

## はしがき

本書は、京都大学 21 世紀 COE の一つの研究班である、「市民社会班」の共同研究をとりまとめたものである。私たち研究班は、民法、憲法など実定法から法社会学、そして政治思想の研究者を含む学際的な研究組織であるが、この 4 年間、市民の目線から、現代社会における新たな法秩序を展望するという課題を取り上げ、議論を重ねてきた。その成果は、これまでも報告書、雑誌の特集、そして個別の論文として発表してきたが、今回、新たに「責任」をキーワードにして 7 本の論文を書き下ろし、2005 年に行った責任意識調査の報告と合わせ、一書にまとめることになった。

責任は、いうまでもなく法律学のもっとも基礎的な範疇であり、法実務の中で、また法解釈学や法理学の中で、無数の実践と重厚な思索が積み重ねられてきた。しかし、現在、法の役割が拡大し、法が社会生活により深く関わるようになって、この責任の体系にもまた新たなゆらぎが見られる。また、目を法の外に広げても、「責任」が人々が日常的に用いる概念であり、責任をめぐる言説は社会にあふれている。そうした責任の語りを通じて、人は、あるべき人と人との関係づけ、そして社会そのものを表出している。さらに、現代の政治学や社会理論は、そのより洗練された語りとして、社会が無意識のうちに排除し、周辺化している人たちへの新たな責任を問題にしている。それらの社会の中で責任をめぐる思索は、法にもまた反省を促している。

この法と社会とそれぞれの領域で独自に、また相互に影響を与え合いながら行われる責任の考察が、結局、現代社会の新たな法秩序の模索に他ならないのであり、私たちの研究も、それを捉えて言語化するとともに、その模索に加わろうとしている。本書が、どこまでその試みに成功したかは心許ないが、「市民社会」をもう一つのキーワードにして一つの筋を通すとともに、全体を 4 つにまとめてある。

最初は、実定法からの切り口である。不法行為法や医療倫理において、今日、人々により大きな安全を与え苦痛の除去を図るという要請が高まる中、行為者の自由や、患者の自己決定の尊重も現代ではいっそう重視されてきている。それだけ法にはより大きな負荷がかかってきているのであるが、その解決のために、責任の観念にも、たんにお互いが自由になし得る範囲を明確にし、それを尊重するという以上の、誠実な応答義務ともいうべきものが出てきている。

潮見（第7章）が取り上げるのは、シックハウス症候群などの名前で近年問題にされるようになった、化学物質過敏症をめぐる責任のあり方である。実定法的な角度から問題点の整理がなされているが、そこでは、未だ十分に科学的説明が行われていない、社会の中に広く<sup>もつ</sup>一般的生活危険をいかに統制するか、事前の調査や予防措置など、新たな法的義務づけが模索されている。被害を訴える者に、責任の有無の立証を直ちに求めるのではなく、加害者がその訴えを聞いて調査を進め、問題の解決を一緒に考えていく応答義務が判例の中に読み取られている。この未知の危険に対応する配慮義務が、具体的に被害を訴える者への応答義務の形で現れ、それを法でも認知し、支えていくことで、われわれはより大きな安全を手に入れ、またとくに過敏で日常生活の危険に耐えられない人を社会の中に包摂していくことが可能となるのであるが、それは、近代の形而上学が前提とした、自由な、孤立した個人間の権利義務の秩序とは異なっている。

同じように、樋口（第6章）が扱う医療の世界も、権利義務の一義的な規定で規律できない複雑さを持っている。末期癌の患者へのモルヒネ投与を指示された看護師が、死期を早める結果になるとして拒否するという設例をめぐる、様々な専門家の意見が対話のような形で載せられている。それらを共通して流れているテーマは、コミュニケーションである。看護師の責任の中核にあるのは、患者の自己決定権の尊重と、医師の指示への服従義務である。そのいずれにおいても、この看護師がモルヒネ投与を拒否することはその義務違反とされるが、しかし問題はそこで終わらない。拒否の是非を超えて、いかにその拒否に至る看護師のこだわりをこの具体的な患者の看護の場で建設的な提案として

出し、それを実践可能な看護計画に具体化していくか、その一連の行為の適切さが問題となるからである。看護師が、自らの判断で、医師の指示や患者家族の意思に反することは問題にしても、ただ医師の指示に従い、患者家族の意思を実現するだけであれば、せっかく看護師がその専門職としての良心にかけて疑問に思ったその判断は、どこにも生かされないで終わることになる。医療の現場では、責任を判断する際の拠り所となる法や裁判例、そして看護師倫理も、たんに規定それ自体が拘束力を持つというより、むしろ、多様な関心と価値が交錯するところで、状況に即した適切な判断を共同的に達成するための資源として参照されなければならないのである。

この脱文脈的な、実体法的責任から、手続的な、より行為調整的な責任への転換が、現代の不法行為法や医療倫理の現場で存在していることは、実は、本書のタイトルにもある「市民社会での責任」を暗示するものでもある。市民社会は、自由な市民が、同時に、能動的に社会の構築にも関わっていく、そうした参加型の社会である。この市民社会が成立するためには、自由の条件とともに、水平的な、市民相互の関わりが不可欠である。それが、この潮見や、樋口の責任をめぐる議論の中に現れている、訴えを聞き、応答する義務や、異なった専門職の間の対話であり、すぐれて現代の責任に対応していると考えられるのである。

こうした市民社会という視点からは、今度は、国家と社会との関わりという大きな問題が現れてくる。現代の国家は、いずれも増大する国民の要求に応えるために財政的にも組織的にも肥大化し、それが国民の自由を脅かす存在ともなっている。それゆえ、直接、社会の中で、この国家機能の一部が市民の能動的な参加を得て充足されるようになれば、国家の肥大化が防がれるばかりでなく、市民がその活動に関わる中で獲得する批判性が、権力の歯止めとしても機能すると期待されるのである。ただ、社会には多様な関心や利害が錯綜しており、国民が能動的に国家の遂行する機能に関わるようになると、国家の中立性がおびやかされる恐れも出てくる。

この国家が社会の前に超越性を失う事態を問題として取り上げたのが、毛利と高山の論文である。まず、高山（第4章）では、司法改革において、これまでの裁判が市民の感覚から離れたものになっていたという批判が行われ、裁判員制度も設けられたが、「国民の健全な社会常識」を裁判に反映させることには重大な問題が孕まれていることを指摘する。それは、突きつめれば、「国民が処罰が必要だと思ふものを処罰する」ことになり、国民の処罰感情が赴くままに裁判が行われる恐れがある。もちろん、法による裁判の制約が強く働けばよいのであるが、高山は、ドイツの刑法学史において、民族意識の高まりや、法の形式性や疎遠性に対する批判から、実際、そうした制約を外しかねない刑法理論が作られたことがあったという。法の解釈が争われうるものであっても、その解釈を国民の意思に基礎づけることは、裁判や法学の議論にあるような開かれた反省的な吟味が、国民の判断にはないがゆえに危険であると考えられるのである。

ただ、国家の行う刑罰権の行使に国民が関心を持ち発言することは、近年の被害者の権利運動を見ても、一つの大きな歴史的な流れである。だからこそ、それが法の超越性を危うくする事態を指摘することも必要であるが、この市民社会をいっそう成熟させ、市民参加に見合うような市民的公共性を強化するという議論も同時に行われる必要があるであろう。この社会の活性化と国家の法治とのジレンマを、現代の国際社会の文脈で取り上げたのが、毛利（第3章）である。

毛利は、まずシュミットの、友敵を区別し、国内の党派を束ね超越する政治的統一体としての国家が、戦後の自己否定にもかかわらず、国家の本来のあり方を把握していると評価した上で、むしろ「国家の終わり」を国際人権の文脈で、現代の国家の特徴と見るハーバーマスの議論を批判していく。ハーバーマスは、グローバルな市民社会ともいべき公共性が今日国家を超えた世界大の規模で成立しており、そこに、国際的な機関の他に、多国籍軍のような合法戦争が執行力を与える形で「国際法の立憲化」が進んできているという認識を持つのであるが、毛利は、この超国家的な国際公法を支えるとされる公共性や、

分化した法システムは、現実の国際社会を見れば存在しているとは言えないとする。そこから、かつてと同じように、今も国家が責任ある統治の機構であり続けるし、その責任を明らかにする公法学の役割も終わらないとするのである。

この議論も、それゆえ、市民社会、とくに法を基礎づける市民的公共性が国家の範囲を超えて成立することに、過大な期待を抱きがちとなることに警告を発するものであり、現代の責任を考えるとときの大事な論点を指摘しているものと言える。

これとは逆に、国家が責任ある統治ではなく、むしろ暴力の装置として、社会の中にその支配を貫徹していく面も、本書の中で検討されている。それは、時に社会に激しい憎悪の爪痕を残したり、また規律の前に従順な身体を作ることによって、まさに市民社会として想定される、自由で、活力のある社会を否定するものとなるが、同時に、その修復や抵抗の過程で、社会が再想像されていくこともある。この両義的な面を、国家の暴力に見るのが、小野と松田の論文である。

まず、松田（第5章）は、南アフリカの「真実と和解委員会」が、通常の法廷とは異なる、不安定な個人的語りをそのまま受容し、民族和解の集会的な物語を紡ぎ出していった過程を描きながら、社会の自己治癒の力を、語り／聴く関係の中に求めている。アパルトヘイトのように、国家とその法が不法な支配のために使われるとき、合法と不法は反転し、社会に重層的で錯綜した憎悪と敵意の連鎖を作り出す。それを一つ一つ加害者と被害者を切り分けて正義を実現することは不可能であり、集会的な和解の物語を作り出していく必要があったのである。このような事態は、同じ規模ではもちろん日本には存在しないが、松田は、朝鮮植民地支配に起因する問題の戦後処理で日本政府が取った対応の中にも、同じように合法的な国家暴力があり、対抗のための集会的な物語の創出と、その裁判での認知が癒しの効果を持ったことを指摘している。

松田は、例としてあげていないが、水俣病でも、同じように、多くの個別の語りが行われ、それがまた様々に波紋を広げて、国家や法の持つ暴力性を集合

的な物語として作り出している。こうした例は他にも無数にあり、それがどこまで語りを広げられるかは様々であるが、この語り／聴く過程が、裁判とともに、裁判を超えた形で行われることは一つの普遍的な現象であり、そうしたものの反復の上に市民社会も構築されているのである。

小野（第2章）も、広く国家の側から社会の内部に貫徹される力を問題にし、その克服を、主体が他者との関わりの中で立ち現れるとする、フーコーの特殊な主体概念の中に見ようとする。一般に、フーコーは、法が通常扱う国家の権力や自由な主体といった概念を懐疑し、代わって社会の中に張り巡らされた不可視な権力や、主体の被構築を問題にするものとして、本書が扱おうとしている責任の概念とはなじまないと考えられている。帰責を行おうとしても、帰責すべき主体が規律権力の効果にすぎないのであれば、それは、実体のない「わら人形」を叩くのと変わりはないからである。

しかし、小野は、フーコーの権力概念を、ハイデッガーの存在論を手掛りに、オントロギッシュ／オンティッシュの両義的な関係として読み解くことによって、フーコー以前の、古典的な主体概念に回帰することなく、この主体と責任のあり方を示そうとする。それは、外部的な形象として、一定の社会関係の中に置かれるや否や固定化されるものをたえず脱形象化し、自由を回復する主体の運動、オントロギッシュな力を想定するとともに、その主体の現れが、常に他者との間で行われることから、そこに暫定的な、そのつど形成される倫理的秩序を想定するのである。

この抽象的に語られた他者に対する責任から具体的な帰結を導くのは、読者の想像力に委ねられているが、むしろ法の現場をふだんから観察している者には、腑に落ちるものがある。一見、精緻な法の理解が当事者の関係を支配しているように見える裁判でも、当事者は、様々な利害や思惑、あるいは感情が交錯する中で、異なった、今この時点での関係を設定するのであって、それがこの当事者間の小文字の法として働いているのである。

最後に、今度は、直接に社会そのものの中に分け入って、人々がどのような

責任観念を抱いているのか、その分析が行われる。

まず、棚瀬（第1章）は、現代における責任観念のゆらぎを「暴力」の捉え方の変化の中に見ようとしている。一般に、法は、合法と不法を差異化することによって、この暴力を定義するが、この法が、社会の中での人の暴力の認知を規定するという面とともに、むしろ社会の中で、人が許せないと感じるものが先に暴力として認知され、それが法の再定義を促していくという面も法にはある。とくに、一般的な豊かさの中で、医療や科学技術、社会管理が進むと、許容しうる苦痛の閾値も下がり、暴力として問題にされるものも増大する。それが、今日法の面での責任の拡大として現れている。

ただ、こうした暴力のカテゴリー化から法的責任への引き継ぎには、法の側の吟味も当然に問題になる。とくに法の個人責任の原則や、自由意思への基礎づけ、因果関係などの帰責原理と抵触するところでは、大きな過不足が作られることがある。ここでは、それを、現代の暴力の認識に特徴的な病理化、社会化、政策化の三つの面で捉え、分析するが、その過不足を解消するためには、これら三つの暴力が本来所属している、身体、社会、そして政策において、責任を捉え直すことが必要であるというのが、規範的な提言として行われている。

第2部では、COEの共同研究として行われた全国意識調査の結果が分析されている。この調査では、とくに仮設事例を多く用いて、裁判で実際に責任が争われるような問題で、一般の市民がどのように考えるか尋ねている。類似の調査はあまりなく、その意味で回答自体が興味あるが、刑事責任に現れている重罰意識は、これから始まる裁判員制度の運用を考える際にも、制度設営者としては頭に入れておかなければならないことである。また民事・行政の責任では、個人の自律や自由を大きく取ろうとする意識と、他者のより加重された注意義務によって生活環境の安全を確保しようとする意識など、複数の観点がせめぎ合って帰責判断を作っていることが分析で浮かび上がってきている。

こうした責任観念は、法との関係では、法をその内容的な面で支える、その人々の目に映じた正統性を保障するものであるが、同時に、責任は、直接に人と人との関係づけ、また企業の市民に対する関係を表すものとして、社会のい

わば骨格を作り上げているものでもある。その意味で、責任観念を問題にすることは、日本の市民社会の形を理解し、反省してみるという意味も含まれている。

最後になったが、本書の出版に当たって、快く寄稿を引き受けていただいた樋口範雄教授と、松田素二教授には、心よりお礼を述べたい。また、執筆が遅れ、本当にぎりぎりの日程で編集作業をして頂いた有斐閣京都編集室の土肥賢さんにも、たいへんお世話になった。

2007年3月

棚瀬孝雄