

## クローン技術、ヒト胚に関する規制のあり方

山本 輝之

### I 生命倫理規範の意味と規制根拠

(1) 法と倫理とは明確に区別されるべきである、倫理秩序の保護を根拠として、法的規制を行うことは、法と倫理とを混同し、国家が一定の価値観を国民に強制することになり、妥当ではない、法は具体的な利益（法益）を保護するために存在するのであり、その侵害のみが法的規制を正当化するものである、という、「法と倫理の峻別の原則」<sup>(1)</sup>は、現在においても堅持すべきことである。このことは、とりわけ刑事的な規制を行う場合にいわれることであるが、行政法などの他の法律による規制、また行政的ガイドラインによる規制を行う場合にも同じく妥当なことである。したがって、たとえば、クローン技術、ヒト胚の取り扱いなどについて刑事的な規制を行う場合はもちろん、行政法、あるいは行政的なガイドラインによる規制を行う場合にも、具体的な法益の保護が根拠とされなければならぬ。一九九〇年十二月に制定されたドイツの「胚の保護に関する法律」(Embryonenschutzgesetz)<sup>(2)</sup>のように、性と生殖の秩序の維持という生命倫理規範を根拠として、包括的な規制を行うことは許されない。その意味

で、規制を行う場合にも、それは限定的なものにならないのである。

そもそも生命倫理規範というものは、規制の根拠となるような一元的な実質を有しているものではなく、そこで問題となる具体的な利益を保護するための個々の規制によって結果として形成されるものなのであり、そのような個々の規制の総体が生命倫理規範なのである。

(2)二〇〇〇年に成立した「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」(以下、「クローン技術規制法」)は、わが国で最初の生命倫理法といふべきものである。これは、個人の複製であるクローン、人と動物の細胞・器官の混在するキメラ、人と動物の受精によるハイブリッドの個体の産生を防止するため、「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」する行為を禁止し(二三条)、その違反を一〇年以下の懲役若しくは一千万円以下の罰金、又は両者の併科という法定刑により処罰している(一六条)。また、同法は、その胎内への移植が禁止、処罰されている人クローン胚およびその周辺のヒト胚、ヒト・動物に由来する胚を「特定胚」として、その作成・譲受・輸入を文部科学省令により届け出ることとし(六条)、その研究目的での使用については、文部科学大臣の指針を遵守すべきことを要求している(四条、五条)。そして、これに基づいて、二〇〇一年に「特定胚の取扱いに関する指針」(以下「特定胚指針」)が定められた。また、余剰胚を使用して行われるヒトES細胞の研究については、純粋な行政的ガイドラインである「ヒトES細胞の樹立及び使用に関する指針」(以下、ES指針)が規制を行っている。他方、ヒト胚の研究に関しては、産科婦人科学会の「会告」という方式による自主規制に委ねられている。しかし、これに対しては、従来から、ヒト胚は、人の萌芽であるのであるから、その取り扱いについても、規制を設けるべきであるという意見が強く出されていた。そこで、クローン技術規制法もそのことを踏まえて、その附則二条で、「政府は、この法律の施行後三年以内に、ヒト受精胚のヒトの生命の

萌芽としての取り扱いのあり方に関する総合科学技術会議等における検討の結果を踏まえ、この法律の施行の状況、クローン技術等を取り巻く状況の変化等を勘案し、この法律の規定に検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」と規定した。そして、これに基づいて、二〇〇四年七月二三日に内閣府の総合科学技術会議が「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」を出した。そこでは、ヒト受精卵の研究目的での作成・利用は、生殖補助医療研究でのそれに限って認めることとし、その規制については、法律に基礎のない、刑罰などによる法的強制力を有しない行政的ガイドラインを作成すべきであるという考え方が示された。

そこで、本稿は、このような状況を踏まえて、現在行われているクローン技術規制法およびそれに基づく特定胚指針の規制のあり方ははたして妥当なものなのか、また、ヒト胚の取扱いについての規制はどのようなものであるべきなのか、総合科学技術会議が打ち出したヒト胚の取扱いについての規制のあり方ははたして妥当なものであるのか、妥当でないとしたら、どのような規制のあり方が妥当であるのかについて具体的な提言を行おうとするものである。

## II 法益論の見直し

(1) 前述したように、法律による規制を行う場合はもちろん、行政的なガイドラインによる規制を行う場合にも、具体的な法益の保護がその根拠とされなければならない。もつとも、生命倫理が問題となる場面において保護されるべき利益の内容は、これまでの伝統的な法益概念を超えるものである。すなわち、これまで法益と考えられてきたものは、個人の生命、身体、自由、名誉、財産という生活利益が主なものであった。これに対し、たとえば、

クローン技術規制法における規制およびヒト胚の取扱いにおいて問題となる保護法益は、人間の尊厳、あるいは人間の種としてのアイデンティティ、人間の生命の尊厳であると考えられている。<sup>(3)</sup>

(2) たしかに、このような基本原理ともいえるべきものを保護法益として認めることができるかは一つの問題であり、それを否定する考えもあるであろう。しかし、人間の個性が尊重され、われわれ自身の福利だけではなく、未来の子孫のそれについても責任を持つべきことが自覚されるようになった現在においては、このような利益も生命、身体、自由、名誉、財産と並ぶ保護に値する重要な利益となつてゐることは否定できないであろう。これまでも必ずしも保護法益としては考えられていなかった「環境」というものが現在では法律が保護すべき利益として承認されているように、人間の尊厳、人間の生命の尊厳、さらにはそのような基本原理を保護するための制度というものも法益として認めることができるのではないであろうか。<sup>(4)</sup> もつとも、人間の尊厳、人間の生命の尊厳という概念はきわめて抽象的なものであり、その具体的内容は不明確である。<sup>(5)</sup> また、個々具体的な規制が問題となる場面ごとにそこで問題となるそれらの意味も異なるであろう。そこで、まず、その具体的内容を明らかにすることが必要である。

### Ⅲ クローン技術規制法

(1) クローン技術規制法は、個人の複製であるクローン、人と動物との細胞・器官の混在するキメラ、人と動物の受精によるハイブリッドの個体の産生を防止するために、その三条で、「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」する行為を禁止し、その違反に対して、一六条が一〇年以下

の懲役若しくは一千万円以下の罰金、または両者の併科という法定刑を定めている。

たしかに、このようなクローン個体を産生させようとするのが倫理的に許されないことは、ほとんどの人が認めることであろう。しかし、はたして、このような行為を法的に規制する根拠はどこにあるのであろうか。

一つの考えは、人の生命を人為的に創造することはよくないことだとするものである。このような見解による場合には、クローン個体などを産生させようとする行為だけではなく、体外受精、人工授精などの生殖補助医療技術についても、同じように規制を行うべきだということになる。クローン技術規制法立法の際に、政府案の対案として民主党が提出した「ヒト胚等の作成及び利用の規制に関する法律案」は、まさにこのような立場を前提にしたものであると思われる。しかし、人の生命を人為的に創造することは、いったい誰の、どのような利益を害することになるのか必ずしも明らかではなく、その内容を明らかにする必要がある。

そこで、これに対しては、まず、このような手段による生命の創造は、その安全性に問題があるということがいわれる。しかし、それは安全性を高めればよいのであり、そのことだけでは規制の合理的な根拠にはなり得ないように思われる。また、このような手段による生命の創造を認めると、親子関係、家族関係に混乱をもたらすということもいわれる。だが、これについても、そのような関係について混乱をもたらさないような法的措置を講ずれば解決できる問題なのではないかと思われる。そうすると、このようなことも規制を正当化する根拠とはなり得ないものであり、結局、規制の根拠を、生命の創造は神のみが行うことであり、人間が手を触れることではないという宗教的価値観の強制に求めるという考え方が出てくることになる。前述したドイツにおける「胚の保護に関する法律」がクローン、キメラ、ハイブリッドを作成する目的で行う胚への作業を刑罰によって規制しているのは、このような考え方に立脚したものである。しかし、前述したように、そのような一定の宗教的価値観・倫理観を守ると

いう理由により、法的な規制を行うことは許されないことである。それを行うことを是認するには、そのことによつて「法益」を保護するといふことがなければならぬ。

クローン個体などを産生させようとする行為などを法的に規制することによつて保護されると考えられる法益は、「人間の尊厳、人間の個性、人類の未来」という利益であると考えられる。すなわち、ここでは、そのような行為によつて、およそ個人は独自の人格を持った一回限りの存在として尊重されなければならないという人間の尊厳、あるいは人間の種としてのアイデンティティというものの侵害があることはたしかなことである。<sup>(7)</sup>ただ、このような利益は、前述したように、「環境」などと同じく、これまでは刑法などを発動することによつて保護すべきであるとはされてこなかったものである。しかし、人間の個性が尊重され、またわれわれ自身の福利だけではなく、未来の子孫のそれについても責任を持つべきことが自覚されるようになった現代社会においては、このような利益も生命、身体、自由、名誉、財産と並ぶ保護に値する重要な利益となつていることを認めるべきであるように思われる。<sup>(8)</sup>

(2) もつとも、そのような利益を、具体的にどのような規制によつて保護することが妥当なのか、すなわち、刑事的規制によるのか、行政法による規制によるのか、あるいは行政的なガイドラインによるのかということがさらに検討されなければならない。その場合、刑事的な規制は、たとえ法益が侵害・危殆化される事態が生じた場合であっても、ただちに発動されるべきでない。刑法は法益を保護するために存在するものであるが、それによる規制は、人の自由、財産ばかりでなく、場合によつては生命までも剥奪しうるもつとも強力な制裁であり、それは多くの弊害をもたらすものである。したがつて、刑法による規制はできるだけ慎重でなければならず、刑法以外の規制、たとえば、民法、行政法などの他の法律による規制、あるいは行政的なガイドラインによる規制で十分である

と認められる場合には、それらに委ねるべきである。刑法の発動は、そのような刑法以外の規制によってはその保護が不可能であるか、十分ではないと認められる重要な法益の侵害・危殆化がある場合にはじめて認められるのである。このように刑法は法益保護のための「最後の手段（ultima ratio）」であるという「刑法の謙抑性の原則」は、現在でも当然維持されるべきである。このような観点から考えた場合、人クローン個体、人と動物のキメラ、ハイブリッド個体を産生させようとする行為は、前述したような重要な法益を侵害・危殆化するものであり、しかも医療・研究上も有用性がほとんどなく、他の生殖補助医療技術やヒト胚の作成に比べて害悪もきわめて大きいと認められる。したがって、ここでは、それらの行為を刑法以外の他の法的な規制に任せることはできないのであり、それらについて刑事規制を行うことは妥当であると認めることができるように思われる。<sup>(9)</sup>

#### IV 特定胚とヒト胚の保護

(一) クローン技術規制法は、人クローン胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚、ヒト性集合胚に加えて、その周辺のなヒト胚、ヒト・動物に由来する胚を「特定胚」(四条一項)と名付けて、その作成、譲受け、輸入を文部科学省令の定めるところにより文部科学大臣に届け出ることとし(六条)、その研究目的での作成・使用などその取扱いについては文部科学大臣の定める指針を遵守すべきこととしている(四、五条)。これに基づいて、二〇〇一年に、「特定胚指針」が定められている。

これまでは、これらの胚を作成し、あるいはそれを用いて研究を行うことは、学会の自主規制により、また、行政の指導によって事実上禁止されていた。しかし、このような研究は、移植用臓器・組織の開発などに大きく貢

献することが期待されている。そこで、クローン技術規制法は、特定胚の作成、研究については、その委任を受けて作られた「特定胚指針」を通じて規制しながら、部分的に許容するという態度をとった。

問題は、このような規制を行う根拠はどこにあるのかということである。これに関する一つの考えは、それをクローン、キメラ、ハイブリッド個体の産生の危険があるということに求めるものである。しかし、そのような危険はあまり大きなものではないであろう。しかも、もし、クローン、キメラ、ハイブリッド個体の産生の危険ということが根拠だとするならば、これらの胚だけを対象とするか、あるいはせいぜいこれらに転化する危険のある胚だけに規制の対象を限定すべきである。しかも、クローン個体などの産生に転化する危険性のある準備行為だけを規制すれば足りるということになる。しかし、クローン技術規制法は、規制の対象をそのようなものに限定してはいない。したがって、ここでは、単に、クローン個体等が産生される可能性があるからそれに対して規制を加えているのではなく、特定胚という限定されたヒト胚について生命倫理的な観点から、その取扱いについて規制を加えているのだと考える方が素直であるように思われる。

このようなことから、人クローン胚、人と動物のキメラ、ハイブリッド胚からES細胞を樹立する、あるいはそれを用いて研究する場合には、それらの胚から人としての生命を奪うことになるから、それを行政的なガイドラインを通じて妥当な範囲に限り許容しているのであり、ヒト胚の生命の保護こそがここでの規制の根拠であるという考えが出てくることになる。しかし、もしそうだとするならば、クローン技術規制法が規制の対象を特定胚に限定しているのは中途半端な態度であり、規制の対象とはなっていない、ヒト胚全体に広げべきであるということになる。<sup>(1)</sup>

(2) たしかに、ヒト胚は、生命現象の一つであり、人の萌芽であるといってもよいであろう。しかし、それ自体



が生きる権利を持ち、法益の主体となりうることを考えることはできないであろう。また、わが国においては、母体保護法一四条一項によって、「母体外において、生命を保護することができない時期」（平成二年三月二〇日の厚生事務次官通知により、現在では、受胎後満二二週未満とされている。）までの指定医による人工妊娠中絶は事実上自由であり、刑法の堕胎罪は事実上非犯罪化されたといつてもよい状況にある。<sup>(12)</sup>このように胎児の生命が侵害されている状態が国によって放置され、甘受されている事態をそのまま放置しておいて、未だ胎児といえるまでに育つていないヒト胚の侵害を、生命の侵害を根拠として国が規制を行なうのだとすることは説得性に欠けるように思われる。<sup>(13)</sup>

そこで、学説においては、このような規制の根拠は、人の生命の侵害がそこにあることだけが理由ではなく、それがおよそ「人の生命の尊厳」という原則に反することがその規制の根拠であると見る見解が有力に主張されている。<sup>(14)</sup>しかし、ここでいわれている「人の生命の尊厳」ということの内容は必ずしも明らかではないように思われる。

(3) それでは、その具体的内容をどのように考えるべきであろうか。

前述したように、ヒト胚も生命現象の一つであり、人の萌芽である。このような人の萌芽であるヒト胚が、勝手に実験に使われたり、恣意的に操作され、そこから化粧品が作られたり、あるいはそれが勝手に毀損されたりすれば、われわれ生きている人間の生命尊重感情が害される。このような現在生きている人々の人の萌芽に対する尊重感情こそがその保護法益であると考えざるを得ないように思われる。たしかに、このような感情の保護ということも、伝統的な法益概念を超えるものであり、はたしてこのようなものが規制の根拠たりうるのか、そのように考えることがはたして妥当であるのかは問題ではある。しかし、たとえ、刑法一九〇条の死体損壊罪は、死者を法益の主体と認めているのではなく、死体が不当に侵害されず、安心して死にたいという、現在生きている人々の死体

に対する尊重感情を保護しようとしているのだと考えるのが合理的であり、それと同じことがここでも妥当するのではないかと思われるのである。そして、もしこのような考えが妥当であるとするならば、クローン技術規制法が規制の対象を特定胚に限定しているのはまさに中途半端な態度であり、その対象をヒト胚一般にまで広げるのが妥当であるということになるように思われる。<sup>(6)</sup>

## V ヒト胚の研究目的での作成、使用の許容性

(1) たとえば、ヒト胚を作成しこれを再生医療研究に用いること、さらには、人クローン胚を用いてこれを行う治療クローニングのように、ヒト胚を研究・治療目的で作成、使用することは許されるだろうか。

これについては、これらは、人の萌芽であるヒト胚を、体外受精・胚移植のような個体産生の目的ではなく、研究目的で作成するものであるため、ヒト胚の生命は人の生命と同等に保護されなければならない、それを用いた研究は、ヒト胚の生命を侵害するものであり、したがって、このようなことは例外なく禁止されるべきである、という考え方もあるであろう。また、クローン技術規制法は、これについては何らの定めもしなかったが、その委任を受けて作られた「特定胚指針」は、「特定胚のうち作成することができるとは、人間の種類は、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。」として、治療クローニングを禁止している。

しかし、前述したように、ヒト胚は人の萌芽であるが、それ自体生きる権利を持ち、法益の主体となりうるものではない。したがって、ヒト胚は人の生命と同等に保護されなければならないとはいえないであろう。また、前述

したように、胎児の生命が事実上自由に毀滅されている状態を国が放置しておきながら、未だ胎児にまで育っていないヒト胚の毀滅を、生命の侵害を根拠として研究目的でのその作成・使用を全面的に禁止すべきだとすることも説得的ではないように思われる。

(2) 前述したように、ヒト胚を保護する根拠は、それに対して現在生きている人々の持つ生命尊重感情である。このような観点からするならば、われわれ生きている人間の生命尊重感情に適合する範囲内でのヒト胚の研究目的での作成、使用は許容されるべきであるように思われる。ヒト胚、人クローン胚を人々の福利のために作成し使用するものであるならば、われわれ生きている人間の生命尊重感情を害するものではなく、それと適合するものであると考えられるからである。現在生きている人々の死体に対する尊重感情に反しない範囲での臓器移植は許容されると考えるべきであり、それと同じことがここでも妥当するのではないかと思われるのである。

## VI ヒト胚の作成・使用に対する規制についての具体的提言

(1) もっとも、治療クローニングを含めた個々の研究目的でのヒト胚の作成・使用などの取り扱いが、われわれ生きている人間の生命尊重感情に適合する範囲内のものであるか否かの判断を、個々の科学者の良心にのみ委ねるとすることはできないであろう。現在、クローン技術規制法とその委任を受けた「特定胚指針」が人クローン胚を含めた「特定胚」の作成・研究について規制を行い、また、ES指針が、余剰胚を使用して行われるヒトES細胞の研究について規制を行っている。さらに、ヒト胚の研究に関しては、産科婦人科学会が「会告」という方式により、自主的な規制を行っている。これは、人クローン個体、人と動物のキメラ、ハイブリッド個体の産生という、

害悪のきわめて大きい核心的行為（前述のように、これについては、クローン技術規制法が刑罰によって禁止している。）の周辺部分である、それらの胚の作成という、害悪が比較的小さく、また医学研究上も有用性のある行為については、法律の委任に基づく指針で規制し、さらに有用性のきわめて大きいヒトES細胞の樹立・使用については、純粹な行政的ガイドラインで規制しようとする考え方に基づくものであると思われる。

(2) たしかに、産科婦人科学会の「会告」という方式による自主規制は、医師、研究者等のプロフェッションの自律性を尊重し、彼らの学問・研究の自由を尊重するという法的規制、行政的なガイドラインにはないメリットがある。このようなことから、ヒト胚の研究目的での作成・利用についての規制は、産科婦人科学会が現在より倫理審査体制を強化して、これまでと同様、その「会告」によって会員の研究を自律的に規制すべきであるとする見解もある。たとえば、町野教授は、ヒト胚の作成・使用に対する規制について、「産科婦人科学会が現在より倫理体制を強化して、これまでと同様に、その『会告』によって会員の研究を自律的に規制すべきであるが、それが無理ならば行政的ガイドラインもやむをえない、しかし、そのときにも第一段の審査を産科婦人科学会に委託すべきである」とされている。<sup>(18)</sup>そして、このような考え方によるなら、現在の法律、ガイドラインを大幅に改正する必要はないという大きなメリットもある。しかし、医師会は、日本弁護士連合会のように強制加入ではなく、任意加入であり、それに加入しなくても業務を行うことができるため、現在より倫理審査体制を強化してもその実効性には自ずから限界があるように思われる。現に、産科婦人科学会の自主規制が十分であるかについては、多くの人が疑問に思っているという指摘もなされている。<sup>(19)</sup>前述した、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」が、①ヒト胚の研究目的での作成・利用は、生殖補助医療研究でのそれに限って認めること、②その規制については、ES指針と同様の、法律に基礎のない、刑罰などによる法的強制力を有しない行政的ガイドラインを作成し、

それによるべきである、という考えを打ち出したのもそのようなことを考慮したためであると思われる。

たしかに、このような純粋な行政的ガイドラインによる規制は、医師、研究者などの自律性を尊重し、これらのプロフェッションの自主的な監視を通して、緻密で柔軟な規制を可能にし、科学技術の進歩、社会情勢の変化に対応して、臨機応変に対応することを可能にするという法規制にはないメリットを有している。また、これには、学会による「会告」のような自主規制よりも事実上の強制的な効果を有する、というメリットもある。しかし、このような純粋な行政的ガイドラインで規制を行うことは、生命倫理に関わる事項を行政指導という護送船団方式的な規制で行おうとするものであり、国会中心立法の原則という民主主義的要請に十分応えることができないという問題があるように思われる。このようなことからするならば、ヒト胚の研究目的での作成・利用については、新たに法律に基づく指針を作成し、それによる規制を行い、また、ES指針についても、特定胚指針と同じように、法律の委任に基づく指針に改める必要があるように思われる。もともと、このような法律に基づく規制に対しては、権威主義的な法実証主義の現れであるという批判もある<sup>20)</sup>。しかし、このような法律の委任に基づくガイドラインによる規制という方法は、一方では民主主義的要請を満たしながら、他方では前述のようなガイドラインのメリットを生かそうとするものであり、規制の方法として妥当なものであるように思われるのである。

(3) 以上の考察からするならば、法律、ガイドラインの改正を行う際には、クローン個体などを産生させようとする行為についての規制と、ヒト胚の作成・使用についての規制とは、分化すべきであるように思われる。なぜなら、前述したように、両者においては、そこで保護されるべき利益もその目的も異なっているからである。したがって、クローン技術規制法、特定胚指針はクローン・キメラ・ハイブリッド個体産生の防止だけを目的とする法令に純化するとともに、「特定胚」の作成・使用のうちヒト胚の保護の部分を分化し、これに余剰胚を使用して行われる

ヒトES細胞研究についてのES指針を加えて新たに一般的なヒト胚の作成・使用の規制に関する「ヒト胚研究規制法」とその委任に基づく倫理指針とを作成し、それによる規制を行うべきであるように思われる。

## VII まとめ

本稿の結論をまとめると以下のようになる。

法と倫理の峻別の原則は、現在においても堅持すべきことである。したがって、クローン技術、ヒト胚の取り扱いなどについて刑事的な規制を行う場合はもちろん、行政法、あるいは行政的なガイドラインによる規制を行う場合にも、具体的な法益の保護が根拠とされなければならない。もつとも、法益を保護する場合、どのような規制によつてそれを行うべきかが問題となるが、その場合、刑事的規制は、害悪が極めて大きい場合に限られるべきである。クローン技術規制法が人クローン個体を産生させようとする行為などを処罰しているのはまさにそのようなものである。

他方、ヒト胚を保護するための規制の根拠は、現在生きている人々の持つ生命尊重感情の保護の必要性である。このような観点からするなら、たとえば、ヒト胚を作成しこれを再生医療研究に用いること、さらには、人クローン胚を用いてこれを行う治療クローニングなど、ヒト胚を研究目的で作成、使用することは許容されるべきである。もつとも、治療クローニングを含めたヒト胚研究を個々の科学者の良心にのみ委ねることはできず、新たな規制が必要である。その場合は、クローン技術規制法の委任を受けた特定胚指針のような、法律に根拠を持つガイドラインによるべきである。そして、その場合は、クローン技術規制法とそれに基づく特定胚指針は、クローン・キ

メラ・ハイブリッド個体産生の防止だけを目的とする法令に純化し、それとともに、「特定胚」の作成・使用のうちヒト胚保護の部分を分化し、これにES指針を加えて、新たにヒト胚の作成・研究に関する「ヒト胚研究規制法」とそれに基づく倫理指針を作成するべきである。

\*本稿は、文部科学省の科学技術振興調整費による委託業務として、上智大学法学部が実施した平成一四年・一五年度「生命科学技術推進にあたっての生命倫理と法」（研究代表・町野朔上智大学教授）の成果を取りまとめた「政策提言・生命科学技術推進にあたっての生命倫理と法」に掲載した報告書（山本輝之「12 生命倫理規範の形成」）に、加筆・修正をしたものである。

注

(1) 刑法と倫理との関係について、平野博士は次のように説明されている。「倫理というものは、いわばその人の良心の問題であるわけです。ですから、人を倫理的に非難するということはその人の良心を非難するということになるわけです。……良心を非難できるのは、その人自身だけあるいは神様だけではないでしょうか。刑法は、国家という政治的な機構の持つ一つの作用ですから、人の良心にまでは立ち入るべきではないかと思われのです。」平野龍一「刑法と倫理」法学教室六八号（一九八六年）二〇頁。また、大谷教授も、この原則について、「刑法の規範は、人の行為を規律する社会倫理規範（道徳）と密接な関係に立つ。また、『法は道徳の最低限』ともいわれるように、刑法上犯罪とされているものの多くは道徳上も許されないものである。しかし、刑法と社会倫理規範とは、以下の点において異なる。第一に、社会倫理規範も刑法と同様に社会規範として規制機能を有するが、国家権力によって承認された規範ではない点

でこれと異なる。第二に、社会倫理規範は人間の良心を基礎とする規範であるから、社会倫理規範上の正邪・善悪は内心的態度によって決まるのに対し、刑法は法益保護を通じて社会秩序を維持することを目的とする規範であるから、正当・不当または適法・違法は、法益の侵害またはその危険を有する行為か否かという外部的態度によって決まる。第三に、社会倫理規範もそれに違反した場合には、世間は非難を浴びせ社会的制裁を加える点で心理的強制力を有するが、国家権力によって刑罰を強制されることは絶対でない点で、刑法とは異なる。このようにして、刑法と社会倫理規範を混同することは許されないであり、刑法は社会倫理に反するとみられる行為であっても法益保護の必要性が認められない場合には犯罪とすべきではないし、また、社会倫理的には無色な行為であっても法的保護の見地から必要やむをえない場合には、これを犯罪とすべきなのである」と説明されている。大谷實・新版刑法講義総論（追補版、二〇〇四年）七頁。

(2) この法律の内容については、甲斐克則「クローン技術の応用と（刑事）法的規制」現代刑事法二四号（二〇〇〇年）二八頁以下参照。

(3) 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—」法学教室二四七号（二〇〇一年）八九頁。

(4) このことについては、山本輝之「『法益の保護』、『刑法の謙抑性』の原則は維持できるのか」法学教室二二三号（一九九九年）一八頁参照。

(5) 町野朔・前掲論文八九頁。

(6) 甲斐克則・前掲論文三四頁。

(7) 町野朔・前掲論文八九頁参照。

(8) 山本輝之・前掲論文一六頁以下参照。



- (9) この原則は、現在わが国の学説において疑いなく認められている原則であり、また、有名な「一厘事件」に関する大審院判例（大判明治四三年一月一日刑録一六輯一六二頁）をはじめとして、判例においてもその趣旨を取り入れたものが存在する（いわゆる「都教組事件」に関する最大判昭和四四年四月二日刑集二三巻五号三〇五頁など参照）。
- (10) 町野朔・前掲論文八九頁参照。
- (11) 町野朔・前掲論文九一頁。
- (12) このような状況については、西田典之・刑法各論（第二版、二〇〇三年）二〇頁、前田雅英・刑法各論講義（第三版、一九九九年）五二頁など参照。
- (13) 町野朔「遺伝子治療、ヒト・クローン技術、日本法―『生命倫理と法』の日本的展開」刑事法学の現実と展開（斎藤誠二先生古稀記念）（二〇〇三年）二〇頁以下。
- (14) 町野朔・前掲法学教室二四七号九一頁。
- (15) 山本輝之「臓器提供者と提供意思―意思表示方式と承諾意思」日本刑法学会刑法雑誌三八巻二号（一九九九年）二〇一頁以下参照。
- (16) 町野朔・前掲法学教室二四七号九一頁参照。
- (17) 山本輝之・前掲日本刑法学会刑法雑誌三八巻二号二〇一頁以下参照。
- (18) 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」（二〇〇四年）における町野委員意見。
- (19) 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」に関する意見」（二〇〇四年）における「最終報告書素案作成に向けた意見書」の町野委員意見参照。
- (20) 総合科学技術会議・前掲「ヒト胚の取扱いに関する基本的考え方」における町野委員意見参照。