



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	身体の(民事)法的位置づけをめぐって - 「身体的人格法」研究序説(1) -
Author(s)	東海林, 邦彦; SYOJI, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 55(3), 452-410
Issue Date	2004-09-15
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15302">https://hdl.handle.net/2115/15302</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(3)_p452-410.pdf



# 身体の(民事)法的位置づけをめぐって ——「身体的人格法」研究序説(1)——

東海林 邦彦

## 目 次

### I 序

I-0 はじめに(本稿の趣旨・構成など)

I-1 「今日の身体問題」

(1) 「身体資源化問題・一般」

(2) 「身体操作問題・一般」

(3) 「生殖関連(資源化&操作)問題」 (以上、本号)

(4) 「身体情報化問題」

(5) 小括

I-2 「一般的身体問題」

### II 身体の(民事)法的位置づけ

II-1 「古い革袋」

II-2 「新しい革袋」

### III 若干の個別重要論点の批判的検討

### IV 結論にかえて

## I 序

### I-0 はじめに（本稿の趣旨・構成など）

1) 以下数回にわたって分載予定の小稿は、筆者がこの二年余りの間、科研費補助のもと、多くの関係者の方々との共同研究プロジェクト\*を遂行する過程で模索し続けてきた基礎理論の総論的検討課題に対する、現段階での到達点をまとめたものである。

\* 科研費の正式名称は「平成14-15年度 文部科学省・科学研究費補助金（基盤A2、課題番号：14202005）、研究代表者・東海林邦彦、研究課題名『人体利用等にかんする生命倫理基本法・提言のための研究プロジェクト』」（略称は、上記・研究課題名から「人倫研プロジェクト」）である。

上記研究プロジェクト「人倫研」のテーマじたいは、すぐれて時代先端的な、そして（法律学の伝統的枠組みの視点からは）いささか特殊的周辺のテーマというふうには受け止められかねない類のものであるが、しかし私見のかぎり、その提起し内包する問題性は、(1)まずもって何よりも（以下の本論Ⅱで詳述されるところからも窺われるように）法律学基礎理論の次元においては、わが伝統的法律学の（「人-物-所有」等を中核とする）体系的ないし概念的準拠枠組みそのものの再構築を迫る体の根源の本質的な内容のもの（さしあたり筆者じしんの基本的問題意識としては、筆者年来の構想課題としての「現代日本・民事法・理論体系」構築のための「隅の首石」の一つとして「身体的人格法」理論の構築ということがあり、本稿はそのための「研究序説」という位置づけになる）と考えられるし、また、身体論を基礎とする法的人間（像）論ないし法主体論の再構築、ひいてまたより一般的には「科学技術の法的制御」「倫理と法」などの基礎的諸課題にもつながり、(2)またさらに規範的実践の学としての法律学の次元においては、（現代社会における「今日の身体問題」（I-1）を出発点とし、それを含みつつも、より普遍的な「一般的身体問題」（I-2）を展望しつつ展開されるべき）人間身体・組織の法律学的位置づけ（Ⅱ）、さらにそれから二つの基礎的作業をふまえて、とくに、上記「今日の身体問題」を中

心として提起されている若干の個別重要論点をめぐる法理論的検討(Ⅲ)という、いずれもほとんど未踏・未開拓といってよい諸問題にもつながるものと考えられる。(而してまた、以上のような種々の意味でも本稿は、法律学者を主たる名宛人とする本誌への投稿の価値ありと判断した所以である。)

以上のように本稿は、主としては先端的医学・医療の提起する、すぐれて今日的な諸問題を直接の素材・課題としつつも、同時に又、民事法理論体系の再構築という筆者年来の構想を遠くに透視しつつ、その一環として、身体の「人格法」的位置づけという、より一般的基礎的課題に取り組もうとするものである。もとより、本稿が扱うテーマは上記のことからも直ちに想像されるように、根本的かつ未踏の問題であるがゆえの困難さを避けがたい。小稿はそれへの取り組みの、ささやかな一里塚でしかないことは何よりも筆者の私自身が自覚するところであり、忌憚のない御批判・御叱正を期待するものである。

2) なお、上記共同研究プロジェクトの基本的趣旨・目標等については、すでに本誌54巻6号136頁以下掲載の(本・共同研究プロジェクトの一環として開催された)2003年6月のワークショップ記録「[人間の尊厳]と身体・生命の倫理的法的位置づけ(1)」に寄せた・筆者の前書きを、また本稿の(文字通りの)アウトラインを示すものとして(これまた同様に上記ワークショップでの筆者の口頭報告の速記録に最低限の加筆修正をくわえた)本誌55巻2号の小稿を、それぞれご参照いただければ、本稿の意図するところがより一層おわかりいただけるものとする(なお、これ以外に、本稿に関連するものとして、本・共同研究プロジェクトの研究作業の一環として一年間にわたり刊行し、関係者に配布した「人倫研 News Letter」1, 3, 6, 9, 12等の各号に投稿した小稿があるが、これは必ずしも公刊とは言い難いものであるので、その中の関連するものは可能なかぎり本稿中にも適宜取り込むことにした)。

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

3) 本・研究プロジェクトのささやかな「成果」としては、下記のような基本的構成部分（それぞれについての各ワーキンググループ担当者名は省略）からなる「生命倫理基本法・提言」をその中心部分として、各種ワークショップ・シンポジウム等の記録、関係者の論稿、上記「人倫研NL」ないし各種データベース資料等が存するが、そのうちの中核的なものは、報告書としてとりまとめられ、事務当局ないし関係者に提出ないし配布することができた（ただし、関係者への配布は、予算の制約もあって、活字体ではなく、CD-Rという形式をとらざるをえなかった）。

#### 0 序

1 「生殖関連身体・組織の利用等にかんする生命倫理基本法」提言

2 「生体関連身体・組織の利用等にかんする生命倫理基本法」提言

3 「死体関連身体・組織の利用にかんする生命倫理基本法」提言

4 「臓器移植関連・生命倫理基本法」提言

5 「（遺伝情報をふくむ）医療情報関連・生命倫理基本法」提言

6 「規範形成・実現（手続・機構）にかんする生命倫理基本法」提言：

而して本稿は、以上の「提言」中の（筆者が担当した）「0 序」（その基本的内容は、「基本法・提言」作業にあたっての、われわれの問題意識・現状認識、「提言」の構成・課題・目標、作業経過・方針・分担等）のうちの、とくに理論的総論的中核部分を、その後のさらなる検討・思索をふまえて、補完し膨らませたものという位置づけになるが、他方、「1」以下の各「提言」本論部分についても、これを可能なかぎりブラッシュ・アップし（CD-R形式ではなく）活字化して広く世に問うことが、科研費補助を受けた者の・社会にたいする倫理的責務ではないか、との思いから、担当執筆者各位の承諾を得て、本誌・次号以下に「資料」として順次分載させていただくこととした次第である。（その第一回掲載分は上記1（ないし部分的には、0）にあたる部分で、筆者の担当である。なお、この各「提言」は、各ワーキンググループ担当者がそれぞれの考えと文責においてとりまとめられたものであり、プロジェクト全体としての意見統一は当初から全く意図されなかった。しかし2以下の各部分についての筆者じしんの見

解は、可能な限り、本稿Ⅲにおいて言及する予定である。)。これらについても、本稿をいわば各論的に具体化し補完するものとして、本稿とあわせてご参照賜れば幸いです。

4) なお以下では、参照文献の引用は(筆者の思うところにより)必要最低限のものに限らせていただいた。

### I-1\* 「今日的身体問題」

\*以下に、(「序」としては、いささか不釣り合いに思われるほどに) やや詳細に、(本稿の直接の検討課題である) 上記「今日的身体問題」の論点を整理・紹介するのは、主として以下の理由による：

1. 本稿の主題が(表題のとおり)「身体の(民事)法的位置づけ」といういささか漠とした、かつすぐれて法理論的なテーマに関連するものであって、それゆえの論述・思考のいたずらなる拡散・抽象化を防ぐために、それがさしあたり出発し、定位すべき、(一つの) 繫留点=具体的現実的検討対象を明確化しておくこと、少なくとも、われわれの思考がさしあたり直接対峙すべき具体的問題のリスト・全体像を描き止めておくこと、は、何よりも、われわれ自身の検討作業にとって有益と考えること(そのような意味でも、当然のことながら、本稿Ⅱ以下の一般的理論的検討は、あくまでもそうした「今日的問題」の地平を出るものではなく、それに規定された限定的妥当性を有するものに過ぎない。しかもⅡないしⅢは、それら「今日的問題」としてリストアップされたすべての問題を逐一かつ網羅的にとりあげるものではなく、むしろそれら諸問題に通底する根本的かつ重要な問題点のみを重点的に取り上げようとするものである。);

2. 本論ともいべきⅡないし法学的検討の動機ないし前提をなすところの、われわれの現状認識なり、その問題把握を事前に明確にしておくことは、そこでわれわれの問題設定なり推論等の理解に資する、少なくともあり得べき誤解等を避けることに資する、と考えられること；

3. 本稿のさしあたり直接の名宛人である法学専門研究者の大部分の方にとっては(少数の(本主題に興味をもち、又は主体的に関わっている)研究者を除き)、生命倫理ないし生命科学の最先端の研究・応用が提起する倫理的法的諸問題の一つである本「今日的身体問題」がいかなる内容のものであるかは、

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

決してなじみの深い問題、少なくともそれについての包括的かつ系統的な一定・共通の問題認識・実態把握が成立しているとは考えられず、一通りの説明が必要・有益と考えられること。

近時（そしてさらに、予想される最も近い将来）におけるライフサイエンスないしバイオテクノロジーの驚異的進展等を背景に、人間身体をめぐる提起されつつある倫理的法的社会的な諸問題（以下、簡単化のため**ELSI**\*的問題と略称）、そのような意味においてまさに「**今日的** **身体問題**」\*とも称すべき諸問題として、現代における「倫理・法・社会＝政治」がその焦眉の急を以て解決を迫られているクルーシャルな諸問題は、私見の限り、根本的には要するに、以下の四つの問題群、すなわち、その倫理的法的問題性において互いにその内容・質を異にする三つの問題群に整理・集約しうるように思われる：

- （1）「（生殖関連身体以外の身体の、生殖関連目的以外の目的での）身体資源化が提起する**ELSI**的問題」（以下、単に「**身体資源化問題・一般**」と略称）、
- （2）「（1）と同様の意味での」身体操作問題」（以下、単に「**身体操作問題・一般**」と略称）、
- （3）「（生殖関連身体に固有・特有な）身体資源化ないし操作問題」（以下、単に「**生殖関連（資源化&操作）問題**」と略称）、
- （4）（以上3つの、いわば身体そのものの有する「有体的価値」の側面とは異なり、身体の「情報的価値」の側面での「資源化」を中心とする諸現象の提起する**ELSI**的問題群ともいうべき）「**身体情報化問題**」

\* **ELSI**：ethical, legal, and social issues の略；

これは（よく知られているように）さしあたり直接的には1990年代アメリカ合衆国を中心としヨーロッパ・日本の科学者をも巻き込む形で始まったヒト・ゲノム解析研究プロジェクトにおいて、総予算の数%を、その倫理的・法的・社会的観点からの検討にも割り当てるということ（そのための特別のプログラムの構築・実施、委員会等の機構の立ち上げ）等を背景として建てられた概念であるが、本稿ではより一般的に、先端医療技術等が提起・含意する生命倫理的諸課題・問題性の諸側面と、それにたいするアプロウチの視点と、を示す用

語として、適切であるとの理由から、しかも日本語での長い表記の煩わしさを避けて、その原語の略語たる（いまや我が国でも少なくとも生命倫理関係の分野では定着しつつあるかにみえる）「E L S I」をそのまま使用することとする。

むろん、ここで厳密には、まさに我々自身が、ethical, legal, social のそれぞれの語の含意する概念的内容をどのようなものとして規定するか、また、それぞれの間の経験的ないし規範的關係づけ如何等の、それじたい根本に関わるアポリアが、本・研究の基礎・前提としても横たわっていること言うまでもない。而して、その点の一般論・抽象論にかかずらうことは、少なくともここはそのための場として適切でもなく、また何よりもその余裕・能力も持ち合わせていない（我々としては、さしあたり本稿の以下の主題・個別問題との組みのなかで随時、具体的かつ主体的に、それらのアポリアについて思索を深め、自説を提示し、検証を重ねていく、ほかないと考えている）。

ただここで、（本稿の・以下の論述展開のために本質的な重要性を有すると考えられる、下記のような）我々自身の若干の仮設的枠組みを最低限度注記しておくことは、起り得る誤解等を避ける趣旨からも、有用・適切ではないかと考えられる：

・ **ethical** というとき、ここでは何よりも専門職能・研究集団ないし組織内部の自律的倫理規範が第一次的には想定されており、第二次的に（その対・全体社会的正当性根拠としての）国家・社会全体としての最大公約数的道徳規範が考えられているのであって、少なくとも個人の内面的自律規範や協同体的關係的規範、さらには宗教的規範としての倫理は、さしあたり直接的にはここで視野の外に置かれる；

・ **legal** というときは、なによりも第一次的には、主権国家における権力的サンクションによってその最終的実効性を担保される実定法的規範の総体が含意されているこというまでもないが、生命倫理の分野でもとくに近時我が国では、形式的かつ厳密には「法令」とは言い難いものの、一定の行政的実質的サンクションをとまなう形での、行政主導型の各種「ガイドライン」（倫理指針）が叢生するにいたり、それらのいわばソフトローをもふくめた規範の総体の批判的分析と、それらをも視野に収めた立法・制度論が不可欠である。また、実定法的行為・制度規範の外延的内容としては、私見による体系構想のもとでは、少なくとも人権秩序・刑事法秩序・民事法秩序という三つの次元・分

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

野が生命倫理分野における本質的重要性をもつものとして位置づけられ、それらの有機的体系的関連づけのもとでの立法・制度論が構想されなければならないと考えられるところ、本稿では筆者の専門領域に規定されて、さしあたり民事法を中心とした視点からの検討に限定されざるを得ないことをお断りする。

なおまた、法と倫理の関係如何という周知のアポリアはここでも、（それについての具体的論点をめぐる一定の態度決定如何が現実的実践の切実さをともなう形で突きつけられることも少なくないという意味でも）クルーシャルな問題であり、筆者も種々模索し思索し続けてきた問題である（上記「人倫研プロジェクト」の遂行過程でも、二度ばかりとくに倫理・哲学系の研究者を中心とした研究会でそれに関連したテーマで報告を試みたほか、「人倫研NL」第9号巻頭言でも、「「倫理<政治>法<科学・技術ないし市場の論理」から「倫理>政治>法>科学・技術ないし市場の論理」へ」と題したエッセイ風の小論を発表した」が、ここではさしあたり、とくに本稿が取り組もうとする先端医療の生命倫理的諸問題領域にあつては、既存の実定法体系から何らかの・明確かつ説得的な規範的結論を引き出すことは困難な場合が多く、そのような意味では法規範の基本的方向性は倫理的論議・正当化の延長線上で論定するほかないことが多いということ、しかし他方同時に、この分野ではとくに法の謙抑性が強調されるべきこと、また多様な価値観の平和的共生・共存を可能なかぎり実現する寛容な社会を理想とする立場からは、法はあくまでも可能なかぎり脱・倫理的な社会的調整技術の一翼としての役割に自足すべきであるということ、この相矛盾する要請の緊張関係のなかで、さしあたりの・相対的妥当性をもつ解を見いだしていくこと、それが、少なくともここでの法律学がとるべき基本的方向性であろうことを、我々自身の仮設的な方向性として提示しておきたいとおもう。

・ **social** ということばによって、我々としてはここではとくに、先端医療・医学の提起する、医療資源等の資源配分的観点からの公平性ないし効率性の問題、家族関係・人口問題ないし「種としての人類」をふくめた自然生態系・将来世代への影響をふくめた問題性、さらにはその問題性の・適正な倫理的法的制御のための社会的合意・規範形成過程という意味での「政治」のありよう、等までも包括した広い意味で考えたい。

\*\*\* 「今日的身体問題」—— 本項目ないし用語についての若干のコメント：

1. 以下の4つの問題群に区別整序する理由・意義、それら相互の関係(とくに、(1)ないし(3)のいわば「身体の有体的価値の側面での資源化ないし操作」と(4)の「身体の情報的価値の側面での資源化ないし操作」問題との関係、(1)と(2)の関係)等については、各問題群のそれぞれの然るべき箇所而言及されるであろう。

2. 本稿全体を通じてのキーワードともいふべき「身体」という語については、とくに文脈的必要上、「身体・組織」という用語法を例外的に使用したり、「胎児」「配偶子」等の普通名詞を使用する以外は、[人間の生殖過程—成体たる生体—死体とそのバリエーション(遺骨等)]という時間的変化の各フェーズに於ける人体ないし組織(後者の「組織」という語も本稿では、医学ないし生物学的に厳密な意味でのそれではなく、要するに「(成体としての)丸ごと人体」以外の、遺伝子—DNA—ゲノムから細胞—器管・臓器等に至るまでの、人体部分の全体を包括する名称として用いる)を総称する意味で用いることとする。ただし(医療情報・遺伝情報をふくむ)「身体情報」という語は「有体的存在」としての上記「身体」と対比する意味で区別してもちいる(身体情報の概念規定の問題は本論集・次号掲載予定の上記(4)の項で詳述の予定。ともあれ以上のような意味では、「身体」という語は本稿では、遺伝・免疫系脳・神経系等の情報系としての身体構造・機能を除外したものとして捉えられることとなる)。ちなみにまた(「身体」とともに本稿における他のキーワードたる)「人格」「人間」「人」「ヒト」ないし「物」「モノ」「財貨」等の定義・概念規定にかんしては、とくに後述(Ⅱ)で言及の予定。

3. 「今日的」という語については要するに、時制的には現在形ないし現在進行形、または(高い蓋然性をもって予想しうる)近未来におけるという程度の意味であって、とくに現代的ということばを強いて避けたのは、近代—現代ないしモダン—ポストモダン等の語が伴いうる、ある種の(筆者じしんとしては、少くともさしあたりここでは深入りを避けたいところの)ポレミックないしイメージを忌避したかったからでもある。

## (1) 「身体資源化問題・一般」:

(1-1) 社会現象としての「身体資源化問題・一般」:

生殖医療・医学、移植医療・医学、再生医学等の生命・医科学ないし

身体の（民事）法的位置づけをめぐって（1）

その応用技術の展開、さらには（とくにDNA・遺伝子レベルでの）生命科学・技術の研究・応用の発展・深化等の諸動向のもと、いまや人間の身体は、何よりもまずそれじたいとしての「有体的価値」の側面において、（その「情動的価値」の側面とともに）、以下のような諸々のフェーズ、目的、対応等の諸局面において「資源」としての高い価値をもつに至っている（「宝の山」としての人間身体・組織（ないしその情報）」と囁かれる所以である）：

**[如何なるフェーズにある身体・組織か、という観点からは]**

人間身体・組織は今日、以下のように\*（後述（3）の表（H I）における生殖関連の身体・組織までふくめると）まさにその生の始期段階から、生きた人体とその組織の段階（H II）、そして更にその終期たる死体の段階（H III）という、ほとんどあらゆる時間的フェーズにおいて、かつ又、それぞれの段階でのほとんどあらゆる「構成要素」的フェーズにおいて、いまや「資源化」の対象と化しているといつてよいであろう：

\*なお以下の（1）ないし（3）の、身体組織の「資源化」ないし「操作」をめぐるリストは、

- 1：すでに国内外で臨床応用が標準的「医療」としてエスタブリッシュされたもの、
- 2：国内では学会規制等により禁止されているが、事実上実施されているもの、海外での実施例が報告されているもの、さらに
- 3：技術的可能性は予想されているが、なお研究・実験段階のもの、までを、広く包含するものであるが、それらはあくまでも現時点で報告者が把握し得た情報から報告者が取捨選択を加え整理したものにすぎず、言うまでもなく全部を網羅するものでもなく、しかも、この分野の研究・応用も日進月歩であって、今後予想もしない利用・操作等が研究・応用される可能性に開かれた、そのような二重の意味で、不完全なものであることを、蛇足ながらお断りしたい。

H II : (「資料化」の対象たる) 生体たる身体じたい、生体由来の組織)

:

- 1 : 生体たる人体全体 (例: 新薬治験等の制度化され組織化されたものから、事実上の人体実験にいたるまでの研究・実験的「資源化」)
- 1' : 無脳児等重症心身障害新生児
- 2 : 生体の部分としての細胞・組織・臓器 等
- 2-1 : 本人の治療・検査等のために採取された組織・臓器等
- 2-1-1 : 再生可能な臓器、血液・骨髄液、皮膚等; 体細胞
- 2-1-2 : 再生不可能なそれら
- 2-2 : 他者への移植用組織・臓器、またその不使用部分の利用
- 2-3 : 病因解明用組織、またその目的外使用
- 2-4 : 研究・教育的利用目的での提供組織、またその目的外使用
- 2' : (体細胞から樹立—培養—分化・増殖された) 幹細胞株
- 2'' : 遺伝子・DNA ないし染色体

H III : 死体じたい、死体由来の組織、またはその変形物 (遺骨等)、

- 1 : 過去形のヒトとしての死体そのもの
- 1' : その組織
- 1'' : 変形物 (遺骨等)
- 2 : 脳「死体」

[如何なる利用等の目的での資源化か、という観点からは] (後述 H I については、これ以外に、いうまでもなく生殖等目的での利用・資源化が、加わる)

- P 1 : 医療 (例、各種移植、輸血用等)
  - P 2 : (生命・医科学・バイオテクノロジー等における) 研究・実験
  - P 3 : 新薬開発・「創薬」のための研究・実験・開発、「人体由来医薬品」等の人体由来「産物」の生産 (例、血液製剤)
  - P 4 : 教育 (例、献体等)
  - P 5 : 審美的「医療」、そのための産業的利用
- 而して、これらの資源的利用は個別人体についての個別医療ない

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

し研究等の次元を超えて、大量の人体組織（例、献血）の収集・管理・加工・提供等が現になされ、組織的研究・開発・利用のためにする、大規模な量の「需要」の増大として現象している。

…而してこれらの資源的「需要」にたいし**社会・国家がどのような形で応えているか？**

この点、国家プロジェクト的規模の組織のないし資金的裏付けをも伴うものから、個別医療・研究機関組織ないし製薬企業等の個別プロジェクトにいたるまでの、個別的ルートでの「調達」から、各種の人体組織ないし情報収集・管理・利用のために制度化され組織化された「バンク」化・ネットワーク化（身体組織ないし遺伝関連情報についての各種「バンク」、各種臓器・組織の移植関連ネットワーク等）、システム化（その典型的かつ制度・体系的なものが、薬事法下での新薬治験体制であることというまでもない）のための体制が構築されつつあり（そのような意味でそれは同時に、身体資源の「社会化」という側面をも有している）、しかもそれら「供給」のための〔情報－モノ－カネ－ヒト〕等の諸要素は、とくに欧米諸国を中心に、一国の垣根を越えて、グローバルに移動し、その関係は一定程度 *de facto* な形でルール化システム化されつつあり、ひいてまた、ここでは、当該身体資源をもちいての研究・実験がそのまま産業的開発－特許獲得をめぐる国際的競争と直結しているという現実もまた否定できないものがある；

而してまた、このような「需要」と「供給」の社会的現実の下、上記のような、人間身体・組織ないしその情報の「資源化」「社会化」の趨勢の赴くところ、事実上、多かれ少なかれ、その「商品化」「営利化」の動向もまた、すでにしばしば指摘されているように、否定できないところである（現に、移植用臓器の「不足」、その帰結の一つとしての「移植臓器ツアー」ないしブラックマーケット化等のボーダーレスな現実、さらにこれらを背景として、いまや国際会議等で公然と「臓器売買の一定のルール化」の

とでの公認の必要性」等が語られるに到っており、筆者自身も一再ならず、直接間接そのような趣旨の主張を耳にしている)。

### (1-2) ELSI 問題としての「身体資源化\*問題・一般」:

\*ここで「資源化」という、やや曖昧な語を用いるのは、身体組織の利用による・その対象化の程度如何、すなわち、[奴隷という形での身体＝労働の強制－(自由意思による、または、よらざる)身体部分のパーツ化・代替可能化－(身体丸ごと、または身体部分の)対象化・資源化(研究利用等)－手段化(例、胎児の・特定目的での妊娠－中絶)－「財産」化－商品化(このなかでも、「自由意思」による、臓器の売買と、労働力の「商品化」との間には、自ずから差異がある)]等の諸階梯によって、その倫理的評価が異なって然るべしとの判断、それ故にまたそれら全体を統合する中性的な用語が必要であるとの判断によるものである(家畜はこれらのすべての段階での利用対象であって、その意味において法的にも、単に財産であるだけでなく、まさに物として扱われているわけである。なおまた、この意味でも身体の「客体」化・対象化(それと一体としての「利用」)一般が倫理的に問題なのではないことに注意)。

#### (1-2-1) 資源化が法的に許容され正当化される根拠・範囲・基準・要件等如何?

まずもって(その「資源化」の対象が、人間そのもの、ないし人間の身体に由来するものであるが故に「原則禁止」という原理的観点に立つとした場合、その禁止を解除し)それをどこまでモノ的に手段化・資源化し、財貨・商品的価値を有するモノとして扱ってよいか、一般的には全ての身体組織につき、かつ[提供・収集－保存・管理－加工・培養－配分－二次利用・目的外利用－「産物」化－廃棄・放棄 等]の一連の関連する諸過程のそのすべての段階で、問題となりうるが、とくに、最初の[提供－収集]等のいわば「入り口」ないし「川上」の段階につき、ある種の身体・組織に関しては(例:卵子、受精卵、胚、胎児、死亡胎児等の生殖関連組織に関してはいうまでもなく、脳死段階での身体の臓器等につ

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

いては周知の通りの激しい議論があり、またとくに我が国では広く行われながら脳死移植の場合に比較してあまり論議のない生体移植、また脳・神経組織の利用について、等等）、そもそもその行為の是非じたいが、いかなる目的を以てしてであれ、倫理的に問議の対象となり得、仮に結論的に「原則・是」とされるときも、そのための法的正当化の根拠、「是」と「非」とを分ける基準如何、さらには、その「正当化」の実体的ないし手続き的基準・要件如何（一般的には、如何なるフェーズの、何を、誰が、如何なる目的・態様で、いかなる方法・手段・過程で、利用するのか；また逆に、誰が、如何なる目的、方法・過程で、それを提供するのか、等の諸問題）等が、問題となりうる（例、脳死身体からの臓器提供・摘出とその移植利用の正当化根拠・要件等をめぐる一連の論議と、実定法における一定の要件化）；

以下ではとくに、上記最後の・正当化の基準・要件の問題につき、実体的次元（1-2-1-1）と手続き的次元（1-2-1-2）の双方に分けて、その「問題」の基本的所在・内容をやや具体的にみておくこととし、然る上で、実際にその「資源」的利用がなされた後に発生・随伴する諸問題の具体的内容・所在を明らかにし（1-2-1-3）、最後に以上を小括して、これら「資源的利用」全体を通じてのELSI的な根本問題の所在につき言及する（1-2-1-4）こととしたい。（ただしその本格的検討は、それら諸「問題」をどう考え処理すべきか、とくにいかなる準則を策定すべきか等についての下記Ⅲの各論的検討にゆだね、ここでは単に主要論点の発見・整序に止めざるを得ない——なお、この点は以下の（2）（3）（4）それぞれのELSI問題の検討部分についても同様である）：

（1-2-1-1）実体的次元での正当化要件：

1. とくにその「資源化」の諸過程におけるその利用目的についての正当化要件：

この点については、上記（1-1）における・社会的現実としての「利用目的の諸類型」（研究・実験ないし臨床・医療的利用、新薬開発等の産業的利用等P1～P5の区別）についての倫理的社会的評価・価値判断が、

法的正当性如何にとつての規定要素となりうるが、その評価・判断における類型対比的準拠枠組みの例としては、たとえば以下のような例が考えられるであろう（結論先取的にいえば、一般的には、右項にいくに従って倫理的評価は、非寛容的なものとならざるをえないであろう）：

- ・本来の「病気の治療」のためといえる場合（「医療」的利用）v s そうとは言えない、又は言いにくい場合（例、苦痛緩和等、審美的外観・身体機能等の改良；研究・開発のための利用（純粋基礎研究、臨床的研究、創薬等のための実験・開発等）；教育的利用）\*

\*何をもってその（「治療」が正当化される）「病気」であると、また何をもって（それがE L S I的に許容・正当化される）「治療」であるといえるのかが正に根本的にここで問われなければならないこととなるが、この点につき、さしあたり、後述「(2)身体操作問題・一般」中の(2-1)1の注記を参照されたい。

- ・システムの組織的利用 v s 個別的非組織的利用
- ・非営利的公共的利用 v s 営利的産業的利用
- ・本来の利用—当初の・提供本来の目的とは異なる目的での「二次的・他目的利用」等
- ・非生殖的利用—生殖的利用・操作（純・不妊「治療」用、（生殖の質・内容等の選択等のための）優生的利用・操作、生殖の方法そのものの選択的利用・操作（クローン等）

## 2. 手段・方法等における正当化要件：

この点との関連ではとくに、「商品化」「営利化」等の上記趨勢のもとで、提供方法・過程の無償・任意性要件、利用・配分主体・方法等の「公益・非営利性」要件等の諸点が検討されるべき重要課題ということになる。

(1-2-1-1') その他の関連諸問題：とくに、上記ポウダース化にとまなう固有の問題：例、外国からの輸入（例、胎児組織、胎児培養細胞、硬膜、成長ホルモン治療用の死体脳下垂体、移植用「不使用」

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

組織、各種幹細胞株等）にたいする、国内規制との整合性をもった、あるべき規制如何という問題；

（1-2-1-2）手続き的次元での正当化要件：

とくに、いわゆるインフォームド・コンセント（Informed Consent 以下、IC）要件\*に関連して、その具体的要件化とその適用に当たっては、基本的には次のような本「資源化」現象に固有の困難な問題性が存在することに注意すべきである：

すなわち、従来の医師-患者関係の場合における IC 法理は、直接的には主として、フェイス・ツウ・フェイスの二者関係における、患者の病気治療との関連での、したがって関連する事態・情報の展開が双方にとってある程度把握可能な（但しその現実における「把握」の非対称性の）状況モデルにおいて、患者の意思・利益・権利の尊重・擁護という（それ自体正当な）目的・理念のもとで展開され確立された法的準則ということが原則的にはいえるように思われるところ、これとの対比における上記「資源化」における IC 要件をめぐる事情の構造的特質として、以下の諸点を指摘しておく必要があるであろう：

\*IC 要件を「手続き的次元の正当化要件」に位置づけることには、異論も予想されるところであるが、私見によれば、たとえば自己身体への医療的侵襲への「同意」は、論理的にも経験的にも、その医療行為の内容の実体的結果の正当性を必然的には意味しないのであって、それはあたかも、政治的意思決定における国民の選挙を通じての多数決「同意」という、決定過程・手続きの「民主主義」的正当性・合法性が、少なくとも論理の次元でも、また過去の多くの歴史が示すように、決して必然的に、決定内容・結果の実体的正当性を保障するものではない、という（ある種自明の、しかししばしば「民主主義」的意思決定手続き・過程を不当にも実体的正当性と混同・同一視する如き思考停止的言説・観念に事欠かないが故に、今日なお言い続けていく価値のある）真実と、形式的には類比されうべきもの、と言っても過言ではないであろう。なお、この点については、下記Ⅲにおける各論的検討の一つとしての、IC 要件の批判的再検討をも参照されたい。

（医師－患者関係における場合と、本「資源化」の場合と、いずれの場合であるかを問わず、一般に）IC法理そのものに内在して、とくに近時指摘されることの多い、しかも根本的には今日なお克服されていない諸問題、すなわち、その・医療行為正当化法理としての理論的根拠・位置づけ、現実的意義ないし機能じたい如何、「I」すなわち情報提供要件の側面、「C」すなわち同意要件の側面の、二側面における、その現実的ないし理論的な諸問題等は、さしあたりここでは措く。

1. 提供者とその最終的利用者との関係は、多くの場合、上記〔医師－患者〕関係のような直接の二者関係ということは稀である；しかも、上記「資源化」の諸過程を川下に下れば下るほど、その資源的利用の対象じたいが、いわば一層「無人称化」され、提供者自身の支配下を離れて研究機関等のメカニカルな保存・管理のもとにおかれ、利用・分配等がなされることとなる——総じてこれらの事情じたい、〔医師－患者〕関係でのIC法理の拠って立つ事情とはかなり異なるものがあることを示すものであって、「I」「C」いずれの次元においてもそれとは異なる配慮が求められているように思われる；

2. ICの直接の当事者が〔医師－患者〕間であるとしても、それが治療行為に関連し、その一環としてなされる場合にも、そもそもその同意の任意性につき、そしてさらに余剰検体・余剰胚の利用等の二次的他目的利用等のためのICや、またさらに当該医師ないし医療機関が、直接の（臨床）研究等の目的で、さらには他機関等への提供媒介機関としてなされる場合のICにあっては、一層その任意性につき、慎重なチェックが必要であると思われること；

3. 現行「脳死・臓器移植法」の場合におけるように、ネットワークとして組織化制度化された〔提供－利用〕の場合においても、組織・DNAバンクのように、大量の「資源」「情報」がマスとして収集・保存・利用される場合においても、提供者と（最終）利用者間の具体的関係性は捨象され、そのような意味において（象徴的な表現をもってすれば）

アナニマス化、没・個性化、没・主体化されざるを得ない。そしてさらに、これらの提供行為は多くの場合、自己や近親者等の利益ではなく、あくまでも利他的なボランティア精神で、場合によっては「医学・医療の発展、それを通じての潜在的ないし将来世代の健康・生命への寄与」という、それ自体としては慫慂さるべき崇高な理念・動機のもとでなされることになるわけであるが、それだけにまた、その「同意」の主観的ないし事項的対象にかんする抽象性は否定しえないものがあるといわねばならない；

4. 提供された対象「資源」の利用主体・目的・方法・形態等は、提供当初予定されたそれらとは、研究・医療等の事態の展開によって多様に変化する可能性があり、そのため当初のICの段階でその変化する事項をすべてカバーすることが困難なことも多く、その結果、当初の段階でどの範囲の事項につきIC要件を満たすべきか、やや具体的には包括同意はどこまで、如何なる場合に有効とされるべきか、事後の改めての同意、逆に同意撤回は如何なる場合に要求されるか、等の、やや技術的かつ困難な論点が叢生することとなる；

5. 誰が同意権者であるか、誰にたいする「I」であり、誰からの「C」か、という問題に関しては、とくに通常の医師患者関係においては、子供や精神障害者等にたいする医療行為との関係でも、すでに「代諾」ないし「意思代行」問題として、多くの研究・議論がなされてきたところであり、筆者じしんも機会あるごとに、それが本来、「他者決定」として、自己決定ないしIC法理の延長線上では論じるべきでないこと、なによりも「代行」する者とされる者との利益相反という原則的事態をモデルとして、そのような意味における「代行」という判断・意思決定が本来的に孕んでいる「あやうさ」を根底に踏まえた形で、制度・準則・理論は構築されるべきであること、等をしばしば強調してきたのであるが、そのことの重要性は基本的にここでもなんら変わらないのみならず、とくに、上記「資源化」における提供行為は、多くの場合、代行される

者自身の利益のためではないという意味（そのような意味でいわば第三者のための「近親等の」他者による提供」ケース）においても、上記 1. ないし 4. に素描したような諸々の問題性は、一層増幅された形で、内包されていると考えられる以上、上記の方向性はここでは一層つよく強調されなければならないように思われる；

なおまたこの点に関連して、胎児ないしその関連組織等の提供における妊婦の同意や、死者の死体ないしその組織等の提供における「遺族」の同意にかんしては、本人の意思との関係もふくめ、以上のような基本的観点からの再検討が、必須であるように思われる。

（1-2-1-3）フォーマルないしインフォーマルに資源的利用がなされた後に発生する諸問題：

1. 上記意味での利用が許容されとした場合の、そのための提供・収集、加工・培養、「(ヒト・組織由来)産物」の成立・支配、媒介・配分、管理・保存、廃棄・放棄等の諸行為段階で発生する、関係者間の民事法的権利義務の内容、帰属主体、契約関係、その権利にたいする不法侵害の場合の権利保護の要件・効果等（死体ないし死体由来試料にかんしては、さらに祭祀承継等の相続問題との関連）の諸問題がそれである（病理解剖等によって摘出・標本化された組織等をめぐっては、すでに我が国でも、遺族と医療機関との間での返還請求等をめぐるいくつかの民事訴訟という形で紛争化している。文献引用は後述Ⅲ参照）。

そして、さらに、それらが、市場的財産価値＝金銭的価値をもつに至った場合、その財産的権利の帰属・配分、譲渡その他の財産的契約的処分（例、賃貸、担保化）、差し押さえ・公売（c f. 「奥村理事長事件」\*）、放棄等の処分、それらにかんする寄託・請負・委任等の契約関係等をめぐる問題群が考えられる。

\*元・国立予防衛生研究所・細胞研究室長として奥村氏は、30年間に亘り約30人の胎児や成人の組織から集めて作った細胞株を退官時に持ち出して、そ

## 身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

れをもとに事業を計画。約2億円の負債につきその債権者らは、ヒト細胞株（正式には「ヒト正常細胞株等入りアンプル等入りタンク」=本）を「動産」として差し押え・競売開始（最低競売価格1億2千万円）したという事件（朝日新聞2001.10.25）。

——而してこれらの個別問題につき、すくなくとも死体の解剖・献体等については、本来公衆衛生的医療行政の観点等からの規制内容をもつ法令が、また脳死をふくめた死体からの臓器移植に関しては周知の法令等が存するが、これらの法令の規制対象じたい、若干の問題についての個別的規制であって、死体をめぐる法的問題のすべてを包括的に規制するものとはいえないのみならず、その民事法的側面での法制的検討はほとんどすべて今後へのこされている、といっても過言ではない（この点は、比較的エスタブリッシュされたプラクティスといってよい各種組織・臓器移植等についても同断である。ただし、祭祀承継法制との関連での遺体・遺骨の民事法的処理をめぐる法律問題は、戦前からいくつかの判例等によって問題とされてきたが、その理論的分析・評価につき、拙稿「研究ノート：死体（ないしその組織・遺骨等）の民事法的保護ないし位置づけ」人倫研 News Letter 第3号（2003. 6）参照。なお、いうまでもなく、刑法上は、死体等にかんする犯罪を処罰する規定との関係で、論議の蓄積は多いが、その「資源化」に関連して発生する刑法上の諸問題については、死体関連処罰規定じたいの保護法益等の根本問題をふくめ、なお論議の余地は多いように思われる）。

他方、生体由来の組織の上記法的問題の処理如何は、問題自体が新しいこともあって、現状では、関連学会の自主規制的ガイドライン、関連官庁のガイドライン等が存するのみで、その基礎理論的検討もふくめ、すべて今後の課題としてのこされている。

…以上のように、とくに現状では、対象毎のガイドラインが内容的にも統一性を欠く形で乱立し、規制の空白も発生し、いずれにせよ、生殖関連組織・生体・死体をふくめた人間身体・組織の全体につき、哲学・倫理學・法學的基礎づけのうえにたった、統一的体系的法秩序の構築が

急務と考えられるのであって、民事法・基礎理論的には、身体・組織の民事法的位置づけ、とくに上記個別問題との関係では、それらを（とくにそれらが財産的価値をもつ前・後を通じて）既存の財産法上の権利－義務概念・枠組み・基準で処理することの当否如何という根本問題がよこたわっているように思われる。

2. 合法的に採取・分離された組織につき、とくにそれが、培養・加工等され、開発の成果としての商品価値ある産物（例、創薬）を産み出す等により高額の金銭的価値をもつにいたった場合、原提供者は、何らかの利益配当・分配請求をなしうるのか（後述のアメリカ合衆国カリフォルニア州裁判所での「ジョン・ムーア事件」\*の主要争点）、なしうるとして、その利益・便益は誰に、いかなる基準・方法で、「配分」されるのか？

\*本件についてはすでにわが国でもいくつかの紹介文献が存在するが、さしあたり、佐藤雄一郎「人体由来物質の法的性格について」（(財)バイオ・インダストリー協会『平成14年度環境対応技術開発等（バイオ事業化に伴う生命倫理問題等に関する研究）に関する報告書（2003）p159-167』参照。

それに関連して、当該身体・組織を用いての「発明」等の成果の独占的権利（特許権）賦与の是非等をめぐる問題が、国内的には、特許法・公序良俗規定の解釈・運用問題として、また国際的には米国対欧州、さらには途上国をも巻き込んだ形で、ゲノム解析結果の特許化等のバイオ特許問題一般をはじめとして、特許権制度の倫理的限界ないしそのレーゾンデートル等の、制度の根幹を問う問題が提起されるにいたっている。

（1-2-1-4）小括——以上の・「(有体的)資源化」にともなう ELSI 的諸問題に共通しその根底にある基礎的問題：

1. 実質的問題としては、上記「人間身体の資源化」は、身体組織、ひいては人じしんの手段化・商品化、(象徴的な表現をもってすれば)その「モノ化」につながる可能性をもつ（または部分的には現にもつても

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

いる）ものとして、まさに「人間の尊厳」とか「人権・人格の神聖・不可侵性」等の普遍かつ至高の倫理的法的原理的規範理念のもと、厳しい批判・懐疑の目に晒されることとなり、他方また、上記一連の今日的趨勢からも窺われるように、とくに研究・開発等の局面での身体・組織の資源の利用への需要、その一定の有用性と可能性等もまた否定できないものがあって、この間にあって一般論としては（その全面禁止でもなく、さればとって自由放任のような、両極端のスタンスではなく）、両者の要請を可及的にバランスよく満たしうる諸条件、とくに、資源化の法的正当化根拠如何、許されるとした場合のその要件・範囲等の諸問題の法的解決とその理論的基礎づけ（その報告者自身による若干の各論的試みが、後述Ⅲ中で予定されている）が、すくなくともリアリテある法律家的対応としては求められているように思われる；

2. 他方、特殊（民事）法律学的基礎的課題としては、とくに、身体・組織の法的位置づけ、すなわち、それらに事態適合的な法律構成・法的概念・法的判断枠組み如何という問題（やや具体的に、かつ報告者自身の問題意識からは、主として、「モノー所有」とのアナロジーでか、「人格」の延長としてか）、という、いわば法形式的理論的な次元の問題が、上記「今日の身体問題」との関連でも、またそれを超えてより一般の根本的な民事法体系上の問題としても、提起されることとなる（後述Ⅱはその前半で、伝統的なそれを「古い革袋」としてその限界・問題を批判的に検討し、またその後半で、それに代るべき「新しい革袋」として「身体的人格法」なる理論を提唱しようとするものである）。

## （2）「身体操作問題・一般」：

### （2-1）社会的現象としての「身体操作問題・一般」：

1. 本項で検討の対象範囲となる「身体操作」とは、定義的には、次項(3)の「生殖関連（資源化&操作）問題」における「操作」の対象範囲

との関連では、後者の対象範囲を控除した、後者の残余たる「操作」、すなわち、人間の生殖過程に対する操作・介入という意味・効果をもつもの以外の、人間身体・組織に対する操作・介入行為のすべてを指称するものとする。また両者において「操作・介入」とは、要するに、厳密な意味において「病氣」の「診断・治療」と言える（そのような意味では消極的介入ともいえる）行為（以下、単に「治療（的）行為」\*）以外の、それを超えて、より積極的な介入・操作といえる行為すべてを広く指称するものとする。

\*社会現象としてではなく、E L S I 的問題としてみた場合には、そもそも何をもって「病氣」として何をもって「治療（的）行為」として正当化されるのが正に問われなければならない（その根本的アプロウチにおける対立点は、「病氣」ないし「治療」なる概念を純医学的次元で捉えるか、又は法的規範的次元で捉えるか、将又、社会学的ないし個人的主観的次元で捉えるか、という対立）。そのような実質的意味・次元においてのみならず、実定法解釈の次元でもその厳密な定義自体がまさに大問題であり、とくに医事法上も以前から論議の対象とされ、そして（まさに本研究プロジェクトが検討対象とするような一連の問題状況等の展開を背景として）今日あらためて提起されつつある問題であるが、少なくとも以下の本稿ではさしあたり、そのような実定法上の規定・解釈をはなれた実質的意味でのものとし、かつ日常の意味における「病氣」といいうるものと密接に関連してなされる行為かどうかという、常識的意味でとらえておくことにする（したがってそれは逆に、「健康」ないし「正常な心身」とは如何なる状態をいうのか、そもそも何をもって健康であり、何をもって病氣とするのか、「正常－異常」の判断枠組の妥当性・その仕分けの基準如何という、根本問題に遡及していくことになるわけであるが、この点も、さしあたりここでは、厳密な医学上の次元の概念ではない、ということだけをお断りしたい）。この点たとえば、補助生殖「医療」ともいわれる不妊「治療」は、不妊が厳密な意味において「病氣」とは見なされ得ないゆえに、ここでの「治療的行為」には含まれないものと考えられる故、次項でそれを生殖過程への操作・介入として扱うことにした。ただしいうまでもなくこれ以外にも、上記の意味での「治療的行為」といえるのか、操作・介入段階のものかにつき、そのボウダー・ライン的ケー

## 身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

スも少なくないのであって、そのうち、とくに（生殖過程への直接的介入・操作とは言いにくいですが、しかし人間身体の自然的同一性のもっとも重要なメルクマールの一つであるセクシャリテへの介入・操作そのものを意味するところの）性転換術は、それが「性同一性障害」という心身の異常に対する医学的治療としてなされる場合・意味においては、「治療的行為」の範疇に入るものとして扱ってよいであろうが、他方しかし社会的倫理的法的な次元では、すくなくとも今日の段階ではなお、同時にそれは、社会的倫理的法的スクリーニングを経るべき意味をもつものとして位置づけられるべきものであって、それゆえ、本報告・本項の検討対象となる（その他、「病氣」の「治療」のための、そのような意味で消極的介入といわれるものでも、これらの概念規定如何ないし下記諸類型基準下の類型化如何によっては、その介入・操作の ELSI 的可否じたいが問題となりうるものは、今日少なくない）。

他方これに関連して、尊厳死問題・安楽死問題に代表されるような、下記の「医療化」の結果としての過剰な医療的介入が、患者等の身体的自己決定・自由と衝突するという周知の、（しかし依然として未解決の、）生命倫理上の難問事例も、操作介入問題の一環と考えられなくもないが、しかし、ここでは、当該操作・介入があくまでも、その対象者の自由意思（その現実的意義如何はさしあたり措くとして）によって任意かつ真摯におこなわれ、しかしその結果が社会・国家ないし医師にとって守るべき価値と齟齬・衝突するという事態のみを考えているのであって、そのような意味でここでは操作・介入問題としてはとりあつかわないこととする。

ともあれこの問題は（以上の簡単な定義的論議からも窺われるように）、倫理的法的に許容される身体的介入・操作の限界如何、換言すれば、「内なる自然」としての「身体」において、倫理的法的に守るべき「自然」とは何か、という・より根源的な問題につながる大問題であって、以下本稿の各所でも随時然るべき検討を加えることとしたい。

したがって下記のような諸類型のものは、以上のような「身体操作」の定義に該当するかぎり、すべてここでの検討対象に含まれることになる：

〔**類型基準 A**〕 介入・操作の対象・態様が、

1. 人間身体・組織そのものの静態的存在態様にたいするそれである（例、いわゆる「身体改変・改造」）か、
2. 動態的時的存在態様にたいするそれである（ただし、次項との関連で下記（3）「生殖過程」にたいするものを除く。例、老化ないし死の自然的過程、とくにターミナルステージでの介入・操作）か、

〔**類型基準B**〕 介入・操作の方法・手段が、人間身体・組織にたいする、

1. 直接的介入・操作か、
2. ヒトもしくは動物由来の、組織・臓器の移植\*、人工の、組織・臓器ないし装具等の装着等、か、

\*ただし、他人の組織・臓器の移植は、「操作問題」としてよりは、前項の「資源化」に由来する ELS 的問題性の側面の方が本質的な意味をもつであろうが、ここでは、他の「移植」的操作と並べる意味で便宜上ここにも言及列挙した。

3. 医薬品（能力増強剤等）を介しての介入・操作か、

〔**類型基準C**〕 介入・操作が、技術として確立し、一定程度の安全性が確保可能なもので、かつ社会的倫理的にもひろく受容されているかどうかにより、

1. そのような範囲内のものとして臨床応用がなされているものか、
2. いまだ、研究・実験・開発段階のものと考えられるもの（例、体細胞に対する遺伝子治療）か、

〔**類型基準D**〕 介入・操作の動機・目的が、誰の、如何なるものであるか、により

1. 個人的利益・価値選択等によるもの（例、審美的目的での美容整形、スポーツ選手のドーピング）か、
2. 家族・その他の社会的集団の利益・価値選択によるものか、
3. 国家的利益・価値選択によるもの（例、公衆衛生ないし社会防衛的目的での介入）か、

〔類型基準E〕 介入・操作の結果ないし影響のもつ社会的ないし倫理的意義の大きさ・内容により ―

1. 個体レベルでの人格の精神的自然性ないし同定性（ID）等への影響をもちうるもの（例、脳・神経組織への直接的介入・操作、精神・人格への精神医学的行動科学的間接的介入・操作）か、
2. 個体レベルでの形態的ないし機能的な影響をもちうるもの（例、美容整形）か、
3. 集団・組織レベルでの負のインパクトをもちうるもの（例、ドウピング）か、
4. 社会的影響をもちうるもの（老化・死の過程への介入・操作による人口等の自然的バランス・淘汰への影響、上記2による身体的個人同定機能の混乱）か、

― なお、これ以外にもとくに、介入・操作の程度・内容が如何なるものであるか（とくに、身体的自然性・同一性の本質的メルクマールに対する介入・操作か否か）ということも、とくに上記「類型基準E」を考える場合に見逃し得ないレレバンシーを有する一ファクターということができよう。

2. 「身体操作問題・一般」の歴史的社会的背景・意義：

周知のように、そもそも「身体改変」といわれる現象は、歴史的にも人類学的にも非常に古くかつ多様なものであったことも事実であり、また、とくに近代西洋医学なるものが本来、少なくとも理念型のモデルないしその主観的実践的目標としては、人間身体を徹底的に「物質＝自然」として科学的に対象化し、そこにおける症状＝結果と病因の因果のメカニズムを徹底的に要素還元主義的に分析し解明して、可及的に正確な「診断」をめざし、而してその上に立った治療においても、（身体的自然性・法則の枠のなかでの、そのような意味での・いわば消極的医療の段階であったものが、いまやその段階を遙かに超えて）矯正・整形、移植、再生、さらには遺伝子レベルでの介入・操作というふうに、とくに現代生命科学・

バイオテクノロジーの発展進化のもと、身体操作・介入・改変等の技術・手段の開発とその応用は、広範囲かつ日進月歩であって、いまや「内なる自然」としての人間身体そのものに対する、そのような意味において反・超「自然」的ともいえる、操作・介入・改変が「先進医療」における「医療行為」の名の下で、日常化一般化しつつあることも、否定できない事実である。

西洋近代医学以降、今日まさに現在進行形のこれらの事態を客観的に、とくに医療人類学なり医療社会学的視点から総括すれば、それは要するに「医療化」とその社会的国家的規模ないしグローバルな規模でのシステム化ともいうべき歴史的事態であって、ひいてまたこのような「今日的・身体操作」現象の根底には（又は、その根底にも）、現代医療・医学の拠って以て立つところの知のパラダイムと、その社会的システム双方の、根幹・本性に関わるものがあり、他方において人々の飽くなき欲望の拡散という現代文明の趨勢は、その身体操作・介入等の局面でも止めがたいものがあり、それゆえその ELSI 的評価・判断もまた容易に、科学的可能性ないし確実性の論理、事実としての各種操作介入のプラクシスとしての定着普及、他方におけるリベラルな政治・法思想等に根拠をおく自己決定権等の正当化根拠等に囲まれて、事実追認的なものに堕しがちであることも否定できない（すくなくとも筆者自身、現代社会がその暴走じたいを適正に制御しうるかにつき、率直にいつてペシミステックたらざるを得ない感慨をいただいていることを、あらかじめ率直に告白せざるをえない）。

またさらに、ELSI 的次元において当該操作・介入の是非論を論じることは、前述乃至後述のように、ELSI 的次元において「健康」「正常－異常」「病気」とは何か、何が守るべき人間・人類・社会にとっての（「内なる自然」としての）身体的自然であり身体的自己同一性なのかという、究極のところ論者の価値観に帰着し、ひいてまた宗教・信仰等の「神々の争い」ないし「神学論争」といわれるような類の、決め手の見つか

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

にくい、それら種々の意味において困難な論議に向き合うことを余儀なくされることをも意味する。

この点、「外なる自然」の操作・改変等についての論議のありようとは質的に異なるものがある（例えば、動植物の遺伝子組み換え等の「改良」・操作等の是非そのものは、主としては、人間の健康・生命への危険＝安全のレベルないし生態系破壊等の因果関係の有無如何という事実の次元で、又「環境問題」一般については、「環境破壊＝非」という価値判断レベルでのコンセンサスは、疑いを容れる余地なきアプリアリな前提とした上で、今や技術的な次元での問題に移行しつつある、ことなどを想起せよ）。

いずれにせよ、本項が問題とする範囲での身体的介入操作の孕む ELSI 的問題性は、（次項の・生殖過程への、とくに遺伝的要素への、操作・介入の孕む ELSI 的問題性ほどではないにしても）その種類・内容如何によっては、如上のような困難かつ深い問題性を秘めていることを、見落としてはならないように思われる。

#### （2-2）ELSI 問題としての「身体操作問題・一般」：

上述のような次第で、この「身体操作問題」の ELSI 的側面としてもっとも困難な問題は、いわばその「入り口」段階での・そもそも論、すなわち、まずもってそもそも当該「操作・介入」を ELSI 的に容認すべきか、しうるか、とくに、許される介入・操作と、許されない介入・操作の、両者の仕分けの基準如何、而してまた、とくに法的に許される場合のその要件・範囲如何、逆に法的に許されないとする場合のその禁止根拠、禁止準則履行確保の方法・手段如何（とくに、民事司法的助力の拒否の程度に止めるか、はたまた刑事的サンクションまで課すか）等の諸問題である。

而してこれらの間に対する ELSI 的検討・論議の基本的一般的方向性としては、下記のような 1 ないし 6 の各関連論点毎に、かつ又上記各〔類型基準〕、とくにその中の〔類型基準 E〕に揚げられた類型要素毎

に、関連する個人ないし部分社会・全体社会・国家等の主体が一般に有すると考えられる価値・利害関係相互間の妥当な調整を目指すということになる——むろん具体的には、個別身体フェーズ毎の、各種目的・方法・態様をもってなされる操作・介入によって、そこでのELSI的問題性の所在も一様ではないこというまでもない。

1. とくに、当該個人にとっての趣味・ライフスタイル等についての自己決定・自由領域の問題として、当該部分社会にとって許容しうるものか、それとも、下記のようなELSI的諸価値・要請の前に譲歩すべきものか？
2. そのような個人の自己決定の尊重を凌駕する倫理性の尊重（それ故のパターナリスチックな介入の許容）、
3. とくに研究・実験・開発段階の操作介入技術に関しては、その安全性への配慮、
- 3'. 他方その研究・実験の自由の尊重、それがもたらしうる便益等、
4. (能力増強剤等の利用に関連しては) 競技・競争の公平性等の観点から介入すべし、介入しうる、と考えるか？
5. 身体的自己同一性ないし精神・人格的自己同一性にたいして社会・国家がもつ社会防衛的ないし行政技術的必要性・利益？
6. 社会全体（これも現代世代の次元以外に、過去世代と将来世代までを入れて考えるべきか否か、が一個の根本問題としてある）にとって倫理的に守られるべき価値としての「人間の身体的自然性ないし身体的自己同一性」とはなにか（また、それと「人間の尊厳」原理との関係如何 等）？

### (3) 「生殖関連（資源化&操作）問題」:

#### (3-1) 社会現象としての「生殖関連問題」:

「生殖関連身体組織」\*の生殖目的（ないしそれ以外の目的)での利用・資源化、ないしそれが提起するELSI的問題性（いわば「資源化問題」の生殖版）と、その・生殖目的（ないしそれ以外の目的)での操作・介入、ないしそれが提起するELSI的問題性（同様に「操作問題」の生殖版）とを、さしあたり分け\*\*、まずもってそれぞれにおける「社会

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

の現象」としての側面、すなわち我が国の現状ないし現在進行形の動向につき、その俯瞰的パースペクティブを得るという観点から概観的かつ類型論的に整理すると、さしあたり以下になるであろう：

\* 「生殖関連身体組織」とは、「新たな生命の誕生につながる、という広い機能的意味でとらえられた人・身体組織」を広く総称することばとして用いる。なお、これは上記（1）の「資源化問題」におけるHⅡ（生体）ないしHⅢ（死体）との関連では、HⅠとして位置づけられるもの、という位置づけになる。

\*\*現象的には、後述のように、とくに生殖関連身体組織の次元・領域においては、資源化と操作・介入は密接に関連せざるを得ないことも、事実であるが、他方その提起するE L S Iの問題性という理論的観点からは一応両者は次元・位相を異にする別個の問題であることも否定できない。それゆえ以下ではE L S I的検討の便宜上、「資源化問題」を中心とした項目（1.）と「操作問題」（2.）のそれとの二つにわけて整理することとする；そしてまた両者をあわせて、「生殖関連問題」と総称することとする。

## 1. 「（生殖関連）資源化問題」

先端生命医科学等の分野での研究等においてその利用・操作の対象とされるにいたっている生殖関連組織は、きわめて多様多岐にわたっており、しかもいうまでもなく、それら各種の「組織」毎に、そこに内在するE L S Iの問題性も微妙に質的内容的に異ならざるを得ない。

過去形・現在完了形・現在進行形ないし近未来形等の各時制において、上記「利用操作」が問題となっている生殖関連組織を、とくにそれらに内在するE L S Iの問題性という観点、とくにその利用・操作の「仕方」ないし「対象」という観点から、典型的に整理すると、以下のような概観が得られるであろう：

A：自然に存在する、または自然の生殖過程で発生する、生殖関連組織：

A-1：そのままの形態（ないし一定の非本質的な保存・操作等をへ

たうえでの) 等での利用：

A-1-1：如何なるフェーズにおける組織か——特に、人格性の濃淡如何により、以下のような諸類型が考えられる：

1) 配偶子：

- 1-1) 胚の段階における生殖幹細胞ないし ES 細胞
- 1-2) 胎児の段階における始原生殖細胞 (EG 細胞)
- 1-3) 男・女生体から採取された生殖細胞 (精子・卵子)

1') 凍結保存配偶子：

2) 自然の生殖過程により、母体内 (in vivo) で産生された受精卵・胚：

- 2-0) 分割開始前の受精卵
- 2-1) 初期胚 (卵割期—胚盤胞期)
- 2-2) 着床—原始線条発現期
- 2-3) それ以後の胚

3) 胎児：

- 3-1) 生胎
- 3-2) 死胎：
  - 3-2-1) 中絶胎児
  - 3-2-2) 流産・死産・子宮外妊娠 胎児

4) 成体・生殖関連組織：

- 4-1) (代理母ないし借り腹出産のための) 母体・子宮
- 4-2) 胎盤・臍帯血等の懐胎・出産関連組織

5) (脳死の場合をふくめた) 死体内の (とくに上記 1) および 3) と同様の) 生殖細胞

A-1-2：直接に新たな個体の生殖につながりうる組織か、否か  
・例、後者の例としては例えば、上記 4-2)

A-2：一定の本質的内容の「加工」等の人為的操作をくわえたうえでの利用：

・例、提供配偶子により人為的に、ただし母胎内で受精された受精卵・

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

胚——ただし、精子提供と卵子提供とでは、提供者・身体への負荷・リスクという点で、全く異質な質的差異があることはいうまでもない：

B：自然には存在しない、または自然の生殖過程では発生しえない、生殖関連組織：

B-1：体外授精胚——

1) 直接生殖目的で体外で作成されたものの「余剰胚」（以下、「受精胚・利用問題」）、

1-1) 体外（in vitro）受精による胚：

1-1') 同上の凍結保存胚：

2) はじめから生殖以外の各種目的\*で体外で作成されたもの（以下、「受精胚・作成問題」——それは通常、検査・解析、選別・廃棄等の諸行為につながる）

\*その目的類型として、今日報告されているものの例：

- ・ 遺伝性疾患児出生回避
- ・ 子の性選択（伴性遺伝回避、その他の目的・理由）
- ・ 習慣性流産妊婦の場合に、確実に育つ受精卵を選択（それを通じての不妊治療の成績率向上等）
- ・ 骨髄移植用——同一白血球型受精卵の選別
- ・ 研究・開発目的：例、ES研究、生殖関連基礎医学

B-1'：上記B-1における1)ないし2)から樹立（培養）されたES細胞

B-2：「特定胚」：これは、「平成15年・内閣府・総合科学技術会議・生命倫理専門調査会・ヒト胚研究小委員会・中間報告」によると、以下のようなグルーピングによる倫理的ランク付けが可能とされる——

1) 人クローン胚；

2) ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚、ヒト集合胚、ヒト性融合胚；

3) 「人の生命の萌芽」ではないと考えられる特定胚（ヒト性集合胚、ヒト動物交雑胚、動物性集合胚、動物性融合胚）。

B-2'：成体・体細胞（クローン胚作成のための移植用・核）

B-2"：卵子細胞内で分離・抽出された核—細胞質・ミトコンドリア

— 以上のうち、とくに（上記リストの各所に散見される）受精卵・胚にかんしては、私見によれば更に、その・倫理的法的観点からの段階的位置づけ（gradation）が必要・妥当であって、その際には全体として以下のような諸点が考慮要素としてレレバンシーをもつであろう：

- ・体外の胚か、体内のそれか、
- ・自然の受精過程を経て作成され、かつ廃棄・滅失される高度の蓋然性がある、そのような意味で「余剰」のものとして二次的ないし目的外利用が可能なものか、それとも生殖目的以外の利用のために人為的に作成された胚か、
- ・自然の受精過程を経て作成された受精卵か、（クローン技術規制法上の）クローン胚または特定胚か、
- ・胚の破壊を伴う利用か否か。

## 2. 「(生殖関連) 操作問題」

これは要するに、その目的・形態・方法の如何を問わず、子の出生に関わる人間の生殖過程への人為的操作・介入を意味する一切の行為\*を指す；やや具体的には、その内容・目的・方法によって以下のような表に整理されよう：

\*それゆえ、（産まれてくる子・子孫の遺伝的質・内容の消極的ないし積極的選択、そのための検査・解析、選別・廃棄等の諸行為を伴う）**遺伝的優生的介入・操作**も含む（以下ではその提起・内包するELS的問題を「優生的操作問題」と総称）。而してそのための手段としては、下記の1ないし5

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

のほとんどすべての生殖操作技術がつかわれうる。また、その場合、下記4-1の具体的内容からも窺われるように、操作は、その前提として、資源化を伴うことも少なくない（例、受精卵の人為的作成、廃棄等）；ただし、体細胞の遺伝子操作（例、治療）は、それが当該個体どまりの影響しかもたない以上ここでは除外。

- 1：産まないための介入・操作（例、断種・避妊、妊娠中絶等）、
- 1'：産む数の選択のための介入・操作（例、（多胎妊娠の場合の）減数中絶）、
- 2：（不妊の場合の）産むための介入・操作、
- 3：産む時期の選択のための介入・操作、
- 4：どのような子（性・「質」等）を産むかの選択のための介入・操作：
- 4-1：消極的介入・操作：
  - ・目的・方法（例、遺伝性疾患児の選別、そのための検査・解析）、
  - ・内容・種類（例、提供配偶子・受精卵の選択、ART体外授精胚の検査・選別（複数受精卵の作成－選別）ないし通常妊娠の場合の「受精卵＝着床前診断」（選別、廃棄）、胎児の「胎児＝出生前診断」（選別、中絶））；
- 4-2：積極的介入・操作（例、生殖系列細胞、受精卵・胎児等への介入・操作）；
- 5：如何なる方法・手段での生殖かの選択による介入・操作（例、クローニングの方法での個体産生）

——上記リストのうち、2のいわば「（積極的）生殖可能性操作」ともいうべきものにつき、項をあらためてさらにくわしく例示すると、以下の通りである（なお以下において、「生殖関連問題」の一つの柱としての「生殖目的関連問題」として検討対象とするのは、何よりも時間的余裕の制約のゆえに、後述のような意味での不妊「治療」目的でなされる「生殖補助医療」

(従来「ART」として総称されてきたもの——なおこのARTの用語法については後述)に限定されざるを得ない)：

**2-0：カップル間の生殖関連組織等にたいする操作：**

**2-0-1：不妊「治療」目的：** 主要なものとして——

- 1) 顕微受精
- 2) カップルの精子による人工受精 AIH (artificial insemination with husband-semen)

**2-0-2：不妊「治療」以外の理由での生殖目的利用：** 例、  
・移植目的での組織・臓器産生等のためにする懐胎・出産等

**2-1：第三者提供の生殖関連組織等の利用をつうじての操作：**

**2-1-1：不妊「治療」目的：** 主要なものとして——

- 1) 提供精子による人工受精 AID (artificial insemination with donor-semen)
- 2) 同上による体外授精—胚移植 IVF-ET (in-vitro-fertilisation/ embryo-transfer)
- 3) 提供卵子による同上
- 4) 提供胚—移植
- 5) 代理懐胎：
  - 5-1) ホスト・マザー：
  - 5-2) サロゲイト・マザー：

**2-1-2：不妊「治療」以外の理由での生殖目的利用：** 例、  
・移植等の目的での組織・臓器産生のためにする妊娠

**2-2：提供者本人（ないしカップル）のための、当該本人（ないしパートナー）じしんの生殖組織等の利用をつうじての操作：**  
**例、**

**2-2-1：不妊「治療」目的：**例、

- ・不妊男性の体細胞核の・パートナー女性の除核卵への移植によるクローン胚作成と後者の子宮での妊娠
- ・不妊独身女性の自己の体細胞核の・自己の除核卵への移植による単性生殖

## 2-2-2：不妊「治療」以外の理由での生殖目的利用：

### 1）提供者の生存中の利用：例、

- ・致死性疾患治療等の前など、死が近い将来確実視される者の、自己の生殖関連組織の採取－ART（狭義）；
- ・治療法のない感染性病気（例、HIV）、ないし遺伝性疾患を、子供に伝えないための、（精子選択、AID等の）ART利用；
- ・子（またはパートナー）のクローンを残したい親または他方パートナーによる、またはホモセクシャリティの男女による、クローンの方法での、子または自己ないしパートナーのクローン産生；
- ・核移植——不妊の女性の卵子から取り出した核を他人の核抜き未受精卵卵に移植し、夫の精子と体外受精（卵子ミトコンドリア遺伝子異常等、ないし「卵子若返り」には有効な技術とされる）；

### 2）提供者の死後の利用：

#### a：精子：

1. 生前凍結保存しておいた精子－本人死後の人工授精等；
2. 本人死後に死体からの採取－人工授精等。

#### b：卵子：生前に採取－人工授精等による胚作成、本人死後に借り腹出産；

#### c：凍結胚をもちいての、一方または双方死亡後の、他方または借り腹による出産；

#### d：妊婦が脳死となった場合に、生命維持装置により母胎を維持して出産；または、脳死女性の卵巣内卵子の培養等による利用、脳死ないし植物状態男性からの精子採取によるART。

## （3-2）E L S I 問題としての「生殖関連問題」：

1：生殖関連領域での上記リストにみられる諸々の「資源化」ないし「操作」の諸現象が提起するE L S I 的問題性は、それが、（抽象的には生殖関連身体組織もその一部である）身体組織の資源化であり操作である以上、生殖関連身体組織以外の、生体ないし死体のそれぞれにつき上記（1）「身体資源化問題一般」ないし（2）「身体操作問題一般」で指摘・整理したようなE L S I 的問題性と、根本的には共通する面が存

することはいうまでもない。

しかし他方、この「生殖関連問題」領域にあっては、さしあたりとくに以下の二点の固有の問題性を指摘できるように思われる：

1-1：「生殖」ゆえの問題性：

ここでの資源化ないし操作の対象とされる生殖関連身体組織はいずれもそれらが、生殖という人・生命の誕生に直接間接つながるもの（または、その可能性をもつもの）であり、そのような意味で倫理的にはもともとセンシティブな領域における資源化であり操作の問題であり、それゆえ生体や死体の局面における「資源化」「操作問題」の場合とは質的に異なる、慎重な配慮が必要であることは、否定できないであろう。

むろんこの点、資源化と操作の二局面でのやや異なる問題性、すなわち一方、生殖関連組織の「資源化」問題にあっては、(上記リストの細部では一定の段階的差異が否定できないとはいえ)それが何らかの形で生命の誕生に繋がりうる身体組織の利用であるということに固有の倫理的問題性、また他方、「操作」問題にかんしては、(当該操作が個体産生を伴わない、かつ臨床応用をとまなわない研究の段階のものである限り、その影響・効果の及ぶ範囲が原則として当該利用ないし操作対象個体そのもの・一代かぎりであるのに対し)ここでは、その影響・意味は産まれてくる子に直接及び、とくに遺伝的優生的操作・選択の場合は、その影響の及ぶところは、出生子じたいに止まらず、子孫・将来世代等と時間的にも長く広範であるということにともなう倫理的問題性という、やや位相の異なる問題性が存することも否定できない。

とくにこの「子への影響」という点に関しては、「子の福祉」ということがここでの、とくに法的に顧慮されるべき至上の価値命題ということにならざるをえないし、とりわけその操作する側と操作される（未生の）「子」との間に一般的には利害の相反関係が否定できず、而して後者じしんがそれを守る術をもたぬ以上、国家はその・子の保護者（*parens patriae*）として、一定要件の下、一定範囲の強権的介入を正当

身体の（民事）法的位置づけをめぐる（1）

化されうるであろう。

また「将来世代等への影響」ということに関しては、それが人類全体の・ホモサピエンスとしての生物学的種次元における本質的同一性への影響をもちうる内容・程度の改変・操作であるとすれば、人類ないし社会全体にとって倫理的に守られるべき価値としての「人間の身体的自然性ないし身体的自己同一性」とはなにか（また、それと「人間の尊厳」原理との関係如何）（ひいてまた、将来世代に対して先行世代が負うべき「種」的同一性についての倫理的責務とはいかなるものか）等のきわめて根源的な問がここではつきつけられることになり、（異常児出産回避等の消極的操作の可否如何等の問題についてはいうまでもなく、クローン人間・デザイナーベビー等の積極的操作の可否如何についても）その限界・許容度・許容要件等につき容易には合意に達しがたい困難なE L S I的問題が提起されることとなる。

なおまた、とくに資源化・操作の対象が生殖（ないし遺伝）関連情報である場合には、その孕むE L S I的問題性は、上記（1）および（2）における身体情報の場合とは質的に異なるセンシティブ性を帯びることになること、いうまでもない。

1－2：〔資源化問題－操作問題〕間の密接な関連性：

（上記リストじたいからも窺われるように）生殖関連領域においては、研究段階でも臨床段階でも「資源化」と「操作」とが、一体として密接に関連して進められていることが多い（例、提供精子等を用いてのART、提供卵子を用いての特定胚研究）ということが、一つの特色として指摘できるのであって、それゆえ、この領域に関しては両者の関連性に十分配慮した規制（とくに、配偶子・胚等の管理）が行われる必要がある（この点、生殖関連以外の身体組織にかんしては、上述のように、資源化問題と操作・介入問題とは、理論的にはいうまでもなく、実際的にも、区別して論じることが多いのと、事情は異なる）。

2：（その資源化ないし操作の）目的類型による問題性の差異：

2-0：生殖関連組織の資源化ないし操作は、その目的・方法如何という視点から、以下のような、そのELSI的問題性の質・内容等を異にする三つの諸類型に区別して考えるべきものと思われる：

**A：「生殖目的関連問題」**すなわち、(不妊「治療」としての目的を有するもの、および、不妊「治療」目的とはいえないもの、の両者を含めた)人の生殖自体を直接の目的として、自己または他人の生殖関連身体組織を利用して、自然的生殖過程そのもの、ひいてまた出生子の性・数・「質」等、を人為的に操作する、等の、(上記)「人為的生殖技術」をめぐる諸行為が提起するELSI問題群；

**B：「研究目的関連問題」**すなわち、(胚の・再生医療研究目的での利用に典型的にみられるような)研究・実験的利用、医学・生物学等の基礎研究、ないし新薬・治療法等の開発等のために、そのような意味において(上記Aのように、人の生殖自体を直接の目的とするのではなく)、さしあたりもっぱら研究・実験・開発等を目的として生殖関連身体組織を資源化し操作する諸行為、が提起するELSIの問題群；

**C：「その他の目的での資源化・操作関連問題」**すなわち、上記二つの目的以外での、すなわちとくに、医療用ないし新薬開発等医薬産業の利用(例、死亡胎児ないし中絶・分娩関連身体組織の利用)等が提起するELSIの問題群；

2-1：而して、上記目的類型としてのA-B-Cのうち、Aにおいては、現実に個体たる人間の産生・生殖(への人為的操作操作・介入)を直接目的とし、それゆえその結果出生することあるべき子の福祉、その子孫、近親、ひいてまた将来世代、への配慮ということが、その最大のELSI的課題とならざるを得ない。またその目的の下での生殖関連組織の「資源化」の是非・限界如何の問題も、あくまでもそうした人・生殖方法との関連でいわば相対的間接的に発生するにすぎない。

これにたいしBにおいては、あくまでも(生殖関連医学のみならず、再生医学・発生物学等のより広い研究分野・課題・対象での)研究ないし実験・開発を目的とし、しかもその研究・開発の過程でその手段として「消

身体の（民事）法的位置づけをめぐって（1）

費」されざるを得ない（しかもそれは、何らかの程度の差はあれ、作成・破壊・各種操作・廃棄等を伴わざるを得ない）卵子・胚等の生殖関連身体組織の資源化の当否そのものが直接の ELSI 的問題として浮上せざるを得ない。

この点はCも、（その利用等の目的が、研究・開発等のためか、それとも直接医療・医薬産業等のためか、という差異はあれ）要するに「消費」のための利用であるという点では、ELSI的にはBと共通するものがある（ただし操作の程度は、Cの方がいささか低いという差異はありそうであり、またCはまさにあからさまな身体・組織の資源化という意味あい強いのにたいし、Bはあくまでも「研究・開発」の段階のものであって、そのかぎりではELSIの問題性になんらかの差異を認めざるをえない可能性はのこる）。

いずれにせよ、とくに上記Bをめぐっては、①さしあたっては再生医学的研究・開発等の目的での、（上記補助生殖医療で体外受精によって作成された）「余剰胚」等もちいての研究、②（余剰胚の利用ではなく）研究・開発のみの目的での胚の人為的作成、③さらにはクローニング技術もちいての「特定胚」の作成、の可否・是非如何が、近時とくに激しい議論の対象となり、③の点についてのみはすでに、法令ないし行政的ガイドライン等で比較的きびしい規制のもとにおかれているわけであるが、「資源化」の倫理的法的問題性との関連ではなお、①ないし②の点にかんしては、受精卵ないし胚の倫理的法的位置づけ、その研究目的での操作的利用（ないし作成）の是非、ひいてはまた中絶胎児・関連組織等の利用の是非如何、また③の点に関しては、研究ないし治療目的でのクローニングの（主として立法論的）是非、それとの関連で必要とされる多数の卵子採取・利用の是非、等の諸問題がなお論議さるべき課題として残されている。

2-2：他方また、上記A-B二つの問題は、その「資源化」の対象が、いうまでもなく（上記からも明らかなように、個別には必ずしも常に重なるわけではないが、少なくとも）生殖関連身体組織というELSI的に特

別の質的位置づけを与えられるべき身体組織（その典型が、我が国では「生命の萌芽」という象徴的表現で捉えられることの多い胚や、また「生命」そのものでもある胎児）であるという点で共通性を有するのみならず、なによりも以下のような若干の例が示すように、医療ないし研究の現場・現実においては、両問題は有機的に密接な連関関係にあるものと言わざるを得ない：

- ・不妊治療ないし生殖医学の基礎研究のための生殖関連組織の資源化
- ・ES細胞研究ないしクローン研究のためのART余剰胚ないし卵の使用：
- ・不妊治療技術ないし研究の一環としてのクローニング研究：cf) 細井美彦「不妊治療におけるクローン関連技術の利用」産婦人科の世界 VOL.55（特集・ES細胞と再生医学）（2003）－p47以下；加藤修ら「核移植技術をもちいた老化不妊由来卵子の発生能の改善」同上p29以下（——とくに老化卵子の細胞質置換による「若返り」）

而してこれらの「現場・現実」においては、以下のような諸点が共通の具体的実際的問題として浮上せざるを得ず、その対処・解決のための理論的根本問題として配偶子ないし受精卵・胚等の倫理的法的位置づけ等の諸問題に逢着せざるを得ない：

- ・その配偶子・胚の採取・提供の是非・要件 如何
- ・「余剰」胚の二次的ないし目的外使用の是非・要件 如何
- ・胚の人為的作成ないし操作の是非 如何
- ・配偶子・胚の保存・管理—廃棄等のための準則如何、保存管理されたそれら組織をめぐる法的問題の処理 如何

——以上のように今日、生殖医療的利用の局面（A）での資源化の問題と、研究利用の局面（B）でのそれとが、現実的にも理論的にも密接に関連しており、しかも、具体的には例えば生殖医療の現場での「余剰」の胚・卵子を使用してのクローン個体の産生ないしその実験研究という重大な事態が決してSF的空想の世界のことではなくなりつつある現状の下では、上記二問題を機械的形式的に別の世界の問題として分けて扱うことは、もはや適切とはいえないことも明らかである。

したがって、とくに現実の規制においては、その実体的側面でも、手

身体の（民事）法的位置づけをめぐって（1）

続き・組織等の側面でも、上記の両局面の密接性に即応した有機的・一体的・体系的な規制が不可欠であることを、強調しておきたい；

3：（上記「操作問題」中の、生殖過程における）[消極的介入－内容的・積極的介入] 間、ないし [クローン技術を用いた操作－それ以外の操作] 間、それぞれの関係：

3－1：[消極的介入－内容的・積極的介入] 間

上記生殖過程への操作・介入の諸態様のリスト中、2－0－1（不妊「治療」目的でのカップル間介入）と2－1－1（同様の目的での第三者提供組織利用）は、（男女の性交渉による自然の懐胎－出産が困難ないし不可能な場合に）受精－懐胎等の自然的過程に何らかの技術をもって補助的補完的に介入することによって生殖を容易ないし可能にするための技術であるという意味で、文字通り「生殖補助技術 Assisted Reproduction Technology」ということができ、そのような意味ではそれは、あくまでも消極的介入とよぶにふさわしいものといえよう（ただし、この段階でも体外授精の成功は、それ以外の、より積極的介入・操作への、いわば「パンドラの箱」を開けたという意味では、単に消極的といっでは済まされない質的飛躍・転換があること、言うまでもない）。

これにたいし、それ以外の上記リストの内、1および2のすべてはいうまでもなく、3および4も、生殖の内容・結果そのものへの積極的介入を意味するという意味で、まさに「人為的生殖技術」(Artificial Reproduction Technology)（ただし本稿で「ART」というときは、前者に限定）とよぶことが出来よう；そのような意味で、両者は、少なくともELS I的次元において、同日には論じ得ない異質のものがある、ということも指摘しておく必要があるろう。

なお以下では、後者の「人為的生殖技術」のうち、「産まないための介入」に関するそれは、それ以外のものとはELS I的問題の位相・次元を異にするものといわざるをえないが、とくに上記ARTとの関連で問題となることの多い、「数」の操作、すなわち、多胎妊娠の場合の「減数出産」は、ここ

での検討対象として取り込まざるを得ず、而して当然ながら中絶一般の問題との関連が問題とならざるをえないであろう。のみならずまた、胚-胎児の法的地位論にみられるように、論議の現実と論理においては、この「産まないための介入」をめぐる考え方が、積極・消極両面において、そして強弱の差はあれ、他の生殖関連倫理問題に対し、一定の影響を与えてきたことは否定できない——この点なお、後述）。

### 3-2：[クローン技術を用いた操作-それ以外の操作] 間：

上記リスト5の範疇の「クローン技術を用いた個体の産生」における、クローン技術の応用は、上記2のリストにおける不妊治療目的ないしそれ以外の目的での利用の各所にも散見されるとおりの利用方法が、少なくとも理論上は考えられるものであり、しかも遺伝的介入・操作にも繋がりうるものである。そしてこれらのクローン個体の産生ないしその技術的応用による生殖操作・介入の提起する問題性は、後述するように、それ以外の生殖操作・介入とは質的に異なるものがあることもあきらかである。

而してこれらのものは、少なくとも今日我が国では「クローン技術規制法」によってその研究・開発段階のものも完全に凍結状態にあるとあってよいが、筆者は、立法論としては（結論を先取りしていえば）少なくともクローン個体の産生そのものと、それ以外のいわゆる「特定胚」作成とは区別して考える必要があるとの観点から、上述「基本法・提言」を試みた（詳しくは、次号「資料」中の拙稿・関連部分参照）。

4. 以上要するに、「生殖関連問題」全体としては、生殖目的での資源化・操作の問題（生殖目的関連問題）と、それ以外の、とくに研究・開発・実験等の目的でのそれ（研究目的関連問題）との区別が最も重要な区別であり、上記われわれの「基本法・提言」もまたさしあたりこの二つを大きな二つの柱として立てて、それぞれにつき検討を行ったところである。