

正義とケア

— ケアの概念が法にとってもつ意味について —

堅田 研一（愛知学院大学）

1. はじめに

本稿の目的は二つある。一つは、法学において、ケアという倫理的概念が有効性をもつのか、もつとすればどのようにしてか、を示すことである。もう一つは、「宗教法」という分野においてケアを問題にすることの意味である。

最初の問題については、ケアが問題となる代表的な文脈である医師と患者との関係を例にとって考察したい。医師と患者の関係は、法的にもさまざまな形で問題となるが、ここでは患者に対する医師の説明義務の問題を取り上げたい¹⁾。

医師が患者に十分な説明をしないで治療行為を行い、そのために患者に身体的あるいは精神的によくない結果が生じたという理由で、医師や医師を使用する病院が法的な責任を追及されるというケースが近年増えている。（近年は、医療過誤を立証するのが困難なので、医師の説明義務違反を理由に、〈説明義務違反がなければそのような治療行為には同意しなかったであろう、したがってその後の悪しき結果は発生しなかったであろう〉という形で患者側が損害賠償請求を行うというケースが増えている。）なぜ患者に対する十分な説明が必要なのかというと、法的には次のように考えられる。多くの医療行為は、患者の身体に対する侵襲を伴う。この行為だけをとると、それは患者の生命や身体を害する行為であり、したがって違法行為である。ところが、この侵襲行為に患者が同意を与えたならば、違法性は阻却される。したがって侵襲的医療行為をなすためには、患者の同意が不可欠である。ところでこの場合の患者の同意

とは、その治療行為の意味を十分に理解したうえで自分の自由な意思によってなされるものでなければならない（これを、本稿では「十分な同意」と表現することにする）。ところが、医師と患者の間では、専門的知識や情報量に大きな格差があり、したがって医師が患者に専門的な情報を提供しかつ十分な説明をするのでないと、患者は十分な同意を与えることができない。患者が十分な理解をしないで与えた同意は同意とはいえず、したがって違法性を阻却することはない。つまり法的責任を問われることになる。したがって、医師には患者に対する法的な「説明義務」があるということになる。

ところで、患者の十分な同意を得ないでなされた侵襲的医療行為、つまり医師が説明義務に違反して行った侵襲的医療行為は、例えば傷害罪や過失致死傷罪などに問われる可能性がある。けれども日本では、医師がこのような形で刑事責任を問われたことはないようである。したがって本稿で問題にするのは、すべて民事責任に関するケースであるということになる。

さて、患者の十分な同意のない侵襲的医療行為に対する医師の民事責任の追及の仕方は二つある。まず、医師と患者とは契約（診療契約）を結ぶが、この契約から発生する（あるいはそれに付随する）債務の一つとして医師は患者に対して説明義務を負う。したがってこの義務に違反した場合には医師は債務不履行をしたことになり、その債務不履行と相当因果関係にある損害を賠償する義務を負うことになる。次に、医師は、故意または過失があったことを条件に、不法行為を犯したことになり、それと相当因果関係にある損害を賠償しなければならない。

訴訟においては、この二つの理由が共に持ち出されることが多いようだが、後でも述べるように、現在ではどちらで法律的に構成しても、結論としてはほとんど違いがない。

以上は、法的な観点からの説明である。ところで、医師の説明義務の問題は、いわゆる「生命倫理」に関する問題の一つとして、倫理的な観点からも議論されている。ところが、通常、法律家が議論を展開する場合には、倫理的な考慮は行わない（少なくとも、そう見える）。法律家は厳密に法律の論理にしたがって議論を構成する。それを支えるのは「正義」という、これまた一種の

倫理的な価値であるが、この正義なる価値は、古代より、法に特有の価値として、他の倫理的価値（端的に言うと、「徳」）から区別されてきた²⁾。一般に、医師の説明義務の問題を法律家が法的に問題とする場合には、（正義とは異なる）倫理的な価値は考慮されない。けれども、少なくとも医師の説明義務の問題については、私はこれに異議を唱えたい。まず、法律家が医師の説明義務について考える場合、医師と患者の関係はどうあるべきかに関する一応のイメージをもって考えているはずである。このイメージは、倫理学の考察すべき対象だと考える。次に、医師と患者の関係のような「信認」（または「信任」）が中心となる関係においては、近代法的な契約の論理ではない、倫理的な考慮が必要とならざるをえないという問題である。これは、近年、経済学者の岩井克人が重要視する問題である³⁾。

私は、医師と患者の関係を、ケアの関係という倫理的なものとして捉えるべきであると考えている。これを前提にして、正義に基づく法的な判断が行われるのだと考える。ところで、「ケア」という概念については、その提唱者であるキャロル・ギリガン以来、さまざまな論者によってさまざまな分野で（とりわけ介護や看護の分野で、また近年では政治学の分野でも）多様な形で展開されてきている⁴⁾。そして、ケアを原理的なレヴェルで考察しようとする論者のなかには、ケアの概念を、エマニュエル・レヴィナスの哲学、とりわけ彼の「他者への配慮」や「他者の顔の迎え入れ」、さらには「慈悲 (miséricorde)」といった考え方と結びつけてより深く理解しようとする人々がいる⁵⁾。レヴィナスの哲学は宗教的なものと深く結びついているから、このケアの概念とレヴィナス哲学との結びつきは、ケアの概念がある一定の意味で宗教的なものとなつていていることを示しているように思われる（おそらく、宗教とはいっても、特定の宗教ではなく、宗教の根本をなすものとなつていているのだと思われる）。つまり、ケアが問題となる文脈においては、倫理的なもの、さらに宗教的なものと法的なものとの交錯があると思われる。したがって、ケアを考察することは、宗教と法の間を原理的なレヴェルで理解するための手がかりとなるように思われる。

また、ケアとは「関係主義的な倫理」⁶⁾である。ところで、関係主義的な倫

理は、自律的な個人を出発点とするリベラリズムの論理と対立するものとして捉えられている⁷⁾。近代法とは、したがって近代の契約の論理もまた、まさしくリベラリズムの論理に基づくものである。したがって、もしケアの概念に基づく法があるとするならば、それはリベラリズムを前提とした近代法の論理とは異なる論理に依拠するはずである。ここで私は、フランスの法哲学者ミシェル・ヴィレーの法哲学を援用したい。ヴィレーは、「人間の権利」の観念を法とは無関係なものとし、諸個人の間正義にかなう関係こそが法であると考えている。彼のいう正義とは、アリストテレスに由来する「配分的正義」と「交換的正義」のことである。彼は、これらの正義とは関係のない要素をすべて法から排除しようとしているように見える。けれども、後述するように、ヴィレー研究で有名なステファン・リアルスによれば、ヴィレーにおいては、正義と「慈愛 (charité)」とが密接に結びつき、後者は前者を変革するものとして捉えられている⁸⁾。彼のいう「慈愛」が特定の宗教と結びついたものであるかどうかという問題は脇に置くことにする。少なくとも、彼のいう「慈愛」とは宗教的な意味合いを含むこと、またそれは一種の他者への配慮であるから、彼の法概念とケアの問題とのつながりを考えてみることは的外れではないこと、これらを確認しておけば十分である。

私は、「慈悲」や「慈愛」が宗教的なものと結びついており、それが宗教の根本と結びついているのではないかと示唆した。この場合の宗教的なものの根本とは、例えば今村仁司のいう「語りえない何ものか」、「語りえない他者」に当たるのではないかと考えているが、この問題も脇に置く。本稿では、他者への配慮という原理的な意味でのケアの概念を手がかりにして、宗教的なものと法的なものとの関係について、何らかの示唆を与えることができればと考えている。

2. 医師・患者関係の法的考察

それでは、具体例を基に考えていくことにする。まず、医師と患者の関係について法的に考えてみよう。医師と患者の法的な関係は、診療契約の締結から始まる。この締結に先立って、両者は契約を結ぶか結ばないか、いかなる内容

の契約を結ぶかについて交渉を行うであろうが、この段階ですでに医師と患者、とりわけ医師には、付随義務が発生している。この時点ですでに医師、あるいは病院関係者は患者に対して、患者が自由な意思で契約を結んだと言えるだけの十分な説明を行う必要がある。

医師と患者との診療契約が有効に成立したと想定しよう。この契約の性質が次に問題となる。診療契約は通常、「準委任契約」と解釈されている。これは、仕事の完成を契約の目的とする「請負契約」とは異なり、ある仕事を委託された者（受任者）が、「委任の本旨に従って」、「善良な管理者の注意」（「善管注意義務」）をもって、委任事務を処理する義務を負う契約である（民法656条、644条）。善管注意義務とは、簡単に言うと、「ベストを尽くす」義務であるといえるだろう。つまり医師は、患者の治療のためにベストを尽くせば、たとえ患者が回復しなくても、契約上の義務を果たしたことになる。このような診療契約から、医師の患者に対する説明義務が発生する。本稿では、特に断らない限り、医師の説明義務を、この診療契約から発生するものに限定する。

さて、この説明義務に関する最高裁判所の見解を示していると思われるのが、平成13年11月27日第三小法廷判決¹⁰⁾である。これは、一般に「乳房温存療法事件」と呼ばれている。以下の説明は、この判決で最高裁が示した考え方に従っている。

大阪府泉佐野市で医院を開設している乳がんの専門医であるYの診察によってXは乳がんと診断された。Yは、乳房の膨らみをすべて取る胸筋温存乳房切除術適応と判断し、その旨をXに説明したのだが、このとき、乳房を残す方法もあるが、この方法には不明な点があり、放射線で黒くなったり再手術を行わなければならないこともあることも説明していた。Xは、Yの開設する医院に入院し、その診断を受けた際、「乳がんと診断され、生命の希求と乳房切除のはざまにあって、揺れ動く女性の心情の機微を書きつづった」手紙をYに交付した（平成3年2月26日）。当時、胸筋温存乳房切除術については医療水準として確立していたが、乳房温存療法は未確立であった。ただし、Yは、「開業医であるものの乳癌研究会に参加する乳がんの専門医であり、自らも〔乳がんか否かの〕限界事例について1例ながら乳房温存療法を実施した経験もあつ

て、乳房温存療法について、同療法を実施している医療機関も少なくないこと、相当数の実施例があつて、同療法を実施した医師の間では積極的な評価もされていること、上告人〔Xのこと〕の乳がんについて乳房温存療法の適用可能性があること及び本件手術当時乳房温存療法を実施していた医療機関を知っていた」〔 〕は堅田による補足。以下同じ)ということである。ところがYは、本件手紙の交付を受けた後、改めて乳房温存療法について説明することなく、Xに対して胸筋温存乳房切除術による手術を行つてその乳房を切除した(平成3年2月28日)。このためXは、Yに対し、乳房温存療法についての説明義務違反等を理由に、診療契約上の債務不履行等に基づく損害賠償請求を行つた。以上が、本件の概要である。

最高裁の判断は次の通りである。上告人とは患者X、被上告人とは医師Yのことである。「そうだとすれば、被上告人は、この時点〔上記手紙を受け取つた時点〕において、少なくとも、上告人の乳がんについて乳房温存療法の適用可能性のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を被上告人の知る範囲で明確に説明し、被上告人により胸筋温存乳房切除術を受けるか、あるいは乳房温存療法を実施している他の医療機関において同療法を受ける可能性を探るか、そのいずれの道を選ぶかについて熟慮し判断する機会を与えるべき義務があつたというべきである」。この点で被上告人の説明は不十分であり、説明義務を尽くしたとはいひ難い、というのが最高裁の結論であつた。

この判決を、『最高裁判所判例解説(民事篇)』平成13年度(下)¹¹⁾及び法律雑誌『ジュリスト』¹²⁾の中村也寸志氏の解説に従いながら考えてみよう。まず、注意義務違反(債務不履行)の内容は、不法行為の成立要件である過失と同一のものと解されている。またこの不法行為の成立要件である過失の有無は、行為者の属性(職業、地位、地域、等)によって類型化された一般通常人の注意能力を基準として決定されるという。したがつて、医師の負う注意義務は、当該医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等に照らして求められる知見としての医療水準が、その基準となる、ということになる。本件の場合には、「大阪府泉佐野市にある開業医である乳がん専門医」という属性

を基に類型化された医師一般に要求される医療水準が基準となるということになるだろう。

次に、医師の説明義務は、①患者の有効な同意を得るための説明義務、②療養方法の指導としての説明義務、に分けられるという。転医勧告としての説明義務を別の分類とする考え方もあるが、中村氏は、これは②の説明義務に含まれるのではないかと考えており、この理解が一般的なようである。いわゆる「インフォームド・コンセント」（「説明と同意」などと訳されている）は、主に①の問題にかかわる。まず、②について説明すると、療養方法の指導としての説明義務については、医療行為の一環をなすものであるから、診療当時の医療水準によって決まるという考え方が一般的である、ということである。本件ではどうだろうか。本件では、乳房温存療法が医療水準として未確立であった以上、医師Yは患者Xに対して、他の医療機関に転医してこの療法を受けることを勧告する義務はないと解されるし、最高裁もそう解している。したがって本件では、①の患者の有効な同意を得るための説明義務違反が問題とされた。

患者の生命、身体に軽微でない結果を発生させる可能性のある医療行為を行う場合、患者の同意を得るための説明が必要になるが、この説明は、患者が自らの自由な意思で当該医療行為を受けるか否かを決定するという自己決定権の問題と結びついている。最高裁ははっきりとは述べていないが、本件は、患者の自己決定権侵害が問題になった事例であると考えることができる。

さて、実施予定の医療行為のほかには代替可能な医療行為が存在し、いずれも医療水準として確立している場合には、そのいずれについても、医師には同等の説明義務があるだろう。けれども、代替的医療行為が医療水準として未確立である場合には、医療水準として確立している実施予定の医療行為と同等の説明義務を負うわけではないが、しかしどの程度の説明義務を負うかが問題となる。本件ではまさしくこの点が問題となった。この論点について、説明義務を全く否定する学説はほとんどないとして、中村氏は主な学説として次の三説を挙げている。まず、「他の療法が専門医等の間で是認され、当該医療機関にその情報の提供を期待できる状況にあるときは説明義務があるが、説明義務の履践の程度を当時の医療及び医療機関の状況と患者の意思等を考慮した医師の裁

量に委ねるべきである」という説。次に、「他の療法について、患者が説明を望み、医師がそれに対して知見を有している場合には、これについても説明義務がある」という説。最後に、「他の療法については一般的には説明義務を負わないが、乳房温存療法などのようにクオリティオブライフが考慮される場合は、専門医の間において一応の有効性、安全性が確認されつつあるものにも説明義務がある。ただし、患者の意思や性格等を踏まえる必要があり、患者の性格などから説明することによって患者に無用の不安や混乱をもたらす危険性のある場合には、その説明義務を免れる可能性がある」という説¹³⁾。中村氏は、この最後の説に近い考え方を最高裁が採っていると解しているようである。

問題は、この最後の説や最高裁の考え方は、医師・患者関係をいかなるものであるべきだと考えているのか、である。

3. 倫理的考察

医師と患者の関係については、医療のスペシャリストである医師のみが医療行為の主体であり、医師は患者の保護者として、患者のために治療に当たると捉えるパターンリズム的な考え方が少し前までは主流であった。ところが近年、患者の権利が強く主張され始め、これが極端な形をとると、患者は自分の人生について自分で決定しうる権利（「自己決定権」）をもつことから、治療方針についても患者が自分の意思で決定すべきであり、医師は可能な限りにおいて患者の決定した治療方針を忠実に実行すべきである、といういわば自己決定権絶対主義となる。どちらの考え方にも問題がある。そこで、治療における医師の裁量と、患者の自己決定権とをいかに調和させるべきかが問題となる。医師の説明義務をめぐる多くの判例が、この問題に取り組んでいると言ってよいと思われる。

この問題の考え方には、二つの流れがあるように思われる¹⁴⁾。一つは、基本的に医療行為は医師の裁量によって行われるが、それが患者のクオリティ・オブ・ライフ（QOLと略称される。「生活の質」や「生命の質」と訳される）にかかわる場合には、患者の意思、つまり自己決定権を考慮しなければならない、という考え方である。先ほどの最高裁の判決をはじめとする主な判例は、

この考え方によって説明できるようにも思われる。けれども、この考え方はおかしいと私は考える。なぜなら、この考え方によると、医療行為は本来的に医師のなすべきことであり、患者のQOLへの配慮は、医療行為がたまたま患者の自己決定権に影響するから行われるだけであって、本来、QOLへの配慮は、医療の領域外の問題である、ということになるはずであるからだ。この医療の考え方、つまり医療の目的は、患者の生命や身体の維持にあるとする考え方は狭すぎると思われる。患者の生命や身体への配慮のみならず、患者のQOLへの配慮も医療のなかに含まれると考えるべきではないだろうか。最近、「全人的医療」ということが強調されているが、それは、今いった医療の考え方にほかならないと思われる。

このような全人的医療という考え方を前提にして医師と患者の関係を考えた場合、どうなるだろうか。これは、ケアの関係として考える、ということだと考える。倫理学の分野では、医師と患者の関係をケアの関係として捉えるという考え方がかなり広まっている。ところが、法律学の分野でこの言葉が用いられることはほとんどない。けれども、私見では、とりわけ最近のさまざまな医療関係の判例は、事実上、医師と患者の関係をケアの関係として捉えているように思われる。

医師と患者の関係をケアの関係として捉える代表者は、哲学者の清水哲郎であろう¹⁵⁾。清水によれば、ケアとは、援助を必要とする者の応答要求に応答することである。(以下の説明は、川本隆史編『ケアの社会倫理学 — 医療・看護・介護・教育をつなぐ』有斐閣、2005年、の第3章「ケアとしての医療とその倫理」¹⁶⁾に基づいて行う。)この応答要求は、それとストレートに表現されることは少ない。したがってそれは解釈されねばならない。相手の求めを解釈し、それに応じた行為をなし、それを受けた相手の振る舞いを見て、相手の満足を確認する、この過程が繰り返される。そして、このケアの過程を成り立たしめる要素として、清水は①「私はここで何らかに応答すべき立場にある」と認めること、②相手が何を本当に必要としているかの判断に基づいて、相手の最善をめざすこと、③相手と向き合いつつ、共通理解と合意をもって進めること、の三つを挙げる。この③は、「相手とのコミュニケーションを通してケア

を進めること」ということでもある。私はこれを、「納得」の形成過程と捉え直したい。患者の納得だけでなく、医師の納得も必要であると考ええる。

清水は、このケアの要素、とりわけ(①は、医師としては当然であろうから)②の「相手の最善をめざすこと」、③「相手とのコミュニケーションを通してケアを進めること」、をもって、医療のありかたを考えようとする。②については、多くの場合、患者は「生命を保つ」ことを第一義に考えるだろうが、必ずしもそうでない場合もあり、常に患者の最善を考えて治療すべきであることが強調されている。③については、清水は見事に次のように述べている。「ケアの姿勢を貫こうとするならば、治療方針の決定は、当事者の合意によること、つまり共同決定であるべきことになる。医療者の側から見れば、合意をめざすプロセスは、患者の現実の選好・現実の希望だけではなく、基本的価値観や人生観を理解して、それとの整合性をみつつ、何が相手にとって最も良いかを判断するものとなる。さらにいえば、患者のうちには一つではなく複数の価値が並存しており、それらが両立できない状況になった時に、どれを優先させるか、またそれに応じてどの選択を希望するかを選ばなければならないという場合がある。医療者はそうした患者側の選択を支えつつ、それをそれなりに理に適ったものとして認めることができるかどうか吟味し、それに同意するか、あるいはなお何らかの働きかけを通して、医療者側が考える患者にとっての最善との擦り合わせをするかを判断し、双方が納得できる合意に至るように努めるのである」¹⁷⁾。

以上のようなケアの観点を基に考えると、判例で医師の説明義務違反とされた事例は、正当な理由なく、患者の納得を得ることを放棄したケース、あるいは自己の立場を利用して、例えば威圧や、断定的な言葉によって、患者に同意を強いたケースであると解釈することができると思われる。乳房温存療法事件もまた、医師が、患者の、乳房を切除したくないという一種の援助要求、応答要求に応えることを放棄して、胸筋温存乳房切除術を実施したケースであり、この放棄が不当と判断されたのだと考えられる。

4. 歯科医療との関係で

もう一つ判例を挙げたい。それは、歯科医療に関するものである。

歯科医療の特性として、患者の生活、患者のQOLと密接に関わっている点を挙げるができるであろう。例えば補綴治療や歯列矯正治療のことを考えればすぐに納得できるのではないだろうか。前に述べたように、私は医療そのものが患者のQOLへの配慮を必然的に含んでいると考えるが、これは歯科医療については特に強く言えるであろう。

この特性から、歯科医師と患者とは治療方法に関して十分に話し合う必要があるだろう。そして、歯科医師と患者との関係もまた、ケアの関係として考えるべきであるし、判例もそう考えていると思われる。したがって、患者の示した関心には応答する義務があるだろう。したがって、例えば患者が明らかに保険の範囲での治療を要求している場合には、自由診療における治療方法に関する説明を行う義務は原則としてないであろうが、患者がある治療方法に関心を示しており、自由診療においてはそれが可能である場合には、それについて説明する必要があるだろう¹⁸⁾。

判例を見ると、ブリッジ治療を行うか、それともインプラントにするか、あるいは部分入れ歯や挿し歯にするかの選択に関する事件がかなりある。ブリッジにする場合に、欠損歯の両側の歯も削られるが、それが問題となったケースもある。いくら医師にとっては当たり前の治療であるとしても、あるいは説明されれば患者はその治療方法に同意したであろうという場合でも、場合によっては、患者の自己決定権の侵害として、損害賠償責任を負わされる可能性がある。この「場合によっては」とは、例えば患者のQOLにかかわるとか、患者が関心を示していた、ということがそれに当たるだろう。

平成16年5月19日大阪地裁判決¹⁹⁾では、ブリッジ補綴治療に関し、その危険性を十分に説明しなかった場合に、たとえ担当医師が説明義務を尽くしたとしても、患者がブリッジ補綴治療を選択した可能性が少なくないものの、説明をしなかったために、ブリッジ補綴治療を受けるか否か判断する機会を患者が失ったとして、患者の自己決定権侵害を理由に10万円の慰謝料が認められてい

る。裁判所は、医師が十分な説明をしたとしても患者は当該ブリッジ補綴治療に同意していた可能性があると言っている。裁判所は、患者のQOLも考慮したうえで同意の可能性を認定していると考えられる。現に判例は、欠損歯(右上7番歯)が咀嚼機能を担う重要な歯牙であり、ブリッジの方が入れ歯よりも咀嚼機能が高まることをもって、この可能性を認定している。したがって、本件においては、患者のQOLが侵害されているとはいえないと思われる。侵害されているのは、自分に配慮して欲しいという患者の要求だけではないだろうか。つまり、患者の配慮要求に医師が十分に応答しなかったために責任を課せられたと解釈することができると思う。

5. 法理論的な考察

ミシェル・ヴィレーによれば、法律家が適用すべき法とは、正義 — 彼によれば、それは、アリストテレスが『ニコマコス倫理学』において定式化した特殊の正義、つまり配分的正義と交換的正義のことである — の実現にほかならない²⁰⁾。この彼のいう正義を、「不釣り合い(不均衡)な状態を、釣り合い(均衡)のとれた状態に回復すること」と定式化し直して、以下の論述を進めたい。

例えば、一方が取りすぎた(または、より多くの分配を受けすぎた)のに対し、他方の取り分は少なすぎた(分配されたものが少なすぎた)という場合、ここには不均衡、つまり不正義がある。それを、均衡のとれた状態に回復すること、つまり双方が過不足なく取るようにすること、これが法の役割である。そのためには、第三者が双方の言い分を聞いて、それらを調停するというのが最も適切な方法である。ヴィレーはこの方法こそ、古代ギリシアの「ディアレクティック」な方法(弁証法)にほかならないと考える。

ヴィレーは、労働者が、自分の賃金をアップさせるために、つまり「正当な賃金」を求めて、雇用者側のことを考慮することなくストライキを行うという事例を、不正義の例に挙げている²¹⁾。問題は、ストライキを行うのに、なぜ雇用者のこと、つまり労働者と雇用者を含むグループ全体の富のことまで考慮せねばならないのか、である。「ストライキ権は人権である」と考えると、スト

ライキとは権利の行使であるから、雇用者のことまで考える必要はないはずである。ヴィレーの回答は、雇用者の権利を考えない一方的なストライキは正義にかなっていないから、不均衡な関係であるから、ということになるだろう。このようなストライキは、権利の濫用であるということになるだろう。労働者の権利は、雇用者の権利との関係でのみ、グループの全体的富を考慮に入れてのみ、意味をもつのである。

このような仕方では考えると、専門家と素人との取引＝契約関係において、専門家がその専門性をいわば濫用するならば、それは不正義であるということになるだろう。これは、専門家が、自分に与えられた信頼に背く場合であるともいえる。

ヴィレーのいう正義とは、社会的な関係のことである。したがって、「正義にかなう」、あるいは「正義にかなわない」と評価される要素が、この社会関係のなかにあることになる。社会関係は、それを形成する人々の相互の信頼なくして成り立たない。したがって、この相互信頼を破壊することが、「正義にかなわない」ということであるといえるだろう。

それでは、信頼関係とはいかなる事態だろうか。それは、一方が他方を信頼して仕事を任せ、信頼された方はその信頼に応じて仕事をする、ということであるだろう。それは、岩井克人のいう「信任関係」である。信頼された方は、自己の利益のためではなく、相手の利益のために行動する。ところで、「他者への配慮」を広い意味でのケアと呼ぶならば、この信頼関係を形成する要素の一つはケアであるといえる。

ところで、「ケア」や「他者への配慮」という観念の源泉として、キリスト教的な隣人愛または同胞愛、あるいは「慈悲 (miséricorde)」や「慈愛 (charité)」が挙げられる。けれどもこれらは宗教的、または倫理的な観念であり、それだけでは法的な関係たりえない。ヴィレーによれば、厳密な意味での法は、現実の一部である。現実の一部である法と、いわばそれを超出している愛の観念とはどのように関係するのだろうか。この問題を、ステファン・リアルスによるヴィレー解釈に依りながら考えてみよう²²⁾。

リアルスは、ヴィレーの法哲学を、「偶像（または偶像崇拜）批判」と特徴

づける。ヴィレーにとっては、「人間の権利」の観念も、キリスト教的な神の観念も、さらにはそれにとって代わる近代的な「人類」の観念（例えばコントやマルクスのそれ）もすべて「偶像」であり、それを崇拜すること、つまりそれを第一原理としてすべてを演繹的に導き出すことは現実を捻じ曲げることにほかならない。ヴィレーはまさしく現実主義、経験主義の立場に立つ。ヴィレーにとっては、法の現実とは、特殊的正義や、それに基づく厳密な意味での法の関係であり、例えば「人間の権利」の観念によってそれを捻じ曲げてはならない。

ところが、リアルスが指摘するように、ヴィレーはこのようにして厳密な意味での法や特殊的正義の観念を、一般的な正義、つまり徳の全体（そのなかには愛も含まれる）から切り離そうとしているように見えるが、実はそうではない。むしろヴィレーは、アリストテレスと同様に、両者を関係づけようとしているのである。それを示すのが、ヴィレーにおける「正義」と「慈愛 (charité)」の関係である。神の慈愛は、厳密な意味での法をその一部とする現実の秩序に介入し、それをかき乱す。けれども、ヴィレーはキリスト教的な神を偶像として批判する (cf. VI 37-38)。したがって、この場合の神の慈愛とは、現実をかき乱すような出来事、あるいは現実内に内在する矛盾と捉えることができる（後者の現実化が前者であると考えられるだろう）。

ヴィレーは、法そのものを解明したとしてアリストテレスや彼を引き継いだトマス・アクィナスの法の観念を高く評価する。ヴィレーによれば、ローマ帝国の崩壊後、アリストテレスによる特殊的正義の観念を引き継いだローマ法が忘れられ、それでも秩序を維持しなけりなかつたキリスト教共同体が、聖書のなかのモーセの戒律を利用したことから、中世法の数多くの制度が生じた²³⁾。法の本質は、ヴィレーによれば特殊的正義であるから、モーセの戒律の言葉で、特殊的正義が語られたことになる。（これは彼の偶像批判の一例であろう。）アクィナスの法学もまたこの流れのなかから生じるのであるが、問題は、アクィナスは、アリストテレスの特殊的正義の考え方を、キリスト教的な観念を用いていわば再生することにより、アリストテレスの考え方を単純に繰り返したのではなく、何かを加えたのか、たまたもし加えたか、何を加え

たのか、である。おそらくヴィレーは、アクィナスが、アリストテレス的な特殊的正義と（キリスト教的な）愛との関係を適切に把握していたと考えたのだと思われる。

アクィナスの影響を受けたヴィレーによれば、各人は全体の中に位置づけられ、その全体の中で自らの役割＝機能（office）をもつ。この役割＝機能は、無限の尊重に値し、それを持つ人を、その人の諸目的へと導くことのできるものであるが、やはりあるヒエラルキー的な全体との関係で秩序づけられている（cf. VI 50-51）。おそらくこの役割＝機能こそが、ヴィレーにおいては、各人の価値を形成すると思われる。もしそうだとすると、このような価値に従って、「あるグループ内における財と責任の正しい分配」、つまり特殊的な正義、厳密な意味での法が決まる（cf. VI 43）ことになるだろう。これは、いわゆる配分的正義のみの問題ではない。交換的正義においてもこの定義は当てはまる。例えば契約的な交換は、その二人の当事者のみの問題ではない。すべての者がそれに利害関心をもつのである。法的なきずなこそが、社会的な連帯の組織を形成する（cf. VI 45）。（ただし、このような各人の価値づけは、歴史的な政治的判断、したがって力により決まる。法律家はこの価値づけの基準に従って仕事をしなければならない。）

例えば契約の当事者がこのように全体を考慮し、この中での自分たちの位置を考慮することは、エゴイスティックな観点を脱することであり、したがって契約の相手である他者や、社会の他のメンバーである他者に配慮することである。したがって、この他者に対する配慮をケアと呼んでよいとすると、厳密な意味での法とケアとの関係がヴィレーの法哲学には描かれていると解釈することができる。

ヴィレーは法を、全体を構成する現実のさまざまな次元の一部、それもささいな一部にすぎないと見なしている、とリアルスは考える。また、リアルスによれば、ヴィレーが法に特有のものと見なす特殊的な正義は、それ自体では内容の乏しいものである。リアルスによれば、この特殊的な正義、したがって厳密な意味での法に実質的な内容を与えるのは、ヴィレーのいう弁証法である。つまり、人間が現実生きるなかでもつに至るさまざまな観点、それも相互に

矛盾するであろう観点を調和させ、一つの全体にまとめあげること、これによって、対立が少なくとも暫定的に解決される。この暫定的な合意こそが、正義に内容を与えるのである。リアルスによれば、ヴィレーは、このような弁証法的方法を、ヘーゲルやマルクスにおけるような「総合（ジンテーゼ）」と区別しようとする（cf. VI 80-81）。つまり、ヴィレーのいう弁証法は、完全な総合、完璧な一つの全体には決して行きつくことがないのである。したがってそれは、永遠の探求であり、また他なるものへの開在性である。個人を、このように他なるものに開かせ続けるために、ヴィレーは偶像批判を行い、第一原理からの演繹を批判するのである。

このようなヴィレーの弁証法は、ヴィレーにおいては、法的な思考だけにとどまらない、認識一般の方法である。そして法は、この弁証法が、(特殊的な)正義との関係で制度化されたものなのである。

さて、このようなヴィレー的な弁証法において、それを永遠の探求、他者の観点との調和を探る永遠の努力たらしめるものは、つまり他者に対して開かれ続けさせるものは、何だろうか。おそらく、ここで、「愛（amour）」の問題が登場するのだと思われる。ヴィレーのいう厳密な意味での法と愛との関係、あるいは開かれた弁証法と愛との関係については、リアルスも、把握するのに苦労しているようである（cf. VI 93-94）。私自身も、この問題については、今後の課題とするしかない。けれども、ヴィレー的な、いわば関係主義的な法の觀念に何らかの意義を見いだし、それを探求しようとするならば、宗教的な「愛」の問題は避けて通ることができないと思われる。

6. 「偶像」は不要か

ヴィレーは、法律家の役割は保守的であり、政治的に、つまり力によって形成された社会秩序を前提にして、それに拘束されて仕事をするのだという（cf. VI 47-50）。ところで、政治的な秩序、つまり国家が現実存在するためには、一種の偶像が必要なのではなからうか。なぜなら、すべてのメンバーは、国家の公民として平等、同一でなければならず、この同一性は、何らかの偶像との関係での同一性ではないかと考えられるからである。例えば、「人間の権利」

を偶像だとすると、公民は、その「人間の権利」の所有者として同一であるだろう。もしそうだとすると、現実の社会秩序を前提にするヴィレーの法理論は、いわば過度の、理の通らない偶像崇拜を批判するものであると理解することができると思われる。

このようなヴィレー解釈を前提にして、彼のいう「愛」をどのように位置づけることができるか考えてみたい。

隣人愛においては、その対象である者が、それを与える者を信用するかしないかは問題ではない。隣人愛は無償で、一方的に与えられる。相手が拒否しようと、愛は与えられ続ける。ところが、愛を与える方は、相手は無条件に信じなければならぬ。けれども、このような絶対的な「歓待」はありえない。他者の歓待は、相手を信頼できるという諸条件が現にある場合にのみ、現実が存在する。このような条件の重要な一つが、例えば国家（による秩序維持）であるだろう。けれども、条件的な歓待が存在するためには、この絶対的な歓待が理念として存在し続けなければならない。さらに、絶対的な歓待は、条件的な歓待に取り憑きながら、それを改善していくことだろう。このような理念としての絶対的な歓待としてヴィレー的な愛を捉えることができるのではないだろうか。

注

- 1) この問題については、以下の拙稿において論じたので、ご参照いただければ幸いである。堅田研一「医師・患者関係をめぐる倫理と法——ケアと正義の交錯」、『生命と医療』（愛知学院大学宗教法制研究所紀要第49号）、2009年、所収（なお、この拙稿は、拙著『法の脱構築と人間の社会性』（御茶の水書房）、2009年、に収録されている（第6章））。なお、この拙稿は、同研究所の共同研究「医師の説明義務とケアの倫理」の成果として執筆されたものであり、同じ共同研究の成果として書かれ、同紀要に収録された他の3本の論文も同時にぜひ参照していただきたい。
- 2) 参照、アリストテレス『ニコマコス倫理学』第5巻。
- 3) 参照、岩井克人（十三浦雅士）『資本主義から市民主義へ』新書館、2006年。
- 4) 学説史については、次の著作をご参照いただきたい。川本隆史『現代倫理学の冒険——社会理論のネットワークキングへ——』創文社、1995年。
- 5) この問題については、参照、土佐弘之「“主体化の暴力”を超克するケアの倫

- 理 — 脆い生への対応をめぐる — 」、『思想』993号（2007年1月号）、2007年、所収。
- 6) 参照、土佐・前掲論文、66頁。
- 7) 参照、土佐・前掲論文、66-67頁。
- 8) この問題については、以下の拙著の第6章を参照していただきたい。堅田研一『法・政治・倫理 — デリダ、コジェーヴ、シュトラウスから見えてくる「法哲学」 — 』成文堂、2009年。
- 9) 参照、今村仁司『社会性の哲学』岩波書店、2007年、177頁。なお、今村自身も、私が本稿で論じているのと同じ問題に取り組んでいたと思われる。この点については、参照、今村仁司『親鸞と学的精神』岩波書店、2009年、8-9頁。
- 10) 民集55巻6号1154頁。
- 11) 参照、『最高裁判所判例解説（民事篇）』平成13年度（下）、財団法人法曹会、2004年、714-742頁。
- 12) 参照、『ジュリスト増刊 最高裁 時の判例（平成元年～平成14年）II私法編（1）』有斐閣、2003年、135-138頁。
- 13) 参照、中村・前掲解説（前掲注11）、726-727頁。
- 14) 参照、前掲拙稿（前掲注1）、24-25頁。前掲拙著（前掲注1）、191-192頁。
- 15) なぜ清水がこのように考えるに至ったのかは重要な問題である。この問題については、次の二つの著作を参照していただきたい。参照、清水哲郎『医療現場に臨む哲学』勁草書房、1997年。また、同『医療現場に臨む哲学II — ことばに与る私たち』勁草書房、2000年。
- 16) 参照、清水哲郎「ケアとしての医療とその倫理」、川本隆史編『ケアの社会倫理学 — 医療・看護・介護・教育をつなぐ』有斐閣、2005年、所収。
- 17) 参照、清水・前掲論文（前掲注16）、125-126頁。
- 18) 参照、岡島芳伸「歯科医療における二、三の問題 — 歯科医師の説明を中心に — 」、『日本法学』第59巻第4号、1994年、199頁。
- 19) 参照、東京・大阪医療訴訟研究会編著『医療訴訟ケースファイルVol.2』判例タイムズ社、2007年、416頁。
- 20) Cf. Michel Villey, *Le Droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, pp. 41-54.
- 21) Cf. *ibid.*, p. 97.
- 22) Cf. Stéphane Rials, *Villey et les idoles*, PUF, 1999. 以下、同書からの引用・参照にあたっては、本文中にVIと略記し、ページ数を記する。
- 23) Cf. Michel Villey, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, PUF, 1987, p. 94.