



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第60巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 60(3)
Issue Date	2009-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/39354
Type	journal
File Information	HLR60-3.pdf



北大法学論集

第 60 卷 第 3 号

論 説

- 中国の環境アセスメント法制度の構造・運用・効果（1）
—— 日本法との対比で —— 孟 根 巴 根 218[1]
リスク社会と民事責任（3）
—— フランス HIV 感染事件を中心に ——
..... 今 野 正 規 152[67]

講 演

- リューベックにおける皇帝法
—— 理論的拒絶と実践的継受 ——
..... アルブレヒト・コルデス 1
田口 正樹 訳
法のクレオールとしてのブーフの注釈？
..... ベルント・カノフスキ 31
田口 正樹 訳

シンポジウム

- 奥田民法学と信仰
奥田民法学の特質 吉 田 邦 彦 62
民法と宗教・学者的良心
—— 奥田民法学の50余年 —— 奥 田 昌 道 72
質疑討論 奥 田 昌 道ほか 97

2009(平成21)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

山	松	松	藤	福	深	畠	中	高	曾	杉	東	實	近	小	小	小	木	神	小	小	白	今	伊	石	五十	厚	名
畠	村	澤	岡	永	瀬	山	村	見	野	原	海	方	藤	菅	菅	暮	佐	原	川	川	杵	井	藤	川	風	谷	誉
正	良	弘	康	有	忠	武	睦	勝	和	高	謙	邦	弘	芳	得	茂	浩	晃	知	弘	大	清	武	清	武	兒	教
男	之	陽	宏	利	一	道	男	利	明	比	國	彦	二	昇	雄	男	勝	三	史	道	一	史	道	一	比	經	授
(民)	法	政	政	民	憲	行	憲	憲	比	國	經	商	民	法	刑	行	行	法	政	國	法	政	法	法	法	法	
法	社	治	治	事	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	
学	会	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	

長	道	常	辻	田	田	高	空	曾	瀬	鈴	城	白	嶋	笹	佐	権	児	加	小	尾	遠	池	教	奥	古	大
井	幸	本	村	口	見	野	川	木	下	取	田	々	木	左	野	藤	矢	藤	小	崎	田	藤	田	授	矢	塚
長	哲	照	康	善	正		裕	信		裕	祐	拓	栄	雅	武	マ	智	明	一	信	清		安	龍		
信	也	樹	夫	之	樹	進	護	久	賢	二	司	哉	司	寿	志	章	宏	郎	弘	乾	治	弘	甸	安	龍	児
刑	勞	憲	政	知	法	現	民	民	比	刑	刑	國	憲	政	國	社	刑	法	憲	國	民	國	ア	商	法	
勤	治	学	的	史	法	代	民	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	
法	法	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	

准	村	佐	外	川	太	伊	特	亘	吉	山	山	山	山	宮	宮	松	松	町	藤	人	稗	林	長	中
會	主	藤	隆	雅	覽	誠	任	理	邦	哲	龍	幹	二	淳	郎	三	正	泰	正	剛	文	明	晃	一
澤	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆	隆
恒	行	崇	彦	有	二	一	格	彦	己	生	一	根	郎	淳	郎	三	正	泰	正	剛	文	明	晃	一
比	民	刑	法	法	法	法	行	民	商	行	行	行	行	行	行	行	行	行	行	行	行	行	行	行
較	事	事	事	事	事	事	政	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法
法	務	務	務	務	務	務	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法

孟	宮	池	宋	下	坂	金	葛	板	助	吉	吉	水	真	堀	藤	中	中	得	鈴	齋	桑	川
根	崎	周	原	村	口	澤	橋	教	吉	田	野	壁	口	谷	島	川	津	木	堂	藤	原	村
巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴	巴
根	悠	美	杰	格	一	成	誠	軍	己	志	徹	仁	夫	史	志	晶	人	志	子	力	子	力
比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比	比
較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較	較
法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法

*は大学院公共政策学連携研究部専任教員
雑誌編集委員 ○印

講

演

リユーベックにおける皇帝法

——理論的拒絶と実践的継受——

アルブレヒト・コルデス
(フランクフルト大学法学部教授)
訳：田口 正樹

A

「クレオール creole」という英語の単語およびフランス語でそれにあたる「クレオール creole」に対応するドイツ語としては、「クレオーリッシュ Kreolisch」という言葉しかない。これは従来たいい言語学の関連で使われてきたもので、カリブ海やその他のかつての植民地、しかしまた例えばルイジアナなどでも発達した、クレオール諸語を指している。それらクレオール諸語は通常、英語、フランス語、スペイン語、ポルトガル語など西欧の諸言語から分離したものであつて、そして独自の言語として扱われることを今やますます強く要求するようになったものであると見なされている。例えばハイチでフランス語から発達したクレオール語が話されていることはよく知られている。しかしルイジアナとハイチの例からは、「クレオーリッシュ」が単なる一つの言語以上のものであることがわかる。つまり音楽、料理、そして結局は一つの社会全体もまた「クレオーリッシュ」として特徴付けられうるのである。これらの文化的現象の多くは単に植民地支配者の文化から分かれたものとして理解することができないもので、(分離という)この見方はまた言語についても疑問とされうるものである。ハイチで話されている言語は、伝承のされ方が圧倒的に口頭によるものであつたせいで正書法と文法の点で強度に単純化されたフランス語の一方言なのであろうか、それともまったく新しい言語なのであろうか。ドイツ語圏ではこれとパラレルな現象が、時に論争的に使われる「オランダ化」という表現で議論されている。近世にオランダ語が低ドイツ語から分離したことを示唆しつつ、エルザス語やスイス・ドイツ語に(1)関して、まさに今新しい言語の誕生が観察されると言えるのかどうか問われている。関係者たちはこのような発展の得失についてまったく一致していない。というのも、議論に参加している何人かの人たちにとって、「オランダ化」には、より大きな言語共同体からの孤立という響きが混じっているからである。

この議論は継受、法移転、あるいはそれどころか法移植をめぐる現下の論争を新しい視角を通じて豊かにしうるものなので、法史的視点からも興味深いところがある。というのも、この論争は、受容された法がどこからやって来て、それが新しい環境でいかに変化したかという問いをめぐって戦われるのが普通だからである。受け取った側の法秩序の、前からある土着の法のうち、どれほどが維持され、新しい諸関係の中へ流れ込んでいるのかという問いが、それと常に密接に関連している。それに対して、この継受、とりわけ（異なるもの同士）結合、伝統的な土着の諸観念との混合は、一つの創造的プロセスであり、その結果もまた何かまったく新しいもの、従来知られていなかった第三のものでありうる、ということとはこれまでほとんどテーマ化されてこなかった。「クレオーリツシュ」という概念は、こうした見方を一度試してみるよう、我々をいざなう。その場合、抽象化をすすめて、とりわけクレオール諸語のことが語られてきた西アフリカ・カリブ地域を越えていくことも可能であろう。ある民族、ある地域が、外来の法を導入し、みずからの法秩序に統合するという混合過程の結果は、ひよっとすると「クレオーリツシュな法」なのであるうか。

ハイチとルイジアナのクレオール文化から空間的にも時間的にも遠く離れた一つの例、すなわち都市リユーベックとバルト海のおよそ一〇〇の都市（これらの都市ではリユーベック市の法が同様に通用していた）の一五〇〇年頃の法に即して、このことを検証してみよう。リユーベックは一二六年以来帝国都市であり、それゆえ理論的にはその都市領主である皇帝の法に従って——これは中世後期にはまず第一にローマ法・教会法的学識法に従って、ということであったが——生活しなければならなかったはずであった。しかしその代わりに、リユーベック市は一つの法を生み出し、みずからの都市参事会のバルト海地域全体に及ぶ司法活動によって発展させたので、その法は独自の特徴を示すようになった。これが大いに賞賛されてきたリユーベック法である。しかし遅くとも一四九五年の帝国最高法院の設立以来、リユーベックの都市参事会の上位にもう一つ審級が存在するということになったが、この審級は確かにすべての個別法

同様リユーベック法にもローマ法・教会法的普通法に対する優先権を認めていたものの、それにもかかわらずその用語と様式を通じて統一化するような影響を帝国内の法に及ぼした。この状況下でリユーベック法がなおどの程度独自性を維持することができたかという問いが、冷静かつ情熱なしに扱われることは今までほとんどなかった。一方でローマ法学者たちは、彼らの関心を引いた法的諸制度を統一的に描き出そうとしがちであり、その際土着の法的諸制度と地域的法秩序は彼らにとつてほとんど脚注以上に値するものではなかった。他方でロマン主義的時代に民族主義的な防衛運動においては、リユーベック法の独自性がしばしば検証もされずに主張された。この講演では、リユーベックの法実務における皇帝法の痕跡が見出されるような、いくつかの典型的な事例を調査することによって、このイデオロギー的な桎梏から脱することが試みられる。その際、そのように立てられた問いは議論していた法律家たちについてはひよつとするとある程度のことを言明するかもしれないが、商人たちによつて占められ、同時に裁判機能も果たしていたリユーベックの都市参事会の動機については的をはずしている、ということが示される。参事会は政治的声明の中では外部からのあらゆる影響に反対していたが、日常の裁判実務ではそれに反して、皇帝法の適用が好都合である場合には、適用をまったくためらわなかった。参事会にとつては、外来の法思考に対する雄々しい抵抗ではなく、実用的で都市にとつて役に立つ具体的な解決と、みずからの独立性の確保が問題だったのである。

ハンブルクの六〇キロ北東にある都市リユーベックには、今日およそ二〇万を越える人々が暮らしている。リユーベックがハンザ諸都市の頂点へと上昇したのは、とりわけこの都市がバルト海西南端の有利な位置を占めていたからであった。リユーベックを経由する商業は、バルト海沿岸を中央・西・南ヨーロッパと結びつけ、ユトランド半島北端と現在のスウェーデン南端を巡る長い回り道を省いて廃れさせた。鉄道が発明される前は、船による輸送が最も早くかつ最も安上がりな移動形態であった。海上を一マイル行く毎に、陸上の移動を一マイル節約することになったのである。

その建設からほんの何十年か後、すなわち一二二六年に、リユーベックは皇帝フリードリヒ二世によって帝国都市へと昇格させられた。同時にリユーベックはこの時期、バルト海沿岸の数多くの新都市建設の模範になったのである。特にリユーベック法は、これら新建設都市の都市法にとつて手本として役立った。文書化された都市法とリユーベックの都市参事会体制が受容されただけでなく、司法活動のルートを経由しての持続的な結びつきもまた確立された。すなわち、リユーベック市の参事会は、リユーベック法を受け入れた諸都市のための上訴審級になったのであり、しかもこれらの新建設都市すべてがよその支配領域、つまり他のドイツ諸侯の領邦やそれどころか帝国の境界の向こう側に所在していたにもかかわらずそうだったのである。リユーベックの都市参事会の司法活動は比較的豊富な史料を残した。数千の判決が、一四五〇年から一五五〇年の一世紀間を中心に、伝わっている。⁽³⁾

この一世紀のちょうど真ん中、一四九五年に、帝国のために一つの中央の最高裁判所が創出された。帝国最高法院である。リユーベックの都市参事会はこの上級審級をすみやかに受け入れた。帝国最高法院が局地的・地域的条例法の優位を認めていたので、それを上級審級として受け入れることが参事会にとつて容易になった。帝国最高法院は、「帝国の普通諸法」——つまりドイツで定められた帝国諸法および神聖ローマ帝国の法と見なされたローマ法——をただ補充的に、すなわち局地法が何の解決も用意していない場合にはじめて、適用したにすぎなかった。⁽⁴⁾ それにもかかわらず、上位の裁判所によるコントロールの可能性は、リユーベックの都市参事会の判決スタイル、判決内容、そしてまた判決の用語をも次第に変えていったのかもしれない。私が今日皆さんに紹介したいと考えるケースの大多数は、この移行期に由来するものである。

リユーベック都市参事会の司法活動は実務に精通した商人エリートの手中にあったが、彼らは、法律家でなかったにもかかわらず、彼らの法秩序を、神聖ローマ帝国における近世のパンデクテンの現代的慣用という大きな参照枠組みに

次第に順応可能なものにしていった。この適応過程は数多くの譲歩、とりわけ言語上の譲歩を結果として生み出したが、それはひょっとしたら伝統的な低地ドイツ語が新しい内容に適さなかったからかもしれないし、あるいはひょっとしたら高地ドイツ語やとりわけラテン語が「より流行り」であつたからというだけのことかもしれない。その結果は、伝統的な土着の諸要素と学識普通法の諸要素との、その全容を把握するのが容易でないようなハイブリッドな混合であつた。リユーベックの例は、伝統的で、おしなべて非学識的な法システムの担い手が、十分に発達したある学識法秩序がもたらした挑戦をどのように受け入れたかを示すものである。参事会員たちは、他のものを救うために、何を犠牲にしたのであろうか。彼らの法用語はいかに変化したのであろうか。法業務の公的な演出——お望みならプロパガンダと言ってもよいと思われるが——と日常の法実務との間の相違は発見されうるであらうか。世界中の多くの民族がこの問題に直面してきた——民族大移動の時代から一四九二年におけるヨーロッパの膨張の開始まで、また一九世紀の帝国主義の時代から一九九〇年以後にかつてはソヴィエトの支配下にあつた諸国がみずからの法文化を新たに形作るチャンスを得た瞬間に至るまで。そのように見れば、私の講演は、リユーベックの都市法史と北ヨーロッパの法史に関して考えられたものであるだけでなく、また同時に比較継受研究への一つの寄与ともなるわけである。

リユーベックの都市参事会は都市貴族のメンバーで構成されていた。彼らの大半は富裕で経験豊かな商人たちであつた。彼らは都市のあらゆる政治的、行政的、法的案件を処理していた。彼らは新規の構成員と将来の後継者を終身任期でみずから選び補充していたのであり、それゆえ中世的寡頭制の小集団の典型例を示している。彼らは権力を持ち、自信にあふれ、経験豊富であつた——しかし彼らは法律家ではなかつた。マックス・ヴェーバーは彼らを「法名望家」と呼んでいるが、この呼称は、現在のアメリカでの議論における「法エキスパート」に対応するものである。強力な参事会員たちのこの寡頭制的集団は非常に数多くの分野——商業と外交、政治と行政、立法と司法——で活動していたの

で、私のこの講演では、都市参事会が法廷として登場するとき参事会が下した判決だけでなく、参事会統治の他の記録をも同様に扱うのが有意義である。なぜなら、参事会員たちが都市統治のある活動分野から別の分野へ転じた際にも、彼らの法見解は変化しなかったと推測されるからである。

B

学識法の挑戦に対するリューベックの応答は多様で矛盾に満ちたものであった。一方で、皇帝法によるあらゆる影響に対してはつきりとした留保が対置されているが——その際、参事会は次のように主張した。皇帝法を理解し取り扱うのは余りに難しい。皇帝法は不適切である。皇帝法は市民の諸自由を危くするものでさえある、と。——それと並んで、「皇帝の」諸法の有効性が何ら明白なためらいなしに受容されているような事例もある。ある事例では、「我々は、我々にふさわしいように、皇帝法を適用する」という注記さえ付けられている。⁽⁶⁾ この注記には特別な強調が見られるが、それはこの点に関して先行する論争があったことを示唆するものかもしれない。

しかし妥協もまた存在していた。少なくとも一つの事例では、学識法は理論的に受容され、立法にまで取り入れられたが、しかしそれにもかかわらず裁判実務では効力を持たなかった。⁽⁷⁾

(二) リューベックの裁判官たちは、書きとめられた彼らの諸決定の中ではごく短く簡潔な「判・決・理・由」しか示していない。彼らはその判決の中で両者の主要な論拠を提示し、それから一方の当事者を勝たせる。唯一の判決理由として、彼らは勝訴した側が持ち出した論拠の一つを簡潔に繰り返す。これらの判決の論理的構造は、一つの事例を検討して説明するのがわかりやすいが、ちなみにこの事例は、学識法すなわち「適・正・価・格・instum pretium」の理論との初期の接触

を示すものでもある。

「リユーベック市参事会は、ヒンリック・ヨンセンとアンドレアス・ヴェツキンクフーゼンの間の、古キーズウにある屋台をめぐる争いを以下のように整理した。ヒンリック・ヨンセンは、読み上げられた証書によれば、被告は彼に屋台を三七マルクで売り、彼はアンドレアスに二三マルクを支払った、アンドレアスは彼に屋台を引き渡す義務がある等々と主張した。それに対してニコラウス・ヴォルタースを通じて次のように言われた。これは不正な購買である。とりわけ、三七マルクという売値に対して屋台からの年収は七マルクである、売値は適正な価格の半分以上 *ultra dimidium iusti pretii* である、契約は当然に無効である等々、証書は二通ともなおヒンリックのもとにあり、普通そうであるようにもう一方の当事者に引き渡されていない。更にやりとりと証人の聴取を行った後、証言は一致しなかったのだが、訴訟は以下のように決せられた。行われた購買は無効であり、アンドレアスはヒンリックに三七マルクをただちに返還すべし。〔四月五日に〕上のように行われた。」「太字部分が判決」

一五二五年に、ヒンリック・ヨンセンがアンドレアス・ヴェツキンクフーゼンを訴えて、後者が前者に三七リユーベック（銀）マルクで売却した市場の屋台の引き渡しを求めた。⁽⁹⁾ 売買契約の効力が争われることとなった。なぜなら価格がごくわずかであったからである。ニコラウス・ヴォルタースという男が（彼は中立的な第三者か、ひょっとすると一種の鑑定人か、あるいは被告側に有利な証言をしているのでもしろ被告の助言者であったのかもしれない）、屋台を使つて年に七マルクの収入を得られるが、それは約定された売買価格の約一九％に相当する、と論じた。実際これは魅力的な投資であつた！ニコラウスの論拠のうち四つを引用しよう。（一）彼は契約を不法で不正であると形容した。（二）更にラテン語で、価格は適正な価格の半分以上 *ultra dimidium iusti pretii* ⁽¹⁰⁾ であつた、と続けた。（三）そして——再び低地ドイツ語で——契約はそれゆえ当然に無効であると言明し、（四）売り主が契約証書の写しを受け取らなかったの

であるから、既にそれだけで契約は無効である、と更に付け加えた。

テキストはこれらの点を解説なしに伝えている。裁判所は続けて、それに反対する言明をも聴取したと報告し、その後で判決を宣言している。裁判所は、ニコラウスが契約無効を主張するのに使った第三点の短縮ヴァージョンを繰り返し、被告アンドレアスに売買代金の還付を命じる判決を下した。二つの理由から、これはかなり驚くべき結末である。まず第一に、原告が自分の主張から逸脱したこのような判決を請求していたということは報告されていない。更に、ひょっとするとこの文書が作成された時点での分割払いの第一回かもしれないが、決定の冒頭に一三マルクの部分的支払いのみが言及されていたにもかかわらず、明らかにこの間に売買代金の全額が支払われていたということが、ここで初めて分かる。

しかしこのことは未解決にしておいてよいであろう。決定的な問題は、判決が適正価格 *Iustum pretium* という学識的法形象に基づいていたのかどうかという点である。裁判所はアンドレアスの味方であったニコラウスと同様の推論を導き出し、従って結果としても彼と一致したのにちがいないと、考えることができるかもしれない。しかし他の道を通じてもまた同じ結果に達することができたであろう。例えば、契約証書が手交されなかったことを理由として。決定的な法行為としてのこの契約証書の手交があつて初めて契約の効力が基礎付けられたであろう、とすることも十分可能だったからである。学識法の影響を被っていない中世的法思考において、この構成は広く普及していた。しかし屋台の価格とそこからの年収に関する論証が短いテキストの中でかなり大きな部分を占めているので、——ハンザの裁判官たちは多弁な人たちではなかった——結局のところ、莫大損害 *laesio enormis* という論拠が参事会員たちの決定に少なくとも一つの役割を果たした、ということが、もっともらしい推測として残る。

一四、一五世紀のリユーベックの法用語において、ラテン語の概念はきわめてまれであった。一世紀前、一二一八年以来、最初のリユーベック都市諸法はラテン語で書かれたが、法律の用語はその世紀の経過中に低地ドイツ語へと変わ

り、ほんの数十年後には行政もこの動きに追隨した。この史料が由来する時点に引き続いて一六世紀後半には、低地ドイツ語（あるいは同時代人の呼び方では、「古ザクセン語」）は、再び後退した。一五八六年の改訂都市法は高地ドイツ語で書かれ、法律家たちの間ではラテン語が再び優位を享受した。最初のラテン語の専門用語は、低地ドイツ語の、そして後には高地ドイツ語のテキストに組み込まれ、ダーフイト・メヴィウスが一六四一年に「リユーベック法」に関する彼の標準的なコンメンタールを提示した時には、リユーベック法は再びすべてラテン語で扱われたのである。

以上のことは、文献学の歴史への余計な脱線というわけではない。外来の法の影響を確定しようという場合、一般に用いられている法言語は明らかに重大なポイントなのだから。一五〇〇年ごろに一つのラテン語の単語を使うということだけで既に、その言葉そのものだけでなく、その意味内容もまた北ドイツ人にとって見知らぬものであったということを含意しうるかもしれない。もちろん、これに関して確証はない。確かに、この時期から伝わるいくつかの事例では、伝統的な土着の法が適当な概念性を備えていなかったというだけの理由で、新しい術語が導入された。一五六〇年ごろのある事例では、「管理Administration」という語が、商社会社の業務遂行を指す表現として新たに用いられるようになった。⁽¹²⁾しかし業務遂行自体がリユーベックのような商業都市にとつて見知らぬものであったということは、ありえない。ところが低地ドイツ語はそれまで業務遂行を指す特有の表現を持っていなかったのである。この例は、参事会員たちが時に言葉だけを輸入し、しかしまた時に適した専門用語とともに法理念全体をも輸入したということを示す。いずれにせよ、低地ドイツ語の史料中へのラテン語挿入の数は一六世紀の間に著しく上昇している。参事会判決の史料刊本は一四五〇年ごろに始まり（第一巻）、一五〇〇年から一五二五年に続き（第二巻）、一五五〇年で終わっている（第三巻）。第一巻についてヴィルヘルム・エーベルの索引はラテン語の単語を一つも挙げていないが、それに対して第二巻については五、第三巻については三〇以上を挙げている。

(二) *verurtheilt* で、それらを巡って既に長いこと議論が交わされているような諸事例に移ることにしよう。リユーベックにおける皇帝法についてはまだいくつか証拠を持つてくることができるかもしれないが、皇帝法への単なる言及以上のことは言っていないという場合がしばしばである。それゆえ数少ない例を徹底して論じることがよいであろう。

学識法についての最古の証拠の一つを、一二九四年のリユーベック都市法が伝えている。この都市法は、ハンザ法史の初期の段階、活発な立法活動の時代に属するものである。法典の著者たちは非常に多様な史料からさまざまな法規を汲み出した。大部分は、近隣の友好諸都市の法規から、そして数十年前にアイケ・フォン・レプゴウによってザクセンシュピーゲルに記述されていたザクセン・ラント法からであった。ハンブルクでは、法規のこの雑多な集積は、一つの調和のとれた法典、一二七〇年のハンブルクの都市法典 *Ordeelbook* にまとめられた。法言語は現地で通常使われていた低地ドイツ語である——ただし一つ例外があり、ここで我々の興味を引く。⁽¹³⁾

商人が危険な航海で若くして死去し未成年の子どもたちにより多額の財産を残すということが珍しくなかった時代において、後見権は、大きな実的重要性をもった、危険にさらされた対象であった。関連する一節は直接法学提要から採られている（法学提要二三、三十四）。法典のある写しは、低地ドイツ語のテキストにラテン語の概念を挿入している。別の平行した写しはこれを低地ドイツ語に翻訳し、そうすることでその外来の起源を隠蔽している——例えば、狂った *furius* = *daerendich*、浪費家 *prodigus* = *ein thobringer* というようなラテン語と低地ドイツ語の翻訳方程式をこしらえる文献学者にとって、理想的な機会である。

更に別のことが目に付く。立法者は皇帝法の継受を根拠づけるよう促されていると感じている。彼はそれをただごく簡潔な言葉で「我々が正当にそうしてよいように *alse wi van rechte scholen*」行っている。なぜなら立法者たちは普通彼らの法律の中で彼らによって取られた措置について何の根拠付けもしないからである。しかしそれでもなお、これら

の自覺的な言葉は、およそ皇帝法がリユーベックでいかにして通用するに至ることができるかについての、都市参事会のわずかな言明として重要である。Van rechte は、リユーベックの帝国都市としての地位に係っているのかもしれないが、これは、根拠があるとはいえ一つの推測以上のものではない。Scholten は、英語の schall に似ているにもかかわらず、義務ではなく許可を指示しており、従つて「しつよう dürfen」と訳されるべきものである。そもそもこのような正当化がなされたということは、リユーベックの立法者は自由に古典ローマ法の法源から汲み出したのか、という先行する論争に示唆を与える。それについての議論に参事会で耳を傾け、賛否を論じることが、確かに緊迫したものだつたことであらう。

この具体的なローマ法継受の動機に関しては、法典そのものは、ふさわしくない後見人を解任する際の困難について伝えている。明らかに、土着の法は満足できる解決を持ちあわせていなかったのであり、そのような事情から、今や立法者であつた都市参事会は、とりわけ障害があるかまたは病気の成人に対する後見が問題であつたようなケースのために、他の法規を採用したのであつた。ローマ法を引き入れることによって、参事会は、後見人と世話人を区別できる状態になつたのである。

(三) 一三八四年に肉屋たちは手工業者ツンフトの反乱の先頭に立つたが（そこからこの反乱は「屠殺屋反乱」と呼ばれる）、これは都市貴族的なリユーベックの都市参事会に対して向けられたもので、一四世紀後半のドイツ都市における典型的な騒擾と革命的蜂起の一つであつた。しかしここでは蜂起者たちは戦いを開始するより前に裏切りにあい、明らかに彼らには、妨げられずに逃亡する可能性が与えられた。しかしながら、彼らの言い分を参事会に提起しようという意図して市にとどまつた者たちにとっては、事は致命的なものとして終わった。

刑事事件の訴訟は非学識的な裁判所で口頭で行われたので、刑事司法の実務は直接の史料からはほとんど何も知られ

ていない。このケースでは、革命的な出来事とその裁判所での余波——もちろん疑いなく勝者による裁きであったが——を報告しているのはある年代記である。年代記作者はもちろん法史には自身何の興味もないし、訴訟の法学的に正確な描写にも関心がないにもかかわらず、この史料はここで引き合いに出されうる。なぜなら、史料は、蜂起者たちが「皇帝法にしたがって *na kaiserreche*」裁判されたということを明示的に強調しているからである。彼らは死刑、それも中世の観念にてらしてさえ残酷な方法による死刑を宣告されたが、それは彼らが「大逆罪 *crimen laesae maiestatis*」を犯したからなのだ、というのである。⁽¹⁶⁾

自分のために *maiestas* を要求することによって、参事会は、完全に共和制的な伝統の中で行動しているとはもはや言えなかった。このことは一方では、参事会員の權威の再建を目指した政策の一部であったにちがいない。しかし他方でそれは、中世後期と近世において、参事会の増大する自尊感情にとっても、また絶対的な最高位に対する参事会の要求の形成にとつても典型的なことであった。しかしもちろん、判決は直接的な財政的帰結をも伴った。すなわち、死に値する他の罪とは違って、大逆罪は犯罪者の財産の没収をもたらしただけである。⁽¹⁷⁾ このようにして、「反逆者」だけでなく、彼の家族も処罰された。伝統的なハンザの法はそのような制裁を知らなかったが、しかしローマ法は——まさに *crimen laesae maiestatis* について——その種の制裁をよく知っていたのである。

みずから被害者側にして裁判所でもあった都市参事会が、その制度的優位を守り、同時に財政的関心に対応するため、帝国法を引き入れたということが、ここではまさに明らかである。

(四) 帝国法の領得という問題に対する参事会の機會主義的な行き方を最も明瞭に示す例において、リユーベックの都市参事会はまた別の役割を演じている。すなわち原告の役割である。市は一四一八年にザクセン・ラウエンブルク公を訴えた。リユーベックの近くにあった都市メルンに対して、事前に宣告されることなしに、暴力的なフェーデ行為が

公によって行われていたからである。⁽¹⁸⁾ リューベック市の利益がそれによって損なわれたのであった。さて今やすべては証明にかかっていた——それも正確に言うともみずからの主張を誓約によって「真実」であると立証することにかかっていたのである。ザクセン法は、被告の方に、争われている案件における損害を自分が引き起こしたのではないと宣誓することを認めていた。しかしながら、「教会法と皇帝法 *gestilken unde keyserliche*」によれば、この宣誓は原告側に認められたのであった。

このケースにおいて学識法に対する原告の熱狂が理論的考慮にもとづいたものでなかったということは、見逃され得ないのである。

(五) 裁判所の決定という形でなく、他のハンザ都市ブラウンシュヴァイクによって求められた鑑定という形で、法廷は、異端のかどで訴えられた二人の女性が帝国法にしたがって判決されるべきであると薦めた。更に、この二人の女性がリューベックでその行為を犯したとすれば、火刑へと判決されたであろうとも、書かれている。⁽¹⁹⁾ 薦められた死刑が実際に帝国法と符合していたということは、理由付けからおぼろげに帰結されうるにすぎない。ブラウンシュヴァイクによってこれ以前に送られてきていた要請には、この事案についての一件書類が添付されていたが、それらは伝存していないのである。書簡のやりとりが行われたのは一四五〇年のことである。一五三二年に「カール五世刑事裁判令 *Constitutio Criminalis Carolina (CCC)*」が公布されたが、この法令は実際に異端について火刑を規定している。この法令は、その他の点ではそれほど大きな立法力を展開できなかった帝国の、唯一重要な立法上の成果であった。一五三二年以後は、刑事事案における帝国法の適用へのあらゆる指示は、疑いなくカロリナに關係していたに違いない。しかしカロリナは新しい規範の法典化ではなく、一般に適用されていた法規則(例えば魔術のケースについてザクセンシュピールによって規定されていたような規則)の体系的集成であったので、参事会が、このケースにおいて、まさに関連す

る帝国法の規則を引き入れたということは、それが八〇年後に初めて成文化されることになるものであったにもかかわらず、ありそうなことである。

このケースでは、帝国法がローマ法と同じであることは、この講演の中の他のケースでそうであるほどには、明白でない。帝国法を喜んで受容しているその動機に関しては、参事会は今回は純粹な自己利害から行動しているわけではないと言いうる。しかしごく一般的に言って一五世紀は、諸都市、特に北ドイツの諸都市が、犯罪との戦いのための努力を強化した時代であった。中央権力はあまりに弱体であることがはつきりしたので、諸都市がこの問題を自分の手中に収めたのであった。帝国法と符合した厳しい処罰を薦めることは、この全体像とよく合致するであろう。

(六) おそらく間違いなく、帝国法の適用に反対する最も有名な態度表明は——これは、リユーベックに外来の法の侵入に対する国民的抵抗の砦を見ようとした学者世代すべてによって喜んで引用されたものであったが——一四五六年、市長ヒンリヒ・ファン・ヴァーレンドルプに由来するものである。もちろんそれは、文脈から切り離された、不完全な副文だけから成っており、その唯一の文書による証拠が三〇〇年以上後のものであるということによっても、我々の信頼はおびやかされる。⁽²¹⁾ この態度表明は、古いリユーベック法の集成の中に取り入れられたのだが、そこではまったく誤った位置にある。なぜならこの受け入れはむしろ政治的な態度決定であり、決して法規ではないからである。

それは以下のとおりである。「何びとも皇帝法によって都市の法を害してはならない。都市の法は、皇帝の言葉により、永遠で確固としたものであり続けるべきである。また、ラテン法は我々の都市の本質にとって、無益で、まったくふさわしくないからである。Wente nemant môt der Stades Rechte krenken mit kaiserliche Rechte, dat sulvest na des Kaisers worde ewig stede unde vast bliven schal, wen de Latienische Rechte unse Stades Wesen unnütze und gantz unteemlick sin [...]」
dat sulvest 以下の一節は、都市の法にかけて読む必要がある(文章における位置どりがそう示唆するにもかかわらず、

帝国法にかかっているのではない)。そう解釈してのみ、この箇所は意味を生じる。市長は、彼の都市の法を、いささか侮辱されたような調子で、帝国法の法規がリューベックで適用されると考えようとするすべての人に対して、二つの論拠によって防御している。すなわち、彼はまず、一二二六年以来型どおり、局地的都市法を尊重するという皇帝の約束を含んだ、一連の皇帝特権状を指示する。そして彼は、都市の「本質」、内的核心、真の性質を引き合いに出す。確かに、継受に反対する論拠として役立つために、このようなあいまいな構想で十分だったということは、注目に値する。しかしそのことをさしあたり度外視すれば、文脈が欠けているので、かくも文脈から切り離された市長の態度表明の史料価値を決定することはほとんどできない。

バルト海岸に沿ってリューベック法で生活していた諸都市に対するサービスが問題だったのであろうか。それらの多数は領邦都市で、リューベックのような帝国都市ではなく、領邦君主に服していた。これらの権力保持者たちは、彼らの支配の領域的凝集と、彼らの領邦における近代的主権の貫徹の動きの中で、諸都市から次第に伝統的な諸権利・諸自由を奪い取ろうとしていた。⁽²²⁾

ひょっとするとここには、諸事情の合流以上のものがあるのかもしれない。その直前、一四四〇年代には、クリストファー王のスウェーデン新ラント法が、国王の誓約の一部として、王国の中で外来法を導入することによって人民に負担をかけない、という約束を宣言した。⁽²³⁾両者の類似は明らかである。明らかに、北の王たちと市長は、一五世紀中頃に、ローマ法の受容に対しておおやけに反対することで、彼らの臣民ないし市民の期待の姿勢に対応しようとしたのであった。

(七) 一六世紀へ転じる直前、最初は一四八六年に、リューベックの裁判文書に新しい型の商事会社が現れる。⁽²⁴⁾それは「全体会社 *vulke seltschap*」と呼ばれ、古典ローマ法の「全財産組合 *Societas omnium bonorum*」に対応するものであった。秘密のパートナー関係であったハンザの商事会社の伝統的な諸形式とは異なり、この「全体会社」はおおやけの目から

隠されたものではなかった。両者の関連はそうでなくとも既に非常に蓋然性の高いものである。伝統的なハンザの法にとってそれまで異質であったものを受容したということからしか説明できないような、重大な構造的類似性をよく考えるべきであろう。更に、ドイツでは一五〇〇年ごろに、ローマ法の数多くの特徴が初めて出現したということにも注意するべきであろう。何十年か後に低地ドイツ語の概念が高地ドイツ語の概念に道を譲らねばならなくなった時には、この関連は完全に明白になる。「全体会社 vulle selschop」から「全財産の会社 Gesellschaft aller Gutter」へ——これは「全財産の組合 *societas omnium bonorum*」のより明瞭な翻訳である。もちろんしかし新しい型は、争論と裁判紛争をもたらしした。裁判文書では、新しい会社はいつも同じ文脈で現れる。すなわち、誰かが自分の債務者の仲間を訴えようとするというケースであるが、こうしたやり方は以前には採り得なかった法的救済手段であった。この原則は、それが初めて言及されてからちようど一〇〇年後、一五八六年の改訂リユーベック都市法に取り入れられた。「互いに全財産の会社を設立しようとする者たちは、誰と会社を設立するのであれ、一人が買ったものについて他の者が支払わねばならない。」⁽²⁵⁾

もつとも、新しい法的救済手段は効果のないものであった。どうやら参事会は、新しい会社の形式から本来生じなければならなかったはずの諸帰結を認めることを欲しなかったようである。自身が拘束されていたわけではない契約にもとづいて、本当に誰かに債務を返済するということは、誰でも「自分が認めた所でその信を求めねばならない」のである。自分が以前に取り決めを結んだ相手とのみ、向き合わねばならない、という伝統的で威厳ある立場にそむくことを意味したのである。このテーゼが正しいにせよそうでないにせよ、いずれにしても結果は明らかである。参事会は新しい会社の型を理論的には受容したが、請求は棄却したのであった。具体的には、参事会は、問題のパートナー関係が実際に存在したかどうかを証明するために、被告に単独でする宣誓を許した。これは土着法で広く普及していた訴訟規則を引き入れたものであり、それによれば被告には単独でする雪冤宣誓が認められ得たのであった。請求が裁判で承認さ

れたケースは、参事会のこうした法政策に対する例外をなすものである。そこでは、パートナー関係が現に存在したということを、被告が認容したのであった。

なぜ参事会は新しい会社の形式を受容し、しかしそれに十分な法的保護を与えなかったのであろうか。なぜ人は、明らかに入ってくるよう望まれていないような法律制度に扉を開いたのであろうか。「全財産組合」がいかにして北方へやってきたかは不明である。一五世紀の他の革新的な商業の諸方法は、西から、とりわけハンザ商人がフランドル人やイタリア人と密接な接触を持っていたブリュージュから、リユーベックに到達した。異国の商法の拒絶とその他の商業の諸方法（簿記、銀行制度、保険等々）の是認が同時に生じているということは、それぞれの継受がおそらく偶然に起きたのではなく、意図的に下された決定の結果と見なされるのではないかとすることを、もつともにも思わせる。「全財産組合」は例外だったのであろうか。ここでは外国のコンセプトが丸呑みにされ、問題になる限りでその諸効果が抑制されねばならなかったのであろうか。リユーベックがその名声を保つのに大いに成功したということは、別の方向を示唆する。つまり、個々の商人がそうであるように、都市自体もまた、モダンで革新的だと見なされることに、利害を持っていたに違いないということである。このことは、商事会社についてハイパーモダンな型を提供するということを必然的に含んでいたのである。参事会がその立法によってモダンな制度の威信を歓迎したのに対して、参事会是他方日常的な裁判実務では古い諸原則に優位を与え続けたのであった。

（八）最後の、そして時期的にも最も遅い例は、一五五五年から伝わる都市参事会から帝国最高法院への書簡である。⁽²⁶⁾ ベーター・エストマンが最近この書簡を詳細に検討しているので、⁽²⁷⁾ ここではそれを短くまとめればよいであろう。書簡は、まだ未完成であった、改訂リユーベック法典の未刊行版に添付されていた。⁽²⁸⁾ 書簡の中でリユーベックの都市参事会は帝国最高法院に、局地法を尊重し、市を帝国法で悩ませないように求めた。「我々は帝国法に耐えられないdie

wir nicht ertragen mögen」というのである。

法典がまだ草案段階であったにもかかわらずそれを尊重してほしいという要求は、当時の立法理論に対応している。もろもろの都市法は、ただ校閲された版であることを主張していただけて、従ってしばしば「改革法典」と称されていたので、学説は、それらは長く完全に妥当していた法規の集成と体系化であるに過ぎないのだと考えた。それに対して、この書簡で謎めいているのは別の事柄である。何に対して、参事会はあれほど鋭く反応したのであるうか。帝国最高法院は、既にその六〇年の裁判活動の中で、まず第一に局地法によって決定し、普通法はようやく二次的に権威的な形で適用する、というその使命をまじめに受け取っているということを証明していた。都市参事会の方では、一五〇四年に限定不上訴特権を受領した後、帝国最高法院を上位審級として従順に受け入れていた。審級順序が確立していたことをあわせて考えるなら、この書簡の鋭さは大部分いわば「ポーズ」だったように思われるのである——リユーベック法を適用し、この時参事会に、時代に合った法典の改訂版を出すよう絶えずまた強く求めていた、他の諸都市の方に向けられた、プロパガンダの手段であったように思われる。

C

ここで提示した八つの例は別々の史料類型に由来し、長い期間にまたがり、きわめて異なる対象を含んでいる。にもかかわらずそれらが統一性のある諸帰結を許すかどうかを判定するために、それらをここで時系列で整理して表に示しておく。学識法に対してそのつど特定の態度をとった都市参事会の動機もあわせて示す（最後の欄に分けて挙げておく）。

(番号)年	史料類型	対 象	帝国法に対する態度	動 機
(2) 1294	法律	障害者ないし病人に対する後見	積極：我々が正当にそうしてよいように、帝国法が引き入れられる	局地法の弱さ
(3) 1384	裁判所の判決	大逆罪：有罪判決を受けた大逆罪犯人の財産の没収	積極	財政
(4) 1418	都市が原告となったある事件で持ち出された論拠	引き起こされた損害の額についての原告の証明権	積極	財政
(5) 1450	友好都市ブラウンシュヴァイクのための法的助言	異端女性たちに対する裁判による追求	積極	不明、宗教的性質のものか
(6) 1456	市長による態度表明	ローマ法のリユーベックへの導入？	消極	郷土愛？防衛反応？
(7) 1486 ＋ 1586	裁判所の判決 ＋ 法律（改革都市法典）	ある商事会社のメンバーの責任：全財産組合	理論的受容、しかし特別な証拠法を形成して実務上拒絶：被告は当該パートナー関係の存在を事実上否認できる	イメージづくり？
(1) 1525	裁判所の判決	買値が低すぎる、適正価格でない	この論拠を用いた側が勝訴しているので、おそらく積極	都市みずからの利害に関係しない、通常の判決
(8) 1555	帝国最高法院への書簡	リユーベックと都市法一般	消極	土着の法慣習の保護？

法史学者が反応と動機のもののような多様性についてこれまで提出してきた諸説明は、人を満足させるものではない。一九四五年より前には、伝統的なドイツの研究は、学識法を拒絶することを、外来の影響に対する抵抗の行為と見なしていた。土着の諸価値の誇り高い防衛、というわけである。それと相容れないもろの根拠は低く評価されるか、見過ごされていた。この民族主義的に刻印された立場は、今ではもはやあからさまに主張されてはいない——しかしそのような立場は今なおある程度一般に影響を与えているように思われる。二〇世紀におけるリューベック法の最も重要な専門家であったヴィルヘルム・エーベル（一九〇八—一九八〇年）もまた、後々まで作用する民族主義的な耳打ちに対して常に免疫があつたというわけではなかった。しかし彼は裂け目の入った地面に慎重に足を踏み入れるだけの賢明さを持ち合わせていた。彼はスタンスを明らかに示すことは決してなく、外来の法がハンザの法世界に「侵入した」箇所だけを指摘し、土着法に対する彼のシンパシーを隠さなかった。

ヘルマン・クラウゼの研究『皇帝法と継受』（一九五二年）は別の方向から問題に取り組んだ。クラウゼは、北ドイツの法がいかに「純粹」であり続けたかを問うことはせず、諸世紀を通じて変化する皇帝法の意味内容の概観を提供したのである。彼は一つのカーブに到達した。そのカーブは、フリードリヒ一世バルバロッサ（およそ一二二—一九〇年）の時代以来の、静かな、いやそれどころか無意識の帝国法受容という初期の局面に始まり、一五世紀半ばに始まり約一〇〇年続いた公然たる拒否という中期の局面を経て、一五五〇年より後の数十年に抵抗が次第に消滅していった後期の局面に至った。この講演で検討された事例の大半は、中期の局面、拒否の時代に属する。クラウゼの見解は多少の差はあれ反駁されずにきている。実際この見方は、上で叙述された法言語における動きによく適合する。しかし我々の表を一瞥するだけで、学識法に対する反感という想定に疑念を生じさせるには十分である。表は、局面は主張されたほど滑らかにかつ直線的に交代したわけではなかったことを示している。帝国法に対する態度における突然で一見する

と気まぐれな変転を十分に解釈するためには、そうしたカーブはいずれにせよ一般的すぎる。帝国法が受け入れられ、拒絶されたりした理由について、説得力ある説明として役立つには、クラウゼの理論は余りにあいまいなものとどまつているのである。

議論がストレートに説得力あるものとなりえなかったのはひょっとすると、それが法律家によつてのみ行われたからかもしれない。議論は今日まで、リューベックで皇帝法が妥当し得たりし得なかったりするには、一つの根本的な法理論か、少なくともやはり法的確信が必要であつたという、暗黙の前提に基づいてきたのである。

しかしこの前提はよく調べてみると疑わしいものである。都市参事会の法エキスパートは、彼らの手助けをする法律家を持っていた。従つて彼らは法知識にアクセスできた。にもかかわらず、彼ら自身は学識法曹ではなかつた。何故彼らは、いつ帝国法を適用し、いつそうしないかを、首尾一貫した規則によつて決定するなどといったことに、独自の利害を感じる必要があつたのであろうか。他の事例、特に、ハンザの法的性質は何でその構成員は誰かという根本的な問題で、彼らは巧みにあらゆる確定を避けおせたのである。経験豊富な商人、都市貴族的な指導層の構成員、一二世紀半ばに市が建設されて以来市を統治してきた諸家族の息子たちとして、彼らは、法律家によつて統治された都市におけるのとはまったく別の座標系の中で行動していた。リューベックの都市参事会は、帝国法を裁判に引き入れるという問題においてもつばらプラグマティックにふるまつたのである。都市にとって有利になつた場合には、帝国法は妥当したのである。

参事会の権威が脅かされると見なされない限り、プラグマティズムと法規の性質だけが、それらの規則の適用について決定した。参事会は、その日常的な裁判実務において、帝国法に対して原理的に拒否の姿勢を取っていたわけではなかつた。第三者に対する政治的態度決定においては、しかし事はまた別であつた。そのように見れば、帝国法に対

する最も重要な拒否的位置取りは、参事会員たちが学識法を非としたということではなく、彼らが第三者やその他の制度による介入に対抗したということを示しているのである。参事会員たちは彼らの土着の法秩序を巡って戦ったのではなく、彼らの伝来の独立と自由のために争ったのであった。

(1) Walter Haas, *Der bereide Deutschschweizer oder die Hollandisierung des Hinterwälders. Über die Kritik an der Deutschschweizer Sprachsituation*, in: *Das Deutsch der Schweizer. Zur Sprach- und Literatursituation der Schweiz* (1986), S. 41-59.

(2) リューベックの都市参事会が語の厳密な意味での上訴審級であったのか、それともそうではなくて下級審級に対して、拘束力はあるがしかし内部的な助言という形でその決定を伝えたのであり、その結果下級裁判所にはそれを自身の判決として宣言する可能性が開かれていたということなのか、という問題について、最近学術的論争が起きている。この問題はリューベック法それ自体の影響領域にかかわるものではないので、その限りでは未解決のままにしておくことができよう。

(3) ヴィルヘルム・エーベル Wilhelm Ebel によつて四巻に分けて編纂・公刊されている。Wilhelm Ebel, *Lübecker Ratsterteile*, 4 Bde. (1955-1967). エーベルはまた、リューベック法についての最も重要な専門家と見なされてよい学者である。更に、彼の *Lübisches Recht I* (1971 - 第二巻は刊行されなかった) および *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1. Aufl., Bd. 2 (1978) 中に同じタイトルで書かれた有用な見取り図を参照。

(4) この「条例理論」は、中世中期北イタリアの自治都市（コムーネ）に由来するが、それらの自治都市の法的地位はむしろ独立した都市共和国のそれに対応するものであった。条例理論はアルプスのこちら側にも広く普及した。この理論が近世ドイツの裁判所での程度具体的に適用されたかは、重要な研究である Peter Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich* (2002) が検討対象としている。

(5) もちろんこのことは、参事会員たちが学識者の助言を利用できなかったということを意味しない。まったく反対に、既

に一二世紀の半ばにハンブルクやリューベックといった都市は、特にボローニヤ、パドヴァ、モンペリエといった、同時代の北イタリアや南フランスの諸大学で学んだ法律家を雇うことを始めていた。

(6) 後述の事例二を参照。

(7) 後述の事例七を参照。

(8) 債務と契約に関するリューベックの有名な都市帳簿、いわゆる *Niederstadtbuch* より。記入の年代は一五二五年の *Judicia* Wilhelm Ebel (Hg.), *Lübecker Ratsurteile* Bd. 2, 1501-1525, Göttingen 1956, Nr. 1055, S. 583 f. による引用。判決は太字で強調してある。

(9) 今日の通貨でおおよそ三七〇〇ドル（二五三〇ユーロ）。しかしもちろん、一五二五年の貨幣供給量と二〇〇九年のそれとは著しく異なっているので、経済史研究がそうした換算に対して正當にも抱いているような留保つきで、ということである。

(10) ちなみに注記しておけば、このことは、屋台についての正當価格が結局のところに三七×二の七四マルクだったのであり、従って年間収入は最大で購入価格の九・五%になった、ということを示している。

(11) C. 4.46.2. Max Kaser, *Das römische Privatrecht* II, 2 Aufl. 1975, S. 388-390 を参照。

(12) Albrecht Cordes, *Kapital, Arbeit, Risiko, Gewinn*, in: Rolf Hammel-Kiesow (Hg.), *Das Gedächtnis der Hansestadt Lübeck. Festschrift für Anjekatrin Grabmann zum 65. Geburtstag* (1995) S. 517-534.

(13) リューベック市の証書集と前述のヴィルヘルム・エーベルによる都市参事会判決の刊本の有用な索引を使えば、そうした例はごく簡単に見つけることができる。

(14) 一八四一年にヤーコプ・グリムは一つの都市から隣の都市への法規則のこうした拡散過程を描写している。彼のロマンティックな、しかし不適切とも言えない言葉は有名になった。「火と灯りを隣人のところで借りるように、人は法を借りたのである。」Karl Kroeschell, Albrecht Cordes, Karin Neilsen-von Stryk, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 2: 1250-1650, 9. Aufl. (2008), S. 117.

(15) Johann Friedrich Hach, *Das Alte Lübsche Recht*, Lübeck 1839, Cod. II. Die Vormundschaft betreffen: Art. 97-102, S. 293-297; Art. XC VII De vormunden setet; Art. XC VIII Van vormuntchap der gheste; Art. XC IX De sinen kinderen set

vormunden: Art. C De neue vormunder set; Art. CI Van unnuten vormunden 役に立たない後見人について (条文は、*ふさわしくない後見人のせいであつてひどい経験をした*、という報告で始まり、以下のように続く・「それゆえ、我々が正當にそうしてよいように、我々は皇帝法に従ひ、我が市民が役に立たない後見人を持つならば、その者を参事会に連れて行くべきである。」そして参事会はふさわしくない後見人を罷免し他の者を任命することができる。) Art. CII 成年後見について・「我々は更に皇帝法に従ひ…」同様に成人も後見に服せしめられうる、彼が「狂つてゐる」*„furiosus [launched]*」か浪費家 *prodigus [ein thobringert]* である場合は。その場合彼は世話人のもとにあるべきである。すべての意識のない者、耳の聞かぬ者、絶え間なく患ひつゝる者 *omnes mente capiti surdi et qui in perpetuo morbo laborant sine intervallo [alle unsinnigen lude, und done lude, unde de sunder underlath in suken arbeden]*」には世話人が与えられるべきであり、世話人なしには何事もなされなかつ。」——カッポ内はラテン語の章句を低地ドイツ語に翻訳した平行写本の内容。原典は法学提要二三 (後見人について) 三および四。

- (16) Bernd Kannowski, Bürgerrechte und Friedebriefe. Rechtliche Streibelegung in spätmittelalterlichen Städten (2001) S. 84-87; 彼の論述を Detmar Chronik (Chroniken der deutschen Städte Bd. 19, 1884) S. 581-582 にあつてゐる。

- (17) Kannowski, Bürgerrechte und Friedebriefe, S. 88, Anm. 473; Cod. 9.8, Dig. 48.4 にあつてゐる。

- (18) Hermann Krause, Kaiserrecht und Rezeption (1952) S. 89, Anm. 443, Urkundenbuch der Stadt Lübeck 6 Nr. 38, S. 39-49 [46]: “*dat deme na gestliken unde keyserechte de beschiedigen ere schade betugen edder mit eren eden war maken unde beholden mogen, unde dat de herlogs de nicht mynen in moge unne der pyne wegen, dar he unne der vorsde unde getuuld willen in vorallen is na keyser Karols geselle vorscreuen.*” “*keyser Karols geselle*” は一三五六年の金印勅書を意味する。その一七章 (De diffidationibus) はバレージ前に引用されてゐる。

- (19) Hermann Krause, Kaiserrecht und Rezeption (1952) S. 89. クラウゼは Urkundenbuch der Stadt Lübeck 8 Nr. 681 を引用する。Nr. 677 はブラウンシュヴァイクの裁判所からの委託であるが、それに対してリューベックの参事会は次のように答へてゐる。[Wir lassen Euch daher wissen,] *dat gy na keyserechte klariken vinden, wo men sodanne mysdaet schole unde moge richten, unde wret dat se en sodanne hir mit uns began hadden, so hadde wy se in ere hogeste gerichtet unde bernen laten.*”

- (20) CCC Art. 109.

- (21) Johann Carl Heinrich Dreyer, Einleitung zur Kenntnis der von der Reichsstadt Lübeck ergangenen allgemeinen Verordnungen, Lübeck 1769, S. 310 f. に於いて初めて知られる。ドライヤーはこの箇所の欄外に「異国の法の導入に反対するリューベックの熱情」とコメントしたが、しかしその後、北ドイツにおける学識法の初期の諸例を提示することで、彼自身この態度を相対化した。
- (22) このテーゼは、メクレンブルク公の支配領域にある港町で、リューベック法によって裁判していた都市ロストックが、数年後に発した援助要請によって支えられている。一五二九年にリューベックへ送られた書簡では、従来リューベック法にしたがって扱われていた争いについて、公が帝国法を適用しようと欲しているという懸念が表明された。これについては、一四五六年にビンリビ・ファン・ヴァーレンドルフが用いたのと同じ語が使われている。「不適切 unziemlich」と。Peter Oestmann, Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich (2002) S. 653 以下。Ulf Peter Krause, Die Geschichte der Lübecker Gerichtsverfassung, Stadtrechtsverfassung und Justizwesen der Hansestadt Lübeck von den Anfängen im Mittelalter bis zur Reichsjustizgebung 1879 (1968) S. 159 を参照。
- (23) “*serlica alh engen wtlendzsker reitter draghis ju i riket almoganon til tunga*” http://www.nordlund.lu.se/Fornsvenska/Fsv%20Folder/01_Bitar/BL1.A-Krl.html
- (24) Wilhelm Ebel, Ratsurteile, vol. 1 (1955), Nr. 369, 件のケースは私の論文「Kupfer aus Schweden. Haftung für Gesellschaftsschulden im 15. Jh., in: Ulrich Falk u.a. (Hg.), Fälle aus der Rechtsgeschichte, 2007, S. 164-177」におおむねの詳しい論点に於いてある。繰り返しを避けるために、この文は結末だけに集中するつもりとする。
- (25) Art. 3, 9, 5. テキストは確定した法規則というよりは勧めのように見える。この文では、この文がマニエールか法字文獻に由来するのではないかという憶測を誘うが、その起源は知られていない。Albrecht Cordes, Spätmittelalterlicher Gesellschaftshandel im Hanseraum (1997) S. 94 f. を参照。
- (26) Dreyer S. 310 Nr. XXXI, 参事会は帝国最高法院に、以下の文に於いて要請している。“in Fallen und Sachen, darin wir nach unser Stadt Lubusch Recht und alte lobliche Gewohnheit geurteilt und erkannt haben, by solcher unser Erkendniß und Stadt Lubusch Recht und Gewohnheit lassen, dieselbe Urteile confirmieren und approbieren, und uns darüber mit Kayserliche Rechte, die wir nicht ertragen mögen, nicht beschweren lassen”。

(27) Peter Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich* (2002) S. 654/5.

(28) その完成と公布にはなお三〇年を要した(一五八六年、事例七参照)。

(訳者後記)

科研費基盤Sプロジェクト「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究」(研究代表者：長谷川晃・北海道大学法学研究科教授)は、二〇〇九年三月二四日に、ゲストを招いて、〈法のクレオール〉の歴史的側面を検討する研究会を開催した(研究会は北大ドイツ史研究会との共催で開催された)。本稿と、続く「法のクレオールとしてのブーフの注釈?」は、その際ドイツ人ゲストによって行われた講演にもとづくものである。

アルブレヒト・コルデス氏は、フライブルク大学法学部でカール・クレッシェルのもとに学んだ後、ケルン大学法学部教授などを経て、現在はフランクフルト大学法学部教授である。

単著としては、学位論文である、

-Stuben und Stübgesellschaften. Zur dörflichen und kleinstädtischen Verfassungsgeschichte am Oberrhein und in der Nord-schweiz, 1993

および教授資格取得論文である、

-Spätmittelalterlicher Gesellschaftshandel im Hanseraum (Quellen und Darstellungen zur hansischen Geschichte Band 45), 1998
が公開されている。また編著として、

-Vom nationalen zum transnationalen Recht. Symposion der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka, 1995 (Karl Kroeschell と共編)

-Funktion und Form. Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 18), 1996 (Karl Kroeschell と共編)

-Rechtsbegriffe im Mittelalter (Rechtshistorische Reihe, Band 262), 2002 (Bernd Kannowski と共編)

-Stadt-Gemeinde-Genossenschaft. Festschrift für Gerhard Dlicher zum 70. Geburtstag, 2003 (Joachim Rückert, Reiner Schulze と共編)

- Societas. Das Verzeichnis der Handelsgesellschaften im Lübecker Niederstadtbuch 1311-1361. 2003 (Klaus Friedland, Rolf Sprandel と共編)
- Juristische Argumentation-Argumente der Juristen (Quellen und Darstellung zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich49), 2006
- Altes Reich und neues Recht. Von den Anfängen der bürgerlichen Freiheit (Katalog zur gleichnamigen Ausstellung im Reichskammergerichtsmuseum in Weizlar vom 15.9. - 10.12.2006). 2006 (Georg Schmidt-von Rhein と共編)
- Hanasisches und Hansestädtisches Recht, Hanseische Studien XVII. 2008
- があり、共著として、師であるカール・クレッシェルの教科書を改訂した、
- Deutsche Rechtsgeschichte 2 (1250-1650). 9. Aufl., 2008 (Karl Kroeschell, Karin Nelissen-von Stryk との共著) がある。

以上のタイトルからもうかがわれるように、コルデス教授の専門分野は中世・近世ドイツ法史であるが、とりわけ教授資格取得論文の主題にかかわる商法史およびリューベック法史の領域について数多くの論文を発表している。また近世の帝国最高法院に関する仕事も数多く、現在ヴェッツラーに本拠を置く Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung の学術部門の責任者をもつとめている。更に、現在刊行中の、Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG) 第二版の編者の一人であり、現在のドイツの法史学界を代表する学者の一人と言っている。日本との関係も深く、二〇〇七年四月の法制史学会(大阪市立大学で開催)でも会社法史をテーマに講演した他、二〇〇九年二月から三月に東京大学に客員として滞在し、その間、札幌での研究会だけでなく、各地で精力的に日本の研究者と交流した。

本稿は教授が最も得意とするリューベック法を素材として、都市参事会がみずからの立場と利害から、学識法を選択的に受容・変形していく様子を活写したもので、〈法のクレオール〉の観点から多くの興味深い論点を含んでいる。また従来の研究史を批判的にふまえたうえでなされる、リューベック法の具体的様相についての叙述は、伝統的にドイツ法史の重要な研究領域でありながら、我が国では必ずしも十分に知られているとは言えない、リューベック法という対象について、その一端を我々に示してくれる意味もあろう。

本稿では、研究会での講演時には時間の関係で省略された部分も含めて、コルデス教授のテキストを訳出した。コルデス教

授には、講演後、長時間の質疑応答をしていただし、また研究会前日には北大の若手西洋史研究者との研究会にも出席していただいた。教授の取られた労と研究会での学問的刺激に感謝したい。また今回の研究会には、西川洋一・東京大学法学政治学研究所教授にも来札いただき、研究会での議論に加わっていただいた。このことにも感謝申し上げます。研究会で司会をつとめて下さった長谷川教授、そして事務的な手配をしてくれた川瀬知美さんにも御礼申し上げます。

法のクレオールとしてのブーフの注釈？

ベルント・カノフスキ

(フライブルク大学法学部教授)

訳：田口 正樹

一 諸基礎

一二三〇年頃、ザクセンの参審人アイケ・フォン・レプゴウが、ザクセンシュピーゲルによって、ドイツ語による最

初の大規模な法記録を作成した。この法記録はおよそ七〇〇年の間法廷で通用した。ドイツのいくつかの地域で、ザクセンシュピーゲルは、一九〇〇年にドイツ民法典が発効するまで補充的法源として妥当していた。最後に最高裁判官の決定で適用されたのは、一九三三年のことであつた。^①ザクセンシュピーゲルはドイツ中世法史研究の最も重要な史料と見なされている。ドイツ中世法史研究の始まり以来、この作品は研究関心の焦点をなしてきたのである。

ザクセンシュピーゲルには一つの注釈があり、それは一三二五年ごろ、つまり本体より約一〇〇年後に成立した。「注釈」という表現のもとに、テキストの解釈、より狭い意味では法テキストの解説が理解されている。そのような解釈は、一四世紀初めの法律家たちにとって、一二世紀以来全ヨーロッパに広まった学識法の伝統から、よく知られていた。一つの重要な作品は一二三〇年頃のアックルシウスの注釈であつたが、それはまず第一にローマ法を解釈したものであつた。写本はラテン語の法集成、ローマ法大全のテキストを再現している。そこには数多くの参照符号が見られ、それらは欄外に再現され、解説を施されている。我々なら今日それをある立法作品への「コンメンタール」と表現することであらう。学識法の伝統の中では、一二世紀以来、そのようなものが存したのである。

しかしザクセンシュピーゲルについては、一四世紀初めまで、そうしたものは存在していなかった。そのような作品を創つたのはヨハン・フォン・ブーフで、彼はポローニヤで学識法を学んでいた。後に彼は、ブランデンブルク辺境伯のために裁判官やその他の機能を引き受けて活動した。それゆえ彼は、学問にも実務にも通じた人物であつた。彼はその作品を、学識法への注釈の手本にならつてラテン語で書くのではなく、ザクセンシュピーゲルの言語、つまりドイツ語で書いた。^③これは当時の法律家の作品としては異例のことであつた。ブーフの注釈は、外来の先行作品に依拠するものではないが、何世紀もの間に多様な増補を経験し、他の人々にとって彼らの作品の手本ないし骨組みとして役立った。学識法への注釈と異なっている点の一つは、多くの箇所ではヨハンが、決して個々の難解な概念を解説することだけ

を重視しているわけではない、という点である。彼は理解困難な箇所をきつかけにして、射程の広いテーマについて論考を書き、一般的な考察へと突き進んでいるのである。例えば、法慣行のさまざまに異なる種類とそれらの帰結に関する学説などである。⁽⁴⁾ それゆえ、ヨハン・フォン・ブーフは一四世紀ドイツ語圏の最も重要な法律家の一人であると、正当にも言うことができるのである。

みずから示すところによれば、ヨハンは注釈を、学識法を適用せねばならなかった裁判所においてザクセンシュピーゲルにより大きな権威を調達するために、著述した。これらの裁判所は、学識的ローマ・教会法の継受の進展とともに、ヨハンの郷里においてもまた、局地的慣習に基づいて判決した諸裁判所に対して、ますます大きな重要性を獲得していた。だがそこでザクセンシュピーゲルを引き合いに出そうとしようものなら、学識裁判官に大笑いされてしまうだろう、とブーフは述べている。しかしザクセンシュピーゲルを学識法の権威によって裏付けるとすれば、問題はないであろう。⁽⁵⁾ そうなれば、ザクセンシュピーゲルに基づいてローマの教皇のもとでも上訴できるであろう、とブーフは述べている。

しかし事はヨハンが叙述するほど簡単ではない。ザクセンシュピーゲルのそれぞれの箇所にいくつかの脚注を書き、それで片が付くというものではないのである。問題は、一方のザクセンシュピーゲルという中世法と、他方の世俗法および教会法が、すべての点で一致するものでは決していないところにある。ヨハンはそう思わせないようにしようとしているが、それどころか非常に著しい相違さえ存在するのである。そのような状況でどう対処するかという問題に、ヨハンは繰り返し直面した。彼は学識法の解決に与すべきなのか、それともザクセンシュピーゲルのそれに与すべきなのか。彼はこの二つの方向のうち一つに一貫して傾いているのであろうか、それとも彼は二つの法の一種の混合を創り出しているのであろうか。

この問いを追求することは、「法のクレオール」プロジェクトの枠内では（私の講演もその枠内で行われているのだが）、興味あることかもしれない。ブーフの注釈におけるクレオールのなるものとは何なのか、そしてクレオールのとはそもそも何を意味するのであろうか。

「クレオール Kreol」という概念はドイツ語ではほとんど使われない。⁽⁶⁾ 英語圏ではこの概念は言語学上の意味を持っている。「クレオール語 creole language」あるいは単に「クレオール creole」とは、言語接触の状況において複数の言語から成立した一つの言語のことである。この新しい言語の語彙の大部分は、この過程に関与した接触言語のうちの一つにさかのぼることがしばしばである。クレオール化の後には、とりわけ新しい言語の文法が、しかしまたしばしば音韻組織もまた、関与した最初の言語のそれとは明確に区別されうるものとなる。⁽⁷⁾

ここではまず一見したところ二つの点で、ブーフの注釈との間の平行関係が見出される。

一、従来の研究における軽視と評価の引き上げ。ブーフの注釈とクレオール語の間で共通なのは、両者とも過去には低く評価されるかほとんど扱われなかったのが、最近になってこの状況が変化してきた、という点である。植民地制度におけるクレオール人口の低い地位の結果として、ヨーロッパ人は彼らの言語を墮落したものと見なした。それで「クレオール」という言葉は言語学において、ある言語に言語としての資格を認定するために使われたのではなく、むしろ「言語」に対立するものとして用いられたのである。それによれば、クレオールは「非言語」なのであった。このような見方は、ここ何十年かで、社会的、政治的、学問的領域における諸変化によって変わってきた。クレオール諸語のイメージは明らかに改善された。それらはメディアや文学の中で使われている。言語学者たちは、それらを独自の言語として研究している。一方、かつて法律家がブーフの注釈を「法でないもの」と呼んだことがあるかどうか、私には何とも言えない。しかしいずれにせよ、旧来のドイツ法史研究では、

この作品はほとんど注目されてこなかった。旧来の研究は、「ゲルマニスト（ゲルマン法学者）」と「ロマニスト（ローマ法学者）」への学派の分裂によって特徴づけられていた。特に一九世紀には、外来の影響から免れた、「純粹にドイツ的な」中世法のイメージを描くことが、ゲルマニストたちの関心事であった。⁸⁶ 彼らの最も重要な史料に対する、ローマ法源によって強く影響されたコンメンタールなどというものは、それゆえ共感を呼ぶことがほとんど出来なかったのである。一方ロマニストは、ブーフの注釈が注釈の対象としていたザクセンシュピーゲルが彼らの本業に数えられるものではなかったもので、この注釈に興味を持たなかった。こうしてブーフの注釈は、二つの研究方向の間に落ち込んだのである。一八世紀の何人かの著者たちもこの注釈を低く評価した。一七二〇年には法学教授ヤーコプ・フリードリヒ・ルドヴィキが全面にわたって破壊的な評価を下している。「注釈の著者は……当時の哀れむべき流儀相応に善良な能なしである。すなわち、彼は古い歴史も古いドイツの法も理解していなかったのである。」⁸⁷ もっともこの評価は、ルドヴィキ自身が彼のザクセンシュピーゲル刊本に注釈の一部をあわせて印刷することを妨げなかったのではあるが、注釈の法的權威は非常に大きかったので、それを無視する者はいなかったのである。

二.

おそらくより重要なのは、接・触・状・況・に・も・と・づ・く・ザ・ク・セ・ン・シュ・ピ・ー・ゲ・ル・と・学・識・法・の・融・合・で・あ・る。ブーフの注釈は、ザクセンシュピーゲルのような非学識的中世法と学識的ローマ・教会法との間の接触によって成立した。接触過程を通じて、一方または他方の出発点に明確に位置づけられ得ないような、そして独自の法文化の基礎となることになったような、何ものかが成立したのである。これが近世の学識的ザクセン法で、例えば一五七二年のザクセン選挙侯領の諸法典やベネディクト・カルプツォフのようなザクセンの法律家の著作に現れていた。それによって、この研究プロジェクトの枠内で繰り返し着目されてきた四つの点が（それらは一般的な（思考）過程の

支柱として役割を果たすものと思われるが）舞台に登場する。すなわち、

- 一・遭遇 (encounter)
 - 二・混合 (mixture)
 - 三・変化 (change)
 - 四・独自の秩序の成立 (emergence of a unique system)
- である。

今日の法史研究は、ルドヴィキのようにヨハン・フォン・プーフを能なしと形容することはもはやないであろう。ここでもまた見解は変化したのである。以下で私は、いくつかの例を使ってヨハンの法思考を描き出したいと考える。クレオール諸側面はその際繰り返し視野に入ってくるはずである。そこで、私としては、いくつかの区切りに分けて進んでいくこととしたい。すなわち、まず最初に、異なる法が衝突する場合にヨハンが一定のルールに従っているのかどうかという問題を考える（二）。次に、ローマ法が大きな役割を果たした法分野に光を当てる（三）。その後、教会法学者たちの諸観念にとりわけ影響された、ある事項を対象とする（四）。更にザクセンシュピーゲルの諸観念によって規定されたある分野に注目する（五）。引き続き、ヨハンの作品の中世後期の法実務への影響を問題とし（六）、最後に結びの考察（七）の中でいくつかの重要な点をまとめることとしたい。

二 皇帝と抵抗権

ヨハンにとって、すべての世俗法は皇帝から発する。それゆえ私は皇帝から始める。彼の地位についてヨハンは、ア

イケ・フォン・レプゴウとは別の意見であつた。アイケのザクセンシュピーゲルによれば、国王はなるほど最高の裁判官ではあるが、彼が法に反して行動するならば、誰でも彼に対する抵抗権を有する。⁽¹⁰⁾ この見方によれば、国王は法の下にあり、法に拘束されるのである。それに対してヨハン・フォン・ブーフは、国王は過ちを犯さず、すべての法の源泉なのであると見なす。法に拘束されずただ好意から法を守るにすぎないと宣言した、古代の皇帝たちとまったく同様なのだというのである。ヨハンにとって中世の国王たちは、ローマの皇帝たちと同一線上にある。皇帝が、いつでも望む時に「皇帝法」を変更できることは自明なのである。

ヨハンは彼の豊富なアレゴリー表現によって、彼が裁判官に認めるのとまったく同じシンボルを国王に付加している。国王は「氣むずかしいライオン」のようである。彼は不信心者たちを厳しく容赦なく処罰し、一方誠実な者たちを保護する。両方の行為態様は同じ動機、すなわち神への愛を持つ。ユリ型王冠がそのシンボルとなる。ここでヨハンは、宮廷恋愛歌人ヴァルター・フォン・デア・フォーゲルヴァイデのある有名な詩に見られる主題を取り上げている。⁽¹¹⁾ 王冠は、一つの伝説的な宝石、いわゆる「孤児 Waisen」を首の所に付けているというのである。これは神の力による保護のアレゴリーである。もっとも注釈者はこの華麗さをただちに旗によって相対化する。国王は、裁判官がそうであるのと同様、みずからの権力にもとづいてではなく、授けられた権力にもとづいて行動したのである。それ以外に、旗は、裁判官と国王に共通する別のものの象徴でもある。つまり、両者の役割においては、世俗的なものと宗教的なものが結びついているのである。それは神と人への愛の命令を実現することであり、しかしそれと並んで処罰したり戦争を遂行したりすることでもある。この基本的対立は、赤い糸のように注釈を貫いている。この点は、刑法およびその機能と結びついて⁽¹²⁾ (四)、すぐにもう一度見ることとなろう。

ザクセンシュピーゲルには、国王が不法を行うならば、誰でも国王に対して抵抗してよい、とある。⁽¹²⁾ この規定をヨ

ハンは、これは限定された領国の支配者、例えばボヘミア王やデンマーク王についてのみ妥当し、皇帝には妥当しないのだと解説している。⁽¹³⁾つまり彼はザクセンシュピーゲルの規定を限定的に解釈し、そうすることでローマ法の立場に与しているのである。

ヨハンの観念にとって、ローマ法とは、そしてローマ法のザクセンシュピーゲルの法との関係とは、何を意味していたのか。ヨハンの見解によれば、ローマ法は中世世界との接触によって非常に強くその性格を変えたので、何か新しいものになったのである。このことは概念的にも表現されている。ヨハンが、継受された法、すなわち彼の時代に妥当している法のことを言う場合、彼は常に「皇帝法」と呼んでいる。つまり彼の観念では、古代ローマ法はそれが皇帝によって発せられたゆえにのみ、妥当するのである。その際ヨハンは、中世ドイツの皇帝たちを、古代ローマの皇帝たちとともに一つの伝統に属するものと見なしている。帝国の受け渡しtranslationの理論、帝権移転論translatio imperiiによれば、ドイツ人は、決して消滅しない一つの世界帝国をローマ人から受け取ったのであった。これによって、中世の立法はローマ人の法と調和させられ得たのである。一方「ローマ法」と呼ばれているのは、余りに強く古代の特殊性と結びついており、それゆえ中世にはもはや通用していなかったような規定だけである。例えばヨハンは、剣闘士闘技や奴隷に関する諸規定について、それらを「ローマ法」と呼んでいる。したがって「ローマ法」は彼にとって我々の意味での法史なのである。⁽¹⁴⁾名高いドイツの法学者フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーは、一九世紀に、中世におけるローマ法の歴史を著した。彼はローマ法とその諸変化を歴史的に視野に収めている。注目に値するのは、そのような知覚の形が既に五〇〇年前のヨハン・フォン・ブーフにも確認されうることである。その際ザクセンシュピーゲルもまた、皇帝立法についてのヨハンのイメージの中にその位置を得ている。ザクセンシュピーゲルはザクセン人のための特権状態なので、皇帝法と並んで妥当するのである。この特別法は、すべての世俗法がヨハンにとってそうであるのと同様に、皇

帝にさかのぼる。他ならぬカール大帝に、ヨハンはザクセンシュビーゲルを帰している。カールはザクセン人たちに、彼らの大きな功績のゆえに、一般に妥当する皇帝法と並立し彼らだけに妥当するような、特別な諸権限を認めたのだと言っているのである。

ここで、ブーフの注釈とクレオール語の異なる点が一つ確認されうる。すなわち、クレオール語の形成には確定した規則は存在しない⁽¹⁵⁾。出発点となる両方の言語の接触状況という時点においては、結果だけでなく、それに沿って結果が達せられることになる規則もまた完全にオープンである。あるいは別の言い方をすれば、そうした規則はまさに結果の一部であり、結果から分離されないものである。

一方ヨハンは、彼が元のテクストに対して新しい態度をとるに際して、最初から定まった規則にしたがってすすんでいる。彼の原則は、ザクセンシュビーゲルはカール大帝によって発せられたザクセン人のための特別法なのであり、それは皇帝法に優位するのだ、というものである。つまりヨハンにとってザクセンシュビーゲルは、皇帝とは別の權威に由来する個別法（これであれば原則として狭く解釈されるべきところであろうが）ではないのである。個別法は狭く解釈されるべしという条例理論を、一六世紀の学識法曹たちはザクセンシュビーゲルにも適用したが、しかしヨハン・フォン・ブーフはそうしなかったのである。ただし抵抗権の例が示したように、ヨハンの原則がいつも結果を決めるわけではない。彼の原則が適用されるかどうかは、場合によってさまざまである。結果としては、ザクセンシュビーゲルの優位というヨハンの原理は——我々がなおこれから見るように——貫徹しないのである。

三 ローマ法継受の核心としての契約法

次に、ローマ法によって支配された法分野へと話をすすめることにしたい。契約法である。これに関して、注釈は、イギリスの法律家・法史家ヘンリー・サムナー・メイン（一八二二年—一八八八年）によって観察された「身分から契約¹⁸⁾へ」という発展を確認している。ヨハンは出生身分に大きな意義を与えているとはいえず、他方で彼は商業とそれによる社会的流動性が明らかに地歩を占め始めた社会に生きているのである。いずれにせよ、契約法が重要性を獲得し始めた。ここに、ヨハン・フォン・ブーフによるローマ法受容の一つの重点がある。ザクセンシュピーゲルと学識法との間の対立がいかに決定されるべきか、という問いが立てられることは、契約法においては他の法分野と比べてずっと少ない。つまりザクセンシュピーゲルは契約法についてほとんど述べていないのである。アイケ・フォン・レプゴウが目の前にしている世界では、当事者の自由な意思による協定にもとづいた、商品とサービスの交換は、何ら大きな役割を果たしていないからである。あらゆる種類の請求の成立とその法的運命は、重要なテーマではない。独立した契約法は存在していないのである。¹⁹⁾

ヨハン・フォン・ブーフにおいては、これはまったく違っている。債務に関する論述を手がかりにすると、特別な仕方、ヨハンの法思考の中でザクセンシュピーゲルと学識法がいかに互いに融合しあっていたかがわかる。ヨハンがザクセンシュピーゲルを手がかりに発展させた「債務 Schulden」という抽象的概念が、ローマ法が債務 debitum のもとで理解しているものと対応しているのは、おそらく偶然ではない。債務の対象としては、ローマ法がそう規定しているのとまったく同様に、金銭以外のものも考慮に入れられている。ヨハンは初めて、債務という抽象的概念をドイツ語で表現しているのである。

ヨハンが扱っている契約の諸類型はローマ法から取られている。彼は、ローマ法の契約類型のために、ザクセンシュピーゲルには知られていなかったドイツ語の言葉を見つけている（例えば賃約 locatio conductio には medinge、組合

societas には *geselschap* と云った具合である。これらについての彼の論述は、部分的には、ローマ法大全の関連箇所ドイツ語訳に他ならない。ただしその際ヨハンは、アルブレヒト・コルデスの講演⁽²⁰⁾においてリューベックの人々がそのようなしているのと同じく、選択的に振舞っている。例えば、彼の興味を引くのは、債務がいかに成立するか、更にそれ以上に債務からいかに免れるか、という点である。彼は、雇用契約、賃貸借契約、消費貸借契約を扱っているが、その際は教会法上の利息禁止の問題にも説き及んでいる。同様に会社法も彼の興味を引いている。特別に重要な地位を占めているのは、しかし購買取引である。これについての同時代の関心がいかに大きなものであったかは、これらの箇所のいくつか、ブーフの注釈の後の方のテキスト段階で補足されたということから見て取れる。補足は一つには売主の責任の問題について、また他方では注釈に提示された金銭価値についてなされている。この点がアクチュアルなものにされていることからすると、注釈が日常の法実務において役割を果たしていたということが、特に明らかになる。

四 泣き叫ぶ子どもと永遠の劫罰

続いて、教会法によって規定された分野、すなわち刑法に向かうことにしたい。中世初期のいくつかの法テキストとは異なり、ザクセンシュピーゲルは我々の意味での刑法を含んでいる。盗人は絞首されるべし、故殺犯人は斬首されるべし。⁽²²⁾そのような規定はしかし、ザクセンシュピーゲルの中では例外である。基本的には、法違反の結果は被害者との和解によって取り除かれ得るものである。法違反はまた、いかなる場合にも追求され処罰されねばならないというわけでもない。そこには「原告なければ裁判官なし」という原則が妥当しているのである。

この分野におけるヨハンの諸観念は、教会法と神学的諸観念によって強く影響されている。シュテファン・クットナー

は、「教会法的責任理論」を論じている。⁽²³⁾ ここでは犯人が負った個人的な責任が問題となる。神学者たちは「宗教的な罪」と言っている。裁判官の使命は、犯人をこの重荷から解放することである。そう考えれば、ある行為を裁判で追求することもそれを処罰することも、自由裁量では行えないことになる。犯人に刑罰を軽減してやることは、近視眼的に思われる、というわけである。ヨハンは、危険な刃物で遊んでいて、それを取り上げられて泣き叫ぶ子どもの比喩を用いている。子どもに刃物を返すのは単純に過ぎるであらう、自分の体を切ったり、それどころか命を落とす恐れさえあるのだから、と言うのである。⁽²⁴⁾ このことは、この世の刑罰と永遠の劫罰との関係についてのヨハンの評価にとって特徴的である。彼は子どもが泣き叫ぶことと死を対置している。死は魂の運命に対しては意味のないものである。トマス・アクイナスも同様の見方をしている。神が無実の者の処罰を許すとしても、それは慈悲深く公正なのである。それによって正しい者たちはこの世のものへの愛着から浄化され、神の方へとより高く上げられることであらう。⁽²⁵⁾ このような見方から、ヨハン・フォン・ブルーフはそれほど遠く隔たっていない。彼にとって裁判官は神の意志の伝声管であり、そうした意志を実行することは有罪判決を受けた者たちの魂の救いにとって不可避なのである。この意志は立法の中に表現されるが、それらの立法は神に由来するのであり、厳格に遵守されねばならないのである。裁判官は、魂を地獄に犠牲にするためでなく、魂を救うために、処罰しなければならぬのだとされる。こうした考察はヨハンを、結果として今日の刑法の諸原則に驚くほど近づくような、二つの原理へと導く。ヨハンは、犯人はこの世で処罰された行為のためにあの世での生活において再び責任を問われることはない、という立場から出発する。それゆえに、恩恵なしに処罰することは犯人にとって有利なのだ、と言うのである。ヨハンはこの考え方を、死刑判決を受けた人間に聖体拝領と告解が許されるべきかどうか、そしてまた彼は墓地に埋葬されるべきかどうかという問題に彼がとりくんだ際に、教会法に依りつつ発展させている。この問題に対する彼の答えはイエスで、理由は、神は一つの事柄ゆえに二度判決する

ことはないから、というものである。「一事不再理 *ne bis in idem*」の原則は、それによれば、最後の審判においても妥当するのである。

法律への厳密な拘束のもう一つの帰結は、「法律なければ刑罰なし *nulla poena sine lege*」という原則の中世の変種である。裁判官が、神によって創造された者たちを、別なようにでなく神の法律にしたがって処罰しなければならぬとすれば、それと平行して、裁判官は犯人を法律の基礎なしに処罰してはならない、ということになる。⁽²⁶⁾「疑わしきは被告人の利益に *in dubio pro reo*」の中世の変種もまた、ヨハンの著述に存在する。謀殺がよりいまわしいものであった場合に、刑罰もまたより重いものであるべきかどうかについて、学者たちの意見が一致しなかった時に、皇帝が、裁判官は疑わしいケースではより軽い刑罰を規定した規範を採用するべきであると決定したのだ、⁽²⁷⁾というのである。

ヨハンはしたがって、個別の責任に対する償いという彼にとって中心的な点が問題となる場合にも、当事者支配の原則によって規定された中世的刑事手続から距離を取っている。ザクセンシュピールには、人は何びとに対しても訴えを起こすよう強制するべきではない、とある。ヨハンはこの箇所を、「人」という語を中心に置くことによって解説している。実際、裁判官は、訴えるかどうか法によってその者の自由に任されているならば、何びとに対しても訴えるように強制できないのだ、と言うのである。しかしこれは必ずそうだというわけではない、なぜなら法はその者に訴えるよう強制することもできるから。しかしその場合、強制しているのは法であって、裁判官がそうするのではない、とヨハンは論じている。⁽²⁸⁾このことは我々を、裁判官の法律への拘束というテーマに導くが、このテーマは私の講演の次のポイントで前面に出てくるものである。

五 人間の値段

ザクセンシュビーゲルが学識法と根本的に異なっている、もう一つの法分野に目を向けてみよう。それは人命金と贖罪金のカタログである。この表現で何が理解されるべきなのであろうか。それぞれの身分の人間についてザクセンシュビーゲルは、その者が殺されたり傷つけられたりした場合に支払われ得た一定の金額を規定している。⁽²⁹⁾ 人命金 *Wergeld* は古高ドイツ語の *war* (「男」) から来ており、したがって文字どおりには「男金」を意味し、⁽³⁰⁾ 人間一人の生命と同じ価値の金額を表す。社会的身分に応じて、この金額は非常に異なったものになり得た。これらの金額の背景は、傷害や殺人の場合に体面を失うことなしにどれほど多くのものが受け取られ得るかという提案を、法が提示したということであった。もう一つの選択肢としては血讐がありえたであろうが、それは再び血讐を呼び起こし、そうして暴力の永久の循環をもたらしたことであろう。既に中世初期の法テキストに規定されていた人命金額は、まさにこれを防止する方法であった。

⁽³¹⁾ しかしそのようなものは、学識法によれば存在しない。ローマ法によれば、すべて奴隷は当然にその価格を持っているが、自由人の身体はそうではない。⁽³²⁾ 学識法にとってなじみのないこの観念について、ヨハンはどう言っているだろうか。人命金を定めるということは、感謝とともに認識されねばならないような大きな恩恵なのである、と彼は言っている。二つの点でそうだということである。第一に彼は、ザクセンシュビーゲルは(彼にとってはまさにザクセン人のための皇帝の特権状であるわけだから)あらゆる点でローマ法と一致する必要はないのだと強調する。第二に彼は、皇帝は人命金によってザクセン人を喜ばせようとしたのだ、と言っている。⁽³³⁾ つまり人命金規定を定めることは、裁判官の決定の裁量を制限するものなのだ、ということである。

人命金支払いの本来の機能、フェーデと自力救済の限定は、ヨハン・フォン・ブーフにとって何の役割も果たしていない。彼はザクセン法をローマ法と対置することによって、全体をまったく別の連関へ投影しているのである。ローマ

法によれば、傷害や侮辱の場合に裁判官は彼の裁量で贖罪金を認定する権限を持つのだ、とヨハンは論じる。それに対応する規定からザクセン人は、そうしたケースについて決まった額を定める彼らの特権によって、除外されているのだ、と言われる。このことは、裁判官の法律への厳格な拘束と、それによる裁判官の恣意からの保護を意味する。これはヨハンにとって非常に重要なのである。ポンペイウスについてのある話との関連でも、このことが感じ取られる。ポンペイウスはローマの皇帝法をすべて収集しようと試みたが、強力なローマの裁判官たちへの恐れから、この計画を中止せざるをえなかったのだ、というのである。³⁴ ユリウス・カエサル³⁴の有名な対抗者についてのこの話によって、いかにヨハンが古代ローマにおける出来事およびその法とみずからを同一線上に置いて見ているかが、改めて明らかになる。

六 注釈から見た学識法の知覚

注釈の実際的影響と意義をありありと思ひ浮かべるために、マクデブルクの参審人たちのもとへのある問い合わせに言及したいと思う。この機関は、当時東部ドイツ地域で非常に重要であつたマクデブルク市の法通曉者からなる委員会である。これらの法通曉者たちは数多くの他の都市の上級裁判所になつていた。しかしその名声と大きな権威ゆえに、マクデブルクの参審人たちは、彼らがその事柄について司法権をまったく持たないような場合にも、何度も問い合わせを受けた。当事者たちが、マクデブルクの判決を受け入れることで一致したのである。ここで見るケースでもそうであつた。

さて実際これはクレオール的なもので、その際言語学上の意味含意を法学的なそれへと移すことができる。今日のザクセン州ライプツィヒ市の近くにあるヴルツェン市の裁判所が、一五世紀末に問い合わせを行った。殺人の場合の刑事

訴追について、訴追を行うかどうかの裁量を裁判所が有するか、という問題である。ここではローマ法にさかのぼって考えられている。ヨハンの叙述によれば、ローマ法には、犯人が現行犯として見つかった場合は、原告の有無にかかわらず、裁判官は犯行について刑事法廷を開かねばならないとあるのだというのである。

ここで問題になっているローマ法の箇所を目を転じてみよう。

「すべての連行された被告に関して、原告が現れるか公共の福祉への配慮が被告を連行したのかにかかわらず、ただちに審理が開始されるべきである。有責な者が処罰され、無実の者が無罪判決されるように」⁽³⁵⁾

この法文はまったく別の問題を扱っている。ある犯行をとがめられ拘禁されている人間に対して、いかに手続を進めるかという問題である。そのような場合、逮捕された者は必要以上に長く拘留されるべきでなく、ただちに審理が開始されるべきであるというのである。つまり、我々が今日なら「未決勾留」の概念と結びつけるであろうようなことが問題なのである。もう少し先の箇所では、拘留中の適切な取り扱いについても語られている。それゆえこれは、適法に有罪立証を（まだ）されていない被拘留者を保護するための規定なのである。犯人が現行犯で捕まったならば、裁判官はいかなる場合も刑事法廷を開かなければならないのだ、というヨハンの言明は、全く別の方向を目指している。ヨハンの注釈は、グルツェンの証書におけるローマ法の内容の知覚に対して、どの程度影響を及ぼしたのであろうか。証書中の一節をブーアの注釈の対応する箇所と対置してみると、このことが明らかになる。

証書：

「いかなる時効も慣習もないので、書かれた法には、現行犯で捕えられた謀殺者は、原告がいなくても、裁判官の配慮によつて死刑に処されるべきである、とある。ザクセンシュピール・ラント法一の六六の注釈にあるように……」⁽³⁶⁾

ブーフの注釈・

「勅法集9.4.1.Pr.にあるように。すなわち、皇帝法は以下のように定める。どのような理由で現行犯人が捕えられたのであれ、そして原告がいよいよといまいと、犯人は裁判官の管轄に引き渡され、裁判官は訴えがなくなるとも、有罪判決を下すべきである…」⁽³⁷⁾

唯一の結びつきは、ローマ法が一種の公訴の可能性から出発しているという点にある。原告が現れようが、公共の福祉のための配慮が被告を引き出すことにきつかけを与えようが、どちらでもよいのだ、というのである。唯一この点だけがヨハンにとって重要なのであり、彼はこの箇所をこの一つの言明に縮減しているのである。未決勾留の問題はヨハン・フォン・ブーフの興味を引いていない。殺害ゆえに有罪判決された男が、身体刑から身請けできるかどうかだけが、問題なのである。他の問題でなくこの問題を、ヨハンはローマ法大全に持ち込んでいるのである。

ローマ法の継受はそれゆえここではラテン語の史料を通じて直接ではなく、ヨハンの俗語訳を通じて間接的に起きたわけである。そしてこの点で、マクデブルクの参審人への前述の問い合わせは特殊な事例ではない。ほぼ同じ頃、シュレージェンの参審人カスパー・ポップラウはザクセンシュピーゲルに関する彼の著作の中で、彼は大学で勉強したことがなく、ラテン語の法記録を理解できないのだと述べている。しかし彼は、ローマ法と教会法の注釈の付いたドイツ語のザクセンシュピーゲルを読んだというのである。⁽³⁸⁾つまりカスパー・ポップラウは、学識法の知識を手に入れそれによって彼の判決を準備するために、注釈の助けを借りたわけである。このような状態は近世遅くに至るまでほとんど変化しなかったようである。判決人や裁判官のような裁判に携わった人々は、しばしば非学識者で、難しいケースでは学識法曹の助言を求めなければならなかった。例えば一五三三年のカール五世刑事裁判令はそうに予定している。⁽³⁹⁾二〇〇九年四月一日から、ゲッティンゲン大学の学際的なドイツ学術振興会教育研究プログラム「一二世紀から一六世

紀の専門家文化」が、この種の諸問題に取り組むことになっている。

それゆえ一五世紀末にザクセン法の通用地域で、ローマ法の知識を必要としたがラテン語が出来なかった者は、ブーフの注釈を使う以外の選択肢をほとんど持たなかったのである。とりわけこのことが注釈をあれほど重要なものとしたのである。すなわち、我々の事例では、証書中に引用されているローマ法からの箇所になんと書いてあるかはまったく問題ではない。ただヨハン・フォン・ブーフがそこから何を作っているかだけが、重要なのである。なぜならそれだけが理解され知覚されるのであるから。効果を發揮しているのはクレオールであつて、オリジナルではないのである。

七 まとめの考察

ブーフの注釈は、我々が今日コンメンタールと呼んでいるものをはるかに越える機能を持っている。ヨハンは、個性的なやり方で法思考を改変し、学識法の重要な章句をザクセンシュピーゲルの法の中へ持ち込んだ。神学的な諸側面と教会法の諸規定がその際大きな役割を果たしている。刑法では、自由に処分できない神の正義の諸要求が満たされねばならず、このことが、平和を再建し当事者の間に妥協を見出すというより古い観念を、背景に退かせる。個人的な責任——教会法学者の言う「宗教的な罪」——がそれに対して重要性を増す。その際時として、近代刑法と刑事訴訟法の諸原則が、ただしまったく別の立場から發展して、現れている。私法の点でも、ヨハンは「債務」という抽象的な概念を發展させている。このことは、より大きな社会的流動性をもたらす、商業と貨幣経済の強化の印である。臣民と法によるコントロールの外に立つ全能の君主という彼の観念は、ローマ法と強く結びついている。

ヨハンは裁判官の法律への厳格な拘束を求めている。これは彼にとって中心的な点であり、彼の著作中の多くの事柄

と同様、神学的背景のもとに現れる。トマス・アクィナスは神の意志を一つのより高次の法律と結びつけ、神自身が法律なのだと言っている。⁽⁴⁰⁾ このことはザクセンシュピーゲルの有名な表現「神はみずから法である」⁽⁴¹⁾を思い起こさせる。

ただトマスにおいては、法でなく法律が語られている。ヨハン・フォン・ブーフの理解もそれと同じである。自然法的諸觀念によつて規定された、ザクセンシュピーゲルの開かれた法概念は、両法に通じた法律家の理解に道を譲つたのである。正義は神からのみ到来しうるのだという点で、彼はザクセンシュピーゲルと一致している。しかしヨハンはそこからまったく別の諸帰結を引き出す。人間によつて定められた法は神の正義への違反の故に正されねばならないということがありうるのだという考えは、注釈の中には現れない。⁽⁴²⁾ 裁判ではほとんど眞実は探知されえない、とヨハンは考えている。正義と法もまたしばしば互いに矛盾するかもしれない。⁽⁴³⁾ すべての参加者にとつての逃げ道は、書かれた法に

厳密に従うことである。裁判官はそうすれば責任を負わないので、裁判官にとつて。また、法廷に立つ者たちはそれによつて裁判官の恣意から保護されるので、彼らにとつても。クレオール化の結果は、文書への強い要請である。法律の文字が事態を支配するのである。その法律はローマ法であり得るが、ザクセンシュピーゲルでもあり得る。

これはアイケ・フォン・レプゴウにはなじみのないことだったであらう。彼の人命金は拘束力のない提案として考えられていて、裁判官に対する制約でなかったことは確実である。そもそもザクセンシュピーゲル全体が基本的に拘束力のないものとして考えられていたのである。いくつかの事柄が彼の「愚かな感覚」からのがれたということは大いにありうると、アイケは書いている。他の賢い人々が彼よりものをよく知っているということも考えられる、とも。それからそれに従うべきである、と彼は書いている。⁽⁴⁴⁾ それに対してヨハン・フォン・ブーフは、書かれた法の拘束性にまったく別の重みを置く。この拘束性が彼にとつては、ザクセンシュピーゲルの人命金のような、⁽⁴⁵⁾学識法にとつてあれほどなじみのない觀念を、「どれほど感謝しても足りないほど大きな恩恵」と表現する理由なのである。

このような觀念が、ヨハン・フォン・ブーフが目の前にしていた法秩序を規定している。このような觀念は學識法に属するもので、ザクセンシュピーゲルに属するものではない。ヨハンによつて要求された、ザクセンシュピーゲルの優位は、彼による新たな編成の原理にはなっていない。結果として、ここでは學識法が支配しているのである。彼の諸原理をヨハンはボローニヤでの勉學の際に内面化していたのであり、そうした彼の秩序の中へ彼はザクセンシュピーゲルをはめ込んだのである。これはまさに彼の企図にも対応していたのであった。このことはクレオール語のモデルとも対立しない。言語のクレオールにおいても、やはりどれか一つの言語が支配的な言語となるのである。⁽⁴⁶⁾

既に一度、この講演で私は、フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーに言及した。最後にもう一度彼に説き及ぶたいと思う。すなわちサヴィニーと、その五〇〇年前に生きたヨハン・フォン・ブーフとの間には、もう一つ共通点が見られる。両者とも、中心的な箇所で植物のシンボルを用いているのである。サヴィニーは書いている…「法学の努力は」そうではなくて、あらゆる所与の素材をその根源まで追跡し、その有機的原理を発見することに向かう。それを通じて、なお生命あるものが、既に死に絶えてしまつて歴史に属するのみであるものから、おのずから分離されねばならないのである。⁽⁴⁷⁾ヨハンにおいても同様に法は植物として現れる。⁽⁴⁸⁾アイケ・フォン・レプゴウがそれを植え、神がそれを成長させ、ヨハン自身は「水をやる者」だと言うのである。サヴィニーにおいては、民族精神が神の代わりに登場した。しかしサヴィニーにとつてと同様ヨハンにとつても、この不可思議な成長過程は、現行法の重要な全体叙述に着手する契機なのである。そして両方のケースとも、一方でみずからの同時代的諸構想、他方でローマのそれが合流したのであった。

そしてこの二つのクレオールは非常に成功した。サヴィニーの『現代ローマ法大系』⁽⁴⁹⁾も、ヨハンの注釈も。一四七四年のザクセンシュピーゲルの最初の印刷本から一六一四年まで、注釈を含まない版は一つもないのである。

- (1) 一九三二年七月九日のライヒ裁判所の判決 (VI 205/32)°。RGZ (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, hg. Von den Mitgliedern des Gerichtshofes) 137, S. 324ff.
- (2) 刊本は「Frank-Michael Kaufmann (Hg.), Glossen zum Sachsenspiegel—Landrecht. I Buch'sche Glosse. Teil 1 (MGH Fontes Iuris Germanici Antiqui. Nova Series 7), 3 Bände, Hannover 2002. (以下ではBGと略す)°」
- (3) ブーフの注釈付きのザクセンシュピーゲル写本はたいていの場合——注釈されるべきテキストがページの中央にあつて、それが注釈によって取り巻かれている、学識法への注釈の写本とは違つて——二列になっている。まず最初に、しばしば少し大きめの字で、ザクセンシュピーゲルの条文テキストが書かれ、次に同じ列の中で、関連したブロックとして、それぞれの条文に属するすべての注釈が続く。注釈はしばしば「注釈 glossa」や「注釈をしつかりと読め—De glosen les mit vilte」といった赤字で記された注記によって始められている。付録にさうした注釈写本からの一葉が印刷されてゐる(図一)°。(Rigsarkivet København, Aftagne fragmenter 1086a, フレッシュブルグは、Bernd Kannowski / Frank-Michael Kaufmann: De glosen les mit vilte. Über neu aufgefunden Rechtsbücherfragmente aus Kopenhagen, ZRG GA 124 (2007), S. 82-119 参照)°
- (4) 付録の史料抜粋を参照。
- (5) BG (注2), Glossenprolog, S. 103 (Vers 207).
- (6) 広く使われてゐる辞書であるDuden. Rechtschreibung der deutschen Sprache (Duden 1), ²¹Mannheim-Leipzig-Wien-Zürich 1996 は「Kireol」として見出し語のみを、ただし言語学の専門用語における一つの(私の考えからすると不正確に再現された)意味だけを示すにすぎない(「かいつの」フランス領カリブ海諸島で話されている「フランス語を基礎とした混合言語」)°。
- (7) Derek Bickerton, Roots of Language, Ann Arbor 1981, S. 2.
- (8) フの点にのびる詳細は、以下に入れた言及を、Frank Ludwig Schäfer, Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht Juristische Abhandlungen 51), Frankfurt am Main 2008, S. 576ff. u. ö.
- (9) Jacob Friedrich Ludovici: Sachsen=Spiegel oder das Sächsische Landrecht Das Sächsische Lehn=Recht Das Sächsische Weichbild, Halle, Waysenhaus, 1720/21, S. 23, XXIX.

- (10) ヌレスナン絵入り写本中の挿絵 (Sächsische Landesbibliothek-Staats und Universitätsbibliothek Dresden, Mscr. Dresd. M 32, fol. 52r) のいちばん上の絵 (付録の図2に印刷されている) を示されている。手に剣を持った臣民が国王の頭から王冠を奪っている。
- (11) Walther von der Vogelweide, *Sämtliche Lieder*, hg. von Friedrich Maurer, München⁵ 1993, Lied 13 (Der erste Philippston), Zeile 10-12.
- (12) Ssp. Ldr. III 78 § 2: Die man mut ok wol sime koninge unde sime richtere unrechtes wederstan, unde san helpen weren to aller wis, al sie he sin mach oder sin herre, unde ne dut dar an weder sime trüwe nicht. 久保正幡・石川武・直居淳訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』(一九七七年 創文社) 三三四頁「下臣はまた彼の国王および彼の裁判官に対し、たとひ彼(国王または裁判官)が彼の親族または彼の主君であつても、不法行為になつて反抗(unrechtes wederstan)するやとがふも、しかも(不法行為を)あらゆる仕方であつて防ぐ(weren)のを助ける」(unrechtes wederstan)するやと誠(信義)に反して行動するやにはならぬ。」
- (13) BG(注5), S. 1459 f.
- (14) Bernd Kannowski, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelsrechts durch die Buch'sche Glosse* (MGH Schriften 56), Hannover 2007, S. 197ff.
- (15) Johannes Kramer, *Die iberoromanische Kreolsprache Papiamentu. Eine romanistische Darstellung* (Romanistik in Geschichte und Gegenwart. Beiheft 11), Hamburg 2004, S. 69ff. Bickerton, *Roots* (注6), S. 2.
- (16) ヲレヒゴストツグ Reiner Schulze, *Statutarrecht*, HRG IV (1990), Sp. 1922-1926.
- (17) Karl Kroeschell, *Albrecht Cordes, Karin Nehlsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte 2* (1250-1650), Köln-Weimar-Wien⁹ 2008, *Quelle 72*: Aus den Materialien zu den kursächsischen Constitutionen (1571), S. 256.
- (18) Sir Henry Sumner Maine, *Ancient Law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London¹ 1861, 第5章。
- (19) Kannowski, *Buch'sche Glosse* (注14), S. 412ff.
- (20) 本号前掲のアルブレヒト・コルデス(田口正樹訳)「リニューベックにおける皇帝法——理論的拒絶と実践的継受」。

- (21) Kannowski, Buch'sche Glosse (注14), S. 452f.
- (22) Ssp. Ldr. II 13 § 1 ... Den dief sal man hengen ... § 5. Die den man slat ...; den sal man dat hovef aslan. 久保・石川・直居訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』(注12) 一五二頁「窃盗犯人は、これを絞首すべきである」一五三頁「人を打ち殺し…た者は、その首を刎ねられるべきである」。
- (23) Stephan Kuttner, Kanonistische Schuldlehre von Graian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch aufgrund der handschriftlichen Quellen dargestellt (Studi e Tesi 64), Città del Vaticano 1935, ND 1961.
- (24) Kannowski, Buch'sche Glosse (注14), S. 398f.
- (25) Summa Theologiae I q. 21 art. 4: Utrum in omnibus operibus Dei sit misericordia et iustitia.
- (26) Kannowski, Buch'sche Glosse (注14), S. 361f.
- (27) Kannowski, Buch'sche Glosse (注14), S. 552.
- (28) Kannowski, Buch'sche Glosse (注14), S. 374.
- (29) Ssp. Ldr. III 45. 久保・石川・直居訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』(注12) 二八五―二九一頁。
- (30) ヴォルフエンベリッテル絵入り写本からのある挿絵 (Herzog August Bibliothek Wolfenbüttel, Cod. Guelf. 3.1 Aug. 2°, fol. 48r, 付録図3) で示されている。そこでは異なる身分の人間たちについて、異なる金額が積まれている。一部は現物 (例えば一定の量の穀物) のみの場合やいわゆる「嘲笑贖罪金」(雇われ戦士について陽光の中での楯のきらめき、あるいは遊芸者について男の影) の場合もある。
- (31) Dig. 9.2.2.pr.: Lege Aquilia capite primo cavetur: "ut qui servum servanve alienum alienanve quadrupedum vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto"; et infra deinde cavetur, ut adversus infiantem in duplum actio esset.
- (32) Dig. 9.2.1.3.pr.: (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum) Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur, fugitivi autem dominus habet; Accursius, Glosse "Gloriae causae" zu Dig. 9.2.7.4.
- (33) 付録の史料抜粋を参照。

- (34) BG (注 2), S. 1213.
- (35) Cod. 9.4.1. pr.: In quacunque causa reo exhibitio, sive accusator existat sive eum publicae sollicitudinis cura produxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur.
- (36) Sächsisches Staatsarchiv-Hauptstaatsarchiv Dresden, 10001 Ältere Urkunden, Nr. 7796, (付録の図 4) 印刷された手紙
- (37) Bernd Kannowski, The Sachsenspiegel and its gloss in context of European legal history as exemplified by criminal procedure, in: Helle Vogt-Mira Múnster-Swendsen (Hg.), Law and learning in the Middle Ages (Proceedings of the Second Carlsberg Academy Conference on Medieval Legal History 2005), Kopenhagen 2006, S. 193-206, hier S. 196. 以下 37.
- (38) BG (注 2), S. 472.
- (39) Ernst Theodor Gaupp, Das Schlesische Landrecht oder eigentlich Landrecht des Fürstenthums Breslau von 1356 an sich und in seinen Verhältnisse zum Sachsenspiegel dargestellt, Leipzig 1828, S. 211 f.
- (40) Art. 105 CCC. 参照: 25 年 5 月版 1975. Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), hrsg. u. erl. von Gustav Radbruch, Stuttgart 1975.
- (41) Thomas von Aquin, Summa theologiae, I q. 21 (de iustitia et misericordia Dei) art. 1 (utrum in Deo sit iustitia), ad secundum.
- (42) Got is selve recht. Dar umme is eme recht lief (Prologus), 久保・石川・直居訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』(注 12) 115 頁。
- (43) Kamowski, Buch'sche Glosse (注 1), S. 221ff.
- (44) BG (注 2), S. 780.
- (45) Reimvorrede, Vers 141ff. 久保・石川・直居訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』(注 12) 一四頁。
- (46) 付録の史料抜粋を参照。
- (47) Bickerton, Roots (注 7), S. 2
- (48) Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechts-wissenschaft, Heidelberg 31840 (zuerst 1814), S. 117f.

- (48) BG (注2), S. 235, ㄐㄌㄇㄣㄣㄣㄣ Kamowski, Buch'sche Glosse (注14), S. 541ff.
(49) Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 8 Bände, Berlin 1840-1849.

付録

史料抜粹：ザクセンシュビエル・ラント法Ⅲ45§1と注釈

(Sachsenspiegel Landrecht Ⅲ 45 § 1 mit Glosse, BG (注2) S. 1223, 1225-1230)

テキスト

さて聞くがよい、あらゆる人々の人命金と贖罪金を。諸侯、フライヘレン、参審自由人は、贖罪金および人命金において同等である。ただし人は諸侯およびフライヘレンには金で支払うことによって敬意を表し、彼らに贖罪金として金一二プフェニヒを支払うが、金一プフェニヒは銀三プフェニヒと同じ重さでなければならない。…参審自由人には人は贖罪金として完全な重さのプフェニヒで三〇シリングを支払う。その場合二〇シリングは一マルクの重さでなければならない。彼らの人命金は十八ポンドである。

注釈

さて聞くがよい。この前の所で、高貴な人アイケ殿は、ある男が刑事事件で法違反として有罪立証される場合、彼はいくら贖罪金を払わねばならないかを、ラテン語からドイツ語に訳した。…さて今やアイケは、民事事件で法違反として有責を立証される者が行わねばならない補償を論じようとしている。

そしてアイケは、高貴な皇帝たちが親愛なるザクセン人たちにここで与えた大きな恩恵を、汝が感謝とともに聞くよう欲している。

なぜなら皇帝法によれば裁判官たちは、彼らの名声に應じて彼らが額を決定できるような贖罪金支払いのある男に命じる判決を下す権力を持つからである。諸侯は最高で金五〇ポンドの有責判決を下し得た。州の裁判官は最高で金六ポンドの有責判決を下し得た。下級裁判官は金三ポンドの有責判決を下し得た。…また他人を辱めた者は、裁判官が評価額を引き下げなかつ

た場合は、被害者の決定にしたがって補償しなければならなかった。∴ザクセン人たちの場合、これは彼らの特権状によって廃止されている。そして前の所で、ある者が他人に法違反を行う場合、被害者にそのつどどれだけの贖罪金を支払わねばならないか、それぞれの動物やそれぞれの鳥のためにどれだけの賠償をしなければならないか、ということが言われている。すべての法違反は四とおりの仕方で生じるということを知れ。

第一に法違反は、あらかじめ考慮された悪意とともに生じる。謀殺、窃盜、強姦、強盜、婚姻破壊、暴行などである。これらの行為を原因として、刑事の訴えが起こされる。これらは死をもつて償われる。∴

法違反の第二の種類は不注意から、故意や悪意なしに生じる。例えば、精神病者や子どもが誰かを殺す場合、鳥をねらったにもかかわらず人間を射殺した場合、などである。この場合の贖罪金は人命金である。∴

第三に、それを理由としては民事の訴訟しか起こせないような法違反が生じる。例えば誰かが他人を故意に悪い言葉で形容した場合、他人についてウソを語った場合、他人を辱めた場合、他人を軽く打った場合、物を横領した場合、他人を通じて負った債務を支払わない場合、証人による証明を行わなかった場合、保証義務を履行しなかった場合などである。これらすべては、規定された贖罪金で償われなければならない。∴

第四に、意図なしに生じる法違反がある。例えば誰かが冗談で他人をウソツキと呼んだり、その他の悪しき言葉で表現した場合がある。冗談でしただとその者が適法に証明すれば、贖罪金は払われない。∴

法のクレオールとしてのブーフの注釈？

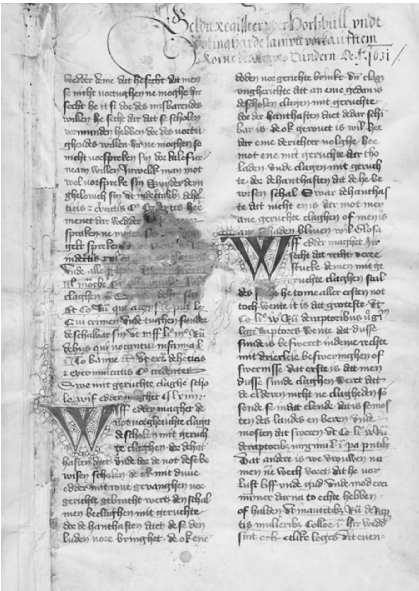


図 1 : Rigsarkivetet Kopenhagen, Aftagne fragmenter 1086a



図 2 : Sächsische Landesbibliothek -Staats und Universitätsbibliothek Dresden, Mscr. Dresd. M 32, fol. 52r, oberstes Bild

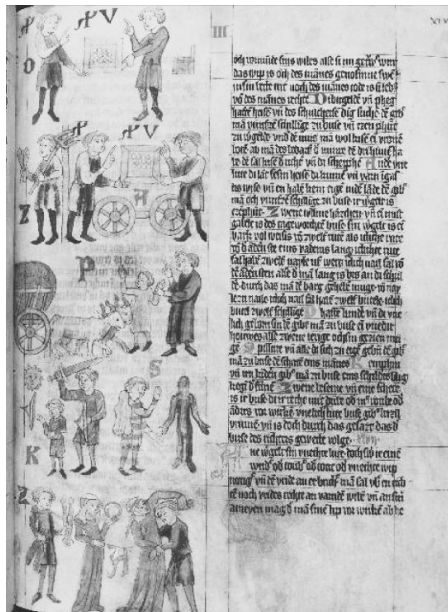


図 3 : Wolfenbütteler Bilder-handschrift, Herzog August Bibliothek
Wolfenbüttel, Cod. Guelf. 3.1 Aug. 2°, fol. 48r

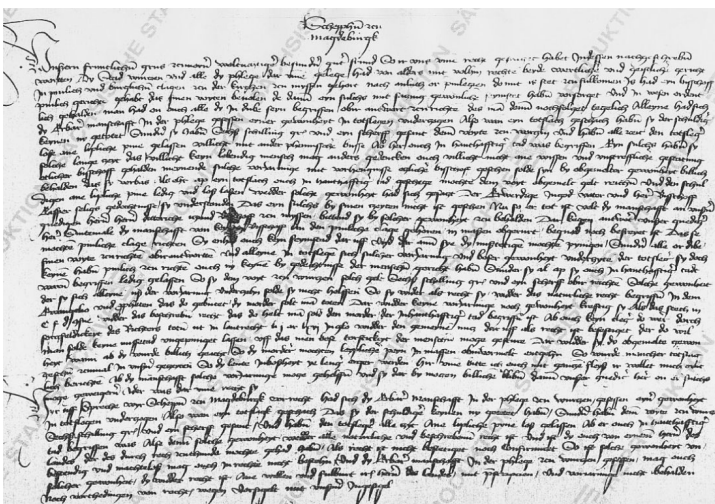


図 4 : Sächsisches Staatsarchiv · Hauptstaatsarchiv Dresden, 10001,
Ältere Urkunden, Nr. 7796

(訳者後記)

本稿は、コルデス教授の論考と同じく、二〇〇九年三月二四日に札幌で開かれた研究会における講演にもとづくものである。

著者のベルント・カノフスキ氏は、フランクフルト大学法学部でゲアハルト・デイルヒヤーのもとに学び、現在はフライブルク大学法学部教授である。単著としては、学位論文である、

–Bürgerkämpfe und Friedebriefe. Rechtliche Streibegung in spätmittelalterlichen Städten (Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte 19), Köln u.a. 2001

および教授資格取得論文である、

–Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts durch die Buchsche Glosse (MGH Schriften 56), Hannover 2007

が公刊されており、編著としては、

–Rechtsbegriffe im Mittelalter (Rechtshistorische Reihe 262), Frankfurt a.M. u.a. 2002 (Albrecht Cordes と共編)がある。

カノフスキ教授の専門分野は中世ドイツ法史、中でも都市法史とザクセンシュピーゲル研究であるが、特にヨハン・フォン・ブーフのザクセンシュピーゲル注釈に関する著書は、この極めて大きな影響力を持った法史料に、近年の法史研究の水準で徹底した検討を加えたもので、今後スタンダードな文献になるものと思われる。その他、中世法史に関して幅広く論文を発表しているだけでなく、実定法関係の論考も多い(教授は一時弁護士として活動していたこともある)。

本稿は、ブーフの注釈を素材に、そこに見られる学識法への応接を、ザクセンシュピーゲル本体と対比しつつ論じるもので、やはり《法のクレオール》を考えるうえで興味深い点を数多く含むと同時に、ブーフの注釈についてもその基本的イメージを具体例とともに伝えるものとして、意義のある論考であろう。

カノフスキ教授は今回初めての来日であったが、やはり講演と長時間の質疑に加えて、前日の研究会にも出ていただいた。また今回の掲載にあたって、講演原稿の補足と、講演の際の図版資料から付録図版の選択を行っていただいた。厚く御礼申し上げます。

シンポジウム

奥田民法学と信仰

目次

奥田民法学の特質
民法と宗教・学者的良心
——奥田民法学の五十余年——
質疑討論

吉田邦彦

奥田昌道
奥田昌道ほか

奥田民法学の特質

吉 田 邦 彦

一．はじめに

本日は北大民法理論研究会及び北大法学会、北大高等法政センターの共催ということで、京都大学名誉教授の奥田昌道先生をお招きしてお話をいただくことにさせていただきました。少し私のほうから、先生のご紹介及びこの研究会の経緯について、簡単にお話しさせていただきます。民法理論研究会でも数年くらい前から著名な研究者をお呼びして、私ども後進研究者の「民法学の羅針盤」というお話を頂く企画をしております。奥田先生はその数人目ということになります。

二．奥田先生の経歴

奥田先生のご紹介でありますけれども、昭和七（一九三二）年に東京にお生まれになりまして、同二六（一九五二）

年に、大阪の八尾高校を卒業されて、同三〇（一九五五）年三月に京都大学法学部をご卒業後直ちに法学部助手になられて、その後京都大学の法学部助教・教授ということで、平成八（一九九六）年に京都大学をお辞めになりました。この間に、昭和三六（一九六一）年から同三九（一九六四）年までケルン大学で、また、同五三（一九七八）年から翌五四（一九七九）年までは、フライブルク大学で、在外研究をなさっています。

京大退官後は、鈴鹿国際大学（三重県にあります）の国際関係学部赴任されて、その後平成一一（一九九九）年四月から同二四（二〇〇二）年九月まで最高裁判事を務められて、さらに同年一〇月から同志社大学の法学部、平成一六（二〇〇四）年四月から同大学法科大学院（大学院司法研究科）に勤められて現在に至っているという次第で、改めてご紹介するまでもないと思います。

それから先生の業績につきましては、奥田先生の還暦記念論文集として一九九三年に成文堂から『民事法理論の諸問題』というものが出ておりまして、そこにも収められておりますし、京都大学ご退官の時に法学論叢の一三八巻四・五・六合併号（一九九六年）でも記されているところでございます。

三、奥田民法学の特質

（二）（明晰かつ平明）それでは、僭越ですけれども、これまで私が受け止めております先生のご研究から受ける印象を交えつつ、奥田民法学の特質を、ごく簡単にお話しさせていただきます。第一は、昨晚も先生に申し上げたのですけれども、先生の文章は明晰で平明さという点で、おそらく京都大学の民法の先生方の中では群を抜いているのではないかというように私は受け止めております。たとえば先生の『債権総論』の教科書、これは最初筑摩書房から、上、そ

それから何年か後に下というのが出まして（各々刊行年は、一九八二年、一九八七年）、それが合わされて悠々社（増補版、一九九二年）というところから、今持ってきておりますものとして、出ておりまして、そういう教科書などに如実に出ていてのではないかと思います。そのことを、先生に昨晩申し上げましたら、「自分はわかったこと、納得したことしか書かない主義にしている」と、仰いましたが、これは言われてみれば当たり前のことなのですけれど、なかなかそれができないことかなあと思うわけがあります。

（二）（基礎概念を詰める）そして第二は、先生は於保不二雄先生の門下生ということで、於保民法学の影響を受けてられて、民法学の基本的問題、基本的概念を突き詰めるというのが先生の学風の基調をなしているのではないか、と思うのです。今風にはプラグマティックに実際問題をどんどん手掛けるというのが流行するのかもしれないけれども、先生の場合は意識してなのでしょう、そうではありません。

例えば最初に手掛けられたテーマは、Anspruch（請求権）概念の歴史的位置づけでございました。処女作は、法学論叢の六三巻三号、「ヴァイントシャイトの『アクチオ論』について」というものでありまして、アクチオのローマ法の体系から、その後、実体法と訴訟法というのが分化していく、その中で請求権 Anspruch の概念がどういう意味をもったのか、特に Windscheid における業績でどういう意味をもったのかという地味なテーマでした。人によってはなぜこういうことをやるのかと思われる人もいるかもしれないですけども、私は研究室に入って、法学論叢のこの論文を読んで、——かなり精神の緊張を要するのですけれども、しかし一生懸命ぶつかっていつて勉強して、——「目から鱗が落ちた」と言うか、深い感銘を受けたことを覚えております（後になってみれば、「コロンプスの卵」なのかも知れませんが、それまでは請求権概念は、混沌として、なぜこんな概念を使うのかがよくわからなかったものですから……）。それに始まる業績は先生の論文集の創文社から出ております『請求概念の生成と展開』（一九七九年）というもののに収

められております。

その延長線上で *Anspruchskonkurrenz* という請求権競合の問題、民事訴訟法では訴訟物と請求権との関係という、一時期かなりトピックとなったものでありますけれども、それを民法の側から突き詰めるということで、この領域では、四宮（和夫）先生と共に代表的な論客だということで知られることは周知の通りであります。そこで、不法行為法責任と契約責任との交錯ということも進めておられるということでもあります。

それから於保先生の代表作は『財産管理権論序説』（有信堂、一九五四年）という名著があるわけですが、その分野では『京都大学法学部創立百周年記念論文集第三卷民事法』（有斐閣、一九九九年）の中に収められております。代理、授権、法律行為に関する断想」というような論文もあります。授権というのはドイツ語で *Ermächtigung* ですが、れども、今の民法総則の教科書では、例えば、四宮先生と能見（善久）教授の合作の『民法総則』（第五版（弘文堂、一九九九年）から）では、ちょっと最近驚いたんですけれども授権に関する説明が切り落とされてしまっているんですね。四宮先生のころ（初版一九七二年から、第四版一九八六年）はちゃんと書いてあったのですが。ですから今の法学部生は、もしかしたら、「授権」という概念を知らないのかもしれないかもしれませんが、そういう問題について基礎的に概念を詰めていこうという業績を残されております。

考えてみますと、於保先生の「財産管理権」概念を通じて、財産の流通問題をダイナミックに捉えるという方向性は、マルクス主義的なスキームなどともリンクさせて議論することができのですが、そこまで議論を広めなくとも、代理などと言えば、私も「契約と第三者」という問題視角というようなことから債権侵害（契約侵害）の問題をやっていたわけで、「第三者のための保護効を伴う契約」という議論も僕は奥田先生のご論文（「契約法と不法行為法の接点——契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に」（於保還暦）民法学の基礎的課題（有斐閣、一九七四年）

を通じて初めて教えていただいたように強く記憶しております。

(三) (本格的ドイツ法学通) それから三つ目でありますけれども、今でも関西を中心として根強い、日本の民法学者のドイツ法シュレーの中でも、本格派のドイツ法学通の先生でありまして、最初の留学はケルン大学の *Kern* 先生のもっとで進められたということでありました。ドイツ法の摂取についてのご論文は——この現象は、その後、北川教授によって、「学説継受」という呼称により、一世を風靡しますが、——これは一九六〇年代半ばになりますけれども、『岩波講座現代法』一四巻 外国法と日本法(岩波書店、一九六五年)というものに収められている論文(「ドイツ法——日本における外国法の摂取」として有名であります)。

(四) (実作主義「方法論謙抑派」) それから、先生は実作主義といいますが、他方で安易に方法論を議論するということとはしないという、方法論謙抑派の立場を採っておられるということも、先生の特色ではないかと思えます。これなどは、実は、次にお話する、先生のヨリ深い、信仰のレベルでのメタの立場と通じているのではないかという見方を私はしております。

というのは、奥田先生は、自身の価値観を直結的に結びつけない謙抑主義、多元的に寛容に他者の立場を認めていくという立場を採られているようで、同じクリスチャンでも、例えば、先生は、形式主義よりも聖書本来の実質的意味を重視されて、権威主義を嫌われ、また「価値のヒエラルヒア」という言い方は、先生はなさいません。今日の話でもきつと出てくると思いますが、先生のクリスト教について書かれたもの(例えば、『聖書の自然観、人間観』(京都キリスト召団、一九九六) (非売品) 六一頁以下)を拝読していますと、「無私のクリスト」という理想を希求されています。

その類比で、先生は、正義を遂行する際にも、自身の価値観を強く打ち出すというよりも、ともすると周縁化されている「他なる声」に耳を傾け、そこにおける正義のありようを考え、多面的に批判的な正義論を彫琢していくという近

時の批判法学の正義論とも通ずるものを私は、感じます。また、学問の前にも己を空しくして、謙虚に自己批判する姿勢というものにも繋がります。こういう私の感想を、先生と食事をしながら申し上げていましたら、それほど外れてはいない風でした。

この点で、後にまた伺いたいところですが、先生は、妊娠中絶や「エホバの証人」の輸血拒否などのハード・ケースの問題について、はっきりいわゆるプロ・ライフの生命尊重の立場を個人的にお持ちであることがお話ししているとわかります。これは、わが国のいわゆる「進歩派」の医事法学者は、自己決定などの自律性原理を重視しますから、むしろそれとは対立する原理を志向されますが、こうした価値観がぶつかり合う難問について、先生がどのように法的判断されるのかも、興味深いところです。

(五) (透徹した人間哲学・研究者姿勢) 最後に、ちよつとレベルが違いますけれども、先生は、人間道徳といいますが、人間哲学というようなことについて非常に造詣が深いということであります。これは先生の民法学の業績の中には、すぐに目に見える形では出てこないのかも知れません。

そこでちよつと余計なことを申しますと、今日の先生のお話の中に出てくるかも知れませんが、NHKのラジオ深夜便で、昨年(二〇〇八年)の四月一七日―十八日の両日、その「心の時代」というコーナーで(これは朝の四時から)の番組で、これを聞いている人は少ないと思いますが、私はたまたまラジオのスイッチを捻って聴いていましたら、奥田先生がカール・ヒルティの業績に即して先生の宗教観というものを滔々と論じておられました。これには、私は非常に驚いたのです。というのは、それまで先生の民法学のご業績から受けるイメージは非常に謙虚で、どちらかというとご自身を控えめに出版されて基礎的なものを客観的な形で詰めていくという学風だったわけです。他方でクリスト教の問題について非常に熱っぽく語っておられる先生が、そのラジオにはおられたということで、二人の奥田先生がいる

なということ、私にとっては非常にショッキングでありました。しかし考えてみますと、先生がクリスト教の側面でも造詣が深いということは、例えば私に歳の近い慶応大学の金山（直樹）さんとかからは伺っていたことでありますけれども、直に先生の肉声で以てそういうことをお聞きしたのは初めてのことであります。

思うに、学問においても宗教においても、先生は求道者的な姿勢を貫いておられるのではないかとということで改めて強く実感し、感銘を受けたわけです。先生が人間哲学の面で造詣が深いというのはそういう趣旨であります。そしてこうした先生の信仰の側面は、メタのレベルで、研究姿勢とか、学問観、学者的良心というところで、必ずや繋がってくと私には、思われるのです。先生とお話していますと、非常におやさしい「人となり」とともに、学問に対する姿勢で厳しいものをお持ちであることはすぐにわかります。

先生は、しばしば「自分は、学問に身を捧げた」という言い方をなされます。この先生の姿勢が近時の法学界が世俗的なものに取り巻かれている事態とは、いかに隔絶しているかを考えてみる必要性があるでしょう。こういう言い方をすると、怪訝に思われるかもしれませんが、その世俗的野心とは、例えば、俗っぽい社会的名声であったり、名誉欲であったり、あるいは、金銭欲であったりします。世俗的な意図からの平易化教科書とか、競争的資金とかで、我々は、何のために学問をしているのかを見失っている感もある昨今、「学問とは何か」「真に意義ある人生とは何か」をずっと見つめ続けて歩んでこられた奥田先生の民法学の足跡をたどることは、頂門の一針になるのではないかとさえ思うのです。

四、本研究会の経緯、趣旨

(一) (リペール論文などとの対比で) 私は前に、松久教授が法科大学院の立ち上げの頃に奥田先生をお呼びになっ

た時にも、奥田先生は、北大正門そばの学术交流会館で最高裁生活についてお話しされたと思いますが、今回も一度先生をお呼びするに当たりまして、(前述した)二人の奥田先生、その両者を何とか架橋をするべく、議論ができないかなということを先生に申しあげたわけであります。

これは、私なりに問題意識がありまして、例えば、私のアメリカでの親しい友人でマイクル・ジョン・ペリーさんというかたは law and religion とか、とにかく法学文献で宗教との関わりについての研究が手薄だ、こういう研究も必要ではないかということを言っておられたのが頭にかねて引っかかっておりましたし (M. J. Perry 教授は、多作の憲法理論家ですが、例えば、Love and Power: the Role of Religion and Morality in American Politics (Oxford U.P., 1991) など著作もあります)、それから、何よりも民法の領域では私が北大に赴任して間もなく通読して、感銘を受けたのが、皆さんにとっては周知のものかと思いますが、ジョルジュ・リベール教授の『民事上の債務における道德律』(La règle morale dans les obligations civiles) という名著であります。

当時取った読書ノートを今、私持ってきているわけですが、そこではですね、やはりその当時、これは一九三五年の本(私が読んだのは、第三版。初版は、一九二五年刊です)でありますけれども、古典的な民法モデルから当時デュルケム、デュギーの法社会学的な研究などを通じた新たな側面が語られるようになって、社会的な法学が注目されるに至り、それと同じような形で「法と道德」というものの共存可能性ということが説かれ、「道德の力」(forces morales) というものを無視できない、道德は法の本質的な要素であり、正義は可変的で理念とすることはできず、法律家は、法を支える道義的理想の実現に努めなければいけないなどと言われます。そういうことで、結局連帯性とか均衡とか相互依存とかの現代的な思想を支えているのではないか、ということできリスト教的な道德と法との関係ということについて滔々と書かれている名著を当時は印象深く読みましてね、これが星野英一先生の民法学にも通じているのか、などと

思いました（これに対して、川島先生などを始め、わが国の有力な民法学者は、一般的に法と道徳なり宗教を峻別しようとしますね）。

そういう問題意識もあつたものですから、二人の奥田先生を知った以上、「先生が民法と宗教、この両者をどのように繋げておられるのか、そのあたりもご説明ください」とお願いいたしましたら、先生はよく「自分は無因説なのです」と、控えめにまた仰るのです。

また私は「先生、この分野について、何か書いておられますか」と、お尋ねしても、最初はなかなか教えてくださらなかったのです。「何も私はないのですよ」と言われて……。ああ、そうなのかと、私はのんびり受け止めておりまして、最後になってこうドサツと、ご自宅で毎週なさっている宗教の講義の記録というものを何冊も送ってこられました（前掲『聖書の自然観・人間観』（一九九六）の他に、『聖書にはじめて接する人のために』（四国キリスト召団、一九九二）、『愛』（京都キリスト召団、一九九四）、『良き法律家は悪しき隣人？』（京都キリスト召団、一九九五）、『聖霊・助け主・真理の御霊』（京都キリスト召団、二〇〇七）、そして、前述ラジオ深夜便講演録の『幸福への道』（京都キリスト召団、二〇〇八）など）。すべて非売品であります。でも、こういうものを読むことによって先生の宗教の世界を私は感銘を以て知ることができましたし、拝読しますと、「ではそれがどう先生の民法学に繋がってゆくのか」ということが気になり始め、方法論を語られない先生でありますけれども、ゆっくりお聞きしたいなど、思うに至りました。（因みに、この間の準備の過程で、実は先生の本日御講演のタイトルは、京大退官の際の記念講演のテーマとしても（平成七（一九九五）年十二月二一日開催で、題目は「聖書における法・倫理・宗教」、かねて並々ならぬ関心をお持ちの論題であることも、認識しました。謙虚な先生は、その講演録を活字化されませんでした。そして今日の北大でのスピーチは、実はその再現であると、私は密かに期待しているのです。）

ともかくまあ、この北の大地で、せいぜいリラックスされて、何でもかんでも色々話してくださいと、講演をお願いいたしました。最高裁のこととか、あるいは最近の種々の問題、民法改正とかあるいはロースクールの問題とか、何でも自由に、先生のお立場から、話してくださいと思っております。

(二)「無因論」ならばその理由如何。規範的問題意識と奥田法学との関係) しかし、逆にどうしても、先生が、宗教と民法との関係を語りたくないということでしたら、今度は、その理由を探る必要があります。この点で、アメリカでは、従来のアメリカ憲法学ないし同国の政治の特徴としまして、宗教と直結させないというのが一九六〇年代、一九七〇年代くらいまでの特徴であったわけですが、ブッシュ政権になりました、保守的に福音主義というものを政治的に使うようになって、政治状況が変わってきたとして、それに対する危機意識というものもあろうかと思うのです。しかし、昨日、いろんな具体的な問題も議論いたしました、今日も出てくると思いますけれども、(少し先に触れた)中絶とか、エホバの証人とか自殺の問題とかの問題、あるいは日本的な集団主義ですとかそこにおける人格の尊厳の軽視とか、それはやはり先生が日本の社会における規範状況の無秩序に対する危機意識をお持ちであることがよくわかり、それに対して日常の先生の宗教活動を通じてどのように変えていこうと考えておられるのか、そういうことが背後にあつて、それはゆくゆくは奥田先生の法律学、法的なイメージというものとの繋がってゆくのではないかと、私は思うわけがあります。

まあ、そういうことについてお話しただけだというのが今回の研究会の趣旨でございます。以上、ちょっと長くなりましたけれど、先生の研究業績、先生の学風、今日の研究会の経緯というものを簡単にお話しさせていただいた次第でございます。それでは、先生どうぞ自由に肩の荷を下ろして、気楽にお話ししてくださいと思っております。よろしくお願いいたします。

民法と宗教・学者的良心

——奥田民法学の五十余年——

奥田昌道

I はじめに

ただ今は、吉田先生から大変詳細な、そしてご厚意溢れるご紹介をいただきました。と同時に、吉田先生が、民法学者としての私とキリスト教（実は、キリスト教ではなく、活ける霊的人格キリストと申し上げたいのですが）に熱中している私という二人の奥田を繋ぐものは何なのか、それを是非解明したいということで、縷々ご説明になりましたことに大変戸惑っているところです。

この講演に招かれた経緯につきましては、吉田先生からもご説明がありましたように、二〇〇八年四月一七日・一八日の両日、「NHKラジオ深夜便こころの時代」という番組において、私が「幸福への道」と題してカール・ヒルティの『幸福論』を参考にして話を致したところ、たまたま、それを聴かれた吉田邦彦先生が、まずはお葉書を寄せてこられ、そしてその数カ月後には講演依頼の電話をかけてこられ、「どうしてあんなに熱く語られるのですか。いったい、

先生の民法学とキリスト教とはどういう関係にあるのですか」とお尋ねになりました。私は即座に、「全く関係ありません。キリスト教は私の人間としての生き方の指針。民法学は私が民法の研究者として、民法上の諸問題を一解釈学者として精一杯明らかにしようと務めているだけのことです。両者はその存在次元を異にしますから、直接関わることはありません。」と答えたのですが、吉田先生は、そんなはずはないと言つて、なかなか引き下がってくださらないのです。そして、とうとう今日の、このような題でお話をする羽目になってしまいました。

この題名についても、釈明しておかなければなりません。吉田先生の意図は、キリスト教に対する私の並々ならぬ情熱が、必ずや民法研究の中に現れているはずだとの確信のようなものをお持ちで、それを語らせた、ということではありますが、私が、それを否定して、「せいぜい、研究に対する誠実さとか、世俗的な何かを求めて研究をするのではないとか、たとえ恩師や諸先輩の学説と相容れないことがあっても自らの正しいと信ずるところを主張するとか、そういった学に携わる者の心構えといった点に現れてくることがあります。」と答えたのです。このことが、「宗教・学者的良心」という題名中の言葉となって現れたのだらうと考えています。吉田先生としては、奥田における「民法と宗教とのかかわり、そして民法研究と学者的良心」といったことが関心事でありましょうが、私がなお困惑していると見るや、私の民法学者としての五〇余年を語ればよいのだ、と助け舟を出してください



先生の講演風景

ました。そこで、「それなら何とか話ができそうです」とお答えしたので、一件落着となった次第であります。このように、題名自体が妥協の産物であり、吉田先生は本題の方に、私は副題の方に力点を置いているということで皆様方にご了承いただきたいと存じます。

それにしても、本日こんなに大勢の方々が、それも若い方々がお集まりくださったことを嬉しく思っております。また、五十嵐清先生がご出席になっていることに対しても感謝申し上げます。

以下に本論に入りますが、「です、ます」調ではなく、「である」調で述べることをご了承くださいたく存じます。

Ⅱ 民法の研究に携わった頃のこと、そしてドイツ留学前後のこと

一 於保不二雄先生と私

昭和三〇年（一九五五年）四月、大学卒業と同時に、研究助手に採用されて於保不二雄先生の指導の下に民法学の研究を始めることになったが、それに至るまでのこと、すなわち、学生時代における於保先生との関わりについて話しておかねばならない。

京都大学には法律相談部という学生のクラブがあつて、於保先生が顧問をしておられた。法律相談部は昭和二年（一九四六年）の創立であるが、終戦後間もないことで、大学内では復員学生を含む多くの学生で溢れており、しかも昔のように旧制高校出身者によるそれぞれのつながり（絆）といったものもなく、学生同士の心を結ぶ中心となるものが見出し難い状況にあった。そんな中で、学生有志が相計つて、市民のための法律相談をすることを目的とするクラブ（法律相談部）を創設することとなった。しかし、当時の法学部長がこれに反対し、「法律知識も社会経験も未熟な学生が

法律相談をするなど、もつてのほかだ」と許されなかった。当時、民法講座の教授であった於保先生は、「私が全責任を持つ」と言つて自らは顧問となり、法律相談部が誕生した。相談は、百万遍のお寺を借りたり、吉田山の上の隣保館を借りたりしながら、毎週土曜日の午後には相談が行われていた。私は昭和二八年（一九五三年）、三年生の春から法律相談部に入部したが、その頃は、大学構内に相談の場所を確保していた。相談は年中無休で毎週土曜日の午後一時から五時まで行われた。於保先生は午後三時には必ず相談室に來られ、学生が予審として応対したすべての案件に主審として応対された。私は、三年生、四年生の二年間の相談部活動を通じて、於保先生に親しく接することができ、その人柄に全幅の信頼を寄せるまでになっていた。四年生の夏休み、卒業後の進路について先生に相談したところ、司法試験に合格しておれば、研究助手に推薦するから、民法の研究をしてみては、とのことであつたので、そのお勧めに従つて、民法の研究者を志したのである。

二 研究助手としての出発と最初の論文まで

先生の指示は、まずドイツ民法のアウトラインを把握すること、ドイツ語文献を自由に読めるようになることであつた。秋にはドイツ法制史の原書を読むように、その後、研究テーマを探すようにとのことであつた。年末になつて、なおテーマが定まらなくて困っていると、先生は幾つかのテーマを提示してその中から選ぶようにと言われた。その際、目先の小さなテーマではなく、一〇年、二〇年かかるような大きな、民法学の基本に関わるようなテーマに取り組むようにとのアドバイスもいただいた。

そこで選んだテーマが「ヨーロッパ近代私法における実体法体系の確立過程（ローマ法のアクチオ法体系から実体法体系への転換過程および後者の確立の問題）」であつた。そこで私は先生の示唆に基づき、まず、Windscheidの『ア

クチオ論』(「現代法の立場から見たローマ市民法上のアクチオ」、一八五六年)の研究に取り組んだ。

ローマ法の体系については一般に次のように言われている。すなわち、ローマ法の体系は、私法的内容をもった訴訟法の体系(アクチオの体系)であった。アクチオ(actio)は、抗弁権(exceptio)とともに、ローマ法を貫く基本概念を形成しているものであり、アクチオは、私権と権利保護との間の不可欠の媒介者であった。近代法においては、権利保護は一般化し、権利のあるところ必ず権利保護もまた相伴い、訴権は権利の保護手段として一般的性格をもつものとなっている。これに対し、ローマ法では、一般的アクチオ(actio generalis)は存在しない。実体的利益は、個別的名称のアクチオと結びついてのみ保護されうるのであった。したがって、ローマ人にとっては、アクチオが第一次的重要性を有し、私権は第二次的な意義しかもたないものであった。ローマの法体系は、実体的利益の保護手段としての個別的アクチオの集積からなっており、アクチオ法体系といわれる。

このローマ法のアクチオ法体系は、ローマ法の継受によって成立したドイツ普通法(gemeines Recht)にも受け継がれたが、当時の法観念においては、既に実体権中心の実体法体系成立の基礎が形成されていた。権利は個々のアクチオによって保護される必要はなく、権利のあるところに権利保護も伴うという法観念のもとにおいては、権利保護のための個別的法手段としてのローマ法上の個別的アクチオはその存在意義を失っていた。問題はただ、私権と訴訟との媒介物としてアクチオに代わるべき何ものかが必要であるかどうか、必要であるとすればどのようにして満たされるのか、ということだけである。

Windscheidは『アクチオ論』において、このアクチオに代わるべきものとして「請求権」(Anspruch)の概念を定立し、これをもって私権と訴訟(訴権)との橋渡しをするものとしたのである。

私の問題関心は、実体法体系の確立という観点からみて、Windscheidの請求権概念がどのような意義・役割を担う

ものとして登場したのか、訴訟法からの分化を遂げた実体法体系とはいかなる内容・構造のものであるべきか、両法体系の分化を前提としたうえでの両者の結合（統合）関係はいかなるものであるか、また、あるべきか、という問題であった。

この研究の成果を、「ヴィントシャイトの『アクチオ論』および「ドイツ普通法学における請求権概念の発展」と題する論文にまとめ、講師、次いで助教授にしていた。

三 ドイツへ留学の頃

助手論文に続けて、「ドイツ民法の請求権概念」を発表したあと、ドイツへ留学してはとの話があつて、昭和三十六年（一九六一年）十一月から同三十九年（一九六四年）三月まで、Alexander von Humboldt-Stiftungの研究奨学生として、西ドイツのケルン大学外国私法・国際私法研究所において民法の研究に従事する機会を得た。私は、この機会にドイツ民法をはじめ、民事法全般にわたってドイツ法の知識を獲得したいと考え、学生の身分を取得してできるだけ講義に出席し、仲良くなった学生と講義の中での理論的問題をめぐって議論をしたり、学生団体の一泊旅行に参加したりして、ドイツ語で自由に議論ができるように務めた。というのは、教授たちと学問的議論を交わそうとしても、自らの考えを的確に表現しうる語学力、そして相手の話す内容を誤りなく聞き分ける能力を身に着けていなければ不可能だからである。加えて、私の研究テーマに関して参考になりそうな文献（ドイツの学者の著書や論文）に出会うことができず、そのテーマについての研究の手掛かりがつかめないこともあつて、私の留学生生活は、ドイツ法に関する一般知識の修得に向けるほかなかった。

私の抱いていた問題関心は、広くは、実体法と訴訟法の交錯領域の諸問題、その一つとして、実体法上の権利ないし

法的地位とその訴訟上の実現過程を媒介するものは何か、 Windscheid によって導入された Anspruch 概念がドイツ民法典およびその後のドイツ民法学においてどのような位置を占め、どのような役割を果たしているか、といったことについてドイツの学者がどう考えているのかを知ることであった。そこで、まず自分の考えを文章にまとめてそれを読んでもらうことから始めるほかなかった。そこで、関心を持っていただけのような学者に数頁にまとめた私の問題関心と見解の要約を送ることにした。ローマ法の大家である Max Kaser 教授 (Hamburg 大学)、近世私法史の大家である Franz Wieacker 教授 (Göttingen 大学)、“Actio und Writ”とこう著書のある Hans Peter 教授 (Frankfurt am Main 大学)といった方々にお送りしたところ、好意的な返事をいただいた。直接お会いすることもできた。やがて、ドイツ滞在が二年になる頃、私の受け入れ教官 (Betreuer) といって研究上の配慮をしてくださる教授のこと) の Gerhard Kegel 教授が、何か論文を書いてみたらどうか、と提案されたので、“Über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB”という題の論文を作成し、“Archiv für die civilistische Praxis”という民事法の専門雑誌に掲載していただいた。この論文の作成に際しては、講義や旅行を通じて親しくなったドイツ人学生がドイツ語の表現の面で随分助けてくれた。

四 留学から帰国して

一九六四年三月末に帰国して間もなく、岩波講座「現代法」の企画がなされ、その第一四巻『外国法と日本法』の中で「日本における外国法の摂取」という章の「ドイツ法」を執筆した(一九六六年、岩波書店)。ドイツ滞在中に得た知識やドイツ民法学に対する親近感が執筆を助けてくれたように思う。なお、この巻の執筆者の打合せ会を通して、東京大学の伊藤正己先生や野田良之先生、田中英夫先生などのすばらしい先生方と知り合えたことは、まことに幸いなことであった。

また、当時、司法研修所の教官をしておられた賀集唱判事のご依頼で、司法研修所において請求権と訴訟物に関する講演を行い、それを基にして、「請求権と訴訟物——実体法学からの新訴訟物理論へのアプローチ——」（上・下）を判例タイムズ二二三号、二二四号（一九六八年）に掲載していただいた。この論文は、私のその後の研究にとって重要な意義を有するものとなった。

Ⅲ キリスト教との出会い

ここで、私が何故、そして、どのようにしてキリスト教に出会うことになったのか、それは私の人生に、そして研究にどのような影響を及ぼしたのかに触れておかねばならない。

話は大学卒業直後、研究助手に採用されて民法の研究を始めた頃に遡る。民法の研究者の卵としての新しい生活が始まって間もなく、私は、日曜も祭日もなく、朝から夜遅くまで研究室（個室）に入り浸って、来る日も来る日もドイツ語の法律書に取り組んでいた。そうこうしているうちに、いつたい自分は何故こんなことをしているのだろうかという疑問に襲われた。自分にとって学問とは何なのか、人生にとってどんな意味があるのかという問いかけが私の脳裏から離れなくなった。その頃は、マルクス主義の思想が盛んで、法律学もマルクス主義的法律学でなければ、科学的ではない、との考え方が支配的であるように思えた。人民の、



クラーク博士の聖書を手にとる奥田教授
（札幌独立キリスト教会にて）

ないし民衆の幸福に役立つものでなければ価値がない、といった風潮に思えた。確たる世界観も哲学も持ち合わせていない私は、その答えが欲しかった。恩師の於保先生に胸中を打ち明けたところ、「そういうことが問題となるようなら、研究者を辞めなさい」と言われた。先生は、常々、「学問のための学問」を唱導しておられた。返す言葉もない私は、自分で解決を見つけるほかはないのだと、もうその問題に関しては先生に相談をすまいと心に決めて、いろんな本を読み、人生の指針を求めて彷徨した。自分という存在がいかに小さく、頼りなく、もろいものであるか、そして内側は闇であって光を有しないことに気づかされた。「朝（あした）に道を聞きては、夕べに死すとも可なり。」とか、「内に省みて疚しからずんば、夫れ何を憂え何をか懼れん。」との孔子の言葉が羨ましく思われた。要は、学問の問題と人生の問題（人生の意義）の両者が相俟って私を苦しめたのである。

研究生活二年目の夏休み前、ある研究会の打ち上げ会のあと、研究会メンバーの一人の熱心なクリスチャンの方と静かに心置きなく語り合う機会を得、生涯初めて、クリストの話を真剣に、心の奥深く聴くこととなった。これが私の人生の転機となった。

クリスト教に入門したというのはものの、クリスト教自体が突きつけてくる諸問題、例えば、教理や教義の問題、旧約聖書と新約聖書との関係とか、さらには科学と宗教（クリスト教）の関係とかの問題にどう対処すればよいのか、戸惑いはあったが、これらはいずれ解決することとして焦らないように心掛けた。人生を生きる上での拠りどころ、学問を続けるに当たっての心の平安を得たことは、何ものにも代えがたい貴重なものであった。

一九五九年十一月、東京大学教養学部ドイツ語科教授の小池辰雄先生との出会いをいただいた。クリスト教の中での悩みを抱えていた私にとって、その後の私の人生の歩みの上で、先生との出会いは決定的な意義を有するものとなった。この年の一月に京都大学で開催された独文学会に出席のため先生が京都に來られた機会に、私が幹事役をしていた学

内の聖書研究会の主催で、一月九日(月)の夜、京都大学楽友会館において先生に講演をしていただいた。「無的実存」と題して、聖書のこと、キリストのことなど、自由自在に語られた。

「ひとはキリスト教に入ると視野が狭くなると言うけれども、全く逆だ。私は、キリストの光に照らされて視界が広がった。何ものにも捉われることなく、ものを見ることができるようになった。」

「イエスという方は、神の前に己を何者としなかった。人間は、神の前に己を何者かにしたがる。イエスは、神の前に私無き人、無私なる人、神を父と呼び、神を一切として己を神の前に投げ出している存在、それゆえにこそ、イエスの中に神が一〇〇パーセント宿った。だから、私を見た者は、父(神)を見たのだ、と宣言するこ
とができた。」

この講演を通して、キリストの福音の世界はなんと広大無辺であり、自由な、豊かな世界であるかと感嘆した。その何年か後に承った講演において、先生は「宗教と文化」の関係について、次のように話された。

「人間の文化的営みと、宗教の世界とは、樹木の幹と根の關係に譬えることができる。政治・経済・学問・芸術などの文化的営みは樹木の地上に見えている部分だ。幹は道徳、枝・葉・花・果は政治・経済・学問・芸術と言えるだろう。これらを支えているのは見えない、地下に隠れている根つ子である。それが宗教の世界だ。しっかりと根を張り巡らし、地中深く伸びてゆく根に支えられてこそ、樹木は健やかに繁茂する。青空に向かって伸び、生い茂る樹木には、地中深く水脈に向かって伸びゆく根があることを忘れてはならない。学問的真理の探求と宗

教的真理の探求とは方向性においては正反対だけれども、一本につながっているのではないか。」

先生のこのような見方は、私に勇気を与えてくれた。キリスト教的真理の探求と学問上の真理の探求（法律学においても）とは、けっして相容れないものではないとの安らぎを得ることができた。現実の学問的営みにおいては、そのような実感を抱くには程遠く、二足の草鞋を履いていて、二兎を追う者は一兎も得ず、の諺どおりになるのではないかと思いつつも、わが道を往こうと心に定め、今自分のなすべき分を誠実に果たすことのみ、との思いで今日まで歩んできた。

IV 学園紛争と研究生生活

一九六八年秋に東京大学医学部において始まった大学紛争は、翌年の一九六九年一月には京都大学にも飛び火し、みるみる全国的規模での学園紛争に展開した。京都大学では、ほとんどの学部において学生によるストライキの決議がなされて授業はストップし、法学部においても、ストライキ決議は成立しなかったものの、授業は妨害されて実施できない状態が続いた。九月には、遂に機動隊が導入され、その後も学生運動内部でのイデオロギー対立が激しく（赤ヘルメット、白ヘル、黄ヘルなど）、混乱は数年に及んだ。六九年から七〇年にかけては、私自身、全く研究のできない状態が続いた。学生運動やその政治色についての知識をほとんど持ち合わせていなかった私は、ただ求められるままに法学部教授会の方針に従い、また学部長の意を戴して団交に同席したり、その他学部長を精一杯補佐したりした。研究できない状態がいつまで続くのか全く見通しの立たない状況下で、後輩の同僚が、「そんなに献身的に大学のために尽くすの

はよくない。もっと自分の研究を大切にするように」と忠告してくれたが、私は、今はこうする他ない。たとえば、こんな状況が長引いて、学者としての生命が絶たれるような事態になろうとも、それはそれでいいのだ、と自らに言い聞かせて納得していた。その頃、ほとんど毎朝、若王子山に見つけた程よい祈りの場所へ出掛けては、聖書を読んで祈る時間を持った。因みに若王子山は「哲学の道」の終点から坂道を五〇〇メートルほど上ったところが頂上で、そこには新島襄の墓があり、そのさらに奥の方に木立に囲まれた空間があつて、そこを私は祈り場としたのである。「哲学の道」の終点までは、自宅から二五〇〇メートルの道のりで、その往復はランニングの練習にもなった。もし私がキリストに帰依していなかったならば、私のように精神的に弱い人間は、どうなっていたかと思う。今思っても、あの頃、精神的にはいつも平安のうちに過ごすことができた。

V 『債権総論』の執筆と論文集の刊行

学園紛争の前の比較的穏やかな時期と言つてよい昭和四二、三年ごろではなかったかと思うが、一方では『注釈民法』の第四卷の「無効及ヒ取消」、第一二卷の「弁済」の前注ほか数か条の執筆割り当てがあり、他方では筑摩書房の現代法学全集の第一八巻『債権総論』を引き受けるようにとの話があつた。『債権総論』の執筆をお勧めになったのは本全集の編集委員である磯村哲先生であつたが、そのときのお話では、「いわゆる概説書ではなく、重点的にテーマを絞り込んだ、いわば論文集のようなものでよい。その方が全集としての特色を生かせるので、奥田君は債権や請求権に関する論文や、債権法上のテーマについての論文もあることだから、ぜひ引き受けるように」とのことであつた。ところが、学園紛争の波に揉まれている間に、年月が経過するとともに、民法分野で最初に出たのは、幾代通教授の『不法行為』

であった。これは、均整のとれた見事な教科書風の著書であった。出版社の方でも、いつしか、論文集スタイルでもよい、といった話は消え失せ、幾代『不法行為』がお手本であるかのように変化した。そうになると、これはよほど本腰を入れて取り組まないといけないと、だんだん荷が重く感じられてきた。

『債権総論』の執筆のための具体的準備作業にとりかかったのは、昭和四九年（一九七四年）夏のことであった。暑い京都にいては仕事もはかどらないだろうとの筑摩書房の計らいで、浅間山麓、信濃追分の或る山荘にこもり、強制履行のあたりから勉強を始めた。その頃であったと記憶するが、創文社の久保井理津男社長がたびたび私を訪ねては、「学者にとって大事なことは、まず論文集を完成することだ。『債権総論』は後回しにして、絶対に先に論文集を出すように。」と執拗に迫られた。ただでさえ、刊行の遅れている『債権総論』を後回しになどとてもできることではないと抵抗しても、久保井社長は全くひるむ気配もない。結局、『債権総論』を優先して、昭和五〇年、五一年と三夏連続で信濃追分の山荘にご厄介になった。その間、好美清光教授や唄孝一教授とも山荘で共に過ごす時を持った。

論文集の方は、収録する論文を請求権に関するものに限定し、「請求権と訴訟物」（判例タイムズ）は中間報告的な内容のものであることから、「附録」という扱いにして『請求権概念の生成と展開』と題する論文集に収録することとした。この論文集の校正作業はすべて、昭和五三年（一九七八年）四月から一年間、文部省在外研究員としてドイツのフライブルク大学に滞在中に行うこととなった。そして、帰国後の昭和五四年（一九七九年）七月に創文社から刊行された。

他方、『債権総論』の道のりは、なお険しかった。昭和五五年（一九八〇年）の夏休み、今度は妙高山麓、風光明媚な赤倉温泉の「次井旅館」にこもって執筆に励んだ。これで、債権総論の前半のうちの主要部分を何とか済ませることができたが、後半部分はいわば債権総論の中の「各論」に相当するもので、その年の冬休みからは、「債権譲渡・債務引受」、「多数当事者の債権関係」に取りかかった。ところがその後、『債権総論』を一冊本として出すのではなく、上・

下の二冊に分けて出すようにとの出版社側の意向により、漸く、昭和五七年（一九八二年）七月に上巻を出すことができた。昭和五八年（一九八三年）四月から二年間は法学部長の職にあり、時間的にも難しく、下巻を出すことができたのは、上巻の後五年を経過した昭和六二年（一九八七年）のことであった。

このように、私の仕事はまことに遅々たるもので、各方面にご迷惑をおかけしながらの作業であった。

『債権総論』の執筆において苦心したのは、（一）強制履行のところ。すなわち、民法四一四条は実体法規定なのか、単なる執行法上の規定にすぎないのかの問題。当時の圧倒的多数説は、四一四条は本来、民事訴訟法（現在なら民事執行法）に置かれるべき規定であるのに、誤って民法に入り込んだもので無視すべきである、というものであった。ひとり、於保先生だけは、これを実体法規定として理解しておられた。

（二）債務不履行の中での「不完全履行・積極的債権侵害およびその他の義務違反」のところ。債務不履行のうち履行遅滞・履行不能以外の債務不履行の諸事例を、単に「債務の本旨にかなった履行がなされていない」というように包括的・一元的に捉えるのではなく、効果との結びつきを考えて、（ア）債務の性質上は、与える債務と為す債務とでどのような違いがあるか、（イ）侵害される義務の面からは、給付義務か、附随的注意義務か、保護義務かで効果に違いがないか、（ウ）被侵害客体が、給付目的物か、給付行為ないし給付結果か、一般法益（いわゆる完全性利益）かで効果に違いが生じないか、を考慮して、要件と効果（追完の可否、解除の可否、損害賠償の範囲）を定めるべきではないかと考えた。

（三）損害賠償の範囲の問題と損害賠償額算定の基準時の関係。とくに、判例は基準時に関しては多元説である、と一般に説かれているけれども、事案類型ごとに検討しなければそのような素朴・単純な割り切り方では済まされないと考えた。そこで、概説書としては異例と言えるほど多数の判例を取り上げ、事案ごとの特色を明らかにしつつ統一的な

理解が得られるように努めた。

(四) 詐害行為取消権 責任説の主張に共感を覚えつつも、大審院明治四四年三月二四日民事連合部判決の打ち出した方向性(相対的取消し)を維持するように努めた。

VI 請求権競合問題についての研究

ローマ法上の *actio* から、ドイツ民法の *Anspruch* への展開の研究の行き着くところは、私にとっては、実体法上の請求権の競合と訴訟法上の訴訟物ないし民事訴訟法学における訴訟物理論の関係の究明であった。昭和三〇年代以降、わが国の民事訴訟法学においては、新訴訟物理論が華々しく提唱され、旧訴訟物理論を堅持する学者との間で激しい論争が繰り広げられた。新訴訟物理論の主張者の中には、実体法上の権利や請求権との関係を全く無視ないし切断了た形で訴訟物を構成する見解や、紛争の一回的解決に至上価値を置くような議論を展開するものが見られた。実体法とのつながりを重視する三ヶ月教授の学説においても、その請求権の理解において私には納得できない点があった。「請求権と訴訟物」の論文(前掲)はそうした私の疑問を正面からぶつつけたものであった。私の問題関心を正面から受け止めて、実体法の立場から請求権競合の問題に取り組み、精緻な理論を打ち出されたのは、四宮和夫先生の『請求権競合論』(昭和五三年(一九七八年))であった。

初期の私の関心は、実体法上の請求権の競合が生ずるすべての場合に常に訴訟物是一個であるとする民訴学者の訴訟物理論に疑問を抱き、実体法の立場から論駁することであった。すなわち、所有権に基づく引渡請求権と契約に基づく引渡請求権とは制度上の差異があること、不法行為による損害賠償請求権と不当利得を根拠とする請求権とは同じ

く金銭の給付を内容とするものであっても、制度上は別個のものであること、これらの諸事例において単に現象的に同一内容の給付請求に見えても、短絡的に訴訟物は同一という扱いをするのではなく、実体法理論の内部において、制度間の関係を正しく理解することが必要であると考えた。例えば、賃貸借終了の場合の目的物の返還請求権は、所有権に基づくものと契約に基づくものとの両者が考えられるが、この場合には契約関係の後始末としては契約に基づく処理をすべきである。他方、債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権の競合が生じている場合においては、不法行為法上の保護法益（生命・身体・健康、所有権など）が債務者の行為によって侵害された場合であるから、むしろ不法行為法上の規律に服するのが適切であるとさえ言える（例えば、慰謝料請求や被害者死亡の場合の近親者の慰謝料請求）。したがって、このような債務不履行と不法行為の競合事例では、請求権の競合を認めた上で適切な処理をするほかないであらう、と。

こうして、問題の核心は、訴訟物理論との関係を離れて、実体法上の制度と制度との関係、規範相互の関係を正しく理解する点にあると受け止めるようになった。このような私の研究の足跡は、昭和四七年（一九七二年）の「物品運送契約における債務不履行責任と不法行為責任——ドイツの判例・学説を中心として——」（法学論叢九〇巻四・五・六号）、昭和四九年（一九七四年）の「契約法と不法行為法の接点——契約責任と不法行為責任の関係および両義務の性質論を中心に——」（『於保不二雄先生還暦記念 民法学の基礎的課題 中』、昭和六〇年（一九八五年）の「債務不履行と不法行為」〔『民法講座 4 債権総論』〕に見ることができる。とりわけ、この「契約法と不法行為法の接点」の論文は、ドイツ民法学の最先端の理論を踏まえてこの問題を論じた苦心の作であった。また、請求権競合の問題について、当時わが国の民事法学において支配的であった川島武宜先生の契約責任と不法行為責任の関係についての法条競合説に対する私の批判的見解を論証しようとするものでもあった。

さらに、昭和五〇年二月二五日の最高裁判決によって初めて最高裁判例上に登場した安全配慮義務は、債務を給付義務と保護義務とに分けて捉える民法学上の理論のなかでどのような位置づけがなされるべきであるのか、安全配慮義務の特質は債権者・債務者間の他の諸義務に対してどの点に見出されるべきであるのか、という問いかけとなって私に解決を迫るものとなった。同じく安全配慮義務という用語で一括りにして捉えられている義務であっても、それを生み出す法律関係、それが課されている義務者の立場によって、その義務の位置づけ（付随義務というなら何に付随しているのか、本来の給付義務があつてそれに付随するのか、給付義務は存在しないけれども何らかの法律関係に付随するのか）、義務内容の濃淡ないし強弱の度合（義務を尽くしたと評価されるにはどのような具体的行為ないし措置を行うことが求められるのか）が異なるのではないかと考えた。例えば、入院患者に対する病院の債務内容は、診療契約およびそれと結合した入院契約の内容に応じて定まるはずであり、院内感染の防止とか建物からの転落事故の防止などは、治療という給付義務の狭義の内容には含まれないとしても、契約の解釈から導き出される病院の債務内容をなすものであり、給付義務の拡張されたものと見ることも可能である。そして、病院として法令上義務づけられる措置を超えて、どれだけ手厚い措置を講ずるべきかは対価（双務有償契約上の）に応じて判断されることになろう。学校・保育園の生徒・園児に対する安全配慮義務についても、その最低限の措置については不法行為法の観点からも要請されるにしても、それ以上の行き届いた、手厚い措置内容は契約内容によって定まるべきもので、生徒・園児の生命・身体・健康の安全を配慮すべき義務は、契約から導かれる給付義務の一内容であると言える。食品の売買における売主の義務にしても、単に民法五五五条のいう財産権移転義務に尽きず、安全な食品を引き渡すことが給付義務内容に含まれると解するのが、契約解釈からの帰結であろう。

他方、労働契約関係においては、双務有償契約に基づき対価関係に立つのは、労働者の側では使用者の指揮・命令の

下での労務の提供、使用者の側ではその対価としての賃金の支払いであり、労働者の身の安全に対する配慮は対価関係からは導き出せないものである。賃金支払義務という本来的給付義務に付随するとか、その拡張として捉える事のできないものである。民法学上の付随義務は、給付義務そのものではないけれども、給付目的を達成するために契約の解釈上、あるいは信義則上、給付義務の存在を前提としてこれに付随するものと理解されてきた。したがって、安易に、(労働) 法律関係に付随するなど表現されることに對しては、違和感を覚えた。法的根拠を信義則に求めることはやむを得ない。契約の解釈から導き出せない場合に、信義則に拠り所を求めるほかないからである。私が最も力説したかったことは、労働者は使用者の指揮・命令の下に、また使用者の提供する環境・施設・設備・機械等の下で、身の安全を使用者に預けた形で労務に携わるといふ特殊性が、安全配慮義務の性質・内容に反映されなければならない、ということであった。民法的に言えば、使用者が債権者として権利の行使に際して負担する義務、債務者の債務の履行を受領するに当たって債権者に課される義務ということになるが、売買における目的物の受領や、金銭債務における金銭の受領などにおいては、債務者に対する債権者の安全配慮義務などは問題にはならない。炭鉱での火災や落盤事故、粉じんによる健康被害(じん肺)その他の労働災害を見るにつけ、安全配慮義務の根拠、特質、義務内容、その射程を明らかにする必要があると考えた次第である。しかし、民法学界では、こうした見方は受け入れられなかった。平成二年(一九九〇年)の「安全配慮義務」(『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集 中巻 損害賠償法の課題と展望』)および「契約責任と不法行為責任との関係(契約法規範と不法行為法規範の関係)」——特に安全配慮義務の法的性質に關連して——〔講演〕(『司法研修所論集一九九一—Ⅰ(八五号)』)。なお、この講演は、後に『谷口知平先生追悼論文集 2 契約法』(平成五年「一九九三年」、信山社)に転載させていただいた)の両論文は、私の苦闘の結実である。

Ⅶ その他

以上に挙げたもののほかに、私が関心を抱いた領域ないし事項は、(一) 財産管理権論の研究、(二) 物権的請求権の発生根拠と内容、(三) 受領遅滞と危険負担、などである。

(二) については、於保先生が財産管理権論研究のパイオニアであったので、自然に私も授權、代理権、財産管理権といった諸制度に関心を持つようになった。京都大学法学部百周年記念論文集第三卷(平成二十一年「一九九九年」、有斐閣)所収の「代理、授權、法律行為に関する断想」や『無權代理と相続』に関する理論の再検討——無權代理人相続型を中心に——(法学論叢一三四卷五・六号、一九九四年三月)がその表れである。法律行為により効果が発生するが、「財産管理権」を媒介として、効果を最終的に帰属させるという於保先生の洞察は、所有と経営(管理)との分離にも類比した優れたものと考えてるが、近時の代理に関する叙述では、こうした分析が踏まえられているのだろうかという疑問などを示している。

(二) の物権的請求権については、平成八年(一九九六年)六月に早稲田大学で行った講演「物権的請求権について」(法学教室一九八号「一九九七年三月」)に私の基本的発想が表れている。

また、(三) では、「受領遅滞と危険負担——雇傭ないし労働契約の場合を中心として——」(法学論叢九四卷五・六号「一九七四年」)は、我が国の通説がドイツの学説(「領域説」)にしたがって、履行不能と受領遅滞の区別は、履行および受領の双方を困難(不能)とする当該事情が債権者(使用者)・債務者(労務者)のいずれの支配領域において生じているかを基準とし、使用者側で生じているときは受領不能(受領遅滞)、労務者側で生じているときは履行不能とみて、前者の場合は賃金請求権の存続を認め、後者の場合には賃金請求権なし(民法五三六条一項)とする。その結

論は妥当であるが、受領遅滞の場合に賃金請求権の存続を認める根拠を通説は何ら説明していないと（ドイツでは、ドイツ民法六一五条が明文の規定でこれを定めている）、安易にドイツの学説の結論だけを受け入れて、それ以上の検討をしない通説の態度を批判したものである。

その他、「信賴利益」「履行利益」概念にしても、ドイツの損害賠償法の構造に由来するもので、わが国の議論は、ドイツ法の正確な理解抜きでなされているように思われる。

VIII 私の民法研究のまとめ

以上の素描から窺えるように、私の問題関心なり研究の在り方は、法制度の歴史とか、民法上の基本的制度や概念、その構造・性質といったものの本質をどこまでも掘り下げて、納得がゆくまで追求するといったものであった。それが、どれほど現実の法的諸問題の解決に役立つのか、将来の新しい制度設計や課題に比べ得るものであるかは、わからない。人間が納得しうる解決の基底には、何らかの「理（ことわり）」ないし「法則性」があるはずだ、という直観のようなものに導かれて、地道に研究らしきものをつづけてきた、としか言えない。

それに私は、一つの事をしようとすると、他の事はすべてストップしてその一事に専念しないと完成へとこぎつけることができない。ところが、現実には、次々とそれを妨げる公私の様々な用務が舞い込んでくる。こんな状況の中でも、病に倒れることもなく、こころ穏やかに過ごしてこられたのは、ひとえに、わが主キリストの御護りと導きの故に他ならない。私にとつては、民法学も学者としての生活も、最重要事ではない。主キリストの御心にかなう生き方をするのがすべてなのである。こんなことを言うものだから、「それなら、お前にとつて、民法学とは何なのか、研究にどん

な意味があるのか」と厳しく問われることになるのである。

IX 最高裁判所判事としての仕事と私の民法学

平成十一年（一九九九年）四月から三年六か月、幸運にも最高裁判所判事として最高裁判所での実務に携わることができた。民法学者としての知識と学理的思考を実務の上に生かすことのできる貴重な機会を与えていただき、その三年六か月は充実した日々であった。

実務経験豊かな裁判官の方々と、理論的思考の面でも鋭く、優れた感覚を備えた調査官の方々との交流を通して、他では得られない勉強をさせてもらったと考えている。

最高裁での審議は、法律審であることの制約から事実認定のプロセスに直接タッチすることはできないが、さまざまな経緯を経て原審までに認定された事実（「原審の適法に確定した事実」）を前提として、当該事件につき、いかなる法理を用いて適切妥当な結論に到達すべきかを多角的に検討しなければならない。しかも判示内容は、当該事件だけではなく、類似の事案にも適用可能な法理の説示でなければならぬし、同時にまた、他の類似の事案において異なる結論を導こうとする際の妨げとなるようであってはならない。

一口に「利益衡量（考量）」と言っても、学説レベルにおいては、なお抽象的・典型的な「利益」と「利益」の衡量であるのに対し、現実の裁判においては、具体的事案ごとに各当事者の利益状況やその内容は異なるから、いわゆる利益衡量だけで結論が導き出せるわけではない。学説で説かれる利益衡量と現実の事案での解決、それに至るプロセスとの間には隔たりがあるように思われた。

X 法と倫理・宗教について

平成八年（一九九六年）三月末をもって京都大学を定年により退職した私は、同年四月から、三重県鈴鹿市にある鈴鹿国際大学に教授として赴任した。鈴鹿国際大学は平成六年（一九九四年）に開設された大学で、開学と同時に、私は非常勤講師として、授業を受け持っていた。この大学の特色ある科目の一つとして、「世界の中の日本」という授業科目があり、学内・学外の著名人を講師とするリレー式の講義であった。

初年度、私は、「良き法律家は悪しき隣人？」という題で講義し、次年度は、『人間の尊厳』の根底にあるもの」という題で、次いで、常勤の教授となった平成八年（一九九六年）には、「聖書の自然観・人間観」という題で講義をした。すべて、聖書における神・キリストと人間の関係、聖書は人間や自然をどう見ているか、社会生活における人間相互の関係は神の目からみていかにあるべきか、といった問題に焦点を合わせたものであった。

ここには、法と倫理・宗教に関する聖書の箇所を旧約聖書と新約聖書から一つずつ取り上げて、話してみたい。旧約聖書のレビ記（成立年代は紀元前六世紀前半頃）に次のような箇所がある。

「主はモーセに仰せになった。イスラエルの人々の共同体全体に告げてこう言いなさい。

あなたたちは聖なる者となりなさい。あなたたちの神、主であるわたしは聖なる者である。

父と母とを敬いなさい。わたしの安息日を守りなさい。わたしはあなたたちの神、主である。（中略）

穀物を収穫するときは、畑の隅まで刈り尽くしてはならない。収穫後の落ち穂を拾い集めてはならない。ぶどうも、摘み尽くしてはならない。ぶどう畑の落ちた実を拾い集めてはならない。これらは貧しい者や寄留者のため

に残しておかねばならない。わたしはあなたたちの神、主である。

あなたたちは盗んではならない。うそをついてはならない。互いに欺いてはならない。わたしの名を用いて偽り誓ってはならない。それによってあなたの神の名を汚してはならない。わたしは主である。

あなたは隣人を虐げてはならない。奪い取ってはならない。雇い人の労賃の支払いを翌朝まで延ばしてはならない。耳の聞こえぬ者を悪く言ったり、目の見えぬ者の前に障害物を置いたりしてはならない。あなたの神を畏れない。わたしは主である。

あなたたちは不正な裁判をしてはならない。あなたは弱い者を偏ってかばったり、力ある者におもねったりしてはならない。同胞を正しく裁きなさい。民の間で中傷をしたり、隣人の生命にかかわる偽証をしたりしてはならない。わたしは主である。

心の中で兄弟を憎んではならない。同胞を率直に戒めなさい。そうすれば彼の罪を負うことはない。復讐してはならない。民の人々に恨みを抱いてはならない。自分自身を愛するように隣人を愛しなさい。わたしは主である。」

（レビ記一九章一―一八節）

戒律の宣言の末尾に「わたしは主である」という言葉が置かれていることに注目すべきである。「わたしが、あなた方（イスラエル民族）の神であり、主であるのだから、あなた方は私の心、思い（信愛）にきつと応えるはずだ」という愛と信頼の呼びかけの中の戒律（行為規範）の宣言である。われわれの法規範においてはどうか。

また、「畑の隅まで刈り尽くしてはならない」とか、「ぶどうも、摘み尽くしてはならない」、「労賃の支払いを翌朝まで延ばしてはならない」という戒律の中に、貧しい人々への思いやりを汲み取ることができる。「心の中で兄弟を憎ん

ではない」とか「人々に恨みを抱いてはならない」というのは、正に人間の内面を問題とするもので、法の介入するところではなく、倫理・道徳の領域である。旧約聖書においては、法規範も道徳・宗教規範も、分かちがたく一体化しているのを見る。もちろん、これらの内面的規範がどこまで遵守されていたかは別問題であるが、民族全体が、このような高次の規範の下に統率されていたとは、驚きである。

新約聖書におけるキリストの言葉はもつと凄い。有名な「敵を愛せよ」のくだりを引用しよう。

「あなたがたも聞いているとおり、『隣人を愛し、敵を憎め』と命じられている。しかし、わたしは言うておく。敵を愛し、自分を迫害する者のために祈りなさい。あなたがたの天の父の子となるためである。父は悪人にも善人にも太陽を昇らせ、正しい者にも正しくない者にも雨を降らせてくださるからである。自分を愛してくれる人を愛したところで、あなたがたにどんな報いがあるうか。徴税人でも、同じことをしているではないか。自分の兄弟にだけ挨拶したところで、どんな優れたことをしたことになるうか。異邦人でさえ、同じことをしているではないか。だから、あなたがたの天の父が完全であられるように、あなたがたも完全な者となりなさい。」（マタイによる福音書五章四三―四八節）

天の父のころ（無限無量の絶対愛）をころとする、これが教えの出発点である。イエスはそれを身をもって表した。それは、イエス自身が、全き父（父神）の愛に満たされ、貫かれていたからであった。イエスにおいては、絶対界と相對界、絶対次元と相對次元との間に分裂がなかった。ところが、われわれ現実の人間においては、そうはいかない。ここに法の世界と宗教（キリスト教）の世界との違いがはっきりと現れている。法が規律の対象とする人間は、自己

中心で、利己的な面を免れない人間である。理想としては、他者を愛し、他者のために身を捧げようとする崇高な志向を有しながらも、また逆の方向へも突っ走るという両面がある。そのような人間の構成する社会において、正義、公平、平等、共生、といった価値を実現するのが法の目指すところではあっても、一挙にそれに到達することはできない。忍耐と寛容が必要である。

キリスト教は人間の内面の変革を出発点とする。しかもそれは神の働き（力）によって達成されるものであり、その前提として人間の自由意志に基づく神・キリストへの信仰（帰依）が不可欠であり、それは、いかなる人にも強制されるのではない。

法学教育、ことに将来の法曹を養成することを直接の目的とする法科大学院の教育において、法曹倫理教育が重視されている。私は、法曹を志す人たちが、単に法律の解釈適用の技術の習得に明け暮れるのではなく、高い人間性を養っていただきたいと願っている。それには、上に述べた旧約聖書や新約聖書の核心に触れ、自らの生き方を問い続けるといったことの大切さを忘れないでいただきたいと切に願うものである。

質疑討論

奥田昌道 ほか

吉田邦彦（司会）

大変貴重なお話をありがとうございます。奥田先生には以前にも北大に来ていただいていますけれども、今日のような、——先生は、「無因説」と、おっしゃいますけれども——先生の民法学と宗教の両面にわたって、こういう形でのお話は、はじめて聞かれる方が多かったのではないかと思いますし、いろいろ皆さん感銘を受けられたのではないかと思います。それでは、残り三〇分くらいになりましたけれども、どなたからでも自由にご質問いただければと存じます。最初は、若い方からいかがでしょうか。どなたからでも、何なりと。

奥田昌道 ぜひ若い方から。もう偉い大家の先生方は怖いですからね。

これからという方々、その方々がいろんなことをね、ご意見くだされば、ありがたいと思いますけど…。

私は北海道に来る時も、まるで旧約聖書イザヤ書五三章の「屠り場に引かれる子羊のように」、また、十字架を直ぐ前にして悶え苦しむキリストみたいな姿でね、海を渡ってきたのですよ。ねえ、吉田先生、気楽なこと仰ってますけどね。その苦衷をどうぞお察しください（笑）。

（一）学問の姿勢は、宗教の問題か。また宗教と「断絶」しているのか。

得津晶 商法を勉強させていただいております得津と申します。本日は大変貴重なお話をどうもありがとうございます。そして、奥田先生が終始一貫してなさっていたのが、その断絶

説、というお話、まあ、無因説と吉田邦彦先生はおっしゃいますけれども、これは非常に私も大変感銘を受けました。しかし反面ですね、ややところどころ、入ってくる、その…、例えば宗教のおかげで色眼鏡が外れるんだ、というお話があつて、それが学問に関係あるといわれてしまうと、——色眼鏡を外すっていうのは大事であるというのは、私もこれは宗教に何も関係なく思うのですけれども、——ちょっと何か、本当に断絶なのか、何かちょっと関係があるのかというところを少し気になったのです。ところどころ、キリスト教の話が出てきたんですけども、仏教だって同じだろうという話も所々出てきていたのですが、やっぱりこれは宗教観の何が宗教っていうものなのかが、ちょっと私が狭いのかもしれないのですけれども、何かそういう宗教じゃなくて、何か別の、その学者としての、何ていうか、中立というのが本当にあるかどうかはちょっとよく分からないんですけれども、そういったものというのは本当にどこから来ているのか、本当に宗教から来ていないのか、それとも何か別なものから来ているのかがわからないのです。ちょっと漠然としたご質問で申し訳ないのですが、よろしくお願いします。

奥田

あの、まず申し上げなければなりませんのはね、宗教

の方は絶対次元の世界なんですね。お釈迦様にしましても、キリストにしましても絶対次元。これに対して、我々はできそくないの人間という相対次元の世界なんですね。「ジャックと豆の木」というような話がありましたけど、一生懸命蔓を登っていつて、上へ到達する、そんな蔓を登っていつてね、到達できるような世界ではないという、そこに一つの断絶があります。断絶があるから完全に無関係かというところじゃなくて、やっぱりイエスという方、あるいはお釈迦さんという方が現れてきてく다さつて、絶対次元を人間どもの前に開示しているということとは明かなんですね。開示しているからすぐ飛びつけるかというところ、そう簡単じゃない。そういうところをわかつて欲しかったですね。

特に小池辰雄っていう先生が講演の中で話してくれたのは、人間はどうしても己に囚われると。自我に囚われると。本当に自我っていうものに囚われない方はお釈迦さんとかキリストとかそういう方々だろうと。ほかの人間はいくら自主独立だ、やれ自由だといったって何かに囚われている、本質は不自由なんだと。そういうことをおっしゃったんですね。そういうところと今のことが繋がっていると思うんですね。で、始めのご質問になりますと、何でしたかね、始めのご質問は…。

得津 結局断絶しているとおっしゃっているんですけれども、どこか裏から相対の世界から宗教に入ってくるのか…。

奥田 ええ、入ってくるんですね。向こうから切り込んでくれるんです。向こうからこっちへ切り込んでくれるんですね。そういうことが一つですね、それから、二つおっしゃったですね。一つで良かったんですか？それで良かったんですか？

得津 何かまだ雲をつかむような話で、完全には理解していないんですけど、どうもありがとうございました。

(二) 学問をやる際の人間の弱さ、自己への囚われ——「絶対・相対」の峻別

奥田 だからね、私は、皆さんはそうじゃないかもしれない。私にとってはね、やっぱり己に囚われている人間の弱さ、そういうものに怯えながら学問をやるというのは、ものすごく精神的に苦しかったんです、正直に。他人の問題ではない、自分の問題としてね。だから、私の場合にはまだ若かった二二、三歳から二四、五歳の時です、勉強を始めて間もないときです

ね、まず己は何者か、己ほどでたらめで弱い者はないと、これ乗り越えて本当に学問に徹する、於保不二雄先生は「学問のための学問」なんて言われた、およそ功利主義は否定なさった、極端ですよ。あの頃はマルクス主義が流行っていましたから、何々のための学問、人民のための学問、そういう何々のための学問に対して、於保先生は「学問のための学問」ということを敢えて言われた。僕はそういう心境に到達するのはなかなかできなくて、やっぱり自分に囚われていますしね。

だからどうやってたそういうね、「学問のための学問」とか、本当に澄み切った心境でね、物を、曇りなき眼で物を見つていうところへ行けないんですね、己に囚われて。自分はその頃、いろいろ精神的にも肉体的にも、もう病気の一步手前ですね、そういう状況にいる時に自分の弱さを徹底的に知りましたんですね。そういうことが根底にありますものですから、だから、まあ、僕はキリストっていう方はね、絶対次元から人間を絶対無条件に救い上げる、それはお釈迦様も一緒でしょう。そういうもんでないと自分は救われっこないというところへきたんですね、それを私に教えてくれたのは小池辰雄っていう、宗教上の恩師であつたという、そういうことなんです。

だから、敢えて私が絶対性と相対性ということにこだわら

すのはね、人間の善の積み重ねとか努力の積み重ねで絶対善に到達できるというそんな安易な考え方にはとても立てない。それは、立てる人は立ってくださっていいんですよ。積み重ねてね、ジャックが豆の木を登っていつて天国に到達したらそれはそれで素晴らしいけど、私はとても駄目だと。譬えて言えば、ちようど放物線がありますね。下から上へと昇りゆく放物線と、上から下へ降りてくる放物線とがあります。下から出ていく放物線は、ピークに達するとその後は必ず下へ降りてきます。それとは逆に、上から下りてくる放物線はあるところから今度は方向を変えて、上へ上へと上昇してゆきます。神様から下りてくる放物線はどん底の人間を拾い上げて上へ昇っていくんですね、限りなく上へ、天上の世界へと。我々はそれとは逆方向の放物線なんです。青春時代はこのピークにあるかもしれませんが、知的にも肉体的にも。でも、やがて衰えていく。長生きして、その先どこへ行くんですか。老人ホームですか。夢と希望を持ち続けることができるのでしょうか。これが人間の現実です。これに対し、神様の下さる放物線は、ひとたびは、どん底に突き落とされるんですが、地獄を味わった人間が、今度はそこで拾い上げられてあとはもう上へ行くだけなんです。それを小池辰雄は講演の中で話してくれたんです。いろんな例えでもっ

て話してくれた。私はもう感動ばかりでした。西洋の鐘にはベルがある。ベルがあつて鳴るだろう。東洋の鐘は何もない、空っぽだ。ところがゴーンとやればね、妙なる響きがある。鐘は空気に包まれながら、空気を抱いて、鐘と空気が響き合つて鐘が鳴るんだ。あの鐘は天井からぶら下げられているだろう、釣鐘だ。これにつっかえ棒をしたら、叩いたつて鳴らない。上からぶら下げられているこの鐘っていうのは無立場だ。主義主張をしていない。首根っこをつかまれてぶら下がっているだけだ。それが突かれるとゴーンとね。空気と溶け合つて素晴らしい音（ね）を放つ。西洋の鐘はベルがあつてガランガラン、ガランガラン鳴っている。ガランガラン、ガランガランの音よりもゴーンというあの除夜の鐘の方が、素晴らしいでしょう。そんな話をふんだんにしてくださつた。それまでに私が出会つたキリスト教の人は東洋のものを一切否定する傾向が強かつた。僕の接したキリスト教の宣教師なんかは特にそうだった。けれども、私は小池辰雄に出会つて初めて目が開かれた。あの方は東洋の良さをそのまま受け入れて話してくれた。内村鑑三の系統でもありましたね。それだから僕はそれで本当に、視野が広がつたと思つています。

私の恩師の於保不二雄つて方はね、学者であらうと思つたら

無宗教でないと駄目だ、なぜかという色が付いてしまうと云われた。そのことが悩みの種ですよ。それで、小池辰雄に出会ってね、この先生が言われたことは、「世間では、キリスト教に入ると視野が狭くなるというけれど、私は逆だ。無色透明のキリストの光で物事をありのまま見ることができるようになった。世界が広がった。」と。つまり、人間はともすれば、己っという主観でものを見てしまう、色眼鏡でものを見てしまう。それがキリストはそれを全部取っ払ってくれたと。太陽の光で、無色透明な光で物をそのまんま受けとれる、それがキリストの光だって言われて、はあっと思って感動しましたよ。

(三) 奥田教授における「宗教」「道徳」「法（法律）」の構造――

G・リペールとの違いをどう考えるか

吉田 奥田先生、今の得津さんの質問をもう一度確認させていただけませんか。先生の分析軸は三層構造ですね。宗教の世界、それから道徳の世界、そして、法の世界ですね。今日の先生のお話では、宗教の世界と道徳の世界で断絶があるということとを強調されました。しかし他方で、同じキリスト教でも、所々カトリックは自分とは違いますというようにすることも仰いました。

そこでそれでは、リペール教授の立場と比較対照させてみます。先ほど冒頭に紹介しました例えばリペールの本（G. Ripert, op. cit., p.31 et suiv.）では、こう書いてあるのですね。「法律家は彼の道義的理想の実現に努力しなければならぬ。キリスト教的道徳は法原則となり得る。」として、①夫婦間の扶助とか、②自然的父性探求とか、③子どもの保護とか、④不道徳契約の禁止とか、⑤投機の抑制とか、⑥責任の推進、⑦不当利得の排斥、⑧被用者保護、⑨権利濫用の禁止、⑩週休の確保、等々、さらに、⑪税の再配分とか書いてあるわけです。これは先生から見ると、直説でよくないということになるのでしょうか…。

奥田 いま吉田先生のおっしゃったリペール教授の挙げられた諸事例は、人間として当然のことではないでしょうか。このような理念なり制度の形成にキリスト教が寄与してきたことは歴史的事実でありましょうが、そのような理念なり制度が既に社会において、あるいは法において承認を得ているところでは、あえて、キリスト教徒だからそれをさらに促進するように努力するとかいうことではなく、人間として、誰もがその実現に努力するということではないかと思うわけです。

私のプリントに書いていますけれども、旧約聖書のレビ記と
いうところに出ていますよね、既に、稲穂を収穫するときには、
貧しい人のために少し残しておいてやれとかね。

吉田 はい。しかし、リベール教授においては、宗教規範と
道徳規範、法規範との一体化の例としてひかれます。他方で、
先生のご議論では、宗教と道徳・法との峻別を説かれますから、
ちよつと違いますよね。その辺の関係をお聞きしたいのです。

奥田 私が高次の宗教的規範や理念を直接に法制度の中に持
ち込むべきではないと申しますのは、例えば、キリスト教では
離婚を禁じています。キリストの言葉に「創造主は初めから人
を男と女にお造りになった。それゆえ、人は父母を離れてそ
の妻と結ばれ、二人は一体となる。だから、二人はもはや別々
ではなく、一体である。従つて、神が結び合わせてくださった
ものを、人は離してはならない。」(マタイによる福音書一九・
四―六)とあります。キリスト信者ならば、これを素直に受け
入れるでしょう。しかし、キリスト信者であっても、いろいろ
の理由で家庭生活が破綻してしまっている夫婦に対して法律上
も離婚は許されないとして、離婚を禁ずることはできないと思

います。ましてや、キリスト教徒でない人々に対して、離婚は
神の意志に反するから許さない、ということでしょう。か。
私は、宗教は人間の内面の事柄であつて、一人ひとりが神様と
の関係を正しく保持すべきもので、これを他人に押し付けては
ならないと考えています。一人ひとりが、全く内発的に、神・
キリストの心を心とし、御心に適う生き方をしたいと心から
願つて生きるならば、多くの問題は解決するのではないかと考
えています。

リベールの挙げておられる諸事例は、人間に共通の道徳規範
レベルの事柄であつて、キリストが説かれたのは、もつと高次
元の神の絶対愛、絶対善というべきもので、人間の考えるレベ
ルを遥かに超えていると思います。

吉田 道徳とは別の次元の、それとは違う絶対的のレベルの
お話といわれるのは…

奥田 もつと次元は高いですからね。隣人愛といったら、己
を捨てて他者を助ける。

講演の終りに引用いたしました有名な、「敵を愛せよ」
との教えもそうです。それまでは、「隣人を愛し、敵を憎め」

と命じられているけれども、「わたしは言っておく。敵を愛し、自分を迫害する者のために祈りなさい。あなたがたの天の父の子となるためである。父は悪人にも善人にも太陽を昇らせ、正しい者にも正しくない者にも雨を降らせてくださるからである。自分を愛してくれる人を愛したところで、あなたがたにどんな報いがあるか。：自分の兄弟にだけ挨拶したところで、どんな優れたことをしたことになるか。：だから、あなたがたの天の父が完全であられるように、あなたがたも完全な者となりなさい。」(マタイによる福音書五・四四～四八)と。これは、誰にでもできるといったものではない。いや、誰もできない。もう、神・キリストの前に降参するしかない。キリストはそれを実践された。理不尽な裁きで十字架に架けられながら、「父よ、彼らをお赦しください。自分が何をしているのか知らないのです。」(ルカによる福音書・三四)と祈られた。これを私は心の中で大切にしたい。神・キリストが一人ひとりの心の中に働いて、その御力で内側から人を造り変え、キリストと同質の人間にしていただかなければ、ただ、理想だ、理念だ、道徳だというだけでは、できることではないと考えています。

吉田 そうすると、ちょっと言い方の違いということになる

のでしょうか？正義っていうのはリベールですと、こうクリスト教的な宗教道徳みたいなものが正義という書き方をしている個所もあるのですよね。しかし、先生は他方で、「相対的世界における人間的正義」という言い方もされました。結局、実質は宗教の思想は、道徳・法に影響を与えるという意味では、大差ないのだけれど、宗教の絶対世界と、人間の相対世界における道徳・法とは、区別・峻別しておきたいという整理でよろしいでしょうか。

(四) 責任問題(特に、戦争責任の問題)を宗教的にどう理解したらよいのか。

吉田 それでは、若い方の発言が続かないので、「埋め草」的に質問させていただきますね。お聞きしたいのは、帰責の問題、責任の問題に関わります。それは、実は法学の根本問題で、またそれは、法学だけではなく、道徳の世界においても重要課題でしょうね。これが宗教では、どのように扱われているか、というのが私の質問です。

先ほど、親鸞の悪人正機説の話もされましたが、過日、宗教学者の山折哲雄さんのもの(例えば、悪と往生——親鸞を裏切る『歎異抄』(中公新書)(中央公論社、二〇〇〇)、親鸞を読

む(『岩波新書』(岩波書店、二〇〇七))とかを見ていますと、悪も、人間は小さな悪はつきものだ。それを全部救っていくのが、その宗教の世界っていいですかね、この点は、奥田先生も言われたことだと思うのです。しかし他方で絶対悪というようなものがあり、同様の扱いにならないと山折さんは言われていますが、この点で、ゲッセマネの祈りをするクリストの世界(マタイ伝二六章三九節、四二節)ではどうなるのでしょうか。北大には、たくさん南京大学からの留学生も来ていますが、例えば、南京大虐殺だとか、あるいは、戦争の虐殺問題とか、北海道での非道で残虐な強制連行・労働の問題とか…。

奥田 ああ、ナチスの問題とかね。あれもありますね。

吉田 キリストは、そういう問題をも、つまり、そういうことんでもないことをしでかした人も救ってしまおうというご趣旨なのでしょうか。

奥田 それはキリストに訊いてください。私は答えられません、それは。

(五)戦後補償問題、さらに関係修復(歴史和解)などへの道徳的・法的対応の高まりと宗教との関係

吉田 僕は、細々ながら、戦後補償問題への民法的アプローチという分野の研究もしているのですが、これは、法律学、とくに不法行為の救済論・制度趣旨という根本問題ともかわってくるように思います。この点、従来法は道徳問題を扱わなかったばかりに、現場ではとても大事な、「良心の変革」つていますか、「悔悛」という問題をかつて法は触ってこなかったわけですが、近時の諸外国での議論を見ると、大きな動きを感じるのです。

アメリカ法学を始め、諸外国では、そういう戦争問題とか、先住民の扱いとか、奴隷制ないし黒人に対する虐殺暴動とか、そういう補償問題についての道義的気運の高まりということを受けて、法も黙っちゃおれないと、道徳とタイアップして、そういう不法行為の救済論の議論を深めなければいけない、という議論になってきております。そういうことに対して、先生の目から見ると…どういうことになるのでしょうか。

奥田 それに対しては、何にも抵抗しません。結構な話だと思います、それは。そうなれば。

吉田 でも、キリストがそういう人も救うのですか、と訊いた時、キリストに訊いてくださいと言われて何か禅問答みたいで…。

奥田 そうですよ。僕はキリストに訊いていただかないと、僕はキリストではありませんから。ユダヤ人の大虐殺なんて、そんなもの予想もしない事態ですよ。まあ、ネロのときにもいろいろありました。それが向こうの霊の世界でね、向こうの世界でどうなっているか、こんなの私は覗くことはできません。でも、必ず正しい神の裁きがあるということは信じています、私は。正しい裁きは必ずあると。

吉田 でも、こう、やっぱり相対的な現実世界においても、それに向かっただけの努力というのは必要ではないでしょうか。

奥田 それは、当然です、当然ですよ。それは尊いことです。それだけで何かが成るとまでは言わないというだけのことなんです。人間は努力を積み重ねてね、山を登っていくのは尊いことです。そのことと、人間一人ひとりの魂の救いの問題とを私は分けて考えています。キリスト教界においても、キリスト教

的道德とか、キリスト教的実践を重視して、今おっしゃったような様々の政治的・社会的問題に積極的に取り組まないようではキリスト者の名に値しない、という主張が強くなされます。

私は、そうは思いません。最も大切なこと、根源的なことは、一人ひとりが全存在的に神・キリストに向き合うこと、神がキリストを通して一人ひとりに何を与えようとなさっているのか、何をお望みになっているのか、その御心を知ること、受け取ることだと思っています。イエス（キリスト）においてご自身を表した神は、キリストを通して、キリストによって、一人ひとりに永遠の生命、死んでも死なない命を与えようとなさっている。これを観念や概念ではなく、根源現実として、リアリティーとして体受すること、それを大切にしたいと考えています。キリストの霊生を賜り、キリストの霊性に与った人間が、その先どのような生き方をするか、何を天命と自覚し、どのような活動をするかは、一人ひとりにおいて異なっていよいし、異なるだろうと思います。

吉田 それでは例えば、南アフリカ共和国では、周知のTRC (truth and reconciliation commission) 「真実和解委員会」が発足し、そこでマンデラ大統領がとった方針というのは、アパ

ルトヘイトの関連の殺戮、色々の差別、そういうとんでもないこと、これも絶対悪だと思えますけれども、被害者はその責任問題を赦しましょうという前提で、加害行為をどんどん加害者に話させましょう、というようなアプローチをしましたね。

奥田 それはそれで、素晴らしいことではありませんか。それは、それができたら。

吉田 いやしかし、これはなかなか、通常の人間、先ほどから出ている、自己愛がある人、復讐心がある人だったらかなか難しいことです。しかし現場の実践的行為として、こうした「一歩進められた」行為もなされています。ここには、先生が繰り返される「峻別論」「断絶論」では割り切れない、宗教の世界ないし道徳の世界と法制度との相互的影響関係が認められるように思われるのです。そしてそれは、絶対愛に近づこうとする努力ではありますよね。それでも先生は、人間は、自己愛的・利己主義的存在であり、人間の「相対世界」の道徳的規範状況は、変わらないと言われるのでしょうか。

なおこの点で、他方で対応に苦慮するのが、二三年前に生じた「アーミッシュの赦し」の事例です（これは、二〇〇六年

一〇月に、男性がアーミッシュの学校に乱入し、女児五名を殺害し、さらに五名に重傷を負わせ、自殺したという事件ののちに、アーミッシュの遺族たちは、自殺した男性の家族を訪ねてその男を赦すと伝えて、同人の葬儀には、多数のアーミッシュが参列したというものです）。この被害者側の態度は、近時横行する復讐・報復の増幅という行動様式とは対極にあり、「関係修復のあり方」を考える際には、興味深く、アメリカ社会では、「素晴らしい」と好意的対応をした人も多かったようです。しかし、この報道を知ったときには、私には、なんだか「人間離れ」したものに思われ、それはまさしく先程の「ゲッセマネの祈り」を想起する行為でして、宗教倫理と日常の道徳ないし法倫理とのギャップも感じており（そして、アーミッシュにおいても、この宗教上の赦しと司法上の償いとは区別しているようです。D・クレイビルほか（青木玲訳）・アーミッシュの赦し——なぜ彼らはすぐにその犯人とその家族を赦したのか（重紀書房、二〇〇八）参照）、奥田先生の言われることもその限りでは、納得しているのです。

奥田 かつてのリンカーンの奴隷制廃止のための戦いとか、今おっしゃったマンデラ大統領の方針とか、そういう一国の指

導的立場にある方が、命がけでそのような信念を実践されるということは素晴らしいことだし、それを支えているのは宗教的信念ないし確信だと思います。国民がそのような指導者を選ぶということがあつてのことですね。その努力をね、皆さんがはい、はい、つて受け入れたら素晴らしいことになりますよ、ガンジーにしてもそうですしね。はい、受け入れてくださったら、そりゃあ、もう、言うことなしですよ。

問題は、そのような基盤を作りだすものは何かということですよ。わが国においては、残念ながら、政治の世界でも利益誘導型でないと票につながらないとか、教育の世界でも人間の理想とか、天職の自覚のもとに自己の才能を磨き育てることということではなく、他人よりは有利な、良き地位、良い生活につながることを目指しての受験競争、進学熱と一体化した教育しかできない状況でしょう。

＊(注) この「絶対悪とクリスト教」との関係につき、この研究会の翌日、たまたま札幌独立キリスト教会で、深瀬忠一教授の「平和を作り出す人たちは幸いである(マタイ伝五章五節、九節、四四―四五節)」と題する講演、その後の質疑討論でも問題とされ、示唆を得た。すなわち、深瀬教授によれば、

ば、原則として、キリスト教は人間の罪のすべてを赦すけれども、例外的に「聖霊を汚す罪は赦されない」(マルコ伝三章二九節、マタイ伝二二章三一節、三二節)とのことで、聖霊を汚す罪とは、キリストによれば、何でも赦されるということに乗じて、(いわばモラルハザード的に) どんどん悪の深みに入っていくことが対象とされるから、絶対悪も関係してくるのではないかと思われる。

そして、深瀬教授も奥田教授と同様に、国家と宗教との関係など懸念されながら、宗教と道徳・法とを切り離されるが、これまでに人間世界における戦後責任なり平和に向けての道徳的積み重ねは貴重であり、その実績は重要であるという見解を示された。実は、私は、今回の企画では、両教授の対談を企画していたが、深瀬教授の体調上の問題もあり、かなわなかった。それにもかかわらず、貴重なご教示をいただいた深瀬教授に心より、謝意を表し、ここに付記して、この教示を読者と共有したいと考える(吉田邦彦)。

(六) 日本社会における宗教的・道徳的規範状況の脆弱さと奥田教授の宗教活動の問題意識

奥田 それでは、日本の社会で果たしてそういう地盤ができ

ていますか？ということをお僕は、訊きたいですね。日本の社会でそんなことを言つて、はあその通りですつていうだけの精神土壌があるかつていうことを訊きたいんですよ、はい。私から見たら、日本の宗教性っていうのはものすごく浅いと思つています。

吉田 その跳ね返りとして、その反映として、道徳的な規範意識も非常にいい加減な面もあるという…。

奥田 ええ、自分の利益なり安全が保たれる限りで少しでも他の人にもということで…

吉田 ですから、やはり先生の問題意識として、間接的ではありませんが、宗教レベルと道徳レベル・法レベルでは、繋がつてるように思われるのです。だから、先ほど紹介したリペールの見解に対しても、正面からは否定されませんでしたね。

先生が普段なさつておられる、宗教世界との関わりでの先生のご努力（例えば、毎週日曜日の先生のご自宅での聖書を読む会合）というのは、——理論的には一応断絶説ですけれども、——そうしたことを通じて、宗教的規範意識というのが定着し

ていけば、それが延いては、道徳的な意識、さらには法意識、法規範へと間接的ながら繋がっていくという考え方に裏打ちされてるように思われるのです…

奥田 定着するにはね、一人ひとりの魂が、本当にキリストにあるいはお釈迦様に直結して欲しいというのが私の願いなんです。いい加減な精神論でね、精神主義でごまかして欲しくないっていう気持ちがあるんです。偽善を生むから。

吉田 それはよくわかります。先生の偽善的な権威主義を排しようという姿勢ですね。その点は、先生の紹介のところでも述べたところです。

奥田 それなんです。徹底なんです。

吉田 ちょっとすみません、私は昨日三時間半くらい、先生との議論をやっていますから、あのう、ちょっと今、埋草的に続いているのですけれども…。どうでしょう、せつかくの機会ですから…。

藤原正則 国家責任・戦争責任と言っても、個人の犯罪とは

違いますから難しい問題ですね。僕はあの、声を荒げて他人を糾弾して、特に道徳的に他人を非難するのは嫌いなんですけれども、その前に自分のことを考えた方がいいと思うんですけれども、残念ながら私は、自分の自我だけなんです。しかもそういう自我って訳がわかんないんですね、方向性がなくて。その場その場で。だから一体僕は何だろうっていつも思っているんですけれども。玉葱の皮むきだろうという感じで。

奥田 それでいいんじゃないませんか。

藤原 はい。自分が法学をやっているかどうかわかりませんけれども、法学は先生がおっしゃいましたように、技術ですから、何とかできるのかなと思って、やっているだけなんです。

奥田 どうもありがとうございます。

(七) 実定法上の問題——特にエホバの証人患者の輸血問題、
詐害行為取消権の問題など

吉田 あの、請求権競合論の話は民事訴訟法にも関係します

けれども(笑)、何か……質問ありませんか。訴訟物論争は、民訴では大々的に議論され、私は、講義・演習とも、三ヶ月章先生でしたので、新理論を強く教え込まれたのですが、実務への影響力は、あまりなかったのかなあと、今となつては思いません。やはり、奥田先生のように、手堅くいかないとうまいかないということなのでしょう。民訴の高見先生など、何か追加発言ございますか。

奥田 もう、そんな話はいいじゃありませんか(笑)。

高見進 いや、もうありません(笑)。

吉田 それでは、少し医事法学上の論点をお聞きます。先ほども先生は、日本社会における規範的無秩序状況についてのご不満を述べられました。が、昨晩も議論したように、中絶とか、「エホバの証人」の輸血拒否の問題としては、先生は、——(間接的か、直結的かの議論はともかく) 今日お話しになられたような宗教的バックグラウンドとも関係して、——個人的には、明確にいわゆるプロ・ライフの立場を採られて、近時の安易な

中絶を認めることを支持するような「自己決定論」には、批判的なことがわかりました。

それでは、そうしたハードケースが出てきた場合に、先生は、法解釈者として、どのように対峙されるのでしょうか。宗教上ないしそれをベースとする道徳的・法的規範的立場をあまり出さずに、自己謙抑的に、先例の射程・妥当性などという形で、比較的技術的処理を試みられるのでしょうか。エホバの最高裁判決（最判平成一二・二・二九民集五四卷二五五八二頁）が出たころは、先生は、最高裁におられて、そしてあれは第三小法廷ですから、コミットされていますね。先生は、当時どのように議論をリードされたのでしょうか。

あの事件については、当時日本医事法学会などに、エホバの教団の方が来られて、大変歓迎すべきで画期的判断だとしていましたが、先生の規範的判断は、かなり違うところがありますね。もしあの事案が、妊婦のケースだったり、子供に信者の両親の意向から輸血を拒否して死なせてしまうという事案だったらしたら、かなり事情は違います（教団は、すべての場合に輸血拒否を正当化するようですから）。私は、あの判決で宗教的信条に関する人格権侵害という構成が、独り歩きするのは危険だと思いますが（詳しくは、吉田邦彦「信仰に基づく輸血拒否

と医療」同・契約法・医事法の関係的展開（有斐閣、二〇〇三）三九二頁以下（初出、二〇〇〇）、先生は対抗利益である生命の保護のために、どのように論議されたのでしょうか。

奥田 「エホバの証人」への輸血事件は、かなり特殊なものです。救命のための医療行為としての輸血と信仰上の理由に基づく輸血拒否のいずれを是とすべきかという一般論ではなく、あの事案においては、無輸血治療をしてくれる医療機関を探し求めていた患者（原告）に対して、自分のところでは輸血はしないからという説明を受けて、安心して入院治療を受けたところ、その医療機関においては、手術を実施する必要が生じ、かつ、輸血以外には救命できない事態が生じたときには輸血をすることを医療スタッフにおいて申し合わせており、しかも入院から手術の実施まで一か月ほどもゆとりがあったにもかかわらず、このような医療方針を秘匿した上で手術を実施し、輸血の必要が生じたので輸血に踏み切ったというものでした。生命の尊重、救命を任務とする医療側にとっては、死を招く結果になりかねない「輸血拒否」は到底容認できないことでしょう。他方、信仰者にとっては生命を失うことになってもなお守るべき規範ないし価値（大切なもの）があると信じていることも事実

です。本事実における医療側の対応は、いかにも医療の立場優先であって、たとえそれが医療者としての良心に基づくものであったとしても、患者（原告）の信仰を踏みにじったものと評価されても致し方のないものと私は考えたのです。手術までの一か月の間に、医療機関において患者に対し、いざとなれば輸血するかも知れないとの医療方針を説明することによって、患者が別の医療機関を探すなり、退院して自然の成り行きに任せるなり、どのような道を選ぶにしても、それは患者自身の信仰に基づく決断の結果であって、医療機関が患者を見放したということにはならないでしょう（全く判断能力を欠いている場合や、意思能力を欠いている場合は別である）。宗教の自由は、それが他人に危害を加えるものであれば容認され得ないが、誠実真摯な信仰に基づくものであれば、第三者からみて不可解なものであっても、踏みにじってはならないものではないでしょうか。誤解を招かないために付言するならば、このような宗教の自由の主張は、成人の本人限りのものであって、子供の生命・健康に関して、親の信仰に基づく輸血拒否は認めてはならない。

私は、以上のように考えています。

吉田 被害がなければ、信仰に基づく自殺（ないし自殺的行

為）について、先生は、比較的寛大であるというように受け止めました。その限りで、死ぬ権利などにも出てくる「自己決定」論などにも、先生の特徴は出てくるのか…など議論は、続けたのですが、先に進めましょう。

水野吉章（誌上参加） 債権者取消権の問題について、日米

比較をしながら勉強している関西大学の水野と申します。先生の債権総論の体系書の特色の一つとして、詐害行為取消権につき、どうも責任説については、納得がいけないということでしたが、その点は、近時の訴権説についても同趣旨なのかと推測しています。先生が納得されないところのエッセンスだけでも、お教え下さいませんかでしょうか。

奥田 責任説の核心部分は概略、次のようなものです。詐害行為の取消しは「責任的取消」であるとし、取消判決が確定すると、詐害行為は、債権者の債権と債務者の財産との間に存する責任関係に生じた効果に関してだけ、かつ、総債権者の利益において無効となる（責任的無効）。受益者または転得者に移った財産（物または権利）は「他人の債務のための物的有限責任」の形となり、債権者がこの財産に執行するためには、債務名義

として、取消しの相手方に対する責任判決が必要であるが、この責任判決は取消請求と併合して請求することも可能である。財産自体に対する執行ができない状態にあるときは、相手方はその財産の価額を限度として債務者の総債務につき人的有限責任を負うが、これについては、債権者は取消請求に併合して将来の給付を命ずる判決、または、取消後に現在の給付判決を得ることができる。

このような責任説の主張に共感を覚えつつも、私が責任説へと踏み切れない理由は、責任的取消しあるいは責任的無効という観念が一般になじみがないこと、債務名義として責任判決の取得が必要であるところ、現行の訴訟手続きにおいて責任判決という制度がすんなりと組み込まれるのか確信が持てないこと（現在の裁判実務がこれを受容するかどうかについての疑問）にあります。翻って、判例の相対的取消し（取消しの相対効）の理論的難点の一つは、「債務者」（人）と「責任財産」とを切り離して、取消しの効果は債務者には及ぶないが、債務者と切り離された責任財産には及ぶという無理な（こじつけとも言える）説明をしなければならぬ点ですが、これは、一つには債務者を取消訴訟の被告としないことから、そのような無理な構成をせざるを得ないのだと思います。今回の債権法改正の検討

委員会の審議においては、受益者等とともに債務者を被告とする方向で考えられているようなので、債務者を被告とすることに難点がないということであれば、債務者への財産の回復が無理なく認められることになると考えます。

なお、近時の訴権説については、残念ながら私は十分に勉強できていませんのでお答えすることができません。

（八）おわりに——奥田教授のキリスト教の位置

奥田 いろいろお話しましたけれども、正直申しまして、ここまでキリスト教の話なんか話したことは初めてですよ、私は。今までそんな機会はなかったですよ。福音伝道の場所では、キリストのことを話す。学問的なところでは学問のことを話す。全然二つの交わらない平行線みたいところで私は来ただんですけれども、この今日の会で初めてここまで、いろんなことを立ち入って話できたっていうのは本当に、それは吉田さんの企みが成功したのか、失敗したのか知らないけれど（笑）、本当に私そう思います。しかも、若い方々が真剣に聞いてくださったことに、私はとても感動しています。

吉田

ここににいる若い皆さんも、感銘を受けていることと僕

は思います。

奥田 私は本当にそういう意味ではね、ありがたいと思っ
ています。

吉田 ラジオ深夜便のときには、ずっと起きていたのですけ
れど、朝の四時五時にもかかわらず、夢中になってノートをと
りました。そのくらい、あの時も、そして今日のお話も、訴え
るところがあると思います。いろいろな今回の企画の準備の過
程で、ご依頼する際に失礼がありましたら申し訳ありません。
お許しください。

奥田 いやいや、とんでもありません。しかし、やはりね、
物事の見方においてカトリック的な世界観なり、カトリック教
会の世界と、ルターに始まるプロテスタントの世界っていうの
は非常に断絶があるように思います。ルターは神の義、それは
人間を裁く義だったのですね、その義の前に立ちすくんでし
まって、徹底的に自己を否定しました。そこから、「神の義は
福音のうちに顕れ、信仰より出でて信仰に進ましむ」（ロマ書
一・一七、文語訳聖書）とのパウロの言葉によって初めて、神

の義は人を裁く義ではなく、キリストの贖罪を通して人を救う
義であることに目覚めたと言われています。カトリックの方は
善行を積み重ねていけば何かに到達するっていう、そういう人
間性というものをかなり肯定した上で、割合に一般の人が近づ
きやすいようなシステムをとっているんじゃないかという感じ
です。カーニバルでもね、そうでしょう、今の間に飲食など楽
しむだけ楽しんで、その後に断食の季節が来るとかね、人間集
団を巧くコントロールするようにできていると思うんです。

それに対してルターに始まった信仰の道は、神の前における
徹底的な自己否定を要求します。自我を立てること、それが罪
だという。「我キリストと偕に十字架につけられたり。最早わ
れ生くるにあらず、キリスト我が内に在りて生くるなり。」（ガ
ラテヤ書二・二〇、文語訳聖書）とのパウロの告白の通りに、
十字架において己の死を信受し、キリストに自己を明け渡して、
ひたすら神・キリストが求めたもうところに従って行く。しか
も、それは一人ひとりの生き方の問題として、具体的に何をな
すかは皆違っていていいはずです。だから、よく「クリスチャ
ンならこんな場合どうしますか」とか、「このような場合にでも、
クリスチャンは、これこれでなければならぬのか」といった
質問をされますが、しかもそれは極めて難しい、答えにくい問

題を突き付けられることがあります。それに対して私は、「わかりません。」と答えることが多いのです。世界のあちこちで起こっているさまざまな心痛む問題、日本の各地で起こっている同様の問題、それらの一つ一つについて、的確な判断を求められ、しかも、それに対して貴方はどう対処するのか、何か行動を起こすべきではないか、と迫られても、「私は、今自分に賜った役割、使命を黙々と果たすだけです。その責任は主キリストが引き受けてくださいます。」と答えるしかありません。

それから、吉田先生が、一番根底の宗教の世界、道徳の世界、それと政治・経済・法律の世界との繋がり、そして学問、例えば私たちの携わる民法学との繋がりを密接なもの、あるいは有機的なものにした、との強い意欲をお持ちのように拝察いたします。私は、樹木の話で申しましたように、樹木というのは根っこが下に向かっていく、幹や枝は上に天に向かっていく、まるで方向が違います。しかし根っこがない樹木というのは必ず枯れますわね。しかも、根っここの世界は見えないですね。だから宗教の世界というのは見えない根っここの世界なんです。根っこが本当に健全なら樹齢千年ということになるかもしれない。この健全な根っこがあつてこそ健全な道徳という幹が育

ち持続する。政治・経済・法律また然り。その点で、吉田先生のご主張はよくわかります。でも、根っここの世界でこうだから、それをすぐに地上の世界に持ち込んでね、いろいろやりますと偽善者が生まれてくる。キリストの道徳の厳しさなんて、それは桁違いですからね。色情を抱きて女性を見た者は既に姦淫を犯したのだというのと同じなんです、誰もついていけない。「悪人に手向かつてはならない。だれかがあなたの右の頬を打つなら、左の頬をも向けなさい。あなたを訴えて下着を取ろうとする者には、上着をも取らせなさい。…求めるものには与えなさい。あなたから借りようとする者に背を向けてはならない。」(マタイによる福音書五・三〇―四二)もし、これをそのまま法の世界に持ち込んだら、もうガタガタですよ(笑)。ね、そうでしょう。不法行為法も不当利得法も成り立たない。

人間の世界というのは、始めは冷たい利己的世界からだんだん温かい利他的世界へと進化していく、それは吉田先生のおっしゃった通りだと思うんです。ただ、私は、人間の本质に対する見方が厳しいのだと思います。神・キリスト抜きで、生まれながらの人間の良心や善意の積み重ねだけでは、ベターな世界は築かれるかも知れないが、根源悪が除去されるには至らないだろう、とそんな風に考えているのです。

吉田 今先生が言われた「根源悪」は、先ほど私が質問した中で申しました「絶対悪」とは、全く違うものですね。念のため。

藤原 先生、すみません、塩野七生という小説家の『神の代理人』という小説、読まれたことがありますか？

奥田 いやあ、ありません。

藤原 ああ、そうですか。あの、デカメロンの最初の方に出てくる話で、敬虔なユダヤ人という話をご存じですか？ある所に善良なユダヤ人がいて、周りに住んでいるキリスト教徒が、ユダヤ教徒のところだけが欠陥なので、何とかキリスト教に改宗させようと思って、お願いしたんですよ。そこまで言ってくるならということそのユダヤ人が、バチカンにお参りに出かけるといったんです。そこでそのキリスト教徒が顔面蒼白になって、バチカンに行つて法王や周りの枢機卿の姿を見たら、絶対にキリスト教徒にはならないだろうと、これじゃあ魂を悪魔に売るともんだと思つたんですけど、帰ってきたらたちまち改宗した。なぜかと聞いたたら、法皇様や枢機卿があれだけ

でたらめをやっている、キリスト教が減びないのは、よくよく神様が偉大なんだろうと、いう話が出ているんですけど、僕はある意味では、そういうカトリックのでたらめさが好きです。人間、先生は今おっしゃいましたけど、とりあえず生きてる人間に、地上に住んでいる人間に、安心感と幸福を与えるのは、まあ宜しいんじゃないですか。

奥田 だからね、ここから先を聞いて欲しいんです。私が言いたいのは、キリストはね、ご自分を犠牲にして万人を救い上げてくれたんですよ。だから、神様に気に入るようにならうとかもう、一切いらないんです。ただ、人が本当にキリストと同じような生き方をしたいと思えばキリストに帰依していつていいのだけれども、修行を積んだから天国へ受け入れるとか、そんなんじゃないって。功利主義はもう成り立たないという、それだけは知って欲しいんです。誰でも心砕けて神・キリストの前に平れ伏すならば、もう過去・現在・未来の全部が許されているんです。そこまで徹底して欲しいんです。お釈迦様の大慈悲（大慈大悲）、それを成就したのはキリストの十字架の贖罪です。これを命題として信じたって駄目です。先ほど引用したガラテヤ書二章二〇節のパウロの告白の通り、キリストの十

字架に自分も共に架けられ共に死んでいる、「最早われ生くる

にあらず」という霊的根源現実を祈りの中で体受しなければ本当の世界は始まりません。キリストの救いは絶対です。魂の碎かれた人間を無条件に救いたもう。キリストが十字架に架けられた時、その傍らで同じく十字架に架けられていた片一方の盗賊が、「イエスよ、御国に入り給ふとき、我を憶えたまへ」と言った時、即座に「われ誠に汝に告ぐ、今日なんじは我と偕にパラダイスに在るべし」と言われたでしょう。あれなんです。そこを知って欲しいんです。カトリックはどちらかというと善行を積み重ねて聖者の域に列せられる、そういう方式ですけどね。

藤原

カトリックだけならまだいいんですけど、プロテスタントの中には道德強要する方がいらっちゃって、一部のプロテスタントの中には激しく…

奥田

だからね、私は、プロテスタントは嫌いなんですよ。

藤原

しかも、先生がパリサイ人の話であげましたけれど、そういう人間はイエス・キリストの教えの通り、新しい幕みtainなもので、表面は白く塗っているけれども中はウジ虫が湧い

ているというのがよくありますよね。

奥田

偽善が一杯はびこっているんですよ。僕はそういうものに耐えられないこともあって、「一匹狼」っていうのかな、我が道を行くっていう行き方をしています。まあ、恩師は小池辰雄先生でしたけどね。その群れの方々が残っておられるので、月一回、その方々をサポートする働きをしていますけども。京都の集まりも平常は一〇人程度の集まりですけどね、クリスマスやイースターには四〇人から五〇人、あちらこちらから集まってこられるけれども、日頃は一〇人多くて一五人の小さな集いで日曜日やっています。

藤原

錦織（成史）先生も御一緒ですか？

奥田

はい、そうです。

藤原

ああ、そうですか。前に錦織先生がこちらに来られて集中講義をやっていた時に、札幌の観光案内しようと思ったら、一切そういうのはなしで、内村鑑三先生とその周りだけ回って、それが終わったら本当に帰ろうかなという顔され

たのを覚えています。

奥田 (笑) あの方は私より輪をかけて純粹かもしれませんから。私のほうがよっぽど俗物かもしれない(笑)。ま、そういうことでね、何かね、ピューリタンは窮屈でものすごく狭いと思われている。ほんとは、そうじゃないんです、徹底的にね、徹底的に許された人間は、あと何をしてもいいという自由があるんですよ。全部許されているんですよ。けども、許されているからって勝手なことはいたくないって、そういうことなんです。そこを理解して欲しいんです。ね、「善人なおもて往生す、況や悪人に於いてをや」と親鸞は言いましたね。キリストも、「ご自分が十字架に架けられることによって、どんな人間も、全部そこで救い上げたんです。ただ、嫌だと言って拒否している人には自分を押し付けられないから、キリストは。魂の世界はごまかしがききませんからね。そういうことだと思っ

んです。絶対の世界、絶対次元なんです。絶対次元と人間の相対的な善悪とをごっちゃにして欲しくないという、これが私の無因性の理論なんです。無因性、独自性なんて言うんですけど、カトリックはどちらかというと合体させる方だと思っ

ているんですね。

私の場合はいったん断絶した上で、完成に向かうわけで、いつかは実現するだろうと思っています。それは一人ひとりの心から始まっていく。一人ひとりから始まる。集団じゃない。集団主義じゃない。一人ひとりにキリストが宿って一人ひとりがキリストのお宮になればそれが灯をともしわけですね。そういうものがあちらこちらに生まれれば、夜だつて輝くはずですよ。そう思っているんです。心からそういう風に、強制されてじゃない、刑罰が恐ろしいからじゃない、本心に心から神・キリストの世界を願うという、そこでの自発性こそが人間の尊厳だと思います。

私はね、最近、いや昔からそうですけど、非常に愛読している本にサズー・サンダー・シング (Sadhu Sunder Singh) という方の本があるんです。いま手にしているのは徳間書店から出た『聖なる導き インド永遠の書』(訳者は、林 陽、一九九六年六月三〇日 初版)で、これ今は手に入るのかどうか知りません。このサンダーシングは、一八八九年九月三日、北インド、パティアラ(今のウッタール・プラデシュ)州ランブルの裕福な領主の家の末子として生まれました。家は代々ヒンドウ教の一派であるシク教を熱心に奉じ、母はサンダーには殊のほか愛情を注ぎ、彼が将来、神に一生を捧げるサードゥー(聖な

る人」となることのみを願い、訓育した。ところが、一四歳のとき、母と兄が急逝し、耐えがたい悲しみと孤独にさいなまれた。神を求めて苦闘した末、祈り続けてもなお神から道が示されなければ、日の出前に鉄道自殺を遂げる決意をした。一九〇四年一月一八日の朝三時、彼は凍てつく寒さの中で水をかぶり、救いの道を示したまえと一心に神に祈った。四時半、突如、室内が明るい光に照らされた。光はさらに強まり、浮かぶ光輪の中から神々しい人の形が現れた。それは、予想していたインドの神仏ではなく、イエス・キリストだった。その体には、二〇〇〇年前に受けた傷の跡がくっきりと見えた。顔は慈愛に満ち満ちていた。少年は、顕現したキリストの前に崩れ、これまで一度たりとも味わったことのない、真の心の平和と歓喜を見出した（前掲書における訳者の解説から）。この日を境に彼はキリストを伝える生涯へと踏み出すのですが、宗教的転向を理由に家から追放され、そのとき持たされた毒入り弁当で死ぬ寸前にまで至りました。毛布一枚、聖書一冊しか持たず、裸足で行脚し、迫害と苦難に遭うこと度々でしたが、常に臨在するキリストが不思議な方法で彼をお救いになったという。彼は、しばしば、祈りと瞑想の中で、キリストに出会い、キリストと問答を交わしています。それを読むと本当に感動します。僕は、

むしろ、そういうものを日本の方々が読んでくださればね、キリスト教に対するイメージが変わると思うんです。サンダーシングは先程の著書の中で、キリスト教のことを次のように言っています。

「キリスト教とは、『我は道なり、真理なり、生命なり』といわれたキリスト自身のことである。このようなことは、他のどんな既成宗教にもみられない。他の宗教は儀式や教義に基づいているが、キリスト教は永遠にわれわれと共にいる生けるキリストご自身に基づいている。キリストが弟子たちに自分で書いたものをいっさい残さなかったのは、主が常に彼らとともに、彼らの内にいて、彼らを通して働き続けるからである。『わたしは世の終わりまであなた方とともにいる』と堂々といえた預言者は一人もいない。それは、神のみがなしうることだからである。

われわれは、主が今に至るも彼の民とともにおられることと、彼らを通して働き続け、今現在も働かれ、これから働かれることを知っている。それは、『神がすべてのすべて』となるためである。」（前掲書四一六頁）

私は、このサンダーシングのこの考え方に全く同感です。私のキリスト教というのは世間の今のキリスト教会のキリスト教とはかなり違うと思います。でも、私は、これこそが永遠なるものだと信じております。一人一派でもいいじゃありませんか。何教？何派？何も派はありません。キリスト直結です。私の恩師はキリスト様です。キリスト教ではありません。「教」は人間が作り上げた教義でしょう。私はキリストという人格、霊的人格そのもの、それに直結している。太陽が一つで、みんな太陽の光を受けて生きている。万物が生きている。自然界の太陽、それは霊の世界ではキリストが太陽である。仏教の方ではお釈迦さまが太陽でしょう。でも、キリストは私にとっては太陽だと。太陽は一方的に熱と光を与えて、お返しを求めているいいでしょう。それが太陽、キリストもね、天の「父は悪人にも善人にも太陽を昇らせ、正しい者にも正しくない者にも雨をふらせてくださるから」、だから「あなた方の天の父が完全であるように、あなた方も完全な者となりなさい」と言われたでしょう。誰がそんなことができますか、手放しでは。天の父の完全性、それは「愛における完全性」です。「愛」のない私の中に、「愛」そのものであったもうキリストが内住してくださって初めて、「愛の人」「愛の姿」に変えられていく。私はそ

う思っています。だから自分の側に誇るべきものは何もあります。僕にとってはもうキリストだけが僕をあらしめているんでね、それを外したら僕には何にもないです。こうしたことを吉田さんに申し上げたつもりなのですが、よくわかっていただけなかったのかな、という思いです。

吉田 いえいえ、全くそんなことはないです、繰り返し申し上げていますけれども。先生、もう六時も過ぎましたので、そろそろ締めくくりたいと思います。本当に、貴重なお話ありがとうございました。先生は、明日、もう土曜日にお帰りになられて、翌日曜日の先生のご自宅での、キリスト教の集いの講演に備えられます。

(九) 奥田民法学・研究者倫理の独自性——とくに功利主義批判の昨今のわが法学界における含意

吉田 先生からいただいた本を拝見しますと、本当にこの先生の話で人生を救われたという方の話とか出ているわけですね。そういう意味で、ちよつと民法学者でこれだけこう人生哲学の面まで広く語ってくださる方っていうのは…私は、知らないですね。

奥田 ここまで熱中している人間はいないでしょうねえ。

吉田 ですから私は期待通りのお話をしてくださって本当に感謝に堪えません。最後にもう一度奥田民法学の比類ない特質を考えてみますと、先生は、研究者人生のかんりのエネルギーをその人生哲学ないし研究者倫理のようなものの究明に捧げられていること、そしてそれが先生の民法学のブレのなさ、透徹した立場（そしてこれは、私には結果的には、宗教を拒否された於保先生の「学問のための民法学」に近いように思われます）を支えていることが挙げられるように思われます。

奥田 そう思ってくださいあればありがたいんですけどね。

吉田 先生は、民法研究者如何にあるべきか、という問題に早い段階で深く悩まれて、キリスト教を媒介として、人生哲学ないし倫理を磨かれました。そしてそこには、日本社会で風靡する（理念・理想不在の）世俗的な見栄・競争・野心、あるいは物欲的利益に支えられる行動様式の批判、あるいは、クリストに類比させるような公平無私の規範的判断（權威に阿らない判断）、また功利主義批判というものがあつたと思います（そ

れは「無因説」であろうと、先生の人生哲学から民法研究に表出するものではないでしょうか）。

そして考えてみると、——法律家（弁護士）倫理以上に——研究者倫理（研究者の生き方）について、通常ほとんど問題にされなかったように思います（それは、「発見のプロセス」における自由ゆえに、そのモラルないし背景は問題にしくなくともよいということからでしょうか）。しかし、利益誘導的に大学の制度改革が進行し、集団主義的な研究気質の横行、あるいは平易化教育の席巻のもとに、研究者倫理の不在も相俟って、構造的に「学問精神」が危機にさらされている今だからこそ、先生のスタンス（これも広い意味での「方法論」といつてもよいと思います）は、煙銀の如く貴重な遺産として立ち現れ、謙虚に耳を傾ける必要があるのではないのでしょうか。大学紛争時と同様に、否それ以上に研究者精神も揺がす「激動の時期」である昨今ほど、先生の如く「精神の平安」を得て、淡々と後世に残る（個人主義的）研究スタイルを持続することが問われているときはないと思うからです。

では、年度末の大変お忙しいところでのお話で、誠にありがとうございます。

先生は、実は、最近も、学士院や京都大学でも、最近の動向、

例えば、法科大学院制度とか、外部評価とか、競争資金の問題とか、あるいは民法改正のことについての（批判的）ご意見とか述べられておりまして、それについて自由にお話しいただくことも考えていましたが、今日は時間がなくなりましたので、割愛ということになりました。

しかしその部分がなくとも、われわれは、例えば、最後の方に言われた、「功利主義は、目下学界に、蔓延っているけれども駄目なのです」ということは、先生ならではの、貴重な箴言として受け止めるべきもののように思います。先生はよく、例えば、マタイ伝一九章一二節以下の、「富める者」の話を引き合いに出されますし、また、イザヤ書一章一節以下の「知恵と識別の霊」「思慮と勇気の霊」「畏れ敬う霊」、そして逆に徳を欠落させた知識の濫用の問題にも触れられます。

本日の奥田先生の講演が、いかなる意味を持っているのか、ということ、どうして、「わが民法学界切つての高潔の士」というか「求道者」のように誠実に学問するものの姿勢を求めてこられた先生をわざわざお呼びした趣旨、その先生が功利主義に麻痺した昨今の状況を控えめに批判なさったことの意味を、各自お汲み取り下さればと思います。もう贅言は、繰り返しません。今日は本当にありがとうございました。もう一度拍手を

お願いします。

*本講演及び討論は、二〇〇九年三月二七日、北大民法理論研究会及び北大法学会、北大高等法政研究センターの共催で行われた。テープ起こしに際しては、和田美江さん（北大大学院法学研究科院生（博士課程））の多大なご協力を得た。年度末にもかかわらず、長時間お話し下さった奥田昌道先生および和田さんに深甚の謝意を表したい（吉田邦彦）。

中国の環境アセスメント法制度の 構造・運用・効果(1)

—— 日本法との対比で ——

孟 根 巴 根

目 次

はじめに

- 1 問題意識および課題
- 2 先行研究の検討
- 3 本稿の構成および意義
- 4 用語の説明および日本語訳・表記

第1章 環境アセスメント法制度の沿革

第1節 環境アセスメント制度の整備段階

- 1 環境アセスメント制度整備への動き
- 2 環境アセスメント制度の登場
- 3 環境アセスメント手続の具体化
- 4 環境アセスメント制度実施における問題点

第2節 環境アセスメント制度の確立段階

- 1 環境アセスメント法規定の拡充
- 2 アジェンダ21発表による環境アセスメントの方向性
- 3 建設プロジェクト環境保護管理条例の制定

第3節 環境影響評価法の制定段階

- 1 環境保全監督管理の強化
- 2 建設プロジェクト竣工検査の監督管理の強化
- 3 建設プロジェクト環境保全分類管理の強化

- 4 環境影響評価法の立法プロセス
- 第4節 環境アセスメント法制度の沿革の特徴
 - 1 日本における環境影響評価法制度の変遷
 - 2 中国における環境アセスメント法制度の沿革の特徴
- 第2章 環境影響評価法の構造
 - 第1節 環境影響評価法の立法目的と適用範囲
 - 1 立法目的
 - 2 適用範囲
 - 第2節 環境アセスメントの基本的手続
 - 1 環境アセスメントの対象
 - 2 環境アセスメントの基本的構成要素
 - 3 環境アセスメントの審査・認可手続 (以上本号)
 - 第3節 環境アセスメントの実効的手法
 - 第4節 環境影響評価法の構造的特色
- 第3章 実際の環境アセスメント手法
 - 第1節 環境アセスメント文書作成の流れ
 - 第2節 環境アセスメント文書の実例分析
 - 第3節 環境アセスメントの実行状況
 - 第4節 環境アセスメント手法の日中比較
- 第4章 環境アセスメントにおける情報公開と公衆参加の実態
 - 第1節 環境保全主体の実相
 - 第2節 環境情報公開の実情
 - 第3節 環境アセスメントにおける公衆参加
 - 第4節 公衆参加と環境行政許可との関係
 - 第5節 情報公開と公衆参加の日中比較
- 第5章 環境アセスメントにおける紛争処理
 - 第1節 環境アセスメント紛争の〔信訪制度〕
 - 第2節 環境アセスメント紛争の行政不服審査制度
 - 第3節 環境アセスメント紛争の行政訴訟
 - 第4節 環境アセスメントにおける紛争処理の日中比較
- おわりに

はじめに

1 問題意識および課題

(1) 問題意識

論文タイトルの環境アセスメントとは、環境影響評価のことである。つまり、それは、「事業の実施が環境に及ぼす影響について環境の構成要素にかかる項目ごとに調査、予測および評価を行うとともに、これらを行う過程においてその事業にかかる環境の保全のための措置を検討し、この措置が講じられた場合における環境影響を総合的に評価することをいう」¹。これは、「環境法の『予防を柱とする』原則を徹底するための重要な手段であり、科学的な根拠に基づく意思決定、民主的な意思決定、ならびに総合的な視点に立った意思決定を行ううえでの前提であり基礎である」²とされる。

環境アセスメント制度の原点は、1969年に制定されたアメリカの国家環境政策法（NEPA）にある。NEPAは、政策・計画・事業プロジェクト・その他の法制度を含むあらゆる人間行為を事前に調査・予測・評価し、適切な措置を採ることを目的としている。これは、持続可能な発展のための環境管理の手段として世界中から注目を集め³、環境汚染の未

¹ これは、日本の環境影響評価法2条1項に設けられた定義である。また、環境アセスメント基本用語辞典では、「大規模な事業や計画、政策などの人間行為が環境に及ぼす影響をあらかじめ回避・低減するための、事業者による自主的環境配慮を促すための制度」と定義される（環境アセスメント研究会編『環境アセスメント基本用語辞典』（オーム社出版局、2000年）39頁）。一方の中国では、「環境アセスメントとは、計画と建設プロジェクトの実施後に生じうる環境影響について分析、予測および評価を行い、環境への悪影響を予防あるいは軽減するための対策と措置を提起し、追跡調査を行ううえでの方法と制度を指す」と定義されている（環境影響評価法2条）。このような定義規定は、日本のそれとほぼ同じであるが、評価対象および評価結果の反映を明記するか否かの点で相違がある。

² 王曦＝秦天宝（鈴木常義訳）「リオ・サミット後10年間の中国の汚染防止法実施状況」龍谷法学36巻3号（2003年）104頁。

³ 大塚直『環境法 [第2版]』（有斐閣、2006年）221頁。

然防止を目指す各国の環境アセスメント法制度化のモデルとなった⁴といわれている。

一方の中国は、1970年代から、社会主義国と無縁であるといわれていた環境汚染が社会主義国中国に蔓延していることに気づきはじめた⁵。しかし、中国共産党は、一党支配の正統性を維持し、求心力を強めるため、経済的な手法、とりわけ開発一辺倒政策を必死に実施し続けてきた⁶。このような「開発放題政策」は、多額の資金を浪費した⁷ばかりか、いわゆる「無限資源」を枯渇に瀕しさせ、凄まじい環境汚染と自然破壊を巻き起こした結果、数多くの「生態難民」⁸を生み出し、中国は、いまや世

⁴ 環境アセスメント法制班報告書『環境影響評価法制の総合的研究』（日本エネルギー法研究所、1999年）99頁を参照。

⁵ 金瑞林主編『環境法学』（北京大学出版社、1990年）84－85頁。

⁶ 例えば、1950年代の大躍進政策、鋼鉄大製錬、森林・草原を破壊しての農地開墾、「囲湖造田」（人民公社時代以来の政策で、食糧増産のために湖岸を埋め立て耕地にすることを奨励する政策）といった一連の政策、1980年代中期に提唱された「内モンゴルを全国の商品糧基地にする」政策、「大鉱山を大々的に開発し、小鉱山を拡大せよ。水が有ればそれを速く流し、国家・集団・個人は一同に鉱山に上れ」という政策は、深刻な資源浪費と環境破壊を引き起こす結果となった（孫佑海＝王鳳春＝王焯編著『中華人民共和國環境影響評價法釈義』（中国法制出版社、2003年）3－4頁）。なお、同書は公定解釈的なものであり、本稿の中国環境影響評価法の紹介は同書に負うところが大きい。

⁷ 例えば、〔七五〕から〔九五〕までの間に中国投資の失策率は30%に達し、4000－5000億元を浪費したといわれる（郭高中＝柴愛新「誰在阻碍節約型社会？」企業文化2006年4期18頁）。なお、〔七五〕期間とは、第7次5ヵ年計画のことであり、つまり1986年～1990年の期間を指している。中国は、建国から1952年までの期間を国民経済の回復時期とし、1963年から1965年の期間を国民経済の調整時期としていたことを除けば、1953年からソ連をモデルにし、現在に至るまで「5ヵ年計画」を実施してきた。つまり、1953年－1957年の期間を第1次5ヵ年計画期間として、以下5年ずつ同様に計算すると、〔七五〕期間は1986年－1990年にあたり、〔九五〕期間は1996年－2000年にあたる。

⁸ 生態難民（環境移民）とは、生態条件が人類の生存に相応しくない、あるいは継続的な生存が困難である状況が生み出す移民のことである（一迪「生態移民の困惑」華夏人文地理2003年5期138頁）。

界最大の公害国家となった⁹。

失策の代価は深刻であり、究極的な権力集中型政治体制の弊害が馬脚を露わしている。それゆえ、政策的失敗を率直に反省し、参加型環境保全メカニズムを構築することは、環境問題を緩和するうえでも、指導者たちに求められている最大の課題であると考えられる。

ところで、環境法整備の面においては、とりわけ1970年代後半から、先進国の環境法制度を踏襲したこともあり、異例のスピードで環境保護や生態保全関連法整備が進められてきた。特に、環境アセスメント法制度の面では、1979年の環境保護法（試行）（以下「79年法」という）における関連規定を嚆矢とする建設プロジェクト環境アセスメント制度が、20数年の経験を積み重ねた結果、2002年の環境影響評価法（以下「評価法」という）制定へと発展し、注目を集めている¹⁰。

しかしながら、1970年代に立ち上げられた環境アセスメント制度が、その後四半世紀にわたる運用の中で、なぜ環境汚染（破壊）を食い止めることができなかったのか、そして、評価法施行後、環境状況にいかなる変化が生じたのかが問われる必要がある。未然防止を目標とする環境アセスメント法制度の意義と役割を問い直す作業が、環境危機を緩和するうえで、焦眉の課題となっているように考えられる。

(2) 本稿の課題

本稿は、以上のような現状認識のもとで、環境アセスメント法制度の歴史的立場づけおよび理論的構造にメスを入れることによって、それがどのような構造的特徴を有し、いかなる問題点を内包しているのかを明

⁹ 中国の環境全体の危機的状況について、次の著書が詳しい。中国研究所編著『中国の環境問題』（新評論、1995年）、パーツラフ・シュミル（丹藤佳紀＝高井潔司訳）『中国の環境危機』（亜紀書房、1996年）、井村秀文＝勝原健編著『中国の環境問題』（東洋経済新報社、1997年）、読売新聞中国環境問題取材班『中国環境報告―苦悩する大地は甦るか』（日中出版、1999年）、小島朋之編『中国の環境問題―研究と実践の日中関係―』（慶応義塾大学出版、2001年）、原剛編著『中国は持続可能な社会か―農業と環境問題から検証する―』（同友館、2005年）、井村秀文『中国の環境問題：今なにが起きているのか』（化学同人、2007年）。

¹⁰ 王曦＝秦天宝（鈴木常義訳）・前掲注2・106頁。

らかにすることを「課題Ⅰ」とする。そのうえで、このような環境アセスメント法制度がいかなるプロセスで運用され、いかなる問題に直面し、またいかなる効果をあげているのかということの究明を「課題Ⅱ」とする。このような課題を究明するために、社会的背景を念頭に置きつつ、日本法との比較¹¹、法律の条文および実例の分析を通して実証していきたい。

2 先行研究の検討

周知のように、日本では中国の環境問題について盛んに研究されている。ここで、中国環境アセスメント法制度に関する先行研究を日本語と中国語の論考に分けて鳥瞰する。

(1) 日本語の論考

1) 中国の環境アセスメント法制度についての代表的な研究者は、北川秀樹である。北川の研究成果として、特に以下の4つの論文があげられる。

①「中国における戦略的環境アセスメント制度」現代中国78号（2004年）47頁

これは、中国の戦略的環境アセスメント制度の現状分析を課題とする。評価法の内容は日本でもほとんど導入されていない意欲的なものである

¹¹ 日本法と比較する意義は少なくとも次の2点にある。第1に、日本は公害・環境保全の経験者であること。周知のように、日本は1960年代の高度成長期において、公害問題を引き起こしたが、その後の積極的な対策により健全な環境を取り戻した。第2に、日中が、異なる社会体制を有すること。環境保全問題は社会体制と深くかかわっていることはいままでもない。日中は、異なる社会体制を有するから比較の対象にならないという批判があるが、筆者に言わせるとまさにその逆である。中国は、長い間、社会主義国であることに優越感を持って、社会主義国に公害が存在しないと宣伝し続けてきた。他方、資本主義国は、いわゆる「資本主義国の産物」である公害問題を自ら克服し、解決している。そこで、なぜ、社会主義国がその回復に難航するのか、いわゆる社会主義体制の優越性はどこに求められるのかが問題となる。このように考えると、日中の環境問題を比較する意義は大きいし、日本の経験から何らかの示唆が得られるはずであろう。

としながら、その制定の経緯と意義、内容について詳細に分析し、さらに今後の課題についても指摘している。また、分析にあたっては、上海、西安の専門家からの聞き取り調査の内容を活用しながら論述している点で特徴的である。

②「中国における環境影響評価法の制定と意義」平野孝編『中国の環境と環境紛争』（日本評論社、2005年）28頁

中国の評価法は戦略的環境アセスメント法であると位置づけ、法制度化によって計画についても環境アセスメントを実行できるようになったことは、一部の政府活動に対する環境アセスメントの要請を可能にした点で大きな意義があるとする。

③「中国の環境影響評価制度における公衆参加に関する考察」龍谷法学37巻4号（2005年）47頁

これは、中国環境アセスメント制度における公衆（この用語については、本稿はじめに4(1)⑥を参照されたい）参加の実態と特色を解明することを課題とする。この論文は公衆参加の沿革を概観したうえで、現行法制度における公衆参加のあり方について考察しながら実例を通して分析している。また、日本の環境アセスメントにおける公衆参加との比較検討および今後の課題の考察により、中国の公衆参加の実態と特色がさらに明確に浮かび上がっている。

④「中国における参加型環境アセスメントの現状と課題」帝塚山法学11号（2006年）1頁

これは、中国の環境行政の特色および最近の法制定の状況について考察することによって、中国の環境保全に資する公衆参加型環境アセスメント制度とはどのようなものであるべきかについて考究するものである。この論文は、環境行政・公衆参加の沿革およびその現状について検討し、事例分析や日本法との比較という手法で、中国における参加型環境アセスメントのあり方・課題を指摘している。

かくして、以上の諸論文は、それぞれの課題に沿って、実例をあげ、日中の比較を行うという手法で論述を進め、堅実な内容となっていると思われる。

なお、上記の環境アセスメント制度を中心に扱った4つの論文のほか

にも、中国の環境政策などを扱った北川の論文がある¹²。

2) 奥田進一による次の諸論文も重要な先行研究である。

①「中国の環境影響評価法における住民参加の確保」環境アセスメント学会誌2巻2号(2004年)39頁

この論文は、環境影響評価法に設けられた計画アセスメントや公衆参加に関する内容・類型を紹介すると同時に、その明文化を高く評価したうえでそこで存在する諸問題を指摘している。

②作本直行編『アジアの環境アセスメント制度とその課題』(アジア経済研究所開発研究センター(調査研究報告書)、2005年)に収録されている以下の2つの論文

すなわち、(Ⅰ)「中国の環境アセスメント制度」(185頁)と、(Ⅱ)「中国の環境アセスメントにおける公衆参加」(89頁)である。

(Ⅰ)は、中国の環境アセスメント法制度をごく簡単に紹介し、(Ⅱ)は、上海市・大連市などが制定するいくつかの地方性法規¹³における環境アセスメントの公衆参加をめぐる具体的状況を整理・分析しながら、国家法レベルの環境アセスメントにおける公衆参加の今後の実施モデルを予測している。

3) また、増田啓子による「日本からみた中国の環境影響評価制度の特色—日本と中国の発電所における環境影響評価制度と公衆参加—」社会科学研究年報37号(2006年)17頁も先行研究としてあげることができ

¹² 「中国西部地域における生態環境の状況と政策—西部大開発と環境保全の視点から—」龍谷法学35巻4号(2003年)1頁、「中国の環境保護対策と民主化」社会科学研究年報35号(2004年)77頁、「中国の生態移民政策に関する考察—陝西省農村の事例から—」社会科学研究年報36号(2005年)1頁、「中国の環境政策と民主化に関する考察—行政主導と公衆参加の拡大—」中国研究月報59巻11号(2005年)13頁、『中国の環境問題と法・政策』(法律文化社、2008年)など。

¹³ 地方性法規とは、省、自治区および省、自治区人民政府の所在都市、国務院が指定する大都市の人民代表大会とその常務委員会(以下「常務委」という)が、憲法、法律、行政法規に抵触しない限りで、地方の実状に基づき制定する法規である(木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門[第4版]』(有斐閣、2006年)97頁)。

る。

この論文は、増田が上述の北川とともに参加した共同研究、「中国の環境影響評価制度における公衆参加と環境利益の保護に関する研究」においてまとめられたものである。同研究は、中国の大気汚染の主因である発電所のアセスメントの現状分析を通して、日中の比較から中国の環境アセスメント制度の特色を浮き彫りにしたものである。

4) さらに、片岡直樹による「中国の『環境影響評価制度』規範史論（上・下）—1979年環境保護法（試行）から1986年辦法まで—」現代法学13号（2007年）3頁・14号（2007年）93頁もあげなければならない。

この論文は、中国環境アセスメント法制度の全体設計をマクロ的に説明するものではない。これは、環境アセスメント制度の形成過程、とりわけ79年法から1986年の建設項目環境保全管理辦法（以下「86年辦法」という）までに制定された環境アセスメントに関する中央規範内容を、ほぼ同時期の地方のそれと対比・検討したうえで、その変容と特徴を明らかにしたものである。これは、中国環境アセスメント法制度の形成史上重要な法規範ともいえる1981年の基本建設項目環境保護管理辦法（以下「81年辦法」という）や上記86年辦法の規定内容とその変容を理解するうえで欠かせない先行業績であると考えられる。

5) 中国の評価法制定以前の論考として、桑原勇進の「中国の環境影響評価制度」東海法学27号（2002年）77頁があげられる。

この論文は、中国の環境アセスメント制度の内容を紹介し、また日本法と比較した制度的特徴を論述している。したがって、この論文は、98年条例までの中国環境アセスメント制度の内容・特徴を理解するうえでの貴重な文献であるといえる。

このほかに、郭震遠（小川竹一訳）「中国環境影響評価制度研究」環境法研究17号（1985年）33頁、耿順「中国の環境影響評価法制度」早稲田法学会誌43巻（1993年）137頁、作本直之「中国の環境影響評価制度」財団法人地球・人間環境フォーラム編『世界の環境アセスメント』（ぎょうせい、1996年）300頁、片岡直樹『中国環境污染防治法の研究』（成文堂、1997年）226頁などがある。しかし、紙幅の関係で、詳細な紹介を省略する。

(2) 中国語の論考

近年、環境アセスメント制度について、個別的な問題に関して考察した論文は中国の各雑誌に少なからず登載されている。本稿で利用したのは脚注や参考文献に記載されているので、詳細な紹介を控えることにする。ここでは、特に次の3つの論考を紹介しておきたい。

1) 汪勁『中外環境影響評価制度比較研究—環境与開発決策の正当法律程序』(北京大学出版社、2006年)

これは、汪勁の「中外環境アセスメント立法の比較的研究」プロジェクト(教育部主催「優秀な若手教師への助成基金計画」)における研究成果であり、評価法をフォローアップする狙いから、実際のプロジェクト実施時期より遅らせて発表したものである(同書序3頁)。

具体的には、建国後の特に重大な開発政策決定における紛争についての回顧・分析を切り口として、政策決定の客観性と科学性を主張する。そのうえで、主要国(地区)の関連環境アセスメント制度の立法化、評価対象・評価内容、公衆参加および実施プロセス、意義等について、中国のそれと比較的に分析する。さらに、中国の評価法実施後のいくつかの事例の分析を通して、アセスメント法制度の実施における問題点を客観的に指摘している。

本来は、評価法の立法に向けて行われた研究の成果であるがゆえに、諸外国(地区)の環境アセスメント法制度の立法化と実施の紹介を中心にするが、それでも、従前の環境アセスメント法制度の研究の中で、比較的重要なものであると考えられる。

2) 李艷芳『公衆参与環境影響評価制度研究』(中国人民大学出版社、2004年)

同書は、環境アセスメント法制度の基本理念を踏まえながら、環境アセスメント公衆参加と環境権とをリンクさせて論述を進める。そして、環境権を、環境アセスメント制度における公衆参加権利の根拠として位置づけることを課題として設定している。

3) 鄭銘『環境影響評価導論』(化学工業出版社、2003年)

同書は、環境アセスメント技術提供者、環境工事技術者、大学などにおける関連分野専攻者を読者として、環境アセスメント制度の基本状況、とりわけ、環境アセスメントにおける現状調査・予測・評価のプロセスおよび方法から、公衆参加、法的責任までを紹介する。さらに、汚染総

量抑制、追跡評価、グリーン生産、環境リスク評価などの法的体系についてより詳しく記述している。

このように、上述の優れた先行研究は本稿へも示唆するところが大きい。しかしながら、これらの先行研究は、次の2点において、議論が不十分であるように思われる。第1に、各論考は、異なる視点から環境アセスメント法制度に関する個別問題について論述しているため、環境アセスメント法制度の一部分をある程度明らかにしているが、それが全体としてどのような位置づけや構造になっているのか、必ずしも明らかにしていない。第2に、環境アセスメント法制度の運用および司法による救済システムについてほとんど議論していない。その結果、環境アセスメント法制度の役割や効果について十分に考究されているとはいえない。本稿は、先行研究の成果を踏まえながら、このような2つの課題の究明を試みるものである。

3 本稿の構成および意義

(1) 本稿の構成

上述の先行研究を踏まえながら、本稿では、以下の順序で考察が進められる。

第1章は、環境アセスメント法制度の沿革を扱う。本章では、環境アセスメント法制度の歴史的変遷・位置づけに着目し、環境アセスメント法制度の形成プロセスにおける特質および問題点の解明を試みる。

第2章は、環境影響評価法の構造を論述する。本章では、評価法の理論的構造を分析し、その特徴と問題点を指摘する。

第3章は、実際の環境アセスメントの手法をとりあげる。本章では、実際の環境アセスメントを行う際の手順・プロセス・手法について明らかにする。

第4章は、環境アセスメントにおける情報公開と公衆参加の実態について論述する。本章では、情報公開と公衆参加の現状と位置づけに焦点を当て、環境アセスメント法制度の実態に迫る。

第5章は、環境アセスメントにおける紛争処理について論述する。本章では、環境アセスメントに関する何らかの紛争が発生した場合、いか

なる手段・方法で処理されるのか、環境保護の見地から救済目標を達成できているのかを明らかにする。

そして、第1章・第2章の考察を通じて、課題Ⅰの解明がなされる。また、第3章から第5章までの考察を通じて、環境アセスメント法制度の運用上の特徴と問題点を実証する。そして、全体の考察の流れの中で、本稿の課題Ⅱを掘り下げて指摘することにする。

(2) 本稿の意義

これまで、中国の環境問題に関しては、内外の研究者によって盛んに研究されているが、その多くが、環境汚染や生態破壊に関するいわゆる公害問題を中心としており、上述の先行研究のような未然防止手段としての環境アセスメント法制度に関する研究は少ない。さらに中国人研究者による研究は極めて稀であり、評価法制定後の総合的研究としては、本研究がはじめての試みである。それゆえ、本稿には次のような意義があると考えられる。

①環境アセスメント法制度の理論的発展への寄与。本稿は、社会背景を念頭に置きながら、環境アセスメント法制度の歴史的歩みと理論的構造を分析し、このような法制度を生み出す母体の実態に迫る。また、制度の運用上の問題点を指摘し、環境汚染未然防止の見地から、戦略的環境アセスメント法制度の構築について検討するので、学術上示唆的な意義を有すると考えられる。

②環境保全民主的意思決定の仕組みの構築への寄与。本稿は、現行環境アセスメント法制度における情報公開と公衆参加の現状を分析すると同時に、中国の環境アセスメント手続の不足・欠如による環境被害救済の実態について、はじめて実証的な究明に取り組む。また、公衆参加が保障されていない現行法制度の致命的な欠点の所在を探る。このような研究は、未然防止を柱とする環境アセスメント法制度の民主的意思決定メカニズムの構築、さらにこれを切り口とする中国民主化の発展に対して重要な意義があると考えられる。

4 用語の説明および日本語訳・表記

(1) 用語の説明

① 環境影響評価

環境アセスメント基本用語辞典によれば、環境影響評価を環境アセスメントともいう。「英語では Environmental Impact Assessment であり、EIA という略称も広く使用される。環境汚染や自然環境の破壊を未然に防止するため開発行為が環境に及ぼす影響についてあらかじめ回避・低減するための情報公開にもとづく手続。このための調査、予測、評価を行い、その結果を公表し、これに対する意見を求める。これらの意見を反映して事業の実施に際し、環境影響の回避・低減にどう努めるかを事業者は説明し、環境保全対策を実行する。こうして公害の防止、自然環境の保全、歴史的・文化的遺産の保全その他の環境保全の見地から適正な配慮がなされる手続等をいう」¹⁴とされている。

本稿における「環境アセスメント」と「環境影響評価」の使い分けについては、文献タイトルの場合はそのまま「環境影響評価」という文言を使用し、「制度」、「手続」、「報告書」、その他に使うときは、一般的に用いられている「環境アセスメント」という文言を使用する。

なお、特段の説明がない場合、法令・司法解釈・通達名に冠されている「中華人民共和国」という文言を省略する。

② 建設プロジェクト（事業）

国家環境保護総局の通知によると、「建設プロジェクト（原語は〔建設項目〕）とは、固定資産投資の方式で行われる一切の開発建設活動を指す。固有経済、城郷集団的経済、共同経営、株式制、外資、香港・マカオ・台湾投資、個人経営等の各種の資本による開発活動である。一切の基本建設、技術改造、不動産開発（開発区建設、新区建設、旧区改造）等をいう。環境に影響がある飲食娯楽のサービスも含まれる」¹⁵とされている。

¹⁴ 環境アセスメント研究会編・前掲注1・39—40頁。なお、中国では、「計画と建設プロジェクトの実施後に発生しうる環境影響について分析、予測および評価を行い、環境への悪影響を予防あるいは軽減するための対策と措置を提起し、追跡調査を行ううえでの方法と制度を指す」と定義されている（評価法2条）。

¹⁵ 国家環境保護総局が1999年4月21日に公布した「建設プロジェクト環境アセスメント制度の執行問題に関する通知」に明記されている。

③ 戦略的環境アセスメント

環境アセスメント基本用語辞典によれば、戦略的環境アセスメント (Strategic Environment Assessment) とは、「提案された政策や計画・プログラムにより生ずる環境面への影響を評価し、これらの政策や計画・プログラムの意思決定における環境配慮を確実なものとする体系的なプロセスで SEA と略称される」¹⁶と定義される。「政策や計画・プログラムは事業より前の上位での意思決定である。事業の前に計画・プログラムという計画段階の意思決定があり、さらにその上位に政策段階の意思決定がある。これらは細分化すればさらに多段階の意思決定となりうるが、概念的には政策段階、計画段階、そして事業段階の順に意思決定がなされる。戦略的環境アセスメントは、計画段階より上の意思決定を行うアセスメントの総称」¹⁷であるとされている。

④ 計画アセスメント (計画)

計画アセスメントとは、「事業より前の上位計画段階における環境アセスメントのこと」¹⁸であり、一種の戦略的環境アセスメントである。

本稿にいう計画とは、行政が策定するもので、実施後環境に影響を及ぼしうる経済発展に関する計画を指す¹⁹。評価法7条と8条は、環境アセスメントを行うべき計画²⁰について定めているが、これら計画の具体的範囲については、國務院の環境保護行政主管部門が國務院関係部門と共同で規定して國務院の認可を受けることとされている (評価法9条)。

⑤ 環境アセスメント文書

¹⁶ 環境アセスメント研究会編・前掲注1・105頁、韓広＝楊興＝陳維春『中国環境保護法的基本制度研究』(中国法制出版社、2007年)78頁などを参照。

¹⁷ 環境アセスメント研究会編・前掲注1・105頁。

¹⁸ 事業の計画が実施計画の段階に至るまでには基本方針や構想が練られ、基本計画が作られ、事業の実施方針や整備計画が策定されたうえで具体的な実施計画が作られるという (環境アセスメント研究会編・前掲注1・57頁)。

¹⁹ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・21頁。

²⁰ 國務院関係部門、行政区を設置する市級以上の人民政府とその関係部門が策定した土地利用に関する計画、地域・流域・海域の建設と開発利用計画、および工業・農業・牧畜業・林業・エネルギー・水利・交通・都市建設・観光・自然資源の開発に関する個別計画を指す、と規定されている。

環境アセスメント文書とは、環境アセスメント報告書、環境アセスメント報告表および環境アセスメント登記表の総称を指す²¹。このうち、前二者を一緒に使う場合、環境アセスメント報告書（表）と記す。このほか、本稿では計画に対する環境アセスメント報告書、環境アセスメント文章・説明を合わせて称するときにも「計画環境アセスメント文書」と使う場合がある。なお、計画環境アセスメント文章（原語は〔篇章〕）あるいは説明とは、総合計画および指導的個別計画実施後に発生しうる環境影響に対し分析・予測・評価を行い、環境への悪影響を予防あるいは軽減する対策と措置を提起するアセスメント文書のことである。

⑥ 公衆参加（住民参加）

公衆には、広義の公衆と狭義の公衆がある。広義の公衆は、国籍に関係なく、中国国内で広く生活し、事業を営む自然人・法人を指す²²とされる。葉俊栄は、「公衆には、開発機関および環境アセスメント審査機関を除くその他の関連機関、団体、地方政府、学者・専門家、所在地の住民を含む」²³とする。一方、狭義の公衆とは、住民（国民）を指している。評価法11条2項には、評価に参加できる主体範囲を「関係機関、専門家と公衆」と明記し、ここでの公衆は、狭い意味で使われ、住民のみを指している。

なお、本稿では、広義の公衆を念頭に置いているので、「公衆参加」²⁴（原語は〔公衆参与〕）という文言を使用する。

²¹ 国家環境保護総局の第29号令による建設プロジェクト環境影響評価書類審査・認可手続規定（2005年11月23日公布、2006年1月1日施行）の2条に相應の規定がある。

²² 李艷芳『公衆参与環境影響評価制度研究』（中国人民大学出版社、2004年）4頁。

²³ 葉俊栄『環境政策と法律』（中国政法大学出版社、2003年）190頁。

²⁴ 公衆参加とは、「いかなる機関、個人も単独あるいは集団で各種の可能な手続と形式で環境情報を獲得し、環境政策に対して意見と建議を提出し、環境管理と環境関連の開発利用行為に対して監督し、自覚的に環境保護義務を履行する行為の総称」であるという定義もある（王燦発（北川秀樹訳）「環境保護公衆参加立法の現状と展望」北川秀樹編著『中国の環境問題と法・政策—東アジアの持続可能な発展に向けて—』（法律文化社、2008年）241頁）。

⑦ 三同時制度

三同時制度とは、全ての新築、改築、増築の基本建設プロジェクト（小型建設プロジェクトを含む）、技術改造プロジェクト、自然開発プロジェクトおよび環境に悪影響を及ぼしうる工事の建設に際して、汚染およびその他の公害防止施設を、主体工事と同時に設計、同時に施工、同時に稼動するようにしなければならないという環境保全法制度である。これは、中国特有の制度であり、1973年の第1回全国環境保護会議において採択された環境の保全および改善に関する若干の規定（試行草案）（原語は〔關於保護和改善環境的若干規定（試行草案）〕）においてはじめて規定され、その後一種の環境保全法制度として定着したものである²⁵。

(2) 日本語訳・表記

原語の〔総合規劃〕を本稿においては「総合計画」と訳し、原語の〔專項規劃〕を「個別計画」と訳した。

また、原語の〔聴証〕を「聴聞」、〔聴証制度〕を「聴聞制度」、〔聴証会〕を「公聴会」とそれぞれ訳し、原語の〔竣工驗收〕を「竣工検査」、〔複議〕を原則として「不服審査」として訳すことにした。

法令・司法解釈・通達名は原則として日本語に訳すが、意味が通じる場合、原語のまま使用することもある。なお、公表されている日本語訳が存在する法令については、それを参照したが、表記の統一のため修正を加えたものもある。

書名は『 』で囲み、論文名は「 」で囲んだ。原文の引用には、「 」を使用し、中国語の原語引用には〔 〕をつけた。事例は【 】で囲み、特別な説明を（ ）に入れた。必要に応じて[]、“ ”、《 》も使用した。

第1章 環境アセスメント法制度の沿革

環境アセスメント法制度の核心ともいえるべき評価法は2002年10月の第9期全国人民代表大会（以下「全人代」という）の立法議定に盛り込ま

²⁵ 汪勁『中外環境影響評価制度比較研究—環境与開発決策的正当法律程序』（北京大学出版社、2006年）257頁。

れ、制定の道のりを辿った。これは、先に汚染し後から改善する（原語は「先汚染、後治理」）という先進諸国と同じ轍を踏んできた中国にとって、未然防止法政策への歩みとして里程標であったといっても過言ではない。

しかし、そのような評価法が制定されるまでは、決して平坦な道のりではなかった。本章では、環境アセスメント法制度はいかなるルートによっていかなる形と方向で進められてきたかといった制度形成のプロセスを鳥瞰し、また日本の環境アセスメント制度の形成と対比することにより、その特徴を探ることにしたい。

第1節 環境アセスメント制度の整備段階

中国の環境アセスメント制度は、79年法に原点がある。しかし、それは原則的なものであって、その後の1989年環境保護法（以下「89年法」という）の制定までに、一定の展開を見せた。本稿ではこの時期を環境アセスメント制度の整備段階とする。

1 環境アセスメント制度整備への動き

中国の環境関連法制度の形成に関する議論は、1970年代に遡る。建国後しばらくの間、広い範囲で環境汚染が蔓延していた²⁶にもかかわらず、環境保全法制度の空白状態が続き、1970年代までは大きな環境保全法政策の展開が見られなかった。

1972年に開催されたストックホルム国連人間環境会議²⁷は参加国だけ

²⁶ 例えば、1971年、北京西郊官庁ダムが汚染され、魚が腐って食べられなくなった事件、1972年、大連湾が汚染され、赤潮が生じ、死滅した貝類が約50haの砂浜に及んだ事件などがある（段匡「環境行政と環境法」中国研究所編『中国の環境問題』（新評論、1995年）77頁、金瑞林＝程正康「中国的環境立法—為中日環境法交流而作」金瑞林＝加藤一郎ほか『中日環境法学术交流文集』（北京大学出版社、1985年）4－5頁）。

²⁷ 1972年（6月5日－16日）に、スウェーデンのストックホルムで国連人間環境会議が開催され、世界の113か国の代表が参加し、「かけがえのない地球」をテーマに、環境問題は人類の共通の課題になっていることを世界中に勧告し

でなく、その他の国々にも貴重な環境保全メッセージを発信した。これを受けて中央の指導者たちは、国内で多発していた環境汚染事件の衝撃もあり、はじめて環境問題の深刻さを認識するようになった²⁸。

1973年8月、国家計画委員会が第1回全国環境保護会議を開催し、環境保護と改善に関する若干の規定（試行草案）を制定し、いわゆる32文字の方針を打ち出した²⁹。これは中国のはじめての環境保護に関する総合的方针であるとともに79年法の雛形でもあるといわれている³⁰。これを受けて、中国で環境保全事業が正式にスタートし、若干の環境保護法規や環境標準が定められるに至った³¹。

また、1978年3月5日、中国第3の憲法、すなわち78年憲法が制定・公布され³²、その11条3項には、「国家は環境と自然資源を保護し、汚染とその他の公害を防止する」と規定された。このことは、国の基本法の中に環境保護に関する規定がはじめて設けられたことを意味する。

この時期、中国は国際的環境会議と国内の環境汚染というダブル刺激を受け、上からの環境保全法整備の取り組みが始まるが、それら法規範のほとんどが衛生や自然保護に関するものにとどまり、環境の未然防止のための環境アセスメント制度は全く整備されるに至っていなかった。

た。この会議で発表された「人間環境宣言」が世界ではじめて「環境権」概念を提唱し、人類の環境保全に大きな影響を与えたことはよく知られている（胡琳琳「中国環境保護法的发展歷程及其影響」《岱宗学刊》9卷3期（2005年）77頁）。²⁸ 金瑞林「中国的環境立法—為中日環境法交流会而作」『民法和環境法的諸問題』（中国人民大学出版社、1995年）381頁。

²⁹ 32文字の方針とは、「全面的に計画し、合理的に配置し、害を利に化し、みんなで取り掛かり、環境を保護し、人民に幸福をもたらす」（原語は〔全面計画、合理布局、化害為利、依靠群眾、大家動手、保護環境、造福人民〕という32文字である）という方針である（金瑞林・前掲注28・381頁）。

³⁰ 胡琳琳・前掲注27・77頁。

³¹ 主な法律法規として、森林伐採更新規則（1973年）、工業〔三廢〕排出試行規準（1973年）、海岸水域汚染防止暫定規定（1974年）、放射性防護規定（1974年）、食品衛生基準（1974年）、生活飲用水基準（1976年）などがある（金瑞林・前掲注28・381頁）。なお、三廢の意味については、後掲注52を参照。

³² 中国憲法形成史の詳細については、木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則・前掲注13・23頁を参照。

とはいえ、このような動きと法整備の積み重ねがあつてこそ、事前防止のための環境アセスメント制度の重要性が見えてきたように思われる。

2 環境アセスメント制度の登場

(1) 79年法の制定

上述のような背景のもとで、1979年9月、全人代において環境保護法（試行）（79年法）が環境領域における基本法として制定され、そこで「老三項制度」³³がはじめて打ち出された。これは、中国環境保護法制史上最初の専門的な環境立法となり、その後の環境保護理論と実務に基本的な法的枠組みを提供したものである。この意味では、中国の環境保護法制史上、画期的な立法であったといえよう。

(2) 環境アセスメント制度の規定

環境アセスメント制度が最初に姿を現したのは79年法であることはすでに触れたとおりである。同法6条³⁴および7条³⁵に、環境管理政策として環境アセスメント制度についての関連規定がはじめて設けられた。6条によると、全ての事業において、環境アセスメント大綱³⁶の作成お

³³ 老三項制度とは、環境アセスメント制度、三同時制度、汚染物排出費用制度である（張艶＝潘文慧＝朱影「我国環境保護經濟政策的演變及未來走向」世界經濟文匯2000年1期57頁）。

³⁴ 6条1項は、「全ての企業は、事業体の用地選定、設計、建設および生産にあたって、環境に対する汚染と破壊の防止に十分注意しなければならない。新築、改築および拡張工事を行うときは、環境影響報告書を提出しなければならない。環境保護部門およびその他の関係部門の審査および承認を経てはじめて、設計を進めることができる。その中の汚染およびその他の公害防止施設は、主体工事と同時に設計し、同時に施工、同時に稼動するようにしなければならない…」と定める。

³⁵ 7条は、「古い都市の改造および新都市の建設にあたっては、気象・地理・水文・生態などの条件に基づき、工業区、居住区、公共施設、緑化地帯などについての環境アセスメントを行い、全面的に計画を立て、合理的に配置し、汚染およびその他の公害を防止し、現代化された清潔な都市を計画的に建設しなければならない」と定める。なお、水文とは、自然界における水の状態変化と運動現象のことである。

³⁶ 環境アセスメント大綱とは、建設プロジェクト環境アセスメントを行う際

よび環境アセスメント報告書（表）の提出が義務づけられるようになった。そして報告書には、①プロジェクト案の具体的内容、②プロジェクト所在地の環境基本状況、③プロジェクト実施後の自然環境（自然資源を含む）や社会環境にもたらしうる影響、④環境汚染や破壊を防止するのにベストな選択肢等の内容を書き込むよう要求されている³⁷。同条は、これを三同時制度の実行とセットにして、公害防止装置を着実に設置し、かつ報告を行うよう義務づけたのである。

現代化の進行による都市人口の増加を想定し、同法7条は、新しい都市の建設だけではなく古い都市の改造も含めて環境アセスメントを行い、合理的に配置することを要求する。これは、都市計画の環境アセスメントに対する規定ではないかと筆者は考える。

しかしながら、これらの規定の実効性の担保というべき法律責任についてみると、同法およびその他の環境保護条例の規定に反し、深刻な危害をもたらした直接の責任者に対して、行政・民事・刑事責任を追及する（32条）という原則的法規定にとどまり、環境アセスメント報告書に関する違反に対しての特段な法的責任規定は設けられていない。

ところで、79年法の誕生を契機に、その他の関係環境保護単行法³⁸にも、同法6条と類似する環境アセスメント関連規定が相次いで導入されていった。

もっとも、中国の環境アセスメント制度は、このようにスタートするのであるが、対象範囲は大中型建設プロジェクトのみに限定され、非常に原則的な規定となっていた。それゆえ、具体的な運用にあたって、かなり無理が生じていたものと推測される。例えば、環境保全実務においては、1979年以後、汚染が深刻である全国大中型企業に対して異なる程度で改善措置が講じられた。そこでは、高エネルギー消費あるいは原材料浪費を行っている11000以上の企業に対し、封鎖、停止、合併、転業、

の技術的指針であり、報告書の内容や質をチェックする主な基準となるものである。

³⁷ 蔣碧昆＝郭鋭『環境保護法講話』（法律出版社、1982年）55頁。

³⁸ 例えば、水污染防治法（1984年13条・1996年13条）、大気污染防治法（1987年9条・2000年11条）などがある。

移転等の措置がとられたとされている³⁹。それゆえ、実際の汚染源に対して、上記の79年法の関連規定が一定の効果をあげたことは否定できないが、未然防止を柱とする環境アセスメント立法および実施の面で、いまだ大きな進展は見られない状態であったといえる。

3 環境アセスメント手続の具体化

(1) 81年辦法による具体化

1981年5月11日、国家計画委員会、国家基本建設委員会、国家經濟委員会、國務院環境保護指導グループは共同で、基本建設項目環境保護管理辦法（81年辦法）を公布し（全13か条）、環境アセスメントの範囲、内容、手続についてはじめて具体的な規定を設けた⁴⁰。

その付属文書は、環境アセスメントの対象事業として、①自然環境や周辺環境に影響を与えうる大中型工業基本建設プロジェクト、②自然環境や生態環境に影響を与えうる大中型の水利、鉱山、港、鉄道等の基本建設プロジェクト、③広い面積の耕地開墾、湖や海の干拓あるいは森林伐採の基本建設プロジェクト、④希少な野生動植物の生存と発展に重大な影響を与えうる、なかんずく絶滅の危機を及ぼしうる大中型基本建設プロジェクト、⑤各種の生態類型の自然保護区および重要な科学的価値を有する特殊な地質・地形に重大な影響を与えうる基本建設プロジェクト等をあげている⁴¹。このいずれも、環境に重大な影響を与えうる大中型建設プロジェクトを対象にしていることが明瞭である。

環境アセスメント報告書の内容については、大きく分けて、①建設プロジェクトの一般状況、②建設プロジェクト周辺地区の環境状況、③建設プロジェクトの周囲環境に対する影響、④建設プロジェクト環境保護の実行可能な技術經濟論証意見等の4つの内容を含むものとされる⁴²。

また、手続については、各級計画委員会、建設委員会が基本建設プロジェクトの実行可能な研究報告書を認可する際、環境保護部門と協力し

³⁹ 劉英＝寧全福＝柴人嶢主編『環境保護法釈義』（開明出版社、1992年）2頁。

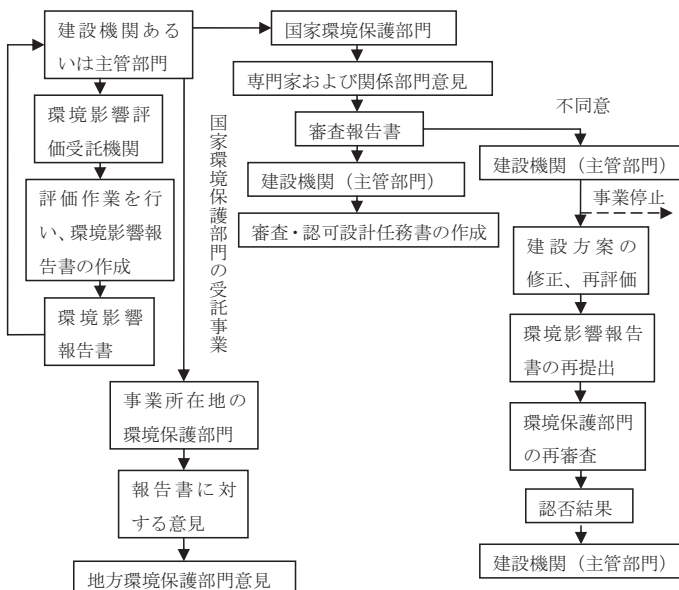
⁴⁰ 劉英＝寧全福＝柴人嶢主編・前掲注39・152－156頁。

⁴¹ 劉英＝寧全福＝柴人嶢主編・前掲注39・155頁。

⁴² 劉英＝寧全福＝柴人嶢主編・前掲注39・155－156頁。

合いながら、環境保護要求を確定し（1条）、環境保護部門が環境アセスメント報告書を認可してから建設プロジェクト計画任務書を作成する（4条）。三同時制度を実行し（3条）、建設プロジェクトの竣工検査を行うべきであり、環境保護施設を設置しないあるいは設置しても基準未達成のプロジェクトについて認可してはならず、無断で操業した場合その責任を追及する（10条）。また、本辦法の規定に反し、環境破壊および環境汚染をもたらした建設事業者あるいは主管部門は賠償責任を負うほか、環境保護部門が過料を科すことができる（12条）。しかし、ここでいう法的責任の内容は必ずしも明らかではない。なお、81年辦法による環境アセスメント報告書作成および許認可手続の流れは、図1-1-1を参照されたい。

図1-1-1：81年辦法による環境アセスメント報告書の作成および許認可手続の流れ



出典：郭震遠「中国環境影響評価制度研究」金瑞林＝加藤一郎等著『中日環境法学术交流文集』（北京大学出版社、1985年）75頁。

したがって、この時期においては、大中型建設プロジェクトという非常に限られた範囲内で、建設事業者あるいは主管部門⁴³が環境アセスメント報告書という単一の手続を行っていたということになる。

(2) 86年辦法による具体化

国家計画委員会、国家経済委員会、国家環境保護委員会は81年辦法を改正したうえで、1986年3月26日、建設項目環境保全管理辦法（86年辦法）を公布し、建設プロジェクト環境マネジメントの範囲を基本建設プロジェクトから技術改造プロジェクトおよび地域開発建設プロジェクトまで拡大するなど環境アセスメントの具体的な実施プロセスをさらに詳細に規定した⁴⁴。

86年辦法は25か条からなる。具体的には、全ての基本建設プロジェクト・技術改造プロジェクト・区域開発建設プロジェクト（2条）および外資建設プロジェクト（3条）の実施に当たり、実行可能性研究⁴⁵段階（11条）において、環境アセスメント手続（表）を行う（5条）と同時に、三同時制度（4条）を実施することとなっている。

また、各級環境行政機関が分級管理の形で審査・認可を行う（12・13条）。環境保護部門は環境アセスメント報告書（表）・初步設計環境保護文章・環境保護施設竣工検査報告を受理後それぞれ2か月（1か月）・1か月半・1か月の間に意見を書き加えて返答する（21条）。環境アセスメント手続が実施されていないあるいは審査・認可規定に反する場合は、各部門（計画部門・土地管理部門・銀行など）が許可しない（6条）ばかりでなく、建設事業者を過料に処し、直接責任者に対してその責任を追及する（22条）。また、環境影響評価作業に伴う資格制度を導入し、

⁴³ この時期の環境影響報告書の策定者は、建設事業者および主管部門であり、実際の評価にあたっては、科学研究機関、設計部門、大学等に委託していたという（郭震遠「中国環境影響評価制度研究」金瑞林＝加藤一郎ほか・前掲注26・74頁）。

⁴⁴ 唐澍敏「論環境影響評価制度」行政与法2002年1期65頁。

⁴⁵ 実行可能性研究とは、当該事業が様々な角度から実行可能かどうかを調査研究するということであるが、環境アセスメントは環境面における実行可能性研究であると位置づけられている。したがって、事業アセスメントは、実行可能性研究の段階で実施される、といわれている。

評価機関はその業務に相応する資格証書を有し、その資格範囲内で業務を行い、しかも評価結論に責任を負う（14・15条）とされている⁴⁶。

同辦法の要求する環境アセスメント報告書を作成すべき建設プロジェクトの対象範囲は、81年辦法のそれを踏襲したうえで、県級以上の環境保護部門によって環境への影響が比較的大きいと認められた小型建設プロジェクトも対象範囲に入れて、あわせて6種類になっていた⁴⁷。81年辦法が「基本建設プロジェクト」を対象事業とするのに対して、86年辦法は各項目の文脈から「基本」という2文字を削除し、「建設プロジェクト」にしている。また、86年辦法は、小型基本建設プロジェクト・限度額以下の技術改造プロジェクト・省級環境保護部門確認の環境影響が小さい大中型基本建設プロジェクトおよび限度額以上の技術改造プロジェクトなどが環境アセスメント報告書の作成対象であるとして、以前の単一的評価手法ではなく、2分類評価手法を導入したことが特徴的である。

実際においても、86年辦法施行前は、例えば宝山鉄鋼工場、江西銅基地等の大中型建設プロジェクトに限定されていた環境アセスメントが、86年辦法施行後は、例えば常州市市政計画、深圳特別区のような特定区域あるいは総合工事も環境アセスメントの対象となったといわれている⁴⁸。したがって、対象事業（小型建設プロジェクト）の増加などとあわせて考慮すると、対象範囲は以前よりはるかに拡大したということは否めない。

86年辦法という環境アセスメント報告書に書き揃えるべき内容として8つの項目⁴⁹があげられているが、これは基本的に81年辦法のそれを踏

⁴⁶ 之翰＝永山＝浩翔編著『環境保護法規知識』（中国経済出版社、1988年）235－240頁。

⁴⁷ 劉英＝寧全福＝柴人嶢主編・前掲注39・38頁。

⁴⁸ 羅典栄主編『環境法導論』（中国政法大学出版社、1988年）83－84頁。

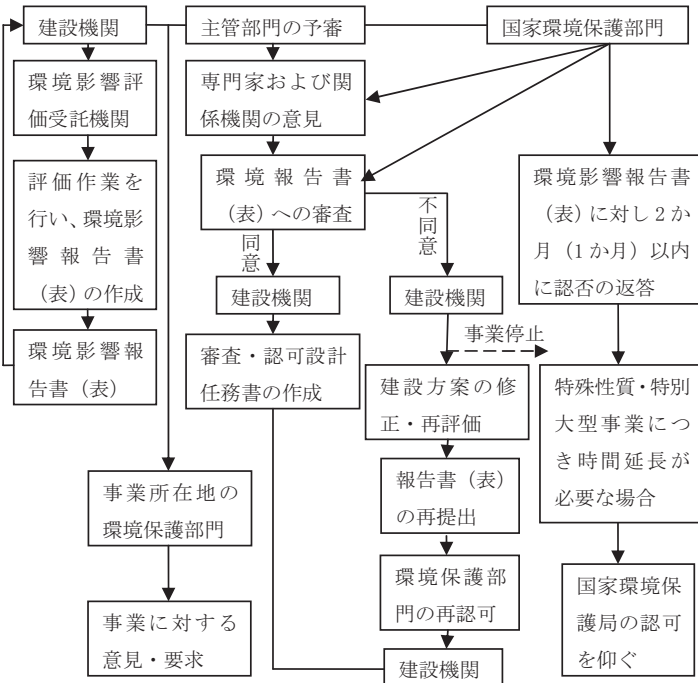
⁴⁹ 具体的にいうと、環境影響報告書は、総論、建設項目概況、建設項目周辺地区の環境状況の調査(必要な測定を含む)、建設項目の周辺地区環境への短期影響と長期影響の分析と予測(建設プロセス、生産開始、サービス期間中の状況を含む)、環境観測制度建議、環境影響経済損得の簡単分析、結論、存在する問題および建議などの8つの内容から構成させるよう要請する。

襲し、その枠組みから抜け出ていない。しかし、全体から見ると、同辦法は79年法の定める環境アセスメント規定を実体化するうえで一定の役割を果たしたといえよう。なお、86年辦法による環境アセスメント報告書作成および許認可手続の流れは図1-1-2を参照されたい。

したがって、86年辦法は81年辦法に引き続き、79年法に定める環境アセスメント制度をめぐる原則的な規定をさらに具体化した法規として、環境アセスメント法制度の形成史上有意義であるように思われる。

その後、1989年4月、國務院は第3回全国環境會議を開催し、既存の老三項制度の上に新たな5つの制度⁵⁰を打ち立て、環境管理に対して新

図1-1-2：86年辦法による環境アセスメント報告書作成および許認可手続の流れ



出典：羅典榮主編『環境法導論』（中国政法大学出版社、1988年）80頁。

⁵⁰ 5つの制度とは、環境保護の目標責任制度、都市環境の総合整備に関する

たな地平を切り開いた。この時点で、現行の環境保護制度が基本的に確立される⁵¹と同時に、環境アセスメント制度の基礎的枠組みが基本的に整備されたということができよう。

4 環境アセスメント制度の実施における問題点

かくして、環境アセスメント制度が誕生し、一定の制度的展開を見せはじめたということができる。環境破壊防止や〔三廃〕⁵²防除を中心とするかつての環境保全事業が、環境アセスメント制度の実施により、未然防止と汚染防除の統合へと移行し、経済、社会、環境公益の統合的発展を可能にしたとされる⁵³。

しかし、環境アセスメント制度の実施にあたって問題がなかったわけではない。この時期はアセスメント制度の整備段階であったため、運用上の問題より、立法上の制度設計の問題が顕著であったといえよう。例えば、環境アセスメント制度には、情報公開⁵⁴・公衆参加を考慮に入れた緻密な制度設計が欠如していたし、また、環境アセスメントの結果を建設プロジェクトの実施に反映することに関して法的責任規定が欠如していた。それゆえに、環境アセスメント手続を実施すると同時に着工する、あるいは評価手続をせずに無断で着工するプロジェクトがしばしばあったといわれている⁵⁵。

定量審査制度、汚染物質の集中抑制制度、汚染物質排出登録・許可制度、期限汚染防除制度である。

⁵¹ 張艶＝潘文慧＝朱影・前掲注33・58頁。

⁵² 三廃とは、排気・廃水・廃棄物を指す。

⁵³ 羅典榮主編・前掲注48・84－85頁。

⁵⁴ 情報公開とは、政府および企業が法に基づき適切な方式で、住民に環境情報を公開する行為であると定義される（韓広＝楊興＝陳維春・前掲注16・262頁）。

⁵⁵ 例えば、ある工場は1981年6・7月に移転するという口実で、環境アセスメント手続も、汚染除去施設の装置もせずに染色工場を新設した。その結果、周辺環境を汚染し、県環境保護辦公室に操業停止を命じられたほか、過料500元を科された事例がある（北京政法学院経済法教研室編『環境保護法概論講義』（内部資料、1983年）95－96頁）。

第2節 環境アセスメント制度の確立段階

環境アセスメント制度は、89年法制定を新たなスタートラインとして発展し、そして、1998年の建設プロジェクト環境保護管理条例の制定によって、その内容が飛躍的に充実したといえる。本稿では、この時期を環境アセスメント制度の確立段階とする。

1 環境アセスメント法規定の拡充

(1) 89年法の制定

すでに10年の実践運用を経ていた79年法に修正が加えられ、1989年12月26日の第7期全人代常務委第11次会议において、環境保護法(89年法)が制定された⁵⁶。同法は「環境保護・経済・社会の調和的な発展」を目的とするが、環境保護は実質上環境管理であり、管理手段としては、法律、行政、経済、技術および教育である⁵⁷と明言し、行政主導型環境管理体制を強調する。

(2) 環境アセスメント法規定の拡充

本法は、環境アセスメント制度について12条、13条、26条の規定を設け⁵⁸、79年法と比べて比較的详细になったという傾向を見せた。この時

⁵⁶ 呂忠梅『環境法学』(法律出版社、2004年)227頁。

⁵⁷ 劉英＝寧全福＝柴人峰主編・前掲注39・3頁。

⁵⁸ 12条は、「県級以上の人民政府環境保護行政主管部门は、他の関連部局と共同で所轄の環境状況の測定および評価を実施し、また、環境計画の作成を行い、計画部門が総合的に均衡化を図ったうえに、承認を受け実施する」と定め、13条2項は「建設プロジェクトの環境影響報告書には、建設プロジェクトがもたらす汚染と環境への影響に対して評価し、防除措置を定め、プロジェクトの主管部门が予審するうえに、規定の手順に従って環境保護行政主管部门に報告して認可を申し出なければならない。環境影響報告書が認可された後、計画部門は建設プロジェクト設計任務書を認可することができる」と定め、また26条は「汚染防除の施設は、主体工程と同時に設計、施工、操業されなければならない。汚染防除の施設が、環境影響報告書を審査し認可した環境保護行政主管部门の検査を受け認可された後、当該建設プロジェクトは生産を開始し又は使用することができる」と定めている。

点で〔3大政策〕⁵⁹が確定され、上述した「8大制度」と相まって、その後の環境汚染未然防止に対して法的指針を与えていた。

89年法の環境アセスメント制度法条文を見てみると、12条は、環境状況への調査・評価を通して、環境保護計画を作成することを強く求める。つまり、ここでの環境評価は、建設プロジェクトの実行に伴うものではなく、環境管理としての環境計画を作成するための一般的な評価である。この点については、79年法は明確な規定を設けていない。

また、同法13条は、もっぱら建設プロジェクトの環境アセスメントの実施を義務づけ、14条は、建設プロジェクトの三同時制度の実施を義務づけている。しかし、両条文規定の内容を見ると、79年法6条を分離して定めただけあって、実際には79年法の統合的規定と大きな相違は見られない。

以上の考察から、より詳細になった点は、12条にいう一般的な環境評価の規定が盛り込まれたに過ぎない、ということができる。なお、この段階における環境アセスメント制度の実施は、86年辦法および「建設プロジェクト環境管理手続」⁶⁰といった行政規則により担保されていた。

2 アジェンダ21発表による環境アセスメントの方向性

1992年6月3日－14日に、ブラジルのリオデジャネイロにおいて国連環境開発会議が開催されたことは周知のとおりである。この会議に183か国と国際組織から1万5千人の代表が参加し⁶¹、21世紀に向けた持続可能な開発のための人類の行動計画である「アジェンダ21」⁶²に合意し

⁵⁹ 3大政策とは、予防を主とし、防止と結合する政策（原語は〔予防為主、防治結合政策〕）、汚染する者が除去する政策（原語は〔誰汚染誰治理政策〕）、環境管理を強化する政策（原語は〔強化環境管理政策〕）である。

⁶⁰ これは、1990年6月、国家環境保護局が、89年法と86年辦法の規定に基づき公布したものであり、環境に影響を与えうる一切の建設プロジェクトについて、プロジェクト建議書の段階から建設竣工検査開始までの全過程で、建設者および関係部門がこの手続規定によって審査・認可手続を実行しなければならないというものである。

⁶¹ 世界102か国の首脳が参加するという史上最大の首脳レベルの国連会議となり、当時の地球環境問題に関する世界の関心が大きく反映したものであった（木村敦彦「地球環境問題に関する取り組み」中国研究所編・前掲注26・128頁）。

⁶² アジェンダ21とは、大気、森林、砂漠化、海洋、資金、技術移転、気候など、

た。同時に、「リオ宣言」を採択し、環境に重大な影響を与えうる活動に対し一つの手段として環境アセスメントを行うことが合意された。

本会議は、ストックホルムで開催された「国連人間環境会議」の20周年を記念して開催されたもので、現在世界が直面している地球環境問題を経済政策と政治的意思決定の中心に据えようとする会議として高く評価されている⁶³。その後、本会議の持続可能な発展の理念ないし戦略を多くの国々が受け止め、環境と経済の調和の取れた発展は国際社会において避けられない問題となったのである。

李鵬首相をはじめとする中国代表団が本会議に参加したことを契機に、同年、党中央と国務院は国家環境保護総局（国家環境保護総局とは1998年から2008年までの名称、その後環境保護部に名称変更、詳細は本稿第4章第1節1(1)を参照）と外交部の共同で「中国環境問題十大対策」⁶⁴を打ち出し、持続可能な発展戦略を中国の具体的実践に応用する考えを示した。そして、1992年から環境保護年度計画目標を各年の国民経済と社会発展計画の中に盛り込むようになった⁶⁵。

1992年のリオ地球サミット以後、中国では、1994年3月、全体で20章、78項目からなる「中国アジェンダ21」が制定された。これには、中国の持続的発展戦略と対策が明記され、「体制を改革して持続可能な開発に寄与する総合的意思決定メカニズムを構築して各部門間の行動の足並みを揃え、必要に応じて新たな調整機関を設置することによって、持続可能な開発における戦略目標の速やかな達成を保証」⁶⁶するとの方針が打ち出された。これは中国の持続可能な発展行動についてはじめての権

経済、社会、環境に関する諸問題への取り組みを示した行動計画である。

⁶³ 木村敦彦・前掲注61・128頁。

⁶⁴ この十大環境対策には、主に2つの大きな新しい理念が含まれる。一つは、伝統的な発展パターンから持続可能な発展パターンに移行することであり、はじめて国家レベルでの環境と発展の対策となった。いま一つは、環境と発展の総合政策の実行を明確に打ち出し、各級指導者たちの総合政策決定の能力と水準を高めたことである（谷瑞「十年磨一法—《環評法》起草人解説《環評法》」緑叶2004年1期30頁）。

⁶⁵ 胡琳琳・前掲注27・78頁。

⁶⁶ 王曦＝奏天宝（鈴木常義訳）・前掲注2・102－103頁。

威的かつ総合的な文書である。

また、1996年7月、第4回全国環境保護会議が開催され、環境費用徴収政策、生態環境補償政策、価格政策、環境税収政策、貸し付け政策、投資政策、環境技術政策、環境保護産業政策、主たる関連領域の発展政策などの一連の政策が確定された。したがって、これら一連の政策規定は、市場経済の盲目性を有効に回避でき、環境と発展の総合的意思決定に有意義であったといわれている⁶⁷。

このような環境と開発に関する総合的意思決定の重要性についての認識に基づき、環境問題の発生を意思決定の「源流」から抑制することを目標とするようになった⁶⁸。

こうした新たな情勢の下、経済体制とその運営方式の転換は、各分野を通じて環境保護事業と環境法整備に影響を与えた。つまりこの時期は、環境法整備の立法と法執行の並行段階から、逐次法律・法規の執行段階へとシフトするようになったといわれている⁶⁹。

3 建設プロジェクト環境保護管理条例の制定

1998年11月に国務院は、建設プロジェクト環境保護管理条例（以下「98年条例」という）を發布した。同条例は5章34か条からなり、従前環境アセスメント制度の具体的実施手法の担い手であった86年辦法に取って代わった。同条例は、建設プロジェクトによる自然破壊および環境汚染防止を特に強調するものであったとされる⁷⁰。

建設プロジェクトの事業化調査段階において（9条）、環境に重大影響、軽度影響、極めて小さい影響を与えうる事業について、建設部門がそれぞれ環境アセスメント報告書・報告表・登記表を作成するといういわゆる「3分類の手法」を確立させ、従前の「2分類の手法」⁷¹より広く義

⁶⁷ 張艶＝潘文慧＝朱影・前掲注33・58頁。

⁶⁸ 王曦＝奏天宝（鈴木常義訳）・前掲注2・103頁。

⁶⁹ 王曦＝奏天宝（鈴木常義訳）・前掲注2・102頁。

⁷⁰ 耿順「環境アセスメント」中国研究所編・前掲注26・88頁。

⁷¹ 2分類の手法とは、86年辦法が「環境に重大な影響を与えうる事業に対して報告書を作成し、環境に軽度の影響を与えうる事業に対しては報告表を作成する」という二分類の手法を実施していたことを指す。1993年1月の「建設プ

務づけるようになった（7条）。しかし、86年辦法には、環境アセスメント報告書の作成にあたって、環境アセスメント大綱の作成が明確に要求されていたが、同条例にその規定は置かれていない。ただ業種主管部門の予備審査（10条）、相応の資格証書を有する専門的評価グループの技術的審査・評価を経た後（6条）、最後に環境保護行政主管部門の審査・認可を仰ぐこととなっている。このほかに、同条例は24条から30条の7か条からなる事業機関から個人までの法律責任について比較的詳細に定めている。

かくして、環境アセスメント制度はこの段階において、制度設計にしても、実効性にしても従前のパターンを打開し、一応ピークを成し遂げたものと考えられる。

第3節 環境影響評価法の制定段階

98年条例の施行から2002年の評価法制定までの間は、環境監督管理がさらに強化される一方、評価法の立法作業が進められていたので、本稿ではこの時期を評価法制定段階とする。

1 環境保全監督管理の強化

(1) 環境保護行政処罰基準の変更

環境保護行政処罰は、特に環境保護行政処罰辦法によって行われていた。同辦法は、1992年7月に国家環境保護局が公布した環境保護行政処罰辦法を踏襲しながらそれを廃止し、1999年7月に国家環境保護総局局務會議において採択され、1999年8月から施行されたものである。これは、行政処罰法（1996年10月1日より施行）の環境分野での詳細化および補充化でもあるといわれている⁷²。

旧辦法（1992年）は3章25か条からなる簡単なものであったが、99年

プロジェクトの環境保全に対する管理業務をよりよく行うための若干意見」に、はじめて「3分類の手法」が導入された。

⁷² 莫德順「認真學習環境行政程序施行環境行政処罰辦法—《環境保護行政処罰辦法》實用問答」山東環境2002年1期（総107期）29頁。

新辦法は、5章53か条からなり、具体的手続規定—簡易手続・一般手続・聴聞手続—を設けたのみならず、具体的な処罰額も明確に示された。例えば、同辦法17条は、県レベルの人民政府環境保護行政主管部門は1万元以下、省轄市レベルの人民政府環境保護行政主管部門は5万元以下、省、自治区、直轄市人民政府の環境保護行政主管部門は20万元以下の過料をそれぞれ科すことができるとする。しかし、それが2003年に修正され、上記17条の具体的な金額内容が削除され、「各環境保護行政主管部門が科す過料については、環境保全法律、行政法規、地方の法規・規則の規定を適用する」と書き換えられた。地方環境保全部門の過料限度額の明確な規定が削除されたことは、各地方間の経済的格差が考慮されたものと思われる一方、地方環境行政の処罰裁量権が拡大したこともあろう。

(2) 環境保護行政主管部門の昇格

2002年1月8日、国務院が第5回全国環境会議を開催した。会議では、朱容基首相が演説を行い、〔九五〕期間（1996年—2000年）中の環境保護事業を評価し、〔十五〕期間（2001年—2005年）における環境保護任務を設定した。また、環境保護目標責任制を確立し、環境保護活動に対する監督を強化し、廉潔公正・公平な法執行を行うなどの責任、措置、組織の徹底を図り、その優劣は地方政府の政治的業績を測る重要な内容として確定した。また、環境保護事業に対する行政のリーダーシップ的役割をさらに強調するために、党中央、国務院は国家環境保護総局を〔副部級〕から〔正部級〕の組織まで昇格させている。

2 建設プロジェクト竣工検査の監督管理の強化

建設プロジェクト竣工環境保全検査管理辦法（以下「竣工辦法」という）は2001年12月27日国家環境保護総局の第13号令によって発布され、2002年2月1日より施行された。同時に1994年12月発布の環境保護局の建設プロジェクト竣工環境保全検査管理規定が廃止となった。

この辦法は27か条からなり、環境保護行政主管部門が環境アセスメント文書（報告書・報告表・登記表）を審査・認可する管理辦法であり（2条）、環境汚染と生態破壊の防止を目的としている（1条）。同辦法は、環境汚染防止のための各種工程、設備、装置、モニタリング手段と生態

保護施設および環境アセスメント文書作成が要請される各種環境保護施設に適用され（４条）、三同時制度（６条）のもとで、建設事業者が試験運転する際、事前に申請を行い（７条）、試験運転より３か月以内に竣工検査の申請を行うこととなっている（１０条）。

これに対して各級環境保護行政主管部門は、書類審査や現場検査のうえで、申請書を受け取った日より３０日以内にそれぞれの決定を言い渡すよう義務づけられている（５条、８条）。また、建設プロジェクト竣工環境保全検査の条件（１６条）、具体的手法などを定めている（１７～２０条）。

そして、法的責任については、本辦法に反し、三同時手続を実施しない場合、試験運転の停止を命ずるか５万元以下の過料を科すことができる（２１条）。試験運転後３か月以内に竣工検査を申請せず、また延期する申請もしない場合、試験運転の停止を命ずるか５万元以下の過料を科すことができる（２２条）。本辦法の規定に反し、環境保護施設の未建設もしくは環境保護行政主管部門の検査を受けないあるいは受けても不合格の場合であるにもかかわらず、主体工事を稼働させた場合、その生産あるいは使用を停止させ、また１０万元以下の過料を科すことができるとされる（２３条）。

また、建設プロジェクト竣工環境保全モニタリングあるいは検査調査に携わる組織または個人が不正を働き、職権を濫用し、職務を果たさず、本辦法に反する場合、行政処罰を与えるとされる（２４、２５条）。このように建設プロジェクトに対して各種の環境保全施設の監督管理をさらに強化したものである。

３ 建設プロジェクト環境保全分類管理の強化

環境アセスメントに際して、建設プロジェクト環境保全分類管理リスト（以下「分類管理リスト」という）は環境保全管理において不可欠なシステムとなっている。評価法制定に先立って、分類管理リストが２００２年７月１９日の国家環境保護総局局務会議にて認可・発布され、２００３年１月１日より施行されることとなった⁷³。

⁷³ 分類管理リストの前身は、１９９９年４月に、国家環境保護総局が公布した「建設プロジェクト環境保全分類管理リスト（試行）」であり、２００１年２月に改正

同リストは、98年条例7条⁷⁴を根拠に3分類の手法を採用し、建設プロジェクトの環境審査・認可の効率の向上を図ろうとするものである。つまり、環境に重大な影響を与えうる事業は報告書、軽度の影響を与えうる事業は報告表、影響が極めて少ない事業は登記表をそれぞれ作成し、そして、登記表は事業者が記入してもよいし、その他の機関に委託してもよい⁷⁵とされている。また、10か条からなる付属文書には、レベル別審査・認可権限区分の原則や区分方法および実施時期などの内容が盛り込まれている（内容の詳細について本稿第2章第2節1の(1)を参照）。

4 環境影響評価法の立法プロセス

1999年3月末に、国家環境保護総局は全人代環境・資源保護委員会（以下「環資委」という）の評価法起草指導グループから評価法起草執筆の依頼を受けた。そして、国家環境保護総局は起草作業グループを発足させ、法律の枠組み案（原語は「草案建議稿」、以下「枠組み法案」という）を作成しはじめ、同年12月に、枠組み法案の作成を終えて全人代環資委

され、「分類管理リスト」が正式に確定した。だが、評価法との融合を図るため、2002年10月に再度の改正を余儀なくされた。改正においては、各地方における社会経済の発展水準の違いや環境状況に比較的大きな較差があることを考慮し、同リストでは地方の環境保全部門に十分な柔軟性および実行可能な職権を与えている（李天威＝聶菲「《建設項目環境保護分類管理名録》修訂」中国環境年鑑編輯委員会編『中国環境年鑑』（中国環境年鑑社、2003年）279頁）。

⁷⁴ 7条は、「国は、建設プロジェクトが環境に及ぼす影響に基づいて、下記の規定に従って建設プロジェクトの環境保全について分類管理を実施する。

（一）建設プロジェクトが環境に対して重大な影響をもたらす可能性がある場合、環境影響報告書を編成し、建設プロジェクトが排出する汚染物および環境に対する影響について全面かつ詳細な評価を実施することとする。

（二）建設プロジェクトが環境に対して軽度の影響をもたらす場合、環境影響報告表を編成し、建設プロジェクトが排出する汚染および環境に対する影響について分析あるいは専門評価を実施すべきである。

（三）建設プロジェクトが環境に対して大きな影響をもたらさず、環境アセスメントを実施する必要がある場合、環境影響登記表を記入すべきである」と定める。

⁷⁵ 桑原勇進「中国の環境影響評価制度」東海法学27巻（2002年）78－79頁。

に提出した⁷⁶。

その後、全人代環資委は、枠組み法案に対して特に開発者責任、戦略的環境アセスメント制度の適用範囲、公衆参加方式・プロセス、環境アセスメント報告書の内容等について具体化ないし修正を行ったうえで、2000年7月中旬に「意見を仰ぐための法案」（原語は〔征求意见稿〕、以下「意見法案」という）を作成した⁷⁷。

起草期間において、全人代環資委は代表団を結成してアメリカ、メキシコに赴き、環境アセスメントの立法と実施の状況について考察を行った⁷⁸。それゆえ、枠組み法案にしても、意見法案にしても、いわゆる環境アセスメント制度の核心的な内容が含まれており、かなり前向きな草案が作成された。しかし、その後、3回の審議の中で、度重なる修正と立法抵抗者への譲歩により、その前向きな面が逐次削除されていった。以下3回の審議後の修正状況を概観することにする。

(1) 第1回草案審議とその後の修正

全人代環資委は、國務院関係部門、地方人民代表大会、政府関係部門、企業および専門家の意見を広く聴聞しながら、意見法案に対して再度修

⁷⁶ 枠組み法案は、総則、経済技術政策の環境アセスメント、計画およびプログラム（原語は〔計画〕）の環境アセスメント、開発建設活動の環境アセスメント、法律責任、附則等の全6章40か条からなる。そこで、環境に深刻な影響を与える可能性のある経済技術政策・計画等は環境アセスメントを行い（12条）、國務院および各級人民政府に環境アセスメント委員会を設置し（8条）、環境アセスメント報告書のない経済技術政策・計画等に対して許可してはならないとする（18・26条）。また、アセスメント報告書に公衆意見の取りまとめおよび分析内容を記載し、意思決定の参考にする旨を定め（9・12・20条）、環境アセスメント法違反者に対して法的責任を設け、環境影響を受けた機関および個人は行政複議および行政訴訟を提起できるとする（汪勁・前掲注25・223頁）。

⁷⁷ 意見法案は、総則、政策・計画およびプログラムの環境アセスメント（枠組み法案の2章・3章を統合したもの）、開発建設プロジェクトの環境アセスメント、法的責任、附則等の5章37か条からなるといわれている（汪勁・前掲注25・225頁）。

⁷⁸ 卞耀武主編『中華人民共和國環境影響評價法釈義』（法律出版社、2003年）167頁。

正と補足を行った⁷⁹。そして、全人代環資委の全体会議で環境影響評価法（草案）（以下「草案」という）を採択し、2000年11月29日に、全人代常務委に具申し、草案審議を仰いだ。そして、2000年12月22日の第9期全人代常務委第19回会議において、草案に対する初審を行った⁸⁰。

全人代環資委は、全人代常務委の審議意見および各関係部門の意見を考慮しながら、次のいくつかのポイントから修正意見を提案している。

1）政策に対する環境アセスメントは余りにも原則的であり、柔軟性がない。目下政策に対して環境アセスメントを行う立法条件が未熟であること、2）計画環境アセスメントの経験がなく、参考に値する成熟な手本がないため、熟慮が必要であること、3）環境アセスメント基礎データベースおよび評価指標システムの構築・完備が必要であること、4）計画環境アセスメントに対しての専門家審査グループの構築および専門家のランダム方式に関する規定が必要であること、5）あらゆる建設プロジェクトにおいて代替案作成が不可能かつ不必要であること、6）建設プロジェクト実施における環境モニタリングの実施する規定を設けること、7）建設プロジェクト環境アセスメントと計画環境アセスメントとの重複を避ける規定を設けること、8）建設プロジェクト環境アセスメント技術サービス機関の資格制度の導入が必要であること、等である⁸¹。

この意見の1）によって、政策が環境アセスメントの対象からはずされ、5）によって、代替案の検討が環境アセスメントの分野から消えたことになり、環境アセスメントの本旨および核心的な意図に合致しない

⁷⁹ 意見法案に対して、環境アセスメントの範囲、戦略的環境アセスメントの評価機関、評価時期、公衆参加、環境アセスメント報告書の審査および審査機関の責任、環境影響の追跡評価および事後評価、開発建設プロジェクト環境アセスメント等の面から改正ないし補充している。特に、意見法案2章においては、政策・計画・プログラムを環境アセスメントの対象としていたが、草案ではそのうちのプログラムが削除され、また、意見法案の環境アセスメント報告書の内容から「関係部門、企業・事業機関、団体、専門家、公衆代表意見の取りまとめおよび説明の記載事項」の最も大切な内容が削除された。

⁸⁰ 汪勁・前掲注25・229頁。

⁸¹ 汪勁・前掲注25・231－232頁。

結果を招いた。その他の意見は、合理性を有するものとして現行法に引き継がれている⁸²。

(2) 第2回草案審議とその後の修正

全人代環資委は上記の諸意見を考慮したうえで、2002年8月20日に行われた第9期全人代常務委第29回会議に具申し、第2回草案審議を仰いだ。委員たちは、修正案に賛同しながら、さらに修正意見を提起した。そして全人代環資委は、それら意見の下で、次のように修正を行った。

1) 第2回審議稿7条を3つに分解して、現行評価法の7・8・9条にした、2) 第2回審議稿12条を修正し、「省級以上の人民政府関連部門が審査・認可する個別計画環境アセスメント報告書の審査方法については、国务院環境保護行政主管部門が国务院関係部門とで共同で決定する」と定めた、3) 第2回審議稿の建設プロジェクト環境保護施設の竣工検査をめぐる規定は三同時制度の内容と重なるという理由で、それを削除した、4) 環境保護行政主管部門・技術サービス提供機関・審査部門の職員の法的責任を追加し、第2回審議稿の10万円の過料金額を5万元以上20万元以下に改めた⁸³。

(3) 第3回審議とその後の修正

全人代環資委は、2002年10月21日に行われた第9期全人代常務委第30回会議に具申し、第3回草案審議を仰いだ。2002年10月25日、第9期全人代常務委第30回会議で草案に対する審議を行い、翌日、環資委はさらに検討したうえで、次の意見を採用した。1) 「環境影響を客観・公開・公正・総合的に考慮し、意思決定に科学的な根拠を提供する」という文言を4条に書き加え、2) 個別計画環境アセスメントの対象に牧畜業を追加し(8条)、3) 「建設プロジェクト環境保護措置の経済・技術論証」という表現の経済・技術という文言の位置を置き換えた⁸⁴。

かくして、法案は3回にわたる全人代常務委の審議において、絶えず妥協されてきたが、抵抗意見は依然として残っており、全人代環資委の

⁸² 例えば上記の3)、4)、6)、7)、8)は、評価法の6条、13条、15条、18条、19条にそれぞれ規定されている。

⁸³ 汪勁・前掲注25・233-234頁。

⁸⁴ 汪勁・前掲注25・235頁。

幹旋・妥協の結果2002年10月28日の第9期全人代常務委第30回会議において、ようやく採択され、2003年9月1日より施行される運びとなった⁸⁵。

しかし、評価法の内容は、枠組み草案と比べると、少なくとも次の3つの重要な内容が削除されている。1) 経済的政策に対する環境アセスメントの規定、2) 環境アセスメント報告書の代替案の検討関連規定、3) 環境アセスメント報告書の許認可公告制度および公衆意見のまとめ・分析を記載することに関する規定などである⁸⁶。これらの規定の削除は、「時期尚早派」⁸⁷との妥協の結果であり、環境アセスメント法制度化の時代のニーズと核心的意図に背くものであるといわざるをえない。

まとめると、環境アセスメント制度は、四半世紀にわたる理論および実践の中で79年法からはじまり、81年辦法、86年辦法、89年法、98年条例等を経過し、評価法に到達するという長い道のりを歩んできた⁸⁸。そして「評価法は、行政のリーダーシップの強調による区域開発の延長線上に制度化された」⁸⁹とされる。このように、評価法を中核とし、関連行政法規・部門規則および地方性法規から構成される環境アセスメント法システムが確立されたわけである⁹⁰。

⁸⁵ 評価法は総則（1条－6条）、計画の環境アセスメント（7条－15条）、建設プロジェクト環境アセスメント（16条－28条）、法律責任（29条－35条）、附則（36条－38条）の5章38か条からなる（孫佑海＝王鳳春＝王焯編著・前掲注6・13－14頁）。

⁸⁶ 汪勁・前掲注25・235頁。

⁸⁷ 時期尚早派とは、政策環境アセスメントは、西側先進国の法律であり、発展途上の中国においては、条件が未熟であり、実践の基礎がないため、目下この法律を制定することは時期尚早であるという勢力のことである。

⁸⁸ 評価法における建設プロジェクトの部分に関する規定のほとんどは、98年条例を踏襲するものである。しかし、評価法が制定された時点で、98年条例はその使命を全て終えたということを意味するのではなく、評価法と曖昧な協調関係を持ちながら並存しているのである。

⁸⁹ 北川秀樹「中国における環境影響評価法の制定と意義」龍谷法学36巻4期（2004年）51頁。

⁹⁰ 汪勁・前掲注25・40頁および222頁を参照。

評価法において、未然防止を柱とする環境調和型社会を目標として公衆参加を盛り込み、また評価対象が事業プロジェクトから計画まで盛り込まれたことは、環境立法においては一步前進であり、さらにエスカレートする環境汚染や生態破壊への未然防止立法として高く評価されている⁹¹。

第4節 環境アセスメント法制度の沿革の特徴

中国の環境アセスメント法制度は、1970年代からスタートするが、1980年代の高度経済成長期における個別汚染問題に対応する中で試練を受けた。また、それは、総合的汚染の抑制または持続可能な発展をうたう1990年代に成長し、21世紀初期のクリーナープロダクション生産あるいは「循環型経済」への準備段階において頂点を遂げたプロセスであることは上述したとおりである。

このような法制度形成のプロセスはいかなる特徴を持つのか。これをより明瞭にするため日本法と比較してみることにする。そこで、まず日本の環境評価法制度形成の沿革を概観することにした。

1 日本における環境影響評価法制度の変遷

環境アセスメント制度が日本で検討されはじめたのは、日本各地でコンビナートなどが建設され、大気汚染や水質汚濁が深刻化していった時代であった⁹²。1972年6月、「各種公共事業にかかわる環境保全対策について」と題された事項が閣議で了解されて以降、大規模な公共事業に関しては環境アセスメントが実施されるようになった⁹³、といわれている。

1972年7月に、四日市公害訴訟判決⁹⁴が下され、開発事業者が環境影

⁹¹ 王建新「簡評《環境影響評価法》」中国環境管理22巻（2003年）14頁。

⁹² 森島昭夫「環境影響評価法までの経緯(1)」ジュリスト1115号（1997年）25頁。

⁹³ 太田久美子「わが国における環境アセスメント制度とその運用の実証的研究」福島大学地域創造17巻2号（2006年）35－36頁。

⁹⁴ 四日市公害訴訟判決とは、四日市の公害病認定患者が昭和石油、中部電力など6社を被告として津地裁四日市支部に提訴した公害訴訟に対し、裁判所は1972年7月24日に原告の主張をほぼ全面的に認める（損害賠償）判決を下した

響について事前に充分注意を払う義務があるにもかかわらず、それを怠ったとして、事業者に責任を認め⁹⁵、環境保全未然防止事業に大きく貢献したのである。

閣議了解以降、環境アセスメントは法制化へ向けて、中央公害対策審議会などが法整備の方向性や原案作成などにあたった⁹⁶。また、公害先進地の地方自治体においては、環境アセスメントについての制度化が次々と行われていった⁹⁷、とされる。

ところが、環境アセスメント制度の立法化に対して、産業界および事業関係官庁はこれに強く反対⁹⁸したため、1981年の通常国会に提出された法案（原則として3月中に提出されるものが4月28日に提出された）がその後継続審議の扱いとなり、さらに1983年には衆議院の解散に伴い廃案となった⁹⁹。しかしその翌年、この法案をベースにした「環境アセスメントの実施について」という閣議決定が行われ、閣議アセスが確定された¹⁰⁰。

その後、1993年になると環境基本法が制定され、その20条において、環境アセスメントの推進の規定が置かれた¹⁰¹。これを受けて、環境アセ

事例である（津地四日市支判昭和47年7月24日判時672号30頁）。

⁹⁵ 倉阪秀史「環境影響評価制度の経緯と現状」明治学院大学法学部立法研究会・行政手続法研究会編『環境アセスメント法—合理的意思決定の法システム』（信山社、1997年）79頁。

⁹⁶ 森島昭夫・前掲注92・26—27頁。

⁹⁷ 1973年に福岡県での「開発事業における環境保全対策要綱」の制定をはじめ、1981年4月（環境影響評価法案が国会へ提出される）までに20自治体が必要あるいは条例を制定したとされている（太田久美子・前掲注93・36頁）。

⁹⁸ 浅野直人『環境影響評価の制度と法』（信山社、1998年）63頁。

⁹⁹ 清水汪「環境影響評価法の制定を迎えて」ジュリスト1115号（1997年）32—33頁。

¹⁰⁰ 大塚直「環境アセスメント制度の現状と課題—欧米とわが国の制度を比較して—」明治学院大学立法研究会行政手続法研究会編・前掲注95・4頁。

¹⁰¹ 20条は、「国は、土地の形状の変更、工作物の新設その他これらに類する事業を行う事業者が、その事業の実施にあたりあらかじめその事業にかかる環境への影響について自ら適正に調査、予測または評価を行い、その結果に基づき、その事業にかかる環境の保全について適正に配慮することを推進するため、

スメント制度をめぐる諸課題ごとに横断的、総合的に分析する作業が実施され、1996年にその報告書が取りまとめられ、1997年6月9日、ついその法案が国会で可決された。そしてその3日後である12日に公布され、2年間の周知徹底期間を経て1999年6月12日に、閣議了解から25年もの長い年月を必要とした環境影響評価法が施行された¹⁰²、といわれている。

2 中国における環境アセスメント法制度の沿革の特徴

(1) 法制化に向けた長い道のり

79年法によって誕生した中国環境アセスメント制度は、その後およそ四半世紀の長い年月を経て2002年10月によりやく環境アセスメントに関する単独法として変身したことは述べてきたとおりである。また、1998年に全人代常務委が評価法を立法計画に入れてから4・5年の歳月を経たことになる¹⁰³。これに対して日本は、1972年6月の閣議了解後、また、1984年の閣議決定を経て、同じく四半世紀後に法制化された。しかし、忘れてはならないのは、日本は閣議了解から一貫して環境アセスメントが法的根拠を持たず、行政指導によって行われていたということである。日本の環境アセスメント法制化は1993年の環境基本法20条を基に、1996年の内閣総理大臣からの諮問を受けてからわずか1年間の起草や検討を経て、1997年6月13日に公布されたことは、中国のそれと比較してみると、迅速であったといえよう。

(2) 環境アセスメント法制度化に対する抵抗勢力

中国の評価法がそれほど長い歳月を要した背景には「環境利益より経済利益の追求」という社会的仕組みが働いていたことがあげられる。つまり、中国は経済発展至上主義に走り、それが共産党幹部の各種業績のシンボルマークでもあった。それゆえ、環境利益を犠牲にしても経済利

必要な措置を講じるものとする」と規定する（淡路剛久「環境アセスメントとその問題点」環境と公害27巻1号（1997年）3頁）。

¹⁰² 鎌形浩史「環境影響評価について」ジュリスト1115号（1997年）36-37頁。

¹⁰³ 国家環境保護総局政策法規司の彭近新は、1992年の「国連環境および発展大会」以降、環境影響評価法立法が準備段階に入ったので、それから十年もかかったと指摘している（谷瑞・前掲注64・30頁）。

益を追求する共産党幹部陣営の「官本位」主義の傾向が終始強かったため、環境アセスメント立法にとって大きな抵抗になっていたものと思われる。

これに対して、日本では、環境影響評価法の制定に反対意見がなかったわけではないが、それは主に環境アセスメントに時間とコストがかかるがゆえに開発が鈍化され、経済発展が遅れることなどを懸念する事業者の反発であった。それゆえ、アセスメント法制化に対する主たる抵抗勢力としては、下からの民衆（事業者）の反発か、それとも上からの行政（政府要員）の反発かによる点で日中間に大きな相違があったものと思われる。

(3) 環境アセスメント法制度の意思決定プロセスの方向性

中国では、環境アセスメント法制度をはじめとする各種環境政策は終始行政の一手によって、上から下の方向に意思決定が行われてきた。つまり、評価法は各段階において、環境行政の各種行政規則の運用によって一方的に進められてきた。共産党一党支配の政治体制のために、民衆的な社会活動と言論の自由は十分に保障されていないので、こうした力がこれまで発揮されなかった。しかし、経済発展に伴う環境問題の深刻化により、市民の環境意識が向上し、環境問題に対する不満がますます増大していることは事実である。政府としてはそのような力を無視することができず、むしろ今後はそれを利用し、環境政策を推進していこうとする意図が見られはじめているとの見解がある¹⁰⁴。

これに対して、日本では、公害問題が大きな社会問題として取りあげられ、被害住民を中心とした市民運動の力が大きかったとされる¹⁰⁵。このことは、日本の環境保全事業や環境保全立法を大きく推進する原動力となったといえる。それゆえ、日中間において、環境意思決定プロセスの方向性に大きな相違がみられる。

¹⁰⁴ 竹歳一紀『中国の環境政策—制度と実効性—』（晃洋書房、2005年）163頁。

¹⁰⁵ 江川節雄『環境住民運動論—草の根の現場からの証言—』（本の泉社、2004年）156頁、富井利安編『レクチャー環境法』（法律文化社、2006年）9頁などを参照。

第2章 環境影響評価法の構造

第1章では、中国評価法の形成プロセスを概観したうえで、その特徴を指摘した。本章では、中国評価法の構造を掘り下げ、日本法との対比でその構造的特質を明らかにする。

第1節 環境影響評価法の立法目的と適用範囲

1 立法目的

立法目的については、本法1条に「持続可能な開発戦略を実施し、計画と建設プロジェクトの実施後に環境に悪影響が発生するのを防止し、また経済、社会および環境の調和ある発展を促進するために、本法を制定する」と明確に規定されている。

生存と開発は、人類社会にとって終始一貫した2つの大きな基本問題であることは周知のとおりである。近年、工業化の進展と科学技術の発展に伴い、中国は空前の経済的豊かさを得ている一方、生態破壊、資源の枯渇等、未曾有の環境問題を抱えつつある。それゆえ、人類はやむなく、文明の延長と開発の問題を改めて考えざるをえない時期を迎えている¹⁰⁶という見解には誰でも同感できるであろう。

また、計画と建設プロジェクトの実施に伴い、環境に大きな負荷を与え、環境汚染や環境破壊が、一旦発生してしまうと取り返しのつかない結果を招くということを国内外の環境教訓がはっきりと示しているのである。予防を柱とするアセスメントを行い、相応な環境保全対策や措置を採り、環境問題の発生を防止する、あるいはそれを最小限に抑制し、経済・社会・環境の調和ある発展を促進することは人類の生存にかかわる最大の課題であることはいうまでもない。

2 適用範囲

評価法の適用範囲については、中国領域内および中国管轄のその他領海内で、計画を策定し、環境に影響のあるプロジェクトを実施する場合、

¹⁰⁶ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・15－16頁。

本法に照らし、環境アセスメントを行わなければならないとされている（3条）。

すなわち、中国の全ての地域、つまり、領土（領陸）、領海（領水）、領空（香港特別行政区・マカオ特別行政区・台湾を除く）において、本法9条に定めるところの計画、つまり、政府が策定し、実施後環境に影響を与えうる経済開発に関する計画に対して環境アセスメントを行うこととなっている。とはいえ、この対象範囲には、環境に非常に影響が大きい最上位の政策や法律どころか国民経済と社会発展計画（5か年計画）さえ含まれていないということに留意が必要である。これらをアセスメントの対象外とし、規模や影響力が比較的に小さい開発計画（総合計画・個別計画）を対象に捉えることは、まるで「ゴマを拾って、スイカを失う」に等しい¹⁰⁷と表現されることがあるが、同感である。

また、建設プロジェクトの建設施工の過程ないし竣工生産過程において、その影響を受けうる範囲内にある大気・水・土地・海洋・森林・草原・生物等環境要素に対して変化をもたらす可能性のある一切の建設プロジェクトに対して、環境アセスメントを行うように要請されている¹⁰⁸。しかし、ここには動植物の多様性、人と自然のふれあい、総合排出量等への配慮が欠如していることを指摘しなければならない。

第2節 環境アセスメントの基本的手続

1 環境アセスメントの対象

環境アセスメントの対象については、評価法に特定の規定は置かれていないが、本法の構造を見ると建設プロジェクト（原語は〔建設項目〕）だけでなく、計画も含むのである¹⁰⁹。そして、建設プロジェクトとは何

¹⁰⁷ 孫佑海『超越環境“風暴”——中国環境資源保護立法研究』（中国法制出版社、2008年）137頁。

¹⁰⁸ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・21－23頁。

¹⁰⁹ 本法の構造は、総則（1章）・計画の環境アセスメント（2章）・建設プロジェクト環境アセスメント（3章）・法律責任（4章）・附則（5章）となっているので、計画と建設プロジェクトを対象として取り扱っていることは一目瞭然である。

か、計画とは何かが次に問われる問題であろう。

建設プロジェクトの定義については、冒頭で説明したように、固定資産投資の方式で行われる全ての開発建設活動を指している。一方の計画とは、比較的全面的で長期的な発展計画を指す。また計画は一般に、明確な所期的目標・具体的な執行者および採るべき措置を規定することで、所期目標の実現を保証するものであるとされる¹¹⁰。中国では、一般的に調整・制御期間が5年以上に及ぶ施策は全て計画に属するとされている。以下は建設プロジェクトと計画の両面から検討を加えることにしたい。

(1) 対象建設プロジェクト

環境アセスメント手続を行うべき建設プロジェクトに関しては、早くも1980年代後半から分類管理手法が実施されてきた。評価法16条は、「国家は、建設プロジェクトの環境に対する影響の程度に基づき、建設プロジェクトの環境アセスメントに対し、分類管理を実施する…」と規定する。要するに、①環境に重大な影響が発生しうる場合、環境アセスメント報告書の作成、②環境に軽度の影響が発生しうる場合、環境アセスメント報告表の作成、③環境影響が非常に小さい場合、環境アセスメント登記表を記入するなどの分類手法が定められている¹¹¹。

したがって、この規定は基本的に98年条例7条の規定を踏襲したことになる。そして、具体的実行にあたって、分類管理リストによって運用する仕組みになっている¹¹²。分類管理リストによれば、以下のように環境保全分類管理を実施することになる¹¹³。

1) 環境に重大な影響が発生しうる場合、環境アセスメント報告書を作成し、発生しうる環境影響に対し全面的にアセスメントを行う。すなわち、以下に列記した条件のいずれかに該当する場合、それはこの類の建設プロジェクトに相当するとされている。

¹¹⁰ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・30頁。

¹¹¹ 汪勁・前掲注25・246頁。

¹¹² 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・62頁。

¹¹³ 北川秀樹・前掲注89・32－34頁、桑原勇進・前掲注75・82－84頁などを参照。

①原料、製品あるいは生産過程が関連する汚染物質の種類が多く、数量が多いまたは毒性が強く、また環境においてその分解が難しい建設プロジェクト。

②生態系の構造に重大な変化を及ぼしうる、または重要な生態機能を変化させてしまう、もしくは生物多様性を著しく低下させてしまう恐れのある建設プロジェクト。

③脆弱な生態系に深刻な影響を発生させうる、あるいは自然災害を引き起こしたり、それを激化させたりする恐れのある建設プロジェクト。

④行政区を跨がる汚染紛争を引き起こしやすい建設プロジェクト。

⑤流域、開発区、都市新興地の建設・旧市街地の改造等、地域的な開発事業。

2) 建設プロジェクトが環境に対して軽度の影響を及ぼす可能性がある場合、環境アセスメント報告表を編成し、建設プロジェクトがもたらす汚染と環境に対する影響について分析あるいは評価すべきであるとされている。つまり、環境に軽度の影響をもたらしうる建設プロジェクトとは、以下に列記した条件に符合するプロジェクトを指している。

①汚染要素が単一で、汚染物質の種類も少なく、発生量も小さいあるいは毒性が弱い建設プロジェクト。

②地形（地形・地貌）、水文、土壌、生物多様性等に一定の影響を及ぼすが、生態系の構造や機能には変化をもたらさない建設プロジェクト。

③環境デリケートな区域には基本的に影響を与えない小型建設プロジェクト。

分析と評価に関しては、実質上、評価範囲は影響がもたらされうる主要な環境の要素あるいは分野であり、評価の内容は環境アセスメント報告表が規定する内容を含むものでなければならないとされている。

3) 環境に対する影響が小さく、環境アセスメントを実施する必要がない場合、環境アセスメント登記表を記入すべきであるとされる。環境影響がとても小さい建設プロジェクトとは、以下に列記した条件に符合する建設プロジェクトを指す。

①排水・排ガス・固形廃棄物・粉塵・悪臭・騒音・震動・放射性・電磁波等環境に不利な影響を基本的に出さない建設プロジェクト。

②地形（地形・地貌）、水文、土壌、生物多様性等を基本的に変化さ

せず、生態系の構造や機能も変えない建設プロジェクト。

③環境デリケートな区域に影響を全く与えない小型建設プロジェクト。

これらのプロジェクトは国務院の環境保護行政主管部門が制定する環境アセスメント登記表の内容と書式に基づいて記入・提出されるだけでよいとされる。

ところで、どの種類の、どの規模の事業について、環境アセスメント報告書、報告表、登記表のうちどの書類を作成するのかということについては、分類管理リストの別表でより詳細に定められている。

このリストに列記されていない建設プロジェクトは上記の原則に基づいて、省クラス環境保護行政主管部門がその環境保全管理類別を確定し、国家環境保護総局に報告し、保存資料とすべきであるとされる。

上記の規定から見ると、基本的に事業の規模・種類、地域の特性によって分類し、ほぼ全ての事業者に対して、環境アセスメントの実施が必要かどうかを把握しようとしている¹¹⁴。このことは、環境保全の観点からは望ましい制度として評価できようが、実際のところは、いわゆるより厳しい、より全面的な評価手続—環境アセスメント報告書—を実施する建設プロジェクトの範囲は限られており、しかも審査手続を通らない建設プロジェクトは非常に少ないようである。

(2) 対象計画

本法7条・8条によれば、環境アセスメントの対象となる計画には2種類ある。1つは、総合計画¹¹⁵である。つまり、土地利用計画や、区域・流域・海域の建設や開発計画のように大規模かつ長期（5年—10年）の計画である。西部大開発関連の計画や石油開発計画がそれにあたる。こ

¹¹⁴ その根拠としては、①環境保護行政主管部門は全ての事業をコントロールして漏れを防ぐ、②環境に影響があるか否かについて、事業者ではなく行政主管部門が判断する、③事業者の便宜から必要がない環境アセスメントの実施を回避することである（桑原勇進・前掲注75・84頁）。

¹¹⁵ 総合計画には、国務院関係部門、行政区を設置する市級以上の人民政府とその関係部門が策定した土地利用に関する計画、地域・流域・海域の建設と開発利用計画が含まれる。

の場合、環境影響について分析、予測、評価と悪影響の予防、軽減措置を記載し一括して審査機関の承認を受ける¹¹⁶。もう1つは、個別計画¹¹⁷（評価法訳義の日本語訳には「特別項目計画」という表現が使われているが、本稿では便宜上「個別計画」とする）である。つまり、工業、農業、牧畜業、林業、エネルギー、推理、交通、都市建設、旅行業、自然資源開発などの計画で、地域的に限定されたものである。この場合、計画本文とは別個に環境アセスメント報告書を作成し、計画の審査機関に計画と同時に提出する¹¹⁸。以下では、さらに、総合計画と個別計画の2種類に沿って、検討を進めたい。

1) 総合計画

総合計画とは、土地利用関連計画、および地域・流域・海域の建設と開発利用計画を意味する。ここでの土地利用の総合計画とは、一定の地域内の国家社会経済の持続可能な開発の要求、当地の自然・経済・社会条件に基づく土地に対する開発・利用・整備・保護の空間的・時間的な施策を指し、これは国家が土地の用途について規制を行ううえでの基礎となるものであるとされる¹¹⁹。

土地利用の総合計画は総合性・長期性・戦略性を持つにもかかわらず、本法ではその具体的な範囲が確定されていないため、計画アセスメントを実際にどのように実施するかは国务院の環境保護行政主管部门と

¹¹⁶ 7条2項は、「計画の環境影響に関する文章あるいは説明は、計画実施後に発生しうる環境影響に対し分析・予測・評価を行い、環境への悪影響を予防あるいは軽減する対策と措置を提起し、計画草案の一組成部分として共に計画認可機関に提出しなければならない」と規定している。

¹¹⁷ 個別計画には、工業・農業・牧畜業・林業・エネルギー・水利・交通・都市建設・観光・自然資源の開発に関する計画が含まれる。

¹¹⁸ 8条1項には、「国务院関係部門、行政区を設置する市級以上の地方人民政府およびその関係部門は、それが策定した工業・農業・牧畜業・林業・エネルギー・水利・交通・都市建設・観光・自然資源の開発に関するセクター計画（以下、「個別計画」と略称）に対し、その個別計画の草案が上申・認可される前に、環境アセスメントの実施の責任を負うと共に、その個別計画の認可機関に対し環境アセスメント報告書を提出しなければならない」と規定されている。

¹¹⁹ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・31頁。

その関係部門に委ねられることになっている。

また行政区分によるレベル別管理体制から、全国に5つのレベルの土地利用計画があるが、本法は特に、省（自治区、直轄市）級以上の土地利用の総合計画を対象としている¹²⁰。

また、「地域」、「流域」、「海域」の建設と開発利用計画の総合計画については、98年条例、水法、海域使用管理法等の中でひとしく規定され、実際に経験と法的基礎が備えられているので、実施が可能であるといわれている¹²¹。

国家環境委保護総局は、本条をより効果的に適用するため2004年7月6日に「計画環境アセスメント報告書策定の具体的範囲（試行）」と「計画環境アセスメント文章あるいは説明書策定の具体的範囲（試行）」という通知を公布し、13種類の計画¹²²に対して環境アセスメント文章あるいは説明書を策定するよう要求している。ここで留意すべきは、これらの総合計画に対し、より厳しい環境アセスメント報告書ではなく、環境アセスメント文章あるいは説明の作成にとどまっている点である。

2) 個別計画

個別計画とは、一般に計画の範囲あるいは分野が比較的狭く、内容もやや専門的な計画を意味する。また、個別計画は指導的個別計画と非指導的個別計画に分けられる。指導的個別計画は、個別計画において、主に予測的・参考的な指標を提出する計画を指し、非指導的個別計画は、個別計画における指標と要求がやや具体的な計画を指している¹²³。

¹²⁰ 郷（鎮）レベルの土地利用総合計画は含まれない。県（市）政府の策定した土地利用総合計画については、本法36条の規定により、省・自治区・直轄市の人民政府が当地の実際の状況に基づいて、これに対し環境アセスメントを行う必要があるか否かを決定する。

¹²¹ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・31－32頁。

¹²² 具体的には、土地利用関連計画、区域建設・開発利用計画、流域建設・開発計画、海域建設・開発計画、工業・農業・牧畜業・林業・エネルギー・交通・都市建設・観光・自然資源開発等の指導的個別計画等13種類がそれである。
<http://www.gxepb.gov.cn/web/2006-04/18717.htm>（最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

¹²³ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・38頁。

国家環境保護総局は、評価法 9 条に基づき、非指導的個別計画に対する環境アセスメント報告書策定の具体的範囲を 9 種類の計画にまとめている¹²⁴。

このように分類する理由は、上述の総合計画と個別計画の範囲が広すぎ、具体的な規定を設けるのが困難であるので、一定の計画範囲に限って環境アセスメントを行うためであるとされる¹²⁵。しかし、実際にいったいどの計画が指導的計画であり、どの計画が非指導的計画であるのかといった問題については依然として明確ではないし、行政機関の判断に委ねられているといわざるをえない。

以上をまとめると、現時点における中国では、建設プロジェクトに対しては、「評価書」、「評価表」、「登記表」の形で、そして計画に対しては、「評価書」、「文章・説明」の形で環境アセスメントの実施が要求されている（図 2-2-1 を参照）。

図 2-2-1：中国の環境アセスメント報告文書の作成とその範囲¹²⁶

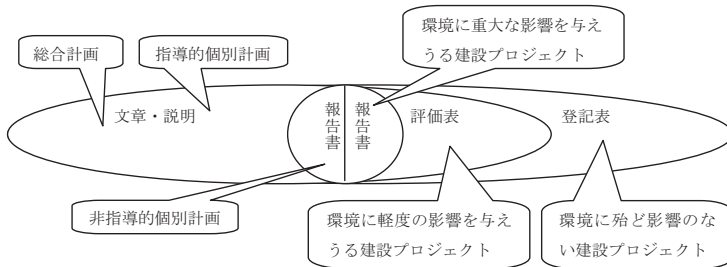


図 2-2-1 に示したように、計画の分野においては、総合計画は一応環境アセスメントを行うが、それはより緩やかな環境アセスメント文

¹²⁴ つまり、工業・農業・牧畜業・エネルギー・水利・交通・都市建設・観光・自然資源の開発に関する非指導的個別計画である。 <http://www.gxepb.gov.cn/web/2006-04/18717.htm>（最終アクセス日は、2009年 5 月 26 日）を参照。

¹²⁵ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注 6・42 頁。

¹²⁶ 評価法 7 条・8 条・16 条の規定により筆者が作成。

章あるいは説明の作成にとどまっている。また、個別計画をさらに指導的個別計画と非指導的個別計画とに分け、そのうちの指導的計画もアセスメント文章や説明の作成にとどまっている。そして、非指導的計画だけがいわゆるより厳しい環境アセスメント報告書を作成することになっている。それゆえ、計画に対する厳格な環境アセスメントの範囲が非常に限定されているといわなくてはならない。

ところで、建設プロジェクトの分野を見てみると、環境影響によって建設プロジェクトが3つにランク分けられ、環境に重大な影響を与える建設プロジェクトのみが、環境アセスメント報告書を作成することになっている。これは、環境アセスメントを行うべき事業を一定種類の一定規模以上の事業に明確に限定する日本¹²⁷と比べると、対象範囲を広く取り扱っているように見えるが、ほとんどの建設プロジェクトが環境アセスメント評価表（登記表）の手続で済まされてしまっているのが実情であろう。

評価法は、形式上戦略的環境アセスメント法に踏み込んだといっても、行政機関の政策や法律は依然として環境アセスメントの対象とされていない点、また計画アセスメントの対象範囲が不十分であるにもかかわらず、非常に緩やかなアセスメント文章・説明の作成が圧倒的に多いという点では、戦略的環境アセスメント法として不完全であるといわざるをえない。

2 環境アセスメントの基本的構成要素

上述の環境アセスメントの対象項目と関連して、ここで環境評価要素、

¹²⁷ 日本では、公共事業や開発事業の規模によって、特定の大規模事業で環境影響の程度が著しくなる恐れがある「第一種事業」（2条2項）とこれに順ずる規模の「第二種事業」（2条3項）に区別し、「第一種事業」は環境アセスメントを必ず行われる「対象事業」となっているに対して、「第二種事業」は環境アセスメントの必要のある「対象事業」となるかどうかはスクリーニング手続を通して、それが環境に著しい影響を与える恐れがあると判定した場合はじめて「対象事業」となることになっている（常岡孝好「フォローアップ環境アセスメント法」明治学院大学法学部立法研究会・行政手続法研究会編・前掲注95・316頁）。

評価文書の内容、評価機関、評価時期といった環境アセスメントの基本的構成要素について検討する。

(1) 評価要素

中国では、経済発展計画にせよ、建設プロジェクトにせよ、環境アセスメントの際に考慮すべき環境要素について明確な規定が欠如している。つまり、環境アセスメントの実施にあたって、いかなる環境要素を、いかなる方法で、どこまで詳しく評価するのかは必ずしも明確ではなく、いわゆるスコーピング手続規定¹²⁸が不明確である。98年条例3条¹²⁹が規定するところからは、建設プロジェクトの場合、いわゆる典型7公害を中心に環境アセスメントの対象要素として取り扱っているのではないかと推測される。

これに対して、日本では閣議決定に基づく環境アセスメント制度の下では、一定の数値を目標（基本的に環境基準）に環境アセスメントが行われていた。つまり、閣議了解から環境影響評価法制定までは、評価項目の環境要素は主に、典型的公害問題にかかわる大気汚染、水質汚濁、騒音、振動、悪臭、地盤沈下、土壌汚染の7つの環境要素および自然環境保全にかかわる動物、植物、地形・地質、景観、野外レクリエーションの5つの環境要素に限定され、「目標クリア型」の下で、評価項目が予め決まっていたとされる¹³⁰。

しかし、このような環境アセスメント方法では、事業者がその数値目標を達成すればよく、必要以上に努力することが期待できないことや、生物多様性、地球環境など数値化困難あるいは画一的な目標設定になじまないものもあることなどから、現行の環境影響評価法では、従来の絶

¹²⁸ スコーピング手続とは、「検討範囲の絞込み」である。つまり、余計な項目のアセスメントを避け、必要な環境要素についてアセスメントを行ううえて効果的な手法であり、アセスメント全体を効率的にする手段であるので、環境アセスメント法にとって欠かせない手法であるといえる。

¹²⁹ 98年条例3条は、「汚染を排出する建設プロジェクトは、汚染物排出に関する国家基準と地方基準を遵守すべきである。重点汚染物排出総量規制を実施する区域では、重点汚染物排出総量規制の要求に適合させることが必要である」と定めている。

¹³⁰ 桑原勇進・前掲注75・89頁、北川秀樹・前掲注89・37頁などを参照。

対基準達成型ではなく、全ての環境要素が一応対象項目となりうるものとし、スコーピング手続を通して、個別事業ごとに決定するという「ベスト追求型」の仕組みが整えられたのである¹³¹。

(2) 評価文書の内容

環境アセスメント文書の内容についても、建設プロジェクトと計画に区別して検討する。

1) 建設プロジェクト環境アセスメント文書の内容

建設プロジェクト環境アセスメント文書の内容については、86年辦法の付属文書の中ではじめて詳細に定められた¹³²。98年条例8条は、環境アセスメント文書の内容と書式に対し相応の規定を設け、そして、評価法（17条）が条例のこの規定を完全に踏襲したものといわれている¹³³。評価法17条の規定によれば、建設プロジェクトの環境アセスメント報告書は、基本的に下記の内容を含む。

①建設プロジェクトの概況、②建設プロジェクトの周辺環境現状、③建設プロジェクトが環境にもたらす影響の可能性についての分析と予測、④環境保全措置、およびその経済的検証と技術的検証、⑤環境影響の経済損益分析、⑥建設プロジェクトに対して実施すべき環境モニタリングに関する提案、⑦環境アセスメントの結論、などとなっており、86年辦法に設けられた内容規定の要求と大きな相違はない。

これら内容規定を環境アセスメント基本的評価内容とし、またその他の法条文や具体的状況に応じて、関係機関・専門家・公衆の意見およびその採否の内容も取り込むことができるとされている¹³⁴。

¹³¹ 桑原勇進・前掲注75・91頁、北川秀樹・前掲注89・39頁などを参照。

¹³² 付属文書の内容としては、総論、建設プロジェクト概況、建設プロジェクト周囲地域の環境状況調査、建設プロジェクトの周囲地域あるいは近景・遠景分析、予測、モニタリング分析、環境経済損益の簡略分析・結論、存在の問題と建議などの内容を含めるよう要求している。

¹³³ 2005年10月27日に採択され、2006年1月1日より施行された国家環境保護総局の建設プロジェクト環境アセスメント審査・認可手続規定7条は、同じ規定を設け、総局がチェックする建設プロジェクトの環境アセスメント報告書の内容を再度明記している。

¹³⁴ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・71頁。

指摘しなければならないのは、環境アセスメント報告表・登記表の内容は簡素化され、具体的な内容や様式について国务院の環境保護行政主管部门が制定することになっていることである。つまり、問題なのは、環境アセスメント文書（報告表・登記表）の内容書式をはじめ行政主管部门の一手による意思決定の仕組みとなっている点である。

2) 計画環境アセスメント文書の内容

計画に対する環境アセスメント文書の内容については、評価法10条に、①個別計画の環境にもたらしうる影響への分析・予測・評価、②その予防・軽減措置、③環境アセスメントの結論の3点が限定的に列記されている¹³⁵。

その後、2006年9月26日、国家環境保護総局は、「計画環境アセスメント活動の更なる実行に関する通知」（原語は「關於進一步做好規畫環境影響評估工作的通知」）という文書を出して、その中に、計画に対する評価文書策定の内容について次のようなより詳細な規定を設けている。

①計画内容の概要、②計画実施にあたっての環境資源制約要素の分析、③計画と関連政策・法律法規・その他の計画との調和性分析、④計画実施にあたり、環境に与えうる直接・間接的あるいは累積的悪影響に対する識別・分析・予測および計画の環境資源荷重能力の評価と論証、⑤環境負荷を予防あるいは軽減する対策および措置、⑥公衆参加および公衆意見の採否の説明、⑦重大な環境負荷への追跡評価計画、⑧環境アセスメント結論。

そして、計画アセスメント文章あるいは説明は原則として、上記のうちの①と⑦を除くその他の内容を含むべきであるとする。これは評価法の関連規定よりもかなり詳細に扱われるが、あくまで行政機関の公文書であるため、果たしてどれほどの拘束力を持つのかは疑問が残る。

(3) アセスメントの策定機関¹³⁶

¹³⁵ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・42－43頁。

¹³⁶ アセスメントの策定機関は、環境アセスメント活動の主たる主体の一つである。このほか、報告書審査・認可機関、住民・環境団体、環境アセスメント紛争処理の行政機関や司法機関も含まれる（韓広＝楊興＝陳維春・前掲注16・28頁）。

環境アセスメント文書の策定機関については、建設プロジェクトと計画によって異なる。以下それぞれ概観する。

1) 建設プロジェクトの場合

建設プロジェクト環境アセスメント文書の策定機関として、評価法20条1項に、「環境アセスメント文書に含まれる報告書あるいは報告表は、相応の環境アセスメント資格を有する機関によって策定されなければならない」と規定されている。

つまり、技術サービスを提供する専門機関によって環境アセスメント文書が策定されるのである。ここでいう、技術サービスを提供する機関とは、評価法19条1項の規定にいう国務院の環境保護行政主管部门の考查と審査に合格後、資格証書の交付を受け、資格証書が設定する等級と評価範囲に基づいて環境アセスメントサービスを提供する機関である¹³⁷。

そして、サービス提供機関は、甲級¹³⁸ないし乙級¹³⁹資格書を取得し、

¹³⁷ 86年辦法の規定からはじまった建設プロジェクト環境アセスメント資格管理制度は、98年条例、1999年3月の建設プロジェクト環境アセスメント資格証書の管理方法、そして2005年11月の建設プロジェクト環境アセスメント資格管理辦法などを経て実施されてきた。

¹³⁸ 資格管理辦法9条は、次の8つの甲級資格証書の申請条件をあげている。つまり、①境内に登録した各類所有制企業あるいは事業法人であり、固定した作業場所と作業条件があり、固定資産が少なくとも1000万元であり、そのうち企業法人の工商登記資金は300万元であること、②計画、重大流域、省級を跨ぐ行政区域建設プロジェクトの環境アセスメントを実施でき、汚染要素が複雑あるいは生態環境影響が重大な建設プロジェクト環境アセスメントを単独で実施でき、建設プロジェクトの工事分析、各環境要素と生態環境の現状調査と予測評価および環境保護措置の経済技術論証を単独で完成させ、協力機関が提供した技術報告を分析、審査し、データをモニターする能力があること、③20名以上の環境アセスメントに従事する専門技術人員を擁し、そのうち少なくとも10名が当該機構の環境アセスメントエンジニアに登録し、その他の人員は環境アセスメント業務証書を取得する。環境アセスメントの範囲が工業類を含む場合、専任技術者のうち少なくとも3名が当該機構の核安全エンジニアであること、④工事分析、水環境、大気環境、騒音環境、生態、固体廃棄物、環境工程、計画、環境経済、工事概算などの業務に専門に従事する技術者を擁すること、⑤環境アセスメント報告書評価範囲内の各類別に、少なくとも3名の環境アセ

その等級範囲内で、建設プロジェクト環境アセスメントを行い、その報告文書を策定することとなっている。

スメントエンジニアが登録しており、うち少なくとも2人が省級以上の環境保護行政主管部門が審査・認可した環境アセスメント報告書を策定した実務経験者が必要とされている。環境アセスメント報告表評価範囲内の特殊項目の各類別に、少なくとも1人の環境アセスメントエンジニアが登録していること、⑥直近3年以内に少なくとも5項目にわたり、省級以上の環境保護行政主管部門の審査・認可する環境アセスメント報告書を策定した経験があること、⑦環境アセスメント活動を質的に保障できること、⑧評価範囲と一致した専門の機器・設備を備え、文書と図表データの処理能力を有し、コンピューターシステムとファイル管理システムを備えること。

¹³⁹ 資格管理辦法10条は、次の7つの乙級評価証書の申請条件をあげている。つまり、①境内に登録した各類所有制企業あるいは事業法人であり、安定の作業場所と作業条件があり、固定資産が少なくとも200万元であり、企業法人の工商登記資金は50万元であること。そのうち評価範囲が環境アセスメント報告表である評価機構の固定資産が少なくとも100万元であり、企業法人工商登記資金は30万元であること、②建設プロジェクトの環境アセスメント報告書(表)を単独で策定でき、建設プロジェクトの工事分析、各環境要素・生態環境の現状調査と予測評価・環境保護措置の経済技術論証を単独で完成させ、協力機関が提供した技術報告を分析、審査し、データをモニターできる能力があること、③12名以上の環境アセスメントに従事する専門技術人員を擁し、そのうち少なくとも6名が当該機構の環境アセスメントエンジニアに登録し、その他の人員は環境アセスメント業務証書を取得する。環境アセスメント報告書評価範囲が工業類を含む場合、専任技術人員の少なくとも2人が当該機構の核安全エンジニアである。評価表作成に従事する評価機構は、8名以上の環境アセスメント専門技術者を擁し、そのうち少なくとも2人が当該機構の環境アセスメントエンジニアに登録する。その他の人員が環境アセスメント業務証書を取得すること、④工事分析、水環境、大気環境、騒音環境、生態、固体廃棄物、環境工程、計画、環境経済、工事概算などの業務に専門に従事する技術者を擁する。評価範囲が環境アセスメント報告表の評価機構は、工事分析、環境工程、生態などの専門技術者を擁すること、⑤環境アセスメント報告書評価範囲内の各類別に少なくとも2人が環境アセスメントエンジニアであり、かつ少なくとも1人が環境アセスメント報告書を策定した経験がある。環境アセスメント報告表評価範囲内の特殊項目各類別に、少なくとも1人が当該機構に登録した環境アセスメントエンジニアであること。そして、⑥と⑦は上記甲級の⑦と⑧の要件と全く同じである。

2) 計画の場合

計画の場合、環境アセスメント文書の策定機関は専門技術サービス提供機関でなく、行政機関である。つまり、評価法7条の規定によれば、国务院関係部門、行政区を設置する市以上の地方人民政府およびその他の関係部門が策定機関となっており、策定機関が果たしてどれほどの環境保全専門知識と能力を持っているのかが問題となってくる。

このことについては、評価法起草段階で、政府が「自分で自分を評価する」ことになり、環境アセスメントの質が保障できない恐れがあり、さらに当然ながら政府行為を規制できなくなるので、その業務を中立機関に委託すべきだとする意見があった。しかし、起草グループは、政府の計画策定行為は建設事業者のプロジェクトの建設行為とは性質・地位・役割といった方面で大きく異なり、一律に中立機関に環境アセスメントを委託することは出来ないと判断した。そして結局この意見は採用されず、計画に対する環境アセスメントの実施機関は、その計画を策定した政府あるいは政府部門でもよいし、それらが委託した機関あるいは専門家グループでもよいとした¹⁴⁰。つまり、誰がその計画に対し環境アセスメントを行うかは、その計画を策定した人民政府あるいはそれに所属する関係部門が実際の状況に基づいて決定権を有することになる。それゆえ、これらを授權することによって、行政機関の行為範囲と自由裁量権の範囲がますます広くなり、行政の自由決定権は環境アセスメントの実施にも浸透していくのである。

(4) 環境アセスメントの時期

1) 建設プロジェクトの場合

建設プロジェクト環境アセスメント文書の策定期限については、同法は必ずしも明らかにしていない。98年条例9条の規定によれば、鉄道・交通など分野の建設プロジェクトにおいて、事業者は、審査・認可権限のある環境保護行政主管部门の同意を経たうえで、初歩的設計の完成前に環境アセスメント報告文書の審査・認可を行い、その他の建設部門は、建設プロジェクトの実行可能性研究段階において環境アセスメント報告文書を提出して審査・認可を仰ぐこととなっている。

¹⁴⁰ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・33－34頁。

なお、従来の建設プロジェクトへの管理プロセスによれば、「建設プロジェクトは通常、①プロジェクトの建議書段階、②実行可能性研究段階、③設計段階、④施工段階、⑤試験生産および竣工検査段階という5つのプロセス段階に分けられている」¹⁴¹とされる。これら段階に当てはめてみると、建設プロジェクト環境アセスメントは、一般的に②の実行可能性研究段階に実施されていることは間違いないだろう。

しかし、国家環境保護総局の建設プロジェクト環境アセスメント審査・認可手続規定(2005年10月27日採択、2006年1月1日施行)4条に、国家環境保護総局が審査・認可にあたる建設プロジェクト環境アセスメント文書の策定期間について、より詳細に規定されている。それによると、国が審査・認可(原語は〔審批制])するよう定められている建設プロジェクトに対しては、実行可能性研究報告を上申し認可を仰ぐ前にを行い、国が照合・承認(原語は〔核準制])するよう定められている建設プロジェクトに対しては、プロジェクトの申請報告を提出する前に実施し、そして、国に報告・登録(原語は〔備案制])するよう定められている建設プロジェクトに対しては、記録手続の完了から操業開始前までに環境アセスメント文書を策定するよう要求されている。だが、これは地方環境行政機関の審査・認可業務に適用するルールではなく、あくまでも国家環境保護総局だけの審査・認可業務に適用されるルールであることに留意する必要がある。統一かつ明確なマニュアル式の実施ルールの確立が期待される。

2) 計画の場合

計画アセスメント文書策定期間については、評価法7条1項に「…計画の策定過程で環境アセスメントを行い、計画のアセスメント文章あるいは説明を作成しなければならない」と定められ、同法8条1項には、「…計画に対し、その個別計画の草案が上申・認可される前に、環境アセスメントの実施の責任を負うとともに、その個別計画の認可機関に対し環境アセスメント報告書を提出しなければならない」と定められている。

これらの規定から、総合計画にせよ、個別計画にせよ、計画に対する環境アセスメントは、その計画策定段階で行うことになっている。計画

¹⁴¹ 汪勁・前掲注25・358頁。

策定段階というのは、初歩的な設計が形成されてから上申されるまでの期間を指している。もし初歩的なプランが形成されないうちから環境アセスメントをはじめれば、それは「空対空」¹⁴²という現象を必ず引き起こし、他方、上申した後で環境アセスメントを行えば、文書への正常な審査・認可と発布の時期を遅らせてしまい、アセスメントとしての実質的な意味を失うことになると思われる。

3 環境アセスメントの審査・認可手続

環境アセスメントの審査・認可手続も、建設プロジェクトの場合と計画の場合とで大きく異なるので、区別して検討する。

(1) 建設プロジェクト環境アセスメントの審査・認可

1) 業種主観部門による予備審査

建設プロジェクト環境アセスメント文書の審査・認可には通常、建設プロジェクト主管部門の予備審査と環境保護行政主管部門の審査の2種類がある。予備審査手法は89年法¹⁴³ではじめて定められ、98年条例¹⁴⁴に引き継がれている。

評価法22条1項によると、「…建設プロジェクトのうち、業種主管部門を持つ建設プロジェクトについては、その環境アセスメント報告書・報告表は、その業種主管部門による予備審査を経た後、審査・認可権限を有する環境保護行政主管部門に認可を求めて上申されなければならない」とされている。つまり、本項は環境アセスメント報告書（表）を作成する必要がある業種主管部門を持つ建設プロジェクトのみに適用され

¹⁴² 「空対空」とは、不確定的な要素が多い計画プランに対して的確な評価ができないという意味である（孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・34頁）。

¹⁴³ 89年法13条は、「建設プロジェクト環境影響報告書は、建設プロジェクトがもたらした汚染と環境への影響に対し評価を必ず行い、防止措置を規定し、事業の主管部門の予備審査を経た後、規定のプロセスに基づき環境保護行政主管部門に上申して認可を受けなければならない…」と規定している。

¹⁴⁴ 98年条例10条1項は、「…建設部門を管轄する業種主管部門が設立されている場合、環境アセスメント報告書と環境アセスメント報告表は業種主管部門の審査を経たうえで、審査・認可権限のある環境保護行政主管部門の審査・認可に委ねなければならない」と規定している。

る特別なプロセスである。業種主管部門を持たない建設プロジェクトの環境アセスメント報告文書は、技術的評価を経た後、審査・認可権限を持つ環境保護行政主管部門により審査・認可されることとなる。

アセスメント登記表に記入するだけでよい建設プロジェクトについては、それが業種主管部門を持つか否かにかかわらず、業種主管部門の予備審査が必要とされず、建設事業者はアセスメント登記表をその審査・認可権限を持つ環境保護行政主管部門に直接上申することになる。また、業種主管部門による予備審査は一種の法的プロセスであるので、予備審査を通過せずには審査・認可権限を持つ環境保護行政主管部門に上申して認可を仰ぐことはできない。ただし、このような予備審査は審査意見を提出するだけのものであり、決して最終的な認可としての効力は持たないとされる¹⁴⁵。

予備審査の手法は、建設プロジェクトの監督管理や環境アセスメント文書の質的向上に配慮したものであると推測されるが、最終的な認可権を持たないので、果たしてどれほどの存在意義を有するのか疑問であり、行政のアセスメント手続に対する関与に過ぎないではないかと思われる。

2) 環境行政機関による審査・認可

評価法22条1項は、環境アセスメント文書を審査・認可する権限を有する環境保護行政主管部門に認可を求めて上申されなければならないとする。ここでの環境保護行政主管部門とは国務院環境保護行政主管部門と省、自治区、直轄市の地方人民政府の行政機関のことであり、最終的な審査・認可権限を有するものである。

また、評価法23条において、環境アセスメント文書に対して行政主管部門のレベル別審査制度が設けられている。つまり、国務院の環境保護行政主管部門は、①核施設、絶対機密事業等、特殊性を持つ建設プロジェクト、②省、自治区、直轄市の行政区域を跨ぐ建設プロジェクト、③国務院の審査・認可を受けたあるいは国務院から授権された関連部門が審査・認可を行う建設プロジェクトなどの環境アセスメント文書の審

¹⁴⁵ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・84－85頁。

査・認可の責任を負い、それ以外の建設プロジェクトの環境アセスメント文書に対する審査・認可権限は、省、自治区、直轄市の人民政府に帰属するとされる。

行政区域を跨いで環境に悪影響をもたらしうる建設プロジェクトについて、関連環境保護行政主管部门がこのプロジェクトの環境アセスメントの結論に異議がある場合、その環境アセスメント文書は共同の一級上の環境保護行政主管部门により審査・認可されるとされている¹⁴⁶。

各級政府の審査権限の割り当てに関しては、86年辦法13条がすでに規定を設けていた¹⁴⁷。また、98年条例11条は、基本的には上記13条の規定を継承し、建設プロジェクト環境アセスメント文書のレベル別審査・認可制度と審査・認可権限について規定をおいていた。2002年11月、国家環境保護総局は98年条例の関連規定に基づき、「建設プロジェクト環境アセスメント文書のレベル別審査・認可規定」を公布し、具体的な規定を設けるとともに、国家環境保護総局の審査・認可リストを付属・公表した。本法は98年条例11条の規定を完全に踏襲し、基本的に重点的かつ複雑なプロジェクトに対しては、国务院の環境保護行政主管部门が担当し、その他のものは省、自治区、直轄市の人民政府が担当することとしたという見解がある¹⁴⁸。

3) 計画環境アセスメント文書の審査・認可

総合計画環境アセスメント文章あるいは説明書の審査・認可機関について、評価法は明確に定めていない。行政の審査・認可原則によれば、総合計画（環境アセスメント）策定機関の上級行政機関が審査・認可にあた

¹⁴⁶ 具体的に、どの建設プロジェクトが国务院の環境保護行政主管部门あるいは省、自治区、直轄市地方人民政府によって審査・認可されるかについては、国家環境保護総局公布の建設プロジェクト環境アセスメント文書レベル別審査・認可規定（2002年11月公布、2003年1月から施行）の中で詳細に規定されている。

¹⁴⁷ 86年辦法13条は、以下の場合、国务院の環境保護行政主管部门の審査・認可を経なければならないと規定していた。①省・自治区・直轄市の境界を跨ぐ建設プロジェクト、②特別建設プロジェクト（核施設、絶対機密事業等）、③超大型建設プロジェクト（国务院審査・認可）。

¹⁴⁸ 孫佑海＝王鳳春＝王煒編著・前掲注6・87－88頁。

るが、それらの行政機関の専門的能力に疑問が投げかけられている¹⁴⁹。

ところで、個別計画に対する環境アセスメント文書の審査について、評価法13条は次のように規定する。「行政区を設置する市級以上の人民政府は、個別計画草案を認可して政策決定を下す前に、人民政府指定の環境保護行政主管部門あるいはその他部門が関係部門の代表と専門家で構成された審査グループを招集して、環境アセスメント報告書に対し審査を行わなければならない」(1項)。

その後国家環境保護総局は客観的、公開、公正な計画環境アセスメントを行うために、評価法の規定に基づき、個別計画の環境アセスメント報告文書審査辦法を制定し、2003年10月8日に発布した。

本辦法は、國務院の規定範囲内および省以上の人民政府の関係部門が審査・認可する個別計画の環境アセスメントの審査に適用され(2条)、環境行政主管部門は環境アセスメント報告書の審査機関に設置される(4条)。環境行政主管部門は、計画審査・認可機関提出の環境アセスメント報告書を受理後30日以内に、専門家審査グループを招集し(5条)、環境アセスメントの分析予測の合理性、蓋然性および結論の基本的評価、経済、社会、環境の持続可能な発展目標への合理性や実効性などの側面から総合的に判断し、書面でまとめる(7条)。そしてこれを10日以内に個別計画審査・認可機関に提出し、審査・認可機関の政策意思決定の重要な判断要素にするとされる(8条)。

しかし、本辦法はわずか11か条からなり、新たな抜本的な内容が見られず、基本的に評価法における計画アセスメント内容の繰り返しおよびその実施をめぐる要件規定に過ぎなかった¹⁵⁰。注意すべきことは、この

¹⁴⁹ 総合計画環境アセスメント文章あるいは説明は、環境保全という特殊な問題を取り扱うので専門性が高いはずである。これに対して、上級行政機関が審査能力を有するのかが問題である。政府官僚への問責制度が実施されていない現状の下では、審査・認可手続が形式的に流され、よって、総合計画環境アセスメント文章あるいは説明書の審査・認可制度は飾り物となってしまう、今後も失策の繰り返しの源泉となるのではないかと懸念されている(汪勁・前掲注25・348頁)。

¹⁵⁰ 例えば、環境保護行政主管部門は、個別計画の環境アセスメント報告書を受理後30日以内に、計画の許認可機関と共同で審査グループを招集して審査を

ような審査の対象は政府計画全てではなく、指導的個別計画草案に限られている点である。また、いくら専門家グループによって環境アセスメント文書への審査が行われるといっても、人民政府が環境保護行政主管部門を指定したり、自らが審査グループを招集したりするので、どうしても政府部門の都合のよい方向へ議論が進んでしまう。したがって、このような審査制度が果たしてどれほどの効果を有しているのか極めて疑問である。

(2) 行政関与の程度

1) 建設プロジェクト環境アセスメントへの関与

「環境影響評価手続の中環境行政部門にどのような位置づけ・役割が与えられているかも環境保全の観点からは一つのポイントとなる」¹⁵¹という見解がある。

環境アセスメント報告書への許認可制度は89年法からはじまり¹⁵²、98年条例も明確な規定を設けた(24・25条)。評価法25条は、「建設プロジェクトの環境アセスメント文書が、法律の規定する審査・認可部門による審査あるいは審査後の認可を経していない場合、そのプロジェクトの審査・認可部門はその建設を認可してはならず、建設事業者も着工してはならない」と規定する。

これらの規定によると、建設プロジェクトの環境アセスメント文書が、いまだ審査を経していない、あるいは審査を経たが、いまだ認可を受けていない場合は、その許認可権者は建設を認可してはならず、建設事業者も建設を着工させてはならないとし、建設プロジェクト環境アセスメント文書の審査・認可は、建設プロジェクトの建設着工における前提条件となっているのである。

行い(5条)、審査グループ提出の書面意見を10日以内に個別計画の許認可権者に提出する(8条1項)とされ、手続実施の期間が限定されている。たが、評価法には詳細な規定がない。

¹⁵¹ 桑原勇進・前掲注75・97頁。

¹⁵² 13条に、「…規定の手順に従い環境保護行政主管部門の認可を受けねばならない。環境アセスメント報告書が認可された後、計画部門はプロジェクト設計任務書を認可することができる」と定められている。

環境アセスメントの手続を実施されずに着工ないし運行される例が少なくない現実の下で、「先に評価、後に建設」の原則を法的に保障し、建設プロジェクトアセスメント文書の審査・認可を通じて環境保全をカバーしようとするいわゆる「一票否決権」¹⁵³施策である。しかし、このような一票否決権を別の視角からみれば、環境アセスメント制度に対する環境行政部門の強い関与の現れでもあるようにも考えられる。

2) 計画環境アセスメントへの関与

総合計画の場合は、環境アセスメント文章あるいは説明書を計画草案の一部分として計画認可機関に一括して提出し（7条）、個別計画の場合は、草案が上申・認可される前に、個別計画の認可機関に対し環境影響報告書を提出する（8条）ことになっている。仮に、環境アセスメント報告書がなければ、許認可権者はこれを認可してはならないとする（12条）。環境アセスメントの結論や審査意見は政策決定の重要な判断要素であり、もし、審査意見を採用しなかった場合は、その理由を説明するよう要求されている（14条）。

また、2003年10月8日に、国家環境保護総局が発布した個別計画の環境アセスメント報告書審査辦法4条・8条には、評価法12条と14条の規定と同様の趣旨の内容が設けられている。

これらの規定は、一見すると環境アセスメントの重要性を強調しているようであるが、他方では、それを強調する行政機関の関与と権威の強調でもあるように思われる。また、建設プロジェクトにせよ、個別計画にせよ、制度上は環境アセスメント文書が審査を経て、認可されない限り、その許認可権者は許可できないし、建設業者も着工できないという態勢をとっている。それゆえ、中国の環境行政機関の環境アセスメント文書への関与度は非常に強く、環境保護行政機関に主導的役割を与えられていない日本の環境影響評価法とは異なる¹⁵⁴という見解がある。

¹⁵³ 一票否決権とは、建設プロジェクトは、必ず環境保護行政主管部門に対して、環境アセスメント手続の審査・認可を仰ぐべきであり、もしこの許認可手続がなければ、プロジェクトの許認可機関は許可してはならないし、事業者も着工してはならないという環境保護行政主管部門の権限である。

¹⁵⁴ 桑原勇進・前掲注75・97－98頁。

(3) 環境アセスメント文書審査・認可への判断基準

1) 建設プロジェクト環境アセスメントの場合

環境アセスメント文書は環境保護行政主管部門の認可を受けることになっているが、その判断基準は評価法において必ずしも明らかではない。

1999年4月に国家環境保護総局が發布した環境基準管理方法17条に、県級以上の人民政府の環境保護行政主管部門は、建設プロジェクト環境アセスメント文書を審査・認可する場合、建設プロジェクトの業種類別、所在区域、排出汚染物種類、汚染物の排出方向、国家汚染物排出基準あるいは地方汚染物排出基準、汚染物排出総量制御などの要素に基づいて当該プロジェクトの具体的な汚染物排出基準を確定するという定めがある。

ここには、県級人民政府も含まれ、評価法の定めるところの行政区を設置する市以上の人民政府の規定と若干かみ合わない部分があるが、基本的に上記の基準をもって審査され、特に汚染排出基準を主として判断していることが窺える。

また、国家環境保護総局が2005年11月23日公布し、2006年1月1日施行した「国家環境保護総局の建設プロジェクト環境アセスメント文書の審査・認可手続規定」12条によると、国家環境保護総局は認可に際して、以下の諸点により審査することになっている。①環境保全関連法律法规に符合しているか否か、②国の産業政策とクリーン生産基準・要求に符合しているかどうか、③建設プロジェクトの立地・配置が区域、流域および都市の全体発展計画に合致しているか否か、④プロジェクト所在地の環境質が相応環境機能区および生態機能区の基準・要求に達しているかどうか、⑤計画の汚染防止措置が国および地方が定める汚染物質排出基準と汚染物質総量規制の指標に合致しているかどうか、また放射性汚染が発生する場合、有効にその予防・抑制ができているかどうか、⑥計画の生態保全措置が生態破壊を有効に予防・抑制できるかどうか。これらの規定からは、環境アセスメント文書の審査・認可の判断基準は単なる国および地方の汚染基準ではなく、その他の要素も考慮されていることがわかる。とはいえ、環境により負荷の少ない内容になっているかどうかという観点からのものではない。この意味では、「絶対基準型」環境アセスメント制度とは若干異なるが、日本のような「相対追求型」環

境アセスメント体制にはなっていないのが実情であろう¹⁵⁵。

2) 計画環境アセスメントの場合

ところで、計画の場合はどうであろうか。これについて、評価法には同様に明確な規定がないが、その10条は、①当該計画の実施が環境にもたらしうる環境影響の分析、予測と評価、②環境への悪影響の予防あるいは軽減対策・措置、③環境アセスメントの結論の3点を個別計画の環境アセスメント報告書の内容として定めている。

また、国家環境保護総局が2003年10月8日發布した個別計画環境アセスメント報告書の審査・認可方法7条に、次のような審査内容があげられている。①個別計画の実施にあたって、環境にもたらされうる影響の分析・予測の合理性と正確性、②環境負荷を予防あるいは軽減する対策・措置の実効性・有効性および施策建議、③個別計画の環境アセスメントと評価結論、④経済、社会、環境の持続可能な発展の見地からの個別計画の合理性、実効性の全体的評価および建議、など。よって、これらの審査内容は計画環境アセスメント文書の審査・認可の判断基準にもなっているのではないかと推測される。

以上の2点は、個別計画の環境アセスメント報告書の内容規定からその審査の判断基準として推測したものである。それゆえ、現時点では、計画の環境アセスメント報告文書の判断基準規定が欠如しているので、実際の計画環境アセスメントの審査・認可にあたっては、行政の恣意的な判断によらざるをえない状態となっている。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2009年3月25日授与）に加筆・修正したものである。なお、加筆・修正にあたっては、平成20年度北海道大学クラーク財団博士後期課程在学生研究助成による研究成果の一部を取り入れている。

¹⁵⁵ 桑原勇進・前掲注75・93頁。

リスク社会と民事責任 (3)

—— フランス HIV 感染事件を中心に ——

今 野 正 規

目 次

序説

第 1 節 導入——問題意識

第 2 節 分析対象の設定

第 3 節 叙述の構成

第 1 章 フランス HIV 感染事件と被害者救済制度

第 1 節 AIDS 及び HIV 感染の基礎知識と政策的対応

第 2 節 HIV 感染事件に対する法的責任

第 3 節 輸血・血液製剤輸注による HIV 感染の被害者救済制度

第 4 節 小括 (以上、59巻 5 号)

第 2 章 フランス民事責任論における HIV 感染事件の意義

第 1 節 「発見できない内在的瑕疵」と外来原因・開発リスク

第 2 節 リスク・不確実性と「連帯」

第 3 節 カタストロフィと新しい民事責任

第 4 節 小括 (以上、60巻 1 号)

第 3 章 予防（警戒）原則に基づく民事責任

第 1 節 民事責任における予防（警戒）原則の意義

第 2 節 予防（警戒）原則とリスクの受け入れ可能性（以上、本号）

第 3 節 予防（警戒）原則の法解釈的含意

第 4 節 小括

結語——フランス民事責任論の示唆するもの

第3章 予防（警戒）原則に基づく民事責任

HIV 感染事件を契機としたいいくつかの議論は、被害者の損害填補を中心とした伝統的な民事責任論が、新しいリスク（不確実性やカストロフィ）に直面した場合に、根本的な再検討を迫られることを示唆するものであった。「責任のルネサンス」（renaissance de la responsabilité）とも表現される近年のこうした議論状況は¹⁸⁵、民事責任による解決の限界を意識したうえで、それを乗り越える途を模索する動きともいえる。

ところで、20世紀末葉から今世紀にかけて、フランス民事責任論は、予防（警戒）原則に着目するようになる¹⁸⁶。周知のように、予防（警戒）原則は、環境法の領域で提唱された原則であり、フランスでは、1995年2月2日の法律1条が、農事法典L.200-1条を受け継ぐ形で、「当時の科学技術の知見から判断して、確実性を欠くことを理由に、経済的に受け入れられる費用において、環境への重大かつ不可逆的な損害のリスクの発生を回避することを目的とした、効果的で比例した措置を遅らせてはならない」と規定し、環境保護政策において優先すべき原則として位置づけている¹⁸⁷。もともと環境保護政策の原則である予防（警戒）原則が、民事責任の領域で注目を集めた背景には、重大かつ不可逆な損害については、損害の発生そのものを食い止めること——あるいは損害を最

¹⁸⁵ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *supra* note 110, n°31, p.17.

¹⁸⁶ フランスにおける予防（警戒）原則への注目度は非常に高く、現代社会における法規形成の特徴を示すプロセスの1つとして位置づけるものもある。Geneviève Viney, Le point de vue d'un juriste, *in*, colloque au Palais du Luxembourg organisé par le Centre de Recherche en Droit Privé de Paris I, 10 décembre 1999, *Le principe de précaution*, actes publiés *in*, *Les Petites Affiches* n° 239, p.66.

¹⁸⁷ 法的領域における予防（警戒）原則の導入経緯については、Mathilde Boutonnet et Anne Guégan, Historique du principe de précaution, *in*, *Le principe de précaution*, PHILIPPE KOURILSKY ET GENEVIÈVE VINEY, *La Documentation Française*, Odile Jacob, Paris, 2000, pp.253 et s. ; Gilles J. Martin, Apparition et définition du principe précaution, *Les Petites Affiches* 30 novembre 2000, n° 239, pp.7 et s.

小限に食い止めること——が必要であるという理解があった。しかし、近時のフランスでは、予防（警戒）原則を、環境保護政策的な意味を超えて——換言すれば、予防（警戒）原則の起源から離れて——、HIV感染事件をはじめとする現実の事件についての責任帰属を判断する際にも適用すべきであるという主張がなされている¹⁸⁸。

以下では、民事責任における予防（警戒）原則の一般的な意義を確認したうえで（第1節）、それとは異なる観点から予防（警戒）原則の意義を説く見解をみることにしよう（第2節）。そのうえで、最後に予防（警戒）原則が伝統的な民事責任の要件・効果に及ぼす影響について検討を加えることにしたい（第3節）。

第1節 民事責任における予防（警戒）原則の意義

本来、予防（警戒）原則は、重大で不可逆的な損害について事前の対応を課す原則であり、損害発生後に問題となる民事責任とは、本質的に

¹⁸⁸ 予防（警戒）原則が、環境保護政策を超えて、現実の事件を念頭に議論されていることは、フランスの議論の特徴といってよい。論者によっては、環境保護政策よりも HIV 感染事件を起源とみるものもある。Jean-Pierre Desideri, *La précaution en droit privé*, D.2000, chron. n°2, p.238 ; M. Setbon, *supra* note 28, p.388. なお、予防（警戒）原則と民事責任との関係についての包括的な考察として、MATHILDE BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préface de C. Thibierge, *Bibliothèque de Droit Privé*, Tome 444, L.G.D.J., 2005, Paris.

ちなみに、予防（警戒）原則については、わが国でも多くの先行研究が存在するが、ほとんどは環境法における予防（警戒）原則を扱ったものであり、民事責任との関係で予防（警戒）原則に言及するものは必ずしも多くない。ただし近年では、アスベスト被害や化学物質過敏症をめぐる、検討の必要性が徐々に意識されつつある。アスベスト被害につき吉田邦彦「日本のアスベスト被害補償の問題点と解決の方途（上）（下）——とくにアメリカ法との比較から」同『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣・2006）633頁（初出・NBL829号、830号〔2006〕）を、化学物質過敏症につき潮見佳男「『化学物質過敏症』と民事過失論」棚瀬孝雄編『市民社会と責任』（有斐閣・2007）208頁以下を参照されたい。

相容れないはずの原則である。それにもかかわらず、近時のフランスで民事責任と予防（警戒）原則の関係が議論されるに至った背景には、いくつかの伏線がある。

以下ではまず、フランスにおいて予防（警戒）原則が民事責任といかなる形で交錯するに至ったのかをみたうえで(1)、予防（警戒）原則に基づく民事責任の意義を HIV 感染事件に即して検討することにした(2)。

(1) 予防（警戒）原則と民事責任の交錯

予防（警戒）原則と民事責任との理論的架橋に大きな役割を果たしたのは、哲学者 Paul Ricœur の議論である(a)¹⁸⁹。Ricœur の議論を受けて、学説には、1990年代半ば頃を契機に、民事責任の基礎を予防（警戒）原則に求め、「未来に対する責任」という観点から積極的に損害を予防すべきであるとするものや(b)、予防（警戒）原則違反に対して責任帰属を認める可能性が議論されるようになる(c)。

(a) Ricœur の議論は、理論的観点から予防（警戒）原則と責任概念を接続するものであるが、あらかじめ注意しなければならないのは、Ricœur が、予防（警戒）原則そのものを直接の検討対象としているわけではないことである。Ricœur の関心は、あくまで責任概念の意味論的分析を通して責任概念を明確化することであり、予防（警戒）原則は責任概念の現代的拡張を示すものとして位置づけられるにとどまる。

そこでまず Ricœur が責任概念に下す現状診断からみていくことにしたい。責任概念を検討するにあたり、Ricœur が出発点とするのは、責任 (responsabilité) の語源である¹⁹⁰。すなわち、もともと責任という語は、特定の行為義務からその違反を経て応報（損害賠償）として誰かに帰属する (imputer) ことを本質としていた。したがって責任概念は、

¹⁸⁹ Paul Ricœur, *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*, in, *Le Juste 1, Esprit*, Paris, 1995, pp.41 et s. (ポール・リクール [久米博訳] 「責任の概念——意味論的分析の試み」 同『正義をこえて——公正の探求 1』[法政大学出版局・2007] 35頁以下)

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp.43 et s.

行為義務やその違反に対する帰属という道徳的側面を内在させた概念であり、行為義務やその違反に対する帰属という側面を持たない「連帯」とは明確に区別されるべき概念であった。ところが、19世紀末葉以降、民事責任は、フォート要件の著しい緩和によって、行為義務やその違反に対する帰属という要素から切り離されて理解されるようになった（以下、責任概念の脱道徳化と呼ぶ）。Ricœur は、その結果、今日では、民事責任が、損害賠償という応報の側面のみと同一視される概念となっており、「連帯」との位置づけも不明確になってしまっているという¹⁹¹。

もっとも、Ricœur によれば、今日ではこれに逆行する現象もみられる。Ricœur が念頭に置いているのは、Engel らによって主張されている「過失責任への回帰」である¹⁹²。すなわち、リスクとして想定されるものの範囲が拡大されることで、あらゆる損害についての賠償が語られるようになると、今度は責任の追及が促進され、ますます社会的な非難が増加する。こうした現象は、責任概念を行為義務やその違反に対する帰属という道徳的側面に再接続するものであり（以下、責任概念の再道徳化と呼ぶ）、民事責任を損害賠償という応報の側面のみと必ずしも同一視することができなくなっていることを示している。

このように Ricœur は、責任概念の本質を道徳的側面——すなわち、行為から応報に至るプロセス——に求め、19世紀末葉から今日までの責任概念の変化を責任概念の脱道徳化と再道徳化の2つの現象によって理解しようとする。興味深いのは、Ricœur においては、責任概念の脱道徳化が、同時に責任概念の再道徳化の出発点となっていることである。つまり、責任概念の脱道徳化によって、いかなる損害であっても賠償されるべきであるという理解——Ricœur は、これを法的責任のインフレーションと呼ぶ——が生じると、今度は責任を負担すべき者への社会的な非難が増加し、責任概念における行為義務やその違反に対する帰属という道徳的側面が強化される。社会的な非難の増加は、さらなる責任概念の脱道徳化を促進し、結果的に、法的責任の際限ない拡張をもたらすこととなる。われわれは、前章までの考察において、HIV 感染事件の諸

¹⁹¹ *Ibid.*, pp.58 et s.

¹⁹² *Ibid.*, p.59.

判決が民事責任を著しく拡張したこと、他方で、そうした民事責任の無過失責任化の傾向に対しては、加害者の責任の明確化や事件の真相究明の観点から批判があることをみた。Ricœur においては、これらの一見対立する現象が、互いの前提を提供し合うものとして位置づけられているのである。

そして、Ricœur が予防（警戒）原則と責任概念の交錯を指摘するのは、まさにこうした責任概念の脱道徳化と再道徳化の文脈においてである。Ricœur は、今日では責任概念がその対象についてのみならず、範囲においても拡張されるようになっていくという¹⁹³。ここで Ricœur が念頭に置いているのは、哲学や倫理学の領域で展開されている議論である。1990年代のフランスでは、これまで法的責任を念頭に構築されてきた責任概念が、今日大きな転換期に差し掛かっているという共通認識のもとに、哲学や倫理学の領域において責任概念に関する議論が大々的に展開された。出発点は、今日の科学技術利用に伴うリスクが、もはや人間の支配を超え、人類そのものを脅かす状況に直面していること、及びそうした状況において人類がこれまでとは異なる新たな責任を負うべき状況に至っていることにある。フランスの近時の責任論に影響を与えたドイツの哲学者 Hans Jonas によれば¹⁹⁴、今日の科学技術は、人間によっ

¹⁹³ Ibid., p.59. ここで Ricœur のいう責任の対象の拡張とは、19世紀末葉のリスクに基づく責任を念頭に置いている。フランスでは、19世紀末葉以降、労働災害や運送事故を契機に、判例や学説が、フランス民法1384条（未成年子・家事使用人・被用者・生徒・見習者の引き起こした損害について監督者の責任を規定する）を根拠規定として、労働災害の被害者を救済した。Ricœur によれば、この場合の民事責任の無過失責任化も、責任概念の脱道徳化を示すと同時に、脆弱な立場にある他者（未成年子・家事使用人・被用者・生徒・見習者）の行為についてそれらを託された者が責任を負うという道徳的側面をも併せ持つものであった。なお、Ricœur は、1348条を引用しているが、1384条の誤りであろう。

¹⁹⁴ Jonas の著作がドイツで出版されたのは1979年のことであったが、仏訳が出版されたのは1990年のことであり、こうした出版のタイミングもフランスの責任論の展開と関係しているように思われる。HANS JONAS, *Le principe responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, Paris, 1990. [ハンス・ヨナス（加藤尚武監訳）『責任という原理——科学技術文明のための倫理学の試み——』（東信堂・2000）]。以下、訳書の頁数で引用する。

てコントロールできる域を超え、もはやかつてのように技術の進歩と引き換えに甘受することが正当化できない重大で不可逆的な損害を引き起こすようになっている。したがって、今日問題となる責任は、既に行われた行為に対する事後的な清算を目的とした法的責任ではなく、将来なされるべき行為の決定に関する責任¹⁹⁵——換言すれば「未来に対する責任」(Zukunftsverantwortung)——でなければならないとしている¹⁹⁶。Ricœur は、先述した責任概念の脱道徳化と再道徳化の相互作用によって、今日の責任概念が「未来に対する責任」へまで拡張されている、というのである。

かくして、責任概念の際限ない拡張の延長線上に、「未来に対する責任」が取り込まれる。人間の支配を超えた科学技術利用に伴うリスクが人類そのものを脅かす状況において見出される「未来に対する責任」は、科学知識の不確実性のもとで重大で不可逆的な損害をもたらすおそれがある場合に適用される予防（警戒）原則そのものである。ここにおいて責任概念は、不可避的に予防（警戒）原則と交錯することになるのである。

もっとも、Ricœur の議論は、あくまで理論的ないし哲学的な次元にとどまっており、以上の議論が民事責任にいかなる形で反映されることになるのかは必ずしも明らかでない。しかし、民事責任と予防（警戒）原則の交錯は、民事責任の領域においても、いくつかの議論を喚起している。

(b) まず民事責任の基礎を予防（警戒）原則に置くことで、民事責任に予期機能 (fonction d'anticipation) という新しい機能と呼び込もうとする Catherine Thibierge の議論を取り上げよう¹⁹⁷。

Thibierge によれば、今日の損害は、その重大性と不可逆性——ない

¹⁹⁵ ヨナス・前掲書注 (194) 164頁。

¹⁹⁶ ヨナス・前掲書注 (194) 77頁、166頁。

¹⁹⁷ Catherine Thibierge, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité ; vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?*, *R.T.D. civ.* 1999, pp.561 et s.

し損害の空間的・時間的拡大——において、かつての損害と異なっている。これらの要素は、今日の民事責任に次の3点で再検討を要求する¹⁹⁸。

第1に、民事責任は、時間的な拡張を迫られる。法的責任はこれまで過去の行為や既に発生した損害に向けられるものであるが、これからは損害の発生を回避し、「未来の世代」の保護をも考慮しなければならない。

第2に、民事責任は、空間的な拡張を迫られる。これまでのリスクは、一定の母集団に一定の割合でもたらされることを前提としていたが、今日のリスクはその規模が従来とは比較にならないほど広範囲に及んでいる。民事責任はこうした重大な損害をも対象としなければならない。

第3に、民事責任は、その前提となる関係についても拡大を迫られる。これまで法的責任は、現存している人間や集団との間において認められるものであったが、これからは現存している人間が未来において誕生する世代との間において負担することになる。

Thibierge は、以上の損害の性質に鑑みると、今日問題となる損害については、それが顕在化してからでは対応することが困難となっており——換言すれば、もはや民事責任を被害者の損害填補の観点からのみ捉えるのでは十分でなく——、予防（警戒）原則の観点から積極的な損害回避が必要とされているとする¹⁹⁹。Thibierge も認めているように、民事責任に損害の回避機能があるという指摘は、必ずしも新しいものではない。しかし、Thibierge は、かつての損害回避機能が反社会的行為の回避を目的とし、制裁による威嚇に基づく古典的な抑止機能（fonction classique dissuasion）を意味していたのに対し、予防（警戒）原則を基礎とする民事責任は、重大で不可逆的な損害の恐れに基づく新しい予期機能を果たす点で、ヨリ一般的な損害回避機能を果たしうるとしている。

このように Thibierge は、重大で不可逆的な損害がもたらされる恐れがある場合には、損害として顕在化してからでは手遅れであるという認識のもとに、民事責任の機能を伝統的な損害の填補から予期へと転換——ないし拡張——する。Thibierge は、その後、かつて刑事責任から民事責任が分離したのと同様に、今日では民事責任から新しい法的責任

¹⁹⁸ *Ibid.*, p.580.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p.582.

が分離するとし、民事責任・刑事責任・行政責任とは異なる巨大リスクの回避を目的とした新しい法的責任（回避責任 [responsabilité préventive]）について検討を進めている²⁰⁰。とはいえ、その議論の大胆さにもかかわらず、Thibierge の議論は、回避責任がいかなる要件のもとで認められるのか、恐れに基づく新しい予期機能が具体的に何を意味するのかなどについて不明確な点が多い。その意味では、Jonas の議論を端的に法的責任へと置き換えたのみにとどまるようでもあり、その試みが十分に成功しているかどうかには疑問が残る²⁰¹。ともあれ、ここでは、予防（警戒）原則と民事責任の交錯を示す動きの 1 つとして、重大かつ不可逆的な損害については、積極的に予防する方向性が示されていることを確認しておきたい。

(c) 予防（警戒）原則を民事責任の予期機能に結びつける Thibierge の議論とは異なり、学説には、予防（警戒）原則を責任帰属の次元に適用しようとするものがある。責任帰属の次元における予防（警戒）原則の意義を説く見解は、学説上複数存在するが、ここではその代表的な見解として François Ewald の議論を取り上げることになろう²⁰²。

Ewald が、新しいリスク（不確実性やカタストロフィ）のもとでは既存の制度（民事責任や保険の技術）が機能不全に陥ることを指摘していることについては、既にみたとおりである（第 2 章第 1 節(2)、第 2 節(2)）。

²⁰⁰ Catherine Thibierge, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, D. 2004, chron. pp.577 et s.

²⁰¹ なお、M. Boutonnet, *supra* note 188. は、Thibierge の議論を引き継ぎつつ、予防機能について詳細な考察を展開しており、注目される。

²⁰² François Ewald, *Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution*, in, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, sous la direction de Olivier Godard, I.N.R.A., Paris, 1997, pp.99 et s. ; François Ewald, *Philosophie politique du principe de précaution*, in, *Le principe de précaution*, 2^e édition, P.U.F., Paris, 2008, pp.6 et s. なお、Ewald の予防（警戒）原則論については、中山・前掲注（4）の両論文、柏葉武秀「F・エヴァルドの予防原則論：『悪しき霊の再来：予防の哲学の素描』書評」応用倫理学研究 2 卷（2005）135 頁以下を参照。

こうした議論の延長線上に、Ewald は、これまで環境法の領域に限定されると理解されてきた予防（警戒）原則を、環境法の領域を超えて適用すべきであるとする²⁰³。すなわち、予防（警戒）原則が「科学知識の不確実性」と「重大かつ不可逆的な損害」（ないしその発生の可能性）の2つの要素によって定義される原則であることに鑑みて、同様の要素が認められる限りにおいて、同原則を適用することが可能である、というのである。

重大で不可逆的な損害について予防（警戒）原則を適用すべきであるとする点で、Ewald の議論と Thibierge の議論には、共通性を見出すことができる。もっとも、Ewald の議論は、予防（警戒）原則を責任帰属の次元で適用することができるとしている点で特徴的である。先述したように、予防（警戒）原則は、もともと一定の行為が重大で不可逆的な損害をもたらす可能性がある場合に、事前に行為を差し控えるべきことを命じる規範であり、その意味では損害発生前の段階で問題となる原則と考えられる。しかし、Ewald は、予防（警戒）原則によって「[科学] 知識の不確実性は、免責されないだけでなく、さらなる慎重さを激励するものとして理解されなければならない」とする²⁰⁴。つまり、予防（警戒）原則は、重大かつ不可逆的な損害が生じる可能性がある場合には、科学知識が不確実な場合であっても、行為者に慎重に行為する予防（警戒）義務（obligation de précaution）を課し²⁰⁵、同時にそれを遵守しなかった行為者に対して——予防（警戒）を怠ったことがフォートにあたるとして——責任の帰属をも可能にする原則としても理解されるというのである。予防（警戒）原則によって要求される行為義務は、従来要求されてきた行為義務よりも高度なものとなる。というのは、従来の行為義務が一定の科学知識の水準に基づくものであったのに対し、予防（警戒）原則は、科学知識が不確実である場合であっても行為者に妥当な意思決定や行為を要求するからである（第2章第1節(2)）。

かくして予防（警戒）原則は、かつてはフォートとみることができな

²⁰³ *Ibid.*, Le retour malin genie, p.110.

²⁰⁴ *Ibid.*, p.115.

²⁰⁵ F. Ewald, *supra* note 130, p.34.

かった行為をフォートとみることを可能にし、それに対する責任帰属を可能にする点で、新しい民事責任の基礎として位置づけられることになる。

(2) 予防（警戒）原則に基づく民事責任と HIV 感染事件

先述したように、フランスでは、予防（警戒）原則が環境法における原則としてよりも、現実には生じた事件の責任帰属を判断する際に、注目を集めた。HIV 感染事件は、科学知識が未確立の状態が生じ、輸血患者・血友病患者に対して HIV 感染や死という重大で不可逆的な損害をもたらしたという意味で、予防（警戒）原則の必要性を最も典型的に示す事件であったといえることができる²⁰⁶。実際に、HIV 感染事件をめぐるのは、予防（警戒）原則との関係が、様々な観点から検討されている。

そこで以下では、HIV 感染事件に照らしつつ、予防（警戒）原則に基づく民事責任の意義を確認し^(a)、そのうえで、若干の検討を加えることにしたい^(b)。

(a) HIV 感染事件と予防（警戒）原則の接点は、何もよりもまず、科学知識が不確実な場合における責任の帰属に求められよう。

すなわち、予防（警戒）原則は、責任帰属を判断する際に、加害者の責任を一定の科学知識の水準に依拠して判断する従来型の法的枠組みに再検討を迫るものとして理解されている。伝統的な判例・学説は、加害者のフォートを判断する際に「科学的知見に適した良識的で注意深い手当てをその患者に惜し気なく与えること」という形で科学知識を前提としてきたのであり²⁰⁷、また先述した開発リスクも、製造物を流通に置く

²⁰⁶ HIV 感染事件が、予防（警戒）原則の起源として位置づけられることがあることにつき、前注（188）を参照。また、HIV 感染事件に関する多くの判決が直接的に予防（警戒）原則を適用することはなかったものの、予防（警戒）原則の論理のもとに位置づけられるものであったという指摘もある。Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution*, La Documentation Française, Odile Jacob, Paris, 2000, p.133 note 201.

²⁰⁷ Cass. Civ., 20 mai 1936, *supra* note 31.

た時点の科学知識・科学技術によって、製造物の瑕疵・欠陥を発見できたかどうかをメルクマールとしてきた。これに対して、予防（警戒）原則に基づく民事責任は、もはや特定の時点の科学知識・科学技術の水準に依拠して意思決定や行為をただけでは行為者の免責を認めない。

実際に、HIV 感染事件に関する諸判決は、科学知識を超えたところに国や輸血センターの責任を説き、被害者の損害填補とイノベーションの要請の相克のもとに「発見できない内在的瑕疵」に対する責任を説くものであった(第2章第1節)。科学知識の不確実性を正面から認めつつ、国の規制権限不行使をフォートとしたコンセイユ・デタ1993年4月9日大法廷判決(第1章第2節(2)(c))も、同様の観点から、予防（警戒）原則を適用した判決としての位置づけを付与されている²⁰⁸。すなわち、この判決に付された Legal の意見が「少なくとも一定数の患者にとって致命的なものとして知られているリスクに直面した場合、科学的な確実さのみが作為義務を課すことを肯定するのは、明らかに非現実的であろう」としているのは、たとえ科学知識が不確実である場合であっても、何らかの疑いが存在する場合にはそれを考慮して行為する義務があることを示唆しており、これは予防（警戒）原則の適用に他ならない、というのである。

他方で、科学知識が不確実である場合にも責任が及ぶことになると、行為者には科学知識から自律した意思決定や行為が要求されることとなり、伝統的な行為規範のあり方も変更を迫られることとなる。Hermitte の整理によれば、1980年代前半における HIV 感染への対応としては、HIV を血液による新しい感染性の疾病と考え、直感的・経験主義的・悲観的(intuitifs, empiriques, pesimistes) に対応することを促すものと、何らかの疑いがある場合であっても科学知識が明確にされるまで意思決定を先送りし、あくまで合理主義的・理論的・楽観的(rationnels, théoriciens, optimistes) に対応することを促すものの2つが存在した²⁰⁹。

²⁰⁸ F. Ewald, *supra* note 202, Le retour du malin génie, p.110.

²⁰⁹ M.-A. Hermitte, *supra* note 13, p.246 ; Id, Le principe de précaution à la lumière du drame de la transfusion sanguine en France, in, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, sous la direction de Olivier

前者は、緊急性のある場合には科学的な分析の対象となっていないような出来事に対しても、そこから重大な結果がもたらされうることを想定し、科学知識にとらわれることなく自律して行為することを促すのに対し、後者は緊急性がある場合であってもあくまで科学知識にしたがって行為すること、科学知識が不確実な場合には経済・科学・技術といった既存の秩序を尊重して行為することを促す。このうち、HermitteがHIV感染事件で必要とされていたとする前者の対応は、予防（警戒）原則のもとで要求される対応に一致すると考えてよい。その意味で、HIV感染事件は、予防（警戒）原則の必要性を意識させた事件として位置づけられるのである。

(b) このように、HIV感染事件は、予防（警戒）原則の必要性を端的に示している。もっとも、以上の意味における予防（警戒）原則の適用については、検討すべき問題も少なくない。とりわけ、予防（警戒）原則に基づく民事責任の意義を、科学知識が不確実な場合にも行為者に責任を帰属することを可能にすることに求めるとしても、そのことが無批判に是認されるべきかどうかは、区別して検討されるべき問題である。

すなわち、既にみたように、学説には、事後的に獲得された科学知識に基づいて責任を問うことの当否に加え、それを肯定することがイノベーションを阻害すること——とりわけ輸血用血液や血液製剤のような社会にとって必要不可欠な製造物の利用をも阻害すること——を指摘するものがあった（第2章第1節）²¹⁰。予防（警戒）原則の適用が、民事責任の拡張を基礎づけるとしても、これらの問題は未だ残されたままである。また、もともと意思決定手続において科学知識が重視されてきた背景には、科学知識の合理性を梃子に、恣意的な意思決定を排除し、もって意思決定の合理性を担保しようという意図があった。そうであるとすると、今度は科学知識に依拠しない意思決定が、その合理性をいかにし

Godard, *INRA*, Paris, 1997, p.187.

²¹⁰ また、先述した Ricœur も、「未来に対する責任」を語るうえでは、予見・管理可能な結果に責任を制限する必要性と、責任の拡張の必要性とを調和する必要があるとしているとしている。P. Ricœur, *supra* note 189, pp.66 et s.

て調達するのも問題となりうる²¹¹。予防（警戒）原則を掲げることで、これらの問題に明確な回答を与えることができるかは、なお検討の余地があるように思われる。

さらに、コンセイユ・デタ1993年4月9日大法廷判決を予防（警戒）原則の適用とみる理解については、疑問が提示されていることにも留意すべきである。Hermitte は、次のように述べ、同判決と予防（警戒）原則には相容れない要素があることを指摘している²¹²。すなわち、国のフォートを判断する際に基準とされた1984年11月22日よりも前の期間においても、輸血用血液・血液製剤と HIV 感染の関係を示唆する何らかの科学知識は存在していたが、このコンセイユ・デタ判決は、同日よりも前に生じた感染については、科学知識が未確立であったことを理由に、国の規制権限不行使をフォートにあたらないとしている。これは科学知識が不確実な場合でもフォートを肯定する予防（警戒）原則の立場とは相容れないものである。また、国の責任を認める際にも、血液製剤輸注による HIV 感染が既に重大なリスクとして認識されていたことを理由にしており、必ずしも科学知識の不確実性を前提として国の責任を肯定したわけではない²¹³。それゆえ Hermitte は、コンセイユ・デタ1993年4月9日大法廷判決が、必ずしも予防（警戒）原則の適用と同一視できるものではないとしている。

最後に、ヨリ根本的な問題として、予防（警戒）原則に基づく民事責任が、今日、民事責任に要請されている損害填補以外の機能（加害者の

²¹¹ 予防（警戒）原則によって意思決定が政治化されることについては、これまでも指摘されてきたところである。F. Ewald, *supra* note 202, Le retour du malin génie, p.123. もちろん、意思決定が政治化されること自体、必ずしも不当なことではないが、合理性を担保されていない意思決定に、どの程度の実効性を期待できるかという問題も併せて考慮されるべきである。M. Setbon, *supra* note 28, p.394.

²¹² M.-A. Hermitte, *supra* note 13, pp.306 et s.

²¹³ こうした文脈からすると、むしろ、予防（警戒）原則は、科学知識からの自律を説く原則というよりも、ヨリ徹底した科学知識の収集ないし依拠を強いる原則であるという見方も可能である。予防（警戒）原則一般について同様の指摘がある。クリスティーヌ・ノワヴィル（松田岳士訳）「科学、決定、行動：予防原則に関する三つの考察」阪大法学55巻6号（2006）1290頁。

責任の明確化ないし事件の真相究明)にいかにして対応するのも問われなければならないであろう。確かに、予防(警戒)原則に基づく民事責任は、予防(警戒)義務違反(＝フォート)に対する制裁であるという点では、加害者の責任の明確化(ないし事件の真相究明)という要請に応える法律構成であるといえることができる。しかし、加害者の責任の明確化(ないし事件の真相究明)ということの意味が、果たして加害者のフォートを認定することのみに尽きるのかどうかについてはなお検討の余地があるように思われる。たとえばLoïc Cadietは、責任概念に関するRicœurの議論を受けつつ、民事責任が、損害の填補を超えて、各人が承認しあうこと、名誉を回復させること、生じた混乱について被害者や社会全体へ説明することといった効力をも有していること——そして、民事責任(損害賠償)概念を被害者の損害填補のみに結び付けて理解する「賠償のイデオロギー」(idéologie de la réparation)がこれを阻害すること——を強調している²¹⁴。加害者の責任の明確化や事件の真相究明という要請が、これらの効力をも含意しているとすれば、加害者のフォートの認定のみによってこれらを全て満たすことができるのかどうかについては、さらなる検討が必要となろう。

このように、予防(警戒)原則の意義を、重大で不可逆的な損害の予防機能や予防(警戒)義務違反に対する責任帰属という2つの側面からのみ捉えることには多くの問題が見出されるのである。

第2節 予防(警戒)原則とリスクの受け入れ可能性

HIV感染事件以降の学説には、予防(警戒)原則を「リスクの受け

²¹⁴ Loïc Cadiet, Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, in, *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. DRAI*, Dalloz, 2000, pp.508 et s. 本文中におけるCadietの議論は、近時では「賠償のイデオロギー」が民事責任の刑事責任化ないし刑事責任の民事責任化の動きによって相対化されつつあることを念頭に置きつつ、近年新たに設けられた刑事仲裁手続による賠償に、そうした相対化の動きに反する側面があること——すなわち、損害填補を合意によって済まし、法的判断を排除する側面があること——について、注意を喚起する文脈でなされたものである。

入れ可能性」(acceptabilité d'un risque)の問題の1つとして位置づけ直すことで、前節で検討したものとは異なる観点から、予防(警戒)原則に新たな意義を見出すものがある。この学説は、「リスクの受け入れ可能性」(ないしリスク評価、リスク認知)の多様性を調整する規範の1つとして予防(警戒)原則を位置づけ、適切な意思決定手続を欠いたことに対して責任を帰属すべきであるとする。

以下では、「リスクの受け入れ可能性」の観点から民事責任を位置づけ直したうえで(1)、「リスクの受け入れ可能性」の観点からみた予防(警戒)原則の意義を検討することにしよう(2)。

(1) 「リスクの受け入れ可能性」と民事責任

ここではまず「リスクの受け入れ可能性」の観点から民事責任を捉えなおそうとする Christine Noiville の議論を一瞥したうえで(a)、Noiville のいう「リスクの受け入れ可能性」の含意について検討を加えることにしよう(b)。

(a) Noiville の議論は、一定の基準によって画一的にリスクの負担を定める従来型の方法とは一線を画し、リスクをいかにして管理するか、あるいは誰がリスクを発見し、評価するのか、誰がどのようにリスクへ対応するのか、といった個別具体的な観点から、その管理手段の1つとして民事責任を位置づけるものである²¹⁵。

まず、Noiville は、「リスクの受け入れ可能性」を軸に民事責任に次のような現状診断を加えている²¹⁶。すなわち、かつての民事責任では、フォートによらずにもたらされた損害は、その損害を被った各人が甘受すべきものと考えられ、填補も認められなかったが、19世紀末葉になると、こうした損害についても填補が認められるようになる。その過程において、産業活動から必然的に生じるリスクは、損害填補と引き換えに受け入れられるべきである(「受け入れ可能なリスク＝填補可能なリスク」という方程式)と理解されることとなった。もっとも、今日では、「受

²¹⁵ CHRISTINE NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, PUF, Paris, 2003.

²¹⁶ *Ibid.*, pp.180 et s.

け入れ可能なリスク」を「填補可能なリスク」に還元することはできなくなっている²¹⁷。すなわち、近年問題となっている新しいリスクは、損害填補の限界を超える大量損害をもたらす可能性があることに加え、実際のいくつかの事件では、被害者がしばしば損害の填補のみならず、加害者の責任の明確化や事件の真相究明をも求めるようになってきている。また、リスクを創り出した者に対する民事責任の追及ばかりでなく、産業活動の許認可にかかわった行政機関や政府機関に対する行政責任や刑事責任の追及までなされるようになってきている。このことは、被害者が、損害が填補されさえすればリスクを受け入れるというわけではないこと、換言すれば、「受け入れ可能なリスク」を「填補可能なリスク」と同一視することが困難になっていることを示している。

われわれは、前章で、HIV 感染事件を契機に、カタストロフィが保険の技術を機能不全に陥れるのみならず、加害者の責任の明確化や事件の真相究明の要請をも、もたらしていることをみた（第2章第2節、第3節）。Noiville が民事責任に加える以上の現状診断は、そうした近時の動きと問題意識において共通しているとみてよい。そして Noiville は、今日、民事責任が直面している以上の問題に対応するには、リスクに対する責任を拡大し、それを保険や社会保障を介して集団的に管理する従来型のシステムよりも、リスク管理の中心に個人を置くこと、換言すれば、リスクと日々対峙している個人に一層の責任感を持たせるような新しい途を探求すべきである、としている²¹⁸。

すなわち、Noiville によれば、HIV 感染事件にみられるように、行政責任がリスクに基づく責任を拡大することで民事責任に接近している反面²¹⁹、民事責任は、かつての被害者の損害填補の際限ない拡大から、近年では、リスクの受け入れの理論や被害者のフォートの法理を用いて、一定の場合に、被害者の損害填補を制限するようになってきている²²⁰。たとえば十分に説明を受けたうえで受け入れた外科的侵襲や、個人が自発的

²¹⁷ *Ibid.*, pp.185 et s.

²¹⁸ *Ibid.*, p.191.

²¹⁹ *Ibid.*, pp.192 et s.

²²⁰ *Ibid.*, pp.202 et s.

に参加したスポーツによって損害を被った場合に、判例はかねてから加害者の免責や責任の制限を認めてきた。こうした判例の態度は、個人が自らの行為について一定の責任を負担すること、換言すれば、個人を中心としたリスク管理を想起させるものである。そしてここに「填補可能なリスク」から区別された「受け入れ可能なリスク」の発想を看取することができる、というのである。

要するに、Noiville の議論は、「リスクの受け入れ可能性」を「填補可能なリスク」から解放し——すなわち、損害が填補される場合であっても受け入れられないリスクがありうること、反対に填補されない場合であっても受け入れ可能なリスクがありうることを示すことで——、法的責任に対する複数の要請を「リスクの受け入れ可能性」のレベルで調整しようとするものである。こうした議論は、「リスクの受け入れ可能性」の観点から民事責任の再検討を迫るものであり、被害者の損害填補の拡大の観点から民事責任を検討してきた従来の議論と一線を画するものといえよう²²¹。

(b) それでは、「填補可能なリスク」から切り離された「受け入れ可能なリスク」は、どのように定義されるのであろうか。Noiville は、リスク社会、カタストロフィ、予防（警戒）原則といった近年注目を集めているいくつかの概念が、法的領域でこれまであまり注目されてこなかった「リスクの受け入れ可能性」という概念の検討を喚起しているとし、近時のリスクに関する社会理論を参照しつつ、「リスクの受け入れ可能性」を検討している²²²。

²²¹ もちろん、リスクの受け入れを理由として責任を減免することは、被害者の損害填補を重視してきた伝統的な民事責任論から批判を招く可能性がある。Noiville も、リスクが受け入れられていることが直ちに被害者の損害填補の排除を導くわけではないとし、その一般化の危険についても注意を促している。*Ibid.*, pp.209 et s.

²²² Christine Noiville, Qu'est-ce qu'un risque acceptable ? Quelques réflexions juridiques, in, *Risques collectifs et situations de crise : Apports de la recherche en sciences humaines et sociales*, sous la direction de Claude Gilbert, L'Harmattan, Paris, 2002, pp.279 et s.

あらかじめ Noiville の依拠するリスクに関する社会理論を一瞥しておこう。

科学技術利用の意思決定にあたり、定量的リスク評価が大きな役割を担ってきたこと、及び近時では不確実性によってそうした従来型の意思決定に限界が指摘されていることについては、既にみたとおりである(第2章第2節(1))。しかし、近時、社会理論の領域では、やや異なる観点から、従来型の定量的リスク評価に基づく意思決定に対して批判が加えられている。

第1に、定量的リスク評価は、統計や確率によって導かれた数値を基礎として、リスクを「有害事象の生起確率」と「有害事象によってもたらされる損害の大きさ」の積に還元するが、こうしたリスク評価には、一定のバイアスがかかっている、という批判である。たとえば、社会心理学の観点からなされた Paul Slovic らによる一連の研究は、専門家のリスク評価と、素人のリスク評価の間に思考の違いが存在することを明らかにし、定量的リスク評価が必ずしも一般化できるものではないことを示している²²³。Slovic らによれば、専門家は「有害事象の生起確率」と「有害事象によってもたらされる損害の大きさ」の積の大小によってリスクの大きさを判断するが、素人は「恐ろしさ」(dread)や「未知性」(unknown)、さらには「被害の及ぶ範囲」の大小によってリスクの大きさを判断しており、両者のリスク評価は必ずしも一致しない。また、リスク便益分析・費用便益分析の観点からすれば、ヨリ多くの便益をもたらす活動に対して、われわれはヨリ寛容であることになるが、実際のリスク認知にあたっては、リスクがどの程度知られているのか、それをコントロールすることが可能かどうか、その現実化によってもたらされる損害が本質的にカタストロフィをもたらすようなものであるかなど、便益以外の多様な要素が考慮されており、たとえ当該活動によって大きな便益がもたらされるとしても、必ずしも当該活動によってもたらされるリスクに寛容であるとは限らない。つまり、「有害事象の生起確率」と「有害事象によってもたらされる損害の大きさ」の積の大小によってリスクの大きさを判断する定量的リスク評価は、専門家に特有のバイア

²²³ Paul Slovic, Perception of Risk, *Science*, vol.236, 1987, p.280 ff.

スに基づいたリスク評価であって、必ずしも一般化できるものではない。

第2に、定量的リスク評価に基づく従来型的意思決定は、定量的に評価できる「受け入れ可能なリスク水準」が存在することを前提としているが、「受け入れ可能なリスク水準」は必ずしも一律に定義できるものではない、という批判である²²⁴。たとえば Fischhoff らの研究が明らかにしているように、「受け入れ可能なリスク水準」は、必ずしも絶対的なものではなく、リスクが、いつ、どこで、誰に降りかかるかによって変化しうる相対的な数値にすぎない²²⁵。実際に、どのようなリスクならば受け入れられるか、というアンケートから導かれるリスク水準は、市場やその他の規制メカニズムを通して実現されるよりも厳格な水準を示しており、より大きなリスクにさらされている個人の価値・選好とより

²²⁴ ここで批判の対象にされている「受け入れ可能なリスク水準」は、Chauncey Starr によって提示された「顕示選好理論」(revealed preference)である。Chauncey Starr, *Social Benefit Versus Technological Risk*, *Science*, vol.165, 1969, p.1232 ff. Starr は「社会がリスクと便益の交換関係に対して、時間をかけて、ほぼリスクと便益が均衡する受け入れ可能なポイントを見出してきている」とし、そのポイントに達するとリスクがそれよりも減少しなくなるとして、現実を受け入れられている諸種のリスク(自動車、飛行機、喫煙、電力利用などの活動に伴う関与者の死亡率)と便益(利用者が支払っている費用や節約された時間など)の関係の定式化を試み、活動によってもらされるリスクが当該活動のもたらす便益のほぼ3乗に比例して許容されること、自発的に被るリスクが非自発的に被るリスクよりもほぼ1,000倍許容されやすいこと、受け入れ可能なリスク水準が当該リスクにさらされる人数に影響を受けること、という3つの結論を導き出している。こうしたStarrの議論に対しては、——Starrが用いた統計や数値の不完全さやその処理の恣意的な側面のみならず——Starrが前提としている「社会がリスクと便益の交換関係に対して、時間をかけて、ほぼリスクと便益が均衡する受け入れ可能なポイントを見出してきている」という前提を果たしてどこまで維持できるかという点に批判が向けられている。Starrの議論及びそれに対する批判については、石原・前掲注(131)「リスク分析と社会」89頁以下、Paul Slovic, *Perception of Risk: Reflections on the Psychometric Paradigm*, in, *Social Theories of Risk*, SHELDON KRIMSKY AND DOMINIC GOLDING ed., 1992, p.118 ff. を参照。

²²⁵ B. Fischhoff, S. Lichtenstein, P. Slovic, S. L. Derby and R. L. Keeney, *Acceptable Risk*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.

小さいリスクにさらされている個人の価値・選好が一致しないこと、さらに個人が必ずしもリスクと費用・便益を衡量することによって受け入れ可能かどうかを判断しているわけではないことを示している²²⁶。また「受け入れ可能なリスク水準」は、状況や知識の変化に応じて変化しうるものである以上、過去の統計の指す数値によって、直ちに現在の「受け入れ可能なリスク水準」を導くことには問題があるという指摘もある²²⁷。

以上のリスクに関する近時の社会理論は、リスクが統計や確率によって客観的に定量化できることを前提とする定量的リスク評価に対し、リスクが複雑な社会的要因に依存しており、客観的に定量化できないこと、意思決定者（専門家）にとっては「受け入れ可能なリスク」であっても、意思決定の帰結を甘受する者（素人）にとっては「受け入れられないリスク」である場合があること、そしてそうしたリスク評価の相違を無視して、定量的リスク評価によって画一的に定義された「リスクの受け入れ可能性」を前提に意思決定を行うことが紛争をもたらすことを示すものであった。Noiville は、こうした近時の社会理論の動向を参照しつつ、法的領域における「リスクの受け入れ可能性」を考えるべきであるという。この点に関する Noiville の議論は、次の2点に要約できる。

第1に、従来型の「リスクの受け入れ可能性」は、定量的に評価されたリスクの大小によって客観的に定義されてきたが、リスクの社会理論は、リスクが恐ろしいものであるか、重大なものであるか、不可逆的なものであるか、より直接的なものであるか、または、リスクが自発的に引き受けられたのか、強制的に押し付けられたのか、当該リスクと引き換えに何を得ることができるのか、それらは選択的に存在するのか、といった様々な観点から「リスクの受け入れ可能性」を定義している。したがって、今日、「リスクの受け入れ可能性」は、定量的に評価されたリスクの大小によってではなく、社会、文化、制度、政治などの秩序に

²²⁶ B. Fischhoff, P. Slovic, S. Lichtenstein, S. Read and B. Combs, How safe is enough? : A psychometric study of attitudes towards technological risks and benefits, *Policy Sciences*, Vol. 9, p.127 ff.

²²⁷ K. S. Shrader-Frechette, *Risk Analysis and Scientific Method : Methodological and Ethical problems with Evaluating Societal Hazards*, Kluwer Academic Pub., 1985.

よって基底された信頼・平等・正義などの一般的な価値をも考慮して判断されるべきである²²⁸。

第2に、従来型の定量的リスク評価に基づく意思決定は、素人のリスク認知を非合理的なものと考え、意思決定にあたっては考慮すべきでないと考えてきたが、近時のリスクの社会理論は、素人のリスク認知に一定のバイアスがみられるのと同様に、専門家のリスク認知にも一定のバイアスがみられることを指摘している。たとえば従来型の定量的リスク評価は、個人がタバコを吸うこと、酒を飲むこと、危険なスポーツを行うことについて、何ら躊躇を示さないにもかかわらず、それらよりも小さなリスクしか示さない活動に対して敏感に反応するのは、個人の意思決定が定量的リスク評価に基づかない非合理的なものであるためと説明してきた。しかし、近時の社会理論は、こうした定量的リスク評価に基づかない意思決定が必ずしも非合理的なものではないこと——反対に、定量的リスク評価に基づく意思決定が必ずしも合理的なものではないこと——を示しており、法的領域における「リスクの受け入れ可能性」を検討するうえでは、専門家による定量的リスク評価に集約しえない多様な価値をも反映させたいうえで「リスクの受け入れ可能性」を定義すべきである²²⁹。

このように、Noiville の議論は、「リスクの受け入れ可能性」を従来型の定量的リスク評価から解放し、ヨリ多元的な観点から再定義すべきことをも示唆するものである。Noiville において、いかなるリスクが受け入れ可能であるかは、究極的にはリスクと対峙する個人の問題となり、もはや画一的な基準によって決定することは不可能となる。先述したように、Noiville は、保険や社会保障を介した集団的なリスク管理よりも、リスクと日々対峙している個人に一層の責任感を持たせる形でのリスク管理を志向していたが、以上の観点からすると、Noiville のいう個人によるリスク管理とは、要するに、リスクを取り巻く当事者に自らいかなるリスクであれば受け入れられるのか(あるいは受け入れられないのか)をその都度決定させること——場合によっては、そのリスクを帰属する

²²⁸ Ch. Noiville, *supra* note 222, pp.281 et s.

²²⁹ *Ibid.*, p.283.

こと——を意味することになると思われる。そして、リスクを取り巻く当事者に「リスクの受け入れ可能性」の設定を促す規範として、予防（警戒）原則に新しい意義が付与されることとなる。

(2) 「リスクの受け入れ可能性」の観点からみた予防（警戒）原則の意義

以下では、前節で見たものとは異なる観点から予防（警戒）原則の意義を強調する Morelle の議論を一瞥し^(a)、HIV 感染事件以降の議論と対照することによって、その意義を確認することにした^(b)。

(a) 先述したように、予防（警戒）原則に基づく民事責任には、重大で不可逆的な損害の予期機能と、予防（警戒）義務違反に対する責任帰属という 2 つの側面が意識されていた（本章第 1 節）。しかし、Aquilino Morelle は、予防（警戒）原則にはこうした側面とは異なる側面が存在するとしている²³⁰。

Morelle によれば、一般に予防（警戒）原則の起源とされる Jonas の見解は、重大で不可逆的な損害を先制的に予防することよりも、「恐れに基づく発見術」に基づいて意思決定の際に最悪の事態を想定する用心深さ（*circonspection*）を要求するものであり、こうした用心深さが、フランスでは Descartes 以来、軽視されてきたところに問題点があるという²³¹。すなわち、Descartes は、真偽を見分けるための方法論的な懐疑を強調しすぎるあまり、可能性にとどまるものを「誤り」、または「過渡的なもの」にすぎないものとみなしており、単なる「恐れ」でしかないものに基づいて行為や意思決定をすることを認めない。Morelle は、意思決定が緊急を要する場合には、明確な真理ではなく、可能性でしかないものに基づいてなされる必要がある場合もあるとし、こうした Descartes の態度が、——究極的な真理の探究の場合にはともかくとして——行為や意思決定の際には不適當であるとする²³²。

²³⁰ Aquilino Morelle, *Le principe de précaution*, in, *De quoi sommes-nous responsables ?*, sous la direction de Thomas Ferenczi, *Le Monde*, 1997, pp.168 et s.

²³¹ *Ibid.*, pp.169 et s.

²³² もちろん、Morelle も指摘しているように、可能性に基づく意思決定の間

Descartes 以来のフランスの伝統が招いた悲劇として、Morelle は、HIV 感染事件を想起している²³³。Morelle によれば、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染は、1981年に確認され、明確になったのは1984年半ば以降とされている。しかし、HIV 感染に関する科学知識が未確立であった1983年6月20日の段階で、保健衛生総局長による次官通達は、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染が、公衆衛生にとって重大な新しいリスクであることを既に明確に示しており、状況に応じた回避措置の採用をも促していた。それにもかかわらず、フランスでは科学的な確実性が重視されるあまり、通達がほとんど実施されることはなかった（第1章第1節）。こうした可能性にとどまるものの軽視は、Descartes 以来のフランスの伝統であり、それが結果的に悲劇を招くこととなった、というのが Morelle の分析である。

それではこうした Descartes 以来のフランスの伝統は、いかなる形で修正されるのであろうか。Morelle によれば、従来型的意思決定には、そのプロセスに問題がある。定量的リスク評価は、一定の行為によってもたらされるリスクがいかなるものであるのか、またそうしたリスクを受け入れるかどうか、というリスクに関する意思決定が、リスクに関する情報を有している者——リスクについて他者よりも合理的に意思決定できると考えられる者——に委ねられることを含意している。そのため、最終的な意思決定は、常に専門家に委ねられることになり、当該意思決定の影響がしばしば意思決定者（専門家）以外の者にもたらされることが看過される。Morelle が従来あまりに無視されてきた予防（警戒）原則の意義として強調するのは、まさにこうした観点からである²³⁴。すなわち、Morelle は、これまで一部の専門家によって独占されてきた意思

題は、これまでも意識されてきた。たとえば Blaise Pascal によって確立された確率論は、ある意味で、真理には至らない可能性を、一定の確率によって可視化することで、意思決定を可能にするものであったともいうことができる。*Ibid.*, p.172. しかし、ここで Morelle が問題としているのは、そうした確率すら存在しない不確実性についての意思決定である。

²³³ *Ibid.*, pp.173 et s.

²³⁴ *Ibid.*, pp.172 et s.

決定プロセスは、その意思決定の影響を受ける者へ開放され、定量的リスク評価のような専門家によるリスク評価だけではなく、リスクに対する個人の価値や選好に焦点を当てることで——個々の社会的な意味づけとの関係においてリスクを位置づけつつ——、専門家と素人のリスク評価を調和していくこと、ヨリ具体的に言えば、意思決定者に対して、その意思決定の帰結を甘受する者に情報提供を義務づけること、それによって意思決定へ参加させることが予防（警戒）原則の意義の1つとして位置づけられることになる、というのである²³⁵。

このように、Morelle は、予防（警戒）原則の従来見落とされてきた意義として、意思決定者による情報提供、及び意思決定の影響を受ける者による意思決定への参加を強調する²³⁶。以上の Morelle の議論が、

²³⁵ Morelle は、HIV 感染事件についてこう述べている。「非加熱血液製剤の示す危険性を説明しなかったのではなければ、感染した多くの血友病患者の多くは、彼らを手当てした医師、彼らに投与された医薬品の品質を管理する医療機関・行政機関の何を非難するであろうか」。Ibid., p.173.

²³⁶ もっとも、意思決定の帰結を甘受する立場に置かれる者に、リスクに関する意思決定への参加と権限を保障することが、必ずしも当該意思決定に対する責任の帰属（ないし責任の転嫁）に直結するものではないことには注意を要する。Noiville も指摘しているように、予防（警戒）原則の適用が問題となる状況下でなされた意思決定は、ある特定の時点の不確実な科学知識に基づいてなされた暫定的なものにすぎず、意思決定時以降の科学知識の変化に応じて絶えず見直されるべきものである（ノワヴィル・前掲注（213）1291頁以下）。したがって、不確実性のもとでは、意思決定に、絶対的な拘束力を認めることも、またそれを根拠に責任を帰属することもできない。むしろ、Morelle や Noiville が依拠している近時のリスクの社会理論に鑑みれば、ここでのいう意思決定への参加と権限の保障は、科学知識が不確実であることを前提に——あるいは専門家のリスク認知と意思決定の帰結を甘受する立場に置かれる者とのリスク認知が異なることを前提に——、状況の変化に応じて、リスクに関係する当事者に継続的な意思疎通（ないし意思決定の改定）を課すことを目的としたものとみるべきであろう。前節で取り上げた Ewald も、予防（警戒）原則の帰結として「コミュニケーションの要請」（les exigences de communication）を取り上げ、その一環として、専門家と素人の関係の再検討や情報提供の必要性に言及している。F. Ewald, *supra* note 202, Philosophie politique du principe de précaution, pp.69 et s.

情報提供や意思決定への参加によって専門家と素人のリスク認知（ないしリスク評価）の調整を志向する点で、先述した近時のリスクの社会理論や Noiville の議論に通じるものであることは明らかであろう²³⁷。もちろん、意思決定者による情報提供や意思決定の帰結を甘受する立場に置かれる者に意思決定への参加と権限を保障することが、今日の民事責任のあらゆる問題を解決するかどうかについては、さらなる検討の余地があるだろう。しかし、Morelle の議論は、前節で検討を加えた予防（警戒）原則に基づく民事責任が抱える問題点に対しても少なからぬ示唆を与えるように思われるのであり、高く評価されるべき議論である²³⁸。

²³⁷ Morelle は、意思決定にあたり、専門家のリスク評価のみが考慮されることを批判している。Ibid., p172. こうした Morelle の指摘は、科学論の領域で問題とされている専門主義ないし「科学知識の認識論的優位」と呼ばれるものに対応している。すなわち、一般に、科学は、一定の厳密な目的・方法のもとに経験的事実から知識を獲得する作業であり、こうした方法によって明らかにされた知識をわれわれは科学知識として社会に存在する他の知識よりも優位に立つものとして位置づけている。しかし、リスク認知研究が示すように、素人のリスク認知と同様に、専門家のリスク認知にも一定のバイアスが存在することが示されると、科学知識が絶対的な優位を主張することに批判がなされるようになり、近時では知識を有する者（専門家）を有しない者（素人）よりもヨリ真理に近い判断を行なう主体として優先的に扱う従来型の議論は、「欠如モデル (deficit-model)」として、たびたび批判の対象とされている。専門主義のあり方については、藤垣裕子『専門知と公共性——科学技術社会論の構築へ向けて——』（東京大学出版会・2003）を参照。今日における民事責任論の展開が、こうした20世紀後半の科学論の展開と軌を一にしていることにつき、Gill J. Martin, *La parole responsable : parole scientifique et responsabilité, in, Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Frajzet, Frison-Roche*, Paris, 1999, pp.414 et s.

²³⁸ Morelle は、以上の予防（警戒）原則の意義を説くにあたって、加害者の責任の明確化や事件の真相究明といった民事責任の現代的要請を重視し、Engel の主張する「過失責任への回帰」によってこれを克服すべきであるとする。すなわち、民事責任の無過失責任化と加害者の責任の明確化という矛盾した近時の要請は、被害者の損害填補と事件の真相究明という本質的には矛盾しない要請から生じているものであり、事件の真相究明の要求を満たすために、過失責任へ回帰すべきである、というのが Morelle の主張である。Ibid., pp.177 et s.

(b) こうした議論に呼応するかのように、HIV 感染事件以降、非常に多くの議論が、リスクに関する意思決定のあり方をめぐって展開された。たとえば、Michel Setbon は、1983年 6月20日の次官通達の実効性を示さなかった理由として、輸血・血液製剤輸注の便益の考慮以外に、意思決定が限定的な科学知識に依拠してなされたこと、リスク評価が固有のバイアスによってなされたことを指摘している²³⁹。すなわち、この通達は、HIV 感染に関する科学知識がまだ十分に確立していない時期になされたものであり、その意味で予防（警戒）の側面も有していたが、その正当性にもかかわらず、多くの輸血センターで無視されることとなったのは、輸血・血液製剤輸注によってもたらされる便益が、既知のリスク（梅毒感染のリスク等）のみと比較され、それ以外の未知のリスク（HIV 感染のリスク）を無視したためであるという。

そのため、定量的リスク評価に基づいてなされる意思決定は、HIV 感染事件以降、急速に反省を迫られるようになり、意思決定の帰結を甘受する立場に置かれる者のリスク認知をも尊重し、意思決定への参加の機会を保障する方向へとシフトしている。たとえば Jean-François Girard は、今日では公衆衛生政策一般が、かつての医師と患者からなる二当事者間の関係に基づいたものから、ヨリ一般的な社会的・経済的要因を伴った複雑な関係に基づいたものへと変遷しているとし、それを次のように説明している²⁴⁰。

すなわち、今日に至る医学の成功の歴史は、医学が常に便益のみをもたらすものという過大評価をもたらすと同時に、それと代替的にもたらされるリスクの過小評価をもらし、リスクと便益の不均衡を招いている。こうした傾向は、とりわけ医師の意思決定において顕著である。しかし、これは思いがけない失敗を招く。たとえば HIV 感染事件では、輸血や血液製剤輸注の便益のみを過大評価し、HIV 感染のリスクを過小評価

²³⁹ M. Setbon, *supra* note 28, p.395.

²⁴⁰ Jean-François Girard, Risque et santé publique, in, COLLOQUE du 18 au 20 novembre 1998, *Risque & Société*, actes publiés sous la direction de Maurice Tubiana, Constantin Vrousos, Catherine Carde, Jean-Pierre Pagès, *Nucléon*, 1999, pp.175 et s.

したことが、結果的に輸血や血液製剤輸注による多くの HIV 感染をもたらすこととなった。そのため、HIV 感染事件以降、リスクと便益の評価は、もはや医師の専権ではなく、患者に委ねられるようになっていく。これまでリスクと便益を評価すること、及び当該評価に基づいて患者に適切な治療方法を選択するのは医師の専権であった。しかし、医師とは異なり、患者はしばしばリスクを過大評価し、便益を過小評価する傾向を示し、医師の意思決定と患者の意思決定との間には、しばしば齟齬が生じる。そこで、リスクと便益が併存する状況においては、医師と患者の交渉やコミュニケーションが要請されるようになっていく、というのである。

このように Girard は、医療行為に伴うリスク認知が医師と患者の間で異なることから、リスクに対する患者の価値や選好が徐々に意思決定の際に重視されるようになっていくことを指摘する。もともと HIV 感染事件以前の判例は、「発見できない内在的瑕疵」に対する責任を判断する際に、内在的瑕疵によってもたらされた損害に対する責任というよりも、そうしたリスクが内在しているという情報を提供しなかったことについての責任を肯定するという法律構成を採用していたといわれ²⁴¹、——それゆえ、こうした観点からすれば、輸血用血液や血液製剤の場合においても、リスクに関する情報を欠いていたことについての責任が認められうる余地があったともいえるが——HIV 感染事件以降の輸血事業に関する規範においても、情報提供の役割が非常に重視されるようになっていく²⁴²。

さらに、近時の学説には、こうした医師と患者の間の情報提供義務を、ヨリ一般化しようとするものがみられる。Hermitte と Noiville は、診

²⁴¹ M.-A. Hermitte, *supra* note 13, p.291,

²⁴² HIV 感染事件以降に再編された輸血事業に関する規範は、輸血用血液・血液製剤の処方医師に対して、輸血・血液製剤輸注に不可避免的に伴うリスクについての情報提供を強化し、事前の患者の同意を要求する。Gingert によれば、これらの規範は、輸血による利益とそれに伴うリスクについての情報が患者に対して提供されるだけでなく、必然的に患者の主観性 (subjectivité) をも考慮することを要求するものであるという。Bernadette Gingert, Responsabilité médicale et transfusion sanguine, *Les Petites Affiches* 4 mars 1998, n° 27, pp.13 et s.

療契約において登場した情報提供義務が、ヨリ一般的な社会関係においても要求されると主張している²⁴³。すなわち、1998年7月1日の法律は、衛生監視制度（Institut de veille sanitaire）やフランス製造物衛生安全機関（Agence française de sécurité sanitaire des produits）・フランス食品衛生機関（Agence française de sécurité sanitaire des aliments）を通して、公衆衛生に関する情報収集とリスク評価の徹底を図ることを目的とするものであったが、収集した情報の提供についてはあまり明確にしていなかった²⁴⁴。こうした制度は、公衆への情報提供を義務づけ、意思決定権限の一部を公衆に移譲する扱いが広く認められている環境法——特にアメリカの制度——とは、かなりの隔たりがある²⁴⁵。公衆衛生に関する情報提供の欠如は、意思決定から公衆を排除するリスクの中央集権的管理を意味し、公衆の自律的選択からなる参加的民主主義（démocratie participative）を阻害する。したがって、HermitteとNoivilleは、選択の自律性や意思決定への参加という点で、診療契約や環境法と同様に、公衆衛生法においても公衆への情報提供が必要であるという。

このように、意思決定者による情報提供や意思決定の帰結を甘受する立場に置かれる者による意思決定への参加は、HIV感染事件を契機に、公衆衛生法において非常に重要な位置を占めることとなっている。こうした傾向は、意思決定にあたって、「リスクの受け入れ可能性」の多様性を尊重し、リスクを取り巻く当事者に、コミュニケーションを介して、用心深い意思決定や行為を促しているものとみることができよう。ここにおいて、予防（警戒）原則は、意思決定手続を保障する規範の1つとして位置づけられることになる。

²⁴³ Marie-Angèle Hermitte et Christine Noiville, L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1^{er} juillet 1998 sur la sécurité sanitaire, *Gaz. Pal.* 1998, 2, doct. pp.1423 et s.

²⁴⁴ *Ibid.*, pp.1423 et s.

²⁴⁵ *Ibid.*, pp.1427 et s.

執筆者紹介（掲載順）

孟根巴根 北海道大学大学院
法学研究科助教

今野正規 関西大学法学部専任講師

アルブレヒト・コルデス
ドイツ・フランクフルト
大学法学部教授

ベルント・カノフスキ
ドイツ・フライブルク
大学法学部教授

田口正樹 北海道大学大学院
法学研究科教授

吉田邦彦 北海道大学大学院
法学研究科教授

奥田昌道 同志社大学教授、
（京都大学名誉教授、
元最高裁判事）

平成21年9月25日 印刷
平成21年9月30日 発行

編集人 高見進
発行人 北海道大学大学院法学研究科長
常本照樹

印刷 北海道大学生協同組合
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. 60 September 2009 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

- The Structure, Operation and Effectiveness of the Chinese Legal System
for Environmental Impact Assessment (1)
—— Its Characteristics in Contrast with the Japanese Legal System for
Environmental Impact Assessment ——
..... Menggenbagen 218[1]
- La société du risque et la responsabilité civile (3)
—— à la lumière de l'affaire du sang contaminé en France ——
..... Masanori KONNO 152[67]

LECTURE

- Kaiserliches Recht in Lübeck. Theoretische Ablehnung und praktische
Rezeption. Albrecht Cordes 1
Übersetzt von Masaki TAGUCHI
- Die Buch'sche Glosse als Kreol von Recht ?
..... Bernd Kannowski 31
Übersetzt von Masaki TAGUCHI

SYMPOSIUM

- Professor Okuda's Civil Law Scholarship and His Religion
Features of Professor Okuda's Legal Scholarship
..... Kunihiko YOSHIDA 62
- Civil Law, Religious Faith, and My Academic Attitude
—— Retrospecting the Past 50 Some Years of My Legal Career ——
..... Masamichi OKUDA 72
- Discussions Masamichi OKUDA et al 97

[] ...Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at
the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan