

進展する医療技術とその法的論点

最近の動きから

石 原 明

はじめに

私は、立命館大学では非常勤講師として、30年以上にわたって“法と生命倫理”のテーマを掲げて主としてゼミナールを担当してきた。このテーマは最先端医療がもたらす法的諸問題を扱うので、時代の進展とともに目まぐるしく新しい問題が提起されてくる。ゼミではその都度、新しいものを補って話をするのでできるのだが、今から5年前に立命大を退いたので、この機会にその後生じた新しい動きを題材として本稿で述べてみたいと思う。ゼミでは教科書として自著『法と生命倫理20講』を用いたが、本稿では20講のうち最先端医療に関する7つの項目に限定して論じたことを、はじめにお断りしておきたい。また各項目ともに、(1) 最近の動き、(2) 基本的視点、(3) 法的論点、として記述する。

1. 生殖医療のめまぐるしい発達

(1) 最近の動き

生殖医療については、2003年秋から04年にかけて、二つの話題が大きく報道された。一つは、日本人の中年夫婦やタレント夫婦がアメリカで代理出産によって得た子供たちが、日本の国籍及び戸籍を得られないままにいることと、今一つは、近く病死が予測される夫の冷凍保存精子を用いて、

夫の死後に妻が人工授精により出産し、その子との父子関係を求めた認知請求をめぐる裁判事例である。

(2) 基本的視点 生まれてくる子の福祉を第一に

生殖医療技術の進歩によって、これまで子室に恵まれなかった人々の「子持ち願望」が叶えられることになったが、生命誕生に人為的な操作が加えられる生殖医療の実施に当たっては、それよりもなお優位に置かれるべきは、生まれてくる「子の福祉と人権」であることを、この際明確にしておきたい。後述するように、その技術実施のしわ寄せが誕生した子供に及ぶことがあってはならないのである。

(3) 法的論点

いわゆる「代理出産」には、夫婦の精子と卵子を体外受精して作った受精卵を、第三者の女性のおなかに移しそこで育て産んでもらう「借り腹(ホストマザー)」によるものと、夫の精子を第三者の女性に人工授精してその女性が出産する「代理母(サロゲイトマザー)」によるものの二つの形態があり、そのいずれも不妊の症状をもつ依頼者夫婦が、産んだ女性からその子を引き取って養育するというものである。わが国ではこれに関する法律はまだなく今それを検討中であるが、厚生労働省の生殖補助医療部会や法務省法制審議会の親子法部会は、こうした妻以外の女性に出産を依頼する代理出産は禁止する、との方向を打ち出している。またわが国の民法特例試案では、代理出産をした場合、産んだ女性が法律上の母親であるとの見地に立っている。そのため前述したホストマザーのケースでは、子供の出生届が日本で不受理となり、その夫婦の不服申立を審判した下級審はそれを却下したが、最高裁も05年11月24日にその夫婦の申し立てを認めない判断を下した。このケースで、日本国籍については国籍法2条1項1号により、父が日本国民であることを証明して取得できると思われる。日本の戸籍への登録の問題については、法務省が「代理母を母とす

る出生届を出せば、精子を提供した夫を子の父と認めて、例外的に戸籍への記載を認める」との案を提示しているようであるが、妥当な案だと思われる。あとは依頼した妻と産みの親との間で養子縁組をすることによって、その子に嫡出の身分を与えることができるであろう。その場合、民法817条の2による家庭裁判所の関与により、特別養子縁組による実子としての戸籍表示を得る可能性もあると思われる。

次に、冷凍保存の精子による死後出産のケースであるが、出産した妻は市役所に夫婦の嫡出子として出生届を提出したが、民法772条では夫が死亡して夫婦関係が消滅したときから300日以上経過してからの出生は夫の嫡出子と認めていないので、その届け出は受理されなかった。そこで妻は家庭裁判所に不服を申し立て、最終的には最高裁まで持ち込んだのだが、不受理の判断は変わらなかったため、妻は父親を空欄にしたまま出生届を提出せざるを得なかった。その後、妻は改めて子供を夫の子として認知することを求めて松山地裁に訴えを起こしたが、それは棄却された。民法は787条で、夫の死亡から3年以内であれば、死後認知の訴えを起こせるとしているが、裁判所は、提供者の死後にまで精子の使用を認めると使用期限や条件などの困難な問題を生じ、また父子関係を認めても父親から扶養を受けられないなどの理由で、それを認めなかった。そのような問題があるので、日本産科婦人科学会も「その凍結保存は、提供者の生殖年齢を超えず、また婚姻継続期間内に限る」としている。しかし、こうしたガイドラインに反する出産が行われた場合にも、私は生まれた子の福祉の立場からそれを保護し父子関係を認めるべきと考えていたところ、控訴審の高松高裁は04年7月16日にその認知を認め、第一審判決を取り消す逆転判決を言い渡した。これは極めて妥当な判決であると思われるが、国側が現在、上告中である。そうしているうちに05年9月29日に同様のケースについて、父子関係を認めないという東京地裁判決が出された。

いずれにしても、法や生命倫理上いろいろと問題のある生殖補助医療を、当事者の死後にまで用いることには歯止めをかける必要はあるであろう。

従ってそれに違反して施術する医療側は批判されるべきであろうが、しかしそれにも拘らずそれが行われてしまった場合には、それとは別の問題として、精子を提供した夫に、死後にも自分の子供を残したいという意味が認められるならば、生まれた子の保護を基本的視点に置いた柔軟で最善の方策が模索されるべきだと考える。

現在は、発展する生殖医療技術を前に日本産科婦人科学会が「会告」という形で自主規制を試みているが、私はむしろその法的規制が必要であると考えている。また厚生労働省もその法的規制のために生殖補助医療部会を設けて検討を重ね、法案の作成に努力している。その中味には、代理出産の禁止や生まれた子に遺伝上の親を知る権利を認めるなども含まれている。しかし意見が分れたりなお検討すべき問題があるとして、2005年の通常国会に法案が提出されるまでには至らなかった。

私は代理出産については、出産するホストマザーは数ヶ月間胎内で子を育み、妊娠や出産の身体的負担を引受けるほか、何よりも潜在的にせよ既に個体としての尊厳性を有する受精卵を着床させ、胎児という生命体と数ヶ月にわたって共存するという实在論的事実が、客観的に見て卵子提供の女性に比べて母としての地位において優越性を持つと考える。またサロゲイトマザーの場合には、卵子もお腹も自分のものによる実の子を依頼者に引き渡すことを初めから予定するのは、法と生命倫理上問題があると思うのでこれを禁止することに賛成である。なお、第三者の精子や卵子の提供により生まれた AID 児が、意思能力を持つに至って遺伝上の親を知りたいと思うならば、その「知る権利」を認めるべきだと思う。そのために配偶子提供がためられて AID 出産に制約が加わることがあっても、「親の子持ち願望」よりも「子の福祉と人権」が優先することを、この際思い出すべきであろう。

2．進展する遺伝子解析とその応用

(1) 最近の動き

2003年4月には、ヒト・ゲノム計画の進展により、人間のゲノムは約31億塩基配列のうちの約2万2000個の遺伝子から成るという解読が完了した。こうして人類は、遺伝暗号という最も基本的な単位で生命を記述しまた生命の働きを制御する青写真を、手に入れたのである。遺伝情報の解読が進むと、遺伝子配列の僅かな違いから起る遺伝性の難病を診断・治療する可能性が将来に向けて開かれる。またそれは犯罪捜査にも活用されて、警察庁は2005年度より、捜査の過程で必要とされる場合に裁判所の令状を得て採取した容疑者のDNA情報を、データベース化することになった。

遺伝子組換えの応用については、その一つとしてヒトクローン胚のES細胞作成があるが、それを巡り賛否両論が激しく交わされる中で、2004年7月に国の総合科学技術会議・生命倫理専門調査会は、最終報告を出した。

(2) 基本的視点 個人情報保護、安全性と生命倫理

個人の遺伝子解析により、その人の生命情報・遺伝情報が明らかになる。更に遺伝情報は家族や血統や民族などへの広がりを持つので、そのデータをきっちりと管理し個人のプライバシーを保護しなければならない。また遺伝子の組換えや応用には、常にその安全性と生命の尊厳性への視点が失われてはならない。かつて1982年の欧州会議の「遺伝子組み換えに関する勧告」において、安全性への十分な配慮と、人の生存権と尊厳性が侵されないことを欧州人権規約の中で明言されるべきである、としたことを忘れてはならないであろう。

(3) 法的論点

容疑者の DNA データベース化については、2005年8月に国家公安委員会はその管理や運用の方法を盛り込んだ DNA 型記録取扱規則を定めて、同年の9月1日に施行することになった。そこでは、遺伝情報を含む部分は登録せず、また容疑者が死亡したり保管の必要がなくなったならば抹消するなどを明記している。なお刑事訴訟法218条2項により指紋・足型は令状なしで採取することができるが、警察庁は将来はどんな容疑者からも令状なしで DNA を採取して指紋のように幅広くデータベースを構築したいという意向を示している。それには刑事訴訟法の改正も視野に入れて検討する必要があるであろう。なお、03年3月には、全国の警察本部に最新鋭の DNA 鑑定機が配備されるに至った。警察庁によると、15年前までは同じ DNA を持つ人がいる確立(出現率)は25分の1程度であったが、最新装置を使った05年7月の鑑定では、その精度が数10億分の1にまでアップした、とのことである。こうして DNA のデータベース化は犯罪捜査には有効であろうが、他方、遺伝子という重要な個人情報・プライバシーを侵すことのないように、その調和を志向した法整備が図られなければならない。

わが国では、2001年6月に「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」が施行されてそれを禁止しており、その違反に対しては10年以下の懲役若しくは(及び)1000万円以下の罰金を科することになった。ただしこの法律によって禁止されるのは、個体としてのクローン人間の誕生に関する研究であって、初期受精卵からどのような臓器や組織にも成り得る ES 細胞を取り出し、その再生能力を高めて損傷を受けた臓器等の治療を目指す「再生医療」の研究は容認されている。これが臓器等を患う患者の体細胞を用いて、当の患者と同じ遺伝子を持つヒトクローン胚の ES 細胞を作り、その患者に拒絶反応のない臓器にまでそれを発育させるという研究については、前述の生命倫理専門調査会で審議が行われた。調査会ではなかなか意見が一致しなかったのだが、2004年7月にその最終報告が

出され、そこでは基礎研究に限ってそれを認めることとした。ただしその場合、使用される卵子の入手方法やクローン胚の管理等に厳しい条件をつけて、その体制が整うまでは当面その研究を凍結するとの見解が表明された。この経緯は基本的には妥当と思われるが、これらの条件や体制が整えられて研究の実施に踏み切ることの当否を判断する第三者委員会の設置、基本的な条件の法定等が必要で、引続き法と生命倫理の観点からの調査検討が継続されるべきである。

3. 着床前診断

(1) 最近の動き

2004年の初めに、神戸のある産婦人科医師が、日本産科婦人科学会の会告に反して、男女産み分け等のために着床前診断（受精卵診断）を行って学会を除名されたのだが、その後も同年の秋から習慣流産回避の目的でこの診断を20数組の夫婦に実施し、10数組が妊娠・出産していることが、マスコミで報道された。

海外では、2004年5月に、アメリカ・シカゴの「生殖遺伝学研究所」が、重い血液の病気を持つ小児患者（先に生まれた兄や姉）の治療のために、移植可能な白血球型（HLA）の遺伝子を持つ受精卵を着床前診断で選別し、骨髄提供者として出産させたことが報じられた。また05年5月にはブリュッセル自由大学でも、同様のことが行なわれたようである。

(2) 基本的視点 生命の選別と障害児の“生まれる権利”

着床前診断というのは、体外受精による受精卵を母体に着床させる前に、8分割した受精卵からその一つの細胞をもぎ取って異常があるかどうかを診断し、もし異常があればその受精卵を破棄するというものであるが、これは他方で「生命の選別」や「障害児の生まれる権利」という重要な法と生命倫理の問題と抵触する。従ってこのような医療技術の開発を契機とし

て、なお一層障害者福祉政策を推進し、障害児と知っても安心して産める社会を目指すべきであろう。また骨髄提供のために選別されて生まれた子を“デザイナードビー”というのだが、しかし人の存在は他人のための手段であってはならず、それ自体目的であり尊厳であるとの基本的視点を踏まえなければならない。

(3) 法的論点

着床前診断については、前述したような問題があるので、それを踏まえて日本産科婦人科学会は会告として、「着床前診断に関する見解」を表明しており、そこでは「着床前診断は、重篤な遺伝性疾患（成人前に生命が危ぶまれたり、日常生活を強く損なう場合）に限り適用される。適応となる疾患は学会で、申請された疾患ごとに審査する。なお重篤な遺伝性疾患を診断する以外の目的にこの診断を用いてはならない」としている。従って前述の医師の行為は学会の会告に違反するのであるが、同医師は、このような厳しい基準は患者の医療行為を選択し子を産む権利を侵害するとして、学会基準の無効を裁判所に訴えているので、近く裁判所の判断が下されることになるであろう。

思うに男女産み分けとなると、性別は本来、自然の摂理によって決まるのだが、これが人為的に作られたとなれば、遺伝子の操作と似て存在する前から性の選別が行われることになり、親の願望は叶えられても生まれてくる子の福祉と尊厳に反することにならないであろうか。更には、確かに親の「子供を持つ権利」は憲法13条にいう「幸福追求権」の一つとして承認するとしても、それは「男児を持つ権利」「女児を持つ権利」というものではないはずである。だが他方、習慣性流産回避については、流産は受精卵の自然淘汰の結果なのだから、着床・発育が見込まれる卵とそうではないものを見分けても、それは必ずしも生命の選別とはいえないので、許容されるものと思われる。こうしたことから日本産科婦人科学会は05年6月の理事会で、習慣流産を含めてその基準を見直すための作業部会の設

置を決め、年内を目途に結論を出す体制をとっている。私見としては、“何は認められず何は認める”ということをして学会の基準だけではなくて、法律あるいはせめて厚生省令で個別的に検討して定めることが必要ではないかと思われる。

次に、前述のデザイナーベビーの問題については、選別されて HLA が合わないとして捨てられる受精卵はどうなるのであろうか。それは生まれる可能性を他人の治療との関係で奪われ犠牲にされることになる。医療技術や治療法の進展も、そこまでは行くべきではないという厳然とした一線があるものと考えられる。

前述した“障害児の生まれる権利”との関係における法的論点としては、何よりも障害者福祉政策の推進である。そのために1994年には、従来の心身障害者対策基本法を改正して「障害者基本法」が成立し、そこで障害者の雇用の促進、公共的施設の利用、情報の活用、社会参加などに、より強い方向性を打ち出したことは、周知の通りである。最近の動きとしては、2005年6月29日に障害者雇用促進法が改正され、常用労働者56人以上の民間企業は、その1.8%を身体・知的障害者とするこれまでの法定雇用率の算定対象に、新たに精神障害者が加えられた。また「障害者虐待防止法案」が06年の通常国会に提出されて近く成立する見込みとなっている。それには虐待の禁止、虐待を発見した場合の通報義務、行政の立ち入り調査権、被虐待障害者の保護、通報者の秘密保持、などが盛り込まれる見通しである。（なお「高齢者虐待防止・養護者支援法」のほうは、05年11月のはじめに成立していることを付記しておく。）

他方、障害者を施設や家庭で保護する従来の政策を改めて、就業支援も含めて自立した生活を送れるようにすることを目的とする「障害者自立支援法」が、05年10月末日に国会で可決成立した。しかし支援サービスの原則1割の利用者負担を予定しているので、障害が重いほど必要とするサービスも多く、したがって負担も大きくなることへの障害者団体の反対の声もある。それで今後においては、障害者の負担増をどう軽減するかが課題

となるであろう。また国際的には、2001年12月に国連総会で「障害者の権利条約」を作ることが、28か国の共同提案として提出され、03年6月にはそのための作業部会が委員会内部に設置された。しかし国によって意見がさまざまで、合意を得るには時間がかかり、まだ成立を見ていない。また日本には、障害者の権利を守る“障害者差別禁止法”はないが、その早期制定が望まれる。

4. 性同一性障害と性の転換

(1) 最近の動き

国際オリンピック委員会（IOC）理事会は、2004年5月17日に、性別適合手術を受けた後、法的に新しい性が認められ、かつ、2年間のホルモン治療を受けたならば、転換した性別の種目への参加資格が得られることを認めた。またわが国では、03年に男性から女性への性同一性障害者が、東京都議選で女性として立候補し当選したことなどは、記憶に新しいところである。

東京地裁は2002年6月20日に、男性として雇用された原告が、女装での就労を禁止する服務命令に違反したことを理由の一つとして懲戒解雇されたことに対して、「性同一性障害である原告が女性の服装・化粧をすることや女性として扱って欲しいなどの申し出をすることは理由があり、また女装をしていても就労に著しい支障をきたす証明はない」として、懲戒解雇は権利の濫用で無効であるとする決定を下している。

多くの性同一性障害者が、そのスムーズな社会生活の実現のために性別の変更を求めて行った申し立てに対して、殆どの裁判所はそれを却下してきたので、司法でだめなら立法でということで、有志国会議員の発案により「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」がスピード成立し、それが2004年7月16日に施行された。これに

よって一定の要件のもとに戸籍性別の変更が可能となった。

(2) 基本的視点 性同一性障害者への社会の理解を

近時においては、性の転換とか性同一性障害についての社会の理解も進展してきているが、しかしマイノリティに属するこれらの人々に対する差別や偏見はまだ十分には払拭されているとはいえない。これらの人々は心と体の不一致に悩むのであるが、その原因は胎児のときのホルモン照射の異常にあるといわれている。従ってこれらの人々は自分の趣味や趣向で性の転換を望んでいるのではなく、自分ではどうすることもできないところでの苦しみを抱えているのである。

(3) 法的論点

ここでは、前述した性別変更特例法について考察しておきたいと思う。特例法は、次の要件を満たした場合には当人の家庭裁判所への申し立て及びその審判により、戸籍上の性別の変更を認めた。その要件は、i) 2人以上の専門医の一致した性同一性障害者であることの診断、ii) 20歳以上、iii) 現在婚姻していない、iv) 現在子供がいない、v) 性別適合手術を受けて生殖能力を失っている、ということである。

そこで、これらの要件について検討してみたいが、まず「現在婚姻していない」については、もし法律上の婚姻をしていると、性別変更によって戸籍上で認められない同性婚姻の状態が生じるために、これまでの婚姻関係は解消せざるをえなくなるので、それにより相手方配偶者に不利益が生じないようにとの事前の配慮からであろう。しかし婚姻関係を継続するかどうかは配偶者同士で決めるべきことであるから、これを性別変更申し立ての要件とはせず、むしろ審判ではその変更を認めてもその効果はこうした個人的・家庭的領域には影響を及ぼさない、ということにしてはどうであろうか。次に「子供がいない」という要件であるが、その趣旨は、子供にとってこれまで父（母）であった人が母（父）となることの子供への影響

を心配してのことであろう。しかし既に子供があるということはすることもできず、また子供たちもこれまでの家庭環境においてそうした雰囲気にも馴染んでおり、他方この要件によって子供のある当事者に性別変更の可能性を閉ざしてしまうことになるので、この要件は削除すべきだと考える。例えばドイツ法などにもこの要件はなく、そこでは「性別の変更は、当人とその親や子、孫などのこれまでの身分関係に何らの影響も及ぼさない」という規定を用意している。わが国の特例法は4条2項で、「性別の変更は、“その前に生じた”身分関係……には影響を及ぼさない」として、性別変更の不適宜を規定しているが、それを“その前から生じている身分関係”とすることによって、これまでに作り出された家庭環境をこわすことなくして性別変更を認めることも可能だと思われる。次に、「性別適合手術を受けている」という要件であるが、性同一性障害に苦しむ当事者の中には、病弱などの事情により手術を受けたくても受けられない人も含まれているので、こうした事情がある場合には、「手術を受けることが身体的に見て危険であることの医師の診断証明によって」というところまで要件を緩和することができないであろうか。しかしこの場合、身体に手を加えることが比較的軽度の不妊手術によって生殖能力を喪失していること、ならびに少なくとも2年以上の他の性としての生活適応経験を経ること、までは要求してもよいと思われる。

これまで裁判所では殆ど戸籍性別変更の申し立てが却下されていたが、この法律が効力を発してから5か月あまりの04年12月末までに、家庭裁判所でその変更が認められたのは97人となっている。こうしてこの法律の制定は、当事者に対する法的救済として大きな意義をもたらしているのであるが、なおその要件は厳しく、これではごく少数の当事者しかこの法律の適用を受けることができない。特例法はその附則で、「施行後3年を目途に性同一性障害者を取り巻く社会的環境の変化等を勘案して、なお検討を加える」としている。そこでその時期までに、この法律の問題点を検討しておく必要があり、その法的論点としては、これまで述べてきたよう

に、もう少しその要件の緩和を図ることができないかということであろう。

5．エホバの証人の輸血拒否

(1) 最近の動き

2000年2月29日に、輸血拒否に関する重要な最高裁判決が出された。それは、癌に罹患した患者（当時63歳の女性）が、エホバ信仰から、神は血に関する律法により血を禁じているとして、強く輸血を拒否したケースである。患者はもしそのために自分が死ぬことになっても、それは自分の責任で医師には決して責任を問わない旨の免責証書まで、入院中の東大医科研病院に提出していた。同病院も輸血はしないからといって患者を安心させて手術を開始したのだが、手術中に大出血して生命が危なくなったので輸血をして生命を取り止めたのである。輸血されたことを知った患者側は、信教の自由及び自己決定権の侵害を理由に損害賠償（1200万円）を裁判所に訴えた。これに対して第一審の東京地裁は、医師の生命救助が何よりも優先するとして患者側の訴えを退けたのであるが、第二審東京高裁は、万一の場合には輸血をするという同病院の治療方針（相対的無輸血）を事前に患者に説明すべきであったのにそれをしなかった違法があるとして、病院に55万円の損害賠償責任を認める逆転判決を下した。そこで病院（国）側は最高裁判所に上告したが、最高裁は「患者の意思決定の権利は“人格権”の一内容として尊重されるべきであり、また病院は治療方針を事前に患者に説明すべきであった」として、高裁の判断を支持する判決を下したのである。

(2) 基本的視点 宗教的信条による本人の自己決定権の尊重

「エホバの証人」は、1872年にラッセルによって米国のピッツバーグで設立された「ものみの塔聖書冊子刊行協会」を中心とし、旧教、新教のいずれにも属さない既存のキリスト教とは異なった信仰をもつ宗教団体で、

機関紙「ものみの塔」を発行している。神工ホバのしもベキリストはすでに再臨しているとして終末の到来を説き、独特の聖書解釈を行ない、兵役や格闘技などを拒否する絶対的平和主義を奉じている。エホバの証人は、信仰により神の教えを守って天国での永遠の生命を願い、そのために生命の危険をも顧みず輸血を拒否するのであるが、この事態に直面した医療側は、患者の意思の尊重と生命の救助との狭間に立って深刻な問題に遭遇する。前述したように、その裁判も下級審と上級審とで判断が分かれた。私はこの際、判断能力のある成人の真摯な宗教的信条に基づく自己決定であれば、基本的にはそれを尊重すべきものと考ええる。

(3) 法的論点

輸血拒否の法的論点を述べる前に、医療機関の対応について少し見えておきたいが、これにも時代の進展とともに変化が見られる。例えば日本医師会の見解であるが、以前は患者の拒否があっても輸血を強行してその救命を第一に考えるべきことが強く打ち出されていた。しかし1990年1月に公表された日本医師会生命倫理想談会の見解では、「説得にかかわらず患者があくまで輸血を拒否するのであれば、それが患者にとってたとえ不利であっても、本人の意思によるものであるからやむを得ないことであり、医師がその結果について法的な責任を負うことはない。ただ患者が子供であって、信者である親が輸血を拒否している場合には、子供は基本的に親とは別の人格であるから、親の意思に反しても子供に輸血することも許容される」とした。なおその他の大学医療倫理委員会も、原則論的にみて子供や意識障害者の場合は救命を優先させるが、患者が判断能力のある成人の場合には、輸血を強行して救命するよりも、本人の信仰上の意思を尊重し、たとえ生命の危険があっても輸血は行なわないとする方向で、ほぼ一致するようである。

それでは問題を基本的な場合に限定して、判断能力のある成人患者が生命の危険を顧みず輸血を拒否する場合、なぜその意思を尊重すべきな

のか、また逆に生命救助が最優先すると考えて輸血を強行した医師は、法的にどのような扱いを受けるのかについて、改めて考えてみたい。信仰により輸血を拒否するエホバの証人の意思は、自己破壊に向けられた自殺意思とは区別され、憲法20条や19条の信教の自由や思想・良心の自由の保障を受け、それは尊重されるべき自己決定といえるであろう。もっとも、その教義や宗教活動が社会公共の安全を脅かす危険なものである場合には、憲法の保障の埒外に置かれるが、前述のように、エホバの証人は平和主義を標榜しており、別に危険な教義をもつものではないので、それには信教の自由の保障が及ぶものと考えられる。従って医療機関としても、そうした患者の意思はそれとして尊重する義務を負うであろう。他方、医師はその職業倫理により、患者の生命を保護する義務があることはいうまでもない。そうすると、輸血拒否に直面した医師はこの両義務の挟間に立つことになり、ここに法的には、いわゆる「義務衝突の法理」による考察が必要となる。義務衝突の法理は、重い義務を履行するために軽い義務の履行ができなくなったり、ここで見るような生命が宗教的信条かという軽重の比較が困難な両義務が衝突する場合には、履行できなかった結果については法的責任を問わないとするものである。そうするとこの場合、医師が患者の輸血拒否意思を尊重して輸血しなかったために患者が死亡したとしても、保護責任者遺棄致死罪の刑事責任や債務不履行の民事責任は生じないことになるであろうし、また逆に、生命救助義務が優先するとの信念のもとに輸血をしたからといって、患者からそれを不法として慰謝料請求を訴えられても、その責任を負はないということになるであろう。

ただし、義務衝突の法理は決して安易に医師の裁量を認めるものではなく、それは法秩序の要求する義務と義務とが矛盾し衝突するという、ぎりぎりの“限界状況”において生じる法的解決であるから、その法的帰結を導くためにも、その前提として厳しい状況判断を経る必要がある。前述の最高裁判決のケースでも、病院側は手術を行うに当たって、相対的無輸血の方針であることを患者に説明して、その医療を受けるか受けないかの選

択の機会を与えるべきであった点が、病院側の敗訴の理由となったことを、思い起こすべきであろう。今一つ、輸血拒否の問題については本来、その対応を医師個人の判断に委ねるのではなくて、全国的に統一した基準に基づいて行うべきであろう。前述のように、次第に医療機関の取扱基準が一致してきているとはいえ、必ずしもそれが確立されているわけでもない現状においては、さし当たってそれぞれの医療機関ごとにその方針を立てて明示しておくことが必要であろう。これによって患者の方も事前にどの病院を選ぶかの判断がつきやすくなるし、同一病院において医師によりその方針が異なるという混乱も避けられるからである。なおエホバの証人の組織内部でも、全国54の主要都市に「医療機関連絡委員会」を置いて、患者と医療側との相互理解を得るための架橋となるように活動していることも、つけ加えておく。

6．臓器移植と脳死論議

(1) 最近の動き

周知のようにわが国では1997年10月に、それまでの「角膜及び腎臓の移植に関する法律」を改正した「臓器の移植に関する法律」が施行された。改正の最大の眼目は、脳死状態から心臓などの摘出を可能にして、脳死移植に道を開くことであった。しかし法律改正から8年あまり経った05年8月までに脳死移植が行われたのは37例と少なく、それで自民・公明両党の有志議員が臓器移植法の検討調査会を設けて、現行法の要件を緩和する方向での改正案を05年8月に国会に提出したが、その直後に衆議院が解散されて法案は廃案となった。

(2) 基本的視点 死にゆく人の生命権を保護しつつ、病に悩む人の生存権を支える道の模索

改正前の法律は、死亡した人の遺体から角膜・腎臓を摘出して移植医療に用いる場合の、死体損壊罪の合法化要件などを規定したものであるが、

ここに「死亡」とは、従来からの i) 心臓の停止, ii) 呼吸の停止, iii) 瞳孔の散大, といういわゆる“三徴候説”を基準として認定されるものである。そして角膜や腎臓は死体からのものでも移植に用いることができるので、特に死の認定の基準を動かす必要がなかったのであるが、心臓や肝臓の移植となると三徴候説では動きがとれないので、ここに脳死をもって人の死とする必要に迫られる。即ち、酸素が途絶えてから3分ほどで全脳機能は不可逆的に停止するが、素早く人工呼吸器により酸素を送れば、脳は駄目でも身体の一部はまだ生きている状態となり、ここから、動いている心臓を取り出して心臓病に悩む患者に移植することができる。そうして、脳死をもって「死亡」とすれば心臓の摘出も殺人罪などに問われることはなく、ここから、脳死論議が心臓移植との関連において生じてきた。

そしてその論議の基本的視点として私は、「脳死患者の尊厳な死を願い、その人権を守り、家族の心情を思い、しかも移植によって救われる人が一人でも多くなることを願い、かつ、その恩恵を人びとが平等に受けることができる体制をどうすれば作れるか」ということにあると思う。それはまた、従来からの死の定義を大きく変更することなく、しかも心臓移植に道を開く死の認定方法を模索することでもあるであろう。

(3) 法的論点

脳死は死か死でないのかをめぐる脳死論議は、かなり長期にわたって交わされ、政府の臨時脳死移植調査会（脳死臨調）の答申も両論併記となって一致しなかった。そして現行法は、いわゆる“脳死選択説”といわれる形において1997年にその成立を見たのである。そこで現行法の要点を条文に沿って少し見ておきたい。まず、臓器提供の承諾方式として6条1項は、「医師は、死亡した者が生存中に臓器を提供する意思を書面により表示し、告知を受けた遺族が摘出を拒まない場合……には、移植に使用される臓器を死体（脳死した者の身体を含む）から摘出することができる」と規定し、また脳死判定について6条3項は、「脳死の判定は、臓器提供

の意思表示に併せて脳死判定に従う意思を書面に表示し、告知を受けた家族がその判定を拒まないとき……に限り行うことができる」としている。こうして脳死をもって人の死とするのは、本人が事前に臓器提供意思を表明している場合に限り、かつ、本人が脳死をもって死とされることを了解してその判定を承諾し、家族もそれを拒まない場合のみとなったのである。更に厚生労働省令において、この承諾ができる年令を15歳以上とした。

こうして現行法は、脳死からの臓器摘出をその方式(本人の事前の脳死承諾)と範囲(臓器移植を前提とする場合のみ)において厳しく限定することになったので、これでは脳死移植に開く道は極めて狭いということから、前述の自民・公明の臓器移植法検討会は、脳死をもって人の死とし、年令を問わず家族の同意だけで臓器摘出ができるという改正案を提起したのであるが、国会解散のため廃案となった。しかし改正提案者は、脳死を死としながらも脳死判定を家族が拒否するならばそれを認めるという形に修正して、再度、今後の国会に提出する姿勢である。

こうして現行の「臓器の移植に関する法律」は、脳死選択説を基礎として成り立っているのであるが、私は先の“基本的視点”で述べたような観点から脳死選択説を提唱していたので、ここでは現行法を擁護することになる。

先ずこの見解への批判の中心は、これでは二つの死を認めることになり死についての統一性を損なうということである。しかし翻って考えれば、このような死の相対化をもたらすのはまさしく現代科学の発展にほかならないのであって、例えば人工呼吸器の開発や臓器移植という医療の発達がその背景となっている。そうであるならば、それに見合った法律論をこの際、模索することが必要であろう。元来、これまで極めて明確な死の認定基準である三徴候説(脈がない、息をしていない、瞳は開いたまま)を今なぜ判定の難しい脳死基準に変えなければならないのかということ、それは脳死からの心臓や肝臓の移植に道を開くためであった。そこで大多数の通常の死はこれまでの三徴候基準によって認定するとしつつ、当人が人工呼

吸器に繋がれ死への一方通行を歩む脳死状態になったときには、脳死で死とされることを了解して心臓などを提供するという意思を持つならば、そうした「範囲」と「方式」の限定のもとに例外的に脳死基準で死を認定するというように考えればよいのではないかと思われる。そしてそれはまた、本人の人間愛による臓器提供と自らの死の方への自己決定による脳死選択という、理論的な支えに基づいているのである。なお実践的には、こうした善意の臓器提供者を増やすために、その啓発と提供意思表示カードの普及を図ることが決定的に重要となるであろう。

今一つ、この自己決定による脳死選択説は、小児への脳死移植に難しい問題を提起するが、しかし小児には自己決定能力がないので、この場合は親権者の承諾による提供を考えざるを得ない。なお年少者の承諾可能年令を「12歳以上」にまで引き下げてもよいと思われる。旧刑法では、12歳以上は責任能力者であった。

理論的背景としては、本来、脳死移植による子供の救済の問題は、自己決定論と対等もしくはこれを凌駕する原理による理由付けを必要とするであろう。それはまさしく社会連帯の原理、博愛・他愛の精神という「実体論」と、年少者の脳死判定の一層厳格な基準設定、個別事例ごとの医療倫理委員会への申請などの「手続論」、及び自分の子の一部が他の子の中で生きているという親子の情愛などを総合することにより、考察すべきものと思われる。

そのほか、今回の改正案では、臓器提供の意思表示に併せて親族に優先的に提供する意思を表示できることが提案されている。これについては、現行法2条4項に規定する「公平の原則」を基本として立てながら、“親族”を親子と配偶者に限定して、その但書においてそれを認めてもよいのではないかと考える。

7. 終末期医療

(1) 最近の動き

安楽死については、先に東海大学付属病院事件の横浜地裁1995年3月28日判決があり、そこで積極的安楽死が許容されるための要件が示されたことは周知の通りであるが、最近では、川崎協同病院で医師が気管内チューブを抜いたあと筋弛緩剤を投与し、意識の回復しない患者を死亡させたケースの横浜地裁2005年3月25日判決(殺人罪で懲役3年・執行猶予5年)があり、また尊厳死については、ALS患者である息子の人工呼吸器を停止して死亡させた母親のケースについての横浜地裁05年2月14日判決(囑託殺人罪で懲役3年・執行猶予5年)がある。また北海道立羽幌病院では、高齢でほぼ脳死状態にある患者の人工呼吸器を取り外して死亡させた医師が、05年5月に殺人容疑で道警察により書類送検された。こうした事態を背景として、国会議員の間では、尊厳死の法制化を目指す超党派の「尊厳死法制化を考える議員連盟」が05年の初めに発足している。

海外では、わが国でも大きく報道されたものに、アメリカで長年にわたり植物状態であった女性が、2005年3月末に人工栄養補給の停止により死亡したケースがある。この女性の夫は妻の尊厳死を求めていたが女性の両親は延命の継続を求めて、両者は数年間にわたり法廷で争った。その間、その尊厳死の賛否をめぐる議論は州議会やブッシュ大統領まで巻き込む騒動にまで発展したが、結局は連邦最高裁の判決により栄養補給が停止されたのである。

またオランダでは2002年4月に、患者の明確な意思があり、治療の見込みがなく、耐え難い苦痛があり、治療方法がなく、第三者の医師と協議した、といった安楽死条件を満たした場合には、殺人や自殺助動などの刑事責任を医師に問わないという法律が施行されている。02年9月にはベルギーにおいても同様の安楽死法が施行された。

フランスでは05年4月に、末期患者が延命治療を拒否できる“死ぬ権利”を認め、人工的に生命を維持する以外に手段がない場合は医師の治療停止を可能とする法律が成立している。

(2) 基本的視点 死への自己決定と、疑わしきは生命の利益に

安楽死や尊厳死は、一方で至尊であるべき生命を保護するという法の使命と、他方で苦痛や惨めな姿からの解放と安らぎの死への共感に基礎を置く法の寛容、という二つの精神にまたがる問題を提起する。従ってこれまでも、一定の歯止めによる安易な適用の防止に配慮しつつ、安楽死・尊厳死を認めていこうとする理論的努力が真摯になされてきた。この場合、先ずこれらを支える重要な柱は、安らぎと解放を求めて自らの死を選ぶ患者本人の願望・自己決定である。従って医療側や患者の家族は、苦痛を長引かせる過剰な延命措置を避けて苦痛を除去し、患者の生命保護に努力しつつ、最後には患者の安楽・尊厳な死への願望を実現させても、それは法と生命倫理の上からも承認されるであろう。しかし本人の意思が明確でなかったり、それらの措置がその状況下において人道的でなかったりするならば、それは法的にも許容されないであろう。安楽死や尊厳死には、それに開かれる道があると同時に、その限界もある。そして「疑わしきは生命の利益に」という標語が、ここでは重みを持つであろう。

(3) 法的論点

初めに述べた東海大学付属病院安楽死事件は、入院中の昏睡状態に陥った末期の多発性骨髄腫患者に対して、家族が見かねて医師に安楽死を依頼したので、医師が致死量の塩化カリウムを静脈注射して死亡させたというものである。横浜地裁は、こうした積極的な安楽死が許容されるための要件として、医師の手によることを前提としつつ、i) 患者の耐え難い苦痛、ii) 死が不可避で切迫していること、iii) 肉体的苦痛緩和の努力がなされたこと、iv) 安楽死を望む患者の明示の意思、を挙げた。この事件

で医師は殺人罪として有罪(懲役2年・執行猶予2年)となったが、こうした毒物などによる積極的な生命の短縮(慈悲殺型安楽死といえる)はやはり正当化するの難しいと思われる。だが、こうした薬物を用いる場合でも、それが麻薬などの鎮痛剤であって、直接には生命の短縮を目的とせずまずは患者の苦痛を緩和するために投与するが、鎮痛のためには次第にその量を増やさなければならず、やがて“最後の服”により生命の短縮を招くといった間接的な安楽死(治療型安楽死といえる)であるならば、これは法との関りは緩く、この限度では許容されるものと思われる。これらに対して、患者にそれ以上の過剰な延命措置を施さないという消極的な手段により死をもたらす(それが人工呼吸器のスイッチを切るという積極的な行為によっても、延命措置をそれ以上続けないという意味で全体的見地からそれを“消極的”と見てよいと私は考える)という、いわゆる尊厳死の形態ならば、それは「殺す」というのではなくて「自然の死をもたらす」ことになるので、本人のリビングウィルなど(生者の意思・医師への指示書)により、それは許容されるであろう。

アメリカでは末期医療と尊厳死に関する法律が殆どの州で制定されており、また初めに述べたように、ヨーロッパなどでも法を制定する国も見られる。わが国ではこれに関する法律はないが、かつて日本尊厳死協会が「末期医療の特別措置法案(1979年)」を提示してその制定を求めたことがあった。これは、本人のあらかじめ表明した、不治かつ末期の状態における過剰な延命措置を拒否する意思に基づいて、医師がその治療を中止しても医師は刑事・民事の責任を問われないという趣旨の法案であった。また2005年2月には、超党派の「尊厳死法制化を考える議員連盟」が発足していることは、先にも述べた。

しかし他方、10年余り前に日本学術会議の死と医療特別委員会が、尊厳死を大筋で認める見解を表明したが(1994年5月)、立法問題としては「要件を明確化するメリットはあるが、他方、それが厳格になり過ぎて柔軟な対応ができにくくなることも考えられるので、これは医療現場の判断

に委ねる方がよい」とした。欧米などでは幾つかの立法が見られるが、その背景には多くの裁判例の積み重ねがある。しかしわが国では裁判例はまだ少なく、また死なせることを合法化する立法には私もあまり賛成できない。この問題は、わが国の国民文化を背景として医療関係者と患者・家族との間で、よき医療倫理と信頼関係のもとに解決していくのがよいのではなかろうか。ただこの場合にも、医師単独の判断に委ねると個人の価値観がまかり通ってしまうので、それは避けなければならず、そこで何よりも大切なことは、複数の医療関係者によるチーム医療体制をとって、患者・家族との十分な話し合いのもとに適切に対処していくことであろう。

おわりに

以上、進展する医療技術がもたらす法と生命倫理の問題領域のうちで、本稿ではごく最近に動きのあったものを中心として述べてみた。しかしこれらは極めて奥の深い問題であるとともに我々の実生活と密接な関係をもっており、従って簡単に結論めいたものを出せるという性質のものではない。またこれらは各人の世界観や価値観によっても考え方が異なるものであり、またそれでよいものと思われる。しかし現代に生きる我々は、これらの重要問題について機会あるごとに思考を巡らせ、お互いに意見を申し合って議論をすべきであり、これを他人任せの解決に委ねてしまうことはよくないことと思われる。結論は急がなくても、それぞれの知恵を表明して論じ合うことが大切で、これが生命倫理を実践することでもあると言えるであろう。

最後に、権威と伝統ある学術誌「立命館法學」の第300号記念号に、私の拙稿を寄せる機会を与えて下さったことを光栄に思い、心から感謝の意を表したい。