HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第65巻 第1号 全1冊
Citation	北大法学論集, 65(1)
Issue Date	2014-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/56128
Type	journal
File Information	lawreview_vol65no1.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 65 巻　　第 1 号

論　　説

学識的民事訴訟における職権補充（suppletio iudicis）
—— 中世末期の解釈論の変動 —— …… 水　野　浩　二　　1

国際社会におけるアナーキー、周辺、介入
—— 植民地統治と平和構築 —— …… 五十嵐　元　道　180[1]

アメリカにおけるコミュニティの組織化運動（1）
—— ソール・アリンスキーの思想と実践 ——
…… 石　神　圭　子　156[25]

損害賠償法における素因の位置（6・完）…… 永　下　泰　之　37

研究ノート

輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の日中比較（1）
…… 李　　雯　静　69

講　　演

「先住民族の権利」と「文化」
…… アヴィゲイル・アイゼンバーグ　132[49]
辻　　康夫・津田久美子（訳）

雑　　報

北海道大学法学会記事 …… 121

2014（平成26）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）
奥田安弘（国際私法）
小川浩三（法史学）
小川晃一（政治思想史）
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）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
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）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林脇トシ文（経済法）
稗貫俊一（憲法）
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）
宮本太郎（比較政治経済学）
山口二郎（行政学）
山畠正男（民法）
吉田克己（民法）

教授

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）
佐々木雅寿（憲法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
鈴木一人（国際政治経済学）
鈴木賢（比較法）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）*
田村善之（知的財産法）
張千帆（憲法）
辻康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
中川寛子（経済法）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（民法）
藤原正則（日本政治思想史）*
眞壁仁（民事訴訟法）
松久三四彦（民法）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）*
山崎幹根（行政学）*
山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田広志（知的財産法）
亘理格（行政法）

特任教授

池田茂徳（法実務基礎）
榎本光宏（民事実務）
大川哲也（法実務基礎）
木下尊氏（民事実務）
岸田洋輔（刑事実務）
西村恵三子（刑事実務）

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）○
小濱祥子（アメリカ政治史）*
佐藤陽子（刑法）
蘇義淵（国際法）
田中啓之（行政法）*
中川晶比兒（経済法）
中島岳志（アジア政治論）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）*
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
前田亮介（日本政治史）
三宅新（商法）○緑
村上裕一（行政学）*
山木戸勇一郎（民事訴訟法）*
山本周平（民法）○
吉田徹（ヨーロッパ政治史）
米田雅宏（行政法）

講師

高影娥（民法）
徐行（比較法）
白鳥潤一郎（国際政治）

助教

五十嵐元道（国際政治）
石神圭子（アメリカ政治史）
王万旭（商法）
小幡宣和（行政法）
郭薇（法社会学）
黄浄愉（比較法）
佐藤結美（刑法）
ジョナサン・エドワード・ブル（日本政治史）
千田航（比較政治学）
倪潤（刑事訴訟法）
橋場典子（法社会学）
李妍淑（比較法）

雑誌編集委員　○印
*は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

学識的民事訴訟における職権補充（suppletio iudicis）

――中世末期の解釈論の変動――

水野浩二

目　次

1　問題設定と研究方法
2　一二世紀後半から一四世紀前半まで――弁護士との役割分担
3　一四世紀半ば以降――職権単体での把握へ

おわりに

1　問題設定と研究方法

本稿では西洋中世の学識法的（ローマ・教会法的）訴訟手続における、裁判官の職権に基づく介入のあり方ならびにその変遷を明らかにするために、ローマ法文C. 2.10.un.への解釈を検討する。中世学識法学（中世ローマ法学・教会法学）は法文に解説を施すという形で解釈論を展開したのであり、裁判官の職権介入も複数の法文の解説で論じられていた。C. 2.10.un.[1]はその一つで、当事者・弁護士の訴訟行為に不十分な点がある際に職権が法・事実について補充すること（suppletio iudicis）が扱われ、内容上近代以降の民事訴訟でいう釈明権の行使に含まれるものといえよう。

以下では、職権の作用に着眼する動機を説明した上で、本研究の対象と方法について述べることにしたい。

一　民事訴訟における職権の再定位

学識法的民事訴訟については伝統的に当事者主導というイメージが描き出されてきた[2]。しかし、職権作用に関する当時の学説についての研究は、そのほとんどは概説的叙述にとどまるとはいえ、一定以上に積極的な介入が裁判官に認められていたことを示している[3]。例えば当分野の大家たるクヌート・ヴォルフガング・ネルの最新の概説書は、当事者の主導性を肯定した上で、手続の各段階における職権の積極的介入の可能性を強調し、その手段として裁判官の釈明権

（Fragerecht）に言及する。[4]

中世学識法手続を下敷きにした近世についても同様の状況が見てとれる。従来、近世普通法の民事訴訟は弁論主義、一八世紀プロイセンの民事訴訟は職権探知主義として二項対立的に把握されてきた。しかし近年の研究では、普通民訴法はかなり積極的な職権作用を規定しており、他方プロイセン民訴法の職権主義は必ずしもプロイセン国家の後見的性格（啓蒙専制主義）から説明できるものではなく、弁論主義の基本を維持していたことが強調されるようになっているのである。[5]

このことは、少なくも前近代の民事訴訟を「当事者主義か職権主義か」という対立軸から評価することには一定の留保が必要であることを示しているといえる。[6]今日民事訴訟の基本原理として当事者主義をあげる際の基盤となった弁論主義と職権探知主義の対置は、ようやく一九世紀初め、民事訴訟の理論化の先駆けとなったニコラウス・タデウス・フォン・ゲンナー（一七六四－一八二七）によるものであり[7]、それが一九世紀の自由主義的政治思潮と結びついて強い影響力を持つにいたったものなのである。

中世学識法手続（そして近世普通法手続）の当事者主義的な理解には、一九世紀以降民事訴訟における裁判官と当事者の役割分担を考えるさいに基本原理として位置づけられてきた「当事者主義」や「弁論主義」の過去への投影という側面があり、職権作用を一定程度再定位することが必要なのではないだろうか。中世学識法手続において当事者と裁判官の関係はどのように把握されていたのかという問いかけは、「当事者主義」や「弁論主義」という考え方が、裁判官や当事者のさまざまな側面のいかなる部分を強調しあるいは捨象しているのかを、歴史の側面から明らかにする作業なのである。

二　本研究の方法

本稿は、裁判官の補充の「標準テキスト（sedes materiae）」たるC. 2.10.un. についての中世学識法学の解釈論を検討し、法と事実に対する裁判官の介入の態様とその変遷に光を当てることを目指す。C. 2.10.un. の解釈論を取り上げた先行研究はいずれも、民事訴訟における裁判官と当事者の関係いかんという問題についてこの解釈論が中・近世に大きな意味を持っていたことを指摘している。

(1)　裁判官の職権行使についての先行研究は、多くの場合今日の民事訴訟の理論的枠組に従った概説・再構成のかたちをとっている。その結果、時系列上の変化や当時の議論においていかなる論点が相互に関連するものとして認識されていたのかが明らかでない。

そこで、本研究はC. 2.10.un. という一法文への解説を時系列を追って検討し、当時の人々における認識のあり方に沿った理解を試みたい。漠然と「中世学識法期の特色」を論じるのではなく時期による変遷を重視し、とりわけ先行研究がなおざりにしてきた中世末期（一四世紀半ば以降）における変動が持つ意義を考察する。また、内容だけでなく叙述の構成も重視する(8)。

(2)　この時期のC. 2.10.un. 解釈を扱った先行研究は、何れも「法」と「事実」の区別を自明の前提とし、法の補充と事実の補充を切り離しどちらか一方のみを扱ってきた(9)。それは今日の民事訴訟において、請求の法的根拠づけなど法的評価については裁判官の判定に委ねられることになっている（法廷は法を知るiura novit curia）のに対し、裁判所にいかなる事実に基づいて裁いてもらうかは原則当事者が設定する（弁論主義）という扱いになっていることと無縁ではないと思われる(10)。

それに対して本研究では、法の補充と事実の補充を一体のものとして取り扱う。これはC.2.10.un. 解釈の叙述の構成に従ったものであるが、本論で取り上げるように内容上の共通性に基づくものでもある。その際、裁判官による法・事実の補充がいかなる基準に基づいて行われると考えられていたのかに注目する。本稿では法と事実の両者に一貫する姿勢が存在した点を重視したい。

本研究はこれらの検討を踏まえ、学識法的訴訟における（あるいは民事訴訟法史全体における）当事者と裁判官の関係に新しい光を与えようとするものである。

三　検討する史料

本研究では、一二世紀末から一五世紀までの著作を検討する。史料とテキストを時代順に並べると以下のとおりである。

プラケンティヌス(†1192)『勅法集集成』Placentinus, Summa Codicis. (Turin 1962)

アゾ (vor 1190-nach 1220)『勅法集講義』Azo, Lectura super Codicem. (Corpus glossatorum iuris civilis III.)

『勅法集についての集成』Azo, Summa super Codice et Institutis (Corpus glossatorum iuris civilis II.)

アックルシウス(1182/85-1263)『標準注釈』Accursius, Glossa ordinaria（Venedig 1581. 但し法文本文はモムゼン＝クリューガー版による）

オドフレドゥス（一三世紀初頭 - 一二六五）『勅法集講義』Odofredus, Lectura super Codice I (Opera iuridica rariora VI)

ジャック・ド・レヴィニー(ca.1230/40-1296)『勅法集講義』Jacques de Revigny, Lectura super Codice. (Opera

iuridica rariora I)

ヤコブス・デ・アレナ『注解』Jacobus de Arena, Commentarii in universum ius civile. (Opera iuridica rariora XVI)

ヤコブス・ブトリガリウス『勅法集講義』Jacobus Butrigarius, Lectura super Codice. (Opera iuridica rariora XIII.)

チヌス・デ・ピストイア(1270-1336)『勅法集についての注解』Cinus, In Codicem. Doctissima commentaria. (Turin 1964)

アルベリクス・デ・ロサテ(ca. 1290-1360)『勅法集注解（第１部）』Albericus de Rosate, Commentarii in Primam Codicis Partem. (Opera iuridica rariora. XXVII)

バルトルス(1313-1357)『勅法集第１部について』Bartolus, In primam Codicis partem. (Lyon 1581)

バルトロマエウス・デ・サリケト『勅法集講義』Bartholomaeus de Saliceto, Lectura super toto Codice. (Venedig 1483)

バルドゥス(ca.1327-1400)『勅法集注解（第１～三部）』Baldus, Commentaria omnia. In primum, secundum et tertium codicis librum. (Goldbach 2004)

ラファエル・フルゴシウス(1367-1427)『勅法集注解』Raphael Fulgosius, In Iustiniani Codicem Commentarii. (Lyon 1547)

パウルス・デ・カストロ(1360/62-1441)『勅法集について』Paulus de Castro, Super Codice. (1527)

アレクサンデル・デ・イモラ(1423/4-1477)『勅法集注解（第１・二部）』Alexander de Imola (Tartagnus), Commentaria in I. et II. Codicis partem. (Venedig 1595)

2　一二世紀後半から一四世紀前半まで――弁護士との役割分担

一　叙述の構成

一三世紀半ばまで、つまりプラケンティヌスからアックルシウスの標準注釈までの著作ではC. 2.10.un. 解釈の叙述の構成に統一性は見られないが、法の補充が手続進行の段階に沿って取り上げられ、加えて事実の補充の可否について論じられている。分量としては法の補充がメインで大半を占めており、その叙述の中で職権補充の一般的基準についても触れられている。法の補充は簡単に処理できる問題とは考えられておらず、職権補充として最初に関心が向かったのは法であり、事実についてはやや遅れた、ということができる。これらはネルやヴィーガンドの見解とは大きく異なるイメージである。

これは両者が自らの関心の限りでC. 2.10.un. を利用したことの帰結である。ネルは「法の補充は弁論主義の議論の枠外」として検討から除外し（Nörr, Stellung des Richters, S.18. n.8, S.29）、ヴィーガンドは法の補充のうち「普通法 ius commune はそれを援用する当事者による証明が不要であるが、個別法 ius proprium は必要である」という論点のみに関心を向けた。その結果ネルは法の補充については初期以来可能ということで争いがなかったと片付け、ヴィーガンドはバルトルスまでは議論が低調だったと述べる。

一三世紀後半から一四世紀前半、オドフレドゥスからアルベリクス・デ・ロサテまでの著作では、C. 2.10.un. 解釈の叙述は明示的に三つ（①補充の態様、②補充の時期、③補充の対象）に分かたれている。この時期には補充の一般的基準が①で独立して論じられるようになった。法の補充は②で展開されて依然半分またはそれ以上の分量を占め、それまでと同様に法の補充が簡単に処理できる問題とは考えられていなかったことが分かる。事実の補充は大半は③で扱われており、分量は半分程度を占めるようになり重要度が増している。

二　補充の一般的基準

この時期の叙述では、法と事実の双方に共通する職権補充の「一般的基準」と呼ぶべきものが論じられていたことが注目される。

(1)　一四世紀半ばまでの著作で一貫して取り上げられた原則として、裁判官の補充は「座ったままで、立たずにsedendo et non stando」がある。

オドフレドゥス『勅法集講義』C. 2.10.un.「我々は、裁判官（iudex）は座ったままで立たずに補充しなければならない、と述べる。つまり、弁護士があるべきほど十分には申し立てない場合において、裁判官は直ちに立ち上がって弁護士に先んじて弁護士のために述べてはならず、座ったままで、『これこれの法律は彼のために適切であるが、これこれの法律の方がより適切である』というように述べねばならない。なにゆえに裁判官は座ったままで補充しなければならないのか。というのは、座っていることが裁判官の役割だからである。なぜなら、もし裁判官が立ち上がるならば、彼は自らに弁護士の職務を引き受けることとなり、その結果彼は［同時に］裁判官（assessor）かつ弁護士であることになるが、それはあってはならないことだからである（C. 1.51.14, C. 2.6.6, Nov. 82.3）」[11]

「座る」は裁判官、「立つ」は弁護士に対応する。注目されるのは、単に法廷における双方の外形的な振る舞いだけではなく、弁護士の権限との対比において職権の権限が考察されていたことである。

裁判官は「弁護士の職務を含まないように」立たずに座って補充を行うべきである。弁護士が行うべきことは裁判官にはできない、職権はあくまで裁判官として行うべきことの範囲内で行使すべきという趣旨で、弁護士との役割分担の

観点から職権作用を制約する姿勢を看取することができる。主に論拠として引かれるのはローマ法源C. 2.6.6である。

C. 2.6.6pr.「およそ訴訟事件を扱う者（causidicus）[12]たろうとする者は、一の事件において同時に弁護士と裁判官であってはならない。なぜならば、裁判人と弁護人の間には何らかの相違があるべきだからである」

C. 2.6.6「それゆえ、訴訟行為をすることを我々が許可した者の中訴訟事件を扱う者（causidicus）たろうとする者は誰でも、訴訟事件を扱う者である間は、訴えの時点で自分が引き受けた役割のみでしかあり得ないことを知っておかねばならない。また、その者が（弁護士の）起立する役務を選び（裁判官として）着座する権利を取らなかったことゆえに、その者の名誉（honor）が幾分でも減ぜられるなどとは誰も考えてはならない[13]」

C. 2.6.6についてアックルシウス標準注釈までの著作では、同一人が裁判官と弁護士を務めることができないことは触れられるが、その理由については突っ込んだ叙述は見られない。詳細に論じられているのは、裁判官と弁護士の名誉には差があるということのみである。

Susanne Lepsius, Das Sitzen des Richters als Rechtsproblem. in: Barbara Stollberg-Rilinger et al. (hrsg.), Alles nur symbolisch? Bilanz und Perspektiven der Erforschung symbolischer Kommunikation. Köln 2013, S.109-130. は外形的振る舞い＝儀礼としての「裁判官の着座」を論じ、中世学識法の議論においては裁判官の地位の優越性・名誉、後には着座が精神の平静・集中に有用であるとして、判決言渡し時における裁判官の着座が手続上遵守されるべき形式として重視されていたとする。本稿の構想に興味を示され、公刊前の段階で前記論文を提供いただいたレプシウス教授に感謝する。

(2)　これに対して一三世紀末のジャック・ド・レヴィニーやその影響を受けたチヌスには、ややニュアンスの異なる見解がみられる。

レヴィニー『勅法集講義』C. 2.10.un.「私は、座ったままで立たずに（補充すべきである）と述べる。というのも、座っていることが裁判官の、立っていることが弁護士の役割だからである［不明法文。C. 2.6.6の誤り?］。しかし、裁判官は弁護士であってはならないと反論される。それに従えば、実際いまや裁判官たちは自らに弁護士の役割を引き受けており、かくして、法律［C. 2.6.6.pr］がその実質ではなく［うわべの］文言において課せられているように見える。その法律は『一の事件において同時に弁護士と裁判官であってはならない』と述べていなかったろうか？　というのも、それらの裁判官たちは『座っている以上、弁護活動をしていることにはならない』と述べているのである。私は以下のように述べる。弁護活動をしていないかどうかは、『弁護士は自分の当事者の利益を図るものであって、反対当事者の利益を図るものではない（さもなくば依頼人への忠実義務違反となる）。他方、裁判官は両当事者の利益を図るものである（D. 3.2.4）』という考え方に基づいて判定されるのである。」[14]

「一の者が同時に裁判官と弁護士であってはならない」という従前からのリーズニングに加え、「立っている」弁護士は自分が代理している当事者のためにのみふるまうのに対し、「座っている」裁判官は両当事者のためにふるまわねばならない、と主張している。[15] ここでも念頭に置かれていると思われるC. 2.6.6への注解においてレヴィニーは、「同時に裁判官と弁護士であることはできない」というテーゼについて、一方当事者の弁護士だった者が同一事件の裁判官に着任することは裁判の公正性を害するという論点を取り上げている。

レヴィニー『勅法集講義』C. 2.6.6.「弁護人だった者は同一の事件において裁判官になることはできない。以下の事例を想定せよ。［当初］仲裁人たちの面前に訴えられた。私は仲裁人たちの面前において弁護人を務めている。その後、当該事件は［仲裁手続から訴訟手続への］移送により私に委任された。私は爾後裁判官を務めることができるだろうか？『否』と言われるべきである。私は自分が弁護人を務めていた側の当事者をひいきするであろうから[16]」

ここには、職権補充の範囲自体を弁護士との役割分担により限定する従前の視点は薄い。前面に出ているのは、職権の両当事者に対する取り扱いは衡平であるべきだとする考え方（aequalitas）だったと解される。衡平は当時裁判官の行為規範として重視されており、職権の行使を制約するだけでなく積極的に後押しする方向にも作用し得るものだった。両当事者が同一の条件の下で自らの主張立証を適切に行えるように配慮することは、学識法理論において職権の義務とされていたのである[17]。双方に偏りなく介入する限り、補充を積極的に認めようという姿勢を読み取ることができるように思われる。

(3)　以上紹介したこの時期の議論において、職権補充の基準を考察する際に裁判官の果たすべき役割と対置されるのは、当事者ではなく弁護士であったことに注目しておきたい。本稿の対象たるC. 2.10.un. は当事者または弁護士のミスを裁判官が補充することを述べたものであるが、C. 2.7に始まる弁護士についての一連のテキストに属するものであった。

三　法の補充

法の補充については一貫して、原告による訴権すなわち請求の法的根拠づけの選択が係争事実との関係で不適切な場

合に職権が補充を行うことの可否が論ぜられ、早い段階（一三世紀初頭）から一貫して積極に解されていた。具体的には、「原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合」と「一般的に訴えたうえで、そのうち不適切な一の訴権に特定した場合」の二つの論点が取り上げられた[18]。ここでは最も早い例であるアゾの『集成（Summa）』を例として説明する[19]。

(1)　原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合

アゾ『勅法集についての集成』C. 2.10.un.「しかし、訴訟事件の最初から原告が不適切な訴権とそれに適合しないカウサを提示した場合、敗訴する可能性がある（D. 11.6.1）。しかしここで注意深い裁判官は、当該訴権がカウサに適合しうるか否かを考慮すべきであるし、またそうすることができる。何らかの形で適合しうる場合は、裁判官は当該訴状を許可する。どうしても適合し得ない場合は、当該訴状を却下すべきである（D. 1.22.1, D. 48.2.2）。被告の弁護士が、もし［そのまま］手続が進行し判決されるならば勝訴できるだろうと考えるならば、彼はこの裁判官の権限を看過していることになるのだが[20]」

この論点でディコトミーをなすのがD. 1.22.1とD. 11.6.1という二つの法文である[21]。原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合、職権は何らかの形で訴権をカウサに適合させられる場合はその訴状を認めて手続を行い、適合できない場合は訴状を却下すべしとする（D. 1.22.1）。不適切な訴権でそのまま手続を進行させて被告を（原告側の形式上の瑕疵を理由に）勝訴させるというD. 11.6.1の立場は、原告は適切な訴権で再訴できるから被告の利益にはならず、訴訟経済に反する（inanis）として採らない。そうすることで、被告（の弁護士）がD. 11.6.1を訴訟戦術として用いるのを封じ込めようとしたのである。以上の傾向は、同じ問題を扱った教会法文X 2.1.15への同時期の注解にも見られたものであった[22]。

(2)　一般的に訴えたうえで、手続中に不適切な一の訴権に特定した場合　具体例として、所有権に基づく物の取戻の訴えで、所有権に関するすべての権利という一般的な形で法的根拠を訴状では開示し（今日のいわゆる選択的併合）、手続中に不適切な訴権（用益権についての認諾訴権）に特定した例が取り上げられる。

アゾ『勅法集についての集成』C. 2.10.un.「訴権についても、もし弁護士が訴訟事件が開始されすでに一部審理がなされた状態で、提示された事実に適合しない訴権を選択した場合、裁判官は同じこと［適切な法の補充］を行わねばならない。例えば、所有権についての紛争が提示され、その後訴訟手続中に原告が（用益権についての）認諾訴権を提示する場合である。実際、所有権に関する自分のすべての権利（ius）を［請求の法的根拠として］手続に持ちだした依頼人が、この訴権の選択ゆえに敗訴することはあってはならない。裁判官は所有権について判決するべきであって、弁護士が愚かにも提示したもの（認諾訴権）についてではない。弁護士の錯誤は法の錯誤であるゆえに、依頼人が出席していてもその不利益には作用しない。なぜならば、依頼人にはそのこと自体（法の錯誤）が理解できないからである[23]」

請求の法的根拠が特定されない形で提出されている以上、弁護士が愚かに誤って選択した訴権ではなく、裁判官は本来選択されるべきであった訴権に基づいて判決すべきだとしている。裁判官は、原告が提案した複数の可能な訴権から一に特定する形で補充を行うのである。この結論は後に至るまですべての文献で一致している。ここで問題となっている選択的併合の訴状については、一の訴権を選んで開示すべきというローマ的訴権開示の原則からの批判が一三世紀中は（少なくも理論レベルでは）強かったが[24]、職権行使の立場からは早い段階で積極的介入が認められていたことになる[25]。

アゾは、弁護士における法の錯誤は、法を知らない当事者本人の不利益に作用してはならないと述べている。法専門家たる弁護士の法についての誤りのリスクを当事者に負わせるべきではない、というモティーフが職権の積極的介入について作用していたことは注目される。

以上取り上げた法の補充についての叙述は一四世紀初めまでC. 2.10.un. 解釈の大半を占めており、そこでは当事者が提示した訴権について職権が積極的に修正を加えていたのだった。法の補充は先行研究のイメージとは異なり当時簡単に処理できる問題とは考えられておらず、事実の補充よりもホットな論点として明らかに重視されていたのである。

四　事実の補充

中世末期までを通じてC. 2.10.un. の解説では、職権補充は法については可能だが、事実については不可能という「原則」が掲げられていた（管見の限り、近世の著作においてもそうだったと思われる）。事実の補充についてはクヌート・ヴォルフガング・ネルが一三世紀前半までの時期に重点をおいて詳細に研究している。ネルはC. 2.10.un. 解釈について「裁判官は法については補充できる、ということで議論がなかった」と片付け、「議論があった」事実についての補充のいかん、その基準について法の補充から完全に切り離して論じた(26)。

ネルは事実の補充については一三世紀初頭のアゾ以降の通説として、裁判官が「裁判官として知った」事実については補充を認めるが、「私人として知った」事実については基本的に認めなかった、と論じた。裁判官が当該事件の手続中に訴状や証拠調べ（当事者を排除して行われる）を通じて知った事実は調書の形で当事者に提供され、それに基づいて自分に有利な事実が判明した項目を、当事者が最終弁論（allegatio）で主張し忘れた場合のみ補充できるという(27)。

(1)　ここでは、「裁判官として知った」事実のみについて補充を認めるというこの考え方が、二で一般的基準として紹介した「弁護士の職務を含まないように」という姿勢、職権はあくまで裁判官としての役割の範囲内で行使すべきという思考と軌を一にしていることに注目したい。

裁判官は法については補充するが事実についてはしない、という上位の「原則」も同様に、一般的基準たる「弁護士の職務を含まないように」というラインで捉えられていたと思われる。オドフレドゥスは「事実について裁判官は補充すべきではない。なぜならば、（もし事実について補充するならば）その場合は裁判官は自身に弁護士の役割を担っていることになるだろうからだ」（“de facto non debet supplere, quia iam sibi assumeret partem aduocati, quod non debet esse vt supra dixi.” (fol. 83rb)）と説明している。

当時の議論は事実の補充を決してそれ単独で把握していたのではなく、職権補充の一類型としてその一般的基準に従うものと考えていたのである。

(2)　ネルの最新の概説書は、手続の段階を問わず裁判官が釈明権や補充により介入することができたことを強調している[28]。そのことはC. 2.10.un. への解説においてはいかなる形で表出し、そして正当化されていたのだろうか。

そこでは「裁判官として知った」事実については補充を認めるという上述の考え方と並び、「私人として知った」事実についても例外として認められる場合があるという位置づけになっている。根拠付けとしては「公益（utilitas publica）」「不名誉者の訴訟行為からの排除」「一方当事者の欠席」などがあげられ、根拠法文としては訴訟要件の不備にかかわるものが多く[29]、一方当事者欠席時の手続に関する法文もいずれの著作においても共通して紹介されている。

この時期の事実の補充についての叙述は上述の基準や法文の列挙が中心で、内容的にも訴訟要件の不備に関するものが多いが、実体的内容について事実の補充が認められる例として初期の著作から一貫して紹介されてきたのが、当事者

が実体に関する抗弁を対抗しない場合に職権が介入するというD. 5.3.58である。[30] レヴィニーやチヌスはこの法文について、裁判官は「私人として知った」事実（原被告間における不訴求の合意 pactum de non petendo の存在）について、具体的抗弁を対抗するよう被告に述べることはできない。しかし被告が何らかの防御方法を持っていることを想起させることは、被告側に加担したことにはならず、両当事者に補充を行うという理念とも合致すると論じる。

> レヴィニー『勅法集講義』C. 2.10.un.「あるいは、不訴求の合意がなされるのを裁判官が私人として知り、そしてその合意に反して訴えがなされた場合に、裁判官が別の形で補充できるのかとあなたは尋ねる。裁判官が（被告に）『自分に対してなされた不訴求の合意についての抗弁を対抗しなさい』と述べることは、裁判官にとって義務ではない。しかし、裁判官が被告の記憶を呼び起すことは非難されるものではない。私は、裁判官が被告のために抗弁を対抗してやるべきだとは考えない。しかし裁判官は、被告に『自分の防御方法について、こういう方法を持っているか、こういう方法はどうかと常に思い返してみなさい』と述べるべきである。そうしたとして、裁判官がその当事者をひいきしたとは考えられないのである。かくして、その法律［C. 2.10.un. ?］によって『裁判官は両当事者のために述べることができる』ことが証明される[31]」

二で論じたように、レヴィニーやチヌスは補充の一般的基準として「両当事者に衡平に」という原則を掲げていた。レヴィニーらにおいて事実の補充の範囲が拡充されたことはつとに指摘されてきたが[32]、それはやはり一般的基準をあてはめることによって可能になったのである。

以上要するに、一四世紀前半までの段階では、①事実についての補充はできない、②但し「裁判官として知った」事実については可能である、③「私人として知った」事実も例外的には可能である、というスタンスがとられていたこと

になる。

(3)　なお、チヌスにおいて初めて、法律の上にいる裁判官（教皇と皇帝。後には皇帝以外の世俗支配者も）は事実について補充できるという見解が紹介される。これはバルトルス以降の著作においては頻繁に取り上げられることになる。[33] 当時における教皇庁裁判所（ロータ・ロマーナ）や都市裁判所の重要性と何らかの関係があるのかもしれない。

3　一四世紀半ば以降――職権単体での把握へ

一　叙述の構成

一四世紀半ばに活躍したバルトルスにおいてC. 2.10.un.への解説は大きく変化する。従前の著作と異なり法の補充と事実の補充という枠組みの区別が消滅し、最上位の区分として「主に裁判官に根ざしている事項」か「主に当事者に根ざしている事項」かという区別が登場する。

バルトルス『勅法集第一部について』C. 2.10.un.「……以下のことを知っておくように。ある事柄は主に当事者に、ある事柄は主に裁判官に根ざしている。裁判官に裁判官として根ざしているのは、期間・判決の付与、その他類似の事柄である。当事者に根ざしているのは、抗弁の提示、証人・証明の提出、裁判官への判決請求、その他の事柄である。最初のものに関して裁判官は補充できるか、つまり、裁判官自身に根ざしている事柄を、当事者の請求なく行うことができるのか？　以下のように述べよ。公の法の遵守にかかわる事柄についていうと、当事者の請求なく裁判官は不適切に作成された訴状を却下でき(D. 1.22.1)、期間を与え(C. 3.1.13, C. 9.31.1)、当事者に悪意宣誓をさせる(C. 2.58.2.4)

ことができる。上に述べたことは、両当事者が出席して手続が行われている場合については正しい。なぜなら、一方当事者が不出頭による官命抗拒におちいっている場合は、他方当事者が請求・主張しない限り、不出頭による官命抗拒におちいっている当事者に対して何らの手続もなされないからである（C. 3.1.13, D. 5.1.68, Auth. post C. 7.43.8）。しかし、当事者の利益にかかわる事柄については、当事者が出席していない限り、裁判官はそれを行うことができない（D. 46.7.5）。

二番目のもの、即ち当事者に根ざしている事柄に関しては、以下のように述べよ。公共の利益にかかわる事柄については、当事者の請求がなくとも、裁判官は自らの職権により提示することができる（例：弁護士や訴訟代理人の除斥（D. 3.1.7, D. 3.3.8.2））。しかし、公共の利益にかかわらない事柄については以下のように言われる。欠席当事者に対して終局判決まで到達できる事例では、裁判官は事実について補充することができる（欠席当事者のために証明を提出する（C. 7.62.39, Auth. post C. 7.43.8。これらの法文で私はあなたに注意を喚起した））。しかし欠席当事者に対して手続がなされない、欠席当事者に対して終局判決まで到達できない場合は、裁判官は事実について補充することはできない[34]」

つまり、「裁判官に根ざしている事項」については、(a)公の法の遵守に関することは当事者の請求なく補充が可能である。但し一方当事者が不出頭の場合は他方当事者の請求が必要である。(b)当事者の利益に関することは当事者の出席が必要である。「当事者に根ざしている事項」については、(c)公共の利益に関わることは当事者の請求なく補充が可能である。公共の利益に関わらないことについては、欠席当事者に対して(d)終局判決まで進める場合には事実の補充が可能である。(e)終局判決まで進めない場合には事実の補充はできない。

バルトルスが最上位の区分として「主に裁判官に根ざしている事項」か「主に当事者に根ざしている事項」かという区別を持ち出したことを捉えてネルは、バルトルスが事実の補充という問題の背後に、弁論主義・職権探知主義という

概念の基礎にある裁判官と当事者の基本的な緊張関係を認識した、と評価した(35)。

二　補充のさまざまな基準――中世末期に向けて

バルトルスが叙述の構成を変動させたことについてのネルによる指摘は重要な点を突いている。しかしネルの研究が中世末期を対象外としたこともあり、ネルの解釈は不十分であるように思われる。

(1)　弁護士から当事者へ　バルトルス以降の著作では、C. 2.10.un. の叙述において裁判官と弁護士の各々の役割の限界付けという従来の図式は姿を消している。一四世紀前半までの著作で必ず挙げられてきた「立たずに座って sedendo et non stando」という「一般的」基準はもはや取り上げられることはなくなり、バルトルス以降の著作では裁判官と当事者の間での役割の限界付けがおこなわれるようになるのである。

(2)　バルトルスが最上位の区別とした「裁判官に根ざしている事項」か「当事者に根ざしている事項」かは、その実質的射程は小さかった。バルトルスの叙述の構成すなわち体系的整理はバルドゥスとラファエル・フルゴシウスに引き継がれるにとどまった。

内容的に見ても「裁判官に根ざしている事項」か「当事者に根ざしている事項」かという区別は必ずしも重要でないと考えられる。バルトルスの叙述の構成においては裁判官・当事者のどちらに根ざしている事項についても「公益・公の法に関する事柄か否か」「一方当事者が不出頭・欠席しているか否か」「当事者が請求しているか否か」がさらなる区別として持ちこまれている。これらは従前の著作において事実の補充が例外的に認められる条件としてカズイスティッシュに持ち出されてきたものをバルトルスが焼き直し、法と事実を包含する補充の基準として展開したものであり、実

質的にはこれらの基準によって補充の可否は決まったのである。

(3)　一四世紀後半以降中世末期にかけての著作では、C. 2.10.un. の叙述の大半は事実の補充に割かれるようになる。また前代までの訴訟要件にまつわる内容とはことなり、手続進行中に生じうる具体的な問題群について詳細な検討が行われるようになる。その際しばしば援用されるのが、「裁判官として知った」事実については補充を認めるというアゾ以来の「原則」であった。

「裁判官として知った」事実について補充できることについては、前代の著作では原則として掲げられるにとどまり、その具体的適用が論じられるには至らなかった。対してバルトロマエウス・デ・サリケト以降の著作では、「抗弁の考慮」「欠席当事者のための事実の補充」「(今日いう)証拠共通の原則」「判決言渡しの請求」という手続中の具体的問題が、「裁判官として知った」事実は補充できることを根拠として詳しく叙述されるのである。いずれも大きな論点であるので、本稿では現象面の指摘にとどめざるをえない。

(イ)抗弁の考慮

パウルス・デ・カストロ『勅法集について』C. 2.10.un.「(『裁判官は事実については補充できない』という原則は)何かが裁判官に裁判官として知られた場合(自らの面前に提出された事柄に基づく場合を考えよ)にはいくつかの事例において適用されない。例えば、私の訴状や私が提出した書面の文面から、あなたにとって有効な抗弁が存在することが判明する場合である。その場合、あなたが抗弁を対抗せずとも、裁判官はあなたに有利に判決を下すことができるからである」(36)

(ロ)欠席当事者のための事実の補充

バルドゥス『勅法集注解（第一～三部）』C. 2.10.un.「最後に、下記C. 7.62.39のように事実についても裁判官は補充すべきである、と反論されかつ思われる。［解決］当該法文においては裁判官は自らの面前でなされた訴訟行為[37]に基づき、そして同様に原審裁判官の面前でなされた事柄に基づき（上訴審の裁判官はその役割を襲っているがゆえに）補充を行う。裁判官はいかなる訴訟行為に基づいても事実について補充することはできない、なぜならそれらは訴訟手続に持ち込まれ裁判官に帰属しているとはなおいえないからである［と反論される］。しかしバルトルスは、『裁判官は欠席者のために事実について補充できる』と述べる[38]。バルトルスの説は、訴訟行為ならびにそれについての尋問に基づいて判明する事実を補充する場合のみ正しい…」

(ハ)（今日いう）証拠共通の原則

バルトロマエウス・デ・サリケト『勅法集講義』C. 2.10.un.「上訴人が欠席している際に被上訴人が何かを提出し、それが上訴人の利益になるべき事柄である場合には、裁判官はそれに基づいて上訴人の利益になるようにするべきである。なぜならば、提出した者（被上訴人）は『私はこの事実を自分の利益になるようにのみ提出する』と述べていたとはいえ、その事実に基づいて裁判官に裁判官として事態が判明するに至っているからである[39]。証人におけると同様に書面も、当事者の意図にかかわらず両当事者のために証明するのであるから（C. 4.21.15）」。

ネル[40]はこの時期の議論について周縁的、個々の議論の精密化にとどまり理論的に新しい展開は見られなかったとする。確かに道具立て自体はアゾにはじまる一四世紀前半までの著作と変わりはないが、扱われる問題や道具の使い方

に見られる大きな変動は、職権をめぐる状況に大きな変化があったことを示すと解するべきであろう。

三　法の補充の扱い

法の補充は叙述の構成上事実の補充と区別されなくなる。内容的にも従前詳細に取り上げられていた論点は極めて簡略に、そして完全に姿を消してしまう。「原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合」はバルトルスやバルドゥスの体系的叙述でさえ、「裁判官に根ざしている事項」のうち「公の法の遵守に関すること」の例として言及するにとどまり、当事者の請求なく職権による補充が可能ということになる。

扱いが従前に比べごく簡略になったことは、この問題の処理が確立し論点としての重要性を失ったことを示しているといえよう。一四世紀初頭以降の訴権開示の学説では、原告は法的根拠を必ずしも一の訴権に特定する必要はなく係争事実を提示すれば十分という説が確立しており、普通法（ローマ法・教会法）上の訴権の特定についての職権介入は当然に認められるようになっていたと推察される(41)。

それに代わって、バルトロマエウス・デ・サリケト以降の著作では都市条例や慣習、すなわち普通法ではない個別法（ius proprium）についての当事者による主張・証明の要否を詳細に論じる例が見られる。個別法上の訴権の扱いが問題とされるようになったのである(42)。

四　小括

以上紹介した、一四世紀半ば以降の変化を全体としてどう理解すべきだろうか。クヌート・ヴォルフガング・ネルは、アゾの学説に代表される一三世紀始めまでに事実の補充についての学説の変化はほぼ終了し、バルトルスの議論には一定の新しさを認めるものの、基本的には前代の繰り返し、内容の体系化や例外という周縁的な部分についてのものとして片づけている[43]。ネルの検討が基本的には一三世紀前半までの時期を中心に行われたものであることは十分斟酌しなければならないとしても、バルトルス以降の叙述の構成がそれまでとは大きく異なるものになったことは、職権による補充についての見方、そしてその背景にそれなり以上の変化があったことを示すと考えるべきであろう。

バルトルス以降、弁護士の役割との限界付けというそれまでの考え方が放棄され、手続中に生じうる具体的な問題群についての検討が叙述の中核を占めるようになった。「法については補充できるが、事実についてはできない」という「原則」は一応掲げられ続けるが、実際の主戦場は具体的事例における対応に移ってゆく。その際重視されたのは「裁判官として知ったこと」つまり手続中に当事者から得た情報に何らかの端緒がある場合には補充が可能である、というリーズニングであった。

本研究で得られた状況証拠からは、やや極端に言えばネルとは反対の方向性、中世末期にかけ学説が徐々に法・事実両者の補充について職権の積極化に傾いていったように思われる。

弁護士との役割分担の形で職権行使を制約していた「立たずに座って」「両当事者に衡平に」原則はこの時期には姿を消す[44]。その後身とも見えるバルトルスの新しい区別「裁判官に根ざしている事項―当事者に根ざしている事項」は当初より体系的整理以上の意義を欠いており、中世末期には消滅してしまう。弁護士との役割分担による職権の限界付けが外れ、「裁判官として知ったこと」が補充の基準として具体化されたことは、裁判官は手続中に何らかの端緒を当事者サイドに見出し得れば常に介入が可能である、という方向性に道を開くものだったのではないだろうか。事実の補充

についてそれまでの著作が基準の羅列・静態的な説明、内容的にも訴訟要件にまつわるものがおおかったこととは対照的である(45)。

一四世紀中に職権というものの把握の性質は大きく変化し、その作用は弁護士との役割分担においてではなく単体で評価されるようになっていったのである。ネルがバルトルスの「裁判官に根ざしている事項―当事者に根ざしている事項」という区分について指摘した「弁論主義と職権探知主義という概念対の基盤に横たわる、訴訟手続にとって本質的な裁判官と当事者間の緊張関係」は、やや皮肉な言い方をすれば、弁護士との役割分担による職権行使への制約を欠落させ、職権介入を拡大する意味合いを持たされていたのではないかと思われる。

おわりに

本稿の検討はごく断片的なものであるが、そこから導かれるのは以下のような像である。中世の学識的訴訟手続は学説のレベルでは法と事実の補充について議論の一体性が顕著にみられ、職権がある程度まで積極的に活動することを可能にする枠組を用意していた。すでに学識法的手続の成立期から職権にはある程度の自由が認められていたが、一四世紀中に議論の質が変化し職権のさらなる積極化が可能になったようにおもわれる。

学識法的手続において当事者本人の出廷が求められることは稀であったとされるが(46)、弁護士が訴訟行為を行っていることが職権補充を行わない方向には必ずしも作用しなかったことは興味深い。職権の介入は単純に「真実に基づく裁判の実現」というだけのものではなく、「法専門家たる弁護士のミスのリスクを誰が負うべきか」という思考にも基づくものであった。「後見的介入が必要なのは主に本人訴訟の場合である」というラインとは位相を異にしているといえ

よう。[47]

そしてそれは近世における職権のありようにつながるものだったと思われる。近世普通法訴訟手続が完全に弁論主義に支配されていたとする伝統的見解に強い批判を行ったファルク・ボムズドルフは、手続全体を通じて事実の解明のために裁判官が広範な介入を行えたことを強調し、下級裁判所・簡略手続においては職権は何でもできたと結論している。ボムズドルフは当時のC. 2.10.un. の解釈論についても重視してとりあげており、そこでは（通説にはならなかったとはいえ）有力な論者が事実の補充を認める見解を採っていたとされ、C. 2.10.un. の解釈が後年に至るまで議論を呼ぶものだったことがわかる。[48]

例えば、C. 2.10.un. への解説書という叙述スタイルを採るツァウンシュリッファー（Otto Philipp Zaunschliffer, 1653-1729）の『職権補充について』De officio iudicis suppletorio（一六八二年）では、「裁判官は一方当事者の弁護士であってはならない」という中世以来の規制は簡単に回避できる、なぜなら補充は当事者ではなく正義に助力することであるから、と述べている。一方当事者のための職権補充により他方当事者を害することは認められないという見解に対しては、他方当事者を害さない形での補充などそもそも不可能だと言いきった。裁判官と弁護士の役割の限界づけ、弁護士との相違点たる両当事者への職権の衡平性は放棄されているようにみえる。[49] 弁護士の資質の低さゆえのリスクを当事者に負わせないことが、職権の積極介入の正当化の一因として主張され、これは一八世紀プロイセンの民事訴訟改革の重要なモティーフへとつながってゆく。そしてツァウンシュリッファーの極めて積極的な補充の是認を支えていたのも、当事者の訴訟行為に基づいて、すなわち「裁判官として知った」事実という基準であった。[50]

中世の学識的訴訟手続は伝統的に「弁論主義」「当事者主義」として理解されてきたが、それは一定程度の職権の積極的作用を想定したものであった。[51] 中・近世の訴訟を「当事者主義」と形容するとしても、それはその言葉からふつう

イメージされるものとはある程度異なるものであったとみるべきではないだろうか。

（1）C. 2.10.un.「以下のことは裁判官にとって疑われるべきではない。もし訴訟当事者あるいは訴訟行為において補助する者が、［本来言うべきよりも］少なくしか述べなかった場合において、法律や公の法に適合すると裁判官が知っているはずの事柄を補充し提示すること」"Non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire."

（2）概説としてさしあたり Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd.4. (1. Aufl. 1990) Art. Prozeßmaximen (G. Wesener)、個別研究として Knut Wolfgang Nörr, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit. München 1967. Id., Prozeßzweck und Prozeßtypus: Der kirchliche Prozeß des Mittelalters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen. in: Id., Iudicium est actus trium personarum. Goldbach 1993, S. 87*-113*. (urspr. ZRG KA 78 (1992) S. 183-209).

（3）以下では裁判官の補充についての先行研究を挙げる。Giuseppe Salvioli, Storia della procedura civile e criminale. Milano 1927, ND Frankfurt am Main 1969, S. 766-768. Nörr, Stellung des Richters, passim.（ソの著作の紹介と関連史料の詳細な翻訳として、小川浩三「Azonis Summa in C. 2.10.――K・W・ネル『早期学識法訴訟手続における審判人の地位について』の紹介を兼ねて」北法三八巻二号（昭六二）九七－一四一頁）、Wolfgang Wiegand, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit. Ebelsbach 1977, S. 75-90. Paul Ourliac, L'office du juge dans le droit canonique classique. in: Mélanges offerts à Pierre Hébraud (1981) S.638-642. Maximiliane Kriechbaum, Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts. Edelsbach 1996. S. 160-171. Eltjo J.H. Schrage, Le droit savant avant Accurse. in: Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, 64 (1997) S.19-20, 22. Wiesław Litewski, Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudiciarii. Krakow 1999, S. 124, 447. Bert-Hagen Strodthoff, Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive. Frankfurt am Main

2003, S. 30-36. 次注も参照。

（4）Knut Wolfgang Nörr, Romanisch- kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz *in civilibus*. Berlin 2012. ネルは学識法的手続を口頭審理と書面審理の混合として認識し、釈明権行使の前提としての口頭審理を重視している（S. 46-47.）

（5）Sebastian Adler, Das Verhältnis von Richter und Parteien in der preußischen und deutschen Zivilprozeßgesetzgebung. Hamburg 2006. Martin Ahrens, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung. Tübingen 2007. 参照：水野浩二「書評・鈴木正裕著『近代民事訴訟法史・ドイツ』」法制史研究六二号（平二五）二九八－三〇三頁。

（6）ネルの指摘（Nörr, Stellung des Richters, S. 13f. 101.）を参照。

（7）Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO. Berlin 1971.

（8）「注釈学派や初期の教会法学者と対比して、［一三世紀後半以降の］助言学派の訴訟法領域における業績は過大評価されてはならない」（Nörr, Stellung des Richters, S. 5, n.19）。訴訟法一般についてはともかく、職権の作用については必ずしもそうは言えないように思われる。以下論ずるように、学説の内容はともかく叙述の構造の変化は一定の背景の変化を前提としていると考えたい。

（9）Kriechbaum, Actio, Wiegand, Nörr, Stellung des Richters, Bomsdorf.

（10）一九世紀の普通訴訟法理論がローマ・カノン法源から近代的な民事訴訟法体系を構成していった際には、補充（suppletio）についてのC. 2.10.un. はもっぱら「職権は事実については介入できないが法についてはできる（iura novit curia）」、つまり法的事項は弁論主義の対象外であることの根拠として用いられた。他方同じく弁論主義の限定として、事実について釈明権行使が可能であることの根拠付けには、他の概念（interrogare, investigare など）を用いた法文が用いられたことが、当時の民事訴訟法文献からは見て取れる。ネル（Nörr, Stellung des Richters, S. 47, 89, Id. Prozessrecht, passim.）も釈明（inquirere, interrogare）と補充（suppletio）を区別して扱い、事実について釈明は可能だが補充は不可能という認識を示す。

しかし、前近代の時期における釈明と補充の関係いかんはなお明瞭ではない。

（11）Odofredus, Lectura super Codice I. C. 2.10.un. (fol. 83ra.)“dicimus quod debet supplere sedendo non stando: si enim aduocatus minus sufficienter allegat, non debet iudex statim surgere, et antequam aduocatus pro eo dicere: sed debet sedere. et ita debet dicere. bene facit talis lex pro eo: sed melius facit talis. vnde debet supplere sedendo: quia eius est sedere: nam si assurgeret, assumeret sibi officium aduocati. et sic esset assessor et aduocatus: quod esse non debet. vt supra de asses. l.vlt. [C. 1.51.14] et supra de postul. l.quisquis. [C. 2.6.6] et in auth. de iudi. §sedebunt. [Nov. 82.3=Coll. VI.10]”

「裁判官」と訳したassessorの中世における性格については、Nörr, Prozessrecht, S. 19を参照。

（12）標準注釈（Gl. causidicus.）では、”Causidicus generaliter dicitur quicunque causas dicit, siue aduocatus, siue iudex.”とされ、弁護士と裁判官両者を包含する概念と理解されている。

（13）C. 2.6.6.pr. ”Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex, quoniam aliquem inter arbitros et patronos oportet esse delectum.”

C. 2.6.6.6. ”Quisquis igitur ex his, quos agere permisimus, vult esse causidicus, eam solam, quam sumit tempore agendi, sibi sciat esse personam, quousque causidicus est, nec putet quisquam honori suo aliquid esse detractum, cum ipse necessitatem elegerit standi et ipse contempserit ius sedendi.”

裁判官と弁護士の役割が両立しないことについての当時の議論については、Nörr, Prozessrecht, S. 19, 35. を参照。

（14）Jacques de Revigny, Lectura super Codice. C. 2.10.un. (fol.76vb.) ”dico quod sedendo non stando. quia iudicis est sedere: stare aduocati. supra de pecul. l.si quis. [?] ¶Sed opponitur, non debet esse iudex aduocatus. secundum hoc enim iam assumunt sibi partes aduocati. et ita videtur lex imposita verbis et non rebus quae non dicit non in eodem negocio non debet esse aduocatus et iudex. quia dicunt quod non aduocat quia sedet. ego dico quod non aduocat quod apparet ex eo quod aduocatus est pro sua parte non pro aduersa parte. alias esset praeuaricator : at iudex pro vtraque parte est. vt ff. e.l. athletas. [D. 3.2.4]”

（15）弁護士の職業倫理として依頼人に対する忠実義務が重視されていたことを強調するのは、James A. Brundage, The

medieval origins of the legal profession. Canonists, civilians, and courts. Chicago 2008, S. 187-188, 317-320, 324.

（16）Jacques de Revigny, Lectura super Codice. C. 2.6.6. (fol. 75va.)“.....qui fuit aduocatus in eadem causa non potest esse iudex. Pone. agitur coram arbitris. ego sum aduocatus coram arbitris. deinde illa causa committitur mihi ex delegatione: nunquid potero esse iudex? Dicendum quod non. verisimile est quod ego fouerem partem illam pro qua fui aduocatus.”

（17）Norbert Horn, Aequitas in den Lehren des Baldus. Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte Bd. 11. Köln 1968. S. 134-149. Claudia Storti Storchi, «Aequalitas servanda est in iudiciis» Il principio dell'uguaglianza delle parti nel processo del diritto comune classico. in: Rivista internazionale dei diritti dell'uomo. 4 (2) (1991) S. 376-399.

ちなみに、「両当事者間の衡平の保障」に基づいて、当該地域における弁護士不足や反対当事者が当該地域の弁護士を全部押さえてしまった場合などに、職権による弁護士付与の実務・学説が一三世紀後半にかけて確立したことが知られている。参照、Franck Roumy, Le développement du système de l'avocat commis d'office dans la procédure romano-canonique (XII-XIV siècles). TRG 71 (2003) 359-386.

（18）Nörr, Stellung des Richters, S. 29, Id. Prozessrecht, S. 83.

（19）アゾ『集成』C. 2.10.un. の邦訳として、小川「Azonis Summa in C. 2.10」九八－一〇〇頁。以下の訳出においても適宜参照した。

（20）Azo, Summa super Codice et Institutis, C. 2.10.un. (S. 30) “Si vero a principio causae ineptam actionem proponat quis et incongruentem causam potest amitti causa. vt ff. si mes. fal. mo. di. l.i. [D. 11.6.1] §i. Sed tamen et hic diligens iudex considerare debet et potest. An actio congruere possit causae an non. Si potest aliquo modo congruere libellum admittit. Si nullo modo potest, ipsum reicere debet. vt ff. de asses. l.i. [D. 1.22.1] et de accu. l.ii. [D. 48.2.2] licet id ius praetermittatur a patrono rei qui scit ideo se victurum si procederetur et pronunciaretur in causa.”

（21）D. 1.22.1.「裁判官（assessor）のすべての職務は、法の専門家がそこにおいて自らの職分を遂行するものであるが、大概以下の事例に存する。審理、申出、訴状、命令、決定、書状」Omne officium adsessoris, quo iuris studiosi partibus suis funguntur, in his fere causis constat: in cognitionbus postulationibus libellis edictis decretis epistulis.

D. 11.6.1.「土地の測量人を被告として、法務官は（原告に）事実訴権を提示した……というのは、昔の人々は測量人と

の間に賃約契約［訳注：今日いう雇用・請負を包含する］は存在しておらず、測量人の役務は好意で提供されるものであり、測量人に与えられるものは報酬として与えられるがゆえに謝礼と呼ばれる、と考えていたからである。もし賃約契約に基づいて訴えられた場合は、当該請求は有効ではないといわれるべきである…」Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit.... quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem.....

（22）水野浩二「中世学識法訴訟における職権と当事者――『効用ある一節 clausula salutaris』についての覚書（二・完）」北法六〇巻六号（平二二）八〇-八二頁。

（23）Azo, Summa super Codice et Institutis, C. 2.10.un. (S. 29-30) "……idem faciet et in actione si aduocatus causa cepta et ventilata iam in parte ineptam facto proposito eligit actionem. vt si querela de dominio fuerit proposita et postea in processu causae proponat confessoria. nec enim clientes ob hoc debet amittere causam qui in iudicio omne ius suum super dominio deduxit. vt ff. de excep. rei iudi. l. si mater §eandem. [D. 44.2.11] et super eo iudex debet pronunciare. vt ff. de iudi. l. de qua re. [D. 5.1.74] non super eo quod stulte proponit patronus cuius error cum sit iuris etiam aduocato praesente non praeiudicat cum ipsum non intelligat."

末尾の"etiam aduocato praesente"については、"etiam et clientulo praesenti"というテキストを採った（Venedig 1566. 小川「Azonis Summa in C. 2.10」も「被護者が立ち会っている場合でも」と訳している。小川訳のテキスト（Basel 1563）は参照できなかったが、おそらく同文と思われる）。

（24）さしあたり水野浩二「西洋中世における訴権の訴訟上の意義――『訴権を軸とする文献』についての一考察（五・完）」法協一二二巻一二号（平一七）一一〇頁以下、ならびに前提とされた論述を参照。レヴィニーは、ius dominii vel quasi と訴えた上で、そこから導かれ得る複数の訴権のうちプブリキアーナ訴権に不適切に特定する例をあげているが、これは当時訴権の適切な選択をめぐるトポスとなっていた事例である。

（25）クリーヒバウム（Kriechbaum, Actio, S. 160-166）はこの問題について、裁判官の介入はあくまで示唆に留まるのであり、「原告が一の訴権を選択する」という「訴権開示のローマ法的原則」が維持されたと解釈しているが、これはクリーヒバウ

ムが自分のシェーマに拘泥しているに過ぎない。

（26）Nörr, Stellung des Richters, S. 18.

（27）Nörr, Stellung des Richters, S. 30f.

アゾ『勅法集についての集成』C. 2.10.un.「同様に、裁判官は裁判官として自分に知られている事実について補充しなければならない。当事者の自白や証人の証言を知っており、それらを一方当事者が［最終弁論において］それとは異なる内容で申立てるのを聞いた場合どうするか。他方当事者が沈黙しているとしても、裁判官は『それらの証人はそれとは異なることを、あるいはより多くのことを述べた』と、彼らの発言を提示し当事者に助言を行うことにより、補充することとなる」Azo, Summa super Codice et Institutis. C. 2.10.un. (S. 30) "..... ¶Item supplere debet de facto quod notum est ei ut iudici. Quid enim si sciat confessiones partium testimonia testium. et ea audiat proferri ab aliqua partium aliter quam sint certe etiam altera parte tacente supplebit immo testes illi aliter uel plus dixerunt ostendendo eorum dicta praecipiendo alicui....."

（28）Nörr, Prozessrecht, S. 98, 138, 142-143, 146, 150, 168, 181, 188ff.

（29）反対当事者による抗弁によって指摘されるはずの事項を、裁判官が職権で認定できるようになったということであり、抗弁の意義の稀薄化・近代民事訴訟における訴訟要件論の成立へとつながってゆく。Nörr, Prozessrecht, S. 98, 222.

（30）D. 5.3.58.「父権から解放された息子が、母の遺言の条件に従って相続を承認した。当該財産は、父が息子を解放する前に占有しており、そこからの果実も占有していたが、息子が元老院議員だったのでその名誉のためにそこから金銭を支出していた。息子のために支出した分を考慮した上で父が相続財産を（息子に）引渡す用意があるにもかかわらず、息子が相続財産の請求に固執する場合、（息子の請求が）悪意抗弁によって排除されうるかが問われる。私は、たとえ父が抗弁を対抗しないとしても、裁判官の職権によって十分に（上述の事情は）考慮されると回答した」"Filius a patre emancipatus secundum condicionem testamenti matris adiit hereditatem, quam pater, antequam filium emanciparet, possedit fructusque ex ea possedit, sed erogationem in honorem filii cum esset senator fecit ex ea. quaesitum est, cum paratus sit pater restituere hereditatem habita ratione eorum quae in eum erogavit, an filius nihilo minus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione summoveri possit. respondi, etsi non exciperetur, satis per officium iudicis consuli."

例えばオドフレドゥス（Odofredus, Lectura super Codice I, C. 2.10.un. (fol. 83rb.)）ではこのようになっている。"quia lex illa ponit talem casum: filio emencipato fuit delata materna hereditas: ego pater possedi illam hereditatem: dum filius meus vocaretur vna die ad honores, ego aliqua erogaui in eius honorem: postea egit filius meus contra me, peti. hereditatis. ego dico, quod cum expendi de ista hereditate in tuos honores, non potes a me petere: et si petas repellante exceptione doli: et si non opponeret, iudex opponet. non autem debet intelligi si non conpeteret mihi, quod iudex daret mihi eam: quia in sumptibus subuenitur alicui iudicis officio....."

（31）Jacques de Revigny, Lectura super Codice. C. 2.10.un. (fol. 77ra.) "...aut tu queris vtrum possit supplere aliter vt quia iudex videtur vt priuatus fieri pactum de non petendo et agatur contra eum. Dicit iudex opponas exceptionem de pacto tibi facto quod iudex non tenetur: sed si reduceret sibi ad memoriam non est improbatum. Non enim dico quod excipiat pro eo: sed dicet ei semper recolas de defensionibus tuis an habeas talem vel talem: et tunc non videtur fouere partem eius et sic probatur per l. istam quod iudex possit allegare pro vtraque partium.....".

（32）Nörr, Stellung des Richters, S. 86, 90. ネルはこれを釈明によるものと理解する（前掲注10を参照）。

（33）Nörr, Stellung des Richters, S. 87.

（34）Bartolus, In primam Codicis partem. Lyon 1581. C. 2.10.un. (fol. 63vb-64ra.) " .....debetis scire quod quaedam sunt, quae principaliter radicantur a [Basel 1562, ND 2007 in] parte, quaedam sunt quae principaliter in iudice. In iudice vt iudice, vt dare dilationes, pronunciationes, et similia. In parte, vt proponere exceptiones, producere testes, et probationes, petere a iudice sententiam, vel aliquid aliud. Circa primum, an iudex possit supplere, hoc est illud quod radicatur in se, facere parte non petente? hic [Basel 1562, ND 2007 sic] dicas: aut loquimur in his, quae respiciunt iuris publici obseruantiam, et iudex potest parte non petente remittere [Basel 1562, ND 2007 reijcere] libellum male conceptum vt ff. off. asses. l.i. [D. 1.22.1] dare dilationes, vt l. properandum.§i. infra de iud. l.i. [C. 3.1.13] et l.i. infra quando ci.ac.cri.praeiu. [C. 9.31.1] facere partes iurare de calumnia, vt l.2. §sed quia veremur. infra de iur.cal. [C. 2.58 (59).2.4] Praedicta vera, quando proceditur utraque parte praesente. Nam si aliqua partium esset contumax, contra illam partem contumacem non proceditur ad aliquid non petente, aut instante altera parte, vt d.l. properandum §i. [C. 3.1.13] et ff. de iud. l. ad peremptorium [D. 5.1.68],

et aut. qui semel. quomodo et quando iu. [Auth. post C. 7.43.8] Si vero respiceret partis vtilitatem, tunc iudex hoc non posset facere, nisi parte praesente, ut l.5. §pe. ff. iud. sol. [D. 46.7.5]

Circa secundum, s. in his, quae radicantur in parte, dicas, aut respiciunt publicam vtilitatem, et potest iudex proponere ex suo officio non petente parte, vt repellere aduocatum, vel procuratorem. vt l. quos prohibet. ff. de postu. [D. 3.1.7] et l. filiusf. §veterani. ff. de proc. [D. 3.3.8.2] et §milites ea. l. [D. 3.3.8.2] Si vero publicam vtilitatem non respiciunt, tunc siquidem loquitur in casibus. in quibus potest contra absentem perueniri ad diffinitiuam sententiam, tunc iudex potest supplere de facto, inducendo probationes pro absente, vt d. l. ampliorem §i. in pr. [C. 7.62.39] et ibi feci te notare. et aut. qui semel quomodo et quando iud. [Auth. post C. 7.43.8] vbi feci te notare. Si vero non proceditur contra absentem, vel contra eum ad diffinitiuam sententiam perueniri non potest, tunc iudex non potest de facto supplere, vt in tex. et in gl."

（35）Nörr, Stellung des Richters, S. 90f.

（36）Paulus de Castro, Super Codice. C. 2.10.un. (fol. 68va.) "Fallit tamen in aliquibus casibus quando aliquid est sibi notum vt iudici.〔一五一七年版では"*non* notum"となっているが、ここではVenedig 1495のテキスト（fol. 64ra.）に従った〕puta ex productis coram eo. vt si ex tenore libelli mei vel etiam instrumenti a me producti apparet tibi competere exceptionem. nam licet non proponas potest pro te dare sententiam.ut no. in l.ii. §quod si actor. in glo. quae incipit per hoc apperet. de iur. calu. [C. 2.58.2.6?] et supra de transac. l. age cum geminiano. [C. 2.4.3]"

アレクサンデル・デ・イモラにも叙述が見られる。

（37）"actis (acta)"は「書面」ではなく広く「訴訟行為」一般のことを示すと考えるべきことについて、たとえばHans-Gerhard Kip, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip. Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses. Köln-Berlin 1952, S. 19-25. Nörr, Prozessrecht, S. 47f.

（38）Baldus, Commentaria omnia (In primum, secundum et tertium codicis librum), C. 2.10.un. (fol. 133va.) "Vlterius oppo. et videtur, quod etiam in facto iudex suppleat, vt infra de appella. l. ampliorem. §1. [C. 7.62.39] Sol. ibi supplet ex actis coram se, item ex factis coram iudice a quo, quia eius loco subrogatur. Sed ex nullo modo actitatis non potest supplere, quia non includuntur in iudicio, et ideo non pertinent ad iudicem. Sed Bar. dicit, quod pro absente iudex potest de facto supplere,

quod non est verum, nisi ex actitatis, et in percunctatione actitatorum, quia potest iudex dicere, producas processum, vt infra [C. 3.1.13] §sin autem ver. cum autem eremodicium."

バルトロマエウス・デ・サリケト、ラファエル・フルゴシウス、パウルス・デ・カストロ、アレクサンデル・デ・イモラにも叙述が見られる。

(39) Bartholomaeus de Saliceto, Lectura super toto Codice. C. 2.10.un."……si appellatore absente appellatus aliqua producat quae habent iuuare appellantem iudex ex illis eum iuuabit quia sibi vt iudici incipit constare ex eo quod producens dixisset quod in fauorem sui tantum producit. nam sicut testis parte inuita probat pro vtraque parte ita instrumenta. argumen. infra de fide. instrumen. l.in exercendis. [C. 4.21.15]"

バルドゥス、パウルス・デ・カストロ、アレクサンデル・デ・イモラにも叙述が見られる。

(40) Nörr, Stellung des Richters, S. 66, 85.

(41) さしあたり水野「訴権の訴訟上の意義（五・完）」一一〇頁以下参照。「原告が開示した訴権がカウサに不適合な場合」についても、カウサについての証明が適切になされれば不適切な訴権の選択にもかかわらず勝訴判決を下すべきという見解が一四世紀前半までに通説となっていた（水野「職権と当事者（二・完）」八〇－八二頁）。バルトルスやバルドゥスは明示的には「不適切に作成された訴状の却下」のみ言及しているが、単なる却下ではなく原告勝訴を可能にする積極的介入を認めていたと解するべきであろう。

(42) この点については Wiegand, Studien. の詳細な検討に譲る。

(43) Nörr, Stellung des Richters, S. 66, 78, 82, 85.

(44) 僅かに取り上げられている例でも、一四世紀前半までとはかなり意味合いが異なってきていることが注目される。

Bartholomaeus de Saliceto, Lectura super toto Codice. C. 2.10.un.「このことに従って、私は、その補充を立って行うべきなのか、それとも座って行うべきなのかを問う。注釈は『座って』としている（C. 2.6.6 (i.f.)）が、それは事件の性質が座っての補充を要求する場合についてと理解せよ。歩き回りながら決定してよい事件や事柄についてはそうではなく……裁判官は立って補充してもよい」"……Iuxta hoc quero an suppletionem istam facere debet stando vel sedendo. Et dicit gl. sedendo arg. l.quisquis. in fin. supra de postu. [C. 2.6.6] quod intellige quando natura causae hoc exigit. alias in causis vel

articulis qui perambulando possunt decidi...poterit etiam stando supplere”

「歩き回りながら」決定してよい事柄については「立って」補充してよいと述べられている。Lepsius, Sitzen des Richters, S. 122はバルトルスの学説として、通常手続においては着座により裁判官が精神を平静にすることが重要であるが、簡略手続においては必要なく、従って簡略手続における判決言渡しは歩き回りながら／立って行うことができる、と述べる。サリケトも通常手続に比べ職権が強度に作用する簡略手続を想定していたのかもしれない。

（45）バルトルス以降の著作でしばしば持ち出される「当事者による請求の有無」という視点は、一見当事者のイニシアティブを重視しているようにも見える。しかし、当時の法実務では原告が訴状に「効用ある一節 clausula salutaris」を付記することにより、職権にフリーハンドを与える趣旨の嘆願を行うことが当時すでに一般化していたことを考慮する余地があるように思われる。水野「職権と当事者」のほか水野「訴訟法書・公証手引書における『職権と当事者』――一二・一三世紀『法生活の学問化』の一断面」（長谷川晃編著『法のクレオール序説　異法融合の秩序学』（平二四）所収）、Bomsdorf, Prozeßmaximen, S. 47. を参照。本稿「おわりに」で紹介する一七世紀の文献ではこの点が明示されている（Otto Philipp Zaunschliffer, De officio iudicis suppletorio. Marburg 1682. Pars Prima. Conclusio V.§4）。

（46）Salvioli, Storia, S. 766. Roumy, l'avocat commis d'office.

（47）弁護士がローマ以来前近代までは当事者の利益の代弁者というのではなく、むしろ当事者の主張の正当性を客観的にチェックする「最初の裁判官」「裁判官の補助者」として位置づけられていたことと関連しているのかもしれない。

（48）Bomsdorf, Prozeßmaximen, S.33ff. 47.

（49）Claudia Storti Storchi, Aequalitas, S. 396は、手続における両当事者の衡平への配慮についての学説が一三世紀に最高潮を迎えた後徐々に衰退してゆき、近世においては一般論としてのみ言及されるようになっていくという見通しを示している。

（50）Otto Philipp Zaunschliffer, De officio iudicis suppletorio. Marburg 1682. Pars Prima. Conclusio IV.§3, Conclusio V.§1, Conclusio X.§2-4, Conclusio XI.§1.

（51）近年盛んになってきている、当時の民事訴訟の実務についての検討が示す像との関連性、ならびに中世後期の（イタリア都市国家の？）国制の変動との関連いかんは今後の課題としたい。また、法的紛争解決についてこれまでの研究は通常の訴訟手続に関心が傾いてきた感があるが、実務においては重要な役割を果たしていた簡略手続では職権が主導的な役割

を担っていたことも考え併せる必要があろう。

＊本研究に当たり、文部科学省科学研究費基盤研究Ｃ「『当事者のために介入する裁判官』の歴史的系譜」（研究代表者・水野浩二）による補助を受け、また法制史学会第四一九回近畿部会例会など複数の研究会にて貴重な意見を賜ったことに感謝する。

論　説

損害賠償法における素因の位置（六・完）

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
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
第一節　被害者の心理的反応
第二節　ノイローゼ事例における素因の位置
第三節　被害者の体験の不適切な精神的消化
第四節　小括
第四章　ドイツ法における素因の考慮場面
第一節　素因不考慮命題と諸法理による現免責の可能性
第二節　逸失利益算定における考慮

（以上、六二巻四号）
（以上、六二巻五号）
（以上、六三巻一号）

第三節　逸失利益算定における割合的控除
第四節　素因と共働過責
第一款　ドイツ法における共働過責について
第二款　共働過責による素因の考慮
第三款　素因と共働過責に関する小括
第五節　ドイツ法における素因の考慮場面についての小括
第五章　素因減責論再考
第一節　ドイツ法における議論状況の総括
第一款　素因不考慮命題の意義
第二款　素因不考慮命題の限界
第三款　素因不考慮命題に関する法律構成
第四款　素因不考慮命題の問題点
第五款　仮定的因果関係論による減免責
第六款　素因に対する統制義務を媒介とする共働過責
第二節　日本法への示唆と若干の検討―素因の位置・再考
第一款　基本的視座の確立
第二款　損害帰責論における素因の位置
第三款　逸失利益算定における素因の考慮―将来的影響の斟酌
第四款　過失相殺の「適用」による素因の考慮
第三節　当事者間の緊密性によるリスクの配分
第四節　総括
結びに代えて―若干の残された問題

（以上、六三巻三号）

（以上、六四巻五号）

（以上、本号）

第五章　素因減責論再考

第二節　日本法への示唆と検討―素因の位置・再考

それでは、以上の知見をもとに、わが国の素因減責論の再考を試みる。

本稿の目的は、わが国の不法行為法における被害者の素因の位置づけを確認・再検討することで、素因減責論の再構成を図るものであるが、そのためにはまず、被害者の素因を評価する基本的視座を確立する必要がある。すなわち、被害者の素因というリスク・ファクターは、加害者または被害者のいずれ（あるいは両者）が負担すべき性質のリスクであるのか、そして、そのようなリスク配分が「損害賠償法の公平の理念」[1]に合致するのかを検討しなければならない。また、当然のことながら、被害者の素因の評価に対する基本的視座をどのようなものとするかによって、後に検討する損害帰責論及び法的効果論における素因の位置も定まるものである。よって、第一に、本稿の考える基本的視座を提示したい（第一款）。

次いで、確立された基本的視座をもとに、各場面における素因の位置づけを検討する。その際には、損害帰責論及び法的効果論とに場面を分けて検討する。特に前者（損害帰責論）においては、加害者にとっては与り知らない、被害者固有の危険であるところの素因が損害の発生・拡大に競合した場合においても、なぜ加害者に帰責される（賠償範囲・保護範囲に含まれる）のかを明らかにしたい（第二款）。

しかしながら、ある損害が加害者に帰責されるからといって、当該損害の全部を加害者が負担すべきであるとは言い切れない。損害には、加害行為の他に種々の要因（例えば環境的要因）[2]がそれぞれの程度をもって、いわばグラデーショ

ンをなすように影響を与えているのであって、被害者の素因もこれに属するものである以上、最終的には、帰責範囲の調整を図る必要がある。なお、被害者の素因の競合に関する問題は一種の原因競合の問題であると考えられるところ、[3]原因競合の形態は、必要的競合・重畳的競合・択一的競合に区別することができる。[4]厳密に考えれば、素因競合の形態も上記の類型のいずれかに区分することができる。すなわち、本稿が主たる対象とする（狭義の）素因競合は必要的競合の問題であるが、加害行為がなくとも被害者の素因により同じ結果となっていた評価することのできる類型（重畳的競合）、すなわち、別の因果系列を考えうる場合もあり、また、結果（損害）が加害行為によるものか被害者の素因によるものかが不明な類型（択一的競合）の場合もありえよう。したがって、本稿では、類型を二つに分けて検討する。すなわち、素因の重畳的競合類型として、逸失利益算定における素因の考慮場面（第三款）を、素因の必要的競合類型[5]における素因の考慮として、過失相殺（類推適用）における素因の考慮（第四款）を検討することとする。

以上をもって、素因減責論を提示する（第三節）。

第一款　基本的視座の確立

一　ドイツ法における素因不考慮命題を再検討したところによれば、加害者は被害者を身体的にも精神的にも標準的な健康人[6]であると期待することは許されないことを指摘することができる。[7]これは、わが国においても、基本的視座として妥当し得るものと考えられる。なぜならば、基本的に社会に参加する者は多種多様であり、かつ、社会福祉国家であるわが国では、素因保有者や障害者などの社会参加の自由の保障も要請されると解されるからである。[8]すなわち、被害者たる者の素因それ自体を斟酌する（賠償額を減ずる）というのであれば、自らが何らかの脆弱性を有していることを

認識している者（素因保有者）は、損害が全て回復されない以上、その行動水準を低下させることで損害発生のリスクを回避することが合理的な選択であるところ、このような選択（を強いられること）は、社会に参加する者の一般的な行動の自由を制約することに他ならない。また、自らの脆弱性を認識していない者にとっては、損害が全て回復されない（部分的に縮減される）ことは、不意打ち的効果を持つことになろうし、そうした事態を回避するには、リスク回避的に行動せざるを得ないであろう。そうすると、被害者の素因それ自体をもって賠償額を減額しうるとするルールの存在を前提にすると、自らの脆弱性を認識していようとしていまいと、リスク回避的な行動が合理的な選択といえるのであり、素因自体を斟酌するというルールによって、一般的な社会参加の自由が抑制される結果となり、社会的に望ましいものとは思われない。

一方で、このように解すると、加害者がたまたま素因保有者を侵害したために、標準的な健康人を侵害した場合より多くの損害が生じたとしても、それは加害者が負担しなければならないことになるが、そのような偶発的事情による部分の損害をも加害者は負担しなければならないのか、という疑問が生じよう。まさに、（被害者を標準的な健康人と想定する）加害者にとってみれば、被害者が素因を有していたという偶発的事情のゆえに、賠償額が「拡大される」ことになり、この意味では加害者側に不意打ち的効果が発揮されるのである。しかし、このような疑問が生じるのは、素因原則考慮説（とりわけ領域原理説）が具体的加害者と可能的加害者の公平を考慮しているからであろう[9]。この公平感は、たまたま素因保有者を侵害した具体的加害者と、素因を有しない「標準的な健康人」を侵害するであろう可能的加害者との公平である。なるほど、社会全体としてみれば、素因競合の問題は、「当事者間の公平だけに終わるものではなくして、社会共同的な公平が大切だ」[10]というのはもっともである。しかしながら、以上のような公平感をもってしても、違法な加害行為を被った素因保有者が加害行為により顕在化したところの素因の発現を自らが負担しなければならない

ことの説明は困難である。[12] そもそも、「社会共同的な公平」というのであれば、社会に参加する者を「標準的な健康人」であると想定すること自体が不合理であろう。現実の社会には素因保有者を含む多様な者が参加しているのであるから、素因保有者の素因発現のリスクを社会としていかにカバーするかが問い直されるべきであり、それこそが「社会共同的な公平」であると言えるのではないだろうか。以上のように考えるのであれば、加害者は被害者を身体的にも精神的にも標準的な健康人であると期待することは許されないということができよう。

二　他方で、加害者もまた同様に社会に参加しており、その社会参加の自由の保障も要請されるところである。このとき、すでにドイツ法において指摘されているが、両者の自由が衝突することとなる。[13] そのため、両者間において調整が必要となるわけであるが、これは被害者の最低限の抵抗力に求められることがドイツ法からの示唆として得られる。すなわち、素因保有者の社会参加の自由が保障されるべきは当然であるが、素因保有者が参加しようとする社会は多種多様な者が参加するが故に、完全に無害な空間ではなく、一定のリスクが存在することが前提となっている。[14] それゆえ、素因保有者といえども、そのリスクに耐えうるだけの最低限の抵抗力が求められる。そのため、最低限の抵抗力を下回った場合には、素因保有者は自らの素因による部分の損害を負担しなければならないが、これは所有者危険負担原理の発露というべきであろう。[15] もっとも、この場合、最も抵抗力のない・最も弱い素因保有者について不法行為法による保護を断念することになる。[16] しかしながら、規範的に見るならば、素因保有者といえども自らの保護法益に対して無関心でいることは許容されるべきではないといえよう。[17] なぜならば、被害者であろうと加害者であろうと、一定のリスクが存在する社会に参加する以上、自らの保護法益を無防備のまま危険に晒すことまで法の保護が予定されているものとは解されないし、その結果生じた「損害」を加害者に転嫁することも許容されるべきではないと解されるからである。

したがって、そうした場合にも加害者が責任を負うとするのであれば、かえって加害者の行動の自由は不当に制約さ

れることとなるため、法的保護を断念することはあながち不合理なことであるとはいえないだろう。すなわち、社会には多様なリスクが存在するため、そこに参加しようとする者は、自らの法益を保護すべく最低限の抵抗力を示すことが要請されるのであり、その最低限の抵抗力を有しない者については、法は保護を予定していないと解されるのである。[18]

第二款　損害帰責論における素因の位置

一　以上得られた基本的視座から、損害賠償法における素因の位置を再定位してみたい。まずは、損害帰責論における素因の位置付けから検討する。

かつて素因は、賠償範囲確定の考慮要素と位置づけられていた。すなわち、素因の現実化に対する予見可能性が問われ、予見可能性がない場合には、賠償されないとする判例・学説もあったところである。[19] しかし、今日では、素因を賠償範囲において考慮するという見解は主流ではなく、もっぱら賠償額算定の一考慮要素と位置づけられている。しかし、電通過労死事件[20]においては、再び、素因及び素因の現実化可能性に対する予見可能性が問われているものと解される。[21] すなわち、私見によれば、素因が寄与した部分の損害を賠償の対象とするか否かは、賠償額算定の問題に留まらず、当該の素因が寄与した部分の損害が一義的には[22]加害者が負担する、すなわち賠償範囲に含まれるか否かは、当該部分の損害の加害者への帰責の問題であり、この意味では素因競合の問題もまた、損害帰責論における問題である。[23] そうであるならば、損害帰責論における素因の位置を検討する必要が認められるだろう。以下では、電通過労自殺事件を通して、問題の構造を明らかにしたい。

二　電通過労死事件の検討によれば、素因に対する予見可能性は、人的関係性による個人差の範囲を拡大する効果が認

められた。すなわち、雇用契約という特殊な人的関係を基礎として被用者の有する性格や基礎疾患などの素因に対する使用者側の予見義務を観念することによって、被用者については何ら人的関連性がない者に比べて個人差の範囲が拡大されるのである。この場合、使用者には被用者の素因に対する予見可能性の有無が問われることとなる。

しかし、ドイツ法における素因不考慮命題の検討で明らかとなったように、素因に対する予見可能性を直ちに認めることは困難である。雇用関係のような人的関係性が密接な場合であっても、被用者が自らの素因を秘匿することは十分想定されることであり、また、使用者が企業内に産業医を設置したとしても、個人情報保護の観点から産業医には守秘義務が課され、使用者へ十分な情報が伝えられないという問題が生じる。そのため、使用者に対しては雇用関係を前提とした予見義務を課すことにより、使用者に被用者の素因に対する統制を期待するのである。ところで、この予見義務はなぜ課されるのであろうか。すなわち、この予見義務は、使用者にとっては適切な物的・人的配置による業務遂行の一環として位置付けられるのではあるが、使用者が被用者の素因というリスクを負担すべきとする理由はどこに求められるのであろうか。ここで考えられるのは、法の保護目的からの考慮である。すなわち、使用者には被用者に対する安全配慮義務が設定されるところ、安全配慮義務の設定目的は被用者の生命及び健康等の危険からの保護であると解される。この安全配慮義務は使用者の被用者に対する支配的関係性を前提とするものであるが、他方で、被用者の素因というリスクは被用者自身の支配の内にあることから、一見すると被用者の素因のリスクに対してまで使用者の支配的関係は及ばないとも考えられる。しかし、以下の点に鑑みるならば、使用者の被用者の素因のリスクに対する支配的関係が認められ、安全配慮義務の射程にあると解することができる。すなわち、使用者はその被用者を雇用するにあたり、業務の執行に当たって身体的にも精神的にも耐えうるかどうかのスクリーンをかけているのであり、そのスクリーンを通過して雇用した以上、被用者のかかえるリスクは使用者も（一義的には）負担すべきであるといえる。かつ、社会にお

いては素因を有しながら生活を送っている者が存在することは容易に想定されるところ、使用者としてはそのような者が自らの事業に応募してくることもまた容易に想定することができるため、雇用に際してはそのようなリスクを当然に予見しておかなければならないと言えよう。それゆえ、スクリーニングを通過した者については、素因のリスクに対して具体的な予見可能性がなくとも、一義的には使用者が負担すべきであり、そうしたリスクを顕在化させないためにも安全配慮義務が認められるものと解される。以上のように解すると、雇用関係においては、人的関係性が希薄な場合に比して、法の保護範囲が拡張され、これが予見義務として設定されるものと解される。そして、設定された予見義務をもとに賠償範囲が確定されるのであり、その際には被用者の素因による部分の損害も保護範囲に有るか否かが検討されているのである。

他方で、交通事故のような偶発的であり、人的関係性が希薄な場合においては、上述のような法の保護目的が観念し難い。この場合には、上述で検討した基本的視座、すなわち、社会参加者が「標準的な健康人」であると期待することは許されないという点から出発するならば、被害者たる社会参加者がなんらかの素因（脆弱性）を有していることを前提に予見義務（注意義務）が設定されることとなる。このときには、雇用関係とは異なり人的支配関係がないことから、雇用関係のような人的関係性が緊密な場合に比べて、より弱い形で予見義務が設定されることとなろう。したがって、これに応じて保護範囲も確定されることとなる。

三　以上のように解されるのは、結果回避義務違反としての過失を支える法思想は、信頼原則にあると解されるからである。すなわち、「法は、法益侵害（権利侵害に代表させてもよい）惹起の危険性を最小限に（すなわち、社会相当な程度に）抑えるよう、各場合に各社会構成員に、社会生活上必要な注意（作為、不作為）義務を分配する。とすると、他人は、われわれが、その注意義務に従って、ふるまう（verhalten）ことを信頼する。すなわち、他人は、われわれ

の秩序にかなった行動を、自己の外界支配の中に参入して、行動する。そして、われわれが、他人の信頼を破って、注意義務に反して行動したとき、その信頼を保護する意味で、発生した損害の賠償義務を負う[24]」のである。このとき、各社会構成員の社会生活上必要な注意義務を設定するには、「他者（被害者）」の属性を視野にいれなければならない。なぜならば、「他者（被害者）」がどのような者であるかを措定しなければ、「社会生活上必要」とされる注意の水準が定まらないからである。すなわち、「各人が一般標準人としての行為基準を守って行動することを期待信頼[25]」されるのであるが、守るべき行動基準（行動水準）は、「他者（被害者）」たる社会構成員をどのようなものと「期待信頼」するかによって設定しうるものである[26]。

そうすると、我々（ないし法）が「期待信頼」する社会構成員とはいかなる者であろうか。ここで、社会構成員一般をあくまでも「標準的な健康人」とすることもできようが、私見によれば、繰り返しになるが、社会に参加する者の多様性（素因保有者）を保障すべきである。社会参加者の多様性を保障するには、多様な者の行動の自由が保障されなければならず、かつ、緊密な社会的接触を常にともなう現代社会にあっては、常に他者の権利ないし法益を危殆化し、時に侵害するのであるが、そこで「標準的な健康人」を前提とした注意義務が設定されるとすれば、社会参加者の多様性を謀殺することになろう。それゆえ、我々（ないし法）が「期待信頼」する社会構成員は、素因保有者を含む多様な者として措定されるべきであると解され、かつ、以上のように解するのであれば、その者を前提とした注意義務が設定されるがゆえに、素因が寄与した部分の損害についても一義的には賠償範囲に含まれる、すなわち、加害者に「帰責」されるものと解することができる。

もっとも、上述のように解しても自ずと保護の限界は生ずる。すなわち、社会一般に存する一定のリスクへの抵抗力を欠く場合である。社会に一定のリスクが存在する以上、社会参加者一般にはそうしたリスクに最低限抵抗しうること

が期待されている（信頼されている）のであり、行為者（加害者）としても、社会参加者が最低限の抵抗力を有していることを期待（信頼）してもよい。したがって、社会参加者が最低限の抵抗力を欠いた結果生じた部分の損害については、加害者に帰責されることはないものと解される。ただし、（割合的因果関係論は別として）いわゆる賠償範囲画定のレベルにおいては、その部分を截然と区分することが困難であるため、この問題については、次のフェーズにおいて判断されることとなる。

四　さて、以上私見において提示したように、素因は保護範囲の確定のための一考慮要素と捉えることができ、かくして、素因は、保護範囲確定の考慮要素として、損害帰責論にも位置付けられるのである。しかし、素因を損害帰責論において位置づけたところで、それが直ちに全額賠償を導くわけではない。以下では、損害帰責の再調整問題としての素因の位置づけを検討する。

第三款　逸失利益の算定における素因の考慮―将来的影響の斟酌

一　わが国における素因減責論は、素因を考慮するに際して、被害者が素因を有していなかった場合の将来的展開を考慮し、それと不法行為後の状態を比較して斟酌の可否を決定するというのが基本的方向性である。しかし、不法行為法の目的が被害者の損害の填補にあることに鑑みれば[27]、むしろ、不法行為がなかった場合の将来的展開が第一に考慮されるべきである。これは、損害の発生・展開過程において、別の因果系列が択一的に存在する場合にあたり[28]、いわゆる仮定的因果関係の問題であるといえようが[29]、従来わが国では、こうした場合でも「寄与度」ないし過失相殺の類推適用によって処理されてきたと見ることができる[30]。

ところで、ドイツ法では、まさにこのような場合においては、仮定的因果関係理論により不法行為がなかった場合の素因の将来的影響が考慮されていたのである[31]。この視点はわが国においても妥当するものと考えられる。すなわち、不法行為がなかった場合において、素因が被害者の稼働能力にどの程度影響を与えたかが審理されるべきである。そして、素因の将来に対する影響力が証明されなかったときにはじめて、被害者が素因を有していなければどのような展開が見込まれたかを考慮しうるものと考えることができよう。

例えば、一酸化炭素中毒事件[32]などは、加害行為が一酸化炭素中毒の症状の引金になったとして、素因の必要的競合の類型（狭義の素因競合類型）と把握し、過失相殺の類推適用により割合的処理がなされている。ところが、①当該一酸化炭素中毒は必ずしも軽微なものではなかったことや、②一酸化炭素中毒による諸症状もいったんは潜在化ないし消失していた（にすぎない）ことに鑑みるならば、択一的原因競合の事案、すなわち、加害行為から損害へという因果系列とは別に一酸化炭素中毒から損害へという因果系列が併存している類型と見ることができる。そうであるならば、まずは、加害行為がなかった場合における一酸化炭素中毒の展開可能性を仮定的因果関係の法理に従って審理すべきであったと考えられる。また、頚椎後縦靭帯骨化症事件[33]についても、一酸化痰と中毒事件と同様に、素因の必要的競合事案として過失相殺が類推適用されてはいるが、事故以前からすでに頚椎後縦靭帯の骨化が進行していたのであれば、加害行為がなかった場合における当該骨化の将来的展開につき仮定的因果関係の法理において考慮すべきであったと考えられる（最高裁によれば、事故以前は頸椎後縦靱帯骨化症に伴う症状は何ら発現していなかったとのことであるが、症状が発現していなかったにすぎず、将来において発現する可能性は否定されていない。そうであるならば、まずは将来的な発現可能性及び将来における展開可能性を審理すべきであっただろう[34]）。

二　もっとも、従来の素因減責論において議論されてきた素因の必要的競合の類型（狭義の素因競合類型）と仮定的因

果関係の類型とは、理論的には分類することはできるが、実際問題としては、それほど明確に分類することができるわけではない（上記一酸化炭素中毒事件及び頸椎後縦靱帯骨化症事件が狭義の素因競合類型と把握されているのも、分類の困難さに起因するものであろう[35]）。

また、素因競合事案の一部を仮定的因果関係の類型として分類できるとしても、素因の将来的影響力を証明するのが困難な場合があろう。現に、本稿で考察したドイツ法においては、仮定的因果関係類型における素因競合につき、証明責任及び証明度に由来する解決の硬直性が問題となっていたのである[36]。すなわち、ドイツ法によれば、予備的原因たる素因の実現については、加害者がその証明責任を負担することから、加害者が証明に失敗すると、素因不考慮命題に従い、加害者が全責任を負うとの帰結に至るのであるが、このときの証明度は確実というに近い程度の蓋然性という非常に高度な証明を要求されているため、実際には証明困難な場合が多く、加害者が（一部）免責される可能性は非常に低いという問題である。こうした問題の構造は、わが国においてもそれほど異なることはなく、素因競合事例を仮定的因果関係の類型に分類したところで、証明の問題が大きな障壁となる。こうした問題を度外視して、素因原則不考慮説に立脚して、現実における素因の影響力の考慮を断念することは、全部賠償かあるいは賠償の否定という硬直した結論を導くことになり、事案に応じた柔軟な解決という近代法の要請にもとることとなるため、私見としては、結論として支持することができない。

三　なお、ドイツ法では、証明問題による解決の硬直性を緩和するため、ＺＰＯ二八七条を用いて、加害者の証明の軽減を図るとともに責任の割合的控除をも認める理論構成が示されていた。仮定的因果関係類型における素因競合問題につき、わが国に対しても示唆的であると思われるが、本稿では、これ以上立ち入ることをせず、指摘するに留めたい。というのも、前者の証明の軽減につき、ＺＰＯ二八七条は証明度の軽減の規定であるとするのが通説的見解であると

ころ[37]、これに相応するわが国の民訴法二四八条については、「自由心証の特別な場合として証明度を緩和する効果を伴うけれども、本質的には、損害額の確定を裁判官の裁量に委ねることを許容する裁判規範[38]」とされるように、損害額の算定における裁量性を趣旨とした規定であり、証明度の緩和はその効果にすぎないと解されており、民訴法二四八条を証明度の軽減として用いるのは、直ちには認め難いものと思われるからである[39]。また、後者の責任の割合的控除という処理については、ドイツ法内においても批判されているように、証明度の軽減が直ちに割合的控除を正当化できるものでもない[40]。わが国民訴法二四八条については、裁判官の裁量性が強調されてはいるが、裁量判断と割合的処理が直ちに結びつくわけではない[41]。以上の問題については、別途考察を期したい。

四　ともあれ、近代法においては、柔軟な解決が要請されるため、何らかの形で素因を考慮する必要があろう。このときに、先にも述べたように、仮定的因果関係における素因競合の問題における証明の問題の解決として、かつ、柔軟な解決、すなわち割合的解決を図る手段として、寄与度や過失相殺類推適用が用いられているものと思われるが、上記の問題を解消しない限り、（法律構成としてはともかく）仮定的因果関係類型に位置づけられる素因競合の場合における割合的解決は、理論的には整合していないと考えられる。

第四款　過失相殺の「適用」による素因の考慮

一　前述（第二款）したように、被害者の素因が寄与した部分の損害もまた加害者が負担すべきであり、賠償範囲に含まれるものと考えられるところである。ところが、社会参加者（被害者）が最低限の抵抗力を欠いた結果生じた部分の損害については加害者に帰責されるものではないが、いわゆる賠償範囲画定のレベルにおいてはその部分を截然と区分

することが困難であるため、一義的には加害者の負担する賠償範囲に組み込まれてしまう。そこで、別の法理により加害者への帰責範囲を再調整する必要がある。この場合に、帰責範囲の再調整を行うのは、過失相殺法理である。

周知のように、（狭義の）素因競合類型につき、最高裁は過失相殺類推適用構成を採用しているところであり、また、学説においても、同理論構成の精緻化が図られているところである。過失相殺類推適用構成における理論構成として注目されるのは、四宮説（危険性関連説）及び四宮説を領域原理によって発展・昇華する橋本説（領域原則説）である。[42] ここで、四宮説及び橋本説を今一度敷衍し[43]、もって私見を提示したい。

二　四宮説は、素因競合事例を後続侵害の帰責問題と捉え、素因が寄与する部分の後続損害につき、素因との危険性関連から加害者に帰責される範囲を限定する。すなわち、「社会生活を営むに必要最小限度の抵抗力」を基準として、これを下回る場合には被害者固有の「一般生活上の危険」が現実化したものとして、加害者への帰責を否定する。また、一般生活上の危険の現実化ではないとして加害者への帰責が肯定される場合には、事実上の素因の寄与そのものを分割の基準とすることはできず、加害行為の違法性の存在とその程度を考慮に入れて、規範的評価として損害の配分を図るものとする。[44] この四宮説の言う、危険性関連からの帰責範囲の限定は、私見として、支持することができる。とりわけ、「最小限度の抵抗力」という基準は、ドイツ法における素因競合問題においても、加害者への帰責を否定する根拠として提唱されていることであり[45]、理論的にも正当な指摘である。もっとも、「最低限度の抵抗力」を基準とすると、素因が寄与した部分の損害に対する克服可能性が問われることになるのであるが、この場合、「最低限度の抵抗力」を欠く者にはおよそ自己の素因を統御し克服することは期待することができないなどとも指摘されているところであり[46]、「最低限度の抵抗力」基準のみでは、被害者負担を根拠づけることは困難である。また、加害者へ帰責される場合には、素因の寄与した程度だけでなく、加害行為の違法性の存在とその程度を考慮に入れて、規範的評価として損害の分割を図り、

その際には過失相殺に「準ずる」方法によって減責すべきとするだけであり、理論的には被害者が負担すべき理論的根拠を明らかにしなければならない。

以上の四宮説を踏まえ、割合的減責論を昇華させたのが橋本説である。橋本説の中核は、領域原則（自己の領域内の特別の損害危険に対する保証責任）である。そして、これを被害者の素因の帰責性として把握する。橋本説によれば、被害者の素因は、被害者自身の権利領域内にある特別の危険であるところ、被害者の個人差以上の素因が競合する事例は、この特別の危険性の実現に他ならないため、被害者が保証責任を負うものとされる。すなわち、被害者自身の権利領域内での危険は被害者自身が負担すべきであるとする所有者危険負担の原理の発露である。そのため、個人差以上の素因が競合して生じた結果については、加害者の危険範囲を超過する部分として、加害者に帰責されず、加害者の損害賠償責任は過失相殺の類推適用により割合的に限定されるのである[47]。素因による部分の損害につき、被害者への帰責原理を明らかにした点において、理論的優れた見解である。しかしながら、所有者危険負担の原理が優越する点については、所有者危険負担の原理は、不法行為成立前における危険負担の原理であるところ、不法行為成立要件をクリアしているにもかかわらず、これを加害者危険負担の原理に優越させることは、理論的には正当化することはできない[48]。また、個人差以上の素因が競合した場合には加害行為の危険性関連が及ばないとする点についても、加害行為が素因の顕在化をもたらしたと評価される以上、素因の顕在化と加害行為との間には規範的には危険性関連が及ぶのではないかとの疑義が呈されており[49]、私見としても、同様に考えられる。

三　以上に対して、私見としては、過失相殺の類推適用ではなく、「適用構成」で処理することを志向したい。すなわち、素因の発見統制義務を媒介とした過失相殺の「適用」構成[50]である。この素因の発生統制義務を媒介とする過失相殺構成においては、例えば、窪田説は、自己の素因による損害の発生。拡大の回避可能性という点から、①自己の素因につい

ての認識（認識可能性）、②素因の実現にかかわるよう外からの危険（不法行為）の予見可能性、③前二者を前提としての損害の発生・拡大の回避のための具体的措置の実行可能性という点を基準とし、ここに過失相殺が「適用」されるものと解する。[51] また、潮見説によれば、被害者に素因を発見あるいは統制することが期待可能で、かつこれに基づいて自己の行動を適切にコントロールすることが可能であった場合に限って、期待可能な措置を講じなかったという被害者の帰責性を基礎に賠償額の減額を認めるべきであり、この場合には被害者の過失を拡張して捉えることにより、過失相殺を「適用」することができるものとする。[52] 以上の見解については、私見としてはこれを支持するが、本稿では更に、被害者の過失の拡張、すなわち、客観化をより進めた形での、過失相殺「適用」構成を提示したい。そして、これは、「最低限の抵抗力」及び「自らの法益に対する無関心」という観点から基礎づけることができる。

基本的視座として、素因を有する被害者といえども、社会に存在する様々なリスクに対応することが要請されることから、身体的にも精神的にも最低限の抵抗力を示すことが要請されることは既に述べたが、素因競合事例は密接不可分な一個の損害が問題となるため、最低限の抵抗力を示すことができたかったことから生じた部分の損害について、因果関係ないし賠償範囲確定のレベルにおいて賠償の対象外とすることは困難である。したがって、その部分については、「自らの法益に対する無関心」を基礎として、過失相殺の「適用」レベルで考慮すべきであると考える。

被害者は自らの素因に関して、発見・統制義務を負う。なぜならば、我々が生活する社会には多種多様なリスクを包含するものであり、そのような「無害」ではない社会に参加する者は、自らの法益に対して無関心でいることは、法規範的評価としては許されないというべきである。それゆえ、自らの無関心が招いた結果については、自らが負担しなければならない。そして、自らの法益をないがしろにすることは、自分自身に対する客観的過失として非難することができよう。すなわち、最低限の抵抗力を示すことができなかった場合には、自らの法益に対して無関心であったと評価す

ることができる。そして、このように解することにより、被害者自らの素因に対する発見・統制義務が基礎づけられ、これを怠った場合には、過失相殺が「適用」される。素因の発見・統制義務は、①素因を認識していた場合と、②素因を認識していなかった場合の二つの場面が想定される。

①素因を認識していた場合には、発見義務は問題にならないが、素因の発現を予防し、素因による損害の拡大を防止すべき義務が課される。

②素因を認識していなかった場合には、素因の発見義務が問題となるが、これは、被害者が自らの素因を知り又は知りうべき状況にあったか否かが問われる。素因発見義務は素因発見の期待可能性の有無によって決定されると解される。

四　それでは、次に、体質的素因と心因的要因に分けて、素因発見・統制義務を検討する。

①体質的素因

体質的素因は、被害者が不法行為以前から有していたものであり、本来的には不法行為成立の段階で評価されるべきものであると考えられる(53)。しかし、体質的素因は、損害が予想以上に拡大する原因であることが多い。被害者は、体質的素因を有しているのであれば、加害行為によって内在する体質的素因が発現するのを回避する措置を講じるべきであり、これを怠ることはまさに被害者の過失であると評価することができる。被害者が自身の体質的素因について認識がなかった場合については、非難可能性の観点から過失を基礎づけることができる。認識していなかったことについての被害者の非難可能性は、自らの法益に対する無関心による自分自身に対する客観的過失により基礎づけられ、被害者がとるべき回避措置に関して過失があると評価することができるだろう。他方で、認識していなかったことにつき非難可能性がないという場合は、損害拡大防止の回避措置をとることは期待されえないので、損害の拡大に関して過失はないと評価することができる。

②心因的要因

心因的要素は、不法行為後に強く関与するものであり、損害拡大の一因となりうる。心因的要因が競合する場合を考察してみると、それ自体が直接的に損害を拡大させているわけではない。被害者は、心因的要因とされる主観的な事情を理由として治療を怠ったり、手術を拒絶したりしている。その結果として、症状の悪化、治療の長期化、後遺傷害の残存といった拡大損害が生じるのである。つまり、被害者の心因的要因は、損害の拡大に直接作用しているのではなく、被害者に、治療の懈怠や手術拒否等、損害を拡大させる行為をとらせる誘因として作用していると考えることができる。

しかし、心因的要因といっても必ずしも全面的には被害者自身で支配できるものではない。この点について、心因的要素が考慮されるのは「被害者の主体的態度が強く関係している場合」、具体的には「(一) 医師の治療を誤らしめた場合、(二) 医師が治療の必要を認めていないのに、不適切な治療を継続し、かえって損害を拡大した場合、(三) 回復意欲の欠如」といった、被害者の帰責的要素が含まれている場合に限るべきだとする見解がある(54)。そして、この見解は、心因的要因を考慮するに当たっては、被害者の行為・態度が、損害拡大に強く関与しているかどうかを、減額のメルクマールとすべきであり、これらの判断は、過失相殺によって行うのが適合的であると結論づける(55)。この見解は、損害軽減義務を用いることにより、より積極的に説明することができる。

損害軽減義務の観点によると、賠償額算定に際して考慮されるのは、損害軽減義務違反としての被害者の行為・態度のみである。心因的要因は、その前段階として、被害者の行為・態度を評価するための一要因と位置づけることができる。心因的要因が有責なものである場合、その行為・態度は有責に惹起されたとして被害者の過失であると言えるので、これは損害軽減義務違反として考慮される。他方で、有責なものでない場合には、被害者の行為・態度についても有責性はないことになり、考慮されえない。

第五款　当事者間の緊密性によるリスクの配分

以上提示した、「最低限の抵抗力」及び「自らの法益に対する無関心」という観点からの過失相殺をするにあたっては、当事者がいなかるシチュエーションにおかれていたのかによって（すなわち、加害者と被害者との対称性ないし非対称性[56]）、それぞれの帰責性は自ずと異なる。このとき、最終的には当事者間でのリスク配分が問われることになる。したがって、最後に、人的関係性によるリスク配分のあり方を提示しておきたい。

電通過労死事件判決の検討から得られた、人的関係性による個人差の範囲の決定という視座は、その人的関係性によってリスク配分が異なることを意味する。ここでは、代表的な場面として交通事故と労働関係の二つの場面について、加害者と被害者間でのリスク配分の在り方を示す。

（一）交通事故の場合には、ほとんどの場合が偶発的なものであり、人的関係性はほとんど想定されない。この場合において、加害者は道路交通参加者として、その他の道路交通参加者が「標準的な健康人」であると期待することは許されない。なぜならば、素因保有者を含む多種多様な者が参加していることを、当然想定すべきである。他方で、道路交通参加者たる被害者も、道路交通という危険の多い社会に参加する以上、自らの法益を積極的に保護することが要請される。素因保有者といえども、自らの法益に対して無関心であることはできないからである。この場合、被害者は、道路交通に参加する者としての抵抗力が求められる。

（二）労使関係においては、使用者と被用者は、雇用契約により結合しているため、人的関係性が緊密である。それゆえに、被用者である被害者の身体的・精神的状態を使用者が把握し得る関係にある。また、雇用するに際しても既に多種多様な者が参加しているというのは想定の範囲内にあるといえよう。使用者は、雇用に際して、いかなる人材を採用

するかについて決定権があり、そのフィルターを通過させた以上、被用者の身体的・精神的リスクを把握すべき立場にある。企業においては、多種多様な者が参加していることが想定されるため、定期的に健康診断を行うなどして被用者の身体的・精神的状態を把握しなければならない。被用者としては、「企業」という、身体的にも精神的にもストレスの多い社会に参加することを自ら選択した以上、相応の抵抗力が求められる。その意味において、被用者は自らの体調管理に努めなければならならず、この点において、素因の発見・統制義務が課される。なお、被用者が自らの素因を秘匿した場合には、自らの法益をないがしろにしているものと観念することができるため、自分自身に対する客観的過失という非難を免れない。

第六款　総括

本章にて再考した素因減責論を今一度敷衍するならば、次の通りである。

一　これまで素因原則考慮説が基本的視座としてきた被害者像は、「標準的な健康人」であったところである。この被害者像は、判例により「個体差の範囲」という幅を持つに至ったのではあるが、判例による素因斟酌準則は、「公平を失する」場合に限り素因を斟酌し得るとする例外準則としての形式を有するにもかかわらず、その実体としては、素因は原則として斟酌すべしとするものであり、むしろ、素因が「個体差の範囲内」に収まる限りにおいて斟酌することはできないとして、斟酌を否定すべき場合の方が例外として位置付けられていると解されるところである。他方で、ドイツ法に目を転じてみると、ドイツ法における素因不考慮命題は、原則として素因は考慮されないとの準則として確立している。

この素因不考慮命題の意義は、加害者は被害者を身体的にも精神的にも「標準的な健康人」であると期待することは許されないとするところにある。この点は、わが国の素因減責論にとっても示唆的であった。なぜならば、被害者の素因を考慮することは許されないとする素因不考慮命題の基本的見地は素因保有者の社会参加の自由の保障の観点から基礎づけられるからである。

他方で、加害者に目を転じると、加害者もまた社会参加の自由が保障されるべきであるところ、被害者の社会参加の自由と加害者のそれとが抵触することが観察された。この場合、いずれの自由が優先するか、調整を要することになるが、これは素因保有者にも社会参加に際して最低限の抵抗力を求める点において調整が図られることとなる。かくして、素因不考慮命題により保護される者は、最低限の抵抗力を有する素因保有者と位置づけられる。

わが国もドイツと同様に社会福祉国家であり、最低限の抵抗力を示す限りにおいて素因保有者の社会参加の自由は最大限に尊重されるべきであると考えられる。そして、このように解することで、わが国の素因減責論は、素因を考慮することの例外性を回復しうると考えられる。

二　法律構成面では、素因はまず賠償範囲論に位置付けられることが明らかとなった。その場合、素因及び素因の発現可能性に対する予見可能性を問うのではなく、法の保護目的から当該素因を有する者を法的に保護すべきか否かが決せられるのである。また、そこでは、人的関係性の強弱により法の保護範囲が確定され、加害者側の注意義務の程度が措定されることも明らかとなった。

三　ドイツにおける素因事例の検討から、逸失利益の算定において素因の将来的展開を観念することにより、素因を考慮しうるという示唆が得られた。不法行為がなくとも将来確実に発現したところの素因の影響を逸失利益の算定において考慮することができるのである。これによると、わが国の素因斟酌準則の基本的見方である、被害者に素因がなかり

せば、という考慮は、将来に対する素因の影響が確認されなかった場合にはじめてしうるものであり、例外的な考慮方法であるといえよう。

四　ドイツ法における共働過責と素因との関係を検討したところによると、第一に素因そのものを考慮対象とすることはできないことが示唆された。わが国の素因減責論は、素因の存在そのものを考慮するという点において対照的である。とはいえ、ドイツでも全く考慮しないわけではなく、素因に対する統制義務を媒介として共働過責が問われている。この点は、わが国でも近時主張されている素因の発見・統制義務を媒介とした過失相殺の「適用」構成に通じるものがある。ドイツでは、素因不考慮命題の支柱である、被害者の社会参加の自由の保障という観点は、共働過責の成否においても影響しており、素因保有者の共働過責の成立には消極的であった。しかし、そのようなドイツにおいても、共働過責の客観化が志向されており、それによると、法益に対する無関心を自分自身に対する客観的過失と構成しうることが指摘されていた。この視点は、わが国の過失相殺「適用」構成にとって示唆的である。素因の発見・統制義務を法益に対する無関心が故の自分自身に対する客観的過失として基礎づけるならば、素因の発見可能性や統制可能性、素因による結果の回避可能性、克服可能性は、素因保有者の意思的努力を問うことなく、客観的に考量することが可能となろう。

五　最後に、人的関係性によるリスク配分の点についても、社会参加の自由の保障、法益に対する無関心及び最低限の抵抗力の観点からの応答が可能である。素因保有者が参加する社会におけるリスクの程度、当該リスク社会に参加するに当たっての自らの法益の積極的保護、そして、リスク社会に参加する上で要請される最低限の抵抗力は、加害者と素因保有者たる被害者のいずれに素因のリスクの割り当てうるかの決定的な考慮要素となろう。

第三節　残された課題―結びに代えて

わが国の素因減責論は、明白な基準を示すことなく、「損害の公平な分担」という理念によって損害賠償額の減額を認容してきた。しかし、こうした状況は、被害者と加害者との公平を強調するあまり、素因という被害者に非難されるいわれのない要素も減額事由としており、むしろ、被害者に過大な負担をかけてきたように思われる。本稿は、こうした問題意識から、素因斟酌の問題の再検討を試みてきた。そのため本稿では、ドイツ法における素因不考慮命題を再検討することからはじめたのである。

そうして素因不考慮の原則を再検討した後、主たる目的である素因斟酌の問題について、共働過責制度の観点から被害者の素因について考察を加えるに至った。ここからはわが国の素因減責論に対して新たな視点が与えられるという示唆が得られた。すなわち、被害者の社会参加の自由の保障及び最低限の抵抗力を背景として、自らの法益に対する無関心さは、自分自身に対する客観的過失と位置づけられることから、被害者に期待される損害の回避及び軽減の義務を、被害者の意思的努力などを問うことなく、客観的に把握することができることが示唆として得られたのである。そして、このように考えることによって、素因原則不考慮の立場を整合的に説明することができる。

以上のように、本稿では、素因不考慮命題の意義及び射程を正確に把握し、かつ、賠償額算定において素因を考慮する可能性とその法理論を探求してきた。本稿の検討からは、ドイツにおける共働過責は法益に対する無関心さを理由とする自分自身に対する客観的過失として把握し得ることが示唆されるに至ったが、本稿ではもっぱら素因との関係において考察してきたため、その本質を探るには至らなかった。この点は課題として残される。

また、当事者間の人的関係性によるリスク配分の在り方については、人的関係性の強弱の例として、交通事故の場合と労使関係の場合について、分析を加えたが、医療過誤の場合についての分析を行うことができなかった。というのも、医療過誤の場面における素因競合の問題は、そもそも素因は被害者自身が持ち込んできたものであるため、そのリスク

を医療の側に負担させるための根拠としては、本研究とはまた別個のアプローチが必要であったからである。しかしながら、近年では、医療過誤訴訟における素因競合の問題は採り沙汰されており、素因減責論の新たな展望を望むためには、医療過誤の場合における素因の取り扱いについても、検討は欠かせないものと考えられる。[57] この点も課題としてのこされることとなったが、不作為不法行為の問題と合わせて、別途検討を期したい。

（1）我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、一九八八）九五頁、最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁。

（2）環境的要因のような外在的要因が被害者の脆弱性と相まって損害を発生・拡大させる類型の典型は、ＰＴＳＤ（心的外傷後ストレス障害）である。ＰＴＳＤと素因との関係については、拙稿「ＰＴＳＤ（心的外傷後ストレス障害）と素因競合」新世代法政策学研究三号（二〇〇九）二五七頁を参照。

（3）素因を競合原因とする捉え方それ自体への疑義からフランス法の素因減責論を検討するものとして、竹村壮太郎「素因減責論の理論的課題（一）（二・完）」上智法学論集五五巻二号（二〇一二）六九頁、五五巻三・四号（二〇一二）一三三頁。また、それを発展させたものとして、竹村壮太郎「加害者の不法行為責任と被害者の素因（一）（二・完）」上智法学論集五六巻二・三号（二〇一二）三七頁、五六巻四号（二〇一三）二五五頁も参照。

（4）以上の類型区分については、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』（信山社、二〇〇九）三六六頁以下を参照。また、素因競合につき、単に「原因競合」とする捉え方に疑問を呈し、素因の因果系列への介入態様に応じて類型化して分析し、かつ、素因減責論の本質を探求するものとして、石橋秀起「交通事故における素因減責の本質」立命館法学三四五・三四六号（二〇一二）一〇二頁（なお、素因減責の本質は、帰責相当性の評価困難に対応した損害分配にあるとの見解（一二九頁）からすると、後述の私見（第二款）とは捉え方こそ異なるが、損害の帰責という把握する点では共通する視点であると思われる）。

（５）なお、択一的競合の問題は、主張・立証責任の問題であるが、競合原因の損害への影響の不明確さを損害への「寄与度」の評価へと還元するならば、必要的競合類型と択一的競合類型の区別は曖昧なものにならざるを得ない。そして、素因競合の場面でも同様の問題が生じる。ゆえに、本稿では、素因の択一的競合の場面も含めて素因の必要的競合の類型として検討する。

（６）何をもって「標準的」というかは議論の余地があろうが、本稿では、さしあたり最判平成八年一〇月二九日判決（首長事件）（民集五〇巻九号二四七四頁）による「個体差」の範囲内にある者を想定する。

（７）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）一一四七頁以下の考察を参照。

（８）谷口聡「素因減責の可否についての一考察―憲法を導入した解釈論と価値判断―」『伊藤進教授古稀記念論文集　現代私法学の課題』（第一法規、二〇〇六）三二五頁以下は、憲法一四条における法の下の平等の観点から、素因減責の可否を論じ、結論として、何ら社会保障も与えられていない素因保有者の素因を考慮して賠償額を減じることは、素因保有者の生活を圧迫するものであり、社会的な保障をさらに低下させることとなるため、被害者の素因の考慮は憲法一四条の平等原則の理念に違反するとして、素因の斟酌に反対する（三四〇頁以下）。

（９）窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、一九九四）七二頁以下及び一七一頁以下。

（10）水野謙『因果関係概念の意義と限界』（有斐閣、二〇〇〇）三一一頁。

（11）野村好弘ほか「最高裁交通事故訴訟の判決をめぐって〈下〉〈座談会〉」週刊自動車保険新聞一五四八号（一九九七）三頁。

（12）橋本佳幸「過失相殺法理（五）・完―責任無能力者の『過失』と素因の斟酌―」法学論叢一三九巻三号（一九九六）二五頁以下は、個体差以上の素因が競合した場合については、加害行為の危険性関連は個体差の範囲内にとどまるところの結果までにしか及ばず、個体差以上の素因により発現したところの部分については危険性関連を超過するものとして素因保有者自らが負担しなければならないとするのであるが、加害者の不法行為が素因の顕在化をもたらした以上、素因の顕在化という危険の実現と不法行為との間には規範的に見て（広義の）危険性関連があると評価することができるとの批判を免れない（潮見・前掲書注（４）・三三三頁）。

（13）拙稿「損害賠償法における素因の位置（三）」北大法学論集六三巻一号（二〇一二）一四八頁参照。

（14）もちろん、「社会」の種類によりリスクの高低を想定しなければならない。また、加害者たる者も、他者に全く害を与え

ないよう行動せよと求められるならば、それは過剰な注意を求められることになり、加害者たる者の社会参加の自由が阻害されることになるが、そのような要請は事実上不可能であるとともに、過失責任主義のもとでは不合理な強制である。少なくとも、過失責任主義のもとでは、社会的ルール（典型的には法律）に従った行動をすればよく、ルールに従った上での個人の行動にともなう種々の「リスク」については、過失責任主義を採る不法行為法の制度上、その存在は不可避であるとともに、許容されていると見るべきであろう。

(15) 四宮和夫『現代法律学全集一〇－ii　不法行為（事務管理・不当利得・不法行為　中・下巻）』（青林書院、一九八五）四五七頁は、これを一般生活上の危険に割り当て、そこから過失相殺に準じた方法で減責すべしとする。

(16) 橋本・前掲注（12）・九頁。

(17) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（五）」北大法学論集六四巻五号（二〇一四）一六七七頁参照。なお、そこで取り上げたシーマンの見解は、心因的要因に関して展開されているが、体質的素因についても同様に基本的には同様に解することに支障はないと思われる。

(18) 最も抵抗力のない者は、不法行為法によって保護されない結果となるが、そのような者はむしろ社会法によって保護されるべきであろう。

(19) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（一）」北大法学論集六二巻四号（二〇一一）六八五頁、七一〇頁参照。

(20) 最判平成平成一二年三月二四日民集五四款三号一一五五頁。

(21) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（一）」五三頁以下参照。

(22) 素因競合の問題を過失相殺も含めて考えると、過失相殺は賠償範囲の再確定とするならば（橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程（四）―責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって―」法学論叢一三七巻六号（一九九五）三二頁以下）、従来議論されてきた因果関係論におけるいわゆる賠償範囲の問題は、賠償範囲確定の第一段階だと言える。

(23) 損害の「帰責」というと、帰責事由としての「故意・過失」のレベルの問題が想起され、賠償範囲確定の問題は損害帰責の問題ではないとの見解もあろうが、責任成立要件としての「故意・過失」は帰責の根拠（帰責原理）と密接な繋がりがあるところ、賠償範囲の問題もまた責任成立の範囲確定の問題であると解されることから、帰責の根拠と無関係（切り離されるべき）ではないものと思われる（以上については、矢澤久純『民事帰責範囲研究―不法行為法における損害賠償

の範囲画定に関する考究―』（渓水社、二〇一三）に示唆を受けたものである）。

（24）前田達明『不法行為帰責論』（創文社、一九七八）一八八頁（前田説の信頼原則については、同書一八五頁以下、二一二頁以下及び同『現代法律学講座一四　民法Ⅳ二（不法行為法）』（青林書院、一九八〇）四五頁以下）。

（25）前田『不法行為帰責論』・前掲書（24）・二一二頁。

（26）前田『不法行為帰責論』・前掲書（24）・一八八頁は、注意義務としての法命令は「標準人」を対象としているとするが、今日の素因減責論においては、いかなる者を「標準人」と措定するかが問われているのであり、社会構成員の属性を措定しなければ、行為者の「期待信頼」の程度も定まらないはずである。

（27）潮見・前掲書注（4）・五頁。

（28）素因競合事例における因果系列の択一的競合類型を指摘するものとして、石橋・前掲注（4）・一一七頁。

（29）仮定的因果関係における素因競合の問題を論ずるものとして、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）一七頁以下・一一二七号（一九八六）一七頁以下、一一三四号（一九八七）一二頁以下、一一五三号（一九八七）一七頁以下、一一六六号（一九八七）一八頁以下、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）八号（一九九八）一七一頁以下を参照。北河隆之『交通事故損害賠償法』（弘文堂、二〇一一）二四六頁も、素因競合の諸相として、「具体的な損害発生の原因となったのは事故以外にはないが、事故がなくても早晩同じような損害が発生したと考えられる場合」につき、素因を仮定的原因だとして、仮定的因果関係類型における素因競合の問題を指摘する。もっとも、学説上は、素因競合の問題は、仮定的因果関係に位置づけることはできないとする見解も有力である。例えば、四宮・前掲書注（15）・四五八頁注（2）、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、窪田・前掲書注（9）・四八頁以下など。

（30）同様の指摘として、竹村「加害者の不法行為責任と被害者の素因の斟酌（二・完）」・前掲注（3）・二八七頁。また、谷口聡「医療過誤事例における被害者の素因」高崎経済大学論集五三巻四号（二〇一一）四七頁以下も参照。

（31）拙稿「損害賠償法における素因の位置（四）」北大法学論集六三巻三号（二〇一二）七二〇頁以下参照。

(32) 最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁。
(33) 最判平成八年一〇月二九日交民二九巻五号一二七二頁。
(34) すでに、藤井勲「交通事故と素因、持病―因果関係、過失相殺の関係―」宮原守男・山田卓生編『新・現代損害賠償法講座』（日本評論社、一九九七）一〇六頁が、一酸化炭素中毒事件及び頸椎後縦靱帯骨化症事件について、同様に、仮定的因果関係の理によって減額が根拠付けられるべきことを主張している。
(35) 同旨、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」神戸法学雑誌六一巻一・二号（二〇一一）一三二頁以下。また、分類が困難であるがゆえに、わが国の素因減責論は、「寄与度」や過失相殺類推適用による割合的解決を志向するようになったものと思われる。すなわち、素因競合を仮定的因果関係において処理するには、平井宜雄『債権各論Ⅱ　不法行為』（弘文堂、一九九二）一六〇頁が、「被害者の素因の問題は、その素因がやがて発現し、加害行為がなくても同一の結果が生じたという事実的因果関係が立証されて初めて仮定的原因となりうる」と指摘するように、仮定的原因たる素因が現実化して同一の結果を発生させたであろうことの証明を要するが、この証明は実際上困難であろうし、困難さを避ける形で、いわば前倒しとして、狭義の素因競合類型と仮定的因果関係類型とを区別することなく割合的処理の問題として類型化されているものと思われる。
(36) 拙稿・前掲注（31）・七二三頁以下参照。
(37) *Prütting, Hams*, Münchener Kommentar zur Zivil Prozessordnung, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, § 287 Rn. 3.
(38) 春日偉知郎「『相当な損害額』の認定」ジュリスト一〇九八号（一九九六）七四頁以下。
(39) もちろん、民訴法二四八条の理論的性質については、証明度軽減説（平成五（一九九三）年「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」と同時に公表された「民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明」五三頁によれば、認定すべき事実の性質上、認定のために必要とされる証明度を一定の範囲で低減することが立法趣旨であるとのことである。以上につき、山本克己「自由心証主義と損害額の認定」松本博之・宮崎公男編『講座　新民事訴訟法　Ⅱ』（弘文堂、一九九九）三〇三頁を参照）、訴訟法説、自由裁量説、折衷説等、種々の見解があるところである。民訴法二四八条の理論的性質については、伊藤眞「損害賠償額の認定―民事訴訟法二四八条の意義―」原井龍一郎先生古希祝賀論文集刊行委員会編『改正期の民事手続法』五二頁が詳しい。

（40）拙稿・前掲注（31）・七三一頁以下。
（41）ただし、近時の裁判例では、民訴法二四八条を介して割合的処理するものも出現してきている。例えば、東京地判平成二四年一月二六日判タ一三七六号一七七頁は、「民事訴訟法二四八条の趣旨を踏まえて」、労働能力喪失分のうち一五％につき、注意義務違反と相当因果関係があるものとする。
（42）橋本説の理論的分析としては、石橋・前掲注（4）一二一頁が詳しい。本稿の検討も、これに大いに負うものである。
（43）拙稿・前掲注（31）七一五頁以下も参照されたい。
（44）四宮・前掲書注（15）・四五六頁以下。
（45）拙稿・前掲注（13）・一三五頁以下参照。
（46）拙稿・前掲注（17）・一六七六頁参照。
（47）橋本・前掲注（12）・二一頁以下。
（48）潮見・前掲書注（4）・三二三頁。
（49）潮見・前掲書注（4）・三二三頁。
（50）窪田充見『不法行為法』（有斐閣、二〇〇七）四〇二頁、潮見・前掲書注（4）・三二四頁以下、吉村『不法行為法〔第四版〕』（有斐閣、二〇一〇）一八〇頁。
（51）窪田・前掲書注（9）・八二頁以下及び同・前掲書注（50）・四〇二頁。
（52）潮見・前掲書注（4）・三二四頁。
（53）長谷川義仁「人身損害における損害軽減義務の射程（一）（二・完）」広島法学二四巻二号（二〇〇一）一五五頁は、「被害者の体質的素因は、損害拡大への回避可能性を問う『損害軽減義務』法理ではなく、『寄与過失』法理で検討すべきである」とする。
（54）小川竹一「心因的要因競合事例における因果関係の割合的認定の当否」判タ五六七号六五頁以下。
（55）小川・前掲注（54）六六頁。
（56）谷口聡「素因減額の可否と加害者と被害者の非対称性」九州法学会会誌（二〇一三年度）九頁。
（57）医療過誤訴訟における素因の問題については、錦織成史「医療過誤訴訟における賠償の減額事由について」司法研修所

論集九三号（一九九五）一頁以下及び橋本佳幸「医療過誤訴訟における割合的解決―医師責任の割合的前進―」『責任法の多元的構造』（有斐閣、二〇〇六）一一三頁以下が詳しい。

※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。

※※脱稿後、最判平成二六年三月二四日（判例集未搭載）（http://www.courts.go.jp/search/jhsp0030?hanreiid=84051&hanreiKbn=02）に接した。本件は、労働者が過重な業務によって鬱病を発症し増悪させた場合において、使用者の安全配慮義務違反等を理由とする損害賠償の額を定めるに当たり、当該労働者が自らの精神的健康に関する情報を申告しなかったことをもって過失相殺をすることができないとされた事例であり、本稿の問題関心からすると非常に興味深い事件である。

研究ノート

輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の日中比較（一）

李　雯静

目　次

はじめに
一　背景及び問題の提起
二　本稿の目的と進め方

第一章　中国における輸血・血液製剤感染事例の類型的考察
　第一節　輸血による梅毒感染の裁判例
　第二節　輸血・血液製剤によるC型肝炎感染の裁判例
　第三節　輸血・血液製剤によるエイズ感染の裁判例
　第四節　小括
第二章　中国における輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の法的構造
　第一節　輸血用血液と血液製剤における法律上の性質の争い
　第二節　輸血による感染における過失及び過失の判断基準
　　第一款　医療損害賠償責任の帰責原則及び過失の構造
　　第二款　医療従事者の注意義務及び医療水準の相対性を巡る論争
　　第三款　医療機関及び血液センターにおける定型的な行為準則の内容
　第三節　血液製剤についての製造物法の扱い
　　第一款　「欠陥」の判断基準及びその批判
　　第二款　血液製剤における開発危険の抗弁
　第四節　医療損害賠償責任に関する因果関係の証明
　　第一款　因果関係の認定及びその発展
　　第二款　「証明責任の転換」規則及び現状
　　第三款　因果関係の証明責任の緩和ルール
　第五節　無過失輸血による感染の責任問題及び公平責任の位置づけ
　　第一款　責任主体の責任分配
　　第二款　公平責任の位置づけ
　第六節　侵権責任法における血液・血液製剤の扱い

（以上、本号）

第一款　輸血・血液製剤による感染の責任主体における責任分配
第二款　侵権責任法五九条の解釈論及び批判
第三款　医薬品による被害の責任主体の責任分配――政策的な観点からの再検討
第三章　輸血・血液製剤による損害賠償責任に関する日本法の考察――中国法と比較しつつ
第一節　血液製剤の定義、分類及び法律上の性質の争い
第二節　裁判例における過失判断の比較――医師の注意義務をめぐって
第一款　医療慣行の位置づけ
第二款　医師の注意義務の基準
第三款　輸血・血液製剤の使用における必要性の争い
第三節　裁判例における因果関係の証明の比較
第一款　因果関係の証明法理の違い
第二款　重複感染における因果関係の認定及び事実上の推定
第四節　血液製剤に関する欠陥の判断枠組み及び開発危険の抗弁の比較
第一款　「欠陥」の判断及び輸血用血液の欠陥判断の特性
第二款　血液製剤における欠陥の判断基準としての危険効用基準
第三款　開発危険の抗弁
第五節　血液・血液製剤を含む医薬品の責任主体と責任分配の違い
第六節　血液製剤による感染訴訟の特徴の違い
第七節　国の責任の有無及び被害者への行政上の救済
第一款　規制権限不行使に基づく国の責任の有無
第二款　血液製剤を含む欠陥医薬品に対する国の警告・回収義務
第三款　被害者への行政上の救済

第四章　結び――まとめと課題
第一節　まとめ――日本法から中国法への法理論的・法政策的示唆
第一款　新たな所有理論（市場理論批判）との関わり
第二款　法教義学的動向の日中比較の整理
第二節　残された課題

はじめに

一　背景及び問題の提起

中国の医学界では、血液は「生命の源泉」と呼ばれてきたものの、近年、臨床輸血あるいは血液製剤の増加を背景として、疾患（梅毒、B型肝炎、C型肝炎、エイズなど）の感染原因となっている。

例えば、中国政府側の統計によると、二〇〇五年九月まで、国内のエイズ感染者数は十三万五六三〇人にのぼり[2]、そのうち、感染症を持つ者から採血した血液の輸血及びそれを原料とする血液製剤により感染した者の人数は約七万人である[3]。それがエイズ感染者全体の五〇％弱を占めていた。とりわけ、河南省政府によれば、二〇〇五年九月三十日までに、河南省ＨＩＶ感染者数は三万三八七人、そのうち、汚染された血液による感染者の人数は二万七四二九人で、河南省のエイズ感染者全体の実に九〇・二六％を占めていた[4]。特に河南省上蔡県[5]「文楼村」は、「エイズ村[6]」とさえ呼ばれている。河南省におけるエイズの大規模被害の一つの原因は、経済的利益のため、農民の売血活動が集団的に行われたことが考えられる。

中国では、一九九八年に「献血法[7]」が公布されたが、それまで河南省においては売血行為が流行していたため、売血する村民らがエイズ感染者の使用した採血針を交換しないまま複数で使い回すことになり、集団的にエイズ罹患する上記の常態となったのである。また、それにとどまらず、河南省各病院の患者についても、エイズ感染した血液を輸血され、感染に至った

例も少なくない。血液売買は一九九〇年代初期から中期まで盛んであった。しかし、エイズ発症まで数年間の潜伏期間があるため、一九九〇年代の終わりになって感染例が出現したのである。つまり、この長期潜伏性ゆえに、輸血によるエイズ被害訴訟が今日の深刻な課題をもたらしている。このような血液売買によるエイズ感染者や、彼らの売血によって採血した血液を素材とした血液製剤（特に非加熱第Ⅷ因子製剤）によってエイズ感染した血友病患者[8]は、非常に悲惨な状況に陥っている。しかし、これらの被害者に対する国家による支援は脆弱であるため、被害者の権利保護は未だ不十分なままである。

輸血による感染被害に関する紛争では、従来、主に病院側または血液を提供した血液センター[9]（原語は〔血站〕）の過失及び輸血と疾病感染との間の因果関係の有無が争われた事件が多い。過失と因果関係の認定は、輸血による医療過誤訴訟の焦点であり、患者側が勝訴できるか否かが重要な要素である。そのため、過失の前提となる注意義務の判断と因果関係の証明は、過失責任の成立要件として、理論的にも実際的にも重要な問題であると考える。とりわけ、中国では、日本のような医師の過失の客観化・高度化の理論は未だ裁判実務上浸透していない。加えて、過失についての法律上の推定はなされていても、その事実上の推定はあまり見られない。また、歴史的に見て、中国は旧ソ連などの元社会主義国家の影響を受けており、それゆえ、法学おいても旧ソ連法の影響が色濃く残っている。その一つを例示すると、医療訴訟において、因果関係の認定が非常に厳格であり、直接かつ必然的な因果関係の存否が、因果関係認定の判断根拠となっている[10]。

ところで、血液製剤による感染被害は、製造物責任法[11]によって扱われている。「製品質法」（原語は〔産品質量法〕）においては製造者・販売者の過失の有無を問わず、「欠陥」の存在のみを要件に賠償責任を認める無過失責任が採用されている。しかし、欠陥の判断基準は決して妥当であるとは言えない。というのも、「欠陥」の有無は、製品が国家または業界による行政基準に合致するか否かによってのみ判断されるためである。それゆえに、医薬品による健康被害の事案について、裁判所は、医薬品が行政基準に合致していた場合には、その医薬品が欠陥医薬品に該当しないとした。しかし、行政基準に合致する医薬品は、必ずしも「通常有すべき安全性」を備え、「不合理な危険」がない製品になるわけでない。

また、血液製剤が製品品質法上の製造物に属することは広く認められてきたが、輸血用血液が製造物とみなされるかに関し

ては、学説の評価が分かれており、従来議論されてきた[12]。

ところで、「侵権責任法」（日本語は〔不法行為法[13]〕）は二〇〇九年一二月二六日に全国人民代表大会（全人大）常務委員会によって可決され、二〇一〇年七月一日から施行された。この法律では、専らその第七章において「医療損害責任」に関する様々な条文が規定された。同法五九条[14]によると、「輸血用血液」は「血液製剤」と同様に製造物とみなされ、責任主体の責任分配も従来と異なっている。また医療機関は、医薬品の販売者とみなされ、医薬品の製造者・販売者とともに製造物責任上の責任主体とされる[15]。

なぜならば、中国の医療政策は日本と異なり、医療保障制度の改革、医療機関の市場化などに伴い、従来の医療福祉制度が崩れ、「薬で医療を養う」（原語は〔以薬養医[16]〕）現象が広まっているからである。これは、「薬代で病院の経営経費を補う」というもので、営利のために、医師が患者に買わせた薬品の利潤から収入を上げることであり、中国特有の現象である（日本でも薬漬け診療の弊害は指摘されるが、中国はそれ以上なのである）。医師は医薬品の販売者のように、患者に多量の高価な薬品を処方し、「上乗せ薬代」による収入の最大化を求める。そのため、患者は無駄な医薬費を強いられ、必要のない負担を課せられている[17]。したがって、中国の社会的政策や特別な国情を踏まえ、医療機関と血液・血液製剤の提供者・生産者との責任分配につき個別具体的に分析しなければならない。

また、学説は、一般的に、侵権責任法五九条の規定を医薬品の製造物責任（無過失責任）の規定と捉え、医療機関が医薬品の販売者とみなされるべきであると解する[18]。しかし、製造物責任主体は医療機関側であるか、それとも輸血用血液の提供者たる血液センターや血液製品の生産者たる製薬会社であるかに関しては、学説の対立がみられる[19]。

ところで、近年中国では、立法作業に当たって日本法制度のメリットや法整備の成功経験などを取り入れたものが少なくない。例えば、侵権責任法七章では、五七条[20]に「当時の医療水準」という概念の採用[21]および五八条[22]に診療過誤の具体的な認定基準の客観化が規定され、一定の事実から、医療機関の過失を推認できることとした。

他方、日本の輸血に関わる医療問題には、血液型不適合の輸血（例えば、異型輸血過誤事件[23]）、輸血時の手技による過誤（例えば、千葉大採血ミス事件[24]）、宗教上の原因での輸血拒否（例えば、宗教的理由による輸血拒否事件[25]、エホバの証人信者の両親による輸血委任仮処分申請事件[26]）など様々な問題がある。ま

た、中国と同様に、輸血・血液製剤によるウイルス感染症に罹患した事案も問題となっている。具体的には、梅毒、血清肝炎[27]、さらに近時では、C型肝炎（HCV）及びエイズ（HIV）等のウイルス感染症が挙げられる。代表的な裁判例として、輸血による梅毒感染事件[28]、輸血による血清肝炎感染事件[29]、血液製剤によるC型肝炎感染事件[30]（薬害C型肝炎事件）、血液製剤によるエイズ感染事件[31]（薬害エイズ事件[32]）が挙げられる。

したがって、日中両国の輸血・血液製剤による感染症の裁判例を検討したうえで、この共通の社会的問題がどのように法的に扱われているかの共通点・相違点を明らかにし、医療過誤責任や製造物責任に関する比較研究を行うことが必要である。特に、日本の裁判例および学説の検討を通して、被害者を保護するために、どの程度まで事実的因果関係を立証すればよいのかという立証の必要の程度をめぐる議論が必要となろう。例えば、判例によって確立された「高度の蓋然性[33]」理論や、一定の事実から、因果関係があることを、経験則上推認する「因果関係の事実上の推定」などは参考になると思われる。このように、原告の立証責任を軽減し原告を救済するための、過失あるいは因果関係の判断枠組み等に関する研究は、中国における今後の法解釈あるいは裁判官が類似した事件を裁くのに有益であると考えられる。また、血液・血液製剤をはじめ、欠陥医薬品における製造物としての法律上の扱いに関する研究は、中国の学者・実務家の重要課題となるだろう。

なお、被害者救済のために、民法上の救済のみならず、行政上の救済制度も社会保障的観点からは不可欠である。被害者への救済を考える際には、被害者個人に対する国家補償のアプローチを見落としてはならず、中国は日本と同様に、血液製剤に関する感染につき行政救済制度を作り、補償を行うことも現実的かつ可能な解決方法として検討すべきであった。しかし、今日まで中国における汚染した血液・血液製剤によるウイルス（HBV、HCV、HIV）感染事故に関しては、このような趣旨の救済制度が未だに実施されていない。日本における血液製剤によるエイズやC型肝炎感染者への国家賠償[34]制度、医薬品の副作用被害救済制度[35]、および医師や製薬会社の責任保険制度などの行政上の救済制度は、今後、中国では参照に値する。

以上、問題背景について筆者なりに分析を試みてみた。もっとも、筆者の行えることには限りがあるので、以下の本論においては、日中比較法の検討を通して、輸血・血液製品によるウイルス感染の損害賠償制度を対象とし、その方面に関する比較研究を進めることとする。

二　本稿の目的と進め方

輸血・血液製剤による感染について、中国では一九九〇年代以降、日本と同様、感染事件や紛争が多数発生していたが、その法律上の処理に関する裁判例と学説は、今日まで日本であまり紹介されていなかった。そこで本稿においては、輸血・血液製剤に関する中国の現行法制度と旧法上の制度とのいわば縦方向の比較を試みるとともに、中国法と日本法とのいわば横方向の比較を通じて、中国における輸血・血液製剤感染に関する具体的裁判例の概要と判旨を整理、分析したうえで、類型的な考察を行い、その考察によって実務的な判断基準を析出することを第一の目的とする。

また、裁判例に対して若干の考察を加えることを中心としながら、最新の文献を参照し、輸血・血液製剤による感染につき、二〇〇九年の侵権責任法五九条によって医療機関の無過失責任を認めるべきか否かについての学説を検討する。特に、この規定が患者側と病院側に与える影響を考察し、中国の背景に鑑みて分析を行う。つまり中国の特別な国情（実情及び変動）を踏まえつつ、輸血用血液・血液製剤が製造物とされることと医療機関の帰責制度の適性分析を試み、私見を述べる。その上で、過失の判定基準と因果関係の日中比較研究を通し、日本法からの示唆を出発点として、中国での問題解決の指針を提示することが、本稿の第二の目的である。

本稿の進め方として、まず、輸血・血液製剤による感染の不法行為責任の成否についての中国裁判例を類型化して紹介、整理する（第一章）。次に、中国の学説の展開状況を分析、検討したうえで、判決の射程距離、法的根拠、理論的根拠の三つの側面から判決や学説の問題点を把握する（第二章）。さらに、その改善と充実の方向を検討するために、日本の裁判例及び学説を取り入れつつ、比較研究によって、日中両国の司法現状、理論構成の異同を明確化し、中国の現行制度の問題点を明らかにする（第三章）。最後に、以上の考察により、日本法から得られる中国法への法理論的・法政策的な示唆をまとめ、法教義学的動向の日中比較の整理がなされる（第四章）。

第一章　中国における輸血・血液製剤感染事例の類型的考察

以下では、中国における裁判例を取り上げて、輸血用血液・血液製剤によるウイルス感染症に類型化して、各々検討を試み

ることにする。

第一節　輸血による梅毒感染の裁判例

〔1〕北京市第一中級人民法院民事判決書（二〇〇八年三月二十八日の判決）

【事実の概要[36]】X（原告・控訴人）は貧血のため、二〇〇五年四月一日にY（被告・被控訴人）〔北京某人民病院〕に入院し、四月二日、輸血を受け、四月一一日、梅毒感染と診断された。XはYに対し、不法行為における損害賠償に基づいて、慰謝料一〇万元を請求した。

【判旨】一審法院[37]は「XがYの診療行為とXの梅毒感染との間の因果関係を証明できない」とし、Xの請求を棄却した。

しかし、二審法院（北京第一中級法院）は「Xが自分とYの間に医療関係があることおよび梅毒感染の事実を立証できれば、証明責任を尽くしたとみなすべきである。」と判示した。また、最高人民法院の「民事訴訟の証拠に関する若干規定」（原語は〔関於民事訴訟証拠的若干規定〕）（法釈〔二〇〇一〕三三号）（以下「民事証拠規定」と略す）四条八項[38]の医療過誤訴訟の立証責任の転換規定により、「Yは診療行為とXの梅毒感染との間に因果関係がないこと及び診療行為の過失がないことを立証すべきである。YはXが輸血を受ける前に、梅毒に感染していたことを立証できないほか、紛争が発生した後Xのカルテを人為的に加筆したので、因果関係及びYの過失の認定を免れない」とし、Xの請求を認め、YはXに対し、慰謝料一〇万元の賠償を命じた。

第二節　輸血・血液製剤によるC型肝炎感染の裁判例

一　輸血によるC型肝炎感染の裁判例

〔2〕北京市第一中級人民法院民事判決書（二〇〇三）一中民終字第五七三六号

【事実の概要】一九九三年二月二六日、X（原告・控訴人）は、Y1（被告・被控訴人）〔徳外病院〕に入院し、肝機能の検査をしたところ、肝機能は正常であった。その後、Xは、Y1で二回にわたり、Y2（被告・被控訴人）〔北京市血液センター〕から、総計八〇〇MLの輸血を受けた。同年七月三〇日にC型肝炎感染と診断された。そこで、XはY1、Y2に対して損害賠償の連帯責任を追及した。

【判旨】一審法院（北京市西城区人民法院〔二〇〇二〕西民初字第八〇七八号民事判決書）は、Y2がY1に提供した血漿が規定に従って合法的に採取されたので、Y2には過失がないとし、また、Y1の医療行為は規定に違反しておらず、Y1にも過失がないと判示して、Xの請求をいずれも棄却した。

これに対して、二審法院は、以下のように判示し、Y2の賠償責任を認め、Xに対する精神的損害を含む、二六万八二一六元八角一分の賠償を命じた。

すなわち、①医療機関は医療行為と損害結果との間に因果関係の不存在及び過失の不存在に関する証明責任を負うべきである。患者は、診療を受けるとき、自身が損害を受けたことを証明できれば、証明責任を尽くしたとみなされる。

また、②Y1の輸血行為は規定に従ってなされ、しかも、輸血用器械は合法的に購入されたので、Y1に過失はない。しかし、Y2は、献血者に関する最初の記録文書、例えば、献血時の個人的健康診断資料や血液検査の結果など書類を保存しておらず、過失があり、しかも、Xの肝炎が輸血以外の別の経路で罹患したことを証明できないので、Y2が提供した血液とXの感染との間に相当因果関係が存在することを推定すべきである。

〔3〕河南省鄭州市二七区人民法院民事判決書（二〇〇九）二七民一初字第一四六九号

【事実の概要】X（原告）は、一九九一年七月下旬にY（被告）〔鄭州市骨科（整形外科）病院〕で結核を治療するため、手術中血漿三〇〇MLを輸血された。その後Xは、二〇〇八年四月に河南省人民病院でなされた健康診断により、C型肝炎感染と診断された。そこでXは、Yに対し、損害賠償を請求した。

【判旨】法院は以下の通り判示した。すなわち、「Xは、一九九一年に輸血がなされたが、十七年を経て、二〇〇八年にC型肝炎と診断された。輸血によるウイルス感染はHCV感染の一つの経路であるが、唯一の経路ではない。しかも、C型肝炎の特徴として潜伏期があるので、Yの医療行為とXのHCV感染との間に因果関係の存在を肯定することはできない。その他、衛生部衛医発〔一九九三〕第二号の通知[39]によると、一九九三年七月一日から血液検査を行うとき、血型と梅毒ウイルスの検査を除き、HCV検査が要求され始めた。そのため、一九九一年当時は医学の発展に限界があり、HCV検査はなされておらず、その検査技術もなかったのである。それ故に、Yには過失がないと判断すべきであり、Xの請求を棄却する」。

〔4〕重慶市第五中級人民法院民事判決書（二〇〇九）渝五中法民終字第八四三号

【事実の概要】二〇〇六年一一月一〇日、X（原告・控訴人）は、Y1（被告・被控訴人）〔重慶医科大学附属第一病院〕に入院し、一一月一六日、肝機能の検査をしたところ、HCVの検査結果は陰性であった。その後、同年一二月六日、Y1での手術中にY2（被告・被控訴人）〔重慶市血液センター〕から、総計四〇〇MLの血液が輸血された。しかし、二〇〇七年一月一六日にC型肝炎患者と診断された。そこで、Xは、二〇〇八年八月、Y1、Y2に対して損害賠償の連帯責任を追及した。

【判旨】一審法院（重慶市渝中区人民法院〔二〇〇八〕中区民初字第四四三〇号民事判決書）は、以下のように判示し、Y1、Y2には過失がないとして、Xの請求を棄却した。

①当該事案は、医療過誤訴訟に属しており、立証責任の転換規則を適用し、Y1、Y2に立証責任を負わせるべきである。すなわち、Y1、Y2は、自らの法定義務を果たしたこと、及び医療行為と損害結果との間に因果関係が存在しないことを証明すべきである。

②医療鑑定の結果に即して、Y1の医療行為と診療プロセスは「医療機構の臨床に用いる血液の管理弁法（暫定）」（原語は〔医療機構臨床用血管理弁法（試行）〕）及び「臨床に用いる血液の技術規範」（原語は〔臨床輸血技術規範〕）の規定に従って行われた。しかも、Y1は患者側に対して、輸血によりウイルス感染の恐れがあることを説明した。言い換えれば、Y1はインフォームド・コンセントないし説明義務を果たしたので、注意義務を尽くしたと判断できる。そのため、Y1には過失がない。

③Y2は「献血法」によって設立された専門的な採血機構であり、Y2の採血行為と検査の手続はGB一八四六七二〇〇一「献血者に対する健康検査の要求」（原語は〔献血者健康検査要求〕）という規定に反していない。しかも、Y2がXに提供した血液の品質は、「全血及び成分血に対する品質の要求」（原語は〔全血及成分血質量要求〕）という国家基準に合致していたので、Y2は目下の科学技術状況の中での最大の注意義務を尽くしたことと判断できる。それゆえ、Y2には過失がない。

二審法院は、一審の判決とほぼ同じ理由付けで、Y1、Y2には過失がないと判断し、また、XはY1の医療行為、Y2が提供した血液と自己の健康損害との間に因果関係の存在を立証できないとして、Xの請求を棄却し、一審判決を維持した。

〔5〕湖南省長沙市芙蓉区人民法院民事判決書（二〇一〇）芙

民初字第四一九号

【事実の概要】X（原告）は、一九八九年七月五日から一九九〇年八月にかけて、溶血性貧血の治療のため、Y（被告）〔中南大学某病院〕の血液内科に入院し、七回にわたり、輸血によって治療されていた。二〇〇九年八月五日、HCV感染と診断された。そこで、Xは、Yに対して損害賠償を請求した。

【判旨】法院は、「Xは、Yの医療過誤、及びYの医療行為と損害結果との間に因果関係の存在を立証できない」として、Xの請求を棄却した。

〔6〕河南省駐馬店市中級人民法院民事判決書（二〇一〇）駐民三終字第四八六号

【事実の概要】X（原告・被控訴人）は一九九三年三月一二日から四月一日までY（被告・控訴人）〔駐馬店市第一人民病院〕で子宮切除の手術のため、輸血した。その後、二〇〇八年一月二四日、健康診断により、XはHCV感染者と診断された。そこで、Xは、Yに対して損害賠償を請求した。

【判旨】一審法院は①医学常識により、血液感染はHCV感染の主な経路であるとはいえるものの、唯一の経路ではないとみなされる。また、Yの医療行為とXのHCV感染との間に因果関係の存否を証明できる証拠はない。そのため、Yの行為とXの感染との間に因果関係の存在を否定した。

②Yの医療行為に関する過失の存否は、Yの行為がそれに関する診療規則に合致したかどうかにより判断すべきである。一九九三年三月、衛生部は「採供血の機構と血液管理弁法」[40]、「血液センターの基本基準」のように供血者と血液のHCV検査を強調する行政規則を発布し、一九九三年七月から実施してきた。しかし、Xの輸血は一九九三年三月に行われたので、行政規則は適用されない。つまり当時Yには、Xに輸血した血液の検査義務はなかったので、Yには過失がないと判断した。

③Yは損害賠償責任を負うべきか否かについて、医療損害賠償の帰責原則は過失責任主義であり、Yは過失がないので、賠償責任を負うべきではないのは当然のことである。しかしながら、XのHCV感染はYの医療行為によるものであることの証拠がないと言いつつ、XはYによる輸血の事実があり、HCV感染により莫大な精神的損害と財産的損害があることを考量し、公平原則と人道主義に基づいて、三万元の適当な金銭的な補償を与えるべきであると判断した。

二審法院は、XのHCV感染とYの医療行為との間に因果関係を証明できる直接証拠がないにもかかわらず、Yの行為とX

の感染との間に因果関係がある可能性に対する反証もできないとして、一審判決を維持した。

〔7〕湖北省孝感市中級人民法院民事判決書（二〇一二）鄂孝感中民一終字第〇〇二八一号

【事実の概要】二〇〇二年一〇月三日、X（原告・控訴人）は、貧血の治療のため、Y1（被告・被控訴人）〔孝感市センター病院〕に入院し、Y2（被告・被控訴人）〔孝感市血液センター〕から、供血者黄某と盛某が提供した血液が輸血された。同年一〇月四日、Xが退院した。その後、二〇一一年四月一四日、XはHCV感染と診断された。そこで、Xは、Y1、Y2に対して損害賠償を請求した。

【判旨】一審法院（孝感市孝南区人民法院〔二〇一一〕孝南民初字第一三八五号民事判決書）は、「Y2が提供した血液は、HCV検査を受けたところ、血液に異常はなかった。また、Y1の診療行為が医療慣行に違反しておらず、Xの肝炎罹患が事実であるとはいうものの、Xの感染がY1、Y2の行為によるものであることの証拠がない。しかも、XはY1に入院する前に、輸血を受けたことがある。」として、Xの請求を棄却した。

二審法院は、以下のように判示し、Xの請求を棄却し、一審判決を維持した。

すなわち、「①当該事案は、医療製造物責任に関わる事案であり、侵権責任法五九条を適用すべきである。そこで、Y2は、Xに提供した血液という製品に欠陥がないことを立証すべきである。Y2が血液にHCVの陰性反応という検査結果を証明できたため、血液に欠陥がないといえる。そのため、Y2に製造物責任を負わせるべきではない。

②Y1の診療行為は医療規定に従ってなされたので、Y1が合理的な注意義務を果たしたと評価できる。それ故に、Y1の行為とXの感染との間に因果関係は存在しないと判断すべきである。しかも、Xは、Y1、Y2の行為によって自分が感染させられたことを証明できないため、Xの立証は不十分であると言わざるをえない」。

二　血液製剤によるC型肝炎感染の裁判例

〔8〕江蘇省東台市人民法院民事判決書（二〇〇五）東民一初字第八九〇号

【事実の概要[41]】X（原告）は、一九九一年一一月二四日、出血を治療するためY1（被告）〔江蘇省国営瓊港農場〕が設立し

たＹ２〔江蘇省国営瓊港農場労働者病院〕に入院し、一一月二七日にＹ２で受けた肝機能検査は正常であった。それから、一一月二八日、三〇日に二回にわたって冷凍乾血漿総計四〇〇Ｍｌを輸血され、一二月一四日に退院した。

しかし、退院してから、Ｘは頭がぼうっとし、全身に倦怠感を感じたため、再びＹ２で検査したが、病名は明確に診断されなかった。その後、一九九七年九月、南通病院で検査した結果、Ｃ型肝炎と診断された。

また、Ｙ２がＸに提供した冷凍乾血漿は、Ｙ３（被告）〔江蘇省海安医薬品会社〕から購入したものである。Ｙ３は、Ｙ４（被告）〔浙江省英特薬品会社〕から購入した。そのほか、原告によると、この冷凍乾血漿の製造者は、Ｙ５（被告）〔四川省蜀陽製薬会社〕である。

なお、二〇〇三年一一月一三日、Ｘはテレビが放送した「経済と法」という番組を通して、輸血や血液製品がＨＣＶ感染の重要な経路ということを知ることとなった。そして、同年、ＸはＹらに対し、損害賠償の連帯責任を追及した。

【判旨】法院は「ＸとＹ２（病院）との間の訴訟は、医療過誤訴訟であるが、ＸとＹ３（血液製剤の販売者）、Ｙ４（販売者）、Ｙ５（製造者）との間の訴訟は、製造物責任訴訟である。したがって、帰責事由について、前者は過失責任を適用するが、後者は無過失責任を適用する。

ところで、国家衛生部は、一九九二年に『冷凍乾血漿の生産と使用を停止すべきことについての緊急通知』（原語は〔関於暫時停止生産和使用凍乾血漿的緊急通知〕）「衛医発〔一九九二〕第二号」を発表し、冷凍乾血漿の使用は病気に感染する恐れがあることを警告した。そのため、一九九一年当時は、まだ血液製剤の危険性が解明できておらず、Ｙ２には主観的過失がなく、行為に違法性がないといえるので、責任を負うべきではない。さらに、この点に関して、Ｙ５は製造者として製品質法の免責事由[42]に該当し、責任を負わない。

しかし、ＸにはＨＣＶ感染による莫大な精神的損害と健康被害があることを考量して、民法通則一三一条[43]による公平原則に基づいて、ＹらはＸに対し、適当な金銭補償が必要である。そして、損失分担の比率を決するに際しては、当事者の経済状況、利益の得失、原因力を考慮すべきである。この点、製薬会社の経済実力は医療機関と患者より強いが、医療機関は患者より強い。それゆえ、製造者Ｙ５と医療機関Ｙ２と患者における損失分担の比率は、六・五：三：〇・五とすべきである。

さらに、一九九一年当時において、Ｙ２には独立の法人格が

ないため、Y1はY2の代わりに賠償責任を負うべきである。また、販売者であるY4は理由なく出廷しないので、Xが受けた血液製剤は製造者Y5から製造されたことについて、証拠が不十分であるため、当法院では認定できない。したがって、製品品質法四二条二項[44]によると、医薬品の販売者が欠陥製品の製造者や供給者を明確に指摘できない場合は、販売者が賠償責任を負わなければならない。したがって、Y4は製造者Y5の代わりに、責任を負うべきである。」と判示した。

三　輸血・血液製剤によるC型肝炎感染の裁判例

〔9〕上海市第一中級人民法院民事判決書（二〇〇八）沪一中民一（民）終字第四五六七号

【事実の概要】X（原告・控訴人）は、一九九五年六月二六日、左大腿骨の病巣のため、Y（被告・被控訴人）〔上海交通大学医学院付属瑞金病院〕の治療を受けた。手術する前の検査では、Xの肝機能は正常であった。

一九九五年七月一九日、Xは手術を受け、上海市血液センターから提供された血液、血漿および非によって生産されたⅧ因子AHG濃縮物とCKT血漿冷沈殿物を輸血した。手術の後、XのHCV検査結果は陰性反応であった。Xは、八月三日、退院した。

八月二三日、Xは再び入院し、HCV検査が陽性反応であると診断された。その結果、二〇〇六年、Xは上海市血液センターから六万元の補償金が支払われた。その後、二〇〇七年六月、XはYに対して損害賠償請求訴訟を提起した。

【判旨】一審法院は、Ⅷ因子AHG濃縮物とCKT血漿冷沈殿物などの血液製剤はC型肝炎感染の唯一の原因ではなく、しかも、Xは上海市血液センターから六万元の補償金を受領したので、Xの請求を棄却した。

二審法院は、Xが原告として自己の主張をするとき、証拠を提出し、Yの加害行為、損害結果、加害行為と損害結果との間の因果関係、以上の三つをすべて立証すべきであると判示した。血液製剤はHCV感染の一つの原因といえるが、直接かつ唯一の原因とは言えない。また、Xの立証は不十分であるので、Yに過失があるか否かの判断はできないとして、Xの請求を棄却し、一審判決を維持した。

第三節　輸血・血液製剤によるエイズ感染の裁判例

一　輸血によるエイズ感染の裁判例

〔10〕河南省高級人民法院民事調解書（二〇〇〇）豫法民終字第三四〇号

【事実の概要】一九九六年二月、X（原告・控訴人）（一九九〇年一一月二三日生れ）は、転んで受傷し、Y1（被告・被控訴人）〔河南省新野県人民病院〕において、Y2（被告・被控訴人）〔新野県衛生局、元新野県血液センターの管理機関〕から、供血者三人分、総計四〇〇MLの血液が輸血された。また、三月二九日、三〇日、Xの父から、二回にわたり総計二〇〇ML血液が輸血された。四月二日、XはHIV陽性反応と診断されたが、四月三日、Xの両親は二人ともHIV陰性反応と診断された。XはY1、Y2に対して損害賠償を請求した。

【判旨】一審法院（判決日付不明）は、以下のように判示した。

①原告Xは、六歳であるにもかかわらず、エイズに感染したのは、性伝播以外の経路であると考えられ、また、Xの両親はともにHIV陰性反応と診断されたのであるから、親子伝播という経路も除外すべきである。こうした場合、立証責任の転換規則によると、YらはXがHIV感染したほかの経路を証明できない限り、Yらが提供した血液にはHIVが含まれていたことと推定すべきである。したがって、XがHIV感染した唯一の経路は、輸血であると判断すべきである。(45)

②Y2は、供血者の原始資料を提供することができないので、Xに提供した血液は合格血液であると判断できない。

③Y1は医療機関であり、血液の生産者ではなく、血液の品質に対する検査義務を負わない。また、Y1の医療行為は医療慣行に従ったのであり、しかも、その行為とXの感染との間に直接因果関係がないので、民事上の責任を負うべきものではない。他方、Y2には、血液の検査義務があるというべきであるから、民法通則一一九条(47)に基づいて、賠償責任を負わせ、一一万三七五四元の賠償を命じた。(46)

なおこの事件は、最終的には、河南省高級人民法院の民事調解においてY2の賠償金額を増額し、三八万元となった。

〔11〕江蘇省蘇州市中級人民法院民事判決書（二〇〇一）蘇中民一終字第一〇三二号

【事実の概要】X3は、X1（原告・控訴人）の妻であり、X2（原告・控訴人）の母であるが、一九九八年一月一六日、妊娠合併貧血症を患い、治療のために、Y1（被告・被控訴人）〔呉中病院〕において、Y2（被告・被控訴人）〔蘇州市血液セ

ンター」とＹ３（被告・被控訴人）〔靖江市血液センター〕から提供された血液四〇〇ＭＬが輸血された。

一九九八年一月二七日から二月五日まで、Ｘ３はＹ４（被告・控訴人）〔南章第二人民病院〕で、四回総計一二五〇ＭＬの輸血を受けた。二〇〇〇年、Ｘ３はエイズに感染したと診断され、また同年八月七日、Ｘ１とＸ２ともエイズ感染者と診断され、Ｘ３は一一月六日、死亡した。Ｘ１とＸ２はＹらに対し、損害賠償を請求した。

【判旨】一審法院は「①Ｙ２とＹ３が提供した血液は、抗ＨＩＶ検査がなされ、国家衛生部の品質基準に合致していた。Ｙ１の診療行為、Ｙ２とＹ３の採血・供血行為は、衛生部の規定に違反せず、過失がないので、Ｘ３のエイズ感染との間の因果関係を否定すべきである。したがって、Ｙ１、Ｙ２、Ｙ３は、不法行為による損害賠償責任を負わないと解すべきである。

②Ｙ４は、国家から採血・供血の許可証を発行されていないにもかかわらず、勝手に採血・供血をした。またＸ３に提供した血液は、抗ＨＩＶ検査がなされておらず、衛生部の品質基準に適合しない。したがって、Ｙ４の採血・供血行為は衛生部の規定に違反したので、過失があるといえる。そのため、Ｙ４の行為とＸ３の感染との間には因果関係があると推定され、最終的にＹ４は責任を負うべきである。」と判示した。

なお、二審法院は一審の判決を維持した。

〔12〕河南省焦作市中級人民法院民事判決書（二〇〇九）焦民終字第一一三三号

【事実の概要】一九九九年八月一九日、Ｘ１（原告・被控訴人）とＸ２（原告・被控訴人）との娘Ｘ３（一九九三年一二月三一日生れ）は、耳下腺炎により、Ｙ（被告・控訴人）〔焦作市人民病院〕に入院した。八月二四日、ＹでＸ３は手術を受け、手術中焦作市血液センターからＡ型血液二〇〇ＭＬの輸血を受けた。同年九月四日、Ｘ３は退院したものの、二〇〇四年七月二八日、Ｘ３はエイズ陽性反応と診断され、九月一六日、死亡した。Ｘ１とＸ２はＹに対し、損害賠償請求訴訟を提起した。

【判旨】一審法院は、以下の通り判示した。すなわち、「Ｘ３とＹとの間に医療契約が成立し、Ｙは適当な医療サービスや安全な血液を提供すべき義務があるところ、Ｙは、行為義務を履行したことを証明できず、またＸ３がＹ以外ほかの輸血を受けたことも証明できない。したがって、Ｘ３はＹでの輸血によりエイズ感染された可能性があると判断すべきである。

また、最高人民法院の民事証拠規定四条八項により、Ｙは、

Ｘ３が手術前にエイズ感染されたのか、手術後に別の原因でエイズ感染されたのかについて立証責任を負うべきである。Ｙはこのような立証ができない場合、Ｙの過失があると推定すべきである。したがって、Ｙは賠償責任を負うべきである」。

なお、二審法院は一審の判決を維持した。

二　血液・血液製剤によるエイズ感染の裁判例

〔13〕上海市長寧区人民法院民事判決書（二〇〇二）長民一（民）初字第八四三号

【事実の概要】Ｘ（原告）は、一九七九年にＹ１（被告）〔上海第二医科大学付属瑞金病院〕に血友病と診断され、それ以来Ｙ１においてＹ２（被告）〔上海ライス血液製剤会社〕とＹ３（被告）〔上海生物製品研究所〕が提供した血液製剤やＹ４（被告）〔上海市血液センター〕が提供した血漿によって治療されていた。

一九九九年八月、ＸはＹ１において、凝血第Ⅷ因子という血液製剤と血液四〇〇ＭＬを輸血された。その後、二〇〇二年一月一〇日、Ｘはエイズ感染者と診断された。ＸはＹらに対して損害賠償を請求した。

【判旨】法院は以下の通り判示した。

すなわち、「不法行為責任の構成要件として、加害行為の違法性、損害結果、加害行為と損害結果の間に因果関係があること、加害者の主観的過失という四つの要件をすべて満たす必要がある。本件では、Ｙ２とＹ３が提供した血液製剤は当時の国家強制基準と合致していたので、品質不合格な製造物とは言えない。それに加えて、わが国の医療検査技術には限界があるので、客観的に言えば、血液・血液製剤にウイルスの混入を防ぐことはできない。それゆえ、Ｙらには過失があると言えず、責任があると判断できない。しかし、リスクを公平に分配するために、ＹらはＸの人身損害に対し、過失がないといいつつ、Ｘがエイズ感染により莫大な精神的損害と健康被害を受けたことを考量し、公平原則に基づいて、Ｙらの連帯責任としてＸに金銭補償一〇万元を与えるべきである」。

第四節　小括

前節までに紹介した裁判例を、不法行為責任の肯定裁判例と否定裁判例に分け、過失の判断基準、欠陥の判断基準、因果関係の証明責任の分配、そして公平責任の援用[48]の有無などの角度から、その根拠をまとめると、以下の表（表一―四―一と表一

―四―二）のようになる。

表一―四―一：請求支持の裁判根拠

	過失の判断基準	因果関係（立証責任）	公平責任
輸血による梅毒感染	病院側がカルテを改ざんしたこと。（〔1〕の二審）	医療過誤訴訟の立証責任の転換規定の援用。病院側は診療行為と被害者の感染との間に因果関係がないこと及び診療過誤がないことを立証すべきである。病院側の立証不能。（〔1〕の二審）	
輸血・血液製剤によるC型肝炎感染事件	①血液製剤の販売者が欠陥製品の製造者や供給者を明確に指摘できないため、販売者は、製造者の代わりに、賠償責任を負う。（〔8〕） ②血液センターは、供血者に関する資料、例えば、供血者の健康診断や血液検査の結果などを保存していないため、過失がある。（〔2〕の二審）	立証責任の転換規定の援用。血液センターが医療機構とみなされ、立証責任を負う。しかし、血液センターは患者の肝炎が輸血以外の別の経路で罹患したことを証明できないので、血液と感染との間の相当因果関係の存在が推定される。（〔2〕の二審）	援用。（〔6〕） 損失分担の比率は当事者の経済状況、利益の得失、原因力によって決まる。例えば、製薬会社・医療機関・患者が損失を分担する際に、法院は三者の経済状況を考量したうえで、比率を決める。ただし、これは裁判官の自由心証によって決まる。（〔8〕）
輸血・血液製剤によるエイズ感染事件	①血液センターは、血液の品質を保証するための検査義務を負うのに検査をしなかった。（〔10〕） ②病院は採血・供血の許可証を持っていないのに、勝手に採血・供血をした。（〔11〕） ③血液センターは、供血者に関する最初の記録文書を保存していないため、過失がある。（〔10〕）	①立証責任の転換規定の援用。血液センター・病院側の立証不能。（〔10〕〔12〕） ②両親がエイズ感染者ではない場合、子供がエイズに感染する唯一の経路は、輸血・血液製剤による感染である。（〔10〕） ③病院側は、患者が別の原因でエイズ感染されたことについて立証責任を負う。病院側の立証不能のため、過失と因果関係の存在が推定される。（〔12〕） ④病院側は過失が存在するため、因果関係が推定される。（〔11〕）	援用。（〔13〕） 医療機関、血液センター、製薬会社に連帯責任を負わせる。しかし、「賠償」ではなく、「補償」と呼ばれる。

表一―四―二：請求否定の裁判根拠

	過失及び欠陥製造物の判断基準	因果関係（立証責任）	公平責任
輸血による梅毒感染事件	①病院側は１９９３年７月以前行われた輸血による肝炎感染に対し、行政規定に違反しなかったため、過失がない。しかも、１９９１年当時は医学の発展に制限があり、ＨＣＶ検査技術がなかったので、病院に過失はない。（〔３〕、〔６〕の一審）	患者側が病院側の診療行為と損害との間の因果関係の存在を立証すべきである。しかし、患者側は立証不能。（〔１〕の一審）	未援用。患者の請求を棄却した。（〔１〕の一審）
輸血・血液製剤によるＣ型肝炎感染事件	②国家衛生部は、１９９２年に「冷凍乾血漿の生産と使用を停止すべきことについての緊急通知」という行政規則を発表し、血液製剤の使用は病気に感染する恐れがあることを警告した。しかし、１９９１年当時、血液製剤の危険性が解明されておらず、病院側は結果発生についての主観的予見可能性がないため、過失が認められない。（〔８〕） ③病院側・血液センターが医療規定や医療慣行に違反していないため、主観的過失がない。（〔２〕の一審、〔４〕、〔７〕の一審と二審） ④血液が国家強制基準に合致していたので、血液センターには過失がない。（〔４〕） ⑤１９９１年当時、血液製剤の危険性が解明されていないため、製造者の免責事由がある[49]。血液センターは責任を負わない。（〔３〕） ⑥血液センターは、血液にＨＣＶの陰性反応という検査結果を証明できたため、血液に欠陥がない。血液センターは、製造物責任を負わない。（〔７〕の二審）	①輸血・血液製剤による感染はＨＣＶ感染の主な経路であるが、唯一の経路ではない。すなわち、直接因果関係はない。（〔３〕、〔６〕の一審〔９〕の一審） ②患者側が病院側と血液センターの過失及び因果関係の存在を立証すべきである。しかし、患者側は立証不能。（〔４〕〔５〕〔６〕〔７〕） ③患者側は原告として自己の主張をするとき、証拠を提出すべきであり、加害行為、加害者の過失、損害結果、損害結果と加害行為との間の因果関係を立証すべきである。しかし、患者側は立証不能。（〔９〕の二審）	未援用。患者の請求を棄却した。（〔２〕の一審、〔３〕〔４〕〔５〕〔７〕〔９〕）
輸血・血液製剤によるエイズ感染事件	①医療機関は、輸血用血液・血液製品の生産者ではないため、血液の品質への検査義務を負わない。しかも、病院側は医療慣行に従ったので、過失がない。（〔10〕） ②病院と血液センターの採血及び供血行為は当時の衛生部の規定に違反したか否か。違反していなければ、過失がない。（〔11〕） ③血液製品が当時の国家強制基準と合致していたか否か。合致していたならば、血液製品は欠陥製造物に該当しない。（〔11〕〔13〕） ④医療技術には限界がある。ウイルスのウインドウ期、潜伏期間内の感染を発見する科学的方法がなく、予見可能性がない。（〔13〕）	患者側は原告として自己の主張をするとき、証拠を提出すべきであり、加害行為、加害者の主観的過失、損害結果、損害結果と加害行為との間の因果関係を立証すべきである。患者側の立証不能。（〔13〕）	

第二章　中国における輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の法的構造

本章では、前章での事例分析を踏まえ、学説における議論を検討する。中国においては、「血液」と「血液製剤」は区別されている。それゆえに、本章では、まずこの点を明らかにし（第一節）、その上で、それぞれの固有の問題について検討する。具体的には、血液による感染の過失責任の問題（第二節）、血液製剤による感染の製造物責任の問題（第三節）を検討する。次に、両者に共通する問題をみる。具体的には、賠償責任に関する因果関係の問題（第四節）、公平責任の問題（第五節）、侵権責任法による血液と血液製剤の新たな扱いの問題（第六節）である。

第一節　輸血用血液と血液製剤における法律上の性質の争い

まず本稿の研究範囲となる「輸血用血液」（以下「血液」と略す）と「血液製剤」（原語は「血液製品」）との二つの概念における法律上の特性及び論理構成上の違いを、以下において分析する。一般的に、裁判実務・学説は、「血液」と「血液製剤」を区別して論じる[50]。その理由としては、第一に、「血液」と「血液製剤」は、法律上異なる取扱いがなされていること（後述）、第二に、裁判官は現実の法的処理、法解釈の作業をするとき、法技術的な概念及びそれによる論理構成上の違いを重視し、結論を導くという思考様式が強いこと、が挙げられる。

第一の点について、具体的にみると、「血液製剤」は薬品管理法一〇二条の規定[51]により、薬品の一種として扱われており、製品品質法上の製造物に属するため、無過失責任を適用すべきであることが異論なく認められている。他方、二〇〇九年の侵権責任法が公布される以前、立法上は「血液」[52]（全血血液[53]及び成分血液[54]を含む）に対して製品品質法が適用されるか否かが明らかにされていなかった。そのため、上記の問題について、学説の議論は、「血液」が製造物に当たるかどうかを中心に展開されてきた[55]。

伝統的通説は、「血液は製造物ではない」とする「非製品論[56]」に立つ。その根拠としては、次の三点が挙げられる。①血液は、一般商品とは異なり、基本的には高度な加工処理がなされていないこと[57]、②血液センターは非営利団体であり、製品品質法上の製品の営利性に該当しないこと[58]、及び③血液が製造

物に属するとした場合、輸血事業や医療事業に不都合な影響を及ぼす恐れがあること、④一九七九年「合衆国連邦統一製品責任法（Uniform Product Liability Law）」の規定が、血液は製品ではないとしており[59]、これが参考になるということである[60]。以上のように、その結論として、この立場は、血液による感染があった場合、加害者に製品質法に基づいて厳格責任を負わせるのではなく、民法通則一〇六条二項[61]に基づいて、過失責任を負わせるべきであると主張している[62]。

もっとも、こうした通説の立場に対しては、近時、患者側の利益保護を強化する観点から、血液も血液製剤と同様に法律上製造物であるとみなす「製品論」が有力に主張されている[63]。その根拠としては、①輸血用血液は、保存液、抗凝固剤が加えられ、パック詰めされて流通しているため、加工された製造物とみなされること、また、②製品質法の帰責原則は無過失責任であり、被害者救済という点を重視し、輸血用血液も製造物に該当すると解すべきであること[64]、が挙げられる。

さらに以上の有力説を補強する見解として、血液は事実上の製品ではないかもしれないが、製品とみなすべきであり、血液の提供者には、血液製品の生産者とほぼ同じ製造物責任を負わせるべきであると主張する立場も現れている[65]。その根拠は次の通りである。すなわち、輸血用血液と血液製品の原料は、ともに献血者の体内に自然的に流れる血液であるという点で共通している。もちろん、輸血用血液は、血液センターによってより簡単な加工技術で製造されるのに対して、血液製品は、製薬会社によってやや複雑な加工技術を経て製造されるという差異がある。しかし、こうした形式的区別を強調することは、不公平な帰結、すなわち、血液製品が製品として異論なく認められ、製薬会社は無過失責任を負うのに対して、血液センターは過失責任を負うにとどまるという帰結を導く。それゆえ、こうした帰結を回避するために、輸血用血液が厳密な意味での製品と評価しにくいと考えても、製品とみなし、血液センターに無過失責任を負わせるべきである。

こうした論争は、最終的に、立法により解決されるに至る。二〇一〇年に施行された侵権責任法五九条が、「薬品、消毒薬剤、医療器具の欠陥または不合格の血液を輸血したことにより、患者に損害を生じさせたときは、患者は、生産者または血液の提供機構に賠償を請求することができるほか、医療機関にも賠償を請求することができる。患者が医療機関に賠償を請求した場合、医療機関は、賠償した後、責任のある生産者または血液の提供機構に対して求償する権利を有する[66]。」と規定したことに

より、「血液＝製造物」論が採用されるに至った[67]。それゆえに、今後は、医療機関及び血液の提供機構の責任要件は、（「過失」ではなく）「欠陥」で足り、製造物責任（無過失責任）を負わせることが可能になったといえよう。

第二節　輸血による感染における過失及び過失の判断基準

中国では、近年、輸血用血液に関わる重大な医療事故（具体的には、輸血後梅毒感染、ＨＢＶ感染、ＨＣＶ感染、ＨＩＶ感染等）が相次いで発生しており、それにより被害者は莫大な損害を被っている。以下本節では、侵権責任法施行前の裁判例（第一章）をもとに、これらの事案における過失責任論について検討する。

第一款　医療損害賠償責任の帰責原則及び過失の構造

輸血用血液に関する医療事故に際しては、第一に、輸血実施者である医師・医療機関と血液の供給者である血液センターの過失責任の当否が問題となる。また、第二に、両者の不法行為責任が追及されるとき、その相互の責任分担が争いとなる。

医療損害賠償責任に関する裁判例を理解するために、まず、中国の不法行為法領域の帰責原則を紹介する。一般的に言えば、責任主体の帰責根拠として、帰責原則が二種類あるとする議論が通説的見解である[68]。すなわち、過錯責任主義[69]と無過錯責任主義があるとされている。

学説は、医療損害賠償責任について、類型的に論じる。すなわち、医療技術による賠償責任、医療倫理による賠償責任、医療製品による賠償責任という三つの責任類型に分類する[70]。その上で、この三つの賠償責任の帰責原則はそれぞれにおいて異なっている。医療技術による賠償責任と医療倫理による賠償責任には過錯責任主義を適用すべきであるが[71]、医療製品による賠償責任には無過錯責任主義を適用すべきであると主張されている[72]。

いわゆる過錯責任主義は、故意または過失によって他人の権利を侵害したときは、加害者はその発生した損害について損害賠償責任を負わなければならないという帰責根拠である。侵権責任法六条は、「行為者が過錯により他人の民事権益を侵害したときは、不法行為責任を負う。法律の規定により行為者に過錯があることを推定するものとするときは、行為者は自己に過

錯がないことを証明できない限り、不法行為責任を負う。」と定めている。条文から明らかなように、過錯責任主義は不法行為法の一般原則である。[73]

学説は過失論について、①過失の本質（過失は本来的に主観的なものか、それとも客観的なものか）、及び②具体的な判断基準（主観的基準を採用するか、それとも客観的基準を採用するか）を中心に論じている。

まず、過失の本質に対する見解は、二つに大別できる。すなわち、「主観説」と「客観説」である。

具体的にみると、通説である「主観説」によれば、「過失」とは、自己の行為により他人の権益を侵害しうるという結果が発生することを認識すべきであるのに、不注意でそれを予見できなかった、あるいはそれを予見できたにもかかわらず、安易に自分がその結果の発生を回避できると信じ、結局その結果を回避できなかったことに対し、非難性があるという主観的心理状態である。[74]

これに対して、有力説である「客観説」[75]は次のように主張する。過失とは、人の主観的心理状態ではなく、法律に定められた注意義務を違反した違法行為である。つまり、過失の本質は、法定義務に違反した違法行為である。筆者自身はこの「客観説」に共感を覚える。

次に、過失の本質と関連して、過失の判断基準における学説は、二つに大別できる。[76]すなわち、主観的基準説[77]と客観的基準説[78]である。

主観的基準説は、①の「主観説」（「過失＝行為者に非難性がある主観的心理状態」）の影響を受け、具体的な行為者本人を基準に過失を判断すべきであると主張する。つまり、当時の具体的状況の下での行為者本人の、年齢、性別、健康状態、個人的判断能力等の主観的要素に基づいて、行為者の過失を判断するというわけである。

他方、客観的基準説は、①の「客観説」を前提としつつ、当時の具体的な行為者本人の注意義務を基準とするのではなく、「合理人」ならば尽くすべき善管注意義務（予見可能性を前提としての結果回避義務）を基準として、行為者の過失を判断すべきであると主張する。過失の判断は、必ず過失を客観的に評価し、客観的な判断基準を採用すべきである。このように、過失の本質と過失の判断基準とは結合することができる。

以上に対し、両者の折衷的な立場がみられる。この見解は、過失の本質と過失の判断基準を分離して捉えている。すなわち、①は主観的なものと理解するが、②は客観的な基準を採用する。

この学説によると、過失の本質は、行為者の行為義務違反によって表現された、非難性がある主観的心理状態であるという[79]。過失には二つの側面、つまり主観的な側面と客観的な側面がある。主観的な側面は、行為者の不注意な主観的心理状態である。客観的な側面は、行為者の客観的な注意義務違反である。過失は主観的な心理状態と客観的な行為義務違反によって構成される[80]のである。それゆえ、過失の本質は主観的心理状態であるが、過失の判断は客観的判断基準を適用する。これは中国の多数説であると言われている[81]。

過失の判断は医療過誤訴訟において極めて重要な問題である。過失の認定基準として、比較法的には、主観的判断基準ではなく、客観的判断基準が採られている。学説は客観的な判断基準を強調しており[82]、さらにこれを帰責基準とする場合には、「過失責任の客観化」[83]と呼ばれている。例えば、侵権責任法五八条によって医療過誤の判断基準が類型化され、医療機関の過失が、法律の規定によって推認されることとなった。

しかし、通説である「主観説」によれば、過失は、行為者の「主観的心理状態」のみによって判断される。それゆえ、第一章に挙げた輸血・血液製剤による感染事例において、裁判官が医療機関の過失を判断する際、通説の考え方に立ち、「主観的過失」の存否をとくに重視したのである。

言い換えれば、裁判官は、行為者において損害の発生を認識できるかどうかの主観的な心理状態に基づいてその過失の存否を判断したのである。また、医療過誤の判断基準についても、行為者なりの予見可能性の有無が過失の決定的な判断基準となっているのである。このように、裁判官は、過失が行為者への非難可能性であると理解しており、過失の認定基準を行為者本人が予見できるかどうかという主観的要素によるものと定めた。もっとも、過失における客観的注意義務は、主観的心理状態を推定したものにすぎず、過失概念自体の客観化を意味しないという指摘[84]もなされている。

第二款　医療従事者の注意義務及び医療水準の相対性を巡る論争

医療従事者に要求される注意義務の内容は、通常の専門家としての善良管理義務のことである。具体的に言えば、この善管義務は、結果予見義務と結果回避義務との二段階に分けて抽象的に考察される[85]のが通常である。つまり、過失の前提となる注意義務の有無の問題は、実際に結果予見可能性と結果回避可能性の有無の問題である。医療過誤事件においては、現代の医療

水準からみると、この両可能性の有無をめぐって争われることが少なくない。

医療機関・血液センターの注意義務を判断する際には、「当時の医療水準」を考慮しなければならない。侵権責任法五七条は、「医療従事者が診療活動においてその当時の医療水準に相応しい診療義務を十分に果たさず、患者に損害を与えた場合、医療機関は賠償責任を負わなければならない。」と定める。つまり、医療機関の診療行為は、当時の医療水準に照らして、適切かつ妥当な診断、措置及び治療方法に鑑みて、行うべきなのである。ここで、医療従事者の注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。言うまでもなく、医療機関の性格、専門性、地域性及び医療行為の緊急性は、医療水準の判断における重要な考慮要素となり[86]、これについての論争がなされている。

医療過誤の前提となる「医療従事者の注意義務」の基準について、侵権責任法第二次、第三次草案では、五七条[87]は二つの条項で構成されていたが、その二項は第三次草案以降削除された。同項は、「医療従事者の注意義務を判断するとき、地域性、医療機構の状況及び医療従事者の素質などの要因を適当に考量しなければならない。」と定めており、いわゆる「相対的医療水準論」を採用したものであった。これは、中国の面積が広く、各地域の経済発展が不均衡であること、そして、その帰結として医療資源に大きな格差が生じることを考慮したものであった[88]。実際のところ、中国の医療現状に即して検討すると、地域ごとに（例えば、東部と西部、都市と農村の間で）医療レベルにかなりの差異が存在しており、また、同じ地域であっても医療機構の規模によって、医師のレベルや検査設備をはじめ医療水準が異なっているのである。

ところが、侵権責任法第三次草案の審議過程において、次のような批判がなされた。すなわち、①二項は一項と矛盾するのではないかという点、また、②二項を考慮して、医療レベルが普通より低いことを口実にして責任を免れるという結果が、果たして妥当かという点である。つまり、相対的医療水準論の導入により、各地の法院が二項を援用し、「現地の医療水準が当時の医療水準より低いので、医療機関の過失を否定し、賠償責任を免れる」という判決を下し、医療担当者の注意義務が不当に軽減されかねないという懸念があったわけである。それゆえに、全人大法律委員会は、その批判を受け入れ、二項を削除し、「当時の医療水準」を医師の過失における統一の判断基準にした[89]。

第三款　医療機関及び血液センターにおける定型的な行為準則の内容

医療過誤事件においては、注意義務の類型化・定型化がなされており、医療機関・血液センターの遵守すべき行為規範の内容は、法令や規則によって明示されている。そこで、医療機関及び血液センターの作為義務の根拠やその射程の問題を考察する必要がある。以下では、医療機関と血液センターの具体的な行為規範についてみてゆこう。

まず、医療機関の負うべき義務としては、以下のようなものが挙げられる。

①血液の形式的な検査義務。具体的には、医療機関が、センターから発送された血液に対し、血液の包装に記載された血液センターの名称、献血番号、血液型、血液の品種および採血の期日、血液の有効期限等を照合する義務[90]である。

②説明義務。ウインドウ期・潜伏期間内の血液感染を発見する科学的方法が確立されていないため、患者側に輸血によりウイルス感染の恐れがあることを説明し、患者側の輸血の同意をもらう義務[91]である。

③安全採血義務。緊急の場合に、病院側が血液センターの代わりに採血することは可能である。しかし、採血するとき、HBV、HCV、HIV、梅毒ウイルスの検査が必要である[92]。

④保存義務。カルテに輸血したこととともに輸血後の治療状況を記入し、輸血に対する承諾書と輸血の記録を併せて保存する義務である[93]。なお、カルテの保存期間は少なくとも十五年[94]と規定された。

次に、血液センターの負うべき義務としては、以下のようなものが挙げられる[95]。

①血液の実質的検査義務。具体的には、肝炎・エイズなどウイルスに関する検査をする義務[96]である。

②内容表示義務。具体的には、血液の包装に、血液センターの名称、採血の許可証番号、献血番号、血液型、血液の品種および採血の期日、血液の有効期限等を記入する義務[97]である。

③保存義務。具体的には、採血および献血者に関する最初の記録文書の保存（十年とされる）及び提供義務[98]である。

④安全運送義務。血液を病院まで安全に運送する義務[99]である。

輸血用血液は、医療機関から血液センターに申し込みがあったときに、医療機関に届けられる。しかし、血液が不足している緊急の場合には、患者の生命を救うために、病院は第三者から血液を採らなければならないことになる。この場合には、医

療機関で採血、供血が行われるため、緊急性、安全性、必要性が求められる。しかも、医療機関は血液に対して、ウイルスの実質的検査義務を負うのである。

最後に、二〇〇二年の「医療事故処理条例」（以下「条例」と略す）に関して、注意すべき点を検討する。同条例四九条は、医療事故に当たらない場合に、医療機関は賠償責任を負わないと定める。しかし、「医療事故」は民法上の概念ではなく、行政上の概念にすぎない。しかも、医療事故の鑑定、つまり、医療行為が医療事故に該当するか否かという認定は、法院ではなく、医療事故の鑑定機構によってなされる[100]。そのため、鑑定結果は、裁判官が医療機関に過失を認め、賠償責任を認めるか否かに関する判断要件に相当しないとすべきである[101]。換言すれば、鑑定機構は、当該医療行為が医療事故に相当しないと判断しても、裁判官は、その結果に拘束されず、事案の審理に基づいて、医療機関に過失があると判断できれば、医療機関に賠償責任を負わせるべきである。

従来の裁判例（第一章）によれば、裁判官は、医療機関・血液センターの過失を認定するとき、医療衛生管理の法律、国務院の行政法規、衛生部の部門規則、診療・看護規範等の明確な規定に従って判断した[102]。しかし、以上から明らかなように、こうした判断の仕方は、硬直的であり、被害者救済にとって不十分であるようにと思われる。それゆえに、帰責の根拠となる医療機関の行為義務は、定型的な行為準則によってのみならず、当時の医療水準に基づく高度の注意義務に従って柔軟に決定されるべきである。

第三節　血液製剤についての製造物法の扱い

第一款　「欠陥」の判断基準及びその批判

中国の製造物法は、製造者・販売者の責任について、過失の有無を問わず、欠陥の存在のみを要件に賠償責任を認める無過失責任主義を採用する[103]。つまり、製造者・販売者は、厳格な責任を負い、「欠陥」は製造者に製造物責任を負わせるための重要な要件として位置づけられる。

製品品質法四六条は、欠陥とは[104]、「製品に人身、他人の財産の安全に危害を及ぼす不合理な危険が存在することをいう。製品に身体の健康または人身、財産の安全を保障するための国家基準、業界基準がある場合は、当該基準に適合していないことをいう。」と定める。ここで、同条の前段の「不合理な危険」

とは、「通常有すべき安全性」を欠くこと、あるいは「社会通常の消費者の合理的期待」[105]に違反することである。もっとも、中国では、多数の行政基準が存在するため、前段の基準が適用される余地はあまり少ない。それゆえに、現実的にも、理論上も、後段の適用が重要な問題となっている。

四六条の前段と後段の関係および後段の「国家基準、業界基準」（以下「行政基準」とする）の理解をめぐって、学説の評価が分かれている[106]。第一の見解は、製品に行政基準がある場合に、行政基準と合わせて欠陥の存否を判断し、行政基準がない場合にのみ、不合理な危険を基準として、欠陥を判断すべきとする[107]。例えば、血液製剤による肝炎感染・エイズ感染事例において、「血液製品は当時の国家強制基準に合致していたので、欠陥製造物に該当しない。」という判決は、この立場に立つ。つまり、血液製剤に不合理な危険が存在するにもかかわらず、製品品質法一三条[108]に基づき、血液製剤が行政基準に合致するため、欠陥が認められない。

こうした理解に対しては、次のような疑問が提起される。すなわち、第一に、他人の人身または財産に損害をもたらしたものの、医薬品が行政基準に合致すると、製造者が常に責任を負わないことは果たして妥当か、第二に、たとえ製造者が責任を負わないとしても、被害者は国に対して損害賠償請求権を有するか否か、第三に、医薬品の製造者が被害者に対して賠償を行った場合、国に対して求償権を有するか否かという疑問である[109]。

それゆえに、第二の見解は、製品につき行政基準があってもそれは不合理な危険を基準として判断すべきであるとする[110]。というのも、行政基準に適合することは必ずしも欠陥製品でないわけではないからである。医薬品が行政基準に合致するか否かは、欠陥を認定するときの直接かつ唯一の基準ではなく、考慮すべき諸要素の中の一つの基準にすぎない。その理由としては、上記の批判に加えて、①行政基準が現時点での科学技術、生産要素などに基づいて制定された基準であり、特定の時期、業界または地域の技術レベル及び特別の政策要求に照らしたものにすぎず、科学技術の発展や社会生活の変化に遅れをとりやすいこと、②比較法的にもこうした立場が優勢であることが挙げられる。それゆえに、血液製剤のみならず医薬品の欠陥を認めさせる場合にも、被害者は行政基準ではなく、不合理な危険の存在を証明できれば、裁判所は医薬品の欠陥を認めるべきであると考える。

第二款　血液製剤における開発危険の抗弁

血液製剤が製品質法四六条の「欠陥製造物」にあたると判断されるとしても、同法四一条に該当する場合には製造者は免責される。すなわち、同条は、以下のように定める。製造者が「製品を流通に投入した時点での科学技術レベルでは、未だ欠陥の存在を発見することが不可能であった」ことを証明できれば、製造者は免責される。これは、いわゆる開発危険（Development Risk）の抗弁である。

問題は、この抗弁が、医薬品にも適用されるべきかどうかである[111]。この抗弁の採否をめぐって、学説では見解が分かれている。まず、肯定説は、その理由として、①この抗弁は、製薬会社が積極的に新薬の研究・開発に取り組み、科学技術の発展・革新、あるいは製薬産業・医療事業を進歩させるのに有益であること、②ある程度「安全性」を犠牲にして効用を高め、製薬会社の新薬開発への躊躇を解消させ得ること、さらに③製薬会社の開発に対するモチベーションが上がると、最終的に製薬産業・医薬事業の発展と患者の福祉にとって大きなメリットを生むことを挙げる。

これに対して、否定説は、①肯定説の理解（「過失責任主義的理解」）が製造物責任の性格（無過失責任）と矛盾すること[112]（すなわち、製造者に無過失責任を負わせるにもかかわらず、製造者が製品を市場に流通させた時点で、欠陥の発見ができなかった場合、過失がなかった〔欠陥に対する予見可能性がなかった〕ことを証明できれば、製造物責任を免れる。これは、過失の立証責任の転換規則が援用されるのとほぼ同じである）、②患者の救済に欠けること（被害者救済を図るために、この抗弁の適用条件を厳しく限定し、医薬品〔血液製剤を含む〕における開発危険の抗弁が広く認められないようにすべきである）を理由として挙げる。

両説の対立点は、新薬開発に関する社会的効用と被害者救済のいずれを重視するかという点に帰着する。もっとも、いずれの利益が優越するといえるかは一義的には判断できない。それゆえに、個別的な判断が要求されるように思われる。

第四節　医療損害賠償責任に関する因果関係の証明

中国の医療訴訟において、因果関係の認定が非常に厳格であり、直接かつ必然的な因果関係が裁判官によって求められる。第一章で取り上げた裁判例を考察すれば、原告の請求が棄却された主な理由は、因果関係の立証が不十分であったことにある（例えば、事例〔1〕の一審、〔3〕〔4〕〔5〕〔6〕〔7〕〔9〕

〔13〕）。不法行為法上の因果関係は、研究者であるか実務家であるかを問わず、極めて複雑な問題と言われている。したがって、法院が因果関係を正確に認定できるための方策を考えることが重要な課題であると言えよう。

第一款　因果関係の認定及びその発展

中国において、不法行為における因果関係の分類方法は二種類あるとされる。一つは、因果関係を「責任成立の因果関係」（責任が成立するか否かに関する問題）と「賠償責任範囲の確定の因果関係」（責任が成立した後、損害賠償責任をどの範囲で認めるかに関する問題）に区別して理解する[113]。

より明確に言及すれば、「責任成立の因果関係」とは、帰責可能な行為（加害行為）と権利侵害（または他人を保護する法律の違反）との間の因果関係であるが、「責任範囲の因果関係」とは、権利侵害と損害との間の因果関係である[114]。

また、もう一つの分類方法としては、因果関係を「事実的因果関係」と「法律上の因果関係」に区別する学説がある[115]。

「事実的因果関係」は、事実上の判断であり、帰責可能な行為が事実上損害をもたらした原因となるか否かを確定することを目的とし、「あれなければ、これなし」という意味での因果関係である。これに対して、「法律上の因果関係」とは、法律上の判断であり、既に事実上の原因を構成する帰責可能な行為が法的にどのように評価されるかを確定することを目的とする。そして、法律上の因果関係の存否を考慮する際は、事実だけでなく、法律の規定、司法政策、社会福祉、公平または正義の観念から法的価値判断を加えて、総合的に考量しなければならない[116]。

ところで、医療損害賠償責任に関する因果関係の認定について、一九八八年に衛生部が実施した「医療事故処理弁法に関する若干の問題の説明」（原語は「衛生部関於『医療事故処理弁法』若干問題的説明」）という行政規章が制定された。これによれば、医療事故の成立を認定する際には、医療過誤と損害結果との間に直接的因果関係が必要である[117]。

これに対して、二〇〇二年に国務院が施行した「医療事故処理条例」という行政法規四九条[118]は、医療事故における複雑な因果関係に配慮し、同条は、「医療事故の損害賠償は医療過失の程度に従って判断すべきである。医療機関の賠償範囲は医療過誤の割合と損害結果との積によって決まるべきである[119]。」との趣旨の下で制定された。これにより、「弁法」の直接的因果関

係説は否定された。その上で、条例の起草者によれば、医療過誤訴訟における賠償金額の具体的計算は、以下のように定式化された。すなわち、P＝（P1＋P2＋P3＋Pn）×Zである（Pは加害者が賠償すべき金額、P1～Pnは賠償の種目〔損害額〕、Zは加害者の責任の割合とする）。つまり、加害行為と他の原因（例えば、被害者の特異体質、疾病の素因）とが競合して損害が生じた場合に、それぞれの原因力と損害との因果関係を認定したうえで、加害行為の寄与度に応じて、賠償責任を負わせる。これは、因果関係の割合的認定と言えるであろう。

第二款　「証明責任の転換」[20]規則及び現状

輸血による感染事故が起きた場合に、被害者が、感染と医療行為との間の因果関係を証明できず、因果関係を確定できないということが度々生じている。そこで一九九九年一一月、江蘇省高級人民法院は、率先して、輸血感染事件の審理に関して下級審の裁判業務を規範化させるために、各級地方法院に対して、「全省民事審判工作座談会紀要」（蘇高法〔一九九九〕四六六号）という司法解釈（司法判断の指針となる）文書を公布したのである。

まず、医療機関と血液センターの訴訟上の地位につき、当該紀要は「①患者が輸血によってB型肝炎またはC型肝炎を罹患し、医療機関及び血液センターに対して提訴する場合には、両者を共同被告にすべきである。②患者が血液センターのみに提訴する場合、医療機関を被告として追加すべきである。そして、③患者が医療機関のみに提訴する場合、血液センターを被告として追加すべきである。ただし、血液が医療機関によって採取された場合を除く。」と定めた。

また、立証責任の分配及び因果関係の証明につき、当該紀要は「①輸血による感染事件には立証責任の転換規則を適用すべきである。②患者が、自らに輸血がなされた事実、輸血後の一定期間内にウイルス感染が確定されたことを証明できれば、裁判所は、感染と輸血との間の因果関係を推定すべきである。一方で、③患者が輸血される前にウイルスに感染したこと、あるいは輸血以外の別の経路で感染したことを医療機関が証明できれば、裁判所は、感染と輸血との間に因果関係がないことを認定すべきである。」と定めた。

要するに、江蘇省における裁判所は、患者の医学知識の不十分さ及び証拠資料（例えば、カルテ）の入手困難性を考慮して、上記の規定によって、被害者に救済を与えようとした。

その後、最高人民法院は、医療過誤訴訟において「証明責任の転換」制度を採用したことにより、立証レベルでの被害者救済は一層進展することとなった。二〇〇二年四月一日に施行された「民事訴訟の証拠に関する若干の規定」（以下は「証拠規定」と略す）という司法解釈四条八項によれば、医療機関が、医療行為と損害結果との間に因果関係が存在しないこと及び医療過誤が存在しないことについて立証責任を負う。すなわち、因果関係の証明責任が転換され、患者側は、医師・医療機関が医療行為を実施したこと及び自身が損害を受けたことを証明できれば、証明責任を尽くしたとみなされる(121)。

しかし、こうした試みにもかかわらず実際は、法院は医療過誤事件を審理する際に、必ずしもこの規則を援用するわけではない。というのも、各地の裁判官は、医療紛争事案を審理する際に、どの法律のどの条項を適用するのか、また当事者にどのような証明責任を分担させるのか、については一致していないからである。

証明責任の転換規則を適用すべき事案であるにもかかわらず、この法的拘束力のある規則を適用しない裁判例が跡を絶たない。なぜならば、当事者だけでなく、当事者の訴訟代理人（当事者が訴訟費用の節約を考え、訴訟代理人を頼むとき、弁護士ではなく、一般人に委託する事例があることを想起しなければならない〔中国の民事訴訟法五八条二項参照――弁護士・基層法律サービス従事者、当事者の近親者または従業員、当事者の所在コミュニティ・勤務先および関係のある社会団体が推薦する公民は、いずれも訴訟代理人として委任されることができる〕）、あるいは裁判官でさえもこの規則を知らず(122)、若しくは了解していても、具体的な事案に即して規則の内容を正確に理解し、適用することができないからである。したがって、法院がこの規則を援用しない場合には、患者側は、因果関係の証明責任を負う。そうすると、患者側はいっそう不利な地位に置かれてしまうと言える。

ところが、医療過誤訴訟における因果関係の証明責任について、侵権責任法第七章「医療損害責任」には何も規定されていない。証明責任の転換について、侵権責任法第二次草案までは、証拠規定と同様に医療側に因果関係の不存在の立証責任を負わせる規定が認められた。しかし、この規定は医療機関に萎縮効果、防衛医療等をもたらす恐れがあり、医療事業の発展を阻害する心配が出るといった批判がなされた。そのため、第三次草案以降は削除された。したがって、侵権責任法施行後、原則として、因果関係の証明責任が患者側にあることは、少なくとも

立法者の意思であると推定できる。[123]

学説においてもこうした立場は、多くの支持を受けている。[124] しかし、こうした理解に対しては、証明責任の転換規則が定められた証拠規定を適用することにより患者の保護を図るべきとの見解も少数ながらみられる。というのも、立法者の意思は、研究者や実務家が条文を読むだけでは必ずしも明らかではないので、実務上、上記の証拠規定に従って証明責任の転換規則が運用され続ける余地があるからである。

今後、医療過誤訴訟において、患者側と医療側との間に、実務上証明責任の分配がどのようになされるかは注目に値する。というのも、この問題は、裁判官が証明責任を具体的に分配する際に、公平、正義などの価値判断を出発点とし、訴訟当事者双方の社会的な役割、利益の対立、衝突の状況及び保護の要求について総合的に判断されなければならず、そのような高いレベルの判断を裁判官に求めることになるからである。[125]

第三款　因果関係の証明責任の緩和ルール

これまで分析してきたように、証明責任の転換規則は、医療側の証明責任を加重する。これは患者の救済に資するものの、こうした帰結は、医療側のリスク回避的行動（例えば、①過剰診療、②重篤患者の受診拒否及び高難度手術の回避）を誘発し、その結果として、社会的な非効率（効用の低下）を導く（例えば、①の帰結として、患者の経済負担・医療コストの増加、また、②の帰結として、患者に不利益をもたらすこと）。[126] このように、当事者の利益と社会的な利益の衝突が起こっている。

それゆえに、学説は、立証責任の完全な転換（証明責任の免除）ではなく、立証責任の軽減（証明責任の緩和ルール）によって両者の利益を調整してきた。つまり、医療過誤訴訟における証明責任について、完全な証明責任の転換までいかなくとも、被害者の証明責任負担の軽減・緩和にとどめてよい、という見解が有力に主張されている。[127]

具体的には、[128] ①患者は、自身の損害と医療行為との間に存する因果関係の必然性を証明せずとも、蓋然性あるいは相当程度の可能性が証明できれば、証明責任を尽くしたものとみなされる。[129] また②（①を満たすと）裁判官は、通常人が有する一般的な社会知識、経験に基づいて、医療行為と患者の損害との間に、客観的かつ合理的な関連性があれば、因果関係の存在を推認する（因果関係の事実上の推定）。さらに③この時点から医療機関は、因果関係の不存在に関する証明責任を負う。この証

明が成功すれば、前に推定された因果関係は覆され、医療機関は賠償責任を免れる。逆に言えば、医療機関が反証できない限り、賠償責任を負う。ただし、医療機関の証明責任については、高度の蓋然性基準を採用すべきである。つまり裁判官が、因果関係を否定するとき、自由心証における内心の確信の程度に至るほどの証明度が必要である。

こうした取扱いは、患者（弱者）保護という点で共通することを踏まえると、欠陥のある医療製品による損害賠償訴訟にも適用する余地がある。すなわち、患者がその欠陥医薬品の使用による損害発生の蓋然性を証明できれば、裁判官は、欠陥医薬品と損害との間の因果関係を推定すべきである。次に、証明責任が転換され、医薬品の製造者は、製造物に欠陥がないこと、免責事由の存在、あるいは因果関係の不存在に関して、証明責任を負うべきである。医薬品の製造者は、以上のことを証明できない限り、賠償責任を免れない。

第五節　無過失輸血による感染の責任問題及び公平責任の位置づけ

第一款　責任主体の責任分配

より深刻な問題は、病院側・血液センターが善良管理義務を尽くした（従って、過失がない（無過失である））にもかかわらず、患者が病院・血液センターの提供した血液によって感染し、損害を被った場合である。具体的には、（ア）血液検査技術には限界があるので、血液中に既知のウイルスが存在していたが、感染初期のウインドウ期、あるいは検査キットの感度による見逃し率があるなど、客観的な原因によって血液検査では陰性反応しか現れなかった場合、及び（イ）血液中にある未知の新種のウイルスが存在していたが、当時の科学技術には限界があり、そのウイルスの検査ができなかった場合である。

このような場合、①医療機関、②血液センター、③血液製品の生産者（製薬会社）、④血液製品の販売者（医薬品会社）は、どのように責任を分担し合うべきであろうか。この問題について学説は、上記②～④の責任を肯定すべきであるという点では一致している。しかし、①（医療機関）の責任を肯定すべきか否かという点については、評価が分かれている。

まず、肯定説によれば、①～④の責任は賠償責任と区別された補償責任、すなわち、患者の健康被害に対して「公平」の観点から補償しなければならないという責任として理解される。[130]

こうした立場は、学説で有力に主張されており、また、輸血に

よる感染事件の裁判例においてもみられる（例えば、第一章の事例〔6〕〔8〕〔13〕）。

これに対して、否定説によれば、①の責任は過失責任であるとされ、①は過失がない場合には責任を負わない[131]。その理由としては、以下が挙げられる。（a）科学技術には限界があり、輸血された血液にウインドウ期にあるウイルスの有無を予見することは非常に困難であるため、そのウイルスを含んだ血液が輸血されたとしても、（過失の前提としての）予見可能性があるとはいえないことである（その帰結として、医師の過失は否定され、医師は免責される[132]）。また、（b）二〇〇二年の医療事故処理条例二条は、「医療事故とは、医療機構及び医療従事者が医療活動において…、過失によって、患者に人身損害を与えた事故を指す[133]」と定めるものの、無過失輸血の感染によって生じた不良結果は二条の医療事故に該当せず（同三三条）、さらには「医療事故ではないものについては、医療機構は賠償責任を負わない。」（同四九条）と定めていることである。

もっとも、②（血液センター）及び③（製薬会社）はともに製造者として製造物責任を負うはずである（製品質法）。それにもかかわらず、なにゆえ別途に公平責任の適用を問題にする必要があるのか、という疑問が生じる。これは、製造物責任を認める要件が厳格であるためである。すなわち、同責任を負わせるためには、三つの要件――〔1〕血液が製造物に該当すること、〔2〕血液に欠陥があること、〔3〕製造者に免責事由（例えば、開発危険の抗弁）がないこと――が充足されなければならない[134]。しかし、これらの要件を満たすことが現実的には困難であることは、既に検討した通りである（例えば、〔1〕の要件については、血液＝製造物説は多くの支持を得ていない〔第二章第一節〕。また、〔2〕の要件については、欠陥＝行政基準違反説は実務上採用されている〔同章第三節第一款〕。さらに、〔3〕の要件については、開発危険の抗弁が血液製剤にも適用される〔同章第三節第二款〕）。

なお、侵権責任法は製造者の免責事由を規定していないが、医療製品責任が製造物責任の一種であることを考慮すると、製品品質法の免責規定が適用される余地があろう。その場合、無過失輸血による感染事案においても、開発危険の抗弁を適用することにより、血液にウイルスの陰性反応があるという検査結果を製造者が証明できれば、免責される。すなわち、上記の二つの感染原因（〔ア〕〔イ〕）は、いずれにしても、開発危険の抗弁の適用があるので、製造者は免責されうる。

さらに、血液製剤の販売者も、免責事由を援用することで免

責される。というのも、製造物責任の最終的な責任（「重い」責任）を負うもの（製造者）でさえ開発危険の抗弁を援用しうるのだから、より「軽い」責任を負うもの（販売者）は、当然それを援用できるからである（これは、中国の法格言の一つである「挙重以明軽」の現れである）。

以上をまとめると、患者が無過失輸血によって感染した場合、証明責任の転換規則を援用しても損害賠償の問題は解決できないのである。しかも、前述の裁判例によれば、無過失輸血による感染事案においては、裁判官は、医療機関や血液センターに過失責任主義という帰責原則を適用し、患者の請求を棄却するのが通例であった。もっとも、それにもかかわらず、裁判官は「公平責任」によりこうした帰結に修正を加える。それゆえに、次に公平責任についてみてゆくことにする。

第二款　公平責任の位置づけ

公平責任は、被害者救済のために、裁判官に一定の自由裁量権を与えており、内心の公平観念に基づき賠償責任及びその範囲を確定することができるように創造された中国式の制度である[135]。公平責任の根拠としては、民法通則一三二条[136]や侵権責任法二四条[137]が挙げられる。

もっとも、この責任の位置づけをめぐっては、評価が分かれている。一方で、公平責任を不法行為法の一つの帰責原則とみなす見解がある。この見解によれば、公平責任とは、当事者双方が共に損害の発生に対して過失がなくても、裁判所が公平の観念に基づき、当事者の財産状況、被害者への精神的損害及びその他の状況を考量したうえで、行為者に被害者の損失につき適当な補償を与えるように命じるという帰責原則である[138]。

他方で、公平責任が不法行為法の帰責原則ではなく、当事者に損害を分担させる一つの方法にすぎないとの見解がある。例えば、日本の中国法研究者によると、「公平責任とは、過失がなくても事実関係や行為者と被害者との経済的格差等による『公平』の観点から中国法独特の原理である損害の分担をする原則である[139]。」とされる。これは、侵権責任法の起草者の立場に近いとされる[140]。

公平責任の位置づけについてはこのように争いがみられるものの、裁判所は、医療機関・血液センターに過失責任主義を適用することが、患者にとって著しく不公平な帰結を導くとき、患者の利益を保護し、社会の安定を維持するために、公平責任によって当事者に損害を分担させる。例えば、江蘇省高級人民

法院の「全省民事審判工作座談会紀要」（蘇高法〔一九九九〕四六六号）は、輸血による感染事件の民事責任の分担について、「血液センターと医療機関は、自らの法定義務を果たしたか否かを立証すべきである。両者は、各自の法定義務を果たし、患者の健康損害に過失がない場合にも、公平の観点から、公平責任に基づいて民事責任を分担すべきである。」と規定した。

また、侵権責任法の施行後、二〇一〇年一一月一八日、北京市高級人民法院は「医療損害賠償事案の審理に関する若干の問題の指導意見（暫定）」（原語は〔関於審理医療損害賠償糾紛案件若干問題的指導意見（試行）〕）（京高法発〔二〇一〇〕四〇〇号）を公布した。同意見三四条によれば、無過失輸血による感染について、法院は、損失を公平に分担させるために、公平原則に基づいて、医療機関と血液センターに対し、患者に適当な補償を与えるように命じることができる。

前述の裁判例（第一章）をみると、公平責任は多くの場面で援用されている（例えば、事例〔6〕〔8〕〔13〕）。因果関係が認められない場合にも、公平責任の援用が認められている。さらに、公平責任原則は、医薬品の副作用による健康被害における裁判例、つまり、薬害の裁判例においても広く適用されている。

確かに、これらの場合に、被害者救済の受け皿として、公平責任の援用は、被害者にとって、様々なメリットがあるかもしれないが、最善策であるとは思わない。なぜならば、公平責任の適用それ自体は、裁判官の自由心証に頼るものに過ぎないからである。やはり被害者の保護を最大限に実現するためには、公平責任は、裁判官の裁量に委ねられるべきではなく、固定的かつ安定的な制度によって運用されなければならない。というのも、血液製剤を含む医薬品は、一般の商品とは異なり、国民の生命ないし身体の健康に関わり、公共利益との間に緊密な関連性を有することから、取扱いを明確にすべきと考えるからである。

また、血液検査では陽性反応が現れない感染初期のウインドウ期・潜伏期にある血液を輸血したことによるウイルス感染事故を完全に遮断することは実際上不可能である。無過失輸血による感染者に対して、中国では、国家的な補償システムや医療保険制度が整備されていないため、裁判官は、公平責任を適用し、医療機関及び血液センターに責任を負わせるわけである。したがって、社会保障の観点から考えると、この問題を徹底的に解決するためには、国は無過失輸血による感染被害者に何らかの形で救済を与えることが求められるであろう。

（1）中国では、輸血用血液（日常用語では、「血液」または「輸血」と呼ぶ）と血液製品（日本語での「血液製剤」）は分けて検討されている。それに対して、日本では、実定法上、「血液」という法令用語は存在せず、「血液製剤」と呼ばれ、法律上位置づけられている。また、輸血用血液は、血液製剤の一種である「輸血用血液製剤」として検討されている。金子昇平「血液行政の法律問題」『行政法の発展と変革――塩野宏先生古稀記念（下）』（有斐閣、二〇〇一年）六三三頁参照。初歩的な用語説明であるが、読者の理解混乱を避けるために、注を付した。詳細は、後に掲げる。

（2）二〇〇五年一一月二八日、国務院によって開催されたエイズ防止治療事業の、テレビ及び電話会議（実録）における衛生部副部長王隴徳の発言による。しかし、二〇〇七年、「中国エイズ防止治療に関する連合評価報告（二〇〇七）」によると、二〇〇七年一〇月までに、エイズ感染者は二二万三五〇一人であった。そして、二〇〇九年の衛生部の通報によれば、同年の末までに、報告されたエイズ感染者は七四万人弱である。これは政府に発表されたエイズ患者の人数であるが、専門家によると、実際の数値は約一〇〇万人と推断されている。

（3）二〇〇五年一一月三〇日、当時の衛生部部長高強のエイズ防止治療の現況についての記者会見における発言による。

（4）二〇〇五年一一月二八日、国務院が開催したエイズ防止治療事業のテレビ及び電話会議（実録）における、河南省政府の副省長王菊梅の発言による。中国政府は、かつて長い間にわたり、ＨＩＶの大量感染の事実を否定しており、多くの犠牲者が隠れているとされた。しかし、河南省の農民が集団的にＨＩＶ感染した状況は悲惨を極めており、中国において、これほどエイズ被害による大規模な惨劇が起きた省は、河南省のほかにはないとされる。これについては、さしあたり、ピエール・アスキ（山本知子訳）『中国の血』（文藝春秋、二〇〇六年）が参考になる。同書は、中国当局に売血をすすめられ、エイズに感染した農民が治療も受けられず、次々に死んでいった大惨事を活写している。また、余華『許三観売血記（第二版）』（作家出版社、二〇一一年）も参考になる。

（5）中国における「県」は、日本の町にあたる。

（6）文楼村の村民三二一人中、ＨＩＶ感染者は六七八人で、そのうち五七八人がすでに発症している。エイズ犠牲者やエイズ孤児に対して、どのように支援するかは大きな問題になっている。この点について、ピエール・アスキ・前掲注（4）七一頁が参考になる。

（7）中国の「献血法」は一九九八年に施行された。二〇〇五年に、無償献血からの採血血液が臨床の供血血液を占

める比率は一九九八年の二二％から九四・五％へ増えてきた。前掲注（2）衛生部副部長王隴徳の発言による。

（8）「治療血友病竟治出艾滋病？」広州日報二〇〇九年九月一〇日A19版。これは百人以上の血友病患者が血液製剤によりエイズ感染したことに関する報道である。

（9）中国の「血液センター」は血液を採供する医療衛生機構であり、日本の赤十字社に当たるものである。

（10）楊立新（小口彦太＝坂口一成訳）「中国不法行為法の現状およびその主要な学術的観点」比較法学（早稲田大学）三四巻一号（二〇〇〇年）五九頁。

（11）中国の製造物責任、いわゆるPLについては、一九九三年に施行され、二〇〇〇年に改正された「製品品質法」により、具体的な要件が定められている。

（12）日本において、輸血用血液が法律上の製造物とみなされるかどうかに関しては、遅くとも一九九四年製造物責任法の立法当時も大々的に論じられた。これを見ると、日中間において、法律学の格差がはっきりしていることが垣間見られる。

（13）二〇一〇年に実施された侵権責任法は、中国における不法行為分野の基本法となり、民法通則との関係は「特別法は一般法に優先する」、「新法は旧法に優先する」のルールにより、侵権責任法が民法通則に優先して適用される。

（14）侵権責任法五九条の規定は、「薬品、消毒剤、医療機器の欠陥、または不合格の血液の輸血により患者に損害を与えた場合、患者は製造者または血液提供機関に対して賠償を請求することができ、また医療機関に対しても賠償を請求することができる。患者が医療機関に賠償を請求する場合、医療機関は賠償を行った後、責任を負うべき製造者または血液提供機関に対して求償する権利を有する。」である。

（15）しかし、この条文に対しては、学者からの批判が強くなされている。詳細は、後に掲げる。

（16）夏芸「中国における医療保障制度および医療事故紛争処理の改革動向」比較法学（早稲田大学、二〇〇六年一月）一六二頁参照。

（17）中国の医療衛生事業が公益性を欠く事態に導いた主な原因は、この点にある。こうした事態を回避するためには、医療改革を進めることが肝要である。「差額ゼロ」で薬価低減という社会的要望に対応すべきである。この現状については、「効果上がる新医療改革」人民中国（二〇一二年三月）一二～三一頁参照。なお、二〇一二年一月、新年第一回の国家衛生工作会議において、国家衛生部陳竺部長は「二〇一五年まで、全国において『薬で医療を養う』という現象を取り除く」と決意した。

（18）奚暁明『「中華人民共和国侵権責任法」条文理解与適用』

（人民法院出版社、二〇一〇年）四一四頁。

（19）例えば、五九条について、一方、医療機関は販売者とみなされ、製造物責任（無過失責任）を負うべきであるという主張がある。他方、「医療機関は過失がない限り、損害賠償責任を負うべきではない。さもなければ、その責任は最終的に医療費の増加を手段として、患者全体に転嫁するおそれがある。」という主張もある。楊立新「『侵権責任法』改革医療損害責任制度的成功与不足」中国人民大学学報二〇一〇年四期一三～一四頁参照。

（20）侵権責任法五七条は「医療従事者が診療活動においてその当時の医療水準に相応しい診療義務を十分に果たさず、患者に損害を与えた場合、医療機関は賠償責任を負わなければならない。」と規定する。ここで、注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。

（21）楊立新・前掲注（19）一一頁。

（22）侵権責任法五八条は「患者に損害が生じた際、以下の状況のいずれかに当てはまる場合は医療機関に過失があったと推定する。（一）法律、行政法規、規章及びそのほかの診療規範に関わる規定に違反していた場合；（二）紛争に関わる病歴資料を隠匿またはその提供を拒絶した場合；（三）病歴資料の偽造、改竄または廃棄処分を行っていた場合。」と規定する。

（23）広島高岡山支判昭和五七年三月二四日判タ六七八号五〇頁。甲斐克則「異型輸血過誤事件」『医療過誤判例百選（別冊ジュリスト一〇二号）』（有斐閣、一九八九年）五六～五七頁参照。甲斐克則「異型輸血過誤事件」『医療過誤判例百選（第二版）（別冊ジュリスト一四〇号）』（有斐閣、一九九六年）一〇〇～一〇一頁参照。後藤弘子「異型輸血過誤事件」『医事法判例百選（別冊ジュリスト一八三号）』（有斐閣、二〇〇六年）一八〇～一八一頁参照。そのほか、仙台高判昭和三六年五月二二日医療過誤民事裁判例集一七三三頁。平林勝政「血液誤判事件」『医療判例百選（別冊ジュリスト五〇号）』（有斐閣、一九七六年）三〇～三一頁参照。

（24）東京高判昭和四七年三月三一日判時六六三号六五頁。宇都木伸「千葉大採血ミス事件」『医療判例百選（別冊ジュリスト五〇号）』（有斐閣、一九七六年）九六～九九頁参照。船山泰範「千葉大採血ミス事件」『医事法判例百選（別冊ジュリスト一八三号）』（有斐閣、二〇〇六年年）一八八頁参照。

（25）最判平成一二年二月二九日民集五四巻二号五八二頁。潮見佳男「輸血拒否――東大医科研病院事件」『医事法判例百選（別冊ジュリスト一八三号）』（有斐閣、二〇〇六年）九六～九七頁参照。

（26）大分地判昭和六〇年一二月二日判タ五七〇号三〇頁。

山下登「エホバの証人信者の両親による輸血委任仮処分申請事件」『医療過誤判例百選（別冊ジュリスト一〇二号）』（有斐閣、一九八九年）一一二～一一三頁参照。山下登「宗教上の輸血拒否者の両親からの輸血委任仮処分申請事件」『医療過誤判例百選（第二版）（別冊ジュリスト一四〇号）』（有斐閣、一九九六年）一〇二～一〇三頁参照。

(27) かつては、輸血に起因して、血液感染した肝炎を血清肝炎・輸血後肝炎と呼んでいたが、これにはB型肝炎とC型肝炎が含まれていた。その後、A型肝炎でもB型でもない第三のウイルスの存在が確認され、昭和五〇年ころから、非A非B型肝炎と呼ばれるようになった。それはC型肝炎に相当するものであった。平成元年になって、原因ウイルス（HCV）が特定された。HCVに感染すると、相当数は慢性肝炎となり、さらに、一定数が、長期間を経て、肝硬変、肝がんに至るとされている。「C型肝炎東京訴訟第一審判決（東京地裁平成一九・三・二三判決）（特集C型肝炎東京訴訟第一審判決）」判例時報一九七五号（二〇〇七年）四頁（匿名コメント）参照。

(28) 最判昭和三六年二月一六日民集一五巻二号二四四頁。この判決については、さしあたり、星野英一＝唄孝一「輸血による梅毒感染についての医師の過失責任――職業的給血者に対する医師の問診義務の有無程度」法学協会雑誌八一巻五号（一九九六年）五六八頁以下参照。また、浦川道太郎「東大輸血梅毒事件」『医事法判例百選（別冊ジュリスト一八三号）』（有斐閣、二〇〇六年）一七八頁参照。新美育文「輸血梅毒事件」『不法行為法（法学セミナー増刊）』（日本評論社、一九八五年）九六頁。錦織成史「輸血梅毒事件」『医療過誤判例百選（第二版）（別冊ジュリスト一四〇号）』（有斐閣、一九九六年）九八～九九頁。奥田昌道「輸血梅毒事件」『医療判例百選（別冊ジュリスト五〇号）』（有斐閣、一九七六年）二五頁。

(29) 東京地判平成三年一一月二五日判時一四一七号八三頁。この判決については、さしあたり、飯塚和之「輸血による血清肝炎罹患事件」『医療過誤判例百選（第二版）（別冊ジュリスト一四〇号）』（有斐閣、一九九六年）一〇五頁。植木哲「輸血による血清肝炎罹患事件」『医療過誤判例百選（別冊ジュリスト一〇二号）』（有斐閣、一九八九年）一六七頁。

(30) 大阪地判平成一八年六月二一日判時一九四二号二三頁。「特集C型肝炎関西訴訟第一陣第一審判決――C型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって」判例時報一九四二号（二〇〇六年）二頁以下参照。それから、東京地判平成一九年三月二三日判時一九七五号二頁。

(31) これについては、さしあたり、淡路剛久「HIV訴訟と和解」ジュリスト一〇九三号（一九九六年）五三頁以

下参照。淡路剛久＝鎌田薫＝清水洋二＝宗像恒次「〔座談会〕血液・血液製剤被害とその安全・救済対策」ジュリスト一〇九七号（一九九六年）一〇頁以下参照。

(32) 血液製剤は、千人ないし万人以上の供血者の血漿をプールして作られたため、病原体に汚染されている確率が高い。だが、ＨＩＶは熱に弱く、加熱処理が施された血液製剤は安全である。しかし、加熱処理がなされる前の非加熱血液製剤の投与によって、多くの血友病患者らがＨＩＶに感染した。これらの被害のことを日本では一般的に「薬害エイズ」と呼んでいる。「薬害エイズ（特集）」外国の立法三四巻五＝六合併号（一九九六年）一頁。

(33) ルンバール事件差戻し判決（東京高判昭和五四年四月一六日判時九二四号二七頁）。

(34) 塩野隆史「薬害ＨＩＶ訴訟と薬害ＨＣＶ訴訟について」古村節男＝野田寛編集『医事法の方法と課題――植木哲先生還暦記念』（信山社、二〇〇四年）三六八頁。また、西埜章「Ｃ型肝炎訴訟の今後の展開（特集Ｃ型肝炎関西訴訟第一陣第一審判決――Ｃ型肝炎訴訟大阪地裁判決をめぐって）」判例時報一九四二号（二〇〇六年）二二頁。

(35) 日本の医薬品副作用被害救済基金法は、一九七九年に公布され、そして、医薬品の副作用による健康被害を速やかに救済するため、医療費、障害年金、遺族年金等の救済を支給することとし、救済基金が設立された。二〇〇四年に、医薬品医療機器総合機構が設立され、医薬品副作用救済業務はこの機構で実施されることとなった。

(36) 於涛＝李軍＝李佳「輸血感染梅毒案」法制と経済（上半月）二〇〇八年五号四五～四六頁参照。

(37) 中国の「法院」は日本の裁判所に当たる。

(38) 二〇〇二年に施行された最高人民法院の「民事証拠規定」という司法解釈の第四条第八項は、医療過誤訴訟について立証責任の転換を定めた。「医療行為により引き起こされた権利侵害の訴訟は、医療機関が、医療行為と損害の結果との間に因果関係が存在しないこと、及び医療過誤が存在しないことについて立証する責任を負う。」という規定である。

(39) 一九九三年二月、衛生部は「血液センターの基本基準」（原語は「血站基本標準」）を発布した。この行政規則は、「血液センターが血液の提供者に対して健康診断と血液検査を行うとき、ＨＣＶ検査をしなければならない。」と初めて規定し、一九九三年七月に実施された。

(40) 一九九三年三月二〇日に、衛生部は「採供血の機構と血液の管理弁法」（原語は「採供血機構和血液管理弁法」）を公布した。この規則は、採供血の機構が献血者または供血者に対して健康診断を行うとき、ＨＣＶ検査をしなければならないと規定した。

(41) 国家法官学院＝中国人民大学法学院編『中国審判案例

要覧・二〇〇六年民事審判案例巻』（中国人民大学出版社＝人民法院出版社、二〇〇七年）四一八頁～四二五頁参照。

（42）製品品質法四一条二項は、製造者の免責事由として、①製品を流通に投入していないこと、②製品を流通に投入したときには、損害を引き起こした欠陥が未だ存在していなかったこと、③製品を流通に投入したときにおける科学技術の水準では、未だ欠陥の存在を発見することが不可能であったことの三つを定めている。ここで、裁判官は製造者の三番目の免責事由を適用している。

（43）民法通則一三二条は「損害の発生について、当事者には過失がない場合は、当事者は実情に応じ、民事責任を分担することができる。」と規定する。

（44）製品品質法四二条二項は「販売者が欠陥製品の生産者を明確に指摘できず、欠陥製品の供給者をも明確に指摘できない場合は、販売者が賠償責任を負わなければならない」と規定している。

（45）中国では、エイズの感染経路が性交渉感染、母子感染及び血液感染三つのルートに限定されていると言われている。血液感染には、売血者や麻薬中毒患者らの注射針の使い回しによる感染と、輸血や血液製剤の使用による感染がある。

（46）一九九三年、衛生部により制定された「採供血の機構と血液管理弁法」二八条。同弁法は、一九九八年に失効した。

（47）同条は「他人の人身を侵害して傷害を負わせた者は、医療費・休業損害等の合理的な費用を賠償しなければならない。被害者に障害が残ったときは、身障者用装具・器具購入費および後遺障害逸失利益が同時に賠償されなければならない。被害者が死亡したときは、葬儀費用および死亡逸失利益が同時に賠償されなければならない。」と定めている。

（48）民法通則一三二条の規定。「当事者に損害の発生に対し、いずれも故意または過失がないときは、実際の状況に基づいて、当事者が民事責任を分担する。」という制度である。魏振瀛『民法（第二版）』（北京大学出版社＝高等教育出版社、二〇〇六年）三〇～三二頁参照。

（49）しかし、イギリスの裁判例を見ると、二〇〇一年に、イギリスの高等法院が、血液製剤がＨＣＶに汚染されていた事実について、製造物責任上の「欠陥」を認定し、その血液製剤の製造当時に、ＨＣＶの存在が具体的に認識されていない場合においても、製造者の責任を認める判決を下した。左近充寛久「日赤に対する製造物責任追及訴訟の顛末」法と民主主義四二二号（二〇〇七年）七〇頁参照。

（50）中国において、血液製剤は化学的、物理的処理方法に

よって作られ、薬品の一種であるが、血液は全血血液と成分血液を含め、血液製剤と異なり、法律上独立性がある概念である。例えば、侵権責任法五九条「薬品、消毒薬剤、医療器具の欠陥または不合格の血液を輸血したことにより、患者に損害を生じさせたときは…」という条文上は「血液」という法令用語がある。

(51) 薬品管理法は、一九八四年に可決され、二〇〇一年に改正された。同法一〇二条は、「薬品とは、人間の病気の予防、治療、診断に用いるための目的を持ち、人の生理機能を調節し、…血清、ワクチン、血液製剤及び診断薬品を含む。」と定める。

(52) 二〇〇六年に衛生部による施行された「血站の管理弁法」六五条によると、血液は全血血液、血液成分、特別血液成分の、三つの種類の血液を意味する。

(53) 血漿と血球の両者を合わせた、血液の全成分を含む血液。

(54) 全血血液を遠心分離して、血液を成分化した血液。

(55) これに対して、日本では、輸血用血液が法律上の製造物とみなされるかどうかに関して、一九九四年に製造物責任法の立法当時も相当な議論が出されていた。

(56) この観点は梁慧星教授をはじめ、輸血用血液が製造物に属するべきではないと強く主張している。

(57) 張国香「輸血感染案件的法律適用――民法学家梁慧星答記者問」人民法院報一九九八年九月二九日第三版参照。

(58) 張国香「為什麼説血液不是『産品』――民法学家梁慧星再答記者問」人民法院報二〇〇〇年三月二三日第三版参照。梁教授は、製品品質法二条が「本法でいう製品とは加工、製造を経て、販売に用いる製品を目指す。」と定めたため、輸血用血液は製品の本質に相応しくないと述べた。

(59) 馮開紅＝陶建華「論輸血感染疾病的法律属性及其民事損害賠償問題」華東政法学院学報二〇〇一年三期三七頁。

(60) 輸血用血液を製造物責任法の対象となるEU諸国は参照されなかった。

(61) 民法通則一〇六条二項は、「公民・法人が故意または過失によって国家・集団の財産を侵害したとき、他人の財産・人身を侵害したときは、民事責任を引き受けなければならない。」と規定している。

(62) 梁慧星教授の観点。張国香・前掲注（58）参照。

(63) この観点は華東理工大学の唐栄智教授が強く主張している。唐栄智＝銭水娟＝王珍「輸血後丙肝法律責任探討」北京政法職業学院学報二〇〇六年二期一～七頁参照。唐栄智＝孫瑩瑩＝呂子瑜＝王珍「輸血安全法的比較研究」北京政法職業学院学報二〇〇七年一期二五～三一頁参照。

(64) 華東理工大学の唐栄智教授の観点。馮開紅＝陶建華・前掲注（59）三八頁参照。

（65）高聖平主編『中華人民共和国侵権責任法立法争点・立法例及び経典案例』（北京大学出版社、二〇一〇年）六二八頁。

（66）森脇章＝石黒昭吉「中華人民共和国不法行為法」法律時報八二巻二号（二〇一〇年）七二頁。

（67）しかし、学説には異なる見解もある。

（68）しかし、学説における帰責原則に関する主張は異なっており、四つに大別できる。第一は、過錯責任を帰責原則の唯一の帰責原則として主張している一元論である。王衛国『過錯責任原則：第三次勃興』（中国法制出版社、二〇〇〇年）一八五頁参照。第二は、過錯責任と無過錯責任を帰責原則として主張している二元論である。魏振瀛・前掲注（48）六七八～六八一頁参照。第三は、過錯責任、厳格責任と公平責任を帰責原則として主張している三元論である。王利明『侵権行為法研究（上巻）』（中国人民大学出版社、二〇〇四年）二〇九頁。第四は、過錯責任、過錯推定責任、無過錯責任と公平責任を帰責原則として主張している四元論である。郭明瑞「侵権立法に関する若干的問題の思考」中国法学二〇〇八年四期二五～三〇頁参照。以上のような学説整理は、高聖平・前掲注（65）七五～七八頁参照。

（69）中国法の「過錯」とは故意及び過失を意味する概念である。ところで、日本においては、この意味で「過責」の用語を用いられることがある。すなわち、不法行為による損害賠償責任の成立要件の中で、権利侵害に代わる要件として違法性を挙げる見解、とりわけ相関関係論は、裁判実務の支持を得た通説であった。これに対して、平井宜雄博士はドイツ法における「故意過失」（「過責」）と対置する意味での「違法性」概念を用いることを否定した。そのうえで、過失を客観的に捉えるとともに、不法行為が成立するかどうかは、過失要件によって一元的に判断されると主張している。平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一年）参照。このような考え方、つまり、加害者の過失と被害者の権利侵害という二つの要件を「過失」へ収束させる見解（過失一元論）も有力である。中国において、「過錯」と「違法性」との関係について、違法性要件を不法行為における過錯責任の構成要件である過失要件に取り込むか否かは争われている。また、中国の学術状況は後に注（73）において詳述する。

（70）楊立新『医療損害責任研究』（法律出版社、二〇〇九年）二三～二六頁参照。

（71）より具体的に言うと、医療技術による損害賠償事案では、医療機関に完全な過失責任を負わせるが、医療倫理による損害賠償事案では、医療機関に過失推定責任を負わせると主張している。

（72）楊立新・前掲注（70）六六～七一頁参照。

（73）この点と関連して、日本においては、民法七〇九条の不法行為責任を肯定する前提として、加害者の故意・過失、被害者の権利・法益侵害、損害、加害行為と権利侵害との間の因果関係及び権利侵害と損害との間の因果関係が必要である。しかし、中国において、不法行為責任の構成要件に関しては異なる見解があり、二つに大別できる。第一は、損害事実（財産損害及び精神損害）の存在、行為者の加害行為と損害事実との間の因果関係、行為者の過錯（故意過失）を主張する三要件説である。王利明・前掲注（68）三四六～三四七頁参照。張民安「作為過錯侵権責任構成要件的違法性与過錯――我国過錯侵権制度応当採取的規則」甘粛政法学院学報二〇〇七年七月一二～一四頁参照。孔祥俊＝楊麗「侵権責任要件研究（上）」政法論壇（中国政法大学学報）一九九三年一期四三頁参照。第二は、加害行為の違法性、損害事実の存在、加害行為と損害事実との間の因果関係、行為者の過錯を主張する四要件説である。楊立新『侵権法論』（人民法院出版社、二〇〇五年）一四〇頁参照。葉金強「侵権構成中違法性要件的定位」法律科学（西北政法学院学報）二〇〇七年一期一〇一頁参照。なお、医療損害賠償責任の構成要件において、医療過失、損害事実及び過失と損害事実との間の因果関係を主張する三要件説がなされている。龔賽紅「関於過錯与違法性的再探討――兼論医療損害侵権責任的構成要件」北京化工大学学報（社会科学版）二〇〇二年一期四八頁参照。

（74）魏振瀛・前掲注（48）六八九頁。このような立場は、日本の伝統的通説である主観的過失論の立場とほぼ同じである。つまり、「過失」とは、ある結果が発生することを知りうべきでありながら、不注意のためそれを知らずに行為をするという心理状態である。平野哲郎「東大梅毒輸血事件の不安感説による再検討」古村節男＝野田寛編集『医事法の方法と課題――植木哲先生還暦記念』（信山社、二〇〇四年）二〇二頁参照。

（75）張民安・前掲注（73）一二～一四頁参照。

（76）高聖平・前掲注（65）八六～八七頁参照。

（77）ここでの「主観的基準」は、日本での「具体的過失」の判断に相当するものであろう。「具体的過失」に関する説明は、潮見佳男『基本講義・債権各論Ⅱ不法行為法（第二版）』（新世社、二〇〇九年）三〇頁参照。

（78）ここでの「客観的基準」は、日本での「抽象的過失」の判断に相当するものであろう。「抽象的過失」に関する説明は、潮見佳男・前掲注（77）三〇頁参照。

（79）馬俊駒＝余延満『民法原論（第三版）』（法律出版社、二〇〇七年）一〇一〇頁。

（80）王利明『侵権行為法帰責原則研究』（中国政法大学出

版社、二〇〇三年）二一九頁。楊立新『侵権法論（第三版）』（人民法院出版社、二〇〇五年）一九五～一九六頁参照。張新宝『侵権責任構成要件研究』（法律出版社、二〇〇七年）四三三～四三八頁参照。

(81) 高聖平・前掲注（65）八四頁参照。

(82) 王澤鑑『侵権行為法（一）』（中国政法大学出版社、二〇〇三年）三二六～三二七頁。

(83) 王家福主編『中国民法学・民法債権』（法律出版社、一九九一年）四六一頁。

(84) 其木提「中国社会の変容と不法行為法（一）――過渡期におけるその多元性」北大法学論集五一巻五号（二〇〇一年）一六一頁。

(85) 龔賽紅「医療損害賠償研究」中国社会科学院博士学位論文（二〇〇〇年）七四～七五頁。

(86) 最高人民法院中国応用法学研究所主編『人民法院案例選（二〇〇九年第一輯）』（人民法院出版社、二〇〇九年）一六二～一六四頁参照。

(87) 侵権責任法第三次草案では、五七条一項は現行侵権責任法五七条の規定と変わらず、「医療従事者が診療活動においてその当時の医療水準に相応しい診療義務を十分に果たさず、患者に損害を与えた場合、医療機関は賠償責任を負わなければならない。」という規定であった。

(88) 梁慧星「論『侵権責任法』中的医療損害責任」法商研究二〇一〇年六期三八頁参照。

(89) 梁慧星・前掲注（88）三八頁参照。

(90) 二〇一二年衛生部により制定された部門規則「医療機構臨床用血管理弁法」（以下「弁法」と略す）一六条。この弁法により、衛生部に一九九九年に公布された「医療機構臨床用血管理弁法（試行）」は失効した。その他、献血法一三条。

(91) 弁法二一条。

(92) 弁法二七条。また、献血法一五条。

(93) 弁法二八条。

(94) 二〇〇二年「医療機構病歴管理規定」二〇条。

(95) 血站の管理弁法六一条は血液センターの法律責任を明確に定めている。

(96) 血站の管理弁法六一条。その他、献血法一〇条。

(97) 血站の管理弁法三四条。二〇〇六年に衛生部により施行された「血站品質管理規範」（以下「規範」と略す）一〇条。

(98) 規範一一条。

(99) 血站の管理弁法六二条。規範一七条。

(100) 梁慧星・前掲注（88）三六頁。

(101) 最高人民法院中国応用法学研究所主編『人民法院案例選（二〇〇八年第一輯）』（人民法院出版社、二〇〇八年）八七～八八頁参照。

（102）「医療事故処理条例」の二条参照。同条例二条によると、医療事故の定義は、医療機関及び医療従事者が医療活動において、医療衛生管理法律、行政法規、部門規則及び診療看護の規範、慣例に違反し、それによって患者が人身損害を受けた事故と定められている。学説は、医療機関及び医療従事者の注意義務の内容を法律、法規、規則及び規範によって判断する評価がある。張新宝「医療過失挙証責任研究――比較法的経験と我国の実践」河南省政法管理幹部学院学報二〇〇六年四期一一三頁参照。

（103）民法通則一二二条は、「製品の品質の不合格により、他人の財産、人身に損害をもたらした場合、製造者あるいは販売者は、民事責任を負うべきである。輸送業者、倉庫業者に責任がある場合、製品の製造者、販売者は輸送業者、倉庫業者に対して、賠償を請求する権利を有する。」を規定する。製品品質法四三条は、「製品に欠陥が存在したことにより、人身、他人の財産に損害をもたらした場合、被害者は製品の製造者に賠償を請求することができる。また、製品の販売者に対しても賠償を請求することができる。製品の製造者に責任があり、製品の販売者が賠償した場合、製品の販売者は製品の製造者に求償する権利を有する。製品の販売者に責任があり、製品の製造者が賠償した場合、製品の製造者は製品の販売者に求償する権利を有する。」を規定する。侵権責任法四三条は、「製品に欠陥が存在したことにより損害が生じた場合、権利が侵害された者は製品の製造者に対して賠償を請求することができる。また、製品の販売者に対しても賠償を請求することができる。製品の欠陥が製造者によって生じたものである場合、販売者は賠償を行った後、製造者に対して求償する権利を有する。販売者の過失により製品に欠陥が生じた場合、製造者は賠償を行った後、販売者に対して求償する権利を有する。」を規定する。以上の条文を要約すると、欠陥製品の被害者が製造者または販売者に損害賠償を請求した場合、製造者と販売者は、その欠陥が製造と販売のいずれによって生じた欠陥であるかにかかわらず、また、自分が欠陥の存在につき過失があるか否かにもかかわらず、被害者に対して損害賠償責任を負わなければならないことになる。つまり、製造者、販売者に無過失責任を負わせるのである。ただし、製造者と販売者は被害者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。高聖平「論産品責任的責任主体及帰責事由――以『侵権責任法』『産品責任』章的解釈論為視角」政治与法律二〇一〇年五期二頁参照。

（104）二〇〇九年に侵権責任法が公布され、製品品質法との関係は「新法は旧法に優先する」のルールにより、侵権責任法が製品品質法に優先して適用される。ただし、侵権責任法には「欠陥」という概念の解釈がないので、裁

判官は製品質法を参照するはずである。

(105) 楊立新『類型侵権行為法研究』（人民法院出版社、二〇〇六年）七四二頁。中国において、製造物責任に関して、この判断基準を適用する裁判例が存在する。最高人民法院中国応用法学研究所主編『人民法院案例選（二〇〇七年第二輯）』（人民法院出版社、二〇〇七年）一四五～一五四頁参照。

(106) 崔光日「中国製造物責任における無過失責任の受容と変容（二）」北大法学論集五四巻六号（二〇〇四年）四六四頁。

(107) 石慧栄「製品欠陥研究」現代法学一九九六年二号八五頁。

(108) 製品品質法一三条一項は「人体の健康及び人身・財産の安全を脅かす恐れのある工業製品については、必ず人体の健康と人身・財産の安全を保障する国家基準、業界基準に合致していなければならない。国家基準、業界基準を制定していない場合は、必ず人体の健康と人身・財産の安全を保障する要求に合致していなければならない。」と規定している。

(109) 高聖平・前掲注（65）四九八頁。

(110) 劉静『製品責任論』（中国政法大学出版社、二〇〇〇年）一三四頁。

(111) 各国の立法では、血液製剤の製造者が開発危険の抗弁を援用できるか否かについての規定が様々に異なっている。一例を挙げると、フランスにおいて血液・血液製品による損害について製造物責任を追及するとき、製造者は開発危険の抗弁を援用してはならないとされている。梁亜「比較法視閾下的開発風険抗弁」経済研究導刊二〇一二年四期一二一～一二二頁参照。

(112) 李蔚「論産品的発展風険責任及其抗弁」法学評論一九九八年六期六七～六八頁参照。

(113) 王澤鑑『侵権行為法（一）』（三民書局、二〇〇〇年）二一二～二一六頁。魏振瀛・前掲注（48）六八五～六八六頁。この分類は、日本及びドイツで言う「責任設定的因果関係」及び「責任充足的因果関係」に対応しており、時期的にもそちらが先行しており、オリジナリティもそこにある。

(114) 王澤鑑・前掲注（113）二一四～二一六頁。

(115) 王家福・前掲注（83）四七七～四九一頁。これは、リアリズム法学の影響下の不法行為論（例えば、L. Green）及び日本の平井宜雄博士の分類（すなわち、「事実的因果関係（Cause-In-Fact）」及び「法的因果関係（平井博士の言う「保護範囲」）」）に対応し、時期的にもそちらが先行していて、分類視角のオリジナリティもそこにある。

(116) 胡呂銀「論侵権行為法上的因果関係――兼評因果関係両分法」揚州大学学報（人文社会科学版）二〇〇一年九

月五巻五期五五～五六頁。

(117) 弁法二条は、「医療事故は、医療関係者が診療および看護活動を行う中において診療または看護の過失を犯し、それによって直接的に患者に死亡、身体障害、または臓器機能障害をもたらしたことを指す。」と定めた。その後、民法理論の進歩とともに、相当因果関係という因果関係理論は少しずつ紹介されてきた。この点、相当因果関係説を持つ学者は、「裁判官は一般人の経験則に基づいて事実上の原因と損害との間は通常の状況に因果関係の相当の可能性が存在することを判断できれば、因果関係があると言える。」と主張している。黄清華『医薬衛生法制理論研究と弁護士実務』（中国法制出版社、二〇〇一年）八七頁。

(118) 医療事故処理条例四九条は、「医療事故の賠償は、下記の要素を考慮したうえで、具体的な賠償額を決めるものとする。（一）医療事故の等級、（二）医療過失行為の医療事故損害結果における責任の程度、（三）医療事故による損害の結果と患者がもともと有している疾病の状況との間の関係である。」と規定している。

(119) 医療事故処理条例起草小組主編『医療事故処理条例釈義』（中国法制出版社、二〇〇二年）一四一頁参照。

(120) ここでは、日本法の「証明責任の転換」という用語は、中国における理論、実務双方に良く使われる「証明責任の倒置」という用語と同じ意味である。本稿では、説明の便宜のため、「証明責任の転換」という用語を用いることとする。

(121) なお、立証責任の転換はもっぱら医療過誤訴訟において適用され、非医療過誤訴訟には適用されないとされている。

(122) というのも、二〇〇〇年以前の中国では、司法試験に参加せずに、退役した軍人が裁判官になることが普通であったからである。この点については、賀衛方「復転軍人進法院」南方週末一九九八年一月二日参照。この法現象を理解するために、中国の現実の状況を知る必要がある。かつての中国では、法律実務家になるのにあらかじめ法学の基礎的素養が要求されず、何らの資格要件または試験もなしに、多くの場合、法の素人が、いきなり裁判官等の「政法幹部」として迎えられた。法律実務部門に勤務するには、政治思想や立場こそが重視されたのである。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門（第四版）』（有斐閣、二〇〇六年）三〇二～三〇三頁。

(123) 住田尚之「中国における新しい不法行為法の制定」ジュリスト一四〇六号（二〇一〇年）五一頁。

(124) つまり、侵権責任法が立証責任の転換を明記していないために、患者側が因果関係の証明責任を負うべきであ

るとの見解である。葉名怡「医療侵権責任中因果関係的認定」中外法学二〇一二年一期一三七頁。

(125) 周翠「『侵権責任法』体系下的証明責任倒置及減軽」中外法学二〇一〇年五期七一三頁。

(126) 胡学軍「解読無人領会的語言――医療侵権訴訟挙証責任分配規則評析」法律科学（西北政法大学学報）二〇一一年三期一〇〇頁。

(127) 楊立新・前掲注（70）九〇～九五頁参照。そのほか、葉自強「挙証責任的倒置与分割」中国法学二〇〇四年五期一三八～一四九頁参照。また、葉名怡・前掲注（124）一四五～一四六頁参照。周翠・前掲注(125)七二〇頁参照。

(128) 楊立新「医療損害責任的因果関係証明及挙証責任」法学二〇〇九年一期四二～四三頁参照。

(129) 楊立新・前掲注（19）一四～一五頁参照。

(130) 王利明『中国民法典学者建議稿及立法理由・侵権行為編』（法律出版社、二〇〇五年）二六九～二七二頁参照。また、楊立新『中華人民共和国侵権責任法草案建議稿及説明』（法律出版社、二〇〇七年）二七〇～二七一頁参照。

(131) 梁慧星『中国民法典草案建議稿附理由（侵権行為編・継承編）』（法律出版社、二〇〇四年）六六頁参照。

(132) すなわち、結果回避の論理的前提としての危険につき予見可能性がない限り、予見の不可能な危険に対する輸血後疾病の罹患の回避は事実上不可能である。

(133) 岩志和一郎＝川城憶紅「中国の医療事故処理条例」比較法学（早稲田大学）三七巻二号（二〇〇四年）三〇〇頁。

(134) 趙西巨「因輸血感染所致損害的法律救済探析」法律与医学雑誌二〇〇七年四期二八八頁。

(135) 王利明主編『民法・侵権行為法』（中国人民大学出版社、一九九三年）一一四頁。

(136)「損害の発生について、当事者に過失がない場合は、当事者は実情に応じ、民事責任を分担することができる」との規定である。

(137)「損害の発生について被害者と行為者のいずれにも過失がない場合、実際の状況に基づいて、双方が損失を分担する」との規定である。

(138) 王利明・前掲注（135）一〇五頁。

(139) 住田尚之「中華人民共和国権利侵害責任法（不法行為法）の解説」ＮＢＬ九二六号（二〇一〇年）七四頁。

(140) 立法者は、侵権責任法の帰責原則は過失責任主義と無過失責任主義であることを明確に指摘した。十一届全国人大常委会第六次会議文件「全国人民代表大会法律委員会関於『中国人民共和国侵権責任法草案』主要問題的匯報」（二〇〇八年一二月二二日）三頁参照。

※本研究にあたっては、中国政府の国家留学基金の援助を受けている。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇一三年十二月十二日（木）午後四時三十分より

「日本憲法学における国体概念に関する覚書――穂積八束と明治一五年の「主権論争」を手がかりに」

報告者　西村裕一

出席者　四十一名

一　問題の所在

戦前の憲法学史において最も重要な概念の一つが国体であることに、さしたる異論はなかろう。しかし他方で、国体という概念が理性的な討議を遮断する機能を持ち得たこともしばしば指摘されるところであり（松浦寿輝、長尾龍一）、それゆえ、戦前の憲法学の結末は、憲法学の中に国体という概念が引き入れられたときに、すでに運命として決まっていたのではないだろうか。そうであるとすれば、そもそも何故憲法学に国体概念が持ち込まれたのかという問いは、あるいは国体概念が何を意味するのかという問いと同様に、日本憲法学史研究において、問われるべき価値のある問いであるように思われる。

ところで、日本憲法学に国体概念を持ち込んだ一人と目される穂積八束は、それを日本的（倫理的）・西欧的（法学的）の二義的に用いていたにも拘らず、いつしか、「憲法学における国体はドイツ国法学における Staatsform の直訳である」と言われるようになっていく。しかし、例えば明治四〇年の美濃部達吉にとって、かかる命題は自明ではなかった（『日本国法学』一二〇－一二二頁）。

そこで本報告は、日本憲法学における国体概念の起源、及び、国体が Staatsform の翻訳語であるという議論の起源を探求するための手掛かりを得ることを、目的とする。

二　「国体」の起源

管見の限り、穂積が最も早い時期に法学的意味における国体を国体政体二元論とともに定義したのは明治二九年のことであるが（「国体ハ統治主権ノ所在ニ由リテ分カレ政体ハ統治

権ノ行動ノ形式ニ由リテ同シカラス」（『国民教育憲法大意』六頁）、それは、ラーバントをはじめとするドイツ国法学のStaatsform 論とは異なるものであった（國分典子）。他方、明治四三年の主著『憲法提要』の中で、穂積は、約三〇年前に彼が学生として参加していた「主権論争」に言及するところ、たしかに当該論争においては、主権の所在を徴表とする国体概念が用いられていた。そして穂積もまた、全てではないにせよ、そのような用例に従っているように見えることもあったのである。（例えば、『東京日日新聞』明治一五年四月二一日・二六日）。

この点、かかる国体概念の用例は、大日本帝国憲法四条の「体用論」に影響を与えたと言われる、*Hermann Schulze*, Das Preussische Staatsrecht, Bd. 1, 1872の翻訳である『国権論』（木下周一訳、一八八二年）の中に見つけることができる（S. 141, 二号七頁）。そして、同書の該当箇所を社説で引用した明治一五年二月一五日以降、『東京日日新聞』誌上にてかかる国体概念の用例がしばしば見られるようになったことはたしかである。

もちろん、結論を得るためにはより厳密な論証が必要であるが、同書が井上毅を介して『東京日日新聞』に与えた影響（山室信一）にも鑑みるならば、シュルツェ『国権論』が穂積（ひいては我が憲法学）における国体概念の起源となった可能性についても真剣な考慮に値するのではないかというのが、本章のささやかな提案であった。

三　「国体＝Staatsform」論の起源

Staatsform と国体との関係を遂に明言することがなかった穂積に対し、「Staatsform・Regierungsform」と「国体・政体」とを結びつけたのは、管見の限り、明治四四年一月の上杉慎吉である（「国体及政体」）。もとよりそこで強調されていたのは、西洋においては国体と政体の区別が存しないことであったのだが、それを逆手に取ったのが美濃部である。すなわち彼は、穂積や上杉の国体概念を Staatsform と結びつけることで、それが法学的意味で用いられていることを明快にするとともに、政体を Verfassungsform ないし Regierungsform と結びつけ、Staatsform・Verfassungsform・Regierungsform の三概念を等号で結ぶ――それは上杉が行ったことなのだが――ことにより、国体政体二元論を批判したのであった（「帝国ノ国体ト帝国憲法」、一九一三年）。

もとよりここでも、これだけではかような上杉・美濃部論争の副産物が「国体＝Staatsform」論の起源になったことの

論証としては不十分であり、本報告もそこまでの主張を行うものではない。ただ、穂積における「国体」と「政体」とをStaatsform とRegierungsform とに対応させるのは、少なくとも穂積の主観とは合致しておらず、その後我が国で一般化した見解を過去に遡及させるというアナクロニズムを冒しているのではないか、ということは言えるように思われる。

四　むすびに代えて

右の二つの結論は、いずれも従来あまり指摘されてこなかった点であり、日本憲法学史研究に新しい視点を付け加えることができたのではないかと考えている。とりわけ、戦前の憲法学史が美濃部ら立憲学派の目を通して語られる傾向にあり、その結果立憲学派のバイアスが掛かったものになっているのではないかという点を意識することが、必要であろう。

もっとも、質疑応答の中でも述べたとおり、これらはいずれも今後の研究の方向性を示唆するに止まるものであり、発展的な――と言えば聞こえはよいが、要するに未熟な――試論に過ぎない。この方向性を論文という形で具体化することが、報告者に課せられた義務であろう。

論　　説

国際社会における
アナーキー、周辺、介入

—— 植民地統治と平和構築 ——[1]

五十嵐　元　道

はじめに

アナーキー（anarchy）という言葉は、古代ギリシャの政治思想から現在の国際関係論まで広く使用されてきた。特に国際関係論では、リベラリズム、リアリズム、コンストラクティビズムなどの理論的差異に関わらず、国家間の関係を捉えるための概念としてアナーキーが用いられてきた。ヘドリー・ブルの『アナーキカル・ソサエティ』やA・ウェントの「アナーキーは国家がつくり出すもの：権力政治の社会的構成」はその代表例である（ブル2000; Wendt 1992）。しかし、アナーキーという概念が国家間の関係だけでなく、国際社会の「周辺」を捉える概念としても用いられてきたことは、国際関係論のなかではこれまでほとんど注目されてこなかった[2]。国際社会の「周辺」がアナーキーとして表象さ

[1] 本稿については、「ヨーロッパ近現代史若手研究会」にて、渡辺昭一先生、浅岡善治先生、山口育人先生、溝上宏美先生、若松邦弘先生など参加者の方々から多くの有用なご指摘をいただいた。この場を借りて深く感謝申し上げる。また今回の掲載にあたり、査読をご担当いただいた匿名の査読者の先生にも心より感謝申し上げる。査読を通じて、本稿の理論的問題点を修正し、議論をさらに前に進めるうえで、きわめて重要なご助言をいただいた。

[2] 本稿の問題関心に最も近いのが、B・シュミット（B. Schmidt）の研究（1998）

れることで、国際社会の中心をなす国々による周辺地域への介入と統治が構成されてきた。本稿は、これまでの国際社会の歴史のなかで、国家間関係を表象するアナーキー概念とともに、実は中心／周辺関係を構成する（別の意味内容をもった）「アナーキー」概念が存在してきたことを指摘し、その言説構造を明らかにする。

そこで本稿では、19世紀から現在に至るまでの国際社会の歴史のなかで、国際社会の周辺がアナーキーとして表象された際に、どのようにその性質が規定され、どのように介入・統治が構成されてきたのかを分析し、そのパターンの抽出を試みる。以下、まず政治思想としてアナーキーという概念がどのような性質のものであるのかを概観する（第一節）。それによって、「無秩序なアナーキー」と「秩序あるアナーキー」の二種類のアナーキー概念がこれまで存在してきたことを明らかにする。この区別に基づき、これまでの国際関係論が後者にばかり注目する傾向を示してきたことを指摘するとともに、国際社会の中心と周辺の関係の構成において、前者のアナーキーが重要な役割を果たしてきたことを明らかにする。第二節では、中心と周辺の関係を構成するアナーキーを分析するために、19世紀の植民地統治をめぐる言説を分析対象とする。特にその代表的な事例として、イギリス帝国において反乱後のインドがどのように表象され、どのように統治が（再）構成されたのかを検討する。その後、現在の国際社会における中心と周辺をつなぐアナーキーの概念を分析する。特に冷戦後に新たなアナーキーとして表象された「破綻国家」をめぐる言説と、それに対する（主に国連の）戦略を分析する（第三節）。以上の分析から、周辺地域が「無秩序なアナーキー」によって表象され、介入・統治が構成されてきたことを明らかにするとともに、国際社会に

だが、彼は、アナーキー概念に注目すると言いながら、「アナーキー」という言葉の使われ方に全く無頓着であった。それゆえ、アナーキーが政治学的にどういう言葉として使用されてきたか、また、アナーキーという言葉と周辺地域への介入や統治がどのように結びついてきたかなどについては、十分に分析していない。それは彼の問題関心があくまで国際関係論の成り立ちにのみあったためである。他方、国際関係論における主権国家間の関係を捉える「アナーキー」概念の意味について分析した重要な研究として、土山（2014）の第２章を参照されたい。

おいて中心／周辺関係が構成されるひとつのパターンを析出する。

本稿は、イギリスの植民地帝国の歴史と冷戦後の平和構築を結び付けるという意味で、国際関係論におけるポストコロニアル研究の一種である（この領域の代表的研究として、Gruffydd Jones 2006; Seth 2013）。しかし、幾つかの点で他の国際関係論のポストコロニアル研究と異なる。第一に、本稿はアナーキーとして表象される周辺および他者の「被害者性」の強調を避ける。他者の抑圧の側面だけに注目することは、他者の主体性をかえって無視する可能性がある。本稿が狙いとするのは、アナーキーという表象が「統治する側」と「される側」をどのように生成してきたのかを明らかにすることである。第二に、本稿は中心が周辺に対して行使する権力を過大視することを避ける。歴史的に見れば、イギリス帝国もアメリカも周辺に位置づけられた地域を思い通りに操作できたわけではない（トムリンソン2006）。権力が行使されているということと、支配が貫徹していることは別である。また、周辺をアナーキーの概念によって表象する過程が、一貫した戦略に基づくものとも考えない。本稿では、国際社会の中心地域がアナーキーの概念によって計画的に周辺地域への介入と統治を意図したとは考えない。むしろ本稿は仮説として、アナーキーとしての周辺は間主観的に構成されてきたと考える。それゆえ、ここでの目的は帝国的権力の分析というよりはむしろ、アナーキーの概念を手掛かりとして、国際社会のなかで中心／周辺の関係が構成される一種の「見取り図」を明らかにすることである。

ただし、本稿は国際社会におけるアナーキー概念を包括的に分析するものではない。あくまで本稿の分析対象は、国際社会における周辺地域を表象するアナーキー概念のみで、先進国（あるいは文明国）によって構成される中心地域を表象するアナーキー概念については分析の範囲としない。また、本稿は介入と統治の因果関係を分析するものではない。あくまで、周辺地域への介入と統治が構成される際の「見取り図」を、アナーキー概念を手掛かりに描くことを目的とする。その意味で、本稿の目的および射程はきわめて限定的なものである。

1．政治思想におけるアナーキー概念：ふたつのアナーキー

さて、そもそもアナーキーとはいかなる概念なのか。英語のアナーキー（anarchy）の語源は、ギリシャ語のアナルキア（anarkhiā）に由来する。an は否定の接頭辞で「無い」あるいは「欠如している」という意味で、archy とは「権威に基づき成立する体制」を意味する。したがって、「アナーキー」とは本来、権威に基づく統治の体制が存在しないという意味である。アナーキー同様、archy には異なる接頭辞が付くことによって、ハイアラーキー（hierarchy）、モナーキー（monarchy）、オリガーキー（oligarchy）、アウタルキー（autarchy）、パトリアーキー（patriarchy）などの言葉になる。

アナーキーは、古代ギリシャの政治思想からすでに否定的な意味合いで使用されていた。プラトンは『国家』のなかで、民主政の失敗として生じる状態をアナーキーと呼び、アナーキーが今度は独裁を生むと考えた（Plato 2000: Book 8）。アリストテレスの政治学も同様に、アナーキーは民主政の失敗に対する呼び名であった（Aristotle 1995: Book 5, Part 3）。ルソーの社会契約論においても、アナーキー（anarchie）は政府と人民の衝突による政府の解体の結果として否定的に使われている（Rousseau 1998: Ch. 3.1）。これらの文脈でのアナーキーは、混乱（confusion）を伴う無秩序（disorder）、および混沌（chaos）の意味に近い。

トマス・ホッブズは古代ギリシャの思想同様、アナーキーを民主政の失敗の結果としながら、他方、アナーキーの概念を暴力と結びつけた点で、非常に重要である。ホッブズは『リヴァイアサン』のなかで「自然な状態、すなわち完全な自由は……アナーキーであり、戦争の状態である」（Hobbes 2012: Ch. 31, para. 1）と述べている。ホッブズの思想におけるアナーキーは、人間の根本的な性質（自己保存を目指したり、他者を羨んだりする性質）によって引き起こされる。それは人間が相互に暴力を行使する状態を指し、無秩序は人間の財や生命を危険に曝す程度にまで深刻なものとなる。だが、それゆえにホッブズのアナーキーは社会契約に基づく中央集権的な秩序形成の契機をも含む。つまり、アナーキーは無秩序の渦中にいる人間によって自然に克服され得るもので、あくまで一時的なものとされる。

さらに、エドマンド・バークがフランス革命について見て取った状況も、混乱を伴う無秩序の意味でのアナーキーだった。バークは、フラン

ス革命の結果、「法律は転覆されて裁判所は廃止され、産業は活力を失い、通商は途絶え、国の税金が支払われないので国民は窮乏にあえぎ続け、教会は略奪されたが国家は少しも潤わず、民事軍事の両面のアナーキーがこの王国の憲法になり……」(Burke 1910: 36-37) と述べている。

このように否定的な意味で用いられていたアナーキーを逆に肯定的な状態として捉えたのが、19世紀のアナーキズムの思想家たちである。例えば、フランスの思想家ピエール・ジョゼフ・プルードン (Pierre Joseph Proudhon) は、中間団体から構成された、単一不可分な主権が存在しない秩序をアナーキーと呼び、積極的に評価した。それゆえに彼は「アナーキズムの父」と呼ばれた (メイヤー 1953: 112-132; 谷川1983: 第４章)。プルードンの思想はバクーニンやクロポトキンといったアナーキズムの代表的理論家に大きな影響を与えた。バクーニンやクロポトキンはそれぞれの理論的方法によって、人間を国家ならびに資本主義から解放し、人間が本来持つべき真の調和を実現しようとした (ウドコック 1968: ６、７章)。彼らにとっては、一部に集中した権力こそ、問題の根源だったのである。

これとは異なるかたちで、アナーキーを暴力や混乱から切り離して論じたのが、イギリスの社会人類学者 E･E･エヴァンズ･プリチャード (E. E. Evans-Pritchard) である。彼は『ヌアー族：ナイル系一民族の生業形態と政治制度の調査記録』のなかで、「ヌアー族は政府をもたないが、彼らの状態は秩序あるアナーキー (ordered anarchy) として叙述できるかもしれない」(Evans-Pritchard 1940: 5-6) と述べている。すなわち政府がなくても、人々が無暗に闘争したり、不必要にお互いを傷つけたりしないひとつの秩序、すなわち「秩序あるアナーキー」が存在すると彼は考えた。

よく知られているように、このエヴァンズ・プリチャードの「秩序あるアナーキー」を国際関係の分析に応用したのが、英国学派の祖のひとり、ヘドリー・ブル (Hedley Bull) である。彼は世界政府のない主権国家からなる社会がアナーキーではあるものの、主権国家は一連の規範や制度に従い、ある程度一定した行動をとっていると論じた (ブル2000: 特に55-61)。すなわち、ここでのアナーキーは、中心的権威がないものの、アクターそれぞれの行動と相互作用が一連のパターンを構成し、予見可

能性が高い状態を意味する。また、国際関係論の理論的基盤の構築に最も寄与した理論家のひとりである、ケネス・ウォルツ（Kenneth Waltz）の理論は、国家間（ユニット間）の関係が中心的権威を欠いたアナーキーな状態であることに注目し、その構造からバランス・オブ・パワーとその崩壊のパターンが生じていると分析した（Waltz 1979）。この場合にも、ある種の自生的な（予見可能性が高いメカニズムという意味での）秩序が国際社会に存在していることをアナーキー概念によって明らかにしようとしており、その点でブルと共通する。このように、国際関係論ではしばしば「アナーキー」は一定の規則性をもった自生的メカニズムを捉えるための概念として使用されてきた[3]。さらに言えば、それは否定的な含意をもつ無秩序なアナーキーというよりは、むしろ、アクターの行動および相互作用の予見可能性が高い、秩序あるアナーキーである（若干繰り返しになるが、ここでの「秩序」という言葉は、暴力の不在を意味するのではなく、アクターの行動および相互作用が一定の規則を示し、予見可能性が高い状態にあることを意味するものとして用いる）。

語源に帰れば、アナーキーはあくまで単一の権威や権力を欠いた状態を意味する。それが暴力や混乱を伴うのか、あるいは何らかの規範によってアクター間の関係が安定するのかは、論者によって異なってきた。無秩序なアナーキーは、秩序構築の失敗の結果であり、混乱を生じ、場合によっては暴力の濫用が伴う。それゆえ、規範的には克服すべき状態が含意されている。他方、秩序あるアナーキーは、単一の権威や権力を欠いてはいるが、アクター間の関係は予見可能性が高いか、場合によっては調和的な状態を指す。暴力の行使が伴う場合でも、それはあるルールやシステムの範囲内で管理されている。それゆえ、規範的には根本的に変革すべき状態とは必ずしも言えない。それどころか、アナーキズムのように、一部の人間の手に集中した権力は必然的に暴走すると考えれば、

[3] アナーキーという構造によって、国家間の関係がどれほど敵対的になるかについては、国際関係論の論者によって程度が異なる。ここで問題にしているのは、国家の行動がアナーキーという構造的認識によって、一定の規則性（合理的に説明可能なメカニズム）を示し、予測可能性が高いと捉える（主に実証主義の）国際関係論の理論的前提である。

むしろ、アナーキーは好ましいと判断される。

国際関係論に限って言えば、主権国家間の関係を認識するうえでは、この秩序あるアナーキーにばかり注目が集まる傾向がある。しかし、これから明らかにするように、国際社会において中心／周辺の関係を構成する表象としてのアナーキーが必ずしもそうした意味であるとは限らない。それゆえ、アナーキーという言葉を検討する場合、話し手がこのいずれの意味でこの言葉を用いているのかに注目する必要がある。そこで特に注目すべきなのは、それが他のどの言葉や概念と結合し、ひとつの網の目を構成しているかである。それゆえ、本稿はアナーキーと結びついた一連の言葉と概念のネットワークに焦点を当て、アナーキーに関する価値判断についての含意を読み取る。以上をまとめると表１のようになる。

表１　２種類のアナーキー

アナーキーの種類	無秩序なアナーキー	秩序あるアナーキー
特質	混乱と横溢した暴力	アクターの行動の予見可能性が高い（あるいはアクターが調和的に共存）
規範的含意	克服すべき状態	維持可能な（維持すべき）状態
結合する言葉	暴力、混乱、混沌	予見可能性、安定、調和

２．植民地統治におけるアナーキー概念

では、これから国際社会の中心と周辺の関係の構成において、いずれのアナーキー概念がどのように使用されてきたのかを検討していく。アナーキーという言葉が国際社会の周辺に適用された代表的事例が、1857－1859年の大反乱後のインドである。1857年にインド北部で起きた蜂起は、凄まじい速さで他の地域での反乱につながった。そして、この一連の蜂起・反乱は、最終的に大反乱（The Indian Mutiny）として記憶されることになった。結論を先取って言えば、大反乱後のインドは否定的かつ固定的な意味での無秩序なアナーキー概念によって表象されたのである。

2－1　インドをめぐる言説

この大反乱は、イギリス帝国の政治家、官僚、知識人に大きな衝撃を与えた。それゆえ、大反乱勃発の直後から、それを分析した様々な著作が発表された。例えば、G・B・マレスン（G. B. Malleson）が『ベンガル軍の大反乱：歴史的説明』の最初の巻を出版したのが1858年６月で、反乱がまだ収まってすらいない状況だった（Chakravarty 2005: 19）。これに続いて、多くの著書が発表された。例えば、J・F・リー（J. F. Lee）とF・W・ラドクリフ（F. W. Radcliffe）による『インド大反乱、ラクナウ救援まで』、トマス・フロスト（Thomas Frost）による『インド大反乱の包括的説明：開始から現在まで』、E･H･ノラン（E. H. Nollan）の『インドおよび東洋のイギリス帝国の歴史：萌芽期から一八五九年のセポイの反乱の鎮圧まで』、R･M･マーティン（R. M. Martin）の『インド帝国、ベンガル軍の大反乱の解明』、さらにチャールズ・ボール（Charles Ball）による『インド大反乱の歴史』などが1857年から1861年にかけて、たて続けに出版されている。

これら一連の著作には否定的な意味を伴うアナーキー、ならびにそれと結びつく無秩序（disorder）や混沌（chaos）といった言葉が度々登場し、反乱時のインドの様子を表象している。例えば、フロストは、「〔インド〕北西部の各州は、ベンガルの各所同様、多かれ少なかれ、事実上アナーキーな状態にある」（Frost 1858: 26）と述べた。ボールもまた、「カルカッタからペシャワール、デリーからハイデラバードまで、インドは野蛮な闘争、アナーキー、無慈悲な虐殺の劇場と化した」（Ball 1858: 439）。アナーキーという言葉は使われていないものの、これと同様にマレスンも、ベンガル軍の蜂起により、「筆舌に尽くしがたい無秩序（disorder）、強奪、殺人といった光景が現れた」（Malleson 1858: 37）と述べ、反乱の結果、「完全な無秩序（disorder）に支配され、セポイはまさに勝手気ままにふるまい、ヨーロッパ人の住民たちの守衛になるどころか、恐怖になってしまった」（*ibid.*: 83）と論じた。こうしたインドの大反乱にまつわる著作のなかでも、19世紀後半、最も影響力があったのがJ･W･ケイ（J. W. Kaye）の『インドのセポイ戦争史1857-58』である。ケイもまた、インドにおいて「暴力とアナーキーが驚くほど突然に台頭した」（Kaye 1892 [1870]: II: 175）と語り、「ガンジス川周辺では、地域全体がアナーキーと

混乱（confusion）の状態にあった」（*ibid*.: 198）と述べた。

さらに、こうした一連の叙述以上にインド人を本質主義的に野蛮で暴力的な存在として描くものもいた。例えば、インドの植民地官僚だったF・O・メイン（F. O. Mayne）は、反乱の様子を次のように語った。

> パーグナー（Pergunnahs）〔地域〕では、知らせが野火のように広がり、あらゆる場所で村人が蜂起し、略奪や殺人をお互いに入り乱れて行った。古くからの敵意や長い間抑圧されていた報復の願望がただちに満たされた。債権者や法令で益される者たちが追い出され、旅行者や商人が略奪され、役人が命を奪われた。政府の建物、あらゆる所有物が略奪され、破壊された。あらゆる人々の攻撃が隣人に向かい、現地人たちは抑制のないアナーキーと反乱の狂気と自由のなかで我を忘れている。アジア人どもだけが、こうしたことに喜び夢中になるのだ。（cited by Wagner 2010: 216; see Roy 1993）

この報告のなかで、インド人は彼らの野蛮さゆえに暴力を振るったとされ、ただただ不合理で野蛮で暴力的な存在として描かれた。このように大反乱の間もそれ以後も、インドを暴力的なアナーキーとして語る言説が数多く出現した。ここでのアナーキーは、混乱や暴力を伴う、きわめて否定的な意味を持つ言葉であった。

２－２　分析と戦略の立案：間接統治のイデオロギー

このインドのアナーキーは、それまでの政治思想においてそうであったように、克服すべき対象となった。イギリス帝国では、インドをアナーキーとして叙述する流れから、そのアナーキーの理論的分析が始まり、新たな植民地統治の戦略が構成された。だが、ここで重要なのは、インドがヨーロッパとは異なる奇異で新しい何か、しかし同時によく知っている性質のものとされたことである。これがまさにエドワード・サイード（Edward Said）が「中間のカテゴリー」（a median category）と呼んだものである（Said 1978: 58-59）。イギリスの官僚や知識人は、ヨーロッパを参照しながら、インドの社会的性質を特殊だが、しかしヨーロッパの過去に属するものとして扱い、秩序に関する新たな視点を導入した。

大反乱の分析の理論的基礎を提供したのが、ケンブリッジ大学の法学の教授であり、インド植民地の総督府のメンバーだったヘンリー・メイン（Henry Maine）であった。彼は著書『古代法』と『東西の村落共同体』において、古代社会に関するモデルを提示し、それをインドとヨーロッパに適用した。それによれば、現在の東洋には古代社会が散らばっており（Maine 2009: 7）、それゆえ、東洋の共同体を分析すれば、古代社会の性質が分かるとした。メインによれば、古代社会では構成員が血縁に基づき、伝統的な社会システムによって統合されており、個人が共同体に先立って存在しない。それゆえ、所有権をはじめとする様々な権利が共同体に属する。しかしメインによれば、社会の発展のなかで、法が前提とする単位として、個人が徐々に共同体に取って代わる（Maine 2008: 79）。近代社会においては、「全ての関係が個人の自由な合意によって生じる。……唯一、契約だけがその法的妥当性を生み出す」（2008: 85）。この点で、社会は「地位から契約へ」（Maine 2008: 86）発展する。

当時のインドの村落共同体は原初社会の段階にあり、もうすぐ封建化の過程が開始するとメインは考えた（Maine 2009: 66-67; Maine 1888: 85）。封建化においては、「人間を結びつけていた『血縁』が消え、『領域』が人々を結合させる」（Maine 2008: 56-57）。こうした社会発展は、急激なものではなく、漸進的に進む（Maine 1888: 289-290）。もし社会の発展が急激に進んだ場合、インドの政治・社会システムは解体し、帝国の統治の安定性を脅かすことになるとメインは指摘した。インドの近代化は、J・S・ミルなどの自由主義者がそれまで推進していた戦略で（Jahn 2005; Pittz 2005: Ch. 5）、メインの理論はそうした自由主義者の議論を根本から覆すものであった。

急激な社会変革が大反乱を引き起こすとすれば、インドに固有な伝統的制度を保護することが重要になる。それゆえ、メインの理論はイギリス帝国のなかで教条化していく間接統治の原理を基礎づけるものであった。実際、インドの植民地官僚だったアルフレッド・ライアル（Alfred Lyall）は「ヘンリー・メインの知的後継者」（Mantena 2010: 165）とされた人物で、メインに倣い、伝統社会の重要性および保護を強く訴えた（Lyall 1907: 260, 263）。ライアルはインドの伝統社会が脆弱でイギリス帝国の保護を必要とすると主張した（Lyall 1907: 216, 219）。「伝統社会

が解体した場合に生じる空白をどのように埋めることができるのか」(Lyall 1907: 264) についての考えもなしに、その解体を許してしまうことはきわめて危険であると彼は警告した。そして、「政治的な制度が、蒸気機関のようにどこにでも移植でき、どのような共同体も益し、どのような気候にも耐えることができる」(Lyall 1893: 290) などと仮定することは間違いであると主張した。それゆえ、インドにおいては、西洋化された政治・社会システムの構築はインド社会の安定を脅かすものとされた。そこから「伝統的な」制度を保護し、イギリスの支配にあわせて改良し、存在しない場合には創造するという間接統治の戦略が理論的に再構成された (Mantena 2010: Ch. 5)。こうした戦略の大前提は、インドは自力では発展することが出来ず、伝統的秩序を維持することすら困難であり、常に混乱を伴う無秩序に陥る危険に満ちており、イギリス帝国が介入し統治し続けることが不可欠である、ということであった。つまり、イギリス帝国によって国際社会の中心から周辺へ秩序が拡張されるというイメージが構成されたのである。

このように、大反乱を契機にインドは克服すべき「無秩序なアナーキー」の場として表象され、伝統的できわめて脆弱な社会制度から成り立っていると分析された。インドが自力ではこの克服すべき状況から脱することが出来ないとした点で、このインドのアナーキーはホッブズの社会契約論のアナーキーと決定的に異なる。言説上、インドの無秩序なアナーキーは、新たな政治秩序の形成の契機を内在しておらず、それゆえに、イギリス帝国による介入と統治が正統化された。そして、インド社会の分析に基づき、近代化ではなく、「伝統」を利用した新たな統治戦略が登場したのであった。

表2　英領インドを表象するアナーキー

	英領インドを表象するアナーキー
特質	無秩序、混乱、暴力
規範的含意	克服は必要だが、自力での克服は著しく困難
処方箋	伝統的制度を利用した間接統治

３．冷戦後の国際社会のアナーキー概念

国際社会において、無秩序なアナーキーが周辺地域を表象するという現象は、冷戦後にも起きている。イギリス帝国においてインドという従属地域がアナーキーと表象されたように、冷戦後、アジア・アフリカの幾つかの地域も無秩序なアナーキーと表象された。けれども、冷戦後の場合、周辺地域は直接的に「アナーキー」とは呼ばれず、もっぱら「破綻国家」(failed states) として表象されてきた。「破綻国家」という言葉は、新しい無秩序なアナーキーの表象であった。結論を先取りして言えば、冷戦後も自発的に克服困難という否定的な含意をもつ、無秩序なアナーキーが周辺地域を表象してきたのである。

３－１　「破綻国家」をめぐる言説

1994年にジャーナリストのロバート・カプラン (Robert Kaplan) がアトランティック・マンスリー誌に発表した「アナーキーの到来」と題された記事 (Kaplan 1994) は、再び無秩序なアナーキーが周辺を表象し始める嚆矢であった。この記事は、シエラレオネをはじめとする西アフリカでは、人口の爆発や感染症の急速な拡大によって、政治秩序が崩壊し、深刻な犯罪が野放しになっていると指摘した[4]。カプランの分析は、人口爆発も感染症の拡大も西アフリカの自然信仰や一夫多妻制が遠因であるとしており、きわめて本質主義的なものであった。これほど本質主義的な言説は極端な例であるとしても、これと類似した言説は他にもあった。後にリベラル・ホークの代表的論者となるマイケル・イグナティエフ (Michael Ignatieff) も、1995年、途上国、とりわけアフリカやユーゴスラヴィアが「ホッブズ的な戦争状態」(Ignatieff 1995: 93) に陥っていると分析している。こうした言説は、アカデミアのなかにも散見される。例えば、1995年、ウィリアム・ザートマン (William Zartman) は、『崩壊国家：正統な権威の解体と再興』の序文のなかで、「崩壊国家」

[4]「西アフリカは、真に『戦略的な』危険としての犯罪的なアナーキーが生み出される世界規模の人工的、環境的、社会的ストレスの象徴になりつつある」(Kaplan 1994)。

(collapsed states) を「構造、権威 (正統な権力)、法、そして政治秩序がバラバラになり、古いか新しいか問わず、何らかのかたちで再構築すべき状況」(Zartman 1995: 1) と定義した。

90年代、国連もまた「破綻国家」や「崩壊国家」という言葉は明示しないものの、国家制度の「崩壊」を問題にした。ブトロス・ガリの『平和の課題・補足』(1995年) では、次のように論じられている。

> 〔内戦の特徴のひとつ〕が国家制度、特に警察や司法の崩壊である。これによって、ガバナンスの麻痺、法と秩序の崩壊、大規模な収奪、大混乱 (chaos) が起きる、政府の機能が停止するだけでなく、その財が破壊され、略奪される。そして経験を積んだ官僚が殺害されたり、国外へ逃げたりすることになる。(Boutros-Ghali 1995: para. 13)

このように「破綻国家」の概念は多くの理論家と実務家によって使用された。1990年代、再び国際社会の周辺が克服すべき「無秩序なアナーキー」として表象されたのであった[5]。

こうした「破綻国家」論が1990年代前半に登場した背景には、1991年からのユーゴスラヴィア紛争、同じく1991年からのシエラレオネ内戦をはじめとする西アフリカの紛争、ソマリアなどの東アフリカ内戦、冷戦時代から続いていたアンゴラやモザンビークといった南部アフリカの内戦などがあった。こうした内戦は、それまでの国家間の正規戦とは異なり、戦争法が無視され、民間人が主要な標的となり、より残虐な性質を

[5] 2000年代には、イラクやアフガニスタンが無秩序なアナーキーとして表象されている。例えば、イラクに関する研究で有名なトビー・ドッジ (Toby Dodge) は、論文のなかでイラクが (無秩序な) アナーキーに陥ったと指摘する (Dodge 2006)。また、対テロや対反乱活動の専門家であるブルース・ホフマン (Bruce Hoffman) もイラクは無秩序 (disorder) であると述べている (Hoffman 2006: 105)。また2006年には、イギリスのデイビッド・リチャーズ陸軍大将 (General David Richards) が「〔アフガニスタンの〕状況はほとんどアナーキーである」と語っている ('Afghanistan close to anarchy, warns general,' *Guardian*, 21 July 2006)。

備えた「新しい戦争」(new wars) として分析された。

「新しい戦争」論 (Keen 1998; Reno 1998; Chabal and Daloz 1999; Allen 1999; Kaldor 2001) によれば、1980年代、経済危機が途上国と旧共産国で起き、それが幾つかの要因によって最終的に国家の崩壊と内戦につながった。まず、旧共産国の多くでは計画経済が失敗し、国家の構造が弱まるなかで資源をめぐる競争が激化した。同様に、多くの途上国が開発の失敗や冷戦終焉に伴う米ソからの援助の減少によって債務危機に陥った。構造調整プログラムはこうした国々の脆弱な国家構造を掘り崩し、最終的に、国家を支えてきたパトロン・クライアント関係が崩壊してしまった。そして、軍閥をはじめとする様々なアクターが天然資源を求め、しばしば中央政府に抵抗し始めた。また民族・宗教アイデンティティが市民を兵士にするために利用された。こうした戦争では、民間人と戦闘員の区別はなく、暴力は社会の至る所に蔓延し、社会的弱者である女性や子供が犠牲となる。このように、「新しい戦争」論では、途上国の紛争に関して、グローバルな政治経済構造が主要な原因とされる。グローバルな政治経済と紛争の構造に注目する「新しい戦争」論は、出来る限り本質主義を回避しようとするが、結局のところ、欧米の主権国家モデルを分析の基準とし、奇異だがよく知っている (サイードが言うところの)「中間のカテゴリー」を構成した。そして、やはりこのアナーキーの構造も、現地社会が自力では脱することが出来ないものと認識された。

3－2　リベラルな平和構築とその修正

では、周辺地域のアナーキーに対して、国際社会はどのように対応すべきだと論じられたのか。1990年代初頭の最も顕著な反応は、国際社会はより積極的で長期的な介入、具体的に言えば国際的な暫定統治を行えというものだった。例えば、G・ヘルマンとS・ラトナー (G. Helman and S. Ratner) は「破綻国家がさらに出現することで、よりシステマティックで介入的なアプローチが必要になる」(Helman and Ratner 1992-1993: 7)と主張した。ここで言う「よりシステマティックなアプローチ」には、ガバナンス支援、統治権限の移譲、そして国連による暫定統治といった政策が含まれた。ヘルマンとラトナーだけでなく、「破綻国家」と「新しい戦争」を分析する様々な論者が処方箋として国際組織な

どによる暫定統治を正当化する（Krauthammer 1992; Lyon 1993; Mazrui 1994）。彼らは「破綻国家」の秩序を再構築するために、国連や先進国による暫定統治が最も効果的な政策であると論じた。

実務では、国連が現地での国家建設を支援する平和構築活動を推進した。そして、カンボジア、ボスニア、コソボ、東チモールでは実際に暫定統治が実施された。この時期の平和構築活動は、現地の紛争当事者間の和平合意の成立によって開始され、その合意の履行を主な目的とした。通常、平和構築活動では、現地武装勢力の動員解除、武装解除、社会復帰、さらに警察、軍隊などの治安部門の改革を行い、並行して紛争中の真実を究明し、現地社会の和解を促すための司法活動が実施された（篠田2003, 2013b）。こうした一連の活動は、リベラリズムの政治思想に基づいているため、リベラルな平和構築（liberal peacebuilding）と呼ばれる（see Heathershaw 2008; Newman 2009）。すなわち、選挙によって代表者を選び国会をつくり、法の支配の制度化によって個人の権利を保護し、自由市場に基づく経済制度を発展させるという国家建設のモデルを平和構築活動は前提としたのである。

ローランド・パリス（Roland Paris）は、平和構築が国際社会の主権国家モデルを周辺地域に伝播する機能を果たしているとして、平和構築を「新たな文明化の使命」と呼ぶ（Paris 2002）。篠田英朗（2013a）もこれと類似する歴史的な視点から、主権国家によって構成された国際社会が普遍化し、「平等で自律的な国際社会の構成国」という擬制を現実に近づけるために、紛争地域で国家建設が展開されていると分析する。篠田が「ブラックホール」（篠田2013b: 13）と呼ぶ周辺地域を国際社会が外部から秩序付ける行為こそ、平和構築なのだという。

だが、こうしたリベラルな平和構築は必ずしもうまくいっているわけではない。かつて植民地統治が完全な支配を達成できなかったように、平和構築も現地の社会改良にしばしば失敗している。それゆえ、リベラルな平和構築は多くの批判を受けるとともに修正案が示されてきた。1990年代末から失敗と成功を繰り返してきたシエラレオネの事例では、様々な修正案が出されるとともに、それが国連の平和活動の方針に大きな影響を与えてきた。そこでここでは、シエラレオネの事例を引き合いに出しながら、リベラルな平和構築活動の修正について概観してみたい。

修正案は大きく分けると二種類ある。第一の案は、平和構築の主体の権力を強化するというものである。具体的には、武力行使の制限を緩和し、より「強靭な」(robust) 平和活動にして、和平合意の離反者 (spoilers) を抑止しようとする案である。これは国連の『シエラレオネの平和維持活動の経験から学ぶべき教訓』と題された文書のなかで提案されるとともに、2008年の『国連平和維持活動:原則と指針』(通称、キャップストーン・ドクトリン) で採用された。また、前者の文書においては、「『破綻』国家では、価値のある天然資源の違法な採掘と紛争の間に直接の関連がある」と論じられており、シエラレオネをはじめ、西アフリカの国家の破綻への言及が見られる。幾人かの論者が指摘するように、90年代末のシエラレオネでの平和維持活動の失敗は、平和維持活動の強靭化につながった (山下2005; Holt and Taylor 2009)。

第二の案は、平和構築において、現地の「伝統的」な制度の利用を唱えるものである。2000年代後半のシエラレオネでの国家建設活動に関する論争の焦点のひとつは、現地の首長制度 (chiefdom) を改良強化すべきなのか、それとも自由民主主義的な制度の導入とともに廃止すべきなのか、というものであった (Richards 2005; Fanthorpe 2006; Jackson 2006; Sawer 2008)。現地の首長制度の利用は、すでに機能している既存の制度を利用することで制度改良のコストが下がるという利点、さらに外部アクターによる介入の度合いが下がるため、植民地主義的であるという批判をかわせる利点がある。他方、それに対する批判としては、現地の制度はそもそも、かつての植民地統治によって「創造」されたものではないか、というものや、現地の制度がリベラリズムや人権規範といった介入そのものを基礎づけている言説と矛盾する可能性 (例えば、女性の排除や抑圧など) がある、といったものが出されている。これは単に机上の論争ではなく、実践上のジレンマとなっている。また、シエラレオネに限らず、伝統的な制度の利用については、平和構築の研究者、ロジャー・マクギンティ (Roger Mac Ginty) もまた、リベラルな平和構築の有力な代替案になりえるかもしれないと論じている (Mac Ginty 2008)。実際、東チモール、アフガニスタン、ケニアでも伝統的制度を利用する平和構築の試みがすでに実践されてきたのである。特に、アメリカ軍によるアフガンでの活動では、現地の社会システムを文化人類学

的手法によって調査し、そのデータを戦略的に統治に利用している。この戦術は「人間地政学システム」(Human Terrain System) と呼ばれ、一部の文化人類学者が軍と協力してこのプロジェクトを進めている (Gilmore 2011)。

こうした植民地統治によって利用された首長制度を外部アクターが改良して国家のなかみ組み入れるという発想は、イギリス帝国が培った間接統治の原理を彷彿とさせる。欧米的なリベラリズムに基づく全面的な社会改良か、それとも伝統的制度の利用か。シエラレオネでの活動をはじめとする幾つかの平和構築活動は、イギリス帝国がインドで直面したものと類似の選択を迫られている。アナーキーに対する処方箋は、それを基礎づける理念のレベルでは、19世紀からそれほど進展しているようには見えない。

表３　冷戦後の周辺地域を表象するアナーキー

	冷戦後の周辺地域を表象するアナーキー
特質	国家の破綻、混乱、暴力
規範的含意	克服すべきだが、自力での克服は著しく困難
処方箋	リベラルな平和構築、 あるいは伝統的制度を利用した国家建設

結論

本稿は、国際社会における周辺地域を表象するアナーキーの概念について検討してきた。元々、政治思想においてアナーキーという概念は、主にふたつの意味で使用されてきた。第一に、政治制度の失敗の結果としての無秩序を意味し、混乱や横溢した暴力を伴うアナーキーである。第二に、単一の権威や権力に基づかない、多元主義的でアクター間の関係が一定の規則性を示す(ことによれば安定した)状態を指すアナーキーである。これまでの国際関係論では、主権国家間の関係を認識するうえで、主に後者のアナーキーにばかり注目が集まる傾向があった。これに対して、本稿では国際社会の中心と周辺の関係の構成を分析するべく、イギリス帝国における英領インドの事例と、冷戦後の「破綻国家」をめ

ぐる言説を分析し、国際社会の周辺地域が前者の無秩序なアナーキーによって、（自力では克服困難という意味で）固定的に表象されたことを明らかにした。イギリス帝国による植民地統治においては、従属地域としてのインドは、大反乱を経て、インド人も含め誰もが混乱し、きわめて暴力的な状態として本質主義的に語られた。そうした言説において、インドはそうした無秩序から自力で脱することは出来ないとされた。そして、この分析が伝統的な制度を利用する間接統治原理の理論化につながった。このような周辺地域を無秩序なアナーキーとして表象するという現象は、冷戦後にも生じており、その対象はアフリカなどの紛争地域であった。混乱と暴力と結びついた「破綻国家」という概念が、実務でもアカデミアでも使用され、周辺地域を表象した。「破綻国家」は自力では秩序の再構築が著しく困難であるとされ、外部からの介入が必要であるとされた。こうした表象に対応して、リベラルな平和構築が提案、実施されたが、その限界が明らかになると、平和活動の強靭化と伝統的制度の修正・利用というふたつの修正案が登場した。

ここで中心と周辺の構成に関するひとつの見取り図を描くならば、次のようになる。まず、ある特定の地域が自力では克服困難な否定的な含意の無秩序なアナーキーに陥っていると表象される。このアナーキーは理論化され、そこから当該地域に対して権力的に優位に立っている地域による介入と統治が処方箋として提示される。それが実践、修正、再構成されるという一連のプロセスを通じて、国際社会の中心と周辺が構成されてきた。

もちろん、中心／周辺の関係がこのプロセスのみによって構成されるということではない。あくまで、これは中心／周辺の関係が構成される複数のプロセスのひとつにすぎない。また、本稿は英領インドの統治と平和構築の差異を否定するわけでもない。特に、両者は時代が異なる以上、投入される資源の量や科学技術の質において全く異なっている。それでもなお、言説上の共通した構造は存在していると指摘したいのである。

本稿はあくまで19世紀英領インドに関する「アナーキー」をめぐる言説と、冷戦後の「破綻国家」に関する「アナーキー」をめぐる言説の構造を抽出し、比較したに過ぎない。それゆえ、アナーキーがなぜ介入およ

び統治に結びつくのか、という問いが残されている。この問題は本稿の射程を超えるものであり、この点については別稿（五十嵐（2014））に譲る。また序文で述べたように、本稿は国際社会の中心を表象するアナーキー概念についても考察の対象から外した。それゆえ、中心を構成する国家間関係を表象するアナーキーと、周辺を表象するアナーキー概念の関係（および歴史・思想的対比）については、次なる課題として残された。

最後に、以上の分析から、あえて19世紀の国際社会と冷戦後の国際社会の連続性に関する幾つかの示唆を引き出してみたい。第一に、周辺を無秩序で固定的なアナーキーとして表象し、外部からの介入と統治を正統化する言説と実践は、植民地統治の時代にすでに構成されており、特に新しいものではない。むしろ周辺地域を表象するアナーキーの概念は、植民地主義の時代と冷戦後の国際社会の連続性を示唆している。第二に、アナーキーの概念は、国際社会の中心（宗主国や先進国）による介入と統治を構成している点で、中心のヘゲモニーの一部をなしていると言える。ただし、それが中心による周辺の完全な管理を意味しているわけではなかった。第三に、中心地域は、周辺のアナーキーに対処するために、未だにリベラリズムに基づく社会改良と、現地の「伝統的」制度の修正・利用の間で彷徨っている。この点もまた、植民地時代と冷戦後の国際社会の連続性を示唆している。

参考文献

C. Allen, ‘Warfare, Endemic Violence and State Collapse in Africa,’ *Review of African Political Economy*, 26: 81, Sep., 1999.

Aristotle (Ernest Barker (tr.)), *The Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1995).

Charles Ball, *The History of the Indian Mutiny*, Vol. 3 (London: London Printing and Publishing Company, 1858).

Boutros Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping* (Report of the Secretary-General pursuant to the Statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992): A/47/277-S/24111, 17 June 1992.

Edmund Burke, *Reflections on the French Revolution* (London: Dent, 1910).

Gautam Chakravarty, *The Indian Mutiny and the British Imagination* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

Toby Dodge, 'War and Resistance in Iraq: From Regime Change to Anarchy,' in Raymond Hinnebusch and Rick Fawn (eds.), *The Iraq War: Causes and Consequences* (Colorado: Lynne Rienner Publishers, Inc., 2006).

E. E. Evans-Pritchard, *The Nuer: A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People* (Oxford: Clarendon Press, 1940).

Richard Fanthorpe, 'On the Limits of Liberal Peace: Chiefs and Democratic Decentralization in Post-war Sierra Leone,' *African Affairs* (January 2006) 105 (418).

Thomas Frost, Complete Narrative of the Mutiny in India, From Its Commencement to the Present Time (London: Read, 1858)

Jonathan Gilmore, 'A Kinder, Gentler Counter-terrorism: Counterinsurgency, Human Security and the War on Terror,' *Security Dialogue,* 2011 42: 21.

Branwen Gruffydd Jones (ed.), *Decolonizing International Relations* (Lanham, Md.: Rowman & Littlefield 2006)

John Heathershaw, 'Unpacking the Liberal Peace: The Dividing and Merging of Peacebuilding Discourses,' *Millennium - Journal of International Studies,* 2008, 36.

Gerald B. Helman and Steven R. Ratner, 'Saving Failed States,' *Foreign Policy*, Issue 89, Winter 1992-1993.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (Oxford: Clarendon Press, 2012).

Bruce Hoffman, 'Insurgency and Counterinsurgency in Iraq,' *Studies in Conflict & Terrorism*, 29: 2, 2006.

Victoria Holt and Glyn Taylor with Max Kelly, *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges* (New York: United Nations, 2009).

Michael Ignatieff, 'The Seductivess of Moral Disgust,' *Social Research*, Vol. 62, No. 1 (Spring 1995).

Paul Jackson, 'Reshuffling an Old Deck of Cards? The Politics of Local Government Reform in Sierra Leone,' *African Affairs* (January 2007) 106 (422).

Beate Jahn, 'Barbarian Thoughts: Imperialism in the Philosophy of John Stuart Mill,' *Review of International Studies,* 31: 3 (2005).

Mary Kaldor, *New and Old War* (Stanford University Press, 1999).

Robert Kaplan, 'The Coming Anarchy: How Scarcity, Crime, Overpopulation, Tribalism, and Disease Are Rapidly Destroying the Social Fabric of Our Planet,' *The Atlantic Monthly*, Vol. 273 No. 2, Feb. 1994.

John William Kaye (Colonel Malleson (ed).), *Kaye's and Malleson's History of the Indian Mutiny of 1857-8*, Vol. II (London: W. H. Allen & Co., LTD, 1892).

D. Keen, *The Economic Functions of Violence in Civil Wars* (London: Oxford University Press, 1998).

C. Krauthammer, 'Trusteeship for Somalia,' *The Washington Post*, Oct 9, 1992.

Alfred C. Lyall, *Asiatic Studies: Religious and Social*, Vol. 1. John Murray, 1907.

Alfred C. Lyall, 'Life and Speeches of Sir Henry Maine.' *Quarterly Review*, Vol. 176, 1893.

P. Lyon, 'The Rise and Fall and Possible Revival of International Trusteeship,' *Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, 31: 1 (March 1993).

Roger Mac Ginty, 'Indigenous Peace-Making Versus the Liberal Peace,' *Cooperation and Conflict*, 43, 2008.

B. Schmidt, *The Political Discourse of Anarchy: A Disciplinary History of. International Relations* (Albany: State University of New York, 1998).

Henry Sumner Maine, *Ancient Law* (South Dakota: Nu Vision

Publications, 2008 [1861]).

Henry Sumner Maine, *Lectures on the Early History of Institutions* (New York: Henry Holt and Company, 1888).

Henry Sumner Maine, *Village-communities in the East and West* (General Books, 2009 [1872]).

G. B. Malleson, *The Mutiny of the Bengal Army: An Historical Narrative* (London: Bosworth and Harrison, 1858).

R. M. Martin, *The Indian Empire: History, Topography, Geology, Climate, Population, Chief Cities and Provinces*, Vol. 3 (London: The London Printing Company, ltd.,1861).

A. Mazrui, 'Decaying Parts of Africa Need Benign Colonization,' *International Herald Tribune* (4 August 1994).

Edward Newman, '"Liberal" Peacebuilding Debates,' in Edward Newman, Ronald Paris, Oliver P. Richmond (eds.), *New Perspectives on Liberal Peacebulding* (Tokyo: United Nations University Press, 2009).

Roland Paris, 'International Peacebuilding and the "Mission Civilisatrice,"' *Review of International Studies,* 2002, 28.

Jennifer Pitts, *A Turn to Empire: the Rise of Imperial Liberalism in Britain and France* (Princeton: Princeton University Press, 2005).

Plato (G.R.F. Ferrari (ed.), Tom Griffith (tr.)), *The Republic* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

William Reno, *Warlord Politics and African States* (Boulder: Lynner Rienner, 1998).

Paul Richards, 'To Fight or To Farm? Agrarian Dimensions of the Mano River Conflicts (Liberia and Sierra Leone),' *African Affairs* (October 2005) 104 (417).

Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social* (Paris: Serpent á Plumes, 1998).

Tapti Roy, 'Visions of the Rebels: A Study of 1857 in Bundelkhand,' *Modern Asian Studies,* Vol. 27, No. 1, Feb., 1993.

Edward Said, *Orientalism* (London: Routledge and Kegan Paul, 1978).

Edward Sawyer, 'Remove or Reform? a Case for (Restructuring) Chiefdom Governance in Post-Conflict Sierra Leone,' *African Affairs*, 2008, 107 (428).

Sanjay Seth (ed.), *Postcolonial Theory and International Relations: A Critical Introduction* (London: Routledge, 2013).

Donald Snow, *Uncivil Wars* (Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996).

Kim A. Wagner, *The Great Fear of 1857: Rumours, Conspiracies and the Making of the Indian Uprising* (Oxford: Peter Lang, 2010).

Kenneth Waltz, *Theory of International Politics* (Reading, Mass.: Addison-Wesley Pub. Co., 1979).〔河野勝、岡垣知子（訳）『国際政治の理論』（勁草書房、2010年）〕

Alexander Wendt, 'Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics,' *International Organization*, Vol. 46, No. 2 (Spring, 1992)

I. William Zartman, 'Introduction: Posing the Problem of State Collapse,' in I. William Zartman (ed.), *Collapsed States: The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority* (Colorado: Lynne Rinner Publisher, 1995).

五十嵐元道「トラスティーシップと人道主義―介入と統治のための『装置』に関する系譜学的分析」『国際政治』175号、2014年３月

G・ウドコック（白井厚（訳））『アナキズムⅠ』（紀伊國屋書店、1968年）

篠田英朗『平和構築と法の支配』（創文社、2003年）

篠田英朗「国際社会の歴史的展開の視点から見た平和構築と国家建設」『国際政治』174巻、2013年 a

篠田英朗『平和構築入門：その思想と方法を問いなおす』（筑摩書房、2013年 b）

谷川稔『フランス社会運動史：アソシアシオンとサンディカリスム』（山川出版社、1983年）

土山實男『安全保障の国際政治学：焦りと傲り（第二版）』（有斐閣、2014年）

B・R・トムリンソン（渡辺昭一（訳））「二十世紀南アジアにおける帝国とヘゲモン」渡辺昭一（編）『帝国の終焉とアメリカ：アジア国際秩

序の再編』（山川出版社、2006年）
ヘドリー・ブル（臼杵英一（訳））『国際社会論：アナーキカル・ソサイエティ』（岩波書店、2000年）
J・P・メイヤー（五十嵐豊作（訳））『フランスの政治思想：大革命から第四共和政まで』（岩波書店、1956年）
山下光「PKO 概念の再検討：『ブラヒミ・レポート』とその後」『防衛研究所紀要』第８巻第１号、2005年10月

論　　説

アメリカにおける コミュニティの組織化運動（1）

―― ソール・アリンスキーの思想と実践 ――

石　神　圭　子

目　　次

序章
　はじめに
　先行研究の整理　　（以上、本号）
第１章　ソール・アリンスキーによる「組織化」の理念形成とその確立
　第１節　「ジャングル」の組織化と20世紀都市リベラリズムの陥穽
　第２節　アリンスキー哲学の形成とその歴史的背景
　　１）アリンスキー哲学の原点とその特徴
　　２）コミュニティの「組織化」をめぐる理念対立の構造
　第３節　組織化の着手――対立から統合へ
　　１）アリンスキー哲学の確立と実践
　　２）BYNC は何を達成したのか――アリンスキー哲学の評価と位置づけ
　　３）展望なき「権力」――「コミュニティ」と「民主化」の意味
　第４節　BYNC の保守化と「コミュニティ」の変容
　　１）創られる「空間」と「所有者」の登場
　　２）過渡期のアリンスキー哲学とその修正――「権力」の再構成
第２章　コミュニティの組織化の新たな局面――「人種」と「階級」をめぐる限界と挑戦
　第１節　戦後における「組織」と「権力」構造の変容
　第２節　OSC の発足と展開――「統合」と「分化」の狭間で
　　１）アリンスキー哲学と人種問題

2）OSC の展開と権力の壁
第3節　TWO の発足とアリンスキー哲学の適用
1）黒人地域の組織化と権力創出の論理
2）公民権と福祉行政批判――誰のための「権力」か
第4節　TWO の成功と挫折――「モデル都市計画」をめぐって――
1）「参加」をめぐる軋轢と「統合」
2）「モデル都市計画」と「参加」の壁
3）都市問題と「他者」――「公的空間」としての「コミュニティ」
第3章　「中流」の「組織化」と秩序の模索
第1節　新たな組織化の着手―― CAP の形成と組織構成の変容
第2節　CAP の展開と位置づけ
1）構造上の限界と課題
2）CAP 形成の意図と意味――「権力化」とは何か
第3節　アリンスキー「哲学」の思想的評価――トクヴィルを超えて
1）トクヴィルとアリンスキー――連続と非連続
2）「コミュニティ」と「公衆」の再発見
終章

序章

はじめに

「シカゴに到着するたっぷり一時間も前から、すでに一行は周囲に生じた異常な変化に気づきはじめていた。時間とともに暗さが増し、地面の草は緑色が薄くなるようだった。列車が疾走するにつれて、万物の色が刻一刻とくすみ､畑は乾いて黄ばみ､風景はおぞましく醜悪になった。煙が濃くなってくるとともに、彼らは別の事態にも気づきはじめた。鼻をつく異臭……そして今、市街電車に座っているうちに、そのにおいの源に近づいているということがわかってきた。

……街角に取り残された一行は、あたりを見回しながら立ちつくしていた。とある横町には、両側に煉瓦造りの家が立ち並び、その間からひとつの風景が見えた。一番高い建物と同じ高さの、まさに天に届くばかりの６本の煙突と、その煙突から跳ね上がる濃い、油性の、夜の闇のように黒い６本の煙。この煙は永遠の劫火がくすぶり続けている地底から

立ちのぼってきたかのようだった。やむにやまれぬ勢いで、何もかもを押しのける、終わりなき爆発。それは果てることがなかった。

……やがて一行は別の奇妙なものに気づきはじめた。これもまた、例のにおい同様、原始的なものだった。それは音――何千もの小さな音が集まった音だった。最初はほとんど気づかない――ぼんやりとした不快、苦痛といった感じで、ゆっくりと意識の中に入り込む。春の日のミツバチのざわめき、森のささやきとでも言おうか。果てしない活動、動き続ける世界の低い轟きを暗示する音だった。それが動物の立てる音、何千頭のウシが遠くでうなる声、何千頭のブタが遠くでうめく声であることは、じっと耳を澄まして聞かなければわからなかった」[1]。

これは、1906年に単行本として刊行されるや否や「新紀元を画する」と称され、センセーションを巻き起こしたアプトン・シンクレア（Upton Sinclair）のベストセラー小説、『ジャングル（The Jungle）』第二章からの抜粋である。ここでは、リトアニアからの移民、ユルギス・ルドクスと彼の婚約者を含む一行のあらゆる感覚を通して、長い旅路の果てにたどり着いた「約束の土地」シカゴの食肉加工業地域、ストックヤード（The Union Stock Yard and Transit Company of Chicago）の現実が容赦なく「暴露」されている。主人公のユルギスらがさらに驚愕したのは、ストックヤードの裏手にようやく確保できた、二交代制で働く労働者のための不衛生極まりない木造アパートの一部屋と、一帯に広がる殺風景で薄汚れ、「ゴミ捨て場」が隣接するために強烈な汚臭・悪臭が漂う労働者の居住地区を目の当たりにしたときだった。木造家屋が点在する殺風景な空き地には、薄汚れた黄色の雑草が生い茂っていて、そこには無数のトマトの空き缶と、無数の子供たちが遊びまわる不気味なほどの喧騒があった[2]。それでもこの日、新聞を読むことのない新参者たちにとって、夕日に照らし出されたストックヤードの風景は、「人間のエネルギー、生産されているモノ、何千何万という人間のための仕事、機会と自由、

[1] アプトン・シンクレア（大井浩二訳）（亀井俊介・巽孝之監修）『アメリカ古典大衆小説コレクション５　ジャングル』松柏社、2009年、38－39頁。
[2] 同上、43頁。

生命と愛情と歓喜を語り続ける夢」[3]であった。

周知のとおり、『ジャングル』は20世紀初頭のアメリカにおいて食肉加工会社あるいは食肉トラストの不正と偽装と腐敗を極めて具体的に暴きだし、当時流行していたマックレーキング運動と連動した暴露小説の典型とされる著作である。だが、この作品に描かれた食肉加工会社の衛生状態が話題になる（同書出版後半年も経たずして、食肉検査法（Meat Inspection Act）と純良食品・薬品法（Pure Food and Drugs Act）が議会を通過する）ばかりで、シンクレアが綿密に調査したユルギスに代表される賃金労働者の就労状態が、当時の読者――主に都市中産階級――の関心を引くことはなかった。この作品が、単行本化の前年、社会主義新聞『理性への訴え（Appeal to Reason）』に掲載されていたことと、ユルギスを最終的に社会主義者として生まれ変わらせる設定――社会主義啓蒙書としての本書の側面――との連関が省みられることはほとんどなかったのである。「私は大衆の心臓を狙っていたのに、その胃袋を打ち抜く結果になってしまった」というシンクレア自身の言葉は、そうした事態の展開に彼が強い不満を抱いていたことを示している[4]。若干28歳のシンクレアが社会主義をアメリカの抱える問題の「解決策」と考えるに至ったのは、何よりも『ジャングル』に、人間を動物的なレヴェルにまで貶めるような過酷な労働条件を強いる資本主義の弊害を見たからに他ならない。

本論文が着目するソール・アリンスキー（Saul D. Alinsky, 1907-1972）によるコミュニティの組織化運動は、1939年、まさにここ『ジャングル』の住民の組織化をもって嚆矢とする。アリンスキーは、「ストックヤードの裏手」に位置し、バックオブザヤーズ（Back of the Yards）と呼ばれた[5]この東欧系移民居住地域の貧困、青少年非行、住宅難、失業といっ

[3] 同上、45頁。

[4] シンクレア『ジャングル』、553-556頁。

[5] サウスサイド食肉加工業地域は、19世紀後半から合衆国に流入する都市の食肉不足を背景に成立した。伝統的に畜肉を主食とする欧米にあっては、その円滑で潤沢な供給ルートの確保は生活史を通じて最重要課題の一つであったが、この時期、フロンティアラインの西進によって一大畜産地帯となったミシシッピ河以西と東部との間の食肉流通における格差が拡大していた。こうした産業

た一連の問題に取り組むため、1939年、バックオブザヤーズ近隣協議会（the Back of the Yards Neighborhood Council: BYNC）を組織し、地域住民の組織化をはじめることになる。彼は、1939年から1972年に没するまでの間、少なくとも10都市で11の組織化を手がけたとされるが、BYNCは、当時のジャーナリズムによって「民主主義の奇跡（the miracle of democracy）」[6]と論評され、アリンスキーの名を全国に知らしめた最初の功績となった。以後、この運動は、「コミュニティ・オーガナイジング（Community Organizing）」としてアリンスキー死後も現在までアメリカ各地で地道に続けられ、アリンスキーはその「父祖」として明確に位置づけられている。

アリンスキーが活動を開始した1930年代という時代の特質を考えると、彼がこの時期に地域コミュニティの組織化を独自に確立したこと自体、実は興味深い事象である。アメリカの1930年代は、知識人のみならずアメリカ社会全体が大きく左傾化し修正資本主義体制の安定化が図られるとともに、それまでの州、地方政府中心の分散的な政治システムから、連邦政府の積極的な介入に基づく均質的な福祉国家システムへの切り替えが起こった時期であった。時のローズヴェルト（Franklin D. Roosevelt）政権下で大恐慌という未曾有の経済的惨事への対応策として成立した全国産業復興法（National Industrial Recovery Act）や全国労働関係法（National Labor Relations Act）は、アメリカ史上初めて労働者の団結権・団体交渉権を法的に承認するものであり、これによりア

と流通の過渡期に、全国的な鉄道網の整備と食肉輸送技術の革新があり、大規模産業としての精肉業に目を付けた東部企業家が登場した。かかる条件の下、ミシガン湖の水利を生かした精肉都市シカゴが発展していった。（松田裕之『労働者文化の胎動――精肉都市の光と影』清風堂書店、1999年、18－27頁。）精肉業の中心となったのは、都心から離れ、それでいて鉄道の便もよいシカゴ市南の郊外を干拓して作られたユニオンストックヤードであった。このストックヤードの裏側に位置する東欧移民居住区が、バックオブザヤーズと呼ばれたのである。

[6] Herb Graffis,"micacle of democracy", *Chicago Daily Times*, undated reprint, IAF. cited in Sanford D. Horwitt, *Let Them Call Me Rebel: Saul Alinsky , his Life and Legacy* (New York: Vintage Books, 1989), p.102.

メリカの労働運動は次第に活発化していくことになった。とりわけ、増大しつつあった大量生産工業その他の未組織労働者の組織化を求めて1936年にアメリカ労働総同盟（American Federation of Labor: AFL）から事実上脱退した産業別組合組織（Congress of Industrial Organizations: CIO）は、以降、AFL に対抗する独立の組織として各組合の支持を集めて発展･拡大し､労働組合として積極的に政治活動に参加することになる。

こうした一連のニューディール政策の展開においては反発も生まれた。特に、景気がある程度回復し危機が相対的に解消した34年の中間選挙のあたりから、非常時対策としてのニューディールへの批判勢力と、景気回復は十分ではないとして不況からの完全なる脱却を求めるいわゆるデマゴギーが顕在化する。政権の外では、財政界の保守派が「アメリカ自由連盟（American Liberty League）」を結成し、ニューディールが憲法を侵害し独裁をもたらすと非難し始めた。他方で、32年にルイジアナ州知事から州選出の上院議員になったヒューイ・ロング（Huey P. Long）による「富の再配分」運動に見られるような、大衆的・急進的な第三党構想がローズヴェルトないし民主党にとっての脅威となっていたのである[7]。なお､『ジャングル』の著者であるシンクレアもこうしたデマゴーグの一人に含まれる。彼は、1934年に失業中の労働者のための協同組合システムと税改革を掲げた貧困撲滅運動（End Poverty in California）を組織し、カリフォルニア州知事選挙に立候補した[8]。そして、このときシンクレアを破ったのが、同じく34年にカリフォルニアで発足した「タウンゼント・プラン（Townsend Plan）」と呼ばれる老齢年金プランを支持する共和党の候補者であった。カリフォルニアの一介の医師が思いついたこの老齢年金案は、60歳以上のすべてのアメリカ人に月200ドルを支給するという非現実的な案にもかかわらず、若者に比べて経済的な不

[7] ヒューイ･ロングの運動とニューディールの関係に関しては、斎藤眞「ヒューイ・ロングとニューディール政治――大衆民主政下の政治力学」東京大学社会科学研究所編『運動と抵抗　中』東京大学出版会、1980年を参照。

[8] Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Politics of Upheaval: The Age of Roosevelt* (Boston: Houghton Mifflin, 1960), pp.109-124 ; Upton Sinclair, *Epic Answers: how to end poverty in California* (California: End Poverty League, 1934).

安の大きい高齢者の熱狂的な支持を集め、運動は反ローズヴェルトを前面に掲げて組織を拡大させた。あるいは、1935年には、もとより既存の第三党であるアメリカ共産党が1930年に設立した「全国失業者会議（National Council of the Unemployed）」を母体とする「アメリカ労働者同盟（Workers Alliance of America）」が結成された。これは、若く健康な「働ける」失業者が主体となって、シット・インやデモ行進を行なうなど、かなりラディカルな運動を展開した[9]。

だが、ニューディールの「行き詰まり」状況に現れたこうした様々な撹乱分子は、結局のところ35年４月から８月にかけてのニューディールの急速な「左旋回」に回収・利用され消滅した。そして、35年の（老齢年金制度を含む）社会保障法（Social Security Act）の成立と36年の大統領選挙をもって名実ともにいわゆる「ニューディール連合（New Deal Coalition）」が確立する。以降、原則的にニューディールの擁護者として労働者やその他大衆の利益のために政治力を用いる立場をとる労働組合が、ニューディール連合の有力な一翼となっていった。むろん、それは実際の人々の生活の安定を意味するものではない。1938年の完全失業者数は1000万の大台に達し、結局のところ第二次世界大戦の開始まで人々の生活が恐慌前の水準に戻ることはなかった。

アリンスキーは、こうした経済的危機に端を発する民衆の不満の高まりと政治社会構造の変動期に、あえて非イデオロギーとマルチ・イシューを基盤とした「ラディカル」な「コミュニティ」組織の形成に着手した。彼は、共産党の活動やバックオブザヤーズにおけるCIOの全国化キャンペーンを通して政治運動に関心を寄せつつも、社会学的な視座から「経済的・社会的に周辺化された地域」における住民の「エンパワメント（empowerment）」を行い、コミュニティ「組織」を既存権力との対抗関係におくことで、社会におけるパワー不均衡の是正を試みた。したがって、実のところアリンスキーのこうした「地域」組織化活動とより理論的・

[9] 労働者同盟については、たとえば、Brian Glick, "The Thirties: Organizing the Unemployed," *Liberation* (Sep/Oct, 1967), pp.12-13 ; David A. Shannon ed., *The Great Depression* (New Jersey: Prentice Hall Spectrum Books, 1960). なお、労働者同盟は、1939年、アメリカ共産党の命運とともに消滅した。

実践的な親和性を有していたのは、当時シカゴにおいて活発に行われていた社会改革主義者らによるセツルメント（慈善）活動及びそれを源流とするソーシャル・ワークであった。

大恐慌が膨大な貧困者を生んでいた当時、慈善という私的活動を超えた公的援助の必要性を訴え始めたソーシャル・ワーカーらの間では、20年代に精神医学に偏って専門化されつつあったソーシャル・ワークの役割を本来の社会改良的運動（「ソーシャル・アクション（social action）」と呼ばれる）に回帰させようとする動きと、ニューディール下において唯一、貧困者の窮状を理解する専門領域としてのソーシャル・ワークの機能を重視する動きに分かれていた。結局のところ、ソーシャル・ワークは後者の道を選び、大恐慌後10年の間に2倍の数に増大したソーシャル・ワーカーは、ニューディールの社会福祉政策において重要な役割を果たすことになる[10]。そして後年、この時期のアリンスキーによる組織化は、その対象とアプローチ手法に鑑みてソーシャル・ワークの領域における「ソーシャル・アクション」に位置づけられることになった。

ところが、後に見るように、アリンスキー自身はシカゴ大学社会学部で修士号を取得しているものの、一貫して当時のソーシャル・ワークの実践には否定的な立場をとり、ソーシャル・ワークと自身の活動とを明確且つ決定的に区別していた。そして彼は、組織化の実践においてむしろCIOの組織化手法を踏襲し、その理念的側面においては建国期にまで遡る独自の「組織化」哲学を展開したのだった。重要なのは、アリンスキー自身が、徹底して同時代のどの「運動」にも依拠せず、地域コミュニティ住民の組織化とその「民主的意義」を固く信じ、運動の拡大を目指して組織化を実践し続けたことである。

なぜ、アリンスキーはそれほどまでに地域「コミュニティ」に拘り、「組織化」をいかなる党派的な政治運動、社会改革運動や社会事業にも拠らずに成し遂げる必要があったのだろうか。アメリカ史において「赤の時代」と呼ばれる1930年代、あるいは失業や貧困といった「私的」な問題が「公的」な問題として承認されるとともに、（逆説的にせよ）革新的・

[10] Walter I.Trattner, *From Poor Law to Welfare State: A History of Social Welfare in America* (New York: The Free Press, 1999), pp.273-297.

急進的動きの体制内化が進捗していったこの時期、貧困「地域」を主体とした運動を打ち立て、党派に拠らず持続的に活動していくこと自体、運動として「周辺」の宿命を逃れられないことは明白だった。同様にいずれ「周辺化」される宿命にあったとしても、当時のCIO内部では共産党や社会党関係者が活発に活動し、各地でラディカルな組織化が試みられていたし、「貧困者の救済」を重視するのであれば社会学的なアプローチを通じてソーシャル・ワークの内側から代替的な実践枠組みを投げかける方法も可能だった。しかし、彼は当初からそれらのどれにも与することはなく、むしろバックオブザヤーズに入り込むあらゆる「動員」や「慈善」、「社会改革」の要素を徹底して批判する立場をとった。いったい、ここでの「組織化」が追求する「民主的意義」とは何なのだろうか。アリンスキーは、1930年代のシカゴの労働者コミュニティにいかなる問題を見出し、何をもって、「コミュニティ」を出発点とした「民主化」運動の論拠としたのか。

本論文は、1939年から72年までのアリンスキーによる組織化運動の思想的特質を明らかにし、アメリカにおける「コミュニティ・オーガナイジング」運動の本質と意義を提示するものである。それは、2008年のアメリカ大統領選挙においてバラク・オバマ（Barak H. Obama）の「過去の経歴」[11]として大々的に周知されることになった「コミュニティ・オーガナイジング」――我々日本人はもとより、アメリカ人ですら、この運動について知る人は少なかった――の現代的展開や政治的可能性にまで踏み込むものではないが、本論における議論は、20世紀アメリカにおいて「周辺的」であり続けた地域組織化「運動」の歴史的・思想的意義を明らかにするとともに、間接的にせよ、民主主義と「運動」の新たな関係性をも示唆することになろう。

先行研究の整理

すでに述べたように、アリンスキーによる組織化は、近年まで主にソー

[11] オバマは、ハーヴァード・ロー・スクール入学前の３年間、シカゴのサウスサイドでコミュニティ・オーガナイザー（community organizer）として活動していた。

シャル・ワークの領域において「ソーシャル・アクション」の実践としてアプローチされてきたが、ソーシャル・ワークによる位置づけとアリンスキーがとった立場には「ずれ」があった。加えて、アリンスキーによる組織化は、外部に敵を設定し、過激なレトリックを用いて住民を直接行動に駆り立てるという戦術を活用したため、様々な方面から論争や批判を惹起した。したがって、ソーシャル・ワークの理論と実践においてもアリンスキー的「ソーシャル・アクション」からの批判的脱却を前提とする立場が支配的であった。

しかしながら、60年代以降、人種問題とそれに由来する貧困の問題が浮上し、アリンスキーが手がけた組織がより広範な文脈で評価されるようになると、ソーシャル・ワークの領域では再び「ソーシャル・アクション」への回帰と再定義の必要性が議論されるようになり、アリンスキーは「ソーシャル・アクション」の提唱者として明確に位置づけられ再評価の対象となった。また、80年代以降はアリンスキーによる組織化の独自性を重視した「活動史」や回顧録も出版されるようになり、歴史研究からのアプローチもなされている。

以下では、まずソーシャル・ワークの領域におけるアリンスキーの位置づけ及び歴史学、活動史を含めたアリンスキー研究の到達点を明らかにし、それらのアプローチから提示された問題を整理したうえで、研究史における本論文の位置づけを明らかにする。

ソーシャル・ワークにおけるアリンスキーの位置づけ

「コミュニティ」いうタームは、それ自体非常に多義的である。一般に「コミュニティ」という場合、空間的・地理的単位のみを意味するわけではない。そこには、エスニシティや性的志向、職業、あるいは特定のイシューなど、共通の利害関心や特徴に基づく非地理的コミュニティも含まれる。したがって、「コミュニティ・オーガナイジング」に関する研究においては、現在までコミュニティ組織の形態・ネットワーク基盤の多様性に配慮した、より多角的な組織モデルが提唱され、非地理的なコミュニティにも適用できる概念が模索されている[12]。つまり、「コ

[12] たとえば、Felix G. Rivera & J.L.Erlich, ed., *Community Organizing in a Diverse*

ミュニティ・オーガナイジング」の活動を論じる者には、まずもってその「範囲」と「対象」の明確化と限定が求められるわけである。この点について、本論文はアリンスキーによる「コミュニティ・オーガナイジング」の実践対象が一貫して空間的「コミュニティ」に限定されていることを踏まえ、基本的には「コミュニティ」というとき、それは一定の地理的居住領域を指している。

また、「オーガナイジング」を実践するに当たっても、その目的および採用されるメソッドは多様であり、多くの研究者が類型化を試みているが、1980年代にロスマン（Jack Rothman）によって提唱された三類型が最もよく知られ、批判的にせよ引証されている。ロスマンによれば、コミュニティの組織化は、「ソーシャル・アクション」、「社会計画（social planning）」、「地域開発（locality development）」に分類される[13]。その中で「ソーシャル・アクション」アプローチは、外部の専門家が、正当な権利を剥奪された状態にあるコミュニティメンバーに現状への不満を認識させ、コミュニティ全体のアイデンティティを確立し、獲得可能な目標と非暴力的な対抗戦略の構築を支援することで、社会におけるパワーの不均衡を是正しようとするものである。そして、かかるアプローチの派生は、理論的というよりもむしろ歴史的な文脈に即しているといってよい。

既述のとおり、ソーシャル・ワークが社会改革的アプローチを積極的に位置づけ始めたのは、1930年代である。この時期、ニューディール政策の一環として社会福祉事業が急激に増加し、問題を個別に解決し社会的安定に資する専門家の諸技術及び方法論としてのソーシャル・アクションが発展・重要視された。ただし、第二次世界大戦前のソーシャル・ワークにおいては、ソーシャル・アクションの必要性は認識されつつも、それをソーシャル・ワークの内部に位置づけるかどうかについては意見の一致を見ていなかった。

Society (Massachusetts: Allyn&Bacon, 2002).

[13] Jack Rothman, "Three Models of Community Organization Practice: Their Mixing and Phasing," Fred M. Cox eds., *Strategies of Community Organization* (Itasca: Illinois, P.E. Peacock, 1979).

アリンスキーの立場は、一貫してかかるソーシャル・ワークの実践に批判的であり、組織化過程においてもソーシャル・ワーカーら外部の専門家を一切排除することに拘った。後述するように、アリンスキーの組織化哲学が依拠する原則の一つは、住民の主体的参加及び自己決定の重視である。地域の組織化を支援するのはソーシャル・ワーカーではなく「オーガナイザー（organizer）」であり、彼は住民に対して専門的助言ではなく意思疎通のチャネルを与える。オーガナイザーもまた「育成」される対象であるが、学問的なディシプリンではなく地域内の人間関係・利害関係を調整し、共通の問題をイシューに転換する場の形成方法を学ぶ。つまりアリンスキーによる組織化は、「専門家」―「クライアント」というパターナリスティックな要素の払拭という点でソーシャル・アクションのアプローチとも相容れない。簡潔にいえば、アリンスキーによる組織化は、アメリカにおけるソーシャル・ワークが国家主導の社会政策における不可欠な機能となっていくその過渡期に、ソーシャル・ワークとは独立した枠組みによって確立されたのである[14]。

一方で、「コミュニティ」には歴史的な概念としての側面も存在する。とりわけアメリカにおいては、「コミュニティ」という言葉には、（植民地時代の自給自足的共同体に行き着くほど）過去への郷愁的響きがこめられている。ピューリタンのアメリカ移住は理想的コミュニティ建設の青写真を伴った壮大なプロジェクトだったのであり、新たな共同体は、過去を捨て、集団で未知の領域に向けて再出発するという、すぐれてアメリカ的な営みを連想させるものとなった。むろん、こうした共同体の形成は辺境の住民にとっての生存の条件でもあったのであり、共同体の利益はアメリカ人が理想とする自律的個人の利益と衝突するのだが、彼らの意識の中で個人と共同体は必ずしも根本的に矛盾するものではない。すなわち、個人の価値を最大限に評価し、政府の介入を最小限に抑えようとする個人主義の伝統は、市民と国家の間の中間的組織として、

[14] 日本におけるソーシャル・ワークとアリンスキーの関係についての近年のまとまった論評として、以下を参照。渡邊かおり「アリンスキーによる地域組織化活動――ソーシャルワークにおけるその評価の変遷」人間社会環境研究、第19号（2010年３月）。

様々な自発的コミュニティを生み出してきた。19世紀にアメリカを観察したアレクシス・ド・トクヴィル（Alexis de Tocqueville）は、アメリカ人を描写するのに「個人主義（individualism）」という造語を当てたばかりでなく、仲間や近隣者同士が自発的に組織した活動が個人を孤立化と無力化から救う安全弁の役割を果たしていることを指摘したのである。

こうした歴史性を踏まえ、ソーシャル・ワークの分野において、「公共的領域」としての「近隣（neighborhood）」の役割を重要視する代表的な研究者であるロバート・フィッシャー（Robert Fisher）は、「近隣（コミュニティ）組織」そのものが元来含み持つ保守性を認識しつつ、それを単に価値や目的、活動を共有する領域的空間として現状維持のみにコミットする共同体と見なすのではなく、デュルケムがいうように国家権力に挑戦し、それを制限しうる非権力者によって組織されたプログレッシヴな「媒介組織（mediating institutions）」と見なし、マクロなシステムと社会内対立構造との関わりにおいて、近隣（コミュニティ）組織への歴史的接近を試みてきた[15]。そして、近隣組織運動は、19世紀後半以降、革新主義者からイギリスを発祥とするセツルメント運動の唱道者たるセツルメント・ワーカー、さらには産業労働者を中核とするラディカルな近隣組織運動を担う活動家、そして戦後の「保守的」住民による近隣運動から60年代以降の「革新」的近隣運動へと、その担い手や対象を変化させつつ発展してきたという。

フィッシャーの見方によれば、本論文が対象とするソール・アリンスキーによる組織化は、1929年から46年までの「ラディカルな近隣組織化（運動）」群の主要な一部、と位置づけられている。彼は、いわゆる「アリンスキー・オーガナイジング」を、非経済的な価値のもとに近隣住民たちを結集させる点で、今日の「コミュニティ・オーガナイジング」の理念的・戦略的原型と位置づけつつも、アメリカにおける「古い」運動（経済運動としての労働運動）と「新しい」運動（権利運動としての公民権運

[15] Robert Fisher and Peter Romanofsky, *Community Organization for Urban Social Change: A Historical Perspective* (Connecticut: Green Wood Press, 1981); Robert Fisher and Howard Jacob Karger, *Social Work and Community in a Private World: Getting Out in Public* (New York: Longman, 1997).

動）の過渡期に現れたものであり、アリンスキー・モデルの修正・更新を経て発展してきた「コミュニティ・オーガナイジング」の歴史的文脈においては、むしろそれは批判的に省みられるべき「過去」であると考えている[16]。

たしかに、歴史的に見てもアリンスキーによる組織化は、その「ラディカル」性ゆえに常に論争を喚起し、体制側から批判の対象とされてきた。すなわち、アリンスキーにとって組織は住民による住民のための「権力（power）」の源泉であり、それは周辺化されたコミュニティを規定する外部権力との「対抗」において主体的に獲得されるものであった。彼は組織化のプロセスや原理において過激なレトリックを用いて貧困地域の外部に「敵」を設定し、住民を直接行動や示威行動に駆り立てて地域利益の実現を図るという手法をとった。その戦術は時に過激で、運動の目的に先立って正当化されたが、アリンスキーはその手法の正当化論理となるイデオロギーを一貫して拒否したわけである。したがってアリンスキーは生涯、「扇動者」のレッテルから免れることはなかった。彼は2冊の代表的な著書『ラディカルの覚醒（Reveille for Radicals）』、『ラディカルの教則（Rules for Radicals）』を執筆しているが、特に『ラディカルの覚醒』出版当初は、当時のリベラル派知識人から、レトリックに偏り、組織化理論としての体系がないと痛烈に批判されている[17]。つまり、アリンスキーによる組織化は、当初、学問的考察対象になりえない、扇動的アマチュアの実践とされたのである。

だが、アリンスキーによる地域住民の組織化は独自の成果を挙げ、60年代に「黄金期」を迎える。そして同時期、実践面では貧困の問題の浮上とともに、ソーシャル・ワークの実践における社会改革的視点の必要性が認識され、理論面ではアリンスキーによる組織化が「ソーシャル・アクション」モデルの代表例として類型化されるに至ったのである[18]。貧

[16] Robert Fisher, *Let the People Decide: Neighborhood Organizing in America* (New York: Twayne Publishers, 1994).

[17] たとえば、Hrace R. Crayton, “Awake to What?” *The New Republic*, January 21, 1946, pp.97-98.

[18] Rothman, “Three Models of Community Organization Practice.”

困問題や青少年問題に対処する社会計画としての「コミュニティ・オーガニゼーション（community organization）」が誕生したのもこの時期である[19]。だが、アリンスキーは、この間もソーシャル・ワークと距離をとった組織化形態を貫き、「貧困戦争」の一環としての制度的アプローチを批判した。すなわち、「コミュニティ・オーガナイジング」の「父祖」たるアリンスキーの組織化は、一方でソーシャル・ワークの実践とは一線を画す理念に立脚し展開しながら、他方でソーシャル・ワークの理論化過程で再評価されてきたのである。今日では、全米ソーシャル・ワーカー協会の出版する辞典において、アリンスキーは「コミュニティ・オーガナイザー」として掲載されるなど、ソーシャル・ワークにおいてもアリンスキーの果たした役割は広く認識されるようになっている[20]。

アリンスキー研究の到達点

かくして、論争的ではありながらも60年代以降に本格化するアリンスキーを対象とした先行研究は、「ソーシャル・アクション」モデルとしてのアリンスキーによる組織化――「コミュニティの組織化」はソーシャル・ワーク事業を含めて多岐にわたる分節化を経ているため、アリンスキーは組織化の「父祖」であってもその系統組織は「アリンスキー組織」として独立的に論じられる――を、参与観察を含めて「組織」として外部から「観察」して評価するか、「運動」として歴史的に位置づけた上で評価するか、あるいは、カリスマ的魅力を持つ活動家としてのアリンスキーのパーソナル・ヒストリーの中で叙述的に評価するか、に分けられる。

60年代、「運動」の実質的結果と効果を重視するアカデミズムにおいては、アリンスキーが手がけた組織が軒並み苦難と挫折に苛まれ、短命に終わったこともあり、アリンスキーによる組織化「運動」は研究対象に値しないという見方が根強くあった[21]。だが、70年代以降、主に博士

[19] Ralph M.Kramer and Harry Specht eds., *Reading in Community Organization Practice* (New Jersey: Prentice-Hall, 1969).

[20] 渡邊、46頁。

[21] たとえば、Robert Pruger and Harry Specht, "Assessing Theoretical Models of Community Organization Practice: Alinsky as a Case in Point", *Social*

論文の研究対象としてアリンスキーによる「組織」が学問的な興味を引くようになる。アリンスキーに関わる学術論文においてよく引用されるものを挙げれば、ロバート・ベイリー・ジュニア（Robert Bailey Jr.）とジョアン・ランコート（Joan E. Lancourt）は、いずれもアリンスキーや彼によって教育を受けた活動家らによる組織をケース・スタディとして扱い、従来看過されてきた「アリンスキー・モデル」の社会学的分析・評価を試みている。

ブランダイズ大学ソーシャル・ワーク大学院に提出された博士論文を元にしたランコートの著作は、1960年代に形成された８つの「アリンスキー組織（Alinsky Organization）」を抽出し、質的な評価をするための枠組みと、組織が行った活動の詳細およびそれによる物質的所産の検討を組み合わせる手法により、従来レトリックと論争的戦術による偏向的対抗戦略として批判されていた「アリンスキー組織」の対抗戦略の「多様性」、すなわち「対抗的」戦略と「協同的」戦略の選択的な利用の様態を明らかにするとともに、「アリンスキー組織」の特徴として、組織形成の「プロセス」を重視する点を挙げている。実際にランコートが行ったインタヴューにおいてオーガナイザーたちは、自らの基本的役割は「問題の解決」にではなく「組織すること」にあると断言した。組織の「目的」が、一貫した抵抗戦術に基づく「問題の解決」でない以上、「評価」は社会的正義や平等の希求との関係の中でなされるべきであるというのがランコートの主張であり、彼女は人々の「参加」のレヴェルの高さや、組織の民主的構造の確立とその継承といった客観的事実から、「アリンスキー組織」に組織としての一定の歴史的意義を認めている[22]。

60年代後半に「アリンスキー組織」たるシカゴの「オースティン改善組織（Organization for Better Austin）」において参与観察を行ったベイリー・ジュニアもまた、一般に組織への参加率が低いとされている「持たざるもの」の参加と動員がいかにして可能となるのか、との問題意識

Services Review, Vol. 43, No.2, June, 1969, p.134 ; Frank Riessman, “The Myth of Saul Alinsky,” *Dissent*, Vol.14, No.4, July-August, 1967, pp.473-475.

[22] Joan E. Lancourt, *Confront or Concede: The Alinsky Citizen-Action Organizations* (Massachusetts: Lexington Books, 1979).

から、「アリンスキー組織」独自の動員手法の詳細を明らかにし、かかる組織的動員が可能となる外的条件と、「アリンスキー組織」の限界を提示したうえで、可視的な変化以上に、動員過程において達成される不可視的な変化が、対象地域の孤立化の克服に寄与したと評価した[23]。ランコートもベイリー・ジュニアもともに、「アリンスキー組織」は都市における「基本的」かつ「決定的な」変化をもたらさないという批判は認めたうえで、アリンスキーによる組織化が、対象地域における生活改善や意識改善を「いかにして」達成したかに焦点を当て、部分的にそれを評価するものである。

これらが、いわば組織論・戦術論に傾斜しているのに対して、76年に書かれたマイケル・コノリー（Michael P. Connolly）の博士論文は、アリンスキーによる「組織化」活動を、より歴史的・思想的な視点で捉えている。彼は、アリンスキーによる組織化の実践を、20世紀初期から70年代までのアリンスキー自身の「個人史」と「組織化理念」の変容を軸に、年代別（初期：1909 ～ 1925　若年期：1926 ～ 1946　中期：1947 ～ 1959　後期：1960 ～ 1972）に検証し、アリンスキーによる組織化理念の確立と彼自身が抱えた理念的矛盾、そしてその修正が、いかなる歴史的制約の下で行われたのかを明らかにしている[24]。

さらに、21世紀に入ると、アリンスキーによる組織化の手法と戦略は、ソーシャル・ワークの領域にとどまらず、戦後の人種問題の複層化を歴史的に扱う研究においても対象とされている。たとえばマーク・サントゥ（Mark E. Santow）は歴史学の立場から、戦後アメリカの都市問題へのアプローチのひとつとしてアリンスキーによる組織化をとりあげ、アリンスキーによる地域コミュニティを基礎とした組織化が、国家による公共政策と絡み合って複雑化する「都市」問題の解決には明らかに「限定的」あるいは無力であることを論証しつつも、アリンスキーによる組織化の

[23] Robert Bailey, Jr. *Radicals in Urban Politics: The Alinsky Approach* (Chicago: The University of Chicago Press, 1974).

[24] Michael Patrick Connolly, "An Historical Study of Change in Saul Alinsky's Community Organization Practice and Theory 1939-1972," (University of Minnesota, Ph.D. Dissertation, 1976).

成功と挫折のプロセスは、それ自体、今日の都市問題が抱えるディレンマを明確に示しているととらえ、戦後のアメリカ都市社会史におけるアリンスキーの今日的意義を認めている[25]。

また、80年代以降においては、アリンスキー「回顧録」が多く出されている。ディヴィッド・フィンクス（David Finks）の網羅的な著作[26]にはじまり、スタンフォード・ホーウィット（Stanford D. Horwitt）はアリンスキーの個人書簡や当時の新聞記事を活用し、その生い立ちをも踏まえた丹念な「アリンスキー史」[27]を記し、さらには近年、アリンスキーによって教育を受け、のちに彼の右腕となって組織化に従事したニコラス・ホフマン（Nicholas von Hoffman）が回顧的著作[28]を上梓している。これらは、詳細な記述として貴重なものではあるが、あくまでもアリンスキーのバイオグラフィ的側面が強い。ただし、87年には社会運動研究の増補版として社会学者のドナルド・レイチェ（Donald C. Reitzes）らによる「アリンスキー論」が出版されている。これは、主として都市社会学におけるアリンスキー「再考」であり、シカゴ学派とアリンスキー哲学の関係が明らかにされ、社会学の領域におけるアリンスキー「再評価」の書となっている[29]。

翻って日本においては、1972年にアリンスキーの著書が『市民運動の組織論』として翻訳・出版されたのを最後に、彼の功績を扱った研究はほとんど存在しない（日本語翻訳は46年の著書『ラディカルの覚醒』である）。その理由としては、『市民運動の組織論』の翻訳者である長沼秀世が同書の「解説」で説明しているように、アリンスキーの思想中の「参加民主主義」論や「ラディカル」論に鑑みれば、彼がニューレフト思想

---

[25] Mark E. Santow, “Saul Alinsky and the Dilemmas of Race in the Post-War City” (University of Pennsylvania, Ph.D.Dissertation, 2000).

[26] David Finks, *The Radical Vision of Saul Alinsky* (New York: Paulist Press, 1984).

[27] Stanford D. Horwitt, *Let Them Call Me Rebel*.

[28] Nicholas von Hoffman, *Radical: A Portrait of Saul Alinsky* (NewYork: Nation Books, 2010).

[29] Donald C. Reitzes and Dietrich C. Reitzes, *The Alinsky Legacy: Alive and Kicking* (Connecticut: JAI Press Inc., 1987).

の一面の先駆者であるとはいえるものの、「彼の民衆組織論、未来社会論は体系的展望に乏しいという欠陥がある」ことが大きいであろう。たとえば、アリンスキーは徹底的に反組合的ともいえるほど労働組合を批判する姿勢を示す一方で、労組の大衆動員的側面を認めざるを得ず、最終的に労組を組織化の重要な要素と認めるに至っている。さらに、実践面においては大資本と戦いながら、思想面においては労使協調論をとるという矛盾も容易に見出される。著書の第二版では、アリンスキー自身が労使協調に関わる部分を削除している事実から、アリンスキーが想定する労使協調論における資本家は、地域社会における中小企業及びその経営者ではないかと推測されるものの、いずれにしても、長沼の評価によれば、アリンスキー自身は、ここで具体的な組織作りの方法を述べているのであり、体系的な組織論の構築が目的ではない。『市民運動の組織論』のメリットは、「理論的な組織論にあるのではなく、実践的エピソードに基づいた組織作りの方法にある」[30]のである。

以上のようなアリンスキーに関する先行研究には、二つの問題がある。

第一に、「運動」が「組織化」を経由する以上、戦術的・戦略的分析に重心を置けば、運動の目的合理性のみが追求され、運動が依拠しているはずの思想的側面が軽視されることになる。ベイリー・ジュニアやランコートの研究は、組織「戦術」に重点を置くか、組織「形態」に重点を置くかという違いはあるものの、アリンスキー「組織」がいかなる「哲学」のもとで形成され、組織者たるアリンスキーの「意図」と組織が採用する戦術や形態との間にいかなる関係があるのか、あるいは他の「運動」や「組織」といかなる関係にあるのか、という問題にいずれも答えるものとはなっていない。ランコートは、アリンスキー「組織」のあり方を社会正義や平等を追求する「民主主義」の一形態とみなした上で、その「限界」を提示しているが、そもそもアリンスキーがいかなる「民主主義」的思想を有し、いかなる社会正義を展望したのかについては重要視していない。これに対して、アリンスキーの思想形成に至る契機や、その世界観の醸成、そしてアリンスキー自身が抱えた理念的葛藤を歴史的に考察したコノリーの研究は、「思想」としてのアリンスキー「哲学」の本質

[30] アリンスキー（長沼秀世訳）『市民運動の組織論』未来社、1972年、365－368頁。

に迫ろうとするもので、本論文が少なからず依拠するものである。だが、その「思想」が特定の場と特定の時代の産物にとどまらない普遍性を有しているかどうかは、「思想」を必要条件とする「運動」にとって生命線ともいうべき問題であるにもかかわらず、コノリーの研究はこの点についての考察が不十分である。彼が博士論文を執筆した70年代という時代的制約を割り引いても、コノリーはアリンスキーの「論争的」要素への反駁に偏り、「民主化」思想としてのアリンスキー「哲学」を、十分に消化しているとは言い難い。レイチェらに関しても、社会学におけるアリンスキーの位置づけを試みた点の他は、主にアリンスキーの死後を含む各「組織」の詳細な記述にとどまるもので、やはりその「哲学」と民主主義の関係に関する深い議論には至っていない。

第二に、運動を歴史の中に位置づけようとすれば、運動の意義は歴史的条件とその他の運動との関係性の中に埋没する。サントゥの研究は、アリンスキー「哲学」を戦後の社会史の観点から再評価することで、アリンスキー「哲学」が人種・居住地・社会的属性の交差性に依拠しつつ、民衆の世界にとっての「撹乱変数」たる権力機構に対抗する民主的主体の構築に寄与したことを明らかにした点で画期的である。しかし、サントゥが指摘する戦後の都市改革の「歪み」にいち早く気づいていたアリンスキーの理念的「限界」と、アリンスキー「哲学」（思想）及び組織化「運動」の歴史的関係は、彼の研究の射程外にとどまる。サントゥの研究は、いわゆる「進歩史観」とは一線を画した新たなアリンスキー評価を呈示した点において高く評価すべきものではあるが、あるべき秩序を模索する「運動」と「思想」との関連性までは十分に捉えきれていない。これらの問題点は、「民主化」そのものの意味を問いうる政治学的検証の必要性を導くものであろう。

本論文の課題

ある「運動」を社会内の出来事の鉱脈から取り出そうとするとき、我々は研究者内の言語習慣の違いをどれほど明確に意識しているだろうか。高畠道敏は、かつて日本語の「運動」という概念がもちえた積極的な意味を、新たな運動論の分析的視座に据えた。

彼によれば、英語やフランス語では、運動―― movement, mouvement

――とは静態に対する動態というニュートラルな「動き」を意味するにすぎず、したがって社会運動や政治運動という表現は、本来的に、静態的な社会制度や政治秩序に変動を引き起こす動態的な要因という問題の立て方を内包するようになる。これに対して日本語で「運動」といったとき、それは、積極的・主体的に体を運び動かすという概念であり、その内包は、英米仏系の社会理論や政治理論が扱う社会変動論及び大衆行動論の文脈ではなく、むしろ人間が、直接、身体を動かして行う行為一般へと拡がっている。実際に、日本語において社会運動や政治運動とは、ヨーロッパ的な意味での大衆運動だけでなく、選挙「運動」、交通安全「運動」、就職「運動」、市民「運動」など、個人や少数者が行うさまざまな運動を含めていうことができるのである[31]。

高畠は、運動についての政治理論、とりわけ現代の欧米系の諸理論が、「一方では研究者の価値観によって架橋しがたく分裂しており、他方ではその焦点が社会変動要因となる集団行動として運動にあらわされているために、社会内の日常的な政治運動についての諸考察と無関係におかれている」[32]という当時の状況を鋭く問題視し、この間のギャップを埋める手がかりとして、日本語における、人間が直接身体を動かして行う行為一般への広がりをもつ「運動」の概念の積極的な役割を模索する。

こうした高畠の問題意識は、60年代から70年代に噴出した住民運動や市民運動の特質が、それまでの「非制度的」「非日常的」な現象分析理論としての運動論では捉えきれないことを前提としていた。70年代の日本を含めた高度組織化社会においては、「運動」が、一方で組織として固化し、あるいは権力の一部に転化した労働組合や革新政党に対抗する運動という側面を持ち、他方で、「非日常的」な大衆運動がイデオロギーや利益分配による権力統制の下部機関として容易に組み込まれていく移行期にあった。こうした中で、従来の運動論は現代社会内部の権力と支配という政治的文脈に即応しえず、運動自体が現在の社会の中で日常的支配や社会統制の装置に転化するという種類の問題は置き去られてい

[31] 高畠通敏「運動の政治学」日本政治学会編『年報政治学』岩波書店、1977年、25－26頁。
[32] 同上、同頁。

た。その意味で、高畠は運動の現代的諸特質を踏まえた新たな運動論の再構成を促したのである[33]。

かかる高畠による「運動の政治学」の特長は、同時代の市民運動や住民運動に現れた民衆の政治参加の高まりを、政治観の修正を要求するものとして捉えた点にある。それは、政治を再び、民衆の努力とわざによってつくりあげる一つの作為、その意味での主体的文化として捉えなおす視点の必要性を示しているのであり、「運動」という問題を内側から、運動への参加者自身が立てた課題をくぐりぬける過程を通して立体的に了解するものである。彼によれば、運動の第一義的な意味は、権力や勢力の行使、あるいは取引といった相互の打算によって実現されるものではなく、民衆が権力者や民衆相互に対して自らの身体を運び動かすことによって他者に影響を与え、目的を達成しようとするときに生まれるものなのである（傍点筆者）[34]。

本論文が考察する「コミュニティ・オーガナイジング運動」は、アリンスキーによって戦術的・理念的原型が確立されて以降、今日までアメリカ各地で「周辺化された」地理的コミュニティのエンパワメント、行政サーヴィスの向上、そして生活改善を実現してきた地道で息の長い「運動」である。したがって、本研究は、当然のことながら、同時代にアメリカにおいて全国的に大きな影響力を持った労働運動や公民権運動、さらには女性運動や環境運動といった「新しい社会運動」を視野のうちに収める。むろん本研究は、70年代後半以降から80年代後半までに、アメリカにおいて社会運動論の新たなアプローチとして台頭してきた「資源動員論（Resource Mobilization Theory）」、および同時期にヨーロッパにおいて社会運動論の分野で広く語られるようになってきた「新しい社会運動（New Social Movements）」論の並列状況に伴う理論動向の転換の検討や、各論におけるモデルの融合・修正過程の分析を立ち入って行うものではない。しかし、運動が「いかにして」成功・持続するのかを問うたうえで、「社会運動」そのものの再理論化を進める近年の社会運

[33] 同上、33頁。
[34] 同上、33－36頁。

動論の動向[35]は、70年代以降の「社会運動の制度化」の進展や「運動の停滞」といった趨勢を射程とする限り、本研究にとっても一定の重要性をもつ。

そもそも「新しい社会運動」とは具体的に何を意味するのかは、必ずしも明確ではない[36]――例えばその「新しさ」は運動の相対的「若さ」というのではなくそれらが「脱産業社会」に固有の紛争、社会関係を指し示す指標としての側面を重視するものである[37]――が、それが運動の主体を労働者からジェンダーや年齢、エスニシティなどの属性に規定し、その争点を自己定義できるアイデンティティの承認それ自体へと移行させたことは明らかである。「新しい社会運動」は、戦後の脱産業社会において、運動が対抗すべき支配の形態を、生産・配分といった領域だけでなく、文化の解釈や価値の定義などへの領域へと移行させ、個人が運動に参加する新たな回路を与えたのである[38]。

しかしながら、多元主義的権力イメージを前提として、「運動」の「制度化」過程を理論化することと、多元主義的主権と社会変動や階級闘争を組み入れた国家との関係把握に努めることは、同一線上にある試みではない。前者においては、グリーンピースのような巨大環境 NGO やドイツの「緑の党」のように圧力団体や政党に近づいていく運動勢力、あるいは集合的アイデンティティの合理性の問題に関心が向けられるのに対し、後者の観点においては、国家―市民社会間の関係と、制度としての「民主主義」の変容こそが検証対象となるのであって、ナショナルな社会運動の発達と統合された国民国家の相互依存的関係は前提とされな

[35] 例えば、シドニー・タロー（大畑裕嗣訳）『社会運動の力――集合行為の比較社会学』彩流社、2005年。

[36] 矢澤修次郎編『講座社会学 15 社会運動』東京大学出版会、2003年、16－17頁。

[37] 伊藤るり「「新しい社会運動」論の諸相と運動の現在」『岩波講座 社会科学の方法 第 VIII 巻 システムと生活世界』岩波書店、1993年、４頁。

[38] 川北稔「新しい社会運動と集合的アイデンティティ――動員過程におけるアイデンティティの諸相」曽良中清司、長谷川公一、町村敬志、樋口直人編『社会運動という公共空間――理論と方法のフロンティア』成文堂、2004年、55－56頁。

い[39]。そこでは、市民社会の変化は偶然の所産ではなく、むしろ社会的・政治的・技術的変化と密接に結合した結果として見なされる。

本論文は、この後者の立場に立った上で、制度化された「運動」と制度化されざる「運動」との「連関」を主題化するというよりも、むしろ国家―個人間の関係を主体的に再構築し、かつ単線的な「制度化」それ自体の意味をも自発的に問い直していくような、「民主化」運動の動態を視覚化するものである。ここでの主たる目的は、上記の高畠による「運動」の概念的把握と、「運動のみがもちうる他者を動かす力とは何か」[40]という彼が呈示した普遍的問題意識を基本的視座に据えながら、アリンスキーによる「コミュニティ・オーガナイジング」運動の思想的側面に焦点を合わせ、「民主化」「運動」のポテンシャルを解明することにある。

これらを踏まえ、以下、第1章ではアリンスキーが最初に手がけたバックオブザヤーズの組織化過程を検証し、彼の「民主化」思想の原点と核心部分及び理念的更新の契機を明らかにする。第2章では、60年代以降の「貧困」問題と上からの「コミュニティ政策」との狭間でアリンスキーがくぐり抜け（ようとし）た「エンパワメント（権力化）」と「民主化」の緊張関係及び運動思想の到達点を明らかにする。第3章においては、アリンスキーが最晩年に手がけた組織形成とその展開における理念の適用を考察したうえで、アリンスキーによる「民主化」思想の評価と現代的意義を提示する。本論文の課題は、これらの議論を通して、20世紀アメリカ史におけるアリンスキーの「コミュニティ・オーガナイジング」の歴史的意義と彼の「民主化」思想の普遍性を示すことにある。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2012年6月授与）に加筆、修正したものである。

---

[39] Theda Skocpol,"Examining Revolutions: In Quest of a Social-Structural Approach," L.A Coser and O. N. Larson eds., *The Uses of Controversy in Sociology* (New York: The Free Press, 1976).

[40] 高畠、43頁。

講　　演

「先住民族の権利」と「文化」

アヴィゲイル・アイゼンバーグ
（カナダ・ビクトリア大学）
辻　　康夫・津田久美子（訳）

はじめに

本日の講演では、「文化的権利を守ることの意味」について考えてみたいと思います。文化的権利を守ることは、何のためでしょうか。また、マイノリティの集団が、自分の文化的伝統を守ろうと政治的に活動したり、法的手段に訴える際に、どのようなリスクがあるのでしょうか。これらの問題を考えるにあたって、私はアイヌ民族が、文化的伝統の復興に向けて取り組んでいることを念頭においています。私はアイヌについて専門的な知識を持っているわけではありません。しかし、アイヌの経験と、カナダや世界各地のマイノリティや先住民の経験には、重要な類似点があります。なぜマイノリティの文化的権利が重要なのか、その理由を検討する前に、まずはマイノリティ文化の保護のための政治運動の位置づけについて、広く世界的な文脈からお話ししたいと思います。

最近30年間は、「アイデンティティの政治」の時代ということができます。なぜなら、多くの集団が、何らかのアイデンティティ、たとえばジェンダー、宗教、人種、言語、民族性、先住性などに基づいて、国家に対し資源や保護を求めて団結し、政治的に活動してきたからです。これらの集団は多様な利害関係を持ち、多様な主張をしていますが、これらの主張に共通する特徴の一つは、国家によって定められた「国民としての地位」に抗議していることです。過去30年間にわたり、ほとんどの先進民主主義国で、女性、文化的・宗教的マイノリティ、言語的・民族的マイノリティ、先住民たちは、自分たち集団のメンバーが国家から国民として承認されるあり方について抗議してきました。今日「ア

イデンティティの政治」と呼ばれるものは、こういった集団や、その地位の定義の方法に関する主張をめぐる政治なのです。

アイデンティティの政治は、新しいタイプの政治ではありません。国家がある限り、国家の一員としての地位について抗議する集団は常に存在してきました。しかしこの30年間は、こうした主張を行う集団は増加しており、彼らによる政治的闘争は激化しています。たとえば、ケベック、スコットランド、カタロニアなどの地域ナショナリズムの運動は、国家内での新しい地位を主張することに成功しました。ヨーロッパ各地のイスラム教徒は、アイデンティティへの一層の承認と保護を求めて闘っています。そしてカナダ、中南米、アフリカ、アジアの先住民は、先住民のアイデンティティを基礎にして、文化への承認や、その生活様式を守るために必要な土地や資源の確保を目指して、国際レベルおよび国家レベルにおいて運動を繰り広げています。

これらの事例すべてにわたって、アイデンティティの政治は論争を引き起こしており、またこれらの集団が直面した問題の中には、解決されていないものもあります。しかし同時に、多くの国がこれらの要求に応えて、法律を改正し、文化やその他のアイデンティティの形態を承認し、保護しています。たとえば過去30年間、世界中の30を超える憲法のなかに、文化的権利や先住民のアイデンティティの保護が書き込まれました。またこれ以外の多くの国でも、文化的アイデンティティを承認し保護する重要な法律が可決されています。1997年に可決された、日本のアイヌ文化振興法などがこの例です。ほとんど例外なく、こういった法律は過去30年の間に可決されたのです。

こういった法的・政治的活動はすべて、文化的権利の保護が重要であることを前提としているといえます。しかし、なぜ文化的権利の保護は重要なのでしょうか。なぜマイノリティは、文化的伝統を保護すること、あるいは場合によってはそれを復興させることを重要と考えるようになったのでしょうか。またなぜ各国の政府は、法律を可決し、憲法を改正して、文化やその他の「アイデンティティ」の権利を承認することに同意したのでしょうか。これからその三つの理由を検討していきたいと思います。

1．独自の生活様式を維持するための文化実践

第一に、生活様式全体が消滅する危機にある場合に、文化的権利は、それを維持するのに必要な文化実践を保護することを目指します。もちろん、生活様

式や文化実践が消滅してしまう理由は様々です。たとえば、マイノリティのメンバーが、その実践を重要ではない、あるいはもはや現在の生活に合わないと考えることもあります。しかしながら、文化実践がマイノリティの生活様式にとって中心的かつ重要なものであるにもかかわらず、国家政策によって脅かされている場合もあります。たとえば、国家による経済発展や土地利用政策で文化実践が制限されたり禁じられたりする場合です。例を挙げますと、ノルウェー、フィンランド、スウェーデンでは、サーミ族のトナカイの牧畜と、国家の天然資源の開発との間で対立が生じています。ブリティッシュ・コロンビア州では、商業ベースのサケの乱獲がセイリッシュ族のサケ漁を阻害しています。カナダのオイルサンドの石油開発は、カリブーを絶滅の危機へと追いやり、ルビコン族の独自の生活様式を脅かしています。日本でも、二風谷ダムが、アイヌ民族の生活様式に破壊的な影響を与えると考えられました。

このような場合、マイノリティは、脅威にさらされている文化実践や資源が自分たちの生活様式を維持するために不可欠である、と主張します。また、これらの文化実践なくして、自分たちの民族が存続していくことはできない、とも主張します。この場合の文化的要求とは、これらの文化実践が禁止されたり、サケやトナカイ等の資源が失われたりすれば、独自の生活様式全体が破壊される、というものなのです。

先住民の文化的権利に関する世界の裁判の多くは、こういった類いのものであり、そこで先住民は文化実践について以下のことを示そうとします。その文化実践は、独自の文化において中心的かつ不可欠であること。またその文化実践は、自分たちの生活様式や、民族としての存在にとって決定的なものであること。この場合、もし脅かされている文化実践が自分たちの生活様式において中心的なものだ、と裁判官や立法者を説得できれば、その訴訟に勝つ可能性が大きくなります。これは、その国の法律が文化的権利をはっきりと認めていない場合でも当てはまります。文化の保護に対する権利は多くの場合、他の権利の解釈に含めることができるからです。たとえば、宗教上の自由、差別から守られる権利、あるいは日本国憲法第13条の「すべての国民が、個人として尊重される」権利、などです。

しかし、このような文化的要求には、リスクも伴います。まず、疑い深い裁判官などを納得させなければとプレッシャーを感じるあまり、文化的マイノリティはその文化実践が重要であることや、集団メンバー間で価値観が一致して

いることを誇張してしまうことがあります。彼らはしばしば、その文化実践が集団にとって歴史を通じて永続的に重要である、あるいはそれが宗教的に神聖であると主張します。その結果として、彼らは自身の文化的アイデンティティの理解をとりわけ狭く、固定観念にとらわれた、時代遅れのものにしてしまう可能性があるのです。つまり自己を本質化*する危険があるのです。

他方で、マイノリティの主張を聞く裁判官や議員は、マイノリティたちに対して、どの文化実践が重要で不可欠なのか、またどの政策や法律がその文化実践に矛盾するのかを、できるだけ具体的に特定するよう要求します。つまり裁判官や議員は、マイノリティに対して、文化的要求の範囲を狭め、圧縮するよう圧力をかけることになります。たとえばカナダでは、連邦政府と先住民は、伝統的漁業を行う文化的権利について議論していますが、このなかで、裁判所は先住民のコミュニティに対し、彼らの漁業の伝統にとって、どの入り江や岩礁が重要であるのか正確に特定するよう圧力をかけ、また西洋人の到来以前の昔から行われていた漁業のみを、保護される文化実践とみなします。その結果、先住民に認められる漁業の文化的権利は、自らのコミュニティで消費するための漁業に限られてしまいます。つまり、販売を目的とした漁業を行うことは文化的権利には含まれず、したがって漁業によって生活様式全体を維持する権利とはならないのです。このように外部の政策決定者は、集団の文化的アイデンティティを形成するものについて、とりわけ狭く、固定概念にとらわれた、古めかしい解釈を助長する傾向があります。そのため、国家によって作られた文化的保護政策はあまりに範囲が狭すぎて、コミュニティの活力を維持するためには不十分なことが多いのです。

2．個人の自由のための文化的権利

文化的権利を守ることの二つ目の理由は、文化的アイデンティティをもつことで、世界の中の物事や、自分の行う選択の意味を理解するための枠組みを持つことができるからです。この点は、個人の自由を理解する上で非常に重要です。たとえば、結婚するか否か、哲学者と漁師のどちらになるべきか、故郷を離れるべきか否かといった、私たちが人生の中で行う選択について考えてみま

---

* 本質主義（essentialism）、本質化（essentialize）：「文化」や「アイデンティティ」に不変の本質があると考えること。

しょう。われわれは、これらの選択が文化の影響を強く受けることや、もし別の文化圏に住んでいたなら、ある決定が別の意味を持っていただろう、ということに気づかされます。この意味で、文化はある種のレンズを私たちに与えてくれるのです。このレンズを通して、私たちは自らの選択肢を理解し、自分の居場所を取り決め、目標とするような人になろうとするのです。文化は私たちの生き方を決めるための唯一のレンズではありませんが、それは極めて重要なものです。このことは、戦争による強制退去や、植民地政策によって自己の文化を取り上げられた人々の苦境を見ればわかります。文化がなければ、なぜ自分の選択に意味があるかを十分に感じることができなくなってしまい、それゆえに世界で効果的に行動する能力を失ってしまう可能性があるのです。

この関連で、文化的権利は、なぜ重要なのでしょうか。マイノリティに対して自分の文化を守り続けるよりも、支配集団の文化を受け入れるよう勧めるのは好ましくないことなのでしょうか。ここで注意すべきは、一般に文化的・宗教的価値を捨てるのは非常に難しいにもかかわらず、文化的マイノリティ、とりわけ少人数のマイノリティや移民たちは、主流派の文化へと統合せざるをえない状況におかれることが多いということです。なぜなら、自分たちのコミュニティが小さすぎたり、弱すぎたりする場合には、メンバーが充実した生活を送るために必要な選択肢や機会を与えられないからです。このような場合に、文化的権利は、マイノリティが、自らの文化のすべての要素を失わずに主流派の文化へと統合していくのに役に立ちます。これは特に、主流派によるマイノリティ差別を禁じる権利に当てはまります。マイノリティが、経済活動などの公共の生活への参加を妨げる差別に直面したとき、マイノリティを差別から守り、主流派文化の内部で、あらゆる機会を享受できるようにする必要があります。今日の多くの先進民主主義国家は、文化や宗教に基づく差別からの保護のために、政府、雇用者、家主らに対し、文化的な違いを無視するのではなく、承認し、尊重し、受け入れるよう求めています。たとえば西ヨーロッパ諸国に住むイスラム教徒の女性は、職場でのスカーフ着用を禁じる法律が、公共生活への完全な参加を妨げている、と主張しています。スカーフを禁じる法律は、「イスラム教徒であること」と「市民であること」との間で選択を迫るものであり、それによって公共生活への完全で自由な参加の機会を奪われている。公共の場でスカーフを着用する文化的権利がないため、イスラム教徒の女性は他の女性と比べて選択肢や自由が少ない、と言うのです。イスラム教徒の女性にとっ

て、スカーフを着用する文化的権利は、個人的自由を享受する条件と結びついているのです。

しかしながら、ここでもまた、文化的権利にはリスクが伴います。まず、雇用者や役人にイスラム教徒の女性のスカーフのような文化的違いを受け入れるように義務付けても、西ヨーロッパ諸国に住むイスラム教徒が公共の場で経験する差別を克服することができない可能性があります。状況によっては、雇用者や家主に文化的･宗教的な違いの受け入れを義務付ける法律ができることで、マイノリティに注目が集まり、その集団のスティグマを強化することになったり、社会の強い不満を生みだしたりすることがありえます。たとえば、特定の従業員の文化実践または宗教実践を受け入れるために、経営のやり方の修正を法律で強制すると、雇用者はそのマイノリティを雇わないという手段をとるかもしれません。したがって、文化的権利の保護が、差別的態度を定着させる結果につながり得るというリスクがあるのです。

マイノリティの包摂や受容を義務付ける法律が、昔から行われてきた差別を是正するうえで、大きな意義を持つことは確かです。また、日本のアイヌ民族やカナダのイスラム教徒、先住民といったマイノリティ集団のメンバーが、公正かつ平等な包摂を求めるのは、非常に適切なことです。差別に対処するための法律の改正は、個人やコミュニティの幸福に大きな違いをもたらし得るのです。しかし、注意すべき二つ目の点として、民主主義の社会において、マイノリティの受容や包摂に関して問われるべき､重要な問いがあります。それは｢何への包摂か、また何のための包摂か｣という問いです。マイノリティの文化的統合が正しいと言えるのは、マイノリティが社会へ貢献する活発な参加者となれる場合に限られます。民主主義の文化においては、このことは、すべてのメンバーが社会の慣行の正しさについて、自由に問題提起することができる、ということを意味しています。民主主義国家のうちには、カナダやオーストラリアのように長い植民地主義の歴史を持つものもあれば、アメリカやブラジルのように奴隷制度の歴史を持つものもあります。世界中のほとんどの国は、少数民族に対して不正義を行ってきた歴史があります。これらの民主主義国家は、その社会慣行､法律､政治プロセス､あるいは政治共同体としてのアイデンティティさえも、ある面において偏りを持っており、マイノリティの社会への貢献や、彼らの視点を排除あるいは十分に承認していないという可能性があることを、視野に入れておかなければなりません。民主主義国家は、マイノリティに

統合先の社会のすべてを受け入れるよう要求するべきではなく、むしろ文化的マイノリティの包摂をきっかけにして、国家の中にある不公平や偏見を反省するべきなのです。

３．歴史的な不正義

なぜ文化実践を復興・保護することがマイノリティにとって重要なのか。その三つ目の理由は、文化実践こそが、マイノリティ集団が過去に不当に扱われてきたという主張を可能にするものであるからです。歴史的不正義についての要求とは、過去にマイノリティが受けた不正義について、政府がそれを認め、謝罪し、補償することを求めることです。政府は、マイノリティが過去にこだわることを望まないかもしれません。しかし、マイノリティが歴史的不正義を被り、しかも国家による公式な承認がないときには、マイノリティは今日でも、その集団の一員であるという理由だけで、軽蔑や不利益を受け続けることが多いのです。世界中のマイノリティはスティグマと戦っていますが、その際に、政府の責任を追及しています。しばしば政府は彼らを平等な国民ではなく、よそ者のように扱ってきました。また土地や資源を不正に没収し、マイノリティを貧困に追いやりました。さらには、マイノリティの文化実践を禁止することで、彼らの親族関係を破壊し、文化の混乱やコミュニティの機能不全を生み出しました。今日マイノリティは、政府がこれらの政策の責任を認めることを要求しているのです。

こういった場合において、マイノリティの文化実践は、二つの点で役に立ちます。まず、集団として歴史的不正義に苦しんだと主張するためには、現在の集団が、過去の集団と連続していると主張する必要があります。集団が共有する文化実践や伝統は、現在の集団の範囲を示し、またこれが過去の集団とつながっていることを示すうえで役に立ちます。

第二に、主流派が、マイノリティを不当に排除したり、差別したりする際に、その根拠として、マイノリティの文化実践が、野蛮で、怠惰な、堕落したものであると主張することがありました。この場合、政府が歴史的不正義を認めるにあたって、過去の政策がマイノリティの文化実践を侮辱し、これによってマイノリティの評判を貶めたということを、公的に認める必要があります。つまり、マイノリティの文化実践がマイノリティの誇りや独自性を支えるためではなく、マイノリティへの侮辱の根拠として悪用されてきたのであり、マイノリ

ティは歴史的不正義を正すべく、こうしたやり方に抗議する必要があるのです。

しかしこのような場合にもまた、リスクがあります。それは、マイノリティ集団が固定観念を打ち破ろうとする過程で、自らを本質化してしまうこと、あるいは、政府の意思決定者が固定観念を強めてしまい、マイノリティのスティグマを強めてしまうというリスクです。これらのリスクは、要求を通して得られる利益と比べて、果たして見合うものなのだろうか、と疑問を持つ人もいるでしょう。この疑問について、最後にもう少し考えてみましょう。

文化的権利を求める要求は通常、確固たる価値観や信念に基づくものであり、また、マイノリティが受ける差別や不利益の是正をめざすものです。しかし、それと同時に、それは権力の配分をめぐる、政治的要求でもあります。人々は政治的要求を行う場合、これをできるだけ効果的に行うために、なるべく戦略的に、ご都合主義的に振る舞おうとする傾向があります。したがって、文化的要求は通常、正当な主張でありながら、同時に、ご都合主義的で戦略的に振る舞う人々をも引きつけてしまうことにもなります。こういう行動は、結果的にマイノリティ文化を本質化し、またマイノリティ集団への固定観念を強化するリスクがあるのです。したがって問題は、リスクを最小限に抑えながら、文化的要求のもたらす恩恵を確保することができるのか、ということにあるのです。

最後の締めくくりに、二つの点に、言及しておきたいと思います。一点目は、文化的マイノリティが文化的保護を要求する際に、各国政府よりも、国連の人権委員会や先住民族常設フォーラムなどの国際機関に対して要求するときの方が、うまくいくことが多い、ということです。国家政府に対し、マイノリティ集団に注意を向けるように促し、マイノリティと協議するよう説得し、柔軟で本質化されない文化解釈を採用させるうえで、国際機関の助力は役に立ちます。その理由のひとつは、国際機関が各国内の政治的論争にあまり巻き込まれておらず、また各国家がこだわるナショナル・アイデンティティの問題に縛られることが少ないため、マイノリティに敵対的になりにくいことです。さらに国際機関は、マイノリティの文化の本性やそのニーズについて、マイノリティが主張する神話を支持することも、少ないのです。すなわち国際機関は多くの場合、より柔軟で、本質化されない仕方で、文化を理解します。過去30年間に、文化をめぐる政治が世界中で展開した結果、あらゆる地域の文化的マイノリティが、文化的権利を守る多くの国際組織や国際条約から、さまざまな支援を受けるこ

とができるようになりました。これらを利用することは、マイノリティにとって有益なことなのです。

二点目は、文化的権利が、マイノリティ文化の本質化や社会的スティグマの強化へとつながってしまうようなケースについてです。これらの多くは、裁判官や議員がマイノリティのアイデンティティを定義する仕方に対して、マイノリティが抗議する機会を与えられなかったために生じています。すなわち、マイノリティが協議の過程から排除されていること、あるいは、彼らの文化や自由について重大な決定を下す司法機関や立法機関に、マイノリティが十分に代表されていないこと、などが原因で起こります。したがって、文化の保護がうまく行くためには、そのプロセスにマイノリティが効果的に参加し、協議を行うことが不可欠なのです。文化的権利に関する運動がうまく行くためには、文化的マイノリティが協議の公的プロセスに参加するとともに、自らの集団の内部でも協議を行う必要があります。また国家の政策担当者が、マイノリティの主張に耳を傾ける必要があります。文化をめぐる政治は、このような協議のプロセスを通して、既存の法制度や政治プロセスの欠陥を明らかにします。つまり、法制度や政治プロセスがすべての市民を包摂するという民主主義の目標が、依然として実現の途上にあるということを示すのです。

本講演会は、2013年12月４日、北海道大学アイヌ先住民研究センターおよび法学研究科高等法政教育研究センター共催、司会・落合研一（北海道大学）、コメント・辻康夫（北海道大学）、通訳・飯田文雄（神戸大学）、により行われたものです。ご参加下さった皆様に、厚く御礼申し上げます。なお、アイゼンバーグ教授の理論は、次の著書において詳述されています。Avigail Eisenberg, *Reasons of Identity* (Oxford University Press, 2009).

執筆者紹介（掲載順）

水野浩二	北海道大学大学院法学研究科教授
五十嵐元道	北海道大学大学院付属高等法政教育研究センター助教
石神圭子	北海道大学大学院法学研究科助教
永下泰之	小樽商科大学商学部企業法学科准教授
李雯静	北海道大学大学院法学研究科博士課程
アヴィゲイル・アイゼンバーグ	カナダ・ビクトリア大学政治学部教授
辻康夫	北海道大学大学院法学研究科教授
津田久美子	北海道大学大学院法学研究科修士課程

平成26年５月23日　印刷
平成26年５月30日　発行

編集人　権左武志
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
亘理格
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. 65 May 2014 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Die *suppletio iudicis* im römisch- kanonischen Zivilprozess. Die Wandlung in der spätmittelalterlichen Rechtslehre ····· Koji MIZUNO 1

Constituting "Anarchy": An Exploration of Centre/Periphery Relations in International Society ····· Motomichi IGARASHI 180[1]

Community Organizing in America: The Thought and Practice of Saul Alinsky (1) ····· Keiko ISHIGAMI 156[25]

Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten für eigene Schadensanlage (6) ····· Yasuyuki NAGASHITA 37

NOTE

Comparative study of Chinese and Japanese Tortious Liability regarding Infectious Disease due to Transfusion of Blood and Blood Product (1) ····· Wenjing LI 69

LECTURE

Indigenous Rights as Cultural Rights ····· Avigail EISENBERG 132[49]
Translated by Yasuo TSUJI, Kumiko TSUDA

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan