

# ヒトに関する生殖医療、遺伝子治療 および胚研究の法的規制

——日独の刑法の観点から——（1）

山 中 敬 一

## 目 次

- I. 問題の所在
- II. 生殖医療の基礎
- III. ドイツにおける未出生段階の生命の法的保護
- IV. わが国における母胎内のヒト胚および胎児の法的保護
- V. わが国における母胎外のヒト受精卵・受精胚の法的保護
- VI. ドイツにおける胚保護法
- VII. わが国におけるクローン技術規制法（以上本号）
- VIII. ドイツにおける幹細胞法（以下次号）
- IX. わが国における遺伝子治療・遺伝子治療等臨床研究・ゲノム編集
- X. ドイツにおける遺伝子診断法と出生前診断規制
- XI. ドイツにおける着床前診断に関する胚保護法3条a
- XII. わが国における出生前診断と着床前診断の規制
- XIII. ま と め

## I. 問題の所在

### 1. 遺伝子研究・治療の開く可能性

#### (a) 遺伝子研究の進展

20世紀の後半から生命科学が飛躍的に発展し、生命の設計図である遺伝子の解析およびその機能の解明が進められ、一定の疾病が遺伝子に由来する遺伝病であることが解明された。遺伝病の中でもハンチントン（舞踏）病（Chorea Huntington）、神経線維腫症（Neurofibromatose）、筋萎縮（Muskelschwund）、鎌状赤血球貧血（Sichelzellenanämie）のように単一遺伝子に由来する疾病<sup>1)</sup>

1) この場合、遺伝病は、遺伝子によって決定づけられているから、治療法がない。

(monogene Krankheiten) と、糖尿病や癌のような多因子性の遺伝病 (polygene und multifaktorielle Erkrankungen) とがあり、後者では、発病には環境因子も作用することが分かっている。後者には、がん抑制タンパク遺伝子である BRCA1 の遺伝子の突然変異もこれに属し、乳がんや卵巣がんが発症する約 60%ないし80%の高い危険がある<sup>2)</sup>。さらに、遺伝子の操作が可能となって、疾病を予測し、細胞や組織に改変を加え、その疾病を予防し、治療することも可能になった<sup>3)</sup>。現時点では、いわゆる遺伝子治療は、変異した遺伝子を修復するのではなく、低下している遺伝子の機能を補充する治療法であるとされている。遺伝子治療の研究が本格的に始まったのは1990年代のことであった<sup>4)</sup>。それは、患者の骨髄から幹細胞を取り出し、正常な遺伝子をその幹細胞の核に組み込み、再度その細胞を患者の体内へ戻すことにより、正常な遺伝子が体内で機能するようにする技術である<sup>5)</sup>。逆に、遺伝子治療のもたらす重大な有害

---

ゝ限りその疾病は必ず発症する。そうだとすると、その遺伝子を持った者が社会生活を営むに当たって就職、保険加入、結婚などにおいて、その情報が公開されると、不利益を被る可能性が高くなる。したがって、遺伝情報の管理の重要性、それに対する遺伝情報の保有者の自己決定権の保障が重要な課題となる、遺伝情報の管理については、山本龍彦「日本における遺伝情報の扱いをめぐるルール作り——アメリカ法との比較憲法的視点から——」甲斐克則編『ポストゲノム社会と医事法』(医事法講座第1巻・2009年)159頁以下参照。

- 2) Vgl. *Simon Alexander Lück*, Zur strafrechtlichen Neugestaltung der Präimplantationsdiagnostik in Deutschland, 2013, S. 14 f.
- 3) 遺伝医療の課題については、松田純「遺伝医療と社会——パーソナルゲノムがもたらす新たな課題——」玉井真理子・松田純(責任編集)『遺伝子と医療』(シリーズ生命倫理学11)(2013年)1頁以下参照。遺伝子治療については、金田安史「遺伝子治療」同書82頁以下参照。
- 4) 人類遺伝学の発達および「障害」と人類遺伝学の関係については、*Tiemo Grimm*, Typologie aus der Perspektive der Humangenetik, Was versteht der Humangenetiker unter Behinderung?: in Gunnar Duttge/Wolfgang Engel/ Barbara Zoll (Hrsg.), „Behinderung“ im Dialog zwischen Recht und Humangenetik, 2014, S. 9 ff.
- 5) わが国でも、刑法学の立場からの遺伝子治療やクローン技術については、すでに80年代末から論じられている。町野朔「生命医療技術と日本刑法」警察研究58巻8号(1987年)3頁以下、なお、同「生命倫理の希望——開かれた『パンドラの箱』の30年」(上智大学選書)(2013年)3頁以下、加藤久雄「遺伝子治療をめぐる刑ノ

事象については、1999年にアメリカでオルニチントランスカルバミラーゼ欠損症の患者の肝動脈にアデノウイルスベクターを投与するという遺伝子治療を施した結果、患者が4日後に死亡するという事故が起こり、また、フランスで行われたX染色体連鎖性重症複合型免疫不全症(X-SCID)の遺伝子治療で4名の患者に白血病が発症し、1名が死亡した。導入された遺伝子により不活性の癌原性遺伝子を不活性型のがん遺伝子に変えてしまったため、リンパ球の異常増殖が起こったのが原因であった<sup>6)</sup>。遺伝子治療は、体細胞への遺伝子移植と生殖系細胞への遺伝子移植に分けられ、前者は、造血不能の治療のための骨髄への幹細胞の移植、嚢胞性線維症(Mukoviszidose)の治療などであって、一般に容認され、後者は、これを禁止するという傾向にあり<sup>7)</sup>、前者はすでに治療の成果を上げている。かくして、遺伝子治療には、その将来の可能性・有用性と危険とが内在している。

---

↘「事上の諸問題」阪大法学172-3号(1994年)755頁以下、同「生命医療技術と刑法」刑法雑誌29巻(1988年)8頁以下、同「遺伝子治療の規制について」加藤一郎・高久史磨(編)「遺伝子をめぐる諸問題——倫理的、法的、社会的側面から——」(1996年)205頁以下、中谷勤子『21世紀につなぐ生命と法と倫理——生命の始期をめぐる諸問題』(1999年)、同『続・21世紀につなぐ生命と法と倫理——生命の始期をめぐる諸問題』(2001年)、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(2001年)26頁以下、辰井聰子「生命科学技術の展開と刑事規制」法律時報73巻10号(2001年)22頁以下、町野朔「遺伝子治療、ヒト・クローン技術、日本法」『刑事法学の現実と展開』(斎藤誠二先生古稀記念)(2003年)20頁以下。なお、ドイツとの共同研究として、龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝子工学時代における生命倫理と法』(2003年)所収論文参照。神元隆賢「遺伝子治療を巡る刑法上の諸問題」北海学園論集147号(2011年)87頁以下。古くすでに1991年にドイツの胚保護の現状に関する1987年初版発行の著書・Hans Ludwig Günther/Rolf Keller (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik - Strafrechtliche Schranken? の邦訳として、ギュンター・ケラー(編著)中義勝・山中敬一(監訳)『生殖医学と人類遺伝学——刑法によって制限すべきか?』(1991年)がある。なお、原書は1991年に第2版が発行されている。本書での原書の引用は第2版による。

6) 重大な有害事象についても、金田安史「遺伝子治療」同書94頁以下参照。

7) これについて、vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, S. 670 ff.

(b) 遺伝子技術の将来の可能性

そのような中、2010年頃から、DNA 切断酵素を用い、ゲノム上で特定のDNA 塩基配列を標的として遺伝子を壊したり、置き換えたりすることが可能となり、「ゲノム編集」(Genome Editing)の研究が始まった。ゲノム編集とは、核酸分解酵素であるヌクレアーゼ (nuclease) を利用し、特定のゲノム DNA 領域を切断し、標的遺伝子を改変・編集する技術をいう。ゲノム編集は、人間をも含めて生物の全遺伝情報を書き換える技術で、これによって、遺伝子治療や農畜産物の育種に応用しようと研究が進められている。人間に対するゲノム編集については、2018年12月1日に世界に衝撃を与えた報道がなされた<sup>8)</sup>。それは、中国において、ゲノム編集でエイズ・ウィルスへの抵抗力を備えた双子の女兒を誕生させたというものである。これに対しては、人間のゲノムの書き換えがもたらす危険を予測できないとして、倫理上激しい批判が寄せられている。ドイツでは、すでにゲノム編集に対する法的規制の必要性が提案されている<sup>9)</sup>。

(c) ヒト胚を用いた生殖医療技術の発達

ヒトに対するゲノム編集の技術の応用は、原則的に禁止するというのが世界の傾向であるが<sup>10)</sup>、これまでに、受精の後、受精卵の細胞分裂を経て胎児とな

---

8) 2018年11月27日の朝日新聞デジタルによると、ゲノム編集でエイズウイルス(HIV)に対する免疫を生まれつき持たせた双子の女兒を世界で初めて誕生させたという。ゲノム編集を行った科学者は南方科技大(広東省深圳市)の賀建奎副教授である。

9) ドイツ倫理評議委員会(Deutsches Ethikrat)は、2017年9月29日に「ヒト胚の生殖系への侵襲」(Keimbahn Eingriffe am menschlichen Embryo)と題する「アドホックな勧告」を発している。委員会は、とくにゲノム編集に関するグローバルな政治的議論と国際的な規制を推奨するというのである。現在のところまだ人間に応用する技術が可能となるまでに、これについて抜本的で包括的な熟考をめぐらす時間的余裕があるからである。この提言を通じて、ゲノム編集によるヒトの生殖系に対する侵襲に関する研究を跡づけ、さらに熟考する切っ掛けを提供すると同時に、ドイツ連邦議会と連邦政府に、早急に、始まった新たな選挙期にこのテーマに取り組み、特に国連に提言するべくイニシアティブをとるべきだという。

10) わが国では、2018年12月4日の「ヒトゲノム編集の臨床応用に関する関連4学会声明」において、日本遺伝子細胞治療学会、一般社団法人日本人類遺伝学会、公

り、出生して人となり、世代を超えて受け継がれていく人間の遺伝子を操作することは、その生殖を体外で人為的に行い、特定の遺伝子をもった精細胞ないし卵細胞を選択して、体外受精<sup>11)</sup>によって受精卵を作成し、それを胚分割させ、着床前診断を行って、病気を発症させる遺伝子をもった胚を廃棄し、選択された胚のみを母胎に移植して、胎児を成長させ、人を出生させる技術が確立してきた。このような生殖医療ないし生殖補助医療の発達<sup>12)</sup>は、遺伝上の疾患の予防のみならず、生命の選択をも可能とした。これは、ヒト受精卵について行われるのみでなく、受精後5日から7日の胚盤胞を壊して内部の細胞を培養することによって、ヒト胚性幹細胞（ヒトES細胞）の樹立が可能となり、このES細胞の細胞核を除核し、そこに別の個体の体細胞を移植してクローン胚を作る技術の確立によって、様々な遺伝子をもった細胞・組織などを作成することで、遺伝子を改変し、病気の治療にも役立てることができるようになったのみならず、2006年のマウスでの成功につづき、2007年には、ヒト皮膚細胞に四つの遺伝子を導入することにより多能性幹細胞を作成することができるとの技術が誕生したが、このようないわゆる「iPS細胞」（人工多能性幹細胞=induced pluripotent stem cell）は、体細胞からリプログラミングされ、様々な組織や臓器の細胞に分化する能力とほぼ無限に増殖する能力をもつ。患者の体細胞から多能性の幹細胞が樹立できるので、遺伝子治療に大きな可能性を約束する。自らの細胞を用いて多能性幹細胞を樹立することを可能にしたことによって、精

---

↘益社団法人日本産科婦人科学会、一般社団法人日本生殖医学会が、「ヒト受精卵を用いたゲノム編集の臨床応用は禁止するべきである」という立場を再度明確に表明している。

11) 体外受精(In-Vitro-Fertilisation=IVF)は、1978年に、ケンブリッジ大学教授ロバート・エドワーズ(Robert Edwards)と医師パトリック・ステプトー(Patrick Steptoe)が、卵管因子不妊で妊娠しなかった母親レスリー・ブラウン(Leslie Brown)に実施して、初の体外受精児、ルイズ・ブラウン(Louise Brown)をいわゆる「試験管ベイビー」として誕生させたことに始まる。菅沼信彦「生殖補助医療の現状と展望」(菅沼信彦・盛永審一郎編)『生殖医療』(シリーズ生命倫理学6)1頁以下参照。

12) これについても、菅沼・前掲『生殖医療』2頁以下参照。

子・卵子提供、凍結保存配偶子がもたらす問題がなくなり、女性から精子を造成し、男性から卵子を造成することも可能になると考えられる<sup>13)</sup>。この可能性は、新たな社会倫理的問題をも引き起こすことが予想される<sup>14)</sup>。

## 2. 生殖医療の可能性と危険

### (a) 生殖医療技術がもたらす将来と現在の危険

このようにして、この技術の進歩が、人間に適用された場合、個人の健康と人類の福祉をもらす反面、個人に予測しえない疾病をもたらし、社会にも大きな危険をもたらしうることも危惧されはじめ、さらにもっと大きく、人類、その他の生命体に改変を加え、将来の生命の全体のシステムに変更と混乱をもたらす恐れも杞憂とは言えなくなっている。それは、最終的には、クローン人間が作られ、動物か人間か分からない両者のキメラやハイブリッドを生み出し、動物界（植物界）のこれまでの秩序を壊す。

### (b) 生殖技術の発展に基づく「生命の選択」の危険

現在すでに生殖医学と遺伝子技術によってどのような次世代の子供を産むかを、コントロールできるようになっている。これによって、遺伝病をもった子供の出生を避けることに使われることを可能となった。そのことは、そのような選択が許されるかどうか、どのような条件があればどの程度許されるかという問題を提起する。生後なかば必然的に発症する遺伝病の遺伝子をもった子の出生前に、そのことを知りたいという願望を満たすため、母胎内で行われる「出生前診断」<sup>15)</sup> (Pränataldiagnostik = PND) および子宮内膜に着床する以前に母胎外の胚に対して行われる「着床前診断」<sup>16)</sup> (Präimplantationsdiagnostik = PID) が利用されるようになり、とくに着床前診断のために分割され採取される、将

13) 菅沼・前掲『生殖医療』18頁以下参照。

14) iPS細胞研究のもたらす倫理的問題については、盛永審一郎「生殖補助医療と生命倫理——ヒト受精卵作成をめぐる」前掲『生殖医療』237頁以下、242頁以下参照。

15) これについては、丸山英二編『出生前診断の法律問題』（2008年）参照。

16) これについては、杉浦真弓「着床前診断」、菅沼・盛永編・前掲『生殖医療』109頁以下参照。

来個人に発達する可能性をもった全能細胞が遺伝子検査の後、廃棄されるため倫理的な問題として議論されるようになった。

(c) ヒトの「生命の萌芽」の侵害

ヒト性 ES 細胞は、それに核移植や胚への導入を行わない限り、そのみでは個体に発生することはないという性質から、それを樹立するにとどまる場合には、その胚は、それ以上育つことはなく、無限定な樹立には人の萌芽についての倫理上の問題があるとされているのである。胚性幹細胞は、あらゆる細胞に分化できる能力である「全能性」(Totipotenz)をもつことから、これを利用して生命科学研究や医薬品の開発が試みられている。このような将来「人」に発達する受精卵を作成し、使用し、廃棄することは、無制限に行われてよいものではない。受精卵の生命が、人と同様の価値をもったものとして、法的保護の対象となるのか、ヒトの「生命の萌芽」として特殊な地位を占めるのかが問われている。

(d) 人の自己最適化

さらに、着床前診断の対象となる人間の生命の萌芽としてのヒト「胚」の取扱いだけでなく、遺伝子操作<sup>17)</sup>された人そのものの改良の是非という倫理問題が浮かび上がっている。人のゲノム編集の是非はともかく、多能細胞の段階で改変を加えることはすでに可能となっている。

このような、個体には発達し得ない多能性(Pluripotenz)ないし(神経系や造血系などの一部の細胞種に限定された分化能である)複能性(Multipotenz)をもつにすぎない幹細胞は、特定の組織・器官に発達する可能性があり、その能力を活かした医療用に用いることができる。この場合には、個体自体の生命の萌芽とも言えないのであるから、それを廃棄しても「人」となるべきものを殺害したということはできないであろう。しかし、そのような幹細胞から作成された人の組織や器官に潜むその遺伝子の改変や自己の細胞システムに対する未知の危険、あるいは、「医療」の枠を超えた生活の質の向上を図るための技術の発達

---

17) 遺伝子操作については、加藤太喜子「遺伝子操作」玉井・松田責任編集・前掲『遺伝子と医療』104頁以下参照。

とその濫用がもたらす道の危険にどう対処するかが問題である。

最近では、人の願望を充足するために人体に改変を加える「願望充足医学」(wunscherfüllende Medizin)が、美容整形や薬剤の使用によって人の運動機能を高めるドーピングなどに医学や薬品、遺伝子操作技術が用いられることが増えてきている。これは、「人の向上」(Human Enhancement)ないし「人の自己最適化」(menschliche Selbstoptimierung)を目的とするもので、疾患(医学的適応)を前提とする従来の医学とは性質を異にする<sup>18)</sup>。問題は、とくに医学的適応がないと思われるにも関わらず行われる願望充足医療が身体に対する「侵襲」を伴う場合であった。

(e) 人間の改良と優生学の復活?

しかし、より現代的な問題は、生殖医学や遺伝子学によって将来生じるであろう「人間の改良」である。遺伝病の遺伝子をもったヒト胚を選別・排除し、男児か女児かの出生する子供の「性を選択し」、遺伝子に改良を加えることによって、望ましい子供のみを出生させることが可能となる。遺伝子の選択によって親が望む体形・素質・知力などを備える子供を創り出す Designer Babies<sup>19)</sup>がそうである。その背景には、20世紀初頭からかつて「優れた子孫」のみを残し、「劣った子孫」を淘汰する「優生学」(Eugenetik)が拡張し、ナチスの優生政策つながった歴史がある<sup>20)</sup>。そこで、現代版「優生政策」とならないためには、これを規制する必要があるが、どこまで許され、また、その規制をどのようにすべきかが問われる<sup>21)</sup>。

---

18) これは、「エンハンスメント (Enhancement)」と呼ばれる。エンハンスメントは「増強」を意味し、生来の素質や活動能力を強化し向上させるものである(加藤・前掲『遺伝子と医療』113頁参照)。

19) デザイナー・ベビーについては、加藤・前掲論文(玉井・松田責任編集)『遺伝子と医療』104頁以下に詳しい。なお、願望充足医学等については、山中敬一「身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義」(3・完)法学論集63巻4号(2013年)37頁参照。その他、デザイナーチャイルドにつき、山中敬一『医事刑法概論I』(2014年)55頁以下。

20) 松原洋子「優生学」前掲『遺伝子と医療』125頁以下参照。

21) マンフレド・シュピーカーは、2011年7月7日の着床前診断立法に対する決断



このような問題は、「生命倫理」の問題として議論され始めたが、現実には技術が応用され、広まってくると、倫理に委ねられて済ませることはできなくなり、何らかの法的規制が必要となる。

#### 4. 法的規制の意義

##### (a) 法規制の方式

イギリスやドイツにおいては、すでに1990年に「ヒト胚」の法的保護に関する法律が成立している。イギリスにおいては、1990年11月1日に「人の受精と発生学」(Human Fertilisation and Embryology Act)が成立し<sup>22)</sup>、ドイツにおいては、1990年12月13日に「胚保護法」(Embryonenschutzgesetz)が成立している。これは、「法律」によってヒト胚の研究や利用を規制しようとする諸国の行き方を典型的に示している法制度を代表するものであり、主として法律による規制によらず、省庁の命令ないし学会の民間の任意加入のガイドラインなどによる規制を図るわが国の制度とは、対称をなしている<sup>23)</sup>。このような方法も、人の行為規範を定めた規範である限りでは、広い意味の「法規制」と言えようが、国民を代表する国会を通じた法律による場合とは、規範の妥当性と実効性において大きな違いがある。

このような広い意味の法的・規範的規制にも様々な方式がある。医学会や科学学会による任意のガイドライン、文部科学省、農林水産省、厚生労働省等に

---

↘により、ドイツ連邦議会は、優生社会に門戸を開いたという (Manfred Spieker, *Lengalisierte Eugenik- vom gezeugten Geschöpf zum bestellten Produkt*, in: Manfred Spieker/Christian Hillgruber/Klaus Ferdinand Gärditz, *Die Würde des Embryos*, 2012, S. 56.)。

22) イギリスの立法については、甲斐克則『生殖医療と刑法』(2010年)とくに、51頁以下、89頁以下参照。

23) わが国において、生殖補助医療、ヒト胚保護を含めて「生命倫理法」の立法を説いて、早くに法案を公表した試みとして、「生命倫理法(試)案」総合研究開発機構・川合健(共編)「生命科学の発展と法——生命倫理法試案」(2001年)、同「生命倫理法案——生殖医療・親子関係・クローンをめぐる——」(2005年)31頁以下に条文掲載。

よる行政指導である指針・ガイドライン、それらの省庁による法律の委任を受けた行政命令である告示、国会で定められた法律による規制法、さらに罰則を伴う刑事罰によって補強された規制がそうである<sup>24)</sup>。生殖医療や遺伝子治療・遺伝子操作をめぐる法規制がどのような法形式で、どのような行為を規制し、医学会や公的機関の許可を必要とする場合どのような手続によるべきかについては、この分野の進展が目まぐるしく、どのような行為が現在ないし近い将来に、実現可能なかを睨んで法規制をかける必要がある。法律で外枠を設定し、変化する内実は、行政命令によって補充するという白地法規と補充規範の組み合わせを用いる手法も有用であろう。さらに、刑事罰を用いる刑事規制については、規制目的は何か、保護法益は何か、当罰性・要罰性があるのか等を検討しなければならない。

(b) 遺伝子治療・生殖医療の制限の意義

ゲノム解析<sup>25)</sup>の応用である遺伝子治療や先端生殖医療を用いた治療行為や研究を禁止し、または制限する意義はどこにあるのか。この問題は本稿において詳しく論じられなければならない。この問題を論じる際には、行政規制ないし民間団体のガイドラインの保護目的ないし刑事規制の場合は保護法益が何かを問わなければならないが、この目的は大きく分けて二つある。一つは、公益性ないし社会的法益の側面であり、環境法と同様に、生物や人間の世代を超えた自然界における秩序の維持である。例えば、ES細胞を利用して、人間と動物のキメラを作出することは、自然界にない動物を作り出すことになるが、それが許されるかである。二つ目は、関係する個人（ないし受精卵）の利益、すなわち、個人的法益である。そのうちの一つは、細胞などを採取される提供者

24) 法の観点からの生殖医学に関する報告書・提言・ガイドラインなどを「政府の報告書等」、「弁護士会の意見書」、「医学会の指針等」に分けて収録した資料と解説として、町野朔・水野紀子・辰井聰子・米村滋人（編）『生殖医学と法』（医療・医学研究と法 1）（2010年）参照。

25) ゲノムの国際的保護は、すでに1997年11月11日のユネスコの「人ゲノムおよび人権に関する世界宣言」（Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights）および欧州評議会の「人権と生物医学に関する協定」（Convention on the Human Rights and Biomedicine）の4章で採り上げられている。

としての個人の利益である。無断でヒト胚の提供がなされてはならないのであるから、その提供の意義について「説明」を受け、理解した提供者の、採取に対する「同意」が不可欠である。さらに、この提供者の細胞の提供について、プライバシーが保護される利益がある。現在のような情報社会では、個人の遺伝子情報は、雇用や保険のみならず、社会生活にも影響する。もう一つは、もしそのヒト ES 細胞に核移植が行われ、それが分化を繰り返して個体として出生して人となった場合のその個人の利益である。ここでは、遺伝情報<sup>26)</sup>が、提供者および、出生した子供、ないし家系のプライバシーとして、保護される必要が考慮されるべきである。これは、その情報の取扱いによっては、「遺伝子差別」につながるおそれを産む。過去においては、1970年代の鎌状赤血球症に関する偏見が黒人に対する差別を生み、ダウン症（21トリソミー）の患者の風貌がアジア人的であったため、「蒙古症」と言われ、偏見を産んだ経験があり、現在でも、情報の取扱い次第によっては、雇用、保険、結婚などにおける差別につながるおそれがある<sup>27)</sup>。また、社会的利益については、なぜ人か動物かが曖昧な雑種が誕生すること、ないしその危険があることが社会の利益なのか論じられる必要がある。

個人的利益については、第1に、そもそも、受精卵やヒト胚の「利益」自体の保護ということが考えられるかが問われる必要がある。ここでは、極端な見解は、受精した段階から人の生命であり、法によって保護される必要がある。あるいは、人と同様に「人としての尊厳」を持ち、「生命に対する権利」が認められるべきだという見解から、受精卵から分裂して胚となり、それが母体内に着床して出生に至るまでを段階づけ、それぞれに異なった保護に値するとい

---

26) 遺伝情報につき、アメリカ、ドイツなどの法政策を論じた論文集として、甲斐克則（編）『遺伝情報と法政策』（2007年）参照。とくに「アメリカにおける遺伝子差別規制の動向」については、吉田仁美・前掲6頁以下、また、「ドイツにおける遺伝子情報の法的保護——『連邦議会審議会答申』を中心に——」につき論じたものとして、甲斐克則・前掲199頁以下参照。

27) 遺伝子差別については、小椋宗一郎「遺伝子差別」玉井・松田編・前掲『遺伝子治療と医療』143頁以下参照。

う見解、あるいは、着床前のヒト胚の段階を「人の生命の萌芽」<sup>28)</sup>として、「人」の生命とは区別する見解などが唱えられている。

## 5. 本稿の目的

本稿では、対称的な法規制方式をとったドイツとわが国の規制方式・内容を比較しながら、法規制の対象、法的保護の内容などに関する問題点の考察を行う。まず、問題の所在を明らかにするため、生殖医療で何が起っており、何が可能なのか、どのようにして治療に役立てられうるのかなどを筆者の現時点での理解を通じて解説しておく<sup>29)</sup>。

## II. 生殖医療の基礎

### 1. 生命現象と遺伝子

人間の遺伝をつかさどる因子は、遺伝子 (Gene) であり、それは、細胞核にある染色体に存在する<sup>30)</sup>。人の体細胞は46本の染色体をもち、そのうちそれぞれ2本の染色体が同一因子の情報をもつ。それらの2個が一組をなす。したがって、体細胞には同じ特徴をもつ遺伝ファクターが二重に存在する。これを二倍体染色体という。46本の染色体のうち22対の常染色体と1対の性染色体であり、これらの染色体は、精子と卵子それぞれ23本の相同染色体 (一倍体=単相) が受精によって合体し、二倍体 (複相) になったものである。細胞分裂では46本の染色体は複製によって倍加されたのちに娘細胞 (Tochterzelle) に分配

---

28) 総合科学技術会議・生命倫理専門委員会「ヒト胚の取扱いに関する基本的な考え方 (中間報告書)」(平成15年12月26日) 1頁以下 (「1. はじめに」) 参照。

29) ここで用いられる用語の意味については、前掲「基本的考え方 (中間報告書)」74頁以下「用語解説」、クローン技術規制法2条1～24号、その他の概念の定義については、再生医療安全性確保法2条など参照。ドイツ法における用語については、胚保護法、特に、胚やヒト受精卵、生殖系細胞の定義については、その概念規定 (8条) 参照。自然科学・医学上の用語については、vgl. Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 1992, S. 289 ff. 遺伝学の基礎については、Vgl. Lück, aa. O., 2013, S. 10 ff.

30) この記述につき、vgl. Lück, aa.O., 2013, S. 10 ff.

され複相（二倍体）を保つ。これに対し、ヒトの生殖祖細胞（精細胞・卵細胞）は、複相であるが、配偶子の形成過程で染色体は半減する。このような単相の配偶子を形成する有糸分裂（Mitose）<sup>31)</sup>を「減数分裂」(Meiose)という。その際、一個の複相の細胞から四個の単相の娘細胞が生み出されるのである。減数分裂は二回の分裂過程からなる。男性接合子の娘細胞はすべて成熟した体細胞に発達するのに対し、四個の女性接合子の娘細胞のうち一個のみが成熟した卵細胞となる。他の三個の娘細胞は、いわゆる極体<sup>32)</sup> (Polkörper) へと変質する。

染色体は、デオキシリボ核酸（DNA）からなるらせん状の構造をもつ。生命現象は、このDNAに基づきプログラムされ、それに環境要因が作用して営まれている<sup>33)</sup>。この分子レベルのDNAの一部は、遺伝情報をもっており、これを遺伝子という。詳しく言うと、DNA (Desoxyribonucleic Acid、ドイツ語では、Desoxyribonukleinsäure、日本語で「デオキシリボ核酸」とは、個々の細胞における、一定のDNA塩基 (Adenin, Guanin, Cytosin und Thymin) の形態における遺伝子情報の担い手である。DNAは、ねじれた二重のひもからなり、それぞれの個々のひもの塩基は、他のひもの相補的な塩基 (Adenin Thymin および Guanin-Cytos) であり (いわゆる二重らせん)、三個の順に続く塩基の連続が三塩基 (Basentriplett) をなし、それが遺伝子コードの最小単位である。あらゆる細胞は、二つの、構造上広く一致したDNAの二重ひもをもち、いわゆる相同をなし、父親と母親の双方の遺伝情報を備える。これを人間について詳しく見ていくと、ヒトの身体は、細胞から構成され、その細胞には「核」があり、その

---

31) 細胞分裂は、有糸分裂と無糸分裂に大別される。有糸分裂はさらに、通常の体細胞分裂と生殖細胞減数分裂に分けられる。

32) 動物の卵形成において、減数分裂によって生じる卵以外の三個の娘細胞をいう。極体はやがて退化消滅する。減数分裂にあたり、精子は、一つの第1次精母細胞から二回の分裂を経て半数体の精子となる。これに対して、卵子は一つの第1次卵母細胞から一つの卵子と三つの小さな細胞、すなわち、「極体」が生じる。ほとんどの細胞質を受け継ぐ娘細胞は、第2次卵細胞となるが、ごく微量しか受け継がない娘細胞は極体となる。

33) 平成12年3月6日科学技術会議生命倫理委員会・ヒト胚研究小委員会「ヒト胚幹細胞を中心としたヒト胚研究に関する基本的考え方」[はじめに]。

核のなかにある46個の染色体の一つ一つに、ひも状のらせんの構造をしたDNAがある。このヒモの橋渡しをする物質は「塩基」でできており、その塩基の並び順(=DNAの塩基配列)が「遺伝情報」である。その遺伝情報の一つが遺伝子であるということが出来る<sup>34)</sup>。

遺伝子はDNAが複製されることによって次世代へと受け継がれていくのであるが、この複製は、受精により、細胞核が融合して行われる。母体内で生じる受精においては、精細胞と卵細胞が融合して受精卵になるが、その受精卵が母体に着床し、子宮内で育った「胎児」が出生することにより、「人」となり、それが繰り返されることによって人類の個体の生命が継承されていく。つまり、受精した卵は、それぞれの配偶子の核が融合し、その卵が細胞分裂を繰り返し成長していくのであるが、遺伝学的には、精細胞と卵細胞のもつ遺伝子が集まって新たな個体の遺伝子の型を作っていくことを意味する。

この人の生命の誕生の過程をさらに詳しく見て行こう。

## 2. 出生前におけるヒトの発達段階

個体としての人への発達は、受精、すなわち、精細胞の卵細胞への侵入に始まる。受精した卵細胞(接合子)は、複相の染色体をもち、それにより性別も決定される。それはすでにドイツにおける胚保護法にいう「胚」である。約5日経つと、接合子は、卵管を通して子宮に運ばれ、そこで粘膜に着床する。この時、胚は卵割により成長する。卵割によって生じた娘細胞(割球)は、はじめはそれぞれ完全な胚になる能力をもつ。この段階では、胚は、いわゆる全能性(Totipotenz)をもつのである。第2細胞期から第4細胞期には、この胚細胞の全能性は証明されているが、第8細胞期でも、割球の全能性は個々に証明される必要がある。第8細胞期は、受精後約3日で到来する。8個の割球は、いわゆる桑実胞胚(Morula)をなし、分割により第16期細胞段階で内部細胞塊(Embryoblast=本来の胚)と外部細胞塊(Trophoblast=栄養細胞塊)とに発達する。

34) これについて、vgl. *Eva Marie von Wietersheim*, *Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik*. PID de lege lata und de lege ferenda, 2014, S. 31 f.

後者は、胎盤組織が形成される部分の卵細胞である。それらはいずれも胚の遺伝情報をもつ。受精よりおよそ4日後の第32期細胞段階に達すると、この両者の細胞塊は、完全に分裂する。桑実胞胚の内部には、液体で充たされた細胞間隙から胚胞（卵割）腔（Blastozystenöhle）が形成される。第32期から第64細胞期に、桑実胞胚は、胚盤胞（Blastozyste）となる。この過程で、割球の全能性は減退し、おそらく第16細胞期からは、いわゆる多能性（Pluripotenz）のみをもつように変化する。全能性を失うのは、第8細胞期から第16細胞期の段階だというのが多数説であるが、見解はいまだ統一されていない。受精からおよそ5日目には胚盤胞の「着床」（Nidation）が生じる。受精後7日目前後に胎盤形成が開始される<sup>35)</sup>。およそ14日で着床は完了する。この段階で双生児の可能性はなくなる。受精後約2～3週間で、やがて中葉杯（Mesoderm）となるいわゆる原始線条（Primitivstreifen）が形成される。原始線条形成前の受精胚は、個体を形成するための臓器の分化が始まっておらず、まだ細胞が多分化能を有している。

第4週目あたりから胎児の心臓が鼓動を始める。脳の基本構造は、約6週間で見られる。この時、胎児は約3センチの大きさで人間身体の形を示す。

受精卵から胎児になるまでの時期による区分を示しておく、受精卵が子宮内膜に着床して胚葉になるまでの2週間の期間を「細胞期」（präembryonale Phase）といい、3週から2か月の終わり（8週）までの期間を「胎芽期」（Embryonalperiode）、その後3か月から出生までの期間を「胎児期」（Fetalperiode）という<sup>36)</sup>。胚芽期から受精卵は「胚」と呼ばれる。胚発生は、桑実胚（Morula）期、胚胞（Blastula）期および原腸胚（Gastrula）期、神経胚（Neurula）期に分けられる。

### 3. 生殖細胞と体外受精

生殖細胞は、減数分裂により染色体数が半減してできるが、それぞれの半減

---

35) 前掲「基本的考え方（中間報告書）」6頁参照。子宮内にある場合にはここまでを「胚」という（同所）。

36) 南山堂医学事典・項目「遺伝病」参照。

した配偶子の染色体が交差し、遺伝子の組み換えが起こる。生殖細胞の元になる細胞を始原生殖細胞というが、これは、胚発生の初期にでき、精巣ないし卵巣に移動して精原細胞ないし卵細胞となり、分裂を繰り返して精細胞ないし卵細胞となる。

この精細胞と卵細胞の核の融合過程が母体の胎内で進行するのが自然の受精と受精卵の成長であるが、これが人為的に体外で行われうようになったのが、体外受精である。1978年にイギリスにおいて人の体外受精に成功し、体外で受精した受精卵を母胎に移植して、胎児を育て、人として出生させることに成功した。

#### 4. ヒト胚とヒト受精胚

「胚」とは、生物学的には「多細胞生物の個体発生初期にある細胞群をいう」<sup>37)</sup>。わが国の「クローン技術規制法」<sup>38)</sup>（「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」）は、「胚」を定義して、「一の細胞（生殖細胞を除く。）又は細胞群であって、そのまま人又は動物の胎内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成を開始する前のものをいう」（2条1項1号）とする。「胚性細胞」については、「胚から採取された細胞又は当該細胞の分裂により生ずる細胞であって、胚でないものをいう」と定義されている（2条5号）。

ところで、ヒトの胚を「ヒト胚」と呼ぶが、クローン技術規制法は、「ヒト受精胚」を「ヒトの精子とヒトの未受精卵との受精により生ずる胚（当該胚が一回以上分割されることにより順次生ずるそれぞれの胚であって、ヒト胚分割胚でないものを含む。）をいう」と定義する（2条1項6号）。「ヒト胚分割胚」<sup>39)</sup>について

37) 平成16年7月23日総合科学技術会議「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」3頁。

38) 平成12年法律第146号。

39) クローン技術規制法は、「ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚、人クローン胚、ヒト集合胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚、ヒト性集合胚、動物性融合胚又は動物性集合胚」を「特定胚」と呼んで、文部科学大臣は、これらの特定胚が、「人又は動物の胎内に移植された場合に人クローン個体若しくは交雑個体又は人の尊厳の保



は、「ヒト受精胚又はヒト胚核移植胚が人の胎外において分割されることにより生ずる胚をいう」（2条1項8号）とされるから、「ヒト受精胚」とは、胎外で分割される胚（ヒト胚分割胚）を除いたものである。つまり、ヒト胚分割胚とは、ヒト胚を人の体外で分割して作成される胚であり、核と細胞質のすべてがヒトの要素から構成されていて、一つのヒト受精胚から作成された人胚分割胚はすべて同一の遺伝的性質を有する、いわゆる「受精卵クローン」<sup>40)</sup>である。「ヒト胚核移植胚」とは、「一の細胞であるヒト受精胚若しくはヒト胚分割胚又はヒト受精胚、ヒト胚分割胚若しくはヒト集合胚の胚性細胞であって核を有するものがヒト除核卵と融合することにより生ずる胚」である（クローン技術法2条1項9号）。

先のクローン技術規制法の定義からは、「胚」とは、「胎盤の形成を開始する前のもの」であることを要するのであるから、それ以降は、胚とは言わないことになるとともに、そもそも胎盤の形成を開始しない体外のヒト胚がいつまで「胚」なのか問われることになる。そこで、このヒト受精胚の概念は、一つには、受精卵クローン（ヒト胚分割胚）と区別する必要がある、二つには、体内のヒト胚については、胎盤の形成を開始するまで（受精後7日目頃）のもの、すなわち、胎児（胎芽）となる以前のもの、これに対して、体外のヒト胚については、子宮内にあるなら胎盤形成が開始されて胎児（胎芽）となるはずの時期（受精後7日目頃）を過ぎてても胎盤が形成されないため、「胚」として扱われる。このようにして、ヒト受精胚は、それが着床して胎盤の形成が開始されるまでの初期の発生段階のものをいうが、その後、発生が続くと「ヒト個体」となる。ヒトの体外で発生を続ける胚については、胎盤形成がないため「胚」の

---

、持等に与える影響がこれらに準ずる個体となるおそれがあることにかんがみ、特定胚の作成、譲受又は輸入及びこれらの行為後の取扱い（…）の適正を確保するため、生命現象の解明に関する科学的知見を勘案し、特定胚の取扱いに関する指針（…）を定めなければならない」とする（クローン技術規制法4条）。なお、「特定胚の取扱いに関する指針」（平成13年告示、平成21年改正）参照。

40) これに対して、「人クローン胚」は、「受精胚」ではないから体外で分割されても「ヒト分割胚」ではなく、「人クローン胚」である。前掲「基本的考え方（中間報告書）」24頁参照。

終期は判然としない。とくに研究目的でのその作成・利用において「胚」が「ヒト個体」となり、「胚」研究とはいえなくなる期限はいつまでかが問題となる。そこで、わが国では、「ヒト受精胚は原始線条形成後（通常、受精後14日以降）に個体形成に与る臓器の分化を開始する」<sup>41)</sup>とされ、それによって、「胚」の段階は終了することになる。

## 5. ヒト性幹細胞（ES 細胞）の樹立

### (a) ヒト ES 細胞と EG 細胞

ところで、前世紀末には、体外受精された受精卵を子宮内に移植するのではなく、その受精卵から将来身体を構成する細胞に分化しうる一定の細胞を取り出すことが可能となった。1998年11月にアメリカ合衆国のウイスコンシン大学で、ヒト受精胚から、人の身体を構成するあらゆる細胞に分化することが可能な「ヒト胚性幹細胞（ヒト ES 細胞=Embryonic Stem Cell）」の樹立に成功したのである<sup>42)</sup>。この ES 細胞は、ヒトの場合、受精後5～7日目の胚盤胞を壊して内部の細胞を培養することによって樹立される。

同年、ジョーンズ・ホプキンス大学において始原生殖細胞からヒト「EG（胚性生殖幹）細胞（Embryonic Germ Cell）」が樹立されたが、これは、妊娠5～9週の死亡胎児から始原生殖細胞を取り出してそれを培養することによって樹立されたものである。EG 細胞は、死亡胎児から取り出した細胞から樹立されるため、妊娠中絶された胎児が用いられるのが一般である<sup>43)</sup>。そうすると、中絶

---

41) 前掲「基本的考え方」（中間報告書）6頁。日本産科婦人科学会の見解である。報告書の検討の対象を「原始線条の形成までのヒト胚に限定」している。

42) 前掲「基本的考え方」（中間報告書）4頁。なお、vgl. auch *Susanne Beck*, Stammzellforschung und Strafrecht. Zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie, 2006, S: 88 ff.

43) 注1に掲げた資料2頁参照。ヒト EG 細胞（Embryonic Germ Cell 胚性生殖細胞）とは、将来、精子や卵子に分化する細胞（始原生殖細胞）から樹立される細胞で、ヒト ES 細胞と類似の性質（多能性等）を持つ。ヒト EG 細胞は、妊娠5～9週の死亡胎児から始原生殖細胞を取り出して、ES 細胞と同様に培養することにより樹立されている。

する妊婦の死亡胎児組織の提供にはその同意が必要となる。この点を除けば、ヒト ES 細胞と同様の過程を経て樹立されるから、以後は、ヒト ES 細胞に代表させて論じる。

まず、ヒト ES 細胞の定義を見ておくと、それは、古く「ヒト ES 細胞の樹立及び使用に関する指針」<sup>44)</sup> (2001年) ないし現在の「ヒト ES 細胞の樹立に関する指針」<sup>45)</sup> (2014年) および「ヒト ES 細胞の分配及び使用に関する指針」<sup>46)</sup> (2014年) によれば、「ヒト胚から採取された細胞又は当該細胞の分裂により生ずる細胞であって、胚でないもののうち、多能性(…)を有し、かつ、自己複製能力を維持しているもの又はそれに類する能力を有することが推定されるものをいう」(樹立使用指針1条4号、樹立指針2条5号、分配使用指針2条5号)。

ES 細胞は、次の四つの性質をもっているとされる<sup>47)</sup>。(1) 三胚葉(外胚葉・神経や皮膚)・中胚葉(筋肉や骨)・内胚葉(消化管など)のいずれ<sup>48)</sup>にも分化しうる性質をもつ。(2) 何度でも分裂できる性質をもつ。(3) 染色体異常を生じることなく通常の体細胞と同数である状態を維持しうる。(4) 特定の酵素の活性が高いなどの特性をもつ。このうち第1の特質である身体の内ずれにも分化しうる細胞の性質は、「全能性」(Totipotenz)をもつものとされ、受精卵がその典型例である。ES 細胞も全能細胞であるとされているが、その違いは、ES 細胞については、その核を除いた除核卵への核移植や胚への導入を行わない限り、それだけでは個体に発育することはないという点であるとされている。そ

---

44) 平成13年9月25日告示・施行(平成13年文部科学省告示第155号)。その「まえがき」によれば、「文部科学大臣は、『ヒト胚性幹細胞を中心としたヒト胚研究に関する基本的考え方』(平成12年3月6日科学技術会議生命倫理委員会ヒト胚研究小委員会)に基づき、ヒト ES 細胞の樹立及び指針において人の尊厳を侵すことのないよう、生命倫理の観点から遵守すべき基本的な事項を定め、もってその適正な実施の確保を図るため、ここにこの指針を定める」とある。

45) 平成26年11月25日(文科省・厚労省告示第2号)。

46) 平成26年11月25日(文科省告示第174号)。

47) 前掲資料2頁参照。

48) 前掲樹立指針によれば、多能性とは「内胚葉、中胚葉及び外胚葉の細胞に分化する性質をいう」(2条5号括弧内)と定義される。

れゆえに、「全能性」ではなく、報告書とは異なり、指針では、「多能性」という用語が用いられている。このように ES 細胞は、培養細胞として増殖・維持させることが可能であり、他の胚と融合させることにより個体に成長することが可能であることから、その細胞に遺伝子操作を施し、遺伝子操作された個体を作り出すことができる細胞として役立てることが期待される。

人の ES 細胞については、それがあらゆる身体の部分に分化しうるその特性から、血液、骨、心臓の筋肉、神経などの細胞を作り出すことが可能となり、さらに、移植用の組織や臓器などを作出して移植医療に応用することも期待されている<sup>49)</sup>。移植用の臓器の作出は、現在ではまだ将来の可能性であるが、移植用の細胞については、白血病の治療のための造血幹細胞、パーキンソン病の治療のための神経伝達物質を分泌する細胞などを試験管の中で作成することに成功することは、マウスについての実験では治療効果が認められた例があるなど、その人への応用の成功はそう遠くない可能性であると思われる。

ES 細胞は、受精卵を培養してそこから得られるものであるから、受精卵の遺伝子を受け継ぐものである。したがって、そこから作成された細胞や組織、臓器などが他人に移植されると、拒絶反応が起こる。しかし、その受精卵の核を取り除き、その除核受精卵に、移植される患者の細胞から取り出した核を移植して作った ES 細胞は、患者と同じ遺伝子をもった細胞や組織、臓器ができるので拒絶は起こらない。このような ES 細胞は「クローン胚」と呼ばれる。

#### (b) iPS 細胞

ちなみに、最近注目されている「iPS 細胞 (人工多能性幹細胞)」についても言及しておく。いわゆる iPS 細胞の樹立に成功したのは、日本において2006年のことであった。iPS 細胞とは、「本来、分化多能性 (pluripotency) を喪失している体細胞に特定の遺伝子を導入することによって、人為的に誘導される多能性幹細胞株の総称である」。それは、ES 細胞 (胚性幹細胞) と類似の特徴を示し、「分化多能性の定義である三胚葉 (外胚葉、中胚葉、内胚葉) や生殖細胞への分化能を保持したまま、培養下で半永久的に自己複製 (self-renewal) す

49) 同資料3頁参照。

る」という<sup>50)</sup>。iPS細胞は、ES細胞のように、胚盤胞から採取した細胞を培養して作製されるのとは違い、皮膚や血液といった採取しやすい体細胞から作成され、移植される人自身の細胞から作製できるので、移植した場合、拒絶反応が起こり難いという特徴がある。このような特徴から、iPS再生細胞は、再生医療に活用でき、病因を解明する研究のみならず、新薬の開発にも役立つ画期的なものとされている。このように、iPS細胞は、とくに再生医療に大きな前進をもたらすものと期待されているが、安全性に問題がないわけではなく、とくに腫瘍の形成の懸念があるとも言われている<sup>51)</sup>。したがって、これについても、研究の自由と法的規制の課題から除かれるわけではない。

## 6. クローン胚とキメラ胚

### (a) クローン胚の作成

通常の胚性幹細胞（ES細胞）は、受精卵を培養して得られたもので、基本的には受精卵提供者の遺伝子があるまま受け継がれている。したがって、これから作製された細胞、組織、臓器などは、それを他人に移植した場合は、通常の臓器移植と同じく拒絶される可能性がある。しかし、卵に患者自身の細胞から取り出した核を移植して得た「クローン胚」<sup>52)</sup> からできたES細胞では、自己と同じ遺伝子を持った細胞、組織、臓器を作製することができるので、それが移植されても拒絶反応は起こらない。クローン胚とは、「核遺伝子が同一であ

---

50) 「iPS細胞」脳科学辞典 (<https://bsd.neuroinf.jp/w/index.php?title=IPS>)。

51) この問題は解決されつつあるとも報告されている。腫瘍が形成されるのは、目的の細胞に分化しきれていない未分化な細胞が残っていた場合であり、分化能力が低いiPS細胞を用いると、細胞の集団の中に分化しきれていない細胞が残ってしまい、テラトーマと呼ばれる奇形腫（良性腫瘍）を形成してしまう危険があったという。京都大学iPS細胞研究所（CiRA）のホームページ「iPS細胞とは？」より ([http://www.cira.kyoto-u.ac.jp/j/faq/faq\\_ips.html](http://www.cira.kyoto-u.ac.jp/j/faq/faq_ips.html))。

52) 本稿において、以下で論じるのは、クローン技術規制法によって定められ、あるいは、そこに定められたいわゆる「特定胚」（同法4条）などについてであり、その作成・使用の条件について「特定胚の取扱いに関する指針」あるいは、「ヒトES細胞の樹立に関する指針」で規制されるものである。

る個体（の集合）」<sup>53)</sup> ないし「別の個体や胚と全く同じ核の遺伝子をもつもの」と定義される。

ところで、クローン胚は、「同じ核の遺伝子をもつもの」であるから、自然にできることもあり、それが個体に成長したのが、ヒトの場合の「一卵性双生児」である。一卵性双生児は、同じ一つの受精卵が分裂して、二つの個体になったものであって、遺伝子は同じである。この過程が、人工的に行われるクローン胚が、「胚分割」によって作成されるクローン胚である。人工的なクローン動物が初めて作成されたのは、この方法による。もう一つの方法が、「核移植」による方法である。これは、クローン元の動物の細胞核を未受精卵に移植する方法をいう。これは、また、クローン元の動物の細胞核が、生殖細胞（胚細胞）由来する場合と、体細胞に由来する場合とで、二つに分けられる。前者は、「胚細胞核移植」であり、後者は、「体細胞核移植」である。

1996年7月、イギリスのある研究所で、羊から取り出した体細胞を用いてその体細胞が採取された羊と同じ遺伝情報をもつ羊を誕生させることに成功したことが、1997年2月に発表された。この羊は「ドリー」と名づけられて世界中で有名となった。従来は、生殖細胞を用いてクローン胚を作成する「胚細胞核移植」の方法をとっており、この技術は、すでには実用化され、畜産などに利用されていたが、ドリーを誕生させたクローン技術は、成長した羊の体細胞を用いる「体細胞核移植」の方法によるクローンが成功した点で画期的なものであった。というのは、体細胞は、それが成長し完全に分化したとき、細胞の中のすべての遺伝子を活性化させることは、それまでは困難だったのであって、このような細胞に分化・細胞分裂を起こさせる技術を開発したことによって体細胞移植による方法を確立したからである。この方法により、親の遺伝情報を

53) 科学技術会議生命倫理委員会クローン小委員会「クローン技術による人個体の産生に関する基本的考え方」（平成11年11月）（参照・用語の定義）[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/kagaku/rinri/cl912271.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/kagaku/rinri/cl912271.htm) 参照。クローン技術規制法によれば、「人クローン胚」とは、「ヒトの体細胞であって核を有するものがヒト除核卵と融合することにより生ずる胚（当該胚が一回以上分割されることにより順次生ずるそれぞれの胚を含む。）をいう」（2条10号）。

そのまま受け継ぐクローン動物を発生させることができるようになった<sup>54)</sup>。さらに、導入する核に特定の遺伝子をあらかじめ導入しておけば、その遺伝子のもつ特定の機能をもっているが、その他は、親と同じ遺伝情報の動物を誕生させることが可能になる。ドリーを誕生させた研究所では、1997年7月に特定のヒトの遺伝子を組み込んだクローン羊である「ポリー」を誕生させた。さらに、1998年11月にはアメリカで牛の除核した未受精卵にヒトの体細胞の核を移植したクローン胚を作成し、このクローン胚から ES 細胞に似た性質の細胞を樹立したという報道があったとされている<sup>55)</sup>。これは、すでに動物性集合胚の作成にあたる。

(b) クローンとハイブリッドの意義

(i) 人クローン胚の意義

人クローン胚とは、「ヒトの体細胞であって核を有するものがヒト除核卵と融合することにより生ずる胚（当該胚が一回以上分割されることにより順次生ずるそれぞれの胚を含む。）をいう」（クローン技術法2条10号）。すなわち、ヒト未受精卵から核を取り除き、そこに別のヒトの体細胞から核移植して発生させるものである。これによって、体細胞の由来するヒトと同一の遺伝情報をもつ胚が作成される。これは、体細胞クローンであり、一卵性双生児の発生と同様の過程を人工的に経ることによって作成される「有精卵クローン」とは異なる。

(ii) キメラとハイブリッドの意義

キメラとは、遺伝子の異なる細胞を一つの体にあわせもつ生物（動物・植物）をいう。つまり、同一個体内に異なった遺伝情報をもった細胞が混じっている生物をいう。キメラは、異なる胚に由来する細胞が体の各組織においてさまざまな程度に混ざり合っている。キメラ動物について、キメラは「部分キメラ」と「全身性キメラ」に区別できる。「部分キメラ」の例は、輸血や骨髄移植、臓器移植を受けた人である。例えば、二卵性双生児のペアの8%が血液キメラ

---

54) 最近では、中国で体細胞から猿のクローンが作成されたと報道されている（朝日新聞2018年1月25日日刊1面）。

55) 同4頁。

であるとされている。また、マウス、ラット等の動物に各種のヒト細胞を移植する場合もこれにあたる。例えば、これによって、ヒト神経細胞を持つマウスが作成されている。これに対して、「全身性キメラ」とは、発生の極めて早期にゲノムが異なる胚細胞が混じり、体全体に両方の細胞が入り混じった個体が生まれてくることをいう。異種間の胚を混ぜてキメラ個体作出まで至った例として羊とヤギのキメラ (Geep) が生まれている。ヒトと動物のキメラのキメラは、ヒト以外の動物 (例えば、豚) の細胞とヒト性幹細胞を用いたキメラ胚から発生する場合と、ヒト胚と動物の細胞を合わせ持つキメラ胚を用いる場合とがある。

これに対して、ハイブリッドとは「二つの異なる遺伝子型をもった配偶子の交配によって生じる生物」であり、ハイブリッドでは、二つの異なる遺伝子は、一つの新しい型の遺伝子に統合され、その個体は、一つの遺伝子型しかもない。

### III. ドイツにおける未出生段階の生命の法的保護

わが国では、「ヒトの生命の萌芽」とされる個人としての人が出生するまでの段階の生命は、どのような法的地位を占め、法的保護に服するののかについて検討する前に、ドイツの立法・理論状況について検討を加え、法的規制の一例について考察しておく。精子が卵細胞に侵入し、受精する段階以降が、(わが国でいうところの「生命の萌芽」としての) 受精卵ないし受精胚として本稿での考察の対象となる。しかし、その後、「胚」が成長し体内に着床して、「胎児」となった後<sup>56)</sup>、出産によって法律上「人」となる<sup>57)</sup> が、広い意味では、

56) ドイツにおける妊娠中絶の処罰 (刑法218条1項) は、「その効果が、子宮における受精卵の着床の完了前に行われた行為は、本法の意味における妊娠中絶にはたらない」として中絶の始期を定め、218条 a 1項では、218条の構成要件は、(1) 妊婦が、中絶を要請し、また、医師に対して、妊婦が手術の少なくとも3日前に助言を受けたということ、証明書をもって証明した場合で、(2) 妊娠中絶が医師の手によって行われる場合であって、しかも、(3) 「受精から12週を越えて経過していない場合には」(3号)、実現されないとして、中絶が許される終期が示されている。

57) ドイツ刑法においては、出生の開始は、出産行為の開始時期、すなわち、通常



出生によって「人」となるまでが、狭い意味では、着床によって「胎児」となるまでが、「人の萌芽」として法律上、特別の扱いを受ける対象である。

## 1. ヒト胚をめぐるドイツの立法の沿革の概観

まず、生命の発生に関する法規制の開始について簡潔に論じておこう。ドイツでは、「遺伝子技術規制法」(Gesetz zur Regelung der Gentechnik = Gentechnikgesetz=GenTG)は、すでに1990年6月に草案が作成され、1993年12月16日に公布されている<sup>58)</sup>(BGBl. 1993 I S. 2066)。2006年3月17日に、ヨーロッパのガイドラインとの整合性を図るため改正され(BGBl. 2006 I, 534)、最近では、2016年7月18日に4条13項により改正された(BGBl. 2016 I, S. 1666)。その目的は、「倫理的な価値を考慮した上で、人間の生命と健康、その作用組織内における環境、動物、植物及び物的財を技術的手続と産物の有害な作用から保護し、そのような危険の発生に対する対策を立てることである」(同法1条)。したがって遺伝子技術規制法は、人間に特化されず、あらゆる生物に対する遺伝子技術の応用の規制を行うものである。試験管の中の人間の胚に対する作用について規制する法律は、1991年1月1日に発効した「胚保護法」(Embryonenschutzgesetz=ESchG)である<sup>59)</sup>。この法律ができるまでに長年議論が交わされてきた。

その論議の起源は、1984年に召集された、連邦司法省と連邦研究技術省の

---

↘の場合、いわゆる分娩開始 (sog. Eröffnungswehen) にある (Thomas Fischer, StGB 65. Aufl., 2018, Vor 211-217, Rn. 5)。

58) これについては、ゲルノート・シューベルト (山中敬一訳) 『「遺伝子技術法」の意義と成立過程』法学論集40巻6号 (1991年) 163頁以下参照。なお、2006年の改正の理由については、官僚主義の過剰、ヨーロッパ指針との矛盾、国際交流の妨げが挙げられている (vgl. Erwin Deutsch/ Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., (2008), S. 659)。ただし、遺伝子技術法は、人に対して、技術的改変された器官を直接的に適用する場合を規制しているわけではないという。

59) 当時の胚保護法立法の状況については、前掲・中義勝・山中敬一 (監訳) ギュンター/ケラー編著『生殖医学と人類遺伝学 - 刑法によって制限すべきか?』(1991年) 特に123頁以下、151頁以下、193頁以下参照。

合同の「体外受精・ゲノム分析および遺伝子治療作業グループ」、通称、その委員長の名前を冠したいわゆる「ベンダ委員会」(Benda-Kommission)の推奨にあるが、当時の刑罰規定数は、立法化されたものと比べて断然少なかった。2002年6月28日には、胚性幹細胞の研究と治療を規制し、胚性幹細胞の輸入と使用を禁止する法律が公布され、7月1日に発効した(BGB. I, 2277 ff.)。「幹細胞法」(Stammzellgesetz=StZG)である。この法律は、2007年5月1日以前に外国で作出され、許可を得て輸入された胚性幹細胞のみを例外として認めた(4条2項1号a)。この法律は、胚保護法の規制の穴埋めのためのものであった。

さらに、後に詳論する(2・完)X参照)が、遺伝子診断に関する立法がある。2009年7月31日に、いわゆる遺伝子診断法(Gendiagnostikgesetz=GenDG)が成立し、同年2月1日に発効した。この法律の目的は、「遺伝的検査と遺伝的検査の枠内で実施される遺伝子分析並びに遺伝子検査とデータの使用について規定し、とくに人間の尊厳の保護と情報における自己決定権の保護を保証するため、遺伝子の性質を根拠にした不利益を発生させないようにすることにある」(同法1条)とする。さらに、2011年7月7日に制定され、同年12月8日に発効した胚保護法の改正により、3条aの追加が行なわれ、従来不明確であった「着床前診断」につき規制するようになった<sup>60)</sup>。

## 2. 人の生命の萌芽の法的地位

### (a) ヒト胚の倫理的・法的地位をめぐる論争

個々の法規定における規制の現状を見る前に、まず、出生前のヒトの生命の萌芽であるヒト受精卵やヒト胚をめぐる法的保護の基礎となるその法的地位に関する議論を検討しておこう。

ドイツにおいては、すでに以前から受精卵ないしヒト胚の倫理的・法的地位をめぐる根本的な論争が展開されている。この論争は、宗教的・政治的立場の相違を反映するほか、倫理学・哲学、生物学・医学上の立場によっても根本

60) BGBl. I 2011 S. 2228.

的な対立を反映している<sup>61)</sup>。基本的には、人間の発育過程のどこに、人間の尊厳の保護を与えるべき区切りをつけるかが、宗教、倫理学、生物学などの様々な観点から争われているのであり、法律上の区切りであれば、最終的には法的観点から判断されざるを得ないであろう。学説においては、例えば、(1) 宗教上、カトリックかプロテスタントか、あるいは政治的に、保守主義か自由主義かの世界観を反映して主張され、また、例えば、どのような人間観をもつかという倫理的判断によって、哲学的に人間とは、少なくとも脳内で意識が発生していなければならない生物だという立場などから、「胚」ないし「胎児」について異なった立場に依存することがありうる。さらに、(2) 生物学的に、「胚」とそこから生じる「人」との連続性をどのように認めるのか、つまり、胚が生命の設計図にしたがって人間に成長するという生物学の知見（生物主義）にもとづき、胚の発達過程のどこかで、例えば着床や出生という事象がその過程の一つの区切りをなすのかといった観点から判断されうる。

まず、受精卵は、その受精の瞬間から出生した人と同じ地位を占めるという見解が唱えられることもある。この立場は、ヒルゲンドルフによると、いわゆる「SKIP 論証」によって根拠づけられるという<sup>62)</sup>。Sは、“Spezies”（種）に属すること、すなわちヒトという「種への所属」、Kは、“Kontinuität”（連続性）、つまり、「胚の発達の連続性」であり、Iは、“Identität”（同一性）つまり、「出生した人と胚の同一性」であり、Pは、“Potentialität”（潜在性）、つまり、「細胞の潜在力」である<sup>63)</sup>。基本的にこの立場をとっても、憲法上の「人間の

---

61) 「基本的考え方（中間報告）」（平成15年2月26日）11頁以下参照。Vgl. *Eric Hilgendorf*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebens- und Würdeschutzes, in: (Hrsg.) Carl Friedrich Gethmann/Stefan Huster, *Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik*, 2010, S. 175 ff.; *Werner Heun*, Menschenwürde und Lebensrecht als Maßstäbe für PID. Dargestellt aus verfassungsrechtlicher Sicht, a.a.O., S. 103 ff.

62) *Eric Hilgendorf*, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, S. 68. なお、最近、本書の邦訳が出版された。エリック・ヒルゲンドルフ（高橋直哉訳）『学習と実務・医事刑法入門』（2019年）114頁以下参照。

63) この基本法2条2項1文による未出生の生命の保護については、潜在性の論

尊厳」(基本法1条)や「生命に対する権利」(基本法2条2項)をどこまで認めるかには見解の相違はありうるが、胚細胞が人に発達しようという潜在力もつがゆえに十全の保護を要するというのである。この立場は、カトリック教会によって唱えられる。例えば、枢機卿ヨゼフ・ヘフナーの名前を冠して2002年に創立された「ヨゼフ・ヘフナー協会」(Joseph-Höffner-Gesellschaft)の発行する冊子では、このような立場から「胚の尊厳」が論じられている<sup>64)</sup>。

(b) 基本法における人間の尊厳と生命に対する権利

出生前の人の生命に対する法的地位を論じるに当たっては、まず、国内法秩序の頂点に位置する憲法・基本法上の地位を論じておこう。

ドイツの基本法は、その第1条に以下のように規定している。「人間の尊厳は、不可侵である。それを尊重し保護することは、あらゆる国家権力の義務である」<sup>65)</sup>(1項)。「ドイツ国民は、不可侵で譲ることのできない人権をあらゆる人間社会、世界における平和および正義の基礎であると認める」(2項)。また、第2条では、「すべて人は、他人の権利を害せず、また、憲法に適合する秩序又は倫理規範を害しない限り、その人格を自由に展開する権利を有する」(1

---

↘ 拠 (Potenzialitätsargument)、同一性の論拠 (Identitätsargument) および継続性の論拠 (Kontinuitätsargument) によって、これを論証しようとされている (これについて、vgl. *Gloria Berghäuser*, *Das Ungeborene im Widerspruch*, 2015, S. 77 ff., 82 ff., 102 ff.)。

64) *Manfred Spieker/Christian Hillgruber/ Klaus Ferdinand Gärditz*, *Die Würde des Embryos*, 2012, S. 7 f.

65) ドイツにおける「人間の尊厳」論については、わが国でも多くの紹介・分析がある。主な著書として、松田純監訳「ドイツ連邦議会審議会答申(松田純監訳)『人間の尊厳と遺伝子情報』(現代医療の法と倫理〈上〉)」(2006年)、「ドイツ連邦議会審議会答申(同監訳)『受精卵診断と生命政策の合意形成』(現代医療の法と倫理〈下〉)」(2006年)、ミヒヤエル・クヴァンテ(加藤泰史訳)『人間の尊厳と人格の自律——生命科学と民主主義の価値——』(2010年)、西野基継『人間の尊厳と人間の生命』(2016年)、盛永審一郎『人受精卵と人間の尊厳——診断と研究利用——』(2017年)参照。生殖刑法に関するドイツ語文献としては、vgl. *Bong-jin Ko*, *Menschenwürde und Biostrafrecht bei der embryonalen Stammzellenforschung*, 2008; *Jens Rohrer*, *Menschenwürde am Lebensanfang und am Lebensende und strafrechtlicher Lebensschutz*, 2012.

項)。「すべて人は、生命及び身体の完全性に対する権利を有する」(2項)。「人格の自由は不可侵である。この権利が侵害されるのを許すのは、法律に基づくときのみである」(2項)と規定する。この「人間の尊厳」と「生命に対する権利」が、受精後未出生の「胚」ないし「胎児」に認められるかが問題である。この議論は、墮胎行為に対して胎児の生命を奪うことは、人間の尊厳に反するか、胎児の生命権を侵害するかという形で争われた。

(c) 連邦憲法裁判所墮胎判決

(i) 1975年2月25日連邦憲法裁判所判決<sup>66)</sup>

この事件の手続対象は、受精後12週内の妊娠中絶を一定の条件のもとで不処罰とする第5次刑法改正法のいわゆる期間解決(Fristlösung)<sup>67)</sup>が基本法に適合するかという問題であり、この判決は、1975年6月18日の刑法218条aで採用された期間解決につき、母胎内で生育する未出生の子供の生命保護に関して独立の法益として憲法上の保護を受けるとして、一部違憲を認めたものである。本判決は、基本法1条1項の保護を受けるとし、「人間の生命が存在するところでは、人間の尊厳が属する」とする。この意味の生命は、いずれにせよ受胎(着床・個体化)後14日からは存在するという<sup>68)</sup>。この判決は、基本法2条2項1文の「生命権」が胎児に及ぶとも論じているが、それが出生後の人と同等である必要はないとも論じている。

本判決の要旨をまとめると、(1)母体内で発育した生命は、独立の法益として憲法(2条2項1文、1条1項)の保護のもとに服する。(2)国家の保護義務は、発達中の生命に対する直接の国家による侵害を禁じるのみならず、生命を保護し支援するよう国家に命じる。発達する生命を保護する国家の義務は、母

66) BVerfGE 39, 1.

67) 妊婦が事前に相談所に相談した場合には、医師の手になる受精(Empfängnis)後3ヶ月内の妊娠中絶を許容されるものとする制度。

68) BVerfGE 39, 37. 本判決によれば、この引用に続いて「その担い手が、この尊厳を意識しているか、それを自ら保持することを知っているかどうかが決定的ではない。人間の尊厳を根拠づけるには、はじめから人間の存在に備わっている潜在的な能力で十分である」(BVerfGE 39, 1 ff., Rdn. 151)という。Vgl. Rohrer, aa.O., S. 71.

親に対しても向けられる。(3) 胎児の生命の保護は、原則として妊娠の全期間、妊婦の自己決定権に優先し、一定の期間を問題にされてはならない。しかし、「未出生の生命の相当で効果的な保護に対する義務が認められるとしても、基本法2条2項1文は、出生後の生命と同等の生成中の生命の保護を要求しているわけではない。したがって、立法者は、保護が、別の方法で、未出生の生命の当罰性と要罰性の要件に相応する限り、未出生の生命の（出生した人と）同ランクの刑事法上保護すべく決定する必要はない」。

本判決では、母体内の未出生の胎児について、生命権の保護を肯定しているが、出生後の人の生命と同列に保護する必要はないとする。この意味の生命はいつから存在するのかについては、判決は、「いずれにせよ受胎後14日から」としているので、それ以前については、その可能性を否定はしていない。

(ii) 1993年5月28日 連邦憲法裁判所判決<sup>69)</sup>

本判決も、妊娠中絶に関するものであって、第2判決といわれるものである<sup>70)</sup>。その要諦は、基本法は、国家をして人間の生命、すなわち未出生の生命をも保護する義務を与えており、人間の尊厳は、すでに生まれる前の人間の生命にも与えられるというものである。

以下でさらに、この判決の要旨をまとめた命題の一部を紹介しておく。

基本法は、国家に、人の生命を、未出生のそれも含め、保護する義務を負わせている。この保護義務は、その根拠を基本法1条1項にもつ。その対象と——そこから生じる——その基準は、基本法2条2項によって細かく定められている。人間の尊厳は、すでに未出生の人の生命にも与えられる。法秩序は、未出生者の自身の生命権の意味におけるその発達の法的条件を保障しなければならない。この生命権は、母親の側が承認することによってはじめて根拠づけられるものではない。未出生者に対する保護義務は、「個々の生命」に関するものであって、人間の「生命一般」に関するというものではない。法的保護は、その母親に対するものとしても、未出生者に与えられる。そのような法的保護

69) BVerfGE 88, 203.

70) この判決についても、西野・前掲書62頁以下参照。

は、立法者が母親に妊娠中絶を原則的に禁止し、それによって、子供を出生まで懐胎する原則的な法的義務を課するときのみ可能である。妊娠中絶の原則的禁止と、子供を出生まで懐胎する原則的義務は、憲法上命じられた保護の二つの不可分に結合された要素である。妊娠中絶は、妊娠の継続中ずっと原則的に「不法」とみなされ、それによって法的に禁止されているものでなければならない。未出生者の生命権は、たんに限定された期間だけであったとしても、第三者の、それが母親であったとしても、自由な、法的に拘束のない決断に委ねられてはならない。未出生のヒトの生命に対する保護義務の射程は、一方では、保護されるべき法益の意義と要保護性に鑑みて、他方では、それと競合する法益に鑑みて決定されるべきである。未出生者の生命権によって競合する生命権としては、その際、——その人間の尊厳の保護と尊重に対する妊婦の請求権から出発して——とくに生命と身体の完全性に対するその権利並びにその人格権が考察に上る。これに反して、妊婦は、妊娠中絶に付随する未出生者の殺害に対し、基本法上その4条1項において保護された法的地位を請求できない。女性の基本権は、——一定の期間についてはあっても——子供を懐胎し続ける法的義務が一般的に無くなるまでは及ばない。女性のこの基本的立場は、もとより、そのような法的義務を課さないことが、例外状態では、許され、また、このような事案の多くの場合には可能な限りそれが必要であるということにつながる。このような例外状態を個々の場合に期待可能性の基準に従って決定するのは、立法者の任務である。

「判決理由」においては、細胞の核融合から人に至る連続する過程について、次のように述べられている。「生物学的に見れば、人間の生命の発展は、卵細胞と精細胞の核の融合から始まり、個人の終焉で終わる連続した過程である。着床も出生も、このような観察においては一つの区切りでしかない。それにもかかわらず、立法者は、様々な発展局面において異なった法的効果を結び付けることが許され、また、これを事情に応じて実際に行わなければならない」。本判決では、着床以前の受精卵の段階についても、法的保護の範囲に属する可能性についてすでに言及されている。

本判決では、基本法上の未出生の人の「生命権」を認め、従来、妊娠中絶を「違法でない」としていたのを違憲として、それを「違法」としている。した

がって、この判決以降、妊娠中絶は、要件が満たされれば「正当化される」のではなく、妊婦が中絶の少なくとも3日前に妊娠葛藤相談所に相談をして、医師の手により、妊娠12週を超えていないという場合に許される根拠は「構成要件が実現されていない」と説明されることになり、このことは、刑法218条の現行規定に反映されることになった<sup>71)</sup>。ただし、医学的・社会的または刑事学的適応が存在する場合（ドイツ刑法218条a 2項、3項）には、違法でないとする。妊婦には、妊婦自身の生命・身体・人格権が、胎児の生命権に競合するが、他方で、出生まで胎児を懐胎しつづける原則的義務を認め、未出生の子を殺害する法的地位をもたないとする。

(d) 人間の尊厳と生命権の射程の考察

(i) 人間の尊厳

① 人間の尊厳と生命権の関係 まず、「人間の尊厳」および「生命権」が「胚」に及ぶかについては、憲法上の文言において明確な解釈が可能というわけではないことに留意しなければならない。これらの二つの判決も、着床ないし移植までの期間については、明確には言及していない<sup>72)</sup>。人間の尊厳概念がどこまでの射程をもつかについては、従来、「定義できない」とされ、積極的にその内容を確定することは不可能とされてきた。そこで、いわゆる人を客体として取り扱うのは人間の尊厳に反するといういわゆる「客体公式」(Objektformel)<sup>73)</sup>が展開されてきたが、これも曖昧であるとして批判にさらさ

71) ドイツ刑法218条aの1項では、218条の「構成要件は実現していない」とし、2項、3項では、「違法ではない」とする。ただし、理論的には、構成要件を実現しない行為がなぜ違法なのかは説明を要する課題である。実質的に考察しても、適応事由のある2項・3項の中絶が違法でないなら、それのない行為は、「妊娠中絶」という文言に当てはまらないのではなく、典型的に期待可能性がなく「責任」が否定されるという方が理解しやすいであろう。

72) ただ、憲法裁判所は、生命の始まりと尊厳の保護を卵子と精子の融合、すなわち、受精をもって認めるというように解しているように見える。人間の尊厳は、一切の人間の生命に、その発達段階とは独立に与えられるとする（BVerfGE 88, 251.）。

Vgl. Jens Rohrer, aa.O., 2012, S. 72 f.

73) Dürig, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 22.



れている<sup>74)</sup>。ところで、この文言の解釈としては、それらが権利の「客観的な保護の範囲」が胚にまで及ぶかという問いと、胚が「主観的な権利」をもつかという問いに分けて考察することができる。人間の尊厳論と生命権論において、これらが平行に連結するの（連結説）か、連結は切り離されるの（非連結説）かについては、両論がある<sup>75)</sup>。もとよりこの対立は、両概念をどのように理解するかにかかっている。例えば、生命権を生物学的な生きる権利と解し、人間の尊厳を社会的・文化的な概念と解するならば、おそらく生物学的生命権を基礎として、それに対する社会的価値の問題としての人間の尊厳と捉えることになる。逆に、生命権を主観的権利と捉えるなら、受精卵には主観的権利は認められず、たんに法の客観的保護範囲が受精卵や胚ないし胎児にも及ぼされると捉え、生命に発達しうる受精卵も一定の尊厳をもって取り扱われるべきだといふのならば、人間の尊厳はこれらにも妥当すると説明することになる。

まず、基本法第1条の「人間の尊厳」の概念が、類的存在としての人間（人類）の尊厳<sup>76)</sup>を意味していることを出発点とし、人格の自由、人格の不可侵の権利ないし生命権・身体の不可侵の権利などの諸権利を保障した基本法2条は、人間の尊厳から具体化されたものであることから、人間の尊厳と生命権は区別され、「人間の尊厳」が他の基本権との比較衡量の対象にはならないのに対して、「生命権」は、それに馴染むとされる<sup>77)</sup>。人間の尊厳の概念の内容を定義するにあたっては、大別して、人間の「能力」を基準とする「能力論」と、尊厳を、一定の共同体内において尊厳の主体である者として承認することによって成立する関係概念であるとする「承認論」、それをすべての人間のもつ普遍的な法的地位であるとする「地位論」がある<sup>78)</sup>。最後の地位論は、フィク

---

74) Beck, aa.O., S. 196.

75) これについて、西野基継・前掲書、とくに69頁以下参照。

76) 前掲『ドイツ連邦議会審議会答申・人間の尊厳と遺伝子情報・現代医療の法と倫理（上）——』（松田純監訳・中野真紀・小椋宗一郎訳）（2004年）14頁。

77) これについて、前掲ドイツ連邦議会審議会答申・同書14頁以下。

78) 能力論、承認論、地位論については、前掲ドイツ連邦議会審議会答申・同書15頁以下。

ションとして措定されるものなので、それを否定される人間はいないことになるが、前二者は、その能力のない者や承認を拒否される者を認めることになる。

② ヒトの萌芽の発達過程における区切り 次に、人間の尊厳という場合の「人間」の概念の範囲につき、出生前の段階におけるヒトの萌芽のどこまでを含むのが問題となるほか、「尊厳」の程度につき、出生後の人間との間ないし「人の萌芽」の発達の段階の間に保護の差異はなくいずれにせよ無条件に保護されるのか、その発達の段階に応じて尊厳の度合いが増大するのかが問われる。人間の尊厳の段階の発達に区切りをつける場合、何を基準にするのかが問われるべきであるが、この観点から、まず、受精から胎児を経て人が出生するまでの経過を再確認しておこう<sup>79)</sup>。

ヒトの生命のそもそもの出発点は、男性の精細胞としての精子と女性の生殖系細胞としての卵細胞である。この一対の生殖系細胞を表すに「配偶子」(Gamete) という概念が用いられることもある。性行為の自然の経過によって、もしくは、人為的に、受精が行われる。「受精」は、精細胞が卵細胞に侵入して、つまり、男性と女性の前核 (Vorkern) が結合して、つまり、いわゆる受精卵によって行われる。接合といわれるのは、その際起こる男性と女性の染色体の融合である。両染色体が、以後、受精卵として発達可能な細胞を形成する。受精の過程は、総じてほぼ24時間続く。この受精卵は、第1週のうちに細胞分裂の幾つかの段階を経て着床能力のある胚盤胞に発達する。その中間段階とは、繰り返される細胞分裂、すなわち、いわゆる割卵の結果として生じる、2分割細胞期、4分割細胞期、そして8分割細胞期である。8個の細胞はいまだ「全能性」をもち、いまだ分化していない。8分割細胞期から16分割細胞期になって初めて形態発生的分化が生じる。細胞は、ここで「多能性」をもつに至る。16分割細胞期への移行期の後は桑実胚と呼ばれる。受精の約5日後、胚盤胞は、成熟し、子宮壁(子宮内膜=Endometrium)に着床する。この過程は、「着床」(Nidation)と呼ばれる。それは10日から14日の間に終了する。2週の末ないし

79) 以下の記述は、主として、*Jens Rohrer*, aa.O., S. 67 ff.

3週目の始めに、いわゆる原始線条の形成<sup>80)</sup>と胚の軸構造(胚軸)の生成に至る。次に個体化が生じる。この時点まではまだ多胎児の形成が可能である。受精と受精卵の着床の間の期間は、前胚期と呼ばれる。第2週に胚盤胞から、二葉の胚盤葉、羊膜腔、原始卵黄囊からなる胚の基盤(Embryoanlage)が発生する。すでに第3週目には、胎児の体の形ができ、中枢神経システムの基盤<sup>81)</sup>ができあがる。第5週と8週の間、胚は、人間の形をまとう。第7週以降、心音がする。8週までの発達段階を「胚」の段階という。それに続いて第3月目から誕生までに至る「胎児」の期間(Fatalperiode)が始まる。その後、胎児が動くが、まだ妊婦がそれを感じることはない。妊娠10週目の終わりには、器官の基盤ができあがる。18週から20週で母親に感じる動き(胎動初感)が出る。少なくとも出生して体外で生きる能力が少しでも出てくるのは22週からである。

## (ii) 生命権

### ① 生命権の内容

基本法2条2項1文は、「何人も、生命、身体の不可侵性に対する権利を有する」と規定し、同項3文では「本法を根拠にしてのみ、これらの権利を害することができる」と規定する。ここでは、生命の保護を定める。生命とは、生物学的観点からして人間の人格と自律の発展の基盤である。人間の生命は、「人間の尊厳の生命上の基礎(vitale Basis)」であるとされ、また、生命権は、憲法の最高の価値の一つであるとされる。ここでいう「何人(jeder)」に受精卵や受精胚が含まれるか。「生命に対する権利」とは何かが問題である<sup>82)</sup>。生命に対する権利の効果の方向には幾つかのものがある。主観的・法的地位は、第1に、生命という法益に対する国家の侵害の一切の形式に対する防護権を

80) この議論につき詳しくは、盛永審一郎『人受精胚と人間の尊厳——診断と研究利用——』(2017年)20頁以下、西野・前掲書76頁以下参照。

81) そこで基準とされるのは、感覚能力、痛みを感じる能力、自己意識、自己尊重能力などであり、これらの基準は、胎児の段階から、それを超えて新生児の段階までにも及びうる。ニクラス・ルーマンのように、人間は、人格として自己表現するものだと考えるなら、新生児も人格をもたず、ましてや受精卵や胎児の段階では未だ人間ではないということになろう(西野・前掲書17頁以下参照)。

82) 西野・前掲書50頁以下参照。

む。これは、「防護機能」であり、消極的地位といってもよい。この国家に対する不作為の要請は、基本権主体の主観的・法的地位に相應する。第2に、「保護機能」である。私人たる第三者の侵害に対しても、自由権に潜む地位の積極的保護のための国家の義務が存在するということは、すなわち、いわゆる保護義務は、今日、もはや正面からは争われてはいない。第三者の侵害に対する保護がなされていないということは、国家の不作為による基本権侵害を意味する。それは、積極的作為による原初的な国家の侵害と同様の基準で測られるものである。これと異なる根拠づけは、社会国家原理からなされるものである。

さらに、国家的保護義務の内容については、これまでに述べたような保護義務を超えて、基本権的保護義務の次元では積極的行動に対する「国家の作為義務」が根拠づけられる<sup>83)</sup>。生命に対してそれを保護・助成するような位置に立つのが国家の義務である。生命の保護のために役立つのは、まず、国家の給付の意味における積極的措置である。それに次いで、消極的な意味で、禁止を發するという可能性があり、その禁止に反した場合は制裁を設ける。積極的地位としての国家の助成・給付義務は、第三者の侵害的行為に対する国家の保護とは異なる。このような助成・給付義務は、第三者の侵害とは独立に生じる。

## ② ヒトの発達時点に応じた生命保護の範囲

(ア) 「着床」時点説（連続性根拠説） 生命権の基本法上の保護の開始時点がいつかという問題<sup>84)</sup>について、とくにそれを一定の時点に特定する根拠を中心にして、連邦憲法裁判所がこれをどのように見ているかを明らかにしておこう。まず、1975年の連邦憲法裁判所の妊娠中絶判決<sup>85)</sup>において、出生前の生命を基本法2条2項の保護に含める。生物学的意味で生命を有するものに保護を認めた根拠を、人間の尊厳の場合と同様に、人間の発達の「連続性」を根拠にする。しかし、着床以前では早すぎるのであって、いずれにせよ遅くとも

83) Rohrer; a.a.O., S. 101.

84) Rohrer; a.a.O., S. 103 ff.

85) BVerfGE 39, 1, 36. Rohrer, aa.O., S. 103. この判旨については、西野・前掲書61頁以下。

「着床」の時点からはこのことが妥当するという。1993年の第2の連邦憲法裁判所判決<sup>86)</sup>によっても、「着床」の時点から個人の、遺伝的に同一性の確定できる生命が存在するという。母親による妊娠の認識は不要である。受精の時点まで遡るかは読み取れない。文献においては、「受精」の時点とするものが多く、その際、「潜在力」「同一性」「連続性」の三つの概念を手がかりとする<sup>87)</sup>。このうち、連続性を用いる論証がもっとも多い。受精以後は、ヒトへの発達において本質的な中間休止なく連続した生命の発達の過程であるというのである。

(イ) 着床時点説(個別生命説) 着床を開始時点とする見解は、医学的・生物学的には、受精は、確かに、種に特有の生命(artspezifisches Leben)ではあるが、個別の生命(individuelles Leben)ではないとする点を根拠とする。人間の生命とは、個人を前提とする個別的要素を内在するものだからである。妊娠中絶を認め、刑法218条2項における着所前の着床阻害行為を合憲とする憲法裁判所の判断は、着床前の生命は、憲法の保護下にないということから出発している<sup>88)</sup>。

(ウ) その他の見解(多能性説・人格性説・胎動初感説・出生後の自我意識説など) その他の見解を検討しておくとして、まず、「多能性」の開始時点とする見解については、この見解は、個人の遺伝子的同一性の確定を基準とする<sup>89)</sup>。これに対して、受精後およそ35日目からの脳波の発生を生命の開始時点とする倫理的見解は、それまでの自然な作用とは異なり、この時点で本質的に新たな出来事、すなわち、人間の「人格性」の基盤が発生するという。この見解は、生命の終点である死の時点、脳死の時点とする見解とパラレルな基準によるべきだとする<sup>90)</sup>。このほか、子宮内での胎児の運動(胎動初感)の開始を生命保護の時点とする見解も唱えられている<sup>91)</sup>。アメリカでは、子宮外での生命の保続可能性

86) BVerfGE 88, 251 f. *Rohrer*, a.a.O., S. 104.

87) *Rohrer*; a.a.O., S. 104.

88) *Rohrer*, a.a.O., S. 106.

89) *Rohrer*; a.a.O., S. 106.

90) *Jan C. Joerden*, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2002, S. 122.

91) *Rinhold Zipperius*, *Form: An den Grenzen des Rechts auf Leben*, JuS 1983, S. 660.

という基準も用いられる<sup>92)</sup>。これに影響され、ヘルスターは、個人に生命権が認められる時点をも、人格性 (Personalität) に求め、自我の意識 (Ichbewusstsein)、理性、自己の将来に対する表象を基準とする<sup>93)</sup>。ヘルスターは、生存本能 (Lebensinstinkt) ではなく、生存の利益 (Lebensinteresse) にのみ、生物に、生命権を認める十分な理由があるという<sup>94)</sup>。そして、彼は、その区切りは「出生以外の限界」にはないとし<sup>95)</sup>、そこに生命権の始まりを求め<sup>96)</sup>。さらに極端に、ピーター・シンガーは、その人格性を出生した幼児の発達過程に求めている<sup>97)</sup>。しかし、これらの受精時点ないし着床時点以外の時点を生命権の開始時点とする見解には問題がある<sup>98)</sup>。脳波の発生も胎児の運動開始時点も、人格性の発生も、あるいは、体外で生命を保続することが可能となる時点も、基準として曖昧で、遅すぎる。人間の生命の萌芽である体外の受精胚の保護には役立たない。

生命としての保護の開始の時点を決定するにあたっては、方法論的には医学的・生物学的根拠を基礎としつつも、規範の観点から決定すべきであると思われる。法的意味からすれば、着床時点も、墮胎罪の保護の開始時点としては妥当ではあるが、内容に段階を付けるとしても、着床までの段階の生命の萌芽の何らかの意味の法的保護には役立たない。受精時点では、いまだ人間という種に特有の人間の生命ではあっても、個人の生命ではない<sup>99)</sup> という、受精時点

92) *Winfried Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 112 ff. アメリカの最高裁 (ロウ対ウェイド裁判) で採用された。これについて、ピーター・シンガー『実践の倫理』(山内友三郎・塚崎智訳) (新版) 169頁以下参照。

93) *Norbert Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat – Argumente gegen den 218, 1991, S. 70.

94) *Hoerster*, Wie schützwürdig ist der Embryon? 2013, S. 65 ff.

95) *Hoerster*, a.a.O., S. 68.

96) しかし、これによって、この立場が直ちに墮胎が完全に自由だという立場と一致するわけではないとする (a.a.O., S. 71)。

97) *Peter Singer*, Praktische Ethik, 2. Aufl., 1999, S. 101 ff. 本書の翻訳として、前掲ピーター・シンガー『実践の倫理』183頁参照。

98) *Rohrer*; a.a.O., S. 109.

99) これについて、vgl. *Rohrer*; a.a.O., S. 110.

からの保護に対して反対する論拠は、保護の内容にかかわる観点であろう。

### ③ 生命保護の形態

(ア) 主観的権利か国家の保護義務か 基本法2条2項による生命の保護の内容については、問題は、未出生の生命が憲法上の主観的権利の性質をもつものとして保護されるか、それとも、基本法の基本的価値秩序を示した国家の保護義務を表したもののかにすぎないのかである<sup>100)</sup>。これに関しては、受精の時点から主観的権利をもつものとして国家による法的保護が与えられるとする見解がある。この見解は、基本権の主体となる能力と、裁判所を通じてその権利の貫徹を求めうるかという問題を連動させるものである。ここで中心に置かれるのは、受精からの生命の潜在力と連続性の基準である。この見解に対しては、受精と着床の間の時期には、種に特殊な人間の生命が存在するだけであり、主観的権利は認められないというのである<sup>101)</sup>。それによれば、憲法裁判所の見解と同様、基本法2条2項は、着床前には、客観的価値秩序の一部として作用するのであって、それは主観的権利という地位から独立に存在する国家の保護義務を根拠づけるものである。この見解によれば、妊娠12週までは母親が主観的権利をもたない胎児をいつでも処分できることになる<sup>102)</sup>。しかし、憲法裁判所は、期間解決判決の中で「未出生者の権利」<sup>103)</sup> という表現を用いているが、それによって客観的要素と主観的要素の切り離しは相対化されている<sup>104)</sup>。

(イ) 生命保護の段階づけ (発達モデルとあれかこれか説) で完全に評価を分け、未出生の期間を、胎児等の成長・発達によって段階づけるいわゆる「発達モデル」(Wachstumsmodelle) と、胎児等の未出生の期間のあらゆる発育段階にお

---

100) Rohrer, aa.O., S. 119 ff.

101) Rohrer, aa.O., S. 120.

102) 刑法218条 a の3項では、刑法176条から179条までの性的濫用等の違法行為によって妊娠した場合には、12週までであれば一定の要件のもとで中絶が許され、3項によれば、助言を受けた後、医師の手によって中絶が行いうる期間は、受精後22週を超えない期間である。

103) BVerfGE 39, 50. Vgl. Rohrer, aa.O., S. 122.

104) Rohrer, aa.O., S. 122.

いて完全な保護を認める「あれかこれか説」(Alles-Oder-Nichts-Lösung)が対立している<sup>105)</sup>。この説は、未出生段階のヒトに法的保護を認めるのであれば、出生後の人と同じ保護を与えるべきであり、段階的区別はしないという見解である。その理由としては、出生がそれによって社会の一員として認められるという以外に未出生と出生の間を区別する理由がないからだとする<sup>106)</sup>。

④ 人間の尊厳(基本法1条1項)と生命の保護(同法2条2項)の関係

(ア) 人間の尊厳＝全価値体系の基礎説 まず、人間の尊厳は、それに続く自由に関する基本権に対して、憲法の「全価値体系に対する基礎」という意味をもつという見解がある。それらの権利は、それぞれの個人につきその人間の尊厳から発達してくる価値・尊重要求が、個々の基本権に分けられ具体化するのである。すなわち、個々の基本権はすべて、人間の尊厳というその中核を含むのである。

(イ) 人間の尊厳＝基本権の根底、個別基本権＝その具体化説 次に、この見解をさらに展開し、その関係に関し、基礎としての人間の尊厳とその具体化としての個別基本権の相互作用関係であるという考え方がある<sup>107)</sup>。人間の尊厳は、「基本権の根底」であるとし、個別基本権は、人間の尊厳の具体化であり、状況と発展に条件づけられたその現実化であるとする<sup>108)</sup>。

(ウ) 人間の尊厳＝生命権連結説、(生物学的事実・社会的評価)分離説、折衷説、制限の制限機能説 上記以外に、基本法1条1項と2条2項を「人間の生命は、人間の尊厳の生命上の基盤である」として人間の尊厳と生命権を一致させ結合させ同等化させる見解がある<sup>109)</sup>。さらに、逆にこのような連結を断つべきだとする「切り離し」(＝分離、Entkopplung)説も唱えられている<sup>110)</sup>。1条1項と2条2項を規範的評価において別のものであるとして、生命権と人間の尊厳

105) Rohrer, aa.O., S. 124.

106) Rohrer, aa.O., S. 124.

107) Rohrer, aa.O., S. 134 ff.

108) Rohrer, aa.O., S. 133. *Härberle*, HdStR Band 2

109) Rohrer, aa.O., S. 134.

110) Rohrer, aa.O., S. 134. *Dreier*, in: *Dreier*, Art. 1, I GG Rn. 67.



には、保護利益に関しても、侵害態様に関しても、明確に区別されるべきであるとする。生命は、生物学的事実であるが、人間の尊厳は、社会的評価だからである。したがって、生命の保護は、未出生の段階で与えられるが、尊厳の保護は後の時点で、すなわち、出生時点に設定されるとする。これに対して、折衷説は、同等化と完全分離の中間説（相互補完説 = Durchgriffsgedanke）である<sup>111)</sup>。これによれば、生命保護と尊厳保護は原則として独立で並立する。例えば、殺人がかならずしも尊厳の侵害につながるわけではないし、殺人にはない尊厳侵害も可能である。その点で、外部からの処分可能性に対する保護に関しては、基本法2条2項は、1条1項と比べて高い具体化比率にもとづき優先して援用されるべきである。例えば、殺人という侵害行為に伴う特別な付随事情があるとき、人間の尊厳違反は、「最後の防衛線」として位置づけられるのである<sup>112)</sup>。最後に、人間の尊厳を生命権に対する侵害にあたっての「制限の制限」としての機能を果たすものと位置づける見解がある<sup>113)</sup>。例えば、殺人罪について、三段階の検討を行う。第1は、生命という法益（の侵害）が明示的な「法律の留保」のもとに服するということであり、第2は、行われた侵害が比例性を保つことである。いわば、「相対的な制限の制限」である。ここでは、価値（利益）衡量による事例毎の解決に出番が与えられる。第3の段階として、「人間の尊厳」が登場する。ここでは、特別の事情が、同時に尊厳の侵害として加重的に作用しないかが検討される。ここでは、価値衡量の余地はない。人間の尊厳は、「絶対的な制限の制限」として機能する。かくして、基本法1条1項は、「独自の基本権保障」の機能と並んで、「個別基本権としての生命権の制限可能性」を制限する機能という二重の機能を果たすのである<sup>114)</sup>。

(d) 出生前のヒトの生命の法的保護に関する若干の考察

上で検討・紹介した見解は、宗教、倫理、哲学、医学、法学などの様々な視

---

111) Rohrer, aa.O., S. 134 ff.

112) Rohrer, aa.O., S. 135.

113) Rohrer, aa.O., S. 136.

114) Lindner, DÖV 2006, S. 585. Rohrer, aa.O., S. 136.

座からそれぞれ人間の尊厳や生命権の根拠となる事実に着目して区切りを設けている。これらの観点のなかでも、とくに生物学的・医学的事実は、その法的・倫理的判断の基礎に置かれるべきである。しかし、胚を法的に評価するにあたっては、現行の法秩序の中での、受精卵や「胚」、「胎児」、または「人」の現行法上の法的地位を前提にして評価する必要がある

(ア) 生殖細胞・卵細胞段階説 この観点から多岐にわたる見解<sup>115)</sup>のうち、まず、人間の尊厳の保護を受精前の生殖細胞の段階ですでに認め、さらに、受精前の生殖細胞あるいは生殖系細胞であって、精子細胞の侵入から核融合が終わる段階までの卵細胞にも尊厳を認める(シュタルク)らの見解<sup>116)</sup>は、一般には早すぎる。未受精の生殖細胞に人間の尊厳を肯定する見解も、人体の構造上、これらが、体外に排出される摂理に服し、この自然の摂理を法によって禁止し、体外に排出された精子や卵子が「生命の萌芽」ではあっても、これらを「物」以上のものとして保護することは不要だと思われる。

(イ) 受精段階説 受精に尊厳の開始を認める見解が通説とあってよいであろう。その論拠としては、受精によって新たな染色体の一对が生じる、これで遺伝コードが確定する、潜在力、同一性および継続性が、尊厳を認めるに十分な程度となるといった点が挙げられる<sup>117)</sup>。この見解が、人の生命の始点を受精という明確な時点に求める点でもっとも明確である。

(ウ) 受精と出生の中間のいずれかの時点説 その他の受精から出生までの時点に区切りを設ける見解は、着床時点を除いては明確性を欠く。まず、全能性が終了し、多能性が開始する時点に求める見解は、その時点からは、全能性のなくなった細胞が分割・発達しても個人たる人となることはないという根拠に基づく。受精約14日後の着床ないし個別化が決定的だとする論拠は、これに対立する。この時点で多胎児が発生しなくなり、個人に同一化可能な生命が存在するのであって、まさにこの時点でこそ人間の尊厳の一回性をなすという点に

115) これについては、Vgl. *Rohrer*, aa.O., S. 73 ff.

116) *Starck*, DJT 1986, SA 17.

117) *Rohrer*, aa.O., S. 74.

根拠を求める。そのほかに主張される脳の分離独立に区別基準を求める見解、あるいは受精後35日からの脳波の開始、または心臓の鼓動の開始説、胎動初感<sup>118)</sup>、未出生児の感覚能力、痛みを感じる能力、胎外で生存しうる能力の発生時点をもって人間の尊厳をもつ時点とする見解については、それぞれ人間の人格性の開始を思われる時点を基準とするが、不明確であり、法的な評価を変更する区切りとはなりえない。

(エ) ピーター・シンガーの人格権説 先に紹介したオーストラリアのピーター・シンガーが『実践の論理』<sup>119)</sup>で展開した功利主義的な「生命権」の思想も、法的には支持できない。シンガーは、権利の主体であること、人間存在の特殊な価値を置き、たんなる種に属することを基準にするのとは逆に、「人格概念」を基準とする。人格のみが、自意識、理性、未来志向によって際立たせられるものとする。シンガーは、さらに、自己決定能力まで要求するのであるから、これを持ちうるのは、一定の年齢に達した子供であるということになる。この見解も、前述のように、法学に観点からは、評価矛盾を含み、立法論としても実践的ではない。

(オ) 出生時点以降説 この見解と同様、社会的観点・法的観点を考慮して、権利の主体となり、要保護性が生じるのは、出生して「人」となったときからであるとする見解は、出生前の胚や胎児に法的保護の必要性を認めないもので、これらの人間の尊厳や生命に対する権利は、自然に備わるものではなく、社会によって承認されるものだと考える<sup>120)</sup>のではあるが、すでに法秩序は、自然人の権利能力の発生を出生に始まるとし、胎児についても、墮胎罪としての刑法上の保護、民法上・相続法上の例外的保護を認めているのであり、社会学・倫理学・哲学上の主張としてはあり得ても、法的問題の解決には全く役立たない。

118) 胎動初感については、シンガー・前掲『実践の論理』171頁以下参照。

119) Peter Singer, Praktische Ethik, Kapitel 4 und 6 (シンガー・前掲『実践の論理』4章100頁以下、6章164頁以下): *Robert Hoerster*, Die unbegründete Unverfügbarkeit ungeborenen menschlichen Lebens, JZ 1991, S. 504.

120) *Hilgendorf*, a.a.O., S. 68.

(e) 段階説の考察

胚を段階づけて保護するという立場（段階モデル＝Stufenmodell）が法的には妥当であろう<sup>121)</sup>。この説をとるのが、法学における通説であるといつてよい<sup>122)</sup>。この見解は、胚の発達に段階をつけて、段階ごとに法的保護に差を設け、出生によって完全な保護に至るとする立場だといつてよい。例えば、(1) 受精卵の段階と、(2) 全能性をもつ胚の段階と、(3) 着床後の胎児から出生までの胎児、とは少なくとも法的保護において区別されうる。人間の尊厳と生命に対する権利の間も、区別されうる。例えば、着床前診断につき、胚は、生命に対する権利が完全に保障されるわけではないが、人間の尊厳は、保障されるという見解がある。例えば、着床前遺伝子診断が、人間の尊厳に反するという論証には、障害者を生む、生まないの選択につき、人についてこれを行い、障害者を淘汰したナチスの安楽死計画と比較して、これを根拠づけるような論証<sup>123)</sup>が行われている。これに対して、生まれる前の胚が、生命に対する権利をもつかについては、胚が、独立の基本権の担い手であることは、否定されている。

出生前からの人間の生命については、この見解によれば、三段階に分かれる。第1段階は、受精卵の成立から着床までの期間であり、第2段階は、着床後の胎児の期間である。第3段階は、出生後、死亡までの期間であるが、これについては本稿の考察外である。

121) *Eric Hilgendorf*, Stufungen des vorgeburtlichen Leben- und Würdeschutzes, in: (Hrsg. v. Carl Friedrich Gethmann / Stefan Huster), *Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik*, 2010, S. 175 ff.; *ders.*, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2016, S. 68 f.

122) 未生の生命と臨死状態の生命の両者を考察し、出生前後で保護の優劣を認めたものとして、佐久間修「生命の刑法的保護」山中敬一先生古稀祝賀（下巻）（2017年）1頁以下参照。

123) *Ipsen*, Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro, *JZ* 2001, S. 991 f.; *Hilgendorf*, aa.O., in: *Recht und Ethik*, S. 179 f. ヒルゲンドルフは、発達途上の細胞を、障害者の虐殺とを同列に置くこの比較を繊細さを欠く悪趣味なものだと批判する。

(i) 受精後着床前の段階

精細胞と卵細胞が融合するまでの段階では、そのそれぞれの生殖細胞の由来する人の所有権として保護されることはあっても、特別の法的保護には服さない。人の体内の精細胞ないし卵細胞を損壊した場合は、傷害罪にあたりうる。刑法上は器物損壊罪が成立しうる。子宮内に入った精細胞ないし卵細胞あるいは、受精卵ないし受精胚を損壊した場合には、着床前は、墮胎罪が成立しないとすれば、いまだ母体中に存在し、母体の一部を構成するものとみなされるので、傷害罪が成立しうる可能性があるが、受精しなかった生殖細胞や、着床しなかった受精胚は、自然に外部に排出されるので、傷害罪を認めるのも困難であろう。これに対して、母体外の受精卵は、ドイツでは胚保護法によって保護される。

受精後着床までの段階では、受精卵が母体外に存在する場合、人間の尊厳や生命権をこの段階にまで及ぼす見解が有力である。この段階における保護の必要性については、細胞の事実上の発達能力を基準にして、胚の尊厳や生命権が論じられることがある。生殖細胞の核融合の後、全能細胞が人間への発達可能性をもつことによって、生命権があると見なすのである。この全能性をもつ細胞は、クローンによって事実上人を作成することができることも理由にする。生命権は、物理的に存在し、かつ事実上の発達可能性をもつとき、保障されるとする。しかし、この見解によれば、余剰胚は、これが子宮に移植されることはないのであるから、発達可能性はなく、生命権をもたないことになる<sup>124)</sup>。このことが、必然的に胚が主観的権利をもつと主張することになるわけではない。

(ii) 着床後の胎児の段階

胎盤に着床後、約12妊娠周期で、「胚」(Embryo)は「胎児」(Fetus)となる<sup>125)</sup>が、ドイツ語では墮胎罪の客体となる「胎児」を „Leibesfrucht“ という。

124) *Susanne Beck*, Stammzellforschung und Strafrecht, 2006, S. 200.

125) BT-Drucksache 17/5451, S. 8. なお、死産 (intrauteriner Fruchttod) とは、500グラムの体重のまたはそれ以上の体重の死亡胎児の出産、または少なくとも

ただし、墮胎罪（ドイツ刑法218条以下）の構成要件では、この言葉は使われていない。着床後の胎児が生命権をもつかが争われた判例がある。1992年のいわゆる「エランゲン妊娠事件」<sup>126)</sup> (Erlanger Schwangerschaftsfall) である。

本件は以下のような事案である。被害者は、1992年10月2日に交通事故の被害者となり、大学病院の外科の集中治療室に運ばれ、8日に脳死と判定された。しかし、被害者は妊娠13週から15週と推測される妊婦であり、診察の結果、健康な子供が生まれる可能性があると判断されたことによって、循環と呼吸は人工的に確保された。被害者は、死亡していたが、人間の脳死体は、生きている胎児を保護する唯一の入れ物（容器）であり、不可欠のものであった。この事案では、死亡した女性に、胎児の生命を保持する決定を行うために後見人の選任が必要かが問題となった<sup>127)</sup> が、実質的には、女性が、脳死後、尊厳をもって死亡することができずに、死亡過程が、医師によって人工的に引き延ばされた点が問題であった。これについて、裁判所は次のように言う。「女性の死後の人格の保護と未出生の胎児の生命権との衡量においては、生命権が優先されるべきである」。医師の努力もむなしく、5か月で母体内で胎児は死亡した。母体内で死亡した胎児は、刑法上保護されるかがなお問われる。ドイツ刑法は、「死亡した人間の身体、死亡した胎児、その一部、または死亡した人間の胚を、不当に、権利者の占有から盗んだ者、または、侮辱的な狼藉行為を罰する」(168条)。

---

↘22週の妊娠年齢の死亡胎児の出産をいう。

126) AG Hersbruck FamRZ 1992, 1471. あるいは、エアランゲン・ベイビー (Erlager Baby) の事件と呼ばれる。

127) 脳死後の生体の確保に関する被害者の意思表示はないが、胎児の生命を維持するというその意思は推定される。死亡した女性の推測される関心を実現するため、後見人をつける必要がある。へその緒を切る前に、または、母体のなかの胎児の死亡の前に、機能を維持する機械を停止させることについての暫定的後見人の決断には、裁判所の許可を必要とする。

#### IV. わが国における母胎内のヒト胚および胎児の法的保護

##### 1. ヒト胚と胎児の憲法上の地位とその保護

わが国の日本国憲法には、個人の尊重の規定（13条）があるが、この規定の主語は、「すべて国民は」とされており、国民の概念は、出生した人を意味し、受精卵やヒト胚に「個人」性を認めることは、その全能性・多能性という特質からも、「個人」であると認めることは難しいであろう。生命については、「生命」が、「自由及び幸福追求に対する国民の権利」と並んで、「最大の尊重を必要とする」（13条）とされており、「生命の尊重の要求」のみが規定されている。13条の規定を憲法上、国民の権利の一種として「生命権」が認められていると読むことは十分に可能である。しかし、ここでも国民の権利としての生命権である限り、一般的に見て、法律上明らかに例外が認められていない限り、国民ではない出生前の胎児、ましてや、着床前の受精卵やヒト胚に生命権が明確に認められていると解することはできない。そこで、憲法上の「人間の尊厳」ないし「生命権」は、少なくとも「着床以前の胚」には妥当しないと解される。

しかし、わが国の法律において「人間の尊厳」の概念が用いられているのは、クローン技術法である。その第1条において、「この法律は、ヒト又は動物の胚又は生殖細胞を操作する技術のうちクローン技術ほか一定の技術（……）若しくは人と動物のいずれであるかが明らかでない個体（……）を作り出し、……これにより『人の尊厳』の保持、『人の生命』及び身体の安全の確保並びに社会秩序の維持（……）に重大な影響を与える可能性があることにかんがみ、クローン技術等のうちクローン技術又は特定融合・集合技術により作成される胚を人又は動物の胎内に移植することを禁止する……」と規定している。しかし、人の生命の「安全」を確保するというのは、少なくとも権利義務の主体としての「生命権」を認めるものではない。しかも、ここでいう「人」とは、「胚」そのものを除いて、受精卵の被採取者や移植対象者あるいは出生後に「人」となった胚などの「人の生命」の安全性のことを意味していると解するのが自然である。「ヒト胚」を意味する場合、本法は、「ヒト」と片仮名を用い、出生後

の「人」については漢字で表していることからこのことは明らかである。

## 2. ヒト胚と胎児の民法上の保護

民法上は、「私権の享有は、出生に始まる」(3条1項)というのが原則であるが、損害賠償の請求権(721条)、相続(886条)、受遺者(965条)については「すでに生まれたもの」とみなされ、認知(783条)についても「胎内にいる子でも認知することができる」と規定する(1項)。「胎児」も、一定の場合には、私権の「主体」となりうることが認められているので、この限りでは、権利・義務の主体となりうる。しかし、母体外ヒト受精胚などについては民法には規定がない。したがって、「物」として扱われるほかない(民85条)。したがって、これを侵害すれば不法行為となって、損害賠償請求権が生じる(民709条)。

## 3. ヒト胚と胎児の刑法上の保護

刑法上も特別の保護が与えられるのは、受精卵が母胎に着床した後である。それ以前のヒト受精卵ないし受精胚であれば、体外にある限り「物」であって<sup>128)</sup>、その損壊ないし傷害は、器物損壊罪が適用されうる(刑261条)。ヒト受精胚が、母胎に移植され、胎盤に着床した後、受精胚は、胎児となる<sup>129)</sup>が、母体内の胎児については、墮胎罪(刑法112条以下)の「客体」となる<sup>130)</sup>。これによれば、着床までは、墮胎罪の客体とはならない。したがって、母体内に存在する人の受精卵や受精胚をその段階で破壊したときは、おそらく、体内の血液のみを外部から破壊したとき、傷害罪の成立の可能性が検討されるように、母親の体内にある細胞を傷害する行為にあたり、傷害罪の成立の可能性がある。

128) これについては、山中「身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義」(1)法学論集63巻2号(2013年)1頁以下参照。

129) 山中敬一『刑法各論』(第3版・2015年)101頁。

130) 母体保護法は、人工妊娠中絶を許容するが、通達によってそれが許容される期間は「妊娠22週未満」とされている。しかも身体的・経済的理由や抵抗・拒絶できない間に姦淫されたといった「適応事由」(母体保護法14条1項)が必要である。したがって、妊娠22週を越える胎児は、無条件に墮胎罪の保護客体となる。



#### 4. クローン技術法の保護

胎児の意義については、クローン技術法上のそれと刑法上のそれとは異なる。クローン技術法では、胎児は、「ヒト又は動物の胎内にある細胞群であって、そのまま体内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成の開始後のものをいい、胎盤その他の附属物を含むものとする」と定義される。「着床」とは、「胞胚が透明層より出て子宮内膜上皮に接着し、上皮を剥離して子宮内膜に侵入する現象である」とされる。着床は、受精後6～7日後に見られる。「栄養芽細胞は脱落膜中に侵入して絨毛を形成し母胎血液と接触して胎盤の原基となる」ので、着床によって胎盤の原基が形成されると考えられる。したがって、着床が胎盤の原基形成よりは早いと思われる。刑法上の「胎児」は、出生によって個体となる部分のみを指すと考えられるので、「胎盤その他の附属物」は含まないと考えられる<sup>131)</sup>。

### V. わが国における母胎外のヒト受精卵・受精胚の法的保護

#### 1. ヒト受精卵・ヒト受精胚の民法上・刑法上の保護

母体外の受精卵や受精胚については、人の生命の萌芽と考えられ、民法・刑法上も、特別の規定をする扱いを行う規定の創設が必要であろうが、現行法を前提とすると、「物」(民法85条)ないし他人の「器物」(刑法261条)として扱うほかない<sup>132)</sup>。そもそも受精胚を作成するには、医師ないし研究者は、卵子と精子の提供者の承諾を要する。もし、承諾なしに受精胚を作成した場合、もと

---

131) ドイツにおける出生前診断と着床前診断の倫理問題については、vgl. *Hille Haker, Ethik der genetischen Frühdignostik*, 2002, S. 100 ff. und S. 142 ff.

132) この場合、体外に取り出された組織や臓器が移植の予定で短期間体外にあるだけで、移植が迫っている場合、それを破壊することは、移植予定の身体の構成部分として扱われうるか、もしそうであれば、傷害罪が成立しうると構成することが考えられる(山中敬一・前掲「身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義(1)」法学論集63巻2号〈2013年〉6頁以下)。このことは、機能的統一性説をとれば、明らかである。しかし、心臓などの臓器とは異なり、それが存在しないことが、身体の完全性の侵害を構成すると認めるには困難があり、移植予定の身体に対する傷害罪が成立するとは言い難いであろう。

の精子ないし卵子を無断で混和させ、物の効用を毀損しており、器物損壊罪を構成する<sup>133)</sup>と考えられる。民法上は、不法行為であり、損害賠償請求権を根拠づける。精子・卵子の所有者の承諾を得て受精胚を作成した場合、所有者を異にする物が混和して識別することができなくなった場合に当たる（民法245条）として、または、動産の主従の区別できない付合にあたり、その合成物を共有することとなる（民法244条）か、精子と卵子の提供者達の共有となる。さらには、医師による体外受精によるのであるから、加工物にあたり、その材料の所有者に所有権が帰属するが、工作（体外受精）によって生じた価格が材料の価格を著しく超えるときは、加工者たる医師ないし研究者が「その工作物の所有権を取得する」（民法146条1項）。

しかし、受精胚の体外受精による樹立ないしそれに対するその後の侵襲については、現行法上は、上で展開したような法律構成になるとしても、問題なのは、総合科学技術会議の「基本的な考え方」などの指針やガイドラインによって、受精胚の作成・受精胚の利用・廃棄などについて規制していることである。それは、人間の生命の萌芽としての受精胚の位置づけからして、一般の「物」としてのみ扱うことは、社会倫理的に妥当ではないと考えられるからである。

---

133) これを早くに主張したのは、石原明「体外受精の法的視点と課題」ジュリスト807号（1984年）31頁、金澤文雄『刑法とモラル』（1984年）145頁。町野・前掲書『生と死、そして法律学』45頁は、「人間の生命体も『物』であるとするのは困難であろう」とする。たしかに個体に発育する可能性をもった「ヒト胚」を「物」とすることは通常の間隔にはなじまない。しかし、移植しなければ生命を維持できない「生命の萌芽」である人間に由来する組織体を身体から切り離された臓器・血液・組織と同様に、現行法制を前提とした法体系の中で「物」として保護することは拡張解釈の枠内にとどまると言えるのではないだろうか。2019年4月14日に、オランダで不妊治療のクリニックの院長だった男性医師が治療を受けた女性に無断で体外受精に自分の精子を用い、49人の子供を出産させていた事件が報道されたが、この行為が、民法上の不法行為に当たるとしても、刑法上器物損壊とするのも、傷害罪とするのも不自然であろう。

## 2. ヒト受精卵・ヒト受精胚の行政命令上・ガイドライン上の保護

### (a) ヒト胚の取扱いの基本原則

#### (i) ヒト胚の取扱いに関する包括的法規制の提案

わが国においてヒト胚の作成および利用について法的規制を設けるべきだとの観点から法律案が作成された最初の試みは、2000年（9月26日）に公表された、クローン技術規制法の立法に当たって、民主党から対案として提出された「ヒト胚等の作成及び利用の規制に関する法律案」<sup>134)</sup>であった。その第1条では「この法律は、人の生命の芽であるヒト胚の人為による作成及び利用が人の尊厳の保持並びに人の生命及び身体の安全の確保に重大な影響を及ぼすおそれがあること並びに人の属性を有する胚が人の尊厳の保持並びに人の生命及び身体の安全の確保に重大な影響を及ぼす個体の人為による生成をもたらすおそれがあるものであることにかんがみ、ヒト胚の作成及び利用について必要な規制を行うとともに、人の属性を有する胚の人又は動物の胎内への移植を禁止するほか、その作成及び利用について必要な規制を行うことにより、人の尊厳の保持並びに人の生命及び身体の安全の確保を図ることを目的とする」と規定する。本法案は、「ヒト胚の作成及び利用の規制」を行い、「人の属性を有する胚」を「人又は動物の胎内への移植」を禁止し、さらに「その作成及び利用」について規制するものであって、ヒト胚の取扱いについて包括的な法律を設けようとする案であり、「人の尊厳の保持」「人の生命・身体の安全」を保護する目的をもつ法案<sup>135)</sup>であったが、この民主党法案は採択されなかったという経緯がある。それに代わって、後に詳論するように「クローン技術規制法」が法律となり、クローン人間の作出や人と動物のキメラ・ハイブリッドの作出という「中核的行為」が法律によって規制され、ヒト胚の作成・利用などのその「周近的

134) この対案の条文については、民主党サイトアーカイブ (<http://archive.dpj.or.jp/>) 民進党ホームページ (<https://www.minshin.or.jp/> より)。

135) 法案第4条では「何人も、人の体外においてヒト胚を作成してはならない。ただし、生殖補助医療又は生殖補助医療に係る医学研究（……）として作成する場合は、この限りではない」と定める（1項）ほか、ヒト胚の使用禁止（2項）、ヒト胚の動物の胎内への移植禁止（3項）を定め、43条で罰則を設ける。

行為」は、行政指導としてのガイドラインによる規制に留めるという規制方法に向かつて歩み始めることになった<sup>136)</sup>。

(ii) ヒト胚の取扱いに関する行政指導

平成16(2004)年7月23日の総合科学技術会議の「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」によれば、「ヒト受精卵胚は、母胎にあれば胎児となり、『人』として誕生し得る存在であるため、『人の尊厳』という社会の基本的価値を維持していくためには、ヒト受精卵胚を特に尊重して取り扱うことが不可欠となる」とし、「このためヒト受精卵胚を『人』と同等に扱うべきではないとしても、『人』へと成長し得る『人の生命の萌芽』として位置付け、通常のヒトの組織、細胞とは異なり、特に尊重されるべき存在として位置付けざるを得ない」(5頁)とする。このような観点から「ヒト受精卵胚の取扱いの基本原則」として、「人の生命の萌芽」としてのヒト受精卵胚は「人の尊厳」という社会の基本的価値を維持するためにとくに尊重しなければならないとし、このような「人の尊厳」を踏まえた「ヒト受精卵胚尊重の原則」を唱える。他方でその例外を認める<sup>137)</sup>。憲法上の国民の幸福追求権(憲法13条後段)に従って「人の健康と福祉に関する幸福追求の要請」に応えるためのヒト受精卵胚の取扱いについては、一定の条件を満たす場合には、たとえ、ヒト受精卵胚を損なう取扱いであるとしても、例外的に認めざるを得ない」というのである(6頁)。その例外を認める三つの条件とは、(1)これによる生命科学や医学の恩恵などおよびこれへの期待が十分な「科学的合理性」をもつこと、(2)人への「安全性」への配慮、(3)そのような恩恵・期待が「社会的妥当性」もつこと、である<sup>138)</sup>。

(b) 研究目的のヒト受精卵胚の作成・利用

原則的には、研究目的のヒト受精卵胚の作成・利用<sup>139)</sup>が「ヒト受精卵胚を損なう取扱い」を前提としているものとし、しかし、例外として許容する条件があ

136) 町野朔『生と死、そして法律学』58頁以下参照。

137) 前掲平成16年「基本的考え方」6頁参照。

138) 前掲「基本的考え方」6頁。

139) 居永正宏「受精卵の研究利用に関する規制と実体——『産み』の哲学に向けて(4)」現代生命哲学研究6号(2017年)36頁以下。

る。まず、前提として、「受精胚」の発生の過程において、細胞分裂を繰り返して、第32細胞期を超えた時期には、「桑実胚」と呼ぶようになる。桑実胚は細胞数を増して、細胞の分化が始まる。最初の細胞の分化は、卵組織の表面を構成する細胞層（『栄養膜』）と、内部に位置する細胞の塊（『内部細胞塊』）である。栄養膜は子宮内膜表面に入り込み、胎盤を形成し、内部細胞塊は分裂を繰り返しながら胎児となる。母体内における受精胚の発生はこのような過程を辿るので、この場合、着床が、「胚」と「胎児」を分ける分水嶺であるが、母胎外にあるヒト受精胚は、それが成長する場合、いつまで「胚」なのであろうか。これについては、「基本的考え方」は、ヒト受精胚は、胎盤を形成しない限り、発生の過程が進んでも「胚」として扱われるという<sup>140)</sup>。しかし、研究目的での作成・利用についてはその期間を限定する必要があるとする。これによれば、「ヒト受精胚は、原始線条を形成して臓器分化を開始するまでは、ヒト受精胚の細胞、ヒト個体としての発育を開始する段階に至っていない」とし、「臓器分化を開始してからは、ヒト個体としての発育を開始したものと考えることができる」とし、「これを踏まえ、ヒト受精胚の作製・利用においては、その取扱期間を原始線条の形成前までに限定すべきである」とする<sup>141)</sup>。

### 3. ヒト受精胚・ヒト ES 細胞に関する規制

#### (a) ヒト受精胚の作成・利用

まず、ヒト受精胚の作成については、その目的が重要である。第1に、妊娠を目的とする体外受精であり、第2に、その他の研究・譲渡・輸出等の目的で作成される場合である。

研究目的でのヒト生殖細胞、受精胚などの取扱いについては、日本産科婦人科学会の1985年の会告「ヒト精子・卵子・受精卵を取り扱う研究に関する見解」<sup>142)</sup>が最初の規制であり、2009年には、文科省科学技術学術審議会の「生

---

140) 前掲「基本的考え方」6頁。

141) 同上。

142) 2002年、2013年に改正。

殖補助医療研究目的でのヒト受精胚の作成・利用の在り方について」があり、さらに、2010年（2015年改正）の文科省・厚労省の「ヒト受精胚の作成を行う生殖補助医療研究に関する倫理指針」がある。ここでは、しかし、研究目的での余剰胚<sup>143)</sup>の利用等は除かれている。受精卵等を利用して臓器を創り出そうという再生医療研究については、後に詳論するように、ES細胞を樹立する第1種樹立については、余剰胚を用いることとされており（ヒトES細胞の樹立に関する指針7条の1）、第2種樹立についても、余剰胚の利用につき、受精異常（前核を3個以上有する胚）があったものに限るとしている（特定胚の取扱いに関する指針5の3）。

(i) 妊娠目的での作出・利用

第1の目的でヒト受精胚が作成される場合には、子宮内に移植する目的にもなって生じる付随的結果がある。それが、「余剰胚」の問題である。移植が成功し、妊娠を進展させるためには、女性からの卵子の採集は、移植に必要な数より多めに行われる。そしてもし目的とされた移植に成功するならば、残った胚、すなわち余剰胚は、廃棄される運命である。このような運命にある余剰胚を作り出すことが、人の生命の萌芽であるヒト受精胚に認められてよいのかという問題がある。わが国では、ヒト胚研究小委員会によれば、「研究材料として使用するために新たに受精によりヒト胚を作成しないこと」が原則とされている<sup>144)</sup>。さらに、そうであるならば、移植以外の目的でヒト受精胚を作成することが許されないとすると、廃棄される運命にある余剰胚については、少なくとも研究目的に利用することは合理的ではないかという考え方も出てくる。

ここで指針となる観点とは、ヒト受精胚は、母胎内で発生し、または母胎内に移植されて育てば胎児となり人として誕生しうる存在であるということであり、

143) 医療機関で凍結保存されたまま使い道がなくなり廃棄された余剰胚は、2001年には全国で5千個以上とされ、2017年では、年間数万個が廃棄されていると推定され（居永・前掲論文43頁以下参照）、そのうち、研究目的で利用されたのは数千個以上の規模だと推定されている。

144) 前掲「基本的考え方」5頁。

したがって、人の生命の萌芽とみなされる存在であるということである。そこで、『人の尊厳』という社会の基本的価値の維持のために特に尊重されるべき存在である<sup>145)</sup>。この点、ヒト受精卵は、それ自体では個体である人に発展することのない、たんなるヒトの組織・細胞とは異なる。

(ii) 研究目的並びに医療目的での作成・利用に関する基本原則

主な研究目的には、(1) 生殖補助医療研究目的での作成・利用と(2) 先天性の難病に関する研究目的での作成・利用、(3) ヒト ES 細胞の樹立のための作成・利用、その他がある。平成16年の「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」では、(1)の生殖補助医療研究目的での作成・利用では、これは生殖補助医療技術の向上に貢献しているから、容認し得るとする。(2)の先天性の難病に関する研究目的での作成・利用については、具体的必要性は確認できなかったが、将来必要性が生じたときに改めて検討するという。(3)のヒト ES 細胞の樹立のための作成・利用については、再生医療等の実現等の恩恵への期待に、科学的合理性と社会的妥当性もあるとして、容認しうるとする。しかし、ヒト ES 細胞の樹立に用いるためのヒト受精卵の作成は認められないとし、余剰胚に限ってヒト ES 細胞の樹立を認めている<sup>146)</sup>。

医療目的での作成・利用については、(1) 生殖補助医療、(2) 着床前診断、(3) 遺伝子治療に分け、(1)の生殖補助医療については、「余剰胚」の生じることが問題であるが、これは、ヒト受精卵を損なう取扱いではあるが、母胎の負担に配慮して科学的合理性があるものとし、容認しうるとする。(2)の着床前診断については、結論を出さないこととし、(3)の遺伝子治療については、ヒト受精卵に対する遺伝子治療は、ヒト受精卵を損なう取扱いであり、生殖系細胞系列の遺伝的改変を通じて後の世代にまで悪影響を及ぼすおそれもあるから、現時点では容認できないとする<sup>147)</sup>。

---

145) 前掲「基本的考え方」5頁。

146) 前掲「基本的考え方」7頁。

147) 前掲「基本的考え方」8頁。

(iii) ヒト ES 細胞の樹立に関する指針

平成21（2009年）年の「ヒト ES 細胞の樹立及び分配に関する指針」（文科省告示156号）は、廃止され、平成26（2014）年11月25日から新たに「ヒト ES 細胞の樹立に関する指針」（文科省・厚労省告示2号）が定められた。その第1条は、「目的規定」であり、「この指針は、ヒト ES 細胞が、医学及び生物学の発展に大きく貢献する可能性がある一方で、ヒトの生命の萌芽であるヒト胚を使用すること、ヒト ES 細胞が、ヒト胚を滅失して樹立されたものであり、また、全ての細胞に分化する可能性があること等の生命倫理上の問題を有することに鑑み、ヒト ES 細胞の取扱いにおいて、人の尊厳を侵すことのないよう、生命倫理上の観点から遵守すべき基本的事項を定め、もってその適正な実施の確保を図ることを目的とする」と定める。第2条は、「定義規定」であるが、その5号において「ヒト ES 細胞」を定義し、「ヒト胚から採取された細胞又は当該細胞の分裂により生ずる細胞であつて、胚でないもののうち、多能性（内胚葉、中胚葉及び外胚葉の細胞に分化する性質をいう。）を有し、かつ、自己複製能力を維持しているもの又はそれに類する能力を有することが推定されるものをいう」とする。「特定の性質を有する細胞を作成することをいう」「樹立」（8号）については、「第1種樹立」と「第2種樹立」を分け、前者は、「ヒト受精卵を用いてヒト ES 細胞を樹立すること」をいい（9号）、後者は、「人クローン胚を作成し、当該人クローン胚を用いてヒト ES 細胞を樹立することをいう」とする（10号）。第3条では、「適用範囲」について「この指針は、ヒト ES 細胞の樹立及び分配（……）について適用する」と規定する。第4条は、「ヒト胚及びヒト ES 細胞に対する配慮」規定であり、「ヒト胚及びヒト ES 細胞を取り扱う者は、ヒト胚が人の生命の萌芽であること並びにヒト ES 細胞がヒト胚を滅失させて樹立されたものであること及び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」。第5条は、「ヒト胚の無償提供」の規定であり、第6条は、「ヒト ES 細胞の樹立の要件」として、様々な「ヒト ES 細胞の使用の方針」に適合するものであることを定める。さらに、第7



条は、「樹立の用に供されるヒト胚に関する要件」を規定し、「第1種樹立の用に供されるヒト胚受精胚は、生殖補助医療に用いる目的で作成されたヒト受精胚であって、当該目的に用いる予定がないもののうち、提供する者による当該ヒト受精胚を滅失させることについての意思が確認されているものであること」(1号)、「ヒト ES 細胞の樹立の用に供される言葉について、適切なインフォームド・コンセントを受けたものであること」(2号)、「冷凍保存されているものであること」(3号)、「受精後14日以内(……)のものであること」(4号)とする。

(c) ヒト ES 細胞の樹立

ヒト ES 細胞とは、ヒト受精胚の内部細胞塊から樹立される細胞である。ヒト ES 細胞は、それ自体が個体になるのではないが、生体を構成するあらゆる種類の細胞に分化する可能性がある。そこで、ヒト ES 細胞は、これを再生医療のための移植用組織細胞作成に利用することを旨とした研究を行うためにその作成が必要であるとされている。その他、ヒトの初期発生時の仕組みを解明し、病気の予防・治療に結び付ける研究のために、ヒト ES 細胞を作成するには人の生命の萌芽であるヒト胚を壊さなければならない<sup>148)</sup>。そこで、ヒト ES 細胞の作成には、人の生命の萌芽であるヒト胚を損壊しなければならないという倫理上の問題が生じる。現行法上は、ヒト ES 細胞の樹立には、ヒト受精胚の損壊が必然であることから、器物の損壊が問題となるが、医師に提供され、そこから ES 細胞が作成される時、所有権が医師に移り、または受精卵の所有者が同意しておれば、処分可能であり、器物損壊罪は成立しないと考えられる。したがって、ガイドライン上の倫理規定による規制が問題となるにすぎない。

ヒト ES 細胞の樹立は、これ以外に、人の体細胞の核を徐核卵に移植して作成される「人クローン胚」や人の細胞の核を動物卵に移植して作成する「ヒト性融合胚」からも行われうる。これについては、クローン技術規制法により規

---

148) 文部科学省研究振興局・生命倫理・安全対策室「ヒト ES 細胞の樹立及び使用に関する指針」解説資料参照。

制されている。

(d) クローン技術法上ないしガイドライン上の規制

クローン技術法<sup>149)</sup>が、規制する目的は、「クローン技術等のうちクローン技術又は特定融合・集合技術により作成される胚を人又は動物の胎内に移植することを禁止するとともに、クローン技術等による胚の作成、譲渡及び輸入を規制し、その他当該胚の適正な取り扱いを確保するための措置を講ずること」を手段として、「人クローン個体及び交雑個体の生成の防止並びにこれらに類する個体の人為による生成の規制を図り、もって社会及び国民生活と調和のとれた科学技術の発展を期すること」(第1条)にある。すなわち、本法は、「人クローン」と「人と動物の細胞や器官を併せ持つキメラ」、そして「人と動物を受精させたハイブリッド」の作成といった中核的禁止行為を禁止する(同法3条)。その周辺の行為であるヒト胚や、ヒトないし動物に由来する「特定胚」(4条1項)の作成・譲渡・輸入の文科省への届出を義務づけ(6条)、研究目的での使用に指針遵守を要求している(同法4条、5条)。クローン技術法は、以上のような基本的構造を示している。クローン技術法の規制内容の詳細については後述(VII)する。

## VI. ドイツにおける胚保護法

### 1. 胚保護法の概要

委員長エルンスト・ベンダの名前を冠した「ベンダ委員会」<sup>150)</sup>の提案にまでさかのぼる「胚保護法」(Embryonenschutzgesetz)は、1990年12月13日に公布され、1991年1月1日に発効した<sup>151)</sup>。当初、全部で13条からなる法律で

149) 「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」(平成12年12月6日法律第146号)。

150) これについては、本稿Ⅲ. 1. 25頁以下参照。

151) 胚保護法に関する、草案段階の紹介・翻訳として、ハンス・ルートヴィッヒ・ギェンター「胚子の保護に関する法律討議草案」法学論集38巻1号(1988年)354頁以下参照。わが国の文献として、川口浩一・葛原力三「ドイツにおける胚子保護法の成立について」奈良法学会雑誌4巻2号82頁以下、斎藤純子「胚保護法」外国の法律1991年30巻3号99頁以下、石川友佳子「生殖医療技術をめぐる刑事規制」

あったが、この法律は、2011年1月21日に改正されて、「着床前診断」について規定する3条aが追加された。本法の立法論議が起こった当初、ようやく体外受精が可能となり、それ自体の是非も重要な議論の対象であった。体外受精は、イギリスで1978年に世界で初めて成功し、初の試験管ベイビーであるルーズ・ブラウンが誕生し、日本では1983年になって初めて東北大学で成功していたのであった。ドイツではすでに1984にベンダ委員会でこれらの生殖医療の規制を議論している。1987年1月20日にはドイツ連邦議会の「遺伝子技術のチャンスと危険調査委員会」がその最終報告書を公表しているが、これは、生殖技術や、代理母、胚研究に言及してはいない。1988年には、「連邦・諸州の作業グループ『生殖医療』」が、1988年に、生殖医療の問題の解決に対する勧告の「基本構想」をまとめた最終報告を出している。その後、1988年10月に連邦司法省は「胚保護法作業草案」を公表した。連邦内閣は、1989年7月19日に「胚の保護のための法律草案」を公表し、同年8月11日に連邦政府から連邦参議院に送られ、10月25日に連邦議会に送付された。最終的に、本法律は1991年1月1日に発効した。

このような時点での初めての「胚を保護するための法律」であり、そこでは、現在の遺伝子操作やヒト胚の移植のみならず、ヒトの通常の体外受精についても規定している。

まず、本法の概観を示すため、各条のタイトルを掲げておくと、生殖技術の濫用的使用（1条）、ヒト胚の濫用的使用（2条）、性の選択の禁止（3条）、着床前診断・命令への授権（3条a）、専断的受精、専断的胚移植および死後の人為的受精<sup>152)</sup>（4条）、ヒト性生殖系細胞の人為的変更（5条）、クローニング

---

↘（1）（2）法学70巻6号（2007年）846頁以下、71巻1号（2007年）128頁以下。  
152) 人為的受精は、künstliche Befruchtung の訳である。人工授精（Artefizielle Insemination (AI)）と区別される。人工授精は、特殊な器具を用いて精子液を女性性器に注入することを意味する。接合子移植（Gametentransfer）は、卵細胞と精子を子宮内に、あるいは自然受精する場所、すなわち卵管に器具を用いて注入することを意味する。体外受精（In-Vitro-Fertilisation）とは、受精した細胞、胚を、女性器内に注入するという過程がそれに続く体外で受精する方法をいう（Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 1992, S. 36 ff.）。

(6条)、キメラおよびハイブリッドの樹立(7条)、概念の定義(8条)、医師の留保(9条)、任意の協力(10条)、医師の留保違反(11条)、過料規定(12条)および発効(13条)である。

## 2. 第1条1項

第1条では、生殖医療術の濫用、すなわち、1) 人為的受精の過程に関する、または、2) すでに産出された胚の生殖医療目的での不当な使用に関する規制である。2条は、生殖目的以外の目的での体外で使用される胚の使用に関する規制である。3条から7条では、生殖医療技術上のまたはヒト遺伝子の操作ないし遺伝子への介入可能性の特殊形態を規制する<sup>153)</sup>。

第1条の「生殖技術の濫用的使用」の第1項においては、以下の者を、「3年以下の自由刑または罰金」で処罰すると規定する。(1) 女性に他人の未受精の卵を移植した者、(2) その卵細胞が由来する女性の妊娠を引き起こす以外の目的で、その卵細胞を人為的に授精しようとした者、(3) 1月経期内に一人の女性に三つを超える胚を移植しようとした者、(4) 卵管内接合子移植によって1月経周期内の三つを超える卵細胞を受精させようとした者、(5) 1月経周期内に移植されるべき数を超える、一人の女性の卵細胞を受精させようとした者、(6) 他の女性に移植する目的で、または、それをその維持に資することなく使用する目的で、女性からその着床の完了以前に胚を採取する者、または、(7) その子供を出生後第三者に継続的に預ける準備がある女性(代理母)に、人為的受精を行い、またはその女性にヒト胚を移植しようとする者、である。

まず、これらの行為を処罰することによる「保護法益」は何か問題である。個別に見ていくことにしよう。

### (a) 第1条1項1号の法益

第1条1項1号では、女性に他人の未受精の卵を移植する行為を処罰する。つまり、禁止されているのは、その子供の出生につながる移植行為である。そ

---

153) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 122. 胚保護法の逐条的解説については、主として本書参照。

の規範目的は、「子供の幸福」のために「母親の分裂」を避けることであるとされる。つまり代理母が生じないようにすることである。母親が誰かを明確なものにすることを保障するのが本規定である。つまりそれが子供の幸せだというのである。ところで、子供の幸福とは何かについては、子供の主観の観点（幸福感）だけではなく、客観的・規範的の観点（未来の視座）から判断されるべきものとされる<sup>154)</sup>。さらに、本規定の目的は、「母親の分裂」を避けることだとされるが、その意味は、遺伝上の母親と出産した母親の相違をいい、二人の女性が子供の誕生のそれぞれ一部を担っていることをいう。母親の分裂は、「母親」が一義的に決定することを放棄することと結びつき、自己答責的な人格をもった子供への成長を危険に晒すことがあるというのである。それが、その子がその自己のアイデンティティを発見するにあたって、重大な問題を生じさせ、それによって、子供の幸福に矛盾するというのである<sup>155)</sup>。さらに、出産した母親が遺伝的に障害を持った子供を出生させることから生じる。つまり、その母親はその病気や障害が遺伝上の母親のせいだとしがちだという。逆に遺伝上の母親は子供の将来について介入することがあり、このようにして、二人の母親のあいだの利益葛藤が子供の発育に負担を生じさせることとなることにも、子供にとっての危険があるというのである。

この子供の幸福が保護法益であるとする論証は、立法者のとる見解であったが、それが、はじめから筋の通らない論拠であり、疑問だとする、これに反対する見解も唱えられた。この説は、子供の出産を防止することが、決して子供の利益にはなりえず、ましてや「生きるに値しない生命」という考え方を否定するなら、（生まれること自体が子供の幸福であり、）この論証は説得力をもたないというのである。人為的受精の場合、近親者以外の第三者による人為的受精が

---

154) OLG Frankfurt a. M. FamRZ 1984, 614; Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 148. 子供の全面的で調和のとれた全人格的發展を可能にするために、あらゆる関係で、有益な年相応の發展に対する条件を確立することが重要であり、さらに發展したときに現在の子供の幸福を脅かす危険として、身体的・精神的または心理的な子供の幸福の重大な侵害を相当の蓋然性をもって予見させることが重要であるという。

155) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 149.

行われるのであり、基本法1条が介入を否定する近親者の範囲を超えて行われるから、質的に違いがあるとされる。さらにこの説への反論としては、操作され手段化された生殖には、限界を付するべきであるから、一定の操作を許容するか禁止するかという問題については、子供の幸福も考慮されなければならないとされる<sup>156)</sup>。

(b) 1条1項2号の法益

第1条1項2号は、卵細胞を採取したその女性を妊娠させる以外の目的で、その卵細胞を人為的に受精させようとした者を処罰する規定である<sup>157)</sup>。つまり、第1号との違いは、第2号では移植の前段階である「人為的受精」自体を禁止している。これは、(1) 妊娠以外の目的の人為的受精<sup>158)</sup>、(2) 妊娠目的でも、母親の分裂につながる他人の妊娠をもたらすための人為的受精を禁止するものである。自己の妊娠以外の妊娠を目的としてヒト胚を作成することは、基本法の2条2項1文に反する。したがって、法益は、人の生命である。それに加えて、自己ないし他人のためにするということは、他の生命たるヒトを「客体」として取り扱うことであり、人間の尊厳を侵害するとされる。この前提として、受精のときにすでにヒト胚たる他人を客体として取り扱うというのだから、ヒト胚を「人間の生命」だと見なすこととなる。「人の生命が存在するところ、人間の尊厳は伴う」のである<sup>159)</sup>。第1項2号は、研究目的での受精も禁止する。この規定は、さらに、母親の分裂や子供の幸福の問題になる前段階

156) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 150.

157) 前述のように、künstliche Befruchtungを「人為的受精」と訳した。卵細胞を人為的に受精させるのが実行行為である。受精は、一倍体の卵細胞と精細胞が、二倍体の接合子に結合する生物学的過程をいう。男性前核と女性前核が接合する、最初の細胞分裂をいう。この受精は、人為的でなければならない。それは、性行為による以外の受精をいう。1条1項2号にいう「受精技術」に属するのは、とくに、1) 人工授精 (künstliche Insemination)、2) 卵管への接合子移植、3) 体外受精、4) 冷凍保存された受精卵細胞の再活性化・培養、である (Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 156)。

158) これが、「もっぱら妊娠させる目的」でなければならないのかどうかについては、着床前診断に関する叙述 (〈2・完〉XI) において後述する。

159) BVerfGE 39, 1, 41. Vgl. Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 153 f.

の行為を処罰するものである。第2号は、企行犯である。人為的受精を試みる  
ことが、すでに構成要件を実現するのである。

(c) 第1条1項3号の法益

第3号の要件は、「1月経期内に一人の女性に三つを超える胚を移植しよう  
とする行為」である。多数の「胚移植」を禁止し、1月経周期内に三つまでの  
胚しか移植を認めないという規定である。本規定の目的は、個々の胚の生き延  
びるチャンスを一定の限界内にとどめることによる「胚の生命保護」であ  
る<sup>160)</sup>。体外受精の後の胚移植によって着床し、妊娠するチャンスは、平均で  
約20%といわれている。その確率を上げるには多数の胚を移植する必要がある。  
同時に移植する胚の数を増やすと、望まざる妊娠の危険が高まり、一つを除  
いて同時に移植された他の胚は着床しないことを望む。一般には三つの胚を同  
時に移植するのが望ましいとされている。本罪も企行犯である。

(d) 第1条1項4号の法益

第4号は、「卵管内接合子移植によって1月経周期内の三つを超える卵細胞  
を受精させようとする行為」を禁止する。本規定は、体外で受精させた受精卵  
を子宮内に移植するのではなく、接合子を卵管内に移植し、そこで受精させる  
方法について規定している。すなわち、精細胞と、女性の卵管から採取した卵  
細胞を、同時に女性の卵管に移植することによって、その卵管の中でそれらの  
接合子が受精するのである。本規定も、胚の生き延びるチャンスを高める目的  
をもつ。それによって、胚の生命を保護する。また、望まざる多数胎妊娠を減  
らすことが目的である。この規定では、卵管内接合子移植は禁止されるが、も  
う一つの移植方法である子宮内接合子移植には及ばない。第3号では、胚移植  
による体外受精が禁止されたが、4号では、卵管閉塞が不妊原因でない女性に  
対する接合子移植である卵管内接合子移植が禁止されている。本罪も企行犯で  
ある。

(e) 第1条1項5号の法益

第5号は、「一人の女性の卵細胞を、1月経周期内に移植されるべき数を超

---

160) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 160.

えて、受精させようとする行為」を処罰する。余剰胚を作り出さないようにするのが、本規定の禁止の目的である。したがって、(1) 濫用的使用を可能にする胚を作り出さないこと、(2) 母親の分裂を生み出さないことが目的であり、さらに、(3) 受精のストックを制限する目的がある。つまり、一度の移植で着床する率が20%ほどだとすると、できるだけ多くの卵細胞を採取したいし、一度の治療に必要な卵細胞よりも多くの卵細胞を採取したい。移植されなかった卵細胞は、冷凍保存され、細胞分割は停止する。こうすることによって、何度も採取されることに伴う卵細胞を採取される女性の苦痛を省くことができる。逆に、短所は、胚が冷凍保存されても、冷凍で生き延びて、それを使用できる率はほぼ50%であるとわれていることである。また、一回目の着床に成功すれば、余剰胚は余計なものとなる。この間、未受精の卵細胞を冷凍保存する方法が開発されている。精子が侵入したが、細胞核が融合する前に、卵細胞を冷凍保存する技術が開発された。本規定も、人の生命、健康、人間の尊厳の危殆化を排除する目的をもつのである。

(f) 第1条1項6号の法益

第6号が禁止するのは、「他の女性に移植する目的で、または、それをその維持に資することなく使用する目的で、女性からその着床の完了以前に胚を採取する」行為である。これによって、他の女性に移植するための胚の採取を禁止し、その維持に役立たない目的で、胚を使用することが禁止されている。保護法益は、子供の幸福であり、母親の一義的明確性の保持である。

(g) 第1条1項7号の法益

本規定は、「その子供を、出生後第三者に継続的に預ける準備がある女性(代理母)に、人為的受精を行い、またはその女性にヒト胚を移植しようとする」行為を処罰する。本規定も代理母の発生を未然に防止することである。代理母を認めることは、人間の尊厳に反するという<sup>161)</sup>。保護法益は、子供の幸福である。子供と懐妊した女性との心理的・社会的関係が考慮されないと、子供の幸福は危険にさらされるというのである。懐妊した母親と社会的母親が

161) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 179.



別であることが、子供のアイデンティティを著しく困難なものとするが、これが子供の幸福を危険にさらすということの意味なのである<sup>162)</sup>。

### 3. 第1条2項

第2項は、(1) ヒトの精細胞がヒトの卵細胞に人為的に侵入するようにし、または、(2) 卵細胞の由来する女性の妊娠を引き起こそうとすることなく、ヒトの精細胞をヒトの卵細胞に人為的に注入する行為を処罰する。

本規定は、第1条1項2号（卵細胞を採取した女性を妊娠させる以外の目的で、その卵細胞を人為的に受精させようとした者の処罰）の前段階を補完する。「人為的に侵入するようにする」「人為的に注入する」というのは、「受精させようとする」というのが、細胞核の融合を目指す行為であるのに対し、その前段階に達することを目的とする。すなわち、前核 (Vorkerne) を産出することを意味する。この段階では、この受精の過程は、いつでも冷凍保存によって中断できる。ここで問題となっているのは、精細胞がすでに侵入しているが、両方の前核がまだ他方の半数の染色体といまだ結合せず、受精がまだ生じてはいない卵細胞である。本罪は、第1条1項2号と同じ二重の保護に向けられた規定であるが、そのさらに前段階を処罰するもので、いわば具体的危険犯の前段階を禁止するものである。これも人の生命、人間の尊厳を保護法益とする。

### 4. 第1条3項の法益

第3項では、「(1) 第1項1号、第2号、および第6号の場合において、卵細胞または胚が由来する女性、ならびに卵細胞が移植される、または胚が移植されるべき女性」、および(2)「第1項7号の場合において代理母ならびに子供を持続的に引受けようとする者」を処罰から除外する。人的処罰阻却事由である。第4項では、「第1項および第2項の場合において、未遂は罰する」と規定する。

---

162) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 182 f.

## 5. 第2条の法益

第2条は、「ヒト胚の濫用的使用」を処罰する。第1項では「体外で樹立された、またはある女性にその着床の完了前に子宮の中で採取されたヒト胚を売却し、または、その維持に資することのない目的で譲渡し、入手し、または使用した者は、3年以下の自由刑または罰金に処する」と規定され、第2項では、「妊娠を引き起こす以外の目的で、ヒト胚が体外で成長するようにした者も同様に罰する」と規定する。第3項は、未遂処罰規定である。

## 6. 第3条（性の選択の禁止）

第3条は、次のように規定する。「ヒトの卵細胞を、そこに含まれている性染色体により選択された精細胞によって、人為的に受精させようとした者は、1年以下の自由刑または罰金刑に処する」（第1文）。「このことは、医師による精細胞の選択が、子供が、ドゥシェンヌ型の筋ジストロフィーもしくは同様の重大な性にまつわる遺伝病に罹患することから予防することに役立つとき、または、子供を脅かす病気が、州法により権限を有する機関によって相当に重大であると認められたときには、妥当しない」（第2文=但書）。

### (a) 第1文

人の性は、23対の性染色体（X染色体とY染色体）によって決定される。女性は、二つのX染色体をもち、男性は、X染色体とY染色体をもつ。Y染色体のみが、男性生殖線の発達を決定する。もしY染色体が存在しないなら、卵巣が発達する。したがって、人間の性は、受精の際の男性の精子の遺伝的要素に依存する。卵細胞に侵入する精子がX染色体をもつなら子供は女性であり、Y染色体をもつなら子供は男性である<sup>163)</sup>。そこで子供の性の決定は、男性の生殖細胞によることになる。男性のY染色体をもった精細胞から女性のX染色体を分離することが可能であり、これによって生まれる子供の性を決定することができる。X染色体とY染色体の重さが異なるので、これを利用して分離する方法が用いられている。精子を遠心分離機にかけて分離すると重いX染色体を

163) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 214.

もつ精子が、軽い染色体をもつ精子から分離され、これを分けて集め、それらを受精させることによっていずれか一方の性をもった子供を産み出すことができる。保護法益は、自然で偶然的な性の分布であって、遺伝的に操作されていない人間が保護される。しかし、ここでは、胚の生命権や人間の尊厳は保護法益ではない。生殖細胞の選択のみが問題であって、生命は否定されていないからである。

(b) 第 2 文

第2文は、性の選択の禁止に対する例外を定めるものである。それは、医師による性の選択が、生まれてくる子供の重大な「性」に依存する病気を避けることに資する場合である。この第2文が、構成要件の限定か正当化事由かについては、見解が分かれる。本法の草案（連邦政府の法律草案）は、「ただし、……この限りでない」という文言による「例外公式」を用いていたが、これは、いずれの性によるかで重大な遺伝病を発生させる場合を第2文によって許容し、これによってこの場合に予想される50%の蓋然性で218条aによって胎児の病理的適応事由を理由に、妊娠中絶が行われることになるのと比べて、より小さな害悪を選んだことになることとされる。これによると、但書は、正当化事由を定めたものと解され、その行為が保護法益の侵害にもかかわらず、例外的に実質的不法はないがゆえに、当罰性を欠くことを明確にするということが考えられる。本条の見出しが、当初の政府案では「濫用的な性の選択」とされていたのが、委員会の審議では、「性の選択の禁止」と変更されたことは、性の選択が原則的に許されないものとしたことを意味し、「正当化事由」と解することになる。しかし、これに対しては、立法者が妥協し、様々な利益状況の評価に鑑みて構成要件の限定を行ったと解すべきであるという見解が唱えられている。

7. 第 4 条（専断的授精・専断的胚移植および死後の人為的授精）

第1項では、「以下の者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する」とし、(1) その卵細胞が受精される女性、および、その精細胞が受精に使用される男性が、同意したということがなく、卵細胞を人為的に受精しようとした者、(2)

女性にその同意なく胚を移植しようとした者、または、(3) 知ったうえで卵細胞を男性の精子とその男性の死後人為的に受精させようとした者と規定する。

第1号では、「専断的受精」、つまり、生殖細胞の由来する男性・女性の同意を得ずに、受精を行わせることが禁止されている。保護法益は、接合子を提供する人の人格権であり、自己決定権である。それと並んで、子供の幸福である。接合子提供者の同意がないことは、子供が出生した後にも、父親ないし母親との親密な人的関係の樹立を妨げ、それが子供の不幸につながる。

第2号では、「専断的胚移植」が禁止される。保護法益は、1号と同様である。第3号は、「死後の受精の禁止」である。ここでも、法益は、子供の幸福である。「出生の時からすでに死亡した人に出自をもつと思わざるを得ないのは、子供が自らのアイデンティティを見出すにあたって、重荷と感ずるよう作用する」<sup>164)</sup>。死亡後に生まれた子は、父親の嫡出子だとみなされない可能性がある。民法上の親子関係に関する規定からも、遅くとも父親の死後302日以上経って出生した子は、父親の嫡出子ではない（ドイツ民法1591条、1592条）とされるからである。

第4条2項では、「第1項の3号の場合、人為的受精が実施される女性は、罰しない」と規定する。第1項3号は、「知ったうえで卵細胞を男性の精子とその男性の死後人為的に受精させようとした者」であるが、人為的受精が実施される女性は、通常、「知ったうえ」で受精されるとしても、これについては、人的処罰阻却事由を認めるものである。

## 8. 第5条（ヒト生殖系胚の人為的変更）

第1項は、「ヒト性生殖系細胞<sup>165)</sup> (Keimbahnzelle) の遺伝子情報を人為的に変更した者」を処罰し、第2項は、「人為的に変更された遺伝子情報をもつヒ

164) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 227.

165) 「生殖系細胞」とは、本法の定義（8条3項）によれば、直系の細胞として、すなわち、受精した卵細胞から、それに由来するヒトの卵細胞および精細胞に至るまでの細胞系列の中でつながるすべての細胞をいう（Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 257）。

トの生殖細胞 (Keimzelle) を、受精に使用した者」も同様に処罰する。第3項は「未遂」処罰規定である。第4項では、第1項の適用例外を定める。その第1号では、「これが受精には使用されることがない場合には、体外にある生殖細胞の遺伝子情報を人為的に変更する場合」、第2号では、「死胎、ヒト、または死体から採取された、その他身体に固有の生殖系細胞の遺伝子情報を人為的に変更する場合」である。ただし、a) それが、胚、胎児または人に移植される場合、b) そこから生殖細胞が発生した場合、ならびに、第3号では、「その際、生殖系細胞内の遺伝子情報の変更が意図されていないような、予防接種、放射線治療、化学治療、またはその他の治療の場合」である。

第5条は、第1項で、ヒト性生殖系細胞への人類遺伝学的侵襲を制限し (5条1項)、第2項で、遺伝的に変更された生殖細胞の使用を禁止する (5条2項)。第3項では未遂処罰規定を置き、第4項では、5条1項を、次の三つの場合について適用除外する。(1) 体外にある生殖細胞の遺伝情報の人為的変更の場合で、それが受精に用いられないことがない場合 (これは研究の自由の範囲に属する)、(2) 死胎、人、または死体から採取された、その他身体に固有の生殖系細胞の遺伝子情報の人為的変更の場合 (ただし、(a) それが、胚、胎児または人に移植される場合、(b) そこから生殖細胞が発生した場合を除く)。そこから男性の場合には精細胞ないし女性の場合には卵細胞が構成される細胞が、ここでいう「その他身体に固有の生殖系細胞」である<sup>166)</sup>。卵細胞・精細胞自体または受精した卵細胞は身体に固有の細胞ではない。ならびに、(3) その際、生殖系細胞内の遺伝子情報の変更が意図されていないような、予防接種、放射線治療、化学治療、またはその他の治療の場合 (つまり、医師の治療にともなう副作用として患者のゲノムが変更されたような場合) である。

第5条は、人間の生命や身体の完全性、人間の尊厳を犠牲にして行われる実験からの保護のための具体的危険犯である。

---

166) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 233.

## 9. 第6条（クローニング）

第6条は、次の者を5年以下の自由刑または罰金刑で処罰する。第1項では、「あるヒト胚が、他の胚、胎児、人または死亡者と同じ遺伝情報をもって生じるよう人為的に施した者」である。第2項では、「第1項に挙げられた胚を、女性に移植した者」であり、第3項で未遂を罰する。

第6条1項は、その「ゲノム」が他のヒトの生命体（胚、胎児、人）と遺伝的に同一のものを人為的に作り出すこと（クローニング）を罰する。第6条2項は、クローン女性への移植に処罰を拡大し、第6条3項は、両者の未遂を罰する。胚保護法8条1項によれば、「本法の意味における胚とされるのは、すでに、受精した、発達能力のあるヒトの卵細胞で、核融合の時点以降のもの、さらに、そのために必要なその他の条件が存在する場合に、分割でき、一つの個体に発達することができる、胚から採取された全能細胞である」。

第6条2項は、「第1項に記された胚を、女性に移植した者」を罰する。樹立された胚を移植することを禁止する本項は、換言すれば、移植によってのみ生き延びられる胚を移植せず放置して殺害することを義務づけている規定だと解することも可能である<sup>167)</sup>。これについては、そのアイデンティティーがコピーされる人の「人間の尊厳」の保護が、むしろ出発点となるとし、その尊厳の保護が、それが衝突するとき、クローンの生命権に優先すると説明されている<sup>168)</sup>。

## 10. 7条（キメラおよびハイブリッドの樹立）の法益

第7条は、キメラおよびハイブリッドを樹立しようとする行為を処罰する。それは次のような行為である。様々な遺伝情報をもった胚、少なくともヒト胚を使用して、ある細胞群（Zellverband）に結合する行為（1号）、ヒト胚と、その胚の細胞とは別の遺伝情報をもった、それによってさらに分割可能な細胞とを結合しようとする行為（2号）、および、ヒト胚を動物の精子によって受精

167) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 237.

168) Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 238.

させ、または、動物の卵細胞をヒトの精子によって受精させ、分割可能な胚を生み出す行為（3号）である。第3号の行為は、ハイブリッドの樹立行為である。第7条1項は、すべて企行犯である。これらの行為をなそうとした者は、5年以下の自由刑または罰金に処せられる。続いて、第2項は、第1項の樹立行為を補い、そのキメラないしハイブリッド胚を、女性ないし動物に移植する行為を同様に処罰する。次の行為がそれである。すなわち、第1項に従った行為によって発生させられた胚を、(a) 女性に、または(b) 動物に移植し（1号）、もしくは、ヒト胚を動物に移植する行為（2号）である。第7条2項も企行犯である。

キメラとは、少なくとも四つの個体の親の遺伝質をもつ胚を、同じ種の異なった生物の細胞から作り出すこと、あるいは、異なった哺乳動物の種の細胞から作り出すことをいう。多くの胚を融合させるか（7条1項1号）、あるいは別の人の細胞を、発達している胚と結合させて（7条1項2号）作ることができる。

この行為の法益は、人間の尊厳（基本法1条1項）である。「ヒト胚の尊厳」と「人間であることの尊厳」（Würde der Menschheit）、加えてその遺伝質が動物に移植される「個々の人間の尊厳」である。

## 11. 第8条 概念の定義

(1) 本法の意味における胚とされるのは、すでに、受精した、発達能力のあるヒトの卵細胞で、核融合の時点以降のもの、さらに、そのために必要なその他の条件が存在する場合に、分割でき、一つの個体に発達することができる、胚から採取された全能細胞である。

(2) 核融合の後、最初の24時間内に、受精した卵細胞は発達能力があるとされる。ただし、この時間の経過以前にこれが個別の段階を超えて発達しうることが認定されないことを要する。

(3) 本法の意味における生殖系細胞（Keimbahnzelle）とは、受精した卵細胞から、それに由来するヒトの卵細胞および精細胞に至るまでの細胞系列の中で

つながるすべての細胞をいい、さらに、精細胞が移植されまたは侵入してから、核融合を以て完了する受精に至るまでの卵細胞をいう。

8条1項は、卵細胞核および精細胞核の融合をもって新たな要保護的なヒトの生命が発生するものとする。したがって、すでに細胞核の融合によって本法の意味における「胚」であるとする<sup>169)</sup>。医学上の用語としては、「胚」とは、器官形成 (Organogenese) の時期における子宮内における胚 (未出生のおなかの子 *ungeborene Leibesfrucht*)、すなわち、最初の妊娠3カ月における胚をも意味する。それ以前、複相の染色体をもつ受精細胞は、「接合子 (ないし受精卵)」 (*Zygote*) と呼ばれる。器官形成が終了し、第3妊娠期に入ると、妊娠の終了までのおなかの子 (*Leibesfrucht*) は、「胎児」 (*Fetus*) と呼ばれる。

胚の定義は、核融合の時点に始点があるものとする。この生物学上の時期の選択は正当である。卵細胞の受精によって後に出生するヒトのすべての遺伝素質が完全に決定されるからである。これをもって人間の尊厳の主体となる。その前提となるのは、受精したヒトの卵細胞が、「発育能力をもつ」 (*entwicklungsfähig*)、ということである<sup>170)</sup>。発育能力があるのは、8条2項によれば、受精したヒトの卵細胞であって、核融合から24時間内のものである。ただし、すでにこの時間の経過前に受精卵が個体の段階を越えて発育できないと確定していないものに限る。したがって、法技術的には、発育能力につき「推定」が行われているのである<sup>171)</sup>。最初の20時間には、基本的に発育能力は確実に証明できないからである。なお、問題は、刑法218条以下との矛盾はないかどうかである。刑法218条以下の妊娠中絶においては、重大な利益衝突を伴う妊婦とおなかの子との共生から生じる葛藤状況が基礎となっている。これを否定する見解からは、体外の胚には初めからこういった葛藤状況はないと主張されている<sup>172)</sup>。

169) Vgl. Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 247.

170) Vgl. Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 249.

171) Vgl. Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 249.

172) Vgl. Keller/Günther/Kaiser, aa.O., S. 249.



8条1項では、(試験管の中の)胚から採取された全能性をもつ細胞はすべて、胚と同視される。後に個人に発育しうる「全能性」をもつのは、ほぼ第8細胞期までである。

## VII. わが国におけるクローン技術規制法

### 1. 胚・胎児の意義

#### (a) 人に対するクローン技術の応用に関する規制の端緒

クローン個体の産生に関する研究は、核移植の技術を用いて羊の成体の体細胞に由来する核をもつ子羊に誕生に成功した1997年以降、世界中でクローン技術に関する研究が推進されるとともに、その技術の人への適用については、その人間の尊厳の保護に反し、産出される人が道具化され、手段化されるという倫理的観点から、ドイツはもとより、フランスやイギリスにおいても、また、欧州評議会や、世界保健機関、ユネスコなどの国際機関においても、クローン個体の人為的産出を禁止する条約や決議宣言などが採択されるに至った<sup>173)</sup>。わが国においても、1997年3月21日に科学技術会議政策委員会が人のクローンに関する研究については、当面、政府資金の配分を差し控えることが適当であるとし、3月26日に「ヒトのクローンに関する研究について」を大学等に通知した。科学技術会議は「ライフサイエンスに関する研究開発基本計画について」の審議においてクローン技術に関わる問題を検討し、1997年7月28日に答申して、その中で、法的規制の必要性等具体的方策について議論を尽くすべきだとした。他方、文部省の学術審議会においても、1997年4月18日に「クローン研究における新たな倫理的問題等に関するワーキンググループ」を設置し、ヒト体細胞由来核の除核卵細胞への核移植を禁止し、そのことを文部省の指針により示すことを内容とする報告をとりまとめた<sup>174)</sup>。1997年8月31日には、文部省は、これを受けて「大学等における人クローン個体作成についての研究に関

173) これについて、平成11年11月17日科学技術会議生命倫理委員会クローン小委員会「クローン技術による人個体の産生等に関する基本的考え方」第1章2参照。

174) これについても、前掲「クローン技術・基本的考え方」第1章3参照。

する指針」を告示した。そして、1999年11月17日に科学技術会議生命倫理委員会・クローン小委員会「クローン技術による人個体の産生等に関する基本的考え方」が公表された。この報告では、クローン技術の科学的可能性を検証し、さまざまな立場から「クローン問題に対して我が国として採るべき考え方と方策について、その規制の在り方を含めて検討を行った」<sup>175)</sup>。この報告では、次のような観点から人へのクローン技術適用の規制の必要性が説かれている。そして、① 人間の尊厳の侵害、② 安全性の問題の総合的判断から「人クローン個体の産生を禁止することが妥当である」との結論に至る<sup>176)</sup>。ただし正当な理由がある場合には人クローン胚を扱う研究は、一定の限度で許容しうるとする余地があるという。規制の対象としては、母体への胚移植を禁止することが適切であるとし、「法律により禁止することが妥当との結論を得た」とする<sup>177)</sup>。このような議論を前提として、平成12年(2000年)に「クローン技術等規制法」が成立した。

(b) クローン技術等規制法と指針の成立

「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」(平成12(2000)年12月6日法律第146号)は、この分野におけるわが国において唯一といってよい法律である<sup>178)</sup>。本法の施行に伴い、「特定胚の取扱いに関する指針」が平成21年(2009年5月20日)に全面改正された。その後、「ヒト ES 細胞の樹立及び分配に関する指針」(「樹立分配指針」=平成21年文科省告示156号)および「ヒト ES 細胞の使用に関する指針」(「使用指針」=平成22年文科省告示87号)が規定された。これらの指針は、その後も改正され、その結果、樹立分配指針は廃止され、平成26(2014)年11月25日の「ヒト ES 細胞の樹立に関する指針」(文科省・厚労省告示第2号)および「ヒト ES 細胞の分配及び使用に関する指針」(文科省告示第174条)が妥当している。

175) 同上。

176) 前掲「クローン技術・基本的考え方」第3章1参照。

177) 同上。

178) これについて、町野朔『生と死、そして法律学』(2014年)53頁以下を参照。

前者の「指針」の目的については、「この指針は、ヒト ES 細胞が、医学及び生物学上の発展に大きく貢献する可能性がある一方、人の生命の萌芽であるヒト胚を使用すること、ヒト ES 細胞が、ヒト胚を滅失して樹立されたものであり、また、全ての細胞に分化する可能性があること等の生命倫理上の問題を有することに鑑み、ヒト ES 細胞の取扱いにおいて、人の尊厳を侵すことのないよう、生命倫理上の観点から遵守すべき基本的な事項を定め、もってその適正な実施の確保を図ることを目的とする」(指針 1 条)<sup>179)</sup>。

### (c) クローン技術等規制法の定義規定

本法では、その定義規定(2条)において、種々の概念について定義しているので、まず「胚」、「胎児」のその意義について確かめておこう。まず、「胚」については、「一の細胞(生殖細胞を除く。)又は細胞群であって、そのまま人又は動物の胎内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成を開始する前のものをいう」(2条2号)と定義する。体外で培養される場合、胎盤が形成されないので、「子宮内にあるならば胎盤形成が開始されて胎児(胎芽)となるはずの時期(受精後7日目頃)から胎児として扱う」ものとされる<sup>180)</sup>。その第7号においては、「胎児」とは「人又は動物の胎内にある細胞群であって、そのまま胎内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成の開始以後のものをいい、胎盤その他のその附属物を含むものとする」と規定する。

## 2. クローン技術規制法の目的

まず、その目的を掲げておくと、「この法律は、ヒト又は動物の胚又は生殖細胞を操作する技術のうちクローン技術ほか一定の技術(……)が、その用いられ方のいかんによっては特定の人と同一の遺伝子構造を有する人(……)若しくは人と動物のいずれであるかが明らかでない個体(……)を作り出し、又

179) 「ヒト ES 細胞の分配及び使用に関する指針」1条も、文言上、実施の確保を図るが「実施の確保に資する」となっている以外はすべて同一である。

180) 前掲平成16年「基本的考え方」3頁参照。

はこれらに類する個体の人為による生成をもたらすおそれがあり、これにより人の尊厳の保持、人の生命及び身体の安全の確保並びに社会秩序の維持(……)に重大な影響を与える可能性があることにかんがみ、クローン技術等のうちクローン技術又は特定融合・集合技術により作成される胚を人又は動物の胎内に移植することを禁止するとともに、クローン技術等による胚の作成、譲受及び輸入を規制し、その他当該胚の適正な取扱いを確保するための措置を講ずることにより、人クローン個体及び交雑個体の生成の防止並びにこれらに類する個体の人為による生成の規制を図り、もって社会及び国民生活と調和のとれた科学技術の発展を期することを目的とする」(1条)。

### 3. ヒト受精胚と同等の「特定胚」<sup>181)</sup>の移植・作成等の禁止・処罰

本法では、「人クローン胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚又はヒト性集合胚を人又は動物の胎内に移植してはならない」(3条)と規定されている。これに対する罰則は、「第3条の規定に違反した者は、10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」(16条)というものである。また、その他の取締法規として、届け出義務違反等に対して罰則が設けられている。例えば、第6条では、「特定胚を作成し、譲り受け、又は輸入しようとする者は、文部科学省令で定めるところにより、次に掲げる事項を文部科学大臣に届け出なければならない」とし、「氏名又は名称及び住所並びに法人にあっては、その代表者の氏名」(1号)、「作成し、譲り受け、又は輸入しようとする胚の種類」(2号)、「作成、譲受又は輸入の目的及び作成の場合にあっては、その方法」(3号)、「作成、譲受又は輸入の予定日」(4号)、「作成、譲受又は輸入後の取扱いの方法」(5号)、「前各号に掲げるもののほか、文部科学省令で定める事項」(6号)を掲げる。続いて、第2項では、「前項の規定に

181) クローン技術法4条では、「ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚、人クローン胚、ヒト集合胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚、ヒト性集合胚、動物性融合胚又は動物性集合胚(以下「特定胚」という。)」という規定があるので、第3条で禁止された対象である「人クローン胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚又はヒト性集合胚」は、後に人と動物のキメラないしハイブリッドに発育する「特定胚」の一部である。

よる届出をした者は、その届出に係る事項を変更しようとするときは、文部科学省令で定めるところにより、文部科学大臣に届け出なければならない」とする。この6条1項・2項に違反した者に対しては、「1年以下の懲役又は100万円以下の罰金」が科せられる（17条1項・2項）。

このように、クローン技術規制法では、(1) 人クローン胚等を人または動物の個体の胎内に移植することを禁止する規定と(2) 人クローン胚等および人クローン胚等に類似する胚（特定胚）の適当な取扱いを確保するための措置（胚の取扱いに関する指針の作成、取扱い前の届出・実施制限・計画変更命令、立入検査・措置命令等）を定めた規定とに典型的に分割でき、それぞれに罰則が設けられている。

(a) 特定胚の一部の「移植」の禁止・処罰

このうち、「移植」を禁止するのが、第3条の規定である。まず、「人クローン胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚又はヒト性集合胚」の概念が明らかにされなければならない。これについては、第2条の定義規定で明らかにされている。

(i) 「人クローン胚」とは、「ヒトの体細胞であって核を有するものがヒト除核卵と融合することにより生ずる胚（当該胚が一回以上分割されることにより順次生ずるそれぞれの胚を含む。）をいう」（第10号）。すなわち、ヒト未受精卵を除核し、それにヒト体細胞を核移植してできた胚をいう。この「人クローン胚」を人または動物に移植することが禁止され、処罰されている。

(ii) 「ヒト動物交雑胚」とは、人と動物との雑種交配であり、人と動物との生殖細胞間で作られた受精胚であるが、(イ)「ヒトの生殖細胞と動物の生殖細胞とを受精させることにより生ずる胚」、または、(ロ)「一の細胞であるイに掲げる胚又はイに掲げる胚の胚性細胞であって核を有するものがヒト除核卵又は動物除核卵と融合することにより生ずる胚」かのいずれかの胚（当該胚が一回以上分割されることにより順次生ずるそれぞれの胚を含む。）」（第13号）を、人または動物に移植することが禁止・処罰されている。

(iii) 「ヒト性融合胚」とは、次のいずれかに掲げる胚（当該胚が一回以上分割されることにより順次生ずるそれぞれの胚を含む。）をいう（第14号）。(イ) ヒトの

体細胞、一の細胞であるヒト受精胚、ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚若しくは人クローン胚又はヒト受精胚、ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚、人クローン胚若しくはヒト集合胚の胚性細胞であって核を有するものが動物除核卵と融合することにより生ずる胚、(ロ)一の細胞であるイに掲げる胚又はイに掲げる胚の胚性細胞であって核を有するものがヒト除核卵と融合することにより生ずる胚、である。このヒト性融合胚は、核移植という人為的なプロセスにより作られるので、受精を起源とする胚とは異なる。(イ)の場合には、ヒト体細胞が動物除核卵と融合するが、(ロ)の場合には、移植される核が、ヒト由来のものであり、ヒト除核卵と融合する者である。主たる遺伝子構成はヒトと同一であるから、これを母胎に移植すれば、人になりうる胚であると言える<sup>182)</sup>。

(iv) 「ヒト性集合胚」とは、「次のいずれかに掲げる胚であって、ヒト集合胚<sup>183)</sup>、動物胚又は動物性集合胚に該当しないもの(当該胚が一回以上分割されることにより順次生ずるそれぞれの胚を含む。)をいう(第15号)。

(イ) 2以上の胚が集合して一体となった胚(当該胚と体細胞又は胚性細胞とが集合して一体となった胚を含む。)

(ロ) 1の胚と体細胞又は胚性細胞とが集合して一体となった胚

(ハ) イ又はロに掲げる胚の胚性細胞であって核を有するものがヒト除核卵又は動物除核卵と融合することにより生ずる胚」、である。ヒト性集合胚およびヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚は、ヒトと動物のキメラ胚・交雑胚である。動物性融合胚は、ヒトの未受精卵を除核し、それに動物性体細胞を移植して作ら

182) 前掲「基本的考え方(中間報告書)」32頁。

183) 「ヒト集合胚」とは、「次のいずれかに掲げる胚(当該胚が一回以上分割されることにより順次生ずるそれぞれの胚を含む。)をいう。(イ)二以上のヒト受精胚、ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚又は人クローン胚が集合して一体となった胚(当該胚とヒトの体細胞又はヒト受精胚、ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚若しくは人クローン胚の胚性細胞とが集合して一体となった胚を含む)。(ロ)一のヒト受精胚、ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚又は人クローン胚とヒトの体細胞又はヒト受精胚、ヒト胚分割胚、ヒト胚核移植胚若しくは人クローン胚の胚性細胞とが集合して一体となった胚」(第12号)。ヒト集合胚は、ヒト受精胚から構成される胚であり、受精にその起源がある。ヒトの要素からのみ構成される特定胚である。

れるので、これらの「人クローン胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚又はヒト性集合胚」を移植する行為が処罰される。

(b) 特定胚の一部の「作成」「譲り受け」「輸入」の届出義務違反の処罰

上に掲げた(i)～(iv)の「特定胚」を「作成した者」のみならず、これらの特定胚を「譲り受け、又は輸入しようとする者は、文部科学省令で定めるところにより、次に掲げる事項を文部科学大臣に届け出なければならない」(6条1項)と規定し、これに違反した者を「1年以下の懲役又は100万円以下の罰金」に処する(17条)。第6条2項は、「届出をした者は、その届出に係る事項を変更しようとするときは、文部科学省令で定めるところにより、文部科学大臣に届け出なければならない」と規定するが、これ(変更届義務)に違反した者も同様に処罰される(17条)。

#### 4. クローン技術法の規制の意義

このように、クローン技術法が刑罰をもって禁止しているのは、人クローン胚の作成ではなく、その人・動物の体内への移植である。人クローン胚を含めたいわゆる「特定胚」の「作成」「譲渡」または「輸入」およびこれらの行為後の取り扱いについては、文部科学大臣による「指針」を定めて規制しようとしている(4条1項)。しかし、実際には、特定胚指針<sup>184)</sup>は、人クローン胚の作成を認めていない。特定胚指針1条では、特定胚の作成を一定の要件のもとに許容する。「動物の胚又は細胞のみを用いた研究」、その他の特定胚を用いた研究によっては得ることができない科学的知見が得られること(指針1条1項)などである。しかし、次いで作成できる胚の種類を限定し、「前条の規定にかかわらず、特定胚のうち作成することができる胚の種類は、当分の間、動物性集合胚」とし、その作成の目的はヒトに移植することが可能なヒトの細胞に由来する臓器の作成に関する研究に限るものとする(指針2条1項)。さらに、「指針」は、「特定胚の輸入・輸出」は当分の間行わない(指針6条、8条)とし、さらにクローン技術規制法「3条に規定する胚以外の到底胚は、当分の

184) 「特定胚の取扱いに関する指針」(平成13年12月5日・文科省告示第73号)。

間、人または動物の胎内に移植してはならない」(9条)として、「移植」を禁止する。

それでは、このような「人クローン胚」の作成、譲渡、輸入の規制(4条)、および体内への移植の禁止(3条)の根拠は何だろうか。人クローン胚は、核移植と核の初期化によって作成される。人クローン胚の移植の禁止の根拠は、これも母胎内に移植すれば人になる可能性があるのだから、人為的にクローン個体を発生させることによる個人としての人間の尊厳の侵害を防ぐことである。この作成・譲渡・輸入の規制は、移植に至るまでのいわば予備行為の規制であるが、もとより移植目的ではなくとも、人クローン胚を作成したり、入手することにはその意義や利点があるがゆえに規制の必要があるのである。それは、ヒト ES 細胞を利用した再生医療技術の研究の進展により、現在治療方法のない疾患・障害を治療できる可能性が高まるが、ヒト ES 細胞は、一般に、患者自身から由来するヒト受精卵ではなく、実際の治療に用いると拒絶反応が起きてしまうので、患者自身の体細胞核を移植した人クローン胚から樹立した ES 細胞を利用することによってその難点を回避できるからである。

したがって、これらの処罰規定から除外されている「特定胚」は、「ヒト胚分割胚」、「ヒト胚核移植胚」、「動物性融合胚」または「動物性集合胚」であり、「人」の「種」ないし「動物」の「種」のみからなる基本的には動物の胚である「特定胚」は、禁止の対象にはなっていない。しかし、動物性集合胚には、動物性集合胚の胚性細胞をヒト除核卵または動物性除核卵と融合することにより生じたものが含まれるので、個別の位置づけが必要とされている<sup>185)</sup>。「特定胚の取扱いに関する指針」によれば、作成できる胚の種類が限定され、「特定胚のうち作成することができる胚の種類は、当分の間、人クローン胚及び動物性集合胚に限るものとする」と規定される(2条)。

また、「作成・譲受・輸入」は、「移植」の予備的行為である。しかし、これらの作製・譲渡・輸入をしようとする者が、届け出ていれば、犯罪とはならないのであるから、むしろ、これらの行為を行政的に把握し、コントロールする

185) 前掲「基本的考え方」(中間報告書)32頁。



ことが届出義務違反を防止するための刑罰を用いる目的である。

## 5. 禁止・処罰規定の「保護法益」

クローンないしキメラ、ハイブリッド人間を出生させる可能性のある「移植」を禁止する規範の目的は、「種としての人間の尊厳」を守ることである。移植によっていまだこのような人間が出生する危険が生じるだけであるから、移植行為は、人間の尊厳を侵害する抽象的危険のある行為にすぎない。

これらの胚の「作成・譲受・輸入」は、移植のための予備行為であるが、作成・譲受・輸入が処罰されているわけではない。「作成・譲受・輸入しようとする」者は、あらかじめ届け出なければならないということである。したがって、処罰の対象は、「作成・譲受・輸入しようとする者」が「届けなかった」という不作為である。そのような者が、届け出なかつただけであって、後に実際に作成・譲受・輸入しなかつたとしても、行為の時に「作成・譲受・輸入しようとしていた」のであるから、この場合、処罰される。本罪の保護法益は、これらの胚の作製・入手を行政官庁の管理下に置くことである。もちろん、最終的に「移植」につながる予備行為を事前予防するという意味では、人間の尊厳を危険にさらす抽象的危険犯である。