

3 リスクの帰属と道徳的運について

— 過失犯論における行為者性を題材として —

永石尚也

【要 旨】

リスク社会化が進む現在において、個別的・集団的にリスクを引き受ける(べき)行為者とは誰か。本稿の目的は、2010年前後におけるJ. Razの行為者性論を導きの糸として、リスク社会論、科学技術社会論、行為の哲学、刑事法学等の諸分野を横断しつつ、上記の問いへの応答を法哲学の観点から検討することにある。

Razは行為者性について、安全／危険(及びその傾向性)という二分法に頼ることなく、「我々が何者であるか」という自己認識を基礎として、リスクを敢えて取ったり避けたりする我々の傾向や、それに基づく自己の生における目標や願望といった要素を責任帰属の場面に取り込むことで、(いわゆるコントロール原則とは別の形で)法的責任を負いうる範囲に関する代替案を提案した。

本稿はかかる議論状況を踏まえつつ、第2章では、リスクと法にかかる近時の議論状況を整理する。とりわけ、N. Luhmannの提示する不確実性吸収概念とリスク帰属概念を基礎に、リスク社会における行為者とはどのように決定されるかについて概観する。第3章では、道徳的運の問題と法的責任の入り組んだ関係を論じる。道徳的運にかかる現代的議論は、B. Williams及びTh. Nagelに端を発するが、本邦の法的議論においては必ずしも明示的に取りあげられてはこなかった。ここでは、近時の裁判例における過失犯論における行為者特定の問題から、道徳的運の問題と行為者性の密接な関係を論じる。これを受けて第4章では、専門分化と専門職連携が同時に進んでいる現在において、責任を負いうる行為者という「身分」の重畳性・多元性が再検討されるべきであることを確認する。

本稿が提示したモデルはあくまでも試論に留まる。しかし、グローバル化と保守主義に引き裂かれた現代社会から漏出する数々の問題に法が対処するためには、このリスク・偶然性(への耐えられなさ)に関する問題は避けて通れない。近時の例のみを挙げるとしても、ミクロレベルでは新型出生前診断

3 リスクの帰属と道徳的運について

や遺伝子編集技術により、かつては偶然に委ねてきた「我々」の範囲が脅かされるとともに、マクロレベルではヘイトスピーチの常態化、自動運転車の本格的導入、ワクチン摂取訴訟における諸議論の混迷等に見られるように、集団が引き受けざるをえないリスクの問題を、いかにして再度「我々」のものとして認めうるかは、重要な争点を形成する。

以上を通じ、本稿は来るべきリスク受容のための行為者と法政策の関係を試論的に提示する。

1. はじめに

現在、私たちの生活は数々のリスクに取り囲まれている。核物質や化学物質による汚染やシステミックリスクなど大規模化するリスクのみならず、遺伝子工学等による非知のリスク、財政危機や少子高齢化等の社会的リスクをも含めれば、日常生活に関わるリスクが様々に可視化されつつある。しかし、それだけではない。私たちの生活は、新たなリスクに囲まれるのみならず、リスクを引き受けないことについての責任にも挟まれている。

象徴的な例を一つ挙げよう。フェルベークは胎児の超音波検査を例として、超音波検査を受けた結果としての決断のみならず、超音波検査を受けなかった場合における決断回避の責任が生じてしまっていることについて記している。すなわち、現代においては、もし親たちが超音波検査を受けたならば胎児の「生死」に関わる決断を迫られるだろうが、もし検査を受けなかったとしても検査に関連した「リスク」を引き受けない（避けえた不利益にかかる判断を回避した）ことについての責任を感じざるをえないだろうというわけだ。これは、技術によって拡張された倫理的ジレンマである。そこでは「決断をしなければならぬ状況に自分を置かないという選択そのものが、一つの決断になってしまっている」¹⁾。

ここで提起されている問題は、技術進展に伴い、例えば「子宮のなかをの

1) ピーター＝ポール・フェルベーク『技術の道徳化 事物の道徳性を理解し設計する』（法政大学出版局、2015年〔原著2011年〕）まえがきを参照。

1. はじめに

ぞく」²⁾ことによって変容した決断と責任についての反省に留まるものではない。問題は、「子宮のなかをのぞく」ことが可能な状況においては、現に「のぞく」前に既に変容してしまっている（例えば胎児と私たちの間にある）経験の形成や、（例えば胎児に関する）行為や判断を導く解釈的枠組の形成についての反省に及ぶ。さらに言えば、技術に媒介・誘導された行為は自由意志に基づくものではないとして道徳性及び責任を安易に否定することなく、技術とともに私たちが押しやられた新たな道徳的状況における道徳性及び責任の形成にも、問題は及ぶのである。

本稿の目的は、これら「リスク」をめぐる状況の変容が我々の法的営為にもたらす影響を正確に把握することにある。本稿は、2010年前後におけるJ. Razの行為者性論を導きの糸として、リスク社会論、科学技術社会論、行為の哲学、刑事法学等の諸分野を横断しつつ、「リスク社会化が進む現在において、個別的・集団的にリスクを引き受ける（べき）行為者とは誰か」という問いへの応答を、法哲学の観点から検討する。

第2章では、リスクと法にかかる近時の議論状況を整理する。とりわけ、N. Luhmannの提示する不確実性吸収概念とリスク帰属概念を基礎に、リスク社会における行為者とはどのように決定されるかについて概観する。第3章では、道徳的運の問題と法的責任の入り組んだ関係を論じる。道徳的運にかかる現代的議論は、B. Williams及びTh. Nagelに端を発するものの、本邦の法的議論においては必ずしも明示的に取りあげられてはこなかった。ここでは、近時の裁判例における過失犯論における行為者特定の問題から、道徳的運の問題と行為者性の密接な関係を論じる。これを受けて第4章では、専門分化と専門職連携が同時に進んでいる現在において、責任を負いうる行為者という「身分」の重畳性・多元性が再検討されるべきであることを確認する。

本稿が提示するモデルはあくまでも試論に留まる。しかし、グローバル化と保守主義に引き裂かれた現代社会から漏出する数々の問題に法が対処する

2) 本稿執筆時（2017年4月時点）であれば、本邦においても4年間でおよそ4万人超の受診者を数える新型出生前診断の裾野の広がりを念頭においてもよいだろう。

3 リスクの帰属と道徳的運について

ためには、このリスク・偶然性（への耐えられなさ）に関する問題は避けて通れない。近時の例のみを挙げるとしても、ミクロレベルでは新型出生前診断や遺伝子編集技術により、かつては偶然に委ねてきた「我々」の範囲が脅かされるとともに、マクロレベルではヘイトスピーチの常態化、自動運転車の本格的導入、ワクチン摂取訴訟における諸議論の混迷等が見られる。このように、集団が引き受けざるをえないリスクの問題を、いかにして再度「我々」のものとして認めうるかは、重要な争点を形成するだろう。

2. リスクと法

(1) リスク社会と法

「リスク社会」という言葉が人口に膾炙して久しい。ベックに代表されるリスク社会論は、非知としてのリスクの増加に主に焦点を当てつつ、補償の不可能性、科学的知見への依存性、宿命的な受動性等の徴表によって、再帰的近代としての現代社会のリスクを特徴付けている³⁾。

もとより法は社会・個人に対する危険及びリスク⁴⁾に対応してきたわけだが、ここ10年程度に限っても、リスクについての法学における議論は蓄積されつつある⁵⁾。事実、決定・非決定に伴うリスクが不断に意識されるよう

3) ウルリッヒ・ベック『危険社会 新しい近代への道』（法政大学出版局，1998年〔原著1986年〕）を参照。これらの特徴から、リスク社会論におけるリスク概念は、保険数理や疫学、経済学や心理学における意思決定理論において、危害の発生確率として把握されるリスク概念と峻別される。一方で、リスクの客観的側面に焦点を当て、リスクを回避または受容することで安全を確保する点においては共通している。

4) リスクと危険の用語法上の区分けについては、ニクラス・ルーマン『リスクの社会学』（新泉社，2014年〔原著1991年〕）及び小松丈晃『リスク論のルーマン』（勁草書房，2003年）第1章を参照。法学、特に刑法におけるリスクと危険の用語法上の混乱については、甲斐克則「刑法におけるリスクと危険性の区別」法政理論45巻4号（2013年）に詳しい。

5) 例えば、大林啓吾『憲法とリスク』（弘文堂，2015年）のほか、刑事法ジャーナル33号（2012年）、法哲学年報2009（2010年）、法社会学第69号（2008年）などにおいて法とリスクの問題が論じられたほか、長谷部恭男他編『リスク学入門3 法律から見たリスク』（岩波書店，2007年）などが代表的なものとして挙げられる。また、2016年度の法哲学会でも「リスク社会における自由と協働の秩序」がワークショップにおいて取り上げられるなど、現在も議論は継続している。

2. リスクと法

になった現代においては、規模・性質が大きく変化するのみならず、不可逆かつ回避困難なリスクに我々の社会がどのように対処するのかが、法学諸分野を跨いだ共通の課題として現れている⁶⁾。

ただし、専らリスクの客観的側面に焦点を当て、リスクを回避・受容することで安全を確保しようとする限り問題は残る。なぜなら、現代における問題はリスクの質的变化・量的増加もさることながら、リスクが過剰に特定の人間・システムに帰属されてしまうことにあるためである。もちろん、リスクの正確な把握への努力は当然のことながら、観察のレベルにおいては特定の人間・システムに決定に帰属されうる危害がリスクとして把握されてしまう。とりわけ、リスクを受け止める時点が将来に渡り、その予見の可能性の限界が不可避免的に残余リスクを生じさせる以上、決定それ自体は将来への変更を（循環的に）招く。「現在から見積もられた未来と、未来において現実化するであろう現在の差異」は、決定者と決定による被影響者を不可避免的に分離することになるのだ⁷⁾。

リスクの時間的な性質を踏まえる限り、組織化された決定における決定者と決定によって影響を被る被影響者の溝は深まることで、リスクとして把握される事象は増大する。個人であれ組織であれ、各アクターは自己へと帰属することができない危害を危険として外部化する。この外部化を事実として受け入れる限り、各アクターが外部化したリスクを（集団的に）引き受ける国家の役割が改めて問題となる⁸⁾。

6) ジュリスト1501号（2017年）、2016年度法哲学会ワークショップ「人工知能（AI）／ロボットと法」を参照）のように、現在、自律的な意思決定主体という近代主体像を揺るがす諸リスクへの対応は（単に新たな技術が導入されたことによる後追いの対応に留まらず）民・刑事の垣根、刑罰と行政的規制（による非犯罪化）の垣根、司法・立法の垣根をまたいで、近時議論が活発化しているところである。とりわけ、アーキテクチャと法と呼ばれる領域は、単に技術への対応如何を問うものではなく、技術を介してしか存立することのない近代的主体の曖昧な位置を浮き彫りにし、「我々は何者であるのか」に関する問題を提起するものとして、現在の議論の一大領域を形成していることは周知の事実である。松尾陽編著『アーキテクチャと法』（弘文堂、2017年）を参照。

7) 小松・前掲注4)『リスク論のルーマン』第1章。

8) キャス・サンスティーン『恐怖の法則』（勁草書房、2015年）、『最悪のシナリオ』

3 リスクの帰属と道徳的運について

(2) 不確実性と法

決定者においては対処したはずのリスクが、被影響者から見れば危険でもありうる以上、問題は不確実なリスクを個別的・集団的に受容する仕組みをいかに構築するかにある。社会学の立場からは、かつて公的な地位に付随した知識、職務上の専門知といったものが権威の源泉となり、権威への信頼を基盤として「不確実性吸収」が行われていたものの、現在においては、これら知識を蝶番にした情報圧縮は奏功しないだろうという診断がなされている⁹⁾。

もとより、この「不確実性吸収」は合理的選択を行うための基準ではない¹⁰⁾わけだが、その信頼をも損なわれた状況においては、個別的な危険感・危惧感が、集団的なリスク回避のための立法・行政における活動へと波及してしまいうる。

この点において、ルーマンによるリスク／危険の峻別論は、危険（の原因）が誰に帰属されるべきかを問うてきた司法・立法の営みにおいて重要な

（みすず書房，2012年）等を参照。リスクへの対応という観点から言えば、①熟議的民主主義的アプローチ、②予防原則的アプローチ、③費用便益分析的アプローチなどがあげられるが、このようなリスクの民主化・客観化が必ずしも実質的正当性・合理性をもたらすわけではなく、象徴的な価値による過大・過小な対応にとどまる可能性も指摘しうる。

9) 小松・前掲注4)『リスク論のルーマン』第3章を参照。ルーマンから引けば、「政治に固有のリスクマネジメントの合理性の核心は、ある方途での決定のリスクや別の方途を取った時の決定のリスクを互いに吟味し、とりわけそれらのリスクの副次的結果がどれほど抗議を引き起こしやすいものであるのか、ということや、被影響者たちの発言力がどれだけのものであるのかということらを顧慮しつつ、これらのリスクを互いに吟味する、という点に存している」（ルーマン・前掲注4)『リスクの社会学』第8章）。このことは、ミクロの危険「感」が民主主義的過程を通じてマクロ行動としての立法・行政に影響を与える場面を考えれば、溝が浮き彫りになるだろう。

10) 「不確実性吸収」は、例えば不完全な情報のリスク、見渡しきれない書選択肢のリスク、知られていない帰結や不確かな帰結のリスクを引き受けるに当たって、当該決定の成果だけを業務の基礎として役立てる場合に生じる（ニクラス・ルーマン『社会の政治』（法政大学出版局，2013年）293頁）。つまり、「不確実性吸収」とは、権威によって支えられ、事実として行われている、与えられた情報圧縮を前提にした決定のコミュニケーションを指す（ルーマン『近代の観察』（法政大学出版局，2013年）第5章）。

2. リスクと法

区別となる。事実、ルーマンのリスクの取り扱いの基底には、因果帰属の自由な取り扱い（因果関係の地平が、原因の側に向かっても、結果の側に向かっても、原理的には終わりが無い）という主張があり¹¹⁾、法的にはこの限定原理をいかに定めるべきかが問題とされる。

この限定原理については、領域ごとに様々な原理が立てられてきた。例えば、環境法分野における予防原則や、民法分野におけるカラブレイジのガイドラインなどは、その一例である。刑事においては、一般予防を前提とする危険の実現に関する因果関係論・客観的帰属論が、危険・リスクの概念を深めてきたと言えるだろう。

しかし、ルーマンの言葉を借りれば、これらの諸原理が「なぜそうであってそれ以外ではないのか」という問いへの応答は十分ではない。とりわけ、刑事法においては、（共同不法行為に基づいて負担分担をなしうる、あるいは厳格責任等を用いることで問題の解消を図りうる民法とは対照的に）社会的必要性という現実的基盤とそれを反映して憲法秩序内で定立される行為原理、侵害原理、責任原理等の諸原理を保持する以上、不確実性への対処を放縦化させることは許されない。

(3) 管理と法

不確実性に対して、主体たる行為者の自由を確保しつつ、いかにリスクを受容するかという問いに答えるにあたっては、自由とリスクの概念の関連を掘り下げる必要がある。これは、リスクを論じる際には行為者は危険源という客体として把握されるのに対し、自由を論じる際には行為者が意思によって統御された主体として把握される両面を調和させる必要があるためである。

11) 尤もルーマンはここに循環を見るとともに、この帰属の規定がどのように決定され、移り変わるのかという点の記述を問題として提示している。「行為について語られうるのは、問題が（中略）すでに解決しており、原因が動機としてのみ、結果が、行為の意図されたあるいは意図されざる帰結としてのみ、考慮に入れられる場合に限られるからである。けれども、因果関係について語られる場合には常に、あらゆる具体的な陳述の背後で、いつも次のような問いもまた立てられるのである。すなわち、その帰属を規定したのは誰か。観察者は誰なのか。なぜそうであってそれ以外ではないのか、と」（ルーマン・前掲注10）『社会の政治』493頁）

3 リスクの帰属と道徳的運について

古典的な対立として、自由を外的障害（強制）の欠如として把握する見解と、他ならぬ自らの意思によって決定するものと把握する見解がある。これらの定式化は、とりわけリスク社会の不確実性に対処するためには、単純な形態のままでは指針にならない。とりわけ、主体を構成する権力（規律訓練権力）と主体を管理する権力（生権力、管理型権力）¹²⁾が認識される現在においては、リスクを予め取り込んだ自由の概念に基づく必要がある。事実、現在のアーキテクチャと法と呼ばれる領域は、現在の情報環境下における自由の変容を、題材ごとに変奏しつつ論じている。

ところで、冒頭で引用したフェルベークは、まさに上記著作中の「技術と自由」と題された節でフーコーを引きつつ、影響から自由であるという強い独立性を（道徳的）行為者性の条件とするのではなく、「自分を決定づけているものに対して関与する能力（関与可能性）」として再解釈するように提案していた¹³⁾。技術に依拠してしか我々の選択が生じない以上、我々が自由な行為者であるためには技術に媒介された自己形成過程に、自らを置く必要がある。

フェルベークはさらにこの検討を推し進め、フーコーが晩年に取り組んだ「自己への配慮」の問題へと繋げることで、「私はいかに行為すべきか」という問いではなく、「私はいかなる主体であるべきか」という問いこそが問われるべきだとする¹⁴⁾。こうして行為者の行為は、一方では技術によって促され、決定された行為として現れるとともに、他方では、技術を媒介として能動的に専有化する＝カスタマイズして使うことで発生する自己形成的な行為として現れる¹⁵⁾。

12) ミシェル・フーコーは、1970年以降より、10年超に亘るコレージュ・ド・フランスの講義を通じて、これらの権力像を描き出している。

13) 影響から自由であるという独立性は、要件としては過剰である。主体は常に多くの権力に従属しているのであり、主体は自らを権力の網の目の中で構成する。権力の網の目自体が自己である。

14) そこでは、自己と規範の関係が問題なのではなく、禁欲的实践や美的实践において形成される自己こそが問題であるとされる。後述するように、これはラズの提案に重ねられる。

15) フェルベーク・前掲注1)152頁。

3. 行為者性と道徳的運

このように、行為者は、以上のような二重性とともに見れる。ここでは、コントロールの意味もまた二重化している。ここから、リスク社会における行為者への行為帰属と責任帰属もまた、これらの二重性を反映した形態が要請されることになる¹⁶⁾。

3. 行為者性と道徳的運

(1) 行為と傾向性

以上のリスク社会についての描像を踏まえ、行為者と行為の概念を論じていく。

行為や行為者といった概念は哲学・法学をまたいで数多くの論争を引き起こしてきた。本稿に関わるのところでは、まず、リスク社会下においては行為記述の多層性を行為者の意思によって縮減することが困難となりつつあることを指摘することができる。さらに、リスクの帰属に関する基準を欠いており、行為者が潜在的に罪を犯してしまう可能性に晒すことで、行為概念を揺るがしている点も指摘できよう。

このような行為記述・行為者特定にかかる変動場面において、法はこれまでどのように対処してきたか。ここでは（前述した理由から）刑事にかかる議論を起点に、①危険犯、②過失犯、③未遂犯について概観する。

① 危険犯、とりわけ抽象的危険犯論

リスク社会への対応において、まず念頭に浮かぶのは抽象的危険犯である。抽象的危険犯の典型は、現住在建造物放火罪のように不特定多数人の個人的法益に対して典型的に危険を発生させる傾向を持つ行為を処罰するものである。リスク社会においては「現代型抽象的危険犯は社会的リスク・マネジメントのために使われる立法手段」とも言われるように、法益保護のための抽象的危険犯の処罰は不可避ではある。しかし、そのリスクの拡大に対しては慎重な立場が多く、あくまでもシステムの機能条件を保護するものとし

16) 後述するように個人であるという尊厳が、（個人の尊厳というクリシェの裏側で）不文の条件を含んでいることを露出させる。

て、抽象的危険犯を限定的に認めるとする立場が有力である¹⁷⁾。

② 過失犯，とりわけ不作為過失犯

次いで検討すべきは過失犯，とりわけ過失不作為犯における処罰範囲の拡大傾向である。故意行為は法益侵害惹起の目的を持ってなされるものとして特定されるものの，過失行為にはそれが欠けるため，「法益侵害を志向する行為意思」を認めることはできず，「注意義務違反を志向する行為意思」の範囲で行為が特定されることになる¹⁸⁾。リスク社会においては，すでに見た通りリスクの帰属先への感受性が高まる結果，多様な行為者に求められる結果回避措置が，必ずしも結果との連関を持つものばかりではなく，危険な傾向性を内包する政策に関する判断の当否などにかかる釈明責任に変化してしまう可能性が指摘されている。この結果，行為時点におけるリスク決断の当否が明らかではないとしても，事後的に見れば当該決断によって発生した結果は明らかであるという理由から，過失判断が行為者への非難可能性に基づく，責任判断としての負担要求可能性に基づく判断に転じてしまうという現象が見られるのである¹⁹⁾²⁰⁾。

③ 未遂犯

17) 謝煜偉「抽象的危険犯の現代的課題」刑事法ジャーナル33号（2012年）33頁を参照。なお，謝は，当罰的基準に関する指導原理として，累積犯説，単発行為侵害説，法益の二元的理解説を整理しており，参考になる。

18) 仲道祐樹『行為概念の再定位』（成文堂，2013年）182頁，191頁。

19) 杉本一敏「リスク社会と過失結果犯」刑事法ジャーナル33号（2012年）21頁。杉本は，薬害エイズ事件厚生省ルート（最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁）を題材として，過失におけるリスク連関論（危険の現実化論）の適用の限界を示すものとして論じている。なおここで杉本は，制約原理としての負担要求可能性と，ポジティブな帰属原理としての負担可能性は異なるが，杉本は前者を取っているように見える。なお，負担要求可能性については，高橋則夫他『理論刑法学入門 刑法理論の味わい方』（日本評論社，2014年）40頁，45頁をあわせて参照。

20) なお，吉岡による次の指摘も合わせて参照。「問題事象の予防・統制という観点からは，事象発生のプロセスについての法則的理解が不可欠であり，複雑な事故では関係者の協力を得た発生メカニズムと関連要因の解明が再発防止のためにも望まれる。過失処罰など行為者の責任を問う場合には，この事態解明の阻害要因となりうる」（吉岡一男『因果関係と刑事責任』成文堂，2006年）。ほか，事故の全容解明を目的として，行為司令の限界と結果の回避可能性を接続する議論として高橋・前掲注19)214頁を参照。

3. 行為者性と道徳的運

以上に加え、未遂犯を題材として、行為の危険傾向についての考えをリスク社会を背景として再考する議論も見受けられる²¹⁾。リスク社会においては、リスクの未然回避の要求が高まるとともに、個人でも利用可能な技術的知見が拡大することで、ある行為者の置かれた状況や行為の容態の差異に着目しつつ、リスクを内包すると認識できる行為の傾向性もまた変化する。実質的危険にせよ形式的危険にせよ、既存のリスク判断を維持する限りは、未遂と認められうる範囲が拡張する²²⁾。ただし、傾向性処罰については、可能的なリスクの事前除去が現実的な自由の事前制約と表裏一体をなす点が更に問われることになる。

以上のように、リスク社会における行為と行為者は、それぞれがもつ傾向性から逆に措定されうる。我々にとってリスクと見なされるものの範囲は、我々が持つ技術や社会秩序によって限定されるとともに、その技術や社会秩序の変更速度によって拡張される。そのため、リスク社会下の我々は、一方においてはリスクについてこれまで以上に敏感になるとともに、リスクの所在を様々な主体に帰属させる拡張傾向をもちながら、他方においてはあらかじめ除去可能なリスクを事前決定する縮小傾向を併せ持つことになるのである。

(2) 行為者と法

リスク社会においては、自らにとって外部にあると見なされたリスクが増大する。逆説的に、リスクを引き受ける行為者が過大に包摂されるとともに、リスクを予め忌避する行動を促してしまう点においては一足飛びに責任の帰属に向かう圧力が高まることになる。

21) 安藤馨・大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』(有斐閣、2017年)第4章を参照。なお、これらは処罰早期化という処罰論に結びつけられることもあるが、この点については、刑事法ジャーナル・前掲注5)5頁における刑罰論と犯罪論との峻別にかかる議論を参照。ただし、この点について、高橋・前掲注19)214頁以下において、過失犯の主体特定のためには刑罰論としての積極的一般予防論を導入せざるを得ないという議論を合わせて参照。

22) 甲斐・前掲注4)を参照。安藤ほか・前掲注21)第4章はここからさらに進んで、新派旧派の争いの選択へと論を進める。

3 リスクの帰属と道徳的運について

しかし、リスク社会のように我々行為者と行為のあり方が揺らぎつつある場面でこそ、個々の行為者には帰属しえない行為と責任の所在を取り出す必要がある。行為の傾向性を先取りしようとする圧力とは反対に、運や偶然性を取り込む形での行為と行為者の取り出しが問題である。

ここで、ラズの行為者についての議論を検討することは有益である。ラズは、行為者が責任を負いうる行為を画定するにあたり、コントロール可能性や意図、結果の深刻さといった伝統的要素と、行為者としての能力との関係について論じる。例えば、しばしばコントロール不可能な事象には責任を負わない²³⁾と述べられるものの、実際には、我々はそれらの少なくとも一部については責任を負わせている。ラズは、この点を道徳的運の議論に明示的に接続することで、行為者の自尊心を支えるアイデンティティ感覚に依拠した責任帰属方法を提案するものであり、ちょうど前節で論じてきた行為の傾向性を補完する論点を示している。以下、道徳的運の問題を概観した上で、ラズの論を敷衍する。

さて、そもそも道徳的運の問題は、我々は自らのコントロールの及ぶ対象に対してのみ道徳的な評価の対象となるという直観に反し、行為者自らのコントロールが及ばない（及ばなかった）要因が介在した場合における道徳的評価の局面において顕在化する。例えば異論のないこととして、「不随意運動、物理的な力、状況に対する無知」等が存在する場合などコントロールの明らかな不在状態において、道徳的判断を当人に下すことはできないことが挙げられるだろう。ネーゲルの定式化を用いるならば、「ある人の為すことの重要な一面が彼の意のままにならない要因に依存しているにもかかわらず、その点において彼を道徳的判断の対象とみなすことを我々がやめない場

23) そもそも因果関係または行為性を欠くとする見解として、山口厚『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）を参照。「それをやめたとしても結果が発生してしまうような行為」は、条件関係がない行為として捉えることができるが、「やめようと思っても止めることができないような事態」は意思によってコントロールできない身体の動静である以上、行為性を喪失するだろう。これらはいずれも刑法的に処罰する意味を欠くが、その根拠において異なることになる。

3. 行為者性と道徳的運

合、その一面は道徳的運と呼ばれる」²⁴⁾。ネーゲルはウィリアムズの議論への応答において、①結果的な運、②構成的な運、③環境的な運、④原因的な運を提示する。すなわち、①結果として発生してしまった事実と行為との関係、②意思のコントロール下になく気性や性格からくる性質と行為との関係、③我々のコントロール下になく直面してしまった局面と行為との関係、④自由意志と行為の関係である。

とりわけ、行為者 (agency) という概念と、行為は出来事であり人は物であるという事実とは両立不可能とされる²⁵⁾。ネーゲルは、行為者であるという概念を内的な視点から見られたもの (自分が、ひいては我々がなしたこと) として、世界の一部としての行為と人とを外的な視点から見られたもの (自分も、ひいては我々に起こること) として区分する。内的視点と外的視点が並列するパラドクスこそが、道徳的運の問題の核心にある。

しかし、これらの議論は、もっぱら意図によって結果をもコントロール可能な行為と、運を天に任せる行為という二分法を維持しているために、責任帰属の実践との距離は否めない。ラズは、ネーゲルによる内外の視点を「我々が何者であるのか」という点において統合することで、道徳的運の問題は、「その人自身がどのような人間であるのか」という問いを媒介にする形で、行為の問題に接続する。

ラズは、コントロール不可能な事象を例えば次のように区分する。(a1) ギャンブルに身を投じたり、わざとリスクを取ったりする行為、(a2) 我々の行動が影響力をほとんど持たない問題に依存する行為 (しかしギャンブル類似の行為ではないもの)、(b) 自分自身を構成する (例えば我自身のスキルと努力に依存するはずだと期待する) 行為である²⁶⁾。これらは、(a1) 結果に至る引き金を引きうる行為、(a2) 引き得ない行為、(b) 結果自体のヴァリエーショ

24) トマス・ネーゲル『コウモリであるとはどのようなことか』(勁草書房、1989年) 43頁。

25) ネーゲル・前掲注24)及び青山拓央『時間と自由意志』(筑摩書房、2016年)、青山拓央「行為と出来事は直交するか」西日本哲学会報18号(2010年)87頁。

26) JOSEPH RAZ, AGENCY AND LUCK, Luck, Value, and Comittment: Themes from the Ethics of Bernard Williams, 2010, sec. 2.

3 リスクの帰属と道徳的運について

ンを形成する行為として言い換えることができるだろう。

とりわけ、区分(b)は、私たちがコントロールできない側面も含めて、私たちが世界における参与に関わり、気にかけているということを示す。

ラズは、これらを統合する形で、「ある理由をもってそうすべきとして行為すること、コントロールをもってそうすべきとして行為すること」ということが、既存の検討でなされてきた責任帰属の考え方であると整理する。これらを検討した上で、ラズは、まさに過失が道徳的運とこれらの原則とが齟齬なく統合できるように、代替案として合理的機能原則という基準を提示する。この基準は、責任を負う範囲を「合理的行為者たる能力が機能した結果として生じた行為」²⁷⁾とするものである。これは、睡眠や鎮静などと言った精神状態による身体運動を除外するだけではなく、人々の持つ責任の範囲を、人々の能力とアイデンティティ感覚に応じて変動するものとして捉えている。「人々は、自身が持つ行為者の能力の範囲に応じ、一様ではない。情報を吸収し、情報を熟考に使用し、結論に達し、結論に従って行動する能力、身体をコントロールする能力、自信を持って実行できる行動の範囲、彼らができることの状況は、かなり変わる。この原則はこれを考慮に入れている。この原則は、問題となっている人が持っている合理的な行為者の能力のために、行為の責任を主張する。人が責任を持つ行動の範囲は、それゆえ、その当時の行為者の能力の範囲に応じて一様ではないだろう」²⁸⁾。

ラズは、この「私たちが何者であるか」の感覚は、様々な成功や失敗を通じて、「私たちが何者であるかへと自分自身を作り上げる仕方」であり、「私たちが何者であるかは、レバントな意味において、私たちがいくつかの目標を追求し、その他の目標を遠ざけるといふ、私たちの傾向性と態度によって決定され」るものとして捉える²⁹⁾。

27) Raz, supra note 26, sec. 1.

28) Raz, supra note 26, sec. 5. なお、同時期における Raz, *Being in the World Ratio* vol. 23, 2010 及び *From Normativity to Responsibility*, 2011, ch. 13 も参照。

29) Raz, supra note 26, sec. 3. なお、本稿に関連する限りで要約すれば、下記の通りである。

① 私たちの人生、人生の成功、人生の失敗、そして人生の意味は、私たちが世界

3. 行為者性と道徳的運

(3) 行為者性と人格形成

以上のようなラズの考えからは、次のような洞察を引き出すことができる。すなわち、責任を問いうるための条件には合理的行為者たる能力がある³⁰⁾とともに、この能力が行為者の能力の範囲に応じて変動するという点である。個々の行為者の能力が、法に関係する限りにおいて、事後的でありながら展望的な目的とともに評価されることなしには、行為者という像が消滅することになる。

このような考えは、かつて団藤重光が論じたような人格的責任論に接近するように見えるかもしれない。団藤によれば、人格の現実化たる行為は、人格環境と行為環境、そして素質によって決定されているものの、「人格の形成についても個々の行為についても各人に主体的な選択の余地が残されている」³¹⁾。しかし、団藤の理論が非決定論（相対的非決定論）に基づく、行為時点までの全人格形成のプロセスを一般的な形で論じたのに対し、ラズの議論は人格形成における投企されたものとしてのプロセスを個別的に論じる点に

との相互交渉、すなわち世界への影響と世界からの影響と結びついている。

- ② 私たちは、自身が獲得したスキルや、通常 of 自然な状況ならばどうやってうまくやれるかを知っているという自負に、多かれ少なかれ依拠している。
 - ③ 私たちの行為の一部とは無関係に決定されている私たちが何者であるかについての感覚は、私たちの能力とその限界の感覚によって決定され、それが目標や願望の限界をも定める。
 - ④ 私たちが誰であるかという感覚は、概ね私たちの能力やキャパシティに対する自信を強め、拡大したり弱めたりする私たちの行動を理解することによって形作られる。
 - ⑤ 上述の人間形成プロセスは規範的に推進されている。
 - ⑥ このプロセスにおいて、私たちの行動とその成功はともに、私たちが何者であるか、私たちが何者であるかを誰が決するかを明らかにする。
- 30) 「私たちの自尊心を支えている「わたしたちが何者であるか」の感覚、そしてリスクをとったり避けたりする我々の傾向、それゆえの私たちの目標や野望というのは、わたしたちの合理的行為者の力が安全に信頼しうる領域を構築することにおける成功と関係している。その領域内で能力を維持するには、その領域内に置かれた行動に対して責任を負うことが必要だ。そのような行為について責任を否認することは、私たちが何者であるかについて誤りを犯すことになるのである」Raz, supra note 26, sec. 5 またこの点につき、瀧川裕英「責任能力は責任に依存する」法学教室 430号 (2016年) 12-13頁を参照。
- 31) 団藤重光『刑法の近代的展開〔増訂版〕』(弘文堂, 1953年) 274頁。

3 リスクの帰属と道徳的運について

において袂を分かつ³²⁾。

この結果として、ラズの議論においては、個々の行為の背景をなす人格形成の契機を考慮に入れることが可能になる。「過失があるか全く無しかを決める諸事実によって、画一的かつ均質に過失あるすべての行為者を判定するのを拒否している。彼らの行動と結果のもつ重要性とは異なり、彼らの精神状態はかなりの程度バラバラなのである。機会においても、心と行動の習慣を反映することもまたそうなのだ³³⁾。行為は一つ一つが独立したものではないように、行為者もまた、法則性や歴史性による物理的な客体であるとともに社会的な非難の客体として立ち上げられつつも、自己自身のイメージや自分が引き受けたその他の行為や願望等との全体論的な連関によって、合理性と理由の中に自らを埋め込みつつ行為をなすのである³⁴⁾。

この意味で、我々は我々が現在そうある偶然の環境を活用しながら、行為と理由に取り巻かれた世界に関与する主体となる。もちろん、その主体は偶然を統御しうる主体を意味するわけではないし、全てを偶然に委ねる主体でもない。偶然に関与し、「我々」が受け入れるべき偶然の範囲を暫時的に取り決める主体である。そのような関与と責任を結びつけることなしには、行為を（そして責任を）帰属することはできない。さらにそれが処罰に結びつくならば、自らの運命が偶然に委ねられているという信念を植え付ける（『刑法と哲学』『法と哲学』）ことにもなりかねない。責任を問うことが自由な意思を発現できる個人を初めて生み出す³⁵⁾のだとしても、環境関与を媒介とした「我々が何者であるか」の履歴と展望から行為者を位置付けることは、個

32) この点において、「行為と明らかに実質的な関連があり、しかも刑罰によって干渉することが妥当であり、有効である限度」で「行為にあらわれた人格しか問題とすべきでない」とする平野の見解と通じている。平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966年）43頁、堀内健三「団藤先生と人格形成責任論」論究ジュリスト4号（2013年）を参照。

33) Raz, supra note 26, sec. 6.

34) この点で、伝統的に自律的行為者の徴表とされていた独立性と整合性をベースとしつつも、関係的な行為者性を探求するオニールの立論が参考になる。オノラ・オニール『正義の境界』（みすず書房、2016年）を参照。なお、J. Fischer, Responsibility and Autonomy は自律性についての簡潔なまとめである。

35) 大屋雄裕『自由とは何か』（筑摩書房、2007年）、瀧川・前掲注30)。

4. 過失の帰属と「身分」

人に帰される行為の限界を画するのである。

およそ半世紀前、科学的人間像と主体的人間像の対立として論じられた団藤らによる議論は単に過去のものではない。第1節で見たように、リスク社会における行為責任原則の弛緩現象として現れているのは、かつての責任の回顧性／展望性をめぐる論争である。リスク社会に照らしてこの団藤らの主体と人格に関する議論を見返すことで、環境即応的に担いつつあるものとしての行為者像が浮かび上がらせることができる。

4. 過失の帰属と「身分」

(1) 主体特定と過失

以上で論じてきたように、行為は行為者本人の自己形成過程によって初めて十全に把握される。最終章である本章では、フェルベークからラズへと至る環境関与的で自己形成的な行為者という本稿で得られた視座と関連しつつも、今後の課題として残った論点を簡潔に列挙する。

さて、第一に問題になるのは、複数の関与者が結果に関与する過失競合事例における主体特定の問題である³⁶⁾。横浜市大患者取り違え事件³⁷⁾、薬害エイズ事件厚生省ルート³⁸⁾、明石砂浜陥没事件³⁹⁾、明石歩道橋事件⁴⁰⁾、日航機ニアミス事件⁴¹⁾、三菱自動車車輪脱落事件⁴²⁾、渋谷温泉爆発事件⁴³⁾等に見られるように、近時の事件は、組織・監督過失の問題のみならず、結果防止主体の拡散、結果防止義務の重畳化、安全システム整備の時間的延長といった問題も露見している。

すでに見たように、抽象的に危険が顕在化しうることは予見できたとして

36) 不作為犯における主体限定の必要性については高橋・前掲注19)60頁。

37) 最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁。

38) 最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁。

39) 最決平成21年12月7日刑集63巻11号2641頁。

40) 最決平成22年5月31日刑集64巻4号447頁。

41) 最決平成22年10月26日刑集64巻7号1019頁。

42) 最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁。

43) 最決平成28年5月25日刑集第70巻5号117頁。

3 リスクの帰属と道徳的運について

も、具体的な危険の発生の予測が困難である場合に過失を問うこと⁴⁴⁾は、結果回避のための措置を説明責任に転化する問題があった。しかし、説明責任は必ずしも結果回避との連関を持たないために、主体をアドホックに拡散させかねないばかりか、道徳的な責めと法的責任を混同させかねない点において問題が残る。

フェルベークとラズに従えば、上記の道徳的運の議論とともに、過失について次のように論じうる。

例えば、過失犯については、特定の職業に就いたことから必然的に生じるリスクもある。もちろん、業務性が認められるような場合に、当該過失の有無、程度について、ある程度の加重が及ぶことは否定できない。しかし、専門分化と専門職連携が同時進行で進む今日においては、リスクの局所化と競合という複雑性を政策的に推し進めていると言っても良い。その場合に、義務を課された主体は、古川伸彦の『刑事過失論序説』の言葉を借りればいわば危険の強制的に引き受けさせられた主体となる。

(2) 偶然処罰と過失

次いで問題になるのは、偶然処罰との関係である。この主体の偶然特定の問題は、処罰の偶然性の問題⁴⁵⁾と表裏一体である。犯罪論を刑罰論を安易に繋げることは慎まねばならないものの、過失の特定にあたっては、極めて初

44) 明石砂丘陥没事件を参照。行為当時の行為者が取りうる結果回避措置が結果的に何ら変わらない場合には、予見可能性の対象は概括的なもので足りることとなるだろうが、反対に、予見可能性の対象が厳密なものであることが要求されるのは、結果回避措置が変わりうるものである場合である。結果回避措置が変わりうる以上は、行為者が現実の因果経過に肉薄した「因果関係の基本的部分」の予見可能性なしには、結果回避措置を自覚することができないためである。この点につき、「行為者に「現実の経緯 A そのもの」とは異なる「非現実の経緯 B」の予見可能性しかないのに過失犯の成立が認められているのは、いずれも経緯 B の予見から思いつくことのできる結果回避措置 B の保護目的に現実の経緯 A も含まれていると言う場合に限られ」とする見解として、杉本一敏『『因果関係の基本的部分』の予見可能性について—渋谷温泉爆発事件を契機に—』刑事法ジャーナル 50 号 (2016 年) 50 頁を参照。

45) 哲学的議論として、罰のくじについて論じた DAVID. LEWIS, *The Punishment That Leaves Something to Chance* (1986) の思考実験が参考になる。

4. 過失の帰属と「身分」

歩的なミスを回避する義務などを除き、いわば「オーダーメイドの規範」を事後的に作り出さねばならない。しかし、これは事前に潜在的被告人らにとっては明らかではない規範によって処罰を与えることであり、刑罰発動の条件たる抑止の趣旨も含まない。この点を捉えて、過失が偶然処罰であることを前提にする論も見られるものの、あくまでも刑事裁判が抑止目的で運用される限りは、同種同類の事故発生を防止するための一般予防的な再発防止に向けられた義務違反のみが、過失犯として公的に宣言することが求められる⁴⁶⁾。義務行為を展望的に細分化し、類型化することで国民への告知する機能を果たすならば、典型的に行為を免責する許された危険法理でも、個々の行為者の相互的予期における信頼の原則でもなく、当該業務遂行の安全性を向上させるための必要な措置の特定と履行をこそ、模索すべきだろう。

(3) 「身分」と過失

最後に、行為者という「身分」の問題への接続をもって論を閉じる。

本稿で論じてきたフェルベークからラズへと至る議論は、行為者の自己形成過程から主体特定を果たすものであった。これは、他方においてある種の身分を再来させるのではないか、という問題が生じる。この問題を、「高い身分」への一元化という形で論じているのがウォルドロンである。ウォルドロンは、法に内在する道德の原理から離れるならば責任ある行為者としての人の持つ尊厳を貶めることになる、というフラーの一節を引きつつ⁴⁷⁾、憲法及び人権法における「人間の尊厳」という言葉が、全ての人間に対する高い法的身分 (rank) と地位 (status)⁴⁸⁾を意味するとしていた。奴隷制に代表さ

46) 高橋・前掲注19)215頁。そこでは、横浜市大患者取違え事件を例に、過失の判断対象が、1 裁判所のいう患者の同一性の徹底した確認義務という対象から、2 麻酔医の疑念について情報共有ができない状態にあった病院のチーム医療体制を改善すべき義務へとずれてしまっている問題が指摘されている。とりわけ、この中には麻酔の研修医も含まれており、主治医の手術続行の方針決定に対しては、抜け出したくても抜け出せない状況下にあった可能性も指摘されている。甲斐克則「過失・危険の防止と（刑事）責任の負担」法律時報 88 卷 7 号（2016 年）31-39 頁を参照。

47) Jeremy Waldron, Law, Dignity, and Self-Control, Dignity, Rank and Rights, 2012, 236-237.

48) Jeremy Waldron, supra note (47), 250.

3 リスクの帰属と道徳的運について

れる人の恒久的な地位を表す階層的地位 (sortal-status) と、選択、偶然、継承といった諸条件に依存的な条件的地位 (condition-status) を区分した上で、ウォルドロンは、互いに自尊心を持ちつつ、平等に互いを見上げ合うという高い地位の普遍化を標榜する⁴⁹⁾。

しかし、この平等な「高い身分」の普遍化の重みに、個人が耐えることができるかは自明ではない。リスク社会化、専門分化とともに社会的・経済的格差が表面化する現在において、この「高い身分」の普遍化を貫徹することが可能であるかは、自明ではない。むしろ、ヘイトスピーチ⁵⁰⁾に代表される排外主義やグローバルに進む保守主義の台頭は、本稿の関心に従えば、リスクと運という要素を回避してきたことのバックラッシュと呼べよう現象である。

では、「我々」は、この平等な「高い身分」の普遍化の重みに耐えられるのか。そのためには「我々」は、新たな条件的地位を自己形成する必要がある。条件的地位と「立憲主義の「法システム」の期待する行為を行う意思と能力を有していることの一般的証明」を接続する⁵¹⁾ことは、普遍化された「高い身分」を再度、「我々」の中での選択の中に馴致するためには不可欠の過程となる。権利の内なる制約⁵²⁾として高い身分に伴う義務があるように、行為者たりうるための自己形成過程には環境関与的な「我々」を担う自己像が必要なのだ。

現代社会は、一方においてはリスクについてこれまで以上に敏感になるとともに、リスクの所在を様々な主体に帰属させる拡張傾向をもちながら、他

49) Jeremy Waldron, *supra* note (47), 243-244.

50) ウォルドロンのヘイトスピーチについての見解は、ジェレミー・ウォルドロン『ヘイト・スピーチという危害』（みすず書房、2015年）を参照。なお、Jeremy Waldron, *Law, Dignity, and Self-Control*, 234でも見ることができる。なお、ウォルドロン『シティズンシップと尊厳』思想1114号（2016年）も参照。

51) 蟻川恒正『尊厳と身分』（岩波書店、2016年）55頁を参照。「元来、憲法上の権利の主体に対してその権利を可及的に保障するとともに、公共の福祉の実現をも企図している。かつての高い身分に属する者に対して保障された憲法上の権利は、社会公共のための義務の履行をその権利行使の目的ないし性質の裡に内在させていた（ノブレス・オブリジュ）と解することができる」

52) 蟻川・前掲注51)230頁注22。

5. おわりに

方においてはあらかじめ除去可能なリスクを事前決定する縮小傾向を併せ持つように思われる。我々は、個々の「我々」と集合的な「我々」を同時に生きるとともに、各々の「我々」がなんであるか、なんであるべきかを問う。このように「我々」が何であるのかという問いが多層的である以上、客観的世界の一部であるとともに行為者でもある「我々」が引き受けるべきリスクもまた条件的地位に応じた多層を要請する。かくして冒頭のフェルベークの問いは、道徳的運とともにある「我々」の偶然性の問題に帰着するのである。

5. おわりに

リスク社会化は、我々の寛容を低下させる。保護主義へのバックラッシュと呼べよう全世界的な現象は、本稿の視座から見れば、リスクと運を個人化したことと表裏一体をなす。

ラズの言を借りれば、リスクと運によって分断された「我々」は一つの声で喋ってはいない⁵³⁾。リスク社会の中で、我々はリスクの帰属先を特定の事件に近接した個人か国家に帰属する傾向に駆られている。

しかし、すでに見たようにリスクは「我々」の決定のうちにあり、そのリスクを引き受けうる個人たりえない限りは、責任の帰属先も偶然によるところのものとなる。リスクと運をいま一度「我々」のものとし、誰しにも等しく訪れる偶然を「我々」が受け入れるというフィクションを現実のものとするとなしには、「我々」の社会は失われてしまうだろう。「責任を伴った媒介の形態」⁵⁴⁾こそが主体を形成する。リスクと運の議論は、このように「我々」の社会を動かしつつ統合するための蝶番をなしているのである。

ジョナサン・ウルフは、本稿でも度々参照したバーナード・ウィリアムズを引用しつつ、政策論争について哲学が果たしうる二つの役割を区別している。一つは、いま現在から出発して我々がたどり着ける最善の社会の姿を模

53) JOSEPH RAZ, *Speaking with one voice: On Dworkinian integrity and coherence*, 2004.

54) フェルベーク・前掲注1)『技術の道徳化』269頁。

3 リスクの帰属と道徳的運について

索する「プラグマティックな行動」を果たすことであり、もう一つは、将来の世代にとっての政策の文脈と論議を変更する「人々が持っている価値を形成することを望めそうな、物事の別のやり方についての議論とヴィジョンを示す」ことである⁵⁵⁾。本稿で論じたリスクと運のバックラッシュ現象は、現在における「我々」という一つの社会の姿を掘り崩しつつある。ある決定が下される時、潜在的な被影響者であることを知りつつ、「決定と未来の関係は、リスクという概念の中でしか把握できなくなる」⁵⁶⁾以上、リスクと運についての論争なしには、「我々」の社会の形を暫定的に定めつつ、新たなリスクに備えることはできないままに留まる。

55) ジョナサン・ウルフ 『「正しい政策」がないならどうすべきか』 (勁草書房, 2011年) 260-262頁。

56) ルーマン・前掲注10) 『社会の政治』 530頁。

