

シンポジウム

生命倫理と法

1. 総論.....野村豊弘
2. アメリカ.....丸山英二
3. イギリス.....甲斐克則
4. ドイツ, スイス, オーストリア...床谷文雄
5. フランス.....本山敦
6. 韓国.....洪賢秀
7. 台湾.....張瓊方
8. 日本.....光石忠敬
9. 討論の要旨

比較法研究 2004 - 生命倫理と法

No.66

編集兼発行者 比較法学会

有斐閣 2005.5.31発行

シンポジウム「生命倫理と法」

日 本

みつ いし なが ひろ
光 石 忠 敬

キーワード：ルールメイキング，社会的合意，倫理と道徳，人間の尊厳，人権

I はじめに

1.1 生命倫理と法について比較法的に日本の特色を見出すことは容易ではない

織田信長の時代に日本で布教活動をしたポルトガル人宣教師ルイス・フロイスは、「ヨーロッパでは病人に食欲がない場合に人々は無理にでも食べさせようと努めるが、日本人はそれを残酷だと考え食欲のない病人は死ぬに任せる」と記している¹⁾。

少し前にイギリスの老人ホームを調査した日本の研究者は、イギリスでは自分で食べることのできない高齢者に無理やり食べさせるのは人間の尊厳に反すると思われる、と話したが、日本の老人ホームでは経管栄養は日常的に行われている。

そうすると、ヨーロッパと日本の医に関する文化が、現代では16世紀と丁度あべこべということになる。

これは一例だが、生命倫理と法に関し日本の特色を見出すことは容易ではない。

1) ルイス・フロイス（岡田章雄訳注）。ヨーロッパ文化と日本文化。岩波文庫。青 459-1。岩波書店；1991：135。

1.2 この報告はささやかな経験に基づく問題提起のメモに止まる

私は、弁護士になって35年目になるが、実務の傍ら、弁護士会や民間団体をベースに、旧精神衛生法（現精神保健福祉法）、臓器移植法、薬事法に基づく医薬品の臨床試験の実施に関する基準（GCP）、感染症予防医療法、クローン法等、日本の生命倫理に関するルールメイキング作業の一端に、ささやかではあるが関わる機会があった。その際、いつも、先端医科学技術の進歩と、憲法、国際人権法に基づく人権論の行方との双方を後追いしつつ、その落差について走りながら考えてきた。ハンセン病国賠訴訟熊本判決後に作られたハンセン病問題検証会議委員として、らい予防法制の廃止が遅れた理由などの検証作業にも参加した。

これから、生命倫理²⁾のルールおよびルールメイキングについて、日本ないし日本人の文化的背景・素地、特色・傾向を、私のごく限られた経験からお話しするが、ささやかな経験に基づく問題提起のメモの域を出ない。各国の法の比較が本筋と思われる学会で、日本を離れて住んだこともない私が報告することを引き受けたのは、かなり大胆なことだったと反省している。このシンポを通じて、少しでも勉強できたらありがたいと思っている。

II 日本（人）にとって生老病死とは何か、医とは何か

2.1 生老病死と先端医科学技術を考えることが生命倫理とルールを考える基本である

生まれること、老いること、病むこと、死ぬこと、生老病死を釈迦は4つの苦しみと考えた（もっとも、生まれることが苦であることを私たちはとっくに忘れていた（？）が）。

バーナードが心臓移植を敢行した1967年頃から、先端医科学技術の進歩な

2) 「道徳、倫理、モラルは社会における人と人との関係を定めるところの規範、原理、規則の総体にほかならない。しかしそれは、国家の強制力を伴うところの法律とはちがって、人々の良心や社会の世論または習慣を基礎とするものである」平凡社・哲学事典

いし操作可能性により、それまでの生老病死の概念は揺らいできた。「先端」とは実験的研究的を意味する³⁾。故に、この、揺らいできた生老病死の概念に照らし、人体、その一部や情報を研究対象とする医科学研究（以下「人についての研究」という）はどうあるべきかを問うことが生命倫理とルールについての最優先の課題であると思う⁴⁾。この、人についての研究には、人体の一部に由来する、卵子、受精卵、胚、胎児を利用する医科学研究も含まれる。

先端医科学技術は普遍的である。しかし、その在り方の問題になると、研究対象となる一人一人の意思と研究者の意欲・好奇心、人々を取り巻く地域や時代の経済的、社会的、文化的特色の検討が不可欠となる。

2.2 生・死は神の領域、病も宿業と考える素地がある

「生まれ生まれ生まれて生の初めに暗く、死に死に死に死んで死の終わりに冥し」とは空海の言葉である。生、死は神の領域で、人知の及ぶところでないと史上最高の知性が示唆しているのかもしれない。先端医科学技術の時代にあっても医科学技術の素人には不思議に説得力のある言葉である。

病も過去の宿業によって起こるという考え方がある⁵⁾。「日本で患者は何故病気になるのかを問うから答えに窮するが、米国で患者はどうやって病と闘うかを問うので肩を組んで一緒にやろうという気持ちになる」と、米国で診療経験のある日本の医師は語っていた。病が宿業によるとの見方は、ハンセン病を天刑病とみなす差別偏見の素地を形成した。

もっとも、業を縁起において把握する仏教の考え方⁶⁾によれば、病気という

3) 櫛島次郎。先端医療のルール——人体利用はどこまで許されるのか（講談社現代新書）。講談社；2001：18。

4) 光石忠敬、櫛島次郎、栗原千絵子。研究対象者保護法要綱試案——生命倫理法制上最も優先されるべき基礎法として2——。臨床評価 2003；30（2，3）：369-395。同研究対象者保護法試案——生命倫理をめぐる議論の焦点を結ぶ。法学セミナー 2003/9；58-61。
<http://homepage3.nifty.com/cont/および> <http://homepage3.nifty.com/kinmokusei04/>

5) 例えば、病身は不信から、盲瘡は誹謗から等の三世因果が説かれている。

6) 児玉暁洋。大悲・宿業・無碍、真宗の宿業観試験。In：真宗の教学における宿業の問題。真宗大谷派 教学研究所編。東本願寺；1993：3-69。

「果」(結果)は、「因」(原因)だけでなく「縁」(条件)によらねば生じないことになる。療養所中心主義でハンセン病患者の強制隔離を押し進めた医師光田健輔に対し敢然と異議申し立てをした医師小笠原登が唱え実践した撞木・鐘説はその例である⁷⁾。すなわち、ハンセン病の発病は鐘の音がなるのと同じ。鐘の音は撞木と鐘とがうまく一致しないと鳴らない。撞木は癩菌で鐘は体質。日本の学者は撞木である癩菌にばかりとらわれているが、鐘、すなわちハンセン病を発病する体質がどういうものか究める方が大事云々。

2.3 実利、産業、現世主義は先端医科学技術の成果への期待を増幅する

薬師如来に人気があり大日如来は比較的不人気というのは、日本(人)のものの方が実利優先、経験主義的、实际的⁸⁾であることを示す。

現代の日本人は、産業への結びつきを優先させるから、人体の資源化、商品化には概ね鈍感である。あの世信仰は衰退し、現世主義が優勢で、生きている間が華、死んだらお終いと信じられている。

実利、産業、現世主義は、先端医科学技術の成果への期待を増幅させている。

2.4 煩悩の肯定は不老長寿・優生思想を肯定するから先端医科学技術の受容につながる

苦の原因は愛欲で愛欲を克服して涅槃に入るというインドで生まれた仏教の考え方は、日本に入って愛欲に寛容となり(空海)、煩悩を肯定した(煩悩即菩提)⁹⁾。これは、不老長寿・優生思想へのベクトルを持つ先端医科学技術を受容する素地を形成していると思われる。

ただ、自然との調和を重んじ、自然の摂理に対する漠然とした信仰がある(自然法爾とは親鸞の晩年の境地といわれる)から、自然の摂理に著しく反することがらには抵抗を示すのも特色といえる。

7) 大谷藤郎。小笠原登先生の思い出。In: 小笠原登——ハンセン病強制隔離に抗した生涯(真宗ブックレット No. 10)。真宗大谷派宗務所出版部; 2003: 60。

8) 加藤周一。日本人とは何か(講談社学術文庫)。講談社; 1976: 11。

9) 梅原猛。人類哲学の創造(梅原猛著作集 17)等 小学館 2001。

2.5 血縁信仰が連綿と維持されるのは「世間」が開かれていない故でもあろう

assisted reproductive technology (生殖補助医療は誤訳) に関する世論調査には、第三者の受精卵を用いた胚移植、代理母に許容度が低く、代理懐胎では代理母より借り腹に許容度がやや高い¹⁰⁾など、日本人の血縁信仰が示されている。血は水よりも濃いとの西洋の諺もあり、血縁信仰は日本特有のものではないだろう。しかし、現代まで連綿と維持されてきたのは、1人1人の様々な「世間」が重なり合っただけで「世の中」が出来上がっており、個人の集合体としての社会が厳密には未だ形成されていないからと言える。

2.6 実験研究は匿名の第三者でやって欲しいというホンネがある

近時医療事故が多発して人々の不安が増幅し、医療事故防止システムが検討されているが、医に対する信頼は一般的に不信の域にまで達しているとは言えないように思われる。

しかし、日常診療とは区別される、人についての研究に対しては、札幌医大心臓移植事件以来、一般的な不信が払拭されたとはいえない。

医学研究成果には漠然と期待しつつも、研究は自分や家族でなく匿名の第三者でやって欲しいというエゴイスティックなホンネがあるが、これは、世界的にみてもおそらく普遍的な現象と思われる¹¹⁾。先端医学の分野で自ら冒険を冒す気持ちに乏しいということの意味する。ただ、国民皆保険の日本と、例

10) 1999・5 厚生科学特別研究「生殖補助医療技術についての意識調査」。

11) ジェンナーの牛痘の人体実験の第一号が我が子との美談は嘘。中川米造。サービスとしての医療——医療のパラダイムの転換——。人間選書。

11-2) 「米商務省がまとめた2003年の米国民の所得に関する実態調査によると、米政府の基準で貧困層に区分された人は…130万人増加した。…民間の医療保険に入らず、65歳以上の高齢者向け公的医療保険(メディケア)や低所得層向けの公的医療保険(メディケイド)にも加入できない「無保険者」は4,500万人で、全人口の15.6%となった」(日本経済新聞2004・8・28記事「米、貧困層130万人増加」)。アメリカには、この「無保険者」層の上に、民間の医療保険に入っているがカヴァレッジが少なく医療へのアクセスが実質的にできない層が相当数存在すると思われるが、そのデータは手元にない。

えば、州のメディカルセンターへ被験者の候補として登録しておかないと医療にアクセスすらできない人が数千万人もいるアメリカ¹¹⁻²⁾とでは環境は異なる。

III 生命倫理のルールの基礎となる日本(人)の考え方

3.1 平等志向の強さおよび医に対する信頼不十分のせいで社会的合意が重視される

生命倫理に関する政策決定に社会的合意が重視される(社会的合意は蜚語に過ぎないとの批判もあるが)。これは何故か。日本(人)の平等志向は、聖徳太子の「四姓平等」以来と説かれ¹²⁾、法然は女人も罪人も成仏できると説いた。社会的合意の重視は、この平等志向と関連があるのではないか。また、医プロフェッションに対する信頼が十分でないこととも関連するだろう。医プロフェッションに対する信頼が厚いとされる欧米では social acceptance 社会的受容という語しかないという。

社会的合意の重視は、エンゲルハートの言説¹³⁾、すなわち、倫理的多様性に向き合い、共同体がそれぞれの bioethics を追求することが許され、人々がそれぞれの共同体を選ぶ時が来ているというのと、対照的である。

3.2 南北問題や人間の道具化に鈍感で少数者の権利に冷淡である

この平等志向にもかかわらず、あるいは偏った平等志向の故であろうか、法制度の差異、経済格差に由来する臓器摩擦などの南北問題、他者を道具化する代理懐胎契約の問題には概ね鈍感である(因みに、代理懐胎の規制は、少数者である不妊カップルを排除することにはならない。なぜなら、子を持ちたいと思う気持ちは単なる望みであり権利とは言えないからである)。これは、日本の実利優先主義の故と、日本人の「世間」は狭く、世界に開かれていない故であろう。

日本は、少数者の権利に無関心で冷淡な多数者の社会である。多数者は、少

12) 注9) 前掲書

13) T. Engelhardt, Jr. 「21世紀のバイオエシックス：倫理の多様性に正面から向き合っ
て」2003・7・5講演

数者に同情こそあり得ても、少数者が自己主張し権利の旗印を掲げるや否や、少数者の排除にとりかかる。このスタンスは、ハンセン病の患者に対する戦前、戦後の「無癩県運動」に如実に示されている。

3.3 「世間」に対する責任は重いが責任の所在は曖昧である

日本（人）において責任とは、「腹切り」であり、重い。「世間」に顔向けできないからである。これは、社会に対する応答 respond としての、欧米の responsibility, 社会に対する説明 account としての accountability のもつ、ある意味での軽さとは異なるように思う。日本では、「世間を騒がせて申し訳ない」からと謝罪し、ときに担当者が自殺する。マスメディアのみが、医科学技術の暴走 going too far の歯止めになってきたのは特徴的である。

一方、生命・健康に関わる政策決定における責任の所在は曖昧である。らい予防法制の策定、薬害エイズ研究班等、行政と医プロフェッションの責任の所在は曖昧であり、ときには責任の擦り合いになる。

行政が公共政策を決定するための審議会等の人選は不透明で、行政の方針に沿う専門家が一本釣りされる。大学人など知識層において、権力からの独立不羈の精神は色褪せ、知識層における「影響力温存願望症候群」が蔓延しているようにみえる。

3.4 知識層における人権や他律への反発は根強い

日本の知識層の多くは新カント派で自律志向が強い。そのせいか、生命倫理を他者の人権によって規律しようとする人権思想に対し、研究が萎縮することを懸念する等と反発する者が少なくない。力と真正面から対立し道徳的正しさの意味を持っていた right という語を、西周が、力を意味する「権」ないし「権利」と誤訳¹⁴⁾した影響も少なくないと思われる。

3.5 生、死、人体要素の概念定立において論理的思考、二項対立思考は後回しにされる

14) 漢訳では先例があった「誤訳を不用意に受けついで、とも言える」柳父章。翻訳語成立事情（岩波新書）。岩波書店：1982：149～。参照

日本人は論理的思考、二項対立思考が苦手¹⁵⁾後回しにしてきた。

人の死の概念に関して、前提として脳死を人の死とする脳死臨調答申多数意見の論理は破綻した¹⁶⁾にもかかわらず、限定的であるにせよ脳死を死とする臓器移植法が成立した。「死体（脳死した者の身体を含む）」の文言では、「脳死した者」が死者か生者か玉虫色である。

生概念に関し、クローン法に基づく特定胚指針、ES細胞指針では「原始線条が現れるまでの期間」「受精後14日以内」の胚がpre-embryoとして胚から区別され研究利用可とされている。14日以内は1つのindividualと考えるにいくとか、17日目にはneural groove神経溝が現れるからとの説明で、何故、そこで区切るのが正しいか、その根拠は曖昧なままである。要するに、有用な利用の道があるから受精後14日以内は人の生命とみなさず利用してよろしいとのイギリス流の功利主義以外のなにものでもない。そもそも、法律でなく指針で生の定義を規定できるか。クローン法付則§2「人の生命の萌芽」はことさら曖昧である。人の萌芽か、それとも生命の萌芽か。「萌芽」とは始期か、始期でないか。人権および人間の尊厳の担い手としての地位を何故与えないのか。研究ができなくなるからに過ぎないのではないか。

クローン法は、胚も胎児も胎盤形成開始前と後に分けつつ、いずれも「…細胞群」と定義し (§2)、生命体であるのにもかかわらず物質であると規定した。日本には、一方で、水子供養の伝統もあるが、他方、「7歳までは神のうち」としてそれまでに亡くなった子どもは葬儀をしない風習もあるという。母体保護法の「身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれ」の文言があれほど恣意的に解釈され中絶がしまりなく行われてきたことと平仄が合うかもしれない。

15) 鈴木大拙。東洋的な見方 (岩波文庫)。岩波書店：1997：166～。

16) 光石忠敬。「脳死・摘出・移植」問題におけるコトバの魔術および概念操作について。

In：「脳死」と臓器移植 (梅原猛編 朝日文庫)。朝日新聞社：2000：254。

17) 光石忠敬。人間、「ヒト」、「ひとモノ」、そして物——クローン法の問題を考える——、法の支配2003；No.128：36-50。

人間に由来する人体の要素の概念に関し、人間一人一ヒト一ひとモノ一物¹⁷⁾のどのカテゴリーか、峻別の論理で整理するか、連続の論理で整理するかの問題があるが、この点、胚も胎児も物とする答えがクローン法で示されたことになる。これに対し、受精卵を人の萌芽と捉え、着床、個体性獲得、胎盤の形成、神経管の形成などの各段階に応じて人間の尊厳が完全性を獲得していくと考えることもできる。

IV 生命倫理の法化についての日本（人）のルール観

4.1 医療の内容に法は事後的にしか介入しないのが原則である

そもそも医療の内容への法の介入は、医事裁判で事後的にが原則である（例外は、母体保護法、精神保健福祉法、臓器移植法、クローン法 なお医師法 §24 の 2 公衆衛生上重大な危害を生ずるおそれがある場合の厚生労働大臣の指示）。ただ、近年、治験における治験審査委員会（GCP）による審査など事前の法の介入が行われている。

4.2 法の支配への親和性がない

「非理法権天」は楠正成の旗印である。この、権力は天には負けるものの法には勝つという日本人の伝統的考え¹⁸⁾は、法の支配と親和性がない。

法が実態と乖離していてもルールは神棚への飾り物程度にしか認識されない。日本らい学会会長は「荒唐無稽な法律であることは分っていた¹⁹⁾」にもかかわらず、らい予防法の廃止は 1996 年まで遅れた。

4.3 医プロフェッショナルの特権意識・エゴイズム、たこつぼ型文化の通弊がある

医プロフェッショナルの特権意識や職業病は完全にはなくならないだろう。自分の家族を臨床研究の被験者にはしたくないが匿名の第三者ならやれるとい

18) 南博。日本人の心理（岩波新書）。岩波書店；1953：1。

19) 証人調書④「らい予防法国賠訴訟」成田稔証言——患者にかかわって闘うべきであった——。皓星社ブックレット 14。2002。

う、プロフェッショナル・エゴイズムは根強い。もっとも、ジェンナーによる牛痘の人体実験の第1号が我が子にとの美談は虚偽らしい²⁰⁾から、状況は他の世界もそう変わらないのかもしれない。

アリストテレス以来、倫理判断は学問の仕事に非ずとして、医学会は倫理判断を例外的にしか行わず、同僚審査 peer review の慣行は根付いていない。

4.4 医プロフェッションの自己統治は弱い

日本医師会は任意加入団体であるなど、専門職業団体の自己統治は弱い。産婦人科学会の会告違反の制裁は診療資格を奪うことはないから実効性がないのは周知の通りである。プロフェッションの自己統治が適切に行われれば、法化の範囲・程度は自ずと小さくて済むはずである。

4.5 法化阻止の盾として倫理指針が重宝される

日本で法といえば刑事法、裁判といえば刑事裁判がイメージされるが、裁判は「裁判沙汰」と言われるとおりに「きちがい沙汰」と同列に置かれ、蛇蝎のごとく嫌われてきた。そこで刑罰や損害賠償など法的制裁のない倫理指針が、法化を阻止する盾として好まれる。2000年の遺伝子解析研究指針（いわゆるミレニアム指針）を皮切りに行政指針ラッシュが続いている。患者の権利法、研究対象者保護法が実現しにくい雰囲気は確かにこの日本には存在するようである。

4.6 倫理指針を低レベルの社会現実に合わせてようとする傾向がある

中絶された胎児由来の組織・細胞を用いる再生医療を目指して医学研究が行われている。中絶の問題自体は暫く置くとし、生命を絶たれた胎児の組織・細胞をどう利用するかということで生命を犠牲にすることではないからと、その正当化が主張されている。そこでは、体外受精で出来た胚を壊してES細胞を作るがその時点で生命体を壊すのは問題があるので「余剰」胚ならいいと言うのと似て、「死亡」胎児の研究利用と言い換えられている。しかし、研究利用に対する説明が妊婦に行われる過程で胎児は生きている。また、中絶され娩出

20) 注10) 前掲書

された胎児も生きている場合がある²¹⁾。胎児の死の定義・判定基準が何かは議論されていない。医学界では多数説と思われる「脳死」説に倣って「脳生」の概念²²⁾をここに当てはめると、脳の主たる機能、すなわち神経・統合機能が働いていれば個体は生きていることになる。例えばパーキンソン病患者への胎児脳細胞移植の場合、中絶後、神経・統合系の組織・細胞が働いているからこそ中脳黒質を摘出して研究に利用するのであろうが、神経・統合系の組織・細胞が働いている事実をどう評価するのだろうか。「脳生」説に立てば、その胎児は生命体として生きている可能性があるのではないか。なるほど、日本における選択的中絶の実態から推察すると、胎児を人間の尊厳の観点から尊重しているとは到底言えない、だらしのない闇の現実がある。しかし、どうせ処分される「余剰」胚や中絶された胎児を何故有効利用しないのかと問い、このだらしのない闇の現実を引き合いに出して中絶された胎児由来の組織・細胞の研究利用を正当化しようとするのは、社会規範を社会のだらしのない闇の現実に見合うように引き下げて構築することになる。それは、規範の低レベル化、ひいては社会・文化の劣化を加速することになる。

4.7 法に対する伝統的な見方は、官が民を支配する道具というものである

法は官が民を支配する道具という見方、多数者の幸福のための道具という見方が一般的である。感染症予防医療法立案において患者・感染者と国民を峻別する考え方、社会防衛論はこの例である。

法とは、民が官に対し自らの望む権利と人間の尊厳を確立・保護するための道具という見方は、未だ有力とは言えない。

21) 妊娠8週には中枢神経、心臓などの重要器官は分化し、どうみても人間の胎児であることが明らかになる。11週までの中絶なら掻爬と呼ばれる引き出しの途中で胎児は破壊され、12週以降なら薬物による中絶で、娩出後も胎児は生きていることがある（佐藤孝道。産婦人科にとっての母体保護法。In:母体保護法とわたしたち。明石書店2002;107~）。12週未満でも、ごく稀ではあるが生きたまま引き出されることもあるという。作為的に生きたまま取り出すことは可能であろう。

22) ダウニー。脳死と脳生：その関連性再考。In:応用倫理学研究II千葉大学教養部倫理学教室。1993;230。

4.8 理想的人間観にたつ法「改正」案は法と倫理を混同するものである
生命倫理の分野では、倫理と法の境界が曖昧である。しかし、法は倫理の最低限と考えられ、倫理規範の水準は高く、法規範のそれは低いから、生命倫理のルールが想定する人間像と法が想定する人間像は異なるはずである。

例えば、およそ人間は死後の臓器提供へと自己決定している連帯的存在という理想的人間観に立ち、それを望まないとの意思の表明がない以上臓器の摘出は本人の自己決定に沿うという臓器移植法「改正」案が提案されている²³⁾が、これは、法が想定する人間像を誤っている。

法が想定する人間像は、理想的な人間でもなく、かといって唾棄すべき人物でもない、平均的人間像でなければならない。すなわち、患者としては、人類愛・連帯感に溢れているのでもなく、自利以外には何も関心がない者でもない。医療者としては、五欲に恬淡とし神を畏れる者でもなく、金や地位や名誉の奴隷でもない。行政官としては、常に公正・無私な全体の奉仕者というのでもなく、権力欲や自己保身の権化でもない。要するに、筆者自身がそうであるが、これらの間にある、いざというとき必ずしも我欲に負けないとはいえない、平均的な人間を想定して法の問題は考える必要がある。そうでないと、指針があれば十分で法律は不要であるか、法律の条文がいくつあっても足りないことになる。

V 日本におけるルールメイキングの現実

5.1 立法は実質的には行政が法律の干渉を最小限にし一部専門家と相互依存作業で行う

立法²³⁻²⁾は、一部で議員立法が増えてはいるものの、圧倒的多数は行政の縦割り部局が実質的に行い、立法府での討論は儀式に過ぎないことが少なくな

23) 2000年3月厚生省の「臓器移植の法的事項に関する研究」(町野朔班長)報告

23-2) 「…基本法」が「平成に入って急増している。多くが政策の大綱や方向性を定めており、将来の個別法を前提にしたプログラム法の性格を持つ」(橋幸信・2005・3・3、日本経済新聞)。ここでいう「立法」とは「…基本法」でなく個別法のことである。

い。反対意見は、例えば、法的拘束力のない付帯決議に落とす（クローン法）、ないしは法律の前文に入れて本文は触らない（感染症予防医療法）などで妥協が図られ、法的拘束力のある法律の本文は聖域とされて終わることが少なくな

い。

法案作成の実務を担当する行政の本音は「小さく生んで大きく育てる」ことだという。つまり、法律・立法府の干渉を最小限に止めるべく、法案を作るなら法律事項はできるだけ少なくし、議会ぬきで作れる行政指針や省令等で多くを定め行政の権限を温存させる。

その場合は、行政部局と、それが選んだ一部の専門家との相互依存作業でルール作りは完結することになる。

ルールメイキングの基礎になる審議会等の論点整理、意見書、報告書の起案権は、審議会メンバーが持たず、事務局（行政）が握っている。ハンセン病問題検証会議の事務局は厚生労働省にではなく、日弁連法務研究財団に置いていたのは例外である。

5.2 立法への当事者・市民・社会の実質的参加をできるだけ回避しようとする

ルール形成には医療の主体たる患者および医プロフェッションの総意が反映されるよう当事者ないしこれに準じる団体の代表がメンバーとして参加するのが基本たるべきである。

しかし、例えば、1990年4月以来の日米欧3極の医薬品規制調和国際会議ICHでは、1996年に検討開始され2000年に合意し厚労省通知となった臨床試験の対照群選択の基準ICH-E10がプラシーボ対照群設置の許容性を定める世界医師会のヘルシンキ宣言§29と矛盾するにもかかわらず、双方の代表が参加しておらず、その意思は無視されている。

市民・社会は医療の需要者だから、論点整理、草案作成段階からルール形成に参加するのが基本たるべきである。しかし、公聴会は明らかに儀式に過ぎないし、パブリック・コメントも期間があまりにも短かく、ほとんどフィード・バックされないから半儀式のようなもので、市民・社会は原案が固まるまで蚊

帳の外に置かれる。

5.3 立案の科学的根拠につき十分な検討の足りない例が少なくない

科学研究では、対照群を置くことが基本である。「何が研究対象であれ、その対象だけを研究していたのではその対象固有の本質的特徴を発見することは出来ない。対象と対象以外のものを比較対照したときに初めて何が対象に固有の特性か分る²⁴⁾」。

しかし、「脳死」移植における竹内基準（6歳未満の小児の場合の基準を含む）の作成においては対照群は置かれなかった。本来、脳死判定基準作りにおいて、十分な症例数をもとに、脳死に近い脳死でない症例、脳死を疑われたが脳死にならなかった症例など対照群データを適正に採り、非脳死群のうちで機能停止期間の最大値を見つける²⁵⁾のでなければ基準に科学性がないのである。

らい予防法の立案においては行政が依拠する医科学上の根拠が示されたことは最初から最後まで一度もない。学会も国立療養所の医師が少数意見を締め出した（療養所中心主義）。医学会の中には、学会ごと製薬メーカーによってハイジャックされた例等もささやかれている。

5.4 研究・産業優先の場でルール設定が行われる

公序に反する特許を排除できる TRIPs 協定 § 27, 特許法 § 32 は、専ら知的財産権の保護・強化の観点からのみ検討され²⁶⁾、生命倫理に反する特許が許容されるかどうかについて一部でしか議論されていない²⁶⁻²⁾。

総合科学技術会議の生命倫理専門調査会が、条件付ながら研究目的で人の胚

24) 立花隆。脳死再論。中央公論社；1988：211-212。

25) 注 24) 前掲書

26) 医薬特許と国際保健と生命倫理をめぐる公共政策（隅歳康一, Ellen't Hoen, David-Banta, 光石忠敬の座談会。臨床評価 2003；30 (2, 3)：257-272。

26-2) 知的財産戦略本部の医療関連行為の特許保護の在り方に関する専門委員会は、2004年11月、「医療関連行為の特許保護の在り方について（とりまとめ）」を公表した。しかし、「知的財産の創造、保護及び活用」推進の見地からしか検討しておらず、その内容は「医療関連行為」という誤った概念を前提にしている。人間の尊厳および人権ならびに生命倫理の観点を含む総合的観点からの検討が必要である。

を作成できるとの報告書「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」をまとめた²⁷⁾。しかし、総合技術会議では再生医療の研究推進を行っているから、そういう機関が人間の始期、生命の始期についてのルール設定を検討したのは、日本にとって極めて象徴的である。その上、人選の不透明な専門調査会でメンバーの3分の1が出席していない会議で多数決により「社会規範の在り方を示す」として重要事項の方向性を決めたのは、公正で民主的な決定方法とは言えない。

5.5 個別領域法のパッチワークのみで基本領域の法化が行われていない

生命倫理における法化は、個別領域法を作るパッチワークの連続である。例えばクローン法は、関連する生物医学研究や医療の各分野に法制度の整備のない、いわば裾野に何もない頂きに、突然、姿を現した法律である。

人体、その一部や情報を研究対象とする医科学研究を規律する研究対象者保護法試案を筆者が櫛島次郎、栗原千絵子と共に公表した²⁸⁾のは、生命倫理の基本領域の法として最も優先すべき課題と信じるからである。

VI 日本における人間の尊厳および人権

6.1 人間の尊厳は人権の淵源と理解されていない

人間の尊厳につき個人の尊重と区別しないのが通説判例である。そこでは自律的・人格的な人間の尊厳像が前提である。しかし、特に、クローン法制定後は個人の尊重では包摂しきれない、およそ人間である以上当然に尊厳があるという人間の尊厳像が含まれるに至っている。すなわち、①個人は1回かぎりの存在、②人類とそれ以外の動物とは截然と区別されていなければならない、の2つがクローン法の建前だからである。故に、両者を区別しないのは憲法98条の趣旨に反する知的怠慢と言うべきである。

にもかかわらず、クローン法の附帯決議には「ヒト受精胚」「の取扱いにつ

27) 総合科学技術会議2004・7・23報告書

28) 注4) 前掲試案

いては人の尊厳を冒すことのないよう特に誠実かつ慎重に行わねばならない」と記され、礼意の保持と人間の尊厳の保持とを混同する用語が用いられている。人間の尊厳は、胚の取扱いのレベルではなく、胚自身の法体系上の位置付けのレベルに関わっているからである。

立法は、憲法および国際人権法、人権およびそれが由来する人間の尊厳に基づくことが基本である。しかし、例えば、クローン法は、クローン技術の「原料」となる「余剰胚」や未受精卵の「供給」源となる医療現場という川上の人権状況に配慮することなく、川下についてのみ立法されている。また、前記「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」によれば、「人の健康と福祉に関する幸福追求の要請」という、人権とまではいえない価値を人間の尊厳と同レベルにおいて比較考量している。

6.2 自己決定に背負いきれない荷を負わせている

本来、インフォームド・コンセントは自らの身体に対し加えられる侵襲についてのもので、自らが責任を負えない事項についてのものではない。人間の尊厳に関わること、個人が次世代の人間に対し責任を負えるものではないことからすると、「ヒト受精胚」等の利用を提供者の同意のみにかからせ、生殖技術を法律で規定せずクローン法で正当化することはできないはずである。

中絶胎児の研究利用について「新鮮な細胞を得るには、中絶を決めた女性の胎児が『生きています』時点から同意を得るための説明が始まる。こうした負担をかけること自体、倫理に反する」との問題提起²⁹⁾がある。中絶という母体内にいる胎児に対する行為が女性に与える精神的・身体的ダメージは計り知れないという。中絶の意思決定に対する妊婦の贖罪意識が母体外での研究利用への同意にドライブをかける可能性が指摘されている。双方の意思決定を相互に影響しあわないものとするとの条件（研究対象者保護法要綱試案³⁰⁾5-8-1(2))は中絶の場合は特に当てはめにくい。いくら双方の意思決定において、説明者、説

29) 福島雅典 2004年7月16日朝日新聞「私の視点」

30) 注4) 前掲試案参照

明の時間、撤回の自由の保障等インフォームド・コンセントで手続き的に区別したとしても、中絶の実態が闇という現実からすると、研究利用目的の中絶が行われたいという保障はない。

また、同意・自己決定権へのただ乗りは、ルールの随所に見られるが、医療現場の力関係を無視していると言わなければならない³¹⁾。

6.3 学問・研究の自由を聖域化している

行政指針ラッシュを正当化するために、医科学研究に対する立法・国家権力の介入は学問・研究の自由の制約になるとの言説がある。しかし、身体に対するリスクおよび情報リスクにさらされる研究行為であるから、学問・研究の自由には内在的制約がなければならないのは当然と考える。

学問の自由を人間の尊厳と位置付け学問の自由を絶対化、神格化する論は、かつての滝川事件や機関説事件など、対国家権力時代の学問の自由論を流用しているというべきである。

ドイツでは、国家には胎児の人権（生命権）を保護すべき義務があるとするのが判例である。日本では、国家によって人権を保護してもらおうというのは人権の本質に反するというので、この保護義務論は評判がよくないようである。しかし、国家は人権を保護し救済する積極的な義務を負い、人権の実質的保障のために法的規制や行政措置をとらなければならないから、自らの尊厳や生命の権利を主張できない受精卵や胎児のために人間の尊厳や生命の権利を保護すべき国家の義務があると考えべき³²⁾ではなからうか。

VII むすび——倫理と道徳の乖離・対立を如何に克服するか

生命倫理も、「社会の世論または習慣を基礎とする³³⁾」から、審査システム

31) 自己決定権の負の側面については、小松美彦。自己決定権は幻想である。祥泉社；2004 参照。

32) 戸波江二。2004・9・4 日韓法学会講演「胎児の人権、死者の人権」共同シンポジウム資料集 103～110 頁。

33) 注 2) 参照

および同意手続きを周到かつ形式的に取り込むことにより、洗練された形で、人体、その一部、その情報を対象とする医科学研究の現実を単に追認するだけの小道具にもなり得る。社会の欲望や優生思想のみに偏らない「社会の良心³⁴⁾」を、生命倫理の議論に反映させる方法があるだろうか。

ハーバーマスは、倫理と道德と法を次のように区別する。倫理とは、私にとって、あるいは我々にとって善なるものは何かという1人称のパースペクティヴから考慮され、個人あるいは集団のアイデンティティ（価値観・文化・生活様式等）を形成する。道德は、万人にとって等しく善なるものは何かというパースペクティヴから考慮されるもの（倫理としての善と対置される場合の正義）であり、普遍的妥当性を要求する。法は、普遍的妥当要求と共同生活の規制という役割を道德と共有するが、道德では義務が権利に先行するのに対し、法では権利が義務に先行する、と³⁵⁾。

受精卵、胚、胎児、人という生命体の連続的な流れ、脳死状態から死に至る人間の連続的なプロセスについての日本における生命倫理の議論を見てみると、再生医学等の先端医学を初めとする、人についての医科学研究分野における医師・研究者の研究への意欲と研究の目標となる患者集団の要望に忠実なあまり、（ハーバーマスの用語での）倫理と道德の乖離・対立は著しいと感じる。キリスト教の伝統の乏しい日本にとって難問ではあるものの、人間の尊厳および人権についての議論を深化させ憲法および国際人権法を日常化させていく以外に、この乖離・対立を克服し、道德を倫理の上に置く道はないのではないかと思われる。

34) 注2) 参照

35) エルゲン・ハーバーマス。他者の受容。高野昌行訳。法政大学出版局 2004 年