, Nr. 168. この件については更にUR13, Nr. 139, 176も参照。ライニンゲン伯はゼルツの流通税徴収権をめぐってシュポンハイム伯と争っていた。
(174) UR12, Nr. 308.
(175) GSP, 1, Nr. 317.
(176) GSP, 2, Nr. 773.
(177) UR12, Nr. 309.
(178) UR13, Nr. 289.

(179) UR11, Nr. 298. 司教のもとでの判決はスヴェーダー勝訴であったが、ダームは納得しなかった。この紛争に関しては、更にUR11, Nr. 351, 366, 373も参照。

(180) UR13, Nr. 276; Carl Beyer (Bearb.), Urkundenbuch der Stadt Erfurt, Teil 2, (Geschichtsquellen der Provinz Sachsen und angrenzender Gebiete, Bd. 24), Halle 1897, Nr. 1079. もっとも、この当時、エアフルトとラントフリーデとの関係は既に修復されていた。UR13, Nr. 276, Anm. 2. この件については、更に、UR13, Nr. 226, 242, 290, 380, 386; UR14, Nr. 7, 8, 10, 72, 73を参照。

(181) UR13, Nr. 141; C. Beyer (Bearb.), a. a. O.(注180), Nr. 1046.

(182) この件について市は、一三九三年四月に宮廷裁判所へ召喚されていたが（UR13, Nr. 68; C. Beyer (Bearb.), a. a. O.(注180), Nr. 1033)、一三九三年八月に国王自身が宮廷裁判所印章付きの証書で事件をエアフルトの裁判所へ回していた。UR13, Nr. 91; C. Beyer (Bearb.), a. a. O.(注180), Nr. 1040.

(183) UR14, Nr. 306.

(184) UR14, Nr. 154（一三九八年一月一九日）.

本稿は科学研究費補助金（課題番号：16H03535）による研究成果の一部である。

論　説

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（一）

――国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から――

津田智成

目　次

序章：本稿の問題意識――役務のフォート認定の基準と方法――
第一節：これまでの研究の到達点と残存する課題

第二節：本稿の分析手法と構成
第一章：役務のフォートの判断基準としての義務違反
第二章：役務のフォートの類型論
第三章：役務のフォートの評価方法
第四章：結果債務理論
終章：総括――役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件――（以上、本号）

序章：本稿の問題意識――役務のフォート認定の基準と方法――

本稿は、フランス国家賠償責任法における原則的責任要件である「役務のフォート（faute de service）」概念の実体法的研究、主に役務のフォート認定の基準と方法に関する研究を行わんとするものである。

まず、本章では、これまでの研究の到達点と残存する課題を明確にした上で（第一節）、本稿の分析手法と構成を具体的に示すことにより（第二節）、その問題意識を明らかにすることとしたい。

第一節：これまでの研究の到達点と残存する課題

筆者は、先に「フランス国家賠償責任法の規範構造――『役務のフォート』理論を中心に――[1]」と題する論稿（以下、「前稿」という。）において、近年の我が国の判例における「過失の客観化」や「組織的過失」といった法解釈の出現に

より代位責任的法律構成が抱える問題点が表面化していること、そして、かかる法解釈が「役務のフォート」理論と軌を一にするものであることを端緒として[2]、当該理論を中心にフランス国家賠償責任法の規範構造について体系的かつ基礎理論的な研究を行った。そこで解明した点及びそこから得られた示唆に基づく主張は、大要以下のようにまとめることができる。

一　前稿の主旨

第一に解明した点は、役務のフォート概念の起源と役務のフォートによる賠償責任の規範構造である[3]。まず前者については、原初的には裁判管轄の分配の観点から個人的フォート概念の対概念として誕生した役務のフォート概念が、その対比構造の下で公務員と国家の間の実体的な責任分配の観点から公務員個人に帰せしめられないフォートとして性格づけられたという歴史的沿革を紹介した。また後者については、役務のフォートによる賠償責任が自己責任規範であり、役務のフォート概念が「匿名的性格（caractère anonyme）」及び「直接的性格（caractère direct）」を有していることを明らかにした。すなわち、役務のフォートによる賠償責任は、法律構成上、公務員個人のフォートないし賠償責任を前提とせず、組織体である公法人が自身のフォートに基づき賠償責任を負う自己責任規範なのである。この役務のフォートによる賠償責任が成立する場合には、公務員個人は被害者に対しても国家に対しても一切の賠償責任あるいは求償責任を負わないこととされている。つまり、役務のフォート概念は、その認定及び賠償責任の法的効果の次元において公務員個人の法人格が捨象されるという意味において「匿名的性格」を有しており、その結果、役務のフォートが公務員個人を介することなく直接的に公役務ないし公法人に帰せしめられ、法律構成上、公法人が役務のフォートの行為主体としてみなされるという意味において「直接的性格」を有しているのである。

以上のような役務のフォート理論には、少なくとも以下の三つの意義がある。現代行政においては法律行為にせよ事実行為にせよ公役務の多くが組織的に運営されていることから、加害行為の主体である公務員の特定が実際上困難であることはもちろん、公務員個人にフォートを帰責することが理論的に困難である場合も少なくない。したがって、多くの場合、代位責任的法律構成よりも自己責任的法律構成の方が、公役務の運営の実態に適合的であり、論理的に整合的なフォートの認定を可能ならしめる（理論的意義）。また、右のような公役務の運営の実態に鑑みれば、多くの場合、代位責任的法律構成をとることにより被害者に公務員個人のフォートの立証を要求することは不合理であるところ、役務のフォート理論によれば、公務員個人のフォートの立証を要することなく、「役務の運営及び組織における瑕疵」、「公役務の悪しき運営」、「公役務の瑕疵ある運営」といった客観的な事実状態により役務のフォートが認定されることから、右のような不合理な立証から被害者を免れさせることができる（実践的意義）。さらに、かかる法解釈は、代位責任的法律構成による場合と比較して組織的なフォートが看過されるおそれを相対的に軽減しうる点において、役務のフォート概念が有する適法性統制機能や将来におけるフォートの抑止機能を実効的に働かせることを可能ならしめうる（機能的意義）。

第二に解明した点は、フランス国家賠償責任法における代位責任規範の形成と発展の過程である[4]。フランスにおいては、一人又は複数の公務員の加害行為は、多くの場合、役務のフォートとして認定されることとなるが、当該行為が故意に犯された場合や義務違反の程度が極めて重大であった場合などには「個人的フォート（faute personnelle）」として認定されることがある[5]。現在のフランス行政法学において、この個人的フォートは、職務（の執行）ないし役務から切り離しうるフォートとして定義されており、そこでいう切り離しうるか否かという切断可能性は、公役務との物理的関連性（時間的関連性や場所的関連性）並びに加害行為の主観的態様（故意や個人的利益の追求）及び客観的態様（義

務違反の程度の重大性）を総合的に考慮することにより判断されている。この個人的フォートが認定された場合には、被害者は、司法裁判所において民法上の諸規範の下で公務員個人に対して直接的に損害賠償請求を行うことができる。フランスの裁判所は、一九世紀末から二〇世紀の冒頭にかけて、この個人的フォートによって損害を被った被害者については、その損害の賠償を加害公務員にしか請求することができないという解釈を行っていた。もっとも、その後の判例の発展により現在のフランス国家賠償責任法においては、役務のフォートが存在しない場合であっても公務員の個人的フォートと役務との関連性に応じて国又は公共団体の賠償責任が成立しうることが認められている。その過程においては、自己責任的法律構成に拘泥することにより、実際にはもっぱら公務員個人に帰せしめるべきフォートについて解釈論上やや無理をしてでも役務のフォートを認定しようとするような法解釈がなされることもあったが、個人的フォートが「役務の中で又は役務の際に」犯されたことのみをもって又は「役務と全く関連がないわけではない」ことのみをもって国家賠償責任を認めるというような形で純粋な代位責任的法律構成が形成されたことにより、このような法解釈の歪みは是正されることとなった。

かくして、筆者は、以上のようなフランス国家賠償責任法の規範構造についての比較法研究から得られる示唆として、我が国の国家賠償法においては判例が依然として純粋な代位責任的法律構成の適用に固執しているところがあり組織的な過失ないし違法行為が看過されるおそれがあることから、代位責任規範における組織的な観点からの過失・違法性判断を徹底すべきであることを主張し、また試論的にではあるが自己責任的法律構成の可能性についても論じた。そして、その上で、現代国家においては、行政の担う任務が増大し国家賠償責任の類型も多様化していることから、あらゆる国家賠償責任を自己責任規範と代位責任規範のどちらか一方のみにより理論的かつ整合的に説明することが困難になってきているところ、日仏両国における国家賠償法の展開は、今日、自己責任規範と代位責任規範が相互排他的な関係とし

てではなく相互に補完し合い両立・共存しうる関係として捉えられるべきであることを示唆しているのではないか、と結論づけたのである。(6)

二　フランス国家賠償責任法の全体像

また、前稿では、以上のような主題に当たる研究、すなわちフランス国家賠償責任法における自己責任規範と代位責任規範の形成過程及び規範構造についての研究に加えて、その前提として役務のフォート概念の基本的性格及び法的位置づけに関する副次的な研究も行った。当該研究は、現在のフランス国家賠償責任法の全体像を素描するものであったといえる。ここでは、本稿における研究の対象及びその位置づけを明確にするために、かかる前稿における研究を振り返ることによりフランス国家賠償責任法の全体像を確認しておくこととしたい。

1　フォートによる賠償責任――そもそも、フランスには日本の国家賠償法一条及び二条のような国家賠償責任に関する一般的な明文規定というものは存在しない。つまり、フランス国家賠償責任法はもっぱら〝判例法〟なのである。そこには、大きく分けて二つの責任規範が存在する。すなわち、一つは「フォートによる賠償責任（responsabilité pour faute）」であり、もう一つは「フォートによらない賠償責任（responsabilité sans faute）」である。これらは、我が国でいうところの「過失責任」と「無過失責任」に対応するものであるといえる。

この二つの責任規範の内、フランス国家賠償責任法において原則的責任規範として位置づけられているのは、前者のフォートによる賠償責任である。ここでいう「フォート」は基本的に「役務のフォート」を指す。この役務のフォートの法的性格については前述のとおりである。前稿では、この責任規範に関して、①役務のフォートはどのように定義されているのか、②「役務のフォート」と「違法性」はいかなる関係にあるのか、③我が国でいうところの「重過失」に

相当する「重大なフォート」はいかなる範囲において適用されているのか、といった問題を検討した。この内、①の問題は本稿の主題と密接に関連する問題であり、続く第一章で詳しく論じていることから、ここでは①の問題については省略し、もっぱら②と③の問題についてのみ簡単に紹介することとしたい。

まず、②の「役務のフォート」と「違法性（illégalité）」がいかなる関係にあるのか、という問題は、具体的には、我が国の取消訴訟に相当する越権訴訟において違法であるとして取り消された行政決定が、国家賠償請求訴訟において役務のフォートを構成するか、という問題である。(7) ここでは結論だけを述べると、現在の判例及び学説においては、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼが一般的規範として認められているといえる。ただし、違法性により構成されるフォートが、常に、賠償責任を生ぜしめる性質を有するわけではなく、あるいは賠償責任を生ぜしめうるわけではない。なぜなら、現在の学説及び判例においては、賠償責任を生ぜしめる性質のフォートあるいは賠償責任を生ぜしめうるフォートとして認められるためには、違法性ないしそれにより構成されるフォートが損害を生ぜしめたことが要求されているからである。つまり、違法性はいかなるものであってもフォートを構成するのであるが、そのフォートが賠償責任を生ぜしめる性質のフォートあるいは賠償責任を生ぜしめうるフォートとして認められるためには、賠償されるべき損害と、違法性ないしフォート――加害行為ではない――と損害の間の因果関係が存在することが必要なのである。特に、フランス国家賠償責任法においては、「違法な行政決定が実体的に正当化される場合」には国家賠償請求が棄却されるという特殊な法解釈が判例法理として確立されており、そこでは被害者に金銭的な賠償を与えるべきか否かといった損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整が、もっぱら損害又は因果関係――違法性ないしフォートと損害の間の因果関係――の次元においてなされている。

次に、③の重大なフォートの問題について紹介する。(8) そもそも、役務のフォートは、原則として、たとえそれが軽微

なものであったとしても国又は公共団体の賠償責任を生ぜしめる性質を有する。もっとも、例外的に、特定の役務が問題となる場合には、当該役務に伴う困難性や当該役務が有する特殊性等に鑑みて、賠償責任の成立のために役務のフォートについて一定程度の重大性が要求される場合がある。フランス国家賠償責任法においては、一般的に、このようなフォートは「重大なフォート（faute lourde）」と呼ばれ、これと対置させる形で通常のフォートは「単純なフォート（faute simple）」と呼ばれている。もっとも、現在の判例においては、その伝統的な適用領域であった租税役務において重大なフォートの要件が放棄されるなど、その適用範囲は限りなく縮小しており極めて限定的なものとなっている。具体的には、その適用の有無について争いのある警察役務を除くと、監督行政役務と裁判役務に部分的に適用されているのみである。つまり、今日のフランス国家賠償責任法においては、重大な役務のフォートが例外的責任要件として、単純な役務のフォートが原則的責任要件として位置づけられているのである。このことから、一般的に、フランス国家賠償責任法において単に「役務のフォート」という場合、それは「単純な役務のフォート」を指すものとして解される。

2　フォートによらない賠償責任[9]――以上のようなフォートによる賠償責任と対置される、後者のフォートによらない賠償責任とは、文字どおり、フォートを国家賠償責任の成立要件としない賠償責任であり、主に「リスク（risque）」又は「公的負担の前の平等の破綻（rupture de l'égalité devant les charges publiques）」という観念に直接的に基づいて認められる責任規範である。このフォートによらない賠償責任は、伝統的に「リスクによる賠償責任」と「公的負担の前の平等の破綻による賠償責任」という二つの責任類型を含むものとして解されてきたが、近年の判例においては、こうした伝統的な責任類型には含まれない新たな責任類型が出現しているといわれている。その一つが、「監護（garde）概念に基づく賠償責任」である。これは、再教育や育成扶助のために裁判所の処分等により公法人の監護下に置かれた犯罪少年や要保護少年によって生ぜしめられた損害について、当該公法人が賠償責任を負うものである。もう一つは、「国

際条約に違反する法律に起因する国の賠償責任」である。これは、問題となる法律が国際条約に違反しているという客観的な事実のみに基づき認められる賠償責任である。

3　個人的フォートに起因する国家賠償責任[10]――なお、フランス国家賠償責任法においては、以上の責任規範に加えて、前述の公務員の個人的フォートに起因する国家賠償責任、具体的には、①個人的フォートと競合する役務のフォートによる賠償責任、②役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任、③役務の外側で犯されたものであるが役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任が存在する。まず、①の責任規範は、二つに区別される所為が、それぞれ役務のフォートと個人的フォートを構成し、それらが競合して一つの損害を生ぜしめたとみなされる場合に認められる「フォートの競合（cumul des fautes）」と呼ばれる原理に基礎を置くものである。この責任規範は、あくまで役務のフォートに基づくものであることから、責任要件の次元においては自己責任規範たる役務のフォートによる賠償責任であるといえる。また、かかる場合には、原則として国家は公務員に対して賠償金の全額について求償権を行使することができず、各々のフォートの存在と重大性に応じて最終的な負担が決せられることとされている。次に、②の責任規範は、公務員個人の賠償責任を生ぜしめる個人的フォートを構成する所為について同時に国家賠償責任を認める「賠償責任の競合（cumul des responsabilités）」と呼ばれる原理に基礎を置くものである。現存するこの責任規範は、個人的フォートを構成する所為がもっぱら役務の中で又は役務の際に犯されたことのみをもって認められる「役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任」である。この場合には、被害者は当該個人的フォートを犯した公務員個人に直接的に損害賠償請求を行うこともでき、国家から公務員に対する全額の求償が認められていることから、少なくとも法的効果の次元においては代位責任的法律構成を採用しているものと考えられる。さらに、③の責任規範は、個人的フォートが役務の外側で犯された場合にも、それが役務と全く関連がないわけ

ではない場合には国家賠償責任を認めるというものである。この場合にも、被害者は当該個人的フォートを犯した公務員個人に直接的に損害賠償請求を行うことができ、国家から公務員に対する全額の求償が認められている。この責任規範については、責任要件の次元においても法的効果の次元においても代位責任規範であるということができる。ただし、この責任規範は、今日、役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートに適用されることもあり、②と③の責任規範の区別は相対的になっているように思われる。

以上の内、本稿が対象とするのは、もっぱら役務のフォートによる賠償責任であり、付随的に役務のフォートと違法性の関係の問題も扱うこととする。

三　本稿の課題

以上のように、前稿は、フランス国家賠償責任法の規範構造、具体的には主にフランス国家賠償責任法における自己責任規範と代位責任規範の形成過程及び規範構造を解明することを試みた基礎理論的な研究であり、役務のフォート概念の実体については抽象的な研究にとどまっているところも少なくない。すなわち、前稿では、役務のフォート認定の基準と方法、つまり、判例上、役務のフォートがどのような基準の下で判断されているのか、また行政に課せられる義務がどのように確定され、その義務に対する違反がどのように認定されているのか、さらには役務のフォートがどのように評価されているのか、といった問題についての具体的な研究が十分になされていなかったのである。かかる役務のフォート概念の実体法的研究は、前稿では必ずしも十分に明らかにすることができなかった役務のフォート概念と我が国の国家賠償法一条一項の諸要件との関係を解明することを可能ならしめるのではないかと思われる。本稿の問題関心は、まさにかかる点にある。要するに、本稿は、基本的に前稿の延長線上に位置づけられるものであり、その主たる課

題は、以上に述べてきた前稿で解明した点及びそこから得られた示唆に基づく主張を右のような実体法的研究により敷衍し、それによって役務のフォート概念と我が国の国家賠償法一条一項の諸要件とがいかなる関係にあるのか、を明らかにすることにあるといえる。以下では、さらに、この課題を具体的な形で示すこととしたい。

そもそも、日仏の国家賠償法理は、法形式（成文法か判例法か）、国家賠償責任の性質（原則的責任規範が代位責任規範か自己責任規範か）、要件構成（責任要件が故意又は過失と違法性に分化しているか役務のフォートに統合されているか）といったさまざまな点で根本的な差異が存することから、両国の法解釈を単純に比較することは容易ではない。そこで、本稿においては、特に我が国における「行為不法」と「結果不法」という分析枠組みを比較法研究のための媒体ないし端緒とすることにより、先に述べたような役務のフォート認定の基準と方法に関する研究を試みることとしたい。

まずは、この分析枠組みについて簡単に整理を行うこととする。我が国の行政法においては、国家賠償法一条一項の「違法性」概念に関する学説として、①「行為不法説」、②「結果不法説」、③「相関関係説」という三つの見解が存在する[11]。各見解に対する学説の理解は必ずしも一様ではないが、最大公約数的な理解としては、①法律による行政の原理に忠実であろうとする立場から「侵害行為の態様の観点から違法性を認定する」ものを行為不法説、②国家賠償制度の被害者救済機能を重要視する立場から「被侵害法益の観点から違法性を認定する」ものを結果不法説、③折衷説的な立場から「侵害行為の態様と被侵害法益の双方を違法性判断において勘案する」ものを相関関係説と解することができる[12][13]。もっとも、神橋一彦教授が、「結果不法説（的な考え方）」[14]〔傍点筆者〕という表現を用い、また「……国家賠償の場合、違法な行政活動に起因して生じた損害に対する賠償であり、適法な行政活動に起因して生じた損失を補償する損失補償との区別があるので、まったく行為不法説的な見方をやめて完全に結果不法説的な立場に立つことには無理がある。したがって、結果不法説的な立場を国賠法一条の責任において採るとしても、行為不法的な見方（原因たる行為

の違法性）を補完する形（一種の相関関係説的な形）で論じられることになるであろう」[15]という指摘をなされていることからもわかるように、現在の我が国の行政法学においては、その理論的な問題点から「権利（法益）侵害ないし損害発生即違法」という「純粋な意味での結果不法説」を唱える論者はほとんど存在せず、実質的には「行為不法説的解釈」と「結果不法説的解釈（相関関係説）」[16]とが対置されている状況にあるのではないかと考えられる[17]。実際、例えば芝池義一教授は、「国家賠償法一条一項の違法性については、大別すると行為違法説と結果違法説とがある」[18]とされた上で、後者の「結果違法説」[19]について「……「加害行為の性質・態様と被害の種類・内容を相関的に考慮して」違法性を判断するという説である。相関関係説とも呼ばれる」[20]という説明をなされている。そして、その上で「結果違法説には、被害という結果のみから違法性を判断する説（純粋結果違法説）も考えられるが、国家賠償法の世界では、「公権力の行使の違法性」が要件になっているので、この純粋結果違法説は成り立たないだろう」[21]と述べられている。ただし、芝池教授は、基本的には行為不法説を支持されつつも、特に法規範に対する違背の意味での違法性の有無を一義的に判断できない場合には、国家賠償の被害者救済機能に照らし被害の重大性から国家賠償法上の違法性を認定しうることもあるとして、補完的にではあるものの結果不法説にいうところの違法性が妥当する余地があると指摘されている[22]。

以上のような観点から見た場合、フランス国家賠償責任法においては、役務のフォートの認定に当たっては基本的に公役務の運営ないし行政主体の行為の態様に着目した行為不法説的解釈が行われているといえる。すなわち、役務のフォートは、第一章で検討するように、原則として「義務違反」ないし「行為規範違反」から構成されるものなのである。反対に、役務のフォートが被侵害法益の観点から認定されるということは、ほとんどない。フランス国家賠償責任法において、このように「行為」ではなく「結果」に着目した判断がなされるのは、主に前述の「フォートによらない賠償責任」の領域であるといえる。このことは、我が国において、結果不法説的な立場を徹底すると「被害者の側から

すれば、侵害行為の適法違法は重要でなく、国家賠償と損失補償の相違も相対化され、さらには、両者は統一融合化されるべきことにもなりうる」[23]と指摘されていることと無関係ではないだろう。

もっとも、役務のフォートによる賠償責任に関する判例の中には、明示的にせよ黙示的にせよ、被侵害法益ないし損害の性質や重大性を考慮しているように思われる判決も存在する。以上のことを明確に指摘しているのが、Didier Truchet である[24]。すなわち、Truchet は、その教科書において、役務のフォートの認定に当たって考慮される要素として、①行政主体の行為と法規定の遵守、②当該行為を取り巻く事実状況、③損害の性質と重大性、④被害者の態度、どのように行政活動がなされるかについての被害者の認識の程度、フォート及びその結果に対する被害者の防御能力を挙げているのである。そして、特に③の考慮要素については、異常な損害は役務のフォートの存在が明確でない場合であっても裁判官をして当該フォートの存在が証明されたものとして考えるよう促すのだと敷衍している。ここで注目すべきは、Truchet が、①と②を〝主要な〟考慮要素として位置づけ、とりわけ「行政主体の行為」という要素の考慮を「当然（bien sûr）」のものとしていること、さらに③と④の考慮要素について「裁判官が、その判決の理由中に当該諸要素を登場させることに抵抗を示している」と述べている点である。つまり、この Truchet の整理は、役務のフォートが原則として行為不法的な観点から判断されているものの、例外的に結果不法的な観点から判断されうることを示唆しているのである。

実際、役務のフォートによる賠償責任に関する判例を概観すると、右のような諸要素を考慮することにより、一見すると義務違反ないし行為規範違反が存在しないように思われる場合に役務のフォートを推認しているかのように見える判決や、行政に課せられる義務ないし行為規範を高度化するような解釈を行っている判決が存在することがわかる。具体的に言えば、例えば、被侵害法益が重要なものである場合には、その他の法益が問題となる場合よりも高度な義務な

いし行為規範が行政主体に課せられることがありうるのである。さらに、近年の一部の判決においては、このような義務ないし行為規範の高度化が極限まで進められることにより「結果債務（obligation de résultat）」としての義務が行政主体に課せられるまでになっている。この「結果債務」が行政主体に課せられる場合、実現されるべき結果が実現されていないこと、例えば、法令上保障されている権利が保障されていないという事実から直截的に役務のフォートが認定されることとなる。つまり、そこでは、実質的に「権利侵害ないし損害発生即役務のフォート」という純粋な意味での結果不法説的解釈に通ずる解釈が行われているように見えるのである。

以上のことから本稿の課題をまとめると、本稿は、前稿で解明した点及びそこから得られた示唆に基づく主張を敷衍し、それによって役務のフォート概念と我が国の国家賠償法一条一項の諸要件との関係を明らかにするために、「行為不法」と「結果不法」という分析枠組みを比較法研究のための媒体ないし端緒とすることにより、役務のフォート認定の基準と方法を解明することを課題とするものであるといえる。具体的には、役務のフォートがどのような基準の下で判断されているのか、また行政に課せられる義務がどのように確定され、その義務に対する違反がどのように認定されているのか、さらには役務のフォートがどのように評価されているのか、すなわち役務のフォートの評価に当たって考慮されている要素がいかなるものであり、当該考慮要素がどのように機能しているのか、そして前述の「結果債務理論」とはいかなるものであり、いかなる場合に行政に課せられているのか、といった問題について分析を行う。先に述べたように日仏の国家賠償法理はさまざまな点で根本的な差異が存することから、その要件論に関する両国の法解釈を安直に等置することはできず、以上のような役務のフォート概念の実体法的研究から直截的に有益な示唆を得ることは困難である。しかしながら、以上のような本稿における研究により、「義務違反」という共通項を有する、フランスにおける役務のフォート概念と我が国の国家賠償法一条一項の諸要件との関係を明らかにし、我が国の国家賠償法が抱える解

釈論上の諸問題――特に、その議論の中心にある「違法性」要件をいかに解するべきかという問題[25]――に関して何らかの新たな分析の視角を提供しうるのではないかと思われる。

第二節：本稿の分析手法と構成

本稿の主題は、まさに以上のような役務のフォート認定の基準と方法に関する研究である。フランス国家賠償責任法が判例法であることからすれば、その主たる研究対象はコンセイユ・デタの判例であるべきだろう。もっとも、役務のフォートによる賠償責任に関する判例は無数に存在することから、それをすべて網羅的に渉猟するということは不可能であり、かと言って、それを闇雲に取り上げるのも生産的ではない。そこで問題となるのは本稿における分析の手法である。最も有効なのは学説における分析を参考にすることであると考えられるが、フランス行政法学においては、特定の公役務の類型に着目した分析こそ判例評釈を中心に見られるものの、本稿が目的とするような役務のフォート概念に関する公役務横断的な実体法的研究は必ずしも多くない[26]。このことを明らかにするために、以下では簡単に、役務のフォート概念を主たるテーマとして、あるいは少なくとも付随的なテーマとして取り扱った研究を著名なものを中心に概観してみることとしたい。

一　フランス行政法学における役務のフォート概念の研究史

まず二〇世紀冒頭から前半にかけては、役務のフォート概念を、その対概念である個人的フォート概念との関係において、あるいは民法上のフォート概念との関係において論じたものが多かった。その例としては、役務のフォート

理論を最初に体系化したと評される Maurice Hauriou による《Tomaso Grecco 判決》及び《Auxerre 判決》の評釈（一九〇五年）[27]をはじめとして、Henri Dupeyroux の『個人的フォートと公役務のフォート：行政と公務員の賠償責任についての判例研究』[28]（一九二二年）、Paul Duez の『公権力の賠償責任』[29]（一九二七年）、Roger Bonnard による《Garcin 判決》の評釈[30]（一九三一年）、Jacques Defrenois の『公役務のフォート』[31]（一九三七年）等が挙げられる。そこでは、個人的フォート概念との関係において役務のフォート概念の輪郭が明確にされ、また特に前述のような「匿名的性格」及び「直接的性格」が強調されることにより、民法上のフォート概念との関係における役務のフォート概念の「自律的性格」が明らかにされることとなった。

これに対して、戦後、二〇世紀中葉には、役務のフォートと民法上のフォート（ひいては公法上の賠償責任と私法上の賠償責任）とが多くの点で共通点を有していることが明らかにされ、後者に対する前者の自律性の相対化が試みられるようになった。代表的なものとして、Charles Eisenmann の「公法人（公共団体）の契約外の賠償責任に関する仕組みの独自性の程度について」[32]（一九四九年）、Gérard Cornu の『私法上の不法行為責任と公法上の不法行為責任の比較研究』[33]（一九五一年）、René Chapus の『公法上の賠償責任と私法上の賠償責任：行政判例と司法判例の相互作用』[34]（一九五四年）等が挙げられる。かかる試みは、判例実証主義的性格を色濃く帯びるフランス行政法学にあって判例の実態とそぐわないところもあったことから、その試みのすべてが成功したわけではないが、公法上の責任規範と私法上の責任規範の少なからぬ共通点を明らかにした点、また本稿との関連で言うならば、「役務の運営及び組織における瑕疵」、「公役務の瑕疵ある運営」、「公役務の機能不全」といった定義によって覆い隠されていた役務のフォート概念の「義務違反」という本質的性格に改めて視線を向けさせた点には大きな功績があるように思われる。

役務のフォート概念に関する研究は、以上のような個人的フォート概念及び民法上のフォート概念との関係という基

礎理論的な研究を経て、次のフェーズ、すなわち、本稿が目的とするような役務のフォート認定の基準と方法に関する研究へと発展することとなった。具体的には、一九七〇年代後半に、Laurent Richer が、『コンセイユ・デタの判例における公役務のフォート』[35]（一九七八年）において、量的には必ずしも多くないものの、役務のフォートの「義務違反」としての性格に着目し、その「義務」の内容及び存在について具体的な判例分析を行っている[36]。

そして、その数年後、Michel Paillet が、著名な「公法叢書（Bibliothèque de droit public）」シリーズにおいて、『フランス行政法における公役務のフォート』[37]（一九八〇年）と題するテーズを公表している。Paillet は、このテーズにおいて、役務のフォート概念に関する判例の実態からさかのぼって理論的な説明に至るという帰納法的分析を採用し[38]、第一部で役務のフォート概念が判例上どのように現れているのかを把握した上で、第二部で役務のフォート理論の体系化ないし再構築を試みるという形で論旨を展開している。その序文において Jean-Marie Auby によって「一種の公役務のフォートの体系書（une sorte de traité de la faute du service public）」と称された本書は、役務のフォート概念の全体像、すなわち、その起源、法的性格、民法上のフォート概念との関係における真の自律性、評価方法、基準、類型論及び行政義務の具体的内容等を包括的に論じており、フランス行政法学史上最も総合的な役務のフォート概念に関する研究書であるといえる。

もっとも、その後は、Maryse Deguergue のフランス行政賠償責任法の形成過程の研究を主題とする『行政賠償責任法の形成における判例と学説』[39]（一九九四年）というテーズにおいて、また、Benoît Delaunay の役務のフォート概念の機能的分析を主題とする『行政のフォート』[40]（二〇〇七年）というテーズにおいて、それぞれ若干の分析が行われたことを除くと、管見の限り、本稿が目的とするような役務のフォート認定の基準と方法に関する研究はほとんど行われていない。

ただし、ここで看過してはならないのは、Paillet がその後『行政賠償責任』[41]（一九九六年）と題する教科書の中で「役務のフォート」概念について相当の頁を割いているということ、また近年フランスにおける最も本格的な法律百科事典である Juris-classeur シリーズにおいて「役務のフォート：概念」という項目[42]（二〇〇八年）を担当し[43]、そこで右のテーズを基にそれを発展させる形で役務のフォート概念に関する詳細な解説を行っているということである。

以上の研究の内、本稿の関心に最も近い研究を行っているのが Paillet の研究であることは多言を要しないであろう。そこで、本稿では、主に右の Paillet のテーズ（以下、「一九八〇年のテーズ」という。）、教科書（以下、「一九九六年の教科書」という。）及び Juris-classeur の論文（以下、「二〇〇八年の論文」という。）における役務のフォート概念に関する分析枠組みを参考にしつつ、それに関連する判例を検討ないし整理することを通して、前述の課題に取り組むこととしたい。具体的には、以下のような構成に沿って研究を進めていく。

二　本稿の構成

まず、第一章においては、前提的な研究として、前述のような役務のフォート判断の行為不法的側面及び結果不法的側面を明らかにするために、役務のフォートの判断基準という基本的な問題について検討することにより、その原則的な基準が「義務違反」概念にあることを確認する（第一節）。ただ、役務のフォートが原則として行為態様の観点から評価され「義務違反」により構成されるものであるというだけでは、役務のフォートの判断基準を明確に理解するには不十分であるように思われる。そこで、この「義務違反」概念について、その違反が役務のフォートを構成する「義務」がどのようにして確定されるのか、その確定のための基準がいかなるものであるのか、を解明することとしたい（第二節）。

次に、第二章では、前章における研究を具体的な形で実証するために、以上のように「義務違反」という判断基準の

下で語られる役務のフォートがいかにして認定されているのか、を個々の判例に沿って明らかにする。ただ、無数に存在する役務のフォートに関する判例を闇雲に取り上げるのではかえってその実体が不明確になりかねない。そこで、本章では、極めて多様な形態をとる役務のフォートの実体を体系的に把握するために、学説における類型論、とりわけ役務のフォートを抽象的に類型化した「論理的類型論」（第一節）と具体的に類型化した「経験的類型論」（第二節）に沿って判例を紹介していくこととしたい。

そして、第三章においては、前章で示したさまざまな形態をとる役務のフォートに関する個々の判例に共通する評価方法を明らかにすること、言い換えれば、役務のフォートの評価方法に関する一般理論を探求することを試みる。すなわち、役務のフォートの評価方法について、特に「具体的評価」（第一節）と「抽象的評価」（第二節）という分析枠組みに着目することにより、役務のフォートがどのように評価されているのか、具体的には、そこではどのような要素が考慮されているのか、また当該考慮要素は行政に課せられる義務ないし行為規範の措定に当たってどのような機能を果たしているのか、を分析することとしたい。

最後に、第四章においては、前章で検討した「抽象的評価」と「結果債務理論」との連続性を端緒として、前述の「結果債務」概念がいかなるものであり、また、いかなる場合に行政に課せられているのか、を解明することを試みる。具体的には、特に不作為責任の領域において行政に課せられる義務の範囲を分析する枠組みとして用いられている「手段債務（obligation de moyens）」（第一節）と「結果債務（obligation de résultat）」（第二節）という対比に着目することにより、これらの義務が問題になったと解されている判例を具体的に検討していくこととしたい。(44)

【凡例】略語一覧

A.J.D.A. : Actualité juridique-Droit administratif.
Ass. : Assemblée du Contentieux.
C.A.A. : Cour administrative d'appel.
Cass. : Cour de cassation.
C.E. : Conseil d'État.
chron. : chronique.
Civ. : Chambres civiles de la Cour de cassation.
concl. : Conclusions.
D. : Recueil Dalloz.
D.A. : Droit administratif.
E.D.C.E. : Études et Documents du Conseil d'État.
fasc. : Fascicule.
J.-Cl. A. : Jurisclasseur administratif.
J.C.P. : Le semaine juridique (Jurisclasseur périodique).
J.C.P. A. : Le semaine juridique Droit administratif (Jurisclasseur périodique).
juris. : Jurisprudence.
Laurent Richer, *Thèse 1976* : Laurent Richer, *Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Th. Paris Ⅱ, 1976.
Laurent Richer, *Thèse 1978* : Laurent Richer, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Économica, 1978.
L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
L.P.A. : Les Petites Affiches.

Michel Paillet, *Thèse 1980* : Michel Paillet, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1980.
Michel Paillet, *Manuel 1996* : Michel Paillet, *La responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, 1996.
Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008* : Michel Paillet et Emmanuel Breen, « Faute de service. Notion », *J.-Cl. A.* fasc. 818, 2008.
n° : Numero.
Obs. : Observations.
P.U.F. : Presses universitaires de France.
R.A. : Revue administrative.
R.D.P. : Revue du droit public et de la science politique.
Rec. : Recueil Lebon.
R.F.D.A. : Revue française de droit administratif.
R.T.D. civ. : Revue trimestrielle de droit civil.
S. : Recueil Sirey.
Sect. : Section du Contentieux du Conseil d'État.
t. : Tome.
Th. : Thèse.
T.C. : Tribunal des Conflits.
s. : Suivant (e) s.

（1）拙稿「フランス国家賠償責任法の規範構造（一）（二）（三）（四）（五・完）――『役務のフォート』理論を中心に――」北大法学論集六四巻六号、六五巻二号、六五巻三号、六五巻四号、六五巻五号（二〇一四－二〇一五年）。以下、「拙稿・北大法学論集〇巻〇号〇頁」という形で引用する。

（2）拙稿・北大法学論集六四巻六号二一一八頁以下（序章第一節）参照。
（3）拙稿・北大法学論集六五巻三号六三六頁以下、同六五巻四号八六七頁以下（第三章）参照。
（4）拙稿・北大法学論集六五巻四号八九五頁以下、同六五巻五号一四六七頁以下（第四章）参照。
（5）拙稿・北大法学論集六五巻四号八六七頁以下（第三章第二節第一款）参照。
（6）拙稿・北大法学論集六五巻五号一四九一頁以下（終章）参照。
（7）拙稿・北大法学論集六五巻二号二二八頁以下（第一章第二節）参照。この点に関する最新の議論を紹介した論文として、府川繭子「行政決定の違法性とフォートの再検討――違法性の『主観化』を契機として――」青山ローフォーラム五巻一号（二〇一六年）一一頁がある。
（8）拙稿・北大法学論集六五巻二号二五二頁以下（第二章第一節）参照。
（9）拙稿・北大法学論集六五巻三号六一九頁以下（第二章第二節）参照。
（10）拙稿・北大法学論集六五巻四号八九五頁以下、同六五巻五号一四六七頁以下（第四章）参照。
（11）西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第二版〕』（勁草書房・二〇一四年）一四二－一四四頁参照。
（12）宇賀克也『行政救済法〔第五版〕』（有斐閣・二〇一五年）四二九－四三〇頁参照。
（13）なお、学説及び判例を概観すると行為不法説をとっていると解されるものが多く見られるが、これらの見解を公権力行使の類型に応じて使い分ける可能性が示唆されている。例えば、塩野宏教授は、「……国家賠償法一条の違法性は、基本的には国家の権力的活動に課せられた法違反としてとらえるべきものである。ただ、国家賠償法一条の公権力行使の範囲の拡大の判例法が定着してくると、拡大された部分については民事不法行為法に類似する関係と同様の判断過程に服させるのが適切で、国家賠償制度においても、民事不法行為法と同様、いわゆる相関関係説によって対処する分野があることは認められよう」と述べられている（塩野宏『行政救済法〔第五版補訂版〕』（有斐閣・二〇一三年）三二三－三二四頁）。その他、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ：実効的な行政救済の法システム創造の法理論』（有斐閣・二〇〇九年）五〇〇－五〇一頁、小幡純子『国家賠償責任の再構成――営造物責任を中心として』（弘文堂・二〇一五年）三五二頁（初出：同「国家賠償の体系の意義」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣・二〇〇八年））も併せて参照。この点に関しては、

中川丈久「国家賠償法一条における違法と過失について――民法七〇九条と統一的に理解できるか」法学教室三八五号（二〇一二年）七二頁以下の分析が参考になる。

（14）神橋一彦『行政救済法〔第二版〕』（信山社・二〇一六年）三二二頁。高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『損害賠償法の課題と展望――石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（中）』（日本評論社・一九九〇年）一四九－一五二頁も併せて参照。

（15）神橋・註（14）三二三－三二四頁。

（16）遠藤博也『国家補償法 上巻』（青林書院新社・一九八一年）一六二頁以下、秋山義昭『国家補償法』（ぎょうせい・一九八五年）七〇－七一頁、村重慶一『国家賠償研究ノート』（判例タイムズ社・一九九六年）三四－三五頁、大浜啓吉『行政裁判法 行政法講義Ⅱ』（岩波書店・二〇一一年）四〇三－四〇七頁、武田真一郎「国家賠償における違法性と過失について――相関関係説、違法性相対説による理解の試み――」成蹊法学六四号（二〇〇七年）四九四頁以下参照。

（17）この両解釈の差異が相対的なものであることを指摘するものとして、北村和生「国家賠償における違法と過失」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四年）一四六－一四七頁、巽智彦「書評 小幡純子著『国家賠償責任の再構成――営造物責任を中心として――』」季刊行政管理研究一五一号（二〇一五年）七九頁参照。本稿は、かかる指摘から多大な示唆を得ている。この点については、終章において改めて詳述することとしたい。

（18）芝池義一『行政法読本〔第四版〕』（有斐閣・二〇一六年）三八九頁。

（19）ここでいう「結果違法説」は、無罪判決が確定した際に検察官の公訴提起の違法性が問題となる場面等で「職務行為基準説」と対置される場合の「結果違法説」の意味ではなく、「結果不法説」と同様の意味で用いられているものと思われる（芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣・二〇〇六年）二三九－二四〇頁参照。稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学七三巻六号（二〇一〇年）七八七－七九二頁も併せて参照）。

（20）芝池・註（18）三九〇頁。

（21）芝池・註（18）三九〇頁。

（22）芝池・註（19）二四〇頁。

（23）宇賀・註（12）四三〇頁。

(24) Didier Truchet, *Droit administratif*, 6e éd., Paris, P.U.F., 2015, n° 1144-1145.

(25) なお、この「違法性」要件の解釈の問題に関しては、近時、仲野武志教授が、判例理論（職務行為基準説）を前提とする立場の学説には「どのような類型の処分等及びどのような事例に、どの程度の注意義務が要求されるかを一般理論化することを通じて、予測可能性を保障することが求められる」〔傍点仲野教授〕と指摘されているが、本稿もこれと類似した問題意識を有している（仲野武志「続・法治国原理の進化と退化――行政法における違法概念の諸相」宇賀克也＝交告尚史編『現代行政法の構造と展開：小早川光郎先生古稀記念』（有斐閣・二〇一六年）一〇四頁。神橋一彦「『職務行為基準説』に関する理論的考察――行政救済法における違法性・再論――」立教法学八〇号（二〇一〇年）三九頁、高橋滋『行政法』（弘文堂・二〇一六年）二七七頁も併せて参照）。この点については、終章において詳しく論じることとする。

(26) 我が国においても、こうした先行研究は存在しない。ただし、各論的な研究については、北村和生教授による先行研究が多数存在する。北村和生「フランスにおけるエイズ国家賠償訴訟――行政の規制権限不行使と損害賠償責任」法律時報六五巻八号（一九九三年）六七頁、同「フランス行政賠償責任における医療事故と無過失責任――最近の行政裁判所判例を素材に――」政策科学三巻三号（一九九六年）三九頁、同「フランス行政賠償責任におけるＨＩＶ感染血液訴訟――行政判例に対する影響を中心に――」立命館法学二五一号（一九九七年）一頁、同「フランスにおける行政の自然災害防止義務と損害賠償責任」立命館法学二六二号（一九九九年）九九七頁、同「フランス行政判例における医療事故と無過失責任の展開」立命館法学二七一・二七二号〈上巻〉（二〇〇〇年）九一七頁、同「フランスにおけるアスベスト被害と国家賠償責任」立命館法学三一一号（二〇〇七年）二一八頁参照。

(27) Maurice Hauriou, note sous C.E. 10 et 17 février 1905, *Tomaso Grecco* et *Auxerre*, S. 1905.Ⅲ. 113.

(28) Henri Dupeyroux, *Faute personnelle et faute du service public. Étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'administration et de ses agents*, Th. Paris, 1922.

(29) Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 1927.

(30) Roger Bonnard, note sous C.E. 23 janvier 1931, *Garcin*, S. 1931.Ⅲ. 97.

(31) Jacques Defrenois, *La faute du service public*, Th. Bordeaux, 1937.

(32) Charles Eisenmann, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes

(collectivités) publiques », *J.C.P.* 1949. I. 742 et 751.

(33) Gérard Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951.

(34) René Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J., 1954.

(35) Laurent Richer, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Économica, 1978.

(36) なお、本書は、Richer の未公刊のテーズ『行政賠償責任訴訟におけるフォートの研究』(Laurent Richer, *Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Th. ParisⅡ, 1976.) を基にしたものである。

(37) Michel Paillet, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1980.

(38) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 28.

(39) Maryse Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994.

(40) Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, Paris, L.G.D.J., 2007.

(41) Michel Paillet, *La responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, 1996.

(42) Michel Paillet et Emmanuel Breen, « Faute de service. Notion », *J.-Cl. A.* fasc. 818, 2008.

(43) 本項目については、現在、Emmanuel Breen が最新化の作業を行っている。直近では、二〇一一年にいくつかの最新判例を加えるアップデート（mise à jour）がなされている。

(44) なお、この「手段債務」と「結果債務」という分析枠組みについては、村上順教授による先駆的な研究がある（村上順「フランスにおける行政の不作為責任」神奈川法学二二巻二号（一九八七年）四六五頁）。

〔未完〕

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一六年三月二四日授与）「フランス国家賠償責任法における役務

のフォート認定の基準と方法――国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から――」を修正・加筆したものである。

なお、本稿の執筆に当たっては、JSPS 科研費14J04923の助成を受けた。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 68 No. 2 (2017)
SUMMARY OF CONTENTS

Bestätigung und spätmittelalterliche königliche Gerichtsbarkeit unter König Wenzel

Masaki TAGUCHI*

Der vorliegende Aufsatz untersucht die Bestätigungen als Tätigkeit der Gerichtsbarkeit am Herrscherhof unter König Wenzel (1376-1400). Die Bestätigungen durch Wenzel selbst stellten in der Anfangsphase seiner Regierung ähnliche Eigenschaften wie unter seinem Vater Karl IV. dar. Weniger lebendige Tätigkeiten sind aber schon dabei zu konstatieren und vor allem in der späteren Zeit Wenzels haben sich die Bestätigungen durch den Herrscher selbst deutlich gelähmt. Die Bestätigungen über die Lehenssachen sind durch die ganze Zeit hindurch stark zurückgetreten. Während König Wenzel immer inaktiver wurde, entfaltete sich das Hofgericht unter ihm weitere Tätigkeiten als unter Karl IV. Besonders in den 1390er Jahren hat das Hofgericht die regionale Begrenzung überwunden, die wir für die Zeit Karls IV. in unseren früheren Studien festgestellt hatten. Das Hofgericht bestätigte jetzt sowohl die Herrscherurkunden und die Landgerichtsurkunden als eigene ältere Urkunden für die Empfänger, die nicht nur wie unter Karl IV. aus der Region Franken und den benachbarten Landschaften, sondern auch aus den weiteren Räumen des Reiches stammten. Das Zentralgericht scheint damit die Inaktivität des Herrschers kompensiert zu haben.

* Professor of Graduate School of Law, Hokkaido University.

論　　説

犯罪論における同時存在原則について（3）

瀬　川　行　太

目　　次

序章
　1　責任能力・故意と同時存在原則
　2　犯罪構成要素と同時存在原則
　3　本稿の視点

第一章　ドイツにおける同時存在原則
　第一節　問題の所在
　第二節　学説
　　1　同時性原理・連関性原理から説明する見解
　　2　形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解
　　3　検討
　第三節　非同時的事例の分類
　　1　前・答責性グループ
　　2　補足的グループ
　　3　内在的グループ
　　4　検討
　第四節　小括　　（以上、67巻３号）

第二章　故意犯と原因において自由な行為
　第一節　問題の所在
　第二節　原因において自由な行為
　　1　判例
　　①我が国の判例

②ドイツの判例
２　学説
①例外モデル
②構成要件モデル
３　私見
４　私見と判例の関係
第三節　実行行為途中からの責任能力の低下
１　問題の所在
２　判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
３　検討
４　私見
第四節　小括　（以上、67巻４号）

第三章　過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性
第一節　問題の所在
第二節　原因において自由な行為
１　判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
２　学説
①原因において自由な行為は不要であるとする見解
②原因において自由な行為は必要であり、構成要件モデルの立場に立脚する見解
③原因において自由な行為は必要であり、例外モデルの立場に立脚する見解
３　検討・私見
第三節　違法性の意識の可能性
１　問題の所在
２　判例
３　学説
①間接的行為責任論を主張する見解
②故意責任を二種類に分ける見解
４　検討
第四節　小括　（以上、本号）

第四章　自招防衛・自招危難
第五章　遅すぎた結果発生・早すぎた結果発生・事後的な故意の発生
終章

第三章　過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性

第一節　問題の所在

本章では、「過失犯と原因において自由な行為」と「違法性の意識の可能性」を扱う。「過失犯と原因において自由な行為」において、いかなる同時存在原則が妥当するのか。また、故意犯における原因において自由な行為の場合と比較して、妥当する同時存在原則に違いはあるのか。近時、過失犯では、原因において自由な行為という概念は不要であるとの主張[1]もなされているが、このような主張と同時存在原則はどのような関係にあるのか。これらの問題が、本章の第一の検討課題である。

他方で、違法性の意識の可能性においては、同時存在原則との関係で、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如しているが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在した場合に、犯罪の成立を認めることができるかということが指摘[2]されている。そこで、このようなケースがどのような場合なのか、そして同時存在原則とはいかなる関係にあるのかついて扱うことにする。これが本章の第二の検討課題である。

第二節　原因において自由な行為

1　判例

①我が国の判例

[1] 例えば、丸山治「判批」刑法判例百選Ⅰ［第７版］（有斐閣、2014年）77頁、成瀬幸典「判批」刑法判例百選Ⅰ［第６版］（有斐閣、2008年）73頁。

[2] このような指摘をするものとして、松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿論文集』（成文堂、2011年）261頁以下。

我が国の判例をみてみると、「原因において自由な行為」という法概念を明示しているものも散見されるが、多くは原因行為時の客観的注意義務違反を問題にしており、「原因において自由な行為」という言葉を用いてはいない。（以下、下線部は筆者による）

「原因において自由な行為」という言葉を判旨で用いている判例として、以下のものが挙げられる。例えば、京都地判昭和31・７・５裁時213号５頁では、「併しながら仮令心神喪失中の犯行であっても行為者が酩酊すれば酩酊の極弁識能力を失い他人に暴行を加える習癖を利用する意図の下に自ら求めて飲酒酩酊して心神喪失の状態を引起し犯罪を行う場合は刑法学上所謂原因において自由な行為として刑事責任を免れない。」と判示している[3]。

大阪高判昭和32・11・１高刑裁特４巻22号585頁では、「その違法な結果を発生させたのは被告人が心神喪失の状態下において刃物を持ったまま被害者と掴み合いをしたという被告人の挙動にあることにはちがいない。そして、その心神喪失の状態は被告人自らの過失によって招いたものであるから、被告人の過失と傷害の結果とは所論のように無干係なものではない。被告人の不注意による過度の飲酒、刃物携行と被害者との格闘傷害、死の結果との発生の間には外部的因果干係は存在する。本件は原因において自由な行為に過失を問い、被告人の過度の飲酒と刃物携行に責任非難を向けるのであるから所論のように被告人の殺傷行為自体に故意ないしは過失を必要とするものではないのである」と判示し、被告人に重過失致死罪の成立を認めた。

また、大阪高判昭和35・４・15下刑集２巻３・４号363頁では、「ところで、心神喪失者の行為は処罰の対象とならないことは刑法第三九条第一項に明定されているとおりであるが、かかる状態に陥れば刑罰に触れる行為により他人に害悪を及ぼす習癖があることを自覚する者が、これを利用する意図を有し又は不注意にも自制を怠りかかる状態を招来し、よつて他人に害悪を及ぼす等の結果を発生させたときには、いわゆる原

[3] 但し、本件では、「被告人が犯行後、被害者に謝罪し治療費等を負担して示談が成立した」ことから、被告人に過失傷害罪は成立せず、無罪の判決が言い渡されている。

因において自由な行為がある場合として、その結果に対し故意又は過失の責任を免れないと解すべきことは刑法上疑を存しない・・被告人はかねてから酒に酔うと短気粗暴になり、過度に飲酒すると心神喪失又はこれに近い状態に陥り他人に暴行、傷害の害悪を加える習癖のあることを自覚していたのであるからみずから飲酒を制限又は抑止し、酩酊のため心神喪失の状態に陥り、他人に対し右害悪を加えるに至ることを防止する義務があることは明らかであり・・本件当日自宅において焼酎二合を飲み、ひき続き旅館柳荘において友人と清酒約二合五勺を飲み、更にバー朝日亭においてウイスキー・ジンフィズ等を相当量飲み続けて泥酔したのは、まさに著るしく前記注意義務を怠った事に該当し、被告人は判示結果に対し重大な過失責任を問わるべき」と判示し、被告人に重過失傷害罪の成立を認めた。

加えて、東京高判昭和41・３・30判タ191号200頁では、「被告人は以前から酒癖が悪く、酒に酔うと短気粗暴になって・・しばしば乱暴な行為に及ぶことは十分自覚していたことが認められるのであって・・被告人は本件犯行の日の夕方仕事の帰りに五反田付近で清酒約一合を飲み、次いで新宿で清酒約二合を飲んだのち飯場に帰ってさらに隣室の佐々木圭二方で原判示のように清酒約五合を飲んだのであるから、佐々木方で酒を飲む際には、これ以上飲むとあるいは酒に酔った上で他人に対し乱暴をし、その結果生命、身体に対して危害を加える虞があるということを予見して飲酒を適量に慎むべきであり、またそのように予見することは一般人にとっても被告人自身にとっても十分可能であったと判断される。ことに、その飲酒した場所の隣室が被告人方の居室で、そこには二人の幼児が寝ており、妻が勤めて不在であることは被告人によくわかっていたのであるし、従来も酒に酔うと自宅で乱暴することが特に多かったというのであるから、飲酒のうえ自然に戻って子供に乱暴を働くことも容易に予想できることで、その場合には生命にも危険を及ぼすおそれがあることは当然考えられるところである。それゆえに、このような状況のもとでさらに約五合の酒を飲み、その結果前記のように幼児を死に致した被告人には、その死の結果につき過失責任が十分認められるといわなければならない。被告人がそれまでに飲酒した場合つねに必ず乱暴をしたわけではないにしても、そのことは右過失責任を否定するもので

はない。なお、論旨は原判決がいわゆる原因において自由な行為の理論を不当に適用したとしてこれを非難しているようにもみえるが、本件において原判決が刑法第211条後段を適用したのは、要するにその事実が右の規定に該当すると解せられるからであって、なんら罪刑法定主義に反するものではなく、また被害者を死に致すについて過失があつたとしているのであるから、なんら責任主義に反するところもないのである」と判示している。

他方で、多くの判例は、「原因において自由な行為」という言葉を用いておらず、原因行為時の客観的注意義務違反を問題にしている[4]。例えば、第二章でも言及した最大判昭和26・１・17刑集５巻１号20頁では、「多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因って心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす素質を有する者は居常右心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわねばならない。しからば、たとえ原判決認定のように、本件殺人の所為は被告人の心神喪失時の所為であったとしても、被告人にして既に前示のような己れの素質を自覚していたものであり且つ本件事前の飲酒につき前示注意義務を怠ったがためであるとするならば、被告人は過失致死の罪責を免れ得ないものといわねばならない。」と判示し、被告人に過失致死罪の成立を認めた。

また、病的酩酊による過失致死罪を認めたものとして、京都地判昭和32・６・５判時116号26頁では、「元来被告人はいわゆる酒癖が悪く、清酒三合以上を飲用するときは、病的酩酊に陥りその心神喪失下において他人に暴行を加え、その生命、身体、財産等に危害を及ぼす危険ある素質を有し、みずからもその素質を自覚して再度の断酒を試みていたものである。およそ、このような酒癖あることを自覚するものは右の原因となる飲酒を避け、或は適量以上飲用することを抑止制限し、又飲酒した際は刃物類等の殺傷器具を身辺から遠ざけ或はそのような器具を携帯し

[4] もっとも、後述の京都地判昭和32・６・５判時116号26頁、大阪地判昭和30・３・５判時46号29頁、京都地舞鶴支判昭和51・12・８判時958号135頁の、それぞれの判例時報の解説では、原因において自由な行為の理論の適用が問題になることが指摘されている。

て人の往来する場所を徘徊することのないようにする等十分配慮し、もつて危害の発生を未然に防ぐべき注意義務があるにかかわらず被告人はこれを著しく怠り・・もつて重大な過失により人を死に至らしめたものである」と判示されている。同様に、東京地判昭和34・10・20判時207号16頁では、「被告人は、元来体質的に酒に対する耐性が強く、大酒によって病的酩酊に陥り、異常な意識変調、激しい運動興奮を呈し、甚しいときは病的酩酊の結果心神耗弱乃至心神喪失の状態において他人の生命、身体、財産等に害悪を及ぼす危険ある行動に出る素質を有し・・かかる素質を有し、これを自覚する者は平素飲酒を抑止し又は制限する等右危険を未然に防止すべき注意義務があるにも拘らず、被告人は著しくこれを怠り・・然るに本件においては、被告人は前記の如き素質を有し、しかもこれを自覚していながら何ら慎むことなく自ら求めて多量のウイスキー、日本酒を飲み、その結果病的酩酊に陥り心神喪失の状態において・・犯行に及んでいるのであるから、右素質に基づく危険発生の防止につき要求されるべき注意義務を著しく怠ったものといわなければならない」と判示されている。

薬剤の作用による重過失致死傷罪を認めたものとしては、以下が挙げられる。大阪地判昭和30・３・５判時46号29頁では、「被告人は昭和25年頃より覚せい剤を慣用し、昭和27年頃より覚せい剤中毒性精神障害（幻覚妄想状態）を生じ・・被告人は当時右中毒症が既に治癒し自己の行動を規制し得る状態にあり、前記の経緯からして覚せい剤を使用すれば容易に中毒して精神錯乱し他人に暴行する習癖を有することを自覚していたものであるから、斯る場合被告人は自戒して覚せい剤の使用を断ち、覚せい剤使用に基づく中毒性精神錯乱による暴行傷害等の危険発生を未然に防止すべき法律上の注意義務があるのに拘らず、右無断退院後間もなく該注意義務を怠った重大な過失に因り覚せい剤の使用をはじめたため覚せい剤中毒により心神喪失の状態に陥り、・・同女に対し全治約二ヶ月を要する頭蓋骨折等の傷害を蒙らしめたものである」と判示されている。

また、横浜地判昭和49・８・７判時760号114頁では、「『シンナー』の吸引は、厳重にこれをやめるべき注意義務があるものと言えるところ、・・被告人はシンナーの酩酊中毒による心神喪失の状態において、

実母を死亡させるに至ったものであることは、判示認定のとおり、明らかであるが・・心神喪失を招来するに至った原因において、注意義務違反の事実ありと認め、本件のように重過失致死罪の刑事責任を負わすことは、いささかも罪刑法定主義に反するものではない・・およそ飲酒そのものは、何人にも許容されている社会の習俗であるから、たとえ、飲酒により酩酊し、あるいは病的酩酊に陥ることが予測される場合であっても、過失の程度の比較考量にさいして、飲酒による場合とシンナー吸引による場合とを軽軽しく同一に論断することはできないと解すべきである」と判示され、京都地舞鶴支判昭51・12・８判時958号135頁では、「被告人は、覚せい剤を多量に使用すると幻覚・妄想に支配されて暴力的行動を振舞う習癖を有するに至り、被告人もこれを覚知していたのであるから、このような場合、被告人は自戒して覚せい剤の多量の使用を抑止し、覚せい剤使用に基づく中毒性精神障害による暴行・傷害等の危険の発生を未然に防止すべき注意義務があるのに、これを怠り、昭和48年２月23日午後11時ころから翌24日午前５時ころまでの間、３、４回にわたり、前記転居先の自宅において多量の覚せい剤粉末を水に溶かして自己の身体に注射して使用した重大な過失により、覚せい剤中毒性精神性障害に罹患し、幻覚妄想の圧倒的支配下にある心神喪失状態に陥り・・就寝中の同女の腹部、背部、後頭部等を突き刺し、切りつけ、よって同女をして、間もなく同所において、失血死するに至らせ・・・昭和48年２月23日午後11時ころから翌24日午前５時ころまでの間、３、４回にわたり覚せい剤の注射をしたさい、前記状態のもとで故意犯である殺人ないし傷害致死の犯行を実行すること、を認容していたとは認められないから、殺人罪はもとより傷害致死罪も成立しない。結局、本件については、判示のとおり重過失致死罪が成立するにとどまるというべきである」と判示されている。

このように見てくると、我が国の判例では、「原因において自由な行為」という言葉を用いている判例と、用いていない判例が混在している。しかし、両判例共に、原因行為時の「客観的注意義務違反」を問題にしている[5]ことに鑑みれば、「原因において自由な行為」に依拠する判例と、

[5] 但し、判例が、原因行為に実行行為を認めているのか、それとも結果行為を

依拠しない判例との間で、大きな違いは見られないともいえる。

②ドイツの判例[6]

BGHSt2,14は、酩酊状態に陥ると他者に暴行を加える傾向がある被告人が、酩酊し他人に暴行を加えた事案で過失傷害罪（旧刑法230条）と完全酩酊罪（旧刑法330条a）の成立（両罪は観念的競合の関係）を認めた事案である。BGHは、「刑法330条aの意義と目的は、間隙を埋めることである。この規定は、刑法51条1項に従って、自己の酩酊行為に対して責任を負わない、完全酩酊状態にある行為者を、種類の異なる刑法的責任を理由として処罰することを可能にする。しかしながら、酩酊状態で一定の犯罪行為を遂行する意図で、行為者が自らを酩酊状態に陥れ、酩酊状態で侵害行為を遂行した場合（いわゆる、故意犯の形態のAlic）には、刑法330条a（完全酩酊罪）の基本思想に従えば、刑法330条aが適用される余地はない。なぜならば、行為者は、酩酊しているにも関わらず、自己の行為に対して責任があるからである。これは、本事案に対しては以下の事を意味する。それは、被告人が、酩酊状態で遂行した危険傷害罪を理由として、Alicにより刑法230条で処罰される場合には、刑法330条aは適用できないということである。これは、本件では排除される。行為者が、自分が完全酩酊状態で傷害罪を遂行し得る可能性があり、他者に対して自然的故意で暴行を加える可能性があることを不注意にも考えなかった場合には、別の事が妥当する。行為者は、刑法330条aに依拠せずに、Alicによる過失傷害罪のみを理由として処罰されることも可能であろう。しかしながら、刑法330条aの基本思想は、仮に行為者が別の刑法的責任を負うとしても、酩酊行為に対して行為者に責任を負わせるものである。このことから、刑法330条aは刑法230条に劣後しないということが生じる。この帰結の正当性は、以下の考慮を示

実行行為とした上で、原因行為に過失非難を認めているのかは不明である。

[6] 本稿で扱うドイツの判例を検討したものとして、杉本一敏「『過失犯において原因において自由な行為の理論は不要である』という命題について」Law&Practice No5 (2011年) 257頁以下、本間一也「過失犯と原因において自由な行為」『小暮得雄先生古稀記念論文集』（信山社、2005年）133頁以下。

す。BGH の判例に従えば、刑法330条 a は、行為者が、帰属能力を排除する酩酊へと自らを有責に陥れたという行為者の内的な行為側面を前提としている。それに対して、刑法330条 a を認めるために、行為者は、自分が、酩酊状態で、いかなる犯罪行為の傾向があるかを知る必要はないのである。行為者が完全酩酊状態で犯罪行為を遂行した場合には、有責な節度の欠如だけが、刑法330条 a の適用へと至らせるのである。本件事案のように、酩酊状態下での行為が危険な傷害罪である場合には、行為者は５年以下の懲役で処罰される。行為者が有責に酔っていただけでなく、更に、自分が酩酊状態で傷害罪を遂行する可能性があることを不注意にも考えなかった場合には、行為者は疑いなく、刑法330条 a の適用に必要な責任よりも、高い責任を負うのである。それにも関わらず、この規定が、本件事案に対して刑法330条 a の適用を排除するという解釈を取るならば、行為者は刑法230条に従って３年以下の懲役でのみ処罰可能になる。しかし、これは妥当ではないのである・・行為者が Alic の観点から過失傷害罪を理由として可罰的である場合には、刑法230条の適用は、酩酊状態で故意的傷害を遂行した行為者の違法並びに責任をくみつくすものではない。それゆえに、刑法230条・刑法330条 a の２つの規定による処罰が、法律に合致するのである[7]」と判示した。

BGHSt40,341は、過去にオートバイ事故で脳挫傷を負い、その結果としててんかん性の発作を有していた被告人は、担当医の１人から２年間発作が発生しない限りは、被告人は自動車を運転してはならないと忠告されていたが、被告人は自動車の運転を行い、ルードヴィヒベルクでの休憩後に、再び運転を開始した際に発作が生じ、右足が痙攣して意識が朦朧とした状態になり、運転している自動車のアクセルペダルを踏み込んだままの状態になったことから、被告人が運転する自動車は横断歩道を渡っている歩行者集団に突っ込み、その後も自動車は止まらずに、更に４人の歩行者も巻き込み、結果として、被告人の自動車に同乗してい

[7] 本件では、過失傷害罪（旧刑法230条）と完全酩酊罪（旧刑法330条 a）の関係が問題になっており、判旨もこの点を中心に書かれているため、「原因において自由な行為」を適用して過失傷害罪を認める点については、詳しく述べられていない。

た妻と息子を含めた14人に対する傷害と１人に対する死亡を引き起こした事案である。BGH は、「被告人が過失致死罪、過失傷害罪の構成要件を違法に実現した事と、発作開始後の直接の事故時に、被告人には意思に合致した制御や支配可能性が欠けるために、刑法的行為が欠けていたという事とは、過失致死罪と過失傷害罪の非難に関する限り、矛盾しないのである。過失非難の対象を構成する行為は、被告人が、ルードヴィヒベルグでの休憩後に、運転を開始したことの中に存在する。被告人の、運転手としての道路交通への関与は、彼の発作及び発作の頻発性及び強度に鑑みれば、他の交通関与者の生命と健康に対して必要な注意を欠く行為である。過失非難の対象を休憩後の運転開始行為（なお、この行為により、１人の歩行者の死亡と、14人の歩行者の傷害が惹起されたが）に結びつけることは、過失結果犯の特性上、正当化される。原審が用いた Alic という法概念への依拠は必要ないのである。上告は、この法概念（Alic）およびその適用に反論しているが、Alic という法概念に依拠する必要がない以上、被告人の上告に対する疑念は存在しない。」と述べて、被告人に過失致死罪（222条）・過失傷害罪（230条）を認めた。ここでは、「原因において自由な行為」という法概念に依拠する必要はないことが述べられている。

BGHSt42,235は、酩酊運転を理由として有効な免許証を有していないデンマーク国籍の被告人が、オランダへの入国後に5ℓのビール及び多量の焼酎を飲んだ後に、ドイツ国境に向かってライトバンで走行し、このころには被告人は著しく酩酊していたが、国境通過地点に到着したところで、少なくとも時速70キロメートルで検問所に突っ込んで、右車線に停車していた乗用車の後方部左側に、自車の前方部右側を衝突させ、その際に２人の国境警備員を轢いて死亡させた事案である。BGH は、「刑法222条によれば、運転走行により過失的に他人の死を惹起したものは、可罰的である。被告人は、いまだ宿泊する場所を見つけておらず、それゆえに引き続いて道路交通での運転を考慮しなければならなかったにも関わらず、アルコールを飲んで自らを酩酊状態に陥れることにより、２人の国境警備員の死亡を、予見可能かつ回避可能な方法で惹起した。被告人は、既に２回の酩酊走行の際に車道から逸れているだけに、他者の傷害並びに死亡結果を伴う事故の危険は被告人にとって、よりいっそ

う予見可能であった。被告人が行為遂行の際に責任無能力であったという明白な根拠は、存在しない。それゆえに、原審は正当な点から出発している。原審の認定によれば、被告人が、殺害行為の際に、つまり国境付近での事故の際に、アルコール摂取を理由として、被告人は刑法20条の責任無能力状態であったという事と、過失致死罪で被告人を処罰することは矛盾するものではない。但し、その際に、原審の見解には反するが、Alic という法概念に依拠する必要はないのである。刑法的非難の対象は、刑法222条では、他の過失結果犯と同様に、構成要件該当結果に関する、行為者のあらゆる注意義務違反行為なのである。このような理由から、『引き続いての酩酊走行の認識可能な危険にも関わらず、注意義務違反としての複数の行為が問題になる場合』には、時間的に前の行為に過失非難を結びつけることに対する疑念は存在しないのである。そして時間的に前の行為時には、事後的な行為時とは異なり、行為者に対して有責に非難がなされることが可能である。」として、被告人に過失致死罪（刑法222条）の成立を認めた[8]。ここでも、原因において自由な

[8] 更に判旨では、単純行為犯には Alic を適用できない事が、以下の様に述べられている。

「アルコール摂取により責任無能力へと至った場合に、既に酩酊行為が本来の構成要件該当行為を示しているという論理では、道路交通危殆化及び無免許運転に Alic を適用することはできない。構成要件モデルが基礎に置いている見解は、『酩酊行為が、既に計画された行為の遂行である』というものであるが、これは他の犯罪には妥当するが、本件には適用することはできない。刑法315条 c（道路交通危殆化）・刑法316条（酩酊運転）・道交法21条（無免許運転）では、特定の行為を禁止しているのであり、行為と分離された結果として把握することはできない。これは、故意的違反だけでなく、過失的違反に対しても妥当する。刑法315条 c 及び道交法21条は、行為者が運転することを前提としている。乗り物を運転することは、何かの動作を開始することと同視すべきではない。行為者が、すぐに運転する意図で、エンジンをかけてライトをつけることでは十分ではないのである。ましてや、行為の法的記述に従って、時間的に先行する行為に拡大することは排除されなければならない。出発準備完了で自ら酩酊することの中に、未だ酩酊走行の開始は存在しないのである。Alic を間接正犯の形態として理解する場合にも、酩酊走行と道路交通の危殆化に Alic を適用することはできない。間接正犯モデルに対する根本的な疑念は置いておくとし

行為という法概念に依拠する必要がないことが述べられている。

このように、ドイツの判例では、BGHSt 2,14では「原因において自由な行為」という法概念を用いているが、それ以降の判例である、BGHSt40,341、BGHSt42,235では「原因において自由な行為」という法概念に依拠する必要がないことが述べられている。

2　学説

我が国の学説は、故意犯と原因において自由な行為との関係に重点が置かれていて、過失犯との関係については詳細に論じられていないのが現状である。そこで、ドイツの学説を検討することにする。ドイツの学説は、過失犯においては、「原因において自由な行為」は不要であるという見解[9]、「原因において自由な行為」は必要であるとした上で、構成要件モデルに立脚する見解[10]、「原因において自由な行為」は必要であるとした上で、例外モデルに立脚する見解[11]が存在する。以下、これらの見解を順次紹介する。

①原因において自由な行為は不要であるとする見解

ても、間接正犯モデルによれば、結局のところ、構成要件該当行為は酩酊行為である。しかし、行為者が酩酊することによって、行為者は乗り物を運転していないのである。同様の考慮から、Alic を、行為者が行為の遂行のために自らを道具として利用する間接正犯の特殊形態として把握する場合においても、Alic を道路交通の危殆化や酩酊運転に適用することはできないのである。この間接正犯モデルに対する根本的疑念は措くとしても、このモデルに従えば、構成要件該当行為は行為者自らの酩酊行為となるが、上で述べたように、酩酊行為と運転行為を同視することはできないのである。」

[9] Heinz Schöch,in：Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar 12 Aufl. § 20.RN206. Claus Roxin, Bemerkungen zur actio libera in causa, Festschrift für Karl Lackner, 1987, S.312f. Ingeborg Puppe, Grundzüge der actio libera in causa, JuS, 1980, S.350f.

[10] Detlev Sternberg-Lieben, Grenzen fahrlässiger actio libera in causa, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S.223f.

[11] Joachim Hruschka, Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten, JZ, 1997, S.25f.

シェッヒ[12]は、「過失致死や過失傷害を処罰するにあたっては、Alicという法概念は不要である。なぜならば、構成要件該当結果に対するあらゆる行為者の注意義務違反行為が、過失責任に対する結合点なのであり、引き続いて酩酊走行する明白な危険が存在するにも関わらず自ら酩酊することも、また、過失責任に対する結合点なのである。このことは、道路交通に対してだけでなく、過失結果犯に対しても妥当する。それゆえに、過失犯の原因において自由な行為は、過失の Alic という構造を不要にさせる、通常の過失の特殊形態と呼ぶことが出来るのである」と主張する。

ロクシン[13]は、「過失犯の Alic が問題になる通常ケースは、構成要件モデルに対して、理論構成上の困難さをもたらさないことから、我々は、なぜ通常の過失犯の代わりに過失犯の Alic を論じるのかという問題を既に提示していた。事実、過失犯の Alic の論理は、通常の客観的構成要件の帰属の規定に従っている。例えば、行為者が以後に自制のきかない状態で構成要件該当結果を惹起した場合、行為者は自ら酩酊することにより、帰属可能な方法で実現された許されざる危険を創出している。過失犯の Alic で、過失行為と結果が時間的に分離することは、多くの他の過失結果犯にも妥当することである。過失犯の原因において自由な行為と、通常の過失犯との間の唯一の相違は、過失行為と結果の間に行為者の責任無能力行為が介在するか否かである。しかし、この相違は、現象上の相違であり、法的構成に違いをもたらすものではない。」と述べて、過失犯の原因において自由な行為の問題は、過失犯一般の問題に解消すべきことを主張している。

プッペ[14]も、「過失犯の Alic は、ほとんど問題ではない。過失犯においては、予備と実行の着手の区別が存在しない。構成要件該当行為は、理論上は、結果と因果連関を有する限りで前倒しすることができる。故意犯の Alic においては多くの困難さをもたらす、構成要件実現に関する行為者の主観的関連性も、過失行為に対しては不要である。自らの酩

[12] Schöch, a.a.O. (Fn9), RN206.

[13] Roxin, a.a.O. (Fn9), S.312f.

[14] Puppe, a.a.O. (Fn9), S.350f.

酊が結果に対して因果性を有することを確定することは、故意犯の場合以上に、問題を生じない。なぜならば、過失犯では、行為者の不法な意思決定が問題になっているのではなく、意図しない行為者の能力不全や軽率さが問題になっているからである。意図しない行為者の能力不全や軽率さは、酩酊並びに責任無能力状態の典型的な付随現象である。過失犯の Alic での注意義務違反は、行為者は、自らを法秩序から期待されうる要求に応えることができない状態にしてはならないという、一般的に是認された義務に基づいている。法秩序からの要求に応えることができない状態の発生に関して、並びに、行為者に対して向けられる要求に関して、客観的な予見可能性が存在しなければならない。過失犯の Alic の前提条件である、行為者に対して向けられる要求[15]が欠ける場合には、旧刑法330条 a（完全酩酊罪）を過失的に満たすことだけが、なお問題になる。法秩序からの要求に応えることができない状態の発生に関して、並びに行為者に対して向けられる要求に関して、主観的予見可能性も存在しなければならない。このように見てくると、いわゆる過失犯の Alic は、あらゆる観点において、他の独立した過失犯に外ならないのであり、ただ外的経過においてのみ、両者は区別されるにすぎないのである」と述べている。

②原因において自由な行為は必要であり、構成要件モデルの立場に立脚する見解

この見解を主張するシュテルンベルクリーベン[16]は、故意犯の Alic で、飲酒行為を未遂行為とみることに争いがあるのに、過失犯の Alic において、飲酒行為を実行行為とみることは、ますます妥当ではないという見解に疑問を呈する。その理由としてシュテルンベルクリーベンは、毒入りの料理を作ることで殺人を実行しようと考える場合を挙げて、行為

[15] プッペが意図する「行為者に対して向けられる要求」とは、例えば行為者が飲酒すると他者に暴行を加える傾向にある者（過失犯の原因において自由な行為では、このようなケースが問題になるため）に対して課される飲酒抑制義務のことであると推測される。

[16] Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn10), S.223f.

者が毒を食料貯蔵庫にしまっている限りでは、行為者には殺人予備罪が問題になり、未遂の可罰性は問題にならないが、その後、殺人計画を忘れ、行為者に対して主観的過失が欠ける状態で（毒と調味料をまちがえた行為者の過失が否定される場合）料理を提供した場合には、行為者は過失致死罪（刑法222条）の罪責を負うことを指摘する。この場合、料理を作って提供した行為は過失非難がなされえないため、問責の対象となる行為は毒を食料貯蔵庫にしまう行為であり、換言すれば、故意的行為者にとっては予備行為にすぎない行為も、刑法222条の責任を結果としてもたらすことがあるとして、シュテルンベルクリーベンは、故意犯では予備にしかすぎない行為も過失犯では実行行為足り得ることを示す。

その上で、過失犯の Alic では、当該結果が後続する責任無能力状態でなされた行為者の行為に基づいているという点に特殊性が存在するが、このことは刑法的考察を欠陥状態でなされた行為のみへと制限することを何ら強制するものではないことをシュテルンベルクリーベンは指摘する。シュテルンベルクリーベンは、行為者が家庭用薬箱に不注意にも毒物を保管し、事後の緊急状況において、アンプルを取り違えた例を挙げて、この例で行為者は（緊急状況に由来する）興奮状況にあったことから、行為者に対して客観的注意義務違反を非難することはできないが、だからといって、毒物を薬箱に保管したという行為の中に存在する注意義務違反が否定されるわけではない事を強調する。シュテルンベルクリーベンは、可罰性を先行行為へと移動させることは、過失犯の Alic や引き受け過失の事例のケースに制限されるわけではなく、注意義務違反的に正当防衛状況を惹起した行為者の可罰性を考える場合にもあてはまるのであり、結果に直近の侵害行為において可罰性が欠けていることは、先行行為への遡及を妨げるものではないと述べる。但し、自手犯においては、過失犯の Alic を適用することはできないとし、その理由として、自手犯では、結果犯とは異なって、構成要件に関する具体的な行為記述に鑑みると、自ら酩酊する行為に因果関係を有する帰属可能な行為として遡求することはできないことをシュテルンベルクリーベンは指摘する。シュテルンベルクリーベンは、行為者は確かに運転無能力状態で車を走行させたが、走行を惹起することは、行為者自身の手によって遂行される構成要件実現と同視することはできないと述べる。

③原因において自由な行為は必要であり、例外モデルの立場に立脚する見解

例外モデルの立場に立脚するルシュカは、以下のように述べる[17]。

「刑法的帰属の対象と刑法的帰属の根拠が区別されるべきである。非難の対象は、常に構成要件該当行為である。純粋な結果犯においては、構成要件該当行為とは、構成要件該当結果を直接惹起する行為者行為である。この点では、過失行為においても、故意犯と同様の事が妥当するのである。過失行為において、このような一定の行為（結果惹起行為）に先行する行為へと前倒すことは、誤っているのである・・行為者が行為時に（T1の時点に）認識義務を有していて、この時点で認識義務を履行することができたが、実際には履行せず義務違反をした事例を考える。例えば、外科医が手術の際に不注意であり、それゆえに医師は患者に侵害を加えた。ここでの非難の対象は、意思による手術の際の患者への侵害行為である。医師が有罪判決を下されるのであれば、医師は過失傷害を理由として処罰されるのであり、不注意を理由に処罰されるわけではない。過失非難の根拠は、以下の点に存在する。外科医には、自分の行為から患者に対して生じる危険性を認識することが、義務づけられていた。外科医は、この危険を認識できる状況にあったということを前提とするならば、医師は不注意によりこの義務（責務）に違反したのである。それゆえに、患者に加えられた傷害は、過失傷害なのである。しかしながら、行為者が当該行為の遂行時に、自己の行為の危険性をもはや認識できないケースも存在しうる。その際には、行為者には過失非難を向けることはできない・・しかしながら、我々は、過去の時点である T0の責務と責務違反に遡求し、この責務と責務違反により過失を根拠づけるのである。例えば、T1の時点で外科医は患者に対する侵襲の危険性を見誤り、そしてもはや T1の時点では、侵襲の危険性を認識することができないケースが挙げられる。但し、前の時点である T0の時点では、適切な診断措置を通じて、必要な知識を獲得することができたのである。ここで、肝心な点は、以下にある。過失傷害は T1の時点であるが、この過失傷害の非難は T0の時点と結びついているため、我々は、非難の

[17] Hruschka, a.a.O. (Fn11), S.25f.

対象と非難の理由を時間的に分離させてしまっているにも関わらず、我々はこの事例で、行為者を過失傷害として処罰することに何らの疑念も抱かない。非難の対象は、依然としてT1の時点における医師の行為であるが、他方で、非難の理由は、T0の時点の責務違反なのである」

このようにルシュカは、「刑法的非難の対象」と「刑法的非難の理由」を明確に区別すべきであることを強調した上で、「過失犯」と「原因において自由な行為」では、何かを認識する能力、そして、行為者が客観的構成要件を実現する決定的な時点で、この能力が行為者に欠けたことの行為者の責任が問題になっている点、そして行為者の責任を根拠づけるために、以前の時点に遡及する点で、共通性を有していることを指摘する。それゆえに、過失犯では原因において自由な行為は不要であるとする見解は説得的であるとしつつも、ルシュカは故意犯の原因において自由な行為と過失犯と原因において自由な行為は同様の解決方法が採られる方が望ましいと考える立場から、やはり、原因において自由な行為が必要であるとする[18]。

３　検討・私見

ルシュカは、過失犯における原因において自由な行為は、故意犯における原因において自由な行為とパラレルに考えることを主張していた。故意犯における原因において自由な行為では、ルシュカは、規範を第一次規範と第二次規範に区分する独自の責任論に基づく見解を主張していたが、この見解が妥当でないことは前章で確認した。とすると、問題は、過失犯において、原因において自由な行為という法理が必要であるか否かということである。ドイツでは、ロクシンやプッペらが、原因において自由な行為は不要であるとする見解を主張していた。他方で、シュテルンベルクリーベンは、構成要件モデルの立場に立脚しながら、過失犯においても原因において自由な行為は必要であると主張していた。それ

[18] なお、ルシュカは、可罰性を基礎づける慣習法は否定されるべきであるというドイツ基本法103条２項との関係から、原因において自由な行為の問題は、最終的には「立法論」で解決されることが望ましい旨を述べている。Hruschka, a.a.O. (Fn11). S.27f.

では、どちらの見解が妥当なのであろうか。

この問題を考えるに当たっては、過失犯の構造を再度検討する必要がある。過失犯の場合には、原因行為が結果と因果関係を有し、結果の予見可能性が認められる限りにおいて、原因行為を考慮することが可能である。その理由は、故意犯と異なり、過失犯では、予備行為・未遂行為が存在しないため、時間的区分が厳格ではなく、結果行為以前の行為が結果と因果関係を有する限り、結果行為以前の行為を考慮することが可能になるからである。とすれば、原因行為を考慮することは、過失犯一般の理論枠組みで可能なのだから、殊更に原因において自由な行為という理論を持ち出す必要はないように思われる。

しかし、この論理を貫徹させると、結果と因果関係を有する、あらゆる行為が実行行為になる可能性がある。つまり、シェッヒが主張する「過失犯の原因において自由な行為の場合には、過失責任に対する結合点は、構成要件該当結果に対するあらゆる行為者の注意義務違反行為である。」という論理や、プッペが主張する「過失犯においては、構成要件該当行為は結果と因果関係を有する限りで前倒すことができる」という論理や、シュテルンベルクリーベンが主張する「故意的行為者にとっては予備行為にすぎない行為も、刑法222条の責任を結果としてもたらすことがあるのである」という論理は、故意犯と過失犯では実行行為概念は異なるという理解に立脚しているとも推測できる[19]。

それでは、実行行為概念を故意犯と過失犯で異なって解すべき理由は

[19] シュテルンベルクリーベンは、過失犯では、原因において自由な行為がなぜ必要かという点については根拠を述べていない。その理由は恐らく、シュテルンベルクリーベンは、「結果行為時に責任無能力であるにも関わらず、原因行為に構成要件該当性を認めうる限りで行為者を処罰する法理」を「原因において自由な行為」と考えているために、過失犯の場合にも、原因において自由な行為が必要であると主張していると推測される。しかし、過失犯の場合には、原因行為に構成要件該当性が認められるのでれば、原因において自由な行為に依拠しなくても、原因行為に遡求することが可能である。それゆえに、シュテルンベルクリーベンの見解は、「過失犯では、原因において自由な行為は不要である」というシェッヒ、ロクシン、プッペの見解と実質的には変わらないように思われる。

存在するのであろうか。

この問題は、過失犯の構造をどのように把握するかに依存する。過失を不注意と解し、不注意とは注意義務違反、すなわち、「犯罪事実の実現を回避するよう配慮すべき義務」＝「結果回避義務」が存在したにもかかわらず、当該義務に違反することと考える、いわゆる新過失論の立場[20]からは、過失犯の実行行為は、結果回避義務違反行為となり、故意犯の実行行為とは異なる。なぜならば、法益侵害の現実的危険性を持った行為が全て違法となるわけではなく（許された危険）、結果の発生を防止するために社会生活上必要な注意を欠いた落度のある行為だけが実行行為となるからである[21]。しかし、新過失論の立場に対しては、「何が基準行為であるかが、具体的な状況で、結果発生の危険性と切り離して、抽象的に考えられる可能性が生じ、その基準行為は、行政法規そのものだとはいわないにしても、実際上はそれに近くなる。しかし、こういう場合にはこうすべきである、という『書かれていない構成要件』があることになると、何かの法規がこういうことをすべきであるといっているものが、基準行為であることになりやすく、一種の抽象的危険犯となり、結果発生との具体的な関係が切り離されてしまう可能性がある」ことが指摘されている[22]が、この指摘は妥当である。新過失論が主張する基準行為は当該事案ごとに変化するため、どうしても不明確になる可能性は否定できないからである。加えて、新過失論からは、基準行為が行政法規に限りなく近づくことから、「行政法規に反する」＝「過失あり」、「行政法規に反していない」＝「過失なし」という判断に帰着することになるが、行政法規の違反の有無が、直ちに刑法上の過失を基礎づけるわけではない点からも、この見解は妥当ではない[23]。

---

[20] このような見解を主張するものとして、例えば、西原春夫『刑法総論（上）［改訂版］』（成文堂、1993年）197頁以下。

[21] このような指摘をするものとして、大塚裕史「過失犯論の近時の動向」法学教室395号（有斐閣、2013年）５頁。

[22] このような指摘をするものとして、例えば、平野龍一『犯罪論の諸問題（上）［総論］』（有斐閣、1981年）98頁。

[23] このことを示す具体例として、例えば、西田典之『刑法総論［第２版］』（弘文堂、2010年）260頁以下では、「法定の車間距離をとらずに運転している場合

よって、新過失論の立場ではなく、犯罪事実を認識しようと注意すべきであったにもかかわらず、これを怠った点を過失と考え、その上で実質的危険性を有する行為のみを過失犯の実行行為と捉える、いわゆる修正旧過失論の立場[24]を支持すべきであろう。そうすると残る問題は、過失犯において実行行為を認めるために要求される実質的危険性の程度は、故意犯と同様のものが要求されるのか否かという点である。この問題に対し、故意犯と過失犯で実行行為を認めるために同程度の危険を要求すべきと考える見解がある[25]。この見解は、過失犯では、故意犯よりも緩やかに処罰が認められることになり、刑法では故意犯処罰が原則であることと齟齬が生じ[26]、加えて、未必の故意と認識ある過失の区別が非常に困難である点に鑑みれば、過失犯の実行行為が認められる危険性は故意犯の場合と比べて軽度のもので足りるとする理由は存在しないことを主張する[27]。

しかし、過失犯では故意犯と比べて緩やかに処罰が認められることは、行為者の主観（故意の有無）が異なる以上、何ら不合理ではない。加えて、未必の故意と認識ある過失の区別の問題は事実認定論の問題であり、理論的問題とは別個に考えるべきである。

例えば、妻が、夫が帰宅したら、晩酌の際に毒入りのワインを出そうと考えて、冷蔵庫にワインをしまっておいたところ、帰宅した夫が、自

でも、流れに乗って走行しているときに先行車両が何の合図も出さずに急停車したため追突したような場合、車間距離保持義務違反はあるとしても直ちに過失を認めるべきではないであろう。他方、青信号で交差点を通過する場合でも、広く見通しのよい交差点であれば、赤信号に気づかず侵入してくる車両を認識することが可能であり、徐行ないし停止することにより事故が回避できるのであれば、過失を認めることもできるであろう。このように道交法上の義務は行動の一応の指針であり、これに反したこと、これに合致したことが直ちに過失の有無を決定するものではないのである。」と指摘されている。

[24] このような見解を主張するものとして、例えば、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）191頁以下。

[25] このような見解を主張するものとして、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、2001年）1130頁以下。

[26] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注（25）1130頁以下。

[27] このような指摘をするものとして、内藤・前掲注（25）1135頁。

分で冷蔵庫からワインを取り出して飲み、死亡した事例を考える場合に、故意犯と過失犯とで、実行行為を認めるための危険性を同程度に解する立場からは、殺人罪と過失致死罪の構成要件は共通するものと考えることになり、この事案では殺人予備罪にすぎない以上、殺人罪の実行行為は存在しない以上、過失致死罪の実行行為も存在しないという帰結に至る[28]。しかし、この事案で妻に過失致死罪も成立しないという帰結に至ることは妥当ではないだろう。

過失致死罪と殺人罪は行為者の主観（故意の有無）が異なる以上、両罪の構成要件も異なるものと考えるべきであり、殺人罪の実行行為に該当しない（殺人予備でしかない）ことが、過失致死罪の実行行為も存在しないことを意味するわけではない。本稿は、結果発生の予見可能性が認められる限りで、未遂犯成立に至らない程度の危険性を有する行為でも過失犯の実行行為と考える立場に依拠することから、この事案でも、ワインを冷蔵庫にしまう行為を、過失致死罪の実行行為と評価することができ、妻には過失致死罪の成立が認められることになる。

そして、このように考えることは、結果と因果関係を有する、あらゆる行為が実行行為になることを認めるわけではない。あくまで、実行行為は、結果発生の直近の過失行為であり、直近の過失行為を実行行為と認めるために、直近の過失行為以前の過失を考慮することを意味するに

[28] 但し、内藤・前掲注（25）1135頁では、「因果関係の起点としての実行行為と未遂行為としての実行行為を分けて考えることで、この事案でも、妻が冷蔵庫にワインをしまう行為を、因果関係の起点としての実行行為として把握することが可能になり、妻には因果関係の起点としての実行行為の危険性についての認識可能性はあることから、妻に過失致死罪を認めることができる」ことが指摘されており、内藤説のように、実行行為概念を因果関係の起点としての実行行為と未遂行為としての実行行為に二分すれば、故意犯と過失犯とで実行行為を認めるための危険性は同程度のものを要求する立場を採用しても、この事案で妻に過失致死罪の成立を認めることができる。確かに、因果関係の起点としての行為と未遂行為を区分することは妥当であると思われるが、その区分を、実行行為という一つの概念の中で行う方法は、技巧的であり混乱をまねくように思われる。むしろ端的に、「実行行為」＝「未遂行為」であり、因果関係の起点としての行為は実行行為とは区別する方が望ましいと本稿は考える。

すぎないのである。例えば、トラックの運転手が乱雑な積荷をした上で、乱雑な運転をしたところ、運転が乱雑で積荷が落ちて通行人が負傷した場合を考えると、この場合の実行行為はあくまで乱雑な運転行為である。そして、乱雑な運転行為を実行行為と認めるために、運転手が乱雑な積荷をした過失を考慮するにすぎないのである。

以上をまとめると、本稿は、過失犯の実行行為は実質的危険性を有する行為と考える。その上で、一定の行為によって結果が回避できたにもかかわらず、それに反する行為に出たことが過失犯の実行行為の危険性を基礎づけ[29]、実行行為を認めるための危険性は、未遂犯成立に至らない程度の危険性で足りると本稿は解する。

このような本稿の立場からは、過失犯における原因において自由な行為で問題になる、例えば飲酒行為を原因行為とする交通事故や殺人等のケースにおいては、結果行為を実行行為と解することはできない。なぜならば、結果行為時には、行為者に結果回避可能性が存在しない以上、結果行為に、過失犯の実行行為を基礎づける危険性が認められないからである。その一方で、原因行為（例えば飲酒行為）を実行行為と評価することが可能かどうかが問題になるが、原因行為は、行為者の一定の行為によって結果が回避できたにもかかわらず、それに反する実質的危険性を有する行為と評価することができる。そして、原因行為の有する危険性は未遂犯成立に至る程度とはいえないが、故意犯と過失犯とで構成要件を異なって考える本稿の立場からは、原因行為に実行行為を認めることが出来る。

それゆえに、過失犯における原因において自由な行為では、結果の予見可能性が認められる限りにおいて、原因行為を実行行為として評価することが出来る以上、実行行為時における同時存在原則が充足されているのであり、同時存在原則は問題にならないと考える[30]。よって、過失

[29] このような見解を主張するものとして、橋爪隆「過失犯の構造について」法学教室409号（有斐閣、2014年）115頁以下。

[30] 本稿は、「実行行為」＝「未遂行為」と考える立場から、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立する場合には、「実行行為時における同時存在原則」が妥当し、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」

犯における原因において自由な行為では、原因において自由な行為という概念は不要であることになる[31]。

以上の考察を踏まえると、過失犯における原因において自由な行為で、従来展開されてきた議論は、故意犯と過失犯とで実行行為をどのように考えるのかという点を不明確なままにしながら、同時存在原則を充足するか否かを検討してきたきらいがある。つまり、過失犯の実行行為と故意犯の実行行為を異なって解する立場（いわゆる新過失論の立場）からは、原因行為に実行行為性を認めることができ、実行行為時における同時存在原則が充足されることから、過失犯においては原因において自由な行為という概念は不要であるという帰結に至ることになろう。他方で、過失犯の実行行為を、故意犯の実行行為と同様に実質的危険性を有する行為と解する立場（いわゆる修正旧過失論の立場）からは、実行行為を認めるための実質的危険性をどう考えるかで結論が分かれる。過失犯の実行行為を認めるための危険性を故意犯と同程度のものを要求する立場からは、原因行為に実行行為を認めることができないために、過失犯に

という公式が成立しない場合には、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当することを主張してきたが、過失犯の場合には未遂行為という概念が存在しない以上、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立することになるので、実行行為時における同時存在原則が妥当することになる。

[31] 成瀬・前掲注（１）73頁では、「度を越した飲酒が、認識能力・制御能力の低下を招き、人の生命身体を侵害する行為に出る危険を生じさせることがあるのも事実であることから、飲酒しようとする者に上記の危険性を予見し、当該危険が現実化しないように適切な措置をとるべき義務が認められる場合が存在し、当該義務に違反する飲酒は、人の生命身体に許されざる危険を創出する行為にほかならないので、行為者が故意を有していれば、飲酒行為は、予備行為ではなく、当該故意犯に関する一連の実行行為の一部と評価できることが少なくない」ことから、過失犯では、原因において自由な行為は不要であると主張する。この見解は、故意犯と過失犯とで実行行為を同様に解する立場から、原因行為に実行行為性を認めることで、原因において自由な行為が不要であることを主張するものだが、やはり飲酒行為は抽象的な危険性を有する行為にすぎず、飲酒行為を故意犯並びに過失犯に関する一連の実行行為とみることには無理があるように思われる。

おいても原因において自由な行為という概念が必要であるという帰結に至ることになろう。一方で、過失犯の実行行為を認めるための危険性を故意犯の実行行為とは異なって解する立場からは、原因行為に実行行為を認めることができるので、過失犯においては原因において自由な行為は不要という帰結に至ることになる。

第三節　違法性の意識の可能性

1　問題の所在

同時存在原則との関係では、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如しているが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在した場合に、犯罪の成立を認めることができるかということが指摘[32]されている。

では、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在するケースとはどのような場合なのか。この問題に関しては、「特別な法的規制領域における活動が問題になる場合には、当該違法行為実行の時点では違法性を意識することが不可能であっても、事前の段階で調査すれば違法性を意識することが可能であれば、当該違法行為に対して非難を加えることができるのではないか」と説明した上で、ドイツにおける「事前責任に基づく禁止の錯誤の回避可能性」の議論が参照になることを主張する見解が存在する[33]。

但し、この説明だけでは、具体的にどのようなケースが同時存在原則との関係で問題になるのかが不明である。そこで、ドイツにおいて、「特別な法的規制領域における禁止の錯誤の回避可能性」を論じたルドルフィ[34]の見解を参照することにする。ルドルフィは、以下のような例を挙げている。

---

[32] このような指摘をするものとして、松原・前掲注（2）261頁以下。

[33] 松原・前掲注（2）261頁。

[34] Hans Joachim Rudolphi,Unrechtsbewusstsein,Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S.253ff.

（１）食品製造業者Ａは、自己の営業上の行為を規制する規定を知らなかった。Ａが自己の営業において、法的禁止に反する一定の保存食品を製造した際に、Ａは自己の行為の違法性を認識していないのではなく、自己の行為が法的に許容されていることに確信があったのである。Ａの行為の違法性を示すようなその他の事情も、Ａには周知ではなかったので、行為時にはＡには禁止の錯誤は回避不可能なのである。

（２）イタリアから来た出稼ぎ労働者Ｂは、道路交通法37条１項３号に違反して、街道の右側を歩いて、小型オートバイ運転手により後ろから衝突された。Ｂは、ドイツに何か月にもわたる滞在にも関わらず、道路交通法37条１項３号を知らなかったので、Ｂには自己の行為が許されていることについての確信があったのである。

これらの例は、行為者が非難可能な方法で自己により遂行される行為を規制する法規範を照会しなかったために、行為時には、自己の行為の違法性を認識する能力が欠如する事例といえる。

ルドルフィは、このようなケースを、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」と呼んでいる[35]。その上で、ルドルフィは、２つの事例では、「行為者は行為時に、問題となる法律を知らない」ことから、行為時を基準とすれば、行為者には当該錯誤は回避不可能といえるが、問題となる法律を行為者が過去に調査していれば錯誤は回避可能であることを指摘する。それゆえに、ルドルフィは、自身が挙げた２つの事例を「行為者が、非難可能な方法で、自己により遂行される行為を規制する法規範を照会しなかった（知らなかった）ために、行為時には、自己の当該行為の違法性を認識する能力が欠如する事例」と分析している[36]。

しかし、ルドルフィは、この２つの事例を処罰することが、問題を孕

[35] つまり、ルドルフィは、松原・前掲注（２）のように、「違法性の意識の可能性」が行為時に欠如するとは述べていないことになる。

[36] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.254f.

んでいることを以下のように指摘する。

「禁止の錯誤に陥って行動している行為者に対して唱えられる刑法的責任非難を行為時にのみ関連付けるのであれば、行為時には自己の禁止の錯誤を取り除くことが出来なかったケースでは、責任と刑罰は最初から排除されることになるのである。なぜならば、行為者には自己の当該行為の法的性質を検討する機会が欠けていた、あるいは行為者には行為時に当該行為の違法性の認識へと至るいかなる手段も与えられていなかったからである。しかしながら、行為者に対する避けることのできない禁止の錯誤が、行為者の過去の怠慢に基づく場合にも、この原理に従えば責任と刑罰が排除されることになるという事を思い浮かべると、このように、刑法的責任非難を行為時に制限することは問題があるということが明白になる[37]。」

つまり、ルドルフィ自身が挙げた２つの事例を処罰しようとすれば、「行為時に自己の行為決定を規範に従って動機づける能力が行為者にないことは、当該行為の前に非難可能な方法で認識の欠如や有責な禁止の錯誤を除去しなかったことの結果にすぎないため、行為者が以後に自らが違反する法規範の認識に至るための自由を利用しなかったこと、そして自己の職業的又はその他の行為を規制する法規範を認識し、行為時に行為決定への規範的な動機づけにより、自己の違法行為を避ける可能性を、非難可能な方法で行為者自ら奪ったことが行為者に対して非難されうる[38]」ことになるが、それはつまり、行為時以前の行為者の責任非難を問題にすることになり、刑法的責任が行為時に基礎づけられていることに反するのではないかということである。そして、ルドルフィの指摘する問題が仮に正しいとすれば、ルドルフィが挙げた２つの設例を処罰することは、同時存在原則に違反するのではないかという問題が生じることになる。

そこで、本章では、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」について、ドイツの判例・学説はどのような見解を採用しているのかを検討する。その上で、「行為時に回避不可能な、法的特別規定

[37] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.253f.

[38] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.253f.

についての錯誤」と同時存在原則との関係を考察することにする。

2　判例

「禁止の錯誤」のケースに対して、判例はどのような対応をとってきたのかを検討する。まずBGHSt2,194は、判旨の中で、「刑罰は、責任を前提としている。責任とは、非難可能性である。責任があると判断することは、『行為者が合法的に行為し、法に従う決定をできたであろうにも関わらず、行為者は合法的に行為をせず、法に反する決定をしたこと』が、行為者に対して非難されることを意味する。責任非難の内的理由は、『人間は、自由で答積的で、道徳的な自己決定の素質を有するのであり、それゆえに、行為者が道徳上の成熟に達し、自由で道徳的な自己決定の素質が、刑法51条に規定された病的事象によって、一時的あるいは長期間麻痺していない限りは、法に従う決定をし、法に反する決定を行う能力や、自己の行為を法的命令規範に従って方向づけ、法的禁止を回避する能力を有する』という点に存在する。人間が、自由な答責的で道徳上の自己決定を行う際に、法に従った決定をし、不法に反する決定をすることの前提条件は、適法と不法を認識していることである。自分が自由に決定することが不法であることを知っている者は、そのような状況であるにも関わらず不法なことをした場合に、有責に行為しているのである。このような認識は欠如する場合もある。なぜならば、行為者が、刑法51条で列挙された病的事象のために、自己の行為の違法性を弁別する能力が欠如しているからである。ここでの、行為者の不認識は、不可避な運命の結果である。不認識は、行為者に非難されることはできないのであり、責任として帰属されることもできない。それゆえ行為者は、刑法的に帰属無能力なのである。不法な事を行う意識は、帰属能力を有する場合でも、個々のケースで欠如しうるのである。なぜならば、行為者は禁止規範を知らない又は知っていたとしても判断を誤ったからである。このような禁止の錯誤のケースでも、行為者は、不法に反して決定することができる状況にはなかったのである。しかし、あらゆる禁止の錯誤が、責任非難を排除するわけではない。知識の欠如は、一定程度まで除去することが可能である。人間は、自由で道徳的な自己決定の素質を有するので、いかなる場合でも、法共同体の構成員として合法的に行

為をし、不法を避ける答責的決定へと方向づけられているのである。人間が、不法なものとして自己の目前に明確に表れることをしなかったということだけでは、この義務は充足されないのである。むしろ、行為者がまさにこれから行おうとする全ての事が、法的当為命題と調和するのかどうかを、行為者は意識しなければならないのである。行為者は、熟慮や照会によって、疑いを除去しなければならない。ここでは、良心の緊張が要求されるのであり、良心の緊張の程度は、個々のケースや、個々の生活領域・個々の職業領域に従って方向づけられるのである。行為者が、行為者に要求されうる良心の緊張にも関わらず、自己の行為の違法性への洞察を獲得できなかった場合には、錯誤は回避不可能であったのであり、当該行為は回避できなかったのである。このケースでは、行為者に対する責任非難をとなえることはできない。それに反して、相応の良心の緊張によって、行為者が自己の行為の違法性を認識できた場合には、禁止の錯誤は責任を排除しないのである。しかし、行為者が相応の良心の緊張を欠いた程度に従って、責任非難は減少しうるのである。違法性の意識とは、およそ、可罰性の認識を意味するわけでもなく、禁止を含んでいる法的規定を認識することを意味するわけでもない。他方で、行為者が自己の行為は道徳的に非難すべきことを意識することでも、十分ではないのである。むしろ、行為者は、法技術的な判断ではなく、自己の思想に合致する一般的評価の中で、行為の違法性を認識しなければならないのであり、又は相応の良心の緊張により、行為の違法性を認識しなければならないのである。・・RG によって引き継がれて、固く保持された、『刑罰法規に関する錯誤は、可罰性を排除しない』という命題は、行為者に対して責任非難が唱えられず、それゆえに、『刑罰は責任を前提としている』というあらゆる刑罰の不可侵の原理を侵害するにも関わらず、行為者に落ち度のない禁止の錯誤の場合にも、処罰という結論に至るのである。刑罰法規の錯誤は非本質的であるという命題が効力を獲得した時に、この命題の主張者達は、『自分たちが、責任なき刑罰を科す可能性を切り開いた』ということを全く危惧していなかった。誰もが、刑罰法規の基礎にある禁止と命令を知っていた、又は知らなければならなかったために、刑罰法規の錯誤は、行為者に対して常に有責に帰属されるという前提に立っていたからである。非刑罰法規の場合に

のみ、一般的知識や認識の可能性を期待することはできなかった。ライヒ刑法典の下で刑罰が規定された犯罪の大部分にとって、行為者に落ち度のない禁止の錯誤は完全に想定し難いものであるという見解は、19世紀後半の政治的・社会的にバランスのとれた時代には、正当性を持ち得たかもしれなかった。それに反して、国家的構造や社会的構造が、その基盤から揺さぶられ、又は変形する時代においては、これは妥当しないことになる。ここでは、基準となる価値が、価値に基づく秩序の一過性の経験や、権力を求める要求によって、しばしば不明瞭とされるのである。何が適法で何が違法かは、自明ではないのである。それにより、禁止の錯誤の可能性、つまり、行為者に落ち度のない禁止の錯誤の可能性が切り開かれるのである。立法者が、行政法上の規定の命令・禁止に対して、より重点を置くために、ますます広範囲になってきている、社会生活上の一定の領域に関する行政法上の規定に対して、刑罰法規を付け加えることに鑑みると、『誰もが刑罰法規を知っている』という推測は、当時から既に妥当しないのであり、今日においては、ますます不適切なのである。なぜならば、刑罰法規の禁止は、一般的な道徳上の見解に基づいているのではなく、社会的合目的性又は国家的合目的性の考慮に、幾重にも基づいているからである。このような、刑法に隣接する法規の数は、真正な犯罪法規の数を、ずっと前から、何倍にも超えているのである。これにより、刑法に隣接する法規の数は、禁止の錯誤の可能性に対して、より広い領域を提供するのである。刑法59条に従って構成要件的錯誤の場合と同じように、非刑罰法規の法的錯誤を取り扱うことも、例外なく責任原理の効力を保障するためには、不適切なのである。なぜならば、行為者が自己の行為の違法性を認識できたかどうかという決定的問題に対しては、非刑罰法規の錯誤は刑罰法規の錯誤以上に起こりやすい限りにおいて、錯誤の対象は、間接的にしか重要でないからである。刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤の区別も、論理的に不可能であるということも、これに付け加わるのである。確かに、RG の判例は、RG の判例に反対する論者も是認しているように、大抵は、満足の行く結果へと至った。しかし、このことは、とりわけ、以下の事情に負っているのである。それは、刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤を論理的に区別できないという事実が、法感情に従って当該錯誤を重大なものかそうで

ないかの判断に応じて、法感情に従って決定をし、その後で、誤認した法規範を刑法的性質又は非刑法的性質のものとして根拠づけることを許したという事情である。それゆえに、他方で、誤認した規範を、刑法的なものとして又は非刑法的なものとして特徴づけをすることが、任意の概観を呼び起こすことは決して珍しくなく、それゆえに説得的ではなく、激しい批判のきっかけを与えることになった。この全ての欠陥が、RGの判例を破棄することを迫り、故意行為の処罰において、責任原理の貫徹を保障し、責任の本質を正当に評価する法命題を確かめ、適用することを迫った」と述べている。

また、BGSt21,18は、判旨の中で「錯誤が自ら招いたものであるかそうでないかの問題の解答をするためには、刑法の禁止の錯誤に関する判例の中で展開されてきた原理に依拠する必要があるのである。それに従えば、行為者が、自己の生活領域や職業領域における人間性の事情や事案状況に従って、自己に要求可能な良心の緊張にも関わらず、自己の行為の違法性を認識することができなかった場合には、錯誤は回避不可能なのである。それは、『行為者が全ての精神の認識力を投入し、浮かび上がる疑念を、熟慮又は必要であれば助言を求めることで、取り除くこと』が前提とされている。行為者が、良心を緊張させれば、自己の行為の違法性を認識できたであろう場合には、禁止の錯誤は自ら招いたものとなる。その際には、行為者には、過失犯での、交通において必要な、行為者に要求されうる注意の遵守以上の、より高度な要求がなされるのである。厳格な基準が、自己の検討義務と並んで、照会義務にも課されるのである。『行為者は、法的専門家の意見表明を取り入れることで、行為者に義務として課される、自己の行為の適法・不法を個人的に判断することから逃れることはできない』ということを、考慮すべきである。」と述べている。

上に挙げた２つの判例から、以下の事が把握できる。つまり、RGは、禁止の錯誤を、「刑罰法規に関する錯誤」と、「非刑罰法規に関する錯誤」に分け、前者の場合には、常に可罰性が肯定されるという論理を採用していた。その理由は、RGが、「国民誰もが、刑罰法規の基礎にある禁止と命令を知っていた、又は知らなければならなかったために、刑罰法規の錯誤は、行為者に常に有責に帰属される」という前提に立っていた

からである。

しかし、BGH は、国家的構造や社会的構造が変容し、基準となる価値が不明確な現在では、この前提は誤っており、加えて「刑罰法規の錯誤」と「非刑罰法規の錯誤」は明確に区別できないことから、RG の論理を破棄する。そして BGH は、「我々は法共同体の構成員として、合法的に行為をし、違法を避けることが義務付けられており、行為者がまさにこれからしようとする全ての事において、それが、法的当為命題と調和するのかどうかを、行為者は意識しなければならない。行為者は、熟慮や照会によって、疑いを除去しなければならず、その場合には良心の緊張が要求されるのであり、良心の緊張の程度は、個々のケースや、個々の生活領域・個々の職業領域に従って方向づけられる。行為者が、行為者自身に要求されうる良心の緊張にも関わらず、自己の行為の不法性への洞察を獲得できなかった場合には、錯誤は回避不可能であった」という論理を採用していることになる。

他方で、BGH の判例については、プッペによって以下のような事が指摘されている[39]。

「以前の判例は、行為者に対して違法性の意識の欠如を非難するためには、行為者が照会義務（法調査義務）を怠ったことそれだけで十分なのであり、行為者が法調査義務を履行した場合に、どのような情報を受け取っていたのかは問題にならないという立場を取っていた。しかしながら、最近では、BGH は、禁止の錯誤の回避可能性は、義務を履行した場合の仮定的結果に依存するという反対の立場をとっている。この立場は、学説から長い間、判例に対して要求されていたものであり、学説は判例のこの変化を前進したものとして好意的に受け止めている[40]。」

つまり、プッペによれば、従前の判例では、行為者には照会義務があることを前提にして、行為者を照会義務違反という形で処罰してきたが、最近の判例は、法的状況が不明確な場合には、仮定的因果経過を問題に

[39] Ingeborg Puppe,Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, Festschrift für Rudolphi, 2004, S.236f.

[40] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.237f.

し、行為者を一律に照会義務違反で処罰していないということになる[41]。それゆえに、プッペの判例の分析によれば、ルドルフィが先程挙げた２つの事例は、法的状況が明確な場合であるから、判例の立場からすれば、照会義務違反という形で、行為者は処罰されることになる。プッペも、「行為者が、自分の法知識が、自己の行為計画の許容性と禁止性を正しく判断するには十分でないような状況に行為者が置かれ得るということが予見できる場合には、将来の行為状況からも、特別な法調査義務が生じうるのである。そのようなケースとは、行為者が、自己の行為が特別な規定に従属することを知っている行為又は知るべきであるような行為を遂行する場合であり、その特別な規定が特別法と結びついている場合である。行為者が義務に気付かなかったことにより、行為者は、自己の特別な地位と結びついている特別な義務の刑法的制裁を免れることはできないのである。それゆえに、行為計画の開始前にこのような法調査義務を怠った行為者は、禁止の錯誤の不可避性を理由としてはもはや免責されないという点では、今日、一致がみられる。」と述べている[42]。しかし、プッペは、このように行為者の照会義務違反を問題にすることは、責任の部分的前倒しであり、行為責任とどのように調和するかについては、明らかでないことも指摘している[43]。そこで、以下では、この問題に関する学説を検討することとしたい。

３　学説

[41] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.237f. では、例えば KG NStZ 1990, 185が挙げられている。この判例は、「医師である被告人達が、死亡原因と基礎的病名の解明のために、死亡した者の生前の同意や遺族の同意なく、死体解剖を行った事案」であり、被告人達は死体損壊罪（刑法168条１項）に問われたが、当時ベルリンのほとんどの病院では、このような死体解剖が一般的慣習となっていたため、仮に被告人達が弁護士や医師会の助言を取り入れるなどして、（被告人達の）あらゆる認識能力を緊張させたとしても、自分達の行為の違法性を認識することはできなかったと判断され、被告人達には無罪が言い渡されている。

[42] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.238f.

[43] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.238f. プッペと同様の指摘をする我が国の見解として、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）336頁以下。

①間接的行為責任論を主張する見解[44]

この見解の主張者であるルドルフィは、「行為者には自己の行為を規制する法規範を調べる能力があったにも関わらず、当該不法行為の実現に至るまで、法規範を調べなかった」という行為者の行状にまで、責任非難を一部拡大することも許されるとする。それは、過去に存在する行為者の有責な怠慢としての行状責任も、「行状責任が当該具体的違法行為の中に現れる限りにおいて、すなわち行為者の違法性についての錯誤が行状責任に基づく限りにおいて」、行為者に対する責任非難の基礎を形成するためであるとルドルフィは主張する。その上で、ルドルフィは、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」における行為者の責任は、以後の具体的違法行為に向けられて存在する行状責任に基づく行為責任なのであり、それは要約すれば「間接的行為責任」と呼ぶことができるとする。

また、ルドルフィは「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」のケースを処罰しなければ、怠惰な人間や無頓着な人間に褒賞を与えることになり、行為者は初めから自己の職業的行為を規制する法規範を照会しなくてもよいという帰結に至ることを指摘する。そして、そのような帰結を避けるためにも、「行為時に回避不可能な、法的特別規定についての錯誤」は刑法的制裁の必要性が明白になるケースであるとする。

その上で、ルドルフィは、自身の見解に対して、「行状責任」に対して唱えられる一般的な批判があたらないことも主張する。「行為者が、行為前に自己の職業的行為を規制する法規範を調べなかった」事を問題にすることは、一定の不作為の非難可能性だけが問題になっているだけであり、行為者の人格性を問題にしているわけではない点を強調する。加えて、行為者の過去の行状を取り入れることで、責任が実行行為以前の領域に前倒されることになるという批判もあたらないとする。なぜならば、法的に特に規制された行為を引き受けた者は、自己の行為を規制する特別な法規定を知らなければならないからであり、特別な法規定の遵守は、事前に行為者がその法規定を知ることでしか保障されないから

[44] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.264f.

であると主張する。それゆえに、自身が挙げた設例の、自動車運転手として道路交通に関与し、あるいは食料製造業者・経営者として一定の行為を遂行し、この行為の遂行の際に、当該行為を規制する法規範の１つに違反した場合には、行為者が行為時には非難可能な方法で、自己の行為の不法性を勘違いしたならば、すなわち、行為時に回避不可能な禁止の錯誤が、「当該行為の引き受けと事後の不法行為との間に存在する時間に、行為者が、非難可能な方法で自己の行為を規制する特別な法規範を知らなかったこと」に基づく場合には、行為者に対してはなお刑法的責任非難がなされるとルドルフィは説明する。

②故意責任を二種類に分ける見解[45]

プッペは、「原因において自由な行為」における「例外モデル」の考えをそのまま採用し、端的に行為前の時点まで責任を部分的に前倒すことを認める。しかし、「回避不可能な禁止の錯誤の事例」において「例外モデル」を採用したとしても、「原因において自由な行為」での「例外モデル」に対して向けられる批判はあたらないとする。

「原因において自由な行為」で「例外モデル」に対して向けられる批判は、行為と責任を分離することにより、行為責任が没却されるというものである。しかし、この批判は、責任非難の一部としての法調査義務違反の前倒しにはあてはまらない。なぜならば、「責任能力」とは異なって、「未必的違法性の意識」は責任の必要不可欠な要素ではないからであるとプッペは説明する。「未必的違法性の意識」は、行為者の精神的な部分の検討結果でもなければ、行為との現実的関連性を有するわけでもなく、ただ行為者が不法性の意識を獲得できただろう又は獲得すべきだったのであろうということを、実質的形態で表現しているにすぎないのである。

プッペは、故意責任には二つの形態があることを指摘する。一つは、行為者が違法性の意識を有する故意行為の場合である。そして、もう一つは、違法性の意識の欠如に関する過失と結びついた故意行為の場合である。

---

[45] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.238f.

その上で、「行為時に回避不可能な禁止の錯誤」においては、違法性の意識の欠如に関する過失と結びついた故意行為が問題になる。そして、この場合の責任非難は、「違法性の意識なく故意的構成要件を実現したことに対する非難」と、「自己の行為を規制する法規範を調べなかったことに対する過失非難」から構成されていることをプッペは主張する。敷衍すれば、自己の行為を規制する法規範を調べなかった、つまり法調査義務を侵害したことは、「独立した過失不法」であるとし、この過失不法に、事後的な故意不法が追加的に付け加わることで、「未必的違法性の意識」における責任非難が構成されると説明する[46]。

そして、過失不法・過失非難は、故意不法・故意非難とは異なり、理論上、本来の法益侵害行為よりもずっと前に前倒しがなされることが可能である。それゆえに、過失不法・過失非難は必ずしも行為時に根拠づけられる必要はないのであり、設例における法調査義務の侵害という行為前の事情を考慮することも、何ら行為主義には反していないことになるとプッペは説明する。

４　検討

ドイツにおける、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」の議論状況を要約すると、以下のようになろう。ドイツの判例は、法的状況が明確な場合に、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」に陥った行為者を、照会義務違反を根拠として処罰してきた。しかし、なぜ実行行為時以前の事情である照会義務違反が行為者の責任を基礎づけるのかという点については、説明がなされていなかった。そこで、学説では、なぜ照会義務違反が行為者の責任を基礎づけるのかという点について、様々な見解が主

[46] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.240f. なお、過失不法に事後的な故意不法が付け加わる事がなぜ許されるのかについては、プッペは「行為者が照会義務を怠った場合であっても、法的状況が不明確な場合には、照会義務を尽くしても行為者は正しい法的解釈（法的知識）を獲得できない可能性があるため、このような場合には、錯誤は回避できず、行為者は処罰されることは許されないことを保証するためである」と説明する。それゆえに、プッペの見解からは、過失不法だけで行為者が処罰されることは許されず、事後的な故意不法が付け加わることで、初めて行為者は処罰されることになる。

張されてきたということになる。

それでは、このようなドイツの議論状況と、同時存在原則はどのような関係にあるのであろうか。「法的特別規定に関する禁止の錯誤」を、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するケース、すなわち同時存在原則が問題になる非同時的事例と位置づけることは可能なのだろうか。

ドイツの、「法的特別規定に関する禁止の錯誤」を、違法性の意識の可能性が実行行為時には欠如するが実行行為以前には存在した事例と位置づける見解は、以下のように説明する[47]。

「厳密に実行行為時点に限定すれば違法性の意識の可能性がないといえる場合であっても、当該行為が予見可能な段階で、熟慮・照会等の適切な手段をとっていればその違法性を意識することができた場合には、適切な手段により当該行為時点で回避不可能な禁止の錯誤を回避することができた、すなわち当該行為についても違法性を意識することができたといえよう。行為時点では違法性の意識の可能性の欠如に至る事情を、行為以前に可能な回避措置により回避しなかったことに責任非難が認められるのである。これにより、行為決意から行為に至るまでの連続した非難が可能となり、それが行為遂行時においては欠如する責任要素である違法性の意識の可能性を補填するといえる。これは、個別的行為と無関係に事前の責任自体を非難の対象にするものではなく、あくまで当該行為に関連づけられた責任であるから、当該行為との関連で意思形成過程の準備段階を考慮することは、個別行為責任の原則に反するとの批判はあたらない。また、行為と責任の同時存在原則が要求される根拠は、責任判断の無制約な時間的遡求、ひいては行状責任や人格責任の取り込みを防止することにより、個別行為責任の原則を確かなものにすることにあり、同時存在が自己目的ではないであろう。そこから、原因において自由な行為について完全な責任を問いうるとの考え方からすれば、その場合と同様に、当該行為と一定の関係にある段階の時点での違法性の意識の可能性が存在すれば足りると考えることができるのであり、形式的に実行行為時に違法性の意識の可能性が存在しなければならないとす

[47] 松原・前掲注（２）267頁。

る必然性はないであろう」

つまり、この見解は、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」は、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如する、同時存在原則が問題になる非同時的事例のケースと位置づける。その上で、このようなケースを処罰するためには、実行行為時点での違法性の意識の欠如に至る事情を、実行行為以前に回避措置により回避しなかったという事前責任を認めるべきであると主張する。そして、同時存在原則が要求される根拠は、事前責任の無制約な時間的遡求の防止にあるのだから、当該行為と関連する限りであれば、事前責任を認めることも、同時存在原則に反しない点を強調する。

そこで、この見解の当否を検討するに当たっては、再度、違法性の意識の可能性とは何かを確認する必要がある。違法性の意識の可能性とは、行為者が当該実行行為に出ることが回避可能であったにも関わらず、回避せずに実行行為を行った場合に、行為者に対して非難可能性を認めるものである。違法性の意識の可能性の有無が問題になった我が国の判例としては、百円紙幣模造サービス券事件（最決昭和62・７・16刑集41巻５号237頁、判時1251号137頁）が挙げられる。この事件は、被告人甲が、自己の経営する飲食店「甲店」の宣伝に供するため、写真製版所に依頼し表面は写真製版の方法により日本銀行発行の百円紙幣と同寸大、同図案かつほぼ同色のデザインとしたうえ、上下二か所に小さく「サービス券」と赤い文字で記載し、裏面は広告を記載したサービス券を印刷させ、次いで表面は、右と同じデザインとしたうえ、上下二か所にある紙幣番号を「甲店」の電話番号にし、中央上部にある「日本銀行券」の表示を「甲店券」の表示に変え、裏面は広告を記載したサービス券を印刷させて、それぞれ百円紙幣に紛らわしい外観を有するものを作成し、被告人乙も被告人甲が作成したサービス券を見て、自分が経営する飲食店「乙店」でも同様のサービス券を作成したいと考え、被告人甲の承諾を得て、写真製版所に依頼し、被告人甲と同様の百円紙幣に紛らわしい外観を有するサービス券を作成したというものである。

この事件で、最高裁は、違法性の意識の可能性の有無の判断に際して、実行行為以前の事情を考慮した。すなわち、被告人甲については、「被告人甲は、サービス券作成前に製版所側から片面が百円紙幣の表面とほ

ぼ同一のサービス券を作成することはまずいのではないかなどと言われたため、警察署に赴き、百円紙幣に紛らわしい概観を有する（被告人が作成した）サービス券について、知り合いの巡査を訪ね、同人及びその場にいた同課防犯係長に相談した際に、同人らからは、通貨及証券模造取締法の条文を示されたうえ、紙幣と紛らわしいものを作ることは同法に違反するため、サービス券の寸法を真券より大きくしたり、『見本』又は『サービス券』の文字を入れるなどして、誰が見ても紛らわしくないようにすればいいのではないかと具体的助言を受けたにも関わらず、被告人は、同人らの態度が好意的であり、助言も必ずしもそうしなければいけないというような断言的なものとは受け取れなかったことや、取引銀行の支店長代理にサービス券に銀行の帯封を巻いてほしい旨を依頼したところ簡単に承諾を得られたことから、助言を重大視せず、表面の印刷が百円紙幣と紛らわしいものであるとしても裏面には広告を印刷するのであるから、表裏を全体として見るならば問題にならないのではないかと考え、再度サービス券を作成した」という事情を考慮し、被告人乙については、「被告人甲から、このサービス券は百円札に似ているが警察では問題ないと言っており、現に警察に配布してから相当日時が経過しているから別に何の話もないと聞かされたことや、近時一般にほとんど流通していない百円紙幣に関することであるため、被告人乙は格別の不安を感ずることもなくサービス券の作成に及んだが、被告人乙としては、自ら作成しようとするサービス券が問題ないものであるか否かにつき独自に調査検討をしたことは全くなく、専ら先行する被告人甲の話を全面的に信頼したにすぎなかった」という事情を考慮することで、最高裁は被告人甲と被告人乙について、それぞれ違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由がある場合には当たらないと判断した。

最高裁の判断枠組みは、一見すると、被告人甲と被告人乙について、実行行為以前の事情を基礎に処罰を認めたものであり、行為責任主義に反するようにも思われる。しかし、百円紙幣模造サービス券事件は、実行行為以前の事情を基礎に、被告人甲と被告人乙に責任非難を認めたケースではない。被告人甲は、当該実行行為以前に警察官から助言を受けたことから、サービス券を作成する行為が違法であるということを認識しえたにも関わらず、助言を重大視させず、再度サービス券を作成す

るという実行行為を遂行したことに鑑みれば、それはつまり、「実行行為時に違法性の意識の可能性は存在していた」ということを示しているのである。同様に、被告人乙についても、被告人乙自らサービス券作成につき独自に調査検討をしたわけではなく、被告人甲の話を全面的に信頼したにすぎない上で、サービス券を作成するという実行行為を遂行したことに鑑みれば、「実行行為時に違法性の意識の可能性は存在していた」といえよう。

そもそも、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無を問題にすることは、「仮にどのような行為をしていれば、実行行為時に自己の行為の違法性を認識できたか」を問題にすることになるため、実行行為時以前の事情を考慮する場合も存在することになる。但し、そのことが同時存在原則並びに行為責任主義に反するわけではない。あくまで、実行行為時以前の事情は、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無を判断するための手段にすぎない。実行行為時以前の事情をも考慮した上で、実行行為時における違法性の意識の可能性の存在の有無が問題になる以上、行為者には実行行為時の責任非難が問題にされることになり、同時存在原則と何ら齟齬は生じないのである。換言すれば、実行行為以前の事情を考慮して、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無を判断することは、決して実行行為以前の責任非難を問題にしているわけではないのである。

同時存在原則から演繹されることは、実行行為時に違法性の意識の可能性が存在しなければならないということである。しかし、実行行為時に違法性の意識の可能性があったか否かの判断は、責任能力や故意の有無の判断とは異なるように思われる。なぜならば、故意や責任能力では、行為者が実行行為時に単にそれを有していたのかどうかが問題になるが、他方で違法性の意識の可能性の有無は、当該状況に置かれた行為者が違法性の意識の可能性を持ちえたのかどうかという規範的な判断が問題になるからである。それゆえに、百円紙幣模造サービス事件では、実行行為以前の事情を考慮した上で、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無が判断されたが、この事件が同時存在原則に反する判断を行ったわけではないのである。

他方で、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」の議論では、

行為者の照会義務違反と責任非難の関係が問題になっていたが、このドイツの議論も、我が国における「違法性の意識の可能性」の問題に解消できると思われる。

本稿は、違法性の意識の可能性の有無の判断では、因果関係の起点としての行為と実行行為（未遂行為）は一致すると考え、「行為者が、実行行為時における自己の能力と与えられた情報を基礎にして、当該行為を慎重に検討すれば、当該行為が違法であることが認識できた場合」に、違法性の意識の可能性が肯定されると考える。そして、ドイツの法的特別規定に関する禁止の錯誤で指摘されていた行政取締法規が問題になるケースでは、行為者が当該行為を慎重に検討したといえるためには、行為者に可能な範囲での当該法規に関する調査を要求することも許されるのではないだろうか。換言すれば、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無が問題になる場合に、行為者が当該実行行為を慎重に検討したか否かを判断する中で、ドイツの議論における照会義務についても検討することができると考える。そして、照会義務を問題にすることは、決して実行行為以前の行為者の責任を問題にしているわけではない。前述のように、あくまで、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断の中で、行為者に可能な範囲での照会義務を問題にしているのである。本稿は、行為者に可能な範囲での当該法規に関する調査を尽くせば、行為者が当該行為の違法性を認識できた場合には、当該実行行為時には違法性の意識の可能性が存在したことになり、それでも行為者は当該行為を遂行したことから、責任を問われると考えるものであるが、このような論理は、同時存在原則並びに行為責任主義に反するものではない[48]。よって、禁止の錯誤と行為責任との問題の検討にあたり、ドイ

[48] 同様の指摘として、半田靖史「違法性の意識の可能性」『刑事事実認定重要判決50選（上）［第２版］』（立花書房、2013年）215頁以下では、「与えられた情報と能力を用いて慎重に検討することが期待できるとすれば、慎重な検討の一態様又は延長として、違法性に関する調査を期待してもよいように思われる。これを一切否定すると、行政取締法規の不知の場合に、少なからず違法性の意識の可能性が否定されてしまう。ただし、期待できる調査は、行為者にとって可能かつ相当な範囲に限るべきであろう。その範囲の調査によって違法性の意識が喚起できたのであれば、行為者は違法性の意識を喚起しうる情報の収集能

ツの学説で主張されていた間接的行為責任という概念[49]や、過失不法に故意不法が追加的に付け加わるという論理[50]、加えて我が国の学説で主張されていた事前責任という論理[51]を援用する必要はないと思われる。

以上を踏まえると、ドイツにおける「法的特別規定に関する禁止の錯誤」のケースは、本稿の立場からは、行為者に可能な範囲での照会義務を認めた上で、行為者が照会義務を尽くして、行為者が当該行為の違法性を認識できた場合には、実行行為時に違法性の意識の可能性が、なお存在したケースといえ、行為者の責任は肯定される。他方で、行為者が（可能な範囲での）照会義務を尽くしても行為者が当該行為の違法性を認識できなかった場合には、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如するケースといえ、行為者の責任は否定されることになる。

第四節　小括

過失犯と原因において自由な行為は、同時存在原則との関係では、過失犯における実行行為をどのように考えるかが問題となる。過失犯における実行行為を故意犯と同様に実質的危険性を有する行為と考えるが、故意犯と過失犯の構成要件は異なることから、過失犯における実行行為を認めるための危険性は、未遂犯成立に至らない程度のもので足りると考える本稿の立場からは、原因行為を実行行為と評価できる以上、実行行為時における同時存在原則が充足されることになり、同時存在原則は問題にならず、原因において自由な行為という概念も不要であると考える。

他方、違法性の意識の可能性においては、実行行為時には違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前には違法性の意識の可能性が存在するケースとして挙げられている、ドイツの「法的特別規定に関する

力・収集可能性を行為時に有していたのである。それは、行為時における違法性の意識の可能性といってよい。」と述べられている。

[49] Rudlophi, a.a.O. (Fn34), S.264f.

[50] Puppe, a.a.O. (Fn39), S.240f.

[51] 松原・前掲注（２）267頁。

禁止の錯誤」をめぐる問題が、同時存在原則との関係では指摘されていた。この問題については、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」であり、関係法規を調査することが行為者には可能な範囲で課せられると考え、このことは実行行為以前の責任を問題にするものではないと考える本稿の立場からは、ドイツの法的特別規定に関する禁止の錯誤の問題は、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断枠組みの中で解決可能である。それゆえに、実行行為時における同時存在原則が妥当し、同時存在原則は問題にならないことが明らかになった。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2015年９月25日授与）「犯罪論における同時存在原則について」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたって、「日本学術振興会 特別研究員奨励費 研究課題：犯罪論における同時存在原則の意義と限界について（2014年～2015年度）」（課題番号26・3470）の助成を受けた。

研究ノート

インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（２・完）

富　山　侑　美

目　　次

はじめに
第１章　我が国における医師の説明義務と患者の同意について
　第１節　治療行為の正当化要件としての患者の同意の形成
　第２節　医師の説明と患者の同意に関する判例とその影響
　　（１）「乳腺症事件」
　　（２）「舌癌事件」
　　（３）「エホバの証人事件」
　　（４）「乳房温存療法事件」
　第３節　小括
第２章　ドイツの判例
　第１節　民事判例
　　（１）BGH 1959年１月16日判決
　　（２）BGH 1984年２月７日判決
　第２節　刑事判例
　　（１）BGH 1960年10月28日判決
　　「第２筋腫判決（Das zweite Myom-Urteil）」
　　（２）BGH 1963年６月28日判決
　　「睾丸摘出事件（Der Hodenentfernungs-Fall）」
　　（３）BGH 1990年９月25日判決「O 脚事件（Der O-Beine-Fall）」
　　（４）BGH 1995年６月29日判決
　　「サージボーン事件（Der Surgibone-Dübel-Fall）」
　　（５）BGH 2003年10月15日判決
　　「椎間板事件（Der Bandscheiben-Fall）」

（６）BGH 2007年７月５日判決
「脂肪吸引事件（Der Liposuktions-Fall）」
（７）BGH2007年10月23日判決
「ターボ禁断療法事件（Turboentzugs-Fall）」
（８）BGH 2011年10月11日判決
「胃内視鏡事件（Der Gastroskopie-Fall）」
（９）BGH2013年２月20日判決「自家肝細胞移植事件」
第３節　小括　（以上、68巻１号）
第３章　ドイツの学説
第１節　因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解
第１款　因果関係否定説（ウルゼンハイマーの見解）
第２款　客観的帰責阻却説
（１）ロクシンの見解
（２）クーレンの見解
（３）ミッチュの見解
第２節　違法性阻却説（ローゼナウの見解）
第３節　小括
第４章　解決の方向性
第１節　ドイツの学説の検討
第２節　違法性阻却事由としての仮定的同意
結びにかえて　（以上、本号）

第３章　ドイツの学説

第１節　因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解

仮定的同意によって医師が免責される理論的根拠として、医師の行為の傷害結果への帰責が否定されることを挙げる見解として、以下に示す因果関係否定説と客観的帰責阻却説の２つがある。

第１款　因果関係否定説（ウルゼンハイマーの見解）

この見解は、仮定的同意が認められる場合には因果関係が否定され、傷害罪の構成要件該当性が否定されるというものである[44]。この見解を主張するウル

[44] *Ulsenheimer*, Zu Voraussetzungen und Umfang der ärztlichen

ゼンハイマーは、「医師の説明の欠缺と患者の同意の無効性との間の因果関係が肯定される場合にのみ、（過失）傷害罪の客観的構成要件該当性が肯定される」ため、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺と患者の同意の無効性との間の因果性が認められないために、（過失）傷害罪の構成要件該当性が否定されるとしている。「説明義務に違反していなかったとしても、同様に患者が侵襲に同意していただろう」ということは、過失犯において、「注意義務に違反していなかったとしても（合義務的代替行為の場合にも）、同様の結果が発生したであろう」ということと同様の構造をなしており、後者について因果関係を否定するものであるならば、仮定的同意の場合にも因果関係を否定すると解することができるからである[45]。このような因果関係の証明について、ウルゼンハイマーは、患者の推測上の決定は、「病気の重大さや期間の長さ、手術の必要性、予後の見通し、そして治療選択の際の客観的なリスクの比較衡量」によって示すことができるとしており、このような事実が認められる場合には仮定的同意が認められ、この証明に疑いが残る場合であっても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って、医師に有利になるように、仮定的同意が存在したということを前提とすることになるとしている[46]。

また、ウルゼンハイマーは、このような仮定的同意による医師の処罰の制限が認められる範囲についても、過失犯における注意義務違反の場合と同様の考え方に基づいて示されるとしている。すなわち、過失犯において、違反された法的義務の保護範囲にはない危険が実現した場合に行為者が免責される、ということを仮定的同意の場合にも適用し、「違反された医師の説明義務の保護範囲内にはない危険が手術において実現した場合には、保護目的思想の顧慮によって、医師の可罰性が否定される」。この具体例として、患者に対して手術に関する原則的な説明や、失敗の可能性に関する原則的な説明は行っていたものの、一定の説明の欠缺があった場合に、欠缺していない原則的な説明に関する部分についての危険が実現した場合を挙げている[47]。

Aufklärungspflicht, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29. 6. 1995- 4 StR 760/94, NStZ 1996, S. 132 ff.

[45] *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 133.

[46] *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 133.

[47] *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 133.

このような因果関係否定説に対しては、一般的に、合義務的代替行為の理論が当てはまる場合であっても、「行為なければ結果なし」という関係が認められる以上、因果関係を否定することができないとされているため、仮定的同意が認められる場合にも因果関係を否定することはできないという批判がなされている[48]。

第２款　客観的帰責阻却説

以上のような批判を受け、合義務的代替行為の問題は因果関係ではなく客観的帰責の問題であるとされており、それゆえ仮定的同意の問題も客観的帰責の問題であるとするのがこの見解である。このような見解を採るのは、ロクシン、クーレン及びミッチュであり、具体的にはそれぞれ以下のような見解を示している。

（1）ロクシンの見解

客観的帰責の考え方は、行為者が許されない危険を創出したが、その危険が発生した結果に実現していないという場合に、既遂行為の構成要件該当性を否定するというものである[49]。このことを仮定的同意の場合に適用するとしているのが、ロクシンの見解である[50]。ロクシンによると、説明義務に違反して侵襲行為を行った医師は、許されない危険を創出しているが、説明していたとしても同様に患者が同意していただろうということが認められる場合には、その危険が発生した結果に実現したとは言えないので、客観的帰責が否定され、既遂傷害罪の構成要件該当性が否定されるということになる[51]。ロクシンは、以下の通り、①仮定的同意がどのような範囲で認められるかということを具体例とともに示した上で、②その判断方法を示している。

まず①について、ロクシンは、「完全な説明があった場合にも、同意が確実

---

[48] Vgl. *Kuhlen*, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227.

[49] *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I , 4. Auflage, 2006, S. 343 ff.

[50] *Roxin*, a.a.O., S. 590 ff. このような見解を紹介するものとして、塩谷・前掲注（６）1815頁がある。

[51] *Roxin*, a.a.O., S. 591.

に与えられていただろうという場合にのみ、説明の欠缺が重大なものではなかったという理由で帰責阻却される」としている。なぜならば、「説明義務は、患者がその侵襲の影響とリスクについて、義務に従った情報を与えられている場合にのみ、医師による侵襲が行われるということを確保するものであるべき」であり、「事実に即した説明の場合には、治療に同意しなかったであろうという具体的な可能性のみが存在する場合にも、もはやそのような場合ではない」からである[52]。つまり、医師が十分に説明していたとしても、患者が同意していたということが確実に言える場合には、説明の欠缺が重大なものではないため、その危険が結果に実現したとは言えず、帰責が阻却されるが、少しでも患者が同意していなかった可能性が認められる場合には、自己決定権の保護の観点から、説明の欠缺は重大なものであり、帰責阻却を認めることはできないというのである。

ロクシンは、仮定的同意が認められる具体例として、白内障を罹患しているある患者が十分な説明を受けずに眼の手術に同意し、その手術を受けたことによって視力が回復したという場合を挙げている。ロクシンによれば、このような場合には、「手術のリスクは小さなものであり、また、視力を回復させたいと思う患者には任意の治療選択はできないので、原則的な説明があった場合にも同意があったと期待される」ために、「説明の欠缺は作用しておらず、義務違反連関が欠けるその他の場合と同様に、帰責が阻却される」。それゆえ、仮定的同意による医師の免責が認められる[53]。

以上のようなロクシンの見解によれば、仮定的同意が認められるか否かということは、説明の欠缺が重大であったか否かということによって判断されることになる。このような考えから、ロクシンは、②について以下のように述べている。すなわち、「侵襲に関する本当の説明があった場合には、患者が同意していなかっただろうという具体的な可能性がある」か否かということが判断基準となり、この点を立証する際には、例えば、患者への尋問が有効であるが、その他に「医師の人間性に問題がないことや、その手術が医学的な必要性を示していること、他に考えられ得る治療方法の選択肢が存在しないこと」などの客観的事情が存在する場合には、「それに反する具体的な状況が存在しない限

[52] *Roxin*, a.a.O., S. 592.
[53] *Roxin*, a.a.O., S. 591.

りにおいて、患者が事実に即した説明を受けていた場合にも同意していたであろうということの根拠となる」ために、患者が同意していなかっただろうという具体的な可能性を否定する有力な根拠となる。逆に、患者が治療を拒否しないように医師が故意に説明を行わなかったという場合には、医師が意図的に違法な行為態様によって危険を創出しているので、むしろ医師の可罰性の根拠とされる、としている。

ロクシンが挙げたこのような基準は、患者側の客観的事情及び医師側の事情に依拠するものであり、仮定的同意による医師の行為の帰責阻却は、患者が治療に同意していなかっただろうという具体的な可能性が示されない限りにおいては、患者個人の主観的要素とは関係なく行うことができるということになる。

（2）クーレンの見解

近年、客観的帰責論の位置づけに関し、違法性阻却事由の問題である場合には違法性段階において考慮するべきであるという考えが主張されている[54]。これは、刑法上重大な規範違反行為について、構成要件段階と違法性段階に分けて事前判断を２度行うという立場を採るならば、客観的帰責の否定による不法の否定という事後判断も２度行われなければならないとする考え方である。このように考える場合には、事前判断において構成要件に該当する行為であっても、事後判断において構成要件段階での客観的帰責が否定される場合に構成要件該当性が否定されるのと同様に、事前判断において違法性が肯定される（違法性阻却事由が欠缺している）行為であっても、事後判断において客観的帰責が否定される場合には既遂不法が否定されるべきであるということになる[55]。

このような、違法性段階における客観的帰責の問題を仮定的同意に適用しているのは、クーレンである[56]。クーレンは、仮定的同意が認められる場合には、

---

[54] *Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen - Zugleich Bespr. des Urteils des LG München v. 10. 11. 1987, JZ 1989, S. 728 ff.; *Kuhlen*, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungusgründen, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331 f.

[55] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 332.

[56] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 331 ff.; *ders*, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, Festschrift für

医師の説明の欠缺によって患者の同意が無効であるために侵襲行為を正当化することはできないが、説明の欠缺がなかったとしても同様に患者が同意し、同様の侵襲行為が行われていると言えるため、侵襲行為が説明の欠缺に基づいておらず、違法性段階の客観的帰責の考え方によって既遂不法が否定されるとしている[57]。クーレンは、①このように言える根拠を示した上で、②仮定的同意がどのような場合に認められるのか、さらに③認められる場合には、どのような法的効果があるのかということについて、以下のように述べている。

①について、まず、仮定的同意が問題となる場合に、客観的帰責を構成要件段階ではなく、違法性段階で考慮する根拠について、クーレンは、「もし、［現実的及び推定的］同意を違法性阻却事由であると解するならば、［それが欠缺している場合である］仮定的同意の検討及び傷害結果の発生が違反された説明義務の保護範囲内にあるのかどうかという問題の検討は、構成要件該当性の段階ではなく、早くとも違法性の段階においてなされ得る」ということを挙げている。その上で、「［仮定的同意は、］構成要件的結果が、許されない危険行為によって違反された規範の保護範囲にはない、すなわち規範の保護範囲内ではこの行為の特別な危険は実現していない（危険連関が欠けている）［場合である］」ことを根拠に、「仮定的同意の法理論は、明らかに、構成要件論において

Heinz Müller-Diez zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431 ff.; *ders*, JR 2004, S. 227 ff. このような見解を紹介するものとして、鈴木・前掲注（６）名城ロースクール・レビュー３号１頁以下、武藤・前掲注（６）東洋法学21頁以下、山中・前掲注（６）神山古稀266頁以下、杉本・前掲注（６）114頁以下、塩谷・前掲注（６）1813頁以下、佐藤・前掲注（６）230頁以下菊池・前掲注（６）早稲田法学会誌155頁以下がある。

[57] 近時、我が国において、佐藤准教授が、「治療侵襲は、患者が『治したい』と考え、また問題となった治療行為が必要かつ医学的な準則に適合している限り、一面においては傷害罪の法益尊重の要求を満たしている（中略）ため、行為時に行為者に求められる法益尊重の要求（規範）は一定程度後退しており、瑕疵ある同意に基づく侵襲がおこなわれた場合には、違法の本質が侵襲そのものよりも、同意の瑕疵を基礎づけた（正当化事由の段階での）義務違反の方に強く見出され、ふさわしい説明がなされていた際に同じ治療侵襲が行われていたときには、合法的な代替行為の理論に基づいて傷害罪の違法性を阻却することができる」と述べられているのも、クーレンと同じ枠組みで、仮定的同意の問題を考えていこうとするものであるように思われる。佐藤・前掲注（６）235頁以下。

是認されている義務違反連関の欠缺における帰責阻却という構造をなしている」としている。以上のことから、仮定的同意は、違法性段階における客観的帰責の問題であるとしている[58]。

②について、クーレンは、検察によって医師に対して、義務に従った説明がなされていれば患者が同意していなかっただろうということが証明される場合には仮定的同意が否定され、この証明に疑いが残る場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、患者が同意していただろうということを前提とすることができるため、仮定的同意が認められるとしている。このような証明は、「患者の利益状況又は意思表明から明らかにされ得る」が、患者個人がどのように決定しただろうか（ないし決定するだろうか）ということを検討する必要があり、特に被害者を少なくとも事後的に尋問することができる場合には、この決定に対する根拠を追及しなければならないと示した[59]。

また、このような証明を行う場合には、実際にどのような行為を仮定して結果を観測するか、ということが問題となる。この点について、クーレンは、帰責可能性を検討する際に想定される行為は「違法性阻却事由の欠缺がなかった場合」であるが、違法性阻却事由が全く存在しないのに、もし違法性阻却事由が存在していたならばどうであったか、ということを想定してはならないとしている。例えば、およそ正当防衛状況が存在しない状況で、行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生したという場合において、もし正当防衛状況が存在していたとしても行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生していただろうということを考えることは妥当ではない。従って、ここで想定されるのは「些細な違法性阻却事由の欠缺がなかった場合」のみである。クーレンによれば、仮定的同意において仮定する「説明義務違反という違法性阻却事由の欠缺がなく、十分に説明していた」場合は、この範囲内にあるため、違法性段階の客観的帰責の問題として仮定する条件とすることができると言える[60]。

③については、「構成要件該当行為に対する構成要件の前提となる結果の客観的帰責（中略）が欠ける場合には、既遂犯の客観的構成要件該当性を阻却するということに相応して、説明の欠缺と結果との間の義務違反連関と危険連関

[58] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 337.
[59] *Kuhlen*, JR 2004, S. 229.
[60] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 339.

は客観的違法性の枠内において検討されるべきであり、（中略）客観的違法性が欠ける場合には、既遂犯の客観的不法を阻却する」とし、仮定的同意が認められる場合であっても、未遂不法は残されるとしている[61]。

（3）ミッチュの見解

上述のクーレンの見解と同様に、違法性段階における客観的帰責の考え方が仮定的同意による医師の免責の根拠となるということを認めつつ、その適用範囲についてクーレンとは異なった見解を述べるものとして、ミッチュの見解がある[62]。ミッチュは、このことについて、まず、①客観的帰責という考え方を考慮するのはどのような場合であるのかということを示した上で、②違法性段階での客観的帰責論によって医師が免責が認められるのはどのような場合なのかということを、具体例を交えて検討している。

①について、ミッチュはまず、構成要件段階における客観的帰責は、行為と結果との間の因果関係の欠缺が認められないということが確定した後に考慮されるとしている。その上で、既に因果関係が欠けている場合には、結果の根拠づけに客観的帰責を必要としないために、客観的帰責を考慮する余地はないとしている。すなわち、「行為が構成要件に該当し、結果も構成要件に該当し、そして、行為が結果に対して因果性を有する（中略）が、義務違反ないし行為の危険性が結果に実現しておらず、従って、義務違反連関ないし危険連関が欠けているという場合にのみ、客観的帰責論という法解釈類型によってその行為は客観的に構成要件に該当しないということになる」ということである[63]。

ミッチュは、このような考え方を違法性段階において適用すると、以下のようになるとしている。すなわち、「[違法性段階での] 客観的帰責の問題は、（既遂）行為に関する不法判断とともに生じる結果無価値を示すところの結果である場合にのみ立てられる（中略）ので、結果無価値のない結果の場合は、客観

---

[61] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 338.

[62] *Mitsch*, Die „hypothetische Einwilligung" im Arztstrafrecht, JZ 2005, S. 279 ff. このような見解を紹介するものとして、山中・前掲注（6）神山古稀271頁以下がある。また、クーレンとミッチュの見解の相違を、具体的な事例を挙げながら詳細に解説するものとして、*Schwarz*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009, S. 35 ff. がある。

[63] *Mitsch*, a.a.O., S. 282 f.

的帰責は問題とならない」[64]。

このことを前提とした上で、②について、ミッチュは以下のように述べている。すなわち、説明の欠缺が認められる場合には、確かに一見すると、違法性が阻却されないように思われるが、このうち、「治癒する可能性が高まるものであり、従って患者が同意していたであろうという医師の侵襲は、（中略）正当化事情の存在のために、結果無価値が欠けている」ため、仮定的同意の問題ではない。ミッチュによると、この根拠は、結果発生の時点において、仮定的同意を認めることができるような事情が存在する場合には、事前の段階で推定的同意による違法性阻却が認められるという性質のものということになり、発生した結果に対する同意の有効性が認められるということである[65]。以上のことから、治癒可能性ないし治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるので[66]、その場合には違法性段階における客観的帰責の問題とはならず、従って仮定的同意によって医師の免責を根拠づけられるのは、治癒可能性ないし治療効果のない侵襲の場合のみであるということになる。

ミッチュは、このような見解を示した上で、仮定的同意によって医師の免責が認められるのは、具体的に以下の場合であるとしている。すなわち、「治癒の可能性のないあるいは治療効果のない医師の侵襲の場合において、もし、医師の侵襲が、説明が行われないことあるいは間違った説明を行うことによって得られた患者の同意に依拠して行われたならば、違法性の阻却されない傷害構成要件該当行為であるが、例えば、患者が侵襲結果の見込みについて思い込みをしているために、患者が通常の説明の場合にも（有効に）同意していたであろうという場合には、義務違反連関が欠けるために客観的帰責が否定される」としている[67]。さらに以下のような具体的な事例において仮定的同意による医

---

[64] *Mitsch*, a.a.O., S. 283.

[65] *Mitsch*, a.a.O., S. 283.

[66] ミッチュは、治癒可能性ないし治療効果のある侵襲の場合には、既遂結果の違法性が阻却されるために結果不法が存在しないが、行為不法が残されているために、未遂結果の違法性に関する検討の余地がある、という部分的違法性阻却（die Teil-Rechtfertigung）によってこのことを根拠づけている（*Schwarz*, a.a.O., S. 33 ff.）。ただし、このような場合になぜ推定的同意が認められるのかということについては、ミッチュの見解からは明らかではない。

[67] *Mitsch*, a.a.O., S. 284.

師の免責が可能であるとしている。すなわち、「いわゆる『抜歯事件(Zahnextraktions-Fall)』[68]を、欠缺のある説明が患者から切に訴えられた治療の希望に先行しているという状況に変更するならば、(中略) 意思の欠缺のために同意は無効であり、(中略) 歯科医師による侵襲の結果は、周知の通り、(予想通り) 失敗であった [ために、仮定的同意の第1要件である結果無価値を示す結果であるということを充たす] ため、これは仮定的同意の場合である」としている。なぜならば、この場合、「もし、患者が抜歯の前に既に、手術した場合にどのような結果となるか (すなわち、頭痛からの解放という期待された結果が得られないということ (事後的な事実)) を知っていたならば、患者は侵襲に同意しなかったであろう」と考えられ、それゆえ、「医師の行為の結果は、『同意に基づくもの』ではなく、構成要件該当性という結果不法の表現を否定するものとして適していない」と言えるからである。しかし、「実際は、患者が (事前に) 治癒の可能性の見当をつけていたために、患者は事実に即した説明 (とりわけ、治癒する可能性がないということを強く意識させるような説明) の場合にも、同意していた」と言うことができ、「正しい説明の場合にも、患者は侵襲の失敗の危険を引き受けることを妨げられないだろう」ために「説明の欠缺の危険は、結果不法に実現していない」と言える。従って、仮定的同意により既遂不法への客観的帰責が阻却される[69]。

以上から、ミッチュの見解は、違法性阻却に欠缺がない場合にも同様の結果が発生していただろうという場合には、違法性阻却の欠缺が結果の発生にとって決定的であったとは言えないために、結果への帰責を否定するということ自体には賛成し、仮定的同意の場合にも医師の不処罰を根拠づけるものとして機

[68] BGH JR 1978, S. 518. この事実概要は以下の通りである。慢性的な頭痛に悩まされていた被害者である女性患者Pが、この痛みが歯と関係するものだと考え、被告人である医師Aに対し、抜歯するよう依頼した。しかし、Aの診察においては、この関係は見受けられなかったため、抜歯の必要がないことを伝えたが、Pはそれでも抜歯に固執したため、Pの依頼に応じ、Pの歯を16本抜いた。これに対し、BGHは、必要な判断能力を欠くために、Pの現実の同意は存在しない。というのも彼女は、何度も説明されたにも関わらず、「素人考えの強い、自身で行った診断に固執していた」からであるとして、被告人を傷害罪により有罪とした。

[69] *Mitsch,* a.a.O., S. 284.

能し得ることは認めているが、その適用範囲については、クーレンのようにあらゆる説明義務違反の場合に一括して適用するのではなく、治癒の可能性のないあるいは治療効果のない医師の侵襲において、説明の欠缺によって得られた患者の同意に基づいて行われた場合に限定していると言える。具体的には、およそ成功する見込みのない手術について、十分に説明せずに侵襲を行った場合のうち、患者が侵襲結果の見込みについて思い込みをしているために、患者が通常の説明の場合にも同意していたであろうという場合にのみ、客観的帰責の理論に基づいて既遂不法を否定することができる。

第２節　違法性阻却説（ローゼナウの見解）

以上の見解は、因果関係ないし客観的帰責という、行為と結果との間の関係性を検討することによって、医師の免責を根拠づけようとするものである。これに対し、違法性阻却説は、仮定的同意を同意論の一部であると考え、現実の同意や推定的同意と区別された独自の違法性阻却事由であるとするものであり、既に故意犯を論ずる仮定的同意の刑事判例において示されているものであるとともに、学説においてはローゼナウが主張しているものである[70]。これに対しては、以下のような批判が強い。すなわち、「仮定的同意［によって、医師の傷害罪としての違法性を阻却する］という法理論を徹底して適用する場合、説明の欠缺が刑法上一層重要性を失うことになる。（中略）つまり、仮定的同意は自己決定権と調和し得ない」[71]。

このような批判に応える形で、ローゼナウは、仮定的同意について、まず、①傷害罪の構成要件は、自己決定権を保護しているわけではないとうことを前提として、説明義務に違反した医師を傷害罪として処罰することに反対するということを示した上で、②因果関係否定説や客観的帰責阻却説によって仮定的同意による医師の免責を根拠づけることを批判し、違法性阻却説によって根拠づけるべきであると主張している。さらに、仮定的同意が違法性阻却事由であると解する場合、③仮定的同意がどのような要件で認められるか、そして、④

---

[70] *Rosenau*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S.683 ff. このような見解を紹介するものとして、島田・前掲注（６）比較法雑誌161頁以下がある。

[71] Vgl. *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 695 f.

現実的同意や推定的同意といった他の違法性阻却事由とどのような点で区別されるのかということについても示している。

①について、ローゼナウは、「医師の侵襲について問題なのは、自己決定権について優先されるのが患者側でも行為者側でもないということではなく、治療と慈しみであ」り、「自律性の保護は、結局、StGB223条以下の反射的効果として是認されるのであって、主要な保護法益として認められているわけではない」ため、「223条［傷害罪］の構成要件は、身体の完全性が保護法益であるということがはっきりとわかっており、（中略）自己決定の保護に解釈しなおすことは許され得ない」としている。この根拠として、「主要な保護法益である身体の完全性に対する侵害は、例えば脅迫罪（StGB241条、１年以下の懲役）や強要罪（StGB240条、３年以下の懲役）と比べてより厳しく処罰されて」いることを挙げ、「医療準則に従った侵襲の場合に、説明の欠缺のみが非難要素であるならば、［脅迫罪や強要罪］より厳しく処罰されるのは適切ではない」としている。このような理由から、説明を怠った医師も傷害罪については免責されるべきであるとしている[72]。

また、②について、ローゼナウは、まず、因果関係否定説に対して、「仮定的同意において問題となるのは、自然法則的な因果関係ではなく、規範的な帰責連関である」ため、因果関係の問題として捉えることは不可能であるということを主張している[73]。次に、客観的帰責阻却説に対しては、「適切な説明がある場合にも身体の完全性に対する同様の侵襲に対する有効な同意が得られていたことが明白である場合には、結果不法が否定される」という帰結を導くために、考慮に値するという評価を与えつつ[74]、未遂処罰の可能性を残しており、何らかの刑事責任を問われる点に問題があるとしている。なぜならば、(a) 医療慣習との関係及び (b) 民事法との整合性の観点から、以下のような問題が生じるからである。

(a) について、まずローゼナウは、医療慣習の状況を以下のように分析している。「一般的な治療法であり、それと関連する侵襲（例えば注射）の場合、患者が説明の後で実際に拒否することはないために、結論的には具体的な説明は

[72] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 696.
[73] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 690.
[74] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 690.

重要ではないということになる。[従って、]具体的な説明が欠けていた場合も、仮定的同意の要件が満たされている。というのも、患者が正しい説明を受けていた場合にも同様に侵襲に同意していただろうからである。医師はこの仕組みを知っている。すなわちこの仕組みは医師の経験に合致している。そのため、医師の日常的な業務においてしばしば説明が全くなされない。また、非日常的あるいは特にリスクがある侵襲である場合にも、実際には多くの場合に説明の欠缺が患者の意思表示に影響がないといってもよいだろう。なぜならば、患者の具体的な決定にとって、他の観点、特に医師の推薦なども重要な役割を担う。患者が医師の下に来るのは、第１に自己決定権を行使するためではなく、医師の配慮や助言、信頼関係の範囲内における推薦を期待しているためであるからである。そして、通常はこの推薦に従って治療が行われている」[75]。このように分析し、このような医療慣習の状況に鑑みれば、患者の意思に実際に合致している医師の行為について、説明義務違反を理由として刑事責任を負わせるのは妥当ではないということになると主張している。

(b) については、「法秩序の統一という考え方によると、違法性の問題は全法秩序に一貫して答えられ得ることになり、問題となっている医師が民事上の責任を免れているにもかかわらず、刑事責任を問われることはあり得ない」ということを根拠に、民事裁判において免責された医師に対し、未遂犯の限度であっても刑事責任を負わせるのは妥当ではないとしている[76]。

以上のようなことを根拠として、ローゼナウは、仮定的同意を、同意論において議論をしようとしている。その上で、③について、ローゼナウは、仮定的同意が民事判例において過剰な説明義務を抑制するものとして発展してきたという背景から、民事判例が用いている基準と同様に「本物の決心の迷いが認められない場合」に仮定的同意による医師の免責が認められるとしている[77]。

さらに、④について、ローゼナウは、以下のように述べている。

まず、仮定的同意は、現実の同意と同様に、侵襲に対する医師の説明と患者の同意は存在しているが、現実の同意と異なって、医師の説明の欠缺のために、

---

[75] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 695.

[76] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 697 f.

[77] *Rosenau*, Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB Kommentar 2. Aufl., 2014, §§32 ff. Rn 51; *ders*, Maiwald-FS, S. 694.

その同意が無効である場合であり、かつ、推定的同意と同様に、有効な同意は存在しないが、推定的同意と異なって、医師が侵襲について説明を行い、患者の同意を得ることが可能な状況が存在している場合であるという定義に立った上で、推定的同意と仮定的同意との区別に関して、「推定的同意の場合には、被害者が全く自己決定を行わないために、（中略）平均的で理性的な患者から推定的意思を推し量ることになり、（中略）高度のパターナリズムであり、侵襲を行った医師による他者決定である」のに対し、「仮定的同意の場合には、現存しないただの仮定的な患者の同意が代用されることはなく、（中略）患者の信条や個人的な見解が正確に考慮され得るため、（中略）平均的に理性のある患者は基準として妥当しない」と言える点で異なっているとしている。さらに、「仮定的承同意は、侵襲に同意する意思を患者が実際に持っているということが要件となるという意味では、原則的な同意があることになり、説明の欠缺によって、意思表示が有効な同意としてみなされない」という点以外については、むしろ現実の同意との共通性を有するということを指摘している[78]。

以上から、仮定的同意は、現実の同意によっても推定的同意によっても違法性の阻却が認めらない場合において、独自に違法性の阻却が認められるとしている。

第３節　小括

以上のように、仮定的同意に関する刑法学説は、帰責の問題として考える見解と、違法性阻却事由として考える見解が存在する。

前者については、仮定的同意が因果関係を否定するものであるとするウルゼンハイマーの因果関係否定説、及び客観的帰責を否定するものであるとするロクシン、クーレン及びミッチュの客観的帰責阻却説が主張されている。ロクシンの見解は、客観的帰責を構成要件段階に位置づけるため、既遂構成要件該当性を否定することになるが、クーレン及びミッチュの見解においては、違法性段階に位置づけ、既遂不法を否定することになる。この中でもクーレンは、あらゆる医師の説明義務違反の場合にこの理論が適用可能であると主張しているのに対し、ミッチュは、医師が説明に違反している場合であっても、治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が

[78] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 696 f.

可能であるため、客観的帰責による医師の免責の可能性はなく、治癒の可能性あるいは治療効果のない侵襲の場合にのみ、仮定的同意が認められるか否かの検討によって、客観的帰責が否定されると主張している。

これらの見解に対しては、後述する通り、理論的な批判が妥当する。従って、これらの見解を採ることはできないように思われる。

他方、後者については、現実の同意や推定的同意と並んで違法性を阻却するとするローゼナウの見解である違法性阻却説が主張されていると同時に、故意犯の場合における判例の立場でもある。ローゼナウの見解では、医学的適応性及び医術的正当性の認められる医的侵襲行為において、仮定的同意が認められる場合には、医師の未遂処罰の可能性も残すべきではないことや、仮定的同意と現実の同意及び推定的同意との区別が可能であること、仮定的同意によって傷害罪の違法性を阻却することは患者の自己決定権を侵害するものではないことなどが主張されている。また、ローゼナウは、仮定的同意は推定的同意と異なり、その侵襲を同意する患者の意思が実際に存在するということに注目し、仮定的同意の場合にはこのような意思の存在によって違法性阻却効が導かれるとしている。しかし、仮定的同意が認められる場合になぜ違法性阻却し得るのかということの理論的な根拠は、判例やローゼナウの見解においては挙げられていない。さらに、判例においては、故意犯と過失犯とで仮定的同意による医師の免責の根拠を区別しており、後者においては義務違反連関の否定によって構成要件該当性を否定しているが、そのように区別する妥当性もない。

以下、第４章においては、ここまで概観してきたことを検討した上で、我が国において仮定的同意という法理論によって医師の免責を認め得るとすれば、どのような理論的根拠によってなし得るのか、ということについて、若干の私見を述べることとする。

第４章　解決の方向性

第１節　ドイツの学説の検討

上述の通り、ウルゼンハイマーによって主張された因果関係否定説とは、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺と患者の同意との間の因果関係が否定されるために医師の侵襲行為の傷害構成要件該当性が否定されるとする見解であるが、これに対しては以下のような批判がなされている。

まず、ローゼナウは、「仮定的同意において問題なのは、自然法則的な因果関係ではなく、規範的な帰責連関である」と批判している[79]。すなわち、結果と直接結びつく行為との関係を因果関係として考えるならば、傷害罪の構成要件該当性において問題となるのは侵襲行為と傷害結果との関係であり、侵襲行為に先行する医師の説明の欠缺と患者の同意という違法性阻却事由の有効性との関係は、因果関係の存在の問題ではない。従って、仮定的同意において検討するこのような関係は、因果関係の問題ではなく、違法か否かという規範的な問題、すなわち客観的帰責の問題であるというのである。

さらにプッペは、仮定的同意の場合に検討するのはいわゆる仮定的因果関係（der hypothetische Kausalzusammenhang）であるが、それは実際のところは擬制された因果関係（der fiktive Kausalzusammenhang）であり、因果関係の問題ではないと批判している。すなわち、「医師が説明義務に違反している場合に得た患者の同意が無効な同意であるのに対し、医師が説明義務に違反していないという仮定された状況で得られた同じ手術に対する同意は、本来法的効果の異なった有効な同意という異なった結果で」あるはずである。従って、これは「実際には異なった結果である同意を、法的効果としては同一のものとして取り扱おうとする、擬制された因果関係と呼ばざるを得ない」のであり、やはり因果関係とは言い得ない[80]。

また、前述した通り、仮にこのような関係が因果関係の問題であるとしても、一般的に「行為なければ結果なし」という関係が認められる場合には因果関係を否定できないとされており[81]、仮定的同意が認められる場合であっても、「行為（説明義務違反行為ないし侵襲行為）なければ結果（患者の同意ないし侵襲結果）なし」と言えるために因果関係を否定することはできないという批判がなされ得る。

もっとも、説明義務違反行為を過失犯の実行行為と捉えた上で、過失因果関係の問題とする場合には、仮定的同意を因果関係の問題とする余地はある。し

---

[79] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 690.

[80] *Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative - Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3. 3. 1994 und 29. 6. 1995, GA 2003, S. 767 ff.

[81] 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（1984年）24頁。

かし、そのように考えたとしても、原因が複数存在するいわゆる択一的因果関係（die alternative Kausalität）の場合や、代替原因（die Ersatzursachen）が存在するような場合には、他の原因によっても同じ結果が発生したかどうかという問題が一義的には答えられ得ないことから、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が被告人に有利になるように適用され、真に不可欠な条件ではなかったとして、常に因果関係が否定されてしまうという問題がある。このことを前提として、プッペは、この考え方を仮定的同意においても適用した場合、医師が義務に従った説明を行った場合にも患者が同意したかどうか、という問題に対して一義的に答えられ得ない以上、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、あらゆる説明の欠缺が刑法的保護から排除されることになり不当である、と批判している[82]。

さらに、山中教授は、このような因果関係の検討が転用できるのは過失犯の場合のみであって、仮定的同意の場合は過失犯に限定されるものではないために、因果関係論における解決は妥当ではないと批判している[83]。むしろ、仮定的同意が問題となる場合には、故意犯が問題となるように思われる。従って、やはり過失因果関係のみに依拠するのは妥当ではない。

以上の批判から、仮定的同意が認められる場合に医師が免責される根拠として、因果関係が否定されるということを挙げることはできないとして、説明の欠缺と同意の有効性ないし侵襲結果との間の関係を客観的帰責連関であると考え、仮定的同意が認められる場合には客観的帰責が否定されるために医師が免責されるという見解を主張するのが、既に述べたロクシン、クーレン及びミッチュによる客観的帰責阻却説である。

客観的帰責の考え方は、上述の通り、行為者が許されない危険を創出したが、その危険が発生した結果に実現していないという場合には、その結果を行為者の行為に帰責できないために行為者が免責されるという理論であるが、まず、この理論そのものに対する批判が可能である。例えば、杉本教授は、客観的帰責論は「結果犯規定の行為規範違反を別の実定法規（取締法規）に対する違反に見出」すことであり、このことは「規範論理的に見て正当化され得」ず、「理

[82] *Puppe*, GA 2003, S. 767 ff.
[83] 山中・前掲注（81）280頁以下。

論的必然性も全く無い」としている[84]。

また、仮に、客観的帰責論によって解決するとしても、仮定的同意による医師の免責の根拠としては考えることはできないとして、客観的帰責阻却説を批判するものも存在する。

例えば、山口教授によると、「義務に合致した行為によって代替されるべき行為は、処罰を基礎づける実行行為でなければなら」ないということを前提とした上で、「患者に対して医的侵襲をなす場合に傷害罪の構成要件に該当する実行行為は、侵襲行為そのものであり、患者に対する不十分な説明はそれに当たらない」。そのため、「説明が不十分であり患者の同意が無効となる場合に、医師に期待される行為は、侵襲行為自体を行わないことであり、患者に対して十分な説明をすることではな」い。従って、仮定的同意が認められる場合であっても客観的帰責は否定されないのである[85]。

これに加えて、ジコーは、たとえ合義務的代替行為として医師が十分に説明することを仮定したとしても、その場合には異なる結果が発生するため、仮定的同意が認められる場合であっても、やはり客観的帰責が否定されないとしている[86]。すなわち、仮定的同意の場合には、「現実には医師の説明が不十分であり、患者の意思の欠缺のため」に、同意が無効となり、従って構成要件に該当する違法な侵襲結果が発生しているが、他方、説明を十分行っていた場合（合義務的代替行為の場合）には「同意が有効となり、治療侵襲の違法性が阻却され、医師の可罰性も否定される」ために、構成要件該当結果がなくなることになる[87]。従って、仮定的同意の場合には、合義務的代替行為の場合に異なる結果の発生が予測されるため、客観的帰責を否定することができない。

---

[84] 杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（下）」比較法学38巻２号87頁以下。

[85] 山口・前掲注（６）86頁。

[86] *Sikor,* Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung, JR 2008, S. 180 ff. このようなジコーの見解を詳細に検討するものとして、杉本・前掲注（６）139頁以下がある。

[87] これと同様の批判を行うものとして、山中・前掲注（６）神山古稀279頁以下、塩谷･前掲注（６）1822頁以下、佐藤･前掲注（６）235頁以下などがある。このような批判が妥当しないとするものとして、杉本・前掲注（６）144頁以下がある。

また、杉本教授は、上述の通り、客観的帰責論そのものに欠陥があることから、仮定的同意の理論的根拠として客観的帰責論を用いることも妥当ではないとしている[88]。

以上のような批判は、客観的帰責論の構造的な問題に対するものであり、全ての客観的帰責阻却説に妥当するように思われる。すなわち、行為と結果との間の関係を検討するに際し、インフォームド・コンセントで重要となるのは、あくまでも医師の説明行為と患者の同意結果という、犯罪（傷害罪）の成否に直接関与する行為や結果ではないことから、以上のような批判が生じているように思われる。そうであるならば、根本的に客観的帰責論が対象とする行為や結果とは合致せず、従って、仮定的同意論の根拠とはならないのも納得できる。このような批判に加えて、ロクシン、クーレン及びミッチュの個別の見解に対する批判も以下のようになされている。

まず、ロクシンの客観的帰責阻却説は、仮定的同意は、説明が欠缺していることによって、医師は許されない危険を創出しているが、その危険が発生した結果に実現していないという場合であるので、既遂行為の構成要件該当性を否定するという見解である。これに対しては以下のような批判がなされている。

まず、クーレンは、同意を違法性阻却事由であると解する立場に立った上で、このように解する場合には、その有効性を問題とする仮定的同意の検討も早くても違法性の段階でなされるべきであり、構成要件段階での客観的帰責の問題として考えることはできないとしている[89]。

また、ロクシンは、仮定的同意が認められるか否か、すなわち危険が結果に実現したか否かということを判断する基準として、説明の欠缺が重大であるか否かということを挙げており、その具体的内容として、他に治療法がないなどの患者個人の意思とは関係のない客観的事情や、医師の人間性といった事情を想定しているが、このような基準は不明確である。さらに、患者の意思とは関係のない事情によって患者の意思を推し測ることを許すのであれば、そもそも患者の同意もインフォームド・コンセントも不要であるということになってし

[88] 杉本・前掲注（６）147頁以下。
[89] *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332 ff.

まう。従って、ロクシンの見解は支持され得ない[90]。

上述のように客観的帰責論の位置づけについての批判を行うクーレンは、違法性段階での客観的帰責阻却説を主張している。すなわち、仮定的同意が認められる場合には、違法性段階への帰責が阻却され、傷害罪の既遂不法が否定されるとするのである。しかし、客観的帰責論は、伝統的には構成要件段階において考慮するものであるため、このような見解を検討するためには、まず、客観的帰責の考え方を違法論に転用することの可否について検討しなければならない。

この点については、ドイツにおいて既に同意以外の違法性阻却事由の場合において議論されており[91]、我が国においても近年注目されつつある考え方である[92]。この適用の可能性のある具体例として例えば、正当防衛による違法性阻却に関する事例において以下のような場合が想定される。すなわち、被告人が、不正な侵害者に対する正当防衛行為として、拳銃で侵害者を射撃するのではなく、威嚇射撃の限度で発砲することが許されているという状況において、威嚇射撃を怠り、直接侵害者に向けて発砲したという場合である。このような場合、正当防衛の必要性・相当性の要件を欠くために違法性が阻却されず、過剰防衛となるが、もし威嚇射撃を行っていたとしても、それによって侵害を防衛することができず、侵害者に向けた発砲まで必要となるという状況の場合には、もし威嚇射撃の限度で防衛行為を行うという義務に違反していなかったとしても、結局侵害者を射撃するという結果が発生していただろうということが言え

---

[90] 近時、インフォームド・コンセントを欠く場合に、刑法の介入が必要となるのは、患者の意思決定に際して必要となる重要な情報の入手が不当に阻害されたと評価できる場合に限られるとした上で、「重要な情報」か否かの判断として、「主観的重要性」と「客観的重要性」の両面を必要とするとする見解が我が国に見られる。これは、患者の自律性を侵害し得るロクシンの見解を修正・発展させたものであるように思われる。菊池・前掲注（６）早稲田法学会誌168頁以下。

[91] *Puppe*, JZ 1989, S. 729 ff.

[92] 山口・前掲注（６）73頁参照。そこでは、日本刑法学会第87回大会において、違法性段階における客観的帰責の問題に関するロクシンの講演「ドイツの理論刑法の最近の状況について」が行われたことも、我が国の学説の動向に影響を与えたとされている。

るので、正当防衛によって違法性を阻却することができないとしても、被告人が侵害者に向かって行った発砲を、その結果に帰責できないと考えるのである[93]。

このような考え方は、行為者が実際に行った構成要件該当行為ではなく、法的義務に従った代替行為を仮定し、その場合にも同様の違法結果が発生していただろうということが言える場合に、実行行為の結果への帰責を否定するという、構成要件段階における客観的帰責論と構造上変わりがない。従って、構成要件段階での客観的帰責を認める限りにおいて、このような転用論自体は是認することができるとされている。

このような考え方を是認した上で､同意による違法性阻却の場合にも転用し、仮定的同意による医師の免責を根拠づけることに対しては、以下のような批判がなされている。

まず、プッペは、以下のような理由により、仮定的同意の場合にこのような考え方を用いることはできないとしている[94]。すなわち､「患者が完全な説明を受けていた場合にも医師によって選択された治療法を同意していたかどうかという問題は、答えられ得ない」ものであり､「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、この問題が医師に有利になるように判断されることによって、ほぼ全ての場合に患者が同意していたであろうということを前提としなければならなくなる。たとえ完全な説明の場合には患者が同意していなかったということが認められたとしても､「医師が説明の欠缺によっては結果の客観的帰責の要件を充たし得ないということを知っている場合には､［故意が阻却されるために］未遂処罰も否定される」こととなる。このため、違法性段階での客観的帰責阻却説に基づく仮定的同意による医師の免責を認めるならば､「医師が患者に十分に説明しないことによって、医療準則によりカバーされるあらゆる危険を患者に押し付けたとしても、医師が処罰されないことになる」。

しかし、この批判は手続きにおける立証の問題であり、犯罪実体論の問題で

---

[93] このような場合に、山口教授は、侵害者に対する発砲行為は結局必要になる行為であるから、防衛行為としての必要性・相当性を欠いていないために、結局正当防衛が成立して違法性が阻却されると解する余地があるとされている。山口・前掲注（６）84頁参照。

[94] *Puppe*, GA 2003, S. 769ff.

はない。例えば、民事判例における仮定的同意の立証については「決心の迷い」という事情を患者に立証させるという方法によって、合理的な判断を行うことが可能となっている。もちろん、刑事裁判における立証は、民事判例におけるそれよりも厳格なものでなければならない。すなわち、仮定的同意が否定されるためには、「適切に説明を受けていたならば、拒否していた可能性がある」ということの立証では足りず、「確実に拒否していた」ということの立証まで要求される。しかし、そのような立証が困難ではあってもおよそ不可能であるとは言えないであろう。従って、このような批判は妥当しない。

また、グロップは、合義務的代替行為に関する考察が客観的帰責を否定するのは、不作為及び過失の場合のみであって、作為及び故意が問題とされる仮定的同意の場合には適用することができないと批判している[95]。すなわち、仮定的同意の場合には、故意犯である傷害罪に対する医師の行為は、治療侵襲という作為行為であるから、客観的帰責論は適用できない。しかし、義務違反行為が作為行為なのか不作為行為なのかということは確定的なことではなく、また過失犯において採用されていた判断枠組みである客観的帰責論が、故意犯に妥当しない理由はない[96]。従って、このような批判も妥当しない。

以上から、クーレンの見解は、それそのものへの批判が妥当しないとしても、そもそも客観的帰責論によって仮定的同意による医師の免責を根拠づけることには理論的及び構造的問題が存在するため、妥当な見解であるとは言えない。

さらにミッチュの見解は、クーレンの見解のような違法性段階での客観的帰責論を仮定的同意の場合に適用することを認めた上で、クーレンの見解とは異なり、説明の欠缺が存在する場合のうち、治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるため、客観的帰責による医師の免責の可能性はなく、治癒の可能性あるいは治療効果のない侵襲の場合にのみ、客観的帰責によって医師が免責されるとするものである。

---

[95] *Gropp*, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 201 ff.

[96] 杉本・前掲注（6）93頁。前述のとおり、因果関係の判断については故意犯と過失犯とを区別したが、それは因果連関の流れが異なるからである。これに対し、客観的帰責連関は、因果連関の行為と結果を取り出して判断するものであり、その間の因果の流れは問題とならない点で異なっている。このことから、故意犯と過失犯とを区別すべき論理的必然性はないように思われる。

これに対しては、前述の通り、なぜ治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるのかということが明らかではない。そもそも、クーレンとミッチュの見解の差異は、推定的同意の理解の差に帰するものである[97]ため、実質的な相違はないように思われる。

従って、ミッチュの見解によっても仮定的同意による医師の免責を根拠づけることはできない。

以上の検討から、客観的帰責阻却説は、仮定的同意によって医師の免責を認める根拠として妥当ではない。そこで、ドイツの判例が採用しているように、違法性阻却事由として解する可能性があるのかということを検討する必要がある。もっとも、前述したように、判例上はその根拠が明らかではなく、ローゼナウのみが、これを理論的に支持しようとしている。また、判例は、仮定的同意を故意犯の場合と過失犯の場合とを区別しており、前者の場合には違法性を、後者の場合には客観的帰責を阻却するものであるとしている。客観的帰責による解決が妥当ではないということは、既に述べたとおりであるが、このように故意犯と過失犯とを区別することに論理的必然性もなく、妥当ではない。従って、このような解決が可能なのかどうかということは、ローゼナウの見解を検討することによって決せられることになる。

ローゼナウの見解は、仮定的同意を同意論の一部として捉えるものである。ローゼナウは、仮定的同意の場合には、説明の欠缺のために有効な同意は存在せず、現実の同意と区別されるが、推定的同意との比較では、推定的同意の場合には患者の自己決定が存在しない一方で、仮定的同意の場合には患者の意思が存在しているということによって区別されるとしている。

この見解に対しては、①仮定的同意による違法性阻却を認めると、推定的同意との関係で、患者の同意の有効性や緊急状況といった特殊事情の存否が違法性阻却事由の要素として機能しなくなるという問題が生じること[98]、②患者本人の現実的な意思ではなく仮定的意思が医師にとって重要となり、患者の自己決定権が侵害され患者の保護が著しく困難になること[99]、③仮定的同意を違法

[97] 山中・前掲注（６）神山古稀275頁。

[98] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 332 ff.

[99] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 332 ff; *Duttge*, Die „hypothetische Einwilligung“ als

性阻却事由であると解する場合には、仮定的同意と追認とを区別するのが困難であるために、実質的には患者の事後的な同意を新しい正当化事由として承認することになり、同意は事前のものでなければならないという原則に反することになること[100]などが批判として挙げられている。これらの批判は、いずれも、仮定的同意が患者の自己決定権の保護に相反するものであるということをその本質としている。従って、違法性阻却説に対してこれらの批判が妥当するか否かということは、仮定的同意によって医師の行為の違法性を阻却することが患者の自己決定権の保護に反するか否か、ということによって決せられることになる。

この点について考察するためには、そもそもなぜ侵襲行為の違法性を阻却するために患者の同意が必要であるのか、またその前提としてなぜ医師の説明が必要であるのか、ということから考えなければならない。以下、このことを明らかにし、仮定的同意が患者の自己決定権の保護に反するものなのかを検討した上で、仮定的同意論によって我が国においても医師の免責を認めるとするならば、どのような理論的根拠によって裏付けられ得るのかということについて若干の私見を述べることとする。

第２節　違法性阻却事由としての仮定的同意

ここまで検討してきたことからすると、仮定的同意を違法性阻却事由として解するのが妥当であるか否かを検討することが必要であるように思われる。このことは、まず、違法性阻却原理を検討することによって可能となる。

これに関し、我が国において、大別すると①目的説、②社会的相当性説及び③優越利益説の３つの見解が主張されている。①は、行為が正当な目的のための正当な手段である場合には、違法性が阻却されるとする説である。「『正当な目的』達成のための『相当な手段』という考え方の内容は明確ではなく、それ

Straf- ausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 182 f.

[100] *Otto*, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, JURA 2004, S. 683; *Gropp*, a.a.O., S. 206 f. 同様の見解として、武藤・前掲注（６）東洋法学33頁。

が実際にどのようにして判断されるのかは明らかではない」[101]ということが、この説に対する批判である。

また、②は、問題となる法益侵害行為が、別の法益の保護に資するものであり、その手段として「社会観念上是認し得ること」という意味での社会的相当性を有する場合には、違法性が阻却されるという説である。この説に対しては、まず、社会的相当性という観念が不明瞭であるということが批判として挙げられる。さらに、「結果無価値が結果価値によって止揚されているのに、さらに行為価値による行為無価値の止揚を要求するのは、結局、行為無価値のみを根拠として犯罪の成立を肯定すること」になるという批判もなされている[102]。

これに対し、③は、法益性が欠如している場合又は利益衡量によって優越利益性が認められる場合には、違法性阻却が認められると解する説である[103]。法益性が欠如すると言えるのは、問題となる法益が、被害者の有効な同意などによって保護に値しない場合であり、優越利益性があると言えるのは、法益侵害を惹起することが、別の法益を保護するために必要であり、侵害法益Ａ（惹起された法益侵害）と保全法益Ｂ（回避された法益侵害）とを衡量した結果、保全法益が侵害法益と同等か、それよりも優越している場合である。このような場合には、「Ｂ－Ａ≧0となるから、社会功利主義の見地から、その行為は全体として正当化されることになる」[104]。この見解は、利益を判断する際に「判断者は憲法を頂点とする実定法を手掛かりとして、衝突する利益を評価し、それを衡量して結論を出さなければならない」ため、「違法判断が直観によってなされ、恣意が介入するという事態をさけることが可能となり、判断者の判断過程を外部に対して可視的にし、それに対する合理的な検討・批判を可能とする」[105]点が、①及び②説に比べて優れており、支持することができるように思われる。従って、侵襲行為の場合にも、優越利益説によって違法性阻却効が導かれるものであるとして、それぞれの要件を検討すべきである。

---

[101] 内藤・前掲注（１）307頁。

[102] 山口厚『刑法総論（第２版）』（2007年）105頁。同様の見解として、内藤・前掲注（１）313頁以下がある。

[103] 山口・前掲注（102）105頁以下。

[104] 西田・前掲注（１）134頁。

[105] 町野・前掲注（１）147頁参照。

このような前提に立った上で、治療行為の正当化要件について考えると、以下のようになる。

治療行為において、その行為によって維持・増進される生命・健康という身体的利益の方が、その行為によって侵害される患者の身体的利益よりも大きいという意味で、前者に客観的優越利益性が認められる。このような客観的優越利益性は、治療行為が①医学的適応性及び②医術的正当性の要件を具備する場合に認められると言えるだろう。しかし、治療行為は、既に述べた通説によると、①及び②の要件を充たすことのみによって直ちに違法性を阻却することはできず、③患者の同意の要件も必要である。なぜならば、侵襲行為において衡量されるのは、いずれも患者自身に帰属する利益であり、たとえそれが客観的優越利益性の認められるものだとしても、本人の意思に反して、それを擁護することを認めることはできないからである[106]。すなわち、③の要件は、患者の自己決定権の保護し、専断的治療行為を防止するために必要なのである。

先に述べたとおり、通説によると、③の要件については、それが有効であるための前提として医師の説明が必要であるとされており、このことは是認することができる。なぜならば、自身の病気がどのようなものであり、それに対してどのような侵襲が行われるのかといったことを何ら認識していない患者は、そもそも侵襲に関する自己決定をできないからである。しかし、③の要件は、違法性阻却事由の１つである、いわゆる被害者の同意と必ずしも同じものではなく、被害者の同意の場合より緩和された要件のもとで、その存在と有効性を肯定し得る[107]。なぜならば、①及び②の要件を充たす場合には、前述したように、客観的には患者の利益をもたらすものであるため、③の要件としては医的侵襲行為が患者の意思に反していないということが認められれば足りるからである。

このことに関し、町野教授は「患者の意思は医学の専断を抑制するという役割を果たすものであり、患者の個人的選択に反する治療行為に限って違法であると考えるべきである」という前提に立たれた上で、「患者の意思が治療行為の正当化に意味を持ち自己決定権が認められなければならないのは、治療行為

106 町野・前掲注（１）132頁以下。

107 町野・前掲注（１）178頁。同様の見解として、内藤・前掲注（１）532頁、山口・前掲注（102）164頁、佐藤・前掲注（６）217頁以下がある。

の持つ客観的な事前・事後の優越利益性が主観的にも患者の選択に反しないことを確保する必要があるからである」と述べられている[108]。

また、実際の医療現場において、手術を受ける患者が、個々の侵襲の詳細な態様や危険についてまで全て認識した上で同意しているわけではないことからしても、患者の同意を被害者の同意と同列に扱うことができないということは明らかであろう[109]。

このようなことからするならば、③の要件は、被害者の同意よりも緩やかなもので足りるとするという方向性は妥当なものである。

もっとも、町野教授は、以上のことを前提とされた上で、具体的に、患者の推定的同意が認められる場合には患者の意思に反しておらず、③の要件が充たされるとされている。すなわち、患者の推定的同意が認められる場合には、行為が患者の意思方向に合致している蓋然性が認められるため、客観的優越利益性のある行為により侵害された法益の法益性が欠如するというために違法性が阻却できるとするのである[110]。より具体的に言うならば、「[もし、適切な説明が医師からなされることによって] 患者が当該状況を正しく認識したとするなら治療的侵襲の結果・危険に対して同意を与えることを拒絶しなかったであろうと認められる場合には、患者の現実的な同意が存在せず、あるいは [医師の説明の欠缺によって] それが無効であったとしても、[推定的同意（意思方向との合致の蓋然性）が認められることによって] 結果の発生は合法となる」ということである[111]。

しかし、町野教授の見解のように、③の要件を推定的同意が認められる範囲にまで緩和することには、以下のような疑問があるように思われる。

まず、米村教授が指摘されているように、このような町野教授の見解は、「自己決定権を保護すると言いながら、実際上は推定的同意によって大半の医的侵

[108] 町野・前掲注（１）172頁以下。

[109] 内藤・前掲注（１）533頁。また、このことについて町野教授は、これらの同意が有効となるためには、「医師は患者に対して医学の講義を事前にしなければならないことになってしまう」と述べられている。町野・前掲注（１）197頁。

[110] 推定的同意の違法性阻却根拠について、詳細に論証されているものとして、町野・前掲注（１）199頁以下がある。

[111] 町野・前掲注（１）199頁以下。

襲行為が正当化されることになり、不当である」という批判がなされる余地がある[112]。この点について、ローゼナウも、患者の推定的同意は、患者が自己決定や意思の形成を全く行わないということであるので、このような要素によって③の要件の有効性を判断すると、患者の意思が治療行為の正当化要件とは関係ないということになると批判している[113]。

また、これまでの一般的理解によると、推定的同意による違法性阻却が認められるのは、意識不明の患者に対する緊急手術など、患者が実際に同意できない場合に限定されるべきであるとされている[114]。これに対し、仮定的同意が問題となるような治療行為の場合には、このような場合とは異なり、緊急性の要件を欠き、現に医師が十分に説明し得る状況及び患者が同意を表明し得る状況が存在しているので、推定的同意による違法性阻却は認められないように思われる。

さらに、山口教授が指摘されているように、このような町野教授の理解は、「『法益主体の意思に合致する』(被害者の同意)という違法性阻却事由から、『法益主体の意思に合致する事前的蓋然性が存在する』という別の違法性阻却事由を引き出すもの」[115]であり、不当であるという批判も可能である。

なお、仮に、推定的同意についてこのような理解に立ち、推定的同意が認められる範囲まで患者の同意の要件を緩和するとしたとしても、意思方向とは何かということについて明らかではないという問題が残されている。また、意思方向との合致を具体的にどのような要素によって判断するのか、ということも明らかではない。

以上のことからすると、町野教授が示されるように、③の要件を推定的同意が認められる範囲にまで緩和するというのは妥当ではないように思われる。

これに対し、本稿で検討した、「仮定的同意」が認められる場合には、確かに、

---

112 米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」『町野朔先生古稀記念　刑事法・医事法の新たな展開　下巻』(2014年) 106頁以下参照。

113 *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 696.

114 Vgl. *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 333. なお、同様のことは、山中・前掲注（６）神山古稀275頁、塩谷・前掲注（６）395頁、武藤・前掲注（６）東洋法学16頁以下、杉本・前掲注（６）134頁においても指摘されている。

115 山口・前掲注（102）169頁。

行為時点においては、説明に基づく同意は存在していないが、もし説明をしていたとしても、患者が同意していたであろうということが認められる場合であるので、この場合には、①及び②の要件を充たす侵襲行為が、患者の意思に反しているものではないということが認められるように思われる。従って、前述したことからするなら、このような場合に、治療行為として違法性阻却を認めることは可能であるということが言える。

このことについて、ローゼナウは以下のように述べている。すなわち、仮定的同意は「説明の欠缺によって、意思表示が有効な同意としてみなされないという場合」であるが、「侵襲を同意する意思を患者が実際にもっているということが要件となるという意味では、原則的な同意がある」場合であり、従って③の要件を具備しているということができ、治療行為の違法性が阻却される。

また、近時我が国において、古川教授が「仮定的同意の問題は、存在しない同意を仮定的に認める、という話ではな」いとして、仮定的同意という用語ではなく「潜在的同意」と言い表された上で、このような同意が存在する場合には、「説明していなくても、患者の理解が得られてい［る場合であるので、］（中略）侵襲は正当化される」とされているのも、①及び②の要件を充たす治療行為が、患者の意思に反していないと認められる場合には、違法性が阻却されるとするという趣旨であるように思われる[116]。

以上のことからするならば、①及び②の要件を充たす治療行為において、仮定的同意が認められる場合には、当該侵襲が患者の意思に反していないということが認められるので、違法性の阻却が認められるということになる。

結びにかえて

医師の説明義務という概念は、治療行為の正当化の議論の中で発展し、判例や学説において議論されてきたものである。このような議論の中で、現在の我が国において、その範囲は非常に過大なものとなっている。このことは、医師－患者間における健全な医療関係の確立を損ね、ひいては患者にとって不利益となるという問題を生じさせている。本稿は、同様の問題が生じているドイツにおいて、仮定的同意という法理論によってこのような問題を解決していると

[116] 古川・前掲注（６）88頁以下。

いうことに着目し、まずドイツの判例・学説における仮定的同意論を整理・検討した上で、もし、我が国において仮定的同意によってこのような問題を解決し得るとするならば、どのような理論的根拠により医師の免責を認めることができるのかということについて、治療行為の正当化の議論に立ち返りつつ、刑法的な観点から若干の考察を行ったものである。

仮定的同意論は、説明義務違反に基づいて医師の損害賠償責任を過度に認めてきたドイツの民事判例において、それを制限するものとして発展してきた。ドイツにおいては、刑事判例においても、説明義務違反を根拠に医師を傷害罪で処罰していることから、このような処罰範囲を制限するための理論としても仮定的同意が採用されるようになった。刑事判例においては、仮定的同意が認められる場合の法的効果は故意犯の場合には違法性阻却であり、過失犯の場合には客観的帰責阻却であるとされている。しかし、このような法的効果が生じる根拠は明らかではなく、故意犯と過失犯とで異なった法的効果が生じるとすることにも理論的な妥当性があるとは言えない。

このような判例の状況に対し、ドイツの刑法学説においては、仮定的同意の法的効果に関して、（1）因果関係の否定ないし客観的帰責の阻却がなされるとする見解と、（2）違法性阻却がなされるとする見解が存在している。しかし、（1）の見解に対しては、仮定的同意が認められるような場合であっても因果関係ないし客観的帰責を否定することはできないという批判が妥当し、仮定的同意の理論的根拠として考えることはできない。

他方、治療行為の正当化原理に立ち返ってみるならば、（2）の見解は妥当であるように思われる。その理由は、以下の通りである。

治療行為が、①医学的適応性及び②医術的正当性の要件を充たす場合には、客観的優越利益性が認められるため、③患者の同意の要件は、被害者の同意とは異なり、それよりも緩やかなものでよい。その内容としては、当該治療行為が患者の意思に反していないということで足りると解されている。従って、①及び②の要件を充たす治療行為が患者の意思に反していないということが認められる場合には、③の要件を充たし、違法性が阻却される。

もっとも、このような前提に立ったとしても、町野教授が主張されているように、③の要件を推定的同意が認められる範囲まで緩和するというのは妥当ではない。なぜならば、患者の意思方向との合致の蓋然性があることによって③の要件が充たされるとするならば、①及び②の要件を充たす治療行為のほとん

どはそれだけで正当化されることになり、それでは、患者の自己決定権を保護し、専断的治療行為を阻止するために必要とされている③の要件を、事実上無意味なものにしてしまうことになるからである。

これに対し、「もし、医師の説明の欠缺がなかったとしても、患者が同様に侵襲に同意していただろう」ということが認められる場合には、患者の意思に反していないということが認められ、患者の自己決定権も保障される。従って、①及び②の要件を具備する治療行為において、患者の仮定的同意が認められる場合には、違法性の阻却が認められるように思われる。

その上で、以上のような枠組みを具体的な事案にあてはめると、以下のようになる。例えば、前述の乳腺症事件のような事例において医師の刑事責任が問われた場合には、仮定的同意によって、医師の行為の傷害罪としての違法性が阻却される。なぜならば、左乳房の全摘に関する説明はなかったものの、当該侵襲は①及び②の要件を充たすものであり、既に右乳房の全摘について説明を受けた上で同意し、乳癌の治癒可能性の取得を選択していたという、当該患者の個人的事情に鑑みれば、左乳房の全摘という当該侵襲が患者の意思に反していなかったということが認められるからである。これに対し、前述のエホバの証人事件のような場合には、仮定的同意が認められることはなく、医師を傷害罪で処罰することになる。なぜならば、絶対的無輸血を表明していた患者については、当該侵襲が患者の意思に反するものであるということが明らかに認められるからである。

本稿は、治療行為において患者の仮定的同意が認められる場合に、どのような理論的根拠に基づいて医師の免責が認められるのかということの枠組みを示したものである。このような考察は、インフォームド・コンセントがあまりにも広範囲に求められ、医師の負担が増大している昨今の状況を改善し、患者にとって利益となる医師－患者関係の構築に寄与するように思われる。もっとも、具体的にどのような事情や要件が認められる場合に、このような仮定的同意によって違法性の阻却が認められるの[117]か、また、どのように立証すべきなのか、ということまでは検討することができなかった。この点については、今後の検

[117] この点について、ザリガーは、説明されていなかった事項のうち、法益侵害の具体的なリスクについての知識の有無という基準を用いると述べており、注目される。Saliger, a.a.O., S. 270.

討課題としたい。

資　　料

担保取引に関する UNCITRAL モデル法の対訳（２・完）

曽野　裕夫*
山中　仁美**

目　　次

はじめに
担保取引に関する UNCITRAL モデル法の対訳
　第１章　適用範囲及び一般規定
　第２章　担保権の設定
　第３章　担保権の第三者対抗力
　第４章　登記機関制度
　モデル登記関連規定　（以上、68巻１号）
　第５章　担保権の優先順位　（以下、本号）
　第６章　当事者及び第三債務者の権利及び義務
　　第１節　担保合意の当事者間の相互の権利及び義務
　　第２節　第三債務者の権利及び義務
　第７章　担保権の実行
　第８章　抵触法
　第９章　経過規定

* 北海道大学大学院法学研究科教授、UNCITRAL 担保作業部会日本政府代表。
** 法務省民事局付兼外務省国際法局検事。

［以下、本誌前号（68巻１号）に続き、「担保取引に関するUNCITRALモデル法」の第５章以下の対訳を掲載する。

なお、UNCITRAL担保作業部会第31会期（2017年２月）では、このモデル法の制定ガイド（Guide to Enactment）の審議の過程において、モデル法第81条第５項及び第85条第１項の規定に過誤があるとして、文言修正をUNCITRAL総会第50会期（2017年７月）に提案することとなった。この提案は、異論なく受け入れられることが確実視されるため、本翻訳においては修正を先取りして訳出を行っている。詳細は該当箇所（２点とも本誌本号）を参照されたい。］

〈本研究はJSPS科学研究費15H01917の助成を受けたものである。〉

Chapter V. Priority of a security right

A. General rules

Article 29. Competing security rights created by the same grantor

Subject to articles 33, 38, 39 and 41-43, priority between competing security rights created by the same grantor in the same encumbered asset is determined according to the following rules:

(a) As between security rights that were made effective against third parties by registration of a notice in the Registry, priority is determined by the order of registration, without regard to the order of creation of the security rights;

(b) As between security rights that were made effective against third parties otherwise than by registration of a notice in the Registry, priority is determined by the order of third-party effectiveness; and

(c) As between a security right that was made effective against third parties by registration and a security right that was made effective against third parties otherwise than by registration of a notice in the Registry, priority is determined by the order of registration or third-party effectiveness, whichever occurs first.

Article 30. Competing security rights created by different grantors

Subject to [article 26 of the Model Registry Provisions], priority between competing security rights created by different grantors in the same encumbered asset is determined according to article 29.

第５章　担保権の優先順位

A．一般ルール

第29条　同一の設定者が設定した担保権の競合

1．第33条、第38条、第39条及び第41条から第43条までの規定が適用される場合を除くほか、同一の担保目的物を目的として同一の設定者が設定した担保権の優先順位は、次のルールによって決定する。

(a)　登記機関におけるノーティスの登記によって第三者対抗力を備えた担保権相互間においては、担保権設定の順序に関わらず、優先順位は登記の順序による。

(b)　登記機関におけるノーティスの登記以外の方法によって第三者対抗力を備えた担保権相互間では、優先順位は第三者対抗力を備えた順序による。

(c)　登記によって第三者対抗力を備えた担保権と登記機関におけるノーティスの登記以外の方法によって第三者対抗力を備えた担保権との間では、優先順位は、登記又は第三者対抗力具備の先後による。

第30条　異なる設定者が設定した担保権の競合

登記関連規定第26条が適用される場合を除くほか、同一の担保目的物を目的として異なる設定者が設定した競合する担保権の優先順位は、第29条に従って決定する。

Article 31. Competing security rights in the case of a change in the method of third-party effectiveness

The priority of a security right is not affected by a change in the method by which it is made effective against third parties, provided that there is no time when the security right is not effective against third parties.

第31条　第三者対抗力の方法の変更がある場合の競合する担保権

担保権の優先順位は、担保権が第三者対抗力を備える方法の変更に影響されない。ただし、その担保権が第三者対抗力を有しない期間がない場合に限る。

Article 32. Competing security rights in proceeds

Subject to article 41, a security right in proceeds of an encumbered asset that is effective against third parties under article 19 has the same priority over a competing security right as the security right in the encumbered asset from which the proceeds arose.

第32条　プロシーズを目的とする担保権の競合

第41条が適用される場合を除くほか、担保目的物のプロシーズを目的とする担保権は、それが第19条に従って第三者対抗力を有する場合には、競合する担保権に対して、そのプロシーズを生じさせた担保目的物を目的とする担保権についてと同じ優先順位を有する。

Article 33. Competing security rights in tangible assets commingled in a mass or transformed into a product

1. If two or more security rights in the same tangible asset extend to a mass or product as provided in article 11 and each security right is effective against third parties as provided in article 20, the priority of each security right in the mass or product is the same as the priority that each security right in that tangible asset had immediately before the tangible asset became part of the mass or product.
2. If more than one security right extends to the same mass or product under article 11 and each was a security right in a separate tangible asset at the time of commingling or transforming, the secured creditors are entitled to share in the mass or product according to the ratio that the obligation secured by each security right bears to the

第33条　集合体に混合した又は製造物に変容した有体物を目的とする担保権の競合

1．　同一の有体物を目的とする２以上の担保権が、第11条の定めるところによって集合体又は製造物に及び、それぞれの担保権が第20条の定めるところによって第三者対抗力を有する場合、集合体又は製造物を目的とするそれぞれの担保権の優先順位は、その有体物が集合体又は製造物の一部になる直前に、その有体物を目的とする担保権が有した優先順位と同じである。

2．　２以上の担保権が、第11条に基づいて同一の集合体又は製造物に及び、それぞれの担保権が混合又は変容の時に別個の有体物を目的とする担保権であった場合には、担保権者らは、それぞれの担保権で担保されている被担保債務が、すべての担保権で担保されている被担保債務の合計に対して有する割合に応じて、集合体又は製造物の持

sum of the obligations secured by all the security rights.

3. For the purposes of paragraph 2, the obligation secured by a security right that extends to the mass or product is subject to any limitation on the security right under article 11.

ち分に対する権利を有する。

3．　第２項において、集合体又は製造物に及ぶ担保権によって担保される被担保債務は、第11条に基づく担保権の限度を上限とする。

Article 34. Security rights competing with rights of buyers or other transferees, lessees or licensees of an encumbered asset

1. If an encumbered asset is sold or otherwise transferred, leased or licensed while the security right in that asset is effective against third parties, the buyer or other transferee, lessee or licensee acquires its rights subject to the security right except as provided in this article.
2. A buyer or other transferee of an encumbered asset acquires its rights free of the security right, if the secured creditor authorizes the sale or other transfer of the asset free of the security right.
3. The rights of a lessee or licensee of an encumbered asset are not affected by a security right if the secured creditor authorizes the grantor to lease or license the asset unaffected by the security right.
4. A buyer of a tangible encumbered asset sold in the ordinary course of the seller's business acquires its rights free of the security right, provided that, at the time of the conclusion of the sale agreement, the buyer does not have knowledge that the sale violates the rights of the secured creditor under the security agreement.
5. The rights of a lessee of a tangible encumbered asset leased in the

第34条　担保目的物の買主その他の譲受人、賃借人又はライセンシーの権利と競合する担保権

1．　担保権が第三者対抗力を有する間に、担保目的物が売却又はその他の方法で譲渡、賃貸又はライセンスされた場合は、買主その他の譲受人、賃借人又はライセンシーは、この条に規定されている場合を除くほか、担保権の負担付の権利を取得する。

2．　担保権者が担保権の負担なしの担保目的物の売却又はその他の譲渡を許可する場合は、担保目的物の買主その他の譲受人は、担保権の負担のない権利を取得する。

3．　担保権者が、担保目的物を担保権による影響なしに賃貸又はライセンスすることを設定者に許可する場合には、担保目的物の賃借人又はライセンシーの権利は､担保権によって影響されない。

4．　売主の事業の通常の過程において売却された有体の担保目的物の買主は、担保権の負担のない権利を取得する。ただし、売買契約の締結の時点で、当該売却が担保合意に基づく担保権者の権利を侵害することを知らない場合に限る。

5．　賃貸人の事業の通常の過程において賃貸された有体の担保目的物の賃借人

ordinary course of the lessor's business are not affected by the security right, provided that, at the time of the conclusion of the lease agreement, the lessee does not have knowledge that the lease violates the rights of the secured creditor under the security agreement.

の権利は、担保権に影響されない。ただし、賃貸借の合意の締結の時点で、賃借人が、その賃貸借が担保合意に基づく担保権者の権利を侵害することを知らない場合に限る。

6. Subject to the rights of a secured creditor with a security right in intellectual property in accordance with article 50, the rights of a non-exclusive licensee of an intangible encumbered asset licensed in the ordinary course of the licensor's business are not affected by the security right, provided that, at the time of the conclusion of the licence agreement, the licensee does not have knowledge that the licence violates the rights of the secured creditor under the security agreement.

6.　知的財産権を目的とする担保権を有する担保権者の第50条に基づく権利に劣後することを条件として、ライセンサーの事業の通常の過程において無体の担保目的物の非独占的ライセンスを受けたライセンシーの権利は、担保権に影響されない。ただし、ライセンス合意の締結の時点で、ライセンシーが、そのライセンスが担保合意に基づく担保権者の権利を侵害することを知らない場合に限る。

7. If a buyer or other transferee of a tangible encumbered asset acquires its rights free of a security right, any subsequent buyer or other transferee also acquires its rights free of that security right.

7.　有体の担保目的物の買主その他の譲受人が担保権の負担のない権利を取得した場合は、後続の買主その他の譲受人も、担保権の負担のない権利を取得する。

8. If the rights of a lessee of a tangible encumbered asset or a licensee of an intangible encumbered asset are not affected by the security right, the rights of any sub-lessee or sub-licensee are also unaffected by that security right.

8.　有体の担保目的物の賃借人又は無体の担保目的物のライセンシーの権利が、担保権に影響されない場合、転借人又はサブ・ライセンシーの権利もその担保権に影響されない。

9. A buyer acquires its rights free of, and the rights of a lessee are not affected by, an acquisition security right in consumer goods unless the security right is made effective against third parties otherwise than under article 24 before the buyer or lessee acquires its rights in the goods.

9.　買主は消費者物品を目的とする財産取得担保権の負担のない権利を取得し、賃借人の権利は消費者物品を目的とする財産取得担保権の影響を受けない。ただし、買主又は賃借人が権利を取得する前に、その担保権が第24条に定める以外の方法で第三者対抗力を備えた場合を除く。

Article 35. Impact of the grantor's insolvency on the priority of a security right

A security right that is effective against third parties under this Law at the time of the commencement of insolvency proceedings in respect of the grantor remains effective against third parties and retains the priority it had before the commencement of the insolvency proceedings, unless another claim has priority pursuant to [the insolvency law to be specified by the enacting State].

第35条　担保権の優先順位に対する設定者の倒産の影響

設定者の倒産手続の開始の時にこの法に基づいて第三者対抗力を有する担保権は、第三者対抗力を有し続け、また、倒産手続の開始前に有していた優先順位を維持する。ただし、［制定国が指定する倒産についての法］に基づいて他の権利が優先する場合はこの限りではない。

Article 36. Security rights competing with preferential claims

The following claims arising by operation of other law have priority over a security right that is effective against third parties but only up to [the enacting State to specify the amount for each category of claim]:

(a) […];

(b) […].[32]

第36条　先取特権と競合する担保権

他の法の効果によって生じる次の先取特権は、［制定国は各先取特権の種類ごとに額を指定すること］を上限として、第三者対抗力のある担保権に優先する。

（a）［…］;

（b）［…］[32]

Article 37. Security rights competing with rights of judgment creditors

1. Subject to article 40, the right of a creditor that has obtained a judgment or provisional order ("judgment creditor") has priority over a security right if, before the security right is made effective against third parties, the judgment creditor has [taken the steps to be specified by the enacting State for a judgment creditor to acquire rights in the encumbered asset or the steps referred to in the relevant provisions of other law to be specified

第37条　判決債権者の権利と競合する担保権

1．　第40条が適用される場合を除くほか、判決又は保全命令を得た債権者（以下、「判決債権者」という）の権利は、担保権が第三者対抗力を備える前に、判決債権者が、［担保目的物に対する権利を判決債権者が取得するための措置として制定国が指定するもの、又は、制定国が指定する他の法の関連規定が定める措置をとった］場合には、担保権に優先する。

[32] This provision will not be necessary if the law of the enacting State does not recognize any preferential claims.

[32] 制定国の法が、先取特権を一切認めていない場合は、この規定は必要ない。

by the enacting State].

2. If a security right is made effective against third parties before or at the same time the judgment creditor acquires its right in an encumbered asset by taking the steps referred to in paragraph 1, the security right has priority but that priority is limited to the greater of the credit extended by the secured creditor:

(a) Before the secured creditor received a notice from the judgment creditor that the judgment creditor has taken the steps referred to in paragraph 1 or within [a short period of time to be specified by the enacting State] thereafter; or

(b) Pursuant to an irrevocable commitment of the secured creditor to extend credit in a fixed amount or an amount to be fixed pursuant to a specified formula, if the commitment was made before the secured creditor received a notice from the judgment creditor that the judgment creditor had taken the steps referred to in paragraph 1.

2. 判決債権者が、第１項に定める措置をとることによって担保目的物に対する権利を取得する以前に、担保権が第三者対抗力を備える場合は、担保権が優先するが、その優先権は担保権者による次の (a) 又は (b) のいずれか額のより大きな信用供与を限度とする。

(a) 担保権者が判決債権者から第１項に定める措置を判決債権者がとったことの通知を受ける前、又は、受けた時から［制定国が指定する短い期間］以内の信用供与

(b) 担保権者が判決債権者から第１項に定める措置を判決債権者がとったことの通知を受ける前に、担保権者が確定額又は、指定された公式に従って確定される額の信用を供与するとの撤回不能な確約（コミットメント）をした場合における、その確約（コミットメント）に基づく信用供与

Article 38. Acquisition security rights competing with non-acquisition security rights[33]

Option A

1. An acquisition security right in equipment, or in intellectual property

第38条　非財産取得担保権と競合する財産取得担保権[33]

オプション A

1. 主に設定者の事業の遂行において使用している、又は、使用することが意

[33] Articles 38-42 implement the unitary-approach recommendations of the *Secured Transactions Guide*. If a State prefers to adopt the non-unitary approach recommendations, it should consider implementing instead recommendations 187-202 of the *Secured Transactions Guide*.

[33] 第38条から第42条までの規定は、「担保取引ガイド」における一元的アプローチに基づく勧告を実施するものである。制定国が多元的アプローチに基づく勧告を採用したい場合は、代わりに、「担保取引ガイド」の勧告187から202までを実施することを検討すべきである。

or rights of a licensee under a licence of intellectual property primarily used or intended to be used by the grantor in the operation of its business, has priority over a competing non-acquisition security right created by the grantor, provided that:

(a) The acquisition secured creditor is in possession of the equipment; or

(b) A notice with respect to the acquisition security right is registered in the Registry before the expiry of [a short period of time to be specified by the enacting State] after the grantor obtains possession of the equipment or the agreement for the sale or licence of the intellectual property to the grantor has been concluded.

2. An acquisition security right in inventory, or in intellectual property or rights of a licensee under a licence of intellectual property held by the grantor for sale or licence in the ordinary course of the grantor's business, has priority over a competing non-acquisition security right created by the grantor, provided that:

(a) The acquisition secured creditor is in possession of the inventory; or

(b) Before the grantor obtains possession of the inventory or the agreement for the sale or licence of the intellectual property to the grantor has been concluded:

(i) A notice with respect to the acquisition security right is registered in the Registry; and

(ii) A non-acquisition secured creditor that has registered a notice in the Registry with respect to a non-acquisition security right created by the grantor in an asset of the

図されている設備、知的財産権、又は知的財産権のライセンスに基づくライセンシーの権利を目的とする財産取得担保権は、設定者によって設定された競合する非財産取得担保権に優先する。ただし、次の場合に限る。

(a)　財産取得担保権者が設備を占有している場合；又は

(b)　財産取得担保権に関するノーティスが、設定者がその設備の占有を取得した後、又は、設定者に対して知的財産権を売却若しくはライセンスする合意がなされた後、［制定国が指定する短い期間］の満了より前に、登記機関に登記されている場合

2.　設定者の事業の通常の過程で売却又はライセンスをするために保有されている在庫品、知的財産権、又は知的財産権のライセンスに基づくライセンシーの権利を目的とする財産取得担保権は、設定者によって設定された競合する非財産取得担保権に優先する。ただし、次の場合に限る。

(a)　財産取得担保権者が設備を占有している場合；又は

(b)　設定者がその在庫品の占有を取得する前、又は、設定者に対して知的財産権を売却若しくはライセンスする合意がなされる前に、次のことがなされている場合

(i)　財産取得担保権に関するノーティスが登記機関において登記されていること；及び

(ii)　同じ種類の財産を目的として設定者によって設定された非財産取得担保権に関するノーティスを登記機関において登記した非財産取得担保権者が、財産取得担保権者

same kind receives a notice from the acquisition secured creditor stating that it has or intends to obtain an acquisition security right in the asset described in the notice and describes the asset to reasonably allow its identification.

3. An acquisition security right in consumer goods, or in intellectual property or rights of a licensee under a licence of intellectual property primarily used or intended to be used by the grantor for personal, family or household purposes, has priority over a competing non-acquisition security right created by the grantor.

4. A notice, sent in accordance with paragraph 2 (b) (ii):
   (a) May cover acquisition security rights under multiple transactions between the same parties without the need to identify each transaction; and
   (b) Is sufficient only for security rights in inventory of which the grantor obtains possession or intellectual property or rights of a licensee under a licence of intellectual property held by the grantor for sale or licence in the ordinary course of the grantor's business which the grantor acquires not later than the expiry of [a period of time to be specified by the enacting State] after the notice is received.

Option B

1. An acquisition security right in equipment, inventory, or in intellectual property or rights of a licensee under a licence of intellectual property primarily used or intended to be used by the grantor in the operation of its

から、ノーティスに記載した財産を目的とする財産取得担保権を取得したこと又は取得する意図を有することの通知を受け、その通知において財産を合理的に特定することができる記載がされていること

3．　設定者が、主に個人用、家族用若しくは家庭用に使用している、又は、使用することが意図されている消費者物品、知的財産権、又は知的財産権のライセンスに基づくライセンシーの権利を目的とする財産取得担保権は、設定者によって設定された、競合する非財産取得担保権に優先する。

4．　第２項（b）（ii）に従って送られる通知は、
（a）　同一の当事者間の複数の取引に基づく財産取得担保権を、個々の取引を特定することなく、対象とすることができる；及び

（b）　その通知を受けた時から［制定国が指定する期間］の満了前に、設定者が占有を取得する在庫品、又は、設定者が取得する知的財産権若しくは知的財産権のライセンスに基づくライセンシーの権利であって設定者の事業の通常の過程で売却若しくはライセンスするために設定者が保有するものを目的とする担保権についてのみ第三者対抗力を生じさせる。

オプション B

1．　主に設定者の事業の遂行において使用している若しくは使用することが意図されている、又は、設定者の事業の通常の過程で売却又はライセンスをするために保有されている、設備、在庫品、知的財産権、又は知的財産権のライセ

business or held by the grantor for sale or licence in the ordinary course of the grantor's business, has priority over a competing non-acquisition security right created by the grantor, provided that:

(a) The acquisition secured creditor is in possession of the equipment or inventory; or

(b) A notice with respect to the acquisition security right is registered in the Registry before the expiry of [a short period of time to be specified by the enacting State] after the grantor obtains possession of the equipment or inventory, or the agreement for the sale or licence of the intellectual property to the grantor has been concluded.

2. An acquisition security right in consumer goods, or in intellectual property or rights of a licensee under a licence of intellectual property primarily used or intended to be used by the grantor for personal, family or household purposes, has priority over a competing non-acquisition security right created by the grantor.

ンスに基づくライセンシーの権利を目的とする財産取得担保権は、設定者が設定した競合する非財産取得担保権に優先する。ただし、次の場合に限る。

(a)　財産取得担保権者が、その設備又は在庫品を占有している場合；又は

(b)　財産取得担保権に関するノーティスが、設定者がその設備若しくは在庫品の占有を取得した後、又は、設定者に対して知的財産権を売却若しくはライセンスする合意がなされた後、［制定国が指定する短い期間］の満了より前に、登記機関に登記されている場合

2.　設定者が、主に個人用、家族用若しくは家庭用に使用している、又は、使用することが意図されている消費者物品、知的財産権、又は知的財産権のライセンスに基づくライセンシーの権利を目的とする財産取得担保権は、設定者によって設定された、競合する非財産取得担保権に優先する。

Article 39. Competing acquisition security rights

1. Subject to paragraph 2, priority between competing acquisition security rights is determined according to article 29.
2. An acquisition security right of a seller or lessor, or of a licensor of intellectual property made effective against third parties not later than the expiry of the period specified in article 38, paragraph 1 (b), has priority over a competing acquisition security right.

第39条　財産取得担保権間の競合

1.　第２項が適用される場合を除くほか、競合する財産取得担保権間の優先順位は、第29条に従って決定する。
2.　第38条第１項（b）に定める期間の満了前に第三者対抗力を備えた、売主、貸主又は知的財産権のライセンサーの財産取得担保権は、競合する財産取得担保権に優先する。

Article 40. Acquisition security rights competing with the rights of judgment creditors

An acquisition security right that is made effective against third parties not later than the expiry of the period specified in article 38, paragraph 1 (b), has priority over the rights of a judgment creditor that would otherwise have priority under article 37.

第40条　判決債権者の権利と競合する財産取得担保権

第38条第１項（b）に定める期間の満了前に第三者対抗力を備えた財産取得担保権は、第37条に基づいたとすれば優先順位を有する判決債権者の権利に優先する。

Article 41. Competing security rights in proceeds of an asset subject to an acquisition security right[34]

Option A

1. Subject to paragraph 2, a security right in proceeds of an asset that is the subject of an acquisition security right has the same priority over a competing security right that the acquisition security right in the asset from which the proceeds arose has under article 38.
2. Where the proceeds arose from inventory, or from intellectual property or rights of a licensee under a licence of intellectual property held by the grantor for sale or licence in the ordinary course of the grantor's business, the security right in the proceeds has the same priority over a competing security right that:
   (a) A non-acquisition security right in an asset of the same kind as the proceeds has under article 29 if the proceeds take the form of receivables, negotiable instruments, or rights to payment of funds

第41条　財産取得担保権の負担付の財産から生じるプロシーズを目的とする担保権間の優先順位[34]

オプションA

1.　第２項が適用される場合を除くほか、財産取得担保権の対象である財産のプロシーズを目的とする担保権は、競合する担保権に対して、そのプロシーズを生じさせた財産を対象とする財産取得担保権が第38条に基づいて有するのと同じ優先順位を有する。

2.　プロシーズが、設定者の事業の通常の過程で売却又はライセンスをするために保有されている在庫品、知的財産権、又は知的財産権のライセンスに基づくライセンシーの権利から生じた場合は、そのプロシーズを目的とする担保権は、競合する担保権に対して、次の（a）及び（b）と同じ優先順位を有する。
   （a）　当該プロシーズが、金銭債権、流通証券、又は、銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利の形式を取る場合には、そのプロシーズと同じ種類の財産を目的とする非財産取得担保権が、第29条に基づいて

[34] Option A will be necessary if a State adopts option A of article 38. Option B will be necessary if a State adopts option B of article 38.

[34] オプションAは、第38条のオプションAを採用する国に必要となる。オプションBは、第38条のオプションBを採用する国に必要となる。

credited to a bank account; and

(b) The acquisition security right in the asset from which the proceeds arose has under article 38 if the proceeds take any other form, provided that before the proceeds arose a secured creditor that has registered a notice in the Registry with respect to a non-acquisition security right created by the grantor in an asset of the same kind as the proceeds receives a notice from the acquisition secured creditor stating that it has or intends to obtain a security right in assets of that kind and describes those assets sufficiently to enable them to be identified.

有する優先順位

(b)　当該プロシーズが他の形式を取る場合には、そのプロシーズを生じさせた財産を目的とする財産取得担保権が第38条に基づいて有する優先順位。ただし、そのプロシーズが生じる前に、そのプロシーズと同じ種類の財産を目的として設定者によって設定された非財産取得担保権に関するノーティスを登記機関において登記した担保権者が、財産取得担保権者から、ノーティスに記載した財産を目的とする財産取得担保権を取得したこと又は取得する意図を有することの通知を受け、その通知において財産を合理的に特定することができる記載がされている場合に限る。

Option B

A security right in proceeds of an asset that is the subject of an acquisition security right has the same priority over a competing security right that a non-acquisition security right in the asset from which the proceeds arose has under article 29.

オプション B

財産取得担保権の対象である財産のプロシーズを目的とする担保権は、競合する担保権に対して、そのプロシーズを生じさせた財産を目的とする非財産取得担保権が第29条に基づいて有するのと同じ優先順位を有する。

Article 42. Acquisition security rights extending to a mass or product competing with non-acquisition security rights in the mass or product

Subject to article 38, an acquisition security right in a tangible asset that extends to a mass or product and is effective against third parties has priority over a non-acquisition security right granted by the same grantor in the mass or product.

第42条　集合体又製造物を目的とする非財産取得担保権と競合する、集合体又製造物に及ぶ財産取得担保権

第38条の規定が適用される場合を除くほか、有体物を目的とする財産取得担保権が集合体又製造物に及び、かつ、第三者対抗力を有する場合には、その財産取得担保権は、同じ設定者によってその集合体又製造物を目的として設定された非財産取得担保権に優先する。

Article 43. Subordination

1. A person may at any time subordinate the priority of its rights under this Law in favour of any existing or

第43条　優先順位の劣後化

1.　自己の権利がこの法に基づいて有する優先順位は、いつでも、現在の又は将来の競合する債権者との関係で、下

future competing claimant. The beneficiary need not be a party to the subordination.
2. Subordination does not affect the rights of competing claimants other than the person subordinating its priority and the beneficiary of the subordination.

げることができる。受益者が劣後化の当事者であることは要しない。

2. 劣後化は、自己の有する優先順位を下げた者及び劣後化の受益者以外の、競合する請求者の権利には影響しない。

Article 44. Future advances and future encumbered assets
1. Subject to article 37, the priority of a security right extends to all secured obligations, including obligations incurred after the security right became effective against third parties.
2. The priority of a security right covers all encumbered assets described in a notice registered in the Registry, whether they are acquired by the grantor or come into existence before or after the time of registration.

第44条　将来の貸付（future advances）、将来の担保目的物
1. 第37条が適用される場合を除くほか、担保権の優先順位は、全ての被担保債務（担保権が第三者対抗力を備えた後に生じた債務も含む）に及ぶ。

2. 担保権の優先順位は、登記機関において登記されたノーティスに記載された全ての担保目的物を対象とし、設定者によるその担保目的物の取得又は担保目的物が存在するようになったことが、登記の前後のいずれであるかは問わない。

Article 45. Irrelevance of knowledge of the existence of a security right
Knowledge of the existence of a security right on the part of a secured creditor does not affect the priority of the security right under this Law.

第45条　担保権の存在を知っていることの無関係性
担保権者が、担保権が存在していることを知っていたことは、この法に基づく担保権の優先順位に影響しない。

B. Asset-specific rules

B. 財産別の特則

Article 46. Negotiable instruments
1. A security right in a negotiable instrument that is made effective against third parties by possession of the instrument has priority over a security right in the instrument that is made effective against third parties by registration of a notice in the Registry.
2. A buyer or other consensual transferee of an encumbered negotiable instrument

第46条　流通証券
1. 流通証券を目的とする担保権であって証券の占有によって第三者対抗力を備えたものは、流通証券を目的とする担保権であってノーティスを登記機関において登記することによって第三者対抗力を備えたものに優先する。

2. 担保権の目的である流通証券の買主その他の合意による譲受人は、登記機

acquires its rights free of a security right that is made effective against third parties by registration of a notice in the Registry if the buyer or other transferee:

(a) Qualifies as a [protected holder] [other type of holder to be specified by the enacting State]; or

(b) [Takes possession of the negotiable instrument and gives value] [takes any other act to be specified by the enacting State] without knowledge that the sale or other transfer is in violation of the rights of the secured creditor under the security agreement.

関におけるノーティスの登記によって第三者対抗力を備えた担保権の負担のない権利を取得する。ただし、買主その他の譲受人が、次の (a) 又は (b) の者である場合に限る。

(a)［保護される所持人］［制定国の指定するその他の種類の所持人］にあたる者；又は

(b)　その売却その他の譲渡が、担保合意に基づく担保権者の権利の侵害となることを知らずに、［流通証券の占有を取得し、対価を支払った者］［制定国が指定するその他の行為を行った者］

Article 47. Rights to payment of funds credited to a bank account

1. A security right in a right to payment of funds credited to a bank account made effective against third parties by the secured creditor becoming the account holder has priority over a competing security right that is made effective against third parties by any other method.

2. A security right in a right to payment of funds credited to a bank account with respect to which the secured creditor is the deposit-taking institution has priority over a competing security right made effective against third parties by any method, except a security right that is made effective against third parties by the secured creditor becoming the account holder.

3. A security right in a right to payment of funds credited to a bank account made effective against third parties by a control agreement has priority over a competing security right except:

第47条　銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利

1.　銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権であって、担保権者が口座名義人になることによって第三者対抗力を備えたものは、その他の方法によって第三者対抗力を備えた競合する担保権に優先する。

2.　銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権であって、担保権者が預金受入機関であるものは、その他の方法によって第三者対抗力を備えた競合する担保権（担保権者が口座名義人になることによって第三者対抗力を備えた担保権を除く）に優先する。

3.　銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権であって、コントロール合意によって第三者対抗力を備えたものは、次の (a) 又は (b) の担保権を除く競合する担保権に優先する。

(a) A security right of the deposit-taking institution; or

(b) A security right that is made effective against third parties by the secured creditor becoming the account holder.

4. The order of priority among competing security rights in a right to payment of funds credited to a bank account that are made effective against third parties by the conclusion of control agreements is determined on the basis of the time of conclusion of the control agreements.

5. A deposit-taking institution's right under other law to set off obligations owed to it by the grantor against the grantor's right to payment of funds credited to a bank account maintained with the deposit-taking institution has priority as against a security right in the right to payment of funds credited to the bank account, except a security right that is made effective against third parties by the secured creditor becoming the account holder.

6. A transferee of funds from a bank account pursuant to a transfer initiated or authorized by the grantor acquires its rights free of a security right in the right to payment of funds credited to the bank account, unless the transferee has knowledge that the transfer violates the rights of the secured creditor under the security agreement.

7. Paragraph 6 does not adversely affect the rights of transferees of funds from bank accounts under [the relevant law to be specified by the enacting State].

Article 48. Money

1. A transferee that obtains possession

（a） 預金受入機関の担保権；又は

（b） 担保権者が口座名義人になることによって第三者対抗力を備えた担保権

4． コントロール合意の締結によって第三者対抗力を備えた、銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権が互いに競合する場合、その優先順位は、コントロール合意締結の時点を基準として決定する。

5． 他の法に基づいて預金受入機関が有する相殺権であって、設定者が預金受入機関に負う債務を、当該預金受入機関が管理する銀行口座に入金された資金の支払を求める設定者の権利と相殺することを認める権利は、当該銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権（担保権者が口座名義人になることによって第三者対抗力を備えた担保権を除く）に優先する。

6． 設定者が依頼（initiate）した又は承認した、銀行口座からの資金移動による資金の受取人（transferee）は、その銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権の負担のない権利を取得する。ただし、その受取人（transferee）が、その資金移動が担保合意に基づく担保権者の権利を侵害することを知っていた場合を除く。

7． 第６項は、銀行口座からの資金の受取人が、［制定国が指定する関連法令］に基づいて有する権利を害さない。

第48条　金銭

1． 担保権の負担付の金銭の占有を取得

of money that is subject to a security right acquires its rights free of the security right, unless that person has knowledge that the transfer violates the rights of the secured creditor under the security agreement.

2. This article does not adversely affect the rights of persons in possession of money under [the relevant law to be specified by the enacting State].

した譲受人は、その者がその譲渡が担保合意に基づく担保権者の権利を侵害することを知っていた場合を除くほか、担保権の負担のない金銭を取得する。

2．　本条は、金銭の占有者が、［制定国が指定する関連法令］に基づいて有する権利を害さない。

Article 49. Negotiable documents and tangible assets covered by negotiable documents

1. Subject to paragraph 2, a security right in a tangible asset made effective against third parties by possession of the negotiable document covering that asset has priority over a competing security right made effective against third parties by any other method.

2. Paragraph 1 does not apply to a security right in a tangible asset other than inventory if the security right of the secured creditor not in possession of the negotiable document was made effective against third parties before the earlier of:

   (a) The time that the asset became covered by the negotiable document; and

   (b) The time of conclusion of an agreement between the grantor and the secured creditor in possession of the negotiable document providing for the asset to be covered by a negotiable document so long as the asset became so covered within [a short period of time to be specified by the enacting State] from the date of the agreement.

3. A transferee of an encumbered negotiable document that obtains

第49条　権原証券及び権原証券が対象とする有体物

1．　第２項が適用される場合を除くほか、有体物を目的とする担保権であって、その有体物を対象とする権原証券の占有によって第三者対抗力を備えたものは、その他の方法によって第三者対抗力を備えた競合する担保権に優先する。

2．　権原証券を占有していない担保権者の担保権が、次の (a) 及び (b) のいずれか早い時よりも前に第三者対抗力を備えた場合には、第１項は、在庫品以外の有体物を目的とする担保権には適用しない。

（a）　その財産が権原証券の対象となった時

（b）　設定者と権原証券の占有者が、その財産を権原証券の対象とする合意をした時。ただし、その合意の日から［制定国が指定する短い期間］以内に、その財産が流通証券の対象となった場合に限る。

3．　担保権の目的となっている権原証券の譲受人であって、［権原証券の一定の

possession of the document under [the relevant law to be specified by the enacting State under which certain transferees of negotiable documents acquire their rights free of competing claims] acquires its rights free of a security right in the negotiable document and the tangible assets covered thereby that is made effective against third parties by any other method.

譲受人は競合する権利の負担のない権利を取得することを定める、制定国が指定する関連法令］に基づいてその証券の占有を取得した者は、その権原証券及びその証券の対象となっている有体物を目的とする、その他の方法によって第三者対抗力を備えた担保権の負担のない権利を取得する。

Article 50. Intellectual property

Article 34, paragraph 6, does not affect any rights that a secured creditor may have as an owner or licensor of intellectual property under [the relevant law relating to intellectual property to be specified by the enacting State].

第50条　知的財産権

第34条第６項は、担保権者が、知的財産権の所有者又はライセンサーとして［制定国が指定する知的財産権に関する関連法令］に基づいて有するいかなる権利にも影響しない。

Article 51. Non-intermediated securities

1. A security right in certificated non-intermediated securities made effective against third parties by the secured creditor's possession of the certificate has priority over a competing security right created by the same grantor in the same securities made effective against third parties by registration of a notice in the Registry.
2. A security right in uncertificated non-intermediated securities made effective against third parties by [a notation of the security right] [entry of the name of the secured creditor as the holder of the securities][35] in the books maintained for that purpose by or on behalf of the issuer has priority over a security right in the same securities made effective against third parties by

第51条　非間接保有証券

1．　券面のある非間接保有証券を目的とする担保権であって、担保権者が券面を占有することによって第三者対抗力を備えたものは、同一の設定者によって同一の証券を目的として設定された担保権であって、登記機関におけるノーティスの登記によって第三者対抗力を備えた、競合する担保権に優先する。

2．　無券面の非間接保有証券を目的とする担保権であって、［担保権を記載するために］［担保権者の名を証券の所持人として記載するために］[35]発行者又は発行者の代理人が管理する口座簿に、その記載をすることによって第三者対抗力を備えたものは、その他の方法によって第三者対抗力を備えた、同じ証券を目的とする担保権に優先する。

[35] The enacting State should insert here the method chosen in article 27.

[35] 制定国は、第27条において選択した方法をここに挿入すること。

any other method.

3. A security right in uncertificated non-intermediated securities made effective against third parties by the conclusion of a control agreement has priority over a security right in the same securities made effective against third parties by registration of a notice in the Registry.

3．無券面の非間接保有証券を目的とする担保権であって、コントロール合意の締結により第三者対抗力を備えたものは、登記機関におけるノーティスの登記によって第三者対抗力を備えた、同じ証券を目的とする担保権に優先する。

4. The order of priority among competing security rights in uncertificated non-intermediated securities made effective against third parties by the conclusion of control agreements is determined on the basis of the time of conclusion of the control agreements.

4．コントロール合意の締結によって第三者対抗力を備えた、無券面の非間接保有証券を目的とする担保権が互いに競合する場合、その優先順位は、コントロール合意締結の時点を基準として決定する。

5. This article does not adversely affect the rights of holders of non-intermediated securities under [the relevant law relating to the transfer of securities to be specified by the enacting State].

5．本条は、非間接保有証券の所持人が、［制定国が指定する証券の譲渡に関する関連法令］に基づいて有する権利を害さない。

Chapter VI. Rights and obligations of the parties and third-party obligors

第6章　当事者及び第三債務者の権利及び義務

Section I. Mutual rights and obligations of the parties to a security agreement

第1節　担保合意の当事者間の相互の権利及び義務

A. General rules

A．一般ルール

Article 52. Sources of mutual rights and obligations of the parties

第52条　当事者間の相互の権利及び義務の発生原因

1. The mutual rights and obligations of the grantor and the secured creditor arising from their agreement are determined by the terms and conditions set out in that agreement, including any rules or general conditions referred to therein.

1．設定者と担保権者の合意から生じる設定者及び担保権者の相互の権利及び義務は、その合意において定められた条件（参照されているあらゆる規則又は約款を含む）により決定される。

2. The grantor and the secured creditor are bound by any usage to which they have agreed and, unless otherwise

2．設定者と担保権者は、合意した慣習及び、別段の合意がない限り、当事者間で確立した慣行に拘束される。

agreed, by any practices they have established between themselves.

Article 53. Obligation of the party in possession to exercise reasonable care

A grantor or secured creditor in possession of an encumbered asset must exercise reasonable care to preserve the asset.

第53条　占有する当事者の合理的な注意をする義務

担保目的物を占有する設定者又は担保権者は、その目的物を保存するための合理的な注意をしなければならない。

Article 54. Obligation of the secured creditor to return an encumbered asset

Upon extinguishment of a security right in an encumbered asset, a secured creditor in possession must return the asset to the grantor or deliver it to the person designated by the grantor.

第54条　担保権者の担保目的物を返還する義務

担保目的物上の担保権が消滅した場合は、占有する担保権者は設定者又は設定者によって指定された者に対して、その目的物を返還しなければならない。

Article 55. Right of the secured creditor to use and inspect an encumbered asset, and to be reimbursed for expenses

1. A secured creditor in possession of an encumbered asset has the right:
   (a) To be reimbursed for reasonable expenses it incurs for the preservation of the asset in accordance with article 53; and
   (b) To make reasonable use of the asset and apply the revenues it generates to the payment of the secured obligation.
2. A secured creditor not in possession has the right to inspect an encumbered asset in the possession of the grantor.

第55条　担保目的物を使用及び検査し、費用の償還を受ける担保権者の権利

1．担保目的物を占有する担保権者は、次の権利を有する。
（a）第53条に従って目的物を保存するのに要した合理的な費用の償還を受ける権利；及び

（b）目的物を合理的に使用し、その収益を被担保債務の支払に充当する権利

2．占有していない担保権者は、設定者が占有する担保目的物を検査する権利を有する。

Article 56. Right of the grantor to obtain information

1. Within [a short period of time to be specified by the enacting State] after receipt of a written request by a grantor, a secured creditor other than a transferee under an outright transfer of a receivable by agreement must send to the grantor at the address

第56条　情報開示を受ける設定者の権利

1．担保権者（合意による真正の金銭債権譲渡における譲受人を除く）は、設定者から書面による要求を受けた後［制定国が指定する短い期間］以内に、設定者に対して、その要求で指定された住所に次の（a）及び（b）を送付しなければならない。

specified in the request:
(a) A statement of the obligation currently secured; and
(b) A description of the assets currently encumbered.
2. The grantor is entitled without charge to one response to a request during [a period of time to be specified by the enacting State].
3. The secured creditor may require payment of a charge not exceeding [a nominal amount to be specified by the enacting State] for each additional response.

(a)　現在の被担保債務の記述；及び

(b)　現在担保目的物となっている財産の説明
2.　設定者は、何らの支払をすることなく、［制定国が指定する期間］の間に、1回の要求に対する1回の回答を受ける権利を有する。
3.　担保権者は、追加的の回答に対して、それぞれ［制定国が指定する名目的な額］を超えない額の支払を請求することができる。

B. Asset-specific rules

B.　財産別の特則

Article 57. Representations of the grantor of a security right in a receivable
1. At the time of conclusion of a security agreement that creates a security right in a receivable, the grantor represents that:
(a) The grantor has not previously created a security right in the receivable in favour of another secured creditor; and
(b) The debtor of the receivable does not and will not have any defences or rights of set-off.
2. The grantor does not represent that the debtor of the receivable has, or will have, the ability to pay.

第57条　金銭債権を目的とする担保権の設定者による保証
1.　金銭債権に担保権を設定する担保合意の締結時に、設定者は、次のことを保証するものとする。

(a)　設定者が、その金銭債権に他の担保権者のための担保権を設定したことがないこと；及び

(b)　その金銭債権の債務者は、相殺の抗弁又は権利を有しておらず、かつ、将来も有しないこと
2.　設定者は、当該金銭債権の債務者が支払能力を現に有すること又は将来有することを保証するものではない。

Article 58. Right of the grantor or the secured creditor to notify the debtor of the receivable
1. The grantor or the secured creditor or both may give the debtor of the receivable notification of the security right and a payment instruction, but after notification of the security right

第58条　金銭債権の債務者に通知をする設定者又は担保権者の権利

1.　設定者、担保権者、又はその両者は、金銭債権の債務者に対して、担保権の通知及び支払の指図をすることができるが、担保権の通知が債務者によって受領された後は、担保権者のみが支払

has been received by the debtor of the receivable only the secured creditor may send a payment instruction.

2. Notification of a security right in a receivable or payment instruction sent in breach of an agreement between the grantor and the secured creditor is not ineffective for the purposes of article 63, but nothing in this article affects any obligation or liability of the party in breach for any damages arising as a result of the breach.

指図を送付することができる。

2．設定者と担保権者との間の合意に違反してなされた金銭債権上の担保権の通知及び支払指図の送付は、第63条との関係で無効とはならないが、本条は、その違反の結果生じるあらゆる損害賠償をする違反当事者のあらゆる義務又は責任に影響しない。

Article 59. Right of the secured creditor to payment of a receivable

1. As between the grantor of a security right in a receivable and the secured creditor, whether or not notification of the security right has been sent:
   (a) If payment with respect to the receivable is made to the secured creditor, the secured creditor is entitled to retain the proceeds of payment and to any tangible asset returned with respect to the receivable;
   (b) If payment with respect to the receivable is made to the grantor, the secured creditor is entitled to payment of the proceeds of the payment and to any tangible asset returned to the grantor with respect to the receivable; and
   (c) If payment with respect to the receivable is made to another person over whom the secured creditor has priority, the secured creditor is entitled to payment of the proceeds of the payment and to any tangible asset returned to that person with respect to the receivable.
2. The secured creditor may not retain more than the value of its right in the

第59条　金銭債権の支払に関する担保権者の権利

1．金銭債権を目的とする担保権の設定者と担保権者との間では、担保権の通知の送付の有無に関わりなく、担保権者は次の権利を有する。
（a）その金銭債権に関する支払が担保権者に対してされた場合には、支払のプロシーズを保持する権利、及び、その金銭債権に関して返還されたすべての有体物に対する権利

（b）その金銭債権に関する支払が設定者に対してされた場合には、支払のプロシーズの支払を受ける権利、及び、その金銭債権に関して設定者に返還されたすべての有体物に対する権利；及び

（c）その金銭債権に関する支払が、担保権者が優先権を有する他の者に対してされた場合には、支払のプロシーズの支払を受ける権利、及び、その金銭債権に関してその者に返還されたすべての有体物に対する権利

2．担保権者は、その金銭債権について自己が有する権利の価値を超える価値

receivable.

Article 60. Right of the secured creditor to preserve encumbered intellectual property

If so agreed between the grantor and the secured creditor, the secured creditor is entitled to [the enacting State to specify the steps necessary to preserve encumbered intellectual property].

Section II. Rights and obligations of third-party obligors

A. Receivables

Article 61. Protection of the debtor of the receivable

1. Except as otherwise provided in this Law, the creation of a security right in a receivable does not, without the consent of the debtor of the receivable, affect its rights and obligations, including the payment terms contained in the contract giving rise to the receivable.
2. A payment instruction may change the person, address or account to which the debtor of the receivable is required to make payment, but may not change:
   (a) The currency of payment specified in the contract giving rise to the receivable; or
   (b) The State specified in the contract giving rise to the receivable in which payment is to be made to a State other than that in which the debtor of the receivable is located.

を保持することができない。

第60条　担保権の目的となった知的財産権を存続させる担保権者の権利

設定者と担保権者とがそのように合意した場合は、担保権者は［制定国は、担保権の目的となった知的財産権を存続させるための必要な措置を指定すること］をとることができる。

第２節　第三債務者の権利及び義務

A．　金銭債権

第61条　金銭債権の債務者の保護

1．　この法に別段の定めがない限り、金銭債権を目的とする担保権の設定は、その金銭債権の債務者の同意なしに、その権利及び義務（その金銭債権を発生させた契約上の支払条件を含む）に影響しない。

2．　支払指図は、金銭債権の債務者が支払をすべき相手、住所、又は口座を変更することができるが、次のことを変更することはできない。

（a）　金銭債権を発生させた契約で指定された支払の通貨；又は

（b）　金銭債権を発生させた契約において、金銭債権の債務者の所在地以外の国で支払がなされるべきことが指定されている場合には、その国

Article 62. Notification of a security right in a receivable

1. Notification of a security right in a receivable or a payment instruction is effective when received by the debtor of the receivable if it reasonably identifies the encumbered receivable and the secured creditor, and is in a language that is reasonably expected to inform the debtor of the receivable about its contents.
2. It is sufficient if a notification of the security right or a payment instruction is in the language of the contract giving rise to the receivable.
3. Notification of a security right in a receivable or a payment instruction may relate to receivables arising after notification.
4. Notification of a security right in a receivable created in favour of a secured creditor by the initial or any other secured creditor constitutes notification of all prior security rights in that receivable.

第62条　金銭債権を目的とする担保権の通知

1．　金銭債権を目的とする担保権の通知又は支払指図は、それが被担保債権及び担保権者を合理的に特定しており、かつ、その内容について債務者に知らせることが合理的に期待できる言語でなされた場合には、その金銭債権の債務者が受け取った時に効力を生じる。

2．　担保権の通知又は支払指図は、その金銭債権を発生させた契約の言語でなされれば足りる。

3．　金銭債権を目的とする担保権の通知又は支払指図は、通知後に生じる金銭債権についてすることができる。

4．　同一の金銭債権を目的として最初の又はその他の担保権者によって１人の担保権者のために設定された担保権の通知は、その金銭債権を目的として既に設定されたすべての担保権の通知となる。

Article 63. Discharge of the debtor of the receivable by payment

1. Until the debtor of the receivable receives notification of a security right in a receivable, it is discharged by paying in accordance with the contract giving rise to the receivable.
2. After the debtor of the receivable receives notification of a security right in a receivable, subject to paragraphs 3-8, it is discharged only by paying the secured creditor or, if otherwise instructed in the notification or subsequently by the secured creditor in a writing received by the debtor of the receivable, in accordance with that payment instruction.

第63条　支払による金銭債権の債務者の債務の消滅

1．　金銭債権の債務者が金銭債権を目的とする担保権の通知を受けるまでは、その債務者は、その金銭債権を発生させた契約に従った支払をすることによって債務を免れる。

2．　金銭債権の債務者が金銭債権を目的とする担保権の通知を受けた後は、第３項から第８項の規定が適用される場合を除くほか、その債務者は、担保権者に対する支払、又は、その通知において若しくは担保権者から金銭債権の債務者が受領した書面によって事後的に他の指図を受けたときは、その支払指図に従った支払をすることによってのみ、債務を免れる。

3. If the debtor of the receivable receives more than one payment instruction relating to a single security right in the same receivable created by the same grantor, it is discharged by paying in accordance with the last payment instruction received from the secured creditor before payment.
4. If the debtor of the receivable receives notification of more than one security right in the same receivable created by the same grantor, it is discharged by paying in accordance with the first notification received.
5. If the debtor of the receivable receives notification of one or more security rights in the same receivable created in favour of a secured creditor by the initial or any other secured creditor, it is discharged by paying in accordance with the notification of the last of such security rights.
6. If the debtor of the receivable receives notification of a security right in a part of or an undivided interest in one or more receivables, it is discharged either by paying in accordance with the notification or in accordance with this article as if the debtor of the receivable had not received the notification.
7. If the debtor of the receivable receives a notification as provided in paragraph 6 and pays in accordance with the notification, it is discharged only to the extent of the part or undivided interest paid.
8. If the debtor of the receivable receives notification of a security right in the receivable from the secured creditor, the debtor of the receivable is entitled to request the secured creditor to provide within a reasonable period

3．　金銭債権の債務者が、同一の金銭債権を目的として同一の設定者によって設定された１つの担保権に関して、２以上の支払指図を受けた場合は、その債務者は、支払前に担保権者から受けた最後の支払指図に従った支払をすることによって、債務を免れる。

4．　金銭債権の債務者が、同一の金銭債権を目的として同一の設定者によって設定された２以上の担保権についての通知を受けた場合、その債務者は、最初に受けた通知に従った支払をすることによって、債務を免れる。

5．　金銭債権の債務者が、同一の金銭債権を目的として最初の又はその他の担保権者によって１人の担保権者のために設定された１又は２以上の担保権の通知を受けた場合、その債務者は、そのような担保権の最後のものについての通知に従った支払をすることによって、債務を免れる。

6．　金銭債権の債務者が、１又は２以上の金銭債権の一部又はその全部に対する不可分の利益（undivided interest）を目的とする担保権の通知を受けた場合、その債務者は、その通知に従った支払をすること、又は、債務者が通知を受けていないものとして、本条に従った支払をすることによって、債務を免れる。

7．　金銭債権の債務者が、第６項に定める通知を受け、その通知に従った支払をした場合は、支払った一部又は全部に対する不可分の利益（undivided interest）の限度でのみ債務を免れる。

8．　金銭債権の債務者が、担保権者からその金銭債権を目的とする担保権の通知を受けた場合は、その債務者は担保権者に対して、合理的な期間内に、担保権の適切な証拠、及び、その担保権が最初の又はその他の担保権者によっ

of time adequate proof of its security right and, if the security right is created in favour of a secured creditor by the initial or any other secured creditor, adequate proof of the security right created by the initial grantor in favour of the initial secured creditor, and of any intermediate security right. Unless the secured creditor does so, the debtor of the receivable is discharged by paying in accordance with this article as if it had not received notification of the security right.

て１人の担保権者のために設定されたものであるときは、最初の設定者によって最初の担保権者のために設定された担保権及びあらゆる中間的な担保権の適切な証拠を提供するよう求めることができる。担保権者がこれをしない限り、金銭債権の債務者は、担保権の通知を受けていないものとして、本条に従った支払をすることによって、債務を免れる。

9. Adequate proof of a security right referred to in paragraph 8 includes but is not limited to any writing emanating from the grantor and indicating that a security right has been created.

9.　第８項に定める担保権の適切な証拠は、設定者が作成した、担保権が設定されたことを示すあらゆる書面を含むが、これに限られない。

10. This article does not affect any other ground on which payment by the debtor of the receivable to the person entitled to payment, to a competent judicial or other authority, or to a public deposit fund, discharges the debtor of the receivable.

10.　本条は、金銭債権の債務者が、支払を受ける権限を有する者、権限を有する司法当局その他の当局、又は供託所（public deposit fund）に対して支払をすることによって債務を免れることのできる他の法律原因に影響しない。

Article 64. Defences and rights of set-off of the debtor of the receivable

第64条　債権の債務者の相殺の抗弁及び権利

1. Unless otherwise agreed in accordance with article 65, in a claim by the secured creditor against the debtor of the receivable for payment of the encumbered receivable, the debtor of the receivable may raise against the secured creditor:

1.　第65条の規定に従った別段の合意がなされた場合を除くほか、担保権者が金銭債権の債務者に対してする、担保権の目的となっている金銭債権の支払請求において、金銭債権の債務者は、担保権者に対して、次の (a) 及び (b) で定める抗弁又は権利を主張することができる。

(a) In the case of a receivable arising from a contract, all defences and rights of set-off arising from that contract, or any other contract that was part of the same transaction, of which the debtor of the receivable

(a)　契約から生じた金銭債権については、当該契約、又は、同一の取引の一部であるその他の契約から生じる全ての相殺の抗弁及び権利（これらについて、金銭債権の債務者は、担保権が設定されておらず、当該請求

could avail itself as if the security right had not been created and the claim were made by the grantor; and

(b) Any other right of set-off that was available to the debtor of the receivable at the time it received notification of the security right.

が設定者によってなされたものとして利用することができる）；及び

(b)　金銭債権の債務者が、担保権の通知を受けた時に、主張することができたその他の相殺の権利

2. Notwithstanding paragraph 1, the debtor of the receivable may not raise a breach of an agreement referred to in article 13, paragraph 2, as a defence or right of set-off against the grantor.

2.　第１項の規定に関わらず、金銭債権の債務者は、第13条第２項に定める合意の違反を援用して、設定者に対する相殺の抗弁又は権利を主張することはできない。

Article 65. Agreement not to raise defences or rights of set-off

1. Subject to paragraph 3, the debtor of the receivable may agree with the grantor in a writing signed by the debtor of the receivable not to raise against the secured creditor the defences and rights of set-off that it could raise in accordance with article 64

2. The agreement referred to in paragraph 1 may be modified only by an agreement in a writing signed by the debtor of the receivable. The effectiveness of such a modification against the secured creditor is determined by article 66, paragraph 2.

3. The debtor of the receivable may not waive defences arising from fraudulent acts on the part of the secured creditor or based on the incapacity of the debtor of the receivable.

第65条　相殺の抗弁又は権利を主張しない合意

1.　第３項の規定が適用される場合を除くほか、金銭債権の債務者は、第64条に基づいて主張することのできる相殺の抗弁及び権利を、担保権者に対して主張しないことを、金銭債権の債務者が署名した書面で設定者と合意することができる。

2.　第１項に定める合意は、金銭債権の債務者が署名した書面による合意によってのみ変更することができる。この変更が担保権者に対して有する対抗力は、第66条第２項によって決定する。

3.　金銭債権の債務者は、担保権者の詐欺的行為から生じる、又は、金銭債権の債務者の行為能力の制限に基づく抗弁を放棄することはできない。

Article 66. Modification of the contract giving rise to a receivable

1. In the case of a receivable arising from a contract, an agreement concluded before notification of a security right in a receivable between the grantor

第66条　金銭債権の発生原因となった契約の変更

1.　契約から生じる金銭債権については、金銭債権を目的とする担保権の通知の前に、設定者と金銭債権の債務者との間で結ばれた、担保権者の権利に影響

and the debtor of the receivable that affects the secured creditor's rights is effective as against the secured creditor, and the secured creditor acquires corresponding rights.

2. An agreement under paragraph 1 concluded after notification of a security right in a receivable is ineffective against the secured creditor unless:
   (a) The secured creditor consents to it; or
   (b) The receivable is not fully earned by performance and either the modification is provided for in the contract giving rise to the receivable or, in the context of that contract, a reasonable secured creditor would consent to the modification.
3. Paragraphs 1 and 2 do not affect any right of the grantor or the secured creditor arising from breach of an agreement between them.

を与える合意は、担保権者に対抗することができ、担保権者はそれに応じた権利を取得する。

2．　第１項に定める合意が、金銭債権を目的とする担保権の通知後にされた場合には、次のときでない限り、担保権者に対抗することができない。

（a）　担保権者がそのことに同意したとき；又は
（b）　その金銭債権が履行によって完全に満たされておらず、かつ、その金銭債権を生じさせた契約において変更が定められ、又は、その契約がなされた状況に照らして、合理的な担保権者は変更に合意するであろうとき

3．　第１項及び第２項の規定は、設定者と担保権者との間の合意の違反によって生じる、設定者又は担保権者のいかなる権利にも影響しない。

Article 67. Recovery of payments

The failure of the grantor of a security right in a receivable arising from a contract to perform that contract does not entitle the debtor of the receivable to recover from the secured creditor a sum paid by the debtor of the receivable to the grantor or the secured creditor.

第67条　支払の返還

契約から生じる金銭債権を目的とする担保権の設定者が、その契約の履行をしない場合であっても、その金銭債権の債務者は、自己が設定者又は担保権者に支払った額の返還を、担保権者に求めることはできない。

B. Negotiable instruments

B．　流通証券

Article 68. Rights as against the obligor under a negotiable instrument

The rights of a secured creditor that has a security right in a negotiable instrument as against any person obligated on the negotiable instrument are determined by [the relevant law

第68条　流通証券上の債務者に対する権利

流通証券を目的とする担保権を有する担保権者が、流通証券上の義務を負うあらゆる者に対して有する権利は、［制定法が指定する流通証券に関する法令］によって決定する。

relating to negotiable instruments to be specified by the enacting State].

C. Rights to payment of funds credited to a bank account

Article 69. Rights as against the deposit-taking institution

1. The creation of a security right in a right to payment of funds credited to a bank account maintained with a deposit-taking institution does not:
   (a) Affect the rights and obligations of the deposit-taking institution without its consent; or
   (b) Obligate the deposit-taking institution to provide any information about the bank account to third parties.
2. Any rights of set-off that a deposit-taking institution, with which a bank account is maintained, may have are not affected by any security right that the deposit-taking institution may have in a right to payment of funds credited to that bank account.

D. Negotiable documents and tangible assets covered by negotiable documents

Article 70. Rights as against the issuer of a negotiable document

The rights of a secured creditor that has a security right in a negotiable document as against the issuer of the document or any other person obligated on the document are determined by [the relevant law relating to negotiable documents to be specified by the enacting State].

C．銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利

第69条　預金受入機関に対する権利

1．預金受入機関が管理する銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権の設定は、

（a）預金受入機関の同意なしに、その権利及び義務に影響せず、また、

（b）預金受入機関に対して、銀行口座についての情報を第三者に提供することを義務づけない。

2．銀行口座を管理する預金受入機関が有する、あらゆる相殺の権利は、預金受入機関が有する、その銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とするいかなる担保権からも影響を受けない。

D．権原証券及び権原証券の対象である有体物

第70条　権原証券の発行者に対する権利

権原証券を目的とする担保権を有する担保権者が、発行者その他当該証券上の義務を負う者に対して有する権利は、［制定国が指定する、権原証券に関する関連法令］により決定する。

E. Non-intermediated securities

Article 71. Rights as against the issuer of a non-intermediated security

The rights of a secured creditor that has a security right in non-intermediated securities as against the issuer of the securities are determined by [the relevant law relating to the obligations of the issuer of non-intermediated securities to be specified by the enacting State].

E．非間接保有証券

第71条　非間接保有証券の発行者に対する権利

非間接保有証券を目的とする担保権を有する担保権者が、証券の発行者に対して有する権利は、［制定国が指定する、非間接保有証券の発行者の義務に関する関連法令］により決定する。

Chapter VII. Enforcement of a security right

A. General rules

Article 72. Post-default rights

1. After default, the grantor and the secured creditor are entitled to exercise:
   (a) Any right under the provisions of this chapter; and
   (b) Any other right provided in the security agreement or any other law, except to the extent it is inconsistent with the provisions of this Law.
2. The exercise of one post-default right does not prevent the exercise of another post-default right, except to the extent that the exercise of one right makes the exercise of another right impossible.
3. Before default, the grantor or the debtor may not waive unilaterally or vary by agreement any of its rights under the provisions of this chapter.

第７章　担保権の実行

A．一般ルール

第72条　債務不履行後の権利

1．債務不履行後、設定者及び担保権者は、次の権利を行使することができる。

（a）この章の規定に基づくあらゆる権利；及び
（b）担保合意又は他の法に規定されるその他の権利（この法の規定と両立しない場合を除く）

2．債務不履行後の権利の行使によって他の権利の行使が不可能になる場合を除くほか、債務不履行後の権利の行使は、その他の債務不履行後の権利の行使を妨げない。

3．債務不履行の前は、設定者又は債務者は、この章の規定に基づくいかなる権利も、一方的に放棄し又は合意によって変更することはできない。

Article 73. Methods of exercising post-default rights

1. The secured creditor may exercise its post-default rights by application to [a

第73条　債務不履行後の権利の行使方法

1．担保権者は、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てることに

court or other authority to be specified by the enacting State] or without such an application.

2. The exercise of the secured creditor's post-default rights by application to [a court or other authority to be specified by the enacting State] is determined by the provisions of this chapter and [the provisions to be specified by the enacting State], including the provisions on proceedings in the form of [the expeditious proceedings to be specified by the enacting State].

3. The exercise of the secured creditor's post-default rights without application to [a court or other authority to be specified by the enacting State] is determined by the provisions of this chapter.

よって、又はそのような申立てをすることなく、債務不履行後の権利を行使することができる。

2．［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に対する申立てによる、担保権者の債務不履行後の権利の行使は、この章の規定及び［制定国が指定する規定］（［制定国が指定する迅速手続］の形式をとる手続に関する規定を含む）に基づいて判断する。

3．［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に対する申立てによらない、担保権者の債務不履行後の権利の行使は、この章の規定に基づいて判断する。

Article 74. Relief for non-compliance

Option A

If the secured creditor does not comply with its obligations under this chapter, the grantor, any other person with a right in the encumbered asset, or the debtor is entitled to apply for relief to [a court or other authority to be specified by the enacting State], including expeditious relief in the form of [the expeditious proceedings to be specified by the enacting State].

Option B

A person whose rights are affected by the non-compliance of another person with the provisions of this chapter is entitled to apply for relief to [a court or other authority to be specified by the enacting State], including expeditious relief in the form of [the expeditious proceedings to be specified by the enacting State].

第74条　違反に対する救済

オプション A

担保権者が、この章の規定に基づく義務に違反した場合、設定者、担保目的物に権利を有する他のあらゆる者、又は債務者は、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に対して救済（［制定国が指定する迅速手続］の形式をとる迅速な救済を含む）を求めることができる。

オプション B

他の者がこの章の規定に違反したことによって、自己の権利が影響を受ける者は、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に対して救済（［制定国が指定する迅速手続］の形式をとる迅速な救済を含む）を申し立てることができる。

Article 75. Right of affected persons to terminate enforcement

1. The grantor, any other person with a right in the encumbered asset or the debtor is entitled to terminate the enforcement process by paying or otherwise performing the secured obligation in full, including the reasonable cost of enforcement.
2. The right of termination may be exercised until the earlier of:
   (a) The sale or other disposition, the acquisition or the collection of the encumbered asset by the secured creditor; and
   (b) The conclusion of an agreement by the secured creditor for the sale or other disposition of the encumbered asset.
3. Where the secured creditor has leased or licensed the encumbered asset to a third party, the right of termination may still be exercised subject to the rights of the lessee or licensee.

第75条　実行を中止させる利害関係人の権利

1.　設定者、担保目的物に権利を有する他のあらゆる者、又は債務者は、被担保債務の支払その他の履行を全てすることによって（実行の合理的費用を含む）、実行手続を中止させることができる。

2.　中止の権利は、次の(a)又は(b)のいずれかがなされる時まで、行使することができる。
　(a)　担保権者による、担保目的物の売却その他の処分、取得又は支払の受領
　(b)　担保権者による、担保目的物の売却その他の処分のための合意の締結

3.　担保権者が第三者に担保目的物を賃貸又はライセンスした場合は、中止の権利は、なお行使することができる。ただし、賃借人又はライセンシーの権利を害することはできない。

Article 76. Right of a higher-ranking secured creditor to take over enforcement

1. Notwithstanding commencement of enforcement by another creditor, a secured creditor whose security right has priority over that of the enforcing creditor is entitled to take over enforcement at any time before the earlier of:
   (a) The sale or other disposition, acquisition or collection of an encumbered asset by the enforcing creditor; and
   (b) The conclusion of an agreement by that creditor for the sale or other disposition of an encumbered asset.
2. The right of the higher-ranking

第76条　実行を受継する先順位担保権者の権利

1.　他の債権者による実行の開始に関わらず、実行債権者に優先する担保権を有する担保権者は、次の(a)又は(b)のいずれかがなされる時まで、いつでも実行を受継することができる。
　(a)　実行債権者による、担保目的物の売却その他の処分、取得又は支払の受領
　(b)　実行債権者による、担保目的物の売却その他の処分のための合意の締結

2.　実行を受継する先順位担保権者の権

secured creditor to take over enforcement includes the right to enforce by any method available to a secured creditor under this Law.

利は、この法に基づいて担保権者に認められているあらゆる方法による実行の権利を含む。

Article 77. Right of the secured creditor to obtain possession of an encumbered asset

1. Subject to the rights of a person, including a lessee or licensee, with a superior right to possession, the secured creditor is entitled to obtain possession of an encumbered asset after default either by applying or without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State].
2. If the secured creditor decides to exercise the right provided in paragraph 1 without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], all of the following conditions must be satisfied:
   (a) The grantor has consented in writing to the secured creditor obtaining possession without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State];
   (b) The secured creditor has given the grantor and any person in possession of the encumbered asset notice of default and of the secured creditor's intent to obtain possession; and
   (c) At the time the secured creditor attempts to obtain possession of the encumbered asset, the person in possession of the encumbered asset does not object.
3. The notice referred to in paragraph 2 (b) need not be given if the encumbered asset is perishable or may decline in

第77条　担保目的物の占有を取得する担保権者の権利

1.　占有に対して上位の権利を有する者（賃借人又はライセンシーを含む）の権利に劣後することを条件として、担保権者は、債務不履行があった後は、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てて、又は、申し立てることなく、担保目的物の占有を取得することができる。

2.　担保権者が［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てることなく、第１項に定める権利を行使しようとする場合は、次の (a) から (c) の全ての条件を満たさなければならない。

　(a)　担保権者が、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てることなく、占有を取得することに、設定者が書面によって同意したこと

　(b)　担保権者が、設定者及び担保目的物を占有する者に対して、債務不履行があったこと及び占有を取得しようとする担保権者の意図を、通知したこと；及び

　(c)　担保権者が担保目的物の占有を取得しようとした時に、担保目的物の占有者が異議を述べないこと

3.　第２項 (b) に定める通知は、担保目的物が腐敗しやすいもの又は価値が急速に低落するものである場合は、必要

value speedily.

4. If a higher-ranking secured creditor is in possession of the encumbered asset, a lower-ranking secured creditor is not entitled to obtain possession of the asset.

Article 78. Right of the secured creditor to dispose of an encumbered asset

1. After default, the secured creditor is entitled to sell or otherwise dispose of, lease or license an encumbered asset either by applying or without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State].
2. If the secured creditor decides to exercise the right provided in paragraph 1 by applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], the method, manner, time, place and other aspects of the sale or other disposition, lease or licence are determined by [the rules to be specified by the enacting State].
3. If the secured creditor decides to exercise the right provided in paragraph 1 without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], the secured creditor may select the method, manner, time, place and other aspects of the sale or other disposition, lease or licence, including whether to sell or otherwise dispose of, lease or license encumbered assets individually, in groups or altogether.
4. If the secured creditor decides to exercise the right provided in paragraph 1 without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], the secured creditor must give notice of its intention to:

ない。

4．先順位の担保権者が担保目的物を占有している場合は、後順位の担保権者は、その目的物の占有を取得することはできない。

第78条　担保目的物を処分する担保権者の権利

1．債務不履行の後は、担保権者は、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てて、又は、申し立てをすることなく、担保目的物の売却その他の処分、賃貸、ライセンスをすることができる。

2．担保権者が、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てて、第１項に定める権利を行使しようとする場合は、売却その他の処分、賃貸又はライセンスの方法、手段、時期、場所、その他の点は、［制定国が指定するルール］によって決定する。

3．担保権者が［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てることなく、第１項に定める権利を行使しようとする場合は、担保権者は、担保目的物の売却その他の処分、賃貸、ライセンスの方法、手段、時期、場所その他の点（担保目的物を個別に、又は、組に分けて、又は、全てまとめて売却その他の処分、賃貸又はライセンスをするかどうかという点を含む）を選択することができる。

4．担保権者が［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てることなく、第１項に定める権利を行使しようとする場合は、担保権者は、次の (a) から (d) に定める者全てに対して、その意図を通知しなければならない。

(a) The grantor and the debtor;

(b) Any person with a right in the encumbered asset that informs the secured creditor of that right in writing at least [a short period of time to be specified by the enacting State] before the notice is sent to the grantor;

(c) Any other secured creditor that registered a notice with respect to a security right in the encumbered asset at least [a short period of time to be specified by the enacting State] before the notice is sent to the grantor; and

(d) Any other secured creditor that was in possession of the encumbered asset when the enforcing secured creditor took possession.

5. The notice referred to in paragraph 4 must be given at least [a short period of time to be specified by the enacting State] before the sale or other disposition, lease or licence takes place and must contain:

(a) A description of the encumbered assets;

(b) A statement of the amount required at the time the notice is given to satisfy the secured obligation, including interest and the reasonable cost of enforcement;

(c) A statement that the grantor, any other person with a right in the encumbered asset or the debtor is entitled to terminate the enforcement process as provided in article 75; and

(d) A statement of the date after which the encumbered asset will be sold or otherwise disposed of, leased or licensed, or, in the case of a public disposition, the time, place and

(a)　設定者及び債務者

(b)　担保目的物に権利を有する者であって、設定者に対する通知が送付される少なくとも［制定国が指定する短い期間］前までに、担保権者に対して、書面によってその権利を知らせた者

(c)　設定者に対する通知が送付される少なくとも［制定国が指定する短い期間］前までに、担保目的物上の担保権に関するノーティスを登記した他のすべての担保権者；及び

(d)　実行担保権者が担保目的物の占有を取得した時に、担保目的物の占有をしていた他のすべての担保権者

5.　第４項に定める通知は、売却その他の処分、賃貸又はライセンスが行われる、少なくとも［制定国が指定する短い期間］前までにしなければならず、かつ、次のことを含まなければならない。

(a)　担保目的物の説明

(b)　通知の時において、被担保債務を満足させるために必要な額（利息及び実行の合理的費用を含む）の記述

(c)　設定者、担保目的物に権利を有する者又は債務者は、第75条の規定に定めるとおり、実行手続を中止させることができる旨の記述；及び

(d)　担保目的物が、その日以降に売却その他の処分、賃貸又はライセンスされる、その日、又は、公的処分の場合は、意図されている処分の時、場所、方法の記述

manner of the intended disposition.

6. The notice referred to in paragraph 4 must be in a language that is reasonably expected to inform the recipient about its content.

7. It is sufficient if the notice to the grantor referred to in paragraph 4 is in the language of the security agreement.

8. The notice referred to in paragraph 4 need not be given if the encumbered asset is perishable, may decline in value speedily or is of a kind sold on a recognized market.

6．第４項に定める通知は、その内容について債務者に知らせることが合理的に期待できる言語でなされなければならない。

7．第４項に定める設定者に対する通知は、担保合意の言語でなされれば足りる。

8．第４項に定める通知は、担保目的物が、腐敗しやすいもの、価値が急速に低落するもの、又は公認市場で同種のものが売られているものである場合は、必要ない。

Article 79. Distribution of the proceeds of a disposition of an encumbered asset and debtor's liability for any deficiency

第79条　担保目的物の処分によるプロシーズの配当及び不足額についての債務者の責任

1. If the secured creditor decides to exercise the right provided in article 78 by applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], the distribution of the proceeds of sale or other disposition of, lease or licence of an encumbered asset is determined by [the provisions to be specified by the enacting State], but in accordance with the provisions of this Law on priority.

1．担保権者が、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てて、第78条に定める権利を行使しようとする場合は、担保目的物の売却その他の処分、賃貸又はライセンスのプロシーズの配当は、制定国が指定する規定］によって決定するが、優先順位についてはこの法の規定に従う。

2. If the secured creditor decides to exercise the right provided in article 78 without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State]:

   (a) [Subject to article 36,] the enforcing secured creditor must apply the proceeds of its enforcement to the secured obligation after deducting the reasonable cost of enforcement;

   (b) Except as provided in paragraph 2 (c), the enforcing secured creditor must pay any surplus remaining to any subordinate competing claimant

2．担保権者が、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てることなく、第78条に定める権利を行使しようとする場合は、

（a）［第36条が適用される場合を除くほか、］実行担保権者は、そのプロシーズを、実行の合理的費用を控除した後で、被担保債務に充当しなければならない。

（b）第２項（c）に定める場合を除くほか、実行担保権者は、剰余が生じた場合は、その配当をするまでに実行担保権者に自己の請求権を通知した

that, prior to any distribution of the surplus, notified the enforcing secured creditor of its claim, to the extent of the amount of that claim, and remit any balance remaining to the grantor; and

(c) Whether or not there is any dispute as to the entitlement or priority of any competing claimant under this Law, the enforcing secured creditor may pay the surplus to [a competent judicial or other authority or to a public deposit fund to be specified by the enacting State] for distribution in accordance with the provisions of this Law on priority.

3. The debtor remains liable for any amount owing after application of the net proceeds of enforcement to the secured obligation.

劣後する競合担保権者に対して、その請求権の額の限度で剰余を支払い、残額があれば設定者に対して返還しなければならない。

(c)　競合する請求者の権利又は優先順位に関するこの法に基づく争いの有無にかかわらず、実行担保権者は、優先順位に関するこの法の規定に従った配当のために、［制定国の指定する、権限を有する司法当局その他の当局、又は供託所］に対してその剰余を支払うことができる。

3.　債務者は、実行による正味のプロシーズを被担保債務に充当した後の未払いの残額について、なお責任を負う。

Article 80. Right to propose the acquisition of an encumbered asset by the secured creditor

1. After default, the secured creditor may propose in writing to acquire one or more of the encumbered assets in total or partial satisfaction of the secured obligation.

2. The secured creditor must send the proposal to:

(a) The grantor and the debtor;

(b) Any person with a right in the encumbered asset that informs the secured creditor of that right in writing, at least [a short period of time to be specified by the enacting State] before the proposal is sent to the grantor;

(c) Any other secured creditor that registered a notice with respect to a security right in the encumbered

第80条　担保目的物の取得を提案する担保権者の権利

1.　債務不履行後、担保権者は、被担保債務の全部又は一部の満足のために１又は２以上の担保目的物の取得を、書面で提案することができる。

2.　担保権者は、次の (a) から (d) に定める者全てにその提案を送付しなければならない。

(a)　設定者及び債務者

(b)　担保目的物に権利を有する者であって、設定者にその提案が送付される少なくとも［制定国が指定する短い期間］前までに、担保権者に対して、書面によってその権利を知らせた者

(c)　設定者に対する通知が送付される少なくとも［制定国が指定する短い期間］前までに、担保目的物上の担

asset at least [a short period of time to be specified by the enacting State] before the proposal is sent to the grantor; and

(d) Any other secured creditor that was in possession of the encumbered asset when the secured creditor took possession.

3. The proposal must include:

(a) A statement of the amount required at the time the proposal is given to satisfy the secured obligation, including interest and the reasonable cost of enforcement, and the amount of the secured obligation that is proposed to be satisfied;

(b) A statement that the secured creditor proposes to acquire the encumbered asset described in the proposal in total or partial satisfaction of the secured obligation;

(c) A statement that the grantor, any other person with a right in the encumbered asset or the debtor is entitled to terminate the enforcement as provided in article 75;

(d) A statement of the date after which the secured creditor will acquire the encumbered asset.

4. The secured creditor that has made a proposal for the acquisition of an encumbered asset in full satisfaction of the secured obligation acquires the encumbered asset, unless it receives an objection in writing from any person entitled to receive the proposal under paragraph 2 within [a short period of time to be specified by the enacting State] after the proposal is received by that person.

5. The secured creditor that has made

保権に関するノーティスを登記した他のすべての担保権者；及び

(d)　担保権者が担保目的物の占有を取得した時に、担保目的物の占有をしていた他のすべての担保権者

3.　その提案には次のことを含めなければならない。

(a)　提案の時において、被担保債務の満足のために必要な額（利息及び実行の合理的費用を含む）、及び、満足することが提案されている被担保債務の額についての記述

(b)　担保権者が、被担保債務の全部又は一部の満足のために、提案に記載された担保目的物の取得を提案する旨の記述

(c)　設定者、担保目的物に権利を有する者又は債務者は、第75条の規定に定めるとおり、実行手続を中止させることができる旨の記述

(d)　担保権者が、その日以降に担保目的物を取得する、その日についての記述

4.　被担保債務の全部を満足させるために担保目的物を取得する提案をした担保権者は、第２項に従って提案を受ける権利を有する者のいずれかから、その者が提案を受けてから［制定国が指定する短い期間］以内に、書面による異議を受領しない限り、その担保目的物を取得する。

5.　被担保債務の一部を満足させるため

a proposal for the acquisition of the encumbered asset in partial satisfaction of the secured obligation acquires the encumbered asset, only if it receives the consent in writing of all persons entitled to receive the proposal under paragraph 2 within [a short period of time to be specified by the enacting State] after the proposal is received by each of them.

に担保目的物を取得する提案をした担保権者は、第２項に従って提案を受ける権利を有する者の全てから、各人が提案を受けてから［制定国が指定する短い期間］以内に、書面による同意を受領した場合に限り、その担保目的物を取得する。

6. The grantor may request the secured creditor to make a proposal under paragraph 1 and, if the secured creditor accepts the grantor's request, it must proceed as provided in paragraphs 1-5.

6.　設定者は、担保権者に対して、第１項に従った提案をすることを求めることができ、担保権者は、設定者の要求を受け入れた場合は、第１項から第５項の規定の定めることをしなければならない。

Article 81. Rights acquired in an encumbered asset

第81条　担保目的物を取得した者の権利

1. If the secured creditor sells or otherwise disposes of an encumbered asset by applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], the buyer or other transferee acquires the asset [the enacting State to specify whether the buyer or other transferee acquires its rights free of any rights or not].

1.　担保権者が、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てて、担保目的物を売却その他の処分した場合は、買主その他の譲受人は、その目的物の権利を［制定国は買主その他の譲受人が他の権利の負担付又は負担なしで取得するかということを指定すること］で取得する。

2. If the secured creditor leases or licenses an encumbered asset by applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], [the enacting State to specify whether a lessee or licensee is entitled to the benefit of the lease or licence during its term or not].

2.　担保権者が、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てて、担保目的物を賃貸又はライセンスする場合は、［制定国は賃借人又はライセンシーが、その契約期間を通して、賃貸借又はライセンスの利益を得ることができるか否かを指定すること］。

3. If the secured creditor sells or otherwise disposes of an encumbered asset without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], the buyer or other transferee acquires the grantor's right in the asset free of the rights of the

3.　担保権者が、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てることなく、担保目的物を売却その他の処分した場合は、買主その他の譲受人は、設定者がその目的物に有する権利を、実行担保権者及びあらゆる競合請求権者の権利の負担なしに取得する。ただし、

enforcing secured creditor and any competing claimant, except rights that have priority over the right of the enforcing secured creditor.

4. If the secured creditor leases or licenses an encumbered asset without applying to [a court or other authority to be specified by the enacting State], the lessee or licensee is entitled to the benefit of the lease or licence during its term, except as against creditors with rights that have priority over the right of the enforcing secured creditor.

5. If the secured creditor sells or otherwise disposes of, leases or licenses the encumbered asset not in compliance with the provisions of this chapter, the buyer or other transferee, lessee or licensee of the encumbered asset acquires the rights or benefits described in paragraphs 3 and 4, provided that it had no knowledge of a violation of the provisions of this chapter that materially prejudiced the rights of the grantor or another person.[訳注*]

実行担保権者の権利に優先する権利はこの限りでない。

4.　担保権者が、［制定国が指定する裁判所又は他の当局］に申し立てることなく、担保目的物を賃貸又はライセンスする場合は、賃借人又はライセンシーは、その契約期間を通して賃貸借又はライセンスの利益を得ることができる。ただし、実行担保権者の権利に優先する債権者に対してはこの限りでない。

5.　担保権者が、この章の規定に従わずに担保目的物を売却その他の処分、賃貸又はライセンスした場合は、担保目的物の買主その他の譲受人、賃借人又はライセンシーは、第３項及び第４項に定められた権利又は利益を取得する。ただし、それが設定者その他の者の権利を実質的に害するような、この章の規定の違反があったことを知らなかった場合に限る。[訳注*]

B. Asset-specific rules

Article 82. Collection of payment

1. After default, the secured creditor with a security right in a receivable, negotiable instrument, right to payment of funds credited to a bank account or non-intermediated security is entitled to collect payment from the debtor of the receivable, obligor under

B.　財産別の特則

第82条　支払の受領

1.　債務不履行後は、金銭債権、流通証券、銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利又は非間接保有証券を目的とする担保権を有する担保権者は、金銭債権の債務者、流通証券上の債務者、預金受入機関又は非間接保有証券の発行者からの支払を受領する権利を

訳注* UNCITRAL総会第50会期（2017年７月）において、モデル法第81条第５項の文言修正が加えられることが確実であることから、ここでは修正後の文言を訳出した。具体的には、原文の "paragraphs 3 and 4" が、UNCITRAL総会第49会期（2016年７月）で採択されたモデル法の原文では、"paragraphs 1 and 2" となっていた点が修正される。

the negotiable instrument, deposit-taking institution or issuer of the non-intermediated security.

2. The secured creditor may exercise the right to collect under paragraph 1 before default if the grantor consents.
3. The secured creditor exercising the right to collect under paragraph 1 or 2 is also entitled to enforce any personal or property right that secures or supports payment of the encumbered asset.
4. If a security right in a right to payment of funds credited to a bank account has been made effective against third parties by registration of a notice, the secured creditor is entitled to collect or otherwise enforce its security right only pursuant to an order of a court, unless the deposit-taking institution agrees otherwise.
5. The right of the secured creditor to collect under paragraphs 1 to 4 is subject to articles 61-71.

Article 83. Collection of payment by an outright transferee of a receivable

1. In the case of an outright transfer of a receivable by agreement, the transferee is entitled to collect the receivable at any time after payment becomes due.
2. The transferee exercising the right to collect under paragraph 1 is also entitled to enforce any personal or property right that secures or supports payment of the receivable.
3. The right of the transferee to collect under paragraphs 1 and 2 is subject to articles 61-71.

有する。

2．　担保権者は、設定者の同意があれば、債務不履行の前に、第１項に基づく支払受領権を行使することができる。
3．　第１項又は第２項に基づいて支払受領権を行使する担保権者は、その担保目的物の支払を担保又は確実にする人的又は物的権利を行使する権利も有する。

4．　銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権が、ノーティスの登記によって第三者対抗力を備えた場合は、担保権者は、預金受入機関が別段の合意をした場合を除くほか、裁判所の命令によってのみ、支払の受領その他の方法によって担保権を実行する権利を有する。

5．　第１項から第４項までの規定に基づく担保権者の支払受領権は、第61条から第71条の規定に従う。

第83条　金銭債権の真正譲受人による支払の受領

1．　合意による真正の金銭債権譲渡の場合、譲受人は、支払期が到来した後は、その債権の支払を受領する権利を有する。

2．　第１項に基づく支払受領権を行使する譲受人は、その金銭債権の支払を担保又は確実にする人的又は物的権利を行使する権利も有する。

3．　第１項及び第２項の規定に基づく譲受人の支払受領権は、第61条から第71条の規定に従う。

Chapter VIII. Conflict of laws[36]

A. General rules

Article 84. Mutual rights and obligations of the grantor and the secured creditor

The law applicable to the mutual rights and obligations of the grantor and the secured creditor arising from their security agreement is the law chosen by them and, in the absence of a choice of law, the law governing the security agreement.

Article 85. Security rights in tangible assets

1. Except as provided in paragraphs 2 to 4, articles 98 and 100, the law applicable to the creation, effectiveness against third parties and priority of a security right in a tangible asset is the law of the State in which the asset is located. 訳注**
2. The law applicable to the priority of a security right in a tangible asset covered by a negotiable document made effective against third parties by possession of the document as against the right of a competing claimant is the law of the State in which the document is located.
3. The law applicable to the creation, third-party effectiveness and priority

第８章　抵触法[36]

A．一般ルール

第84条　設定者及び担保権者の相互の権利及び義務

担保合意により生じた設定者及び担保権者の相互の権利及び義務の準拠法は、両者が選択した法、及び、法の選択がない場合は、担保合意を規律する法とする。

第85条　有体物を目的とする担保権

1．第２項から第４項まで、第98条及び第100条の規定が適用される場合を除くほか、有体物を目的とする担保権の設定、第三者対抗力、及び優先順位の準拠法は、その目的物が所在する国の法とする。訳注**

2．権原証券が対象とする有体物を目的とする担保権であって、その証券の占有によって第三者対抗力を備えたものが、競合請求権者の権利に対して有する優先順位の準拠法は、その権原証券が所在する国の法とする。

3．通常２以上の国で使用される種類の有体物を目的とする担保権の設定、第

[36] Depending on its legal tradition and drafting conventions, the enacting State may incorporate the provisions of this chapter in its enactment of the Model Law or in a separate law (civil code or other law).

[36] 制定国は、それぞれの法伝統と法制執務の慣行に応じて、この章の規定をモデル法に依拠した立法又は別個の法（民法典その他の法）に組み込むことができる。

訳注** UNCITRAL総会第50会期（2017年７月）において、モデル法第85条第１項に文言修正が加えられることが確実であることから、ここでは修正後の文言を訳出した。具体的には、UNCITRAL総会第49会期（2016年７月）で採択されたモデル法には、”article 98” への言及がなかった点が修正される。

of a security right in a tangible asset of a type ordinarily used in more than one State is the law of the State in which the grantor is located.

4. A security right in a tangible asset that is in transit at the time of its putative creation or intended to be relocated to a State other than the State in which it is located at that time may also be created and made effective against third parties under the law of the State of the asset's ultimate destination, provided that the asset reaches that State within [a short period of time to be specified by the enacting State] after the time of the putative creation of the security right.

三者対抗力及び優先順位の準拠法は、設定者が所在する国の法とする。

4．担保権が設定されたとされる時に運送中であった有体物、又は、それが所在する国から他の国に移動することが意図されていた有体物を目的とする担保権は、その目的物の最終目的地の国の法に基づいて設定すること、及び、第三者対抗力を備えることもできる。ただし、その目的物が、担保権が設定されたとされる時から［制定国が指定する短い期間］以内に、その国に到着する場合に限る。

Article 86. Security rights in intangible assets

Except as provided in articles 87 and 97-100, the law applicable to the creation, effectiveness against third parties and priority of a security right in an intangible asset is the law of the State in which the grantor is located.

第86条　無体物を目的とする担保権

第87条及び第97条から第100条までの規定に定める場合を除くほか、無体物を目的とする担保権の設定、第三者対抗力及び優先順位の準拠法は、設定者が所在する国の法とする。

Article 87. Security rights in receivables relating to immovable property

Notwithstanding article 86, in the case of a security right in a receivable that either arises from the sale or lease of immovable property or is secured by immovable property, the law applicable to the priority of the security right in the receivable as against the right of a competing claimant that is registrable in the immovable property registry in which rights in the relevant immovable may be registered is the law of the State under whose authority the immovable property registry is maintained.

第87条　不動産に関する金銭債権を目的とする担保権

第86条の規定にかかわらず、不動産の売却若しくは賃貸から生じる金銭債権又は不動産によって担保される金銭債権を目的とする担保権が、競合請求権者の権利（当該不動産の権利を対象とする不動産登記に登記可能なものに限る）に対して有する優先順位の準拠法は、当該不動産登記簿を権限に基づいて管理する国の法とする。

Article 88. Enforcement of security rights

The law applicable to issues relating to the enforcement of a security right in:

(a) A tangible asset is the law of the State in which the asset is located at the time of commencement of enforcement, except as provided in article 100; and

(b) An intangible asset is the law applicable to the priority of the security right, except as provided in articles 97, 99 and 100.

第88条　担保権の実行

担保権の実行に関する問題の準拠法は、

(a)　有体物を目的とする担保権の場合、第100条に定める場合を除くほか、実行開始の時に担保目的物が所在する国の法とする。

(b)　無体物を目的とする担保権の場合、第97条、第99条及び第100条に定める場合を除くほか、担保権の優先順位の準拠法とする。

Article 89. Security rights in proceeds

1. The law applicable to the creation of a security right in proceeds is the law applicable to the creation of the security right in the original encumbered asset from which the proceeds arose.

2. The law applicable to the third-party effectiveness and priority of a security right in proceeds is the law applicable to the third-party effectiveness and priority of a security right in an original encumbered asset of the same kind as the proceeds.

第89条　プロシーズを目的とする担保権

1.　プロシーズを目的とする担保権の設定に関する準拠法は、そのプロシーズを生じさせた元の担保目的物を目的とする担保権の設定の準拠法とする。

2.　プロシーズを目的とする担保権の第三者対抗力及び優先順位の準拠法は、そのプロシーズと同種の元の担保目的物を目的とする担保権の第三者対抗力及び優先順位の準拠法とする。

Article 90. Meaning of "location" of the grantor

For the purposes of the provisions of this chapter, the grantor is located:

(a) In the State in which it has its place of business;

(b) If the grantor has a place of business in more than one State, in the State in which the central administration of the grantor is exercised; and

(c) If the grantor does not have a place of business, in the State in which the grantor has his or her habitual

第90条　設定者の「所在地」の意味

この章の規定において、設定者は次の(a)から(c)の国に所在するものとする。

(a)　設定者が営業所を有する国

(b)　設定者が２以上の国に営業所を有する場合は、設定者の中央管理業務が行われている国；及び

(c)　設定者が営業所を有しない場合は、設定者が常居所を有する国

residence.

Article 91. Relevant time for determining location

1. Except as provided in paragraph 2, references to the location of the encumbered asset or of the grantor in the provisions of this chapter refer:
   (a) For creation issues, to the location at the time of the putative creation of the security right; and
   (b) For third-party effectiveness and priority issues, to the location at the time when the issue arises.
2. If the right of a secured creditor in an encumbered asset is created and made effective against third parties and the rights of all competing claimants are established before a change in the location of the asset or the grantor, references in the provisions of this chapter to the location of the asset or of the grantor refer, with respect to third-party effectiveness and priority issues, to the location prior to the change.

第91条　所在地の判断基準時

1.　第２項に規定する場合を除くほか、この章において、担保目的物又は設定者の所在地は次の (a) 及び (b) の時における所在地をいう。
   (a)　設定に関する問題については、担保権が設定されたとされる時
   (b)　第三者対抗力及び優先順位に関する問題については、その問題が生じた時の所在地
2.　担保目的物又は設定者の所在地が変更される前に、担保目的物を対象とする担保権者の権利が設定され、かつ、第三者対抗力を備え、かつ、競合するすべての請求権者の権利が発生している場合は、この章の規定において目的物又は設定者の所在地とは、第三者対抗力及び優先順位の問題に関しては、変更前の所在地をいう。

Article 92. Exclusion of *renvoi*

A reference in the provisions of this chapter to "the law" of a State as the law applicable to an issue refers to the law in force in that State other than its rules of private international law.

第92条　反致の排除

この章の規定において、ある国の「法」をある問題の準拠法とする場合、それは国際私法の準則を除くほか、その国において施行されている法をいう。

Article 93. Overriding mandatory rules and public policy (*ordre public*)

1. The provisions of this chapter do not prevent a court from applying overriding mandatory provisions of the law of the forum that apply irrespective of the law applicable under the provisions of this chapter.
2. The law of the forum determines

第93条　絶対的強行法規及び公序

1.　この章の規定は、この章の規定に基づく準拠法の如何を問わず、法廷地の絶対的強行法規を適用することを妨げない。

2.　裁判所が他の国の絶対的強行法規を

when a court may or must apply or take into account overriding mandatory provisions of another law.

3. A court may exclude the application of a provision of the law applicable under the provisions of this chapter only if and to the extent that the result of its application would be manifestly incompatible with fundamental notions of public policy (*ordre public*) of the forum.

4. The law of the forum determines when a court may or must apply or take into account the public policy (*ordre public*) of a State other than the State the law of which would be applicable under the provisions of this chapter.

5. This article does not prevent an arbitral tribunal from applying or taking into account public policy (*ordre public*), or from applying or taking into account overriding mandatory provisions of a law other than the law applicable under the provisions of this chapter, if the arbitral tribunal is required or entitled to do so.

6. This article does not permit a court to displace the provisions of this chapter dealing with the law applicable to the third-party effectiveness and priority of a security right.

Article 94. Impact of commencement of insolvency proceedings on the law applicable to a security right

The commencement of insolvency proceedings in respect of the grantor does not displace the law applicable to a security right under the provisions of this chapter.

適用すること又は考慮に入れることが、できる場合又はしなければならない場合は、法廷地の法によって決定する。

3．　裁判所は、この章に基づいて準拠法とされる法の規定の適用の結果が、法廷地の公序の基本的観念に明らかに違反する場合にのみ、その違反の限度で、その適用を排除することができる。

4．　裁判所が、この章の規定に基づいて準拠法国とされる国以外の国の公序を適用すること又は考慮に入れることが、できる場合又はしなければならない場合は、法廷地の法によって決定する。

5．　仲裁廷が、公序を適用すること若しくは考慮に入れること、又は、この章の規定に基づく準拠法以外の法の絶対的強行法規を適用すること若しくは考慮に入れることを、しなければならない場合又はすることができる場合には、本条は、仲裁廷がそのようにすることを妨げない。

6．　本条は、裁判所が、担保権の第三者対抗力及び優先順位に関する準拠法に関するこの章の規定を置き換えることを認めるものではない。

第94条　担保権の準拠法に対する倒産手続開始の影響

設定者に関する倒産手続の開始は、この章の規定に基づく担保権の準拠法を置き換えるものではない。

Article 95. Multi-unit States

If the law applicable to an issue is the law of a State that comprises one or more territorial units each of which has its own rules of law in respect of that issue:

(a) Any reference in the provisions of this chapter to the law of a State means the law in force in the relevant territorial unit; and

(b) The internal conflict-of-laws rules of that State, or in the absence of such rules, of that territorial unit determine the territorial unit whose substantive law is to apply.

第95条　不統一法国

ある問題の準拠法が、その問題に関してそれぞれの法準則を有する１又は２以上の地域から成る国の法である場合は、

(a)　この章の規定において、国の法とは、関連する地域において施行されている法をいう；かつ

(b)　その国の国内抵触法規定、又は、そのような規定がない場合には、その地域の国内抵触法規定が、いずれの地域の実質法が適用されるか決定する。

B. Asset-specific rules

B. 財産別の特則

Article 96. Rights and obligations between third-party obligors and secured creditors

The law governing the rights and obligations between a debtor of a receivable, an obligor under a negotiable instrument or an issuer of a negotiable document and the grantor of a security right in that type of asset also is the law applicable to:

(a) The rights and obligations between the secured creditor and the debtor, obligor or issuer;

(b) The conditions under which the security right may be invoked against the debtor, obligor or issuer, including whether an agreement limiting the grantor's right to create a security right may be asserted by the debtor, obligor or issuer; and

(c) Whether the obligations of the debtor, obligor or issuer have been discharged.

第96条　第三債務者及び担保権者の間の権利及び義務

金銭債権の債務者、流通証券上の債務者、又は、権原証券の発行者と、これらの種類の財産を目的とする担保権の設定者との間の権利及び義務を規律する法は、次の(a)から(c)に定める事項の準拠法とする。

(a)　担保権者と、金銭債権の債務者、流通証券上の債務者又は権原証券の発行者との間の権利及び義務

(b)　金銭債権の債務者、流通証券上の債務者又は権原証券の発行者に対して担保権を援用する条件（担保権を設定する設定者の権利を制限する合意を、金銭債権の債務者、流通証券上の債務者又は権原証券の発行者が主張することができる条件を含む）；及び

(c)　金銭債権の債務者、流通証券上の債務者又は権原証券の発行者が、債務を免れたか否か

Article 97. Security rights in rights to payment of funds credited to a bank account

1. Subject to article 98, the law applicable to the creation, effectiveness against third parties, priority and enforcement of a security right in a right to payment of funds credited to a bank account, as well as to the rights and obligations between the deposit-taking institution and the secured creditor, is

Option A

the law of the State in which the deposit-taking institution maintaining the account has its place of business.

2. If the deposit-taking institution has places of business in more than one State, the law applicable is the law of the State in which the office maintaining the account is located.

Option B

the law of the State expressly stated in the account agreement as the State whose law governs the account agreement or, if the account agreement expressly provides that the law of another State is applicable to all such issues, the law of that other State.

2. The law of the State determined pursuant to paragraph 1 applies only if the deposit-taking institution has, at the time of the conclusion of the account agreement, an office in that State that is engaged in the regular activity of maintaining bank accounts.

3. If the applicable law is not determined pursuant to paragraph 1 or 2, the applicable law is to be determined pursuant to [the default rules based on article 5 of the Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an

第97条　銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権

1．　第98条が適用される場合を除くほか、銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利を目的とする担保権の設定、第三者対抗力、優先順位及び実行、並びに、預金受入機関と担保権者の間の権利及び義務の準拠法は、

オプションA

口座を管理する預金受入機関が営業所を有する国の法とする。

2．　預金受入機関が２以上の国に営業所を有する場合は、準拠法は、口座を管理する事業所が所在する国の法とする。

オプションB

口座契約において、口座契約を規律する法の国として明示的に定められている国の法、又は、それらの事項のすべてに異なる国の法を適用することが明示的に定められている場合には、その異なる国の法とする。

2．　第１項の規定によって決定された国の法は、預金受入機関が、口座契約の締結の時において、その国で銀行口座の通常の管理業務を行う事務所を有する場合にのみ適用する。

3．　第１項又は第２項によって準拠法が決まらない場合は、準拠法は、［制定国がここに挿入する、口座管理機関によって保有される証券についての権利の準拠法に関するハーグ条約第5条に依拠する任意規定］に従って決定する。

Intermediary, to be inserted here by the enacting State].

Article 98. Third-party effectiveness of a security right in certain types of asset by registration

If the law of the State in which a grantor is located recognizes registration of a notice as a method for achieving effectiveness against third parties of a security right in a negotiable instrument, negotiable document, right to payment of funds credited to a bank account or certificated non-intermediated security, the law of that State also is the law applicable to the third-party effectiveness of the security right in that asset by registration.

第98条　一定の種類の財産を目的とする担保権の登記による第三者対抗力

設定者が所在する国の法が、流通証券、権原証券、銀行口座に入金記帳された資金の支払を求める権利、又は券面のある非間接保有証券を目的とする担保権について、第三者対抗力を備える方法としてノーティスの登記によることを認めている場合は、その国の法は、その財産を目的とする担保権の登記による第三者対抗力の準拠法でもある。

Article 99. Security rights in intellectual property

1. The law applicable to the creation, effectiveness against third parties and priority of a security right in intellectual property is the law of the State in which the intellectual property is protected.
2. A security right in intellectual property may also be created under the law of the State in which the grantor is located and may also be made effective under that law against third parties other than another secured creditor, a transferee or a licensee.
3. The law applicable to the enforcement of a security right in intellectual property is the law of the State in which the grantor is located.

第99条　知的財産権を目的とする担保権

1.　知的財産権を目的とする担保権の設定、第三者対抗力及び優先順位の準拠法は、その知的財産権を保護する国の法とする。

2.　知的財産権を目的とする担保権は、設定者が所在する国の法に基づいて設定すること、及び、その法に基づいて他の担保権者、譲受人又はライセンシー以外の第三者に対する対抗力を備えることもできる。

3.　知的財産権を目的とする担保権の実行の準拠法は、設定者が所在する国の法である。

Article 100. Security rights in non-intermediated securities

1. The law applicable to the creation, effectiveness against third parties,

第100条　非間接保有証券を目的とする担保権

1.　非間接保有の持分証券（equity securities）を目的とする担保権の設定、

priority and enforcement of a security right in non-intermediated equity securities, as well as to its effectiveness against the issuer, is the law under which the issuer is constituted.

2. The law applicable to the creation, effectiveness against third parties, priority and enforcement of a security right in non-intermediated debt securities, as well as to its effectiveness against the issuer, is the law governing the securities.

第三者対抗力、優先順位及び実行、並びに、その発行者に対する対抗力の準拠法は、その発行者の設立準拠法とする。

2．非間接保有の債務証券（debt securities）を目的とする担保権の設定、第三者対抗力、優先順位及び実行、並びに、その発行者に対する対抗力の準拠法は、その証券を規律する法とする。

Chapter IX. Transition

第９章　経過規定

Article 101. Amendment and repeal of other laws

1. [The laws to be specified by the enacting State] are repealed.

2. [The laws to be specified by the enacting State] are amended as follows [the text of the relevant amendments to be specified by the enacting State].

第101条　他の法令の改正及び廃止

1．［制定国が指定する法令］は廃止する。

2．［制定国が指定する法令］は、次のとおり改正する。［制定国が指定する改正条文］

Article 102. General applicability of this Law

1. For the purposes of the provisions of this chapter:

(a) "Prior law" means the law applicable under the conflict-of-laws rules of [the enacting State] that applied to prior security rights immediately before the entry into force of this Law; and

(b) "Prior security right" means a right created by an agreement entered into before the entry into force of this Law that is a security right within the meaning of this Law and to which this Law would have applied if it had been in force when the right was created.

第102条　この法の適用可能性一般

1．この章の規定において、

(a)「従前の法」とは、［制定国］の抵触法規定に基づいて、この法の施行の直前に従前の担保権に適用された法をいう。

(b)「従前の担保権」とは、この法が施行される前に締結された合意によって設定された権利であって、この法においていう担保権にあたり、かつ、その権利が設定された時にこの法が施行されていればこの法が適用されたものをいう。

2. Except as otherwise provided in this chapter, this Law applies to all security rights, including prior security rights within its scope.

Article 103. Applicability of prior law to matters that are the subject of proceedings commenced before the entry into force of this Law

1. Subject to paragraph 2, prior law applies to a matter that is the subject of proceedings before a court or arbitral tribunal commenced before the entry into force of this Law.

2. If any step has been taken to enforce a prior security right before the entry into force of this Law, enforcement may continue under prior law or may proceed under this Law.

Article 104. Applicability of prior law to the creation of a prior security right

1. Prior law determines whether a prior security right was created.
2. A prior security right remains effective between the parties notwithstanding that its creation did not comply with the creation requirements of this Law.

Article 105. Transitional rules for determining the third-party effectiveness of a prior security right

1. A prior security right that was effective against third parties under prior law at the time this Law entered into force continues to be effective against third parties under this Law until the earlier of:
   (a) The time it would have ceased to be effective against third parties under prior law; and
   (b) The expiration of [a period of time

2.　この章に別段の規定がある場合を除くほか、この法は、全ての担保権（この法の適用範囲に含まれる従前の担保権を含む）に適用する。

第103条　この法の施行前に開始された手続の対象である事項に関する従前の法の適用可能性

1.　第２項が適用される場合を除くほか、この法の施行前に裁判所又は仲裁廷において開始された手続の対象である問題には、従前の法を適用する。

2.　この法の施行前に従前の担保権を実行するために何らかの手続がとられた場合は、その実行は従前の法に基づいて継続することも、この法に基づいて進めることもできる。

第104条　従前の担保権の設定に対する従前の法の適用可能性

1.　従前の担保権の設定の有無は、従前の法によって決める。
2.　従前の担保権は、この法における設定の要件を遵守しない場合であっても、当事者間において効力を持続する。

第105条　従前の担保権の第三者対抗力を決定するための経過規定

1.　この法の施行時に、従前の法に基づいて第三者対抗力を備えた従前の担保権は、次の（a）及び（b）のいずれか早い時まで、この法の下で継続して第三者対抗力を有し続ける。

（a）　従前の法に基づけば第三者対抗力が消滅する時

（b）　この法の施行後、［制定国が指定

to be specified by the enacting State] after the entry into force of this Law.

する期間］の満了時

2. If the third-party effectiveness requirements of this Law are satisfied before the third-party effectiveness of a prior security right ceases in accordance with paragraph 1, the prior security right continues to be effective against third parties under this Law from the time when it was made effective against third parties under prior law.

2．　この法の第三者対抗力の要件が、従前の担保権の第三者対抗力が第１項に従って消滅する前に満たされた場合は、従前の担保権は、従前の法に基づき第三者対抗力を備えた時から、この法の下で継続して第三者対抗力を有し続ける。

3. If the third-party effectiveness requirements of this Law are not satisfied before the third-party effectiveness of a prior security right ceases in accordance with paragraph 1, the prior security right is effective against third parties only from the time it is made effective against third parties under this Law.

3．　この法の第三者対抗力の要件が、従前の担保権の第三者対抗力が第１項に従って消滅するまでに満たされない場合は、従前の担保権は、この法に基づく第三者対抗力を備えた時から、第三者対抗力を有する。

4. A written agreement between a grantor and a secured creditor creating a prior security right is sufficient to constitute authorization by the grantor for the registration of a notice covering the assets described in that agreement under this Law.

4．　従前の担保権を設定する旨の設定者と担保権者との間の書面による合意は、その合意に記載された財産を対象とするノーティスの登記についての、この法に基づく設定者による承認として足りる。

5. If a prior security right referred to in paragraph 2 was made effective against third parties by the registration of a notice under prior law, the time of registration under prior law is the time to be used for the purposes of applying the priority rules of this Law that refer to the time of registration of a notice of a security right.

5．　第２項に定める従前の担保権が、従前の法に基づくノーティスの登記によって第三者対抗力を備えた場合は、従前の法に基づく登記の時を、この法の優先順位に関する規定の適用における、担保権のノーティスの登記の時とする。

Article 106. Application of prior law to the priority of a prior security right as against the rights of competing claimants arising under prior law

1. The priority of a prior security right as against the rights of a competing claimant is determined by prior law if:
   (a) The security right and the rights of all competing claimants arose before the entry into force of this Law; and
   (b) The priority status of none of these rights has changed since the entry into force of this Law.
2. For the purposes of paragraph 1 (b), the priority status of a prior security right has changed only if:
   (a) It was effective against third parties when this Law entered into force but ceased to be effective against third parties; or
   (b) It was not effective against third parties under prior law when this Law entered into force, and only became effective against third parties under this Law.

第106条　従前の法の下で生じた競合請求権者の権利に対する、従前の担保権の優先順位に関する従前の法の適用

1.　従前の担保権の、競合請求権者の権利に対する優先順位は、次の場合は、従前の法により決定する。
　(a)　この法が施行される前に、担保権及び全ての競合する請求者の権利が生じ、かつ
　(b)　この法が施行されてから、これらの権利の優先順位がいずれも変化していない場合
2.　第１項 (b) において、従前の担保権の優先順位は、次の (a) 又は (b) の場合にのみ変更したものとする。
　(a)　この法が施行された時に第三者対抗力を有していたが、第三者対抗力が消滅した場合
　(b)　この法が施行された時に従前の法に基づく第三者対抗力を有さず、この法に基づいて初めて第三者対抗力を備えた場合

Article 107. Entry into force of this Law

This Law enters into force [on the date or according to mechanism to be specified by the enacting State].

第107条　この法の施行

この法は、[制定国が指定した日から、又は、制定国が指定した手順に従って] 施行する。

執筆者紹介（掲載順）

田口正樹	北海道大学大学院法学研究科教授
津田智成	北海道大学大学院法学研究科助教
瀬川行太	北海学園大学法学部法律学科専任講師
富山侑美	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
曽野裕夫	北海道大学大学院法学研究科教授
山中仁美	法務省民事局付兼外務省国際法局検事

平成29年７月24日　印　刷
平成29年７月31日　発　行

編 集 人　田　口　正　樹
発 行 人　北海道大学大学院法学研究科長
　　加　藤　智　章
印　　刷　北海道大学生活協同組合
　　情報サービス部
　　札幌市北区北８条西８丁目
　　TEL 011(747)8886
発 行 所　北海道大学大学院法学研究科
　　札幌市北区北９条西７丁目
　　TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
　　ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 68 July 2017 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

Bestätigung und spätmittelalterliche königliche Gerichtsbarkeit unter König Wenzel ☆ ····· Masaki TAGUCHI 1

Le critère et la méthode de la qualification de la faute de service dans le contentieux administratif de la responsabilité en France (1) : en comparaison du principe de la responsabilité du premier alinéa de l'article 1 de la Loi de la responsabilité de l'État au Japon ····· Tomonari TSUDA 59

Das Koinzidenzprinzip bei der Lehre vom Verbrechen (3) ····· Kouta SEGAWA 216[1]

NOTE

Die hypothetische Einwilligung in der Informed Consent (2) ····· Yumi TOMIYAMA 172[45]

MATERIAL

UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : English-Japanese Bilingual Text (2) ····· Hiroo SONO and Hitomi YAMANAKA 138[79]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan