

科学技術と知の精神文化

講演録 42-1

生命医療倫理への法的対応をめぐって

京都大学 名誉教授

田中 成明

2016年11月28日

「科学技術と知の精神文化」研究会

講演録の発行にあたって

世界的に大きな時代の転換期に直面している現在、日本の科学・技術に携わる人々とその共同体の精神・規範・文化について、歴史に学びじっくり議論をし、将来を考える場が必要なのではないだろうか。

阿部博之 東北大学名誉教授のこのような発案により、社会技術研究開発センターは研究会「科学技術と知の精神文化」を設置し、2007年度より継続的に会を開催しています。

研究会では、学問・科学・技術を取り巻く今日までの内外の言説、活動、精神、風土などについて、理系だけでなく、科学史・哲学・歴史学・法学・政治学・経済学・社会学・文学などの多様なバックグラウンドの有識者の方々にご講演いただき、議論を深めてきました。

本講演録は、研究会での講演をもとに、講演者の方々に加筆発展し取り纏めていただいたものです。21世紀に日本の科学・技術を進めるうえで基盤となる知の精神文化について、より多くの人々が考え互いに議論を深めるきっかけとなることを願い、発行いたします。

目 次

I. はじめに	1
II. 生命医療倫理の「法化」傾向とその問題点	2
III. 法的対応の多様な方式	4
(1) 立法=裁判型方式	4
(2) 行政型方式—行政指針（ガイドライン）	7
(3) 自治型方式	8
IV. 専門職倫理と法の役割分担・連携の望ましい方向	10
(1) 生命医療倫理への法的対応の現況	10
(2) 専門職倫理と法の役割分担・連携の基本的方向	12
プロフィール	15

生命医療倫理への法的対応をめぐって

京都大学 名誉教授
田中 成明

日時：2016年11月28日
場所：国立研究開発法人科学技術振興機構

I. はじめに

「科学者の精神・規範・倫理の在り方」を今期のテーマとするこの「科学技術と知の精神文化」研究会には、「生命倫理」という一般的に用いられている用語の方が適切ではないかとも思ったのですが、今回は、わざわざ「生命医療倫理 (biomedical ethics)」という用語を用いました。その理由は、諸々の生命倫理的問題のうち、医療行為に関する医師のプロフェッショナルな責任や義務を扱う専門職倫理(professional ethics)である、ヒポクラテス以来の医療倫理に関係する側面を中心に、生命倫理的問題への対応における医師の専門職倫理と法の役割分担や連携の在り方をどのように考えたらよいかについてお話しさせていただくことにテーマを限定させていただいたからです。

私は生命倫理学自体の専門家ではなく、法哲学が専門領域で、法と倫理の関係如何という問題がその伝統的なテーマであることから、1997年にクローン問題に対応するために総理府の科学技術会議のもとに生命倫理委員会が設置されたときに専門委員を委嘱され、それ以来、内閣府の総合科学技術会議・生命倫理専門調査会に編成替えになった後もしばらくの間、そこで生命倫理と科学技術の関係について勉強させていただきました。生命科学技術のめざましい進展についてゆけず、戸惑うことが多かったのですが、委員会内外の議論を聴いて、法的対応の在り方を考える上で興味深かったことがあります。それは、医療専門職と科学研究者の間に、生命倫理だけではなく、常識的な倫理問題一般に対する感覚にもかなりのずれがみられたことと、公的規制をする場合、先端医療と科学研究との区別と関連が、理論的にも実務的にも非常に難しいことが分かったことなどです。

医療倫理については、裁判や法律家の関与の在り方を専門に研究しておりましたが、法科大学院では、法曹倫理、主として弁護士倫理も教えていました。弁護士倫理と医療倫理は、専門職倫理の具体的内容や団体の自己規律の仕組みの問題など、構造的に似ている部分があり、対比しながら検討すると、いろいろ参考になるところがあります。また、裁判については、いわゆる現代型訴訟を中心に研究しているのですが、医療訴訟、とくに生命倫理絡みの訴訟には難しい事件が多く、審理や判決における医療専門職の責任問題、医療・生命科学に関する専門技術的知見の扱い方などが、重要テーマとなっております。

このような事情で、生命科学研究自体の倫理問題を扱う能力はないので、以前にこの研究会（第38回）で村上陽一郎先生が取り上げられたような先端医療問題について、専門職倫理と法的規制の関係をどのように考えたらよいかというテーマに限定して、日本の最近の問題状況を少し整理してお話しさせていただくことにした次第です。

Ⅱ. 生命医療倫理の「法化」傾向とその問題点

伝統的な医療倫理は、もともと、医者のパターナリズム的な医療行為をどのように規律するかという、プロフェッショナルな責任や義務の問題を中心に論じていたのですが、患者の自己決定権やインフォームド・コンセントの法理がクローズアップされはじめた頃に、ほぼ並行して医療技術が急速に発達し、脳死者からの臓器移植、終末期患者の治療停止、尊厳死・安楽死問題、体外受精・人工授精や代理懐胎、クローン技術の応用等、人間の生死の人為的操作が倫理的・法的にどこまで許されるのか、また、許されるとしてどのような条件のもとで許されるのか、といった問題が社会問題化し、立法や裁判などによる法的対応が求められるようになりました。このような状況を、専門用語で「法化(legalization)」と言っていますが、日本の場合、前世紀末から今世紀の初めにこれらの問題が相次いで顕在化しました。

これらの問題について具体的にどのような法的対応方策をとるのが適切かを考えるときに最も悩ましい問題は、医師などの医療関係者の「法化」に対する態度や見方がまちまちだということです。一方では、先端医療問題については、専門家の間だけでなく、社会の意見も分かれているので、法律や判決によって、何を行ってはいけないか、何を行わなければならないか、明確な法的規準を示してくれないと、患者やその家族の意向に添ってよいのかど

うかなどの判断に迷い、適切な医療行為ができないという、どちらかというとな法的規制に期待する積極的な意見があります。他方では、法律や裁判によって先端医療問題への法的規制・介入を強めることは、医療のプロフェッショナル性や科学技術的専門性への配慮が十分でないこともあって、結局、保身治療や過剰治療を引き起こすだけでなく、医者と患者の信頼関係を損ない、医療の適正化を妨げることになると、反発する消極的な意見も結構強いのです。しかし、このような消極的な見解があるにもかかわらず、医師の専門職団体の先端医療に関する専門職倫理の維持向上のための実効的な自己規律システムが整備されていないことから、外部からの法的な規制に反発しながらも、実際には行政や裁判による対応に後追的に依存・追随せざるを得ないというのが実情です。

このような状況となっている原因は、いろいろあるのですが、今日お話しするテーマとの関連では、法と倫理の関係について一般的にみられる2つの考え方の影響が大きいと推測されます。

1つは、法規万能主義（legalism）と言いますが、社会倫理や公共政策に関する問題は、できるだけ一般的な法的ルールによって規律し、権利・義務・責任の問題として法や裁判によって処理するのが最も合理的だという考え方です。先ほどの法的な規制に期待する積極的な意見は、このリーガリズムの積極的な面なのですが、問題は、その反面として、専門職倫理についても、法的に定められた義務や責任さえ果たしていれば、それ以上は倫理的にとやかく言われる筋合いはない、法律を守っていればそれで十分だという姿勢を生み出しているということです。「倫理の法への縮減」と言われている弊害ですが、このような姿勢が一般化しますと、専門職倫理の規律内容が、後ほど話すように、法的な義務・責任に尽きるものではなく、それ以上のものであることが忘れ去られる恐れがあります。

もう1つは、「倫理は自律的、法は強制的」と、法と倫理を区別して対比的にとらえる考え方です。この一般的な対比的区別が専門職倫理にもあてはまるかどうかという問題があります。医師や弁護士などの専門職倫理は、専門職の職務行動規準であり、法的強制と直接つながっていない内容も含んでおります。基本的にはプロフェッションとしての社会的信頼の維持に関わる規律であり、個々のプロフェッションの自律的な遵守に委ねられている「倫理的」側面もあります。しかし、専門職「倫理」という表現を用いることによって、専門職団体による自己規律（団体自治）の一環として個々の専門職にその職務行動規準を遵守させるためにサンクションを加える仕組みを伴っているという「強制的」側面ももつことを見落とさないようにする必要があります。専門職倫理の法的規律の在り方については、一定の専門職

倫理違反に対して直接に法的サンクションを規定するという方式だけでなく、専門職倫理の自主的な遵守を促進・支援するための団体内部の「強制的」仕組みを整備することがより重要だということが、十分に理解されていないように思われます。

以下、このあたりの生命医療問題への対応における専門職倫理と法の役割分担・連携の在り方について、少し具体的事例を挙げながら説明させていただきます。

Ⅲ. 法的対応の多様な方式

生命医療倫理への法的対応の在り方を考える際には、一口に法的対応とか「法化」と言っても、様々な方式があることに注意する必要があります。法的対応の方式として通常考えられるのは、国家が制定し運用するフォーマルな実定法システムによる対応ですが、わが国では、この方式は、生命医療倫理ではあまり大きな役割は果たしていません。法的規律の多元化傾向の一環として、最近、「ソフト・ロー」という概念が生命医療倫理以外の領域でもよく話題になります。関係者の間で遵守すべき一般的ルールを決めておいて、個別事例にはそれを適用して対応し、場合によってはルール違反に一定のサンクションを加えるという、様々なインフォーマルな仕組みが出来上がっていて、公的機関や私的個人・団体の行動規律において、フォーマルな国家法の規律と対立的あるいは相補的に機能しているという現実があり、分野によってはフォーマルな国家法に勝るとも劣らない重要な役割を果たしております。ですから、生命医療倫理の法的その他の公的規律についても、そういった様々な規律方式のメリット・デメリットを押さえた上で、具体的な対応を考えていく必要があるわけです。

ここでは、インフォーマルなソフト・ロー方式を、行政型と自治型に分け、フォーマルな国家法システムである立法＝裁判型と合わせて、3つの類型について、それぞれの特徴と問題点を簡単にみておきます。

(1) 立法 = 裁判型方式

まず、立法＝裁判型の方式ですが、これは、法律によって禁止事項や権利・義務を明確に一般的に規定しておき、違法行為や権利侵害があれば、裁判で個別事例毎に審理して所定のサンクションを課すという典型的な方式です。世界的にみて、包括的な生命倫理法が制定されているのは、1994年に制定されたフランスの生命倫理三法（人体尊重法、移植・生殖法、

医学記名情報法) ぐらいで、韓国でも制定されたようですが、どの程度実効的なのかはよくわかりません。わが国には、包括的な生命倫理法はなく、この方式は中心的な役割を果たしていません。これまで制定された数少ない生命医療倫理関連法は、いずれも、問題の残る妥協的な内容のものであり、生命医療倫理の法的規制の在り方をめぐる論議を促進するよりも、妨げになっている面もあり、批判を招いています。

よく議論的になる代表的な法律をみておきますと、まず、母体保護法は、1948年制定の優生保護法を1996年に改称し、2001年に一部改正されたものが現行法ですが、妊娠22週未満の胎児について経済的理由による妊娠中絶が認められております。胎児の生命の保護という観点からはきわめて不十分であり、ヒト胚の保護の在り方をめぐる議論では、胎児の場合との対比が大きなネックになっています。

また、2009年に一部改正された臓器移植法についても、臓器提供者を増やすために、理論的整合性の検討を棚上げにしたゴリ押し的な審議による議員立法で、オプト・イン方式(本人が意思のあることを表明する方式)がオプト・アウト方式(本人が意思のないことを表明する方式)に転換され、本人が書面で臓器提供意思がないことを表示しない限り、家族が同意すれば脳死判定・臓器移植ができるようになりました。その結果、たしかに臓器移植は急速に増えてきましたが、審理過程や改正内容にはいろいろ批判のあるところ です。

さらに、2000年のヒトクローン技術規制法は、先ほど触れた胎児の保護との均衡や人の生命の始期など、難しい論点に立ち入ることを回避したこともあって、ヒト胚自体の保護について直接触れていないのですが、付則2条で「ヒト受精杯の人の生命の萌芽としての取り扱い方」云々の表現を用いていることから、ヒト胚保護法という読み方を排除できず、その後のヒト胚の取り扱いの規制に関する論議を紛糾させております。また、この法律で禁止されている以外のヒト胚を作って研究することなどに関しては、特定胚指針という行政指針によって規制しながら許容するという手法がとられ、動物性集合胚だけが認められることになりましたが、法律で許容されていることを行政指針で禁止するという手法について疑義が出されています。

制度上、刑罰を課したり、人権を制限したり、家族制度など公の秩序に関する規定を変更したりする場合は法律によらなければならないのですが、しかし、生命倫理問題については、道徳的意見が鋭く対立する論点が多く、その場合議論が熟していない段階で法律によって政治的に決着を付けることは適切でないという考え方が強いのです。また、生命倫理関連法案の実際の審議では、党議拘束が外されるのが通例なのですが、その結果、意見が党ごとに集

約されず、議員毎にばらばらになり議論も錯綜し、必ずしも十分な合理的議論が尽されないままに、様々な政治力学的な調整妥協がはかられるので、出来上がった法律はどうしても理論的に不整合なものになりがちです。

生命倫理問題に関する政府の政策の立案企画には、総合科学技術会議の生命倫理専門調査会以外にも、厚生労働省、文部科学省、経済産業省、法務省などにも、それぞれ関連する審議会があり、関連する個別事項毎に関与しております。法務省は、生命倫理問題の「法的」規制はその本来の所管事項とみているのですが、それ以外の省では、生命倫理的な法的な規制をそれぞれの本来の所管事項に対する外的な制約と受け止めており、しかも、各省とその関連組織の利害関心がずれることもよくあります。私が関与していた総合科学技術会議の生命倫理専門調査会も、科学技術の観点から生命倫理問題の法的その他の公的規制をどうするかということを審議する場であり、生命倫理問題そのものを中心的に審議する場ではないのです。ですから、生命倫理問題自体を中心的かつ総合的に審議するところがなく、各省や関連組織の意見・利害の対立を調整して政府案を作り上げること自体が非常に難しく、包括的な生命倫理法を策定する体制が整っていないのが実情です。

裁判による対応については、日本の場合、アメリカなどに比べて生命医療倫理問題が裁判所に持ち込まれ、判決が法的対応の在り方を方向づけているケースは比較的少なく、刑事に関しては、安楽死・尊厳死に関する判決が一定の役割を果たしているのですが、あまり適切な方向づけの仕方ではないと思われまます。民事に関しては、医師の説明義務違反など、インフォームド・コンセントの法理の具体的な展開に裁判所の判例が先導的な役割を果たしています。今後、医療関係訴訟自体は間違いなく増えてゆくと思われまます、そのなかで生命医療倫理絡みの訴訟がどの程度増えてゆくか、とくにアメリカなどのように、生命維持装置を外す決定権限を誰がもつのかといった具体的争点について裁判所の判断が求められる訴訟が増えるかどうかは予測しかねまます。

裁判のメリットとしては、国会の議論よりも専門的な議論を理性的にきちんとして行うことができ、患者やその家族だけでなく医者も、きちんとして自分の主張をする機会が保障されており、必要に応じて鑑定人や専門委員などの意見をふまえ、理由付けを伴った判決が下されることです。ただ気を付けなければならないことは、訴訟になるような事件は概していわゆる筋の悪い事件だということです。終末期の医師の治療中断措置や説明義務違反が問題になり、社会的注目を集めた刑事・民事の訴訟は、医者や看護師の間の意思疎通が欠けていたり、患者や家族に対する説明も不十分なまま医師が独断的に処置したりした事例であり、普通にきち

んとした治療が行われていけば訴訟にならないような事例ばかりです。しかも、これらの訴訟における判決は、事後的に法的責任を問う最低基準を裁判規範として示したにすぎず、より良い医療を行うための専門職倫理の職務行動規範の維持向上をはかり、将来に向けて紛争予防や再発防止に努める行為規範自体を示すものではありません。従って、裁判で示された最低基準に反していなければ専門職倫理の観点からみて問題がないという姿勢が一般化してしまうと、先ほど話した「倫理の法への縮減」という弊害を生み出すことになるわけです。そういった意味では、裁判によって生命医療倫理の基準が決まっていくというのは、あまり適切ではない面もあることに注意する必要があります。

これは最近はやりの「コンプライアンス(compliance)」の問題に関係しています。コンプライアンスは一般に「法令遵守」と訳されますが、本来は、社会的な責任を果たすとか、社会的な期待に応答するという、もっとポジティブな面を含んだ概念です。法令遵守さえしていればコンプライアンスができているという考え方は、その本来の意味からみて不十分であり、専門職倫理の具体的内容を裁判所の判決に依拠しながら訴訟対応的に考えることにも問題があるわけです。

(2) 行政型方式—行政指針(ガイドライン)

次は、行政型方式ですが、生命医療倫理への対応において日本で最も多く使われてきたのは、行政指針(ガイドライン)による方式で、それぞれの事項を所管する行政機関が、関連学会・団体の関係者や法律家などの有識者を構成員とする審議会における検討を経て制定するのが通例です。この行政指針に関して注意すべきことは、法令上の根拠があるものとなないものの2種類があることです。行政指針自体は、法令の一種である命令(政令・省令)ではなく、行政指導の一種で、「告示」という形式をとることが多いのですが、厳密にいうと法的拘束力はありません。しかし、事実上は法令とほとんど変わらない拘束力をもっており、法的な制裁と直接結び付くわけではないのですが、告示を遵守していなければ科学研究補助金・研究助成金などがもらえないなど、様々な不利益処分と絡めて規定されています。

行政指針でどのようなことが規制されているかという、例えば、文部科学省・厚生労働省・経済産業省「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」(2001年に制定され、幾度も一部改正され、2014年に最新改正された)では、倫理(審査)委員会による審査、インフォームド・コンセントの要件、個人情報保護、遺伝情報の開示、遺伝カウンセリング、試料等の利用・保存・破棄の方法などが規定されており、他の各種の指針でも規定事項はほ

ぼ同じです。罰則があるかないかということを除けば、体裁は法令とほとんど同じです。法令の根拠がないと罰則を付けられないという違いがあるだけです。

ガイドラインのメリットは、立法に比べて、事態の変化に応じて制定・改廃が容易であることです。実際、今例に挙げた「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」などは頻繁に改正されていて、法科大学院で「生命倫理と法」という講義をしていた頃は、毎年このテーマを扱う授業の前にはこの指針の条項に眼を通しておかないと、どの条項がどのような理由でどのように変わったかが分からないほどでした。この点からみればデメリットかもしれませんが、ケース・バイ・ケースに関係者間の自主的調整によって臨機応変に対応できるという点でメリットだとされています。しかし、所管機関毎に個別に制定されるため、法令の規定も含めて、関連規則相互の全体的な整合性が必ずしも十分でなく、アンバランスな規定が制定されることがあるというデメリットを伴っています。また、審議会の審議を経て制定される仕組みにはなっていますが、基本的に行政機関主導であり、所管官庁や関連学会・団体とのなれ合い的な対応に流れやすく、患者などの権利利益の保護・救済が不十分で、行政指針の策定・運用の透明性に欠けるという批判もあります。最近では、行政手続法や情報公開法の影響もあり、審議会の委員構成も開放的になり、議事を公開したり答申内容をパブリックコメントに付したりするなどの工夫が行われるようになっていきます。私の経験でも、審議会が公開されると、委員よりも傍聴者のほうが多くなり、その傍聴者もマス・メディアと関係当事者やその団体がほとんどだという状況もみられるようになりました。生命医療問題は第三者的な観点から考えるのと当事者の立場から考えるのでは発想がかなり違うので、やりにくいという面もあり、結局、微妙な問題はさらに専門委員会などの小委員会を設置しないと議論を詰められないという状況もみられ、依然として課題は多いように思われます。

(3) 自治型方式

生命医療倫理問題への法的対応においては、一般的に、医療関係者の自己規律やその専門職団体の自治に配慮するために、関係者の自主的な調整や合意形成によるインフォーマルな規律が重視されています。このようなインフォーマルな自治型方式については、わが国では、関連組織・業界団体などに問題解決を丸投げするもので、日本社会の「法化」を妨げている伝統的特質だと批判された時期もあったのですが、最近では、「ソフト・ロー」などの概念が目されるようになり、むしろ「法化」の1方式と肯定的に位置づけて、そのメリット・デメリットを分析しようというアプローチがとられるようになってきています。

わが国の場合、生命医療倫理に関する自治型方式として一定の役割を果たしてきているのが、各専門職団体や学会などが自主的に定める「倫理指針」と、各大学・一般病院などに設置されている「倫理（審査）委員会」です。この2つを軸とする生命医療倫理の自己規律の仕組みは、ソフト・ロー方式の代表的な事例です。生命倫理問題に限らず、全般的に、わが国の法的規制方式がトップダウン方式であるなかで、これらは基本的にボトムアップ方式であり、専門職団体・組織のプロフェッショナル倫理の自己規律システムとも融合して、生命医療倫理問題への重層的・多元的な法的対応システムの最前線として機能することが期待されています。ただ、期待通り運用されているモデルケースも報告されていますけれども、機能不全状態のところも少なくないのが実情のようです。

医師団体の自主的な倫理指針としては、日本医師会が一般的に「医の倫理綱領」（2000年）、「医師の職業倫理指針」（2004年）などを定めて、生命医療倫理の方向づけに努め、先端医療に関しては、産科婦人科学会・救急医学会など各学会が、それぞれ関連する問題について会告などのガイドラインを定めて、専門職倫理の維持向上をはかっています。しかし、いずれも、実効的な自己規律システムが整備されておらず、しばしば社会的問題となる違反事例が生じ、限界を露呈しています。医師の所属する各学会の場合、会則違反で除名処分をされても、診療は続けることができますし、日本医師会も、任意加入の職能利益団体にすぎず、日本弁護士会のように独自の規律・懲戒権限をもっていません。厚生労働省の医道審議会医道分科会が、医師免許の取り消しや業務停止処分などの懲戒処分を行っていますが、犯罪や保険不正請求で刑事・行政処分を受けた者の後追いの処分で、医師会や各学会の倫理指針・会告に違反したこと自体を懲戒処分の理由とはしていません。このような医師の専門職行動規準とその規律維持・懲戒システムが連動していない現行制度やその運用実態に問題があることは以前から認識され、対応策が検討されているようですが、その成果はいっこうにみられません。

他方、施設内倫理（審査）委員会については2つの類型があり、アメリカなどで生命倫理問題が注目されはじめた1980年代から、わが国でも、大学や大規模な病院・研究所などで自主的に設置されるようになった類型と、新薬開発、遺伝子治療・解析、ES細胞などの分野で、特定の医療行為や医学研究の倫理的問題を個別に審査するために、法令やガイドラインによって各施設に設置を義務づけられている類型があります。これらの倫理（審査）委員会は必ずしも別個に設ける必要はなく、各大学・施設の状況をみますと、まず1つの委員会を作り、その下に小委員会や分科会などを設けて対応しているところが多いようです。

倫理（審査）委員会は、各委員会独自の判断あるいは法令・行政指針に基づいて、特定の医療行為や医学研究の倫理的問題の個別審査を行うだけでなく、施設内の医療行為・医学研究に関するマニュアルやガイドラインの策定を行っています。法における裁判機能と立法機能をあわせもっており、医療現場に最も近い施設内機関として、生命医療倫理問題の法的・職業倫理的規律の最前線に位置し、その実効性確保に重要な役割を果たすことが期待されています。委員会は、内部の医師や看護師だけではなく、外部の法律家などの有識者も加え、審議の公平や透明性の確保に配慮されるようになってきておりますが、生命医療倫理問題に関する意識が各大学・研究所によってかなり違って、厳しくきちんとチェック機能を果たしているところもあれば、全然機能していないところもあるようです。社会的注目を集めるような生命医療倫理に関わる不祥事が生じているのは、大抵、委員会が適切なチェック機能を果たしていない施設か、そもそも委員会を設置していない個人病院などです。

IV. 専門職倫理と法の役割分担・連携の望ましい方向

（1）生命医療倫理への法的対応の現況

このような状況の下で、どのように専門職倫理と法の役割分担・連携の望ましい方向を考えればよいかということですが、生命医療倫理への法的対応に関する世界の主要諸国のアプローチには2つの対立的な傾向-----あるいは3つと言うべきかもしれませんが-----があります。その一方は、患者など当事者の自由の尊重を原則とし、例外的に公的規制をするという、自己決定権をベースとするアメリカなどに代表されるアプローチで、もう一方は、逆に、人間の尊厳や人体尊重などの人権保障の観点をベースに、原則として公的に規律し、例外的に許容していくという、ドイツやフランスなどのヨーロッパ型のアプローチです。原則許容で例外的に規制するか、原則規制で例外的に許容するかという違いはありますが、いずれにしろ人権をベースに据えた原理主義的アプローチです。

これら2つの傾向に対して、もう1つ、プラグマチックな現実主義的アプローチをとるイギリス型があります。日本はイギリス型の対応をしてきていると、好意的にみる論者もいますが、実際に今までの数少ない立法的対応事例をみる限り、サミットでの国際的な政治的公約とか一部患者団体・医療関係者の強力なロビーイング活動などに応えて、場当たりの、概して既成事実追隨的な対応をしてきただけです。原理的な対応方針が明確でないだけでな

く、多数の行政指針も含め、これまでの個別的対応を全体としてみると、かなり多くの理論的不整合がみられるというのが実情ではないかと思われま

す。また、今例に挙げたような主要諸国における生命医療倫理問題の法的規律の共通の特徴として、患者の最善の利益についての個々の医師のプロフェッショナルな判断の責任と権限や、医師団体の専門職行動規準策定や懲戒処分などの自己規律的な自治権能が尊重され、きちんとした法的な位置づけがなされていることです。わが国における今後の対応方策を検討するにあたって見習うべき重要な点だと思います。

わが国の生命医療倫理問題への法的対応の現状は、そもそも規制原理そのものについての専門家・関係者や社会一般のコンセンサスがな

いこともあって、先端医療技術がどんどん進んでゆくことに適切な対応ができておらず、個別規制相互の理論的不整合もそのままになっており、なんとかしなければならぬということはつとに指摘されています。しかし、現実問題として、専門家・関係者だけでなく社会一般の意見も分かれる事例が多く、意見の集約をはかり法案をまとめ成立まで漕ぎ着けることは、よほど差し迫った外的事情-----国際協調の圧力とか厳しい社会的非難を受ける事例の頻発など-----がないかぎり至難です。例えば、生殖補助医療、移植・再生医療に関しては、医療科学技術の急速な進展に倫理的・法的対応が追いつかず、どんどん既成事実化が進み、唯一、安全性の問題だけが歯止めになっている観すらあります。何とかしなければ、という意見が強いのですが、自己決定権、人間の尊厳、人体の尊重など、人権原理の具体的内容や相互の優先・調整ルールに関する見解の収斂すら難しく、法制化をめざした公的・私的な検討作業が進められても、なかなか最後まで辿り着けないのが実情です。個人的には、比較的意見対立の少ない人体の尊重を基軸にすれば、これまで個別に制定されてきた法令や行政指針の理論的不整合などはかなり技術的に整理でき、国際比較に耐えうるレベルの生命倫理の基本法を制定することは、関係各省や政権与党がその気になれば、十分可能ではないかとみております。すぐに包括的な生命倫理法の制定は難しいとしても、従来の行政指針中心の対応は、関連領域毎に一度整理統合して、少なくとも、クローン技術規制法などのように、基本法令プラス個別的行政指針ぐら

いの対応スタイルに転換すべきではないかと考えております。この点に関して、各種の個別的な生殖補助医療の具体的な法的規制に合わせてというか、それらに先立ってでも、家族法の親子関係の規定の見直しが急がれるのですが、例えば、冷凍保存した卵子・精子を用いた体外受精や代理懐胎などの場合の親子関係の確定に関する何らかの立法的対応をすれば、それを事実上法的に追認することになるのではないかという論

法への対応がネックになっています。非嫡出子の法定相続分を嫡出子と平等にすれば、法律婚姻主義が揺らぐという論法に似ていて、代理懐胎の場合の母親に関する何らかの法的規定を設ければ、代理懐胎を事実上法的に許容するのと同じことだという論法なのですが、子の福祉の観点から必要な法的規定の難しいところです。また、一般的に、家族制度に関する法改正については、「自然な」生殖・家族の在り方に固執する一部の強硬な保守的議員が党派を超えて存在し、法務省の法制審議会生殖補助利用関連親子法部会で2003年に改正要綱中間試案までまとまっても、その後は棚晒しになって政府提出法案まで漕ぎ着けられなかったという政治力学的事情もあり、なかなか難しいのが実情です。

他方、終末期医療の問題は、たんに倫理的・法的な問題にとどまらず、より切実な社会経済的・政治的な関心事となっております。私自身も、こちらの方への関心が強いのですが、課題山積です。例えば、尊厳死法制化運動が時折注目を集めますが、これには、その実効性や弊害などから懐疑的・批判的な意見が結構強く、私も同様に感じています。むしろ、2007年に厚生労働省が公表した「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」などに添って、患者本人の意向をできるだけ尊重することをベースに、それができない場合は、医療従事者がチームとして家族とも相談しながら丁寧な終末期医療・ケアを行う体制を専門家集団の社会的責任の問題として整備することのほうが先決であり、このような整備が進み充実した医療・ケアが行われるようになれば、法律や裁判で対応する必要自体がなくなるであろうというか、なくするようにすべきだという考え方があります。私も、これが本来の在り方ではないかと思います。尊厳死法制化に反対する意見に対しては、自己決定権の侵害だという批判も強いのですが、尊厳死法制化が自己決定の尊重になるのか、自己決定の強制になるのかは、難しいところであり、私は、法制化によって、事態が悪くなることはあっても良くなることはないのではないかという見方をしています。

(2) 専門職倫理と法の役割分担・連携の基本的方向

いずれにしても、生命医療倫理問題へのフォーマルな立法や裁判による対応の果たす役割は、非常に重要で根幹的ではありますが、様々な理由からそれほど使い勝手がよい方式ではなく、基本的に限定的なものにとどまらざるを得ないと考えられます。やはり、第一次的には医療専門職団体が自主的に職務行動規準を策定し、それを実効的に遵守させる制度的仕組みを整備し、プロフェッショナル倫理の維持向上をはかることが不可欠の前提なのです。先ほども触れましたように、日本の医師団体の専門職倫理の自己規律体制はきわめて不十分で

あり、この点を是正しない限り、直接的な法的規制を強化しても対処療法的な対応しかできず実効性には限界があるので、専門職団体の自己規律体制の整備にもっと力を注ぐべきではないかと思います。ただ、この点への法的対応が政治力学的にきわめて難しいことは、私も、司法制度改革に関与して専門職団体のギルド的体質と行政官庁の独特の権限保持スタイルの壁を実感しましたので、よく分かります。

具体的な改革案としては、日本医師会を改組するか、あるいは医師会とは別に、強制加入の医師専門職の公的団体を組織し、そこに現在厚生労働省がもっている医師資格管理・懲戒権限を移して、医師会や各学会の定める生命医療倫理規準と連動した実効的な規律維持・懲戒体制を整備するというように、日本の弁護士会やドイツ・フランスなどの2元的な医師職能団体に似た制度に改めることが望ましいと考えられます。これが難しいならば、せめて厚生労働省の医道分科会の懲戒処分を、医師会・学会の職務行動規準と連動させ、「医師としての品位を損なうような行為」違反として処分できるように運用を改め、さらに同時に、医道分科会を各都道府県にも設けて、中央と地方の2段階審査にして医療現場に近づける工夫などが必要だと思われます。

このような自己規律体制の制度的整備が行われないと、生命医療倫理問題に関する医療関係者の専門職倫理の維持向上を実効的にはかることはなかなか難しいと思います。しかし、このような公私の権限の再配分を伴う制度改革がすぐに実現することは期待できないので、さしあたりは、現行の体制的枠組があまり変わらないことを前提に、専門職倫理と法の連携の在り方を考えるのが現実的だと思われます。一般に、専門職倫理の規定方式は、それぞれのプロフェッションのあるべき姿や理想・目的を規定し、構成員の自律的な遵守を求める行為規範である「努力規定」と、懲戒などの強制的サンクションの根拠となる裁決規範である「義務規定」の2種類の規定を組み合わせた重層構造をとっています。実体法による法的規制が直接関与するのは主として後者の義務規定の内容です。患者の権利利益の保護のために、一定水準の医療の質を確保する義務規定が不可欠であり、また、医師免許停止や除名などの処分は医師の死活的な権利利益にも関わりますので、懲戒処分の内容・手続・組織などに関してはやはりフォーマルな法的根拠が必要なわけです。従って、義務規定は強制的なサンクションと結び付くことになります。ところが、医師会の職務倫理方針や弁護士会の職務行動規準の改定作業における議論状況をみていますと、義務規定を増やしたり強化したりすることに反発する意見が強く、議論が紛糾することが多いのです。義務規定を歓迎しない気持ちはよく分かるのですが、倫理は自律的でなければならないということを根拠とする反対論が

結構支持を集めていることなどは、専門職倫理の自律性が職業団体による自己規律システムの強制的維持という自治機能と一体のものだということを見落としており、部外者には通用しない理屈です。

専門職倫理のこのような構造的特質からみても、法が生命医療倫理問題を規律する場合、実体法によって一定の行為を直接命令したり禁止したりすることは比較的少ないのです。その理由は、「法は倫理の最小限」という原則もありますが、法律を制定すること自体がすでに話したような事情から難しいことが多いということと、生命医療倫理違反の問題でも、社会的避難を招くようなひどい事例は、ほとんど現行の刑法や民法などの規定で対応できるので、わざわざ規定しなくても済んでいるということもあります。

このような事情もあって、法的関与の仕方も、すでにたびたび話しましたように、結局、インフォーマルな自治型方式によって、個々の医師やその所属組織・団体が自主的に専門職倫理の維持向上をはかることを間接的に促進・支援する手続的・制度的条件を整備することに力点を置く方向に進んできております。法令による規律でも、義務を課す規範よりも、公私の権能を付与する規範が用いられることが多くなり、行政指針による規定内容は、法令の根拠規定がないと強制的実現につながる権利義務を規定できないこともあって、ほとんど手続的・制度的整備に関する規定です。

結論的に、生命医療倫理問題に関する専門職倫理と法の連携については、以上でみてきたような方向、つまり、フォーマルな実体法による直接的な命令・禁止は最小限に、ソフト・ロー方式による自己規律体制の整備の促進・支援、手続的規定による間接的規律を中心に、という方向が、今後は基軸になってゆくだらうと推測されます。結局、生命医療倫理問題への対応は、最終的には医療現場での医療専門家の個別的なプロフェッショナルな判断に委ねざるを得ないことが多く、法律や判決の示す規準に従っていれば、それで十分だという性質のものではないのです。むしろ、専門職倫理の問題を法の遵守の問題と考えるのは、最初に話した「倫理の法への縮減」の一形態であり、プロフェッショナルとしての自殺行為であるということを医療関係者は認識する必要があります。医療専門家としては、法に過大な期待をせず、逆に、過剰に反発もせず、「たかが法、されど法」というスタンスで法とつきあい、医療専門職団体も、行政型のトップダウン方式の規制にあまり依存せずに、できるだけ自治型のボトムアップ方式の仕組みを強化拡充するという方向で、各種の法的規律と連携して、専門職倫理の実効的な自己規律体制を確立することに、その社会的責任として取り組むことが本筋ではないかと考えています。

プロフィール

田中 成明（たなか しげあき）

京都大学名誉教授、法学博士（京都大学）

1942年兵庫県生まれ、1964年京都大学法学部卒業。京都大学法学部助手、助教授、教授、京都大学大学院法学研究科教授、同研究科長・法学部長、日本法哲学会理事長、国立大学法人京都大学理事・副学長、日本学術会議会員（20・21期）、関西学院大学法科大学院教授、国際高等研究所副所長などを歴任。

専門分野は法哲学。主著に『裁判をめぐる法と政治』（有斐閣、1979年）、『法的空間』（東京大学出版会、1993年）、『現代社会と裁判』（弘文堂、1996年）、『転換期の日本法』（岩波書店、2000年）、『法への視座転換をめざして』（有斐閣、2006年）、『現代法理学』（有斐閣、2011年）など。

社会技術レポートは、国立研究開発法人科学技術振興機構社会技術研究開発センターが不定期に発行しているものです。本レポートの複写、転載、引用にあたっては、社会技術研究開発センターにお問い合わせください。

科学技術と知の精神文化

講演録 42-1

生命医療倫理への法的対応をめぐって

京都大学 名誉教授

田中 成明

国立研究開発法人科学技術振興機構 社会技術研究開発センター
〒102-8666 東京都千代田区四番町 5-3 サイエンスプラザビル 4 階

TEL 03-5214-0130
FAX 03-5214-0140
URL <http://ristex.jst.go.jp/>

2017 年 4 月

Copyright©2016 JST 社会技術研究開発センター