HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	リスク社会と民事責任（3）：フランスHIV感染事件を中心に
Author(s)	今野, 正規
Description	論説
Citation	北大法学論集, 60(3), 152[67]-124[95]
Issue Date	2009-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/39413
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR60-3_007.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

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くつかの議論は、被害者の損害塡補を中心とした伝統的な民事責任論が、新しいリスク（不確実性やカタストロフィ）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. Malaurie, 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範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って、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い(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にあり、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るという[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）原則そのものであろう。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）という新しい機能を呼び込もうとする 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塡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塡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しよう[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,* 2e 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巻（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。

⑵　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で生じ、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うことができる[206]。実際に、HIV 感染事件をめぐっては、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、製造物を流通に置い

---

[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し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、被害者の損害塡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.

て調達するのかも問題となりうる[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塡補以外の機能（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、これまでに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か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うことができる。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、損害の塡補を超えて、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塡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期機能や予防（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、損害塡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

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、塡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塡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、損害塡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＝塡補可能なリスク」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「塡補可能なリスク」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、損害塡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塡補のみならず、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いる。このことは、被害者が、損害が塡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「塡補可能なリスク」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塡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、被害者の損害塡補を制限するようになっている[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「塡補可能なリスク」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「塡補可能なリスク」から解放し――すなわち、損害が塡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、反対に塡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、被害者の損害塡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、「塡補可能なリスク」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、被害者の損害塡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塡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の意思決定は、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、ヨリ大きなリスクにさらされている個人の価値・選好とヨリ

---

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、現実に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、ヨリ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、前節でみ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い(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も――行為や意思決定の際には不適当であるとする[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問

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、従来型の意思決定には、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、これまでにも意識されてきた。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. Frajet, 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、被害者の損害塡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日の次官通達が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る。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る、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ることを指摘する。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る[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。Gimgert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 Gimgert, 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 1er juillet 1998 sur la sécurité sanitaire, *Gaz. Pal.* 1998, 2, doctr. pp.1423 et s.

244 *Ibid.*, pp.1423 et s.

245 *Ibid.*, pp.1427 et s.