

# 民事責任とミシェル・フーコーの仮説

今 野 正 規

## 目 次

- 第1節 はじめに——本稿の課題
- 第2節 19世紀フランスにおける精神医学・刑事司法の交錯とその含意
- 第3節 民事責任論におけるフーコーの仮説の位置
- 第4節 結びにかえて——フーコーの仮説の示唆するもの

## 第1節 はじめに——本稿の課題

本稿は、1977年にフランスの思想家ミシェル・フーコーが提示した仮説（以下、フーコーの仮説と呼ぶ）の意義を、主に民事責任の文脈から検討しようとするものである。本稿で取り上げるフーコーの仮説は、1977年にカナダのトロントで開催された「法・精神医学」シンポジウムにおける彼の講演で提示されたものであり、大まかにいえば、19世紀後半のヨーロッパで大きな影響力を有したイタリア犯罪人類学の議論が、同時期の民事責任の無過失責任化——すなわち、リスクに対する責任の登場——によって後押しされ、刑罰に関する思考と実践に浸透していった、というものである<sup>1)</sup>。

---

1) Michel Foucault, About the Concept of the “Dangerous Individual” in 19th Century Legal Psychiatry, translated by Alain Baudot and Jane Couchman, *Journal of Law and Psychiatry*, vol. 1, 1978, p.1ff. なお、同講演の仏語版として、Michel Foucault, L'évolution de la notion d' “individu dangereux” dans la psychiatrie légale, *Déviance et société*, vol. 5, n°4, 1981, p. 403 et s. があり、邦訳としてミシェル・フーコー（上田和彦訳）「十九世紀司法精神医学における『危険人物』という概念の進展」同『ミシェル・フーコー思考集成Ⅶ』（筑摩書房、2000）20頁以下がある。以下、同講演を引用する際には、英語版と邦訳の頁数で引用する。訳出にあたっては、原則として邦訳に依拠するが、叙述との整合性や法律用語としての正確さが要求される箇所については、必要な限りで修正を加えた。

フーコーの議論については、哲学や社会学の領域でわが国でも多くの研究が蓄積されており、この講演に限ってみても、既にいくつかの先行研究が存在する<sup>2)</sup>。また、本稿で取り上げるフーコーの仮説についても、かねてからいくつかの先行研究の注目を集めてきた。たとえば、フーコーの講演にいち早く着目した金森修は、——フーコーが危険人物概念を検討する過程で犯罪人類学へ着目したことについてはとりたてて独創性が認められないとしつつも、それとの対比において——「社会的・産業的背景の変遷による民法思想の変化こそが、社会防犯思想の強力な推進力であったというテーゼの方は実に巧みで、斬新なものだろう」としていた<sup>3)</sup>。また、フーコーの仮説について繰り返し検討を加えてきた重田園江は、——おそらくはこの仮説やエヴァルドの議論からの示唆をもとに——近時では19世紀末葉から20世紀初頭に活躍したフランスの民法学者レイモン・サレイユ (Raymond Saleilles) の議論までをも検討対象としている<sup>4)</sup>。これらの先行研究は、フーコーの仮説を哲学や社会学の文脈においてばかりでなく、民事責任の文脈から検討する必要性をも示唆しているように思われるのである。

そこで本稿では、これらの先行研究の問題意識を引き継ぎつつ、民事責任論の観点からフーコーの仮説をどのように受け止めることができるかについて検

2) この講演については、既に金森修『フランス科学認識論の系譜——カンギレム、ダゴニエ、フーコー』(勁草書房, 1994) 268頁以下、重田(米谷)園江「一九世紀の社会統制における〈社会防衛〉と〈リスク〉」現代思想25巻3号(1997) 164頁以下に詳細な紹介があることに加え、重田園江の一連の研究において繰り返し言及されている(重田園江「《生のポリティクス》と新しい権利」日本法哲学会編『20世紀の法哲学(年報法哲学1997)』[1998] 150頁以下、同「戦争から統治へ——コレージュ・ド・フランス講義」芹沢一也・高桑和巳編『フーコーの後で——統治性・セキュリティ・闘争』[慶應義塾大学出版会, 2007] 12頁以下)。また、近時でも山本哲士『ミシェル・フーコーの思考体系』(文化科学高等研究院出版局, 2009) 253頁以下、中山元『フーコー 生権力と統治性』(河出書房新社, 2010) 65頁以下において、言及されている。

3) 金森・前掲書注(2)293頁。もっとも、能力上の都合を理由に、この点に関する検討を回避している。

4) 重田園江『連帯の哲学』(勁草書房, 2010) 91頁以下。

討を加えていくことにしたい<sup>5)</sup>。

以下ではまず、フーコーの講演及びコレージュ・ド・フランスにおける彼の講義に依拠しつつ、仮説の前提となる19世紀フランスにおける精神医学と刑事司法との関係を整理するところからはじめる（第2節）。民事責任の観点からフーコーの仮説を検討しようとする本稿において、これはやや迂遠とも思われる途ではあるが、フーコーの仮説の平板な解釈に陥らないようにするためにも必要な準備作業である。そのうえで、次に犯罪人類学とリスクに対する責任がいかなる意味で共通性を有しているのかについて検討を加え（第3節）、最後に、フーコーの仮説に依拠して考えた場合に、我々は今日の民事責任についてどのような展望を描くことができるのかについて若干の検討を加えることにしたい（第4節）。

## 第2節 19世紀フランスにおける

### 精神医学・刑事司法の交錯とその含意

精神医学が形成されたのは、フランス革命後から19世紀初頭にかけてのことであるといわれる。近代精神医学の父フィリップ・ピネル（Philippe Pinel）は、それまで物乞いや犯罪者と同様に社会から排除されてきた狂人を、精神病という疾病を患った病人として保護し、治療の対象とすべきであるとした<sup>6)</sup>。

---

5) なお、フーコーの議論を民事責任に適用した研究としては、フランソワ・エヴァルドによるものが知られている。FRANÇOIS EWALD, *L'État providence*, Bernard Grasset, Paris, 1986. エヴァルドの議論については、社会秩序観の変遷という観点から19世紀フランスにおける民事責任の変遷を分析した既発表の拙稿「民事責任と社会秩序（1）（2・完）——社会思想からみた19世紀フランスにおける民事責任の変遷——」関西大学法学論集60巻5号（2011）1133頁以下、61巻2号（2011）89頁以下においても検討を加えたが、その際には、意識的に刑事責任と民事責任との関係については検討を差し控えた。本稿は、それを補うために同拙稿の補論として用意されていたものを独立の論文として改めたものである。

6) PHILIPPE PINEL, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale, ou la manie*, Richard, Caille et Ravier, Paris, 1881.（フィリップ・ピネル〔景山任佐訳〕『精神病に関する医学＝哲学論』〔中央洋書出版部、1990〕）。また、精神医学の確立におけるピネルの貢献については、ルネ・スムレーニュ（影山任佐訳）『フィリップ・ピネルの生涯と思想』（中央洋書出版部、1988）を参照。

そのため、一般に、19世紀における精神医学の進展は、狂人に救いの手を差し伸べるものとして、いわば人道主義的・博愛主義的な観点から理解されてきた。

これに対してフーコーは、19世紀フランスにおける精神医学と刑事司法との間に、「危険人物」(individu dangereux) という概念を媒介とした知と権力の相互補完関係を見出す。すなわち、フーコーは、精神医学の人道主義的・博愛主義的進展の背後に、精神医学の権力への意思があったとするのである。

以下では、フーコーの議論に依拠しつつ、まず精神医学と刑事司法の交錯を相互補完関係として捉えることの意味についてみたうえで (1)、それらの議論と19世紀末葉の犯罪人類学の登場及びそれに伴う刑事責任概念の修正との関係を見ることにしよう (2)。

#### (1) 19世紀初頭における精神医学と刑事司法の交錯

狂人は、古くから一定の場合に刑罰が免除されていた<sup>7)</sup>。しかし、19世紀初頭に至るまで、そうした扱いの対象となる狂気は、その外的徴候が明確な場合に限られており、したがって狂気の有無を判断する際に精神医学は必要とされていなかった。実際、19世紀初頭に精神医学と刑事司法との交錯が生じたのは、狂気を客観的に見分けることができない事案においてである。

(a) まずフーコーは、講演の前半で、アンリエット・コルニエ事件に代表される1800年から1835年に生じたいくつかの特異な事件を取り上げ、それらの事件の中に、精神医学と刑事司法の交錯の契機を見出している。それらの事件で問題となったのは、被告人が、通常の間人と同じように落ち着いて日常を過ごし、話や振る舞いにも異常がないにもかかわらず、いかなる動機もなく殺人——しかも、時には残虐な行為を伴う殺人——に及んでいたことである。フーコーによれば、これらの動機のない殺人は、精神医学の領域で、それを犯した被告人をどのよう

7) 多賀茂「奪われた狂人たち——フランス革命から一八三八年までの刑法と精神医学」思想938号(2002)79頁以下。



にして精神病患者として定義すべきか、という議論を喚起することとなった<sup>8)</sup>。

フーコーは、その議論の過程において、当時萌芽的な学問であった精神医学が、ジャン・エティエンヌ・ドミニク・エスキロール (Jean Étienne Dominique Esquirol) によって提唱された殺人モノマニー (monomanie homicide) という概念のもとに、動機のない殺人を定義するようになったことに注目する。殺人モノマニーとは、フーコーの言葉を借りれば、狂気の明確な徴候が「犯罪の時に犯罪の形態の下に出現する精神病のタイプ、唯一の徴候として犯罪そのものだけを持ち、犯罪が一度実行されてしまったら消えてしまう可能性があるような精神病」を指す<sup>9)</sup>。つまり、精神医学は、動機のない殺人を、殺人という反応のみを徴候とする精神病 (=殺人モノマニー) として定義し、それまでは責任能力ありと判断されてきたこうしたタイプの犯罪者を、精神病患者として再定義することで刑罰の対象から除外すべきであると主張したのである。

こうした主張は、精神病に苦しむ狂人を不当な刑罰から救済するという意味では、人道主義的・博愛主義的観点から理解することが可能である。しかし、フーコーは、精神医学が狂気を精神病として定義することに拘った背後に、ある種の権力への意思が存在したとする<sup>10)</sup>。フーコーは、講演に先立つ1974-75年度の講義において、この点に関する詳細な議論を展開している<sup>11)</sup>。フーコーは、1975年2月5日の講義のなかで、19世紀の精神医学が、「異常者」(anormal) という概念の創出を通して、精神疾患の治療を超えて、公衆衛生の技術としての地位を占めていく様を描き出している。フーコーによれば、この時期に精神医学が犯罪者を精神病患者とすることに拘ったのは、精神医学が単なる知

8) M. Foucault, *supra* note 1, p. 6. 邦訳28頁。

9) *Ibid.*, p. 5. 邦訳27頁。

10) *Ibid.*, p. 6. 邦訳28頁以下。

11) MICHEL FOUCAULT, *Les anormaux: Cours au Collège de France. 1974-1975*, Seuil/Gallimard, Paris, 1999. (ミシェル・フーコー [慎改康之訳] 『異常者たち——コレージュ・ド・フランス講義 1974-1975年度』[筑摩書房, 2002] 121頁以下)。なお、この講義に関する詳細な研究としては、佐々木滋子『狂気と権力——フーコーの精神医学批判』(水声社, 2007) 103頁以下がある。以下の検討にあたっては、同書から多くのことを教わった。

識としてではなく、公衆衛生学の一分野として機能していることを示す必要があったためである<sup>12)</sup>。もともと精神医学は、精神疾患に対応し、患者に対して治療を加えるものであり、したがって犯罪に対応し、犯罪者に対して刑罰を科す刑事司法とは異なる機能を担っていた。しかしながら、当時、萌芽的な段階にあった精神医学は、その存在意義を確固たるものとするために、狂気が精神疾患であるばかりではなく、社会体にとって危険をもたらすものであること——言い換えれば、精神病者が危険人物であること——を論証し、その危険（ないし危険人物）から社会体を守るために精神医学が有用であることを証明する必要があった。そのために精神医学は、狂気を危険に、精神病者を危険人物に置き換えることで、精神医学が公衆衛生の技術として刑事司法と同じ機能を果たすことができると主張し、刑事司法に介入しようとした、というのである。

このように、フーコーによれば、精神医学は、刑罰を科することができないタイプの犯罪者＝精神病者がいること、それは精神医学のみによって判別できること、そしてそうした危険人物から社会体を守る公衆衛生の技術として精神医学が必要不可欠であることを主張し、自らの存在意義を確固たるものとするために刑事司法に介入しようとしたのである。

(b) 他方でフーコーは、刑事司法の側においては、以上とは別の観点から、動機のない殺人が精神医学の必要性を意識させるようになったという<sup>13)</sup>。もっとも、その議論は、今日の一般的な理解とは、やや異なる理解に立脚したものである。

一般に、精神医学と刑事司法の接点は、被告人の責任能力の判断に求められる。19世紀初頭のフランス刑法学で支配的な地位を占めていた古典派（ないし新古典派）は、刑事責任を、自由意思に基づいて違法な行為を選択したことに對し、道義的非難を受ける地位として理解していた。したがって、刑事責任を判断する際には、まず被告人が自らの自由意思によって行為を選択したかどうか

12) *Ibid.*, p. 109. 邦訳131頁。

13) M. Foucault, *supra* note 1, p. 8. 邦訳30頁。

かを明らかにする必要がある、精神医学は、まさに被告人がそうした責任を負う能力（非難可能性）があるかどうかを判断する際に、刑事司法と交錯するものとして理解される。

これに対してフーコーは、精神医学と刑事司法との交錯が、責任能力のレベルというよりも、処罰権力の行使の可否を判断するレベルで生じたとする<sup>14)</sup>。この点についてフーコーは、1975年1月29日の講義において、処罰権力の変化と対比しつつ、次のように説明している<sup>15)</sup>。

かつて、犯罪とは、法に現前する君主の権利や意思に対する侵害——君主の力、その身体、その物質的身体に対する攻撃——であり、刑罰は君主による報復であった。それゆえ、刑罰は、その残虐さを強調することで恐怖をもたらす儀礼にすぎず、犯罪と均衡することも、またそれを科すために犯罪を理解することも必要とはされていなかった。しかし、18世紀になると、処罰権力は、儀礼とは異なるメカニズムに基づいて行使されるようになる。すなわち、犯罪は、個人の利害関心（*intérêt*）——被告人が犯罪に至った動機や理由——に基づいて選択されるものとして理解され、刑罰は、犯罪の防止を目的とするものとして位置づけられる。その結果、刑罰は、犯罪を選択させる利害関心よりも少しだけ大きな利害関心を作動させることで犯罪を防止するために必要な範囲にとどめられ、かつてのような過剰な刑罰は認められないこととなった。それゆえ、フーコーは、18世紀以降の新しい処罰権力の技術のもとでは、何よりも犯罪の利害関心を理解することが重要となったとする<sup>16)</sup>。

フーコーによれば、動機のない殺人は、犯罪と被告人とを結ぶ利害関心を全く知ることができない犯罪であったがゆえに、こうした処罰権力の新しい技術

---

14) *Ibid.*, p. 8. 邦訳31頁。

15) M. Foucault, *supra* note 11, p. 81 et s. 邦訳97頁。

16) とりわけ19世紀前半には、同一の行為に対しては、犯罪に至った動機や理由といった犯罪者個人の状況を考慮することなく常に同一の刑罰が機械的に科されるべきであるとする古典派への反動として、情状酌量による刑罰の軽減などの刑法の弾力的運用を認める法改正がなされ、犯罪者をいかに処罰すべきかを決定する際に、犯罪に至った動機や理由にさらに関心が向けられるようになっていた。M. Foucault, *supra* note 1, p. 8. 邦訳31頁。

を機能不全に陥れる。なぜなら、処罰権力の新たな技術が、犯罪者の利害関心を支えとしているにもかかわらず、動機のない殺人は、その利害関心を明確にできない犯罪であったからである。それゆえフーコーによれば、犯罪者の責任能力を明確にするためではなく、犯罪と犯罪者とを結ぶ利害関心を明確にするために、裁判所は精神科医を法廷へ召喚しなければならなかったのである。

かくして精神医学と刑事司法の間に、次のような関係が形成されることになる。

したがって、刑罰システム内部の問題と、精神医学側の要求ないし欲望とのあいだには、非常に奇妙で非常に注目すべき補完性がうち立てられることになります。一方で、理由なき犯罪は、刑罰システムを当惑させます。理由なき犯罪を前にするとき、処罰権力の行使はもはや不可能となります。しかし、他方、精神医学の側において、理由なき犯罪は、大きな所有欲の対象です。というのも、もし理由なき犯罪を見極めてそれを分析することができるならば、それは精神医学の力の証明となり、その知についての試練となり、その権力の正当化となるからです<sup>17)</sup>。

## (2) 19世紀末葉における精神医学の領野の拡張と犯罪人類学との関係

このように、フーコーにとって、19世紀前半における精神医学と刑事司法との交錯は、「狂気が究極的には常に危険であるという医学的な論証と、犯罪の動機を明確にしない限り犯罪に対する処罰を決めることができないという司法上の無力」を背景とした、刑罰という知を要請する権力のメカニズムと、精神医学という権力を要請する知のメカニズムとの相互補完関係として理解される<sup>18)</sup>。以上の議論の延長線上に、フーコーは、講演の後半で「精神医学と刑法の関係において特に実り豊かであった」時期として1885年から1910年までの時期を取り上げ、精神医学と犯罪人類学との関係に検討を加えている<sup>19)</sup>。

17) M. Foucault, *supra* note 11, p. 113. 邦訳135頁。

18) M. Foucault, *supra* note 1, p. 10. 邦訳34頁。

19) *Ibid.*, p. 11. 邦訳35頁以下。なお、フーコーによれば、この時期は、ちょうノ

(a) 精神医学が、イタリアの法医学者チェザーレ・ロンブローゾ (Cesare Lombroso) を嚆矢とする犯罪人類学に大きな影響を与えたことは、周知のとおりである<sup>20)</sup>。犯罪人類学における精神医学の影響は、ロンブローゾの提示した生来性犯罪人 (delinquent nato; criminel-né) という概念のなかに端的にみることができる<sup>21)</sup>。生来性犯罪人とは、隔世遺伝によって犯罪者となることを宿命づけられた者であり、その特徴は、外見上は頭蓋や顔貌をはじめとした身体的欠陥として現れ、内面的には情緒的な反応の欠如などの精神的欠陥として現れる、というものである。この生来性犯罪人概念は、19世紀フランスの精神医学者ベネディクト・オーギュスタン・モレル (Bénédict Augustin Morel) によって提示された変質 (dégénérescence) という概念に由来している<sup>22)</sup>。モレルは、変質を人間の正常型からの病的偏位と定義し、精神・身体に現れる変質兆候 (stigmata) によって解剖学的・生理学的に見分けることができること、遺伝的に後世代へと伝えられ、世代を重ねるごとに進行し、種の保存能力を失わせしめることで種そのものの絶滅をもたらすものであることなどを主張した。ロンブローゾの生来性犯罪人概念は、一定のモデルからの偏位として定義される点、形質が世代を超えて遺伝すると考える点で、変質概念と明確な共通性を有していた<sup>23)</sup>。

---

↘ 第1回犯罪人類学会の開催からベルギーの刑法学者アドルフ・プランス (Adolphe Prins) による『社会防衛と刑法の変遷』(ADOLPHE PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Thron, Bruxelles, 1910.) の公刊までに重なっている。

20) 精神医学と犯罪人類学との関係については、PIERRE DARMON, *Médecins et assassins à la Belle Époque: La Médicalisation du Crime*, Seuil, Paris, 1989, p. 121 et s. (ピエール・ダルモン [鈴木秀治訳]『医者と殺人者——ロンブローゾと生来性犯罪者伝説』[新評論, 1992] 143頁以下)。

21) CESARE LOMBROSO, *L'homme criminel: Étude anthropologique et médico-légale*, 4<sup>e</sup> édition, traduit par G. Regnier et A. Bornet, Félix Alcan, Paris, 1887.

22) BENEDICT AUGUSTIN MOREL, *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine et des causes qui produisent ces variétés maladives*, J. B. Baillière, Paris, 1857.

23) ロンブローゾの生来性犯罪人概念とモレルの変質概念との類似性については、P. Darmon, *supra* note 20, p. 40. 邦訳50頁以下。

フーコーは、こうした19世紀末葉における犯罪人類学と精神医学との交錯を精神医学の領野の拡張の延長線上に位置づけている。

フーコーによれば、もともとエスキロールによって提示された殺人モノマニーという概念は、処罰権力の行使の可否を判断する際に、いくつかの制約を伴っており、そのことが公衆衛生における精神医学の領野の拡張にとって足枷となっていた。それらの制約は、殺人モノマニーの定義に関係している。

第1の制約は、殺人モノマニーが部分的狂気として定義されたことに由来する。殺人モノマニーは、人格の一部分のみを狂気に侵されている部分的狂気として定義され、殺人という行為を遂行する時にのみ精神病である者を対象とした概念であった。したがって、殺人モノマニー患者は、殺人を遂行する時以外の状況では、通常の人間と変わるところなく自らを律して行動することができる。しかし、殺人モノマニーをこのように定義するならば、精神病もやはり部分的なものにすぎないことになり、殺人モノマニー患者に全く責任がないというわけにはいかない。つまり、精神医学は、殺人モノマニーが精神病であり、それゆえに殺人モノマニー患者は刑罰を免除されるべきであると主張したが、刑事司法は、殺人モノマニーが精神病であることを認めるとしても、それが人格の一部分にしか及ばない以上、刑罰の免除を完全には認めることができない<sup>24)</sup>。

変質概念は、こうした殺人モノマニー概念の制約を克服しようとする動きのなかで登場した概念であった。まず、19世紀中葉になると、動機のない殺人は、部分的狂気という概念によってではなく、本能的行為・本能的傾向という概念によって説明されるようになり、それに伴い殺人モノマニーという概念が放棄されることになる<sup>25)</sup>。殺人モノマニーという概念のもとで、狂気は、人格のあ

24) *Ibid.*, p. 125 et s. 邦訳149頁以下。

25) M. Foucault, *supra* note 1, p. 11. 邦訳35頁。本能的行為・本能的傾向という概念は、アンリエット・コルニエ事件（27歳の家政婦が隣家の幼女をその母親の許可を得て連れ帰り、鋸で首を切断して殺害した後、その首を窓から投げ捨てたという事件）で彼女の鑑定にあたったマルク（Ch.-Ch. H. Marc）によって提示された概念である。マルクは、コルニエの精神鑑定にあたって、彼女が自らの行為が死刑に値することを理解していたにもかかわらず、犯罪を実行した点に着目した。すなわち、通常、自らの行為が死刑に値することを理解している者は、その行為を自制し



る部分のみを侵しており、殺人という行為においてのみ発現するものと考えられていた。これに対して本能という概念のもとでは、狂気は、人格全体を侵しており、殺人という行為は本能によってもたらされる一症状（本能的行為・本能的傾向）にすぎないものとして位置づけられる。このように考えることで、殺人モノマニー患者の人格は、殺人を実行したかどうかにかかわらず、全体的に狂気に侵されていると考えることができる。そして、変質概念は、こうした本能的行為・本能的傾向に解剖学的・生理学的観点から基礎づけを付与するものであった<sup>26)</sup>。

かくして、殺人モノマニーを本能的行為・本能的傾向に置き換えることによって、殺人モノマニー患者の全面的な刑罰の免除を主張することが可能となる。もっとも、殺人モノマニーには、以上とは別の制約が内在していた。すなわち、第2の制約は、殺人モノマニー概念の対象に関するものである。殺人モノマニー概念は、その名が示しているように、殺人という非常に限られた犯罪のみを対象とし、殺人以外の犯罪を対象としていなかった<sup>27)</sup>。そのため、19世紀前半の特異な事件を除けば、殺人モノマニーは実際にはほとんど問題とされることはなく、また殺人のような大罪よりも、小犯罪をより効果的に取り締まることが求められていた当時の社会的要請に十分に応えることもできなかった。つまり、殺人モノマニーという概念は、殺人のみを対象とする点でも、公衆衛生における精神医学の領野の拡張にとって足枷となっていたのである。

フーコーは、1975年2月12日の講義において、精神医学がこの第2の制約を克服する過程を詳細に検討している。フーコーが挙げるのは、次の3つの要因

---

ゝするはずであるが、それにもかかわらず、コルニエが犯罪を実行したことは、コルニエのなかにそうした判断を覆す原動力が存在していたことを意味する。マルクは、その原動力を本能と呼び、その本能の発現を本能的行為・本能的傾向と呼んだ。フーコーは、講義の中で、この事件の分析に比較的多くの時間を割いている。M. Foucault, *supra* note 11, p. 118. 邦訳141頁。

26) P. Darmon, *supra* note 20, p. 131 et s. 邦訳154頁以下。

27) M. Foucault, *supra* note 11, p. 112. 邦訳133頁。フーコーによれば、精神医学は、狂気一般から殺人をもたらす狂気へと関心をシフトさせていったのではなく、最初から殺人をもたらす狂気に関心を持っていたという。

である。

第1に、精神医学は、1838年6月30日の法律を契機に、行政的規制と連動するようになる<sup>28)</sup>。フーコーによれば、この法律に規定されている行政監禁 (placement d'office) ——公的権限によって精神病者を精神病院へ入院させる制度——は、精神病患者一般を対象としたものではなく、「公の秩序を乱し、人々の安全を犯すおそれのある禁治産者または禁治産ではない精神病患者」(同法18条)を対象とするものであった<sup>29)</sup>。フーコーによれば、こうした規定は、精神科医に、個人が精神病であるかどうかばかりでなく、公の秩序を乱し、人々の安全を犯す危険性があるかどうかまでをも判断する権限を付与するものであった。

第2に、同法によって、精神医学は、家庭における新しい要求に対応するようになる<sup>30)</sup>。同法に規定されている任意収容 (placement volontaire) ——精神病患者に近い人々の要求によって精神病患者を収容する制度——は、「入院する人の精神的な健康状態と、その人の精神状態と精神病患者施設において定められた治療及び病院に滞在させることの必要性が医師によって記載された証明書」(同8条2項)を要求するものであった<sup>31)</sup>。フーコーによれば、これは狂気によって家族の内部にもたらされる危険に精神医学的な意味を付与し、もって精神科医に家庭内の最も日常的な危険を扱う資格を付与するものであった。

第3に、精神医学は、個人を政治的に差別化する手段の要求に対応するようになる<sup>32)</sup>。フーコーによれば、19世紀中葉にヨーロッパで生じた革命の大きなうねりの後で、精神医学は、政治的な運動のうち、有効なものとはそうでないものとを差別化する手段として用いられるようになった。たとえば、フーコーは、

28) *Ibid.*, p. 154. 邦訳154頁以下。

29) なお、同法については、須藤 葵「フランス精神医療法を通して見る精神医療制度の課題」法政理論39巻3号(2007)192頁以下に邦訳がある。本文引用箇所の訳出にあたっては、同訳(195頁)に依拠した。

30) M. Foucault, *supra* note 11, p. 135. 邦訳160頁。

31) 須藤・前掲注(29)193頁。

32) M. Foucault, *supra* note 11, p. 140. 邦訳166頁。

ロンブローゾの犯罪人類学を、社会主義、無政府主義の運動のうち、有効と認められるものとそうでないものとを、人類学的に差別化することを可能にするものとして位置づけている。

フーコーによれば、これら3つの動きにおいて、精神医学は、精神病かどうかを決定する権限のみならず、何が危険で何がそうでないのか、さらには、何が正常で何が異常であるのかをも決定する権限を獲得することとなった。疾患は、行政による規制、家庭における義務、政治的で社会的な規範からの隔たりとして判断される。それによって、それまでは道德上、規律上、司法上のものでしかなかった行為を、精神医学の領域に取り込むことが可能になる<sup>33)</sup>。すなわち、ある行為が、規範に適し、意思に基づくものであるならば、それは健康な行為であり、規範に適さず、意思に基づくものでない場合には病的な行為とされるのである。人間の正常型からの病的偏位という変質概念の定義は、こうした議論の延長線上に登場することになる。

同時に、精神病を一定の規範からの隔たりとして定義することで、精神医学は、動機のない殺人に対してのみならず、あらゆる犯罪をその領野のうちに取り込むことが可能となる。というのも、精神病が、道德上、規律上、司法上の規範からの逸脱として定義されたとすれば、殺人のような異常な行為のみならず、ヨリ日常的な行為についても精神病と関連づけて説明することが可能となるからである。その結果として、フーコーは、19世紀を通して、かつては動機のない殺人のような、社会にとって極めて例外的な怪物のみに向けられた異常者という語が、その後の精神医学の領野の拡張を通して、あらゆる犯罪者を覆うことになった、としている<sup>34)</sup>。すなわち、異常者は例外的な存在ではなく、社会のいたるところで見出される存在として位置づけられるようになった、というのである。

かくして、19世紀中葉以降、狂気は人格全体を犯すものとして再構成され、かつそれまではモノマニーという概念のもとに、「狂気理解できない暴力を

33) *Ibid.*, p. 149 et s. 邦訳177頁以下。

34) *Ibid.*, p. 150 et s. 邦訳178頁以下。

支持するようなおぞましくて謎めいた大罪」のみを対象としてきた精神医学が、変質という概念のもとに「あまりにも頻繁に起こりすぎ、あまりにも卑近なことでありすぎるので、病理学的なものに頼る必要がない小罪」をも対象とするようになる<sup>35)</sup>。こうした精神医学の領野の拡張が、犯罪人類学の登場を準備することになる。

(b) 犯罪学の文脈において、犯罪人類学の登場は、古典派の信頼喪失を伏線とするものとして位置づけられている。犯罪の原因を自由意思に基づく行為の選択に求め、刑事責任をそれに対する道義的非難を受ける地位と考える古典派は、そのような選択を行わないように行為によって得られる利益を超える刑罰を定めておくことで、犯罪を抑止することができると考えた。しかし、19世紀の多くの研究は、犯罪が行為者の自由意思に基づく選択に依拠していないこと、それゆえ、犯罪の選択を刑罰によって抑止することはできないことを明らかにした。たとえば、精神医学が刑事司法への介入を試みたのとちょうど同時期に、フランスでは、犯罪の原因を個人の自由意思から切り離して捉える立場が登場する。ランベール・アドルフ・ジャック・ケトレ (Lambert Adolphe Jacques Quételet) は、1827年以降にヨーロッパ各国で公表されるようになった犯罪統計を根拠に、犯罪の総数と主要犯罪別の犯罪数が毎年一定の割合で規則的に生じること、及び犯罪傾向——同じ事情のもとに置かれた人間が罪を犯す確率——が教育、職業、気候、体性、年齢という社会的要因に関係していることなどを主張した<sup>36)</sup>。しばしば引用される「これらの犯罪を準備するのはいわば社会であって、犯罪者はそれらを実行する道具にすぎない」という一節は<sup>37)</sup>、そうした考えを端的に示すものである。

同時に、こうした議論は、犯罪原因の実証的研究の道を拓くものでもあった。犯罪の原因を個人の自由意思による行為の選択に求める場合には、個人が犯罪

35) M. Foucault, *supra* note 1, p. 11. 邦訳36頁。

36) LAMBERT ADOLPHE JACQUES QUÉTELET, *Sur l'homme et le développement de ses facultés, ou Essai de physique sociale*: Tome 1, Bachelier, Paris, 1835.

37) *Ibid.*, p. 10.

を選択した動機を明らかにすることが要求される。しかし、個人が犯罪を選択する動機は様々であり、その原因が多かれ少なかれ心理的なものである以上、客観的・実証的に説明することは困難である<sup>38)</sup>。これに対して、犯罪の原因を個人の自由意思による選択から切り離して理解できるとすれば、その原因をヨリ客観的に探求することができる。精神医学の知見を犯罪学の知見に接続し、犯罪の原因を犯罪者の自由意思——フーコーが利害関心と呼んだもの——とは無関係な先天的な要因（本能、遺伝的形質）に求め、そうした要因を身体的欠陥から実証的に特定できると主張したロンブローゾの犯罪人類学は、こうした犯罪原因の実証的研究の1つとして位置づけることができる。その意味で、精神・身体に現れる変質兆候によって変質を解剖学的・生理学的に見分けることができると主張したモレルの議論は、ロンブローゾにとって打ってつけの議論であったともいえる。

もっとも、犯罪人類学は、精神医学の議論を刑事責任へ直結させたわけではない。というのも、あらゆる被告人が先天的な要因に基づいて犯罪を実行するものとして理解され、それが何らかの意味で精神病の帰結とされるならば、あらゆる被告人が刑罰を免除ないし軽減されることになるが<sup>39)</sup>、犯罪人類学は、こうした帰結を受け入れることができなかったからである。実際に、19世紀中葉において、「精神病医は、秩序の番人として、危険な人物の治療を行ない、あるいは精神障害を理由に犯罪を犯した人びとを無罪にするため、社会不安を助長していると非難」されており<sup>40)</sup>、また先述したように、この時期には日々の生活を脅かす小犯罪の効果的な取締りを求める強い社会的要請が存在した。犯罪人類学は、こ

38) 同様の批判が精神医学の側から刑事司法に対してなされていたことにつき、P. Darmon, *supra* note 20, p. 139 et s. 邦訳164頁以下。

39) 実際、変質概念を提示したモレルは、精神病者の法的責任能力については精神病患者保護の立場を堅持していたという。大東祥孝「Morel, Bénédict-Augustin (1809～1873) ——変質論の行方」松下正明編著『続・精神医学を築いた人びと』（株式会社ワールドプランニング、1994）1頁以下。同「モレルとマニャン」藤縄昭＝大東祥孝＝新宮一成編著『精神医学群像』（アカデミア出版会、1999）129頁。

40) ジャック・オックマン（阿部恵一郎訳）『精神医学の歴史（新版）』（白水社、2007）36頁。

うした社会不安や社会的要請にも応える必要があったわけである。

かくして犯罪人類学は、精神病を理由とした刑罰の免除という精神医学上の要請と犯罪の抑止を求める犯罪学上の要請との和解を模索することになる。フーコーは、犯罪人類学がこうした問題を乗り越える際に、責任概念の転換を主張したことに着目している。すなわち、犯罪人類学は、刑事責任概念を、行為に対する制裁としてではなく、社会防衛の観点から要求される治療として再定義することで、以上の問題を乗り越えようとした。精神医学の言うように、狂気が人格全体を侵しているとすれば、既存の法的責任制度を前提とする限り、刑罰の免除を認めざるを得ない。しかし、犯罪が自由意思に基づく行為の選択によってもたらされたのではないとすれば、行為者に対して科される責任も、もはや行為の選択に対する道義的非難である必要はない。したがって、「犯罪人類学は、法律上の責任の概念を完全に放棄し、個人の自由の度合いではなく、社会にとっての個人の危険度を重視する」ことで<sup>41)</sup>、刑事責任概念を犯罪の真の原因——行為者の人格に宿る危険——に即した治療として再構成すべきであると主張したのである。

刑事責任概念を以上のように転換することは、精神医学の要請と犯罪学の要請とを和解させることを可能とする。まず、精神病を理由とした刑罰の免除を、部分的に否定することができる。なぜなら、行為者が自由意思に基づいて行為を選択できたかどうかではなく、人格に宿る危険を重視するならば、むしろ、「法によって責任能力がない者として認められる者（病人、狂人、異常者、抗しがたい衝動の犠牲者）こそ、まさに現実には最も危険な者であるということ」になるからである<sup>42)</sup>。つまり、行為者は、人格に宿る危険に応じた責任を負担しなければならないことになる。同時に、責任が行為の選択に対する道義的非難でないとすれば、刑罰ももはや行為の選択に対する応報である必要はない。行為者が負担しなければならないのは、自らの人格に宿る危険に応じた刑罰である。したがって、行為者に科される刑罰は、行為者の人格に宿る危険に

41) M. Foucault, *supra* note 1, p. 13. 邦訳38頁。

42) *Ibid.*



応じて個別化され、治療から死刑へと至る一連の矯正装置として位置づけられることになる。すなわち、行為者は、一時的な排除（治療）や限定的で部分的な排除（断種、去勢）によって危険の除去の対象とされ、治療によって危険を取り除くことができない場合には決定的な排除（死刑や施設への監禁）の対象とされるのである<sup>43)</sup>。

かくしてフーコーは、「犯罪から犯罪者へ、実際に犯された行為から潜在的に個人に含まれた危険へ、有罪者に応じて加減された処罰から他の者達の絶対的な防御へ、という置き換え」によって、犯罪人類学は、精神医学と刑事司法とを架橋しようとした、というのである<sup>44)</sup>。

(c) 以上、フーコーの議論をやや立ち入ってみてきた。フーコーにとって、19世紀フランスにおける精神医学と刑事司法との交錯は、知と権力のメカニズムの拡張ないし浸透の過程にはかならなかった。19世紀末葉においても、精神医学と犯罪人類学は、ともに社会にとっての危険を見極め、それに適切な対処を施すことができると主張する点で、共通の基礎に立脚していた。

もっとも、フーコーは、以上をもって直ちに刑事責任概念が変更されたと言っているわけではない。フーコーの仮説はここで提起される。すなわち、フーコーは、以上の精神医学や犯罪人類学の議論が、同時期の民事責任の無過失責任化（リスクに対する責任の登場）を媒介として、刑罰に関する思考と実践に浸透していった、というのである。

この「刑事責任」概念が変更され得たのは、内部からの圧力から到来する動揺のおかげではそれほどなく、とりわけ、同時期に民法の領域において、かなりの進展が生じたからなのです。私の仮説は以下のものです。刑罰に関する思考が2、3の重要な点で修正されることを可能にしたのは、民法であり、犯罪学ではない。その思考こそ、当時の犯罪学のテーゼの本質的な部分を刑事法に接ぎ木することを可能にした。民法においてまず生じた

---

43) *Ibid.*

44) *Ibid.*

この再編成において、法律家達が犯罪人類学の根本命題に耳をかさないでいたということ、あるいは、少なくとも、法体系のなかにそれらを行き移させることを可能とする手段を一度も持たなかったということは大いにあり得ます。一見すると奇妙に見えるかもしれないことですが、刑法において法典と科学の連結を可能にしたのは民法なのです<sup>45)</sup>。

それでは、リスクに対する責任は、犯罪人類学をいかなる意味において後押ししたのであろうか。次節で検討することにしよう。

### 第3節 民事責任論におけるフーコーの仮説の位置

19世紀後半における産業の発展とそれによってもたらされた労働災害は、既存の民事責任の枠組み（フランス民法1382条以下）——すなわち、フォートに対する責任——の妥当性について、多くの議論を喚起した。「過失責任から無過失責任へ」、または「フォートに対する責任からリスクに対する責任へ」という標語のもとに要約される19世紀フランス民事責任論の変遷は、民事責任からフォート要件を希薄化ないし排除し、被害者救済を厚くするものとして一般には理解されている。

フーコーの仮説は、19世紀後半に登場した犯罪人類学が、こうした民事責任の領域におけるリスクに対する責任の後押しによって、刑罰に関する思考と実践に浸透したとするものであり、今日からするとやや突飛な印象を受ける仮説である。しかも、リスクに対する責任に関するフーコーの説明は箇条書き的なものにとどまっており、犯罪人類学との関係についても十分な説明がなされているわけではない。それでは、犯罪人類学とリスクに対する責任は、いかなる形で接続されるのであろうか。

以下では、リスクに対する責任の主唱者レイモン・サレイユの議論を中心的に取り上げつつ<sup>46)</sup>、犯罪人類学とリスクに対する責任との関係を、まず責任の

45) *Ibid.*, p. 15. 邦訳39頁以下。

46) RAYMOND SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile : Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1897. ↗

基礎の観点から取り上げ (1), 次に知と権力のメカニズムの観点から検討を加えることにしたい (2)。

(1) 責任の基礎としての危険＝リスク

精神医学と犯罪人類学が社会にとっての危険への対処を目的とするものであったことについては既にみたとおりである。そうであるとすれば、犯罪人類学とリスクに対する責任との接点も、まずは危険＝リスクに求められるべきであろう。

(a) フーコーは、リスクに対する責任の登場が犯罪人類学・社会防衛論を準備したことを指摘するにあたり、両者の間の共通性を次のように要約している。

一体、生来性犯罪人、変質者、あるいは、犯罪者的な人格とは、復元することが難しい因果関係に従って、犯罪を生む蓋然性に関し特に高い指標を持っている者、彼自身が犯罪のリスクである者以外の何者でしょうか。民事責任は、創出されたリスクの評価によって、フォートを立証することなく定めることができます。創出されたリスクに対しては、それをなくしてしまうことはできないにせよ、身を守らなければならない。それと全く同じように、その者が自由であったかどうか、フォートがあるかどうかを決定する必要なく、犯された行為を彼固有の人格が構成する犯罪のリスクに結びつけることによって、一個人を刑事上責任がある者とすることができるのです。完全に自由な状態で善よりも悪を選んだわけではなく、したがってフォートがないとしても、彼が存在することだけで、彼はリスクを生み出す者であるのだから、彼には責任がある<sup>47)</sup>。

---

なお、以下でサレイユの議論を取り上げるのは、サレイユがリスクに対する責任の主唱者であること、フーコーが講演において取り上げているのがサレイユの議論であること (M. Foucault, *supra* note 1, p. 15. 邦訳41頁。)に加え、サレイユが刑事責任の領域における社会防衛論の主唱者でもあることによる。サレイユの議論を取り上げることによって、我々はフーコーの仮説をより立体的に理解することができると思う。

47) *Ibid.*, p. 16. 邦訳42頁以下。

犯罪人類学が、自由意思に基づく行為の選択によって刑事責任を基礎づけることを批判し、社会防衛の観点から人格に宿る危険に応じて行為者に治療として刑罰を科すべきであると主張したのと同様に、リスクに対する責任は、行為者のフォートを問うことなく、社会にリスクを創り出していることを理由に行為者の責任を認める。そうした意味で、リスクに対する責任が民事責任の領域で受け入れられたことは、犯罪人類学の受け入れの下地を作った。フーコーは、そう述べているかのようである。

実際、責任の基礎の観点から犯罪人類学とリスクに対する責任とを結び付ける議論は、19世紀末葉から20世紀初頭のフランスにおいては、今日ほどの違和感なく受け入れられていた。たとえば、ロンブローゾの議論を批判的に継承したイタリアの犯罪学者エンリコ・フェリー（Enrico Ferri）は、次のように述べ、リスクに対する責任と犯罪人類学・社会防衛論とが同じ基礎に立脚するものであることを明示的に認めていた。「今日、フランスにおいては、刑事責任の理論に私が導入したのと同様の考えに基づいて、（ジョスランのおかげで）民事責任の客観的理論が普及している。その責任はフォートから独立し、民事責任と刑事責任の共通の論拠を認めるものである」<sup>48)</sup>。また、20世紀初頭に、刑事責任・民事責任・道義的責任の関係に分析を加えたマルセル・ラボルド＝ラコスト（Marcel Laborde-Lacoste）は、犯罪人類学とリスクに対する責任の共通点を、次のように説明している<sup>49)</sup>。かつて、法的責任（刑事責任・民事責任）は、行為者の犯したフォート（主観的要素）に対する道義的非難（道義的要素）を基礎としてきた。犯罪人類学は、刑事責任から主観的要素と道義的要素を削除しようとしたが、同様の動きは、民事責任の領域でもみられた。すなわち、19世紀末葉のフランスにおいて、民事責任の領域では、責任の帰属主体を個人から集団（法人や国家）へと拡張する動きが生じ、その過程でフォート

48) ENRICO FERRI, *La sociologie criminelle*, 2<sup>e</sup> édition, traduit par Léon-Albert Terrier, Félix Alcan, Paris, 1914, n° 67, p. 457 note 1.

49) MARCEL LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale; évolution des idées en France au XIX<sup>e</sup> siècle*, Thèse, Bordeaux, 1918, p. 143 et s.

要件（主観的要素）は、責任がそもそもフォートを観念できない主体（集団）へと拡張されることで希薄化され、その存在意義を失っていった。他方で、被害者救済の社会的要請から民事責任の損害填補機能が強調されるようになると、民事責任の問題は、専ら社会におけるリスクを誰が負担すべきかという観点から議論されるようになり、その結果、道義的非難という要素も希薄化されていった。それゆえ、ラボルド＝ラコストは、主観的要素、道義的要素を希薄化された点で、リスクに対する責任と犯罪人類学との間には共通性を見出すことができるとするのである。

このように、犯罪人類学とリスクに対する責任は、人格や活動に宿る危険＝リスクに責任の基礎を求める点で一致し、その限りでフーコーの仮説には、民事責任論の観点からも、一定の妥当性を認めることができるようにも見える。

(b) もっとも、以上のような共通性にもかかわらず、犯罪人類学とリスクに対する責任との間には、それでもなお否定しがたい差異があることも事実であろう。

犯罪人類学とリスクに対する責任との間に一定の共通性を認めたラボルド＝ラコストも、両者が機能的には同視しえない独立した責任であるとしていた<sup>50)</sup>。すなわち、ラボルド＝ラコストによれば、犯罪人類学が行為者の人格に宿る危険の特定を重視したのは、犯罪ないし犯罪者から社会を防衛するためであったのに対して、リスクに対する責任が活動のリスクに着目したのは、当該リスクによって財産的不均衡がもたらされること、そしてそれを是正しなければならないことを主張するためであった。したがって、犯罪人類学においては、量刑を判断する際に行行為者の人格に宿る危険がどのようなものであるのかが重視されるのに対して、リスクに対する責任においては、被害者にもたらされた損害が確認されれば十分であり、行為者の活動に伴うリスクがいかなるものであるのかは、ほとんど重視されなかった。

こうした差異は、両者が危険＝リスクを基礎とするに至ったプロセスとも関

---

50) *Ibid.*, p. 175 et s.

係している。

先述したように、犯罪人類学の出発点は、応報主義に立脚することで犯罪の抑止を主張した古典派の議論が、実際には犯罪の抑止につながっていないことに対する批判にあった。それゆえに、犯罪人類学は、刑罰をフォートに依拠してではなく、犯罪者が社会にもたらす危険に依拠して科し、そして、人格に宿る危険を除去することこそ、犯罪ないし犯罪者から社会を防衛する最適な方策であると主張したのである。

これに対して民事責任の領域におけるリスクに対する責任は、不法行為の抑止というよりは、被害者の迅速かつ実効的な救済という関心に裏付けられたものであった。言うまでもなく、民事責任は、被害者に生じた損害の填補を本質的な機能とする制度である。ラボルド＝ラコストのいう主観的要素や道義的要素の排除も、被害者の迅速かつ実効的な救済という社会的要請に基づくものであった。その意味で、リスクに対する責任は、リスクから社会を防衛するという発想とはかなり距離のある議論であったのである。それどころか、むしろ、同時期の民事責任論は、迅速かつ実効的な被害者救済という目的を絶えず強調することで、社会防衛機能を大きく後退させていったともいえる。たとえば、サレイユは、リスクに対する責任を語る際に、フォートの観念が私罰の残滓であることを強調し、民事責任の成立要件からそれを排除することで私罰や道義的非難といった要素を民事責任から切り離すべきであるとしていた<sup>51)</sup>。また、19世紀末葉になると、民事責任は、被害者の損害填補という観点から保険・社会保障制度と機能的に類似した制度として位置づけられ、いくつかの場面では、それらに置き換えられていくことになるのである。

このように、犯罪人類学の関心は、あくまで社会防衛に向けられていたのに対し、リスクに対する責任は、専ら被害者の損害填補へと民事責任の機能を還元する方向を目指した。したがって、人格や活動に宿る潜在的な危険＝リスクに責任の基礎を求めるだけであれば、フーコーが指摘するところの「民法と刑

51) Raymond Saleilles, *Le risque professionnel dans le Code civil (communication à la société d'économie sociale)*, *Réforme sociale*, Tome XXXV, 1898, p. 645.



法の両領域で生じたことのつながりは、『リスク』という語に注目した比喻の域を出ない」ということもできる<sup>52)</sup>。

## (2) リスクに対する責任における知と権力のメカニズム

ところで、我々は既に、フーコーの主たる関心が、19世紀における精神医学と犯罪人類学との交錯を知と権力のメカニズムにおいて読み解くことにあったことをみた。そうであるとすれば、犯罪人類学とリスクに対する責任との関係を考えるうえでも、知と権力のメカニズムを無視することはできない<sup>53)</sup>。そこで次に、リスクに対する責任を知と権力のメカニズムに置き直し、フーコーの仮説をやや掘り下げてみることにしたい。

(a) まずフーコーが、リスクに対する責任の機能を必ずしも損害填補に純化して理解していなかったことを明確にしておきたい。フーコーにとって、リスクに対する責任は、精神医学や犯罪人類学と共通の知と権力のメカニズムにおいて理解されている。たとえば、フーコーは、1976年度の演習において、「十九世紀末に現れたものとしての、『社会防衛』のテーマに結びついた諸概念と、民事責任についての新たな理論に結びついた諸概念とを」比較する形で「犯罪精神医学における『危険人物』のカテゴリーの研究」を進めており<sup>54)</sup>、このことは、フーコーにとって、民事責任の新しい理論（＝リスクに対する責任）が精神医学や犯罪人類学と同様の機能を担う制度として位置づけられていたことを示唆している。フーコーがリスクに対する責任の機能を必ずしも損害填補に純化して理解していなかったことは、フーコーが講演のなかでリスクに対する責任を次のように性格づけていることから明らかである。

52) 重田・前掲注(2)「戦争から統治へ——コレージュ・ド・フランス講義」17頁。

53) なお、重田・前掲注(2)「戦争から統治へ——コレージュ・ド・フランス講義」18頁以下では、フーコーの後年の講義のなかに、本講演における知と権力のメカニズムの議論の発展を探っている。

54) M. Foucault, *supra* note 11, p. 303 note 40. 邦訳356頁。もっとも、具体的にどのような内容の演習であったのかについては、遺憾ながら知る事ができなかった。

決して完全にはなくなり得ないリスクに結びつけられたこのフォートなき責任、賠償は、刑罰と同様のものとしてフォートを制裁するためになされるのではなく、一方ではそこから生じる結果を填補し、他方ではそれがもたらすリスクを将来減少させるように漸次的に向わせるためになされる。責任の体系のなかからフォートの要素を取り除くことによって、民法学者達は因果的蓋然性とリスクの概念を法に導入し、避けられないリスクにたいして、防衛、防御し、圧力をかける機能を持つであろう制裁の考えを出現させていたのでした<sup>55)</sup>。

確かに、リスクに対する責任は、被害者の迅速かつ実効的な救済を主眼としていた。しかし、そのことは、リスクに対する責任が、社会防衛に無関心であったということを直ちに帰結するものではない。フォーの言うように、リスクに対する責任は、リスクから社会を防衛することにも関心を寄せていた。サレイユが、損害賠償の範囲（ないし賠償額の算定）を論じる際に、被害者に生じた損害よりも、加害者のフォートを積極的に考慮することで、損害賠償を個別化すべきであると主張していたことは、このことを間接的に証左しているように思われる<sup>56)</sup>。敷衍すれば、次の通りである。

損害賠償の範囲ないし賠償額の算定については、伝統的に被害者に生じた損害全てを賠償させるべきであるとする全部賠償（*réparation intégrale*）が原則であると考えられてきた。しかし、サレイユによれば、そうした原則は、加害者にフォートがある場合には加害者が引き起こしたあらゆる損害を賠償させるのが正義に適うと考えられていたからであり、フォートの有無を問題としないリスクに対する責任については適用されない。つまり、サレイユは、リスクに対する責任については、フォートに対する責任よりも賠償範囲（ないし賠償額）を制限すべきであると考えていた。そのうえでサレイユは、民事責任が問

55) M. Foucault, *supra* note 1, p. 16. 邦訳41頁。

56) R. Saleilles, *supra* note 46, n°59, p. 79 et s. なお、この点に関するサレイユの議論については、新関輝夫『フランス不法行為責任の研究』（法律文化社、1991）171頁以下をも参照。

題となる場面を、損害が故意によってもたらされた場合、単なる不注意によってもたらされた場合、客観的フォートないし活動のリスクによってもたらされた場合に段階化し、このうち故意によってもたらされた場合についてのみに全部賠償を全面的に肯定し、不注意によってもたらされた場合については、全部賠償と一括金 (prix à forfait) を折衷的に、そして客観的フォートないしリスクによってもたらされた場合についてはリスクに応じた一括金のみが認められるべきであるとするのである<sup>57)</sup>。ここでリスクに応じた一括金とは、サレイユによれば、同種の事故一般においてもたらされる平均的損害を基準に抽象的に損害額を算定したものであり、被害者に現実生じた損害とは必ずしも一致しない。言い換えれば、数値化された事故のリスクをもとに、行為者は、自らの活動のリスクに応じて損害を負担すべきである、というわけである。

こうした議論は、人格に宿る危険に応じて刑罰を個別化すべきであるとした犯罪人類学の刑罰論と類似している。その意味で、リスクに対する責任は、決して社会防衛に無関心ではなかったといえる。もちろん、サレイユのいう損害賠償の個別化が、犯罪人類学の刑罰論と全く同じものであったというわけではない。犯罪人類学が刑の量定の際に考慮すべきであるとしたのは行為者の人格に宿る危険であり、サレイユの議論は、損害賠償の範囲ないし賠償額の算定に加害者のフォートをも考慮する点で、犯罪人類学の刑罰論と異なるものであった。確かに、犯罪人類学は、民事責任と刑事責任との機能的区別を批判し、社会防衛の観点から損害賠償を有効に活用すべきであると主張したが<sup>58)</sup>、その場合ですら、加害者のフォートとは無関係にその範囲を画定すべきであると考えていた<sup>59)</sup>。つ

57) R. Saleilles, *supra* note 51, p. 647.

58) E. Ferri, *supra* note 48, p. 457 et s. : RAFFAELE GAROFALO, *La criminologie : Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 3<sup>e</sup> édition, Félix Alcan, 1892, p. 370 et s.

59) R. Garofalo, *supra* note 58, p. 422. ロンブローゾの影響のもとに、量刑を犯罪者がもたらす脅威度 (テミビリタ) に対応させることを主張したラファエレ・ガロファロ (Raffaele Garofalo) は、損害賠償を犯罪者の資産状況に応じて科すべきであるとし、犯罪者に支払い能力がある場合には、たとえ軽微な犯罪であっても、多額の賠償を命じるべきであると主張した。

まり、犯罪人類学にとって、刑罰はフォートに対する応報ではありえなかったのである。

それでは、サレイユは、何ゆえ損害賠償の個別化において、既に捨て去ったはずの要素——ラボルド＝ラコストが主観的要素と呼んだもの——を取り込むことに拘ったのであろうか。おそらく、加害者のフォートを賠償範囲の画定ないし賠償額の算定の際に考慮するというサレイユの議論は、犯罪人類学の議論を批判的に継受しつつ、同時に古典派の部分的救済をも意図した彼の刑罰論と対をなしている。サレイユは、リスクに対する責任を主張したのと同時期に公刊された著書において、刑罰に関する議論を、刑の量定の問題と、刑の種類の問題とに区別し、前者を罰せられる行為に応じて、後者を犯罪者の人格の反社会性に応じて、それぞれ個別化すべきであると主張していた<sup>60)</sup>。サレイユは、このうち刑の量定について、さらに行為の社会的重大性と、当該犯罪者が犯罪行為において示した犯罪性向とに区別し、前者は刑法の規定する法定刑に反映され、後者は、裁判官が法定刑の範囲内で量刑を定める際に考慮されとする。サレイユのいう損害賠償の個別化は、これとほぼ同じ枠組みにしたがっている。すなわち、賠償額を算定する際には、まずリスクの社会的重大性にしたがって賠償額が定率的に算定され、加害者にフォートが認められる場合には、それに応じて賠償額が増加される、というわけである。

また、サレイユが刑罰の個別化にあたって人格に宿る危険以外の要素を考慮したのは、彼の議論が古典派と犯罪人類学を折衷したことの帰結でもあった<sup>61)</sup>。興味深いことに、サレイユは、犯罪人類学の刑罰論に立脚する場合に、主観的要素を考慮することが論理矛盾であることを認識していた<sup>62)</sup>。それにもかかわ

60) RAYMOND SALEILLES, *L'individualisation de la peine : Étude de criminalité sociale*, 1<sup>re</sup> édition, Félix Alcan, 1898, p. 225 et s.

61) *Ibid.*, p. 124 et s. サレイユは、犯罪人類学と同様に、刑罰を人格に対応させるべきであると考えていたが、行為を人格の発露ないし生産物とみることで、刑罰を個別化する際に行為を要素として取り込んだ。言い換えれば、サレイユにとって、刑罰を人格に対応させることは、必然的に人格の発露であるところの行為を考慮するということでもあった。

62) *Ibid.*, p. 18.

らず、サレイユが主観的要素を考慮することに躊躇しなかったのは、それによって社会防衛を補強することができると思ったからである。すなわちサレイユは、過去の刑事制度の改革に、古典派に依拠してなされたものと犯罪人類学に依拠してなされたものの両方が存在していることを示し、両者を組み合わせることによってより効果的に犯罪の抑止システムを構築できると考え、古典派が考慮した主観的要素を維持したのである<sup>63)</sup>。

それゆえ、サレイユの議論は、決して社会防衛と無関係ではない。そして、我々は、刑罰の個別化と同様に損害賠償の個別化を主張するサレイユの議論のなかに、社会防衛への関心を看取することも不可能ではないであろう。フーコーの言うように、リスクに対する責任は、決して被害者救済のみを念頭に置いていたわけではなく、不法行為の完全な抑止が不可能であることを出発点としつつも、より効果的にそれらに対処することをも目指していたのである。

(b) 以上のように、犯罪人類学とリスクに対する責任は、人格や活動に宿る危険＝リスクに対する責任であるばかりでなく、それに対する社会防衛を志向していた点でも共通していた。そして、こうした見方に立つことで、我々は、リスクに対する責任を、精神医学や犯罪人類学と同様の知と権力のメカニズムに位置づけることが可能となる。

フーコーが精神医学と犯罪人類学との交錯に見出したのは、かつての権力とは異なる作用をもたらす権力であった。フーコーは、1975年1月15日の講義において、個人に向けて行使されるこうした新しい種類の権力を、癲病患者の排除のモデルとペスト患者の封じ込めのモデルとを対比しつつ、次のように説明している<sup>64)</sup>。中世末期の癲病患者は、都市の城壁の向こう側へと締め出され、法的・政治的な意味での価値を剥奪されていた。彼らに対して行使されたのは、排除、価値剥奪、追放といったネガティブな権力のメカニズムであった。これに対して、17世紀末葉から18世紀初頭にかけて、ペスト患者には、それとは異

---

63) *Ibid.*, p. 19 et s.

64) M. Foucault, *supra* note 11, p. 40. 邦訳48頁。

なる権力が行使されるようになる。ペストが宣告された都市では、一定の地域が封鎖された。その地域は、いくつかの区域に分割されたうえで、さらに街区、街路へと再分割されたうえで、徹底した監視がなされた。ペスト患者は隔離されたうえで、一連の細かい差異——病気かどうか、清浄か不潔かなど——によって、さらに個別化され、あらゆる情報が登記簿へと再登記されるなど、絶え間ない評価の対象とされる。こうした綿密で詳細な分析と細心な網羅的警備を通してペスト患者に行使されたのは、観察、知の形成、それによる権力の効果の増大といったポジティブな権力のメカニズムである。

フーコーは、ペストのモデルにみられる権力作用を、精神医学と刑事司法の交錯にもみている。すなわち、かつては個人に恐怖を植え付けるための儀礼として、あるいは自由意思による選択に対する道義的非難として制裁を科してきた刑事司法は、19世紀中葉以降、精神鑑定の助力のもとに、ある人物が危険であるかどうか、彼に対して刑事制裁を与えてよいかどうか、彼に治癒ないし社会復帰の可能性があるかどうかを綿密に調査したうえで、治療や社会復帰の観点から制裁を科すようになった。フーコーが生権力（bio-pouvoir）と呼ぶこうした権力の作用は、19世紀末葉には、犯罪、事故、老齢、疾病といったあらゆる事象がリスクという抽象的な概念に置き換えられるに伴い、様々な制度や機構に移転されていった。

リスクに対する責任もこの一環として理解することができる。すなわち、リスクに対する責任は、現実化した損害を填補するばかりではなく、事故のリスクを可能な限り明確化し、それに応じて損害賠償を個別化する方へと仕向ける。実際に、人間の尊厳を理由に他の損害よりも手厚く保護すべきであるとされた人身損害は、20世紀に入ると徹底的に細分化され、金銭へと置き換えられるようになる<sup>65)</sup>。また、被害者の損害填補を確実にする保険や社会保障も、リスク予測に基づくリスクの徹底した細分化を通して、個人に対する徹底した管理を要求す

65) XAVIER PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préface de Patrice Jourdain, *Bibliothèque de Droit Privé*, t. 415, L. G. D. J., Paris, 2004, n<sup>os</sup> 250 et s., p. 307 et s.



るようになる。ここにみられる権力の作用は、エヴァルドのいう「保険の技術」(technique assurantielle)に支えられたポジティブな権力のメカニズムそのものである<sup>66)</sup>。したがって、知と権力のメカニズムの観点からフーコーの仮説を理解するならば、19世紀末葉におけるリスクに対する責任の登場、あるいは19世紀末葉から今日に至るまでの保険・社会保障による民事責任の置き換えの流れは、民事責任の領域における生権力の拡張を意味するものとして理解できるのである。

#### 第4節 結びにかえて——フーコーの仮説の示唆するもの

19世紀後半に登場した犯罪人類学をリスクに対する責任が後押ししたというフーコーの仮説は、これまでとは異なる観点からリスクに対する責任の特徴を浮かび上がらせる。もちろん、以上によって、フーコーの仮説の妥当性が完全に検証されたというわけではない。フーコーも認めているように、犯罪人類学の主張は、刑事司法に受け入れられたというわけではなく、一般には、20世紀初頭には急速に影響力を失っていったと理解されている<sup>67)</sup>。また、リスクに対する責任は、——犯罪人類学と比較すれば、比較的大きな影響力を有していたとしても——結局はフォートに対する責任から原則の座を奪い取ることはできなかった。さらに言えば、民事責任の領域におけるリスクに対する責任の登場が、犯罪人類学の浸透を実際にどの程度後押ししたのかについても定かではない。その意味で、フーコーの仮説は、犯罪人類学やリスクに対する責任といった19世紀末葉から20世紀初頭の非常に限られた期間に台頭した異端の学説同士の相似関係を指摘しただけであるともいえるのであり、少なくともフーコーの仮説を19世紀末葉から20世紀初頭における刑事責任・民事責任の支配的潮流の

66) 保険の技術については、F. Ewald, *supra* note 5, p. 175 et s.: Id, Insurance and risk, in: *The Foucault effect: studies in governmentality with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, edited by G. Burchell, C. Gordon and P. Miller, University of Chicago Press, Chicago, 1991, p. 197 ff. を参照。

67) M. Foucault, *supra* note 1, p. 14. 邦訳39頁。また、フランスにおいて犯罪人類学が持った影響力が限られたものであったことについては、M. Laborde-Lacoste, *supra* note 49, p. 127 et s. を参照されたい。

理解を塗り直すものとして受け止めることはできない。

しかし、我々は、フーコーの仮説に依拠し犯罪人類学とリスクに対する責任との接点を探るなかで、リスクに対する責任にこれまで必ずしも意識されていなかった一面があることを明らかにしてきた。フーコーの仮説のそうした意義に着目するならば、我々は、フーコーの仮説からそれでもなおいくつかの示唆を引き出すことができるように思われる。

最後に、フーコーの生権力論を引き継いだフランスの社会学者ロベール・カステル (Robert Castel) の議論を手掛かりとしつつ、フーコーの仮説が今日の民事責任論にいかなる示唆をもたらすかについて簡単に検討を加え、結びにかえることにしたい。

(1) 犯罪人類学の主張する刑罰の個別化や、リスクに対する責任による損害賠償の個別化、さらには保険や社会保障による損害填補システムがフーコーの生権力論と密接な関係にあることは既にみたとおりである。もちろん、フーコーが生権力と呼んだポジティブな権力の行使は、一概に否定されるべき性質のものではない。しかし、生権力は、突き詰めていくと、いくつかの問題を引き起こす。カステルは、ソーシャル・ワーク及び精神医療における危険性 (dangerousness) 概念からリスク (risk) 概念への移行を描写し、現代社会において生権力のもたらす問題を次のように指摘している<sup>68)</sup>。

カステルによれば、古典的な精神医学において、危険性という概念は、「主体に内在する質（彼または彼女は危険である）の確認と同時に、危険の証明が事後的にのみ可能で、恐れていた行為が実際に生じたことによって付与される、単なる蓋然性や不確実性の量の確認をも含意する」矛盾した概念であった<sup>69)</sup>。これに対して、リスクという概念は、「具体的個人または集団に具現された特

68) Robert Castel, From Dangerousness to Risk, in: *The Foucault effect: studies in governmentality with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, edited by G. Burchell, C. Gordon and P. Miller, University of Chicago Press, Chicago, 1991, p. 281 ff.

69) *Ibid.*, p. 283.

定の危険 (danger) が現実化することから生じるのではない」点で危険性と異なっている<sup>70)</sup>。つまり、危険性が危険の現実化を前提とする限りで顕在的・事後的な概念であるのに対し、リスクは危険の現実化を前提としない潜在的・事前的な概念である点で両者は区別されることになる。

リスク概念の潜在的・事前的な性格は、カステルの指摘を待つまでもなく、これまでも意識的に、あるいは無意識のうちに前提とされてきた。たとえば、犯罪の恒常性を統計的に証明したケトレが、監獄や徒刑場の予算を正確に立てることができると考えたのも<sup>71)</sup>、またサレイユが、損害賠償の定率化によってリスクを負担する者の計算可能性を担保しようとしたのも<sup>72)</sup>、リスク概念のこうした潜在的・事前的な性質を前提としたものであった。

もっとも、カステルが危険性概念とリスク概念を区別したのは、アメリカとフランスにおけるソーシャル・ワーク及び精神医療の動向を前者から後者への移行として記述するためである。すなわち、カステルは、かつての危険性概念のもとで、個々の主体が危険であるかどうかを判断する際には、彼らに宿る危険が顕在化している必要があったのに対し、一定の人口におけるリスク予測が積極的に推進される結果として、今日では、専門家によって提示されたリスク因子を有するかどうかによって判断されるようになっている、というのである。

こうした傾向が孕む問題は、明らかであろう。リスク因子を有する個人は、リスク因子を有しているだけでリスクの顕在化を待たずに特定され、速やかに排除されることが奨励されることになる<sup>73)</sup>。同様の問題は、犯罪人類学につい

70) *Ibid.*, p. 287.

71) L. A. J. Quételet, *supra* note 36, p. 9.

72) R. Saleilles, *supra* note 51, p. 647.

73) フーコーも、同様の観点から、モレルの提示した変質概念の延長線上にもたらされる人種差別に言及している。M. Foucault, *supra* note 11, p. 299. 邦訳351頁。また、イタリアの社会学者アントネッロ・ペトリッロ (Antonello Petrillo) も、フーコーの講演を移民政策の文脈に適用し、リスクの速やかな回避の奨励が根柢のない移民排斥につながりかねないことに懸念を示している。Antonello Petrillo, *Immigration et stratégies de l'insécurité. Généalogie d'une politique*, in: *Michel Foucault: Trajectoires au cœur du présent*, sous la direction de Lucio d'Alessandro et Adolfo Marino, L'Harmattan, Paris, 1998, p. 195 et s.

でも、既に指摘されていた。犯罪人類学は、彼らの提示する基準をもとに、人格に宿る危険を事前に判別し、犯罪を実行する前に速やかに対処すべきであると主張した<sup>74)</sup>。カステルが記述する危険性からリスクへの移行は、かつて精神医学と犯罪人類学の交錯にみられた知と権力のメカニズムが、現代においてさらに浸透していることを示唆している。

もちろん、以上の帰結は、法的責任のレベルでは、注意深く斥けられてきた。19世紀末葉から20世紀初頭のフランスにおいて、多くの法学者は、犯罪人類学の主張する帰結を明確に拒否し、刑罰があくまで犯罪が実行された後——したがって、人格に宿る危険が顕在化した後——にしか科されえないことを強調した。刑罰の個別化を論じる際に犯罪人類学の議論に一定の賛意を示していたサレイユでさえ、犯罪が実行される前に個人に刑罰を科すことには反対し、刑罰はあくまで実行された犯罪に対してのみ——したがって、顕在的・事後的観点から——科されると考えるべきであると主張していたのである<sup>75)</sup>。

民事責任に関して言えば、たとえどんなに活動のリスクが高くても、損害が生じない限り、決して責任が問題とされることはない。その意味では、犯罪人類学に指摘されていたような問題は、民事責任と無関係であるともいえる。しかしながら、民事責任の領域では、近年、リスクが顕在化する前段階での介入の必要性が徐々に意識されるようになっているのも事実である。たとえば、近時では、民事責任の領域でも、「重大かつ不可逆的な損害」に対しては、可能性の段階で——つまり、損害が発生する前段階で——一定の責任が課されるべきであるという議論（予防〔警戒〕原則に基づく民事責任）がみられるようになっている<sup>76)</sup>。こうした議論は、リスクが顕在化する前段階での介入を促すも

74) 生来性犯罪人については、治療としての死刑を施すことで、抹殺すべきであるとすら主張していたという。P. Darmon, *supra* note 20, p. 186. 邦訳219頁以下。

75) R. Saleilles, *supra* note 60, p. 109 et p. 125 et s. また、犯罪人類学内部においても、犯罪の実行前に個人を排除することに対しては慎重な態度が採られていたことに留意すべきである。フェリーは、物理的帰責性を要求することで、制裁はあくまで事後的に加えられるべきであるとしていた。E. Ferri, *supra* note 48, p. 375.

76) 予防（警戒）原則に基づく民事責任については、拙稿「リスク社会と民事責任」

のである点で、犯罪人類学について指摘されていた問題が今日の民事責任を考えるうえでも無関係ではなくなりつつあることを示しているように思われる。

(2) 他方で、我々は、カステルの議論のもう1つの側面にも目を向ける必要がある。カステルは、危険性からリスクへの移行の延長線上に、次のような形で生権力の変化がもたらされることを指摘している<sup>77)</sup>。すなわち、従来の生権力は、規律によって規範を内面化することに向けられていたが、今日では、リスク予測を徹底することで、いかなる接触も持たずに個人を規律し、または規律による修復の可能性すら付与することなく、社会から排除する方へと押しやるようになっている。カステルは、その結果として、それまで存在した監視する者とされる者の対面関係が不要なものとなされるようになっていくことを指摘している。

犯罪人類学は、彼らの実証主義的研究をもってリスクの発見から排除までのプロセスを自動化できると考えていた。言い換えれば、犯罪人類学は、裁判所や裁判官、刑務所や刑務官を廃止することが可能であると考えていたのである。そしてまた、こうした議論は、今日の民事責任論——とりわけ民事責任の無過失責任化と保険・社会保障制度との関係——を考える際に、わが国で「不法行為法の危機」として提起された問題を想起させる<sup>78)</sup>。すなわち、民事責任は訴訟という場を通して、事後的な観点から責任の帰属を決定してきたのに対し、保険・社会保障は、リスク計算に基づいて責任の帰属を事前に決定することを可能とする。それゆえ、保険・社会保障によって被害者救済を自動化すること——すなわち、責任を負担すべき者をリスクに応じて事前に決定しておくこと——は、リスク管理の徹底とリスクの回避、事故に対する補償を迅速にする反面で、それまでは訴訟という場を通じて形成・維持されてきた加害者と被害者

---

↘ 任 (3) (4・完) —— フランス HIV 感染事件を中心に」北大法学論集60巻3号 (2009) 946頁以下、同5号 (2010) 1338頁以下を参照されたい。

77) R. Castel, *supra* note 68, p. 288.

78) 「不法行為法の危機」については、棚瀬孝雄「不法行為責任の道徳的基礎」同編『現代の不法行為法——法の理念と生活世界』(有斐閣、1994) 3頁以下。

との関係を空洞化することにつながる。

もちろん、こうした状況は、必ずしも消極的にのみ評価されるべきものではない。刑事責任の場合とは異なり、民事責任について被害者救済を自動化することには、それなりの合理性が認められる。しかし、近年のフランスでは、基金による民事責任の置き換えが進む中で、それに反する動きもみられるようになっていることも事実である。すなわちフランスでは、輸血・血液製剤輸注による HIV 感染が社会問題となって以降、被害者による責任追及が、金銭的な補償の要求を超えて加害者の制裁、事件の真相究明にまで及んでおり、その流れは、損害填補を中心に形成されてきた既存の民事責任の機能、さらには民事責任制度のあり方そのものへの問題提起にまで及んでいるのである<sup>79)</sup>。こうした動向は、被害者の損害填補という機能が、それを実現するあらゆる手段を無条件に正当化するわけではないことを我々に意識させるように思われる。

〔付記〕 本研究は、平成23年度（2011年度）関西大学在外研究による成果である。また、本研究は、平成23-26年度（2011-2014年度）科学研究費補助金（若手研究（B））（研究課題番号：23730115）の助成を受けている。

---

79) こうした動向については、拙稿「リスク社会と民事責任（2）——フランス HIV 感染事件を中心に」北大法学論集60巻1号（2009）276頁以下。