HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第65巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 65(2)
Issue Date	2014-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/56651
Type	journal
File Information	lawreview_vol65no2.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 65 巻　第 2 号

論　説

中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割（1）
…… 李　妍淑　314[1]

国籍の役割と国民の範囲 ― アメリカ合衆国における
「市民権」の検討を通じて（6）…… 坂東雄介　256[59]

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（2・完）
…… 李　雯静　1

フランス国家賠償責任法の規範構造（2）
――「役務のフォート」理論を中心に―― …… 津田智成　47

講　演

統一私法条約の実施
――国際油濁補償基金を例に―― …… 藤田友敬　210[105]

普遍的なソフトロー原則の展開
――国際商事法におけるその利用――
…… ヘンリー・D・ゲイブリエル　182[133]
木戸茜（訳）

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉
イタリアにおける二院制の動向
――第16立法期以降を中心に―― …… 芦田淳　158[157]

判例研究

民事判例研究 …… 山本周平　91
民事判例研究 …… 伊東尚美　138[177]

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narahara俊文（経済法）
稗貫忠一（憲法）
深瀬有利（民事訴訟法）
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）
○権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
白取祐司（刑事訴訟法）
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）*
田口正樹（法史学）
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（法社会学）
藤原正則（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）*
松久三四彦（民法）
町村泰貴（民事訴訟法）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）*
山崎幹根（行政学）*
山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田広志（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）
○緑大輔（刑事訴訟法）
三宅新（商法）
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

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（二・完）

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

（以上、六五巻一号）

第六節　侵権責任法における血液・血液製剤の扱い
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

（以上、本号）

第六節　侵権責任法における血液・血液製剤の扱い

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

侵権責任法の公布後、輸血用血液・血液製剤に関わる医療事故（例えば、汚染された血液・血液製剤による輸血後の感染症罹患のケース）は、前法公布前とは異なる取扱いを受ける。すなわち、同法は、医師・医療機関の責任について変更した（表2―6―1参照）。これにより、血液の供給者（血液センター）、血液製剤の製造者（製薬会社）、血液製剤の販売者（医薬品会社）、輸血実施者（医師・医療機関）の責任分配の問題が顕在化する。したがって、医療機関と血液センターと血液製剤の製造者・販売者との間の責任分担の検討に迫られるのである。

医療機関と血液・血液製剤の製造者との責任分配について、侵権責任法五九条は「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生じさせた場合、患者は、製造者または血液の提供機構に対して賠償を請求することができるほか、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の提供機構に対して求償する権利を有する。」と規定する。

通説によると、同条は、医療製造物責任に関する規定であり、医薬品の製造者・販売者・医療機関に無過失責任を負わせる条

文である。医療機関は、医薬品の販売者とみなされ、責任主体の一つとなり、共同不法行為による不真正連帯債務を負うべきであるとされる[141]。すなわち、医療機関は血液・血液製剤の販売者とみなされ、患者に対して不真正連帯債務を負い、製造者とともに製造物責任主体となる。なお、同法四三条[142]によって、製造者と販売者の責任が明確に規定されている。

中国において、輸血用血液・血液製剤が患者に被害を与えた場合に、医療機関、血液センター、製薬会社、医薬品会社との間の責任の分配がどうなされるかに関して、以下の表２―６―１にまとめたので、これを用いて各責任主体の責任分配を明らかにしたい。

上記の表によれば、侵権責任法五九条により、血液にも、製造物責任が適用されることになったため、病院側の負担はより重くなったことが理解できる。

すなわち、表面上、医療機関、血液センター、製薬会社と医薬品会社は、患者に対して無過失責任を負い、四者は共同不法行為による不真正連帯債務を負う[143]。

具体的に言えば、一方で、患者が、医療機関、血液センター、製薬会社と医薬品会社に対して損害賠償を請求する場合、この四者は、血液・血液製剤の欠陥が製造と販売のどの段階で生じたものか、また四者自身にその欠陥につき過失があるか否かを問わず、患者に対して、賠償責任を負わなければならない。しかも、患者は、四者の過失を証明する必要がないのである。

他方、四者における各自の責任については、血液製剤を含む医薬品の製造者の責任は無過失責任であるが、医療機関あるいは医薬品の販売者の責任は過失責任である。医療機関と医薬品会社は、欠陥につき過失がないにもかかわらず、被害者の請求に応じて（実際に責めを負うべき者の代わりに）責任を負わされ、賠償をした後で製薬会社に求償することができる。そしてその際、医療機関と医薬品会社は製造者に対して無過失責任を追及する場合、製造者が販売者に引き渡した製品に欠陥があったことさえ証明すれば足り、製造者の過失を証明する必要はない[144]。

なお、侵権責任法は、医薬品の製造者の免責事由を規定していないが、医療製品責任は製造物責任の一種といえるので、裁判官は製品品質法における製造者の免責事由を適用する。しかし、医療機関は販売者とみなされ、製造者ではないため、製造者の免責事由を援用することができるかどうかという問題がある。これについては、製造者が製造物責任の最終的な責任を負うものでさえ免責事由を援用しうることに鑑みて、前述した「挙

表２－６－１：血液・血液製剤による感染の責任主体の責任分配

	医療機関 （病院）	輸血用血液の供給者 血液センター （血站）	血液製剤の 製造者 （製薬会社）	血液製剤の 販売者 （医薬品会社）
輸血用血液による感染	2009年侵権責任法公布前：過失責任。 2009年侵権責任法公布後：輸血用血液は製造物とみなされる。医療機関は無過失責任を負う。 ただし、血液の欠陥が血液センターによって生じた場合、病院側は過失がないため、賠償を行った後、血液センターに対する求償権を行使しうる。	2009年侵権責任法公布前：過失責任。 2009年侵権責任法公布後：輸血用血液は製造物とみなされる。血液センターは輸血用血液の製造者とみなされ、無過失責任を負う。 ただし、血液の欠陥が医療機関によって生じた場合、血液センターは賠償を行った後、医療機関に対する求償権を行使しうる。		
血液製剤による感染	2009年侵権責任法公布前：過失責任。 2009年侵権責任法公布後：医療機関は血液製剤の販売者とみなされ、無過失責任を負う。 ただし、病院側は責任がある血液製剤の製造者・販売者に対する求償権を行使しうる。		無過失責任。 ただし、血液製品の欠陥が販売者の過失によって生じた場合には、血液製剤の製造者は、賠償した後、販売者に対する求償権を行使しうる。 製薬会社と医薬品会社は患者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。	無過失責任。 ただし、血液製品の欠陥が製造者によって生じた場合には、血液製剤の販売者は過失がないので、賠償した後、製造者に対する求償権を行使しうる。 医薬品会社と製薬会社は患者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。

重以明軽」（「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）」北法六五巻一号一〇五頁参照）の解釈論によって、販売者である医療機関は、当然免責事由を援用する余地があるように思われる。[145]

第二款　侵権責任法五九条の解釈論及び批判

侵権責任法五九条は、医薬品の製造物責任の規定であり、無過失責任を採用したものであると理解されている。また、医療機関は、医薬品の販売者とみなされるべきであると考えられている。[146]

同条の立法趣旨は、次の点にある。第一に、医療機関と医薬品の製造者・販売者との間でお互いに責任を押し付け合うことを防止し、患者の権利を確実に保護することにある。[147]第二に、患者の法的救済を強化し、便益を与えることにある。[148]すなわち、欠陥医薬品の製造者・販売者が他の市、他の省、さらには他国にいるため、被害を受けた患者が製造者・販売者のいる地域の裁判所に赴き、損害賠償訴訟を起こすのが大変困難な場合がある。そこで、同条は、医薬品の製造者・販売者のほか、医療機関に対する賠償請求権をも患者に与えることにより、このような不便を解消し、患者の保護を図ろうとするのである。

しかし、同条は、構造上及び文言上も、製造物責任の規定とみなされているが、「無過失責任」の言葉を使っていないため、この条文の解釈をめぐって、学説において大いに論じられている。

一方で、五九条は侵権責任法の「医療損害責任」という章の下の条項であるので、「医療損害責任」は、専門家責任の一種であり、過失責任主義が適用されるため、医療製品による賠償責任に関して、医療関係者には過失責任を負わせるべきであるという見解がある。そして五九条は、当事者の訴権に関する規定であるが、欠陥医薬品による被害あるいは輸血による被害の賠償責任における帰責原則及び責任主体は変わっていない。そのため、欠陥医薬品による被害事案において、製造者は無過失責任を負うが、販売者は、過失責任を負い、また血液による被害事案において、血液の提供者は過失責任を負うのである。[149]

他方で、医薬品による被害に関する賠償責任は、医療過誤責任と製造物責任という二重の性質を持つので、五九条は、医療機関にとっては医療過誤責任であるが、医薬品の製造者にとっては製造物責任であるとの見解もある。[150]医療機構は、社会公益性がある非営利機構であり、社会福祉制度の重要な構成部分である。そして、医療機構の薬品の価額は、国が判断・調整した

上で定められている。そのため、医療機関は、医薬品の販売者ではなく、ただの医薬品の提供者あるいは使用者にすぎない。欠陥医薬品及び不合格の血液による被害に対して、医療機関に無過失責任を負わせるのではなく、医療機関の過失を一応推定し、その後、医療機関は診療過誤がないことを証明できれば、責任を負わせないという主張がなされている。[151] したがって、医療機関の診療行為に過失がなく医薬品を合法的に購入した場合、欠陥医薬品による損害に対して、医療機関には、製造者とともに連帯責任を負わせるべきではないとするのである。[152]

また、侵権責任法五九条に対する批判も強くなされている。以下、廖煥国准教授や楊立新教授をはじめとする二つの代表的な批判的見解を取り上げる。

まず、廖煥国准教授は、医療機関に対して欠陥医薬品の連帯責任を負わせることについて以下のように批判する。[153]

すなわち、①医療機関は、医療サービスの専門的な提供者であるから、医薬品の製造者の無過失責任につき連帯責任を負担させられるべきではない。製造物責任の責任主体範囲は、医療における専門的なサービスの提供者の領域に拡大してはいけないのである。その理由は、アメリカ法律協会が出版した第三次不法行為法リステイトメント第一九（b）条〔製造物責任〕において、サービスは、商業的に提供されても、製造物に当たらないとされているからである。また、サービスと製造物との違いに関して、裁判所は、商業的に提供したサービスが、厳格責任が適用される製造物責任における製造物に当たるとすることを一切拒否している。要するに、製造物責任はサービスの提供者には適用されないのである。

②医療機関は、医薬品の販売者あるいは主な販売者ではない。医薬品は医療機関を通じて患者の手に入ると言われているが、医療機関は医薬品の主な販売者というわけではない。医療機関の主要な機能は、各種類の専門的な診療サービスの提供によって、患者の健康を回復させることである。それゆえ、患者に医薬品を提供することは、総合的な診療活動に伴う単なる補助的行為にすぎない。言い換えれば、医療機関及び医師の役割は、専門的知識を通して、診療サービスを提供しつつ、患者の具体的な症状に応じて、医薬品を組み合せて処方し、患者の健康を改善させることである。そのため、医師・医療機関は、専門家としてのサービスを提供しており、決して単なる医薬品の販売者とみなしてはいけないのである。

③医療機関は、事実上医薬品を販売しても、単なる販売行為のみならず、患者の生命や健康を守るために、専門知識と経験

を活用し、医療サービスを提供しつつ、サービスと販売の総合行為を行っているものとみなされるべきである。

④医療機関は、医薬品の販売者とみなされても、連帯責任を負わせるべきではない。なぜならば、医療サービスの性質、効用及びこれらに対するニーズは、人々の健康さらには生命に関わり、全体的な福祉に対して非常に重要であるからである。医療機関に無過失責任を負わせると、医療機関は防衛医療を選択せざるを得ない。その結果、医療コストが増加する一方で、医療関係者の仕事に対する意欲が薄れ、「萎縮医療」または「医療崩壊」に至る可能性が十分にあると考えられる。したがって、このような現象を回避する、あるいは医療事業の進歩・発展を保護するために、政策的に考えるとすれば、医師に厳格責任を負わせてはいけないのである。

次に、楊立新教授は、医療機関の責任を重くすると、医療費の増加を通じて損害賠償責任が最終的に患者全体に転嫁される恐れがあるとして、賠償責任を確定する場合には、欠陥医薬品の生産者、販売者及び医療機関を区別すべきであると主張する[154]。それゆえに、医薬品の生産者と血液の提供者は無過失責任を負うべきであるが、医療機関は、過失（注意義務違反）があるときに限り、過失責任主義に基づいて賠償責任を負うべきである[155]。具体的には、以下のように提唱する。

①患者に欠陥医薬品を使用する際に医療機関に過失があるとき、医療機関は、販売者とみなされ、製造物責任の一般規則を適用されるべきである。例えば、医療機関が、その医薬品を患者に強制的に使用させ、患者に損害を被らせた場合において、患者は、欠陥医薬品の生産者または販売者に賠償を請求することができるほか、医療機関にも損害賠償を請求することができる。

②医療機関は、欠陥医薬品による損害に対して過失がない場合、賠償責任を負うべきではない。このとき患者は、欠陥医薬品の製造者または販売者に対して、製造物責任における損害賠償を請求できるが、それ以外は医療機関に対して損害賠償を請求することができない。

③医療機関は、欠陥医薬品の使用により患者に損害をもたらした場合、欠陥医薬品の製造者または供給者を明示できないときは、侵権責任法四二条二項[156]により規定された、製造物の販売者に関する責任規則が援用され、医療機関は賠償責任を負うべきである。

④医療機関自体が欠陥医薬品の製造者の場合に、患者に損害を被らせたときは、侵権責任法四一条[157]に規定された、製造者に関する責任規則が援用され、医療機関は賠償責任を負うべきである。

⑤侵権責任法五九条に医薬品の販売者責任が定められていないので、同法四二条と四三条[158][159]の規定により販売者の責任を確定すべきである。

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

二十世紀末に入ってから、中国では、市場経済体制に向かって改革が進行するのに伴って、医療衛生体制も急速に改革されてきている。計画経済体制の下で、いわゆる純粋な社会公益的な活動とされてきた医療事業は、有償的、専門的な技術サービスの提供活動と捉えられつつある。

実際のところ、医療機関は、医薬品の卸値を基礎として、ある程度の値上げを実施している。このとき、何倍にも値上げすることがあり、医療機関は、自らその運営の損益を負担する。そのため、民営医療機関に止まらず、国営医療機関も、医療費を引き上げるなど、経済的利益を追求することに専念している。特に国家は、医療機関が薬品の販売価格を仕入れ価格より一五％値上げし、その価格の差を経営資金の足しにするということを許容している。経営上の苦境を緩和するために、医療機関は薬を必要以上に処方したり、輸入した高額な薬品を処方したりする。それゆえ、「薬で医療を養う」現象が段々拡大しているのである。しかし、こうしたやり方は、患者の負担する医薬品代の支出を大幅に増加し、多くの患者の不満を惹起している。

現在中国では、医療費の支出が十数年前に比べ、数十倍まで上昇したことも影響して、医療事故をめぐる紛争は増加している。医療紛争の処理は、司法界に止まらずマスコミないし社会の注目を浴びる深刻な問題となっている。この現状の下で、医療機関は、医薬品の値段を値上げすることによって大量の経済的利益を得るにもかかわらず、欠陥医薬品が患者に損害をもたらしたとき、医療機関が販売者としての損害賠償責任を負わないとすれば、公平原則に違反するものと思われる。

ところが、近年、中国における医療システムの改革について、国務院は「医薬衛生体制改革近期重点実施法案（二〇〇九―二〇一一）」を公布し、医薬品の販売と医療サービスを分け、医薬分業を目指し、「薬代で病院の経営経費を補う」現象を取り除くことを明確に要求した。この流れを踏まえて、血液製剤をはじめ、医療機関は必ずしも医薬品の販売者ではないので、医療機関が販売者であるかどうかの認定は、具体的な個々の事案ごとに、事実の状況に即して判断する必要性がある。もし病院

が医薬品の販売者と認定される場合には、病院は、製造者とともに、製造物責任に基づいて不真正連帯賠償責任を負わなければならない。しかし、病院が医薬品の販売者と認定されない場合には、病院は製造物責任ではなく、過失責任のみを負う。また医療機関が医薬品の販売者であるか否かを認定するとき、医療機関の性質を考慮し、営利性医療機関と非営利性医療機関を区別したうえで、医療機関が医薬品を販売するときの値上げの程度も考慮すべきである。

そして、血液製剤を含む医薬品に関わる医療事故では、製薬会社側と、医薬品会社と、医師・医療機関等の医療従事者側の責任分担が問題となる。そして、その相互の責任分担に関して、医薬品の損害賠償責任を確定する場合には、医薬品の生産者、販売者と医療機関とを区別すべきであると考える。

まず、医薬品による被害事件を類型化すると、以下の三つの種類が挙げられる[160]。すなわち（ⅰ）欠陥医薬品による被害、（ⅱ）医薬品の不当使用による被害[161]、（ⅲ）有用性がある医薬品の「不都合な薬の副作用（Adverse Drug Reaction）」による被害[162]である。医療機関は、医薬品の不当使用による被害に対して過失があるとき、賠償責任を負うことは明らかであるが、欠陥医薬品による被害及び「不都合な薬の副作用」による被害の賠償責任の問題はやや複雑である。具体的には、以下のように説明する[163]（表２―６―２参照）。

①医療機関は、医療機関が患者に強制的に（欠陥）医薬品を使用させ、損害を被らせた場合のように、その使用に関する過失があるときは、製造物責任を負うべきである。つまり、患者は、医薬品の有効性に比べ副作用の重篤さが顕著であり、しかも副作用の回避が不可能な医薬品による被害の場合においては、欠陥医薬品の生産者または販売者に賠償を請求することができるほか、欠陥医薬品の販売者と等しい地位とみなされる医療機構にも賠償を請求することができる。

②医療機関に欠陥医薬品による損害に関する過失がない場合、現在の段階においては、欠陥医薬品の販売者と等しい地位とみなされる医療機関にも賠償責任を負わせるべきである。このとき病院側には、責任がある血液製剤の製造者に対し求償権を有する。しかし、「薬で医療を養う」という現象が取り除かれた段階では、医療機関は医薬品の販売者に該当しないため、過失がないときに賠償責任を負うべきではない。この場合において、患者は、欠陥医薬品の製造者または販売者に賠償を請求することができる。ただし、欠陥医薬品の製造者・販売者の確定ができないときは、侵権責任法四二条二項の規定が援用され、

表２－６－２：医薬品による被害の責任主体の責任分配の再検討

医薬品		製薬会社（製造者）	医薬品会社（販売者）	医療機関	国家
回避不能の副作用による被害	副作用＞有効性 欠陥製品に該当する	①患者に対して、無過失責任を負う。 ②ただし、販売者の過失により医薬品に欠陥が生じた場合、製薬会社は賠償を行った後、医薬品会社に対する求償権を行使しうる。 ③なお、製薬会社と医薬品の販売者は、患者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。	①患者に対して、無過失責任を負う。 ②ただし、医薬品の欠陥が製薬会社によって生じたものである場合、医薬品会社は賠償を行った後、製薬会社に対する求償権を行使しうる。 ③なお、医薬品会社と製薬会社は患者に対して、共同不法行為による不真正連帯債務を負う。	①現段階で、医薬品の販売者とみなされ、無過失責任を負う。 ②「薬で医療を養う」という現象を取り除いた後、過失責任を負う。つまり、過失がない場合に責任を負わない。 ③ただし、欠陥医薬品の製造者または供給者を明示できないときは、賠償責任を負う。	①医薬品の安全確認義務。 ②欠陥医薬品の販売停止・回収責任を負う。 ③欠陥医薬品につき警告を発する義務。
	有効性＞副作用 欠陥製品に該当しない	患者に対して、製造物責任を負わない。 しかし、公平責任を負わせる余地はある。	患者に対して、製造物責任を負わない。 しかし、公平責任を負わせる余地はある。	患者に対して、製造物責任を負わない。 過失責任を負う。過失がない限り、賠償責任を負わない。ただし、公平責任を負わせる余地はある。	医薬品副作用救済基金を設立すべきである。
回避可能の副作用による被害	欠陥製品に該当しない	患者に対して、製造物責任を負わない。	患者に対して、製造物責任を負わない。	過失責任を負う。例えば、①輸血するとき、不手際により感染、過失責任を負う。②血液製剤使用に関する危険の説明義務違反により、過失責任を負う。	

医療機関は、医薬品の提供者として、損害賠償責任を負うべきである。

③「不都合な薬の副作用」による被害のような、医薬品の有効性が副作用より大きく欠陥医薬品に該当しない場合、すなわち医薬品が適正に使用されたにもかかわらず被害がある場合には、医療機関は、過失がない限り、賠償責任を負うべきではない。また患者は、医薬品の生産者または販売者にも損害賠償を請求することもできないことになる。こうした場合に備えて、国家は、医薬品副作用救済基金を設立すべきであると考える。その上で、患者側は、医薬品副作用救済基金に対し損害補償を請求すべきである。

しかし、現在の中国においては、「不都合な薬の副作用」による被害に対して国の主導する補償システムが存在していない。こうした患者を救済するために、裁判所が、公平の観念に基づき当事者の財産状況や被害者への損害の深刻さ及びその他の状況を考量したうえで、製薬会社、医薬品会社及び医療機関が被害者の損失に適当な補償を与えるべきであると考える。

④医薬品による被害はあるが、医薬品の有効性が副作用より大きくて欠陥医薬品に該当しない場合でも、医療機関は、自身に過失がある場合は、損害賠償責任を負うべきである。例えば、医療機関の説明義務違反や医薬品の不当使用、あるいは患者に強制的に使用させる場合に過失責任を負うと考えられる。

⑤国家は、医薬品の安全確認義務を負うべきである。また、患者に対して、欠陥医薬品の警告責任や販売停止・回収責任を負うべきである。

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

本章では、日本法の理論及び裁判例を取り入れつつ、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研究をする。具体的には、血液製剤の定義・分類（第一節）、過失の判断基準（第二節）、因果関係の証明法理（第三節）、「欠陥」の判断及び開発危険の抗弁（第四節）、責任主体と責任分配（第五節）、感染訴訟の特徴（第六節）、国家責任の広狭と行政的救済制度（第七節）を比較する。

第一節　血液製剤の定義、分類及び法律上の性質の争い

中国法と異なり、日本法では、血液そのものと（中国法でいう）血液製品とは、区別されずに、「血液製剤」と一括して扱われている。「安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律」二条一項によれば、血液製剤とは、人血漿その他の人体から採取された血液を原料として製造された医薬品である、とされる。

血液製剤には、全血製剤、血液成分製剤及び血漿分画製剤の三つの種類がある[164]。全血製剤は、血液の全成分を含む血液製剤である。血液成分製剤には、血液の成分に対応して赤血球製剤、血小板製剤、血漿製剤があり、採血された全血を遠心分離することにより、または成分採血により調製される[165]。全血製剤と血液成分製剤は、（中国法の「血液」に相当する）輸血用血液製剤である。

これに対して、（中国法の「血液製品」に相当する）血漿分画製剤は血液中の血漿部分を化学的、物理的方法により分画精製して、個々の血漿蛋白に分けられたものであり、免疫グロブリン製剤（感染症等の治療に用いる）、血液凝固因子製剤（血友病の治療に用いる）等がある[166]。

そして、日本では、一九九四年に製造物責任法の制定に際して、血液製剤のうち「血漿分画製剤」は、異論なく高度な加工処理がなされた製造物に当たるとされたが、「輸血用血液製剤」が製造物に当たるかについては、見解が分かれた。

まず、日本輸血学会が公表した「輸血用血液を製造物責任（ＰＬ）法の対象とすることについての日本輸血学会の考え」によれば、現時点で輸血用血液をＰＬ法の対象に含めることは適切ではないと主張されている。その理由としては、①輸血用血液製剤が基本的には加工処理されておらず、②善意の献血により非営利団体である日本赤十字社（以下「日赤」という）のみが国の方針により供給しており、③完全な血液を追求し、ウイルス感染症の危険を減らすべく、個人のプライバシーまで踏み込んださらなる詳細な問診の必要が生じることとなり、時には輸血用血液の製造を一時中止せざるを得ない状況も想定しうる等ことが挙げられる[167]。

これに対して、当時の日本弁護士連合会の土屋公献会長は、次のように反論した[168]。すなわち、①輸血用血液製剤は保存液を加え、包装して大量に供給されるので、製造物に該当する。②輸血学会の見解は輸血後Ｃ型肝炎の発生率の高さを理由とするものである。検査技術により避けがたい危険性があれば、当該被害者の個人負担とするのではなく、利用者全体で薄く負担することがＰＬ制度の意義であるとする。③さらに、輸血用血液

製剤をＰＬ法の対象としているＥＵ諸国では、血液製剤の安定的供給に何ら支障も生じていない。

最終的に、政府側は、「輸血用血液製剤は、保存液および抗凝固剤が加えられて処理されており、これは加工行為と考えられることから、製造物に該当するものと解される[169]」ことを明らかにした。

血液・血液製剤の分類の日中比較をすると、以下のようになる（表３―１参照）。

以上のように、日本においては、製造物責任法が輸血用血液製剤を製造物として認定したので、血液製剤による感染症罹患事故は、製造物責任の問題として議論されることとなった。しかしながら、日本の薬害エイズ事件と薬害Ｃ型肝炎事件については、何れも血液製剤の製造された時期がＰＬ法の実施時点以前であったため、ＰＬ法の問題として扱われなかった。

表３－１：血液・血液製剤の分類の日中比較

中国法	日本法
血液製剤（原語は「血液製品」） ――薬品の一種、製造物に該当する	血漿分画製剤 ――異論なく製造物に該当する
血液（全血血液と成分血液） 伝統的通説：血液＝非製品論 2009年の侵権責任法：製造物とみなす	輸血用血液製剤 （全血製剤と血液成分製剤） 1994年の製造物責任法：製造物に該当する（政府側の見解）

なお、輸血用血液製剤は一九七四年以降、すべて献血で賄われており、日赤により一元的に供給されている[170]。それゆえ、輸血用血液製剤の製造物責任の主体は日赤のみであって、献血者及び医療関係者は血液製剤の製造者ではなく、製造物責任の主体とならない。

第二節　裁判例における過失の判断の比較――医師の注意義務をめぐって

第一款　医療慣行の位置づけ

第一章で取り上げた裁判例を見ると、中国の裁判官は、医療機関が医療慣行に従って医療行為を行った場合においては、過失責任を負わないとしている（例えば、第一章の事例〔２〕の一審、〔３〕、〔４〕、〔６〕の一審、〔７〕、〔10〕、〔11〕）。

これに対して、日本の輸血による梅毒感染の判例[171]では、医師が注意義務に違反したか否かという判断は、医療慣行に従うか、

それとも、注意義務に対する法的判断または法的評価に従うかが争点になった。最高裁は、医師の注意義務の存否は、医療慣行によるものではなく、それと独立して「法的判断によって決定さるべき事項」であることを明示した。

最高裁は、医療慣行に従ったか否かは、注意義務違反の有無を決定する唯一の要件ではなく、「唯だ過失の軽重及びその度合を判定する際」の一つのファクターであるにすぎない、と判示した。すなわち、医師の過失判断は、法律上の問題としての過失の存否と、医学界上にいわゆる医療過誤の存否とを概念的に区別したうえでなされなければならない[172]。医師が医療慣行に従った医療行為を行ったとしても、医師が高度の注意義務を尽くしたと法律上判断することはできないのである。

また、星野博士はこの事件に関して、医療慣行の位置づけについて、以下のように述べた。すなわち、医師の注意義務は、（当事者）「両者を含むより広い社会における考え方に従って判断されるべきであり、部分社会における考え方や慣行は、情状酌量の要素とはなっても、紛争解決の基準そのものにはならない[173]」。換言すれば、医師の過失を判断する際に、医師の常識や診療によるべき規範、医療慣行、若しくは医学文献上の記載だけでなく、一般人を含むより広い社会における考え方ないし国民全般の感覚を取り入れるべきである。

ただし、この判決に批判的な立場の学者が指摘するように、被害者の保護を重視する上記のような考え方や議論は、過失の認定を苛酷にする。これでは非現実的な注意義務の擬制に近く、過失責任の形態を採りながら衡平の要求に基づいて、実質的には無過失責任を肯定したのと同じであるという批判がなされているのである[174]。

第二款　医師の注意義務の基準

中国の医療過誤事件において、一般的に、医師の注意義務の内容は「医療衛生管理法律、行政法規、部門規則及び診療、看護規範」によって決まる。侵権責任法五八条では、診療における医療過誤の具体的な認定基準の客観化がなされている[175]。先に紹介した裁判例をみれば、中国の裁判官は、医師の医療水準に基づく高度の注意義務より、むしろ医療現場において遵守すべき行為規範のみを強調している。

ひるがえって、日本法では、過失の前提となる注意義務の判断をめぐって、被侵害法益は生命や身体という最も重大性の高い法益であるので、輸血による梅毒感染の判例は、医師に高度

の注意義務を課し、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その義務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのは、已むを得ないところといわざるを得ない。」とした。この判決が示した医師の一般的かつ抽象的注意義務の基準は、最高裁として初めて提示したものであり、以後の医療過誤事件の判決でしばしば引用されている[176]。

また、日本では、具体的個々の医療過誤事案において、医師の注意義務の基準となるものは、通常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。さらに、中国の侵権責任法においては相対的医療水準論が否定されたが、日本の最高裁は、「臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものである[177]」という判断基準を明示し、医療水準の相対性を認めた。

第三款　輸血・血液製剤の使用における必要性の争い

中国と違って、日本での血液製剤の使い方は、生命を救うための唯一の手段として用いる使用法ではないとの批判が強く存在し、そうした場合には、医師・医療機関の医療過誤の問題になり得る[178]。つまり、中国ではほとんど問題とならない輸血の必要性が、日本の裁判実務[179]上争われている。

輸血・血液製剤の使用の頻度が高ければ高いほど、ウイルスへの感染リスクが高まるので、輸血・血液製剤の使用を本当に必要な場合に限定して使用回数を抑える必要がある。輸血による血清肝炎感染の裁判例[180]では、医師の過失認定について、当時の知見の下で輸血後肝炎を防ぐ方法がなかったことを前提として、輸血を必要とした出血を引き起こした原因が問題となった。そして、医師が輸血を必要とした原因の発生に関与したか否か、また、医師から輸血の実施決定、つまり輸血の必要性について、妥当な判断が行われたか否かということは、医療側の責任の成否基準となっている[181]。換言すれば、不必要あるいは安易に使用された輸血・血液製剤による事故については、不必要に使用したこと自体に責任を認め得るというものである。

しかし、実際のところ、肝炎ウイルスによる輸血後肝炎事案で公表された、いくつかの裁判例[182]においては、輸血の必要性の判断を含むどのような診療手段を使用するかは医師の自由裁量であること、あるいは当時その診療手段による輸血後肝炎に罹

患することの予見可能性がないという理由で、医療機関の責任を問わないことが多い。そして、医師が置かれた状況のなかで、患者の健康改善に向けて、当時の医療水準の下で最善の努力を尽くしたことを証明できれば、医師の損害回避に関する義務違反を否定することができる[183]。ただ、「当時の医療水準」の捉え方を検討する際に、如何にして医療水準を判断するか、何を基準とするかという問題は、未だ争いがあると思われる。

第三節　裁判例における因果関係の証明の比較

中国における輸血・血液製剤による感染事例においては、患者側の請求が認められない判決理由の中で最も注目すべき不可解な点は、「直接的な因果関係がない」、「唯一の原因ではない」としていることである。今後、裁判の場において問題を解決する際に、裁判官が、公平、説得力のある判決を下すことができるのか疑問である。特に、患者側の立証責任に関して、どの程度まで立証する必要があるかは、感染事件が輸血によるものにせよ、血液製剤によるものにせよ非常に大きな問題となっている。

それゆえ、次に、日本における裁判例の検討を通して、加害者に損害賠償責任を負わせるために、どの程度まで事実的因果関係を証明すればよいのかという立証の必要の程度について検討していく。

第一款　因果関係の証明法理の違い

原告の証明責任に関して、どの程度まで立証する必要があるかが問題となる。すなわち、原告がどのようなことをどの程度まで証明すれば、裁判官が「過失あり」、「因果関係あり」と認めるかということである。これは医療過誤訴訟の一つの焦点になりうる。なお、訴訟上の因果関係は法的評価を受けるものである[184]。

中国の裁判例によれば、直接かつ必然的な因果関係は、依然として事件を審理するときに因果関係があるか否かの主な判断根拠となっている。この点、裁判官は、判決理由において、より正確な法律根拠を付け加えるべきである。裁判上の証明は、論理的に純粋かつ厳密な科学的証明とは異なり、経験則に即して科学上の可能性がある限り、他の事情とあいまって因果関係を認めることに障害がなく、その程度の証明でよいと言えるであろう。

これに対して、日本では、事実的因果関係を判断する際に被害者の立証負担を軽減するために、ルンバール・ショック最高裁判決[185]の判例理論をはじめとして、自然科学的な因果関係の証明ではなく、経験則に照らした高度の蓋然性の証明で足りるとされる。なお、近年、「経験則」が積極的かつ弾力的に用いられて、立証の困難を克服しようとする動きが注目される[186]。

ルンバール事件において、最高裁判決は、ルンバールと脳出血の病変という因果関係が蓋然的に証明できていれば、それは肯定されるべきであるとしている。また、因果関係の証明については、差戻し審[187]が「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明すること」と判示した。「高度の蓋然性で足りる」とは、分かりやすく言うと、「経験上ある行為からある結果が発生したと信じられる程度」に立証されればよいとする趣旨である。したがって、過失と損害結果との因果関係について、自然科学的証明をする必要はなく、全証拠に照らして経験則上高度の蓋然性を立証すれば足りることになる。

さらに、薬害C型肝炎訴訟の東京地裁判決は、因果関係の主張または立証についてのリーディング・ケースであるルンバール・ショック最高裁判決の判例法理を引用し、因果関係の立証は、高度の蓋然性をもって原因結果の関係があることを証明することであり、その判定は通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることが必要とし、かつそれで足りるとした[188]。

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

一方で、中国の裁判官はしばしば「輸血・血液製剤がウイルスに感染した直接かつ唯一の原因とは言えない」として、原告の請求を棄却している。他方で、①日本の薬害C型肝炎訴訟の大阪地裁判決は、血液製剤と輸血による重複感染の可能性があることを認め、輸血からのHCV感染である以外に想定できないという事情がない限り、因果関係が認められるものと判示した。また、この判決は、HCV重複感染の場合に、被告が多原因の可能性を指摘するだけでは足りないとして、具体的な「感染経路の存在をうかがわせるような事情の主張立証はなく」、「抽象的な可能性の指摘にとどまる」として、被告の反論を認めなかった[189]。つまり、被告が他原因による原告の感染を主張し

ようとするならば、抽象的な可能性ではなく、具体的な事実を立証できない限り、裁判所は、因果関係の存在を否定しない。

結論として、他原因による肝炎感染にせよ、血液製剤による肝炎感染にせよ、両者の因果関係は、相互に排他的関係に立たない[190]ので、他原因による感染の存在の有無にかかわらず、血液製剤の使用とHCV感染との「高度の蓋然性」が認められるならば、血液製剤の使用とHCV感染との間の因果関係が肯定されることになると解される。

大阪地裁の判決とほぼ同様に、②薬害C型肝炎訴訟の東京地裁判決は、感染原因が重なり複合しているケースで、「原告らがこれらの製剤を使用したこととその後にHCVに感染したことを立証した場合には、製剤の使用とHCV感染との間の因果関係が推定され」る、と判断した。これは、因果関係の推定（事実上の推定）の手法を用いて、因果関係の証明度を原告（患者）側に有利に軽減したもの[191]と言えよう。「経験則に照らせば、当該事件において因果関係の要件事実に該当する主要な事実がある」と推定する、つまり、原告は因果関係の立証に成功したとするのである。

しかも、本判決において、この因果関係の推定を覆すためには、「単に輸血が併用されたこと、あるいは単に抽象的にそのほかの原因が存在し得ること」を立証しただけでは足りないこと、さらに、被告には「原告らが各製剤の使用と同程度の感染危険性を有する感染源に曝露したこと及び原告らに発症したHCV感染がその発症時期等からみて製剤の投与による感染としては不自然であること」などの「特段の事情」を証明しなければならないとしたことが、注目されるべきである[192]。つまり、加害者に因果関係があることを推定する場合に、加害者側が経験則の適用を排除する特段の事情がない限り、因果関係を認めるべきである[193]。

この点と関連して、③集団予防接種B型肝炎訴訟[194]において、最高裁は「本件集団予防接種等のほかには感染の原因となる可能性の高い具体的な事実の存在はうかがわれず、他の原因による感染の可能性は、一般的、抽象的なものにすぎないことなどを総合すると、原告らは、本件集団予防接種等における注射器の連続使用によってB型肝炎ウイルスに感染した蓋然性が高いというべきであり、経験則上、本件集団予防接種等と原告らの感染との間の因果関係を肯定するのが相当である」、と判示した。したがって、最高裁は、被告側が単なる抽象的な感染原因ではなく、具体的な可能性の高い感染原因を立証できないことによって因果関係を肯定するとした。

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

中国法では、前述のように、血液製剤を含む医薬品の欠陥[195]を認定するとき、欠陥の判断基準は「不合理な危険」と「行政基準」という「二重基準」を採用している。そして、「血液製品は当時の国家強制基準（行政基準）に合致していたから、血液製品は欠陥製造物に該当しない。」という判決がしばしば現れる。

それに対して、日本の製造物責任法二条二項[196]によれば、製造物の欠陥とは、製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいうと定義されている。つまり、「欠陥」の判断は、製造物が引き渡された時期の「当該製造物が通常有すべき安全性」があるか否かということを基準にしている。

しかし、輸血用血液製剤が「製造物」に含まれたものの、その使用によって副作用の被害が発生した場合、必ずしも血液製剤に欠陥があるとは言えない。これについて、日本政府は次のような見解を示した。すなわち、「輸血用血液製剤の欠陥については、次のような製品の特性等の事情を総合的に考慮し、判断する必要がある。①生命を救うために使用され、他に代替する治療方法がなく、極めて有用性が高い。②輸血によるウイルス等の感染や免疫反応等による副作用が生ずる危険性があるについての警告表示がなされている。③輸血用血液製剤は、世界最高水準の安全対策を講じたうえで供給されているが、技術的にウイルス感染や免疫反応等による副作用の危険性を完全には排除できない。したがって、現在の科学技術の水準の下で技術的に排除できないウイルス等の混入や免疫反応等による副作用は欠陥に該当しないものと解される[197]。」。

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

他方、欠陥の判断基準に関して、日本では「標準逸脱基準」、「消費者期待基準」、「危険効用基準」という三つの基準が示されるのが通例であった[198]。そのうち、危険効用基準は、法と経済学の分析手法を用いて、医薬品の副作用（危険）と有効性（効能）との比較によって欠陥を判断する方法である。薬害C型肝炎訴訟の東京地裁判決が示したように、医薬品の有用性[199]についての判断は「医薬品の効能・効果（有効性）と副作用との比較考量

によって行われるべきもの」である。有用性を欠く医薬品は欠陥医薬品に当たるであろう。そして、効能と副作用の比較考量は血液製剤を含む、医薬品の欠陥判断の特質であると言えるのではないか。

本来、人体にとって異物である医薬品は、効能だけでなく副作用を伴う危険がある。しかし、健康を回復させるため、当該医薬品に危険が存在することをある程度理解していても、効能より小さな副作用を我慢し、得られる疾病を治す効能に期待し、その医薬品の使用を選択することになるわけである。しかし、その医薬品を使用したところ、予期した治療の効果を得られないばかりか、予想だにしていなかった効能より大きな副作用被害を受けた場合は、それに「通常有すべき安全性」が欠けるか、あるいは「欠陥」があることが明白であるといえる。

前述と関連して、医薬品の安全性に対する「社会通常の消費者（患者）の合理的期待」値を定める際に、考慮要素として、医薬品の副作用（危険）と有効性（効能）との比較衡量に基づいて「欠陥」を判断すべきである。[200]

その上で血液製剤に関する「欠陥」の判断枠組みを検討してみる。血液製剤には医療における有効性や非代替性がある一方で、血液製剤には不可避な危険性（ウイルスの感染または免疫反応の副作用）も存在する。したがって、血液製剤の有効性や不可代替性と不可避な危険性を比較考量し、前者が後者を上回れば、同製剤の「通常有すべき安全性」は充足される、つまり欠陥に該当しないと結論づけるべきである。[201] 逆に言えば、血液製剤の副作用・リスクが有効性を上回るとき、その血液製剤は欠陥製造物に該当すると判断すべきである。

薬害C型肝炎訴訟における東京地裁の判決は、医薬品の性質に基づいて、医薬品の有用性を分析し、それを通して製薬会社の注意義務を検討した。医薬品の有用性の判断について、東京地裁の判決は以下のように述べた。すなわち、「医薬品の有用性は、有効性と副作用リスクとの比較衡量により決せられるべきであるが、それは代替治療法との比較において判断されるべきである。なぜならば、当該医薬品の有効性が副作用リスクを上回る場合においても、代替治療法のそれに劣る場合は、医薬品としての必要性に乏しいからである。その上で、有効性の要素としては、適応症の範囲・重篤性、それに対する治療効果の大きさ、医薬品の利便性などが、他方で副作用リスクとしては、副作用の重篤性・治癒可能性、発生頻度などが考慮されるべきである。」。

なお、ここで注意すべき点は、仮に危険効用基準を用いて「設

計上の欠陥」を判断した結果として、「設計上の危険」がなかったとされる場合でも、「指示・警告上の欠陥」が問われる余地があるということである[202]。つまり、医薬品の副作用について適切な指示や警告がなされていなければ、「指示・警告上の欠陥」が存在するとして、製薬会社の賠償責任を免れない可能性がある。

第三款　開発危険の抗弁

製造者の免責事由について、先に紹介した中国の裁判例は以下のような場合に、製造者が責任を負わないと示した。すなわち、「血液製剤の使用が病気に感染する恐れがある」という行政的警告が発表される前に、「欠陥の存在を発見することが不可能であった」ことは、開発危険の抗弁に当たり、製造者の免責事由になる。加えて、中国では日本のような製造者に対する注意義務の客観化・高度化の理論は、学説でも裁判例でも存在しない[203]。

それに対し日本では、製造物責任法四条一号[204]が示したように、「当該製造物をその製造業者等が引き渡した時における科学または技術に関する知見によっては、当該製造物にその欠陥があることを認識することができなかったこと」は製造者の免責事由になり、開発危険の抗弁が認められる。換言すれば、欠陥に関する予見可能性の有無は、欠陥製造物を認定する際に当然検討すべき要件となっている。その上で血液製剤は、開発危険の抗弁が成立する可能性のある製品となる。また、その「科学または技術に関する知見」とは、客観的に存在している世界最高水準の科学・技術上の知見を意味すると解釈されている[205]。

実務上、薬害C型肝炎訴訟の東京地裁判決は、「製薬会社が負担する安全性確保義務は、時々の最高の学問水準に基づく厳格な予見義務を前提とする広範な結果回避義務である」と明らかにした。また、医薬品の有効性の判定方法として、「専門家の意見、臨床報告・臨床実績、海外における同種製剤の使用状況等が斟酌されるべきものと解される」とした。これにより、製薬会社に対して、製造そして販売開始時、開始後それぞれにおける調査義務、情報収集・分析義務、適応症限定義務、指示・警告義務、情報提供義務、有用性がなくなった場合の回収義務など[206]を認めた。例えば、製造時点における義務について、「製薬会社は、医薬品の開発時においては、その時点における最高の学問水準に則り、調査研究を尽くし、有効性を検証するとともに副作用リスクを予見し、それに基づき有用性の判断を適切

に行わなければならない」と示した。

以上のように、製造者は、血液製剤の製造に際しての注意義務として、当該製造時における最高の科学技術水準に照らして、ウイルスを排除する義務を負うと考えられる。国内の事情を考えるというよりも、むしろ外国事情を含む世界的な科学水準を考慮すべきである。

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

日本法では、通常医薬品の製造者に対しては製造物責任を追及するが、医薬品の販売者に対しては契約責任を追及する。他方中国法では、医薬品の製造者及び販売者の両者に、製造物責任を追及することが可能である。

日本における血液製剤に関する医療事故では、もとより主として輸血実施者である医師・医療機関と、血漿分画製剤の供給者である製薬会社と輸血用血液製剤の供給者である日赤の責任が問題となってきた。血液製剤の製造物責任主体は、製薬会社と日赤のみである。また、医療機関は、血液製剤を製造または加工した者ではないので、製造物責任法上の責任主体とはならない。

ただし、輸血の際の不手際による感染または説明義務違反の場合には、医療機関等の輸血実施者の医療過誤責任を追及することが可能である。つまり、医薬品の欠陥問題というよりも、医療過誤の問題として医師・医療機関の責任を問うことが多いのである。特に、医薬品使用上の注意義務を判断する際に、副作用についての指示に関して説明が十分に行われたか否かは問題とされる。

より広く議論すれば、血液製剤を含む、医薬品に関わる医療事故では、医薬品を投与した医師・医療機関等の医療従事者側の責任と、医薬品の製造者たる製薬会社側の責任が問題となり、その責任分担が争いになることが多い。

それについて、浦川道太郎教授は、医薬品の有効性と副作用との比較考量及び責任主体の責任分配について、詳しく分析した（図1参照[注]）。それによれば、医薬品の副作用は、①適切な使用法によっても回避不能な副作用と、②適切な使用方法によれば回避可能な副作用に分類され、回避不能の副作用における法的責任は医薬品の有効性と副作用の関係により区別される。具体的には次の通りである。

①医薬品を適切に使用したときにも副作用が避けられない場

合に、（ａ）当該医薬品の有効性が副作用を超えるという「許される副作用」であるならば、原則的に、その副作用による被害は、民事責任の対象とならない。しかし、この場合、医師が副作用について患者に対して十分な説明をせず、それゆえに医薬品による被害が生じた場合に、説明義務違反として、医師側が過失責任を負う可能性がある。またこのような場合、医薬品副作用被害救済制度に基づき救済は可能である。なお、日本では、一九八〇年以後の医薬品副作用被害については、無過失補償である医薬品副作用被害救済制度が設けられている。

他方、（ｂ）副作用の危険が有効性を上回るという「許されない副作用」が出る場合には、当該医薬品は欠陥薬と評価され、医薬品の製造・供給者である製薬会社側の製造物責任が問われる。それとともに、当該医薬品を承認し、あるいは回収命令を発しなかった国の責任（国家賠償責任）の問題が生じる。

②医薬品を適切に使用していれば副作用被害を回避できるにもかかわらず、医師が医薬品を適切に使用しなかった場合に、医師の責任が問われる。その際には、医師が当該医薬品の使用法を遵守したか（例えば、添付文書に従ったか）、また、副作用被害を回避するために必要な注意を払ったかが問題になる。

なお、医師・医療機関の責任について、欠陥がある血液製剤を使用した医師・医療機関は、使用について過失があれば、民法七〇九条の責任を負う。患者が輸血の際の不手際により感染した場合に、医師・医療機関の責任を追及することが考えられる。他方で、使用者が国である場合、国は賠償責任を負うべきである。

（ただし、日本の裁判例を批判的に分析し、より精確に検討すると、輸血・血液製剤の使用によって発生した輸血事故は二

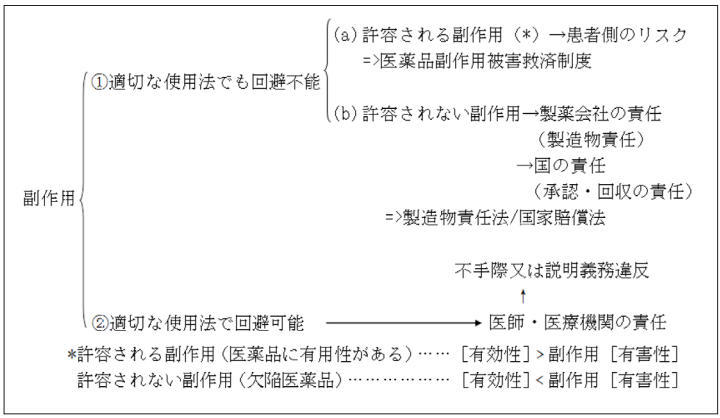


図１　血液製剤を含む医薬品の副作用事故における責任の分配

つの種類に分類することができる。[208] ①血液製剤それ自体の副作用。例えば、輸血後紫斑病、輸血後単球増加症、極めて稀ではあるが致死率が極めて高い疾患として、心臓手術後など大量の輸血後に発生するＧＶＨＤ[209]（移植片対宿主病）がある。②本稿が議論している輸血・血液製剤によるウイルス感染症である。ただ、裁判例において、両者は区分されていない。）

第六節　血液製剤による感染訴訟の特徴の違い

伝統的不法行為の典型例は、ある特定の加害者のある特定の被害者に対する個別の不法行為である。しかし、血液製剤をはじめ、医薬品による不法行為には、一つの注目すべき特徴がある。それは、薬害事件の被害者は、特定の個人に止まらず、不特定の多数の人々であることである。現代社会における医薬品には公共的性格があるため、薬害による不法行為は、ある特定の薬品によって、不特定の多数人の健康に対する集団的な権利侵害となる。[210] そして、集団的訴訟の発生は、薬害訴訟の特徴であると言える。その典型例として、日本における薬害エイズ事件、薬害肝炎事件が挙げられる。

まず、日本における薬害エイズ事件を簡単に紹介する。血液製剤によるエイズ感染事件とは、ＨＩＶが混入した非加熱の輸入濃縮血液製剤（非加熱第Ⅷ因子製剤、非加熱第Ⅸ因子製剤）[211]を血友病患者に対して輸血したことにより、当時日本の血友病患者約五〇〇〇名のうちの約三割である一四三四名がＨＩＶに感染した[212]深刻な事件である。

薬害エイズ訴訟は被害者の一部が一九八九年から一九九六年にわたって大阪地裁ないし東京地裁において、血液製剤を製造・販売した血液製剤メーカー五社に対して、債務不履行責任（安全配慮義務違反）と民法七〇九条に基づく不法行為責任、及び薬事行政を担当する国に対して、国家賠償法一条一項に基づく責任を根拠として、損害賠償を請求した訴訟である。[213]

結局、一九九六年に大阪地裁及び東京地裁で和解が成立した。エイズ患者を迅速に救済するために、事案審理の時間をできるだけ減らし、和解という形で早期に解決したことは積極的に評価されうる。和解の内容は、主として被告らが責任を認め、原告らに謝罪し、被害者一人当たり四五〇〇万円を支払うというものである。また、当時未結審者、未提訴者についてもこの和解と同条件で和解できることとなった。それは、訴訟当事者以外の多数の被害者に重要な影響をもたらした。この和解の注意すべき点は感染者の感染時期を問わず、一律に一時金の賠償を

与えたことにある。

次に、薬害Ｃ型肝炎事件を簡単に紹介する。血液製剤（特定フィブリノゲン製剤〔血液凝固第Ⅰ因子〕[214]・特定血液凝固第Ⅸ因子〔Christmas 因子〕複合体製剤）にＨＣＶが混入し、多くの患者が血液製剤の投与を受け、ＨＣＶに感染したという薬害肝炎事件が発生した。

そして、感染被害者は、血液製剤の製造・販売等を行った製薬会社及び国に対し、最初に大阪地裁に損害賠償を求める訴訟を提起した。その後、福岡、東京、名古屋、仙台の地裁に、同種事件が相次いで提訴された。二〇〇六年から二〇〇七年にかけて、大阪地裁[215]・福岡地裁[216]・東京地裁[217]・名古屋地裁[218]・仙台地裁[219]でそれぞれ判決が言い渡された。

さらに、控訴審のうち大阪高裁及び福岡高裁において、原告と国との和解が成立しており、その後も各裁判所で原告と国との和解が相次いで行われた。その結果、二〇〇八年に、「特定Ｃ型肝炎ウイルス感染者救済特別措置法」（以下「特別措置法」）という特別な立法が生み出された。

以上のような薬害における集団訴訟には、様々なメリットがあると考えられる。例えば、訴訟のコストを節約し、効率性を向上させることのみならず、集団的訴訟は、集団の力を結集することにより、個人的な訴訟よりマスコミに注目されやすく、被害問題の深刻さを民衆に伝えうる。強い立場にある加害者に対抗し、薬害の問題を徹底的に解決する際に、集団訴訟は、司法機関に大勢の患者を救済させ、立法機関あるいは行政機関に特別立法や公共的政策を引き出させることに特に効果的であると論ぜられている[220]。

日本の状況をみれば、その大規模な集団訴訟のメリットは明らかである。日本において、輸血によるＨＣＶ感染者は二〇〇万人以上に上り、さらに、ＨＢＶ感染者は一五〇万人以上いると言われている[221]。以前、国民病となっている肝炎についての予算はせいぜい数億円であったが、二〇〇二年に薬害肝炎訴訟を提訴したのち予算が増やされることになり、判決後には更に増額されるようになったのである[222]。

他方、中国では、一九九八年以降、上海生物製品研究所が生産した非加熱第Ⅷ因子製剤の投与によって、百人以上の血友病患者がエイズに罹患した報道がある[223]。しかし、遺憾なことに、血液・血液製剤による被害事案においては、被害者が個別に訴訟を起こしたケースが圧倒的に多く、集団訴訟はあまりみられない。というのも、政府は、原告らが集団訴訟をきっかけにして、大規模の群衆事件を生み出す恐れがあるために警戒的であ

り、それに対する規制が厳格だからである。

それと関連して、中国の政策形成訴訟、つまり、政策志向型訴訟の位置づけを検討する。政策を変えるための訴訟では、司法が単なる法的判断ではなく、公共的役割を果たす側面がある。平井宜雄博士は、こうした訴訟類型を、かねて「政策志向型訴訟」として析出されたが[224]、これは中国で「影響性訴訟（Impact Litigation）」[225]と呼ばれるものと類似している。簡単に言えば、「影響性訴訟」は、かなり大きな社会的影響を持ちつつ、一般民衆の法律観念に影響を及ぼす代表的な訴訟である。しかも、それは、個人の権利・義務をめぐる紛争を解決するというよりも、むしろ立法、司法の改革を起こさせ、あるいは公共的政策を変化させることを目的とする典型的な訴訟事案である。

しかし、近年の「影響性訴訟」と呼ばれる訴訟の結果、個人が訴訟に勝訴することよりも多くなってきているにもかかわらず、それらの事案によって、司法制度または公共的政策を調整させようとする期待が満たされることは殆どないとの批判がなされている[226]。しかも、中国では、個人が公益訴訟あるいは政策形成訴訟を提起することは、現行民事訴訟法の枠組みには認められていない[227]のである。

第七節　国の責任の有無及び被害者への行政上の救済

これらの行政規制の重要性は、血液製剤を含む医薬品が人間の生命や身体に直接影響を及ぼすことから、決して見落すべきではないのである。そして、血液製剤による感染事件において、国家責任を追及するか否かが日中の大きな相違点として浮かび上がっている。

第一款　規制権限不行使に基づく国の責任の有無

日本において、薬害C型肝炎感染者は、製薬会社のほか、国に対し、国家賠償法一条一項に基づいて損害賠償を求め、国を被告に提訴した。そして、いくつかの判決は、規制権限不行使に基づく国の責任を肯定し、注目されたところである。例えば、大阪地裁の判決をめぐって、国については一九八七年四月時点で責任の有無を線引きした。国は、その時点における医学的・薬学的知見の下において、厚生大臣の不作為につき、過失を認められた[228]のである。さらに、名古屋地裁の判決は、指示・警告義務違反を理由として、製薬会社とともに国の責任を認めた。

そのほか、薬害エイズ訴訟に関して、被害者は、薬事行政を

担当する国に対して、国家賠償法を根拠として、損害賠償を請求した。国の責任を判断するとき、いつの時期に国が血液製剤の販売停止・回収あるいは指示・警告などの規制権限を行使すべきなのかということが問題となった[229]。

東京地裁が示した「和解勧告に当たっての所見」は、「このような事態については、製薬会社が第一次的な救済責任を負うべきであるが、被告国もまた、被告製薬会社とともに、原告らが被った前記のような莫大な感染被害を早急に救済すべき責任を果たすべきである」と述べた[230]。そして、和解条項や確認書が明示したように、国は製薬会社とともに、被害者に対して謝罪し、一時金を連帯して支払う（国の負担割合は四割）こととなった。さらに、厚生省薬務局生物製剤課長であった者に業務上過失致死罪の成立も認められた。

しかし、中国においては輸血による肝炎・エイズ感染にせよ、血液製剤による肝炎・エイズ感染にせよ、国を被告に提訴することは想像できない。中国の国家賠償法（一九九四年に公布され、二〇一〇年に改正された）によると、公務員が行政権限を行使して一定の行政行為を行い、これにより公民などの人身権や財産権が侵害されたときは、被害者は国家に対し、損害賠償を求めることができる。しかし、上述の規制権限の違法な不行使に関する規定はない[231]。また、国の行政賠償範囲は、行政機関の具体的行政行為[232]に限られ、抽象的行政行為[233]は国の賠償対象に含まれないとされる。

それゆえ、血液製剤を含む製造物の欠陥による損害が発生するときに責任が問われるのは、主に製造者と販売者であり、この場合、国家が直接責任を負うことは予想できないと言えよう。そして、行政訴訟法にいう抽象的行政行為、つまり行政立法は、国家賠償法に定める賠償対象からも除外されている[234]。国家または業界の行政的基準の誤り、遅れや行政的基準作成についての違法な不作為が問われることは全く規定されておらず、この状況は今でも依然として変わっていない。

日本の製造物責任法はわずか六条しかないが、中国の製品質法は全六章七四条からなり、包括的な内容を持つものである。しかし、植木哲教授が指摘[235]したように、中国では、国家中心の管理方式に基づいて、これほど強力な国家による介入があるにもかかわらず、製品品質法は公務員の故意または過失に伴う国家自体の責任については何も触れていない。

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

医薬品の必需品的性格は強いので、一定のミニマムの規制だけでなく、行政規制も必要である[236]。日本の薬害エイズ・肝炎訴訟でも、国の責任がクローズアップされている。その責任としては、欠陥医薬品の製造・販売を停止させ、さらには、既に市場に流通している医薬品を回収しなければならない。また、国は医薬品の副作用等の危険性情報を得た場合に、患者や医療従事者に向け、警告すべき義務を生じる。

しかし、中国において、欠陥医薬品に対する国の警告・回収義務に関する規定はない。例えば、「竜胆瀉肝丸事件」では、国家医薬品監督管理局は、医療機関からの副作用の報告及び国内外の研究資料を無視し、薬品に関する行政基準を適時に訂正しなかった。該管理局は、竜胆瀉肝丸にある関木通により腎障害や尿毒症に罹患するリスクを認識し得るにもかかわらず、患者の病気の罹患を防止するための必要な措置を取らなかった。例えば、竜胆瀉肝丸の副作用リスクを医療従事者や患者に警告したり、他の安全な代替薬の使用を指示したり、竜胆瀉肝丸の生産・販売を停止させたり、また生産・販売済みの薬品を回収したり、といった有効な方策を取る必要があった。実際には、以上の措置が適時に行われたならば、被害の結果回避可能性が十分あったとも言える。

ところが、そのとき、欠陥医薬品の回収制度[237]がなかったため、医薬品会社は、竜胆瀉肝丸の販売を継続し、薬品の回収が十分に行われることなくその投与が継続され、それにより患者に甚大な健康損害を被らせるに至った。そのため結果的に、国の対策が遅れてしまったことと、患者が腎障害や尿毒症に罹患するまでに至り悲惨な被害が拡大されたこととの関連性は否定し難いと言わざるを得ない。国は、製薬会社、医薬品会社とともに、患者の健康被害を速やかに救済する責任を果たすべきである。

こうしたなか、侵権責任法四六条[238]は、ついに欠陥医薬品の生産者・販売者の警告義務や回収義務違反に関する損害賠償責任[239]を規定した。しかし、医薬品の安全性の確保及び副作用による被害防止のために、当該医薬品を製造・販売する会社のみならず、国も欠陥医薬品についての警告義務や回収義務を負うべきであろう。

以上をまとめると、中国の薬監機構は、薬品を監督・管理する行政部門であるにもかかわらず、薬品に関して制定した行政基準が合理的ではない場合に、何らかの責任が問わなければならないと思われる。同様に、薬監機構は、流通している薬品における深刻な副作用被害があるという臨床報告を受けたにもかかわらず、医療機関または患者、一般民衆に対して指示、警告

権限を行使しない場合、責任を負うべきである。さらには、ある薬品が欠陥医薬品と認定された後、国は、医薬品の製造者、販売者に対し、生産・販売停止、回収させるという規制権限の行使を怠った場合にも責任を負うべきである。

第三款　被害者への行政上の救済

日本において、独立行政法人である医薬品医療機器総合機構は、一九九三年から血液製剤に混入したＨＩＶによる健康被害者の救済に関する業務を行っており、また、二〇〇四年以降の血液製剤の使用による肝炎感染者に対して感染救済給付も行っている[240]。

さらに、司法の限界を超えて、被害者救済に関する特別法が生み出された。例えば、二〇〇八年にＣ型肝炎感染被害者を救済するために、給付金の支給に関する「特別措置法」が制定された[241]。特別措置法は、血液製剤の投与と感染との因果関係がカルテなどで認められれば、投与時期を問わず、症状に応じ一時金を被害者に支給することを示した。その一時金は国と製薬企業が負担する。また、「投与の事実」、「因果関係」及び「症状」の認否に当たっては、カルテのみを根拠とすることなく、手術記録、投薬指示書等の書面記録、医師・看護婦・薬剤師等による投与事実の証明、あるいは本人・家族等による記録、証言等も考慮するとされる[242]。

他方、中国では、河南省のような輸血によるエイズ集団感染の問題を含む、エイズ被害の問題を解決するために、二〇〇六年三月一日に国務院は「エイズ予防治療条例」（原語は〔艾滋病防治条例〕）を施行した。その四四条によれば、「県クラス以上の人民政府は農村のエイズ患者と都市（町）の経済的に苦しいエイズ患者に、エイズに対する治療薬を無償で提供し、エイズに感染した妊産婦にエイズの母子間感染を予防するための治療を行い、相談に応じなければならない」と定めている。

しかし、河南省における売血によるエイズ感染事件のような重大な事件において、国の法的責任を明らかにしなければならないと考える。なぜならば、国は、悲惨な被害者にとっても、また、今後このような事件が繰り返されないようにするためにも、積極的かつ大きな影響力を及ぼすからである。また、政府が被害者に補償するほかに、輸血によって感染したエイズ犠牲者の遺族（とりわけエイズ孤児）に、補償金（生活補助金）を受け取らせるべきであると考えられる。さらに、血友病を治療するための血液製剤によるエイズ感染者に対しても、国は救済

制度を設立すべきである。

そのほか、中国におけるＨＣＶ感染者は四〇〇〇万人[243]に達しているにもかかわらず、国は、無過失輸血による肝炎感染者に対して、行政救済または補償システムを設立するには至っていない。それゆえ、早急にＨＣＶ感染者やＣ型肝炎発症者が治療に専念できるような体制を作るべきである。輸血・血液製剤による被害者を効率的に救済するためには、社会保障の観点に立ち、行政的被害者救済制度が必要であると考えられるのである。つまり、政府は広汎な被害者の存在と被害の深刻な性質を意識しつつ、行政上の救済制度を設立することにより問題を徹底的に解決すべきである。

現段階において、中国では、国には損害賠償責任というよりも、補償責任を負わせる方が適当かつ現実的であると思われる。輸血・血液製剤によるエイズ・肝炎の集団的感染事件では、司法的救済というよりむしろ日本が薬害肝炎事件を対応する際の「特別措置法」のような特別な立法が求められるべきであると考えられる。日本では、薬害Ｃ型肝炎事件後、二〇〇九年の肝炎対策基本法の成立によって、国が、提訴できた原告のみならず、多数のウイルス性肝炎患者の被害救済のために根本的かつ恒久的な対策を講じなければならないことを明確にした[244]。

最後に、日本では、社会保障の伝統的考え方に従って医師の過失と無過失を峻別するとすれば、過失のある場合には責任保険が採用され、無過失の場合には被害者救済のための損害補償制度が考えられている[245]。現在、日本において、医薬品副作用被害や予防接種事故については、以上のような趣旨の救済制度[246]が実施されている。特に、医薬品の副作用による健康被害については、行政上の救済制度が存在している。そのため、被害が生じた場合には、製造物責任法とは別に、医薬品副作用被害救済制度[247]による救済アプローチがある[248]。

中国では、現在まで医薬品副作用救済制度はなく、被害者の損失は自身で負担するしかない。それゆえ、行政的損害填補制度あるいは国の主導する補償システムを確立する余地があると思われる。

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

日本において、輸血用血液製剤は一九七四年以降、日赤が一元的に供給している。それに対して、血漿分画製剤は、製薬会社が原料血漿または製剤を外国から輸入してその大部分を供給しており、一部は日赤が献血血液を原料として、あるいは民間企業に製造依頼して供給している[249]。薬害エイズ事件の発端となった血液製剤は、多数の人のプール血漿を原料として作られたものであった。しかも、アメリカにおける有償血液、つまり売血からの血液を主原料としていたので、ウイルスなどが混入する危険性が普通の献血より大きいと言える。しかしながら、薬害エイズ事件後、血液凝固因子製剤については、日赤が原料血漿を国内の献血によって確保し、一元的に製造・供給している[250]。

そもそも身体の取引について、血液の無償贈与は、市場主義に基づく血液の売買行為よりも血液を集めにくいというデメリットがあるが、メリットの方が大きい。日本では、吉田邦彦教授により、―アメリカ法学の有力潮流を摂取する形で―、血液提供だけでなく、臓器移植、人工生殖（精子・卵子提供、代理母）などを含む、身体取引における非商品化・非市場化の原理が議論されて、市場化志向の強い川島所有権法に対して問題提起がなされている。「市場取引」に委ねることの弊害はどこにあるのか、なぜ無償原理による贈与的アプローチを採る必要があるのかという点に関して、次のような指摘がなされている。すなわち、市場システムに依存する場合には①フリー・ライドの問題が生じる可能性があり、②品質低下及びウイルス汚染の問題が深刻となるのみならず、しかも、③貧困者への「搾取」という問題をも深刻化させうる[251]。

翻って中国では、もとより輸血・血液製剤をめぐる感染事故は、血液供給体制の不備から生じるケースが多かった。中国では、一九九八年の献血法が公布されてから、血液供給体制は売血から自発的な無償献血へ切り替わった。それ以前は、職業的売血者から採血した血液を患者に輸血していた事例がごく普通であったから、この点において、日中の間に二十四年間の差が見てとれる。

第二款　法教義学的動向の日中比較の整理

①輸血用血液の製造物責任の有無

日本では、一九九四年に製造物責任法が制定されたとき、輸血用血液が「製造物」に該当するか否かをめぐる争いは、政府側から示された見解によって終わった。他方、中国では、輸血

用血液は「製品」であるとする学説が有力に主張されているが、実務上では「非製品論」が採用されている。二〇一〇年に侵権責任法が実施されても、司法解釈の制定をめぐって、それに関する論争が未だになされている。

②「過失」の内容・認定と事実上の推定

中国では、「過失」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定義する学説が通説である。それに対して、日本の現在の不法行為学説は、通例、過失を「結果発生の予見可能性がありながら、結果の発生を回避するために必要とされる措置(行為)を講じなかったこと」(結果回避義務違反)と定義する[252]。それゆえ、両者の間には大きな違いが見られる。つまり、中国では「過失」は未だに主観的に捉えられているが、日本では、客観的に捉えられている。

日本の多くの裁判例では、医師の高度の注意義務が強調されたり、医師に過失の推定が認められたりしている。例えば、輸血梅毒事件は、医師に最善の注意義務を課したものである。また、薬害や食品公害等の事件につき、製造者に高度の注意義務を課したり、過失を事実上推定したりするなどして被害者の救済を図ってきた。例えば、スモン事件では、ある程度の状況事実が証明されれば、欠陥のある医薬品の製造者には、過失が一応推定され、製薬会社は、反証がないあるいはその推定を崩さない限り、責任を免れないとされる[253]。

つまり、証拠によって過失の具体的事情を認定できなくても、間接事実の存在を確認できれば、過失を経験則の適用によって推定しようとした。また過失の「一応の推定[254]」が許されるためには、加害の客観的事情に対する経験則の適用によって、一般的事実認定につき要求されるのと同程度の「真実の高度の蓋然性」をもって過失を推認できる場合でなければならないとともに、その程度の蓋然性をもって過失を推認できれば足り、過失がなかったことの可能性が全く存在しない程度までの証明は必要がない[255]。製薬会社に過失が推定されることは、一応過失ありと見ることを意味するので、無過失責任に近い考え方であるという評価もある[256]。

中国で注目されるのは、医師の過失の認定方法である。裁判官が法解釈論に即して、医師の過失を認定するとき、注意義務の程度を高く設定し、主観的注意義務ではなく、客観的かつ高度の注意義務に基づいて、医師の責任を厳格化すべきである。さらに、患者側の救済を図るために、医師に高度の注意義務を課したり、過失の事実上の推定をしたりなどすべきであろう。

③「因果関係」―とくに立証問題

中国には、医療過誤訴訟における「証明責任の転換」規則がある。しかし、立証責任の転換に対する強い批判もなされている。その問題を解決するためには、患者側の証明責任を免除することではなく、証明責任を軽減する方向の規則を検討しなければならない。

輸血・血液製剤による感染症訴訟のように、原告側において客観的に立証困難の場合には、弱者保護のために、（患者は）自身の損害と医療機関の行為との間に存する因果関係の必然性を証明せずとも、高度の蓋然性を証明できれば、患者側の証明責任は完成したものとみなされ、因果関係の存在が推定されるべきである。つまり、患者側は、因果関係の立証における高度の蓋然性を証明できれば、裁判官は、間接事実なり経験則に基づいて、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るとし、因果関係を認めるべきである。推定された因果関係を覆すために、被告側が、経験則の適用を排除する反証なり特段の事情を証明できない限り、損害賠償責任を免れないのである。

日本においては、医療訴訟における因果関係証明の困難を緩和するために、いくつかの間接事実に経験則を適用し、因果関係を推認する方法が判決に採用されている。さらに、学説においても、経験則に照らして、因果関係の認定に必要な立証の程度を軽減する「蓋然性」説、因果関係の事実上の推定説などの理論が模索されてきた。このような貴重な経験は、中国にとって大きな参考になる。それにとどまらず、「経験則」が積極的かつ弾力的に用いられ、原告の立証困難を救済しようとする動きも注目されるべきである。通常人の経験則による判断、あるいは日常経験則での物事のつながりの判断とは、蓋然性の集積と因果関係の事実上の推定のようなものである。それによって、経験則の多様な活用により因果関係認定の緩和が図られる。日本法の成功経験を参照しつつ、中国では、因果関係の事実上の推定を認めることが不可欠であると考えられる。

④責任主体

日本法では、通常医薬品の製造者に対しては製造物責任を追及するが、医薬品の販売者に対しては契約責任を追及する。他方、中国の侵権責任法五九条は医薬品の製造者・販売者・医療機関に製造物責任を負わせる規定である。しかし、「薬で医療を養う」現象を取り除く政策が採られているため、医療機関が製造物責任の主体として扱われるべきか否かについて、中国の社会的政策、特別な国情を踏まえ、血液センター・製薬会社・医薬品会社・医療機関の責任分配との関連で、批判的な再考が

必要である。

⑤「欠陥」の判断基準と開発危険の抗弁

中国では、「欠陥」の判断基準について、血液製剤を含む医薬品が国家、業界による安全基準に合致するか否かは、欠陥を判断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一つにすぎないと考えられている。そして、被害者は、行政基準に適合する製品についての行政基準に不備があり、当該製品に「通常有すべき安全性」を欠く、あるいは「不合理な危険」が存在することを証明できれば、裁判所は欠陥製品と認めるべきであると考える。この点と関連して、医薬品の安全性を判断する際に、医薬品の副作用（危険）と有効性（効用）との比較衡量をなすべきであろう。

また、開発危険の抗弁について、その抗弁の判断基準となる「製品を流通に投入した時点での科学技術レベル」を以下のように厳格に解釈すべきである。すなわち、「科学技術レベル」とは、特定の国、特定の地域に限る科学技術レベルではなく、世界的な範囲における最先端の科学技術レベルと解釈すべきである。医薬品の必需性、薬害被害者の広汎性、集団性、悲惨性に鑑みると、製造者は、単なる自らの国家、業界における薬品の行政基準に限らずに、調査、情報収集、分析義務を尽くし、その時点の医学的・薬学的知見の下で、海外の同種医薬品の使用状況、臨床実績、臨床試験の結果、専門家の意見、報告等を斟酌しなければならない。さらには、製造者の免責事由が認められるか否かについて、ドイツをはじめとして、一般的な商品には開発危険の抗弁を認めても、医薬品には開発危険の抗弁を認めない国もある。[251]

⑥国家責任の広狭

比較法的に見ると、中国では、国家責任の追及は日本より限定されている。日本では、薬害C型肝炎訴訟にせよ、薬害エイズ訴訟にせよ、国の責任がクローズアップされていた。中国においても、国は、医薬品の副作用リスク情報を得た場合に、速やかに患者や医療従事者に対し、警告をすべきである。また、国の責任として欠陥医薬品の製造・販売を停止させ、さらには、既に市場に流通している医薬品を回収しなければならない。

⑦行政的救済制度

最後に、司法的救済である損害賠償制度に限らず、行政的救済である補償制度も必要であると考えられる。加害者に損害賠償責任を負わせるには、一般的に法的な非難可能性、つまり厳格な帰責要件が必要である。しかし、因果関係の立証困難性を踏まえると、法的救済は難しくなる。したがって、具体的事案

における法的責任の存否の判断に止まらず、より広い場面で輸血・血液製剤によるウイルス感染症による損害、あるいは医薬品の副作用による損害を分担させる制度を構築すべきである。すなわち、政府は、医薬品が患者に重大な健康被害をもたらした場合において、医薬品の性質から、適正に使用されても生じる被害に対して補償すべきである。その意味で、国は、医薬品の副作用による被害の救済・補償制度の創設を急がなくてはならない。なぜならば、中国は、日本とは異なり行政権力が強大であり、行政命令によって制度を大きく変革できる国家と言われているからである。それゆえ、政策が当事者に強く影響を与えられるという点を考慮する必要がある。

以上のように、司法的救済である賠償と行政的救済である補償という二つの救済手段を通じて、最大限の被害者救済は実現され得ることになろう。

第二節　残された課題

中国の医療技術は、この二十年で目覚ましく発展してきている。その結果、血液の検査法等の進歩及び血液供給体制の転換により、輸血・血液製剤による疾病感染事案は以前より少なくなってきた。しかし、献血法が公布されてから十年以上を経たにもかかわらず、暴利のために、隠れて違法に売血する状況が今日でも依然として存在している[258]。また、各病院、血液センターは、輸血による感染事故を防ぐための先進的な検査技術、検査キット及び設備が必ずしも整っているわけではない。さらに、いくら血液の検査法等が進歩したといっても、ウイルス潜伏期の輸血による感染事故は、完全に遮断できない状態なのである。

二〇〇九年に、中国では、日本の薬害エイズ事件と同様な血友病患者らに投与された凝血第Ⅷ因子という血液製剤によるエイズ集団感染事件[259]が報道された。そこで、輸血・血液製剤による感染症に関する不法行為責任の問題は、今日の中国での一つの法的課題として、より学問的研究を進める価値があると考えられる。しかし、筆者が調査した限りにおいて、二〇一〇年に侵権責任法が施行されてから、同法によって審理された輸血・血液製剤による感染事例はごく僅少に過ぎない。そのため、侵権責任法における輸血・血液製剤に関する医療損害賠償責任の分析は理論上の検討に止まり、最新の裁判例による実務上の分析が不足している。

また、血液製剤を含む医薬品について製造物責任制度が導入されても、既知の副作用のうち製造物責任制度の対象とならな

いもの及び未知の副作用のうち欠陥に当たらないものによる被害については、製造者の民事責任を問うことができない。したがって、今日の輸血・血液製剤による感染被害問題の解決策を探す際は民法の領域に止まらず、民事訴訟法、行政法、国家賠償法、社会保障法など広い視角から、総合的に研究することは避けられないのである。今後いっそうこうした視角からの学際的研究が不可欠となってくる[269]であろう。

本稿は、医薬品の製造物責任問題のうち、血液製剤という身体取引に関する問題に限定して検討を加えてきた。他方、血液製剤の他にも薬物投与に起因する健康被害の場合も少なくなく、広く社会的医療関係の製造物責任問題は、まさに喫緊の課題となりつつある。したがって、筆者は血液製剤を含む医薬品の製造物責任に焦点を絞り、アメリカ法の裁判例・学説を参照しつつ、今後より深く研究していきたいと考えている。

(141) 奚暁明・前掲1・注(18)四一四～四一九頁。
(142) 前掲1・注(103)参照。
(143) 製造者と販売者との間の責任分配に関する分析について、張新宝『侵権責任法原理』(中国人民大学出版社、二〇〇五年)四〇一頁参照。また、高聖平「産品責任中生産者和銷售者之間的不真正連帯責任――以『侵権責任法』第五章為分析対象」法学論壇二〇一二年二期一六～二二頁。
(144) 崔光日・前掲1・注(106)四八四頁参照。
(145) 楊立新＝岳業鵬「医療産品損害責任的法律適用規則及缺陥克服――「斉二藥」案的再思考及『侵権責任法』第五九条的解釈論」政治与法律二〇一二年九期一二一頁。
(146) 奚暁明・前掲1・注(18)四一四頁。
(147) 王勝明『中華人民共和国侵権責任法解読』(中国法制出版社、二〇一〇年)二九二頁。
(148) 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三九頁。
(149) 梁慧星・前掲注(148)三九頁。
(150) 楊立新＝岳業鵬・前掲注(145)一一一～一一二頁。
(151) 楊立新＝岳業鵬・前掲注(145)一一三頁。
(152) 全国人大常委会法制工作委員会民法室主編『侵権責任法立法背景与観点全集』(法律出版社、二〇一〇年)七八八頁。
(153) 廖煥国「医療機構連帯承担薬品缺陥責任之質疑」法学評論二〇一一年四期五五～六〇頁。
(154) 楊立新・前掲1・注(19)一四～一六頁参照。
(155) 楊立新『「中華人民共和国侵権責任法」精解』(知識産

権出版社、二〇一〇年）二四〇頁。

(156) 本項は、「販売者が欠陥製品の製造者もサプライヤーも明示できない場合、販売者は権利侵害責任を負わなければならない。」と規定する。

(157) 同条は、「製造物の欠陥により、他人に損害を生じさせたときは、製造者は不法行為責任を負う。」と定める。

(158) 同条は、「販売者の過失により、製造物に欠陥を生じさせ、他人に損害を加えたときは、販売者が不法行為責任を負う。販売者が欠陥製品の製造者もサプライヤーも明示できない場合、販売者は権利侵害責任を負わなければならない。」と定める。

(159) 前掲１・注（103）参照。

(160) 曾智＝楊悦「薬害事件中製薬企業和医療機構的民事責任研究」中国薬房二〇一〇年一三期一一五六～一一五七頁。

(161) 「医薬品の不当使用による被害」とは、製薬会社からの指示や警告が適切になされているにもかかわらず、不適正な使用により健康被害が生じた場合を指す。

(162) 有用性がある医薬品は、副作用を上回る有効性があるので、欠陥医薬品に当たらない。しかし、その医薬品が適正に使用された場合にも、やむを得ない副作用がある場合もある。「不都合な薬の副作用（Adverse Drug Reaction）」による被害の場合とは、このような場合を指す。

(163) ここでは、浦川道太郎教授の論文「医薬品・注射と医師の注意義務〈報告〉（シンポジウム二医療上の注意義務のあり方――判例の変遷を踏まえて）」年報医事法学一六（二〇〇一年）一一〇頁から多くの示唆を得た。詳細は、後に掲げる。

(164) 中井一士「血液事業の現状と展望――血液製剤の自給をめざして」社会保険旬報一七三八号（一九九一年）一五頁参照。

(165) 淡路剛久「血液製剤とＰＬ法」ジュリスト一〇九七号（一九九六年）二九～三〇頁参照。

(166) 手嶋豊「血液製剤（製造物責任法の論点）」金融・商事判例増刊九六〇号（一九九五年）一九頁参照。

(167) 「輸血用血液を製造物責任（ＰＬ）法の対象とすることについての日本輸血学会の考え」ＮＢＬ五四八号（一九九四年）六六頁。

(168) 「（輸血用血液製剤に関する）日弁連会長談話」ＮＢＬ五四八号（一九九四年）六七頁。

(169) 衆議院商工委員会議事録平成六年六月三日一二頁参照。

(170) 淡路剛久・前掲注（165）三〇頁参照。

(171) 最判昭和三六年二月一六日民集一五巻二号二四四頁。

(172) 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、一九七〇年）二六二～二六四頁。

(173) 唄孝一＝星野英一「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（一九六五年）五六八頁（星野英一執筆）。
(174) 唄孝一・前掲注(172)二六六～二六七頁参照。
(175) 楊立新・前掲1・注(19)一一頁。
(176) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版社、一九七一年）四〇七頁。
(177) 未熟児網膜症姫路日赤病院事件（最判平成七年六月九日民集四九巻六号一四九九頁）。また、腰椎麻酔ショック事件（最判平成八年一月二三日民集五〇巻一号一頁）。
(178) 手嶋豊・前掲注(166)二四頁参照。
(179) 京都地判昭和六二年二月二〇日判時一二四八号九七頁。大阪地判昭和五八年二月二五日判タ五〇二号一七〇頁。東京地判平成三年一一月二五日判時一四一七号八三頁。
(180) 東京地判平成三年一一月二五日判時一四一七号八三頁。
(181) 飯塚和之・前掲1・注(29)一〇五頁。
(182) 京都地判昭和六二年二月二〇日判時一二四八号九七頁。大阪地判昭和五八年二月二五日判タ五〇二号一七〇頁。
(183) 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。
(184) 野田寛『医療事故と法』（新有堂、一九八二年）七七頁。
(185) 最判昭和五〇年一〇月二四日民集二九巻九号一四一七頁。
(186) 吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八年）四三頁。例えば、顆粒球減少症事件は経験則を活用する判例となる。最判平成九年二月二五日民集五一巻二号五〇二頁。
(187) 東京高判昭和五四年四月一六日判時九二四号二七頁。
(188) 新美育文「薬害C型肝炎訴訟東京地裁判決の意義と残された課題」判例時報一九七五号（二〇〇七年）四八頁。
(189) 手嶋豊「製薬会社の責任（平成一八・六・二一大阪地判）（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）八頁。また、渡邊知行「因果関係論・損害論（平成一八・六・二一大阪地判）（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）一六頁参照。
(190) 手嶋豊・前掲注(189)一二頁。
(191) 潮見佳男「C型肝炎訴訟東京地裁判決をめぐって因果関係と損害賠償」判例時報一九七五号（二〇〇七年）三九頁。
(192) 潮見佳男・前掲注(191)三九頁。

（193）潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第二版）』（信山社、二〇一一年）三七五頁。
（194）最判平成一八年六月一六日判時一九四一号二八頁。
（195）中国では、近年、医薬品の欠陥による健康損害事件が相次いで発生している。例えば、竜胆瀉肝丸（中国語での「龙胆泻肝丸」）事件が挙げられる。本件は、竜胆瀉肝丸の成分である関木通や馬の鈴草により腎障害や尿毒症が起こり、それによって被害を被った患者が竜胆瀉肝丸の生産者・販売者に対して損害賠償を請求した事案である。本件は設計上の欠陥に当たる典型的な事案とされる。しかし、患者側の勝訴事件はあまりなかった。これと関連して、日本では、漢方薬の成分に関木通があったために、患者に腎障害を発生させ、医薬品の製造物責任が問われた裁判例がある。これについては、名古屋地判平成一六年四月九日判タ一一六八号二八〇頁を参照。
（196）「欠陥」の定義は次の通りである。「この法律において『欠陥』とは、当該製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期その他の当該製造物に係る事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいう」。
（197）製造物責任法を審議した衆議院および参議院の商工委員会の附帯決議による。浦川道太郎「輸血後ＧＶＨＤと日赤および医療機関の責任」年報医事法学一七号（二〇〇二年）一六四頁参照。
（198）潮見佳男『不法行為法Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇一一年）三八六～三八九頁参照。
（199）医薬品の有用性と有効性との関係は、要するに、医薬品の有用性が、有効性と副作用リスクとの比較衡量により判断されるべきものである、ということである。
（200）鎌田薫「欠陥」判例タイムズ八六二号（一九九五年）五九頁。
（201）浦川道太郎・前掲注（197）一六四頁。
（202）潮見佳男・前掲注（198）三八六～三八八頁参照。
（203）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（三・完）」北大法学論集五五巻二号（二〇〇四年）四五四頁。
（204）製造物責任法四条は製造者の免責事由に関する規定である。
（205）潮見佳男・前掲注（198）四一二頁。
（206）山口斉昭「Ｃ型肝炎訴訟東京地裁判決をめぐって製薬会社の責任」判例時報一九七五号（二〇〇七年）三〇～三一頁。
（207）浦川道太郎・前掲注（163）一一〇頁参照。
（208）これは手嶋豊教授の見解からの示唆である。手嶋豊・前掲注（166）二四頁参照。
（209）これに関する裁判例、さしあたり、横浜地判平成一二

年一一月一七日判時一七四九号七〇頁。輸血後ＧＶＨＤと日赤及び医療機関の責任について、判決は日赤の責任を否定したが、医療機関の責任を認めた。

(210) 劉長秋「論薬害侵権及其民事救済理論与制度」法律科学（西北政法大学学報）二〇〇八年三期一三五頁参照。

(211) 本件の濃縮血液製剤はアメリカの売血所で集められた血液が原料であり、二〇〇〇名から二五〇〇〇名に至る多数の売血者（その中には麻薬中毒や同性愛者も含まれていた）から集められた大量の血漿を一つの容器に入れてプールして作られた（「プール血漿」と呼ばれる）。供血者の中にＨＩＶ感染者がいたため、プール血漿はＨＩＶによって汚染され、その汚染された血液製剤が輸入され、ついに血友病患者がＨＩＶ感染された。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）五三頁参照。

(212) 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）三六四頁。

(213) 淡路・前掲注（211）五二頁。

(214) フィブリノゲン製剤は、人の血液の成分を原料とした医薬品の一種で、かつては大量出血時の止血（出産や手術での大量出血などの際に）等の目的で、特に昭和六三年六月以前は多くの医療機関で用いられていた（その以降、同製剤は、基本的に「やむを得ない場合に必要最小限量を使用すること」とされたため、販売数量は激減した）。しかし、その当時、血液製剤の原料に混入した肝炎ウイルスを不活性化するための技術が十分でなかったことから、平成六年以前に同製剤を投与された者は、そうでない者に比べて、ＨＣＶに感染する可能性が高いと考えられる。薬害肝炎全国弁護団編『薬害肝炎裁判史』（日本評論社、二〇一二年）一一九～一五〇頁参照。

(215) 大阪地判平成一八年六月二一日判時一九四二号二三頁。

(216) 福岡地判平成一八年八月三〇日判時一九五三号一一頁。

(217) 東京地判平成一九年三月二三日判時一九七五号二頁。

(218) 名古屋地判平成一九年七月三一日訟務月報五四巻一〇号二一四三頁。

(219) 仙台地判平成一九年九月七日訟務月報五四巻一一号二五七一頁。

(220) 劉長秋・前掲注（210）一三七～一三八頁参照。

(221) 加藤高志「公益訴訟（政策形成訴訟）としての薬害肝炎訴訟」ノモス（関西大学法学研究所）二五号（二〇〇九年）七頁。

(222) 加藤高志・前掲注（221）八頁。

(223)「治療血友病感染艾滋病　佛山三患者索賠六〇〇万」南方都市報二〇〇九年七月二一日。

(224) 平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』（一粒社、一

九八〇年）六六～七九頁。

（225）劉武俊「影響性訴訟：法治進歩的司法引擎――解読二〇〇五年度十大影響性訴訟」人大研究二〇〇六年三期一三頁参照。

（226）栗峥「伝媒与司法的偏差――以二〇〇九十大影響性訴訟案例為例」政法教壇二〇一〇年五期一〇九頁参照。

（227）二〇一二年に中国の民事訴訟法が改正され、公益訴訟と呼ばれる法制度が設けられた。現行民事訴訟法五五条は、「環境汚染、多数の消費者の権益侵害などの社会公共利益を損なう行為に対しては、法律が規定する機関および関係組織は人民法院に訴訟を提起することができる」と規定している。つまり、個人は公益訴訟において原告適格が認められない。

（228）宇賀克也「国家賠償責任を中心に（平成一八・六・二一大阪地判）（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。

（229）塩野隆史・前掲注（212）三六八頁。

（230）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）二一頁。

（231）植木哲（謝志宇訳）「産品（製造物）責任の中日比較」関西大学法学論集四五巻二＝三合併号（一九九五年）六六～六七頁参照。

（232）「具体的行政行為」とは、行政機関が行政管理を行う際に、特定の人または具体的な事柄に対してなされる行為（不作為も含む）である。それは、日本法の行政処分にほぼ相応する。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則・前掲１・注（122）一〇八頁。

（233）「抽象的行政行為」とは、行政機関が行政法規、規則、決定、命令など普遍的な拘束力を有する「規範性文件」を定立する行為である。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則・前掲１・注（122）一〇八頁。

（234）木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則・前掲１・注（122）一二一頁。

（235）植木哲・前掲注（231）六五～六六頁参照。

（236）吉田邦彦・前掲注（186）八六頁。

（237）二〇〇九年の侵権責任法は欠陥医薬品を含む欠陥製造品の生産者、販売者の警告義務、回収義務を規定した。しかし、筆者は国も欠陥医薬品の警告責任、回収責任を負うべきであると考える。

（238）同条は「製品が流通に投入された後に欠陥の存在が発見された場合、製造者、販売者は速やかに警告、リコール等の救済措置を行わなければならない。速やかに救済措置を行わなかった、または救済措置が不十分であったために損害が生じた場合は、損害賠償責任を負わなけれ

ばならない」と規定している。

(239) これに対して、日本の薬害肝炎訴訟の東京地裁判決において、製造・販売開始後の義務については、「製薬会社は、製造・販売開始後も、副作用リスクのみならず有効性、安全対策技術についての情報収集、調査研究を継続し、当初知られていなかったかまたは予想されたよりも重大な副作用リスクが判明したり、有効性についての疑問が生じた場合には、有用性についての再検証を行い、その結果、医薬品に有用性が全く認められなくなった場合は、即時に製造・販売を中止し、既に流通している医薬品を回収する措置をとらなければならず、一部の適応症について有用性を肯定できなくなった場合は、適応症の中からその症例を排除し、その旨を周知しなければならない。また、副作用のリスクにもかかわらず、有効性があり、適切な代替治療法がないことから有用性が肯定されるとして、製造・販売を継続する場合には、副作用リスクについて詳細な情報提供を行うべきである。さらに、技術の進歩により、当初とられていた副作用リスクに対する安全対策では社会的に許容できない状況となった場合には、これに対応した安全対策を講じなければならない」と判示された。

(240) 西埜章・前掲注(230)二二頁。

(241) 笠松珠美「特定の血液製剤によるC型肝炎感染被害者の救済」時の法令一八〇八号(二〇〇八年)三八頁。

(242) 平成二〇年一月八日の衆議院厚生労働委員会決議。

(243)「八六%丙肝患者染病不自知――庄輝院士呼吁:及時排査丙肝隠患」新民晩報二〇〇六年一〇月二六日A1―11版。

(244) 加藤高志・前掲注(221)七頁。

(245) 三藤邦彦『医事法制と医療事故』(信山社、二〇一一年)四五三頁。

(246) 予防接種法第一六条以下、医薬品副作用被害救済基金法参照。

(247) 現在は、独立行政法人医薬品医薬機器総合機構法(二〇〇二年)のもとで、医薬品副作用被害の救済が図られている。内田貴『民法Ⅱ債権各論(第三版)』(東京大学出版社、二〇一一年)五二二~五二三頁参照。この法律によって、医薬品の「適正に使用された場合」の副作用による被害につき救済給付を行う。しかし、この制度には限界があり、制癌剤または血液製剤などは除外されているし、死亡または重症の場合に限定されている。吉田邦彦・前掲注(186)九二頁。

(248) 薬事衛生研究会『薬事関係法規及び薬事関係制度解説』(薬事日報社、二〇〇九年)二六頁。

(249) 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）二二頁参照。

（250）淡路剛久・前掲注（165）三〇頁参照。

（251）吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、二〇〇三年）二四五～二五〇頁参照。同・『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、二〇〇〇年）も参照。

（252）潮見佳男・前掲１・注（77）二七頁。

（253）スモン事件の福岡地判昭和五三年一一月一四日判時九一〇号三三頁。この考え方は、カネミ油症事件の判決にも採用された。福岡地判昭和五二年一〇月五日判時八六六号二一頁。

（254）なお、過失の一応の推定は、高い蓋然性を持つ経験則に基づく過失の事実上の推定である。中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『民事訴訟法講義：基本的理論と判決手続（第三版）』（有斐閣、一九九五年）三三三頁。具体的にいえば、過失の「一応の推定」とは、過失の具体的内容は明らかでなくとも、加害行為ないし損害発生事実がある程度を証明されれば、そこから推測して何らかの過失行為があったことの一応十分な心証がとれ、その反対の蓋然性がその心証を揺るがすに足らない、という場合である。「一応の推定」理論は、社会正義の要求に適合し、社会的意義を持つと考えられる。中野貞一郎『過失の推認（増補版）』（弘文堂、一九八七年）一一～一二頁。

（255）中野貞一郎・前掲注（254）四三頁。

（256）川井健『欠陥商品と企業責任』（日本経済新聞社、一九八〇年）二六～二七頁。

（257）ドイツの欠陥製造物責任に関する法律の第一五条は、「薬事法の適用範囲において、消費者に譲渡され、かつ、認可義務が定められ、または法規命令によって認可義務が免除された医薬品であって、人間による服用を目的とする医薬品の使用により、人が死亡し、またはその身体若しくは健康が侵害された場合において、製造物責任法の規定は、これと適用しないものとする」、と規定している。法務大臣官房司法法制調査部編『諸外国における製造物責任法』（法曹会、一九九二年）一二一頁。

（258）「県委書記保駕護航――血站站長騙人売血斂財数千万」淮海日報二〇〇九年一月二〇日Ａ９版。

（259）本件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事件の報道である。前掲１・注（８）参照。

（260）植木哲「医事法の方法と体系」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）二二頁。

※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。

研究ノート

フランス国家賠償責任法の規範構造（二）

――「役務のフォート」理論を中心に――

津田智成

目　次

序章：本稿の背景と課題
第一節：本稿の背景
第二節：本稿の課題――先行研究との関係で

第一章：義務違反としての役務のフォート
　第一節：役務のフォートの定義
　　第一款：フランス民法におけるフォートの定義
　　第二款：フランス国家賠償責任法における役務のフォートの定義
　　第三款：役務のフォートにおける義務の概念
　第二節：役務のフォートと違法性の関係
　　第一款：二〇世紀までの法状況
　　第二款：現在の学説及び判例における一般的規範
第二章：原則的責任要件としての「役務のフォート」
　第一節：例外的責任要件としての重大なフォート
　　第一款：重大なフォートの適用範囲の縮小
　　第二款：現在の適用範囲と将来的な展望
　第二節：補充的責任規範としてのフォートによらない賠償責任
第三章：自己責任規範としての役務のフォートによる賠償責任
第四章：代位責任規範の形成と発展
終章：総括と残された課題

（以上、六四巻六号）

（以上、本号）

第二節：役務のフォートと違法性の関係

この第二節においては、国家賠償請求訴訟における国家賠償責任の成立要件である「役務のフォート（faute de service）」と越権訴訟における取消事由ないし勝訴事由である「違法性（illégalité）」[1]の関係について検討する。[2]そもそも、フランス国家賠償責任法においては、適法な行政決定が役務のフォートを構成しないことについては、学説及び判例上争いがない。[3]例え

ば、René Chapus は、「損害の原因となった決定が適法である場合、当該決定はフォートを構成するものとしてみなされえない。つまり、違法性が存在しないということは、イコール、フォートが存在しないということである」[4]と述べている。このことは、コンセイユ・デタが、「その許可は、適法であり、それゆえ（des lors）、公役務のフォートを構成しえない」[5]と判示していることからも明らかであろう。つまり、係争決定が適法である場合には、フォートによらない賠償責任が認められる場合を除き[6]、原則として、フォートによる賠償責任は認められないのである[7]。したがって、ここで問題となるのは、越権訴訟において違法であるとして取り消された行政決定が、国家賠償請求訴訟において役務のフォートを構成し、国又は公共団体の賠償責任を生ぜしめるか、という問題である[8]。

序章でも紹介したとおり、この問題については、橋本博之教授による先行研究が存在する。橋本教授は、この研究において、一九八〇年代までの重要な学説や判例の分析を通して、この問題に関する当時の法状況を非常に明快に整理されている[9]。もっとも、この論文はおよそ二〇年以上前に書かれたものであり、当時と比較すると現在の学説や判例の状況には一定の変化が見られる。したがって、ここではまず、この問題に関する二〇世紀までの法状況を整理した上で（第一節）、近年の学説及び判例の分析を通して、現在の学説及び判例における一般的規範を探求することとしたい（第二節）。なお、本節において、単に「フォート」という文言が用いられる場合、そこで念頭に置かれているのが「役務のフォート」であることを最初に断わっておくこととする[10]。

第一款：二〇世紀までの法状況

この問題に関する学説上の対立は、主として、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼが認められるか否か、という点にあった。Benoît Delaunay が指摘しているように、コンセイユ・デタの判決の大多数は、いわゆる事例判決であることから、従来、右のようなテーゼについて明示的に言及した判決は存在しなかった[11]。したがって、このテーゼが判例上認められているのか否かを確かめるためには、判例の網羅的かつ実証的な分析が求められることとなった。しかしながら、その分析は必ずしも容易ではなかった。その理由は、コンセイユ・デタの判決の簡潔さにある。そもそも、あらゆる違法な行政決定が国家賠償責任を生ぜしめるわけでないことに

ついては、学説上争いはなかった。なぜなら、係争決定が違法であり、それがフォートを構成したとしても、損害が存在しない場合や因果関係が存在しない場合には、当然、国家賠償責任は認められないからである[12][13]。また、その他、重大なフォートが要求される場合や被害者のフォートが存在する場合にも、国家賠償請求が棄却されることがありうるからである[14][15]。もっとも、一般的にコンセイユ・デタの判決は非常に簡潔であり、判決理由について多くを語らないことから、その意図を正確に汲むことが困難な場合が少なくない。つまり、コンセイユ・デタが国家賠償請求を棄却した場合に、その棄却が、フォートの不存在によるものであるのか、損害の不存在によるものであるのか、それとも因果関係の不存在によるものであるのか、が明確でないケースが往々にして存在するのである[16]。

一 《Briancourt 判決》以前の法状況

1 形式又は手続の瑕疵――とりわけ学説上の見解が分かれていたのは、形式又は手続の瑕疵が問題となる場合（法令上要求されている署名や理由付記を欠く場合、聴聞手続や諮問手続に不備がある場合等）である。二〇世紀のはじめ、コンセイユ・デタは、いくつかの判決において、形式又は手続の瑕疵を帯びる決定の取消が、それ自体により、必ずしも公共団体の賠償責任を生ぜしめる結果をもたらすわけではないなどとして、その賠償請求を棄却していた[17]。

伝統的な学説は、これらの判決を援用することにより、先に述べたテーゼを否定する立場をとっていた[18]。すなわち、この学説によれば、違法性の中には、役務のフォートを構成しない軽微な違法性が存在するというのである。例えば、この学説の代表的な論者であった Prosper Weil は、違法性の中には公役務の運営に伴う複雑さゆえに許容されるべき軽微な違法性が存在し、そのような軽微な違法性について役務のフォートを認定するのは正義に反すると主張していた[19][20]。

これに対して、先に述べたテーゼを肯定する学説の代表的な論者であった Jean-Claude Helin は、右の判決がいずれも、フォートの有無について明示的に判断していないことを指摘し、その棄却の理由をフォートの不存在ではなく、損害又は因果関係の不存在に求めた[21][22]。つまり、Helin によると、違法性はいかなるものであってもフォートを構成するが、一定の損害が存在しない場合、あるいは、フォートを構成する違法性と被害者が被った損害の間に因果関係が存在しない場合には、国家賠償責任は認められないというのである[23]。Helin は、このことを

以下のような定式にまとめている。すなわち、「違法性はいかなるものであっても役務のフォートを構成するのであって、そこから損害が生ずる場合には、公権力の賠償責任を生ぜしめうるのである」[24]と。

２　評価の誤り――しかしながら、このHelinにあっても、評価の誤り（erreur d'appréciation）については、右のテーゼの例外を構成するものとして位置づけていた[25]。評価の誤りというのは、具体的には、係争決定を下す際に考慮した事実についての評価の誤り[26]や、行政庁の権限の範囲に関する解釈の誤り[27]、行政庁の介入を基礎づける法規定に関する解釈についての誤り[28]などである[29]。純粋な形式の瑕疵についてもフォートが認定されるようになっていく中で[30]、なぜ評価の誤りだけがフォートの認定から免れていたのか。その理由は必ずしも明らかではないが、ある者は、事実関係等の評価に伴う困難性を指摘し[31]、ある者は、その違法性がフォートを構成するために必要な重大性の閾値（seuil）に達しないことを指摘している[32]。例えば、Delaunayは、後者の指摘を行う中で、評価の誤りが「国の賠償責任を生ぜしめるために十分な重大性を有する役務のフォートを構成しない」[33]と判示した《Sieur Paillat判決》を引用している[34]。

もっとも、コンセイユ・デタは、一九七三年に下された《Driancourt判決》[35]において、Driancourt氏が経営する店の閉鎖命令が評価の誤りに起因する違法性を有するものであったにもかかわらず、それが賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成することを認めた[36]。現在のフランス行政法学において、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼが主張される場合、そこでは一般的にこの判決が参照されている[37]。実際、ある論者らは、この判決の評釈において、「今後、違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」[38]と述べていた[39]。ただし、ここで注意しなければならないのは、《Driancourt判決》自体は事例判決であり、右のテーゼについて明示的に言及しているわけではないということである[40]。つまり、この判決が右のテーゼを確立したものとして解されているのは、評価の誤りがフォートを構成しない違法性の最後の砦であると解されていたからである[41]。

二　《Driancourt判決》以後の法状況

この《Driancourt判決》の登場により、学説の大勢は逆転し、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼが非常に有力になった。しかしながら、右に述べたとおり、《Driancourt判決》自体は、あくまで事例判決であり、

このテーゼを明示的に認めたわけではなかった。このことから、本判決が下された後も、依然としてこのテーゼを認めない論者も存在し[42]、学説上の議論が続いたのである。

1　違法な行政決定が実体的に正当化される場合――とりわけ、この議論を錯綜させたのは、違法な行政決定が実体的に正当化される場合に国家賠償請求が棄却されるケースである。具体的にいうと、コンセイユ・デタは、①違法であるとして取り消された行政決定とは別の根拠（法令上の規定や事実上の理由等）に基づくことによって同様の決定を下すことが可能であった場合や、②所定の形式又は手続を適法に遵守したとしても、つまり、形式又は手続の瑕疵がなかったとしても、同様の決定が行われたであろう場合には、その国家賠償請求を棄却していたのである[43]。先にも述べたとおり、コンセイユ・デタの判決は非常に簡潔であることから、このケースにおいても、問題となる国家賠償請求の棄却が、フォートの不存在を理由とするものであるのか、損害の不存在を理由とするものであるのか、それとも因果関係の不存在を理由とするものであるのか、という点について学説の解釈が分かれたのである。

ここでは、その代表的な判決である《Carliez 判決[44]》を紹介することとしたい。その事案は、以下のようなものであった。当時の労働法典は、義務教育を受ける学童のテレビ番組や映画への出演を地方長官の許可に服せしめ、また、この地方長官の許可は、事前の諮問手続を経た上で下されることとされていた。この事件においては、地方長官が九歳の女児のテレビ番組や映画への出演の不許可決定を下したところ、右の諮問手続に瑕疵が認められたことから、当該決定は違法であるとして取り消されることとなった。しかしながら、コンセイユ・デタは、労働法典が義務教育を受ける学童のテレビ番組や映画への出演を許可制にしているのは当該学童の正常な通学を保障する目的であることなどを指摘し、この事件においては適正な手続によったとしても、つまり、諮問手続に瑕疵がなかったとしても、右の許可が下りるような事情が認められなかったことから、この不許可決定は本件事実関係の下では「法的に正当化される性質のものである」として、原告の賠償請求を棄却したのである。この判決は、フォート、損害、因果関係のいずれについても明示的に言及していないことから、学説の評価が大きく分かれている。

例えば、Jean Rivero により著され、Jean Waline によって改訂された教科書には、「役務のフォートは、行為の適法性から相対的に独立している。その問題は、事実作用についてはほ

とんど生じない。法的行為については、当該行為に帯びる違法性は原則としてフォートを構成し、このことは、その違法性が事実評価における誤りに起因する場合であったとしても同様である・・・。しかしながら、その一致は絶対的ではない。すなわち、特定の違法性は、越権訴訟において行為の取消をもたらすためには十分なものであっても、事件の諸状況に鑑みてフォートとみなされないことがありうる。とりわけ、もっぱら形式的な違法性について、その違法性を帯びる行為が実体的には正当化されるように思われる場合が、まさにそのケースである」[45]という記述があり、最後のケースの例として、この《Carliez 判決》が参照されている。[46]

しかしながら、この判決の論告担当官である Bruno Genevois は、その論告において、事実関係が違法な行政決定を正当化する場合があることを指摘した上で、これを「賠償されるべき損害の不存在（l'absence de préjudice indemnisable）」の問題として扱っている。[47]実際、類似のケースの中には、明示的にフォートを認定しつつ、損害の要件が充足されていないことを理由に国家賠償請求を棄却した判決が存在する。例えば、諮問手続の瑕疵を理由に違法であるとして取り消された市立図書館の建築許可が問題となった《Époux Ruby 判決》[48]において、コンセイユ・デタは、一方で、「この手続の瑕疵は、国の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成する」としつつも、他方で、「国の賠償責任を生ぜしめる性質の損害」が立証されていないとして国家賠償請求を棄却しているのである。

これに対して、現在の学説及び論告においては、この判決を含め、違法な行政決定が上述のように実体的に正当化される場合に国家賠償請求が棄却されるケースを、違法性ないしそれにより構成されるフォートと損害の間の因果関係の問題として論じている者が多いように思われる。[49]この理解を比較的早くから主張していたのが、Laurent Richer である。Richer は、この点に関して、以下のように述べていた。すなわち、「いくつもの判決が、違法性と損害の存在が否定できないにもかかわらず、賠償請求を棄却している。これらの判決は、因果関係の不存在によって説明されるように思われる。裁判官は、その損害が当該行為から生じたものであるかどうかだけを問題とするのではなく、その損害が当該行為が違法であることに起因するものであるかどうかをもまた探求しているのである。当該行為が、手続又は権限の瑕疵を帯びるものの、実体的には適法である場合、裁判官は、しばしば、賠償について理由がないと判断する。というのも、行政は違法行為を犯さなくとも同様の行為

をなしえたであろうことから、おそらく当該損害は違法性がなかったとしても生じたであろうといえるからである」[50]と。つまり、Richer によれば、違法行為と同様の行為を適法になすことができた場合には、その違法性と損害の間に因果関係が存在しないことから、言い換えれば、違法性がなくとも損害が生じたことから、その賠償請求は棄却されるというのである。かかる理解を《Carliez 判決》に当てはめると、本件不許可決定は、諮問手続に瑕疵がなかったとしても下されえたものであり、したがって、損害が当該行為が違法であることに起因するものであるとはいえず、違法性ないしそれにより構成されるフォートと損害の間に因果関係が認められないことから、国家賠償請求が棄却されるということになるのであろう。

2　賠償責任を生ぜしめる性質のフォート――この《Carliez 判決》をはじめ、違法な行政決定が実体的に正当化される場合に国家賠償請求が棄却されるケースの大多数は、損害又は因果関係の不存在により説明することができる。しかしながら、判例の中には、ごく稀ではあるが、明示的にフォートが認められないことを明らかにした判決も存在する。例えば、コンセイユ・デタは、《Prat-Flottes 判決》[51]において、実質的に不正確な理由に基づいて下された違法な診療所の閉鎖決定（一九五七年二月二三日のアレテ）について、その閉鎖決定を正当化する他の理由が存在していたことを指摘した上で、「一九五七年二月二三日の上記アレテに帯びた違法性は、この事件の諸状況においては、公権力の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成するものとしてみなされえない」と判示しているのである。

この判決は、一見すると、フォートを構成しない違法性が存在することを認めている判決のようにも見えるが、この判決において用いられている「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート（faute de nature à engager la responsabilité）」というニュアンスのある表現に注意しなければならない。というのも、単なる「フォート」と「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」とは、理論的に区別しうるからである。Delaunay によると、この表現については、二通りの解釈が可能であるという[52]。すなわち、一つは、フォートは確かに犯されたのであるが、〝その他の要件（損害又は因果関係）を欠くことから〟、賠償責任を生ぜしめる性質を有しないということを意味しているという解釈である。このような解釈によると、そこでいう〝賠償責任を生ぜしめる性質の〟フォートとは、〝賠償責任を生ぜしめうる（susceptible d'engager la responsabilité）〟フォートを意味するという。かかる解釈は、先に引用した Helin の定式を想起さ

せるものである。すなわち、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成するのであって、そこから損害が生ずる場合には、公権力の賠償責任を生ぜしめうるのである」。もう一つの解釈は、全く単純に、いかなるフォートも犯されなかったということを意味しているという解釈である。仮にコンセイユ・デタがこの意味において「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」という文言を用いたのであるとすれば、この《Prat-Flottes判決》は、伝統的な学説の正当性を根拠づけるものであるといえよう。Delaunayは、こうした消極的であいまいな表現が裁判官にとって便利なものであると述べている。なぜなら、この表現は、フォートの有無について明示的に宣言することなしに判決を下すことを可能ならしめるからである。従来の学説及び判例においては、この点が必ずしも明確にされていなかったが、後述のように、現在の学説及び判例においては、この点が明確にされつつあり、結論を先取りすると、そこで「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」という表現が用いられる場合、それは一般的に前者の意味において用いられているのではないかと思われる。

第二款：現在の学説及び判例における一般的規範

以上のように、二〇世紀のフランス行政法学においては、《Driancourt判決》の登場により、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼが非常に有力になったが、この判決自体はあくまで事例判決であり、右のテーゼを明示的に認めたものではなかったことから、依然として伝統的な学説を支持する論者もいた。とりわけ、その争点となっていたのが、違法な行政決定が実体的に正当化される場合に国家賠償請求が棄却されるケースをどのように解するか、また、「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」というニュアンスのある表現をどのように解するか、という点であった。したがって、ここからは、これらの点に着目しながら近年の学説及び判例を分析することにより、現在の学説及び判例における一般的規範を探求することとしたい。

一　学説

1　René Chapus――ここでは、二〇〇〇年代以降の主要な学説を対象に分析を進めていくこととする。まず、現代フランス行政法学の代表的な論者であるRené Chapusの体系書を見ると、そこでは、「決定が違法である場合、当該決定は、それ自体により（par là même）、フォートを構成する」[33]というテー

ゼが掲げられている。Chapus によれば、違法行為は、その違法性がいかなるものであろうとも、とりわけ、外部的違法性が問題となる場合であれ、内部的違法性が問題となる場合であれ、常にフォートを構成するという。もっとも、この定式には以下のような留保が加えられている。すなわち、「しかしながら、違法性＝フォート（illégalité égale faute）という方程式[54]は、違法性により構成されるフォートが常に賠償責任を生ぜしめる性質を有するということを意味しない[55]」。つまり、Chapus は、単なる「フォート」と「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」とを厳密に区別しているのである。もっとも、賠償責任を生ぜしめる性質を有するか否かの判断基準を、伝統的な学説のように違法性の軽重の程度に求めているのか、近年の大多数の学説のように損害や因果関係の有無に求めているのかについては定かでない。

2　Christophe Guettier——Christophe Guettier もまた、Chapus と同じように、「行政決定が違法である場合、当該決定は、それ自体により（par là même）、フォートを構成する[56]」とし、違法性がいかなるものであろうとも、特に外部的違法性と内部的違法性の区別にかかわらず、違法行為は常にフォートを構成すると述べている。そして、Guettier によると、違法性により構成されるフォートが常に賠償責任を生ぜしめる性質を有するわけではないが、それは、ある時は損害が生じなかったからであり、ある時は違法性と主張された損害の間に因果関係が存在しないからであるという。その例としては、手続又は形式の瑕疵を帯びる公務員の罷免決定が実体的に正当化されるケースなどが挙げられている[57]。この Guettier の見解において注目すべき点は、Chapus と同じように単なる「フォート」と「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」とを厳密に区別した上で、「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」の認定基準を明確に損害や因果関係の有無に求めている点である。かかる法解釈は、まさに、先に述べた Delaunay による「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」という表現に関する一つ目の解釈と、ひいては、Helin の定式と軌を一にするものであるといえる。つまり、違法性はいかなるものであってもフォートを構成し、そこから損害が生ずる場合には、国家賠償責任を生ぜしめる性質を有する、言い換えれば、国家賠償責任を生ぜしめうるのである。なお、フランス国家賠償責任法の専門家である Michel Paillet や Maryse Deguergue の見解も、この Guettier の見解に近いのではないかと思われる[58]。

3　Pierre-Laurent Frier 及び Jacques Petit——さらに、

Pierre-Laurent Frier により著され、Jacques Petit により改訂されている体系書においてもまた、「違法性はいかなるものであっても、たとえその違法性が手続の問題に係るものでしかないとしても、あるいは、単なる評価の過りに起因するものであるとしても、フォートを構成する[59]」という記述が見られる。もっとも、「このことは、あらゆる違法性が賠償をもたらすということを意味しない[60]」という。そこでは、二つの例外が挙げられている。すなわち、一つは、重大なフォートが要求される場合であり、もう一つは、係争決定が違法ではあるが、その決定には法律上の根拠があり、したがって適法に下されえた場合である。その例としては、Guettier と同じように、公務員の罷免が形式又は手続の瑕疵を帯びるものの当該公務員の重大なフォート又は職業上の能力不足によって正当化されるケースが紹介されている[61]。Frier らによると、上述の《Époux Ruby 判決》のように賠償されるべき損害の不存在を援用している判決もいくつかあるが、大多数の判決は、《Carliez 判決》や後に紹介する《Delassaux 判決》のように、因果関係の不存在、つまり、違法性が損害の原因とみなされないことから賠償責任を否定しているという。彼らは、そこで、違法性がなくとも同様の損害を生ぜしめる結果を伴う同様の決定が下されたこと、つまり、当該違法性が損害の必要条件ではないことが論拠となっていることに着目し、この法理をいわゆる「条件等価説（théorie de l'équivalence des conditions）[62]」に結び付けて論じている。Chapus や Guettier との比較でいえば、Frier らは、「フォート」と「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」とを明示的には区別しておらず、この点をどのように考えているのかについては必ずしも定かではない[63]。もっとも、違法な行政決定が実体的に正当化される場合に国家賠償請求が棄却されるケースを損害や因果関係の問題として論じているところを見ると、Guettier と同様の解釈を行っているのではないかと思われる。

4　Jean Waline——これらの論者に対して、先に引用した Rivero の教科書を引き継いだ Waline は、二〇一二年の教科書においても、およそ四〇年前の Rivero による記述[64]をそのまま残している。すなわち、「役務のフォートは、行為の適法性から相対的に独立している。その問題は、事実作用についてはほとんど生じない。法的行為については、当該行為に帯びる違法性は原則としてフォートを構成し、このことは、その違法性が事実評価における誤りに起因する場合であったとしても同様である・・・。しかしながら、その一致は絶対的ではない。すなわち、特定の違法性は、越権訴訟において行為の取消をもた

らすためには十分なものであっても、事件の諸状況に鑑みてフォートとみなされないことがありうる。とりわけ、もっぱら形式的な違法性について、その違法性を帯びる行為が実体的には正当化されるように思われる場合が、まさにそのケースである[65]」と。これを素直に読むと、Waline は、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼを否定しているようにも見える。しかしながら、最後のケースの例として挙げられている《Delassaux 判決》においては明示的にフォートが認定されていることから[66]、Waline がいうところの「フォート」が単なるフォートではなく「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」を指している可能性は否定できない。したがって、この記述から直ちに Waline が右のテーゼを否定していると解することは早計であろう。

なお、Waline と同じように、その見解が必ずしも明確でない論者は他にもいる。例えば、Didier Truchet や Jacqueline Morand-Deviller の教科書においては、「違法な決定は原則として常にフォートとみなされる[67]」、「原則として、違法性はいかなるものであっても、単なる評価の誤りでさえもフォートを構成する[68]」として、「原則として（en principe）」という留保が付されており、その例外の存在を示唆しているようにも読める記述がなされている[69]。もっとも、これらの論者はいずれも、その例外について具体的なケースを一切示していない。また、Waline と同じように、これらの論者がいうところの「フォート」が「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」を指している可能性もある。したがって、これらの論者についても、「原則として」という記述から直ちに右のテーゼを否定していると解すべきではないように思われる。

二　判例

1　《Delassaux 判決》

次に、右のような学説を念頭に置いた上で、近年下された二つの重要判例を見ていくこととする。まず、二〇一一年に下された《Delassaux 判決》[70]について検討する。その事案は、以下のようなものであった。教員の Delassaux 氏は、未成年者に対する性的侵害（atteintes sexuelles）により執行猶予付きの懲役刑等を含む有罪判決を受けた。この事件を受け、所轄大臣が一九九八年一一月三〇日のアレテにより同氏を罷免したことから、同氏は当該アレテの取消を求める訴えを提起した。Nantes 行政控訴院は、当該アレテの根拠規定が本件事案には適用できないことを指摘し、この法解釈の誤りにより当該アレテは取り消されることとなった。

その後、新たな懲戒手続が制定され、二度目の罷免措置が下されたことから、同氏は再び当該罷免措置の取消を求める訴訟を提起した。しかしながら、この請求は、コンセイユ・デタを含めたすべての審級において棄却されることとなった。そこで、Delassaux 氏は、一度目の罷免措置について、違法に罷免されていた期間の給与等及びこの罷免に起因する損害の賠償を求め訴訟を提起した。

コンセイユ・デタは、まず、「一九九八年一一月三〇日のアレテの違法性は、それが直接的かつ確実な損害の原因であった場合に限り、国の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成する」と判示した。そして、原告が犯した行為の重大性に鑑みれば、所轄大臣は、いずれにせよ適法に罷免措置を下しえたであろうことを指摘した上で、「この違法な決定を下すことにより行政によって犯されたフォートは、一九九八年一一月三〇日の罷免に起因する Delassaux 氏の損害の原因ではない」と判断し、Delassaux 氏の国家賠償請求を棄却した。つまり、この判決においては、一度目の違法な罷免措置についてフォートが明示的に認定されているものの、当該罷免措置は適法に下しえたものであり、そのフォートと損害の間に因果関係が認められないことから、当該フォートは国の賠償責任を生ぜしめる性質のものとしてはみなされず、その結果、国家賠償請求が棄却されたのである。(71)

２　《Krupa 判決》――また、違法な課税処分が問題となった《Krupa 判決》(72)も同様の判断枠組みを示している。(73)コンセイユ・デタは、この判決において、まず、「租税の賦課及び徴収の手続に関する業務執行の際に税務当局によって犯されたフォートは、それが納税者又はその他あらゆる者に直接的に損害を生ぜしめた場合には、それらの者に対する国の賠償責任を生ぜしめる性質を有する」とした上で、「税務当局が所定の手続を遵守していたとしても、若しくは、税務当局が考慮することを怠った諸要素に自己の評価を基づかせていたとしても、同様の課税処分を下していたであろうこと、又は、課税が当初考慮された法律上の根拠とは別の法律上の根拠によって正当化されることを税務当局が立証する場合には、援用された損害は税務当局のフォートにその直接的かつ確実な原因を認めるものではない」と判示している。つまり、この判決は、違法な課税処分がフォートを構成することを前提に、そのフォートと損害の間に直接的な因果関係が存在する場合には、そのフォートが国の賠償責任を生ぜしめる性質を有することを明らかにしているのである。(74)特に後半の判示部分からは、違法な行政決定が実体

的に正当化される場合に国家賠償請求が棄却されるケースをフォートの問題としてではなく因果関係の問題として論じていることがわかるであろう[75]。

実際、この訴訟において論告担当官[76]を務めたClaire Legrasは、その論告において、「違法な決定はいかなるものであってもフォートを構成し、それゆえ、被った損害が犯されたフォートと直接的な因果関係を示す以上、行政の賠償責任を生ぜしめうる」[77]という判例法理が存在することを指摘している。さらに、Legrasは、違法な行政決定が実体的に正当化される場合に国家賠償請求が棄却されるケースについて、ここまで紹介してきた《Prat-Flottes判決》、《Carliez判決》、《Delassaux判決》などを参照し、これらの判例が「直接的な因果関係が違法事由と損害の間に認められえないという考え方を根拠とする」ものであるとして、このケースを明確に因果関係の問題として論じている[78]。このように、近年の判決及び論告においては、違法な行政決定が実体的に正当化される場合に国家賠償請求が棄却されるのは、問題となる違法性ないしそれにより構成されるフォートと損害の間に直接的な因果関係が認められないからであると解されているのである。このことは前述のFrierらの体系書でも指摘されていたところであるが、そうであるとすれば、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼを否定する論拠として、この種の判決を援用することは理論的に困難であるといえよう。

3　現在の判例法理――以上のように見てくると、これらの判決及び論告は、次のように定式化することができるように思われる。すなわち、違法性により構成されるフォートは、そこから損害が生ずる場合には、言い換えれば、損害が存在し、かつ、その違法性ないしフォートと損害の間に直接的な因果関係が存在する場合には、国家賠償責任を生ぜしめる性質を有する、あるいは、国家賠償責任を生ぜしめうる[79][80]。かかる定式は、まさに、先に紹介したGuettierの見解を想起させるものであるといえる。残る問題は、コンセイユ・デタが「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼを認めているのか否か、という点である。従来、コンセイユ・デタの判決においては、「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」ないし「賠償責任を生ぜしめうるフォート」という表現が用いられることがほとんどであり、右のテーゼを確立したと解されている《Driancourt判決》が下された後も、単なるフォートと違法性の関係については明示的に言及されることはなかった。

しかしながら、近年のコンセイユ・デタの判決の中には、具

体的な事案から離れ、違法性とフォートの関係についての一般的規範を示したものと解される判決がいくつか存在する。例えば、二〇〇八年に、無権限に起因する違法性が問題となった《Société CAPE SOCAP 判決》[81]において、コンセイユ・デタは、「フォートを構成する違法性はいかなるものであっても（toute illégalité fautive）、そのものとして（comme telle）、かつ、その性質がいかなるものであろうとも、それが被った損害の原因である限り、国の賠償責任を生ぜしめうる」と判示している。Benoît Camguilhem によると、この判決は、違法性とフォートの関係の自動性（automaticité）、つまり、違法性は自動的にフォートを構成するということを示した判決として解されるという[82]。また、二〇一二年には、形式の瑕疵を帯びるアレテ等の違法性が問題となった訴訟において、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成し、また、それゆえ、それが被った損害の原因である限り、その性質がいかなるものであろうとも、その行為主体の賠償責任を生ぜしめうる」[83]という判示がなされている[84]。これらの判示は、まさに、先に見たような Guettier や Legras の見解が現在の判例の状況を正確に描写するものであることを示しているように思われる。実際、管見の限り、近年の判決においては、違法な行政決定がフォートを構成しないと明示した判決は見当たらない。

三　小括

以上のように見てくると、現在の学説及び判例においては、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼが一般的規範として認められているということができるように思われる[85]。このことは、学説及び判例が違法性概念と役務のフォート概念の関係について論理的な整合性を追求した結果であると考えられよう。というのも、「法治国家においては、行政は適法性に違反しない義務を有している」[86]こと、及び、役務のフォートが「役務上の義務違反」ないし「行政上の義務違反」と定義されていること（本章第一節参照）に鑑みれば、行政がこの適法性を尊重する義務に違反した場合には、当然、その義務違反は役務のフォートを構成するはずだからである[87]。この点に関して、Camguilhem は、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成するという原則は、違法性とフォートの間の相伴関係（concomitance）に基礎を置くものである」[88]と指摘している[89]。すなわち、Camguilhem によると、「違法性は、行政庁が自身に課せられた適法性を尊重する義務に違反したことを示すもの」[90]であり、「違法性がフォートを引き起こすとい

うより、違法性はフォートの徴表である」[91]というのである[92]。

もっとも、違法性により構成されるフォートが、常に、賠償責任を生ぜしめる性質を有するわけではないし、あるいは、賠償責任を生ぜしめうるわけではない。なぜなら、現在の学説及び判例においては、賠償責任を生ぜしめる性質のフォートないし賠償責任を生ぜしめうるフォートとして認められるためには、違法性ないしそれにより構成されるフォートが損害を生ぜしめたことが要求されているからである。つまり、違法性はいかなるものであってもフォートを構成するのであるが、そのフォートが賠償責任を生ぜしめる性質のフォートないし賠償責任を生ぜしめうるフォートとして認められるためには、損害と、違法性ないしフォートと損害の間の因果関係が必要なのである。このように見てくると、現在の学説及び判例における一般的規範は、まさに Helin が四〇年前に提示した定式と軌を一にするものであるということができるであろう。すなわち、「違法性はいかなるものであっても役務のフォートを構成するのであって、そこから損害が生ずる場合には、公権力の賠償責任を生ぜしめうるのである」。

以上のような論理的な整合性を有する法解釈は、適法性の原理、ひいては、近代法治国家原理の実現に資するものとして積極的に評価することができるのではないかと思われる。なぜなら、Bertrand Seiller が述べているように、賠償責任の原理（pricipe de la responsabilité）は、適法性の原理（principe de légalité）を補完する機能を有しているからである[93]。すなわち、賠償責任の原理は、行政の違法行為をフォートと認定し、その行為の結果を国家に負担させることにより、行政活動の適法性を統制し、適法性の原理の実現を担保しているのである（フォートないし国家賠償責任の違法行為抑止機能ないし違法状態排除機能[94]）。つまり、右のような法解釈は、こうした賠償責任の原理による適法性の原理の補完を効果的に実現しうるのである。

（1）行政決定に帯びる違法性は、伝統的に、「形式の瑕疵（vice de forme）」、「無権限（incompétence）」、「権限濫用（détournement de pouvoir）」、及び「法律侵犯（violation de la loi）」の四つの類型に分類されてきた（Jean Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 24e éd, 2012, n° 629-641 ; Didier Truchet, *Droit administratif*, 5e éd., Paris, P.U.F., 2013, p. 221.）。前二者は、行政決定の実体ではなく、外部的要素に関わるものであることから、「外部的違法性（illégalité externe）」と呼ば

れ、これと対置する形で、後二者は、「内部的違法性（illégalité interne）」と呼ばれる。なお、現在の教科書及び体系書等においては、形式の瑕疵は、決定ないし規範の生成過程それ自体に関する「手続の瑕疵（vice de procédure）」と、行為の外部的表明に関する「（厳密な意味での）形式の瑕疵」とに分類されることが多い（René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 1213-1229 ; Patrice Chrétien et Nicolas Chifflot, *Droit administratif*, 13e éd., Paris, Sirey, 2012, n° 833-834 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2013, n° 895-900 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *Droit administratif*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 859 et 865-866）。また、法律侵犯についていえば、これは、形式（形式の瑕疵、手続の瑕疵）、権限（無権限）、目的（権限濫用）に関わる法規範以外のあらゆる法規範に対する侵犯を指す。具体的には、行為の内容自体に関わる法規範と、行為の動因である事実上の理由と法律上の理由とに関わる法規範とがある。このことから、法律侵犯は、係争決定の「内容（contenu）における違法性」と「理由（motifs）における違法性」とに分けて整理されることが多い（René Chapus, *supra* note 1, n° 1230-1241 ; Patrice Chrétien et Nicolas Chifflot, *supra* note 1, n° 835-845 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 1, n° 901-912.）。この点に関する包括的な研究として、阿部泰隆教授の大著がある（阿部泰隆『フランス行政訴訟論――越権訴訟の形成と行政行為の統制――』（有斐閣・一九七一年）。その他、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣・二〇〇七年。初出：一九八九年）一〇二頁以下、興津征雄「越権訴訟の起源をめぐって――あるいはフランスにおける《司法》と《行政》の原像――」日仏法学二五号（二〇〇九年）八〇頁、交告尚史「権限濫用の法理について」東京大学法科大学院ローレビュー Vol.4（二〇〇九年）一六七頁以下も併せて参照されたい。

（2）Voir, Louis Delbez, «De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité», *R.D.P.* 1932, p. 441 ; Jean-Claude Helin, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Th. Nantes, 1969 ; Sophie Grossrieder-Tissot, *Faute et illégalité dans la responsabilité publique*, Th. Nancy II, 1999.

（3）Voir, Sophie Grossrieder-Tissot, *supra* note 2, pp. 81-84 ; Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 200 ; Michel Paillet et Emmanuel

Breen, «La faute de service, notion», *J.-Cl. A.* fasc. 818, 2011, n° 70 ; C.E. Sect. 26 juin 1970, *Sieur Bartoli*, Rec. 442 ; C.E. Sect. 7 décembre 1979, *Société Les Fils de Henri Ramel*, Rec. 456.

（4）René Chapus, *supra* note 1, n° 1454.

（5）C.E. Sect. 1er février 1980, *Rigal*, Rec. 64.

（6）Sophie Grossrieder-Tissot, *supra* note 2, pp. 93 et s. ; Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, 16e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 1677 ; Charles Debbasch et Frédéric Colin, *Droit administratif*, 10e éd., Paris, Economica, 2011, p. 455.

（7）ただし、Christophe Guettier によると、当初は適法であった行政決定が、その後の状況の変化により違法と認定される場合があり、その場合には、その違法性が役務のフォートを構成し、フォートによる賠償責任を生ぜしめる可能性があるという（Christophe Guettier, «La responsabilité en droit administratif», Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 412）。Guettier は、その例として、《Commune de Crégols 判決》を挙げている（C.E. 31 août 2009, *Commune de Crégols, Revue juridique de l'économie publique* 2010, n° 673, p. 34, concl. Catherine de Salins.）。

この判決の事案は、以下のようなものであった。県設備局は、Crégols 市長に対して、その市内にある民間企業が経営する小規模水力発電所に倒壊（effondrement）のリスクがあるとして、その運転の停止を命じるように要請した。市長は、この要請を受け、地方自治体に関する一般法典二二一二の四条により「重大又は切迫した危険が存する場合に」認められた警察権限に基づいて、二〇〇〇年一〇月一三日のアレテによって当該発電所の運転停止を決定した。当該発電所の経営者は、直ちに運転を停止したが、その後、このアレテの取消と当該発電所の運転停止によって被った損害の賠償を請求する訴訟を行政裁判所に提起した。二〇〇一年三月六日、その審理において行政裁判所により選任された専門家による予備報告（rapport préliminaire）がなされ、当該発電所には倒壊のリスクが存しないことが明らかになった。また、二〇〇二年二月一二日の最終報告（rapport définitif）においても、そのことが確認された。市長は、この二つの報告の間に、具体的には、二〇〇一年九月一八日に上記アレテを取り消した。

コンセイユ・デタは、処分時の状況に照らして、すなわち、このアレテが県設備局から寄せられた情報に基づいて下されたことや、この情報がリスクの重大性や切迫性を指摘していたことなどを考慮し、このアレテの

違法性を否定した。もっとも、コンセイユ・デタは、警察措置が後に無用なものであると判明した場合には、当該措置を廃止し又は適合的なものに変更する義務が生じるとして、上記予備報告によりリスクが存しないことが明らかになった二〇〇一年三月六日以降も、同年九月一八日まで発電所の運転を禁止したままにしていた点において、市のフォートを認めた。つまり、上記アレテは、確かに最初は適法であったが、予備報告後にリスクが存在しないことが明らかになったことにより無用なものとなり、したがって、違法となったことから、これを維持することはフォートを構成すると判断されたのである（Voir, Jacques Moreau, note sous C.E. 31 août 2009, *Commune de Crégols*, *J.C.P. A.* 2009, n° 2288.）

（8）なお、訴訟手続に関していえば、訴えを提起する者は、越権訴訟において行政決定の違法・適法の判断が確定した後であっても、あるいは、越権訴訟の訴訟期間を徒過した場合であっても、国家賠償請求訴訟において当該決定の違法性を争うことができる。また、これら二つの訴訟を同時に提起することもできる。その際、コンセイユ・デタは、同時に提起された二つの請求を一つの審理において検討し、また、両訴訟の結論を同一の判決において下すことが認められている。その際の順序については、裁判官は、まず違法性の有無を検討した上で、役務のフォートの有無を検討する（Voir, Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 218-221.）。

（9）橋本博之「行政決定の違法性と損害賠償責任――フランスにおける行政賠償責任法理の展開を素材に――」成田頼明＝園部逸夫＝金子宏＝塩野宏＝小早川光郎編『行政法の諸問題（中）：雄川一郎先生献呈論集』（有斐閣・一九九〇年）六七七頁。

（10）この点については、本章第一節の註（50）を参照されたい。

（11）Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 212.

（12）C.E. 30 octobre 1964, *Société «Prosogor»*, *Société «Les films Sacha Gordine» et sieur Sacha Gordine*, Rec. 496.

（13）C.E. Sect. 21 mars 1969, *Ministre de l'Intérieur c. Montreyer*, Rec. 186.

（14）C.E. 21 juin 1972, *Foucault*, Rec. 461 ; C.E. 7 juillet 1971, *Gérard*, Rec. 513 ; C.E. 24 octobre 1990, *Philibert*, Rec. 290.

（15）C.E. Ass. 7 avril 1933, *Sieurs Deberles c. Commune d'Haillicourt*, Rec. 439 ; C.E. 19 janvier 1968, *Commune de Charmes-sur-Rhône c. Demoiselle Reynaud*, Rec. 47.

（16）Voir, Maryse Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 186 ; Pierre-

Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 1, n° 944.

（17）C.E. 4 novembre 1921, *Sieur Monpillié et autres*, Rec. 903 ; Voir également, C.E. 1er décembre 1922, *Sieur Grellet c. Hôpital d'Elbeut*, Rec. 900.

（18）Voir, Sophie Grossrieder-Tissot, *supra* note 2, pp. 13, 61 et s. ; Jacques Moreau, «Dommeges causés par des decisions administratives entachées d'excès de pouvoir», *J.-Cl. A.* fasc. 720, 1970, n° 71 ; Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 2012, Réimpression de l'édition publiée en 1938 (2e éd.), pp. 51-57.

（19）Prosper Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, A. Pedone, 1952, p. 255 ; Voir églement, Louis Delbez, *supra* note 2, p. 461.

（20）この伝統的な学説は、越権訴訟と国家賠償請求訴訟という訴訟の二元性を前提に、越権訴訟における違法性と国家賠償請求訴訟におけるフォートとが、理論上異なる平面に置かれるものであることを強調していた（Voir, Pierre Lampué, «La distinction des contentieux», dans *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 285 ; Laurent Richer, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Économica, 1978, pp. 29-31 ; Sophie Grossrieder-Tissot, *supra* note 2, pp. 171 et s.）。さらに、政策的な観点からも、あらゆる違法性をフォートと解すると、行政財産を疲弊させ、また、公役務の運営を麻痺させる危険があることが指摘されていた（Prosper Weil, *supra* note 19, p. 255.）。

（21）Jean-Claude Helin, *supra* note 2, pp. 256-283 ; Voir également, Maryse Deguergue, *supra note 16*, pp. 186 et 755.

（22）Helin 以前にも、幾人かの有力な論者が先に述べたテーゼを肯定していた（Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1930, p. 498 ; Jacques Defrenois, *La faute du service public*, Th. Bordeaux, 1937, p. 490 ; François Gazier, concl. sur C.E. 30 juillet 1949, *Thibeau*, D. 1950.Ⅲ. 110 ; Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris, L.G.D.J., 1962, pp. 68-70.）。例えば、Marcel Waline は、当初は伝統的な学説に親和的な立場をとっていたが（Marcel Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4e éd., Paris, Sirey, 1946, p. 500.）、判例が発展するにつれ徐々にその立場を変えていき（Marcel Waline, *Droit administratif*, 8e éd., Paris, Sirey, 1959, p. 718.）、最終的には「違法な行政決

定はいかなるものであっても，それ自体により（ipso facto），賠償責任を生ぜしめうるフォートを構成する」（Marcel Waline, note sous C.E. Sect. 13 décembre 1963, *Office national interprofessionnel des Céréales*, *R.D.P.* 1964, p. 1004.）と述べるまでになった。

（23）Maryse Deguergue, *supra* note 16, p. 186.

（24）Jean-Claude Helin, *supra* note 2, p. 152.

（25）*Ibid.*, pp. 317 et s.

（26）C.E. 7 juin 1940, *Sieur Vuldy*, Rec. 197.

（27）C.E. 4 juin 1943, *Sieur Dechavassine*, Rec. 143 ; C.E. 1er septembre 1944, *Sieur Bour*, Rec. 241.

（28）C.E. Sect. 6 juillet 1934, *Sieur Paillat*, Rec. 788 ; C.E. 31 décembre 1936, *Société Lustria, Chapel et Cie*, Rec. 148.

（29）Voir églement, Antoine Bernard, concl. sur C.E. 22 janvier 1960, *Société anonyme Automobiles Berliet*, *Droit social* 1960, pp. 207 et s. ; Jacques Rigaud, concl. sur C.E. Sect. 25 mars 1966, *Société «Les films Marceau»*, *A.J.D.A.* 1966, p. 254.

（30）C.E. 20 décembre 1946, *Société «Grands magasins de nouveautés, Compagnie française»*, Rec. 317.

（31）Antoine Bernard, *supra* note 29, p. 210.

（32）Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 196.

（33）C.E. 6 juillet 1934, *Sieur Paillat*, Rec. 788.

（34）Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 196.

（35）C.E. Sect. 26 janvier 1973, *Driancourt*, Rec. 77, *A.J.D.A.* 1973, p. 244, note. P. Cabanes et D. Léger, *R.A.* 1974, p. 29, note, Frank Moderne.

（36）Voir églement, C.E. 28 mars 1980, *Yverneau*, *R.D.P.* 1980, p. 1744 ; C.E. Sect. 9 juin 1995, *Lesprit*, Rec. 239, *A.J.D.A.* 1995, p. 745, concl. Jacques Arrighi de Casanova.

（37）Voir, Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 194.

（38）P. Cabanes et D. Léger, *supra* note 35, p. 245.

（39）なお，Benoît Delaunay は，この点に関するドイツ法とフランス法の差異として，ドイツ法においては公務員による評価の誤りについてフォートが認められない場合があることを指摘している。Delaunay によれば，このような差異が生じる理由は，近隣諸国においては，公法に属する概念である違法性と私法上の諸規範により規律される事項であるフォートとをあまり一体化させる傾向がなく，また，賠償責任を拡張することに対する懸念が存在するからであるという（Benoît Delaunay, «Droit de la responsabilité administrative et droit comparé», dans *La responsabilité administrative*, Travaux de l'AFDA-6, coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2013, p. 60.）。

(40) Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 203.

(41) *Ibid*., n° 197 et 214.

(42) Voir, Louis Trotabas et Paul Isoart, *Manuel de droit public et administratif*, 20e ed., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 303 ; Jacques Moreau, «Dommeges causés par des decisions administratives entachées d'excès de pouvoir», *J.-Cl. A.* fasc. 720, 1985, n° 2 ; Jaques Moreau, «L'influence du développement de la construction européenne sur le droit français de la responsabilité de la puissance publique», dans *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 419 ; Sophie Grossrieder-Tissot, *supra* note 2.

(43) Voir, René Chapus, *supra* note 1, n° 1454 ; Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 201 ; Dominique Latournerie, concl. sur C.E. 5 mai 1986, *Fontanilles Laurelli, A.J.D.A.* 1986. p. 510.

(44) C.E. 19 juin 1981, *Carliez*, Rec. 274, *A.J.D.A.* 1982, p. 103, concl. Bruno Genevois.

(45) Jean Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 14e éd., 1992, n° 287.

(46) Voir également, Sophie Grossrieder-Tissot, *supra* note 2, pp. 118-119.

(47) Bruno Genevois, *supra* note 44, pp. 106-107.

(48) C.E. 20 mars 1985, *Époux Ruby*, *R.A.* 1986, p. 43, note Bernard Pacteau ; Voir également, Nathalie Albert, note sous C.E. 30 septembre 2002, *Dupuy*, *A.J.D.A.* 2003, p. 445.

(49) Voir, Claire Legras, concl. sur C.E. 21 mars 2011, *Krupa,* Rec. 113-114 ; Hugo-Bernard Pouillaude, *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative,* Th. ParisⅡ, 2011, n° 997 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 1, n° 944 ; Christophe Guettier, *supra* note 7, n° 412.

(50) Laurent Richer, *supra* note 20, pp. 28-29.

(51) C.E. 15 juillet 1964, *Prat-Flottes*, Rec. 438.

(52) Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 274.

(53) René Chapus, *supra* note 1, n° 1454.

(54) Chapus は´「違法性＝フォート」という表現を用いているが´これは´あらゆるフォートが違法性により構成されるということを意味するものではない。というのも´フォートは´法的行為からしか生じえないというわけではなく´事実行為からも生じうるからである（*Ibid*. ; Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, t. 1, 12e éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 590 ; Gilles Lebreton, *Droit administratif général*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 366.）。この意味において´フォート概念は´違法性

概念の「補助者（auxiliaire）」（Benoît Delaunay, *supra* note 8, n° 189）であるといわれることもある。

(55) René Chapus, *supra* note 1, n° 1453.

(56) Christophe Guettier, *supra* note 7, n° 412.

(57) C.E. 18 juin 1986, *Krier*, Rec. 166.

(58) 例えば、Michel Paillet は、違法性とフォートの関係について、「現代の判例においては、違法性はいかなるものであっても、それが単なる評価の誤りに起因するものであろうと、あるいは、単なる手続の瑕疵から成るものであろうと、フォートを構成する」（Michel Paillet, *La responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, 1996, n° 196.）、「行政の違法行為はいかなるものであっても、それ自体により（par là même）、フォートを構成する」（Michel Paillet et Emmanuel Breen, *supra* note 3, n° 70-72.）、「フォートを構成する行政決定の違法性はいかなるものであっても（toute illégalité fautive d'une décision administrative）、そのものとして（comme telle）、かつ、その性質がいかなるものであろうとも、それが被った損害の原因である限り、国の賠償責任を生ぜしめうる」（*Ibid.*, n° 70-72.）と述べている。また、Maryse Deguergue も、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼを肯定した上で、Helin の見解を支持し、国家賠償請求が棄却されるケースは、損害又は因果関係の不存在により説明しうると述べている（Maryse Deguergue, *supra* note 16, pp. 185-195 et 753-756.）。

(59) Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 1, n° 944.

(60) *Ibid.*

(61) C.E. 18 juin 1986, *Krier*, Rec. 166.

(62) フランスにおける条件等価説については、高畑順子「フォート（faute）から因果関係へ――フランス民事責任法の一考察――」法と政治三四巻二号（一九八三年）一七六頁以下、加藤雅之「フランス民事責任法における因果関係概念の機能――二つの因果関係理論の機能分配――」法学政治学論究五八号（二〇〇三年）一八一頁、瀬川信久「不法行為――因果関係概念の展開」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣・二〇〇六年）三四三頁以下参照。

(63) Voir également, Bertrand Seiller, *Droit administratif : 2. L'action administrative*, 5e éd., Paris, Flammarion, 2014, p. 290.

(64) Voir, Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 6e éd., 1973, n° 287.

(65) Jean Waline, *supra* note 1, n° 474.

(66) なお、Waline は、その他、《Bussière 判決》（C.E. 7

juin 2010, *Bussière*, Rec. 974）も参照しているが、この判決も因果関係の有無が問題となった判決として解されうる。その事案は、以下のようなものであった。軍の中尉であるBussière氏は、部下との間に人間関係上の問題を抱えていた。同氏の部下の一人が苦情を申し立てた結果、同氏は、一五日間の謹慎処分と他の空軍基地への配置転換を命じられた。しかしながら、この二つの決定は、その後、手続の瑕疵が原因で国防大臣により取り消されることとなった。そこで、Bussière氏は、これらの決定により生じた損害の賠償を求め訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、まず、この判決において、「違法な決定の介在は、国の賠償責任を生ぜしめうるフォートを構成しうるが、適法な手続を経た場合にも法律上同様の決定が下されえた場合には、この違法な決定の介在は賠償をもたらしえない」と判示した。その上で、コンセイユ・デタは、右の配置転換を命じる決定が人間関係上の問題の存在や役務上の必要性によって実体的に正当化されるものであったことを認定し、原告に生じた損害がこの手続の瑕疵に起因するものとしてはみなされえないとして、その請求を一部棄却したのである。ただし、一五日間の謹慎処分については、たとえ手続が適法であったとしても同様の処分が下されたとはいえないとして、損害賠償請求を認めた。

(67) Didier Truchet, *supra* note 1, p. 392.

(68) Jacqueline Morand-Deviller, *Droit administratif : Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés*, 13e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, p. 720.

(69) Voir également, Yves Gaudemet, *Droit administratif*, 20e éd., Paris, L.G.D.J., 2012, n° 354.

(70) C.E. 9 février 2011, *Delassaux*, Rec. 34, *A.J.D.A.* 2011, p. 1393, note Anne Jacquemet-Gauché ; *L.P.A.* 2011, n° 80, p. 17, note Isabelle Crépin-Dehaene.

(71) Anne Jacquemet-Gauché, *supra* note 70, p. 1397 ; Voir également, Isabelle Crépin-Dehaene, *supra* note 70, p. 20.

(72) C.E. 21 mars 2011, *Krupa*, Rec. 101, concl. Claire Legras, *A.J.D.A.* 2011, p. 1278, note François Barque, *D.A.* 2011, n° 52, note Fabrice Melleray, *L.P.A.* 2011, n° 73, p. 3, note Frédérique Perrotin ; *J.C.P. A.* 2011, n° 2185, note Lucienne Erstein ; *R.A.* 2011, p. 268, note Olivier Fouquet ; *Procédures* 2011, n° 248, p. 33, note Olivier Négrin.

(73) この判決については、第二章第一節第一款も併せて参照されたい。

(74) Voir, Fabrice Melleray, *supra* note 72, pp. 50-51 ; François Barque, *supra* note 72, pp. 1281-1282.

(75) Voir également, C.E. Sect. 25 juin 1999, *Hotel*

Thermes du Parc et SARL Laborde et fils, Rec. 210.

（76）なお、二〇〇九年一月七日のデクレにより、「論告担当官（commissaire du gouvernement）」は、「報告官（rapporteur public）」へと名称が変更されている（滝沢正「翻訳の手法――フランス法律文献の場合――」上智法学論集五四巻三＝四号（二〇一一年）二六―二七頁、興津征雄「公正な裁判と論告担当官――ヨーロッパ人権条約六条に試されるフランス行政法――」濵本正太郎＝興津征雄編『ヨーロッパという秩序』（勁草書房・二〇一三年）一四二頁参照）。ただし、本稿においては、便宜上、「論告担当官」という表現を統一して用いることとする。

（77）Claire Legras, *supra* note 72, p. 113.

（78）*Ibid.*, pp. 113-114.

（79）Voir également, C.E. 13 juin 1980, *Haeuw*, Rec. 872 ; C.E. 2 mars 1988, *Exiga*, *R.D.P.* 1989, p. 555.

（80）実際、コンセイユ・デタは、二〇一三年の《Imbert判決》において、「原則として、行政によって犯された違法性はいかなるものであっても、そこから直接的かつ確実な損害が生ずる限り、行政の賠償責任を生ぜしめうるフォートを構成する」という判示を行っている（C.E. 30 janvier 2013, *Imbert*, Rec. 9, *A.J.D.A.* 2013, p. 261, note Donia Necib.）。

（81）C.E. 25 juillet 2008, *Société. CAPE SOCAP, J.C.P.A.* 2008, n° 2199, note Florian Linditch.

（82）Benoît Camguilhem, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, n° 438 ; Voir également, Michel Paillet et Emmanuel Breen, *supra* note 3, n° 70-72.

（83）C.E. 12 novembre 2012, n° 336118 ; Voir également, C.E. Sect. 25 juin 1999, *Société d'exploitation de l'établissement thermal d'Uriage*, Rec. 213 ; C.E. 3 mai 2004, *Devillers*, Rec. 874 ; C.A.A. Paris, 26 juin 2006, n° 03PA00963.

（84）Voir également, Maryse Deguergue, *supra* note 16, p. 186 ; Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 208.

（85）Voir, Charles Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2009, n° 235 ; Jacques Moreau, «La responsabilité administrative», sous la direction de Pascale Gonod, Fabrice Melleray et Philippe Yolka, *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 672 ; Patrice Chrétien et Nicolas Chifflot, *supra* note 1, n° 761 ; Gilles Lebreton, *supta* note 54, n° 366 ; Philippe Foillard, *Droit administratif*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 388 ; Jérôme Travard, *La victime et l'évolution de la*

responsabilité administrative extracontractuelle, Paris, Éditions Mare & Martin, 2013, pp. 147 et 247.

(86) Michel Paillet, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1980, n° 340.

(87) Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 214, 233, 239 et 250 ; Voir également, Paul Duez, *supra* note 18, pp. 51-52 ; Bernard Pacteau, note sous C.E. 20 mars 1985, *Époux Ruby*, *R.A.* 1986, p. 44.

(88) Benoît Camguilhem, *supra* note 82, n° 440.

(89) これに対して、Delaunay は、違法性はフォートを引き起こすものであるとして、違法性とフォートの間には「因果関係（relation causale）」が存在すると述べている（Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 214.）。

(90) Benoît Camguilhem, *supra* note 82, n° 440.

(91) *Ibid.*

(92) また、Camguilhem は、行為主体の意図を一切考慮することなく違法性を確認することのみによってフォートの認定がなされるという点において、違法性により構成されるフォートが客観的であることを指摘している。ただし、その一方で、違法性とフォートの間には常に違法行為を犯したことについて裁判官から行政に向けられる非難（reproche）が存するという点において、そのフォートは主観的でもあると述べている。結局のところ、Camguilhem によると、適法性の尊重は「結果債務（obligation de résultat）」であり、それゆえ、この適法性の尊重に対する違背は必然的にフォートを構成するという（*Ibid.*）。

(93) Bertrand Seiller, *supra* note 63, p. 265.

(94) Voir, Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 231-233.

第二章：原則的責任要件としての「役務のフォート」

第一節：例外的責任要件としての重大なフォート

あらゆる役務のフォートは、原則として、たとえそれが軽微なものであったとしても、国家賠償責任を生ぜしめる性質を有する[1]。しかしながら、例外的に、国家賠償責任の成立のために一定程度の重大性を有するフォートが要求される場合がある。フランス国家賠償責任法において、このようなフォートは、通常のフォートであるところのいわゆる「単純なフォート（faute simple）[2]」と対置して「重大なフォート（faute lourde）[3]」と呼ばれている。かつて、Paul Duez は、あらゆる役務のフォート

が賠償責任を生ぜしめるわけではないということを指摘し、このような役務のフォートの性格を「ニュアンスのある性格（caractère nuancé）」と名付けたが[4]、重大なフォートは、まさに、この性格を顕著に示すものであるといえる。

序章でも紹介したとおり、この重大なフォート概念については、北村和生教授による包括的な研究が存在し、そこでは、その起源、適用範囲、機能及び基準などが明快に示されている[5]。この内、その起源、機能及び基準については、本稿が付け加えうる点は多くない[6]。これに対して、その適用範囲については、近年、判例が目覚ましい発展を見せていることから、いくつかの知見を付け加えることができるように思われる。したがって、ここでは、重大なフォートの伝統的な適用範囲を紹介し、その範囲の縮小の動向を租税役務を中心に分析した上で（第一款）、この要件が現在も存続している範囲とその将来的な展望について論じることとしたい（第二款）。なお、フランス国家賠償責任法において「重大なフォート」という文言が用いられる場合、基本的にそこで念頭に置かれているのが「重大な役務のフォート」であることを最初に断っておくこととする。

第一款：重大なフォートの適用範囲の縮小

一　伝統的な適用範囲

伝統的に、重大なフォートは、①役務に「特別な困難性（difficultés particulières）」が伴う場合[7]や、②役務が「王権に属する性質（nature régalienne）」を有する場合、言い換えれば、「公権力の中枢（cœur de la puissance publique）」ないし「主権（souveraineté）」に関わるものである場合[8]に適用されてきた。具体的には、警察役務、租税役務、裁判役務、刑務所役務、監督行政役務、医療役務、救急医療役務、救助役務、消防役務などが、その適用範囲に含まれていた。これらの役務はいずれも、その専門技術性や緊急性等ゆえに特別な困難を伴いうるものであり、また、とりわけ警察役務、租税役務、裁判役務、刑務所役務については、その強い公権力性ゆえに王権に属する性質を有するものと解されてきたのである。

そもそも、この重大なフォートという概念は、当初、公権力の無答責の原理を克服するための道具概念として機能していた[9]。すなわち、二〇世紀初頭、行政裁判官は、権力行為による国家賠償責任に関して、あらゆるフォートについて賠償責任を認めるのではなく、重大なフォートが存する場合にのみ賠償責任を認めることにより、徐々にこの領域における賠償責任を定着させていった。つまり、この時代における重大なフォート

は、公権力の無答責の原理を打倒し、国家賠償責任の成立範囲を拡張することにより、国家賠償責任の一般化を促進する役割を果たしていたのである。しかしながら、判例の発展により、公権力の無答責の原理が放棄され、国家賠償責任が一般化するにつれ、この要件は次第に被害者救済を過度に妨げるものとして解されるようになり、その維持を理論的に正当化することが困難になっていった[10]。

実際、一九九〇年代に入ると、行政裁判官は、相次いで、医療役務[11]、救急医療役務[12]、救助役務[13]、消防役務[14]などの領域において、重大なフォートの要件を放棄した[15]。また、二一世紀に入ると、刑務所役務による国家賠償責任も単純なフォートの仕組みに服せしめられることとなった[16]。そして、ついに、二〇一一年には、租税役務に関しても、重大なフォートの要件が完全に放棄された[17]。とりわけ、租税役務は、伝統的に重大なフォートが要求される典型的な領域として位置づけられてきたことから[18]、この領域における重大なフォートの消滅は、重大なフォートの適用範囲の縮小という現代的傾向を象徴するものであるということができる。そこで、ここでは、租税役務による国家賠償責任について若干の検討を加えることとしたい。

二　重大なフォートと租税役務

1　歴史的変遷――長い間、租税役務による国家賠償責任は、この役務に伴う特別な困難性及びその王権に属する性質を理由として、「明白かつ特別な重大性を有するフォート（faute manifeste et d'une particurière gravité）[19]」が存在する場合にしか認められていなかった[20]。しかしながら、この要求の程度は、一九六二年のコンセイユ・デタの判決[21]により、「重大なフォート」の要件に緩和されることとなった。さらに、その後、この適用領域が「租税の賦課又は徴収の手続（procédures d'établissement ou de recouvrement de l'impôt）」に限定され、その他の租税役務については単純なフォートの要件が用いられることとなった[22]。

その後、一九九〇年代に入ると、この仕組みは、租税役務が直面する困難性に応じて単純なフォートと重大なフォートの要件を使い分けるという含みのある仕組みへと転換した[23]。例えば、一九九七年の《Commune d'Arcueil 判決》[24]における以下の判示は、この仕組みを明確に示している。すなわち、「租税の賦課又は徴収の手続に関する業務執行の際に税務当局によって犯された誤りは、一般的にこれらの手続の実施に伴う困難性を考慮し、原則として、その誤りが重大なフォートを構成する場合

にしか国の賠償責任を生ぜしめえない。ただし、納税者の税務状況（situation）の評価に特別な困難性が伴わない場合はその限りではない」。つまり、租税の賦課又は徴収の手続に関する業務執行が問題となる場合であっても、納税者の税務状況の評価に〝特別な困難性〟が伴わない場合には、単純なフォートの立証のみで国家賠償責任が認められることとなったのである。

しかしながら、この〝特別な困難性〟の概念が拡張的に解釈されたことから、実際に単純なフォートの要件が適用されることは多くなく、その実態にはほとんど変化がなかったともいわれている[25]。また、重大なフォートが要求される場合についても、被害者が租税役務によって犯された重大なフォートの立証に成功することはほとんどなかった[26]。したがって、この租税役務については、他の役務と比較すると相対的に国家賠償責任が認められにくい状況にあったといえる。かかる状況において下されたのが、二〇一一年の《Krupa 判決》[27]である。

２　《Krupa 判決》――その事案は、以下のようなものであった。原告の Krupa 氏は、公共事業を行う GEK 社の共同経営者であった。同社は、一九八二年一一月四日、Thionville 大審裁判所の判決により資産清算の宣告を受けた。後日、同社は、一九七九年から一九八二年までを対象とした税務調査（vérification de comptabilité）を受けることとなった。その結果、行政庁は、一九八三年四月二七日、一般租税法典一一七条に基づき同社により申告されていない分配金の受取人（bénéficiaires des sommes distribuées）の身元を明らかにするよう求めた[28]。しかし、同条により付与された三〇日の期限内に応答がなかったことから、行政庁は、当時は効力を有していた同法典一七六三のＡ条第一段落に基づき、同社に対して約三八〇万フランに及ぶ課税処分（個人所得税率の最高限界税率の二倍の税率による懲罰的な課税処分）を下した。その後、行政庁は、経営者らに会社と連帯して右支払債務を負担させることを規定した同条第二段落に基づいて、Krupa 氏にも当該支払債務を課した。

まず、Krupa 氏が右支払債務の免除を求め訴訟を提起したところ、Nancy 行政控訴院は、収益の分配時に Krupa 氏が同社の経営者の地位にあったことに基づき Krupa 氏の請求を棄却した。これに対して、コンセイユ・デタは、Nancy 行政控訴院が法解釈の誤りを犯したとして審理を差し戻した。すなわち、コンセイユ・デタによれば、法令上、Krupa 氏に対して右支払債務を課すためには、分配金の受取人の身元を明かすために与えられた期限が切れる日に、Krupa 氏が会社の経営者の

身分を有していることが必要であると解されるところ、Krupa氏は、この時点において既に当該身分を失っていたというのである。この判決を受けたNancy行政控訴院は、差戻審判決においてKrupa氏の請求を認容した。そこで、国は、Krupa氏が収めた金額に遅延利息を加えた金銭を返還したが、Krupa氏は、さらに、この一連の租税役務により損害を被ったとして、国を相手取って損害賠償請求訴訟を提起した。

かかる請求について、コンセイユ・デタは、まず、「租税の賦課及び徴収の手続に関する業務執行の際に税務当局によって犯されたフォートは、それが納税者又はその他あらゆる者に直接的に損害を生ぜしめた場合には、それらの者に対する国の賠償責任を生ぜしめる性質を有する」という一般的な規範を定立した。この判示部分は、まさに、租税の賦課及び徴収の手続に関する業務執行についても、納税者の税務状況の評価に伴う特別な困難性の有無にかかわらず、単純なフォートの要件が適用されるということを明らかにしたものである。その上で、コンセイユ・デタは、一九八三年には既にKrupa氏が共同経営者の地位になかったことなどを指摘し、原告の経営者としての資格に関する評価について税務当局が誤りを犯したということを認めた。そして、「このような納税者の税務状況の評価における誤りは、租税法規に照らすと、Krupa氏に対する国の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成する」としてKrupa氏の損害賠償請求を部分的に認容したのである。

3 《Krupa判決》の分析——かくして、《Commune d'Arcueil判決》において示された判例法理、すなわち、租税の賦課及び徴収の手続に関する業務執行の際に納税者の税務状況の評価に伴う特別な困難性が認められる場合には重大なフォートの要件を適用するという法理が放棄されたことにより、租税役務の領域においても完全に重大なフォートの要件が消滅することとなった[29]。かかる法理をコンセイユ・デタが放棄した背景には、おそらく、重大なフォートの正当化根拠について〝論理的な一貫性ないし整合性（cohérence）〟を求めるべきであるという理論的要請が存するように思われる。実際、Claire Legrasは、その論告において、租税役務が一定の複雑性を有し、時に困難性を伴うことを認めつつも、より困難性を伴う医療役務や救助役務について単純なフォートの要件が適用されていることに鑑みれば、その複雑性や困難性を理由として租税役務における重大なフォートの維持を正当化することは困難であると述べている[30]。また、同様に、この判決の評釈を書いたFabrice Melleray やFrançois Barqueも、租税役務が租税法典の複雑

さや専門技術的な性格に起因する困難性を有していることを認めつつも、同じように特別な困難性を有する海難救助役務、消防役務、救急医療役務などについて重大なフォートが要求されていない現在の法状況に鑑みれば、もはや特別な困難性という正当化根拠が説得的なものではないと指摘している[31]。さらに、Barque は、役務の王権に属する性質を理由とした正当化についても、租税役務及び同様の性質を有する警察役務の大部分が単純なフォートの仕組みに服せしめられていることからすれば、もはや、これも重大なフォートを要求する正当化根拠足りえないと述べている[32]。結局のところ、Legras が指摘しているように、重大なフォート概念に関する現在の法状況に鑑みると、「理論的な次元において、税務に関する重大なフォートの維持を正当化することは決して容易ではない[33]」のである[34]。

以上のように重大なフォートの正当化根拠について〝論理的な一貫性ないし整合性〟を求めるべきであるという考え方は、現在のフランス行政法学において多くの論者により共有されているものであるといえる[35]。従来、重大なフォートには、その認定に当たり役務に伴う特別な困難性を考慮することによって、安易な役務のフォートの認定により公役務の運営が麻痺することを防止する機能や、私人と公役務の利益を調整する機能などがあるといわれてきた[36]。しかしながら、こうした機能は、必ずしも重大なフォートでなければ果たせないものではないように思われる。なぜなら、ここで留意しなければならないのは、重大なフォートの要件の放棄が必ずしも係争役務に伴う特別な困難性の考慮を禁ずるものではないからである[37]。つまり、コンセイユ・デタは、「単純なフォート」ないし「賠償責任を生ぜしめる性質のフォート」の存否を判断するに当たって、具体的には、係争役務に課せられる義務の程度を判断するに当たって、事件の諸状況に応じて係争役務に伴う特別な困難性を考慮することができるのである。したがって、この要件の放棄により直ちに公役務の運営が麻痺するなどということはなく、また、行政裁判官が私人と公役務の利益の調整において一方的に私人の側に与するというようなことは考えられない。むしろ、この判決により、税務当局が極めて軽微なフォートの実現をも予防しようと努めることによって、納税者と税務当局との関係がよりよいものとなる可能性さえ存するのである[38]。

ところで、本判決の射程に関していえば、当然、それが直接的にその他の役務に及ぶことはありえない。しかしながら、このような重大なフォートの正当化根拠についての論理的な一貫性ないし整合性の要求は、その他の役務にも妥当しうるもので

あることから、本判決が有する影響力は決して小さくないように思われる[39]。それでは、今日においても依然として重大なフォートが要求されているのは、どのような役務なのであろうか。

第二款：現在の適用範囲と将来的な展望

一　重大なフォートの最後の砦

近年の教科書や体系書などにおいて、あらゆる論者により重大なフォートが存続している領域として挙げられているのは、監督行政役務[40]と裁判役務[41]の二つである。また、論者によっては、これに警察役務[42]が加えられることとなる。Jacqueline Morand-Deviller は、これらを「重大なフォートの最後の砦（les ultimes bastions de la faute lourde）[43]」と称している。ここでは、まず、学説上争いのある警察役務から順に検討を加えていくこととしたい。

1　警察役務――この役務に関しては、伝統的に、法的行為と事実行為の区別が重大なフォートの適用基準とされてきた[44]。すなわち、通常、法的行為は事実行為に比して相対的に重大な困難に直面することが少なく、逆に、事実行為は法的行為に比して相対的に重大な困難に直面することが多いことから、法的行為は単純なフォートの要件に服し、事実行為は重大なフォートの要件に服すると解されてきたのである。今日でも多くの論者がこの基準について言及しているが[45]、いずれの行為についても例外的な判決が存在することから、この基準は絶対的なものとはいえないであろう[46]。結局のところ、行政裁判官は、法的行為と事実行為の区別にかかわらず、事件の諸状況において係争役務に伴う困難性に応じて重大なフォートの適用の有無を判断しているのである。もっとも、近年、警察役務の大部分が単純なフォートの仕組みに服しており、この役務に関して重大なフォートを要求したコンセイユ・デタの判決は見当たらない。例えば、二〇一一年に違法な運転免許停止処分による国の賠償責任が問われた訴訟において、原審が当該処分の緊急性を理由に重大なフォートが必要であると判断したのに対して、コンセイユ・デタは、この原審の判断には法解釈の誤りがあるとして、単純なフォートの要件が適用されることを示した[47]。

このことから、現在の学説においては、警察役務に関して重大なフォートの要件が維持されているのか否か、という点について争いが生じている[48]。先に述べたように、幾人かの論者は、依然として、重大なフォートの要件が存続している役務として警察役務を挙げている[49]。事実、警察役務については、上述の

《Krupa 判決》のように一般的な規範を示したと解されるような判例は存在せず、また、警察役務の広範性に鑑みると、今後もこのような判例の出現を期待することは難しいようにも思われる。しかしながら、他方、右に述べたように近年のコンセイユ・デタの判決においては警察役務について重大なフォートを要求した判決が見当たらないことから、極めて多くの論者が、この領域における重大なフォートの消滅を主張しているのである。[50]《Krupa 判決》の出現により、この主張は、より有力なものとなったように思われる。実際、租税役務までもが単純なフォートの仕組みに服せしめられている現在の法状況においては、警察役務について、この要件の維持を理論的に正当化するのは非常に困難であろう。[51]

2　監督行政役務――次に、監督行政役務について検討する。フランスにおいては、国が、地方公共団体の行政活動について、その適法性を統制するための監督権限を有する場合がある。その際、当該地方公共団体が、その行政活動によって住民に損害を生ぜしめた場合には、当該地方公共団体だけでなく、国も監督権限行使の懈怠による賠償責任を問われうる。既判事項を執行しない地方公共団体に対して地方長官が自身の代位権を行使しないようなケースが、その例として挙げられる。[52]このようなケースにおける国の賠償責任については、現在も重大なフォートの要件が適用されている。また、私法人に対する監督についても事情は同じである。例えば、信用機関に対する監督権限を有する銀行委員会（Commission Bancaire）が規制権限の行使を懈怠したことにより私人に損害が生じた場合、国の賠償責任は重大なフォートが存する場合にしか認められない。[53]ただし、この監督行政役務についても、単純なフォートによる賠償責任が認められている場合もあり、[54]二つの要件が使い分けられているのが現状である。[55]

ところで、この監督行政役務についても、重大なフォートの要件を維持する論拠として役務に伴う特別な困難性が指摘されている。[56]もっとも、近年、特別な困難性とは別の角度からこれを説明する論者が増えている。[57]例えば、国の地方公共団体に対する監督行政役務に関して重大なフォートが要求されている理由について、Didier Truchet は、以下のように述べている。すなわち、「その理由は、監督活動の困難性というよりはむしろ地方公共団体の行為による国の賠償責任を過度に容易に成立させないようにする裁判官の意向にある。というのも、市民が被った損害の一次的な原因は、地方公共団体のフォートにあるからである。それを防ぐことができなかった国による監督の瑕

疵は、二次的な原因でしかないのである」[58]。このような裁判官の意向が、監督権者への配慮を示すものであることは明らかであるが[59]、その意向には被監督者への配慮も含まれていることを看過してはならない。というのは、監督行政役務について過度に容易に賠償責任が認められると、監督権者がこの責任から逃れるために過度に被監督者の活動に介入し、被監督者の自律的な活動を妨げるおそれがあるからである[60]。以上のことからすると、監督行政役務の領域においては、《Krupa 判決》の影響があったとしても、こうした監督行政役務の特殊な性格を理由として重大なフォートの要件が維持される可能性は低くないように思われる[61]。

3　裁判役務――最後に、裁判役務について検討する。この裁判役務に係る国家賠償請求訴訟に関しては、行政裁判所と司法裁判所の双方に裁判権が付与されている[62]。すなわち、行政裁判所は自身に固有の活動と司法裁判所の組織について裁判権を有し、司法裁判所は自身の裁判活動について裁判権を有しているのである。

そもそも、裁判役務に関しては、長い間、国家賠償責任自体が認められていなかったが[63]、一九七二年七月五日の法律第一一条により、司法裁判所の裁判役務について、重大なフォート又は裁判拒絶（déni de justice）が存する場合に限り、国の賠償責任が認められることとなった（現在の司法組織法典一四一の一条）。この規定は行政裁判所の裁判役務には適用されないものの、そこから着想を得たコンセイユ・デタは、一九七八年の《Darmont 判決》[64]において、行政裁判所の裁判役務についても重大なフォートが存する場合に限り、国の賠償責任が成立しうることを認めた。ただし、これには、重大なフォートが判決の内容それ自体から生じ、かつ、この判決が確定している場合を除くという制限が加えられていた[65]。

かかる判例法理は現在も基本的に維持されているものの、近年、いくつかの例外が認められることとなった。まず、コンセイユ・デタは、二〇〇二年の《Magiera 判決》[66]において、訴訟当事者の諸事情や事件の諸状況等に照らして合理的な期間を徒過したと認められる裁判判決については、単純なフォートにより国の賠償責任が成立しうることを認めた。Bertrand Seiller によると、この判決は、「欧州人権法の圧力を受けて（sous pression du droit européen des droits de l'homme）[67]」下されたものであるという。実際、本判決は、欧州人権条約六条第一項が裁判を受ける者に対して合理的な期間内に裁判を受ける権利を保障していることを指摘している[68]。また、コンセイユ・デタ

は、二〇〇八年の《Gestas 判決》[69]において、確定判決のまさにその内容が個々人に諸権利を付与することを目的としたＥＵ法に明白に違反するような場合には、それが賠償の原因となりうることを認めた。

このように裁判役務による国家賠償責任についても、欧州人権条約等の影響によって、一部の判例において単純なフォートの要件が適用されるようになるなど、その発展には目を見張るものがある。もっとも、その一方で、裁判官は依然として、国家のまさに本質に関わり、重大な困難性を伴う、この裁判役務に介入することについてはためらいがちであり[70]、実際に賠償命令が下されるのは稀であるともいわれている[71]。

二　将来的な展望

それでは、これらの重大なフォートの最後の砦が陥落し、この概念がフランス国家賠償責任法から完全に消滅することはありうるのであろうか。この点について、Seiller は、二〇一〇年の教科書において、「行政賠償責任法における重大なフォートの適用範囲の非常に顕著な縮小は、おそらく、近いうちのその消滅を告げるものである[72]」と述べていた。実際、租税役務について単純なフォートの要件を一般化した翌年の《Krupa 判決》は、この Seiller の言葉をより現実的なものとしたように思われる。また、Jean Waline が、二〇一〇年の教科書において重大なフォートの完全な消滅は「今のところありそうもないように思われる」としていた記述を、二〇一二年の教科書で削除した点も興味深いところである[73]。

しかしながら、その一方で、先に述べたとおり、監督行政役務については、他の役務と異なる特殊な性格を有していることが指摘されているところであり、また、裁判役務についても、特に司法裁判所の裁判役務に関しては法律上明文の規定が置かれていることから重大なフォートの要件を放棄するためには法律の改正が必要となる。したがって、かかる事情に鑑みれば、少なくともここ数年のうちに、フランス国家賠償責任法から重大なフォート概念が完全に消滅する可能性は低いのではないかと思われる。

いずれにせよ、以上のように見てくると、現在の判例においては、重大なフォートの適用範囲が限りなく縮小しており、極めて限定的なものとなっていることがわかる[74]。つまり、今日のフランス国家賠償責任法においては、重大な役務のフォートが例外的責任要件として、単純な役務のフォートが原則的責任要件として位置づけられているということができる。このことか

ら、一般的に、フランス国家賠償責任法において、単に「役務のフォート」という場合、それは、「単純な役務のフォート」を指すものとして解されるのである。

（1）Didier Truchet, *Droit administratif*, 5e éd., Paris, P.U.F., 2013, p. 394 ; Voir également, Raymond Odent, *Contentieux administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2007, Réimpression de l'édition publiée en 1977-1981, p. 76.

（2）なお、「単純なフォート」という文言は、もっぱら学説上の用語である。裁判官は、原則として、この文言を用いないといわれている（Jacques Arrighi de Casanova, concl. sur C.E. Sect. 9 juin 1995, *Lesprit, A.J.D.A.* 1995, p. 745 ; Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 271 ; Didier Truche, *supra* note 1, p. 395.）。例外的な判決として、C.E. 9 juillet 1975, *Société des Etablissements Hillairin*, Rec. 420. を参照。

（3）Voir, René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 1462 et s. ; Benoît Delaunay, *supra* note 2, n° 279 et s. ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, «Faute de service. Preuve et qualification», *J.-Cl. A.* fasc. 820, 2011, n° 44-110 ; Jacques Moreau, «La responsabilité administrative», sous la direction de Pascale Gonod, Fabrice Melleray et Philippe Yolka, *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2011, pp. 647-648 et 662-663 ; Jean Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 24e éd., 2012, pp. 507 et s. ; Yves Gaudemet, *Droit administratif*, 20e éd., Paris, L.G.D.J., 2012, n° 355 et s. ; Patrice Chrétien et Nicolas Chifflot, *Droit administratif*, 13e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2012, n° 762 et s. ; Prosper Weil et Dominique Pouyaud, *Le Droit administratif*, 24e éd., Paris, P.U.F., 2013, pp. 109-110 ; Didier Truchet, *supra* note 1, pp. 393 et s. ; Philippe Foillard, *Droit administratif*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 389 et s. ; Gilles Lebreton, *Droit administratif général*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 380 et s. ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif*, 8e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, n° 945 et s. ; Jacqueline Morand-Deviller, *Droit administratif : Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés*, 13e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 721 et s. ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *Droit administratif*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 956 et s. ; Bertrand Seiller, *Droit administratif : 2. L'action*

administrative, 5e éd., Paris, Flammarion, 2014, pp. 291 et s. ; Christophe Guettier, «La responsabilité en droit administratif», Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats,* 10e éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 428 et s.

（4）Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 2012, Réimpression de l'édition publiée en 1938 (2e éd), pp. 24-25 ; Paul Duez et Guy Debeyre, *Traité de droit administratif*, Paris, Libraire Dalloz, 1952, p. 422 ; Voir également, Jean-Jacques Thouroude, *La faute qualifiée dans la responsabilité administrative*, Th. Caen, 1974, p. 238.

（5）北村和生「フランス行政賠償責任における重過失責任（二）（三・完）」法学論叢一一七巻四号、一一八巻一号（一九九〇年）。

（6）なお、単純なフォートと重大なフォートの区別の基準があいまいであることは、しばしば指摘されているところであるが（René Chapus, *supra* note 3, n° 1463 ; Didier Truchet, *supra* note 1, p. 395 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 945.）、一般的に、フォートが重大であると認定されるのは、①重要な義務に違反した場合（既判事項を尊重する義務に対する違反等）や、②瑕疵の程度が高い場合（長期間にわたる異常な不作為等）であると解されている。また、場合によっては損害の重大性も考慮されることがあるといわれている（Voir, Benoît Delaunay, *supra* note 2, n° 290-291 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *supra* note 3, n° 99-110.）。この概念の起源や歴史的な展開については、Maryse Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 201-240. が詳しい。

（7）René Chapus, *supra* note 3, n° 1463 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *supra* note 3, n° 53 et s. ; Yves Gaudemet, *supra* note 3, n° 355 ; Didier Truchet, *supra* note 1, p. 394 ; Jacques Moreau, *supra* note 3, p. 648 ; Christophe Guettier, *supra* note 3, n° 432 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 946 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 3, p. 721 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *supra* note 3, n° 956 ; Bertrand Seiller, *supra* note 3, p 292.

（8）Édouard Dubout, «Faut-il tuer les catégories de fautes en droit administratif ?», *R.D.P.* 2009, pp. 1347 et s. ; Jacques Moreau, *supra* note 3, p. 648 ; Christophe Guettier, *supra* note 3, n° 433-434 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence*

administrative, 19e éd., Paris, Daloz, 2013, pp. 688-689 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 946 ; Bertrand Seiller, *supra* note 3, p 292.

(9) Jacques Moreau, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsablité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1957, pp. 130-132 ; Nadine Poulet-Gibot-Leclerc, «La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas», *L.P.A.* 2002, n° 132, p. 18 ; Benoît Delaunay, *supra* note 2, n° 39 ; Christophe Guettier, *supra* note 3, n° 430 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, p. 690 ; Jérôme Travard, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, Paris, Éditions Mare & Martin, 2013, pp. 527-529.

(10) Patrice Chrétien et Nicolas Chifflot, *supra* note 3, n° 762 ; Voir également, Jean Waline, «L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques», *E.D.C.E.* 1995, n° 46, pp. 459 et s. ; René Chapus, *supra* note 3, n° 1463 ; Benoît Delaunay, *supra* note 2, n° 283 ; Didier Truchet, *supra* note 1, p. 394 ; Philippe Foillard, *supra* note 3, p. 390 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *supra* note 3, n° 963.

(11) C.E. Ass. 10 avril 1992, *Époux V.*, Rec. 171, concl. Hubert Legal ; Voir également, Hafida Belrhali-Bernard, «Responsabilité hospitalière. Quelques développements récents», *A.J.D.A.* 2012, pp. 1665 et s.

(12) C.E. Sect. 20 juin 1997, *Theux*, Rec. 253, concl. Jacques-Henri Stahl.

(13) C.E. Sect. 13 mars 1998, *Améon et autres*, Rec. 82, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1998, p. 197, concl. Laurent Touvet.

(14) CE. 29 avril 1998, *Commune de Hannappes*, Rec. 185.

(15) 重大なフォートの要件を放棄した判例の一覧については、Benoît Delaunay, *supra* note 2, n° 280. を参照。

(16) C.E. 9 juillet 2007, *Delorme*, Rec. 1063 ; Voir également, Isabelle de Silva, «La rénovation du régime de responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires», *A.J.D.A.* 2009, pp. 416 et s.

(17) C.E. 21 mars 2011, *Krupa,* Rec. 101, concl. Claire Legras, *A.J.D.A.* 2011, p. 1278, note François Barque, *D.A.* 2011, n° 52, note Fabrice Melleray, *L.P.A.* 2011, n° 73, p. 3, note Frédérique Perrotin ; *J.C.P. A.* 2011, n° 2185, note Lucienne Erstein ; *R.A.* 2011, p. 268, note Olivier Fouquet ; *Procédures* 2011, n° 248, p. 33, note

Olivier Négrin.

（18）Voir, Jacques Moreau et Alain Pariente, «Responsabilité du fait des services financiers et fiscaux», *J.-Cl. A.* fasc. 882, 2003, n° 28-39 ; Marie Masclet de Barbarin, *Le contentieux de recouvrement de l'impôt*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 58 et s.

（19）C.E. 1er juillet 1927, *Demoreuil*, Rec. 739.

（20）Voir, Jeanne Lemasurier, note sous C.E. 21 décembre 1962, *Dame Husson-Chiffre*, D. 1963, pp. 589 et s.

（21）C.E. 21 décembre 1962, *Dame Husson-Chiffre*, Rec. 701.

（22）Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, p. 689.

（23）C.E. Sect. 27 juillet 1990, *Bourgeois*, Rec. 242, *R.F.D.A.* 1990, p. 899, concl. Noël Chahid-Nouraï, *A.J.D.A.* 1991, p. 53, note Laurent Richer.

（24）C.E. Sect. 29 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, Rec. 512, *R.F.D.A.* 1998, p. 97, concl. Guillaume Goulard.

（25）Voir, Claire Legras, *supra* note 17, pp. 107-108 ; François Barque, *supra* note 17, p. 1280 ; Olivier Fouquet, *supra* note 17, p. 270

（26）Claire Legras, *supra* note 17, pp. 107-109 ; François Barque, *supra* note 17, p. 1279 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, p. 689 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 950.

（27）Voir, *supra* note 17.

（28）中里実「フランスにおける中小企業課税」日税研論集三号（一九八六年）一一四六－一一四八頁参照。

（29）François Barque, *supra* note 17, p. 1279 ; Olivier Négrin, *supra* note 17, pp. 33-34 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, p. 689.

（30）Claire Legras, *supra* note 17, pp. 110-111.

（31）Fabrice Melleray, *supra* note 17, pp. 50-51 ; François Barque, *supra* note 17, p. 1282.

（32）François Barque, *supra* note 17, p. 1281.

（33）Claire Legras, *supra* note 17, p. 107.

（34）Voir également, Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 950.

（35）Benoît Delaunay, *supra* note 2, n° 282-289 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *supra* note 3, n° 59 ; Jacques Moreau, *supra* note 3, p. 663 ; Yves Gaudemet, *supra* note 3, n° 360 ; Patrice Chrétien et Nicolas Chifflot, *supra* note 3, n° 762 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 950 ; Thibaut Leleu, *Essai de*

restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait, Paris, L.G.D.J., 2014, n° 772.

(36) Voir, René Chapus, *supra* note 3, n° 1463 ; Géraldine Chavrier, «Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde», *A.J.D.A.* 2003, pp. 1027-1028 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *supra* note 3, n° 58 et 60-61 ; Christophe Guettier, *supra* note 3, n° 430 ; Gilles Lebreton, *supra* note 3, n° 380 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, p. 690.

(37) Jacques-Henri Stahl, concl. sur C.E. Sect. 20 juin 1997, *Theux*, Rec. 254 ; Voir églement, Benoît Delaunay, *supra* note 2, n° 289 ; Didier Truchet, *supra* note 1, p. 395 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, p. 87 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 945.

(38) Voir, François Barque, *supra* note 17, p. 1282.

(39) Voir, *Ibid*.

(40) Voir, Jacques Moreau et Camille Broyelle, «Responsabilité du fait des activités de contrôle», *J.-Cl. A.* fasc. 918, 2008, n° 43-52.

(41) Voir, Jacques Moreau et Pascal Combeau, «Responsabilité du fait des services judiciaires et pénitentiaires», *J.-Cl. A.* fasc. 900, 2003, n° 5-56 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, pp. 852-859.

(42) Voir, François Vincent, «Responsabilité en matière de police», *J.-Cl. A.* fasc. 912, 2008, n° 5-144.

(43) Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 3, p. 723.

(44) Michel Combarnous, concl. sur C.E. 14 décembre 1962, *Doublet*, D. 1963.Ⅲ. 117 ; Jacques Rigaud, concl. sur C.E. Sect. 25 mars 1966, *Société «Les films Marceau»*, *A.J.D.A.* 1966, p. 255 ; Jean-François Couzinet, «La notion de faute lourde administrative», *R.D.P.* 1977, p. 305.

(45) Didier Truchet, *supra* note 1, pp. 394-395 ; Yves Gaudemet, *supra* note 3, n° 356 ; Jean Waline, *supra* note 3, n° 477 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 3, p. 723.

(46) Voir, C.E. 17 juin 1959, *Demoiselle Victor*, Rec. 366 ; C.E. Sect. 28 avril 1967, *Sieur Lafont*, Rec. 182 ; C.E. Ass. 20 octobre 1972, *Ville de Paris c. Marabout*, Rec. 664 ; Bruno Odent, note sous C.E. Ass. 20 octobre 1972, *Ville de Paris c. Marabout*, *J.C.P.* 1973.Ⅱ. 17373 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre

Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, pp. 86-87.

（47）C.E. 2 février 2011, *Radix*, Rec. 29, *A.J.D.A.* 2011, p. 247, note Séverine Brondel.

（48）そもそも、何をもって警察役務とするか、という点にも見解の差異があるように思われる（Voir, Christophe Guettier, *supra* note 3, n° 436 ; Gilles Lebreton, *supra* note 3, n° 383 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *supra* note 3, n° 957.）。

（49）Jean Waline, *supra* note 3, n° 477 ; Prosper Weil et Dominique Pouyaud, *supra* note 3, pp. 109-110 ; Gilles Lebreton, *supra* note 3, n° 383 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 3, p. 723 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *supra* note 3, n° 957.

（50）Gweltaz Eveillard, «Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ?», *R.F.D.A.* 2006, p. 733 ; Fabrice Melleray, «Une faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'Administration en matière de police administrative», *D.A.* août-septembre 2009, n° 120, pp. 35-36 ; Christophe Guettier, *supra* note 3, n° 441 ; Didier Truchet, *supra* note 1, p. 395 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, pp. 86-87 et 688 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 949 ; Bertrand Seiller, *supra* note 3, pp. 100-102 et 296.

（51）Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 949.

（52）C.E. Sect. 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro et autre*, Rec. 515, *J.C.P. A.* 2005, n° 1387, concl. Nicolas Boulouis.

（53）C.E. Ass. 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Kechichian*, Rec. 588, concl. Alain Seban ; この判例については、弥永真生「銀行監督上の失敗と国家賠償責任（一）」筑波ロー・ジャーナル一号（二〇〇七年）七七頁が詳しい。

（54）代表的な判決としては、血液製剤によるＨＩＶ感染が問題となった事件において、国が輸血センターに対する監督権限の行使を懈怠したことについて国の賠償責任を認めたものがある（C.E. Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. 126, concl. Serge Daël.）。この判決に関しては、北村和生「フランスにおけるエイズ国家賠償訴訟――行政の規制権限不行使と損害賠償責任――」法律時報六五巻八号（一九九三年）六七頁、同「フランス行政賠償責任におけるＨＩＶ感染血液訴訟――行政判例に対する影響を中心に――」立命館法学二五二号（一九九七年）一頁、特に七頁以下が詳しい。また、監督行政役務との関連については、

いて〻同「フランスにおけるアスベスト被害と国家賠償責任」立命館法学三一一号（二〇〇七年）一一一八頁も併せて参照されたい。

(55) Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, pp. 361-362.

(56) Didier Truchet, *supra* note 1, p. 396 ; Bertrand Seiller, *supra* note 3, p. 296.

(57) Yves Gaudemet, «La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle», dans *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline. Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 566-569 ; Benoît Delaunay, *supra* note 2, n° 295 ; Claire Legras, *supra* note 17, pp. 106-107 ; Fabrice Melleray, *supra* note 17, p. 50 ; Yves Gaudemet, *supra* note 3, n° 361 ; Jean Waline, *supra* note 3, n° 477.

(58) Didier Truchet, *supra* note 1, p. 395.

(59) なお〻監督行政役務について重大なフォートの要件が維持されている論拠として〻監督権者が裁量権を有していることを指摘する論者もいる（André Mathiot, note sous C.E. Ass. 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle c.État*, S. 1947.Ⅲ. 79 ; Nadine Poulet-Gibot-Leclerc, *supra* note 9, p. 19 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 3, p. 724.）。

(60) Jacques Moreau et Camille Broyelle, *supra* note 40, n° 3 ; Jacques Moreau, *supra* note 3, p. 663 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 952.

(61) François Barque, *supra* note 17, p. 1282 ; Jérôme Travard, *supra* note 9, p. 234.

(62) Bertrand Seiller, *supra* note 3, p. 294.

(63) Didier Truchet, *supra* note 1, p. 411 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 8, p. 855.

(64) C.E. Ass. 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec. 542.

(65) この《Darmont 判決》に至るまでの歴史的展開については〻久保茂樹「裁判判決と国家責任」フランス行政法研究会編『現代行政の統制――フランス行政法研究――』（成文堂・一九九〇年）一九七頁以下が詳しい。

(66) C.E. Ass. 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Magiera*, Rec. 248, concl. Francis Lamy ; Voir également, C.E. 26 mai 2010, *Mafille*, Rec. 842 ; Didier Truchet, *supra* note 1, p. 413 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 951 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 3, p. 723.

(67) Bertrand Seiller, *supra* note 3, p. 295.

(68) Voir, Olivier Renard-Payen, «Réflexions sur

l'évolution récente de la jurisprudence en matière de responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service de la justice judiciaire», dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 401 ; Jérôme Travard, *supra* note 9, pp. 187-188.

（69）C.E. 18 juin 2008, *Gestas*, Rec. 230, *R.F.D.A.* 2009, p. 755, concl. Catherine de Salins.

（70）Bertrand Seiller, *supra* note 3, p. 294 ; Voir également, Maryse Deguergue, «Les états intermédiaires en matière de responsabilité», sous la direction de Jean-Marie Pontier, *Les états intermédiaires en droit administratif : Journée d'étude du 15 juin 2007*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 90-91 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 3, n° 951.

（71）Didier Truchet, *supra* note 1, p. 413.

（72）Bertrand Seiller, *Droit administratif : 2. L'action administrative*, 3e éd., Paris, Flammarion, 2010, p. 288 ; Voir églement, Bertrand Seiller, *supra* note 3, p. 297.

（73）Jean Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 23e éd., 2010, p. 480 ; Jean Waline, *supra* note 3, p. 507.

（74）Jacques Moreau によると、学説はほぼ揃って、このような判例の動向を称賛しているという（Jacques Moreau, *supra* note 3, p. 663 ; Voir également, Michel Paillet et Emmanuel Breen, *supra* note 3, n° 57 ; Voir en sens contraire, Nadine Poulet-Gibot-Leclerc, *supra* note 9 ; Géraldine Chavrier, *supra* note 36.）。

判例研究

民事判例研究

山本周平

1　医療用医薬品について製造物責任法二条二項にいう「通常有すべき安全性」が確保されるために必要な情報とその提供方法

2　医療用医薬品について製造物責任法二条二項にいう「通常有すべき安全性」が確保されるために必要な添付文書の副作用に係る記載の適否を判断する際に考慮すべき事情及びその判断の観点

最高裁平成二五年四月一二日第三小法廷判決
（平成二四年（受）第二九三号：損害賠償請求事件）

（民集六七巻四号八九九頁、判時二一八九号五三頁、判タ一三九〇号一四六頁）

Ⅰ 事案の概要

本件は、Y（アストラゼネカ株式会社）が厚生労働大臣の輸入承認を得て輸入販売した抗がん剤「イレッサ錠250」（以下「イレッサ」という）を服用後、間質性肺炎を発症して死亡した末期の肺がん患者らの遺族であるXらが、イレッサには添付文書における副作用の記載が不適切であるなど、製造物責任法二条二項にいう欠陥があるとして、Yに対し、製造物責任法三条に基づき損害賠償を求めた事案である。

1 事実関係

(1) 前提事実

(a) 医薬品の輸入承認申請手続

平成一四年七月当時、医薬品の輸入には、薬事法により厚生労働大臣の承認が必要とされていたところ、この承認申請をするには、臨床試験の試験成績に関する資料その他の資料を申請書に添付しなければならないとされていた。また、当時のガイドラインによれば、抗がん剤の臨床試験は、第Ⅰ相から第Ⅲ相までの三段階の手続で行われ、第Ⅲ相の試験結果は、厚生労働大臣の上記承認後に提出することも一般的に認められていた。

(b) 添付文書の記載事項

医薬品の添付文書に記載すべき事項については、薬事法五二条が定めるほか、厚生労働大臣が定める医療用医薬品の具体的な記載要領が複数存在した（以下、これらの記載要領の定めを「本件記載要領」と総称する）。本件記載要領では、添付文書の「警告」欄は、「致死的又は極めて重篤かつ非可逆的な副作用が発現する場合、又は副作用が発現する結果極めて重大な事故につながる可能性があって、特に注意を喚起する必要がある場合に記載する」とされている。また、医師等に対して必要な情報を提供する目的で設けられている「使用上の注意」欄の「副作用」欄は、「重大な副作用」と「その他の副作用」とに分けられ、前者には、「当該医薬品にとって特に注意を要するもの」を記載するとされている。

(c) イレッサの副作用に関する知見

イレッサ（有効成分ゲフィチニブ）は、従来の殺細胞性抗がん剤と異なる作用機序を有する分子標的薬であり、従来の抗が

ん剤にほぼ必ず生ずる血液毒性等の副作用がほとんど見られないという特徴がある。

イレッサの輸入承認までに行われた国内外の臨床試験およびEAP副作用情報においては、死亡症例を含む間質性肺炎の発症例があった（ただし、イレッサ投与との因果関係を積極的に証明できるものはなかった）が、全体として、早期に発症し急速に進行する間質性肺炎が副作用として存在することをうかがわせるものではなかった。

他方、平成一四年七月当時において、薬剤性間質性肺炎は、抗がん剤、抗リウマチ剤等特定の疾病ないし症状に著効のある医薬品の投与により生ずる一般的な副作用であり、一般に死亡の危険を伴う疾患であったことから、少なくとも肺がんについて抗がん剤治療を行う医師には、上記当時、抗がん剤等の医薬品の投与により間質性肺炎が発症した場合には、それが致死的となりうることが認識されていた。

(2) イレッサの輸入承認、添付文書第一版の記載内容

Yは、平成一四年一月、第Ⅱ相までの試験結果等を添付してイレッサの輸入承認申請をし、同年七月五日、効能・効果を手術不能または再発非小細胞肺がんとし、二五〇mgを一日一回経口投与するなどのものとして、厚生労働大臣の輸入承認（以下「本件輸入承認」という）を得た。

そして、Yは、平成一四年七月一六日からイレッサの輸入販売を開始したが、当時の添付文書（以下「本件添付文書第一版」という）には、副作用である間質性肺炎につき、「警告」欄には記載されず、「重大な副作用」欄に、「重度の下痢（一％未満）、脱水を伴う下痢（一～一〇％未満）」、「中毒性表皮壊死融解症、多形紅斑（頻度不明）」および「肝機能障害（一～一〇％未満）」との記載に続けて、四番目に「間質性肺炎（頻度不明）：間質性肺炎があらわれることがあるので、観察を十分に行い、異常が認められた場合には、投与を中止し、適切な処置を行うこと」と記載されたが、間質性肺炎が致死的となりうる旨の明示的な記載はされなかった。

(3) イレッサの販売開始～緊急安全性情報の発出、添付文書第三版の作成

イレッサの販売が開始されると、平成一四年一〇月一一日までの約三箇月の間に、Yまたは厚生労働省に対し合計三四例の間質性肺炎についての副作用症例報告がされた。このうち少なくとも三例は、同日までの追加報告で間質性肺炎の発症が否定

され、その余の三一例のうち死亡症例は一七例であった。

Yは、平成一四年一〇月一五日、厚生労働省の指導を受け、イレッサによる急性肺障害、間質性肺炎について緊急安全性情報（以下「本件緊急安全性情報」という）を発出した。本件緊急安全性情報には、イレッサ投与と発症との関連性を否定することができない間質性肺炎を含む肺障害の症例の中に、服薬開始後早期に症状が発現し、急速に進行する症例がみられたとして、「一．本剤の投与により急性肺障害、間質性肺炎があらわれることがあるので、胸部X線検査等を行うなど観察を十分に行い、異常が認められた場合には投与を中止し、適切な処置を行うこと」、「二．急性肺障害、間質性肺炎等の重篤な副作用が起こることがあり、致命的な経過をたどることがあるので、本剤の投与にあたっては、臨床症状（呼吸状態、咳および発熱等の有無）を十分に観察し、定期的に胸部X線検査を行うこと」などの記載がされた。

また、Yは、上記同日、イレッサの添付文書の第三版（以下「添付文書第三版」という）を作成し、その冒頭に「警告」欄を設け、同欄や「使用上の注意」欄の「重要な基本的注意」欄に本件緊急安全性情報における上記記載と同旨の記載をするとともに、「重大な副作用」欄の筆頭に「急性肺障害、間質性肺炎があらわれることがある」などと記載した。

(4) 被害者および原告に係る事情

X_1の子であるAは、平成一三年九月に病期Ⅳの非小細胞肺がんと診断され、同年一二月に化学療法が開始されたが、副作用である吐き気、食欲低下、脱毛等が現れたため、平成一四年七月一日の投与をもって中止された。そして、同年八月一五日からイレッサの投与が開始されたところ、自覚症状の改善、肺がんの陰影の縮小といった所見が認められたため、同年九月二一日に一旦退院し、自宅でイレッサの服用を続けた。しかし、同年一〇月三日の通院時に肺に異常陰影が認められたため、イレッサの投与が中止され、再度入院することとなったが、その後呼吸症状が急速に悪化し、同月一七日、三一歳で死亡した。

X_2の父であるBは、平成一四年五月に病期Ⅲの非小細胞肺がんと診断され、化学療法が開始されたが効果が生じず、かえって、副作用による疼痛、発熱、食欲不振等の症状が生じたため、化学療法は中止された。Bは、従前から間質性肺炎の治療を受けていたが、がんの進行により間質性肺炎もやや悪化し、酸素投与が行われるなどしていたところ、同年九月二日からイレッサの投与が開始された。しかし、腫瘍縮小効果はみられず、か

えって、がんの増悪が疑われ、同年一〇月九日には既存の間質性肺炎が増悪し、同月一〇日夕方からは間質性肺炎が急性増悪して呼吸困難となり、同日、六七歳で死亡した。

(5) 原告の主張

Xらは、イレッサには医薬品として有効性・有用性を欠く設計上の欠陥および添付文書の副作用の記載が不十分である指示・警告上の欠陥があり、また、Yには上記記載を適切にすべき義務等を怠った不法行為責任があるとして、製造物責任法三条または不法行為に基づき、イレッサの輸入・販売をしたYに対し損害賠償を求めた。また、それとともに、厚生労働大臣がイレッサの輸入承認をしたこと、イレッサの輸入承認時および承認後に規制権限を行使しなかったことにつき国家賠償法一条一項適用上の違法があるとして、同項に基づき、国に対し損害賠償を求めた。

以下、国家賠償の問題は省略[1]し、製造物責任（特に指示・警告上の欠陥の問題）を中心に検討する。

2 第一審（東京地判平成二三年三月二三日判時二一二四号二〇二頁）

第一審は、イレッサの設計上の欠陥は否定したが、次のような理由で指示・警告上の欠陥を肯定し、Yの責任を認めた。

イレッサが分子標的薬であって従来の抗がん剤とは作用機序の異なるものであること、イレッサによる間質性肺炎が致死的なものとなりうることについて一般の医師が文献等を参照することによって容易に認識できる状況になかったことなどを考慮すると、「重大な副作用」欄に間質性肺炎の記載があることのみをもって、イレッサの副作用である間質性肺炎が、従来の抗がん剤と同程度の頻度および重篤度で発症し、致死的となりうるものであることを直ちに理解することは困難であった。

そうすると、本件添付文書第一版の記載は、イレッサを使用する医師等に対する間質性肺炎の副作用に係る安全性確保のための情報提供として不十分なものであったから、イレッサには指示・警告上の欠陥があり、製造物責任法二条二項にいう「通常有すべき安全性を欠いている」状態にあった。

3 原審（東京高判平成二三年一一月一五日判時二一三一号三五頁）

これに対し、原審は、設計上の欠陥を否定したうえ、次のよ

うな理由で指示・警告上の欠陥も否定し、Yの責任を認めなかった。

イレッサ投与の判断をするのはがん専門医または肺がんに係る抗がん剤治療医であるところ、薬剤性間質性肺炎は従来の抗がん剤等でも生じる一般的副作用であり、がん専門医または肺がんに係る抗がん剤治療医はそれが致死的事態を招くことを承知していたことなどを考慮すると、添付文書第一版に間質性肺炎が致死的との記載がなく、警告欄も設けられていないとしても、指示・警告を欠く不合理なものとは認められない。

また、重大な副作用欄における記載順序に関しては、一番目から三番目に掲げられた副作用も死亡または重篤な機能不全に陥るおそれがあるものであることや、臨床試験において間質性肺炎が特に高い割合で発現した事実がないことなどを考慮すると、間質性肺炎を四番目に掲げたことをもって指示・警告上の欠陥があるということもできない。

この原判決に対し、Xらが上告および上告受理申立てをしたところ、最高裁第三小法廷は、Yに対する請求部分につき、製造物責任法に基づく請求のうち指示・警告上の欠陥に係る論旨以外を排除して事件を受理し、以下のとおり判示した(2)。

Ⅱ 判旨

上告棄却。

「(1) 医薬品は、人体にとって本来異物であるという性質上、何らかの有害な副作用が生ずることを避け難い特性があるとされているところであり、副作用の存在をもって直ちに製造物として欠陥があるということはできない。むしろ、その通常想定される使用形態からすれば、引渡し時点で予見し得る副作用について、製造物としての使用のために必要な情報が適切に与えられることにより、通常有すべき安全性が確保される関係にあるのであるから、このような副作用に係る情報が適切に与えられていないことを一つの要素として、当該医薬品に欠陥があると解すべき場合が生ずる。そして、前記事実関係によれば、医療用医薬品については、上記副作用に係る情報は添付文書に適切に記載されているべきものといえるところ、上記添付文書の記載が適切かどうかは、上記副作用の内容ないし程度（その発現頻度を含む。）、当該医療用医薬品の効能又は効果から通常想定される処方者ないし使用者の知識及び能力、当該添付文書における副作用に係る記載の形式ないし体裁等の諸般の事情を総合考慮して、上記予見し得る副作用の危険性が上記処方者等に

十分明らかにされているといえるか否かという観点から判断すべきものと解するのが相当である。

(2) そこで、まず、本件輸入承認時点における本件添付文書第一版の記載の適否について検討する。

ア 前記事実関係によれば、本件輸入承認時点においては、国内の臨床試験において副作用である間質性肺炎による死亡症例はなく、国外の臨床試験及びEAP副作用情報における間質性肺炎発症例のうち死亡症例にイレッサ投与と死亡との因果関係を積極的に肯定することができるものはなかったことから、イレッサには発現頻度及び重篤度において他の抗がん剤と同程度の間質性肺炎の副作用が存在するにとどまるものと認識され、Yは、この認識に基づき、本件添付文書第一版において、「警告」欄を設けず、医師等への情報提供目的で設けられている「使用上の注意」欄の「重大な副作用」欄の四番目に間質性肺炎についての記載をしたものということができる。そして、イレッサは、上記時点において、手術不能又は再発非小細胞肺がんを効能・効果として要指示医薬品に指定されるなどしていたのであるから、その通常想定される処方者ないし使用者は上記のような肺がんの治療を行う医師であるところ、前記事実関係によれば、そのような医師は、一般に抗がん剤には間質性肺炎の副作用が存在し、これを発症した場合には致死的となり得ることを認識していたというのである。そうであれば、上記医師が本件添付文書第一版の上記記載を閲読した場合には、イレッサには上記のとおり他の抗がん剤と同程度の間質性肺炎の副作用が存在し、イレッサの適応を有する患者がイレッサ投与により間質性肺炎を発症した場合には致死的となり得ることを認識するのに困難はなかったことは明らかであって、このことは、「重大な副作用」欄における記載の順番や他に記載された副作用の内容、本件輸入承認時点で発表されていた医学雑誌の記述等により影響を受けるものではない。

イ 他方、前記事実関係によれば、本件緊急安全性情報は、服薬開始後早期に症状が発現し、急速に進行する間質性肺炎の症例が把握されたことを受けて発出されたもので、このように急速に重篤化する間質性肺炎の症状は、他の抗がん剤による副作用としての間質性肺炎と同程度のものということはできず、また、本件輸入承認時点までに行われた臨床試験等からこれを予見し得たものともいえない。

そして、イレッサが、手術不能又は再発非小細胞肺がんという極めて予後不良の難治がんを効能・効果とし、当時としては第Ⅱ相までの試験結果により厚生労働大臣の承認を得ることが

認められており、このような抗がん剤としてのイレッサのありようも、上記のような肺がんの治療を行う医師には容易に理解し得るところであるなどの事情にも照らせば、副作用のうちに急速に重篤化する間質性肺炎が存在することを前提とした添付文書第三版のような記載がないことをもって、本件添付文書第一版の記載が不適切であるということはできない。

ウ　以上によれば、本件添付文書第一版の記載が本件輸入承認時点において予見し得る副作用についてのものとして適切でないということはできない。

(3)　A及びBに投与されたイレッサは、遅くとも両名への投与開始時にはYからの引渡しがされていたことは明らかであるところ、本件輸入承認時点から上記投与開始時までの間に、本件添付文書第一版の記載が予見し得る副作用についての記載として不適切なものとなったとみるべき事情はない。

そうすると、A及びBの関係では、イレッサに欠陥があるとはいえないことに帰する。」

なお、裁判官田原睦夫、同岡部喜代子の各補足意見、裁判官大谷剛彦、同大橋正春の補足意見がある。

Ⅲ　評釈

1　はじめに

本判決は、最初に一般論として、医療用医薬品について副作用に係る情報が添付文書に適切に記載されているべきであるとしたうえで、その記載が適切かどうかは、諸般の事情を総合考慮して、引渡し時点で予見しうる副作用の危険性が処方者に十分明らかにされているといえるかどうかという観点から判断すべきであると述べる。そのうえで、事案に対する判断としては、イレッサの輸入承認時点と被害者へのイレッサ投与開始時点に分け、本件輸入承認時点では添付文書第一版の記載が適切でないとはいえず、イレッサの投与開始時点までにそれが不適切なものになったとみるべき事情もないとする（欠陥は当該製造物の引渡時に存在していることが必要であるところ、イレッサの引渡時は投与開始時よりも前であるから、投与開始時に欠陥がなければ引渡時にも当然なかったことになる）。

製造物責任法施行前においても、医薬品の副作用をめぐる事案は多数存在し、民法七〇九条により製薬会社の責任を認めた下級審裁判例もあった。しかし、最高裁が、製造物責任法に基

づく製薬会社の責任について判断するとともに、製造物責任法上の基本概念について判断を示したのは初めてであり、この点において本判決は重要な意義を有する。しかし他方で、具体的な判断過程も含めて見ると、そこにはなお理論的・実践的に重要な問題が残されているように思われる。

以下では、指示・警告上の欠陥に関する問題を中心に、①本判決は医療用医薬品の欠陥の有無をどのような枠組みにより判断しているか（2）、②本判決における具体的な欠陥の判断構造はどのようなものであったのか（3）、③本判決の基本的枠組みを前提とした場合にも、なお異なる結論が導かれる可能性はなかったか（4）といった問題について、順に検討する。(3)

2 医療用医薬品における欠陥の判断枠組み

本判決は、医療用医薬品に欠陥があるといえるのはどのような場合かという基本的な枠組みを示した点において、重要な意味を持つ。そこで、まずこの点を見ておこう。

(1) 医療用医薬品における欠陥の意味

(a) 本判決

本件では、イレッサの添付文書に「指示・警告上の欠陥」があったかどうかという形で当初から争点が形成されてきており、第一審および原審もそれに応じた判断を示していた。これに対し、本判決は、指示・警告上の欠陥という表現を用いず、「副作用に係る情報が適切に与えられていないことを一つの要素として、当該医薬品に欠陥があると解すべき場合が生ずる」としている。

(b) 検討

製造物責任に関する議論では、欠陥を、設計上の欠陥、製造上の欠陥、指示・警告上の欠陥の三つに類型化するのが一般的である。ただ、この分類は製造物責任法の規定では採用されていない。すなわち、製造物責任法二条二項では、欠陥とは、「当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいう」とされており、その際の考慮要素として、「当該製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期」が例示されている。そして、この枠組みでは、指示・警告は「当該製造物の特性」という要素の中で考慮される一つの事情と扱われているにすぎない。(4) ここには、右のように欠陥を類型化するという考え方は現れていないのである。本判決も、あえて条文にない概念を採用する必要はなく、製造物

責任法の規定ぶりに従った判断をすればよいとの見解をとるものといえよう[5]。

さらに、特に医薬品については、次のような理由から、設計上の欠陥と指示・警告上の欠陥を明確に区別できないとする指摘もある。すなわち、医薬品は、それ自体としては単なる化学物質にすぎず、それをいかなる疾病に対し、どれだけの量を、どれだけの期間にわたり用いるかといった使用方法についての知識・情報が加わって初めて「薬」となるのだから、医薬品においては、他の製品に比べて、使用方法が特に大きな意味を持つ。したがって、医薬品については、設計上の欠陥の有無を考えるにあたっても、その危険性や使用方法についての指示・警告が密接不可分に問題となるというわけである[6]。

ただ、医薬品についても、設計上の欠陥と指示・警告上の欠陥を区別できないわけではないように思われる。例えば、有効性をまったく欠く場合や、有効性に比べて副作用が大きすぎる場合を設計上の欠陥と位置づけ、他方で、医薬品の危険性や使用方法についての情報提供の不備は指示・警告上の欠陥とすることも、一応の区別としては成り立つであろう。実際上も、指示・警告の有無・態様を含む諸事情の総合判断によるよりは、設計上の欠陥と指示・警告上の欠陥を区別するほうが、明確性の点でも望ましい。欠陥類型間の区別が難しい場合がありうることは否定できないが、少なくとも本件では、添付文書における指示・警告の適切さが問題となっていることは疑いなく、その意味で、指示・警告上の欠陥の問題と性格づけることも許されるであろう。したがって、以下本稿でも、指示・警告上の欠陥という用語を用いることにする[7]。

(2) 副作用情報の提供方法、考慮すべき事情と判断の観点

(a) 本判決

最高裁は、医療用医薬品の副作用に係る情報は添付文書に適切に記載されているべきだとしたうえで、その添付文書の記載が適切かどうかは、諸般の事情を総合考慮して、引渡時に予見しうる副作用の危険性が処方者等に十分明らかにされているかどうかという観点から判断すべきとする。そして、その際に考慮される事情として、①副作用の内容ないし程度（その発現頻度を含む）、②当該医療用医薬品の効能・効果から通常想定される処方者ないし使用者の知識・能力、③当該添付文書における副作用に係る記載の形式ないし体裁の三つを例示している。

(b) 検討

医療用医薬品の場合、それを服用するのは患者であるが、添

付文書の名宛人はそれを処方する医師であることから、本判決は、当該医薬品の副作用の危険性が、処方者（本件では、肺がんの治療を行う医師）にとって理解可能なものであればよいとしている。医療用医薬品は、医師がその担当する患者の病状に応じて処方するものであるから、医師から見てどのように理解されるかが重要なのである。

逆にいえば、患者にとって理解可能なものである必要はない[8]。治療上の効果や副作用の危険性などに関する情報提供が、患者の自己決定権にとっても重要であることは確かであるが、それはインフォームド・コンセントの一環として医師から患者に説明すべきであり、それで足りると考えられる。個別の患者の病状に応じた適切な対処を医師に期待するほうが通常は合理的であり、添付文書に患者が理解できる程度の記載が必要だとするのは過剰な要求であろう[9]。

ただし、一般論としてはこのようにいえるとしても、本件において、予見しうる副作用の危険性が処方者等に十分明らかにされていたといえるかどうか、また、それを判断する際にどのような事情を考慮すべきかについては、問題がないわけではない（後述4）。

3　本判決における欠陥の判断構造

以上の一般論を前提として、本判決は欠陥の有無について判断しているが、そこでの判断構造を子細に見ると、次の問題については特に検討を要すると思われる。すなわち、①本判決における欠陥判断は、実質的に過失の判断と異ならないのではないかという問題と、②本判決が予見可能性を問題にするとき、そこでの予見の対象は何かという問題である。以下、順に検討しよう。

(1)　過失判断への接近

(a)　本判決

本判決は、本件添付文書第一版の記載が適切であったかどうかを検討する際に、「発現頻度及び重篤度において他の抗がん剤と同程度の間質性肺炎の副作用が存在するにとどまるものと認識され」ていたことや、「急速に重篤化する間質性肺炎の症状は、他の抗がん剤による副作用としての間質性肺炎と同程度のものということはできず、また、本件輸入承認時点までに行われた臨床試験等からこれを予見し得たものともいえない」ことを指摘しているが、これは、副作用についての予見可能性を

前提として、どのような指示・警告措置を講じるべきであったかを判断するものと見ることもできる。そうだとすれば、これは過失判断――予見可能性を前提とする結果回避義務違反の判断――にかなり接近しているというべきであろう。

(b) 検討

本判決が予見可能性を問題にしているとしても、そのことから欠陥判断が直ちに過失判断とイコールになるとは限らない。というのは、「通常有すべき安全性を欠いている」かどうかを判断するにあたり製造業者の側の事情を考慮しているだけであると見ることもでき、それが結果回避義務という構成に直結するわけではないからである。また、判旨を表面的に見る限り、イレッサの副作用として発症する間質性肺炎が他の抗がん剤の場合と同程度のものであるという認識をYが有していたことや、急速に重篤化する間質性肺炎が発症しうることをYが予見できなかったことは、欠陥判断における一つの考慮要素とされているにすぎず、それが過失の前提としての予見可能性と同じ位置づけにあるものかどうかは明らかでない。

しかしながら、やはり右のような判断過程を見る限り、本判決が、無過失責任として制定されたはずの製造物責任を実質的に過失責任化させているのではないか[10]との疑いが生じるのも無理からぬところがある。しかも、従来の議論においても、製造物責任における欠陥判断が過失判断と類似性を有することはたびたび指摘されていた[11]。とりわけ指示・警告上の欠陥については、この場合の欠陥判断は過失判断とまったく異ならないとさえ言われることがある[12]。このことからすると、本判決が過失責任と同様の判断枠組みを採用したとしても、それ自体はさほど唐突なことではないともいえる[13]。

本稿ではこれ以上立ち入らないが、指示・警告上の欠陥を理由とする責任が（他の欠陥類型と異なり）過失責任かどうかという問題は、欠陥類型ごとの独立性を認めるかどうかという問題とも関連するものであり[14]、より根本的な検討が必要であろう[15]。

(2) 予見の対象

(a) 本判決

本判決の顕著な特徴として指摘できるのは、「他の抗がん剤と同程度の間質性肺炎の副作用」と「急速に重篤化する間質性肺炎」を区別したうえで、イレッサの投与により前者のような副作用が発症し、それが致死的となりうることは肺がんの治療を行う医師も認識していたとする反面、後者については本件輸

入承認時点において予見しえないものであったことを強調し、そのような予見可能性のない副作用についての指示・警告を不要とする点である。ここでは、「指示・警告上の欠陥を判断するに当たり、その前提として、急速に重篤化する間質性肺炎が副作用として発生することの具体的危険についての具体的な予見可能性がきわめて重視されて」[16]いるということができる。

指示・警告上の欠陥の判断にあたり具体的な予見可能性を要求する考え方は、本判決の補足意見でも強調されている。例えば、岡部喜代子裁判官の補足意見は、「何らかの副作用が生じるかも知れないとまでは予見可能かも知れないが、それが他の抗がん剤の副作用として発症する間質性肺炎とは異なる態様を示す間質性肺炎であることまで予見できたとはいえないのである。そして予見が可能である他の抗がん剤の副作用として発症する間質性肺炎と同程度の間質性肺炎が発症することに関する指示警告として、Yのした本件添付文書第一版の記載等で不十分であるということのできないことは法廷意見のとおりである」とする。

(b) 検討

(ア) 従来の過失論との関係

医薬品の副作用に関する製薬会社の責任は、製造物責任法制定前においては民法七〇九条により処理されてきた。その場合、製薬会社の責任が認められるためには製薬会社の過失が要求されるところ、過失の前提として、結果発生の予見可能性がなければならないとするのが多数説である。しかし、ここでの予見可能性に関しては、次の点に留意しなければならない。

第一に、結果発生の予見可能性が必要だとされるとき、そこでの予見の対象となる権利侵害ないし損害は、合理的な範囲で概括的・抽象的なもので足りるとされている[17]。そうだとすれば、「急速に重篤化する間質性肺炎」という具体的なレベルで副作用を特定し、それについて予見可能性を要求する必然性があるかどうかは疑問である[18]。

第二に、とりわけ薬害事件においては、情報収集義務・調査研究義務といった予見義務を製薬会社に課し、この予見義務を尽くしたならば予見できたであろう具体的危険については、予見可能性があったものとして扱うという法理が裁判例において形成されていた。しかも、ここでの情報収集・調査研究義務は、非常に高度な義務だとされている[19]。この考え方によるならば、本件でYがこの意味での情報収集・調査研究を尽くしたといえるかどうかをさらに検討する余地があったのではないかと思われる。

このように、従来の過失論が予見可能性判断を緩和し、過失を高度化させてきたことを考慮に入れた際には、具体的な予見可能性を要求する本判決に対し、従来の薬害訴訟以前の過失論への「先祖返り」[20]であるという評価がされるのも理解できるところである。

(イ) 具体的事案の相違

ただし、本件では、従来の薬害訴訟と異なる事情も見られる。

第一に、従来の薬害事件とは、添付文書における指示・警告の持つ意味が異なる。本件では、他の療法が奏功しないような難治性のがんが問題となっている。そのため、他の治療方法がないためにやむなくイレッサの服用に踏み切る患者にとって、添付文書における指示・警告は、安全性確保にとって必ずしも決定的でない場合がありうる[21]。この点において、適切な指示・警告措置があれば当該医薬品の服用を回避したであろう従来の事案とは異なる。

第二に、添付文書における指示・警告の有無ないし態様についても、事情が異なる。すなわち、抗がん剤の副作用として間質性肺炎が発症し、それが致死的となりうること自体はすでによく知られていたところであり、本件添付文書第一版にも、間質性肺炎が副作用として生じうる旨の記載はされていたのである。この点において、当初は副作用の存在が必ずしも十分に知られておらず、添付文書に当該副作用の記載がなかった従来の事案とは異なる[22]。

以上の点は、製薬会社の責任を否定する方向に働きうる事情であり、従来の薬害訴訟とは事案を異にする点である。したがって、本判決の考え方が、一般論として、従来の過失の高度化理論に対する消極的評価を含意するものかどうかは、具体的事案との関係で慎重な検討が必要であろう。

4 抽象的危険の段階における予防措置の可能性

(1) 問題の所在

以上のように、本判決における欠陥判断は、過失判断にかなり接近しているということができる。しかし、たとえ指示・警告上の欠陥による責任を過失責任と理解するとしても、そのことにより、製薬会社の責任が不当に限定されるとは限らない。むしろ、「過失責任下で欠陥製品を製造した者の責任が問われたおりの過失の高度化をめぐる従前の議論を踏まえたとき、被害者の権利・法益侵害、とりわけ人身侵害を回避するために製造業者等が講じるべき指示・警告措置には、きわめて高度のも

のが要求されることになる」との指摘を、考慮に入れる必要がある[23]。

また、イレッサの引渡時に「急速に重篤化する間質性肺炎」について予見可能性がなかったとしても、そのことから直ちに欠陥が否定されるとは限らない。むしろ、医薬品の副作用については、重大な副作用が発症し、それによって回復不可能な被害が生じる危険があることから、抽象的危険が認められるにすぎない段階においても、一定の予防措置が要求されるとの考え方が十分成り立ちうる[24]。このような考え方を前提にすると、本判決の基本的な枠組みに従ったとしても、なお次の二点は検討の余地がある。

(2) 輸入承認時点における判断の基礎事情

第一に、輸入承認時点における添付文書の記載の適否を判断する際の基礎事情として、なお考慮されるべき点があったように思われる。

とりわけ本件では、添付文書以外の媒体の影響を考慮に入れる余地がある[25]。本判決は、本件添付文書第一版の記載から、肺がん治療を行う医師が、イレッサ投与により間質性肺炎を発症した場合にそれが致死的となりうることを認識することに困難はなかったとし、それは医学雑誌の記述により影響を受けるものではないとする[26]。しかしながら、Xらの主張によれば、Yは、添付文書のほか、それを補完するものとして、「総合製品情報概要」や「イレッサ二五〇についてのご説明」といった文書を医師側に提供し、また、「Signal Japan」誌や「メディカルトリビューン」誌といった医学雑誌において、イレッサに関する情報を提供する記事を掲載したとの事実があるようである[27]。そして、これらの媒体においては、イレッサの副作用が少ないことが強調される一方で、間質性肺炎による致死の可能性についての言及がなかったというのであり、イレッサの服用により発症しうる間質性肺炎は、従来の抗がん剤よりも致死の可能性が非常に低いという誤った認識が医師の側に形成されていた可能性がある。このように、イレッサの危険性が過小評価されていた状況を前提とした場合、添付文書第一版のような記述は指示・警告として不十分であり、処方者に対し、より慎重な判断を促すような記載をすべきであったとの立論が可能であろう。

もっとも、この点に関しては、厳密にいえば次の二つのやや異なる説明の仕方が可能である。すなわち、①あくまで欠陥評価の対象は添付文書とし、ただその評価の基礎事情として現実の医師の認識を考慮すると説明するか、あるいは、②添付文書

とその他の文書を併せて一体的に欠陥評価の対象とすると説明するかである。前者によれば、イレッサの危険性に関する現実の医師の認識がYによって形成されたかどうかは必ずしも決定的でないのに対し、後者によれば、そのような認識がまさにYによって形成された（Yが誤認を惹起した）ことが、Yへの帰責を正当化するとの説明に結びつきやすい[28]。

いずれにしても、以上のような観点からは、添付文書第一版において間質性肺炎を「重大な副作用」欄の四番目に記載したにすぎず、「警告」欄には記載しなかったことや、間質性肺炎が致死的となりうる旨を明記しなかったことが、輸入承認時点の知見を前提としても、指示・警告措置として適切であったかどうかは疑問が残る（ただし、イレッサ引渡時における現実の医師の認識がどのようなものであったかということは認定されておらず、原審の事実認定を前提とする限り、指示・警告上の欠陥を否定する結論に至るのはやむをえないところであろう[29]）。

(3) 輸入承認後の対応

第二に、欠陥は当該製造物の引渡時に存在していることが必要であるところ、イレッサの輸入承認後引渡しまでの間に、何らかの対応が可能だったのではないかという問題がある。

本判決は、本件添付文書第一版の記載は本件輸入承認時点において不適切であったとはいえないとしたうえで、本件輸入承認時点から被害者へのイレッサ投与開始時までの間にそれが不適切なものとなったとみるべき事情もないとする。しかし、本件では、イレッサの販売開始後約三か月の間に、間質性肺炎の発症例が合計で三四例（このうち三例は後に発症を否定）報告され、そのうちの一七例が死亡症例であったという事情がある。この点を考慮すれば、輸入承認後からイレッサ投与開始時までの間にYが何らの対応もしなかったことが不適切であったといえないか（平成一四年一〇月一五日に緊急安全性情報が発出され、同日、添付文書第三版が作成されたが、これは遅きに失したのではないか）ということは、検討の余地があったように思われる[30]。具体的にいえば、被害者であるAおよびBがイレッサを投与され始めたのは、それぞれ平成一四年八月一五日と同年九月二日であり、この時点（厳密には、個別のイレッサの引渡時）までに、どのような知見に基づき、どのような対応をすべきだったかが問題となりうる。

5 おわりに

最後に、本稿で述べてきたところを要約したうえで、残された問題を指摘しておく。

(1) 要約

本判決が、医療用医薬品の欠陥判断にあたり、副作用に関する情報は添付文書に適切に記載されているべきであり、その記載の適否は、予見しうる副作用の危険性が処方者に十分明らかにされているかどうかという観点から判断すべきとの一般論を示したことには賛成できる。しかし、それに基づく具体的判断は、過失判断にかなり接近しており、また、非常に具体的なレベルで予見可能性を要求する点は、従来の過失の高度化理論との関係で疑問の余地がある。少なくとも、その射程については、具体的事案との関係で慎重に検討されるべきであろう。また、たとえ指示・警告上の欠陥を理由とする製造物責任が過失責任と同質の判断構造を有するものであるとしても、抽象的危険に対する予防措置という観点から、事実認定次第では、製薬会社の責任を認める余地はあったように思われる。

(2) 残された問題

(a) 欠陥判断と過失判断の異同

残された問題としては、第一に、すでに触れたことであるが[31]、「無過失責任」として立法された製造物責任が、実は過失責任と異ならないのではないかという問題が挙げられる。欠陥判断が民法七〇九条の過失判断と実質的に異ならないとの指摘は以前から存在したが、とりわけ指示・警告上の欠陥について、本判決はその問題性を示したということができる。したがって、欠陥判断と過失判断の異同を改めて検討する必要があるが、それは過失責任と無過失責任の双方を包摂する責任法全体の再検討を視野に入れて行われるべきものであろう。

(b) 公的救済制度による補償の可能性

第二に、抗がん剤の副作用について、公的な救済制度による補償を認める可能性はないかという問題を指摘できる。現行の医薬品副作用被害救済基金法では、抗がん剤の副作用は除外されているが、抗がん剤の副作用についても、この制度の対象に含めることが議論されてよいのかもしれない[32]。

本判決の補足意見においてもその種の指摘が見られる。例えば、田原裁判官の補足意見は、「副作用が一定の確率で不可避的に発生し得る場合には、『通常有すべき安全性』の有無の問題ではなく、『許された危険』の問題として捉えるべきものであり、適正に投与したにも拘ず生じた副作用の被害に対しては、

薬害被害者救済の問題として考えるべきものではなかろうか」と述べているし、大谷裁判官・大橋裁判官の補足意見も、「有用性がある新規開発の医薬品に伴う副作用のリスクを、製薬業界、医療界、ないし社会的により広く分担し、その中で被害者保護、被害者救済を図ることも考えられてよい」としている。

（1）国家賠償請求については、第一審はこれを認めたが、原審では否定され、最高裁はこの部分の上告および上告受理申立てを棄却・不受理決定により退けた。

（2）なお、イレッサによる被害に関しては、大阪でも本件と同一論点の訴訟が提起され、第一審（大阪地判平成二三年二月二五日訟月五八巻三号六七四頁）でYに対する請求のみ一部認容（国に対する請求は棄却）となったが、原審（大阪高判平成二四年五月二五日訟月五九巻三号七四〇頁）で認容部分が取り消されて全部棄却となった。その後原告らが最高裁に上告および上告受理申立てをしていたが、本判決と同日付けで、Yおよび国のいずれに対する上告等も棄却・不受理とする決定がされた。

（3）本判決の評釈として、円谷峻「判批」法の支配一七一号九七頁（二〇一三年）、田中壯太「判批」NBL一〇一三号七二頁（二〇一三年）、水野謙「判批」判例セレクト二〇一三［I］二三頁（二〇一四年）、松浦聖子「判批」法セミ七一一号一三四頁（二〇一四年）。そのほか、本判決の問題点を簡潔に指摘するものとして、潮見佳男「製造物責任再考――不法行為法理論の深化を期して」NBL一〇〇五号一頁（二〇一三年）。

また、原審判決の評釈として、渡邉知行「判批」成蹊法学七六号一四六頁（二〇一二年）、大塚直「判批」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅴ 二〇一二年前期』（日本評論社、二〇一二年）一四四頁、新美育文「判批」リマークス四六号五八頁（二〇一三年）、浦川道太郎「判批」現代消費者法一九号六五頁（二〇一三年）。第一審判決について、大阪地裁判決と併せて検討するものとして、渡邉知行「薬害イレッサ訴訟における製薬会社及び国の責任について」成蹊法学七四号一七二頁（二〇一一年）。なお、国家賠償の問題を中心に扱うものは除いている。

そのほか、第一審・原審判決との対比を含めて本判決を詳細に検討するものとして、吉村良一「『薬害イレッサ』における製薬会社の責任」立命館法学三五〇号一七〇頁（二〇一三年）、塩野隆史『薬害過失と因果関係の法理』（日本評論社、二〇一三年）一四〇頁以下。

（4）通商産業省産業政策局消費経済課編『製造物責任法の解説』（通商産業調査会、一九九四年）七六頁以下、経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説製造

物責任法』（商事法務研究会、一九九四年）六九頁。

（5）判例時報の匿名コメントも、「医薬品においては、副作用の存在から直ちに欠陥の存在が認められるものではなく……、効能、効果との関係（有用性の有無、程度）や副作用についての指示・警告の内容も総合して、その欠陥の有無が判断されるべき」であり、少なくともこのような特殊性を有する「医薬品について、条文の文言から離れてあえて上記三分類を前提とした判断をする必要性、相当性には疑問がある」とする（判時二一八九号五五頁）。

（6）山内雅哉「薬品・化粧品の副作用と欠陥」塩崎勤＝羽成守編『裁判実務大系第三〇巻 製造物責任関係訴訟法』（青林書院、一九九九年）一〇八頁・一一二頁。また、下級審裁判例においても、右の三分類を採用せず、総合的に欠陥の判断をするものがある。すなわち、名古屋地判平成一六年四月九日判時一八六九号六一頁（冷え性治療のために服用した漢方薬により腎不全に罹患した場合に、製造物責任法二条二項にいう欠陥があるとした事例）は、「医薬品が『欠陥』を有するかどうかは、当該医薬品の効能、通常予見される処方によって使用した場合に生じ得る副作用の内容及び程度、副作用の表示及び警告の有無、他の安全な医薬品による代替性の有無並びに当該医薬品を引き渡した時期における薬学上の水準等の諸般の事情を総合考慮して判断するのが相当である」とする。

（7）ただし、欠陥類型ごとに独立性があるかどうかの問題は、指示・警告上の欠陥（のみ）を過失責任と捉えるべきかどうかという問題とも関連するため、それほど単純な問題ではない。この点については、米村滋人「製造物責任における欠陥評価の法的構造(1)」法学七二巻一号七頁以下（二〇〇八年）を参照。

（8）念のためにいえば、これは処方せんの必要な医療用医薬品についての判断であり、一般用医薬品（大衆薬）についてまで妥当するものではない。山内・前掲注（6）一一三頁も参照。

（9）これに対し、渡邉・前掲注（3）成蹊法学七四号一五五頁以下は、平均的な患者が理解できる程度の記載が必要であるとする。

（10）潮見・前掲注（3）一頁。

（11）例えば、内田貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、第三版、二〇一一年）五二四頁、瀬川信久「欠陥、開発危険の抗弁と製造物責任の特質」ジュリ一〇五一号一九頁（一九九四年）。

（12）新美育文「製造物責任」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、二〇〇七年）二九九頁、潮見佳男『不法行為法Ⅱ』（信山社、第二版、二〇一一年）三八五頁

以下。また、裁判例においても、過失責任と同様の判断枠組みを採用するものがある。例えば、広島地判平成一六年七月六日判時一八六八号一〇一頁（幼児用自転車のペダル軸の根元から飛び出した金属片による幼児の受傷事故につき、被害回避についての指示・警告上の欠陥があるとした事例）は、「製造物の使用方法によっては当該製造物の特性から通常有すべき安全性を欠き、人の生命、身体又は財産を侵害する危険性があり、かつ、製造者がそのような危険性を予見することが可能である場合には、製造者はその危険の内容及び被害発生を防止するための注意事項を指示・警告する義務を負い、この指示・警告を欠くことは、製造物責任法三条による欠陥に当たる」とする。

(13) ただし、製造物責任を過失責任と理解するならば、製造物責任法三条と民法七〇九条とで違いがなくなり、製造物責任の独自の意味がなくなるのではないかという疑問は当然生じる。仮に、医薬品の副作用に関する指示・警告上の欠陥が争われる事例で、製造物責任に独自の意味を認めようとするならば、次のように考えることも可能である。すなわち、指示・警告上の欠陥があるかどうかの判断については、欠陥の有無を、現在（事実審口頭弁論終結時）の医学上の知見を基準に判断する。そして、引渡時に副作用の危険性を認識できたかどうかは、開発危険の抗弁の問題とする。その結果、医薬品の引渡時における最高水準の知見をもってしても副作用の危険性を認識できなかったことを製薬会社が証明した場合に初めて、製薬会社は免責されることになる（このような見解をとるものとして、大塚・前掲注（3）一四七頁。また、設計上の欠陥を念頭に置いた記述であるが、瀬川・前掲注（11）二一頁以下も参照）。

この考え方は、副作用の危険性の認識を、欠陥判断に組み込むのではなく、開発危険の抗弁の問題とすることで、製薬会社の側に証明責任を負担させるものであるが、医薬品の副作用については製薬会社のほうが専門知識を有していることから、このような形で製薬会社に証明責任を負わせることには十分な理由がある（ただし、これにより当事者の実質的な証明負担がどの程度変化するかは、定かでないようにも思われる）。これに対し、田原裁判官の補足意見は、「安全性具備の基準時は、あく迄、当該製造物が流通におかれた時点と解すべき」であり、「事後の知見によってその安全性を欠いていたことが明らかになったからといって、遡及的に流通におかれた時点から『欠陥』を認定すべきことにはならない」とする。

(14) 本稿注（7）を参照。

(15) 潮見・前掲注（3）一頁、吉村・前掲注（3）一七四六頁を参照。

(16) 潮見・前掲注（3）一頁。

(17) 幾代通『不法行為』（筑摩書房、一九七七年）三八頁、四宮和夫『不法行為』（青林書院、一九八七年〔初出一九八三年〕）三〇三頁。

(18) ただし、大谷裁判官・大橋裁判官の補足意見は、「具体的なものとして予見可能性はなくても、概括的な予見の範囲内にあったと考えることも可能」としつつも、「添付文書に記載を求めるとしても、概括的には危険が予見できても具体的内容が明らかでない限り、その記載は一般的・概括的なものにならざるを得ず、指示・警告としての効果に疑問がある。概括的に予見される危険については、処方に当たる肺がん治療を担当する医師がこれを理解していることを前提に指示・警告を記載しないとしても、特段の事情がない限り、やむを得ないものといわざるを得ない。また、後に判明した結果を前提に具体的な記載を求めるとすればYに不可能を強いることになり法の趣旨に反する」として、「結論としては、法廷意見が述べるように、本件添付文書第一版の記載が不適切であったということはできない」と述べている。この考え方も、予見可能性・回避可能性を前提とする結果回避義務違反の判断を暗黙のうちに行っているといえるが、ここでとりうる指示・警告措置は、添付文書に「急速に重篤化する間質性肺炎」が発症しうる旨を記載することだけではない（後述4）。

(19) 東京地判昭和五三年八月三日判時八九九号四八頁（スモン事件）、東京地判昭和五七年二月一日判時一〇四四号一九頁（クロロキン事件）。学説においても、このような見解は広く支持されている。例えば、四宮・前掲注(17)三三三頁、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、一九八七年）一八九頁以下、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、一九九二年）三六頁。

(20) 吉村・前掲注（3）一七四五頁の表現である。

(21) 水野・前掲注(3)二三頁、松浦・前掲注(3)一三四頁。

(22) ただし、イレッサによる副作用に関する知見と、他の抗がん剤による副作用に関する知見を直ちに同視してよいわけではなく、後者を基礎に本件添付文書の記載の適否を判断することには問題もある（吉村・前掲注（3）一七三九頁）。ただ、本文で言及した事情から、イレッサを処方する医師による適切な対処を期待することが不合理と言い切れない面もある（新美・前掲注(3)六一頁）。

(23) 潮見・前掲注（12）三八六頁。

(24) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社、第二版、二〇〇九年）二九七頁以下を参照。

(25) 渡邉・前掲注（3）成蹊法学七四号一五五頁、大塚・前掲注（3）一四六頁、浦川・前掲注（3）六九頁以下、吉村・前掲注（3）一七四〇頁。そのほか、東京高裁判

決および大阪高裁判決に対する潮見佳男意見書（薬害イレッサ弁護団のウェブサイト http://iressabengodan.com/doc/000276.html で閲覧可能）も参照。

(26) 判例時報の匿名コメントも、「添付文書以外の文書等に上記副作用に係る情報を否定するような情報があったとしても、それを重視すべきものではない」とする。

(27) 上告代理人の上告受理申立て理由書（民集六七巻四号九九八頁以下）を参照。

(28) 米村・前掲注（7）（三・完）法学七三巻三号四一二頁以下（二〇〇九年）は、「実質的に製造者への『帰責』を正当化しうる場合であれば情報伝達の主体や媒体を問わずに責任を肯定すべき」との観点から、指示・警告上の欠陥の判断に際して、製品それ自体に付随する本体表示や書面の記載のみならず、口頭説明や広告宣伝のほか、カタログやパンフレットの記載なども考慮することを認めるが、これは第二の考え方につながる。

ただし、添付文書のような、製造物である医薬品それ自体に付随するものについては、それを欠陥評価の対象としても不自然ではないが、補完文書や医学雑誌の記述を併せて「当該製造物の」欠陥を認定することには、異論もありえよう。この点については、塩野・前掲注（3）一七四頁以下も参照。なお、製造物責任を「特殊の義務違反責任」と構成する（米村・前掲注（7）（3・完）法学七三巻三号四三七頁）ならば、右のような説明は比較的容易になる。

(29) 吉村・前掲注（3）一七四一頁も参照。

(30) 大塚・前掲注（3）一四六頁。

(31) 本稿Ⅲ3(1)(b)。

(32) 渡邉・前掲注（3）成蹊法学七四号一五三頁以下を参照。

（追記）脱稿後、大塚直「判批」重判平成二五年度（ジュリ臨増一四六六号）九一頁（二〇一四年）に接した。

論　　説

中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割（1）

李　　妍淑

目　次

はじめに
　1　問題意識および課題
　2　先行研究の検討
　3　本論文の構成
　4　本論文の意義
第1章　婦女聯合会の全体像
　1　組織の構成
　（1）全国組織
　（2）地方組織
　（3）団体会員
　2　組織の性格および法的位置付け
　（1）組織の性格
　（2）組織の法的位置付け
　　①　憲法において
　　②　社会団体登記管理条例において
　　③　女性権利利益保護法において
　3　組織の担い手
　（1）求められる幹部像
　（2）人事制度
　4　ナショナルセンターの基本状況
　5　小括　　（以上、本号）
第2章　女性の就業問題への取り組み
第3章　子ども問題をめぐる活動と家事サービス事業の展開

第4章　婚姻法の制定および改正における婦女聯合会の取り組み
第5章　婦女聯合会の役割――法政策にみられるジェンダー秩序
おわりに

はじめに

1　問題意識および課題

1921年に中国共産党が結党して以来、既に1世紀が経とうとしている。中華人民共和国は、その成立当初から憲法や婚姻法の中に男女平等に関する規定を盛り込み、女性の社会的地位を認めその保障に法的根拠を与えようとしてきた。これは、当時の資本主義社会の中で様々な差別に囲まれて生きる諸外国の女性たちにとって「垂涎の的」であり、中国女性にとっても誇りであったといわれる[1]。

男女平等に関する法的保障は、中国女性の社会的地位を一定レベルまで引き上げ、女性が封建的な家父長制支配から解放され[2]、真っ当な「社会の一員」になるきっかけを作った点において、まさに歴史上画期的な出来事であったといってよいだろう。また、中国がこれまで社会主義体制を採用してきたことから、「中国は男女平等の社会である」といった

[1] 中国女性史研究会編『中国女性の一〇〇年――史料にみる歩み』（青木書店、2004年）iii頁参照。

[2] ここでいう家父長制は、瀬地山角がフェミニズムにおける家父長制議論を踏まえた上で最大公約数として定義したものによっている。すなわち「性と世代に基づいて、権力が不均等に、そして役割が固定的に配分されるような規範と関係の総体」であり、「時代・地域に応じて異なった様相」を現わすものとして理解される（瀬地山角『東アジアの家父長制――ジェンダーの比較社会学』（勁草書房、1996年）45頁参照）。ちなみに、中国の家父長制について、白水紀子は、「性支配とジェンダーによる性別役割が強力に機能しているだけではなく、さらに西欧社会に比べて、世代による支配も大きな要素となっている」とし、その理由を社会の隅々に浸透している儒教的倫理規範に求めている（白水紀子『中国女性の20世紀――近現代家父長制研究』（明石書店、2001年）9～12頁参照）。

イメージが広く抱かれているかもしれない。そうしたイメージが共有されるに至った背景には、法的保障という規範的側面だけではなく、女性の社会進出が一般的なものとなっているという事実的側面、さらには毛沢東時代から繰り返し宣伝されてきた「天の半分を支える女性」[半辺天]という言説があったと考えられる。だが、それにもかかわらず、なぜか中国社会における「男女平等」をめぐる言説には違和感を抱かざるを得ない。

ここで１つの統計資料を見てみよう。2011年に中華全国婦女聯合会と国家統計局により実施された、第３回中国女性社会地位調査によると[3]、就業時に性別による差別を受けたことがあると答えた女性は10％ほどであり、就職活動経験がある女子大学生のうち24.7％が男女で不平等な待遇を受けたことがあると答えている。また、収入面で見ると、都市部と農村部のいずれにおいても女性は低調な数値にとどまっており、それぞれ男性の67.3％と56％程度の収入しか得ていないことがわかる。公務員についても、決定権のあるポストに就いている者たちに占める男性の比率が80.5％と非常に高い数値を示しているのに対し、女性はその残りの割合にとどまっている。さらに、24.7％の女性が様々な形の DV 被害を受けているとされる。

このように、ここで示される数字は、毛沢東が示した「天の半分を支える女性」という言説とは当然乖離しており、ひいては女性の生存空間が酷く侵害されている事態をも表わしている。また、こうした現象は、中国が改革開放・市場経済を導入するに伴って次第に表面化してきた問題群として、一貫して社会問題として取り上げられているものの、いまだに根本的な解決までには至らずにいることを表わしている。もっとも、女性をめぐる問題は、長年にわたって培われてきたものであり、しかも社会の隅々まで存続している家父長制が根強く残り、決して少なくない影響を及ぼしている以上は、これらが一朝一夕で解決しうる問題でないことは確かである。だが、当該問題を解決するには、婦女聯合会（以下、婦聯と記す）という組織が果たした役割を無視することはできない。日本のような意味での結社の自由が認められていない中国において、婦聯

[3] 人民日報2011年10月22日付、３面。

とは全女性の権利利益を代弁する唯一の公認団体であり、女性問題への取り組みにあたっては必要不可欠な存在だからである。

既に知られているように、中国の男女平等政策は一貫して国家主導によって進められてきた。そして、そのプロセスの中で婦聯は非常に重要な役割を果たしている。政策の宣伝を１つ取り上げたとしても、婦聯は、ナショナルセンターである中華全国婦女聯合会（以下、全国婦聯と記す）を頂点に、行政区域ごとその下部組織が全国各地に設置されているため、党中央で決定された国家の政策を、隅々まで伝達し徹底させるよう指示することができる。つまり、婦聯の手によって全国の女性に隈なく情報を周知させ、政策を順守させることができるわけである。このような巨大なネットワークを持つ婦聯だが、党の指導［領導］[4]の下で活動が制約されているように、党のイデオロギーが継承された強い政治的色彩を帯びている点については、注意しておく必要がある。したがって、この意味で、婦聯とは国際社会で言われているようなNGOと性質を異にした団体である。

また、女性権利利益保護法（1992年４月３日採択、2005年８月28日部分改正）10条２項に規定されているように、女性の権利利益と関わる事柄に関する法律・法規・定款・公共政策を制定する際には、各クラスの婦聯の意見を取り入れなければならないとされ、法政策の制定プロセスにおける婦聯の参加が法的に保障されている。実際に、婦聯は、女性に対するあらゆる権利侵害に対して立ち向かうために、国家と女性との間を往還しながら積極的に活動を展開してきた。たとえば、国家法レベル

[4] 指導とは、中国語の［領導］の訳語である。中国語の文脈における［領導］には、服従関係のような強いコントロール関係のニュアンスがあり、上からの指令や任務を無条件に受け入れ遂行するという意味で使われる（たとえば坂口一成『現代中国刑事裁判論』（北海道大学出版会、2009）５頁や高見澤磨『現代中国の紛争と法』（東京大学出版会、1998）８頁、また婦聯研究における指摘として金一虹「婦聯組織：挑戦與未来」婦女研究論叢2000年２期29頁参照）。日本では一般的に指導と訳されていることから、本論文でもそれに従って原則として指導と訳出する。なお、以下、本論文における［ ］の中は中国語における表記を示すことにする。ただ、同様の表現が複数現れる場合、２個目以降は［ ］を省略する場合がある。

での女性権利利益保護法の制定や改正、婚姻法の制定や改正、地方レベルにおける地方婦聯による DV 防止に関する地方性法規の制定など、法政策推進過程の実務に参加することによって、婦聯の考え方や見解というものは、少なからず法制定において組み込まれていると考えられる。そのため、現代中国のジェンダー法政策[5]を検討するにあたっては、婦聯に対する分析と検討が不可欠となる。

しかしながら、他方で、婦聯の法的、政治的特殊性ゆえに、国家との関係は複雑に入り組んでいることから、法政策の推進過程においても両者の複雑な関係からもたらされる影響も考えられる。一般女性と国家との板挟みに合いながらも両者の利益を考量しつつ、婦聯が法政策を推進していく姿も確認される。たとえば、幾度となく政府から提起されてきた「婦女回家」（女は家に帰れ）論争をめぐって、婦聯は女性の就業を確保するため政府を相手に一連の攻防活動を展開したことがある。すなわち、自立した社会の一員として国家の経済建設に参加するのか、出産を主たる契機とし余剰労働力を排除し家庭へ戻し、家事労働を行うような政策へと転換するのかといった攻防が政府との間で繰り広げられたわけである。結果として、婦聯は女性を家庭へ帰すという政府の思惑を阻止することには成功したものの、婦聯が有している男女平等思想の限界から、女性を再生産領域へと位置づけ固定化してしまうことにもなった。このように、対国家および対女性の関係から交通整理を行ってきた姿に着目することで、婦聯という組織の全体像はより明確になることが期待される。

そこで本論文では、以上の問題背景から、次の３点を明らかにすることを目的とする。すなわち、① 中国のジェンダー法政策の推進過程において不可欠な地位を占める婦女聯合会（以下、婦聯と記す）に着目し、

[5] 三成美保によれば、ジェンダーとは、「あらゆる『性差』の総合的概念」であり、それは「文化的社会的に規定される」と広く理解されるとした上で、「可視的身体的性差」に関わる「セックス」、「性役割」や「性別本性」に関わる狭義のジェンダー、「人間の性行動に関する意識と規範の集合体」としての「セクシュアリティ」という３つの要素から構成されるとする（三成美保『ジェンダーの法史学――近代ドイツの家族とセクシュアリティ』（勁草書房、2005年）17頁参照）。

そこで婦聯が果たした役割を示すこと、② 党と国家が取り組んできた男女平等政策を分析し、「中国社会は男女平等である」という理解の是非について検討すること、③ 中国の法政策におけるジェンダー秩序の特徴を明らかにすることである[6]。

2　先行研究の検討

本論文の先行研究としては、婦聯の役割に関して検討されるものと法政策から垣間見ることができるジェンダー秩序に関して検討されたものがある。

婦聯に関する研究としては、以下2点の日本語文献と4点の中国語文献を挙げることができる。

まず、尹鳳仙「仕事と家庭の両立を模索する女性たち――50年代から60年代までの『中国婦女』誌を中心に」ジェンダー研究12号（2009年）107 ～ 122頁がある。尹は、50年代から60年代にかけて中国婦女誌（全国婦聯の機関誌）で展開された仕事と家庭の両立に関する論争に対し、婦聯が行ってきた対応を分析したうえで、仕事と家庭の両立に苦しむ声に十分に応えられなかった婦聯という組織の限界を示し、さらにその限界が婦聯の弱い主体性に由来すると説いている。しかし、ここには、なぜそのような脆弱性が生じるのか、何をもって「主体性」と呼ぶのか（すなわち誰かにより付与されるものなのか、それとも自ら獲得できるものなのか）、といった問題がある。また、この「主体性」というタームは婦聯の限界を示すツールとしてどこまで有効なのか、そしてそういった婦聯の限界を最終的に決定するメカニズムはどういったものなのかは不明であり、そもそも中国の政治構造に問題はなかったのか、といった疑問もある。

[6] ここで言うジェンダー秩序とは、「特定社会のジェンダーに関する社会秩序の総体を意味するのであり、ジェンダーに関する諸規範の総体と序列化、ジェンダー規範に基づく社会成員の行動様式や心性の決定を含む」ものとする。三成美保編『ジェンダーの比較法史学――近代法秩序の再検討』（大阪大学出版会、2006年）11頁参照。

大橋史恵『現代中国の移住家事労働者――農村－都市関係と再生産労働のジェンダー・ポリティクス』（御茶の水書房、2011年）の第３章[7]と第４章では、婦聯の活動がコンパクトにまとめられている。ここでは、党や政府との強い結びつきの下で、そして大衆組織の名の下で、国内外のさまざまな組織や機構との連携を実現している点を踏まえた上で、婦聯が極めて柔軟なものとして捉えられている。その上で、婦聯が農村の女性労働力を家政サービスの紹介業務にいかに関与するようになったかについての説明が付される。もともと都市部のレイオフ等の女性失業者のための再就職を促すための方策として考えられた家政サービス業が、次第に農村部女性の都市部での就職口となり、多種多様な職業訓練によって農村部女性の「資質」が高められ、都市部に見合った能力を身に付ける必要に迫られたわけである。このような一連の流れについて、大橋は、それは農村開発を目的とした開発援助というより、都市部の「ジェンダー・ニーズ」（再生産労働の需要）を満たすためのものであったとし、農村－都市間に存在するポリティクスを指摘する。

大橋によると、このプロセスにおいては、女性労働力の地域間移動を可能にするジェンダー体制の変化があったとされる。つまり、共稼ぎ、子の扶養・教育、高齢者の増加などによる都市部の家庭負担が農村部女性の家政サービス員としての移動を促したというのである。こういった家族内部の変化が女性の労働（とりわけ家政サービス）に大きな変化をもたらしたことは確かであろう。ただ、このような理解によっては、婦聯が家政サービス業に従事する農村部女性を再生産領域へと固定化させてしまうことに対して期せずして一役買ったことを説明できない。むしろ、そこには婦聯組織自体が抱えている限界があったというべきではないだろうか。

---

[7] この部分の内容は、大橋史恵「1980年代中国フェミニズムの転換――『児童工作』の展開に見る二重役割の構造化」近きに在りて58号（2010年）71～81頁および同「市場経済化前夜の中国における『貯水池』としての女性――80年代婦女聯の活動に見るジェンダー体制の再編」ジェンダー研究13号（2010年）15～28頁に載せた２つの論文をまとめたものである。そのため、ここでは大橋著書のみを先行研究として取り上げることにしたい。

婦聯には女性を組織する団体としての限界があった。就職しえない者を女性として保護すると同時に、これを社会の不安定要素の１つとみなす党や政府の下でそうした不安定要素を除去しようと努めることもまた、婦聯としては正当で重要な任務であった。すなわち、就職しえない農村部の女性を都市部において家政サービスへと就かせることで就職難を女性のために解決すると同時に、長く家政サービスをさせ固定化することで女性たちが社会の不安定要素化しないようにも務めたわけである。

したがって、こうした見方を見過ごしてしまうという点で大橋の婦聯に対する理解は表面的であり、それによって中国社会のジェンダー問題を捉え損ねてしまう可能性が残る。本論文では、婦聯の法的性格に注意し、その特徴については組織内在的に捉えることを前提とする。そうすることで、これまで婦聯が推進してきたジェンダー法政策を検討し、そこで織りなされるジェンダー秩序を明らかにし、そういったジェンダー秩序の形成に婦聯がどのような役割を果たしたかについての解明を試みることにしたい。もっとも、大橋の研究が、家政サービス従業者に対する取り組みに限定したものであるとはいえ、婦聯の活動を詳細に描き出した文献であり、婦聯の本質を理解するにあたって重要なものであることに変わりはない。

次に、中国での婦聯に関する研究を検討する。近年では婦聯に関する論文が数多く発表されているが、ここでは以下の４点について簡単に触れてみたい[8]。耿化敏は、文革期における婦聯の状況について歴史的な記述を進めており[9]、馬焱は組織の規約に対する分析から婦聯と党の関係について論じている[10]。両者とも賢明な党の指導なくしては、婦聯の存在もなかったとして党による指導を正当化するために書かれたものであっ

[8] その理由は、これら４つの成果は、それぞれ婦聯という組織の共産党との関係、性質、法政策推進過程に対する描写を通じて、婦聯が今現在抱えている問題点をそれぞれ歴史学、政治学の立場から論じられているからである。

[9] 耿化敏「文革時期婦聯組織演変的歴史考察」当代中国史研究2006年５期76～84頁。

[10] 馬焱「婦聯組織職能定位及其功能的演変軌跡」婦女研究論叢2009年５期38～47頁。

た点で共通する。また、金一虹[11]は、市場経済の発展において、党の指導下に置かれていることから生じる婦聯組織の限界を明らかにし、女性の利益を代弁するためには構造的な問題解決が必要であるとの指摘を行っている。その意味で金論文は啓発的であり、中国でもっとも早い段階で婦聯の組織的問題を指摘したものとして、既に多くの研究者たちによって参照されるところとなっている。

もう１つ挙げられる文献としては、徐家良『制度、影響力与博弈――全国婦聯与公共政策制定』（中国社会出版社、2003年）[12]がある。同書は、政策決定のプロセスにおける全国婦聯の役割について論じたものである。そこでは、公共政策の制定プロセスにおいて各種の政治勢力および関連する利益団体が自らの訴求（政策決定）を実現させるために、それぞれの局面で如何なるゲーム理論が展開され、その展開次第に応じては異なる結果をもたらし得るということ、こうしたプロセスにおいて現れてくる中国の協議型民主制度の特徴を、政治学的観点から説いている。徐は、そこで見られる特徴を論証するために全国婦聯を具体例として取り上げており、女性全体の権利利益を代表する利益団体としての全国婦聯が女性と関連する公共政策を制定するにあたって、その政治的地位に由来する影響力（政治的、人的資源を含む）を戦略的に駆使し、多方面（政治、経済、文化、学界など）にわたる交流・交渉を経て、最終的に目標達成へと導くプロセスを詳細に描いている。

同書では、全国婦聯の政策提言が最終的に達成されなくても、それが少なくとも政治的場面にまで持ち込むことによって交渉・交流できたということは、あくまでも全国婦聯の特殊な政治的地位に由来する、といった指摘が随所で見られる。また、政策決定プロセスにおける全国婦聯の戦略的活動が詳細に論じられている部分についても、示唆に富む内容が多く含まれている。しかし、こうした全国婦聯の特殊な政治的地位はなぜ与えられることになったのか、そこに正当性はあるのかについての言及はなされていない。したがって、全国婦聯を一政治的主体、すなわち女性を代表する利益団体として捉え、政策決定のプロセスにおける各政

[11] 金一虹・前掲注４）28 ～ 33頁。

[12] 本書は、北京大学に提出された博士論文をまとめたものである。

治的主体との微妙な力学関係を巧みに捌きかつ勝利へもっていこうとする政治的交渉能力のみを強調する点で、本論文とは問題関心を異にする。

最後に、法政策におけるジェンダー視点の分析を行ったものとして、何燕侠による研究が挙げられる[13]。同書は、女性に対する特別保護という問題について、現行中国法に盛り込まれている現状を概観し、そこに性別役割分業という家父長制的要素がいまだに機能していると指摘する。しかし、なぜそのような家父長的要素が依然として保持されることになったのか、そこには法制度的な要素や原因は無かったのか、立法者や立法背景がどのように影響しているのか、といったことについての分析がなされているわけではない。

このように、これまでの先行研究においては、主に歴史学、社会学、政治学、法学などの観点から多方面にわたって研究が行われている。そのため、検討すべき研究成果は決して少なくない。いずれもそれぞれの分野において婦聯の特徴、または婦聯が抱える問題性について検討されており、中国社会や法政策の現状を理解し把握するのに役に立っており、その意味では大変有意義な分析が行われているように思われる。しかし、そうであるとすれば、本論文の射程としては、婦聯の政治的、法的正当性のみならず、正統性といった次元も視野に収めたうえで、婦聯がジェンダー秩序の形成にどのような影響を与えたのかについても考察することにしたい。

3　本論文の構成

本論文の構成と内容は、以下の通りである。

1章では、婦聯の規約および関連法規定の検討を通じて婦聯という組織を概観し、そこから得られた特徴から、婦聯とはいかなる性格を有する組織であるのかを分析する。婦聯は、女性たちの権利利益を代弁する組織として、唯一の公認団体という地位を占めている。そして女性たちの権利利益保護のために、婦聯は国家と女性の間を往復しながら積極的

[13] 何燕侠『現代中国の法とジェンダー――女性の特別保護を問う』（尚学社、2005年）。

に活動してきたといえるものの、その性格は党の指導下に置かれることが前提になっているため強い政治的色彩を帯びるに至った。このことは、実際に、婦聯の運営資金がすべて中央や各地方政府の財政から賄われ、その職員はみなし公務員の扱いを受けていることからも理解されるところである。また、その規模と影響力についてみると、婦聯組織が行政区域ごとに設置されていることもあって、社会的に「婦聯文化」を形成しており、女性幹部を養成する基地としても知られ、女性の政治参加の促進に大きく関与している。

２章では、女性の就業問題を対象として、党や国家はジェンダー法政策としてどのような方策を考え、それに対して婦聯がどのように関与してきたのかを明らかにする。婦聯は、長い間、女性が就業し自立することを「男女平等の実現」を測る唯一の指標としてきた。そのため、婦聯は女性の自立支援に向けた知識習得、職業訓練、職業斡旋、創業資金の調達など、様々な活動を展開する。いずれも労働市場における女性の競争力を高めるためのものであり、その相手としては常に男性が想定されていた。そこで注目されるのは、「婦女回家」である。先述したとおり「婦女回家」をめぐる論争では、女性たちの権利利益を可能な限り保障しようと志向する婦聯と、国家の建設と発展にどのように寄与するかという点から男性と同様に女性を取り扱おうとする、その意味ではまさに男女平等を推進しているかのような装いさえ見せる党とのせめぎ合いのプロセスが確認される。

３章では、女性問題を主たる業務対象とする婦聯にとって、もう一つの重要な仕事である、子どもと育児をめぐる活動とその展開プロセスが明らかにされる。従来婦聯は、女性が男性と対等に自立できることを目指し、そのための経済的基盤を確立するためにも家事労働へと専念するのではなく、生産労働への参加を通じて社会進出を促すよう活動してきた。だが、出産と育児を終えた女性たちが、再び以前と同じ条件で就業するには、公共的な家政サービスの充実が不可欠である。その意味で、婦聯は女性の就業問題に加えて、こうした子どもをめぐる福祉政策に関する活動展開についても相当の労力を費やしてきた。ここでは、党と国家が推進しようとする「子ども政策」と女性の権利利益の実質的保障と充実を求めて対抗する婦聯との往還過程が明らかにされる。

4章では、中国で建国後もっとも早い段階で制定された婚姻法に着目し、その改正過程を検討することによって婦聯がどのような形で女性たちの権利利益の保護を主張してきたか、そしてその結果としてどのようなジェンダー秩序が法の中で形成されたかを明らかにする。婚姻法は1950年に制定され、1980年、2001年に改正されているが、そのいずれにおいても婦聯は深く関わっており、内容面でも国家の政策を堂々と盛り込むなど、日本の家族法とは異質な特徴が確認される。また、特定の時代背景の下で生まれた3つの婚姻法には、その時代ごとに国家が抱えている問題が盛り込まれ、女性の権利利益より国家の利益が優先されることも少なくない。そこでの女性とは、国家という枠組みの中で、その特性ゆえに特別保護の対象とされ次第に制度に取り込まれ、そのまま固定化されていく存在であるにすぎない。本章では、婚姻法制定過程における婦聯の役割に注目することで、中国の法体系にみられるジェンダー秩序の様相を検討する。

5章では、これまでの男女平等に関する国家や婦聯の言説を整理・検討する。その上で、中国における男女平等を目指す取り組みは、いわゆる国際社会でのジェンダー平等と比べてどのような点で異なるのか、そしていかなる理由によって異なっていると考えられるのかを明らかにする。結論として中国における男女平等は、党の支配原理やイデオロギーと内在的に関連しているものであることが示される。

4　本論文の意義

以上の先行研究および課題の検討を踏まえると、本論文は以下の点において重要な意義を有すると思われる。

① 本論文は、まず婦聯という組織の全体像に迫る。それは、婦聯の政治的・法的特殊性を明らかにした上で、党や政府および一般女性との関係に現れる婦聯の葛藤を描き出し、それが婦聯の推進する法政策に有形無形な影響を及ぼしていることをトータルに把握しようとする試みである。すなわち、日本とは異質な政治的・法的空間において婦聯という団体の果たす役割が探求される。

② 党の指導下にある婦聯が、ジェンダー法政策推進過程においてど

のように参与したのか。党の指導を受ける婦聯は、党のジェンダー観を無自覚的にせよ察知し、それを汲み取った上で法政策へと反映させようとするのではないだろうか。あるいは、逆に党のジェンダー観が、婦聯をも巻き込む形で政策形成過程において反映されることになるのではないだろうか。そうであるとすれば、党によるジェンダー秩序の形成に婦聯も一役買っていることになる。本論文では、法制度の側面、推進主体、推進過程に焦点をあてることによって、中国におけるジェンダー秩序の特徴が描き出される[14]。

③ そして最後に、婦聯という組織の性質ゆえに限界があるものの、本論文では中国における市民社会論の展開を考察する際に、重要な参考材料を提供することができるのではないかと考えている。そもそも、中国において市民社会など存在するのかといった問題提起もあり得るが、現在では、たとえば李妍焱『中国の市民社会――動き出す草の根 NGO』（岩波新書、2012年）のような、こうした見方に対する有力な反証研究も現われていることに注意する必要があろう。

第１章　婦女聯合会の全体像

1949年３月24日、北平[15]中南海懐仁堂で中国婦女第一回全国代表大会が開かれた。当時はまだ国共内戦が終結していたわけではなかったが、本大会の会期は11日間にも及んだ。共産党が実効支配していた解放区をはじめ、国民党統治地域や海外各地から474名の代表と265名の傍聴者が集まり、盛況のうちに幕を閉じた。そして本大会で採択されたのが、「中国婦女運動における目下の任務の決議」（以下「決議」と記す）と「中華全国民主婦女聯合会規約」である。

[14] なお、三成は、ジェンダー秩序に関する研究には以下の点において意義があるとする。具体的には、新領域とも言うべきであるジェンダー規範への探求は潜在的に様々な問題発見に繋がること、ジェンダー研究は排他的な研究手法ではないためその成果は既存研究に対する発展および補完になること、研究領域に新たな地平を提供することにより既存研究の発想や枠組みを再検討するきっかけを作ることである。三成美保・前掲注５）32 ～ 33頁参照。

[15] 現在の北京市を指す。

本大会の意義は、まずもって中国の女性史上初の全国規模での会議であった点に求めることができるだろう。というのは、本大会の目的が、女性運動の革命勝利へ向けての方針および任務を明確にし、全国女性運動の指導機関としての女性組織を結成し、全国女性を団結させ、さらなる新段階へ女性運動を推進させる点にあった、とされているからである[16]。

「決議」の具体的な内容は、第一に全国女性の解放のために中華人民共和国を建国すること、第二に女性に対して生産労働への参加を呼びかけ人民解放戦争を支援すること、とりわけ都市部における女性の生産労働への参加を重点的に促進すること、そして、第三に知識人層の女性を通じて都市部と農村部の交流を通じて経済的・文化的発展を図ること、である。また、その他にも民主運動に参加し女性の政治的・社会的地位を確立することや、中華全国民主婦女聯合会を設立することなどの内容が盛り込まれている[17]。つまり、中国における中華全国民主婦女聯合会は、この「決議」にしたがって４月３日に全国組織として正式に設立されたことになる。

中華全国民主婦女聯合会は、全国女性運動の指導機関として女性を組織し各種の生産事業に参加させ、女性解放を実現するために活動を展開してきた組織である。ただ、その後1957年９月に行われた中国婦女第三回全国代表大会において、この中華全国民主婦女聯合会は中華人民共和国婦女聯合会へと改称された。また、1978年９月の中国婦女第四回全国代表大会においては二度目の名称変更が行われ、最終的には中華全国婦

[16] 以上の内容については、中華全国婦女連合会編著（中国女性史研究会編訳）『中国女性運動史1919－49』（論創社、1995年）494 ～ 502頁を参照されたい。

[17] 中華全国民主婦女聯合会宣伝教育部編『中国婦女運動的重要文件』（人民出版社、1953年）13 ～ 16頁参照。また、本決議は、1949年３月に行われた中国共産党第七期中央委員会第二回全体会議と深く関係していると言われている。というのも、この全体会議では、「中国革命の重点が農村から都市へ移ったので、全党は都市を管理し建設することを学ぶ努力をしなければならない」ということについて、当時の女性運動の方針を制定するにあたって重要な指導思想となったからである（中華全国婦女連合会編著（中国女性史研究会編訳）・前掲注498頁参照）。

女聯合会という名称へと落ち着き現在へと至っている。したがって、現在の中華全国婦女聯合会（以下、全国婦聯と記す）とは、この中華全国民主婦女聯合会をその起源としている。

ところで、このような成立過程をもつ婦聯であるが、組織面から見た場合、政治的・社会的地位の獲得という点で安定的かつ持続的発展を全国的規模で遂げてきたといってよい。また、中華人民共和国政府が進める男女平等政策や、女性や子どもの利益に関わる事業を推進するにあたっては、婦聯がその全国ネットワークを通じて重要な役割をしてきたことも周知の通りである。

しかし、この婦聯がいったいどのような性格の組織であり、どのような担い手によって、どのような具体的な活動が行われてきたのか、この点が必ずしも明らかにされているというわけではない。また、当の婦聯組織の内部においてどのような人事配置や財政状況になっているのかという点が明らかにされているわけでもない。そこで本章では、このような婦聯の実態、活動、人事、財政状況等を法的な視点も入れながら検討してみることにする。例えば、中華全国婦女聯合会規約、政令、法律等の視点から探ってみることで、婦聯という組織の全体像を把握してみることにしたい。

なお、婦女聯合会の訳語について、日本では「婦女連合会」や「婦女連」というように、聯を「連」と置き換え用いる場合が多い[18]。ただ、近年では聯をそのままの形で用い「婦女聯」とする文献も見受けられるようになってきている[19]。そこでこの点につき本論文では、中国におけるもっとも一般的な呼称である婦女聯合会、婦聯の表記をそのまま用いることにする。また、特定行政区域の婦聯については、たとえば、「○○市婦聯」のように、前に地名を冠して表記することにしたい。

---

[18] たとえば、（編著者不明）「前進さらに前進する新中国の婦人――中華全国民主婦女連合会副主席鄧穎超の報告」中国資料月報57号（1952年）17 ～ 21頁、徐光「婦人解放運動について」アジア經濟旬報998号（1976年）14 ～ 20頁、中国女性史研究会編『論集中国女性史』（吉川弘文館、1999年）、同編『中国女性の一〇〇年――史料にみる歩み』（青木書店、2004年）を参照されたい。

[19] たとえば、大橋史恵『現代中国の移住家事労働者――農村－都市関係と再生産労働のジェンダー・ポリティクス』（御茶の水書房、2011年）がある。

１　組織の構成

中華全国婦女聯合会規約（以下、「規約」と記す）によると[20]、婦聯はナショナルセンターと行政区画[21]により区分される地方組織・基層組織の他に、団体会員から構成される。そこで、これらの組織の構成や与えられた職権、組織の指導機関である婦女代表大会の招集等について、以下、「規約」に基づき確認することにしたい。

（１）全国組織

全国婦聯は、婦聯組織のナショナルセンターである。婦聯組織のすべての活動はここで企画され、下級組織において具体的に実施される仕組みとなっている。

最高指導機関とされる全国婦女代表大会（以下、「全国大会」と記す）は、その執行委員会により５年に１回招集され、そこでは全国から集まってきた代表により、①女性運動方針、任務、重大事項を討論・決定し、②過去５年間における活動を報告し、③「規約」を見直し、④執行委員会メンバーを選出する（15条）。全国大会閉会中は、執行委員会において重大事項や人事問題等の調整・処理が行われるが、執行委員会のメン

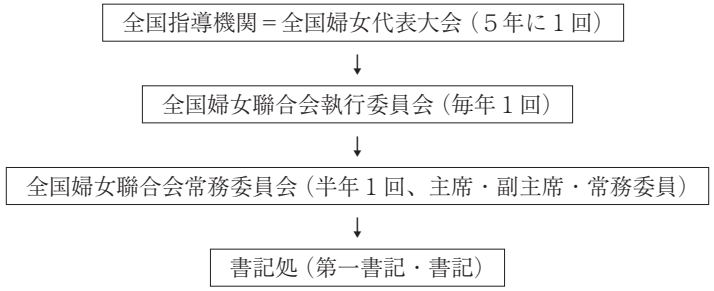
[20] 本「規約」は、2013年10月28～31日に北京で開催された中国婦女第11回全国代表大会において一部修正されたものである。「規約」は基本的に５年に１度のペースで修正が行われている。

[21] 2004年に改正された現行の82年憲法30条の規定によると、中国では行政区画が３つのクラスに分けられている。まず、全国を省（22カ所）、自治区（内モンゴル、新疆ウィグル、広西チワン族、寧夏回族、チベットの５カ所）、直轄市（北京、上海、天津、重慶の４カ所）に分割する。次に、省・自治区は自治州・県・自治県・市に、県・自治県は郷・民族郷・鎮に分かれている。また、直轄市や比較的規模の大きな市には区・県、自治州には県・自治県・市が設置されている。ここでいう自治区・自治州・自治県・民族郷とは、民族自治地方のことを指す。そして、郷クラスには基層政権としての基層人民政府が置かれるが、その総数は全国で４万500カ所に上る。また、近年では省クラスと県クラスの間に地区クラス（自治州と同クラス）の市が設置され、行政区画が１つ増えている。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門（第６版）』（有斐閣、2012年）78～79頁〔鈴木賢〕参照。

バーはそれぞれ地方婦聯、学界、財界等の様々な領域の出身者から構成されているので、その全体会議は年に１回のペースで行うとされる（16条）。

しかし、これでは十分な活動が見込めないので、常設機関として常務委員会が設けられ、半年に１回会議を開き、活動における重要事項を討論・決定し、かつ定期的に執行委員会に活動の報告を行う（18条）。執行委員会は、その全体会議を通じて主席（１名）、専任・兼任副主席（若干名）、常務委員（若干名）を選出し常務委員会を構成する（17条）。また、常務委員会の下に設ける書記処は、第一書記と書記（若干名）により構成され、日常業務にあたる（18条）ようにしている。

図表１－１　全国婦女聯合会権力組織図



（２）地方組織

地方組織については、「婦女聯合会は国の行政区画に基づき各地方において各クラスの地方組織を設置する」（19条）とされ、全国組織としての全国婦聯を頂点に、省（直轄市・自治区）、区を置く市・自治州、県・自治県・区を置かない市・市轄区の各行政クラスに婦聯を設置している。各クラスの婦聯の指導機関は、各クラスの婦女代表大会であり、その執行委員会により５年に１回会議が招集される（20条）。婦女代表大会の職権は、第一に本地域の女性に関わる業務活動の任務を討論・決定すること、第二に執行委員会による活動報告を審議・批准すること、第三に執行委員会のメンバーを選出すること（20条）である。

ただ、全国組織と異なり、地方組織は地方組織として何らかの「規約」

のようなものを持ち合わせているわけではないので、そこに婦女代表大会の職権として「規約」の見直し作業が含まれることはない。もっとも、婦女代表大会閉会中においては、執行委員会が上級婦聯の決定や同じクラスの婦女代表大会の決議を貫徹・執行したうえで、定期的に上級婦聯に活動報告を行うとともに、本地域の女性に関わる業務活動の重要問題を討論・決定することになっている。執行委員会の全体会議は、年に１回常務委員会により招集され、そこでは主席（１名）、専任・兼任副主席（若干名）、常務委員（若干名）を選出して常務委員会を構成し、日常業務を負担することとされている（21条）。また、常務委員会は半年に１度は会議を招集し、活動における重要事項を決定するとともに、定期的に執行委員会に活動報告をし、その監督を受けることになっている（22条）。

基層組織には、基層政権をなす行政区画の郷・鎮、そしてさらにその下のクラスとしての行政村が含まれている。その他にも、個々の市民と密接な関係をもつ各種行政機関や教育・文化施設、企業といった職場等に設けた女性組織がある。「規約」によると、郷・鎮と［街道］[22]・［社区］[23]は婦聯を設置することができるとの定めがあり、指導機関とされる婦女代表大会は３年から５年に１度は招集されることになっている（23条）。

---

[22] 地方各級人民代表大会および地方各級人民政府組織法（1979年７月１日採択、1982年12月10日・1986年12月２日・1995年２月28日・2004年10月27日に部分改正。以下、地方組織法と略す）68条３項によれば、市轄区・区を置かない市の人民政府の派出機関が［街道辦事処］であるとされる。これによると、［街道］とは、その派出機関が置かれる行政単位を指す（天児慧ほか編『岩波現代中国事典』（岩波書店、1999年）103頁〔田原史起〕参照）ことと理解できよう。

[23] ［社区］は community の訳語として、「似通う意識と深い共通の利害関係を持つ人々の住む村落や町のような社会単位」である（天児慧ほか編・前掲注466頁〔厳善平〕参照）。なお、小嶋華津子によれば、社区は「一定の区域に住む人々の生活共同体」であり、それ自体は「規模の面での制約を持たない概念である」とされる。中国では、1986年に経済体制改革と新たな社会保障制度の建設を並行的に進めるための方策の一つとして、民政部が社区による民政サービスの必要を最初に提唱したと言われる。その後、1998年の行政機構改革では「社区サービス管理工作を指導し、社区建設を推進する」ことが民政部の任務の一つとして明記されることとなった。小嶋華津子「都市住民組織化形態の変化に関する一考察――『社区』建設の現状と課題」東亜406号（2001年）82頁参照。

婦女代表大会の閉会中については、執行委員会が指導機関となり、年に１回のペースで開催されるその全体会議においては、活動に関わる重要問題を議論・決定し、かつ主席（１名）、副主席（若干名）を選出し日常業務を行うこととされている。

なお、行政村や職場などの女性組織については、婦聯に代わって婦女代表会という名前が付けられているが、その活動の内容は婦聯と同様のものである。「規約」24条では、農村部の行政村、都市部の居民委員会[24]（修正前の2008年「規約」23条にあった、「郷鎮企業」[25]、「農林牧漁場」、「専

[24] 都市部の居民委員会は、農村部の村民委員会と並んで、基層人民政府のさらに下に設立された大衆的自治組織である。これらは、現行憲法111条、都市住民委員会組織法（1989年12月26日採択、1990年１月１日施行）および村民委員会組織法（1998年11月４日採択）により規律されており、住民の選挙により選ばれた主任、副主任、委員の計５～９名（村民委員会は３～７名）が居民委員会を構成する。委員には一定額の手当が受給されるだけで、給与は支給されていないため、都市部では退職者や無職の女性が委員となる場合が多いといわれる。また、基層人民政府の派出機関の指導、支持、援助の下で活動を展開しているため、必要経費や委員の生活手当は一定程度保障されている。委員会の中には、民間紛争解決のための調停委員会、警察機関の指導の下での治安防衛委員会、公共衛生委員会などが設置されている（木間正道ほか・前掲注21）89～90頁〔鈴木賢〕参照）。このように大衆的自治組織とされる居民･村民委員会は、基層人民政府の指導の下で、多種多様な活動を展開しており、基層人民政府に近い役割をしている点からみると、「自治組織」というより、末端レベルの「ミニ政府」と言っても過言ではない。

[25] 郷鎮企業は、農村部の郷村に立地する企業で、農業支援という都市の企業にない特殊な任務を負い、その多くは集団所有制という所有形態を採っている。これについては郷村集団所有制企業条例と郷鎮企業法が規律している。前者18条によれば、本条例の規律を受ける企業の財産は、当該企業が所在する郷村の農民全体の所有に属し、農民（代表）大会ないし農民全体を代表する農村集団経済組織（人民公社解体後、行政機能から分離された経済連合社、経済管理委員会、村合作社、村民小組など）が、所有権を行使するとされている。郷鎮企業法上の企業は、集団経済組織のほか、農民の自発的な投資により設立されることも可能であり、その場合は組合企業ないし私営企業になる。とはいえ、農村の集団所有制企業の多くは郷鎮企業として登録されており、二つの法規定は内容上多く重なっているといわれる。ただし、郷鎮企業法はすでに所有制別に

門市場」という文言が削除された）においては、婦女代表会を設置することができるとされていると同時に、環境が整っている［有条件］行政村は婦聯を設立することも可能であるとの定めがある。ただし、その「環境」という部分は、2008年の修正の際に追加されたものであり、具体的にどのような要素が含まれることになるのかについての詳細な説明がなされているわけではない。おそらくは、村の規模、財政状況や成人女性（選挙権のある満18歳以上）の数によって決まるものではないかと考えられる。この点については、「中華全国婦女聯合会規約修正案に関する説明」（2008年11月１日付の中国婦女報）においても、「大衆女性の声を聴き入れ、婦聯の基層組織の設立における経験を総括し」た上で、組織の設立が可能であると抽象的に書かれているにすぎない。

婦女代表会は、居住地域、職場［単位］[26]における女性から選出された若干名の代表により構成され、３年に１回婦女大会を開き主任（１名）、副主任（若干名）を推薦・選出して日常業務を担当させることになっている。一般的に婦女大会は村民委員会と同時期に開催され、選挙によって婦女代表会と村民委員会の新人事が形成される。ほかに、各種機関、教育・科技・文化・衛生等の事業単位[27]、社会組織の中には婦女委員会

企業法を構成するという発想から脱却していて、社会主義的所有という文言もないとされる（木間正道ほか・前掲注21）190 ～ 191頁〔鈴木賢〕参照）。こうした郷鎮企業は、「農村非農業セクターの発展を牽引し」、「中国独自の農村工業化戦略」に多く寄与したとされる（天児慧ほか編・前掲注22）306 ～ 307頁〔加藤弘之〕参照）。

[26] 中国における［単位］とは、「農村を除くあらゆる企業・学校・軍・各種団体で各人が所属する組織のこと」を指す（天児慧ほか編・前掲注22）760 ～ 761頁〔辻康吾〕参照）。［単位］の中には、必ず共産党の組織が設置されており、旅行、転職、婚姻等の手続に必要な紹介状を発行するなど、日本の行政窓口で行われるような業務をも受け持っているため、単なる職場と異なった、行政機関の末端と共産党の監督機関の役割をしているともいえよう。だが、市場経済の導入により個人経営者が現れ、［単位］の必要性がだんだん薄れていくようになり、いわば「［単位］の統制力が弱体化」されつつある（木間正道ほか・前掲注21）237 ～ 239頁〔鈴木賢〕参照）。［単位］の訳語について、日本では一般的に「職場」と訳されていることから、本論文においても「職場」という語を用いることにする。

[27] 事業単位とは、教育、科技、文化、衛生等の公益サービスに従事し、営利

もしくは婦女工作委員会を設置し[28]、当該職場の婦女大会の選挙により委員会が構成され、かつ主任（１名）と副主任（若干名）が選出される（25条）。

最後に、基層組織のもっとも末端としては、人が分散して居住している農村部の山地や牧場といった農業と林業に関わるところから漁業に関わるところまで、また非公有制経済組織[29]等の領域や職場を挙げることができるが、そこでは各職場の実状と必要性に応じて柔軟に組織は対応すべきであるとされている（26条）。とくに、非公有制経済組織においては、女性職員の転職や退職が頻繁に生じていることから、人間関係が非常に流動的で不安定な傾向にあるため、女性組織を設立する企業の割合が極めて低く、たとえ組織を立ち上げたとしても参加者は少ないといった問題がある。しかも、そうした組織の責任者は、他の役職と兼任の場合が多く、モチベーションも低いため、労使問題、セクシュアル・ハラスメント等のトラブルが生じても、職場における女性労働者の権利利益が十分に保障されるには至っていない、という指摘もある[30]。

また、多くの私営、外資企業は経済利益の追求を第一の目的としているため、婦聯の活動については非常に無関心であり、職場に女性組織を作ることさえ回避しようとする傾向があり、婦聯はその機能を十分に発揮できていないというケースが多いとも言われている。もっとも形式的には、2008年10月現在で見ると、婦聯の基層組織は全国で約83万３千カ所ほど設置されていることから[31]、ありとあらゆる所にそのネットワークが広がっていると見ることもできる。

を目的としない社会組織であり、かつ知識人が比較的に集中しているところでもある。本論文では、原語のまま用いることにする。

[28] 工作とは、日本語で言う活動、業務、任務などを指す。本論文においては、固有名詞について基本的に中国語のまま使うが、それ以外はその限りではない。

[29] 国家と集団所有の企業を公有制経済組織と称するのに対し、これに含まれない企業、すなわち個人企業、私営企業、香港・マカオ・台湾系企業、外資系企業のことを非公有制経済組織と呼ぶ。

[30] 宓瑞新「在非公経済組織中建立婦聯組織的思考」譚琳・姜秀花主編『中国婦女組織発展的理論与実践』（社会科学文献出版社、2007年）84 ～ 88頁参照。

[31] 黄晴宜「深入貫徹落実科学発展観、奮力開創婦聯工作新局面」（2008年10月28日、中国婦女第10回全国代表大会における講話）を参照。

2010年１月に採択された婦女聯合会農村基層組織工作条例によれば、郷・鎮婦聯と農村婦女代表会は、同クラスの党組織[32]と上級婦聯の指導を受ける（４条）とされ、党と政府の農村における方針や政策を宣伝・貫徹することが第一の主要任務となっている（11条）。もっとも、農村婦女代表会の主任は村の党支部や村民委員会のメンバーであることが必須となっており（13条）、主任としての給与はなく、僅かの生活手当のみ支給されることになっている（14条）。だが、主任は副主任と違ってそのポストは専任幹部の扱いとなっているにもかかわらず、実際には与えられる手当が少ないため、農村では主任のポストは兼任で就いている者が多く、たとえ専任で就いている者がいたとしても高齢者や経験の少ない若手である場合が少なくない。したがって業務展開に対するモチベーションも低く、結果的に上から与えられた任務を完成できなくなると言われている[33]。

他方、主任とは対照的なのが郷・鎮婦聯の主席は党政指導者階級の副職にあたるポストである。郷・鎮婦聯の主席は政治的地位のみならず、生活上の待遇も厚く保障されていることから（14条）、多少上記のポストより恵まれていると思われている。しかし、現実に即してよく見れば、主席であったとしても規定に沿った十分な給与や手当が与えられていない場合も珍しくない。そのため、スタッフの仕事に対する意欲は下がり、婦聯本来の機能としての女性へのサービスが十分果たされていない原因にもなっている[34]。

（３）団体会員

団体会員制度については、５ヶ条から成る規約と22ヶ条から成る婦女聯合会団体会員工作条例によって規律されている。その内の規約の方を見てみると、婦聯の団体会員には２種類の組織があることがわかる。

---

[32] 共産党の組織を指す。郷・鎮と村にはそれぞれ党委員会と党支部が設置される。

[33] 石文静「厦門市婦聯基層組織建設存在的問題及対策」厦門特区党校学報2009年３期65 ～ 66頁参照。

[34] 同上。

第一に、申請・登記手続をすることなく当然に婦聯組織へと組み込まれる組織である、企業の労働組合である［工会］[35]に設置されている女性職員労働者［職工］委員会と、より上級の工会における女性職員労働者委員会がある（26条）。さらにその内の工会の関係規定については、より具体的な定めがある。すなわち、中国工会規約14条および工会における女性職員労働者委員会の工作条例16条（2009年２月25日公布、総工発（2009）16号）である。そこでは、企業工会の女性職員労働者委員会と工会の女性職員労働者委員会は県クラスまたは県クラス以上の婦聯の団体会員であることや、県以上の工会を通じて婦聯から業務指導を受けることが義務づけられている。

したがって、たとえば郷・鎮、街道など県クラス以下の婦聯は工会の女性職員労働者委員会という団体会員を有しないし、工会の女性職員労働者委員会は自ら所属する工会と県クラス以上の婦聯との二重の指導体制下に置かれることになる。しかも婦聯の指導が直接に及ぼされるのではなく、所属する工会を経なければならない、ということになっている。これらのことから、婦聯と工会は同じ大衆組織といえ、工会の方が婦聯よりも優位にあると推測される。

婦聯の団体会員としては、第二に、申請･登記手続きを必要とする様々な女性社会団体がある。このことについては、27条で「民政部門で登録手続きを済ませ、かつ女性会員を主体とし社会や女性のために活動する

[35] 工会の日本語訳は労働組合である。工会法（1992年４月３日採択、2001年10月27日、2009年８月27日部分修正）２条１項によれば、工会とは、「職員、労働者が自発的に結合した労働者階級の大衆組織」である。また、「中国工会章程」（2008年10月21日改正）によれば、工会は「中国共産党の指導［領導］を受け」ており、国家政権の重要な社会的支柱である同時に、職員・労働者の代表者でもある（総則）。しかし、「全国組織である中華全国総工会の傘下に属さない第二組合を結成する権利は認められない」（木間正道ほか・前掲注21）242 ～ 244頁〔鈴木賢〕参照）。工会は、婦聯と同様、ナショナルセンターの中華全国総工会と行政区画ごとにある地方工会で構成される。社会の末端においては、企業ごとに工会が組織され、最近非国有企業でもその組織化が進み、2009年現在、末端の工会の数は184.5万、組合員は２億2634万人を超えている（中華人民共和国国家統計局編『中国統計年鑑2010』（中国統計出版社、2010年）885頁参照）。

各種社会団体は、自ら志願して申込み、かつ本規約を承認し、中華全国婦女聯合会または地元の婦女聯合会の同意の上で、婦女聯合会の団体会員となることができる」[36]との規定がある。婦聯の団体会員になる社会団体には、女性を主なメンバーとするキリスト青年会、弁護士会、裁判官会、検察官会、作家会、実業家会、建築士会、芸術家会など、インテリゲンチャを構成員とするものが多い。なかでも上海では知識人によって社会団体が統合され、上海市女性知識人聯誼会を組織し[37]、上海市婦聯からも団体会員として承認を受けている[38]。

このような団体会員は、一方で婦聯の業務指導を受けることになっている。だが、他方で婦聯の側に対しては、団体会員の事業展開を支援し、緊密な関係作りに励み、それを強化するよう努めなければならないとする規定も置かれている（28条）。だが、このことは次のようにも言い換えることが可能である。すなわち、団体会員ではない社会団体に対しては婦聯の指導が及ばないけれども、同時に、そうした社会団体は婦聯からの支持や援助を受けることもできない、ということである。

また29条によると、団体会員には、以下のような義務が負わされているとされる。第一に婦聯の決議を宣伝・執行すること、第二に活動や女性の状況について定期的に婦聯に報告すること、第三に婦聯に対して優秀な人材を送り込むこと、である。そして、続く30条では、団体会員と

---

[36] 原文は、以下のとおりである。「凡在民政部門注冊登記的以女性為主体会員的各類為社会、為女性服務的社会団体、自願申請、承認本章程、経中華全国婦女聯合会或当地婦女聯合会同意、可作為婦女聯合会的団体会員」。

[37] 女性知識人聯誼会は、1980年代初期に女性の知識人によって全国各地で立ち上げられ、一般的に各地婦聯の団体会員となっている。またその事務局は各地婦聯の中に設置され、婦聯のスタッフによってその事務連絡等を担当されているといわれる。女性知識人聯誼会は各地の状況により、主に２つのタイプが存在している。すなわち、他の女性組織と並行して各自独立に民政機関に登録申請を行うタイプと、女性知識人聯誼会の下に分会、たとえば、女性指導幹部聯誼会、女性政法工作者聯誼会、女性新聞工作者聯誼会等という形を取って運営されるタイプである。毎年１回の年会を開き、会員間の交流を図る。全国婦聯組織部編著『婦聯工作簡明手冊』（中国婦女出版社、2002年）87 ～ 88頁参照。

[38] 上海市婦聯の公式サイトを参照。http://shwomen.eastday.com/renda/node4420/node4426/node4431/index.html

して行使できる権利についても若干の規定が設けられている。その内容は、第一に団体会員は婦聯の関係活動に参加することができるということ[39]。第二に婦聯の活動に対して批判を行ったり建議したりすることができるということ。第三に団体会員の責任者は同クラス婦聯の執行委員会会議に参加または列席することができる、ということである。

この29条と30条を見ると、確かに団体会員には婦聯活動への加入権と発言権とが認められている。だが、婦聯活動への決定権が十分に与えられているかどうかについては疑問が残る。もっとも、団体会員は個々の女性を対象として活動を展開していることから、婦聯の側が団体会員のそのような役割に着目し、女性にとって利益をもたらす団体会員を婦聯の傘下に置くことによって、党や政府の意向や政策を迅速かつ確実に個々の女性の元へと行き届くようにもなる。したがって、この意味では、団体会員が婦聯と女性を媒介する役割を果たすという場合もある。

婦聯と団体会員の関係においてしばしば問題として取り上げられるのは、企業、とりわけ非公有制経済組織の工会に所属する女性職員労働者委員会にまつわる問題である。すなわち、婦聯が「規約」に従って末端の企業の中に女性委員会のような組織を作ろうとすると、企業の工会の側は、そもそも女性職員労働者は工会に所属しているのだから、そこで生じた係争を取り扱うのは当然に工会（女性職員労働者委員会）であるべきで、工会とは異なるその他いずれの大衆組織も工会のトラブル処理に介入すべきではないと主張するわけである。

それゆえ、婦聯と工会は、女性職員労働者を尻目に、互いが互いの縄張り争いをするような構図を生みだし、意見対立に基づく緊張関係が形成されることが頻繁にあると言われている[40]。また、そのような企業の多くは納税者として地方財政に貢献しているため、そうした企業をバックに持つ工会の言い分を前にした際に、婦聯の側も十分に対抗し得ないでいる、というのが現状である。

とはいえ、婦聯も工会も女性を含めてどれだけ女性基層組織を作った

[39] 婦女聯合会団体会員工作条例18条によれば、関係活動とは研究会、研修会（育成訓練）、表彰会、親睦会、国際交流等のことを指す。

[40] 宓瑞新・前掲注30）86 ～ 88頁参照。

かという点が、それぞれ党・政府や上級組織への活動報告として評価されることに変わりなく、上級組織が下す成績評価へ繋がる一つの要素になっていることは否定しえない。したがって、基層組織を作る際に婦聯と工会とが競争関係に置かれてしまうのは、ある意味で当然のことなのかもしれない。だが、一義的な判断が難しい微妙な力関係の狭間で本人の意志とは無関係に取り残されてしまう女性職員や女性労働者たちにとっては、工会と婦聯とどちらの委員会に入るかが問題なのではなく、そのときに直面している女性にまつわる具体的な問題をどちらが適切に解決しうる委員会なのかという観点が重要であろう。

それにもかかわらず、工会に対して婦聯が受動的な立場に置かれる傾向にあるのは、やはり、その活動経費が主に企業の納税による地方政府財政から賄われていることに原因があるのではないかと考えられる。とりわけ、基層組織の末端へと行くほど、財政基盤は脆弱であるといった傾向が強い。そのため、婦聯がみずからの活動を展開する過程において直面する有形無形の障害を乗り越えていくためには、みずからの立場をわきまえたうえで、政府や企業の意向を伺いながら活動していかなければならない、というのが実情である。

ともあれ、以上のように婦聯とはナショナルセンターを頂点とした全国的なネットワークから成り立っており、その規模は厖大なものであることがわかる。したがって、その活動となる対象は全国のあらゆる職業に携わる女性すべてである。もっとも、婦聯は職場の末端レベルにまでその活動を展開することによって、党・政府の方針や政策を個々の女性へ伝達するのと同時に、多種多様な活動を通じて個々の女性から収集した情報を適宜党や政府に対して業務報告をするという循環構造を形成している。また､下級組織は常に上級組織や党･政府の指導を受けるといった縦関係に基づく指導系統のなかに婦聯は位置づけられているため、その活動の性格が行政的色彩を帯びることもある。

2　組織の性格および法的位置付け

（1）組織の性格

婦聯が成立するに至るまでの過程は、中国共産党の革命活動の経緯と

無関係ではない。むしろ、婦聯の誕生と革命の進捗との間には密接な関係がある。中国共産党は1921年に設立されたが、その後みずからの組織と勢力を維持拡大するために、当初は対象としていなかった女性を構成員として同志に加え、革命のために動員することにした次第であった。

1922年７月に開かれた中国共産党第二回全国代表大会（以下、「中共二大」と略し、以後の大会についても同様に記す）では、女性に関する法制度を整えることによって、選挙権と言論・出版・集会・結社・ストライキの自由を認めることとし、政治・経済・社会・教育の領域における男女平等の実現が目指されるとともに[41]、党の中央機関においては女性部を設置することが決定された[42]。また、翌1923年には８の省と300の県に設立されたソビエト地区ではそのほとんどの地区において党の女性部、または女性工作委員会、または女性労働者農民代表会などが設立され、女性を革命活動へと動員するための準備が進められることになった。

その後1945年６月、共産党は解放区において婦女聯合会の準備委員会を設け、各界の女性に呼びかけて全国大会を招集し、全国統一の女性組織を作る計画を立てた。そして数年の準備期間を経て1949年に成立されたのが中華全国民主婦女聯合会である。もっとも、このことは中国共産党が革命活動を遂行するにあたって重要な人的資源として女性を位置づけていたことを意味するが、それと同時に革命の重要な担い手としても位置づけられたため、婦聯は当初から党の中心に設置されることになり、より多くの女性を革命活動へと参加させることがその重要な役割として期待されることになった。

このような歴史的経緯を持つ婦聯という女性組織と共産党との関係は、現在に至っても基本的には継続しているとみてよい。むろん、このように、女性を革命活動の重要な構成員として位置づけるという政策は、共産党の執政方針を反映したものであるが、党はそうすることでみずからの存在を女性たちから承認してもらい、みずからの権力体制に正統性

[41] 本大会の中国共産党第二回全国代表大会宣言（1922年７月16 ～ 23日）を参照されたい。

[42] 中国共産党第二回全国代表大会において行われた、「婦女運動に関する決議」（1922年７月16 ～ 23日）を参照されたい。

が存することを示そうとしたと考えられる。そこで次に、このような党と女性組織としての婦聯との関係について、これまでの婦聯の「規約」に従って詳しく検討していくことにしたい。また、そうすることで、婦聯という組織の性格が新中国の成立以降どのように変化していったのかを把握し、現在においてもなお存在する婦聯の全体像を理解する上での手掛かりとしたい。

既に述べたように、初めて「規約」が採択されたのは中国婦女第一回全国代表大会においてである。そこでは組織の目的が以下のように規定されていた。すなわち、「全国各階層、各民族の女性大衆を団結させ、全国人民と一緒に帝国主義を徹底的に反対し、封建主義および官僚資本主義を破壊し、統一した人民民主共和国を造り上げるために奮闘する。また、婦女[43]に対するあらゆる封建的・伝統的慣習を撤廃し、婦女の権利利益や児童の福利を保護し、各種の建設事業に参加するよう女性を積極的に組織するために努力し、最終的には男女平等と婦女解放を実現する」（1949年の時点における「規約」２条）。

このように組織の目的が規定された背景としては、当時の中国国内において、いまだ国民党政府による支配から解放されていない一部の地域が残されているといった事情があった。したがって、性別よる差別問題とは独立に、挙国一致体制で帝国主義や前近代的な封建主義を撤廃し、解放を全国的に推進するという目的を達成するためには、女性も革命活動に対しては主体的に貢献し動員すべきであるという点に本規約の主眼

[43] 中国では女性のことを一般的に「婦女」と呼ぶ。これは共産党革命時代からの名残としてそこには強い政治的意味が含まれているとされ、現在もあらゆる公式文書には「婦女」を用いるのが一般的である。もちろん、「女性」という語も使われるが、これはジェンダー化された「婦女」という語よりセクシュアリティを強調する言葉として受け入れられる傾向があるとされる。タニ・E・バーロウ（伊藤るり＝小林英里訳）『国際フェミニズムと中国』（御茶の水書房、2003年）72頁以下参照。本論文では、固有名詞や公文書には「婦女」を用い、それ以外には「女性」という語を用いることにしたい。こうすることによって、国家レベルにおいて女性が「婦女」として表記されていること、ひいては女性たちに対して国家が期待している役割や位置づけがより明確になると考えるからである。

はあったと理解されなければならない。ここで婦聯とは、まさにそうした動員の主たる担い手として位置づけられていたわけである。

実際この点については、1949年３月26日、中国婦女第一回全国代表大会で行われた鄧穎超のスピーチにおいても次のように指摘されている。すなわち、「婦聯の任務は、都市経済建設に合う各種生産事業に参加するよう婦女を組織・動員することである」[44]。また、1953年には党による解放という目標が全国で達成され、計画的な国民経済建設の段階へと突入したことになっているが、こうした事情を背景として、婦聯の目的は、「全国の各民族・各階層の婦女を団結させ祖国の各種建設事業に積極的に参加し、婦女の権利利益および児童の福利を保護し、婦女の（政治的）自覚と能力を高め、男女平等を実現し、婦女の徹底的な解放を目指し、全世界の平和を求める婦女と一緒に世界の平和を目指して奮闘する」（括弧部分は筆者による）ことに重心が移動した。ただ、婦聯の目的に多少の変化が認められるとしても、その変化とは党による国家建設のための目標という範囲内で起こったものであるにすぎない。

加えて、本大会によって採択された「今後の全国婦女運動の任務に関する決議」[45]においては、「…国家の工業化の実現と社会主義へスムーズに移行する（ために）、…婦女運動の中心任務は、多くの婦女大衆が工業・農業の生産活動や祖国の各分野の建設に参加するよう教育・動員・組織すること」であるとの規定が設けられている。すなわち、婦聯に対しては、国家建設のサポーターとして具体的に一定の役割を果たすことが期待されているわけである。後から振り返って見ると、この時期から女性の全面的な社会生産労働への参加が始まったといえるし、女性は経済建設という国家の大きな目標の中に組み込まれ、「家庭の中の者」から「社会の中の者」へ[46]、ひいては国家を直接的に構成する「者」へとシフトしていっ

[44]「中国婦女運動当前的方針任務報告――鄧穎超1949年３月26日在中国婦女第一次全国代表大会上的工作報告」全国婦聯辦公庁編『中華全国婦女連合会四十年（1949－1989）』（中国婦女出版社、1991年）377頁参照。

[45] ここに現れた「運動」という単語は、その後1983年に至るまで婦聯の公文書の中において見ることがなかったといわれる。李小江「50年、我們走到了哪里？――中国婦女解放与発展歴程回顧」浙江学刊2000年１期65頁参照。

[46] 原語は、それぞれ［家庭中人］と［社会中人］である。これは、「新中国婦女」

たといえるだろう。その意味で当時の「婦女解放」とは、女性個々人に端を発する、いわば下から上への権利主張に応える形でなされたものではなかったし、そうなされるべきであると規範的に理解されていたわけでもなかった。むしろ、「女性解放」とは、国家の主導による国家建設の需要に従った女性の社会参加を意味するにすぎない。「女性解放」は、国家による国民経済建設へと参加することによってはじめて実現されるものとして理解されていたわけである。

その後、1957年には三回目の「規約」の修正が行われた。その総則では、「中華人民共和国婦女聯合会は、全国の各民族・各階層・各宗教の婦女の大衆組織である」と初めて婦聯についての定義が登場した。また「中華人民共和国婦女聯合会は、中国共産党が指導［領導］[47]する下で、積極的に祖国の社会主義建設に参加するよう婦女を組織・教育し、大衆の力を組織し社会の各関係部門と協力して婦女大衆のためにサービス［服務］する」と宣言し、「祖国を愛するよう婦女を組織・教育し、社会主義道路を堅持し、勤倹して国を建て家庭を支える[48]方針の下で、各生産領域、各建設事業および家庭において社会主義事業のためにサービスするよう努力する」という任務についての規定も設けられた。

しかし、今回の「規約」では、婦聯を指導するのが党である点が明言されている以上、どんなに婦聯が婦女のための大衆組織であると定義づ

という語における「新」についての李小江の説明において使われた記述で、旧体制の下で女性はなかなか社会に進出して仕事する機会がなかったことに対して、新中国の共産党政権は男女平等の原則を打ち立て、女性にも社会へ進出できるように権利を与えたことの意味が「新」という言葉に含まれているという。しかしこういった中国の現象は西洋の女性運動における女性個人による社会参加と異なるものであると指摘する。李小江・前掲注59頁参照。

[47] 前述したように、中国語の［領導］には強いコントロール関係の意味が含まれており、絶対服従といったイメージが強いという点には注意を要する（前掲注４）。なお、ここで「党の領導」とは、「中国共産党による政治的・思想的・組織的領導を指し、党は改革開放と社会主義近代化建設の要求に従って科学的に、民主的に、法によって執政し、党の領導を強化･改善しなければならない」ことを指す（中共中央組織部編『中国共産党組織工作辞典（修訂本）』（党建読物出版社、2009年）10頁参照）。

[48] 原語は、［勤倹建国、勤倹持家］である。

けたとしても、あらゆる婦聯の活動に対して党が指導という名の下で介入することが正当化されることになった。しかも、この規定は詰まるところ女性個々人にまで党の指導が及び得ることを潜在的に含むし、家庭を支えることも国を支えることもすべては党の指導に基づいてなされることになる。したがって、当時の婦聯の活動は、女性の権利利益を保護することよりも、党の事業を当然に優先することになった。そして、社会と家庭で二重の役割を果たすことが要請され、それに応えることができない女性に対しては、婦聯が「教育」を通じて生産労働に参加できるように「サービスする」ことによって支援するという図式がここに完成した。

しかも注目すべきことに、今回の「規約」からは、「婦女解放」や「男女平等」という文言が消滅した。そもそも、本大会の執行委員会はその活動報告において、1956年に社会主義制度の構築が完成したことに伴い、中国の女性はすでに完全に解放され、男女平等も実現されたことを宣言している。それゆえ、もはや女性が「婦女解放」や「男女平等」の問題で悩むことは無くなったわけだから、今後は、男性とともに社会主義建設のために貢献しなければならないとの建前に基づく認識が導かれ、「規約」の文言から姿を消したのではないかと推測される。

しかし、この言論は思いもよらぬ影響を及ぼすことになったといわれている。たとえば、当時非共産党系の中華婦女節制会などが反右派闘争の影響で強制的に解体させられ、中央政府の内部に設置されていた婦女運動委員会も1958年までに廃止に追い込まれている[49]。また、その後の大躍進運動において、女性はあらゆる分野において男性並みに生産労働に参加するように動員されたことで[50]、女性の権利利益の保護と増進を

[49] 仉乃華「非政府組織話語及其対中国婦女組織的影響」婦女研究論叢2000年５期26 ～ 31頁参照。

[50] 大躍進は、1958年に中国共産党が共産主義へいち早く移行するためには人民公社を設立し生産力を増強するのが一番の近道であると提唱し、大衆総動員して鉄鋼・穀物生産などを極めて短期間に急激に増産させることで、理想社会の実現を目指した運動を指す（天児慧ほか編・前掲注22）695 ～ 696頁〔安藤正士〕参照）。このとき、大多数の生産能力のある女性は積極的に社会生産に参加し、都市部では国有企業の女性労働者が1957年の328.6万人から1958年の800万人に

図る運動に対しては過激な反発も生じてきたと思われる。そのため、共産党内部においても「婦聯不要論」が主張されるようになり、その結果、文化大革命期における婦聯組織の解体危機へと繋がったともいわれている[51]。

続く四回目の「規約」の修正がなされたのは、1978年９月に開かれた中国婦女第四回全国代表大会においてである。三回目の修正から間隔があいているのは、この間に文化大革命が起きたからである。文革期間中は、既に「婦女解放」が達成され「男女平等」が実現した以上、婦聯のような女性組織は不要であるといった風潮が党の指導者層においても流行するようになった。そのため、全国婦聯はその不要論から存続の危機に陥り、地方の婦聯も含めてその活動はほとんど停止する状態が続いた。ようやく1973年になってから、各地方レベルの婦聯において組織が再建されるようになり、全国婦聯も1975年２月から準備してきた全国代表大会を1978年９月になってようやく開催へと漕ぎつけることに成功したほどであった。

この時期の全国婦聯は、文化大革命が残した傷痕の処理に追われていたこともあって、組織的な活動を再開するまでには数年を要した。全国婦聯は文革から得た教訓の下、党との関係を修復するために、修正された「規約」の総則において、婦聯は「……中国共産党が指導［領導］する下で、各民族の労働者、農民の婦女と革命知識婦女を主体として各界の婦女を広く組織する大衆組織であり、党と婦女大衆を結ぶ橋梁である」

急増し、農村部ではほとんどの女性が農業生産に動員され、しかも一部地域では女性農民に対して［三化］管理、すなわち、組織の軍事化、行動の戦闘化、生活の集団化が実施された。また、女性の社会進出に伴う託児所の増設も行われ、1959年には全国で託児所に預かった子どもの数が5000万人に達したといわれる。しかしその後、このような女性の社会進出は国の財政支出が圧迫され、企業の構造改革を行い大規模な人員が削減されるようになり、女性は真っ先に調整対象として家庭に帰されることになった。これが初めての女性の家への回帰となったといわれる。孫暁梅編著『中外婦女運動簡明教程』（天津大学出版社、2008年）42 ～ 43頁参照。

[51] 耿化敏「文革時期婦聯組織危機与成因初探」党史研究与教学2007年５期48頁参照。

と再定義することにした。そして最終的な目標としては、「……全国の各民族の婦女を動員・組織することによって、今世紀中に我が国を農業、工業、国防および科学技術の近代化が実現された偉大なる社会主義強国として建設し、婦女の徹底的な解放のために奮闘する」としている。なお女性に関しては、「……党の中心的任務と歩調を合わせ、婦女の特性を考慮［照顧］し、関係部門と協力して婦女工作を着実に進めて行く」という文言を、総則の最後の一行に挿入した。

結果的に、四回目の「規約」の修正も既存の路線を基本的には踏襲しており、女性の権利利益の確保が最優先任務として謳われることはなかった。むしろ、「党と婦女大衆を結ぶ橋梁である」という文言において示されているとおり、党の指導や党への依存をより強めるような形での修正となった。このことについて、本大会で全国婦聯主席であった康克清が行った活動報告を見てみることにしよう。

康によると、1977年８月の中共十一大で提起された任務（「社会主義近代化の強国に建設する」）と1978年２月の第５回全国人民代表大会（以下、「全人大」と略す）の任務（「本世紀内に我が国を農業、工業、国防および科学技術の近代化が実現された偉大なる社会主義強国を建設する」）に基づき、「四つの近代化は婦女を必要とし、婦女は四つの近代化を必要とする」というスローガンを打ち出すことで、党の方針は貫徹されたのである[52]。

そして、1982年９月に行われた中共十二大では婦聯の代表性が強調され、続く1983年３月に行われた中共中央書記処主催の会議においては「婦聯の活動方針と任務は、婦女および児童の合法的な権利利益を断固保護すること」であるとされた[53]。このような動向の影響下で、1983年には五回目の「規約」の修正が行われ、そこでは、婦聯のことを「中国共産党が指導［領導］する、全国の各民族の女性職員労働者、女性農民、女性知識人およびその他の働く女性、そして社会主義を擁護する愛国婦女と祖国統一を擁護する愛国婦女の大衆組織であり、党と婦女大衆を結ぶ紐帯である」と位置づけた。このことを裏返して見ると、未就労の女性、

[52] 馬焱・前掲注10）44頁参照。
[53] 同上。

または愛国者ではない女性はこの大衆組織に属さないということになる。また、1978年の「規約」にある「橋梁」を「紐帯」へと変更した点も興味深い。だが、1982年12月には新憲法が施行されたこともあり、今回の「規約」でもっとも注目されるべき点は、新憲法に従って女性や児童の権利利益を保護することを任務にした点が、これまでと比べて大きく変化したところである。

1988年９月に行われた六回目の修正では、婦聯の位置づけを以下のように規定している。すなわち、「中華全国婦女聯合会は、全国の各民族・各界の婦女は中国共産党が指導［領導］する下で、さらなる解放を求めて団結した社会的大衆組織であり、党・政府と女性を結ぶ橋梁と紐帯である」。また、基本的な役割として、「婦女の利益を代表・保護し、男女平等を促進する」という文言が盛り込まれている。この時期は、ちょうど政治体制改革が始まり党政分離が行われていたこともあり[54]、婦聯は党だけではなく政府に対しても「橋梁」と「紐帯」の役割を果たすことが要請されるようになり、そのサービス対象も社会の全女性へと裾野を広げていた。

基本的な役割［基本職能］については、今回初めて言及されているが、それは、「われわれは、党と政府の決議を貫徹・執行することに重点を置く傾向があり、婦女の政治参加の権利獲得についてはあまり重視しなかった。また、婦女を教育・組織することを強調する傾向が強く、婦女を代表して物を言ったり婦女の権利利益を保護したりする点においてはその強調が足りなかった」という、1987年に開かれた全国婦聯５期５回執行委員会の活動報告において示された反省によって、もたらされた結果である[55]。

---

[54] 1980年８月の中央政治局拡大会議において、鄧小平氏は「党と国家の領導制度に関する改革」というスピーチをしたが、これが後の政治体制改革につながっていった。また1987年10月開催の党十三大にて政治体制改革が正式に議事日程に組み込まれ、この時から党政分離が本格的に展開される。それまでは、［以党代政］（党が国家に代位すること）、［党政不分］（党と国家を区別しないこと）という、近代国家ではおよそありえない現象が実態化されていた。

[55] 劉永廷「論婦聯在行政法上的法律地位」李明舜＝林建軍主編『婦女法研究（2008）』（中国社会科学出版社、2008年）27 ～ 28頁参照。

その後の1993年の「規約」では、婦聯の性格に関する規定はほとんど据え置かれており、1998年になって「規約」はその基本的役目の部分において一カ所だけ変化が加えられている。すなわち、「婦女の利益」を「婦女の権利利益［権益］」に変更したのである。わずか一文字の違いではあるが、そこに込められている意味は極めて大きいとみるべきである[56]。というのも、この時期から婦聯は、「片手では発展を掴み、もう片手では権利利益を掴む」[57]というスローガンを打ち出すようになり、女性を取り巻く政治、経済、文化、社会生活等様々な分野における権利侵害問題に取り組み始めるようになったからである。

その後、2003年の「規約」と2008年の「規約」は、婦聯の位置付けと基本的役目について、ほぼ同様に規定をしているが、一カ所だけ総則に追加した部分がある。それは、婦聯が「……党・政府と婦女大衆を結ぶ橋梁と紐帯であり、国家政権の重要な社会的支柱である」としたところに表れている。また、婦聯が活動を展開していくのにあたっての基礎理論および行動指針にも多少変化が生じている。すなわち、2003年の「規約」では、既存のマルクス・レーニン主義、毛沢東思想、鄧小平理論に加えて江沢民の「三つの代表」論[58]という重要思想が含まれることになった。また、2008年「規約」では、2003年の諸理論を行動指針とした上で「科

[56]「利益」とは、得になることを意味し、「権利利益［権益］」とは、享受すべき侵害してはならない権利のことを指す。阮智富＝郭忠新編著『現代漢語大詞典』（上海辞書出版社、2011年）238頁、2029頁参照。

[57] 原語は、［一手抓発展、一手抓権益］である。

[58]「三つの代表」論とは、元国家主席・党総書記の江沢民が提唱したテーゼであり、「党が常に先進的な社会生産力の発展の要求、先進文化の前進の方向、幅広い人民の根本的な利益を代表するとする命題である。現政権は革命物語だけでは自らの統治の正統性を根拠付けることが困難になり、ことさら党が国民各層の利益、文化を代表していると宣明することが必要になっているのである」（木間正道ほか・前掲注21）65頁〔鈴木賢〕参照）。また、2002年の中国共産党第16回全国大会で改正された党規約の冒頭において、「中国共産党は中国労働者階級の前衛であると同時に、中国人民および中華民族の前衛である」ことを明記することにより、階級政党から国民政党への転換を宣言した（毛利和子『新版現代中国政治』（名古屋大学出版会、2004年）84 ～ 85頁参照）。

学的発展観[59]を深く貫徹する」という文言、2013年「規約」では習近平の「中国夢」（中華民族の偉大なる復興を目指すこと）というキーワードが追加された。

このような「三つの代表」、「科学的発展観」および「中国夢」といった思想が創設されるに至った背景としては、改革開放以降の経済成長一辺倒によって生じた様々な社会問題[60]とそれに伴う共産党政権への不満があると思われる。そこでこうした問題に対応するために、共産党は率先して国民各層の利益・文化を代表し、全面的に調和のとれた［和諧］社会を打ち立て、かつ持続的に発展できる社会を目指していくことを宣明する必要があった。ひいては、国民からの支持を再び獲得し、自らの統治の正統性を維持していこうとしたのであろう。ともあれ、こうした思想は「社会的大衆組織」である婦聯に対しても押し付けられることになり、党の上意を下達するためのルートとして婦聯にその役割を果たさせることで、個々の女性にまで浸透させるようにしたわけである。

とはいえ、このように婦聯が党の指導思想をその行動指針とすることは、婦聯が党･国家との間で密接な関係を築いている表れと同時に、党･国家の思想を個々の女性に刷り込むという婦聯の役割を改めて再確認することになる。何よりも「国家政権の重要な社会的支柱」であるとの位置づけを獲得した婦聯には、これまでにないほどの統治機関としての政治的正統性が認められるに至ったといっても過言ではない。

以上において、これまでの婦聯の「規約」の変遷を通じて婦聯に付与され期待された組織としての性格や位置づけについて検討してきた。婦聯組織は時代状況や政治状況の変化に応じて、多かれ少なかれみずから

[59]「科学的発展観」とは、前国家主席・党総書記の胡錦濤が提起したもので、人間を本位とすることを堅持し、全面的で調和のとれた持続的な発展観を樹立することを意味する。

[60] 改革開放以降の急速な経済成長は中国の国際社会における地位を向上させたが、国内社会における各方面の格差、不平等、政治腐敗、さらに環境汚染などの深刻な諸問題をも生み、社会への不満が蓄積され抗議行動にまで発展していった。こうした経済成長一辺倒による弊害を是正する目的として「科学的発展観」が打ち立てられたのである。これと同時に、「和諧社会」の建設を目指すというスローガンも打ち立てられた。

の性格や位置づけを調整し、必要に応じて党や政府との関係を自発的に強化してきた。たとえば、婦聯は「党・政府と女性を結ぶ橋梁と紐帯である」部分に関して振り返ってみれば、「橋梁」(1978年「規約」)→「紐帯」(1983年「規約」)→「橋梁と紐帯」(1988年「規約」以降)という変化を確認しうるが、これはまさに婦聯と党・政府と女性という三者の相関関係を如実に表しているといえよう[61]。

ここで「橋梁」とは、中国語の文脈においては一方と他方を繋げる役割をする人または事物を指し、「紐帯」とは、双方が関係を結ぶよう働きかける人または事物を指す[62]。要するに、「橋梁」を用いることで党・政府と女性との間に橋を架け双方が繋がるようにするのが婦聯であるということを表し、「紐帯」という言葉を用いることで、党・政府の方針や政策等を女性へと伝達し、逆に女性からの意見を党・政府へと報告することにより、党・政府と女性とが単に繋がるだけではなく、党・政府と女性と婦聯という三者が互いに結びつく様相を表している。

こうした変化は、「社会的大衆組織」であるとの自己規定を与えておきながら、みずから党のアシスタントとしての行政的な役割を自覚し強化するようになった婦聯そのもののあり方を示している。だが、行政的な役割ということで政府に準ずるような組織としての性格を維持しつつ、一般女性の代表者としての役割を果たすというのは非常に困難であろう。たとえば、党・政府と女性との間で何らかの不都合が生じた際に、婦聯はどのような選択を行い、判断を下すことになるのだろうか。このことは一般女性から見ると、婦聯という組織への信用に関わる問題であり、一歩間違えると党・政府に対する不信の醸成にさえ繋がりかねないものである。ましてや、市場経済の発展により社会の構造が大きく変わり、多様な価値観やライフスタイルが人々の間で浸透してきているなかで、婦聯が対象とする人々は、これまでのような一枚岩的に把握できる社会集団ではなくなっている。それゆえ、こうした現状そのものが、婦聯にとっては重大な試練なのかもしれない。

---

[61] 馬焱・前掲注10) 42 ～ 43頁参照。

[62] 中国社会科学院語言研究所詞典編輯室編『現代漢語詞典（第五版）』(商務印書館、2005年) 1099頁、481頁、1004頁、847頁参照。

成立当初から党の組織として組み込まれ、直接党の指導を受けてきた婦聯が果たした役割とは、党の指導思想を個々の女性に伝達し、女性に社会主義建設に参加するよう動員するにあたっての別働部隊といっても過言ではない。その結果、婦聯という組織を通じて女性たちは共産党の革命時代にあっては「大衆路線」へと組み込まれ、その後は徐々に政治化されるとともに、組織的に社会制度へと取り込まれることになった。

（２）組織の法的位置付け

これまでに述べたように、特定の歴史的、政治的状況の中で組織された団体として、婦聯は一定の社会的グループ、すなわち女性の利益を代表して国家の政治活動に参加してきたといえる。その意味で、党・政府は婦聯の設立、組織づくり、活動などにおいて政治的基盤を提供しその存在を法的にも根拠づけてきた。そこで以下、この点について検討することにしたい。

①　憲法において

1949年９月29日に採択され、臨時憲法として位置づけられた中国人民政治協商会議[63]共同綱領（以下、「共同綱領」と略す）の前文には、「……中国共産党、各民主党派、各人民団体、各地区、人民解放軍、各少数民族、国外華僑及其他愛国民主人士の代表によって構成された中国人民政治協商会議は、人民民主統一戦線の組織形式である」と書かれ、人民団体は共産党とともに、国政や大衆の生活などについて話し合い、建議や批判を提起して民主的監督機能を果たすことができるとされている。

また、現行憲法（1982年12月４日５期全国人代５回会議にて採択・公布・施行、1988年４月12日、1993年３月29日、1999年３月15日、2004年３月

[63] 中国では、一般的に［人民政協］と略される。行政区ごとにその委員会が設けられ、中央には全国委員会が組織されている。任期は５年で、全体会議［全国委員会］は毎年全国人民代表大会とほぼ同時期に開催され、一般的にこの二つの会議を合わせて［両会］と呼ばれる。会議中には政策提案や批判などが行われるが、何ら決定権もなければ立法権もない。ただ、共産党外の人士を取り込んでいる点から、人民政協には共産党を牽制するような役割が期待されているといわれる。木間正道ほか・前掲注21）68 ～ 69頁参照。

14日に部分改正）においても中国人民政治協商会議について言及されている。その内容に基本的な変更は見られないが、もっともコアな部分ともいうべき共産党との関係について、修正が加えられた。すなわち、前文には「……中国共産党の指導［領導］による各民主党派と各人民団体が参加した……広範な愛国統一戦線が形成され、この統一戦線は今後もさらに強化・発展し続ける。中国人民政治協商会議は広範な代表性を有する統一戦線として、過去において重要な歴史的役目を発揮したし、今後も国家の政治生活、社会生活……において重要な役割を果たすであろう」と書かれており、ここには人民団体を共産党の指導の下へと位置づけ、共産党独裁体制を強化しようとする姿勢を覗うことができる。

では、人民団体とは何か。その定義について以下のように述べられている。人民団体は、「……中国共産党の指導により、それぞれの特徴に合わせて組織された、ある特定の社会活動に従事する全国レベルの群衆（ママ）組織である。労働組合工会、婦女連（ママ）合会、青年団、青年連合会、学生連合会などが含まれる」[64]。このように婦聯は人民団体として位置づけられ、そして人民団体は中国共産党と人民民主統一戦線を構成し、中国人民政治協商会議に参加していたことから、その政治的役割はもちろん、法的地位も認められていたことがわかる。

②　社会団体登記管理条例において

現行社会団体登記管理条例（国務院令第250号、1998年10月25日公布。以下、「社団98年条例」と略記する）３条によると、登記除外団体のなかには、「中国人民政治協商会議に参加する人民団体」が含まれるとされる[65]。要するに、人民団体については既に政治的正当性を有しているの

---

[64] 王名＝李妍焱＝岡室美恵子『中国のNPO ――いま、社会改革の扉が開く』（第一書林、2002年）173 ～ 174頁参照。

[65] こうして人民団体を登記除外組織として明記する目的は、党および政府が掌握すべき特別な団体と一般の団体を明確に区別することを意味し、社会団体を名実ともに民間非営利の団体として発展させるためであり、政府と社会団体の分離を推進することを法的に明示したものだといわれる（王名ほか・前掲注138頁参照）。なお、「一部団体の社団登記を免ずる関係問題に関する民政部の通知」（民発［2000］256号、2000年12月５日公布・施行）によれば、他に登記免

で社会団体として改めて登記する必要がないことを意味する。この点については、改正当時の民政部民間組織管理局による説明がわかりやすい。曰く、「……（この条例は）中国特定の国情に合致している。憲法の前文において中国人民政治協商会議の性格、地位、役割を記述することにより、中国人民政治協商会議に参加する人民団体の法的地位を明確にした。したがって、人民団体は登記する必要はない。……性格的には社会団体であるが、一般的な民間団体ではなく、それぞれ違う時期に政府および党の事業を請け負ってきた。これらの団体に対しては、国家編制管理部門によって直接組織・業務・人員の割当分配［編制］などを決定する。これらの団体は、国務院の批准を経て、登録を免除する」（括弧部分は筆者による）[66]。

しかし、人民団体がこれまで継続的に登記除外団体として位置づけられていたわけではない。1989年10月25日に公布・施行された社会団体登記管理条例（その後廃止、以下「社団89年条例」と略記する）はこのことについて言及していないし、1989年12月30日に民生部から公布された社会団体登記管理条例の関係問題に関する民政部の通知（その後廃止、以下、「社団89年通知」と記す）において具体的な規定は設けられている。つまり、「本条例（「社団89年条例」）の規定により、工会は工会法に沿って手続をし、その他すべての社会団体は登記手続を行わなければならない。ただし、共産主義青年団、婦女聯合会、科学技術協会、文芸聯合会、帰国華僑聯誼会、作家協会等の社会団体は登記手続を簡易化することができる。すなわち、業務主管部門の審査意見書無しに直接社会団体登記管理機関にて登録を申し込むことができる」（括弧部分は筆者による）とされ、工会以外の社会団体については登記が必要であることが明確に示された。

こうした動向は、当時の政治情勢と密接に関係している。すなわち、

除を受ける人民団体は以下の通りである。すなわち、中華全国総工会、中国共産主義青年団、中国科学技術協会、中華全国帰国華僑聯合会、中華全国台湾同胞聯誼会、中華全国青年聯合会、中華全国工商業聯合会である。

[66] 民政部民間組織管理局「関於新旧社会団体登記管理条例的比較」（中国社会報、1999年３月30日付）。

この時期は、ちょうど党政分離が積極的に推し進められていた頃であり、政府は1988年から５年以内に企業、事業単位および人民団体などとの関係を整理することを決定したところでもあった[67]。単純に登記手続の面を取り上げてみると、人民団体である婦聯は登記機関である民政部の管轄下に置かれることになったわけだが、これも当時の政治情勢に応じたやむを得ないものであったと考えられる。その後、「社団98年条例」においても、登記制度は継承されたが、上記の民政部民間組織管理局の説明にもあったように、人民団体である婦聯はその政治的正当性を有するがゆえに、一般の社会団体から切り離され党の掌握すべき特別な団体という扱いになり、登記からは免除され、結果的に社会団体とまったく異なる性格を有する組織として位置づけられることになった。

しかし、こうなると人民団体を社会団体の一種と言うには無理があるのではないだろうか。そもそも社会団体というのは、「社団98年条例」２条によれば、「中国公民が自ら志願して組織し、会員の共通目的を実現するために、自らの規約に従って活動を展開する非営利社会組織である」とともに、民間組織でもあるとされるが[68]、人民団体がこの定義に当

[67] 1987年10月25から11月１日までの間に開催された中共十三大において、党政分離が提起され、1988年に行われて第７期全人大で李鵬首相による政府活動報告において、今後の５年以内に政府と企業、事業単位、人民団体との関係を整理することが示された。王名ほか・前掲注64）137頁参照。

[68] 社団98年条例には、民間組織という言葉が出てこないが、民政部民間組織管理局の説明の中には、「（この条例は）結社の主体、結社行動の自発性、結社目的の共通性、社会団体の非営利性を明確にした。また…社会団体は民間組織に属し、国家機関が政府側組織として社会団体に加入することはできない。…」と書かれていて、社会団体は民間組織であることを示した（民政部民間組織管理局「関於新旧社会団体登記管理条例的比較」（中国社会報1999年３月30日付））。ほかに、非営利性の民間組織に属しているのは、［民辦非企業単位］というものだが、例えば、民辦病院、民辦学校、民辦福祉施設などがそれである。これについては、民辦非企業単位の登記管理に関する暫行条例（1998年10月25日採択、国務院令第251号）で規律している。葛雲松「論社会団体的成立」北大法律評論２巻２号（1999年）713頁にも、社会団体は民間組織であるという記述をされている。

てはまるかどうかは疑わしい。というのは、社会団体は「中国公民[69]が自ら志願して組織」する点において具体的な個人がその主体となっているのに対し、人民団体は共産党の指導下で組織され、その主体は不特定多数となっており、上からのコントロールが相当程度で効いていると考えられるからである。婦聯の場合、一面では全国各民族各界の女性を代表する組織という性格を有しつつ、他面では党の方針や政策などを伝達する構造を持つが、女性個々人の意志をその都度ごとに確かめているわけではないことから、「社団98年条例」２条で挙げられているような「自らの志願」に相当するものが見当たらない。

また、「社団98年条例」３条によると、「社会団体を設立するのに、その業務主管単位の審査を経て同意を得て、本条例の規定に従って登記手続を行わなければならない」とされる。したがって、ここでの登録を行う機関、すなわち登記管理機関は、同じく「社団98年条例」６条１項によると国務院民政部門と県クラス以上の地方各クラスの人民政府民政部門と定められており、同２項によれば、業務主管単位とは、国務院関係部門と県クラス以上の地方各クラスの人民政府関係部門、国務院または県クラス以上の地方各クラス人民政府により授権された組織であるとされる。すなわち、社会団体は、監督責任を有する業務主管単位と登記の一元化管理を図る民政部門という二重の管理体制下に置かれているわけである。

さらに、業務主管単位は、登記関係審査以外にもその団体の実質的な活動などについての監督をすることになっている[70]。それゆえ、このような管理体制を敷くのであれば、すべての既に登記された社会団体は直接政府の支配下に置かれることになってしまうことから、社会団体の自

[69] 公民について憲法33条では、「中華人民共和国の国籍を有するすべての人は、中華人民共和国の公民である」と規定されている。

[70] 民間組織の管理業務をさらに強化することに関する中共中央辦公庁・国務院辦公庁の通知（1999年11月１日、中辦発（1999）34号）によれば、業務主管単位は、社会団体の登記申請の審査以外に、設立後にも思想・政治活動、党組織の活動、財務と人事管理、研究会活動、対外交流、海外支援金の受取、規約に沿った活動などについて責任を持ってコミットする必要があるとされる。

主性が抑制されてしまう、といった批判もある[71]。

ともあれ、ここで注目すべきは、業務主管単位として、国務院または県クラスの各地方人民政府から授権された組織である。社会団体の業務主管単位を再度確認することに関する民政部の通知（民発（2000）41号）によれば、全国規模の社会団体の業務主管単位として授権された組織は22団体に上るが[72]、そこには、中華全国婦女聯合会も含まれている。そして「社団98年条例」６条２項によれば、これらの授権された組織は、主に業界、学科に関する社会団体、または自らの業務範囲内にある社会団体の業務主管単位ということになる。

したがって、主に女性会員で構成されたり女性や社会のために活動したりする、そういう全国規模の組織が社会団体として登記を希望する場合には、まず業務主管単位である全国婦聯の審査と同意を経てから、初めて登録管理機関である民政部にて社会団体としての登録ができる、ということになる。

ところが、女性団体であったとしても、その業務主管単位が全国婦聯ではない場合もあり得る。たとえば、中国女性裁判官協会、中国女性検察官協会は、それぞれ最高人民法院と最高人民検察院がその業務主管単位となっている。また、中国女性撮影家協会の場合、中国文学芸術界聯合会が業務主管単位となり、中国女性医師協会については国家衛生部が

---

[71] そういう意味では、現在の中国には、真の意味での自主的かつ合法的な社会団体（非政府組織）は存在しないし、たとえ自主的で、かつ行政の権力から離れている社会団体（非政府組織）があるとしても、そのほとんどは違法な形で存在しているといわれる。謝海定「近期中国社団法研究中的幾個熱点問題」呉玉章主編『社会団体的法律問題』（社会科学文献出版社、2004年）267～268頁参照。

[72] 全国規模の社会団体の登記において、その業務主管単位として授権された組織は以下の通りである。すなわち、中国社会科学院、国務院発展研究中心、中国地震局、中国気象局、中国証券監督管理委員会、中国保険監督管理委員会、中央党校、中央文献研究室、中央党史研究室、中央編訳局、外文局、中華全国総工会、中国共産主義青年団、中華全国婦女聯合会、中国文学芸術界聯合会、中国作家協会、中国科学技術協会、中華全国帰国華僑聯合会、中華全国新聞工作者協会、中国人民対外友好協会、中国残疾人聯合会、中国職工思想政治工作研究会、である。

担当している[73]。

また「社団98年条例」10条６号を見ると、全国規模で活動を展開しようとする社会団体が、その名称の頭文字に「中国」・「全国」・「中華」といった言葉を冠するには、関係法規にしたがって事前に許可を得る必要があり、その規模が地方にとどまる社会団体は「中国」・「全国」・「中華」という名を冠してはならないとある。そしてさらに、同13条２号には、同一の行政区域内において活動内容が同一または類似の社会団体を複数設立してはならない[74]、とある[75]。つまり、一つの行政区域には１分野１団体しか認めないという図式になるわけである。たとえば、婦聯の場合、全国的ネットワークを有しているので、各地方に婦聯と同一または類似の事業内容をもつ女性団体の存在は認められない、ということになる。しかも婦聯はその登記に関わる事前審査の業務主管単位という特権を持っていることから、事実上、婦聯の分野に関する活動を主とする社会団体は婦聯以外には認められないということになる。

もっとも、政府が新規社会団体の設立に対してここまで積極的に干渉

---

[73] 全国婦聯組織部編著・前掲注37）85 ～ 87頁。

[74] 同一［相同］と類似［相似］の解釈について、社会団体登記管理条例の関係問題に関する民政部の通知（1989年12月30日、民社発（1989）59号）において以下のように記述されている。同一とは、社会団体の名称、性格、趣旨、任務等が同一または大体同一であること、例えば、中国青年撮影家協会と中華青年撮影家協会は同一の社会団体に属する。また、類似とは、社会団体の名称、人員構成に違いがあるが、実際の業務活動が同一の業務領域に属すこと、例えば、民間文学研究会、通俗文学研究会、大衆文学研究会は、類似の社会団体である。本通知は、社団89年条例に関する解釈ではあるが、上記の規定の内容に関しては社団98年条例においてもほとんど変わっていないため、まだ有効であることと推測される。

[75] 本規定を設けた目的について以下のように述べられている。すなわち、「社会団体が氾濫するほどたくさん設立されると、発展の秩序が乱れ、社会団体間の業務が錯綜し、会員も重なっていくため会員の経済的負担が重くなる。同時に、対外交流において、互いに張り合い、むやみに競争しあうようなことが起きやすいため、好ましくない社会的影響が生じかねない」。国務院法制辦政法司・民政部民間組織管理局編著『社会団体登記管理条例、民辦非企業単位登記管理暫行条例釈義』（中国社会出版社、1999年）36頁参照。

する背景には、新たな団体形成の権利を抹殺し既存団体への加入権のみを認めることで、統一的な管理システムを構築し、社会の安定を図ろうとする意図があると考えられる[76]。そういう意味では、人民団体としての政治的正当性や法的地位を確保している一方で、政府にとって都合の良いシステムを作るための手段として、婦聯が利用されている可能性は否定し得ないであろう。市場経済の下で貧富の格差が広がり、無数の社会問題を抱えている現代中国社会において、どのようにして安定的な発展を維持しつつ憲法35条[77]が言うところの結社の自由を保障していくのだろうか。経済的自由と精神的自由という二つの基本的人権の間でどのような舵取りをするのか、このことが重要な課題になることは間違いない。

③　女性権利利益保障法において

一貫して国家主導で推し進められてきた男女平等政策は、女性の地位を一定のレベルまで引き上げ、結果的に女性も男性並みに社会進出が可能になるまでに至った。しかし、この状況は、1980年代から改革開放・市場経済の導入により大きく揺らぎ始める。社会の中に根強く浸透していた男女の不平等問題、すなわち女性の就業難、職場における不平等待遇、女児に対する虐待、性の商品化現象などが市場経済の合理主義追求の下で段々表面化してくるようになったわけである。

そこで、こうした女性を取り巻く社会状況に対応し、女性をあらゆる権利侵害から救い出すために、全国婦聯のリーダーシップの下で女性権利利益保障法（1992年４月３日採択、2005年８月28日改正。以下、「女性法」という）が制定されるに至った。「女性法」は、文字通り女性の権利を保障する特別法であるが、その内容は実に包括的である。とりわけ、

[76] 藤田勇「社会体制と民主主義―― 一つの歴史的考察」早稲田大学比較法研究所編『比較と歴史のなかの日本法学――比較法学への日本からの発信――』（成文堂、2008年）180頁以下において、「ソビエト型社会＝政治体制」に関する論述から示唆を受けた。

[77] 憲法35条には、「中華人民共和国公民は言論、出版、集会、結社、パレード、示威の自由を有する」と定めている。

婦聯に対しては７条において女性の利益の代弁者として権利保障の役目が任されている。また、誘拐や拉致された女性に対して政府や警察など関係部門と協力して善後策を講じ（39条２項）、女性の権利利益が侵害された際に、婦聯は被害者女性のために必要な援助を行うことができるとされ、特定の女性グループ[群体]の利益を侵害した行為[78]に対しては、婦聯あるいは関係女性組織はマスメディアを通じて事件を暴露･批判し、関係部門に事件の捜査を求める権利を有するとされている（53条、54条）。

また、法律・法規・定款・公共政策を制定する際、女性の権利利益と関わる部分については必ず婦聯の意見を聴収することが定められ（10条２項）、女性問題を中心とした活動の範囲内という限定付きであるものの、特定の政策決定や立法過程へ参加できる法的根拠を婦聯は獲得したと言える。なお、本規定は2005年の改正の際に新しく設けられたものであり、婦聯に女性の権利利益を代表する代弁者としての役割が付与されることによって、その代表性についても再確認されることになった。もっとも、女性の利益を代表する婦聯が国の政策決定や立法過程に参加できるということは、党・政府の他に実効的な政治プロセスへの参加者が増えるというだけでなく、周縁化されがちな女性の声を汲み取り、意志決定の中心へと女性が進出するための有効な経路になる可能性もある。

３　組織の担い手

婦聯組織が党の指導下に従属する団体として政治的色彩を強く帯びており、党の思想や方針・政策を上意下達するツールとして位置づけられるということについては、既に上述したとおりである。そこで以下では、

[78] 例えば、2000年前後に社会を騒がせた「女体盛り」やマスメディア・広告・文芸活動における女性の人格とグループの利益を害した作品などがある。この類型の違反行為に対して、文化・マスメディア・新聞出版などの各関係業務主管部門は、是正命令や行政罰を行ったとされる。法律出版社法規中心編『中華人民共和国婦女権益保障法注釈本』（法律出版社、2008年）38頁、汪瓊枝編著『婦女権益保障法条文釈義』（人民法院出版社、2006年）485 ～ 487頁参照。本条文は、近年第三次産業に見られる営利目的の性の商品化現象に対し対処するために、2005年改正の際に増設したものである。

婦聯組織の担い手の問題について見ておくことにしたい。そうすることで、党の思想や方針・政策を上意下達するツールである婦聯組織の全体像は、より明らかになると思われる。

（1）求められる幹部像

婦聯組織に勤務している専任職員たちは、一般的に幹部と呼ばれている[79]。それゆえ、「婦聯幹部」と言えば、婦聯の上層部の管理職といったような意味ではなく、婦聯組織の職員のことを指す。ある統計によると、2010年の婦聯組織における専任職員は中国全土で7.8万人を超えており[80]、そのうちの81％以上は共産党員であることが明らかになっている（図表１－２と図表１－３を参照）。それでは、婦聯の幹部にはどういった資質が求められるのか。以下、「規約」[81]を通じてその幹部に必要とさ

---

[79] とはいえ、幹部についての定義はきわめて難しい。辞書によると、「党や国家機関、国有企業・事業単位、人民団体および軍隊において公職または公務活動に従事している者」とされ（中共中央組織部編・前掲注47）288頁参照）、婦聯組織に職員として勤務するスタッフも幹部となる。しかし、婦聯組織に勤務するスタッフ全員が幹部であるかというと、そうではないようである。というのは、婦聯組織のなかで肉体労働者（運転手、清掃員などの［工勤人員］）も勤めているが、これについては幹部としての処遇がなされていないからである。婦聯組織の幹部は、みなし公務員の待遇を受けており、幹部の定員、給与、職階などの取り決めにおいて公務員法（2005年４月27日採択、2006年１月１日施行）に準ずるとされるが、ここでは上記の肉体労働者［工勤人員］は除外されている（「工会、共青団、婦聯等人民団体と群衆団体機関が中華人民共和国公務員法を参照して管理を行う意見（組通字〔2006〕28号）」参照）。

[80] 中華人民共和国国家統計局編『中国統計年鑑』（中国統計出版社、2011年）926頁参照。やや古いデータではあるが、1994年の幹部総数86053（86107）人のうち、中央は1074人、省レベル（30）は2275人、地クラスの市レベルは5193人、県レベルは15073人、郷鎮・街道以下レベルは62492人を占めているとされる（中華全国婦女聯合会婦女研究所＝国家統計局社会与科技統計司編『中国性別統計資料（1990－1995）』（中国統計出版社、1998年）442頁参照）。末端の村になると職員は１人がほとんどであるため、中央－省－市－県－郷鎮・街道の職員構造は逆ピラミッドの形を成している。

[81] 中華全国婦女聯合会規約（2013年10月31日一部修正）を指す。なお、これ以外の旧規約については、採択された年を冠してそれぞれを示すことにする。た

れる資質について検討してみよう。

「規約」34条によれば、婦聯幹部は「①しっかりとした政治的立場を持つこと、②勤勉であること、③職務に忠実に励むこと、④品行方正であること、⑤法律と規則を守ること」に努めなければならないとされる。ここでいう①の「政治的立場」とは、「一定レベルのマルクス主義理論を習得し、鄧小平理論と三つの代表を重要な指導思想として堅持し、科学的発展観を貫徹･実行し、党の基本路線･方針･政策を執行すること」（34条１号）を指している。したがって、このような規定が設けられていることによって、幹部には党の指導に対して忠実に従うことが真っ先に求められていることがわかる。しかも、この条項は2008年に「規約」を改正した際に新たに追加されたものであり、その追加理由として、「幹部全員に対する党中央の新たな要求であるとともに、時代的発展の需要にも適うものである」との説明を全国婦聯は与えている[82]。

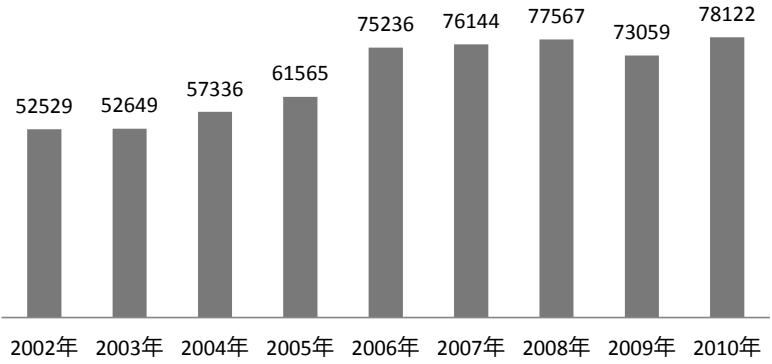
このような婦聯幹部に対して求められる資質について、「規約」のなかで具体的に列挙したのは、1983年「規約」（1983年９月12日一部改正）以来、２回目のことである。

1983年「規約」をふり返ってみると、その28条において、婦聯幹部は「①革命事業に情熱を持ち、婦女・児童に関する仕事を愛し、婦女・児童の合法的な権利利益を守り、婦女・児童のために奉仕すること、②勉学に努力し、思想や知識のレベルを高め、婦女・児童のために奉仕する専門知識を習得すること、③懸命に仕事をし、現実を把握し、調査・研究を行い、大衆と結び、各方面の関係者を動員し活動を展開すること」に努力しなければならないと定められている。そこでは、婦聯幹部の政治的立場、品行および遵法精神についての特別な規定は設けられていない。どちらかと言えば実務的な能力が求められていたといってよいだろう。そして、まさにこの点において、2008年・2013年の「規約」の定めと比較すると大きな相違がみられる。つまり、1983年「規約」は本来の業務

とえば、1983年「規約」のような具合である。

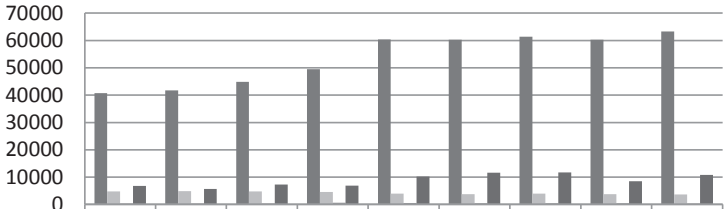
[82]「中華全国婦女聯合会規約の修正案に関する説明」（2008年11月１日）http://www.women.org.cn/zdzl/zdbd/zgfnsyd/ljfdh/dqj/dqjwj/486804.shtml（最終閲覧日2014年７月16日）参照。

図表1－2　婦聯組織の幹部総数の推移（2002 ～ 2010年）



出典：中華人民共和国国家統計局『中国統計年鑑』2003 ～ 2011年の各年の「婦聯幹部情況」を参照の上、作成した。（単位：人）

図表1－3　婦聯幹部の党派別構成（2002－2010年）



	2002年	2003年	2004年	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年	2010年
■共産党員	40714	41733	44868	49516	60408	60259	61396	60248	63322
■共青団員	4728	4893	4754	4556	4010	3768	3954	3785	3624
■民主党派	324	338	371	599	567	452	474	474	385
■一般大衆	6763	5685	7343	6894	10251	11665	11743	8552	10791

出典：中華人民共和国国家統計局『中国統計年鑑』2003 ～ 2011年の各年の「婦聯幹部情況」を参照の上、作成した。（単位：人）

執行に必要な実務的な能力を求めているのに対し、2008年・2013年「規約」は政治的立場や品行方正、遵法精神のような心構えを求めているわけである。このことは、婦聯幹部が、党の指導する現行体制が滞りなく維持

されるかどうかの鍵を握る存在として強く認識されていることの現れとしてみることができよう[83]。

また、このような変更は、これまでの経済成長の一辺倒による弊害（格差、不平等、政治腐敗など）を是正するために、2007年の中共17回大会で胡錦濤が提唱した「科学的発展観」と「和諧社会」の建設というスローガンを具現化したものとして推測することができる。このように、党は、その時々の政治事情に合わせて指導方針を変更しており、婦聯もそれに応じてみずからの行動様式を党の方針に重ね、その忠実な執行者としての役割を果たしてきた。「幹部全員に対する党の新たな要求」と言う表現の背景には、まさにこうした事情があったわけである。

（２）人事制度

婦聯組織の幹部は、みなし公務員としての待遇を受けており、定員、給与、職階などの取り決めについては、公務員法（2005年４月27日採択、2006年１月１日施行）に準ずるものとされる[84]。ただし、各クラス婦聯に属する事業単位[85]に勤める職員については、みなし公務員の対象にはな

[83] 幹部の登用基準としてよく挙げられるのは、政治的思想［紅］と業務の専門性［専］の２要素であるが、時期によって双方がみられたときがあれば、そのどちらの片方だけが重んじられたときもある。たとえば、文革期には政治的態度がより重要視されたという。だが、いつの時代も、党中央が決定する重要幹部のほとんどが党員であることは変わらない。毛利和子『現代中国政治――グローバル・パワーの肖像（第３版）』（名古屋大学出版会、2012年）194 ～ 196頁参照。

[84] 中共中央による「工会、共青団、婦聯等人民団体と群衆団体機関が中華人民共和国公務員法を参照して管理を行う意見」（組通字〔2006〕28号）を参照されたい。

[85] 事業単位とは、社会的公益のために、国家機関により開設またはその他組織が国有資産を利用して興した、教育、文化、衛生などの活動に従事する社会的サービス組織を指す。事業単位登記管理暫行条例（国務院令411号、2004年６月27日公布・施行）２条１項参照。全国婦聯直属の事業単位には、婦女研究所、中国婦女雑誌社、中国婦女報社、中国児童中心、中国婦女活動中心、中華女子学院、中国婦女出版社などの15の事業体がある（中国婦女網 http://www.women.org.cn/ 参照（最終閲覧日2014年７月16日））。

らないことになっている[86]。

また、婦聯幹部の主たる供給源は、新卒の学生をはじめ、教育・科学技術・文化・衛生の系列の部署に務める公務員の人事異動によっている[87]。婦聯幹部の任用制度に関する特別な規定を「規約」は設けていないが、婦聯業務に関するハンドブックにしたがえば、各クラス婦聯の指導部メンバー［領導班子成員］の任用は同クラスの党委員会[88]の管理下に置かれており、上級クラス婦聯の党グループ[89]は、党委員会の幹部管理に協力する［協管］とされている[90]。それゆえ、このような管理システムを通じて任用された幹部は［党管幹部］と称され、その人事権は［党管幹部］という原則の下、党によって完全に掌握されている。

この［党管幹部］の原則は、建国前から事実上形成されており、建国後になって正式に運用されるようになったとされる[91]。また、中共中央

---

[86] 全国婦聯組織部編著・前掲注37）33頁参照。

[87] 以下、目安としてある統計を提示しておこう。調査によると、母数1488名の婦聯幹部のうち、公務員（異動を含む）と学生からのリクルートの割合が46.9％占めている。また公募と公務員試験により婦聯に採用されたのは全体の20％、配属と人事異動によるものが73％を占めるとされる。丁娟「婦聯幹部対婦聯組織的認知与評価――関於婦聯組織能力建設状況的調査研究」中華女子学院学報2008年１期80頁参照。なお本調査は、江蘇省、山東省、内モンゴル自治区、江西省、浙江省の地クラス以下の婦聯組織の幹部1488名（うち女性1414名、男性74名）を対象に行われたアンケート調査である。

[88] 各クラスの行政区域に設置されている中国共産党の機構として、党委員会を軸とする集団指導体制を採っている。各クラスの党委員会は同クラスの最高意思決定機関でもある。天児慧ほか編・前掲注22）926頁〔唐亮〕参照。

[89] 中国共産党以外の組織の指導機関に設置される党の指導機構である。［党組］と呼ぶ。社会のあらゆる機関・団体において自らの指導を貫徹するために、事実上これらの組織の最高指導機構として機能する。各クラスの党委員会は党グループの書記と副書記、そのメンバーを任免し、各機関の党グループはその同クラスの党委員会の指導に従って党の政策を実施する。天児慧ほか編・前掲注22）197頁〔安藤正士〕、942頁〔唐亮〕参照。

[90] 全国婦聯組織部編著・前掲注37）34頁参照。

[91] 于学強『中国幹部選抜的問題与対策研究』（中国社会科学出版社、2009年）78～93頁参照。なお、この部分の歴史的記述は基本的に同書に基づいて行うことにする。

により出された「幹部管理業務を強化することに関する決定」（1953年11月24日）[92]は［党管幹部］の原則を実質的に運用した公文書として、そこではいわゆる「分部（部門ごと）・分級（クラスごと）」管理方式が採用されている。分部管理とは、すべての幹部を軍事、文化教育、工業計画、財政貿易、交通運輸、農林水利、統一戦線、政法、大衆活動その他の９つの部門に分け、それぞれに対応する党委員会の関係業務部門［対口部（カウンターパート）］が管理することである。「分級管理とは、中央および地方各級の党委員会のあいだの、各級ごとの幹部管理についての分業制度を定めたものである」[93]。また、党中央は1955年に「中共中央が管理する幹部職務名称表」を出し、党中央が管理すべき幹部について明確な区分を行った。ここでは、幹部の任免、移動についてはすべて党中央の同意が必要であるとされた。同年９月には、中共中央による「中央が管理する幹部の任免手続きについての通達」が出され、「国家機関と大衆団体系統の幹部の任免は、党中央が任免を正式に決定し通知を出したあと、国家機関と大衆団体が党中央の決定にもとづいて、当該系統自身の任免手続きを行う」との規定が置かれ、各地区・部門に対してそれぞれが管理する職務名称表を速やかに決定するよう促された[94]。

このような幹部に対する「分部・分級」管理方式は、「党管幹部」の原則下で行われ、この時期から党の幹部に対する管理は中央から地方まで隅々に浸透していったことを確認することができる。「分部・分級」方式による「党管幹部」の原則は、党による一元的な指導を可能にし、地方をコントロールするための手段にもなっていった。

さらに、1980年に中共中央組織部は「中共中央が管理する幹部職務名称表を新たに公布することに関する通知」を出し、そこでは「すべての幹部が党の幹部であり、その職務区分に基づき、中央と各部門の党委員会、党グループまたは所属先の党組織が責任をもって（幹部を）管理し

---

[92] 中共中央組織部＝中共中央党史研究室＝中央档案館編『中国共産党組織史資料９巻（下）』（中共党史出版社、2000年）187頁以下参照。

[93] 田中信行「中国――『党政分離』と法治の課題」近藤邦康＝和田春樹編『ペレストロイカと改革･開放――中ソ比較分析』（東京大学出版会､1993年）249頁参照。

[94] 毛利和子・前掲注83）195 ～ 196頁参照。

なければならない」と指示した。こうして「分部・分級」方式の「党管幹部」の原則はさらに強化されるようになった。ここで、党による「管理」には強いコントロールの意味合いが含まれており、実質的には中央が任免権を掌握することを指していることは言うまでもない。こうした管理方式が、結果的に幹部選抜の過程において強い集権的な意識を芽生えさせたともいわれている所以である[95]。

［党管幹部］の原則にしたがえば、「幹部の補充、任用、育成・訓練、審査、監督、賞罰、配置転換、給与、福祉・厚生、退職・休職等の諸制度」については、党が管理することになっている[96]。ここで言われる幹部とは共産党員に限定されず、およそ幹部であればすべてがその管理の対象となる。それゆえ、婦聯幹部も当然ながら［党管幹部］原則の下で管理を受けることになる。

婦聯業務のハンドブックによれば、婦聯幹部の人事に関する取り決めとして選任制と委任制の２種類が併用されている。すなわち、各クラスの党委員会は同クラス婦聯の指導部メンバー（主席・副主席および党グループ書記・副書記・メンバー）を選任し、その他の一般幹部の任用は各クラス婦聯に委任されている。前者については任命ポストとし（党の任命）、後者については承認ポスト（党の承認）として扱われている[97]。

また、各クラス婦聯の指導部メンバーの管理については、同クラスの党委員会が主に管理し（主管側）、上級婦聯の党グループはそれに協力する（協管側）ことになっている。各クラスの地方党委員会とその１級上の婦聯党グループは、「十分な協議を行う」よう求められている[98]。し

---

[95] 于学強・前掲注91）81頁参照。また、このような党中央による幹部の管理方式は、旧ソ連のノメンクラトゥーラにならったものとして、一党独裁政治において重要な役割を果たしたとされる（毛利和子・前掲注83）196頁参照）。

[96] 中村桜蘭「中国の幹部管理体制（1949 ～ 1953）」アジア研究38巻２号（1991年）39頁参照。

[97] 全国婦聯組織部編著・前掲注37）34頁参照。なお、ナショナルセンターの全国婦聯の指導部メンバーは、中共中央が直接管理するとされる（中国社会主義学院他編『中国共産党党内法規制度手冊』（紅旗出版社、1997年）536 ～ 539頁参照）。

[98] 全国婦聯組織部編著・前掲注37）34頁参照。

かしながら、実質的な人事権を有しているのは、あくまでも各クラスの地方党委員会であり、こうした管理システムは共産党の国家統治という目的を達成するにあたってきわめて重要な役割を果たしている[99]。

４　ナショナルセンターの基本状況

婦聯組織は、ナショナルセンターである全国婦聯を頂点に、そのネットワークが全国各地に形成されていることは前述した通りである。婦聯組織のすべての活動はナショナルセンターによって発起され、［通知］[100]・［決定］[101]・［意見］[102]などという公文書の形で各省・自治区・直轄市および関係中央レベルの行政機関・人民団体などにある女性関係部局へと送られ、そこからさらに下級組織へ伝えられるといったトップダウンの仕組みを採用している。

公文書にはそれぞれ［婦字（年）○○号］または［婦庁字（年）○○号］という番号が付され、そのすべては全国婦聯の内部に設置される事務局［辦公庁］によって作成され公表されている。また、公文書は、業務連絡を含めて主に婦聯自体の諸活動に関する指令や、活動参加者・組織に対する表彰・評価、全国婦聯主催の各種会議の招集、主席・副主席・党グループ書記などの指導的地位にある有力者による講話精神の伝達、他の行政部署と連名で出す政策や規定の配布などが含まれる。全国婦聯の

---

[99] このように地方の隅々に張り巡らされたネットワークは体制の安定維持に大きな役割を果たしていると言っても過言ではない。毛利和子・前掲注83）200頁参照。

[100] 下級機関の公文書の転送、上級機関と隷属関係のない機関の公文書の配布、下級機関に処理を求める事項および関係部門に周知または執行する必要のある事項の伝達、人事の任免に適用する公文書である。国家行政機関公文処理辦法（2000年８月24日公布、2001年１月１日施行）９条５号参照。

[101] 重要な事項または重大な行動について調整があった場合、関係部門および人員に対する賞罰、下級機関の不適当な決定事項を変更または取消をする場合において適用する公文書である。国家行政機関公文処理辦法９条２号参照。

[102] 重要な問題に対して見解と処理方法を提出する場合に使われる公文書である。国家行政機関公文処理辦法９条11号参照。

ホームページ[103]に公開された、1999年から2010年までの［婦庁字］公文書275通を調べた結果、通知は258通で全体の93.8％を占めている。また［婦字］公文書408通のうち、通知は204通、決定は129通、意見は58通、その他が17通占めている。このように公文書の中には党の関係機関、下級の婦聯組織およびその他の行政官庁への通知がもっとも多く、これを通じて上は党中央、国務院および関係行政官庁、下は各省・自治区・直轄市の婦聯事務局へと意思伝達が行われ、縦横に交錯する情報ネットワークが形成された。その結果、会議・公文書［文件］・業務報告表［報表］の多い「三多」現象をも生み出し、その運営方式は極めて官僚的で、形式的であるとの指摘もみられる[104]。

上記の公文書を処理する事務局以外に、全国婦聯にはそれぞれ異なる機能を果たす６つの部局、党グループ、離退職幹部処が設けられている。また、国務院婦女児童工作委員会の事務室が全国婦聯の中に設置されており、その庶務に関わる業務が受け持たれている。それぞれ組織（連絡）部、宣伝部、婦女発展部、権利利益部、児童工作部、国際連絡部である。これらの部局の機能については、以下の図表１－４を参照されたい。

図表1－4　全国婦聯の内部機構の設置状況[105]

部署名	内部構成および主な業務内容
事務局	－全国婦聯における内外調整、政務サービス、事務管理を行う。 －女性や児童の発展に関する理論・政策研究や調査活動の組織・展開。 －情報ネットワークを立ち上げ重要な公文書・原稿を起草・配信・保存するなど。 －財政、統計、監査、資産などの運営や管理；雑誌『中国婦運』の編集と発行など。
組織（連絡）部	－全国婦聯所属の幹部とその直属機関の指導幹部の管理。 －機構・編制[106]・職務・給与・研修・出国の政治審査[107]などの人事教育に関わる業務。 －省・自治区・直轄市婦聯の指導幹部の関係業務への協力管理。 －関係部門と協力して女性幹部の養成事業を行う。 －婦聯組織の構築、社会各界の女性組織と連絡し指導を行う。 －国内外の女性名士と友好関係を結ぶなど。

[103] 中国婦女網 http://www.women.org.cn/wenjianku/fulianfile.jsp を指す。

[104] 徐家良『制度、影響力与博弈――全国婦聯与公共政策制定』（中国社会出版社、2003年）98 ～ 99頁参照。

[105] 全国婦聯組織部編著・前掲注37）14 ～ 32頁参照。

[106] 入党、入隊、入学、幹部就任、出国などの際に行われる思想性、政治性についての審査のことをいう。

宣伝部	－党の路線・方針・政策やマルクス主義婦女観と男女平等を宣伝する。 －女性の思想状況を調査研究し教育を行う。 確固たる政治的立場および五好文明家庭創建活動などを展開する。 －婦聯系統の機関誌の発行や世論に対する監督を強化;三八紅旗手の評価･表彰を行う。
婦女発展部	－女性に経済建設や社会発展に参加するよう組織・動員する。 －地方婦聯による女性の職業技能訓練などを指導する。 －「双学双比」や「巾幗建功」を通じて女性の自立を図るなど。
権利利益部	－人民大衆からの苦情［来信来訪］や訴えを受付け処理する。 －必要に応じて被害女性のために法律支援や社会的なサービスを行う。 －全国婦聯を代表して女性や児童の関係法政策制定・改正に参加する。 －法律宣伝活動をし、地方婦聯の女性・児童関係の権利擁護事業を指導する。
児童工作部	－児童に関わる法政策の制定過程に参加し、関係法律を宣伝する。 －女児に関する事業を展開しより良い発展を促す。 －婦聯組織の児童施設および児童活動基地の設立を指導する。 －家庭教育事業の調整やサービスを行い､児童に対する学外教育を展開･推進するなど。
国際連絡部	－全国婦聯やその直属機関の渉外事務を担当する。 －海外の女性･児童関係の組織と交流し､国連開催の女性･児童関係の会議に参加する。 －国際共同開発資源を誘致し共同プロジェクトを立ち上げる。 －海外の女性や児童状況を把握し､対外宣伝資料や国際女性の運動情報誌を編纂する。
機関党委員会	－全国婦聯とその直属機関の党員を組織し、機関の紀律委員会の業務を指導する。 －機関における工会、共青団および婦女委員会の業務を指導する。 －精神文明建設委員会辦公室の業務を受け持つ、など。
OB 幹部処	－ OB 幹部の研修などの政治活動を組織し、各種福祉関係の業務を担当する。 －関係部門とともに OB 幹部の葬儀などの善後策を講じる、など。
国務院婦女児童工作委員会辦公室[108]	国務院婦女児童工作委員会の日常業務を担当する、など。

[107] 人員や資金等が国家によって割当分配が行われる制度として、計画経済体制の時期から実施されてきた。

[108] ここでの国務院婦女児童工作委員会辦公室は、1990年２月22日に設立された国務院婦女児童工作協調委員会を改名したものである。設立当時は全国婦聯の主導の下で活動が展開されていたものの、現在は国務院の責任の下で女性や子どもに関する事業を展開している。1993年８月４日、国務院婦女児童工作協調委員会は国務院婦女児童工作委員会に改名し、国務院の責任の下にある議事調整機構となった。政府の関係部門が女性や子どもに関する法律や政策などの執行を調整・推進し、婦女児童事業を発展させることを目的とする。その構成メンバーは、政府の行政官庁や人民団体など33の部門が参加し、事務局は全国婦聯の中に設置されている。委員会の執行部は、主任１名と副主任３名から構

5　小括

以上、婦聯組織の全体像を把握するために、組織の構成、性格および法的位置付け、さらに組織の担い手といった順に歴史的、政治的、法的という多方面から検討してきた。その際に、婦聯の「規約」や関連法規定、統計資料などを材料として用いた。婦聯は、ナショナルセンターを頂点に行政区域ごとに設置され、女性たちの権利利益を代弁する唯一の公認団体として党・政府と女性の間を往復しながら様々な活動を展開してきた。これを可能にしたのは、いうまでもなく婦聯が有する特殊な政治的、法的地位にほかならない。

共産党政権は設立当初から現在に至るまで自らの政治的基盤を強化する手段として、終始大衆政党としての路線を歩み続けてきた。そして婦聯には共産党と女性たちを連繋する仲介組織として、党の方針の実行を手助けするアシスタントの役割が与えられてきた。実際、このような仲介組織がなければ、共産党は大衆から乖離離脱するようになると思われ、とりわけ女性大衆という支持基盤を失ってしまうことになったであろう。

また、家父長制など封建的束縛から脱出するにあたって、女性たちが共産党の打ち出した男女平等政策に大きな魅力を感じたことは確かであろう。全国婦聯は、まさにそういう党と女性のそれぞれの需要を反映するために生まれた中国特有の組織であり、共産党の現行体制を維持していくのに重要な政治的役割を果たしてきた。共産党の管轄にある組織として、一貫して党の指導を受け入れてきたという意味で、婦聯は政治的性格を濃厚に帯びていると同時に、徐々に政府の影響による行政的機能をも持ち合わせた組織へと発展し進化を遂げていくようになった。

こうした現象は、全国婦聯が共産党内や政府内に権力を拡大していくことで可能になったわけだが、婦聯は政治的正当性のみならず、国の立法過程や政策決定の場にも参加できると定められた法的地位をも獲得するに至った。そして、行政の末端や社会の企業にまで展開される婦聯のネットワークの存在は、党や政府が自らの方針・政策を上から下へと伝

成される。日常的な事務処理は、全国婦聯に設置された事務局によって行われ、事務局長は全国婦聯の副主席・第一書記が担当している。

達するもっとも便利なツールとなった。逆に社会の女性の意思を党や政府へと報告することで、婦聯は党や政府にとって把握することが困難な、女性の現状とニーズを捉えることができるようになった。とはいえ、婦聯が党や政府の統治が社会の隅々まで行きわたる巨大なシステムの形成に寄与することになったことも確かであろう。それゆえ、こうなってくると、個々の女性の問題が個人的な問題として完結できるものではないことから、婦聯ネットワークを的確に利用する必要性は増す一方である。だが、そこでは、国家という巨大な共同体へと回収されないよう注意を払いながら、それでも婦聯を利用していくといった姿勢が求められることになるだろう。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割」（2013年3月25日学位授与）を加筆・修正したものである。執筆・加筆・修正にあたって、科学研究費の「研究活動スタート支援（2012 ～ 2013年度）」（課題番号：24830001）および「若手研究（B）（2014 ～ 2016年度）」（課題番号：26780001）の援助を受けた。

論　　説

国籍の役割と国民の範囲―アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（6）

坂　東　雄　介

目　次

序
　第１章　本稿の視座

第１部：移民規制と絶対的権限の法理
　第２章　「絶対的権限の法理」の生成とその背景―19世紀末の移民法の検討　（以上、62巻２号）
　第３章　「合衆国市民」の範囲―帰化事例を中心に　（以上、62巻４号）
　第４章　絶対的権限の法理の理論的背景
　第５章　絶対的権限の法理の修正―20世紀後半の判例の展開とZadvydas v.Davis 判決が有する理論的意味（以上、63巻２号）

第２部：合衆国市民と異質な他者―インディアン、植民地住民、黒人
　第６章　インディアン、島嶼住民への絶対的権限の法理の拡張―異質な他者との接触と合衆国市民の自己理解
　第７章　拡張した「絶対的権限の法理」に基づく異質な他者への対応と、20世紀前半の合衆国社会の自己理解（以上、63巻６号）
　第８章　「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民―20世紀後半の展開　（以上、64巻５号）

第３部：合衆国市民権の価値と役割― Warren Court 再検討
　第９章　二級化した合衆国市民の存在―南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み

1．Dred Scott 判決と南北戦争後の憲法修正
1．1．前提としての Dred Scott 判決―合衆国市民から黒人を排除
1．2．南北戦争終了後の再建期の取り組み
1．2．1．合衆国市民権の付与による権利保障の実現
1．2．2．合衆国市民権と権利保障のもう一つの側面―合衆国市民権による排除―
2．裁判所の反応―再建期の判例から Plessy v.Ferguson まで
2．1．再建期の判例
2．2．出生地主義の確立
2．3．Plessy v.Ferguson
3．Plessy 判決以後
3．1．判例の展開
3．2．社会の動向
4．小括

第10章　Warren Court の論理―合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除
1．出発点としての Brown v. Board of Educational of Topeka
1．1．Brown Ⅰ判決
1．2．Brown Ⅰ判決が意味するもの―合衆国市民権を基礎とした権利保障
2．Brown Ⅰ判決を支える背景
3．合衆国市民権が持つ役割―平等と排除―
3．1．合衆国市民権による平等
3．2．合衆国市民権による排除
3．3．合衆国市民権の役割の定式化と問題点
4．Warren 長官の市民権構想と判例の検討
4．1．Warren 長官の市民権構想
4．1．1．Perez v.Brownell と同日の二判決
4．1．2．Perez 判決以降の展開
4．1．3．Arendt と Warren の見解
4．2．Warren Court の展開―合衆国市民権を基礎とした権利保障
4．2．1．権利保障の劇的な拡大
4．2．2．海外に居住する合衆国市民の権利
4．3．Warren の市民権構想から外れた人々

４．３．１．インディアン部族と島嶼住民
４．３．２．移民
４．４．Warren Court の特徴―内部者に対する権利保障
５．Warren 長官の合衆国市民権構想に対する批判
５．１．Alexander Bickel による批判
５．２．Charles Black による批判
５．３．批判に対する応答
６．本章の結論　（以上、本号）
第４部　日本における国籍理論と残された課題
第11章　国籍の役割と国民の範囲
第12章　残された課題

第３部：合衆国市民権の価値と役割― Warren Court 再検討

第３部では、合衆国市民権が、権利保障のための土台として機能すると同時に、合衆国市民以外の者に対しては権利保障体系から排除する役割を果たしたことを示す。まず、第９章では、二級化した合衆国市民の存在を指摘し、第10章では、二級化した合衆国市民に対する権利保障の取り組みを検討する。この取り組みは、後述するように、Warren Court の課題であった。

第９章　二級化した合衆国市民の存在―南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み―

本章では、形式的には合衆国市民権を取得したとしても、実質的に合衆国市民としての権利が保障されていない存在、すなわち、二級市民化した合衆国市民が存在していたことを明らかにする。

１．Dred Scott 判決と南北戦争後の憲法修正

１．１．前提としての Dred Scott 判決―合衆国市民から黒人を排除

1857年に、合衆国最高裁判所は、合衆国内でも最も悪名高い、Dred

Scott 判決[1]を下した。

この判決は、多様な内容を有する判決であるが、その一つとして、合衆国市民の位置づけに関する理解がある。法廷意見は、合衆国憲法が規定する合衆国市民を、「主権を有する人民（sovereign people）」と捉える。判決によれば、「全ての合衆国市民は、一つの人民であり、この主権体の構成員である[2]」。黒人は、「合衆国憲法が規定する『合衆国市民』には含まれず、また、含まれることは意図されていない[3]」。黒人は、「従属し、劣位にある階級集団であり、優越的な人種によって支配されていると捉えられている[4]」。「黒人は、一世紀以上も、劣位にある存在であって、社会的、政治的関係において、白人と結合するには適さないと位置づけられてきた。劣っているがゆえに、彼らは、白人が尊重しなければならない権利を持たない[5]」。

Dred Scott 判決は、黒人が劣位にあるため優秀な人種の支配下に置かれていること、合衆国憲法が規定する「合衆国市民」には含まれないこと、白人ならば有する権利を持たないことを明らかにした。

南北戦争以前は、自由州では黒人は完全な権利を有していたにもかかわらず、奴隷州では権利が認められていなかった。上記のように、Dred Scott 判決は、奴隷州、自由州出身に関係なく、黒人一般を、合衆国憲法起草者の意図を理由として、合衆国憲法上の構成員から排除することを承認した。さらに、当時の合衆国では、各州の主権が強調されていたため、各州の市民の範囲は、各州自身が決定すると捉えられていた。そのため、奴隷州では黒人は州市民からも排除されていた。

1．2．南北戦争終了後の再建期の取り組み

その後、合衆国では南北戦争が勃発する。南北戦争の直接の目的は、

---

[1] Scott v.Sandford, 19 Howard (60 U.S). 393 (1857).

[2] *Id.* at 404.

[3] *Id.*

[4] *Id.* at 404-405.

[5] *Id.* at 407.

合衆国における連邦制の維持であったが[6]、戦争が遂行する中で、Abraham Lincoln 大統領は、有名な奴隷解放宣言を発した[7]。奴隷解放は、必ずしも北部側の総意ではなく、北部側の反発も招いたが[8]、1865年に、北軍の勝利によって南北戦争が終結した後は、劣位に置かれていた黒人の地位の向上が政治課題となる。この取り組みが、いわゆる「再建（Reconstruction）」であって、共和党急進派がリードした。

再建期の解釈は、合衆国内においても非常に重要なテーマであって、わが国においても様々な論文の中で言及されている。本稿は、多様な内容を含む再建期の中でも、合衆国市民権の意味合いの変化に着目する。

１．２．１．合衆国市民権の付与による権利保障の実現

⑴再建期の連邦議会は、様々な取り組みを行ったが、その一つとして、第14修正を挙げることができる。第14修正により出生地主義が確立し、合衆国内で生まれた者は、原則として合衆国市民権を取得することになった。

もっとも、英国法を継受している合衆国において、既に出生による合衆国市民権を取得するルール自体が存在していたことは、それほど違和感があるわけではない[9]。実際、判例も、合衆国の建国初期から出生地主義が原則であったことを認めている[10]。したがって、出生地主義を明文

---

[6]「ホレス・グレーリーにあてた書簡」高木八尺＝斎藤光（訳）『リンカーン演説集』（岩波書店・1957年）134-135頁、「リンカーンの大統領就任」歴史学研究会（編）『南北アメリカ 先住民の世界から19世紀まで』（岩波書店・2008年）245-247頁［中條献執筆］、「リンカーンと奴隷解放」歴史学研究会（編）『南北アメリカ 先住民の世界から19世紀まで』（岩波書店・2008年）252-253頁［中條献執筆］。

[7]「奴隷解放をめぐって（1863年）」歴史学研究会（編）『南北アメリカ 先住民の世界から19世紀まで』（岩波書店・2008年）249-250頁［中條献執筆］。

[8] 同・250頁。

[9] 英国法が出生地主義を採用していた点については、Inglis v.Sailor's Snug Harbour, 28 U.S.99, 155 (1830) における Story 裁判官の同意意見の中に示されている。また、当時の英国法が出生地主義を採用していた点については、柳井健一『イギリス近代国籍法史研究 憲法学・国民国家・帝国』（日本評論社・2004年）38頁、50頁。

[10] 先例の概観については、United States v.Wong Kim Ark, 169 U.S.649, 658-

で確立したこと自体は、それほど新規性があるわけではない。

では、南北戦争後に実施された改正は、出生地主義によって合衆国市民権を取得することに対して、どのような意味を与えたのか。

この問いに対して一言で答えるならば、第14修正の起草者たちは、黒人に対して合衆国市民権を付与することにより、黒人の権利保障を実現しようとしていた、というべきである。

南北戦争以前にも黒人と白人の差異を意識しない、すなわち、「人種盲目的（color-blind）」を唱える急進的な見解は存在していた。この見解の後継者たちが、南北戦争後の再建期の議論をリードした[11]。

南北戦争以前は、自由州では黒人は完全な権利を有していた―ただし、人種的偏見に基づく差別がなかったわけではない[12]―にもかかわらず、奴隷州では権利が認められていなかった。Dred Scott 判決は、奴隷州、自由州出身に関係なく、黒人一般を、合衆国憲法起草者の意図を理由として、合衆国憲法上の構成員から排除することを承認した。さらに、当時の合衆国では、各州の主権が強調されていたため、州市民の範囲は、各州自身が決定すると捉えられていた。そのため、奴隷州では黒人は合衆国市民から排除されていた。

南北戦争を経て、州よりも連邦の権限が優越することが確定し、黒人の権利を保障する立法が制定された。その中には、解放奴隷を合衆国市民と宣言する1866年市民的権利に関する法律（Civil Rights Act of 1866）[13]も含まれていた。

しかし、このような立法に対しては、奴隷州ではたとえ州内で出生し

---

664 (1898) を参照。Wong Kim Ark 判決は、先例を概観した後に、合衆国内において出生地主義が確立していたことを示した。

[11] 大森一輝「「アメリカ」を追い求めて―19世紀後半の黒人解放思想における「カラー・ライン」と「アメリカ」/「アフリカ」」樋口映美＝中條献（編）『歴史のなかの「アメリカ」―国民化をめぐる語りと創造』（彩流社・2006年）207頁、真下剛「奴隷制廃止運動と「人種」」川島正樹（編）『アメリカニズムと「人種」』（名古屋大学出版会・2005年）76-78頁。

[12] 真下・前掲71-74頁。真下は、北部であっても黒人の選挙権取得資格が制約されていたことを示している。

[13] Act of April 9, 1866, ch.31, 14 Stat.27.

たとしても州市民として認められていないため、連邦議会は出生による市民権を創設する権限を欠くという批判や、共和制の市民に不適格な者（黒人）の解放は反共和主義的であるという批判が寄せられていた[14]。

出生による合衆国市民権の付与を定めた第14修正は、上記の批判を封じ込めることを目的としていた[15]。第14修正の制定によって、1866年市民的権利法の効力は、確定的なものになった。

⑵ Bingham を始めとする第14修正の起草者たちは、合衆国市民権には、合衆国市民としての権利が付随するものと考えていた。もっとも、起草者たちが想定していた合衆国市民としての権利の範囲は、限定的である。

起草者たちは、「例えば、契約を締結し、財産を所有するなどの基礎的手段のような法システムに参加する権利を中核としている『市民的権利（civil rights）』を、投票権のような『政治的』権利から区別していた。前者の『市民的』権利だけが、合衆国市民権に付着する権利として認識されていた[16]」。

例えば、Bingham は、第14修正起草以前には、「生きる権利、知る権利、自らの意思に従って主張し、発話する権利、労働し、労働から得た産物を享受する権利[17]」を合衆国市民権と結びつく権利として捉えていた。第14修正起草時には、Woodbridge も、Binghan 案に賛同する中で、「合衆国市民権に必ず付着する自然権[18]」を連邦議会が立法によって保障することが必要であると提案していた。また、Trumbull も、「合衆国市民に属する権利」を、「自然権として知られるもの[19]」として位置づけている。

⑶第14修正によって、黒人は合衆国市民権を取得した。そして、合衆国市民権には、市民的権利が付随する。したがって、第14修正は、連邦議

---

[14] Rebecca E.Zietlow, *Congressional Enforcement of Civil Rights and John Bingham's Theory of Citizenship*, 36 Akron Law Review 717, 732 (2003).

[15] *Id.*

[16] *Id.* at 742.

[17] Cong.Globe, 35th Cong., 2nd Sess.985 (1859).

[18] Cong.Globe, 39th Cong., 1st Sess.1088 (1866).

[19] Cong.Globe, 39th Cong., 1st Sess.1757 (1866).

会が立法によって権利保障を実現する根拠を提供した[20] [21]。

その後の再建期の連邦議会は、第14修正によって、合衆国市民の権利を保障することを目的とした立法を制定する権限を有しているという前提の下に、合衆国市民の権利を保護する立法を制定する。

1871年には、州、又は私人が、共謀して、「合衆国市民の権利、あるいは特権を有している、又は行使している状態[22]」を侵害することを禁止した。なお、この法律は、クー・クラックス・クランを規制することを目的として制定されたものである。

また、1875年には、宿泊施設、輸送機関、遊戯施設などにおける人種差別を禁止する目的の法律も制定している[23]。この法律のタイトル自身が、「市民的権利と法的権利について、全ての合衆国市民を保護する法律」となっている。

このような法律を制定するときも、連邦議会は、合衆国市民権の役割を強調している。例えば、1871年３月28日には、第14修正を具体化する法律について、Shellabarger 下院議員は、「合衆国市民権の中核要素である権利を直接保障するための法律を制定する権限[24]」が連邦議会にあること、「連邦議会は、合衆国市民権に内在する権利を保護する権限を有していること[25]」を繰り返し説く。Shellabarger によれば、合衆国市民に内在する権利とは、「合衆国の市民の特権又は免除」であって、その

---

[20] Zietlow, *supra* at 743.

[21] なお、権利保障の手段としては、合衆国市民権に内在する（と捉えられている）市民的権利を、直接保障する立法を制定する以外に、州による特権・免除の禁止もある。第14修正の起草者である Bingham は、黒人が合衆国市民としての権利を享受することが州によって阻害されないように、第14修正内に、州が合衆国市民としての特権、免除を制約することを禁止する規定を挿入した。Bingham は、合衆国市民としての特権、免除として、少なくとも第１修正から第８修正までを念頭に置いていた、と言われている（Richard L.Aynes, On Misreading John Bingham and the Fourteenth Amendment, 103 Yale Law Journal 57, 70-71 (1993)）。

[22] Act of April 20, 1871, ch.22, § 2, 17 Stat.13, 14.

[23] Act of March 1, 1875, ch.114, 18 Stat.335.

[24] 42 Appendix to the Congressional Globe, 1st Session, 69 (1871).

[25] *Id.*

内容は、「政府による保護：あらゆる種類の財産を取得し、所有する権利、幸福と安全を追及する権利が、政府が全体の一般利益のために設ける制約に服しつつも、生活と自由を享受すること[26]」である。

このように、再建期の連邦議会は、合衆国市民権を根拠として、二級化した合衆国市民の地位を改善しようとしていた[27]。

1．2．2．合衆国市民権と権利保障のもう一つの側面―合衆国市民権による排除―

上記では、第14修正の起草者たちは黒人に対して合衆国市民権を認めることによって黒人の権利保障を実現することを企図していたことを示した。これは、起草者たちが、合衆国市民権を、権利保障を実現するための根拠として捉えていたことに支えられている。しかし、合衆国市民権が権利保障を実現するための根拠である以上、合衆国市民ではない者は、権利保障から排除されることになる。

このような見解は、1866年市民的権利に関する法律（Civil Rights Act of 1866）[28]の制定過程の中に現れている。この法律は第14修正が起草される直前に成立したものであり、この成立過程に言及することによって、当時の連邦議会がどのようなやり方で黒人の権利を保護しようとしたのかを明らかにすることができる。

1866年市民的権利に関する法律は、第１条において、「合衆国内に誕生し、外国権限に服さない者は、課税されないインディアンを除いて、ここに合衆国の市民であると認定される」と定める。続いて、「そのような合衆国市民は」、人種や肌の色に関係なく、「白人と同じような、契約を締結する権利」などの権利を有すると定める。

当初、第１条の原案段階では、「州、または連邦統治領に居住する住民は、市民的権利、免除について差別されない」と規定され、市民的権利（civil rights）は、当初、外国人も含む「住民（inhabitants）」も対象であった。しかし、「この法律による保護を合衆国市民ではない住民に拡

---

[26] *Id.*

[27] Zietlow, *supra* at 745.

[28] Act of April 9, 1866, ch.31, 14 Stat.27.

張する連邦議会の権限について疑問[29]」を抱く Wilson の提案によって、「合衆国市民」と修正された。

Wilson の修正案に対し、合衆国市民と外国人の差別を許容するのかという疑問が提示されたが[30]、Wilson は、権利の保障の実現には救済が必要であること、その救済の一環として、連邦議会が合衆国市民の権利を保障するための法律を制定する権限を有していることを踏まえた上で、合衆国市民が合衆国政府に対して負う忠誠の対価として、合衆国政府が合衆国市民の権利を優先的に保護すべきであると反論している[31]。その後もいくつかの修正や大統領の拒否権発動を経たが、第１条が合衆国市民の権利を保障していることは変わっていない。

Dred Scott 判決は、黒人が合衆国市民ではないことを理由に、黒人を権利保障体系から排斥したが、Dred Scott 判決を否定した再建期の議論も、合衆国市民権を根拠に、外国人を権利保障体系から排斥する論理を用いていた[32]。

1866年法は、新たに合衆国市民として認められた黒人に対して、白人と対等な権利保障を実現することを目的としていたが[33]、その一方で、合衆国市民以外の者は権利保障の対象から外れた。

２．裁判所の反応―再建期の判例から Plessy v.Ferguson まで

２．１．再建期の判例

⑴一般に、再建期の裁判所は、連邦議会による南北戦争後の急進的な改革を阻止した、と受け止められている。

---

[29] Cong.Globe, 39th Cong., 1st Sess.1115 (1866).

[30] Cong.Globe, 39th Cong., 1st Sess.1291-1292 (1866). なお、この疑問を提示した者は、Bingham であった。

[31] Cong.Globe, 39th Cong., 1st Sess.1294-1295 (1866).

[32] Alexander M.Bickel, *The Morality of Consent* 40 (1975). ただし、Bickel は、合衆国憲法が、合衆国市民ではなく、人民（people）の権利を保障していると解釈した上で、「仲間を限定すること」、すなわち、「合衆国市民権の高揚」は、「偶然、あるいは、少なくとも二次的」であると批判している（*Id.*at 45）。

[33] Kenneth L.Karst, *Belonging to America:equal citizenship and the constitution* 50-51 (1989).

再建期の Chase Court の第14修正解釈は、「連邦議会に合衆国市民として有する権利を保護する権限を授けようとした[34]」第14修正の起草過程の熱意とは対照的に、「黒人の合衆国市民の市民的権利を保護する連邦政府の能力を切り下げる[35]」役割を果たしていた。わずか９年間の Chase Court を受け継いだ Waite Court の判例も、「第14修正、第15修正が、連邦議会に対して、黒人の市民的権利を擁護するための絶対的権限を授けていない[36]」こと、及び、「法廷を、人種平等を求める闘争に関わらせないようにするために、裁判所の権限を行使しない[37]」こと、という特徴を有していた。

この思考を最も如実に反映したのが、Civil Rights Cases[38]であった。この判決では、まず、1875年に制定された市民的権利に関する法律[39]が、第14修正に基づいて制定された点を指摘する。しかし、第14修正は州に対する禁止を定めた規定であって、個人同士の権利侵害について言及しているわけではない。連邦議会が第14修正の内容を具体化する法律は、第14修正の直接の対象ではない。上記で述べたように、1875年法は、公衆の宿泊施設や輸送機関、遊戯施設などにおける人種差別を禁止する目的の法律である。これは、第14修正の本来の趣旨から外れ、違憲である。個人的権利を個人が侵害することは、第14修正の主題ではないと述べた Civil Rights Cases は、「Dred Scott 判決以降、黒人が経験してきた最もショッキングな判決[40]」と評価されている。

この Civil Rights Cases の中で、法廷意見は、次のように述べる。

> 「人が奴隷から抜け出し、さらに、援助を行う法律により、奴隷状態に不可分な付随事情を振り切った場合、その変貌の過程には、

---

[34] Zietlow, *supra* at 719.

[35] Abraham L.Davis & Barbara Luck Graham, *The Supreme Court, Race, and Civil Rights* 16 (1995).

[36] *Id.*at 17.

[37] *Id.*

[38] 109 U.S.3 (1883).

[39] Act of March 1, 1875, ch.114, 18 Stat.335.

[40] Davis & Graham, *supra* at 19.

いくつかの段階がある。まず、彼は、単なる合衆国市民という地位を取得し、法律によって認められていた特別の優遇をやめる。そして、彼の権利―合衆国市民としての権利、人間としての権利を問わず―は、他者の権利が保護されている通常の態様で、保護されることになる[41]」。

このように、黒人に対する優先処遇を否定したCivil Rights Cases及び再建期の諸判例[42]により、「連邦政府が合衆国市民の権利を保護することは困難になった[43]」。

⑵もちろん、例外もある。この時期であっても、黒人の合衆国市民としての地位を認めた数少ない判決として、陪審資格を白人男性にのみ限定したウェスト・ヴァージニア州法を、第14修正違反と判示したStrauder v.West Virginia[44]がある。この判決は、黒人が新たに取得した合衆国市民権を取得したことを強調し、陪審から黒人を排除することは、黒人に対して、劣位にあるという烙印を押し付ける結果を招くため、合衆国市民としての地位に矛盾すると判示した。

しかし、Strauder判決については、既に第6章で指摘したように、後に大きな影響を与えた判決ではなく、また、Strauder判決自身も、州法が女性を排除していることについて、特に問題視していない。更に、「有色人種は、人種として、卑しむべき、無学な存在であって、このような状態において、優れた知性を持つ者に対して敬意を払うことに適さない[45]」と、黒人の劣位性を認めている[46]。

2．2．出生地主義の確立

---

[41] *Civil Rights Cases*, 109 U.S.at 25.

[42] この時期の判例の整理については、M.L. ベネディクト（著）/ 常本照樹（訳）『アメリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会・1994年）106-111頁を参照。

[43] 同・110頁。

[44] 100 U.S.303 (1880).

[45] *Strauder*, 100 U.S.at 306.

[46] Paul Brest et al., *Process of Constitutional Decisionmaking : Case and Materials* 357 (5th ed., 2006).

その後、United States v.Wong Kim Ark[47]によって、合衆国内で出生した者は、合衆国市民権を取得するという出生地主義の原則が確立する。これは、再建期の起草者の意図を承認した判決である（なお、Wong Kim Ark 判決の詳細については、第３章を参照）。

２．３．Plessy v.Ferguson

この時代を支配していたのは Plessy v.Ferguson[48]と、その判決以降が示した「分離すれども平等」法理である（なお、Plessy 判決の詳細については、第６章を参照）。

黒人は、第14修正の制定によって、合衆国市民と認められたにもかかわらず、二級市民化状態に置かれる。黒人には、合衆国市民として保障されている地位は、保障されない。合衆国市民の実質的範囲は、白人に限定される。合衆国市民間であっても人種が一つの分断線として機能した。

また、Plessy 判決において、合衆国憲法は人種に基づく識別をしておらず、合衆国市民の間に階級を認めていないと、唯一の反対意見を提出した Harlan 裁判官でさえも、先住民族やアジア系アメリカ人、海外諸島住民の存在を考慮に入れていなかった[49]。

３．Plessy 判決以後

Plessy 判決以後も、合衆国では、依然として人種が合衆国市民内の分断線として機能していた。異質な合衆国市民は、二級市民として位置づけられていた。なお、以下の内容については、既に関連する章において言及している箇所と重複が多いため、簡潔に述べる。

３．１．判例の展開

Plessy 判決は、二級化した合衆国市民の存在を承認した。二級化し

---

[47] 169 U.S.649 (1898).

[48] 163 U.S.537 (1896).

[49] Gabriel J.Chin, *The Plessy Myth: Justice Harlan and the Chinese Cases*, 82 Iowa Law Review 151 (1996). 詳細は６章を参照。

た合衆国市民という地位は、黒人だけに限られない。

黒人以外にも、ラテンアメリカ系アメリカ人、アジア系アメリカ人、アラブ系アメリカ人たちは、「合衆国市民としての権原を有しているが、完全な構成員としての地位よりも劣った権利しか享有していない異常な地位に置かれている[50]」存在として位置づけることが可能かもしれない。

例えば、Cong Lum v.Rice[51]では、合衆国で生まれた中国系合衆国市民を白人学校に通わせないことを正当化する中で、「分離すれども平等」法理に依拠し[52]、Plessy 判決を維持した。また、日系合衆国市民に対する夜間外出禁止命令[53]や、太平洋沿岸からの退去命令[54]も、戦争権限行使の一環として、合憲と判断されている[55]。

第６章、第７章で示したように、第14修正が定める出生地主義によって合衆国市民権を取得した者であっても、その出自、肌の色を理由に、合衆国内において劣位にある地位しか与えられなかった。結局、20世紀中ごろになるまで、合衆国の判例は、人種が分断線として機能することを承認していた。

３．２．社会の動向

⑴上記で示したように、19世紀の後半には、共和党急進派を中心に、黒人の二級化した合衆国市民としての地位を改善する立法が、次々と制定されていた。しかし、再建期も、後半を迎えると、南部白人による急進的な再建期の改革に抵抗に遭い、再建期の改革は後退し、各州の自律性

---

[50] Ediberto Roman, *The Citizenship Dialectic,* 20 Geogetown Immigration Law Journal 557, 573 (2006).

[51] Cong Lum v.Rice, 275 U.S.78 (1927).

[52] *Id.* at 86.

[53] Hirabayashi v.United States, 320 U.S.81 (1943).

[54] Korematsu v.United States, 323 U.S.214 (1944).

[55] 概要については、ベネディクト・前掲171-172頁、阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 下』（PHP 研究所・2004年）195頁、進藤久美子「日系人強制退去」アメリカ学会(編)『原典アメリカ史 第６巻』（岩波書店・1981年）75頁を参照。後に、自発的退去ではなく、刑事罰が伴う強制退去に変更されている。

を重視するようになった[56]。合衆国最高裁判所も、急進的な再建期立法に対する消極的な姿勢を示し、その後の黒人の地位は、改善されないままであった。

黒人に対して合衆国市民としての権利が認められたからといって、合衆国社会全体の黒人に対する偏見や差別意識が消滅したわけではない。かつては黒人と同様の差別の対象であった移民が「白人化」し、黒人を差別の対象とするようになった[57]。

20世紀前半には、「支配人種を創造し、退化をもたらす不適者（unfit）を除去する[58]」優生思想を背景に、断種の奨励や異人種間婚姻を規制する動きが登場する。人種を理由とした排外的な移民規制を唱えるMadison Grantなどの見解も、この時期に隆盛した優生思想を反映している（この点については、第２章、第３章、第７章も参照）。

⑵異質な人々として、排除の対象となった人たちの対応は様々である。

黒人エリート層は、自らをアメリカ人と規定し、黒人であることに基づく特別扱いを求めない地位の改善を実現しようとした[59]。現代的に言えば、人種に目をつぶる（color-blind）な態度である。さらに、黒人の地位改善を目指す中で、アメリカ人たる「白人」との混交も提唱していた[60]。しかし、黒人の地位改善は、必ずしも成功したわけではない。

Robert Parkが指摘したように、アメリカにおいて、「同化に対する主な障害は、文化的差異ではなく、身体的特徴にある[61]」。黒人たちは、

---

[56] 大森（2006年）・前掲209-210頁、落合明子「南部の再建と暴力―サウスカロライナ州における「秩序の回復」―」古矢旬＝山田史郎（編著）『権力と暴力』（ミネルヴァ書房・2007年）109頁。

[57] 大森一輝「アメリカニゼーションとカラー・ライン 南北戦争後のボストンにおける「人種」と「国民」」油井大三郎＝遠藤泰生(編)『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』（東京大学出版会・2003年）45頁。

[58] 貴堂嘉之「移民国家アメリカの「国民」管理の技法と「生―権力」―人種主義と優生学―」古矢旬＝山田史郎(編著)『権力と暴力』（ミネルヴァ書房・2007年）148頁。

[59] 大森（2003年）・前掲40頁。

[60] 同・44頁。

[61] Robert E.Park, *SOCIAL ASSIMILATION, in* Edwin R.A.Seligman and

合衆国市民であるにもかかわらず、身体的、人種的特徴を理由として、「よそ者、異質な人種の代表者[62]」として扱われていた。

帰化した移民や、移民の子供たちも、二級化した合衆国市民として、合衆国では、抑圧の対象となった。

第２章及び第７章で述べたように、人種意識に加え、宗教の相違や、第一次世界大戦中に高揚した100パーセント・アメリカニズムを背景として、20世紀前半には排外的な移民規制を主張する見解が登場した。

このような差別に対し、移民は、同化によって地位の改善を実現しようとした。第２章で述べた内容と重複するため省略するが、例えば、日系移民団体は、賭博防止運動を中心に、米化運動を展開した。賭博防止運動は、賭博によるイメージの悪化を防ぐと同時に、多くが中国人経営であった賭博場と距離を置くことによって、合衆国内においてしばしば同一視されがちな中国人との差別化を図ることを目的としていた[63]。

しかし､在米日本人指導者たちによる熱心な米化運動にもかかわらず、「アメリカ社会の差別に最前線でさらされていた」一般の「移民たちは、如何に米化運動を進めようとも、期待した成果は得られないと悟っていた[64]」[65]。

Alvin Johnson, eds., *Encyclopaedia of the Social Sciences vol2* at 281, 282 (1930).

[62] *Id.*

[63] 廣部泉「アメリカニゼーションと「米化運動」1910年代後半カリフォルニアにおける日本人移民の矯風運動」油井大三郎＝遠藤泰生(編)『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』（東京大学出版会・2003年）80頁

[64] 同・84頁。

[65] 異質な他者に対する同化の圧力は、第二次世界大戦中も継続する。例えば、John Howard は、第二次世界大戦中に日系人を収容した施設を、日系人を合衆国へと同化する「教化センター」として位置づける（ジョン・ハワード(著)/砂田恵理加(訳)「日系アメリカ人収容下のアメリカ化とキリスト教福音主義―国民化回路にあるジェンダーの視点から」樋口映美＝中條献(編)『歴史のなかの「アメリカ」―国民化をめぐる語りと創造』（彩流社・2006年）161頁)。

収容施設では、「アメリカ化の核にキリスト教化があった」と捉えられ、キリスト教の布教による同化が実施されていた（同・142頁)。それ以外にも、居住者の児童が通う学校における歴史教育では、アメリカが、東から西へと移動しながら成長した、というパイオニア精神を強調する教育が実施されていた。

4．小括

本章では、19世紀中ごろに生じた南北戦争以後の合衆国において、合衆国市民権を取得したにもかかわらず、合衆国市民としての権利が保障されていない者、すなわち、二級化した合衆国市民が存在していたことを示した。ここで対象とした二級市民は、主に、黒人であるが、人種が分断線として機能した結果、同化の対象から外れた移民の子供や帰化した移民も含まれる。

このような二級化した合衆国市民の地位改善は、Warren Court が取り組んだ課題であった。第10章で述べるように、Warren Court は、合衆国市民権を土台として、二級化した合衆国市民を、通常の合衆国市民のレベルにまで引き上げた、と捉えることができる。

もっとも、Howard は、「日系人強制収容所のアナロジーとしてふさわしいのは、西部開拓者たちの歴史ではなく、ネイティヴ・アメリカンたちが次々と住んでいた土地を追われ、東から西へと、肥沃で、魚も泳ぎまわる土地から、枯れた土地へと強制移住させられた歴史である」と皮肉っている（同・147頁）。

第10章　Warren Court の論理―合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除―

Earl Warren が第14代合衆国最高裁判所長官に就任した1953年から、退任した1969年までの期間を、一般に、Warren Court と呼ぶ。この時期の裁判所は、日本国内においても有名であり、マイノリティの権利に配慮したリベラルな判決を次々と下し、黒人の地位を向上させた時代と、しばしば伝説的なイメージでもって語られている[1]。

このような一般的なイメージは、決して間違っているわけではない。例えば、Loving v.Virginia[2]では、婚姻する権利を基本的な市民的権利の一つと把握した上で、異人種間婚姻を禁止するヴァージニア州法は、婚姻する権利を侵害するものであり、第14修正違反と判示した。

異人種間婚姻は、合衆国市民の中でも人種を分断線とする考え方を直接実現する手法であろう。これを第14修正違反と判示した Warren Court は、前章までに指摘した判例とは明らかに異なる。

本章は、このような判断を下した Warren Court の背景には、合衆国市民権を権利保障の土台として把握する見解が存在していたことを示し、それに対する批判を検討する[3]。

1．出発点としての Brown v. Board of Educational of Topeka

Loving 判決は、ヴァージニア州法が白人の優越性を維持するために

---

[1] Warren Court の概要については、阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 下』（PHP研究所・2004年）239-272頁、M.L. ベネディクト（著）/ 常本照樹（訳）『アメリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会・1994年）177-197頁、メアリー・ベス・ノートンほか（著）/ 本田創造（監修）上杉忍＝大辻千恵子＝中條献＝中村雅子（訳）『アメリカの歴史　第６巻　冷戦体制から21世紀へ』（三省堂・1996年）104-118頁を参照。

[2] 388 U.S.1 (1967).

[3] なお、いわゆる平等エンプティ論については、ここでは検討の対象としない。平等エンプティ論については、奥平康弘「「基本的人権」における「差別」と「基本的人権」の「制限」―「法の下の平等を考える」―」名古屋大学法政論集109号245頁（1986年）など参照。

制定されたと指摘した直後に、「我々は、人種に基づいて合衆国市民の権利を制限する立法措置の合憲性を、一貫して否定してきた[4]」と判示している。Loving 判決が下されたのが、Warren Court 後期の1967年であったことを考慮すると、この簡潔なフレーズは、全員一致の法廷意見を執筆した Warren 長官が、今までの Warren Court を振り返った一節だった、と把握できる。

Loving 判決が人種に基づいて合衆国市民の権利を制限する立法措置を違憲と判断してきた Warren Court の後半の判決ならば、その始まりは、以下で検討する Brown v. Board of Educational of Topeka[5]（以下「Brown Ⅰ判決」）であろう。これは、人種別学を違憲と判断した著名な判決である。

1．1．Brown Ⅰ判決

Brown Ⅰ判決は、黒人児童が、白人児童が通う公立学校への入学を求めて、人種別学を定めていた州法の違憲性を争った事件である。

しかし、人種別学は、Plessy v.Furgeson[6]以降に形成された「分離すれども平等」法理に基づくならば、違憲とはいえない。そこで、全員一致の法廷意見を執筆した Warren 長官は、初等教育における分離が黒人児童に及ぼす効果に着目する。

Warren 長官によれば、「児童を、人種にのみ基づいて同程度の年齢、同程度の能力の他者と分離することは、共同体における自らの地位が劣位にあるという感覚を与える。このような劣等感は、児童の内面に対して、放置できそうにもないやり方で、影響を及ぼす[7]」。人種に基づく分離教育は、「黒人児童の教育的、精神的発達を遅らせ、黒人児童が人種統合的学校制度に通っていた場合に得たであろう利益を奪う傾向にある[8]」。

---

[4] *Loving*, 388 U.S.at 11-12.
[5] 347 U.S.483 (1954).
[6] 163 U.S.537 (1896).
[7] *Brown I* , 347 U.S.at 494.
[8] *Id.*

Warren 長官による法廷意見は、このような「心理学的知見[9]」が、Plessy 判決が公立学校には適用されない根拠になると判示した。

1．2．Brown Ⅰ判決が意味するもの―合衆国市民権を基礎とした権利保障

法廷意見は、Brown Ⅰ判決における違憲判断を導くための根拠として用いられた、人種別学が児童にもたらす心理的影響について言及する直前に、教育の役割について、次のような認識を示している。

> 「今日、教育は、おそらく、最も重要な、州、そして地方政府の機能である。義務教育の法制化、教育に対する多額の予算の支出は、双方とも、我々の民主主義社会における教育の重要性の認識を示している。教育は、我々の最も基本的な公共責任―それが軍事服務であっても―の実施の際にも要求される。教育は、よき市民であるための真の基礎である。今日、教育は、児童に文化的価値を自覚させ、将来の専門的訓練のために準備をし、環境に正常に適応させることを援助するための重要な装置である。現代では、児童が教育の機会を否定されたとしても人生において成功を収めるかもしれないという期待は疑わしいものである。このような教育の機会―州が提供する責務を担っている―は、平等に保障されなければならない[10]」。

この判示は、教育が、良き合衆国市民を形成するための装置であることを示している。黒人は、その人種の劣等性ゆえに、白人から乖離される。その結果として、自らの劣等性を自覚してしまう。これは、一種のスティグマである。スティグマを黒人に与えてしまう人種別学制度は、黒人を共同体の一員とみなしていないことにほかならない。Warren 長官は、「公立学校における別学が、黒人の二級市民化を生み出している[11]」と認識した上で、二級市民化の解消を実現した。このときに用い

---

[9] *Id.*

[10] *Id.* at 493.

[11] Thomas Alexander Aleinikoff, *Semblance of Sovereignty* 40 (2002)［以下 Aleinikoff

られた論理は、「何百万人もの人々が、平等な市民からなる共同体に属しているという今更ながらの認識[12]」である。Kenneth L.Karst が指摘したように、「平等な合衆国市民」という発想が、Brown Ⅰ判決以降の黒人と白人の分離を解消した判決の本質にある[13]。

前章で述べたように、第14修正第１節第１文が規定する、出生によって取得した合衆国市民権という概念は、黒人は合衆国市民に含まれないと判示した Dred Scott Case[14]を否定するために設けられた。そして、第14修正第１節第２文以下は、「新たな合衆国市民―自由人として生まれた者、奴隷として生まれ、現在は自由人となった者―が二級市民として苦しまないように保障すること[15]」を目的としている。

Brown Ⅰ判決以降のリベラルな判決は、このような考え方を貫徹させたと言える。すなわち、「三概念―市民権、平等、権利―は関連し、各概念が、Warren Court における憲法に関する牽引役、すなわち第14修正第１節の中核である[16]」という市民権理解である[17]。

(2002) と略記].

[12] Kenneth L.Karst, *Belonging to America:equal citizenship and the constitution* 19 (1989).

[13] *Id*. at 18-19.

[14] Scott v.Sandford, 60 U.S.393 (1857).

[15] Aleinikoff (2002), *supra* at 40.

[16] *Id*. at 40.

[17] このような Aleinikoff による合衆国市民権の背景には、Charles Black の影響が指摘されている。Charles Black の思考を描写した論稿として、駒村圭吾「チャールズ・ブラック」駒村圭吾＝山本龍彦＝大林啓吾（編）『アメリカ憲法の群像 理論家編』（尚学社・2010年）。

Black によれば、「法制度ないし社会が、白人優位の維持のために、黒人に『下層カーストのしるし（mark of low caste）』を烙印し、劣等身分を算出することは、黒人を『市民（citizen）』として認めた修正14条が明らかに忌避した事態である」（同・18頁）。Black は、「『劣等身分』『市民』というタームを用いて、平等権解釈を、市民社会の構成原理（あるいは、一見逆説的であるが、国家の身分秩序原理）に接続し、理論的な基盤を提供した」（同・19頁）。これは「人権享受の基礎を合衆国市民という『身分（status）』に置こうとする従来の主張をより強固にするものであり、person 論とは真っ向から対立する」（同・26頁）。

2．Brown Ⅰ判決を支える背景

Brown Ⅰ判決は、平等な合衆国市民という論理による二級市民化の解消を目的としていた。このような Warren Court の市民権構想は、この時代にとっては、決して特異なものではなかった。

⑴例えば、1950年に―そして現代においても有力な―シティズンシップ論を提示したイギリス人の T.H.Marshall は、シティズンシップを、「共同社会の完全な構成員[18]」と定義し、シティズンシップの三要素を指摘した。

Marshall によれば、シティズンシップには、市民的要素、政治的要素、社会的要素の三種類がある。「市民的要素は個人の自由のために必要とされる諸権利から成り立っている。すなわち、人身の自由、言論・思想・信条の自由、財産を所有し正当な契約を結ぶ権利、裁判に訴える権利である」。「政治的要素とは、政治的権威を認められた団体の成員として、あるいはそうした団体の成員を選挙する者として、政治権力の行使に参加する権利のことを意味している」。「社会的要素とは、経済的福祉と安全の最小限を請求する権利に始まって、社会的財産を完全に分かち合う権利や、社会の標準的な水準に照らして文明市民としての生活を送る権利に至るまでの、広範囲の諸権利のことを意味している。これと最も密接に結びついている制度は、教育システムと社会的サービスである[19]」。

Marshall は、20世紀においては、社会的権利が中心になると述べる。特に、「理性的で知性を持ち、読み書きを学んだ人物によって行使されるべく構想されている」「市民的権利」の保持者を養成するために、また、「政治的民主主義は教育を受けた選挙人を必要と」するために、教育は必要条件であることが認識されるようになった[20]。

人種別学が黒人に対して心理的な劣等感を植え付けることを根拠に、

ただし、後述するように、Black 自身は、州内の外国人の法的地位については合衆国憲法上は合衆国市民との差はほとんどない、と主張している。

[18] T.H. マーシャル＝トム・ボットモア（著）/ 岩崎信彦＝中村健吾（訳）『シティズンシップと社会的階級―近現代を総括するマニフェスト』（法律文化社・1993年）11頁。

[19] 同・15-16頁。

[20] 同・33-35頁。

人種別学が第14修正に違反すると判示したWarrenの市民権理解は、この点については、民主主義の実現のために教育の必要性を説いたT.H.Marshallの市民権理解との共通性を見出すことができる。

⑵また、この時代は、判例だけではなく、政治部門も、リベラル・コンセンサスを形成していた[21]。Brown Ⅰ判決も、このような文脈の中で捉えることができる。

第二次世界大戦中に黒人が国防に果たした役割が認識されてきたこと、ユダヤ人に対する人種差別を実践していたドイツ、自由主義に敵対的なソヴィエト連邦を敵国として戦争を遂行した第二次世界大戦、冷戦を経験する中で、敵国が実践している人種差別や自由への抑圧をアメリカ合衆国自身が実践しているという批判などを受け、第二次世界大戦以降、貧困と人種差別の解消が政治課題となる。

1961年に大統領に就任したJohn F.Kennedyは、貧困問題の解消と、市民的権利の擁護に取り組む意欲を示していたが、暗殺によってKennedyの構想は挫折する。

むしろ、合衆国のリベラル・コンセンサスを形成した政治部門の代表格は、Kennedyの取り組みを受け継ぎ、1963年から1969年まで合衆国大統領を務めたLyndon B.Johnsonである。Johnson大統領は、「偉大なる社会（the Great Society）[22]」の建設を目指して、市民的権利を擁護する立法を主導した。

Johnson大統領は、1965年６月４日の演説の中で、次のように述べる。「機会の扉は、十分には開かれていない。全ての合衆国市民は、この門を通過する資格を有しているはずである[23]」。黒人の社会進出が進んでいるが、大多数の黒人は依然として貧困のままである。彼らは、「もう一つの国民[24]」である。長い間侵害されていた黒人の権利を保障する政

---

[21] ベネディクト・前掲164-166頁。

[22] *Public papers of the Presidents of the United States, Lyndon B. Johnson : containing the public messages, speeches, and statements of the President 1965*, 637 (June 4, 1965).

[23] *Id.* at 636.

[24] *Id.* at 637.

策は、正義の観点から正当化される。Johnson 大統領は、このような意識を保有しながら、市民的権利を保護するための立法を展開した。

例えば、Johnson は、上院議員時代には、1957年、1960年の市民的権利に関する法律（Civil Rights Act of 1957[25]、Civil Rights Act of 1960[26]）の制定に関与し、大統領時代には、1964年市民的権利に関する法律（Civil Rights Act of 1964[27]）、1965年投票権法（Voting Rights Act[28]）の制定、移民の出身国別割り当て制度の廃止[29]を主導した[30]。

一連の法律の内容は非常に多岐にわたるため、詳述は避けるが、例えば、識字テストによる投票資格の制限の禁止[31]、公共施設が提供する商品、便宜を、人種、肌の色、宗教、出身国によって差別することの禁止[32]、公立学校における分離教育の禁止[33]などが含まれる。

⑶ Brown Ⅰ判決を導くための社会的背景については、Johnson 大統領と並んで、Gunnar Myrdal にも言及する必要があるだろう。Myrdal によれば、「社会的分離と差別は、白人集団が黒人集団に押し付けた剥奪体制であ[34]」り、「社会的差別は、黒人を全ての点において下位のままにしておく手段として強い効果を有する[35]」と指摘する。Myrdal の著作は、Brown Ⅰ判決の脚注11― Plessy 判決の射程を限定する文脈である―にも引用され、反映されている。

---

[25] Civil Rights Act of 1957, Pub.L.No.85-315, 71 Stat.634 (1957).

[26] Civil Rights Act of 1960, Pub.L.No.86-449, 74 Stat.86 (1960).

[27] Civil Rights Act of 1964, Pub.L.No.88-352, 78 Stat.241 (1964).

[28] Voting Rights Act of 1965, Pub.L.No.89-110, 79 Stat.437 (1965).

[29] Act of October 3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79 Stat.911.

[30] なお、市民的権利に関する法律については、藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂・1998年）162-213頁。

[31] Civil Rights Act of 1964, Pub.L.No.88-352, § 101, 78 Stat.241 (1964).

[32] *Id.* § 201, 78 Stat.241, 243 (1964).

[33] *Id.* § 401, 78 Stat.241, 246-247 (1964).

[34] Gunnar Myrdal, *An American Dilenma vol.2. The Negro Social Structure* 575 (1964).

[35] *Id.* at 642.

3．合衆国市民権が持つ役割―平等と排除―

上記では、Brown Ⅰ判決を取り上げ、Brown Ⅰ判決が、合衆国市民権を梃子にした権利保障を実現するための理論を提供していること、アメリカ社会もBrown Ⅰ判決を支持する見解を形成していたことを示した。Brown Ⅰ判決以降、Warren Courtは、Brown Ⅰ判決が示した合衆国市民権構想を背景に、次々と権利保障を実現していく。以下では、Warren Courtの市民権構想の検討をする前提として、合衆国市民権が持つ平等の要請と排除の要請について検討する[36]。

3．1．合衆国市民権による平等

第一に、市民権概念における平等の要請は、民主的秩序の発展において、中枢的な役割を果たしてきた[37]。例えば、合衆国憲法起草者の一人であるMadisonは、次のように述べる。

> 「共和国においては、単に社会をその支配者の圧制から守るだけではなく、社会のある部分を他の部分の不正から守ることも、大切なのである。市民の間に異なる階層が存在すれば、必然的に異なる利害関係もまた存在する。もし、多数が共通の利害関係で統一されるとなると、少数者の権利は危険になる[38]」。

また、Jayも、「およそ全般的な目的に関する限り、われわれは一様に一つの国民であった。個々の市民は、アメリカ中どこにいても、同じような国民としての権利、自由、保護を受けていたのである[39]」と述べ、合衆国市民としての一体性と、等しく扱われることを強調する。

前章で述べたように、合衆国市民であるならば人種に関係なく、等し

---

[36] Ediberto Roman, *The Citizenship Dialectic,* 20 Geogetown Immigration Law Journal 557 (2006).

[37] *Id.* at 564.

[38] アレグザンダ・ハミルトン＝ジョン・ジェイ＝ジェイムズ・マディソン（著）/ 斎藤眞＝武則忠見（訳）『ザ フェデラリスト』（福村出版社・1991年）255頁。

[39] 同・８頁。

く権利が保障されるという見解は、再建期の見解にも現れている。

「実際、合衆国市民権は、合衆国内で生まれた者、あるいは合衆国へ帰化した者以上のものとして発展してきた。合衆国市民権の付与は、…選挙権、陪審として活動する権利のほかに他の重要な憲法上の権利を含む、特定の権利と義務を保障するものである[40]」。しかしながら、合衆国市民権の重要性は、裁判所や立法府が承認した前述の権利だけに尽きるものではない。「合衆国市民権は、自由民主主義国家における中核概念として認識され、この社会における個人のアイデンティティの中核的要素でもある。まさに個人が有する合衆国市民権という地位の効果によって、個人は、政治的共同体の平等な構成員となる。第14修正の市民権条項は、理論的に、各州が劣位にある集団を他者として扱うこと、あるいは、彼らに対する『共同体における公共生活への完全な取り込み』を否定することを禁止する[41]」。「平等と帰属は不可分に結びついているため、合衆国市民としての地位を承認することが、完全かつ平等な合衆国への帰属を意味する[42]」。

このように、第14修正は、合衆国市民には一つの階級しかないというMadisonの構想に立脚していた。しかし、このような見解は、再建期に端緒があると言うことはできるが、実際に合衆国市民間の平等が実現するためには、相当の期間を必要とした。

3．2．合衆国市民権による排除

第二に、市民権における排除の要請は、市民権が構成員ルールとしての性質を持つ故に含まれる。

合衆国市民権には特定の権利が付着する。同時に、合衆国市民権は、特定の共同体の構成員資格である。したがって、合衆国市民ではない者は、合衆国市民権に付着する権利を有さない。

このような見解は、1866年市民的権利に関する法律（Civil Rights Act

[40] Roman, *supra* at 567.

[41] *Id.* at 567-568.

[42] *Id.* at 568.

of 1866)[43]の制定過程の中に現れている（詳細については、前章を参照）。

３．３．合衆国市民権の役割の定式化と問題点

⑴上記で示したように、合衆国市民権には、平等と排除という各要請が含まれる。この二つの要請を持つ合衆国市民権の役割は、次の言葉に集約することができる。すなわち、「内部者を定義することにより、市民権概念は、必然的に外部者を定義する。そして、魔法の壁で囲まれた集団に対して完全かつ平等な権利を与えることにより、外部者集団に対しては、ほとんど権利を認めない、あるいはほとんど注意を払わない[44]」。

⑵このような合衆国市民権の定式化は、次のような問題点を提示する。

第一に、合衆国市民の範囲が、恣意的に設定されてきた点である。今まで検討してきたように、帰化資格や、その前提となる在留資格は、合衆国市民にとって望ましい人々を受け入れる一方で、非アメリカ的な人々を排除してきた歴史を有する。合衆国市民の範囲が不合理な理由に基づいて設定されるならば、合衆国市民権による権利保障が実現する範囲も恣意的にならざるを得ない。

もっとも、第二次世界大戦を遂行する過程において、帰化資格の制約が撤廃され、最終的に帰化に対する人種上の明示的制約が消滅するのは、1952年であった[45]。また、Johnson 大統領は、「偉大なる計画」の基本理念の下、人種に基づく移民規制であるという批判を受けて、出身国別割り当て制度を廃止している[46]。

したがって、Warren Court 期には、合衆国市民の範囲を恣意的に設定しているという問題は、政治部門が解決していた（もっとも、思想による帰化制約の問題は依然として残る。詳細については、第１部を参照）。Warren Court が取り組んだ課題は、むしろ、次に指摘する、二級市民

[43] Act of April 9, 1866, ch.31, 14 Stat.27.

[44] T.Alexander Aleinikoff, *Citizenship Talk: A Revisionist Narrative*, 69 Fordham Law Review 1689, 1692 (2001). 同様の指摘として、T.Alexander Aleinikoff, Comment:Charles Black and Human Rights, 92 Georgetown Law Journal 773, 774-776 (2004).

[45] Immigration and Nationality Act, ch.477, § 311, 66 Stat.163, 239 (1952).

[46] Act of October 3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79 Stat.911.

化した合衆国市民である。

上記で示した合衆国市民権の役割の定式化が示す第二の問題点は、主流派が、特定の人々を、合衆国の構成員であっても、合衆国構成員に相応しくないと判断した場合、主流派が、自らの権限を行使して、合衆国市民権に付着する権利を否定することである。

実際、アメリカには、構成員から排除された人々、及び構成員には一応含まれるものの、周辺的な位置づけしか与えられていない人々を示す事例またはそれに触れる言説が数多く存在している。

それを示す最近の一言説として、「過去三世紀半にわたってあらゆる人種、民族、宗教のアメリカ人によって受け入れられてきたアングロ－プロテスタントの文化と伝統および価値観に、アメリカ人はもう一度立ち返るべきなのだ[47]」という Huntington の主張を挙げることができる。

第２部及び前章で述べたように、黒人奴隷が人種的に劣位にあることを理由として、合衆国の構成員であることを認めつつも、周辺的な位置のまま固定化することを正当化した Plessy 判決も、その一例として挙げることができる。

黒人以外にも、ラテンアメリカ系アメリカ人、アジア系アメリカ人、アラブ系アメリカ人たちは、「合衆国市民としての権原を有しているが、完全な構成員としての地位よりも劣った権利しか享有していない異常な地位に置かれている[48]」存在として位置づけることが可能かもしれない。それを示すものとしては、日系アメリカ人に対して太平洋西岸から退去命令を出した大統領命令を、戦争権限の行使の一環として容認した Korematsu v.United States[49]を挙げることができる。

⑶ Warren Court の主眼は、二級市民化した合衆国市民の地位の解消である。しかし、合衆国市民権を強調することによって権利保障を実現す

---

[47] サミュエル・ハンチントン（著）/ 鈴木主税（訳）『分断されるアメリカ』（集英社・2004年）14頁。ただし、Huntington は、移民はアングロ－プロテスタントの文化・伝統・価値観に同化するべきだと主張するが、非アングロサクソン系移民を排除するべきだと主張しているわけではない。

[48] Roman, *supra* at 573.

[49] 323 U.S.214 (1944).

ることを企図したWarren Courtの論理は、二級化した合衆国市民の地位を向上させる一方で、合衆国市民ではない人々を権利保障体系から排除する機能をも果たす。

権利の土台としての合衆国市民権という役割を貫徹したWarren Courtについては、次に詳述する。

4．Warren長官の市民権構想と判例の検討

4．1．Warren長官の市民権構想

前述したように、Brown Ⅰ判決は、合衆国市民権を基礎にした二級市民の解消という論理を提示している。これは、Warren長官の合衆国市民権理解が反映されている。

4．1．1．Perez v.Brownellと同日の二判決

⑴ Warren長官の市民権構想は、直接的には、Perez v.Brownell[50]における反対意見の中に表明されている[51]。これは、外国の選挙に投票することを理由にした合衆国市民権の剥奪を規定した1940年国籍法の合憲性について争われた事件である。

この事件において、法廷意見は、本件の問題を外交事項の問題と位置づけ、上記の絶対的権限の法理に依拠し、当該立法は連邦議会の有する広範な立法裁量の範囲内に収まると合憲判断を下した[52]。そして、合衆国市民が外国の選挙に投票することにより、合衆国が他国との紛争に巻き込まれる可能性が生じ、このような問題を解決するためには、合衆国市民権を剥奪することが必要であると判示した[53]。この判断自体は、先例の延長線上にある（先例については脚注参照）[54]。

---

[50] 356 U.S.44 (1958).

[51] 以下のWarrenの市民権構想に関する判例の整理については、Aleinikoff (2002) のほかに、Philip B.Kurland, *FOREWORD:"Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Branches of the Government"*, 78 Harvard Law Review 143, 169-175 (1964) を参照としている。

[52] *Perez*, 356 U.S.44, 58-59 (1958).

[53] *Id.* at 60-62.

[54] 先例としては、Mackenzie v.Hare, 239 U.S.299 (1915) と、Savorgnan v.United

このような法廷意見に対し、Warren 長官による反対意見（Douglas 裁判官同調）は、「市民権は、人の基本的な権利である。なぜならば、それは、諸権利を持つための権利だからである[55]」と述べる。そして、Warren 長官は、市民権を奪われた無国籍者について、次のように判示した。

> 「（市民権という）貴重な権利保有状態を取り去ると、無国籍者の状態になる。同胞の視点からすると、彼は、不祥事を起こし、堕落した者である。無国籍者は、あらゆる国から、保護を求める法的な主張をすることができず、どの国も彼のために権限を主張すること

States, 338 U.S.491 (1950) がある。

Mackenzi 判決では、合衆国市民である女性が外国人男性と結婚した場合については、合衆国市民権を喪失し、夫の国籍を取得するという規定（Act of March 2, 1907, § 3,34 Stat.1228, 1228-1229）の合憲性が争われた。法廷意見は、市民権に関する事項は主権に属する問題であり、また、当該規定は連邦議会の明示的に規定しているため、争点となっている要件に対し制約を設けることは司法権の限界を超えると判示し、当該規定を合憲とした。この判決においても、市民権の強制的離脱は「市民の同意がないまま行われてはならない」（*Mackenzi*, 239 U.S.at 311）と判示している。しかし、法廷意見は、市民の同意を、市民の主観的意図からではなく、市民が、当該外国人との婚姻によって合衆国市民権を喪失する結果を導くという通知を受けつつも自発的に婚姻関係を締結したという事実から推論している。

Savorgnan 判決では、イタリア人男性と婚姻するためにイタリア国籍を取得したが、合衆国市民権を放棄する意図を示さず、また、イタリアに対する忠誠宣言が行われたことを十分に理解していなかった女性が合衆国市民権を喪失するかどうかについて争われた。法廷意見は、「制定法が当該合衆国市民の国籍離脱に対する合衆国政府の許可を明示的に条件付けている行為は、客観的に宣言されている」（*Savorgnan*, 338 U.S.at 499）と判示している。

このように、国籍離脱は、制定法に定められた行為を行ったかどうかによって判断され、当該合衆国市民の主観的意図とは無関係であった。なお、上記の記述は、Peter J.Spiro, *Afroyim: Vaunting Citizenship, Presaging Transnationality*, David A.Martin & Peter H.Schuck, ed., *Immigration Stories* 149 (2005) を参考にしている。

[55] *Perez*, 356 U.S.44, 64 (1958).

はない。彼の存在の本質は、彼がたまたま存在している境界線内の国家の表面にいるに過ぎない。この国では、無国籍者は、せいぜい、外国人が有する限定的な権利と特権しか有さない。外国人と同様に、彼は、退去強制の対象とさえなりうる。その結果、いかなる権利を主張する権利も奪われるかもしれない。合衆国政府は、このような運命を宣告する権限を持って設立されてはいない[56]」。

Warren 長官は、このように、合衆国市民権の重要性を認識した上で、単一忠誠の原則から、自発的に忠誠を放棄するような行動（例えば、他国の国籍を取得すること）を取った市民は合衆国市民権を喪失するという原則は否定できないものの[57]、上記のような合衆国市民権を喪失する結果の重大性を考慮し、忠誠を放棄したと示す行動を狭く解釈する。そして、外国の選挙に投票することは自発的な忠誠放棄と解されないため、合衆国市民権は喪失していないと判示した[58]。

⑵さらに、Perez 判決と同日に下された Trop v.Dulles[59]においても、Warren 長官は、次のような意見を執筆している。

「（市民権を剥奪することは身体に対する侵害ではなく、）組織化された社会における個人が有する地位の全体的な破壊である。市民権を剥奪することは、拷問よりも原始的な刑罰の形態である。なぜならば、それは、その刑罰を受ける個人にとって、何世紀もかけて発展した政治的存在を破壊するからである。この刑罰は、合衆国市民権という、国家的政治共同体および国際的政治共同体における地位を剥奪する。彼の存在は、まさに、彼が偶然に自らの居場所を見出した祖国が下した許可の下にある。ある国が、彼（無国籍者）に対し、いくつかの権利を付与し、彼がその国に滞在している限り、外国人に限定された権利しか認められないとしても、他国がそのよ

[56] *Id.* at 64-65.
[57] *Id.* at 68.
[58] *Id.* at 78.
[59] Trop v.Dulles, 356 U.S.86 (1958).

うな措置を講ずる必然性はない。なぜならば、彼は無国籍者だからである。さらに、彼が外国人として限定された権利しか有していないという状態は、退去強制の理由により、いつでも終了する危険に晒されている。つまり、国籍離脱は、諸権利を持つための権利を喪失させる[60]」。

Warren 長官は、上記のような認識に立脚し、戦時における脱走に対する刑罰として市民権を剥奪することは、第８修正により禁止されると判示した。

⑶さらに、同日の Nishikawa v.Dulles[61]では、Warren 長官による法廷意見は、上記の二判決とは異なり、詳細な憲法判断を行ってはいないが、合衆国市民権の放棄を示す行為が自発的に行われたかどうかは、「明確で、説得力を持ち、絶対的な証拠（clear, convincing and equivocal evidence）[62]」によって判断し、かつ、証明責任は合衆国政府側にあると判示した[63]。これは、合衆国市民権に重大な意味があると認識していることの裏返しと理解できる。なお、Black 裁判官による同意意見では厳格な憲法上の制約が課せられていると判示している。

４．１．２．Perez 判決以降の展開

その後、判例は、徴兵を違法に回避したことを理由に自動的な市民権剥奪を認めた法律は残虐で異常な刑罰の禁止に反すると判示した Kennedy v.Mendoza-Martinez[64]、帰化した合衆国市民を出生によって合衆国市民となった者と異なる扱いをすることは第５修正により禁止されていると判示した Schneider v. Rusk[65]を経て、Afroyim v. Rusk において、５対４の僅差で Perez 判決における Warren 反対意見を明示的に受

[60] *Id.* at 101-102.
[61] 356 U.S.129 (1958).
[62] *Id.* at 135.
[63] *Id.* at 136.
[64] Kennedy v.Mendoza-Martinez, 372 U.S.144 (1963).
[65] Schneider v. Rusk, 377 U.S.163 (1964).

け入れ[66]、連邦議会は合衆国市民の同意なしに合衆国市民権を剥奪する権限を有しないという判断に至った。法廷意見は、次のように判示した。

> 「合衆国市民権は、決して、軽い些事ではない。合衆国市民権は、連邦議会が、一般的に、あるいは黙示的に授権された権限の名の下に、いつ何時に権限を行使したとしても、危険に晒されるべきではない。いくつかの例では、合衆国市民権の喪失は、人間が、祖国を持たない人間として、市民権による保護がないまま、世界のあらゆる国に放り投げられることを意味する。この国において市民権は、協同しながら遂行する事業（cooperative affair）の一部である。すべての市民（the citizenry）が祖国（the country）であり、祖国はすべての市民である。我々の自由な政府の本質として、一時的に公職に就任中のある市民集団が、他の市民集団の市民権を奪うという法原則を有しているというのは、完全に矛盾している。第14修正は、この国のすべての国民を、宗教的信条、肌の色、人種にかかわらず、連邦議会による強制的な市民権剥奪から保護しているために設けられ、かつ、実際に保護していると我々は解釈する[67]」。

このような判示の中に、アメリカ社会の中で生活する上で合衆国市民権が価値あるもの、という裁判官の認識が示されている。合衆国市民権が重要なものであるがゆえに、合衆国市民権を恣意的に剥奪してはならない、という論理を判例は展開した。

４．１．３．Arendt と Warren の見解

⑴このような「諸権利のための権利」という Warren Court による合衆国市民権の定式化には、Hannah Arendt の理論の影響があると指摘されている[68]。

---

[66] Afroyim v.Rusk, 387 U.S.253, 267 (1967).

[67] *Id.* at 267-268. なお、この点については、第６章も参照。

[68] T.Alexander Aleinikoff, *Theories of Loss of Citizenship*, 1986 Michigan Law Review 1471, 1479, footnote.42 (1986).

Warren と Arendt の市民権理解に関する共通性を示すものとしては、徴兵を違法に回避したことを理由に自動的な市民権剥奪を認めた法律は残虐で異常な刑罰の禁止に反すると判示した Mendoza-Martinez 判決がある。Warren も同調した法廷意見は、Arendt の『全体主義の起源』を引用しながら、無国籍者にとって「不幸なことは、特定の権利の喪失ではなく、あらゆる権利を保障することを積極的に了承し、かつ保障する能力を持つ共同体の喪失である[69]」と判示した。

Warren Court の合衆国市民権構想と Arendt 理論の共通性は、判決の中に Arendt の著書を引用しているだけに尽きない。Warren は、Perez 判決の反対意見において、次のように述べた。「市民権は、人の基本的な権利である。なぜならば、それは、諸権利を持つための権利だからである[70]」。市民権を奪われた「無国籍人は、あらゆる国から、保護を求める法的な主張をすることができず、どの国も彼のために権限を主張することはない。彼の存在の本質は、彼がたまたま存在している境界線内の国家の表面にいるに過ぎない。この国では、無国籍者は、せいぜい、外国人が有する限定的な権利と特権しか有さない[71]」。

Trop 判決においても、Warren は、次のように判示した。市民権を剥奪することは身体に対する侵害ではなく、「組織化された社会における個人が有する地位の全体的な破壊である。市民権を剥奪することは、拷問よりも原始的な刑罰の形態である。なぜならば、それは、その刑罰を受ける個人にとって、何世紀にも渡って発展した政治的存在を破壊するからである[72]」。「国籍剥奪は、諸権利のための権利を喪失させる[73]」。

⑵ところで、Arendt は、『全体主義の起源』の「第５章　国民国家の没落と人権の終焉」の中で、無国籍者の権利状態について、次のように述べる。

第一次世界大戦後、難民と無国籍者が大量に出現した。このような「ネ

---

[69] *Mendoza-Martinez*, 372 U.S.at 163.

[70] *Perez*, 356 U.S.at 64.

[71] *Id.*

[72] *Trop*, 356 U.S.at 101.

[73] *Id.* at 102.

イションの基礎をなしていた民族－領土－国家の旧来の三位一体から諸事件によって放り出された人々は、すべて故国を持たぬ無国籍者のままに放置された[74]」。彼らは、あらゆる共同体に属さないため、無権利状態になる。無権利者は、まず、故郷を喪失する。「故郷の喪失とは、自分の生れ育った環境―人間はその環境の中に、自分にこの世での足場と空間を与えてくれる一つの場所を築いてきたのだ―を失うことである[75]」。さらに、彼らは新たな故郷を見出すことができない状態に陥っている。「このような閉鎖的な政治共同体の一つから締め出された者は誰であれ、諸国民からなる全体家族からも、そしてそれと同時に人類からも締め出されることになった[76]」。

次に、故郷の喪失と同時に、無国籍者は、政府の保護を失い、「合法性の枠組からそもそも締め出されており法的人格ではなくなっている[77]」。「人権の喪失が起るのは通常人権として数えられる権利のどれかを失ったときではなく、人間世界における足場を失ったときのみである。この足場によってのみ人間はそもそも諸権利を持ち得る[78]」。なんらかの政治的共同体から切り離され、社会的・政治的関係を喪失した無国籍者は、「諸権利を持つ権利―これは、人間がその行為と意見に基づいて人から判断されるという関係の成り立つシステムの中で生きる権利のことを言う―[79]」を喪失した。故郷と政治的身分を喪失した無国籍者は、福祉団体が提供する慈善によって行き続けることがあるかもしれないが、足場を獲得したわけではない。無国籍者の帰属先として、「それに代わる唯一の実際の代替物はつねに難民収容所だった。それは世界が無国籍者 Apatride に提供しうる唯一の祖国 patria なのである[80]」。

(3)無国籍者に関する Arendt の記述は、市民権を喪失した者は、政治的

---

[74] ハナ・アーレント(著)/ 大島通義＝大島かおり(訳)『全体主義の起源２〔新装版〕』(みすず書房・1981年) 236頁。
[75] 同・275頁。
[76] 同・276頁。
[77] 同。
[78] 同・280頁。
[79] 同・281頁。
[80] 同・264頁。

な関係、すなわち政治的共同体をも喪失する点、市民権を「諸権利のための権利」と定式化し、権利の土台として位置づける点、それゆえ、市民権を喪失した者は人権をも喪失する点に、前述の Warren Court の諸判例との共通性を見出すことができるだろう。すなわち、合衆国市民権は、政治的共同体の構成員資格であり、外国人は、その共同体から排除された者として位置づけられる。

4．2．Warren Court の展開―合衆国市民権を基礎とした権利保障

4．2．1．権利保障の劇的な拡大

⑴一方的な国籍離脱を制限した一連の判決は、出生地主義と相俟って、「合衆国内で生まれた全ての人間は、自発的な同意がない限り、ゆりかごから墓場まで合衆国市民権が保障される[81]」ことを意味するようになった。このような合衆国市民権構想を背景として、Warren Court は、合衆国市民としての権利保障を次々に実現していく。

Warren Court は、合衆国市民権の価値を劇的に増大させることになった[82]。Black によれば、Warren Court における市民権を根拠とした権利保障の強化は、第一に、「公共事項について、聴聞や説明を受ける権利、平等な条件の下で投票する権利、発話する権利、正当に選ばれて公職に就く権利」[83]、第二に、「公正に扱われる権利」、第三に、結婚、宗教、移動など、「私的生活を指導する権利」[84]への積極的な承認に代表される[85]。このような権利拡大には、第14修正の編入理論を通して権利章典

---

[81] Aleinikoff (2002), *supra* at 41.

[82] Charles L.Black, Jr., *The Unfinished Business of the Warren Court*, 46 Washington Law Review 3 (1970). また、Spiro も、Perez 判決に触れつつ、「Warren は、合衆国市民全体をすべての統治権力の究極的源泉として誇示した」と評価している。Spiro, *supra* at 151.

[83] 例えば、Baker v.Carr, 369 U.S.186 (1962)、New York Times Co. v.Sullivan, 376 U.S.254 (1964)、Powell v.McCormack, 395 U.S.486 (1969) など。

[84] 例えば、Loving v.Virginia, 388 U.S.1 (1967)、Abington School District v.Schempp, 374 U.S.203 (1963)、Aptheker v.Secretary of State, 378 U.S.500 (1964) など。

[85] Black (1970), *supra* at 8-9.

を州に適用することも含まれる[86]。

上記で検討してきたように、Warren 長官の意図は、Brown Ⅰ判決に代表されるように、「黒人の二級市民性を終了させる[87]」ことにあった。Warren 長官による二級市民性の解消は、数々の判決の中に反映されている（Warren Court が取り組んだ諸判決の詳細については注を参照[88]）。

---

[86] Aleinikoff (2002), *supra* at 41-42.

[87] Aleinikoff (2002), *supra* at 43.

[88] 有名な例として、以下の判例を紹介する。なお、Warren Court における人種差別事例を紹介している文献として、Abraham L.Davis & Barbara Luck Graham, *The Supreme Court, Race and Civil Rights* 115-216 (1995) がある。以下の判例の紹介も、同書を一部参考にしている。

①差別禁止立法に対する合憲判断を下したものとしては、Heart of Atlanta Motel v.United States, 379 U.S.241 (1964)、Katzenbach v.McClung, 379 U.S.294 (1964) がある。これらの判決では、合衆国最高裁判所は、1964年市民的権利に関する法律を制定することは連邦議会が有する通商を規制する権限に含まれると判示した。また、Katzenbach v.Morgan, 384 U.S.641 (1966) では、州が投票に際し英語読解要件を課すことを連邦議会が制定法によって禁止した1965年投票権法は、第14修正第５節より認められると判示した。

②再建期に制定された法律に新たな解釈を施したものとしては、Jones v.Alfred H.Mayer, 392 U.S.409 (1968) がある。この判決では、黒人であることを理由として家の購買を拒否された者に対し、すべての合衆国市民に白人と同程度の財産を持つことを承認した連邦法（1866年制定）を、政府機関に対しても拡張して適用されると判示した。

また、United States v.Guest, 383 U.S.745 (1966)、United States v.Price, 383 U.S.787 (1966) では、1948年に制定された権利侵害に対する共同謀議に対する刑罰規定（18 USC§§241, 242）が、南北戦争後の再建期である1870年に制定された人種差別を禁止する条文（Act of May 31, 1870, ch.114, 16 Stat.141 (1870)）に由来すると述べ、再建期立法とのつながりを示した。

③人種分離を定める州法に対する批判を述べた判決としては、白人と黒人の通婚を禁止する法律に対する違憲判断を下した Loving v.Virginia, 388 U.S.1 (1967) や、黒人が公立図書館内に侵入したことを理由に逮捕、起訴することは、第１修正、第14修正が保障する被告人の権利を侵害すると判示した Brown v.Louisiana, 383 U.S.131 (1966) がある。また、Gayle v.Browder, 352 U.S.903 (1956) では、明示的に Brown Ⅰ判決を承認した。

④投票権や陪審を受ける権利についての判断としては、次のものがある。

⑵合衆国市民権をベースとした二級市民性の解消という論理は、

Gomillion v.Lightfoot, 364 U.S.339 (1960) では、事実上すべての黒人有権者を選挙から排除する人種ゲリマンダリング的な選挙区割りを設定したアラバマ州法は第15修正に違反すると合衆国最高裁判所は判断した。

さらに、Coleman v.Alabama, 389 U.S.22 (1967)、Arnold v.North Carolina, 376 U.S.773 (1964) では、黒人を大陪審、小陪審から体系的に排除することによって、被告人は不利益を受けたと指摘した。

⑤私的な差別行為の中に State Action を見出すことにより、平等保護条項の範囲を私人間に拡大したものとしては、Evans v.Newton, 382 U.S.296 (1966) がある。この判決では、遺言者が白人専用の公園として使用することを市に約束して提供した土地から作られた公園を、市が、公共施設における人種分離であり憲法上許容されないと判断して、黒人の使用を認めたところ、管理者の一人と相続人が、市の受託者としての地位の放棄と、受託者の変更を求めて訴えたが、信託における人種差別的な条件を無効と判断した。

また、Burton v.Wilmington Parking Authoriy, 365 U.S.715 (1961) では、州の機関が保有する建物を賃借する私的なレストランが、黒人である原告に対してサーヴィスの提供を拒絶したことにより、原告が平等権を主張して訴えた事件では、合衆国最高裁判所は、州が公共財産を賃貸する場合、賃貸人も、第14修正を、拘束力を有する賃貸借契約に規定されているものとして、遵守しなければならないと判示した。

さらに、Pennsylvania v.Board of Directors of City Trusts of the City of Philadelphia, 353 U.S.230 (1957) では、遺言者の意思によって設立された白人専用の学校を管理する委員会は、州の機関であり、州の行為が介在するため、黒人であることを理由として入学を拒否することは第14修正に違反すると判断した。

⑥黒人に対する刑罰を回避したものとしては、Bell v.Maryland, 378 U.S.226 (1964) がある。これは、黒人の被告人が判決の無効を訴えて裁量上訴した事件において、合衆国最高裁判所は、レストランで座り込み抗議デモに参加したことを理由として有罪が確定した後に、人種によるサーヴィスの提供の否定を禁止する法律を制定したことを理由として、州裁判所の判断を無効とし、再審理を命じた。

それ以外にも、Peterson v.Greenville, 373 U.S.244 (1963) では、レストランにおける人種分離を規定した条例に違反したことを理由として起訴された黒人に対して、州裁判所は有罪判決を下したところ、合衆国最高裁判所は、州裁判所の判決の無効を宣言したほか、条例に従って黒人に対するランチの提供を拒否した店主にも言及し、条例から独立して行動していたと扱うと述べた。

Warren 長官以外にも共有されている。例えば、黒人による座り込み抗議デモの一環である Bell v.Maryland[89]では、Goldberg 裁判官の同意意見は、Brown Ⅰ判決を「公共の平等（public equality）というすべてのアメリカ人の権利[90]」を承認した判決と捉える。Goldberg 裁判官によれば、「公共施設へアクセスする憲法上の権利を黒人に対して否定することは、合衆国におけるカーストを永続化するだろう[91]」。「第13修正、第14修正、第15修正は、黒人が、我々の公共生活の観点から、二級市民と位置づけられることを許容していない。我々の憲法の下では、人種、血統、肌の色、宗教を理由として合衆国市民間に設定された区別は、まさにその性質によって、平等の原理に基礎にある自由な人民にとって不快なものである[92]」。

同じく、Douglas 裁判官の同意意見も、次のような認識を示している。「人種、信条、肌の色を理由としてある合衆国市民が、公共施設において他の合衆国市民と同様に処遇されるという特権を否定された場合、我々は、合衆国市民の等級、すなわち、他者よりも劣位にある人々の存在を認識する。これは、第13修正、第14修正、第15修正によって創設された、一つの等級しかない合衆国市民という見解と敵対的である[93]」。

本件は、レストランが黒人に対してサービスを提供することに対して、黒人活動家が座り込み抗議をしたことが、メアリーランド州法が規定する軽罪に該当するかどうかが争われた事例である。

両裁判官の同意意見は、レストランだけではなく、公立学校を含む「公共生活[94]」、「共同体の生活[95]」において、合衆国市民権という論理によって、黒人の二級市民状態を解消するべきであると明言している[96]。

---

[89] 378 U.S.226 (1964). なお、判決の概要については、Warren Court の諸判決を紹介している注の⑥を参照。

[90] *Id.* at 288.

[91] *Id.*

[92] *Id.*

[93] *Id.* at 252.

[94] *Id.* at 288.

[95] *Id.*

[96] Kenneth L.Karst, *Foreword:Equal Citizenship under the Fourteenth*

ステイト・アクションの法理の拡張も、私人間の人種差別を解消し、黒人の市民的権利の保護する役割を果たした[97]。

また、両裁判官の見解の中でも、南北戦争後に制定された憲法修正の意味について触れているように、別な言い方をすれば、Warren Court は、南北戦争後の再建期の構想―この内容については、第９章を参照―を、形を変えて復活させた、とも言えるだろう。

⑶ Plessy 判決では、社会的差異が存在していたとしても合衆国憲法（特に第14修正）による保障の対象ではないという前提に立脚していたが、Warren Court が示した数々の判例は、「合衆国憲法が、平等な社会的市民権を保障することに絶大な効果があることを示した[98]」。Karst が指摘するように、「Warren Court は、平等な市民権という構想を開発したのではなく、その時代が到来したことを承認した[99]」。「合衆国市民権の構想は、我々が所属する共同体生活の公共領域における関係の中心であり、個人の自律を公正に実現する[100]」。

そして、判例だけではなく、政治、社会風潮も、Warren Court を支持した。Warren 長官の構想は、上記に述べたように、当時のアメリカが自由主義陣営にいたこととも連動し、連邦議会も、二級市民化を防ぐための立法（1964年市民的権利に関する法律[101]、1965年投票権法[102]など）を制定している。

４．２．２．海外に居住する合衆国市民の権利

合衆国市民権を基礎とした権利保障の実現の対象には、海外に住む合衆国市民も含まれる。

軍人である夫を殺害した配偶者（民間人）を軍法会議に服させることの合憲性について争われた Reid v.Covert では、次のように判示した。

Amendment, 91 Harvard Law Review 1, 46-48 (1977).

97 Davis & Graham, *supra* at 138-139, Kurland, *supra* at 158-162.

98 Aleinikoff (2002), *supra* at 45.

99 Karst (1989), *supra* at 61.

100 *Id*. at 79.

101 Civil Rights Act of 1964, Pub.L.No.88-352, 78 Stat.241 (1964).

102 Voting Rights Act of 1965, Pub.L.No.89-110, 79 Stat.437 (1965).

「合衆国政府が海外に居住する合衆国市民に対して刑罰権を行使しようとする場合、合衆国市民の生命と自由を保護するために権利章典及び合衆国憲法の他の規定が設けた防御壁は、当該合衆国市民が、単に外国にいることを理由として、剥がされるべきではない[103]」。

この判示は、合衆国市民が、合衆国という権力と対峙したときは、その存在が海外であっても、合衆国市民権に付着する権利が保障されることを示している。この判決は、海外において領事による裁判を容認したIn re Ross判決[104]を否定している（なお、In re Ross判決については、第６章、Reid判決については第８章を参照）[105]。

このような判示からも、Warren Courtが、合衆国市民権を権利の土台として位置づけていた上で、合衆国市民の権利保障を実現しようとしていたことが理解できるであろう。

４．３．Warrenの市民権構想から外れた人々

４．３．１．インディアン部族と島嶼住民

しかし、第８章で述べたように、一般のアメリカ人にとって異質な人々として把握されるインディアン部族や島嶼住民の法的地位は、依然として、従属的な地位のままに置かれていた。

前述のように、インディアン部族は、1924年以降、出生による合衆国市民権を取得している[106]。また、Reid判決で争われたプエルトリコ住民も、1917年に制定されたジョーンズ法により、自ら取得するつもりがないことを選択しない限り、合衆国市民権を取得すると定められている[107]。

このような事情を考慮に入れるならば、海外に居住する合衆国市民権

---

[103] Reid v.Covert, 354 U.S.1, 6 (1957).

[104] 140 U.S.453 (1891).

[105] *Reid*, 354 U.S.at 12.

[106] Act of June 2, 1924, ch.233, 43 Stat.253.

[107] Act of March 2, 1917, ch.145, § 5, 39 Stat.951, 953.

の権利保障を承認する一方で、島嶼住民を二級化した地位に置くことを維持したReid判決、及びインディアンに対する管理終結政策を維持し続けたWarren Courtの諸判例は、次のようなアプローチを示している。すなわち、「合衆国市民権は、強固な観念であり、大きな剣である。しかし、それは、異なる法の下で伝統的に統治されている準国家的政体（海外領土、部族）においては、限定的にしか適用されない。究極的には、…権利章典は、連邦議会の絶対的権限の行使の結果として、海外領土や部族にも適用されることもありうる[108]」。

4．3．2．移民

Warren Courtの構想は、合衆国市民権を梃子としているがゆえに、移民も対象から外れる。Warren Courtがリベラルな判決を下したと一般的にはイメージされているが、依然として絶対的権限の法理を支持していたことは、第5章で示した。

特に移民については、Burger Courtが、Graham v. Richardson[109]、Plyler v. Doe[110]において、デニズンシップの考え方を示している点において対照的である。第5章で示したように、これらの判決は、社会の構成員としての権利を強調している。

4．4．Warren Courtの特徴―内部者に対する権利保障

つまり、「内部者については、Warren Courtは、権利を拡大し、すべての合衆国市民が等しく扱われることを確保しようとするために多くの結果を実現しようとする。しかし、合衆国市民権の強調は、外国人に対する必然的な排除を意味する[111]」。このようなWarren Courtに対する批判については、次に取り上げる。

5．Warren長官の合衆国市民権構想に対する批判

[108] Aleinikoff (2002), *supra* at 43.
[109] 403 U.S.365 (1971).
[110] 457 U.S.202 (1982).
[111] Aleinikoff (2002), *supra* at 48.

５．１．Alexander Bickel による批判

Bickel は、次々と議会制定法を覆す Warren Court の判決の理由付けには説得力を欠くという批判を展開した論者として有名であり、この文脈では、日本においてもしばしば取り上げられている[112]が、本稿では、Bickel による Warren Court の合衆国市民権構想に対する批判を取り上げる。

Bickel は、Dred Scott 判決に着目する。前章で述べたように、Dred Scott 判決は、合衆国市民と合衆国憲法が規定する「人民（people of United States）」を同一視する。人民は、合衆国の共和政体に従って主権を構成する政体と同一である。黒人は、その劣位性ゆえに、人民、すなわち、主権的な合衆国市民から排除される。したがって、合衆国市民ではない黒人には合衆国憲法所へアクセスする権利が保障されないと結論を下した。このような Dred Scott 判決の思考も、合衆国市民権の価値を強調した上で、合衆国市民にとって相応しくない人々を権利保障から排除する論理に立脚している[113]。

Dred Scott 判決は、第14修正の制定によって覆された。しかし、合衆国市民権の価値を強調した上で、合衆国市民の権利を保障する一方で、外国人を権利保障の対象から排除する思考は、南北戦争後の再建期の諸立法の中に反映されている（この点については前章で述べた）[114]。つまり、合衆国市民権の価値を高揚させる論理に立脚していたという点では、南北戦争前後でも変化がない。

このような認識を示した上で、Bickel は、前述した Perez 判決の Warren 長官反対意見や、Afroyim 判決の法廷意見を指摘する。このような判決は、合衆国市民権の価値を増大させた判決である。

しかし、Bickel によれば、「我々は合衆国市民権概念がほとんど重要な役割を果たさない合衆国憲法の下で生きている。合衆国憲法は、合衆

---

[112] 例えば、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社・2001年）21頁、75頁、200頁、田中英夫『英米法研究１　法形成過程』（東京大学出版会・1987年）190頁など。

[113] Alexander M.Bickel, *The Morality of Consent*, 38-40 (1975).

[114] *Id*. at 40-42.

国市民概念とは関係なく、政府の良識を定めている[115]」。Bickel は、このように述べ、合衆国市民権の役割を過剰にすべきではない、という警告を発する。

なお、Warren Court を批判する Bickel も、Warren Court は、合衆国市民権の役割を強調していたと把握した上で批判している点にも、留意するべきであろう。

5．2．Charles Black による批判

Black も、権利章典がすべての人を保護しているという問題は、「Warren Court における未完の事業[116]」と批判する論者である。

Black によれば、「政体は、…そこに合法的に居住するすべての人々を含む。その中には、もちろん、連邦議会が、受け入れる我々にとって適切であると慎重に判断した外国人も含まれる。そこに居住する人々の要望や不満、考え方、感情は、我々の政体自身が構成する要素の一部である[117]」。

このように捉えた上で、Black は、州権力から合衆国市民を保護することを目的としている第14修正第１節の特権・免除条項を削除すべきである、と主張する。

外国人に対する規制を設ける連邦権限は、最高のものであって、州は、一般に、連邦のような外国人に対する支配を行ってはならない。外国人は、連邦議会が設定した許可の下で入国し、居住する。そして、外国人は連邦議会が設定した条件を満たした上で帰化する。つまり、外国人に対する政策は連邦議会が最終的な決定権限を有する。

したがって、外国人に関する事項が連邦事項である以上、州は、外国人に対する政策判断を行う権限を持たない。このような専占法理は、州が外国人を差別的に取り扱った場合にも機能する[118]。州権力からの保護

---

[115] *Id.* at 53-54.

[116] Black (1970), *supra* at 10.

[117] Charles L.Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law* 50 (reprinted ed.1985). なお、初版は1969年である。

[118] *Id.* at 64-65. 専占の法理については、第２章、新井信行『外国人の退去強制

という点では、特権・免除条項を削除したとしても、困ることはない。

なお、第14修正第１節の特権・免除条項を削除すべきである、というBlackの提案は大胆なものであるが、別な論文では、ほぼ同様の論理を展開した上で、参政権や公務就任権などの歴史的に認められている例外を除いて、州は外国人に不利益を与える行動をとるべきではないと述べている[119]。Blackの主眼は、特権・免除条項の無意味化によって、州内における合法的に滞在している外国人と合衆国市民の対等な地位を実現することにある、と解すべきであろう。

５．３．批判に対する応答

以上、Warren Courtの合衆国市民権構想に対する批判を紹介した。Bickelによる批判は、合衆国市民権の価値に関する問題を、Blackによる批判は、Burger Court以降の州内における外国人の地位向上に関する示唆を提示しているだろう。

もっとも、Warren Courtは、「諸権利のための権利」という考え方を基礎に、合衆国市民の権利を促進する判決を下していたが、外国人の権利享有主体性を承認したYick Wo v. Hopkins[120]を覆しているわけではない。外国人の問題について直接争われた事例ではないが、McLaughlin v.Florida[121]において、法廷意見が、Yick Wo判決を引用しながら、「法が、同一レベルの犯罪を行った二人を不平等に扱い、一方に断種措置を施し、他方にはそのような扱いを行わなかった場合、このような扱いは、不公平なものとして、まるで、苛烈な処遇をするために特定の人種や国籍を選別しているかのように、差別を構成する[122]」と判示していることから、Yick Wo判決を承認し、国籍を理由とした差別が生じる可能性を認めている[123]。

と合衆国憲法―国家主権の法理論―』（有信堂・2008年）284頁。

[119] Black (1970), *supra* at 10.

[120] 118 U.S. 356 (1886).

[121] 379 U.S. 184 (1964).

[122] *Id.* at 194.

[123] Katzenbach v.Morgan, 384 U.S.641, 652 (1966) も、同様に、Yick Wo判決を先例と引用している。

Warren Court は、外国人の権利享有主体を否定したわけではないが、他の領域とは異なり、格段の展開を進めたわけではない。絶対的権限の法理に依拠しながら、外国人の権利を積極的に認めなかった理由は、「合衆国市民権の強調[124]」に求められる。

6．本章の結論

⑴本章では、Thomas Alexander Aleinikoff や Alexander Bickel などの見解を参照しながら、南北戦争終了後に制定された第14修正の制定過程において示された、権利の土台としての合衆国市民権という発想が、Warren Court 期に再浮上したことを示した。Warren Court は、一般に、次々とリベラルな判断を下した時代と理解されている。これは、合衆国市民権を権利保障の基礎と捉えていたために、二級化した合衆国市民の地位を解消することに成功したためであった。

その一方で、Warren Court は、合衆国市民権の価値を強調することによって権利保障を実現する論理に依拠していたが、この論理は、合衆国市民を念頭においているがために、合衆国市民ではない人々はその論理の対象から外れてしまう。Warren Court にとって、外国人の権利保障は直接の対象ではなかった。このような思考は、外国人を「分離し、孤立した少数者」として位置づけた Burger Court 期と対照的である（Burger Court 期の外国人の権利保障に関する判例については第５章を参照）。

⑵日本法への示唆として、最大判平成20年６月４日の解釈を指摘しておく。第１章において述べたように、最大判平成20年６月４日は、国籍を権利保障の前提と捉えている。これは、Warren Court の合衆国市民権理解と共通する思考である。すなわち、最大判平成20年６月４日の論理は、国籍を権利保障の前提と捉えているために、Warren Court と同様に、二級化した国民の地位を解消する論理として機能する。他方、国籍保有者が権利主体であるがゆえに、外国人は保障の主眼から外れてしまう。

---

[124] Aleinikoff (2002), *supra* at 48.

講　　演

統一私法条約の実施

―― 国際油濁補償基金を例に ――

藤　田　友　敬

Ⅰ．はじめに

本日は、「統一私法条約の実施―――国際油濁補償基金を例に」という題目でお話しさせていただきます。その内容は、油による海洋汚染に関する国際的な賠償・補償の枠組み―――油による汚染損害についての民事責任に関する国際条約（民事責任約）と油による汚染損害の補償のための国際基金の設立に関する国際条約（基金条約）という２つの条約からなる賠償・補償体制―――の運用上の諸問題ということになるのですが、具体的な話に入る前に、そもそも「私法の国際的統一」という観点から[1]、どうしてこの素材がとりあげる価値があるのかという点について説明しておきたいと思います。

私法を統一するための国際ルール―――条約であれモデル法であれ―――にはいかなる機能があるのか、そういうルールが存在することで世の中が良くなるとすればそれはどういう理由によるのかということは、私法の国際的統一に関する最も基本的なテーマですが、実は理論的には、あまりはっきりしない面が多いように思われます。国際的な活動にとって予見可能性を高めるといったメリットが説かれることがありますが、あくまで抽象論です。領域・対象毎に、ルールの統一がもたらす具体的な利益と不利益といった点を洗い出し、検証し

[1] 本報告は、「私法の国際的統一の研究：統一作業の『失敗の本質』とその克服のための理論構築」（科学研究費・基盤研究（Ｂ）課題番号24330025）によるものである。

ていく必要があるのではないかと考えています。

私法の国際的統一がもたらす付加価値という観点から見た場合、民事責任条約は非常に大きい特色を持っています。この条約は、タンカー事故による汚染損害について、船舶所有者の責任を定める内容の国際条約で、いわば不法行為責任の特則とでもいうべきルールです。その性質上、予見可能性を高めることで取引を促進するといったことはあまり重要ではなく、被害者の受ける損害は被害発生地の状況によってさまざまなので、むしろ個別性を重視した方がいいのではないかという疑問が出てきてもおかしくない領域です[2]。しかし、民事責任条約には、まったく異なった機能があります。この条約は、単に裁判規範を統一しているだけではなく、船舶所有者の賠償責任の内容を統一すると同時に、その上に国際基金による補償といった付加的な補償システムが構築される基礎を提供し、民間保険ではできない巨大リスクの分散を可能にしています。このように究極的にはタンカーによる海洋汚染という巨大リスクの国際的な分散という付加価値に結びついているということが、統一私法としての民事責任条約の大きな特徴です。

しかし話はここでは終わりません。単に統一的な裁判規範を提供しているというだけではなく、このような付加価値があることは、条約の履行の過程において、さまざまな利害調整が必要となってくるということにつながってきます。今日の報告では、この利害調整のさまざまな具体例を紹介し、それがいかなる

[2] これは国境を越えて発生する損害の賠償にかかるルールを統一すること一般に妥当する疑問である。たとえばA国で企業が活動しB国に環境被害を与える可能性があるとする。この場合、A国は自国企業に対して十分規制する誘因はない（自分が被害を受けるわけではないから）ため、外部性が発生することになる。しかし、この問題を解決するためにA国とB国のルールを揃える必要はない。B国で発生する環境損害について必要な抑止力を与えるだけの責任をA国企業に課せばよいだけである。そのためには、たとえば、この種の賠償責任に関しては結果発生地法を適用するという抵触法ルールがあり、それが正しくエンフォースされれば十分である。このように国境を越えた外部性の存在からは、私法ルールを統一することの必要性は導けない。それどころか、仮に各国において環境損害のもたらす社会的費用が異なるとすれば、適用されるべき法（結果発生地法）の内容は異なるのが当然であり、実質法の内容を統一することはかえって望ましくない可能性がある。

問題を提起しているかを考えたいと思います。

Ⅱ　民事責任条約と基金条約

1．総説

馴染みのない方も多いでしょうから、まず簡単に民事責任条約、基金条約の仕組みについて簡単な説明しておきましょう[3]。民事責任条約、基金条約は、油濁損害に関する国際的な補償スキームです。2014年１月時点で、1992年基金には111カ国が加盟しています。重要な例外はアメリカ合衆国です。1989年のエクソン・バルディーズ（Exxon Valdez）号事件を受けて、アメリカは1990年に油濁法（Oil Pollution Act, 1990）を成立させ、国際的な賠償・補償システムと決別する姿勢を明らかにしたのです。また中国（ただし香港を除く）も国際油濁補償基金には加盟していません。とはいえ、この補償スキームは世界のほとんどの地域をカバーしているという意味では、非常に成功したものだと言ってよいと思います。以下ではその内容を概観した上で、統一私法条約としての民事責任条約の特徴に触れたいと思います。

2．民事責任条約と基金条約の成立

1967年にリベリア船籍の巨大タンカーであるトリー・キャニオン号事件がイギリス南西部のシリー群島とランズエンドの間で座礁し、大量の油の流出により英国の南西部とフランスの北部沿岸部に深刻な被害を及ぼす事故が発生しました。これを機に、油濁損害に関する賠償・補償のための国際的レジームの必要性が認識され、政府間海事協議機関（IMCO）に法律委員会が設けられます。

---

[3] 以下の内容については、藤田友敬「海上環境汚染」落合誠一＝江頭憲治郎編『海法大系：日本海法会百周年祝賀』（商事法務、2003年）77頁、特に89頁以下参照。国際油濁補償基金の実際の運用を含めた概観としては、Måns Jacobsson, *The International Oil Pollution Compensation Funds and the International Regime of Compensation for Oil Pollution Damage, in* Jürgen Basedow and Ulrich Magnus eds., Pollution of the Sea: Prevention and Compensation, Springer, 2007, p.137参照。民事責任条約・基金条約の条文（原文・翻訳）及び関連資料は、公益財団法人日本海事センター編『船舶油濁損害賠償保障関連法令・条約集』（成山堂書店、2011年）参照。

その際、認識された主要課題は２つありました。

第１は沿岸国が汚染防止措置をとるための国際法的な基礎付けです。トリー・キャニオン号事件において、事故発生後汚染損害の拡大を防止するためにイギリス政府はさまざまな措置を試みたのですが、最終的には船内に残った重油の流出を防止すべく、油の炎上を目的とした海軍機による船体の爆撃を行いました。しかし公海上にあるトリー・キャニオン号に対する実力行使（爆撃）は当時の国際法上は旗国の管轄権に対する侵害と見られる危険がありました。そこで沿岸国に汚染損害が及ぶ可能性がある場合、沿岸国が公海上で適切な措置をとることができるような国際法上の手当をする必要が指摘され、この問題を解決するために、1969年に「油による汚染を伴う事故の場合における公海上の措置に関する国際条約」[4]が採択されます。海洋汚染に関して沿岸国が有する権利の発展に結びつく重要な条約ですが、本日のテーマとは直接関係ないため、ここでは深入りしません。

第２は、汚染損害に対して防止措置・回復措置をとった場合に、その費用を回収できるような民事法ルールを確立するということです。当時の各国国内法上、こういった費用について誰に対してどれだけ請求できるかは必ずしもはっきりしませんでした[5]。たとえば船舶の運航者に過失がなければ責任は認められないかもしれませんし、トリー・キャニオン号事件の爆撃費用はやや極端にしても、政府等が支出した損害防止・原状回復費用が当然に賠償範囲に含まれるかどうかもはっきりしませんでした。そこで被害者救済のため――ここで被害者というのは汚染損害の防止措置・回復措置のため費用支出した国や地方公共団体が念頭に置かれているわけですが――民事責任を整備すべきだという声が出てきたわけです。この目的を達成するために1969年に「汚染損害についての民事責任に関する国際条約」（民事責任条約）が採択されます[6]。ついで1971

[4] 1975年発効。わが国は1971年に受諾。

[5] トリー・キャニオン号事件当時のイギリス法については、Patrick Griggs, *"Torry Canyon", 45 Years On: Have We Solve All The Problems?, in* Baris Soyer and Andrew Tettenborn Eds., Pollution at Sea: Law and Liability, Informa, 2012, pp.3, 4-5参照（著者の父親（イギリス大手海事事務所 Inco&Co. のパートナー弁護士）が同事件に際して執筆したとされる意見書を引用）。

[6] 1975年発効。わが国は1976年に加入。同条約については、谷川久「『油濁損害に対する民事責任に関する国際条約』について」海法会誌復刊15号42頁（1970年）

年には、民事責任条約の定める責任限度額を超える損害に対する補償を目的として、「油による汚染損害の補償のための国際基金の設立に関する国際条約」（基金条約）が採択され[7]、国際油濁補償基金が設立されることになります。この２つの条約は、1992年に民事責任条約議定書、基金条約改正議定書[8]によって改定されています（1992年民事責任条約、1992年基金条約）[9]。なお1992年基金条約改正議定書による補償に上乗せする第３層の補償を行うための基金を設置するための改正議定書（追加基金議定書）[10]が採択され追加基金が設立されたといった変化はありますが[11]、以下の議論との関係では本質的な違いはもたらさないので、1992年条約を前提にシステムの簡単な説明をすることにします（以下、「民事責任条約」、「基金条約」と呼ぶ場合には、特に断らない限り、1992年民事責任条約、1992年基金条約を指すものとします）。

３．第１層：民事責任条約による賠償

民事責任条約は船舶所有者の賠償責任を定めており、まずはこれにより被害者の受けた汚染損害が補償されることになります。民事責任条約の定める賠償責任の基本的な特徴は次の点にあります。

①適用範囲　　民事責任条約は、締約国の領域、領海又は排他的経済水域若しくはそれに相当する水域で生じたタンカー[12]からの持続性油の漏出から生

参照。

[7] 1978年発効。わが国は1976年に加入。同条約については、谷川久「海洋油濁損害補償基金条約の成立について」商事法務研究583号25頁（1972年）参照。

[8] いずれも1996年発効。わが国は1994年に両議定書に加入。

[9] 2000年には、いわゆる簡易改正条項に従い、1992年議定書の責任限度額、補償限度額の引き上げが行われた。

[10] 2005年発効。わが国は2004年に加入。

[11] 追加基金議定書については、落合誠一「国際的油濁賠償・補償制度の新展開」ジュリスト1253号163頁（2003年）、落合誠一「国際的油濁事故賠償・補償制度の見直し」海法会誌48巻79頁（2004年）参照。

[12] 民事責任条約の適用される「船舶」とは、「ばら積みの油を貨物として輸送するために建造され又は改造された海上航行船舶及び海上用舟艇（種類のいかんを問わない）をいう。ただし、油及び他の貨物を輸送することができる船舶については、ばら積みの油を貨物として現に輸送しているとき及びその輸送の後の航海中（その輸送による残留物が船舶内にないことが証明された場合を除

じる油汚染損害に適用されます（民事責任条約２条（a）項）。ただし、汚染防止措置については、とられた場所を問わず適用されます（２条（b）項）。

②責任主体　　登録されたタンカーの所有者（登録船主）が責任主体となります（１条３項、３条１項参照）。登録船主が実際の運航を行っていたか否かは問いません。登録船主は船舶金融をした信託銀行で、登録船主から傭船契約によってタンカーを調達した傭船者が運航しているかもしれません。しかし条約上は登録船主を責任主体と定め[13]、しかも他の者は原則として責任を負わないとされています（責任集中）（同３条４項）。

③厳格責任　　登録船主は、汚染損害について、過失の有無を問わず責任を負うことになります（同３条１項）。免責事由は、戦争行為若しくは重大な天災、第三者による破壊工作、損害が専ら灯台その他の航行援助施設の維持について責任を有する当局の過失による場合に限定されています（同３条２項）。

③責任制限　　登録船主は民事責任条約に基づき負う責任について、原則として条約の定める金額に制限する権利を有しています（同５条１項。例外として同条２項参照）。民事責任条約がカバーしている限りにおいて、それと別に船舶所有者に対する賠償を求めることはできません（同３条４項）。たとえば民法上の不法行為に基づいて、民事責任条約上の責任限度を超える額の賠償を請求することはできません。

④強制保険　　一定トン数を超える持続性油を貨物として輸送するタンカーの所有者は、民事責任条約に基づく責任を対象にする保険を維持しなければなりません（同７条１項）。タンカーは、締約国が発行する付保を証明する証明書を備え置かなければならない（同７条２項）。

４．第２層：基金条約による補償

く。）においてのみ、船舶とみなす」と定義されている（民事責任条約１条１項）。以下、この定義を満たす船舶を、便宜上「タンカー」と呼ぶこととする。この定義をめぐり現在深刻な争いがあることについて、Ⅳ参照。

[13] 運航への関与のない者に責任を課すのは、事故の抑止のインセンティブを与えるという観点からは、本来は望ましいルールとは言えない。それにもかかわらず民事責任条約が登録船主を責任主体としたのは、形式的に明確に把握できる者を責任主体とすることで、強制保険制度のエンフォースメントを容易にするという別の要請からである。

民事責任条約に基づく船主による賠償だけでは被害者への損害の補償が不十分である場合に、基金条約がさらなる補償を行うための体制を構築しています[14]。具体的には、①船主が民事責任条約に基づく免除事由のいずれかを援用することができるため、同条約に基づく責任を免除されている場合、②船主が民事責任条約に基づく義務を完全に履行する資力を有せず、かつ、その保険が汚染損害の賠償に係る債権の弁済のために十分でない場合、③損害が民事責任条約に基づく船主の責任限度額を超える場合、に基金からの支払いがなされることになります（基金条約４条１項）[15]。一番ノーマルな状況は③で、船主（保険者）が民事責任条約の定める限度額まで賠償責任を負い、それを超える部分を基金が負担するということになります。

基金条約に基づく補償を実施するために設立された国際油濁補償基金は政府間組織です。1992年基金条約によって設立された国際基金[16]は、すべての加盟国の代表によって構成される総会がその最高機関ですが（基金条約17条以下）、個別事件の請求の解決については15加盟国からなる理事会[17]が判断しています。

基金の会計は、締約国において一定量以上の原油及び重燃料油（拠出油）を受け取った者に課される拠出金によっています（基金条約10条）。拠出者は締約国ではなく、あくまで締約国における油の受取人であることに注意して下さい。国際基金は拠出者に対して拠出金の支払いを請求することになります。加

---

[14] 国際油濁補償基金の歴史については、The International Oil Pollution Compensation Fund, The IOPC Funds'25 Years of Compensating Victims of Oil Pollution Incidents, 2003、谷川久「国際油濁損害補償制度の20年」成蹊法学28号41頁（1988年）（以下、谷川・20年として引用）、谷川久「特別講義 油濁損害の賠償・補償制度について」損害保険研究59巻２号271頁（1997年）（以下、谷川・特別講義として引用）参照。

[15] 基金条約にも免責事由は定められているが（４条２項）、民事責任条約のそれよりも狭い。

[16] 1971年基金条約によって設立された国際基金と1992年基金条約によって設立された国際基金とは、事務局長をはじめとする事務局スタッフは共通であるものの、別の法主体である。

[17] 理事会は、基金条約18条９項に基づき、1997年10月の総会決議によって設置されることとされた総会の補助機関である（Record of Decisions of the 2nd Session of the Assembly, 92FUND/A.2/29, paras. 18.1-18.12 and Annex I. 同決議については、日本海事センター・前掲注（３）246-249頁参照）。

盟国自身は拠出義務を負っているわけではなく、自国に所在する拠出者に関するデータを基金に送付する他、国際基金に対して適切に拠出がなされることを確保する義務を負うにとどまります（基金条約13条２項、15条等参照）[18]。このように各締約国の油の受取人が受取量に応じて拠出する、つまり国際基金は締約国のタンカーの荷主（石油業界）の負担によって成り立っているということは以下の話にとって重要な要素です。ちなみに石油の輸入量が多い日本は、国際油濁補償基金の最大拠出国（締約国自身が拠出するわけではないので、その国の拠出者による拠出量が最大である国というのが正確ですが）です[19]。

５．民事責任条約の特徴

以上が、民事責任条約・基金条約による補償システムの概要です。ここで民事責任条約の特徴について見ておきたいと思います。

（１）国内法にはない新たな規範の創設　前述した通り、民事責任条約は、不法行為法の特則を定めた統一私法ルールです。しかし、「統一」と言っても、すでに各国に存在する既存のルールの差異を調整する――国際物品売買契約に関する国際連合条約をはじめとする統一私法条約にはこのような性格のものも多いですが――というよりは、どこの国にも存在していなかったような内容の規範がいきなり国際的に作り出されたという性格のものです。すなわち1969年に民事責任条約が作成された当時、海洋汚染について清掃作業を行ったり汚染防止措置を講じたりした者が、その費用を当然に船主に請求できるという規範が存在していた国はほとんどなかったと思います。タンカーによる汚染事故について登録船主を責任主体として定めた上で、この者に責任を集中した上で無過失責任を課し、しかも通常の船舶所有者の責任制限よりも高い責任限

[18] これを受け、わが国では、船舶油濁損害賠償保障法が、油受取人が国道交通大臣に対して拠出油の受取量の報告すべき義務を定め（28条。違反については罰則を置いている。48条４号）、国土交通大臣が受け取った報告を国際基金に通知する（29条）とした上で、油受取人の国際基金への拠出義務を規定している（同法30条）。

[19] 2012年度の拠出実績では、日本（16.10%）、インド（13.12%）、韓国（8.91%）、オランダ（8.15%）、イタリア（7.25%）、シンガポール（6.68%）、フランス（4.70%）と続く。International Oil Pollution Compensation Fund, Annual Report 2013参照。

度額を設定するという、各国の国内法とは相当性格の異なる内容の規範が、民事責任条約によって創設されたわけです。

（2）エンフォースメントの特徴　　また民事責任条約は、登録船主に付保義務を課していますが、その履行を確保するために、適法に付保されていることを証する締約国が発行する証書の保持を義務付け、これを備えない船舶は、締約国の当局が入港を制限するという形でエンフォースしています（民事責任条約７条10項、11項参照）。このように単に統一的な裁判規範を作るだけではなく、行政的な関与によって実効性を高めるのも民事責任条約の特徴です。このあたりは、もともと海事行政の国際的協力を目的とする国際海事機関（IMO）が手がけた条約らしい特色といえるのかもしれません[20]。

（3）国際基金による補償の基礎の提供　　しかし民事責任条約の最大の特徴は、それを基礎に基金条約が存在していることにあります。民事責任条約と基金条約は独立の条約ではありますが、両方あいまって油濁損害の補償システムを構築しています。民事責任条約だけに加入することは可能で、現にそういう国も少数ながら存在しますが、基金条約に加盟しようと思えば、必ず民事責任条約に加盟しなくてはなりません[21]。そして基金条約上の主要な概念は、基本的には民事責任条約とまったく同じで（民事責任条約１条および基金条約１条参照）、賠償・補償の対象となる汚染損害の範囲等は―――限度額・免責事由の違いを除くと―――まったく同じに作られています。民事責任条約は、いわば上に国際基金による補償を重ねる前提として、汚染損害に関する責任の内容を画一化するという機能をも持っているわけです。もし基金条約が存在しないとすれば、前述のような特殊性があるとはいえ、民事責任条約それ自体は各国共通の損害賠償ルールに過ぎないわけで、後半でお話しするような問題が生じることはありません。本日のお話しの中心は、民事責任条約が、船主の責任について統一私法ルールを作り出しただけではなくて、国際基金による補償システムの基礎をも構築しているという特色がもたらしている問題なのです。

理論的には興味深いので、念のために補足しておきます。第２層の補償につ

---

[20] 藤田友敬＝小塚荘一郎「国際海事機関（IMO）、万国海法会（CMI）、国際民間航空機関（ICAO）」曽野裕夫ほか『私法統一の現状と課題（別冊 NBL No.144）』（商事法務、2013年）58頁参照。

[21] 1971年基金条約を改正する1992年の議定書28条４項。

いて、国際基金の払うべき範囲さえ――たとえば××ユーロを越える損害については○○ユーロまでの範囲で国際基金が負担する等といった形で――しっかり決めておけば、第１層の船主の責任が統一されていなくてもいいではないかと思われるかも知れません。しかし、そうではないのです。たとえば船主の責任が過失責任の国と無過失責任の国が混在していると、前者の国で事故が起きた場合、船主が免責される可能性が高くなりますから、国際基金の負担は相対的に重くなります。そうなると無過失責任の法制をもつ国の拠出者（油の受取人）からは、そのような国への不満が出るでしょう。自分達の国で同じ事故が起きた場合なら国際基金の負担は軽くなるにもかかわらず、船主に甘い他国の法制のツケをどうして自分達が負担しなくてはならないのだということになります。また国際基金の補償の範囲と船主の補償すべき損害の範囲が異なると、補償実務において相当面倒なことが生じます。たとえば船主の責任限度額を超えるが、基金の限度は超えない程度の事故が起きたとします。この場合、現在の実務では、船主（保険会社）と基金とが共同で査定し、「船主の責任限度額を超えるが、基金の限度は超えないだろう」という見積もりで合意できれば、両者が被害者に対して、自己が負担すべき総額の範囲内で損害を全額支払っていきます。いわば船主が供託するお金と基金のお金との総額という財布から、被害者にどんどん払っていくわけで、同一被害者に対して、まずは船主が一部払って、次いで基金が残額を支払うという形ではないのです。こうした方が賠償・補償が効率的にされるわけですが、そういうことが可能となるのも、第１層と第２層のカバーする汚染損害の等質性があってこそなのです。

さてこのように民事責任条約が、その上に第２層として異なる国の荷主からなる国際基金が損害を補償するという仕組みの基礎を提供しているということになりますと、裁判規範を統一し、あとは締約国裁判所にエンフォースを任せるという通常の統一私法条約の履行のように単純な話ではなくなります。各締約国（自国の拠出者や被害者の利益を代弁する立場にある各締約国政府）が、国際油濁補償基金の支払方針、さらにはその前提となる条約の解釈について合意し、場合によっては総会決議等の形でルール化することもあります。問題とされるのは、基金条約のみならず、それと一体として運用されるその前提である民事責任条約にも及びます（用いられている基本概念は両条約で共通なので当然です）。もちろん条約の解釈権限は最終的には各締約国にあるわけですが、そのことは建前としつつ、国際油濁補償基金加盟国間の話し合いによって、で

きる限り統一的な運用となるような努力が続けられてきたのです。

2003年５月に採択された1992年基金の「決議８　1992年民事責任条約及び1992年基金条約の解釈及び適用」[22]は、「1992年の両条約〔民事責任条約と基金条約を指す・・・筆者注〕の締約国の裁判所が、これらの条約の解釈及び適用に関して1992年基金及び1971年基金の管理機関（governing bodies）による決定を考慮すべきであると考える」と述べています[23]。ウィーン条約法条約31条３項[24]を根拠に、国際基金の決定が各国裁判所の解釈に影響を与えることを期待する趣旨です[25]。

---

[22] Resolution N°8 on the Interpretation and Application of the 1992 Civil Liability Convention and the 1992 Fund Convention (Record of Decisions of the First Session of the Administrative Council, 92FUND/AC.1/A/ES.7/7, Annex).

[23] 決議の全文及び翻訳は、公益財団法人日本海事センター編・前掲注（３）252頁以下でみることができる。

[24] 条約法条約31条は次のように定める。

「第31条　解釈に関する一般的な規則

１　条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。

２　条約の解釈上、文脈というときは、条約文（前文及び附属書を含む。）のほかに、次のものを含める。

（ａ）条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意

（ｂ）条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの

３　文脈とともに、次のものを考慮する。

（ａ）条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意

（ｂ）条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの

（ｃ）当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則

４　用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する。」

[25] 決議の前文は、「1969年の条約法に関するウィーン条約第31条３項の規定に基づき、条約の解釈に際して、条約の解釈若しくはその条項の適用につき当事国の間で後にされた合意又は条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するものを考慮しなければならないことを認識し」とする。

統一私法条約の履行や強制に国際機関ここまでコミットするのは、他ではあまり例のない現象だと思います（もちろん国際公法的な内容の条約に関連してこの種の決議がなされる例は、数多くあります）。統一私法条約を採択した国際機関が簡単な解説や条約に関する各国の裁判例を公刊することはあるとしても、国際油濁基金の関与の仕方は、以下で述べる通り、全然レベルが違うものです。これは各国の拠出者のお金を集めて補償資金とする第２層の仕組みが存在することが、民事責任条約の履行・エンフォースメントの過程に大きく影響を与えているということなのです。

さていよいよ本日のお話しの本題です。国際油濁補償基金においてなされてきた条約の統一的運用のための努力の歴史と、それが現在さらされている危機についてお話ししたいと思います。もちろん条約の解釈や履行が国際油濁補償基金で問題となった例は多いのですが、以下では特に重要に思われるいくつかの話を紹介したいと思います。

Ⅲ　民事責任条約・基金条約と「汚染損害」の概念

まずは民事責任条約・基金条約の賠償・補償対象である「汚染損害」に関する紛争です。

１．アントニオ・グラムシ号事件[26]

1979年２月27日、ソ連船籍の（Antonio Gramsci）号が座礁し、スウェーデン群島周辺を汚染しました。当時ソ連は民事責任条約（1969年条約）には加入していたのですが、基金条約（1971年条約）には加盟していませんでした。もしソ連の船舶所有者とソ連の被害者だけの話であれば、民事責任条約が適用されたとしても、国際油濁補償基金（1971年基金）は、あまり重大な利害関係はなかったのですが、この事件ではちょっと面倒な形で、国際基金も巻き込まれてしまいました。すなわち民事責任条約の締約国であるスウェーデン国内にも被害者が生じ、これらの被害者に対しては、国際基金が支払わなくてはならない可能性が生じてしまったのです。最終的な損害額が民事責任条約上の船主の

[26] 同事件については、谷川・20年・前掲注（14）67-68頁、谷川・特別講義・前掲注（14）293頁参照。

責任限度額を超える場合、ソ連の裁判所においてソ連の被害者に認める損害賠償額が大きくなればなるほど、国際基金の負担（スウェーデンの被害者に支払わなくてはならない額）が増えることになります。このため国際基金としては、基金条約の非締約国であるソ連において民事責任条約がどのように履行されるか――ソ連の国内法や裁判――にも関心を持たざるを得なくなったのです。

1969年民事責任条約１条６項は、「『汚染損害』とは、油を輸送している船舶からの油の流出又は排出（その場所のいかんを問わない）による汚染によってその船舶の外部において生ずる損失又は損害をいい、防止措置の費用及び防止措置によって生ずる損失又は損害を含む」と定義していました。この定義を読む限り、防止措置や防止措置によって生じる損害を含むということは明らかですが、それ以外に何を汚染損害と考えるかについては大幅に締約国の解釈に委ねられているかのように読めます。そしてソ連は国内法においてメトディカ（Metodika）と呼ばれる特殊な損害算定方式を持っており、それによって汚染損害を算定するという実務が行われていました。メトディカは、１立方メートル当たりに含まれる油何グラムにつき損害何ルーブルといった形で損害を擬制するものでした。そしてソ連国内における汚染損害の被害者であるソ連政府がメトディカに基づいて算出された損害額について船主に損害賠償した結果、スウェーデンの被害者（スウェーデン政府）が船主から受け取れる額が極端に少なくなり、残りの負担がすべて国際基金（1971年基金）に向けられることになったわけです。国際基金は、そんな恣意的な算式によって出された損害額は民事責任条約上の損害とは認められるものではなく、国際基金が払うべき額もそれに合わせてもっと少ないはずだと主張したわけです。

結局1980年10月の1971年国際油濁補償基金第１回臨時総会において、汚染損害の補償範囲に関する決議[27]が採択されます。その内容は、「国際油濁補償基金による補償の支払の算定は、理論モデルに従った抽象的な算出に基づくものであってはならない」というもので、いうまでもなくメトディカの利用を排除するものです。最終的にはソ連政府も（船主に対する請求との関係で）大幅に譲歩し、結果としてスウェーデン政府に対する基金の補償額も相当抑えられたという解決になりました。

---

[27] Record of decisions of the Assembly 1st Extraordinary Session, 71FUND/A/ES.1/13, para. 11 and Annex 1.

この事件では、ソ連が基金条約に加盟していないため、事態がやや屈折した形で争われたのですが、仮にソ連が民事責任条約・基金条約の両方に加盟していて、国際基金に直接請求して来たのに対して、国際基金がそれを拒絶したとすれば、問題はより直截に現れたことでしょう。

２．1992年民事責任条約・1992年基金条約

このように基金条約加盟国の間では、民事責任条約・基金条約のもとでの補償は、損害防止費用や汚染による得べかりし利益の喪失以外は、実際にとられた合理的な損害回復措置の費用しか賠償・補償の対象としないといった方向が確認されたわけです。アントニオ・グラムシ号事件の際に行われた決議は、あくまで基金条約締約国政府間の申し合わせに過ぎないわけですが、1969年民事責任条約・1971年基金条約を改定する1992年の議定書作成の際に、汚染損害概念の定義を明確化する形で改正が加えられました。1992年民事責任条約６条(a)項は、「『汚染損害』は、汚染によって生ずる損失又は損害」と定義した上で、「環境損害（環境の悪化による利益の喪失は除く）の場合、賠償は、悪化した環境の回復のための合理的な措置から実際に生じた又は生じるであろう費用に限定される」と規定します。「実際に生じた又は生じるであろう費用」という限定を付すことで、抽象的な算式による見なし損害のようなものは排除しようという意図が伺われます。

ちなみにアントニオ・グラムシ号事件で問題となったメトディカは、ロシアの国内法としては残っており、現在でもロシア関連の請求では時折顔を出すことがあります。たとえば2007年11月11日に起きたヴォルゴネフト139号（Volgoneft 139）事件においてもメトディカによって算出される損害についての賠償・補償の可否が議論されました（同事件についてはⅤ（１）参照）。ロシア政府自身は1992年条約のもとではそういう請求ができないことは理解しているのですが、地方公共団体が国内法であるメトディカに基づく損害額を前提に請求したのです。1992年基金の理事会は、繰り返しメトディカに基づく請求に対して国際基金は支払えないという決議をしていたのですが[28]、最終的にはロ

[28] Record of Decisions of the Forty-Second Session of the Executive Committee, 92FUND/EXC.42/14, paras.3.8.23-3.8.25, Record of Decisions of the Forty-Fourth Session of the Executive Committee, 92FUND/EXC.44/10,

シアの裁判所もメトディカに基づく請求は国際基金に対してはできないという判決を出し[29]、ロシアの国内裁判の中でも問題は解決されることになりました。理論的には、ロシアの裁判所が基金の方針等をまったく無視し、こういう請求を認め被害者が基金に請求してきた方がおもしろいのですが、それに類する話はむしろ後で触れ（Ⅴ参照）、ここでは先に進むことにします。

３．環境損害をめぐる近時の考え方との齟齬

メトディカの適用によって注目を浴びた民事責任条約・基金条約上の「汚染損害」概念をめぐる議論の本質が一体どこにあるかということを確認しておきたいと思います。アントニオ・グラムシ号事件以来、国際基金において繰り返し確認され、民事責任条約・基金条約の1992年の改定で明確化された汚染損害の考え方は、ある意味保守的なものです。たとえば海洋汚染によって沿岸の住民の財産自体が汚染された場合、付近住民の経済的損失――魚が捕れなくなった、養殖できなくなった、観光地のホテルに人が来なくなったといった事情から生じる逸失利益――や、国や地方自治体等が環境回復のため実際に使った費用は、合理的範囲内で補償されます。しかし、たとえば「環境自体の価値」だとか、「環境を失ったことの悲しみ」だとかいった損害のとらえ方は認めません（もちろんメトディカのような算式による見なし損害は論外です）。

理論的には、こういう汚染損害の捉え方には異論の余地もあるでしょう。環境損害については、近時世界各国で多様なとらえ方が出てきています[30]。他の

---

paras.3.4.13-3.4.16 and 3.4.45、IOPC/JUN10/6/1, paras. 3.4.10-3.4.14,3.4.26-27参照。

[29] Incidents Involving The IOPC Funds---1992 Fund: Volgoneft 139, IOPC/APR13/3/5, paras.3.2.2-3.2.3参照。

[30] たとえば、梅村悠「自然資源損害に対する企業の環境責任（１）（２・完）アメリカ法、EU 法を題材として」上智法学論集47巻２号187頁（2003年）、47巻３号170頁（2004年）、吉村良一「環境損害の賠償――環境保護における公私協働の一側面――」立命館法学 2010年５・６号（333・334号）1769頁（2010年）、藤井麻衣「EU 環境ライアビリティ指令における『行政的アプローチ』――その国際法への示唆――」国際協力論集17巻２号137頁（2009年）、小野寺倫子「フランス民事責任法における『純粋環境損害（préjudice écologique pur）』の概念について」『民法学における古典と革新　藤岡康宏先生古稀記念論文集』（成文堂、2011年）461頁、小野寺倫子「人に帰属しない利益の侵害と民事責任（１）（２）（３・

法制（たとえばアメリカ1980年油濁法）と比較して、民事責任条約・基金条約上の損害概念が狭いことに批判的な評価がなされることもあります[31]。しかし、ここで考えたいのは、どのような汚染損害概念が正しいかということではなくて、なぜ国際油濁補償基金がこのような保守的なやり方に執着しているか、そうせざるをえないかということです。それは国際基金の性格に由来するのです。つまり各締約国内の拠出者の経済的負担において特定の締約国の被害者を救済するという仕組みをとる以上、どうしても一定の歯止めが必要になるわけです。自国内で起きた事故について、自国内で活動する企業や自国民の税金で行うのであれば、最終的にその国で正統性のある機関（政府、議会、裁判所あるいはそれ以外のいずれになるかは国によって違うでしょう）が決めた方針に従って補償水準や補償の方針を決めれば良いでしょう。しかし他国の犠牲者の救済のために自国の拠出者（石油業者）のお金を使わせるという仕組みだと、保守的な考え方で運用しないと、多くの拠出者を抱える国（石油の輸入の多い国）の理解が得にくく、国際基金が維持できなくなってしまう可能性があります。とりわけ支払基準について裁量の余地が大きい算出方法を使うことには、多くの拠出者を抱える締約国からの強い反発が予想されます。このため民事責任条約・基金条約上の損害概念が近い将来に大きく変更される見込みは低いと思われます[32]。

完）：純粋環境損害と損害の属人的性格をめぐるフランス法の議論からの示唆」北大法学論集62巻６号518頁（2012年）、63巻１号1834頁（2012年）、63巻４号1206頁（2012年）参照。

[31] たとえば、梅村悠「油濁汚染と自然資源損害に対する責任――米国油濁法と国際条約との比較を通して」流経法學９巻２号55頁（2010年）、二見絵里子「生物多様性損害の『回復』責任に関する一考察（２・完）――EU 環境責任指令と OPA と油濁民事責任条約との比較を通して――」早稲田法学会誌 63巻２号267頁、288-289頁（2013年）等参照。

[32] 2002年10月に採択された「請求マニュアル」の改定（損害を受けた地域から若干離れた場所でとられる修復措置費用についても賠償・補償の対象とする可能性を認める。Record of Decisions of the Seventh Session of the Assembly, 92 FUND/A. 7/29, paras. 6.4-6.6, Annex Ⅰ）について、国際油濁補償基金の方針からの大きな変更であるとして重視する者もあるが（Louise Angélique de La Fayette, *New Approaches for Addressing Damage to the Marine Environment,* 20 Int'l J. Marine & Coastal L. 167, 210 (2005), 梅村・前掲注（31））、あくまで実

将来的には、これはかなり深刻な問題になっていくのではないかという気がしています。そのことを示唆するのがエリカ号（Erika）事件です。この事件では、船主・国際基金以外に船長その他の責任が追及されました。船主以外の者は、民事責任条約上は原則として責任を負わないとされているのですが（３条４項）、無謀な行為を行った場合は責任追及が可能となります（同項但書）。この事件では無謀な行為があったと認定されており、その結果、船長らがフランス国内法に基づく責任を追及されました。フランスの裁判所は、「純粋環境損害」を容認しました[33]。

国際油濁補償基金理事会では、少なくない国がこれを問題視しました。判決はフランスの国内法に関する話で、国際基金に対する請求でもなく、民事責任条約上の責任に関するものでもないので、不思議に思われるかも知れません。それにもかかわらず、多くの締約国が強い懸念を表明したのです[34]。各国国内法上の環境損害のとらえ方が変わっていくと、そういう国における条約条文の解釈の仕方が変わってくる危険があること、また条約上は認められないこの種の国内法固有の損害を賠償させるために、裁判所が責任集中の例外（民事責任条約３条４項但書）を容易に認定するようになるおそれがあるといった考慮があるのではないかと想像されます。このように基金における「汚染損害」の保守的なとらえ方は、基金の性格からどうしても逃れにくいもので、それが揺さぶられるような動きには、基金条約加盟国から非常に神経質になります[35]。このことは、各国国内法や他の国際的なスキームにおいて将来発展していくであろう汚染損害の補償のあり方と民事責任条約・基金体制の間の軋轢は容易に解

際にとられたあるいはとられるべき回復のための合理的な措置（民事責任条約１条６項（a））という文言から自然に読める範囲であり（合理性の判断基準については何重もの限定が請求マニュアルに記されている）、国際基金の基本的な考え方に変更があったと見るべきものではない。

[33] Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, FP-P+B+R+I. 国際油濁補償基金の資料においても詳細に紹介されている（Incidents Involving The IOPC Funds---1992 Fund: Erika, IOPC/APR13/3/3, paras.6.4.9 and 6.3.6）。

[34] Record of Decisions of the April 2013 Sessions of the IOPC Funds' Governing Bodies, IOPC/APR13/8/1, paras. 3.3.22-3.3.30参照。

[35] もっとも最大拠出国である（従って最も反発を示しそうな）日本は、基金理事会において、この判決に対して何も述べていない。

消しがたいということを意味します[36]。

汚染損害の定義に限らず、民事責任条約・基金条約の補償スキームを外の規制枠組みとの間で緊張関係をもたらす予兆はさまざまなところに現れてきています。この問題はEUの環境規制との間ですでに顕在化してきています。エリカ号事件において、一部の地方自治体が、流出した油はEUの「廃棄物枠組み指令（Waste Framework Directive）」（Directive 2008/98/EC）にいう廃棄物であり、エリカ号の傭船者であるトタル（Total）は責任を負うと主張しました。EU裁判所は、エリカから流出した油は廃棄物枠組み指令にいう「廃棄物」に当たるとしつつ、トタルが同指令上の生産者等に該当するかはフランスの裁判所によって決定されるべきことを判示しました[37]（この問題については、現在ボルドー控訴院において審理中のようです）。EUの環境規制が民事責任条約の定める最も基本的な原則である船主への責任集中と衝突しかねないことを示しているのです[38]。このことをどう評価すべきかは難問です。国際油濁補償基金によるリスク分散機能を高く評価し、それが健全に維持されるために地域的・国内的なスキームが譲歩すべきなのか、それとも民事責任条約・基金条約の補償スキームはすでに時代遅れで、あるべき環境法制の発展のための足枷になりつつあると見るべきなのかは、容易にコンセンサスが得られそうにない重要な政策判断です。

---

[36] 2013年4月の国際油濁補償基金理事会において、エリカ号事件破棄院判決について、オブザーバーである欧州沿岸辺境地域会議（Conference of Peripheral Maritime Regions of Europe: CPMR）が、――懸念を表する基金条約締約国政府とは対照的に――国内法、国際法及びEU法の発展に導く非常に重要なものであると高く評価したことは示唆的である（Record of Decisions of the April 2013 Sessions of the IOPC Funds' Governing Bodies, IOPC/APR13/8/1, paras.3.3.18-3.3.21）。

[37] Commune de Mesquer v Total France, SA, Total International Ltd (Case C-188/07), [2008] 3 CMLR 16.

[38] この問題については、Luc Grellet, *Avoiding International Legal Regimes: The ERIKA Experience, in* Baris Soyer and Andrew Tettenborn, Pollution at Sea: Law and Liability, Informa, 2012, pp 141, 143-147, Nicolas de Sadeleer, *Liability for Oil Pollution Damage versus Liability for Waste Management: The Pollution Pays Principle at the Rescue of Victims*, 21 Journal of Environmental Law 299 (2009) 参照。

Ⅳ　民事責任条約・基金条約と「船舶」：Slops 事件[39]

損害概念とならぶ大きな解釈問題が、「船舶」の定義です。損害概念については、抽象的なレベルでは多くの国が一致していたのに対して、こちらについては非常に大きく意見が分かれています。まず、この問題が非常に大きく注目された契機となったスロップス（Slops）事件について説明しましょう。

2000年６月15日、ギリシアのピレウス港において、スロップスという名の船舶――と言ってよいかがよく分からない物体――に原因不明の火災が生じ、油が流出しました。スロップスは、もともとは石油を輸送するために建造されたギリシア船籍の船舶だったのですが、後にスクリューが取り除かれ、エンジンも封鎖され、もっぱら油廃棄物（oily waste）を受け入れ貯蔵するための浮遊施設へと用途変更されました。スロップスは海底に碇で固定され、もっぱら受け入れ貯蔵施設として利用されていました。

事故後、清掃費用等をめぐってギリシアの会社が、スロップスの所有者と国際油濁補償基金を相手に訴えを提起しました。1992年基金理事会は、スロップスは民事責任条約、基金条約上の「船舶」ではないから補償義務はないと決定します[40]。しかしギリシア最高裁は2006年６月、スロップスは船舶である旨の判決を出し、それが確定してしまいます[41]。国際基金は最後まで、この判決に

---

[39] この事件については、James Harrison, *Conflicting Interpretations――The Slops Incident and the Application of the International Oil Pollution Liability and Compensation Regime to Offshore Storage and Transfer Operations*, 20 Journal of Environmental Law 455 (2008), Thomas A. Menzah, *Can the SLOPS Be Considered as a Ship for the Purpose of the 1992 Civil Liability Convention and the 1992 Fund Convention?*, 1 Aegean Rev. Law Sea 145 (2010), Zuzanna Peplowska, *What is Ship? The Policy of the International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage: The Effect of the Greek Supreme Court Judgment in the Slops Case*, 1 Aegean Rev. Law Sea 157 (2010) 参照。

[40] Record of Decisions of the Eighth Session of the Executive Committee, 92FUND/EXC.8/8, para. 4.3.8.

[41] Areios Pagos 23/2006 (Greek Supreme Court: Full Session) Case number 23/2006. 英文による判決の抄訳として、Yiannis Timagenis and Stavros Stavroulakis, *Areios Pagos 23/2006 (Greek Supreme Court: Full Session) Case Number 23/2006 (the "Slops" Case)*, 1 Aegean Rev. Law Sea 141 (2010) がある。

は同意できないという立場は崩しませんでしたが、締約国の確定判決は、原則としてそのまま承認・執行され、基金もこれに拘束されることになるため（基金条約８条、民事責任条約10条）、基金は支払いを余儀なくされることになりました[42]。

スロップスのように運航能力がなく、いわば貯蔵庫として海上に浮遊する施設が「船舶」に当たるか否かが問題となるのは、民事責任条約・基金条約上の「船舶」の定義の曖昧さに由来します。民事責任条約１条１項は次のように規定します。

> 「『船舶』とは、ばら積みの油を貨物として輸送するために建造され又は改造された海上航行船舶及び海上用舟艇（種類のいかんを問わない。）をいう。ただし、油及び他の貨物を輸送することができる船舶については、ばら積みの油を貨物として現に輸送しているとき及びその輸送の後の航海中（その輸送による残留物が船舶内にないことが証明された場合を除く。）においてのみ、船舶とみなす。」

この条文は異なった読み方が可能です。スロップスが船舶の定義を満たすという立場は、この条文を次のように読むのでしょう。つまりスロップスはばら積みの油を貨物として輸送するために「建造された」ものだから、１条１項本文を満たす。また同項但書は、油とその他の貨物の双方を運ぶことができる船舶について規定するものだからスロップスには適用がない。したがってスロップスは船舶であるというわけです。

これに対して、船舶に当たらないという立場は、民事責任条約・基金条約上、油を貨物として「輸送する」という要素が重要であり、たとえもともとは油の輸送のために建造されても、その後輸送ができないような状態になってしまうと船舶ではなくなると説きます。確かに１条１項但書は、それ自体としては、油とその他の貨物の双方を運ぶ船舶については油を運んでいる間だけ船舶となると述べているのですが、これは油の輸送ということが決定的な要素であるこ

[42] 2008年10月の理事会においては、国際油濁補償基金の方針に反する支払を余儀なくされたことから、ギリシア政府に求償するか否かも検討されたが、ギリシア政府自身は基金の方針に沿った対処を行っていたことを評価し否定された（Record of Decisions of the Forty-Second Session of the Executive Committee, 92FUND/EXC.42/14, paras. 3.3.6-3.3.24参照）。

とを暗黙の前提としているというわけです。

実は改訂前の1969年条約では、「船舶」とは、「ばら積みの油を貨物として現に輸送している海上航行船舶及び海上用船艇（種類のいかんを問わない）をいう」と規定されていました（１条１項）。1992年条約の文言修正がなぜ行われたかは、必ずしも明らかではないのですが[43]、文言解釈としてはいずれも不可能ではありません。

この事件を機に、国際油濁補償基金では、船舶の定義をめぐってあらためて議論されました。スロップスのように独自の航行能力のない貯蔵施設は FSO（floating storage and offloading unit）と呼ばれますが、もともとの国際油濁補償基金は、この種の施設は「船舶」ではないという立場でした。しかし、その後基金条約の締約国の中でも、ギリシア裁判所のような立場を主張する声が強くなった結果、現在、国際油濁補償基金の考え方が揺らいでおり、現在も議論が続いております[44]。

基金条約加盟国の間の対立の構図を考えてみましょう。民事責任条約だけを考えるのであれば、船舶の定義は必ずしも締約国間の深刻な対立をもたらすわけではありません。FSO が船舶に当たるとされて、それの関連する事故に条約が適用されると、FSO の所有者は、厳格責任を負い、責任制限を享受し、かつ付保義務を負うことになります。領海に FSO を抱える国は、このような法制を望むかも知れません。他方、領海に FSO を抱えていない国は、自国にはあまり関係ないので特に関心は持たないでしょう。もっとも隣接する国の領

[43] 1992年民事責任条約・基金条約の文言は、1969年民事責任条約・1971年基金条約を改正する1984年議定書に由来するようである。1984年議定書は、発効することはなかったが、1992年議定書作成の際に参考にされた。1984年議定書作成の際の議論については、Lowe, *infra* note 43, paras.78-94参照。

[44] 国際油濁補償基金事務局の求めに応じて、2011年９月、Vaughan Lowe オックスフォード大学教授が専門家としての意見を提出している（Vaughan Lowe, *Report on the Interpretation of the Term 'Ship' in the 1992 Civil Liability Convention, in* Consideration of the Definition of 'Ship': Note by the Director, IOPC/OCT11/4/4, ANNEX I）。同報告書は極めて詳細な分析に基づき、FSO は原則として民事責任条約上の「船舶」には該当しないと結論付けている。その後、2011年10月に開催された1992年基金総会において、この問題を検討するための第７会期間作業部会が設置され、現在も検討が続けられている。

海に FSO があり、FSO による汚染損害のリスクにさらされている国は、船舶の定義が拡張されることは歓迎するでしょう。

これに対して基金条約の締約国の間では尖鋭に利害が対立します。FSO は基本的には移動しないので、その所在国かせいぜいその周辺国においてしか損害をもたらしません。したがって自国の領域内に FSO を有していない国は、FSO が船舶に当たるとされ、国際基金による補償の対象とされると、自国内の油の受取人の拠出金で他国の FSO の事故の補償をさせられるということになります。油をほとんど輸入していない国であれば気にしないかもしれませんが、そうではない限り、船舶の定義を拡張することには抵抗するはずです。これに対して、自国の領域内に多くの FSO を抱える国は、他国の拠出者の負担において補償額が増える結果となるので、船舶の定義の拡張を歓迎するでしょう。日本は前者の典型（基金の最大拠出国であり、かつ FSO はほとんど保有していない）で[45]、ヨーロッパの一部の国は後者の典型（FSO が大規模に操業しており、しかも基金への拠出量が比較的少ない）です。FSO を保有しておらず拠出も少ない国は、あまり利害関係がないから中立的なはずですが、どちらかというと被害者救済のために補償範囲を拡大すべきであるといった聞こえのよい主張に流されがちです。

条約の解釈だから各国の裁判所に委ねるしかないといった姿勢をとらず、あくまで国際油濁補償基金の加盟国間で話し合っているという点では、損害概念の場合と同じなのですが、損害概念については締約国間でほぼコンセンサスができている（ただし民事責任条約・基金条約外のルールとの齟齬が目立ち始めてきている）というのとは違い、船舶の定義については、基金条約の加盟国間における利害対立が深刻なために、統一的な解釈・履行が難しい例だということになります。

Ⅴ　条約上の義務の不履行と国際基金による補償

以上は条約の解釈をめぐる話ですが、次に締約国が条約を忠実に履行しない場合の話をしましょう。

[45] 日本政府の立場は、Definition of 'ship' submitted by Japan, IOPC/OCT13/4/3/3 に示されている。

（1）ヴォルゴネフト137号事件

第１の例は、先ほどもメトディカとの関連で少し触れたヴォルゴネフト（Volgoneft）139号事件です。ロシア籍タンカーであるヴォルゴネフト139号は、2007年11月11日、ロシア及びウクライナの間、アゾフ海と黒海を結ぶケルチ海峡において２つに破断し、汚染損害をもたらしました。事故の概要は省略しますが[46]、この事件の最大の特徴は、締約国であるロシアの国内法に欠陥があったという点です。1992年民事責任条約の限度額は、2000年10月18日にいわゆる簡易改正手続きによって限度額が引き上げられ、2003年11月１日に発効しています。ところがロシア国内法の改正がこれについていっておらず、事故当時には改正によって引き上げられた限度額が国内法に反映していなかった（正確に言うと、事故発生当時には改正法がロシアの官報に公布されていなかった）のです。このため船主も改正前の限度額までしか保険を付しておらず、裁判所も改正前の額で船舶所有者の責任制限を認めたのです。このため民事責任条約上保険がかかっていなくてはならないはずの額との間にかなりの額（約150万SDR）のギャップが生じてしまいました[47]。

国際油濁補償基金理事会では、民事責任条約を正しく実施していなかったロシア政府に対して強い非難なされたのは当然ですが、理屈を突き詰めた場合、国際基金がどういう主張をできるかはっきりしない面があります。この事件は、まだ完全に解決されているわけではないのですが、ロシア政府の請求に対しては保険ギャップ分を差し引いた賠償しかしない（ロシア政府が自発的にそれだけを差し引いて請求する）といった方向で解決が模索され始めています[48]。

締約国が、条約の限度額に対応した国内法を作っていなかったという国際油濁補償基金の歴史でも前代未聞の事態だったために非常に議論が沸騰したのですが、よく考えると締約国が条約上の義務をきちんと履行しないために基金の負担が増えるという現象はいくらでもありそうです。たとえば適切な保険がか

---

[46] 同事件の概要については、International Oil Pollution Compensation Funds, Incidents involving the IOPC Funds, 2012, p.24参照。メトディカにかかる論点については同25-26頁参照。

[47] International Oil Pollution Compensation Funds, Incidents Involving the IOPC Funds, 2012, pp.27-29参照。

[48] Incidents Involving the IOPC Funds : 1992 Fund: Volgoneft 139, Note by the Secretariat, IOPC/APR13/3/5, paras.7.2-7.9.

かってもいないのに締約国が強制保険証書を出してしまった場合や、保険に加入していない船舶の入港を認め、そこで事故が起きてしまった場合に、条約を忠実に履行していない締約国が、国際基金に対して清掃費用等を請求してくれば、理論的には同じような問題があるはずでしょう。

ヴォルゴネフト139号事件は、民事責任条約・基金条約体制は各締約国が両条約の正確な履行をするという非常に楽観的な前提で作られており、ひとたびそれが破られた場合には、国際基金、ひいては各締約国の拠出者が不当な負担を被る危険があること、そして条約上はそれに対するセーフガードが備わっていないという事実を改めて教えてくれたわけです。船主の厳格責任を定めたり、付保義務を課したりしているだけの民事責任条約については、このような話は起きません。もちろん締約国の国内法がおかしかったり、明らかに条約の解釈を誤った国内判決が出されたりすれば、締約国の条約遵守義務違反ということになるのでしょうが、そのことがこういう形で大きく問題になることは、通常はありません。しかし、統一私法条約である民事責任条約の上に、国際基金による第２層の補償がのっており、締約国が基金条約はもとより民事責任条約の適切な履行やエンフォースメントを行わないと、国際基金ひいては各締約国の拠出者（油の受取人）の経済的負担が増えるという結果をもたらします。このため基金条約の締約国は、民事責任条約・基金条約が適切に履行されエンフォースメントされるに強い経済的関心を持つことになるのです。

（2）プレート・プリンセス号事件

ヴォルゴネフト139号事件は締約国が不注意で条約の履行を怠ったというケースで、ロシア政府も自分の落ち度は分かっており、あまり強引な主張はしてきていないため、最終的には何とか収まるべきところに収まりそうです。しかし国際基金の立場からはとうてい容認できないような条約の履行の仕方をして、国際基金に支払を請求してくる締約国もないわけではありません。こういうことが生じると民事責任条約・基金条約体制が大きく揺さぶられることになります。それが最悪の形で出たのが、プレート・プリンセス（Plate Princess）号事件です[49]。

[49] この事件の概要については、International Oil Pollution Compensation Funds, *supra* note 45, p.77参照。

1997年５月27日にマルタ籍タンカーであるプレート・プリンセスがベネズエラのオイルターミナルで原油を積荷中、約3.2トンが流出するという事故が発生しました。1997年６月、地元の漁業貿易組合等が同号の船長・船主に対する訴訟を提起します。しかし1971年条約に基づく国際基金（ベネズエラは1992年基金条約加盟国ですが、同条約が同国に対して発効したのは1999年７月であり、この事件について請求する可能性があるとすれば1971年基金です）に対しては何の請求もしてこなかったので、1971年基金の運営評議会は、2006年５月の会合で漁業組合による請求は、除斥期間の経過によって消滅したと判断しました（1971年基金条約６条）。ところが驚くべきことに、その後、ベネズエラの裁判所は、被告にすらなっていない基金に対しても支払いを命じる判決を出したのです。

いろいろ問題があるのですが、①条約は６年の除斥期間を定めているところ、10年近くの間国際基金に対して訴訟を提起していないにもかかわらず、基金に対する請求を認めた（1971年基金条約６条１項参照）、②国際基金が参加した後の訴訟手続も不公正で基金には防御の機会が適切に与えられていなかった、③そもそも３トン程度の油の流出によって、国際基金による補償が必要となるような巨額な損害が発生することは常識的にもあり得ない（出された証拠には非常に多くの偽造・虚偽書類が含まれていると考えられる）といった理由から、1971年基金は補償の支払を拒絶しています[50]。多くの締約国は、こういう事件への支払いが認められるとすれば、民事責任条約・基金条約による補償体制の根幹が揺らぎかねないと考えています。

問題は締約国における確定判決が出ている（既に最高裁判決が出ている）ことです。民事責任条約、基金条約では、締約国の確定判決は他の締約国でも原則として承認・執行されると規定しています（民事責任条約10条、基金条約８条）[51]。1971基金の評議会は、これらの条文が例外的に認める承認拒絶事由があ

[50] Record of Decisions of the October 2011 Sessions of the IOPC Funds' Governing Bodies, IOPC/OCT11/11/1, paras. 3.4.24-3.4.36, Record of Decisions of the APRIL 2012 Sessions of the IOPC Funds' Governing Bodies, IOPC/APR12/12/1, paras. 3.2.56-3.2.58, Record of Decisions of the APRIL 2012 Sessions of the IOPC Funds' Governing Bodies, IOPC/OCT12/11/1, paras.3.4.36-3.4.37

[51] 本事件で適用のある1969年民事責任条約10条、1971年基金条約８条にも同様

るという理解で、補償の支払を拒絶しています。

この事件の内容及びベネズエラの裁判の適否について、ここでは深入りしません。ただ仮に実際に起きた事故の内容及び請求の実態が基金事務局の説明の通りであったとすれば、この事件はこのシステムの内在的かつ本質的な弱点を示すものだと思われます。すなわち締約国において、およそ適正さを欠く条約の履行のされ方がなされた場合、国際基金が、基金条約に基づいてとることができる措置は非常に少なく、最終的には各締約国に拠出者にしわ寄せが行くことが防げないということです。プレート・プリンセス事件では、ベネズエラの裁判手続に問題があったため、民事責任条約の条文に何とかひっかけることができました。しかし、仮にそういう事情がなく、単に条約条文を無視した内容の判決――たとえば除斥期間を適切に適用しないとか、損害の認定がおかしいとかいった――だとすれば、基金条約上、承認拒絶事由はないかもしれません。実際、それに近い事件――少なくとも国際油濁補償基金事務局の説明を前提とする限りそのように疑われる事件――が、世界各国で起きつつあります。こうなってくると条約文言についての解釈の違いだとか、うっかりした履行のミスといった次元の話ではなく、国際基金から少しでもたくさん補償を引き出すために手段を選ばないような締約国にどう対処するかといった問題となってくるわけです。おそらくは民事責任条約・基金条約が作られた当初は、想像もされなかったような事態が発生しつつあり、これにどう向き合わなくてはならないかを考えなくてはならない時期に来ているように思われます。皮肉な言い方ですが、こういうことが問題となるのは、民事責任条約・基金条約による国際的な賠償・補償スキームが稀に見る成功を収めて、その加盟国が非常に増えた結果なのも知れません。

Ⅵ　むすび

この報告では、民事責任条約という統一私法条約の実施・エンフォースメントについて、加盟国の間でどのような調整が行われているかということについてお話ししました。通常の統一私法――たとえば国連売買法条約――であれば、統一的な裁判規範を設定し、その実施・エンフォースメントは締約国の裁判制

の規定がある。

度に委ねてしまうことになります。しかし民事責任条約の場合、その上に、締約国の油の受取人を拠出者とする基金が設定されていることから、各国における条約の履行あり方がその他の締約国の拠出者の経済的負担の問題となるため、基金条約加盟国の間で、民事責任条約の実施・エンフォースメントについて絶えず利害調整が試みられることになります。

今回の報告では、そのような利害調整について、具体的な例を挙げて検討しました。とりあげた最初の２つ例（Ⅲ、Ⅳ参照）は、民事責任条約の基本概念である「汚染損害」、「船舶」の解釈に関するものでした。前者については基金条約加盟国の中では比較的簡単に合意がなされました。それはおそらく基金条約による補償体制を維持するためには保守的な概念によらなくてはならないという点について、基金条約加盟国の間での合意形成が容易だったからでしょう。これに対する抵抗があるとすれば、基金条約加盟国内部ではなく、民事責任条約・基金条約体制の外から来るものでしょうし、現にその予兆が現われつつあります。これに対して船舶の定義の方は、基金条約加盟国の間で深刻な利害対立があります。そういう場合は加盟国間の調整は難航し、そこでの処理を誤ると、最悪の場合民事責任条約・基金条約の分裂につながりかねないように思われます。

これに対して後半で取り上げた話（Ⅴ参照）は、条約を適正に実施しない国に対して、他の加盟国はどういうことができるかということです。民事責任条約・基金条約は、条約の実施・エンフォースメントのあり方について各国の裁判所の判断をそのまま尊重し合うという建前で作られています。こういう楽観的な建前は国際的合意にはつきものですが、他国の拠出者の金で補償を行うといった仕組みを前提とすると、きれい事では済まない深刻な事態につながります。民事責任条約・基金条約体制が非常に成功し、100カ国以上の国が加盟するようになると、中にはこういう建前が通用しない国がでてくるわけで、そうなると国際基金加盟国の間の話し合いといったことでは解決できない事態に至る可能性があります。取り上げた事件のうち、とりわけプレート・プリンセス号事件はこの点をよく示すものです。国際基金がならず者国家のための集金システムに堕してしまわないように、民事責任条約・基金条約に新たに何らかの仕組みを導入しないといけない時期にきているのかもしれません。しかし、その場合、各国の司法制度の尊重と加盟国全体の利益の間で、どのような形でバランスをとるかは難しい問題でしょう。たとえば「条約を適正に実施されてい

ない国の事故に対して国際基金は補償しない」といったルールにしてしまうと、条約をめぐるありとあらゆる見解の差が、国際基金による補償の支払いの有無に直結しかねなくなります。そうなると民事責任条約・基金条約体制は、もはや加盟国にとってあてにできる補償システムとは言えなくなってしまいかねません。しかし、かといってこの問題を放置し、問題の多い請求に対しても無条件で応じるとすると、民事責任条約・基金条約体制の正統性は揺らぎ、大口の拠出者を抱える加盟国の不満を押さえきれず、最悪の場合には主要拠出国が脱退することにより国際基金が崩壊する危険すらあります。

最初に申し上げたとおり、民事責任条約という統一私法条約は、上に基金が設けられることで、独自の付加価値を作り出しました。しかし、その付加価値は、締約国間での条約の実施のあり方についての不断の調整を要求するものでした。国際油濁補償基金というフォーラムは、これまでその調整のために比較的うまく機能してきたと言えるでしょう。しかし締約国間の構造的な対立や、適正な実施が期待できない「信頼できない締約国」の存在は、今後もこのような調整がうまくいくかどうか一抹の不安を覚えさせるものです。あらためて考えてみると、このような利害調整が曲がりなりにも機能し、40年以上もの間存続し得たことの方が驚くべきことなのかもしれません。今後、民事責任条約・基金条約体制がそのまま維持されるのか、何らかの大きな修正を加えつつさらに存続するのか、それともどこかで機能不全を起こし瓦解するのか、予断を許さないような気がいたします。

※本稿は、2013年８月19日に北海道大学において開催された「第６回私法統一研究会」における報告に、脚注を付した他、若干加筆を加えたものである。同研究会の参加者からは有益なコメントを頂いたことに感謝します。なお筆者は、これまで国際油濁補償基金の会合に日本政府代表団の一員として参加してきており、また2009年10月以来、1992年基金総会第一副議長の任に就いているが、本稿において示される見解はすべて筆者個人のものであり、日本政府あるいは国際油濁補償基金とは関係ない。

講　　演

普遍的なソフトロー原則の展開

―― 国際商事法におけるその利用 ――

ヘンリー・D・ゲイブリエル
（Henry Deeb GABRIEL）
木戸　　茜（訳）

Ⅰ．はじめに

国際商事法に関する条約は、国際商事法規範の主要な淵源として成功しているとしばしば論じられる。しかし、これは限られた場面での話である。「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」（ニューヨーク条約）[1]や「国際物品売買契約に関する国際連合条約」（CISG）[2]の成功は例外的なものであり、国際商事法規範の形成に実際に重大な影響を与えた条約を他に挙げることは難しい。

国際商事法に関する条約の大部分は、慣行を作り出すのではなく、発展した慣行に従ってきた。取引慣行は、作成に非常に長い期間を要する条約よりも、はるかに迅速に経済的なニーズに適応し、発展するものであることから、これは当然のことといえよう。

本稿では、国際商事法において、ソフトローがいかに効果的に契約関係を規律し得るか検討する。特に、ソフトローによっていかに国際商事法における普遍的な原則が作出されるか、さらに、それによっていかに国際的商取引におけ

[1] 1958年「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」（ニューヨーク条約）。〔昭和36年条約10号。〕

[2] 1980年「国際物品売買契約に関する国際連合条約」（CISG）。〔平成20年条約８号。〕

る法規範が定められるかを焦点とする。

なお、本稿では、法的ルールの統一によって当事者間の取引費用が減少することから、それが国際的商取引に利益をもたらすものであるということを前提とすることをあらかじめお断りしておきたい。さらに、そのルールが商取引に関するベストプラクティスから形成され、それを反映するならば、当事者もまた利益を得ると考える。

Ⅱ．ソフトロー

拘束力のない法的原則は普通、ソフトローと呼ばれる。「一般的に『ソフトロー』とは、法的拘束力のない、規範的な性質を持つ文書であり、当事者が自発的に受け入れることによってのみ適用される」[3]。これらは、実定法ではなく、それゆえに法的拘束力のない、一般に認められた法的ルールである。国際商事法における様々なソフトロー文書には、モデル法[4]、国際的な非政府機関によって公表された慣例の成文化[5]、国際的な取引条件の公表[6]、契約[7]、主だった学者や専門家によるリステイトメント[8]が含まれる。ソフトローは実定法として出発したものではないが、裁判所や仲裁廷が採用することによって、あるいは当事者の合意によって、当然拘束力を生じ得る。

国際商事法におけるソフトローの主要な淵源はレックス・メルカトーリア（国際商慣習法）であるといわれることもあるが、ソフトローの現代的な淵源は、主に、国際連合国際商取引法委員会（UNCITRAL）や私法統一国際協会

[3] M. J. Bonell, 'Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles', (2005) 51 *Loyola Law Review* 229.

[4] 例えば、「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」。

[5] 例えば国際商業会議所（ICC）は、信用状を規律するルールや原則を整理したものとして、「荷為替信用状に関する統一規則および慣例」（UCP）を公表した。

[6] 例えば、インコタームズ（International Commercial Terms の略）は1936年に ICC によって初めて公表され、最新の取引慣行を反映するために定期的に改正されてきた。

[7] 例えば、穀物飼料貿易協会（GAFTA）は、品質、船積、支払、保険、不履行、運送をカバーする80以上の契約書を有する。http://www.gafta.com/contracts

[8] 例えば、「UNIDROIT 国際商事契約原則」（UNIDROIT 原則）。

（UNIDROIT）といった主要な多国間機関、及び、国際商業会議所（ICC）などの私的団体が公表した文書から導かれている。

例えば、国際的な民事法の統一及び調和を目的とする[9] ３つの主要な多国間機関―UNCITRAL[10]、UNIDROIT[11]、ハーグ国際私法会議[12]―のうち、

[9] UNCITRAL は調和と統一とを以下のように区別している。

「国際取引に関する法の『調和』（harmonization）と『統一』（unification）は、国際的商取引を促進する法が作られ、採用されるプロセスを指す。UNCITRAL は、適用される法が予測可能性を欠いているため、とりわけ、法が時代遅れで現在の商慣行に適用し難いために国際的商取引が妨げられる場面を見出す。そして、異なる法制度を持ち、異なる経済や発展段階にある国家に受け入れられ得る解決策を、注意深く編み出す。」

「２つの言葉は相互に密接に関連しているが、『調和』は概念上、国境を越えた商取引における予測可能性を高めるために、国内法が改正されるプロセスであると考えられる。『統一』は、国家による、国際的な取引の具体的な場面を規律する共通の法的基準の採用であると考えられる。モデル法や立法ガイドは、国内法の調和のために起草された文書の例である。一方、条約は、国際的なレベルで法を統一するために国家によって批准される、国際的な文書である。UNCITRAL の成果である文書には、条約、モデル法、リーガル・ガイド、立法ガイド、規則、実務ガイドが含まれる。」http://www.uncitral.org

この区別は重要である。なぜなら、私を含む多くの人が、真の国際的統一を、世界中の異なる法伝統ゆえに達成不可能なゴールであると考えているのに対し、調和はより達成しやすいゴールであるためである。

[10] UNCITRAL は、国際連合総会の補助機関として、1966年に設立された。UNCITRAL には、国際取引に関する法の調和と統一という一般的な任務がある。設立以来、UNCITRAL は広範囲に及ぶ条約、モデル法、及び、貿易を規律する実定法や国際取引に影響を与えるその他の取引に係る法に関するその他の文書を立案してきた。UNCITRAL は、５つの地域の60の加盟国から構成されている。委員会の任期は６年で、３年ごとに半数が改選される。

[11] UNIDROIT は、ローマに設立された独立した政府間機関である。UNIDROIT の目的は、私法、特に商取引法の国際的なレベルでの現代化と調和の要請及び方法を研究することである。UNIDROIT は1926年に国際連盟の補助機関として設立された。国際連盟の消滅に伴い、UNIDROIT は1940年に多国間合意に基づいて再設立された。この合意は UNIDROIT 規程として知られている。UNIDROIT の加盟国は、この規程に合意した国家に制限されており、現在、63 ヶ国が加盟している。

UNCITRAL と UNIDROIT は、ソフトローの公表によって国際商事法を著しく発展させてきた長い歴史を有する。ハーグ国際私法会議も、「国際契約に関する法選択原則」についての最近の成果により、国際商事法の分野におけるソフトロー公表のための機関として、UNCITRAL や UNIDROIT と並び立つ存在となった。

ICC のような私的団体も、ソフトロー文書を作成し大きな成功を収めてきた長い歴史を有している。例えば ICC は、船積条件に関する「インコタームズ」[13]や、信用状に関する「荷為替信用状に関する統一規則および慣例」(UCP)[14]を公表しており、これらは非常に影響力がある。

こうした機関によって公表されたソフトロー文書――「UNIDROIT 国際商事契約原則」(UNIDROIT 原則)[15]、「担保取引に関する UNCITRAL 立法ガイ

[12] ハーグ国際私法会議は現在、72ヶ国とひとつの地域経済統合組織によって構成されている。ハーグ国際私法会議の初めての会合は、1911年のノーベル平和賞受賞者である T.M.C. Asser 主導のもと、1893年にオランダ政府によって開かれた。その後、会議は、1894年、1900年、1904年、1925年、1928年に開かれた。7回目の会議は1951年に開催され、ここで、会議を常設の政府間機関とするハーグ国際私法会議規程が採択されるに至った。この規程は1955年7月15日に発効した。1956年から、4年毎に定期的な全体会議が開かれている。規程によれば、会議の活動は、国際的な民事法に関するオランダ政府の常設委員会によって担保されている。形式的には、この委員会が全体会議の日程と協議事項を設定する。しかし実際には、政府の専門家による特別委員会が会議の前後に集まり、全体会議の協議事項について勧告することで、構成国は委員会に対して直接の影響力を有している。

[13]「インコタームズ(Incoterms)」。最新版は2010年に公表された Incoterms 2010である。〔日本語の条文・解説として、ジャン・ランバーグ(新堀聡訳)『インコタームズ2010の手引き』(国際商業会議所日本委員会、2012)がある。〕

[14]「荷為替信用状に関する統一規則および慣例」(UCP)。最新版は2007年に公表された UCP 600である。〔英和対訳として、国際商業会議所日本委員会『ICC 荷為替信用状に関する統一規則および慣例〔2007年改訂版〕』(国際商業会議所日本委員会、2007)がある。〕

[15]「UNIDROIT 国際商事契約原則」(UNIDROIT 原則)。最新のものとして2010年版が刊行されている。http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010〔英和対訳として、私法統一国際協会(内田貴＝曽野裕夫＝森下哲朗＝大久保紀彦訳)『UNIDROIT 国際商事契約原則2010』

ド」（担保立法ガイド）[16]、「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」[17]――は、条約やその他の実定法にはない重要な役割を担っている。国際的な私法条約の適用を妨げ、国際商事法原則の統一に対する障害となってきた、法伝統や国内法の違いは、これらのソフトロー文書により大幅に軽減された[18]。以下で論じるように、ソフトローには、国際的な条約と比べて２つの大きな利点がある。

第一に、拘束力のない一般原則は、様々な法伝統に適応しやすい一般原則を提供することで、法統一、あるいは少なくとも法の調和という目標を果たし得る。さらに、拘束力がないゆえに、必要に応じてローカルな法にソフトローを順応させることもできる。このような柔軟性を有するソフトローは、裁判所や仲裁廷に採用されやすい。なぜなら、拘束力のある条約の場合には生じるだろう、国際的な法と国内法との衝突が、生じにくいからである。

第二に、特定の法域によって採用される必要がないため、拘束力のない一般原則は、我々にとってより容易に、かつ直ちに利用可能なものである。これらの原則は拘束力がないから、その効果は、厳密なルールというより、行為規範を定めるようなものになりやすい。しかしそれでも、国際的な一般的基準を設けるという目標は達成することができる[19]。

（商事法務、2013）がある。〕

[16] 2007年「担保取引に関する UNCITRAL 立法ガイド」（担保立法ガイド）。http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/Guide_securedtrans.html

[17] 1985年「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」。2006年改正。http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html〔日本ではこのモデル法を基礎として「仲裁法」（平成15年法律138号）の立法がなされた。〕

[18] 国際的な民事法に関する主要な多国間機関の任務は、実定法として制定される条約を起草することであり、そのために各構成国はこれらの機関に対して金銭的な支援をしているのだと、しばしば指摘される。しかし、これらの機関が成功を収めた成果の多くは、ソフトロー文書である。本稿で示すように、ソフトロー文書が、国際的な法的基準の発展に対して長期にわたって影響を与えてきたことから、金銭的な支援や努力は正当化される。

[19] 本稿の焦点は国際的な法規範にある。多くの例において、国際的な法規範は、国内法の発展のための淵源となってきた。さらに、UNIDROIT、UNCITRAL、ハーグ国際私法会議によって公表されたソフトロー文書の多くが、国内における利用のために特に起草された。

これらは単に理論的な利点に過ぎないわけではない。ソフトロー文書は、裁判所と仲裁廷の双方において、指針として広範囲に使用されてきた[20]。

Ⅲ．ソフトローと国際的な私法条約との対立

1．国際的な私法条約

国際的な商取引を規律する基準としてのソフトローの利用には、他の拘束力ある国内・国際的な実定法には一般的に存在しない柔軟性がある。このことを十分に理解するために、国際的な私法条約における、取引上の私的自治の限界について説明しておきたい。背景として、以下の点に留意する必要がある。国際的な私法条約の最大の目的は、国際的な民事法とその他の国内・国際的な法的ルールとを調和させること、あるいは、現在の国際的な慣行に沿ったものへと民事法を改正すること、もしくはその両方である。

このうち、国際的な法的ルールを調和させることの方がより困難な課題であると考えられる。理想の世界では、国際的な私法条約の起草者は、いくつかの法体系の中から最善の特徴を選び出し、包括的な法的枠組みの中へ溶け込ませる。しかし現実は理想とは違う。調和の試みは、成功例も多数あるとはいえ、しばしば、商慣行における困難や、法的な理論や政策における困難といった障害物に突き当たる。以下では、ソフトロー文書には存在しない、実定法の調和における重大な課題を挙げる。

一般的に、条約の起草者には特定の任務が与えられている。そこには他の法との調和という任務も含まれてはいるが、現代的な取引慣行にあわせて法を現代化せよという指示や、既存の法において生じてきた曖昧さや間違いを正したり明らかにしたりする任務もまた、必然的に含まれる。この一般的かつ広範な任務は、国内法の改正や成文化の試みにおいてでさえ、達成することが難し

[20] 裁判所や仲裁廷による UNIDROIT 原則の広範な利用は、UNIDROIT が提供する UNILEX データベースを出発点としている。このデータベースは以下からアクセスすることができる。http://www.unilex.info/

UNCITRAL はまた、「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」を含む、UNCITRAL の条約やモデル法に基づく裁判例及び仲裁例のデータベースを提供している。このデータベースは以下からアクセスすることができる。http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

い[21]。しかし、法を国際的基準として調和させることを目的とする場合、その調和が異なる法伝統にまたがるものである限りにおいて、調和の努力はより困難なものとなる。なぜなら、言語においても概念においても、様々な法伝統の間には違いがあるからである。法改正のための現代的なモデルがあれば、調和はより容易に達成される。しかし、改正の目的が、変化する取引慣行や社会にあわせて法を現代化することにあるのなら、調和の目的は現代化という目的の前に敗れ去るだろう。

このように、UNIDROIT 原則の多くの成功は、同原則が、国際的な商慣行のみと適合すればよく、シビルローやコモンローの伝統を持つ国内法と適合する必要がなかったことによる。

国際条約の起草においてしばしば試みられるように、国内法と国際条約との調和において法伝統を融合させることは、容易に達成されるものではない。たとえその他の国内・国際的な法制度との調和という目標が明確でも、その目標のために、ある国内法を根本的に変化させようというインセンティブはあまりみられない。また、条約の起草者には、他に理由があるのでなければ、なじみがあるがゆえに、自身の国内法によりがちになる強い傾向がある。

さらに、改正される法が契約法や物権法である場合、あるいはそれらに基づく法である場合、基本的な概念や用語が一致しないだろう。こうした問題は言語の不一致によって深刻化する。例えば、「国際契約における電子通信の使用に関する国際連合条約」(ECC)[22]は、契約の分野のみにその範囲が制限されて

---

[21] アメリカでは、「統一商事法典」(UCC) の改正に向けた13年の作業の後、UCC と CISG との調和の試みの成果は、序文のコメントで次のように要約された。〔なお、UCC の全訳として、アメリカ法律協会・統一州法委員会全国会議 (田島裕訳)『UCC2001：アメリカ統一商事法典の全訳』(商事法務、2002) がある。〕

「当事者が国際物品売買について合意に達したとき、アメリカは条約の締約国であるため、準拠法は CISG である。CISG の多くの規定が UCC 第二編の規定に非常に類似していることから、改正委員会は、改正の初期の段階において、CISG の類似する規定について公式コメントで引用することを検討した。しかし、その後の検討の結果、引用することによって、第二編と CISG とが実際よりも類似しているかのように考えられ得ることから、改正委員会はこれらの引用はなされるべきでないと結論付けた。」

[22] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_

いる。これは、例えば「取引」という単語など、国連の６つの公用語で同様に解され得る用語について、作業部会が合意に達することができなかったためである。

加えて、基本的な法原則は全体が一体となって機能するものである。したがって、異なる法制度からの契約法・物権法原則の選択的借用は、その他のルールとのバランスを失わせ、妨害する危険性を帯びたものとなる。法的ルールの調和は、調和されるルールの間に重大な実質的・構造的違いがないということを前提にしている。改正される法の具体的な必要性に沿うように、別の法から規定を選び取るのは容易であるし、このような選択的借用は、普通、新たな原則を起草するよりも（必ずしもよりよい方法であるとは限らないが）容易である。しかし、これは調和ではない。法制度全体が別の法制度と調和して機能しない限り、当事者は、調和による法的確実性の利益を得ることはできないだろう。また、選択的借用においては、様々な淵源からの借用がなされやすい。その過程では、ある法制度がいかに他の法制度と共に機能するかが、体系的に反映されるというわけではない。その結果である寄せ集めは、優れた成文法や法典になるかもしれないが、調和という目標は達成されない。

国際的な民事法の現代化という目標については、CISG が、法の現代化の試みによって生ずる問題に関するよい例である。CISG は完成まで30年以上かかり、その適用範囲は非常に限定されている[23]。CISG が、締約国が80ヶ国[24]にものぼる、成功した国際商事法文書のひとつであるとしても、広範囲に批准されるまでには何年もかかった。CISG は1980年に UNCITRAL によって公表され、アメリカは1987年[25]、日本は2008年[26]に締約国となった。デンマークが第二部を批准したのはようやく2012年になってからであった[27]。このように CISG の採用が遅く、一律でないことから、CISG の再検討がためらわれるのも当然である

---

commerce/2005Convention.html

[23] Henry D.Gabriel, 'The CISG: Raising the Fear of Nothing', (2005) 9 *Vindobona Journal* 219.

[24] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

[25] 前掲注24参照。

[26] 前掲注24参照。

[27] 前掲注24参照。

といえる。CISG の起草に時間がかかったことも、適用範囲の制限も、国際的な商事契約の中で具体化された法原則において、共通する基礎を見出すことが不可能であることに起因するものである。

CISG のような条約が使い古され擦り切れた場合、それは改正され得るのだろうか。そのプロジェクトは間違いなく長い年月に及ぶだろうし、その後の改正は、既存の国際商事法に重大な混乱を生じさせるだろう。CISG の改正に関するこうした懸念から、ECC は CISG に追加されるのではなく、独立した条約となった。

次に、国内、あるいは一定の地域内で適用される契約法を設けようとする最近の多くの試みにおける困難について検討しておきたい。例えばアメリカでは、様々な既得利益が新しい成文法の効果について懸念を示したために、「統一商事法典」（UCC）の売買法の改正が、13年にわたる作業を経て失敗に終わった。改正のうち最も議論されたのは、コンピュータのソフトウェアに関する契約を扱ったものだったが、これらは法的拘束力のない文書[訳注1]に組み入れられた際、全く注目されなかった。このことから、ソフトローによっていかに改正が達成され得るかが分かるだろう。

また、地域的なレベルでも難しさがある。このことは、例えば、ヨーロッパ契約法を提案しようとする最近のヨーロッパの動きをみるだけで理解することができる。ヨーロッパ契約法委員会は、1982年に「ヨーロッパ契約法原則」（PECL）[訳注2]の作成を開始した。20年の作業を経て、2002年にこのプロジェクトは完成したが、PECL は実定法としては採用されていない。2009年、ヨーロッパ契約法における新たな試みとして、「共通参照枠草案」（DCFR）[訳注3]が作成さ

訳注1　ALI が2009年に公表した「コンピュータ・ソフトウェア契約の諸原則」（Principles of the Law of Software Contracts - Proposed Final Draft）を指す。

訳注2　日本語訳として、オーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編（潮見佳男＝中国邦博＝松岡久和訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、2006）、及び、オーレ・ランドー＝エリック・クライフ＝アンドレ・プリュム＝ラインハルト・ツィンマーマン編（潮見佳男＝中国邦博＝松岡久和訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（同、2008）がある。

訳注3　日本語訳として、クリスティアン・フォン・バールほか編（窪田充見＝潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和＝山本敬三＝吉永一行監訳）『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則―共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社、2013）がある。

れた。DCFR については、あまりに非現実的で、本棚で埃をかぶっているような状態である。現在、新たに「共通ヨーロッパ売買法」（CESL）が審議されているが、まだ効力を有していない。

2．ソフトロー

拘束力のある条約と違って、ソフトローには、当事者にカスタマイズされたルールを提供する柔軟性がある。条約やその他のハードローの枠組みには、既存の法との調和という圧力がかかるが、ソフトロー文書はこのような圧力の対象とならない。条約などの場合、国内法と矛盾しないようにという、採用する法域からの強い要望がある。しかし前述したように、新しい条約を既存の国内法及び国際的な法規範と調和させることは、様々な困難に満ちている。

ソフトロー文書の場合、法全体と調和する必要はない。そのため、選択的な調和のために起草する法の具体的な必要性に応じて、他の法から選択的に原則を採用することは容易である。さらに、選択的借用においては、様々な淵源からの借用がなされやすい。その過程では、何が最善の結果であるかが体系的に反映されやすく、単にあり得る結果が反映されるわけではない。

条約は、様々な国家による採用を促進するように作られねばならないのであるから、文書の適切性についての懸念を取り除くために、その作成にあたっては、前述したように、潜在的な締約国の法伝統を反映しようとする強い傾向がある。これにより、異なる法伝統を調和させようという試みが、必然的に生ずることになる。これは、文書を完成させるのに必要な期間についても、結果として作られる条約の実際の中身についても、問題を生じさせる。

国際商事法に関する条約の準備は、長いプロセスとなる傾向にある。そしてこの期間の長さは、一部には、異なる法制度や法伝統の中で、共通する原則や既存の原則の調和を絶え間なく探し求めたせいであると考えられる。このことは、CISG の準備に何十年もかかった原因、そして適用範囲が制限されるに至った原因の多くを占めているが、これは最も重要な例であるといえよう。

さらに、関係者は、特定の法伝統との調和という要請に縛られ、それによって最善の解決のための検討がしばしば妨げられるということが、より深刻である。これは普通、政治的に動機付けられたことである。例えば故 Allan Farnsworth 教授は、CISG 起草過程におけるアメリカの代表であり、UNIDROIT 原則の起草については最初の作業部会のメンバーでもあったが、

CISG 作成のための作業と UNIDROIT 原則を完成させた作業とがいかに区別されるか、次のように説明している。

> 「UNCITRAL における雰囲気が政治的なものだった（代表は政府の代表であり、地域ごとにグループ分けされていた）のに対し、UNIDROIT の雰囲気は政治と無関係だった（参加者は個人の資格で参加していた）」[28]。

このことから、UNIDROIT 原則は「中立的な」契約法であり、利益のバランスを反映していて、どの政府によって作り上げられたものでもないと考えられる[29]。

条約の準備のための非常に長いプロセスに加えて、たいてい、批准のために些細とはいい難い時間がさらに必要となる。ソフトロー文書は条約と違って、施行を何年も停滞させるような、長い批准のプロセスを要しない[30]。例えば、近年で最も成功した国際条約のひとつであるニューヨーク条約[31]は、1958年に成立したが、1970年になるまでアメリカには批准されなかった。さらに、ニューヨーク条約は非常に成功してきたとはいえ、その他多数の最近の国際商事法に関する条約についてはその限りではない[32]。さらに、アメリカ、カナダ、メキ

---

[28] E. A. Farnsworth, 'The American Provenance of the UNIDROIT Principles', (1998) 72 *Tulane Law Review* 1985, 1989.

[29] Henry D. Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods*, (2d. ed. 2009) 13.

[30] これは、国内法の例でも同様である。例えば、UCC の売買法の改正は13年を要した。さらにその８年後、どの州にも採用されないまま、改正は取り消された。

[31] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

[32] 実際、国際的な私法条約の最近の歴史は一般に不成功に終わっている。1964年「国際物品売買についての統一法に関する条約」（ハーグ売買条約）の締約国は８ヶ国、1970年「旅行契約に関する国際条約」（CCV）の締約国は３ヶ国、1973年「国際的な遺言の方式の統一に関する条約」の締約国は３ヶ国、1983年「国際物品売買における代理に関する条約」の締約国は２ヶ国、1988年「国際ファイナンス・リースに関する UNIDROIT 条約」の締約国は４ヶ国、1988年「国際ファクタリングに関する UNIDROIT 条約」の締約国は４ヶ国、1995年「盗取され又は不法に輸出された文化財に関する UNIDROIT 条約」の締約国は11ヶ国

シコのような連邦制国家においては、批准は、州と国家、あるいは州政府同士の複雑な政治的駆け引きを生じさせる。同様の問題がEUとその加盟国の間にも存在する。

UNIDROIT原則のようなソフトロー文書が成功してきた要因は、拘束力がないこと、政府の影響を受けてこなかったこと、そして、国の法制度にとっていかなる脅威にもならないことであるとされてきた。これらのソフトロー文書は、「国際商事仲裁に関するUNCITRALモデル法」のように、統一を促進する影響を与えるようなリソースとなるべくデザインされた。しかし、それが紛争の解決にあたってどの程度の手助けとなるものなのかは、立法者・裁判所・仲裁廷に委ねられている[33]。

ソフトロー文書はしばしば、それ自体で完結するものではなく、法のさらなる発展の基礎となるものである。モデル法のように、それぞれの法域において採用されることを一般に意図したソフトロー文書もあり[34]、その多くは、国内・国際的な立法のための基準を設けるにあたって最も成功をおさめてきた[35]。モデル法は、改正の草案として採用されることを意図したものなので、条約と同様に、調和への圧力や特定の法伝統への順応を求められることになる。

一方で、UNIDROIT原則、ALI/UNIDROIT国際民事手続原則[36]、アメリカ

のみである。

[33] R. Goode, 'Communication on European Contract Law', cited in S. Gopalan, 'New Trends in the Making of International Commercial Law', (2004) 2004 *Journal of Law and Commerce* 117.

[34] 例えば、「電子商取引に関するUNCITRALモデル法」に基づく立法は、オーストラリア、バミューダ島、カナダ、コロンビア、フランス、中国の香港特別行政区、アイルランド、フィリピン、韓国、シンガポール、スロヴェニア、ジャージー（イギリス王室属領）、アメリカにおいてなされている。

[35] もちろん、新しい条約のための国際的商取引に関する基準の設定にあたっては、現行の条約は有用なものとなり得る。CISGのもととなったハーグ売買条約がまさにその例である。Henry D. Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods*, (2d. ed. 2009) 4.

[36] 2004年「ALI/UNIDROIT国際民事手続原則」。http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure〔本文及び付属の解説の翻訳として、名古屋裁判所国際関係法研究会「アメリカ法律協会・私法統一国際協会　国際民事訴訟原則」判時1998号（2008）3頁がある。〕

法律協会（ALI）の数多くのリステイトメントのような原則の提示は、採用されることを明確な目的とすることなく起草されてきた。それゆえに、前述したような構造的な制限がなく、また、そうでなければ不可能だったであろう中立とバランスとをしばしば達成してきた。一度完成すれば、それらの多くは、さらなる実定法の発展に対し、大きな影響力と重要性を有してきた。これは単に、それらが便利で、直ちに利用可能な法源であることによるものであり、それゆえ、新たに法を起草する困難は回避される[37]。それらはまた、妥当な解決を導くものだと考えられているため、より意図的に採用され得る。

最後に以下の点を強調せねばならない。ソフトロー文書は、ベストプラクティスのためのガイドを提供するという明確な目的のもとに起草される傾向にある。この観点から、ソフトロー文書は、現在そして潜在的な業界の慣例に従うかたちで起草されやすい。反対に、国際的な私法条約は、国際的な民事法が現在の業界の慣行に追いついていないと認められた後になって求められる傾向がある。

このように、最も成功したソフトロー文書のいくつか――UCP やインコタームズなど――は、一般に確立された取引慣行を反映するものとして多くの契約当事者に利用されるべく起草され、それゆえに、実際にそれらが規律する取引のデファクトの法的基準となっている。条約のように起草や施行に長い期間をかけなくとも、このような結果が生じたのである。

原則やリステイトメントといったソフトロー文書は、最新の慣行を反映する傾向があるために、進化しつつある新たな法制度の基礎として、既存の法制度を解釈するのと同様に、裁判所や仲裁廷に広く使われてきた。例えば、コモンローの世界、特にアメリカでは、裁判所は法源として ALI のリステイトメントに長く依拠してきた。さらに仲裁廷は、一般的には国内の法選択の制約を受けないが、UNIDROIT 原則のようなルールを、その中立性が推定されるがゆ

[37] UNIDROIT 原則の起草における UCC 及び第二次契約法リステイトメントの影響について、故 Allan Farnsworth 教授は以下のように述べている。他のコモンローの法律家と違い、「私は、成文法の形式をとる文書を持参した。すなわち、UCC と第二次契約法リステイトメントである。コモンロー裁判所のいかなる決定も――貴族院の決定でさえも――ほんの僅かな条文形式の文書ほど説得力のあるものではなかった。」E. A. Farnsworth, 'The American Provenance of the UNIDROIT Principles', (1998) 72 *Tulane Law Review* 1985, 1990.

えにしばしば採用してきた。

さらにソフトローは、その他の適用可能な国内・国際的な民事法が具体的な問題にこたえられない場合に、しばしば法の欠缺を補充する役割を担う。例えば、CISG より広い適用領域を有する UNIDROIT 原則は、CISG では解決されない問題に対処するために利用されてきた[38]。

Ⅳ．ソフトローの限界

ソフトロー文書は条約にはない利点を有するとはいえ、国際商事契約におけるソフトローの使用には一定の限界がある。第一に、執行の確実性の要請を満たすことができない。第二に、政治的なプロセスにおいて検討されていないという懸念がある。第三に、そもそもソフトローとは法なのかが問題である。第四に、当事者の取引だけでなく第三者の権利をも規律する、ソフトロー文書以外の準拠法によって、ソフトロー文書が制限されることがある。これらの問題が、ソフトロー文書の有用性の大きさを上回ることがあってはならない。

第一の点に関して、国際商事法のいくつかの分野においては、法的確実性や、特定のルールの強制執行が必要となる。国際条約は拘束力があるので、批准されれば、それらは即時的な統一・執行可能性があるという点で、ソフトローに

---

[38] 例えば、*Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International, Ltd.*, Court of Appeal of New Zealand, NZCA 350 (2000); *SCEA GAEC Des Beauches Bernard Bruno v. Société Teso Ten Elsen GmbH & COKG*, Cour d'appel de Grenoble (1996) 参照。

ソフトローが常に欠缺補充のための有用なガイドとなるか否かは疑問である。なぜなら、既存のルールの利便性ゆえに、裁判所が、そのルールがなぜ適切であるといえるのか、あるいは、競合するルールよりも事案に合ったものであるか調査することなく、ソフトロー原則に盲目的に従う傾向があることが報告されているからである。例えば、G. Maggs, 'Ipse Dixit: The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law', (1998) 66 *George Washington Law Review* 508; S. Symeonides, 'The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing', (1997) 56 *Maryland Law Review* 1248参照。しかし、その原則が注意深くかつ慎重に起草された限りにおいては、このような懸念は最小限に抑えられる。実際には裁判所は、最善のルールを発見するであろう。

優越する。

このように、例えば、「可動物件の国際担保権に関する条約」（ケープタウン条約）[39]や、「航空機に固有の事項に関する可動物件の国際担保権に関する条約の議定書」（航空機議定書）[40]は、国際的な市場における航空機の担保付き融資のための執行可能な基準を提供する。明確なルールの形で規定された拘束力ある条約によって当事者に与えられる確実性や保護なしに、何百万ドルもの航空機の国際的な融資を期待するのは、合理的ではない[41]。

第二に、拘束力ある条約を起草するための政治的プロセスは、最終的に作成される条約に積極的な影響を与え得る。起草の段階でも批准の段階でも、条約に対して、強い政治的な力が働く[42]。起草の段階において政府の代表は、どうすれば自身の利益が最大化されるかを強く意識しており、これらの利益は激しく主張され、議論され、ロビー活動が行われる。さらに、UNCITRAL のような機関では、産業・ビジネスの団体から広く代表が出され、彼らもまた自らの懸念を強く主張することが普通である。

こうした審査・妥協・最終合意の過程は、文書に反映される。文書は様々な後援者に受け入れられ得るものとなり、それゆえ、広く受け入れられる結果になりやすい。ソフトロー文書の場合はこのようなケースと違い、より隔離されたプロセスの中で発展してきた。さらに条約では、抽象的な原則ではなくて、実務上の具体的な問題についての具体的ルールが作成される傾向がある。それゆえ、適用がより簡単であり、より確実で、解釈の差はより少なくなる。

条約に対するソフトローの様々な優位性を見極める際、条約の交渉のプロセ

---

[39] 2001年「可動物件の国際担保権に関する条約」（ケープタウン条約）。http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention

[40] 2001年「航空機に固有の事項に関する可動物件の国際担保権に関する条約の議定書」（航空機議定書）。http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/aircraft-protocol

[41] この条約の歴史、及び、国際的な融資の分野における確実性の要請に関する議論について、S. Gopalan, 'Harmonization of Commercial Law: Lessons From the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment', (2003) 9 *Law and Bus. Rev. of the Americas* 255参照。

[42] 例えば、Robert E. Scott, 'Is Article 2 the Best We Can Do?', (2001) 52 *Hastings Law Journal* 677参照。

スは最善の結果につながるとは限らないということに留意しなければならない。条約は、成果が受け入れられるものになるよう様々な妥協を重ねることで、ベストプラクティスを反映せず、単に受け入れられる慣行を反映したものに終わってしまうことがあるためである。また、条約は、都合のよいルールだけを杓子定規に規定することにもなりがちである。さらに、提案された条約の質が良くても悪くても、批准されなければ条約は効力を持たないのである。様々な利害関係者が最終文書にそもそも合意することができないために、プロジェクトが行き詰ったり立消えたりして、完成に至らないことすらある[43]。

第三の問題は、ソフトローが法か否かということである。特定のルールを利用しようという合意は、当然に執行できるものではなく、執行の基礎となる何らかの国内法を必要とする[44]。表示した希望通りに合意した内容が執行されるか、当事者が前もって知ることができないため、多くの状況において、これは不確実性につながる。しかしこの問題を強調し過ぎるべきではない。国際的な法的紛争の多くは仲裁によって解決されているし、一般的には、準拠国内実定法が何であるかにかかわらず、当事者の法選択が仲裁を支配するからである。さらに、国内の公序に直接的に抵触しない限り、ほとんどの国内法は当事者自治という強いルールを有している。

当事者が、自らの取引を規律するものとして明示的にソフトロー文書を選択

---

[43] このような事態は、アメリカで、新たな立法の起草や、既存の立法の改正の試みにおいて頻繁に生じてきた。Henry D. Gabriel, 'The 2003 Amendments to Article Two of the Uniform Commercial Code: Eight Years or a Lifetime After Completion', (2001) 52 *South Texas Law Review* 487.

[44] 国内の裁判所は、関連する法抵触のルールを含む自身の国内法を適用する義務がある。伝統的かつ一般的な見方によれば、国際的な契約に適用される法の選択は、特定の国内法に限られる。これは、「1980年の契約債務の準拠法に関するEU条約」（ローマ条約）におけるEUの立場である。ローマ条約は、EU加盟国間の契約における法抵触のルールを統一するものである。

このように、たとえ当事者がソフトロー原則やルールを自らの合意を規律する法として明示的に採用したとしても、国内の裁判所は、それはソフトロー原則を契約の中へと組み入れる合意であると結論付ける傾向にある。従って準拠法となる契約法は、裁判所の法抵触のルールに基づいて、別個に決定されねばならない。そして組み入れられた条項は、国内の強行規定に影響しない限りにおいて、当事者を拘束する。

したならば、裁判所の役割は簡単なものになるはずである。その法域において存在するであろう法選択に対する制限には服するが[45]、裁判所は単に選択されたルールを採用すべきである[46]。

しかし、当事者のソフトロー文書の選択が、いわゆる「法」の選択として認識されるべきか否かという点は問題となる。当事者が、適切になされた合意においてソフトローの原則を使うことに決めた場合、その合意において、当事者が選択した準拠法としてソフトロー原則が拘束力を有するのではなくて、合意そのものの明示的な条項として拘束力を持つことが具体的に示されているならば、法選択の制限によってその適用を妨げるべきでない[47]。これは単に契約自由の原則の適用であり、法選択の自由ではない。

法選択のルールによる制限と当事者自治との中で、当事者は、拘束力のない文書に表された特定のルールを採用することを選び得る。UCP やインコタームズなど、いくつかの文書は、あまりに一般に使用され認められているので、普通、当事者間にそれを適用しないという合意がなければ適用される。ほとんどのソフトロー文書は、しかしながら、明示あるいは黙示の合意によって、当事者の合意の一部となる。

第四の点に関して、第三者の権利が問題となる。ほとんどのソフトロー文書は「閉じられた体系」を作り出すものである。当事者は、取引を規律する特定のソフトローを選択することで、他の適用し得る法を排除するが、この際、選

---

[45] 例えば、UNIDROIT 原則前文の注釈４を参照。

[46] これは当然、準拠法国が有する、当事者の選択したルールを覆したり補充したりする強行規定に服する。

[47] このことはアメリカ法において認められている。例えば、UCC の公式コメントは以下のように述べている。

「UCC の規定の効力を変更する合意は、その規定に代わって規律するルールを示すことで、効力の変更を生じさせ得る。あるいは、当事者は、商取引において適用され得る一般に認められたひとまとまりのルールや原則によって当事者間が規律されることを示すことで、そのような規定の効力を変更することができる。このようなひとまとまりのルールや原則は、例えば、UNCITRAL や UNIDROIT といった政府間機関によって公表されたもの（UNIDROIT 原則など）や、業界の規約のような法的拘束力のないものを含む。」（UCC § 1-302 公式コメント２。）

択したルールは自身のみにしか適用されない。第三者は、当然、ソフトローを選択した契約当事者ではないので、仮に契約当事者であったなら自身の権利に影響を受けるような場合でも、いかなる契約上の法選択にも拘束されない。ソフトローのこのような限界は、ソフトローの利用が本来的に契約当事者間の契約上の権利や物権関係に限られることを示している。

こうした限界がある中、なぜ当事者は取引を規律するルールとしてソフトローの原則を選ぶのだろうか。最大の理由は、これまで述べてきたように、そのルールが競合する実定法よりもしばしば単に優れているという事実にあると考えられる。当事者は、自らの取引関係を反映したルールが、国内法やその他の国際的な法規範よりも優れていると信じているため、そのような選択をすることがある。あるいは当事者は、一方当事者に有利になることのない、中立的な基準を求めているために、ソフトローを選択する。取引能力に格差のある当事者間では、より強い当事者が自らの国内法を選択するよう強く主張することもあるが、当事者が、自己の国内法を押し付けることのできる十分な取引能力があったとしても、実際にはそのような押し付けをしない場面もある。これは、国内法が予測可能性を欠いているため、あるいは他の理由によるものであり、そのかわりに、適用される別のルールとして、UNIDROIT 原則などを選択するのである[48]。

Ⅴ．ソフトロー文書の成功例

以下では、これまで論じてきたソフトローの利点を例証する２つのソフトロー原則――インコタームズと UNIDROIT 原則――を取り上げることとする。インコタームズは1936年に ICC によって初めて公表され、1967年、1976年、1980年、1990年、2000年、2010年に改正された。

長期間継続してきた慣行から、国際物品売買契約においては、しばしば船積や運送について標準的な条項がみられる。しかし、FOB や CIF といった最も一般的な条項も、全ての港や取引の拠点で同じ意味を持つわけではない。イン

[48] これはロシアにおいてしばしば生じる。Alexander S. Komorov, 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Russian View', (1996) 1 *Unif. Law Review* 247参照。

コタームズが公表されたのは、このような混乱に終止符を打つためであった。

インコタームズには、注目すべき２つの具体的な側面がある。第一に、インコタームズは拘束力ある成文法・条約でないため、最新の商慣行を反映すべく迅速に改正され得る。これは、拘束力のある条約では不可能なことだろう。第二に、ソフトロー原則には成功したものもあるということを強調するために、たとえ当事者がインコタームズの使用を明示していなくても、インコタームズはしばしば取引慣習として適用されることを指摘しておきたい[49]。

インコタームズの改正の迅速性に加え、最新の慣行や問題点を反映するために業界団体によって改正がなされるという点が重要である。このため、多くの国際商事法に関する条約と異なり、インコタームズは商慣行に従うのではなく、商慣行をリードしている。

ソフトローのもうひとつの成功例としてUNIDROIT原則が挙げられる。これは、ここ最近で最も野心のある、ソフトローに関するプロジェクトである。UNIDROIT原則は取引において、当事者の選択によっても、裁判所・仲裁廷が適切な基準として採用することによっても、適用され得る。

UNIDROIT原則の明示的利用に加え、取引がCISGのような他の国際的ルールによって規律されている場合、UNIDROIT原則のより広い適用範囲が、他の準拠法を解釈する際に、有用な補充機能を果たし得る[50]。例えば、

---

[49] 例えば、Jan Ramberg, Incoterms 1980, *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, (Horn & Schmitthoff, eds. 1982) 137, 151; *Texful Textile, Ltd. v. Cotton Express Textile, Inc.*, 891 F. Supp 1381 (C.D. Cal. 1995) 参照。また、フランス及びドイツの裁判所は、インコタームズは国際的な慣習として法としての効力を持つと結論付けた。John A. Spanogle, 'Incoterms and UCC Article 2—Conflict and Confusion', (1997) 31 *Int'l. Law* 111,113参照。

[50] アメリカのリステイトメントは、UNIDROIT原則と類似したソフトロー文書である。リステイトメントは、外国の新たな法的ルールの基礎として、また、既存の法的ルールを解釈するために、アメリカの裁判所で広く用いられている。UNIDROIT原則とリステイトメントの類似性に関する議論として、M. J. Bonell, 'The UNIDROIT Principles of International Contracts and CISG: Alternative or Complementary Instrument?', (1996) 1996 *Uniform Law Review* 26を参照。しかし、リステイトメントとUNIDROIT原則の類似性を強調し過ぎることは、誤解を招く。リステイトメントは、既存のアメリカ法をもとに起草されてきた。アメリカの裁判所がリステイトメントを引用するとき、それは

UNIDROIT 原則は、その他の国際・国内法が具体的な問題を解決しない場合に[51]、法の欠缺を補充する。このように、CISG より広範囲な適用領域を有するので[52]、UNIDROIT 原則は CISG が対処していない問題を扱うために利用される[53]。さらに、準拠される国際的な法規範がどのように解釈されるべきかを説明するためにも使われ得る[54]。また、UNIDROIT 原則から導かれる国際的な慣例や慣習によって、事案における慣習の認定を補うという形でも、UNIDROIT 原則は利用され得る[55]。

一般に、州法の欠缺を補充するためであったり、既存の州法の拡張を認めさせるためであったりする。これに対して、アメリカの裁判所が UNIDROIT 原則を適用する場合、既存の法を解釈するために用いられる限られた場合を除き、原則は既存の法に取って代わるものとして用いられる。裁判所によるこのような UNIDROIT 原則の利用は、リステイトメントの利用に比べて、より思い切ったものである。

[51] UNIDROIT 原則が規律する分野は、どれも準拠国内法でも規律している分野であるが、UNIDROIT 原則が国際的な契約のみを規律するものであることから、国際的な取引における当事者の期待と国内の取引における当事者の期待とが異なることを理由として、裁判所は、UNIDROIT 原則が適用されるべきであると決定することもあり得る。

[52] CISG によってカバーされていない UNIDROIT 原則の主要な分野は、期間の制限、権利の譲渡と債務の移転、第三者の権利、及び相殺である。

[53] 前掲注32参照。

[54] このような利用は、理論的にはあり得るが、実際にはあまりなされない。このような目的のために UNIDROIT 原則が利用された例は２件しか報告されていない。とりわけ適用される法が CISG である場合には、CISG の全ての規定を解釈する事例がすでに数百件あり、また、CISG を隅々まで探求した数百もの論文や書籍があることからも、これは予測されて然るべきだろう。新たな解釈の必要性は存在しないのである。

[55] このような利用については、公表された裁判所の決定はない。しかし、国際的な取引慣例を決定する基準として UNIDROIT 原則を利用した15の仲裁例がある。〔UNILEX に挙げられている15の仲裁例は以下の通りである。① ICC (Paris), November 1996, 8502, ②International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 5 June 1997, 229/1996, ③ Ad Hoc (Buenos Aires), 10 December 1997, ④ICC (Rome), March 1998, 9029, ⑤ ICC, February 1999, 9479, ⑥International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 27 July 1999, 302/1997, ⑦

ソフトローとしてのUNIDROIT原則は、類似する条約と比べて、独特の利点を有する。UNIDROIT原則は、1994年に初めて公表され、2004年、2010年に改正された。批准される必要がないことから、UNIDROIT原則は条約に比べて非常に迅速に採択・改正され、それゆえ施行の期間によって時代遅れのものとなるリスクを負うことはなかった。換言すれば、現在の取引慣行に順応するために、UNIDROIT原則は時代に即したものとして存在してきたし、これからもそうあり続ける。

最初に公表されたUNIDROIT原則も、改正されたものも、既存の国内法に順応せねばならないという圧力にはさらされない。UNIDROIT原則のたったひとつの目的は、商慣行に適応することであり、既存の国内法の枠組みに順応することではないので、中立性が維持されている。UNIDROIT原則はまた、条約と違って、範囲について制限を受けることなく起草された。したがって、例えばUNIDROIT原則は、契約の有効性について規律する条項を有する。これに対してCISGは、政治的理由から、有効性についての条項を排除した[56]。す

ICC, 2000, 10021, ⑧ICC, October 2000, 10022, ⑨International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 6 November 2002, 217/2001, ⑩ICC, 2003, 11256, ⑪ICC, 2003, 11265, ⑫ICC, 2004, 12446, ⑬International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 12 November 2004, 174/2003, ⑭CIETAC, 2007, ⑮Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, 23 January 2008, T-9/07. なお、これらの仲裁例には以下からアクセスすることができる。http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1

この他、森下哲朗「UNIDROIT国際商事契約原則の原状と意義」上智大學法學會編『変容する社会の法と理論：上智大学法学部創設50周年記念』（有斐閣、2008）151-216頁、及び、山手正史「ウィーン売買条約（CISG）判決に現れたUNIDROIT原則」奥島孝康先生古稀記念論文集編集委員会『現代企業法学の理論と動態』第一巻《下編》（成文堂、2011）809-824頁において、CISGの解釈や補完のためにUNIDROIT原則が利用された裁判例・仲裁例が紹介されている。〕

[56] このような政治的な制限について説明しておきたい。実体的な有効性の問題は一般的に、CISG4条によって、CISGの適用領域から排除されている。これは主に、事務局の報告書の以下の記述に基づくものである。（1）国際取引においては、これらの問題はめったに生じないし、契約の有効性に関する法の違いが

なわち、UNIDROIT 原則は、類似する国際条約とは異なり、時代に合った、かつ柔軟なものなのである。

Ⅵ. 結び

世界経済のグローバル化が進んだことにより、国際商事法は急激に発展してきた。本稿で述べたように、ソフトローはこの発展の重要な一翼を担っている。UNIDROIT の前事務局長である Herbert Kronke 教授は、最近、次のような問題について検討した。すなわち、具体的な問題を扱う具体的な条約の作成に専念するのではなく、ソフトロー文書をも作成することが、各国政府の拠出金

重要な問題を引き起こすという指摘はなかった。（2）「強迫に関するルール、高利、非良心的な契約、履行における信義則などのルールは、社会の政策的・社会的･経済的な思想を、契約について具体化するための道具として機能する。」そして「このようなルールの拡張的な、あるいは限定的な解釈によって、多くの法制度は、取引の安全をもたらす契約の神聖さという思想と、取引の安全を犠牲にして弱い契約当事者を保護するという思想とのバランスをとってきたのである。」Report of the Secretary-General, A/CN.9/128, annex 11（国際取引における契約の成立と有効性）。これは以下からアクセスすることができる。http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/yb_1977_e.pdf

加盟国は後に、錯語に関する有効性についての特定のルールを排除することを決定した。なぜなら、様々な法制度のもとで、その対応が異なっていたからである。Report of the Working Group, ninth session, A/CN.9/142, paras. 48-69, reprinted in [1978] IX Y.B. UNCITRAL 61, 65-66（有効性に関する特定のルール、特に錯誤に関するルールを排除する決定）。これは以下からアクセスすることができる。http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/yb_1978_e.pdf

同様に、代理に関する問題に対処しようとする努力は、不成功に終わった。例えば、Report of the Working Group, sixth session, A/CN.9/100, para. 47, reprinted in [1975] VI Y.B. UNCITRAL 49, 53（「売買に関する条約において、代理の関係について特別に規定を設けることには反対があり、この提案の採用についてコンセンサスを得ることはできなかった。同時に、代理に関連する言及を、CISG の全ての条文から削除することが合意された」）。これは以下からアクセスすることができる。http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1975-e/yb_1975_e.pdf

で運営されている国際機関の適切な活動領域にあるといえるのだろうか[57]。彼は適切にも、結論は絶対的なイエスかノーかではないとの考えを示している。そうではなく、ソフトローにも、拘束力のある条約にも、国際商事法の発展における適切な役割があり、いずれにもそれぞれの利点がある。そしていくつかの領域では、ソフトローが優越するのである。

---

[57] H. Kronke, 'Methodical Freedom and Organizational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law', (2005) 51 *Loyola Law Review* 287参照。

「具体的事実に即した『ルール』で構成された『新しい』法が、高度に抽象的な『スタンダード』によって構成され、常に解釈が必要で、それゆえに衰退の危機にさらされてきた『古い』法に取って代わってきたことについて、最近、多くの研究がなされている。このことが事実であると仮定すると、UNIDROIT 原則のような国際的な文書を生産し続けることは、トランスナショナルな商取引法の支持者にとって害とならないだろうか。我々は全てのリソースを、ケープタウン条約や国連国際債権譲渡条約のような、実務の必要に応じて起草された文書によって具体的な問題を解決する狭い分野に集中させるべきではないか。

これらの問いが完全な二者択一を迫るものであれば､その答えは否である。政府が、『具体的な』取引に関するルールを作る際に、例えばウィーンでしたように、信義則の概念について再度議論をすることに慎重であることは、確かに賢明なことである（ウィーンでは各国は最終的に、CISG7条において意見の不一致を覆い隠すことを選んだ)。しかし、このようにいえるのは、信義則の概念の普及のためのもうひとつの手段、すなわち UNIDROIT 原則1.7条を見出した今だからこそである。また、信義則に基づく解釈という格言がケープタウン条約においては違和感のあるものであるということも確かである。しかし、信義則に基づく解釈という格言は、担保取引に関する洗練された国内法においても、今日、解釈のための一般的かつ抽象的な原則として利用されていない。そのかわり信義則は、特定の場面での担保権設定者又は借主の保護に関する個別具体的なルール――その大部分は判例法である――へと分解されている。

換言すれば、信義則などの『スタンダード』は不適切なものとなったわけではない。多様化する国際的な文書の中で、『スタンダード』は、別の適切な居場所を見出してきた。そして、われわれ政府間機関は、政府から自由を与えられたために、学界と実務との知的交流を継続する中で、『スタンダード』の適切な役割を見出し、適切な居場所を示すことができたのである。」

（訳者後記）

本稿は、ヘンリー・D・ゲイブリエル教授（米国イーロン大学）が、2013年10月25日に北海道大学大学院法学研究科で行った報告の内容をもとにしたものである。この報告は、科学研究費補助金基盤研究（B）「私法の国際的統一の研究：統一作業の『失敗の本質』とその克服のための理論構築」（代表・曽野裕夫北海道大学教授）に基づく研究成果の一部である。また、この報告は、北海道大学民事法研究会との共催で行われた。

ゲイブリエル教授は、国際商事法及びアメリカ国内の商事法の専門家である。アメリカの政府代表としてUNCITRALの作業部会に参加されており、2004年版のUNIDROIT原則の起草委員でもある。また、UCC第二編の2003年の改正ではレポーターをつとめられた。UNIDROIT原則等のソフトローの研究をはじめとして、国際商事法に関する多数の著作がある。

本稿において、ゲイブリエル教授は、UNIDROIT原則の作成や、不成功に終わったUCC第二編の改正に携わられた経験をもとに、国際商事法における普遍的な原則の形成にあたって、条約に対してソフトローがいかに効果的であるかを指摘されており、今後の議論に一定の示唆を与えるものと考えられる。

資　　料

〈北大立法過程研究会報告〉

イタリアにおける二院制の動向

—— 第16立法期以降を中心に ——

芦　田　　淳

はじめに

本稿では、北大立法過程研究会における最近のイタリア関連の報告[1]を踏まえ、イタリアの立法過程における両院間調整について補足し、2011年11月に発足したモンティ政権とそれを含む第16立法期（2008年４月～2013年３月）の立法状況、第17立法期（2013年３月～）において進められているイタリアの二院制改革の動向について検討する。

Ⅰ　立法過程における両院間調整補論

1　両院による法案修正に係る運用の変容

一方の院で可決された後、他方の院で修正された法案に対して、議院規則は、

[1] その主な内容に関しては、拙稿「イタリアの対等な二院制下での立法過程をめぐる考察」『北大法学論集』（62巻６号）pp.1587-1610、カルロ・フザーロ（拙訳）「イタリアにおける二院制－設計の不備、期待外れの実績、未完の改革に特徴付けられた150年」岡田信弘編『二院制の比較研究－英・仏・独・伊と日本の二院制』（2014年、日本評論社）pp.9-30参照。

修正された箇所のみ先の院で審議することを定めている[2]。各議院規則において、可決まで両院間を法案が往復する手続（いわゆる *navette*）、言い換えれば、立法手続における両院間調整を直接規定した条文は、これのみである。両院で一致した議決がなされた部分は、審議から外され、それを削るか改めるかする修正案の対象となり得ない[3]。「修正された条」についてのみ表決が行われ、法案全体に対する最終表決も各院で必要である。

この「修正された条」をめぐっては、戦後、上下各院で異なる解釈がほぼ定着した。すなわち、上院では、下院で可決された「条の削除」も、原則として表決に付された。この解釈は、条の削除が持つ法文の修正という性格を強調するもので、当初両院で行われた。しかし、下院では、70年代後半以降、上院による条の削除について表決しない慣習が徐々に成立し、時には本会議又は委員会（立法会議）において報告すらされないことがあった。前者には、常に明白な形で、かつ、削除内容を挿入する修正案の提出に左右されず、意思の表明を認めているという意味で、各院の議決の間の一体性の原則、特に条に関する議決（意思）を最大限守る意図があった。他方、後者の運用は、相反する議決が出ることを避ける必要、より一般的には手続の経済性に基づいている。各院による審議は、削除内容を挿入する修正案を提出できること、及び修正された法案全体に対する最終表決によって十分に保障されていると考えられた。しかし、第12～16立法期（1994年～2013年）において、上院の運用には揺れが見られる。つまり、第12立法期には、上院の本会議及び委員会で、議長が下院による削除について報告を制限する事例が見られた。他方、第13及び14立法期には、とりわけ本会議において、下院で削除された条が表決に付されている。そして、第16立法期には、下院による削除について義務的に表決をせず、一般的に議長が当該削除について本会議で報告を行っている。上院の委員会でも、本会議と同様、下院による削除について報告が行われているが、時に省略されることもあっ

[2] 下院規則70条２項「先に下院が可決し、上院から回付された法案は、下院により再審議される。下院は、最終表決の前に、上院が加えた変更箇所及びそれに伴い提出される修正案のみについて議決する。」上院規則104条「上院が可決した法案が下院により修正されたときは、上院は、最終表決を妨げることなく、下院の行った修正のみを審議及び議決する。新たな修正案は、下院が行った修正と直接関連するものに限り、これを審議することができる。」

[3] ただし、他方の院で削除された条の内容を再び挿入する修正案は可能である。

た。他方、下院では、上院による削除について表決及び報告をしない運用が続いている。

以上のことから、両院間調整手続に関して、まず、下院でより効率的かつ円滑な審議を意図した運用が定着し、続いて、90年代半ば以降、特に前立法期において、下院に倣った運用が上院でも定着しつつある。ここから、法案の再審議に際して、他方の院で加えられた修正についてのみ議決することで、立法手続の遅延を制約するという従来の方向性をより押し進めた運用が慣習化しつつあると言える。

2　予算法案等に対する議会の対応

（1）予算法案等の審議における特色

続いて、予算法及び財政法の審議に関して、両院権限の対等性の例外はあるのだろうか。主に下院での運用に拠りながら、関係手続と、そこにおける両院関係及び議会と政府の関係を確認したい。予算法案は、安定法案[4]とともに審議され、委員会及び本会議での審議日数に上限が設けられている。下院の場合、審議日数は、前年末までの成立を図るため、全体で30日とされ、関係委員会での審査に７日、予算委員会での審査に13日、残りの日数を本会議での審議に充てている[5]。予算法案等の審議を行っている期間は、委員会及び本会議において、新たな支出又は収入の減少を伴う法案の議決を行うことはできない。ただし、緊急法律命令転換法案、国際条約の批准又は欧州連合の法規の受容若しくは実施のための法案で可決の時宜を得なければイタリアの責任が問われるものについては、審議及び表決できる。

関係委員会は、予算法案の各項目及び安定法案の所管に関する部分を審査する[6]。修正案も、当該委員会の所管事項に関するもののみ提出することができる[7]。さらに、予算法や安定法の対象外の事項に関する修正案、現行の会計法規

---

[4] 安定法（legge di stabilità）は、以前の財政法（legge finanziaria）に代わり、収支の増減をもたらす現行法規の修正を行う。

[5] 下院規則119条及び120条に加え、Giunta per il Regolamento della Camera dei Deputati, *Parere sui primi adeguamenti regolamentari di carattere sperimentale conseguenti alla nuova legge di contabilità*, 14 luglio 2010を参照。

[6] 予算法案と安定法案の委員会審査は、所管大臣が出席し、一括して行われる。

[7] 下院の場合、当該関係委員会の所管事項に部分的に合致する安定法案に対す

等に定める調整基準に反する修正案は、受理不可能とされる。関係委員会には、政府の経済政策全般に関係せず、所管の予算項目及び安定法案に関するすべての議事日程[8]も提出されなければならない。関係委員会の審査は、予算の各項目及び安定法案の関係箇所に関する予算委員会宛の報告書の採択をもって終わる。当該報告書には、可決された修正案及び議事日程が添付される。

予算委員会には、すべての修正案を提出又は再提出できる。予算委員会は、関係委員会で可決された修正案を含む全修正案を審査し、可決されなかったものは、否決と見なされる。審査後、予算委員会は、本会議宛の予算法案等に関する報告書を採択する。

本会議には、予算委員会で否決された修正案は再提出できるものの、予算委員会で受理不可能とされたか、又は撤回された修正案は再提出できない。本会議に直接提出できる新たな修正案は、予算委員会で修正された法案の箇所に関するものに限られる。予算委員会と政府は、関連する条又は修正案の表決時まで新たな修正案を提出できる。議事日程に関しては、政府に認められなかったか関係委員会で否決されたもの[9]、経済政策全般に関するものに限り再提出できる。本会議における手続は、予算法案の各条及び議事日程、安定法案の各条及び議事日程の審議が行われた後、安定法案及び予算法案の最終表決等が行われる。なお、どこまで修正が可能かの限界を定めるため、議長は、本会議で提出される修正提案の受理が可能であるかを示す権限を持つ。

以上のとおり、予算法案等の審議に関して、一定の期限の設定、修正案等提出についての制約等、迅速・確実な審議を行う工夫はなされているものの、この他に両院間で意見の調整を行う仕組みは設けられていない。上院も同様である。そのため、財政均衡や様々な政治的要求を含む予算法案等の可決のため、政府は、議会に対して、しばしば（批判を受けながらも）信任問題や最大修正案に依拠している[10]。

る修正案の提出も認められる。

[8] ここでいう「議事日程」は、法案等の審議の際に提出され、法的効力は持たないが、当該法案に関する解釈等の指針を示すことにより、政府に一定の制約を課すものである。

[9] これに対して、政府に認められた議事日程及び関係委員会で可決された議事日程は、最終的に予算委員会の本会議宛報告書に添付される。

[10] Ⅱ４及び５も参照。例えば、2013年度安定法は、まず、下院において約１か

（2）議会による表決対象の変化

また、議会の表決対象となる予算の単位が拡大（項目としては減少）することで、政府の裁量の幅が広がっている。表決により資金配分が決定され、あらためて議会の決定を経ない限り、原則として政府は当該配分を守らなければならない。表決対象である単位の内で、活動や支出項目間での資金の流用等、政府の裁量は存在する。そのため、予算に対する議会の表決単位は、政府と議会それぞれの権限の範囲を定めるものと言える。1997年までは、予算全体のみならず、約7,000の予算の各項目は、両院の表決を経ていた。しかし、1997年委任命令第279号「国の予算の基本的単位の決定、国庫制度の再編及び国の決算の再構成」は、1998年以降、議会の表決の対象を予算の基本的単位と定めた。この改正により、議会の表決対象は約1,500に減少した。さらに、2009年法律第196号「会計及び財政法」に基づき、2010年以降、議会による表決の単位は、任務の範囲内で決定された目標の達成に向けた計画の集合により構成されることとなった。こうして表決単位は168に減少し、統制の密度が弱まるとともに、政府は行政的な裁量を以前より拡大している。

3　小括

以上で確認したとおり、議院規則とその運用には、権限が対等な二院制を背景として、両院の意見を直接的に調整する代わりに、起こり得る問題を軽減し、迅速な立法が行われるように促す側面があり[11]、さらに、審議に要する時間を

月の審議の後、信任問題により可決された。続いて、上院でも約１か月の審議の後、最大修正案により法文を１条560項にまとめた上で信任問題により可決された。上院可決の翌日、下院は、上院での修正が加えられた法案を信任問題により可決し、成立した。また、2014年度安定法も、まず、上院において約１か月の審議の後、最大修正案により法文を１条531項にまとめた上で信任問題により可決された。続いて、下院でも約１か月の審議の後、修正を加えられた法案が信任問題により可決された。上院回付の翌日、上院は、下院での修正が加えられた法案を信任問題により可決し、成立した。

[11] 本稿で挙げたもの以外にも、①類似法案について両院で並行して手続が行われることを避けるために、両院議長は取決を結ぶこと、②他院への法案送付のタイミングを図るため、両院議長は、会派長会議における業務計画決定の前に適切な交渉を行うこと、③両院の常任委員会合同での調査が、各議院規則で定

短縮、言い換えれば、審議を効率化する方向での変化が一部で見られる。また、予算法案等の審議においても、両院間調整が直接図られることはなく、政府の議会に対する優位を実質的に強化することで問題の解決が図られている。

Ⅱ　第16立法期における立法状況

1　概観

第16立法期は、第４次ベルルスコーニ政権期（2008年５月～ 2011年11月）とモンティ政権期（2011年11月～ 2013年４月）からなる。立法期全体では、月平均で6.8本の法律に対し、2.1本の緊急法律命令[12]が出されている。緊急法律命令と法律の件数等を比較すると、第14立法期以降、共通する特色がうかがえる。すなわち、法律と法律の効力を有する命令の合計に対して緊急法律命令の占める割合は17% 程度[13]、法律全体の内に緊急法律命令転換法律が占める割合は27% 程度[14]、転換法律を、国際条約批准法律を除く通常法律[15]と比較した際の割合は43% 程度[16]と、ほぼ一定している。（なお、モンティ政権期に限定すれば、緊急法律命令が41本、成立した転換法律が32本、同じく批准法律が36本、その他の内容の成立した法律が48本となっており、緊急法律命令の比重が、立法期全体に比べて若干高い。）これに対して、第13立法期はそれぞれ25%、18.9%、27.2% と大きく異なっている。これに、緊急法律命令が法律に転換された割

められている。詳細については、注１に掲げた拙稿 pp.1604-1605参照。

[12] 緊急の必要がある非常の場合に、政府が、その責任において公布する法律の効力を有する命令である。ただし、公布後60日以内に議会が法律に転換しなければ、遡って効力を失う。80年代末頃から、政府は、緊急法律命令を濫用する傾向にある。憲法裁判所は、再提出要件の厳格化（1996年憲法裁判決第360号）に続き、必要性及び緊急性の要件をより厳格に解釈した（2007年憲法裁判決第171号）が、まだ問題の解消には至っていない。

[13] 第16立法期が15.9%、第15立法期が18.4%、第14立法期が18.2% である。

[14] 第16立法期が26.5%、第15立法期が28.6%、第14立法期が28.8% である。

[15] 国際条約批准法律に関しても、議会は修正できず、しばしば実質的な議論なしに、政府の署名した国際条約を可決しているとの指摘がある。Francesca Parmigiani, “Produzione normativa e “governo tecnico” : brevi note critiche,” *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2012, p.36.

[16] 第16立法期が40.9%、第15立法期が45.2%、第14立法期が43.1% である。

合[17]を考え合わせれば、第14立法期以降、憲法の規定によれば例外的な手段であるはずの緊急法律命令（及びその転換法律）が、より一般的かつ確実な政策遂行手段となっていることがうかがえる。さらに、第16立法期の特色として、緊急法律命令の分量が前立法期より67.7% 増加[18]しており、転換法律の分量も、法律全体の26.7% から47.9% へと大きく増加している。また、転換の審議に費やされた時間は、第16立法期で立法活動全体の66% であった。

2　緊急法律命令の問題点

他方、緊急法律命令に関して問題となっているのが、内容の「異質性」である。第15立法期に比して、内容が一体と分類される緊急法律命令の割合は、70% から56.8% に低下している。同時に、複数の分野にわたる法律の78.6% を転換法律が占めている[19]。異質な内容を持つ緊急法律命令の高い割合は、複数分野の法的措置を必要とする全般的な政策のために「オムニバス緊急法律命令」が用いられたことと関連がある。また、モンティ政権期の主要な緊急法律命令を見れば、対象の広範さが異質性の高い要因の一つと考えられる[20]。

次に、問題となるのが「緊急の必要がある非常の場合」という要件との関係である。上述の2011年緊急法律命令第201号であれば、政府が別の緊急法律命令を出す状況や期限まで定めていること[21]が適切であるか疑義が残る。また、

---

[17] 第13立法期が38% であるのに対して、第14立法期は88.5%、第15立法期は62.7%、第16立法期は86.1% であった。

[18] 第15立法期の緊急法律命令の文字数が801,395字であったのに対し、第16立法期は1,344,175字となっている。

[19] これは、法律転換時の議会による異質な内容の挿入にも原因がある。憲法裁判所は、転換時の「対象又は目的の面で異質な規定の挿入は、一体として緊急性のある措置と見なさせていた論理的結合を破壊してしまうため」違憲であると判示している（2012年憲法裁判決第22号）。

[20] 一例として、モンティ政権の政策綱領の中核となる部分を具体的に規定した2011年緊急法律命令第201号であれば、イタリアの国際的任務への参加費用の猶予（30条１項）は、財政の安定化、発展と雇用の促進措置という立法目的と直接に結び付けがたい。続く2012年緊急法律命令第１号も、競争促進、インフラ発達の保障、共同体法の受容を目的として、広範な規定を含んでおり、一体性を欠くところがある。

[21] 2011年末の時点で、イタリアと欧州の間の賃金の標準化に関する政府委員会

2012年緊急法律命令第１号であれば、多くの規定が、2013年から2015年というように当該命令自体の施行日から非常に離れた施行日を定めていることが指摘できる。

第三に、現行法令との調整という点についても、不十分な点が見られる。例えば、2012年緊急法律命令第５号は、行政間のデータ通信について、明瞭かつ関連する2005年委任命令第82号「デジタル行政法典」と調整された形では規定しておらず、また、当該法典に明瞭に触れることなく、行政にそのインターネットサイトで公開すべき情報に関して、新たな義務を課すなどしている。2012年緊急法律命令第１号においても、燃料の卸売市場設立に関する基準の定義に関して、先行する法律に基づいて公布される委任命令の対象を広げるなど、憲法適合的であるか疑義がある[22]ほか、議会の権限に抵触していると言える。

このほかにも、下位の命令（省令等）への過度の依存[23]（ひいては政府の裁量の拡大）や、法文の難解さが問題として指摘できる。また、政府は、転換されなかった緊急法律命令の内容を、他の法令に再び盛り込んでいるとの指摘もある[24]。

３　モンティ政権期における通常法律の状況

モンティ政権期の転換法律及び批准法律を除いた法律48本のうち、同政権発足以降に提出された法案は少なく、政府提出分７本、議員等提出分７本となっている（表参照）。７本の政府提出法律のうち、労働市場改革法が重要であるほか、予算・決算関連法律が４本あることが注目される。なお、７本の議員等提出法律にも、政党助成見直しや、憲法改正により盛り込まれた均衡予算原則の実施を定める法律など重要なものが含まれている。また、こうした議員提出法律はほぼすべて、中道右派の中心政党である「自由の人民」と中道左派の中心政党である民主党のいずれもが法案を提出しており、より幅広い共同提案の

が経済的な待遇の平均値について特定する措置を行わなかった場合には、政府は適切な緊急措置を行うと定めている。

[22] 1988年法律第400号15条２項ａ号に基づき、政府は、緊急法律命令により、憲法76条に基づく委任を行うことができない。

[23] 2011年緊急法律命令第201号であれば73件の実施措置を下位の命令に委ねており、2012年緊急法律命令第１号も53件の実施措置を下位の命令に委ねている。

[24] Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, *La produzione normativa nella XVI legislatura*, n.14（aggiornamento al 15 gennaio 2013）, p.8.

事例も見られる。このほか、憲法的法律が４本成立しており、そのうち２本はモンティ政権発足以前に法案提出されたもの（均衡予算原則導入法案を含む。）であり、残る２本は州提出による一部の特別州の州憲章を部分改正するものである。以上から、モンティ政権期の転換法律等を除いた新規の通常法律においては、予算関連の法律が中心的な位置を占めていると言える。

また、モンティ政権の提出した法案を可決の有無に関わらず見てみると、次のとおりである。まず、上院提出法案は全体で59本、そのうち転換法案が23本、批准法案が27本、憲法改正法案が１本（州自治に関する憲法改正）、その他の法案が８本である。８本のうち成立したものが２本（労働市場改革、国防装備見直しに関する政府への委任等）、成立した法律に吸収されたものが２本（イタリア統一の日創設、2013年度予算・2013-2015年度予算に対する第２次変更通知）となっている[25]。他方、下院提出法案は全体で76本、そのうち転換法案が15本、批准法案が30本、その他の法案が31本である。31本のうち成立したものが５本（欧州評議会開発銀行の第７次増資に対するイタリアの参加、2011年度決算報告、2012年度予算調整、2013年度予算・2013-2015年度予算、2013年度安定法）、成立した法律に吸収されたものが１本（2013年度予算・2013-2015年度予算に対する変更通知）となっている[26]。両院をあわせれば、提出法案が135本、そのうち転換法案が38本（28.1%）、批准法案が57本（42.2%）、その他の法案が40本（29.6%）となる。内容と結果の関係としては、おおよそ転換法案の可決率は非常に高く、他方、転換法案と批准法案を除く政府提出法案の可決率は非常に低い。

---

[25] それ以外に、変形したトマトによる製品の商品化、台湾に対する特別租税枠組、衛生・食品安全に関する政府への委任、農地活用・土地使用抑制に関する法案が提出されている。

[26] それ以外に、2012年度共同体立法、非刑罰化（行政罰化）等に関する政府への委任関係３本、高利・恐喝・過剰な負債による窮状の調停に関する2012年法律第３号改正、外国観光振興・企業国際化のための行政合理化、県議会・県知事の選挙方式、出版市場の発展・支援形態の再定義に関する政府への委任、より公正・透明で成長志向的な租税制度に関する政府への委任、港湾・海事・漁船・鉄道労働者の健康・安全の保護に関する政府への委任、2013年度安定法関係14本、市民・企業のための行政簡素化に関する法案が提出されている。

表：モンティ政権期の立法状況（成立本数）

	2011年12月	2012年1月	2月	3月	4月	5月	6月	7月	8月	9月	10月	11月	12月	2013年1月	2月	3月	4月	小計
(1) 緊急法律命令	5	2	2	3	0	6	6	1	1	1	3	3	4	1	0	1	2	41
(2) 緊急法律命令転換法律	1	0	4	2	3	2	0	7	5	0	1	1	4	0	2	0	0	32
(3) 国際条約批准法律	0	0	5	0	2	0	4	3	5	1	2	9	0	3	2	0	0	36
(4) 憲法的法律	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	0	4
(5) その他の法律	2	1	2	4	0	1	2	6	1	1	3	6	14	5	0	0	0	48
(6) (5)のうちモンティ政権提出法律	0	0	0	0	0	0	1（労働市場改革）	1（欧州評議会開発銀行）	0	0	2（決算、予算調整）	0	3（安定法、予算法、国防装備見直し）	0	0	0	0	7
(7) (5)のうち、モンティ政権発足以降の議員等提出法律	0	0	0	0	0	1（トリノ五輪開催地域の観光振興）	0	1（政党助成見直し）	1（国家安全情報システムに関する法改正）	0	0	1（戦没海兵記念日創設）	2（音楽祭支援、均衡予算原則実施）	1（オリーヴオイルの品質保証）	0	0	0	7

4　信任問題と緊急法律命令

信任問題は、原則として１条文の表決に政府の信任をかけるものである。モンティ政権期は、第16立法期の中でも信任問題の数が増加しており、約１年間に38本の法案（下院23本、上院15本）に対して信任問題が提起され、いずれも可決された。そのため、信任問題により可決された法律の比率は、2011年の8.5%から2012年の16.7% へと増加している。また、2012年に信任問題により可決された法律のうち、82.4% が転換法律であった。第16立法期冒頭から2012年４月までの数字では、転換法律の34.5% が信任問題により可決されている[27]。信任問題は緊急法律命令の転換を確実にしているが、転換法案可決の際に信任問題を用いることは、憲法77条からのかなりの逸脱と考えられる。同時に、立法過程で本来予定されている議会の決定権及び統制権は抑制されることになる。

5　最大修正案と緊急法律命令

緊急法律命令の転換時に提出される最大修正案も、政府の優位をもたらしている。つまり、政府にとって、最大修正案により確定された法文の可決と、多数派の引き締めという二重の効果がある。議会は転換時に修正を加えようとするものの、委員会での審査結果とは異なる政府の最大修正案[28]が出された場合、議会の議決は考慮されない。このとき、政府は、緊急法律命令の公布、続いて転換法律の内容を確定するための最大修正案の提出により、立法過程を「独占」することになる。そして、政府の立場は、最大修正案の可決に信任問題をかけることでより強固になる[29]。こうなると、形式的には議会による法律で承認されているとはいえ、実質的には政府の決定に近い。加えて、最大修正案提出時に専門的理由書が添付されないのも望ましいことではない。政府による「立法の独占」は、緊急法律命令の実施が政府による他の命令（大統領令、共同省令、省令等）にしばしば委ねられていることにも原因がある。これは、大統領令等

[27] この値は、第15立法期で25%、第14立法期で8.5% であった。

[28] 審査結果と異なる最大修正案の例として、第16立法期では、2011年第138号「財政安定化及び発展に関する追加緊急手段」や2011年第98号「財政安定化に関する緊急措置」に対するものがある。また、もちろん審査結果に沿った最大修正案もある。

[29] ただし、モンティ政権は、委員会で可決されなかったか、新しい規定を含む最大修正案には信任問題を提起しなかった。

がその後実際に制定されなかった場合、措置が未実施に終わる危険もはらんでいる。

6　小括

第16立法期は、緊急法律命令の拡張、信任問題と政府による最大修正案の増加により特徴付けられる。緊急法律命令の使用は、信任問題及び最大修正案による多数派の強化とともに、政府の政策の迅速で可視的な実施をもたらしている[30]。このような手法は、政府法案の迅速な可決を可能にする「優先手続」のような手段を欠いていることの裏返しでもある。また、第16立法期終盤には、重大な経済・金融危機に対応する必要性もあった。そして、緊急法律命令が、緊急事態に対処するための限定的な措置から、中長期的なものも含め一般的な規律を行う手段へと変容していることがうかがえる。しかし、同時に、緊急法律命令の拡張は、それ自体に負の影響を及ぼし（一体性や緊急性等の要件に係る疑義、立法技術上の不備）、議会の立法機能に制約をもたらしている。特に、内容の一体性を欠く緊急法律命令の転換に際して、政府が、委員会の審査結果と異なる最大修正案に信任問題を提起した場合に問題は深刻である。反対派は、最大修正案に信任問題が提起されるまでの短期間にすべてを行わなければならず、その活動の余地は非常に狭いものとなる。多数派に属する議員にとっても、最大修正案に一括して投票することは、その裁量を縛るものとなる。後者に関しては、政党幹部に一般議員を従わせる拘束名簿式選挙制度の影響もあろう。なお、第17立法期のレッタ政権（2013年４月～2014年２月）においても、緊急法律命令重視の傾向が一層強まっている[31]。

---

[30] 政府からすれば、緊急法律命令の使用には、公布後60日間という限られた期間に、議会が決定を行うことへの期待があった。ここには、緊急法律命令を「強化された法案」、「即時的な効果のある政府法案」と見る視点がうかがえる。

[31] 緊急法律命令25本に対して、成立した法律は、転換法律21本、批准法律７本、予算関係法律４本、その他の法律４本となっている。信任問題は10件（下院７件、上院３件。すべて可決）で、うち７件が転換法案に対するものであった。法案に関しては、上院提出分が55本（緊急法律命令転換12本、国際条約批准25本、憲法・選挙制度改正議会委員会の設置、2012年度決算、2013年度予算調整、市民・企業のための行政簡素化・法規再編、2014年度安定法関係６本、2014年度予算・2014-2016年度予算、2014年度予算・2014-2016年度予算変更通知、遊覧航海法

Ⅲ　二院制改革の動向

1　従来の改革案

二院制改革については、憲法改正の一環として、80年代から絶えず議論が行われている。権限の見直しに関しては、90年代以降、州に関係する立法機能を上院に与えるとともに、政府との信任関係を下院のみに認める、最終的な法案可決を下院の過半数で可能とするなど、全体として下院の優越を認める傾向にある。他方、構成の見直しに関しては、（州選挙と同時選挙とすることで州との結び付きを強化しようとの試みも含め）基本的に、現行の直接普通選挙制が維持されている。ここにも、権限の縮小とあわせ、公選制の上院を抜本的に見直すことの困難さが表れている。ただし、より直近の改革案では、上院議員の選出方法についても大きな見直しを提案するものがある。

2　第16立法期における改革案

第16立法期は、両院及び政府形態に関する憲法第２部改正法案が、上院で可決されるにとどまった（2012年７月）。当該法案は、複数の憲法改正法案を統合したもので、立法手続を三類型に区分し、両院の権限関係を見直している。①憲法、選挙、立法委任、予算、決算及び緊急法律命令転換に関する法案等については、両院の可決が必要とするものの、②国と州の競合的立法事項、州等の財政自治権、州議会議員･州知事等の選挙制度、行政裁判機関（第一審）、県･コムーネの帰属州の変更、県の区域変更・新県の設置・新コムーネの設置に関する法案については､上院が先議し､優越する。③上記以外の法案については、下院が先議し、優越する。②と③の類型の場合、後議の院は、所定の期間内に

典改正に関する政府への委任、医薬品の臨床試験等に関する政府への委任・医療職の再編、国の公法人における職務の兼任不能性に関する制度、国際開発協力、台湾に対する特別租税枠組、農業等の簡素化等）、下院提出分が48本（緊急法律命令転換13本、国際条約批准22本、政党助成廃止、大都市の設置等、県の廃止、道路法典改正に関する政府への委任、EU 指令受容等に関する政府への委任、EU 加盟に伴う義務の履行、2014年度予算・2014-2016年度予算第２次変更通知、土地使用の抑制等、多国間開発銀行への参加、民事訴訟の効率化に関する政府への委任、グリーン・エコノミーの促進等、2014年１月７日の欧州人権裁判所判決の実施における子弟への姓の付与、自動車保険）であった。

先議の院が可決した法案を審議するか決定し、審議を行う場合にも、議決までの期限が設けられている。この期限内に決定等が行われない場合、当該法案は成立し、後議の院が修正を行った場合も、先議の院は当該修正の可否を最終的に議決できる。なお、上院の審議には、州議会議員の参加が可能である。

他方、両院の構成に関しては、定数を削減し（下院は630から508、終身上院議員を除く上院は315から250）、上院の名称を「連邦上院」に改める。さらに、両院議員の被選挙権年齢及び上院議員の選挙権年齢を引き下げている（前者について、下院は25歳以上から21歳以上、上院は40歳以上から35歳以上、後者について、25歳以上から18歳以上）。また、上院選挙制度に関して、各州に配分される最低議席を７から６に削減し、在外選挙区を廃止している。

３　第17立法期における改革論議

（１）「賢人会議」による改革案

第17立法期においては、まず、大統領が「賢人会議」と通称される作業グループを設け、2013年４月、中道右派の国防大臣と憲法改革大臣、中道左派の元憲法裁判所長官と元下院議長からなる制度改革のための作業グループは、最終報告書を提出した。当該報告書の「対等な二院制の克服」と題された章では、対等で対称的な現行の二院制モデルをイタリアの制度体系の機能不全の原因の一つとし、政治的な下院と州を代表する上院からなる二院制が提案されている。直接普通選挙で選出される下院は、政治方針を決定し、政府を信任し、法案を最終的に可決する。他方、上院は、全州知事と州の代表からなり、後者は各州の人口数に比例して州議会により選出される。州議会が１名以上のコムーネの長を選ぶことを義務付けることもできる。上院は、現在の「国家－州会議」[32]の機能を引き継ぎ、立法過程に参加する。一部の例外を除き、法案は下院により審議され可決される。上院は、所定の短期間のうちに、下院が可決した法案の審議を行うか決定し、修正を提出することができる。下院は、同様に短期間のうちに、上院の提出した修正について決定し、一定のカテゴリーの法案については過半数の投票で最終的に可決できる。ただし、憲法改正法律、憲法的法律、下院選挙法を除く選挙法、政府の機構並びにコムーネ、県及び大都市の基本的

[32] 1983年に設立された会議で、州の利益に関わる国の法令等について、州の意見を政府に伝える場となっている。

任務に関する法律、首都ローマに関する法律、特別な地域主義に関する法律、共同体法形成に州並びにトレント及びボルツァーノ自治県が参加する手続に関する法律、州選挙法の原則に関する法律、地方財政制度に関しては、両院は対等なままとする。

また、議院規則関連の改善すべき事項として、①重要政府法案に対する緊急手続の整備、②最大修正案の禁止、③法案、条、修正案それぞれの一体性の保持、④起案会議[33]の見直し、⑤人民提出法案及び州議会提出法案の促進、⑥反対会派の権利保障、⑦委員会数の削減、⑧上院における立法小委員会[34]の設置、⑨委員会活動の広報強化、⑩委員会でのヒアリング拡充、⑪政府の指名案に関する所信聴取手続の整備、⑫会派に対する見直し、⑬質問制度の簡素化、⑭議会文書のペーパーレス化、⑮憲法81条（予算及び決算の承認）改正に伴う議院規則改正が挙げられている。加えて、議員定数に関して、下院は人口12.5万人当たり１名が適当であるとして480議席、上院は州人口に比例して120議席の総数を配分することを提案している。

（2）憲法・選挙制度改正議会委員会設置法案

2013年６月、両院の動議等も踏まえ、政府は、「憲法改正議会委員会設置」法案を上院に提出した。当該法案は、同年７月と９月にそれぞれ上院と下院で第１回目の審議を終え、上院の第２回目の審議を経て、同年10月、下院に回付された。2014年２月時点で、下院の第２回目の審議は終了していない。

2013年10月の上院可決後の設置法案によれば、憲法・選挙制度改正議会委員会（審議を経て改称。以下「議会委員会」という。）は、各院の憲法問題委員会の委員から各会派の指名に基づき各院の議長が任命する各20名の議員から構成され、両院の憲法問題委員会の委員長が共同委員長を務める。議会委員会は、設置法施行後10日以内に第１回の会議を開催し、副委員長と幹事それぞれ２名（各院１名）を選出する。議会委員会の主な任務は、統治機構について定めた憲法第２部のうち議会、大統領、政府及び地方自治の改正に関する法案並びに

[33] 起案会議は、委員会の（機能に応じた）会議形態の一つで、条文の起草を行うものである。

[34] 法律の質を改善する目的で、90年代後半の議院規則改正により、下院のみに現在は設置されている。

選挙制度改正法案を審査することである。各院の議長は、第17立法期の当初から各院に提出された関係法案を、議会委員会に付託する。議会委員会は、第１回の会議から６か月以内に憲法改正法案を両院議長に提出し、議会による改正法案の審議は、設置法施行後18か月以内に終了するものとしている。各議院による第１回目の審議には３か月という上限を設け、その後の審議期間は、両院議長の協議により定められる。あわせて、各議院で憲法改正法案を２度可決する際に設けるべき間隔[35]を３か月から45日に半減し、第２回目の表決において３分の２の多数で可決された場合でも、公布後３か月以内に、１議院の議員の５分の１、50万人の有権者又は５つの州議会から要求があれば、国民投票に付され、有効投票の過半数で可決されなければ審署されない[36]。

（3）政府の憲法改正委員会による改革案

議会委員会設置法案は憲法的法律で審議に時間を要するため、実質的な検討を進めるべく、2013年６月、政府は、憲法・選挙制度改正を検討する有識者会議（憲法改正委員会）を設置した。当該委員会において、二院制に関しては、一院制と二院制の比較から始まり、両院の対等性、上院の位置付け（州等の地域代表とするか）及び選挙制度（直接普通選挙制を維持するか）等、包括的な論点が提示された。

同年９月に憲法改正委員会が提出した最終報告書のうち、関連する内容は以下のとおりである。まず、地域代表の上院[37]と、政府との信任関係を有し、政治的方針を決定する下院からなる非対称的な二院制導入が多数意見であった。その理由として、国政において確固とした多数派を形成し、迅速な決定及び安定性を保障する必要性と、地域代表たる院を設けることで完全な自治制度の構築を完了させる必要性が挙げられている。下院は立法機能の遂行において優越し、上院はその他の統制機能において優越する。統制機能については、法律の

[35] 憲法138条１項「憲法改正法律及びその他の憲法的法律は、各議院において、少なくとも３か月の期間をおいて引き続き２回の審議をもって議決される。そして、第２回目の表決においては各議院の議員の絶対多数でもって可決される。」

[36] 憲法138条３項「第１項の法律が、各議院の第２回目の表決において、その議員の３分の２の多数で可決されたときは、国民投票は行われない。」

[37] ただし、現在の「共和国上院」という名称は維持する。

実施や財政状況がその対象として考えられる。上院議員は、直接選挙、州議会による選挙（互選を含む。）のほか、州知事等が兼任する方法がひとまず提示されている。

両院を統合する一院制に関しては、政府形態の安定性を向上させるとし、支持する側からは、両院間の優劣に触れないことから、より反発が少なく改革が容易になると説明されている。一院制を採用した場合、（地方の意見を反映させるため）「国家－州－地方団体（県、コムーネ等）会議」を憲法機関とする。

上院の選出方法に関しては、間接選挙制を採用する場合、州及び地方団体（コムーネ）の議会による選出が考えられる。間接選挙制の支持者においては、兼任を避けるため、州等の議員の互選は排除すべきとの意見が優勢である。ただし、自治体としての州の代表として、むしろ州議会議員内部から選出し、残りの議員で州議会を運営すべきとの意見もある。そのほか、州議会選挙と同時に直接選挙を実施する提案もある。その利点として挙げられているのは、間接選挙より地域に根差し、選挙民に対して責任を負い、必ずしも政党組織に属していない候補者が選ばれることである。あわせて、州代表とコムーネ代表の間の複雑な調整を省略でき、地方と中央の政治階層の流動性を高めるとの利点も指摘されている。さらに、上院の州代表としての性格を強調するために、州議会が解散した場合に、上院議員も失職する制度が提案されている。いずれの選挙制度を採るにせよ、州知事（及び州議会議長）は、無報酬の構成員として、上院に参加する。また、上院の役割との関係で、国家－州会議の一部機能の上院への移管や州問題委員会の廃止、憲法裁判所裁判官（議会選出分５名）選出方法[38]の見直し、欧州連合の立法提案に対する補完性原理に立脚した上院による評価について言及がある。

議員定数削減に関して、最終報告書は、下院議員の定数については、人口比の観点から、480名又は450名といった数字を挙げている。上院議員については、各州の議席はその人口に比例すべきとし、全体で150名～ 200名が適当としている。

立法手続に関しては、まず、法律を①憲法的法律及び憲法改正法律、②組織

[38] 現行制度では、両院合同会議の３分の２の多数（４回目以降の投票においては５分の３の多数）で選出されるのに対し、３名を上院、２名を下院が選出することを提案している。

法、③両院による通常法律、④下院優位の通常法律の四つの類型に区分している。①については、両院による可決を必要とし、原則として現行の憲法138条の規定を適用する。ただし、議会での得票に関係なく、国民投票を要求することができる（前節参照）。②は、①と④の中間に位置し、後者による廃止及び修正はできない。典型的な事例として、選挙法、首相府の組織及び機能、司法機関の組織及び機能、新たな支出又は支出の増加に関する法律が挙げられている。組織法は下院議員の絶対多数による承認をもって成立するというのが、多数意見である。ただし、法体系が複雑になるため、組織法導入に賛成しない意見もある。③は、州及び地方団体の組織及び機能、州等と国の関係を規律し、現行の立法手続が維持される。②と③の間に優劣関係はなく、規律の対象が異なるにとどまる。①から③に該当しない法律は、④に含まれる。

②と④に関しては下院に最終的な議決が委ねられているのに対し、①と③に関しては、いずれの院が先議でもよく、現行の立法手続が適用される。上院は、②と④に対して、法案送付から10日以内に、少なくとも４つの州に属する５分の２以上の上院議員の賛成により審議するかを決定し、決定から30日以内に否決又は修正を行うことができる。ただし、いずれの場合も、下院は、その再議決により法案を成立させることができる。また、首相は、④について、所定の期間内に審議を終えるよう下院に求めることができる。当該期間内に審議が終わらなかった場合、政府の承認した法案による最終表決が行われる。これとあわせて、憲法改正委員会は、緊急法律命令の使用に対する従来の制約の強化（組織法化等）を提案している。

そのほか、最終報告書は、立法の質の改善のため、異質な内容の修正案を認容せず、異質な内容及び主題と異なる内容を含む条を削除する権限を議長に与えることや、法典化をはじめとした関係法規整備の方策、統制機能の一環としての政策評価の内容について言及している。

４　小括

以上のとおり、第16立法期以降、対等な二院制を見直し、上院の地域代表化に向けた議論が進められている。上院に関しては、機能における特化（統制機能、地方関係法案の審議等）、州議会等による間接選挙を含めた新たな選挙制度の検討が主なものである。下院に関しては、立法機能の強化、政府との信任関係の維持が主眼となっている。また、議員定数削減も共通して見られる論点

である。

おわりに

現行制度の下、両院間調整は、若干の効率化を加えつつ、緩やかなものにとどまっている。他方、政府の議会に対する優位は、様々な手法により実現が図られている。とりわけ、確固とした与党を欠くモンティ政権以降、重大な経済・金融危機に対処する必要性もあり、緊急法律命令の拡張、多数の信任問題及び最大修正案に依拠した政策の実現と、それに伴う弊害が顕著になっている。本来的に政府又は下院の優位を定めていない現行制度は、こうした特殊な立法状況をもたらした大きな要因であり、立法過程及び二院制の改革は不可避であると考えられる。直近の二院制改革論も、対等な二院制の見直し、上院の地域代表化を軸に進められている。2014年２月時点では、新たに首相に就任したM・レンツィも大幅な上院改革を示唆しているが、実際には、2014年憲法裁判決第１号[39]を受けて両院選挙制度改正に向けた議論が先行しており、憲法改正の実現は不透明な情勢である。

（なお、本稿の意見にわたる部分は、筆者の私見である。）

参考文献

- 井口文男「イタリア共和国」初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集　第２版』三省堂，2010年，119-152頁.
- 衆議院議事部資料課『イタリア共和国議会下院規則・上院規則』衆議院，1985年.
- Carboni, Andrea e Caporale, Gabriele Matteo, “Osservazioni in tema di *navette* parlamentare: l’esame in seconda lettura degli articoli soppressi,” *Rassegna parlamentare*, 2/2013, pp.381-408.
- Commissione per le Riforme Costituzionali, *Relazione finale*, Roma: Ministro per le Riforme Costituzionali, 2013.
- Dickmann, Renzo, *Il parlamento italiano*, Napoli: Jovene, 2011.

[39] 現行両院選挙制度における多数派プレミアム制及び拘束名簿に関わる規定を違憲と判断した。

- Di Cosimo, Giovanni, “Il governo pigliatutto: La decretazione d’urgenza nella XVI legislatura,” *Rassegna parlamentare*, 2/2013, pp.409-419.
- Duilio, Lino, *Tendenze e problemi della decretazione d’urgenza*, Roma: Camera dei deputati, 2010.
- Francaviglia, Michele, “La Decretazione d’urgenza nell’esperienza del governo Monti,” *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2012, pp.11-19.
- Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali, *Relazione finale*, Roma: Presidenza della Repubblica, 2013.
- Laze, Marsid, “La produzione normativa del Governo Monti tra decreti legge, questioni di fiducia e spinte esterne. Ruolo della legge in un sistema delle fonti in transizione,” *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2012, pp.1-10.
- Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, *Rapporto 2006-2012 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, Roma: Camera dei deputati, 2006-2012.

判例研究

民事判例研究

伊東尚美

1．会社の行為が商行為に該当することの主張立証責任

2．会社の貸付けが当該会社の代表者の情宜に基づいてされたものとみる余地があっても、当該貸付けに係る債権が商行為によって生じた債権に当たるとされた事例

最高裁平成20年２月22日第二小法廷判決（平成19年（受）第528号）民集62巻２号576頁

〔事実〕

Ｙは砂の採取および販売等を目的とする有限会社法の規定による有限会社であったが、会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律２条１項に基づき、会社法の規定による株式会社として存続している。ＡはＹの代表取締役である。

Ｘ所有の本件不動産には、原因を平成３年５月７日金銭消費貸借平成６年７月26日設定、債権額を5000万円、債務者をＸ、抵当権者をＹとする抵当権の設定登記がなされている。

本件本訴は、ＸがＹに対し、本件不動産の所有権に基づき、本件抵当権設定登記の抹消登記手続を求めるものであり、本件反訴は、ＹがＸに対し、主位的請求として、Ｙは平成３年５月７日Ｘに１億円を貸付けたと主張して、残元本9498万4440円及び遅延損害金の支払を求め、予備的請求として、Ｙは前同日Ｂに１億円を貸付け、ＸがＢの債務を連帯保証したと主張して、主位的請求と同額の金員の支払を求めるものである。Ｙは、本件抵当権の被担保債権は反訴請求に係る債権であると主張している。

Xは、平成17年11月１日の原審第１回口頭弁論期日において、反訴請求に係る債権につき商法522条所定の５年の消滅時効が完成しているとして、これを援用した。

原審（福岡高判平成18年12月21日）は、XとAは小中学校の同窓であり、商工会の理事長と理事として親交があった、Yは「男らしくバンと貸してやるという気持ち」で、Xの依頼に応じることとし、Xが竹馬の友であることを強調して、Yの経理担当者をして、Yがその取引銀行から融資を受けるための手続をさせ、融資を受けた１億円をYがX又はBに貸付けたなどの事実を認定した。そして、「本件貸付けはYの営業とは無関係にAのXに対する情宜に基づいてされたものと見る余地がある。そうすると本件貸付けに係る債権が商行為によって生じた債権に当たるということはできず、上記債権には商法522条が適用されない」とし、Xの本訴請求を棄却し、Yの反訴請求を一部認容した。

Xが上告した。

〔判旨〕

破棄差戻し

「会社の行為は商行為と推定され、これを争う者において当該行為が当該会社の事業のためにするものでないこと、すなわち当該会社の事業と無関係であることの主張立証責任を負うと解するのが相当である。なぜなら、会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とされているので（会社法５条）、会社は、自己の名をもって商行為をすることを業とする者として、商法上の商人に該当し（商法４条１項）、その行為は、その事業のためにするものと推定されるからである（商法503条２項。同項にいう「営業」は、会社については「事業」と同義と解される。）。

前記事実関係によれば、本件貸付けは会社であるYがしたものであるから、本件貸付けはYの商行為と推定されるところ、原審の説示するとおり、本件貸付けがAのXに対する情宜に基づいてされたものとみる余地があるとしても、それだけでは、１億円の本件貸付けがYの事業と無関係であることの立証がされたということはできず、他にこれをうかがわせるような事情が存しないことは明らかである。

そうすると、本件貸付けに係る債権は、商行為によって生じた債権に当たり、同債権には商法522条の適用があるというべきである。これと異なる原審の判

断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

最高裁は、以上のように判示し、原判決中Xの敗訴部分を破棄し、本件貸付けに係る債権に商法522条の適用があることを前提として、同債権が時効消滅したか否かについて更に審理を尽くさせるために、上記部分につき本件を原審に差戻した。

〔評釈〕

1．はじめに

会社の行為には、その事業としてする行為とその事業のためにする行為以外の行為があるか、そして、商法503条２項が会社に適用されるかについては従来から見解が分かれている。

会社の行為は常に事業のためにするものとなるとして、いずれも否定するのが通説であるが、会社にも事業生活以外に一般社会人としての生活領域が存しうるとして、商法503条２項が適用されるとする見解も有力である(1)。

後述するように、大審院判例には、会社にも商法503条２項（昭和13年改正前商法265条２項）が適用され、会社の行為であっても、商行為と推定されることを前提とする判示を行うものがあるが、会社であることを意識した上で判示したのかは疑わしい。最高裁判例も同様である。また、大審院、最高裁の判決において商行為性の推定を覆したものはなく、どのような場合に推定が覆されるのかについて言及するものはない。

会社法・現行商法が適用された本判決は、会社の行為は商行為と推定され、これを争う者において当該行為が当該会社の事業のためにするものでないこと、すなわち当該会社の事業と無関係であることの主張立証責任を負うとした。

なお、本件は会社法施行前の事件であるが、会社法等の経過措置では、旧商法の規定によって生じた効力を妨げない限り、新法の規定が適用されるものとされているところ、本判決は旧商法時代と同様の見解を採用し(2)、会社法・現行商法の規定の適用が旧商法の規定によって生じた効力を妨げることにはならないので、会社法・現行商法の経過措置に基づき、旧商法の規定ではなく、会

(1) 学説については、３．（１）（２）参照。

(2) 絹川泰毅「本件判解」法曹時報61巻10号3277頁（2009年）、塩崎勤「本件判批」登記インターネット106号98頁（2008年）。

社法等の規定が適用されることになったとの指摘がされている[3]。本判決が旧商法時代と同様の見解をとるのかについては、後述する。

以下、検討を行う。

２．会社の商人性

まず、会社の商人性について確認する。

平成17年改正前商法52条１項は「会社トハ商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団ヲ謂フ」と定めていた。商行為を業とする会社（商事会社）については、「商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為スヲ業トスル者ヲ謂フ」と規定する４条１項により商人とされ、商行為を業としない会社（民事会社）については４条２項後段が商人とみなしていた。

会社法･現行商法においても､会社が商人である旨の明示的な規定はないが、多くの学説は、会社法５条により、会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は商行為とされているため、会社は、「商行為をすることを業とする」こととなるから、その事業目的にかかわりなく商人となる（４条１項）ものと解する[4]。

本判決も同様の立場をとった。会社法・現行商法の下では、会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は､商行為とされているので(会社５条)、会社は自己の名をもって商行為をすることを業とする者として、商法上の商人に該当する（商法４条１項）としている。

このような解釈は、同語反復的であり[5]、また、基本的商行為から商人概念

---

[3] 絹川・前掲注（２）3277頁、日下部真治「本件判批」金融・商事判例1307号23頁（2009年）。

[4] 酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法第１巻総則･設立』103頁〔森本滋〕（中央経済社・2008年）、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール１－総則・設立（１）』131頁〔江頭憲治郎〕（商事法務･2008年）など。なお、商法11条１項は、「商人（会社及び外国会社を除く。以下この編において同じ。）」と定めていることから、会社が商法４条にいう商人に含まれるとの指摘もある。日下部・前掲注（３）24頁（注４）。弥永真生「本件判批」ジュリスト1364号51頁（2008年）も同旨。

[5] 浜田道代編『キーワードで読む会社法』３頁〔浜田道代〕（有斐閣・2005年）、伊藤雄司「本件判批」NBL882号31頁（2008年）。

を導き出す商法４条１項の趣旨とはそぐわない嫌いがある[6]との指摘はあるが、会社を商人とすることについての異論はない。

３．商法503条２項適用の可否に関する学説

以下では、会社の行為に商法503条２項が適用されるか否かについての学説をみてみる。

現行商法503条１項は「商人がその営業のためにする行為は、商行為とする」、２項は「商人の行為は、その営業のためにするものと推定する」と規定するが[7]、平成17年改正前の規定（以下、旧商法503条という）も、１項は「商人カ其営業ノ為メニスル行為ハ之ヲ商行為トス」、２項は「商人ノ行為ハ其営業ノ為メニスルモノト推定ス」と規定していた。平成17年の改正は文語体を口語体としただけで、規定の内容に変更はない。また、昭和13年改正前商法265条（以下、旧商法265条という）も平成17年改正前商法503条と全く同じ文言の規定であった。

（１）平成17年改正前

平成17年改正前における通説は、会社はいわば生まれながらの商人であり、その生活はもっぱら事業のために存し、一般個人のような私生活がないから、その行為は常に事業のためにするものとなる[8]とし、旧商法503条２項の推定規定は、個人商人の場合に実益が生じ、会社が行う取引行為についてはこの推定規定を適用する余地はない[9]としていた。

---

(6) 伊藤・前掲注（５）31頁。

(7) 商法503条２項は推定という文言が使用されているが、法律上の推定を意味するものではなく、いわゆる暫定真実であるとされており、「商人の行為はこれを商行為とする。ただし、その営業のためにする行為でないときは、この限りでない」と書き換えることができるとされている。大江忠『要件事実商法（第２版）』88頁（第一法規・2006年）。

(8) 田中耕太郎『改正商法総則概論』250頁（有斐閣・1938年）、西原寛一『商行為法（第３版）』92頁（有斐閣･1973年）、石井照久＝鴻常夫『商行為法上巻』55頁（勁草書房･1974年）、平出慶道『商行為法（第２版）』77頁（青林書院･1989年）など。

(9) 田中・前掲注（８）250頁、西原・前掲注（８）92頁、平出・前掲注（８）89頁など。

これに対し、会社も社会的実在として存在しかつ活動している限り、事業生活以外に一般社会人としての生活領域が存しうる（例えば、災害や社会的行事における寄附等）[10]とする見解もあり、この見解によれば会社の行為にも旧商法503条２項が適用されることとなる。

（2）改正後

会社法においては、５条が「会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする」と定めている。

会社法・現行商法については、会社の行為は全て会社法５条の「その事業としてする行為及びその事業のためにする行為」にあたり、商行為性が常に肯定されるので、商法503条２項の推定規定の適用の余地はないとする説[11]と、会社の行為には会社法５条の「その事業としてする行為及びその事業のためにする行為」のほかに、そのいずれにも当たらない行為の３種類が存在し、商法４条１項により、会社は商人に当たるので、商法503条２項の推定規定が適用されるとする説[12]とがある。

２項の適用を否定する立場からは、会社法５条は商法503条１項の規定を取り込みつつ、同条２項と同様の規定をおいていないことから、規定の形式上、会社法は、会社には附属的商行為の推定規定を適用しない趣旨であると解釈することができるとの指摘がある[13]。

適用を肯定する立場からは、商法11条１項括弧書は、「会社・・・を除く。

---

[10] 大隅健一郎『商行為法』23頁（青林書院新社・1958年）。

[11] 神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト1295号135頁（2005年）、淺木愼一『商法総則・商行為法入門（第２版）』25頁（中央経済社・2005年）、近藤光男『商法総則・商行為法（第６版）』37頁（有斐閣・2013年）、鈴木千佳子「会社の事業のためにする行為」の意義」法学研究82巻１号181頁（2009年）、来住野究「会社の行為の商行為性」奥島古稀『現代企業法学の理論と動態第１巻』86頁（成文堂・2011年）など。

[12] 川村正幸＝布井千博編『新しい会社法制の理論と実務』14頁〔川村正幸〕（経済法令研究会・2006年）。

[13] 相原隆「本件判批」別冊ジュリスト194号（商法（総則・商行為）判例百選（第５版））75頁（2008年）、相原隆「商法における商行為主義から商人主義への転換」法と政治63巻１号67頁（2012年）。

以下この編において同じ」と定めているにとどまり、商行為編との関係では、会社は対象から除かれていないことなどから、平成17年改正後においても、商法503条２項は会社にも適用され、会社の行為はその事業のためにするものと推定されると解すべきであるとの指摘がある(14)。

会社法・現行商法の下でも、商法503条２項の適用を否定する説が多数説である(15)。

４．立法担当者の見解

会社法５条についての立法担当者の見解を確認しておく。以下の通りである。

「この規定によって商行為とされた行為に対して、現行商法第３編に規定されている商行為に関する規律を適用するために設けられたものである。ある法主体の行為に商行為に関する規律を適用するための方法としては、法主体を商人とする方法（現行商法52条１項、４条１項参照）、法主体を商人とみなす方法（現行商法52条２項、４条２項参照）、法主体の行為に商行為に関する規定を準用する方法（現行商法523条、現行保険業法21条２項等）等が考えられるが、会社法においては、これらの技巧的な法技術を駆使することなく、端的に会社および外国会社がその事業としてする行為および事業のためにする行為を商行為とすることとして、その実質を確保することとしている」(16)（文中で「現行商法」とあるのは、平成17年改正前商法をさす）。

したがって、立法担当者は、会社の行為には、その事業としてする行為およびその事業のためにする行為以外の行為はないと考えていたと思われる(17)。

---

(14) 弥永・前掲注（４）51頁。

(15) 絹川・前掲注（２）3276頁は、前述の２つの学説以外に、会社の行為には３種類が存在するとした上で、会社には商法503条２項の推定規定が適用されないので、商行為性を主張する者において、「その事業としてする行為及びその事業のためにする行為」であることを主張立証する必要があるとする説も理論的には考えられるが、この説を採る学説はなかったようであるとしている。

(16) 相澤哲＝岩崎友彦「新会社法の解説（２）会社法総則・株式会社の設立」旬刊商事法務1738号６頁（2005年）。

(17) このような見解をとるものとして、伊藤・前掲注（５）30頁。絹川・前掲注（２）3277頁も、立法担当者は学説の多数説を念頭に置いていたように思われるとする。なお、酒巻＝龍田編集代表・前掲注（４）105頁は、会社法５条が会社

しかしながら、立法担当者には、これまでの会社法の通説、判例を変更する意図はなかったようであるとの指摘[18]、会社法５条に関しては、会社法の制定に当たって、旧商法時代の判例の見解を変更することを意識した詰めた議論がされているようにもうかがわれないとの指摘[19]があり、旧商法時代には、判例は、会社にも旧商法503条２項の推定規定が適用されるとの立場をとっていたとして、立法の経緯に照らせば、会社にも商法503条２項の推定規定が適用され、商行為性を否定する者において事業のためにする行為でないことを主張立証しない限り、商行為性が肯定されるとする説が無理のない解釈であるとの指摘もある[20]。

５．裁判例[21]

（１）大審院

以下では、会社の行為の商行為性について扱った大審院の判決について検討する。

なお、商法の商行為に関する規定の適用が問題となった事件であっても、手形に関する行為は絶対的商行為（昭和13年改正前商法263条４号）であるとして、結論を導くものがあり（大判明治37年12月６日民録10輯1557頁）、この判決は除外する。

の行為一般を商行為とするのではなく、事業としてする行為と事業のためにする行為を商行為とすることは、事業上の行為以外にも会社の行為があることを含意するものと解している。

[18] 川村＝布井編・前掲注（12）15頁。

[19] 絹川・前掲注（２）3277頁。

[20] 絹川・前掲注（２）3277頁、日下部・前掲注（３）23頁。

[21] 問題となった行為が商行為であることを前提として、大審院、最高裁が判断を下したが、特に会社の行為の商行為性には言及していない判決もあり、これらは検討の対象から外した。例えば、最判平成４年12月18日民集46巻９号3006頁は、取締役の報酬につき株主総会がこれを無報酬とする旨の決議をしても、当該取締役はこれに同意しない限り、報酬請求権を失わないとしたが、理由を述べずに遅延損害金の利率を年６分とした。この事件は利率自体が争われた事件ではなかった。

【1】大判明治37年６月10日民録10輯833頁
会社が銀行から貸付けを受け、質権を設定。昭和13年改正前商法277条（現行商法515条）が適用になるか。

【2】大判明治41年２月17日民録14輯108頁
会社の支配人による会社のための金銭の借入れが支配人の権限内に属するか。

【3】大判明治41年６月17日法律新聞506号21頁
商行施行前における銀行による金銭貸付行為の性質。

【4】大判明治43年12月13日民録16輯937頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効。

【5】大判大正４年11月20日民録21輯1886頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効。

【6】大判大正７年５月15日民録24輯850頁
会社の取締役が会社の代理人として本人のためにすることを示さずになした金銭消費貸借契約が会社に対し効力を生ずるか。

【7】大判大正７年９月４日民録24輯1668頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効。

【8】大判昭和３年１月20日法律新聞2811号14頁
肥料並びに米穀の販売のみを営業の目的とする会社が無尽に加入した行為が有効か。

【9】大判昭和５年10月25日法律新聞3204号11頁
土地の賃貸借契約不履行の場合の損害賠償の額。

【10】大判昭和８年６月22日民集12巻1627頁
破産者による銀行への弁済が否認された場合の返還すべき金銭に付すべき利息。

【11】大判昭和９年１月10日民集13巻１頁
使用人の販売したミシンの代金が回収不能の場合に損害賠償にあてるため販売口銭の一部を会社に預託させていた場合の口銭の返還請求権の消滅時効。

【12】大判昭和９年３月７日法学３巻９号1071頁
会社が約束手形を裏書譲渡した行為は営業の目的の範囲に属するか。

【13】大判昭和９年４月25日法学３巻10号1202頁

消費貸借契約に旧利息制限法５条が適用になるか。

【14】大判昭和９年５月４日法学３巻11号1314頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効（詳細は不明）。

【15】大判昭和10年９月20日新聞3894号８頁
株金払込義務に対する会社の債権の消滅時効。

【16】大判昭和11年４月11日法学５巻９号1365頁
銀行（日本勧業銀行法を適用していることから、貸主被上告人はおそらく勧業銀行）の貸付けの債務者年賦金の支払い遅延の場合の遅延損害金を支払う特約に旧利息制限法５条が適用になるか。

【17】大判昭和11年12月22日法学６巻４号511頁
使用人の退職慰労金債権の遅延損害金。

【18】大判昭和11年12月26日大審院判決全集４輯２号16頁
【17】と同じ銀行の使用人の退職慰労金債権の遅延損害金。

【19】大判昭和12年６月25日法学６巻10号1330頁
無尽営業の会社が貸付けをした場合の遅延損害金の約定に旧利息制限法５条が適用になるか。

【20】大判昭和14年12月27日民集18巻1681頁
合資会社の使用人の身元保証債務の連帯性。

【21】大判昭和16年11月６日大審院判決全集９輯５号13頁
営業目的の一部を金銭貸付業としている上告会社の金銭貸付けが、会社の事務整理運用を簡便にするため、会社の重役等が多数株主の所有する株主権を買収し、きわめて少数の株主の組織する会社とするために、買収費用として金融したものだとして、商行為ではないと上告会社が主張。

【22】大判昭和17年６月23日民集21巻716頁
金融及びその仲介等を業とする訴外会社が被上告人に対し有する貸金債権を上告人に譲渡した場合の当該債権の消滅時効。

商行為性が推定されるとしたものには、【１】、【２】、【６】、【８】、【９】、【12】、【13】、【19】、【22】がある。

【１】判決は、上告人、被上告人は共に商事会社であり、本件金銭貸借には旧商法265条が適用になり、その営業のためにしたものと推定すべく、従って商行為とみなさざるをえないとした。【２】判決は、商人の行為はその営業の

ためにするものと推定すべきであることは旧商法265条２項の規定するところであり、支配人が会社のために金銭を借り入れたときは、会社の営業が金銭の貸借を目的としない場合といえども反証なき限りその営業のためになしたものと推定することを当然とするとした(22)。【８】判決は、商人のなした行為がその行為の性質上営業の範囲内の行為に該当しないことが明らかな場合でなければ、旧商法265条２項により、反証なき限りその営業のためにするものと推定すべきであるとして、無尽加入行為を営業の範囲内の行為と推認した原審の判示に違法な点はないとした。【９】判決は、本件土地賃貸借契約は、上告人が商事会社であるからその営業のためになされたものと推定し、商行為と解すべきであるとした。【12】判決は、商人の行為はその営業のためにするものと推定すべきものであることは旧商法265条２項の明示するところであり、商人たる上告会社が約束手形を裏書譲渡した行為は反証なき限り、上告会社の営業目的の範囲に属するものであると推定すべきであるのは当然であるとした。【13】判決は、被上告人は商事会社であり、同人と上告人との間の消費貸借契約は商行為と推定すべきであるとした。【19】判決は、無尽営業の株式会社たる被上告人の貸付けは商行為であると推定すべきものであるとした。

【６】においては、上告人（会社の取締役）は、本件貸金が営業関係と離れて単に交誼上会社の営業目的外において一時融通されたものとして、営業のためにした行為ではないと主張した。大審院は、原審が、本件金銭消費貸借が商人

(22) 明治40年代までの大審院は、会社の定款所定の目的の範囲を厳格に解していたが、その後、次第に緩和するに至る。その際に用いられた手法が、目的事項を弾力的に解する方法と、会社の行為は旧商法265条２項により営業のためにするものと推定されるので、目的の範囲内の行為であるとする方法であり（大隅健一郎「会社の権利能力の範囲－とくにその目的による制限」大隅健一郎ほか『総合判例研究叢書商法（２）』10頁以下（有斐閣・1957年）など参照）、【２】判決は後者の方法をとるために、このような判示の仕方をした判決であった。その後、大審院は、大判大正３年６月５日民録20輯437頁において、後者の方法をとる立場を否定した。大正３年判決においては、取引先の破綻を救済するための手形裏書が会社の権利能力の範囲内か否かが問題となったが、旧商法265条２項は、会社の権利能力の定まった後に適用すべきものであるとした。しかしながら、その後の【８】、【12】判決も、会社の目的の範囲内の行為であるか否かに関連づけて、商行為性の問題を扱ったものである。

たる控訴会社（被上告人）がその営業のためになしたものと推定すべき商行為であるとしたことにつき、違法はないとした。【22】判決は、本件貸付けは所論会社の営業のためになされたものであると推定した上これを覆すべき立証なしとした原判決には審理不尽等の違法はないとした。

【2】【8】【12】判決は、会社が商人であることから、商行為であることが推定されるとの判示を行っており、特に会社であることを意識しているようではない。また、【1】【9】【13】【19】判決は当事者が会社であることから商行為性を導くが、会社の行為について特に何らかの説明をするものではない。

他方で、商行為性の推定について言及しない判決もある。

【3】判決は、銀行による金銭の貸付けにつき、上告銀行（株式会社）がその銀行営業の範囲に属する行為として被上告人との間になした金銭取引であり、商法施行以前になしたものであっても、銀行がその営業のためになした商行為にほかならないとした。【11】判決は、商人の営業に関しその便益のためになされる行為はその営業のためにする行為として全て商行為であると解すべきものであるが故に、商品販売を業とする会社がその使用人を雇い入れる行為はもちろん、使用人に販売口銭の一部を会社に預託させることもまた当該会社においてその営業の維持便益のためになす行為として商行為に属するとみなすべきものとした。【16】判決は、被上告人の貸付けは被上告人の商行為にして商事と認めるべきものとした。【17】判決は、商人たる株式会社内子銀行の行為であるが故に旧商法265条によりこれを商行為であると解すべきであるとし、【18】判決も同様の判示をした。【20】判決は、被上告人等が上告会社となした身元保証契約は商行為と目すべきであるとした。【21】判決は、上告会社が将来予定している清算事務の円滑な進捗をはかる目的の下に、その手段として株式の買収に要する資金を貸与したものであるとして、結局、本件貸借は上告会社のその営業のためになした行為にほかならないとした原判決を正当とした。

また、【10】判決は、金銭授受の理由が商行為に基づく場合について言及する際に、「商行為ニ基ク場合」の後に続けて括弧書きで、金銭授受の理由が銀行取引における弁済行為であることは原審の認定したところであるとしており、金銭授受の理由が銀行取引における弁済行為であれば、商行為であると解していると思われる判示をしている。

これらのうち、【3】【10】は、銀行による金銭貸付けの事件である。上記の事件の当事者であるそれぞれの会社が営業としてする行為が何であるかは、明

確ではない場合が多いが、少なくとも、銀行であれば貸付行為は営業としてする行為であり、昭和13年改正前商法264条８号（現行商法502条８号）に該当し、商行為となると解することになろう。大審院もおそらくそのように考えて、商行為性が推定されるとはしなかったのではないかと思われる。

そうすると、問題となった行為について商行為性が推定されるとの判示をせずに、商行為であるとした判決は、【11】【16】【17】【18】【20】【21】といえる。

大審院はおおむね商行為性が推定されるとの立場をとっていたといって良いのではないかと思われるが、上記の例外はあったといえるだろう。

ところで、商行為性の推定を覆した判決は存在しないが、商行為性を否定した判決は存在している。【４】、【５】、【７】、【14】、【15】であるが、いずれも、株式引受（株金払込）の事例である。

【４】判決は、株金の払込は、上告会社がその営業に要する資本を充実するためにするものであるから、被上告人に株金弁済の義務を履行せしめて、その支払いを受けるにすぎず、旧商法265条にいう営業上の行為を為す場合ではないとした。【５】判決は、株式会社の資本は会社構成の一要素をなすものであり、設立の場合の株式引受も資本増加のための新株の引受もいずれも商行為でないことは明らかであるとし、営業に要する流通資本を増加する目的で定款を変更し、資本を増加して新株を発行する場合も、新たに株式を発行し割当てる行為は、営業のためにする行為に該当しないとしている。【７】判決は、株式引受は法律の認めた資本蒐集の特定の方法であって、商行為（基本的商行為）でないことはもちろん、旧商法265条により営業のためにする行為と推定されるべきものではないとしている。【14】判決は、株式の引受は商行為ではないとするのみである。【15】判決は、会社設立の場合における株式引受は基本的商行為に該当しないのはもちろん、会社設立前の行為であるため、会社の営業のためにする行為ではなく、かつ払込未済の株式の引受が商人の営業のためにする行為であった事実の主張がなかったことから、旧商法265条の商行為にも該当しないとした。

なお、大審院は、株式引受人が商人であるときは、旧商法265条２項の適用を認め、商行為性が推定されるとする（大判明治44年10月19日民録17輯587頁[23]）[24]。

---

[23] この事件における引受人は株式取引所の仲買人であった。上告人（会社）は、

したがって、大審院は、株式引受については、資本を充実させるための行為であり、附属的商行為にはあたらないが、引受人が商人である場合には商行為であるとの推定がされるとの立場をとっているということができる。

以上の判例の検討からは、以下のことがいえる。大審院は、株式引受に関しては引受人が商人である場合を除き、商行為ではないとする立場をとり、それ以外の事件に関しては、おおむね会社の行為につき商行為性が推定されるとの立場をとる。

とはいえ、商行為性が推定されるとの表現を用いない判決も存在している。また、商行為性が推定されるとしている判決であっても、会社が商人であることから、商人の行為には商行為性が推定されるとして、結論を導くものがある。また、当事者が会社であることから商行為性を導く判決もあるが、そのような判決も特に会社の行為の商行為性について何らかの説明をするものではない。さらに、株式引受の事例以外で商行為性を否定した判決、商行為性の推定が覆されるのはどのような場合かについて言及した判決をみつけることはできなかった。

大審院時代の判例は、おおむね会社の行為にも商行為性が推定されるとの立場をとっていたということができるが、会社と個人商人の違いを意識することなく、無自覚に商法503条２項の適用を認めていたと考えて良いと思われ

株式取引所の仲買人は他人の委託を受けて株券の売買をする営業を行うのであり、本件のように自ら引き受けた場合は明らかに営業の範囲外であり、旧商法265条２項は営業の為に為したものか否か疑いのある場合に営業のためにする行為と推定する規定であるので、現院が営業と相関しない行為についても、営業のためにする行為と推定したのは正当でないと主張した。これに対し、大審院は、同条の規定は、商人の行為がその営業のためにするものでないことが疑わしい場合に適用すべき規定であることは認めつつ、仲買人は自己の計算でも株式の引受をなすものであるから、仲買人の株式引受は必ずしもその営業と相関しないわけではなく、営業のためでないことが疑いないということはできないとして、原院が旧商法265条２項を適用したのは正当であるとした。個人商人である引受人の側における株式引受の商行為性が問題となった事件であるので、本稿では上記のリストからは外した。

(24) 【14】判決の解説（評注）も、「引受人の附属的商行為となり得る特殊の場合の他は商行為となり得ない」とする。法学３巻11号1314頁（1934年）。

る[25]。

（2）最高裁

本件以前に、最高裁の判例において、会社が当事者となり、商法の商行為に関する規定が適用になるか否かが問題となった事件は多数あるが、必ずしも会社の行為が商行為であることから、あるいは商行為であると推定されることから結論を導くものばかりではない。

第１に、手形に関する事件においては、利得償還請求権につき、商法501条４号にいう「手形ニ関スル行為」によって生じた債権に準じて考えうべく、消滅時効期間については、商法522条が類推適用されるとする判決（最判昭和42年３月31日民集21巻２号483頁）があり、最高裁も、大審院と同様、商法501条４号にいう「手形ニ関スル行為」に当たることから、商行為に当たるとの立場をとるといえる。

第２に、不当利得返還請求権の事件においては、法律の規定によって発生する債権であり、「商事取引関係の迅速な解決という要請を考慮すべき合理的根拠に乏しい」ことから民法167条により消滅時効期間を10年とする判決、あるいは、「営利性を考慮すべき債権ではない」ことから、付すべき利息の利率を民法所定の年５分とする判決がある（前者につき、最判平成３年４月26日判時1389号145頁、後者につき、最判平成19年２月13日民集61巻１号182頁）[26]。

---

[25] 伊藤・前掲注（５）33頁は、過去の判例（最高裁を含む）は、会社の行為に商法503条２項の適用があることを明確に述べているわけではなく、いわば会社が商人であることから、会社と個人商人の違いを意識することなく無自覚に商法503条２項の適用を肯定したにすぎないと読むこともできたと指摘している。また、詳細が不明な判決も多いが、リストに挙げた判決は、会社の行為であることから商行為性が推定されるか否かということが問題となっているわけではなさそうである。最高裁判例について、この点を指摘するものとして、注(28) 参照。

[26] 不当利得返還請求権に関しては、大審院が大判昭和10年10月29日法律新聞3909号12頁において、不当利得返還請求権は当事者が商人であっても商行為による債権ではないと判示し、その後、最高裁も最判昭和55年１月24日民集34巻１号61頁において、利息制限法所定の制限をこえて支払われた利息・損害金についての不当利得返還請求権は法律の規定によって発生する債権であり、商法522条の立法趣旨からみて商行為によって生じた債権に準ずるものと解するこ

第３に、取締役の会社に対する責任に関し、商行為によって生じた債務ではないとして、民法167条１項により消滅時効期間を10年とする判決がある（最判平成20年１月28日民集62巻１号128頁）。最高裁は、取締役の会社に対する損害賠償責任は、債務不履行責任であるが、法によってその内容が加重された特殊な責任であって、商行為たる委任契約上の債務が単にその態様を変じたにすぎないものとはいえないこと、商事取引における迅速決済の要請が妥当しないことを理由としてあげる。

第４に、否認権の行使による原状回復として金銭の返還が行われる場合に付すべき利率は、年６分の商事法定利率によるとする判決がある（破産会社の銀行に対する債権譲渡契約が否認された結果、銀行がその債権の取立によって得た金員相当額を返還すべき場合に付すべき利率につき、最判昭和40年４月22日民集19巻３号689頁。否認された行為が商人間の取引によりされた代物弁済であり、かつ破産財団に返還されるべき物品が原状回復義務者の手中に存しない場合に、返還義務者が返還すべき法定利息につき、最判昭和41年４月14日民集20巻４号611頁）。

その他、自賠法に基づく被害者の保険会社に対する直接請求権に関し、被害者が保険会社に対して有する損害賠償請求権であって、保有者の保険金請求権の変形ないしそれに準ずる権利ではないから、保険会社の損害賠償債務は商行為によって生じた債務にあたらないとしたり、あるいは、保険会社が保険代位によって取得した不法行為に基づく損害賠償請求権に関し、商行為によって生じた債権ということはできないとして、遅延損害金の利率を民法所定の年５分とするもの（前者につき、最判昭和57年１月19日民集36巻１号１頁、後者につき、最判昭和62年５月29日民集41巻４号723頁）、ゴルフ用手袋の売買代金債権の消滅時効に関し、被上告会社が商行為として買い受けていても、民法173条１号の適用があるとしたもの（最判昭和59年２月23日判時1138号77頁）などがある。

以上は、それぞれ、主として問題となった行為が会社の行為であること以外の点を考慮して結論を導いている。以下では、問題となった行為が、会社の行為である（あるいは商人の行為である）ことから、商行為であるとした、ある

ともできないとして、この立場を踏襲した。なお、昭和55年判決は、上告人、被上告人とも会社ではなく、個人商人である。

いは商行為性を推定して、最高裁が結論を導いていると考えられるものをあげる。

①最判昭和28年12月28日集民11号807頁、裁判所ウェブサイト掲載
　被上告人と会社との間に成立した売買契約により生じた代金債務につき、上告人がなした保証が連帯保証となるか。
②最判昭和29年９月10日民集８巻９号1581頁
　会社、労働組合間の退職金支給に関する協約に基づく従業員に対する退職金債務の遅延損害金。
③最判昭和30年９月８日民集９巻10号1222頁
　売買契約解除後､前渡金の一部返還を受けた後の残金に対する遅延損害金。
④最判昭和35年９月９日集民44号209頁、裁判所ウェブサイト掲載
　詳細は不明。契約解除による金員返還義務が商行為に基づく債務か。
⑤最判昭和37年５月10日民集16巻５号1066頁
　油糧砂糖配給公団の代金債権の消滅時効。
⑥最判昭和39年５月26日民集18巻４号635頁
　銀行が平成17年改正前商法189条２項に基づいて負担する債務の消滅時効。
⑦最判昭和42年10月６日民集21巻８号2051頁
　信用保証協会が保証債務の履行によって取得する求償権の消滅時効。
⑧最判昭和47年１月25日判時662号85頁
　商人間の不特定物売買における完全履行請求権の保全について商法526条の適用があるか。
⑨最判昭和47年５月25日判時671号83頁
　商行為によって生じた債務の不履行に基づく損害賠償債務の遅延損害金。
⑩最判昭和51年７月９日判時819号91頁
　使用者が労働者に対して負う賃金債務の遅延損害金。
⑪最判平成10年４月14日民集52巻３号813頁
　構成員に会社を含む共同企業体の事業上の債務の連帯性。

　このうち、問題となった行為が「商行為であると推定される」とするものとしては、①⑦⑩判決がある。
　①判決は、「主たる債務者は会社であり従って商人たることは多言を要しな

いところであり、そして前記売買はその営業のためになしたものと推定され商行為である・・・（商法503条参照）」、⑦判決は、「上告人は商人の性質を有しないが、本件保証は商人である主債務者松前陶石の委託に基づくのであるから、保証人自身は商人でなくても、その保証委託行為が主債務者の営業のためにするものと推定される結果、保証委託契約の当事者双方に商法の規定が適用されることになる」（上告人は北海道信用保証協会、主債務者松前陶石は株式会社である）、⑩判決は、「商人が労働者と締結する労働契約は、反証のない限りその営業のためにするものと推定され、したがって、右契約に基づき商人である使用者が労働者に対して負う賃金債務の遅延損害金の利率は、商行為によって生じた債務に関するものとして商事法定利率によるべきものである」としている。これらの判示は、個人商人と会社とを区別していないように読める。

上記の判決以外は、「明らかに商行為である」などとして、商行為であると推定される等の判示をしない。②③④⑤⑥⑧⑨⑪がある。

②判決は、「上告会社は、バス、トラックの車体の製作及びバス運転の請負を業とする商事会社であることは、また、原判決の確定するところであるから、前示約定はこれを商行為と解すべきことは商法503条の規定上明らかであ」るとした。③判決は、「本訴債権が被上告人会社にとり商行為に因って生じたものであることは明かである」とするのみである。④判決は、「被上告人が本件委託契約当時Ｄ株式会社と称していた株式会社であることは、原判決の適法に確定するところである。されば、右契約解除による金員返還義務が商行為に基づく債務であることはおのずから明かであ」るとする。⑤判決は、「上告人は商人たる株式会社であるから、本件債務は商行為債務であ」るとした。⑧判決は、被上告人、上告人はどちらも商人（被上告人が株式会社）であって、問題となっている売買契約が商行為であることは明かであるとするものであるが、この事件では商人間の売買に関する商法526条１項の適用が問題となっており、判旨のこの部分は傍論である。⑨判決は、「所論の損害賠償は、株式会社たる上告人を借主とする賃貸借契約上の債務の不履行を原因とするというのであるから、右賃貸借は商法４条、52条、503条の規定により少なくとも附属的商行為たる性格を有する」とした。⑪判決は、「共同企業体の構成員が会社である場合には、会社が共同企業体を結成してその構成員として共同企業体の事業を行う行為は、会社の営業のためにする行為（附属的商行為）にほかならず、共同企業体がその事業のために第三者に対して負担した債務につき構成員が負う

債務は、構成員である会社にとって自らの商行為により負担した債務というべきものである」とした。

なお、⑥判決は、「銀行等が株式払込取扱委託契約に基づいて真正に払い込まれた払込金を会社に返還すべき債務は、商行為によつて生じた債務であることが明らかであるから、これと同一に取り扱われるべきものとしての商法189条２項に基づく銀行等の債務もまた、商行為によつて生じた債務であると解すべきこと当然である」としており、この判決は、会社の行為であることではなく、銀行の行為であることが判断の決め手となっているように思われる。

このように、「商行為であることが明かである」、あるいは「商行為にほかならない」といった表現を用いた判決が散見される。特に、②④⑤⑨⑪判決は、会社が行った行為であるということが重視されているように思われる。

③⑤⑧は営業目的行為が問題になった事件といえよう。③⑤⑧事件では、このような表現を使うのも当然と思われるが、それ以外の事件でも、「商行為性が推定される」とせず、「商行為であることが明かである」などと述べる判決が存在している。他方で、「商行為性が推定される」とする判決は全て、前述のように、個人商人と会社とを区別していないように読める[27]。また、②⑩判決を紹介したうえで、いずれも「会社がなした行為だから当然に商行為か」という争い方がされていないことから、先例は会社のなした行為の中に商行為でないものがあり得るか否かについては自覚的に考えていないと思われるとの指摘がされている[28]。

確かに、最高裁は会社の行為であることを意識せずに判示を行っているといえそうであるが、②④⑤⑨⑪など、会社の行為であることを重視して、「商行為であることが明かである」としている判決も存在しているといえるようにも思われる。

（３）近時の下級審裁判例

なお、近時の下級審裁判例においても、問題となっている行為が営業のためにするものと推定される結果、商行為であるとする判決もあれば（東京地判昭和43年12月21日下民集19巻11・12号82頁など）、当事者は会社であり、問題となっ

---

[27] 注（25）参照。

[28] 榊素寛「判批」ジュリスト1186号108頁（2000年）。

た行為が商行為となるべき行為であったことは明らかであるなどとするものもあるが（東京高判昭和63年３月９日判時1282号150頁など）、商行為性の推定を覆したものもある。

商行為性の推定を覆したものには以下のものがある。

〈１〉東京地判昭和57年３月29日判時1054号153頁
会社の従業員に対する貸金返還請求権の消滅時効。
〈２〉東京地判平成９年12月１日判タ1008号239頁
従業員に対する賃金債権等の消滅時効。
〈３〉大阪地判平成11年３月19日判時1688号169頁
会社が従業員を被保険者、会社を契約者兼受取人として締結した生命保険契約の付保規定[29]により、会社が受領する保険金の全部または相当額を遺族である相続人らに死亡退職金または弔慰金として支払う旨の合意に基づき、支払われる死亡退職金または弔慰金の請求権の消滅時効。

〈１〉においては、従業員に住宅資金を直接貸付ける制度を設けていないＸ会社が、従業員Ｙに対し住宅建築資金を貸渡したが、Ｙは借受金を返済しなかった。貸付金の回収を確実にするため、ＸＹ間で和解契約を締結した（返済約束）。

東京地裁は、「本件消費貸借契約は、確かにＸの営業のためにする雇傭契約と関連性を有し、Ｘにとってもの主張するような有用性を有することは否定し得ないが、第三者に対するものではなくＸの従業員に対する社内的なもので、しかもＸの社内的な制度に基づくものではなく、Ｙの一身的な特殊事情に基づいた偶発的、個人的色彩の極めて濃厚なものであるといわざるを得ない。したがって、本件消費貸借契約は、商法503条所定の附属的商行為に該当するとは認められ」ないとし、返済約束については「いわば右消費貸借契約の延長線上に在るもので、特に右消費貸借契約と別個の契約であるとは解し難い」として、附属的商行為には該当しないとした。

〈２〉においては、ＹはＡ会社から金銭を借り受けていたが、Ｙの雇主であるＸ会社は、Ａ会社がＹに対して有する貸金債権を譲受け、Ｙとの間で、右譲

[29]「この生命保険契約に基づき支払われる保険金の全部又はその相当部分は、退職金又は弔慰金の支払いに充当するものとする」とされていた。

受債権を目的とする準消費貸借契約を締結した。その後、これとは別に、Xは Yに対し金銭を貸し付けた。Xが各債権に基づき支払いを求めて本訴を提起したところ、YはXが株式会社であるから、本訴各債権はいずれも商事債権であるとして、5年の消滅時効を援用した。なお、A会社はYが経営する会社と取引があった。

東京地裁は、「商行為概念の存在意義は、それが商取引であるという点に存するものであって、取引であれば簡易、迅速、不要式といった特性を原則とすべきであることから、商法は、商取引について民法の原則を修正しているところ、会社の行為はその大半が商取引に関するものであって、簡易、迅速、不要式といった特性を原則とすべきであるけれども、ごく一部に例外とすべき行為が存することも、当然のことながら、否定できない。実質的に考えても、会社の行為であるという一事をもって、それはすべて商行為と定めてしまうことは、会社に対し、いわゆるポケットマネーを保有する余地を完全に否定することになり、会社活動の実態と大きくかけ離れた法的効果をもたらす結果を招来し、不都合である」とし、「会社についても、商法503条2項の適用により、その行為について商行為性の推定が覆る可能性を肯定すべきである」とした。

また、「一般的に、商人が取引先に対し、金員を貸付ける行為は、取引先に便宜を図ることによって商人の営業に有益な結果をもたらすことから、附属的商行為であると言える」としつつも、Aが取引をしていた相手はY個人ではなく、Yの経営する会社であり、本件貸付けの相手方はYであることから、「法的には会社と代表者は全く別人格であること、・・・附属的商行為は商人が営業のためにする意思が客観的に認められる必要があるところ、金銭貸借をその目的に含んでいない会社が、他の会社の代表者個人に金銭を貸し付けることが、同会社との取引に資することにつながるとは必ずしも客観的に認め得るものではないことからして、このような貸付行為は附属的商行為に該当しない」とした。そして、「AのYに対する債権は、民事債権となるが、・・・債権譲渡行為によって商事債権に変わると解釈することは、特段の事情を認め得ない本件の場合は、難しいと言わざるを得」ず、「準消費貸借契約によっても、同様である」とする。従業員であったYに対する貸付行為については、「会社内部における行為については、たとえそれが営業に資することをもくろんでなされたものであっても、簡易、迅速、不要式といった、前述の商取引一般に要求される特性を具備しているとは考え難く、したがって、これを附属的商行為に該当すると

解すべきではない」とした。

〈3〉においては、大阪地裁は、「従業員を被保険者とする生命保険への加入及び本件合意は、これが企業における従業員の福利厚生の一環として制度的に運用されている場合は格別、原則として営業のためにするものとは解されず、特に本件のように従業員が退職した後については、従業員の福利厚生を目的とする余地はないのであるから、付属的商行為には該当しないというべきである」とした。

〈1〉、〈2〉、〈3〉判決はいずれも会社・従業員が関係する契約が問題となっている。雇用契約が商行為であることは確立した判例であるが（最判昭和30年9月29日民集9巻10号1484頁）、〈1〉、〈3〉はとくに社内的な制度を利用した事例ではなく、いわばイレギュラーな行為であることから、商行為性を否定したということのようである。〈2〉においては、貸付けが、取引先ではなくその代表者に対するものであること、また、従業員に対する貸付けは会社の内部的なものであることから、やはり通常の貸付けとは異なるとの立場をとったようである。

6．本判決の意義

本判決の意義は、以下の点にある。

第一に、最高裁として初めて会社の行為にも商法503条2項が適用されることを明確にし、推定が覆る可能性があることを判示した点である。

これまでの判例は、会社の行為であることを意識せずに、無自覚に商行為性が推定されるかどうかについて判示したものが多く、また、一貫して商法503条2項が適用されるとの立場をとっていたとはいいがたい状況にあったといえると思われるが、最高裁は、本判決において、上記のことを明確にした。

また、会社法施行後、会社法5条等が旧商法と異なる規定ぶりとなったことから、会社の行為の商行為性、その主張立証責任について、改めて疑義が生じていたところ、最高裁は、会社法等の施行後においても旧商法当時と同様の見解（会社の行為についても商法503条2項の適用がある）をとることを明らかにしたとの指摘がある[30]が、この疑義に対し、明確な立場を示したともいえるかもしれない。

---

[30] 絹川・前掲注（2）3278頁。

第二に、本件貸付けがAのXに対する情宜に基づいてされたものとみる余地があるとしても、それだけでは、本件貸付けがYの事業と無関係であることの立証がされたということはできないとしており、会社の行為について商行為性の推定が覆される場合を狭く解し、例外的な場合に限定したと考えられる点である(31)。

どのような事実を反証としてあげれば、推定を覆すことができるかにつき、立証される事実や程度の問題と考えることもできないわけではないとの指摘(32)もあるが、推定が覆される場合は非常に限定されるものと思われる。

学説の少数説は、商行為性が否定される行為として、災害や社会的行事における寄付をあげる。しかしながら、最高裁は、最判昭和45年６月24日民集24巻６号625頁において、「会社による政治資金の寄附は、客観的、抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとするに妨げない」としている。判例のように事業目的行為の範囲を広く解する立場をとれば、会社による寄付も、事業のためにする行為に含まれることになるものと思われ、商行為性を肯定することになろう(33)。

また、会社の行為につき商行為性を否定した下級審裁判例（前掲〈１〉〈２〉〈３〉判決）のような事例に関しても、取引先の代表者、従業員が取引の当事者となった特殊な性質の契約が問題であることによってもやはり商行為性は否定されないであろう(34)。

---

(31) 絹川・前掲注（２）3278頁、伊藤・前掲注（５）34頁、山田純子「本件判批」ジュリスト1376号128頁（2009年）。

(32) 山下典孝「本件判批」法学セミナー増刊速報判例解説 vol.4 116頁（2009年）。

(33) 黒野葉子「本件判批」金判1310号23頁（2009年）。また、山田知司「本件判批」別冊判例タイムズ25平成20年度主要民事判例解説149頁（2009年）は、災害援助資金の寄付も会社の目的の範囲内とされるが、理由として、事業目的行為に必要かどうかではない「会社の社会人としての生活」を認める裁判例（東京高判昭和41年１月31日判タ185号217頁〔八幡製鉄政治献金事件控訴審〕）と寄付も目的遂行に必要なものとする判例（最大判昭和45年６月24日民集24巻６号625頁〔同上告審〕）があり、前者は商行為推定規定適用肯定説に、後者は同否定説に親和的なように思われるとしている。

(34) 山田・前掲注（33）149頁。

7．むすびにかえて

本件貸付けが、Ｙの代表取締役であるＡと親交があるＸに対するＹの貸付けであり、Ｙの営業と無関係にＡのＹに対する情宜に基づいてなされたものであったとすれば、そのような行為は、Ｙの代表取締役Ａによる権限濫用行為と評価されるべき行為である(35)。このような行為をどう考えるべきであろうか。

附属的商行為は、商人がその営業のためにする行為であるが、取引安全の要請上、この営業のためにする意思は、行為の当時、一般的客観的に認められることが必要で、商人の主観的内心的なものではないとされている(36)。代表取締役Ａの意図と会社の内心の意思とは異なるけれども、上記のように考えれば、会社の内心の意思はもちろん、代表取締役Ａの意図も考慮すべきではないと考える。本件貸付けについての代表取締役Ａの意図がどうであれ、商行為性を否定すべきではない(37)。

それでは、会社の行為であっても、商行為性が否定される行為はあるのか。

私見は、通説同様、会社の行為は事業を離れては存在しえず、会社の行為には事業としてする行為、事業のためにする行為以外の行為はないと考える(38)。

---

(35) 黒野・前掲注（33）24頁。

(36) 西原・注（８）89頁。大隅・前掲注（10）21頁も、「一般に営業のためにする行為であるか否かは、取引安全の保護の必要上、行為の相手方及び第三者に対する関係においては、行為の外観によって判断することを要し、行為者の単なる内心的意思によるべきではない」とする。

(37) 北村雅史「会社の行為の商行為性と商法503条２項の適用」法学教室384号97頁（2012年）は、取引をする代表者の動機については、代表者の任務懈怠や権限濫用が問題となるが、行為の商行為性を否定する事由にはならないとする。

(38) 学説では、株式の引受等の組織法的・団体法的行為は「事業のためにする行為」には該当しないとされる（江頭編・前掲注（４）132頁など）が、会社の行為を組織法的・団体法的行為という枠組みで「事業のためにする行為」とせつ然と区分できるかについて疑問が呈されており、何を附属的商行為と解釈するかを、何をもって組織法的・団体法的行為というべきかという問題のところで解釈することになるという違いにすぎないようにも思われるとの指摘もある（藤原俊雄「本件判批」民事法情報269号７頁（2009年））。どのような行為がなにゆえ組織法的・団体法的行為に該当するのかについて、さらなる検討が必要に思われる。とはいえ、少なくとも、株式引受は商行為には該当しないと考えてよいだろう。大審院が判示するように、会社を構成する資本を収集、充実させ

会社法５条は商法503条と異なり、事業のためにする行為についての推定規定をおいていないが、これは、会社の行為には、事業としてする行為と事業のためにする行為しかないため、商行為性の推定を問題とする必要がないからであると考えるのが妥当であると思われる(39)。

るための行為であるからである。株式引受に関する学説については、江頭編・前掲注（４）132頁参照。

(39) 淺木・前掲注（11）25頁、鈴木・前掲注（11）186頁。

執筆者紹介（掲載順）

李　妍淑	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助教
坂東雄介	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
津田智成	日本学術振興会特別研究員
藤田友敬	東京大学大学院法学政治学研究科教授
ヘンリー・D・ゲイブリエル	米国・イーロン大学ロースクール教授
木戸茜	北海道大学大学院法学研究科博士課程
芦田淳	国立国会図書館調査及び立法考査局
山本周平	北海道大学大学院法学研究科准教授
伊東尚美	北星学園大学経済学部経済法学科専任講師

平成26年７月23日　印　刷
平成26年７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 July 2014 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

The Role of Women's Federation in the Process of Gender Promotion Law and Policy in China (1) ····· Yanshu LI 314[1]

On Nationality: The Meaning, Function and Range from Comparative Perspective Between Japan and United States of America (6) ····· Yusuke BANDO 256[59]

NOTES

Comparative study of Chinese and Japanese Tortious Liability regarding Infectious Disease due to Transfusion of Blood and Blood Product (2) ····· Wenjing LI 1

La structure normative de la responsabilité administrative en France: à partir de l'analyse de la notion de la faute de service (2) ····· Tomonari TSUDA 47

LECTURES

The Implementaion of Uniform Private Law: The Case of IOPC Fund ····· Tomotaka FUJITA 210[105]

The Development of Universal Principles: The Use of Soft Law in International Commercial Law ····· Henry Deeb GABRIEL 182[133]
Translated by Akane KIDO

MATERIAL

Analysis of the Italian bicameral system since the 16th Parliament ····· Jun ASHIDA 158[157]

CASE NOTES

Note on Civil Law Case ····· Shuhei YAMAMOTO 91

Note on Civil Law Case ····· Masumi ITO 138[177]

[ ]···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