

交 流

法的なものの考え方について

呉大学社会情報学部
廣 瀬 肇

一口に法学と言っても、その内容は多くのジャンルに分かれている。法制史、法哲学、比較法学、法政策学、法社会学などという分野があるが、法学の中心、その大部分は解釈法学（法律解釈学）といわれているものである。憲法学、民法学、刑法学と称している学問分野の中心は解釈学である。因みに私は行政法学の従であり、その中でも海に関係する法律、船舶法や海洋汚染防止及び海上災害の防止に関する法律、海上保安庁法などの解釈について研究してきたものである。

それはさておき、解釈法学というのは、例えば現在わが国で効力を有し、実際に行なわれている憲法とか刑法というように、ある社会に現に行なわれている法を対象として、その意味内容を研究し、それを体系的に矛盾なく、かつ合理的に解釈することを目的とする学問である。

ある法学のテキスト（法学概論とか法学通論と称して、法律の基礎的な知識等を教える科目を「法学」という）では考えさせるために次のような例を呈示している。

〈シャイロック〉…時間の無駄だ、お願いでございます、一刻も早く判決を。

〈ポーシャ〉この商人の肉1ポンドはお前のものである。当法廷はそれを許す。国法がそれを与えるのだ。

〈シャイロック〉公正この上なき裁判官さま！

〈ポーシャ〉したがって、お前はこの男の胸を切りとらねばならぬ。法律が認め当法廷がそれを許す。

〈シャイロック〉博学このうえなき裁判官さま一判決が下ったのだ一さあ用意しろ。

〈ポーシャ〉待て、まだあとがある。この証文によれば血は一滴も許されてはいないな一、文面にははっきり「1ポンドの肉」とある。よろしい証文のとおりにするがよい、憎い男の肉を切りとるがよい。ただし、そのさい、キリスト教徒の血を一滴でも流したら、お前の土地も財産も、ヴェニス法律に従って国庫に没収する。

〈グラシヤーノー〉おお、正義の権化。まったく立派な裁判官さま！

〈シャイロック〉それが法律でございますか。

〈ポーシャ〉自分でこの条文を見るがよい、ひとえに正義を求めたのはお前だ、よいか、それゆえ、ここにお前の欲する以上の正義をとらせようというのだ。

この文章はシェークスピアのベニスの商人の一節であることはお分かりと思う。そもそも現在では公序良俗（公共の秩序善良の風俗）に反する法律行為は無効とされる（民法第90条）から、借金の形に、心臓が一番近い肉1ポンドということ自体あり得ない。また、「キリスト教徒の血一滴でも」という下りは、ユダヤ教とキリスト教の確執というより、ユダヤ人差別の発想が読み取れなくもない。それ以上に、先づ「正義」とは何であるのかが問題である。一般に、法の目的は正義の実現、といわれる。この事例において、ベニスの法が実現しようとする正義とは、ということを考えなければならない。そして証文の法的解釈が問題とされなければならない。一休さんの物語の中で、「この橋渡るべからず」との立札にある「橋」を故意に「端」と解釈して、平然と橋の中央を渡ったという事例も何か似たようなもののように思われる。この戯曲は、ユダヤ人であるシャイロックが裁判には勝訴しながら自らの権利の実現は不可能という結論を導いている。法的争いに際しては、この「正義」の内容が問題となるのである。泥棒にも三分の理、北朝鮮も正当性を主張する訳で、アルカーイダも合衆国政府も自分の側に正義があると

ひろせ はじめ

〒737-0182 呉市郷原学びの丘1-1-1 呉大学社会情報学部

主張する。そうであるなら、正義は物理的な力が裏付けとして準備されていなければ実現されないのかも知れない。そうすると、一般に「正義は力」というものの、本質は「力が正義」ということになりはしないのかということになる。

崇高な言葉である「正義」も、その実は危ういものがある。新版新法律学辞典（昭和27年有斐閣）では、「正義」について、「人間の社会行動の評価基準。善と同義的に用いられることも多いが、善は個人的善意の関係であるのに対し、正義は社会制度に関し、その違反に対し厳格な制裁を伴う規範として用いられる傾向がある。中央権力の確立しない未開社会においては、自力救済による『目には目を、歯には歯を』の応報原理が正義とされたが、その確立後は権力への服従と身分秩序の維持を求める『支配階級の正義』と、権力の打倒・身分秩序の変更を要求する『被支配階級の正義』が対立する。このような時代や階級の制約をこえた普遍・不易の正義の存在については、肯定的・否定的・不可知論的見解が対立する。この普遍・不易の正義の定式化は古今の思想家の試みたところで、『各人に彼のものを』『善をなし悪を避けよ』『正当な理由なしには何人をも害するな』等がその例である。

また「『同一の労働への同一の報酬』が社会主義的正義であり、『能力に応じて働き、必然に応じて与える』という原則が共産主義的正義であるとされる。」と説明するが、要領を得ているようには思えないし、これだけでは実はよく分からない。

古くに、アリストテレスは、「正義を最高の徳と呼び、国家共同体の幸福を創出するこの『究極的な徳』の一部としての正義を更に配分的と均分的とに分けて、後世の正義論の基礎づけとなる精密な分析を与えた。すなわち狭義の正義は、更に、各人に各人の値するところのものを与える配分的正義と、交換・賠償など利害得失の平均を期する平均的正義とがあって、前者における各人の均等は幾何学的比例に基づき、後者におけるそれは算術的比例に基づくものである。」と説明していた。平均的正義は、個人相互の給付と反対給付の均衡で、人により差別を認めない場合であり、配分的正義は、個人がその能力や功績の差異に応じて異なる取り扱いを要求する場合ということになる。これは租税の負担能力に応じて税額に差をもうける、いわゆる累進課税制の正当化の根拠とされている。これでもやはりよく分からない。つまりは「正義は必ず勝つ」といえるだけの「正義」の中味は明確ではない、と私は思っているだけのことではあるが。

さて、正義の説明の中で、「正義はその違反に対し厳格な制裁を伴う規範として用いられる」という表現があった。法学で次に理解を迫られるのがこの「規範」という概念である。現代において、法の機能は社会秩序を維持することであるから、法の目的は正義の実現にあると考えるのであるが、社会秩序を維持するためには人の行為を規律する必要があるということは、法の体系とは実は禁止の体系として人の行為に規制をかける内容のものが一般的だということになる。法学の考えでは、「法が禁止していないことは原則として自由である」とされるが、それは法が禁止の体系であることの裏返しでもある。ということなので、法とは、社会生活における人の行為の強要的な規範であると定義することが可能である。

そこで先づ「規範 (Norm)」の辞書的説明は次の通りである。

「『ある』 ([独] Sein) という事実に対して『あるべき』 ([独] Sollen) 当為 (当為とは、あること、あらざるを得ないことに対し、あるべきこと、なすべきことの意である—筆者注) の法則をいう。自然的因果的事実が違反や例外なく生起するのに対し、規範はその違反にもかかわらず妥当する。むしろ違背や反則を必然的に予想するところに規範があるともいえる。このような規範は、事実との距離や実現の態様によって、法・道徳・宗教・技術等の諸規範に分かれ、また単に当為を要請するか又は強制の契機をそなえるかによって行為 (社会) 規範と強制規範 (裁判規範) とに区分できる。法は何らかの権力的機構 (おもに国家) を背景とした強制によって、その実現の可能性を保障されたところの規範である。すなわち、法は一定の行為を命ずる行為規範とその違反に対する制裁と定めた強制規範との複合体であって、この点で外的規制に直接の関係をもたない道徳規範と領域を異にする。」

この「規範」という概念というか、その含む意味内容の扱いを当然のこととして思考する法学的思考が、自然科学的思考と根本的に異なるところの一つであるように思われる。日本語で書かれた法律の条文を、日本語の文法を基礎に論理的・合理的に理解し、解釈することは、数学的思考・推論と全く同じである。同じであるのに扱う対象は正義を踏まえた規範であって、確定的に答えが出せるとは限らないというか、

世界観や価値観で結果が異なる世界であるということになる。

すでに述べたように、法は人に対して一定の行為をすべし、または、すべからずというように、行為のよるべき基準を定めたもの、すなわち規範であって、広い意味での法則の一種である。規範の法則ともいうのである。通常法則といえば「自然法則」も含まれるが、同じ法則といっても規範と自然法則とは全く異なっている。自然法則とは、「水は低きに流れる」というように、事実の世界に属することであり、その本質とするところは、その法則の内容が常に必ず実現される点にある。直角三角形において（斜辺を c とし直角をはさむ辺を a 、 b とする）、もしも $a:b:c$ がある特別な比となる $x:y:z$ であるとき、 $c^2 \neq a^2 + b^2$ となるならば、ピタゴラスの定理は定理でなくなってしまう。もし彼に、一度でも水が高きに流れる（つまり重力にさからって）ことがあるとすれば、「水は低きに流れる」という自然法則は誤りで、自然法則としては通用しないことになると考えられる。

ところが、規範は自然法則とは異なり、必ずしも事実と一致しない。例えば、わが国の刑法第199条では、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。」と規定している。規範とは従うべき定めのことであるから、刑法199条からは、「人を殺すなかれ」という規範が抽出されることになる。これは当然に人を殺すべきではないということであって、現実の日本において、特に最近では毎日のように殺人事件が報道されている（因みにある統計によれば、殺された人の家族・親族・友人・そして何らかの知り合いであった人が殺害者であることがほとんどとされており、身を守るには身辺の人々に対してこそ警戒をしなければならないなどという指摘がある。）が、殺人が行なわれたということは「人を殺すなかれ」という規範が破られたことになる。しかし、殺人という事実の発生によって規範としての生命が失われるものではない。「人を殺すなかれ」という規範は、それにそむく行為の有無にかかわらず、常に規範として通用する。規範とはそういうものだということになる。日本の社会から殺人事件をなくそうとするなら、法の世界で考えれば、刑法第199条の規定を削除すれば、殺人罪で処断される人はいなくなる。そうすると殺人事件は発生することはない。結果は別として、飲酒運転を根絶するには、飲酒運転をしてはならないという規範を法の規律から削除すればいい。勿論これらは暴論である。そんなことはできない。厳然と規範が存在し、違反が発覚してつかまれば法に照らして厳罰に処されるにもかかわらず、規範違反、規範を破る者は存在する。だからといって、刑法第199条が無意味だとはいえない。規範は規範として社会に通用する。そのような性質を規範は有しているということになる。

そしてまた、法の世界では「例外のない規則はない」という法諺（ホウゲンと読み、法律上のコトワザのことをいう）が示すように、法の規律には例外がつきものとされる。「人を殺してはならない」という規範は存在するが、一方で、それは勿論、法的に非難されないという意味においてであるが、正当業務行為として、わが国では死刑が執行されている。死刑の執行は、人を殺すつもりで、つまり殺す意思（故意）で殺人を行なっている。それがいいとか悪いとかの議論ではなく、現実には例外中の例外ではあるが結果として「人を殺すなかれ」という規範に矛盾する行為が国家によってなされている。このことも、「規範」というものを考える上で一つの手懸りを与えてくれるように思われる。

さて、このように、わけのわからないようなことを書くと、看護・医療に関する勉強をしている、特に看護師を目指そうとしている人々からは無縁のもの、関係のないものと嫌われるか敬遠されることになる。しかし、看護という仕事は事実の世界に属することであり、その仕事の過程で何らかの医療上の看護上のトラブルに巻き込まれないという保障はない。今日の医療は、医師と医療にかかわる専門の技術者であるパラメディカル・スタッフとの信頼と緊密な協力があってはじめて目的が達成されるものである。まず、医師を手助けするスタッフとして看護師の存在が重要である。看護師の仕事は「保健師助産師看護師法」によって資格も含めて法的に規律されている。さらに、故意に又は過失による看護上の事故は、場合によっては個人としての看護師に対する法的責任の追及に発展することも少なくない。行政責任として資格免許の取消や業務停止といった行政処分として降りかかるかもしれない。場合によっては、業務上過失致死傷罪の刑事被告人として刑事責任が追及されることもあるであろう。また、看護の過失行為が、民法上の不法行為に当たるとして、民事上の損害賠償請求がなされるかもしれない。最近その額は次第に高額になっている。

そうだとすると、看護に係る教育の中で、必要最少限の法的知識を身につけてもらうことが大事であ

り、現にそれはなされているであろうけれども、自然科学をベースとした学問をし、教育を受けている人に、法的な考え方はなじみにくい面があるのではないかと思われる。私は過去に、看護師を目指す学生に、判例演習に近い形で、医療上のミスで看護師が刑事責任を問われた事例を教えた経験があるが、ことの重大性は十分認識してもらえるが、どのようなメカニズムで法的責任が問われるのかについては関心が薄かったように感じている。

といったこともあり、「交流」の誌上をお借りして、法学的思考が自然科学的思考とは異なると思われる部分を略述して、何らかの参考になればと思った次第である。

少子高齢化社会は医療・看護の重要性を加速させており、また高度医療の発達には医療関係者に一層高度の注意義務を課すもので、益々医療スタッフの緊張を強いるものになっていくものと考えられる。社会も高度化し、アメリカのような訴訟社会も目前ではないかと思われる兆しも濃厚である。看護の教育においては、医学的知識・看護学に加えて、職業倫理を叩き込むことが重要であるが、それに加えて、これからはある程度法的訓練も必要であるように思い、この小論を書かせていただいた次第である。