

医事法学と医療倫理の距離と連携

永石尚也

1. 医療における法と倫理

(1) 本稿の目的

医療現場において法と倫理はどのような問題として、いかなる関係の下に現れるのか？

生命医療の本をめぐるだけで枚挙にいとまはないが、法的・倫理的観点と並置する視点に基づけば、これらの観点は同一とは言わないまでも少なくとも包含関係にあって、互いに矛盾することはないかのように語られることもままある。その一方、「法的な観点からは可能でも倫理的には妥当ではない」といわれるように、法と倫理が対置される場面も見られる。ときに法的観点と倫理的観点が、アクターや時間的スパン、制度維持のための理念を巡って鋭く対立する場面も見られる。

対立を示す時事的^①かつ象徴的な代表例として、医療事故情報報告の例を考えてみよう。

事例：研修医であるA医師は、患者Bがまだ子供で動きが大きく、MRIがうまく取れないため、鎮静目的でネンプタルを投与した。だが、謝って5倍量を投与してしまったため、MRI検査中にBさんに呼吸不全が生じ、ICUでの治療となった。だが低酸素状態が一定時間続いたため、脳に障害が残った。本件につき、A医師は自身は、警察に報告するのはためらいがある。ミスをしたことは認めており、Bさんの家族にそれを伝えて謝罪するが、犯罪を行ったとまでは言えないのではないかと考えている^②。

上の事例における対立は、医療過誤にかかる報告義務は発生するか、発生するとしてその相手方は誰かという問題である。現に、本事例については、警察に対する報告を倫理的要請の一部に含むとする見解から、自己負罪拒否特権の

実効的確保のためにはむしろ倫理的な葛藤を除去することが求められるとする見解まで、広範な対立を引き起こしていた。この結果、医師A個人の葛藤に対する対処、報告に対する助言、ガイドラインにおける明文化の可否・適否等についても、全く異なった見解へと至る³⁾。

この例において深刻なのは、倫理的葛藤を課さないための規制（たとえば良心の自由に対する侵害を除去するための法）が、事実上、再度倫理的な課題として再来してしまう点である。自己負罪拒否特権を含むある種の基本権保障は、自由主義の理念に基づき、倫理的葛藤を免除するとともに、功利主義的観点から自由の行使を最大化するためにある。それにもかかわらず、本件のような法と倫理の境に属するとともに、市場と規制の境にも属する問題を、個別の場面における倫理的課題として取り上げてしまうことは、医療行為に従事する医師に過度なリスクとコストを課す点で、医師を偶然の犠牲に供することを容認してしまうことでもある⁴⁾。

以上の報告義務をめぐる例から見えるように、倫理は法を超え出る責任を課す場合があるとともに、法に譲歩することで法と協働することもある。法は倫理を制約するとともに、新たな倫理の維持・形成を助長することもある。このように一見矛盾するかのような法と倫理の関係を整理し、その協働のあり方についての議論を取りまとめるのが、本稿の目的である。

（2）問題状況の整理

さて、上記のような法と倫理の関係が複雑になる原因のひとつには、結果としての医療行為が単一の行為である一方で、当該医療行為を取り巻く理由・合理性が重疊的であることに求められる。法にかなった医療、倫理にかなった医療、証拠にかなった医療は、それぞれの言い分を異にしつつ、理由・合理性の調和を目指している⁵⁾。

加えて、この調和をどのように理解するかについても様々な観点がありうる。「法は倫理の最小限」という言葉のとおり法を倫理の一部とする見解、機能的区分として一般大衆に関わる法と個別的关系を規律する倫理とを区分する見解、法を倫理の実現手段とする見解、法を倫理の制約手段であるとする見解などがありうる場所である。

本稿は、医療倫理と際を接する医事法学⁶⁾の関係、すなわち距離と連携可能

性を法哲学的観点から明らかにする⁷⁾。本稿の見通しを先に述べれば、医療における法の特徴としては、第一に倫理的な問題発見機能を鈍磨させるリーガリズムに陥る弊害⁸⁾とその反対に倫理的ジレンマにとらえて判断を取れなくする弊害の双方を避けつつ、第二に倫理の実現を助力する暫定的な合意および制度を形成するプロセスであるとまとめることができる。

かつてラッセルが哲学と科学について述べたことをもじれば、未だ明らかならざるジレンマを発見し、カズイスティックな解決をもたらす倫理の機能は、暫定的に明らかとなったジレンマを制度の中に組み込む法の機能によって制度化される。反対に、医療にかかる法の課題は、固定しがちな制度をたえず暫定化させ、新たに発生する倫理的ジレンマに自らを開くことで、医療実践の負担・危惧感を取り除き、持続可能な医療を実現する術を探ることにある⁹⁾。

(3) 議論の手順

本稿の議論の手順は以下のとおりである。

医療の倫理と法の距離を論じるにあたり、法哲学において従来議論されてきた倫理と法の間接関係を整理するとともに、医療に即して、①目的、②アクター、③問題場面という三つの課題から、法と倫理の距離につき検討する。

とりわけ、法と倫理の距離については補足が必要である。法概念論上、法と倫理の関係をめぐる論点は、自然法論と法実証主義の対立として論じられてきた。医療倫理の文脈では、悪法問題や遵法義務論を題材として、前者は道徳的正しさに法を基礎付ける見解、後者は道徳的正しさには必ずしも法を基礎づけない見解という二つの理念型として論じられることが多い。実際、ケルゼン以来の法実証主義の伝統は、法に課されるイデオロギー的側面を法秩序の枠内で論じるために、法と倫理の分離を徹底する立場を形成してきたと言える¹⁰⁾。ただし、このような倫理と法の間接関係についての静態的理解がよく知られる一方で、法実証主義の伝統が法の動態的理解についても詳細に論じてきたことは十分に浸透しているとは言い難い。そのため、上記の悪法問題や遵法義務をめぐる論争では、法実証主義が提示する法が単なる規則の集合に過ぎないという批判的な見方を招いてきた¹¹⁾。そして、この動態的理解こそが、倫理と法の分水嶺をなすものとして、本稿では整理を施したい。

そのため、本稿の議論は、上記①から③の課題について、法の時間性をはじめ

めとして、法の制度性、リスク・コストの吸収可能性という3つの観点を導入することで、医療についての倫理と法の接合を果たすことを期したい。これら3つの観点からすれば、法と倫理の特徴は概ね以下のように整理できるだろう。倫理が共時的であるのに対して、法は通時的である。倫理が理由の衝突を扱うのに対して、法は理由の調和を目指す。倫理が問題発見的であるのに対して、法は問題解消的である。法が相争う権利要求の最小限であるのに対して、倫理はリスク・コストの計算を超えた価値一般を含む。これらの特徴から、いわば医療の法はその対象において倫理より狭く、その対処において倫理よりも広いというねじれを含みこむことになる。

なお、以上のような整理は、公衆衛生倫理と区分された医療倫理にとりわけ該当することはみて取りやすいだろう⁹⁹。そこで、以下では、倫理と法という区分に代えて、医療倫理、公衆衛生倫理、法という3項の対比において、これらの問題を整理したい。

2. 医療の倫理と医療の法の距離

(1) 目的における相違

まず、医療倫理における目的は、一般に生命倫理4原則に照らして理解される。すなわち、「自立的な患者の意思決定を尊重せよ」という自律尊重原則、「患者に危害を及ぼすのを避けよ」という無危害原則、「患者に利益をもたらせよ」という善行原則、「利益と負担を公平に配分せよ」という正義原則からなる4つの原則を満たすか否かによって、倫理的判断の正当性は担保される¹⁰⁰。これらの原則はロスのいうところの「一応の義務」であり、特定された原則が相互に対立する場合には、原則の比較衡量を行うことが推奨される¹⁰¹。その一方で、この4原則については、原則の統合がなされていないという理論軽視傾向への批判と、個別的情報を軽視した類比軽視傾向への批判とがある¹⁰²。その後、4原則はジョンセンにより4分割表における患者の意向、医学的適応、QOL、周囲の状況という区分へと重ねられ、医療実践における症例検討のガイドを提示するチェックシートへとまとめられている¹⁰³。そこでの機能として、事実関係の混乱回避・コミュニケーションの充実、事実に基づく原則の優位判断、類型的倫理的ジレンマとの照応が挙げられているとおり、4原則は理論的区分と

いうよりは実践的区分であり、むしろカズイストリ惹起とジレンマの発見のための基本指針として、その役割を期待しうるのである。

これに対して、公衆衛生倫理における目的は、第一に、4原則のうち自律の価値と衝突しがちな「公」的介入を正当化するにたる利益として、いかなる利益を主張しうるかという問いに答える形で現れる。典型的な立場は3つに分かれ、公的介入の度合いの小ささに応じて、他者危害原則、パターンリズム、共通善の主張として現れる。ただし、公衆衛生における衛生概念について、健康維持のための所得保障など社会経済的基礎をも含む広い見解をとれば「危害」を広くとることも可能であり、反対に近接したリスクファクターのみに焦点を当てる狭い見解をとるならば「共通善」とはいえども非常に限定的な利益しか含みこむことはできなくなる。この点で、公衆衛生倫理の目的は、第二に「衛生」概念の広狭に相関的であるといえる。最後に、公衆衛生倫理の目的において広い見解をとる場合には、介入を行う度合いに応じて自由の制限を行う比例的、効率的、実効的な制度によって正当化された制度を要することとなる。この限りにおいて、公衆衛生倫理は、その目的達成のための手段として権利保障を実現する枠組みを持った制度を要請することとなるのである。

さて、以上の医療倫理・公衆衛生倫理とは異なり、医療の法における目的は、専ら、権利相互の衝突を調整することと政策としての持続可能な医療を実現することの二点にあり、その調和を主眼とする。医事法の基本原理についての議論⁷⁷においては、生命倫理の4原則とも刑事法の適法化要件（目的の正当性、手段の相当性、患者の同意）ともことなり、人間の尊厳（人格保障）、法に対する法によるチェック、自己決定権、疑わしきは生命の利益、メディカルデュープロセス（政策形成プロセス）という5原則⁷⁸、より政策側に踏み込んだ見解として、経済的効率性、個人の自立と尊厳、医師への信頼、医師専門職の独立性⁷⁹などが提案されている。注目すべきは、メディカルデュープロセスや専門職の独立性といった実態規範の内容不確定時における決定手続き、確定時における実現主体と実現手続きの整備という、決定手続きに関わる局面が重視されている点である⁸⁰。この理由は、自由主義的価値に基礎付けられた近代法が、善の達成という側面というよりは権利衝突の場面における調停のルールを定める側面に重きを置き、その実現のための手続的正義の洗練に重きをおいて構築されてきた制度であるという点に求められるだろう。この結果、原則として法

は善の内容をめぐるジレンマを解消・調整することではなく、専らジレンマ状況を中断させ、ジレンマを回避するための正義に適った手法を発展させてきた。

以上のように倫理と法とは、その目的においては、倫理的ジレンマの発見かジレンマの中断かという点において、先鋭的に対立することになる。

(2) アクターにおける相違

アクターにおいても、倫理と法では、その範囲を異にする。

医療倫理におけるアクターとは、倫理的配慮の対象をどこまで拡張するかという問題として論じられることになる。例えば、医療を契約と見た場合においても、倫理的配慮は契約当事者概念とは独立に、その患者を取り巻く周囲の人物や集団、さらには生活環境の全域を含む広範な領域をも含む。これは、上記目的の箇所で見たとおり、QOLや周囲の状況といった概念を実践的に開いたままにすることによる帰結である。ここから、医療倫理においては医療行為の利害についての相互性を有し、医療行為に対してなんらかの主張をもつものが倫理的配慮の対象として浮上することになる。

これは、公衆衛生倫理においてこそ見えやすい。公衆衛生倫理におけるアクターは、より広範な抽象的な個人・集団へと拡張される。この拡張の限界は、上記の目的の箇所で見たとおり、「公」的介入の範囲、「衛生」概念の広狭において常に変動に晒されており、明確に区切られた対象を持たない。しかしいずれにせよ倫理的配慮の対象が、いわば事後的な議論の過程で、アポステリオリに決せられる点で変わりはない。

これに対し、法学上は、個別的契約に着目するか、医療政策を含めた立法過程・政治過程に着目するかによって、アクターの範囲を異にする。まず、個別的契約に着目する場合には、医療契約の当事者が誰であるのかの問題として、アクターの問題は浮上する。すなわち、組織体としての医療機関が医療行為を行う場合の当事者性（医療機関開設者か医師か）、判断能力を持たない患者に医療行為を行う場合の当事者性（本人、法定代理人、重畳、第三者のためにする契約）、社会保険医療の場合における当事者性（保険者か保険医療機関か）などが論じられるところとなっている²⁰。この場合には、医療契約の内容に依存する形でアクターの範囲は決せられ、反面として医療内容の適正性について

は、個別契約に対する法曹によるチェックのほか、行政規制を含めた関係当事者の議論によってひとまずは担保されることになる。これに対し、医療をめぐる立法過程・政治過程については、より広いアクターが関与することになる。その現れとしては、国会で制定される各種立法、行政機関を通じた通達に代表される命令等、さらには医師らのグループごとに形成される声明・提言などのソフトロー的規制などがあり、この各段階・各場面における利害関係者の範囲に応じて、制定手続き・効力範囲が変動することになる。

このように、医療の法におけるアクターは、事後の議論によって経験的に決められるというよりは、ハードロー・ソフトローを含む法制定手続きおよび法効力に相関的に決められる²⁰。そのため、法的な利害関係を有するものの範囲が定められることで、原則としては事前に、個別事件の特殊性に變動されることなく決定されることになる。

このような倫理と法のアクター観の差異によって、第一に、アクターが本来的に重なる場面においてはいずれの規範的主張を優先すべきかという問題が生じ、第二にアクターが本来的に重ならない場面においては規範的主張が本来的適用の場面を超えて越境する問題が生じることになる。

(3) 問題場面における相違

上記で見た事後的なジレンマの発見としての倫理と、事前の決定に基づくジレンマの中断としての法という機能の区分に従う限り、倫理と法とでは典型となる問題場面の相違が生じる。

まず、医療倫理の目的がジレンマの発見に主眼が置かれるとすれば、その解消手段においても議論上の正当化の問題が前景化することになる。そして、倫理が必要となるのは判断できない場面であるとの言葉通り、倫理的議論が必要となる典型は、これまでの類型的ケースには解消されない個別的な問題が浮上してきた場面である。いわば、倫理的判断がもつれた場面でこそ医療倫理が必要とされ、またその場面において医療倫理的議論が引き起こされるような体制整備が要求される。

このように倫理的議論の周縁性が強調される一方で、医療経営・医療資源の観点から効率的なマネジメントが興隆することで、医療倫理の全面化とも呼ぶべき事態も同時に進行している。これは、病院・患者情報共有のためのICT

の活用といった形で積極的に導入される反面、財政基盤悪化を背景とした強いられた選択としての医療組織の縮小・費用削減のための施作の放縱化にも繋がっている点で、両義的な評価を必要とする⁹³。この両義性をあわせもつ問題は、個別の医療従事者が遭遇する医療倫理的課題を増加させるとともに、公衆衛生倫理の課題でもある資源配分・感染予防の問題をも常態化させる点で、医療倫理と公衆衛生倫理が重なる領域となる。

これに対して、上述のとおり、法は発見されたジレンマを中断させる制度構築を志向する。この志向は、第一には法が過剰な義務づけをすることによって医療提供の過少化・萎縮化を避ける趣旨に基づいており、第二には、法は不可能を強くないとの格言のとおり、義務衝突の場面における医療従事者の自由を最大化する趣旨に基づいている。第一の趣旨は功利的観点から正当化されるものであり、第二の趣旨は自由主義の要請に基づくものである。この二重の趣旨に適合するように、法は危険創出連関を根拠づける行為を類型化し、危険実現連関を厳密に適用することによって、便宜的な法適用と偶然処罰を排すべく、過失の成立範囲を適切に限定する必要がある。これは、医療過誤をめぐる個別的過失の競合⁹⁴および、管理過失やチーム医療などにおける組織過失⁹⁵といった形で、過失の拡大・全体化を迎えている医療領域にまさに妥当する。なぜなら、拡大・全体化した過失に基づいて事後的な法適用・法創造がなされることで、医療従事者の負担するリスクの所在は曖昧化され、事件ごとの負担をどのアクターに帰属させるかについての問いが、機会主義的・便宜的に伸縮させられてしまう危険が残るためである。

ここから、医療の法は、上記で論じてきた過失の重畳性、義務内容の状況依存性、義務内容の過大性の回避に加えて裁量付与の必要をもあわせもつ点で特殊な医療について、制度としての医療を持続的に支え、典型場面としての将来的な事件減少（いわゆる一般予防）に資するべく、その体制整備責任へと規律の主眼を移行させつつある⁹⁶。その例は、個別の医療過誤事件の刑事事件化の抑制と責任減少のための一般的体制整備責任への注目に現れる⁹⁷。国家刑罰権行使の基礎に一般予防を据える有力説に立つ場合には、個別的な注意義務判断の中に、体制整備責任とその職責や地位による権限分配に加えて、過大な負担を負わせないための比例原則の導入を図ることが求められるためである⁹⁸。過失の所在を組織に求めた上で、その責任限定を図る見解の中には、その限定例

として、①医療法、医薬品法などの行政取締法規に対する組織責任者の重要な組織の運営方針における意図的な業法違反の指示があること、②経営方針において専門家や業界の常識からみて、明白で具体的な危険が予想される作為が不注意にも指示されたこと、③不作為につき責任者が保障人的地位にあることなどをあげ、反対に、抽象的危険状況のみを形成しているにすぎない場合には組織過失は否定されることになるとするものもあるとおりである⁹⁹。

以上をまとめれば、倫理的議論においても法的議論においても、その対象は規則によって記述可能な中心的問題を典型とするものではない。その一方で、倫理的議論の典型問題は、規則化されない未確定領域における課題を発見する色彩の強いものであり、法的議論の典型問題は周縁的でありながら将来的な予防効果に着目した帰結主義的な色彩の強いものといえる¹⁰⁰。

(4) 倫理と法の関係

以上に述べてきた倫理と法の間関係を整理すれば、下表のとおりとなる。

	公衆衛生倫理 (マクロ的課題)	法	医療倫理 (ミクロ的課題)
目的	政策 (功利)	権利 (原理)	直観 (義務)
アクター	抽象的集団	利害関係者	配慮の対象
問題状況	医療資源配分、医療 経営的課題	事後の個別責任追及から、 事前の体制整備責任へ	倫理的ジレンマの 発見
(法の位置付け)	自然法論	法実証主義・インテグリティ としての法	自然法論

上記の点に表れているように、法は、目的においてマクロ的な政策とミクロ的な権利保障を接続することを志向するとともに、対象において医療倫理と公衆衛生倫理の間にあり、手段においては功利性と個別的義務とを両立させる制度を持続的に与える道具として現れる。この帰結として、医療倫理からすれば倫理的ジレンマを軽視し、ジレンマを素通りさせかねない危険として法は現れるとともに、公衆衛生倫理からすれば政策的考慮を十分に反映していない、権利に足を取られた鈍重な制度として現れる¹⁰¹。

しかし、翻って法のこの中間性・手段性こそが、医療倫理と公衆衛生倫理を

通時的に維持し、実現するものとは言えないか。倫理的ジレンマを解消するとともに調整するプロセスの集積こそが、制度としての法へと結実したものとして、法へのジレンマの取り込みを繰り返すことはできないか。次節では、この倫理の実現としての法の活用という点について、時間性、制度性、リスク・コストの吸収という3つの観点から、法と倫理の連携可能性について検討する。

3. 医療の倫理と医療の法の連携可能性

(1) 観点1：時間

まず、法の特徴である時間性である。契約を含む法はいずれも現在の判断の正当性を確立するにとどまらず、過去と将来を調和させる通時的な基盤の形成を志向する⁸⁸⁾。

法と倫理の典型的な違いは、いわば不和の場面における暫定協定を設定するか否かという点において、鮮明に現れる。法は義務の衝突において暫定性に止まることになるが、倫理はむしろ義務衝突を回避することなく衝突を乗り越えた観点を探求する。この点では法の対応する範囲の過小を補うとともに、反対に法の過剰を告発する役割を倫理は担う。しかし、同じように倫理の時間的過少を補い、倫理の課す義務の過剰を免責する役割を法が担っていることもまた事実である⁸⁹⁾。法として可能であることと倫理的ジレンマの間のギャップが不解消であれば、いかに倫理的ジレンマをつぶさに観察したとしても、そのジレンマを違法の評価へと踏み越えさせることは許されない。倫理的手続きを履践したことによる法的義務の解除の可否にこそ、連携の可能性はある。

この意味で、法は、その静態的性質においてジレンマを回避するとともに、その動態的性質においてジレンマを解消・調停するともいいかえうる。この意味で、法と倫理の共存とは、現在における倫理的直観と通時的な倫理的制度の間にある時間的なギャップを共存させることを指す。

(3) 観点2：制度

この時間的ギャップの共存にあたっては、問題発見的機能を直観に裏付けられた静態的な倫理に、問題調整機能を持続的な制度に基礎付けられた動態的な法に割り振るのが適切である。この理由は、問題発見は個別的なケースを含む

ミクロな視点からも生じる一方で、問題の集団的な調整はマクロ的な視点に基づく安定性の確保を要求するためである。翻って、法がセク特的に分割された上で問題発見機能を発揮する場合は、絶えず医療従事者を義務の過剰に晒すことになり⁹⁸、倫理が統合的な解を提示する場合には、個別の場面の類型化と機能分離を避けられないためである⁹⁹。近時取りざたされる統合的医事法というテーゼは、医療を取り巻く法制度の中心に属する医療従事者・患者の判断に寄与する鳥瞰的視座を提供し、法の過剰から（とりわけ刑事法的な処罰から）医療従事者を解放することで、公共的な医療の確立を目指す¹⁰⁰。

言い換えれば、倫理にジレンマを表面化する機能を、法にジレンマを時間に関く機能を割り振ることにより、短期的な合理性と長期的な合理性を調和させることが可能になる。

（3）観点3：リスクとコスト

最後に、医療とりわけ医療従事者にとってのリスクとコストを、いかにして持続的な医療と両立させるかという課題に、法と倫理はともに取り組む必要がある。

例えば、医療過誤訴訟における負担や身柄拘束のコストを医師に課すことの妥当性について考えればわかるように、医療に不可避免的に伴う事故を形式的に事件化し、医師の社会的信用毀損などへと結びつく措置を講じることには、医療に伴うコストの分担という観点から不平等であるという指摘は妥当するだろう。また、仮に、上記のコストを負わないとしても、医療従事者が日々このコストを避けるように強いられているとすれば、リスクが顕在化しない場合であっても潜在的な負担はかなりの程度に達する。さらに、倫理的ジレンマに直面すること自体にも心理的コストが伴う。これらのコストを医師の専門性に帰着させ、個人の責任の内部に取り込むことは、これまで論じてきた過失の全面化に伴う責任の集団化とそぐわない。

すでに論じたように、倫理は通例から外れた周縁で考慮されるべきものである。しかし、周縁のケースにおいてはまさに資源的制約を含む各種制約によって十分な思考リソースを避けない場合も多い。そのため、倫理の限界を問うこと自体は通例の場面においてしかなされえず、通例以外の場面で責任を問われてはならない。加えて、通例の場面において議論を尽くしたといえる環境を整

備する体制構築こそが求められていることは、上記の法の問題場面の箇所指摘した。

これに対して、法は通例の場面において適用されるべきものである。しかし、法の限界を問うこと自体は通例から外れた周縁的ケースにおいてしかなされえず、もし倫理との反面で考えるのであれば、通例の場面で法に従った運用を行なった責任を問われてはならないことに帰着する。

以上で問われているのは、コストの帰属先の選定であり、集団的なリスクの引き受けの可能性である。この点については、そもそも社会的に有益な行為としての医療に伴うリスクをいかに共同体として引き受け、不可避的に発生するリスクの顕在化のコストを誰が負担すべきか、という刑法上の「許された危険」法理が参考になるだろう。典型的には、諸外国における公共交通機関における事故などで用いられるが、ドイツで議論に上っているように、これを医療従事者の法的・倫理的な体制整備責任を介した法的責任免除の仕組みとして理解することは可能である。そうすることで、むしろ倫理的ジレンマ下におけるリスク・コスト分配という2階のジレンマを解消することが可能となる。

そもそも、終末期医療における尊厳死をめぐる議論としての積極的安楽死、Physician-Assisted Suicide、消極的安楽死、横浜地裁（平成7年3月28日判決判時1530号28頁）以降の治療停止要件などは、倫理的ジレンマに置かれた医師に対して責任免除を認める類型である。また医療行為自体が身体侵襲を伴うものとはいえ身体外形または生理的機能の不良変更行為たる傷害の構成要件行為に該当するののかについてさえ対立が伏在している⁹⁹。これらを思い起こせば、事前の体制整備によっては避けられない倫理的ジレンマが顕在化した状況においては、法的考慮としては「許された危険」を介した責任免除の仕組みを導入することこそがジレンマ解消の点で有益な帰結を生むものと思われる⁹⁹。

4. おわりに：法とフロネーシス

ここまで、倫理と法の協働について、目的、アクター、問題場面の相違に応じて、倫理のジレンマ発見機能と法のジレンマ解消機能を取り出した。とりわけ、時間性、制度性、リスク・コストの吸収という3つの観点によって、法と倫理の機能を実践的に接合することが可能であると論じてきた。その結果とし

て、倫理的ジレンマを時間的に延長した制度の中に取り込み、集団的な「許された危険」というリスク受容判断に取り込むことで、倫理的ジレンマを法制度の枠内に動的に回収する方策を提案した。

再度まとめれば、以下のとおりである。法は暫定協定として、一時点で切り取った場合の必要十分な責任免除基準を提示できねばならない。倫理はたえずその基準を超えた異議申し立てを提起するが、その異議が過剰であってはならない。法は時間的延長を含む制度が実効性をもつという基準をもとに、倫理的異議申し立てのインフレを止めなければならない。しかし、法もまた倫理的異議申し立てに基づいて、法の中にそのジレンマの解消を企図した議論のフォーラムを構築しなければならないのである。

ここで、ひとつのアナロジーを提示するならば、この相異なった原理を接続する志向については、徳倫理と功利主義を接続させようとする近時の議論においても見ることができる⁸⁸。徳倫理と功利主義の伝統を接続するこの議論は、まず帰結主義的思考と結果についての思考の二つを峻別する。そこでは、帰結のみを善の構想における試金石とする議論を退け、カントを含む徳倫理の伝統について、結果として「人々の生をよりよくする行為や政策を選ぶことと、お互いにとって望ましい生の仕方を促すという目標をもつこと」を徳の内容として定立している。この点で、功利主義の伝統である「公共政策は、偏見なしの、公正で、平等な考慮に基づき、結果を真面目に受け取ることによって、形成されるべきである」というベンサム功利原則とカント流の徳の捉え方は矛盾なく接続しうる。なぜなら、徳の意味の一部には、少なくとも目的手段関係にとどまらない結果を実現するステップの定立能力（いわゆるフロネーシス）が含まれているためである。

そして、フロネーシスを行使するとは、ハードケースないしジレンマ状況に置かれた際、なぜ自身がそのジレンマ状況に置かれることになったかを反省するとともに、結果についての計算に基づきつつも、費用便益分析にとどまらない自らの選択の犠牲に供したもののへの考慮を保持しておくことを意味する。フロネーシスとは、その場限りの目的手段連関を繰り返すことではなく、目的手段の前後にある予防・防御の過程への想像力を行使する能力に他ならない。現実の実効性をもつような結果志向的な徳を内包する制度がなんであるかを知ること無くして、正義や気前のよさといった徳がなんであるかを確定させるこ

とができる、という物言いは誤っている。倫理を実現するために制度は要求され、制度によって倫理は安定する。

以上の徳倫理を功利主義と接続させようとする議論は、実際にRussel自身が医療行為における目的手段の間にある中間ステップ定立の重要性を論じているとおり、本稿で検討してきた医療の法と倫理の協働に対しても示唆的である。一時点において、すべてが法化された状況に満足するのではなく、義務衝突を長期的な観点においてソフトランディングさせる努力を倫理と呼ぶならば、法と倫理とは現在と未来とを軸に合一することになる。

その法と倫理の協働は、現在の互恵的存在に対する倫理と、将来世代に対する制度的基盤を与えんとする法的責務の二つをとともに両立させようとする未完のプロジェクトであり、医療にまつわる倫理的ジレンマを法に翻訳し続ける未達のプロセスなのである。

-
- (1) 折しも、本稿が掲載される2015年10月1日に開始される医療事故調査制度を参照。
 - (2) 事例の選定にあたっては、樋口範雄編『生命倫理と法 第2版』有斐閣、2012年におけるCase 2を用い、一部抜粋・再構成した。
 - (3) 現に、積極的な報告を促す見解としては、厚生労働省主導の国立病院向けリスクマネージャー・マニュアル作成指針が挙げられる。同指針では、死亡または重大な障害が生じた場合における施設長による警察署への届け出を行うことを規定しており、日本外科学会の声明、全国病院長会議の提言でも、報告の警察署への届出を望ましい対処として論じている。この反対に、法曹・法律家からはこれらのソフトロー的な規制がまさに倫理的葛藤に医師を晒すことで、法的に認められた自己負罪拒否特権を弱体化させるものとして、消極的な見解を示している(注②における佐伯仁志の見解)。
 - (4) この点で、自由保障は国家に対するものであるとともに、社会的圧力に対しても同様に効力を果たねばならないとしたJ.S.ミル『自由論』における見解を参照。
 - (5) この点について、民法・刑法・行政法規といった多元的介入を避け、医療を促進する法の単一性を思考することで、医療への敬讓を示す見解として、アルビン・エーザー『医事刑法から統合的医事法へ』成文堂、2014年、p.272以下を参照。
 - (6) 医療従事者のための法を指す場面では、医療法学という呼称も提案されている。大磯義一郎、山田奈美恵、加治一毅『医療法学入門』医学書院、2012年を参照。
 - (7) 法哲学的観点と記したものの、少なくとも近時の法哲学分野の主流派が医療の法について独自の理論を打ち立ててきたわけでは必ずしもない。この点について、奥田純一郎「生命倫理」滝川裕英、大屋雄裕、谷口功一 編『逞しきベラリストとその批判者たち』ナカニシヤ出版、2015年を参照。しかし、法哲学が批判的に考察してきた法秩序下における人間像、また法と倫理の区分についての法概念論上の議論蓄積によって、医療の法についての動態的分析を施すことがとりわけ有益であると考え、その趣旨を踏まえて「法哲学的」としている
 - (8) 田中成明「法曹倫理と生命倫理」『生命倫理と法』2005年、p.285

- (9) 共同規制に見られるような現今のソフトロー領域の拡大は倫理と法を融和させる一つの処方なしている。生貝直人『情報社会と共同規制：インターネット政策の国際比較制度研究』勁草書房、2011年を参照。
- (10) この点について整理された近時の文献として森村進『法哲学講義』筑摩書房、2015年、第三章を参照。なお、法の静態的側面と動態的側面の複合体として法概念を整理したものととして、永石尚也「書評 森村進『法哲学講義』」『一橋法学 14巻3号』2016年をあわせて参照。
- (11) R.ドゥオーキンとH.L.A.ハートの2度にわたる論争においてこの点が争点化されている。ハート『法の概念』後記では、この規則性への批判に対して法の開かれた動態的側面および承認のルールといった制度的側面から、記述概念としての規則性の擁護が展開されているが、ドゥオーキンはハートの応答に対して規範的なリガリティ観の違いとしてあっさりこれを退けてしまっている。R.ドゥオーキン『裁判の正義』木鐸社、2009年、第7章を参照。
- (12) 公衆衛生倫理的な関心に基づく財源・保険・報酬、人材資源、供給体制、質確保の観点からドイツ、フランス、イギリスと日本の制度比較を行ったものとして、松本勝明 編『医療制度改革』旬報社、2015年を参照。
- (13) 赤林郎『入門・医療倫理 1』勁草書房、2005年、p.53
- (14) T.L.ビーチャム、J.F.チルドレス（永安幸正、立木教夫 監訳）『生命医学倫理』成文堂、1997年
- (15) 批判については赤林郎『入門・医療倫理 1』勁草書房、2005年、p.77以降を参照
- (16) A.ジョンセン『臨床倫理学』p.13における4分割表を参照。
- (17) 見取り図として『年報医事法学 29』日本評論社 2014年、鈴木利廣「医事法学の Principle（基本原理）について」がある。
- (18) 甲斐克則『ブリッジブック医事法』信山社、2008年
- (19) 手島豊『医事法入門』有斐閣アルマ、2014年
- (20) 『法学セミナー』57巻4号、5号、2012年、米村重人「医事法講義医事法総論1、2」
- (21) 村山淳子『医療契約論 その典型的なるもの』日本評論社、2015年、p.168以下
- (22) 医療契約の法的性質については、個別的契約としての債務不履行構成としての法性決定が定着している。これは主に証明責任分配の観点からなされたものであり、医療従事者および患者の意思と医療行為の性質にさかのぼって決定されたものではない。
- (23) ドイツの例では、助手医の当直への投入、専門医のいない小規模病院での産婦人科の営業、鎮痛剤施用の職員への委任、看護業務の素人への委任、時間ごと手術数の増加、集中治療室での配置人員の削減による最近感染増加、などの事故が報告されている
- (24) ここでは、一つの構成要件結果の発生に対して複数の行為者の過失が存在する場合を指す。
- (25) ここでは、組織体制整備の不備ならびに安全性・透明性等に係るチェック体制整備不備等全般を指す。その現れとしては、信頼の原則の適否が問題となる水平分業、管理監督責任が問題となる垂直分業、そしてチーム医療過失が含まれる。
- (26) 注意義務の内容を危険との比例性で定める見解に基づき、組織責任について組織と個人の段階分けを経たうえで、危険と権限、危険と地位・認識可能性、危険と業務負担を踏まえ、義務の多層性に基づく義務分担を検討する必要性が主張されるところとなっている。樋口亮介「注意義務の内容確定基準」『山口厚先生献呈論文集』成文堂、2014年、p.254以下を参照。
- (27) 最高裁判所の判例において明示的に体制整備責任に言及したものととして、横浜県市立大学患者取り違え事件（裁決平 19.3.26 刑集 61.2.131）がある。そこでは「医療行為において対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的基本的な注意義務であって、病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護婦の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましい」との判示がなされている。また、この体制整備責任を内部統制のあり方と並行的に論じるものとして、松本伸也

「責任限定法理としての機能する内部統制システム」『現代企業法学の理論と動態 第1巻(上)』2011年、「内部統制システムは何のためにあるのか」『NBL 971号』商事法務, 8頁を参照。

- (28) 樋口亮介「注意義務の内容確定基準」『山口厚先生献呈論文集』成文堂, 2014年, p.261を参照
- (29) 山中敬一『医事刑法概論1』成文堂, 2014年, p.781。もちろん, 山中が例示する横浜県私立大学患者取り違え事件(裁判平 19.3.26 刑集 61.2.131)のように, 他人の過失行為の介入の促進的素地が形成されている過失の段階的競合の事案では帰属は中断されないことが多い, としている。ただし, この見解は「人間は因果をコントロールできる」(p.777)という楽観主義とその期待の裏返しとしての非難感情に過剰に依拠するものでもあり, 上記判示中, 体制整備責任の懈怠時における個別的注意義務を認める「これらの状況を欠いていた本件の事実関係を前提にすると, 手術に関与する医師, 看護師などの関係者は, 他の関係者が上記確認を行っている」と信頼し, 自ら上記確認をする必要がないと判断することは許されず」との判示を追随するものである点に難がある。つまり, 同見解は, 応報感情・責任感情に基づいて過失を問いうる先を執拗に探し回る歯止めのない帰属を招きかねない点においては, 妥当とはいえない。山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』p.643, 663, 674以下も参照。
- (30) 近時の医療に関する刑事訴訟件数の減少傾向は, 平成11年以降の一連の刑事事件化に対する反省を踏まえたものとして分析されている
- (31) これを一人称の医療, 二人称の医療, 三人称の医療という形で多層化させ, 分類する見解として岩瀬・中森・西田編『刑事法・医事法の新たな展開(下)』信山社, 2014年第29章奥田純一郎「医療に対して法はどう向き合うか?」p.17
- (32) 一つの例として, 憲法学上の議論におけるジェファーンソンの主権論とハイエクの議会制改革論を参照
- (33) 例えば, 終末期医療についての樋口範雄による日米比較を参照。日本老年医学会平成23年度シンポジウム 樋口範雄発言「認知症の終末期ケアを考える: 死生観を見つめて」『生命倫理と法』p.88
- (34) アルビン・エーザー『医事刑法から統一的医事法へ』成文堂, 2014年, p.272以下
- (35) 例えば, このような論点はとりわけ動物胚の取り扱いにおいて最も先鋭的に現れるように思われる。動物胚の取り扱いにおいては種差分別の利益が極めて重要となるが, この境界を曖昧化する場合には, 人にあらずる人という類型を生み出し, その取扱いにおける放緩化を招きうるというアガベンズの指摘が妥当する。この曖昧化は, 人と動物の境界を曖昧化することによってその利益保護を狙う, いわゆる動物の権利論における実践的な関心をむしろ理論的に掘り崩すものであり, 長期的には我々の直観の基礎を医事不可能なものにする点で, 禁止が正当化されるものと思われる。法的観点から, 特定胚指針7条にかかる動物胚研究の要件の一つに種差分別の境界を侵害することを厳格に禁じるものとして町野朔『生と死, そして法律学』2014年
- (36) そのためにエーザーは, 人的な統一体としての医事法学者集団, 方法論的統一性, 領域越境性, 制度的確立の重要性を強調している。
- (37) 甲斐克則 編『インフォームド・コンセントと医事法』信山社, 2010年第三章 田坂昌「治療行為とインフォームド・コンセント」p.63
- (38) 私見によれば, そもそもこの混乱は構成要件該当行為の危険創出をどの程度客観的に把握するべきかについての議論の錯綜に端を発しており, そのため, 医療行為の定義づけにおいて不可欠の要素たる医療行為特有の類型的危険の意味ならびにその社会的受忍の限度(許された危険)についての哲学的考察なしには, 倫理的ジレンマを法制度の中に移し替える試みは達成されないものと思われる。
- (39) Daniel C. Russel, 'What virtue ethics can learn from Utilitarianism', Cambridge Companion to Utilitarianism, 2014