

アメリカにおける専門家・依頼者モデルの変遷史 (一)  
——一八三〇年以降の弁護士像および医師像から——

佃 貴弘

目次

第一章 はじめに

専門家責任の考察を必要とする日本の現状

民事責任として扱われる従来の専門家責任論

裁判例から導かれる専門家責任論の問題性

本稿の目的と概要

第二章

アメリカ社会において専門家が権威的とみなされてきた時代

アメリカの専門家像を捉える視点

『アメリカのデモクラシー』から見た法律家像

ジャクソニアン・デモクラシーと医師の対立

南北戦争を契機とする専門職の発生

アメリカ資本主義における移民の役割

アメリカ社会におけるプラグマティズムの影響

ドイツ・アメリカにおける独断的治療（以上、本号）

第三章 依頼者中心モデルが登場する社会的背景

第四章 中庸として登場した信認・協働モデル

第五章 おわりに

## 第一章 はじめに

### 専門家責任の考察を必要とする日本の現状

朝日新聞の社説は、二〇〇五年を次のように振り返っている。<sup>(1)</sup>

この1年、「職業人」の誇りや責任が問われ続けた。

4月、JR宝塚線で1000人を超える死者を出す脱線事故を起こしたJR西日本の運転士は、制限速度をはるかに超えて電車を走らせていた。カネボウの巨額の粉飾決算に関与したとして、9月には公認会計士4人が逮捕された。

11月に発覚した耐震強度偽装事件では、構造計算書を1級建築士が改ざんしていた。元請けの設計事務所や民間検査会社は、ともに専門家を抱えていながら、不正を見破れなかったことになる。

ひとこと 他人事ではない。朝日新聞でも虚偽の取材メモが基になった記事が載るなど、記者倫理にかかわる不祥事があった。

原因はまちまちだが、重い責任を託された職業人としての自覚がもう少しあったなら、こんな事態を招いたであろうか。これら一連の不祥事は、一般市民に大きな不安を与えることとなった。このような不安から、専門家の倫理が問われ、専門家責任が注目されている。

日本において専門家責任が世間の注目を浴びるようになったのは、一九九〇年代前半である。このころを契機にインフォームド・コンセントなどの専門家責任を扱う日本語文献が出版されている。<sup>(2)</sup> またこの時期に、専門家責任に関わるシンポジウムが開催されていた。<sup>(3)</sup>

専門家責任に関する文献をひもとくと、民事法秩序は対等当事者を前提にしていると説かれることがある。たとえば、川井健が専門家責任について論じるにあたり、「民法の契約法の領域では、契約の当事者をいわば対等な当事者として扱い、その一方が専門家であることを予定してその者に重い責任を課するという考え方は一般にとられていない。」と述べている。<sup>(4)</sup> これを理由に対等な当事者を予定する専門家責任が説かれがちである。しかし、この前提に明確な根拠があるわけではなく、専門家責任の意義についても学説の対立がある。

専門家責任の意義についての学説は、大きく、否定説と相対的肯定説に分かれている。<sup>(5)</sup> 否定説は、専門家の民法上の責任を民法の理論を活用することで十分であり、ことさらに専門家責任と呼ぶ必要はないとする立場である。これに対して相対的肯定説は、専門家の定義を確定しないまま、専門家と目される職業に共通してみられる責任から専門家責任を確定していこうとする立場である。

河上正二は、次のように述べて、専門家責任の概念を否定的に捉えている。<sup>(7)</sup>

「専門家性」を支えている要素の多くは、単純作業と比べた場合の、業務内容の複雑さや裁量の幅、給付や対象の性格についての一定の「傾向」とでもいうべきものである。……かりに、一般的な職業人とは異なる「専門家」というも

のが考えられるとしても、……はたして多様な「専門家」の責任に共通したルールがあり得るのか……。……実質的には、そのような業務に携わるものとしては「あたりまえの注意」を払うことが要求されているに過ぎず、その具体的内容は、各業務の特性と契約当事者間の合意内容によって決定されると言うほかない。

河上説は、契約法は対等の当事者を前提として責任を規定しているという前提をとらず、契約法の当事者に一方が専門家という関係も想定されていると考えていると推測される。

しかし、専門家責任を肯定する立場も、専門家の民事責任を一般人の民事責任と区別して、演繹的に考えているのではない。むしろ、専門家責任を相対的に肯定するのは、専門家責任という講学上の概念をおくことで現実の契約当事者の関係を説明しやすくなると考えたからである。

このような講学上の便宜から、相対的肯定説が支持されている。鎌田薫は、次のように述べている。<sup>(8)</sup>

私自身は、……専門家の概念につき厳密な定義をすることは、それほど重要なものとは考えない。……むしろ、とりあえずはその「専門家の」専門性が民事責任のあり方に直接に影響を与えていると認められる医師・弁護士等を一つのモデルとして、専門家責任のあり方を検討し、他の業種・業態については、モデルとの共通性が認められる範囲において、専門家責任の考え方を及ぼしていけばよいものと考えている。

また、川井も「医師と弁護士との関係についても、両者は業務の内容を異にするとはいえ、依頼者に損害を被らせたときには、両者の責任には共通性がある。……両者の責任が『傾向』を同じくするにとどまらず、契約法および不法行為法上の一類型を形成し、これを専門家責任と称してよいのではなからうか。」と述べている。<sup>(9)</sup>このように、専門家責任を相対的に肯定する立場が、民法学説の多数を占めている。

## 民事責任として扱われる従来の専門家責任論

専門家責任という講学上の概念は必要なのかという疑問はあるけれども、多数説はその概念の意義を認めてその責任を考察している。しかし、日本の専門家責任論は小手先の民法解釈で解決しようする傾向がある。

先述の相対的肯定説の立場は、医師と患者の関係を典型的なモデルとして考え、それを専門家と目される関係に類推して考えている。<sup>(11)</sup>このような傾向を専門家倫理一般に拡張して、インフォームド・コンセント類推論が唱えられている。<sup>(12)</sup>

そして、日本の専門家責任論は、専門家と依頼者の<sup>(13)</sup>関係は委任契約によって規律され、依頼者に対して全管注意義務を負うという前提に立って、その責任を問う見解が通説的見解とされている。<sup>(14)</sup>

しかし、近時になって弁護士と依頼人を規律する契約関係は、委任だけではなく、請負的側面もあるのではないかと<sup>(15)</sup>いう学説も存在している。請負的側面を認めるメリットとして、専門家から誤った情報が提供された場合に契約責任を問うことができる<sup>(17)</sup>とされる。

ここで述べておかなければならないのは、多数説が採用する専門家責任論は典型契約に当てはめて演繹的に考えようとする立場ではないことである。請負的側面という側面があるというのも、そのような表れである。しかし、委任契約であるとか、請負的側面があるという契約の性質決定をすることで、<sup>(16)</sup>弁護士と依頼人の関係が本質的に決定するものではない。

このように従来の専門家責任論は、委任契約と捉えまたは請負的側面を備えた無名契約と捉えてその責任を捉えようとする傾向があった。この傾向そのものについては、批判するつもりはない。アメリカのインフォームド・コ

ンセント論でも、手術に麻痺のリスクがあることを事前に通知すべきであったとして医師の責任が争われた *Canterbury* 事件<sup>(19)</sup>などの裁判例からその責任論が導かれていたからである。しかし、単に民法を解釈するだけで専門家の責任を論じていこうとすると、うまくいかないのではないかと思える側面が生じてくる。

### 裁判例から導かれる専門家責任論の問題性

その側面とは、注意義務の問題として専門家責任を論じたために、(顧客満足を得るための)インフォームド・コンセント論が結果主義の倫理となってしまうことである。つまり、「七〇の力量を持つプロフェッションが、誠心誠意、精一杯の努力をして七〇の質の仕事をした場合と、一〇〇の力量を持つプロフェッションが、口笛を吹きながら八〇の質の仕事をした場合では、後者の方が評価され、しかも、より倫理的」と判断されてしまうのである。

ここで、ある医療過誤訴訟を挙げておこう。昭和五八年に腹痛のため被告病院を訪れた患者に対し、医師は胆のう癌であると診断した。しかし、告知による精神的打撃を考慮して、それを告知しなかった。告知を受けなかった患者は、入院を拒否し診察を受けずいたため、病状が悪化し死亡するに至った。原告である患者の遺族は、医師が患者本人またはその家族に説明しなかったことが診療契約上の債務不履行にあたるとして、病院を訴えた。最高裁は、昭和五八年当時の医師の間では、癌について真実と異なる病名を告げるのは一般的であった、ということを受け、診療契約上の債務不履行にはあたらないと判示した。<sup>(20)</sup>

このように当時の慣行を基準とする方法は、専門家の責任で一般にとられている。たとえば、盗難通帳などで預金を引き出されたのは銀行の本人確認が不十分だったからとして、銀行に対し被害額の払戻しを求めた訴訟で、時

期によってとるべき銀行の対応が異なる旨の判決を下している。<sup>220</sup>つまり、一九九八年に発生した事例では印影の一致が確認されていれば免責されるとしたが、二〇〇二年に発生した事例では、このような盗難通帳による不正払戻事件が広く知られていたため、印影照合のほかにも本人確認の措置をとらなければならないかつとして請求を認める判決を下したのである。<sup>221</sup>

視点を變えて、弁護過誤についての裁判例を見てみよう。<sup>222</sup>弁護士が依頼人に対して、訴訟進行状況について全く報告を行わなかったことを理由に、財産的損害の賠償だけでなく、慰謝料の支払義務を認めた裁判例がある。<sup>223</sup>ほか弁護過誤の典型例として、弁護士が依頼人に判決の結果を知らせず控訴期間を徒過して判決を確定させたため、弁護士の債務不履行責任が問われた事例が挙げられる。<sup>224</sup>

しかし、このような典型例でも、控訴の機会を失ったのは弁護士の過失に基づくことを認めても、かりに控訴が可能であったとしても勝訴することはなかったとして依頼人の損害との因果関係を否定する傾向がある。<sup>225</sup>たとえば、弁護士が依頼人に対し判決結果を知らせず控訴期間を徒過して判決を確定させたことの債務不履行責任と予備的請求として不法行為責任に基づく慰藉料を求めた事例で、裁判所は弁護士の過失を認めたが損害の因果関係を否定する判決を下した。このように、裁判例は因果関係を肯定するために、たとえば控訴審で勝訴できたことを前提としなければならないとしている。<sup>226</sup>そのため、依頼人の損害との因果関係を否定している事例が多い。

従来の専門家責任論は、このような裁判例から導こうとしたために、理論的に問題を抱えたものとなっている。この専門家責任論は、専門家の行為そのものに倫理的に問題があるように感じても、当時の慣行に従ってなされた場合や結果として何も影響を及ぼさない場合は、専門家は何ら責任を問われることはないということになる。そのため、専門家の責任が民法解釈で片づくと考えると、結果が同じであれば手続的瑕疵についての責任は問われない

ことになってしまいかねない。

日本の専門家責任論は、民法解釈、より具体的には裁判例を分析してその責任の内容を確定していこうとする傾向がある。加藤新太郎は、弁護士としてのインフォームド・コンセントを重視する立場から、「依頼者の意思確認をすることが弁護士の行為規範になると解したのである」と述べている。<sup>23)</sup>そして、弁護士の説明義務の問題を裁判例の分析から導こうとしている。しかし、裁判例からそのまま専門家の行為規範を導くには若干の無理がある。前述の Canterbury 判決はその開示を認めたが、その差戻審では原告敗訴となっている。<sup>24)</sup>

現在の日本の専門家責任論は、専門家と依頼者の関係をどのように捉えるべきかというところまで、踏み込んだ議論をしていない。これに対して、アメリカでは、インフォームド・コンセントが唱えられていた一九七〇年頃に、対等当事者による契約モデルで考えることに疑問が投げかけられていた。<sup>25)</sup>このような疑問をうけて、一九九〇年代ごろから、現実の依頼者と専門家の関係に適合するようなモデルの考察を提唱する動きがあった。この立場に立つ者は、従来の説明義務論が対等当事者の原則から考えることにこだわりすぎていると批判する。そして、対等な当事者を前提とすることから考えるのではなく、専門家と依頼者が実際にどのような関係に立っているという点から出発して論じるべきであるという主張が登場するようになった。<sup>26)</sup>

だからといって、専門家責任の問題を現実の専門家と依頼者の関係で捉えるという次元だけで片づくとは思えない。それどころか、このように現実の専門家と依頼者のモデルにこだわりすぎたために、契約モデルを軽視しすぎてはいないか。



## 本稿の目的と概要

本稿の目的は、アメリカにおいて、医師と患者および弁護士と依頼人の関係がどのように捉えられてきたかを概観することである。このような専門家責任の変遷は、フランケルが述べた、「身分から契約、信認へ」という関係への変遷とパラレルになっている。<sup>33)</sup> たとえば、弁護士と依頼人の関係についていえば、身分関係に類似する権威モデルから契約関係に類似する依頼人中心モデル、そしてその両者の中庸をとる協働モデルへと変遷している。<sup>34)</sup> この変遷はフランケルの述べた変遷と類似する過程をたどっている。そこで、ここからの論述は、専門家モデルの変遷史という形態をとりながら、身分関係、契約関係、信認関係にパラレルな三つの専門家モデルを、それぞれ第二章、第三章、第四章で、紹介する。

まず、第二章では、身分関係と類似する専門家の権威モデルがどういう社会関係から捉えられてきたのかを述べる。インフォームド・コンセント論がアメリカで注目を浴びたのは一九七〇年代に入ってからであり、この時代になるまで専門家は権威的な態度をとっていたと言われていた。たしかに、ジャクソニアン・デモクラシーの思潮に危機感を抱いた専門家が専門家組織の形成を促したという歴史的事実がある。しかし、南北戦争期の企業弁護士と企業家の関係をみると顧客企業家がイニシアティブをとっていたといえるため、必ずしも弁護士が権威的な態度をとっていたといえない。むしろ、インフォームド・コンセントを唱える社会風潮が生み出されたのは、一九三〇年代になされた人種差別的な行為が一九七〇年代に発覚したからである。一九三〇年代に、優生学、社会ダーウィニズム、全体主義、ホロコースト、「安楽死」<sup>35)</sup>などの言葉が生み出されている。このような悪名高い社会現象は、一九世紀における、医学・産業の発展や知識人にみられたプラグマティズムの思想と密接な関わりがある。

また、第三章でそれを克服するために唱えられた依頼人中心・患者中心モデルを説明する。一九七〇年代に、マスコミの報道によって、ウォーターゲート事件やタスキギー梅毒研究<sup>56)</sup>などの、専門家が関与した不祥事が発覚した。このような事件がきっかけとなって、権威的なものに対する反感を生み、依頼者中心の考えを生む原因となった。このような依頼者中心の考え方は、六〇年代の市民権運動と密接な関わりがある。

本稿の第二章および第三章で示すことは、「かつての専門家は権威的であったが、インフォームド・コンセント論で依頼者の自己決定が認められるようになった」というインフォームド・コンセント論の図式とは違うところである。そして、第三章までで説明してきた歴史的考察から、第四章で述べる協働モデルが本当に問題としてきたことが浮き彫りになるのである。

第四章で、依頼者中心モデルが契約モデルで捉えられていると批判する信認モデルおよび協働モデルを紹介し、これらのモデルが本当にこれまでのモデルが抱えてきた問題を克服してきたかを検討する。依頼者中心モデルは七〇年代に権威モデルを批判して登場したのであるが、八〇年代になると、依頼者中心モデルにも批判がなされるようになった。つまり、権威モデルでは依頼者をないがしろにしていると批判されるのに対して、依頼者中心モデルでは専門家の裁量を無視してしまっていると批判されているのである。

そこで、九〇年代に入り、中庸のモデルとして、信認モデルおよび協働モデルが提唱されるようになった。これらのモデルは、ともに、依頼者中心モデルの非現実性を問題視し、より現実に近い形でのモデル形成を目指して提示されている。

注

(1) 朝日新聞（東京）平成一七年二月三一日朝刊三面。なお、この社説で挙げられた事件については、次の記事を参照。J R 宝塚線の脱線事故については、朝日新聞（東京）平成一七年四月二五日夕刊一面。カネボウの粉飾決算については、朝日新聞（東京）平成一七年四月一三日朝刊一面、朝日新聞（東京）平成一七年九月二三日夕刊一面。耐震強度偽装事件については、朝日新聞（東京）平成一七年一月一八日朝刊一面。朝日新聞の虚偽取材メモ事件については、朝日新聞（東京）平成一七年八月三〇日朝刊一面。

(2) 九〇年代に出版されたインフォームド・コンセントに関する日本語文献として、以下のものがある。森岡恭彦『インフォームド・コンセント』（日本放送出版協会、一九九四年）〔NHKブックス〕。ルース・R・フェイドン、トム・L・ビーチヤム（酒井忠昭・秦洋一訳）『インフォームド・コンセント 患者の選択』（みすず書房、一九九四年）〔RUTH R. FADEN & TOM L. BEAUCHAMP, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT (1986) の翻訳〕。星野一正『インフォームド・コンセント 日本に馴染む六つの提言』（丸善、一九九七年）〔丸善ライブラリー〕。

もちろん、九〇年代以前にも、インフォームド・コンセントないし医師の説明義務に関心を示した日本語の論文は存在している。たとえば、唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明——西ドイツにおける判例・学説」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅶ補巻』（有斐閣、一九六五年）六六頁。「治療行為における患者の承諾と医師の説明——西ドイツにおける判例・学説」『医事法学への歩み』（岩波書店、一九七〇年）三頁に再録）。新美育文「医師と患者の関係——説明と同意の法的側面（一）——（三）」名古屋大学法政論集六四卷六七頁（一九七五年）、六五卷一八二頁（一九七五年）、六六卷一四九頁（一九七六年）。宮野彬「医療におけるインフォームド・コンセントの理論」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第二巻』（有斐閣、一九八四年）三七五頁。しかし、この時期はまだ一部の学者が興味をもっていたにすぎない。一般向けの書籍が出版され始めたのは、一九九〇年代になってからである。

- (3) 一九九一年および一九九二年に日本医事法学会は、「インフォームド・コンセント」をテーマとした研究大会を開催している。年報医事法学7（一九九二年）八頁以下、および年報医事法学8（一九九三年）八頁以下。さらに、「専門家の民事責任」と題する日本私法学会のシンポジウムが一九九四年一〇月九日に開催されている。私法五七号（一九九五年）三頁以下。
- (4) 川井健「専門家の責任」と判例法の発展」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、一九九三年）四頁。
- (5) 立法者意思あるいは法律意思として実際にこのような前提に立っていたとは、私的自治の原則や自由平等の原理から推測できるとしても、必ずしも断定できない。たとえば、委任制度の起源をたどると、ローマ法において委任契約は無償とされ、謝礼として利益を受けていたにすぎなかった。その理由は受任者の當利行為としてではなく親族・友人間の個人的な信頼関係に基づいて委任が発生したものであるからとされる。船田亨二『ローマ法 第三卷』（岩波書店、一九八〇年）二二六―二二七頁。
- 幾代通・広中俊雄編『新版 注釈民法<sup>(6)</sup>』（有斐閣、一九八九年）二二三頁（明石三郎執筆）。そうすると、有償の委任契約を認める日本法は、一方の当事者が専門家という関係を想定していると解することもできなくはない。
- もちろん、これだけで日本の契約法が一方が専門家という関係を想定しているということとはできない。しかし、対等当事者という前提に立っていると断定することもできないのであるから、そもそも専門家責任という概念を必要としないのではないかという批判があり得る。
- (6) 川井健は、専門家責任の意義について、否定説・絶対肯定説・中間説（相対的肯定説）の三つがあると述べ、「専門家の定義を定めたいうえで、専門家に該当する者の責任を演繹的に認めるべきだ」とする絶対肯定説も挙げている。ただ、川井自身が「この見解〔絶対肯定説〕を強調する学説は見当たらない。」と述べていることから、本文のように学説を整理した。川井健「専門家責任の意義と課題」川井健・塩崎勤編『新・裁判実務大系 専門家責任訴訟法』（青林書院、二〇〇四年）五一―八頁。以下、この点についての学説整理は、この論文に依拠している。
- (7) 河上正二「専門家の責任」と契約理論」法律時報六七卷二号（一九九五年）七頁。

- (8) 鎌田蕉「専門家責任の基本構造」山田卓生編集代表・加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座 第三卷 製造物責任・専門家責任』（日本評論社、一九九七年）二九八頁。
- (9) 川井・前掲論文注(6)九頁。
- (10) 川井・前掲論文注(6)一〇頁参照。
- (11) 川井・前掲論文注(6)一三頁参照。
- (12) その典型例として、加藤新太郎『弁護士役割論「新版」』（弘文堂、二〇〇〇年）が挙げられる。
- (13) 本稿において、専門家とその専門家に依頼する素人との対応関係を説明するために、「依頼者」を専門家全体に対応する概念として用い、「依頼人」は弁護士に対応する概念として用いる。つまり、原則として、「医者と患者」、「弁護士と依頼人」、およびその総称として「専門家と依頼者」と表現する。
- (14) 戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店、一九四六年）三〇四頁。我妻榮『債権各論 中卷二（民法講義V）』（岩波書店、一九六二年）六八七頁。加藤一郎編『注釈民法<sup>(19)</sup>』（有斐閣、一九六五年）一四八頁（加藤一郎執筆）。前掲『新版 注釈民法』注(5)二〇七頁（明石三郎執筆）。篠田昌志「弁護士委任契約の履行過程上の義務」青山法学論集三八卷三・四号（一九九七年）二二四頁。この問題は、専門家が依頼者に対して課される債務の性質を、「結果債務」とみるか「手段債務」とみるかの違いとなって表れている。そのため、野田寛は、「準委任に類似する無名契約であると解すべきであると思われる。」としている。野田寛「医療をめぐる民法上の問題」星野英一編集代表『民法講座 別巻2』（有斐閣、一九九〇年）一三六頁。ただ、この立場は委任契約に近接した見解であり、大きな違いとなつて表れるわけではない。
- (15) もちろん、弁護士責任を問う法律構成は、契約法に限られず不法行為による構成もある。川井・前掲論文注(4)四一八頁参照。さらに、弁護士法や刑法による構成も考えられる。専門家責任を契約構成で考えるか不法行為構成で考えるかという点については本稿の目的ではなく、またこの点について本稿では両者を明確には区別しない。

- (16) 小林秀之「弁護士の特任責任」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書 現代法律実務の諸問題（平成7年版）』（第一法規、一九九六年）八〇二—八〇三頁。さらに、小島武司ほか編『法曹倫理』（有斐閣、二〇〇四年）五五頁およびその引用文献を参照せよ。
- (17) たとえば、岡孝のドイツ法を参照した論考である。岡孝「情報提供者の責任」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法大系 第7巻 サービス・労務供給契約』（有斐閣、一九八四年）三〇六頁。ここで注意しておくべきなのは、ドイツで弁護士契約は請負契約であると解されているのは、ドイツ民法が有償の委任契約を認めていないという理由に基づいていることである。なお、ドイツにおける有償の事務処理にかかる学説・判例を日本の委任契約の考察に反映させようとする論文、岩藤美智子「ドイツ法における事務処理者の誠実義務」神戸法学雑誌四八巻三号（一九九八年）六〇九頁、がある。
- (18) 前掲『法曹倫理』注(16)六五頁参照。
- (19) *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).
- (20) 加藤新太郎「コモン・ベシック弁護士倫理② 受任の自由とコンピテンシー」法学教室二八五号（二〇〇四年）七八頁における、森際康友・齋藤隆夫・加藤新太郎「訴訟代理人としての司法書士の倫理」市民と法二三号（二〇〇三年）一四頁（加藤発言、森際発言）の引用。
- (21) 最判平成七年四月二五日民集四九巻四号一一六三頁。この判例評釈として、以下のものがある。藤岡康宏「判例タイムズ八九三三五頁（一九九六年）。植木哲「民商法雑誌一一四巻三号四七九頁（一九九六年）。手嶋豊・ジュリスト一〇九一号（平成七年度重要判例解説）六〇頁（一九九六年）。伊沢純・成城法学五二号二四三頁（一九九六年）。新美育文・私法判例リマックス1996（下）三八頁。加藤新太郎・NBL六〇二号六八頁（一九九六年）。小山孝治・愛知学院大学法学部同窓会「法学論集」第二巻二四二頁（一九九七年）。樋口範雄「医療過誤判例百選（第二版）二八頁（一九九六年）。野山宏・法曹時報四九巻八号二〇六九頁（一九九七年）〔最高裁判所判例解説民事篇平成七年度（上）四四〇頁（一九九八年）に再録〕。会沢恒・法学協会雑誌

- 一一七卷一一号一六六八頁（二〇〇〇年）。
- (22) 東京地判平成一七年二月二八日判時一九〇七号六三頁、金商二二一三号三四頁。
- (23) この事件の被告銀行は、印影照合によつて免責される（民法四七八条）と主張した。これに対し、原告は、次の二点から印影照合の権限確認機能を疑問視し、それだけで免責されないと主張した。①平成一〇年ごろからピッキングによる侵入窃盗事犯が増加したこと、②パソコンのスキヤナやデジカメを使つて印章や印影を精巧に偽造することが可能となったこと。東京地裁は、この情報から対策を講じるには相応の時間を要するとして、このような結論の異なる判決を下した。
- (24) 裁判例は加藤・前掲書注(11)で挙げられたものを利用したが、各事例の整理はそれに必ずしも従っていない。
- (25) 東京地判昭和四九年八月二八日判時七六〇号七六頁。
- (26) このような期間の徒過を原因とする懲戒事例は、数多く報告されている。これについては、飯島澄雄・飯島純子『弁護士倫理——642の懲戒事例から学ぶ10か条』（レクシスネクシス・ジャパン、二〇〇五年）一五五頁以下参照。
- (27) 東京地判昭和四六年六月二九日判時六四五号八九頁。もつとも、この判決は、弁護士の過失ある行為によつて依頼人は精神的な打撃を受けたとして慰籍料請求を認めた。
- (28) 東京地判昭和四四年一月一三日判時九五七号六三頁。この事例は、弁護士が依頼人に無断で控訴を取り下げたため、判決が確定しそれに基づいて発生する競売手続を阻止するため依頼人は九〇〇万円を支払わなければならなくなった。依頼人は、九〇〇万円の出捐は弁護士の控訴取下が原因であるとして、訴えを提起した。しかし、裁判所は、「控訴取下と九〇〇万円の出捐との間に因果関係を肯定するためには、右控訴取下がなければ、原告が控訴審において勝訴できたことが前提とならなければならぬ。」として因果関係を否定している。
- (29) 加藤・前掲書注(12)三二七頁。
- (30) 前掲『法曹倫理』注(10)七〇頁。なお、差戻審判決は、公開されていないようである。

- (31) たとえば、契約法リステイトメントが採用するパーゲン理論に対してなされた、ギルモアの批判である。See GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* 61-93 (Ronald K.L. Collins ed., 2d ed. 1995) (1974). また、内田貴『契約の再生』（弘文堂、一九九〇年）一一七―三頁も参照。
- (32) 吉田邦彦は、「現実の関係に則しつつ、果して望ましい医師・患者関係はいかにあるべきか、という形で、法規範のあり方を考えるべきものであろう。」と述べていることから、同旨と解される。吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問」『契約法・医事法の関係の展開』（有斐閣、二〇〇三年）三一―八頁。
- (33) Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 CALIF. L. REV. 795 (1983). 樋口範雄『フィデュシャリー「信託」の時代』（有斐閣、一九九九年）四五―四六頁。
- (34) この弁護士と依頼人の関係についての三つのモデルは、岡田悦典「リーガル・カウンセリングの理論と実践」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書 現代法律実務の諸問題（平成14年版）』（第一法規、二〇〇三年）八九三頁以下で紹介されている。この論文で、権威モデル・依頼者中心モデル・協働判断形成モデル（本稿では、協働モデルとした。）という三つのモデルが紹介され、権威モデルおよび依頼者中心モデルの理論的欠点が述べられている。しかし、それらがなぜ生まれきたのかという歴史的背景については十分ふれられていない。本稿では、それぞれのモデルが生み出された社会的背景についても考慮した上で、専門家モデルをより体系化した形で述べる。
- (35) ここでいう「安楽死」は、助かる見込みのない病人ではなく、身体障害者などを苦痛の少ない方法で人為的に死なせることを指している。
- (36) グレゴリー・E・ペンス（宮坂道夫・長岡成夫共訳）『医療倫理 2』（みすず書房、二〇〇一年）第一〇章。



## 第二章 アメリカ社会において専門家が権威的とみなされてきた時代

### アメリカの専門家像を捉える視点

インフォームド・コンセントを主張する論者は、古代ギリシャ以来つねに医師が権威的な態度をとっていたと述べる<sup>(1)</sup>。古代ギリシャの医師ヒポクラテスは、『術について』の第三節で次のように述べて、医学の目的は病人を慰め危害から守ることであるとした<sup>(2)</sup>。

医術は一般に、病人から痛苦を取り除き、病気の激しい勢いを和らげるものであり、さらに病気に負けてしまった患者に對する場合は、医術の力ではどうしようもないことを知ってやたらに手を出さないようにすることである。

また、『誓い』では次のような誓約をさせていた<sup>(3)</sup>。この『誓い』は、患者にはいかなる危害も加えない、墮胎を起すようなことや安楽死は行わないなどの患者思いの良い医師の心がけという意味合いを持つている。しかし、その一方で、患者に治療に関する情報を隠蔽することを奨励する記述が見られる。

求められても、致死薬を与えることはせず、そういう助言も致しません。同様に婦人に対し墮胎用のペッサリーを与えることもいたしません。……治療のとき、または治療しないときも、人々の生活に関して見聞きすること、およそ口外すべきではないものは、それを秘密事項と考え、口を閉ざすことにいたします。

さらに『品位について』の第一六節には、次のように書かれている<sup>(4)</sup>。

救護のあいだ患者は多くのに気付くことがないようにする。必要なことは晴れやかに嬉々として指図するが、彼自身の受ける治療からは注意をそらすようにし、あるときは厳しく咎めるが、あるときは優しい心遣いをもって元気づけ慰め

るようにする。その際、これからおこる事態や現在ある状況は何一つ明かしてはならない。というのは、多くの患者が、そういうことがもとで、つまり現在の状態と将来起こり得る事態を医師があらかじめ伝えたがために、土壇場に追いつめられるからである。

そのため、医療におけるインフォームド・コンセントの問題においてパターナリズムはこのヒポクラテスの医療倫理に原因があるという論調が現れている。つまり、『誓い』には患者の同意に関してほとんど述べられていないために、医師個人の能力に基づく価値観で最善の医療をとるという権威的な医療を許容することとなったというのである。

プラトンのテキストからも法律家に対して同様に理解されることがある。<sup>(5)</sup> プラトンの『法律』には、次の記述がある。<sup>(6)</sup>

立法者の誰ひとりとして、いまだかつて心にとめていないと思われる事実があります。すなわち、立法のためには、説得と強制という二つの方法を、たとえ教養のない大衆を相手にする場合に許される範囲内にせよ、その二つの方法を用いることができるにもかかわらず、一方の方法しか用いていない、という事実です。つまり彼らは、説得の上に強制を混ぜながら立法しているのではなく、ただひたすら強制だけにうったえて、立法しているのですからな。

しかし、ヒポクラテスやプラトンのテキストを読んでもみると、この解釈が必ずしも妥当であるとはいえない。ヒポクラテスの医学倫理は、人体のことについて、患者よりは知っていても、病気のことをよく分かっていないことを前提に形成されたものである。つまり、医師も患者も病気について理解していないのであるから、協働して病気と闘うという発想がヒポクラテスの医学倫理の根底に流れているのである。インフォームド・コンセント論が主張されたときに、ヒポクラテスの『誓い』がパターナリズムの原因となっているが、これは当時の医療技術を無視し

た誤解である。『誓い』やその他ヒポクラテスの言葉から、ヒポクラテス派の医師はパターナリズムを行っていたと捉えるのは早計であろう。ヒポクラテスのテキストにもインフォームド・コンセントと解釈できる部分も存在している。たとえば、『古来の医術について（古い医術）』の第二節に、次のような記述がある。<sup>(7)</sup>

とくにこの術について語る人は、思うに、一般の素人にもよく知られていることを言わなければならない。というのも、そういう素人自身が病んだり苦しんだりする病氣以外のことを探究したり論じたりすることは、本来の医術にふさわしいことではないからである。……しかし、医者が素人に話を理解させることもできず、聞き手を納得させることもできないならば、医者は真実をつかみそこなったことになる。

この点を捉えて、『古い医術』の第二節は、医術の議論は一般の人が苦しむ病氣についてであるから、非専門家にわかるように説明しなければならない、としている。……インフォームド・コンセント自体は新しい言葉だが、そのアイデアはヒポクラテスの時代から存在していたのだ。<sup>(8)</sup> という解釈も存在している。ヒポクラテスの医療倫理が現在のインフォームド・コンセント論とかけ離れているように感じるのは、当時の医療行為は患者の治癒力に頼るものであったからである。つまり、患者の治癒力を向上させるためには、むしろ患者に真実を告げない方が望ましかったと考えたからである。<sup>(9)</sup>

プラトンの『法律』にパターナリズム医療がなされていたという次のような記述があるが、これは奴隷に対する医療について述べたにすぎない。<sup>(10)</sup>

国内には奴隷の病人もいれば自由民の病人もいるのですが、そのうち奴隷に対しては、……経験からしてよいと思われる処置を、あたかも正確な知識をもっているかのように、僭主さながら、自信たっぷりな態度で一人の病人に指示しておいては、さつさと、病氣にかかっている別の奴隷のもとへと立ち去ってゆく。……

これに対し「自由民にたいしては」……病気をその根源から、本来のあり方に則って検査をし、患者自身とも身内の人びとともよく話合い、自分の方も、病人からなにかを学ぶと共に、その病人自身にも、できるだけのことは教えてやるのである。

このような古代ギリシャの医学について矛盾がみられるのは、後世の人々が「医聖」と称えられたヒポクラテスの名を利用して、様々な文章を作り上げていったことが要因である。そのため、ヒポクラテスのテキスト解釈からヒポクラテスはどのような立場にあるのかについては、テキストそのものが本場にその時代に書かれたのか疑問も出されているため<sup>(11)</sup>、一概にどちらともいえない。

本稿の目的は、アメリカにおける専門家モデルの変遷を概観することである。そのため、古代ギリシャおよびそれ以降の医学の変遷について、これ以上言及することはできない<sup>(12)</sup>。

しかし、本稿の目的に外れてまで古代ギリシャの医師にふれたのは、専門家とエリートとの関係と専門家と大衆の関係を区別して検討しなければならないことを述べたいからである。古代ギリシャの医療がプラトンの『法律』の記述のようになされていたのかどうかを示すことはできないけれども、この記述に示された区別を用いて専門家と依頼者の関係を捉えることは有用であると考えるからである。

とくに、アメリカ社会において専門家と依頼人とらえるとき、専門家が対象としている顧客が、企業やエリート層の場合と、大衆の場合を区別して捉えることは有用である<sup>(14)</sup>。

アメリカ社会において専門職が意識されるようになったのは、一八三〇年代のジャクソニアン・デモクラシー期である。第二章では、ジャクソニアン・デモクラシー期から一九七〇年代までの専門家をたどり、権威的な専門家とみなされてきた社会的背景を概観する。

『アメリカのデモクラシー』から見た法律家像

ジャクソニアン・デモクラシー期のアメリカ社会を分析するにあたり、トクヴィルの『アメリカのデモクラシー』は不可欠な資料である。これは、トクヴィル期のアメリカを著述した文献であり、この時代は民衆の力を統治機構に反映させるよう変革することを試みてきた時代である。

トクヴィルがアメリカを訪れた一八三〇年代は、司法部が最大の攻撃的的となっていた時代である。<sup>(15)</sup> 当時の法律家は、上層階級の助言者としてさまざまな統治機構に関与していた。しかし、田中英夫の言葉を借りて言えば、「統治の仕事は、エリートのみになしうるところではなく、本来何人でもこれに当たりうべきものであると観念するジャクスニアン・デモクラシーの思想は、法の運営に当たりうるのは高度の知的訓練を受けた者のみになしうるところであるという発想に対して、強く反撥した」<sup>(16)</sup>のである。

この時代のアメリカは、各州で普通選挙制度が確立し、官職の登用にスポイルズ・システム（獵官制）を導入した時代である。この「ジャクソニアン・デモクラシー」時代の民主主義体制を、トクヴィルは「多数の暴政」と呼んでいる。トクヴィルの描くアメリカのデモクラシーは、アメリカ社会には特権階級が存在しており、その階級がもつ排他的特権を排除し多数者に渡すことを求めているとする。そしてトクヴィルは、「合衆国では多数は絶大な事実上の力を有し、またほとんど同じように巨大な意見の力をもっている。そして、ある問題について一度多数が形成されるや、その歩みを止めるどころか、せめてこれを遅らせることのできる障害すらほとんど存在しない。」<sup>(18)</sup>と述べている。

この「多数の暴政」に対して、法律家集団はそれを和らげる役割を果たしているとトクヴィルは述べている。そ

して、「法律の研究を通じて法学者が獲得する特殊知識は、社会の中で特別の地位を彼らに保障」し、法律家は「人民の政府を秘かに軽蔑」している、と述べている。<sup>(9)</sup>そして、法律家は、「多数の暴政」による「民主主義の侵入」<sup>(20)</sup>を緩和しようとする傾向があった。

トクヴィルが『アメリカのデモクラシー』の中で法律家について特徴的に描いている点として、大陸法と英米法の違いを述べていることもあげられる。つまり、フランスの法律家は演繹的な思考をするのに対して、アメリカの法律家は先例を重視する帰納的な思考をする、という点である。これは、フランスでは一九〇三年の民法典の編纂をはじめとする法典編纂事業がすでに盛んであったのに対して、アメリカでの法典編纂の気運が高まりつつある時期であったこととも関連する。

このことと関連して、アメリカの法典編纂運動に触れておく必要がある。法典編纂運動が起きた理由は、判例の数が膨大となったため、法典の形で法の明確化を求めたことからである。<sup>(21)</sup>しかし、ジャクソニアン・デモクラシーによる法律家不信の思想がその運動を好意的に働かせた。法典編纂運動は、一八二〇年代に大陸法を基盤とするルイジアナ法の法典編纂から始まるが、本格的に始まったのは一八四〇年代末から始まったニューヨーク州での運動である。このニューヨーク州の法典編纂事業の中心的役割を果たしたのは、デイヴィッド・ダッドリー・フィールドである。<sup>(22)</sup>

フィールドの起草した民事訴訟法典は、一八四八年に立法化され、一九〇〇年までにアメリカの半数以上の法域でこの法典が採用された。しかし、法典編纂運動そのものを総合的にみると、法曹階級が法典化に抵抗したため限られた範囲でしか成功しなかったというべきである。<sup>(23)</sup>民事訴訟法典が法技術的な部分の統一を図っていたためにある程度の成功を収めたとはいえ、法案提出の段階から法典そのものに問題があるとされていた。この法典を各州に

拡大する際に、とくに東海岸地域で、抵抗がみられた。<sup>(28)</sup> とくに、民事訴訟法典の欠陥については、フィールド自身が認めている雰囲気があった。フィールドは、法典編纂の目的は完璧な法の追求ではないと考え、従来の法運用を法典の形にまとめることを念頭に置いていたからである。<sup>(29)</sup>

ジャクソニアン・デモクラシーの思潮に対抗するために、法律家は高度の知的訓練を受けている必要があることを示し、一定の規範を有していなければならないという議論が導かれる。しかし、この当時は、まだ弁護士が組織化されていなかった。また、一八五四年にシャーズウッドがおこなった法曹倫理の考察をもとにして、一八八七年にアラバマ州で「倫理コード」が作成された。さらに、この「倫理コード」を参照して、多くの州で法曹倫理規定が作成され、一九〇八年にはアメリカ法律家協会 (ABA) によるモデル規範が作成された。<sup>(31)</sup> しかし、この倫理は古くさく、時代遅れな規定であったと評価されている。<sup>(32)</sup>

### ジャクソニアン・デモクラシーと医師の対立

ジャクソニアン・デモクラシーの影響は、医師に対しても大きかった。そして、医師たちは、自己の排他的特権を守ろうと、これに対抗した。<sup>(33)</sup> 当時のアメリカ社会には様々な民間療法がなされており、正統派の (アロパシー allopathy) 医学者はこれらの民間療法に何らかの対策を講じる必要に迫られていた。<sup>(34)</sup>

当時いくつかあった民間療法の中から、ドイツからもたらされた、ホメオパシー (homeopathy) 医学を挙げておう。ホメオパシーは、ドイツの医師ハーネマンによって考案された治療法で、当時の医療先進国ドイツで正統派医学と肩を並べるまでに成長した治療法である。ホメオパシー医学は、ある疾病の治療薬を健康な人間に与えると、

その疾病と類似の症状が現れるという考え方に立っている。そして、治療法の観点から比較すれば、正統派医学は有効な薬物を多量に服用させた方がよいと考えるのに対して、ホメオパシー医学はごく微量の服用で治療効果が増大すると考えている。<sup>(35)</sup>

ドイツからホメオパシー医学がもたらされたのは、この時期である。<sup>(36)</sup> 正統派医学者は、ホメオパシーに対して危機感を抱いていた。<sup>(37)</sup> 父ホームズは、「ホメオパシーの教義は、既存の医学知識には根拠がないといったり、是認された治療法をことごとく拒絶するなど、既成の医学にとって重大な脅威である。」と批判して、医学による科学的客観的知識の追求ができなくなることをおそれた。<sup>(38)</sup>

しかし、正統派医学が黄熱とアジア型コレラに対して効果的な治療を施すことができなかつたこともあり、<sup>(40)</sup> ホメオパシーが民間療法として大きな組織を形成することとなった。<sup>(41)</sup> 正統派の医学者はこれに対抗するために、医師の質の向上を高めることを目的とした米国医師会（A M A）が誕生することとなった。<sup>(42)</sup>

この歴史的事実から、市野川が指摘するように、「一九世紀の西洋社会において『医療倫理』がもたらした帰結の一つが、医療における独占市場の形成と『専門家支配』の確立であった」というふうにつなげることも可能である。<sup>(43)</sup> A M Aの医療コードは、パシヴァルの医療倫理がもとになっているが、<sup>(44)</sup> これは「医療のいわば自由市場のもとで、大学教育を受けた正規の医師でさえも同僚たちと患者を奪い合っていた」<sup>(45)</sup> ことに原因があつたとされる。

### 南北戦争を契機とする専門職の発生

しかし、南北戦争を境に専門職像を変えるほどの社会的変化が訪れた。一八四〇年頃から北部と西部を中心に鉄



道が発達した。一八六九年には大陸間横断鉄道が完成し、一八六〇年の鉄道敷設総マイル数は三万マイルに過ぎなかったが、一九〇〇年になると二〇万マイル近くまで成長した。<sup>(60)</sup> 鉄道が発達したことによって専門家の活動領域が拡大し、このような交通手段の進展により医師が専門職として関与しやすくなった。<sup>(61)</sup>

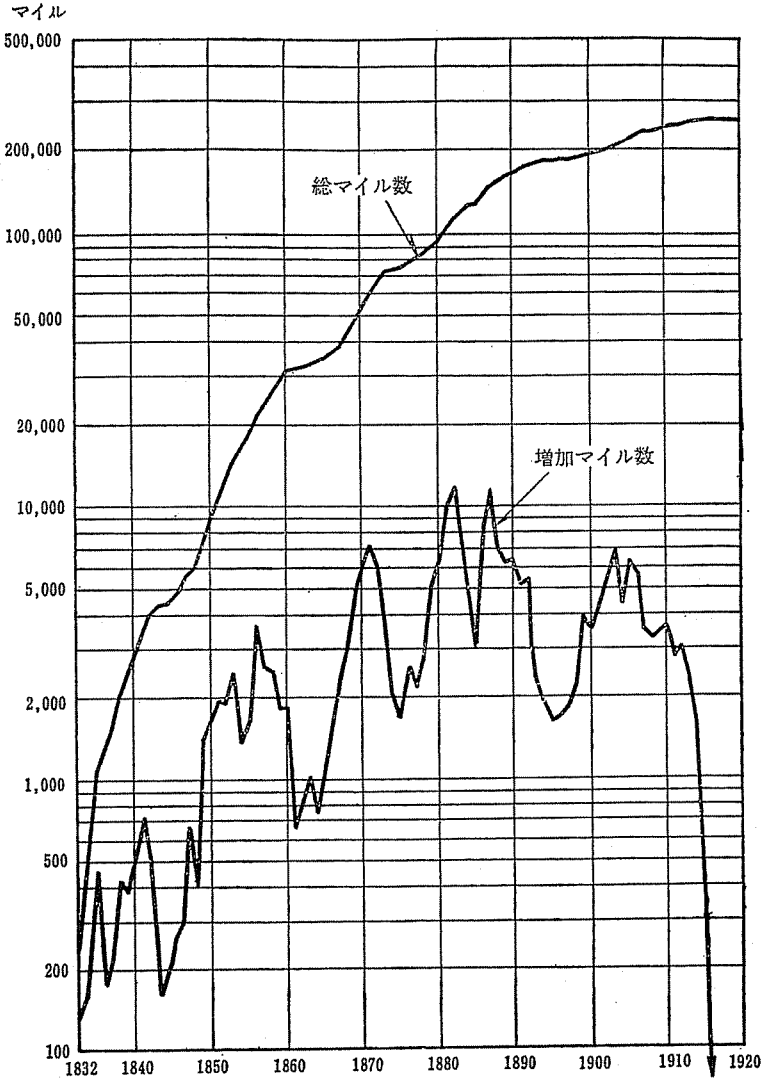
また、南北戦争前後から産業発展の基盤が完成し、とくに鉄道業の独占が形成され始めるようになった。そして、泥棒男爵 (robber baron) と呼ばれた資本家がこの時代に急成長し、それが二〇世紀初頭に巨大企業が登場し社会経済制度が複雑化することのきっかけとなった。<sup>(62)</sup> この時代の資本家について、ミルズは次のように述べている。

大独裁者としての大企業の像が印刷物の上に現れ始めたとき、学術雑誌や書籍はジャーナリズムの暴露記事と呼応したものである。一九三〇年代には、大企業にたいして泥棒男爵ラバーバロンという不名誉な名称が投げかけられ、大企業は不名誉のどん底への道をたどった。……現在では、戦後の保守的潮流によって、泥棒男爵は産業政治家となった。……

……泥棒男爵……は国家の資源を荒し、仲間同士で経済戦を闘い、企業連合をつくり、公共事業を利用して私的資本をつくりあげ、自分の目的を達成するためでありとあらゆる手段を用いる。かれらは、鉄道会社と特約を結んでリベートを受け取る。また、新聞を買い取り、主筆者たちを買収する。競争相手の独立した会社を絞め殺し、練達の弁護士や名声ある政治家をやとって自己の権利を維持し、特権を確保する。

このような資本家として、ヴァンダービルトとグールドが挙げられる。ヴァンダービルトは、ニューヨーク・セントラル鉄道を支配して、配当政策の操作や子会社株の先回り買いなどによって、巨額の投機利益を獲得した。<sup>(63)</sup> グールドも、「自分たちの財産をつくる手段として株式を操作するために、鉄道を支配」していた。<sup>(64)</sup> ヴァンダービルトとグールドは、エリー鉄道の株式をめぐる争奪戦を繰り広げた。<sup>(65)</sup> その争奪戦は、「仕手株戦の領域に止まらず、株式の不法発行、地方裁判官の買収、買収暴力団による乱闘事件など」のあらゆる手段を使って行われた。<sup>(66)</sup>

図① 合衆国の鉄道総マイル数と増加マイル数 (1832—1920年)



出典：鈴木圭介編『アメリカ経済史 I』（東京大学出版会、1972年）266  
頁第10図。

一八九〇年ごろには、J・P・モーガンが登場する。彼は、金融界を背景とした鉄道業界の再編を図った。<sup>61)</sup> ミルズは、この点について、次のように述べている。<sup>62)</sup>

……金融業者とブローカーとしての資格で、J・P・モーガンは、他人の金を使用して、新設の会社の株や社債の募集や、現存の会社の精算の援助に他人の金を使用することができ、その手数料として多数の株を受け取り、ついにはかれの商会がその新設会社を支配するにいたるのであった。

この時期の有力資本家は、複雑化する法制度に対応する必要が生じたため、企業を擁護する法律の専門家を求めていた。その流れの中で、優秀な弁護士は企業弁護士として仕事の間を変遷していった。<sup>63)</sup> 民事訴訟法典の起草者であったフィールドも、その一人である。フィールドは、先述のエリー・鉄道をめぐる争奪戦でグールド側の弁護士として活躍し、<sup>64)</sup> その際にフィールド法典の抜け穴を利用していった。<sup>65)</sup>

会社内の弁護士は会社のためならばなんでもするという、企業弁護士によく想像される「企業の用心棒」のイメージはこの時代の弁護士像を指している。ヴァンダービルトの「なぜ法を気にしなければならないんだ。私に権力がないとでもいうのか。(What do I care about the law. Hain: I got the power?)」という発言に象徴されるように、「法で禁じられていることを依頼人に伝える弁護士がよい弁護士ではない。依頼人の望むことをどうすれば達成できるかを伝える弁護士がよい弁護士である。」<sup>66)</sup> という考え方がJ・P・モーガンなどの有力資本家に共通してみられた。<sup>67)</sup> この時代の弁護士と企業の間を関係とすれば、企業中心の関係であるということができる。

企業弁護士が企業中心に行動するというのは、依頼人中心に行動するという考えに類似性を有している。しかし、専門家と依頼者の関係を捉える場合、これだけでは不十分である。エリートと専門家の関係と、大衆と専門家の関係を同列に並べて描写することは、専門家と依頼者の関係として正確な描写にはならないからである。この関

係を捨象して専門家と依頼者の関係を捉えようと、大衆と弁護士との関わりから考えればなお離れた地位にいたいよう。<sup>(60)</sup>

ここで述べておかなければならないのは、当時の専門家が対象としてきた顧客がエリート層であったと言うことである。当時の専門家組織は、一部エリート層の専門家集団であり、大衆に対する専門職の提供を考えていたものではなかった。

A B Aは、一八七八年に創設されたが、すべての法律家に開かれた組織ではなく、エリート層の弁護士に限られていた。そのため、元々、A B Aは、各地域の有力弁護士が寄り集まったものに過ぎなかった。事実、二〇世紀初頭に黒人がA B Aに加入したけれども、それは黒人であることを知らずにA B Aが加入を認めてしまったからであった。<sup>(61)</sup>

このような専門家組織から外れた黒人たちは、自己の権利を保護するため、一九〇九年に全国黒人地位向上協会(National Association for the Advancement of Colored People; N A A C P)を設立した。N A A C Pは、黒人の権利を保護する手段として訴訟を利用した。<sup>(62)</sup>

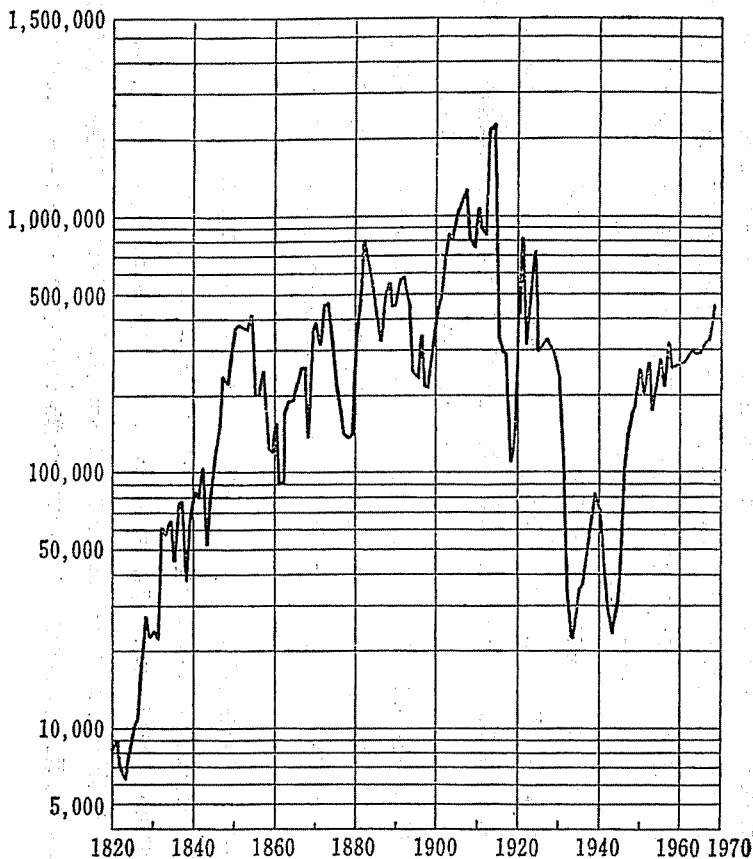
### アメリカ資本主義における移民の役割

鉄道の発達から大企業の誕生に至るアメリカ資本主義の生成は、この時期にやってきた移民の問題と密接に関わっている。南北戦争をはさんだ一九世紀半ばから二〇世紀初頭にかけて、大量の移民がアメリカに押し寄せてきた。移民は、一八四〇年から一八六〇年(第一波)、一八六〇年から一八八〇年(第二波)、一八八〇年から一九〇

アメリカにおける専門家・依頼者モデルの変遷史（一）（佃）

○年（第三波、一九〇〇年から一九二〇年（第四波）の四回にわたり押し寄せていた。しかも、移民総数が増加傾向にあった。アメリカ社会において移民は最下層に位置するため、大衆に対する専門活動の提供は移民が中心行的に行ってきた。しかし、移民はアメリカ国内の経済を圧迫させる要因にも

図② 合衆国への移民総数



出典：鈴木圭介編『アメリカ経済史Ⅰ』（東京大学出版会、1972年）150頁第2図。

なっていた。

大衆へのサービスの提供としては、ドイツからの移民による活動が目される。たとえば、当時のアメリカでホメオパシー医学のような代替医療が民間に浸透していたのは、ドイツからの移民がホメオパシー医学をアメリカ社会にもたらしたからである。<sup>63)</sup> また、ドイツ系アメリカ人によって一八七六年に設立された *Deutscher Rechts-Schutz Verein* (ドイツ法律扶助協会) は、アメリカにおける法律扶助 (*Legal Aid*) の最初とされる。<sup>64)</sup> この協会の対象はドイツ人に限られていたが、このような法律扶助制度が少しずつ対象者が拡大していくことで、現在のような法律扶助制度ができあがった。<sup>65)</sup>

当時のアメリカ経済については、急激に鉄道網が発達したことをすでに述べた。このような発達が可能となったのも、移民の大量流入によって労働者供給が増加し、安価な賃金で鉄道建設を進めることができたからである。しかし、このことは、アメリカ国内の経済を圧迫させることも意味していた。アメリカの移民に関する法規制は、それまで皆無に等しかったが、一八七五年を契機として整備され始めた。<sup>66)</sup>

この時期の入国管理に関する法規制は、移民の性質についての規制と移民の国籍・人種への規制に大別できる。当初の移民規制は、移民自身の性質にかけられら規制であった。一八七五年に整備された制定法は「罪人 (*convicts*)」、「売春婦 (*prostitutes*)」の入国を規制した。さらに、一八八二年法によって「精神異常者 (*lunatic*)」、「精神薄弱者 (*idiot*)」、「生活保護者 (*public charge*) を受けるおそれのある者」への規制が追加された。

この法規制は、文言上は中立的な規定であるけれども、中国からやってきた移民が低賃金で労働しているという問題を解決するために制定された。当時、中国からやってきた移民が低賃金で酷使される契約を結び、国内の労働市場を圧迫していた。このような労働契約を違法化しても、脱法行為が横行した。このような危機的状況を打開す

るため、一八八二年に中国人労働者移民排斥法 (the Chinese Exclusion Act) を制定して、中国人の入国を制限した。これによって中国人の移民数を抑えることができたけれども、その代わりに日本人やアジア諸国の移民が当てられることとなった。<sup>(67)</sup>

このような移民の規制があるにもかかわらず、移民数が急激に低下することにはならず、一八八二年頃から移民数が五〇万人を超えその水準を前後していた(図②を参照せよ)。そのため、一八九一年、一九〇三年、一九〇七年に規制対象を拡大する法改正がなされた。<sup>(68)</sup>

また、中国人労働者移民排斥法の脱法行為としてやってきた日本人移民は、一九〇七年に日米の合意によって制限され、一九一七年にはアジアからの移民を制限する法律が制定された。<sup>(69)</sup>そして、移民の流入を一定割合に制限する一九二四年移民法の成立によって移民の大量流入の問題に一応の決着がつくこととなった。

アメリカ社会におけるプラグマティズムの影響

このような法規制は、アメリカ知識人にみられるプラグマティズムと深く関わっている。ホームズ、パウンド、ブランドイス、カドーゾに至る一九世紀末から二〇世紀初頭までのアメリカ法思想の流れは、プラグマティズムの影響を受けて発達した。プラグマティズム法思想は、「現行の法理論・法概念を普遍・絶対のものとする態度は、強く排斥される。法の準則は、常にその効果に照らして判断されるべきであるとされる。効果の測定は、それぞれの時・所における社会的条件との関係でなされなければならない。」<sup>(70)</sup>という特徴を有している。

法律学が受けたプラグマティズムの影響は、正と負の両極面に生じていた。前者の実例として、「ブランドイス・ブリーフ」があげられる。ブランドイス・ブリーフとは、*Muller v. Oregon* 事件<sup>(71)</sup>で、ブランドイスが提出した上告趣意書である。*Muller* 事件は、婦人の労働時間を一〇時間に制限した法規の合憲性を争った事件で、その上告趣意書

は抽象的法律論よりも長時間労働が婦人にどういふ悪影響を及ぼすかということに焦点を当てていた。<sup>(74)</sup> この背景には、*Lochner v. New York* 事件<sup>(75)</sup>があつたためである。*Lochner* 事件は、製パン業の最高労働時間を定めた州法が違憲無効であるとして争われた事件である。連邦最高裁は、契約の自由を憲法の規定から読み取り、州法によつて労働時間を制限することは契約の自由を制限するものであり違憲であるという判決を下した。<sup>(76)</sup> *Muller* 事件では、*Lochner* 判決を前提として争わなければならないため、その法規の合憲性を主張するには、労働時間を制限しないことがどういふ悪影響を及ぼすかという科学的証拠を提出する必要があるのであつたのである。このような、科学的証拠を提出して憲法問題を訴える手法は、人種別学の違憲性を争つた *Brown* 判決<sup>(77)</sup>における N A A C P の活動にも反映された。<sup>(78)</sup>

*Lochner* 事件は、自由放任主義経済を積極的に支持する判決を下すこととなつてが、世界恐慌を経験した後、この法理を覆す判決が現れた。<sup>(79)</sup> しかし、この時期に登場した判例が一九七〇年代に入り再び注目を浴びることとなつた。それがブライヴァシーにかかわる法理などの個人の自己決定に関わる分野である。「自己決定」という標語については、この時期に登場した *Schoendorff* 事件にふれておかなければならない。この事件でカドローズ裁判官は、「健全な精神をもつ成人はすべて、自己の身体について決定権を有する」<sup>(80)</sup> という発言を残している。インフォームド・コンセント論者は、これに注目し、*Schoendorff* 判決を「自己決定権」を認めたりーディング・ケースと評価している。<sup>(81)</sup>

もちろん、プラグマティズムは負の影響も与えていた。とくに、この影響を受けて発達したリアリズム法学は、「リアリズム的な考え方のもとでは結局は裁判官を拘束すべき法は存在しないということになるが、それは、アメリカ建国以来その民主主義を支えてきた『法の支配』の理念をくつがえし、『人の支配』を是認することになるのではないか」と第二次大戦後に批判されることとなつた。彼ら(特にカドローズ)の法思想によれば、法適用過程は自



動販売機のように機械的になされるのではなく、常に裁判官の主観的判断が存在している、と考える。しかし、法適用に裁判官の主観が入るといことは、結論を先取りして後でつじつまを合わせるように理由付けをするという危険をはらんでいる。

前述した入国管理の規制は、このプラグマティズムの負の側面を示した一例である。これは、のちにインフォームド・コンセント論が問題視する独断的治療の問題の社会的要因にもなっていた。つまり、人種差別を正当化するために、遺伝学の知見を何らかの形で社会に役立てようとしたプラグマティズムの考えが結びついて、人種差別な法制度が生み出されることとなった。たとえば、イタリアのロンブローゾによる犯罪人類学が一八九〇年代のアメリカに影響を与えている<sup>(83)</sup>。このような研究は、白人優位の思想を正当化する点に重点がおかれ、学問としての正しさについては疑問が残るものであった。

### ドイツ・アメリカにおける独断的治療

プラグマティズムの考えは、進化論の強い影響を受けて、社会ダーウィニズムにつながった。さらにこの影響を受けて、アメリカで犯罪者や精神障害者の急増していることを憂慮した人々の働きかけによって、二〇世紀初頭にアメリカの各州で断種法が制定された<sup>(84)</sup>。断種法は、一九〇七年にインディアナ州で成立した州法が最初である。また、カリフォルニア州では、このインディアナ州法にならって断種法を成立させ、運用面でも全米の七九パーセント近くの断種法を行っていた。

断種法の規定は、州によって様々である。たとえば、ヴァージニア州法の規定は、精神薄弱者に精管切除または

卵管切除を認めていた。一九二七年の *Bugs* 事件は、この州法の合憲性が争われた。卵管切除の対象者となった上訴人は、その州法が合衆国憲法修正一四条が体现するデュー・プロセスおよび平等保護原則に反すると連邦最高裁に主張した。しかし、連邦最高裁は断種法を合憲とする判断を下した。ホームズとブランドイスが裁判官としてこの事件を審理し、ホームズは次のような法廷意見を書いている。<sup>66)</sup>

犯罪傾向の子孫を放置し、精神遅滞の子供を餓死に追い込むのを座視するよりは、社会が、明らかな不適応者が子供を作らないようにすることは全体にとって善である。強制的な種痘の法理は、じゅうぶん輸卵管切断にまで拡大しよう。

様々な理由を挙げてホームズを擁護する見解もあるけれども、*Buck* 判決は、ホームズが優生学的見地を支持した<sup>67)</sup>ことと相まって、下されたものと解される。

ドイツの断種法は、カリフォルニア州の断種法を参照して制定された。このナチス・ドイツ期に生じた断種法は、インフォームド・コンセントを語るのに不可欠な歴史的事実である。<sup>68)</sup> ニュルンベルク裁判によって作成されたニュルンベルク綱領は、その非人道的行為を批判し、インフォームド・コンセント法理の必要性を示唆する内容であった。しかし、ニュルンベルク綱領の歴史的意義は重要であるけれども、それによってアメリカ社会でインフォームド・コンセントが成立したとはいえなかった。ニュルンベルク綱領は、アメリカの研究体制に影響を与えなかった。<sup>69)</sup> それどころか、ニュルンベルク裁判で明らかになった出来事は、アメリカと関係があると認識していなかった。<sup>70)</sup>

むしろ、アメリカでインフォームド・コンセントが唱えられた直接の原因は、タスキギー梅毒研究が明るみに出たことであつた。タスキギー梅毒研究は、アフリカ系アメリカ人に梅毒を治療せずに放置するとどうなるかを調査した研究である。<sup>71)</sup> この研究は一九三〇年頃から行われたが、一九四六年頃にベニシリンによる治療が可能となつた

のちも、この研究が続けられていた。<sup>(9)</sup>七〇年代のマスコミ報道によって、この差別的で非人道的な研究が明らかに  
 なったのである。この事情については、第三章で扱う。

注

(1) このようなヒポクラテス解釈をしているものとして、次の文献がある。森岡恭彦『インフォームド・コンセント』（日本放送出版協会、一九九四年）一八頁。RUTH R. FADEN & TOM L. BEAUCHAMP, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT 61-62 (1986).  
 「ルース・R・フェイドン、トム・L・ビーチャム（酒井忠昭・秦洋一訳）『インフォームド・コンセント 患者の選択』（みすず書房、一九九四年）五三頁」。なお、星野一正『インフォームド・コンセント 日本に馴染む六つの提言』（丸善、一九九七年）三二頁にもそのような記述がみられるが、権威的な解釈を行った医師がどの時代の医師を指しているか明確でないため、後の時代の医師が権威的なヒポクラテス解釈を行ったとも読める。

(2) HIPPOCRATES, *The Art (TEPI TEXNH)*, in 2 HIPPOCRATES 185, 192-93 (W.H.S. Jones trans., Harvard University Press 1923)(n.d.).  
 ヒポクラテス（今井正浩訳）「術について」小川鼎三・緒方富雄編集顧問『ヒポクラテス全集 第一巻』（エンタプライズ、一九八五年）九四二頁。ヒポクラテス全集には、仏文対訳のリトレ版と英文対訳のジョーンズ版（ロウブ版）がある。前掲の邦訳はリトレ版を基に翻訳されているが、リトレ版で入手できなかったテキストがあるため、ジョーンズ版で統一した。リトレ版とジョーンズ版のテキストには校訂に違いが見られるが、この点については邦訳の注を参照せよ。

(3) HIPPOCRATES, *The Oath (OPKOS)*, in 1 HIPPOCRATES, *supra* note 2, 289, at 300-01. ヒポクラテス（大槻マミ太郎訳）「誓い」前掲『ヒポクラテス全集 第一巻』注(2)五八一—五八二頁。

(4) HIPPOCRATES, *Decorum (TEPI ETXHMOTINH)*, in 2 HIPPOCRATES, *supra* note 2, 267, 296-99. ヒポクラテス（大槻マミ太郎

- 説)「品位について」小川鼎三・緒方富雄編集顧問『ヒポクラテス全集 第二巻』(エンタプライズ、一九八七年)一〇一頁。
- (5) DOUGLAS E. ROSENTHAL, LAWYER AND CLIENT: WHO'S IN CHARGE? 7-8 (1974).
- (6) 4 PLATO, LAWS (NOMOI) #722bc. (プラトン) (森進一・池田美恵・加来彰俊訳)『法律』(岩波書店、一九九三年)〔岩波文庫〕二七二頁。〕
- (7) HIPPOCRATES, *The Ancient Medicine (ΠΕΡΙ ΑΡΧΑΙΑΣ ΙΗΤΡΙΚΗΣ)*, in 1 HIPPOCRATES, *supra* note 2, 1, at 14-16. ヒポクラテス (大概マミ太郎訳)『古来の医療について』前掲『ヒポクラテス全集 第一巻』注(2)七二頁。
- (8) ヒポクラテス(常石敬一訳)『ヒポクラテスの西洋医学序説』(小学館、一九九六年)一〇二—一〇三頁の訳者解説。
- (9) 宮本忍『医学思想史Ⅰ』(勁草書房、一九七一年)九〇頁。
- (10) 4 PLATO, *supra* note 6, at #720cd. [邦訳二六七頁。]
- (11) 五〇篇を超える論文が、ヒポクラテスの作品として、完全な状態で伝わっている。しかし、これらの論文すべてがヒポクラテス自身で書かれたものとは考えられてゐない。G.E.R. LLOYD, EARLY GREEK SCIENCE: [TALES TO ARISTOTLE 50 (1970)]. (G・E・R・ロイド) (山野耕治・山口義久訳)『初期ギリシャ科学——タレスからアリストテレスまで』(法政大学出版局、一九九四年)七一頁。] インフォームド・コンセント論者からパターナリズムの典型と批判されている「品位について」は、ギリシャ語の表現が稚拙なため、古代ローマ時代にわざわざギリシャ語で書かれたものではないかと捉える見解がある。前掲『ヒポクラテス全集』注(4)一〇〇一頁の解説を参照せよ。また、ヒポクラテスの医学にインフォームド・コンセントの原点を見いだす立場が根拠としてあげる『古い医学』も本人の作ではないのではないかとされている。前掲『ヒポクラテス全集 第一巻』注(2)六九頁の解説を参照せよ。
- (12) この点については、次の文献を参照せよ。小川鼎三『医学の歴史』(中央公論社、一九六四年)〔中公新書〕。LLOYD, *supra*

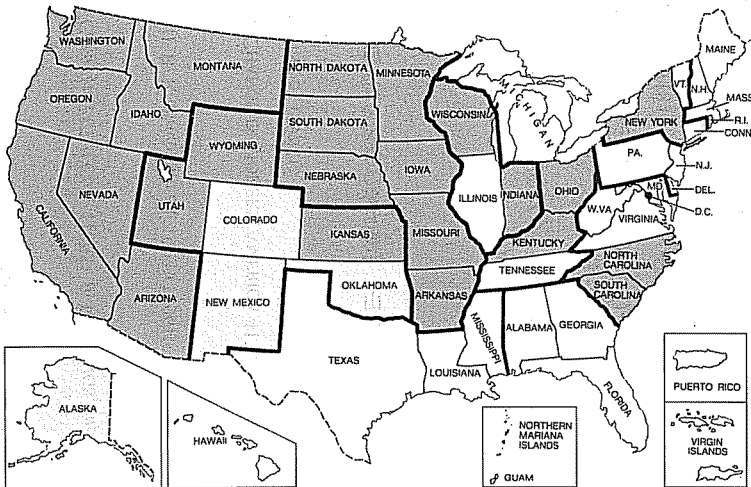
- note 11. G. E. R. LLOYD, GREEK SCIENCE AFTER ARISTOTLE (1973). [G. E. R. ロイド (山野耕治・山口義久・金山弥平訳) 『後期ギリシヤ科学——アリストテレス以後』(法政大学出版局、二〇〇〇年)。] 宮本・前掲書注(9)。宮本忍『医学思想史Ⅱ』(勁草書房、一九七二年)。川喜多愛郎『近代医学の史的基盤 上』(岩波書店、一九七七年)。川喜多愛郎『近代医学の史的基盤 下』(岩波書店、一九七七年)。FADEN & BEAUCHAMP, *supra* note 1. 伊東俊太郎・広重徹・村上陽一郎『改訂新版 思想史のなかの科学』(平凡社、二〇〇二年)。梶田昭『医学の歴史』(講談社、二〇〇三年)。
- (13) ロイドは、ヒポクラテスの『流行病 (Epidemics)』には反対のことが書かれている、と述べている。LLOYD, *supra* note 11, at 53 [邦訳七六頁。]
- (14) その一例として、アメリカの弁護士倫理の成立背景があげられる。アメリカ法律家協会 (ABA) は、一九六九年に弁護士責任規範規則 (Model Code of Professional Responsibility) という弁護士倫理のモデル規定を制定したが、一九八三年に弁護士業務規範規則 (Model Rules of Professional Conduct) が制定された。各州の弁護士会は、この規則に弁護士倫理を置き換えるようになった。ROBERT H. ARONSON & DONALD T. WECKSTEIN, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY IN A NUTSHELL 74 (2d ed. 1991)。このような現象が生じたのは、弁護士業務規範規則がアメリカで制定された背景に企業弁護士と一般の弁護士の活動を同じ倫理で扱うことが適切なのかという疑問があったからである。Id. at 22。弁護士倫理規定の変遷については、次の文献を参照した。Id. at 19-26. RONALD D. ROTUNDA & MICHAEL I. KRAUSS, LEGAL ETHICS IN A NUTSHELL 1-8 (2003)。
- (15) 田中英夫『アメリカ法の歴史 上』(東京大学出版会、一九六八年) 三四九頁。
- (16) 田中・前掲書注(5) 三八三—三八四頁。
- (17) 田中・前掲書注(5) 三二五—三二七頁。
- (18) I ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA 256 (P. Bradley ed., 1945) (1835)。[また、フランス語原文からの次の邦訳も参照した。トクヴィル(松本礼二訳)『アメリカのデモクラシー 第一巻(上)』(岩波書店、二〇〇五年) [岩波文庫] 一四三頁。A

- ・トクヴィル（井伊玄太郎訳）『アメリカの民主政治論』（講談社、一九八七年）〔講談社学術文庫〕一六六頁。〕
- (19) *Id.* at 272-73. [松本訳一七〇—一七一頁。井伊訳一九七—一九八頁。]
- (20) *Id.* at 275. [松本訳一七三頁。井伊訳二〇〇頁。]
- (21) See, David Luban, *The Noble Oblige Tradition in the Practice of Law*, 41 *VAND. L. REV.* 717, 718-19 (1988).
- (22) I TOCQUEVILLE, *supra* note 18, at 276-77. [松本訳一七六頁。井伊訳二〇三頁。]
- (23) フィールドら起草者の法典編纂のねらいは、次の点にある。①疑いのある点を解決し、盛んに論じられた点を明らかにし、必要な区分を廃止することで、既存の法をわかりやすい形にすること。②われわれ自身の判断または他「国」での経験から、修正される部分を修正する。David Dudley Field, William Curtis Noyes & Alexander W. Bradford, *First Report of the Commissioners of the Code* (1858), in *READINGS IN AMERICAN LEGAL HISTORY* 492, 495 (Mark De Wolfe Howe ed., Da Capo Press Reprint ed. 1971) (1949) [hereinafter READINGS]. 田中・前掲書注(5)四〇七頁参照。
- (24) フィールドの民事訴訟法典編纂については、次の文献を参照した。田中・前掲書注(5)四〇五—四一五頁。LAWRENCE M. FRIEDMAN, *A HISTORY OF AMERICAN LAW* 294-98 (3d ed. 2005).
- (25) 田中・前掲書注(5)四〇九頁。
- (26) 田中・前掲書注(5)三九七—三九九頁参照。
- (27) たとえば、ロモン・ローとエクイテイの融合である。FIELD CODE § 62. See, FRIEDMAN, *supra* note 24, at 294. 田中・前掲書注(5)四一〇頁も参照。
- (28) 一九〇〇年までにフィールド法典をベースとした訴訟法典を採用した州（その当時、準州であった州も含む）は、次の通りである。ニューヨーク（一八四八年）、ミズーリ（四九年）、カリフォルニア（五〇年）、アイオワ（五一年）、ケンタッキー（五一年）、ミネソタ（五一年）、インディアナ（五二年）、オハイオ（五四年）、オレゴン（五四年）、ワシントン（五四年）、ネブラス

カ（五五年）、ウイスコンシン（五六年）、カンザス（五九年）、ネバダ（六〇年）、ノースダコタ（六二年）、サウスダコタ（六二年）、アリゾナ（六四年）、アイダホ（六四年）、モンタナ（六五年）、アーカンソー（六八年）、ノースカロライナ（六八年）、ワイオミング（六九年）、サウスカロライナ（七〇年）、ユタ（七〇年）、コロラド（七七年）、コネティカット（七九年）、オクラホマ（九〇年）、ニューメキシコ（九七年）、アラスカ（一九〇〇年）。田中・前掲書注(5)四一二頁。

図③からわかるように、採用された州は西部に集中している。この法典を作成したニューヨーク州ですら、フィールド法典は単なる法案に過ぎないと考えられていた。西部でかなり早い段階からこの法典が施行されたのは、なぜか。フリードマンは、西部地域の法曹が柔軟な発想の持ち主でコンロー訴答が将来性のない法技術であると考えていたからであろうと述べている。FRIEDMAN, *supra* note 24, at 295-96. 他にも、弟のステイヴン・

図③ 1900年までにフィールド訴訟法典を採用した州



出典：田中英夫『アメリカ法の歴史 上』（東京大学出版会、1968年）412頁に基づいて作成。

注：■ は1877年以前に採用した州、□ は1877年以降に採用した州。採用当時、準州であった州や部分的に採用した州（準州）も含まれる。

フィールド——カリフォルニア州で弁護士を開業していた——が、この州でフィールド法典の採用に寄与したことなどの理由がある。 *Id.* at 296. 田中・前掲書注(5)四一五頁注一三六。

(89) David Dudley Field & Alexander W. Bradford, *Introduction to the Completed Civil Code* (1865), in READINGS, *supra* note 23, 496, at 498-99. 田中・前掲書注(5)四〇九頁を参照。

(90) See GEORGE SHARWOOD, AN ESSAY ON PROFESSIONAL ETHICS (F.B. Rothman 5th ed. 1993)(1896).

(91) ROTTUNDA & KRAUSS, *supra* note 14, at 2.

(92) JEROLD S. AUERBACH, UNEQUAL JUSTICE: LAWYERS AND SOCIAL CHANGE IN MODERN AMERICA 41 (1976).

(93) PAUL STARR, THE SOCIAL TRANSFORMATION OF AMERICAN MEDICINE 57 (1982).

(94) FADEN & BEAUCHAMP, *supra* note 1, at 76. [邦訳六七—六八頁。]

(95) ドイツにおけるホメオパシー医学の位置づけについては、服部伸『近代医学の光と影』(山川出版社、二〇〇四年)四六一—五一頁。

(96) STARR, *supra* note 33, at 96-97.

(97) *Id.* at 98-99. See, JOHN DUFFY, FROM HUMORS TO MEDICAL SCIENCE: A HISTORY OF AMERICAN MEDICINE 84-87 (2d ed. 1993). [シムン・タフィー(網野豊訳)『アメリカ医学の歴史——ヒポクラテスから医科学へ』(二瓶社、二〇〇二年)一〇三—一〇六頁。]

(98) この「父ホームズ」とは、医師で詩人としても有名な Oliver Wendell Holmes, Sr. (1809-94) のことをいう。後述するブラウンテイスム法学者で連邦最高裁判官にもなった Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935) の父である。本稿では「法学の分野で Holmes, Jr. が「ホームズ」と表記されることが多いことを考慮し、Holmes, Sr. を「父ホームズ」と呼称し、Holmes, Jr. を「ホームズ」と呼称する。また、ホームズの人思想については、次の文献を参照した。CATHERINE DRINKER BOWEN, YANKEE FROM OLYMPIUS: JUS-



- TICE HOLMES AND HIS FAMILY (1944). [C. D. ボーエン（鶴飼信成ほか訳）『判事ホームズ物語 新装版』（法政大学出版社、上巻一九七七年、下巻一九七八年）。金井光生「O. W. ホームズ裁判官の『思想の自由市場』論とは何であったのか（一）——（六・完）」東京都立大学法学会雑誌四一巻一号二四三頁、四一巻二号三四一頁、四二巻一号二二三頁、四三巻一号五〇五頁、四三巻二号三二二頁、四四巻一号二〇一頁（二〇〇〇—二〇〇三年）。（金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——（思想の自由市場）論における調和の靈感』（風行社、二〇〇六年）に再録。】。
- (39) DUFFY, *supra* note 37, at 84-85. [邦訳一〇四頁。]
- (40) 当時の医療先進国ドイツにおいても、正統派医学が一九三〇年代のコレラ流行に対処できなかったという、同様の現象が生じていた。正統派医学の伝統的な方法（瀉血や下剤の服用）で対応しても、患者の体力を消耗させて病状を悪化させるだけであった。むしろ、ホメオパシーによる治療の方が、患者の体力を温存させるため、治癒率が高かったのである。服部・前掲書注(35)五二—五三頁。
- (41) たとえば、一八五〇年にクリーブランドにホメオパシー医学を教える大学が設立され、当時のホメオパシー医師は正統派からリクルートされた人物が多かった。STARR, *supra* note 33, at 97.
- (42) JAMES C. MOHR, DOCTORS AND THE LAW: MEDICAL JURISPRUDENCE IN NINETEENTH-CENTURY AMERICA 225 (1993).
- (43) 市野川容孝「医療倫理の歴史社会学的考察」井上俊ほか編『岩波講座 現代社会学第一四巻 病と医療の社会学』（岩波書店、一九九六年）一六頁。
- (44) FADEN & BEAUCHAMP, *supra* note 1, at 67-75. [邦訳五八—六五頁。]市野川・前掲論文注(43)三頁。
- (45) 市野川・前掲論文注(43)一五頁。一九世紀アメリカにおいて、医師が自由競争できるような社会的背景にあったことについては、STARR, *supra* note 33, at 65ff を参照せよ。
- (46) 紀平英作編『新版 世界各国史24 アメリカ史』（山川出版社、一九九九年）一六〇—一六二頁〔清水忠重執筆〕、二一六頁

〔横山良執筆〕。JAMES WILLARD HURST, *THE GROWTH OF AMERICAN LAW* 16 (1950).

- (47) この時期の専門職としての医師の社会的意義が注目された歴史的事実として、コロナ (coroner) 陪審制度から検屍官 (medical examiner) 制度に置き換えられたことが挙げられる。変死体が発見されたとき、コロナ陪審が事件性の有無を判断していた。コロナ陪審では、地方の有力者が無償で検屍を行っている。18 C.J.S. *Coroners and Medical Examiners* § 27 (1990)。しかし、一八七〇年にはいり、マサチューセッツ州では一般人によるコロナ陪審から専門医師による検屍官制度に置き換えられることとなった。ELISABETH A. CAWTHON, *MEDICINE ON TRIAL* 20 (2004)。MOHR, *supra* note 42, at 213。その理由として、次のような理由があると思われる。鉄道が発達することに伴い、交通事故が発生するようになった。交通事故が複雑になれば、それだけ法医学の見識を深めた人物が必要とされることになり、専門職としての医師の存在が必要とされるようになった。これを証明する明白な証拠ではないけれども、鉄道が発達したアメリカ北東部を中心に、コロナ制度が検屍官制度に置き換えられている。Randy Hanzlick & Debra Combs, *Medical Examiner and Coroner Systems: History and Trends*, 279 *JAMA* 870, 872 (1998)。なお、一九九七年現在、検屍官制度は全人口のおよそ四八%をカバーしている。*Id.* at 871.
- (48) 前掲『アメリカ史』注(4)二四三—二四四頁〔久保文明執筆〕。
- (49) C. WRIGHT MILLS, *THE POWER ELITE* 94-95 (1956)。〔C. W. ミルズ(鶴飼信成・綿貫譲治訳)『パワー・エリート(上)』(東京大学出版会、一九六九年)〔U P 選書〕一五二—一五三頁。〕
- (50) 吳天降『アメリカ金融資本成立史』(有斐閣、一九七一年)二六頁。
- (51) HAROLD UNDERWOOD FAULKNER, *AMERICAN ECONOMIC HISTORY* 484-85 (8th ed. 1960)。〔ハロルド・U・フォークナー(小原敬士訳)『アメリカ経済史(下)』(至誠堂、一九六九年)六三三頁。〕
- (52) 吳・前掲書注(5)三二頁。
- (53) 小澤治郎『世紀後半期のアメリカ鉄道業』小澤治郎『アメリカ鉄道業の展開』(ミネルヴァ書房、一九九二年)七頁。See,

- Charles Francis Adams, Jr., *A chapter of Erie* (1869), *reprinted in HIGH FINANCE IN THE SIXTIES: CHAPTERS FROM THE EARLY HISTORY OF THE ERIE RAILWAY* 20 (Frederick C. Hicks ed., 1929).
- (54) 小藤・前掲論文注③三二頁。J・A・モルガンのことでは、RON CHERNOW, *THE HOUSE OF MORGAN: AN AMERICAN BANKING DYNASTY AND THE RISE OF MODERN FINANCE* (1990) [ロン・チャーナウ (青木榮一訳) 『モルガン家——金融帝国の盛衰』 (日本経済新聞社、上巻) 一九九三年] が詳しい。
- (55) MILLS, *supra* note 49, at 112 [邦訳 (上) 一七九頁]。
- (56) Luban, *supra* note 21, at 719.
- (57) James R. Maxeiner, *FIELD, David Dudley, Jr.*, in 7 AM. NAT'L BIOGRAPHY 878, 880 (John A. Garraty & Mark C. Carnes eds., 1999).
- (58) GEORGE MARTIN, *CAUSES AND CONFLICTS: THE CENTENNIAL HISTORY OF THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK, 1870-1970*, at 29-30 (Fordham University Press 1997) (1970). Robert W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, 68 B. U. L. REV. 1, 22 (1988).
- (59) HURST, *supra* note 46, at 345.
- (60) STARR, *supra* note 33, at 49.
- (61) JEROLD S. AUERBACH, *supra* note 32, at 65. FRIEDMAN, *supra* note 24, at 497, 541. 二〇世紀半ばから、強制加入の州も登場するようになったが、現在でもABAは任意加入団体であり、一九九六年時点の加入者は全弁護士の半分程度である。浅香吉幹『現代アメリカの司法』(東京大学出版会、一九九九年)一五四頁参照。
- (62) FRIEDMAN, *supra* note 24, at 525. その成果として現れたのが、後述するBrown I判決である。
- (63) STARR, *supra* note 33, at 96-97.
- (64) AUERBACH, *supra* note 32, at 53.
- (65) 一八七六年から一九二〇年のことでは、See, AUERBACH, *supra* note 32, at 53-59. 一九二〇年から一九五〇年のこと

- りらして、ALBERT P. BLAUSTEIN & CHARLES O. PORTER, THE AMERICAN LAWYER: A SUMMARY OF THE SURVEY OF THE LEGAL PROFESSION 65-68 (Greenwood Reprint 1972)(1954).
- (66) 一八〇二年帰化法の市民権取得の要件は五年間の居住であり、それ以外の要件はないに等しかった。DAVID WEISSBRODT, IMMIGRATION LAW AND PROCESS IN A NUTSHELL 4 (4th ed. 1998). 移民規制の変遷については、次の文献も参照した。FAULKNER, *supra* note 51, at 473-76. [邦訳六一八—六二二頁。]池上彰『そつだったのかアメリカ』(集英社、二〇〇五年)第6章。
- (67) WEISSBRODT, *supra* note 66, at 6-7. 鈴木圭介編『アメリカ経済史Ⅱ』(東京大学出版会、一九八八年)二七八—二七九頁(大塚秀之執筆)。PHILIP R. REILLY, THE SURGICAL SOLUTION: A HISTORY OF INVOLUNTARY STERILIZATION IN THE UNITED STATES 22 (1991). また、小澤治郎「19世紀アメリカの鉄道敷設労働者」岐阜経済大学論集一六卷一号一七一頁(一九八二年)〔鉄道敷設労働者〕小澤・前掲書注⑤第九章に再録。〕も参照。
- (68) WEISSBRODT, *supra* note 66, at 7-8.
- (69) *Id.* at 8-10.
- (70) 碧海純一・伊藤正巳・村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、一九七六年)二六八—二八三頁〔田中英夫執筆〕。
- (71) 前掲『法学史』注⑦(二七一頁〔田中英夫執筆〕)。
- (72) Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908).
- (73) 前掲『法学史』注⑧(二七四頁〔田中英夫執筆〕)・MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870-1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY 209 (1992). [ホートン・J・ホーウィッツ(樋口範雄訳)『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂、一九九六年)二七一頁。]
- (74) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- (75) Lochner, 198 U.S. at 57. この判決には、ホームズの反対意見がある。*Id.* at 74-76 (Holmes, J., dissenting). この内容については、

- 次の文献を参照した。田中英夫「私有財産権の保障規定としての Due Process Clause の成立」『英米法研究 2 デュー・プロセス』(東京大学出版会、一九八七年) 一六三—一六九頁。金井・前掲論文注<sup>(88)</sup>四三卷一五二—一五二六頁。
- (76) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
- (77) 前掲『法学史』注<sup>(70)</sup>二七四—二七五頁〔田中英夫執筆〕。
- (78) 田中・前掲論文注<sup>(75)</sup>一九三—二〇一頁。
- (79) Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 129-30, 105 N.E. 92, 93 (N.Y. 1914).
- (80) MARCIA MOBILIA BOWMIL, CLIFFORD E. ELIAS & DIANE BISSONETTE MOES, MEDICAL LIABILITY IN A NUTSHELL 91 (2d ed. 2003).
- (81) 前掲『法学史』注<sup>(70)</sup>二八二頁〔田中英夫執筆〕。この点については、エドワード・A・パーセル(碧海純一訳)『両大戦間におけるアメリカ法理学(1)―(2)』アメリカ法一九七二年一頁、一九七三年一頁一頁を参照せよ。
- (82) REILLY, *supra* note 67, at 8. 米本昌平・松原洋子・棚島次郎・市野川容孝『優生学と人間社会』(講談社、二〇〇〇年)〔講談社現代新書〕一八頁〔米本昌平執筆〕も参照した。
- (83) 米本ほか・前掲書注<sup>(82)</sup>一八、三四—三七頁〔米本昌平執筆〕。
- (84) 米本ほか・前掲書注<sup>(82)</sup>三四—三五頁〔米本昌平執筆〕。
- (85) Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 207 (1927). 当然ながら、この判決の先例としての意義は疑問視されている。
- (86) この判決の理解については、次の文献を参照した。REILLY, *supra* note 67, at 87. 米本ほか・前掲書注<sup>(82)</sup>三七頁〔米本昌平執筆〕。金井・前掲論文注<sup>(88)</sup>四三卷一五三七頁。
- (87) ドイツの断種法について説明することは、本稿の目的からはずれるので、ここでは扱わない。この点については、次の文献を参照せよ。米本ほか・前掲書注<sup>(82)</sup>。ヒュー・G・ギャラファーン(長瀬修訳)『ナチスドイツと障害者「安楽死」計画』(現代書館、一九九六年)。エルンスト・クレー(松下正明監訳)『第三帝国と安楽死 生きるに値しない生命の抹殺』(批評社、一九九

九年)。

- (88) デイヴィッド・ロスマン (酒井忠昭監訳) 『医療倫理の夜明け——臓器移植・延命治療・死ぬ権利をめぐる』(晶文社、二〇〇〇年) 九〇—九一頁。DAVID J. ROTHMAN, STRANGERS AT THE BEDSIDE 62-63 (2d ed. 2003).
- (89) グレゴリー・E・ペンス (宮坂道夫・長岡成夫共訳) 『医療倫理 2』(みすず書房、二〇〇一年) 三六頁。
- (90) ペンス・前掲書注(89)四五頁。
- (91) ペンス・前掲書注(89)五五—五六頁。