

人間の生命はいつ始まるか

— Ch・シュタルクの「人間の尊厳」論との関連で —

法律学科教授 菟原 明

I. はじめに

ヒト胚研究、生殖医療、遺伝子治療、(治療上の)クローン等々、生命医療(Biomedizin)や生命科学(Biowissenschaft)の分野での研究⁽¹⁾は、日進月歩とでもいうほど、急激な進展をみせている。それは、また、国際的な研究競争上裡の場でもある⁽²⁾。そのような医学上、科学技術上の発展に、法学(また倫理学、哲学、宗教学等)は、どのように対応し得るのかを迫られ、さらには、説得力ある規制の規準をどのように樹立し得るのかの回答も求められている。わが国でも、このような問題に対応すべく、最終報告書ではないが、ヒト胚を使用しての研究に関し、昨年2003年12月12日、内閣府設置法に基づく総合科学技術会議の生命倫理専門調査会から、ヒト受精胚を、人でも物でもない、「人の生命の萌芽」と位置づけ、その尊重を求めることを基調とする「ヒト胚の取扱いに関する基本的な考え方(案)」が出されるにいたっている。一方、ドイツに目を転じれば、実定法上の規律としては、1990年12月13日胚保護法が制定され(1991年1月1日施行)、生殖技術の濫用的応用を刑罰下におき、また、2002年6月28日には、きわめて厳格な要件のもとで幹細胞の輸入と使用を認める幹細胞法も制定(2002年7月1日施行)され、それぞれの対象領域の法的規制を行っている。また、2002年5月14日にすでに、ドイツ連邦議会の設置した「現代医学の法と倫理」調査委員会(2000年3月24日設置)は、「世俗的社会においても、個別事例における利益考量に優先する、一般的な拘束力をもつ行為原理がなければならず、また、人間の尊厳と人権の概念は、現代医療の問題との倫理的また法倫理的対質の放棄できない枠組みを意味する」、ということを出発点に据えた、詳細なその最終報告書を連邦議会議長に手交している⁽³⁾。そこでの出発点は、「人間の尊厳と人権」におかれており、報告最初の分析が、これに当てられている。そうであれば、このような生命科学をめぐる諸問題に対して、とりわけ、胚と人間の尊厳との関連性について、憲法学者、憲法理論は、どのように対応しているのだろうか。これらの問題に対し、詳細な検討を行っているクリスティアン・シュタルク(Professor Dr.Christian Starck)の論稿 „Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin“, in: JZ 57.Jg.,2002,S.1065-1072⁽⁴⁾をとりあげることにより、それを、その構成にしたがって、

順次紹介することで問題の一端を窺うこととしよう。同時になお、本稿は、同教授の人間の尊厳理解を知るうえで、基礎的な文献の一つといえるが、大東法学第 42 号に寄稿した「人間の尊厳論ークリスティアン・シュタルクの憲法構想についてー」（本稿提出時の 2004 年 1 月 31 日時点では未刊）では、検討対象とすることができなかつた。それ故、本寄稿は、大東法学掲載の論稿を補完するものである。

註

- (1) Ch.Starck, JZ 57.Jg., 2002, S.1065 では、生命科学は、理論的・実験的研究であり、生命技術 (Lebenstechnik) は、人間に应用される臨床医学 (klinische Medizin) であると定義される。そして、彼は、その論稿で論議される対象を、この臨床医学のうち、生殖医療に限定する。
- (2) 英米仏独等の各国の状況につき、たとえば、総合科学技術会議生命倫理専門調査会第 27 回会議 (2003 年 12 月 12 日) での「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方 (案)」(会議資料 2) 43 頁以下参照 (www.8.cao.go.jp/cstp/tyousakai/life/haihu-si27.html)。たとえば、着床前診断に関する欧州各国の対応につき、vgl.Barbara Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, Mohr Siebeck 2002, S.35-45.
- (3) 本報告書は、その全文および関連事項を、インターネットで検索可能 (www.bundestag.de/gremien/medi/schlussbericht.pdf または www.cloning.ch/cloning/news2002/news.47html) であるが、Bundestag (Hrsg.), Schlussbericht der Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin, Leske+Budrich, Opladen 2002 として公刊されている。なお、注目に値するのは、着床前診断の許可・不許可につき、連邦医師会は、2002 年大会で大多数が許可に反対、また、本調査委員会も、票決に加わった委員 19 名中、16 名が一切の許可に反対、3 名が条件つき許可に賛成、さらに、連邦首相の諮問機関「国家倫理評議会 (Nationaler Ethikrat)」(2001 年 4 月設置。 www.ethikrat.org/) は、2003 年 1 月 23 日に 24 委員中、15 名の委員が条件付き許可に賛成、7 委員が厳格な態度をとり、2 名の委員が資格賦与づけを行っている。政府の諮問機関である「国家倫理評議会」と他の機関の立場は、少なくとも着床前診断に関しては、見解の対立が見られる。これにつきました、vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 58.Jg., 2003, S.814, Anm.24。わが国では、着床前診断の実施例はないが、慶応大学と名古屋市大が日本産科婦人科学会に申請中とのことである (朝日新聞 2004 年 1 月 15 日付朝刊による)。本稿提出後、神戸の大谷哲郎医師により、日本産

科婦人科学会に無申請で、男女産み分け等を目的として受精卵診断（＝着床前診断）が実施されていたことが判明した（朝日新聞 2004 年 2 月 4 日付夕刊による）。

(4)以下では、Ch.シュタルクの本稿を引用するに際しては、本文にページ数のみを記すこととする。なお、シュタルクの本稿に先行する論稿としては、たとえば、vgl.Ch.Starck, Die künstliche Befruchtung beim Menschen (1986); ders., Wider die Verdinglichung menschlicher Embryonen (2001), in: Ch. Starck, Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck 2002, S.87ff.

II. 生殖医療の提起する問題点と課題設定

シュタルクは、生殖医療の現況につき、本稿を含め、体外受精や胚に関わる問題を扱う諸論稿のなかで概略、以下のように捉える。①体外受精は、本来、生殖意志のある者の身体的欠陥（例：卵管機能障害）を克服することを目的とし、体外受精した卵細胞の子宮への移植・着床へ向けての段階から、それにとどまらず、生殖および生殖結果をコントロールする可能性をも創出した。このようなコントロールは、とりわけ、着床前診断を通じて、②体外受精した卵細胞の子宮への移植に先だって、それが遺伝学上の欠陥を有するか否かを診断することにより、胚の選別可能な段階へといたった。まさしく、この着床前診断とともに、「体外受精の目的は、欠陥のない胚の移植にまで拡大される。遺伝的疾患をもつ子どもを産むことを慮れる親は、作製された胚を診断させ得るために、体外受精の途を歩む」(S.1065) ことともなり得る。さらに、受精した卵細胞は、生命科学研究のための胚の費消を通じて（研究の自由）、再び生殖医療の新たな処置を人々に期待させる段階へといたる。すなわち、③受精した卵細胞は、遺伝的疾患の手がかりをつけ、治療するという目的のため（消極的優生学）にか、将来より良い人間を育成するという目的のため（積極的優生学）に、利用され、費消される段階にいたった。あるいは、全能性をもった（totipotent）胚性幹細胞を得るためにか、多能性をもった（pluripotent）胚性幹細胞を得るために、また、胚性幹細胞を利用しての治療上のクローン⁽⁴⁾においても、胚が費消される段階にいたった。

シュタルクはいう。このような生命科学上、生殖医療上の処置からは、「生体外で作製された人胚を、女性の子宮での人としての発育の機会を奪うことに、すべて帰着する：着床前診断は、選別に帰着する、すなわち、優生学上のまたはその他の理由から、胚を投げ捨てることに帰着する。幹細胞の研究や治療上のクローンは、性的か無性的に作製された胚の費消か投げ捨てかに帰着する」(S.1066)、と。

そうであれば、ここで問題となってくるのは、受精した卵細胞、胚とは、どのような存

在なのか、それは、「人」であるのかどうか、「人」はいつ人となるのか、それは、どのような法的地位をもつのか、等々である。シュタルクが、本稿で問題とするのは、端的にいえばまさしく、「人間の生命はいつ始まるのか」(S.1065)、である。何故なら、人間の生命が開始するところに、その人間の尊厳の保護また人間の尊厳の尊重請求権の保障が、さらに生命権の保障が及ぶからである。とりわけ、このような保護または保障は、生体外の胚(Embryonen in vitro)にも及ぶのか、が検討対象とされるのである⁽⁵⁾(S.1065f.)。

註

(4) E.-W.Böckenförde, 註(3), S.815 は、治療上のクローンにつき、胚性幹細胞の治療上の使用(これは、胚の殺害行為を意味する=人間の尊厳尊重違反)ではなく、人間から摘出された成人細胞核の治療上の使用(狭義の治療上のクローン)については、「生きている、通常は成長した人間(患者)から摘出される成人細胞は、胚ではないし、個体としての人間の生命体ではなく、たんなる細胞でしかない」ことから、治療目的のために費消できるという。

(5)シュタルクと同様の問題意識に立つと思われるのは、註(3)のベッケンフェルデである。彼はいう。「決定的に重要なのは、人間の尊厳保障とこの保障に含められる承認と尊重が、自立的主体として出生した人間だけを、あるいはまた胚をも含むのか、という問題である。これは、胚の法的地位に関わる。胚もまた、もし肯定されるなら、いつの時点から人間の尊厳の、その尊重請求権の、そして、人間の尊厳から流出する生命権の主体であるのか?この問題は、基本法第1条の文言からは直接答えることはできない。それは、その射程に向けてのその解釈の問題であり、そして、この解釈は、現在の議論においては、徹底して争われている」(S.810)、と。

III. 人間の尊厳は、胚に及ぶか一個別的検討

妊娠中絶に対する連邦憲法裁判所判決は、「人間の生命が存在するところ、それに人間の尊厳が帰属する」[BVerfGE 39,1(41)=ドイツ憲法判例研究会編・ドイツの憲法判例(第2版,2003年)鳴崎健太郎執筆 67頁;88,203(252)=同編・ドイツの最新憲法判例(1999年)小山剛執筆 46頁]との命題のもと、人胚は、子宮着床後に基本法第1条第1項の人間の尊厳の保護のもとにあるとの立場を採るが、しかし、着床前の生体外の人胚も、この保護のもとにあるか、は明示していない。

これに対して、学説は、どのように応えようとしているのであろうか。それは、H.・G.デーデラーによれば、以下三説に大別できるとされる⁽⁶⁾。①その第一は、生体外の人

胚は、無制限に基本法第1条第1項のもとにあり、その人間の尊厳は、出生した人間または胎児のそれと同一の範囲において不可侵である、と解する。すなわち、基本法第1条第1項の保護によって達成された「タブー・ゾーン」は、出生した人間、胎児および生体外の人胚にとって同一であり、他の基本権、とりわけ研究の自由と利益考量関係にはない。

②その第二は、生体外の人胚に、人間の尊厳保護は段階的にのみ及ぶと解する。この説では、生体外の人胚に帰属する人間の尊厳は、利益考量に抵抗的であるが、人間の尊厳保護によって、生体外の人胚のために達成された「タブー・ゾーン」は、出生した人間、胎児のそれとは同一の範囲ではなく、イメージ的には胚→胎児→出生した人間という同心円的な広がりを示す。

③その第三は、人間の尊厳保護は、出生した人間にまずは及ぶのであり、そして、子宮への着床とともに、通例、自然的経過の後に確実となる「人間としての発育」の「橋」を媒介としてのみ遡及的に着床以降の人胚に及ぶ（「橋渡し構成」）、とする。と同時に、胎児の人間の尊厳保護は、胎児に、出生した人間と同様の利益考量抵抗的に帰属するわけではない、と説く。これら三説のうち、シュタルクは、第一の説に立ち⁽⁷⁾、それを、胚保護法、余剰胚等々の個別的問題に対する応答のなかで論拠づけている。以下、彼の説くところを、その論稿の構成にしたがってみていこう。

(i)出発点としての胚保護法について (S.1066)：胚保護法は、「生体外で発生した胚は、研究目的や治療目的のために費消されたり、悪しき遺伝子にあってはこれを破棄したりしてよいというのではなく、その自然な目的に適合して、人として発育し、誕生するであろう機会をもたねばならない」(S.1066)との構想のもとで、刑罰規定をもって生殖技術の濫用的応用を規制する。しかし、2000年9月の、卵細胞受精後14日まで、幹細胞を得るためにクローン胚の作製を許容するイギリス議会決定が引き金となって、ドイツでも、法改正の要請が、研究の自由との関連で、生命科学者や生命技術者によって要請されるにいたっている。この要請は、①墮胎(=胎児の殺害)は、その存在の最初の三ヶ月間は社会的に受容されているが、なぜ、胚が、重病人や、潜在的にはすべての人間に役立つはずの、新たな治療可能性を研究するために使用されてはならないのか、②着床前診断や胚の選別可能性は、これを通じて、胚疾患による墮胎が回避される、との論拠によって正当化されている。このような胚を「費消する (verbrauchend)」研究や着床前診断の解除の要請に対し、どのような基準にもとづいて、これが解除されてもよいのかどうか、また、上述の正当化論拠は妥当かどうかの判断基準を、シュタルクはつぎに問う。

(ii)各国憲法および国際法にみられる基準設定について (S.1066f.)：シュタルクは、このような判断基準の出発点は、(a)まず第一に、憲法でなければならず、また、(b)医学研究や治療法の国際性からして、国際法にも関心が向けられねばならない、と説く。その場合に、

判断基準となるのはいうまでもなくまず第一に、「人間の尊厳」の保障である。

a) 基本法第1条第1項の「人間の尊厳」保障は、生命科学や生命医療にとって、カントのいう、人間を別の目的のためのたんなる客体とすることの禁止（G・デューリッヒ／連邦憲法裁判所のいう「客体定式」）を意味する捉えられる。一方、連邦憲法裁判所は、1975年および1993年の墮胎判決で、未出生の生命も人間の尊厳の保護下にあり、少なくとも着床から、人間の尊厳と同時に、また生命保護（基本法第2条第2項第1文）をも享受する、と判示した。

両判決では、女性の体内にある胚保護が問題とされたが、シュタルクは、着床前の胚保護につき判断が下されていないのは、着床前にそれを保護することは、重大な生命の不安定さがあり、その生存を着床前に確証することは、はなはだ困難であるからである、という。しかし、これとは異なって、生体外の受精では、連邦憲法裁判所の両判決の定式「人間の生命が存在するところ、それに人間の尊厳が帰属する」によれば、人間の個体の生存は、卵細胞の受精によってすでに決定されている。まさしく、核の融合とともに、継続的に自己制御された発展過程が始まり、この過程は、質的に段階づけられることなく、有機体の発展分化とその誕生へといたる。すなわち、「受精卵細胞は、人間として発展していくための完全なプログラムを含んでおり、これが、尊厳保護を作動させる。人間の尊厳は、ホモ・サピエンスに人間が属する、ということにもとづくだけで、人間に帰属する。」(S.1067)

胚保護法は、この体外受精と、体外受精により作製された胚の子宮への移植間の厳密な**連結関係**（*Konnexitätsverhältnis* — 強調は原文）を規範化した。この連結関係は、胚が、生体外で作製されてもよいのは、ただ胚を引き続き、卵細胞が摘出された女性に移植するためにだけである。そうであれば、そこからは、以下のことが帰結することとなる。そのまず第一は、目的限定に関わる。すなわち、①胚の体外受精が許されるのは、ただその胚を引き続き卵細胞が摘出された女性に移植するためにだけである。したがって、胚の発展能力が疑問視されたり、研究に委ねるために、まだ着床されていない胚の子宮への「不定着」ということで、人間の尊厳保護を否定することを論拠づけることはできない。そこから、客体定式に関わるその第二の帰結が生じる。すなわち、②体外受精は、ただ個別的治療上の処置としてだけ正当化される。そうであれば、生体外で作製された胚が、子宮に移植されるのではなく、それ以外の研究目的や他の治療のために費消されたり、診断の後、投げ捨てられたりすれば、その胚は、別の目的のための手段として利用されたのであり、その点に人間の尊厳違反が看取される。さらに、その第三の帰結は、他の憲法上の利益（例：研究の自由）との利益考量の否認に関わる。すなわち、③胚の生命権と、他者の生命を引き延ばすために胚を費消する研究に期待される利益間の考量は、始めから許されな

い、ということである。

b) シュタルクは、人権に関する国際条約上では、未出生の人間生命、それ故にまた、体外 (extrakorporal) で作製された胚には、基本法同様に明文で保護されていないことを確認した後、この保護は、関連条文から容易に看取される、という。たとえば、そのようなものとして彼が言及するのは、1950年11月4日のヨーロッパ人権条約第2条(生命に対する権利)、である(ただし、欧州人権裁判所では、この権利の胚への拡大について触れる判決はまだない)。ついで、1997年4月4日の人権および生物医学に関するヨーロッパ条約(1999年12月1日発効ドイツは、保護が不十分として未署名)は、明文で研究目的のためにする胚の作製を禁止(第18条第2項)し、生体外の胚に関する研究が許容される限度において、法秩序に適切な胚の保護を要求する(第18条第1項)。また、1998年1月12日のその追加議定書では、人間の生命体のクローン禁止を謳う⁽⁸⁾。このようなヨーロッパレベルでの生命保護の発展に鑑みれば、ヨーロッパ評議会(Europarat)は、ヨーロッパ人権条約で保障された生命保護を、明文で胚にまで拡大するにいたった、とシュタルクは評価する。さらによりグローバルには、とりわけ1996年12月19日の「市民的権利と政治的権利に関する国際規約」前文での「人間に内在する尊厳」が挙げられる(その先行形態として、国際連合憲章(1945年)および世界人権宣言(1948年)前文での「尊厳条項」がある)。シュタルクの胚にも人間の尊厳保障は及ぶとする理解からすれば、「人間に内在する尊厳」は、当然に胚においても備わっており、国際規約のこの文言を、今日の医学上の可能性に鑑みて、胚にも人間の尊厳が帰属する、と解釈可能とされる。

(iii) いわゆる「PIK理論」について(S.1068f.)：受精とともに、新たな独自の個体としての人間の生命体(胚)が形成されるとする、このようなシュタルクの立論は、①継続性(die Kontinuität)、②潜在的能力性(die Potentialität)そして③(遺伝的)同一性(die genetische Identität)にもとづく考え方(いわゆるPIK理論)によっても論拠づけられている。具体的には、①の継続性とは、核融合の時点から、価値ある人間生命の存在は、厳密な区切をともなうことなく、人の育成に向けての継続的につづく連続的過程として捉えられる、それ故に、人間の尊厳保障や生命保護もあらゆる成長過程に及ぶ、②の潜在的能力性とは、精細胞と卵細胞それ自体は、人間としての発展へのプログラムを含まないが、その融合がはじめてこのプログラムを含む、したがって、胚の潜在能力性は、完成したプログラムをもつ積極的な潜在能力であり、それは、着床によってはじめて完成されるのではなく、すでに胚のうちで完成しているのであり、胚は、潜在的に人間である、③(遺伝的)同一性とは、胚と後の人間とは遺伝的に同一である⁽⁹⁾、ということの意味する。以上のような論拠づけ疑問視し、批判する議論⁽¹⁰⁾は、①憲法上の保護のもとにおかれ

る生命のはじまりを、受精の時点ではなく、いっそう後の時点に移すことによって、核融合からの胚保護を回避し、胚には、憲法上の生命保護や尊厳保護は及ばないとするところによってか、②胚の生命権と研究の自由の目的とは原理的に憲法上同位にあり、利益考量関係におかれる、ということによって、研究目的のために、生体外での胚の作製を許容し、胚を研究材料として対象化される物 (Sache) とみる、あるいは、そのような立場からする論拠づけである、とシュタルクは逆に反批判する⁴²。

(iv)胚は人 (Person) か物か (S.1069f.) : 胚は、人と解されるべきか、物と解されるべきか。シュタルクは、カントが人倫の形而上学〔樽井正義・池尾恭一訳『カント全集 第11巻 人倫の形而上学』(岩波書店、2002年) 39頁、113頁以下〕や人間学〔渋谷治美訳『カント全集 第15巻 人間学』(岩波書店、2003年) 23頁〕で展開した教説によりつつ、「物からは、人はけっして生成しない。第三の人を産み出すことができるものこそ、生殖行為における異性の二人の身体的結合である。…細胞核の融合の終了とともにすでに、人となる潜在能力をもつ、新たな個体としての生命が発生する」(S.1069)、と説く。ところがこれに対して、体外受精は、女性の身体から採取された卵細胞と男性の精細胞は生命ではなく、物であり、この両細胞は、試験管内で合一化されるが、物としての特質を喪失してはおらず、いずれにせよ新種の物となる、との観念を出来させた。このような観念に対してシュタルクは、以下のように批判する。「受精した卵細胞に人の尊厳を拒絶し、したがって、それを物とみなすならば、いつの時に、はじめて人は生じ得るのか、が根拠づけられねばならないであろう。これは哲学的にも、法律学的にも不可能と思われる。…この時点を、着床、脳の発育開始、子宮外での生存可能性、出生あるいはそのようなものに移すことは、人であるための質的もしくは時間的判断基準が創設されることによって、生命権と尊厳保護が定義上拒否されることを意味する」(S.1070)、と。物から、人は生まれるはずもない、ということである。

(v)墮胎立法との比較 (S.1070f.) : 体外受精と着床前診断とを組合せて実施することにより、遺伝的なまたは染色体上の欠損のある胚の移植は回避されるべきか。この問題状況は、「女性の予想される葛藤状況を顧慮すれば、妊娠中絶の葛藤状況と比定可能であり、その結果、将来の母親にとって、期待不可能な負担が差し迫ってくることから、損傷のある胚は、連邦憲法裁判所によって、(範囲の明確化を条件に一訳者補足) 原則的に同意されている『胚疾患上の適応 (embyopathische Indikation)』〔BVerfGE 88,203 (S.256f.)〕に言及することで、正当化され得るのか?」⁴³、という問いかけでもある。これに対する回答として挙げられるものに、妊娠中絶は、一定の法的要件を充足すれば可罰的とは解されてはいない⁴³ことから、高度に遺伝上の危険因子をもつ両親に、健康な子どもをもうける手

助けとして、また、後に胚疾患上の理由からする墮胎を回避するとの論拠をもって、着床前診断は禁止されてはならない、との主張がある。このような主張に対して、シュタルクは、着床前診断を人間の尊厳違反として、大略、以下のような批判を行う。①体外受精は、不妊克服の目的で、人間の尊厳保護の根拠からのみ許される医療上の処置であるが、一方、着床前診断は、無価値の生命の選別を意図する。親は、胚を、検査を留保して作製し、場合によったら破棄し、また、人間の生命価値を決定する、という権利をもたない〔vgl.註(3), Bundestag (Hrsg.), Schlussbericht der Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin, Leske+Budrich, Opladen 2002, S.240ff.〕。②着床前診断による、遺伝的疾患をもつ後継者の回避への移行は、子どもの一定の品質水準の確保へと流れ込んでいく。そこから、③自然的生殖は、診断と選別可能性の故に、体外受精により代替されることが予想される。④着床前診断の選別効果は、現在の墮胎実践の選別効果を、きわめて迅速に著しく凌ぐこととなるかもしれない。さらに、もし、立法者が、着床前診断をいったん許容したら、その後、この選択を持続的に排除しつづけることは期待されるべくもない⁴⁴。

今ひとつ残された問題として、第二次墮胎判決で判示されていた「胚疾患上の適応」による墮胎につき、シュタルクは、基本法第3条第3項第2文「何人も、その障害を理由に不利益に扱われてはならない」（1994年10月27日基本権改正による追加）により、特権化することは許されないのであり、単純な条件の下で墮胎することは、客観法的内容違反でもある、と論ずる。このような主張の背景には、基本法が、障害をもって誕生した子へのアフター・ケア体制を具体化することを、国家や社会に対して規範的に要請している、との判断があるといえようか。さらにいえば、健康な者と障害のある者との共生、共存を可能とする社会こそが、健全な人間社会である、との判断が働いているのであろう。

(vi)余剰胚について (S.1071f.)：体外受精と卵細胞が採取された女性の子宮への胚移植の間に、憲法上要請される連結関係を喪失した胚（＝余剰胚）は、どのように取り扱われるべきか。シュタルクは、このような余剰胚の取り扱いをめぐる、以下のような提案を行う。そのまず第一は、①胚の発生後と胚の移植前の期間内に女性が死去したとき、計画された妊娠にとって持続的な医療上の障害が生じたとき、または、女性がその意志を持続的に変更したりするときは、父（*der Erzeuger*）に近接するもしくは子どもを願っており、そして、自然的方法では受胎できない女性に、この父の同意を得たうえで、余剰胚を提供することを認めるために、胚保護法を改正することの提案である（代理母関係の承認ではない）。なおさらに、余剰となっている胚について、シュタルクは、②人間の尊厳違反をとまなうことなく研究目的のために費消することが許される場合も想定している。その想

定事例とは、(a)胚が、移植との厳密な連結を顧慮して作製されるとして、(b)移植が後発的に不能と判明し、そして、(c)これらの胚が、自然的目的に適合して発育し得る別の子宮も用立てられないときは、これらの胚は、一切の発育チャンスをもたないのであり、そして、生存能力のない、流産した3ヶ月以後の胎児 (Foeten) または人間の遺体と比定可能である、そのような場合である。このような事例は、生体外での胚の通常の場合から明瞭に限界づけられ、個別的事例で明示され、また、濫用に対しても適切な法的規律を通じて規制され得るとして、きわめて限定的、例外的、厳格な要件の下で、胚の研究目的のための使用を認める。「胚は、その自己目的の成就が不可能となったことから、別の目的のために役立てられ得るのである」(S.1072)。

註

(6) Vgl. Hans-Georg Dederer, *Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz*, in: JZ 20/2003, S.988. 彼は、本稿で、人胚性幹細胞の研究に対する憲法上の枠、すなわち、人間の尊厳 (基本法第1条1項)、生命と健康 (基本法第2条第2項第1文) および研究の自由 (基本法第5条第3項第1文) の基本権法益の対抗関係を扱う。結論的には、彼は、幹細胞法が研究の自由に抵触すると主張する。

(7) Ch.・シュタルクと同様なのは、「…生命過程の一定の段階を、人間にその尊厳から義務づけられる承認と尊重から除外しようとしたり、または、この尊重を、生命過程上段階づけようとするならば、個々の個体的人間そのものの発育に段裂を作ることとなる。一切の人間そのものに対するその尊厳の尊重が妥当すべきであるならば、この尊重は、人間に当初から、人間の生命の最初の開始時点から承認され、そして、これに及ぼされねばならないのであ(る)…。ところでしかし、発達、発育する人間の固有の生命のこの最初の開始は、受精に存し、後になって始めてではない。受精を通じて、人間生命の形態でもある精細胞と卵細胞に対して、新しい、独自の人間生命体 (menschliches Lewewesen) が形成される。……決定的なのは、基本法が表現しているような人間の尊厳の尊重は、その規範内容からすれば、その内容が恣意的に縮減されてはならないならば、また、一切の人間の生命の最初の始まりをも含んでおり、その始まりにも及ぼされ得る、ということである。人胚は、その初期また最初期の生命段階において人間の尊厳保護によって包含されており、それは、人間の尊厳と生命権の担い手と同様に、尊重され、取り扱われ得る」〔前註(4),S.811ff.〕、というときのE・W・ベッケンフェルデである。

(8)この条約のドイツ語表記は、„Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und

der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin“である。その第18条は、以下のように規定する：

Art.18 Forschung an Embryonen in vitro

(1) Die Rechtsordnung hat einen angemessenen Schutz des Embryons zu gewährleisten, sofern sie Forschung an Embryonen in vitro zulässt.

(2) Die Erzeugung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken ist verboten.

また、vgl. Christoph Enders, Würde- und Lebensschutz im Konfliktfeld von Biotechnologie, in: JURA 10/2003, S.668.

(9) シュタルクと同旨なのは、vgl. E.-W. Böckenförde, 註(3), S.812である。ベッケンフェルデは、そこで「発育の遺伝的プログラムは、完成して存在するのであり、完全化する必要はなく、生命過程のなかで内部からすなわち固有の有機体にしたがって、発展する。そして、これはまさしく、固有の人間の有機体を形成する特徴である」、という。

(10) シュタルクの論拠づけに批判的なのはたとえば、vgl. W. Heun, Embryonenforschung und Verfassung-Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, in: JZ 11/2002, S.517; H・ローゼナウ、石塚伸一訳「人クローンの禁止—再生的及び治療的クローン」〔龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編（代表・石塚伸一）『遺伝子工学時代における生命倫理と法』（日本評論社、2003年）〕326頁以下。

(11) Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.1, 4. Aufl., Art.1 Abs.1 Rdnr.18; Art.2 Abs.2 Rdnr.176. シュタルクは、生命権の保護も、「人間の尊厳の生命的 (vital) 基礎としての人間生命」である受精した人間の卵細胞（胚）に対して当然に及ぶ、という。

(12) Christoph Enders, 註(8), S.669.

(13) 墮胎薬ミフィグューネの使用許可による、連邦憲法裁判所第二次墮胎判決の助言および期限モデルの未出生生命に対する保護効果の、立法者自身による廃止につきたとえば、vgl. Ch. Starck, Verfassungsrechtliche Probleme der deutschen Abtreibungsgesetz, in: Festschrift für Hertmut Schiedermaier, C.F. Müller 2001, S.382ff.

(14) 着床前診断の評価につき、シュタルクと同旨なのはたとえば、E.-W. Böckenförde, 註(3), S.814f.

IV. おわりに

シュタルクのこれまでの論調は、胚を、着床前診断し、場合によったら破棄したりすることの、また、胚を研究目的や他の人間の治療目的のために作製し、費消することの禁止を、「人間の尊厳」保障また「生命権」の保障から論拠づけるものであった。そうであれ

ば、今後、おそらくは解決を迫られるであろう焦眉の問題の一つである、着床前診断の法的規制について、シュタルクは、これを禁止するという方向性に立つ法学者であることは明白である。シュタルクは、本稿では幹細胞法をめぐる問題について詳細には触れるところではない（その理由は、幹細胞法の成立時期と彼のこの論稿成立時との時間差によると思われる）が、これにつき、シュタルクの論調を知るには、これまでの引用からも明らかのように、彼とその論調を基本的に同じくすると思われるE.-W.・ベッケンフェルデの、幹細胞法の定める「幹細胞の輸入と使用」に関する指摘が参考になる。それは、（胚の殺害を通じての幹細胞の獲得は正当化されない、という前提のもと）「幹細胞の輸入は、既存の倫理的、法的に根拠づけられた禁止を回避し、この禁止をどけ去ろうとする。…率直に言えば、贓物を受け取った者が、窃盗した者よりより良いわけではない。どこか他の地で、胚を費消することで獲得された幹細胞が、ここドイツで使用されるならば、何故、この幹細胞は、ここドイツで作製されてはならないのか、これは、費用のうえでも有利であり、より効率的であり、また、不信頼性を回避する。このような帰結は避けがたいし、そして、輸入は、それ固有の論理からすれば、現地ドイツでのまた作製に向けての第一歩となる」、という幹細胞法の孕む矛盾の指摘である⁽¹⁵⁾。

最後に、シュタルクは、その論稿で、彼がこれまで批判の対象としてきた生命科学、臨床医学（とりわけ生殖医療）に関する現今の功利主義的風潮に対し、「生殖技術とクローニングの可能性は、胚の地位に関して再考を迫っているが、この再考に際して、もちろん、新たな可能性が生み出す地滑りに落ち込まないことや、また、目的を規定する手段に夢中にならないことに注意しなければならない。関係人の最大限可能な有益性と最大多数の幸福という功利主義的エトスでもって、根拠づけられるこの地滑りは、とりわけ、生命の開始と終末時に、わずかに授与されたにすぎない、すなわち、割り当てられたにすぎない人間の権利（Menschenrechte）をも洗い流してしまう」（S.1072）ことになるろう、との警告を発して、その論を閉じている。

註

(15) E.-W. Böckenförde, 註(3), S.814.なお、H.-G.Dederer, 註(6), S.987 は、極度に制限的な幹細胞法に対して、生物学上、医学上の国際的進歩等も鑑みて、研究の自由との関連で憲法違反と判断する法律学上の文献が現れ始めたことを指摘する。

(2004年1月31日提出)