

## 〔講義〕自動運転に於ける派生型トロッコ問題の仮想事例研究

——9・11同時多発テロで撃墜を命じられたユナイテッド航空93便事件と、ハイジャック旅客機撃墜を命じ得る『ドイツ連邦航空安全法』と、その違憲判決に依拠した2017年\_ドイツ連邦\_交通及びデジタルインフラ省\_倫理委員会\_自動協調型運転\_報告の問題点：なぜ多くの人々に受け入れられないのか？——

平 野 晋

## Lecture : Autonomous Vehicles' Dilemma Situations

Comparison of the Policy Taken by the Absolute Deontologist in Germany's Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure, Report, *Ethics Commission Automated and Connected Driving*, June 2017 with Some Hypotheticals Mainly Taken from the Choice-of-Evils Cases Referred to by Some Commentators with Respect to American MODEL PENAL CODE.

Susumu HIRANO

## Abstract

Many people seem to hesitate to accept absolute deontology which strictly prohibits balancing one life with two or five lives (like Justice Thomson's Bystander at the Switch) or even a hundred or a thousand of lives even in an extreme dilemma situation like the one where hijacked civil aircrafts were used as missiles against targets on the ground such as the World Trade Center, Pentagon, White House, or U.S. Capital. Nonetheless, Germany's Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure, Report, *Ethics Commission Automated and Connected Driving*, June 2017 seems to follow such absolute deontology. The lecturer herein compares such a position taken by the absolute deontologist with some hypotheticals (*e.g.*, Mountaineer Case, The Nazi Holocaust Case, and other foreseeable/collateral-effects cases) in which sacrifice of a life or some lives to save more lives seems to be justified. Many of these hypotheticals are taken from the necessity doctrine, especially the so-called "choice of the evils" in the MODEL PENAL CODE in the U.S.

## Key Words

United Air 93; Unconstitutional Aviation Security Act in Germany; derivative Trolley Problems; absolute deontology; choice of evils; intended killing; foreseeable sacrifice; collateral damage.

## 目 次

- はじめに：9・11同時多発テロ〈ユナイテッド航空93便事件〉と当講義の概要
- A. 先ずは〈ユナイテッド航空93便事件〉のリマインダ
- B. ジレンマ状況に於けるハイジャック機撃墜の是非
- C. 当講義の概要
- 第一章 2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針

- A. ドイツ『航空安全法』違憲判決
- B. 違憲判決への批判
- C. 犠牲者が〈死ぬる運命〉にある場合の例外を示唆する 2017 年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針

## 第二章 〈死ぬる運命〉にある場合の例外

- A. 〈登山家事例〉
- B. 〈ナチ・ホロコースト事例〉

## 第三章 〈付随的/予見し得る犠牲〉の場合

- A. 〈沈没潜水艦事例〉
- B. 〈ダム の緊急放流事例〉
- C. 〈医療トリアージ事例〉
- D. 〈「アイ・イン・ザ・スカイ」事例〉

## 第四章 小括、そして〈派生型橋問題〉

おわりに：規範化の難しさ

## はじめに：9・11 同時多発テロ〈ユナイテッド航空 93 便事件〉と当講義の概要

### A. 先ずは〈ユナイテッド航空 93 便事件〉のリマインダ

「リマインダ」と書いたけれども、受講生の多くは、アメリカの 9・11 同時多発テロ<sup>1)</sup>の同時代的報道に接していない世代であろう。そこで、4 機もの旅客機がテロリスト達によってほぼ同時にハイジャックされた上に、世界貿易センタービル の 2 棟 (NY 州)、国防総省ペンタゴン (VA 州)、及びホワイトハウス/連邦議会議事堂 (DC) といった地上の標的への攻撃が実施され又は試みられた一連の事件の中の、最後の 4 機目——ユナイテッド航空 93 便——に於いて何が生じたのかについて、以下少しだけ引用・紹介しておこう。

ホワイトハウス地下室の大統領危機管理センター (White House Bunker / PEOC: Presidential Emergency Operations Center) に於いて、軍の補佐官が副大統領に近づいて来た。

『航空機が 80 マイル先に近づいています』と彼は

言った。『戦闘機がその領域に居ます。交戦すべきでしょうか?』

『その通り』とチェイニー [副大統領] は、躊躇なく返事をした。 (‘Yes,’ Cheney replied without hesitation.)

副大統領の周りの、[国家安全保障担当大統領補佐官の] ライスや、ホワイトハウス首席補佐官の ジョシュヤ・ボルトン . . . [達] の間には、軍の補佐官が同じ質問を繰り返すので緊張が走った。今度は更に緊急感を伴った質問だったのである。航空機は 60 マイル先に近づいています [と]。

『交戦すべきですか?』と、チェイニーは問われた。

『その通り』と、チェイニーは再び応じた。 (‘Yes,’ he replied again.)

航空機が更に接近したところ、[軍の] 補佐官は同じ質問を繰り返した。命令は未だ有効ですか? [と]

『もちろん有効だ』と、チェイニーはきつく言い返した。 (‘Of course it does,’ Cheney snapped.)

副大統領は後日、[以下のように] 言っている。この命令は『つらい (painful) ように見えるであろう。しかし、それでも [下すべき命令は] 明白だった。そして、そのことについて私は、思い悩むことはなかった』と。

『明らかに、とても重要な行動だった』と、インタビューでチェイニーは言っている。『アメリカの [戦闘機の] パイロットに、沢山の民間人が搭乗している商用機を撃墜するように頼んでいるのだから<sup>2)</sup>。他方、世界貿易センターで生じた事態が、正にその時、目の前 [のホワイトハウス] に迫

2) なお、ハイジャックされた大型旅客機への交戦 (撃墜) 命令が下された場合には、サイドワインダー空対空ミサイルを旅客機正面に撃ちこむことが効果的であるという会話さえも士官達の間で交わされた程に緊迫していた事態が、後日 NORADO (北アメリカ航空宇宙防衛司令部) から公開された録音テープに記録されている。Philip Shenon, *New Tapes Disclose Confusion Within the Military on Sept. 11*, N.Y. Times, Aug. 3, 2006, <[https://www.nytimes.com/2006/08/03/us/03\\_norad.html](https://www.nytimes.com/2006/08/03/us/03_norad.html)> (last visited Oct. 17, 2021).

1) See generally 9/11 Commission Report (2004), <<https://www.9-11commission.gov/report/911Report.pdf>> (Oct. 5, 2021) [hereinafter referred to as “9/11 Report”].

ていたのだ。そして、ひとたび航空機がハイジャックされると、それが武器になってしまうと、明らかに理解されていたのである。』

数分後、航空機がペンシルバニア州の南西部に墜落した、との報告が入った。それは、ニューアーク国際空港を飛び立ってからハイジャックされたユナイテッド航空 93 便のボーイング 757 であると判明した。大統領危機管理センタに居た多くの者が、チェイニーの命令で民間機が撃ち落されたのではないかと恐怖した (Many of those in the PEOC feared that Cheney's order had brought down a civilian aircraft.)。ライス補佐官は、誰かがペンタゴンに確認するように命じた。

航空機は撃墜されたのではなかった。．．．大きな安堵 (an enormous relief)。『その航空機の機上で、英雄的行動があったのだと思う』、とチェイニーは言った。後ほど、航空機が墜落する前の [乗客乗員と地上との間で交わされた] 携帯電話の通話内容報告から、幾人かの乗客がハイジャック犯達と戦ったことが分かった。

出典：Balz & Woodward, *infra* note 7 (emphasis added) (translated by the lecturer).

9・11 同時多発テロでは、ハイジャックされた 4 機の旅客機の中の 2 機はニューヨーク市の世界貿易センタの 2 棟にテロ攻撃させられ<sup>3)</sup>、一機は国防総省ペンタゴンにテロ攻撃させられた。残る一機の〈ユナイテッド航空 93 便〉は、東海岸のニューアーク (NJ 州) から西海岸のサンフランシスコ (CA 州) 行であったところ、途中でハイジャックされて進路をワシントン D.C. に向けて (図#1 参照)、おそらくはホワイトハウス又は連邦議会議事堂を標的にしたと推察された<sup>4)</sup>。

ところでアメリカに於ける軍事指揮命令系統に於いては、まずは軍の最高司令官 (Commander-in-Chief) たる大統領が攻撃許可 (交戦) 権限を有し、次に国防長官が権限を有する<sup>5)</sup>。しかし副大

統領は、実は指揮命令系統に入っておらず、攻撃許可権限を有していなかった<sup>6)</sup>。

しかし世界貿易センタがテロ攻撃を受けた際に<sup>7)</sup>、フロリダの小学校を視察中だったブッシュ大統領は、その後〈エアフォース・ワン〉に搭乗してホワイトハウスと連絡を試みていたところ、運悪く機内電話の調子が悪く、コミュニケーションが途絶え気味であった<sup>8)</sup>。ホワイトハウスの地下には、チェイニー副大統領と、ライス大統領補佐官達が居た<sup>9)</sup>。ラムズフェルド国防大臣は、ペンタゴンへのテロ攻撃の死傷者救出の現場に行ってしまうと、連絡不能であった<sup>10)</sup>。

4) See, e.g., 9/11 Report, *supra* note 1, at 45; John Alan Cohan, *Homicide by Necessity*, 10 CHAP. L. REV. 119, 179 (2006) [hereinafter referred to as "Cohan, *Necessity Homicide*"].

5) See, e.g., Anthony Summers & Robbyn Swan, *Bush's Unanswered 911 Questions*, The Daily Beast, Aug. 28, 2011, <<https://www.thedailybeast.com/president-bush-national-geographic-interviews-unanswered-questions?ref=scroll>> (last visited Oct. 16, 2021)。大統領、国防長官、続いて統合参謀本部長から各指揮官に下達されるのが、通常の指揮命令系統である。Id. See also 9/11 Report, *supra* note 1, at 17, 37 (大統領と国防長官を併せて指揮命令系統の "National Command Authority" と呼んでいる)。

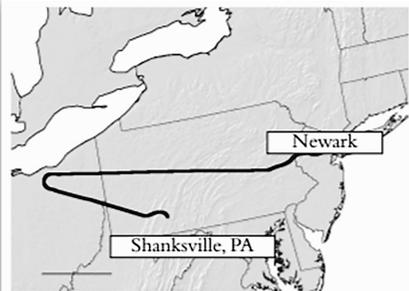
6) See Summers & Swan, *id.*

7) For this paragraph, see, e.g., 9/11 Report, *supra* note 1, at 35; Joseph Ferrara, Bookreview, "The September Day . . ." A Review of the 9/11 Commission Report, *National Commission on Terrorist Attacks. 9/11 Commission Report*. W.W. Norton & Company, 2004., 10 GEO. PUBLIC POLY REV. 163, 169 (2004); Dan Balz & Bob Woodward, *America's Chaotic Road to War, Bush's Global Strategy Began to Take Shape in First Hours after Attack*, Wash. Post, Jan. 27, 2002, A 01, <[https://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/07/18/AR2006071801175\\_pf.html](https://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/07/18/AR2006071801175_pf.html)> (last visited Oct. 15, 2021) (emphasis added)。

8) John J. Farmer, Jr., Symposium Introduction, *Awaiting "The Authorities": 9/11 and National Security Doctrine after Ten Years*, 63 RUTGERS L. REV. 1085, 1088 (2011); 9/11 Report, *supra* note 1, at 40 (大統領はコミュニケーションが途絶え気味でいら立っていたと指摘)。

3) 専門家の間では、航空機をハイジャックして地上を攻撃する自爆テロに転用・悪用する事態が「転向事態」と呼ばれ、そのような航空機は「転向機」と呼ばれる——松浦・後掲注 (18)・166 頁後注 3——。しかし当講義では、一般的で分かり易い文言を使用している。

**United Airlines Flight 93  
(UA 93)  
Newark to San Francisco**



8:42	Takeoff
9:24	Flight 93 receives warning from UA about possible cockpit intrusion
9:27	Last routine radio communication
9:28	Likely takeover
9:34	Herndon Command Center advises FAA headquarters that UA 93 is hijacked
9:36	Flight attendant notifies UA of hijacking; UA attempts to contact the cockpit
9:41	Transponder is turned off
9:57	Passenger revolt begins
10:03:11	Flight 93 crashes in field in Shanksville, PA
10:07	Cleveland Center advises NEADS of UA 93 hijacking
10:15	UA headquarters aware that Flight 93 has crashed in PA; Washington Center advises NEADS that Flight 93 has crashed in PA

図#1：ユニテッド航空93便の航路と時系列的発生事象

出典：9/11 Report, *infra* note 1, at 33.

そこに、ユニテッド航空93便がハイジャックされて、ワシントンD.C.に向かっているという報告が入った<sup>11)</sup>。その為に、上記引用文のような、旅客機撃墜の許可命令がチェイニー副大統領から下された<sup>12)</sup>。以前に交わされたブッシュ大統

領との通話に基づいて下された命令だった、と主張されている<sup>13)</sup>。なお同機は撃墜される前に、ペンシルバニア州で墜落<sup>14)</sup>。勇気ある乗客達が操縦していたテロリスト達に抵抗して、墜落に至った、と引用文が指摘するように交信記録等から推認されている<sup>15)</sup> (図#1参照)。

### B. ジレンマ状況に於けるハイジャック機撃墜の是非

〈ユニテッド航空93便事件〉は、実は〈派生型トロッコ問題〉<sup>16)</sup>であり、特に甲の命を救うか乙の命を救うかの何れかしか選択肢が存在しないという究極の選択が強要される、いわゆる〈ジレンマ状況〉(dilemma situations)である<sup>17)</sup>。何故なら、罪もない乗客乗員が搭乗する旅客機を撃墜して、地上の標的の生命等々を守るべきか否かという選択を迫られたからである。

そしてドイツでは、同様な事例に於いて、国防大臣にハイジャック機を撃墜する権限を授与した『航空安全法』を違憲立法であるとした判例を根拠として<sup>18)</sup>、原則として<sup>19)</sup>、自動運転の〈ジレンマ状況〉に於いても、罪のない人々の命を犠牲にして他の命を救う選択は許容されない (the sacrifice of innocent people in favor of other potential victims is impermissible) という倫理指針が専門家によりとりまとめられて<sup>20)</sup>、ドイツ連邦交通デジタルインフラ省が採用し Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure of the Federal Republic of Germany, Report, *Ethics Com-*

9) See, e.g., 9/11 Report, *supra* note 1, at 40–41.

10) See, e.g., *id.* at 37–38, 40, 43.

11) See, e.g., *id.* at 43.

12) なおチェイニー副大統領は、ブッシュ大統領の指示に基づいて撃墜許可を命じた、とラムズフェルド国防長官に電話で話している。 *Id.* at 43. しかしその記録や証言は存在しない、と指摘されてもいる。 Ferrara, *supra* note 7, at 169. See also Summers & Swan, *supra* note 5 (ブッシュ大統領が事前にチェイニー副大統領に交戦命令権を委任していたという両者の説明は信じがたい、という事後調査の法務官達の意見を紹介している)。

*mission Automated and Connected Driving*, June 2017 として公表されている——以下〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉と云う——。そのような、派生型トロッコ問題/ジレンマ状況に於けるドイツ的な選択に対しては、イマヌエル・カントの主張として有名な、いわゆる〈義務論〉(deontology) と、敗戦前のナチ・国家社会主義ドイツ

13) *See* 9/11 Report, *supra* note 1, at 40. この点について「ワシントン・ポスト紙」は当事者達への取材に基づいて、以下の様に報じている。

Once airborne, Bush spoke again to Cheney, who said the combat air patrol needed rules of engagement if pilots encountered an aircraft that might be under the control of hijackers. Cheney recommended that Bush authorize the military to shoot down any such civilian airliners — as momentous a decision as the president was asked to make in those first hours. “I said, ‘You bet,’ [その通りだ、いいとも]” Bush recalled. “We had a little discussion, but not much.”

Bush then talked to Rumsfeld to clarify the procedures military pilots should follow in trying to force an unresponsive plane to the ground before opening fire on it. . . .

If the plane continued heading toward what was seen as a significant target with apparently hostile intent, the U.S. pilot would have the authority to shoot it down. With Bush’s approval, Rumsfeld passed the order down the chain of command.

Balz & Woodward, *supra* note 7 (emphasis added). *But see* Summers & Swan, *supra* note 5 (交戦命令はブッシュ大統領がチェイニー副大統領に事前に授権した上で後者が下達したのではなく、そもそも最初に副大統領が権限なく下したとして、政権側見解を批判している)。

14) *See, e.g.*, 9/11 Report, *supra* note 1, at 30.

15) *See, e.g.*, Shenon, *supra* note 2. 邦語の資料として、「9・11テロドキュメント：ユナイテッド93便での戦い(2)」JIJI.COM, 〈[https://www.jiji.com/jc/v2?id=20090909\\_september\\_eleven\\_terror\\_attacks\\_09](https://www.jiji.com/jc/v2?id=20090909_september_eleven_terror_attacks_09)〉 (last visited Oct. 10, 2021) も参照。

16) 当講義に於ける〈派生型トロッコ問題〉とは、Judith Jarvis Thomsonがコメント論文「*The Trolley Problem*」に於いて、健康な人の臓器を同意なく5人の患者に分配移植することを人々は許容しない——〈The Transplant Problem〉後掲注(54)参照——けれども、トロッコを直進させた場合の線路の先の5名の命を救うべく転轍機を右に倒して右路線の先の一名を犠牲にすることを人々は許容する——〈Bystander at the Switch〉後掲注(58)も参照——という、人の直観の違いを理解する為に、Foot夫人が提起した「Trolley Driver」の従妹(a first cousin)である「Bystander at the Switch」問題を提起して「The Trolley Problem」と名付けたことの派生型という意味である。Judith Jarvis Thomson, *The Trolley Problem*, 94 YALE L. J. 1395, 1397, 1401 (1985). なお〈Bystander at the Switch〉(転轍機に居合わせた人)は、「Trolley Driver」事例に於いては安全配慮義務を負うトロッコ運営会社の運転手の代わりに、何の作為義務も負わない第三者がたまたま転轍機の近くに居合わせて、何もせずに直進先の5名を死ぬにまかせるか、又は転轍機を倒して右折させて一名を死なせるべきかというシナリオである。Id. at 1397. とここで講師がこれまで公表した派生型トロッコ問題としては、拙書『ロボット法——AIとヒトの共生に向けて(増補版)』65～70頁、140～54頁(弘文堂、2019年)(以下の『NBL』論文を修正転載)；及び拙稿「ロボット法と派生型トロッコ問題——主要論点の整理と、AIネットワーク社会システム研究開発8原則」『NBL』1083号29頁(2016年10月)参照。

17) *See, e.g.*, Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure of the Federal Republic of Germany, Report, *Ethics Commission Automated and Connected Driving*, at 11, 17, June 2017, 〈report-ethics-commission.pdf (bmvi.de)〉 (last visited Aug. 11, 2021) [hereinafter referred to as “2017 German Ethics Commission Report”].

18) 同判例の邦語文献として詳しくは、松浦一夫「航空テロ攻撃への武力対処と『人間の尊厳』——ドイツ航空安全法武力行使規定意見判決(2006年2月15日連邦憲法裁判所第一法廷判決)を中心に——」『防衛法研究』30号119頁(2006年)参照。

19) 「原則として」と講師が付記している理由は、〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉に於いて、撃墜されずとも機上の乗客乗員がテロリスト達による地上標的への攻撃を目指す行動によって既に〈死ぬる運命〉であったような場合には、例外的に命と命の衡量の可能性を示唆しているからである。後掲・第一章及び第二章参照。

労働者党政権による大量虐殺行為と、後者に対する猛烈な反省が、大きなバイアスを与えている<sup>21)</sup>。

他方、アメリカでは、上記のような〈ジレンマ状況〉に於いて撃墜を疑問視する論調をなかなか発見できない<sup>22)</sup>。上記のような場合には、すなわち地上の多数の生命[等]の損失を回避する為には、機上の、より少ない数の命の犠牲を、アメリカでは否定されずに黙認されているようにも理解出来るのである<sup>23)</sup>。そのような、ドイツとは正反対な価値観の根底には、いわゆる功利主義 (utilitarianism) 又は帰結主義 (consequentialism) を重んじる文化・価値観の影響や、初めて本土で多数の犠牲を被った9・11同時多発テロと、それを〈戦争〉(war on terror) と名付ける程に許しがたいとの感情が、少なからずバイアスを与えていると思われる。

以上のような、ドイツとアメリカのように正対かつ両極端な選択、価値観、及びバイアスが対立する中で、日本に於ける自動運転の派生型トロッコ問題の検討では如何なる立場が採られるべきであろうか。ドイツのように、原則として命と命を比較衡量することを一切禁じて、多数の命が失われる事態を見過ぐすべきであろうか。例えば仮想事例 (hypo/hypothetical) として、ハイジャック機が原子力発電所を標的に突進していた場合に——以下〈ハイジャック機原発攻撃事例〉と云う——、ドイツのような選択を、唯一の被爆国である日本も受容出来るであろうか。又は、アメリカのような選択を望むであろうか。なおドイツの隣国であるフランスやポーランドでは、撃墜が認められているということであるから<sup>24)</sup>、ヨーロッパ大陸諸国がこぞってドイツと同じ立場を採用している訳ではないようである。当講義の講師の直観では、たとえ多くの死者が出ることになろうとも如何なる場合でも原則として例外なく命と命の数の衡量を許さないような、ドイツ的な〈絶対的義務論〉

(absolute deontology) の立場は<sup>25)</sup>、特に〈ハイジャック機原発攻撃事例〉のような大惨事を考慮した場合に於いては、ドイツのような政策を日本が採ることに少なからず抵抗があるのではないかと思われる。すなわち、一方のドイツには、ナチによる大量虐殺への猛反省という特異な歴史的・文化的背景が存在するけれども、他方の日本ではヒ

21) See, e.g., Kim Lane Scheppelle, *Jack Balkin Is an American*, 25 YALE J.L. & HUMAN. 23, 29, 37 (2013). 以下のように指摘・分析している。

Many comparative constitutional law experts ... of Germany, take for granted that the German Basic Law, and particularly its rights provisions, must be interpreted as saying “never again” to the signature evils of National Socialism, in particular the Holocaust. For example, in the Aviation Security Case of 2006, the Federal Constitutional Court rejected as unconstitutional the law that would have permitted the government to shoot down a hijacked airplane, thus killing all of its passengers in order to save people on the ground. Recoiling in horror from the thought that the state would take the lives of some to spare the lives of others, the Court categorically rejected this weighing of lives....

[T]he Aviation Security Case, in which the Federal Constitutional Court refused to allow the state to make the deliberate decision to take some lives even to save others, produced a Kantian judgment refusing the state the power to treat any person as a means to an end.<sup>□</sup> The constitution’s moral compass now points precisely opposite the National Socialist past.

*Id.* (emphasis added). See also Lukas Frederik Müller, *Identifying German Legal Approaches to Terror-How the Constitution Shapes Legislation Allowing the Shooting down of a Hijacked Plane*, 19 GERMAN L.J. 113, 134 (2008) (“the inhumane action during the Nazi era and the subsequent regeneration of Germany” が、特に人の命を異なって評価する場合の、人間の尊厳に対する政府の脅威に対して過剰に反応すると分析)。

20) 2017 *German Ethics Commission Report*, *supra* note 17, at 18.

ロシマ・ナガサキのみならず、3・11東日本大震災に於ける東電福島第一原発メルトダウンという大惨事の経験を、つい最近経験しかつその記憶は未だ新しいという特異な事情が存在する。首都圏全てが放射能汚染によって何百年も封鎖されるような危機さえも、絵空事ではなかった程の事態に日本は直面させられたのである。従って、原則として命と命の衡量は受容されないとしても、〈ハイジャック機原発攻撃事例〉のような<sup>あ</sup>或る一定の例外的な場合には、日本ではドイツと異なる立場が採られる[べき?]かもしれない。同様な〈ジレンマ状況〉が自動運転に於いて迫られた場合にも、やはり或る一定の例外的な場合には、日本では命の衡量を受容するという大衆意識が存在するかも

22) 主に争点になったのは、民間機の撃墜(交戦)許可権限がチェイニー副大統領に在ったか否か等々であって、そもそも罪のない乗客乗員の搭乗する旅客機を撃墜する命令の倫理的・法的問題についての指摘は、少なくとも本講義前のWestlawとLexisを使用したアメリカ法律論文の電子データベース調査に於いては発見できなかった。尤も不存在の立証はいわゆる「悪魔の証明」と云われて証明が難しい問題であるから、罪のない乗客乗員の搭乗する旅客機を撃墜する命令の倫理的・法的問題がアメリカに於いて全く論じられていないと迄の断定は出来ない。なお、法律論文ではないけれども、民間機攻撃命令の謎を追求する記事であれば次のような記事も公表されている[けれども、焦点は副大統領による命令権限についてであって、そもそも民間機を撃墜する大統領権限の是非は論じられてない]。See Summers & Swan, *supra* note 5. 逆に、撃墜命令は弁護可能であると主張する資料としては、see Joseph Stuhlmann, *An Examination of the Legal Planes through an Emphasis on Past Passenger Aircraft Incidents*, 13 U. ST. THOMAS J. L. & PUB. POLY 103, 114 (2019).

23) Lukas Müller, *supra* note 21, at 114-15 (“it seems to be generally accepted that the President has authority to give a shoot-down order under such circumstances pursuant to his authority as Commander-in-Chief”と指摘して、以下の9/11 Commission Reportの17頁等を出典表示している); See 9/11 Report, *supra* note 1, at 17 (“Prior to 9/11, it was understood that an order to shoot down a commercial aircraft would have to be issued by... the president and secretary of defense...”と記述).

しれない。しかし、そもそも命の衡量が受容されるかもしれない「或る一定の限定的な場合」とは、どのような場合であろうか。...

### C. 当講義の概要

如何に多くの地上の身体・生命・財産が奪われようとも、原則としてハイジャック機を決して撃墜してはならないとするドイツ違憲判決の立場には、納得がいかないとの批判が、少なからず見受けられる<sup>26)</sup>。当講義の講師が担当する科目(法と経済学)や(国際情報演習 III)に於いて受講者に問うてみても、圧倒的多数の学生がハイジャック機を撃墜すべしであるとして答えていた<sup>27)</sup>。しかし、そのような違憲判決を支持する連邦憲法裁判所\_前裁判官を長とする倫理委員会<sup>28)</sup>がとりまとめた〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉は、世界でも最初に公的に採用された倫理指針であると評価されているので<sup>29)</sup>、今後の日本に於ける同様な検討に於いても無視できない存在と成り得る。そのように、影響力が少なくはないおそれの

24) 松浦・前掲注(18)・123, 158頁及び後注13参照。See also Poland *Ors Shootdown of Hijacked Planes*, NBC News, Jan. 14, 2005, <<https://www.nbcnews.com/id/wbna6823445>> (last visited Oct. 18, 2021) (ポーランドも撃墜を可能とする立法化を報じている); Cohan, *Homicide Necessity*, *supra* note 4, at 179 n.209 (同旨); Alejandro Piera & Michael Gill, *Will the New ICAO-Beijing Instruments Build a Chinese Wall for International Aviation Security?*, 47 VAND. J. TRANSNATL L. 145, 151 n.26 (2014) (9・11テロ以来、複数の国々が民間機撃墜を認める立法をしたと指摘); James A. Beckman, *Nation-State Culpability and Liability for Catastrophic Air Disasters: Reforming Public International Law to Allow for Liability of Nation-States and the Application of Punitive Damages*, 10 FLORIDA INTL UNIV. L. REV. 585, 619 (2015) (9・11テロ以降アメリカはROE—Rules of Engagement/交戦規定—を見直して、攻撃権限者が誰なのかや攻撃できる場合等を整理したと紹介しつつ、スペイン等の国々も撃墜できる場合を整理したと指摘)。

25) 後掲・第一章 A. 参照。

26) 後掲・第一章 B. 参照。

ある〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉が、多くの人々の納得のいかない立場を支持している事実は看過すべきではないのかもしれない。特に3・11東日本大震災/東電福島第一原発メルトダウン事故を経験した日本国民にとって、ドイツの倫理指針が受容可能か否かについて考え始める為の一材料として講義をしてみたい。

なお当講義に於いては、ドイツの立場が、なぜ多くの人々の納得を得られないのかについて、アメリカのロースクール教育に於いて長年受け継がれてきた〈仮想事例〉の検討/比較という手法を用いて<sup>30)</sup>、考えてもらうこととしたい。講義の順序としては、先ず第一章に於いて〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉の中の、特に『航空安全法』違憲判決を支持する記述部分と、ジレンマ状況に関する部分を簡潔に引用・紹介する。第二章に於いては、乗客乗員が〈死ぬる運命〉にある〈ユナイテッド航空93便事件〉に類似する仮想事例と思われる〈登山家事例〉等を例示・紹介する。そして、第三章では、〈付随的/予見し得る犠牲〉に分類される仮想事例を例示する。最終章たる第四章では、第三章までを小括しつつ、〈ユナイテッド航空93便事件〉や〈ハイジャック機原発攻撃事

例〉に類似する自動運転の仮想事例として、〈派生型橋問題〉を紹介し、受講生の皆さんに衝突の最適化(crash optimization)を考えてもらいたい。

## 第一章 〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉

他国に先立ち、世界で初めて政府が採用した自動運転の倫理指針であるとも評される<sup>31)</sup>この報告は、いわゆるジレンマ状況に言及している。そして、ジレンマ状況に於いては、命と命の衡量を[原則として]一切禁じると宣言し、そのような政策の拠り所として、ドイツ『航空安全法』違憲判決に言及している。以下では、その部分を引用紹介した上で、その内容を検討してみる。

### A. ドイツ『航空安全法』違憲判決

〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉では、一方の命を救う為には罪のない他方の命の犠牲が迫られるというジレンマ状況の場合にも、犠牲の選択が許容されないという原則を、『航空安全法』違憲判決に基づいて採用する旨を、以下のように厳しい文言——“prohibited absolutely”や“mere instrument”等——を用いて明記している。

1.6 No selection of humans, no offsetting of victims, but principle of damage minimization

The modern constitutional state only opts for absolute prohibitions in borderline cases, such as the ban on torture relating to persons in state custody.<sup>□</sup> Regardless of the consequences, an act is mandated or prohibited absolutely because it is intrinsically already incompatible with the constitutive values of the constitutional order. Here, there is, exceptionally, no trade-off, which is per se a feature of any morally based legal regime. The Federal Constitutional Court's judgment on the Aviation Security Act<sup>□</sup> also follows this ethical line of appraisal, with the verdict that the sacrifice of innocent people in favour of

27) 2021年10月5日開催の〈法と経済学〉講義後の小レポートの提出結果では、撃墜に賛成する者36票、反対は8票、残りが未提出又は無回答であった。2021年10月7日開催の〈国際情報演習III〉では、賛成10票、反対1票であった。なお、ルール化することが困難であるという意見が複数散見され、時代の変化に伴う価値観の変化を選択肢選択の要件として反映させる為には予め固定化したルールを決めない方が良い、という意見があったことは、特筆に値しよう。後掲・おわりに 参照。

28) 2017 *German Ethics Commission Report, supra* note 17, at 8.

29) Laure Emmons, Note & Comment: *Reasonable Robot Standard: How the Federal Government Needs to Regulate Ethical Decision Programming in Highly Autonomous Vehicles*, 33 J. CIV. RTS. & ECON. DEV. 283, 298 & n.19 (2020).

30) 拙書『体系アメリカ契約法: 英文契約の理論と法務』39頁&脚注131(中央大学出版部, 2019年更新版)。

31) 前掲注(29)。

other potential victims is impermissible, because the innocent parties would be degraded to mere instrument and deprived of the quality as a subject. This position is not without controversy, either in constitutional law<sup>□</sup> or ethically<sup>□</sup>, but it should be observed by lawmakers.

．．．．

．．．． the Ethics Commission refuses to infer . . . that the lives of humans can be “offset” against those of other humans in emergency situations so that it could be permissible to sacrifice one person in order to save several others. It classifies the killing of or the infliction of serious injuries on persons by autonomous vehicles systems as being wrong without exception. Thus, even in an emergency, human lives must not be “offset” against each other. According to this position, the individual is to be regarded as “sacrosanct”. No obligations of solidarity must be imposed on individuals requiring them to sacrifice themselves for others, even if this is the only way to save other people.

出典：2017 *German Ethics Commission Report*, *supra* note 17, at 18 (emphasis added).

上記引用文の本文一段目中頃から少し下の網掛強調付加部分は、ハイジャック機が地上の標的を攻撃しようとしている場合に於ける『航空安全法』違憲判決に言及している。その上で、「[地上の]犠牲者となる可能性のある人々の[救済の]為に、[機上の]罪なき人々を犠牲にすることを許さない」と同判決が評決したと紹介。その理由は、「機上の」罪なき人々を「単なる手段」(mere instrument)として二級市民扱いすることと成り、人を「主体」(subject)として扱わないからであると述べている。

人を「手段」として扱うことを禁じ、人は「主

体」として扱わねばならない——すなわち「客体」や「対象物」として扱ってはいけない<sup>32)</sup>——云々という文章からも自明なように、このような立場はイマヌエル・カントの有名な〈義務論〉を採用していると思われる<sup>33)</sup>。そして同違憲判決は、地上の被害が如何に甚大で大惨事に至る場合であっても、撃墜して機上の罪なき乗客乗員を犠牲にすることを一切禁じていると解釈されており<sup>34)</sup>——以下〈絶対的義務論〉(absolute deontology)と云う<sup>35)</sup>——、かつその立場は判例・多数説であるとのことである<sup>36)</sup>。何故ならば、地上の被害が甚大で大惨事に至る場合——例えば〈ハイジャック機原発攻撃事例〉のような場合——ならば機上の罪なき乗客乗員を犠牲にしても良いということにな

33) See, e.g., Lukas Müller, *supra* note 21, at 119 (憲法裁判所は尊厳に関するカントの定義を用いたと指摘); Alon Harel & Assaf Sharon, “Necessity Knows No Law”: On Extreme Cases and Uncodifiable Necessities, 61 UNIV. OF TORONTO L. J. 845, 850–51 (2011) (カント的には、一人の命を、百人の為であろうが千人の為であろうが、交換するということが自体が尊厳に反すると指摘)。

34) Lukas Müller, *supra* note 21, at 119 (“the Federal Constitutional Court concluded that a law allowing the shooting down of a plane violates the passengers’ human dignity under all possible circumstances”と解説) (emphasis added)。

35) Harel & Sharon, *supra* note 33, at 860.

36) Lukas Müller, *supra* note 21, at 118 (“any balancing of rights is indeed excluded under German law once human dignity is at stake. A violation of this right would in consequence prohibit any valuation of one innocent human life over another innocent human life—thereby make the shooting down itself immoral, independent of the evaluation of the action’s consequences”と指摘)。更に松浦・前掲注(18)・142頁参照(「航空安全法の武力行使は、．．．多数者の生命保護義務を果たすため少数者．．．を殺害する能動的権限までも認めているのである。司法がこのような措置を認めた例はない。むしろ連邦憲法裁判所は過去の判例において、国民各人の生命は同じ価値を有し、人命と人命を比較衡量することは原則として許されないことを明言している。」と指摘)(強調付加)。

32) 松浦・前掲注(18)・151頁。

れば、カント的倫理（及び/又は論理?!）の一貫性を欠いてしまうからである<sup>37)</sup>。

しかしそのような判例・多数説の立場は、結果として腑に落ちないと思う研究者も複数居り、上記引用文の最後の下線部は批判が存在する事実を自認している——「this position is not without controversy」（強調付加）と二重否定を用いて躊躇ぎみに表現している——けれども、それでも〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉は絶対的義務論の立場を強く堅持する（又は堅持したい願望が強い）ように読める——「but it should be observed by lawmakers」と違憲判決の絶対的義務論の立場を立法者・議員が遵守すべきと主張している——。

更に上記引用本文の最終段落は、たとえ緊急時であってさえも、少数の命を多数の命の為に犠牲にすることを拒絶すると指摘。功利主義/帰結主義的な、命の多寡を比較する姿勢を採らない旨を、「even in an emergency, human live shall not be “offset” against each other」と表現している。続けて同指針は、各個人は「神聖」（sacrosanct）であるとして、個人が「連帯：solidarity」（公共の利益）の義務を強いられてはならないとも指摘。以上の指摘は、やはりカントの絶対的義務論の立場を採用しつつ、かつナチ時代のように個人の利益よりも社会全体の利益を重んじる国家社会主義を完全に拒絶する意思を明確に表明していると思われる。

なお、上述したように、ドイツの判例・多数説である絶対的義務論の立場は批判されているので、その批判の幾つかを以下にて例示しておく。

## B. 違憲判決への批判

地上の被害が多で大惨事に至る場合——例えば〈ハイジャック機原発攻撃事例〉のような場合——、すなわち日本で例えれば、地上の死者が数千人規模に至り、かつ首都圏が数百年にわたっ

て汚染されて封鎖を強いられるような場合であっても、少数の乗客乗員——例えば〈ユナイテッド航空 93 便事件〉の場合であれば 40 名（テロリストを除く）——が搭乗する旅客機の撃墜が禁じられ、大惨事発生を見逃して、地上の多大な命も機上の命の喪失と共に〈心中<sup>しんじゅう</sup>〉を強いられるという結果は、受容しがたい倫理かもしれない<sup>38)</sup>。特に帰結主義者/功利主義者には受け入れられないであろう。

それ故であろうか、ドイツ国内の批判としても、例えば、テロリストによるハイジャック機による攻撃事態に対しても撃墜できない、と政治家が厳しく批判していると指摘されている<sup>39)</sup>。違憲判決は、政府によって許容される対応の射程を明確化せず、従って政府による「現実的な対応」（a realistic response）を阻害している、と批判されているのである<sup>40)</sup>。

更なる批判としては例えば、違憲判決が軍事的対応を封じた為に、テロリスト達はハイジャック機による攻撃の成功度が高まると捉えるので、ドイツに於けるテロを誘発することになると指摘されている<sup>41)</sup>。

更に例えば、地上の犠牲者が甚大に成る場合には、流石に撃墜を許容するような立場——以下「閾値義務論」（threshold deontology）と云う——もあるという<sup>42)</sup>。尤もこの〈閾値義務論〉の欠点は、閾値がどこにあるのか、すなわち地上の被害がどの程度に至れば義務論ではなく功利主義的な命と命の衡量すなわち撃墜、という選択肢が許容されるのかを示すことが出来ないと云われている<sup>43)</sup>。尤も、どのような立場を採ろうとも、この

38) *Id.* at 846.

39) *See, e.g.,* Felix Müller & Tobias Richter, Development: *Report in the Bundesverfassungsgericht' (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006*, 9 GERMAN L. J. 161, 193 (2008).

40) Lukas Müller, *supra* note 21, at 134, 136.

41) *Id.* at 134.

42) Harel & Sharon, *supra* note 33, at 847.

43) *Id.* at 851.

37) *See* Harel & Sharon, *supra* note 33, at 850–51.

閾値を明記することは難しそうだが、受講生の皆さんは如何に考えるであろうか。

その他の批判としては<sup>44)</sup>、機上の乗客乗員の命は、地上の人々の命を救う目的の為の単なる「手段」である、と憲法裁判所が決め付けた解釈が誤りであるという指摘もある。すなわち論理的には、撃墜を単なる「手段」であると解釈すべきではない。何故なら、撃墜による乗客乗員の死は「国家によって」「意図された結果」(intended consequence)ではなく、機上の死は寧ろ「附随的効果」(collateral effects)であるから、地上の人々を救う為の「手段」(means) (斜体強調は原文)として機上の命を軽んじる訳ではない、従って(すなわち機上の人を「手段」として扱っていないから)機上の「人間の尊厳」(human dignity)への権利が撃墜によって侵害される訳でもなく、違憲判決は「意図された結果」と「意図しない副作用」(unintended effects)との区別を怠って、人間の尊厳保障を不当に拡張させている、と批判されているのである。

更なる批判としては、撃墜を一切許容しない解釈は、論理的に、武力紛争法(国際人道法)上許容されている、戦時の〈均衡原則〉の適用や、〈戦略的爆撃〉<sup>45)</sup>も許容できないことに成り、ドイツの戦争遂行を妨げるという批判も見受けられる<sup>46)</sup>。

当講義の講師が担当する〈法と経済学〉科目の学生の意見の中にも、なるほどと思わせる批判が見受けられたので、以下、例示列举しておこう。

- 地上の命も罪のない命であることに於いては機上の命と同じである。地上の命の尊厳も保障されるべきであり、機上の命よりも劣後されるべきではない<sup>47)</sup>し、機上の命を守る為の「手段」として扱われてはいけなはずである。しかし撃墜を一切禁じる教条主義はその信念を守る為に地上の命の犠牲を強いるか

ら、地上の命を「手段」として扱っている<sup>48)</sup>。従って受容できない。

- 或る命を救う為に他の命を引き換えにするこ

47) この受講生の指摘については、例えば Lukas Müller も以下のように同様な指摘をしている。

This category of people [on the ground in the case of a plane hijacking] is also without fault, and therefore it could be argued that the state would violate their human dignity by not shooting down a hijacked plane--thus forfeiting their lives.<sup>47</sup> If this were the case, we would be confronted with two contrasting absolute rights of the people on the plane and the people on the ground which would obviously lead to an insoluble conflict.

*Id.* at 123 (emphasis added). なお受講生からの本文中の批判のような、機上の命を地上の命よりも優越させる法律上の階級 (a legal hierarchy) 自体、一切禁じられているはずの命の比較になるから論(倫)理が一貫しないという批判に対しては、ドイツ憲法学的には、機上の乗客乗員が有する、国家から〈生命を奪われない権利〉(a defensive right / negative right against violations by the state) ——すなわち命を奪う行為を国家が差し控える〈不作為義務〉——の方が、国家によって地上の命を守ってもらう権利 (a protective right) ——すなわち命を保護する国家の作為義務 (duty of the state to take positive steps to preserve [people's] fundamental right to life) ——よりも上位にあるという論理で対抗されるかもしれない。See, e.g., *id.* at 126–29, 133 (ドイツ憲法学的に defensive right は明記されているけれども protective right は黙示的であるに過ぎない。更に、撃墜による機上の損失は国家による行為でありかつ具体的に即効的に生じるけれども、地上の損失は第三者による行為であって抽象的で可能性に過ぎない——撃墜による機上の命はほぼ確実に喪失するけれども、地上の標的をテロリストが攻撃するおそれは可能性に過ぎない——等の理由により、機上の defensive right が地上の protective right よりも優越するという解釈を紹介・批判している)。しかしそのような法理的屁理屈を如何にこじつけようとも、結果的には機上の少数の命を救う為に地上の多数の命を見殺しにする結果を是認しており、それは後者の命を前者よりも見下すことにも成っているから、受講生の批判に対して、もっと説得的な説明が必要ではなからうか。後掲注 (48) の Lukas Müller も同旨。

44) See Lukas Müller, *supra* note 21, at 124, 133–34.

45) 付随的損害が許容される〈戦略的爆撃〉(strategic bombing: SB)の概念については、後掲注(58)参照。

46) See Lukas Müller, *supra* note 21, at 121–22.

とは宜しくないという考え方がある。しかし、機上の命を救う為に地上の命を犠牲にすることは、命を引き換えていることになってしまふと思われる。

- 撃墜しなければ、罪のない命の犠牲を積極的に増やしていることになる。 従って受容できない。

### C. 犠牲者が〈死ぬる運命〉にある場合の例外を示唆する〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉

〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉は、以下のように指摘して、犠牲になる命が既に〈死ぬる運命〉にある場合には、原則として命と命の衡量を絶対的に禁止する方針の例外扱いをする余地も在り得ると、以下のように明記している点は重要と思われる。

A different decision may have to be taken if several lives are already imminently threatened and the only thing that matters is saving as many innocent people as possible. In situations of this kind, it would appear reasonable to demand that the course of action to be chosen is that which costs as few human lives as possible. Here, the Commission has not yet been able to bring its discussions to a satisfactory end, nor has it been able to reach a consensus in every respect. It thus suggests that in-depth studies be conducted.<sup>4)</sup>

48) 学生からのこの批判については、Lukas Müllerも Harel & Sharonも同様な指摘をしている。See Lukas Müller, *supra* note 21, at 134 (“Ironically, this sensitivity [of the Constitutional Court] now results in a disproportionate protection of fundamental rights, failing to give sufficient consideration to the rights of the people on the ground by declaring them secondary in every possible situation.” (emphasis added) と分析); Harel & Sharon, *supra* note 33, at 860 (“Absolute deontology sacrifices the [catastrophic consequences] to uphold [the stringency of deontological constraints].” と分析)。

出典：2017 *German Ethics Commission Report*, *supra* note 17, at 18 (emphasis added)

すなわち、網掛部を含む強調付加部分が指摘しているように、「幾人かの命が既に危機に瀕しており」(several lives are already imminently threatened), かつ最早「問題になるのは出来るだけ多くの罪のない人々を救済することのみ」(the only thing that matters is saving as many innocent people as possible) であるような場合には、失われる命の少ない方を犠牲にすることが理に適っていると指摘。この点について倫理委員会はコンセンサスに至らず、更なる研究の必要性を指摘している<sup>49)</sup>。

以上の指摘は、絶対的義務論を強く主張していたそれまでの記述部分とは趣を変えて、功利主義的/帰結主義的な衡量を受容する寛容さを、限定的な例外としてではあるけれども、認めているようである。そこで、以下の第二章に於いては、その例外的な場合である「幾人かの命が既に危機に瀕しており」云々に該当すると思われる仮想事例を2件例示し、検討してみる。

## 第二章 〈死ぬる運命〉にある場合の例外

〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉が、命と命の数の比較衡量を極めて例外として許容し得る可能性を指摘した場合は、機上の命が

49) なお、そのような場合には撃墜が許容されるべき理由としては、Lukas Müllerが以下のように興味深い分析をしている。

[B]ecause of the absolute certainty of the occurrence of the damaging event, the meaning of the distinction between state action and omission almost loses its relevance in this situation. Therefore, the distinction can no longer justify a general priority awarded to the defensive rights of the people aboard the plane because their fate has been determined by the hijackers, and they will die along with the people on the ground. It is not a true choice.

Lukas Müller, *supra* note 21, at 130 (emphasis added).

「既に危機に瀕して」いて、地上の「出来るだけ多くの罪のない人々を救済すること」が問題となる場合であった。違憲判決を批判する学説に於いても、このようにハイジャック機による地上攻撃が確実に「機上の人々の死が迫っている」場合 (the people on the plane will die immediately) には撃墜を許容すべきであると指摘するものが見受けられる<sup>50)</sup>。そこで、仮想事例として、少なくとも直観的にはそのような事例に類似すると捉え得る場合——当講義では、他の命を救う為の犠牲者が〈死ぬる場合〉と云う——として、以下、〈登山家事例〉と〈ネチ・ホロコースト事例〉を例示しつつ、前掲の〈ハイジャック機原発攻撃事例〉と比較してみよう。

#### A. 〈登山家事例〉<sup>51)</sup>

クリス・オドネル (代表作は NCIS : LA) 主演の映画「バーティカル・リミット」(Vertical Limit, Sony Pictures Releasing, 2000) の冒頭部では、妹、兄、そして彼らの父親が、一つのロープで繋がってロック・クライミングをしている回顧シーンが登場する。足を滑らせて、ロープが3名の体重に耐えられなくなる。ここで、ロープの一番下に掴まっていた父親が子供達に対し、概ね以下のようなことを言う。．．私を切り離せ、さもないと3人ともに死んでしまうぞ、と。一番上でロープに掴まっていた娘が、概ね以下のように答える。．．[お兄さん] そんなことしちゃダメよ、と。しかし結局、長男は父親をロープから切り離して落下させ、長男と妹が生き残る。この事故がしこりとなって兄弟が疎遠になっていたところ、K2 登山のプロジェクトで再会し、命の選択を再

び迫られる事故に巻き込まれていく。．．．

この映画のナラティブから、父親の利他的な発言・意思表示を取り除き、ロープには3名ではなく2名が掴まっていた、その2名には血縁・親族関係も存在しない、という設定に変えた仮想事例が、〈登山家事例〉(Mountaineer Case) と呼ばれ、アメリカの『模範刑法典』(MODEL PENAL CODE §3-02) が採用する緊急避難(necessity : 必要性)——特に「choice of evils」と呼ばれる——に該当する免責事由として、Cohan や Cotton が紹介している<sup>52)</sup>。

功利主義的に分析すれば、2人の命が失われるよりも一人の喪失という選択が肯定されよう。しかし「トロッコ問題の創設の母」(founding mother of the trolley problem)<sup>53)</sup>として有名な Judith Jarvis Thomson が提起した〈太った男〉(Fat Man) や〈臓器移植問題〉(The Transplant Problem) が示唆するように<sup>54)</sup>、功利主義的な命の数の多寡だけでは、多数の命の為に少数を犠牲にする選択は、必ずしも人々の直観(intuition)的な支持を得られない<sup>55)</sup>。それにも拘わらず、本件〈登山家事例〉では、『模範刑法典』が刑事責任を免除する理由は何であろうか。

Cohan は<sup>56)</sup>、その理由が、犠牲者側の〈死ぬる運命〉にあると解析している。すなわち〈登山家問題〉に於ける、ロープの下に居る〈下の登山家〉(lower climber) は切り離されても離されなくても、何れの選択肢に於いても〈死ぬる運命〉にあった(no matter what, he will die)<sup>57)</sup>。切り離す選択は、単に〈下の登山家〉の「死期を少しだけ縮める」(will accelerate the death . . . slightly) に過ぎない。そうであるならば、2名が共に道連れになる

50) *Id.* at 132-33.

51) Cohan, *Necessity Homicide*, *supra* note 4, at 134; Michele Cotton, *The Necessity Defense and the Moral Limits of Law*, 18 NEW CRIM. L. R. 35, 56 (2105); John Alan Cohan, *Two Men and a Plank : The Argument from a State of Nature*, 29 WHITTER L. REV. 333, 362 (2007) [hereinafter referred to as "Cohan, *A State of Nature*"]; MODEL PENAL CODE §3-02, cmt. 3 (AM. L. INST. 1985).

52) Cohan, *Necessity Homicide*, *supra* note 4, at 134-37; Cotton, *supra* note 51, at 56. 尤も〈登山家事例〉に於ける免責を認める『模範刑事法典』の立場を、各州法はそのまま採用していないと指摘されている。Cohan, *id.* at 137.

53) Bert I. Huang, Bookreview, *The Trolley Problem Mysteries. By F.M. Kamm. New York, N. Y. ; Oxford University Press, 2015*, 130 HARV. L. REV. 659, 660 (2016).

(心中する?)よりも、〈上の登山家〉(upper climber)が〈下の登山家〉を切り離れた方が、[功利主義的に]許容されるという訳である。

このCohanの解説は、説得的であろう。当講義の講師には、〈心中を強いる〉絶対的義務論は説得力が欠ける、と解説してくれているようにも感じられる。少なくとも〈登山家事例〉は、〈下の登山家〉の死を、カントが禁じる「手段」(means)として扱っている訳ではない。ロープへの重さを軽減することが目的なのであって、ロープの〈下の登山家〉の死は〈意図された殺人〉(intended killing)ではない。単なる〈付随的/予見し得る犠牲〉(collateral/foreseeable sacrifice)である<sup>54)</sup>。例えばロープを切り離れた後に、何かの偶然で〈下の登山家〉が助かっても、ロープへ掛かる重さを軽減させるという目的は達成できるから、〈下の登山家〉の死を意図した行為ではないのである。受講生の皆さんは、以上のような〈登山家事例〉が投げかけた争点を、どのように捉えるであろうか。(なお、切り離しても許容されるという選択肢を、全員が一致して賛同する訳でもない、とも言われている<sup>55)</sup>。．．当講義の扱う争点は、殆ど全て、全員が一致することのない難問なのである。それ故に、受講生

54) 〈太った男〉(Fat Man)とは、Thomsonが提起した仮想事例である。暴走トロッコの線路の先に5名の労働者が居て、そのまま暴走すると逃げられず死んでしまうけれども、重い大きな障害物を線路に落とせばトロッコは止まって5人が助かることをあなたは知っている。あなたは、その線路の上に架かっている歩道橋の上に居て、たまたまあなたの横には太った男が歩道橋の欄干に屈みこんで下の線路を覗き見ている。さて、あなたは、その〈太った男〉を歩道橋から突き落として5人を救うべきか否か、という問いが〈Fat Man〉である。Thomson, *supra* note 16, at 1408. 他方の〈臓器移植問題〉(The Transplant Problem)は、医師であるあなたが、本日中に一つの肺臓を必要とする患者2名と、一つの腎臓を必要とする患者2名と、心臓を必要とする患者一名を抱えていて、丁度良いタイミングにあなたの診療所に血液型が一致する健康な若い男が健康診断にやって来た。あなたはその男を切り刻んで5つの臓器を5人の患者達に移植すべきか否かを問うのが「臓器移植問題」である。 *Id.* at 1396, 1401.

の皆さんの中に反対論があっても、それは自然なことであると理解しておいて下さい。

ところで〈登山家事例〉を〈ハイジャック機原発攻撃事例〉と比較すれば、犠牲者が〈死ぬる運命にある〉点に於いて類似性がみられる。当講義で仮想事例とする〈ハイジャック機原発攻撃事例〉に於

55) *Id.* at 1396, 1409. なお、水・食料が欠乏した漂流中の船員達が、若い給仕係を食す為に殺した行為の免責の可否が争われて有名なイギリス判例〈Regina 対 Dudley & Stephens 事件〉——*Regina v. Dudley & Stephens*, (1884) 14 Q.B.D. 273 (U.K.)——も、〈太った男〉や〈臓器移植問題〉と同様に分類されて、多数の為に少数の犠牲が許容されないと思われる。理由は *Dudley* 事件が〈付随的/予見し得る犠牲〉ではなく、〈意図された殺人〉に分類され得るからである。後掲注(58) 参照 (〈意図された殺人〉と〈付随的/予見し得る犠牲〉による区別を〈太った男〉や〈臓器移植問題〉と〈転轍機に居合わせた人〉との違いを通じて概説している)。すなわち、犠牲になった17歳の給仕係 Richard Parker の体が、仮に *Dudley* や *Stephens* 等に食される前に消滅すると、目的を達せられない点に於いて〈太った男〉や〈臓器移植問題〉と同じ〈意図された殺人〉であって、存在が消滅しても目的が達成できる〈付随的/予見し得る犠牲〉に分類できないであろう。尤も、喉の渇きに耐え切れず海水を飲んでしまった犠牲者 Parker は、*Dudley* に殺害される前に、うわごとを言う昏睡状態に陥っていた為に、これを〈死ぬる運命〉にあったと解釈されてしまうと、それならば犠牲にすることが許容されるのかと問われると、当講義・講師の直観としては、なかなか難しいとも思われる。何故ならば、犠牲者 Parker が、たとえ〈死ぬる運命〉であったと仮定しても、食人の為に *Dudley* が殺害した行為は前述の通り〈意図的な殺人〉であることに変りはないからである。 *See also* Cohan, *Necessity Homicide, supra* note 4, at 161 (“the killing involved using a person or persons solely as a means to an end” (emphasis added) と評価している)。なお *Dudley* 事件裁判の結論は、被告人達が有罪となり絞首刑を判事から命じられている。判事の見解は、被告人達は Parker を殺すべきではなかった、餓死するかもしれない運命を Parker と共に受け入れるべきであったということであった。尤もその後、女王によって半年の禁固刑に減刑されている。 *See, e.g., id.* at 161–67.

56) *See id.* at 134 & nn. 68–69 (MODEL PENAL CODE §3–02 cmt. 3, at 14–15 (1985) を出典表示しながら解説している)。

けるハイジャックされた旅客機は、〈ユナイテッド航空 93 便事件〉を前提にしているから、同事件の結末のように撃墜されずとも乗客乗員は〈死ぬる運命〉にあったと仮定する。

〈登山家事例〉と〈ハイジャック機原発攻撃事例〉との相違点を考えてみると、〈登山家事例〉では、犠牲者数と救われる命の数が一対一（「パーティカル・リミット」では一対2）であるけれども、他方の〈ハイジャック機原発攻撃事例〉ではおそらく、救われる地上の命の数（例えば1,000人）、及び首都圏が数百年にわたって汚染され封鎖される為に生じる莫大な財産的損害が非常に甚大な大惨事を想定できる点が相違点であろう。損害が甚大な分だけ〈ハイジャック機原発攻撃事例〉の撃墜命令は、〈登山家事例〉に於いて〈下の登山家〉を切り離すよりも肯定されるべきかもしれない。

57) Cohan, *A State of Nature*, *supra* note 51, at 363.

58) トーマス・アクィナスの有名な、いわゆる「二重結果の原則」(the principle of double effect) によれば、〈意図〉(intend)された殺人は許容されなくても、〈予測〉(foresee)された死であれば許容されるという。例えば、〈戦略的爆撃〉(strategic bombing)で兵器工場を爆撃し近隣の民家が付随的損害を被っても許されるけれども、〈恐怖の爆撃〉(terror bombing)として非戦闘員/市民の殺害を目的とする爆撃によって戦争早期終結を図ることは許容されない。Edward C. Lyons, *Slaughter of the Innocents: Justification, Excuse and the Principle of Double Effect*, 18 BERKELEY J. CRIM. L. 231, 288 (2013)。〈意図された殺人〉と〈付随的/予測し得る犠牲〉の違いは、Thomson, *supra* note 16, at 1402 を読めば理解が深まるであろう。すなわち一方の「The Transplant Problem」に於いては、同意なくドナーを強要される健康な一人の若者の存在が、仮に移植前に何らかの理由によって消滅してしまうと目的を達成できずに困るけれども、他方の「Bystander at the Switch」に於いては、右折路線の先の一名がトロッコと衝突する前に仮に消えても困らない。従って前者は〈意図された殺人〉であるけれども、後者は〈付随的/予見し得る犠牲〉に過ぎない、と区分け可能かもしれない。なお当講義では Thomson についてこれ以上追求しないけれども、更に詳しい邦語文献としては、佐藤英明「自動運転車とトロッコ問題」『中央学院大学人間・自然論叢』48号21～54頁(2020年1月30日)参照。

尤も私が担当する科目の受講生の中には、ハイジャック機の乗客乗員が助かる見込みも最後まであり得るのだから撃墜は容認されないという意見や<sup>60)</sup>、命を犠牲にする前に本人同意が不可欠である、という反論を披露してくれた受講生も居た<sup>61)</sup>。加えて、犠牲者にとっての最後の時間は、

59) 全員が一致することはない点について、Cohan は MODEL PENAL CODE §3-02, cmt. 3 を以下のように引用紹介している。

Although the view is not universally held that it is ethically preferable to take one innocent life than to have many lives lost, most persons probably think a net saving of lives is ethically warranted if the choice among lives to be saved is not unfair. Certainly the law should permit such a choice.

Cohan, *A State of Nature*, *supra* note 51, at 362 (emphasis added) や Cohan, *Necessity Homicide*, *supra* note 4, at 134 (emphasis added)。そして Cohan は続けて次のように云っている。「From an ethical standpoint the upper climber may feel that the action would be impermissible under any circumstances. . . . One might prefer to die honorably rather than be a survivor at the cost of another's life.」と。Cohan, *A State of Nature*, *supra* note 51, at 362 (emphasis added)。これは、ちなみに派生型トロッコ問題の一つである「橋問題」——後掲第四章参照——に於いて利己的な衝突進路を採るか又は利他的なそれを探るか、と、当講義の講師が嘗て総合政策学部所属のゼミ生に問うたところ、毎回一、二名の超少数派の学生が、利他的進路を採ると答えていたことを思い出させる指摘である。その学生達に理由を訊くと、30名の学童を死なせた責を負って一生を過ごしたくないという理由であった。

60) 松浦・前掲注(18)・143, 152-53頁も参照(ハイジャック機内の状況は地上には不明な場合が多いから乗客乗員の命が「いずれにせよ失われる」と断定できないと指摘)。しかし、撃墜できずに地上で大惨事が生じる事態を放置するドイツの姿勢が、果たしてドイツ以外の国々の主権者国民・大衆的に許容されるであろうか。

61) しかし法的には、自らを殺そうとする者への本人同意があっても免責されないという立場を採るのがほぼ万国一致した姿勢であると指摘するのは、Cohan, *Necessity Homicide*, *supra* note 4, at 135.

遺書を書いたり、家族へ別れの架電をしたり、祈りを捧げたりといった非常に重要かつ稀少な時間帯であるから、「死期を少しだけ縮めることになる」という文言で軽く扱うべきではないという指摘も見受けられる<sup>62)</sup>。

確かに、実際のハイジャック事件では機内の状況を把握できないから、撃墜以外には他の選択肢が無いという的確な判断が出来ないはずであり、そのような曖昧な状況下に於いて撃墜命令が下されるおそれがあるという懸念が、違憲判決では示されている<sup>63)</sup>。また、「登山家事例」と比べた場合、登山家はいざという場合の死も黙示的に同意しているという解釈が可能かもしれないけれども<sup>64)</sup>、他方の乗客乗員は「少なくとも乗客は」暗黙にも同意していないという批判が可能かもしれない。「最後の時間」という文言についても、当講義の講師はアメリカ不法行為法・過失責任の代表判例法理であるところの〈last clear chance〉を思い起こす。それは、例えば被告が危機を生じさせた訳ではない場合であっても、防止義務を負う者は、最後の最後に危機を回避する機会がある際にそこで危機回避策を怠った場合には、過失責任を免れないという法理である<sup>65)</sup>。こう考えれば、最後の時間帯を奪うという撃墜命令は、通常であれば非難可能性を免れない行為かもしれない。

62) 松浦・前掲注(18)・154頁も参照(「航空機の内  
部にいる人々は、テロ攻撃が実行されたならばい  
ずれにせよ死ぬことになる」とする主張[に  
対して]も、『人命と人間の尊厳は個々の人間の肉体的生存の持続時間とは無関係に同等の憲法上の保護を享受する』(強調付加)と違憲判決を下した憲法裁判所も指摘して、退けていると指摘)。確かに、例えば映画「テネット」(Tenet, Warner Bros. Pictures, 2020)に於いて、死期の近いすい臓がんの夫(アンドレイ・セイター)を、妻の(キャサリン“キャット”)が殺すことも殺人に該当すると言う、主人公と(キャット)との会話のナラティブが示すように、法的には死期の近さだけを根拠として殺人が免責される訳ではない。しかし、人類全体が喪失する大惨事を回避する為であっても、ドイツでは悪人(セイター)を野放しにして人類は(セイター)と心中すべきであると要求するのであろうか。やはり説得力に欠けるであろう。

しかし、ここで受講生の皆さんには、一連の同時多発事件の中の〈ユナイテッド航空 93 便事件〉を思い起こして欲しい。同事件は、その内容からドイツに於ける〈航空安全法〉の立法事実となったと推察される事件である。ユナイテッド航空 93 便は、撃墜は免れた(と云うよりも、間に合わなかったというのが事実である)けれども<sup>66)</sup>、実際のと

63) 松浦・前掲注(18)・152~53頁(そのようなコックピット協会及び独立客室乗務員機構の意見を、憲法裁判所が尊重したと指摘); Lukas Müller, *supra* note 21, at 131 (撃墜を正当化できる前提事実を現実的には把握できないと憲法裁判所が指摘したと紹介)。

See also *id.* at 129, 132, 133 (誘拐された子供の命を救う為に居場所を白状させるべく被疑者を拷問することの許容性が問われた先例に於いては、自白させねば子供の命が奪われる危険性は可能性に過ぎないけれども、拷問による人権侵害は即効的かつ現実的に生じる (sever, immediate, and actual violation of . . . fundamental rights) から、拷問を許容しないという先例の意見に基づいて、ハイジャック機撃墜による機上の命の喪失はほぼ確実であるけれども、ハイジャック機による地上攻撃と地上の命の喪失は可能性に過ぎないから、機上の defensive rightの方が地上の protective right よりも優越するという法理を紹介しつつも、しかしハイジャック機による地上攻撃/地上の命の喪失がほぼ確実な事態に至れば、両者の命の差別はもはや正当化されないから、撃墜が許容されるべきと指摘)。ところで9・11同時多発テロ以前の、民間機撃墜事故の先例も考慮すれば、ロシアが不十分な情報に基づいて大韓航空機を安易に撃墜した失敗が思い起こされる。Phillip A. Karber, *Response to the September 11 Attacks: Re-Constructing Global Aviation in an Era of the Civil Aircraft as a Weapon of Destruction*, 25 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 781, 809 n 139 (2002) (大韓航空機撃墜事件を指摘)。従って、撃墜命令に至る迄の手续や交戦規定を整備した上で、ハイジャック機上の乗客乗員が〈死ぬる運命〉にあるという判断は入手可能な情報の中で合理的に下されることが重要であろう。「合理的」とは、後掲注(67)に付帯する本文(B<PL→Negligence)参照。

64) Cohan, *Necessity Homicide*, *supra* note 4, at 135.

65) See, e.g., “last clear chance,” LII: Law Information Institute [Cornell Univ.] <[https://www.law.cornell.edu/wex/last\\_clear\\_chance](https://www.law.cornell.edu/wex/last_clear_chance)> (last visited Oct. 11, 2021); 拙書『ロボット法』前掲注(16)・64頁も参照。

ころ同機は墜落し、全員が死亡している。確かに機内の状況は、同機内と地上との間の断片的な通信内容からしか分からない。しかしそれでも同機がハイジャックされた事実や、他の3機は地上の標的を実際に攻撃した事実や、機内の乗客が操縦席のハイジャック犯に対して抵抗を企てた事実は分かっている。同機は本来サンフランシスコに向かうべきところ、ワシントンD.C.に向かっていたから、ホワイトハウスか連邦議会議事堂への攻撃を仕掛けていたらしい(前掲図#1参照)。議事堂が破壊されれば、キーファー・サザーランド主演の海外ドラマ「サバイバー」(Designated Survivor, ABC, 2016-19)のエピソード1のプロットのような大惨事に至ったかもしれない。手をこまぬいて見過ごせ、という選択が、果たして「ドイツ以外の国々の」多くの人々の賛同を得られるであろうか。機内の状況が地上には不明な場合が多いという批判については、そもそもヒトには予知能力が備わっておらず、<sup>いくさ</sup>戦の露は避け得ないのであるから、入手可能な情報に基づいて、甚大な危険の存在とその回避義務を合理的に推理し判断する他には手立てがないはずである。従って、完全な情報を入手できない場合には常に大惨事を見過ごせと要求する立場は、現実性と説得力が著しく欠けているとも受け止められよう。

そして、これもアメリカ不法行為法・過失責任の代表判例法理であるが、危険性は〈期待損失額〉(expected losses)で把握することが合理的とされる。すなわち予想される損失額(L: Loss)にその発生蓋然性(P: Probability)を乗じた値で把握され、

$$B < PL \rightarrow \text{Negligence}$$

という公式で表される<sup>67)</sup>。その具体的な数値——期待損失額(L)や発生蓋然性(P)——は、通常、事前には当然に入手不可能であるけれども、重要な点は数値が入手不可能な現実ではない。重要な

点は、入手可能な情報が限られた現実の中に於いても、予想される損失額に蓋然性を乗じて危険性の多寡を把握するという〈合理的〉(reasonable)に危険性を把握した上でそれに匹敵する犠牲を払うべきであるという思想自体に存する。つまりその合理的な予測値と同等以上の回避策を執ることが、全ての社会の構成員に課されているのである。そこで、例えば旅客機を乗っ取ったハイジャック犯達が原子力発電所への攻撃を目指している、と合理的に推認された場合を想定してみよう。そして同機の乗客乗員の数は〈ユナイテッド航空93便事件〉のように40名であった(テロリストの数は除く)と仮定してみる。同機が原子力発電所に激突した場合の放射能の汚染等による死者数は1,000名を下らず、それ以外にも首都圏が汚染されて数百年間は人々が住めず封鎖されることになるであろうと想定してみる。同機が原子力発電所の80マイル先に近づいた。更に同機は接近を続けて、とうとう60マイル先に迫っている。さて、ここで、last clear chanceがあるかもしれないから撃墜を控えるべきであろうか。

この問いに対して、ナチを経験して猛反省しているばかりか、功利主義と対立する義務論のイマヌエル・カントの出身国であるという特殊な歴史的・文化的背景を有するドイツと、功利主義が尊重され、かつ本土の中心部で発生した同時多発テロで多くの死傷者を含む損害を被るといふ惨事を実体験したアメリカとの間では、考え方も思想も異なるのであろう。実際のところ、テロに対抗する為にとどこまで犠牲が許容されるかの論点については、これを積極的に肯定するアメリカと、消極的なヨーロッパとでは温度差がみられるとも指摘されている<sup>68)</sup>。日本の立場は如何に在るべきか。

67) United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947) (過失責任基準としてHand Formula—— $B < PL \rightarrow \text{Negligence}$ ——を考案)。拙書『アメリカ不法行為法：主要概念と学際法理』266~77頁(中央大学出版部、2006年)も参照(Hand Formulaを解説)。

68) Lukas Müller, *supra* note 21, at 133.

66) See generally 9/11 Report, *supra* note 1.

受講生の皆さんにも、考えてみて欲しい。

### B. 〈ナチ・ホロコースト事例〉

ユダヤの人々が、ナチから逃れる為に隠れていたところ、その中の赤子が泣き出して発見されそうになった。そこで已む無く赤子が窒息死させられ、ユダヤの人々は発見されずに難を逃れた。後日、ユダヤ教の指導者——〈ラビ〉(rabbi)と呼ばれる——が事件を扱った。ラビ曰く、もし発見されていれば赤子も含む全員がナチに殺されていた。赤子を死亡させたことは義務ではない(not required)けれども、許容される(permissible)行為であったと判断された。

この〈ナチ・ホロコースト事例〉(The Nazi Holocaust Case)を紹介するCohan曰く、本件では赤子も一緒に隠れていたユダヤの人々同様に〈死ぬる運命〉にあった点に於いて、〈登山家事例〉と類似する。相違点は、後者よりも本件の方が、赤子の死によって救われる人々の数が多い点である、と。

思うに〈ナチ・ホロコースト事例〉は、多数の命を守るという功利的目的を達成する為に、赤子を犠牲にするという〈作為〉を要する点に於いて、撃墜せねば地上の大惨事を回避できない〈ハイジャック機原発攻撃事例〉に類似している。そして〈死ぬる運命〉にあった点に於いても〈ハイジャック機原発攻撃事例〉に類似する。

(更に、これは次章の分析事項ではあるが、〈ナチ・ホロコースト事例〉では赤子の死が不可欠である〈意図的な殺人〉ではない。死なずとも泣き止みさえすれば目的は達せられたのであるから、赤子の死は〈付随的/予見し得る犠牲〉である。その意味に於いて、〈ハイジャック機原発攻撃事例〉に類似している。)

### 第三章 〈付随的/予見し得る犠牲〉の場合

本章で紹介する仮想事例は、犠牲者が〈死ぬる運命〉にない点に於いて、前章の仮想事例よりも説得力が劣るかもしれない。すなわち本章の仮想事例では、多数の命の為の少数の命の犠牲という選択が、直観的には肯定感を与えるかもしれない

例であるけれども、その理由はおそらく、犠牲が〈付随的/予見し得る犠牲〉であって、人を「手段」として扱っていると受け止められ易い〈意図的な殺人〉ではないところに求められるかもしれない。しかし〈意図的な殺人〉と〈付随的/予見し得る犠牲〉という区分けは、少数の命の選択を肯定するには不十分であるという指摘もある<sup>69)</sup>。しかしその指摘が、果たして大衆や主権者国民の直観的な支持を得られるか否かは別問題かもしれない<sup>70)</sup>。今後の更なる日本に於ける大衆意識調査に期待したいところである。

### A. 〈沈没潜水艦事例〉

アメリカ海軍潜水艦「アブラツノザメ号」(*Squalus*)が訓練中に海底に沈没。エンジン室等に浸水し、他の浸水していない区画への浸水拡大を防ぐ為に、エンジン室及び船尾魚雷室の隔壁の扉を艦長が閉めさせたところ、エンジン室と船尾魚雷室に閉じ込められた26名の船員が溺れて死亡。浸水を回避できた区画の船員36名は生存して救出された<sup>71)</sup>。Cohanは、扉を閉めさせた行為はnecessity(緊急避難)故に許容されると評価している<sup>72)</sup>。

本件と〈ハイジャック機原発攻撃事例〉との類似点は、先ずは功利主義的には生存者数の方が犠牲者数よりも多いことである。加えて、26名の犠牲者は「意図的に殺害」された訳ではなく、〈付随的/予見し得る犠牲〉になった点も、〈ハイジャッ

69) Douglas Laycock, Observation: *The Ultimate Unity of Rights and Utilities*, 64 TEX. L. REV. 407, 409 (1985) (Thomson, *The Trolley Problem*, *supra* note 16, at 1396–1401 (1985) を出典表示しながら “But she [Thomson] has already rejected as insufficient the distinction between killing and letting die . . .” と指摘)。

70) See Jean-François Bonnefon et al., *The Moral Machine Experiment*, NATURE, Vol. 563, Nov. 2018, at 59, 60 (多数の為の少数の犠牲を拒絶する2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針の立場は、大衆の指向に反すると指摘)。

71) Cohan, *Necessity Homicide*, *supra* note 4, at 132.

ク機原発攻撃事例)の場合と同様である。何故ならば、26名が死なずとも36名の生存は可能であるから、エンジン室と船尾魚雷室の船員が閉じ込められた後に生存していても残り区画の生存という目的は達成できたから、閉じ込められた船員の死は〈意図された殺人〉ではない。〈付随的/予見し得る犠牲〉なのである。加えて、隔壁の扉を閉めるという〈作為〉が必要な点も、〈ハイジャック機原発攻撃事例〉との類似点である。

### B. 〈ダム緊急放流事例〉

市全域が洪水で沈む危険を回避する為に、堤防を操作して農家を洪水させて農家一家を死に至らしめた事例では、農家一家の死者数が市全域の損失よりも少ないという理由により刑事責任を免れる、と『模範刑法典』が例示している<sup>72)</sup>。

本件は、2017年7月の西日本豪雨の際に、ダムが緊急放流し下流域が水没して死者も出てしまった事故を思い起こさせる仮想事例である。尤も前段で紹介した仮想事例と、西日本の事故では前提事実が異なるので、当講義では仮想事例の方を検討してみる。

〈ダム緊急放流事例〉は、〈ハイジャック機原発攻撃事例〉に類似する。多くの被害を回避する為に、小さな犠牲を功利主義的に許容している点に於いて先ずは似ているのである。更に、農家の犠牲は〈意図された殺人〉ではなく、〈付随的/予見し得る犠牲〉である。すなわち市全域を救う為に農家一家の死が不可欠な訳ではなく、放流して農家に死者が出なかった場合でも市全域を救うという目的

は達せられる。その意味に於いて、人々が直観的にも同意しない Thomson の〈太った男〉や〈臓器移植問題〉の事例<sup>74)</sup>とは区別される。加えて両者が共有する要素は、〈作為〉を介して功利的な目的を達成する点にある。〈ダム緊急放流の事例〉では、市全域の惨事を回避する為に、放流という〈作為〉が必要である。〈ハイジャック機原発攻撃事例〉もまた地上の大惨事を回避する為の撃墜という〈作為〉が必要となる。(尤も作為が必要な点は、これまで紹介してきた事例全て——〈登山家事例〉及び〈ナチ・ホロコースト事例〉——にも共通する要素である。)

### C. 〈医療トリアージ事例〉

医療界で行われるトリアージには様々な分類が存在するようであるけれども、当講義では<sup>75)</sup>、伝統的に以下の3種に患者を分類するトリアージを仮想事例としてみよう。

- (1) 治療しても助からない者、
- (2) 治療しなくても生きられる者、及び
- (3) 治療の有無が生死を分かつ者。

トリアージでは以上の分類の内で(3)にのみ治療を施す。更に(3)の患者の中でも、即座に治療できる者から優先的に治療する。その方が、より多くを生存させることが可能だからである。以上のように医療界に於いて、全員に治療を施せない緊急事態では、既にトリアージのような功利主義的選択が実施されている現実は、考慮に値すべき要素なのかもしれない。

そのようなトリアージと〈ハイジャック機原発攻撃事例〉との類似点はもちろん、より多くの者を生存させるという功利主義的な価値観である。更なる類似点は、トリアージによって治療を受けられない(1)の患者も、ハイジャック機の乗客乗員同様に、〈死ぬる運命〉にある点であろう。そ

72) *Id.* なお、同様な事例として、沈没しつつあるフェリーから助かる為には縄梯子を登って脱出する以外には他に方法がないところ、縄梯子に張り付いていた一人の男が水面の上昇に恐怖し凍りついて動けなく成ってしまったので、他の乗員達が早く登るように何回も声掛けしても動かず、そのままでは他の乗員が溺れそうだったので仕方なくその男を縄梯子から引き剥がし、彼は溺れてしまったけれども他の乗員は助かったが、同事件は刑事訴追されなかったと Cohan が紹介している。 *Id.*

73) Cotton, *supra* note 51, at 56.

74) 〈太った男〉と〈臓器移植問題〉については前掲注(54)&(55)。

75) For this section, see Einer Elhauge, *Allocating Health Care Morally*, 82 CALIF. L. REV. 1449, 1495 & n.139 (1994).

の意味では、トリアージは本章に分類されるよりも、前章の〈登山家事例〉や〈ナチ・ホロコースト事例〉に近いかもしれない。

他方、(3)の患者の中で、即座には治療できない為に順位を降格されて治療される前に死亡した者は、本来は〈死ぬる運命〉になかった。しかしそれは、もちろん〈意図された殺人〉ではなく、〈付随的/予測し得る犠牲〉に過ぎない。

医療トリアージと〈ハイジャック機原発攻撃事例〉との相違点を考えると、前者では医療関係者や医療機関が〈作為〉を用いて患者を殺す訳ではなく、〈死ぬにまかせる〉だけであり、かつその死ぬ危険性を作出したのは医療関係者や医療機関ではなかったところ、後者の〈ハイジャック機原発攻撃事例〉では〈作為〉が必要になる点が相違している（が、危険を作出したのは政府ではなくテロリストである）。

なお危険を作出した者が誰であるかという要素について他の仮想事例を眺めてみると、〈登山家事例〉中の登山家が作出したとは限らないし<sup>76)</sup>、〈ナチ・ホロコースト事例〉では赤子が危険を作出した訳ではなくナチが作出したのである。更には〈潜水艦沈没事例〉も艦長自身が沈没の原因を作出したという前提条件は示されていないし、〈ダム緊急放流事例〉も、放流決定をした者が危険を作出した訳ではなく、急な豪雨がそうさせたのである<sup>77)</sup>。従ってこれまで紹介した全ての仮想事例に共通して、危険の作出者が犠牲を強いることにはなっていないようである。

76) 仮に〈上の登山家〉(upper climber)の落ち度によってロープが2名の体重を支えられない状態を作出した場合には、〈下の登山家〉を切り離す判断・行為が許容されるであろうか。受講生の皆さんに考えてみて欲しい。

77) 仮に、近年豪雨が毎年続いていて、緊急放流よりも何か月も前に予測できて、かつ緊急放流を強いられる事態を回避可能であったと仮定した場合には、後日、豪雨時に緊急放流を決定した者がその事態を〈作出〉したと解釈できるであろうか。この争点も、受講生の皆さんに考えてみて欲しい。

#### D. 〈「アイ・イン・ザ・スカイ」事例〉——武力紛争法の均衡原則<sup>78)</sup>

ヘレン・ミレン主演の映画「アイ・イン・ザ・スカイ：世界で一番安全な戦争」(Eye in the Sky, Entertainment One, 2015)は、国際法上合法であるとも思われる攻撃命令が、直観的・義務論的に受容しにくい仮想事例として秀逸である。ケニアに於けるイギリス人テロリスト捕縛作戦を、アメリカ・イギリス・ケニアの3国合同で実施していたところ、テロリスト集団が自爆テロを今にも実行しようとしている様子を察知する。彼らテロリスト達の隠れ家に対して、監視の為に上空で待機していたドローン兵器から、ヘルファイア・ミサイルを発射して隠れ家を破壊しなければ、自爆テロによる市民の損害は80名に達すると予想された。しかし、主人公のヘレン・ミレン演じるイギリス軍の大佐が攻撃許可を上司から得ようとしたところで、あろうことか近所の少女が隠れ家の前の公道で風呂敷を広げて自家製パンを販売し始めた。ミサイルを隠れ家に撃ち込めば、その少女が巻き添え/付随的損害(collateral damage)を被って死亡又は重傷を負う蓋然性が高いと予測された。その事実から関係者は皆、攻撃を躊躇するというプロットである。

なお、国際条約である武力紛争法は、「付随的損害は、... 殺傷と破壊から得られる軍事的利益と比べて過度でなければよい。つまり、... 用損害発生が合法となるのは、過度ではない付随的損害として説明できる場合」であると要求しているから<sup>79)</sup>、付随的損害が比較的小規模であれば攻撃命令を下すことを妨げてはいない。従って、〈「アイ・イン・ザ・スカイ」事例〉に於いて攻撃命令を下すことも、武力紛争法が適用されるという前提条件を満たせば許容されるように思われ

78) 拙書『ロボット法』前掲注(16)・61頁& Fig. 3-1-2.

79) 「〔論説〕武力紛争法と人道化逆説——付随的損害の扱い——」『世界法年報』36号5頁, 11頁(2017年)。拙書『ロボット法』前掲注(16)・60頁も参照(均衡原則を説明)。

る。しかしそれでも関係者達が、罪のない少女の付随的損害を伴う攻撃を躊躇するというナラティブが、この仮想事例である。

ところで、「アイ・イン・ザ・スカイ」事例と〈ハイジャック機原発攻撃事例〉との類似点は、両者共に攻撃命令を下した方が、少ない命の犠牲にて多くの命を救済できるという功利主義的な結果である。更に、犠牲者の死は〈意図的な殺人〉ではなく〈付随的/予見し得る犠牲〉である点も、共通している。すなわち少女が仮に死ななかったとしても、自爆テロによる惨事を回避する目的は達成できるから、彼女の死を意図した攻撃ではないのである。加えて両者の類似点を、映画「アイ・イン・ザ・スカイ」のナラティブの付随的損害の争点に見出すことが出来るのではないか。すなわち、たとえ武力紛争法の均衡原則上合法的な攻撃かもしれないが、やはり罪のない少女の付随的損害——抽象的な市民の誰かの付随的損害の可能性ではなく、パンを売る具体的な少女の死又は重傷——を伴う攻撃を、3国合同作戦本部の関係者達は躊躇する。〈ハイジャック機原発攻撃事例〉に於いても、罪のない乗客乗員の死を意味する撃墜命令を下すことを、やはり関係者は躊躇するであろうと推察される<sup>80)</sup>。他の類似点としては、攻撃決定者が危険を作出した訳ではない点も共通している。攻撃を命じなければならないという〈作為〉が伴う点も、〈医療トリアージ事例〉を除く、これまで紹介して来た仮想事例の〈登山家事例〉、〈ナチ・ホロコースト事例〉、〈沈没潜水艦事例〉、及び〈ダム緊急放流事例〉と共通である。

#### 第四章 小括、そして〈派生型橋問題〉

これまで紹介して来た仮想事例は、自動運転以外の事例であった。そのように自動運転以外の仮想事例を探ることになった契機は、そもそも〈2017

年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉が、『航空安全法』違憲判決を自動協調型運転の倫理指針にも適用すべきと強く主張したことから、そもそもハイジャック機撃墜——命と命の衡量——を原則として一切禁じる立場の不当性を検討する為に、近似しそうな仮想事例を検討することに成ったのである。これ迄の試みは、他方、或る命を救う為に他の命の犠牲が許容できるかという〈ジレンマ状況〉に於ける、許容の限界点又は要件を発見する為の試みでもあった。

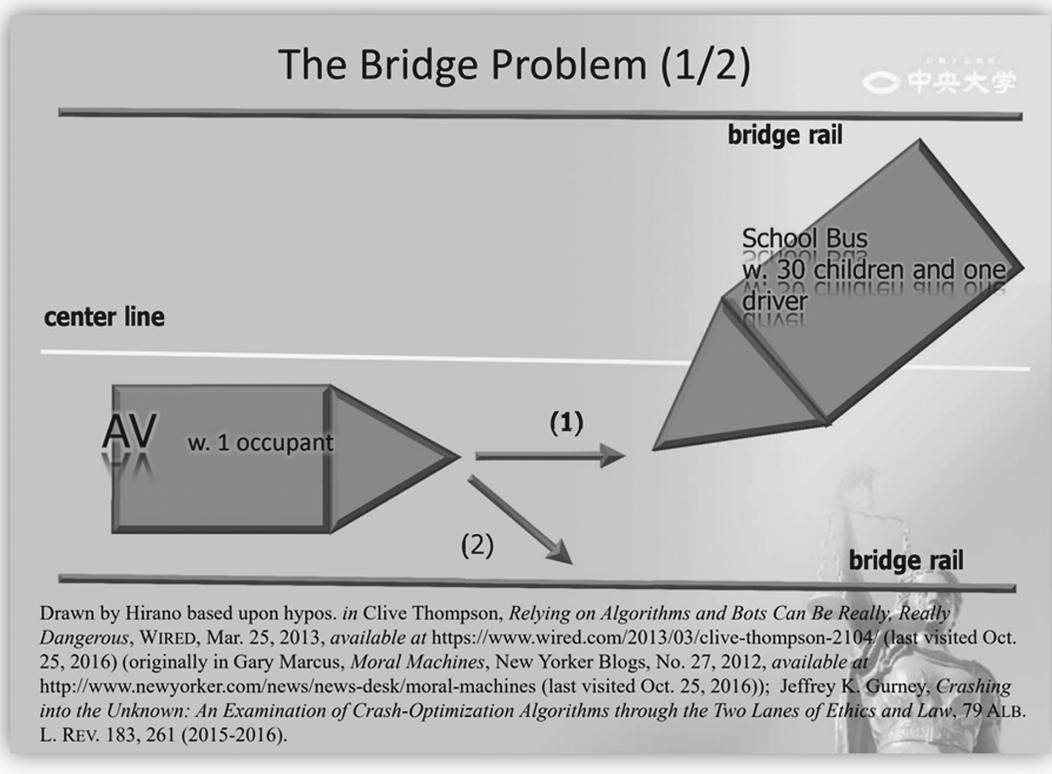
以下、これまでの小括として最後に、〈派生型橋問題〉を提起し、その是非を受講生の皆さんに考えてもらうこととした。

まず、オリジナルの〈橋問題〉は<sup>81)</sup>、これまで当講義の講師が様々な国際会議で紹介して来た仮想事例である(図#2参照)。対抗一車線ずつの橋の上で、あなたは自動運転車(autonomous vehicle: AV)の乗員(又はその設計製造業者、販売業者、若しくは運用業者)である。対向車線のスクールバスが突然、AV車の直前で車線に侵入し、AV車のブレーキは間に合わず、衝突進路は以下の2つしかない。すなわち(1)直進してスクールバスと衝突してバス内の学童30名が死に至るか、又は、(2)右折して欄干から橋の下に落下してAV者の乗員(あなた)が死んでしまうか。

今回、〈ハイジャック機原発攻撃事例〉に類似させる為に、上の〈橋問題〉を少し修正して、以下のような〈修正型\_橋問題〉を提起してみる。衝突進路が2つしか存在しない点まではオリジナルと同じである。しかし(1)の場合の結果を少し修正して、直進した場合には、スクールバス内の学童30名が死に至るばかりか、あなたも同時に死ぬと仮定してみよう。すなわち、(1)では学童30名+あなた=計31名が死亡し、(2)ではあなた一人だけが死亡する。(バスの運転者は衝突前に既に予見不可能な心臓発作で死んでいたと仮定する。)さ

80) ユナイテッド航空93便の撃墜命令についても、それが執行されたと勘違いした関係者達が恐怖した、という前掲引用文を思い起こして欲しい。(尤もチェイニー副大統領は躊躇しなかったけれども。)前掲・はじめに の引用文、参照。

81) 〈橋問題〉については、例えば拙書『ロボット法』前掲注(16)・67頁Fig.3-3参照。佐藤・前掲注(58)・26頁も参照(当講義講師等による「橋問題」を紹介している)。



図#2：〈橋問題〉

出典：カーネギー平和財団（D.C.）に於ける基調講演等にて使用した筆者作成のスライド<sup>82)</sup>

て、あなたはどちらの進路を選択すべきであろうか。あなたは何れの進路を採ろうとも、残念ながら〈死ぬる運命〉にある。それならば利他的に (2) を選択して名誉ある死を選び英雄に成るべきか、又は (1) を選択して前掲映画「テネット<sup>83)</sup>」の悪役・武器商人アンドレイ・セイトーのように他の多くの命を道連れにすべきか。

これまでの仮想事例との相違点は、他人である

82) Susumu HIRANO, Keynote Slides, *Policy Issues toward AI Network and Guiding Principles for AI Development*, Artificial Intelligence and U.S.-Japan Alliance Engagement, Jan. 12, 2017, Carnegie Endowment for World Peace, Washington, D.C., ([https://carnegieendowment.org/files/Hirano\\_Keynote%20Slides.pdf](https://carnegieendowment.org/files/Hirano_Keynote%20Slides.pdf)) (last visited Oct. 17, 2021).

83) 前掲注(62)参照。

甲か乙の何れかの命の選択を強られる——〈転轍機に居合わせた人<sup>84)</sup>〉のような——訳ではない。〈派生型橋問題〉ではオリジナルの〈橋問題〉と同様に、あなた自身の命が懸かっている。

他方、本件の〈ハイジャック機原発撃墜事例〉と〈派生型橋問題〉の類似点は、他の命を救う為に犠牲になる命の数が少ないという功利主義的な選択肢が存在していることにある。そして何よりも、犠牲になる命は、何れにせよ〈死ぬる運命〉にある点こそが、〈ハイジャック機原発撃墜事例〉と類似する——この点については、命と命の比較を原則として一切禁じる〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉でさえも撃墜を禁じない場合として示唆している例に近似している<sup>85)</sup>——。その

84) 前掲注(16)参照。

他にも類似点を挙げてみると、例えば本件ジレンマ状況を、あなたもスクールバス側も〈作出〉していない——スクールバス運転手は予見不可能な心臓発作で不運にも死亡したに過ぎない——。そして、多数の命を救う為に(2)を選択する為には、右折するという〈作為〉が必要になる。(2)を選択した場合の少数者(あなた)の死は、〈意図的な殺人〉——本件では自らを殺す/自殺——ではなく、〈付随的/予見し得る犠牲〉である。何故ならあなたが谷底に落ちてでも運よくかすり傷一つ負わなかったとしても、スクールバスの学童30名の命が助かるという結論に変わりはないから、あなたの死は30名の学童を助ける為に不可欠な要件ではないからである。

以上の〈派生型橋問題〉に於いて、あなたは何れを選択すべきか。その検討を通じて、〈ハイジャック機原発撃墜事例〉に於いてあなたは撃墜を許容できるか。更には自動運転の場合に、如何なる要件が満たされれば、或る命を救う為に他の命の犠牲が許容されるかというジレンマ状況を、考えてみて欲しい。

### おわりに：規範化の難しさ

複数の仮想事例の相違点を比較検討することで、規範化できる要件を抽出する試みが、ジレンマ状況に於ける自動運転の衝突進路の在り方を検討する手段として、利活用できよう。この手法は、〈事例研究〉(case studies)と呼ばれて、古くからアメリカのロー・スクールに於ける教育研究手法として採用され、法的思考力を養う為に有用であるとして伝統的に引き継がれて来た<sup>85)</sup>。その知見は、自動運転のジレンマ状況に於ける衝突進路の倫理指針や倫理原則を検討する為にも有用と思われるのである。

しかし、意見が一致しにくいジレンマ状況に於ける選択決定に於いては、規範化がそもそも難しいのかもしれない<sup>87)</sup>。当講義に於いて比較対象と

して例示した仮想事例には、アメリカ刑事法に於ける「necessity」あるいは「choice of evils」という法理から類推適用した事例が複数含まれているが、これを紹介分析する論文に於いても、たとえ多数者の命の為に為であっても少数を「殺す」(homicide)行為を法は許容したがらず、従って殺しても良い場合を法は明文化/規範化したのではない、という指摘が見受けられる<sup>88)</sup>。当講義の講師が、他の授業で簡易的に学生の意見を尋ねた際にも、ルール化は難しいとか、時代の変化に伴う価値観の変化を選択肢の要件として反映させる為には予め固定化したルールを決めない方が良い、といった意見も散見された。更に〈2017年ドイツ\_自動協調型運転\_倫理指針〉も、事前にジレンマ状況に於ける進路を決めるのは困難であるとか<sup>89)</sup>、〈ハイジャック機原発攻撃事例〉のような場合には撃墜を許容できる余地も否定しないながらも結論に至らず更なる検討が必要としている<sup>90)</sup>。

87) See, e.g., Harel & Sharon も、原則が当てはまらない場合は規範化にそぐわない、と以下のように指摘している：

... Extreme cases, we argue, require action that is done out of necessity and not under the direction of law.

....

... Clearly, no general detailed criteria can be given for what constitutes such [extreme] cases and vague and borderline cases are undoubtedly possible. But these shortcomings are unavoidable in matters such as these and need not detract from the plausibility of the present account. ....

....

One significant upshot of this is that extreme cases have little to teach us about the norms we should embrace and policies we should institute.

Harel & Sharon, *supra* note 33, 857, 864 (emphasis added).

88) See generally Cohan, *Necessity Homicide*, *supra* note 4; Harel & Sharon, *supra* note 33.

89) See 2017 *German Ethics Commission Report*, *supra* note 17, at 17.

90) 前掲注(49)に付帯する本文参照。

85) 前掲・第一章C. 参照。

86) 前掲注(30)参照。

従って、当講義の扱ったジレンマ状況に於ける適切な衝突進路は、そもそも規範化できない問題なのかもしれない。

それでは(も)何故、ジレンマ状況に於ける最適な衝突進路を検討する必要があるのか。その理由は、そもそもAI・ロボット法の研究が、人間自身の研究・探求にあるという指摘に求められるのかもしれない。すなわち、アイザック・アシモフが指摘したように、科学技術が進化して、人の知恵が追い付かない状況に、今、私達は陥りつつある<sup>91)</sup>。人が運転していた時代には、とっさのジレンマ状況に於ける人の操作能力では対応が追い付かず、結果的にどの進路をとっても已むを得なかった事故として不問に付されていた事例も、ロボット・カー等の自動運転に於いては選択を予めプログラミングしてその通りに自動的に運転できる状況が目前に迫ってしまった。そうすると、これ迄は不問に付しても許されていた究極の選択を迫られた場合に、人間として採るべき〈道〉を、今こそ決めなければならない時期に至っているのである。

尤も、議論を重ねて熟慮の結果、やはり進路を決めないという結論に至るかもしれない。しかし、運を天に任せることは非倫理的・非人道的故に許容されないと指摘されている<sup>92)</sup>。更に、たとえ議

論を重ねて熟慮の結果衝突進路を決めないという結論に仮に至るとしても、そもそも議論しなくて良いとか熟慮しなくて良いという姿勢を採るべきではあるまい。この点については、ハイジャック機の撃墜を一切許さないと断定したドイツ違憲判決が、突如対応を迫られた9・11同時多発テロのように急に現実化した緊急事態に対する今後の国家による〈現実的な対応〉を妨げている、と批判されている事実が想起される<sup>93)</sup>。すなわち、ハイジャック機による地上の標的攻撃や、安全であると喧伝された原発が首都圏を数百年にわたって封鎖させるおそれが、単なる机上の空論ではなかったように、自動運転車がジレンマ状況に直面する事態も空論ではなく必ず生じる事態なのである<sup>94)</sup>。その緊急事態に直面してから最適な衝突進路を考えても、到底間に合わない<sup>95)</sup>。現時点で既に予見される事態への〈現実的な対応〉が難しいからといって、思考停止して最適な衝突進路への配慮を全く無視した事故を起こしてしまった場合には、社会からの批判を免れないことと成ろう。今こそ——すなわち〈現実的な対応〉を考え出すのが難しいからこそ今のうちから——、人がどの〈道〉を採るべきかの議論や検討が、すなわち人が自身の〈知恵〉(wisdom)を深化させることが、求められているのである<sup>96)</sup>。

91) 例えば拙書『ロボット法』前掲注(16)・1頁参照 (“science gathers knowledge faster than society gathers wisdom” という名言を引用)。

92) 同上・152頁参照 (意図的に運を天に任せる選択は、無責任ゆえに許容されないという説を紹介)。See also Cohan, *Necessity Homicide*, *supra* note 4, at 146 (慣習では難破して漂流中に誰が犠牲に成るのかをクジ引きで決めていたところ、そのような運を天に任せるクジ引きでは、例えば夫婦を引き裂く犠牲は避けるとか女性は犠牲にしないというような人道的配慮が出来ないから、却って非人道的であるとする弁護士弁論を紹介)。

93) 前掲注(39)&(40)及び付帯する本文参照。

94) 拙書『ロボット法』前掲注(16)・67～70頁参照。

95) See Lukas Müller, *supra* note 21, at 135 (ハイジャック機撃墜の指針を事前に作っておかないと、事態に直面してからでは間に合わない指摘)。

96) 前掲注(91)参照 (アイザック・アシモフの言葉を引用)。