HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第63巻　第1号　全1冊
Citation	北大法学論集, 63(1)
Issue Date	2012-05-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49305
Type	journal
File Information	lawreview_vol63no1.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 63 巻　　第 1 号

論　　説

ルーポルト・フォン・ベーベンブルクの帝国論
——14世紀中葉における帝国とドイツ人——
…… 田　口　正　樹　　1

福祉国家再編分析におけるアイデア・利益・制度（3・完）
——制度変化の政治学的分析に向けて——
…… 加　藤　雅　俊　　47

損害賠償法における素因の位置（3）…… 永　下　泰　之　　103

要件の視角から見た中国法人格否認の法理（2）
…… 王　　万　旭　　294[　1]

人に帰属しない利益の侵害と民事責任（2）
——純粋環境損害と損害の属人的性格をめぐる
フランス法の議論からの示唆—— …… 小野寺　倫　子　　250[　45]

書　　評

胎動する「国際人口移動の政治学」
——明石純一著『入国管理政策—「1990年体制」の
成立と展開』を読んで—— …… 宮　井　健　志　　188[107]

雑　　報　　163

2012(平成24)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷　襄兒（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤謙二（商法）
実方謙二（経済法）
杉原高嶺（国際法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
道幸哲也（労働法）
中村睦男（憲法）
中村研一（国際政治）
畠山武道（行政法）
林貴俊文（経済法）
東海林邦彦（民法）

教授

深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
山畠正男（民法）
吉田克己（民法）
會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
遠藤乾（国際政治）
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
白取祐司（刑事訴訟法）
新城裕二（刑法）
新堂明子（民法）
鈴木賢（比較法）
鈴木一人（国際政治経済学）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）
田口正樹（法史学）

准教授

池田悠（労働法）
郭舜（法制度論）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
桑原朝子（日本法制史）
小濵祥子（アメリカ政治史）
齋藤哲志（比較法）
得津晶（商法）
中川寛子（経済法）
根本尚徳（民法）
三宅新（商法）
山本周平（民法）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）
稲垣美穂子（民事訴訟法）
王万旭（商法）
小嶋崇弘（知的財産法）
徐行（比較法）
鄭明政（憲法）
永下泰之（民法）
朴鍾碩（国際政治）

特任教授

薄木宏一（法実務基礎）
大野雅祥（刑事実務）
岸田洋輔（刑事実務）
高見進（民事訴訟法）
中村研一（国際政治）
舛田雅彦（法実務基礎）
松阿彌隆（民事実務）
米屋佳史（民事実務）

助教

辻康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
藤原正則（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松久三四彦（民法）
宮本太郎（比較政治経済学）
宮脇淳（行政学）
山口二郎（行政学）
山崎幹根（行政学）
山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）
渡辺千原（行政学）

雑誌編集委員　○印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

ルーポルト・フォン・ベーベンブルクの帝国論

――一四世紀中葉における帝国とドイツ人――

田口正樹

はじめに

「初めに帝国ありき。」ハインリヒ＝アウグスト・ヴィンクラーは、ドイツ近現代史を叙述した大著『西方への長い道』

の第一章を、この一文から書き起こしている。[1] ヴィンクラーの言うように、ドイツにおいて国民国家や民主政の発達がフランスやイギリスに比べて遅れたことを、帝国の影響によって説明できるかどうかはおくとしても、ドイツにおける国家形成が帝国との関係を不可避的に伴いつつ進んでいったことが、ドイツの国制をより複雑なものにしたことは、否定できないように思われる。

ドイツの国家発展にとって帝国が有した意義を考える場合、帝国に関する理論的考察を丁寧に読み解くことは、帝国レベルでの権力装置の発達が中世後期以後むしろ停滞したように見えるだけに、重要な作業となろう。筆者は、先に、教会法学者ペーター・フォン・アンドラウが一五世紀中頃に著した帝国国制に関する論考を分析したが、[2] 本稿では、それに約一世紀先行する、ルーポルト・フォン・ベーベンブルク Lupold von Bebenburg の理論的著作を検討し、一四世紀中葉における帝国観の一例を示したい。

ルーポルトの著作に関しては、近代的なテクスト刊行事業と関連しつつ、研究がすすめられてきた。[3] ヘルマン・マイヤーは、写本伝承と著作内容を概観しつつ、全体としては、ドイツの国王選挙とドイツ王権の独立性を擁護した理論家としてルーポルトを評価し、ドイツ愛国者としてのルーポルトという像を打ち出した。[4] エドムント・シュテンゲルは、この解釈を引き継ぎつつ、ルーポルトが著作を捧げたトリーア大司教バルドゥインの政治的立場とルーポルトの理論を重ね合わせた。[5] ルーポルトは、トリーア大司教バルドゥイン、および彼が主導したとされるレンスの選挙侯法判告と政治的立場を同じくしたものとされる。このような位置づけによってシュテンゲルは、ルーポルトと、皇帝ルートヴィヒ四世および彼の周囲の学者たち（フランチェスコ会士など）の世界皇帝権的立場との相違を強調することになったのである。このような位置づけは、その後の研究にも影響を及ぼした。日本では、池谷文夫氏の研究がほぼこの立場をとっており、[6] また最近のユルゲン・ミートケらの見解も、基本的にこの線を引き継いでいる。ミートケはルーポルトの理論

を、ドイツで選挙された君主に他の国の国王と同じ地位を保証する議論であると見なしている。[7] ただし彼は、バルドゥイン＝ルーポルト陣営と皇帝陣営の対立を余り強くは見ず、双方の間に交流があったこともあわせて指摘している。

さて、こうした従来からの研究にもかかわらず、ルーポルトの著作については、長く近代的な批判的刊本が存在しなかった。研究には、近世の古い印刷本が用いられてきたのである。これに対して近年、Monumenta Germaniae Historica の一冊として、ルーポルトの著作三作品を収めた批判的刊本が刊行された。[8] これによって、今日の水準を満たすテクストにもとづいた研究が可能となったが、とりわけ、先行する歴史叙述からルーポルトが行った引用の部分や、彼が根拠としてあげた法源が明示されて、ルーポルトの思考作業をより容易にたどることができるようになった。本稿は、この新しい刊本を用いて、ルーポルトの帝国論の分析を行おうとするものである。具体的な分析に入る前に、まずルーポルトの経歴と彼の著作について、見ておくことにしよう。

一．ルーポルト・フォン・ベーベンブルクとその著作

ルーポルトの経歴と著作については、池谷文夫氏の研究によって既に我が国でも知られていることでもあり、ここでは簡単な概観にとどめたい。[9]

おそらく一三〇〇年ごろに、ドイツ中南部フランケン地方で、シュタウフェン王家の家人家系にさかのぼると思われる下級貴族家門に生まれたルーポルトは、早くから聖職者の道に進み、ボローニャ大学で法学を学んで、高名な教会法学者ヨハネス・アンドレアエ Johannes Andreae のもとで教会法博士の学位を得た。ドイツに戻った後は、ヴュルツブルクの司教代理裁判官 officialis として長年活動した他、ヴュルツブルク、マインツ、バンベルクの（大）司教座聖堂参

事会会員職をはじめとしていくつもの教会ポストと聖職禄を獲得し、この時期ボローニャ等で法学を学んだドイツ出身者としては典型的なキャリアを歩んだ。一三二〇年代から一三四七年まで、ドイツは皇帝ルートヴィヒ四世と教皇庁との対立に揺れるが、ルーポルトもこれに巻き込まれ、ヴュルツブルクの司教位争いで反教皇派候補を支援したことなどもあって、教皇庁から破門された。一三三八年ごろの、皇帝およびドイツ諸勢力と教皇庁との対立の先鋭化を、ルーポルト自身身近に体験したことは確実であるが、彼が個々の局面や事件に際してどのように行動しどのような役割を果たしたのかは、不明である。一三四七年にルートヴィヒ四世が急死した後、ルーポルトは比較的すみやかに、教皇庁の支援のもとでルートヴィヒに対抗していたカール四世の陣営に付き、一三五一年には教皇庁から破門を解かれ、続いて一三五三年にはバンベルク司教となり、以後一三六三年に死去するまでその職にあって領邦支配の充実につとめた。一三五六年一月と一二月のカール四世による金印勅書発布の際には、ルーポルトはそれぞれ発布地であるニュルンベルクとメッツに滞在していたが、しかしそれ以上に金印勅書成立に実質的に関与したかどうかは、やはり不明である。

次にルーポルトの著作であるが、主著とされるのは、『王国とローマ人たちの帝国の諸権利に関する論考 Tractatus de iuribus regni et imperii Romanorum』（以下では、Tractatus と略す）である。[10] この作品は一三三九年末までには第一版が完成していたと考えられており、前述のように、当時ドイツで最も有力な諸侯の一人であったルクセンブルク家のトリーア大司教バルドゥイン[11]に献呈されたが、その後更に補足がなされた。この作品については、一四、一五世紀から、作品の全体を収めた二〇の写本が知られており、加えてごく一部のみを含む一写本が伝わる。これらの写本はすべていわゆる集合写本で、この作品以外の内容を含んでいる。四つの写本では、次に紹介する Libellus とともに伝わっている。また後述するアレクサンダー・フォン・ロース Alexander von Roes の Memoriale や、金印勅書をともに含む写本もある。写本の数からすると、中世後期の理論的著作としては、比較的知られた作品だったと考えられる。[12]

その他、ルーポルトの著作としては、上記 Tractatus の所論を世俗貴族向けにより平易に説いた『ドイツの古の君主たちのキリスト教的熱情についての小論 Libellus de zelo Christiane religionis veterum principum Germanorum』（一三四二年完成）と、高貴な女性へと擬人化された神聖ローマ帝国がドイツの貴族たちの不誠実を嘆くという韻文作品『王国とローマ帝国の近時の推移と衰退についての悲嘆詩 Ritmaticum querulosum et lamentosum dictamen de modernis cursibus et defectibus regni ac imperii Romani』（一三四一年より前に成立）がある。前者については、作品全体を含む中世後期の一一写本と断片を含む二写本が知られている。後者はただ一つの写本で伝存するにすぎないが、二種類の中世ドイツ語訳がある。[13]

本稿では、これらのうち、前述のようにルーポルトの主著であり、彼の帝国論が詳細に展開されている、Tractatus を検討の対象とする。

個々の論点に入る前に、まず Tractatus 全体の構成を概観しておこう。Tractatus では最初に、フランク人の歴史、カール大帝への帝権移転、その後の王国分割と変遷という、帝国の歴史がたどられる（一–四章）。次に、帝国の法に関する五つの分節命題 articulus が論拠とともに提示される（五–九章）。すなわち、①選挙侯によって一致して選ばれた者は、それだけで国王の称号を用い、イタリアその他帝国の諸地域において帝国の所領と権利を管理することができる、②選挙侯の多数によって選ばれた者も、同様の権限を持つ、③ローマ王は選挙後に、イタリアその他帝国の諸地域において皇帝と同様の権限を持つ、④選挙侯によって選挙された者は、教皇による任命や認可を受けまた求める必要がない、⑤ローマ王が教皇に対してする宣誓は封臣宣誓でなく、教皇と教会を保護する約束にすぎない、の五つである。その後、それらに対する反論があげられたうえで、その反論が更に論駁される（一〇–一三章）。続いて、更にいくつかの論点が論じられた（一四–一八章）後、最後にエピローグが置かれる（一九章）。こうした、命題提示、命題への異論、異論に

対する論駁、という形式は、中世大学で行われた質疑論 quaestio の形式に沿っており[14]、Tractatus は大学の学者の世界で通用するように書かれた作品であった。

Tractatus に関しては、また、前述の MGH の新しい刊本によって、いったん作品が完成した後にルーポルトが行った補足の部分が、他の本文からはっきり区別された。この点も、従来のテクストと比べて、新刊本の大きな長所である。編者のミートケらは、後補を四段階に分けている[15]。第一段階は一三四一年八月二二日以前、第二段階は一三四一年末（ミートケらはこれを「オッカム後補」と呼ぶ）、第三段階は一部一三四一年末、大半は一三四二年（ミートケらはこれを「Libellus 後補」と呼ぶ）、第四段階は一三四二／四三年から一三四五年ごろまで、に付加されたものとされている。

Tractatus の行論中には、ボローニャで法学を学んだというルーポルトの経歴を反映して、グラティアヌス教令集 Decretum Gratiani、グレゴリウス九世教皇令集（いわゆる Liber Extra）、などの教会法源、学説集 Digesta や勅法集 Codex などのローマ法源、それらに対する学者たちの注釈などが、頻繁に論拠として指示されている[16]。後で具体的に述べるように、このような点では、ルーポルトの Tractatus は、帝国国制の法学的把握の試みとしての性格を示す。その一方で、ルーポルトは Tractatus を著すにあたって、中世のいくつかの歴史叙述をも、盛んに利用している。この点は、帝国がすぐれて歴史的に説明されうる存在であったという面を示すものである。Tractatus 全体を通じてルーポルトが多く依拠し引用している歴史叙述としては、以下の三作品がある。①フルトルフ＝エッケハルト Frutolf-Ekkehard の年代記[17]。バンベルクのミッヒェルスベルク Michelsberg 修道院の修道士フルトルフ Frutolf によって天地創造から一〇九九年までの事績が書かれた世界年代記で、それを更にエッケハルト・フォン・アウラ Ekkehard von Aula が増補・継続した。いくつかの版で最終的には一一二五年までの事績が記された。これ自体カロリング期などのより古い年代記を引用して書かれている。この世界年代記は、以後の多くの歴史叙述で利用されたが、ルーポルトのケースも

その一例である。②アナリスタ・サクソ Annalista Saxo[18]。一二世紀半ばに成立したザクセンの歴史叙述で、七四一年から一一三九年までの事績を記す。著者は修道院長アルノルト・フォン・ベルゲ＝ニーンブルク Arnold von Berge und Nienburg と推定されている。内容豊富な年代記であるが、しかし写本は現在パリに伝存する一点のみである。しかし、まさにこの写本がかつてヴュルツブルクにあり、おそらくルーポルトが参照したものらしい[19]。③ゴットフリート・フォン・ヴィテルボ Gottfried von Viterbo のパンテオン Pantheon[20]。これは一一八七-九〇年のいくつかの版で伝わる。天地創造からハインリヒ六世までの世界年代記である。これも後の歴史叙述によって広く利用された作品である。ルーポルトは、その他、マルティン・フォン・トロッパウ Martin von Troppau の皇帝教皇年代記やヴァンサン・ド・ボーヴェー Vincent de Beauvais の歴史の鏡 Speculum historiale なども利用している。

さて、以下では、ルーポルトが Tractatus で展開した帝国に関する立論を、いくつかの点に分けて見ていくことにしよう。

二　皇帝の「国王化」と選挙侯による選挙

ルーポルトの帝国論は、ドイツで選挙された支配者をフランスなど他の王国の国王並みに扱って他の国王と同様の支配権行使を認めようとするものであり、その意味で皇帝をいわば「国王化」するものであった。この点がルーポルトの重要な関心事であったことは確かであるが、既に従来の研究によってたびたび指摘されており、とりわけ最近ユルゲン・ミートケによって強調されているところであるので[21]、最初に簡単に触れておくにとどめたい。

その背景にあったのは、教皇権によるドイツ王位と国王支配への介入である[22]。一二〇二年、教皇インノケンティウス

三世は、一一九八年の二重選挙から続く王位争いに介入したが、その際に根拠となったのは、教皇による皇帝戴冠であった。そこからインノケンティウス三世は、皇帝となるべき国王の人物の適格性に関する教皇の審査権 examinatio を引き出したのであった。この論理から更に進んで、インノケンティウス三世以後には、教皇の確認権 confirmatio ないし認可権 approbatio の主張が発展していく。教皇ボニファティウス八世のもとで、ドイツで国王に選出された人物について、選挙後はまず「ドイツ王 rex Alamanniae」ないし「ローマ王被選出者 in regem Romanorum electus」と呼び、認可後にはじめて「ローマ王 rex Romanorum」とし、皇帝戴冠後に「ローマ皇帝 imperator Romanorum」と呼ぶという、教皇側による称号の使い分けが確立する。そして教皇による認可がなければ、ドイツで選挙された支配者は、ドイツでもイタリアでもブルグントでも、統治を行う権限がない、とされた。認可がなされるまでは帝国は空位のままであって、空位期間中は教皇が統治を代行する。教皇ヨハネス二二世も、一三一四年に国王に選挙されたルートヴィヒ四世に対して、同様の主張を展開したのであった。

ルーポルトは、この教皇による認可権要求からドイツの支配者を免れさせようとするわけであるが、彼の五つの命題、特に第四、第五命題はこのねらいのためのものである。この意図に沿ったルーポルトの主張を拾い上げれば、例えば、ドイツ Germania は、フランク分割後には、フランスと同様、一個の独自の王国 regnum per se となったとされる[23]。ほとんどすべての西方の国王たちと同様、（ドイツで国王に選ばれた）ローマ王も、世俗事項についてはその上位者を持たない。それゆえ、教皇の任命や承認を受ける必要もない[24]。ローマ王が教皇に対してする宣誓は封臣宣誓でなく、教皇と教会を保護する約束にすぎない、という第五命題に関連しても、キリスト教世界の国王たちが今日では大部分皇帝やその他の上位者を認めておらず、その王国内で行使している支配権 merum et mixtum imperium とその他のレガリアを教皇からレーンとして受領しているわけではないとして、この点ローマ王も同様であると論じる[25]。このように、ルー

ポルトは、西方世界の国王たちの自立的地位と支配権を認め、それをドイツで国王に選ばれた者についても、同様に適用しようとするのである。

それでは、皇帝戴冠を行う教皇には皇帝となるはずの人物の適格性を審査する権限がある、という前述の教皇側の主張に対しては、どのような反駁がなされるであろうか。ルーポルトは、まず聖職者の審査と国王に選ばれた人物の審査とを区別する。そのうえで、後者については、彼が罪を犯してまだ贖罪をしていないのかどうかを審査し、彼が罪に対する贖罪を拒むなら、教皇は戴冠と塗油を拒否しうる、とする。また少数派による選出の場合や、異端、異教徒、ユダヤ人が選出された場合なども、教皇はその者を拒絶することが可能であるとされる[26]。このような形でルーポルトは、教皇による審査自体は認めつつも、その範囲を限定していくのである。

教皇側からは、かつてのフランク王国の地域においては、教皇による認可を得る必要がある、なぜなら、かつて教皇は、メロヴィング家最後の王ヒルデリッヒを廃位し、ピピンを即位させ、フランク人たちをヒルデリッヒへの忠誠から解放したから、という主張がありうる。ルーポルトはこれを自身の第四命題に対するありうる異論としてあげる。これに対しても、ルーポルトは、当時教皇が行ったのは、廃位や新国王の任命ではなく、事態の確認にすぎない、と応答する[27]。ゆえに、教皇とローマ教会は、かつてのフランク王国の地域でも、他の王国におけるよりも大きな権限を持つわけではない[28]、とされる。

さて、このようにして教皇権の介入を退けるための議論が展開される中で、帝国国制の法学的把握が進んでいく点は、彼の帝国論において重要である。具体的には、ドイツにおいて選挙を行う選挙侯の位置づけにそれがあらわれる。

ルーポルトは、彼の帝国論において、選挙侯による国王選出に本質的な意味を認める。しかも、彼ら選挙侯は個別に選挙権を行使するのでなく、選挙侯団をなして団体として選挙権を行使するものとされる[29]。

選挙侯による国王選挙は、オットー三世時にさかのぼるとされる。[30] ここではルーポルトはマルティン・フォン・トロッパウの年代記などに依りつつ、当時流布していた選挙侯伝説を採用する。[31] それ以前の、例えば、ハインリヒ一世の選出は、選挙侯のみによるものでなく、フランク、アラマン、バイエルン、ザクセンの全諸侯と貴族たちによるものとされるが、[32] その際、彼らはドイツの全人民を代表して行動したものとされ、このように人民が国王を選出するのは万民法にかなった行為である。[33] 同様に、選挙侯は、国王選挙において、ドイツ、イタリア、その他 regnum et imperium のすべての諸侯と人民を代表するものとされる。[34] 選挙侯は現実にはすべてドイツ諸侯なのであるから、このようなルーポルトの国王選挙論は、一方では後述のような regnum et imperium という皇帝の現実支配圏におけるドイツの中心性を反映するものである。しかし他方、そうしたドイツ諸侯である選挙侯がドイツだけでなくイタリアその他の全人民を代表して行為するものとされていることは、ドイツにおける国王選挙という制度が持つ、ドイツを超える性格をも示すものとして、注目されるところである。

ルーポルトは、国王選挙権がローマ教会によって特定の諸侯にもたらされたという主張を退ける。もしそうであれば、選挙結果に対する教皇の認可の必要性が自然なものとなるであろうが、実際にはそうではなく、オットー三世が、regnum et imperium に属する諸侯と人民の同意をえて、選挙権を選挙侯にもたらしたのである。[35] 他の箇所でも、ルーポルトは同意を重視している。彼は、過去の何人かの国王が実際に教皇に服従したり承認を求めたりしたことによって、帝国の諸権利が損なわれるわけではない、という。それらの行為には選挙侯やその他の諸侯・人民の同意が欠けており、したがってこれら諸侯や、人民を代表する他の者たちは、異議 contradictio を提起することができる。そしてこの異議は認められねばならないというのである。[36]

さてルーポルトは、国王に選ばれた者が全員一致でなく多数によって選ばれた場合でも、全員一致の場合とまったく

同様に諸権限を行使しうるという命題（彼の第二命題）を主張するために、国王選挙権は選挙侯の全体ないし選挙侯団体に属するのであると論じる[37]。さもないと、多数決による決定を正当化することができなくなって全員一致が必要となり、彼の第二命題を維持できなくなるからである。しかし、この点でルーポルトは、一三世紀後半の教会法学の権威であったホスティエンシス Hostiensis の理解と対立することになった[38]。ホスティエンシスは、選挙侯の全体にではなく、個々人に選挙権が属すると論じていたのである[39]。その際に彼が根拠としてあげているのは、D.84.18であるが[40]、これは役権の共有に関する法文の一つで、複数の共有者が役権を設定するケースに関するものである。設定は、個別に、また時期もバラバラに行うことも可能である。しかし、時間的に最後の設定がなされた時点で、初めて全部の役権設定が効力を持つ。最後の設定によって、それ以前の設定行為がさかのぼって有効となるわけではない。これを選挙権に置き換えれば、最後の選挙権者の選挙行為によって、それまでの個別の選挙権行使が初めて発効し、選挙自体が有効になる、ということになろうか。

これに対してルーポルトによれば、選挙侯という制度が設立されていなければ、すべての諸侯と、regnum et imperium の人民の代表が、万民法によって、rex et imperator を選挙するはずである。そこで特定の諸侯が選挙のために定められているのであるから、彼らは諸侯と人民の universitas に代わって vice et auctoritate 選挙を行うのであると考えられる。それゆえに、選挙侯による選挙は、諸侯と人民の universitas 全体が行ったものと見なされる[41]。その際、ルーポルトは根拠法文として、一つは、D.34.6.1. をあげる。これは都市参事会が、二人委員が選ぶ者たちが訴訟を提起するべしと決定した場合、訴訟提起者は参事会自体によって選ばれたことになり、参事会が直接選んだか、このように二人委員を経由して間接的に選んだかは問題でない、という法文である。もう一つは、VI 3.4.41であるが[42]、これはナルボンヌの大司教座聖堂参事会の財産と参事会員個人の聖職禄に関する法文である。ここでルーポルトは、選挙侯団

を司教座聖堂参事会とのアナロジーで理解しようとする如くである。[43] したがって国王選挙は選挙侯個々にではなく、団体ないしすべての諸侯と人民の全体に属するものとされるのである。このホスティエンシスとルーポルトの対立は、ヨハネス・アンドレアエによっても言及されている。[44] ルーポルトによれば、この点はまた慣習によっても正当化されうる。regnum et imperium が空位となると、選挙侯たちはこれまで遵守されてきた古き慣習にしたがってまずレンスに集まり、そこで他の団体 collegium vel universitas がそうするようなやり方で、フランクフルトでの選挙の期日を決定する。このような慣習によっても、選挙侯団体が選挙権を持つと考えることができるとルーポルトは主張するのである。[45] このように、選挙権が選挙侯の団体に属しているのであれば、その多数による決定は、全員による一致しての決定と考えてよいということになる。[46]

選挙権が個々の選挙侯に属するか、全体に属するかは、更に選挙の有効無効にも影響を与える。国王選挙が例えば三つに分裂し、三名がそれぞれ二人、二人、三人の選挙侯によって選ばれたような場合、もし選挙権が個々の選挙侯に属するのであれば、これらの選挙のうち最後のものが、相対的多数による決定となって有効となる。しかし、選挙権は選挙侯団体に帰属するのであるから、これらの選挙はいずれも全体の絶対多数を欠くことになり、すべて無効である。こうした場合には教皇が、法の必要性と神の法の権威により、決定を下す。しかし、選挙侯の多数により選出が行われれば、教皇による認可などは必要でないのである。[47]

このようなルーポルトの議論は、直前にあった一三三八年のレンス事件を背景にしているものと考えてよい。皇帝ルートヴィヒ四世とアヴィニヨンの教皇庁との対立が、和解交渉の頓挫によって先鋭化する中、選挙侯たちは、一三三八年七月にライン中流のレンスに集合して同盟を結び、選挙侯の多数によって選出された者は教皇による認可等を必要とせずに統治を行いうるとする、いわゆるレンスの法判告を宣言したのであった。[48] ミートケたちのように、レンス法判告の

テクストとルーポルトの五命題が対応しているとまで見るのは行き過ぎと思われるが[49]、レンス事件がルーポルトの理論展開に影を落としたことは認めてよいであろう。ただし実際には、レンス事件は選挙侯の歴史の上では孤立したケースであり、選挙侯団体の実質が出てくるのはようやく一四二〇年代になってからである[50]。このように選挙侯の政治的実践に照らすと、ルーポルトの見方は相当現実とは距離のある議論であるが、理論面での意味は大きい。教皇による審査や認可を避けるため、ホスティエンシスのような教会法学者の議論に対抗して、選挙侯が団体として選挙権を行使することが強調される。教会および教会法学に対抗するという文脈から、ドイツ国制が法学的に把握されていくのである。

しかし、ドイツで国王に選ばれた者が支配を及ぼす範囲は、かなり複雑な構造を持つものとされている。ルーポルトの帝国論を全体として評価しようとするならば、この点を見逃すことはできない。

三．Regnum et imperium の構造

ドイツで国王に選ばれた者が実質的に支配する地域を、ルーポルトは regnum et imperium（王国にして帝国）と呼ぶ。Tractatus 全体を通して用法はほぼ一貫しており、我々はこれを実質的帝国と言ってもよいであろう。

この地域は、ルーポルトによれば、カール大帝が皇帝戴冠以前から支配下に置いていた領域の一部である。カールはそれらを正当な戦争によって征服したのだとされる。その際、ルーポルトは、その点は多くの歴史叙述に書かれているとおりであると述べている[51]。このようにルーポルトが regnum et imperium というまとまりを切り出す際には、歴史的論拠が大きな役割を果たした[52]。このような由来からして、ドイツで国王に選挙された者は、この地域について、教皇による皇帝戴冠に何ものも負っていない。それゆえ、彼は教皇の認可などがなくても、この地域を正当に統治しうる、と

いうのが、前章でも見たように、ルーポルトの立論であった。

regnum et imperium の中心は、ドイツ王国 regnum Germanie である。ドイツ人 Germani こそが帝国の担い手とされる。既に Tractatus 冒頭から、ルーポルトは、帝権のギリシア人からカール大帝への移転を、フランク王とドイツ人への移転と見なす[53]。このようにルーポルトの理解では、ドイツ人はフランク人との密接な関係においてとらえられる。ルーポルトは、直接にはフルトルフ＝エッケハルト年代記とゴットフリート・フォン・ヴィテルボ、とりわけ前者にもとづいて、フランク人の歴史を語る[54]。それらに依りつつ、まずフランク人のトロイア起源説が語られる。その後、フランク人は、ドイツに到来しテューリンゲン地方に居住した。そしてそこからライン川を渡って、西へアキタニアまで、更にドイツの地でも東はバイエルンまで支配を拡大した。ここで、彼らのうち、ドイツ人 Theutonici と混合した者たちが本来の意味でのフランク人と呼ばれる。一方、婚姻関係を通じてガリア人から生じた者たちは、フランク人から生まれた者 Francigene と呼ばれる[55]。フランク最初の王ファラムントの治世（四二六年）以後、ドイツ人 Germani がフランク人と呼ばれたのであるという[56]。

帝権がギリシア人からカール大帝においてまずフランク人に移転し、更にオットー一世においてドイツ人に移転するという見方に反対して、ルーポルトは、前述のように、既にカール大帝の時点でドイツ人に帝権が移転したと見る[57]。なぜならば、第一に、カール大帝その人がフランク＝ドイツ人 Francus Germanicus であった[58]。カールはマインツ近郊のインゲルハイム生まれであり、一年の月や風の名前をドイツ語 lingua Germanica で定め、ドイツ人たちにドイツ語 lingua Germanica seu Theutonica で法を与えた。それゆえ、フランク人カールはドイツ人だったのである。また第二の論拠として、フランク王国の起源がドイツにあったことがあげられる[59]。更に第三の根拠として、オットー一世以後、イタリアと帝権が、ガリアの王たちでなく、ドイツの王たちのもとにとどまったことが指摘される[60]。この最後の点は、

後述するイタリアの意義とも関連して興味深い。

ルーポルトは更に、ドイツ人の中でも区別を行う。前述のように、トロイアから来たフランク人と最初に混じり合ったドイツ人こそが本来のフランク人と呼ばれるのであって、ガリア人はフランク人から生まれた者 Francigene ではあってもフランク人とは呼ばれない。ルーポルトは、更にグラティアヌス教令集に引かれたカール大帝の勅令を根拠としてあげて、そこでフランク人とガリア人 Galli が区別されていることから、ガリア人は本来のフランク人とは見なし得ないとする[61]。しかもそればかりか、勅令ではアラマン人、バイエルン人、ザクセン人、テューリンゲン人、フリース人などもフランク人とは区別して列挙されているのであるから、これらの人々を除いたドイツ人が本来の意味でのフランク人と呼ばれることになる[62]。そして実際、ドイツ人の中でも、ライン諸地方とラインに付随した諸地方の人々がフランク人と呼ばれる。そうした諸地方の一つは、ヴュルツブルクを首邑とするフランケンで、そこからフランケン大公という名が由来する[63]。このように、フランク＝ドイツ人たるカール大帝（ドイツ＝フランキアは彼に由来する）に、皇帝権が移転されたのである[64]。先の勅令やその他の法源に見られる列挙順序から言っても、ドイツのフランク人は、他の諸民族に比してとりわけ高貴であり、ローマ人と対等なのである[65]。またフランク＝ドイツ人の変わらぬ忠誠も特筆・強調される[66]。ライン地方の多くの貴族たちはこうした事情を十分知らずに、自分たちをフランク人というよりはライン人 Renenses と呼んで誇っているが、それは不適切である[67]。

ルーポルトは皇帝権を二重の意味でフランク人と結びつける。まず、皇帝権は、フランク人に属するが、それはガリア人と区別された、ドイツ＝フランク人に属する。ドイツはフランク王国の主要部分であり、フランク王国の起源もドイツに存した[68]。そして皇帝権とイタリアは、フランク王国の分割後もドイツ王のもとにあり、フランス王のもとにあったのではなかった。したがって、皇帝権はカール大帝以来、ガリア人でなくドイツ人に移転されたと言えるのである。

このように、皇帝権をフランス勢力に対抗してドイツにとどめることは、ルーポルトにとって主要関心事の一つであったと考えられる。しかも第二に、皇帝権は、ドイツ人の中でも前述のように他の集団でなくフランク人に属するという意味でも、フランク人に属する。フランキアの中にこそ、四人の選挙侯（マインツ、トリーア、ケルンの大司教とライン宮中伯）が存するのであり、彼ら四人が一致すれば多数を構成して国王を選挙することができるのである（もちろん彼らは選挙に際して、慣習にしたがって他の選挙侯も呼び集めなければならないが[69]）。このようなラインの選挙侯の決定的な役割は、当時の選挙侯と国王選挙との関係の実態に対応したものであった[70]。

以上のルーポルトの議論のように、ドイツの住民の中でもその一部に特に重要な役割を担わせる見方は、既に一三世紀後半のアレクサンダー・フォン・ロース Alexander von Roes に例がある[71]。アレクサンダーによれば、ドイツ人はまずライン左岸に定着し、その後一部がライン以東へ進み、テューリンゲンに王国を建設した。このようなドイツ人が、カエサルによる征服後にフランク人とも呼ばれるようになった。つまりドイツ＝フランク人の本体はライン以西の人々であるということになる。彼らこそが帝国の本来的な担い手であるとされる。これは特にケルン（大司教座）と深く結びついたアレクサンダーの位置に対応する理解であったと考えられる。これに対してルーポルトは、ライン以東のフランケンから事態を構成していると言える。フランケンおよびライン地方（左岸に限られない）の人々が、帝国の中核的な担い手とされるのである。ルーポルトはこの個所でアレクサンダーの著作を使っていないが、中核にずれが見られるとはいえ、ドイツ人を複合的にとらえる見方は共通している。

現在のドイツ王国の中でも、マース・ライン間のかつてのロータル（二世）の王国は、時おり特別に言及されており、ドイツ王国に編入されているが、独特の歴史を持つものと見なされている。それはルーポルトの用語では、ガリア＝ベ

ルギカ Gallia Belgica と表現される。ルーポルトが彼の帝国論考を献呈したルクセンブルク家のバルドゥインが占めていたトリーア大司教位は、ガリア＝ベルギカの首座 primas にして総大司教 patriarcha であるとされ、バルドゥインは、ゲルマニア Germania とガリア＝ベルギカの聖俗諸侯の中でもとりわけ regnum et imperium の諸権利を守るために戦う者と見なされる[72]。ドイツで国王に選挙された者が、選挙のみで教皇による認可などに依存せずに支配権を行使しうる点で、ガリア＝ベルギカもドイツ・イタリアと同様であるとされる[73]。

アルル（ブルグント）王国は、国王戴冠の意義を論じる箇所で関連してわずかに姿を見せる。ドイツで選ばれた者が選挙のみによって支配権を行使しうるのであれば、選挙に続く国王戴冠は無用のものとなるのではないか、という非難があげられるが[74]、これに関連して、ドイツは、この選ばれた者が持つ、二つの最も重要な王国の一つ（もう一つは後述のようにイタリア）であると言われる。このドイツ王国にロータルの王国も加わるが、更にアルル王国（ないしブルグント王国）も同様にドイツ王国に加わるものとされる。ここはオットー一世によって支配下に入れられたものである。これら、ドイツ王国とそこに編入された、ロータルの王国およびアルル（ブルグント）王国の全体について、アーヘンで国王戴冠が行われる[75]。こうして国王戴冠の面では、かつてのロータルの王国およびアルル（ブルグント）王国はドイツ王国と一体として扱われるのである。しかし、ブルグント王国に言及されるのは、この箇所のみである。一一世紀以来、皇帝は三王国の支配者であると言われるが、ルーポルトの論述ではブルグントは非常に影が薄い存在でしかない。ルーポルトが論考を献呈したバルドゥインは、アルル王国の大書記局長というタイトルを用いていたが、ルーポルトは前述のように、バルドゥインをむしろガリア＝ベルギカと結びつけている。

しかしそれに対して、イタリアの扱いはまったく異なる。

まず、全般に、ルーポルトはイタリアが regnum et imperium に属することを繰り返し明示している。彼は、イ

タリアの歴史とイタリアにおける支配権について、数多くの箇所で触れている。その頻度はイタリアと regnum et imperium の結びつけが、彼の主要関心事の一つであったかと思わせるほどである。一三二〇年代に始まるルートヴィヒ四世と教皇庁の対立が、ミラノなど北イタリアにおける皇帝派（ヴィスコンティ家など）と教皇庁の対立を、実質的理由の一つとしていたことを考えれば[76]、そのように想定することも的外れではないように思われる。

イタリアも、ルーポルトによれば、カール大帝が正しい戦争による征服を通じて皇帝戴冠前に獲得したものである[77]。その後イタリアは、一〇世紀初め、ルートヴィヒ三世（幼童王）の時代に、ドイツ王国 regnum Germanie との連合 societas から離反する[78]。しかし、オットー一世のもとで、ドイツ王国とドイツ王の権力 potestas の下へと取り戻される[79]。イタリアはドイツ王への忠誠とドイツ王国との連合からいったん離反したものと見なされており、その後武力によって再征服された地として位置づけられている。

前述の国王戴冠の意義の問題との関連で、イタリアはローマ王が支配する第二の主要王国とされる。ゆえに、北イタリアのモンツァでミラノ大司教により戴冠が行われる。支配権行使はドイツにおける選挙によって開始するが、戴冠はドイツ・イタリアという二つの王国の重要性ゆえに導入され、慣習として行われている、というのがルーポルトの立場である[80]。国王戴冠によって新たな権限が加わるわけではないので、その限りでは戴冠には名目的意味しかない。しかし、ルーポルトは、国王戴冠が無用であるとは言わず、しかもイタリアについても国王戴冠を維持するのである[81]。

このようにイタリアへの支配にこだわることは、ドイツ王権にとっては危険性を秘めていた。つまり皇帝戴冠を通じてと同様、イタリアを通じても、教皇による認可権主張が及んでくる可能性が存したのである。実際 Tractatus において、イタリアについて支配権を行使するためには、ドイツにおける選挙だけでは足りず、教皇による認可 approbatio が必要であるが、ドイツはイタリアの付属物であるから（なぜならドイツの支配者のタイトルはローマ人たちの王で

あり、ローマはイタリアにあるのだから）、付属物が上位にあるものの性質を受け継ぐゆえに、ドイツにおいても国王は教皇の認可なしには支配権を行使できない、という議論がとりあげられている[82]。これに対して、ルーポルトは、仮にイタリアに関しては認可が必要であるという前提をとったとしても（すぐ後で見るように、実際には彼はこの前提自体を否定するのだが）、ドイツにおいて選挙以外に認可が支配権行使に必要であるということにはならない、と論じる[83]。ドイツ王が、イタリアと皇帝権を獲得したということのゆえに、より不利な立場になるというのはおかしい。ドイツの王はその徳によって皇帝権を獲得したのである。イタリアを得たことによってドイツの立場が悪化するのはおかしなことである。ドイツはイタリア王国 regnum Ytalie の付属物ではなく、むしろ逆にイタリア王国がドイツ王国 regnum Germanie の付属物である[84]。（ドイツで）国王に選ばれた者がローマ王と称するのは、イタリアゆえではなく、一つには全教会の中で首位を占めるローマ教会に対する崇敬ゆえであり[85]、もう一つには、その人民がかつて帝国を単独支配し後に皇帝に支配権を移転したところの、都市ローマゆえである[86]。このように、ルーポルトは、イタリアを主とする見方に対抗して、むしろドイツを主、イタリアを従と見る。しかしその反面、こうしたイタリア経由での危険にもかかわらず、イタリアをドイツから切り離すという態度は採られない。ルーポルトにとって、ドイツとイタリアの結合は、それだけ本質的なものと考えられていたのである。

ルーポルトは、イタリア支配については教皇による認可を必要とする、という主張をも退ける。これは彼の第四命題に対する異論の一つとして引かれるものであるが、教会法学者ヨハネス・テウトニクス Johannes Teutonicus が D.63 c.23を注釈しつつ行う主張である[87]。法文では、教皇レオ八世がローマの聖職者および人民とともに、オットー一世に、イタリアにおいて後継者を選ぶ権限を与えたとある[88]。これに対して、ルーポルトは、カール大帝とオットー一世のイタリア支配は正当な戦争を通じて獲得されたものであり、教会からの贈与や授与によるものではない、と論じる[89]。ゆえに、

教皇がイタリアでは他の部分より大きな権限を持つ、ということもない。また、イタリアもフランク王国の他の部分と同様に分割されたという歴史も援用される。法文については、フグッチオ Huguccio、グイド・デ・バイシオ Guido de Baysio といった教会法学者の説を引きつつ、法文中の「譲与する concedere」という文言は不適切に使用されたものである、とする。

以上、ルーポルトの論述において、イタリアは一つの王国と見なされつつ、regnum et imperium の一部に組み込まれている。regnum et imperium の中では、ドイツ王国が主要部でイタリアはその付属物、と構成される。国王に選ばれた者の地位や権限にも差はないので、その意味でイタリアには法的特殊性は存しない。しかしルーポルトは常にイタリアを視野に収めており、ドイツとイタリアが二つの主要王国として regnum et imperium を形成するという構想で一貫していた。

中世後期のイタリアとドイツは、在ヴェネツィアのドイツ商館 Fondaco dei Tedeschi に象徴される経済的関係や、ルーポルト本人も経験したようなドイツ出身者のイタリアの諸大学での勉学、ドイツ出身の親方・職人のイタリアへの流入と定着、特に南ドイツ出身貴族のイタリアでの傭兵としての活動といった人的接触によって深く結びついていただけでなく、一四世紀初めのハインリヒ七世以後、ドイツで選ばれた国王自身、皇帝戴冠のためにイタリアへ登場し続けた(90)。そうした状況を考えても、ルーポルトによるイタリアの位置づけは、十分に意味のあるものとして受け取られる必要があると思われる。

四．Regnum et imperium 以外のカール大帝のかつての支配領域

前述のように、カール大帝が皇帝戴冠以前から支配下に置いていた領域については、カールはそれらを正当な戦争によって征服したのだとされる[91]。これは現在、ドイツ王・皇帝の支配下にある地域＝regnum et imperium＝実質的帝国に加えて、西部ガリア Gallia occidentalis、ガスコーニュ、パンノニア等々も含む。これらの地域においても、カールは既に皇帝戴冠前から、慣習によって、皇帝の権限を行使していた。それゆえ、ローマ教皇による皇帝戴冠と塗油によって、その点で新たな権限が獲得されたというわけではない[92]。このカール大帝支配領域と比較すると、現在皇帝が支配する領域がはるかに狭小であることは、ルーポルトも認めるところである[93]。中でも、明白なずれは、フランス王国である。

フランス王国とフランス王を、ルーポルトはどのように扱っているであろうか。彼は、カール大帝への皇帝権移転とその後のフランク帝国分割により、分割後の後継国家であるフランスの王は、帝国 imperium から免属されており、その王国内で、皇帝が帝国内で行使するのと同じ権限を行使しうるという理論が特にフランス人（具体的な論者の名はあげられていないが）によって主張されている、という[94]。この理論にしたがえば、ドイツ、ガリア＝ベルギカないし東部ガリア Gallia Belgica seu orientalis、イタリアその他において、ローマ王も（皇帝戴冠によらずに）後述の皇帝留保権限を行使しうることになろう、とルーポルトは、自分の主張に引きつけて言う[95]。しかし、この「フランス的」主張が正しいかどうか、ルーポルトは最終的判断を下さず、よりよい人々の議論と決定にゆだねている[96]。後述のようなルーポルトの立論では、西方世界の国王たちは、その王国内で皇帝留保権をも行使できるはずであり、とすると、このフランス的主張は肯定されるはずである。にもかかわらず、彼は最終的判断を保留しているが、この態度は、皇帝留保権に関する後述のようなルーポルトのあいまいな態度とも関係するものと思われる。

ルーポルトは、既に何度か触れたように、フランスとフランクの結びつけには反対する。フランス王は当初はガリア王 rex Gallie と名乗っていた。ガリアの中でも、ケルト＝ガリアないし西部ガリア Gallia Celtica seu occidentalis の

王であった。一方、ガリア＝ベルギカないし東部ガリア Gallia Belgica seu orientalis は、分割後それとは別の運命をたどった。確かに、西の王が、西フランクの王ないしフランク王と呼ばれることはある。しかしフランクの故地と名称の由来は東に存する。西の部分はもともとガウディーナ Gaudina という別の名称の土地であった[97]。この箇所に続けて更に後補して、ルーポルトは、フランス王がフランク人たちの王と名乗るのは不当であると、やや詳しく論旨を展開している[98]。

このようにフランクとの区別は付けられるが、ルーポルトのような議論では、フランスの扱いが難しくなるのは確かである。中世中期以後、フランス王権側の理論家たちが、ドイツと皇帝権を強く意識しつつ王権のための理論形成をすすめたことはよく知られているが、ドイツ側からもフランスの扱いは難しいものがあったのである[99]。

さてルーポルトは、更にその外側の、西方世界の領域についても、決して名目的でない、意味のある考察をしている。この面にも、最近のミートケらによる理解以上に注意が払われるべきではないかと思われる。

五．西方世界と皇帝権

上述のように、カール大帝はその支配領域において、既に皇帝戴冠前から皇帝の諸権限を行使していた。しかし、皇帝権の移転と皇帝戴冠によって、更にそれ以外の西方世界の諸地域についても皇帝としての諸権限を獲得し、それらの地域の王や諸侯から服従を要求する権利をも得たとされる。東のコンスタンティノープルの皇帝への服従から解放されたことと並んで、この点が皇帝権移転の効果であった[100]。

こうした見解とも対応して、ルーポルトは、カール大帝のかつての支配領域の外の部分については、皇帝戴冠と塗油

に、やはり実質的な意味を認め、それらが何の意味も持たないという解釈を退ける。[101] ドイツにおける選挙によって、これらの地域でも皇帝としての権限を行使できるようになるという見方があるが、その説は採らないというのである。彼は、この見方の論拠を三つあげたうえで、それに反論している。第一の論拠は、国王戴冠と皇帝戴冠の性質は同じであり、前述のように国王戴冠を通じて何らかの法的権限が獲得されるわけではないのだから、皇帝戴冠も同様のはずだというものである。第二の論拠は教会法源にも年代記にも、塗油と戴冠を経て皇帝権が移転される、とは言われていないというものであり、更に第三の論拠は、フルトルフ＝エッケハルトとアナリスタ＝サクソによれば、ルートヴィヒ敬虔やロータル一世は父の生前に既に皇帝戴冠の前から皇帝の名を用いていたというものである。ルーポルトによれば、確かにこの説は、教皇ステファヌス二世のもとで帝権移転が起きたのであれば採りうる（カールの皇帝戴冠以前に皇帝権が移転したことになるからである）。しかし実際には、カールに対する皇帝戴冠を行ったレオ三世のもとではじめて、皇帝権が移転したのであった。皇帝戴冠はやはり皇帝の名前だけでなく実質をももたらすのであって、皇帝戴冠と塗油がただ言葉だけのもので何らの効果もないものと考えるのはばかげていると思われる。[102] ルーポルトはこのように論じる。

このように、カール大帝支配領域外部の西方世界との関連では、ルーポルトは、教皇による皇帝戴冠と塗油に意義を認める。すなわち彼は、かつてのカール大帝の支配領域以外の西方世界については、皇帝が皇帝の名と皇帝の権利・権力を教皇から保持するということを承認するのである。ルーポルトは、インノケンティウス四世やホスティエンシスの議論をそのような意味で理解している。[103] もっとも彼はこの点について、後補部分で、結局最終的な決定を保留している。[104]

皇帝戴冠の意義自体についてもルーポルトは、後補部分において、最終的解答を保留し、よりよい人々の決定にゆだねている。[105] この追補は、オッカムのウィリアムの、ドイツにおける選挙のみで西方世界全体に対する皇帝権行使が可能

となるのであり、皇帝戴冠に実質的意義はない、とする主張の影響を受けた結果であろうと推測されている。[106] 当時の知識人同士の相互作用の一例として興味深いが、オッカムはその著作『教皇権力に関する八提題 Octo quaestiones de potestate papae』で、ルーポルトの議論をかなり高く評価しつつ、しかしこの皇帝戴冠の意義の問題などいくつかの点で批判を加えた。その際彼はルーポルトの第一版を引用しつつ批判を行っており、第一版のテクストを手にしていたものと思われる。一方、ルーポルトの後補部分にはオッカムの名は挙げられていないが、後補で考慮されている主張の内容はオッカムの説と一致している。オッカムは当時ミュンヘンにおり、[107] 一方ルーポルトは主にヴュルツブルクなどで活動していた。彼は第一版完成後、アイヒシュテットで内容を発表して議論に供したことが知られており、そのときか、あるいは別の場所で、両者の間で口頭での議論が交わされたのかもしれない。ルーポルトが後補部分においてオッカムの批判を考慮していることは、皇帝としての独自の権限に関するルーポルトの主張を弱めるものではあったが、彼は自説を撤回したわけではなかった。

ルーポルトの所論において、皇帝の権限は二つに分けて考察される。第一は、諸財産と諸権利の管理支配 administratio に関するもので、具体的には、臣民の服従宣誓を受領する、レーンを授与する、世俗裁判権をみずからまたは他の者を通じて行使する、租税・貢租を受領するなどの権限である。[108] これらの権限は、皇帝が処分しうる所領や権利を実際に持っていることが前提となるので、その行使は事実上 regnum et imperium の中に限られることになるであろう。第二は、法によって皇帝に留保されているような行為の実行に関するもので、具体的には、世俗事項に関して不名誉な生まれの者を正当化する（非嫡出子の準正）、名誉喪失者の名誉を回復する、公証人を任命するなどである。[109] そしてドイツの支配者は、選挙のみによって、これら両方の諸権限を、regnum et imperium において行使しうる、とされる。[110] 前者については、ドイツの支配者がカール大帝やオットー一世の後継者であるからであり、後者については、

慣習により行使が正当化される。

しかしこれにとどまらず、ドイツで選挙された者は、皇帝戴冠と塗油によって、カール大帝の支配領域の外にあり今日も帝国支配に事実上従っていないような、西方世界の諸地域において、上述の皇帝留保権（すなわち、非嫡出子の準正、名誉喪失者の名誉回復、法の制定等）を行使することができるとされる[111]。ここで、法を制定すること leges condere もあげられているのは注目される。もっとも、これらの地域の国王たちはそうした権利行使を許さないであろうが、しかし法的には de iure 彼らはそれを許す義務を負う[112]。皇帝が国王たちに対してどこまでこれらの権利を貫徹できるかどうか、ルーポルト自身ややあいまいな態度を取っているが、しかし理論的には、regnum et imperium の外における皇帝留保権行使の可能性を維持している。

西方世界全体に対する皇帝権の意義は、裁判に関係しても論じられる。西方世界の国王たちが完全な支配権 merum et mixtum imperium を、皇帝の授与によらずに、慣習によって行使することができるかどうかという問題が扱われる[113]。これについてルーポルトは、もしも皇帝が、国王の決定に対する上訴、国王による法の無視、国王による裁判拒絶といった場合に、国王自身を裁判できないのであれば、慣習による行使は認められない、とする[114]。一方、これらのケースで皇帝が国王を裁きうるのであれば、慣習による行使は認められる。現実は第二のケースであるから、慣習による行使を認めてよい、というのが彼の結論である[115]。ここでは、皇帝が各国の国王の上に位置する上位審級として位置づけられている[116]。このような皇帝の位置づけは、実は、ドイツにおいて皇帝・国王と諸侯の間で当時展開されつつあった関係とパラレルなものでもあった。一三世紀後半以後、諸侯が merum imperium を保持することを示す史料が登場する[117]。一方、国王が諸侯などに裁判に関する特権を与える場合に、裁判拒絶・遅滞があれば当事者に国王の下への訴えを認めるという留保が付されるようになる[118]。ルートヴィヒ四世期には、そうした特権授与が相当数蓄積されており、次のカー

ル四世期には上訴の観念も導入されて更に体系的になっていく。ルーポルトの理論は、このように一三世紀から一四世紀にかけてドイツで現実に進展しつつあった裁判管轄の画定と体系的整序とも歩調をあわせて、皇帝の裁判権と各国国王の裁判権の関係を整理するものであり、その際にルーポルトは、教会法源に比してローマ法源を比較的多く引いて、ローマ法の素材とそれを使ったローマ法学者の議論に多くを負いながら論じている[119]。このような彼の皇帝権論は、前述の国王選挙と選挙侯についての所論と同様、やはり学識法学者ルーポルトによる法学的な国制把握のあらわれと評価できるであろう。そして、こうした皇帝の裁判権に関する論述を見ても、ルーポルトの全体の議論の中で、西方世界全体に対する皇帝の権限は、名目にとどまらない意味を持ち続けているのではないかと思われるのである。

おわりに

ルーポルトの帝国論において、確かに皇帝の「国王化」は、これまでの諸研究がたびたび指摘してきたとおり、議論の重要な眼目であった。ルーポルトは、ドイツで選挙された者に西洋世界の他の国王と同様な地位と権限を保証し、それによって、ローマにおける皇帝戴冠という通路から介入を図る教皇権の動きに対抗しようとしたのである。

しかし本稿で見てきたように、そのような理解だけでまとめるには、彼の帝国論はずっと複雑な性格を持っていた。実質的帝国である regnum et imperium の中には、とりわけ、ドイツ王国―イタリア王国という二重構造が存した。そこでは確かにドイツが主、イタリアが従とはされるものの、イタリアは第二の主要王国として regnum et imperium の不可欠の構成要素であり、そのような形でイタリアがドイツに結びつけられていることをルーポルトは強く意識していた。このようなドイツとイタリアとの関係は、一五世紀中葉のペーター・フォン・アンドラウの帝国論でも、帝国を担

うドイツの貴族家門のイタリア起源説という形で、なお姿を見せていたのであった[120]。

また、ドイツ王国の中には、ライン地方・フランケン地方を中心とする構造が設定されていた。選挙の際に決定的な役割を果たす四人の選挙侯が所在することが示すように、この地方の人々こそが、帝国を中心となって支えるものと考えられていたのである。rgnum et imperium が決してドイツ王国に尽きない反面、ドイツ王国自体がそうした複合的存在としてとらえられているのである。

更に、regnum et imperium の外側の西方世界における皇帝の権限も、決して名のみのものではなかった。もちろん現実の通用という点では大きな限界を予想させつつも、理論的構成としては、ルーポルトの全体の立論の中で意味のある部分を占め、ルーポルト自身、ローマにおける皇帝戴冠の効果として得られるこの権能を、名目化することに抵抗を示したのであった。

そして、こうした複雑な構造をかかえつつ、ルーポルトの行論では、一方で帝国の歴史によって多くの事柄が説明されながらも、他方で全体として帝国国制の法学的把握がすすめられていったのである。ユルゲン・ミートケは、ルーポルトの理論によれば、ドイツの近代国家化への道が開けているように見えたにもかかわらず、実際の歴史ではそれが現実のものとならなかったと評しているが[121]、実はルーポルトの理論自体が、「普通の」近代国家への道に尽きないものを含んでいたのであった[122]。

ルーポルトの帝国論は、写本伝承が示すように、一四、一五世紀の間参照され続けた[123]。公会議主義時代のザバレラ Zabarella やヨブ・フェーナー Job Verner などによって引用されたことが知られている。更に、一五〇〇年前後の西南ドイツの人文主義者たちもルーポルトの議論を取り入れている[124]。ヤーコプ・ヴィムプフェリング Jakob Wimpheling による最初の印刷本刊行は、この関連に属する。一七世紀にも、アルトゥジウス Althusius やラインキンク Reinkingk が

ルーポルトを参照している。中世の皇帝権と帝国が、さまざまな解釈や論争の焦点となる思考形象としての性質を強く帯びていたとすれば[125]、ルーポルトの著作はそれを結晶化させた重要な一例であり、更にそれを近世に伝える媒体となったのである。

（1）Heinrich August Winkler, Der lange Weg nach Westen, Bd.1, Deutsche Geschichte vom Ende des Alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik, München 2000, S.5, H.A. ヴィンクラー（後藤俊明他訳）『自由と統一への長い道Ⅰ　ドイツ近現代史一七八九-一九三三年』（二〇〇八年　昭和堂）一頁。

（2）拙稿「ペーター・フォン・アンドラウの帝国論――一五世紀中葉の帝国とドイツ人――」『北大法学論集』六二巻三号（二〇一一年）一-四七頁。

（3）ルーポルトを主題として扱った従来の研究として主なものをあげれば、Hermann Meyer, Lupold von Bebenburg. Studien zu seinen Schriften, Freiburg 1909, Rolf Most, Der Reichsgedanke des Lupold von Bebenburg, in: Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 4 (1941), S.444-485, Erik Wolf, Lupold von Bebenburg, in: Ders., Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.Aufl., Tübingen 1963, S.30-58, Sabine Krüger, Untersuchungen zum sog. "Liber privilegiorum" des Lupold von Bebenburg, in: Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 10 (1953/54), S.96-131, Dies., Lupold von Bebenburg, in: Fränkische Lebensbilder 4 (1971), S.49-86, Hanns Gross, Lupold of Bebenburg. National Monarchy and Representative Government in Germany, in: Il pensiero politico 7 (1974), S.3-14, Gerhard Barisch, Lupold von Bebenburg. Zum Verhältnis von politischer Praxis, politischer Theorie und angewandter Politik, in: Bericht des Historischen Vereins Bamberg 113 (1977), S.219-432, Jürgen Miethke und Christoph Flüeler, Politische Schriften des Lupold von Bebenburg (Monumenta Germaniae Historica, Staatsschriften des späteren Mittelalters, Bd.4), Hannover 2004, J.Miethke, Lupold of Bebenburg. A Canonistic Theory of State in the Fourteenth Century, in: Uta-Renate Blumenthal et al. (ed.), Proceedings of the Twelfth International Congress of Medieval Canon Law, Washington D.C., 1-7 August 2004,

Città del Vaticano 2008, S.879-895. 邦語文献として、池谷文夫『ドイツ中世の政治と政治思想』（二〇〇〇年　刀水書房）二三五-二八五頁。

（4）Hermann Meyer, a.a.O（注3）, S.235.

（5）Edmund E.Stengel, Avignon und Rhens. Forschungen zur Geschichte des Kampfes um das Recht am Reich in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts, Weimar 1930, S.220f. 他に、オッカムらのフランチェスコ会士などとの対比で、ルーポルトの議論のドイツ的性格を指摘するものとして、Richard Scholz, Politische und weltanschauliche Kämpfe um den Reichsgedanken am Hofe Ludwigs des Bayern, in: Zeitschrift für deutsche Geisteswissenschaft 1 (1938), S.298-316, S.311ff.

（6）池谷、前掲書（注3）。

（7）J.Miethke, a.a.O. 他に、Helfried Münkler, Hans Grünberger, Kathrin Mayer, Nationenbildung. Die Nationalisierung Europas im Diskurs humanistischer Intellectueller. Italien und Deutschland, Berlin 1998, S.182.

（8）J.Miethke u. Ch.Flüeler, a.a.O（注3）.（以下の注ではMFと略す。）この刊本にもとづくTractatusのドイツ語対訳版として、Jürgen Miethke (hg.), Alexander Sauter (übers.), Lupold von Bebenburg. De iuribus regni et imperii. Über die Rechte von Kaiser und Reich (Bibliothek des deutschen Staatsdenkers, Bd.14), München 2005.

（9）以下のルーポルトの経歴については Erik Wolf, a.a.O.（注3）, S.40f.; S.Krüger, Lupold（注3）, G. Barisch, a.a.O.（注3）, S.228-248; MF, S.1-61; J.Miethke, Lupold（注3）, S.883f.; 池谷、前掲書（注3）、二一一-二一三頁。

（10）Tractatusとその写本に関しては、MF, S.97-122, 149-205。

（11）この注目すべき人物についてのシュテンゲル以後の研究に関しては、さしあたり、Franz-Josef Heyen (hg.), Balduin von Luxemburg. Erzbischof von Trier – Kurfürst des Reiches 1285-1354, Mainz 1985 所収の諸論文を参照。

（12）中世後期の政治理論的著作について、現在まで伝わる写本の数は、いくつかの例外を除けば、それほど多くはない。例えば、パドゥアのマルシリウスのDefensor pacisは、二二の写本が残っており、オッカムのウィリアムのDialogusの第一部は、二一の写本が知られる。J.Miethke, Das Publikum politischer Theorie im 14. Jahrhundert. Zur Einführung, in: Ders., Das Publikum politischer Theorie im 14. Jahrhundert, (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 21), München 1992, S.1-23, S.6ff.

（13）Libellus については、MF, S.122-135, 205-229, Ritmaticum については、MF, S.135-148, 229-231。その他、ヴュルツブルク司教座における特権状集成および歴史叙述へのルーポルトの関与については、S.Krüger, Untersuchungen（注3）を参照。
（14）MF, S.103.
（15）MF, S.184ff.
（16）本文後述の歴史作品も含めた、参照・出典箇所については、MF, S.535-554の索引を参照。教会法源・ローマ法源への標準注釈の他、教会法学者としては、グイド・デ・バイシオ Guido de Baysio、ホスティエンシス Hostiensis、インノケンティウス四世、ヨハネス・アンドレアエ Johannes Andreae などが多く現れている。
（17）Franz-Josef Schmale, Art.Frutolf, in: Lexikon des Mittelalters, Bd.4, 1987-89, Sp.1002, Ders., Art.Ekkehard von Aula, in: Lexikon des Mittelalters, Bd.3, 1984-86, Sp.1765f. テクストは、Monimenta Germaniae Historica, Scriptores t.6, Hannover 1844, S.33-231.
（18）F.-J.Schmale, Art.Arnold, Abt von Berge und Nienburg, in: Lexikon des Mittelalters, Bd.1, 1977-1980, Sp.1005. 最近出版された刊本として、Klaus Nass (hg.), Die Reichschronik des Annalista Saxo, (Monimenta Germaniae Historica, Scriptores t.37), Hannover 2006、また Ders., Die Reichschronik des Annalista Saxo und die sächsische Geschichtsschreibung im 12. Jahrhundert, (Monumenta Germaniae Historica, Schriften, Bd.41), Hannover 1996 ～参照。
（19）MF, S.124, Anm.439.
（20）Gerhard Baaken, Art.Gottfried von Viterbo, in: Lexikon des Mittelalters, Bd.4, 1987-89, Sp.1607f. テクストは Monimenta Germaniae Historica, Scriptores t.22, Hannover 1872, S.107-307.
（21）例えば、R.Most, a.a.O.（注3）, S.458, G.Barisch, a.a.O.（注3）, S.302, 310, 池谷、前掲書（注3）、三五一頁。ハートケの見解として、MF, S.105, 112f., 115, J.Miethke, Lupold（注3）, S.885ff.
（22）以下の教皇権側の主張については、おしあたり MF, S.61-97, J.Miethke, Lupold（注3）, S.879-881。教皇権優位理論の代表的な論者であったエギディウス・ロマーヌスとヴィテルボのヤコブの理論については、Jürgen Miethke, De potestate papae. Die päpstliche Amtskompetenz im Widerstreit der politischen Theorie von Thomas von Aquin bis Wilhelm von Ockham, Tübingen 2000, S.94-108, Helmut G.Walther, Aegidius Romanus und Jakob von Viterbo－oder: was

vermag Aristoteles, was Augustinus nicht kann ?, in: Martin KAUFHOLD (hg.), Politische Reflexion in der Welt des späten Mittelalters / Political Thought in the Age of Scholasticism. Essays in Honour of Jürgen MIETHKE, Leiden/Boston 2004, S.151-169. エギディウスに関する最近のモノグラフとして、Elmar KRÜGER, Der Traktat »De ecclesiastica potestate«. Eine spätmittelalterliche Herrschaftskonzeption des päpstlichen Universalismus, Köln u.a. 2007. 教皇の帝国代理権に関する理論と実践については、Friedrich BAETHGEN, Der Anspruch des Papsttums auf das Reichsvikariat. Untersuchungen zur Theorie und Praxis der potestas indirecta in temporalibus, in: DERS., Mediaevalia, Bd.1 (MGH Schriften Bd. 17), Stuttgart 1960 (zuerst 1920), S.110-185 を参照。

（23）MF, S.293, “Preterea satis patet ex cronicis predictis, quod Germania post divisionem regni et imperii Francorum, ..., fuit regnum per se, sicut regnum Gallie occidentalis, quod hodie regnum Francie nuncupatur, est regnum per se.” また、MF, S.251-253も参照。

（24）MF, S.315, “Item non procedit id ex eo, quod rex Romanorum non habet superiorem in temporalibus. Communiter enim quasi omnes reges occidentales non recognoscunt aliquem superiorem in temporalibus, quos tamen a papa nominacionem vel approbacionem aliquam recipere non videmus.”

（25）MF, S.320, “Nam secundum hoc manifeste pateret, quod rex vel imperator nequaquam de regno et imperio ipsius ecclesie vasallus existeret, sed ipsum immediate a deo haberet. Et hec opinio ex hoc maxime videtur habere veritatem, quod reges alii christianitatis, qui tamen hodie ut plurimum non recognoscunt imperatorem Romanorum nec aliquem alium superiorem in temporalibus, nec ab ecclesia Romana nec ab aliis ecclesiis recipiunt et tenent in feudum merum et mixtum imperium et alia regalia, ... in suis regnis, ...”.

（26）MF, S.324ff.

（27）MF, S.359ff.

（28）MF, S.363, “Et sic retentis dictis exposicionibus non probatur ex illo canone, quod papa et ecclesia Romana habeat maiorem potestatem quoad temporalia in regno Francorum quam in alio quocumque regno, unde non obstat.” ルーポルトはまた、なにゆえフランク人たちは、ヒルデリッヒを廃位できたのか、王は人民より大なるものであるはずなのに、また

東の皇帝による許可もなかったのに、という問題に関して、ローマ人民は皇帝より大であるというローマ法学者の議論を援用し、かつ緊急の必要によって皇帝の許可の不存在をクリアしようとする。MF, S.400ff.

（29）選挙侯による国王選挙権の独占がなぜ生じたのかは、中世ドイツ史の難問の一つであり、長年にわたる諸研究と多くの提案にもかかわらず、学界を納得させる説明は、なお見出されていない。研究史については、Karl-Friedrich Krieger, König, Reich und Reichsreform im Spätmittelalter, (Enzyklopädie deutscher Geschichte, Bd.14), München 1992, S.64-71 を参照。また、議論状況の整理として、Ulf Dirlmeier u.a., Europa im Spätmittelalter 1215-1378 (Oldenbourg Grundriss der Geschichte, Bd.8), München 2003, S.223f. も参照。ドイツ学界での近時の議論については、Armin Wolf (hg.), Königliche Tochterstämme, Königswähler und Kurfürsten, Frankfurt a.M. 2002, Franz-Reiner Erkens, Kurfürsten und Königswahl. Zu neuen Theorien über den Königswahlparagraphen im Sachsenspiegel und die Entstehung des Kurfürstenkollegiums, Hannover 2002, Thomas Ertl, Alte Thesen und neue Theorien zur Entstehung des Kurfürstenkollegiums, in: Zeitschrift für historische Forschung 30 (2003), S.619-642を参照。世俗選挙侯をオットーネンの女系親族の末裔として説明し、七人の選挙侯による選挙権独占の成立を一二九八年まで引き下げるアルミン・ヴォルフの学説は、エルケンスらによって正当にも批判されている。Alexander Begert, Das Kurkolleg als Schiedsgremium, in: Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte 66 (2003), S.399-434 および Ders., Die Entstehung und Entwicklung des Kurkollegs. Von den Anfängen bis zum frühen 15. Jahrhundert, Berlin 2010 で提唱された見解（選挙侯による選挙権行使を仲裁判決とのアナロジーでとらえつつ、一一九八年の二重選挙の際に、ヴェルフ派のケルン大司教などから、聖界諸侯二、世俗諸侯二で構成される選挙者団という構想が発信され、一二五六年の国王ヴィルヘルム・フォン・ホラントのいわゆるNachwahl の際に、それに聖界諸侯一、世俗諸侯一が加えられたとする）に対しては、Franz-Reiner Erkens, Anmerkungen zu einer neuen Theorie über die Entstehung des Kurfürstenkollegs, in: Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung 119 (2011), S.376-381 の正当な批判がある。

（30）MF, S.258, "Tempore vero huius Ottonis tercii, qui filius caruit, *fuit institutum*, quod per certos principes Germanie, scilicet *per* officiatos *imperii* seu curie imperialis *eligeretur imperator*, ut patet in cronica Martini, ... イタリックの部分は、マルティン・フォン・トロッパウによる。

（31）中世後期の叙述史料に見られる選挙侯伝説については、Max Buchner, Die Entstehung und Ausbildung der Kurfürstenfabel. Eine historiographische Studie, in: Historisches Jahrbuch 33 (1912), S.54-100, 255-322 を参照。特に、ルーポルトによる選挙侯起源論については、Ebenda, S.278-284を参照。

（32）MF, S.256, "...*Heinricus primus de nacione Saxonum cepit libera potestate regnare* in Germania, non tamen ex electione principum electorum, qui sunt hodie, quia nondum adhuc fuerant instituti huiusmodi electores, sed a cunctis *principibus et natu maioribus Francorum, Alamannorum, Babarorum et Saxonum anno domini DCCCC XIX* fuit *electus* in regem.". アナリスタ・サクソンの叙述にもとづく（イタリックの部分）。

（33）MF, S.288, "... principes *et natu* maiores *Francorum, Alamannorum, Babarorum et Saxonum*, qui representabant totum populum Germanie, elegerunt Heinricum primum ducem Saxonie in regem Germanie ac Francorum, ... Quod facere poterant de iure gencium, ...". イタリック部分は、やはりアナリスタ・サクソンによる。

（34）MF, S.289, "...et principes electores racione iam dicte institucionis habent eligere regem seu imperatorem representantes in hoc omnes principes et populum Germanie, Ytalie et aliarum provinciarum et terrarum regni et imperii, quasi vice omnium eligendo, ...". この点の解釈について、西方世界全体の代表とする見解（H.Meyer, a.a.O.（注３）, S.162f. など）と regnum et imperium の代表とする見解（R.Most, a.a.O.（注３）, S.455f. など）との対立があったが、後者が妥当である。G.Barisch, a.a.O.（注３）, S.283f., 289f.

（35）MF, S.350, "...et isto modo non pervenit ad eos ab ecclesia hec potestat eligendi, sed pocius ab Ottone imperatore tercio de consensu principum et populi regno et imperio subiectorum expresso vel saltem tacito."

（36）MF, S.377ff. "Quare concluditur ex premissis, quod in preactis submissionibus vel recognicionibus adeo preiudicialibus concessus principum electorum et eciam aliorum principum ac populi regni et imperii sit requirendus, et sic ex consequenti eorum in hiis erit contradictio admittenda." (S.381).

（37）MF, S.298f. "Credo enim, quod ad eos pertineat talis electio tamquam ad collegium seu ad universitatem ..." (S.299).

（38）G.Barisch, a.a.O.（注３）, S.289ff.

（39）Henrici de Segusio cardinalis Hostiensis, In primum [secundum, tertium, quartum, quintum] decretalium librum

commentaria, 2 Bde., Venedig 1581 (ND Torino 1965), Bd.1, S.59Aff.

（40）以下、ローマ法源のテクストは、Corpus iuris civilis. Volumen primum: Institutiones. Digesta. Volumen secundum: Codex Iustinianus. Volumen tertium: Novellae, (Paul Krüger, Theodor Mommsen, Rudolf Schöll, Wilhelm Kroll ed.), ND Berlin 1954を参照。

（41）MF, S.299, “Si institucio principum electorum non esset facta, omnes principes et alii representantes populum subiectum Romano regno et imperio eo vacante haberent eligere regem et imperatorem de iure gencium, ... Ex quo ergo certi principes sunt instituti ad eligendum regem et imperatorem, ipsi censentur eligere vice et auctoritate universitatis principum et populi predictorum, ac proinde habenda est eorum electio, ac si tota universitas principum et populi huiusmodi eam fecissent, ...”.

（42）以下、教会法源のテクストは、Corpus iuris canonici. Pars prior: Decretum magistri Gratiani. Pars Secunda: Decretalium collectiones. (Emil Friedberg ed.), ND Graz 1959を参照。

（43）ルーポルトがヴェルツブルクおよびマインツの（大）司教座聖堂参事会のメンバーとして、教皇の介入に対して参事会の司教選挙権を擁護する立場をとったことについては、G.Barisch, a.a.O.（注3）, S.237, S.Krüger, Lupold（注3）, S.77.

（44）MF, S.298f., Anm.291.

（45）MF, S.299, “Non poterit igitur dici, quod electio talis pertineat ad eos ut ad singulares, sed pocius ut ad collegium sive ut ad universitatem omnium principum et populi antedicti, et hoc eciam interpretatur consuetudo verum esse. Nam ipsi vacante regno et imperio iuxta consuetudinem antiquam et hactenus circa hoc observatam conveniunt in villa Renis Treverensis dyoc (esis), ubi more aliorum collegiorum vel universitatum statuitur terminus ad electionem regis Romanorum in oppido Frankenfurt per eos communiter faciendam“.

（46）MF, S.299f., ”Hoc premisso huius articuli veritas sic probatur: In omni universitate id, quod fit a maiori parte illorum de univerisitate, valet et proinde habendum est, ac si factum esset per omnes de universitate ... Sed in casu nostro quando principes electores eligunt regem seu imperatorem Romanorum, talis electio censetur esse facta per universitatem omnium principum et populi subiecti regno et imperio, ut iam dictum est. Ergo electio, que fit a maiori parte ipsorum,

valet et proinde habenda est, ac si facta esset per omnes eos concorditer."

(47) MF, S.345f.

(48) この間の政治史については、さしあたり、池谷、前掲書（注3）、二〇二-二四二頁を参照。

(49) MF, S.113f.

(50) レンス事件で画期的であったのは、法判告自体ではなく、そもそも国王選挙時以外にはじめて選挙候たちの同盟が結成されたことであった。Ernst Schubert, Die Stellung der Kurfürsten in der spätmittelalterlichen Reichsverfassung, in: Jahrbuch für westdeutsche Landesgeschichte 1 (1975), S.97-128, S.111ff.

(51) MF, S.248, "Nam ipse ... Saxoniam, Frisiam, Britaniam, Wasconiam, ... bello licito subiugavit, ut in dictis cronicis ac eciam in gestis eiusdem Karoli per multos hystoriographos scriptis plenius continetur."

(52) ルーポルトの全体の立論における歴史的論拠の重要性も、これまでたびたび指摘されてきたところである。H.Meyer, a.a.O.（注3）, S.237, E.Wolf, a.a.O.（注3）, S.41ff., G.Barisch, a.a.O.（注3）, S.273f. また、ルーポルトは本文後出のように、最終的な結論を出すことを保留することがあるが、その多くは、歴史的状況の復元が不確実にとどまるような場合であった。MF, S.112.

(53) MF, S.235, "... post tempus translacionis ipsius imperii de Grecis imperatoribus ad reges Francorum et ad Germanos in personam Karoli magni facte, ..." なお、帝権移転論については、Werner Goez, Translatio imperii. Ein Beitrag zur Geschichte des Geschichtsdenkens und der politischen Theorien im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, Tübingen 1958 が基本的である。

(54) MF, S.242ff.

(55) MF, S.245, "..., *et hii, qui Theutonicis commixti sunt, proprio vocabulo Franci, qui* vero *per connubia a Gallis sunt progeniti, Francigene sunt appellati.*" ゴットフリート・フォン・ヴィテルボとフルトルフ＝エッケハルトによる。

(56) MF, S.246, "... et ex tunc *Germani Franci vocabantur*, ..." イタリックの部分はフルトルフ＝エッケハルトの年代記にもとづく。

(57) MF, S.260, "Ad hanc dubitacionem solvendam dico, quod veritas est imperium fuisse translatum in personam Karoli

magni ad reges Francorum, ..., et nichilominus in personam eiusdem Karoli translatum fuit imperium in Germanos, ...".

(58) MF, S.260f., "Prima via ad id probandum sumitur considerata persona ipsius Karoli magni. Fuit enim ipse Francus Germanicus, ...".

(59) MF, S.266, "Secunda vero via ad probandum premissa sumitur considerato inicio et origine regni Francorum. ... inicium et origo illius regni fuit in Germania,...".

(60) MF, S.266f., "... quia Ytalia et imperium post divisionem antedictam regni Francorum finaliter remansit apud reges Germanie et non apud reges Gallie, ..., ipsum imperium in Germanos et non in Gallicos vel in aliarum nacionum de regno Francorum homines in personam Karoli magni dicitur fuisse translatum."

(61) MF, S.262, C.11, q.1, c.37. この他´ X.4.1.1. もフランク人とガリア人を区別する論拠として引かれている。

(62) MF, S.263, "Soli igitur Germani et illi dumtaxat, qui Alamanni (id est Swevi, Babari, Saxones, Thuringi vel Frisones) non sunt, Franci proprie appellantur, ...".

(63) MF, S.263, "... puta illi Germani, qui circa partes Reni et in quibusdam aliis terris Reno adiacentibus commorantur, quarum una *Franconia*, cuius metropolis est Herbipolis, *a quodam duce Francone*, ..., nominari consuevit. ". フランケンという地名の由来の部分はゴットフリート・フォン・ヴィテルボによる。

(64) MF, S.263, "Et ad hos Francos Germanicos in personam Karoli magni, qui de eadem Francia Germanica traxit originem, ..., imperium noscitur fuisse translatum."

(65) MF, S.263, "... patet precipua nobilitas Francorum Germanie pre ceteris occidentis nacionibus post Romanos, quibus eciam parificari poterant, ...".

(66) MF, S.264, "Preterea eciam Franci Germanici ob invariabilis fidelitatis constanciam, quam erga reges Francorum ab exordio ipsius regni usque ad tempus divisionis eiusdem per nepotes Karoli magni facte ac deinde ad reges Germanorum seu eciam Romanorum usque ad presens tempus servare studuerunt semper illesam, possunt non immerito commendari." 前述の「オッカム後裔」に属する部分である。

(67) MF, S.264f., "Hanc brevem digressionem non tam ad commendacionem Francorum quam ob detestandam in hoc

ignoranciam multorum nobilium de partibus Reni facere volui, qui sue originalis condicionis ignari se pocius nominari Renenses quam Francos inaniter gloriantur, cum tamen ipsorum non a Reno fluvio, sed a Francis Troyanis origine, ..., sit nobilitas derivata."

(68) MF, S.265, "... nichilominus tamen hodierna die potest dici imperium non solum fuisse Francorum, ..., sed eciam potest dici adhuc esse Francorum duplici respectu: uno modo, quia est Germanorum, quorum patria, scilicet Germania, fuit principalior pars regni Francorum, quia in ea fuit origo et inicium ipsius regni, ...".

(69) MF, S.265f., "Item alio modo potest dici imperium adhuc esse Francorum, quia eciam inter naciones Germanorum, que sunt superius in predicta lege Karoli nominate, imperium principalius est Francorum quam aliorum Germanorum. Sunt enim quatuor principes electores imperii in hac Francia, scilicet Maguntinensis, Treverensis et Coloniensis archiepiscopi, item comes Palatinus Reni. Qui quatuor principes vacante regno et imperio tamquam maior pars numero electorum possent regem creare in concordia eligendo vocatis tamen aliis eorum conprincipibus et coelectoribus iuxta consuetudinem in hoc hactenus observatam, ...".

(70) さしあたり、E.Schubert. a.a.O.（注50）を参照。

(71) アレクサンダーの帝国論については、西川洋一「Alexander von Roesと一三世紀後半のライヒ意識」『法学雑誌』四一巻四号（一九九五年）、一二五七―一九〇頁、池谷、前掲書（注3）、四四―五七頁、佐々木博光「出自神話でみるドイツ史」『人文學報』七一号（一九九二年）九七―一三三頁、一〇一頁以下を参照。

(72) MF, S.235, "Cum inter omnes principes ecclesiasticos et seculares Germanie ac eciam Gallie Belgice, cuius primas estis, ... et sic eciam patriarcha, ..., vos sacri Romani regni et imperii precipuum experiencia docente cognoverim zelatorem, ...". ただしpatriarchaとする部分は後補。

(73) MF, S.296, "Id autem, quod dixi de amministracione regni et imperii in Germania, idem dico de amministracione regni et imperii in Gallia Belgica seu regno quondam Lotharii sito inter Mosam et Renum fluvios, ...".

(74) MF, S.332ff., 特にS.334ff.

(75) MF, S.334f, "Quod autem bis ungitur et coronatur ante unctionem et coronacionem imperialem, ut est dictum, hoc

puto propter duo regna principalia, que habet, fore introductum. Primum est regnum Germanie, cui accessit regnum Lothariense seu Lotharii,... Et idem dico de regno Arelatensi vel regno Burgundie, quod Otto primus, ..., in suam potestatem accepit. Unde racione huius regni Germanie, cui dicta regna accesserunt, rex Romanorum primo ungitur et coronatur Aquisgrani."

（76）Hilary S.Offler, Empire and Papacy. The Last Struggle, in: Transactions of the Royal Historical Society, 5th ser. 6 (1956), S.21-47, G.Barisch, a.a.O.（注3）, S.308, MF, S.77.

（77）MF, S.248f., 272f. これらの戦争は東の皇帝の許可なしに行われたけれども、不法に対する防衛として、正しい戦争と見なされる。MF, S.404ff.

（78）MF, S.254, "Huius vero Ludowoci tercii tempore defecit Ytalia a societate regni Germanie; *cepit* enim, ut plene patet in cronica Martini, *dividi imperium* ipsius *tempore; quidam enim tantum in Ytalia* de facto tamen, et *quidam tantum* in Germania *imperabant* seu regnabant." イタリックの部分はマルティン・フォン・トロッパウの年代記による。

（79）MF, S.257, "Hic Otto ... considerans Ytaliam a fidelitate regum Germanie et societate ipsius regni a tempore Ludowici tercii defecisse ipsam reduxit ad regni et regum Germanie potestatem."

（80）MF, S.335, "Secundum regnum est regnum Ytalie, racione cuius in dicta villa Modicensi, ut premittitur, ungi et coronari consuevit. Volebant enim Ytalici sicut et Germani circa coronacionem regalem Ytalici regni suam sibi consuetudinem obeservari, nec immerito ...". ルーポルトは、ある地方の人々が慣習に重きを置くのはまったく正しい、として、D.1.16.4.5＝属州総督は、着任の際に、慣習によって定まっている地点から、属州に入るべきである、および D.1.16.7＝属州総督は慣習にしたがって、祝日を定めるべきである、を引く。

（81）MF, S.335f.

（82）MF, S.294f. 付属物が主要物の性質に従う点については、VI 5.12.De regulis iuris 42とその標準注釈が引かれている。

（83）MF, S.291, 293ff.

（84）MF, S.295, "..., quod Germania seu regnum Germanie non est nec fuit accessorium regno Ytalie, sed pocius econtra regnum Ytalie fuit et est accessorium regno Germanie."

(85) MF, S.295, "... tum propter reverenciam sacrosancte Romane ecclesie, que omnium ecclesiarum magistratum et primatum obtinet, ..."D.21 c.3, D.22 c.1-1, X 1.1.2, Nov.131が根拠法文として引かれる。

(86) MF, S.295, "..., tum eciam propter honorem urbis Romane, cuius populus olim tenuit monarchiam imperii, sed postea transtulit ipsum imperium in imperatorem, ...". D.1.2.2.11, Inst.1.2.6が根拠法文として引かれる。

(87) MF, S.363f.

(88) "..., ego quoque Leo, seruus seruorum Dei, episcopus, cum cuncto clero ac Romano populo constituimus, confirmamus et corroboramus, et per nostram apostolicam auctoritatem concedimus atque largimur domino Ottoni primo, regi Teutonicorum, eiusque successoribus huius regni Italiae, in perpetuum sibi facultatem eligendi successorem,...".

(89) 以下のルーポルトの立論については、MF, S.364ff.

(90) Fondaco dei Tedeschi については、おしあたり、Thomas Ertl, Alle Wege führten nach Rom. Italien als Zentrum der mittelalterlichen Welt, Ostfildern 2010, S.162-177。ボローニャにおけるドイツ出身者の滞在と勉学については、Jürg Schmutz, Juristen für das Reich. Die deutschen Rechtsstudenten an der Universität Bologna 1264-1425, 2 Bde., Basel 2000 が新しく詳しい情報を提供する。また拙稿「中世後期ドイツの学識法曹」『北大法学論集』五八巻二号（二〇〇七年）二八六-二九一頁も参照。ドイツからイタリアへの親方・職人の流入については、おしあたり、Th.Ertl, a.a.O., S.235-253。ドイツ貴族のイタリアにおける傭兵活動については、Th.Ertl, a.a.O., S.275-277および Stephan Selzer, Deutsche Söldner im Italien des Trecento, Tübingen 2001。中世後期のドイツ王権とイタリアとの関係全般について、Fritz Trautz, Die Reichsgewalt in Italien im Spätmittelalter, in: Heidelberger Jahrbücher 7 (1963), S.45-81, ルーポルトと同時代のルートヴィヒ四世とイタリアとの関係については、Martin Berg, Der Italienzug Ludwigs des Bayern. Das Itinerar der Jahre 1327-1330, in: Quellen und Forschungen aus Italienischen Archiven und Bibliotheken 67 (1987), S.142-197, Roland Pauler, Die deutschen Könige und Italien im 14. Jahrhundert. Von Heinrich VII. bis Karl IV., Darmstadt 1997, S.115-172。ルートヴィヒの前任者であるハインリヒ七世のイタリアでの活動については、拙稿「皇帝ハインリヒ七世とナポリ王ロベルトの訴訟――一四世紀初めの皇帝権――」『北大法学論集』五六巻二号（二〇〇五年）一-四九頁を参照。ルートヴィヒの後に王位に就いたカール四世のイタリアでの活動については、即位前の時期も含めて、Ellen Widder, Itinerar und Politik.

Studien zur Reiseherrschaft Karls IV. südlich der Alpen, Köln u.a. 1993 に詳細な記述がある。また、中世後期の国王・皇帝がしばしば任命した、イタリアにおける帝国代理 Reichsvikar に関しては、イタリア以外の任命例も網羅した、Marie-Luise Heckmann, Stellvertreter, Mit- und Ersatzherrscher. Regenten, Generalstatthalter, Kurfürsten und Reichsvikare in Regnum et Imperium vom 13. bis zum 15. Jahrhundert, 2 Teile, Warendorf 2002, S.329-650を参照。

（91）MF, S.248.

（92）MF, S.273, “Preterea idem Karolus magnus, ..., partim ex successione paterna, partim eciam per bellum licitum habuit ante iam dictam translacionem omnia regna et provincias, que seu quas hodie habent reges seu imperatores Romanorum. Habuit insuper Galliam occidentalem, Wasconiam, Pannoniam et plures alias provincias et terras, quas hodie reges seu imperatores non possident. Item habuit in omnibus eisdem regnis, provinciis et terris potestatem imperialem, saltem ex consuetudine ... et sic regna, provincie ac terre huiusmodi cum plena potestate in ipsis per ecclesiam Romanam in eum transferri minime potuerunt.”

（93）フランク王国の分割と分裂選挙の結果であるとされる。MF, S.302, “..., nec eciam hoc tempore regnum et imperium habet plures provincias et terras, quam iidem Karolus et Otto ante tempora suarum unctionum et coronacionum habuerint, sed longe pauciores, et hoc tum propter divisionem regni Francorum, ..., tum eciam propter discordes electiones, que de regibus et imperatoribus a tempore institucionis principum electorum interdum facte noscuntur, ex quibus plurima regno et imperio provenire dispendia noscitur contigisse.”

（94）MF, S.307, “Praeterea si dicamus, quod ex translacione imperii in Karolum magnum regem Francorum et ex divisione ipsius regni Francorum post eandem translacionem facta, ..., rex Gallie occidentalis, qui hodie rex Francie nuncupatur, sit exemptus ab imperio et quod habeat eandem potestatem in regno suo ex translacione ac divisione huiusmodi, quam habet imperator in imperio, sicut multi hodie et precipue Francigene dicunt, ...”. 根拠法文としてあげられるのは、X 4.17.13、教皇インノケンティウス三世の有名な勅書 Per venerabilem である。

（95）MF, S.307, “..., tunc eciam haberemus secundum hoc dicere, quod rex Romanorum, qui est rex Germanie et Gallie Belgice sive orientalis ac eciam Ytalie et aliarum provinciarum regni et imperii, possit in eisdem provinciis pretextu

predictarum translacionis et divisionis actus imperatori de iure communi competentes et reservatos licite exercere."

(96) MF, S.308. "An autem hec opinio sit vera, id maiorum meorum discussioni ac determinacioni reservo."

(97) MF, S.308f. こうした議論は、主に、フルトルフ＝エッケハルト、ゴットフリート・フォン・ヴィテルボ、アナリスタ・サクソなどの年代記によりつつ展開されている。西の王がガリア王と呼ばれていたことについて、ルーポルトは、フルトルフ＝エッケハルトとアナリスタ・サクソから、一箇所ずつそうした箇所を探し出してくる。ルーポルトは全般に歴史叙述を綿密に読み込んで使っているが、後補部分のいくつかでも、細かな経過やクロノロジーへのこだわりを見せている。

(98) MF, S.309. 前述の「オッカム後補」段階で挿入された部分である。

(99) 中世後期の現実政治上のドイツ王権・皇帝権とフランス王権との関係については、Martin Kintzinger, Kaiser und König. Das römisch-deutsche Reich und Frankreich im Spätmittelalter, in: Dieter Berg u.a. (hg.), Auswärtige Politik und internationale Beziehungen im Mittelalter (13. bis 16. Jahrhundert), Bochum 2002, S.113-136の概観を参照。より広く、中世後期の独仏関係全般については、Jean-Marie Moeglin, Kaisertum und allerchristlichster König 1214 bis 1500, Darmstadt 2010。

(100) MF, S.275f. "Ad hanc questionem salva tamen semper in omnibus veritate credo dicendum, quod premissis non obstantibus duplex fuit est est dicte translacionis effectus quoad ipsum Karolum et suos in regno et imperio successores. Primus effectus est, quia per hanc translacionem declarabatur eundem Karolum et suos successores non teneri ad aliquam subiectionem deinceps imperatoribus Constantinopolitanis Grecorum, ad quam omnes reges orbis, nisi exemptos se ostendant, imperatori tenentur, ... Secundus vero effectus eiusdem translacionis est, quod virtute ipsius Karolus et sui successores receperunt potestatem imperialem in omnibus regnis, provinciis et terris presertim occidentalibus, que non erant ante tempus dicte translacionis sub potestate dicti Karoli, et eciam petendi et exigendi a regibus et principibus regnorum, provinciarum et terrarum hiusmodi subiectionem imperatori debitam, quam potestatem prius non habebant, ...". 後補部分でルーポルトは、東の皇帝こそ真の皇帝であり、西の皇帝は代理ないし教会の守護者にすぎないという見解が何人かの教会法学者（ベルンハルドゥス・ヒスパヌス Bernhardus Hispanus, グイド・デ・バイシオ Guido de Baysio など）により主張されているとしたうえで、インノケンティウス三世の勅書 Venerabilem など、帝権移転 translatio imperii を示

す教会法源を引いて、この帝権移転否定説を却けている。

（101）MF, S.393ff.

（102）MF, S.396, "... et eciam quia videtur michi satis absurdum, quod promocio regis Romanorum ad imperium per unctionem et coronacionem huiusmodi sit verbalis tantum et nichil realitatis importet, idcirco credo, ..., quod rex Romanorum post unctionem et coronacionem imperilalem virtute translacionis imperii sepedicte consequatur non solum nomen imperatoris, sed eciam potestatem imperilalem in omnibus regnis, provinciis et terris, que non erant ante tempus eiusdem translacionis sub predicti Karoli potestate."

（103）MF, S.373f.

（104）MF, S.374f.

（105）MF, S.399, "Finaliter tamen veritatem in hac materia non obstantibus hiis, que dixi in hoc capitulo ..., ignorare me fateor, huiusmodi dubii determinacionem maioribus meis reservans, cupio ih hac ardua materia discere, non docere." また MF, S.341, "Scias tamen, quod premisse opinioni mee non sto precise ..., sed determinacionem eiusdem maioribus meis reservo, ...".

（106）以下の論述は、Eva Luise Wittneben, Lupold von Bebenburg und Wilhelm von Ockham im Dialog über die Rechte am Römischen Reich des Spätmittelalters, in: Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 53 (1997), S.567-586による。またルーポルトとオッカムの説の相違点については、Christoph Flüeler, Acht Fragen über die Herrschaft des Papstes. Lupold von Bebenburg und Wilhelm von Ockham im Kontext, in: Martin Kaufhold (hg.), a.a.O.（注22）, S.225-246も参照。オッカムの帝国論については、池谷、前掲書（注3）、七一―七二頁、二六二―二六八五頁も参照。.

（107）オッカムなどミュンヘンの皇帝ルートヴィヒ四世の宮廷に滞在した学者たちとルートヴィヒとの関係については、Fritz Hofmann, Der Anteil der Minoriten am Kampf Ludwigs des Bayern gegen Johann XXII. Unter besonderer Berücksichtigung des Wilhelm von Ockham, Münster 1959, Karl Bosl, Die "Geistliche Hofakademie" Kaiser Ludwigs des Bayern im alten Franziskanerkloster zu München, in: Der Mönch im Wappen, München 1970, S.97-129, Alois Schütz, Der Kampf Ludwigs des Bayern gegen Papst Johannes XXII. und die Rolle der Gelehrten am Münchener Hof, in:

Hubert Glaser (hg.), Wittelsbach und Bayern, I, Die Zeit der frühen Herzöge. Von Otto I. zu Ludwig dem Bayern, Bd., 1, München 1980, S.388-397, Dick E.H. De Boer, Ludwig the Bavarian and the Scholars, in: Jan Willem Drijvers (hg.), Centres of Learning. Learning of Location in Pre-modern Europe and the Near East, Leiden u.a. 1995, S.229-244, Hermann Nehlsen, Die Rolle Ludwigs des Bayern und seiner Berater Marsilius von Padua und Wilhelm von Ockham im Tiroler Ehekonflikt, in: Ders u.a. (hg.), Kaiser Ludwig der Bayer, Paderborn u.a. 2002, S.285-328 などを参照。

(108) MF, S.302, "... duplex est potestas regis seu imperatoris Romanorum. Quedam est potestas amministracionis bonorum et iurium regni et imperii, que consistit in recipiendis iuramentis fidelitatis a subditis, in conferendis feudis et in exercendo iurisdictionem temporalem per se vel per alios ... Item consistit eciam in recipiendis tributis et obvencionibus regni ac alias in regni et imperii negociis disponendis." Amministracio に iurisdictio が含まれることについては、C.9, 27, 6, D.C.1, q.7, c.26, C.9, 27, 4, D.C.1, q.1, c.126および最後の箇所に対するグイド・デ・バイシオの注釈が根拠として指示されている。

(109) MF, S.302, "Quedam vero alia est potestas exercendi actus imperatori de iure reservatos, que consistit in legittimandis illegittimis quoad temporalia, in restituendis infamibus ad famam, in creandis tabellionibus et in similibus, ...".

(110) MF, S.303ff. "..., quod rex Romanorum post electionem concordem a principibus vel a maiori parte ipsorum de se factam habet eandem potestatem tam amministrandi iura et bona regni et imperii quam eciam exercendi alios actus, qui de iure sunt imperatori reservati, et hoc in provinciis et terris regno et imperio subiectis, quam habet post unctionem et coronacionem imperialem factus postea imperator." (S.306).

(111) MF, S.340, "Dico enim salvo semper iudicio saniori, quod imperator post unctionem et coronacionem huiusmodi consequitur potestatem imperialem in omnibus regnis et provinciis presertim occidentalibus, que non erant sub potestate Karoli magni ante tempus translacionis predicte et que adhuc non sunt sub potestate imperii de facto, ita, quod potest in eis spurios legittimare quoad temporalia, infames ad famam restituere, leges condere et hiis similia facere, que de iure sunt solis imperatoribus reservata".

(112) MF, S.341f., "Licet autem reges eorundem regnorum fortassis non sinerent talia in suis regnis per imperatorem

Romanorum fieri, ad hec tamen admittenda de iure tenentur.”

（113）MF, S.382ff.

（114）MF, S.388, “Pro solucione omnium premissarum opposicionum dico, quod illud dictum, scilicet reges occidentales licite posse merum et mixtum imperium ex consuetudine a tempore, cuius contrarii non est memoria, observata in suis regnis exercere, potest intelligi dupliciter; uno modo sic, quod reges exerceant in eis merum et mixtum imperium ita, quod imperator in eisdem regnis nullam omnino iurisdictionem in causis meri et mixti imperii exercere possit, nec in casu appellacionis a regibus ad eum interponende, nec in casu negligencie ipsorum regum, vel quando denegarent facere iusticiam in causis predictis, nec etiam quod imperator in personis eorundem regum possit merum et mixtum imperium exercere. Et sic dico, quod reges non possunt in suis regnis merum et mixtum imperium ex consuetudine vel prescripcione acquirere vel eciam exercere, ...”.

（115）MF, S.388, “Alio vero modo potest intelligi illud dictum sic videlicet, quod reges immediate in suis regnis ex consuetudine vel prescripcione observata ... possint merum et mixtum imperium exercere, sed quod imperator nichilominus habeat iurisdictionem mediatam in cusis meri et mixti imperii quoad subditos illorum regum sicut in casu appellacionis vel negligencie vel denegacionis iusticie, ... et eciam immediatam iurisdictionem in causis huiusmodi in personas ipsorum regum. Et sic credo, quod reges ex consuetudine a tempore, cuius contrarii non est memoria, observata possint in suis regnis merum et mixtum imperium hoc modo acquirere ac exercere, ...”.

（116）ヴォルフはこの皇帝の権限を仲裁裁判権と見ているが（E.Wolf, a.a.O.（注3）, S.46）、テクストにはそれを明示する箇所はない。

（117）例えば、Lorenz Weinrich, Quellen zur Verfassungsgeschichte im Spätmittelalter (1250-1500), (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters, Bd.33), Darmstadt 1983, Nr.34（一二七八年の国王ルードルフ一世のザルツブルク大司教あての特権状）。

（118）拙稿「中世後期ドイツの国王裁判権と裁判籍特権・序説――一三世紀後半を中心に――」『法制史研究』五二号（二〇〇二年）一一七―一四六頁を参照。

(119) MF, S.388ff. では、D1.3.32.1, X 1.4.11, D.1.18.6.8, C.9.5.1, Nov.23 pr., Nov.23.4, C.2 q.6 c.28, C.1.3.53 (54), C.12.59.8, D2.1.12, D.41.3.25, VI 5.12 De regulis iuris 3 などが根拠法文として指示されている。

(120) 前掲拙稿（注2）、二六頁以下。

(121) J.Miethke, Lupold（注3）, S.894.

(122) R.Most, a.a.O.（注3）, S.465, 481ff. は世界帝権へのこだわりと国民国家の承認との間の矛盾に、ルーポルトの理論の破綻を見るが、むしろ全体を、一四世紀の帝国論の一例として受け取るべきであろう。

(123) ルーポルトの著作の後代における受容については、E.Wolf, a.a.O.（注3）, S.54f., S.Krüger, Lupold（注3）, S.85.

(124) 人文主義者たちのドイツ Nation に関する議論の文脈上、ルーポルトが占める位置に関しては、H.Müntkler, u.a., a.a.O.（注7）, S.180ff.

(125) Bernd Schneidmüller, Kaiser sein im spätmittelalterlichen Europa. Spielregeln zwischen Weltherrschaft und Gewöhnlichkeit, in: Claudia Garner und Hermann Kamp (hg.), Spielregeln der Mächtigen. Mittelalterliche Politik zwischen Gewohnheit und Konvention, Darmstadt 2010, S.265-290, S.290.

論　説

福祉国家再編分析におけるアイデア・利益・制度（三・完）

――制度変化の政治学的分析に向けて――

加藤雅俊

はじめに　―本稿の目的と構成―
第一章　既存の理論枠組の意義と限界
　第一節　主流派アプローチ①　利益中心アプローチの特徴
　第二節　主流派アプローチ②　制度中心アプローチの特徴

第三節　主流派アプローチの意義と限界
第四節　アイデア的要因への注目の意義と限界
第五節　小括―制度変化の政治学的分析に向けて―　（以上、六一巻四号）
第二章　制度変化の政治学的分析に向けて
第一節　新制度論における理論的刷新①　合理的選択制度論と歴史的制度論の理論的交錯
第二節　新制度論における理論的刷新②　アイデア的要因への注目としての第四の新制度論
第三節　新制度論における理論的刷新の意義と限界
第四節　構成・戦略論的アプローチに基づく制度変化モデルとその理論的含意
第五節　結論―福祉国家再編分析への知見―　（以上、六二巻二号）
おわりに　―構成・戦略論的アプローチに基づく現代福祉国家分析の全体像―
第一節　福祉国家の段階論・類型論・動態論
第二節　経験分析への適用―オーストラリアにおける福祉国家再編を事例として―
第三節　現代政治学における構成・戦略論的アプローチの可能性　（以上、本号）

おわりに　―構成・戦略論的アプローチに基づく現代福祉国家分析の全体像―

本章では、本稿のまとめとして、構成・戦略論的アプローチに基づく福祉国家分析の全体像として、福祉国家論の三つの理論枠組（段階論・類型論・動態論）を提示し、オーストラリアにおける福祉国家再編を事例として、その有効性を確認する。その上で、現代政治学における構成・戦略論的アプローチの可能性について考察する。

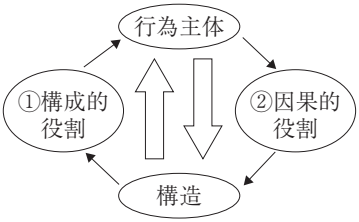
そもそも本稿の目的は、多様な再編プロセスをたどる現代福祉国家の動態を分析するための理論枠組（「動態の説明」

のための動態論）を構築することにあった。前章で提示した動態論を用いて福祉国家の再編プロセスを分析するには、その前提として、現代福祉国家がどのような変化を経験してきたかを明確にしておく必要がある。つまり、動態論で分析する対象に関して、その特徴を明らかにしておかなければならない。言い換えれば、「福祉国家の従属変数」問題[1]（Green-Pedersen 2004, Clasen and Siegel 2007, P. Pierson 2001）を解消しておく必要がある。別稿（加藤二〇〇八）で論じたように、「福祉国家の従属変数」問題を解消するためには、分析対象を、福祉国家の「特徴を把握」するための二つの理論枠組に位置づけることが重要となる。すなわち、先進諸国に共通した傾向を把握するための「段階論」、および、その共通した傾向の中での多様性を把握するための「類型論」である。つまり、福祉国家論は、「特徴把握」と「動態の説明」という二つの理論的課題[2]から構成されており、前者の課題に答えるためには通時比較のための「段階論」と共時比較のための「類型論」が必要であり、後者の課題に答えるためには「動態論」が必要となる。

以下では、まず別稿（加藤二〇〇九ａ、二〇〇九ｂ）および前章で明らかにしてきた、構成・戦略論的アプローチに依拠した「段階論」、「類型論」、「動態論」の概要を整理する（第一節）。ここでは、構成・戦略論的アプローチの特徴を整理し、福祉国家論の基礎として採用することの意義を確認した上で、これに依拠した各理論枠組の概要を示す。続いて、オーストラリアにおける再編プロセスを事例として、これらの理論枠組の有効性を検証する（第二節）。ここでは、「特徴把握」および「動態の説明」という両課題に関して、先行研究では十分に分析されなかった論点に関する知見をもたらすことを確認する。最後に、構成・戦略論的アプローチの現代政治学における可能性について言及する（第三節）。ここでは、前章で提示した制度変化モデルの提供だけでなく、国家の変容や権力の理解など政治学の重要な論点への示唆をもたらすこと、および、政治分析のためのメタ理論として有効であることなどを明らかにする。

第一節　福祉国家の段階論・類型論・動態論

本節では、構成・戦略論的アプローチに基づく福祉国家論の三つの理論枠組（段階論・類型論・動態論）の概要を示す。まず構成・戦略論的アプローチとは、主に、（国際）政治学における構成主義的視角を理論的背景として、ストラクチャー・エージェンシー問題における構造と行為主体の相互作用に注目する諸議論の批判的検討を知的源泉としている（加藤二〇〇八）。本稿のアプローチは、①アイデアによってアクターの利益が構成される「構成的役割」と②目的達成のためにアクターがアイデアを主体的に利用する「因果的役割」というアイデアの二つの役割（および政治の二面性）を、理論モデルに自覚的に位置づけることによって、既存研究の問題点の克服を目指している。すなわち、共時的側面として、過去の政治的アウトカムである諸環境を、アクターは、過去の影響を含むが一定の自由度を持つアイデアによって主体的に解釈するが、環境と合致する必要があるという点で制約を受けることに注目する（アイデアの構成的役割）。他方で、通時的側面として、利益・選好が形成されたアクターは、目標達成のため、アイデアを戦略的に利用するなど主体的相互行為を行い、その結果はフィードバックされ、それぞれを変容させていくことに注目する（アイデアの因果的役割）。このアプローチは、実体的側面だけでなく理念的側面に注目する点で



アイデアの二つの役割を媒介とした構造と主体の相互作用プロセス
①アイデアによって、アクターの利益や選好が特定される（構成的役割、政治の目標設定局面）
②目的達成のため、アクターがアイデアを主体的に利用し、アウトカムをもたらす（因果的役割、政治の支持調達局面）
※相互作用プロセスの時間的連続が重要（①構成的役割→②因果的役割）

図１　構成・戦略論的アプローチの概要

福祉国家の特徴把握に貢献し、アイデアの構成的・因果的役割に注目する点で再編プロセスにおける二つの政治的ダイナミズム（目標設定および支持調達）の理解に役立つといえる。以下では、別稿（加藤二〇〇九ａ、二〇〇九ｂ）および本稿の第一・二章ですでに論じてきたが、このアプローチに基づく福祉国家論として、段階論・類型論・動態論の概略を示す。

（一）段階論

まず、先進諸国に共通した傾向を捉えるための理論枠組である、通時比較のための段階論から整理する。別稿（加藤二〇〇九ａ）で検討したように、ここでのポイントは、政治経済システムとしての福祉国家の変容を、どのように捉えるかにある。まず、福祉国家形成の背景的な要因としては、自由民主主義体制の定着、資本主義経済の確立、近代化および産業化の進展を前提に、家族や市民社会により負担されていた福祉機能が十分に提供されなくなり、国家が代替・補完する必要に直面していたことが挙げられる。これらを前提として、国家は、経済的繁栄と政治的支持調達を求めて、政策介入を行った。そのため、福祉国家は「国家が経済過程に介入し、経済成長と雇用を実現し、公共政策による再分配を通じて、市民に社会的保護を提供することにより統合を図る政治的メカニズム」と定義付けられる。

この定義をふまえると、福祉国家の段階的特徴は、依拠する政治的・経済的・社会的基盤および諸政策から整理することができる。まず戦後の安定的な経済成長を支えた段階は、①埋め込まれたリベラリズム、②フォーディズム的発展様式、③経済成長とその分配による平等の実現というコンセンサスに依拠し、④マクロ需要管理政策および⑤雇用と家族の安定性を前提とした脱商品化政策から特徴付けられる「ケインズ主義的福祉国家」と整理できる。一九七〇年代以降、資本移動の自由化、生産体制の国際化、貿易競争の激化などの「経済のグローバル化」の進展、および、サービス

経済化、少子高齢化の進展、福祉国家の成熟化、女性の社会進出などの「ポスト産業社会」への移行に伴い、福祉国家は大きく変容を遂げることになった。現在の段階は、①経済自由主義優位の国際経済レジーム、②ポストフォーディズム的発展様式、③競争力確保、社会的包摂や個人の自律性などの正統化言説に依拠し、④ミクロ競争力政策および⑤雇用の流動化および家族形態の多様化を前提とした（再）商品化政策から特徴付けられる「競争志向の福祉国家」と整理できる。ここで重要な点として、諸基盤および諸政策に大きな変化は見られるものの、経済過程への介入および公共政策を通じた政治的統合という福祉国家の定義の中核部分は維持されているため、これらの変容は、福祉国家の解体を示唆する「移行」、無変化を示唆する「持続」ではなく、福祉国家の「再編」として理解できる。

（二）類型論

続いて、共通の段階的特徴を前提とした上での多様性を捉えるための理論枠組である、共時比較のための類型論を整理する。別稿（加藤二〇〇九b）で論じたように、ここでのポイントは、どのような視角ならば、福祉国家の多様性をより適切に把握できるかにある。まず、類型論を考察する上では、その現段階での到達点といえるエスピン―アンデルセンの福祉レジーム論（Esping-Andersen 1990, 1999）の意義と限界を明らかにする必要がある。彼の議論の意義は、発展段階の差異に解消できない「福祉国家の質的な多様性」という論点を、比較福祉国家研究の重要な課題として位置づけた点にある。しかし、制度間の機能的代替性や補完性を前提とすると、狭義の社会政策を重視するエスピン―アンデルセンの分析枠組では彼自身の問題設定に十分に答えられない。そこで福祉国家の定義に戻り、目的達成のための多様な選択肢の存在を前提として、雇用政策や経済政策と社会政策の関係性（機能的代替性や補完性など）に注目した新しい分析枠組が必要となる。

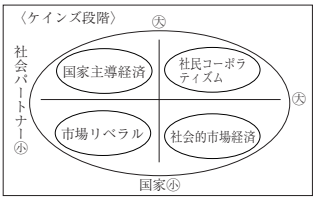
そこで、類型論を形成するための新たな視角として、経済社会問題に対する調整メカニズムに注目する。まず資本主義の多様性論をめぐる諸議論を手がかりに、国家と社会パートナーという両調整主体の関与度から四つの調整メカニズムの理念型（国家が主導的な役割を担う「国家主導」、社会パートナーが組織化されず、国家は市場メカニズムの促進を目指す「自発的交換」、社会パートナーの組織化に依拠し、国家は補完的役割に止まる「自主的調整」、および、国家と社会パートナーの協調に依拠した「三者協調」）を導くことができる。

その上で、ケインズ主義段階に関しては、先行研究の知見を参考にすると、四類型（国家による狭義の社会政策以外の政策領域が重視される「国家主導経済」、貧困の除去に重点を置き、市場メカニズムの導入が強調される「市場リベラル」、社会的地位の保全を重視し、国家は社会パートナー間の調整を補完するに止まる「社会的市場経済」、および、平等の実現を目指し、各アクターの調整に依拠する「社民コーポラティズム」）を導くことができる。他方、競争志向段階に関して、調整メカニズムに注目することで、政策領域間における親近性を発見し、二つの再編戦略（経済政策：自由化・規制緩和、社会政策：狭義のワークフェア化からなる①市場メカニズムを重視した「市場化」戦略、および、経済政策：戦略的産業政策、社会政策：アクティベーション戦略からなる②三者協調を重視した「戦略的介入」戦略）および二つの政治経済モデル（「市場化」戦略に由来する「交換モデル」、および、「戦略的介入」戦略に由来する「協調モデル」）を導くことができる。そして、このケインズ主義段階における四類型から競争志向段階における二類型というモデルが、再編プロセスにおける変化パターンを捉える上でヒューリスティックな価値を持つことを確認した。つまり、依拠する調整メカニズムの利用可能性が、変化パターン（経路依存的で漸進的な対応もしくは抜本的な転換）を規定付けるという仮説が得られるのである。

○福祉国家の定義

・国家が経済過程に介入し、経済成長と雇用を実現し、公共政策による再分配を通じて、市民に社会的保護を提供することにより統合を図る政治的メカニズム

○福祉国家再編プロセス



〈ケインズ主義段階〉

①埋め込まれたリベラリズム

②フォーディズム的発展様式

③経済成長とその分配へのコンセンサス

→・経済政策：マクロ需要管理政策

・社会政策：安定的な家族と雇用を前提とした脱商品化政策

〈ケインズ主義段階の多様性〉

①国家主導経済：国家が主導的な役割を担う、狭義の社会政策以外の重視

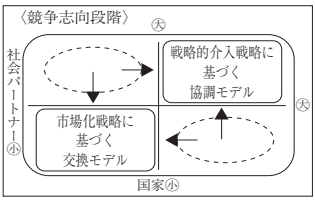
②市場リベラル:市場メカニズムの重視（国家は市場を機能させる役割に限定)、資産・所得調査に基づく最低限給付による貧困の除去が目的

③社会的市場経済：社会パートナー間の調整に依拠（国家は補完的役割)、職域ベースの社会保険に基づく社会的地位の保全が目的

④社民コーポラティズム：国家と社会パートナーの三者協調、シティズンシップに基づく平等の実現

〈二つの変容圧力〉

・経済のグローバル化の進展　＋ポスト産業社会への移行



〈競争志向段階〉

①経済自由主義の優位

②ポスト・フォーディズム的発展様式

③競争力の実現および個人の自律性や社会的包摂の強調

→・経済政策：ミクロレベル競争力政策

・社会政策：流動的な雇用と多様化する家族を前提とした（再）商品化政策

〈競争志向段階の多様性〉

・経済政策：ａ自由化・規制緩和の促進、ｂ戦略的産業政策

・社会政策：Ａ狭義のワークフェア化、Ｂアクティベーション戦略

→調整メカニズムに注目することで、二つの再編戦略と二つのモデルの析出

①市場メカニズムを重視する市場化戦略（ａ＋Ａ）＝交換モデル

②国家と社会パートナー間の協調を重視する戦略的介入戦略（ｂ＋Ｂ）＝協調モデル

図２　福祉国家の特徴把握のまとめ

（三）動態論

段階論と類型論で特徴を把握した後に、なぜそのような再編プロセスをたどったかを分析するための理論枠組（動態論）が必要となる。本稿の第一・二章までの議論で明らかにしたように、ここでのポイントは、どのような理論枠組ならば、複数の再編戦略の中から特定の戦略が採用され、その後実施されていくという政治プロセスを分析できるかにある。

まず第一章では、福祉国家再編のアウトカムを説明するための諸理論枠組の意義と限界を検討した。ここでは、先行研究を、利益中心アプローチ、制度中心アプローチ、そしてアイデア的要因への注目に分け、それぞれの意義と限界を明らかにし、諸理論枠組間の関係性を検討した。それぞれのアプローチは、諸環境の変化に対して、諸アクターの戦略的相互行為の結果として、福祉国家再編が生じると捉える点で、政治の重要性を考慮しているといえる。しかし、経路依存性などの概念を重視することで制度の持続性に注目する点、また諸アクターの利益・選好形成における政治性を十分に考慮しない点で、制度変化の政治的ダイナミズムが十分に考慮できていないという問題点を持つことを確認した。これらが示唆することは、福祉国家再編を分析するためには、制度変化の政治的ダイナミズムを射程に収めた理論モデルが必要になることである。

そこで第二章では、制度変化に関する新制度論の理論的刷新を批判的に検討した上で、それらの意義と限界を明らかにし、各知見を統合した制度変化モデルの構築を目指した。歴史的制度論と合理的選択制度論の理論的交錯、および、アイデア的要因の役割に注目する第四の新制度論という二つの理論的刷新を批判的に考察し、制度変化に関する理解を豊かにしたという意義はあるが、アクターの利益・選好の形成局面のダイナミズムを十分に考慮できていないこと、および、各知見を統合する上での理論的基盤（メタ理論）が明確でないことを明らかにした。これらの問題点をふまえて、アイデアを媒介とした構造と行為主体の相互作用に注目する構成・戦略論的アプローチというメタ理論に依拠した制度

変化モデルを提示した。このモデルの特徴は、アイデアの二つの役割（①アイデアがアクターの利益・選好を形成するという構成的役割および②目的達成のためにアクターがアイデアを主体的に利用するという因果的役割）を、制度変化プロセスに位置づけることにより、二つの政治的ダイナミズム（目標設定局面および支持調達局面）を自覚的に捉えようとする点にある。この制度変化モデルは、制度変化の時間性に関する理論仮説と、制度変化の規模と性格に影響を与えるアイデアの重要性に関する理論仮説をもたらす。

さらに、この制度変化モデルは、福祉国家再編プロセスを分析する上で、以下の知見をもたらす。まず第一に、経済のグローバル化およびポスト産業社会への移行が進展し、ケインズ主義的段階における福祉国家のパフォーマンスの低下に直面する中で（客観的危機）、政治アクターが現状をどのように把握し、改革が必要とされる政治的危機と定義づけていったかを検討する必要がある。第二に、政治的危機の構築の際に依拠していたアイデアを軸に展開される、福祉国家再編の政治に注目する必要がある。第三に、複雑な政治過程の結果として新たに導入された政策の制度化に注目する必要がある。

以上のように、福祉国家論の二つの理論的課題（特徴把握と動態の説明）

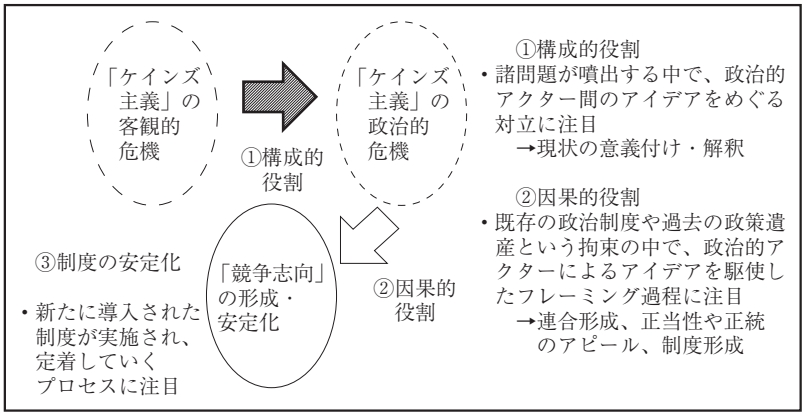


図３　福祉国家再編プロセスの動態分析のまとめ

に答えるための理論枠組として、構成・戦略論的アプローチに依拠した段階論・類型論・動態論を提示することができる。次節では、オーストラリアにおける再編プロセスを事例として、これらの理論枠組の有効性を検討する。

第二節　経験分析への適用―オーストラリアにおける福祉国家再編を事例として―

本節[3]では、オーストラリアにおける再編プロセスを事例として、構成・戦略論的アプローチに基づく福祉国家論の有効性を確認する。ここでのポイントは、上記の理論枠組を用いることによって、先行研究[4]の成果に対して、新たな知見をもたらすことができるかにある。したがって、以下の経験分析は、本格的な実証分析ではなく、あくまでも理論枠組の妥当性を検証することを目的とした端緒的なものにとどまっている。

（一）先行研究の知見

上述の理論枠組が示唆するように、戦後の安定的な経済成長を支えてきた「ケインズ主義的福祉国家」は、一九七〇年代以降、経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行という変容圧力に直面し、大きな変容を遂げ、現在では「競争志向の福祉国家」へと再編されつつある。この再編パターンは、経路依存的な対応を採用する諸国から抜本的な改革に向かう諸国まで、多様性を極めている。その中でも、オーストラリアは、抜本的な改革を経験してきた国のひとつといえる。次項以下で確認するように、戦後のオーストラリアの福祉レジームは、資産・所得調査に基づく、低水準の画一的給付という特徴を示してきたため、エスピン―アンデルセンのいう自由主義レジームに依拠すると考えられてきた（Esping-Andersen 1990, 1999）。しかし、キャッスルズが明らかにしているように、オーストラリアでは、

狭義の社会政策は十分に発展しなかったが、高関税政策、制限的な移民政策、そして強制仲裁制度などの保護主義的な政策手段を用いることで、市民に社会的保護を提供してきた（Castles 1985, 1988）。しかし、保護主義的な手段に依拠していたために、他国と比べて早い段階で福祉国家の危機に直面し、七〇年代の試行錯誤の末、八〇年代以降、抜本的な福祉国家の再編を経験することになった。八〇年代には中道左派である労働党政権によって、いわゆる「第三の道」や「新しい社会民主主義」と類似した再編戦略が採用され、九〇年代半ばの政権交代以後、保守系の自由党・国民党の連立政権によって、いわゆる「新自由主義路線」が採用され、自由主義化が推し進められた。

先行研究は、オーストラリアにおける福祉国家の再編に関して、多様な評価を下してきた。例えば、第一に、ホーク・キーティング労働党政権下における政策対応に関して、大きく評価が分かれている。新自由主義への傾倒とみなし、改良主義という労働党の伝統から離脱していることを指摘し（Maddox 1989, Jeansch 1989）、福祉国家の縮減を示唆する論者がいる。他方で、経済のグローバル化の進展やポスト産業社会への移行という条件下で、経済的効率性と社会的正義の両立を目指した点を評価し、「福祉国家の磨き直し（refurbish）」（Castles 1994）や「社会民主主義の再建（social democracy on the back foot）」（C. Pierson 2002）と捉える論者もいる。つまり、労働党政権の試みが、福祉国家の縮減を意味するのか、それとも、刷新を意味するのかは、各論者によって評価が大きく分かれているといえる。第二に、労働党政権と連立政権の政策対応に関して、従来型の保護主義的政策からの離脱（および、それに伴う諸変化）という共通性が注目される。例えば、経済政策に関して、八〇年代以降、民営化や自由主義化・規制緩和の促進が続いていたことが指摘される（Quiggin 2004, 竹田ほか二〇〇七）。また、社会権概念が大きく変化し、シティズンシップに基づく給付から、受給者の義務が強化され、諸プログラムへの参加による給付へと変化していることが指摘される（Harris 2001, Macintyre 1999, Shaver 2001, Goodin 2001, 2002, Moss 2001, McClelland 2002, Parker and Fopp 2004, O'Connor

2001, Carney 2006など）。そのため、連立政権の方が受給者の義務を強化する側面が強いなど、両政権の差異については言及されるものの、それらの差異がある共通したモデル（ネオリベラルモデル）への収斂度の差異という量的差異を意味するのか、それとも、質的に異なる二つのモデルを意味するのかという論点には十分に答えられていない。

このように、先行研究ではオーストラリアにおける福祉国家再編の特徴（過去のモデルとの差異、および、両政権の政策対応の差異）について、十分な合意が存在していない。ここで重要な点として、多様な評価が存在すること自体は問題ではない。むしろ、先行研究の問題点は、二つの理論枠組（段階論と類型論）に位置づけないために、特徴把握という問いに、十分に答えられていないという点にある。言い換えれば、オーストラリアの（再編の）特徴を明らかにするためには、段階論と類型論に位置づけ直す必要がある。

また、特徴把握が不十分なことに関連して、先行研究では、再編をもたらした要因について、様々な点が指摘されている（例えば、Castles et al. 1996, Bray and Walsh 1998, Gardner 1995, Ramia and Wailes 2006, Schwartz 2000, L. Cox 2006, Harbridge and Walsh 2002, Goldfinch 2000, Quiggin 1998など）。例えば、政治的党派性の重要性、政策遺産の重要性、拒否点の多い政治制度などが挙げられる。しかし、七〇年代には抜本的な改革が起こらず、八〇年代以降に再編が生じたというタイミングの問題、および、労働党政権と連立政権の政策対応や正統化言説の差異を前提とすると、党派性などのアクターの利益に関する要因および政策遺産や政治制度などの制度的要因に注目するのみでは、十分に再編プロセスを分析することは出来ない。言い換えれば、再編プロセスにおける目標設定局面と支持調達局面を射程に収めた動態論による分析が必要となる。

以上のように、先行研究では、福祉国家の「特徴把握」および「動態の説明」という二つの論点に関して、十分な回答がなされていない。したがって、構成・戦略論的アプローチに基づく福祉国家論をもとに、オーストラリアにおける

再編プロセスを分析することは、新たな知見を提供できると思われる。まず次項では、ケインズ主義的福祉国家の段階におけるオーストラリアの特徴を明らかにする。

（二）賃金稼得者モデルの論理

本項では、第二次世界大戦後の安定的な経済成長を支えてきた段階におけるオーストラリアの特徴を検討する。オーストラリアは、公的社会支出の割合が低く、一般税を財源とした所得・資産調査に基づく画一給付の社会政策（そのため所得代替率が低い）を展開してきたため、遅れた福祉国家として整理されることが多い。そのため、エスピン―アンデルセンの福祉レジーム論においては、自由主義レジームに位置づけられてきた（Esping-Andersen 1990, 1999）。これらの諸特徴は、他の先進諸国と比べて、オーストラリアでは社会保障システムが十分に発展していないことを示唆する。

キャッスルズは、「他の手段による社会的保護」という分析視角に基づき、狭義の社会政策に注目するのみではオーストラリアの特徴を把握することができないとして、その他の諸政策によって提供される社会的保護に注目する必要を説く（Castles 1985, 1988, 1996, 1997, Castles and Uhr 2007など）。彼は、オーストラリアでは、対外的脆弱性に対する政治戦略[5]として、対外的環境の変化の影響自体を避けることを目的とする「国内的な保護を充実させる政治（politics of domestic defence）（以下では国内的保護の政治）」が採用されたことを指摘する。その結果、①関税やその他の貿易障壁による製造業セクターの保護、②労使紛争の調停および仲裁、③移民のコントロール、④労働市場以外の人々を対象とした所得保障プログラムの残余性という四点から特徴付けられる政治経済モデルが形成された。このモデルの特徴は、移民政策により労働力をコントロールし、高関税政策により競争力のない国内製造業を維持することで完全雇用を実現し、強制仲裁制度を通じて相対的に高い賃金（男性稼得者が家族を養うのに十分な「公正賃金」）を提供すること

によって、社会政策の対象を就労できない人に限定し、財政的には小規模にもかかわらず効率的な再分配を実現する点にある。キャッスルズは、この「国内的保護の政治」に基づき形成される福祉国家を、「賃金稼得者型福祉国家（wage earners welfare state）」と名付ける。

以上のキャスルズによる整理には、批判も提示されている。重要な批判として、スミスやベルは、キャスルズの整理が主に賃金稼得者型福祉国家の形成段階（二〇世紀初頭の連邦形成期）に注目しており、第二次世界大戦後の動向が十分にふまえられていないことを批判し、戦後期におけるマクロ経済政策の果たしてきた役割の重要性を指摘する（Smyth 1994, Bell 1997a）。すなわち、経済政策領域では、保護主義的な関税政策に加えて、一九四五年の政府白書で完全雇用が政策目標として掲げられて以来、それを実現するためにケインズ主義的なマクロ需要管理政策が重要な役割を果たしてきたのである。本稿では、キャッスルズの知見をもとに、これらの批判を考慮して、「福祉国家の黄金時代」のオーストラリアの特徴を、①完全雇用を実現するための保護主義的諸政策およびマクロ需要管理政策から構成される経済政策、②高水準の賃金を波及させるための強制仲裁制度を通じた賃金（労働市場）政策、③労働市場から収入を得られない人を対象とした、一般税を財源とする資産・所得調査に基づく画一給付という形態をとる限定的な社会政策という三点から構成された「賃金稼得者モデル」と整理する。このモデルは、関税政策や仲裁制度など、狭義の社会政策以外の政策により社会的保護を提供していた点で、ケインズ主義的段階における「国家主導経済」モデルと考えられる。

ここで重要な点が二点ある。まず第一に、賃金稼得者モデルは、狭義の社会政策以外の諸手段によって、市民に社会的保護を提供してきたため、福祉国家の変容を分析する上で、「他の手段」がどのように変化したかを考慮しなければならない。次項以降では、社会政策の変容を中心にしながらも、他の領域における変容にも注目して分析する。第二に、賃金稼得者モデル(6)が形成・発展することになった、固有の政治的基盤についてである。あるモデルが生成・安定化する

ためには、その政治的基盤が必要となる。この点に関して、オーストラリアでは、一次産品などの輸出セクターのビジネス勢力に高関税政策のコストを負担させる形で、国内製造業セクターと労働勢力の間に妥協が形成され、戦後期には政党政治レベルでのコンセンサスにも支えられることで安定化していったことが指摘されている（Bell 1997a, Castles 1988, Schwartz 2000）。

（三）ホーク・キーティング労働党政権下での福祉国家再編

一九七〇年代には経済のグローバル化の進展およびポスト産業社会への移行などにより、賃金稼得者モデルの諸前提は大きく変化し、上記の三政策領域のそれぞれにおいて問題が顕在化し始めた。例えば、経済政策領域では、国際・国内経済構造の変化や高関税政策の弊害によって、保護主義的政策の有効性に疑問が示された。仲裁裁判所を通じた賃金政策については、労資の権力バランスが変化する中で、賃金上昇のコントロールが課題になった。社会政策に関しては、失業率の上昇、再発見された貧困問題、女性の社会進出の増大などの諸問題への対処が課題となった。各政策領域における諸問題の蓄積の結果として、七〇年代に入り、オーストラリアは、失業率の増大、低成長、高インフレなどといった経済的パフォーマンスの悪化に直面することになる。

七〇年代のウィットラム労働党政権およびフレーザー自由党・国民党連立政権は、それぞれ新たな政策対応によって、賃金稼得者モデルの諸側面の改革を目指していくことになる。例えば、ウィットラム政権は、社会政策に関して、社会的公正をより重視したモデルへの転換を目指して諸制度を整備している（Mendes 2003, Castles 1988など）。例えば、児童福祉法の制定や、貧困対策として既存の年金や給付の拡充、メディバンクと呼ばれる普遍的な医療保険を導入した。経済政策に関しても、政府内の保護主義的政策の問題点に関する議論を受け、関税の一律カットを行った（Bell

1993, Leigh 2002)。その後のフレーザー政権では、経済政策に関して、インフレ抑制を第一目標として、マネタリスト的な金融政策の追求や財政支出の削減がなされ、規制緩和も行われた（Bell 1993)。社会政策に関しては、メディバンクの廃止や失業給付の受給資格の厳格化など縮減が行われる一方で、家族手当の導入や年金の物価スライド制の導入など拡充という側面を持っている（Mendes 2003)。

このように、七〇年代の両政権では、経済政策の領域において、関税カットや規制緩和など、「国内的保護の政治」からの離脱が見られるものの、仲裁制度の改革は十分に実施されず、また（再）商品化に向けた一貫した政策がとられないなど、賃金稼得者モデルの抜本的な改革は実現しなかった（Schwartz 2000)。労働市場政策および社会政策の転換が顕著になるのは、一九八〇年代以降の労働党政権下である。以下では、八三年から九六年まで続いたホーク・キーティング労働党政権のもとで採用された政策対応を確認する。ここでは、「アコード（accord)」と呼ばれる政労協調メカニズムに依拠することで、穏健的な手法に基づく「国内的保護の政治」からの離脱が実施された後、十分な成果が挙げられないという状況に直面し、九〇年代に入り、労働市場政策と社会政策の大きな転換が生じたことを確認する。

（三―一）政労協調に基づく「国内的保護の政治」からの離脱

新たに政権を獲得したホーク労働党政権の課題は、経済構造の転換により、経済危機からの回復を果たすことにあった（竹田ほか二〇〇七)。すなわち、高関税政策に依拠した競争力のない製造業を国内に抱える一方で、一次産品輸出に依存した経済構造から、競争力を高めて多様な製品の輸出に依拠した経済構造への転換である。したがって、ホーク政権（そして、それ以降のキーティング労働党政権およびハワード連立政権）は、経済政策に関して、ウィットラムおよびフレーザーの両政権下で部分的に採用されていた自由主義化・規制緩和などの諸政策をさらに推し進めていくこと

になる。その結果、「経済合理主義」と呼ばれる新自由主義路線が八〇年代以降のオーストラリアを特徴付けることになる（Pusey 1991）。そのため、労働党政権および連立政権に共通する傾向として、経済政策における目標の転換を確認することができる。すなわち、政策目標は、従来の保護主義的な関税政策とマクロ需要管理政策による完全雇用の実現から、自由化や規制緩和の推進へと転換し、完全雇用よりもインフレ抑制が重視され、財政赤字の削減が目指されることになった（cf. Goldfinch 1999, 2000）。

自由化・規制緩和の促進はそれまでの政権との共通性を示しているといえるが、ホーク政権はそれ以前の政権と大きく異なる特徴を持つ。すなわち、政府と労働組合の間で「アコード（accord）」と呼ばれる一連の協約を結び、政労協調に基づく諸改革を進めたのである。まず、初期のアコード（ALP/ACTU 1983）は、インフレを抑制し、将来の経済成長および雇用の確保のために賃金抑制を実現し、その引き替えとして社会賃金の充実を図ることを目的としていた（Bell 1997a, Castles 1988, Schwartz 2000）。例えば、賃金上昇を物価上昇率に連動させる賃金インデックス制を実施する一方で、フレーザー政権のもとで廃止されていた医療保険制度をメディケアという形で再導入し、低所得者層向けの税制改革が行われた。その後の八五年のアコードの改訂において、さらなる賃金抑制との引き替えに、退職年金制度への積み立てが実施されることになった（これは九二年に退職年金保障法として法制度化され、使用者の拠出に基づく強制加入型の所得比例の退職年金制度へと再編された）。これらの社会政策の拡充の試みは、従来型の資産・所得調査に基づく画一的給付からの離脱を示し、高齢者の生活保障を充実させる側面を持つといえる（Castles 1994, C. Pierson 2002）。また、女性の社会進出を促すため、八四年に男女雇用平等法が制定され、保育サービスのさらなる充実のため、八三年には児童サービスプログラムを打ち出し、八八年には全国児童福祉戦略が制定され、九四年には児童成長戦略が打ち出されている。また、子どものいる家庭を支援するため、八九年には児童扶養手当が導入された。その一方で、こ

の時期の社会政策改革は、厳しい財政状況を踏まえて、ターゲット化を強化することによってニーズがある人々へ給付を限定するという側面も伴っている（Mendes 2003）。例えば、八七年には所得制限がなかった児童手当に対して所得制限が導入されるなど、富裕層を対象から外すことによるコスト削減も目指された。

「アコード」の展開によって、仲裁制度の役割にも大きな変化が見られることになる（Schwartz 2000）。すなわち、仲裁制度は、賃金稼得者モデル下における高水準の「公正賃金」を提供するメカニズムから、八三年には賃金抑制の手段として利用され、さらに八〇年代後半にはフレキシビリティの導入手段として利用されるなど、その機能を大きく変化させてきた。例えば、八七年のアコードの改訂（アコードⅢ）に際して、新たに二層賃金制が導入されることになった。インフレ率以下に抑えられる従来の第一層に加え、生産性上昇にリンクした形での上昇が認められる第二層が付加されたのである。これは、従来の集権的な賃金決定システムからフレキシブルな賃金決定システムへの転換を示すものであり、労働者に対して生産性上昇に協力することへのインセンティブを提供するという側面も持つ。

さらに、経済政策（特に、産業政策）でも注目すべき展開がある。それは、国内製造業に対する産業政策の実施である（Capling and Galligan 1992, Bell 1993）。従来の「国内的保護の政治」では、政府はマクロレベルにおける需要管理政策および関税政策を通じて、一国経済を管理・運営し、セクターレベルにおける関与・介入は十分に実施してこなかった。それに対して、ホーク政権は、関税の切り下げや緊縮財政政策を採用し、マクロレベルにおける関与を縮小させる一方で、単に経済政策領域から撤退するのではなく、自由化のマイナス側面を緩和させ、競争力を育成するため、ミクロレベルおよびセクターレベルでの介入を実施した。初期の労働党政権における重要な試みは、バトン商工大臣のイニシアティブのもと、製造業セクターにおける構造調整や競争を促すために実施された産業調整プランである（Capling and Galligan 1992）。

以上のように、労働党政権の前半においては、「アコード」を中心とした政労協調に基づく穏健的な手法によって、「国内的保護の政治」からの離脱が試みられた。経済政策では、自由主義化・規制緩和が促進される一方で、産業政策の展開によって、そのマイナス側面を緩和することが目指された。労働市場政策では、賃金上昇からから賃金抑制へと重点が移され、賃金決定におけるフレキシビリティの導入など仲裁制度の改革がなされた。また社会政策では、賃金抑制の補償として社会政策の拡充がなされた一方で、ターゲット化や女性の社会進出を促進する試みもなされた。労働党政権の初期では、三つの政策領域で実質的な変化が起きているため、「賃金稼得者モデル」からの離脱という側面は鮮明になっているが、新たな福祉国家モデルを積極的に打ち出すという側面は十分に展開されていない。新たなモデルが明確になるのは、主に労働党政権の後期である。

（三―二）新たな政治経済モデルの形成へ

初期アコードの成功により、インフレは安定化し、経済成長も回復傾向にあったものの、九〇年代には再び景気後退に直面し、さらなる政策対応が必要となった。労働党政権の後期に採用された諸政策は、経済政策の促進手段としての労働市場政策、および、雇用政策と社会政策の連携強化として特徴付けられる。

まず、労働市場政策は、八〇年代末から進み始めていた生産性上昇と賃金上昇をリンクさせるという方向性を深化させることで、ミクロ競争力政策を支えることになった（Bell 1997a, Ramia and Wailes 2006など）。ここにおいて仲裁制度は、マクロレベルの賃金政策という性格から、ミクロ経済政策とリンクし、効率性の促進手段として利用されるようになる。例えば、重要な変化として、九三年の労使関係法の制定が挙げられる。この法律によって、賃金交渉の基本的単位として、生産性上昇とリンクした企業レベルでの決定が推奨され、集権的賃金決定システムとしての仲裁システム

の役割が終わることになった。仲裁制度は、最低賃金設定や企業レベルでの決定に関する条件の設定などに権限が限定されることになった（Schwartz 2000）。

他方、社会政策に関しては、雇用政策を社会政策の中心に置くという要素が強まり、積極的労働市場政策が注目を集め、政策目標として労働市場への統合が重視されることになった（Johnson and Tonkiss 2002, Mendes 2003, C. Pierson 2002など）。例えば、八八年にカスにより提出された政府報告書（Cass 1988）では、新たな労働市場の状況に対応するために、受給者が社会政策へ依存する状態から脱出し、自律した生活を送れるような機会を提供するため、よりアクティブな形態の社会政策への転換の必要性が主張されていた。特に、社会政策と教育・トレーニングなど労働市場政策を統合する必要性が強調されている。この報告書をもとに、例えば、九一年には長期失業者向けの「New Start」プログラム、八九年にはひとり親のための「Jobs, Education, and Training」プログラム、九一年には障害者のための障害者サポートパッケージなどが導入された。そして、この方向での改革の到達点といえるのが、九四年の「Working Nation」である（Keating 1994）。ここでは、経済成長の実現のみでは失業問題を解決できないことを前提として、政府と受給者の「互恵的義務（reciprocal obligation）」に基づいた新たな政策（長期失業者の受給条件として労働市場もしくは教育・トレーニング・ボランティアなどへの参加の要求、個別ケース管理システムなど）が導入された（Finn 1999）。これらの一連の諸改革は、給付と諸プラグラムへの参加をリンクさせることで、従来型の権利に基づいた給付から、互恵的義務に基づく受給者と政府の契約に基づく給付へと、社会権概念の転換をもたらした（Harris 2001, Macintyre 1999, Shaver 2001, Goodin 2001）。これらをふまえると、八〇年代から九〇年代のホーク・キーティング労働党政権における社会政策の変容を整理すると、（再）商品化に関して、失業者や「新しい社会リスク」に直面した人々を労働市場に統合するため、教育やトレーニングの整備を重視するという点で、アクティベーション政策が採用されたと考えられる。

また、この「Working Nation」は「雇用と成長のための白書」であり、経済成長のための諸戦略も提示されている（Waring 2005, Ramsay and Battin 2005）。ここで注目すべきは、その産業政策にある。八〇年代における産業調整政策と自由化・規制緩和のリンクという環境変化への対応の支援・促進だけでなく、成長産業（ＩＴ産業やハイテク産業など）を育成・発展させていくため、政府がより積極的な役割を担う経済発展戦略が示されている。これらは、構造調整の促進という傾向から、産業育成を目指して積極的・戦略的に介入していくという形態への戦略の変化を示しているといえる。

以上のように、ホーク・キーティング労働党政権による福祉国家の段階の移行は、政権初期における穏健的な手法に基づく賃金稼得者モデルからの離脱という特徴から、カスによる報告書や「Working Nation」において明らかになっているように、経済・社会政策領域への政府の積極的介入による福祉国家再編の実現という特徴を示している。その中で、①経済政策に関しては、自由化・規制緩和の促進および戦略的産業政策の導入がなされ、②労働市場政策に関しては、生産性上昇と賃金上昇をリンクさせ、企業レベルでの賃金決定を促進するなどのフレキシビリティを追求することで、競争力への寄与を目指す一方で、最低保障を提供するメカニズムとしての仲裁制度の維持がなされ、③社会政策に関しては、財政負担を減らしつつ社会的公正の実現を目指し、失業者や新しい社会リスクに直面した人々を労働市場に統合するため、教育やトレーニングの整備などのアクティベーション政策が実施された。したがって、労働党政権の試みは、「戦略的介入戦略」に基づく「協調モデル」への接近と評価できる。

ここで重要な点として、このモデルが機能するためには、①戦略的産業政策および自由化・規制緩和によって、競争力を確保し、十分な経済成長および雇用の拡大が実現する一方で、②アクティベーション政策によって、失業者や新しい社会リスクに直面する人々を労働市場へ積極的に統合することで、社会政策の受給者を減少させ、財政負担を減らし、さらなる経済成長のための投資や資本蓄積が行われていくという正の循環が前提となる。つまり、この福祉国家再編の

戦略が成功するか否かは、継続的な経済成長による雇用の拡大と労働市場へのスムーズな統合に依存しており、そのためにはビジネス勢力（経済政策の活用による競争力の実現と将来への投資）・労働勢力（生産性上昇への協力）・労働市場外の人々（労働市場（および諸プログラム）への積極的な参加）の各アクターの協調が不可欠となる。しかし、これらの諸アクターは常に利益が一致するとは限らず、安定的な連合が形成されるとは限らない。そこで労働党政権は、固有の正統化言説を用いて支持連合の形成を試みている(Johnson 2000, Johnson and Tonkiss 2002)。例えば、「創造的国家」(Department of Communication and Arts 1994）という政策文書の中で、先住民の存在や様々なサブカルチャーなど、市民社会における文化的多様性が国家の競争力にとってプラスであることを強調し、また「Working Nation」（Keating 1994）において、国家と受給者の関係を「互恵的義務」として、社会問題における政府の役割を強調している。しかし、労働党政権による支持連合形成の試みは安定的基盤を創出するまでには至らず、九六年には政権交代が生じることになる。以下では、ハワード連立政権の政策対応の特徴を検討する。

（四）ハワード連立政権の自由主義化

本項では、ハワード自由党・国民党連立政権下でなされた政策対応を整理する。ここでは、政治的な譲歩や妥協を行いながらも、労働党政権下での「経済合理主義」路線をさらに推し進める形で、労働市場政策および社会政策の領域においても自由主義化が進展したことを確認する。

九六年に政権を獲得したハワード自由党・国民党連立政権は、労働党政権下で採用されていた「経済合理主義」路線を継承し、それまで実施されてこなかった政策領域にも適用していく一方で、政治的な考慮からプラグマティックな政策対応も行っている。まず、経済政策については、すでに労働党政権下で自由主義化・規制緩和が進められており、残

されていた争点としては、さらなる民営化と税制改革が挙げられる（Quiggin 2004）。前者に関して、政権獲得時に、連邦政府により所有されていたテルストラは、数度にわたる株式売却を通じて、最終的に〇五年に完全民営化された。また、後者に関して、直接税・間接税の比率を改め、資本蓄積や投資を促すことで競争力の実現を促進するため、〇〇年に財・サービス税と呼ばれる間接税が導入された。そもそも財・サービス税は低所得者層に与える影響が大きいとして従来批判されてきた。しかし、多数を確保していなかった上院における妥協・譲歩の結果として、食品などへの課税が緩和されたため、指摘されていた低所得者層への悪影響は緩和されることになった。また、産業政策や関税政策においても、プラグマティックな対応がなされている（Conley 2001, 2004）。例えば、九六年には、関税引き下げへの政治的支持が低くなっていることを受け、産業委員会によるアドバイスにかかわらず、予定されていた関税引き下げの凍結を決定した。また九七年には「成長のための投資」（Howard 1997）と呼ばれる政策文書を示し、R&Dへの投資や輸出へのインセンティブ付与など、戦略的な産業政策を展開した（その後の展開に関しては、Howard 2002）。

他方、社会政策に関しては、縮減に向かう動きが見られる。ハワード政権の社会政策の特徴として、市場メカニズムの重視、個人の責任や義務の強調、保守的価値や主流派の価値の強調などが挙げられる（Mendes 2008, Ryan 2005）。ここで、特に注目に値する領域が失業給付の改革である。ここでは、労働党政権下で導入されていた給付と諸プログラムへの参加のリンクおよび個別ケース管理の導入という方向性が、さらに強化された。政府と受給者の関係は「相互的義務（mutal obligation）」とされ、政府の役割は減少する一方で、受給者の義務が強調されることになった。例えば、政権獲得後に積極的労働市場政策の予算を大幅に削減する一方で、諸プログラムへの参加やそれに関連したペナルティを強化することで、失業給付へのアクセスが厳格化された。若年者（一八歳から二四歳）の失業対策として「Work for Dole」が採用され、半年以上受給していた者に対して、諸プログラムへの参加が強制されることになった（後に対

象年齢が拡大される）（Parker and Fopp 2004）。また、「Working Nation」で導入された、個別ケース管理を提供していた雇用サービスを市場化するため、「Job Network」が導入された（Carney 2006）。その一方で、家族政策や高齢者向けの政策など政治的支持が大きい領域では、拡充もなされている（Mendes 2008, Hill 2006, Disney 2004）。例えば、女性が主にケア活動に従事し労働市場に限定的に参加する家庭を優遇する家族税給付の改革、出産手当の導入（所得保障のある出産・育児休暇の導入は拒否される）、子供ケア手当の導入などが実施され、また老齢年金の給付調整や高齢者向けの税控除などが実施された。ここで検討すべき論点は、連立政権における社会政策の変化の特徴である。受給者の義務を強調し、労働市場への参加を強いるという点で、狭義のワークフェア化が進んだといえる。

また、労働市場政策では自由主義化が進められた。ハワード政権は、九六年に、仲裁制度のさらなる権限縮小、労働組合の権限縮小、職場協約の導入などを目的とした職場関係法を成立させた（竹田ほか二〇〇七）。しかし、上院で多数を保持していなかったため、法案成立のための譲歩が必要となり、その内容は当初の予想に比べて穏健的なものに止まった（Schwartz 2000, Ramia and Wailes 2006）。ハワード政権は、上院で多数派を獲得した後、〇五年に職場選択法を制定した（Mendes 2008, 杉田二〇〇九）。この法律は、賃金・雇用条件に関する決定レベルの個人化、仲裁制度の権限のさらなる限定化、裁定を下回る不利益禁止条項の廃止を促すなど、労働市場の自由主義化を推し進める性格を持っている。

以上のように、ハワード連立政権下の政策対応は、失業給付における諸改革や仲裁制度改革などで示されているように、労働党政権下で進められていた自由主義化・規制緩和をさらに進めるという側面を持つ一方で、妥協や譲歩を行うなどプラグマティックな側面を持つといえる。連立政権の試みは、①経済政策に関しては、自由主義化・規制緩和の推進および戦略的介入の実施を行い、②労働市場政策に関しては、仲裁制度の役割を極限まで縮小し、個人契約化を促進

するなど、市場メカニズムの導入を図り、③社会政策に関しては、職業紹介サービスへの入札制度の導入や相互義務の強調などによる労働市場への統合の強制という側面が強くなる一方で、性別役割分業を前提とした世帯を優遇する税制や出産手当・子どもケア手当の整備など、一部の領域では拡充・維持が行われた。つまり、再商品化に関しては、狭義のワークフェア化が進展したといえる。したがって、連立政権の試みは、「市場化戦略」に基づく「交換モデル」への接近と評価できる。

ここで重要な点として、連立政権による福祉国家の再編が成功するか否かは、労働党政権下での再編と同様に、継続的な経済成長による雇用の拡大と労働市場へのスムーズな統合に依存している。連立政権の政策対応は、労働党政権下における諸アクターの協調とは異なり、失業給付改革に顕著に示されているように、市場メカニズムによる調整プロセスへの参加を強いるという特徴を持っている。また、連立政権は、労働党政権とは異なる正統化言説を用いて、支持連合の形成を試みている（Mendes 2008, Ryan 2005）。例えば、政府と受給者の関係を「相互的義務」とみなし、政府の役割を減少する一方で、受給者の義務を強化することで、社会問題の原因として、福祉依存など個人の責任が強調されることになった。また社会政策の主流化が進み、伝統的な価値観が強調されることになった。以下では、まず福祉国家の特徴把握という課題に関して、構成・戦略論的アプローチに基づく福祉国家論がもたらす知見を明らかにする。

（五）分析①　オーストラリアにおける再編の諸特徴―両政権の共通性と差異―

本項では、福祉国家論の理論的課題である特徴把握という論点に注目して、段階論と類型論の知見を用いながら、労働党政権と連立政権における福祉国家再編の試みの共通性と差異を検討する。

上述のように、先行研究では、オーストラリアにおける福祉国家の再編に関して、多様な評価がなされてきた。第一

に、労働党政権の試みを、いわゆる「ネオリベラリズム」への接近とみなすか、それとも「第三の道」や「新しい社会民主主義」の採用とみなすか評価が分かれている。そして、第二に、一点目と関連するが、労働党政権の試みと連立政権の試みの共通性が強調されて、両者の差異があるモデルへの接近の程度の差異を意味するのか、それとも質的に異なるモデルを意味するのかが不明確のままである。これらの評価の差異は、各論者が特徴把握のための理論枠組を十分に意識しないまま、分析を行っていることに由来している。ここで重要な点は、多様な評価が存在すること自体が問題なのではなく、特徴把握という論点に説得的に解答するためには、通時比較のための段階論と共時比較のための類型論という理論枠組が不可欠という点にある。以下では、理論研究で得られた知見をもとに、オーストラリアにおける再編の特徴を整理する。

まず、「ケインズ主義的段階」のオーストラリアは、上述のように、「国内的保護の政治」に基づき形成された「賃金稼得者モデル」であった。このモデルは、関税障壁などの保護主義的な経済政策の利用、高賃金を波及させるための強制仲裁制度の利用など、狭義の社会政策以外の手段によって、市民に社会的保護を提供していた点で、「国家主導」メカニズムに依拠した「国家主導経済モデル」の類型に当てはまると考えられる。

それに対して、まずホーク・キーティング労働党政権とハワード連立政権による政策対応は、「国内的保護の政治」に基づいた「賃金稼得者モデル」からの離脱という点で共通性を持つ。すなわち、両政権は、①経済政策に関して、保護主義的な関税政策とマクロ需要管理政策の撤回、および、自由化・規制緩和の採用、②労働市場政策に関して、フレキシビリティの追求、③社会政策に関して、（再）商品化政策の実施という共通した傾向を示している。また、政策目標に関しては、保護による完全雇用の実現から競争力の確保に重点がシフトし、社会権の概念においても、シティズンシップを基礎とした給付から諸プログラムへの参加を条件とした給付に重点がシフトし、労働市場政策における介入形

態も、集権的で画一的なものから個別性を重視したものへとシフトしている。

他方で、各領域で採用された政策対応には、上述のように、見逃すことができない差異も存在している。第一に、経済政策に関して、労働党政権では、バトン大臣による産業調整プラン、そして、雇用戦略としての「Working Nation」に示されていたように、社会パートナーとの協力のもと、経済発展のための戦略的産業政策が導入されていた。他方、連立政権では、民営化の追求など、市場メカニズムが重視された。第二に、労働市場政策に関しても、労働党政権では、仲裁制度は最低保障メカニズムとして維持されたが、連立政権では、職場選択法の制定に示されているように、労働市場の規制緩和・自由化が推し進められた。第三に、社会政策に関しても差異がある。労働党政権では、国家と受給者の関係は「互恵的義務」とされ、政府は、労働市場への参加を促すだけでなく、教育・トレーニングなど多彩なプログラムの提供にコミットするなど、アクティベーション政策に近い。他方で、連立政権では、「相互的義務」とされ、政府は、予算を削減した上で、規律やペナルティの強化および受給資格の厳格化などによって、受給者の義務を強めるなど、狭義のワークフェア化に近い。

さらにこの政策対応の差異は、正統化言説の差異とも関連している（Johnson and Tonkiss 2002, Mendes 2003, 2008, Ryan 2005, Moss 2001, McClelland 2002, Parker and Fopp 2004, Macintyre 1999, など）。第一に、国家と受給者の関係性の捉え方に大きな差異がある。上述のように、労働党政権下では、「互恵的義務」とされ、政府は、労働市場への参加を促すだけでなく、教育・訓練・ボランティア活動など多彩なプログラムの提供にコミットする一方で、連立政権下では、「相互義務」とされ、政府は、予算を削減した上で、規律やペナルティの強化および受給資格の厳格化などによって、受給者の義務を強めている。その結果として、貧困や社会的排除などの諸原因に関して、労働党政権では、経済・社会構造的な要因も重視される一方で、連立政権では、個人化された上でモラルの問題として捉えられることになる。第二

に、社会政策の対象となりやすいマイノリティーの位置づけも異なる。労働党政権では、マイノリティーの存在や文化的多様性の持つ価値が強調され、経済・社会政策の中で積極的に位置づけられる（例えば「創造的国家」という政策文書）のに対して、連立政権では、主流派の価値や伝統が重視され、マイノリティーを疎外する傾向が強い。つまり、労働党政権では、社会における多様性を積極的に意義付け、市民全体の主体的な参加による社会統合を促すことで支持調達が目指されたのに対して、連立政権では、自覚的に市民間に分断線を設け、その分断を政治的に利用することで支持調達が目指されたといえる。

そして、これらの政策・言説上の差異は、両政権が重視する調整メカニズムの差異に由来すると考えられる。つまり、経済社会問題への調整に関して、労働党政権は、社会パートナーとの協調に基づく、国家の主体的な役割を重視する一方で、連立政権は、市場メカニズムの役割を重視している（Schwartz 2000, Ramia and Wailes 2006など）。したがって、「競争志向」段階に関して、労働党政権は、「三者協調」メカニズムに基づく「協調モデル」に接近し、連立政権は、「自発的交換」メカニズムに基づく「交換モデル」に接近したと考えられる。つまり、両政権は、経済のグローバル化の進展とポスト工業社会への移行という変容圧力に対して、質的に異なる政治経済モデルの構築を試みていたといえる。

以上のように、段階論と類型論を用いることによって、オーストラリアにおける再編の特徴を、より適切に理解することができる。第一に、ホーク・キーティング労働党政権は、福祉国家の再編を目指し、「国内的保護の政治」に基づく「賃金稼得者モデル」からの離脱を目指した点で、過去の政権（や労働党の伝統）と断絶を示している。第二に、第一点と関連するが、ホーク・キーティング労働党政権とハワード連立政権は、「賃金稼得者モデル」を再編し、新たな政治経済システムの形成を目指したという点で、共通性を持つ。しかし、第三に、政策対応および正統化言説のレベルにおいて両政権は質的に大きく異なるため、それぞれ固有の政治経済モデルの形成を目指していたといえる。ホーク・キーティ

ング労働党政権は、社会パートナーとの協力関係を形成し、国家の主体的な役割を重視する一方で、ハワード連立政権は、市場メカニズムの役割を重視していたといえる。このように段階論と類型論を用いることによって、先行研究において生じていた議論の混乱を整理することができる。言い換えれば、段階論と類型論は、福祉国家の特徴把握という論点に関して、新たな知見をもたらすといえる。次項では、動態論をもとに、オーストラリアにおける再編プロセスを分析する。

（六）分析②　オーストラリアにおける再編をもたらした諸要因―再編のタイミングと分岐を説明する要因としてのアイデア―

本項では、オーストラリアにおける再編プロセスを、第一・二章で得られた動態論をもとに分析する。特に、利益中心アプローチや制度中心アプローチなど、既存の理論枠組と比べて、新たな知見を提供できるかという点に重点を置く。

まず前項までの議論を整理し直すと、一九七〇年代初頭の「賃金稼得者モデルの危機」に直面した後のオーストラリアにおける福祉国家の再編プロセスは、主に三つの局面に区分することができる。第一期は、一九七〇年代の「賃金稼得者モデル」の改革の時期である。この時期は、ウィットラム労働党政権およびフレーザー連立政権の両政権とも、それぞれ賃金稼得者モデルの諸側面の改革（関税改革や規制緩和など）を試みたものの、社会政策や労働市場政策において、抜本的な再編は生じなかった。第二期は、八〇年代以降のホーク・キーティング労働党政権期である。第二期を通じて、経済政策では、規制緩和や自由主義化が進められる一方で、戦略的な産業政策が実施された。社会政策と労働市場政策に関して、政権の前期においては、「アコード」における政労協調のもと、賃金抑制と社会的賃金の拡充の取引がなされた。政権後期には、アクティベーション戦略が採用されていく。具体的には、八八年に、積極的な社会政策への転換を提言

したカスによる報告書が出された後、社会政策において様々な改革がなされ、九四年の「Working Nation」に結実することになった。ここでは、受給者と国家の関係を「互恵的義務」として捉え、政府による諸プログラム（教育・トレーニングの提供や労働市場の活性化）の提供と、受給者によるそれらへの参加が結びつけられることになった。第三期は、九〇年代以降のハワード連立政権期である。ここでは、労働市場政策と社会政策の領域においても、自由主義化・規制緩和が進められた。上院で多数を確保した後に、仲裁制度の権限の縮小や雇用関係の個人化など、労働市場の自由主義化を目指した職場選択法が制定された。また、社会政策においては、受給者と国家の関係を「相互的義務」として捉え、諸プログラムへの大幅な予算削減、失業給付の受給の厳格化や労働市場への参加の強化などがなされた。以上のように、オーストラリアにおける福祉国家の再編に関して、第一期は、賃金稼得者モデルからの部分的離脱（再商品化の遂行という側面は弱い）、第二期は、「戦略的介入戦略」による「協調モデル」への接近、第三期は、「市場化戦略」による「交換モデル」への接近と整理することができる。

このような再編プロセスを、第一章で批判的に検討した、既存の理論枠組は十分に説明できるであろうか。以下では、主流派アプローチとし

	オーストラリア
第一期 （再編以前）	賃金稼得者モデル（①保護主義的経済政策＋マクロ需要管理政策、②強制仲裁制度、③残余的な社会政策）からの部分的離脱（70年代～80年代初め） ・経済政策の領域を中心に、部分的な自由主義化・規制緩和 ・仲裁制度の改革は生じない ・再商品化はあまり進まない
第二期 （再編以後）	「戦略的介入戦略」による「協調モデル」への接近（83～96年の労働党政権） ・経済政策：自由化・規制緩和と戦略的産業政策 ・社会政策と労働市場政策：①政権前半では「アコード」に示されているように、賃金抑制と社会的賃金の取引 ②政権後半では「working nation」に示されているように、アクティベーション政策 ○ポイント ・「国内的保護の政治」を脱正統化する政策パラダイム（「経済合理主義」）の台頭 ・積極的な社会政策や戦略的産業政策など、国家の積極的役割を重視する政策アイデアへの収斂
第３期 （再編以後）	「市場化戦略」による「交換モデル」への接近（96年以後の連立政権） ・経済政策：自由化・規制緩和の推進 ・労働市場政策：市場メカニズムの徹底による自由主義化 ・社会政策：失業給付などで狭義のワークフェア化 ○ポイント ・経済合理主義パラダイムの持続 ・市場メカニズムの効率性を重視する政策アイデアによる刷新

表１　オーストラリアにおける福祉国家の再編

て、権力資源動員論、ビジネス勢力に注目する比較政治経済学、歴史的制度論、公的政治制度への注目という各枠組の妥当性を検討した上で、理論研究で得られた動態論の知見を検討する。

まず第一章の議論を手がかりに、再編戦略に関する各理論枠組の仮説[7]を簡単に振り返る。階級間対立のあり方がアウトカムの差異を説明すると考える権力資源動員論では、政権の党派性に注目する場合、左派政権ならば社会パートナーとの協力を重視するため「戦略的介入戦略」を採用し、保守政権ならば市場メカニズムを重視するため「市場化戦略」を採用すると予測される。ビジネス勢力の制度的基盤に注目する比較政治経済学では、自由市場経済（LME）に属するオーストラリアの場合、戦略的調整の基盤がないために、市場メカニズムが重視され、結果として「市場化戦略」が採用されると予測される。過去の政策遺産を重視する歴史的制度論では、経路依存的な発展が生じると捉えるため、福祉国家（の依拠する調整メカニズム）の持続性が予測される。公的政治制度に注目する議論では、政治制度に大きな変化がない限り、福祉国家（の依拠する調整メカニズム）の持続性が予測される。オーストラリアは、当該期間内において公的政治制度の大きな変化を経験していないため、持続性が示唆される。

各理論枠組から得られる仮説と再編プロセスの特徴を比較してみると、各理論枠組の説明力に差異があることが分かる。まず、歴史的制度論と公的政治制度への注目は持続性を想定するが、「国家主導」に依拠していた「賃金稼得者モデル」から、労働党政権下での「三者協調」に依拠した「協調モデル」への接近、さらに連立政権下での「自発的交換」に依拠した「交換モデル」への接近というプロセスと合致しない。また、比較政治経済学は、連立政権下での試み（交換モデルへの接近）を説明する上では有効性があるが、労働党政権下での試み（協調モデルへの接近）には合致しない。最後に、権力資源動員論は、理論枠組から得られる仮説と各政権で採用された戦略が合致しており、もっとも説明力を持つ。したがって、党派性に注目する権力資源動員論の知見によって、オーストラリアの事例は適切に分析することがで

きるように思われる。言い換えれば、本稿の第一・二章で得られた動態論の知見は不必要のようにも思われる。

しかし、権力資源動員論にも、オーストラリアにおける再編を分析する上で、説明が困難な論点がある。まず第一の問題点は、賃金稼得者モデルからの離脱が生じたタイミングを十分に説明できない点にある。七〇年代には、すでに経済パフォーマンスの悪化という形で、賃金稼得者モデルの客観的な問題点に直面していたにもかかわらず、ウイットラム労働党政権（および、フレーザー連立政権）では抜本的な改革がなされなかった。抜本的な改革が実施されたのは、八〇年代のホーク労働党政権以降である。権力資源動員論では、賃金稼得者モデルの客観的危機という経済社会環境は共通し、かつ同じ党派であったにもかかわらず、なぜウィットラム政権とホーク政権の対応が異なるかを十分に説明できない。つまり、客観的危機と福祉国家再編の時間的ギャップをうまく説明することができない。第二に、労働党政権下での政策対応の変化という論点である。そもそも、八三年に労働党が政権に就いた段階では、労働市場政策と社会政策の関係性に関して、初期アコードに示されているように、賃金抑制と社会的賃金の充実の取引という性格が強く、再商品化に向けた統合という側面は強調されていなかった。アクティベーション戦略が顕著になるのは、八八年にカスによる報告書が政府に提出された後である。言い換えれば、八八年以降にようやく、政治アクターの間で、再商品化政策としてのアクティベーション戦略の重要性が認識され、経済政策や労働市場政策もそれに適合的な形で修正され、九四年の「Working Nation」に結実したと考えられる。第三に、前項で確認したように、福祉国家再編プロセスが進む中で、国家―受給者関係、社会問題の原因の捉え方、マイノリティーの位置づけが変化しているが、利益に注目する権力資源動員論では、労働党政権と連立政権の間の政治言説の変化を十分に捉え切れない可能性が挙げられる。

これらの残された論点に関して、理論研究で得られた動態論は、一定の知見を提供する。構成・戦略論的アプローチに基づく動態論のポイントは、アイデアの二つの役割（①アイデアによって、アクターの利益が形成されるという構

成的役割と②アクターがアイデアを利用して支持調達をはかるという因果的役割）を、制度変化プロセスに自覚的に位置づけるという点にある。例えば、第一の点に関して、「賃金稼得者モデル」の有効性や正統性を打破する政策パラダイムの台頭が指摘できる。八〇年代に入り、オーストラリアでは「経済合理主義」と呼ばれる、国家による保護主義の限界を指摘し、市場メカニズムの効率性を重視するアイデアが広く影響力を持つに至った（Pusey 1991, Goldfinch 2000）。この知的潮流の変化を背景に、ホーク政権は、「国内的保護」の政治に基づく「賃金稼得者モデル」の危機をアピールし、新たな政治経済システムの構築を目指していった。つまり、保護主義批判および市場メカニズムの効率性重視という政策パラダイムの台頭が、ウィットラム政権とホーク政権の対応の差異をもたらしたといえる。

第二の点に関して、十分に再編の成果が挙げられない中で、カスにより提出された政策アイデアが、政治アクター間の議論を規定したと考えられる。初期アコードにおける、賃金抑制と社会的賃金の充実という政策ミックスが十分な成果を残さない状況（とりわけ失業率の高止まり）の中で、九〇年代初頭には、政治アクターはさらなる改革の必要性に直面していた（Schwartz 2000）。そこで注目されたのが、「消極的社会保障システムから積極的な社会保障システムへの転換」を唱えたカス報告書（Cass 1988）である。この政策アイデアは、社会政策改革として注目されるだけでなく、政権獲得以来実施されてきた産業政策と接合されることによって、「Working Nation」に結実したと考えられる（Keating 1994）。言い換えれば、保護主義批判および市場メカニズムの効率性重視という政策パラダイム内で、アクティベーション戦略という政策アイデアが受容されたといえる。

また第三の点に関して、福祉国家再編は、「国内的保護の政治」に基づく支持調達からの転換を意味する以上、新たな正統化言説の必要性を示唆する。労働党政権は、社会政策の対象となりがちなマイノリティーを積極的に位置づけ直し、文化的多様性がオーストラリア政治経済にとってプラスであることを主張し、国家と受給者の関係を「互恵的義務」

として位置づけ直し、国家による社会政策の展開の妥当性や適切性を訴え、支持調達を図ったといえる。他方で、連立政権は、マイノリティーが社会政策の既得権者となっており、福祉依存が生じていることを批判し、国家と受給者の関係を「相互的義務」として位置づけ、社会政策の縮減こそが多数派の利益にかなうことをアピールし、支持調達を図ったといえる。つまり、両政権は、支持調達のために、主体的に正統化言説を駆使していたと考えられる。動態論は、再編プロセスにおける支持調達側面に注目することで、この論点の分析に有益といえる。

以上のように、第一・二章で得られた動態論は、制度変化プロセスにおけるアイデアの構成的役割と因果的役割に注目することによって、既存研究で十分に説明できない論点（再編のタイミング、労働党政権下での変化、正統化言説の変化）に、一定の知見を提供することができる。より詳細な実証分析が必要なのは言うまでもないが、動態論の有効性は一定程度確認できたといえる。

したがって、構成・戦略論的アプローチに基づく段階論・類型論・動態論を用いることによって、オーストラリアにおける福祉国家再編に関して、先行研究では十分に検討されていない論点に関して、新たな知見を提示することができるといえる。つまり、構成・戦略論的アプローチに基づく福祉国家論の有効性が確認できたといえる。

第三節　現代政治学における構成・戦略論的アプローチの可能性

本節では、構成・戦略論的アプローチの政治学における可能性について考察する。本アプローチに基づく政治分析は、現代政治学に一定の理論的貢献をなし得ると思われる。例えば、第二章で提示した制度変化モデルは、新制度論における理論的刷新の意義と限界をふまえ、制度変化の二つの政治的ダイナミズムを射程に収めようとしている点で、新制度

論の理論的発展に貢献すると考えられる。以下では、その他の理論的貢献として、国家の変容、それに関連した権力のあり方という現代政治学の論点に関して得られる知見を取り上げる。そして、最後に本アプローチの政治学上の意義について言及する。

（一）国家の変容に関する知見

まず構成・戦略論的アプローチが国家の変容に関してもたらす知見から検討してみよう。段階論を検討した別稿（加藤二〇〇九a）で言及したように、国家の衰退を強調する論者は、経済のグローバル化によるマクロ経済政策能力の衰退、超国家機関や地方自治体への権限委譲などの傾向を根拠として、国家全体の衰退と見なしていた。しかし、上述のオーストラリアの事例で示されているように、国家は、マクロ経済政策領域での介入能力を喪失したとしても、その他の政策領域（産業政策、労働市場政策、社会政策など）での介入能力を保持し続けており、諸困難に直面しながらも政策目標を達成している。さらに、オーストラリアでは、保護主義やマクロ需要管理政策というマクロレベルでの介入を放棄する一方で、産業レベルでの介入を強化させた。つまり、目標達成のため、国家は多様な政策手段を保持しており、それらを創造的に組み合わせることによって、ある領域で失った能力を補完・代替しているといえる。しかしながら、国家の変容に関する従来の研究では、特定の政策領域に注目し、機能的補完性や代替性など、制度間の関係性をふまえた分析が不十分であった。したがって、国家の変容を検討する上では、諸政策領域間の関係性の変化を分析することが必要となる。例えば、上述のオーストラリアの再編では、賃金抑制の手段として利用されていた「アコード」が、経済的な効率性獲得の手段として利用され、「再商品化」が論点になる中で、社会政策と労働市場政策の結びつきが強化されている。

この政策領域間の関係性の変化に加え、諸アクター間の相互依存が深まることは、国家の間接的な影響力行使の可能性の拡大を示唆する。アクターの相互依存による影響力の拡大という視点は、マン（Mann 1984）の「インフラストラクチャーパワー」[8]への注目、および、ワイス（Weiss 2003）の「管理された相互依存の増大」[9]への注目、ＥＵなど多アクターが関与する政体の政策能力に関するシャープ（Scharpf 1988, 1996, 2002）による研究[10]など、すでに先行研究で多くの知見が蓄積されている。ここで、構成・戦略論アプローチが新たに付加できる知見は、その影響力行使の形態である。先行研究は、間接的な影響力行使の基盤として、政策ネットワークやアクター間の調整手続など、相互依存の深化を支える制度的な側面の重要性を強調する。これらの制度的な基盤に加えて、構成・戦略論的アプローチは、理念的側面の重要性を示唆する。すなわち、国家は、アイデアの二つの役割を通じて、政治的な影響力を行使することができる。例えば、国家は、政治目標の設定や政治行為の文脈を規定すること（構成的役割）、政府介入の必要性や正当性をアピールすることによって支持調達を実現すること（因果的役割）ができる。つまり、国家は、相互依存の制度的基盤の利用だけでなく、アイデア的要因を用いて、政治目標や文脈の設定および支持調達を行うことによって、国家の影響力を強化すると考えられる。

これらの知見は、より一般的に、国家など大規模な組織における協力・連帯の基盤としてのアイデア的な要因の重要性を示唆している。「合理的個人ならば協力しない」という集合行為問題に関するオルソン（Olson 1965）の問題提起を受けて、社会科学では「なぜ合理的個人が協力をするのか」という課題に取り組んできた。小規模集団であることや選択的誘因の存在というオルソン自身の知見に加え、自己管理的な監視メカニズムの設置や情報を共有し討議による解決を促す決定手続など、合理的個人が協力するための基盤としての制度メカニズムの重要性[11]が指摘されてきた（cf. Ostrom 1990, Rothstein 1998）。

構成・戦略論的なアプローチは、これらに加えて、アイデア的要因の重要性（特に構成的役割）も示唆している。確かに、アイデア的要因の可能性自体は、国家におけるイデオロギーの重要性[12]を指摘するノース（North 1981, 1990）やリーヴィ（Levi 1981, 2002）やアクター中心制度論[13]を展開するシャープ（Scharpf 1997）などでも指摘されている。しかし、これらの諸研究は、特定の利益を持つアクターを前提として、諸個人が協力するための制度的基盤を補完する要素としてのアイデア的要因に注目するに過ぎない。しかし、アイデアは、アクターの利益を形成するという構成的役割も持つ。つまりアイデア的要因は、アクターの利益や「合理性」観念自体を形成し、また政治的行為の文脈の意味を設定することによって、協力の基盤を提供しうるのである。言い換えれば、構成・戦略論的アプローチに依拠し、アクターの利益や選好がアイデア的要因によって形成されると捉えることによって、協調や連帯の基盤への視野は大きく広がるといえる。

（二）権力に関する知見

続いて、権力に関する議論にもたらす知見について検討しよう。福祉国家研究では、権力資源動員論に代表されるように、観察可能な対立に注目する行動論的な権力理解を克服する理論的な試みがなされてきた。例えば、第一章で紹介した権力資源動員論の代表的論者であるコルピ（Korpi 1985, 2001）は、既存の権力論が権力の行使に注目し、因果的説明に依拠していることを批判する。彼は、権力に関する研究は、権力行使ではなく、権力資源[14]に注目しなければならないことを主張し、因果的説明を、アクターの願望や信念を考慮に入れた意図的説明によって補完する必要を説く（Korpi 1985, p.31）。そうすることによって、権力論の射程が大きく広がるのである。具体的には、権力資源の行使形態として、直接・短期的行使のみならず、間接・長期的投資を捉えることが可能となる。コルピは、前者が行動論的な

権力行使であることを示唆する一方で、後者の例として、「権力資源の動員のためのチャネルの発達」、「決定や対立調整のための制度形成」、「コストがかかる権力資源からより少ないタイプへの転換」、および「予期された反応の促進」という四つのパターンを示す。つまり、権力を資源として捉えることによって、従来の行動論的な権力論では十分に分析されていなかった間接・長期的な行使形態にまで理論的射程を広めたという点で、コルピの試みには大きな意義がある。

ここで構成・戦略論的アプローチは、権力資源の行使形態に関する知見をもたらすことができる。コルピの整理では、権力行使における形態（直接―間接）と効果に関する時間軸（長期―短期）が十分に区別されておらず、間接的な行使は長期的な効果をもつものとして想定されている。しかし、アイデアの二つの役割を考慮することによって、行使形態と時間軸を区分することが可能となり、権力資源の行使形態を四類型に拡大しうる。つまり、権力の行使形態として、第一に、行動論的な権力行使（決定の場で観察可能であり短期的に効果が現れるという点で、直接的―短期的）、第二に、制度形成への投資（決定の場で観察可能だが長期的なインパクトを持つという点で、直接的―長期的）、第三に、アイデア的要因を駆使した支持調達（決定の場で権力行使を直接的には観察できないが、短期的な効果をもたらすという点で、間接的―短期的）[15]、そして、第四に、アイデア的要因を利用した利益形成プロセスへの介入（決定の場で観察できず、さらに長期的な効果をもたらすという点で、間接的―長期的）に整理できる。この整理を利用すれば、権力資源動員論による福祉国家分析は、権力資源の行使形態として、理念的側面の重要性も考慮することにつながり、より充実した分析につながると考えられる（アイデアと権力の関係については、Béland 2010も参照）。

これらの多様な権力行使の形態の発見は、権力そのものの定義の刷新へとつながる。権力論のひとつの到達点[16]として、ルークス（Lukes 1974）の三次元的権力がある。彼は、権力の行使を観察可能なものと捉える行動論的な決定権力（一次元的権力）、および、アジェンダ設定など観察不可能な行使形態を指摘し、行動論的な想定を批判した非決定権力（二

次元的権力）に対して、両者とも主観的な利益の対立を前提としていることを批判し、利益の対立を顕在化させない選好形成としての権力（三次元的権力）を提示する。ルークスの三次元的権力の特徴は、客観的な利益対立の存在を前提としている点にある。しかし、上述の権力の行使形態の四類型が示すように、権力は必ずしも対立を含んだ形で行使されるとは限らない。すなわち、アイデアの構成的役割を通じて、利益や選好を形成するという側面も存在する。これが示唆することは、権力概念を、対立の契機を前提とするものとして捉えることを相対化する必要である。ここで、ヘイによる整理は有効な手がかりを提供している。例えば、ヘイは、権力を、直接的な「行為を形成する力」に加えて、間接的な「文脈を形成する力」として定義する（Hay 1997, p.50, 2002, pp.184-187）。ここで重要な点は、ヘイの権力概念が、直接的な権力行使だけでなく、間接的な権力行使の形態も含み、さらに必ずしも対立を前提としていない点にある。つまり、構成・戦略論的アプローチに基づくと、「権力とは、あるアクターが、直接的・間接的手段を通じて、短期的・長期的に、他者の行為を変化させる能力を意味し、その行使形態は手段（直接的もしくは間接的）および効果が現れる時間的側面（短期的もしくは長期的）に応じて四つのタイプが存在する」として捉えられる。以上のように、構成・戦略論的アプローチは、多様な権力行使の形態の整理につながり、権力論に対しても一定の貢献をなすと期待できる。

（三）構成・戦略論的アプローチの可能性

それでは最後に、構成・戦略論的アプローチの政治学における可能性について検討する。構成・戦略論的アプローチは、福祉国家論の理論研究に対する基礎となる点に加え、制度変化モデルの提供、国家の変容や権力の捉え方など、政治学における重要な論点への一定の貢献も期待される。これらに加えて、以下で確認するように、本アプローチは、政治分析一般におけるメタ理論的な基礎となることが期待される。

現代政治学において、理論潮流のひとつとなっているのは、第二章で検討した新制度論[17]である。当初は、合理的選択制度論、歴史的制度論、社会学的制度論という三つのアプローチが提示された。第二章で検討したように、その後、多くの研究成果が蓄積され、各アプローチ間の批判的対話が続けられる中で、近年では、合理的選択制度論と歴史的制度論の間に収斂が見られる一方で、アイデア的要因に注目する第四の新制度論が提出されるなど、現在もなお理論的刷新が続いている。そして、これらの理論的刷新の知見の間には補完性があり、さらなる理論的収斂が進むことも予想される。

しかし、この新制度論における理論的収斂は、その当初の問題提起を思い起こすと、驚くべきことのようにも考えられる。なぜならば八〇年代に初めて「新制度論」という用語を利用したとされるマーチとオルセン（March and Olsen 1984, 1989, 1996）は、行動論と合理的選択論を強く批判する形で、自らの議論を提示していたからである。彼らは、当時の主流派であった両潮流を、文脈主義、還元主義、功利主義、道具主義、機能主義として批判し、政治のシンボル的な側面や適切性の論理の重要性を強調していた。少なくとも、新制度論を「社会科学の理解に関する重要な認識論的パースペクティブ」と見なしうる（March and Olsen 1984, p.738）としていた点に明らかなように、彼らは、政治学におけるパラダイム転換を模索していたと考えられる。しかし、「新制度論」を主導したマーチとオルセンの当初の問題提起にもかかわらず、その後の理論的な到達点は、パラダイム転換の成功ではなく、合理的選択制度論を含む形での理論的収斂である。

それでは、なぜマーチとオルセンの問題提起は、当初の批判対象であった合理的選択論の流れをくむ、合理的選択制度論を含んだ形での新制度論の理論的収斂へと展開していったのであろうか。この問題を考える上では、社会科学における制度論的転回に関して考察したジェソップの整理が有益となる。彼は、制度論的転回を、諸制度が研究の主要なテーマに含まれることを意味するテーマ的転回、諸制度が研究の有益な出発点を提供することを意味する方法論的転回、諸

制度が社会的存在の根本的な基礎を形成していることを意味する存在論的転回に分ける(Jessop 2001, p.1214)。[18] このジェソップの整理を用いると、マーチとオルセンの問題提起は、その意図にもかかわらず、テーマ的転回および方法論的転回の次元に止まっていたために、パラダイム転換を示唆する存在論的転回に成功せず、批判の対象であった合理的選択論の流れを汲む合理的選択制度論を含んだ形での新制度論における理論的収斂へと展開していったと考えられる。すなわち、彼らは、新制度論を「認識論的パースペクティブ」と見なしうると主張したものの、それが政治分析にどのような知見をもたらすかに関して、十分に議論を深めることはなかった。むしろ、主流派が制度的要因を見落としている点を批判し、テーマや分析の出発点としての制度の重要性を指摘するにとどまっていたのである。言い換えれば、彼らは、政治現象の特徴に言及しながらも、どのようにアプローチするかというメタ理論的な基盤に関する議論を正面から展開しなかったために、政治学のパラダイム転換を模索するという当初の問題提起を深めることができなかったと考えられる。

したがって、ここで検討すべきは、現在生じている新制度論の理論的刷新のメタ理論としての可能性である。もしこの理論的刷新に政治学のアプローチとして大きな問題点がないのであれば、政治分析のメタ理論として期待を持つことができる。しかし、第二章で検討したように、そこには制度変化プロセスにおける利益形成局面の軽視という問題点が残されていた。言い換えれば、政治の目標設定局面のダイナミズムが軽視されているのである。したがって、マーチとオルセンの当初の問題提起を引き継ぎ、そして、政治の支持調達局面だけでなく、目標設定局面を射程に収めた政治分析を行うためには、新たなメタ理論が必要となる。

ここでアイデアの二つの役割（①構成的と②因果的）を媒介とした、構造と行為主体の相互作用に注目する構成・戦略論的アプローチは大きな意義を持つといえる。アイデアの構成的役割は、漠然とした社会現象を解釈・意味付けるこ

とによって達成すべき政治目標を設定するという点で、政治の目標設定機能とリンクしている。因果的役割は、特定のアイデアにより設定された目標に向けて、アイデアなどを主体的に利用することにより支持を調達するという点で、政治の支持調達機能とリンクしている。言い換えれば、アイデアの二つの役割を政治プロセスの連続に位置づけることによって、二つの政治的ダイナミズムを分析の射程に収めることができるのである。ホールが指摘するように、政治とは「単に権力を求める争いだけではなく、利益の解釈をめぐる争いでもある」（Hall 1997, p.197）ならば、政治の目標設定局面と支持調達局面という二つのダイナミズムを射程に収めた構成・戦略論的アプローチは、政治分析のメタ理論として有効性を持つと期待できる。

以上のように、アイデアを媒介とした構造と行為主体の相互作用に注目する構成・戦略論的アプローチは、福祉国家論の理論研究の基礎となるだけでなく、政治学上の重要な論点への知見を提供したり、政治分析のための有効なメタ理論になると期待される。実際の経験分析に利用するためには、別稿（加藤二〇〇八、二〇〇九ａ、二〇〇九ｂ）および本稿において、福祉国家研究に即して検討してきたように、本アプローチに基づいた段階論・類型論・動態論を展開するなど、まず理論研究が不可欠となる。この作業は手間のかかるものであるが、そこで得られた成果は、オーストラリアにおける再編に関する端緒的な事例分析でも確認されたように、先行研究では十分に検討されていない新たな知見をもたらすことができる。構成・戦略論的アプローチに基づく政治分析は、現代政治学に新たな貢献をなしうると考えられる。

（19）「従属変数問題」とは、研究者の間で、福祉国家の変容結果に関する合意が存在しないことに起因する問題を指す（加藤

二〇〇八を参照）。具体的には、論者の間で、変容結果に関する定義にばらつきが存在するため、同じ現象に関する解釈が大きく分かれてしまい、各研究の提示する諸知見が十分に蓄積されていないという現状を指す。

（2）ウェント（Went 1998）の整理を借りれば、特徴把握のための理論は what を問う「構成的理論」、動態の説明のための理論は why を問う「因果的理論」に分類できる。

（3）本節の記述は、以下の研究（加藤二〇一〇、二〇一一）をもとに、本稿の目的に合わせて、大幅に修正したものである。

（4）オーストラリアの社会保障制度に関する、邦語で読める先行研究としては、以下のものを参照（小松・塩谷一九九九、仲村・一番ヶ瀬二〇〇〇など）。一九七〇年代以降のオーストラリアの政治・経済・社会的な背景を理解するためには、以下のものを参照（石垣一九九七、関根二〇〇〇、塩原二〇〇五、竹田ほか二〇〇七など）。

（5）キャッスルズは、もうひとつの戦略として、「国内的な補償を充実させる政治（politics of domestic compensation）」を挙げる。これは、カッツェンスタイン（Katzenstein 1985）がヨーロッパの小国分析において提示したものである。その特徴は、国際市場で競争力を確保するためにフレキシブルな調整を採用することによって、産業政策の利用による国際環境への積極的な対応を促す一方で、その調整コストを補償するための社会政策を充実させ、これらを支える制度的基盤としてコーポラティズムを形成する点にある。

（6）政治的基盤以外の重要な要因として、社会的・経済的な条件も指摘できる。例えば、社会的条件として、持ち家率の高さ、人口構造の若さ、固有のジェンダーバイアスなどが挙げられる。他方、経済的条件として、主要な貿易市場としてのイギリスの存在、主要な輸出製品として鉱山資源や一次産品に恵まれていたことなどが挙げられる。

（7）本文中で提示した以外の仮説を導き出すことも可能と思われる。しかし、ここではもっとも標準的と思われるものを検討する。

（8）マン（Mann 1984）は、国家の二つの権力として、「専制的パワー」と「インフラストラクチャーパワー」を提示する。前者は、市民社会集団と制度化された交渉なくしてエリートが実施しうる行為の範囲を指し、後者は、国家が市民社会に浸透しその領域で政治的決定を実施しうる能力を指す。彼の主著（Mann 1986）では、この権力行使の形態の差異などに注目しながら、社会システム（特に国家）の形成・発展・変容の歴史分析が行われる。社会の構造や歴史は、四つの源泉（軍事的諸関係、経済的諸関係、イデオロギー的諸関係、政治的諸関係）を持つパワーの相互関係から理解できると指摘する。

（9）ワイス（Weiss 2003, p.308）は、国家の変容に関して、「グローバル市場の主要な制度的インパクトは、支配のステイティスト的形態を弱め、管理された相互依存の諸形態の増大をもたらす傾向がある」としている。「管理された相互作用」は、公私のパートナーシップ、政策ネットワーク、情報交換、および自己規制などが含まれる。

（10）シャープは、利害の異なる様々なアクターが参加し、全会一致原則が存在するために政策決定が困難となる状況（いわゆる「共同決定の罠」）における、合意達成能力を補完するための諸制度・手続きや諸戦略に注目する。その中で、共通の利益や価値に言及する政策決定スタイル（問題解決型）の採用（Scharpf 1988）やＥＵレベルにおける様々な政策調整メカニズムの存在（Scharpf 1996, 2002）の有効性を指摘する。しかし、その一方で、これらの諸制度や諸戦略の限界も指摘し、根本的な制度改革の必要性を強調する。

（11）例えば、オストロムは、共有資源の管理という社会的ジレンマ状況の解決策として、国家もしくは市場というメカニズムしかないと捉えることが誤りであることを指摘し、自己管理的な制度メカニズムによる協調の可能性が存在することを説く（Ostrom 1990）。（その後、オストロムは、「合理性の第二世代モデル」として、「互恵性、評判、および信頼」を盛り込むことを提唱している（Ostrom 1998）。オストロムの議論に関する政治学上の意義については、小野（二〇〇一）を参照）。ロススタインは、制度が規範形成力を持つことを主張し、利害関係者を公的討議プロセスへ参加させ合意へと導く決定手続きが個人間の協調を促すことを指摘する（Rothstein 1998, 2005）。合理的選択制度論における、合理的個人間の協調における制度が果たす役割については、ワインガストによるレビュー論文（Weingast 2002）で整理されている。彼によれば、制度の果たす重要な役割は、協調へのクレディブルなコミットメントを実現する点にある。また、経済史研究（North 1981, 1990）の分野では、効率的な交換が成立する上で、所有権の確立が必要であったことが指摘される。

（12）ノース（North 1981, 1990）やリーヴィ（Levi 1981）は、フリーライダーを防止し、合理的個人に協力を促す要因として、イデオロギーの重要性を指摘する。彼らのイデオロギーへの注目は、集合行為を実現し、自己利益を達成することへの寄与という側面にあり、アクターの利益は所与とされている。つまり、本稿の整理で言えば、アイデアの因果的影響力を重視していることになる。

（13）シャープは、アクター中心的制度論の特徴を、社会現象を意図的なアクターの相互作用の結果として説明するが、その相互作用やアウトカムが制度的状況により条件付けられているものとして捉える点にあるとしている（Scharpf 1997）。通

常の合理的選択制度論と比べて理論的に興味深い点は、①選好を、自己利益志向、規範志向、アイデンティティ志向、相互作用志向という類型に分けて考え、②客観的な状況配置がアクターによって主観的に読み替えられることを説き、狭義の合理主義想定から決別している点にある。この二つの理論的前提を置くことによって、多様な状況における意思決定パターンを分析することを可能としている。

(14) コルピは、権力資源を「他の諸アクターを報いるもしくは罰することを可能とする属性」として定義する（Korpi 2001, p.244）。本稿の第一章でも触れているように、重要な点は、権力資源は非対称的に配分されており、その行使には固有のコストがかかるため、合理的なアクターは様々な行使形態の中から、適当なものを選択するという理論的視角にある。

(15) バラッツらが提示した「非決定」権力は、ある争点を政策決定プロセスの場から外すという形をとるため、政策決定プロセスで観察可能でないが、短期的な効果を持つという点で、間接－短期に当てはまると考えられる。

(16) 権力論に関するレビューとしては、以下の文献が有益である（新川一九八五、星野二〇〇〇、盛山二〇〇〇など）。

(17) 新制度論に関しては、本稿の第一章および第二章を参照。

(18) ジェソップは、テーマ的転回は理論的にあまり意味を持たず、方法論的転回はヒューリスティックな意味を持つことを指摘する一方で、存在論的転回の重要性は認めつつも、オルタナティブとして戦略・関係論的アプローチの有効性を主張している（Jessop 2001, 戦略・関係論的アプローチについては、Jessop 1996, 2004, 2005も参照）。つまり、彼によれば、テーマとして制度に注目することは積極的な意味を持たず、独立変数としての制度や分析の出発点としての制度への注目も発見的な価値を持つにすぎないということである。

(19) 構成・戦略論的アプローチに基づく福祉国家論（段階論・類型論・動態論）にも課題は残されている。本文中で言及したように、理論枠組に基づいた本格的な実証分析が必要なことに加えて、理論枠組自体にも課題が残されている。例えば、「特徴把握」という課題に関しては、ジェンダー研究の知見を十分に吸収できていないという問題点がある。「動態の分析」という課題に関しては、アイデアの影響力を分析するための方法論上の工夫が不可欠である。また「メタ理論」としても、構成・戦略論的アプローチを、社会理論におけるストラクチャー・エージェンシー問題に関する議論に位置づけ直す必要がある。

【参考文献】

石垣健一 一九九七「オーストラリア・ニュージーランドの経済政策と経済パフォーマンス」『国際問題』第四四六号。
小野耕二 二〇〇一『比較政治』東京大学出版会。
加藤雅俊 二〇〇八「転換期の福祉国家分析に向けて―現代福祉国家論の到達点と課題―」『法政論集』二二八号。
――― 二〇〇九ａ「政治経済システムとしての福祉国家の再編―福祉国家の段階論の再考―」『北大法学論集』六〇巻一号。
――― 二〇〇九ｂ「福祉国家の多様性・再考―新たな類型論の試み―」『北大法学論集』六〇巻二号。
――― 二〇一〇「オーストラリア型福祉国家の再編分析・序説―二つの新自由主義的改革？―」『新世代法政策学研究』六号。
――― 二〇一一「オーストラリア福祉レジームの変容―社会変容への二つの対応―」新川敏光（編）『福祉レジームの収斂と分岐』ミネルヴァ書房。
小松隆二・塩野谷祐一（編）一九九九『先進諸国の社会保障　ニュージーランド・オーストラリア』東京大学出版会。
塩原良和 二〇〇五『ネオ・リベラリズム時代の多文化主義』三元社。
新川敏光 一九八五「権力論の再構成に向けて」『法学』四九巻一号。
杉田敦 二〇〇〇『権力』岩波書店。
杉田弘也 二〇〇七「オーストラリア労働党の過去、現在、未来」『大原社会問題研究所雑誌』第五八四号。
――― 二〇〇九「オーストラリアの労働運動、労使関係と福祉国家」新川敏光・篠田徹（編）『労働と福祉国家の可能性』ミネルヴァ書房。
盛山和夫 二〇〇〇『権力』東京大学出版会。
関根政美 二〇〇〇『多文化主義社会の到来』朝日新聞社。
竹田いさみ・森健（編）一九九八『オーストラリア入門』東京大学出版会。
竹田いさみ・森健・永野隆行（編）二〇〇七『オーストラリア入門・第二版』東京大学出版会。
仲村優一・一番ヶ瀬康子（編）二〇〇〇『世界の社会福祉　オーストラリア・ニュージーランド』旬報社。
星野智 二〇〇〇『現代権力論の構図』情況出版。
ALP/ACTU 1983 : *Statement of Accord by Australian Labor Party and the Australian Council of Trade Unions Regarding*

Economic Policy, ACTU.
Bell, Stephen 1993：*Australian Manufacturing and the State,* Cambridge University Press.
――― 1997a：*Ungovernig the Economy,* Oxford University Press.
――― 1997b：“Globalisation, Neoliberalism and the Transformation of the Australian State” *Australian Journal of Political Science* 32:345-67.
Beilharz, Peter, Mark Considine, and Rob Watts 1992：*Arguing about the Welfare State,* Allen & Unwin.
Beilharz, Peter 1994：*Transforming Labor,* Cambridge University Press.
Béland, Daniel 2010：“The Idea of Power and the Role of Ideas” *Political Science Review* 8:145-54.
Bray, Mark and Pat Walsh 1998：“Different Paths to Neo-Liberalism?: Comparing Australia and New Zealand” *Industrial Relations* 37:358-87.
Capling, Ann and Brian Galligan 1992：*Beyond the Protective State,* Cambridge University Press.
Carney, Terry 2006：“Welfare to Work: or Work-discipline Re-visited?” *Australian Journal of Social Issues* 41:27-48.
Cass, Bettina 1988：*Income Support for the Unemployed in Australia,* Social Security Review Issuses Paper No.4.
Castles, G. Francis 1985：*The Working Class and Welfare,* Allen & Unwin.（岩本敏夫ほか訳『福祉国家論』啓文社，一九九一年。）
――― 1988：*Australian Public Policy and Economic Vulnerability,* Allen & Unwin.
――― 1989：“Social Protection by Other Means: Australian's Strategy of Coping with External Vulnerability” Pp.16-55 in *The History of Comparative Public Policy,* edited by F. G. Castles, Oxford University Press.
――― 1994：“The Wage Earners' Welfare State Revisited: Refurbishing the Established Model of Australian Social Protection 1983-1993” *Australian Journal of Social Issues* 29:120-45.
――― 1996：“Needs-Based Strategies of Social Protection in Australia and New Zealand” Pp.88-115 in *Welfare States in Transition,* edited by G. Esping-Andersen, Sage Publications.（埋橋孝文監訳「ニーズにもとづく社会保護の戦略」『転換期の福祉国家』早稲田大学出版部，二〇〇三年。）
――― 1997a：“Historical and Comparative Perspectives on the Australian Welfare State: A Response to Rob Watts”

Australian and New Zealand Journal of Sociology 33:16-20.
――― 1997b：“The Institutional Design of the Australian Welfare State” *International Social Security Review* 50:25-41.
――― 2001：“A Farewell to Australian's Welfare State” *International Journal of Health Services* 31:537-44.
Castles, G. Francis and Deborah Mitchell 1993：“Worlds of Welfare and Families of Nations” Pp.93-128 in *Families of Nations,* edited by F. G. Castles, Dartmouth Publishing Company.
Castles, G. Francis, Rolf Gerritsen and Jack Vowles (eds.)1996：*The Great Experiment,* Allen & Unwin.
Castles, G. Francis and Christopher Pierson 1997：“A New Convergence ?: Recent Policy Developments in the United Kingdom, Australia and New Zealand” *Policy and Politics* 24:233-45.
Castles, G. Francis and John Uhr 2007：“The Australian Welfare State: Has Federalism Made a Difference?” *Australian Journal of Politics and History* 53:96-117.
Clasen, Jochen and Nico A. Siegel(eds.)2007：*Investigating Welfare State Change,* Edward Elgar.
Considine, Mark 1999：“Markets, Networks and the New Welfare State: Employment Assistance Reforms in Australia” *Journal of Social Policy* 28:183-203.
Conley, Tom 2001：“The Domestic Politics of Globalisation” *Australian Journal of Political Science* 36:223-46.
――― 2004：“Globalisation and the Politics of Persuasion and Coercion” *Australian Journal of Social Issues* 39:183-200.
Cox, Lloyd 2006：“The Antipodean Social Laboratory, Labour and the Transformation of the Welfare State” *Journal of Sociology* 42:107-24.
Department of Communication and Arts 1994：*Creative Nation,* Australian Government Publishing Service.
Disney, Julian 2004：“Social Policy” Pp.191-215 in *The Howard Years,* edited by R. Manne, Black Inc. Agenda.
Esping-Andersen, Gøsta 1990：*The Three Worlds of Welfare Capitalism,* Polity Press.（岡沢憲芙・宮本太郎監訳『福祉資本主義の三つの世界』ミネルヴァ書房，一九九〇年。）
――― 1999：*Social Foundation of Postindustrial Economies,* Oxford University Press.（渡辺雅男・渡辺景子訳『ポスト工業経済の社会的基礎』桜井書店，一九九九年。）

Finn, Dan 1999：“Job Guarantees for the Unemploymend: Lessons from Australian Welfare Reform” *Journal of Social Policy* 28:53-71.

Gardner, Margaret 1995：“Labor Movements and Industrial Restructuring in Australia, New Zealand and the United States” Pp.33-69 in *The Comparative Political Economy of Industrial Relations,* edited by L. Turner and K.Wever, Industrial Relations Research Association.

Goldfinch, Shaun 1999：“Remaking Australia's Economic Policy: Economic Policy Decision-Makers During the Hawke and Keating Labor Governments” *Australian Journal of Public Administration* 58:3-20.

――― 2000：*Remaking New Zealand and Australian Economic Policy,* Georgetown University Press.

Goodin, E. Robert 2001：“False Principles of Welfare Reform” *Australian Journal of Social Issues* 36:189-205.

――― 2002：“Structure of Mutual Obligation” *Journal of Social Policy*: 579-596.

Green-Pedersen, Christoffer 2004：“The Dependent Variable Problem within the Study of Welfare State Retrenchment: Defining the Problem and Looking for Solutions” *Journal of Comparative Policy Analysis* 6:3-14.

Hall, A. Peter 1997：“The Role of Interests, Institutions, and Ideas in the Comparative Political Economy of the Industrialized Economy” Pp.174-207 in *Comparative Politics,* edited by M. I. Lichbach and A. S. Zukerman, Cambridge University Press.

Harbridge, Raymond and Prue Bagley 2002：“Social Protection and Labour Market Outcomes in Australia” Pp.173-97 in *Labour Market and Social Protection Reform in International Perspective,* edited by H. Sarfati and G. Bonoli, Ashgate.

Harbridge, Raymond and Pat Walsh 2002：“Globalisation and Labour Market Deregulation in Australia and New Zealand: Different Approaches, Similar Outcomes” *Employee Relations* 24:423-46.

Harris, Patricia 2001：“From Relif to Mutual Obligation: Welfare Rationalities and Unemployment in 20th-century Australia” *Journal of Sociology* 37:5-26.

Hay, Colin 1997：“Divided by a Common Language: Political Theory and the Concept of Power” *Politics* 17:45-52.

――― 2002：*Political Analysis,* Palgrave.

Hawke, Bob, Paul Keating and John Button 1991：*Building a Competitive Australia,* Australian Government Publishing Service.
Hill, Elizabeth 2006：“Howard's choice：The Ideology and Politics of Work and Family Policy 1996-2006”, *Australian Review of Public Affairs.*
Howard, John 1997：*Investing for Growth,* Australian Government Publishing Service.
――― 2002：*Strategic Leadership for Australia,* Australian Government Publishing Service.
Jaensch, Dean 1989：*The Hawke-Keating Hijack,* Allen & Unwin.
Jessop, Bob 1996：“Inrterpretive Sociology and the Dialectic of Structure and Agency” *Theory, Culture & Society* 13:119-28.
――― 2001：“Institutional re (turns) and the Strategic-Relational Approach” *Environment and Planning A* 33:1213-35.
――― 2004：“Critical Semiotic Analysis and Cultural Political Economy” *Critical Discourse Studies* 1:159-74.
――― 2005：“Critical Realism and the Strategic-Relational Approach” *New Formations* 56:40-53.
Jones, Evan 2005：“Industry Policy in the 1990s: Working Nation, its Context and Beyond” *Journal of Economic and Social Policy* 9:35-53.
Johnson, Carol 1989：*The Labor Legacy,* Allen & Unwin.
――― 2000：*Governing Change,* University of Queens Land Press.
Johnson, Carol and Fran Tonkiss 2002：“The Third Influence: The Blair Government and Australian Labor” *Policy & Politics* 30:5-18.
Katzenstein, Peter 1985：*Small States in World Markets,* Cornell University Press.
Keating, Paul 1992：*One Nation,* Australian Government Publishing Service.
――― 1993：*Investing in the Nation,* Australian Government Publishing Service.
――― 1994：*Working Nation,* Australian Government Publishing Service.
Korpi, Walter 1985：“Developments in the Theory of Power and Exchange: Power Resources Approach vs. Action and Conflict: On Casual and Intentional Explanations in the Study of Power” *Sociological Review* 3:31-45.
――― 2001：“Contentious Institutions: An Augmented Rational-Action Analysis of the Origins and Path Dependency of

Welfare State Institutions in Western Countries" *Rationality and Society* 13:235-83.
Lavelle, Ashley 2005a："Social Democrats and Neo-Liberalism: A Case Study of the Australian Labor Party" *Political Studies* 53:753-71.
――― 2005b："Labor and Globalisation: From Keating to Latham" *Australian Journal of Political Science* 40:51-69.
Leigh, Andrew 2002："Trade Liberalisation and the Australian Labor Party" *Australian Journal of Politics and History* 48:487-508.
Levi, Margaret 1981："The Predatory Theory of Rule" *Politics & Society* 10:431-65.
Macintyre, Clement 1999："From Entitlement to Obligation in the Australian Welfare State" *Australian Journal of Social Issues* 34:103-118.
Maddox, Graham 1989：*The Hawke Government and Labor Tradition,* Penguin Book.
Mann, Michael 1984："The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Results" *Archives Europeennes de Sociologie* 25:185-213.
――― 1986：*The Sources of Social Power vol.1,* Cambridge University Press.（森本醇・君塚直隆訳『ソーシャルパワー』NTT出版、二〇〇二年。）
March, G. James and Johan P. Olsen 1984："The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life" *American Journal of Political Science* 78:734-49.
――― and ――― 1989：*Rediscovering Institutions,* Free Press.（遠田雄志訳『やわらかな制度』日刊工業新聞社、一九九四年。）
――― and ――― 1996："Institutional Perspectives on Political Institutions" *Governance* 9:247-64.
McClelland, Allison 2002："Mutual Obligation and the Welfare Responsibilities of Government" *Australian Journal of Social Issues* 37:209-24.
Mendes, Philip 1999："From the Wage Earners Welfare State to the Targeted Welfare State: The Social Welfare Policies of the Australian Labor Party, 1983-99" *Australian Social Work* 52:33-38.
――― 2003：*Australian's Welfare Wars,* University of New South Wales Press.

——— 2008：*Australian's Welfare Wars Revisited,* University of New South Wales Press.
——— 2009：“Retrenching or Renovating the Australian Welfare State: The Paradox of the Howard Government's Neo-liberalism” *International Journal of Social Welfare* 18:102-10.
Moss, Jeremy 2001：“The Ethics and Politics of Mutual Obligation” *Australian Journal of Social Issues* 36:1-14.
North, C. Douglass 1981：*Structure and Change in Economic History,* W. W. Norton.（中島正人訳『文明史の経済学』春秋社、一九八九年。）
——— 1990：*Institutions, Institutional Change and Economic Performance,* Cambridge University Press.（竹下公規訳『制度・制度変化・経済成果』晃洋書房、一九九四年。）
O'Connor, Brendon 2001：“The Intellectual Origins of 'Welfare Dependency'” *Australian Journal of Social Issues* 36:221-236.
Olson, Mancur 1965：*The Logic of Collective Action,* Harvard University Press.（依田博・森脇俊雅訳『集合行為論』〝ネルヴァ書房、一九九六年。）
Ostrom, Elinor 1990：*Governing the Commons,* Cambridge University Press.
——— 1998：“A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action” *American Political Science Review* 92:1-22.
Parker, Stephen and Rodney Fopp 2004：“The Mutual Obligation Policy in Australia: The Rhetoric and Reasoning of Recent Social Security Policy” *Contemporary Politics* 10:257-69.
Pierson, Christopher 1998：“Globalisation and the Changing Governance of Welfare States: Superannuation Reform in Australia” *Global Society* 12: 31-47.
——— 2001：“Globalisation and the End of Social Democracy” *Australian Journal of Politics and History* 47: 459-74.
——— 2002：“ ‘Social Democracy on the Back Foot’ : The ALP and the ‘New’ Australian Model” *New Political Economy* 7: 179-97.
——— 2007：“The Labor Legacy: Looking Back with the Australian Labor Party” *Government and Opposition* 42:564-92.
Pierson, Christopher and Francis G. Castles 2002：“Australian Antecedents of the Third Way” *Political Studies* 50:683-702.

Pierson, Paul (ed) 2001：*The New Politics of Welfare States,* Oxford University Press.
Pusey, Michael 1991：*Economic Rationalism in Canberra,* Cambridge University Press.
Quiggin, John 1998：“Social Democracy and Market Reform in Australia and New Zealand” *Oxford Review of Economic Policy* 14:76-95.
——— 2004：“Economic Policy” Pp.169-90 in *The Howards Years,* edited by R. Manne, Black Inc. Agenda.
Ramia, Gaby and Terry Carney 2000：“Contractualism, Managerialism and Welfare: the Australian Experiment with a Marketised Employment Service Network” *Policy & politics* 29:59-83.
Ramia, Gaby, Anna Chapman and Marco Michelotti 2005：“How well Do Industrial Relations and Social Policy Interact? Labour Law and Social Security Law in the Social Protection of Sole Parents” *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 21:249-79.
Ramia, Gaby and Nick Wailes 2006：“Putting Wage-Earners into Wage-Earners' Welfare States: The Relationship between Social Policy and Industrial Relations in Australia and New Zealand” *Australian Journal of Social Issues* 41:49-68.
Ramsay, Tom and Tim Battin 2005：“Labor Party Ideology in the early 1990s: Working Nation and Paths not Taken” *Journal of Economic and Social Policy* 9:143-160.
Rothstein, Bo 1998：*Just Institutions Matter,* Cambridge University Press.
——— 2005：*Social Traps and the Problem of Trust,* Cambridge University Press.
Ryan, Neal 2005：“A Decade of Social Policy under John Howard: Social Policy in Australia” *Policy & Politics* 33:451-60.
Saunders, Peter 1999：“Social Security in Australian and New Zealand: Means-tested or Just Mean?” *Social Policy & Administration* 33:493-515.
Scharpf, W. Fritz 1988：“The Joint-Decision Trap: Lesson from German Federalism and European Integration” *Public Administration* 66:239-78.
——— 1996：“Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States” Pp.15-39 in *Governance in the European Union,* edited by G. Marks, F. W. Scharpf, P. C. Schmitter and W. Streeck, Sage Publications.

——— 1997：*Games Real Actors Play,* Westview Press.
——— 2002：“The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity” *Journal of Common Market Studies* 40:645-70.
Schwartz, Herman 1994a：“Public Choice Theory and Public Choices: Bureaucrats and State Reorganization in Australia, Denmark, New Zealand, and Sweden in the 1980s” *Administration & Society* 26:48-77.
——— 1994b：“Small States in Big Trouble: State Reorganization in Australia, Denmark, New Zealand, and Sweden in the 1980s” *World Politics* 46:527-55.
——— 1998：“Social Democracy Going Down or Down Under: Institutions, Internationalized Capital, and Indebted States” *Comparative Politics* 30:253-72.
——— 2000：“Internationalization and Two Liberal Welfare State” Pp.69-130 in *Welfare and Work in the Open Economy VOL.2,* edited by F. W. Scharpf and V. A. Schmidt, Oxford University Press.
——— 2006：“Explaining Australian Economic Success: Good Policy or Good Luck?” *Governance* 19:173-205.
Shaver, Sheila 1999：“Gender Down Under: Welfare State Restructuring in Australia and Aotearoa/ New Zealand” *Social Policy & Administration* 33:586-603.
——— 2002：“Australian Welfare Reform: From Citizenship to Supervision” *Social Policy & Administration* 36:331-45.
Smyth, Paul 1994：*Australian Social Policy,* University of New South Wales Press.
Walter, James 1996：*Tunnel Vision,* Allen & Unwin.
Wailes, Nick and Gaby Ramia 2002：“Globalisation, Institutions and Interests: Comparing Recent Changes in Industrial Relations Policy in Australia and New Zealand” *Policy, Organization and Society* 21:74-95.
Waring, Peter 2005：“Labour Market Programs versus Industrial Relations Reform? The Rhetoric and Reality of Working Nation” *Journal of Economic and Social Policy* 9:55-72.
Watts, Rob 1997：“Ten Years on: Francis G. Castles and the Australian ‘Wage-Earners’ Welfare State” *Australian and New Zealand Journal of Sociology* 33:1-15.

——— 2000：“The Persistence of Unemployment is the Work of Economists: Australian Employment Policy, 1983-1996” *Journal of Economic and Social Policy* 4:48-70.
Weingast, R. Barry 2002：“Rational-Choice Institutionalism” Pp.660-92 in *Political Science,* edited by I. Katznelson and H. V. Milner, W. W. Norton & Company.
Weiss, Linda (ed) 2003：*States in the Global Economy,* Cambridge University Press.
Wendt, Alexander 1998：“On Constitution and Causation in International Relations” *Review of International Studies* 24:101-17.

論　説

損害賠償法における素因の位置（三）

永下泰之

目　次

序章　素因減責論の課題
第一節　問題の所在
第二節　外国法との比較

第三節　本稿の目的・構成
第一章　わが国の判例・学説の到達点
第一節　はじめに
第二節　被害者の素因の類型とその意義
第三節　判例の状況
第四節　学説の状況
第五節　小括
第二章　ドイツ法における素因不考慮命題の意義
第一節　序
第二節　素因不考慮命題の形成過程
第三節　被害者の素因の取り扱いに関する判例・学説の展開
第一款　素因に関する裁判例の展開
第二款　素因不考慮命題の限界―帰責性の否定
一　極端な形で現れた素因
二　一般生活上の危険による免責
三　仮定的因果関係による減免責
四　裁判例の分析
第三款　学説による素因不考慮命題の評価
第四款　小括
第三章　被害者の特別な精神的脆弱性
第四章　ドイツ法における素因の考慮場面
第五章　素因減責論再考

（以上、六二巻四号）

（以上、六二巻五号）

（以上、本号）

二　一般生活上の危険による免責

【D-22】ＢＧＨ一九七六年二月六日判決（BGH NJW 1976, 1143）では、原因関係を否定するのではなく、損害＝素因の発現に対する加害者の予見可能性を否定することにより責任充足的因果関係を否定し、加害者の免責を図ったのに対し、学説は素因競合事例における予見可能性による加害者の責任制限について批判的であった。[1]それでは、学説が批判するように、予見可能性による免責が積極的意義を有しないということになれば、素因競合事例においては加害行為と損害との間に原因関係が認められる限り、競合した素因がいかなるものであろうとも加害者は全責任を負担することとなろうが、この結論が妥当性を欠くのはいうまでもないであろう。したがって、予見可能性に代わる免責根拠が求められる。そこで判例・学説では、予見可能性に代えて（あるいは併用して）、一般生活上の危険[2]の観点からの免責が導入されている。

（一）　一般生活上の危険の現実化

裁判例が一般生活上の危険の観点により加害者の免責を図る場合、加害行為によって法律が保護を目的とする危険が実現されたわけではないことを論ずる。すなわち、ＢＧＢ八二三条一項[3]が保護を予定する危険領域には含まれないとするのである。次に挙げる【D-23】ＢＧＨ一九六八年六月七日判決では、加害者の責任が相当因果関係の観点から基礎づけられるか否かではなく、むしろ、被害者の損害が被侵害規範の保護範囲に含まれるか否かも問われなければならないとされている。

①【D-23】ＢＧＨ一九六八年六月七日判決（BGH JZ 1969, 702）

一九六一年四月一一日、勤務後帰宅していたＸ（ドイツ連邦鉄道の踏切保安係）が、補助エンジン付き自転車で優先通行道路を走行していたところ、Ｙが軽オートバイで優先通行権を違反しＸの走行していた道路へ進入してきて、Ｘと

衝突した。Xはその際前頭部を道路に打ち付けた。Xは、同月二一日まで病院で治療を受け、同年六月二七日に職務に復帰したが、その日以降、目眩、頭痛がするようになり、一九六二年一月三日から同年二月一三日まで稼働不能となった。ドイツ連邦鉄道は、Xの長期稼働不能を理由として、一九六三年五月一日付でXを解雇した。以上の事実関係のもと、Xは、本件事故により頭部に挫傷を負い、脳自体も損傷を受け、そのために五四歳で早期に退職することとなったとして、一九六三年五月一日以降の年金及び公務員としての総支給額の賠償をYに対して請求した。これに対してYは、Xの退職が早められたのは、Xの脳の血管が事故以前から硬化していたことによるものであり、事故に起因するものではないと主張した。

本件控訴審は、事故とは無関係のXの脳動脈硬化症は、事故によって、事故がなかった場合より早く発見され、そのために一九六三年五月一日以降この運命的な病気のために退職させられたということに対して、Yは責任を負わなければならないとして、Xの請求を認容したが、本件BGHは、この控訴審の判断は法的には是認されないとして、Xの請求を棄却した。BGHは、確かに、Yの不法行為とXの早期退職及びそれに基づく損害とには条件関係（conditio sine qua non）があり、Xの早期退職の条件〔脳動脈硬化症〕は事故がなかった場合よりも早期に発見されるということはよくあることであるが、それだけではYの賠償義務を肯定することはできないとする。なぜなら、相当因果関係の観点は、あらゆる場合に、公正な責任制限の問題を適切な方法で解決するのに適当であるのではないからである(4)。そしてBGHは、加害行為の結果が被侵害法規の保護範囲にあるか否かも問われなければならないとして、保護範囲の観点から責任制限を論ずる。ここでBGHは、エッサー（J. Esser）の主張する「違法性連関」を引き合いに出す。すなわち、行為者には、規範の命令及び禁止の目的により阻止されるべき結果のみが帰責されるべきであり、責任規範はあらゆる損害結果を包含することを予定しているものではなく、違反された禁止によりどの程度が無視されたのかのみを予定し

ているとする見解である。[5] その上で、BGHは、「違法性連関」そのものではなく、その趣旨から保護範囲につき言及し、Yの免責を図る。

「……、主張された損害が被侵害規範により防止が予定されているか否かを明らかにするためには、被侵害規範の意味及び射程が審理されなければならない。BGB八二三条一項は、……、ここで顧慮される部分においては、身体及び健康の不可侵性を支えるものである。同規定は、法益を他者が侵害することを禁止すること、及び、身体及び健康に対する有責な侵害と結びついた賠償義務により、法益侵害から生じる危険から保護することを目的としている」、「本件Xのように、ある者が事故により侵害された場合、治療費のみならず、被害者が被った収入減損の賠償もまた、被害者は事故の傷害のために仕事または所得をもはや行うことができなくなったのであるから、BGB八二三条一項が奉仕する保護目的の内にあるということに疑いはない。同じことは、被害者が事故により被った健康損害のため退職が早まったことにより被った不利益の補償（Ausgleich）に妥当する。このことはすべて、BGB八二三条一項が防止を目的とする身体侵害の結果である。したがって、身体侵害の結果は法の保護範囲にあるのである」、「しかし、Xが請求する損害については事情が異なる。身体侵害の禁止は、その時点まで隠されたままであった病気が発見され、その後年金つき退職することになることからの保護を予定するものではない。その限りでは、法が防止を目的とする危険は事故により現実化されていない。病気にかかるということは、人にいつでも起こりうる運命（Geschick）なのである。これは、一般生活上の危険に属するものであるが、しかし、BGB八二三条一項が保護を目的とする危険領域にはない」、「StVG七条[6]が請求権の基礎として顧慮される限り、同じ考慮が妥当する。本件においても、Xが賠償を請求する事実の結果は、法規定の保護範囲にはない[7]」。

本判決は、素因が介在した場合については、もはや相当因果関係による予見可能性によっては責任範囲を確定するこ

とはできないことを明言し、その代わりとして、規範の保護範囲によって責任制限を図ったものと解される。本判決は、これを一般生活上の危険の観点から説明する。ある損害が規範の保護範囲に含まれるか否かにつき、本判決では、一般論として、被害者が素因を有していない場合には、全ての損害はＢＧＢ八二三条一項が防止を目的とする身体侵害の結果であり、保護範囲に含まれるとされる。しかし、本件のような被害者が加害行為時以前から素因を有しており、当該素因が一因となり損害の発生が早められたという場合には、事情が異なるとする。すなわち、法は、加害行為の結果である身体侵害から生ずる損害については保護を予定するのであるが、加害行為の結果、被害者の素因が顕在化されたが故に生じた損害については、被害者の潜在的疾患が発見されたことは一般生活上の危険の顕在化にすぎないため、ＢＧＢ八二三条一項の保護の対象とならず、したがって、潜在的疾患の顕在化により退職が早められたこともまた、一般生活上の危険の顕在化にすぎないので損害として保護されないとするのである。これは、本判決によれば、「いつでも起こりうる運命（Geschick）」なのであるからである。これは、人は素因という自らの権利領域内の出来事に対しては自らが責任を負わなければならないという趣旨であると解されよう[8]。しかし、本判決では一般生活上の危険の指標として、まさに「運命」という表現を用いたが故に、一般生活上の危険と特別の危険との境界、すなわち加害者の責任制限の限界は依然として曖昧なものとして残される[9]。

②【D-24】ＫＧ一九八五年五月二日判決（KG VersR 1987, 105）は、最善の観察者による予見可能性と共に一般生活上の危険を併用して最終的に加害者を免責したものである。この二重の責任制限は、前掲【D-23】ＢＧＨ一九六八年六月七日判決で指摘されているように、相当因果関係の観点からの責任制限のみでは、加害者の責任限定の根拠づけは不十分であるという理由から生ずる。では、本判決が二重の責任制限につきどのような判断を下したのか、考察しよう。本件の事案の概要は次のようである。自動車教習所のオーナーであるＸは、一九八二年四月一日にＹの教習の際、Ｙと口

論となり、その後心筋梗塞を起こしたことによる健康損害につき、Yに対して損害賠償を請求した。原審はXの請求を棄却。Xが上訴、上訴棄却。KG（ベルリン高等裁判所）は、次のように述べ、Xの心筋梗塞の発症を一般生活上の危険の影響であるとして、加害者の帰責性を否定する。

「Xの主張する一九八二年四月一日の口論の際の出来事によると、Xに生じた興奮が心筋梗塞を生ぜしめるであろうということは考慮されるべきでなかった。Yも最善の観察者も、そのような結果を考慮することができず、また、その結果を考慮する必要はない。Xの心筋梗塞の健康侵害とYによる強要(nötigung)そのものとの結びつき(Anknüpfung)は偶然であると思われる。Xは、Xを興奮させ結果として心筋梗塞を惹き起こすこととなったXに対する強要であったのは、オートバイの妨害と腕力による脅しによってもたらされた森林の駐車場での運転教習の不履行であったのだと主張しているのではない。Xは次のように述べている。すなわち、Yの〝乱暴な振舞い〟とそれにより表される軽蔑(Missachtung)及び軽視（Geringschätzung）がXに怒りと恐怖の感情を抱かせ、この精神状態がXに心筋梗塞を引き起こすこととなったのだと。その限りにおいてXは、一九八二年四月一日の出来事の際のYの全行為に、とりわけYの〝乱暴な〟態度に焦点を合わせており、Yの態度それ自体並びに強要はBGB八二三条二項の意味における保護法規違反の内容を持つものではない。それゆえ、出来事によりXに生じたあらゆる興奮は、実際の強要がなければ、適切な方法でより小さくなったであろうし、かつ、心筋梗塞を惹き起こさなかったであろうということを出発点とすることはできない」、「Yがオートバイの前に立ったり暴力を振るったりしたのではなく、森林の駐車場で、強く〝乱暴な〟言葉で運転教習を非難したに過ぎなかったとしても、Xの興奮は全く取るに足りないものはでなかったであろうし、また、事物の経過も異なるところはない。当事者間の領域で激しい口論が生じることは、稀ではなく、またおそらく、既存の相違する利益及び観念とそれらの貫徹のための社会生活と結びついている。その際には、また、そうすることで個々の当事者

に後まで尾を引く興奮状態となることは、異常ではない。しかしこのことは、一般的に、そのことに基づき例えば結果として生じる心筋梗塞が理由で損害賠償責任を負わなければならないということを意味し得ない。なぜならば、そのような健康損害は、こうした事情の下では通常、責任法上の意味における帰責可能性（Zurechenbarkeit）が原則として否定されなければならない一般生活上の危険の影響と異ならないからである」[10]。

本件では、XはYの行為に対して興奮し、その興奮のためXがもともと有していた心臓病が顕在化したのであるが、最善の観察者によっても、こうした事態は予見することはできず、予見する必要もないとする。しかし、予見する必要がないからといってYが免責されるわけでない。なぜなら、Yの行為によるXの興奮は全く取るに足りないものではなく、興奮状態が後々まで継続するということに関しては、異常な事態ではないからである。そうすると一見、Yは責任を負わねばならないかのように思えるが、本件KGは、そうであるからといって、Yが責任を負うべきではないとして、Yの責任を否定する。本件KGは、これを一般生活上の危険の観点から結論を導く。すなわち、Xが興奮しそのために心筋梗塞を発症するに至ったという事態は、一般生活上の危険が現実化したにすぎないからである。本件におけるYの損害（心筋梗塞による健康損害）は、いわゆる後続損害であるが、本件ではXが素因を有していたが故に生じた後続損害である。本判決では、当該後続損害の帰責の当否が問題となっているのであり、これを一般生活上の危険の観点から否定したものと解される。

③前掲【D-24】KG一九八五年五月二日判決は、予見可能性と共に一般生活上の危険の併用により加害者の責任限定を行ったものであったが、次の【D-25】OLG Karlsruhe 一九九二年三月一二日判決（OLG Karlsruhe MDR 1993, 29）もまた、この枠組みを踏襲する。本件の事案の詳細は未掲載であるが、判決文によると、心臓に疾患を抱えていたXの飼犬とYの飼犬がけんかとなったため、飼犬を引き離そうとしたXが興奮し、後に心筋梗塞を発病したという事案において、X

がYに対し損害賠償を請求した事案である。

本件につき、カールスルーエ高等裁判所は、Xが飼犬を引き離そうとした際に興奮したことが、Xの心筋梗塞の原因であるとし、こうした興奮状態を引き起こすような動物の危険の現実化は法的に帰責可能な場合があるとするが、本件では、事情が異なるとして、次のように述べ、Yの責任を否定した。

「確かに、ある人が犬の行為に基づいて恐怖と驚愕に陥り、そのために損害となるか、それとも、本件のように、犬のけんかを見て全ての自分自身に関する実際の危険や予想されるにすぎない危険もなく興奮状態に陥り、これが心筋梗塞をもたらすこととなるのか、ということは重要なことである。犬の行為と同時にYの犬の行為とが、自然科学上の意味でも論理学上の意味においても健康損害に対する前提条件であるとしても、しかし、犬及びYの犬の行為とXの心筋梗塞との因果関係は相当性を欠くという理由から否定されうる。このことは、本件において出来事が現実化したがゆえに、特別かつ特異で予見不可能な、異常な事件経過によると考慮されない事情の下でのみ予期されなければならない。したがって、やはり同様の事例の判例において（脳出血あるいは、口論ないし侮辱と暴力行為に基づく興奮により引き起こされた心筋梗塞－BGH aaO; KG, VersR 1987, 105〔前掲【D-24】〕）、帰責関係は否定されている。本件の場合、ここから逸脱する評価を正当化することのできる特別事情は存在しない。[11]」

本判決は、前掲【D-24】KG一九八五年五月二日判決を引用し、その判断構造をそのままあてはめ、一般生活上の危険の実現にすぎないとしてYの責任を免除するものである。本件は、犬が襲ってくることに対して恐怖感を抱いたのではなく、犬を引き離そうとしたことによる興奮であり、前者の場合であると動物の危険の現実化として責任を問うこともありうるが、本件のような後者の場合、犬に対して恐怖を抱いたのではなく、ただ単に引き離そうと興奮してしまったのである。このようなことは、日常生活においても起こりうる事態であるため、Xの興奮による素因の発現は一般生

活上の危険に割り当てられ、Yの責任が否定されるのである。ただし、素因保有者の一般生活上の危険であり、健康な者のそれではないことを前提としていることは重要な点として示唆されよう。

④【D-26】OLG Braunschweig 一九九六年二月一九日判決（OLG Braunschweig VersR 1996, 715）では、一般生活上の危険を媒介とした保護範囲の観点から加害者の責任を判断すべきことが強調されている。本件の事案の概要は、以下のとおりである。アルコール依存症を患っていたA（おそらく公務員）が、Yの惹起したなんらかの事故により入院治療を受けることになったところ、入院期間中にアルコールの摂取を禁じられたため、Aは譫妄（せんもう）症状を呈し、そのために長期間入院することとなった。X（ブラウンシュヴァイク市）は、Yに対して、Aの治療費の補償及びAに支給した俸給の補償を請求した。当該請求に対して、ブラウンシュヴァイク高等裁判所は、XのYに対する損害賠償請求権は存在するが、請求額の全額というわけではないとして、次のように述べた。

「確かに、その限りでは、相当な事故の結果が問題となる。なぜなら、病院の規則でアルコールの摂取を禁じたときに、アルコール依存症の者が入院期間中に禁断症状に襲われるというのは、あらゆる人生経験の外にあるのではない。再度病院に入院させることは、相当因果関係的に、事故によりもたらされたのである。それにもかかわらず、賠償義務は免除される。なぜならば、相当性の審理とならんで、次のことも問題とされるからである。すなわち、賠償に対して要求される行為結果が被侵害規範の保護範囲に含まれるか否かである。この問いは、第一審で否定されている。Xの法的見解に反し、その点に関し、以前に肯定された相当原因を理由とする異議はない。なぜなら、相当性の審理及び保護範囲の審理は、相関的に排除しあうのではなく、独立の審理点である」、「規範の保護範囲の確定は、具体的賠償請求権を基礎づける規定の目的から導き出される。被害者は、そのために規範が生み出された危険領域に陥った損害の賠償のみを請求することができる。その際には、最終的に、請求規範の目的論的解釈が重要である」、「ここで決定的なBGB八二

三条一項の規定は、とりわけ身体及び健康が無傷であることを保護するものである。同規定は、この法益の他者による侵害を禁止すること、及び、身体及び健康に対する有責な侵害と結びつく賠償（Wiedergutmachtung）義務を課すことによって、これらの法益を侵害することから生ずる危険から保護すべきものとする。こうした危険に属するのは、治療費及び侵害による稼働不能に基づく損失（Einbuss）のために為した被害者の支出であることは疑いがない。これに反して、身体侵害の禁止は、被害者のアルコール依存症のために治療が困難なものとなることから保護しようとするものではない」、「例えば血友病のために治療が困難なものとなることの他に、Aのアルコール依存症のための合併症は、事故による不可避の結果ではなかった。断酒は、事故により生じた傷害の治療のためにやむを得ないほど必須のことではなかった。断酒により生じた譫妄症状は、上位の理由から指示される禁酒の結果であった。病院にて行われた禁酒を顧慮しなければならないという必然性は、Aにとっては典型的な事故の危険ではなく、アルコール依存症患者の一般生活上の危険の実現であった。しかし、一般生活上の危険は、BGB八二三条一項が保護しようとする危険領域にはない」[12]。

先に述べたように、被害者の素因が介在した場合については、相当因果関係理論による予見可能性基準では、加害者の責任の当否を判断することは困難である。なぜなら、加害行為による因果経過は蓋然性がないということはほとんどないからである。これはむしろ相当因果関係理論の問題であるが、あらゆる事象に蓋然性が及ぶ以上、素因競合の事例についても、予見可能性基準は有効ではないことが明らかとなる。そのため、裁判所は、一般生活上の危険というタームを用いて、実質的には、被害者の損害が規範の保護範囲にあるか否かによって加害者の責任の当否を判断するのである。本件では、被害者はアルコール依存症であったため、断酒は被害者固有の問題であるといえる。この場合、被害者が自らの固有の危険を犯した結果発現した損害は、他者に転嫁することは許されない。本判決はこの点を明示して、「アルコール依存症患者の一般生活上の危険の実現」としている。このような完全に自らの支配統制がおよぶ固有の危険は、

自らが責任を負わなければならないのは、当然であろう。ＢＧＢ八二三条一項は、こうした完全な個人的領域から生ずる損害の保護を目的としていないからである。

（二）ＢＧＨ一九八九年六月六日判決

【D-24】ＫＧ一九八五年五月二日判決及びそれを踏襲する【D-25】OLG Karlsruhe 一九九二年三月一二日判決は、予見可能性の観点からも加害者の責任限定につき言及し、さらに【D-26】OLG Braunschweig 一九九六年二月一九日判決では、相当因果関係が成立する場合であっても、一般生活上の危険の観点から加害者の責任制限しうるというものであった。他方、ここで取り上げる【D-27】ＢＧＨ一九八九年六月六日判決（BGHZ 107, 359）は、予見可能性による基礎づけを明示的に否定し、保護範囲の観点から一般生活上の危険について言及する。その際には、ＢＧＢ八二三条だけでなく、ドイツ刑法典及び道路交通法の保護目的の観点から保護範囲が判断されている点が注目される。

本判決は、素因が競合した場合について、最善の観察者の予見可能性によっては、加害者の責任の当否を決することはできず、むしろ保護範囲に含まれるか否かが問題であることを明示する。事案の概要は次のとおりである。高血圧症を患うＸは、Ａの運転する自動車と交通事故を起こした。事故後ＸとＡとその同伴者（以下、Ａらとする）は口論となり、ＡらはＸに対して侮蔑的な態度をとった。また、Ｘは、警察による事故調査を受けることになったのだが、その際、Ａらは、ＸはアルコールのＸ響下にあると虚偽の告発をした。Ｘは、事故調査後、卒中発作を引き起こした。Ｘは、一命は取り留めたが、そのため稼働不能となり、定期金の給付を受けることとなった。このような事実関係において、Ｘは、Ｙ（Ａの責任保険者）に対して、所得減損の賠償、Ｙの将来的賠償義務の確認及び慰謝料を請求した。Ｘは次のように主張した。すなわち、本件事故後の警察による事故調査において、Ａの自動車の同乗者がＸはアルコールの影響下にあると嘘の主張をしたため、Ｘはアルコールテストを受けることになり、Ｘはそのことに興奮したため卒中発作を引き起

こしたのであると。第一審はXの請求を棄却。原審もまた次のように述べてXの請求を棄却した。①Xが賠償を請求した損害は、Aの自動車の運行によって生じたものではないため、PflVG三条[13]に基づくYに対する直接請求を基礎づけられない、②また、同じ理由から、StVG七条及び一八条[14]に基づく責任が除外される、③BGB八二三条一項に基づく補償義務（Einstandspflicht）ではAの過責（Verschulden）が基礎づけられないので成立しない、④BGB八二三条二項に基づく損害賠償義務は、保護法（StGB一六四条[15]及び一八五条[16]、一八六条[17]）違反が認められたとしても、最善の観察者であっても、Xに損害結果として卒中発作が発生することを考慮する必要はなかったので認められない。以上の原審の判断に対して、Xが上告、上告棄却。本件上告に対して、BGHは、Xの後続損害（卒中発作とそれによる稼働能力の喪失）につき、一般論としてYの責任を排除することはできないが、Yが最終的に責任を負担すべきか否かは規範の保護目的として、本件では道交法上の責任規範から一般生活上の危険の現実化にすぎないとしてYの責任を否定する。

「……、原審の見解に反して、Aには認識不可能であったがXが高血圧症を患っていたためXの健康損害があるいは生じたに過ぎないのかもしれないということは、損害法上のAの責任範囲にとって重要でない。なぜならば、確定判決によると、加害者には加害者自らの違反行為による影響の責任をも負わされるべきであるからである。その影響とは、被害者はすでに身体的損害ないしそのような体質的脆弱性を有していたために初めて〔結果として〕生じたものである。優先通行権を違反された道路使用者が高血圧の人でありうるということを、加害者は常に考慮しなければならない。被害者がそういった理由で事故についての興奮から健康損害を被る可能性があるということは、加害者にとっては全く予見可能性がないというわけでもない。〔しかし〕詳細な事件経過及び加害者によって置かれた危険が最終的に傷害という結果でどのように現実化したかへと、予見可能性は延長されてはならない。

Xの健康損害とAによる優先通行権違反との責任法上の結合は、しかしながら、この損害が実際には事故後のA及び

その同行者の行為並びに警察の事故調査によってはじめて引き起こされたということと矛盾する。なぜならば、Aが違反したStVO八条[18]の交通法規は、本交通法規の無視によって惹起された事故が、Xの主張するように、被害者が実際には事故調査との関係における興奮によって初めて受けるストレスによって卒中発作をもたらすということに対する保護を与えることを望まないからである。

確定判決によると、BGB八二三条から導かれる損害賠償請求権についても、損害賠償のために要求される行為結果が法の保護範囲に含まれるかどうか、したがって、侵害された行為規範が防止するであろう、その〔行為結果の〕危険という形で現実化したのかどうか、ということが審理されなければならない。」

「結論として、原審は正当にもPflVG三条一号に従ってYの責任となっているStVG七条一項及び一八条一項に基づくXの損害賠償請求権をも否定している。そのような請求権は、StVG一一条[19]に基づくと、いずれにしても財産的損害の賠償請求にしか向けられえないものであるが、Xの健康の侵害はAの運転する自動車の運行によって実現されたこと、及びXの主張する損害はこの運行に由来する危険に帰せられるべきものであることを要件とする。原審の見解に反して、確かに、第一の要件は肯定されるべきではあるが、しかし第二の要件は充たされていない。

損害が自動車の〝運行によって〟生じたものであるといえるのは、自動車自体に由来する危険が損害の進展に影響をもたらした場合であり、したがって損害の経過がこのようにして自動車によって影響を与えられた場合である。その限りにおいて必要な評価を考察すると、民事部の判決によると、〝運行に際して〟の責任のメルクマールは、StVG七条一項の広い保護目的に応じて、原則としては広く解釈されるべきものである。

本件では確かに、BGB八二三条に基づく責任に関して上述のごとく詳述されたように、Aの交通違反の走行方法によって惹起された事故は、高血圧症を患うXの精神状態にAがストレスを与えたことにより卒中発作に寄与したのであ

り、その結果として、身体の完璧さに対する侵害は、Aが運転していた自動車の〝運行によって〟生じたのである。しかし、不法行為責任と同様に、StVG七条及び一八条に基づきXが主張する損害に対するAの補償義務もまた、この損害がここで挙げられた法規の保護目的の範囲内にあることを要する。しかしながら、これらの損害に対するAが操縦していた自動車の運転の危険の帰責性は、AによるStVO八条の有責な違反との責任法上の結合と同じ理由から否定されるべきものである。なぜならば、StVG七条に基づく責任は、いわば道路交通上認められた方法での自動車の利用によって危険原因が生まれたことに対する対価を意味するので、そのことに基づく保有者と運行供用者の責任範囲は、まさに自動車自体に由来する危険が現実化した損害に限定されるからである。しかし、そのために必要な運転の危険と損害との内的関連は、Xの卒中発作及び卒中発作から生じた損害結果について問題にならない。この点ではむしろ、道路交通法上の危険責任に対しても、道交法上の責任基準によると一般生活上の危険に属する独自の危険領域が実現されたのである。[20]」

本判決の述べる結論に従えば、あらゆる交通参加者は、交通事故に対して責任を負う加害者がその者（交通参加者）を警察の前で本当の罪人であると見せかけようとし、その者がアルコールテストを受けなければならなくなることも、交通参加者の一般生活上の危険として甘受しなければならないということになる。[21] しかしながら、この本判決の述べる一般生活上の危険の内容については、例えばシーマンが、事故の惹起自体はXの卒中発作の危険を惹起者へ転嫁する起点（Schwelle）以上のものではないということについてはBGHの判断は正当であるが、卒中発作もまた保護範囲に十分含まれうるため、Yらの罵詈雑言及び虚偽告訴は保護法違反となりうるとして本判決の判断に対し否定的な見解を示すように、[22] 学説からは異論が多い。それでは、本判決に対して学説はどのような評価をなしているのであろうか。また、そこでは素因不考慮命題との関連性はどのように評価されているのであろうか。以下、検討してみたい。

（三）ＢＧＨ一九八九年六月六日判決の学説による評価

①エメリッヒの見解

エメリッヒ（V. Emmerich）は、本判決の理論構成を基本的に支持する見解を示す[23]。彼は、本件においても次のように述べ、素因不考慮命題が妥当することを認める。すなわち、「Ｘが高血圧症であったという理由だけでＹの行為が実際に生じた非常に重大な結果を惹起しえたということは、因果関係を承認する妨げとならない。なぜなら、行為者はまさに極めて健康な犠牲者に遭遇することを要求することはできないからである[24]」。こうして彼は、特別に脆弱な者も不法行為法の保護の対象となることを認めるのであるが、本判決において相当因果関係理論に基づく予見可能性基準による判断が否定されたことに対して、予見可能性基準によって判断したとしても因果関係は認められるとする。なぜなら、「本件のような因果経過は全く蓋然性がないわけではない」からである[25]。

彼はこのように、相当因果関係の観点から、本件において因果関係は認められるとするのであるが、本判決が最終的に加害者の責任を否定したことについて、保護範囲の観点から説明をする。すなわち、本件のような場合には、「損害が規範の保護目的に含まれる限界はどの程度であり、当該損害は賠償されるか、及び、どの損害が規範の保護目的から脱落し、当該損害はもはや賠償されないか」が審理されなければならないとする[26]。彼は、この観点から、本件で損害が保護範囲にあるか否かは、StVO 八条の保護目的が問題であるとする。この点について、彼は、StVO 八条は、事故の危険のみを防止することを目的としているのであって、事故の経過による被害者の精神的負担の保護を目的としておらず、それゆえ、Ｘの卒中発作はＹの行為の責任とすることはできないとしてする本判決の判旨に従う[27]。また、本判決で検討されたStVG 七条及び一八条に関しても、構成要件自体は充足されるが、両規定の保護範囲は本判決のとおりであるとして、Ｘの卒中発作は素因を有していたが故の一般生活上の危険が現実化したにすぎず、Ｙの免責を認めるので

ある。[28]

②ドゥンツの見解

ドゥンツ（W. Dunz）は、本判決のXにつき、Xは交通事故の際に「一般的な興奮」状態になったにすぎず、これは人間の生理的反応であると解する。そして、このような生理的反応の危険は原則として被害者自身が負担すべきものであるとする。というのも、彼はこのような生理的反応は被害者が自制することにより回避しうる危険であり、一般生活上の危険に他ならないと解するからであり、その際には、被害者が高血圧症患者であったということは問題とならないとする。[29]

他方で、Xが事故によって（Yらによる虚偽告発及び侮辱等によるものではない）興奮したことが、脳の血管の損傷に影響を与えていたであろうという場合について検討する。彼は、この場合には個別的な予見可能性がなくともこのことは事故の結果として帰責されうることを認めている。しかしながら、この場合にも、事故の際にXが高血圧症患者であったことは問題とならず、純粋な危険責任の観点から「最善の観察者」にとっての予見可能性が重要であるとする。[30]以上のことから、彼は、Xが事故の際に興奮したことは純粋な生理的反応であり、これはその後の因果関係の要素からは除外されなければならないのが原則であるとして、本判決を正当化するのである。[31]

③フォン・バールの見解

フォン・バール（C. von Bar）は、本判決の一般生活上の危険の判断要素を厳しく批判する。[32]彼は、本件のXの損害を精神性の健康損害（psychisch vermittelte Gesundheitschaden）であるとして、この場合の被侵害規範はBGB八二三条一項のみであるので、Yの行為により生じたXの卒中発作は他の関連規範を援用することでは排除されないとする。[33]したがって、Yを免責するには、社会的に相当な正当化根拠が必要なのであるが、StVO一条[34]は道路交通の参加

者すべてに他者への迷惑行為を回避、配慮することを要求しているので、Yの行為は適切であるとはいえない。また、Yの行った告発及び脅迫は無害ではなく、伝統的にも許容されたものではないので、なおさら正当化することはできないとする。本件では、例外的な規則もないので、脅迫は構成要件を充たしYは違法かつ有責である。それゆえに、XはBGB八二三条一項に基づく損害賠償請求権を有するとして、本判決に反対の見解を示すのである。[35] なお、彼は、本判決の示す一般生活上の危険による評価は、法政策的判断と異ならないと理解している。[36]

④ベルガースの見解

ベルガース（M. Börgers）もまた、フォン・バールと同様に、StVO一条の観点から本判決を非難する。[37] 彼によれば、本判決で言及されたStVO八条は、Mが惹起した事故がXが事故調書作成との関連で興奮したことによって初めて被った精神的負担により卒中発作を引き起こしたことに対して保護することを目的としていない。なぜなら、StVO一条二項によれば、StVO八条は、他者の身体の不可侵性の保護を目的としているからである。[38] また、StVO八条の保護目的は、事故の危険の予防及び生命、健康に対する事故の危険の脅威と内的に関連する健康損害にも拡張されるのではあるが、本件では、Xの損害は事故後のYらの行為と事故調書作成によって「初めて実際に」生じたものであるから、内的関連性を欠くとして、StVO八条の保護目的のみに着目した場合にはYは免責されてしまうことを指摘する。[39] しかしながら、本件においては、このように評価することは適切ではないという。確かに、上述のように評価するならばYの責任は否定されるが、本件では事情が異なるのであるとする。彼は、ここで、法益の危殆化と最終的に生じた侵害の結果の種類との関連性が重要であるとする。すなわち、行為者（Y）自身の因果系列における侵害行為が重要なのであり、また、諸事情の組み合わせが重要なのであるとする。[40] こうした観点から、彼は、次のように述べ、Yの責任を肯定する。すなわち、事故自体によりXは興奮状態に陥った。確かにその興奮状態は単独では卒中発作を引き起こすのには十分でなかっ

たであろうが、Ｘが高血圧症を有していたという事情を考慮すると、Ｘにはその時点で既に潜在的な健康上の危険が生じているのである。そして、Ｙらの事故後の行為によって、Ｘはさらに精神的負担を強いられたのである。つまり、Ｙらの行為により完全に新しい危険が生じたのである。[41] このように彼は、加害行為後の一連の経過を相互補完的に捉えて保護範囲を評価すべきとするのである。

⑤リップの見解

リップ（M. Lipp）は、フォン・バールが指摘した精神性の健康損害という点に着目して、本判決を批判的に検討し、理論面においても、結論においても本判決を批判する。[42] まず、本件原審[43]も本判決も認めてはいないが、相当因果関係理論の意味における責任関係につき言及する。すなわち、事故に巻き込まれた高血圧症を患う交通参加者が、加害者の不当かつ攻撃的な誹謗によって激しく興奮し、そこから健康損害が生じうるということは、最善の観察者にとっても予見可能性がないと。[44] しかしながら、このような評価方法では、本件の本質的問題を考慮することはできないとして、最善の観察者による予見可能性に疑問を呈する。すなわち、それがなければ特に困難な健康損害（卒中発作）が生じなかったであろうところのＸの病的損害素因（krankenheitsbedingte Schadensdisposition）に対する偶発的な危険をＹは引き受けなければならないのか、という問題である。[45] この問題を考える上で、彼は、まず、体質的脆弱性は責任設定的因果関係（侵害）ではなく、責任充足的因果関係（損害）に関わることを確認する。これによると、Ｙの過責はＸの素因（Disposition）により生じた損害へと拡張されえないのであるが、本判決でＢＧＨは、Ｙは常に高血圧症患者を侵害することを考慮しなければならないとしている。彼は、この点は誤解を招くと批判する。彼は、仮にそのような損害素因をだれも考慮しなかったとしても、過責の欠缺は加害者を免責しないとして、[46] 素因が過責判断と無関係であることを指摘する。

次いで、責任充足的因果関係と素因との関係について検討する。ここで彼は、BGB二五二条第二文[47]において、賠償義務が一般的な人生経験によると全く蓋然性がない逸失利益にも拡張されていることを示し[48]、それゆえに、病的素因は偶発的損害要素として責任縮減的に考慮されることは許されないとする[49]。ただし、それに反して損害素因が相当性の審理に対して影響を与える可能性がある二タイプの事例を示す。第一に、一般的な人生経験によれば、具体的な権利侵害が損害素因を一般的に惹起するのに十分であったということについて、全く蓋然性がなかったという事例（侵害と損害素因の共働が不相当である事例[50]）であり、第二に、損害の拡大が生じたのだが、所与の素因を考慮しても損害の拡大を予期することができなかった場合には責任充足的相当性を欠く事例（素因により不相当な損害が生じる事例[51]）である。その上で、本件はそのいずれにも該当せず、責任制限の可能性がないとする[52]。しかしながら、Xの精神的負担は、一般的な交通参加者の誰もが考慮すべきことを超えていないため、Xの損害賠償請求権は疑わしいといえるとし、三つの賠償義務の制限の可能性を検討する。第一に、健康「侵害」の否定の可能性、第二に、責任規範の意味及び目的による損害の否定（一般生活上の危険）、第三に、Yの行為の違法性の否定、である[53]。

第一の点に関して、本判決が、事故により一般的な興奮が引き起こされたにすぎないとしてXの健康侵害を否定することについて、「侵害」が否定されるならば、重大な影響をもつ損害をもはや責任法上把握できないとして[54]、健康「侵害」の否定の可能性を否定する。

第二については、本件のような精神性の健康損害は、加害行為との関連性が偶然であり、客観的帰責関連性がない場合には、通例、賠償されず、被害者は甘受しなければならないことを示すが、やはり本件では事情が異なるとする。本件では、XはYらから直接に侵害（誹謗）され、精神的な打撃を受けたからである[55]。それゆえに、彼は、一般生活上の危険によるYの免責の可能性を否定する。さらに、Yの行為が適法な行為であっても損害は同じく予期されたであろう

としても、[56] 一般生活上の危険とすることは正当化されないとする。なぜなら、BGB八二三条一項の規範は、原則として、違法に惹起されたあらゆる損害の防止を目的としているからであるとする。[57]

最後に、Yの行為の違法性に関して、結果不法と行為不法の観点から論ずる。彼は、本件のような精神性の健康損害に関してBGB八二三条一項の範囲において結果不法に固執すべきであるか、という点を問題とする。事実行為が被害者の人格に直接的に向けられている場合には、通説は違法性を肯定しているが、本件のような精神性の健康損害の場合には、事実行為は被害者の人格に対して直接的に向けられたものではないため、当然に健康侵害をもたらすものではないことを指摘する。にもかかわらず、結果不法の観点からもXの健康侵害は肯定されなければならないのだが、その際には行為不法の観点から補足される必要があるとする。つまり、Yの行為が特別な行為規範（StGB一六四条及び二四〇条）に違反している、あるいは、社会的に相当な行為ではないという場合には、Yの行為は違法であるとして、[58] この観点からすると、本件においても、既にYの行為の違法性は確認されるので、違法性の欠缺という理由での加害者の免責の可能性を否定する。

このようにリップは、過責、因果関係及び違法性のいずれの検討からもYの免責は不当であると考えるのである。

（四）BGH一九八九年六月六日判決の分析

さて、このような本判決に対する学説の評価を検討すると、被害者の素因について、相当因果関係から加害者の責任を判断することが困難であることが示唆されよう。このことは、①道路交通に参加する者が高血圧症を患っているということは全く蓋然性のないわけではないこと、及び②事故及び事故後の経過に対して被害者が興奮し、その者が高血圧症であったが故に健康損害が生じるということは、加害者にとって予見可能性がないとは言えないことから明らかである。もっとも、この帰結は、裁判所が予見可能性につき「最善の観察者」という基準を採っていることから生ずる問題

でもある。このように予見可能性基準がすでに加害者の責任の限定という役割を果たしえなくなっている以上、他の基準によって加害者の責任を制限する他なく、一般生活上の危険の法理を持ち出したに過ぎないといえるであろう。フォン・バールが本判決の一般生活上の危険は法政策的判断であると評するのは[59]、こうした理解があるからであろう。

また本判決からは、一般生活上の危険による加害者の責任制限も、保護範囲の判断に他ならないことが明らかである。本判決では、ＢＧＢ八二三条の保護範囲を決する際、加害行為を事故による直接の加害行為に制限して評価している。このように加害行為を制限的に考えれば、被害者の素因の顕在化は、本判決の述べるように、事故の直接の結果ではないため保護の対象から除外されうるであろう。しかし、既にみたように、このような評価は、学説から激しく批判されている。素因の顕在化は、リップが適切に述べるように、責任設定的因果関係、すなわち加害者の過責ではなく、責任充足的因果関係に関わる問題なのである[60]。責任充足的因果関係で問題となるのは、いかなる範囲において損害と認めるか、である。その際には、一連の因果関係の連鎖が問題となるわけである。一連の因果関係の連鎖は、予見可能性によって判断されるとするのが相当因果関係理論であるが、上述のように、すでにその責任制限機能は、素因が関与した事例では役に立たないことが明白である。それゆえ本判決及び各論者は、保護範囲の観点から検討するのである。

本判決の構造は以上のように理解し得るが、最後に素因不考慮命題との関係について検討すると、本判決は被害者の素因を加害者の免責の要素として考慮した判例であると理解されるのが通例である[61]。しかし、上述で考察した学説の評価からすれば、このような場合であっても素因不考慮命題は広く妥当しうることが示唆されるのである。本判決及び本判決に対する学説の評価からは、むしろ、素因不考慮命題の射程の広さが鮮明となって現れてくるように思われる。

三　仮定的因果関係による減免責

ドイツ法においては、上述本款一及び二で考察した加害者の免責の他に、仮定的因果関係理論により加害者が減免責されることが認められている[62]。「素因事例（Anlagefälle）」と呼ばれるものであるが[63]、この場合、被害者の素因を仮定的原因と見て、加害行為時点において既に存在する素因が理由で、被侵害客体の別の毀損（Schädigung）が確実に予想される場合[64]、加害者の責任は時間的に修正される。

（一）加害者の免責（損害の無価値）

仮定的原因たる素因を顧慮して加害者を免責したものとしては、例えば次の裁判例が挙げられる。

【D-28】RG JW 1911, 319（判決年月日不明）では、身体侵害がもとで精神病を発病するに至ったが、その精神病はいずれにせよ発病したであろうとして、加害者は免責されている。この場合、加害行為がなくともいずれにせよ同じ状態になっていたとして、加害者を免責するのであるが、この場合、加害行為がなくとも同じ状態になっていたということをもって、損害自体が「無価値[65]」と評価されるのである。つまり、損害自体が賠償価値があるものと見なされないため、加害者は賠償義務がないのである。

（二）責任の時間的制限

加害行為がなくとも同じ状態になっていたため、損害が無価値となるとする判断は同様であるが、事故後のいずれかの時点において同じ状態になったであろうことが事実認定として確認される場合には、加害者の責任は時間的に制限される。

例えば、前掲【D-9】RG一九四二年四月二九日は、素因不考慮命題を引用して加害者の責任を原則として肯定しているが、しかしながら、「素因が進行する年齢と同じように時の経過において、病気を特別に要求する現象の発生がなくとも、Xの労働能力を減少させ、それによって損害の程度に影響を及ぼすという限りにおいて[66]」加害者の責任は制限

されるとして、この点につきさらに審理を尽くさせるため破棄差し戻している。同様に前掲【D-13】ＢＧＨ一九六八年一〇月一五日は、被害者が素因を有していたために、「事故とは無関係のある時点において、いずれにせよ所得損害を被っていたであろうことが確認できた場合にのみ」[67]、加害者はその範囲において賠償を要しないとして、責任が時間的に制限されうることを示している。さらに、前掲【D-15】OLG Frankfurt aM 一九八三年七月七日判決では、事故の発生時点において、被害者に内在する、加害行為がなくとも後に同程度の損害に至ったであろう損害素因（Schadensanlage）が被害者に存在していたということを出発点としなければならず、そのような場合には、前の損害発生に由来する不利益の賠償義務は制限されるとする。その上で、事故がなくとも一年後に同様の不利益があったことの根拠が明らかではないので、裁判所に予測可能な範囲において、事故がなくとも同様に生じたであろう不利益に制限されるとして[68]、被害者の請求の一部のみを認めている。

（三）分析

以上の裁判例によると、素因不考慮命題は、仮定的因果関係理論により、修正されたものと評価することもできよう。とはいえ、上述（二）から明らかなように、加害行為と損害との因果関係の判断においては、同命題が適用され、加害者の責任は全範囲において認められている。それでは、素因不考慮命題と仮定的因果関係による加害者の責任の制限とはいかなる関係に立つのか。素因不考慮命題により加害者の責任が認められていることと、仮定的因果関係による加害者の減責が共存しているところからすると、両法理は互いに排斥しあうのではなく、連続した関係にあるといえる[69]。

ここで仮定的因果関係について述べておくと、ドイツ法における仮定的因果関係論は、その対象を「因果関係」として責任について論ずるのであるが、ドイツにおける損害概念が「差額説」によって理解されていることに注意しなければならない。仮定的因果関係により責任を時間的に制限することは、実質的には賠償額の制限の機能を果たしており、

責任設定的因果関係及び責任充足的因果関係の判断とは、次元が異なるのである。このように理解されるのであれば、両法理が相互排斥的ではないのはむしろ当然のことであろう。また、仮定的因果関係が賠償額・算定の機能を果たしていると理解すると、素因不考慮命題は、その射程が修正されたとはいえず、むしろ固く維持されているものと解することができる。

この点は、仮定的因果関係の判断において、予備的原因の証明度に確実であること又は確実な証明を要求していることからもそうであるということができる。上述の裁判例で言及された仮定的因果関係は、確実であると証明できた場合に限って適用されることを明らかにしている。すなわち、加害者は、被害者の素因を理由として同じ損害がいずれかの時点で生じたことを、確実に立証しなければならず、その可能性があった程度では責任が制限されることにはならないのである。[70] したがって加害者は、「確実」という程度まで証明しない限り、素因不考慮命題に基づき、全責任を負うことになるのである。[71]

なお、「素因事例」では、証明の確実性が要点となっているが、この確実性自体が問題を生ぜしめている。すなわち、確実に証明できた場合には、場合によっては加害者は免責されるのに対し、それが失敗した場合には素因不考慮命題により加害者は全責任を負うこととなり、帰責に関してかなりドラスティックな変化をもたらすことになる。この点については、後に考察する加害者の責任の割合的制限に関わる点であるので、別途改めて検討する（第四章）。

四　裁判例の分析

以上、素因不考慮命題に関する裁判例を考察してきたが、ここで、判例における同命題の意義及び射程について分析を試みる。

素因不考慮命題を適用するにあたり、第一に問題となるのは、加害行為自体が共働原因と見なされうるか否かである。責任要件における判断であるが、前掲裁判例【D-2】【D-3】で確認したように、被害者が素因を有していたことを理由として、加害行為を誘因と評価することによる責任要件の否定は原則否定されている。例外的に、取るに足りないような、そもそも加害行為とは評価しえない出来事が生じた場合にのみ、原因性は否定される。逆にいえば、そのような場合でない限り、責任要件レベルでは素因不考慮命題を排除することはできないといえよう。

また、素因不考慮命題は、稀な素因の事例や非接触事例においても妥当するとされているように、その射程は極めて広範なものと理解される。これらの事例においては、責任充足的因果関係をかなり広く認めることにより、加害者の責任を肯定している。この点は、すでにリップ[72]が指摘するように、被害者の素因は、責任充足的因果関係において問題となる。では、責任充足的因果関係において素因はどのように判断されているか。当初裁判例は、相当因果関係に基づき予見可能性によって、被害者が素因を有していること及びその素因が顕在化することにつき、「最善の観察者」という基準を用い予見可能性を拡大することにより、素因不考慮命題を説明していた。しかしながら、被害者の素因を予見可能性によって説明することは、いたずらに予見可能性を拡大するだけであり、責任充足的因果関係で審理されるべき責任制限の機能を果たしえない。なぜなら、最善の観察者であれば、全ての事柄につき予見可能性を認めることは不可能ではないからである。この点から、素因不考慮命題を相当因果関係理論から基礎づけることは、理論としては不適当であろうし、説得力に欠けると思われる。ゆえに、保護範囲の問題であると捉えるのが適当であろう。素因不考慮命題は、保護範囲の判断の際の規範的評価と位置づけられよう。

被害者の素因を考慮し加害者の免責を認める一般生活上の危険の観点も、この点を明らかにする。裁判例では予見可能性によって基礎づけるものが多いが、その実質は素因により発生・拡大した損害が、規範の保護範囲に入るか否か

を判断していると解される。素因によって損害が発生・拡大した場合について、規範の保護目的を考慮することにより、当該損害が保護の範囲に含まれないとすることにより、素因不考慮命題を修正しているものと解することができよう。

仮定的因果関係理論による加害者の減免責の例からは、素因不考慮命題は時間的に修正されうることが示唆される。ただしこれは、素因不考慮命題そのものの修正として理解するのは妥当ではない。素因不考慮命題は、責任充足的因果関係における原則であり、他方、仮定的因果関係論は、賠償額算定の機能を果たしているからである。その意味では、素因不考慮命題は、依然として修正されていないものと解することができる。これは、ＺＰＯ二八七条[73]の意味における確実性の立証を加害者に要求していることからも明らかであろう。加害者は抗弁として仮定的因果関係の成立を確実に立証しえない限り、素因不考慮命題に立ち戻り、全責任を負わねばならなくなるからである。

以上の通り、裁判例においては、「虚弱な者に対して加害をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われることを主張しえない」という命題は、固く保持されていることが明らかである。

第三款　学説による素因不考慮命題の評価

ドイツの学説では、かなり早い段階から素因不考慮命題に関して見解が一致している[74]。同命題は、被害者の素因を理由として加害者の賠償責任を免責することを一貫して否定するものであるが、その理論的根拠は変遷を遂げており、相当因果関係説、保護目的説などから同命題を理解するものが多い。以下、各説がどのような観点から素因を論じ、どのような解決を主張しているのかに注目して検討したい[75]。

一　相当因果関係説の見地から

（一）相当因果関係説の説明の前に、その前提となった条件説（Äquivalenztheorie）について述べておこう。侵害と損害発生は、通常、多くの原因を有する。原則的に、すべての原因は同等のものと評価される。すべての因果的な要素の同等の取り扱いを基礎におくゆえに、これを条件説（等価説）という。自然科学的にみるならば、条件説は適切なものである。原則的に、効果の発生にとってすべての原因は同等の意味をもつのである。しかしながら、法律学では、たえず、帰責の視点から非本質的な原因から本質的な原因を区別しようとする試みがなされてきた。相当因果関係もひとつの原因を評価的に選び出したものである。(76)

相当因果関係説は、一九世紀末に心理学者のフォン・クリース（J. v. Kries）(77)により主張されたものであり、彼は、この理論でもっていわゆる結果加重的な刑法の構成要件を制限しようと企てたのである。刑事裁判例において追従されなかった相当因果関係説は、民事法の中では認められた。これは、リューメリン（M. Rümelin）(78)、トレーガー（L. Traeger）(79)、エンネクツェールス（L. Enneccerus）(80)に遡ることは周知のことである。(81)民事法でも、相当因果関係説は、純粋な因果関係が莫大な自己負担を負わせることになる、つまり、有責性関連（Verschuldensnexus）のない損害の範囲の場合に意味をもった。相当因果関係説の確立した適用領域は、責任充足的因果関係にある。侵害が有責かつ違法に惹起されたならば、その侵害により相当因果関係をもって生じた損害が賠償されなければならない。相当性には二つの定式がある。ひとつは、積極的定式であり、ひとつは消極的定式である。積極的定式では、高められた可能性が要件となり、消極的定式では、低められた可能性が因果関係から除外する根拠として認められる。学説では、例えばラーレンツ（K. Larenz）は、「賠償義務者により惹起されたが有責性のない隔たった結果について、賠償義務者の責任は、その結果が一般的な人間の生活経験上予期しえないほどに異常であり、またかけ離れたものとなったところで限界を見い

だす」[82]のであり、そのようなかなり異常な結果は、純粋に偶然の損害として損害を被った被害者が負担する、とする[83]。他方で、判例は、高度に技術的な定式を用いる。すなわち、「ある事件が結果の相当な条件であるのは、それが発生した結果と同種の結果の客観的可能性を一般的に少なからぬ程度に高めた場合である。そこでの評価においては、（a）事件の発生時点において最善の観察者（optimal Beobachter）にとって認識可能なすべての事情、（b）条件の設定者〔行為者〕にとって（a）を超えて判明していた事情、この検討は判断時に利用できるすべての経験知識を用いて行わなければならない」とする[84]。

（二）裁判例では、素因競合の事例において上述の「最善の観察者」の観点から相当因果関係理論による加害者の免責を基礎づける試みがなされていたところ、ラーレンツは、裁判例の詳細な分析を通じて、素因不考慮命題を相当因果関係論との関係から論じる。以下、彼の見解を見てみよう。

ラーレンツは、裁判例が相当因果関係の判断に際して「最善の観察者」という非常に広い賠償範囲画定基準を採っているという分析をして、その具体例として被害者が既に病気であった場合や健康において脆弱性があったり抵抗力がなかったりした場合にも相当性が排除されない、とする[85]。しかし、彼は、この「最善の観察者」という基準を不当であるとする。すなわち、「最善の観察者」にはわからないことなどほとんどないも同然である、つまり、最善の観察者はほとんど全知（allwissend）なのであり、全知の者にとっては、現実の事象の経過は、異常なものであったとしても、常に予見可能なのである。したがって、最善の観察者の基準を採るならば、相当性の基準が賠償義務者の答責範囲を限定するという適性を失ってしまうとする[86]。その代わりに、彼は、「経験のある観察者（erfahren Beobachter）」という基準を提唱する。そして「経験ある観察者」による予見可能性の例として、被害者の素因について言及する。すなわち、「経験のある観察者は、賠償義務者が認識し、かつ他方でそのような観察者がその時点で認識可能である事情を認識し、

かつ、例えば、被害者が病気である又は脆弱であるというそれほど遠くない可能性を考慮する」として、この基準においても素因競合により発生した損害が加害者に帰せしめられるべきという考えを示す[87]。

ラーレンツが指摘するように、判例のいう「最善の観察者」基準を採る限り、いなかる事態も常に予見可能なのであり、被害者の素因の競合により損害が発生・拡大した場合にも同様に、当該損害の発生・拡大は常に予見可能であることとなり、加害者の免責の余地はないものと解されよう。つまり、競合した被害者の素因がいかなるものであろうとも、常に加害者は全責任を負担しなければならないわけであるが、このような帰結は明らかに不当であろう。そこで彼は、「経験のある観察者」として予見可能性を制限的に捉えるのであるが、すでに裁判例の検討で明らかとなったように、素因が競合した場合において加害者の責任を限定するためには、相当因果関係理論による予見可能性基準のみでは不十分であるという問題が残されており、彼のように「経験のある観察者」としたところでこの問題が解消されるものでもない。この点につき、彼は、相当因果関係理論は相当性の必要条件を判例よりも厳格に理解したとしても、後続損害に対する責任を適当に制限するには常に十分ではないことも指摘するように[88]、彼もまた相当因果関係理論によっては、素因競合事例における加害者の責任制限をなしえないことを認識している。ラーレンツは、このような場合においては、因果経過の相当性は別の基準と並存してのみ存在するのであり、かつ、それによって賠償義務者の答責範囲はさらに制限されるとする。その別の基準とは、次の規範の保護目的による帰責である[89]。

二　保護目的説の見地から

（一）フィケンチャーの見解

フィケンチャー（W. Fikentscher）は、保護目的説の代表的論者であるが、彼は相当因果関係説の項目において素因

競合の問題を例示する。すなわち、AがBを平手打ちしたとし、Bが異常に薄い頭蓋冠を有していたために、死亡してしまったという例を示し、この事例におけるBの死亡は、条件説の意味においてAにより惹起されたものであるが、相当因果関係説の意味においてもそうであるとする。なぜなら、誰もが異常に薄い頭蓋冠を有し、平手打ちが理由で死亡へ至るということは、まったく異常なことではないからである[90]。特別な身体的体質が存在するのであり、そして、それは相当因果関係説の意味における因果関係を中断しないとして、【D-1】RG一九三七年四月二六日判決[91]を示す[92]。

他方で、彼は、「素因事例（Anlagefälle）」においては、素因の斟酌に対して否定的な態度を示す。すなわち、「加害者が予見しえない異常な身体的または精神的素因（Veranlagung）により後続損害が生じる場合、当該後続損害はそれでもなお原則として加害者が責任を負わなければならない。加害者は、そのような素因（Veranlagung）の危険を引き受ける」とし、具体的には血友病の事例[93]やノイローゼの事例（【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決[94]、RG JW 15, 28）を挙げている[95]。

以上によれば、フィケンチャーは、素因不考慮命題は相当因果関係説からも説明することはできるが、前述の相当因果関係説における「予見可能性」が問題となるとき（予見可能性がないとき）であっても、「加害者は素因の危険を引き受ける[96]」として保護目的説の観点から素因不考慮命題を理解しているものと解される。しかしながら、彼は、予見可能性の点からの説明でしかないため、なにゆえ素因を理由とする後続損害が保護の対象となるのかについては説明としては不十分であると思われる[97]。この点につき、ドイチュ（E. Deutsch）はより積極的な言明をする。

（二）ドイチュの見解

ドイチュは、犠牲者の特殊な性質（Eigenschaft）と相当因果関係の項目において、相当因果関係説からではなく、保護目的説から素因不考慮命題を論じる[98]。彼は、まず、確立した判例によると、例えば、薄い頭蓋骨、ガラスのような

脆い骨又は特殊なアレルギー体質などの損害の発生を高める犠牲者の特殊な性質は〔損害発生にとって〕相当性があるとする。彼は、その例として、騎手を落馬させ、特に細い骨のために著しい負傷を受ける結果を招いた者は、それに対して責任を負うとする事例を挙げる。判例と通説は、そのような侵害の発生確率が1：100,000以下のである場合でも、そのような侵害を相当因果関係があるものと認めている。彼は、この点につき、それは一般的予見可能性としての基本命題に反するものであると批判する。なぜなら、通常人はそのような稀な結果を考慮に入れておらず、そのため、一般的に予見可能ではなく、したがって、相当因果関係はないからである。(99)

彼がこのように非難するのは、先に指摘されたように、そのようなかなり低い確率での発生を相当因果関係あるものと認めると、相当因果関係理論が予定していた加害者の責任制限としての機能を果たしていないことになるからであろう。しかし、ドイチュは、相当因果関係はないとしても、やはりそのような結果は行為者により賠償されるべきであるとする。彼は、そのために、素因不考慮命題がドイツ法において妥当していることを挙げる。すなわち、素因不考慮命題を、犠牲者の特殊な個人的な体質により生じる相当因果関係がない損害も規範の保護範囲に含まれる、として保護範囲に位置付ける。そして、ドイツ法においてはこの素因不考慮命題が妥当しているため、例えば、傷害を受けた犠牲者が皮膚疾患になりやすい特殊な素因（Disposition）を有しており、そのため通常人よりも長く稼働不能となったときは、この素因が極めて稀なものであったとしても、行為者はその損害を賠償しなければならないとする。(100)

なお、ドイチュは、素因不考慮命題においては、規範の保護範囲は、相当性を超えたところまで及ぶのであるとし、この場合には、立法者の予見は、通常人の一般的な予見可能性よりもさらに遠くまで達しているのであるとして、保護範囲を立法者の予見可能性から説明する点が特徴的である。(101)

（三）ケッツの見解

ケッツ（H. Kötz）もまた、素因不考慮命題に関して、相当因果関係の議論において言及する。彼は、不法行為の被害者が異常にもろい頭蓋冠を有しているとか被害者が精神的に極度に不安定であったり、すでに疾患により衰弱していた又は血友病患者であった等の例を挙げ、被害者の素因という非典型的な身体的素質によって損害が発生した、又は特に重大なものとなったという場合であっても、被害者に生じた健康損害に対する賠償は肯定されるとして、素因競合の事例を説明する。そして、このような素因が競合する場合に関して、その損害の現実化は全く蓋然性がないわけではないという蓋然性の程度によって加害者に帰責されるのではなく、むしろ、価値的な考慮（評価）によって加害者に帰責されるのであり、その価値を表現するのが、素因不考慮命題であるとする。[102] すなわち、ケッツは、素因不考慮命題は、ある種の法政策的価値を体現したものとして理解するのである。それゆえ、後述のシュトルが素因不考慮命題に反対の立場を採ることに関しても、これもまたある種の価値に支えられた観点であると評価している。[103]

ただしケッツは、素因不考慮命題により、加害者の全責任が肯定されるとしても、BGB二五四条[104]の共働過責を考慮し、加害者と被害者との間の損害の分配が問題となりうるとする。彼は、このBGB二五四条の考慮に関して、損害の発生に対して被害者が寄与する場合、つまり、彼の身体的異常を賢明に考慮して、まさに彼にさし迫っている危険を回避する目的でなされなければならない処置を怠った場合を念頭においているようである。[105] とすると、彼は、素因の認識可能性に着目し、これに共働過失を適用することによって加害者の責任制限を図ることを念頭においているようである。[106]

（四）リュアーの見解

ケッツは素因不考慮命題をある種の法政策的価値（評価）であると理解していたが、リュアー（H-J. Lüer）は、被害者の社会参加の観点から素因不考慮命題を説明する。彼によれば、法律違反者（Deliquent）が病人または脆弱な者を侵害した場合、不法行為の結果は健康な者に比してかなり重大なものとなりうるのであり、そのような場合には被害

者は全く異常な結果の負担からも解放されるという強い利益を有するとされる。[107] というのは、病人または脆弱な者は、いずれにせよ健康な者と同じように社会秩序に参加するという大きな困難を負担しているからであり、法律違反者は、被害者の特別な脆弱性または病気によって特徴付けられる危険を負担するとして、素因不考慮命題を示す。[108]

とはいえ、彼が意図する社会参加という観点は、被害者の有利に働く場面ばかりではない。彼は、病気または脆弱な被害者であっても、社会秩序の中で行動するのであれば、何人も最低限の身体的抵抗力を奮い起こさなければならないとして、被害者自身の負担を要求するのである。具体的には、病人は、彼が病気に相応な理性的な態度に相応しく振舞わなければならず、仮に、彼が軽率に認識できる危険に身を晒した結果生じた損害については、彼自身が引き受けなければならない、とする。[109] 彼はこれを法政策上の決定であると理解する。すなわち、法秩序は、被害者にも最低限の抵抗力および自己規律を要求しているのであり、法律違反者は、不法行為にも関わらず被害者の全危険を引き受けるのではない。被害者には、運命を自ら克服する責務が残されているのである、として、素因不考慮命題の限界を説明する。[110] なお、彼は明確には言及していないが、「最低限の抵抗力」、「認識できる危険」、「自己規律」という点からすると、彼も、BGB二五四条の共働過責の適用による加害者の責任制限を意図しているものと解されよう。

（五）ランゲの見解

ランゲ（H. Lange）もリュアーと同様に被害者の社会参加の観点から素因不考慮命題を説明する。

彼は保護目的説の観点から、賠償請求権者が病気又は異常な素因や疾病のために特別に脆弱であったという理由で損害が発生又は拡大した、ということをもって賠償義務者は免責されるものではない、とする。[111] そして、この観点から、RGおよびBGHで判示された素因原則不考慮命題を支持する。[112] また、病的素因のみならず、精神的な欠陥（psychische Konstitutionsmängel）に関しても何ら異なることはないとする。[113]

他方で、彼は、虚弱な者は、自分自身の行為において、期待されうる限りその危険を特に考慮しなければならないという点も指摘する[114]。ここでＢＧＢ二五四条が挙げられているところからすると、彼は、素因不考慮命題により、加害行為と脆弱な者に生じた損害との法的因果関係を肯定したうえで、ＢＧＢ二五四条の共働過責の規定を適用することにより加害者の責任制限を図ることを意図していると解される。とはいえ、そのような虚弱な者であっても、道路交通又はそのような社会状況への参加から身を引くことが求められるべきではないとする。なぜなら、賠償義務者は法秩序によって承認されていない行為をやめることができるし、あるいは、賠償義務者は危険責任の場合に法秩序が責任根拠とみなした危険を生じさせたからであるとして[115]、被害者の社会参加の自由を強調する。

また、ランゲは、リュアーと同様に、犠牲者に最低限の身体的・精神的抵抗力が欠けている場合には素因不考慮命題は限界を示すとする。ここで彼は裁判例[116]を分析し、大抵の場合相当性が否定されているとするが、相当性の欠缺という理由では納得が行かない、なぜなら、統計的な蓋然性は加害者の責任制限に決定的なものではないからであるとして、批判する。彼は、むしろ、責任要件が審理されなければならず、この責任要件は社会通念により加害者の行為が絶対的保護法益の侵害とみなされない場合に否定されるとする[117]。すなわち、彼は、否定例については相当性以前の問題として理解しているのである。また、彼は、保護法益については、被害者に最低限の身体的・精神的抵抗力が欠けているか否かという点に限界を見出す。被害者の最低限の身体的・精神的抵抗力には被害者自身の危険領域の限界が想定されなければならず、この限界を超えた場合、もはや「保護法益」の侵害ではなくなる、すなわち、加害行為との違法性関連が欠如することとなるため、責任要件が充足されないという見解であろう[118]。もっとも、こうした限界づけによると、最低限の抵抗力を欠く被害者は、全く損害賠償が認められないという問題が生じることとなる。この点につき彼は、この限界づけにより抵抗力の最も弱い者の最も弱い点を見殺しにし、同時に社会福祉国家の原則に背くという異論がありうる

ことを認めている。そしてこの異論に対しては、損害賠償法の限界であるとし、むしろ社会法により対処すべきであると考えている。(119)

ここでランゲの見解を敷衍すると、素因不考慮命題は、被害者の社会参加の自由の保護を目的とする原則であると理解することができる。ついで、素因不考慮命題により、法的因果関係が認められた損害であっても、社会参加の自由があるゆえに、被害者にも期待されうる限り自らの素因という危険を考慮することが求められ、そこから逸脱した場合には、BGB二五四条の共働過責が考慮されうることを指摘するが、そもそも加害者は加害行為をやめるという選択肢があり、また法秩序に違反した者でもあるため、被害者の社会参加の自由が優先されるとして、共働過責の斟酌には消極的である。

また、彼は、被害者の最低限の身体的・精神的抵抗力の観点から素因不考慮命題の限界を見出すが、彼の見解によれば、「保護法益」とみなされるか否かが決定的なものであり、責任要件の問題である。とすると、結局のところ、責任要件が充足される限り、素因不考慮命題により法的因果関係は否定されないということになろうか。

三　一般生活上の危険の見地から

一般生活上の危険に先立ち、ケメラー（E. von Caemmerer）は、素因競合の場面につき、「生活領域（Lebensbereich）」の観点から問いを立てる。すなわち、損害がその原因を被害者自らの生活領域に有する場合、被害者は自分自身で損害を負担する必要はないか否かという問いである。そして、この問いに対して、彼は次の例を挙げて答える。すなわち、他者を身体的に侵害した者は、被害者の特別に脆弱な又は虚弱な体質、例えば血友病の素因、結核、神経の不安定さ及び普通の平手打ちが完全に予見不可能な被害者の死亡をもたらした場合にも、その結果を引き受けなければならない。(120)

それでは、以下では、この「領域」の概念を発展させた一般生活上の危険の見地からの責任の取り扱いについて考察する。

（一）フーバーの見解

フーバー（U. Huber）は、「危険領域」という考え方から、「一般生活上の危険」の概念による賠償範囲の画定を主張する[121]。彼はこれを「危険領域説」と称する[122]。彼は、相当因果関係説のみならず、保護目的説に対しても、とりわけ後続損害の制限につき、疑問を呈する。というのは、身体侵害を禁ずる規定の規範の目的は身体侵害の結果から生ずるあらゆる損害から被害者を保護することであると理解されているが、このような規範目的では後続損害に対する有用な制限基準となり得ないからである、とする。この問題に対して、彼は、前掲【D-23】ＢＧＨ一九六八年六月七日判決において言及された一般生活上の危険による適切な危険配分の観点が規範目的を後続損害の制限に対して有用なものとする、とする。すなわち、病気の発現や早められた退職は、被害者の「一般生活上の危険」に属し、かつ、被害者の固有の危険領域にあると考えるのである[123]。この観点から彼は、加害者の責任制限の基準を次のように定式化する。すなわち、法益が侵害された場合、損害は法益の回復のために必要な支出に限られず、むしろ被害者は当該法益侵害により別の財産的損害が生ぜしめられるという危険に晒される。加害者が違法かつ有責に他者の法益を侵害した場合、被害者自らではなく加害者がその後続損害の危険を負担するのが適切である。なぜなら、加害者は、被害者の権利をその意に反して危険領域内で侵害することでその者を侵害したのであり、他方で加害者は侵害してはならなかったはずであるからである。それゆえに、加害者が設定した危険が現実化した場合には、加害者が補償義務を負う。まさしく、被害者がその法益侵害によってさらされている特別な危険のみが問題となるのである。他方で、事故との関連性が偶発的なものであり、被害者の一般生活上の危険が現実化した場合には、加害者はもはや補償義務を負わない[124]。

フーバーは、以上の観点から、例えばある者が空港へ向かっている途中に交通事故に遭い、そのために次の飛行機に搭乗したところ、その飛行機が墜落した場合[125]、実際に利用した飛行機の墜落は被害者の一般生活上の危険に属するとする。また、交通事故の被害者が手術を受けた際に発見された腸の異常を除去することは被害者の固有の危険領域に属するものであり、加害者は当該腸の異常の除去により生じた損害を賠償する必要はないとする[126]。他方で、特別に脆弱な体質であった者が平手打ちをくらい、その結果死亡した場合には、一般生活上の危険に属するものではなく、身体侵害により高められた特別の危険に属するものである、とする[127]。つまり、フーバーは、一般生活上の危険と加害行為によって生ぜしめられた特別の危険とを区別し、脆弱な者に対する加害行為の場合は後者に属するとして、素因不考慮命題を支持するものと解される。

なお、フーバーは、上述のように素因不考慮命題を支持するものであるが、重病を抱える交通参加者が危険のない侵害行為によって死亡又は重傷を負ったような場合については、BGB二五四条及び「自己危殆化行為（Handlung auf eigene Gefahr）」の原則が検討されるべきであることも指摘している[128]。

（二）メートリッヒの見解

メートリッヒ（M. Mädrich）もまた、一般生活上の危険の観点から、素因競合の事例につき論ずる。彼は、実務にとって最も意義あると同時に統一するのが最も難しい、一般生活上の危険の下位グループは、結果が身体的に又は精神的に損害を被りやすいことに起因するような事例に現れるとして、素因競合の事例を挙げる。同箇所で彼は、血友病、異常に薄い頭蓋冠、重い心臓病などの被害者が身体的に脆弱な場合には、全額の賠償が認められたことを例として示す。彼は、こうした、ある者が体質に問題があって損害を被りやすいために法的に重要な不利益を被った事例を利害衡量上より公平に取り扱うためにも、一般生活上の危険の観念の基本的な意味を際立たせることで十分であるとする。そこで、**【D-1】**

RG一九三七年四月二六日判決による素因不考慮命題の定式と共に、英米法における〝不法行為者はその被害者をあるがままの状態で引き受けなければならない（a tort feasor must take his victim as he finds him）〟を引き、これらの思想は、社会福祉国家たることを義務づけられた法秩序が、心身共に最も弱い社会構成員を、時流にかなった生活様式の絶えず発展する諸要求に無防備のまま晒さないよう努力することを反映しているものと解する。

しかし、犠牲者が健康であったか、それとも体質的に虚弱であったか、ということは、BGBにおける結果の割り当てにとって原則として考慮されないという見解からしても、被害者は特定のケースにおいては彼の疾病体質から生じた損害を自ら負担しなければならないことを指摘し、身体的又は精神的に虚弱な者もまた一般生活上の危険を負担するのであるとする。というのは、そのような身体的又は精神的に虚弱な者も、健康な者と全く同様に、それに対して他人が法的責任を負わなければならない出来事とは無関係に、彼に不利益をもたらし得る数多くの危険に、彼の周囲の人々との日常的な出会いの中で晒されているからである。身体的又は精神的に虚弱な者は、健康な者よりもずっと多様な諸危険に晒されているのではあるが、しかし、彼はこの事情を自らの個人的運命として受け入れなければならないとして一般生活上の危険に割り振られるのであるとする。[129] この場合、上述した、心身共に最も弱い社会構成員を見殺しにすることになるが、損害賠償法の社会的機能は、限界に突き当たるのであり、[130] そのような者を法は保護しえないのである。まさに、個人的運命だからであり、その場合には、「事変は所有者が負担する（casum sentit dominus）」しかないのである。

四　反対説

ドイツ法では素因不考慮命題が判例・学説において支配的なものとなっている状況については上述のとおりである。しかしながら、支配的見解に対しても異論がないわけではない。ここでは、シュルツェとシュトルの見解を検討したい。

（一）シュトルの見解

規範目的説の論者として知られるシュトル（H. Stoll）は、素因が問題となる場合を、仮定的因果関係[131]の問題との関連において言及する。素因が競合し損害が発生した場合における仮定的因果関係とは、不法行為がなくとも、予備的原因たる被害者の素因によりいずれ同等の損害が生じたであろうことが「確実に」証明される場合のことを言う。彼は、この仮定的因果関係の観点から、予備的原因たる素因が将来「確実に」発現したと証明される場合には顧慮されるべきことに肯定的態度を示す[132]。この見解は、前述の仮定的（凌駕的）因果関係による減免責に関する判例の立場と一致する。

それでは、素因の発現が「確実に」は証明されなかった場合はどのように考えるのであろうか。前述の仮定的（凌駕的）因果関係による減免責に関する判例の分析において確認したところによると、加害者は、素因がいずれかの時点で「確実に」発現したであろうことを証明しない限り、素因不考慮命題に基づき、全責任を負うことになる、というものであった[133]。しかし、シュトルはこれに対して、その発現が確実とは言えない予備的原因についても（素因競合の場合であると思われる）、人身損害の場合に、被害者自身の病気や病気になりやすい体質のため損害を受け易くなっていたということは評価されるべきであろう、とする[134]。

シュトルは、上述の見解を論ずるにあたり、イギリスの判例、具体的には、*Smith v. Leech Brain & Co.*[135]及び *Warren v. Scruttons*[136]を参照する。それら判例では、予備的原因たる素因の発現は単に蓋然的であるに過ぎなかったにもかかわらず、当該素因を顧慮し、損害軽減的に扱われている。前者では、素因の発現は高い蓋然性はあったが、確実であるとは証明されず、後者もまた、素因を基礎とする予備的原因がいずれ作用したであろうことは確実とは言えないというものであった。にもかかわらず、被害者の法益が既に以前から脆弱であったということが考慮され、加害者が賠償すべき損害が縮小されている。この結論は、ドイツ法における判断とは異なるものであるが、シュトルはこの結論が「衡平（billig）」

であるとする。[137] というのは、彼は、損害算定に際して、利益を期待させる被害者の法益の性質が、利益の蓋然性がある に過ぎない場合でも考慮され（BGB二五二条）、これに対して、その性質が損失を確実に惹起したであろうとは言えない場合であれば、損失を含む性質は考慮されないのはなぜなのか、理解できないからであるとする。そのため彼は、BGB二五二条に含まれる法思想を、加害者の有利となるように裏返して適用する必要があると述べている。

彼のこの態度は、続く一九六八年の著書においても堅持されている。[138] 同著書では、ドイツの判例の態度とフランスの判例とが対置されている。まず、ドイツについては、前掲【D-21】OLG Karlsruhe 一九六六年一月二五日判決を参照する。当該判決では、Xの請求は棄却されているが、その際、異常な損害素因でさえも行為者（加害者）の負担に帰するとする素因不考慮命題を出発点としている。シュトルは、この点につき異論を呈する。すなわち、被害者の損害素因のリスクをもっぱら加害者に帰せしめるということは正当であろうか、と。[139] これに対して、フランスの判例では、責任設定的因果関係は肯定したが、損害算定の際に被害者の「病状（état morbide）」が適当に考慮に入れられていることについて、[140] 説得的な解決であり、[141] また、ドイツの態度に比してはるかに自由な態度であるとして、[142] 肯定的に捉えている。

シュトルはこうした理解から、前述の見解をさらに展開する。すなわち、被害者がその虚弱体質のせいでいずれは発症したであろうという、加害者に課せられる立証を、BGB二五二条の類推適用で軽減することが、一度は考慮されるべきであり、素因が発現したであろう蓋然性に応じて、将来的不利益に対する賠償が軽減されるべきであるとする。[143]

シュトルの見解を敷衍するならば、次の通りであろう。ドイツ法における素因不考慮命題は、その適用に当たり責任の全か無かという判断がなされるのであるが、こうした判断は硬直的すぎる。被害者は素因というリスクを抱えており、そのリスクは加害行為がなくとも顕在化した可能性はあると考えられる。しかし、そうした場合に、素因不考慮命題を貫徹することは、一度加害行為がなされると当該リスクは全て加害者が負担することとなってしまい、却って不当な結

論が導かれてしまう。そのため、素因の将来的展開を考慮に入れた、柔軟な解決をすべきであるとするのである。

（二）シュルツェの見解

シュルツェ（C. Schulze）は素因が問題となる場合を「典型的な素因事例」と「非典型的な素因事例」とに分類し、前者を仮定的因果関係論の問題として、後者を素因競合の問題であると捉える[144]。そして素因競合の事例について危険範囲の観点から論じている。

彼は、病的素因については被害者が自ら負担すべきであると主張する。すなわち、不法行為損害賠償責任の制限に際しては、個人の一般生活上の危険と不法行為による特別の損害とが厳密に区別されなければならず、素因に関して、被害者の素因は不法行為時にすでに存在していたので、その素因を不法行為に特別な危険に配分することはできない[145]。また、社会における人間共同生活から種々の環境要因の共同作用（Zusammenspiel）によって生じる一般生活上の危険は、ちょうど個人の素因の程度分だけ拡大する。それは、ちょうど高度に個性的な被害者の特性の程度分だけ高められるのであり、加害者の外的な作用によって全く影響されない、として被害者の素因を一般生活上の危険に分類する[146]。したがって、加害者は、被害者の特別な素質については責任を負わないのであり、厳密には、その被害者に対する侵害行為の結果として、（相当性の意味で）予見可能であったものについてのみ責任を負うのである、とする[147]。上述フーバーとは正反対の結論に至っている。

シュルツェは、上述のように素因保有者が加害された場合には、一般生活上の危険を拡大して、素因の顕在化を一般生活上の危険に割り当て、他方で、予見可能であったもののみ加害者は責任を負うべきとするのであるが、素因競合事例とはまさに素因が競合して一個の損害が生じる場合を表すのであり、そうすると、予見可能な損害部分と一般生活上の危険が現実化した部分とをいかに区別するかという理論的に非常に困難な問題が生じよう。そうであるならば、シュ

ルツェの意図するところが、素因競合事例について損害賠償を全て認めないとするものでない限り[148]、彼の見解は採り難いと言わざるを得ない。

五　学説の分析

学説では、総じて、素因不考慮命題を法的意味における因果関係、すなわち責任充足的因果関係の問題として位置付けて論じている（それに対してシュトルは賠償額算定の問題に絡めて言及する）。つまり、素因不考慮命題は、素因により発生・拡大した損害についての帰責の原則であるということができる一方、賠償額算定のレベルではほとんどなにも述べていない原則であるともいえよう。

（一）素因と予見可能性

学説を分析すると、第一に言えるのは、予見可能性基準では素因を考慮することはできないということである。なぜならば、被害者が素因を有していることは、加害者にとってはほとんど予見することはできないからである。他方で、被害者が素因を有しており、そのために損害が発生・拡大するということは全く異常な出来事というわけでもなく、蓋然性が全くないとはいえない。このように考えると、予見可能性からでは素因不考慮命題をうまく説明することができない。相当因果関係説は、予見可能性を拡張することによりこれを説明するが、そうすると本来相当因果関係説が予定していた責任制限の機能が実質的に失われてしまうということは上述のとおりである。それゆえ、主要な学説は、保護範囲の問題として論じるのである。

（二）素因不考慮命題の保護範囲への位置付け及びその背景

それでは、素因不考慮命題はどのようにして保護範囲に位置付けられるか。この点については、リュアーやランゲが

指摘する、被害者の社会参加の自由（被害者の行動の自由）の観点からの説明が説得的である。すなわち、素因を有する者が社会に参加するということは、一定の危険領域に飛び込むことであり、健康な者に比して損害の発生・拡大の危険が大きい。しかし、そうであるからといって、素因を有する者の社会参加が阻害されてはならない[149]。他方で加害者は、そもそも違法行為をやめることができると考えられるし、あるいは危険責任の観点からもその危険を創出しないことはできるのであるから、なおさら素因を有する者の社会参加の自由が尊重されるべきこととなる。

以上のように考えるならば、ドイツ法における素因不考慮命題は、被害者の社会参加の自由に支えられた原理であるということができる。

（三）素因不考慮命題の限界

素因不考慮命題を保護範囲に位置付け、これを貫徹することは、反対に加害者の行動の自由が制限されてしまうことになり、相当因果関係説が抱える責任制限の機能の喪失という同様の問題が生じることとなる。そのため、一定の限界を見出さなければならないのであるが、これもまた被害者の社会参加の自由の観点から説明することができる。社会に参加するということは、ある程度危険を孕む領域に侵入するということである。この危険は社会に参加する者全てが等しく負担するものといえるため、素因を有する者といえども、それは覚悟しておかなければならないだろう。そうすると、素因を有する者は、自らの身体的・精神的状態に応じて応分の負担を課せられることとなる。すなわち、危険領域に侵入するからには、被害者には最低限の身体的・精神的抵抗力が求められることとなり、これを下回った場合には、その部分については自らが負担しなければならない。この最低限の抵抗力を備えなかった若しくは発揮しなかった者については、もはや法益侵害とは評価されない。法は、そのようなことまでも保護を目的としているわけではないからである。ここで素因不考慮命題の限界が示される。

しかしながら、このように限界づけたとしても、いずれにせよ責任は全か無かとして画一的になってしまうという問題点は残ろう。この点について次のことが指摘される。すなわち、被害者は、自らの状態を顧慮して、理性的・合理的に行動しなければならないということである。自らの状態に相応しくない方法で行動し、その結果、損害が発生・拡大した場合には、応分の負担が求められるのは当然であるといえる。この場合、ＢＧＢ二五四条の共働過責が顧慮されることとなる。

（四）素因不考慮命題と賠償額算定との関連性

シュトルが指摘する、素因ゆえの将来的不利益という点は重要である。素因不考慮命題により素因の危険を加害者が負担するということになろうとも、当該素因ゆえの将来的不利益は別の問題としてあり得るのであり、これは然るべく顧慮されなければならないと考えられる（この点については、後述第四章で検討する。）。

第四款　小括

（一）以上、判例・学説の動向を検討してきたところによると、ドイツ法における素因不考慮命題は、次のような原理であると解される。

第一に、素因不考慮命題は、被害者として健康な者と脆弱な者（素因を有する者）との比較を積極的に否定する原理である。つまり、損害の帰責判断に当たり、健康な者であれば損害は生じなかったであろう、あるいは拡大しなかったであろう、という考慮を否定すし、あくまで被害者そのものを基準とするのである。この点は、わが国の素因斟酌準則とは対照的である。

第二に、素因不考慮命題が素因保有者を保護するのは、被害者の社会参加の自由を保護するためである。素因保有者が社会に参加するに当たり、侵害された場合に素因によるリスクを自ら負担しなければならないとすれば、被害者の社会参加の自由が阻害されてしまう。他方で、加害者にも社会参加の自由が認められるが、そもそも加害者は違法行為をしてはならず、また危険責任の観点からも危険を創出しないよう振る舞わなければならないため、一旦加害者の行為が違法であると認められた場合には、加害者の社会参加の自由との比較において被害者の社会参加の自由の保障が優越するのであり、その結果加害者は被害者の素因のリスクを負担しなければならないのである。

第三に、素因保有者は、素因不考慮命題により原則として素因が考慮されないとしても、社会に参加する以上、素因保有者であろうとも最低限の身体的、精神的抵抗力が求められる。そして、これを下回った場合には、もはや法によって保護されることはない。素因不考慮命題は、この点に限界が見出される。

（二）法理論としては、素因不考慮命題は、損害の帰責、すなわち一般生活上の危険の現実化とは言えない素因のリスクの顕在化の加害者への帰責を肯定することに限られた法理である。素因競合事例について、素因のよる部分の損害の帰責判断を予見可能性に依拠すると、「最善の観察者」の予見可能性によりほとんどあらゆる事象に対して予見可能性が及びうるため、責任制限の機能を喪失することとなり、結果として素因不考慮命題の限界点も喪失してしまい、賠償範囲確定基準としては不適当である。また、「最善の観察者」基準を採らないとすれば、そもそも被害者の素因は加害者には予見可能性がないことが多いことから、素因による部分の損害について予見可能性がないとして賠償範囲が極めて狭小なものとなってしまう不都合が生じる。以上の理由から、素因による損害の帰責判断を、予見可能性の有無を問わず、法規範の保護目的の検討により決定するのが、素因不考慮命題であると解されている。

また、素因不考慮命題の限界は、最低限の身体的、精神的抵抗力に求められるところ、これは、法理論的には、素因

による部分の損害は保護範囲外である、あるいは、一般生活上の危険の現実化に割り当てられている。しかし、素因不考慮命題は、原則として責任の全か無かの判断となる法理であるため、これを貫徹することは、却って判断の硬直性を生んでしまいかねないことは問題となろう。それゆえ、柔軟な解決が試みられるべきであるとして、ＢＧＢ二五四条の共働過責の成立可能性が問われなければならないとされているところである。

（三）ところで、本章の検討によると、素因不考慮命題は、主として被害者の体質的素因に関して問題となり、また議論されていた。とはいえ、被害者の精神的素因についても素因不考慮命題は妥当することが判例、学説上認められている。しかしながら、精神的素因の取り扱いについては、被害者の主観面に関わる問題であり、身体的素因の場合とは異なる考慮が必要となる。また、ドイツ法においては、精神的素因が関わる問題として、定期金ノイローゼの問題があるが、定期金ノイローゼに関して、ドイツ法では特別な問題が生じているところである。

また、ドイツ法における素因不考慮命題は、それに従うと、原則として責任は全か無かの判断となり、解決が硬直化するという問題を孕んでいる。この解決の硬直性は特にノイローゼ事例において問題となっている。そこでドイツ法では、ノイローゼ事例を中心として素因不考慮命題の修正が図られている。

以上の理由から、被害者の精神的素因については、定期金ノイローゼの問題を含めて、次章において検討を試みる。

（1）*Larenz, Karl*, Schuldrecht Ⅰ, 14.Aufl., 1987, § 27 Ⅲ b, S.438; *Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*, Schadensersatz, 3.Aufl., 2003, § 3 X 1, S.130など。

（2）一般生活上の危険については、*Mädrich, Matthias*, Das Allgemmeine Lebensrisko, 1980が詳細に論じている。邦語訳は、U・フーバー他／吉田豊・吉田勢子（訳）『ドイツ不法行為法論文集』（中央大学出版部、二〇〇〇）四〇七頁以下を参照。

（3）ドイツ民法第八二三条（損害賠償義務）第一項　故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。
　第二項　他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過責がなくてもこれに対する違反を生じる場合には、賠償義務は、過責があるときに限り生じる。
（4）BGHZ 27, 137.
（5）*Esser, Josef*, Schuldrecht, 2.Aufl., 1960, § 61.
（6）ドイツ道路交通法第七条（自動車保有者の責任、無断運転）第一項　自動車の運行に際して人が死亡し、人の身体若しくは健康が侵害され、又は物が毀損されたときは、自動車の保有者は、侵害を受けた者に対して、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。
　第二項　事故が不可抗力により惹起されたときは、賠償義務は免除される。
　第三項　自動車保有者の知らないうちに、その同意なく自動車を使用する者は、保有者に代わって損害賠償の義務を負う。：その者と共に保有者も、自動車の利用が保有者の過責により可能となったときには、損害賠償の義務を負う。自動車の運行のために保有者により使用者が任命されたとき、又は保有者により使用者に対して自動車の使用が任されたときには、第一文は適用されない。第一文及び第二文は、被牽引車の使用に準用される。
（7）JZ 1969, 702, 704.
（8）*Hübner, Jürgen*, Risikosphären, Schadenszurechnung nach Risikosphären, Berlin 1979, S.57は、一般生活上の危険を「所有者が危険を負う casum sentit dominus」法理の具体化であると見なす。
（9）*Mädrich*, a.a.O. (Fn.2), S.16は、「運命」という表現には、ＢＧＨによる一般生活上の観念の援用が、その曖昧さと予測不能さを反映していると指摘する。
（10）VersR 1987, 105.
（11）MDR 1993, 29.
（12）VersR 1996, 715.
（13）義務保険法第三条　第一条に基づく賠償責任保険については、次の特別規定が保険契約法第一五八ｃ条から第一五八ｆ

条までの規定に代わって適用される。

第一号　第三者は、保険契約から生じる保険者の給付義務の範囲で、及び給付義務が存在しないときは第四号から第六号までの範囲で、保険者に対しても損害賠償請求権を行使することができる。保険者は、損害賠償を金銭で給付しなければならない。（なお、本稿では本号のみが問題となるため、他の号は省略する。）

(14) ドイツ道路交通法第一八条（自動車運転者の賠償義務）第一項　第七条第一項の事例では、自動車又は被牽引車の運転者も第八条乃至第一五条の規定による損害賠償の義務を負う。損害が運転者の過責により生じたものでないときは、賠償義務は免除される。

第二項　第一六条の規定は準用される。

第三項　第一七条の事例で自動車又は被牽引車の運転者も損害賠償の義務を負うときは、他の関与した自動車の保有者と運転者、他の関与した被牽引車の保有者と運転者、動物保有者又は鉄道事業者に対する関係における当該運転者の義務についても、第一七条の規定が適用される。

(15) ドイツ刑法典第一六四条（虚偽告発）第一項　他の者に対し官庁の手続又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させる目的で、確定的な認識にもかかわらず、官庁に対して若しくは告発の受理を管轄する公務担当者若しくは軍隊の上官に対して、又は、公然と、他の者について違法な行為又は職務義務違反の嫌疑をかけた者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。

第二項　同じ目的で、確定的な認識にもかかわらず、第一項に掲げる機関に対して又は公然と、他の者に対し官庁の手続又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させ得る事実的な性質をもつその他の主張を行った者も、前項と同一の刑に処する。

以上のドイツ刑法典の条文の邦訳は、「ドイツ刑法典」法務資料第四六一号（二〇〇七）による。以下のドイツ刑法典の条文の邦訳も同様である。

(16) ドイツ刑法典第一八五条（侮辱）　侮辱は、一年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が暴力行為を手段として行われたときは、二年以下の自由刑又は罰金に処する。

(17) ドイツ刑法典第一八六条（悪評の流布）　他の者に関して、この者を侮辱し得る又は世論において貶め得るような事実を

主張し又は流布した者は、この事実が証明可能な程度に真実でないときは、一年以下の自由刑又は罰金に処し、行為が公然と又は文書（第一一条第三項）の頒布により行われたときは、二年以下の自由刑又は罰金に処す。

（18）ドイツ道路交通令第八条（優先通行）第一項　交差点及び合流地点では、右から来る者が優先通行権を有する。このことは、次の場合には妥当しない。

一．優先通行権が道路標識により特別に定められている場合（標識二〇五、二〇六、三〇一、三〇六）又は、

二．農道又は山道から別の道路へ侵入する自動車に対して優先通行権が特別に定められている場合。

第一a項　循環交通における合流地点において、標識二一五（循環交通規則）が標識二〇五（優先通行を認める）により命ぜられるときは、循環道路への通行に優先通行権がある。そのような循環交通への侵入に際しては、方向指示器を使用してはならない。

第二項　優先通行を遵守する者は、右側で、その運転態度により、特に適切な速度により、待つことを承認しなければならない。その者は、自らに優先通行権があり、危険も重大な妨害もないと判断し得る場合に限り、継続走行することが許される。道路箇所が見通しがきかないため、これを判断することはできない場合には、優先通行権者は交差点又は合流地点において見通しがきくようになるまで中を注意深く探索しなければならない。優先通行権者が別の道路へと曲がる場合においても、待機義務者は優先通行権者を重大に妨害してはならない。

第三項　（削除）

（19）ドイツ道路交通法旧第一一条（身体侵害の場合の賠償義務の範囲）　身体又は健康の侵害の場合には、治療費、及び侵害の結果である一時的若しくは継続的な稼働能力の喪失若しくは減少、又は必要費の増加により侵害を受けた者が被った財産的損害が賠償されなければならない。

なお同条は、第二損害賠償法規定改正法に改正されているため、参考として現行法も挙げておく。

現第一一条　身体又は健康の侵害の場合には、損害賠償は治療費並びに被害者が侵害により一時的又は永続的にその生業能力を喪失又は減少しことにより生じる財産的不利益又必需品の増加により生じる財産的不利益の賠償により行われなければならない。非財産的損害に関しては、金銭における公正な補償を請求することができる。

（20）BGHZ 107, 359, 363f. = NJW 1989, 2616, 2617f.

(21) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1)§ 3X 4, S.146.
(22) *Schiemann, Gottfried*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, § § 249-254, 2005, § 249 Rn.35.
(23) *Emmerich, Volker*, JuS 1990, 143.
(24) *Emmerich*, a.a.O. (Fn.23), S.143.
(25) *Emmerich*, a.a.O. (Fn.23), S.143.
(26) *Emmerich*, a.a.O. (Fn.23), S.143.
(27) *Emmerich*, a.a.O. (Fn.23), S.142.
(28) *Emmerich*, a.a.O. (Fn.23), S.143.
(29) *Dunz, Walter*, JR 1990, 115.
(30) *Dunz*, a.a.O. (Fn.29), S.116.
(31) *Dunz*, a.a.O. (Fn.29), S.116.
(32) *v. Bar, Christian*, JZ 1989, 1071.
(33) *v. Bar*, a.a.O. (Fn.32), S.1072.
(34) ドイツ道路交通令第一条（原則）第一項　道路交通の参加者は、不断の注意と相互的な配慮を求められる。
　第二項　道路交通の全ての参加者は、他者を毀損せず、危険を与えず、又は周囲の状況に応じて避けられる限り他者を阻害せず、負担をかけないように行動しなければならない。
(35) *v. Bar*, a.a.O. (Fn.32), S.1072.
(36) *v. Bar*, a.a.O. (Fn.32), S.1072.
(37) *Börgers, Michael*, NJW 1990, 2535.
(38) *Börgers*, a.a.O. (Fn.37), S.2537.
(39) *Börgers*, a.a.O. (Fn.37), S.2537.
(40) *Börgers*, a.a.O. (Fn.37), S.2537.

（41）*Börgers*, a.a.O. (Fn.37), S.2737.
（42）*Lipp, Martin*, JuS 1991, 809.
（43）OLG Köln ZfS 1989, 42.
（44）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.809.
（45）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.809.
（46）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.810.
（47）ドイツ民法第二五二条（逸失利益）　賠償すべき損害は、逸失利益をも含む。事物の通常の経過に基づき、又は特別の事情、特に既になした措置及び準備に基づき、蓋然性をもって期待することができた利益は、逸失利益となる。
（48）ここでは、裁判例として、BGH NJW 1983, 758が引用され、また学説として *Lange, Hermann*, Schadensersatz, 2.Aufl., 1990, § 6 X1, S.340ff. が引用されている。
（49）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.811.
（50）OLG Augsburg Recht 1908, Nr.2822.
（51）BGH NJW 1976, 1143あるいは OLG Nürnberg MDR 1978, 755.
（52）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.811.
（53）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.811.
（54）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.812.
（55）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.812.
（56）このような考え方は、適法な選択的行為（rechtsmäßige Alternativverhalten）と呼ばれる。*Deutsch, Erwinn/Ahrens, Hans-Jürgen*, Deliktsrecht, 5.Aufl., 2009, § 6 D, S.33. 邦語訳として、E.ドイチュ／H.J.アーレンス・浦川道太郎（訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社、二〇〇八）四九頁以下参照。
（57）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.812.
（58）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.812ff.
（59）*v. Bar*, a.a.O. (Fn.32), S.1072.

（60）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.810.
（61）*Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn.22), § 249 Rn.35.
（62）拙稿「損害賠償法における素因の位置（二）」北大法学論集六二巻五号（二〇一二）一一九一頁以下を参照されたい。
（63）この点に関しては、谷口聡「ドイツ不法行為法における素因不考慮の原則の再検討―仮定的因果関係の顧慮という視点からの考察―」法学研究論集（明治大学大学院法学研究科）第八号（一九九八）一七一頁以下において検討されている。なお、窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、一九九四）四八頁以下及び能見善久「寄与度減責―被害者の素因の場合を中心として―」加藤一郎＝水本浩編『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、一九八六）二三九頁などは、仮定的因果関係論は、別の問題であるとして、素因不考慮命題の考察からは除外するが、後述するように、素因を理由とする賠償額の時間的制限と見れば、素因不考慮命題との関係性は考察に値するであろう。
（64）*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1), § 4 IX S.191.
（65）*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1), § 4 IX S.193; *Oetker, Hartmut*, Münchener Kommentar zum Bürgeerliches Gesetzbuch Bd.2, § 241-432, 5.Aufl. 2007, § 249 Rn.204; *Grunsky, Wolfgang*, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, FS für Lange, 1992, S.469ff., 477f.
（66）RGZ 169, 117, 120.
（67）VersR 1969, 43, 44.
（68）OLG Frankfurt aM NJW 1984, 1409
（69）谷口・前掲注（63）同旨。
（70）【D-12】BGH VersR 1969, 43.
（71）*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1), § 4IX S.143.
（72）*Lipp*, a.a.O. (Fn.42), S.809.
（73）ドイツ民事訴訟法第二八七条（損害調査等）第一項　損害が発生したか否か、及び損害額又は賠償すべき利益の額がいくらかにつき当事者間で争いがあるときは、裁判所はこれに関し、すべての事情を評価して、自由な心証をもって裁判する。申し立てられた証拠調べ又は職権をもってする鑑定人による鑑定を命ずべきか否か、及びその範囲如何については、裁判

所の裁量による。裁判所は、損害又は利益について立証者を尋問することができるが、この場合第四五二条第一項第一文及び第二項乃至第四項の規定を準用する。

第二項　財産法上の争いについて、当事者間に債権額について争いがあり、そのため基準となる一切の事情の完全な解明がその債権の争われている部分の価値に対して均衡のとれないような困難さを伴うとき、第一項第一文及び第二文の規定は他の場合にも準用される。

(74) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.65), § 249 Rn.133f.; *Soergel, Hans Theodor/Mertens, Hans-Joachim*, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, § § 241-432, 12.Aufl., 1990, vor § 249 Rn.157; *Grünerberg, Christian*, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd.7, 69.Aufl., 2010, vor § 249 Rn.35; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn.22), § 249 Rn.35.

(75) なお、慰謝料算定において素因を考慮することに関しては、通説判例において異論がないようである。*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1), § 3X1, S.130.; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.65), § 249 Rn.133; BGH NJW 1997, 455. 例えば、BGH NJW 1962, 243では、旧ＢＧＢ八四七条（現ＢＧＢ二五三条）の衡平（Billigkeit）に従い、被害者の苦痛の程度・期間と並んで被害者の身体的・精神的素因が考慮に入れられ、次いで加害者の過責の程度及び当事者の経済状況が考慮に入れられるとされる。なお、この慰謝料算定における素因の考慮については、一個の論点となりうるが、慰謝料の扱いについては、ドイツ法と日本法ではその構造を異にするため、本稿では検討の対象外とする。

(76) *Deutsch/Ahrens*, a.a.O. (Fn.56), § 5 D II, S.23ff.

(77) *v. Kries, Johannes*, Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888), 179ff, 287ff, 393ff; *ders.*, Über den Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStrW9 (1889), 528ff.

(78) *Rümelin, Max*, Der Zufall im Recht (Rektoratsrede)1896, *ders.*, Die Verwendung der Causalbegriff im Straf- und Civilrecht, AcP 90 (1900), 171ff.

(79) *Traeger, Ludwig*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht 1904.

(80) *Emmecerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich*, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., 1958, § 15 Ⅲ 2.

(81) 相当因果関係説の確立、展開および解体については、平井宣雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一）四八

頁以下を参照されたい。

（82）*Larenz, Karl,* Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, FS für Richard M. Honig, 1970, S.82.

（83）*Larenz,* Schuldrecht, a.a.O. (Fn.1), S.436. なお、Fn.32. において、そのような損害については、"casum sentit dominus（事変は所有者が負担する）" の原則が妥当するとする。

（84）*Deutsch/Ahrens,* a.a.O. (Fn.56), S.23ff.

（85）*Larenz,* Schuldrecht, a.a.O. (Fn.1), S.437.

（86）*Larenz,* Schuldrecht, a.a.O. (Fn.1), S.437.

（87）*Larenz,* Schuldrecht, a.a.O. (Fn.1), S.440. 同旨 *Medicus, Dieter,* J. von Staudingers Kommtar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz Buch 2, §§249-254, 1980, §249 Rn.45.; *Medicus, Dieter /Lorenz, Stephan,* Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18.Aufl., 2008, §55. 2 Rn.638.

（88）*Larenz,* Schuldrecht, a.a.O. (Fn.1), S.440.

（89）*Larenz,* Schuldrecht, a.a.O. (Fn.1), S.440.

（90）彼は具体的に裁判例を示していないが、彼の念頭にあるのは、【D-23】ＢＧＨ一九七六年二月六日判決であると思われる。

（91）RGZ 155, 37.

（92）*Fikentscher, Wolfgang,* Schuldrecht, 7.Aufl. 1985, S.312.

（93）裁判例としては挙げられていないが、彼の念頭にあるのは後述【D-40】OLG Koblenz r+s 1987, 108であろう。

（94）BGHZ 20, 137, 142, 143.

（95）*Fikentscher,* a.a.O. (Fn.92), S.342. なお、同書第八版以降は、この点に関する論述が削除されており、最新の *Fikentscher, Wolfgang/Hinemann, Andreas,* Schuldrecht, 10.Aufl., 2006では、§57 V Rn.629, S.314で、【D-1】ＲＧ一九三七年四月一六日判決及びＢＧＨ一九九六年四月三〇日（NJW 1996, 2425）を引用して、特別な身体的体質（Besondere körperliche Konstitution）が存在する場合、それは相当因果関係説の意味における因果関係を排除するものではないとされている。

（96）*Fikentscher,* a.a.O. (Fn.92), S342 (Fn.236).

(97) なお、フィケンチャーは、「素因事例」として素因不考慮命題を論じているが、彼のいう「素因事例」がいわゆる素因競合の事例であるのか、仮定的因果関係との関係において論じられる「素因事例」のことを指すのか判然としない。

(98) *Deutsch/Ahrens*, a.a.O. (Fn.56), S.27.

(99) *Deutsch/Ahrens*, a.a.O. (Fn.56), S.27.

(100) *Deutsch/Ahrens*, a.a.O. (Fn.56), S27. なお、ドイチュは明示していないが、おそらく【D-14】OLG Celle 一九八〇年七月一八日判決が念頭にあると思われる。

(101) *Deutsch/Ahrens*, a.a.O. (Fn.56), S.27.

(102) *Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard*, Deliktsrecht, 9.Aufl., 2001, S.62. なお、同書第一〇版（二〇〇五）以降は、ヴァーグナーにより同書第九版の内容が大幅に変更されており、ヴァーグナーは、帰責関連の縮減の項目の下で規範目的説的見地から素因不考慮命題を説明するにすぎず、同命題に対する彼自身の評価は不明である（*ders*, Deliktsrecht, 11.Aufl., 2010, Rn.210ff.）。ヴァーグナーによれば、八二三条一項の構成要件を充足し、そのことを根拠とする責任が加害者に生じた場合、加害者の損害の発生を予見しえたか否か、または予見すべきであったか否かは、損害帰責において重要ではなく（Rn.129）、加害者の義務違反は、「第一次侵害」にのみ関連づけられれば足り、「後続侵害」に関連づけられる必要はない。素因不考慮命題もこの後続侵害の帰責のルールであり、ここでは立法者の明確な意思による被害者救済が目されている（Rn.210f.）。ただし、エッグシェル・スカル・ルール（ドイツ法では素因不考慮命題）の例外、すなわち加害者が免責される場合については、規範目的説から説明することができる（Rn.218）。同書一一版の邦語訳として、ハイン・ケッツ／ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一／中田邦博監訳）ドイツ不法行為法（法律文化社、二〇一一）を参照されたい。

(103) *Kötz/Wagner* [9.Aufl.], a.a.O. (Fn.102), S.62.

(104) ドイツ民法第二五四条（共働過責）第一項　損害の発生に際し被害者の過責が共働したときは、賠償義務及び給付すべき賠償の範囲は、事情によって、特に、いかなる範囲においていずれの当事者が主として損害を惹起したかによって定まる。

　第二項　債務者が知らず、且、知ることを要しない異常に高い損害の危険を被害者が債務者に注意しなかったこと、又は被害者が損害を防止若しくは軽減しなかったことに被害者の過責があるときも、前項と同様である。この場合においては、第二七八条の規定を準用する。

（105）*Kötz/Wagner* [9.Aufl.], a.a.O. (Fn.102), S.62.
（106）同旨窪田・前掲書注（63）一〇頁。
（107）*Lüer, Hans-Jochem,* Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, 1969, S.137.
（108）*Lüer,* a.a.O. (Fn.107), S.137.
（109）*Lüer,* a.a.O. (Fn.107), S.139.
（110）*Lüer,* a.a.O. (Fn.107), S.140.
（111）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), §3 X 1, S.128.
（112）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), §3 X 1, S.130.
（113）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), §3 X 1, S.131. この場合に関してランゲは以下の判例を例として挙げる。RGZ DJZ 1915, 207; RGZ 170, 129; BGH NJW 1983, 340; BGH VersR 1983, 750.
（114）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), §3 X 1, S.130.
（115）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), §3 X 1, S.130.
（116）ここで挙げられているのは、RG JW 1908, 41; OLG Karlsruhe VersR 1966, 741; BGH NJW 1976, 1144; KG VersR 1987, 105; OLG Karlsruhe MDR 1993, 29; OLG Nürnberg ZfS 2000, 58.
（117）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), §3 X 1, S.130ff.
（118）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), §3 X 1, S.131.
（119）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), §3 X 1, S.131. 同旨 *Staudinger/Medicus,* a.a.O. (Fn.87), §249 Rn.54.
（120）*von Caemmerer, Ernst,* Das Problem des Kausalzusammenhang im Privatrecht, 1956, S.18.
（121）*Huber, Ulrich,* Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969, S.676f.
（122）*Huber,* a.a.O. (Fn.121), S.681.
（123）*Huber,* a.a.O. (Fn.121), S.681.
（124）*Huber,* a.a.O. (Fn.121), S.681.
（125）*Huber,* a.a.O. (Fn.121), S.681.

(126) BGHZ 25, 86, 90ff. なお、当該判決は、一般生活上の危険の言及はなく、相当因果関係から加害者の責任を否定した事案である。Yのトラックに衝突され重症をおったXの夫が、事故後事故に起因する手術を受けた際に小腸にメッケル憩室があることが発見され、当該手術中に除去されたのであるが、除去部分の縫合部に重積が生じ、それによって死亡したため、XがYに対して埋葬費用及び扶養料の損害賠償を請求したという事案において、LG及びOLGはXの請求を（一部）認容していたが、BGHは次の理由からYの責任を否定した。すなわち、どのような重傷もそれ自体としては、その治療のために行われた手術がさしあたり成功した場合であっても、事後的に塞栓症やその他の合併症により被害者が死亡するという危険を孕んでいる。Yは、Xの夫に重傷を負わせたことによりXが事故結果の除去のために行われた手術に持ちこたえられないという一般的な危険をXに与えたのではあるが、事故に起因する手術の際に事故に起因しない病気の除去のための手術が追加的に行われ、その後の合併症によりXの夫が死亡するという可能性を高めたわけではない。本件では、その除去がXの夫の死亡を結果として招いたメッケル憩室がすでに事故以前からわかっていたが、患者が自発的に手術を受けることを拒否し、後から事故に起因する手術の際にメッケル憩室の除去を望んだ場合と異なる判断をすることができない。この場合でも自然（科学）的因果関係は否定されないが、その原因関係は本質的ではない。なぜならば、被害者が、事故により必要となった手術の機会に事故結果と関係のない別の手術を受け、合併症のために死亡するということを予め考慮に入れておかなければならない加害者など存在しないからである。この意味で、Yによる事故の惹起は、偶発的原因であって、真の原因ではない。それゆえに、Yの惹起した交通事故とメッケル憩室除去のために生じたXの夫の死亡との間の相当因果関係（判決文では相当な原因関係という）が認められないので、Yの責任は認められない。

(127) *Huber*, a.a.O. (Fn.121), S.681.

(128) *Huber*, a.a.O. (Fn.121), S681 Fn.40.

(129) *Mädrich*, a.a.O. (Fn.2), S.53.

(130) *Mädrich*, a.a.O. (Fn.2), S.53.

(131) ドイツ法における仮定的因果関係の学説・判例の全体的状況に関しては、樫見由美子「不法行為における仮定的因果関係と責任の評価（一）、（二）、（三）、（四）、（五）」判時一一二四号（一九八六）一七頁・一一二七号（一九八六）一七頁、一一三四号（一九八七）一二頁、一一五三号（一九八七）一七頁、一一六六号（一九八七）一八頁が詳しい。また、同「損

害賠償法における仮定的因果関係等をめぐる問題」『人身賠償・補償研究　第一巻』加藤一郎編集代表（判例タイムズ社、一九九一）一八頁、北川善太郎「損害賠償論序説」論叢七三巻一号（一九六三）三四頁以下も参照。

(132) *Stoll, Hans,* "The Wagon Mound" eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausal Problem im englischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, S.398f.

(133) *Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn.1), § 4 IX S.193.

(134) *Stoll,* Wagon Mound, a.a.O. (Fn.132), S.398f.

(135) *Smith v. Leech Brain & Co.,* [1962] 2 W. L. R. 148.

(136) *Warren v. Scruttons,* [1962] 2 LI. L. R. 497.

(137) *Stoll,* Wagon Mound, a.a.O. (Fn.132), S.399.

(138) *Stoll, Hans,* Kausalzusammenhang und Normzweck in Deliktsrecht, 1968, S.43.

(139) *Stoll,* Kausalzusammenhang, a.a.O. (Fn.138), S.44.

(140) *Mazeaud/Tunc,* Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5e éd. II (1958), no. 1613, III, nos 2393-2395.

(141) *Stoll,* Kausalzusammenhang, a.a.O. (Fn.138), S.44.

(142) *Stoll,* Kausalzusammenhang, a.a.O. (Fn.138), S.43.

(143) *Stoll,* Kausalzusammenhang, a.a.O. (Fn.138), S.43.

(144) *Schulze, Christian,* Die Haftung des Schädigers bei besonderen Eigenschaften (Abnormitäten) des Opfers im deutchen und englischen Deliktsrecht—Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1984, S28f, S.33f.

(145) *Schulze,* a.a.O. (Fn.144), S.134.

(146) *Schulze,* a.a.O. (Fn.144), S.134f.

(147) *Schulze,* a.a.O. (Fn.144), S.135.

(148) 窪田・前掲書注（63）一一頁は、詳細にシュルツェの見解を紹介した上で、彼の見解の帰結するところは、むしろ素因事例についての賠償の全部否定になろう、と結論付ける。

（149）窪田・前掲書注（63）八三頁以下同旨。

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における素因の位置」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、平成二一－二二年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）（二一八三〇〇〇二）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、平成二三－二五年度科学研究費補助金（若手（B））（二三七三〇〇七八）の援助を受けている。

※※校正の段階で、遠藤史啓「フランス不法行為法における被害者の素因の位置づけ―不法行為法における交錯問題に関連づけて―」神戸法学雑誌六一巻一・二号（二〇一一）七九頁、竹村壮太郎「素因減責の理論的課題（一）―フランス法との比較検討から―」上智法学論集五五巻二号（二〇一一）六九頁に接した。

雑　報

北海道大学法学会記事

二〇一一年一二月九日（金）午後三時より
「アイヌ政策をめぐる法と政治
～政策懇談会報告をめぐって～」

報告者　常本照樹
出席者　四八名

日本におけるアイヌ政策は、二〇〇七年六月の衆参両院による「アイヌ民族を先住民族とすることを求める決議」によって転換した。それまでの施策の根拠になっていた一九九七年制定のアイヌ文化振興法は、アイヌ民族を少数民族と位置づけていたが、国会決議は、アイヌを先住民族と認め、その前年に国連総会が採択した「先住民族の権利に関する国際連合宣言」の関連条項を参照しつつ総合的な施策の確立に取り組むことを政府に求めたのである。

これを受けて内閣官房長官は「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」を設置し、今後のアイヌ政策の総合的検討と具体的提言の取りまとめを行わせることとした。佐藤幸治・京都大学名誉教授（憲法学）を座長とし、報告者も加わってスタートした懇談会には、その審議に当たって、次のような明示黙示の条件が課されていたといえよう。アイヌ文化振興法の基礎となっている「ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会」報告から前進すること、審議に当たって国連宣言の関連条項を参照し、先住民族であるとの認識に基づく政策であること、アイヌ民族による提案をベースに検討すること、同和対策と区別すること、アイヌ民族及び日本の実情に適合した政策であること、そして一年間で結論を出すこと、である。

審議においては、まず北海道ウタリ協会（現・北海道アイヌ協会）理事長でもある加藤委員からの提言を聴取し、さらに北海道内及び東京の現地視察等によってアイヌの人々の生の声を聞くように努め、これらを具体的政策提言の検討の基本とした。これと並んで、「先住民族であるとの認識に基づく政策」の検討の前提として、これまでの先住民族概念を再検討し、「記述的先住民族概念」、「規範的実体的先住民族概念」そして「規範的手続的先住民族概念」の三種がありうると整理した（これら

は報告者の造語であり、懇談会がそれとして用いているわけではない）。「ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会」が前提としていたのが「記述的先住民族概念」であり、先住民族を規範概念ととらえ、先住民族としての地位から一定の権利が流出する（その権利を列挙した例が国連宣言）という考え方が「規範的実体的先住民族概念」であるが、今回の懇談会としては「記述的先住民族概念」を乗り越えることが要請されている一方で、「規範的実体的先住民族概念」は現時点でのアイヌ民族及び日本の実情に適合しているとはいいきれない恐れがあった。そこで、懇談会は、同意を得ることなく、あるいはその意にかかわらず、ある民族をマイノリティたる地位に追い込み、その利益に深刻な打撃を与えたというプロセスに着目し、先住民族たる地位は、それに対する国の配慮義務を（他の少数民族に対する場合よりも）加重するように手続的に要求するものととらえることとした。この「規範的手続的先住民族概念」を採ることにより、国連宣言に列挙されている諸権利については、それをダイレクトに実現すると言うより、政策事項を検討する際のリファレンスとして機能することになる。

　このような手続的先住民族概念にたって回復すべき利益として措定されたのが文化であるが、これはアイヌ文化振興法における文化とは異なり、「生活様式の総体」としての広義の文化であることに留意する必要がある。さらに、懇談会は、国の最高法規である憲法に政策を基礎付けることとし、憲法一三条における「個人の尊重」に着目して、個人の尊重とは個人の生き方の選択の尊重にほかならないとしたうえ、個人がアイヌらしく生きること（アイヌのアイデンティティによって生きること）を誇りをもって選択する自由が保障されなければならず、また、多様な文化の中でもこの保障にとって必要なものが特に重視されなければならないと考えた。この民族的アイデンティティの尊重はすべての少数民族に妥当することではあるが、手続的先住民族概念を採ることにより、アイヌ民族に対しては特に重い配慮義務が国に課されることになるのである。

　このような思考とそれに基づく政策の提言を含む懇談会報告書は二〇〇九年七月に官房長官に提出され、翌二〇一〇年一月から、この提言をアイヌ民族と協議しつつ実現することを主任務とするアイヌ政策推進会議が内閣官房長官を座長として活動している。

＊以上が法学会における報告の概要であるが、概ね同旨の拙文が「『日本型』先住民族政策の可能性について」と題して『アイヌ民族と教育政策～新しいアイヌ政策の流れのなかで～』（札

幌大学附属総合研究所ブックレット第四号　二〇一一年一二月刊）に収められているので、御関心の向きは御参照いただければ幸いである。

訂　正

六二巻六号の吉田邦彦氏の論説につき、次のような誤表記がありましたので、訂正いたします。

六二巻の通し頁数が各号ごとの頁数と同じ数字になっており、通し頁数が記載されておりません。通し頁では、一三一七頁から一三五八頁に当たります。詳しくは、電子ジャーナル（http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/journals/index.php?jname=170&vname=4998）でご確認ください。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 63 No. 1 (2012)
SUMMARY OF CONTENTS

Der Reichsgedanke Lupolds von Bebenburg: Römisches Reich und die Deutschen in der Mitte des 14. Jahrhunderts

Masaki TAGUCHI*

Der vorliegende Aufsatz untersucht anhand der neuen MGH Edition die Inhalte und Struktur der Erörterung über die Reichsverfassung, die Lupold von Bebenburg in der Mitte des 14. Jahrhunderts entfaltete. Lupold versuchte einerseits dem Herrscher, der in Deutschland von den Kurfürsten gewählt wurde, die gleiche Stellung wie andere Könige in dem Abendland zu gewähren, um sich dem päpstlichen Eingriff zu widersetzen. Die Wahlentscheidung war dabei nicht nur einstimmig, sondern auch mehrheitlich zu treffen, weil das Wahlrecht nicht den einzelnen Kurfürsten, sondern ihrem Kolleg zugehörte. Lupold betrachtete andereseits Italien als das zweite Königreich in dem sogenannten "regnum et imperium", d.h. dem Römischen Reich im engeren Sinne, damit als einen konstruktiven Teil des Reiches. Der erste Königreich Deutschland hatte seinerseits eine heterogene Struktur, in der die rheinische Region und Franken eine ausschlaggebende Rolle spielen sollten. In Lupolds Erörterung hatte der Kaiser auch in dem gesamten Abendland einige Rechte und eine erhöte Stellung als den höchsten Richter gegenüber den anderen Herrschern inne. Man kann damit feststellen, dass

* Professor of School of Law, Hokkaido University

die Auffassung Lupolds über die Reichsverfassung nicht einfach auf die Entwicklung zur nationalen Staat, vielmehr auf die noch komplexere Staatsentwicklung in Deutschland hingewiesen hat.

Ideas, Interests and Institutions in the Analysis of Welfare State Realignment: Towards a Political Analysis of Institutional Change

Masatoshi KATO*

【Abstract】

In this paper, I propose the comparative frameworks to analyze the welfare state realignment in terms of Constitutive-Strategic Approach. So, I propose the new theory of institutional change. This approach pays attention to the interaction of structure and agency through idea. So, It focuses on not only the economic-social base of the welfare state, but also the political base. First, I review the discussion about the theory of welfare state (especially Power Resource Theory, Cross-Class Alliance Theory, Varieties of Capitalism Theory, New Politics of Welfare State Theory, and Ideational Approach). I argue that these theories have some theoretical problems which is concerned with the model of institutional change. So, we need new theoretical model to analyze the political dynamism of institutional change. Second, I review the discussion about the new institutionalism in political science. In particularly, I consider the theoretical innovation of Historical Institutionalism and Rational Choice Institutionalism and the rise of the fourth new institutionalism which focus on ideational factor. I argue that these have some limitations to analyze the political dynamism of institutional change. Finally, I propose the new theory of institutional change which focuses on the role of ideas in political science. This model assumes that there are two stages on the process of institutional change (① ideas make actor's interests and ② political actors use some ideas to attain their goal). So, it can consider the political dynamism

* Associate Professor of Political Science, Faculty of Social Sciences, Ritsumeikan University

of institutional change. I consider the implications of new theory of institutional change for the analysis of welfare state realignment.

論　　説

要件の視角から見た中国法人格否認の法理（２）

王　　万旭

目　次

第１章　序論
　第１節　本論文の問題の設定
　第２節　考察の順序
第２章　中国における法人格否認の法理（会社法第20条第３項）の立法史
　第１節　会社法第20条第３項成立前の中国社会
　第２節　法人格否認法理の導入についての立法者の説明
　第３節　小括
第３章　法人格否認の法理（会社法第20条第３項）に関する判例
　第１節　判例の整理
　　第１款　債権者詐害事例
　　第２款　株主による会社資金の流用事例　　（以上、62巻６号）
　　第３款　株主の義務不履行に関する事例
　　一　払込義務の不履行
　　二　清算義務の不履行
　　第４款　会社法の強行規定違反事例
　　第５款　財産混同・法人格混同の事例
　　第６款　契約の解釈による解決事例
　　第７款　その他の事例
　第２節　判例から見た中国における法人格否認法理の要件
　　第１款　株主による主観的濫用の目的の要否について
　　第２款　判例から示された問題点
　　一　「濫用」要件認定の基準―主観的目的が必要

二　形骸化要件に関する事例
第３節　小括
第１款　考察の結論
第２款　問題の再提起
第４章　法人格否認の法理（会社法第20条第３項）に関する学説の紹介
第１節　会社法第20条第３項の要件をめぐる代表的学説の紹介
第１款　有限責任濫用目的必要説
第２款　有限責任濫用目的不要説
第２節　会社法第20条第３項の要件に関する学説の検討
第１款　第一説の検討
第２款　第二説の検討
第３節　学説のまとめ及び問題点の整理
第１款　学説のまとめ
第２款　問題点の整理
第３款　問題の再提起　（以上、本号）
第５章　日本法の考察
第１節　日本法上における法人格否認法理の要件についての考察
第２節　形骸化に関する判例.学説の更なる検討
第３節　法人格否認の法理の再構成
第４節　日本法からの示唆
第６章　会社法第20条第３項に代替する法規範の試み
第１節　契約法規範自体の解釈
第２節　詐害行為取消権（中国契約法第74条）についての考察
第３節　債権者代位権（中国契約法第73条）に関する考察
第４節　中国法考察の結論
第７章　結章
第１節　本稿の結論
第２節　残された課題

第３款　株主の義務不履行に関する事例

この事例は、以下の【判例15】～【判例25】の11件の事例である。

一　払込義務の不履行

【判例15】海南省高級人民法院2007年９月29日（2007）琼民二終字第３

号

【事実の概要】

A 銀行は Y_1会社（被告）と金銭消費貸借契約を結び、X 会社（原告、被控訴人）はその消費貸借契約につき A 銀行と保証契約を結んだ。消費貸借契約期間満了後、Y_1は一部の弁済をしたのみで、残りの債務は履行しなかった。X は A に対して保証債務を履行した後、Y_1に対する求償権を取得した。

また、Y_1が設立を申請する際に、登録資本金を3,000万元と表示したが、実際、払い込まれた金額は2,000元しかなかった。X はそれを理由に Y_1の株主 Y_2、Y_3に仮装払込をした金額の範囲内に連帯して Y_1の債務につき弁済を請求した。なお、Y_1が設立の際、法定の出資検査機関の出資検査を受けるために、Y_4銀行（被告、控訴人）から3,000万元の虚偽資金証明を受けたことが判明した。X は、Y_4に Y_1、Y_2、Y_3の履行未済の債務金額の範囲内で補充的弁済責任を負えと請求した。

【一審の判旨】

（Y_2、Y_3の責任について）「会社法人の財産は債権者の唯一の保障となり、もし、会社の出資引受人が法人形式を利用して営利活動を行うのに全額出資しなければ、それは法人制度を利用して責任を逃れる行為だと認定できる。…したがって、Y_2、Y_3は、その仮装払込金額の範囲内において Y_1の債務につき連帯責任を負うべき」である。

Y_2、Y_3の責任について、二審人民法院は、一審判決を維持した。

【判例16】上海市高級人民法院2007年12月11日判決（2007）滬高民二（商）終字第145号

【事実の概要】

X 会社（原告、被上告人）と訴外 A 会社間に売買取引関係がある。A 会社が X 会社に未払代金債務を負っていたため、X は、2005年８月２日に上海市第二人民法院に訴訟を提起し、同法院が2006年３月10日に（2005）滬二中民四（商）初字第45号判決を下した。2006年６月４日に、X は上海市第二中級人民法院に未払代金債務3,951万元及びそれについての利息並びに訴訟費用について A に対する強制執行を法院に申し立てた。

その後、X は、A の株主 Y 会社（被告、控訴人）に訴えを提起した。

その理由は次のとおりである。つまり、A 会社設立時、Y はその引き受けた出資金の払込を仮装した（Y による出資金の仮装払込について、判決文に詳しい記載がなかった）。Y の仮装払込により、A は債務を履行する能力が失うに至った。よって、X は財産的利益（本件債権）が侵害されたことを主張して、Y にその仮装払込金額5,089.8万元の範囲内において、（2005）滬二中民四（商）初字第45号判決に確定された A の支払義務につき、連帯して弁済することを請求した。

【原審判決】

「企業を設立する際、株主が仮装払込又は出資金の払戻をしたとき、その株主に仮装払込金額内または払い戻された金額内において責任を負うべきである。したがって Y が仮装払込された金額の範囲で A の債務につき責任を負うべき」である。

「Y が A に実際上出資しなかったことによって、A に債務を履行する能力を失わせるに至り、直ちに X の財産的利益を侵害した。X が不法行為の訴えを通じて、Y に不法行為の責任を負わせること自体、法律の規定に適合する[1]」。

Y は控訴。Y の主張は以下のとおりである。すなわち、Y に仮装払込による責任を負わせる前提は A に弁済に充てる財産がないことにある。A の相当数量の光ケーブルが X のところに置いてあるから、A に先に履行させるべき。

【判旨】控訴棄却

「A の三人の株主が全員出資金を仮装払込みした。それによって、会社の資本金が法定最低資本金に下回った。Y の行為によって、A の会社としての独立性が害された。したがって、Y は A の法人としての独立的地位を濫用して、その債権者 X の利益を損なったと認定できる。したがって、Y に連帯責任を負わせる。」

【判例17】天津市大港区人民法院2008年７月８日判決（2008）港商初字第305号

[1] 原審は、人民法院が不法行為による責任規定（但し、人民法院は条文上の根拠を判決文に書いていなかった）を根拠として判決を下した。

【事実の概要】

X（建築工具レンタル商店の事業主）は、Y_1会社（建築会社）との間に「建築工具賃貸借契約」（以下、賃貸借契約という）を締結した。Xは契約通りに建築工具を提供したが、Y_1は一部の工具を返還したのみで、賃料は支払わなかった。そこで、Xは残りの工具の返還（返還しない場合に工具の価格に見合う金額の請求）・賃料及び違約金の支払を請求して、訴えを提起した。

なお、被告Y_1会社は2006年11月６日に成立し、登録資本金が2,000万元の有限会社である。発起人としてのY_2、Y_3、Y_4（以下、Y_2らとする）は、2006年11月２日に出資を指定銀行口座に入金したが、翌日の11月３日にその払込金を全額引き出した[2]。XはY_2らにその仮装払込金額内においてY_1の債務につき連帯弁済責任を負えと請求した。

【判旨】請求認容

（Y_2らの責任について）「被告Y_1会社の設立登録日は2006年11月６日であり、その設立登録日前（11月３日）に出資金を振替小切手で全部引き出したことについて、Y_2らがその理由を説明できなかった。よって、本法院は、原告の請求即ち、Y_2らにその引き出した出資金の範囲内でY_1の債務に対して連帯責任を負うことを支持する」。

【判例18】上海市闸北区人民法院2008年12月18日判決（2008）闸民二（商）

---

[2] 日本旧商法は、株式会社を設立する際に発起設立・募集設立を問わず払込取扱銀行等の証明責任を規定していた（旧商法第189条）。有限会社の場合にも同様の規定が置かれていた（旧有限会社法第12条第３項）。会社法には、募集設立の場合のみ払込取扱銀行の払込金保管責任を設けた（会社法第64条）。

中国会社法には、日本会社法と同様に、株式会社の募集設立の場合、払込取扱銀行の払込金保管義務に関する規定が設けられている。すなわち、発起人が銀行（払込取扱銀行）と株金払込取扱契約を締結しなければならない（会社法第89条第１項）。株金払込取扱銀行は、契約に従って株金の払込取扱及び保管を行い、株金を払い込んだ株式引受人に払込証明書を交付し、関連部門に払込証明を提出する義務がある（会社法第89条第２項）。

しかし、株式会社の発起設立、有限会社の設立について、払込取扱銀行の払込金保管責任の規定が設けられていない。

初字第740号

【事実の概要】

X 銀行（原告）は、A 会社に4,131,155元の金銭債権を有している。A はこの債務を履行しないため、X 銀行は人民法院に訴えを提起した。人民法院の判決を経て、A への強制執行がなされたとき、X 銀行は、A の株主 Y（被告）がその引き受けた出資の払い戻しを受けたことを発見した。すなわち、A の株主 Y、B は、各自 C 会社から1,200万元、1,800万元を借り入れて、2003年12月22日にその借入金を A の払込専用口座に振込んだ。12月23日に A が成立し、12月24日に A から3,000.12万元が引き出された。X 銀行はこの事実に基づいて、Y_2に Y_1の本件債務について連帯責任を負うように訴えを提起した。

【判旨】請求認容

「Y は、A の株主として、A にその引き受けた出資分を払い込んだが、A の成立後、この出資分を A の名義で引き出したことについて、合理的説明をすることができない。Y は、また、その後同額の資金が再び A の口座に入った証拠も提供できない。Y は、A の株主であるため、その払い戻した出資額の範囲内で X に対して連帯責任を負うべきで」ある。

【判例19】北京市第二中級人民法院2009年３月20日判決（2009）二中民終字第00489号

【事実の概要】

X 会社（原告、被控訴人）は訴外 A 会社と携帯電話用のバッテリーの売買契約を結んだ。X は契約通りに A に商品を提供したが、A は代金の一部しか払わず、残りの1,606,069元が未払いであった。X は、それを理由に商品代金及び利息の支払いを主張して訴えを提起した。X は、判決を経て強制執行を行ったが、25万元余りしか執行できず、且つ A は営業を停止し、強制執行に供する財産もなかった。

A は2003年７月４日に設立された有限会社であり、登録資本金１億１千万のうち、Y 会社（被告、控訴人）が550万元の出資を引き受け、B 会社が2,200万元の出資を引き受け、C 会社が8,250万元の出資（持株割合は75％）を引き受けた。A の成立の当日に、払い込まれた資本金１億１千万が全額、C の指令により、Y の口座に振り込まれた。その後、

Yが550万元を再びAの口座に振り込んだ。

当初、B・CはAに払い込むべき資金がなく、Yから出資金に充てる資金を借り入れて株金の払込をした。そして、Y・B・C間に、会社成立後、出資金全額はYの口座に振り込まれ、それをもって、B・CのYに対する代金債務の弁済に充てる旨の約束がなされた。XはY・C（一審の段階で行方不明）の出資払戻行為により、本件債権の実現に損害をもたらしたことを理由に、Yに対して訴えを提起した。

【一審判決】

「…払戻行為は自分の引き受けた出資金を払い戻すだけでなく、他の引受人の出資を払い戻す行為をも含む。2003年７月４日にAの口座からYの口座に振り込まれた8,250万元がCのYに対する出資に際して借り入れた代金債務の弁済に充てるが、…当該行為がCの出資払戻に該当し、Yがこれに対して知りながら協力した。したがって、Y・Cは、Aに引き受けた出資金を払い戻す意図が明らかであったため、共同不法行為者に該当する[3]。Aの債権者の利益が株主の払戻行為により重大な損害を受けたから、Yに8,250万元の範囲内にAの債務につき責任を負うべき」である。

二審は、一審判決を全面認容した。

【判例20】上海市金山区人民法院2009年６月５日判決（2009）金民二（商）初字第233号

【事実の概要】

X（原告）とY_1（被告）との間に服装加工の請負契約があった。2001年契約が終了した際に、双方は既存の債権・債務を整理した。この整理によると、Y_1はXに15万元の加工債務を負っていることが分かった。Xは本件加工債権を請求して、訴えを提起した。

Y_1は登録資本金が50万元の有限会社であり、その株主はY_2（被告）とY_3（被告）である。Xは、Y_2・Y_3がその引き受けた出資金を払い込まなかったことを理由に、Y_2・Y_3にY_1の本件債務に対して連帯責任を

[3] 本件では、人民法院は不法行為ではなく、会社法第20条第３項を適用して判決を下した。

負うと請求した。

【判旨】請求棄却

「有限会社の株主は、会社に対して出資の全額を払い込まなければならない。しかも、その出資を法により設立された出資検査機構による出資検査をうけ、かつ出資検査証明書の交付を受けなければならない。さもないと、著しく債権者の利益を損なった場合、会社の債務に対して連帯責任を負わなければならない。X の提供された証拠により、Y_2・Y_3がその引き受けた出資金を払い込まなかったことを証明できない。…したがって、X による請求は、法的根拠が欠くため、支持し得」ない。

【判例21】洛陽市澗西区人民法院2009年７月16日判決（2009）澗民二初字第160号

【事実の概要】

X 会社（原告）と Y_1との間に金銭消費貸借契約が結ばれている。X はあわせて26万元を Y_1に貸している。また、Y_1は2007年６月４日に成立された有限会社であり、登録資本金300万元の中に、株主兼代表取締役としての Y_2（被告）は、270万元の持分を占めていた。X は、Y_2が支配株主の地位を利用して会社の資金215万元を引き出し、Y_2の当該行為により Y_1に債務弁済能力を失わせたことを理由に、Y_2に Y_1の本件債務に対して連帯責任を負うよう訴えを提起した。

【判旨】請求認容

「Y_1が成立した後、Y_2が2007年６月22日、６月25日及び７月５日に三回に分けて、Y_1から215万元を引き出した。法廷弁論中に X の主張した当該事実に対し、Y_2は、その引き出した資金の合理的用途につき説明できなかったため、挙証不能の法律責任を負わなければならない。したがって、Y_2は、その引き受けた出資金の範囲内において、Y_1の債務に対して連帯責任を負うべきで」ある。

【判例22】河南省周口市中級人民法院2010年１月26日判決（2010）周民終字第1209号

【事実の概要】

Y_1（被告、控訴人）は、A から道路工事の施工権を入札して落札した。

Y_1・A 間の契約により、A は Y_1に工事前金すなわち工事代金総額の10％の173万元及び工事材料前金50万元を支払い、工事終了後、当該前金を工事代金から控除することを約した。しかし、その後、Y_1自身の原因により当該工事は継続することができなくなった。Y_1の代わりに X は本件道路工事の施工を続行した。X は本件工事が完成した後、工事代金総額から、前述前金即ち A が Y_1に支払った分が控除されたことを気づいた。X は、Y_1が正当の理由なしに A から受け取った前金を占有することが不当利得であるとして、Y_1に対して本件前金の返還を請求した。

また、Y_2（被告、控訴人）は Y_1の株主であり、その持分は全持分の91.32％を占めている。2007年７月23日、Y_2は Y_1の増資分を払い込む際に、38,399,000元を Y_1の指定口座に入金したが、7月26日に払込金の中の30,300,000元を Y_1の口座から自己の口座に戻した。X はこの事実に基づいて、Y_2が Y_1の増資の払戻を行ったと主張して、Y_2に Y_1の X に負っている債務に対して、払戻金額の範囲内で連帯責任を負うよう訴えを提起した。

【一審法院の判断】

一審人民法院は、X・Y_1間に直接の契約関係が存しないものの、道路工事前金について関連性があると認定した。そこで、人民法院は、X がなした Y_1に対する道路工事前金の返還請求につき、これが Y_1の不当利得に対する請求であることを理由に、X の請求を認容した。

Y_2は、Y_1の株主として、その引き受けた増資から30,300,000元を引き出したことについて、この資金を会社の経営に用いた根拠を提供できなかったため、出資の払戻に該当すると認定できる。Y_2の出資払戻行為は、Y_1の資本を減少させ、Y_1の債務弁済能力を弱めた。Y_2の行為は、債権者 X の合法的利益を害したため、会社法人の独立地位と株主有限責任の濫用に該当する。したがって、一審法院は、Y_2がその払い戻した出資額の範囲内で Y_1の債務に対して連帯責任を負うべきであると判断した。

Y_2は控訴。

二審法院は、一審判決を全面認容した。

【判例23】上海市金山区人民法院2010年２月26日判決（2009）金民二（商）初字第1529号

【事実の概要】

Ｘ会社（原告）とY_1会社（被告）間に金銭消費貸借契約が存する。2008年10月２日に、Ｘ・Y_1間に既に発生した代金債務の履行に関する計画を立てた。しかし、Y_1は約定を守らず、債務を履行しなかった。また、Y_1はその株主Y_2（被告）Y_3（被告）によって設立された有限会社であるが、Y_2・Y_3はいずれも各自の引き受けた出資金60万元と40万元を払い込まなかった。Ｘはこの事実に基づいて、Y_2・Y_3にY_1の本件債務35万元に対して連帯責任を負うよう訴えを提起した。

【判旨】請求認容

「Ｘ・Y_1間の金銭消費貸借契約は企業間の消費貸借であり、その行為が関わる金融法規に違反するため、無効の契約と認定できる。従って、Y_1がＸから受け取った本件の金員は、Ｘに返還すべきである。…Y_2・Y_3がY_1の株主として、実際に引き受けた出資金を払い込まなかったことは、会社法人の独立地位と株主有限責任の濫用と認定できる。会社法の規定（会社法第20条第３項）により、Y_2・Y_3はY_1の債務につき連帯責任を負うべきで」ある。

二　清算義務の不履行

【判例24】北京市豊台区人民法院（2008）豊民初字第11949号

【事実の概要】

Ｘ出版社（原告）は、Y_1図書発行会社（被告）と「高等教育独習試験訓練シリーズ」という書籍について、出版発行契約を結んだ。契約により、Y_1は、上述図書の中国語版の専有使用権を、Ｘに授与した。Y_1は、Ｘに出版管理費、再販の際の管理費を支払う約束があった。また、上述作品の出版に要する一切の費用をY_1が負担する旨約定した。書籍の印刷に関して、Ｘに国家指定の印刷工場に依頼することを合意した。

2005年に、訴外Ａ（化学工業出版社印刷工場）は、Ｘ・Y_1を被告として、印刷費633,142.6元及び利息を請求した。Ｘは、Y_1を代位して上述費用を弁済した後にその返還をY_1に請求したが、拒絶された。

なお、Ｘは、Y_1の株主であるY_2（被告）に対して、Y_1の債務につき

連帯責任を追求した。理由としては、Y_1は、2007年11月23日に、営業許可書が取り消されたが、未だ清算手続きを行わなかったことにある。Y_2は、Y_1の法定代表者兼支配株主であるから、Y_1の営業許可書が取り消された後15日以内に清算を行うべきであった。その義務を履行しなかったため、株主の権利を濫用して、債務を逃れ、著しく債権者の利益を損なうに至ったとXは主張した。

【判旨】請求認容

「XとY_1間に結んだ出版発行契約は…有効な契約である。双方当事者は、契約により各自の義務を履行すべきである。Xは、訴外Aに印刷費等の支払いを履行したため、契約の約定により、Y_1はXに上述費用の返還をすべき」である。

「Y_2は、Y_1の支配株主として、Y_1の営業許可書が取り消された後15日以内に、清算委員会を成立させ、清算をしなければならない[4]。ところが、Y_2はその義務を履行せず、株主の権利を濫用して、債務を逃れ、著しく債権者Xの利益を損なった。したがって、会社の債務につき連帯責任を負うべき」である。

【判例25】江蘇省徐州市中級人民法院2010年５月28日判決（2010）徐商終字第0221号

【事実の概要】

2006年８月15日、X（原告、被控訴人）とY_1会社（被告）との間に金銭消費貸借契約が締結された。Xは契約どおりにY_1に10万元の金員を渡したが、Y_1は消費貸借期間満了後、元金及び利息を払わなかった。XはY_1に元金及び利息併せて13万元の支払いを請求した。

また、Y_1は2003年８月21日に設立された有限会社であり、その株主はY_2会社（被告、控訴人）Y_3、Y_4、Y_5（以下、Y_2 ～ Y_5をY_2らという）

[4]「中国会社法」第184条前段は、以下のとおり規定する。すなわち、「会社は、本法第181条第(1)号（営業期間満了による解散）、第(2)号（株主総会の決議解散）、第(4)号（営業許可書の取り消されるによる解散）、第(5)号（株主の請求による解散）の規定により解散する場合、解散事由が生じた日から15日以内に清算委員会を成立させ、清算を開始しなければならない」。

である。2006年８月３日、Y_1の営業許可書が取り消された。Xは、Y_1の株主が合法的な清算手続きを経ずに、各自の出資を払い戻したことを理由に、Y_1の株主Y_2らにY_1の本件債務に対して連帯責任を負うよう訴えを提起した。

【一審法院の判断】

一審法院は、X・Y_1間の消費貸借契約の有効性を認めた。また、Y_2らが、所定の清算手続きを経ずに、各自の出資を引き出したことは、出資の払戻と認定する。Y_2らの出資の払戻行為は会社法人格の濫用に該当し、著しくXの利益を害した。人民法院は、以上の認定に基づいて、会社法第20条第３項の規定によって、Y_2らにY_1の債務に対して連帯責任を負うと命じた。

Y_2は控訴

【判旨】控訴棄却

「…Y_1の株主Y_2らによる出資の払戻行為が認定できる。Y_2らによる出資の払戻行為が、会社の資本を客観上減少させ、会社の債務負担能力を弱めた。その行為が会社の債権者の権利を害したため、会社の法人格と株主の有限責任を濫用したと看做される。したがって、Y_2らは各自、払い戻した資金の範囲内でY_1の債務につき連帯責任を負うべきで」ある。

第４款　会社法の強行規定（個人名義口座開設禁止規定（会社法第172条第２項））違反の事例

この事例は、以下の【判例26】の１件の事例である。

【判例26】長沙市中級人民法院2009年７月24日判決（2009）長中民二終字第1471号

【事実の概要】

2005年１月19日に、X会社（原告、被控訴人）はY_1会社と鉱物製品売買に関する契約を締結した。2007年７月29日に、双方が既存の債権・債務を整理する際に、Y_1はXに買掛金債務合計240万元を負っていることが確認された。その後、XはY_1に当該債権を主張したが、Y_1が応じなかったため、Xは訴えを提起した。

また、Y_1の株主 Y_2（被告）は、Y_1の法定代表者を兼ねている。X は、Y_1が Y_2の名義で銀行口座を開設した事実に基づいて、Y_1の本件債務に Y_2に対しても連帯弁済責任を負わせるよう訴えを提起した。

【一審法院の判断】

一審法院は、X の主張即ち、Y_1が Y_2の名義で銀行口座を開設する事実に対して次の判断をした上で、X の責任を認めた。すなわち、Y_1の当該行為は、会社法第172条２項[5]に違反したため、会社法第20条第３項の規定によって、Y_2の上述個人口座開設行為は、会社の独立地位と株主の有限責任の濫用に該当するので、Y_2に連帯責任を命じた。

Y_1は控訴。

二審法院は、一審判決を認容した。

第５款　財産混同・法人格混同の事例

この事例は、以下の【判例27】～【判例33】の７件の事例である。

【判例27】浙江省湖州市中級人民法院2006年11月28日判決（2006）湖民一初字第９号

【事実の概要】

X 会社（原告）は「圓明園四十景図」（以下、「景図」とする）の出版使用権を取得し、訴外 A 会社と委託加工契約を締結し、A 会社に「景図」を珍蔵絵巻に作成することを委託した。A 会社は、Y_1会社（被告）に印刷加工を依頼した。

X は、「景図」を国内で一回切り・数量限定発売を予定したところ、Y_1会社が X から授権を得ないまま、同じ絵巻を販売したことを発見した。

X は、Y_1会社の行為が不正競争防止法に違反し、不法行為に該当すると主張した。また、Y_1会社の代表取締役兼第一株主としての Y_2（被告）が会社財産を個人財産と混同し、会社の収益を個人で占用することを理

[5] 中国会社法第172条は、以下のとおりに規定する。すなわち、「会社は、法定の会計帳簿以外に、別に会計帳簿を設けてはならない。会社の資産について、いかなる個人名義によっても口座を開設して預金してはならない」。

由に、会社法第20条第３項を適用して、Y_2の連帯責任を追及した。

【判旨】請求棄却

「Y_1の行為は不正競争であり、不法行為に該当する。Y_2の絵巻販売行為はY_1会社の行為とみなされる。また、Y_2の財産と会社の財産との混同について、Ｘはそれについて何らの証拠も提出できなかったし、Y_2が債務を逃れ、著しく債権者の利益を害する証拠も提出できなかった。したがって、会社法第20条第３項を適用できない。よって、Y_2に連帯責任を負わせるとの主張を支持できない。」

【判例28】福建省高級人民法院2007年１月４日判決（2006）閩民終字第504号

【事実の概要】

Ｘ（原告、控訴人）は、ガラス芸術彫刻向けの専門図形データベースについての著作権を有する。2005年７月に、ＸはY_1会社（被告、控訴人）が宣伝・販売している同じ用途の図形データベースに対して、Ｘが著作権を有する上述データベース及び作品の文字説明と基本操作マニュアルが使用されたことが判明した後、著作権侵害行為差止め・損害賠償などを主張して、訴えを提起した。

人民法院の認定によると、Y_1会社は、Ｘの許可なくＸが著作権を有する上述データベース及び作品の文字説明と基本操作マニュアルの一部を宣伝・販売したこと自体、Ｘの上述著作権の侵害に当たる。また、Y_1会社の代表者Y_2（被告、被控訴人）は、Y_1会社の販売サイト上でY_2の６つの個人預金口座番号を会社の預金口座と並べて使用している。Y_2に対して行った録音証拠により、商品代金を直接Y_2の個人口座に振り込むよう取引の相手に要求したことも認定した。Ｘはこれに基づいて、Y_2の連帯賠償責任を請求した。

【原審法院の判断】

「Y_1会社が法により成立した会社であるため、その代表者たるY_2が個人の口座を会社のサイト上に公開し、且つ会社の経営用決算口座として使用すること自体は、会社の法人行為とみなし、かかる法的責任は会社に帰すべき」である。

Ｘは控訴。

控訴理由は、以下のとおりである。「Y_1会社の登録資本金は50万元であるが、原審法院は、Y_1会社に仮差押に基づく保全処分を行ったとき、パソコン何台のほか、価値のある固定資産がないことを判明した。会社の預金口座上に１万２千元の預金しかなかった。Y_2は、Y_1会社の第一株主兼法定代表者であり、会社のサイト上にY_2個人の口座を公開して商品代金の受取に使用している。Y_2は普段、取引相手に商品代金を自分の個人口座に振り込むよう要求した。したがって、Y_2はY_1会社とともにＸに対して連帯賠償責任を負うべき」である。

【判旨】控訴認容

「１、Y_2の６つの個人預金口座がY_1会社のサイト上で公開して、会社の口座とともに会社の販売した商品（Ｘの著作権侵害の商品も含む）の代金受取口座に使用した。

２、録音証拠により、Y_2が本件商品の代金を会社の口座でなく、Y_2個人の口座に振り込むよう明確に取引相手に要求した。

原告の主張に対して、Y_1・Y_2は、Y_2の個人口座に商品代金を受け取った後、その代金を会社の口座に戻した証拠を提出できなかった。以上の２点の事実を鑑み、Y_2個人の口座・資金がY_1会社のそれと混同され、会社の利益と株主個人の収益とが区分されていないことが認定できる。…したがって、Y_1の不法行為債務につき、Y_2が連帯賠償責任を負うべきである。」

【判例29】河北省辛集市人民法院2007年５月28日判決　（2007）辛民初字第20004号

【事実の概要】

Y_2（被告）は、Y_1会社（被告）の株主であり、出資引受額が196.2万元で、Y_1会社の資本金の中90％の割合を占めていた。2006年９月７日に、Ｘ（原告）は、Y_1のＸに履行遅延した買掛金について合意を締結した。この合意により、Y_1のＸに負担している代金債務1,388,980元のうち、Y_1がその所有する工場、機械設備の所有権を80万元に換価してＸに移転する。残りの58.8万元（58.8980万元の中の980元につき、Ｘがその請求を放棄した）につき、Y_1がなるべく早く履行するよう約定した。

2006年８月16日に、Y_2は、Y_1のＸに対する代金債務のために、個人名義で本件代金債務を履行する旨の保証書を書いた。その後、Y_1の経営が停止し、工場、機械設備がＸに移転された。Ｘは、Y_2がY_1の訴訟（別訴）に個人名義で応訴すること、Y_1の年度貸借対照表中、帳簿上の記載は実際の収支と一致しないことなどを理由に、Y_2、Y_1の財産が混同することを主張して、Y_1の履行されていない58.8万元代金債権について、Y_2も連帯責任を負うよう訴えを提起した。

【判旨】請求認容

「会社の株主は、法律・行政法規と会社の定款の規定を遵守しなければならない。法によって株主としての権利を行使し、会社の法人としての独立地位と株主の有限責任を濫用して会社債権者の利益を損なってはならない。本件において、Y_2は、Y_1会社の支配株主として、会社の債権債務を個人のそれと混同し、貸借対照表に真実性を欠いたことが認定できる。ＸのY_1会社に対する財務帳簿審査請求に対して、Y_2は正当な理由なく、この請求を拒否したことに鑑み、法人格濫用事実の不存在につき、証明不能の結果を甘受すべき」である。

【判例30】上海市第一中級人民法院2008年12月８日（2008）滬一中民四（商）終字第1430号

【事実の概要】

Ｘ会社（原告）は、Y_1会社（被告）との間に2007年３月に布に関する売買契約を締結した。2008年６月に双方は債権・債務を確認したところ、Ｘは、Y_1に30.6万元の売掛金債権を有していることが分かった。2002年９月８日にY_1の営業許可書が取り消されたが、Y_1の株主Y_2（被告）は、Y_1の名義でＸと取引をなした。Ｘは、Y_2がY_1の営業許可書が取り消されたにもかかわらず、Y_1の名義で自己と取引をしたこと自体、自己への詐欺に該当することであるから、Y_1の本件債務につきY_2も連帯責任を負うよう求めて訴えを提起した。

【一審法院の判断】

一審法院は、Ｘの請求を棄却した。すなわち、Y_1の営業許可書が取り消されたが、会社法人の資格がまだ存在しているため、独立に民事責任を負担すべきである。Y_1は代金の一部を支払った。Y_2が契約商品を

受け取る行為自体は、Y_1を代表する職務行為であるため、詐欺に該当しない。したがって、Y_2は、Y_1の債務につき連帯責任を負わない。

X は控訴。

【判旨】控訴認容

「Y_1は、その営業許可書が取り消されたため、既に生産・経営の資格を失った。X・Y_1間の本件売買契約が締結されるまでに、Y_1は既に４年半に渡り生産・経営の資格を失っていた。この場合、Y_1は、商取引に必要な企業の預金口座、営業用領収書等を具備することができなくなる。…Y_2は、Y_1の株主兼法定代表者として、X と契約を締結する際に上述Y_1の状況を当然承知している。しかし、Y_2は、Y_1の実際の状況を隠匿し、X と契約を締結した。よって、Y_2の行為は、Y_1のそれと混同しているといえる。しかも、一旦、経営中にリスクが発生したら、Y_1は当然、責任を負う能力がない。したがって、Y_2の当該行為は、実際上、会社の独立地位と株主の有限責任を濫用し、著しく X の利益を害したといえる。会社法第20条第３項によって、Y_2は、Y_1の債務に対して連帯責任を負わなければならない。」

【判例31】雨湖区人民法院2009年１月４日判決（2008）雨法民二初字第269号

【事実の概要】

1998年11月４日に、Y_1（被告）は、B 会社と共同で貿易市場ビルを開発する契約を締結した。契約により、双方は、当該工事の対象である本件貿易市場ビルに対する施工・利益配分について約束した。1998年12月12日に、B はさらに A 会社と共同で前述ビル開発契約を締結した。1998年12月29日に A は、X（原告）に本件工事の施工を請け負わせた。X は、契約どおりに本件工事を終わらせ、貿易市場ビルを A に交付したが、A は代金の一部を支払った後、残りの44.5万元の代金を支払わなかった。

Y_1はY_2会社（被告）の支配株主であり、本件工事が完成した後に、Y_1は、本件のビル名義をY_2の所有に登録し、また、Y_1・Y_2間では、本件ビルに関する紛争解決及び法律責任につきすべてY_1に帰属すると約定した。X は、Y_1とY_2の間に法人格の混同が存していることを主張して、

Y_1のＸに負う債務[6]についてY_2にも連帯責任を負うよう訴えを提起した。

【判旨】請求認容

「まず、本件に関わる不動産は、Y_2の名義に登録された。Y_2は、本件不動産のすべての権利を承継した一方、権利･義務対等の原則によって、Y_2は本件工事に関する責任をも負担しなければならない。また、Y_1とY_2の間に法人格の混同が存しているため、会社法第20条第３項の規定に基づいて、Y_2はY_1の本件債務に対して連帯責任を負わなければならない。」

【判例32】邢台市中級人民法院2009年５月15日判決（2009）邢民二終字第80号

【事実の概要】

Ｘ会社（原告、被控訴人）は、Y_1会社（被告、控訴人）との間にカシミヤ製品に関する売買契約を締結した。ＸはY_1に139万元の売掛金債権を有している。2008年８月28日に、Y_3（被告、控訴人、Y_1、Y_2の株主）は、Y_1会社、Y_2会社（被告、控訴人）の法定代表者の名義でＸに合意書を提出した。その内容は、Y_1とY_2は関連会社であり、Y_1のＸに負っ

[6] Y_1の債務ついて、中国法の規定を紹介する。中華人民共和国契約法第286条は、以下のとおりに規定する。「発注者が約定に従って代金を支払わないときは、請負人は発注者に対して合理的期間内に代金を支払うよう催告することができる。発注者が期限を徒過しても支払わないときは、建設工事の性質に照らして、換価売却、競売をすべきでない場合を除き、請負人は発注者と協議して当該工事を換価売却することができ、又は人民法院に当該工事を法に従って競売するよう申請することができる。建設工事の代金は、当該工事の換価売却又は競売の代金より優先的に弁済を受ける」。

最高人民法院「建設工事契約紛争を審理する際に関する暫定意見」第７条は、以下のとおりに規定する。すなわち、「二つ以上の法人、その他の経済組織又は個人は共同で工事を建設し、共同建設工事に対して共同の権益を享受する場合、共同建設者の中の一方が工事の請負者と建設工事契約に基づく紛争が起きた場合、その他の共同建設者にも共同原・被告にならなければならない」。

以上の二つの法規定によると、結局、Ｘは、Ａと契約を締結したが、本件工事の共同建設者としてのＢ、Y_1に対しても建設工事代金の支払を請求することができる。

ている債務につき、Y_2も共同で返還するということである。

Xは、Y_1とY_2が関連会社であり、Y_3がY_1・Y_2との間に財産混同が存するため、Y_1の債務につきY_3も連帯責任を負うべきであると請求した。

【一審法院の判断】

一審法院は、原告の請求を認めた。すなわち、名義上でY_1がXと契約を締結したが、契約の品物はY_2が受け取っていた。よって、Y_3がY_1・Y_2の法定代表者として、両会社の財産をコントロールしているといえる。したがって、Y_3はY_1の債務につき連帯責任を負担するべきである。

Y_1、Y_2、Y_3は控訴。

【判旨】控訴棄却

「…Y_1、Y_2、Y_3は、Y_1のXに負っている債務につき、Y_2も共同で返還するという約定につき、異議がない。本件争いの焦点は、Y_3がY_1の本件債務につき連帯責任を負うかどうかである。…Y_3はY_1・Y_2の支配株主兼法定代表者として、その身分は比較的に特殊である。会社法第20条第３項の規定に基づいて、一審法院は、Y_1、Y_2の財産がY_3のそれと混同しているかどうかを確かめるために、Y_1、Y_2、Y_3に両会社の帳簿を提供することを要求したが、Y_1、Y_2、Y_3はその提出を拒否した。Y_1、Y_2、Y_3はその負担する訴訟義務を履行しないため、挙証不能という不利な結果を甘受することがやむをえない。したがって、Y_3はY_1の債務に対して連帯責任を負うべきで」ある。

【判例33】洛陽市澗西区人民法院2009年10月20日判決（2009）澗民一初字第283号

【事実の概要】

X会社（原告）とY_1会社（被告）の間に商品販売代理契約を締結している。契約により、Y_1はXの商品の販売を代理する。2007年12月に、X・Y_1間に代理販売金額を確認したところにより、Y_1は商品販売代金53万元をXに支払っていない。Xはこの代金をY_1に請求したが、Y_1は応じなかった。

Y_2（被告）、Y_3（被告）はY_1の株主であり、Y_4（被告）はY_1の実際上の経営者である。Xは、Y_2、Y_3、Y_4が法人の独立地位を利用して、

その個人資産をY_1のそれと混同させ、また、長期に渡ってＸの資金（商品販売代金）を占有してＸに交付しないことを理由に、Y_2、Y_3、Y_4にY_1の債務に対して連帯責任を負うよう訴えを提起した。

【判旨】請求認容

「Y_2、Y_3、Y_4が法人の独立地位を利用して、その個人資産をY_1のそれと混同させ、また、長期に渡ってＸの資金（商品販売代金）を占有してＸに交付しないことによっては、債権者Ｘの合法的利益を侵害した。したがって、Y_2、Y_3、Y_4は、Y_1の債務に対して連帯責任を負うべきで」ある。

第６款　契約の解釈（契約相手方の確定、契約目的の合理的解釈）による解決事例

この事例は、以下の【判例34】～【判例36】の３件の事例である。

【判例34】広東省広州市中級人民法院（2006）穂中法民二終字第1791号判決

【事実の概要】

Y_2（被告、被控訴人）は、2001年６月22日より、建築用原材料向けの個人商店を経営してきた。2002年１月12日に、Ｘ会社（原告、控訴人）は、Y_2の個人商店とセメント売買契約を結んだ。2003年４月12日に至り、帳簿の確認によれば、Y_2の個人商店はＸにセメント買掛金として金1,013,544.04元の債務を負っている。

2003年５月12日に、Ｘは、Y_1会社（被告、被控訴人、Y_2の個人商店そのものが法人化した会社。株主が二人、Y_2が95％の持分を有する）、Y_2との三者の間に、債務移転による合意書を結んだ。合意書により、Y_2の個人商店とＸとの間に発生する債権債務をすべてY_1会社に移転する。Ｘはこれを承諾した。同日、ＸとY_1会社間にセメント売買契約を結んだ。その後、売買代金についてXY_1間に争いがあって、Ｘは訴えを提起した。請求は、Y_1に売買代金債務を履行させ、Y_2がこれについて、連帯責任を負わせるというものである。

【原審判決】

（Y_1の弁済責任について）「X と Y_2の個人商店間に結んだセメント売買契約、X と Y_1会社間に結んだセメント売買契約及び債務移転合意がすべて真実な意思表示であり、内容としても法律・行政法規の強制的規定に違反しないため、有効である。したがって、各当事者は（契約・約定を）守るべきである。…Y_1は上述債務を X に履行すべき」である。

（Y_2の連帯責任について）「X は、『中華人民共和国契約法』（以下、『契約法』とする）第65条[7]によって、Y_2の連帯責任を主張したが、『契約法』第65条が当事者間において、第三者が債権者に対して債務を履行する旨約定した場合の規定であるため、本案は、債務移転に関する事案である以上、Y_2に Y_1の債務につき連帯責任を負わせるのは、法的根拠がないため、支持できない。」

X は控訴。理由は、債務移転合意が結ばれたのが、2003年５月12日であったが、Y_1が成立した期日は2003年６月18日であった。時間的流れからみると、Y_2の債務移転行為は、X への詐欺に当たる。また、Y_1会社は名義上、株主が二人いるが、実際上、Y_2一人に支配されている。Y_1の登録資本金は50万元に比して、現在負っている債務は100万元余り（法院の認定金額が68万余り）である。さらに、Y_1成立一年後、住所変更の登録を経ないまま、登録された住所から離れたことを加えて考えると、Y_2は、Y_1会社を設立目的が Y_2個人の債務を逃れることである。したがって、会社法第20条第３項により、Y_2は Y_1の債務につき連帯責任を負うべきである。

【判旨】控訴棄却

「…設立後の Y_1会社が設立中の会社の先行行為につき承認を行った。しかも、債務移転合意書中の債務についても、Y_1は現在、履行している以上、Y_2が X に対して直接、弁済責任を負わせる主張につき、支持できない。」

---

[7]『契約法』第65条は、以下のとおりに規定する。すなわち、「当事者間において、第三者が債権者に対して債務を履行する旨約定した場合、第三者が債務を履行せずまたは債務の履行が約定に符合しないときは、債務者は債権者に対して違約責任を負担しなければならない」。塚本宏明監修『逐条解説　中国契約法の実務』（中央経済社、2003年）95頁（村上幸隆訳）。

【判例35】上海市第一中級人民法院2007年４月９日判決（2004）一中民五(知)初字第132号

【事実の概要】

2000年６月に、X（原告）は、Y_1会社（被告）との間に「電子発声積木に関する技術移転合意書」（以下、「合意書」という）が結んだ。「合意書」により、Xは、自己の特許権（実用新案）を有する本件技術をY_1に移転する。代価として、Y_1の当該技術で製造した商品の売上高の３～4.5％をXに分配する。Y_1は工場を有しないため、Y_2会社（被告、Y_1の姉妹会社）の工場で製造を行った。

2004年２月５日、Xは、Y_2がXの技術で製造した商品をアメリカに輸出することを発見した。そこで、Xは、Y_1、Y_2が上述「合意書」を違反することを理由に、Y_2の商品売上高に対して利益分配するよう請求した。予備的請求として、Y_1、Y_2は同じく株主構成を有する関連会社であるから、法人格否認の規定を適用して、Y_2の責任を追求して、訴えを提起した。

【判旨】

「Y_2がY_1の許可を得て係争技術の商品を製造したことは認定できる。Y_2の製造行為については、契約の合目的的解釈の立場に立つ限り、Y_1の製造行為とみなす方が、本件契約の目的に合致する。」

Y_2の責任について。「『中華人民共和国会社法』第20条第３項は、法人格否認の制度を規定したけれど、…完全にその構成要件に当てはまってはじめて適用すべきである。さもないと、有限会社制度の基礎を動揺させる恐れがある。…本件においては、Y_1の株主は二人の自然人であり、Y_2ではない。そして、Y_1の法人格が否定されたとしても、Y_2は当然に責任を負うわけではない。…Xの請求を支持できない。」

【判例36】四川省成都市中級人民法院2009年２月23日判決（2009）成民終字第98号

【事実の概要】

2007年８月～2008年３月に、X（原告、被控訴人、個人企業の事業主）はＹ会社（被告、控訴人）との間で加工物に関する請負契約を締結した。Xは契約通りに完成した加工物をＹに交付したが、Ｙは一部の代金

27,220元のみを支払った後、残り49,601元は履行しなかった。Xは残りの代金債権を請求するために、訴えを提起した。

Xは加工物をYに交付した後、A会社（第三者、控訴人、Yの法人株主）は上述一部の代金をXに支払った。XはY、Aに法定代表者が同一人で、両会社の経営範囲も同じのため、X自身すらY、Aのどちらかと取引を行ったかを区別できなかった。さらにY、Aの行為は法人格の濫用を理由に、Y、Aに連帯してXの代金債権を負えと請求した。

【一審判決】

「…Aの代金支払行為とYの加工物領収行為とを合わせて考えると、Xと取引を行った相手はYとAだと認定できる。したがって、Y、AはXに対する債務を連帯して弁済すべき」である。

Y、Aは控訴した。

【判旨】破棄自判

「『中華人民共和国会社法』第20条３項に規定によると、会社の株主が会社法人の独立的地位及び株主の有限責任を濫用して、債務を逃れ、会社の債権者の利益を著しく損なった場合は、会社の債務に対して連帯して責任を負わなければならない。本件において、AがYの株主として、Yの財産・経営・人事などに不当な支配を行い、しかも、この支配権を利用して法律及び契約上の義務を回避して、著しく会社債権者の利益を害したことについて、Xはその事実を証明する証拠を提出しなかったため、Xの主張を支持でき」ない。

第７款　その他の事例[8]

[8] 本節第１款～第５款（第６款－契約の解釈による解決事例を除く）には、会社法第20条第３項を適用する際に、株主に帰責性があることは特徴である。例えば、第１款には株主による債権者詐害という目的があり、第２款には株主による会社財産流用という目的があるなど挙げられる。しかし、第７款に扱う二つの事例には、株主による帰責性（債務を逃れる目的）がないにもかかわらず、人民法院は当該株主に責任を課した。これは人民法院が法を適用する際になされた問題である。そこで、株主に帰責性がないことを基準として第７款を設ける次第である。

この事例は、以下の【判例37】、【判例38】の２件の事例である。

【判例37】武漢市中級人民法院2009年５月19日判決（2008）武民商初字第133号

【事実の概要】

2006年７月13日に、X銀行（原告）とY_1会社（被告）との間に金額が3,000万元の金銭消費貸借契約が締結された。A、B、CはY_1の債務についてXと連帯保証契約を締結した。その後、X銀行は契約どおりに金員をY_1に交付したが、Y_1は、契約期間満了後に借入金の返還をしなかった。XはY_1が契約違反を理由に、本件借入金の一部172万元及び利息220万元の返還をY_1に請求した。

Y_1が本件金員を借り入れる用途は、その請け負った水力発電工事の流動資金に充てることである。Y_1は本件消費貸借契約を締結した後、その請負工事の開発及び本件借入金の使用のために、100％子会社Y_2（被告）を設立した。Xは、Y_2がY_1の100％子会社であり、しかも、Y_2の設立がもっぱらY_1の請負工事の開発及び本件借入金の使用をなすことを目的としているので、Y_1の債務に対しY_2も連帯保証責任を負うよう訴えを提起した。

【判旨】請求認容

「Y_2は、Y_1の100％子会社として、Y_1の請負工事の開発及び本件借入金の使用をなしている。よって、Y_2は、法によって（会社法第20条第３項）Y_1の本件借入金元金及び利息債務に対して連帯責任を負うべきで」ある。

【判例38】襄城県人民法院2009年11月５日判決（2009）襄民二初字第457号

【事実の概要】

2008年４月にY_1会社（被告）は、X（原告）から８万元の金員を借り入れた。Y_1は、未だにその借入金を返還しなかった。2008年11月にY_1の株主Y_2（被告）、Y_3（被告）は、各自その持分をBとCに譲渡した。Xは、Y_2、Y_3がその持分をBとCに譲渡した際に、Y_1のXに負担している債務を弁済しなければならず、Y_2、Y_3がY_1のXに負担している債

務を弁済しないことは、会社法人の独立地位と株主有限責任の濫用であるので、X に対して連帯責任を負うべきであると、訴えを提起した。
【判旨】請求認容
「Y_1の株主 Y_2、Y_3はその保有する Y_1の持分を B、C に譲り渡した後に、Y_1の債務に対して弁済をなすべきであるにもかかわらず、未だ X による借入金を返還していない。Y_2、Y_3の行為は、X の合法的利益を損なった。会社法第20条第３項によると、…したがって、Y_2、Y_3は Y_1の本件借入金債務に対して連帯弁済責任を負うべきで」ある。

第２節　判例から見た中国における法人格否認法理の要件

株主による法人格の「濫用」とは何であるかという問題の検討は、中国における法人格否認制度を理解するためにもっとも重要な作業である。本論文は、この問題意識に基づいて、中国の実際の裁判例を整理・分析して、法人格の「濫用」を導き出したい。
中国会社法第20条第３項の文言から見ると、株主に連帯責任を課するために、株主による法人格を濫用する主観的目的が必要ではないかと読み取ることができる。実際の裁判では、この主観的濫用の目的が必要であるかが問題となる。この問題を念頭に置いて、以下で中国の裁判例を分析する。

第１款　株主による主観的濫用の目的の要否について

検討した38件の裁判例の中では、判決の根拠が会社法第20条第３項ではなく、契約の合理的解釈による解決事例（【判例34】【判例35】【判例36】）を除いて、以下の１～４に分類し検討をする。分類の基準は、株主による主観的濫用の目的の有無である。

１　主観的濫用の目的を必要とするとした判決。これらの判決は、【判例１】【判例２】【判例３】【判例４】【判例５】【判例７】【判例８】【判例９】【判例12】【判例13】【判例14】【判例22】【判例25】の13件である。これらの判決は、人民法院が株主による主観的濫用の目的が必要である

と明言したものである。

２　主観的濫用の目的を明言しなかったとした判決。これらの判決は、【判例11】【判例15】【判例17】【判例18】【判例20】【判例23】【判例26】【判例37】【判例38】の９件である。

これらの判決のほとんどは、人民法院が株主に主観的濫用の目的の存在について特に明言していなかったけれど、判決全体を読み上げた上で株主による債務逃れの目的があるではないかと読み取ることができる。

３　主観的濫用の目的を必要としないとした判決（形骸化（財産混同、法人格混同）状況を要件とした判決）。これらの判決は、【判例28】（財産混同）【判例29】（財産混同）【判例31】（法人格混同）【判例32】（財産混同）の４件である。これらの判決は、人民法院が株主に責任を課する際に、その根拠を財産混同などの形骸化の状況に求めた。だが、この類型の判決のなかに株主による会社財産を流用する目的が明らかであった事案（例えば【判例28】）も存する。

４　主観的濫用の目的要件と形骸化状況が混在している事案。これらの事案は、【判例10】【判例27】【判例30】【判例33】の４件である。後述のとおり、これらの判決は、判決文のなかに「財産混同」などの言葉が出ているが、財産混同を単独の要件として株主に責任を課するではなく、株主による会社財産流用（例えば【判例10】【判例27】）、債権者詐害（例えば【判例33】）などの目的を証明するために用いられたものがある。

第２款　判例から示された問題点

一　「濫用」要件認定の基準―主観的目的[9]が必要

１　主観的濫用の目的が必要とした判決

[9] 会社法第20条第３項の文言及び第３章第１節に検討した判例からみると、株主による「主観的濫用の目的」とは、会社の株主が会社への支配権を利用して会社の財産を搾取するなど債務を逃れる意図を指す。

判例の考察から分かるように、人民法院が会社法第20条第３項を適用する際に、被告による主観的濫用の目的が必要であると明言した判決は多い。すなわち、【判例１】【判例２】【判例３】【判例４】【判例５】【判例７】【判例８】【判例９】【判例12】【判例13】【判例14】【判例22】【判例25】の13件の判決である。

（1）濫用目的の類型

【判例１】は、濫用の目的として、会社の株主が賠償責任を免れるために会社を清算して解散したことである（否定例）。

【判例２】は、濫用の目的として、会社の株主が虚偽の契約を締結することによって契約相手方の契約代金を騙取することである（否定例）。

【判例３】【判例４】【判例５】【判例７】は、濫用の目的として、株主が清算義務を履行しないことによって会社債権者の利益を害したことである。

【判例５】【判例９】【判例12】【判例13】は、濫用の目的として、株主が会社の財産を流用・移転することによって会社債権者の利益を害したことである。

【判例22】【判例25】は、濫用の目的として、株主がその出資の払戻を受けることによって、会社の債務弁済能力が弱められるに至って、その結果、会社債権者の利益を害したことである。

（2）「濫用目的」の問題点

【判例３】【判例４】【判例５】【判例７】では、人民法院は、濫用の目的として、株主が清算義務を履行しないことによって会社債権者の利益を害したと認定した。しかし、株主が清算義務を履行しないこと自体からは、当該株主の債務逃れの目的を直ちに導くわけではないと思われる。

【判例22】【判例25】では、人民法院は、株主がその出資の払戻を受けることによって会社債権者の利益を害したと認定した。しかし、株主がその債務を逃れる目的をもって出資の払戻を受けたかどうかについて、人民法院は論じなかった。

人民法院は、株主が有限責任を濫用したと認定したとしても、事案からみれば、株主による濫用の目的がはっきり見えない判決もある。要す

るに、会社法第20条第３項の文言である「濫用」について、その要件である「濫用の目的」は、容易に認定することができないであろう。

２　主観的濫用の目的を明言しなかった判決について

この類型に属する判決は、【判例11】【判例15】【判例17】【判例18】【判例20】【判例23】【判例26】【判例37】【判例38】の９件である。人民法院は、結論のところで株主の行為が当該株主の独立地位と会社の有限責任を濫用したと認定したが、株主による濫用の目的が見えない。

【判例15】において、人民法院は、Y_2、Y_3に責任を賦課する際に、「法人財産が債権者の唯一の保障であり、もし出資の引受人が全額出資しなければ、結果として、当該行為は法人制度を利用して責任を逃れることである」という理由づけをなした。当該判決文の全体から見れば、株主による債務逃れの意思があるかどうかは、はっきり見えない。

【判例17】【判例18】【判例23】について、人民法院は、株主による仮装払込行為を認定した後に直ちに会社法第20条第３項を適用した。株主の仮装払込行為による債務逃れの意思について、人民法院は言及しなかった。判決全体から見ても、株主による仮装払込行為が直ちに債務逃れの目的を有することを導けないと思われる。

【判例26】は、会社法強行規定（会社法第172条）の違反により、株主が会社の債務につき連帯責任が課された事案である。株主の個人銀行口座が会社に提供すること自体は、会社法第172条に違反する行為であるが、当該株主が債権者を害して債務を逃れる意図があるかどうかにつき、人民法院は明言しなかった。

【判例37】においては、人民法院は、Y_2がY_1の100％子会社であり、Y_1の請負工事の開発及び銀行からの借入金の使用をなしていることを理由に、Y_2にY_1の債務に対して連帯責任を課した。【判例38】においては、人民法院は、株主がその持分を第三者に譲り渡す際に、会社の債務をも会社債権者に履行しなければならないことを理由に、持分譲渡を行った株主に会社の債務に対して連帯責任を課した。しかしながら、この二つの判決について、人民法院は、なぜ、被告に責任を負わせるかが明確でないようである。すなわち、被告がどう債務を逃れたかにつき、人民法院は、一切説明しなかった。

二　形骸化要件に関する事例

1　形骸化（財産混同、法人格混同）状況を要件とするとした判決

これらの判決は、【判例28】（財産混同）【判例29】（財産混同）【判例31】（法人格混同）【判例32】（財産混同）の４件判決である。判決の適用する条文は、すべて会社法第20条第３項である。人民法院は、株主に責任を課する際に、財産混同（法人格混同）を根拠として判決を下した。しかし、中国会社法第20条第３項の文言に照らしてみると、株主に責任を課するために、株主による主観的濫用の目的を必要とするかにみえる。しかし、元々、財産混同を中心とする形骸化徴表には、株主の主観的意思が含まれていない。したがって、会社法第20条第３項を適用する際に、その明確化を確保するために、形骸化をどう位置づけるかが重大な問題になっている。

【判例28】では、人民法院は、株主による会社財産を流用する事実が明らかであるにもかかわらず、財産混同を要件として株主に責任を課した。

【判例29】では、人民法院は、株主が会社財産を流用したかどうかの立証を要求せず、株主・会社間に財産混同があるという状況を要件として当該株主に責任を課した。

【判例31】では、人民法院は、株主が債務を逃れるために、子会社に財産を移転したかどうかを認定しなかった。ただ株主・会社間に財産混同があるという状況を要件として当該株主に責任を課した。

【判例32】において、人民法院は、両関連会社の株主兼法定代表者が債務を逃れる意思があるかどうかを認定せず、株主と関連会社三者間に財産混同があることを理由に、株主に責任を課した。

文理解釈の立場では、中国会社法第20条第３項の適用要件としては、株主による法人格の濫用の目的の存在が必要であることは当然の帰結である。しかし、形骸化という状況は、株主・会社間に実質的一体性を有する単なる事実にすぎない。言い換えれば形骸化は株主・会社間における財産区別が不明確な状態を指すだけで、株主による濫用の意図は入っていない。

また、前述判例から分かるように、形骸化という徴表は、せいぜい、株主が会社という法形態を利用して債務を逃れることを証明するため

に、一つの間接的事実を提供する役割を有するに過ぎない。つまり、形骸化事実は、株主の「濫用」の意思を直接導くことができない。よって、形骸化という徴表を要件として株主に責任を課することは、事案の本質即ち、株主が会社財産を流用した（例えば【判例28】【判例29】）こと、又は会社財産を子会社もしくは他の姉妹会社に移転する（例えば【判例31】【判例32】）ことを通して会社の債務を逃れるといった目的の存否を離れる恐れがある。その結果として法の安定性が害されるであろう。

２　主観的濫用の目的要件と形骸化要件が混在している判決

これらの判決は、【判例10】【判例27】【判例30】【判例33】の４件の判決である。これらの判決は、財産混同などといった文言を使ったけれど、実際に判決文全体を読む限り、必ずしも人民法院が財産混同という状況を会社法第20条第３項の要件とするわけではないことが分かる。

【判例10】【判例27】では、株主・会社間にある財産混同事実は、独立の要件として存在するのではなく、株主による会社財産を流用する目的を証明するために、人民法院が一種の間接的事実として認めたに過ぎない。

【判例30】【判例33】では、株主･会社間にある財産混同という状況は、独立の要件として存在するのではなく、株主による会社の債権者を詐害する目的を証明するために、人民法院が一種の間接的事実として認めたに過ぎない。

【判例10】【判例27】【判例30】【判例33】の場合、株主・会社間にある財産混同という状況は、株主による会社財産を流用する、あるいは会社の債権者を詐害する目的を証明するために、人民法院が一種の間接的事実として認めたに過ぎない。したがって、人民法院は、株主による濫用を認定する際に、財産混同を単独の要件として認定する必要がなく、株主による債務逃れという主観的目的を認定すべきであろう。

しかし、【判例10】【判例27】では、株主による会社財産を流用したことが認定したとしとも、直ちに当該株主が債務を逃れる目的の存在を導くことができないであろう。要するに、これは濫用要件自体の不明確性の問題である。

第３節　小括

中国会社法第20条第３項は、以下のとおり規定している。すなわち、「会社の株主が会社法人の独立的地位及び株主の有限責任を濫用して、債務を逃れ、会社の債権者の利益を著しく損なった場合は、会社の債務に対して連帯して責任を負わなければならない」である。文言から見れば、中国会社法第20条第３項は、濫用型の法人格否認の法理であるかに見える。そこで、会社法第20条第３項を理解・適用するために、条文の中にある「濫用」という要件を、できるだけその内容を明確にすることが一番大事であろう。

第１款　考察の結論

第２節における判例の分析から分かるように、人民法院が会社法第20条第３項を適用する際に、被告による主観的濫用の目的を必要とするとした判決は多い。これらの法人格濫用の目的は、主に①債権者詐害、②株主による会社資金の流用・子会社又は姉妹会社への移転、③株主による法の義務不履行、④会社法の強行規定違反がある。

しかし、第２節以下で考察したとおり、②株主による会社資金の流用・子会社又は姉妹会社への移転事例、③株主による法の義務不履行事例、④会社法の強行規定違反事例について、株主の当該行為からは、必ずしも債務を逃れる目的を含まれていないといえる。要するに、人民法院は、株主による有限責任濫用の目的を要求したとしても、その濫用目的の内容は容易に把握することができない。

一方、判例の考察から分かるように、一部の判例は、株主に責任を課する際に、財産混同を要件として判決を下した。また、株主による法人格濫用の目的を認定する際に財産混同などといった要素も持ち出した判決がある。しかし、財産混同とは、会社とその社員との間にその財産が外観上区別しにくい状況を指すものであるから、会社の背後にある社員が取引上の債務を免れる等の目的の存在は不要である。したがって、財産混同を代表とする形骸化（法人格混同）という要素は、濫用型である中国の法人格否認の規定の枠内でいかに位置づけるかが大きな問題にな

る。

第３章の財産混同（形骸化）判例を再度見よう。【判例28】【判例29】、【判例31】はその事案の実質が株主による会社財産の流用であるといえよう。【判例30】はその事案の実質が契約相手方の確認であるといえよう。【判例33】はその事案の実質が契約相手方からの不当利得返還請求であるといえよう。

第２款　問題の再提起

第３章冒頭の部分では本章考察の目的を述べた。すなわち、会社法第20条第３項の要件である「濫用」の内容を解明するために、中国法における同条を適用した裁判例を考察した。しかし、第３章の判例を考察した結果、本章の最初に設定した目的が達成できなかったといわざるを得ない。すなわち、財産混同を代表とする形骸化（法人格混同）要素を会社法第20条第３項の適用から排除して、同条の適用に株主による有限責任濫用の目的のみを注目するとしても、「濫用」の内容を完全に解明することができない。

言い換えれば、一方、株主による有限責任濫用の目的は多種多様なので、その濫用目的を列挙することは不可能である。他方、人民法院は濫用の目的を認定したとしても、株主の当該行為は必ずしも債務逃れの目的の存在を導くことができない。

したがって、濫用の目的自体は容易に把握するものではないので、濫用の目的自体から会社法第20条第３項の内容を解明することはできない。そこで、代替的基準として、いかなる事実があれば濫用の目的が認定できるかについて、法人格否認の法理に対して更なる考察が必要であろう。

第５章では、日本法上の法人格否認の要件を考察したい。特に法人格否認の法理の中で形骸化がいかに位置づけるか考察し、また、当該法理に対する理論上の構築を考察したい。これら一連の考察の目的は、中国法における法人格否認の法理の要件の明確化を試みることである。

第４章　法人格否認の法理（会社法第20条第３項）に関する学説の紹介

法人格否認の法理（会社法第20条第３項）の裁判上における運用特にその要件である「有限責任の濫用」について、学説がいかなる態度を示しているかは、同法理を理解するために重要な手がかりであると思われる。以下、法人格否認の法理（会社法第20条第３項）に関する学説の紹介を行う。

法人格否認の法理は、外国から導入されたものである。そこで、中国の学説が同法理をどのように理解しているかは、第４章の考察の内容である。

第１節　会社法第20条第３項の要件をめぐる代表的学説の紹介

現在、中国において学説のほとんどは、会社法第20条第３項の文言に照らして法人格否認の適用要件が何かに集中している。しかも、会社法第20条第３項に対して好意的であるのはほとんどである。学説では、大略して二つの説が主張されている。

第１款　有限責任濫用目的必要説（以下、第一説という）[10]。

この説によると、会社法第20条第３項の適用は、二つの場面に分かれている。すなわち、①会社の法人格が濫用される場面と、②形骸化（朱教授の論文では「公司法人格徒具形式」（「会社の法人格が形にすぎない」という－筆者注）の場面である。①の場合として、株主が過度に会社を支配すること、会社資本金が著しく不足すること、不法の目的のために会社を設立すること、会社の法人格を利用して債権者を詐欺することなどが挙げられている。②の場合として、株主・会社の間に財産・業務・会計帳簿等における継続的な混同、法の強行的規定の違反及び会社内部

[10] その代表としては、朱慈蘊「公司法人格否認：従法条躍入実践」清華法学2007年第２期123頁、王保樹＝崔勤之・前掲書48頁（崔勤之執筆）である。

手続きの不遵守などの状況が挙げられている。

第一説は、①②の二つの場合に対し、会社の株主による債務を逃れる目的が必要であると説いている。

第２款　有限責任濫用目的不要説（以下、第二説という）[11]。

この説によれば、濫用要件を認定する際にその不確定性を解消するために、会社の株主による主観的濫用の目的を問わず、濫用の事実を示せばよい。濫用の事実としては主に、１　会社の自己資本が著しく不足していること、２　株主・会社間における法人格の高度的混同という二つの判断基準が挙げられている。

１　会社の自己資本が著しく不足しているとは、①株主の払い込んだ出資金が最低資本金額に下回っていることと、②株主の払い込んだ出資金が最低資本金額に上回っているにもかかわらず、著しく会社の業種・経営規模・従業員雇用規模及び負債規模に相応しい金額に下回っていることを指す。②について、主張者は例として以下のような例を挙げている。すなわち、資本金1,000万元の会社は、銀行から10億元の融資を受けた。この場合、当該会社の自己資本と貸付資本の比率は1：100であるので、著しく自己資本不足といえる。

第二説は、①②の場合、会社法第20条第３項を適用して会社の株主に会社債務に対して連帯責任を負わせるべきだと説いている。

２　株主・会社間における法人格の高度的混同とは、会社・株主間に財産・財務・業務・機構の混同、役員の兼任及び親会社からの直接の指示等の状況を指す。第二説は、この場合、株主・会社間における法人格の高度的混同を認定したうえで、会社の株主に会社債務に対して連帯責任を負わせるべきだと説いている。

第２節　会社法第20条第３項の要件に関する学説の検討

[11] 劉俊海『新公司法的制度創新：立法争点和解釈難点』法律出版社（2006年）90 ～ 95頁。

第１款　第一説の検討

第一説の主張は、日本法の学説を参照したと思われる。すなわち、第一説は、外国法における法人格否認の法理を紹介した際に主に日本法の紹介を行った。第一説の紹介によると、日本法では法人格否認の法理はその適用に二つの要件が必要である。すなわち、「日本の会社法人格否認の実践のなかで一般的に二つの基本的要件が強調されている。一つは支配要件である。すなわち、会社の法人格がその背後にある支配者にコントロールされている。もう一つは目的要件である。すなわち、会社の法人格が違法又は不当の目的で利用されている」ことである[12]。

日本における法人格否認の法理の適用について、第一説は次のような二つの場面があると紹介している。すなわち、「法人格が形骸化である場合とは、会社の形態はわら人形であり、その実質は個人営業又は親会社営業の一部にすぎない。例えば、会社のすべての持分が実質上一人に所有していること、社員が会社の経営をコントロールすること、株主と会社の間又は会社間に主体が混同していること、会社財産と個人のそれとの区分が明確でないこと、会社法上の手続きを遵守しないこと及び社員が会社の利益を搾取することなどである」[13]。

「法人格が濫用される場合とは、法律を回避すること（競業避止義務を回避すること、保険事故招致のこと、労働者団体のメンバーを解雇するために会社を解散することを含む)、契約義務を逃れること（契約上の競業避止義務、会社の債務を逃れるために他の会社を設立することを含む）及び過少資本の会社を設立することを通して不法行為責任の潜脱を図ることなどである」[14]。

前述の考察から分かるように、第一説の主張者は、次のように日本法上の法人格否認の法理を理解しているようである。すなわち、形骸化及び法人格濫用の場合において、会社の株主が法律又は契約義務の履行を回避するなどの「濫用」の目的があってはじめて、法人格否認の法理が

[12] 朱慈蘊・前掲書120頁。
[13] 朱慈蘊・前掲書120頁。
[14] 朱慈蘊・前掲書120 ～ 121頁。

適用される。

しかし、本稿第５章で考察するように、日本法において、法人格否認の法理の適用範囲は、法人格がまったくの形骸に過ぎない場合と、法人格が法律の適用を回避するために濫用される場合という二つの場合があると、最高裁のリーディング・ケース（最判昭和44年２月27日判決）に肯定された。最高判昭和44年２月27日以後の下級審裁判例にも、この二つの要件を承継しながら要件の具体化を展開した。有力学説も法人格否認の法理をこの二つの場合に限定すべきであると主張している[15]。

会社の法人格が濫用される場合は、その要件が二つある。すなわち、①支配要件と②目的要件が必要である。①の要件に当たる事実としては、会社の背後に在る者は会社を自己の意のまま「道具」として用いることができる支配的地位になければならない。②の要件に当たる事実としては、支配株主が会社形態を利用するにつき、違法または不当な目的を有していたとの事実が必要である[16]。

一方、形骸化の場合、その要件が支配要件の他、次のような事実が常に挙げられる。すなわち、①株主が会社の営業を離れて個人目的のために会社財産を使用し、あるいは個人財産を随時会社営業の目的のために使用するなどといった、個人財産と会社財産との混同であること、②会社の業務を個人の経済活動から区別せずに両者の混同を反覆継続していること、③会社の営業から生ずる収支について明確な記録をもたず、その結果個人の収支と会社の収支とを区別しがたい状態が続いていること、④株主総会や取締役会を全く開催せず、その他の法の要求する会社意思決定・業務執行に関する方法を全く無視していることなどである。これらの事実は伴うことが多いが、必ずしも全部の事実が揃う必要がない[17]。

要するに、日本法上の法人格否認の法理では、その適用範囲は法人格が濫用される場合と、法人格がまったくの形骸に過ぎない場合とに分か

---

[15] 奥山恒朗「いわゆる法人格否認の法理と実際」鈴木忠＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座（5）会社訴訟･特許訴訟』（日本評論社､1969年）165 ～ 166頁。

[16] 奥山・前掲書169 ～ 170頁。

[17] 奥山・前掲書186頁以下。

れている。法人格が濫用される場合において、株主による違法又は不当の目的という「目的要件」が必要である。他方、形骸化の場合、株主による違法又は不当の目的の存在が要求されていない[18]。

したがって、第一説は、形骸化について理論自体に矛盾があるのではないかと考える[19]。

---

[18] 奥山・前掲書187頁を参照。

[19] 形骸化問題について、第一説と同じ認識を有する者が少なくないようである。新会社法草案の委託課題受託者である張勇健氏と金剣鋒氏も第一説の主張と同様の認識を持っているようである。二人の受託者はその研究報告の中で日本最高裁の最判昭和44年２月27日判決を紹介した。この紹介によると、「日本1969年最高裁判所判決の中に採用した法人格否認の法理については、裁判所は次のように認定している。すなわち、会社内部手続きの不遵守（原文は「公司機関運営有名無実」―筆者注）、株主と会社の間に業務・財産が混同していること、過少資本の場合、会社は実質上形骸化になる。これ（形骸化―筆者注）は法人格否認の客観要件である。一方、違法・不当な目的で法人格を利用するといった主観的意図が具備したとき、はじめて法人格を否認することができる」と。張勇健＝金剣鋒「公司法人人格否認制度研究」『新公司法修訂研究報告』（下冊）中国法制出版社、８頁。受託者は、日本法にいう「形骸化」と「主観的濫用の目的」との関係を区別していないようである。

この認識に基づいて、二人の受託者は研究報告の中で法人格否認の法理について20箇所の立法提言をした。その中の第13条（財産混同）「会社と株主の財産が全体的かつ継続的に混同し、会社の営利が株主のそれと区分を加えない結果、双方の財務帳簿を明確に区分できないに至る場合、会社の営業場所・事務所が株主のそれと完全に同一である場合、会社の資金が株主のそれと混同しており、且つ継続に同一口座を使用している場合、株主が会社の債務につき連帯責任を負う。」、第14条（業務混同）「会社と株主又は親子会社の間に業務が継続的に混同し、具体的取引行為・方式・価格が同一の支配株主に直接に支配する場合、支配株主が会社の債務に対して連帯責任を負う」、第15条（過少資本（原文は「資本不足」）「会社の資本がその営業性質及び企業リスクに著しく相応しくなく、債権者に損害をもたらした場合、支配株主が会社の債務に対して連帯責任を負う。会社が設立した後に（会社の支配株主が―筆者注）資本金を引き出して移転し、登録資本金を法定最低資本金に下回る場合、人民法院が関係者の請求によって支配株主に会社の債務に対して連帯責任を負わせる。株主が会社設立の段階で出資金を払い込んだ後に、会社に経営の過程で損失が出るがゆえに資本金が減少された場合、人民法院は資本が不足していることを理由に株

第２款　第二説の検討

一　会社の自己資本が著しく不足している

第二説は、会社の自己資本が著しく不足していることについて、法定最低資本金額を基準に二つの場面に分けて論じた。株主の払い込んだ出資金が法定最低資本金額に下回っている場面について、第二説は、次の理由を述べた。すなわち、株主の払い込んだ出資金が法定最低資本金額に達することは、当該株主が有限責任を享受する必要条件である。もし、株主の払い込んだ出資金が法定最低資本金額に下回っていれば、当該株主の有限責任の特権を剥奪することができるという[20]。

しかし、なぜ、株主の払い込んだ出資金が法定最低資本金額に達することは、当該株主が有限責任を享受する必要条件であるか。現行会社法から根拠が見当たらないようである[21]。

一方、株主の払い込んだ出資金が最低資本金額に上回っているにもかかわらず、著しく会社の業種・経営規模・従業員雇用規模及び負債規模に相応しい金額に下回っている（以下、「過少資本」という）場合に、第二説は設例として、会社の自己資本と銀行からの貸付資本の比率が1:100である会社の場合、直ちに過少資本会社の株主に会社の債務に対して連帯責任を負わせると主張した[22]。

しかし、過少資本会社の株主に過少資本のみを理由に、会社の債務に対して連帯責任を負わせることについて、第二説の主張者はその理由を特に述べていない。また、過少資本の設定基準について、第二説の主張者は明確な基準を示していない。

主に会社の債務に対して連帯責任を負わせてはならない。」が形骸化に関する立法提言であった。張勇健＝金剣鋒・前掲書23頁以下。

[20] 劉俊海・前掲書92頁。

[21] 会社法第28条（出資払込義務）第２項は次のとおり規定している。すなわち、「株主は、出資を前項の定めどおりに払い込まないときは、会社に対して出資の全額を払い込まなければならないほか、さらにすでに期日どおりに出資の全額を払い込んだ株主に対して違約責任を負わなければならない」。

[22] 劉俊海・前掲書91頁。

二　株主・会社間における法人格の高度的混同（以下、「形骸化」という）

第二説は、会社・株主との間に財産・財務・業務・機構の混同、役員の兼任及び親会社からの直接の指示等の形骸化の状況があれば、株主・会社間における法人格の高度的混同が認定でき、会社法第20条第３項を適用して会社の株主に会社債務に対して連帯責任を負わせるべきだと説いている。すなわち、第二説の主張者は、形骸化による株主の責任という命題を持ち出した。しかし、中国法上この命題が成り立つであろうか。

第一説の問題点のところで述べたように、形骸化は、「会社が完全に実質的個人企業である」即ち「個人即会社、会社即個人」という状況を指すだけで、会社の株主による主観的目的を必要としない。会社法第20条第３項の文言から分かるように、株主に責任を課するために、株主の債務逃れの意思が必要である。したがって、形骸化を会社法第20条第３項の枠内に入れるならば、同条の適用を拡大する一方、法の安定性をも害するであろう。

財産混同とは、株主・会社間に財産の帰属自体が帳簿上明らかでない場合を指すと理解できよう[23]。この理解に立つと、財産混同自体は、株主による会社を搾取するなどの目的を含まないということができる。したがって、株主に会社債務について責任を負わせるために、その株主が会社の搾取、契約相手方の詐欺などの目的の存在を立証しなければならない[24]。したがって、形骸化を会社法第20条第３項の枠内に入れることは、適切でないであろう。すなわち、会社債権者は株主に会社の債務に対して連帯責任を負わせるために、形骸化という要素によらず、当該株主による有限責任濫用の目的の存在を証明すべきであろう。

第３節　学説のまとめ及び問題点の整理

---

[23] 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会、1980年）340頁以下。

[24] 財産混同の役割について、江頭は、「多くの場合、会社の搾取、会社の信用状態についての情報隠匿・会社の過少資本など、支配株主が会社債務について責任を負わねばならない実質的理由はほかにある」と述べ、そして、財産混同は、せいぜい、原告の主張に対し被告である支配株主がその不存在を立証するという挙証責任転換の意味があるにすぎないと主張した。江頭・前掲書341頁。

第１款　学説のまとめ

以上、中国における法人格否認の法理の代表的学説を紹介し検討を行った。この二つの学説には、いずれも問題があった。

第一説は、株主による有限責任濫用の主観的目的の存在を必要とすると主張しているが、濫用の事実と形骸化事実を区別せずに、形骸化事実を主観的濫用の目的の下に置いている。しかし、形骸化は、株主による主観的目的を必要としない。会社法第20条第３項の適用を、株主による債務を逃れる主観的目的が必要であると解する以上、株主による債務逃れの目的を必要としない形骸化徴表は、「濫用」の範囲内に入れることはできない。要するに、第一説は、会社法第20条第３項の文言に適合しないようである。

第二説は、行為者の主観的濫用の意思を不要とすると主張している。しかし、行為者の主観的濫用の意思を問わないなら、「濫用」を判断する基準がなくなるのではないであろうか。すなわち、単に株主の出資額が法定最低資本金額に下回っていること、又は会社の資本が会社の規模・業種等と比して過少であることを理由に、当該株主に会社の債務に対して連帯責任を負わせることは法的理由がないようである。

また、会社と株主の間に財産・業務などの面で区別しにくい状況のみによって、当該株主が債務を逃れる目的を有するとはいえないであろう。その結果、形骸化を会社法第20条第３項の枠内に入れると、同条の適用範囲が拡大する一方、法の安定性も害される。

第一説と第二説の検討から分かるように、両説の共通する問題点としては、形骸化が会社法第20条第３項の枠内にある位置づけである。文理解釈のとおり、会社法第20条第３項を適用するために、株主による有限責任濫用の目的が必要であることは明らかであろう。しかし、形骸化は、性質上株主の主観的目的を必要としない。したがって、形骸化を会社法第20条第３項の枠内に入れることは、適切でないであろう。

第２款　問題点の整理

中国法については、第一説が主張した有限責任主観的濫用意思必要説

が基本的に正しいのではないか。その理由は以下の二点にある。すなわち、第一に、中国会社法第20条第３項の文言から見ると、株主による会社法人の独立地位と株主の有限責任の「濫用」を、「債務を逃れる」という文言と対照すると、株主の債務逃れの意思が必要であることは、文理解釈上、当然の帰結である。

第二に、法人格否認法理の適用範囲の過度な拡張を防ぐために、会社法第20条第３項を適用する際に、同条の適用を限定する必要があるであろう。すなわち、中国会社法第20条第３項の適用には、株主による有限責任濫用の意思が必要である。この二点の理由で、私は、第一説の主張した主観的濫用意思必要説を基本的に支持すべきであると考える。

しかし、第一説の弱点即ち、濫用事例と形骸化事例を区別しないで、統一的に主観的濫用目的の下に置くことは、適当ではないと考える。形骸化要素は、せいぜい、株主・会社間における財産区分不明確という状態を証明するために一種の間接的事実を提供するに過ぎないから、「濫用」要件の適用範囲に入れられると、会社法第20条第３項規定の整合性を害することになる。すなわち、濫用の目的を含まない形骸化は、濫用の目的を必要とする会社法第20条第３項の枠内に入れること自体は、理論上不都合であろう。

私は、「形骸化」要素が行為者の主観的意思を必要としないから、「濫用」と無縁なものであると思う。また、「形骸化」要素を法人格否認法理の適用要件に入れると、同条の適用範囲が拡大されるばかりでなく、「濫用」を判断する基準がなくなるため、法の安定性を害する。また、第一説の主張を、形骸化状況の上に株主による債務逃れの意思が要求されると理解するとしても、不都合を免れない。すなわち、会社法第20条第３項の適用には、株主による「濫用」の目的が要件の中心であるから、濫用の目的と関係がない形骸化を持ち出す必要は特にないであろう。

したがって、私は、形骸化を会社法第20条第３項の枠内に入れると不都合が出るから、形骸化を同条の適用から排除すべきであると考える。つまり、中国会社法第20条第３項を適用する際に、会社の株主による債務逃れの目的があるかどうかを、同条を適用する際の要件として考えるべきであり、形骸化徴表は同条の適用にない。

有限責任会社の場合、株主が有限責任を享有することは、会社形態を

選択する際の主なメリットである。さもないと、容易に有限責任が否定されるならば、有限責任制度の基礎を揺らぐことになってしまう。したがって、法人格否認の法理を研究する際に、この有限責任制度の原則を念頭に置かなければならない。また、現在の中国において、法は、既に会社法第20条第３項をもって法人格否認の法理を規定した以上、同法理を適用する際に、有限責任という会社法の基本的立場を維持するために、同条の要件の明確化を探求しなければならない。

第３款　問題の再提起

第４章で考察の目的は、学説が会社法第20条第３項の適用についていかに理解しているかである。扱った二つの代表的な学説は、会社法第20条第３項の要件の明確化の解明について努めている。しかし、二つの学説にはいずれも欠点があるといわざるを得ない。

すなわち、第一説は、形骸化と濫用の目的との区別を十分認識していないようである。第３章の考察から分かるように、株主による有限責任濫用の目的は多種多様なので、財産混同を代表とする形骸化（法人格混同）要素を会社法第20条第３項の適用から排除して、同条の適用に株主による有限責任濫用の目的のみを注目するとしても、「濫用」の内容を完全に解明することができない。

第二説の主張者は、「有限責任の濫用」という要件の不明確性を解消するために、株主による濫用目的の存在を求めるではなく、濫用にかかわるいくつかの事実を列挙することによって濫用要件の明確性を試みた。濫用目的自体の把握ではなく、それに代替する事実の探求という立場からは、第二説の主張を肯定すべきであろう。しかし、第二説は、株主に連帯責任を課する要件として、会社の自己資本が著しく不足することと形骸化という大まかな基準に止め、更なる分析がなかった。また、第二説は、株主の出資が法定最低資本金額に下回っている場合、及び過少資本会社[25]の場合には、会社の株主が直ちに会社の債務に対して連帯

[25] 中国では、会社法第20条第３項の枠内に単独要件たる過少資本による株主の責任という問題領域は存するか。本稿は否定な見解を示したい。理由は、以

責任を負わせることを主張したが、法的根拠が見当たらない。

したがって、会社法第20条第３項の適用の明確化を求めるために、理論上法人格否認の法理を構築することは必要になるであろう。第５章以下では、日本法の法人格否認の理論構成を考察し、さらに中国法の再検討を通して、中国における法人格否認の理論上の構築を試みたい。

下のとおりである。

第一に、法の根拠がないこと。過少資本であることのみを根拠として株主の責任を認めるならば、事実上、株主に会社の業務・規模に照らし相当な自己資本を供給することを義務づけられることになってしまう。しかし、そのような義務は中国の現行法上肯定することができない。吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護（一）」法学協会雑誌第102巻第３号433頁以下を参照。

中国では有限会社の最低資本金が３万元（40万円に相当。会社法第26条第２項）であり、株式会社のそれが500万元（6,000万円余りに相当。会社法第81条３項）である。会社は最低資本金さえ具備すれば有限責任を享受することができる。すなわち、立法者は、会社の自己資本について最低資本金以上の明確な規整を置いていなかった。よって、会社の資本が過少であることのみを理由に会社の株主にその出資額（有限責任）以上の責任を負わせること自体、法文上の根拠がないため、適切ではないであろう。

第二に、適切な自己資本の基準設定の困難性。すなわち、会社にどれだけの自己資本があれば適切であるといえるか。この基準は、会社の業種・規模がもとより資金の調達コストや将来の収益見通しなども考慮に入れる必要があるであろう。また、同業他社の自己資本比率と比較するだけでは足りず、個別事例ごとに判断するしかないであろう。吉原和志・前掲書434頁を参照。中国1993年会社法には、有限会社の業種・規模による最低資本金額を設けたが、新会社法にはその規定を削除した。この立法の変遷からも適切な自己資本の設定困難性が見えるであろう。

論　　説

人に帰属しない利益の侵害と民事責任（2）

―― 純粋環境損害と損害の属人的性格をめぐる フランス法の議論からの示唆 ――

小野寺　倫　子

目　　次

はじめに

第１章　集団的損害と損害の属人的性格に関するフランス法の検討
はじめに
　第１節　損害の属人的性格と集団的損害に関する民事責任法の学説
　第２節　民事訴訟法の学説　　（以上、62巻６号）
　第３節　判例の検討
　　１　前提（１）：賠償の対象となる損害の要件としての「属人的性格」
　　２　前提（２）：訴えの受理性と請求の正当性の区別
　　３　環境損害に関する判例の分析
　　第３節のまとめ
　第１章のまとめ

第２章　損害の属人性の再定位
はじめに
　第１節　損害の属人性の再定位の必要性
　第２節　純粋環境損害の実体法上の性格
　　１　実体法上の概念としての集団的損害
　　２　客観的損害
　　３　私法上の「環境への権利」
　　第２節のまとめ
　第３節　純粋環境損害の手続法上の性格

１　被害・損害の集団化と訴えの利益の集団化の必要性
２　質的集団的利益に関する訴えに関するフランス法の不十分さ
３　質的集団的利益の担い手は誰か
第３節のまとめ
第２章のまとめ　（以上、本号）

第３節　判例の検討

本章第１節において確認したように、民事責任法の学説は、民事責任訴訟においては一般的に属人的損害の存在が必要であるとしている。しかし、この損害の属人的性格については、被害者（原告）に関する手続的な要請であるという捉え方と、実体法上の民事責任法上賠償の対象となる損害の要件であるという捉え方とが存在していた。

これに対し、第２節でみたように、民事訴訟法においては、手続法の次元における訴えの受理性と実体法の次元における請求の正当性とは区別されなければならないという理解を前提としつつ、訴えの受理性の要件として、属人的な訴えの利益が存在することが必要とされている。

ところで、このような損害の属人性に関する学説の状況は、判例の状況の反映であるという指摘がある[1]。本節では、この指摘に示唆を得て、フランスの裁判所の判例を分析する。検討の順序としては、まず前提として、判例が賠償の対象となる損害は属人的な性格を備えていなければならないとしていること（１）、また訴えの受理性と請求の正当性は区別されるべきであるという態度をとっていること（２）を確認する。その後、環境侵害に関する判例においては、属人的損害ないし損害の存在と訴えの受理性とが明確に区別されているとは言い難い状況にあることを確認しよう（３）。

１　前提（１）：賠償の対象となる損害の要件としての「属人的性格」

学説によると、判例上、ある損害が損害賠償の対象とされるためには、

[1] L.Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile,* préface de C.Thibierge, LGDJ, 2006, n°474, n°476.

属人的性格の具備が要求されること自体は疑いがない[2]。もっとも、この要件が判例において確立した経緯については定かではない。管見のかぎり、学説は、この判例上の要件を紹介する場合に、その起源について特に言及していないからである。ただし、損害が賠償の対象となるための要件として属人性を要求している判例として紹介されている比較的古い判例に、集団的損害に関するものではなく個人に生じた損害に関する事案であるが、破毀院第２民事部1979年10月17日判決[3]がある[4]。

後に本節３でみるように、環境損害に関する判例においても、損害の属人性に対する言及がみられる（たとえば、破毀院第１民事部1982年11月16日判決。なお、グルノーブル控訴院1988年12月22日判決、破毀院刑事部1995年10月25日判決における被告の主張・破毀申立て理由も損害の属人性が判例上の要件であることを前提としているとみられる（後掲本節３）。）。

２　前提（２）：訴えの受理性と請求の正当性の区別

さらに、訴えの受理性と請求の正当性の関係に関する判例の立場を確認しておこう。破毀院の判例は、先にみた民事訴訟法の学説と同様に、訴えの受理性と請求の正当性は区別されなければならないという立場に立っているといわれる。その例として、たとえば、破毀院第１民事部1993年５月17日判決、破毀院第３民事部1999年１月27日判決、破毀院第２民事部2004年５月６日判決などを挙げることができる（個々の事案は本稿の内容と直接関係がないため、判旨のみ掲げる）。

---

[2] *Ibid*., n°475.

[3] Cass.2e civ., 17 oct. 1979, d. 1980, inf. Rap. P.415, obs.C.Larroumet. この判決は、ナチスの行為から生じた苦痛（精神的損害）の賠償を目的とする終身定期金について、被害者が事故によって死亡し、終身定期金を受取ることができなくなっても生存配偶者に損害は発生しないとしたものである。精神的（無形）損害の賠償債権は、属人的性格を本質とする権利であって、本人以外に利益をもたらすことはできないからである。

[4] V. L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°475.

破毀院第１民事部1993年５月17日判決[5]
判旨「訴えの利益は、訴えが〔実体法上〕正当であることの事前の証明に左右されるものではない。要するに、〔その場合には〕、攻撃防御方法が受け入れられ得ないのである。」

破毀院第３民事部1999年１月27日判決[6]
判旨「新民事訴訟法典31条に鑑みるに……訴権は、法律が、その法律によって申立てを行いもしくは〔それについて〕争うため又は特定の利益を擁護するため資格を与えられた者のみに訴えを提起する権利を付与している場合を除き、申立ての成功又は排斥に対して正統な利益を有するすべての者に開かれている。」「原告によって主張されている権利の存在はその訴えの受理性の要件ではなく、その〔申立ての〕成功の要件であ」る。

破毀院第２民事部2004年５月６日判決[7]
判旨「新民事訴訟法典31条に鑑みるに……訴権は、法律が、その法律によって申立てを行いもしくは〔それについて〕争うため又は特定の利益を擁護するため資格を与えられた者のみに訴えを提起する権利を付与している場合を除き、申立ての成功又は排斥に対して正統な利益を有するすべての者に開かれている。」「訴えの利益は、訴えが〔実体法上〕正当であることの事前の証明に左右されるものではなく、かつ、原告によって主張されている損害の存在はその訴えの受理性の要件ではなくその〔申立ての〕成功の要件であ」る。

３　環境損害に関する判例の分析

上述のように、破毀院は、一方では損害が賠償の対象となるための要件として属人的性格を備えることを要求している。また、他方において、訴えの受理性と請求の正当性とが区別されるべきことを繰り返し説いて

[5] Civ.1re, 17 mai 1993, *Bull.civ.* Ⅰ, n°169.
[6] Civ.3e, 27 janv. 1999, *Bull.civ.* Ⅲ, n°19.
[7] Civ.2e, 6 mai 2004, *Bull.civ.* Ⅱ, n°205.

いる。このような立場を前提とするならば、損害の属人性が、請求の正当性の要件であるのか（つまり民法典1382条の損害の解釈に関わるのか）それとも訴訟の受理性の要件であるのか（つまり民事訴訟法典31条の訴えの利益の解釈に関わるのか）については明確に区別されなければならないと考えられる。

しかしながら、実際には、破毀院及び事実審の環境損害に関する判例において、損害の属人性という要件が、訴えの受理性に関する要件として理解されているのか、実体法上の損害の要件として理解されているのかについては、かならずしも明確ではないと学説は指摘している[8]。

さらに、以下の分析の結論を先取していうと、環境保護団体（非営利社団）によって提起された訴訟においても度々原告非営利社団等の「属人的」損害の存在が問題とされており、集団的損害ないし集団的利益と属人的損害の関係も不明瞭である。

以下では、学説によって（純粋）環境損害の賠償に関する判例として評価されてきた事実審と破毀院の判例を分析し、以上の点を確認することにしよう[9]。

グルノーブル控訴院1988年12月22日判決[10]

事案：被告人は、花屋を営む妻に提供する目的で、アルジェンティエール・ラ・ベセ（Argentière-la-Bessée）市（町村）の非耕作区域において保護植物である Reines des Alpes[11]を1600本採取し運搬した。この事

[8] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°475.

[9] フランスの裁判所は、つい最近まで環境損害あるいは環境への侵害から生じた損害というような表現を用いることはなかった。しかし、学説は、それ以前においても、フランスの裁判所は、例外的にではあるが、環境損害というような言葉を用いてはいないものの、実質的には純粋環境損害の賠償を認容してきたという。以下で分析する判例もそのような判決である。この点については、拙稿「環境への侵害から生じる損害に関するフランス司法裁判所の判例について―エリカ号事件をきっかけとして―」早誌61巻１号（2010）96頁以下を参照。

[10] CA Grenoble, 22 déc. 1988, RJE 1990 p.419, obs. M.-J. Littmann-Martin. 原判決については、*ibid.*, pp.417 et s.

[11] 日本名は不明。アルプス地方産のセリ科の高山植物。

実に関する刑事事件において、エクラン国立公園は、民事の当事者として、5000F の損害賠償、訴訟費用及び複数の地方紙における判決の公示を請求した。

原審であるガープ軽罪裁判所[12]は、犯罪と直接関係のある利益が欠けていることを理由に、エクラン国立公園による民事の訴えの受理性を否定した。すなわち、ア . 本件では、国立公園の管理者が国立公園の境界を越えて事件に関与している。イ . 当該管理者による事実確認が法的に有効だとしても、当該管理者は一般利益に関わる任務に参加しているのであるから、公施設法人である国立公園の民事の当事者となることの申立てを正当化することはできない。ウ . 犯罪の確認が、すべての行政機関または特別に授権された公役務に関わる職員の役割であるとしても、訴追の権利は、法律上の例外を除き、共和国検事にしか与えられていない。エ . 国や行政機関が、犯罪から直接生じる損害の賠償を民事訴権によって請求できるとしても、このような公法上の法人は、自らの権威や威信に対して生ぜしめられた精神的（無形）損害の賠償を請求できない。しかしながら、控訴院は、以下のように述べて原告の請求を認容した。判旨「被告人は、罪刑の法定（incrimination）は、一般利益の保護を目的とするのであり、損害賠償5000F についての〔国立〕公園の請求は受理性がない、〔国立〕公園は属人的損害を被らなかった、〔植物の〕採取は私有地において行われた、と主張する。

その犯罪は、〔国立〕公園の周辺区域で行われ、かつ、もっぱら私有地において行われたのではない。いずれにせよ、エクラン国立公園の職員は、大臣によって、オート－ザルプ県とイゼール県において法律に対する違反を確認することについて権限をゆだねられている。その民事の訴えによって、公施設法人であるエクラン国立公園は、検察官の代わりをつとめようとしているのではない。エクラン国立公園は、監視と、植物がその一部を構成している国（民）の財産（patrimone national）の保護を確実にするための手段を実施する義務を有している。被告人の行動による国民の財産への侵害によって、エクラン国立公園は、確実かつ直接の損害を被った。」

[12] T. corr.Gap, 12 oct. 1988, RJE 1990 p.417, obs. M.-J. Littmann-Martin.

原審は、原告国立公園には、犯罪と直接関係のある利益が存しないことを理由として訴えの受理性を否定している。したがって、そこでは、刑事裁判所における民事訴権行使について刑事訴訟法典２条１項の要件の具備が問題とされたと考えられる。

控訴院において、被告は、属人的損害が生じていないことを理由として訴訟の受理性が認められないと主張している。ここでも被告の主張は、刑事訴訟法典２条１項の要件の充足に関するものであると考えられる。しかしながら、控訴院は、原審とは反対に、国立公園による民事訴権の行使が検察官の職務を代替するものではないことを前提とし、原告国立公園に確実かつ直接的な損害が生じているとし、2000F の賠償を認容した。控訴院の判旨は、属人性について明示的な判示はしていないものの国立公園の訴えの受理性から直ちに民事責任法上賠償の対象となる損害の存在も肯定しているものと考えられる。

レンヌ控訴院1997年７月31日判決[13]

事案：アレ山地の尾根道のオートバイでの走行に関する刑事事件において、環境保護団体とアルモリカ地方自然公園労使混合組合が、民事の当事者として被告人に対し損害賠償等を請求した。

判旨「環境保護に関して認可を受けた非営利社団 S.E.P.N.B. は、損害賠償として4000F、判決の公表、及び刑事訴訟法典475-1の名目で3000F を請求している。

被告人によって争われている、当該社団が民事の当事者となることについての受理性は、……農事法典 L.252-3条の規定から生じる。

オートバイ運転者の通行によって引き起こされた、その地点に生息している動物の通常の生存の条件に混乱を与える行為によって生じた損害、すなわち S.E.P.N.B. が保護することを使命としている利益は、損害賠償として4000F の金額の付与及び判決の公表によって賠償されるであろう。」

「アルモリカ地方自然公園労使混合組合は、同様に、損害賠償として4000F、判決の公表、及び刑事訴訟法典475-1条の名目で10000F を請求

[13] CA Rennes, 31 juill.1997, RJE, 1998, p.199 et s., note R.Léost et D.Guihal.

している。

地方自然公園に関する農事法典L.244-1条の適用に関して採られた1994年９月１日のデクレL.244-1条は、地方自然公園に委ねられた使命を定義しており、そして、原則として、これらの使命に対する侵害を構成する損害の賠償に関する自然公園の民事の訴えは、受理性を有する。

アルモリカ地方自然公園労使混合組合は、その創設証書（carte constitutive）にしたがい、アルモリカ地方自然公園の整備、管理及び活性化を使命としている。

公園整備という使命は、公園内のオートバイ運転者の走行を原因とする道の毀損と環境侵害とを考慮するならば、必然的に原因たる行為と関係を有している。

したがって、立証された犯罪によって損害を被っているのであるから、地方自然公園労使混合組合は、訴えを受理されうる。

自然環境の悪化によって性格付けられる被られた損害は、損害賠償として4000F の金額の付与および当判決の公開によって賠償されるであろう。」

本判決は、訴えの受理性と損害を一応は区別しているようにも見えるが、各原告について訴えの受理性を認めると、損害についてもそのまま肯定しており、実質的にみると、両者を区別しているとは言い難い。地方自然公園と環境保護団体の訴えの受理性の根拠は、環境犯罪の場合に、地方自然公園や一定の非営利社団に民事訴権付与している農事法典の規定である。労使混合組合については、根拠条文は明示されていないが、これは、職業組合は、非営利社団とは異なり、当該組合に関わる集団的利益について一般的に訴えを提起することができるとされていることと関係があると考えられる（本章第１節を参照）。

破毀院第１民事部1982年11月16日判決[14]

[14] Civ.1re, 16 nov.1982, Bull.Civ., I , n°331; JCP, 1983,Ⅳ, p.37; RJE, n°3, 1984, pp.225 et s., note J.-C. Hallouin. 本件の詳細は、前掲・注（9）96頁以下、原審については拙稿「フランス民事責任法における『純粋環境損害（préjudice

事案：保護の対象となっている猛禽の射殺（犯人は不明）に関し、その地域にある鳥類学センターが、狩猟を主催した狩猟組合に対して損害賠償を請求。破毀院は、2000F の賠償を認容した原審を支持した。
判旨〔原告が証明しなければならない〕「損害によって侵害された利益は、正統かつ法的に保護されるものであるという性格を示すものでなくてはならず、それは、その損害について賠償を獲得するために訴訟を提起できる者の資格と結び付けられている。非営利社団は、一般的に、自らの請求の証拠として、確実で、属人的かつ直接的な損害の存在を援用しなければならない。」〔本件では〕「非営利社団《C.O.R.A.》が……適式に設立され……認証アレテの対象となり、《ローヌ・アルプ州における野生の脊椎動物及びその〔生存〕環境の研究及び保護》を目的としていることについては争われていない。」〔活動領域にかんがみると、〕「原告非営利社団は、今日保護が試みられてきている種を危険な状態に陥れる行為について直接的に関心を有しかつ懸念するものであ」り、「アレテによって通年狩猟が禁止されている猛禽の死によって、その活動の目的及び対象との関係において、当該社団のメンバーが被った属人的損害及び社会的損害から区別される直接的かつ属人的な損害を被っている。」

この事件は、1976年７月10日の法律によって、環境侵害について環境保護団体に訴権が付与された後の事件である。しかし、侵害行為者不明のため刑事事件として訴訟が成立する見込みがなく、したがって同法に基づく民事訴権の行使に支障があったため、通常の民事責任訴訟として争われたと考えられる。

さて、本判決は、賠償の対象となる損害が存在することの証明が、訴えを提起できる者の資格と直接的に結び付けている。本件は、通常の民事訴訟であるので、ここでいう訴えを提起できる者の資格は、（新）民事訴訟法典31条に規定されている訴えの資格のことを指していると考えられる。ここでは、原告非営利社団の設立時期、認可の存在、活動の目的との関係から訴えの資格と同時に直接的かつ属人的な損害の存在が確

écologique pur)』の概念について」松久三四彦他編『藤岡康宏先生古稀記念 民法学における古典と革新』成文堂（2011）470頁以下も参照。

認されている。本件は、純粋環境損害に関する先駆的な判例として、度々学説によって取上げられているけれども、判旨自体は、環境侵害から生じた損害を原告非営利社団に生じた属人的損害としており、文字通り原告非営利社団自体に生じた精神的（無形）損害の賠償が認められたにすぎないと考える余地もないわけではない。

破毀院刑事部1995年10月25日判決[15]
事案：河川の汚染に関する刑事事件において、海洋漁業漁師組合（非営利社団）と県漁業・養魚非営利社団連盟が民事訴権を行使。原審が、損害賠償請求を認容（前者に対して100000F、後者に対して38000F）したため、被告は、民法典1382条及び刑事訴訟法典２条、３条及び593条違反を主張して破毀院に上訴した。非難されている犯罪によって属人的かつ直接的に侵害されている場合でなければ、非営利社団の民事訴権は受理性を有しない、属人的かつ確実な損害の証明や損害賠償の算定の基準が示されていないなどというのである。破毀院は、以下のように述べて上訴を排斥した。
判旨「農事法典 L.234-4条の規定に従い漁業の監視を組織することに貢献し、養魚財産と水環境の保護に参加することを法律上任務としている漁業・養魚認可非営利社団連盟と漁師組合は、―前者は同法典 L.238-9条により、後者は改正された海洋漁業従事に関する1852年１月９日のデクレ21条の２により―農事法典第２編第３章または1952年１月９日の上記デクレの規定への違反を構成しその組織が保護することを目的としている集団的利益に直接的又は間接的損害をもたらす行為について民事の当事者としての権利を行使する権限を有している。」

本件において、被告の主張は、原告の訴えは、刑事訴訟法典２条１項の要件を満たしておらず受理性を有しない、原告の請求は、民法典1382条における損害の証明を欠く、ということを意味すると考えられる。
これに対し、破毀院は、非営利社団に対し民事訴権を付与している法

[15] Crim., 25 oct. 1995, *Bull., crim.*, n°322; RJE, 1996-2 p.199, note V. Jaworski; D., 1996, IR, p.25. 詳細は、前掲・拙稿注（9）101頁以下。

律が当該事件において各原告に適用されることから、直ちに原告の請求を肯定している。属人的損害と集団的利益への侵害の関係についてはふれていない。なお、破毀院は、損害の評価については、原審裁判官の専権に基づくものであるとして、独自の判断を示していない。

以上のように、環境侵害に関する判例においては、一般的に訴訟の受理性と損害の証明が明確に区別されていない傾向がみられる。これは、フランスでは、個人に対する影響のない環境侵害については、環境保護団体や公法人が原告となって刑事事件における民事訴権行使を通じて損害賠償請求が行われるのが通常であることと関係があると考えられる（上で分析した判例も、破毀院第１民事部1982年11月16日判決以外、すべて環境に関する刑事事件における環境保護団体等の民事訴権行使に関する。破毀院第１民事部1982年判決も、判決の構造は認可非営利社団による集団的利益侵害に関する民事訴権行使の場合と極めてに通っている）。刑事訴訟法典２条１項は、法文上犯罪から直接的に被った属人的損害を民事訴権行使の要件として規定しているが、この規定の性格はあまり明らかではないからである[16]。

しかしながら、受理性と損害の証明を区別して扱っている判決もないわけではない。そのような例として、下級審の判決であるが、原告環境保護団体の訴えの受理性を肯定しながら属人的損害の証明がないことを理由に請求を排斥したオオカミ事件（ニース小審裁判所1990年１月16日判決）や、損害の属人性に直接言及するものではないが、原告の受理性と損害の証明を区別しているとみられるエリカ号事件第１審判決（パリ

[16] 本稿冒頭「はじめに」１（３）を参照。刑事訴訟法典２条１項は、文言上、犯罪から直接的かつ属人的に損害を被った者に対して民事訴権を付与すると規定している。しかし、本条については、前述の通り、損害の要件とみる見解（カルボニエ）、民事責任法上の損害の要件とは区別される刑事裁判所における民事訴権の受理可能性に関する要件とする見解（ヴィネイ）、あるいは、民事責任の被害者＝原告という観点から本条に言及する見解（セリオー）などがあった（本章第１節３）。さらに、民事訴訟法の学説は、訴えの利益（民事訴訟法典31条）に関して集団的利益の問題を論じているが、そこでは、民事訴権の行使による集団訴訟の問題が扱われている（第２章第２節を参照）。

軽罪裁判所2008年１月16日判決）などを挙げることができる。

ニース小審裁判所1990年１月16日判決（オオカミ事件）[17]

この事件は、フランスの国内法では狩猟動物にも保護動物にも指定されていない種に属するオオカミの殺傷について、自然保護団体が狩猟者に損害賠償を請求したものである。

この事件では、原告による訴えの受理性は原告非営利社団の目的（野生動物の保護等）と認可にかんがみ、疑いのないものとされた。これに対し、損害の発生については、この事件で問題となった種が、国際条約（ただし、議会承認あるいは審書（官報への掲載）を欠く）では保護種とされ、研究者からも保護の必要性が訴えられてはいるけれども、フランス国内法では、狩猟動物でもないが、保護種でもないため、裁判所は、本件では、原告非営利社団は、当該殺傷行為から属人的損害を直接的に被っているとはいえないとした。

パリ軽罪裁判所2008年１月16日判決（エリカ号事件）[18]

エリカ号事件第１審判決は、石油タンカーの事故により発生した海洋汚染について、裁判所は、環境に対する侵害から生じた損害の賠償として、モルビアン県に1015066,60€、環境保護団体 LPO（鳥類保護同盟）に300000€ を支払うことを被告に命じた。

この事件は、環境侵害行為に関する民事訴権を地方公共団体に付与する環境法典 L.142-4条の制定以前の判決である。したがって本判決では、県による損害賠償請求に関する訴権行使は、法律の規定に基づく県の管轄区域の保護、管理および保全における独自の責任を与える特別な権限を根拠として認められるとしている。これに対し、県に生じた損害は、汚染された地域の面積と汚染期間、当該地域に投入されたと考えられる租税額を基礎としている。環境保護団体については、環境法典 L.142-2

[17] TI Nice, 16 janv.1990, Gaz.Pal., 1990, 1, jur. pp.213 et s.

[18] TC Paris, この事件に関する文献については、第１章第１節フルール＝オベール＝サヴォーの見解に関する部分を参照。この判決の詳細は、拙稿・前掲注(9)107頁以下。

条を根拠として損害賠償訴権を行使できるとし、その団体が被った損害は、汚染の規模と当該団体の活動内容、投資及び代表性を基礎としている。

このように、訴えの受理性と属人的損害の証明は、常に区別できないわけではない。ここで注目すべきは、上で紹介した、訴えの受理性と損害の証明の関係が不明確な判例においては、裁判所は環境損害の賠償を明示的に認めてはおらず、認容された損害賠償額も比較的低額であるのに対し、受理性と損害の証明が区別されているエリカ号事件第１審判決では、環境に対する侵害から生じる損害の賠償が明示的に認められ、認容された賠償額も、原告が汚染された環境に投資した額を反映して高額となっていることである。このことは、名目的な損害賠償ではなく、実際に環境に生じている損害の賠償を可能とするためには、訴えの受理性と賠償の対象となる損害の証明を区別する必要があることを示しているのではないかと考えられる[19]。

第３節のまとめ

判例が、民事責任に関する訴訟において、損害の属人性を要求していること、及び手続法の次元での訴えの受理性と実体法の次元における請求の正当性を区別すべきとしていることは明らかである。しかしながら、環境侵害に関する具体的な事件の判決においては、原告の訴えに受理性が認められることの証明と原告に属人的な損害が発生していることの証明とがはっきりと区別されていないという傾向がみられる。また、環境保護団体（非営利社団）の訴えにおいても、度々属人的損害の存在が問題とされているが、判旨から属人的損害と集団的損害との明確な区別を知ることは出来ない。

---

[19] 認容された賠償額はあまり高額ではないか、環境損害の賠償を明示的に認めているその他の判例にも同様の傾向が見受けられる。ナルボンヌ大審裁判所2007年10月４日判決（TGI Narbonne, 4 oct.2007）、トゥール大審裁判所2008年７月24日判決（TGI Tours 24 juill.2008）などを参照（両判決については、前掲・拙稿注（9）102頁以下）。

もっとも、訴えの受理性と損害（属人的損害）の証明を明確に区別している下級審裁判例もあり、それらによると、環境侵害の場合に訴えの受理性の証明がただちに賠償の対象となる損害の証明となるわけではないことが明らかとなる。

第１章のまとめ

１　損害の属人的性格の意義―特に集団的損害との関係において

本稿が考察の対象としている純粋環境損害は、賠償の対象となる損害の要件である属人的性格の充足について疑義が持たれるとされている。しかしながら、損害の属人的性格という要請それ自体について、民事責任法の学説の理解は必ずしも明確なものではなかった（第１節）。このような損害の属人性の位置づけの曖昧さは、判例における損害の属人性の理解の曖昧さを反映しているという指摘があるが[20]、そのことは、環境侵害に関する判例において確認された（第３節）。

民事責任法の学説においては、一方では、属人性は実体法上の損害の要件として理解されている。しかし、他方では、この要件を手続上の要件、つまり訴訟の受理性の要件と理解する学説も存する。つまり、損害の属人性とは、損害の性質自体に関する要件ではなく、ある損害について、民事責任訴訟上原告ないし被害者となることができるのは誰か、という点に関わる要件であるという理解である。もっとも、最近の学説の中には、集団的利益との関係において、損害の属人性を実体法と手続法の両面から捉えようとする立場もみられた。

２　手続法の次元における訴えの利益の属人性と集団的利益

本章第２節において参照した民事訴訟法の学説は、訴えの受理性と請求の正当性とが区別されなければならないことを前提とし、手続の次元において、訴えの受理性の要件として訴えの利益の属人性を要求している。この場面において、民事訴訟法の学説は集団的利益が訴えの利益の属人性という要件を充足するかどうかを問題としている。

つまり、手続法の次元で、訴えの受理性に関して、訴えの利益の属人

[20] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°474.

性が要求されることについては疑義がないといえよう。そして、法人たる集団が、当該集団自体の利益ではなく、その構成員の利益や当該集団が保護することを目的としている利益などに基づいて訴えを提起する場合について、その法律構成については見解が分かれるものの、民事訴訟法の学説は、一定の条件の下で集団的利益の擁護に関する訴えについても受理性が認められるとしている。

3　実体法の次元における損害の属人性と集団的損害

手続法の次元における訴えの利益の属人的性格の要請とは別に、実体法の次元で、さらに損害の属人性という要請が必要なのであろうか。確かに、訴えを提起する主体と損害の帰属主体が同一である場合には、訴えの利益の属人性と損害の属人性をそれぞれ別個に検討する実際上の意義は大きくないであろう。また、原告として訴えを提起する主体と損害の帰属主体が分離している場合であっても、職業組合や非営利社団が、当該法人の構成員に生じた個別的損害の賠償を請求する場合には、それを実体法の次元で原告たる法人の集団的損害と呼びなおすことに必然性は認められない。

しかしながら、純粋環境損害のように、損害の帰属主体を観念することが難しい損害については、実体法の次元で損害の属人性という要請が意味を持つことになる。つまり、このような損害が、特定の法主体に帰属しないにもかかわらず、賠償の対象とされうるのかどうかが実体法上損害の属人性という要請との関係で問われることになる。しかし、この点について、従来のフランス民事責任法の学説は明確な議論をしてこなかった。集団的損害について実体法の側面から損害の属人性の充足を検討する見解も現れてきているが、そこでも、なぜ特定の法主体に対する帰属を観念できない集団的損害が賠償の対象となる損害として正当化されうるのかについては明らかにされていない。

損害の属人性の要請と集団的損害は、ともに判例を起源とする概念である。もっとも、環境損害に関する判例においては、損害の属人性が実体法の要件なのか訴訟の受理性の要件であるのか明確に区別されているとは言い難い。それどころか原告たる環境保護団体等の訴えに受理性が認められることが確認されると、直ちに賠償の対象となる損害の存在が

肯定される傾向がみられる。

人に帰属しない利益の侵害と損害の属人性の要請の関係について、判例の中に答えを見つけられないのであれば、学説の側から、判例に対して理論を提示することが必要であろう。フランスでは、そのような試みが既に始められている。次章においては、引続き純粋環境損害を具体的な検討対象として、人に帰属しない利益の侵害を私法の枠組みの中で救済するために提示されている新たな学説の主張について分析を進めていこう。

第２章　損害の属人性の再定位

はじめに

純粋環境損害の民事賠償に関して、フランスの学説は、純粋環境損害は、賠償の対象となる損害の要件である属人性の充足に疑義が持たれるが、集団的損害として賠償されうると説明することが多い。しかし、第１章でみたように、損害の属人性の意義についても属人的損害と集団的損害の関係についても､民事責任法の学説の理解は一義的ではなかった。

もっとも、第１章における分析からは、次の点が明らかとなった。まず、民事訴訟法の学説によると、訴えの受理性について、訴えの属人的利益の存在が問題となる。民事訴訟の原則的な形態は、実体法上の利益の帰属主体である個々の法主体が訴訟の当事者となるというものである。しかし、例外的に訴訟の当事者と利益の帰属主体が分離する場合がある。たとえば、法人格を有する団体が、その法人自体の利益以外について訴えを提起する場合には、集団的利益に基づく訴えの受理性が問われる。その根拠について、民事訴訟法の学説の見解は分かれる。このような訴えは法律による特定の法主体に対する訴えの資格の付与によるという見解と、集団的利益の存在によっても訴えの属人的利益の要請が満たされるという見解である。けれども、フランスにおいて、このような訴えが特別法の規定に基づき一定の場合に認められていることは間違いない。

たとえば、純粋環境損害の賠償を請求する主体は、一般的に特別法の規定により民事訴権を付与された環境保護団体や一定の公法人である。

したがって、この場面では、利益の帰属主体と訴訟主体の分離がみられ、しかも訴訟当事者は法人である。このように、純粋環境損害の賠償に関する訴訟は、手続法の次元では、民事訴訟法の学説の一般的理解に従えば集団的利益に基づく訴えと位置づけることができる。しかしながら、では、集団的利益に基づく訴えとは何か、という問いに対する答えは集団訴訟に関する法律の中にはみつけることができない。

また、純粋環境損害のような人に対する帰属を観念できない損害の賠償が問題となると、訴えの受理性とは別に、実体法上の損害の帰属主体について考える必要が生じてくる。したがって、純粋環境損害の登場によって、民事責任法の学説は、損害の属人性という要請の意義の再考を迫られることになる[21]。

このような問題意識に立った上で、以下では、この点に関して最近主張されているフランスの学説に示唆を得ながら、実体法と手続法の両次元において、民事責任法の枠組みの中で純粋環境損害の賠償を理論的に正当化する可能性を探ることにしよう[22]。

以下、本章では、まず、人に帰属しない損害の賠償という現代社会の新たな要請にこたえるためには、伝統的に賠償の対象となる損害の要件であるといわれてきた損害の属人性について再定位の必要があることを確認し（第１節）、次に実体法の次元（第２節）と手続法の次元（第３節）

---

[21] V.M.Mekki, «La place du prejudice en droit de la responsavilité civile», 新世代法政策学研究５号（2010）, n°16（邦訳は、ムスタファ・メキ（吉田克己訳）「民事責任法における損害の位置」吉田＝メキ編『効率性と法　損害概念の変容』有斐閣（2010）430頁以下。以下、翻訳の頁については、原文の引用の後ろに括弧書きで示す）。

[22]『生きているもの（vivant）に対する侵害と民事責任』と題されたネイレのテーズ（L.Neyret, op.cit. (supra note1)）は、この問題について特に示唆的であり、以下の分析は同書に負うところが大きい。同書においては、実体法と手続法の両面において、損害の属人性要件という伝統的な要請を克服することによって、純粋環境損害を含む、「生きているものに対する侵害―純粋生物学的損害」の賠償の理論的正当化が試みられている。ネイレは、純粋環境損害と法主体としての人には影響のない生物としてのヒトに対する侵害を包摂するものとして純粋生物学的損害という概念を用いる（*Ibid*., n°197）。ただし、本稿では、主に純粋環境損害に関する部分を参照する。

各々について、属人性の要請を克服するために提示されているフランスの学説の分析を行うことにしよう。

第１節　損害の属人性の再定位の必要性

既に第１章において確認したように、集団的損害と損害の属人性は、訴えの受理性の要件あるいは賠償の対象となる損害の要件として、学説の検討の対象とされてきた。また一部の学説においてはその両方に関わる要件として位置づけられていた。

まず、手続的な次元における訴え利益の属人性は、訴訟の受理性（recevabilité）に関する要件である。伝統的に、訴えの利益について属人性が認められてきたのは、実体法上の権利の名義人である。したがって属人的な訴えの利益は、自分の権利が他人から侵害されていると主張する特定の個人のもとに存在する[23]。いいかえれば、権利侵害（ないし法違反）（violation du droit）によって固有の利益を侵害されたことと訴訟の結果から属人的に利益を得ることが、訴えを認められる要件である[24]。このことは、一般利益（これを擁護するのは伝統的には検察官の役割であるとされる）や他人の利益について、個人は、訴えの利益を有しないということを意味する[25]。

これに対して、手続の次元で訴えの属人的利益と対置されるのが、訴えの集団的利益であった。個人ではなく、集団（法人）が原告となる場合の訴えの利益である。つまり、民事責任に関して訴えの属人的利益が存在するのは、個別的損害の賠償に関する個別的（個人的）訴え（action individuel）の場合であり、集団的利益が問題とされるのは、集団的な訴え（action collectif）の場合である。集団的な訴えの利益について訴えの利益の属人性という要請が満たされるかどうかについては、民事訴訟法の学説の中で見解が分かれている（第１章第２節を参照）。

実体法の次元においては、民事責任に基づく請求の正当性（bien-fondé）に関して、損害の属人的性格が要請されることになる（民法典

[23] G.Couchez et X.Lagarde, *Procédure civile*, 16ᵉéd., Sirey, 2011, nº154.
[24] L.Cadiet et E.Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 6ᵉéd., Litec, 2009, nº361.
[25] *Idbd*.

1382条の「損害」の要件)。そしてここでは、属人的損害とは、人、すなわち法主体に帰属する利益の侵害（主観的損害（préjudice subjectif））を意味することになるであろう。たしかに、伝統的に民事責任法において保護の対象とされてきたのは、このような主観的損害である。これに対し、純粋環境損害のような人に帰属しない利益の侵害は、主観的損害を構成しない。

以上を総合すると、純粋環境損害の賠償を可能とするためには、手続法の次元と実体法の次元の両方において、属人性という要請が障害となることがわかる。そして上述のように、一般的には、純粋環境損害は、集団的損害という性質決定によって属人性という障害を克服できるとされているけれども、実体法上も手続法上も、この説明には不十分な点が存在する。

まず、実体法の次元においては、純粋環境損害は、定義上、人に影響のない損害つまり属人性を有しない損害である。集団的に帰属する集団的損害と性質決定することで、この損害に属人性要件の具備を認めることができるのか、論理的に疑義があるように思われる。

手続法の次元では、純粋環境損害が集団的利益に対する侵害であるという説明は、純粋環境損害の賠償が、現在のフランスでは実際上非営利社団等による集団訴訟に関する訴権付与の法律に基づいて行われているということを説明しているにすぎない。なぜ、実体法の次元で帰属主体のない利益について、非営利社団等の法人が担い手となるのかについて、既存の集団訴権に関する立法の存在以上の理論的説明はなく、したがって、他の法主体がこのような利益を担う可能性はないのかについても明らかではない。

第２節　純粋環境損害の実体法上の性格

では、まず、実体法の次元で、どのような理論構成によれば純粋環境損害を民事責任法の枠組みの中に位置づけることができるのかを探ることにしよう。この点について、フランスの学説は、民事責任法上賠償の対象となる損害の新たな範疇として客観的損害を承認すること（２）、あるいは環境への権利を承認することを提案している（３)。前者は、民事責任法の枠内で純粋環境損害を賠償の対象とすることを企図するも

のであるのに対し、後者は、民事責任法の枠組みの外で純粋環境損害に対処しようとする考え方である。もっとも、民事責任法によって純粋環境損害の賠償を目指す見解としては、客観的損害を承認するという考え方の他に、第１章第１節においてみたブランの見解のように、実体法の次元において集団的損害という範疇をおく立場も存在する。このような主張についても、ここで改めて確認しておこう（１）。

１　実体法上の概念としての集団的損害

純粋環境損害の実体法上の性質を集団的損害とする見解としては、第１章第１節で検討したブランの見解がある。その他カタラ草案1343条やヴィネイ、ジュルダンの見解も、ブランの見解ほど明確ではないが、純粋環境損害の実体法上の性格を集団的損害と理解しているとみられる。

ブランの見解

第１章でみたように、ブランは、損害の属人性と集団的損害の関係について、実体法上の賠償の対象となる損害の性質[26]と手続的な次元における訴えの利益・資格[27]という二つの側面から検討していた。つまり、この見解は、実体法の次元において集団的損害という範疇を承認するものといえる。そして、純粋環境損害もこのような意味における集団的損害として位置づけられていた。ブランによると、このような実体法上の集団的損害の賠償は、属人的損害という要請の適用除外である[28]。

カタラ草案

同様に、カタラ草案1343条も、環境損害を念頭に置いた上で賠償の対象となる損害として集団的損害という範疇を明示的に承認している。

---

[26] Ph.Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2e éd, Litec, 2009, nos197 et s.

[27] *Ibid*, no531 et s.

[28] *Ibid*, no200. V. aussi, M.Boutonnet, «La réparation du préjudice à l'environnement», 新世代法政策学研究５号（2010）pp.101 et s.（邦訳は、マチルド・ブトネ（吉田克己訳）「環境に対して引き起こされた損害の賠償」吉田＝メキ・前掲注（21）360頁以下）。

カタラ草案1343条[29]
「財産的であれ非財産的であれ、個別的であれ集団的であれ、合法的利益（intérêt licite）の侵害から構成されるすべての確実な損害は、賠償されうる。」

同条の「集団的」という形容詞には、「«collectif» という言葉は、裁判所に、とりわけ環境損害の賠償を可能とするために導入された。しかしながら、当グループは、この点で、賠償について訴えを提起できるのは誰か（侵害された個人、侵害された個人が集合した非営利社団……）という点については態度決定をしなかった。当グループは、この問題はむしろ手続に属すると考えた[30]」という注が付されている。したがって、この条文は手続上の訴えの集団的利益とは区別される、実体法上の集団的損害概念を承認していると考えられる[31]。もっとも、ここでいう「環境損害」が純粋環境損害（狭義の環境損害）を指すのか、環境侵害を介在した個別損害（集合的な個別損害）を指すのかは明示されてない。しかし、おそらく、本条は純粋環境損害をも視野に入れているのではないかと考えられる。

---

[29] P.Catala (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 2234 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapport-publics/054000622/index.shtml, p.173.

[30] *Idbd*., p.173, n3.

[31] なお、この条文自体にも、冒頭に集団的利益を賠償の対象とすることは、環境損害の賠償を可能とすることに資するであろうという旨の説明が付されている。第１章でみたように、フランスにおいて集団的損害の賠償が問題とされる場面は極めて広範であるが、それによると、この条文は、特に環境損害の賠償を念頭において集団的利益概念を導入しようということがうかがわれる。これは、損害の帰属主体のない純粋環境損害の場合には、実体法上の次元で損害の性質を明らかにすることが特に要請されるからではないかと考えられる。V.L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°341; M.Mekki, op.cit. (supra note21), n°16（432頁）.

ヴィネイ、ジュルダンの見解

以上に対し、損害の属人的性格についての理解が、手続法的であるのか実体法的であるのかやや曖昧ではあるが[32]、環境法典 L.110-1条の「国民の共同財産」や共同物（民法典714条）の考え方などを媒介として、環境について社会構成員（国民、人類）全体への集団的帰属を観念し、純粋環境損害を集団的損害と性質決定するヴィネイやジュルダンも、実体法上の次元における集団的損害の存在を前提にしていると考えられる[33]。

実体法上集団的損害という範疇を承認する以上の見解は、いずれも集団的損害の意義を明確に定義しているわけではないけれども、少なくとも純粋環境損害に関しては特定の誰かではなく「みんな」に帰属する損害として集団的利益を理解していると考えられる。

そして、集団的損害を「みんな」に帰属する損害として理解するのであれば、集団的損害を原告となる団体の属人的損害（当該団体に帰属する損害）であるということはできない[34]。したがって、このように理解する場合は、ブランのいうように、属人的損害という一般的要請の適用除外として、実体法上の集団的損害も民事責任法上賠償の対象となると考えるのが論理的であろう。

２　客観的損害

次に、民事責任法上賠償の対象となる損害として客観的損害という新たな損害の範疇を承認することによって、純粋環境損害の賠償を正当化しようとする見解をみる。以下では、客観的損害に関する代表的な学説として、純粋環境損害を含む純粋生物学的損害の賠償を企図して客観的損害概念を提唱するネイレの主張を紹介する[35]。

---

[32] 第１章第１節２（１）ヴィネイ＝ジュルダン（ボレ）の見解を参照。

[33] G.Viney, «Le préjudice écologique», Resp. civ. et assur., 1998, n°spéc., p.8; P. Jourdain, «Le dommage écologique et sa réparation», *in Les responsabilités environnementales dans l'espace européen,* (dir.) G.Viney et B.Dubuisson, Bruylant-LGDJ, Brucxelles 2006, n°21.

[34] 第１章第１節２（１）カルボニエの見解を参照。

[35] 客観的損害については、V., aussi, O.Berg, «Le dommage objectif», *Études*

ネイレの見解

ネイレによると、民事責任法、つまり実体法の次元における損害の属人性という要請は、ある損害が賠償の対象となるかどうかについて、当該損害が人に対して損害を生じさせるかどうかによって決定することを意味する。つまり、民事責任法における損害の属人的性格とは、損害が賠償の対象となるためには、損害が特定の人に対して主観的に帰属していなければならないということである。より具体的にいうならば、この伝統的な属人的（＝主観的）損害という要件の意義は、積極的には、誰が被害者たりうるかということである。この観点からは、損害の属人性は、民法典1382条の「他人」の意義に関わることになる。消極的な面からみると、人に対する影響のない被害（dommages、すなわち事実としての侵害）は、法的な次元では損害（préjudice）の領域から排除されるということである[36]。

しかし、この属人的損害という要件は、民事責任法において、生きているものに対する侵害（環境に対する侵害も含む）の「脱人格化（dépersonnalisation）」という現象を考慮することの障害となる[37]。特に純粋環境損害に関していうならば、それは、定義上、人に対する影響のない環境自体に生じた損害、つまり特定の人に主観的に帰属しない損害である。したがって、純粋環境損害を民事責任の枠組みの中で救済するためには、実体法の次元で、属人的損害の要請という障害を乗り越える必要がある。

ネイレによると、損害の属人性という要請を乗越えて、人に帰属しない損害の賠償を可能とするための方法としては、二つの方法が考えられる。一つは、主観的方法であって、環境への権利を承認することである。もう一つは、客観的方法であり、民事責任法において賠償の対象とされる損害の中に、客観的損害という新しい損害の範疇を確立することであ

---

offertes à Geneviéve Viney, LGDJ, 2008, pp.64 et s.; C.Dreveau, «Réflexions sur le préjudice collectif», RTD.civ., 2011, pp.257 et s.

[36] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°583.

[37]「『人なき利益（intérêt sans personne）』の保護」という表現を用いるものとして、M.Mekki, op.cit. (supra note21), n°16（432頁）。

る[38]。しかしながら、ネイレによると、この二つの方法のうちでより適切な解決方法は、損害概念の客観化（客観的損害という損害の範疇の承認）であるという[39]。

以下では、まず、客観的損害の意義について明らかにし（（１））、次に、いかなる理由によって客観的損害を民事責任法上賠償の対象となる損害として正当化することができるのかを検討する（（２））。最後に、環境への権利構成の論者からの客観的損害構成に対する批判にも触れる（（３））。

（１）客観的損害とは何か

はじめに、客観的損害の定義を明らかにしなければならない。ネイレによると、客観的損害は、積極的には、「法に合致する利益の侵害（lésion d'un intérêt conforme au droit）」を要請する。また、消極的な側面からみると、客観的損害においては、被害の対象が、被害者としての資格を有さない。つまり、客観的損害とは、人に対する反射的影響から独立に存在しうる損害である[40]。したがって、客観的損害は、「人に対する影響とは無関係に、法に合致する利益の侵害」として定義されることになる[41]。

この見解によると、民事責任によって保護される利益とは、法（客観法（droit objectif））に合致する利益である。ここでいう法は、非常に広くとらえられており、法律、慣習法、学説、公序及び良俗を意味するという。正義や法秩序の統一性（unité de l'ordre juridique）を根拠として、「すべての客観法に合致する利益が、侵害された場合には、損害

[38] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°613.

[39] 客観的損害構成が環境への権利構成に優越する理由については、後述の環境への権利に対する批判を参照。

[40] *Ibid*., n°583, n°619.

[41] *Ibid*., n°723. なお、客観的損害は、従来の学説が、実体法と手続法の次元をあまり明確に区別せずに、大義にかかわる集団的損害（利益）あるいは利他的な集団的損害（利益）などと呼んできた範疇にほぼ相当すると考えられる（大義に関わる集団的損害（利益）、利他的な集団的損害（利益）については、本章第３節２を参照）。

としての性質決定を生じさせうるのでなければならない」のである[42]。

そして、この考え方の下で民事責任の次元における損害とそれ以外の法との間のインターフェースの役割を演じることになるのは、侵害された「正統な利益（intérêt legitime）」という概念である。この正統な利益（法的に保護される正統な利益）に対する侵害という要件は、かつて、主に間接被害者に関して、事実としては発生している損害について、民事責任法上賠償の対象となる損害として承認することを拒絶する理由として用いられていた[43]。しかし、判例が既に1970年代に放棄したといわれるかつての法的に保護される正統な利益という要件は、事実としては現実に発生している損害の中から一定の損害（法的に保護される正統な利益の侵害に当たらない損害）を民事責任法の保護の対象とはならないとして排斥するという消極的な機能を果たしていたのに対し、ネイレは、法的に保護される正統な利益に対する侵害に新しい積極的な役割を付与している。つまり、法的に保護される正統な利益に対する侵害は、特定の法主体に対する影響とは関わりなく、民事責任法上賠償の対象となる損害として承認されるという[44]。

では、純粋環境損害に関して、「法」とは何か。おそらくは、環境の保護に関する法規、環境（法）の諸原則、環境に関わる慣習法など環境に関わるすべての規範ということになるのではないかと考えられる[45]。

---

[42] *Ibid*., n°623.

[43] 詳しくは、中田裕康「侵害された利益の正当性―フランス民事責任論からの示唆―」一橋大学法学部創立50周年記念論文集刊行会『変動期における法と国際関係』有斐閣（2001）337頁以下を参照。

[44] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°623.

[45] V. *Ibid*., n^os^321 et s., notamment n^os^335 et s., aussi, n^os^649 et s., notamment n^os^670 et s., n°691, n°699 et n^os^701 et s. なお、フランスでは環境憲章３条、４条及び５条や環境法典L.110-1条に未然防止原則、予防原則や汚染者負担原則のような環境法上の諸原則が明文で定められている。環境に関する諸原則の有する規範性についてはv. M.Boutonnet, «L'accueil des principles environnementaux en droit de la responsabilité civile», *in La responsabilité environnement: prévention, imputation, réparation,* Dalloz, 2009, (dir.) C.Cans, préface de G. Viney, pp.69 et s.; aussi, M.Boutonnet «La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie général

このように、客観的損害を新たな損害のカテゴリとして承認することの帰結は、損害の脱人格化[46]である[47]。つまり、これによって、民事責任法上賠償の対象となる損害の中に、属人性を有しない、つまり人（法主体）から独立した損害のカテゴリが新たに設けられることになる。

（２）客観的損害を承認するための論理

以上のように、ネイレは、客観的損害という新たな損害の範疇を民事責任法において承認する必要性を主張する。しかし、伝統的には、特定の法主体に帰属する主観的な利益の保護を使命としてきた民事責任法の枠組みの中に、客観的損害を組込むことは可能であろうか。ネイレは、19世紀後半から現在に至る民事責任法の客観化の傾向（①）は、損害についても既にみられること（②）、およびこのような民事責任法の客観化の背景となっていると考えられる民事責任法､特に損害概念の普遍性、柔軟さ（③）を理由として、客観的損害の民事責任法への組込みの正当化を試みている。

①民事責任法の客観化[48]

伝統的な学説は、民事責任の成立のためには、損害、フォート、損害とフォートの間の因果関係の存在が証明されなければならないとしてきた[49]。一般的な説明によると、フォートとは、「違法であると同時に帰責

---

du droit», *in La force normative Naissance d'un concept,* (dir.) C.Thibierge, LGDJ, 2009, pp.479 et s.

[46] V.M.Mekki, op.cit. (supra note21), n°7（418頁）.

[47] O.Berg, op.cit. (supra note35), pp.68 et s. は、狭義の集団的利益の侵害（たとえば、社会的な価値ないし主義、理想、高次の原則、経済的、社会的ないし政治的目的（無体的集団的利益（intérêt collectif incorporel））に対する侵害、あるいは共同物（有体的集団的利益（intérêt collectif corporel））に対する侵害）を、純粋な客観的損害とよぶ。これと対照される部分的な客観的損害については、後掲・注（65）。

[48] 淡路剛久「不法行為責任の客観化と被害者の権利の拡大―日仏比較法の視点から―」立教73号（2007）１頁以下を参照。

[49] フランス民事責任法におけるフォートに関して詳しくは、野田良之「フラ

性を有する作為または不作為の存在を意味する」[50]。つまりフォートは、違法性、すなわち権利侵害ないし義務・債務に対する違反の結果という客観的要素[51]と、帰責性ないし有責性[52]、すなわち「自らの行為の射程を理解しかつその結果を引受けるべき行為者の心理的態度」という主観的要素[53]から構成されているのである[54]。

しかしながら、日本においても既に紹介されているように[55]、フランスにおいては、19世紀末から20世紀の初頭にかけて、社会の工業化に伴い、交通事故や労働災害のような事故類型が、民事責任の発動する場面において大きな位置を占めるようになった。伝統的なフォートを要件とする民事責任法は、この事故類型の増大という社会の現実に対して、適合しないものであった。このような社会のあり方の変化を背景として、民事責任法の領域においては、フォートの概念が客観化し[56]、またフォー

ンス民法における faute の概念」川島武宜編集代表『我妻先生還暦記念　損害賠償責任の研究　上』（1957）109頁以下、飛世昭裕「フランス私法学における『フォオト』概念の成立（一）」北法41巻5・6号（1991）531頁、新関輝夫「フランス不法行為におけるフォート概念の変容」淡路剛久他編『森島昭夫教授還暦記念論文集　不法行為法の現代的課題と展開』（1995）65頁以下、山口俊夫『概説フランス法　下』東京大学出版会（2004）164頁以下、廣峰正子「フランス民事責任におけるフォート概念の存在意義」立命323号（2009）18頁以下などを参照。

[50] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°595, v.aussi, G.Viney et P.Jourdain, *Traité de droit civil, Les condition de la responsabilité,* 3ᵉéd., LGDJ, 2006, n°442.

[51] G.Viney et P.Jourdain, op.cit. (supra note50), n°442 et n°443.

[52] *Ibid*., n°444.

[53] *Ibid*., n°442.

[54] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°595.

[55] たとえば、淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』有斐閣（1984）18頁以下。

[56] フォートの客観化については、新関・前掲注（49）65頁以下、廣峰・前掲注（49）26頁以下。その他フォートの客観化について因果関係の観点から検討している文献として、高畑順子「フォートから因果関係へ―フランス民事責任法の一考察」法と政治34巻２号（1983）163頁以下（特に183頁以下、209頁以下）、瀬川信久「不法行為―因果関係概念の展開」北村一郎編『フランス民法典の200年』有斐閣（2006）333頁以下。

トなき責任[57]が承認されるようになってきたといわれる。つまり古典的なフォートに基づく主観的な民事責任法から客観的な民事責任法へ、という流れがみられるのである[58]。

このようにフランスの学説は、民事責任の領域を、フォートを基礎とし制裁を目的とする個別的・主観的な領域から、リスクと補償を基礎とし賠償（損害の回復）を目的とする社会的な領域へと導き、民事責任の客観化を推進してきたのである。このような民事責任の客観化は、判例に引継がれ、また立法によって推進された[59]。この現代における民事責任法の客観化は、損害の客観化を承認する根拠の一つとして挙げられる。

②損害の客観化

上で述べたような民事責任の客観化という方向性は、損害についても既に現れている。つまり、かつては賠償の対象となる損害の要件の一つであるとされていた「法的に保護される正統な利益の侵害」という要件が判例によって放棄されたことによる損害の定義の客観化（ア.）、精神的（無形）損害の評価の客観化（イ.）、損害が賠償の対象となるための主観的要件の緩和（ウ.）は、損害概念の客観化傾向を示すものである。

ア．損害の定義の客観化

まず、損害の客観化は、法的に保護される正当な利益に対する侵害という要件の放棄によってもたらされた。この要件について特に問題となったのは、交通死亡事故の場合に、直接被害者と内縁関係にあった生存配偶者が、加害者に対して損害賠償を請求することができるかどうかである。

この要件については、二つの意味が考えられる。まず、損害は、主観

---

[57] フォートなき責任については、淡路・前掲注（48）４頁以下。V.F.Chabas, «Cent ans d'application de l'article 1384», Resp. civ. et assur., hors-série, 2001, pp.41 et s. 民事責任においてフォートとリスクという二つの根拠を組み合わせることを試みるスタルクの保証理論については、淡路・前掲注（55）を参照。

[58] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n^{os}591 et s.

[59] *Ibid*., n^{o}593.

的権利の侵害であり、権利を有しない者からの損害賠償請求は排斥される、という意味である[60]。もう一つは、違法な、あるいは道徳に反する状況にある者に生じた損害は賠償の対象とならないという意味である[61]。ここで、ネイレが、損害の定義の客観化との関係で問題とするのは、第一の意味である。上記の例でいうと、内縁配偶者は、扶養請求権という主観的権利を有しないので、加害者に対して損害賠償請求をすることができないかのではないか、という観点から法的に保護される正統な利益の侵害という要件の具備が問われることになる。もっとも、1970年に破毀院は、上記のような内縁配偶者からの損害賠償請求の事案において、法的に保護される正統な利益の侵害という要件を放棄したといわれる[62]。その結果、現在では、民事責任法における損害は、主観的権利の侵害である必要はなく、なんらかの利益に対する侵害で足りると理解されている[63]。ネイレによると、判例において、このように主観的権利の侵害に関わる要件である「正統性（法律上保護される正統な利益に対する侵害）」が問われなくなっていることは、損害の性格の客観化の方向性を示すものであるという[64]。

イ．損害の評価の客観化

ついで、精神的（無形）損害の評価の客観化を指摘することができるとされる。これは、具体的には、植物状態の被害者の精神的（無形）損害の賠償の承認として現れている[65]。現在のフランスの判例及び大半の

---

[60] *Ibid*., n^{os}599 et s. 淡路・前掲注（55）27頁、中田・前掲注（43）340頁も参照。

[61] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n^{o}606, v.aussi, P.Jourdain, «Le préjudice et la jurisprudence», Resp.civ. et assur., hors-série, juin, 2001, p.49, n^{o}33.

[62] 中田・前掲注（43）341頁を参照。

[63] V. G.Viney et P.Jourdain, op.cit. (supra note50), n^{os}271 et s.

[64] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n^{o}602.

[65] ただし O.Berg, op.cit. (supra note35), pp.64 et s. によると、昏睡状態の被害者の精神的苦痛を損害と把握するのは、損害の評価ではなく、損害の存在を客観的に把握しようとするアプローチであるという。この見解によると、損害の評価の客観化とは、損害の存在の証明が被害者に要求されるが、損害の評価は当該被害者の主観的要素ではなく客観的な要素に基づいて（ないし客観的な要

学説によると、身体的な被害から生じる精神的（無形）損害は、被害者自身の苦痛の認識からは独立して評価されており、その結果、植物状態の被害者についても精神的(無形)無形損害の賠償が肯定されるという。そしてこのような考え方によると、損害の存在は、侵害事実自体のみから肯定され、その侵害によって、被害者自身が具体的にどのような影響を被ったのかということは問題とされないことになる[66]。

ウ．損害が賠償の対象となるための主観的要件の緩和

民事責任法において損害が賠償の対象となるために備えなければならないとされている諸要件の中で、侵害された利益の正統性と損害の属人性は主観的な要件であるといわれる。しかし、現在では、この両要件の具備が厳格に要求されてはいないと指摘されている。

侵害された利益の正統性という要件については、既に上記ア．において見たように、二つの意味を考えることができる。ここでは、二つ目の意味、つまり、違法な、あるいは道徳に反する状況にある者に生じた損害は賠償の対象とならないという意味が問題となる[67]。この点について、ネイレは、直接被害者と姦通関係にある配偶者あるいは同性の内縁配偶者による損害賠償請求、あるいは不正な状況にある被害者による損害賠償請求においても、この要件がもはやその損害が賠償の対象となると認めることの障害とはなっていないことを指摘する[68]。

損害の属人性についても、少なくとも訴えの属人的利益という手続きの次元においては、集団的損害あるいは間接被害者からの損害賠償請求が広く認められるようになってきており、「個人的」な、あるいは「被害者自身の」という意味において、損害の属人性要件は緩和されてきて

素を考慮して）行われる場合をいう（部分的客観的損害）。例としては、精神的苦痛の評価に公的な計算表を用いられる場合、あるいは生活の享受に関する損害（préjudice d'agrement）について、標準的な人を基準として評価することが挙げられる。

[66] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°603.

[67] 詳しくは、中田・前掲注（43）340頁、342頁以下を参照。

[68] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n° 606. V. P.Jourdain, op.cit. (supra note61), n°33.

いる[69]。

ネイレによると、このような損害の客観化の傾向は、以下にみるように、社会の必要に応じて変容を遂げてきたフランス民事責任法、そして損害概念の柔軟さを反映するものであるという[70]。

③民事責任の普遍性と時代による変遷―損害概念の柔軟性

損害の客観化の正当化根拠としては、さらに、民事責任法がその時代ごとに普遍性を備えていたことも挙げられる。

まず、民法典に影響を与えたドマの見解や民法典1382条の立法過程に関する研究[71]によると、1382条における損害がその時代におけるあらゆる種類の損害を念頭においていたことがうかがわれる[72]。つまり、損害とは、柔軟な可塑性を有する概念なのであって、社会の変化に応じて変容しうるのである。確かに、民法典制定の時代には、純粋環境損害は問題とされていなかった。けれども、それは時代的な制約にすぎず、純粋環境損害のような人に帰属しない損害が、現代においても損害の範疇から排除されなければならないということを意味するものではない[73]。トートロジー的な説明ではあるが、この観点からは、現代フランス法において純粋環境損害―客観的損害の一類型―が保護されるべき損害として認識されてきていること自体に、損害概念が人に対する影響を離れて現代的変容―つまり客観化―を遂げることの必要性が見出されることになる[74]。

---

[69] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n[os]605 et s. 損害の正統性と属人性を実体法上の損害ではなく訴えの利益の要件であると理解する見解であるが、現代における両要件の後退を「損害の主観的性格の溶解」と表現するものとして、L.Cadiet, «Les métamorphoses du préjudice», *in Les métamorphoses de la responsabilité,* Sixiémes Journées René Savatier, PUF, 1997, pp.40 et s.

[70] V. L.Neyret, op.cit. (supra note1), n° 609.

[71] G.Viney, *Introduction à la responsabilité,* 3[e]éd., LGDJ, 2008, n°14.

[72] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°618. 民事責任法の普遍的性格については、G.Viney, op.cit. (supra note71), n°14.

[73] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°618.

[74] *Ibid*., n[os]612 et s.

（３）「環境への権利」の立場からの批判

純粋環境損害の賠償を実体法上正当化するために、賠償の対象となる損害として新たに客観的損害という範疇を確立しようとする見解に対しては、「環境への権利」構成（後述、（３））に基づいて純粋環境損害に対処しようとする立場から、いくつかの批判がなされている。たとえば、客観的損害が裁判所に認められるかどうかは未だ未確定であること（①）、客観的損害には、他の領域で予定外の用いられ方をする可能性があること（②）、そもそも環境への侵害について民事責任に関する普通法は不適合であること（③）などである。

①客観的損害の承認可能性

まず、近時裁判所が非営利社団の裁判所へのアクセスの要件を緩和し、民事責任法に基づき、純粋環境損害の賠償を認めているのは確かであるが、それらの判決は、裁判官が主観的損害の要請を完全に無視することができないとしており、不確定性を有するという指摘がある。つまり、客観的損害概念は、判例上確立しているとはいえない、という批判である[75]。もっとも、これは客観的損害という理論構成自体に向けられた批判ではない。

②客観的損害がパンドラの箱となる可能性

次に、客観的損害には一種のパンドラの箱となるおそれがあるという指摘がある。つまり、客観的損害という範疇を一般的に認めるならば、その適用は、純粋環境損害の場面に限定されないことになる。したがって、この概念は、本来の目的であった環境侵害の救済以外の領域（例えば競争法）にも「災害」を及ぼしうる、という[76]。

もっとも、客観的損害が環境侵害以外の場面でも機能することを「災

[75] V.Rebeyrol, «Le droit à l'environnement comme nouveau fondement de la réparation des dommages environnement», *in La responsabilité environnemental: prévention, imputation, réparation,* (dir.) C.Cans, Dalloz, 2009, p.62.

[76] *Ibid*., p.62.

害」とよぶかどうかについては、評価が分かれるであろう[77]。つまり、見方を変えれば、客観的損害が他の領域においても応用可能な理論構成である点は、客観的損害構成の長所としてとらえられることになる[78]。

③純粋環境損害と民事責任法の不適合性

以上の点とは異なり、環境への侵害に対して民事責任に関する普通法が適合的でないという批判は重要である。まず、客観的損害構成は、環境への侵害に対して、民事責任法の枠組みの中で対処をはかろうとするものであるから、この構成によると、損害の存在に加え、汚染者のフォートなど民事責任成立の他の要件も立証することが必要とされる。しかし、この点の立証は容易ではない。また、民事責任に基づく救済手段としては、金銭賠償が認められているけれども、金銭賠償は環境損害の賠償に適しないという[79]。

3　私法上の「環境への権利」

私法上の環境への権利（droit à l'environnement）については、既に1970年代から主張されているが[80]、ここでは、ごく最近の学説として、ルベイロル[81]の見解を取り上げる。

---

[77] 日本においては、人に帰属しない利益の侵害について競争法と環境法の領域をパラレルな関係にあるものとして扱う研究も存する。このような観点からの共同研究の成果として、たとえば、吉田克己編著『競争秩序と公私協働』北海道大学出版会（2011）、同『環境秩序と公私協働』北海道大学出版会（2011）がある（特に両書の「はしがき」（吉田克己執筆）を参照）。

[78] たとえば、O.Berg, op.cit. (supra note35), pp.69 et s. は、客観的損害が機能しうる場面として、種々の差別や平等原則違反、あるいは障害者・消費者の保護、競争市場の組織、純粋環境損害などを挙げている。

[79] V.Rebeyrol, «Où en est la réparation du préjudice écologique?», D., 2010, p.185, n°6. 拙稿「フランス民事責任法における環境自体に生じた損害（純粋環境損害）の救済手段について」早誌60巻２号222頁以下。

[80] G.J.Martin, *De la responsabilité civile pour fait de pollution au drout à l' environnement,* thèse Nice, 1976.

[81] V.Rebeyrol, op.cit. (supra note75); V.Rebeyrol, *L'affirmation d'un « droit à l' environnement » et la réparation des dommages environnementaux,* Préface de

ルベイロルの見解

ルベイロルは、純粋環境損害は、属人的損害の存在を必要とする民事責任法には適合しないので、民事責任の外で、環境への権利の侵害として構成することによって救済の対象とすべきであるという[82]。

ルベイロルによると、損害の属人性は、民事責任の場面に限定された実体法上の要件であって、訴えの利益の要件とは区別されるべきものである[83]。そして、民事責任法上、損害の属人性には二つの意味がある。一つの意味は、法主体は、自分自身または自分の財に生じた損害についてしか賠償を請求できないので、第三者の財については侵害の差止めや賠償の請求を行えない、ということである[84]。

もう一つは、民事責任は、ある法主体（sujet de droit）についてその人自身（personne）あるいはその財（biens）に対する侵害から生じた損害のみを賠償の対象としているということを意味する。したがって誰にも割当てられていない、誰の財産（patrimoine）の中にも入れられていない物（choses）に生じた損害は、民事責任の保護の領域から排除される[85]。誰にも割当てられていない物とは、「大気や水のような、すべての人に帰属している」共同物（*res communes,* choses communes[86]、民法

G.Viney, Defrenois, 2010 (ci-après: V.Rebeyrol [2010]).

[82] 環境侵害を介して個人に損害が及ぶ場面も念頭に置いているが（V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra note81), n[os]115 et s.）、以下では、純粋環境損害の賠償に関わる点のみを扱う。

[83] V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra note81), n°284.

[84] *Ibid*., n°286.

[85] Biens、patrimoine および choses の各概念については、原恵美「信用の担保たる財産に関する基礎的考察―フランスにおけるパトリモワーヌ（patrimoine）の解明」法学政治学論究63号（2004）357頁以下、同「フランスにおけるパトリモワーヌ論の原型―オブリ＝ローの理論の分析―」法学政治学論究69号（2006）357頁以下、片山直也「財産―bien および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の200年』有斐閣（2006）177頁以下、大村敦志『フランス民法―日本における研究状況―』信山社（2010）134頁以下、横山美夏「フランスにおける所有（propriété）概念―財産と所有に関する序論的考察―」新世代法政策学研究12号（2011）257頁以下などを参照。

[86] 共同物に関しては、V. Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes,* préface

典714条）と、「野生の動物のような、誰かに割当てられるまでは誰にも属していない」無主物（*res nullius*）とからなる[87]。

これら損害の属人性の二つの意義は、ともに、民事責任法の枠組みの中で純粋環境損害の賠償を行うことの障害となる。たとえば、誰かの土地が汚染されたけれども、当該土地の占有者・所有者が汚染に無関心である場合、あるいは土地の所有者自身が自分の土地を汚染したり、自己の土地に存在する生態系を破壊している場合に、第三者が土地の所有者や占有者に対して民事責任に基づいて侵害の差止め等を請求することはできない[88]。また、純粋環境損害は、定義上、人に割当てられていない、あるいは割当てられることのできない自然の構成要素に生じた損害であるから、伝統的な民事責任法においては保護の対象とされないのである[89]。

このように、ルベイロルによると、純粋環境損害の救済に関して民事責任法は適合しない。しかしながら、以下で説明するように、環境への権利という構成によるならば、私法上純粋環境損害の救済が可能となるという。

①環境への権利とは何か

まず最初に、環境への権利とはどのような権利であるのかを明らかにしなければならない。ルベイロルは、権利の対象（ア.）、権利の内容（イ.）及び権利の名義人（ウ.）という観点から、環境への権利の概念を説明している。

ア. 環境への権利の対象

---

de G.Loiseau, LGDJ, 2006. 特に、共同物と純粋環境損害の賠償との関係については、*Ibid*., n[os]325 et s.

[87] V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra note81), n[o]288. 共同物と無主物については、横山・前掲注（85）262頁以下を参照。V.aussi, P.Berlioz, *La notion de bien,* préface de L.Aynès, LGDJ, 2007, n[os]114 et s, n[os]122 et s.

[88] V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra note81), n[o]286. V. L.Neyret, op.cit. (supra note1), n[o]542.

[89] V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra note81), n[o]288.

環境への権利の対象は、環境である[90]。もっとも、問題は、環境の意味である。環境という言葉の定義の仕方は、論者によって異なっており[91]、したがって、まずこの見解における「環境」の定義を明らかにしなければならない。ルベイロルは、環境とは、環境財（biens-environnement）＝水、大気、土壌（ないし自然資源）及び自然（naturere）を構成する諸要素（動物相、植物相、生物多様性）であると定義する。彼によると、環境法典 L.110-1条における環境の定義[92]もこのような立場に立つものであるという[93]。

イ．環境への権利の内容

次に、環境への権利の内容を明らかにしなければならない。環境への権利は、環境「～への（à）」権利であって、環境に「関する（sur）」権利ではない[94]。環境への権利とは、「環境の保護・保全・改良に対する資

---

[90] *Ibid*., n°43.

[91] ルベイロルは、「環境」の定義に関する学説を定義の厳格さの点から３つに分けている。もっとも厳格な考え方をとる学説は、環境権の対象を環境財（biens-environnement）＝水、大気に限定する（Ex., G.J.Martin, op.cit. (supra note80), n[os]101 et s. なお、水や大気は、伝統的には、私的割当ての対象とならず、他人の利用を妨げないという条件の下で誰もが利用できる共同物と理解されてきた。しかし、他人の利用を妨げるような汚染を伴う共同物の経済的な利用は、共同物を自己に割当てられた財（biens）とする行為である。このような観点から、環境は環境財としてとらえられることになる（V., *Ibid*.））。これに対し、中間的な立場に立つ見解は、これよりも生態学的な考え方をとる。本文中のルベイロルの見解がこれにあたる。さらに、環境を拡張的に理解する立場は、環境を「（自然環境以外も含む）人を取り巻くもの」ととらえる。この考え方においては、文化的環境（歴史遺産など）も環境のうちに含まれる。都市計画に関する問題についても環境問題として扱われる（以上の環境の定義については、V.Rebeyrol [2010], op.cit. (supra note81), n[os]45 et s.）。

[92] 環境法典 L.110-1条Ⅰ．「自然空間、自然資源及び自然環境、景勝及び景観、空気の質、動物及び植物の種、多様性、及びそれらが関わりあっている生物学的均衡は国民の共同財産の一部を構成する。」

[93] V.Rebeyrol, op.cit. (supra note75), p.58; V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra note81), n°56.

[94] V.Rebeyrol, op.cit (supra note75), p.58; V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra

格を有する者（titulaire）の権利」を意味する[95]。そして、そのような資格を備えた者には、手続的な次元と実体的な次元の二つの次元でそれぞれ特権（prérogatives）が与えられる。

その特権とは、手続的には、環境に関する、情報[96]・参加[97]・裁判所へのアクセス[98]に対する権利である。実体的な次元では、環境に対する侵害があった場合に、侵害の差止め・原状回復を求めて裁判所に対し直接的に訴えを提起する権利である。後者は、すべての主観的権利に備わっている権利の不可侵性（inviolabilité）・請求可能性（exigibilité）のあらわれである[99]。

ウ．環境への権利の名義人

最後に、この権利について資格を有する者は誰かが問題となる。この点については、人間中心主義と環境中心主義、個人主義と集団主義の観点から検討がなされうる。

まず、人間中心主義と環境中心主義という観点においては、ルベイロルは、環境への権利の資格者は人であって自然自体ではないという人間中心主義的な見解をとる。つまり、ルベイロルは、環境侵害の場合に、自然に法主体性を付与することを目指す、いわゆる自然の権利[100]という

---

note81), n°57. なお J.Morand-Deviller, *Le droit de l'environnement*, PUF, 2010, p.6には、「1789年の権利宣言における抽象的権利」（「～の（de）」権利）、「1946年憲法前文の経済的・社会的な債権的権利」（「～への（à）権利）および現代の「より普遍的な連帯の権利」（「～のための（pour）」権利）という人権の系譜が示されている。フランス法におけるいわゆる「～への権利」について詳しくは、V.M.Pichard, *Le droit à, Étude de législation française,* préface de M.Gobert, Economica, 2006. 私法における～への権利概念の有用性については、n°s387 et s. 特に環境侵害の場合については、n°s410 et s.

[95] V.Rebeyrol, op.cit (supra note75), p.59; V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra note81), n°57.

[96] V.Rebeyrol [2010], op.cit (supra note81), n°s59 et s.

[97] *Ibid*., n°s61 et s.

[98] *Ibid*., n°s64 et s.

[99] V.Rebeyrol, op.cit (supra note75), pp.58 et s.

[100] 環境侵害の場合に、自然ないし自然の構成要素自体に法的な権利を付与す

考え方を否定している。環境中心主義は、哲学的には興味深いとしても、法の次元においては、成り立たない。法的な次元では、環境は、環境への権利の客体であって、主体ではないのである[101]。

次に、環境への権利は、個人的（個別的）な権利なのか集団的な権利なのかが問題となる。ルベイロルは、環境への権利は、現在のフランス法では個人の権利であるとしつつも、自然人か法人を問わず、すべての法主体に認められるべきであるという。また、権利が個別的であることは、権利の行使も個別的でなければならないということを意味するのではない[102] [103]。

②「環境への権利」構成の長所

上記のように、ルベイロルの主張する環境への権利は、自然人・法人を問わずすべての法主体に認められるべき、環境（環境財（biens-environnement）＝水、大気、土壌（ないし自然資源）及び自然を構成する諸要素（動物相、植物相、生物多様性））の保護・保全・改良に対する権利である。このような環境への権利は、具体的には、手続的な次元では、環境に関する情報・参加・司法アクセスに対する権利として、実体的な次元では、環境に対する侵害の差止め・原状回復を求めて裁判所に対し直接的に訴えを提起する権利として現れることになる。ルベイロルによると、この環境への権利構成は、立証の容易さ（ア.）と解決の均衡（イ.）の点で、民事責任法に基づく環境損害の賠償という構成よりも優れているという。

べきとする主張である。（拙稿・前掲注（14）462頁、468頁及びそこで引用している文献を参照）。

[101] V.Rebeyrol [2010], op.cit. (supra note81), n°87.

[102] *Ibid*, n°101 et V.Rebeyrol, op.cit. (supra note75), p.59.

[103] なお、環境への権利の尊重を義務付けられる、消極的主体は、国、公的機関、私的な法主体すべてであるとされる。環境への権利の手続的な内容については、その性質ゆえに公的機関のみが消極的主体となるが、実体的な内容については、すべての法主体が環境への権利の能動的主体であると同時に消極的主体でもあるという（V.Reveyrol [2010], op.cit. (supra note81)., n^os102 et s., notamment, n°109）。

ア．立証の容易さ

民事責任構成に基づいて環境損害の賠償を請求するためには、責任を生じさせる行為（所為）（fait générateur de responsabilité）の証明が要請される。つまり、被害者（原告）は、環境汚染の原因とそれが被告に帰責されること（フォートや製品の瑕疵の存在など）を証明する必要がある。これに対し、環境への権利構成では、単なる環境の悪化という事実の証明しか義務付けられない。ルベイロルによると、環境の悪化が被告に帰責されることの証明は困難であるのに対し、環境への権利の侵害の証明は、比較的容易であるという[104]。

また、賠償の対象となる損害の証明については、民事責任構成では、賠償の対象となる損害、つまり、直接的、確実かつ属人的損害の証明が必要である。具体的には、被害者は、これらの要請から a. 訴えの利益が存在すること（被害者自身が賠償を請求している侵害を属人的に被ったということ）と、b. この侵害が、被害者に、身体的、経済的ないし精神的（無形）の影響を及ぼしたことの証明が課される[105]。

これに対し、環境への権利構成では、上記 a. b. とも不要である。なぜなら、まず、環境への権利構成では、すべての法主体が環境への権利の名義人となるため、汚染者は、原告に訴えを提起する利益がないと主張できない。このことは、純粋環境損害の場合であっても同様である。汚染が、原告の身体や財産を直接侵害しない場合であっても、あらゆる環境への侵害が、当該原告の主観的権利の一つである環境への権利の侵害を構成するからである。このようにして、環境への権利は民衆訴権（action populaire）への道を開くのである[106]。

---

[104] V.Rebeyrol, op.cit. (supra note75), pp.60 et s.

[105] *Ibid.,* pp.61 et s.

[106] V.Rebeyrol [2010], op.cit. (supra note82), n[os]295 et s. 民衆訴権とは、一般的には、「直接的かつ属人的ないかなる利益がなくとも、すべての者がある規範の侵害について〔裁判所に〕サンクションさせることができる」訴えであると定義される。しかし、環境への権利の侵害の場合は、すべての人に訴えの利益が認められるので、環境への権利に関する民衆訴権は、自らを取り巻く環境に直接的な侵害がなくとも、「環境、基本的な自然の均衡に対する侵害を援用するすべての個人によって行使されることができる訴え」と定義されることになる

要するに、民事責任は、侵害そのものだけでは機能しない。つまり、損害、フォート、さらに損害とフォートの間の因果関係などの立証を発動の要件とする。これに対し、主観的権利の侵害に対するサンクションは、権利主体に対する影響とは独立に、権利侵害の確認のみで機能しうる[107]。したがって、環境への権利構成は、立証に関して、原告の負担を軽減する理論構成であるといえる。

イ．解決の均衡

さらに、解決の均衡という観点からも、環境への権利構成は、民事責任構成と比べて、均衡のとれた解決をもたらすことができるとルベイロルは主張する。解決の均衡に関する環境への権利構成の利点は、急速審理手続においても、事実審裁判官の下においても認められる。

（ア．）急速審理手続（レフェレ）において

民事訴訟法典809条[108]は、大審裁判所長は、急速審理手続において、

（*Ibid*, n°295）。

[107] 破毀院は、私生活の尊重への権利や肖像権の侵害について、侵害の存在を確認しただけで、直ちに賠償を認めている。たとえば、破毀院第１民事部1996年11月５日判決（Civ.1re, 5 nov.1996, *Bull.civ.* Ⅰ, n°378.）である。この事件では、私生活及び肖像権の侵害について被告に賠償を命じた原審に対して、民法典９条は、私生活に対する侵害の被害者に、侵害の予防・差止めのための訴権を与えているけれども、被害者が実際に被った損害の賠償は、1382条の要件（損害、損害とフォートとの間の因果関係）の証明の下におかれている、にもかかわらず、原審は、これら二つの条文の不可欠の結合を無視した、と主張して被告が破毀を申し立てた。これに対し、破毀院第１民事部は「民法典９条によると、私生活に対する侵害の確認だけで、賠償の権利が認められる。」と述べて原審を支持した。最近の判例として、V.aussi, Civ.2e, 18 mars 2004, *Bull.civ.* Ⅱ, n°135; Civ.2e, 18 mars 2004, *Bull.civ.* Ⅱ, n°137; Civ.1re, 5 juill.2006, *Bull.civ.* Ⅰ, n°362.

[108] 民事訴訟法典809条「〔大審裁判所〕所長は、重大な争いが存在する場合であっても、差し迫った損害（dommage imminent）を予防するためであれ、明らかに違法な妨害（trouble manifestement ilicite）を差止めさせるためであれ、必要とされる保全又は原状回復の措置を、急速審理手続きにおいて、いつでも命

保全又は原状回復措置を命じることができると定めている。破毀院によると、同条に基づいて命じられる措置は裁判官の自由な選択によるとされる。しかし、ルベイロルによるとこの選択権は、少なくとも確認された妨害が差止め可能である場合に、裁判官が差止め措置を命じることを拒否することを認めるものではないという。この点において、環境に対する侵害の場合に民事訴訟法典809条に基づく措置が認められる必要性は大きい。

この措置を命じるためには、法文上、差し迫った損害の存在か違法な妨害の証明が要求される。もっとも、ルベイロルによると、実際には、ほぼすべての場合において、汚染者の違法な行為について証明が要求されており、そしてこの違法性の証明は容易ではない。しかしながら、このような急速審理手続きにおける証明上の困難は、環境への権利の承認によって回避することができる。環境への「権利」の侵害は、生じている妨害が違法性を有していることを示すからである。

したがって、ルベイロルによると、環境への権利は、急速審理裁判官に対する被害者のアクセスを容易にし、速やかな侵害の差止め等を可能とするのである[109]。

（イ.）本案の裁判官（juge principal）の下において

環境への権利を承認することは、本案の裁判官の下でも適切な解決をもたらす。なぜなら、民事責任の場合には、賠償方法の選択は事実審裁判官によるため、金銭賠償が選択される可能性があるけれども、主観的権利への侵害が問題とされる場合には、裁判官は、侵害の差止め・原状回復の言渡しを強制される。つまり、主観的権利に対する侵害を基礎とする訴えに対しては、裁判官は金銭賠償を選択する自由を有しないのである。

ルベイロルによると、主観的権利の侵害の場合、裁判官がその妨害の差止めを命じることを義務づけられることは、違法建築（constructions irrégulières）に関する破毀院の判例において確立している。破毀院は、

じることができる。」

[109] V.Rebeyrol, op.cit. (supra note75), pp.65 et s.

第三者の物権（所有権･地役権）を侵害して建設された建築物について、裁判所は取壊しを命じることを義務づけられ、金銭賠償を命じることはできないとしているからである[110]。

以上のように、環境への権利が承認されるならば、環境への侵害の場合に､裁判官は侵害の差止めと原状回復を命じることを義務づけられる。つまり、金銭賠償を選択することはできないのである[111] [112]。

③ 「環境への権利」に対する批判

以上のルベイロルの見解のような環境への権利構成に対しては、純粋環境損害を集団的損害と理解する立場や客観的損害と性質決定する見解から批判がなされている。環境への権利構成に対する批判は、立法の関与なく環境への権利を承認することは困難であること（ア.）、およびフランスにおける「権利」の理解と純粋環境損害の性質の適合性（イ.）に関わる。

---

[110] たとえば、破毀院第１民事部1962年７月10日判決は、隣地にはみ出して建設が行われた場合について､当該はみ出しは善意（bonne foi）で行われており、建物の取壊しを命じることはできないとして被告に損害賠償の支払いを命じた原判決を破毀した。隣地へのはみ出しは、所有権（droit de propriété）の侵害を構成するのであり、同意または法律の規定によらなければ所有権を奪うことはできないからである（Civ.1er, 10 juill.1962, *Bull.civ.* I , n°359）。同様に、破毀院第３民事部1983年12月19日判決は、隣地にはみ出して建築された建物について、隣地へのはみ出しが善意で行われた場合であっても、取壊しの請求を排斥し、損害賠償を命じることはできないとした（Civ.3e, 19 déc.1983, *Bull.civ.*Ⅲ, n°269）。さらに、同様の見解をとる最近の判例として、V.Civ.3e, 14 déc. 2005, *Bull.civ.*Ⅲ, n°248.

[111] V.Rebeyrol, op.cit. (supra note75), pp.66 et s.

[112] この考え方は、近時主張されている dommage（侵害の事実；被害）と préjudice（法的な次元での損害）とを区別する考え方とも対応するものである。つまり、侵害（atteinete）の事実、つまり dommage は、回復措置によって賠償されるのに対し、侵害の影響（répercussions de atteinte）である préjudice は、単なる金銭賠償によっても賠償されうるという（V.Rebeyrol, op.cit. (supra note75), pp.67 et s.）。

ア．環境への権利の確立の困難さ

まず、現在のフランス法においては、そもそも私法上効力を有する概念として環境への権利を承認することはできないのではないかという指摘がなされている[113]。それによると、確かに、今日、フランス環境憲章１条（これは憲法前文によって規定されており、憲法的価値を有する）は、「各人は均衡が保たれ、かつ、健康が尊重されている環境において生きる権利を有する」と規定しているが、環境への権利の性格は明確ではなく、人格権侵害と同様には見ることができない。また、同憲章４条は「すべての人は、法律によって規定された要件にしたがって、自らが環境に生じさせた損害の賠償を負担しなければならない。」と規定しているが、今日までその要件は定められていない。したがって、フランス環境憲章から民事上の権利、すなわち、主観的権利（droit subjectif）を導くことは困難であるという[114]。

イ．純粋環境損害に対する環境への権利構成の適合性

さらに、立法によるならば、主観的権利に対する侵害という構成に基づいて純粋環境損害の救済をはかることは可能であるとしても[115]、環境への権利構成は、実効性や環境への侵害の性格と権利の概念の適合性という観点からみて問題があるという指摘がある[116]。権利の個別的な性格、時間的・空間的限定性と純粋環境損害の性格との関係という観点からの批判である。

まず、環境侵害の性格と権利の個別的性格との関係という観点からの批判がある。それによると、権利は、個人主義的な考え方に立脚しており、「実体法によって担保される『個別的特権』」であり、「『個別的な利益』の保護」にその本質がある[117]。これに対して、環境に対する侵害は、

---

113 P. Jourdain, op.cit. (supra note34), n^{os}19 et 20.V.aussi, L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°448.

114 P. Jourdain, op.cit. (supra note34), n^{os}19 et 20.

115 L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°613.

116 *Ibid*., n^{os}443 et s.

117 *Ibid*., n°444.

集団的・拡散的な性格を有している。確かに、個人に対して環境への権利の名義人としての資格を付与することは理論的には不可能ではない。とはいえ、そのように考えたとしても、損害賠償の場面では、結局訴訟を提起した者自体に生じた個別損害を問題とせざるを得ない。しかし、個人のレベルでは、主観的権利の名義人に訴えの利益を認めることができないほど、損害は小さなものとなってしまう[118]。

さらに、環境に対する侵害の時間的・空間的無限定性も権利構成には不適合であると指摘される。まず、権利は、時間的な観点から、現在ないし近い将来に限定される。身体の尊重へ権利（民法典16-1条以下）を例にとると、この権利の名義人に認められるのは、現に存在する身体の完全性に対する侵害に関する賠償や侵害の差止め等の措置（民法典1382条、16-2条）であって、まだ生まれていない将来的・潜在的な人の身体の完全性ではない[119]。これに対し、環境侵害の影響は、侵害行為から時間を隔てて発生することが珍しくない。実際に被害を受けるのは、将来の世代である場合もある。したがって、現在及び近い将来という一定の時間に限定される権利の概念は、環境に対する侵害とは親和性を有しないという[120]。

第２節のまとめ

本節では、純粋環境損害の実体法上の性質に関する学説の提案、すなわち、実体法の次元における集団的損害構成、客観的損害構成及び環境への権利構成についてそれぞれ検討を行った。

実体法の次元における集団的損害構成と客観的損害構成はともに民事責任法の枠組みの中で純粋環境損害の賠償を承認する考え方である。前者は、集団的損害という伝統的な用語を用いる。しかし、次の点で、第１章でみた伝統的な集団的損害とは異なるものと考えるべきであろう。

---

[118] *Ibid.*, n°444. もっとも上述のように、ルベイロルの見解においては、環境への権利の侵害の効果は侵害の差止めと原状回復に限定されている。

[119] ただし、身体の尊重に対する権利は、死後の身体（遺体）には及ぶ（民法典16-1-1条、16-2条）。

[120] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°445.

まず、ここでは、集団的損害と手続の次元における集団的利益の問題（法人の訴え）とが区別される。この点はブランの学説やカタラ草案において特に明確である。また、伝統的な集団的利益が何らかの形で外延を観念できる集団の利益（典型的には特定の職業の利益）を念頭に置いていたのに対し、ここでは社会全体に集団的に帰属するいわば「みんなの利益」に対する侵害が問題とされている。これに対し、客観的損害構成は、民事責任法に全く新しい損害の範疇を確立することを主張するものである。みんなに帰属するということと誰にも帰属しないということは、事実としては表裏の関係にあると考えられるが、理論的には区別される。ただし、純粋環境損害を損害の属人性の適用除外とし、手続上の訴権の担い手の存在を要件として、民事責任法において賠償の対象となる損害として承認する点には一致が見られる。

以上とは異なり、環境への権利構成は、民事責任の枠内で純粋環境損害の救済を図ることを否定する。この見解によれば、純粋環境損害は、民事責任ではなく、権利侵害の効果に基づいて救済される。この見解は、古典的な個人の利益の保護を目的とする民事責任法の構造を堅持するものといえる。もっとも、この見解自体は、伝統的な権利の概念に反するという批判を受けている。

このように、本節で検討したどの見解においても、純粋環境損害について私法の枠組みの中で救済を図るためには、損害ないし集団的損害（集団的利益）あるいは権利という民法上の重要な概念の変容が必要であることがうかがわれる。この点に関する議論は緒に就いたばかりであり、フランスにおいていずれの見解が支配的となるかはこれからの学説の展開を待たなければならない。

第３節　純粋環境損害の手続法上の性格

第１章第２節においてみたように、手続法上、訴えの受理性が認められるためには、訴えの利益か法律による訴えの資格付与が必要である（民事訴訟法典31条）。そして前者の訴えの利益については、属人的性格を備えていることが受理性の要件の一つとされている。

この属人的な訴えの利益という要件は、積極的には「人は、法に対する違反が自らの利益を侵害するものであり、かつ、訴えの結果から属人

的に利益をえることができる範囲内でしか裁判上訴えを提起することができない」、消極的には「人は、一般利益又は他人の利益を擁護するために訴権を行使することについて受理性を有しない」ということを意味するとされる[121]。つまり、訴えの利益が属人的であるということは、個別的な訴えの利益が存在するということである。

このように、訴えの利益の属人性を要求する伝統的な民事責任法のアプローチは、個別的モデルに立脚している。しかし、現代社会においては、純粋環境損害が問題となる場面を含め、様々な領域において、損害の量的あるいは質的集団化という現象がみられる（１）。個別的利益の保護を目的とする伝統的な民事訴訟制度は、この侵害の集団化という現象に対処する障害となる。たしかに、フランスにおいては、既に立法・判例において集団的利益の擁護を目的とした訴訟が環境保護を含む多くの領域で承認されてきている。しかしながら、現行の法制度には未だ不十分な点が残されていることも指摘されている（２）。以上を背景として、最近のフランスの学説は、環境に対する侵害の集団化という現象に対処するため、民事訴訟法における訴えの利益に関する考え方を刷新する新たな理論を提示している（３）。

１　被害・損害の集団化と訴えの利益の集団化の必要性

損害を被った主体（個人・法人）が、損害を生じさせた者に対して自ら損害賠償を請求するのが、伝統的な民事訴訟モデルにおける民事責任訴訟の原型である。しかしながら、環境に対する侵害の場合には、単一の侵害行為から非常に多くの人に損害が発生する場合、あるいは、環境に対する侵害があっても、社会全体あるいは人類といった大きな枠組みではともかく、個人のレベルでは法的に損害と評価できるほどの影響が生じていない場合など、損害の集団化（collectivisation）という現象がみられる。

これを法的な次元で手続の側面からみると、損害の集団化という現象の二つの態様に応じてそれぞれにふさわしい訴訟あり方を考える必要がある。一つは、量的な基準による集団的化であり、もう一つは、質的な

[121] *Ibid.*, n°479.

基準による集団的化の場合である。量的な基準の下での損害の集団化は、一つの損害を生じさせる行為から多数の被害者に損害が発生する、大量被害（dommage de masse）に関わるものである[122]。この場合は、侵害された利益は特定の法主体に帰属するものであり、発生した損害は主観的性格を備えている[123] [124]。この場合には、実体法の次元で個別的な損害が存在しているので、理論的には、損害を受けた個人が個別的な訴訟によって賠償請求することが可能である。しかし、被害者の多数性などが原因となって個別的な訴訟モデルでは不都合が生じうる[125]。環境に対する侵害の場面では、たとえば、環境汚染によって人の生命身体に損害が生じる場合（公害）や放射能汚染によって生じる遺伝子的な損害、水質汚染によって養殖されている貝が死んだ場合に生じる財産上の損害などがこれにあたる[126]。

これに対し、質的な基準の下での損害の集団化は、利他的な利益（intérêt altruiste）、大義（grande cause）[127]に対する侵害から生じる損

---

[122] 大量損害については、*Ibid.*, n[os] 484 et s. V. aussi, Anne Guégan-Lécuyer, *Dommages de masse et responsabilité civile,* préface de P.Jourdain, avant-propos de G.Viney, LGDJ, 2006, n[os] 7 et s., notament, n[o]77. なお、同書は、純粋環境損害を、大量損害を未然に防止する道具概念として理解している（*Ibid*, n[os]90 et s.）。

[123] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n[o]480.

[124] なお、この類型の環境損害については、共同代理訴権に関するフランス環境法典L.142-3条があるがあまり活用されていないといわれる（V. G.Viney, «L'action d'intérêt collectif et le droit de l'environnement», *in Les responsabilités environnementales dans l'espace européen,* (dir.), G.Viney et B.Dubuisson, Bruylant-LGDJ, 2006, n[o]8）。

[125] 量的集団的損害に関して、個別的訴訟の不都合とそれを克服する方策については、L.Neyret, op.cit. (supra note1), n[os]488 et s.

[126] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n[o]487.

[127] V.L.Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires,* préface de G.Viney, LGDJ 1997, n[os] 115 et s.;G.Viney et P.Jourdain, op.cit. (supra note 50), n[o]303. 荻村慎一郎「フランスにおける団体訴訟と訴訟要件―民事・刑事交錯領域での発展と法律上の授権による統御のメカニスム―」法協121巻６号（2004）818頁以下。なお、ボレ

害に関わる。この場合、侵害された利益について、特定の法主体に対する帰属を観念することはできない。つまり、質的な基準における集団的な損害は客観的な性格を有する（上述本章第２節（２）を参照）[128]。純粋環境損害は、定義上、主観的な利益の侵害を観念できないのであるから、質的集団的利益の侵害のカテゴリに含まれる[129]。

以上のような被害ないし損害の集団化という現象に対しては、手続法の次元においても対応が必要とされる[130]。集団的な性格の被害・損害に対応可能な民事責任訴訟の構築については、侵害が量的な基準で集団的な場合と質的な基準で集団的な場面に分けて検討しなければならない。主観的・個別的な損害が存在するか否かは、訴訟手続にも影響を及ぼすからである。ただし、以下では、本稿のテーマである純粋環境損害との関係から、質的集団化に関する論点のみを扱う[131]。

２　質的集団的利益に関する訴えに関するフランス法の不十分さ

（１）質的集団的利益に基づく訴えの意義

ア．大義に対する侵害

質的な基準による被侵害利益ないし損害の集団化は、フランスの最近の学説においては、一般的に、大義に対する侵害が問題となる場面といわれることが多い[132]。この大義に対する侵害とは、集団的な価値（valeur collective）や理想（idéal）に関わる。この場合に侵害されている集団

によると、大義に関する集団的利益という表現は、S.Guinchard, «L'action de groupe en procédure civile française», RIDC, 1990, 2, p.613によるという（L.Boré, op.cit., n°98, n1）。

[128] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°480.

[129] *Ibid*., n°486. V. aussi, C.Dreveau, op.cit. (supra note35), p.259.

[130] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°480.

[131] 環境侵害の場面における集団的利益に基づく訴えについて一般的には、V. G.Viney, op.cit. (supra note124), pp217 et s.（特に、個別的損害が発生している場合については n^{os}6 et s、純粋環境損害については、n^{os}9 et s.）

[132] S.Guinchard, op.cit. (supra note127), p.613; L.Boré, op.cit. (supra note127), n°98; G.Viney et P.Jourdain, op.cit. (supra note50), n°303 ; Ph.Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle,* 2^{e}éd., Litec, 2009, n°199.

的利益は、「利他的な利益の総和（somme d'intérêts altruistes）[133]」であるとされる。質的な集団的利益は、多数の人に関わっていたとしても、被害者の数という量的な基準の下におかれるものではなく、もっぱら侵害された利益の性質によって判断される。このような利益の侵害の場合について、フランス法では特別の立法に基づく非営利社団等による損害賠償請求が行われている。この場合訴訟の対象となる損害は、訴訟において原告となる非営利社団等からは独立して存在するものであり、第2節でみた学説の分類でいうならば、実体法上の集団的損害ないし客観的損害にあたる[134]。

イ．大義に対する侵害における個別的訴訟モデルの問題点

伝統的なフランスの民事責任訴訟は、損害を被った者が自己の損害について加害者に賠償を求めるという個別的な訴訟モデルを基礎としており、そこでは侵害の集団的影響に対する考慮が欠如しているといわれる。被害者の識別、数量的把握が不可能な程度にまで損害が拡散的である場合、個人のレベルにおける損害は、「些事については、法官は留意せず（*de minimis non curat praetor*）」という法諺によって法の保護の外に置かれてしまうという指摘である。つまり、このような損害が発生した場合、個人レベルでは、法的な次元での「被害者」と評価できる主体が存在しないのである。したがって、被害者が民事責任訴訟の原告となるというモデル（個人の利益の擁護を目的としてきた古典的な民事訴訟法）のもとでは、このような場面では、原告となる主体がいないことになる[135]。

もっとも、フランスでは、このような大義に対する侵害についても、判例・立法によって、一定の法人による訴えが認められている。しかしながら、次にみるように現在のフランス法には、未だ不十分な点が指摘されている。

---

[133] V.L.Boré, op.cit. (supra note127), n^{os}115 et s. これと対比されるのは、「利己的な利益の総和（somme d'intérêts égoïstes）」である（*Ibid*, n^{os}99 et s）。

[134] V.C.Dreveau, op.cit. (supra note35), pp.257 et s.

[135] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°543.

（２）集団的な訴えの利益に関するフランス法の状況

ア．判例にみられる問題点

破毀院は、法律による特別の訴権付与がないかぎり、原則として、非営利社団は、定款の目的に定められている集団的利益の侵害について、賠償を得ることができないという態度をとっているといわれる（上述第１章第１節１（１））[136]。

裁判所の集団的利益に関する非営利社団の訴権に対する敵意については、以下のような理由が背景となっていると指摘されている。まず、（ア.）排他的に検察官によって擁護される一般的利益・社会秩序と区別できるのかが明らかではない。次に、（イ.）今日、非営利社団の設立は比較的容易であるので、訴訟目的の非営利社団設立による濫訴が懸念される。最後に、（ウ.）非営利社団の訴えの真の目的は公平無私なものではなく害意に基づくのではないかという、裁判所の警戒心（歴史的な理由）である[137]。

しかしながら、上記の理由に対しては、次のような反論がなされている。まず、（ア.）に関していうと、集団的利益は、私人（personne privée）によって擁護される専門化された利益であるのに対し、一般利益は、公人（personnes publiques）によって擁護される公益（社会全体の利益）であるから、両者は区別することができる。さらに、集団的利益が拮抗する利益と常に対立関係に立つ（例えば環境利益と経済利益）のに対し、一般利益はそうではない。次に、（イ.）に対しては、濫訴に対しては、民事訴訟法典32-1条[138]に基づく制裁が可能である。さらに、（ウ.）については、「利他的なるものは国の領域に属し、利己的なるものは私的領域に属する」、という考え方に対しては疑念が生じうる[139] [140]。

---

[136] *Ibid.*, n°548. ただし、最近の判例の傾向が異なることについては、*ibid.*, n°s554 et s.

[137] *Ibid.*, n°551.

[138] 民事訴訟法典32-1条「引延し的または濫用的に裁判上訴えを提起するものは、損害賠償が請求されているとしてもそれとは別に、最高で3000ユーロの民事罰金について有責判決を受けうる。」

[139] *Ibid.*, n°573.

[140] G.Viney et P.Jourdain, op.cit. (supra note50), n°303-5.

つまり、上記の裁判所が集団的利益の擁護に対して示している敵意には、決定的な理由は存しないのである。実際、その傾向にはまだ不確定な部分があることは否めないとはいえ、最近、法律による資格付与要件を満たさない非営利社団の請求を認めるなど裁判所は大義に関する集団的利益の侵害の保護に好意的になってきているといわれる[141]。

イ．集団的な訴えの利益に関する立法の不十分さ

フランスにおいては、既に多くの分野で非営利社団による集団訴訟に関する立法が整備されており、それらは、いわゆる大義に関する損害に関する訴訟にも活用されている（上述第１章第１節１（３））。しかしながら、既存の集団訴権に関する分野ごとの個別立法には、次のように未だ不十分な点が見受けられる。

まず、既存の集団訴訟に関する立法の問題点としては、資格付与要件が極めて多様であること、認可と届出から一定の期間を経過していることが訴えの資格付与の要件となっていることが指摘される[142]。

また、集団的利益に基づく訴訟に関する立法の多くは、一定の法人に対する民事訴権付与という形式をとっている。そのため、環境に対する侵害行為について、科学的見地から環境に対する影響を証明することができる場合であっても、刑事に関する法文の違反にあたらなければ、だれも訴権を行使できない。立法による訴権付与という形式そのものに起因する不都合も存する。このような制度の下では、立法措置の存在しない領域で生じる問題に対処できないからである[143]。さらに、専門的に細分化された立法は、ある侵害行為から様々な被害が発生するような場合にも適合しないという[144]。

したがって、現行の集団的利益擁護のための訴権付与制度は、集団的

---

[141] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n^{os}554 et s.

[142] *Ibid.*, n°552. なお、非営利社団に対する訴権付与の要件の一つである認可について、やや古い文献であるが、V. R.Leost, «L'agrément des associations de protection de l'environnement», RJE, 1995, pp.265 et s.

[143] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°552.

[144] *Ibid.*, n°552. 同書によると、この点は、特に、純粋環境損害を含む生きているものに対する侵害の包括性にかんがみて問題があるという。

な性格の利益の保護に十分なものではない。

３　質的集団的利益の担い手は誰か

以上のように、現行の各種集団的利益に基づく訴えの制度の不備を克服するため、手続の次元において、集団的性格を備えた訴えの利益に基づく訴訟というカテゴリを承認する必要が学説により主張されている。では、誰がこのような集団的な訴えの利益の担い手（たとえば、純粋環境損害の場合には、「自然環境を代表する後見人（tuteure pour l'environnement naturel）」[145]）となるべきであろうか[146]。

この問題については、純粋環境損害のような質的に集団化した損害（客観的損害）については、手続の次元で集団的な性質の訴えの利益を承認することが必要であると説くネイレの見解が示唆的である。以下で詳しく検討することにしよう。

ネイレの見解

ネイレによると、質的な基準により集団的な性格を備えた損害について、訴えの利益は、以下でみるように、個人（ア.）、非営利社団（イ.）、公法人（ウ.）について認めることができる。ただし、担い手の性格に応じて、訴権の在り方に一定の制約が発生する場合や現行の制度の拡充が必要とされる場合がある。

もっとも現在の民事責任訴訟制度は、個別的な訴訟アプローチを基礎としているのであるから、様々な法主体について個別的利益だけではなく集団的利益に基づく訴訟にも受理性を認めるためには、民事訴訟法31条の改正が必要なのではないかとも考えられる。しかしながら、ネイレは、このような訴えを提起する集団的利益の考え方は、立法を待つことなく、判例によっても承認できると主張する。その理由として、職業組合の集団訴権は、立法（1920年３月12日の法律）に先立ち判例（破毀院連合部1913年４月５日判決[147]）によって認められたこと、法律の規定を

---

145 *Ibid.*, n°570.

146 *Ibid.*, n°574. 本章第２節カタラ草案に関する検討も参照。

147 Ch.Réun., 5 avr.1913, D.P.1914, I , pp.65 et s.（第１章第１節１（１））。

越えて非営利社団に対して集団訴権行使を認める判例が現に存在していることなどを挙げる[148]。

なお、注意しなければならないのは、この見解が、訴えの利益の属人性という訴えの受理性の要件を放棄しようとしているわけではないことである。この見解によると、訴えの属人的利益とは、「その申立ての成功又は排斥に対するある人の利益」である。大義に対する侵害の場面でも、原告は、法主体（つまり、法的な意味での「人」）としての資格を有していなければならず、また擁護しようとする「主義（立場）（cause）」と一定の関係を有していなければならないのであって、その点では訴えの利益の属人性という要請になんら変更は加えられていない。つまり、この見解は、訴えの利益の属人的性格という要請を、集団的な次元でのみ拡張しているのである。ネイレの主張の主眼は、訴えの利益の属人性の概念を刷新することによって、非営利社団の構成員各自が侵害された利益について当該社団に黙示の委任をしているとか、定款の目的に対する侵害によって非営利社団に属人的な精神的（無形）損害が生じているといったフィクションを用いることなく、人に帰属しない利益の保護をはかることができるようにすることにある[149]。

（ア.）個人による集団的利益に基づく訴え

ネイレによると、侵害された利益と一定の関係を有する個人は、質的集団的利益に基づく訴えの担い手となることができる[150]。しかし、この

[148] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°578.

[149] *Ibid.*, n°579. なお、ネイレ自身の叙述においては、純粋環境損害の手続上の性格は「集団的損害」であるとされるなど、手続の次元の訴えの「利益」と実体法上の「利益」「損害」とが厳密には区別されていないのではないかと思われる部分がある。訴えの利益と損害の両概念の混同・融合が指摘されているフランス法においては、異和感なくこのような表現が受け入れられている可能性があるが、用語法としてはいささかあいまいさを残しているように思われる。

[150] 具体的な例としては、自然財の所有者が、当該財の侵害の場合に、当該財の侵害から生じる経済的損害とは別に、環境に生じた損害の賠償を請求する場合（殺虫剤で巣箱で飼育していたミツバチを殺された者が、加害者に対して受粉プロセスおけるミツバチの役割の低下という自然のプロセスに関する損害の

場合には、侵害されている利益は、原告たる個人に帰属しておらず、したがってその者自身には損害が生じていないのであるから、当該個人が、自らに帰属しない利益に関する訴えから利得することがあってはならない。したがって、個人によって提起される集団的利益に基づく訴えの目的は、侵害の現実化の防止・差止め、あるいは被害の回復に充当されるか、環境侵害の保障（garantie）を目的として創設される一般財団に充当される損害賠償に限定されなければならない[151]。

（イ.）非営利社団による集団的利益に基づく訴え

非営利社団については、既に集団的利益の侵害の場合に訴権行使を認める立法が存在している。しかしながら、ネイレは、現行制度には、以下に述べるように、不十分な点が認められると主張する。現行制度の問題とは、非営利社団の目的について専門性が強く求められていること、認可と一定の活動期間が要求されること、付与される訴権が民事訴権の行使という形式をとることの３点である。

まず、非営利社団の訴権は、現行の諸制度よりも一般的な形で付与される必要がある。すなわち、非営利社団が集団訴権を行使できる範囲は、定款の目的の合法性の確認と、請求と当該目的との一致、原告非営利社団が保護している集団的利益に損害が生じていることの確認によってなされるべきであるという。さらに、現行の集団訴訟に関する各法律は、訴権行使の要件として一定の活動期間を要求しているけれども、この要件を満たしていないとしても、原告たる非営利社団が、主張する集団的利益について他の方法（たとえば、加入者の数や公益[152]の宣言）によっ

賠償を請求する）あるいは、所有権はなくとも一定の利害関係のある場合（漁師が、漁を行っていた場所の水質汚染について（経済的損害（＝収入の低下）とは別に）汚染者に対し訴えを提起する）が挙げられている（*Ibid.*, n°575）。

[151] *Ibid.*, n°575 et n°928.

[152] 山口俊夫編『フランス法辞典』東京大学出版会（2002）615頁によると、公益とは、「ある制度またはある作業に対して、公共の福祉等のための利益を考慮して、公権力がその公的宣言によって認める資質で、多かれ少なかれ一般法の適用除外をもたらす」こと。

て代表性を示すことができるならば、訴訟の遂行を認めてよい[153]。また、大義に対する侵害は、当然に民事訴訟を可能とするのであって、非営利社団による訴権の行使は、刑事犯罪の存在を前提とせずに認められるべきであるという[154]。

（ウ.）公法人による集団的利益に基づく訴え

一定の公法人にも集団的利益に基づく訴えが認められる。これは、既に立法によっても承認されている。自然保護の分野で環境法典 L.132-1 条がいくつかの公法人に対して民事訴権を付与しているのは、その例である。ただし、ネイレは、公法人が集団的利益に基づいて訴えをできるということは、公法人が他の私的な主体との関係よりも特権的な地位に立つことを意味するわけではないことを強調している。たとえば国自体が汚染者である場合や雇用・輸出・ブランドイメージ等が考慮される場合など、公的な機関による環境侵害への対処を期待できない場合があるからである[155]。

第３節のまとめ

純粋環境損害については、侵害された利益＝損害の帰属主体が存在しないので、このような損害の賠償に関する訴訟の担い手は誰か、という問題を解決する必要がある。伝統的な民事責任訴訟においては、損害の帰属主体に損害賠償に関する訴えの利益も帰属するのが原則だからである。

この点に関して、本節で検討した近時の学説は、集団的価値、理想といった大義に関する侵害の場面で被害の集団化という現象に対処するためには、手続法の次元において、訴えの属人的利益を集団的な次元に拡張する必要があるという。この主張は、集団的利益を手続的な次元に純化し、さらに新たな意義を付与する（１）。この見解によると、従来主に一定の法人によって担われてきた集団的利益に基づく訴訟は、個人に

[153] L.Neyret, op.cit. (supra note1), n°576.
[154] *Ibid.*, n°576.
[155] *Ibid.*, n°577.

よっても担われることが可能であるという（2）。では、このような訴えの属人的利益の集団的次元への拡張は、どのような意義を有するのであろうか（3）。

1　集団的利益に基づく訴えの意義

第1章でみたように、民事訴訟法の学説および民事責任法の多数の学説は、損害の属人性について民事責任訴訟において被害者、つまり原告となれるのは誰か、という側面から検討していた。そして、損害の属人性に関して、集団的損害ないし集団的利益は、法人が民事責任訴訟の原告となる場合の問題として捉えられていたのである。本節で検討した最近の学説の見解のように、集団的利益について、訴えの利益の担い手の問題として手続的に純化することは、そのような見解とも発想としては親和的である。特に、純粋環境損害の台頭とともに自覚されるようになってきた損害の帰属主体と訴えの利益の帰属主体の分離という現象においては、実体法上の損害の属人性と手続の次元における訴えの利益の属人性を区別することが必要であり、このような考え方は適切であるといえる。

伝統的な集団的利益に基づく訴えに関しては、学説・判例において訴えの利益と損害（被侵害利益）の混同、接着がしばしばみられる。そのため、本来特定の帰属主体が存在しないはずの利他的な利益等に対する侵害について、集団訴権付与に関する法律の規定に基づき訴訟追行主体となっている一定の非営利社団等の損害と構成することが見受けられるが（上述第1章第3節を参照）、ネイレが指摘しているように、これは一種のフィクションであって、理論的正確さに欠ける構成といわざるをえない。

2　集団的利益に基づく訴えの担い手

本節で検討した近時の学説によると、新たに提示されている集団的利益に基づく訴えは、個人や公法人によっても担われうるとされている。これは、民事訴訟法の学説や多数の民事責任に関する学説が、法人（特に職業組合や非営利社団等の私法人）が訴訟当事者となる場面を念頭において論じてきた従来の集団的利益に関する訴えとは大きく異なる。こ

のように、集団的な訴えの利益は個人にも帰属すると理解するならば、集団が当事者となる訴訟と集団的利益との関係は切断されることになる。

確かに、被侵害利益ないし損害の帰属と訴えの利益を区別して考えるならば、質的集団的利益に関する訴訟の担い手を法人、それも非営利社団等の私法人に限定する必然性はない。質的集団的利益に基づく訴えは、私法人のみならず、個人によっても公法人によっても担われうるという主張は、理論的には妥当である。

もっとも、ネイレは、現代における被害・損害の集団化という現象に照らして、集団的な訴えの利益に基づく訴訟の必要性を説くにとどまり、集団的な訴えの利益に基づく訴訟になぜ受理性が認められるのか、その理由については明確に述べていない。しかしながら、上で検討した個人・非営利社団による集団的訴えの利益に基づく訴訟に関する論旨からは、集団的な訴えの利益に基づく訴えの受理性の根拠がうかがわれる。それによると、集団的な性格を有する訴えの利益についてある法主体（訴訟遂行主体）に属人性が認められる根拠は、侵害された利益と訴訟の遂行主体間に一定の関係性が存在すること、あるいは、侵害された利益について訴訟の遂行主体に代表性が認められることであると考えられる[156]。

3　訴えの利益構成の意義

本節で検討したネイレの見解は、特定の人に帰属しない利益の侵害の場合にも一定の法主体に損害の担い手となることを認めるために、訴えの利益の属人性という要件を集団的な次元に拡張することを提案する。

この見解は、訴えの利益の属人性という伝統的な民事訴訟の受理性の要件を維持しつつ、被害・損害の集団化という現代的な現象に対処しようとしている。しかしながら、第１章第２節でみたように、伝統的な集団的利益に基づく訴訟の特徴が、訴訟の遂行主体が法人であることであったのに対し、ここで主張されている新たな集団的利益に基づく訴え

[156] 侵害された環境に対する「関与」に基づき、環境保護団体等の個別的利益（被侵害利益）を設定する可能性を示唆するものとして、大塚直「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NBL936号（2010）46頁（ただし、実体法上の被侵害利益に関する主張である）。

では、訴訟の遂行主体が法人であることは要求されていない。新たな集団的利益に基づく訴えの類型では、訴訟で追求される利益との間の一定の関係性を根拠として、ある法主体に、実体法のレベルでは特定の法主体に帰属しない損害の賠償請求訴訟の担い手となることが認められる。この場合にも、集団的な次元に拡張された訴えの属人的利益が存在するというのである。つまり、この考え方によると、訴えの利益の属人性とは、法主体と訴訟で追考される利益の間の一定の関係性ということになる。そして、この関係性は、侵害された利益の「帰属」以外の理由によっても肯定されるという。

この見解が、訴えの利益の属人性という要件をなお維持する理由は何であろうか。ネイレ自身の叙述の中にははっきりとした理由を見いだすことができないが、おそらくは、集団的な訴えの利益を属人的な訴えの利益の内部に位置づけることによって、実体法上帰属主体を観念できない損害についても、通常の民事訴訟の枠内で特別の立法措置を介在させることなく賠償請求可能とするためではないかと考えられる[157]。

第１章第２節でみたように、訴えの受理性は、訴えの利益の存在だけではなく、法律による訴えの資格授与を根拠としても認められる。しかし、訴えの資格は、民事訴訟法典31条の法文によると、法律によって与えられなければならないとされている。したがって、訴えの資格構成による場合、立法未整備の領域で発生した人に帰属しない損害については、特定の法主体に賠償に関する訴えの資格を認めることは困難である。つまり、資格構成よりも訴えの集団的利益構成の方が、法の予定していない事態にも柔軟な対応が可能な論理構成であるといえる。おそらく、立法による特別の資格授与がなくとも、個人、非営利社団及び公法人が集団的利益に基づく訴えを提起できると主張するネイレにとっては、立法を前提とする訴えの資格構成よりも集団的な訴えの利益という構成の方が優れていると考えられたのではないかと推測される。

---

[157] 日本法について、環境利益の中で、特定の法主体の個別的利益を設定することが難しいものについては、いわゆる客観訴訟となり、特別の規定がない限り通常の民事訴訟の対象とはならないと指摘するものとして、大塚・前掲注（156）46頁。

第２章のまとめ

本章においては、民事責任に基づく純粋環境損害の賠償を正当化するためには、損害と訴えの利益に関する「属人的性格」の要請という伝統的な民事責任・民事訴訟の思考を超克することが必要であることの確認から出発し、フランスの学説がこの問題にどのように取組んでいるのかについて、実体法と手続法の両面から分析を試みた。ここでもう一度簡単にまとめておこう。

１　実体法の次元

まず、実体法の次元においては、純粋環境損害を民事責任法上賠償の対象となる損害として正当化する理論として、実体法上の集団的損害構成、客観的損害構成及び環境への権利構成が提案されている。

集団的損害構成と客観的損害構成は、損害の属人性という要件を克服し、民事責任法の枠内で純粋環境損害に対処しようとするものである。ただ、個別的な法主体には帰属しない純粋環境損害について、前者は、個人には帰属していないが社会（あるいは、国民、人類）全体には集団的に帰属していると理解していると考えられるのに対し、後者は、いかなる法主体にも帰属しない損害であることを正面から認める点で異なる。

これに対し、環境への権利構成は、民事責任法における損害の属人性の要請を堅持し、純粋環境損害について民事責任法の内部で救済することを否定する。この見解は、環境への侵害は、すべての人に認められる環境への権利の侵害構成するのであるから、誰もが、自らの権利侵害を主張して侵害行為者に対し侵害の差止め･原状回復を請求できるとする。

２　手続法の次元

純粋環境損害は、定義上特定の人に影響の及ばない損害である。したがって、民事責任訴訟においてこのような損害の賠償を請求するためには、手続の次元において、誰が訴訟の担い手となれるのかが問題となる。そこで、純粋環境損害のような特定の人に帰属しない損害について訴訟の受理性を基礎づけるために、集団的な訴えの利益に基づいて訴えの受理性を認めることが提案されている。

ここで主張されている訴えの集団的利益に基づく訴訟は、第１章でみ

たような法人が原告となる訴えとは性格を異にする。ここでは、「集団的」とは、実体法上特定の人に帰属しない損害が問題となっているために、訴えの利益も社会・人類のような非常に大きく外延の曖昧な集団に拡散していることを意味する。この場合、実体法上の利益の帰属を基礎としては訴えの利益の帰属主体を決定することができない。特定の法主体のレベルで個別的な訴えの利益の帰属主体を観念することができないのである。

近時の学説は、このような場合において、侵害された利益と一定の関係性を有する法主体あるいは当該利益について代表性を有する法主体は、実体法上の利益・損害の帰属主体でなくとも、このような集団的な性格を有する訴えの利益に基づいて訴訟を提起できると主張する。侵害されている利益との関係性や代表性は、必然的に非営利社団等の集団にしか認められないものではない。したがって、そのような関係性・代表性を認めることができる限り、個人あるいは公法人であっても、このような集団的な性格を備えた訴えの利益に基づいて訴訟を提起することができるという。

このような見解を前提としても、政策的な観点から立法によって、集団的な訴えの利益に基づく訴訟の担い手を限定し、あるいは侵害された利益との関係性や代表性の証明を軽減することはもちろん可能であると考えられる。したがって、現在のフランスの集団的利益擁護のための集団訴訟制度について、政策的観点からその合理性を評価することは可能である。しかし、理論的には、特定の帰属主体をもたない利益の訴訟上の担い手が、非営利社団等の法人に当然に限定されるわけではない。したがって、近時の学説の主張はこの点で正当なものであるといえよう。

３　損害の属人性と集団的利益の曖昧さ――純粋環境損害の賠償への一定の寄与

さて、第１章第２章を通じて検討してきたように、損害の属人性と集団的利益（集団的損害）に関して、フランス法の学説は、ごく最近まで極めて曖昧な理解のままであった。人に対する帰属を観念できない純粋環境損害の出現によって、この点に関する理論的不備が露呈し、現在フ

ランスの学説が対処を迫られていることは、本章において検討した通りである。

もっとも、集団的利益に基づく訴えという訴訟形態が判例・立法によって承認されていること、そして集団的利益・集団的損害という概念が存在ししかもその定義が曖昧であったことが、フランスにおいて純粋環境損害の賠償に関する議論を推進してきたことも間違いない。そのことは、次章における日本法の分析と対比するならば、より明確になるであろう。集団的利益（損害）という概念自体がごく最近まで一般的には語られることのなかった日本においては、人に帰属しない利益としての環境の私法上の保護に関する学説の議論は、環境について個人に帰属する権利を確立する試みから出発した。しかし、個人に帰属しない環境について個人の権利という構成をとることの困難さは、フランスにおける環境への権利の主張に対する批判からもうかがうことができる。日本においても、人に帰属しない環境の保護に関して私法上の環境権が今日まで実務上承認されていないことは、周知のとおりである。第三章においては、環境侵害の民事救済に関する日本法の議論を概観し、フランスの純粋環境損害に関する議論が日本法との関係でどのような意義を有するのかについて検討を試みる。

［付記］

本稿は、平成23年度学術研究助成基金助成金（若手研究（B）：課題番号23730079）の助成を受けた研究成果の一部である。

校正の段階で、J.Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011に接した。本稿と関わりのある概念としては、法人の訴権（pp.135 et s.）、主観的権利（pp.149 et s.）、共同物ないし共同財産（pp.238 et s., pp.390 et s.）について叙述がある。

書　評

胎動する「国際人口移動の政治学」

—— 明石純一著『入国管理政策—「1990年体制」の成立と展開』を読んで ——

宮　井　健　志

はじめに

国際人口移動は、国民国家を単位とする主権国家体制と分かちがたく結びついた、すぐれて近代的な現象である。その近代性は、越境の性質や規模ではなく、国家による「合法的な移動手段の独占」が世界的に拡大し、制度化したなかでそれが発生しているという構造的な枠組みに存する[1]。「領域からなる構成体（territorial organization）」であると同時に「成員からなる構成体（membership organization）」でもある国民国家は[2]、その成員たる「国民」と他者である「外国人」の境界を画定し、維持し、管理することによってのみ機能しうる。それゆえ、国家成員資格（国籍）、パスポートとそれに関連する移動の管理は、国民国家の正統性を支える本質的な制度であるとともに、こうし

[1] John Torpey, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State,* Cambridge: Cambridge University Press, 2000（藤川隆男監訳『パスポートの発明—監視・シティズンシップ・国家』法政大学出版局、2008年）。なお、「入国管理」および「パスポート」の生成と発展については、田所昌幸「国際人口移動と国家によるメンバーシップのガバナンス」遠藤乾編『グローバル・ガバナンスの歴史と思想』有斐閣、2010年、192-216頁も併せて参照。

[2] Rogers Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany,* Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 22（佐藤成基・佐々木てる監訳『フランスとドイツの国籍とネーション—国籍形成の比較歴史社会学』明石書店、2005年、43-44頁）。なお、引用箇所の訳は邦訳のものと同一ではない。以下同様。

た制度が各国家に根づくことは、水平的かつ多元な近代国際社会を維持する上で不可欠な要件となっている。

しかしながら、近年顕著なのは、国民国家体制と国際的な人の越境現象との間には何らかの齟齬があり、その歪みが世界各地で問題となっているということである[3]。都市における移民集住と貧困、定住外国人の政治的地位および社会統合、難民の受け入れ体制、移民排斥を掲げる極右政党の台頭、テロリズムの脅威など、その歪みは様々に指摘できよう。いずれにせよ国際人口移動は、複雑化し流動化する現代社会を描き出す一つの断面であり、したがって分野横断的に多くの関心を集めている。このようななかで、「移民の時代」[4]における「国家」や「政治」の在り方へと学術研究の意識が向くのも自然なことに違いない。実際、移民問題が高度に政治化している西洋諸国においては、政治学的見地からそれらを分析する規範的・経験的研究が近年とみに盛んになっている[5]。

日本ではどうか。「単一民族神話」に典型的に表れているように、一般に日本は同質性が高いとみなされる。統計的にも2010年現在の総人口に占める外国人の割合は約1.7％であり、他の先進諸国と比べればこの数字はたしかに少ない[6]。しかしそれでも、2010年末では約213万人の外国人が日本で生活を営んで

---

[3] 国際人口移動と国民国家の間にある原理的な緊張関係については、以下の文献を参照。Christian Joppke, "Immigration Challenges the Nation-State," in Christian Joppke (ed.), *Challenge to the Nation-State: Immigration in Western Europe and the United States,* Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 5-46.

[4] Stephen Castles and Mark J. Miller, *The Age of Migration, Forth Edition,* Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009（関根政美・関根薫監訳『国際移民の時代 第４版』名古屋大学出版会、2011年）。

[5] 海外における政治学的研究の動向については、James F. Hollifield, "The Politics of International Migration: How Can We 'Bring the State Back In' ?," in Caroline B. Brettell and James F. Hollifield (eds.), *Migration Theory: Talking across Disciplines, Second Edition,* New York, London: Routledge, 2008, pp. 183-237をさしあたり参照。なお、ホリフィールドが指摘しているように、「国際人口移動の政治学（politics of international migration）」なる学術領域が発展し始めたのは1980年代から1990年代にかけてであり、研究対象としてはそれまで周縁的であり続けたことに留意されたい。*Ibid.*, p. 184を参照。

[6] 各国の統計については、OECD, *International Migration Outlook: SOPEMI 2011,* OECD Publishing, 2011を参照。

おり、その数は長期的には増加傾向にある[7]。また、少子高齢化に伴う人口減少社会の到来、労働力不足への懸念が広がるなか、定住や帰化を前提とする「移民」の受け入れが現実的な政策構想として注目されている。学術研究においても「多文化共生」や「移民政策」などを検討する著作が年々増加しており、日本もまた「移民の時代」から無縁ではいられず、このテーマの重要性が高まっている状況が見て取れよう[8]。

しかしながら、このように国際人口移動が関心を集めつつある一方で、それを制御する「国家」や「政治」の機能、その営みとしての「入国管理政策」は、日本における学術研究の主題としてはこれまで周縁的であり続けた[9]。研究の主流をなしてきたのは、むしろ国家や政治を「副次的」とし、越境の動因や越境者の生活実態の解明など、越境者やそのネットワークを本位とするものであった。つまり、外国人受け入れをめぐる「現実」と「政策」の接点を探る試みが、これまでは決定的に欠けていたのである。

この研究上の赤字を埋める上で先駆となった研究が、本稿で紹介する明石純一著『入国管理政策―「1990年体制」の成立と展開』である。本書は、政治学、とりわけ政治過程論的な視座から、日本の入国管理政策（以下入管政策と略す）の変遷を、明治期から最現代にかけて通観したものである。本書の主題は、「過

---

[7] 日本における外国人の入国者数や登録者数などの各種統計は、法務省入国管理局『出入国管理』（各号）を参照。

[8] 学術文献については枚挙に暇がないが、たとえば駒井洋編『国際化のなかの移民政策の課題』明石書店、2002年や、川村千鶴子ほか編『移民政策へのアプローチ―ライフサイクルと多文化共生』明石書店、2009年などを参照。2008年に発足した「移民政策学会」なども、研究の重要性の高まりを示す一つの証左といえよう。

[9] 外国人労働者に限定した話ではあるが、明石以外にも桑原潔が同様の問題点を指摘している。桑原によれば、日本における外国人労働者政策が、法学、経済学、社会学によって主に問われてきたために、「政策決定のメカニズムやそのプロセスには、ほとんど関心を払ってこなかった」という。桑原潔「外国人労働者政策と２つの政策ネットワーク―なぜ政策が変更されないのか」『政治学研究論集』第16号、2002年、138頁を参照。併せて明石純一「『入管行政』から『移民政策』への転換―現代日本における外国人労働者政策の分析」日本比較政治学会編『国際移動の比較政治学』ミネルヴァ書房、2009年、217-245頁、とくに219-223頁を参照。

去に遡り、日本の入国管理がいかなる時局的認識のもとで生成され、現在の形状を備え、そのなかで日本社会の現実の少なくとも一部を創出してきたのか、これを検証」することにある[10]。入国管理は、国際人口移動を水際で管理・統制し、国内に在留する外国人の法的地位を規定する制度であり、国家の移民政策を形作る最重要の変数である一方、その成立の契機や機能についての研究はこれまで乏しかった。本書はその貴重な業績の一つであるが、そうであればこそ批判的なレビューに値しよう。以下では、本書の内容を概観しながら、その意義と射程を見極めていきたい。

1．本書の構成、内容

本書は、次のような構成と内容から成っている。

はじめに
　序章　国境を越える人の移動と入国管理
第１部　人の越境と日本の入国管理
　第１章　研究動向にみる問題の輪郭
　第２章　「1990年体制」の前史
　第３章　「1990年体制」の成立
第２部　「1990年体制」の展開
　第４章　「知識労働者」の誘致
　第５章　「留学生」の受け入れ
　第６章　「歓迎されざる」越境者への対応
　第７章　入国管理の「国策化」と「国際化」
　結章　越境の時代と入国管理

まず、主要概念の定義を紹介する。「入国管理政策」とは、「越境を試みる者に対する入国の許否、滞在期間、就労を含む活動分野などを決定するルールそのものであるとともに、その解釈行為」である[11]。入管政策は、関連法規の制

[10] 明石純一『入国管理政策―「1990年体制」の成立と展開』ナカニシヤ出版、2010年、ii頁。
[11] 同上、５頁。

定のみならず、政令や告示、行政通達、現場のガイドラインに至るまで、幅広い領域において表出する。また、「入国管理体制」とは、「入国管理の様態を示す歴史的、包括的な概念」を意味する[12]。ある入国管理体制が成立する要件としては、国家･社会通念や法編成もその一つであるが、明石が着目するのは「在留資格」である。というのも、入国の条件・滞在期間・労働の可否などを目的別に分類し、外国人の活動範囲を定める「在留資格」は、「入国管理体制の制度的根幹」だからである[13]。その在留資格の大幅な変更および拡充をなした1989年の「出入国管理及び難民認定法」の改正、翌年の施行を法的根幹とし成立したのが、本書の主題たる「1990年体制」である。

導入にあたる序章においては、本書の問題関心および研究の方法論を論じている。近年の外国人入国者数および登録者数の統計的事実をもとに、越境者の国籍や属性の歴史的変化を指摘しつつ、国際的な人の越境に対する研究関心が高まっている背景とその課題を提示している。また、入国管理政策や入国管理体制といった主要概念の定義､本書の分析モデルと研究上の限界を示している。

第１部は３章から成る。まず、第１章では、国際人口移動に関わる研究動向を目的ごとに分類し、入管政策に着眼する本書の問題意識の精緻化を試みている。そのなかで、先行研究においては、外国人の受け入れ実態に関する事後的分析や、規範的見地からの政策批判・政策提言が目立つ一方、入管政策の機能的パフォーマンスや政策効果に対する関心が希薄であると指摘する。

第２章では、「1990年体制」の前史を検証する。近代国家への歩みを進めるなかで成立した「1899年体制」、GHQ の影響下で「在留資格制度」および法務省所轄での「入国管理業務の一元化」が制度化した「1952年体制」、難民認定を法制化した「1982年体制」というように、明治期から1980年後半までの入管体制の変遷を概観し、体制ごとの課題や入国・在留条件の歴史的連続性、非連続性を検討しながら、現代の日本社会が直面する問題の萌芽を看取する。

第３章では、「1990年体制」の成立に至る政治過程を分析する。1980年代後半当時、未曾有の好景気のなかで、国内労働力の逼迫や急増する超過滞在・不法就労が問題化していた。これを受けて、専門的知識・技能を有する「知識労働者」の受け入れ準備および「不法就労」の抑制については政府内で一定の合

[12] 同上、６頁。
[13] 同上、６頁。

意があったものの、いわゆる「単純労働者」について事態は錯綜していた。この問題は、労働省と法務省間で政策イニシアチブをめぐるセクショナリズムを誘発するのだが、結果としての1989年の入管法改正では、「単純労働者」の受け入れ拒否、法務省による一元的管轄といった従来の原則が再確認されることとなる。しかしながら当時の労働力不足は深刻であり、業界の要望を吸い上げるかたちで、「日系人」や「研修生」、「技能実習生」など、入管法の原則に抵触することなく実質的な就労を認める「みなし単純労働者」の受け入れルートが「開拓」されていく。過度に政治化されず閉鎖的な環境のなか、政策アクター間の「妥協の産物」として成立したのが、現行の「1990年体制」だったのである。

第２部では、「1990年体制」成立後の展開を、第４章、第５章、第６章で在留資格の性質ごとに分類、検討し、第７章にて直近の政策展開を踏まえてそれらを横断的に論じている。主な検証の対象は「知識労働者」、「留学生」、「歓迎されざる越境者」（たとえば不法残留者、不法入国者）である。検証は基本的に同様の方法論に基づいており、政策対象の受け入れ・流入の状況、関連する非政策要因や環境変数に言及したのち、実際の入管政策の展開およびそれが果たした制御機能の有無、程度を検討している。その上で明石は、近年の政策展開から、入管政策が個別的な政策分野から脱却し「国益」や他の政策分野との連動性を高めている「国策化」、国際的情勢の変動や外交的な圧力への応答性が強く要請されている「国際化」という二つの傾向を見出す。「単純労働者」に関する著しい政策と実態の乖離、難民認定制度の見直し、人口減少社会への対応、看護・介護労働分野における経済外交化など、現行の「1990年体制」は内外から転換を迫られている。明石は、依然として萌芽的状況としながらも、今日の入管政策は、「受動的」な「入管行政」を脱却した、「能動的」かつ「体系的」な「移民政策」への過渡期にあるという認識を示す。

結章では、本書の検証を振り返りながら、入管政策の制御機能を改めて評価する。さらに、末尾では日本の事例から距離を置きつつ、「脱国家化」と「再国家化」、あるいは国境の「希薄化」と「顕在化」が同時進行する国際社会における入管政策の「背理」的な属性に言及し、学問上の課題を提示している。

２．本書の特徴、意義

まず、本書は日本の入管政策を明治期から最現代まで体系的に通観する研究であり、検証の時期および範囲において類をみない。また、政府関係資料から

委員会報告に至るまで一次資料を渉猟し、広範にわたる情報を読みやすくまとめていることのみをみても、学術文献としての貢献度は高いと評価できる。それのみならず、本書は少なくとも以下の三点において既存研究の間隙を埋める基盤的研究に仕上がっている。

まず、第一に、明石の議論は、「越境者」から「政策」へと視座を転回し、日本における移民研究の射程を大きく広げた。つまり、日本における移民研究の多くが、どちらかというと入管政策を「副次的」あるいは「与件」とし、越境者やそのネットワーク本位の研究を積み重ねてきたのに対して、明石は入管政策そのものを主題とした国家･政策本位の研究へと視座を転換したのである。明石の叙述の特徴は、国家における政策アクターが必要とし選択した連続的な過程として、入管政策の展開を描くことにある。そうすることで、移民研究において強調されがちなトランスナショナリズムや移住システム論をいったん後景に退け、政策形成過程・実態的作用の両面から「現実と政策の接点」を探り[14]、解釈しなおしたのである。

そのなかで、明石は、国家単位で入管政策がいかに成立し、機能し、変遷したのかを大局的・体系的に跡づけ、その歴史的展開を俯瞰することに成功している。従来の研究においては､分析対象を「日系人」や「技能実習生」､「難民」など特定のカテゴリに限定する傾向があったのだが、本書は「入管体制」という概念を立てることによって各カテゴリを包括的な構図のもとに位置づけており、入管政策の「領域横断性」が徐々に強まっていくさまを余すところなく描き出している。また、主題となる政策に焦点を絞ることで、その領域に関する多くのアクターを叙述上取り上げており、政策主体としての省庁のみならず、利益団体の提言や国際組織の関与に至るまで、国家の政策形成および決定に影響を与えた数多くの要因や変数を網羅している。日本の移民研究における理論化の不足はしばしば指摘されるところであるが[15]、政策展開の歴史的事実に関する基本的なコンセンサスすら希薄なことが、その主因なのではなかろうか。

---

[14] 同上、５頁。

[15] たとえば、樽本英樹「国際移民と市民権の社会理論―ナショナルな枠と国際環境の視角から」『社会学評論』57(4)、2007年、708-726頁、および樋口直人「分野別研究動向（移民・エスニシティ・ナショナリズム）―国際社会学の第二ラウンドにむけて」『社会学評論』57(3)、2006年、634-649頁を参照。

この点、本書が依拠する叙述的モデルは歴史研究に親和的であり、入管政策に関連する変数を数え上げたことは、今後の理論的一般化をなす上での重要な足掛かりとなろう。

第二の意義として、国際人口移動に対する入管政策、ひいては国家の制御機能を検証しており、そのなかで「乖離仮説（Gap thesis）」の部分的な反証に成功していることが挙げられる。ここでいう「乖離仮説」とは、公式の入管政策と社会的実態との間になんらかの「乖離」が生じ続けるという経験的な仮説を意味する。その「乖離」は、大衆意識／エリート意識、政策目的／結果、国際的利益／国内利益など幅広く観察されるが[16]、近年、「仮説」の検証、すなわち「乖離」の有無やそれが発生する原因や過程を検証する研究が盛んである[17]。本書の問題意識もこの延長線上にあり、日本における「政策と実態の乖離」、なかでも政策目的／結果のそれに関して検証を試みている。

たとえば、「定住者」（主に日系人）や「研修生」、「技能実習生」の受け入れに関しては、たしかに制度趣旨／実態の乖離は発生しているが、それは政策目的／結果の乖離では必ずしもなかった。むしろ、単純労働力の受け入れを認めないという入管法の枠内で、外国人労働者を招き入れるルートとして「開拓」されたものだったのである[18]。また、「歓迎されざる越境者」の抑制に関しては、幾多の法改正および制度的な働きかけにより、非正規滞在者をピーク時の３分

[16] 日本においては、梶田孝道らが、とりわけ日系人労働者に関して、「意図せざる結果」論として定式化している。梶田孝道・丹野清人・樋口直人『顔の見えない定住化―日系ブラジル人と国家・市場・移民ネットワーク』名古屋大学出版会、2005年などを参照。

[17]「乖離仮説」に加えて、先進諸国の入管政策が似通っていくという「収斂仮説（Convergence thesis）」の両面から比較実証を試みた著作として、Wayne A. Cornelius *et al.* (eds.), *Controlling Immigration: A Global Perspective, Second Version,* Stanford: Stanford University Press, 2004を参照。また、West European Politics の第29巻２号では、「乖離仮説」を検証する特集号が編まれている。問題の概略については、本特集の冒頭論文である Gallya Lahav and Virginie Giuiraudon, “Actors and venues in immigration control: Closing the gap between political demands and policy outcomes,” *West European Politics,* 29: 2, 2006, pp. 201-223を参照。

[18] 明石、前掲書、第３章を参照。

の１以下にまで減らすこととなった[19]。西洋諸国の乖離として典型的に論じられるのが非正規滞在者であることを考えると[20]、後に触れるように規範的な問いを抜きにすれば、この定量的事実はたしかに「特筆すべき政策的作用」[21]が存在したことを示しており、乖離仮説の重要な反証である。政策目的と結果がやや乖離した対象としては「知識労働者」や「留学生」があるが、前者については労働市場に受け入れの是非を基本的に委ねていたこと[22]、後者については留学生の「質的水準」よりも「量的水準」が重視されたこと[23]など、乖離が発生した経緯と要因を説得的に検証している。

日本のいわゆる移民研究において、これまで多くの論者が入管政策に言及し、国家の制御能力の有無について関心を示してきたのだが[24]、それを政策目的と実態的作用の両面から体系的に検証する試みはなかった。もちろん、政策が生み出した帰結や実態に即して乖離を検討し、その問題点を抽出することは大切である。しかしながら同時に、その乖離を大局的な政策の流れのもとに位置づけ、政策意図に照らして政策の作用が発揮・制約された過程を跡づけること、あるいは逆に、ときに問題を看過し「不作為」を貫いた政治的背景を検証する

---

[19] 同上、第６章を参照。不法残留者数は、1993年の29万8646人をピークとしてその後一貫して減少し、2009年には11万3072人を記録した。2011年１月１日現在では７万8488人となっており、さらに減少している。法務省入国管理局『出入国管理』（各号）を参照。最新の数値については法務省報道発表資料「本邦における不法残留者数について（2011年４月25日）」http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri04_00008.html（最終閲覧2012年１月４日）を参照。

[20] この点については、自由民主主義国家は、「自己制約的主権（self-limited sovereignty）」に基づき「招かれざる越境」を抱え込まざるをえないとする以下の論考を参照。Christian Joppke, “Why liberal states accept unwanted migration?,” *World Politics,* 50: 2, 1998, pp. 266-93.

[21] 明石、前掲書、291頁。

[22] 同上、第４章を参照。

[23] 同上、第５章を参照。

[24] たとえば梶田孝道と伊豫谷登士翁は「国際労働力移動は、国家を越えたグローバルな動きであり、国家が、どこまでこの動きをコントロールできるのかという、大きな疑問が存在する」と指摘している。梶田孝道・伊豫谷登士翁編『外国人労働者論―現状から理論へ』弘文堂、1992年、13頁。

ことも同じくらい大切である。乖離を与件とせず、それが発生した原因や経緯を検証する作業なくして、乖離を縮減することは難しいだろう。この意味で、本書の緻密な検証の意義は大きい。

第三に、本書は、実務者のみならず隣接分野の研究に対しても議論の素地となる情報を豊富に提供しており、学問分野間の「相互対話」を促しうる業績である点が挙げられる。いわゆる移民研究は「分野横断性」に特徴があり[25]、日本においても社会学や経済学、政治学や法学、文化人類学から歴史学に至るまで、多くの研究蓄積がある。しかしながら、こうした学際的な関心の一方で、各分野間の対話は乏しく、それぞれの規範的パラダイムに即して研究が進んできた。学問分野間の差異は当然に存在するとはいえ、明石が論ずるように入管政策の「国策化」および「国際化」が進み、今後それが多様な政策目的を「結節」させていくとすれば[26]、学術研究もまた「結節」させる必要がある[27]。経済的な需要と単純労働者の人権の両立はいかにすれば可能だろうか。外国人居住者やその子弟の実際的な要請はいかなるものなのか。それらへの政策的対応はどこまで妥当であり、また限界はどこか。こうした問題は、一つの学問分野で完結して答えられるものではない。

明石は、政策アクターがいかに問題を捉え政策を供給し、それがいかなる帰結を生み出したのかという過程を、価値中立的な「観察者」の視点から体系的に叙述した。この過程のなかに、たとえば社会学的な実態調査による外国人住民の要請と、政策担当者の意図との間にある温度差を読み取ることも可能であろうし、あるいは政策過程における経済学的な理論意識の欠如を指摘することもできよう。このように、本書は隣接分野から政策を精査する上での問題発見の業績としても多くを読むことが可能である。多面的な議論の前提となる基礎

[25] たとえばS・カッスルズは、「社会科学としての移民研究はそれ自体、〔…〕理論と方法論において強力に多分野横断的（multi-disciplinary）である」としている。Stephen Castles, “Migrations and Minorities in Europe. Perspectives for the 1990s: Eleven Hypotheses,” in John Wrench and John Solomos (eds.), *Racism and Migration in Western Europe,* Oxford: Berg Publishers, 1993, p. 30.

[26] 明石、前掲書、11頁。

[27] 同様の問題意識から、その学問的対話を試みた先駆的業績として、Caroline B. Brettell and James F. Hollifield (eds.), *Migration Theory: Talking across Disciplines, Second Edition,* New York, London: Routledge, 2008を参照。

的事実を網羅した点において、本書が今後の移民研究における基盤的業績であることは間違いない。

3．今後の課題

さて、以上のように本書の学術的意義は大きい。以下では、本研究から見出せるいくつかの課題を提示するが、それらは本書の価値をいささかも減ずるものではないということをまず指摘しておく。評者の意図は、むしろ、本書を足掛かりに進展が望まれる研究の道筋と展望を多少なりとも描くことにある。

第一に、本書において描かれた入管政策の史的展開から、政策構造や意思決定プロセスに関するモデルないし理論を抽出することが課題として残る。本書の政策過程分析は、因果的推論に基づく歴史叙述に拠るところが大きく、理論的含意は乏しい。ただしこれは先駆的研究であればこその限界であり、入管政策の多面的な展開を幅広く分析の射程に収めるために、統一的な理論やモデルの確保を犠牲にしているのである[28]。この意味で、どちらかというと本書は入管政策をとりまく変数の数え上げに力点があるといえるが、ここではその変数の構造的配置を理解する必要性を指摘したい。

入管政策を独立・従属という二つの変数として扱う点に明石のアプローチの特徴があるのだが、この分析単位としての入管政策それ自体が多くの下位変数を含む。具体的にいえば、明石は入管政策の構成要素として、法令の制定のみならず、「国際規範へのコミットメント」や「関係省庁の施行計画や関連する施策」、「行政通達」などを含めている[29]。下位変数を広く取り上げることは、入管政策の「動態」的な側面を描く上で重要であり、本書の叙述の基礎はここにある。しかしながら、明石はこれらの下位変数間の権力的序列や制度的制約について検討していないため、入管政策においてどの変数が核となり、それぞ

[28] 1970年代末に英仏の移民労働者政策を比較分析し、この分野の先駆となったG・フリーマンも、同様の限界を指摘していた。Gary Freeman, *Immigrant Labor and Racial Conflict in Industrial Societies: The French and British Experience, 1945-1975,* Princeton: Princeton University Press, 1979, p. 310を参照。フリーマンの方法論を検討した大嶽秀夫『政策過程』東京大学出版会、1990年、162-184頁も併せて参照されたい。なお、本稿で指摘した「先駆的研究であればこその限界」という点は、大嶽の洞察に示唆を受けた。

[29] 明石、前掲書、６頁。

れどのような関係にあるのかが判然としない。入管政策の下位変数は、水平的な協調関係ではなく、どちらかというと垂直的な階層構造のなかに存在しているのではなかろうか。こうした下位変数の構造的配置について、明石は個別的に言及してはいるが、全体としてはブラックボックス化している。この帰結として、政策評価の局面において下位変数と政策的作用の因果関係を特定することが困難となり、政策の結果責任を担う執行主体が拡散している。つまり、変数の総体として入管政策が一定の機能を果たしたことはわかっても、いかなる構造で成立し作用したのかが特定できず、入管政策の全体像が曖昧となってしまっているのである。その全体像を把握するためには、政策の執行主体と所掌分野の対応関係を明確にし、それらの階層的な関係性を過度に還元することなく論じる必要がある。

したがって、以上の要素を取り込んだ構造的モデルの抽出が課題となる。この作業は、多国間の比較分析において不可欠であることはもちろん[30]、実務上でも意義ある研究となろう。というのも、それは、政策アクター間の権力的序列や政策過程における暗黙・無自覚の慣行を意識化・対象化することで、一方では「秘密主義的」であり「不文法源に依拠」[31]しているとされる政策過程や行政裁量の枠組みを一般人が俯瞰可能なかたちで明らかにしながら、他方で、政策アクター自身さえ認識しえなかった「常識」を露にすることで、かれらの自己理解の深化や説明能力の向上を促すからである。大嶽秀夫の言葉を借りれば、こうした「常識の神話性」を明らかにすることに、政治学が有する「神話破壊機能」がある[32]。本書により、明石が一般に知られていなかった数々の要因を調べ上げ意味づけることを通して、一定の「神話破壊」を果たしたことは間違いない。そうだからこそ、今後の研究は本書を足掛かりに理論的一般化へと歩を進めねばならない。なお、これは「観察者」的な視座を貫く本書のアプ

[30] 明石は、多国間比較を可能とする理論的モデルの確立を目指した論考をすでに発表している。明石純一「移民政策の比較研究と分析枠組み―人の国際移動をめぐる『境界』と『領域』」『IPE Discussion Paper』7、2003年、1-24頁を参照。なお、この論文にみられるような分析枠組みを本書に応用、投射しなかった理由については定かでなく、明石自身に問うほかない。

[31] 丹野清人「在留特別許可の法社会学」『大原社会問題研究所雑誌』第582号、2007年、８頁。

[32] 大嶽、前掲書、60頁。

ローチに親和的であり、政治過程論における理論的蓄積を大いに活用しうる研究領域といえよう。

第二に、入管政策の「動態」的な側面、すなわち政策アクターが有する問題認識の変動や政策・制度の具体的変化に焦点を当てた本書は、それに対置される制度的連続性としての「静態」的な側面には比較的無口である。これはとくに入管体制の分析に当てはまるのだが、明石は「争点」となった事象を取り上げる一方で、「争点」とならなかった制度構造やその機能を十分に意味づけていない。つまり、第一の課題が入管政策の構造的理解にあるとすれば、第二の課題は構造それ自体が有する機能的特徴の理解にある。

ここでは、「在留資格制度」と「外国人地位認定手続きの一元的管轄構造」を取り上げよう。どちらも戦後にGHQの影響下で米国の移民法をもとに制度化され、1952年以降の日本の入国管理を継続的に特徴づけるものなのだが、明石は、在留資格制度を入管体制の「制度的根幹」[33]と称するものの、それが制度的根幹たる理由について検討せず、一元的管轄構造についても成立の経緯を追うにとどめている。しかしながら、入管体制を分析するためには、こうした根幹的な制度やその構造が有する機能的特徴は論点であるべきではないか。

まず「在留資格制度」については、憲法学上で「出入国システム優位説」なる学説が存在するほどに、「行政優位」で執行・変更が可能だという特徴が指摘できる[34]。人権の享有主体としての外国人の地位は学説上でもいまだ決着がついておらず、司法と行政の間で抑制・均衡が十分に成立していない領域のひとつである。つまり、外国人の権利を在留資格の「わく内」[35]で半ば専権的に

---

[33] 明石、前掲書、6頁。

[34] 憲法学上の議論については、さしあたり安念潤司「『外国人の人権』再考」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開（上）／芦部信喜先生古希祝賀』有斐閣、1993年、163-181頁や、柳井健一「外国人の人権論―権利性質説の再検討」愛敬浩二編『人権の主体』法律文化社、2010年、158-177頁を参照。

[35] 1978年のいわゆる「マクリーン事件」の最高裁大法廷判決（最大判昭和53年10月4日）における表現である。この判示においては、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」との解釈を示し、「権利性質説」を根拠づけた一方、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、〔…〕外国人在留制度のわく内で与えられてい

行政府が定められることにこそ、「制度的根幹」としての「在留資格制度」がある。本書においては、こうした司法的制約の不備が論じられておらず、行政が専断的に政策を執行できた背景を等閑視している問題がある。つぎに、「一元的管轄構造」についてである。一般に、滞在許可や労働許可を含めた「在留資格」を原則的に入国時点で一括して付与する入管体制、いわゆる「海境国型」の入管体制は、越境者の「選別」、とくに潜在的な越境の抑止に関して高い実効性を備える[36]。というのも、入国許可と滞在許可・労働許可を認定する権限や手続きが分離する「陸境国型」に比べて、査証制度によって越境者の細かな事前審査が可能だからである。かつて典型的な「陸境国型」であったフランスやドイツといった大陸諸国の多くが、近年、高技能労働者を中心とした選別的な移民受け入れを志向するなかで、執行権限の一元化や労働許可・滞在許可の一括化、査証発給引き締めによる潜在的越境の抑制などを通して、「海境国型」の入管体制へと移行したことはこの意味で示唆的である[37]。

粗雑ながら以上の考察を踏まえると、日本の戦後入管体制は、たとえGHQの影響下で偶発的に成立したものといえども、少なくとも「行政の優位」、「越境者の選別」という二点に関して、政策アクターの利便にかなう機能を持続的に備えてきたといえる。こうした法構造や制度構造に由来する機能的特徴は、たしかに「動態」的な政策効果としては現れにくく、本書が主眼とする定量分析にはそぐわない。そうであるとしても、「入管体制」という概念を用いる以

るにすぎないものと解するのが相当」との表現が含まれたことにより、広範な行政裁量もまた認めることとなった。

[36] 「海境国型」と「陸境国型」の区別については、竹内昭太郎『出入国管理法制論』信山社、1995年を参照。

[37] いわゆる国境の「遠隔操作（remote control）」の傾向である。欧州連合においては、域内移動の自由化に際して外囲国境の共通管理政策が敷かれており、越境規制の「外部化（externalization）」は幅広く観察される。この点については、Virginie Guiraudon, "Before the EU Border: Remote Control of the 'Huddled Masses'," in Keeth Groenendijk *et al.* (eds.), *In Search of Europe's Borders,* The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 191-214を参照。近年のヨーロッパにおける入管政策および移民政策の概況については、Christian Joppke, "European Immigration Policies: Still Between Stemming and Soliciting," in Paul Heywood *et al.* (eds.), *Developments in European Politics 2,* London: Palgrave Macmillan, 2011, pp. 220-240を参照。

上はそれに関してより掘り下げた考察が求められよう。

なお、当然ながら上で挙げた「海境国型」と「陸境国型」といったモデルは単純化された理念型にすぎない。管轄構造のみならず、国家の立地環境条件や集権性、外国人に関する憲法規定や国際規範の適用状況、関連法の構成、立法府の影響力などによって入国管理の形態は大きく異なるのであり、モデルを洗練させる余地は大いに残っている。モデルの確立とそれを通した比較分析は、一般に「特殊」であり「鎖国的」だと形容されがちな日本の入管体制の経験を制度面から相対化する作業であり、明石が問題視する「日本特殊論」や「日本鎖国論」といった「認識論的な課題」の克服につながる[38]。この意味で、研究の需要は相当に高い課題であるといえよう。付言すれば、以上で述べた第二の課題も、「観察者」的な研究に親和的なものである。

ただし第三の課題として、「観察者」的な視点のみでは応答しえない、入管政策と規範をいかに接合させるかという問いが不可避である。ここでの意図は、普遍的理念に立脚した入国管理の「開国」といった目的論的な理想主義を強調することではない。そうではなく、明石が論じるように、入管政策が「一方で国境を弛緩させ、他方で国境に緊張を強いる一見すれば背理とも映る実践」[39]であるという本質に鑑みたとき、それを見据える分析は規範的な問いから逃れられないことを提起したいのである。

本書において入管政策に対する規範的断罪から徹底して距離を置いた明石は、末尾にて以下のように述べる。「原点に立ち戻れば、現代の入国管理の要諦とはおそらく、国境を越える個の自由と社会全体の秩序を両立させることで

[38]「日本特殊論」とは、日本の事例を他国に比べてユニークなものとする言説を、「日本鎖国論」とは、入管政策に「鎖国的」かつ「排外的」なメンタリティを指摘する言説を、それぞれ意味する。明石、前掲書、39-50頁を参照。本書では日本の事例のみを扱っているがゆえに、これらの「認識論」を克服したとは言いがたい。しかしながら、明石はすでに台湾やインド、シンガポール、ヨーロッパなどを対象としてフィールドワークを重ね、研究成果を発表しており、それらの克服へ向けた意識は明らかである。代表的な成果として、明石純一「外交資源としての外国人労働者―台湾の事例分析」『国際政治』第146号、2006年、172-186頁や、同「シンガポールにおける外国人労働者受け入れの歴史と概況」笹川平和財団『外国人労働者問題をめぐる資料集』、2010年、165-182頁を参照。

[39] 明石、前掲書、295頁。

あろう」[40]。いうまでもないことであるが、ここでいう「自由」も「秩序」も本来的に多面的な概念であり、その定義にはおのずと価値や規範が含まれている。それゆえ、それらを取り仕切る政策を「評価」するという試みもまた、価値中立的ではありえない。この点、行政の手続き的な妥当性を検証せずに、主に数値の増減に基づき政策効果を「評価」する本書の方法論では、その過程で恣意的・逸脱的な行政裁量と合理的・常態的な政策実践との間にある質的な差異を還元せざるをえない。具体例を挙げれば、退去強制や在留特別許可[41]などを通して非正規滞在者の数量を激減させたことは、たしかに「特筆すべき政策的作用」[42]の帰結であったかもしれない。しかしながら、それを「評価」する基準を、数量の増減に置くことが妥当かどうかについては、意見が分かれるところである。したがって、たとえ政策過程分析において「観察者」に留まることができても、政策「評価」の局面においては、現象に意味を付加する「行為者」として規範論に取り込まれざるをえないのである。治者（国民）と被治者（外国人）の関係が非対称であり、「合法的」な政策執行であっても、象徴的・実態的に「人権」概念に抵触しがちな入管政策だからこそ、政策評価の方法論について深慮が欠かせない[43]。さらにいえば、その深慮の基礎となるのは、ある「べき」入管政策という視座にほかならない。

おそらく、ここに入管政策を扱う政治学的研究の岐路が存在する。第一、第二の課題で示したように、規範から距離を置きつつ「観察者」的な視点から政策過程を解明し、精緻な理論モデルの描写に徹するのも一つの方向性である。その意義についてはすでに述べた。しかしながらここではもう一つの方向性、すなわち「個の自由」と「社会秩序」を両立するべく、あるべき規範と制度を接合する研究の重要性を論じてみたい[44]。

---

[40] 同上、同頁。

[41] 在留特別許可については、近藤敦・塩原良和・鈴木江理子編『非正規滞在者と在留特別許可―移住者たちの過去・現在・未来』日本評論社、2011年を参照。

[42] 明石、前掲書、291頁。

[43] この問題は、明石が、「日本における外国人の受け入れというテーマにおいて、政策科学、政策分析、政策評価といった研究領域と手法を充実させることは、今現在も残されている課題である」というとき、今後必ず克服せねばならないものとして立ち現れる。同上、51頁を参照。

[44] ここでの強調点は、「規範」を適用する対象が特定の政体における「制度」

その規範を析出する上での鍵は、入国管理が「政治的成員資格」を統御する営みであるという点にある。現代世界において、原則的に、難民を含めていかなる「外国人」も完全なる無権利者ではなく、「国民」とは差異化されつつも「成員資格」を通して一定の権利・義務が制度的に付与されている。このような階層的に構造化された「成員資格」の配分をいかに取り仕切るのかという問題が、帰化法制を含めた入国管理の核心にある。つまり、特定の属性を有する外国人に対して、それに見合った妥当な法的地位を「成員資格」として与え、人権を保護すると同時に社会秩序を安定させること、これが入国管理の要諦といえる。ここにおいて、規範と制度を接合することとは、「成員資格の配分」に規範的な根拠づけをなす「正しい成員資格の構想」を制度に結びつけることにほかならない[45]。現状ではその配分を規定する方式や過程、付与される権利義務の度合いは各国家によって大きく異なり、経済・社会状況によって一貫性のないままに変動することが多い。これは国際法上でも原則的に国家による排他的管轄権が認められているのだが、「移民」と「難民」が歴史的偶有性に基づいて区別され、後者のみが国際的な人権擁護の対象になったとすれば[46]、前者に関してもそこにあるべき秩序が問われなければならない[47]。その秩序を定める規範は必ずしも「普遍的」ではないにせよ[48]、少なくともこの点に関する省察なく

だということにある。外国人や受け入れ国家の国民に対して何らかの主体性や能動性、寛容さを強調する類の「規範」ではないことに留意されたい。

[45] Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Alien, Residents, and Citizen,* Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 3（向山恭一訳『他者の権利―外国人・居留民・市民』法政大学出版局、2006年、３頁）。

[46] この点については、柄谷利恵子「『移民』と『難民』の境界―作られなかった『移民』レジームの制度的起源」『広島平和科学』26、2004年、47-74頁を参照。

[47] この領域に属する国際規範としては、1990年に国連総会にて採択され、2003年に発効した「すべての移住労働者及びその家族構成員の権利保護に関する国際条約（United Nations Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families）」が包括的な枠組みとして存在する。しかしながら、2011年現在、日本を含め主要先進国は署名・批准していない。

[48] 入管政策はネーションの意味づけや歴史的経験に関わる象徴的な政策領域であり、「普遍性」の強調には慎重な配慮が必要である。この点、欧州連合における入管政策・移民政策の共通化の過程で、加盟国がそれぞれ歴史的に育んで

して、「個の自由」と「社会秩序」を両立させる政策の評価基準を導出することはできない。これは政治過程論的分析の領分を越え出るものではあるが、ここにこそ「自由」や「秩序」といった基礎概念に関して厚い蓄積がある政治理論、政治哲学の分野と入国管理を結びつける土壌があるのであり、それによって得るものも多いと思われる[49]。

なお、この作業は当然に入管政策に関する考察分野の拡大を含意する。たとえば本書では「帰化」[50]や「在日コリアン」について論及していないのだが、本来これらは入管政策から分離できる対象ではない。広義の入管政策は制度的にも理念的にもネーション概念に直結し、長期的にみれば既存のネーションそれ

きた域外諸国との関係性（たとえばフランスとアルジェリアなど）の一部を、連合単位で共有することに対する忌避感が、近年の加盟国市民が抱える連合に対する不信として表れていると指摘されている。岡部みどり「人の移動管理分野の欧州統合―複数の国境概念とＥＵを主体とする国際秩序」木畑洋一・後藤春美編『帝国の長い影』ミネルヴァ書房、2010年、93-114頁を参照。日本でいえば、「在日コリアン」や「日系人」といった特殊歴史的なカテゴリについて、過度に「普遍性」に立脚して議論を展開することは、逆に歴史性の軽視であるという批判もあろう。

[49] この論点に関する代表的な研究としては、以下を参照。Benhabib, *op. cit.*; Linda Bosniak, *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership,* Princeton: Princeton University Press, 2006; Ayelet Shachar, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality,* Cambridge: Harvard University Press, 2009. また、政治的共同体の成員資格を正義論の観点から論じた古典的著作として、Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality,* New York: Basic Books Inc. Publishers, 1983（山口晃訳『正義の領分―多元性と平等の擁護』而立書房、1999年）、とくに Chap. 2（邦訳第二章）を参照。なお、日本においても「段階的市民権」の構想や、階層的な外国人の権利を理論的に把握しようとする萌芽的研究は存在する。「段階的市民権」については、駒井洋『日本の外国人移民』明石書店、1999年、231-242頁や、近藤敦「人権・市民権・国籍」近藤敦編『外国人の法的地位と人権擁護』明石書店、2002年、17-41頁を参照。理論的枠組みを提示する試みとしては、柄谷利恵子「国境を越える人と市民権―グローバル時代の市民権を考える新しい視座を求めて」『社会学評論』56(2)、2005年、309-328頁や、樽本、前掲論文を参照。

[50] 日本の帰化制度の変遷と意味づけの変化については、浅川晃広『近代日本と帰化制度』溪水社、2007年を参照。

自体を変転させる営みである[51]。現代日本において、「格差社会」といった言葉に象徴されるように、「国民」内部における分断が囁かれて久しい。割れ目のない「国民」イメージが揺らぐと同時に、すでに多くの外国人が日本に生活の根を張っており、「多文化共生」といった言葉も市民権を獲得した。社会はじつに多様な成員から成り、「われわれ」意識もまた多様化しているのである。このような状況において、入管政策とは流動化する「われわれ」を再定義、再創造する不断の実践にほかならならず、また、「われわれ」が協働するための「社会の基礎構造」を定める根幹のひとつである[52]。この根深く政治的な実践に関する規範を析出することにこそ、国際人口移動を見据える規範的政治学の領分がある。

最後に強調しておきたいのは、以上で論じた二つの方向性に分岐する政治学的研究は、相互補完的な関係にあるということである。というのも、一方で、制度に対して規範的投射をするためには前提として制度構造に関する洗練された理論モデルがなければならず、他方で、規範論は経験的分析に対して考慮す

---

[51] この点について、“Nation of Immigrants” としてのアメリカのイメージが、「望ましい移民」を選別する入管政策によって歴史的に作り上げられた “Nation by Design” であるとする以下の文献を参照。Aristide R. Zolberg, *A Nation by Design: Immigration Policy in the Fashioning of America,* New York: Russell Sage Foundation, 2006.

[52] この一節はJ・ロールズから大きな影響を受けている。John Rawls, *A Theory of Justice, revised ed*., Cambridge: Harvard University Press, 1999（川本隆史・福間聡・神島裕子訳『正義論 改訂版』紀伊國屋書店、2010年）を参照。評者は契約的世界観に基づいて社会正義を希求する規範理論の重要性を認めている。しかしながら、多くの理論は事後的な「契約」、すなわち「他者」が政治的共同体の正当な成員になりゆく過程が十分に検討されておらず、この点を補完せねばならない。現実的な社会が「国民」のみの自己完結的な共同体たりえない以上、社会正義の対象は「国民」のみならず「外国人」へと拡張し、「成員資格」をいかに秩序づけるかという問いに応答する必要があろう。この点について、E・F・コーエンは、民主主義政体において、完全な成員資格（full citizenship）の一部を有する「準市民（semi-citizen）」の発生が不可避であることを論証・理論化し、それらの階層化の方式について規範的精査の必要性を強調する。Elizabeth F. Cohen, *Semi-Citizenship in Democratic Politics,* Cambridge: Cambridge University Press, 2009を参照。

べき「価値」や「構想」を析出し検証を下支えするからである。こうした移民研究における規範的政治学と経験的政治学の結託は、より現代社会への応答性を備えた「処方的（prescriptive）」な学術活動へと飛躍するための一つの方策にほかならない。

おわりに

かつてＪ・ホリフィールドは、以下のように述べた。「国際人口移動という加速する列車は、経済的・社会学的な力を燃料にして進んでいく。しかし、列車が走る線路を変更、あるいは完全に脱線させることができるのは、切り替え装置として機能する国家なのだ」[53]。つまり、経済や人口規模の世界的な不均衡、移民ネットワークやトランスナショナルな紐帯は越境の動因として存在するが、その越境に許否や条件を付しながら制御し、舵取りする国家なくして、国際人口移動という現象は成立しえないのである。この点が日本における従来の移民研究では十分に突き詰められてこなかった。

国際人口移動は、必ずといっていいほど「グローバル化」の一現象として語られる。しかしながら、制度に目を向けるならば、そこには入国管理があり、国家はその専権性を手放してはいない。むしろ、その現象を「国際的」なものに留めるべく、逆説的ではあるが規制を「グローバル」に強化しつつある[54]。また、国際人口移動の活性化を受け「国民」概念が揺らぐやいなや、その再定位を求めて内なる「他者」の排斥を掲げるナショナリズムが噴出することもある[55]。たとえ国民国家イデオロギーの正統性が疑われているとしても、それを単位とする主権国家体制の維持を求める諸力は、いまだ強靭なのである。しかしそれでも、趨勢としてのグローバル化は容易には逆行しえず、人の越境現象

---

[53] Hollifield, *op.cit.*, p. 196.

[54] この点については、Ronen Shamir, “Without Borders? Notes on Globalization as a Mobility Regime,” *Sociological Theory*, 23: 2, 2005, pp. 197-217や、明石純一「入国管理の『再編』とグローバルガバナンス―国境を越える人の移動をめぐる国家・市場・市民社会」『国際日本研究』第２号、2011年、1-38頁を参照。

[55] 移民とナショナリズムの関係については、河原祐馬・島田幸典・玉田芳史編『移民と政治―ナショナル・ポピュリズムの国際比較』昭和堂、2011年を参照。近年の移民排斥を掲げるポピュリスト政党が強調するのは、「国民」の純潔性であり、「民主主義」による自決の原理である。

は今後も各地で論争の的となろう。この意味で、まさしく現代とは「移民の時代」なのである。

明石の近著は、長らく研究上等閑視され続けてきた、日本という国家の入管政策に着目し、政策と現実を接合し、そこに変動の兆しを見出したものであった。間髪の時間差で本書では十分に取り上げられなかった直近の2009年の入管法改正をはじめとして[56]、たしかに日本の入管政策には動きがみられる。このようななかで、外国人を「いかに受け入れてきたか」を描いた本書は、これからの入管政策、すなわち「いかに受け入れていくか」を考える上での出発点となるに違いない。「移民の時代」において、すでに隣接ディシプリンは日本における越境現象の解明へと眼差しを向けているのだが、政治学の遅れは顕著に映る。移民研究なるものの本義がその「学際性」にあるとすれば、この遅れを取り戻すことは喫緊の課題である。

入管政策は単なる政策の一分野ではない。それは、「人の移動」と「国民国家」の連関と緊張、ナショナルな価値とグローバリゼーションの相克を取り結ぶ政治的営為なのであり、政治学的考察のもとに置かれるべき要素が溢れている。明石によってようやく達成された制度的考察を前にして、制度と規範を織り込んだ「国際人口移動の政治学」という研究領域が、肥沃でまだまだ未開拓なかたちで広がっているのを見出すのは、評者だけではないだろう。

[56] 1989年以来の入管法の大改正である。この改正が「1990年体制」の転換かどうかは今後の展開次第といえようが、主な改正内容としては①「在留カード制」の導入、②特別永住者証明書の交付、③研修・技能実習制度の見直し、③在留資格「留学」と「就学」の一本化、④入国者収容所等視察委員会の設置、⑤送還禁止規定の明文化、⑥退去強制事由の見直しなどがある。詳しくは、山田鐐一・黒木忠正『よくわかる入管法　第２版』有斐閣、2010年を参照

執筆者紹介（掲載順）

田口正樹　北海道大学大学院法学研究科教授

加藤雅俊　立命館大学産業社会学部准教授

永下泰之　北海道大学大学院法学研究科助教

王　万旭　北海道大学大学院法学研究科助教

小野寺倫子　北海道大学大学院法学研究科グローバルCOE研究員

宮井健志　北海道大学大学院法学研究科修士課程

常本照樹　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授

平成24年５月22日　印　刷
平成24年５月29日　発　行

編集人　山　本　哲　生

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
松　久　三四彦

印　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 63 May 2012 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Der Reichsgedanke Lupolds von Bebenburg: Römisches Reich und die Deutschen in der Mitte des 14. Jahrhunderts ☆ ····· Masaki TAGUCHI 1

Ideas, Interests and Institutions in the Analysis of Welfare State Realignment : Towards a Political Analysis of Institutional Change (3) ☆ ····· Masatoshi KATO 47

Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten für eigene Schadensanlage (3) ····· Yasuyuki NAGASHITA 103

An Essential Viewpoint of Piercing the Veil of Chinese Corporate Entity (2) ····· WANG WAN XU 294[1]

L'intérêt lésé sans appartenance au sujet de droit et la responsabilité civile (2)
—— une étude sur le préjudice écologique pur ——
····· Michiko ONODERA 250[45]

BOOK REVIEW

The "politics of international migration" as an emerging field of study in Japan - review article on Akashi Junichi, *Japan's Immigration Control Policy* - ····· Takeshi MIYAI 188[107]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan