



Title	再生的クローンと治療的クローンの法的許容性
Author(s)	ローゼナウ, ヘニング; 小名木, 明宏
Description	小名木明宏(訳) 講演
Citation	北大法学論集, 59(1), 368[155]-345[178]
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33822
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p368-345.pdf



再生的クローンと 治療的クローンの法的許容性

ヘニング・ローゼナウ
(アウクスブルク大学教授)
訳／小名木 明 宏

I.

再生的クローンと治療的クローン、この2つは、我々が将来、これらの技術に希望を託している目的が異なり、また他方で、法的な許容性をめぐる議論も異なっている。再生的クローンは全世界的に排斥されている¹。クローンのこの形態はおおよそ倫理的にも法的にも、許された学問の自由な領域を越えているということで広く見解が一致している。このタブーはドイツにおいても疑問視されることはほとんどない²。

これに対して治療的クローンは激しく議論されている。この世界的規模の論争がもとで、最近では2005年3月8日のクローンに関する国連宣

¹ この議論については Kersten, Das Klonen von Menschen, Tübingen 2004; Taupitz, Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich, Berlin u.a. 2003, S. 221 und 226.

² Vgl. Beylveid/Brownsword, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, Oxford, New York 2001, S. 158-164; Hilgendorf, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), FS Maurer, München 2001, S. 1147, 1157. ヒルゲンドルフは、クローン禁止は有意義だが、法的には根拠付け難いとしている。「傷つけられたアントロポセントリック (人間至上主義)」と表現している。

言³も不成功に終わっている。それは採択はされたが、不成功のドキュメントである。全加盟国の半分に満たない84ヶ国だけが投票において賛成した。中国、英国、インド、シンガポール、韓国、そして日本といった重要な国々が反対に回った。ドイツは結局は政治的な圧力で賛成に回ったが、批准するかどうかは不明である⁴。結論として各国を分けたのは、明らかにタブーとされる再生的クローンを越えて治療的クローンも拒絶されるべきかがであった。重要な生命倫理の領域においてグローバルに妥当する指針は見出されえなかったのである⁵。

人間のクローンを作成することを禁止することには皆一致しているが、幹細胞のクローンについては争いがある。それぞれがお互いに無関係であり、2つのプロセスは同一の法的な尺度によって測れないということはすでに決められたことなのだろうか。幹細胞のクローンと人間をそっくりそのままクローン化することとの隔たりは人為的なものでしかないともいわれる⁶。

実際、両プロセスが一致する段階も存在する。人間をコピーするに際しては、その人間の組織から採取されたいずれかの細胞を本来の核が取り除かれた卵細胞へと移植することになる。これは核移植と称され、最初のクローン羊「ドリー」が生まれるにいたった原理である。最終的には、それに続いて子宮への移植、そしてその母体内で同一の人間、即ちクローンへと成長することになる初期胚が誕生するのである。

治療的クローンに際しては、胚性幹細胞を誕生させ、それを分離する目的で、同様に患者の細胞からの核が除核済みのドナーの卵細胞に移植される。そうすると、同様に、初期細胞段階における胚が誕生する。

今日の認識では、分化全能性の段階、すなわち、胚の八分割の段階までは成長させねばならない。ある特定の時点においてはクローン生物が存在するということができるのである。

³ A/Res/59/280.

⁴ Rosenau, in: Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Sp. 217.

⁵ Lilie, in: Schreiber/Lilie/Rosenau u.a., Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?, Frankfurt am Main 2007, S. 91 ff. リーリエも同様に失敗と位置付けている。

⁶ Frühwald, zitiert in der FAZ vom 20./21. 3. 1999, S. 1.

しかし両プロセスを同じものとするのはやはりまずい。なぜなら目的とする方向性が異なるのであり、区別せずに取り扱うことは受け入れ難く思われるのである。

再生的クローンは人間の遺伝学的培養を目的としている。スローターダイクが、正確な指標プランニング、動物の持つ生命誕生の宿命から操作的な生命誕生への転換、資質の培養といったことを考察した⁷のと同様に、永遠の生命というイメージがここでは重要な役割を果たす。

治療的クローンの目指すところは全く別のものである。人間は生まれてこないのである。それに代わって、授精からおおよそ4日後に胚盤胞から獲得され、それ自身ではもはや分化全能的ではない、すなわち、完全な人間の体にはなりえないが、しかし、人間の身体の200以上の細胞類型に成長しうる、ほぼ「万能なもの」としての能力を備えた胚性幹細胞に科学の眼は注がれている。この胚性幹細胞が万能細胞（分化多様性）と称されるのである。バイオテクノロジーの研究はなお基礎的な段階にとどまっているが、これにより、例えば神経細胞を培養したり、アルツハイマーやパーキンソン病の患者を緩和ないし治療することが期待されている。白血病患者に対する造血細胞やすべての臓器の培養も胚性幹細胞によって作り出すことができるのである。

再生的クローンはクローンが目的である。これに対して治療的クローンは、クローン卵細胞の利用によりもたらされる治療の可能性を目的としている⁸。同じ事情でも目的が異なることで不法と適法の区別をすることが適切であることは、ドイツの胚保護法に明らかにされている。女性を妊娠させるために卵細胞を授精させる場合、体外授精は立法者により適法とされるが、その他の目的のために行なわれる場合、同じ行為は可罰的である。

用語について一言コメントしたい。治療的クローンという名称は一部では疑義が唱えられている。なぜなら、すでに確立した方法が存在する

⁷ Sloterdijk, Die Zeit vom 16. 9. 1999, S. 15, 21.

⁸ クローンによって治療がなされるわけではないので「治療的クローン」という概念は適切ではない。クローン胚自体は何ら治療的効果をもたすわけではない。治療に用いられうる成長可能な卵細胞を生み出すのに役立つに過ぎない。

わけではないからである。治療的な利用は結局ははるか遠い可能性の問題であり、間違ったサゼスションを与えかねないという。むしろ研究的クローンと称すべきであるという⁹。

しかしこれは間違っている。何年か後には使われなくなるのであり、また、必要な明確性をも欠く概念を今日、用いることは無意味である。研究的クローンという概念はそれがここで議論されるべきプロセスを正確に示す以上に、煙に巻くものなのである。それは二つのクローンの区別を隠蔽するものである。なぜなら、再生的クローンは同様になお基礎研究の段階にあり、研究的クローンと称されうるからである。再生的クローンと治療的クローンという概念は国際的にも用いられており、その対象もはっきりと示され、明確にそれぞれが区別されるので、この概念を用いられるべきである。

クローンの2つの形態を別々に扱い、用語としても区別することは意味のあることである。そこでまず再生的クローンからはじめたい。

Ⅱ. 再生的クローン

1. クローンの禁止（胚保護法6条1項と8条1項）

再生的クローンは胚保護法6条1項で禁止されていると考えるべきである。しかし、1990年当時の立法者は急激なバイオテクノロジーの発展を見越しておらず、今日一般に知られているクローンのプロセスは、なんとか規定によりカバーされていると解されうる。まず、胚保護法は、クローンでは核融合を前提としている。これに沿って胚保護法8条において胚の法的定義がなされている。一般に広まったドリー・メソッド以降のクローンでは卵細胞は授精させず、ただ核移植がなされるのであって、核融合はなされないのである。

⁹ Mieth, in: Klonen in biomedizinischer Forschung und Reproduktion, Band 1, hrsg. von Honnefelder u. Lanzerath, Bonn, 2003, S. 153, 155 ff.; vgl. Winnacker, SZ vom 25./26. 1. 2003, S. 6; 同様に批判的なのは Höfling, Zeitschrift für Medizinische Ethik, 47 (2001), S. 277, 278. ミートは背景に言語政策や説得戦略があると推測する。Mieth, in: Biologie und Ethik, hrsg. von Engels, Stuttgart 1999, 224, 233 f..

他方で、胚保護法6条は同一の遺伝情報を持った個人を誕生させることを禁止している。しかし、クローン生物はドナーの卵の細胞膜からミトコンドリアと細胞内小器官を引き継ぐため、99%以上の一致はあるというものの、絶対的に同じものというわけではない。ゆえに、刑罰法規としての胚保護法にとっても適用される基本法103条2項の類推適用の禁止を根拠に、再生的クローンはドイツ法においては不可罰であるという見解も存在する¹⁰。本質的に同一である遺伝情報は「同じもの」として定義付けられるので、胚保護法の意義と目的に則ってクローンの禁止は胚保護法6条1項に包摂される。しかし、100%同じとほとんど同じとを区別しようというのは、いささかこだわり過ぎのように思える。最小限のDNAの差異は胚保護法6条1項の文言に抵触するものではない¹¹。結局は、成長に重要な細胞核は同一のDNAを示すからである¹²。

確かに大勢の議論は、胚保護法6条の構成要件は失敗作であり、改正が必要であるといっている¹³。このような複雑な法状況から脱却する方法は、ドイツがヨーロッパ評議会の生命倫理条約のいわゆるクローン追加議定書¹⁴に加わることであろう。そこでは遺伝子操作を伴わない単純クローンも明々白々に禁止されている。もちろんドイツ自身がこの道を閉ざしてきた。今ではもはや時代遅れとなってしまった様々な理由を挙げて、生命倫理条約に署名していないのである。

¹⁰ Schroth JZ 2002, 170, 172.

¹¹ Schreiber, FS Roxin, hrsg. von Schünemann u.a., Berlin/New York 2001, S. 891, 902; Witteck/Erich, MedR 2003, S. 258, 259; Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, Stuttgart 1992, § 6 Rn. 2; Hilgendorf (o. Fn. 2), S. 1147, 1160.

¹² Keller/Günther/Kaiser, a.a.O., § 6 Rn. 6.

¹³ 明言しているのは、例えば Schreiber, FS Roxin, hrsg. von Schünemann u.a., Berlin/New York 2001, 891, 903; Schroth, JZ 2002, 170, 172; Höfling, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2002/II, hrsg. von der Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik u.a., München 2003, 99, 109.

¹⁴ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen vom 12. 1. 1998, in Kraft getreten am 1. 3. 2001, s. FAZ vom 2. 3. 2001, S. 2.

2. クローン禁止の保護法益

構成要件の解釈という末端の問題から上へ目を向けると、いくらか興味深い法的な問題が出てくる。人間のクローンの禁止は争いの余地がなく、世界的にも倫理的憤慨が示されている一方で、この禁止の根拠については確かなものとはいえない。まず、法益が問題とされる。我々がクローンとしての生き写しを前にして抱く昔からの嫌悪感¹⁵を法的カテゴリーでどのように扱うかという問題である。

神学的・キリスト教的には、人間が生殖と繁栄について自然的所与の現象に関与する場合、創造者を演じてはならないし、創造物を汚してはならないと批判される¹⁶。さて、農業が新種の家畜を養殖したり改良したり、また、造園業が灌木に挿木し自然の進化に介入する場合、同様のことが何千年にもわたって行なわれてきたのである¹⁷。ひょっとしたら、それによって取り返しのつかない損害が待ち受けているのかもしれない¹⁸。しかし、これはむしろ世界観によるものなので、このような議論にはこれ以上は深入りしない。

現在の研究状況ではクローンに付随する失敗のリスクは高いので、クローンというプロセスを人間に適用するのは相応しくないとと思われるという批判¹⁹に対してもコメントしなければならない。実際、マウス、ラット、やぎ、豚、牛で同様の方法がなされたが、卵細胞に移植された体細胞が完全な有機体へとリプログラミングするのは、例外的な場合のみであって、多くの場合、奇形や不完全な動物、例えば免疫システムが退化していたり、生存の可能性が減少しているものとして生まれてきたので

¹⁵ Habermas, SZ vom 17./18. 1. 1998, 13.

¹⁶ Vgl. Gröner, in: Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik—Strafrechtliche Schranken?, hrsg. von Günther und Keller, 2. Aufl. Tübingen 1991, 293, 296 ff.

¹⁷ Schreiber/Rosenau, Biotechnik. Rechtlich, in: Lexikon der Bioethik, Bd. 1, hrsg. von Korff u.a., Gütersloh 1998, 395.

¹⁸ Schreiber, in: Gottschalk (Hrsg.), Das Gen und der Mensch, Göttingen 2000, 240, 244. またラウ前連邦大統領も2001年5月18日のベルリン談話の中で完全に新しい見方をしている。Rau in seiner Berliner Rede vom 18. 5. 2001, FAZ vom 19. 5. 2001, 45.

¹⁹ Gruss, FAZ vom 14. 5. 2003, N 1.

ある。人間でのクローンの実験はこのような研究対象として責任を負えないということについては、疑問の余地はない。臨床研究を行なうことはすでに世界医師会のヘルシンキ宣言²⁰の規定により許されない。なぜなら、その18号に要求される利益とリスクの衡量でネガティブなものにならざるをえないからである。クローン実験の重要性は、被験者、すなわちクローンとして生まれる人間にとってのリスクと負担とにまさるとはいえないのである。このような実験は、目下のところ、医師として実施できないのである²¹。

しかし、ここに再生的クローンの禁止を依拠させるのはあまりに簡素すぎるだろう²²。むしろ、医学的革新の進歩によりそのような困難な諸問題が将来においては克服されているだろうと予想できるのではないか²³。したがって、危険だという議論はクローンに待ったをかけるには役立つが、原則的な禁止に貢献するものではない。

ゆえに更なる議論が検討される。すなわち、オリジナルとクローン生命の人間の尊厳をめぐる議論である²⁴。

オリジナルは自ら唯一のものとしての信頼を害されたと見るのであるから、オリジナルの権利に影響を与えると考えられる²⁵。数年後に自分の生き写しと出会うかもしれないと常に覚悟し続けることは、実際、奇怪なイメージであろう。しかし、人間の尊厳の侵害が問題となるのは、

²⁰ Abgedruckt bei Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Aufl. Berlin u.a. 2003, S. 808-813.

²¹ 時々、パターナリスティックだと批判される利益とリスクの衡量が有意義であることをこの例は示している（これについては Rosenau, in: Forschungsfreiheit und Forschungskontrolle in der Medizin, hrsg. von Deutsch und Taupitz, Berlin u.a. 2000, 63, 68 f.）。インフォームド・コンセントだけに着目し、クローンを作成される者の承諾をここに認め、しかもこの段階ではまだ自ら判断能力のないクローンの代理として遺伝的な父親を認めると、クローン研究計画を拒否することが困難になってしまうのである。

²² 明確にしているのは Taupitz, Z. ärztl. Fortbild. Qual. sich. 2002, 449, 452.

²³ Kahn, in: Cloning, hrsg. von McLaren, Straßburg 2002, 103, 107.

²⁴ Vgl. die Klassifizierung bei Hilgendorf (o. Fn. 2), 1147, 1152 ff.

²⁵ Joerden, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 7 (1999), hrsg. von Byrd u.a., Berlin 1999, S. 79, 85.

自分の遺伝情報についての個々人の権利が当人の承諾なく用いられた場合だけである。これに対して、細胞のドナーのクローンの作成は、不死というユートピア思想からであれ、老後の確保、家系の維持という実利的な考慮からであれ、自らの提起によるものと考えてよい。クローン作成についてオリジナルが適切な同意をしていれば、その権利は侵害されないのである²⁶。

基本法1条1項で保障された人間の尊厳は個人が自由に扱えるものではないという議論は、この議論と対立するものではない²⁷。なぜなら、個人の自由な意思に反して影響が生ずることによって初めて人間の尊厳の侵害が構成されることが多い。つまり、医学的侵襲はそれ自体人間の尊厳の侵害ではなく、例えば、当人の意思に反した医学的な強制実験が行なわれるに際してはじめて人間の尊厳の侵害が生ずるのである。同様にクローンにあてはめると、コピーがオリジナルの尊厳を侵害するのは、それが当人の承諾なしになされた場合である。これに対して、本人の遺伝的唯一性は議論されえない²⁸。なぜなら、人間は遺伝的コードに還元されえないし、また、何百万という一卵性双生児はこのような考え方に反論するからである。

よって、問題は産み出されたクローン人間に焦点が当てられる。クローンとしての存在ゆえにクローン人間の尊厳が影響を受けるということは広く認められている²⁹。クローンは自らをすでに生命を与えられていた者の単なるリピートとしてとらえるに違いなく、また仲間からも珍しいもの、単なる青写真として見られる。クローン人間は彼の原型と比べられ、測られる。このような負担とともに彼は生き続けなければならない

²⁶ Joerden a.a.O., 79, 86.

²⁷ Witteck/Erich MedR 2003, 258, 261; Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: 42. Lieferung, Art. 1 Abs. 1 Rn. 98.

²⁸ Gegen Witteck/Erich, MedR 2003, 258, 262.

²⁹ Vgl. nur Brohm, JuS 1998, 197, 204 und die Stellungnahme führender deutscher Naturwissenschaftler, Philosophen und Juristen, in: Hello Dolly? Über das Klonen, hrsg. von Ach u.a., Frankfurt 1998, 223 ff. 反対説は、Gutman, in: Medizinstrafrecht, hrsg. von Roxin und Schroth, 2. Aufl. Stuttgart 2001, 353, 370 ff. und Joerden a.a.O., S. 79, 85.

い³⁰。確かに、クローンはすでに生命を与えられていた者と必然的に同じように忠実に生きなければならないということはない³¹。遺伝的な生来的資質はしばしば過大評価されている。人間は遺伝子の総体に尽きるものではない。このことは、多くの一卵性双生児が全く異なった経過を辿る彼らの成長過程も示している。心理的な負担に加えて、クローン自身に伴う身体的な危険³²と、たとえば老化が早く経過することといった今まで明らかにされていない負担が現れるかもしれないが、心理的な負担はリアルな問題である。

本来的に人間の尊厳に相応しくないもの、すなわち、クローンの主体のクオリティーを軽んじることはさらなる考察によつて的確に明らかにされる。何人も他人の人格を自己の自由にしてはならず、また、他人の人格を自らの欲望の対象としてはならない。彼の性格と資質の背景には何ら偶然は存在していない。彼の人格の中に存在するものは、他人の意図の結果でしかない。自然的に生まれた人間も両親の意図の結果であることは認めねばならない。しかし、そこには計算を超えたものと不確定なものが残っており、それこそが、通常の生まれ方をした人間とクローン人間を区別するものなのである。したがって、遺伝的な一致は人間の尊厳にとってはそれほど重要ではないのである³³。遺伝的な唯一性は一卵性他産児には存在しない³⁴。他人により遺伝的なことがすでに決定されていることが基本法1条1項の侵害することありうる³⁵。

³⁰ Dazu Jonas, Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung, 1985, 188 ff.

³¹ Hilgendorf (o. Fn. 2), 1147, 1156 f.

³² Gutmann (o. Fn. 29), 353, 364.

³³ Vgl. etwa Glauben, DRiZ 1997, 305, 307f.

³⁴ 適切であるのは Gutmann (o. Fn. 29), 353, 370.

³⁵ Trute in: Wissenschaftsrecht im Umbruch, GS für Krüger, hrsg. von Hanau u.a., Berlin 2001, 385, 395; Siep in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 3, hrsg. von Honnefelder und Streffer, Berlin/New York 1998, 5, 13; Honnefelder, in: Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates—taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?, hrsg. von Taupitz, Berlin u.a. 2002, 183, 190. ヨーロッパ評議会のクローン追加議定書の注釈報告書の3号

しかし、まだ明らかにされねばならない別な問題が残っている。当該人格がまだ存在していないのに、ヒトのクローンはその人間の尊厳を侵害しうるのであろうか？産出される時点までクローンはまだ存在しておらず、したがって、産出という行為それ自体によっては人間の尊厳は侵害されえないというのである³⁶。

人間の尊厳を享受するには、人格の存在は必要ない、正確には、もはや存在する必要はないということを我々は憲法論からもちろん学んでいる。全く争い余地のない死者の死後の人格権はその人間の尊厳に還元される³⁷。

まだなお存在していない生命では論理的にそもそも、尊重さるべき人間の尊厳ということが語られうるかということにも同様に答えが見い出せる。死後の尊厳の保護が存在するのと同様に、生まれる前の尊厳の保護も存在するのである。人間の尊厳は潜在的な将来的な担い手に向けられており、同様に将来の生命にも投影されるのである。生まれた後に尊厳を侵害する効果をもつ行為を生まれる前になすことは、基本法1条1項によってカバーされる³⁸。そのような生まれる前の人間の尊厳の保護へと戻されるのである。胚保護法6条1項の背後にある法益とは、潜在的なクローン人間の人間の尊厳にあると私は考えている³⁹。

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/168.htm> も同様である。

³⁶ Joerden a.a.O., 79, 85; von der Pfordten, Klonierung als Manipulation, in: Hello Dolly? Über das Klonen, hrsg. von Ach u.a., Frankfurt 1998, 213, 215.

³⁷ BVerfGE 30, 173, 193 f.

³⁸ Neumann ARSP 84 (1998) 153, 160; Brohm JuS 1998, 197, 204. Vgl. Frommel, KJ 2002, 411, 425. フロンメルは基本法1条1項の放射効と認める。前段階の人間の尊厳の侵害に明確に反対の立場をとるのは Herdegen a.a.O., Rn. 98. 他方でヘアデーゲンは、着床後のクローン胚については基本法1条1項の保護を認め a.a.O., Rn. 63、ここで主張される着床の観点の背後には前段階的效果があることを認めねばならない a.a.O., Rn. 98. よって、産むなという超越的な要求ではなく、そのように産むな、つまり、クローンで産むなという超越的な要求が前提とされるのである。

³⁹ 注意せねばならないのは、人間の尊厳への侵害がなされながら産出された場合でも、彼には人間の尊厳の保護が完全になされねばならないことはもちろんである。Erich/Witteck, MedR 2003, 258, 261; Frankenberg, KJ 2000, 325, 330. これは人間の尊厳の侵害を否定するのではなく、その論理的な前提なので

Ⅲ. 治療的クローン

クローン胚は治療的クローンにおいては胚性幹細胞の獲得のために必然的に破壊される。よって、胚に与えられる地位により法的な評価が方向付けられる。破壊される胚は、法的に保護される生命なのか？

1. 核融合以降のヒトの生命

イン・ビトロでの胚の法的なクオリティについての問題は、ドイツでは憲法的にまだ明らかにされていない。連邦憲法裁判所も母体外での胚の基本法上の地位について明らかにそのままにしてある⁴⁰。単純な立法としては胚の状況は1990年12月13日の胚保護法⁴¹と間接的には2001年6月28日の幹細胞法⁴²により広範に規定されており、胚は卵細胞と精子細胞の完全な融合の時点から保護される。これによってドイツの立法者は、生命の保護が根拠付けられうる最も早い段階を選んだのである⁴³。

これはいわゆる「PIK」理論によってもたらされる。卵と精子の融合の時点でヒトの地位が基礎づけられるというものである。胚は人になる潜在的可能性（P）を持つ。胚には個別性と同一性（I）が特徴付けられる。そして胚は完全なる人になるように継続的（K）に成長する。しかし、この3つの観点には重大な批判が向けられている⁴⁴。

a) 潜在的可能性

胚は潜在的に人間である。将来の地位から現在の地位を推論しなければ

ある。vgl. Neumann, a.a.O., 153, 161.

⁴⁰ いわゆる期限モデルによる2つの堕胎判決は、すでにその判旨の中で「いまだ生まれざる」ないし「母胎において成長している」人の生命という用語を用いている。BVerfGE 39, 1 und BVerfGE 88, 203, zu Recht Merkel, FS Müller-Dietz, hrsg. von Britz u. a. München, 2001, 493, 495.

⁴¹ Bundesgesetzblatt I, 2746ff.

⁴² Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen, Bundesgesetzblatt I, 227 ff.

⁴³ Wolfslast, zitiert bei Eisele, JZ 2003, 1157, 1160.

⁴⁴ 議論の総括については bei Schreiber, FS Eser, München 2005, 1129, 1136 f.

ばならない。後に生まれたる人間として与えられる基本権の保護が胚に対しても保障されるべきである。

潜在的可能性の命題はあまり信憑性のないものとなっている。というのは、前核段階の細胞—ドイツでは2万5000から3万もの前核細胞が低温保存されている—にも同様に完全な基本権保護が何故なされないのであろうかということが明らかにされないからである。これらの細胞においては、遺伝的な同一性は既に確定しているのである。破壊されずに成長すれば、直ちに胚を形成したのであって、核融合以降、潜在的可能性が強化されているということは問題とされえない⁴⁵。

しかし、決定的なのは、重要な環境条件が加わらなければ、胚の持つ潜在的可能性は単なる虚構にとどまるということである⁴⁶。胚は母体と結びつかない限り、細胞培養ではヒトとしての潜在的可能性を解き放つ現実的チャンスを備えていない。カテゴリー上の違いは大きいのである。着床以前の胚は単に潜在的可能性として生きているのであって、着床以降、初めて活動するのである⁴⁷。着床により初めて、フィクションから現実のポテンシャルが解き放たれ、それによって、将来的地位が発生し、生命の基本権を認めるが正当化されるのである。

b) 個別化と同一性

核融合が終わって、新しい遺伝的に明らかに区別された個別化された生命が存在するという⁴⁸。しかし、この表現は遺伝的な同一性に着目した場合にのみ支持できるものである。胚の成長の13日目あるいは14日目以降、着床ないしは個体化まで⁴⁹は、多胎児の可能性もある。一卵性双

⁴⁵ Heun, JZ 2002, 517, 520; Merkel, Früheuthanasie, Baden-Baden 2001, 480.

⁴⁶ Schreiber, in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, hrsg. von Bernsmann und Ulsenheimer, Köln 2003, 157, 163 f.

⁴⁷ Schlink, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, Berlin 2000, 17.

⁴⁸ Classen, DVBl. 2002, 141, 143. PIK 理論に対する賛否については in: Der moralische Status menschlicher Embryonen, hrsg. von Damschen und Schönecker, Berlin, New York 2003.

⁴⁹ 個別化、すなわち分割可能性の喪失と潜在的ー一卵性多胎児形成の最終段階は、着床と同時に起こるか、あるいは着床の直後に生じ (vgl. von Loewenich,

生児は実際、遺伝的に同一である。しかし、この同一性にだけ基本権的な生命の保護を係らしめるのは大いに疑わしい。というのは、両方の双生児には別々に生命権が認められていることには疑いはない。双子のペアは一組で保護されるのではなく、それぞれ個別に同一性を持った人間として保護されるのである⁵⁰。しかし、個人は分割可能性がなくなったあとで初めて確定する。それ以前の段階では、例えば受精卵の破壊された場合には、一体どの生命が奪われたかは全く分かりえないのである⁵¹。しかし、人間としてのクオリティーを認めるについて遺伝的な同一性は何ら十分な基準ではないことは、すでに示された。人間という生き物は遺伝子の総体に尽きるものではないからである⁵²。

c) 連続性

人間の成長のプロセスははっきりした区切りを持たない連続して経過する現象であるという考え方は連続性の議論と結びつく。このような連続性の中でそれぞれ段階付けすることは恣意的であり、よって基本権の保護は胚の成長も含めてすべての段階に及ばなければならないとするのである⁵³。

これに対しては、知覚できる個々の区切りが存在しないからといって、異なった段階付けをする必然性と可能性をも否定するものではないという論理形式的な批判が正当であろう⁵⁴。個々の砂粒から砂の山が作られ

Annales d'histoire et de philosophie du vivant, Heft 7, 2002, S. 43, 47; Giwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, Berlin 2001, S. 67) それ故、連邦憲法裁判所も行なったように (BVerfGE 39, 1, 37) 法的な判断としては同じものとされるのである。

⁵⁰ Heun, JZ 2002, 517, 521.

⁵¹ Merkel Früheuthanasie, Baden-Baden 2001, 496.

⁵² 前出 II . 2 . を見よ。同様に Merkel, in: Wider die Natur, hrsg. von der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 2003, 23, 39 f.

⁵³ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 18; Höffe, in: Gentechnik und Menschenwürde, hrsg. von Höffe u.a., Köln 2002, 111, 138.

⁵⁴ Heun, JZ 2002, 517, 520.

ることを考えると、最終的に何時、砂の山ができたかは分からないのである。にもかかわらず、山と粒は区別はつくであろう。

子宮内で卵細胞が着床することで非常に重要な限定条件が発生した場合にだけ、連続性が展開できるという批判の方がなお重要である。母体との共生が必要なのである。母体との相互作用が上手くいくことこそが、完全な遺伝的なコードに成長のための必要な刺激を与えるのである。母親の子宮への着床無くして、人間は生まれず⁵⁵、それこそが初めて出生までの完全な成熟を可能にするのである⁵⁶。着床、すなわち、母親という有機体への結合が、失敗すると、胚は無に帰す。受精卵細胞はそれだけでは人間にはなりえない。このように着床の前後のファーゼという法的な区別を可能にする非常に重要な区切りが示されるのである⁵⁷。

d) 多数意見の矛盾

通説の考え方は論ずるに及ばないほどの評価矛盾へともたらず。

このように生命の保護が停止される一方で、避妊リング、その他の子宮内避妊用具等の利用が認められている⁵⁸。これを使用することにより

⁵⁵ Schindehütte, Meyer, Gruss, in: Was ist der Mensch?, hrsg. von Elsner und Schreiber, Göttingen, 2002, 67, 78; Nüsslein-Vollhard, SZ vom 01./02. 12. 2001, I, Taupitz, ZRP 2002, 111, 113, zugleich in GenTechnik & Recht 2002, 10 ff.

⁵⁶ Reich, Es wird ein Mensch gemacht, Berlin, 2003, 106; Nüsslein-Vollhard, Wann ist der Mensch ein Mensch?, Heidelberg, 2003, 24. シュルツェ＝フィーリツはこれを認める。Schulze-Fielitz, in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dreier, Tübingen, 2. Aufl. 2004, Rn. 29.

⁵⁷ 胚の成長において様々な段階を認めることは、外国においてとくに主張される。たとえば、前胚的フェーズというものも認められ、それは受精後、およそ14日で終了する。この時、その胚はしばしば「初期胚」と呼称される。ウォーノックレポート Warnock-Report (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, London 1984, S. 66)ではこれを区別することが提案され、イギリスの人工受精と胚に関する1990年法 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) とスペインの人工授精に関する法律 (Ley 35/1988 vom 22. 11. 1988, Sobre Técnicas de Reproducción Asistida) の基礎となっている。

⁵⁸ Taupitz, ZRP 2002, 111, 113.

受精卵が女性の作為によって消滅させられるのである。

通説はすべて均一というわけではない。一方で生命権は絶対的なものと見られ、他の法益のために制限されることは認めていない⁵⁹。しかし、着床以降はドイツにおいても妊娠規定（刑法218条以下）を尊重しながらも胚を排出することができる。このことからドイツは、ドイツにおいては胚はそれが墮胎されうるようになるまで、非常に長く絶対的に保護されているという変わったコメントを出している⁶⁰。その他の問題点についてはここではもう言及しない。

2. 着床以降のヒトの生命

このようにドイツにおいても、規範的な生命の保護を着床を以って始めるという見解⁶¹が前面に出てきている。医療人類学の認識と近いとはいえ、人間の生命は卵と精子の融合を以って始まっているかどうかについて連邦憲法裁判所ははっきりした態度をとっていない⁶²。しかし医療人類学の最近の認識ではこれと全く正反対のことが言われている。

着床は出生前の最終的な基準となる成長過程であり、人間としての潜

⁵⁹ Höfling, Zeitschrift für Lebensrecht 2002, 34, 39.

⁶⁰ Deutsch, NJW 1991, 721, 724.

⁶¹ Lüderssen, GS Meurer, hrsg. von Graul und Wolf, Berlin 2002, 209, 221; Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Heidelberg u.a., 2003, 101-103; Schmidt-Jortzig, Rechtsfragen der Biomedizin, Berlin, 2003, 33; Heun, JZ 2002, 517, 519; Ipsen, JZ 2001, S. 989, 994 f.; Rosenau, FS Schreiber, hrsg. von Amelung u.a., Heidelberg 2003, 761, 772 ff.; für den Embryo in vitro wohl auch Herdegen, in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Maunz, Dürig u.a., München, Stand Februar 2003, Art 1 Abs. 1, Rn. 62. 反対説については Lorenz, FS Brohm, hrsg. von Eberle u.a., München 2002, 441, 444 f.; Schulze-Fielitz, in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dreier, Tübingen, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II Rn. 28 ff.; Isensee, FS Hollerbach, hrsg. von Bohnert u.a. Berlin, 2001, 243, 252 f.; Starck, in: Das Bonner Grundgesetz, Band 1, hrsg. von Mangoldt u.a., 4. Aufl., Tübingen, 1999, Art. 1, Rn. 18; Höfling, Zeitschrift für Lebensrecht 2002, 34, 39.

⁶² BVerfGE 88, 203, 251.

在的可能性の実現にとって、個人の確立にとって、端的に人となるにあたって、コンディツイオ・シネ・クア・ノンという条件公式的に見て重要なものである。母親という組織体への着床に続く交互作用が上手くいくことによって初めて、出生までの完全な成熟を可能にするのである。母親の子宮への着床無くして、人間は生まれない⁶³。

確かに核融合を以って遺伝的なプログラムは確定するが、このプログラムからはイン・ビトロでは人間は生まれてこない。母体との共生が必要なのである⁶⁴。そのような集中的な相互作用が完全な遺伝コードに加わらなければならない、それは不可欠なものなのである⁶⁵。つまり、着床があって初めて人間になるプログラムが完全なものとなる。着床はこのことによりその他の必要な成長段階とは異なったクオリティーを獲得するのである⁶⁶。なぜなら、それは、受動的潜在的可能性から能動的潜在的可能性へと変化するステップなのである。生命権を認めるための基準としては、基本法による生命保護の開始の時点—生まれた生命が中心となるのだが—が、ある程度確実なものとして獲得されえたかどうかが基準とならねばならない。ここで初めて、「人間として成長している」⁶⁷というるのである。

⁶³ Schindehütte/Meyer/Gruss, in: Was ist der Mensch? hrsg. von Elsner und Schreiber, Göttingen 2002, 67, 78; Nüsslein-Volhard, SZ vom 1./2. 12. 2001, I .

⁶⁴ Nüsslein-Volhard, SZ vom 1./2. 12. 2001, I ; Reich, Es wird ein Mensch gemacht, Berlin 2006, 26.

⁶⁵ Nüsslein-Volhard, Wann ist der Mensch ein Mensch?, Heidelberg 2003, S. 24.

⁶⁶ Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrecht und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Heidelberg u.a. 2003, 101-103; Rosenau, in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, FS Hans-Ludwig Schreiber, hrsg. von Amelung u.a., Heidelberg 2003, 761, 773; Schmidt-Jortzig, Rechtsfragen der Biomedizin, Berlin 2003, 33. 着床もまた徐々に進行する一つの過程であって、数日にわたるものであるという批判は、着床の完了が基準となる段階であると看故されねばならないことを考慮していない。受動的潜在性と能動的潜在性を区別する必然性については、Maio, in: Praktische Ethik in Klinik und Forschung, hrsg. von Oehmichen u.a., Lübeck 2003, 175, 178 f. しかし、マイオは既に受精の瞬間に能動的潜在性を認めている。

⁶⁷ BVerfGE 88, 203, 252.

この結論はコヘレンツ（相即）テストにも合致する。このことについては、メルケルの挙げた例が役立つ。バイオテクノロジーの実験室が火事になった。そこにはイン・ビトロで生まれた胚と意識の無い乳児がいた。最後の救助者は乳児か胚のいずれかしか救うことができない。彼が乳児を選ぶという決断をすることに誰も疑いを持たないだろうというのである⁶⁸。ここで展開された結論を確証するために、メルケルの例を修正しなければならない。実験室が火事になり、10個の胚だけがそこにあったと仮定しよう。これらの胚を救うためにあらゆることを試みようという人は果たしているのだろうか？直感的に、純粹に感覚として、誰も何もしようとはしないだろうと私は考えている。「胚」という細胞の結合体は人間の生命であるとは、我々の直感は考えないのである。

ここで提案された解決策に対するその他の批判も論じなければならない。着床を以って生命の始まりとすることは古典的自然主義的な誤りであるとも批判されている⁶⁹。人間が何時生まれるのかということを生物学的な事実を無視することなく決定されうる⁷⁰ことは、ここではとりあえずそのままにおこう。しかし、かの批判はそれが同様に通説に対しても向けられるということにより、中立的な批判となっている。卵と精子の融合を以って生命の誕生を規範的に確定する考え方も自然主義的な事実に結びついており、さらに自然的な連続性の主張にも支えられている。

最後に、イン・ビトロの胚は様々な研究関心の対象であり、加えて、生体の胚よりも侵害されやすく、よって基本法による保護を最も必要とし、ゆえに適用領域からはずしてはならないという批判もある⁷¹。法の

⁶⁸ Merkel, Die Zeit vom 25. 01. 2001, 37, 38; dslb. Forschungsobjekt Embryo, München 2002, S. 151 ff.

⁶⁹ Härle, in: Wider die Natur, hrsg. von der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 2003, 63, 64f.; Maio in: Praktische Ethik in Klinik und Forschung, hrsg. von Oehmichen u.a., Lübeck 2003, 175, 182.

⁷⁰ Rosenau in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, FS Hans-Ludwig Schreiber, hrsg. von Amelung u.a., Heidelberg 2003, 761, 775 m. w. N. 何らかの恣意に結びついているものの、法は常に確定的なものを目指さねばならないということについては Pawlowski, ZRph 2002, 71, 74 f.

⁷¹ Duttge, JZ 2003, 411, 412; Laufs, Auf dem Wege zu einem Fortpflanzungsme-

保護機能に鑑みれば、核融合は胚の要保護性が合理的に基礎付けられる最も早い時点であるともいわれる⁷²。しかし、その議論は循環論法に陥っていることが見落とされている。なぜ胚がそもそも保護されなければならないのかということが本性から理由付けられているのではなく、結論から議論がなされ、単に保護の必要性を主張することで要保護性を訴えているだけなのである。

3. イン・ビトロの胚に対する誕生前の人間の尊厳の保護

a) 生命権と人間の尊厳の分離

さらに、着床前の胚には基本法上の保護が与えられないともいわれるが、これもまったくおかしい話である。これは、生命権は着床して初めて胚に認められるという判断からは決して出てこない。なぜなら、生命権と人間の尊厳はそれぞれ別々に分離されるものだからである⁷³。人間の尊厳と生命権の担い手は自動的に重なる必要はなく、別々の時点で始まりうる。連邦憲法裁判所によれば「人間の生命が存在するところに、人間の尊厳は認められる」という⁷⁴。しかしこの命題の裏返しは認められない。

このことは死者に関してまったく争い無く妥当する。つまり死後も尊厳の保護がなされるのである⁷⁵。死後の人格権と同様に、着床を以って始まった生命に対する誕生前の尊厳の保護も認められなければならない。誕生前の場合と違い、死後の尊厳の保護はかつて存在した人格の実体に結び付けられているという批判があるが、間違っていると思われる。なぜなら、誕生前の保護は人格的な存在とは無関係だからである。死後

dizingesetz?, Baden-Baden 2003, 40 und 42; Wolbert, DMW 2003, 453, 455; Fink, JURA 2000, 210, 212; Sönnecken, Die Nidation als Zäsur im Rechtsschutz menschlichen Lebens, Aachen 2002, 80.

⁷² Wolfslast, zitiert bei Eisele, JZ 2003, 1157, 1160.

⁷³ Heun, JZ 2002, 517, 18. もちろん、生命権を人間の尊厳よりもあとに位置付けるわけではない。

⁷⁴ BVerfGE 39, 1, 41.

⁷⁵ Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Art. 1, Rn. 17; Taupitz, ZRP 2002, 111, 113.

の保護の存在は、生命が現実存在しなくとも、尊厳の保護が存在することを示すものである。尊厳の保護は将来の生命を顧慮して着床の段階に投影するもの、ないしは、先取りするものなのである⁷⁶。そのような承継構造は法秩序にとってなじみのないものではない。

このように、イン・ビトロの胚も無統制な研究から保護されているのである⁷⁷。

b) イン・ビトロの胚の人間の尊厳の侵害

これによっていよいよ面白い問題に我々は直面する。幹細胞の獲得の為に胚を利用することが侵襲であり、よって、人間の尊厳の侵害であるといえるのであろうか？治療的クローンにあっては胚はそもそも研究と治療で利用するために人為的に作成されたものであるのだから、人間の尊厳に影響を与えるものなのであろうか？

この問題の難しさは、人間の尊厳という不明確な概念と憲法上の概念である最大限の公開性と包括的公共性⁷⁸に輪郭を与え、人間の尊厳の実質的な内容を規定する点にある。

人間の尊厳を形成するものを抽象的に定義することはできない。むしろ、潜在的な権利の担い手、それを取り巻く状況、考えられる侵襲を全体的に考量して、人間の尊厳の侵害が受け入れ難いものといえるかどうか、評価されなければならない。侵害の過程からの規定と評価は、哲学と認識論において認められた「消極原理」に従う。この原理によれば、何が人間の尊厳を形成するかを積極的に答えるよりも、何か間違った場合にその誤りを認識することの方がはるかに確実なものである⁷⁹。

法学は様々な基準を展開させて、それを手がかりに、具体的な個々のケースにおける人間の尊厳の侵襲を確証できるようになった。最も一般

⁷⁶ 同様に Ipsen, NJW 2004, 268, 269.

⁷⁷ Vgl. die Forderung von Beckmann, in: Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates—taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung, hrsg. von Taupitz, Berlin 2002, 155, 176.

⁷⁸ Badura, JZ 1964, 337, 342.

⁷⁹ 消極原理については vgl. Kaufmann, FS Wolf, hrsg. von Württenberger u.a., Frankfurt 1962, 357, 366.

的な方法はデュリッヒの客観的公式によるものである⁸⁰。「人間は単に手段として用いられてはならず、常に目的それ自体としてとらえられなければならない」⁸¹というイマヌエル・カントの考え方に協調して、デュリッヒは、具体的な人間が、「客体として、単なる手段として、代替可能なモノとして」軽んじられた場合には、尊厳の侵害が認められるとしている⁸²。この客観的公式は、検討の出発点として理解されねばならないであろう。その基準がその実質的な内容を失ってはならないとするのであれば、主体としてのクオリティーが原則的に問題視されるか、または、当人を取り扱うに当り、彼の人格により与えられている価値が軽んじられているかが、認められねばならない⁸³。

aa) 余剰胚からの幹細胞の採取

幹細胞をめぐる議論ではいわゆる「孤立した」胚の取り扱いが問題とされる。胚性幹細胞はここから採取されるのである。この胚は最初は生殖の目的で作成されたが、母親が健康上の理由からもはや妊娠することができないとか、その準備ができていない等の理由で、女性の子宮への移植には至らなかったものである。よって、このような胚には成長の可能性はなく、生命としての見込みも失われ、運命に委ねられるか、長期にわたり、低温保存されるかしかない⁸⁴。

ここでの衡量は比較的はっきりしている。価値ある研究の為に胚性幹細胞を採取されるよりも、破棄されたり、二重の意味で「永遠の凍結卵」[訳者註：ドイツ語で Ei と Eis をかける]として保存されることの方が、

⁸⁰ 連邦憲法裁判所もこれを根拠とした。vgl. BVerfGE 9, 89, 95; 27, 1, 6; 87, 209, 228. これ以上の明確にされた命題について詳しくは Schwarz, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2001, 182, 202 ff.

⁸¹ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke, Bd. 4, hrsg. von Weischedel, Darmstadt 1956, 61.

⁸² Dürig, Archiv für öffentliches Recht 81 (1956), 117, 127; ders., in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 (Vorbearbeitung) Rn. 28.

⁸³ 例えば Schreiber, in: Was ist der Mensch?, hrsg. von Elsner u. Schreiber, Göttingen 2002, 231, 241.

⁸⁴ Vgl. Klopfer, JZ 2002, 417, 421; Taupitz, ZRP 2002, 111, 114.

胚の尊厳に適っているとは言い難い⁸⁵。このような場合に、胚を物としてとらえているとか、胚を軽んじているとは、確定し難いのである。

bb) 人間の尊厳と治療的クローン

治療的クローンの場合、事情は更に複雑な問題をはらんでいる。ここでは特に、胚が道具とされているかが問題となるからである。通常の体外受精により成長したが、余剰とされた胚から幹細胞を採取する場合とは異なり、治療的クローンでは胚は唯一それだけのものとして、幹細胞を採取するために作成されたのである。

医師は、治療的クローンの方法により、患者の遺伝子と同じ遺伝子を持つ幹細胞の利用を望んでいるということが背景にある。患者の幹細胞から培養された補充組織は患者の遺伝子と同じ遺伝子を持ち、適切な治療に用いられ、拒絶反応を伴うことなく、自己完結的な移植が期待される⁸⁶。

応用研究では胚は物として扱われることになり、専ら他人のため、すなわち患者の治療の目的に使われることになると考えている⁸⁷。その際、治療的クローンは、タブーが侵害されることになるという意味では、道具化をあらわしているといえる。このことは、「研究材料として「利用する」ためにヒト胚を機能主義的に限定生産することになる」⁸⁸というのである。

⁸⁵ 通説。s. nur Schroth, in: Oduncu u.a., Stammzellenforschung und therapeutisches Klonen, Göttingen 2002, 249, 270; Kloepfer, JZ 2002, 417, 421; Taupitz, ZRP 2002, 111, 114; Schlink, Aktuelle Fragen des des pränatalen Lebensschutzes, Berlin 2000, 20.

⁸⁶ Schindehütte/Meyer/Gruss (o. Fn. 91), 67, 77 f.; Rohwedel in: Humane Stammzellen, hrsg. von Hauskeller, Lengerich 2002, 18, 25.

⁸⁷ Starck, NZZ vom 14./15. 4. 2001, 59; Herdegen in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dürig u.a., München, Stand Februar 2003, Art. 1 Abs. 1, Rn. 96, dslb., in: Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik, hrsg. von Hillenkamp, Berlin u.a. 2002, 1, 10; Schreiber in: Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, hrsg. von Bernsmann und Ulsenheimer, Köln 2003, 157, 167.

⁸⁸ Höfling, Zeitschrift für medizinischen Ethik 47 (2001), 277, 283.

事実、交換部品のストックとして利用するために人間の取り木が生産されないかという疑問が出てくる。欧州評議会の生命倫理条約もその18条2項で「研究目的のヒト胚の産出を禁止する」と明言しているように思える。もちろん治療的クローンを18条に包摂することは一般に考えられているよりも不明確である。まず、EU基本権憲章3条2項⁸⁹は再生的クローンを明文で禁止しているが、治療的クローンはそうではないことが際立っている。胚の概念が加盟各国で争われており、いくつかの国々は14日目までの初期形態を前期胚としてそれ以降の胚から区別しているということを考慮すれば、生命倫理条約の条文から治療的クローンへの賛否に何ら明確なものを引き出されえないことは明らかである⁹⁰。

しかし、治療的クローンでは定義として胚を人に成長させず、つまり、出生させないのであるから、このプロセスでは人間の尊厳の保護が反映されない。生物学的な成長は時機を失することなく停止されており、多くの生物学者が言うように、胚を発生させるにあたって最初から成長を停止させることもできるという。尊厳の侵害を判断するにあたって中心となるのは、専ら研究目的のために作り出された胚が—最初からとは言えないにせよ—一人には成長しないということを検証することである⁹¹。人に成長する見込みがないのであれば、尊厳の侵害は出てこない⁹²。将来的に人にならないものはそれゆえ保護される必要はないのである。換

⁸⁹ 明確に拒否しているのはC 364 vom 18. 12. 2000, 1 ff.

⁹⁰ Taupitz, NJW 2001, 3433, 3437; Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Heidelberg ua. 2003, 18; 禁止を認める考え方については、たとえば Kopetzki, in: Biotechnologie und Recht, hrsg. von Kopetzki und Mayer, Wien 2002, 15, 61; Herdegen in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dürig u.a., München, Stand Februar 2003, Art. 1 Abs. 1, Rn. 96; Holznapel, in: Der Umgang mit dem beginnenden menschlichen Leben, hrsg. von Siep und Quante, Münster u. a. 2003, 75, 78.

⁹¹ 同様に Hilgendorf, in: FS Maurer, hrsg. von Geiß u.a., München 2001, 1147, 1157; Dederer, AöR 127 (2002), 1, 23; Ipsen, JZ 2001, 989, 996; dslb., NJW 2004, 268, 270; im Ergebnis wohl auch Koch, FS Eser, München 2005, 1091, 1115.

⁹² Herdegen, in: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von Dürig u.a., München, Stand Februar 2003, Art. 1 Abs. 1, Rn. 99 und 107.

言すれば、治療的クローンは研究としては問題がないわけではないが、結局は人間の尊厳を侵害するものではない。

〔訳者あとがき〕

本稿は、2007年9月20日13時30分から北大法学会においてなされた同題の講演に註を加えたものである。ヘニング・ローゼナウ教授は1964年にリュネブルクに生まれ、フライブルク大学、ゲッティンゲン大学で法律学を学び、1989年からゲッティンゲン大学のシュライバー教授の研究室で、研究補助員、助手を歴任してきた。1996年に「国家の命令による射殺行為—ドイツ内国境での武器使用に対する国境警備兵の刑事責任について」(Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze; 2. neubearbeitete Aufl. Baden-Baden 1998)で法学博士号を取得し、2005年には「刑事手続きにおける上告の根拠と限界」(Grund und Grenzen der Revision im Strafverfahren (公刊準備中))で教授資格を取得した。その後、ハンプルク・バームベック区裁判所で一年間、刑事裁判官を務めた後、2006年4月にアウクスブルク大学正教授に就任した。2007年7月には就任講演「積極的臨死介助(Aktive Sterbehilfe)」をおこなった。その他詳細は、ローゼナウ教授のHP <http://www.jura.uni-augsburg.de/de/prof/rosenau/> を参照されたい。

ヒトクローンをめぐる問題は、非常にアクチュアルなものであり、しかし、法的な取り扱いが未解決な問題でもある。とくにES細胞の研究と応用に関して展望が開けつつある時期には、避けて通れない問題でもあった。しかし、2007年11月21日、皮膚の体細胞からES細胞に似た人工多能性幹(iPS)細胞の生成に成功したというニュースが流れ、ES細胞を経由しない、すなわち、ヒト胚を経由しない再生医療の可能性が見出してきた。これにより、倫理的に問題なしとはされなかったES細胞を用いる必要がなくなる。従って、将来的には治療的クローンの存在理由がなくなる可能性もある。本稿が活字となる頃には、また新たな技術的な進展があるかもしれない。

既にローゼナウ氏は、本講演と同様の内容で、ヘニング・ローゼナウ

(訳：石塚伸一)「人クローンの禁止—再生的クローンおよび治療的クローン—」龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝工学時代における生命倫理と法』(2003年)326頁に論文を発表している。本講演はその後の各界での議論の展開を考慮し、アップデートしたものとなっている。また、我が国におけるクローンをめぐる刑法的問題については、甲斐克則「クローン技術の応用と(刑事)法的規制」現代刑事法14号(2000年)26頁、同「ヒト・クローン技術等規制法について」現代刑事法24号(2001年)87頁、町野朔「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」法学教室247号(2001年)86頁、辰井聡子「生命科学技術の展開と刑事的規制」法律時報73巻10号(2001年)22頁、長井長信「人クローン個体産出罪について」『内田古稀祝賀論文集』(2002年)443頁、拙稿「生命倫理をめぐる法」高橋隆雄編『ヒトの生命と人間の尊厳』(2002年)167頁、近藤和哉「人クローン個体の産出に対する刑事規制の検討」法律時報75巻2号(2003年)56頁、石塚伸一「人クローンの禁止」龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝工学時代における生命倫理と法』(2003年)360頁、また、ドイツ語では、Kuzuhara, Das japanische Klontechnikgesetz, Zeitschrift für japanisches Recht, 2002, S. 169およびOnagi, Von der Keimbahntherapie zum Menschenpark? Begründbarkeit des Verbots reproduktiven Klonens, in: Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?, hrsg. von Schreiber, Lilie, Rosenau, Tadaki, Pak, 2007, S. 119を参照されたい。加えて、これら再生医療と生命倫理をめぐる問題については、棚島次郎「先端医療のルール」(2001年)、米本昌平「バイオポリティクス」(2006年)が多く示唆と情報をもたらしてくれるので、参照されたい。