



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	(0) 序 / (1) 提言・その1 : 「生殖関連問題・生命倫理基本法」 (上)
Author(s)	東海林, 邦彦; SHOJI, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 55(5), 325-245
Issue Date	2005-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15329
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(5)_p325-245.pdf



(0)序 —— 本・提言作業と、その・「北大法学論集・資料篇」掲載、の趣旨・構成 等 東海林 邦彦

(0-1)「人倫研プロジェクト」と「生命倫理基本法」提言、本誌掲載の趣旨：

上記標題の「提言」は、研究プロジェクト「人体利用等に関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」)*のワーキンググループによって取りまとめられ、研究報告書として提出されたものを、各分担執筆者がさらにリファインして広く世に問おうとするものである。

*正式名は「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。(なお、上記研究報告書には青野透氏(金沢大学教授)分担執筆の・極めて実証的な検討をふまえた大部の「臓器移植に関する生命倫理基本法」もその一部として含まれているのであるが、氏の都合により本論集への掲載は実現できなかったことを、大変残念なことながら、お断りする次第である。)

上記「提言」をふくむ研究報告書は、予算的な制約により、所定の部数のみが冊子体として取りまとめられたほかは、CD-R形式で関係者に配布されたにとどまる。研究代表者としては、活字化して広く世に問うことは(国民の・少なからぬ額の血税の補助を受けてなされた)研究プロジェクトの社会的責任でもあるのではないか、またテーマ自体の社会的今日的な重要性からいってもそれを公にして関係専門家ないし社会全体に訴える意義は大きいのではないか、法律学ないし公共政策論等の専門研究者を(も)その主たる対象読者とする本法学論集にとっても少なくとも「資料」的価値は存するのではないか、そして何よりも、本・提言作業じたい、僅か二年足らずの間に現代生命倫理の主要課題に立法・政策提言という形で取り組まざるを得なかったための・多くの不十分さを残さざるをえず、追加・修正等の機会を是非もちたい等の思いから、その旨ワーキンググループメンバーの諸氏にご相談申し上げたところ大方のご賛同を得て、本・法学論集「資料」として本号以下に分割掲載させていただくことになった次第である。

(0-2)本「提言」の形式・構成、それが内容的に目指したもの(独自性等)：

1)形式・構成：

- ・人間身体・組織の利用等をめぐる倫理的法的問題を表記<全体目次>に示すような「その1」から「その5」までの計6つに分けて、分担してそれぞれについての「基本法」提言をおこなうこと；
- ・各「基本法」毎に結論的な提言内容の骨格を、各主要項目毎に【提言骨子】としてその骨格を冒頭に提示すること；
- ・上記【提言骨子】のそれぞれに対する【コメント】として、
 1. 利用・操作等をめぐる関連医療・研究機関・施設等の「現場」での現状・動向とその倫理的法的社会的問題の所在・特徴等を明らかにしたうえで、
 2. 上記問題にたいする現行法令、行政的ガイドライン等ないし各種機関・学協会毎の倫理規程等の形での規制・秩序づけの内容等を批判的に検証し、
 3. 上記の現行規制に代わる、またはそれを補完する、倫理的ないし法的規制のための基本的方向性たる上記【提言骨子】を、その根拠・理由とともに明らかにすること。

2)本「提言」(ないし本・研究プロジェクト)がその内容・対象面で目指した**独自性***(ただし、以下はあくまでも、研究代表者としての筆者が・研究プロジェクト全体の遂行過程で主観的個人的にめざした努力目標のようなものであり、そもそも筆者自身の担当部分じたいがそのような目標を現実に達成しえているか、甚だ心元ない次第ではあるが——)：

1. **包括性**：(縦割りの、対象毎にバラバラの、現行規制の限界を乗り越えるために)現在ないし近未来に生起する倫理的法的な個別的諸問題を可能な限り広くカバーしうる包括的な射程をもった、そのような(語の真の)意味での基本法を目指したこと(但し、生命倫理一般ではなく、あくまでも、人間身体・組織の「資源化問題」ないし「操作問題」についての生命倫理関連の主要問題のみに限定して取り上げるものであり、ただ上記資源化・操作が問題となる人間身体・組織については、生殖ないし生命発生段階から死体にいたる全

でのフェーズについて、またその情動的価値を含む、全ての価値的側面につき、可能なかぎり取り上げるようにした——而して、そのような体系的包括的検討の今日的必要性・重要性は、後掲(0-3)の二つの拙稿でも強調したところであり、ここではくり返しを避けたい。

2. **学際性**：本提言がその対象とする先端医療・科学の提起する問題を根源的に捉えようとするとき、このことは、いうまでもないことであるが、本研究プロジェクトの遂行過程においてもあえて意識的に法律学内部の法典毎タテ割り体制の克服、および法律学以外の関連諸学(人文系のみならず医学・生物学等)との協同の方向を可能な限り追求した；
3. **実際性ないし実証性**：とくにそれは、以下のような意味においてである：
 - 3-1：医療等の現場の情報の可能な限り実証的な収集・分析のうえでの、その意味で現場にも説得性をもち、かつ規範の実効性をも展望した提言内容を目指したこと；
 - 3-2：可能なかぎり現行の法令・ガイドライン等の具体的内容の網羅的かつ批判的な検証を目指したこと；
4. **原理的一貫性と社会的説得性ととの調和的統合**：つまり、倫理的法的原則を基本的に堅持しつつも、具体的内容においては現実的バランス感覚をもった諸利害への配慮と考量を心がけたこと。

* 関連・類似の主題での、我が国近時における立法・制度・政策論的提言（従って資料ないし論文等は除外）として注目すべきものとしては、私見のかぎり以下のようなものが公表されている：

- ① 「生殖医療における人格権をめぐる法的諸問題」平成5年度科研費補助・研究成果報告書（研究代表者 東海林邦彦）（これは、本研究プロジェクトの先行・母体となったものであり、そこでの経験・知見はいうまでもなく正負併せて本・提言作業にも活かされている。なおここでの提言の趣旨・内容の骨格は、「ジュリスト」1045号（1994年）105頁以下参照）
- ② 川井健他「生命科学の発展と私法——生命倫理法案——」NBL 742, 743号；それにかんするシンポジウムとして「私法」65号所収記録（2002

—3) ; なお、その先行研究として、総合研究開発機構・川井健共編『生命科学の発展と法—生命倫理法試案』有斐閣、2001がある。

③科学技術庁・科学技術政策研究所第2調査研究グループ「先端科学技術と法的規制〈生命科学技術の規制を中心に〉」(1999)

④文部科学省・科学技術政策研究所第2調査研究グループ(牧山康志)「ヒト胚の取り扱いのあり方に関する検討」(2004)

⑤光石忠敬・櫛島次郎・栗原千絵子「研究対象者保護法案要綱案——生命倫理法制上もっとも優先されるべき基礎法として——」臨床評価 30 : 369-395 (2003)

⑥松村外志張「患者本人の治療以外の目的での人体ならびにその部分を対象とする取り扱いのありかたについて——その基本原則たき台(V1.1)の提案と古典的倫理諸原則との対比」組織培養研究23 : 91-114 (2004)

佐藤雄一郎・宇津木伸「人由来物質の研究利用に関する制度枠組みについて——法学の視点から」同上 : 151-121 (同上)

増井徹「人に由来する資料(組織・細胞および情報)の医学・生物学研究利用の枠組み」

同上 : 1123-128 (同上)

——これらの先行ないし並行的提言作業の成果と比較して本提言の上記「独自性」として目指したものがどの程度具体化されているかの評価は、読者の判断にお委せしたい。

(0-3)本・プロジェクトないし提言の背景にある(一般的)問題意識 :

ところで、上記・研究プロジェクトないし本・提言の背景には、概略以下のような、「基本法」的なものの立法的政策的提言にたいする社会的ないし学問内在的な必要性にたいする・我々じしんの問題意識・動機が横たわっている(なお、これらの点については、拙稿「身体の(民事)法的位置づけをめぐる——「身体的人格法」研究序説」(北大法学論集55巻3号(2004年)452頁以下)および同「人間の尊厳と身体・生命の倫理的法的位置づけ」(1)「はじめに」(同54巻6号136頁以下)をもご参照いただければ幸いである) :

1) 現代世界における・時代的課題としての、「**科学技術の倫理的法的社会的制御**」という課題 :

生命科学・バイオテクノロジーの一層の進展、国家戦略の中に組み込まれ産官学一体として進められようとしているその市場化・企業化・ビジネス化、そのなかでの生命倫理的諸問題の一層の先鋭化多様化——その滔々たる流れの中で、事態は自由な自然的展開に委せて予定調和的に均衡と調和ある展開を見せるというほど楽観できないし、研究と応用、ビジネス化市場化の展開は急テンポであり、一刻の猶予も許されないほどに素早い対応が求められている。

つまり、この「内なる自然」に向けられた「市民社会の欲望」の果てしない拡散、それを可能にする科学的知見の拡大、技術の進展、市場と企業による・その加速化——等々の諸現象が示唆するように、私見のかぎり、少なくとも経済現象と異なり、「見えざる手」による予定調和的秩序の形成、ないし倫理的健全性・自己規律に裏打ちされた展開、といった楽観的予想が、全く根拠なきものであることは、このわずか10年足らずの間の生殖補助「医療」等をめぐる世界的状況の展開を瞥見するだけでも、蓋し思い半ばに過ぎるものがあるものといわねばならない。而してこの間にあって、法＝国家がなしうることの・その限界を見極めつつ、可及的射程の長く広い、説得的な、合意形成のための冷静で建設的な論議の基盤となりうる生命倫理の基本的方向性と、それを法的に具体化した準則の明確化が今まさに求められているように思われる。

2) 医学・生命科学等の分野での研究・開発・応用等の「現実」と「論理」

に内在する、以下のような・やや具体的な要請：

2-1) 実務の「現場」からの、ルールの特化の声・必要性——つまり以下は、われわれの本・研究プロジェクトの遂行過程でも改めて浮き彫りにされ、再確認された「現実」でもある：

1. 人体組織の利用価値の高まりという現実のなかで、しかし他方、それをめぐる倫理的法的問題点の、公的論議も十分為されず、一貫した原理的立場にたったルールもないまま、研究・開発をめぐる競争の論理のもとでの混沌ないしアナーキーな状況等々……研究開発の現場におけるこれらの現実のなかで、統一的ルールの重要性・必要性は何よりも、その「現場」の声でもある；

2. 研究が産業的商業的利用—特許開発競争と直結している現実、それ故に、そこでの身体組織等の合法的利用のための公正競争ルールの必要性；

3. また以下の理由から国際的視点にたったルールの不可欠性：

3-1：国際競争の側圧のもと国をあげての特許獲得競争；

3-2：国内での規制・論議の限界；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；輸入市販組織）、頭脳流出、研究のボーダーレス化等の現実。

2-2) 他方（これらの「現場」の要請に対応する）各種規制・論議の現状における以下のような問題性・限界（なお、これらの点については、各「基本法」提言の関連箇所でも、より具体的に各対象・論点に即して、その批判的検討がなされるはずであり、以下はあくまでも極く一般的な次元での問題性・限界の指摘にとどまる）：

1. とくに、行政・ガイドライン主導の問題点；他方、基本的には（医療・研究・開発・実験の現場にもっとも近い）専門化集団による社会的責任体制に裏打ちされた自律的倫理的規制がベターと考えられるところ、少なくとも我が国の現状においては、関連学会規制は、その実効性・規範的明確性等の点での限界を否定できないように思われる；
2. 行政・学会等の縦割り、利用・操作対象・研究の種類毎のアドホックな、多様複雑で見通しの悪い規制、根本的論議の先送り、根源的哲学的洞察に裏打ちされた、そのような意味で、全体の体系的・統一性・整合性・一貫性等を具えた規制の欠如（朝日新聞2001. 8. 30の指摘参照）。

2-3) 原理的観点からする必要性：

1. 先端技術・科学の本質としての「規制漏れ」の不可避性——個別の利用・操作の研究開発・応用等は日進月歩で展開しているだけに、それが提起する倫理的法的諸問題に柔軟適切に対応しうる・原理的な理論的枠組みをあらかじめ大綱的に提示しておくことの必要性・有益性
2. 行為規制等の体系的前提としての（身体組織等にかんする）倫理的法的地位にかんする原理的な考察をふまえた基本法方向付けの必要性：けだし、
 - ・根本にある人体そのものと、それについての考え方、については、最

低限の普遍・「不易」のコアがあるはずであり、他方また、先端生命科学・バイオテクノロジーの社会経済システム論的分析を踏まえた、それらに共通する分野・対象横断的な基本的枠組みも成立可能であり必要である；

・今後の個別問題の規制等が可能なかぎり体系的統一的観点から整合的に整備・実施されていくという観点からも、その基本的理念の大綱・方向性等を指示する基本法的なものの、緊急の必要性は高いと考えられる。

3. (より一般的な) 社会的ないし学問内在的問題意識：

3-1：(一般的にも) 科学技術の適正健全な発展にとって不可欠の要素としての「社会的受容=合意コスト」、その上に立った「倫理的法的コスト」—— 例、

・脳死・臓器移植法制定過程という「歴史」の教訓、すなわち、市民的合意コストをゼロとして無視・軽視した結果としての先端医療技術、健全な展開の阻害

・(近時とくにその重要性が再認識されつつある)「企業の社会的責任」(CSR)の一環としての生命倫理・関連法令遵守(コンプライアンス)体制の重要性

3-2：「日本の生命倫理」構築への問題意識：すなわち本プロジェクトは、(ポスト・コロナリズムの時代と言われながらも)とくに日本のアカデミズムに依然として支配的であると思われる「骨がらみの植民地主義的マンタリテ」ともいうべき「宿痾」から脱却するという主体的方向性のもと、この滔々たるグローバル化の流れに敢えて抗して、日本独自の生命倫理の発信の可能性・必要性を探ろうとする一つの試みでもある—— 而して以下は、その「可能性」「必要性」を示唆する若干の契機といえるのではないか：

イ. 本研究プロジェクトが取り上げようとするテーマについては、諸外国も暗中模索の過程にあり、むしろ「安心して拠るべき模範・典型は外国のどこにもない」との現状認識こそが正鵠を射ているように思われること；

ロ. 他方、(しばしば指摘され、しかしなお掘り下げた理論的検証を要するところの*) 以下のような・わが国がおかれた歴史的文化

的地理的境位：すなわち、独自の身体観・生命観、独自の・自然ないし動物との関係観、被爆体験、東西文明の「極東」における交錯地点という地理的境位。

*にもかからず、このこととの関連で、(同種のテーマにつき、おどろくほどにわれわれと問題意識を共通にするように思われ、かつまた筆者じしん二度ばかり直接そのプレゼンテーションに接したことのある)カトゥリーヌ・ラブリュース＝リュウ (Catherine LABRUSSE-RIOU) パリ第一大学教授が、その日本での講演「生物医学の発展に対する法の適応と抵抗」(松川正毅訳「家族く社会と法」第19号(2004)1頁以下)末尾で「西洋の行き過ぎが、東洋の知性によって緩和することを願っている」等の、単なるリップサービスというふうにはいえない「東洋」への想いに接するとき、(宗教的原理的規範の根底を欠く分だけ、科学技術の暴走に対し無防備ともいえる状況にある)現代日本に生きる者として、ある種の戸惑いと異和感を覚えるのは、この私だけだろうか(その、所謂「陰翳の文化」なるものも今や虚像か、過去の物語ではないのか)。

3-3：(その主要な側面において実践的規範の学たる)(応用)倫理学・法学が本来担うべき社会的理論的使命についての以下のような問題意識：

イ. とくに身体利用・操作問題が提起する法的倫理的諸問題——その個別問題とそれらに通底する基礎的総論的問題の双方——に対し、既存の倫理学・法学は深くかつ広い基礎理論的基盤のうえで、十分に有効適切な理論的制御のための武器を提供しているか、との問題意識；

ロ. とくに、生命倫理学ないし実定法学の(単なる安楽いすのサロンのアカデミズムの枠を超えたところでの)政治的責任・社会的責任：現代社会における(権力、市場・企業の制御と並ぶ、と同時に又、構造的にも「権力、市場・企業の制御」に問題は投げ返されるところの)その実践的課題の柱の一つとしての「科学技術の制御」、換言すれば、「何のために」という社会的倫理的目的・意義についての自覚的意識を欠落させて「専門の論理」に自閉・自足しがちな科学技術の本性に対し、絶えずその倫理的法的ないし社会的問題性を

問い検討していく作業の、特殊今日の重要性——その中での身体・生命にかんする科学技術としての生命科学・バイオテクノロジーの倫理的法的制御問題の特殊性への自覚的認識(そこではとくに、我々の生命・自然・文明観の根底が問われており、しかもここには、[科学—倫理—法—政治]間のあるべき基本的関係如何というアポリアが伏在することに注意)；

ハ. より一般的には(規範的実践の学ゆえの)その言説がもつ政治性の自覚——単なる警告や予言や評論・批判ないし分析・解釈等々ではなく、主体的にどうすべきか、そのあるべき実践の方向性を責任をもって提示すること、そのような意味での実践的学問の社会的使命・責任の自覚(逆にまた、現実のあれこれの言説が、その社会的信頼性と政治的説得性とを失なってしまっている多くの反面教師の存在)

(0-4)：本・提言までの研究経過＝本研究プロジェクトの経過概要：

- ・概略以上のような諸々の問題意識の下、本研究プロジェクトの、二年に及ぶ作業経過を略述すると、以下のとおりである：
- ・2002年5月本・共同研究プロジェクトを発足させてこの二年余の間、関連テーマでの本プロジェクト主催の各種シンポジウム・ワークショップ(内一つは外国人を招いての国際ワークショップ)・講演会等は、札幌を中心とし、東京・神戸・金沢での開催分もふくめ、計22回を数えるに至った(その概要を示す簡単なリストとして下記【附】参照)。このリストの一覧からも窺われるように、これらの各種研究集会では、テーマの主題としては、本研究プロジェクトに直接間接関連するものがほぼカバーされているのは当然として、ご意見をお伺いした方の専門分野も、法学学内部の関連各専門科目はいうまでもなく、倫理学・宗教学・歴史学・人類学等の人文諸学から、第一線で関連する生命科学研究・バイオテクノロジー・先端医療等にたずさわっておられる研究者・実務家にまでおよぶ、広範囲なものであった(無論それらの各専門分野から提供された情報をどの程度我々が有効適切に消化しえたかは自信のないところではあるが——)。

- ・なおこれら研究集会での録音記録は、いずれも活字起こしのうえ、小冊子としてとりまとめの上で、関係者に配布したほか、その一部は、シンポジウム「特許と生命倫理」(02年8月開催)の記録に関しては北大法学論集54巻2号に、また、ワークショップ「[人間の尊厳]と身体・生命の倫理的法的位置づけ」(03年6月開催)に関しては(部分的にはかなりの加筆訂正のうえ)北大法学論集54巻6号および55巻2号にそれぞれ発表した；
- ・これら研究集会開催の企画と並行して、メイリングリスト「jinrin ML」の立ち上げと運用、また速報性を要する関連情報等を月刊の形で関係者に届ける本「人倫研ニューズレター」の刊行、さらには、内外の関連規制法令・規則等の一次資料を(翻訳したのももふくめ)デジタルのデータベース(仮称「生命倫理関係DB」)として収集・整理・公開する作業、等にも取り組んできた。このうち前二者は、生命倫理に関心を抱く関係者間での情報ないし意見交換のための有益な媒体として、それなりの貢献をすることができたものと、自負・自己評価をしている次第である。
- ・そしてこの間いうまでもなく、とくにワーキンググループメンバーを中心として、東京を中心とするいくつかの関連研究集会への出席・参加、そこでの関連研究報告、類似テーマで同時進行中であった他研究プロジェクト(東大を中心とする樋口研究班、京大の位田研究班、千葉大学を中心とする飯田研究班、厚労省関連の宇都木・白井・玉井各研究班、牧山氏を中心とする文部科学省・科学技術政策研究所プロジェクト、被験者保護法提言をめぐる光石・栗原・棚島氏らの検討グループ等等)との、研究会への相互参加、相互来訪等を中心とする交流、さらには、関連施設・研究者等へのヒアリング調査等も行ってきた。なおまた、「生殖技術政策の比較政治学的分析」という興味深い・ヨーロッパ各国研究者間共同プロジェクトのテーマを携えて)スイス・チューリッヒ大学から来訪されたUwe Serdult氏との小研究会・懇親会での意見・情報交換もなつかしいエピソードの一つである。
- ・研究報告とりまとめのための作業としては、その中間とりまとめ段階では、「生命倫理・札幌クールセミナー」を、ワーキンググループを中心とし関係者数名を加えて、昨年7月から8月にかけて丸2日間札幌で開催し、更にその数ヶ月後の11月、東京で開催された「日本生命倫理学会」

「人倫研プロジェクト」ワーキンググループ・提言「身体・組織の利用等に関する生命倫理基本法」(1)

でのワークショップでは、5人のメンバーの共同で本研究プロジェクトの主要部分の(中間的)成果報告がなされた(その簡単な報告内容等は上記学会誌「生命倫理」通巻15号で紹介)。

【附】関連ワークショップ等リスト (最後の二点以外は、開催日の順)

ワークショップ「人体組織・利用・操作をめぐる先端医療等の動向」(平成14年7月27日、札幌)

ワークショップ「ヒト人体(資源)情報の特許化をめぐる倫理的法的問題点」(平成14年8月24日、札幌)

ワークショップ「先端医療をめぐる倫理的法的問題の総論的検討」(平成14年9月14日、札幌)

ワークショップ「移植医療をめぐる最近の動向と、その倫理的法的問題の全般的検討」(平成14年9月15日、北大)

ワークショップ「人類学にとっての身体—相互行為と感情の視点から」(平成14年10月5日、北大)

ワークショップ「動物の法的地位論—生命倫理と動物に関わる重要課題」(平成14年10月19日、北大)

ワークショップ「生殖補助医療(ないし遺伝子関連情報)の規制をめぐる各界最近の動向とその問題点」(平成15年2月27日、北大)

ワークショップ「自己決定権論・再考(医療・生命倫理問題に限定して)」(平成15年3月3日、北大)

ワークショップ「新薬治験・実験的医療等のための人体各フェイズにおける「人体資源利用」をめぐる基本法・提言に向けて」(平成15年3月18日、神戸)

ワークショップ「臓器移植法の問題点を探り出す(PART 1)」(平成15年3月22日～23日、金沢)

ワークショップ「身体・生命論、贈与論、親族理論等をめぐる人類学的研究は現代先端医療技術の倫理的法的位置づけに如何なる示唆をあたえるか」(平成15年3月27日、北大)

ワークショップ「『代り判断法理』・再考(医療・生命倫理問題に限定して)」(平成15年4月12日、東京)

ワークショップ「死体利用に関する刑事法上の諸問題」(平成15年5月23日、

東京)

ワークショップ「臓器移植法の問題点を探り出す (PART 2)」(平成15年5月31日～6月1日、金沢)

ワークショップ「医学・医療における生体利用の現状と公的規制のあり方」(平成15年6月6日、北大)

ワークショップ「『人間の尊厳』と身体・生命の倫理的法的位置づけ」(平成15年6月7日、北大)

公開シンポジウム「先端生命科学・技術の倫理的・法的制御」(平成15年6月8日、北大)

ワークショップ「Wrongful Birth 訴訟の比較法的研究」(平成15年6月21日、北大)

ワークショップ「遺伝子解析の生命倫理－臨床現場の視点から」(平成15年6月22日、北大)

ワークショップ「生命倫理政策とヒト胚－米英独仏－」(平成15年7月6日、北大)

国際シンポジウム in 札幌「生命倫理と法」(平成15年9月13日～14日、北大)

講演会「生殖補助医療をめぐる諸問題 (バーバラ・ロスマン氏)」(平成15年9月18日、北大)

(0-5)本「提言」じたいの限界、残された課題、おことわり等：

- 1) 上述のように、本・提言は少なくとも内容的には、6個の個別対象についての、各担当者個人のお考え・文責のもとで、自由に執筆頂いたものであって、ワーキング・グループが全員集まったの意見の統一・交換等は、(2003年夏の3日間に亘る上記「生命倫理・札幌クールセミナー」を除いては) 少なくとも最終とりまとめの段階では、全くしていない。本・論集掲載に際しても、各提言の内容については、全体としての意見統一を行うことはせず、完全に各担当者のお考え・責任とその個々の名において独自に執筆していただくこととし、最低限[提言骨子]およびその [コメント] というフォーマットの形式と基本項目の通し番号のみを統一することとした。なおまた、用語の統一も今回は十分はかることはできなかった。

ともあれ以上のような次第で、本提言は、研究プロジェクト全体の統一見解といった性質のものでは全くないことを、(起こりうる誤解を避ける

趣旨からも)あらためてお断りしたい;

- 2) また全体を通じての通則的総論的実体規定の提言も当初考えたのであるが、これまた少なくとも本・「提言」中では、断念せざるを得なかった。ただし、基礎理論的根本的諸課題(とくに人間身体・組織全体の倫理的法的位置づけ、法的構成等)と、それに関連する限りでの総論的諸論点に関しては、別途、研究代表者の東海林が、上掲拙稿「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)以下で、可能な限り検討をくわえることとしたい。併せてご参照いただければ幸いである(なお、上記《全体目次》の分担者リストからも明らかなように、各・個別提言中、筆者・東海林の担当部分は、1.の——胎児組織を除いた——「生殖関連問題」のみであるが、2.以下の問題についても、可能なかぎり上掲論考中又は、各「提言」への「附言」等のしかるべき形で筆者自身の見解を提示・附加するよう努力したいと考えている——したがってその結果当然のことながら、他の担当者の提言内容と筆者の見解が異なることはあり得る);
- 3) 「提言」はあくまでも文字通りの意味での「基本法」提言であって、倫理的法的な基本的原理的方向性の提示にとどまるものであり、そしてまた我々自身の時間的能力的限界もあって、細部にわたる厳密かつ具体的な準則の提示にまでは至っていない;
- 4) なおまた、「提言」の内容じたいについても、わずか二年という短期間の間の、とくに法律系教官にとっては制度改革の激動期のただ中のなかでの取りまとめ作業であって、大変ご無理をおねがいせざるを得なかった。そのこともあり、全体として、現代・生命倫理の基本的重要問題をほとんど網羅するような欲張った計画の割には、我々に与えられた時間的余裕はあまりに少なく、我々自身の能力不足もあって、本「提言」には、現状認識・提言内容の両面にわたり、種々の限界・欠陥・誤解等を免れないであろう。関係者のご叱正をお願い申し上げる次第である。

(1)提言・その1：「生殖関連身体・組織の利用・操作等
にかんする生命倫理基本法」(上)： 東海林 邦彦

〈目次〉

- 0：序——問題の基本的所在・論点整理、本「提言・その1」の検討
対象・全体構成：
- 1：生殖を目的としない、生殖関連組織の資源化・操作をめぐる基本的
問題点（「非・生殖目的資源化・操作問題」）：
- 1-1：受精卵・胚ないし配偶子：
《附論・研究ノート》胎児の法的位置づけをめぐる（民事法的視点を
中心として）——以上(上)：本号
- 1-2：胎児（ないし懐胎・出産関連組織）：
- 2：生殖したいを目的とする、資源化・操作をめぐる基本的問題点（「生
殖目的資源化・操作問題」）：
- 2'：「選別出産」関連問題：
- 3：まとめに代えて——（以上の）「生殖関連問題」全体に共通する基
本的事項：

0：序——問題の基本的所在・論点整理、本「提言・その1」 の検討対象・全体構成：

本項（提言・その1）では、「身体・組織利用等に関する生命倫理基本法」提言における個別的作業の「その1」として「生殖関連身体・組織の利用・操作等」にかんする生命倫理基本法の提言骨子とそのコメントを扱うものである。ここで検討対象となっている略称「生殖関連身体・組織問題」とは要するに、人の生殖に関連する身体組織のすべてにつき、研究・開発等の目的や、（不妊「治療」等をはじめとする、主として生殖関連）医療等の応用目的、産業的利用目的等の種々の目的で、それを「資源化」し、操作し、またはそれに附随・関連する諸々の行為・活動が提起する倫理的法的社会的問題 ethical, legal, and social issues（以下、「ELSI的問題」と略称——その意味内容についての簡単なコメントとして、上掲拙稿「身体（の民事）法的位置づけをめぐる——「身体的人格法」研究序説」（1）本誌55巻3号447-445頁参照）を総称して、仮にこのように名付けたものである。

而して、その資源化の対象たる生殖関連組織や生殖操作等の現状・動向をめぐる概観的整理（リスト）、および、「生殖関連身体・組織問題」の・他の身体組織（生体・死体等）の資源化・操作（ないし情報化）等が提起する問題性と比較した場合の特殊性・独自性（それ故に、生殖関連組織をとくに独立させて取り上げる理由）、さらには、「生殖関連身体・組織問題」に包摂されると考えられる問題群の、とくに（資源化・操作等の、その）目的を基準とした類型化等については、すでに、上掲拙稿で、やや詳しく述べた通りであり、そちらの方を参照いただくこととして、ここでは省略する。

ただし本提言では、上記拙稿での「目的類型」として、「生殖目的関連問題」（A）、「研究目的関連問題」（B）、「その他の目的での資源化・操作関連問題」（C）の三つの問題類型に整理したもののうち、BとCをまとめて「非・生殖目的資源化・操作問題」として、全体項目中の「1」で、受精卵・胚ないし配偶子の資源化ないし操作をめぐる諸問題（「1-1」：東海林担当）と、胎児組織（ないし出産関連組織等）の資源化をめぐる諸問題（「1-2」：平塚志保担当）とに分けて、前半部分で扱い、またもう一つの柱であるA（「生殖目的資源化・操作問題」）については、「2」で、それと関連する「選別出産」関連問題（「2'」）とともに取り上げ、最後にこれらすべての「生殖関連問題」に共

通する基本的問題についての若干の総括的提言をおこなう（「3」）（これら後半の「2」、「2'」、「3」はいずれも、東海林担当）、という構成をとることにした*。

*ただし、以上のうち「1-1」のみが本論集掲載分であり、「1-2」は次号掲載予定、また「2」、「2'」、「3」はいずれも、次号以下の号で、本・論集所定の割り当て頁数の余裕をみながら、随時掲載という形をとらざるを得ない。いささか異例・不便なことではあるが、一号宛割当て字数の制約故のやむをえない措置として、御理解賜り度い。

以上要するに、「生殖関連問題」全体としては、「生殖目的資源化・操作問題」すなわち、人個体を現実に産み出すことを直接目的とする生殖技術をめぐる諸問題と、「非・生殖目的関連問題」すなわち、人個体の産生にはつながらない段階での生殖関連組織の（作成・）利用・操作問題との間には、とくに、（産まれた、ないし産まれる可能性ある）子の福祉を、どのように守るかという問題発生の可能性の有無、別言すれば「生殖目的での資源化・操作」においては、当該「生殖」によって生まれる子の福祉・権利の最大限の確保という、法的介入・規制のための至上の実質的正当化根拠たる原理的観点からみたときの、当該「資源化・操作」の当否・要件如何という、いわば「生殖目的原理」基準による倫理的法的テストが決定的であると考えられる、というそのような意味で、生殖目的を有する資源化・操作とそうでないものとの間には ELSI 的質的に決定的に重要な差異が存するゆえに、以下の提言においてもまた、この二つを大きな二つの柱（項目「1」および「2」）として立てて、それぞれにつき検討することとした次第である。

なお、本「提言」は、上記の「生殖関連身体・組織問題」と考えられるすべての問題を網羅的に扱うものではなく、あくまでも、我々の目からみて実践的理論的に重要と考えられるものを重点的に取り上げるにすぎず、また（重要性があるにも拘わらず）能力的に力及ばずして、全く（ないし不完全にしか）触れることができなかった論点も少なくない。

また（すでに「(0) 序」において述べたように）本「提言」部分も、そもそも直接法律・規則等にすることを想定し細部にわたる問題点を精査して遺漏なき形・内容をもった完成体の提示を目的としているわけではなく、あくまでも文字通り「提言骨子」として、基本的原理的方向性の提示にとどまる；

なお、少なくとも本項目では、内外の参考文献の引用も必要最低限に止めた。

1：生殖を目的としない、生殖関連組織の資源化・操作をめぐる基本的問題点（「非・生殖目的資源化・操作問題」）：

1-1：受精卵・胚（ないし配偶子）：

【提言骨子：1-1-1-0（受精卵・胚（ないし配偶子）の非・生殖目的資源化等の法的規制における原理的方向性、とくにその実体法上の基本的位置づけ）】

- 1) 配偶子ないし受精卵・胚の非・生殖目的資源化等の法的位置づけ・規制にあたっての基本的方向としては、その「資源化等」の対象たる受精卵・胚の有する倫理的法的位置づけという観点からは、とくにそれらについての類型的段階的価値評価（とくに、[着床後の胚—子宮に移植される高度の蓋然性を有する体外受精胚—廃棄が確実となり、その意味で「余剰」となった体外受精胚—「特定胚」]間の段階的評価)の視点と、胎児の・あるべき立法論的位置づけとの一体的連続的視点に立った法制的具体化が志向されるべきである。ただし、受精卵・胚についてはいうまでもなく、配偶子についても、それらすべてにつき、とくにその「非・モノ」性という最低限の倫理的法的な原理的視点（「非・モノ原理」基準、即ちとくに、専ら何らかの目的のための手段としてのみそれを資源化し操作することの禁止）に立った法制的具体化が志向されるべきである。
- 2) 上記「非・生殖目的資源化等」の行為の倫理的法的評価・規制にあたっては、(1) その行為（とくに、研究・開発行為と、そのための「提供」）に固有内在的な意義・問題点と、(2) 受精卵・胚ないし配偶子という・対象じたいの倫理的法的位置づけとの、(均衡ある) 相関的評価・意義付けに立った法制的具体化が、志向されるべきである。而してその際の原理的方向性としては要するに、いかなる段階での受精卵・胚であれ、配偶子であれ、すべて、その資源化・操作等にあたっては、それが「生殖目的資源化」ではないということ、すなわち人個体を産み出すものではないということ（そのような意味での「非・生殖目的原理」基準）、

また、配偶子のみならず上記1)に掲げたすべての段階での受精卵・胚につき、上記意味での「非・モノ原理」基準、の二つの原理的要件・基準が最低限担保されるような法制的具体化が志向されるべきである。

【コメント】

0) (上記表題の論点をめぐる) 従来の関連規制・論議の全般的動向とその特質・問題点：

0-1) 「受精卵」および「特定胚」の研究利用・作成等にかんする、従来の立法・行政・学会等による規制・論議の経過・現状を概観する意味で、その主要リストを列举すると以下の通りである：

***法令：** クローン＝「特定胚」関連の下記二点のみ：

- ・平成12年「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」(以下「クローン技術規制法」として引用) 制定(平成13年6月施行)、
- ・同年同法4条の授權により「特定胚の取り扱いにかんする指針」(以下、「特定胚指針」)が策定、施行。

***行政：**

- ・ヒト胚性幹細胞(embryonic stem cell：以下、ES細胞)研究およびクローン研究の双方をあつかうもの：
 - ・(旧・科技厅)科学技術会議・生命倫理委員会・ヒト胚小委員会「ヒト胚性幹細胞を中心としたヒト胚研究にかんする基本的考え方」(平成12年、以下「H12・基本的考え方」として引用)
 - ・総合科学技術会議・生命倫理専門調査会「ヒト胚の取り扱いに関する基本的考え方」(中間報告書)(平成15年、以下「H15・ヒト胚・中間報告」)
- ・関連する行政的指針中もっとも重要性のたかいもの：
 - ・「臨床研究倫理指針」(厚生労働省告示255号、平成15)
- ・ES研究を主としてあつかうもの：
 - ・平成13年文部科学省告示第155号「ヒトES細胞の樹立及び使用に関する指針」(平成16改訂見直し)(以下、「H13・ES指針」)
 - ・平成14. 1. 29厚生科学審議会科学技術部会・専門委員会・第一回会議「ヒト幹細胞を用いた臨床研究指針」

・クローン研究を主としてあつかうもの：

- ・(旧・科技厅) 科学技術会議生命倫理委員会・クローン小委員会「クローン技術に関する基本的考え方について(中間報告)」(平成10年、以下「H10・クローン・中間報告」)
- ・同小委員会・報告「クローン技術による人個体の産生等に関する基本的考え方」(平成11年)

***学会：**とくに日本産科婦人科学会(日産婦学会)・「会告」中、関連するものを列記すると：

- ・「ヒト精子・卵子・受精卵を取り扱う研究に関する見解」(1985=昭和60年3月)・平成14年1月改定(以下、「S60/H14改訂・学会会告」)
- ・「ヒト胚および卵の凍結保存と移植に関する見解」1988年(昭和63年)

0-2) 上記の・関連規制・論議の基本的内容・特徴・問題点等に関しては、関連箇所でも随時言及することとして、ここで全般的な問題点のみを二三指摘すれば――

1. 全体としては上記リストからも一見してあきらかなように、[法律による規制-行政(指導)的規制(ガイドライン等)-関連学会・職能団体の自主規制]間の三者の役割分担にかんしては、ここでも何よりも、全体としての縦割りの対応(担当省庁毎、学会・研究機関毎)が顕著であり、要するに一貫性をもった、かつ科学技術の発展に適切に対応しうる規範を形成・実現しうる中核的指導的国家機関の不在・欠如が窺われる；例えばとくに、(既述のように、また後にも関連箇所でも詳しくみるように)本項の「非・生殖目的」での胚・卵子等の利用等の問題と「生殖目的」(とくに不妊「治療」ないし選別出産)でのそれとは、事実の次元でも ELSI 的評価の次元でも密接な関連性を有する問題であるにもかかわらず、後者については主として日産婦学会ないし厚生労働省、後者については文部科学省でそれぞれバラバラな対応がみられる。

2. (ここでも)とくにガイドライン・行政中心の規制の叢生の現状とその問題点：例えばとくに、その形式的法的正統性(legitimacy)も疑問であり、法律マターをガイドラインで対応している例(「H13 ES 指針」)もある等；

3. 内容的にも、受精卵・胚-配偶子等の関連組織を包括的体系的にお

さえた、その倫理的法的位置づけ論等の基礎理論的検討をふまえての、論議・規制というものはなっていない（その結果、クローン技術規制は法令による極めて厳格な研究規制が、他方、胚をもちいてのES細胞研究についてはもっぱら行政による規制がなされ、内容的にも、いささか彼此均衡を欠く規制との印象も否めない；また胚を胎児や配偶子との一体的体系的連続的視点でとらえるという論議・規制とは言いにくい現状もある）

4. 日産婦学会の関連会告は、ここでも、まずもって一般的には、規範的具体性に乏しい簡単かつ不明確な部分の多い点、規制の人的対象があくまでも、会員たる産婦人科学研究者ないし医師等に限定され、サンクシヨンの点もふくめ、実効性の乏しさは否定できないという点、また対象組織も、生殖補助技術（ART）との関連では卵ないし胚のみ、また研究規制において凍結保存規制の対象となっているのは、受精卵のみである点、等の限界を指摘できよう。

5. 総じて、とくにこの胚等をもちいての研究等の規制に関しては、問題の高度の専門性、不可視性等の状況もあって、脳死・臓器移植等をめぐるそれと比較して、また欧米における場合と比較して、いずれもその社会的論議・関心は少なくとも我が国では低調というほかない状況であって、この点は後述するように、中絶問題や胎児をめぐる倫理的法的位置づけ等についての論議のありようとも深く関わる問題性を内包しているように思われる。

1) 提言の基本的方向性・その1：「対象」論（受精卵・胚ないし配偶子の倫理的法的位置づけ）

1-1) 受精卵・胚——【受精卵・胚—胎児】間の一体的連続的位置づけの視点（とくに、「基準点としての胎児」という視点）、および、受精卵・胚の、倫理的法的観点からの・内在的類型化ないし段階的評価

1：従来の論議の問題性・限界：包括的体系的論議の欠如、とくにいわば「胚・中心主義」(?)ともいうべき偏向的特質

すなわち、従来の論議・規制は、(体外の)受精卵・胚、とくにES研究の目的でのその利用(ないし、それ以外の目的での「受精胚」の作成)に主として定位した、あくまでもアドホックな倫理的問題への対処、ないし人クローン個体産生の禁止を中心とする「特定胚」研究の規制の二つが論議の中心であって(そのような意味での「胚・中心主義」)、それ以外の(とくに生殖医療・医

学等の場での) 資源化・操作をめぐる動向と関連づけた体系的論議と規制との関連づけ(下記1-1)、ひいてはまた生殖関連組織の対象全般を視野に収めた包括的論議・規制(1-2)は、いずれもほとんどなされてこなかった、といつてよい。

1-1:すなわち、まず、①生殖医療・医学での場・局面での(上記各種生殖関連組織の)利用・操作等をめぐるELSI的諸問題、②ES研究等での「余剰胚」利用・操作(ないし、その結果樹立されたES細胞じたいの位置づけ)、③(生殖目的以外の目的での)受精胚の作成、ないし④「特定胚」研究における卵子・胚の資源化・操作(ないし、その結果産生された特定胚の位置づけ)等をめぐる同様の問題点等について、現行の規制はその規制主体、規制方法・内容等もバラバラであって、とくに後三者と第一のものとは、現実の問題としても(たとえば、ES研究における利用対象を生殖補助医療における「余剰胚」に限定するとしても、前者は、いうまでもなく、後者における受精卵の体外での「作成」-保存・管理-提供等を前提せざるを得ない等)、理論的整合性の問題としても、密接な関連性があるにも関わらず、論議も規制も別々に為されてきたとの印象がつよい。

ES研究を中心とした受精胚研究と「特定胚」研究の双方、およびその前提としての胚の倫理的法的位置づけ論を、医学・生命科学等の専門家以外のものも加えて討議する「総合科学技術会議・生命倫理専門調査会」が設置され、上記「H15ヒト胚・中間報告」がだされたことは周知のとおりであるが、しかしこれも、見られるようにあくまでも(とくに上記②ないし④の三者の)胚の取り扱いに主たる焦点はあわされており、生殖医療・医学全体の動向、ないし生殖関連組織の資源化・操作問題全体を視野におさめた包括的論議とは言いにくいように思われる。他方、厚生労働省下のART関連の二つの検討委員会から出された近年の二報告は、あくまでも、狭義の生殖補助医療に限定された、その医療行為規制の観点からのものであって、研究利用のような本項が扱う視点からのものとは言い難い。また上記・関連学会の(少なくとも従来)の自主規制も、その対象も内容もあくまでも、生殖補助技術の臨床応用ないし生殖医学関連研究に照準を絞ったものである。

1-2:他方また(仮に胚研究を中心にすえて議論することがさしあたり現下焦眉の急であることを認めたとしても)、胚をめぐる倫理的法的諸問題の論議・検討にあたっては、すくなくともとくに、一方で胎児、他方で配偶子と

の、連続—不連続両面を含めての、比較検討が不可欠と考えられるところ、(上記「中間報告」もふくめ) それら両者との関連で論議・検討するという視点・努力が弱いとの印象(そのような意味でも「胚・中心主義」的傾向)が否定できない(私見のかぎり、その背景事情の少なくとも一つとして、とくに前者に関しては一種のタブー的思考停止状況、後者に関してはそもその論議・検討の蓄積の薄さ等の事情があるように思われる)。

以上のような問題意識からさしあたり以下ではとくにまず、胎児という、生物学的にも密接不可分に関連する対象との関連・対比において、かつ胚自体の内在的諸類型の差異に留意しつつ、胚の法的位置づけにつき、その基本的方向性をさぐるべく、若干の検討をくわえてみたい：

2：胎児からみた胚の法的位置づけ：

2-1：胎児と胚の関係を論じるにあたっては、その大前提として、そもそも胚—胎児を区別するのか、しないのかを、論定する必要がある。けだし、「受精の瞬間」から生命の誕生をみる立場(例、ローマ・カトリック教会)にたてば、両者を区別する根拠は失われ、両者は倫理的法的に同一線上で保護の対象となるものと考えられるからである。而してそれは同時に、とくに胎児について、倫理的法的に「いつから「胎児」というべきか」という胎児の始期如何の問題(ひいては、胎児と区別されるとした場合の胚については、すくなくとも後者の終期如何の問題)、ひいてはまた法的倫理的保護の対象たる「生命」と「非・生命」との切り分けの基準如何、ひいては all or nothing 式の二項対立的不連続的思考様式での一点切り分けの(少なくともこの問題局面での)是非如何——と言う風に、より根本的な問題性を孕む論点へと繋がる問題でもあるが、ここでは議論をいたずらに拡散しないためにさしあたり、その手がかりをわが実定法の規律ないしそれをめぐる論議にもとめることとすると、この点すくなくとも、胎児について、その法的保護の規定をおく主要関連実定法、すなわち刑法・民法ないし医療関係法令のいずれにおいても、何時から「胎児」というのか、についての定義的規定は存しない。

この点、少なくとも刑法・墮胎罪の保護対象たる胎児につき、刑法学における通説は「母体内の、子宮着床終了時からの受精卵」をもってその始期とする(ちなみに、ドイツ刑法219条d項は「着床完了時」と明記し、またドイツ基本法上の基本権享受主体論との関連において、12週以内の中絶を不可罰とする

改正刑法の合憲性を問題とした連邦憲法裁判所1975年2月25日判決は「受精後14日（着床、個体化）から人間個人の歴史的意味での生命が存在する」、そしてそれは、基本法2条2項1節「何人も、生命および身体を害されない権利を有する」に所謂「何人」の範疇にはいるとする。上記刑法学・通説と、判断枠組としては基本的に共通するものがあるといえよう。この学説のもとでは、当然上記「子宮着床終了時前の受精卵」は、すくなくとも上記墮胎罪の可罰対象からははずされることになるであろう。ただし、それ以外の法的規律如何につき、つねにこの「子宮着床終了時」が基準点として妥当するのかは、法的規律目的・分野ごとの法的概念の相対性という基本的立場からは、むしろ消極に解さざるを得ないであろうが、この点近時の上記・クローン技術規制法が「胎盤形成期」をもって体内胚の終期であると同時に胎児の始期とするとの定義規定をおいているのが注目される所であり、また上記「S60/H14改訂・学会報告」は、体外胚の操作が許される終期を受精後14日とし、それを、ほぼ原始線条形成＝臓器分化形成時の故であるとする（なお、これらの基準点をめぐる諸種の見解における若干のブレは、それぞれの基準設定における観点・判断枠組みの差の然らしむるところであって、概念の相対性ということからは、複数の基準の併存も背理ではないと考えられるが、しかし他方いずれの立場に立ってもそれほど時間差を結果しないものと考えられる）。

このように、わが関連実定法制・学会自主規制ないし学説も、胎児の始期、ないし受精卵・胚の終期如何に関しては、論点毎に若干のブレが存するとしても、ここでの「胎児－胚」の区別の要否・是非如何という問題との関連では、すくなくともわが実定法（学）の主要な流れとしては、胎児と胚の区別は当然という前提にたつて、したがってそのこと自体をあまり詮索することなく、むしろ、その区別の実体的ないし時間的基準論に、その論議の基本的関心をシフトさせている、ということができよう。

しかしてこのような（両者の区別論という）方向性は、とくに体外授精の成功以来、まさに受精卵の体外での操作、保存、ひいてまたその（各種目的での）利用・資源化が可能になったという、生殖医療技術の不可逆的發展、ひいてまたその各種利用価値の増大、という技術的ないし社会的事実を前にして、いまや少なくとも体外の胚に関しては、体内の胚とは質的に異なる位相において、胎児との差異を、事実の次元でも、価値的規範的次元でも、一定程度認めざるをえない段階においては、妥当というよりは、むしろ必要になった、とさえい

えるのではないか、と思われる。

つまり、以上のような状況の下では何よりもまず、受精卵のうちとくに母体内／外に存在するものかどうかで、その倫理的法的位置づけ、すくなくともその法的地位・保護での異同が典型的に異なるものとして扱われるべきである、ということになるのではないか。

すなわち、少なくとも母体内の受精卵のうち、着床後のものについては、(少なくとも上記刑法学の通説にしたがうかぎり) 胎児と同視すべきこというまでもない。

しからばそれ以外の胚の、法的地位・保護如何？

この点われわれの結論的見解を先取的に示せば、それは要するに、すくなくとも着床前の胎内の胚については、可能なかぎり胎児の延長線上に連続的に位置づけ、胎児の法的地位・保護を、合理的な範囲で一定程度推し及ぼしてよいのではないかと考える。のみならずまた、母体外で受精されたものであっても、子宮にもどされて、着床の可能性を有するにいたったもの、さらにまた、少なくとも子宮にもどされ懐胎されうる事実的蓋然性の相当程度に高いものについても、その倫理的法的地位・保護にあたって、胚自体の判断枠組みにかんする拠るべき蓄積・見解等が未確立な現状にあっては、胎児をめぐる判断・評価枠組みを基本的参照枠としてそれに準拠せざるを得ないであろう(そのような意味において、上記刑法学における「何時から胎児か」をめぐる論議は、あくまでも、墮胎罪の課罰対象を限定する次元でのそれであって、それ以上(ないしそれ以外)の意味における胚の法的地位論についてのイムプリケーションを含みうるものではない、というのがわれわれの受け止め方であるということになる)。

ともあれかくして結局、母胎の内・外のいずれを問わず、受精卵の法的地位論を論定するにあたっては、法的準拠枠組み・基準点として胎児のそれが、もっとも重要な決め手となることとなる。而してここでの我々にとっての困難は、その、まさに胎児の法的地位論をめぐる(日本的)問題状況に胚胎すること大なるものがある：それは具体的には次項のような意味においてである：

2-2：「基準点」ないし原則的準拠枠組みとしての胎児の法的位置づけ論、その点での「日本的・負の遺産」：

上記のような両者の区別論を前提として考えたとき、いうまでもなく、(胎

児存在の可視性・普遍性ゆえに、人類の歴史的社会的経験という次元においても、もっとも長く、それ故また質量ともに大きい) 胎児の倫理的法的社会的位置づけ論をめぐる先行の蓄積が一方であり、他方、体外受精胚(ないしいわゆる「特定胚」という、現代の科学と社会が人為的に作り出した、ごく近時の文明の所産であり、それゆえまた、それ自体としては価値的評価の次元でも社会制度的判断の次元でもほとんど扱べき準扱枠をもたず、しかしその無限の可能性を秘めているかにみえる「宝の山」の扱いに困惑しているかのごとき《何か etwas》が目前に突きつけられているという状況のなかでは、当然に、事実の次元においては、前者の蓄積のありようが後者に影響をあたえ、また理論的にも、前者の先行蓄積のなかから後者の在り方を探るというかたちで、両者は密接な関連をもたざるを得ないことも、見易いところである。

而してこの点、いわば「(特殊?) 日本的与件」として我々が十分留意しておかなければならないのは、(このように胚の問題と密接に関連し、その延長線上に位置づけるべき) 胎児の倫理的法的位置づけ、その実態、それをめぐる論議の(とくに欧米諸国と比較しての) 特殊性、強いて言えば、胚の資源化問題というすぐれて現代的な問題との倫理的法的対峙という事態に直面して、改めて、その関連先行問題としての胎児の問題についての「負の遺産からの出発」と言う現実に気付かざるを得ないということである。その「負の遺産」としては、さしあたり少なくとも、下記二点を指摘しておく必要があるように思われる：

イ) 上記刑法墮胎罪じたいの実質的空洞化、(現行) 母体保護法による(すくなくとも人工妊娠中絶の) 形式的合法化=非犯罪化(そのもとではむしろ胎児中絶処罰の例外化、而してその根拠づけの立証責任は処罰側にあるとされる)、後者じたいの「経済条項」等をもちいての実質的形骸化、さらには中絶胎児等の資源化をめぐる倫理的法的空白状況、等総じて法的次元においても、法のタテマエと社会的現実・運用実態とのギャップ・乖離、社会的論議・観念状況としての、生命の誕生・始期、中絶問題等をめぐる倫理的法的次元での根本的思考・論議の不在・回避、政治的タブー化=思考停止状態化、等の無意識的ないし意識的伝統という周知の事実が、あらためてここで再確認されなければならない(ちなみに、クローン人間等にたいする漠然たる不安・恐怖感が一方で存在するにもかかわらず、他方この国では、脳死・臓器移植法ほど、また欧米ほどには、胚の利用・操作問題につき、国民的関心・論議が高まらず、一

部関連専門化だけの、閉じられた論議に堕しがちの傾向を否定できないのも、こうした胎児をめぐる問題状況と決して無縁ではないであろう。

ロ) 胎児の法的地位についての法制的整備ないし法理論的論議の・質量両面での貧困・不整合——この点は本項末尾に《 附論・研究ノート 》として掲載した拙稿「胎児の法的位置づけをめぐる（民事法的視点を中心として）」における（一応の・簡単な）検討からも自ずから浮き彫りになってくるであろう：

2-3：上記「胎児の法的位置づけ論」から、胚のそれへの若干の示唆：

以上の簡単な素描からも窺われるように、わが実定法制における胎児の位置づけは質量ともに多くの不十分性をのこすものであり、なお多くの立法論的課題を残しており、それゆえ、胚の法的位置づけにとつての参照枠としての意義においても限界が存することは否定できない。

いずれにせよ、上述するところにより胎児としての位置づけを与えられる着床後の受精卵・胚については上記の胎児に与えられる法的保護が妥当することはいうまでもないところ、着床前の胚、とくに体外の胚に関しては、胎児の法的位置づけをどこまで類推しうるかは、困難な問題である。この点われわれの仮説的見通しとしては上述のように、少なくとも（子宮に戻される高度の蓋然性を有する）体外の胚に関しては、胎児に与えられるような財産法的ないし家族法的権利は否定せざるを得ないとしても、少なくとも上記「人格法的保護」は（胎児に固有のものと考えられるものを除いて）最低限与えられるべきではないかと考えられるのであるが、しかしこの点はおお、上記余剰胚（子宮にもどされない、そのような意味で廃棄が確実に予定されている受精卵）を含め、胎児との距離を基軸とした、以下のような、よりきめ細かな類型論的考察が要求されるであろう：

3：胚じたいの内在的類型論：

3-1：従来論議の問題点・限界：

（上記）胎児との関連での、そのような意味でいわば外延的な胚の位置づけ論をはじめとして、多様な生殖関連組織を、その研究目的での資源化・操作の是非・要件如何という観点に限定してであれ、体系的全体的に検討しようとするとき、結論的にはそこに自ずから、価値的評価・判断の点で一定の（典型的

な) ランク付けは避けがたいものと思われるのであって、その仕分けの基準論、ランク分けの結果としての具体的効果論的差異等が、より重要な実際の課題として浮上するものと思われる(その際もやはり本来的には、まさに胎児の法的位置論が、その理論的検討・論議と現実的「経験」の圧倒的蓄積のゆえに、それら他の生殖関連組織の検討にあたっての基準点として位置づけられるべきものと考えられる)。

この点従来論議等においてはまず以て、とくに(受精)胚の一般的位置づけとして、「人の生命の萌芽」という原理的位置づけが、「人の尊厳」とならんで、以下のような多くの公式的論議ないし公式的文書等でくりかえし膾炙されている、ことが注目される：

- ・上記「H12基本的考え方」
- ・クローン技術規制法附則2
- ・上記「H15総合科学技術会議・中間報告」

——とくに、上記「ES 指針」第三条は「ヒト胚及びヒト ES 細胞を取り扱う者は、その取扱いに関して、ヒト胚が人の生命の萌芽であること及びヒト ES 細胞がすべての細胞に分化する可能性があることに配慮し、人の尊厳を侵すことのないよう、誠実かつ慎重にヒト胚及びヒト ES 細胞の取扱いを行うものとする。」との訓示規定をおく(下線、筆者)。

而してこれらにおいてはいずれも、要するに、胚が(とくに、人個体=生命の誕生に繋がりうるという意味で、他の・人の細胞等とことなり)「倫理的に特別に尊重されるべきもの」という一般的抽象的な倫理的評価が下されているだけで、それ以上に何らかの具体的な規範的意味がそこに与えられているわけではない。そのような意味では上記・総合科学技術会議「中間報告」等での、ヒト受精胚についての「人の生命の萌芽」という規定、「人の尊厳」の尊重という言説は、単に象徴的意味・機能をもつものに過ぎず、それ以上のものではない。むしろ、そのような基本的価値理念の縛りがあればこそ、上記 ES 指針とその行政運用が、ES 研究にたいするかなり厳格強力な行政規制を実施していることも、その当否はともあれ、説明しうるわけであるが——。他方、この言説の別な位置づけとしては、まず以て、とくに ES 研究の必要性・有意義性の共通の認識のもと、そこでの胚の利用価値についての評価が優先され、それを正当化するとともに、それを制約するための、原理的言説として、(「人の生命」じたいではなく、それからワンランク格下げされたものとしての)「萌

芽」という位置づけがなされた、との見方もあり得るわけであるが、これはいささか意地のわるい見方というものであろうか？

いずれにせよ真の問題の所在は、以上のような象徴的言語の意味解釈ないし言語的操作如何にあるのではなく、むしろ、人の・倫理的法的な観点から「生命」そのもの、ないし「生命の萌芽」というべきものの、その始点はどの時点にあり、而して（仮に法技術的に「一点切り分け」方式が不可避であるとしても）その切り分けの基準、その前後での倫理的法的差異付け如何、等の具体的論点こそが、実質の本質的な重要性をもつことは明らかであって、而してその論定作業にさいしては、ここでもとくに、胎児の法的倫理的位置づけとの全体的連続的視点、そしてさらに、胚そのものの内在的位置づけ論にあっても、（胚・一般論ではなく）、その胚じたいの（下記の「受精卵—特定胚」という類型もふくめ、その適切な倫理的法的位置づけ論にとってレバンスーを有する）類型論如何と、その各類型に適合的な倫理的法的内容としていかなるものを充填するか、という、類型論的相対化の視点が、不可欠であると思われる；

3-2：われわれ自身の類型論：

1)われわれは、胚の類型論にとって第一次的に倫理的法的なレバンスーを有するものは、（着床後のそれを除き）胎児との事実的ないし規範的距離という観点からみて、[胎内での（着床前の）胚—体外（受精）の胚]の区別であり、而して第二次的には、[子宮に戻され、したがって懐胎の蓋然性の高い胚—（その蓋然性のほとんどゼロに近い）廃棄が確実に予定されている、カップル間不妊治療のために作成された体外受精胚（いわゆる余剰胚）]という区別である、と考える；而して、これらのものにつき、左項に進むにしたがって胎児に近い人格法的位置づけ・保護が与えられるべきであるということになるのはいうまでもないところであるが、しかし最後の「余剰胚」とされるものについても、少なくともその利用・操作・廃棄等の処分に当たっては、「非・モノ」という最低限の倫理的扱いを受けるべきものと考え。この、キーワードとしての「非・モノ」という原理的基準（これを仮に「非モノ原理」基準と呼ぶことにする）が意味するところのもの、意図するところのものは、その対立概念としての「人格」概念の明確化によって自ら明らかとなるはずのものであり、而してこの点についての詳細は本論集・連載予定の別稿（「身体的人格法」研究序説）に基本的には委ねざるをえない。なお、研究等の目的での受精卵の人為的作成の問題は、胚じたいの内在的類型論というよりは、胚を対象とする行

為の類型的評価という、次項の問題として論ずるべきものであろう。)

以上を総括し、とくにその対象論的視点に特化した胚の法的保護の類型的グラデーションとしてわれわれが考えるところを結論的図式的に示すと、以下のようになるであろう：

[母体内の・着床後の受精卵・胚>母体内の・着床前の受精卵・胚>母体外の・子宮に戻される蓋然性の高い受精卵>母体外の・子宮にもどされる可能性の全くない受精卵 (廃棄が確実となった受精卵 (所謂「余剰胚」))] *

* その意味するところの要点は、「>」の左項に移るに従い、「非モノ」としての倫理的法的扱いを受けるべき度合は高まる、ということである。なお、これ以外に、受精初期の段階での受精卵についての以下のような、なお細かな類型論も存するが、ここでの検討は省略する：

- ・ 接合子-胚 (ドイツ「胚保護法」1990 — なお、8割球以降の、多能細胞によって構成される細胞塊、ないしそれから採取・分離された多能幹細胞は、完全な個体に成長する可能性のない細胞として、その利用・操作は同法の禁止の対象外とする説もある：ドイツ・マンハイム大学・ヨッヘン・タウピッツ Jochen Taupitz 教授)
- ・ 二細胞接合子出現前の胚—それ以後の胚 (イギリス「人の受精と胚研究に関する法律」1990)
- ・ 胚の遺伝的自己同一性 (ID)、ないし個体としての ID が確立した時点 (厳密には多胎発生の可能性がなくなった時点?)

2) なお、この「類型論」との関連で、「受精胚 vs 特定胚」という二元的思考・判断枠組みについて、一定の批判的検討をくわえておきたい：

2-1) 現在我が国では、現行関連法令 (例、「ES 指針」、「クローン技術規制法」とそのもとでの省令・指針) の基本枠組みにおいても、政府関係の公式的論議 (例、上記 H15 「ヒト胚・中間報告」) においても、さらには上記法令下での研究実施にたいする行政的規制管理においても、基本的には以下のような二元的思考・判断枠組みが支配的であるように思われる：

・ すなわち一方で、上記「余剰・受精胚」をもちいての、ES 細胞の樹立等を目的とする再生医学等の研究、生殖医療・不妊治療の基礎研究を基本的には容認する方向で、ただし、とくに前者 (ES 研究) については、「受精胚」の「生命の萌芽」としての独自の倫理的法的位置・意義をもつものを、(研究等の目的であれ) それを破

壊等の操作を加えた上でES細胞等として樹立－培養－配分するなど、研究資源として利用すること等に由来する倫理的問題性をクリアーするため、比較的厳重かつ詳細な要件準則とその行政の実施がなされている；

・他方、「受精胚」「体細胞」ないし卵子をもちいての9種類の「特定胚」（その詳細につき後述 参照）の作成等の研究に関しては、とくに個体産生につながる可能性ある胎内移植の厳禁をはじめとして、極く一部の例外を除き、ほぼ一律の、かつ厳格な規制のもとでの、研究じたいの凍結禁止ないしモラトリアムという方向での、そのような意味での一種の判断停止状況がある；

2-2) 以上において両者のELSI的差異とされるもののうち、その妥当性を支持しうる点としては、前者（余剰・受精胚）において資源化・操作の対象とされる胚は、体外受精とはいえその受精過程は精子－卵子の受精という自然的過程をとって産生されたものであり、しかも「余剰」として廃棄が確定しているものの「二次的ないし他目的利用」であり、またそれを用いて産み出されるES細胞も胚の内部組織の有する多能性等の自然的本性を利用して作出されたもの、そのような意味でなお「自然法則の利用」的な側面を有している等の観点からして、少なくとも倫理的社会的認容度は高いものがあり、しかも、（その再生医療の臨床応用における有効性・安全性の問題はすべてなお今後の課題として残されているとはいえ）その成果・利便がもたらすであろうところのものへの社会的期待も大きい。

これに対し後者の「特定胚」問題、とくにヒト・クローン胚をもちいてのクローン個体の産生は、人・生殖の過程・方法ないしその結果のドラステックな反・自然的、操作的介入的性格をおび、それゆえそのELSI問題性も比較にならぬほどに顕著である。

2-3) しかし、後述のように9種類の「特定胚」の中には、ELSI的観点からみて、（〔ヒト・クローン胚の作成－子宮移植－クローン個体産生〕という）〔第一類型〕のそれがもつ問題性をもって律することのできない、そのような意味で多様な性格をもつ他の類型のものもふくまれており、少なくともクローン個体を産み出すことには直接つながらない研究目的での各種「特定胚」の作成・利用については、それら「特定胚」ごとに、個別かつきめ細かに、そのELSI的問題性を検証する実証的姿勢が肝要ではないか、と考えられる。少

なくとも、「クローン人間」のもつ ELSI 的問題性じたい、じつのところはじめからタブー的思考停止状態に封印するのではなく、それじたいなおオープンな論議に晒されるべき余地も考えられなくはない（この点、例によってアメリカでの、法律学者もまきこんだ多様な論議の生産性が注目される）ことをさしあたり措くとしても、すくなくとも「クローン人間」にたいする一定の評価・判断が他のすべての特定胚の ELSI 的問題性の公正適切な評価・判断を曇らせることはあってはならないと考える。

そしてなによりも、上記受精胚と「特定胚」との関係については、ELSI 的観点から一般的にも、両者を全く異なる類型、とくに後者に含まれる 9 種類の胚を一律に、前者とは全く異なる特別のものと、画一的に対立的な関係において捉えることは適切ではない；むしろ現に、下記諸点のような、両者に共通して問題となりうる論点も存在し、それゆえ、必要な場合（とくに、ある種の「特定胚」研究については将来的には容認の余地ありとする場合）には、両者に共通する準則の策定等が論議され追求されて然るべきであろう：

- ・ 胚を用いた研究利用であることに由来する共通の問題点：例、
 - ・ 提供段階での「余剰」胚の利用要件等をめぐる問題：
 - ・ 胚の作成のための卵の採取・提供要件をめぐる問題：
 - ・ 胚の破壊・操作、廃棄等をめぐる問題：
 - ・ 樹立・配分段階——一定の研究成果物をめぐる問題：例、配分規則等、特許・利益配分等
 - ・ 提供者の個人情報保護：
- ・ 研究一般の問題としての共通問題点：例、
 - ・ 情報の開示：
 - ・ 第三者機関によるチェック：
 - ・ 臨床応用—基礎研究の区別・仕切
 - ・ ES 細胞等を用いての、患者への「臨床研究」：

1-2) 配偶子：

1. 配偶子資源化等とその規制・論議の現状・動向とその問題点：

わが国においても夫婦間人工授精（AIH）はいうまでもなく、ドナーの精子による人工授精（AID）もはやくから実施され、また夫婦間体外受精も関

連学会の自主規制のもとで行われてきたことも事実であり、こうした ART の普及との関係でその前提としての、精子（ないし卵子）の採取・提供・保存等が、臨床の場でも研究目的でも、広くおこなわれてきたことは想像に難くない。しかしこの点での関連学会の自主規制は、上記「S60/H14改訂 学会会告」と「S63会告」の、二つがあり、前者は、「ヒト精子・卵子・受精卵を取り扱う研究」に関し、主として生殖関連医学研究ないし ES 研究につき、また後者は ART における「ヒト胚および卵の凍結保存と移植」につき規制するものであるが、とくに注目すべきは、凍結保存規制につき、前者は受精卵、後者は卵ないし胚についてのみを対象とするものであり、そうじてわが国では（信じがたいことに）とくに精子保存の規制は最も関連性ある学会ですら全く有しておらず、各施設毎にバラバラな対応という状況である。また前者における研究規制において凍結保存規制の対象となっているのは、受精卵のみで、卵子については明示の規定は存しない。政府関係の・近時のガイドライン・報告書等も上記のように、「胚・中心主義」ともいうべき傾向にあって、総じて我が国では、ART の臨床においても、研究の現場においても、精子についてはいうまでもなく卵子についても、その採取・提供・保存・利用等の正確な現状把握、その倫理的法的位置づけを巡る論議等は、十分にはなされていないというのが実情のようである。（ただし生殖補助医療との関連における精子ないし受精卵の採取・保存・利用・廃棄等については上記日産婦学会・会告以外に、関係施設・機関における倫理委員会規則等が一定の規則を布いてきたことは事実であり、その仔細な批判的検討が、今後の課題であろう。）

2. 一般的位置づけ：

すくなくとも胎児との倫理的法的位置づけにおける距離という観点からみたとき、配偶子と受精卵・胚との間に一定の断絶が存することは否定できない。しかし、とはいえわれわれは、（受精の瞬間＝生命の発生という時点の倫理的絶対化と、「一点切り分け」の断絶の論理との結合により）【受精前配偶子の人格性：0% vs 受精後：100%の人間の尊厳】という、二分法的思考様式はとらない。この点はたしかに胎児との連続性は無理としても、上記のように受精卵とのそれは十分かんがえられるのではないか。すなわち両者をより連続的に捉え、配偶子にも、とくに人格的価値保護を一定範囲で賦与する実際の必要性和理論的可能性は十分存する。つまり、受精胚における「人の生命の萌

芽」的位置づけは困難としても、最低限、「モノ」化＝市場的商品化という形で手段化（精子バンク・ネット取引等、有償卵子提供・幹旋）の阻止の論理、すなわち「非・モノ」性という、消極的な次元での法的保護の貫徹がここでもはかられねばならないであろう。

その際とくに留意されるべきはいうまでもなく、精子－卵子間での問題状況の差異ということであり、とくに、提供者にとっての身体的負荷・リスク、量の限界等が、再確認される必要があるであろう。

のみならず又一般に、配偶子が生殖目的で利用・操作される対象である（例、顕微受精、死後受精ないし精子バンク、卵子提供等）以上、われわれの所謂「生殖目的原理」基準からの厳格な規制が必要であること、いうまでもないところであり、而してこの点については、後述2「生殖目的資源化・操作問題」で再述することとしたい。

2) 提言の基本的方向性・その2：「行為」論（「非・生殖目的資源化等」

をめぐる「諸行為」に関する論点の整理その法的評価・規制）

2-1) 一般に受精卵ないし胚の資源化・操作等が提起する倫理的法的諸課題を、アットランダムが箇条書き的に列挙すれば、さしあたり以下（q 1～q 8）のような概観を得ることができるであろう*

*ただし、本提言が直接の検討対象とする、「余剰胚利用」、「受精胚」ないし「特定胚」作成・利用問題、および不妊治療等の生殖目的での胚の作成・利用等の提起する諸課題・論点は後述当該箇所参照。なお、配偶子じたいの採取・提供－保存－利用等をめぐっても、胚に固有の論点をのぞき、類似の諸問題が生起することに注意；なおまた凍結・保存された配偶子・胚の民事法ないし刑事法的地位如何をめぐる法的論点は、特に外国等の訴訟・紛争事例等が少なからず報告されており、今後わが国においても論議が深められるべき論点であり、本提言との関連では、上記1)ないし後述「2ないし2'」の項目での論議の延長線上で深められるべき論点といえよう：

q 1：胚の作成・利用ないしそのための提供－取得（ないしその前提としての、配偶子の採取－提供－保存等）をめぐる当事者のインフォームドコンセント要件：とくに、同意（カップルの一方または他方）と撤回の要件内容如何？

q 2：胚の保存をめぐっては、とくに凍結保存じたいの是非、目的による

限定、保存機関・期間要件等如何？

- q 3：一定段階まで成長した胚の利用・操作、そのための毀滅等の諸行為の是非・要件如何？
- q 4：胚の研究・操作等で得られた成果に関しては、とくに ES 細胞による医薬産業的利益の配分、提供者の「持分」権、特許化の是非・それへの提供者の権利等の是非・準則内容等如何？
- q 5：胚の廃棄処理（とくに期限切れ胚、不要胚等の、強制処分）、放棄、死滅をめぐる準則如何？
- q 6：胚の・不法な毀損にたいする民事的ないし刑事的サンクション如何？
- q 7：以上の、胚をめぐる諸措置に関する情報につき、その収集体制、公開と個人情報保護との調整如何？
- q 8：国家的管理・規制体制につき、とくに法的規制・介入の根拠・方法・基準、管理機構如何？

2-2) 而して本項での検討対象は、胚一般ではなく、体外受精胚と「特定胚」につき、その「非・生殖目的資源化等問題」、すなわち研究・開発ないし医療目的での利用ないし作成の是非・要件、およびそれに関連する一連の倫理的法的諸問題という、ごく限られた論点に関するものである。而してまた、その・胚にたいする利用・作成等の行為の目的・方法等如何が、(その対象たる胚の・上記1)のような類型論的位置づけ論とならんで)まさにその是非・要件を規定する重要な要素であることもあきらかである。とくに、研究目的での利用・作成を倫理的法的にどのように評価し位置づけるか、は、この種研究に固有内在的な問題性と、(生殖関連組織にとどまらず、それを含めた)身体組織の・「研究開発資源化」全般に胚胎・通底する、以下のような ELSI 的問題性の故に、一顧に価する難問であるといつてよい(他方、医療的利用は、多くの場合、他の・ヒト身体組織由来の医療的資源を用いた医療的方法以外の方法でのそれと同様、その必要性・有効性・安全性・倫理性・合法性等が、主たるチェックポイントとされ、すでに規制・論議ともに一定の合意しうる到達点が或る程度共有されているように思われる)：

ところで、研究・実験・開発目的での利用・操作をめぐる ELSI 的問題点につき、そこで問題となる「研究」等は、生殖医学、ES 研究、特定胚研究等の

広範な領域にまたがる可能性があり、またその研究目的は、純粋研究から臨床応用・実験ないし新薬開発等に直結するものまで、様々なバリエーションのものが考えられる。しかし、さしあたり以下のような諸点は、その「研究」等の行為の特殊性に由来する固有の ELSI の問題性として、これら種々の研究・実験に共通して問題となりうるものであり、それ故にまた、臨床応用レベルでの問題性とは質的に異なる問題として、ここで格別の注意をはらう必要があるように思われる：

1. 研究・学問の自由にかかわる憲法上(ないしそれ以外の実質的根拠から)の、特別の配慮の必要性——先端科学研究のなかでも、とくに「内なる自然」としての人間の身体組織ないし生命への介入・操作に直接間接つながりうる生命科学ないしバイオテクノロジーにかんしては、その安全性のレベルにおいてのみならず、その倫理性に関して、研究・学問の自由の限界如何、ひいてまた「知の責任」如何、が鋭く問われざるを得ない状況が、まさに「知の在りよう」をめぐる・現代という時代の根源的問題状況の一つとしてあること、周知の通りであり、しかも、まさにクローン問題に象徴的に示されるように、とくにその研究・学問の自由ないし責任をめぐる、倫理的次元の論議はいうまでもなく、法的次元における論議・検討も、きわめて貧弱な蓄積状況の下で、正に手探り・混迷状態にあるといっても過言ではない。

このような中であってしかし、筆者は一般論原則論としては、(その直接的臨床応用の場面とは異なり)少なくともその研究・学問の次元では、(少なくともその研究の・もたらす結果ないし遂行の過程・方法等の点で現代社会ないし将来世代に対する安全性等についての倫理的法的責任が必要十分に担保されるものであるかぎり)その自由な展開・深化は、社会・国家によって最大限尊重され保障されるべきであり、可能なかぎり「寛容」という原則的態度をもって臨むべきものと考えている。すくなくとも、その時々々の・支配的な政治的宗教的教義やイデオロギーや、国家間競争における国益等によって、学問・研究が一定方向・内容において抑圧・禁止されたり、逆に強制されたりすることはいうまでもなく、(大衆社会的情報社会の問題状況のもと)専門科学やその生み出すものにとたいする・漠たる不安や、根拠のない不信感・気分等によって学問・研究の自由な展開が阻害され歪曲されたりする——等等の愚を犯さないこと、それは(少なくとも筆者にとっては)、人類の(負の)歴史的教訓であると同時に、現時点での知の・相対的限界性への自覚・認識と、それを克服し

ようとする人間的営為にたいする知的謙讓の念、そして何よりも、社会・国家の構成原理としての・価値的多元性相対性とそれに基礎をおくりベラルな政治的多元主義への信念に発するものであり、したがってまたそれは単に、学問・研究の齎す成果・便益・利益とコスト・リスクとの功利主義的損益計算に発するものでもない。すくなくとも、現時点での理性と感性の地平をもって、(学問・研究が明らかにし開くかもしれない)「知の新たな地平」への可能性を摘み取るような愚をおかしてはなるまい。とくに国家法による(刑事法を中心とする)権力的介入は、その程度・方法において可及的に謙抑的であるべきであり(この点とはとくに、ドイツ・胚保護法の現実的問題状況と、その下における近時のダブルスタンダード的立法等をめぐる混乱状況が「他山の石」的教訓としてあるように思われる)、かつ、介入するとした場合、その根拠・方法等の合理性如何に関する厳格な審査基準の明確化と、その説明責任の手続き的具体化が追求されるべきであると考ええる。

2. 他方しかし、とくにこれらの研究のほとんどが現段階ではなお実験段階のものであること、他方それらは多くの場合、純粋な基礎理論的研究というよりも、産業的医療的目的・資源に規定・制約され、かつ、その成果利用もこれらの産業・医療と直結しやすいものであること、周知の通りであり、それゆえに一層その研究成果の内容等についての倫理性・安全性についての外部・第三者による公正・厳格なチェックが必要であること、とくに、患者等にたいする人体実験的応用・「臨床研究」の実施にたいしては、研究者の社会的倫理的責任が厳しく問われるべきであって、研究プロトコルの公開・審査、事後経過情報等の公開・チェック等が制度的に保障される必要がある(その限りでこの問題は「臨床研究」規制一般の問題ということと連続することとなる)。この点とくにこの種の研究は、密室的状況下でなされることが多く、特許問題・研究開発競争等の制度・現実的制約状況の中で、現状においてもそもそも、はたして研究の「現場」の情報は正確に押さえられ、適正にチェックがなされているのか、等につき疑念なしとしない;それだけにまた一層ここでは研究の透明性・公開、そして関係情報の組織的系統的収集・公開体制こそ喫緊の課題であるといわねばならない。

3. この種の・生命医学・バイオテクノロジー関連の研究は、(他の身体組織と同様)生殖関連組織にかんしても、(ES研究における「余剰胚」問題に象徴的に示されるように)とくに当該組織・情報の提供者・由来者と実際の利

用者等との間には、少なからざる物理的・時間的距離が横たわることが一般的である。そのような意味で、医師－患者関係における「顔の見える関係性」のもとでの新薬治験等の人体実験ないし組織・情報の提供－利用とは質的に異なる（いわば「顔の見えない関係性」特有の）問題性を孕むものとなる（この点は生殖関連組織にとどまらず、他の身体組織一般について問題となりうるが、生殖関連組織については、その対象の特殊性ゆえに、よりセンシティブな問題性を帯びることが多いといえようか）。とくに、提供者・由来者の立場からみて重要性をおびる問題点としては、以下のような諸点があげられよう：

3－1：（本来はART目的で採取－作成された）生殖関連組織の「二次利用ないし他目的利用」、とくに遺伝子情報収集と、その同種目的での利用、その他各種逸脱的恣意的利用、等に対する提供者・由来者の意思的コントロールの困難性；

3－2：提供者・由来者自身の身体情報・遺伝情報等の個人情報についての、「需要」の増大、それにもかかわらず・その保護の困難性の増大；その必要性にこたえるための制度的・技術的対応手段としての「〔匿名、and/or 連結・同定〕不可能化」手段のうち、すくなくとも連結不可能化はそれら「試料・情報」等を用いての研究・開発の要請と本質的に矛盾するというジレンマ；また、利用者側からも、匿名化は「贈り物から送り主の顔を消し去り、贈り物を材料へと換えるモノ化作業」を意味し、それによって喪われる「連帯のきずな」こそが問題である、とする興味深い指摘もある（西川伸一「提供者の志、くめぬ匿名化」朝日新聞14. 5. 16「時流・自論」）。

3－3：（ES研究における、〔提供者－提供医療機関－樹立（研究）機関－使用（研究？）機関〕の一連のながれに典型的にみられるような）提供組織等が産み出す成果・利益・独占的権利（特許権）からの、提供者等の法的切り離しも、各種関連ガイドライン等に一般にみられる規定であるが、果たしてそれは法的に正当化されうるのか、正当化されるとしたらそれは如何なる法的根拠によってか、そもそも特許権をこの場合に賦与することは特許制度の趣旨等からみて妥当なことか、等々の困難な法的問題が、提起されることになる（これらの点は、献血制度の法的検証という、それ自体も未開拓の先行問題もふくめた、本研究プロジェクト全体にかかわる大問題である）。

—— これら上記項目3. 所掲の諸論点については、身体組織利用全体につき、上述のようにすでに、見通し得ないほどの数の各種ガイドライン等が多く

の規定をおくようになってきている（生殖関連ではいうまでもなく、上記ES指針がもっとも重要である）。しかし、それらは、ここでも、なによりも、規制対象（身体組織、研究内容*等）、規制主体（行政・学会等）、規制内容等も、バラバラで整合性・体系性に欠ける憾みが否定できず、とくに、上記3-3にかんしては、提供者はいわば3-2の個人情報保護のための「匿名、and/or 連結・同定 不可能化」との引き替えで、その成果・利益等からも法的に引き離されるという結果になっており、そもそも前者の「匿名」化等の手段が誰の、如何なる利益を守るためのものかにつき疑念なしとせず、上記のような法理論の根拠論も十分に詰められないままに先行・既成事実だけがつかさねられる怖れなしとしない。

*例：ヒトゲノム研究、疫学研究、臨床研究一般、医師主導治験、ES(樹立-使用) ないし(胚性+体性)幹細胞、その他の(種々のフェーズの人体・組織を使用した)再生医学的臨床研究、クローン・特定胚研究関係等：

4. 結論的一般的にはしかし、これらの研究目的の利用行為につき、とくに倫理的にもっとも重要なレレパンシーを有すると考えられるチェックポイントは、上記のような、研究の目的ないしそれがもたらしうる成果・意義のELSIの評価と、そのための胚の作成・利用-提供・採取に固有のELSIの問題性との相関的評価をふまえつつ、最終的にはとくに、以下の最低限の原則的基準がみたされるかどうかという点に、帰着するものと思われる：

4-1：人個体の産生につながるかどうか、その可能性の阻止がどのように保証されているか、という観点・基準からする倫理的スクリーニング（これを仮に「非・生殖目的原理」基準と呼ぶこととする）——これは、上述のように、「生殖関連問題」にかんするわれわれの本・提言が、生殖目的での資源化等問題と非・生殖目的でのそれに大別し、少なくとも後者に関しては、前者と異なり、あくまでも、その「非・生殖目的」という大枠・前提の中でのルール設定である以上、論理形式的にも当然のことであるが、実質的にも、如何なる形・段階のものであれ、胚という、人個体の産生につながる一般的な可能性を秘めるものを、それ以外の目的で保存・利用・操作の対象とする以上、最低限守るべき規範的義務であるといつてよいからである。このことをとくに強調する理由は、「特定胚」をはじめとするクローン個体の産生の技術的可能性という現代的状況を前にして、少

なくとも「ヒト個体（等）の産生につなげない」という一線を守ること、そのために研究目的でのヒト胚作成・保存・利用等をめぐる厳重かつ一元的な管理が喫緊の現実的課題として突きつけられている、との我々なりの現状認識があるからである（ただし、逆に、「生殖目的」での資源化・操作における倫理的法的に守られるべき基本原理とは何かがここで改めて根本問題として問われることになるが、その点の立ち入った検討は後述・本「生殖関連提言」2において展開したいと考えている）。；

4-2：生殖組織ないし生殖過程の「非・モノ」的限界を超えた直接的手段化につながる利用かどうか（「非・モノ原理」基準）。

【提言骨子：1-1-1-1（「余剰胚利用問題」）】

体外の・（生殖補助技術 Assisted Reproduction Technology（以下、ART）目的上は「余剰」となつて）廃棄が確実に予定されている受精卵・胚（以下「余剰胚」）に関しては、下記の要件がすべて、かつ、そのような順序で満たされることを条件に、研究上の利用に供すること（ないし、そのための提供等）が出来るとすべきである：

- 1）（ARTの成功、またはその断念等の理由で）提供者カップルがその凍結余剰受精卵の廃棄の意思を明確にしたこと。
- 2）それを研究使用することじたいについての、一定要件を満たすインフォームドコンセント（以下、IC）。
- 3）一定の同意撤回期間の保証（その間は、凍結継続）。
- 4）提供者のプライバシーの、匿名・不連結等の方法での保護。
- 5）余剰胚を用いての研究開発の結果得られた収益の一定割合については、その収益の帰属する（研究機関等の）法的主体に対しこれを公共的目的に還元することを義務付ける法制が具体化されるべきである。

【コメント】

1）「余剰胚」の研究利用等をめぐる現状。これまでの論議、とくに「ES細胞」研究・樹立をめぐる動向・規制等：

この点に関する事実認識・現状把握については、「H15・中間報告」で指摘されていること以上に特に附加する必要はないように思われる。

ただ同「報告」においてとられているとくに以下の二点の基本的認識・スタ

ンスは、注目すべきものがあるように思われる：

1. 余剰胚の発生、現在の生殖補助医療技術を前提とした場合（またそれを前面禁止することの非現実性）の、技術的不可避性；
2. 医療目的での利用と研究利用に分けての立論。

——即ちまず前者(1)については、結論的には「極めて重篤な遺伝性疾患」（ただし、その定義・概念規定はされていない）にかぎりヒト受精卵の着床前診断という形での「利用」は認められるとし、その根拠づけとしては、三点にわたる・母親ないし両親にとっての実質的な利点と、「憲法第13条によって保障された個人の幸福追求権」とがあげられ、同時に、それ以外のヒト受精卵の選別や、伴性遺伝を排除するための受精卵検査による性選択等は許されないとし、またこの着床前診断は「生命の価値による選択」や遺伝性疾患等への差別につながるものであってはならないとする一方、

後者(2)については、一般論として少なくとも「多くの人々への多大な恩恵」を齎すと考えられる医学研究への利用は是とされ、とくにヒト胚性幹細胞（ヒトES細胞）の樹立・使用のための基礎研究にかんしては、廃棄の決定した余剰胚（に限って）の使用（ないし「滅失」）は、その「再生医療への応用の価値」の大きさのゆえに、「人の尊厳」という理念を損なうものではない、とされ、結論的に上記「ES細胞指針」の基本方向を追認する内容となっている。

2) 本提言の基本的立場：

2-1) 「余剰胚」の倫理的法的位置づけの特殊性……それは要するに、懐胎＝出産と切り離されている点で胎児との同一視はできず、この点で他の受精卵の倫理的法的位置づけとの、一定の断絶は否定できない；他方しかし同時にまた、それが単なる「モノ」ではないこと、「非・モノ」としての扱いが、(配偶子以上に)ここでの最低限の要請となる；

2-2) それゆえに「余剰胚」といえども、単に何らかの研究開発・医療利用等の利用目的での「モノ的手段」化に過ぎないような利用は禁止されるべきであるが、その禁止原則を例外的に解除する際には、利用目的・方法・要件等についての厳格な法制的具体化が要求されよう。またその利用対象たる余剰胚は、あくまでも（後述するような・我々自身の考えるART許容要件のもとで）そのARTの一環としての体外受精により余剰となったものにかぎり、かつ厳格なIC要件・保存管理要件等の規制に服するものに限り、許されるこ

とすべきである；また、提供者からの、利益・特許権の完全な切り離しの現行プラクシスについては見直しの必要性があると考えるが、しかしそれに代わる提供者保護の制度設計は当面名案が思い浮かばないので、提言5)にあるような形での利益の「公共」的還元の方法を提案した次第である。

3) なお、やや細かいことではあるが、上記提言中とくに、1)のあとに2)をとること（換言すれば1の段階をふまない研究利用は不可）の重要性がとくに強調されるべきである*。この点、現状における、[輸入 ES 細胞の研究利用 v s 国内樹立研究] 間の、ダブルスタンダードの存在、また、現行 ES 指針は、それを容認している点で、改善の余地があるように思われる。

*なお上記提言骨子1)以下は、「人倫研」ワークショップ(2003, 7, 6)での玉井真理子氏の指摘を参考にして適宜、追加修正を加えた。長年の「現場」での経験を踏まえた氏の的確な指摘に感謝したい。なお、胎児の場合との対比における、配偶子・胚の法的位置づけ、関連諸問題の法的処理、とくに、生産胎児組織ないし死亡胎児・組織の利用等との対比における胚等の利用等の法的処理、の準則如何、という諸問題が、関連する基礎的問題として残されている。

【提言骨子：1-1-1-2（「受精胚作成問題」）】

- 1) 「受精胚」の・生殖目的以外の目的での新たな作成は、研究目的・医療目的いずれにおいても、「非・モノ原理」基準の観点からして、原則禁止という原理的立場が確認されるべきである；
- 2) 前項の目的での受精胚作成が例外的に禁止解除されるのは、容認しうる ART ないし「選別出産」（これら二つの要件・範囲等については、本「生殖関連問題」提言中の項目「2」および「2'」参照）の一環としてなされる下記の二つの受精卵・着床前診断と、そのための基礎研究の目的の場合にかぎり、（とくに「非・モノ原理」基準の観点からする）一定の厳格な要件のもとでのみ、とすべきである：
 - ①カップルの配偶子を用いての・不妊「治療」の目的
 - ②重篤な遺伝性疾患児の出産を回避する目的

【コメント】

- 1) 「受精胚作成問題」をめぐる規制・論議の動向・問題点：

1-1) 日産婦学会・上記「S60/H14学会会告」はこの点につき、届出たうえて、会告所定の一定要件を遵守しての作成・利用は、余剰胚利用に限らず、提供配偶子の研究利用、それを用いての胚の作成・研究利用等も含まれると解され、要するに研究目的での胚の作成・利用は緩やかな要件のもとで可能となっているように思われる。これに反して、ARTの一環としての着床前診断に関しては、その適用要件・範囲ともに比較的厳格な規制が敷かれている(平成10年・平成11年改訂・会告)

1-2) 「H15・ヒト胚・中間報告」p18-29では、主として生殖医学・生殖補助医療等の立場からの、その必要性・有用性等を中心とした現状等が記述されているが、要するに全体としては、余剰胚利用問題の延長線上で後者との本質的差異が十分認識されないままに論点として取り上げられ論議され報告に至っているとの印象を否めず、その当否・是非についても委員会の内部でも意見は下記のように両極端に激しく分かれたようであり、いずれの見解についても明快な結論・推論は十分示されていないように思われる：

・多数意見：生殖補助医療に関する研究、重篤な遺伝性疾患の研究の一部など、ヒト受精卵の作成が不可欠な場合には例外的に容認；受精卵作成による個別の研究につき、公的審査機関を設けて、その当否を、とくにその研究の社会にもたらす恩恵、その方法の「人の尊厳」理念の観点からの適合性、等の基準からチェックすべしとする。

・少数意見：如何なる場合も不可。

2) 本提言の基本的立場：

2-1) 生殖じたいを直接目的とすることのない・胚の新たな作成とその利用は、上記余剰胚利用問題とは、その倫理的法的意義において質的に少なからざる差異・断絶があることは否定できず、彼我同日には決して論じることとはできないであろう。けだし、それは、すくなくとも一般的には、その「間接的目的」の範囲・内容ないし方法・手段等につき厳格な歯止めをかけることなしには、胚ないし生殖の・「モノ＝手段化」の危険をはらむからである；したがってここでは、余剰胚利用の場合以上の強い意味と、それとは質的にことなる根拠から、原則禁止の原理的明確化が再確認されるべきであろう。

2-2) しかし、その胚作成の間接的な目的が容認しうる生殖目的にかか

わる場合（とくに容認されうる不妊「治療」ないし「選択出産」——その具体的検討は後述項目「2」ないし「2'」での検討参照）には、厳格な例外的解除要件のもとで、胚作成も認められると考える。その（我々の観点から）「容認しうる生殖目的」での胚等の資源化については、その容認根拠・要件・適用範囲等につき詳しくは、後述の「生殖目的資源化等問題」ないし「選択出産問題」の項での検討に委ねざるをえないが、本項の「胚作成問題」・提言との関連において結論先取的に示せば、上記「提言骨子」2) のようになるであろう。

【提言骨子：1-1-1-3（特定胚作成問題）】

- 1) クローン技術規制法上の9種類の「特定胚」にかんしてはすべて、それらを用いての個体の産生（および、そのための子宮胎内への移植）、すなわち生殖（ないしそのための研究・実験）目的での・その作成・利用・操作は、配偶子ないし胚の「非・モノ原理」基準の観点からはいうまでもなく、「生殖目的原理」基準の観点からしても、原則禁止という原理的立場が確認されるべきである。とくにクローン個体産生を目的する「人クローン胚」の作成・研究、すなわち、夫の体細胞核の・妻の除核未受精卵子への移植—妻の子宮での懐胎による夫のクローン児産生、または、妻の体細胞核を除核未受精卵子に移植—同上的方法による妻自身のクローン児の産生 等は、（不妊等対応目的であっても、研究目的であっても）絶対無条件に禁止されるべきである。
- 2) 生殖目的以外の目的（とくに研究・開発ないし医療目的）での（前項の「人クローン胚」を除く）「特定胚」作成・研究等については、配偶子ないし胚の「非・モノ原理」基準の観点からして同様に原則禁止の立場がとられるべきである。

他方その例外的禁止解除が容認されるための要件準則設定にあたっては、とくに、下記2-1) ないし2-2) の原則的観点が本質的なものとして考慮されるべきである：

- 2-1)（上記「人クローン胚」を【第一類型】とした場合、それを除く）「特定胚」についての以下の5類型がそれぞれ有する倫理的法的社会的意義・問題性の類型的差異・特殊性に十分配慮した倫理的法的扱いがなさ

れるべきである：

【第二類型】：いわゆる「セラピューチック（治療目的）クローン胚」

【第三類型】「ヒト胚分割胚」

【第四類型】「ヒト胚・核移植胚」

【第五類型】「ヒト集合胚」

【第六類型】「(ヒト性) ハイブリッド」胚

2-2) 上記5類型のいずれかの「特定胚」の作成・利用・研究等が例外的に禁止解除されるための要件準則設定にあたっては、とくに以下の原理的観点が共通・最低限の原則的基準として尊重されるべきである：

1. 「生殖目的原理」基準の観点からは、当該胚による個体産生の危険性の完全な排除、とくに胎内への移植の可能性が完全に排除されているかどうかの厳格な審査基準、容認されうる不妊治療ないし「選別出産」かどうかの厳格な審査基準、および安全性の高度の保障基準が、とくに重視されるべきである。
2. 配偶子・胚の「非・モノ原理」基準遵守の法制的担保、とくに、卵子提供・採取・利用等につき、ボランティアでの提供女性の負担・リスク等に十分に配慮した実施規則を遵守すること、またその安全性が十分に確保されること、を絶対的前提要件として具体化されるべきである。逆に、その「非・モノ原理」基準の観点からは、自己の体細胞を用いての・自己の移植用臓器作成等のための、いわゆるセラピューチック・クローンの作成・利用、そのための研究開発は、以上の厳格な要件をクリアするものである限り、容認されるべきである。
3. 以上の原理的審査基準が満たされるものであるかぎり、とくにその研究・開発にあたっては、学問・研究の自由が最大限尊重・保障されるべきである。

【コメント】

1) 本提言における「特定胚」の意義・種類等については、クローン技術規制法上のそれに準拠した。またクローン技術の研究等ないし、その法制的規制の現状・動向等の、最新情報とその簡潔な整理についても、「H15・中間報告」の関係箇所盛られている内容に、さしあたり全面的に依拠し、とくに本提言

において付加することはしない；

2) 本提言の基本的方向性：

2-1) クローン技術規制法上の9種類の「特定胚」(研究)を、その研究の目的乃至成果がもたらす ELSI 的意義の批判的検証という観点から類型化したとき、われわれは下記のような第一類型から第六類型までの6種類のものを区別して、個別類型毎にその ELSI 的意義を評価・判断すべきものとする。

【第一類型】(クローン個体産生を目的とする)「人クローン胚」：

(遺伝子染色体・DNA を内在させている)体細胞核の・未受精卵への移植の方法によって作成される「人クローン胚」による人クローン個体の産生については、さしあたりとくに、不妊・同性愛カップル、不治の病気に罹った子供、その他の理由で子の産生が困難ないし不可能な場合に、下記いずれかの方法での、これら当該の人間と同一の遺伝子DNAをもったクローン個体の産生への希望が叶えられるという社会的「有用性」ありとされる：

- ・男性のクローンをつくるために、その体細胞核の・妻(または代理母)の卵子への移植、その子宮での懐胎；
- ・女性のクローンをつくるために、その体細胞核を自己(または第三者)の卵子に移植—自己(または代理母)の子宮での懐胎；

他方しかし、このようなクローン個体産生にまで至る人クローン胚の作成・利用(ないしそのための実験・研究)にかんしては以下のような ELSI 的問題性(以下、D)が指摘出来よう：

D 1. 無性生殖であることに伴う問題性：

人クローン個体の産生は、要するに一方の性からのみの遺伝子のコピーの意図的作成であって、それは、自然的生殖としての両性生殖=遺伝秩序、を基礎とする進化の多様性、それによって形成されたヒト生態系(ひいてはまた、それを自然的基礎とする家族秩序)の否定・攪乱を意味し(クローン母体とクローン個体との関係は「遅れて産まれた一卵性双生児」とも称されることあるものの、このような意味で下記「ヒト胚・分割胚」による人為的一卵性双生児の産生とは、質的次元において全く異なることに注意)、また技術的には、両性のゲノムの接合による生殖が具えている(個体レベルないし種レベルの)生物的諸機能を見失い、個体レベルではとくに寿命・生殖能力の点での問題性など安全面での問題が指摘される；

D 2. 一方だけの個体の遺伝子のコピー個体であることに起因する問題性：

体細胞核＝遺伝子 DNA の由来者たる「父（または母）」（のみ）と遺伝子の全く同一の個体が人為的に産生されることによる、個人の自然的自己同一性秩序（唯一無二の存在としての個人、それゆえの「かけがえのないもの」としての生命の尊厳ないし個人の尊厳、ひいてはまた、そのような個人の自然的同定概念と実体を基礎とした、社会・国家の倫理的法的秩序）の否定・挑戦を意味する；この点に関してはむしろ、自然的生殖過程でも産生される一卵性双生児をも例証として引証しつつ、個人の人格ないしその尊厳は、遺伝的要素のみによって一元的に規定されるものではない（反論 1）、また「父（または母）」の一方のみとの遺伝的同一性を持つ子が両性からの遺伝的形質を受け継ぐ子より不幸であるとは必ずしもいえない（反論 2）、等のそれじたいとしては否定しがたい反論も存するが、このうちまず反論 2 については、上記 D1 の観点からの再反論が可能であろうし、また反論 1 については、遺伝的要素がいまや法的には個人を同定する最も重要な身体的要素であり、それゆえにまた「究極の個人情報」とも称されるような人格的価値評価の対象とされるものであり、そしてなによりも特定の・相当程度において予見可能な遺伝的表現形質のみが意図的計画的に産生されるという意味において、人・生殖過程のもっともラディカルな人為的操作につながる（ひいてはまた下記 D3 の）危険性をもつものである、との再反論が可能であろう。

……無論上記 D1 ないし 2 の問題は、より根源的にはここでも、そもそも個体ないし種としての人間にとって、倫理的に最低限守られるべき「内なる自然」としての身体性とは何であるのか、という根本問題に還って行かざるを得ないことは否定できないし、この点についての解如何によっては D1・D2 への解も異なりうるのであるが、ここではさしあたり、以上のような ELSI 的問題の所在のみを指摘しておきたい

D 3. 積極的優生技術の応用（「人間の育種」）の危険性

D 4. 人間の手段化・道具化につながる濫用的利用の危険性

——上記 D3・D4 については説明の要を見ないと思われるが、いずれにせよ、以上のように、産まれてくるクローン児個人の福祉にたいする上記 D2、D4 等の観点からの問題性、自然的生殖・個人同定等の秩序の維持に対する上記 D2、D3 等の観点からの社会・国家の利益、人類という種、ないし将来世代全体にたいする D1、D3 等の観点からの問題性、等の ELSI 的問題性を総合す

るとき、以下のような積極的評価根拠・理由（以下、R）から、クローン個体の産生、および（それに繋がる段階的可能性のもっとも高い）人クローン胚の胎内移植行為をしたい、刑事罰をふくむ権力的サンクションをもって、例外なき禁止という方向で臨むべきものと思われる（実験・研究の段階であっても、以上のような ELSI 的問題性は十分な蓋然性をもって予測される以上、決して研究・学問の自由への、拙速かつ根拠なき干渉・介入とはいえず、このような意味で研究段階とはいえ「（その正負を）監視しつつ長期的に見守る」との（いわば逆の意味の）モラトリアムはとりえない、むしろ、なによりもそれが個体の産生を直接の目的とする実験・研究である以上、応用段階での禁止以上に強い理由をもって禁止されるべきものと考え）：

R 1：仮に、家庭を作り、子を産み、子孫を残すことが、生活者としての人間としての最も根源的な、国家以前の自然権の権利・自由の一部であり、国家権力による介入・規制は、例外的かつ厳格な合理性根拠と要件のもとでのみ行使されるべきであるとしても、そもそも、ここでは（自己の子孫を残し、子のある家庭を営むということ一般ではなく）それをクローン児産生という上記のような ELSI 的問題性を多く孕む方法・手段で達成しようとしていることが問題なのであり、それが達成しようとする目的・価値が、そのための方法・手段のはらむ上記のような ELSI 的問題性を（厳格な基準・要件をもってしても）正当化し合理化しうるものとは到底いえず、また何よりも、その「自由」の行使者が、上記 ELSI 的問題性に由来する倫理的法的社会的責任をクローン児個人、社会・国家、人類全体ないし将来世代全体にたいし十全にとりうる保障は全くないこと；

R 2：自己または近親者のクローンという形でのその同一の遺伝的形質をもった人間を作成し、将来にそれを遺す、という個人的自由・自己決定が、上記「家族・子孫形成権」ともいべき次元とはややちがうレベルで疑念されうるとしても（それが憲法上保障されるべき基本的人権の一部であるかの論議はともかくも）、また仮にそれを達成する技術が社会に受容可能な程度において安全有効なものとなったとしても、ここでもとくに上記責任の観点からして絶対的に否定されるべきもの、と考えられる；

R 3：一部の権力者・狂信的集団・研究者・技術者等によって、悪用・濫用等が十分予想される技術であること；

R 4：クローン児個人、未来世代等は、クローンによって予想される自己の不利益を自ら未然に防止する手段と可能性を全くもたない以上、研究・実験段階であ

れ、国家は彼らの利益・福祉の擁護者として、それに介入・規制する、実質的正当性をもつこと；而して、その禁止のためのコストは、禁止が実現しようとする価値・目的とも本来比較考量しえないものであること。

- R 5：人クローン個体産生のような、自然的生殖過程から大きく逸脱する個体産生は、(少なくとも現時点での)我が国の支配的な倫理観からも大きく逸脱するものと考えられ、少数派の多様な選択肢の可能性の保障も、上記のような種々の観点からの制約を免れない。またそれは基本的にクローン技術規制をめぐる国際的動向の基本的流れとも合致する。
- R 6：以上のような意味においてまた、人クローン個体産生は、すくなくとも不妊治療の一環として実施されてきた上記一連の生殖補助技術とは、ELSIの観点からみて質的に全く次元の異なる問題性を有するものとして、同日には論じ得ない。

【第二類型】：いわゆる「セラピューチック（治療目的）クローン胚」（細胞の核移植や胚移植を行わない、それゆえクローン個体の産生にまで至らない、クローン技術の応用による、主として治療目的での人クローン胚の作成・利用を課題とする胚研究：例、〔自己の体細胞クローン胚の作成－それからのES細胞樹立〕による、免疫拒絶反応のない移植用臓器・組織等作成、細胞治療用のクローン細胞の作成等の、基礎研究）；

— この場合には

- R 1：上記〔第一類型〕のような「人クローン個体」産生にともなう ELSI の問題性は存在しないこと、
- R 2：ここでもわれわれは（クローン一般にイメージされているような漠然とした恐怖感・不安感等に由来する、曖昧な根拠での、性急な）禁止の結果、その基礎研究がもたらしうる予測し得ない成果に目を瞑るという愚かな選択肢ではなく、十分に科学的な証拠にもとづいた冷静な分析のうえに立ったバランスある選択肢をこそ、選択すべきであること、
- R 3：胚の作成ないしその手段の資源化にともなう（上記）胚の倫理的立場一般に共通する問題性に関しても、基本的には、そこで論じた基本的根拠づけないし要件論が妥当しうるとかんがえられること、
- R 4：この類型にあってはむしろ、再生医学研究における ES 細胞利用よりも、より倫理的問題のすくない、体細胞をもちいた特定胚での研究であること、
- R 5：上記のような有用性が考えられるものを、しかもその研究の段階すら禁止す

ることは、それらがヤミにもぐる可能性につながり、研究内容等の透明性確保・情報開示という社会的要請に逆行する結果になりかねないこと、

等の諸点に鑑みると、すくなくとも、上記要件論（とくに、卵採取・提供をめぐる提供者の身体的負担の問題をクリアする要件、および他に代替的研究手段がない等の最終手段性・補完性要件等）にくわえ、〔胎内への移植→クローン個体の産生〕の可能性が完全に排除されるという制度的保障が確保される限り、これは許容の余地はありうる研究といえるのではないか（ただし、その臨床研究ないし臨床応用は、高度の安全性の確認が然るべき基準・制度によって確定されてからであること、いうまでもない）：

【第三類型】「ヒト胚分割胚」：

その胎内移植は一卵性多児の人為的産生につながるものであるが、その分割の元になる胚は自然の受精過程で発生したものであり、上記〔第一類型〕におけるD1ないしD2の問題性は存しない。しかし、その胚を用いての基礎研究上の意義等も疑問視されている（H15・ヒト胚・中間報告）うえ、それによる個体の産生は上記〔第一類型〕におけるD3ないし4と同様の危険性（ここでその具体的危険性としては、例えば、兄弟姉妹と同一遺伝子をもつ兄弟姉妹の意図的産生による、流産対応・移植等のための手段としての子の産生の危険、選択的中絶のための多児懐胎の危険等）を孕むものであって、ARTにおける受精胚不足への対応目的ということもふくめ、その作成じたい禁止されるべきものとする。

【第四類型】「ヒト胚・核移植胚」（卵子から取り出した核を他人の核抜き未受精卵に移植し、精子と体外受精させて作成される胚）：

これは、カップル由来のDNA以外に第三者の細胞質を遺伝的に取り込んだ子の産生を可能にすることを通じて、とくに以下のような臨床的応用をめざそうとするものである：

- ・とくに卵子・細胞質ミトコンドリア異常の女性が、それのない子の出産に利用（有用性・1）
- ・老化した卵子・細胞質に由来する不妊等の問題性を克服する生殖技術としての有用性（「卵子若返りの術」－有用性・2）

しかし、これは除核－核移植という、自然界には存在しない生殖過程を人為的に作成するものであるほかに、ELSI 的観点から以下のような問題性が指摘されている：

D 1：少なくとも細胞質とその DNA 遺伝子は母（卵子＝懐胎の母）以外の第三者の女性（「細胞質の母」）由来のものであることに伴う母子関係の法的複雑化の可能性；すなわち、受精卵細胞の核を、別の女性の除核卵細胞に移植する場合、〔精子からの遺伝子＋卵子からの遺伝子＋除核・卵細胞の細胞質（ミトコンドリア）中に僅かに含まれている（細胞核の遺伝物質とは別物の）独自の遺伝物質〕という三種の遺伝規定因子の混合にともなう問題性。

D 2：一卵性双生児の人為的産生の可能性を通じて上記〔第二類型〕と同一の危険性（「H15・ヒト胚・中間報告」が指摘するところであるが、報告者自身にはその真偽等の判断能力はない）

——この点筆者としては、上記 D2 の問題性さえクリアできるのであれば、すくなくとも上記・有用性・1 にむけた研究じたいは許容の余地があるのではないかと考える（上記 D1 の問題点については、そもそも上記各種 ART における「事後問題」として論じた問題の「特定胚」版として、適宜パラレルに対応すべき事後問題であって、事前問題として禁止規範に繋げるほどの重大性はないのではないかと考える）

【第五類型】「ヒト集合胚」（体の一部が受精卵由来カップルとは異なる第三者由来の細胞を持つ胚）：

これは上記〔第二類型〕と同様、自然の受精胚を元として、しかし上記のようにそれ以外の第三者由来の細胞と「集合」させて作成するものであり、それによる個体の産生は「遺伝的な親以外の第三者由来の細胞を受け継ぐ個体」つまり「ヒト＋ヒト キメラ」の産生を意味するものである：

それをを用いての研究上の必要性については、すくなくとも「H10・クローン・中間報告」の段階では想定されないとしている。ELSI 的観点からは、「遺伝的な親以外の第三者由来の細胞を受け継ぐ個体の作成は、人間の尊厳に反するか」ということが問題となるであろうが、それ以上に、上記人クローン胚や人胚・分割胚においてみたような ELSI 的問題性は、この場合は発生しないように思われる（そして上記の問題じたいそれは、いわば発生段階での、かつ細胞レベルでの、提供細胞の移植ともいえるものであり、生体への臓器等移植が一定要

件のもとで認容され実施されていて、そのかぎり人体組織の部分的複合化はすでに受容された現実とみることもでき、そのような意味で、かつその限りでは、あまり問題はなさそうに思えるのであるが、いかがであろうか。

【第六類型】「(ヒト性) ハイブリッド」胚(人と動物の配偶子ないし胚を「集合」「融合」ないし「交雑」させて得られる胚の総称)：

これには、以下の5つの種類の胚が含まれ、その胚の基本的要素と、それを用いて産生される個体の基本的特質はそれぞれ以下のとおりである：

- VI-1：「ヒト性融合胚」—— 人由来の体細胞中の核を、除核した動物由来の卵子に「集合」させて作成される胚であり、それにより動物由来の細胞質をもつヒト個体を産生する可能性；
- VI-2：「動物性融合胚」—— 上記とは反対に動物由来の細胞核と人由来の細胞質をもつ胚であり、そのような生物を産生する可能性；
- VI-3：「ヒト性集合胚」—— ヒト由来受精胚と動物由来受精胚との「集合」によって作成される胚で、ヒトと動物の組織が混じった生物の産生
- VI-4：「動物性集合胚」—— ヒト由来体細胞と動物由来受精胚との「集合」によって作成される胚で、ヒトの細胞・組織・臓器をもつ動物を産生
- VI-5：「ヒト動物交雑胚」—— ヒト由来配偶子と動物由来のそれとの「交雑」によって作成される胚で、ヒトか動物かわからない個体の産生

—— 以上5種の胚の倫理的位置づけにつき、「H15・ヒト胚中間報告」は、とくに「人間の生命の萌芽」としてのヒト受精胚との生物学的遠近によって判断するという方法を採用し、しかもそれぞれの胚の内部でも、胚によってはその実質的性格が多様であるとされていて、その性格づけは単純ではなさそうであるが、いずれも、ヒトと動物の双方の生物学的性質が何らかの程度において合体した胚（そのような意味で「ヒト性・ハイブリッド胚」）であり、それから産生される個体も、ヒト-動物のキメラ個体または交雑個体という点では、共通の問題性をもつものである。

これらのうち、とくに上記「動物性集合胚」(VI-4)は、動物体内でのヒトへの移植用臓器の作成研究等の目的の有用性が指摘され、「特定胚指針」もこれのみの作成は容認している。

しかしいうまでもなく、これらの胚の胎内移植一個体の産生が可能になった

段階では、その結果として「ヒトの種としてのアイデンティティを損なう生物」を生み出すこととなることはあきらかである。

そうするとここでも問題は、少なくとも実際の次元では、個体の産生につながる可能性を排除したうえで、これら胚の作成・利用による研究を、如何なる根拠・要件のもとで、どの範囲までみとめるか、ということに帰着するようと思われる。而してその根本には、動物との対比においてヒトを「人」たらしめている身体的ないし倫理的法的次元での本質的要素、そのような意味での種としてのヒトの・守るべき「内なる自然」＝自然的自己同一性とは何か、動物とヒトを区別するもの如何、等の根源的諸問題（生命倫理的には周知の「パーソン論」等、法律学的には法的主体としての「人」ないし法的保護の対象たる「人格」の概念規定等）にかかわる大問題があり、さらには、動物実験・異種移植等の、動物資源化・操作に関わる倫理的諸問題（いわば、動物にまで視野を拡大した生命倫理問題）が横たわっている。

いずれにせよ、上記の一部のものを除き現行指針自体がその作成じたいにつき禁止の方針を打ち出していることもあり、また他方、一見明白にこれらの産生個体じたい多かれ少なかれグロテスクなイメージを喚起し、そのような意味で倫理的な嫌悪感を催す類のものであるとされることもあつたか（その根底には、動物を人と峻別し前者を後者が徹底的に手段化してきた現代文明、すくなくとも動物と人が生態系的事実の次元でも意識と文化の次元でも連続性をもって共存共生していた文明とは異質の、そのような意味で、いわば徹底した人間中心主義の文明論的枠組みがあるように思われる）、少なくとも現段階では、その倫理的法的問題性が立ち入って論議されるということあまりないように思われる（今後予想される研究の進展の結果必然的に、その法制的枠組みの見直しをふくめ、上記の根源的論議をも促すこととなるであろう）。

2-2) 以上のように9つの種類の「特定胚」は、少なくとも ELSI 的問題性の次元では、それぞれ固有独自の問題性がかかえていて、その個別の問題性に即した倫理的法的位置づけないし処理がなされる必要があるものと思われる——この点は、少なくとも単純一律にクローン技術によって作成される胚の問題として「十把ひとからげ」の論議が横行しがちであるであるだけに十分強調されるべきものと考えられる（これは、マスコミ的論議の次元では、「クローン」といえば、人クローン個体の産生というセンセーショナルなイメージ

のみが先行し、それ以上の広い広がりをもつクローン技術とその応用をめぐる研究についての科学的で冷静な論議が妨げられている現状にも、その原因の一斑があるように思われる（そのような意味では、「クローン」の語は上記人クローン個体にのみ限定し、他は狭義の「特定胚」ないしその作成技術とする、等のネーミング上の工夫も必要であるやに思われる）。そうしてまた、たとえば「H15・ヒト胚・中間報告」は、これら9種類の「特定胚」の倫理的位置づけ・評価につき、「(人の生命の萌芽)たる」[受精胚]のそれとの遠近によって論じるという論法で一貫しているように思われるのであるが、これに対しては、そもそも「受精胚」がそのような意味で一義的に明確な準拠枠組みたりうるかにつき、それじたい（上述のように）疑問なしとしないこと、また、上記の分析からも一定程度明らかなように9種の特定胚それぞれの固有の問題性は多様であって、「受精胚」との遠近という一元的な物差しだけでその倫理的な位置づけを測ることはやや粗い単純化の弊を免れないこと、さらにまた、胚それ自体の倫理的な位置づけからのみ直截にその研究用作成・利用の倫理的当否を云々するという思考様式も、それ以外の考慮要因も取り込んで、それらの要因との相関的判断のなかで場合によって胚の倫理的な位置づけをも相対化してとらえる必要があるとの筆者自身の思考方法（別途・本「論集」55巻3号以下に連載中の拙稿「身体（民事）法的な位置づけをめぐる」で詳細論述の予定）からすれば、いささか問題であること、等の批判が可能であるように思われる。

——とはいえ他方、上記9種類の胚の倫理的な位置づけとその研究の倫理的な評価という観点からは、以下の諸点のような共通の問題性が存することを再確認しておくことは、意味あることと思われる：

1. ここで問題となっているのは、あくまでも「特定胚」という特殊な人為的操作を施した胚をもちいての研究・実験段階の倫理的な評価の問題であって、而してそれに内在する最大の現実的問題性は、その結果としての各種「特定胚」由来の個体産生の危険性の抑止・禁圧ということにこそある（それゆえ、「クローン技術規制法」も全体としては、その危険の現実化につながる「胚の移植」という行為を、胚の作成・利用、譲渡、輸出入等の行為と比較して、とくに重視し厳罰をもって臨んでいるといえる）。別言すれば、胚の作成・利用の問題とその胚を用いての個体の産生（ないしその前提行為としての胎内への胚「移植」）の問題は、倫理的な評価の次元でも法的規制の問題としても区別して考える必要があるということである；

2. 他方しかし、これら各種特定胚のいくつかのものについては、既存のヒト受精胚を用いての操作を経てのあらたな特定胚の作成という過程をふむものもあって、ここでは、上記「受精胚」の利用・廃棄と同一の倫理的問題性が存することはいうまでもない。そしてそれらの胚をふくめ、全体としては、この受精胚の利用・作成とはかなり異質の操作・介入がなされたうえで胚が作成され利用されるということに、特定胚特有の倫理的問題性が胚胎することもいうまでもない。これら二重の意味で胚の作成・利用の倫理的評価が問題とならざるを得ないことは否定できない（そのような意味での上記・受精胚作成問題の場合以上の胚・生殖の「モノ」的手段化の危険、それ故の原理的禁止とその例外的解除要件のより一層かつ異なる観点からの明確化の必要性大である）。

3. そして少なくともこれら胚の作成・利用に関連する最大の倫理的法的問題は、その胚自体の提供、またはその胚作成の前提としての卵子の採取・提供をめぐる、（とくに女性側の）心理的・身体的負担と、それを倫理的に正当化する根拠・要件如何の問題であって、胚の倫理的位置づけというやや観念的正当化論の次元での論議と比較して、この点の論議が政府関係公式文書においてもかなり等閑に附されてきたとの印象は否めない；

4. 他方また逆に、少なくともこれら特定胚の作成・利用は、あくまでも研究・実験の段階の問題であって、それゆえ（既述のような）研究・学問の自由への配慮、少なくとも、過剰・拙速の規制の結果、研究が萎縮し、またはヤミに潜って透明性・公平性が確保しにくくなる、ひいてまた（研究の成果・進展がもたらすものが正負ともに不確実で予測しがたいものであるだけに）「角を矯めんとして牛を殺す」という社会的代償を払わざるを得ない可能性への配慮、（根拠を欠く漠然とした不安感等ではなく）事実在即した分析とその上にたったバランスある複眼的思考・判断、少なくとも（法律や行政権力による規制に安易に倚りかかるとは）研究・学問の（社会的説明責任に裏付けられた）自律・自治に第一次的には委ねるというスタンス——これらの基本的方向性は、現状においては逆に強調しておく必要性も高いように思われる。

《 附論・研究ノート 》 胎児の法的位置づけをめぐって （民事法的視点を中心として）

(0) 序

以下は、第15回 周産期セミナー・シンポジウム「胎児と医療倫理をめぐる諸問題」平成14.8-11(於)北大・学术交流会館での講演の記録である「セミナー 医療と社会」第22号(編集・発行:同セミナー 代表:品川信良)掲載の拙稿から、品川先生の了解を得て本研究プロジェクトのニューズレター「人倫研 NEWS LETTER」創刊号に転載したものに、適宜加筆訂正をくわえたものである。

胚ないし配偶子を検討対象とする本項において、「附論」とはいえ、いささか長々と胎児の法的地位を論じるのはやや唐突・異例の感を否定できないが、しかし、その必要不可欠な所以のものは、全体の文脈を通じて十分ご理解頂けるものと考えます。

なお、本「附論」における検討は、さしあたり以下のイ、ロの二点においてすでに不十分なものであり、あくまでも胚の法的地位論を考える際の手がかりを得るための、そのような意味での「本論」に対する・文字どおり「附論」であり、また内容的にも一応の予備的「研究ノート」の段階にとどまるものであることを、まづもってお断りしたい:

イ) 胎児の法的地位論は、民事法的観点からのみならず、刑法学や憲法・人権法(とくに、胎児は基本的人権の保護主体たりうるか)・医事関連諸法ないし行政関連諸法等にも関連するものであるが、本稿はこのうち(筆者の専門の関係から)とくに民事法の観点からの考察にとどまるものであり、とくに法学のなかでも最も蓄積の多い刑法学のそれについては筆者の知見はきわめて貧弱であり、その点についての言及に誤解なきかをおそれる。その点のご叱正を期待するとともに、他領域の論議をも踏まえた総合的検討は他日を期したい。

ロ) 民事法についても、判例・学説ないし外国法制との比較等も網羅的であるとは到底言いがたい。文献の引用等も原則として省略した。この点も他日の補完を期したい。

——ともあれ以下、胎児をめぐる主要な法的論点を(下記のq1からq4までに)整理し、民事法*はそれらの諸論点をどのように捉え解決してきたのかについてその要点を紹介し(Ⅰ)、最後に(さしあたっての)簡単な批判的検討と今後の検討課題を指摘する(Ⅱ)。

*なお本稿で用いられる「民事法」という用語の説明については、筆者が年来模索

し続け、かつ現在構想しつつある「現代日本民事法理論体系・原論」からの説明が本格的には必要となるが、もとより本稿はその場ではなく他日を期する外ない（但し、さしあたり、拙稿・北大法学論集55巻2号134頁以下等参照）

（Ⅰ）胎児をめぐる主要な法的諸問題につき、現行日本民事法はどのように把握し、如何なる法的保護を与えているか？

q 1) 現行法上、どのような一般的枠組みないし根拠で、どのような事項について、どのような程度・内容の、法的保護が与えられているか？

q 1-1) どのような（一般的ないし基本的）枠組み、ないし根拠で？

（出生後の自然人のみが「人」として法的主体＝権利能力の帰属主体たりうるとの原則的建前の下で）日本法は、母法たるドイツ・フランス法と同様、限定された事項の範囲での個別的権利・義務の取得能力を、例外的にのみ賦与する（個別立法主義）。これに対し、スイス民法のように胎児にも包括的一般的に権利能力を賦与する立法例もある。

そして、その例外的賦与の根拠ないし根本にある考え方は、あくまでも（胎児の段階での権利要件事実の発生と出生後の場合とでの、子の保護における不公平な結果の是正という）技術的便宜的な調整の趣旨であって、より一般的「義務論」的に胎児の一般的権利性・法的地位を承認したものではないことに注意すべきであろう。

q 1-2) どのような事項について、どのような程度・内容の？

0. 全体の概要：胎児に関しても、一般に民事法的保護が問題となる下記四つのフェイズに分けて考えるのが適切であろう。それぞれにつき以下、分説する：

1. (一般) 財産（帰属）法的保護
2. (一般) 人格法的保護
3. 契約ないし代理・事務管理法的保護
4. 家族法的保護

1. (一般) 財産法的保護 (財産法的権利の帰属・配分、侵害保護等) としては、制定法上は下記二カ条のみが規定されるに止まるが、ただし、より一般的に相続・遺贈をめぐる相続人・受遺者としての権利義務関係において胎児が他の通常の人と同様の権利を得、義務を負うのか、その行使・履行方法等については、白紙のままである：

- ・886条①/②：胎児については (死産を解除条件として) 相続能力賦与
- ・965条 (=886条の準用)：受遺能力に関しても同旨

2. (一般) 「人格法」的保護 (人体ないし名誉等の侵害等からの保護) に関しては、とくに、胎児中に第三者によってくわえられた自己または近親者への不法行為的権利侵害とその (損害賠償等による) 保護が問題となるが、この点につき直接関連する制定法上の条文としては、721条 (損害賠償請求権に関しては胎児も「既に生まれたものと見な」される) が存するほか、生命侵害の場合につき被害者の一定範囲の近親者に損害賠償請求権を賦与する711条等が関連する条文として存する。

この点さらに、判例上問題となった事例、ないし学説上その保護が論議されている論点毎に、保護のありようを簡単かつ批判的に整理・検討していくと――：

2-1：誰の損害につき、誰が損害賠償請求権者として？

この点とはとくに、(一般の自然人の場合とは異なる) 胎児固有の特別な問題が少なくない：

1) 胎児である間に (親など) 近親者に対する権利侵害があった場合：

1-1) 生命侵害の場合に、近親者に生じた逸失利益・慰謝料はともに、少なくともわが判例上は、相続構成により法定相続人に相続承継されるが、この法律構成の・上記886条①へのアテハメからは、当然胎児も損害賠償請求権者となる (ただし同②により死産を解除条件として)。

1-1') 近親者の生命侵害を原因として胎児のがわに生じうべき損害 (例：後掲【参考判例1】における扶養利益喪失、ないし内縁の父死亡により、認知の機会をうしない、将来私生児として生きて行かざるをえなくなったことの精神的苦痛) ―― 上記1-1) において相続承継されるとされる請求権と711条の・近親者固有の賠償請求権との関係は一個の問題であるが、この点をさしあたり措くとして少なくとも、711条の賠償請求権者たる近親者中の「子」に胎児も含まれるか、に関しては、それが「非財産損害」の賠償に関する規定であるだけに微妙な問題であり (この点「非財産損害」とは精神的損害=慰謝料のみの謂であるのか、仮に然りとしても、この点(新北法55(5・269)2123

生児：100、胎児：0」という「一点・切り分け」思考が妥当なのか、等の疑問を禁じえない)、ここでは結論を留保したいが、ただしそもそも近親者の死亡を原因として胎児自身の側に生じる損害に関しては因果関係の立証が可能である限り、709条ないし710条により直接賠償請求権が発生すること、上記参考判例が示唆する通りである；

1-2) 生命侵害以外の場合に関しては、胎児に生じうべき損害は、生命侵害の場合と同じように、709条ないし710条により直接賠償請求権が発生すると解すべきであろう；

2) 胎児自身の「生命・身体」等の要保護利益が侵害された場合：

それによる損害賠償請求権が721条により胎児自身に発生するのか（死亡の際は、その親等への逆相続）、それとも生命侵害のケースについてのみ711条を介して同条所定の近親者に賠償請求権が発生するのか（その前提として、711条における生命侵害の場合の近親者の損害賠償請求のうち、「他人」＝「被害者」に胎児も含まれるか）、が、さしあたり解釈問題として浮上することとなるが、721条の包括的な規定ぶりからみて、前説を支持せざるを得ない（ただし実際には、胎児の「権利ないし要保護利益」侵害等の事例は、少なくともわが判例上は非常に少ないが、相続承継構成が未認知子故にとりえなかった【参考判例1】における大判は、当然この前説を前提としている）；

ちなみに、胎児の名誉が害された場合、上記・民法721条の立法者はこれも同条の保護範囲内としていたことに注意されたい。

3) (上記1ないし2以外の) 胎児固有の難問として、判例・学説等により論議されている下記・諸論点は要するに、いうまでもなく妊娠・懐胎・出産を通して母体・母胎への侵害が胎児への侵害と不即不離の関係に立たざるを得ないという生理的事実に胚胎する：

3-1) 妊娠前ないし妊娠中に母親＝母体にくわえられた危害により、母体を介して当該胎児・出生子にも障害が発生、または流産・死産・中絶の事例：例、

3-1-1) 妊娠中における有害食品・薬品による一：例、

- ・カネミ油症事件・胎児性油症児福岡地裁小倉支判昭和53. 3. 10判時881-17
- ・サリドマイド事件；
- ・熊本・胎児性水俣病事件（刑事事件についての最高裁昭和63年判決へのコメント（後掲）参照）；

3-1-2) 妊娠中の交通事故に起因する胎児の流産・死産・中絶等を理由とす

る、妻 and/or 夫による、交通事故加害者または医師にたいする損害賠償請求：例、【参考判例 2, 3, 4, 5, 6】；とくに【参考判例 3】は「(胎児も)母体とは別個の生命体であって、(中略) 相応の法的保護を受ける資格がある」として両親の慰謝料請求を肯定している点が注目される。

3-1') 胎内での胎児自身にくわえられた原因による、母体内での死亡、または出生後の傷害・死亡の事例：

・この点を問題とする判例は未見。

3-2) 分娩時の医療事故等による胎児の死亡・傷害：例、【参考判例 7】はとくに、新生児死亡の場合との均衡論を慰謝料額に反映させて妻700万円、夫200万円の認容額となっていることが注目される；

4) 母親の妊娠前(ないし中)にかかった病気の見落とし・診療過誤による障害児出生、高齢出産又は遺伝性疾患因子保有者パートナーからの出産における、障害児出生回避のための検査・説明等の懈怠による障害児出生 等：

4-1) 親による損害賠償請求(アメリカにおけるいわゆる wrongful birth 訴訟)：例、

- ・風疹罹患妊婦・先天性異常児出生事例：【参考判例 8, 9, 10, 11】
- ・「高齢者」ダウン症児出生事例：【参考判例12】
- ・遺伝性障害児出生事例：【参考判例13】

4-2)：子による損害賠償請求(同上の wrongful life 訴訟)

・すくなくとも上記【参考判例】はいずれも親自身の損害(慰籍料)のみを問題とするものであり(胎児自身の損害の・親への逆相続も問題とはなっていない)、そのような意味で(形式的にも)直接胎児の法的保護の事例とは言いにくいものがあることに注意すべきである(なお、いうまでもなく上記両訴訟とも法理論的にも生命倫理の問題としても、内外において極めて困難かつ興味深い問題をかかえていること、周知の通りであり、本研究プロジェクトでも(ワーキンググループのメンバーの一人である丸山英二氏を取りまとめ役として)この点についての比較法的研究を中心とするワークショップを開催したのであるが、筆者じしんのやや立ち入った検討は、後の、本「生殖関連問題・生命倫理基本法」提言(2・完)中の「2'：「選別出産」関連問題」の項でくわえることとしたい)。

5) 父親の慰謝料と母親のそれで差異を認むべきか？

・判例は母親のみに認め夫からのそれは否定する例【参考判例 2】、額に差を

つける上記・例【参考判例5】、夫には711条の類推適用という形で法律構成も異なる例【参考判例6】などがみられ、いずれにしても胎児との関わりで父と母での差がこの点でもみとめられているのが注目される。

2-2：いかなる損害費目につき、どれだけの損害額を？

1) 慰謝料のみか、(死亡等による)逸失利益ないし(傷害等による)特別養育費の賠償もか？

・上記【参考判例2】・【同7】はいずれも慰謝料のみの認容例であり、とくに【参考判例7】は、(新生児の場合問題となりうる逸失利益の賠償につき)胎児との均衡論を一応は問題としてとりあげつつも、結論的に否定(ただし慰謝料額算定において実質的な配慮)；なお、【参考判例1】は扶養期待利益の喪失、私生児として生きていく苦痛等を損害として捉えた例；なおまた【参考判例8】・【同12】はいずれも親自身の慰謝料のみをみとめ、とくに障害児の医療費や付き添い費の請求【参考判例10】や、特殊教育費【参考判例11】等については、いずれも否定している。

2) 損害額算定——とくに逸失利益ないし慰謝料計算における、新生児死亡の場合(711条による近親者損害賠償請求、709条ないし710条による自己または相続による逸失利益ないし慰謝料請求)との公平をどう考えるか？

・この点結論的には(上記のように判例は問題あることを一応意識しつつも)形式論的に割り切る傾向がある。

2-3：小括：

以上全体としては、胎児ないし近親者の生命身体侵害の場合に損害賠償により判例において実質的に保護された者は、〔胎児自身 or 生きて生まれた子 or 親か?〕と問う時、少数の例外を除き結局、親の精神的損害に対する慰藉料という形での保護であって、胎児の法的保護はあくまでもそれを媒介とした間接的なものであると、総括しうるように思われる。

3. 家族法的保護：親子関係確定、扶養関係、法的親子関係の効果、(胎児中の)親の離婚に伴う問題、第三者(後見人等)による意思・権利代行等がさしあたり問題となりうるが、制定法上の保護は下記一点のみであり、関連する判

例も見当たらない

- ・ 783条：被・任意認知能力——なお、強制認知請求の原告たる能力につき判例・通説は否定（我妻説＝スイス法は肯定）。

q 2) 胎児段階での権利能力が上記のように限定的であれ認めれるとして、それは、

q 2-1) 生きて生まれた場合（生産）のみか、死んで生まれた場合（死産）にも認められるのか？

q 2-2) (前者のみであるとして、胎児の間の権利能力は)「(生産を)停止条件として存在する(生産までの胎児の状態では権利能力は賦与されず、生きて生まれた段階で初めて胎児の時に遡って権利が賦与される)」と構成される(停止条件説＝人格遡及説)のか、or「(死産を)解除条件として(胎児の段階から権利はすでに賦与され、ただ死産の場合には遡って胎児段階での権利はなかったことになる)」か？

* 制定法：

上記の、(さしあたりは)すぐれて理論的法律構成に関わる二論点につき、上記引用の関連条文中明確に解を示しているのは、886条第二項により相続(故にまたそれを準用する965条により遺贈)についてのみであって、それは要するに、死産の場合には相続能力が否定されるとの明文であり、上記q 2-1の論点に直接答えるものとなっているが、しかしこれ以外の上記721条や783条に関しては不明であり、またこれら相続や遺言の場合にq 2-2所掲のいずれの考え方をとるのは条文上は不明確であり、さらにまたq 2-1と2-2とは論理的には一応別個の問題として成立しうるなど、要するにこれらの問題は、すべて解釈に委ねられている：

* 判例・学説：

1. 法定停止条件説：胎児は、生産の場合に相続開始時ないし損害賠償請求権発生時に遡及して権利取得するのであって、懐胎時からではないとし、旧多数説、判例のとる立場である(とくに、【参考判例1】はB-Y間和解当時X 2は胎児の事例につき、裁判所は、民721の法意は、「生産」を停止条件としその時点に遡及して損害賠償請求権ありとしたものであって、出生前にその請求権を処分する権能

を賦与したものではない、と明確に判示)。

2. 法定解除条件説：現多数説

* 検討 —

1. 停止条件説の根拠——胎児の法的保護規定は上述のように、相続等の極く限られた局面での既に産まれていた子と未だ産まれていなかった子との間の不公平を解消するための(そのような意味では胎児それ自身の権利主体性と法的保護を絶対的な自己目的としてではなく)例外的個別事項毎保護(そのような意味で原則的一般的保護ではない)であり、その限りで停止条件的に、つまり生産の場合に(従って死産のときは、胎児自身には全く何の法的保護は与えられない)、懐胎時に遡って権利主体となる(従って原則として「生産」後の法的保護のみが問題となるのであって、それまでは積極・消極両面ともに——条件付き権利の侵害からの保護以外は——権利は付与されず、法定代理人とそれを通じての有効な権利行使ということもありえない;「生まれたものと見なす」とはかかる限定された意味であって、胎児の段階での権利能力一般を肯定したものではないとの〔参考判例1〕の説示も、かかる立場に立つ)。このような判断枠組みないし前提に立てば、権利主体性をもつのは、(解除条件的構成——この場合は懐胎という始期がむしろ出発点となる——とは異なり)あくまでも出生を起点・中心にして考えられる胎児のみである、ということになるのは、けだし論理的には自然な推論ということになる。

2. しかし筆者は解除条件説をもって正当と考える。その根拠は以下の四点に整理されよう:

- 2-1: 問題は上記停止条件説のような前提そのものが果たして妥当か、少なくともスイス法的な行き方も政策的判断としては妥当性が強いとの考え方も可能であり、そういう方向での解釈としての解除条件説は十分評価に値する;
- 2-2: また886条第二項の法命題は相続・遺贈に限定してにせよ、解除条件説によってこそ、より整合的説得的に説明可能な規定である;
- 2-3: 停止条件的構成では論理的に胎児段階での保護は条件付き権利の侵害からの保護の程度に止まらざるを得ず、胎児段階で現行実定法上与えられているいくつかの権利についてはいうまでもなく、それ以外の・

解釈上認めるべきであると考えられる諸権利や立法制度論的に胎児にも賦与されるべき法的保護との関連でも、その権利の具体化・実現をはかるための権利代行（者）制度への理論内在的必然性が弱くなるとの、下記権利代行制度論との関連での限界が指摘できよう（むろん停止条件的構成のもとでもその実際的必要性は高いことは否定できず、また権利代行が理論的に不可能なわけでもないが）；

- 2-4：なおまた、停止条件的に捉えると、胎児の保護なるものは出生という後発的事実に生理的にも可及的直結しうる限りでの保護であって、而してそのような意味でこの説の下では、かかる可能性の弱い段階での着床前受精卵等は言うまでもなく、少なくとも流産等の危険確率が一定程度高い段階での胚も、胎児とは言いにくくなるという、「胚」保護問題一般との関連での限界を指摘せざるを得ない。

q 3) 誰が権利行使するのか？

q 3-1) 問題の所在：

1. (上記現行法のように) 仮に出生前に一定の権利を賦与したとしても、わが民法上は出生前の権利処分等の代行機関についての規定はない——【参考判例1】の事例はまさに、かかる法制的欠陥に胚胎する事例であって、とくに本件は、父母が非法律婚の場合で父親死亡のケースであり、この紛争時点では民法上死後認知制度もない；このような状況下で法律上法定代理権なきものがなした示談の拘束力、すなわちX2が胎児段階でのBの和解はX2を代理してなした有効な処分とはいえないのでは、という法的論点が少なくとも法的問題の出発点にあったということが、ここで特に想起されるべきである。

2. 「子」として存在していない以上、親権者とか後見人のような未成年者に附される法定代理人も存在しない筋合いとなる。

3. 他方一定の権利を与えた以上それを代理行使する者は必要なはずで、具体的には例えば下記のような問題が考えられるが、現行法上は何らの法的手当はされていないのが現状である：

3-1. その権利代行機関として誰が成り、その権限は？考えられる例としては、「胎児財産管理人」(昭和2年・相続法改正要綱第Ⅷ) or 妊婦 or 遺伝的男女など。

3-2. [法定代理人=妊婦のみ] としたときの、妊婦-胎児間の(医療

行為等での) 利益相反調整は誰がいかなる方法・手続で図るか? とくに、胎児(ないし受精卵)の生命・身体的統合性を保護するためには母親の意思を無視する必要がある場合(例、母親が出産にあたり、医療上不可欠と考えられる輸血ないし帝王切開等を信仰等の理由から拒否する場合)に、この点はクルーシャルな問題とならざるをえない。

q 3-1') 母が未婚の母で父親不明・母死亡のケース、ないし胎児中の両親の離婚の場合は?

- ・これらのケースでは、胎児の法定代理人たるべき親権者の立場に立つ者が不存在であり、さればといって、胎児のための後見人的制度も存在しない。

q 3-2) 理論面での問題点:

- ・停止条件説では上記のように一般的な法定代理人をたてることは理論的に困難

— 以上(Ⅰ)全体の小括:

民事法的領域の現行法制(制定法令+判例)の扱いに限ってみても、胎児自体への法的保護は極く限られた範囲・手段しか与えられず、不明ないし空白領域も多く、今後の立法論的課題として残されたものは少なくない、と結論づけざるを得ない。とくに以下の点は緊急に手当てされるべき立法論的課題と考えられる:

- ・民法における4種の権利能力賦与規定はあるにせよ、とくに、その権利行使のための(未成年者における親権者ないし後見人のような)制度的手当は存しないこと;
- ・胎児-妊婦との利害相反の場合の胎児保護の制度的手当の欠如
- ・母胎への不法行為と胎児の権利(?)保護のための制度的手当の欠如

(Ⅱ) 我々は今後これらの問題についてどう考えていくべきか

か——(上記諸論点についての本格的立法論等は他日を期することとして)ここでさしあたりとくに意識的に強調し追求すべき基本的視点・方向性と筆者が考えるものは以下の四点である:

***視点・その1:「準・人」としての胎児——**

1-1) 民法において胎児を法的に捉えるその形式的体系的判断枠組み・思

考様式は、近代法を支える体系的柱の一つというべき「人―物」峻別の概念構成から出発し、かつそれに規定されていることが、ここでまず再確認されなければならない。而してその概念構成なるもののエッセンスは要するに以下の三点に整理要約されうるのであろう：

1. 自然人（なおもう一つの「人」とされる法人についてはここではふれない）の法主体性＝権利能力（＝権利義務の帰属点たりうる法的資格）は出生後の生きた「人」にのみあたえられるのが原則（民法1条ノ3）であって、それ故また、
2. 「人」ではない動物等は、「物」の一種として所有の対象になるだけであり、
3. 「人」になる前の受精卵・胎児等、や、「人」ではなくなった後（死後）の死体・遺骨等も、（原則として）民事法の世界における法的主体とはなりえない。

——而してこのような〔人 対 非・人ないし物〕の二項対立的峻別・断絶の論理・思考様式のもとでわが民法上も、胎児はこの「人」の範疇には原則として入らないとされ、僅かの事項についての法的保護がまさに（その原則に対する）例外として賦与される（上記q1のコメント参照）ということになるわけである。*

*ちなみに、以上のような枠組みは刑法上も基本的には採られているとあってよいように思われる：すなわち、胎児を（妊婦自身が、ないしそれ以外の他人が・同意または同意なしで）死に至らしめる行為は、殺人罪とは区別されたものとしての墮胎罪を構成するものとされ、胎児が（一部）露出後にはじめて殺人罪の対象となるとされていること、またこの墮胎罪以外に、胎児への死傷行為による「胎児傷害罪」とか「同致死傷罪」自体を罰する規定はないこと（この点は、立法者の念頭にもなく、従来学説・実務上も殆ど論じられず、むしろ胎児への死傷行為自体を罰することは罪刑法定主義の原則にふれる可能性ありとされる）、等の諸点は、まさに「胎児は人に非ず」との前提に立ってのみ説明可能であるように思われる。

ただし刑法は他方で、胎児もまた（母体の一部としてではなく、あくまでもそれから独立した）独自の法的保護の対象たる個体として捉えていることは、上記墮胎罪とその結果としての（妊婦たる女子の）致死傷罪との区別、自己墮胎の処罰、等の諸規定からも窺われる（しかし更にまた、こうした刑法上の・胎児に固有の法的保護は、周知のように、我が国では旧・優生保護法、現・母体保護法のもとで、すくなくとも指定医による人工妊娠中絶の・実質的合法化＝非犯罪化、胎児中絶処罰の例外化の現実、そのような意味で胎児の法的保護とは逆の方向での支配的現実、が、むしろ否定

しえない現実として存在することも、ここにおいても再確認される必要があるわけであるが)。

而して、有名な「胎児性水俣病・刑事事件」の最高裁判決昭和63.2.29刑集42-2-314が、現行刑法上胎児は墮胎罪以外は母体の一部としての扱いをうけ、したがって「胎児の傷害・病変=母体(=人)の一部の傷害・病変」と捉えられ、当該胎児が出生後、上記病変に起因して死亡したときは、人に病変を発生させて人を死亡させたこととなる故(病変発生時に人であることを要するか否かの見解如何に関わらず)、業務上過失致死罪の成立を肯定しようとした、その論理も(その当否は下記に述べるような批判の余地はあるにしても)、以上のような刑法上の基本的枠組みのもとではじめて理解可能となるわけである。

1-2) しかし以上のような基本的判断枠組みは、(民事法の次元に限定しても)形式的にも実質的にも以下のような意味において、批判・克服の余地があるように思われる:

1. 形式的には、死者ですら、その(生前の)意思等に死後も一定の法的保護(遺言・死因贈与等)が与えられ、また死体といえども現行法解釈上も判例上も単なるモノ以上の法的保護を与えられていること(後者の点の詳細な論証は、すでに本研究プロジェクトの「人倫研 News Letter」第3号所掲の拙稿において展開した通りであり、後日、本「提言」中の「死体」の部において≪附論・研究ノート≫として推敲の上、掲載の予定である)との対比においては、死者・死体についてすらそのような法的保護が与えられる以上、況んや「成りつつある人」たる胎児においておや、というわけである;

2. 実質的には、胎児といえども「成りつつある人」である以上、彼/彼女自身のためにも、近親者ないし社会全体にとっても、一定の法的権利(ないし義務?)の享受主体として、その権利の内容、それを實現する方法・手段等、を法的に明確にする必要があり得ることは、上記(I)に述べたように、いくつかの具体的問題事例が示唆する通りであり、現に各国・近代民法等は(その形式・程度等は多様であるが、基本的方向性としては)胎児にも何らかの法的保護をあたえてきたことも事実である。

また、やや具体的にも、とくに例えば、[出生1日前の胎児は法的には原則0(ゼロ)、出生1日後の新生児は法的には100パーセントの権利保護]という一点切り分け主義のもとでの all or nothing 的考え方がそもそも、すくなくとも実質的合理性という点で問題があり、結果論的にも不公平であること、そのような意味で(実体的)

正義に反することは、誰の目にも明らかであろう。このような新生児—未出生の子（＝胎児）間の法的断絶の論理の不自然さは、少なくとも妊婦を中心とする近親者の感覚ないし助産師等の関係医療者の現場の感覚からは、しばしば聞かれるところであり、而してこの「感覚」を非法律的なものとして一笑に付し一蹴し去ることこそ、むしろ悪しき「法的世界観」に自閉した専門的独善の病弊として批判されるべきではないか、と思われる。

3. 上記実定法規定ないし判例が、限られた論点についてであれ、一定の法的保護を胎児につき与えていることじたい、実定法制じたいが上記のような新生児との一点切り分け主義的枠組みに立っているわけではないことを示唆するものであり、見方をかえれば、その立法論的不十分さへの批判とともに、法的保護の強化・拡充方向こそが原則的にとられるべき方向であるとの立論も十分成り立ちうるであろう。

— なお以上のような観点から見たとき、上記（1-1）の刑法的判断枠組みに関しても同様の批判が可能であって、例えば上記「胎児性水俣病・刑事事件」最高裁判決についても、その結論の具体的常識的妥当性（換言すれば、病変作用行為時には〔胎児≠非・人〕であった、故にその傷害・致死罪等につき不可罰、とした場合のその結論の不当性）は間然するところはないとはいえ、その結論を導くのに、〔胎児＝母体の一部、故に胎児傷害＝母体傷害〕という、いささか不自然な構成を媒介せざるをえないことじたい、胎児の法的保護をめぐる、従来の実定法的規律の限界、理論的判断枠組みの貧困、を物語るものであるとの批判が成り立ちうるであろうし、また現に、母体そのものとは無関係に胎児そのものを害する可能性から刑法上胎児傷害・過失致死罪等として独立の保護を与える必要性は、立法論として大いに追求されるべき方向であるように思われる。

1-3) しかれば、以上のような従来の基本的判断枠組みを、我々はどのような方向において克服し、いかなる新たな基本的判断枠組みをそれに対置すべきであろうか？

この点、上記の（いわば近代法全体系の根底に横たわる）〔人 対 非・人ないし物〕の二項対立的峻別・排除ないし断絶の論理・思考様式そのもの全体をどう考えるべきか、そもそも「ヒト」を「人」たらしめるものは何か、等の根本問題については、（胎児に限定しての）本報告の検討課題の範囲外というほかに、筆者自身は、本・法学論集55巻3号以下の別稿「身体の（民事）法北法55(5-259)2113

的位置づけをめぐって」で展開しつつあるところであるが、さしあたり少なくとも胎児に関しては（上記「断絶の論理」に代わるべき、「連続性の論理」ともいうべき）つぎのような方向をその基本的判断枠組みとして底礎していく必要がある：

つまり、胎児は「人」そのものではないとしても、さればといって単に「物」ないし「準・物」として「人」の法的世界から完全に放逐してしまうこともできない、そのような意味では「中間的・過渡的」な存在であって、強いて法律的概念を新たに建てるとしたら「準・人」、ただしベットについて言われるような意味での「準・人」以上にヨリ「人」に近い・独立の人格的存在として位置づけること、これである。

ただし、一般的抽象的にこのように概念的な位置づけを与えることが出来たとして、そのような意味での「準・人」の中味に具体的にいかなる法的内容を盛るかは、もっぱら今後の法律学的検討に委ねられているといつてよいであろうが、さしあたり下記「視点・その2」に示すような、法的領域毎の類型的視点からの法的具体化がその際にまずもって追求されるべき基本方向であるように思われる；

***視点・その2：法領域類型毎の法的保護・法的地位論（その中でもとくに、「独立の人格法的主体としての胎児」という位置づけ）：**

現行法上胎児に与えられている法的保護の内容・その特質ないし問題点等については上記（I）でみた通りであるが、その結果全体としてはそれは、（その法的保護が問題となる）法ないし権利の（上記）類型領域、すなわち、

- 1)（一般）財産（帰属）法的保護
- 2)（一般）人格法的保護
- 3) 契約ないし代理・事務管理法的保護
- 4) 家族法的保護

の四領域で異なるということが明らかである。つまり――、

1) および3) に関しては、（胎児が独立の意思をもって財産法的契約関係を取り結ぶということあり得ない以上）（単に新生児との公平を確保するための、そのような意味でどちらかといえば法技術的趣旨・次元・意義における

権利主体として) ①相続承継ないし遺言に関連した保護と、②その結果取得した財産権の保護、とが与えられれば十分であり、現行法もほぼそうしているということ(ただし①については、死因贈与における受贈適格性、債務・責任の承継はどうなるのか、その限定承認等相続人保護のための諸規定・制度の適用の有無、遺留分制度との関連如何等の問題、また②に関しては、その(上記3)の方法での)積極的ないし(権利侵害からの)消極的権利行使・保護のための方法・制度の問題がなお不明確なままであること)、 他方、

2) および4) に関しては、胎児もまた「成りつつある子または人格」という観点からみたとし、可能なかぎり独立の法主体として新生児に近い(上記の法技術的権利主体性との対比では、いわば、実質価値的権利主体性を付与された)法的保護が与えられるべきと考えられるところ、現行制定法はこの点いずれの法領域にかんしても全く不十分であり、後者に関し判例によるその保護の拡充が注目されるものの、なお今後に残された課題は多いこともすでに見た通りである。

とくに、法的人格概念の中にいわば「身体的人格」*とでもいうべきものを含ませる私見に立つとき、(そのような意味での人格権の・独立の権利主体としての)胎児にたいする各種の不法行為的侵害(的)行為としては、上記の判例に見られるような・いわば従来型の侵害(その典型ないし極限的形態は墮胎ないし中絶であって、これらは従来もっぱら刑事法ないし行政法的次元で問題とされてきたこと周知の通り)を初めとして、とくに胎児・その組織の、(遺伝子レベルでの、優生学的目的でのそれにまで及ぶ)治療・操作、ないし(再生医療・医学等の展開等に見られる)各種目的での利用という、いわば現代型の侵害の危険性の増大にまでいたる、多様な問題状況が提起されてきていることに注目すべきであろう。とりわけ後者における、胎児・組織の操作・利用をめぐる科学的知見の深化とその技術的応用の拡大等の、現代的展開状況、それの提起する倫理的法的問題状況は、受精卵や胚をめぐるその延長線にあるものであり、また成体ないし死体としての人体・組織の操作・利用という同様の問題状況ともパラレルなもの捉えることができるが、而して少なくともこのような現代的問題状況に対しては、その「身体的人格」保護の枠組み、少なくともその延長線上で、問題を捉えることによって、この現代的状況に一定の倫理的法的歯止めをかけていくことが、あらためて重要な現代的課題として浮上してきているように思われる(この点はそれゆえさらに下記「視点・その3」

とも関連する)。そしてまた、この後者の観点からみたとき(にも)、前者における、とくに中絶問題をめぐる(我が国における)諸々の論議ないし現実の蓄積と到達点は、きびしい再検討に晒されるべき負の遺産としての問題性を多く抱えるものであること、その功罪について現代的視点に立った批判的総括を要するものであること、少なくとも妊婦の「自己決定権」(＝支配権?)の対象としての位置づけのみが突出し、胎児自身の側の独立の法的地位に関しては十分な顧慮が与えられてこなかったこと、等に関してもこの際(その具体的論証は後日に留保されるとしても)指摘しておく意味のあることであろう。

*この「身体的人格」概念に関しても上記・別稿を参照いただくほかないが、その概念の本質的構成要素の一部をここでさしあたり摘記すれば、それは要するに、従来とくに不法行為法論における損害論等のパラダイムにおいては、精神的側面での人格のみが非財産損害の主要な保護対象とされ、また生命・健康侵害はむしろ財産損害の範疇のなかで処理されてきたことに対し、筆者はむしろ後者も含めた意味での「身体」的諸価値を人格概念の中に包摂し、そのような意味で人格概念の拡大を企図しようとするものである。したがってここでは何よりも「身体」ないし「人格」概念の規定ないしその法的具体化がキーポイントとなることとなるが、その点は上記別稿で詳述の予定。

***視点・その3：(母親との関係における)独立の法的保護主体としての胎児(にもかかわらず他方自らは権利行使・保護が不可能であり、それゆえその代行的保護者・制度の絶対的必要性あるものとしての胎児)：**

1. 生殖関連のヒト身体・組織のうち、少なくとも胎児に関しては、いわば「未然形生命体」として、現行法制ないし判例じたい、(極く限られた範囲とはいえ)一定の権利主体性、それゆえの法律行為主体性を認めており、また法理論的立法論的にもその法的保護を質量ともに拡充する方向が追求されるべきことは、上述の通りであるが、このこととの関連でとくに見落とし得ない重要な視点ないし論点は、一つは(親のうちとくに)母親との法的関係をどう捉えるべきかということであり、もう一つは(当該胎児に代わって)その権利行使を代行しその権利を現実には保護する法制をどう構築するか、という点である；

2. まず指摘されるべきは(当然のことながら)、胎児の法的地位にかんす

る現行法令・判例法理の範囲で考えても、また仮に墮胎・中絶等の法制と切り離して考えてみても、胎児もまた独立の法的主体性を（例外的に、かつ、ごく限られた範囲とはいえ）承認されており、親といえども、胎児の**所有・支配の主体**たりえない、ということである。

とくに母親との関係に関しては、胎児は母体の一部（それゆえまた、母親の自己身体＝自己決定原理の支配下にあるものでもなく）ではなく、母親の私的**所有物**でもなく、母親のみによってその法的保護がはかられるべき（得る）ものでもないということであり、それどころか、母親と胎児とはその間に両立ないし調整し難い法的利益・価値の対立・相克の関係に立つ可能性があるということである；この最後の点につき、例えば――

- 1) 胎児（ないし出生後の子）の生命保護等のために、妊婦の意思に反して、
 - 1-1) 妊婦への治療（例、輸血）、出産方法の選択（帝王切開等）、出産自体の、強制等がなされるか？

- 1-1') 妊婦の・有害的行為（飲酒・喫煙・薬物摂取等）の禁止は？

――以上の1-1)ないし1-1')につき、〔妊婦の生命・健康・信仰（例、一定の宗教的信念故の輸血拒否ないし帝王切開拒否）・趣味等に基づく自己決定 v s 胎児の生命・健康の保護〕の、いずれを選択するか？

- 1-2) 胎児への治療（例、脳水腫・水腎症等）、ひいてまた優生学的目的での出生前診断・遺伝子治療等を強制的になしうるか？
 - 1-3) 以上の措置に反する違反・拒否等にたいするサンクションとして、親権・監護権剥奪・停止 等は可能か？

- 2) 胎児組織・死胎の利用の是非如何――妊婦は、胎児の臓器・組織または胎児自体（さらには死胎）を、自己・自己の近親者・その他の第三者の利益（例、移植治療）のために、利用・提供することは許されるか、あるいはそのような目的のためにのみ胎児を産生することの是非如何（その極限には、胎児の生命を自らの意思で、自己または他人の手を借りて中絶・墮胎することの是非如何の問題が存すること、いうまでもない）。

――上記諸問題のうち、すくなくとも1)に関しては、産科医療をめぐる関係者の現実的問題意識としても、妊婦の意思・利益と胎児の法的保護とが時にトレードオフの形で対立し、法的次元においても（妊婦の意思に反して、誰が（例、医師、裁判官、行政）、いかなる正当化根拠をもって、どのような場合に、いかなる要件・手続きのもとで、という形で）その調整が問題となりう

る、との問題意識があり、而してそれらの臨床的諸問題とその前提じたいをふまえて想定した、またその実体的ないし手続き法的解決をあたえる、類の現行法令なり何らかの職能倫理的規則、さらには類似の裁判事例等を、筆者は寡聞にして知らない（しかし、この点は個別問題事例毎に、医療現場での慣行的プラクシスか、個別医療者の意思決定による、事実上の対応がなされていることは大いに推測されうるところであり、現に上記セミナーの出席者からも、周産期・産科の医療の現場では日常的に、〔母親の生命・健康ないし自己決定・選択（その極限的事例は、母親の信仰（とくに、輸血拒否））か患者としての胎児（fetus as a patient）の生命・健康の保持か〕という形での二律背反的選択を迫られる局面も少なくなく、医師はその際、第三者的裁判官的倫理学的立場での判断をせまられる現実があるとの指摘が寄せられ、筆者にとっても改めて問題の重要性と困難性を自覚させられた次第である）。

3. かくして母親との関係においてすら（も）、誰が、如何にして、かつ責任をもって、胎児の権利・利益を守ってやれるのか、やるべきなのか、という問題、換言すれば、母親以外の家族、あるいは社会全体によって如何にして胎児の法的地位を確保して具体化していくべきなのか、が、ここでは改めて問われている、と言ってよいであろう。

より一般的にも、現行法制上、民法によって胎児に賦与された少数の権利につきそれを代行して実現・保護する制度は全く存在しないことは、上記の通りであり、この点新生児は「未成年者」として、親権者・監護権者・未成年後見人ないし児童相談所長等の（民法ないし児童福祉法制上の）権利の代行ないし保護者の制度が（ひいてはまた親権者等との利益相反の場合の保護制度もふくめ）実定法制上比較的整備されていることと比較して文字通り all or nothing 的扱いとなっており、（「限定行為能力者」における（法的ないし任意）成年後見人等、精神保健福祉法上の保護者制度、ひいてはまた死者のための相続人・遺言執行者ないし死後代理人等の諸制度との比較は、いうまでもなく「ないものねだり」というほかないとしても）彼我の懸隔は一目瞭然である。

この点少なくとも、既に戦前の民法「改正」論議のなかで提案されていた上記「財産管理人」的な制度に、上記人格の権利代行・保護の趣旨を付加したような制度の構築は、立法論的な焦眉の課題である、といえよう（その詳細にわたる立論は今後の課題として留保したい）。

4. 以上のやや実定法内在的な論点に加えてさらにここで筆者として敢えて強調し注意を喚起しておきたいと考える、やや外在的な点、二点：

4-1：胎児の法的保護・地位をめぐる論議ないし意識は、子どもの権利・福祉をめぐるそれと、無縁ではないどころか、それと少なからず関連しているように思われるということである；

すなわち、胎児もまた「成りつつある子供」という捉え方をする限り、子供に対して当該社会が与えている法的保護・地位、あるいは少なくともその点に関して当該社会で多くの人々が抱いている考え方・意識といったものが、なんらかの程度前者に対し反映せざるをえないのではないか、そのような意味ではとくに、当該社会における実定親子関係法のなかで子供にたいする親の権利義務関係（親権）がどのようなものとして捉えられてきたのか、現実社会において児童・子どものおかれている事実的法的状況はどのようなものであるのか、（やや具体的には、子の・権利ないし責任の点での・親からの独立性の程度、換言すれば親が子供を独立の法主体としてではなく、——かつてのローマ法における家父の家子にたいする生殺与奪の絶対的権力のような極端な例はともかく——保護・支配の客体・対象としてしか見ていないかどうか、親権が子にたいする民事的な、ひいてまた社会によって信託的に委任され、それ故に社会全体にたいする公的義務としてよりは、むしろ天皇制国家におけるヒエラルヒー体制の一環として組み込まれた強固なイエ制度のもとで、親による・子の私物化という社会的現実・意識を支持・追認する形で機能してこなかったか）というような点が、胎児の置かれている法的状況を考える際にも決して無関係ではないように思われる；この点、戦前のイエ制度下での戸主権の一環としての親権の内容と、そのもとで判例上親権が権利のカテゴリーとしては支配権として財産権上の所有権に擬せられたという歴史的事実、子の福祉という観点から見たときの（とくに普通）養子の法的地位、実子の・親子確定法制下での不安定な地位、非嫡出子の法的地位、等の現行法においてもなお残る法制上の現実、（児童虐待問題をはじめとして今日なお）社会的現実として広く見られた（る）、親による子の私物化の実態等が、批判的に捉えかえされるべき社会的事実としてあるのではないか——総じて子供の目線・視点で現行法制の総体（基本法たる民法・親子法制じたい、その批判を免れ得ないように思われる）を批判的に捉えかえてみたときに、浮き彫りになってくるその国の人権感覚のありようこそが問われているのだということ、而してそれはとりもなおさず、

子供だけではなく、(こども以上に、自らを守る術を持ち得ない) 胎児の法的社会的保護のありよう如何、という本項の論点に深くかつ直接的に関連していることに、想いを致すことを我々に迫っているように思われる。

4-2: 胎児をめぐる論議の基本的枠組み・方向性じたいの、従来のその根本的批判の上に立った再構築の必要性:

この点、すくなくとも現代社会の・胎児をめぐる基本的本質的対抗軸は、[国家・全体社会の出産管理 vs 個人(とくに女性)の、しかも主として妊娠中絶をめぐる自己決定権]もさることながら、むしろ、仮に女性の自己決定権に優位性を認めるとして、問題はその範囲・要件、具体的対抗諸価値との調整基準如何、とくにその(上記「産まない方向」でのそれにとどまらない)自己決定の濫用・逸脱、(その結果としての)負の社会的現象(例、手段としての妊娠・胎児、胎児の積極的優生学的選別等)、それを可能とする医療提供体制・技術等、を如何に適正に制御するか、にこそあるのではないか、とくに対抗諸価値との調整如何にかんしては、[胎児 vs 妊婦]の、より広い範囲・レベルでの、利益相反の可能性の承認とその調整の必要性、とくに、「誰が「胎児の権利・福祉」を守るのか?」についての、「母=胎児 一体」という思考停止的枠組みからの脱却、ひいてはまた全体としてのこうした論点をめぐるタブウ的思考停止状況からの脱却、こそが肝要ではないか。

* 視点・その4: (峻別・断絶の論理に代わる) 連続の論理:

1. 上記「視点・その1」における[胎児一人]間の峻別・断絶の論理の(法的保護領域の類型毎の差異を伴う方向での)克服という方向性は、ひいてはまた、[意思能力不十分な乳幼児-新生児-胎児-胚・受精卵]を、(それぞれに固有の法的問題点とその法的保護の必要性を前提としつつも、上述のように少なくとも人格法ないし家族法的類型領域においては)それらを可能なかぎり人格的連続性において捉える視点、少なくとも[新生児-胎児]に関しては、それらを可能な限りその人格的な連続性において捉える基本的視点・方向性を、法の世界においても可及的に追求すべきことを、示唆するものでもあるように思われる。

2. 他方すでに胎児それ自体の内部でも、胎児はどこの時点から人格のないし財産権的保護の対象ないし法的主体となるのか、何時から「胎児」と言える

のか、772条の「懐胎」時として、「懐胎」とは何か、胎児の成熟度で法的保護を分けうるか、〔中絶可能期限＝22週未満〕はここでも一定の民事法的意義をもつのか、また、死体解剖保存法によれば妊娠4ヶ月以降の死産児は、通常の死体と同様に、その保存・解剖等につき同法の規律に服するとされるが、この法規定の意味するものはどこまで敷衍しうるか、等の問題が残されている。

このうち少なくとも上記・母体外生育可能胎児の法的保護・地位に関する論議は、上記22週未満云々の論議・要件があくまでも、刑事法的な次元において墮胎の違法性を阻却する刑事特別法との関連でのものと捉えれば、それとは離れて、また医学的ないし生命倫理等の論議とは別に、民法法独自の考慮によって規律すべきことであると考え。同様に死体解剖保存法の規定も、あくまでも「解剖・保存」という局面で「死胎」を通常の死体と同様に扱うべき時点を明らかにするという特殊な局面に関するものであり、それ以上の意味をもたせるべきではあるまい（ただしこの点は、胎児組織の利用等の規制にかかわる問題でもあり、次号・平塚氏の論稿にゆずりたい。いずれにせよ、上記「胎児の始期」如何の問題は、受精卵・胚との関係において胎児をどう捉えるのかということに密接に関連し、而してわれわれはここでも両者を可能な限り連続的に捉えるという基本的立場に立ち、それ故、問題は、受精卵・胚の（類型的視点での）法的位置づけ論という上述・本「提言」で扱った論点そのものに問題は投げ返されることとなる。）

2'. 配偶子・受精卵・胚についての民事法的位置づけをめぐる、まさに本稿の検討対象たる（後述）問題へのアプローチにおける基本的方向性としても、上記のような連続的視点は重要な示唆を与えるものと考え。

Ⅲ：おわりに

上記のような胎児をめぐる法的地位・保護をめぐる諸問題は、現代日本における臨床ないし法実務の現実が、その解決を迫られている諸問題でもあるという意味において、実務的実践的意義を有するものであるとともに、理論的には（法的主体論が対象とするべき諸問題全体のなかでは確かに質量ともにマイナーな位置にある問題といえなくもないが、しかし、動物やヒト死体の法的研究がヒト・生体のそれにとって有する位置と同様に）胎児の法的地位の検討を

通じて逆に「人」一般の法的位置づけを逆照射的に考えさせるという、いわば「周縁からの思考」のもつ方法論的意義が（も）ここでも、強調されてよいように思われる。

ともあれ、これまでの胎児の法的地位をめぐる検討・論議の状況は、死体の場合と比べても極めて貧弱であるが、本稿が今後のさらなる研究の展開の捨て石ともなれば幸いである。

***参考判例：**

【参考判例1】大審院昭和7.10.6判決・民集11-20-2023（阪神電鉄（=Y会社）ケース）

****事件の経過：**

- ・大正14.2以来 A男はX1女と挙式のうえ同棲、婚姻届も間もなく出すつもり
- ・大正15.3.15 A男はYの踏切を通過中にYの電車にはねられ17日負傷。
- ・同 3.20 Y会社一訴外B（Aの父母その他の親族、およびX1からA死亡による損害賠償につき権限賦与）間の和解契約（甲慰金名義で1000円受領、他の請求権なし）
- ・同 4.17 X1は子X2男出生、X1の私生児としての出生届

****（第一回）訴訟の経過ないし帰趨：**

- ・X1の・Yに対する損害賠償請求：事実上Aの妻としての扶養を受けるべき地位——財産上精神上の損害
- ・X2の・同上の請求：A-X1の婚姻によりAより養育を受け得たはず——扶養利益の喪失、私生児として生涯の苦痛

***第一審判決：**

A-X1/X2間に法律上の身分関係なし、故に扶養請求権、711条慰謝料請求権もない

***第二審判決：**

上記理由以外に、X1-Y間には和解による請求権放棄

***大審院（上記年月日）判決（上記民集掲載）：**

- ・X1の請求については：和解による請求権消滅
- ・X2の請求については——

- 1) B-Y間和解当時X2は胎児であったが、そもそも721条の法意は、生産を停止条件としその時点に遡及して損害賠償請求権ありとしたものであって、出生前にその請求権を処分する権能を賦与したものではない；仮に出生前にかかる権能を賦与したものとしてもわが民法上出生前の処分の代行機関についての規定なく、それゆえBの和解はX2を代理してなした有効な処分とはいえない。
- 2) X2の慰謝料請求：711条所定請求権者のどれにも該当せず、請求の根拠なし。
- 3) 扶養利益喪失の損害：（かかる利益は権利とはいえないにしても）709条による保護を受くべき利益に該当——この点についての審理不十分につき破棄さしもし、との結論。

**** その後の事実ないし訴訟経過：**

* 昭8.9.28 X1死亡、X2はX1の実父CがX2の後見人として引き取り扶養

* 大阪控訴院（差し戻し審）昭和10.11.13：

X2出生後15歳に至るまでAから扶養を受けられなかった分の損害賠償認容；YはX2はCにより十分扶養をうけていたのに損害賠償をみとめるのは不当として再上告

* 再上告審・大判昭和11.6.20：

再上告認容・破棄差し戻し（遺族が次順位扶養義務者から扶養を受けていたときはその部分については扶養利益の喪失はないはずであるからその点審理しなおし）

**** 主要争点（と、その批判的検証、歴史的背景等）：**

Q1) 胎児中の権利能力の有無：本判例＝法定停止条件説（旧多数説）vs法定解除条件説（現多数説）——

- ・（本判決のような胎児中の和解等の損倍請求権の処分行為が為された場合、結果的に）いずれが胎児の保護となるか——和解内容如何によっては不当いづれの可能性も可；
- ・後説に立ったときその権利代行機関ないしその権限は？立法論：胎児中の権利代行機関（「胎児財産管理人」＝上記「相続法改正要綱第Ⅷ」提

案参照)の必要性

Q 2) X 2は711条所定の請求権者か？

(本件当時とはともかく)現行法では死後認知の方法あり、ゆえにあえて未認知の子の段階で請求権を賦与する要なし？

Q 3) Aの財産損害の相続によるX 2の損害賠償請求と、X 2自身の扶養利益喪失損害賠償請求権との関係——重複は可？

本件においては、前者は不可のケースにつき扶養請求権者の範囲拡大

Q 4) 再上告審・大判での上記争点の歴史的背景：

最判昭和26.2.13以前は一方の扶養義務者からの他方扶養義務者への立替扶養料の、不当利得としての請求は、原則認めず

【参考判例 2】 東京地判昭和46.6.3判時637-63：

- ・交通事故による流産。
- ・流産と交通事故との因果関係を肯定、但し夫からの慰謝料請求は否定。

【参考判例 3】 東京地判昭和51.12.23判時857-90：

- ・妊娠中の母親が交通事故で受傷、レントゲン線照射と薬物投与を受け、胎児への傷害を懼れて人工妊娠中絶。
- ・裁判所は「出生前の子どもは母体内にあっても母体とは別個の生命体であって、(中略)胎児の生命の尊さとこれにかける両親の想いは相応の法的保護を受ける資格がある」とし、両親に平等に各100万円の慰謝料を認容。

【参考判例 4】 大阪地判平成6.1.19交通民集27-1-62：

- ・妊娠2週目の妊婦が自動車事故に遭い、妊娠に気付かないままレントゲン検査をうけ、また内服薬を服用。医師の判断により中絶。
- ・裁判所は妻の慰謝料1000万円の請求に対し100万円を認容。

【参考判例 5】 高松高判昭和57.6.16判タ474-221：

- ・夫運転の車に同乗中の妻が追突事故により切迫流産。
- ・胎児を失ったことは出生後の子を失ったと同じであるとして、(妻に120万円のみならず、夫にも50万円の、各慰謝料をみとめた)原判決を維持。

【参考判例6】 同平成4. 9.17自動車保険ジャーナル994号：

- ・妊婦が乗った自動車への追突事故による胎児死亡。
- ・一審判決は、妊婦である妻には民法709、711に基づいて慰謝料を認め、夫には711を類推適用して同様の結論；高裁は後者については示談の対象に含まれるとして結論的には否定。

【参考判例7】 東京地判平成2.3.12判時1355-95：

- ・分娩時の医療事故による胎児の死亡事故。
- ・判決では、分娩開始後、医師の来院が間に合わず助産婦のみで分娩監視がなされ、適切な分娩措置がとられなかったことについて、医師に過失があるとされた。出生直後の新生児死亡の場合との均衡論については、逸失利益については認められなかったが、慰謝料については「本件のように娩出直前に胎児が死亡した場合には、新生児が出生後死亡した場合と比較してもなおその精神的苦痛は著しく低く見られるべきではない」として、妻に700万円、夫に200万円が認容。

【参考判例8】 東京地判昭和54. 9.18判時945-65：

- ・妊婦が妊娠初期に風疹に罹患、重篤な先天性風疹症候群児を出産。風疹罹患の診断看過、説明義務違反等が争われた事例。
- ・妻X1と夫X2の・産婦人科開業医Yにたいする慰謝料請求につき、裁判所は「Yは、Xらにたいし、先天性異常児出産の可能性があり、かつその確率は非常に高いものであること、仮に先天性風疹症候群児が出生した場合その臨床症状は（中略）悲惨なものであること等を、医学的知識のない原告らにおいて出産すべきかどうかの判断が可能な程度に具体的に説明、教示する義務があったにも関わらず、右義務を怠り、（中略）かえって産んでも大丈夫であるとの指示を行ったものであって、Yには過失がある」とし、Xらに各300万円の慰謝料を認容。控訴審の東京高判昭和55. 7.17もこれを支持。

【参考判例9】 東京地判昭和58. 7.22判時1100-89：

- ・上記と同様のケース（ただし子はその後死亡）。
- ・裁判所は医師の過失を肯定し慰謝料請求を認容。

【参考判例10】 東京地判平成4. 7. 8判時1468－116：

- ・ 同上。
- ・ 風疹罹患の有無についての診断義務の不履行、自己決定権侵害を理由とする慰謝料請求を認容(障害児の医療費や付き添い費の賠償請求は否定)

【参考判例11】 前橋地判平成4. 12. 15判時1474－134：

- ・ 同上。
- ・ 風疹罹患の有無の診断にかんする医師の過失を肯定し慰謝料を認容したが、障害児出生に伴う特殊教育費等の賠償請求については、優生保護法上この場合の中絶は認められていない以上、医師の過失と障害児出生との因果関係は存しない、として、否定。

【参考判例12】 京都地判平成9. 1. 24判時1628－71：

- ・ 高齢者(39歳)のダウン症児出生事例につき、とくに以下の二点が争われた：

(1)原告・妊婦が羊水検査の実施を申し出た時期如何(事実問題)、及びそれと担当医の検査実施義務の有無との関係

(2)中絶可能期間内に、染色体異常児出産の可能性の説明や羊水検査をすべき、担当医の一般的義務の有無。

- ・ 判決は、争点(1)については、一般に、妊婦からの検査申出が(法的に中絶可能時間との関係で)適切な期間内になされた場合であっても、担当医には検査実施義務なしとし(その主要な根拠は、胎児異常を理由とする中絶を法が認めていないこと)、又、中絶が法的に不可能な場合にはなおさら、かかる義務は存在しない(出産準備のための事前情報として胎児の異常の有無を知る権利はないこともその一つの理由とする)、とした上で、本件は、後者のケースであったと認定；

又、争点(2)については、染色体異常児出生の危険性や羊水検査について説明すべき妊婦の適応年令の判断等は医師の裁量の問題であって、一般的にそれらを常実施すべき法的義務は存在せず、逆に本件では、被告医師は羊水検査は勧めず、かつ又、その依頼にも応じない方針であり、本件では羊水検査の実施は逆に流産率を上げる可能性もあったことなどから、被告医師の過失を否定。

【参考判例 13】 東京地判平成15. 4. 25判時1832-141 (控訴) :

- ・ 第一子が (伴性劣性) 遺伝性の難病 (ペリツェウス・メルツバッヘル病 : 以下、PM病) に罹患している両親のもとに産まれた第三子もPM病に罹患していたことを理由とする、担当医・病院に対する、第二子以降の出生子もPM病に罹患する確率等の危険性を告知・説明する義務の違反を理由とする、慰謝料ないし介護費用・家屋改造費・介護用各種機械・設備修繕・設置等費用等 (以下、後者は「介護費用等」として一括) を損害とする、賠償請求事案。
- ・ 判決は、当該担当医には「信義則上、(中略) PM病に罹患した子供の出生の危険性について適切な説明を行うべき法的義務を負っていた」というべきであるから、この点につき不正確な説明を行って、原告らに誤解を与えた担当医には不法行為としての説明義務違反があるとし、ただし損害の評価ないし上記義務違反との因果関係の認定にかんしては、上記介護費用等に関しては、これを認めることは第三子の出生をもってこれら費用の出費が必要な分だけ損害を与えるいわば「負の存在」とであると認めることにつながるとしてこれを否定し、他方慰謝料請求にかんしては「夫婦が子供をもうけるか否かの決定にあたって、生まれるこどもに異常が生ずるか否かは極めて切実な関心事であるとともに、重大な利害関係を有する事柄であり」、これにたいする医師の説明は、自己決定を行う前提としての重要な情報を提供することを意味し、それに誤りがあるときは夫婦の判断に誤った影響を与えることになり、不法行為上の違法性を帯びると考えるべきところ、本件では「不正確な説明を行い (中略) 原告らの自己決定に不当な影響をあたえた」と認定し、これを肯定。