

## 基本法による生命の保護

ウド・シュタイナー  
光田督良 訳

Udo Steiner :  
Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz

Masayoshi MITSUDA

訳者はしがき

本稿は、レーゲンスブルク大学の Udo Steiner 教授の著書 *Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz*, Walter de Gruyter 1992 の翻訳である。同書は、1992年6月26日にベルリン法学協会において行われた講演をもとに、この講演原稿に若干加筆した形で出版された。生命保護に関し、個別的な問題についてはすでに多くの論文が存在する中、この分野全般に渡る様々な問題を総合的に取り扱っているという点で、訳者は同書に興味を覚え、翻訳、紹介する次第である。Steiner 教授には早くから翻訳のお許しを頂きながら、訳者の怠慢と多忙から今回至ってしまった。なお、原書には多くの脚注がつけられているが、本稿における紙数の都合から省略せざるえなかった。また、「4 結びに代えて」において引用されているトーマス・モア『ユートピア』の訳については、この書の代表的な訳書である、平井正穂訳『ユートピア』岩波文庫131-132頁および33頁を用いさせて頂いた。

### 目次

- 1 現代における人間の生命の保護の必要性
  - 1) 現実に存在する危険な状態
  - 2) 医学上の「危険性」
- 2 基本権解釈論上の要点
  - 1) 基本法上の生命保護（基本法第2条2項1段および3段）と人間の尊厳（基本法第1条1項）との関係
  - 2) 帰結
- 3 胚保護法と科学的研究
  - 1) 人間の胚を研究する利益
  - 2) 胚保護法という解答
  - 3) 「人間培養」というビジョン
  - 4) 妊娠中絶の権利の新規定をめぐる議論との「関連性」
  - 5) Fetozyd によるいわゆる多胎児の減数の刑法上の取扱い
- 4 結びに代えて

## 1 現代における人間の生命の保護の必要性

### 1) 現実に存在する危険な状態

私が人間の生命の保護の拠りどころとするドイツ連邦共和国の基本法は、生命保護について簡潔に決定している。基本法第2条2項1段によれば、各人は生命への権利を有している。この権利—この点で憲法学上争いはないが—は、6つの単語で表現されている。これに基本法第2条2項3段—「これらの権利は法律の根拠に基づいてのみ、これを侵害することが許される」—を付け加えれば、単語数は17となる。もちろん、文言の簡潔性は、ここでも、生命の保護という法問題に広範な解答をもたらすうえで、専門的な憲法解釈の意欲を喪失させるよりも、これをかきたててきた。生命に対する基本権を基本法の中に書き加えることは、1949年当時、もはや法学上の根元的な大問題であったわけではなかった。すでに、国際的にも、国内的にも先例が存在した。それにもかかわらず、ドイツの中央国家の憲法の中への生命に対する基本権の採用は、憲法上の初めての事柄と評価された。このような採用は、制憲議会の観点からすれば、市民の大多数の生命および—戦時用兵をも含め—結局は民族全体の生命に対する、ナチス国家による無制限な暴挙という経験への解答を、したがって、国家や危険の繰り返しに対して向けられた防御のための基本権を意味していた。このような防御機能において、この基本権の保護領域は、今日まで、法治国家的—民主主義的秩序のおかげで、侵害にさらされることは比較的少なかった。もっとも、最終的な救護という点ではすでに疑念が存在している。例えば、母国あるいは第三国において生命の危機にさらされている外国人の国外退去や、おそらく消防、警察、兵力のような潜在的に生命の危機にさらされる公務従事者の活動もそうである。

生命に対する基本権の、実際に重要で、1949年当時いまだ十分には認識しえなかった効力範囲は、今日、とりわけ、多くの「傑出した」判決において、連邦憲法裁判所によって定式化され、基本権解釈上いまだ明確にはされていないが、しかし、憲法上保障された基本法第2条2項1段の保護義務の構成分野を通じて明らかになる。それによれば、基本法は、第三者による危険や侵害にさらされている各人の生命を保護することを国家に命じ、かつ義務づけている。他の基本権についてはほとんど見受けられないが、基本法第2条2項のまさに規範的効力をめぐる争いの中に、連邦共和国の歴史における重大な内部矛盾が反映している。例えば、テロとシュライア—誘拐—核エネルギーの平和的利用—核弾頭ミサイルの配備—連邦共和国の領域内での化学兵器の貯蔵などが考えられる。「核エネルギーの平和的利用」というキーワードは、その際、技術上のリスクが国家によって許容されることを、一般的かつセンセーショナルに象徴している。—社会学の側からはよく「リスク社会」と名付けられる—われわれの社会の技術自体の危険性のこれ以外の実態に、「損害統計上」大きな実際の意義がつけ加わる、まず第一に、国家が認める、おそらくもっとも危険な技術認定、すなわち、運転免許である。それは、周知のように、国家が損害を少なくすることで満足する生命保護の分野である。基本法第2条2項1段ゆえに、基本法の下における国家は、いままで以上に安全保護法上の「機会や契機を作り出す者」とならなければならない。市民は国家に、技術的なりスクの領域における、結果に対するもっとも望ましい効果を伴う、危険防止や危険に対する配慮の任務を、政治的に委ねただけではない。基本法第2条2項1段は、国家を安全保護法上の「確信を作り出す者」とした。技術的な安全保護法、その適用、その適用のコントロールは、確かに危険が楽しみともなるが、—過激なスポーツ、享樂、「冒険」など—危険を好む生き方によって自らを危険にさらす、このような生命および健康への危険に対してすら寛容を求めるような社会における技術的危険を引き受けるために役立つなければならない。

基本法第2条2項1段の保護義務の名宛人は、連邦共和国である。もちろん、技術的な安全に対する政治的および法的責任は、すでに部分的には、ヨーロッパ共同体のレベルに引き上げられた。1965年に、欧州議会はヨーロッパ共同体統一製品規格を作るためのシグナルを送った。1985年に、議会は—ここでは詳細には立ち入らないが—委員会、構成国家、およびいくつかの製品規格専門部の間での密接な共同作業に基づく「技術的調和の領域と規格化に関する新構想」を受け入れた。1987年6月25日の—見すれば付随的ではあるが原則的な意義を有する—簡易式圧力タンクに関する構成国の法規調整についての議会の指針は、このような

方法の成果であった。個々の構成国は、もはや「その規範の主人」ではなく、その内容に共同責任を負うにすぎなかった。したがって、各構成国が必要と思うような保護規定をその領土に公布し施行する、各構成国の可能性は制限される。確かに、このような国家の主権性の喪失は、基本法第2条2項1段による基本法上の義務とほぼ一致する、なぜなら、指針は、各国の安全責任のための、いわゆる保護条項を含んでいたからである。しかし、核心的問題が残った。すなわち、各国の、とくにドイツの安全理念「対」全ヨーロッパの安全水準の問題である。ドイツではやりの言葉でいえば、この議論には決定打がまだ欠如している。

同様の状況は、技術的監視の組織の領域についても見受けられる、そこでは、ドイツは周知のように、部分的に独占的権限の原則に賛成した。このような規制は、その基本的思考によれば、国家の憲法上の安全責任に根拠を有する。そして、これは、国家が安全政策的に納得するような、技術的監視の方策を選択する権利を国家に与えるものである。ヨーロッパ経済共同体条約の「価値システム」においても、公的な安全並びに人類や動植物の健康および生命の保護について徹底的に考慮された(36条、56条1項、56条項との結びつきにおける66条)。もちろん、構成国としてのドイツ連邦共和国は、ヨーロッパ共同体に対して、このような権限規定の基礎となっている安全保障の諸利益—まさに市民の生命と健康という憲法上の法益が重要である—が、比例原則による自由化の利益との比較衡量において意味を持つことの挙証責任を負う。連邦共和国が、共同体の諸機関やヨーロッパ裁判所に対する必要な場合における挙証責任をうまく負担することが望まれている。

## 2) 医学上の「危険性」

生命の基本法上の保護は、もちろん特別の程度において、このような保護に対する問い合わせがまずもって期待されないところで問題となる。なぜなら、生命保護については、ここでは法律家に第一次的な責任があるのではなく、医師が職業上責任を負っているからである。現代医学および医療技術の実情について考えればそうなる。もちろん、墮胎と安楽死という、ふたつの問題のあるキーワードが伝統的に生命の保護をめぐる医事法上の議論について回る。このキーワードは、長い間、問題領域を画定してきた。なぜなら、これによって、生命の始期と生命の終期があたかも自然に言い表されていたからである。しかしながら、このような状況は、基本的に変化した。人間の生命は、数年来、人工的に生じた条件の下で、試験管内で行なわれる体外授精により誕生している。生命の終焉についても今日、集中医療による延命の可能性が存在する。この二つの発展は、再び特殊な結果をもたらす。さらに、これ以外の発展もこれにつけ加わる。したがって、法秩序における「生命、生命保護、医療」というテーマとの関係におけるもっとも現実的な問題は、相当に多岐にわたる。すなわち、

### — 墮胎

— 試験管授精、胚移植および配偶子移植(生殖医療)並びに胚の学術的利用(いわゆる使用研究)

### — 早期の安楽死

— ゲノム分析、遺伝子治療、ゲノム操作

— Fetozidによる多胎児の減数

— 臓器移植

— 積極的および消極的安楽死

ここでは、これらの問題を十分に検討する余裕がない。これらの問題を取り扱うことは、教授資格論文一冊分に相当する。このテーマの法学的、とりわけ憲法学的取扱いに際し、確かに、専門家による保護の必要はない。基本権が今日すべての人のものであることもその理由である。すでに、この分野は憲法学者の手を離れ、あらゆる法律の専門分野のために基本権解釈は一般化されてきた。それは、すべての国民が憲法解釈者であるとする、ペーター・ヘーベルレのビジョンへの、そして国法学者大会の自己崩壊への第一歩であった。

一見して、生命の始期における生命保護の問題は、その終期のそれよりも解答しにくく思える。その際、再三再四示されたように、生命の限界の問題は、同時にコンセンサス形成可能な憲法解釈の限界に法律家を

おしやる。以下においては、誕生しつつある生命の憲法上の問題を、とりわけ、人為的な受精の問題を集中的に取り扱うつもりである。もちろん、生殖医療や生命保護の他の問題領域を対象とする1991年1月1日発効の胚保護法 (ESchG) との若干の関連性についての検討も、必要や機会に応じて行うつもりである。まず第一に基本権解釈上の若干の要点に言及しておく。

## 2 基本権解釈論上の要点

1) 基本法上の生命保護 (基本法第2条2項1段および3段) と人間の尊厳 (基本法第1条1項) との関係  
a) 基本法第2条2項1段は、基本法が国家と社会における価値議論とは一線を画した、倫理的な最低限度のコンセンサスの構成要素をなしている。基本法第2条2項1段は、一基本法第1条とともに一憲法レベルにおける国家倫理の中核的な礎石であり、その形而上学的・宗教的な基礎から独立させられ、また社会の受容者の必要の要求に拘束されない。ここでは、意識的に「倫理」について問題とし、「道徳」という概念を避ける、なぜならこの概念は、ある場合には社会の中で伝統的で一般的な行為規範に従って存在するものを意味し、別の場合には聖パウロとパデルボルン (Paderborn) との間の推測上あるいは現実の相違によって「占められる」からである。この基本権保護の中心的問題としての生命の始期と終期の規律との関連において、このような「自給自足的領域」の創設は、確かに、ほぼ成功したように思われる。基本法の「生命観」は文言上は精確に定められているわけではない。したがって、保護領域の範囲も当然にあいまいなっている。連邦憲法裁判所は、基本法第2条2項1段の射程を、母胎内にいる卵着床後のいまだ誕生していない生命にまで及ぼした。一胚保護法により立法的にも追認された一今日のほぼ通説は、基本法の生命保護を体外で生み出された胚に対しても承認しようとしている。その際、基本法第2条2項1段の意味における生命は、卵と精子との結合に始まるとされた。生命の終期は、今日承認された水準によれば、いわゆる脳死によるとされるべきである。

それにもかかわらず、生命の基本権は、少なくとも基本法第2条2項3段に含まれている法律の留保ゆえに、政治と社会における倫理的な議論によって求められる。法律の留保、それは確かに、第一次的には、基本権の防御的效果に合わせて配置される。しかし、このようにしてなされた国家への保護委託の射程を手つかずのままにしておくことはできない。したがって、いかにこのような法律の留保を限定しようとも、絶対的な生命の保護は、基本法によっても、また基本法第19条2項の本質的内容の不可侵と結びついても存在しない。

基本法上の生命保護のこのような「開かれた側面」は、基本法第2条2項1段の生命の基本権を基本法第1条1項の人間の尊厳の不可侵の保障と結びつけることによって、より大きな憲法的「安定性」を達成しようとする努力の原因となってきた。生殖医療の実態を人間の尊厳の保護領域に「入れる」という試みも容易に理解できる。したがって、基本法第2条2項1段は、憲法裁判や憲法学が一医療に近い観念を用いるならば一法律の留保や規律の留保によりもたらされた保護のしわを修正するために、美容整形的な処置を行ってきた、基本法における唯一の基本権であるといえないかもしれない。このような措置の法学的な成果は、誘惑的である。すなわち、何らかの行為や取扱いが人間の尊厳に反するならば、基本法第1条1項は国家の無条件の介入を義務づける (基本法第1条1項2段)。人間の尊厳の侵害は、憲法上決して容認しえない。憲法改正者は、このような免除に途を開くことすらできない。したがって、何が人間の尊厳であるかについての固有の倫理観が基本法第1条1項の適用領域に達するならば、このような倫理観は、いわば基本法第79条3項の憲法的な高度の安全保障の領域の中に見出される。何が人間の尊厳に当るかということに関する固有の観念は、それ自体としては、法的に不可侵となる。われわれは、外国との比較によって、ここにいわゆる典型的なドイツ的なものを呈示することになる。憲法的な観点の下で、とくに人間の尊厳という観点の下で、「生殖医療とその効果」の実態の法倫理的評価をめぐる議論が、一憲法的に思考する国民である一ドイツにおけるように非常に集中的に行なわれた国は世界中どこにもないように思える。「基本法第1条1項侵害」とい

う慣用句を伴う論証は、その他の点で、この試みの法的実践において役立つ。例えば、違法な特恵的行政行為が行政庁により修正され、社会扶助の受領が現物給付であるよう指示され、公務員に別居手当事務の枠で不当な住居が配分され、トップクラスの選手がトレーニングや試合の苦しみに耐えているならば、人間の尊厳は侵害されることになろう。基本法第1条1項は、われわれの憲法の「実効性を担保するもの」として魅力的である。

b) 私のおおよその立場は次のようである。すなわち、基本法第2条2項1段—憲法上の生命の保護—は、人間の尊厳との関係において、独自の基準でありうる。生命を終了させることは、必ずしも人間軽視となるわけではないし、生命に対する脅威も、必ずしも人間の尊厳を脅かすものではない。もちろん逆も妥当する。つまり、生命保護の基本権は、同時に人間尊厳に関係するときにはじめて問題となるというものではない。連邦憲法裁判所は、周知のように、生命権が人間の尊厳の中に吸収されるような印象を呼び起こすことになると、「生命は人間の尊厳のきわめて重要な基礎である」という、決まり文句を作り出した。しかし、私の理解によれば連邦憲法裁判所は、一体外の、出生前の、そして出生後の一人間の生命の抹消が、人間の尊厳に対する違反を自ずからもたらすとしているわけではない。むしろ、許容性と限界は、基本法第2条2項1段および3段に基づきはじめに決定される。もちろん、生命は、あらゆる基本権行使の基礎であり、人間の尊厳の「きわめて重要な基礎」である。このような結合—基本法第2条2項1段と連邦憲法裁判所の周知の「結びつき理論」線上におけるこの規定の解釈—は、その法益により基本法内部で最高の価値となる「生命」という基本権上の法益の位置を決定する。このことは、生命権を制限する、立法者の可能性に対する帰結となる。生命は、立法者による利益衡量の天秤の上で、もっとも重いおもりである。基本法第2条2項3段の法律の留保は、このことにより、憲法の文言からは認識しえない、区別を経験する。生命に対する基本権が問題となっている限り、立法者は、この法律の留保を可能な限り制限的に利用しうるにすぎない。生命は、一先鋭的に定義すれば—オール・オア・ナッシングの基本権であり、原理的には調整理論の働く余地はない。

## 2) 帰結

生命保護に高い優位性を与える著者達は、正当にも現代医学との関係において人間の尊厳という基準に過大の期待をかけることに用心するよう呼びかけてきた。この点について事例をあげてみよう。

a) 人間の尊厳という観点の下では、基本法の妥当領域においては受け入れられないような、生殖医療およびその考えられる効果の実情が存在する。私はこのようなものに、クローン、並びに、キメラおよびハイブリッド形成を数え上げる、これらは、上述した胚保護法第6条および第7条において、相当の刑罰をともなって禁止されている。もちろん、このような位置づけは、憲法上争いが無いわけではない。例えば、キメラおよびハイブリッド形成は、少なくとも人間の胚を利用する場合、文献上一部において、個々の具体的な人間の尊厳には違反しないけれども、人類の尊厳に違反すると考えられている。このことは無理な区別ではない。それにもかかわらず、ここでは、これらをそのようには考えない。確かに、基本法第1条1項の不可侵性保障は、具体的な人間を引き合いに出している。しかし、キメラおよびハイブリッド形成についての自然科学上の可能性は、基本法第1条1項それ自体の人類学上の実態そのものに対する侵害の危険性を意味している。したがって、私見によれば、これは、この実態に対する憲法上の「有罪判決」を基本法第1条1項により正当化する。

b) しかし、場合によっては基本法第1条1項の守備領域内に位置し、しかも人間の尊厳そのものを「傷つけない」ような、実態も存在する。一例をあげれば、女性の体外での受精—試験管受精—の技術は、このような受精により生じた胚を卵子提供者以外の女性に着床させ、そして遺伝学上の母と妊娠および出産する母とを分離する（いわゆる母性分担）可能性をもたらす。誕生の時からその子供を第三者に永久に委ねる覚悟が、代わりに妊娠し出産する母にあるならば、法律は彼女を「代理母」と呼ぶ（胚保護法第1条1項7号）。「代理母」となるというある女性の決断は、法倫理的には、一般に認められない。いずれにせよ、このことは、代理母が利他主義的動機に基づくのではなく、経済的動機に基づくとき、明確となる。立法者は、

このような倫理的評価に基づいて、代理母に人工受精を施すあるいは人間の胚を着床させる者を罰することができる—実際にもそのようになしてきた—(胚保護法第1条1項7号)。子供の福祉に対する配慮は、立法者によるこのような禁止を正当化する。しかし、次のように判断することはできない。すなわち、子供を自由に懐胎するという女性の尊厳が侵害される、なぜならば女性が「産む道具」として用いられるからである。ここに、私見によれば、自由社会にとって断念しえない命題が妥当する。すなわち、まず第一に、各人は、何が自分の人間の尊厳にとってふさわしいかということについて、原則として自律的に決定すべきである、という命題である。倫理的に問題となりうる措置あるいは行動についての関与者の同意が、単に見かけだけの自由意思だけでなく実質的に自由に行なわれるならば、このことは人間の尊厳という観点の下では、他人の利益および他人の働きかけの客体となるという欠陥を除去する。このことは、金銭を受け取り第三者のために妊娠する女性と同様に、産業の広告塔へと化したスポーツマンの変化についても妥当する、このとき、その他の点では、後者のグループについてその給付に対する高い報酬が、われわれの社会における社会的—倫理的評価に消極的というよりも積極的な影響を与えている。その際、人間の尊厳は個々人の自由な処理に委ねられるのではなく、個人はもはや他人の行為の客体とみなされえないという合意により影響を受けている。国家は、基本法の人間像に則した観念に基づき人間を強制的に形成しえない、したがって「あるべき積極的な尊厳」を要請しえない(とりわけ、連邦憲法裁判所の判例における基本法の人間像は、法学的な一条文を根拠とするやり方で、ヨーロッパの絵画の自画像の伝統を受け継いだ、裁判官的な自画像の途を認めている)。国家は、基本法第1条1項により、市民にその意思に反して「ふさわしい行動」をとるよう強要しうるような、委託は受けていない。誤解されてならないのは、胚保護法第1条における代理母、貸腹(Leihmutterschaft)あるいは妊娠承諾者(Tragemutterschaft)に対する立法者の不同意を、私は法倫理的に正しいと考えていることである。それは、基本法第2条1項による人格の自由な発展の一憲法に合致した—制限である。なぜなら、この基本権は、子供を持つという願望、そのために必要な措置の着手、さらには妊娠承諾者あるいは代理母となることを承諾する女性の手配をも含むからである。しかし、立法者は、この権利を子供の福利のために要請する場合に制限した。立法者は、人間の尊厳を保護するという(基本法第1条1項2段の)義務からこのような制限のための委託だけを導き出すことはできない。—教会やその人間観の視点および人間の尊厳に対するその余りにも高い観念からではなく—基本法の意味における男性の尊厳およびより以上に女性の尊厳は、本当の自由意思の場合、人工的な妊娠により侵害されないが、このような医学的な措置が種々異なる犠牲者や危険と結びつき、倫理的に重要な問題を提示することになるかもしれない。その他、人工受精に対する倫理的な疑念は、胚保護法においても、第10条が何人もその意思に反してこのような医学的な措置に協力することを義務づけられないとしているような方法で、再び明らかになる。教会の疑念は、一般国法に—いまだ—引き上げられていないが、しかし、このことを尊重するよう、国家は—基本法第4条1項の信仰—告白の自由を顧慮して—命じる、ということも興味を引く。

自分の出自を知る子供の権利ができる限り確実に確保しなければならないかどうか、というまったく別の問題が存在する。連邦憲法裁判所の判例に基づけば、このことを肯定しなければならないであろう。それは、基本法第1条1項および連邦憲法裁判所が自己の出自を知る権利の根拠とする第2条1項(人格権)の保護原理との結び付きに根拠が求められている。立法者が胚保護法において同様に禁止しなかった、他人(heterologe)の精子転用が人間の尊厳を侵害するかどうかは、争いが無い。私はこのことを、医者 of 適切な説明の後の明確な自由意思の場合、否定するであろう。そのバリエーション同様、他人の精子転用の問題は、関与者の人間の尊厳への侵害にかかわることとなる。これは、まず第一に、子供の保護の、そして国家の憲法上の義務にかかる(基本法第2条1項および第1条1項との関連における第6条2項2段)子供の発育の保護の問題である。その他、代理母の場合—このことはより一層の興味を浮かび上がらせるが—代理母やその他の直接の関係者は処罰されない。現行墮胎刑法同様に胚保護法においても、医者に対する刑法が設けられている。もちろん、このことは、—このことがすでに強調されたように—胚保護法第10条により—医者もその助手も—だれも、人工受精を行なうこと、あるいは人間の胚を女性に着床させることを義務づけられていないが故に

のみ、受け入れられよう。

### 3 胚保護法と科学的研究

#### 1) 人間の胚を研究する利益

— 2 ダース以上の刑罰構成要件を含んでいる—胚保護法の非常に多くの刑罰構成要件から憲法的に興味があると思えるものを選び出そう。専門的な判断能力の欠如故に、胚保護法にある多くの刑法適用のうちの一つをかなり進歩的な研究を行なっている人に用いることは許されないように思える。このような憲法上の核心は、—おそらくさらに開かれた将来のある—学問研究の可能性と限界に関するこの法律の構想にある。

試験管内での受精は、人間の精子との受精によって生じた胚のすべてが、子宮の中へ着床される、というように経過する。着床のために用いられるより多くの胚が作られるならば、そこにはこのことについて二つの理由が存在する。「余剰」胚は、最初の着床が妊娠にいたらなかった場合に、これらを用いるため、冷凍状態で保存される。このような措置の利点は、受精状態にある卵細胞を入手するためのめんどろな処置がさらにもう一度実施される必要がない、ということにある。しかも、残された胚を研究目的で利用するという利益も存在する。このことは、「胚消費研究(embryonenverbrauhender Forschung)」と呼ばれている。

時の経過により、生殖医療のための適切な新規律および遺伝子技術を含め生殖医療の結果可能性を追求する、世界的な努力が明らかになってきた、なぜなら、まったく一般的に、法秩序はこのような実態に準備ができていなかったからである。その際、法政策的には、子宮外で誕生した人間の生命は、「すぐに自由に処理でき」、したがってまた、簡単に「傷つき易い」という考えが中心になっている。ドイツ連邦共和国においては、胚保護法に先立って、一連の構想や法案を作り出すことになった、徹底的な議論が行なわれた。ここでは、連邦司法省の草案、ベンダ委員会の作業、連邦—ラント作業グループの「生殖医療法」草案をあげるにとどめる。その際議論の中心に位置した問題は、どの程度まで胚を研究することが許されるかということである。法学者の一部は、基本法第5条3項の研究の自由によって説明しようとした、そして胚についてのいわゆる高次の研究目的に対しては研究禁止の例外—したがってこのようなランクあることによる例外—を要請した。このような目的として、とくに次のようなものがあげられよう、

— 試験管受精と胚の移植 (Embryotransfer) のより一層の発展

— 胚の子宮への移植以前の局面で遺伝学上の欠陥を発見し、可能な限りこれを除去するという目的を伴う、  
原発性—診断学—胚の子宮への移植以前の診断学—の改良

— ガン発生に関する知識の獲得へののできる限りの貢献としての細胞分裂のメカニズムの解明。

それゆえ、中心問題は、研究の間接的な臨床上の関連をもち、したがって、他の胚、人間あるいは生殖のための利用される、人間に関する実験の際の系統的に人となることが明らかな人間の胚を用いることいかなの問題であった。研究のためにとりわけ説明されたのは、生命保護は問題とならない、ということである。なぜなら、「余剰」胚は、いずれにせよ現実的な発展の機会をまったく持たず、死にさらされているからである。このような「実用主義的」観点が、その生命がもはや終末にむかいつつあるような、すでに誕生している人間についても研究の途を開くことになる論証に遠からず直面することは明らかである。もちろん、1990年6月20日の遺伝子技術法 (BGBl. I S. 1080) の対象は、生殖医療となんらかかわりあっていなかった。胚研究と比較しうる憲法上の抵触は、ここにも存在する。遺伝学的に組換えられた有機的組織から生じる危険に関連した配慮と防衛は、基本法第2条2項1段から生じる立法者の義務である。主題との関連からすれば、遺伝技術的な研究の範囲の法的な保障も、本条に含まれるのであって、基本法第5条3項に含まれるのではない。なぜなら、遺伝子技術の「機会の可能性の利用」という人間の非常に重要な利益は、争われえないからである。研究に対する安全性と研究の確保との間のこのような議論におけるバランスを見いだすことの困難性は、法律による規制の評価の今日的な試みが示している。

## 2) 胚保護法という解答

胚保護法は、提示された問題に一般的に総括すれば一生命保護の一部としての胚の保護に役立つが、研究には反対となる解答をなしている。基本権解釈論としては、このような決定が、いわゆる法律の留保なしの基本権の内在的制約の理論によって必然的に正当化されるわけではない。基本法は、第5条3項において、問題意識の自由、研究方法の自由並びに研究成果の評価および普及の自由に基づき、追検可能で、承認された方法により、科学を計画的かつ目的指向的に発展させるという意味における研究を保障している。一本题から若干離れてこのテーマを採り上げれば一他人の権利領域の客体を対象とするような、原理的な権利が、研究の自由に含まれることはまったくない(例えば、他人の財産を自己の芸術的表現のために使用する人が、基本法第5条3項の芸術の自由という基本権を主張しえないのと同様である)。一般的な法秩序が内在的制約という理論を援用することによってのみ、研究者から他人の法益を守りという結果により、他人の法益は研究者の魅力ある保護領域という助けによっても、研究者の「作用領域」に引きずり込まれることはない。研究が、他人の法益に対する直接の侵害と結びつくのであれば、法秩序が法益の担い手に対応した義務を課すことにより、このような介入を認めることは法秩序の問題である。

生命保護と研究の要請との抵触における胚保護法の詳細な決定は、文言上は存在しない。したがって、以下において若干の基本点について解明しよう。

a) この法律は、まず第一に、体外にある (extrakorporale) 胚を基本法第2条2項1段の意味における人間の生命とみなすという、基本原則の決定を行っている。この原則により、体外にある胚は、道徳的な地位だけでなく、憲法上の地位をも有する。その際、この法律の第8条1項は、胚を広く定義している。すなわち胚は、細胞核の融合の時点からの、受精した、発育能力ある人間の卵である、しかし同時に、一つの胚から取り出された多くの力のある (totipotent) 細胞でもある、これはこのために必要なそれ以上の前提が存在する際分裂し、一つの個体に発展する可能性を有する。このことは、憲法上の法状態と一致する必要がある。憲法上の生命保護権は、今日、親の生殖細胞の染色体融合 (der Chromosomenverschmelzung der elterlichen Keimzellen) の時点に始まるように思える。一この限りにおいて存在する一医学上-生物学上の疑念は、生命保護のために席を譲らなければならない。ここでも、憲法上の生命概念は保護の実効性のために、広く把握されるという、基本権解釈上の定式が適用される。したがって、胚保護法は、期間解決という流儀での刑罰的な生命保護とは異なり、細胞核の融合以降のいかなる時期の区別をも認めない、つまり刑罰的な保護が中止されることになるような局面を認めない。この時期は、もっとも早く、卵細胞と精子細胞との結合に直接続く発育段階によって始まる。

b) 胚保護法は、胚を用いた学術的実験を禁止する。基本規定として、この法律の第2条が予定されている。ここでは、人間の胚を他の目的、すなわち、胚の維持に役立たないあらゆる目的への使用の禁止が規定されている。1986年の連邦司法省の準備案は、いまだ研究のために多くの余地を残していた。この準備案の第2条2項は、体外で作られた人間の胚を「実験あるいは移植とは異なる目的」で利用すること、もっとも、このような利用が権限を有するラント官庁により承認されていた場合についてはあるが(いわゆる、許可留保を伴う禁止)を、刑罰の対象としないことを予定していた。現行法第2条の禁止の根拠は合理的である。なぜなら、余剰胚についての研究を許す者は、余剰胚がわざと作り出されることをなんら回避しえない。しかし、このことは国際的にも「人間の生殖の許されない対象化」と評価される、からである。

c) 別の規定も、その実効性においてこの刑法上の基本的禁止を補強している。例えば、これに属するものとして、胚保護法第1条2項の規定がある。それによれば、卵細胞が帰属する女性の妊娠をもたらすとは異なる目的のために、意識的に卵細胞を受精させることを企てる者は、3年以下の自由刑または罰金によって処罰される。ここでは一立法者が考えたところによれば一人間の生命をただちに再び毀損するために、人間の生命が生み出されることになろう。もちろん、学術的実験に利用するために、生命を誕生させ、維持させる場合に、人間の尊厳という保護思想が引き合いに出される。生命と憲法上の生命保護が始まる前に、このような思想が働き出す。この立場およびこれ以外の立場において、人間の尊厳が、広範に及ぶ研究禁止を



もたらすことがわかる。例えば、このことは、新生児学との関連において、人工的な生命維持に基づく生存能力のない子どもに対する実験について妥当するし、また、実験的な研究の目的のために医者が生命を維持させている危篤患者についても妥当する。胚保護法第1条1項2段は、人間の卵細胞が女性の体内において受精され、このことにより生じた胚が妊娠開始以前に一したがって子宮への着床以前に(刑法第219d)一学術的あるいはその他の目的のため卵管または子宮から再び取り出すという場合も包含している。他の諸規定もこれにつけ加わる。例えば、胚保護法第1条1項6号は、人間の胚の目的外利用を禁止している。胚保護法第1条2項は、禁止リストの期限を延長している、また行為が受精一すなわち核融合一ではなく、これに対応する前核の発生に向けられた場合に対する、補充的な刑罰的規制を行なっている。キロ保存(Kyrokonservierung)により一すなわち凍結保存により一受精状況は何時でも中断でき、またこの状況は解凍の後再び続行されうる。

d) 許される研究の範囲を胚保護法第5条が本質的に示している。もちろん、この規定は、人間の生殖系細胞の人為的変更可能性を見越した禁止から始まる。この背景にあるのは、科学の将来に対する期待である。すなわち、いわゆる単性生殖の一つまり、個々の欠陥遺伝子に起因する一遺伝性疾患について、すでに受精卵に存在するそれぞれの欠陥遺伝子を、以後の細胞分裂の後個体の他のすべての細胞が完全な遺伝子を含むような効果を有する、完全な遺伝子と交換することである。人間の生殖系細胞における遺伝子の組み替えの方法は、一立法者が懸念するような一人間についての先行する試みなしには発展しえない。法律による規制は、このような懸念に結びつく。そこには、この種の実験が一例えば、除去しえないほど重大な奇形あるいはその他の障害のような一実験の局面では予想しえない失敗の不可逆的な効果故に責任を負いえない、といった観念が存在する。したがって、立法者は、一人間の生命の保護、人間の尊厳の保護といった一憲法上の基本決定を、すでに実験に反対する論拠として持ち出している。立法者は、立法者が生殖系細胞への遺伝子組み込みにより人間の遺伝性素因を人為的に変更することを認めることに、一般的に一例えば重大な遺伝子疾患を阻止するため一責任を負うかどうかを、明らかに未決定のままにしている。

e) 立法者が基本法第5条3項を明確に引き合いに出して、胚保護法第5条4項において未解決のままにしている事柄は、研究そのものに残されている。このようなものに属するのは、生殖細胞が受精のために利用される(第5条4項1号)ことが除外されるとき、とりわけ、体外にある生殖細胞の遺伝情報的人為的変更である。さらに、刑罰によって威嚇されないのは、死亡した胎児、人間あるいは死体から取り出されたそのもの固有の生殖系細胞の遺伝情報的人為的変更である、もっとも、これらが胚、胎児あるいは人間に移植される、もしくはこれらから生殖細胞が取り出される場合にはこの限りではない(第5条4項2号)。国際的な比較において、連邦共和国は、研究にわずかばかりの領域しか認めないように思われる。

広範な刑罰をともなつて胚保護法が連邦共和国の法秩序に組み込まれたことは、国際的にみて早いスタートであったが、許されないものではなかった。立法者が影響を取り除こうとするならば、立法者は、行為しななければならない。胚保護法は、その失効の日を予定していない。法律の効力は、期限を限られていない。それにもかかわらず、胚保護法による規律が、生殖医療や遺伝技術の発展にともなつて見直されるということは、排除されえない。「結末は部分的に開かれている」は、この法律の明文に現れていない副題である。その際、諸外国における展開とは無関係ではいられなかった。これらの展開が、ドイツにおける法的な現状維持に対して、分子生物学的一遺伝学的研究の可能性の拡大に導くかどうかは、もちろんいまだ評価することができない。Buchbornの研究が論証したように、ヨーロッパ共同体において、同じ研究が、ある国ではノーベル賞へと、また他の国では刑務所へと導いてはならない。研究者は、ノーベル賞も入獄も互いに排除する性質のものを前提にしているのではない、ということ認めなければならない。

研究の利益と胚の状態にある生命の保護が矛盾するならば、ドイツの立法者はより困難なこととなる。それはいかなる種類の損益計算でもない。立法者は、刑罰的な保護のランク付けが生命の価値の区別を表す、という非難を考慮にいれなければならない。刑罰的な生命の保護のランク付けは、その正当化のために特別の負担を負う。基本法第2条2項1段は、その終末同様その誕生に関し、人間の生命の原則的な不可侵性と

いう基本的観念によって特徴づけられる。したがって、生命の保護は不可分である、という、定式にかなりの賛意が示される。ある立場で一胚保護についてかどうか、商業的な新しい生命の取扱いについてかどうか、あるいは積極的な死亡援助についてかどうか—「生命保護」という刑法的な保護体系の壁を排除するが、あるいはその構築を断念しうるとみなす者は、それが確固たる壁でないかどうかを決して確実に知ることはできない。

### 3) 「人間培養」というビジョン

私は、胚保護法について、いまだ完全には解明していない。立法者は、その見解によれば、基本法第1条1項および第2条2項の基本的価値を危険にさらす、現代の生殖医療のあらゆる傾向に対して、疑い深いまで敏感に反応した。今日、一性を決定する染色体の要素を選び出すため—女性の性染色体を有する精子細胞を男性の性染色体を有する精子細胞から分離することは、かなりの程度の安全性を伴い可能である。人為的な受精の場合、生まれてくる子供の性は、かなり自由に決定される。この種の「操作」に対し、胚保護法第3条が立ちをはだかる、なぜなら、立法者はここで「品種改良」を予防しなければならないと考えるからである。この法律が規定しているように、人間の卵細胞を、含まれている性染色体により選別された精子細胞と人為的に受精させようと企てる者は、処罰される。刑罰による禁止から除外されるのは、医師による精子細胞の選別が生まれてくる子供の重大な性に結びついた発病を回避するのに役立つ場合である。人間の培養の目的のために遺伝子技術上の方法を利用することは、立法者に他の事柄について、とりわけ遺伝子組み替えについての心配をもたらす。原発性診断法の機会—すなわち、試験管内での受精以後、しかし胚の子宮への着床以前の診断—は、困難な問題を示している。なぜなら、このような技術は、羊水検査(Amniocentese)や絨毛組織鏡検(Chorionbiopsie)のような伝統的な出生前診断の方法よりも、かなり早い状態で疾患ある胚の識別と選別を行なうことができるからである。

### 4) 妊娠中絶の権利の新規定をめぐる議論との「関連性」

学術的研究のために余剰な胚を利用する可能性をめぐる議論は、もちろん未解決のままであるし、「正しい」中絶をめぐる議論によって規定され、またこれによって悩まされる。この議論に参加するものは、—ユーザーが悔やんだように—一過激主義者と色分けされ、功利主義者と、あるいは原則主義者とも色分けされる。私は、ここで私の当惑を解消しようとは思わないが、私の観点から総括しなければならない。胚保護法のような方法での刑罰という手段を伴う首尾一貫した生命の保護は、ドイツにおける生命保護の現代的な状況の下で大地の確固たる一角を占める。胚保護法は、誕生していない生命を刑法上保護しようとする傾向によって規定される。ドイツの墮胎法について、同時に広範にわたって、「刑罰から離れて」解決が提示されるならば、このことはすでにほとんど、政治の「新しい融通性」の一部と思える。確かに、両状況の間の正当な違いは、刑法上の反応の方式における違いをも正当化する。刑法的な反応が交通刑法におけるいわゆる飲酒運転の規制についてと同様に—外見上あるいは意識的に—機敏に見合わせられるという印象が生じることは致命的である。その際—議論におけるあまり「嫌疑をかけられたからかけ離れた」立場を除外して—刑罰による威嚇と刑罰による威嚇の断念との交替が、保護の価値ある生命と保護の価値のない生命との交替を際立たせることになるということこそを非難するつもりはない。墮胎についての時間的に限定された、あるいは時間的に限定されない刑法上の免除は、子宮に移植する以前の体外で作られた胚が、刑法上保護され、その少し後の時間では保護されないという、矛盾に導く。あらゆる期間解決も、二つの面からすれば、法律上の矛盾を示している。すなわち、体外にある胚の刑法上の保護に関してと、(3カ月の)期間が経過した体内にある胚の刑法上の保護に関してとの間の矛盾である。刑法上の異なった保護のゾーンが生じる、その限界は合理的に説明しえない。

妊娠中絶に対して妥当するものより多くのものが、胚保護法の刑罰規定に妥当する。生命自体がその例外を自ら認める。なぜなら、この法律の禁止の遵守が容易に取り締まりえないことは明かであるからである。

初期の発生段階において卵細胞、受精卵細胞、胚の微小性ゆえに、どれぐらいの数の卵細胞が人為的に受精され、また余剰胚によって何が生じるかをチェックすることは実際非常に困難である。多くの人々が言うように、医師と研究者は、その発表論文により秘密を知られてしまう、あるいは競争により秘密を知られてしまう。そこでは、「実験室警察 (Laborpolizei)」にはほんのわずかな機会しか認められていない。

#### 5) Fetozyd によるいわゆる多胎児の減数の刑法上の取扱い

立法者の最後の重要な決断について説明するために立ち入って検討する。胚保護法第1条1項3号によれば、「1月経周期に3つ以上の胚を女性に移植することを企てた者」は、処罰される。ここで、立法者は、専門用語で、事実に即して「Fetozyd による多胎児の減数」と呼ばれる、事象を予防するという非常に重要な企てをなした。生殖医療の効果の全スペクトルの中で、このような効果を刑法的に評価することは、いまだ未開拓な分野となろう。試験管受精や胚移植のような、現代の受胎能力化手続により、しかし同時にまた、ホルモ的な排卵誘発により、とくに3つ子や4つ子といった、高い割合での多胎妊娠を増加させている。このことは、母体にも、胎児にもかなりの危険性を伴う。その数は、今日まで概数しか示されていない。すなわち、自然な妊娠の場合、誕生数85につき1双生児であるのに対し、一定の排卵誘発ホルモンを用いた場合この頻度は、10対1と高くなる。自然生殖の場合、誕生数7000につき3つ子1であるのに対し、人為的な受精の場合この関係は100対1となる。このような妊娠能力の多産性を修正するため、当時、詳しく言えば一提案が示したように一通常妊娠8週から12週の間、胎児の心臓への超音波使用の穿刺法により、あるいは胎児の心臓もしくは肺空間に塩化カリウム注入により、多胎胎児の一部を殺すことができるかどうか、という問題が議論された。このような方法は一言われているところによれば、胎児2つのうち一つを重大な障害ゆえに「除外」しなければならない時に、これまでですでに、双子の妊娠について用いられてきた。

エーザーは、正当にも次のような見解をとっていた。すなわち、一今や法的な評価に移行するため一多胎児の減数については、もはや不妊治療の一部が問題となるのではなく、刑法第218条以下に基づいて評価されるような「部分的な妊娠中絶」が存在する。刑法第218条の構成要件は、妊娠がその他の場合、すなわち多胎児の1つあるいは一部の死亡の後も、継続することのためだけで、排除されるのではない。なぜなら、刑法第218条以下の保護法益は、一エーザーによれば一妊娠状態それ自体ではなく、月満ちて生まれてることになるいまだ生まれていない生命であるからである。胎児が母体や他の胎児と危険共同体において同じ状況にあるとしても、基本法第2条2項1段の意味における生命権は、原則としてすべての胎児に存在する。このことは、多胎胎児減数の目的での Fetozyd が刑法第218a 条の適応構成要件の基準によるだけでは刑罰の対象とされえない、さらにこの刑罰の適用の排除が刑法第218b 条や、219条による助言手続や適応事由に該当するという認定手続の実施を前提とする、という結果になる。このような認定は、原則に基づけば、個々の場合に実施するよりも、容易になしうる。その際、いわゆる医学的適応事由は、多くの場合、合法的なきっかけである (刑法第218a 条1項2号)。しかし、すでに、いわゆる一般的な窮状による適応事由 (刑法第218a 条2項2号) が広く用いられるようになったのは、予期に反して、あるいは医学上の治療の失敗の結果としてさえ、多胎妊娠が生じるためだけではない。ここにおける原則的な問題は、2、3の胎児を救済するために、狙われた他の胎児が犠牲にされるということである、この問題は、これまで、刑法学者が分娩以降の (post-natalen) 領域において取り扱ってきたものである。

ここでは、医学の発達に期待がかけられていることが容易にわかる。その際、とりわけ一胚保護法の刑罰規定を犯すことなく一状況の緩和に貢献する、2つの注目すべき事柄が存在する。「しばしば」通常の女性に対するホルモン刺激が断念される。このことは、各治療周期についてたった1つの卵細胞がえられるにすぎず、またたった1つの胚しか子宮に移植されない、ということの意味する。したがって、多胎妊娠の危険は存在しない。もう一つの可能性は、いわゆる配偶子の組み替えの際に、得られた卵細胞が試験管の中で受精するのではなく、精子と一緒に子宮に押し込められる、ということの中に存在する。卵と精子との間の気泡は、すでに套管の中では受精に至らないことについて配慮する。正当にも、選択的な Fetozyd 実例に、一定

の生殖医療の「進歩」の二面的価値を明確にした。ドイツの医師の側から、1989年以来意思表示がなされている。その職業倫理的な中心事項に属するのは、不妊相談および不妊治療の際に、Fetozidを用いた多胎児減数により過剰な妊娠の事後的修正の可能性が、「治療戦略の構成要素」とされるべきでない、という決定である。

#### 4 結びに代えて

—最初に示したテーマのリストに従えば—もう少し続けなければならないという声が沸き上がるが、私の講演は終わりを迎えた。—もっともな理由から私の説明の中心にすえるべき—胚保護法に規定されている実情、および立法の待機状態にある実情は、自然科学的—医学的に錯そうした実情として、一般的な人生経験や価値経験の、それゆえ新聞雑誌における関心の周辺に位置するが、しかし、法倫理的な実例としては、ドイツにおける生命保護の憲法問題を代表する。基本法第2条2項1段は、人間の生命を価値のレベルで示している、その規範的効力は、憲法国家の構成原理によれば、法倫理的な多数意思形成のための立法者の活動から原則として独立であり、また倫理的に重要な要請を発展させるための—教会、学会、医師団のような—社会的グループの活動からも原則として独立である。その現実の効力は、もちろん、ここでも憲法上の「価値のベース・メーカー」の役割を担当し、そして必要な場合には、価値の不安定で多様化した社会に対し、逆流原則の方法により、一般的拘束力を有する生命倫理についての憲法上要請されているミニマムを実施するよう立法者を仕向けなければならないとする、連邦憲法裁判所の判決によって本質的に決定される。しかし同時に、いわゆる生殖医療についての実例が示しているのは、生命保護の領域における憲法上の、および憲法裁判上の強力な特恵化にもかかわらず、立法者はかなりの決定自由の余地を有している、ということである。もちろん、憲法解釈の方法により倫理的な地位を基本法に「占める」ことは、広範にわたる価値多様性および価値付けの多様性を伴うが、憲法に対する注目すべき遵守の姿勢をも伴う連邦共和国のような共同体における、価値観念の実施可能性を助長する。しかし、時間の経過により、憲法上の論証は、法政策的な議論を残すわけではない、なぜなら、基本法の憲法倫理的なミニマムでさえ、社会における価値形成および価値意識形成から制限されることなく独立して、自由に保持されうるわけではない。

トーマス・モアは、「ユートピア」において、ラファエル・ヒスロデイの口を借りて、「ユートピア」という国家における死につつある患者の状況を、第2巻において、以下のように叙述した。

「病気が永久に不治であるばかりでなく、絶えまのない猛烈な苦しみを伴うものであれば、司祭と役人とは相談の上、この病人に向かって、これ以上生きていても人間としての義務が果たせるわけではないし、いたずらに生恥をさらすことは、他人に対して大きな負担をかけるばかりでなく、自分自身にとっても苦痛に違いない、だからいっそのこと思い切ってこのくるしい病気と縁を切ったらどうかとすすめる。こうやって十分に納得した病人は、自らすすんで絶食して死んでゆくか、死の苦しみを味わうことなく眠っている間に死んでゆく。勿論死ぬのを嫌がるのを無理に死なせることはないし、またそういう人をおろそかに取扱うということもない。かようにすすめられて死ぬことは名誉のある死と信じられているからである。」

「国家の最善の状態についてのラファエル・ヒスロデイの話」（「ユートピア」1巻）において、モアはヒスロデイに、これに対し、個人的に次のように言わせている、

「人間には自殺する力も他人を殺す力もありません。それは神が許し給わないからです。」

国家倫理とグループの倫理もしくは私的な倫理との原則的な分離は、もちろん、基本法第2条2項1段の生命の基本権によっても、廃棄されることはない。しかし、今日、また将来、ドイツにおいてこの両「倫理領域」の分離線をどこに引くかという問題は、ベルリン法学協会の分別ある、専門的な立場においても、きっと「ハラハラさせる」問題であるとされるであろう。