

# 生命科学技術と立法 ― 人の生死に国会はどう向き合うか ―

春 山 明 哲

## 目 次

- はじめに
- I 臓器移植法をめぐる立法過程
  - 1 「脳死臨調」
  - 2 議員立法へ
  - 3 衆議院における審議
  - 4 参議院における修正
  - 5 臓器移植立法の評価
- II 生命科学技術に関する政策研究プロジェクトの事例
  - 1 脳死と臓器移植 ―町野教授らによる研究―
  - 2 人間の身体・組織  
―東海林教授らによる研究―
  - 3 生殖医療・親子関係・クローン  
―総合研究開発機構・川井教授らによる研究―
  - 4 DNA・遺伝子・ゲノム  
―北川教授らによる研究―
  - 5 生命倫理と法(ケース・スタディ)  
―樋口教授らによる研究―
- III 「生命科学技術立法」の視点と方法
  - 1 憲法と「人間の尊厳」
  - 2 「ヒトの誕生」と科学技術の規制
  - 3 自己決定、合意形成、そして民主主義  
おわりに ―人の生死に国会はどう向き合うか―

## はじめに

科学技術の急速な発展、とりわけ生命に関する科学・技術・医療等の展開は、いわゆる「倫理的・法的・社会的問題」<sup>(1)</sup>をもたらし、これに対応するため世界各国で新しい立法への取り組みが行われてきた。我が国においても「臓器の移植に関する法律」(平成9年法律第104号。以下「臓器移植法」という。)、 「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年法律第146号。以下「クローン技術規制法」という。)が制定されたが、今後、遺伝子治療、生殖医療、

DNA 個人情報保護などの個別分野はもとより、包括的な「生命倫理法」の問題など、立法課題として論議されているテーマはさらに広がっていくものと予想される。これらを「生命科学技術立法」<sup>(2)</sup>の領域と総称することもできよう。

「生命科学技術立法」の過程には、あえて約言すれば、「人の生死に国会はどう向き合うか」という問題が含まれている。すなわち、国会は「人の死(または生)についていかなる決定をくだせるのだろうか、議員の多数による表決という民主主義の原則によって妥当な結論を出した

(1) DNA 二重らせんの発見者のひとりであるワトソン博士は、1975年のアシロマ会議でこの視点を問題提起し、のち、ヒトゲノム解読計画の責任者として予算の一定割合をこの問題の研究に配分した。その後、科学技術と社会をめぐる問題で広く各国で使用されるようになった。ジェームス・ワトソン、アンドリュー・ベリー(青木薫訳)『DNA』上・下、講談社、2005。参照。『調査と情報-ISSUE BRIEF-』459号、2004.11.11。「科学技術をめぐる政策課題2004」p.6.の抽稿「科学技術と社会」参照。

めにはどのようなプロセスと情報によるべきなのだろうか、といった問いである。とりわけ、「倫理的・法的・社会的問題」といったときに、「法的問題」とはなにかという点からの検討は、「立法の府」たる国会にとって重要な課題であると考えられる。

本稿では、このような問題意識に立って、「生命科学技術立法」の「法的問題」について、主として法学分野の立法政策的な研究成果に依拠して、筆者なりの整理と若干の序論的な考察を試みたい。

第Ⅰ章では、臓器移植法の立法過程を例にとり、その特徴、立案・審議過程についての法学者の視点からの検討をレビューする。第Ⅱ章では、法学分野における政策・立法提言型の研究プロジェクトの事例を紹介する。第Ⅲ章では、生命倫理と法と科学技術の相関領域に生じている基本問題のいくつかを取り上げ、「生命科学技術立法」の視点と方法を考察する。

## I 臓器移植法をめぐる立法過程

平成9年(1997)、議員立法により「臓器移植に関する法律」が制定され、「脳死」下の臓器移植が実施できるようになってから8年が経過した。臓器移植法は、その附則第2条で「施行後3年を目途として、この法律の施行の状況を勘案し、その全般について検討が加えられ、その結果に基づいて必要な措置が講ぜられるべきものとする」と規定している。しかし、移植実施例が少ないこと、小児臓器移植という問題の難しさなどもあり、見直しや法改正には至っ

ていない。この問題の核心部分には、かつて議論された「脳死は人の死か」という問いが未解決なままに残されており、これまでの立法過程における議論の道筋を確認し、課題を整理しておく必要がある。

### 1 「脳死臨調」

「脳死・臓器移植問題」は、我が国における最初の「倫理的・法的・社会的問題」ともいえるものであった。なかでも平成2年から4年までの「脳死臨調」(臨時脳死及び臓器移植調査会)における論議は、立法にあたっての基本的な論点の提示という点で、また、国民的関心のもとでの立法化という点で、臓器移植法の「立法環境」を形成したといってもよいであろう。

脳死・臓器移植問題は、患者・医師といった移植医療関係者のみならず、法曹界、さらには、倫理、哲学、宗教など各界の議論を巻き起こしたばかりか、夥しい報道や出版を通じて、広く国民的な関心と呼んだ問題であった。これには、昭和43年の和田心臓移植事件以来の移植医療への批判や不信、心臓病患者の相次ぐ海外渡航移植、そしてなによりも脳死・臓器移植技術の発展とその倫理的・社会的問題の世界的広がり等が背景にあった<sup>(2)</sup>。

脳死臨調における「少数意見派」ともいうべき人々による強力な言論活動は、この問題の論争的な性格を日本の社会に周知させる効果を持った。例えば、哲学者の梅原猛氏は、西洋哲学特にデカルトの「人間機械論」やキリスト教倫理による医学・医療を批判し、これに対置して、仏教哲学に基づく「菩薩行」の自利利他の行為

(2) 「生命科学技術」あるいは「科学技術法」という学問分野ないし概念用語が確立され、普及しているわけではない。また、生命に関して「科学と技術」を峻別すべきという見解もある。本稿では、生命に関する科学・技術という複合的な問題にかかわる「立法領域」という意味で、便宜的にこの語を使用する。塩野宏東京大学名誉教授は、科学と技術を単純に結合させて科学技術とする点に日本の特色が現れていると指摘している。塩野宏「法と科学技術」ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境』信山社、1999.8, p.3.

(3) この問題についての論考は枚挙にいとまがないが、さしあたり、テクノロジーの社会的受容という点から脳死・臓器移植問題を論じたものとして、林真理『操作される生命—科学的言説の政治学』NTT出版、2002.9.を挙げておく。

である「捨身飼虎」<sup>(4)</sup>を引いて、日本の思想・倫理による臓器移植問題の解決を訴えた。

また、評論家の立花隆氏は、脳死判定の科学性と審議会の進め方について脳死臨調を痛烈に批判した。さらに、評論家の柳田邦男氏、中島みち氏、小児科医の杉本健郎氏<sup>(5)</sup>は自身の家族を通じての体験から論陣を張り、国会議員にも積極的に働き掛けた。マスコミの関心も深く、新聞やテレビによる報道や世論調査<sup>(6)</sup>も繰り返し行われている。

脳死・臓器移植問題は「倫理的・法的・社会的問題」における「科学ジャーナリズム」の社会的な役割と意義の増大という現象を象徴する出来事であったとも言える。そして、立法府はこのことによる「社会的合意」あるいは問題の「社会的受容」の度合いを無視できなくなったのである。

しかし、問題は世論の動向にあったばかりではない。その後の立法過程を見ると、脳死臨調における「多数意見」の結論そのものに、立法府が考慮しなければならない要素がすでに胚胎していたと見ることができる。

平成4年1月の脳死臨調の最終答申は、「医学的に見ると脳死をもって『人の死』とすることが合理的である」が、それとともに、「脳死をもって社会的・法的にも『人の死』とすることは妥当な見解であると思われ」、また、「脳死をもって『人の死』とすることについては概ね社会的に受容され合意されているとあってよいものと思われる。」としている。<sup>(7)</sup>

もし、国会が脳死・臓器移植立法を行うとすれば、医学的な合理性ばかりでなく、社会的な受容、あるいは社会的合意についても考慮した上で、立法化の判断が必要となったのである。

この点について、米本昌平三菱化学生命科学研究室長<sup>(8)</sup>は、諸外国では「メディカル・プロフェッション」(医療職能集団)という強制参加の医療自治組織があり、臓器移植はその厳しい倫理規定の下で実施されてきたのであって、必ずしも国民的議論によって決められたわけではない、「脳死」は人の死かという問題設定そのものに日本の脳死論議の不幸がある、と指摘し、「日本では、『脳死は死か』という問題が過剰に社会の中に流出し、メディカル・プロフェッションとして制御不能になってしまった。そして問題がそのまま国会になだれ込み、その結果、妥協の産物として臓器移植法が成立しました」<sup>(9)</sup>と語っている。

実際、永井道雄会長は、最終答申に会長の見解として『『人の死』についてはいろいろな考えが世の中に存在していることに十分な配慮を示しつつ、良識に裏打ちされた臓器移植が推進されることを望む』という趣旨の含蓄に富んだ言葉を付し、答申直後の平成4年1月28日、生命倫理研究議員連盟会長の中山太郎氏らに対して立法化作業を要請したのであった。<sup>(10)</sup>

## 2 議員立法へ

臓器移植立法は、終始文字通りの議員立法であった。そもそも脳死臨調自体が議員立法によ

(4) 梅原猛『脳死は本当に人の死か』PHP 研究所, 2000.4, pp.50-51. 菩薩の自利を否定し、利他のために自己を犠牲にする行為。釈迦の前身である摩訶薩埵が飢えた虎にその身体を与えた絵が法隆寺の玉虫厨子に描かれている。

(5) 杉本健郎『子どもの脳死・移植』クリエイツかもがわ, 2003.5.

(6) 最近のものとしては、内閣府大臣官房政府広報室が平成16年8月に行った「臓器移植に関する世論調査」がある。

(7) 町野朔・秋葉悦子編『脳死と臓器移植 第3版』信山社出版, 1999.5. pp.282-319. に収録。

(8) 本稿においては、職名・肩書きは原則として、使用した資料の時点に拠っている。

(9) 梅原 前掲書 pp.83-84.

(10) 梅原 同上 p.117. および『日本の論点'98』文藝春秋, 1997.11, pp.435-436.

て内閣に設置された機関であった。それにしても、厚生省（当時）はなぜ立法作業の主体にならなかったのだろうか。臓器移植がすぐれて医療現場の問題であることを考えると一抹の疑問を感じざるをえない。

立法過程を振り返るとき見落とせないのは、脳死臨調が最終答申を提出する前の平成3年11月に、民間の生命倫理研究会・脳死と臓器移植問題研究チームが公表した「試案」<sup>(11)</sup>である。立花隆氏や中島みち氏らが作成に関わったこの試案は、脳死を人の死とはせず（臓器提供者を「脳死者」ではなく「脳死状態の人」と表現している）、また、本人の承諾を原則とし、遺族の同意だけでは足りないとする、いわゆる「狭い同意方式」を採るものであった。実質的に脳死臨調の少数意見の趣旨に沿ったものであり、のちの議員立法による金田案、猪熊案の嚆矢をなすものである、と評されている。<sup>(12)</sup>

このように、脳死・臓器移植問題の基本的な論点であり立法化にあたっての核心部分は、あえて単純化すれば、第一は「脳死を人の死とするのか」という問題であり、第二には「臓器摘出の承諾要件をどうするか」であった。この承諾要件には、本人の生前の意思を原則とする「狭い同意方式」とするか、それとも本人の意思不明のときは遺族の承諾をもって足りるとする「広い同意方式」とするかという二つの方式があった。この点に焦点を絞って、臓器移植法案の国会提出までの経緯を確認しておきたい。

#### ① 生命倫理研究議員連盟の「検討メモ」

平成4年5月、超党派の生命倫理研究議員連盟（中山太郎会長）と衆議院法制局は法案作成に

向けての最初の「検討メモ」を叩き台としてとりまとめた。さらに、10月、各党の関係議員の意見を整理し、関係省庁からの回答を反映させて第二次案の「検討メモ」が作成された。その骨子は、脳死臨調の多数意見の趣旨に沿ったもので、「脳死を人の死」とする前提に立ち、「脳死体を含む死体」または「死体（脳死体その他の死体）」から臓器を摘出できるとした。臓器摘出の要件については、本人の意思を尊重するとともに、本人の意思が不明の場合は、遺族の書面による承諾で足りるとする、いわゆる「広い同意方式」を採っている。<sup>(13)</sup>

#### ② 「各党協議会検討素案」

次いで、平成4年12月、各党の意見調整のため、衆参両院の厚生委員会の委員を中心とした「脳死及び臓器移植に関する各党協議会」が発足したが、意見集約はなかなか進まなかった。平成5年5月、野呂昭彦座長は「臓器移植法案（仮称）の骨子（協議会検討素案）」をとりまとめた。この素案は、「死体（脳死体を含む）」と表現し、承諾については「広い同意方式」を採りながらも、「運用基準」として、本人意思が不明なとき、遺族は本人意思を「忖度」して判断することを求めるとして、「広い同意方式」を運用でやや狭めているところに特徴があった。

#### ③ 「臓器移植法案（仮称）要綱（案）」

各党協議会は、平成5年11～12月の作業で、「臓器移植法（仮称）要綱（案）」<sup>(14)</sup>を作成し、脳死については「死体（脳死体を含む）」として明文規定を置かないこととした。臓器提供手続については、この要綱に基づいて厚生省の専門家ワーキング・グループが本人意思の「忖度」の判断基準として「脳死体からの場合の臓器摘出

(11) 町野・秋葉編 前掲書 pp.28-37. に収録。

(12) 中山研一『臓器移植と脳死－日本法の特徴と背景』成文堂、2001.8, pp.128-129. なお、議員立法の経緯の記述にあたっては、その多くを中山研一氏（京都大学・大阪市立大学名誉教授）の同書に負っている。

(13) 同上 pp.126-127. による。なお、「検討メモ」は筆者未見。

(14) 「要綱（案）」（平成6年1月版）及び「指針骨子（案）」は、町野・秋葉編 前掲書 pp.38-54. に収録されている。

の承諾等に係る手続についての指針骨子(案)」(平成6年1月)をとりまとめている。

各党協議会の場合には、与野党一致の議員立法として法案一本化が追求されてきた。しかし、例えば社会党が「脳死」を臓器移植の場面のみ限定する案を出すなど、各党の調整がつかず、協議会審議は打ち切りとなった<sup>(15)</sup>。

### 3 衆議院における審議

臓器移植に関する法律案が初めて国会に提出されたのは、平成6年4月のことである。森井忠良議員(社会党)提出によるこの法案(「旧法律案」ともいわれる)は、各党協議会における議論を踏まえたものではあるが、各党合意のものではなかったらしい<sup>(16)</sup>。この法案は、これまでの「素案」、「要綱案」と基本的には同じであるが、施行後5年を目途に再検討することとされていた。しかし、審議は進まず、前後4回会期末ごとに継続審議となるという経過を辿った。この間の審議のなかでは、金田誠一議員が、脳死を法で規定することは国民的合意に達していないとし、山本孝史議員が、本人意思の付度は疑問であり医療現場に混乱をもたらすとしているほか、柳田邦男氏が参考人として、死へのプロセスに線引きすると「死の青田刈りの危険」があると指摘していることが、その後の経緯を考えると、注目されるどころであった<sup>(17)</sup>。

平成8年6月、衆議院厚生委員会に上記の臓器移植に関する法律案の修正案が、中山太郎議員らの提案により提出された。この修正案は、脳死説には立っているが、従来の「広い同意方式」を改め、「狭い同意方式」を採用した。すなわち、脳死者が生存中に臓器提供の意思を書面により表示している場合であって、遺族が拒

まないときに限り臓器の摘出を認める、というものであった。これは承諾要件の原則を大きく変更するものであり、移植の可能性を激減させるとともに、法理論的には「死者の自己決定権」を重視する考え方であり、角膜・腎臓移植との関係では脳死と心臓死の「ふたつの死」を認めることになりかねない<sup>(18)</sup>、との懸念や批判が生じることとなった。この修正案は衆議院解散(平成8年9月)により廃案となったが、これを契機として、慎重派・反対派の動きが活発になってきたのである。

同年12月、この修正案は臨時国会に再提出された。いわゆる「中山案」(衆議院第一次修正案とも言われる)である。翌平成9年3月18日に始まった衆議院厚生委員会では、金田誠一議員が「対案」として3月31日にいわゆる「金田案」を提出するに至り、対立するふたつの案の同時審議という事態になった。ここで確認しておけば、「中山案」は、「脳死は人の死」であることを前提として、臓器摘出の対象を「死体(脳死体を含む)」と表現し、「金田案」は、「脳死は人の死ではない」との立場から、摘出対象を「死体又は脳死状態にある者の身体」とする案であった。厚生委員会は、6回、26時間に及ぶ審議を重ねたが、法案については採決を省略し、4月24日、本会議でふたつの法案が採決に付されることになった。自民党、新進党など各党は、日本共産党を除き、党議拘束を外して採決することとなり、「金田案」は賛成76、反対399で否決され、「中山案」が賛成320、反対148という大差で可決されて衆議院を通過、参議院に送付されることになった。

この一連のプロセスについて中山教授は、「不可解なのは、衆議院厚生委員会での処理の

(15) 中山 前掲書 p.133.

(16) 同上 p.134.

(17) 同上 pp.137-138.

(18) 角膜と腎臓については、角膜及び腎臓の移植に関する法律(昭和54年法律第63号)により、心臓死体からの摘出のみが認められてきており、臓器移植法案ではこの関係規定を「吸収」することになった。

方法であって、厚生委員会では二つの法案をめぐって賛否両論がたたかわされ、論点がかなり煮詰まっていたと思われるにもかかわらず、結局は、委員会としての採決を省略してしまい、直接本会議での採決に委ねてしまったという無責任な対応ぶりであった。これは専門の委員会としての任務を放棄したに等しく、何のための審議だったのかを疑わしめるものであったといわなければならない。審議状況の情報も公開されず、論点の整理もなされないままに、いわば白紙の状態の本会議に法案を丸投げしてしまったことが、結果的に党派的で感情的な採決という数の論理で、冷静な論議を押し流してしまう最大の原因になったといえよう<sup>(19)</sup>と厳しく論評している。

#### 4 参議院における修正

5月16日、参議院に臓器移植に関する特別委員会（竹山裕委員長・自民党）が設置され、19日の本会議で「中山案」の趣旨説明がなされたが、審議は進まなかった（なお、4月18日には、衆議院で否決された「金田案」とほぼ同趣旨の「猪熊案」<sup>(20)</sup>が対案として提案されていた）。このあと、参議院では「劇的」ともいえる「中山案」の修正過程が進行し、6月16日、関根則之議員提出のいわゆる「関根案」による「中山案」（第二次修正案）の集中審議（3時間半）と可決、翌17日、参議院本会議における可決、そして、直ちに衆議院に回付されて本会議で可決、成立にいたるのである。<sup>(21)</sup>

急転直下ともいえるこの立法過程については

不明な部分が多かったが、関係者の記録などにより多少判明した部分もあるので、それに依拠してこのプロセスを追ってみたい<sup>(22)</sup>。

中島みち氏の回想によれば「参院自民党幹事長の村上正邦が、五月十九日から始まる臓器移植法案の審議に関連して『ここらあたりだったら国民の合意ができるのかなという、第三の案を出したい』と述べたという報道があった。しかも、脳死を人の死とは規定しないことを前提にする方向だという。（略）今こそ、村上幹事長の第三案への意欲に希望を託して（略）法案を考え直してもらうチャンスかもしれないと、私は思った。』<sup>(23)</sup>

ここから始まる中島氏の議員への働きかけの過程は「参議院での逆転」として描かれている。

中山教授は、参議院自民党において「中山案」、「猪熊案」の両案を接近させ「第三案」によって妥協を図るという方向が模索され始めた背景には、宗教団体等が慎重審議を求める方向で発言し始め、これを無視し得なくなったのではないかと推察している。<sup>(24)</sup>

中島みち氏は、6月13日、大木浩議員（参議院自民党政策審議会長）ら超党派の参議院議員有志の主催する「臓器移植法に関するシンポジウム」で、「臓器移植の場合にのみ脳死状態を死体とみなす」という提案を説明した。

また、このシンポジウムに参加した柳田邦男氏は、次のように回顧している。

「私は、『要は脳死を一律に人の死と無理に定義しないで移植医療を可能にする現実的な道を探すことだ』というのが持論でした。（略）衆議

(19) 中山 前掲書 p.146. また、佐々木迪郎『日本人の脳死観－臨調答申を読む』中央公論事業出版、2004.2, pp.179-201. 佐々木氏は臓器移植法案採決後の議員の発言を詳細に分析している。

(20) 猪熊重二参議院議員外4名提出の「臓器の移植に関する法律案」。

(21) 小林仁・菱沼誠一「臓器移植法、参議院で修正の上、成立 課題山積の中、平成9年10月施行」『立法と調査』201号、1997.9, pp.38-41.

(22) 立法過程の分析としては、佐藤廣治「臓器移植法の見直しをめぐって」『レファレンス』611号、2001.12, pp.7-40.; 林真理「脳死臓器移植問題の社会的側面－法「改正」論争の周りで－」『思想』973号、2005.5, pp.104-128.

(23) 中島みち『脳死と臓器移植法』文藝春秋、2000.11, pp.102-103.

(24) 中山 前掲書 p.150.

院で「中山案」が可決され、そのまま臓器移植法として成立してしまう可能性があった状況下では、脳死を死と認めない立場としては次善の策として『本人の同意が必要』という修正項目を盛り込むことで、妥協せざるを得ない面があった。(略) 脳死を死と認めない人が実質的に心停止まで待てる条件をなんとかつくらなくてはならない。そのために私は、自己決定権として医療を受けない権利と同じように『脳死判定を拒否する権利』を保障した法案にすれば、脳死を死とするという条文があってもそれをくぐり抜けることが可能なシステムになる、という提案をしました。<sup>(25)</sup>

しかし、この「第三の案」は6月16日、すなわち特別委員会で集中審議される日までその内容が公表されなかった。中山教授はこう論評している。

「その直前まで、法案の内容が細部まで確定せず、一般にも公表されないという不安定な状況が続いていた。(略) 6月12日には大阪と新潟で地方公聴会が、13日には東京で中央公聴会が開かれたが、その趣旨はきわめて不徹底で、かつ内容的にも、ちぐはぐのものであった。私自身も、新潟の公聴会に参加したが、資料としては「中山案」と「猪熊案」のみが配付されて、修正案の内容は伏されたままであったにもかかわらず、実質的には、修正案を念頭においた質疑に関心が集まっていた。<sup>(26)</sup>

「最も重要な修正点は、法案の第6条の『臓器摘出』の要件として、中山案が、摘出の対象を『死体(脳死体を含む)』としていたのを、修正案では、『死体(脳死した者の身体を含む)』と書き換えた上で、『……「脳死した者の身体」とは、その身体から移植術に使用するための臓器が摘出されることとなる者であって、脳幹を

含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定された者の身体をいう』と移植目的の場合に限定したことにある。修正案は、さらに、患者本人による臓器提供の書面による承諾とともに、脳死判定についても書面による承諾を必要とすることを要件に加え、判定手続きについても詳しい規定を置いたのである。<sup>(27)</sup>

しかし、参議院特別委員会における質疑について中山教授は、臓器移植の場合にのみ脳死を人の死と認めたのか、修正案は中山案とはどのような関係にあるのか、修正案が「脳死した者の身体」を死体を含めた根拠はなにか、脳死判定にしたがう意思表示がなぜ加えられたのか、移植以外の場合にも脳死は波及するのか、といった多くの問題点が残されたと指摘した上で、以下のように総括している。

「参議院での修正案は、脳死を一律に人の死とすべきではないという世論の動向を無視できず、しかし、これを完全な中間案としてでなく中山案の修正案として構成せざるを得ないという手続き的な要請なども加わって、結果的には論理的な整合性よりも法案を成立させるという現実的な必要性を優先させた政治力学の結果として成立したものと評価し得るであろう。<sup>(28)</sup>

国会は「二つの死」を認めたのであろうか。松久三四彦北海道大学教授は、国会会議録の詳細な分析に立って立法者(法案提出者)意思を検討したうえで、この修正案の「中山案との比較、文理解釈、体系的解釈、法案作成の中心となったと思われる関根議員の答弁等(死の概念につき一元説をとっている)からすると、これをもって本法は二つの死の概念を認めた(臓器提供者に限って脳死=人の死とする)ものであるというのは明らかに言い過ぎであろう。」と結論している<sup>(29)</sup>。

(25) 梅原 前掲書 pp.131-132.

(26) 中山 前掲書 p.156.

(27) 同上 p.158.

(28) 同上 p.162.

## 5 臓器移植立法の評価

参議院で修正され、最終的に可決・成立した臓器移植法は、「臓器移植に限って脳死は人の死」とするものである、と報道され、理解された。この修正と衆議院で可決された「中山案」とは、どのような関係になるのであろうか。

中山太郎衆議院議員は、インタビューに答えてこう語っている。「とっさに、まずいことになった、死が二つになった、と感じました。脳死が人の死であるということは、世界的にも、既に医学界の常識だと思います。これが否定されるのなら、いっそ法案そのものを否決して欲しいとも思いました。しかし、参議院側と交渉する過程で、今回の修正は、移植の要件を修正したのであって、既に医療の現場で行われている一般の脳死判定については一切触れていない、という認識で一致したので、それならば原案の考え方に何ら反するものではない、ということで修正に応ずることになりました。この点は、医者も含め、多くの方が誤解しているようですが、とにかく、一步でも半歩でも前進して、移植を待ち望む患者さんの期待に少しでも応えたいという気持ちで一杯でした<sup>(30)</sup>」。また、別のところでは、「ここで修正案を拒絶した場合、移植医療の新しい扉は開かない。そこで今回は、無念だが最大の妥協をしようという気持ちになっ

た。<sup>(31)</sup>」

臓器移植法の規定を「脳死」との関係でどのように理解するのか、については「中山案」の参議院における修正という立法過程と密接に結びついている。

平野龍一東京大学名誉教授(当時)は、「衆議院を通過した法案に重大な修正を施すのならば、それ相当の審議が必要なはずである。残された会期は短かったのであるから、当然継続審議にすべきであった。私どももそれを期待した。しかし、性急に妥協案が作られ、短期間の審議で通過させられてしまった。その案の内容は『三方一両損』ともいふべき妥協の産物で、筋の通らないものである。もっとも政治的判断からすれば、継続審議にすると議論が蒸し返されて、またのびのびになり、国会に対する国民の信頼が失われかねない、という配慮もあったであろう<sup>(32)</sup>」と述べ、「理論的にみていちばん問題なのは、この法律が、死とはなにかについて、いわゆる『自己決定権』を認めたことである。しかもそれは、臓器を提供する場合に限られている。<sup>(33)</sup>」と批判を展開している。

また、唄孝一北里大学客員教授は、「修正案提案理由書では、「臓器提供者の尊厳と家族の感情とに配慮して、その身体を『脳死した者の身体』と表現することにいたしております」と述べている。(略)「……者の……身体」といっ

(29) 松久三四彦「臓器移植法と脳死、人の死、権利能力の終期」山島正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古希記念論文集刊行発起人編『民法学と比較法学の諸相—山島正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古希記念 3』信山社出版, 1998.9, p.18.

(30) 「臓器移植法—適正な移植医療を目指して」『法学セミナー』513号, 1997.9, p.111. インタビューにおける中山太郎議員の発言。

(31) 『日本の論点 '98』文藝春秋, 1997.11, p.427. なお、読売新聞政治部『法律はこうして生まれた—ドキュメント 立法国家』中央公論新社, 2003.11, pp.5-20. 所収の「臓器移植法(1997年6月17日成立)」のインタビューで、中山太郎議員は、参議院で修正されたのは、自民党参議院幹事長だった村上正邦氏が宗教団体「生長の家」出身で、生命の考え方について独特のものをもっていたことが大きかった、と述べている(同書 p.19)。

(32) 平野龍一「三方一両損的解決—ソフト・ランディングのための暫定的措置」『ジュリスト』1121号, 1997.10.15, p.30.

(33) 同上。



ておいてそれを死体に含めるという、ぼくの法学の常識字典にはない技術だよ。(略)「日本の国会は生体を死体にした」という箴言が生れるかも知れない。<sup>(34)</sup>」と述べ、「修正案提出から成立までの審議日数、否、時間の圧倒的少なさは否めない。もっと十分な日数があって、この妥協——修正の事情や論理が世の中に明らかにされていればと残念に思われてならないが。(略) 討論のしかただね。今回に限らぬだろうが、議員ごとに発題し、それも持ち時間の制約のため、せっかくかみあいかけた議論の芽が途中で行き倒れになるという感じがたびたびあったようだ。<sup>(35)</sup>」と審議過程を評している。

唄教授は、また、法案修正が「三日でああいうふうに来るといふ、ある意味での『見事さ』。この不思議な修正について、少なくとも最初に原案を出した人、そして対案を出した人、そして修正案を出した人、そういう人たち、そしてそれを援助した法律職の人たち、そういう人が、この法律の論理をどこまで説明できて、どこからは説明できないのか、できないというところを残してもいいから、後追いでもきちんとその辺の論理構造を明かにしてほしいと思います。<sup>(36)</sup>」と、述べている。

脳死を人の死とすることに反対してきた弁護士の光石忠敬氏も、「『脳死した者の身体』は生きているのに、「死体」に含めてしまうというのは、実に珍奇なことだと言わざるを得ません。法律というのは法の理念に従い国民の意思によって定立されるべきものですから、日本人の意思がこのような法律に集約されなければいけない

のかと思うと……<sup>(37)</sup>」と語り、これに対して、原秀男氏(弁護士)も「そうですね。『死体(脳死した者の身体を含む)』という言葉は、解釈をめぐって、いざというときに現場が混乱する可能性があります。<sup>(38)</sup>」と懸念を示している。

井田良慶(慶応義塾大学教授)は、死の概念と基準という観点からすると臓器移植法には三つの解釈がありうるが、軽重は別としていずれにも不合理な点があると分析し、次のように結論している。

「臓器移植法の根底には、脳死判定された人もまだ死んだ人と認めることはできないという考え方があり、本法はそれでも臓器の摘出を可能にするため、事前の同意があることを前提として死んだものとして扱おうという内容であるとみるのがもっとも率直な理解であるように思われる。(略) 臓器移植法の矛盾と不徹底さは、同時に脳死の問題に関し政治的なコンセンサスを得ることがどれほど困難であったかということを示している。今後、法律家も医療の専門家も、指針とするにはあまりに頼りないこの法律を前提に、まさに手探りで現実の問題に対応していかなければならない。きちんとした解釈や現実の運用上の工夫という形で、この『出来の悪い』法律に『愛情を注ぐ』ことが求められている。<sup>(39)</sup>」

ここまで、臓器移植法の立法過程を中心に、法学者の見解を見てきた。もちろん、この過程についての積極的な評価もある<sup>(40)</sup>。この点に触れることを含めて、立法過程の問題については、あらためて(Ⅲ章の3で)検討する。

(34) 唄孝一「脳死論議は決着したか—臓器移植法の成立」『法律時報』69巻10号, 1997.9, p.35.

(35) 同上 p.41.

(36) 「臓器移植法をめぐって(座談会)」『ジュリスト』1121号, 1997.10.15, p.29.

(37) 梅原 前掲書 pp.89-90.

(38) 同上.

(39) 井田良「臓器移植法と死の概念」『法学研究』70巻12号, 1997.12, p.223. なお、井田「脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題」『ジュリスト』1264号, 2004.3.15. pp.12-21. も参照。

## II 生命科学技術に関する政策研究プロジェクトの事例

我が国における臓器移植法やクローン技術規制法の制定、世界各国における生命に関する立法例の増加、法学的な論争や研究の進展といった状況の中で、生命倫理、医療、科学技術と法との関連領域に関わる研究が、近年とみに盛んになってきている。国会が今後、「生命科学技術立法」を課題とする場合、これらの研究成果を立法作業や審議において、最大限に活用する方法を検討することも考慮されてよいだろう。この章では、多数の研究の中から、政策提言・立法志向型の法学分野の総合的な研究プロジェクトであって、科学研究費など公的な研究助成を得た研究事例を中心に、その一部を紹介する。

### 1 脳死と臓器移植 —町野教授らによる研究—

#### [研究概要]

臓器移植法制定を契機として、町野朔上智大学法学部教授を中心とする「臓器移植の法的事項に関する研究」<sup>(41)</sup>が、平成9年から12年まで、厚生科学研究費補助金を受けて実施された。これを含め、その後の研究成果等が集成されたのが『臓器移植法改正の論点』<sup>(42)</sup>である。

この研究は、臓器移植法が「それまでの脳死・臓器移植に関する議論の集大成とは到底いえないものであり、しかもその成立を急ぐあまり、その立法過程において内容的に多大な妥協を重ねたため、その規定内容がわかりづらく、法理

論的にさまざまな問題点を有している」こと、また、同法自体がその附則第2条で施行後3年を目途とした全般的な検討等を定めていることから、本法の「改正案」の基礎となりうる理論と資料の提供を意図したものである。

本書の第1部は、厚生科学研究報告書「臓器移植の法的事項に関する研究」の再録であり、I 脳死、II 提供意思表示、III 小児臓器移植 IV 脳死判定・あっせん業務、という構成となっている。第2部の「比較法」には、韓国、ドイツ、フランスの法制関係資料が、また、第3部「論争」には学会報告等が収録されている。

#### [政策・立法提案]

この研究の主要部分である「I 脳死」では、「死の概念・基準」および「死の判定基準」に関する臓器移植法の規定について、解釈上の問題点を考察し、法改正にあたり考慮すべき事項を示している。たとえば、同法第6条第1項は「死体（脳死した者の身体を含む）」としているが、これによって、「脳死」が「人の死」と認められたことになると解釈できるのか、それとも法が認めた範囲・手続においてのみに限定して、脳死を人の死と認めたにすぎないのか、あるいはまた、「脳死」は「死」ではないが、「死つつある生」であるとし、脳死状態における臓器摘出は、脳死者本人の同意がある場合に限り、殺人罪の違法性が解除される（いわゆる「違法阻却論」）としたのか、いくつかの解釈が検討され、法の規定そのものの問題点が指摘されている。その主な点としては、①生体移植の規定が必要なこと<sup>(43)</sup>、②「脳死した者の身体」規定の

(40) 例えば、櫛島次郎『先端医療のルール』講談社、2001.12, pp.212-213.; 森岡正博『生命学をひらく—自分と向き合う「いのち」の思想』、トランスビュー、2005.7. など。櫛島は「生命科学・医学の倫理に関する立法は、臓器移植法を先例とし、すべて基本的には議員提案で行い、採決の際には党議拘束を外す決まりにすべきである」と提案している（櫛島 前掲書 p.211.）。

(41) 「免疫・アレルギー等研究事業」（臓器移植部門）「臓器移植の社会資源整備に向けての研究」（主任研究者・北川定謙 助食品薬品安全センター理事長（当時）の分担研究のひとつ。

(42) 町野朔ほか編『臓器移植法改正の論点』信山社、2004.5.

(43) 生体移植については、櫛島次郎編『生きている提供者の保護のための臓器移植法改正・試案』科学技術文明研究所、2003.9. がある。

解釈、③死の判定手続、④小児臓器移植が不可能なこと等がある。

脳死を人の死と前提して遺族の承諾によって移植を可能とする町野教授らによる改正案についてここでは詳述する紙幅がないが、報告書公表当時から脳死を人の死と認めない立場から厳しい批判がなされている。<sup>(44)</sup>しかし、今後の立法にあたっては、法理論構成の上からも十分吟味されるべき研究であると思われる。なお、町野教授は『脳死と臓器移植 第3版』<sup>(45)</sup>など、きわめて網羅的な資料集も刊行していることを付言しておきたい。

## 2 人間の身体・組織 —東海林教授らによる研究—

### [研究概要]

この研究は、正式名称は「人体利用等に関する生命倫理基本法・提言のための研究プロジェクト」<sup>(46)</sup>であるが、「人倫研プロジェクト」と略称されている。研究代表者は、東海林邦彦北海道大学法学部教授（当時。現在は日本大学教授）で、平成14年5月から15年9月までに実施されたシンポジウム、ワークショップ、講演会等は22回に及び、法律学、倫理学、宗教学、歴史学、人類学、生命科学、バイオテクノロジー、先端医療等に携わる研究者、実務家が参加した。

ここで利用した資料は、『北大法学論集』55巻5号、6号、56巻1号、3号に分割掲載された論文等である。研究成果を『北大法学論集』

に掲載した趣旨について、東海林教授はつぎのように述べている。

「研究報告書は、予算的な制約により、所定の部数のみが冊子体として取りまとめられたほかは、CD-R形式で関係者に配布されたにとどまる。研究代表者としては、活字化して広く世に問うことは（国民の・少なからぬ額の血税の補助を受けてなされた）研究プロジェクトの社会的責任でもあるのではないか、またテーマ自体の社会的今日的重要性からいってもそれを公にして関係専門家ないし社会全体に訴える意義は大きいのではないか。<sup>(47)</sup>」

学問研究の成果が公刊され社会的に共有されること、とりわけ「政策・立法提言」を志向した研究成果が立法府たる国会に活用されることの重要性はもっと認識されてよいのではなかろうか。

### [政策・立法提言]

本研究における提言は、「包括性」すなわち「現在ないし近未来に生起する倫理的法的な個別的諸問題を可能な限り広くカバーしうる包括的な射程をもった<sup>(48)</sup>」基本法を目指した、とあるとおり、研究が対象とした範囲は「人間身体・組織の利用等をめぐる倫理的法的問題」というきわめて広いものである。その結果でもあろうが、また、研究参加者が「人倫研プロジェクト」ワーキンググループとして分担執筆したものの雑誌への分割掲載という制約条件もあって、提言の形式・構成はかなり複雑なものであ

(44) 「臓器移植法改正を考える国会議員勉強会」編『脳死論議ふたたび—改正案が投げかけるもの』社会評論社、2005.8.において、町野案及び自民党調査会案が批判的に検討されている。臓器移植法の改正問題についてはさしあたり、注(39)の井田論文、丸山英二「臓器移植法と小児心臓移植」湯沢雅彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理—唄孝一先生に賀寿と感謝の気持ちを込めて—』信山社、2004.3. pp.433-455.; 牧山康志『臓器移植を事例とする科学技術の社会的ガバナンスの検討—中間的専門機関の重要性』(Policy Study No.10) 文部科学省科学技術政策研究所、2005.5. および恩田裕之「子どもの脳死と臓器移植」『調査と情報』440号、2004.2.27. を挙げておく。

(45) 注(7) 参照。

(46) 平成14—15年度文部科学省・科学研究費補助金(基盤 A2, 課題番号: 14202005)

(47) 東海林邦彦「序—本提言作業と本・論集「資料」篇掲載の、趣旨・構成等」『北大法学論集』55巻5号、2005. p.325.

(48) 同上 p.324.

り、分量も膨大になっている。以下に、その構成と内容を筆者なりに若干整理して掲げる。

「身体・組織の利用等に関する生命倫理基本法」  
序

提言1：生殖関連 身体・組織の利用・操作等  
・生殖を目的としない、生殖関連組織の資源化・操作をめぐる基本的問題点（受精卵・胚、胎児（ないし懐胎・出産））。  
・生殖自体を目的とする、生殖関連組織の資源化・操作をめぐる基本的問題点、選別出産。

提言2：生体関連 身体・組織の利用等（人体実験を除く）、被験者保護

提言3：死体関連 身体・組織の利用

提言4：医療情報・遺伝情報等

提言5：政策決定過程・手続・機構等

むすびに代えて 若干の総括等

各提言は、基本的には提言骨子とかなり詳細なコメントから成っているが、大きな特色としては、各提言に関連する現行法、政省令、行政的ガイドライン、学会等のガイドライン、参考判例等が網羅的にかつ丹念にリストアップされていることである。そして、これに基づき、「法令の空白領域」あるいは今後立法が必要となる分野が言及されている。

### 3 生殖医療・親子関係・クローン —総合研究開発機構・川井教授らによる研究—

[研究概要]

ここでは、総合研究開発機構の21世紀総合研究プロジェクトの一つである「クローン技術等の生命科学の発展と法」を紹介する。資料としては、平成11年6月から開始されたこのプロジェクトの最終報告書である、総合研究開発機構・川井健共編『生命倫理法案—生殖医療・親子関

係・クローンをめぐって』<sup>(49)</sup>に依拠するが、ここに至る中間成果として、同『生命科学の発展と法—生命倫理法試案』<sup>(50)</sup>がある。プロジェクトは、川井健一橋大学名誉教授を委員長として、法学者、医学者、ジャーナリスト等が参加した学際的研究であり、海外調査も実施された。また、平成13年3月には、国連大学高等研究所との共催による国際シンポジウム「21世紀の日本のあり方」特別セッションにおいて報告され、法学者、弁護士、裁判所関係者等を含めた検討が行われている。

「生命倫理法案」という端的なタイトルを持つ本書（したがって、このプロジェクト）の目指すところは、塩谷隆英総合研究開発機構理事長の「はしがき」に明らかである。多少長くなるが重要な問題提起と思われるので、その一部を引用する。

「わが国の生命倫理をとりまく分野の法的対応は、クローン技術については『ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律（クローン技術規制法）』によって文部科学省が、体外受精等の生殖補助医療については厚生労働省が、さらに生まれてくる子の親子関係については法務省が所管するという、西欧諸国では見られない縦割り行政での対応が行われている。これに対し、本書で提案されている『生命倫理法案』は、クローン技術規制だけではなく生殖補助医療に関する法整備およびそれに伴う親子関係についても規定する、包括的な立法提案となっており、現在のわが国の縦割り行政での対応に疑問を呈した結果となっている。<sup>(51)</sup>」

「人の死に関する倫理問題については、臓器移植法の検討の際に脳死をめぐる党派を超え国民的な議論が行われた。人の誕生に係わる倫理問題についても、同様な国民的な議論の盛り上がり切に期待するものである。その際、本

(49) 商事法務, 2005.4.

(50) 有斐閣, 2001.9.

(51) 総合研究開発機構・川井健共編『生命倫理法案—生殖医療・親子関係・クローンをめぐって』のはしがき, p.2.

問題に対する法規制の根拠を明らかにし、具体的な立法提案を行っている本書が、問題の解決に些かなりとも役立つことができれば幸いである。<sup>(52)</sup>」

#### [政策・立法提言]

この研究の立法提言の核心は、「生命倫理法案の基本構造とその性格」<sup>(53)</sup>にあるように、①生殖補助医療の定義とあり方、②生殖補助医療で生れた子の親子関係、③クローン等の生命発生操作研究のあり方、という三つの問題を統一的に取扱う法案の提案にある。さらにこの法律を円滑に実施するための管理機関の設置も提案されている。

「生命倫理法案」は全7章50条および附則3条からなっているが、「立法」という観点から見て、まことに興味深いところはその性格である。

『生命倫理法案』の性格は、生殖補助医療を取り扱う側面からは、医療法としてとらえることができるが、人の発生操作研究の規制を取り扱う側面からは、科学技術法としてとらえることができ、生殖補助医療の利用による生ずる親子関係を取り扱う側面からは、民法の特例法としてとらえることができる。また、罰則を設けている点では、行政的規制を主とするほか、懲役刑および罰金刑を盛り込んでおり、刑法の側面を有する。<sup>(54)</sup>」

すなわち、ここで提案されている「生命倫理法案」は、法領域でいえば、医療法・科学技術法・民法・刑法の複合あるいは関連した領域に位置するとも言えるわけであり、本稿の問題意識である「生命科学技術立法」の領域論と重なっている。

法案条文でとくに注目される点は、総則の第1条に「人間の尊厳」という文言を明記してい

ることである。「解説」によれば、憲法第13条の「幸福追求」は、「憲法に列挙されていない新しい人権の根拠となる一般的・包括的権利と解される<sup>(55)</sup>」とし、「新しい人権は、それまで想定されていなかった科学技術の進展によっても設定の必要が生じうる。<sup>(56)</sup>」として、「人間の尊厳」を、憲法第13条の「幸福追求権」の一つと解している点である。

では、「人間の尊厳」はどのような法律で規定すべきであろうか。検討過程では、憲法に入れる、民法に入れる、単行法の中にとどめるという選択肢が考えられたとのことであるが、法案では基本法たる民法の一部改正によることが提案されている。

また、もうひとつ注目される点は、「人体の一体性」を宣言した上で、「人体の各部位」という文言で、人体の四肢、臓器、血液、生殖細胞（精子、卵子）など「ヒトの組織等全体」を対象として規定していることである。これは、生命倫理の視点から人体に関する基本原則を規定することを提案したもので、フランス民法、スイス憲法等も参考とされている。

なお、本書の構成は、序説、第1章：生命倫理法、第2章：逐条解説、第3章：本法案の特徴、第4章：外国法制、第5章：シンポジウム等での有識者のコメント・意見、むすび—国民のコンセンサス形成に向けて—、となっており、立法提言として実に周到、綿密かつ実践的な内容となっている。

#### 4 DNA・遺伝子・ゲノム —北川教授らによる研究—

##### [研究概要]

ここで紹介するのは、『DNA 研究の発展に

<sup>(52)</sup> 同上 はしがき, p.3.

<sup>(53)</sup> 同上 p.21.

<sup>(54)</sup> 同上。

<sup>(55)</sup> 同上 p.48.

<sup>(56)</sup> 同上。

対応した問題解決モデルの構築』<sup>(57)</sup>である。この研究プロジェクトは、財団法人比較法研究センターと財団法人国際高等研究所が総合研究開発機構(NIRA)の助成を受けて、北川善太郎比較法研究センター理事長・国際高等研究所副所長(民事法学)が研究委員長となり、法学、生物学、病理学、知的財産、遺伝学等の専門家が参加した学際的な共同研究として、平成15年度の1年間に実施された。

本研究は、DNA・遺伝子・ゲノムを起点として生じている「人の生と死」に係わる一連の問題(DNA問題)を法的に分析し、その問題解決モデルを提唱するもので、①人の生死とDNA問題との関わりを「健康、病気、生きる」の観点から検討し、②DNA、ゲノム、胚、ES細胞、生殖細胞等を総称する「マイクロ生物体」という新しい法概念を導入し、③このマイクロ生物体とその情報の特色と取扱いを法システムとして検討している。

#### [政策・立法提言]

本研究の政策提言としては「問題解決モデル」として、①遺伝子情報の専門データを一般人が理解でき、個人利用できる生涯学習システムとしての「あなたの遺伝子ガイド」の構築、②バイオ・サイエンスの展開と医療行為概念の再検討、③「マイクロ生物体の法システム」の三つの提案を行っている。

特に中心となっているのは「マイクロ生物体の法システム」である。本研究の特色は、近代法システムそのものの限界性の認識から出発している点である。「夫婦間の冷凍精子をめぐる紛争、ゲノムの特許問題、ヒトクローン胚の譲渡、前駆細胞の利用等々は近代法では不知のものについての法律問題である。明かに、こうしたマイクロの生物体は、近代法の人でも物でもない。

これは疑う余地がない。それとともに、近代法は、そうしたものが何であるかについて、なにも用意していないのである。明かに、われわれの法には空白があり、法にとってはその空白は埋める必要がある。つまり法学でいう『法の欠缺』がある。これは今後の立法によることになる<sup>(58)</sup>。

この認識に立って「マイクロ生物体の法システム」が提案され、各論としては、マイクロ生物体概念の樹立、マイクロ生物体情報の法的分析、マイクロ生物体情報の匿名化の法的機能、マイクロ生物体の帰属・管理、その取引、およびそれに関する人の意思と自己決定権、インフォームド・コンセントの契約性、マイクロ生物体の安全、が提案されている。

立法政策としては、「マイクロ生物体」の民法上の位置づけ、マイクロ生物体法などが検討されている。

## 5 生命倫理と法(ケース・スタディ) —樋口教授らによる研究—

### [研究概要]

ここで紹介するのは、東京大学学術創成プロジェクト「生命工学・生命倫理と法政策」であり、資料としては樋口範雄編著『ケース・スタディ 生命倫理と法』<sup>(59)</sup>に依拠する。代表の樋口範雄東京大学大学院法学政治学研究科教授によれば、この研究は「2000年度から、東京大学法学部の有志教員が中心となり研究グループを立ち上げ、生命倫理・生命工学分野における専門性とは何かを追求し、新しい専門家群の養成につなげるための研究を行うことにした。医学部の関係者や他学部の研究者にも参加を呼びかけ、法律だけでは切れない難しい問題に対し共同で立ち向かおうと志したわけである。<sup>(60)</sup>」といった経緯で開始され、現在は文部科学省学術

<sup>(57)</sup> NIRA 研究報告書 NO.20040036, 財団法人比較法研究センター, 2004.10.

<sup>(58)</sup> 同上 p.33.

<sup>(59)</sup> ジュリスト増刊, 有斐閣, 2004.12.

<sup>(60)</sup> 同上 p.2.

創成5ヵ年研究プロジェクトの一環として実施されているとのことである。

「ケース・スタディ」の方法は、法律家や医師その他の専門家が仮設例をめぐって議論する。「遺伝病の告知」の例では、ハンチントン（舞踏）病という治療法のない遺伝病と診断された患者が、その事実を家族等に知らせないでくれと求めた場合、医師はどうすべきかという問題が設定されている。この設定に対して、医師の立場、患者・家族の立場、法学者の三人がコメントし、これについて質疑応答形式の分析と参考資料がついている。今回収録のケースは13件、執筆した35人の分野は、法学、医学、保健学、経済学等である。

#### [政策・立法提言]

実際に生じるかも知れない仮設例による検討であるが、政策・立法とも直結する問題群が選択されている。例えば、Case11のテーマは「小児に対する臓器移植」であるが、丸山英二神戸大学大学院教授のコメント「小児心臓移植と臓器移植法」、三瀬朋子氏（東京大学大学院法学政治学研究科博士課程）と樋口範雄教授の「小児臓器移植への法的障壁」は、政策論的・立法論的な分析である。また、資料として、森岡正博教授の改正反対論、河野太郎衆議院議員の「臓器移植法改正に関する河野私案」も掲載されている。

このケース・スタディは、生命倫理・生命工学をめぐる紛争や裁判の参考となるばかりでなく、これから増加するであろう「生命科学技術立法」にも資するところが大きいと思われる。

### III 「生命科学技術立法」の視点と方法

この章では、「人間の尊厳」、「ヒトの誕生」、

自己決定権など、生命倫理と法と科学技術の相關領域に生じている基本的問題のいくつかを取り上げ、生命倫理への法的対応における公共的意思決定論の観点から、「生命科学技術立法」の視点と方法について序論的に考察する。

#### 1 憲法と「人間の尊厳」

先端的な科学技術が引き起こした生命倫理問題を、憲法レベルの法規範の問題としてアプローチする場合、自国の人文的伝統、とりわけ思想的、哲学的な知的営為からの検討、あるいは、国民の歴史的体験や政治思想からの考察がなされているのには、ある種の驚きを禁じえない。

ドイツ連邦共和国基本法の第1条1項は「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である」と規定している。ホルスト・ドライヤー教授（ヴュルツブルグ大学）によれば、この条項は「公布の際、ナチス時代がはっきりと念頭にあり、人間の尊厳の確保は野蛮を再び繰り返すことに対する遮蔽幕ないし防壁として役立たねばならなかった<sup>(61)</sup>」のであり、「連邦憲法裁判所は確立した判例の中で、人間の尊厳は『基本法の最高の価値』であり『根本的憲法原理』であるという判断を下し<sup>(62)</sup>」た。連邦憲法裁判所は、「人間の尊厳」について消極的定義、「人間の尊厳に違反するのは…の場合である」を使用した。ギュンター・デューリッヒは、カントにならってこの定義を、「客体定式」すなわち「具体的な人間が、客体、単なる手段、代替可能な存在におとしめられるとき」人間の尊厳に対する違反が存在する、と表現した<sup>(63)</sup>。

青柳幸一横浜国立大学教授は、義務基底的なアプローチによる「人間の尊厳」はカントの『人倫の形而上学的基礎づけ』に由来しており、

(61) ホルスト・ドライヤー「人間の尊厳の原理（基本法第1条1項）と生命倫理」ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境』信山社、1999.8, p.74.

(62) 同上 p.70.

(63) 同上 p.76.

カントはその人間像において「自律」を強調し、『人間性の尊厳はまさに、普遍的に法則を立法するというこの能力にある』。したがって、『自律』は、普遍的な立法行為への関与に見出される<sup>(64)</sup>』と述べている。

ドイツでは、この「人間の尊厳」に関する規定を援用して、非配偶者間人工授精、生殖細胞の遺伝子組替え、胎児の尊厳等の生命倫理問題が、判例・学説・立法政策において論議されてきた<sup>(65)</sup>。1990年に制定された「胚保護法」では、胚の研究を一般に禁止し、着床の目的での胚作製を最大3個に限った。青柳教授は、この法の基礎には「生命および人間の尊厳の保護命令がある。生命の保護命令は、直接的には、基本法2条2項1文の生命の権利から生じる。この生命の権利は、基本法1条1項の「人間の尊厳」の具体化でもある。<sup>(66)</sup>』と述べている。

しかし、この人間の尊厳の規定を具体的な事例に適用する際にはコンセンサスが成り立ちにくく、また「インフレ的」に使用されるなど問題も多く、それを「討論を直ちに終結してしまう武器」にすることは、人間の尊厳の規定自体に否定的結果をもたらし、科学技術の進歩の道を閉ざすことにもなりかねない、とドライヤー教授は指摘している<sup>(67)</sup>。

フランスでは、1994年6月、被験者の保護と臓器移植、生殖技術、遺伝子診断などの先端医

療を包括的に規制する「生命倫理法」<sup>(68)</sup>と総称される4本の法律が成立した。櫛島次郎氏は、生命倫理法について「その最大の特徴は、規制の根拠となる共通の倫理原則を、民法典の『私権(人の権利)』の章に新たに書き加えたこと<sup>(69)</sup>」にあり、「人体の尊重を基本的人権の一つとして民法に組み込むという、『人体の人権宣言』ともいえる内容をもっている。<sup>(70)</sup>」ことにある、と述べている。

さらに、同年、フランス憲法院は生命倫理法のうち、人体の尊重に関する法律と、人体の構成要素及び産物の提供と医学的に補助された生殖及び出生前診断に関する法律の合憲性を確認した。本判決は、1946年憲法前文を引用して、初めて「人間の尊厳」の原理が憲法的価値を有することを認めたものである。また、判決は「人間の尊厳」を構成する四つの原理として、「人間の優位性」、「生命誕生からの人間の尊厳」、「人体の不可侵性、完全性、およびその非財産的性格」、そして「人類の完全性」を挙げている。<sup>(71)</sup> フランスでも、「人間の尊厳」は実質的には憲法レベルの概念となったといえよう。

なお、スイスでは、憲法第24条の9で「人間の尊厳、人格および家族の保護に配慮し」て、「人間の胚細胞および胎児の遺伝形質への侵害」を禁止している<sup>(72)</sup>。

人間の尊厳については、我が国でも衆参両議

(64) 青柳幸一「憲法学の視点から二つの「人間の尊厳」論と憲法理論」(人倫研プロジェクト・シンポジウム)『北大法学論集』54巻6号, 2004, p.144.

(65) ドライヤー 前掲書 pp.86-91.

(66) 青柳幸一「先端科学技術と憲法・序説」三島淑臣・稲垣良典・初宿正典編『人間の尊厳と現代法理論－ホセ・ヨンバルト教授古稀祝賀』成文堂, 2000.3, p.638.

(67) ドライヤー 前掲書 p.95.

(68) 国立国会図書館調査及び立法調査局刊行の『外国の立法』33巻2号(190号), 1994.2.に、「フランス生命倫理法」と題して、解説と翻訳が掲載されている。なお、同局の海外立法情報調査室・課では、生命倫理、生命科学技術立法に関する諸外国の立法動向を『外国の立法』に随時掲載している。

(69) 櫛島 前掲書 p.39.

(70) 同上。

(71) 青柳 前掲書 p.148.

(72) 樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集 第4版』三省堂, 2004.3, p.136.



院の憲法調査会において論議されている。

中山太郎衆議院憲法調査会会長は、『衆議院憲法調査会報告書』のまえがきでこう述べている。

「私が特に強調したかった論点の一つに、「科学技術の進歩と憲法」というテーマがある。このテーマは何回かにわたって取り上げられたが、それらを通じて、戦後の目覚ましい科学技術の進歩が、国家の法制度に重大な影響を及ぼす可能性のあることが明確になったと思う。例えば、クローン技術や遺伝子組換え技術が乱用された場合の倫理面や環境面への弊害は予測できないものがあり、これは翻って、日本国憲法の最高価値である個人の尊厳に重大な影響を与えかねない問題である<sup>(73)</sup>」。

同報告書は、「新しい人権」を憲法に明記すべきであるとする意見の中には、「個人の尊厳」(第13条)の上位概念として「生命の尊厳」又は「人間の尊厳」が明記されるべきであるとする意見があった、と述べている<sup>(74)</sup>。特に設けられた「第6 生命倫理と憲法」<sup>(75)</sup>では、「バイオテクノロジーの規制の根拠として」、あるいは「日本人の倫理観とバランス感覚に方向性を与え、個人の尊厳と学問の自由の調和を図るために」明記すべき意見と、現行の人権規定を活用すれば十分とする立場からの慎重論があった、と述べられている。

また、参議院憲法調査会の『日本国憲法に関する調査報告書』でも、「自己決定権」および「生命倫理」の項<sup>(76)</sup>が設けられ、多様な意見が述べられている。

## 2 「ヒトの誕生」と科学技術の規制

我が国において、現在、生命科学技術と倫理問題をめぐって制定された法律は、臓器移植法とクローン技術規制法であり、また、生殖補助医療が立法化の対象として検討されている。ここでは、いわば「ヒトの誕生」をめぐる科学技術の法的規制の問題に簡単に触れる。

1997年2月、クローン羊ドリーの誕生が世界中に大きな衝撃を与えたことは周知のとおりである。世界保健機構(WHO)の決議、ユネスコの「ヒトゲノムと人権に関する世界宣言」、デンバー・サミット8カ国首脳宣言などを受けて、我が国でも「クローン人間」という新しい「ヒト」の誕生を法的に禁止する方向で政府は対応を急いだ。

平成10年(1998)1月、科学技術会議に生命倫理委員会が設置され、具体化作業のためのクローン小委員会およびヒト胚研究小委員会で検討作業が進められ、平成11年11月には「クローン技術による人個体産生等に対する基本的考え方」が、12年3月には「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」がとりまとめられた。これに基づいた法案が第150回国会に提出され、平成12年12月、「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」が公布され、翌年6月に施行された。なお、平成13年12月には同法施行規則と「特定胚の取扱いに関する指針」が発表され、また、同年9月には「ヒトES細胞の樹立及び使用に関する指針」が策定されている<sup>(77)</sup>。

その後、クローン技術規制法附則第2条に基

(73) 『衆議院憲法調査会報告書』衆議院憲法調査会, 2005.5, まえがき, p.3

(74) 同上 p.344.

(75) 同上 pp.350-352.

(76) 『日本国憲法に関する調査報告書』参議院憲法調査会, 2005.5, pp.139-140.

(77) 町野朔「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律—日本初の生命倫理法—」『法学教室』247号, 2001.4, pp.86-92. 参照。

づき、総合科学技術会議・生命倫理専門調査会において検討が進められた結果、平成16年7月23日にとりまとめられたのが「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」である。これは、人クローン胚の研究目的の作成・利用を限定的に容認したものであり、そのために必要な枠組みを整備するため、「特定胚指針」の改正と国によるガイドラインの補完、「ES指針」の改正がなされることとなった。平成16年10月、文部科学省は科学技術・学術審議会の生命倫理・安全部会の「特定胚及びヒト ES 細胞研究専門委員会」の下に「人クローン胚研究利用作業部会」を設置し検討を開始した。(平成17年9月16日、第7回の作業部会が開催された。)

臓器移植立法が大きな社会問題となり、広く国民的関心を呼んだのと比較すると、クローン技術規制法の立法過程は「地味」だったと言えるかもしれない。クローン技術規制法の立案は、終始政府・行政の審議機関における研究者を中心とした専門的立場から検討が進められ、報道も断片的で社会的関心も広がりを見せなかった。国会での法案審議も民主党の対案は提出されたがいわば淡々と進められたようであり、社民党を除いては、各党は党議拘束をかけて採決に臨んだ<sup>(78)</sup>。林真理教授は、日本でのクローン論議が「研究」問題として生殖技術一般とは切り離されて始まったことによって、「倫理」と「研究」が対置され、「研究は推進されなければならない。しかし、それが行き過ぎないように一定の歯止めをかけることが必要であり、そのために必要なのが倫理的観点である<sup>(79)</sup>」といっ

た「論理構造」が出現した、と分析し、医学・医療への応用の観点からの議論が乏しいことを指摘している。

「日本初の生命倫理法」とも称されるクローン技術規制法は、今後の「科学技術立法」のあり方を考える上で、きわめて重要な特徴と議論すべき問題を含んでいる。法学者等の識者の見解<sup>(80)</sup>を以下の4点に整理して、この法律の特徴と論点に触れておきたい。

- ① 先端科学技術の規制と憲法が保障する「学問の自由」の関係
- ② 特定分野の規制か、包括的規制か
- ③ 規制の根拠としての「人間の尊厳」論と「保護法益」
- ④ 法律とガイドラインの「併用」

- (1) 先端科学技術の規制と憲法が保障する「学問の自由」の関係

日本国憲法第23条は、「学問の自由は、これを保障する」と規定しているが、これが再考をせまられる状況になってきた。この規定について、例えば、芦部信喜教授『憲法 第三版』は、「学問の保障の意味」について、その本文で「国家権力が、学問研究、研究発表、学説内容などの学問的活動とその成果について、それを弾圧し、あるいは禁止することは許されないことを意味する<sup>(81)</sup>」とし、とくに学問研究は外部からの権力・権威、時の政府の政策によって干渉されるべきではないとしている。しかし、追加された補訂「先端科学技術と研究の自由」では、「近年における先端科学技術の研究がも

(78) 科学技術会議における検討および国会の審議過程については、日比野愛子・永田素彦「ヒトクローン技術の規制をめぐる政治的言説の分析」『科学技術社会論研究』3号, 2004.12, pp.87-102. および田村充代「クローン人間禁止法の政治過程—生命倫理問題の決定の選択肢を探る—」『千葉商大論叢』42巻2号, 2004.9, pp.53-70. が参考になる。

(79) 林 前掲書 p.210.

(80) 戸波江二「学問の自由と科学技術の発展」『ジュリスト』1192号, 2001.1.1-15, pp.112-119.; 青柳幸一「科学／技術の進歩と人間の尊厳」『ジュリスト』1222号, 2002.5.1-15, pp.30-35.; 赤坂正浩「ドリーの教訓?—先端生命科学技術と学問の自由」『法学教室』273号, 2003.6, pp.48-54.などを参考とした。

(81) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第三版』岩波書店, 2002.9, p.157.

たらず重大な脅威・危険（たとえば、遺伝子の組み換え実験などの遺伝子技術や体外受精・臓器移植などの医療技術の研究の進展による生命・健康に対する危害など、人間の尊厳を根底からゆるがす問題）に対処するためには、今までのように、研究の自由を思想の自由と同質のものという側面だけで捉えることがきわめて難しくなってきた。<sup>(82)</sup>」として、「研究の自由と対立する人権もしくは重要な法的利益（プライバシーの権利や生命・健康に対する権利など）を保護するのに不可欠な、必要最小限度の規律を法律によって課すことも、許されるのではないのか、という意見が有力になっている。<sup>(83)</sup>」と述べられている。

クローン技術規制法第1条では、法律制定の目的として、「人の尊厳の保持」、「人の生命及び身体の安全の確保」、「社会秩序の維持」が掲げられている。これらは、研究規制を正当化する根拠として、すなわち学問の自由に対抗する憲法的価値を有しているであろうか。多くの説では後2者は根拠としては無理があると論じられており、「人の尊厳」ないし「人間の尊厳」が憲法的価値との関係で検討されている。では、人胚は「人間の尊厳」の対象となるのか、それはどういう法的な地位を持つのか、これが関連する論点となる。

## (2) 特定分野の規制か、包括的規制か

クローン技術規制法は、その名のとおりクローン技術という特定分野のしかも研究活動のみを規制する法律である。規制範囲を限定してヒトクローン単独規制法とするか、それとも範囲を拡大したより包括的な立法を行うかも論点であ

る。国会審議では、民主党が政府案の対案として「ヒト胚等の作成及び利用の規制に関する法律案」を提出したが、この案はより広く「人間の生命の萌芽」としてのヒト胚を保護し、生殖医療補助技術を視野に入れた規制を行うことを趣旨としたものであった<sup>(84)</sup>。また、櫛島次郎氏は、クローン技術の人への応用の是非を考える基本的枠組みとして、動物実験と人を対象にした実験一般の是非と管理のあり方、生殖医学研究・医療の是非と管理のあり方、発生医学研究のあり方を検討する必要があるとし、諸外国の立法例も参照した上で、生殖医療、生殖医学研究、クローンなど発生操作研究の規制を一本化した立法を提案している<sup>(85)</sup>。

## (3) 規制の根拠としての「人間の尊厳」論と「保護法益」

(1)で触れたように、クローン技術の規制根拠として「人間の尊厳」を考えるとしても、ではクローン技術がどのように「人間の尊厳」を侵害するといえるのだろうか。また、この法の第3条、人クローン胚等の人または動物の胎内への移植禁止、に違反した場合、10年以下の懲役または100万円以下の罰金という重い刑罰が課されるが、これだけの法益の要保護性があるのだろうか、といった点が主として刑事法学の観点からも検討されている<sup>(86)</sup>。

## (4) 法律とガイドラインの「併用」

クローン技術規制法は、クローン個体等の産生を法律で禁止し、周辺的なヒト胚、ヒト・動物に由来する胚についてこれを「特定胚」（第

<sup>(82)</sup> 同上 p.158.

<sup>(83)</sup> 同上。

<sup>(84)</sup> 町野 前掲書 p.88. 民主党案は採決されず審議未了廃案となった。

<sup>(85)</sup> 櫛島 前掲書 pp.184-186, 196-197.

<sup>(86)</sup> 辰井聡子「生命科学の展開と刑事的規制（特集：ゲノム応用時代の技術と法）」『法律時報』73巻10号, 2001.9, pp.22-27.; 近藤和哉「人クローン個体の産生に対する刑事規制の検討（特集：最近の刑事立法の動きとその評価）」『法律時報』75巻2号, 2003.2, pp.56-60.

4条第1項)と名付けて、その作成・譲受・輸入を文部科学省令によって届け出ることとし(第6条)、その研究目的での使用に関する文部科学大臣の指針の遵守を求めている(第4条、第5条)。このように通常のいわゆる行政のガイドラインではなく、法律と法律に基づく指針という手法はこの規制の特徴として指摘されているが、その評価についてはこれからのようである。

クローン技術規制法は、特定研究分野の規制という小さな領域を取扱っているように見られるかも知れないが、ここまで述べてきたように「ヒトの誕生」という根本的な問題に関わり、かつ、憲法、刑法、科学技術等の広範な領域の基本的問題とも深く関係している。この問題の広がりから、近年、改めて問題の視野に入ってきたのが、母体保護法と我が国における妊娠中絶の実態である。これは胚は人間の始まりなのか、人間の尊厳を持つのか、といった問いから、その延長として胎児の人間としての尊厳が改めて問われた、という側面もある。短絡的な議論は慎まなければならないが、生命倫理の面から再検討すべき課題とされてきている。

### 3 自己決定、合意形成、そして民主主義

生命に関する科学と技術の急速な発展が引き起こす「倫理的・法的・社会的問題」を克服し、それが人間にとって(人類全体にとっても、個人にとっても)幸せをもたらすようにするために、「立法の領分」としてなにを考えなければならないのだろうか。これを考える道筋として、ふたつのアプローチを試みたい。ひとつは、生命倫理への法的な関与のあり方という広いパースペクティブの中で、立法の位置づけと役割を検討する方法である。もうひとつは、政治と民主主義の方角から、より広くいえば市民社会という公共空間から考えてみる道である。

第一のアプローチについては、田中成明京都大学教授の論考「生命倫理への法的関与の在り方について—自己決定と合意形成をめぐる序論的考察—」<sup>(87)</sup>に依拠して検討する。

田中教授は、我が国の臓器移植法等の立法状況、欧米の自己決定原理や人間の尊厳論の動向、現代法システムにとっての新しい課題、生命倫理学の論議状況等を踏まえ、法理学の立場から、三つの問題群を設定して考察を展開している。第一は、自己決定原理への法的関与の問題であり、自己決定原理の法的位置づけ、その法的制約、それへの支援・補完のあり方が検討されている。第二は、当事者間合意への法的関与の問題であり、インフォームド・コンセントの法理、当事者間合意への公的規制が論及される。第三には、法的関与に関する合意形成が取り上げられ、法的関与の類型として「自立型」、「管理型」、「自治型」の三つの法化方式が検討され、最後に、公共的合意形成の在り方が論じられている。

「生命科学技術立法」の視点から、この論考が示唆的と思われる点は三つある。

第一点は、問題領域の全体が概観できることである。この意味はふたつあり、ひとつはこの問題に関する様々なアクターのうち立法の役割がどの位置にあるか確認できることである(「自立型法化方式」に位置づけられる)。もうひとつは、立法の範囲や内容を検討するにあたっては、ここで論及されている自己決定権から合意形成までの各論点を、少なくとも論理的には、すべて考慮する必要があるという点である。

第二点は、「自立型法化方式」としての立法的対応についてである。田中教授は、「国会審議は、生命倫理関連法案については、党議拘束をはずすなどの特別の配慮がなされたりしてはいるが、政治力学によって左右され、必ずしも理性的な議論が十分に尽くされるとは言えない場合もある<sup>(88)</sup>」、また「社会的コンセンサスが

<sup>(87)</sup> 田中成明編『現代法の展望—自己決定の諸相』有斐閣, 2004.5, pp.131-175.

<sup>(88)</sup> 同上 p.157.

確認しがたい争点や、議論が熟していない争点について、政治的に決着をはかることは必ずしも適切ではない<sup>(89)</sup>」等の点から、「むしろ、国会に法案が提出され審議される以前に、どれだけ公的な議論が積み重ねられ、国会審議がどのような社会的な深さと広がり背景に展開されるかが重要である。<sup>(90)</sup>」と指摘している。

第三点は、立法的対応の前提ともなる公共的合意形成、社会的コンセンサスの形成の在り方についてである。生命倫理問題のような場合の合意の対象・範囲は、J.ロールズの「重なり合う合意」の観念が示唆するように「道徳的等の信念を異にする人々が、その信念に反することなく、共存の条件として合意できるような事柄に限定されるべきである<sup>(91)</sup>」とする。また、国会審議、裁判所での弁論、行政機関の審議会などの「公的フォーラム」だけに過大な期待をかけるのではなく、専門家や関連学会での指針を公開的な議論の対象とし、「コンセンサスを専門家内部のものから社会的なものに段階的に広げ、専門家内部の合意を核にして、社会的コンセンサスとのフィードバックを円滑にはかるシステムを構築する<sup>(92)</sup>」ことが、国会審議等を充実したものにするために不可欠であろう、と指摘している点である。

この最後の点は、第二のアプローチの方法として、政治と民主主義、市民社会の公共空間の視点からも考えることができる。ハーバーマス

が、近代社会における「新しい市民社会」への構造転換に関して「市民的公共圏」の概念を提唱し、法の妥当性と民主主義の手続にとっての討議（協議）の重要性を指摘したことはよく知られている<sup>(93)</sup>。ハーバーマスは、しかし「討議を眼目とする民主主義の概念は、さしあたりまず規範理論の枠組のなかで明らかにされ、納得がいくものにされなければならない。（略）社会国家的な大衆民主主義の諸条件のもとでいかにして討議による意見形成や意思形成が制度化されうるのかという問いは、未解決のまま残っているわけである。<sup>(94)</sup>」と述べている。この討議民主主義の制度化という問題について、政治学者の篠原一氏は、ハーバーマスの法理論においては「政治システム内の討議・決定と、生活世界に根ざした市民社会における討議という二回路システムの存在が強調される<sup>(95)</sup>」とし、「第二の近代」への変化として、「1990年前後から、参加だけでなく、討議の重要性が再認識され、とくに政治の世界の討議だけでなく、市民社会の討議に裏づけられない限り、デモクラシーの安定と発展はないと考えられるようになった。これが討議民主主義である<sup>(96)</sup>」として、具体的な事例を挙げている<sup>(97)</sup>。

第I章で述べた臓器移植法をめぐる立法過程は、生命倫理への法的対応という面でも、社会的コンセンサスが成立していない状況のもとの立法という点でも、きわめて困難に充ちたプ

<sup>(89)</sup> 同上。

<sup>(90)</sup> 同上 pp.157-158.

<sup>(91)</sup> 同上 p.163.

<sup>(92)</sup> 同上 p.168.

<sup>(93)</sup> ユルゲン・ハーバーマス（細谷貞雄訳）『公共性の構造転換』（初版）未来社、1973.6.; ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸・耳野健二訳）『事実性と妥当性』未来社、（上）2002.11.（下）2003.5.

<sup>(94)</sup> ユルゲン・ハーバーマス（細谷貞雄・山田正行訳）『公共性の構造転換－市民社会の一カテゴリーについての探求』（第二版）1994.5, 1990年新版への序言, p.32.

<sup>(95)</sup> 篠原一『市民の政治学』岩波書店、2004.1, p.108.

<sup>(96)</sup> 同上 p.156.

<sup>(97)</sup> 篠原教授が挙げているのは、「討議制意見調査」、コンセンサス会議、「市民陪審制」（アメリカ）などである。

ロセスだったといえる。しかも、従来から指摘されている議員立法の位置付けと取扱いという国会運営上の問題に加えて、連立政権下の複雑な政党関係による政治過程のもとにおける立法であった<sup>(98)</sup>。臓器移植法案採決の際の党議拘束の解除についても、単に議員ひとりひとりの倫理、内面に関わる問題ゆえにという理由とともに、政党運営における党議拘束が議論されてきた背景がある<sup>(99)</sup>。このような困難を抱えてはいるものの、国会は政治の場であると同時に立法の場なのであり、「法的」観点から立法過程の問題を検討することは、今後の生命科学技術立法において必要な視点であろう。

おわりに 一人の生死に国会はどう向き合うかー

アメリカの政治哲学者ウォルドロンは、その著『立法の復権－議会主義の政治哲学』の中で「立法者の悪評」にふれて、こう述べている。

「立法府の議員たちがどのように議論するかはわかっているとわれわれは思いがちである。しかし、本当にわかっているだろうか。われわれは、法的観点から見たときの立法や立法に関する議論の意義を本当に理解しているだろうか。議会で行われる審議とその結果生まれる制定法の権威との関係を十分に把握しているだろうか。」<sup>(100)</sup>

ここでウォルドロンがいう「われわれ」とは多分法哲学者たち自身のことであるが、「尊厳ある統治の形態かつ法の尊敬すべき源泉として立法を提示するような考え方を再建し、強調することを試みたい」<sup>(101)</sup> という目的で書かれた本書はまことに示唆に富んでいる。この観点に

ならうなら、立法府の側にも「立法とはなにか」についてなんらかの自己分析、内省があってもよいのではなかろうか。政治改革の文脈において国会改革が議論され、紆余曲折はありながらも着実に進められてきたことは周知のとおりである。しかし、「法律を作る」という「立法府」の仕事そのもののプロセスあるいはその結果をどのように見るべきかという視点から具体的に検討することも（ほかならぬ「国会内部」の視線からは）必要な作業だと思われる。とりわけ、生命に関する科学技術の急速な発展がもたらしている「倫理的・法的・社会的問題」に立法府がどう対応すればよいのか、という「生命科学技術立法」の課題は、これから広く深く調査研究されるべき領域ではなかろうか。

この小論の第I章では、臓器移植立法の過程を取り上げ、法学者の見解を中心にどちらかと言えばその批判的評価に注目した。国会における立法は常に政治的プロセスの一環なのだから、どんな法律の制定も政治の一齣であり、複雑な政党関係や多数決をめぐる議員の諸行動の所産であることは普通のことであろう。けれども、このことは法の理論的側面について国会が高い関心を払わなくてもよいことにはならない。まして、議員による立案・提案となれば「立法のプロフェッショナリティ」が問われる局面があるのも当然かもしれない。このことは、アクチュアルな問題として「ドナー」不足や小児臓器移植の是非をめぐる臓器移植法改正問題が日程に上るとすれば、再度問い返される可能性がある。

法学者達の手厳しい批判が存在したことは確かだが、このことは法律学の分野に新たな、そして挑戦的な問題意識と課題をもたらす契機の

<sup>(98)</sup> 谷勝宏『議員立法の実証的研究』信山社、2003.1. pp.76-77, 177-178. 谷名城大学助教授は、議員主体の立法過程の公開性と透明性を確保し、立法者の意思を明確にすることの重要性を指摘している。

<sup>(99)</sup> 前田英昭「国会の委員会における法案審査」『駒澤法学』4巻1号、2004.10, pp.27-31.

<sup>(100)</sup> ジェレミー・ウォルドロン（長谷部恭男・愛敬浩二・谷口功一訳）『立法の復権－議会主義の政治哲学』岩波書店、2003.10, pp.29-30.

<sup>(101)</sup> 同上 pp.2-3.

ひとつともなった。ヒトゲノムの解析が完了し、遺伝子工学・医療への展望がよりはっきりしてきたこともこの背景にある。第Ⅱ章で瞥見した政策研究プロジェクトの事例はこのことの一部を示すものであるが、ここで重要なことはこれらの研究成果が単に学説の提示に留まるものではなく、政策・立法への提案を志向していることである。それらは、国会だけを対象にしているのではないにしろ、「立法」の時と場を念頭に置いているのである。立法府たる国会がこの「法律プロフェッション」の成果をどう受けとめるのか、それを「政策立案のための情報」として活用する方法はあるのか、ということも考究されてよい問題のひとつである。

さて、立法の問題状況一般がそうであるとしても、「生命科学技術立法」のこれからの具体的な課題はなんであろうか。その視点と方法を第Ⅲ章で序論的に提示した。「人間の尊厳」は世界各国で憲法的な価値規範の地位を占めてきており、憲法論議が我が国でもさらに展開されるとするならば、検討事項のひとつとして論究されてよいテーマだと思われる。クローン技術規制法は、今後の「生命科学技術立法」のプロトタイプになるかどうかはまだ未知数であるにしても、基本的な「論理構造」を内包しており、科学技術全般の望ましいコントロールという、より広いコンテキストで検討されるべきであろう。自己決定と合意形成は、生命倫理問題への法的関与を論議する場合の包括的視点である。そして、公共的意思決定とりわけ立法府における決定(=法律の制定)は、民主主義の深化、すなわち立法府における「審議」と市民社会における「討議」とその相互関係からも検討されるべき論点を含んでいる。「言論の府」である国

会にはその「政治的言説」の質の高さと洗練された論理的表現が求められるとするなら、立法過程における情報の収集、分析、妥当な決定のための根拠、そして立案プロセスの透明性と記録の保存といった根気の要る作業にももっと注意が向けられてよい。

最後に、このささやかな試論にある展望の感覚を与えたともいえる著書に触れて、むすびに代えたい。

「巧みな手づくりの死に関心をもつ者があるだろうか？以前には、ちょうど果実が自分の中に種子を包んでいるように、人間も自分の中に死……子供たちは小さな死を、大人たちは大きな死……を宿している点に、特別な威厳ともの静かな自負があった。」(リルケ『マルテの手記』大山定一訳、日野原重明『命をみつめて』岩波現代文庫、2001.5.より引用。p.167.)

日野原重明氏は、京都の第三高等学校時代、ドイツ語の先生であった大山定一に導かれてリルケを知ったとのことである。「死をめぐる医学と看護」という講演の中で、日野原氏は、人間というものはリンゴのようにその果実の中に死という種をもっている、というリルケの発想を引いて、自分の身の中にある種をどういうふうレイアウトするか、そのことが自分の死のパフォーマンスであり、それを人生の最高の仕事として考えねばならない、として、科学者は人間として生きることが大切で、科学者として生きる前に人間である、と説かれている。長年、臨床医として患者やその家族に接してこられ、多くの「生と死」を見てこられた日野原氏のような方の視点は、国会が「人の生死に向き合う」問題を考える際にも必要であろう。

(はるやま めいてつ 文教科学技術調査室)