

「胎児条項」が問いかけるもの

吉澤 千登勢

日本大学大学院総合社会情報研究科

The Right and the Quality of Life of the Unborn Child

– Who has the Right to Control the Quality of Life of the Unborn Child? –

YOSHIZAWA Chitose

Nihon University, Graduate School of Social and Cultural Studies

If you are told that your child still to be born is disabled and abnormal, what will you do? If laws tell you it is not illegal to abort, will you give up the idea of bearing a child? Or do you think it is against human dignity to make abortion lawful for eugenic reasons and by legal means, and choose to give birth to your child? And what kind of society is it that is founded on universal principles of ‘justice’ and allows you to enjoy the right to bear a child even in the situation mentioned above? These are the questions that are considered in the essay from ethical points of view.

序論 問題の設定 今、なぜ「胎児条項」を問うのか

2003年4月、日米英独仏中の6ヶ国がヒトゲノムの解読の完了を宣言した。このヒトゲノムの解明プロジェクトは、まず1986年に上記6ヶ国において発足し、24の機関から編成された。そして21世紀に入って間もない今日、ついにヒトゲノムを構成する28億6千万個の文字うち99.0%が解読され、遺伝子が約3万2千個であることが突き止められた。そしてその精度は、99.99%以上にも達するといわれている。

ヒトゲノムは、人体の設計図ともいうべきものである。それはまた、究極の個人情報であり、人間の公共財でもあり得る。では、こうしたヒトゲノムが完全解読された今、近い将来、ヒトのDNA操作が完全に可能となり、即ち塩基配列そのものの組み替え操作が可能となって「人工進化」が進めば、現在

抱えている「生命倫理」の問題、例えば「出生前診断」による「選択的中絶(選別的中絶: selective abortion)」や、受精卵の凍結、臓器移植などは、いかなる転機を迎えるのであろうか。

特に20世紀に入って長足の発展を遂げるに至った科学「技術」と、高度資本主義という社会システムは、真っ先にその「技術的・経済的有効性」を追求する。それゆえに、ヒトゲノムなどの「先端テクノロジー」においてもまた、「市場原理」が働き商業化に結びつくと、より一層人体は「商品化」され、市場システムという利潤追求の舞台の上で、その「技術」の価値は決定されていく。これらの「技術」は、人間の「飽くなき生命への欲求」例えば、病的遺伝子を持つ胎児の「選択的中絶」や男女の産み分け、さらにはもっと頭が良く、健康で容姿のすばらしい子が欲しいなどの欲求を満たす一方で、その表裏一体の関係を成す倫理基準や個人の遺伝情報の保護・差別の禁止などの法的規制は後に

残されている現状にある。

確かに医療「技術」の進歩は、子どもを産む・産まないといった家族計画上の自己決定に対し、自らが望むライフスタイルの実現に向け大いに貢献してきた。しかし、本来は手段であったはずの医療「技術」が、高度に発達した市場経済システムとともに、人間が培ってきた社会的意思決定の枠組みさえをも超えようとしている今、実証的な科学そのものの成果が、人間社会とその構成員である個人にとって、本当に幸福をもたらすものかどうかについて、既存の価値観を捨て「新しい視座」から見つめ直す時期に来ているのではないだろうか。「技術」のあるべき姿がブラック・ボックス化し、人間が意識的あるいは無意識的にそれに隷属している今だからこそ、市場にあふれる「技術」が、私たちに与えてくれる“豊かさ”への巨視的な捉え直しが、いうならば「人間の尊厳」そのものを問い直し、「生命の価値」を深く洞察することが求められていくべきではないだろうか。

本論文では、以上のような状況を念頭に置きながら、生殖医療をめぐる重大な問題のひとつである母体保護法への「胎児条項」導入問題に照明を当ててみたいと考える。

第1章 「胎児条項」 その導入の法的脈絡と根拠

第1節：「胎児条項」とは何か

「胎児条項」とは、胎児に重度の病気や障害がある場合に「人工妊娠中絶」を認める条項を「母体保護法」に導入し、ひいては刑法の「堕胎罪」の合法化を認めることである。

この「胎児条項」に関しては、1970年代から議論が展開され、最近では1999年2月に、『日本母性保護産婦人科医会』が、「胎児条項」の法制化を図る「母体保護法」改正案を発表した。しかし同年7月には、脳性麻痺による障害者団体『青い芝の会』が提示した、「“胎児条項”は生産力のある優生者を保護し、不良な劣性者を抹殺することで、大量虐殺(ホロコースト)を正当化したナチスドイツの“優

生思想”と同根である」という全面的な反対⁽¹⁾や、「女性の自由意志による選択」により新しい法制度を求める『からだと性の法律をつくる女の会』という女性団体の、「“胎児条項”は“優生思想”を復活させ、“障害者は不幸だから”という考え方を強調する」などの強い訴え⁽²⁾を考慮し、その導入が見送られた。

従来から、胎児の生命保護は刑法の「堕胎罪」の領域で議論されてきた。つまり「堕胎罪」は、生命保護(胎児・母)や風俗の維持のために設置され⁽³⁾、その上で刑法の特別法として「人工妊娠中絶」や不妊手術の適応を定める「母体保護法」が存在する。従って「母体保護法」は、「堕胎罪」について違法性阻却事由(刑法第35条の正当行為・36条の正当防衛・37条の緊急避難⁽⁴⁾)を定めるものである。しかしながら「母体保護法」は、すべての「人工妊娠中絶」の違法性を認可するものではない。「身体条項・経済条項⁽⁵⁾」による正当化事由を要請する。特に「経済条項」については、経済的な事情が母体の健康に影響を及ぼす場合にのみ中絶を認めており、胎児の「障害や遺伝病」を理由とする「人工妊娠中絶」を認可してはいない(「母体保護法」第14条1項1号)。

ところが現実に、「出生前診断」により胎児に病気や障害が判明した場合には、「経済条項」による「選択的中絶」が実施されている。即ち、「胎児条項」を設置していない現行の「母体保護法」においては、「選択的中絶」は「経済的理由」の拡大解釈により処理され、法と現実が乖離する状況がみられているのである。

確かに、胎児に病気や障害が判明し、当事者が考え抜いた末に「人工妊娠中絶」を選択することは、一概に非難されるべきことではない。憲法第13条(個人の尊重と公共の福祉)並びに第24条(家庭生活における個人の尊厳・両性の平等)においても、人間社会のあらゆる価値の根源は「個人」にあるという「個人主義の原理」を表明している⁽⁶⁾。このことは、国家が「自主的な人格」として、一人ひとりの生きた個人を「平等」に尊重しなければならないことを示唆するものであり、特に憲法第13条は、国法上初めて天賦人権を宣言した1776年の「アメリカの

独立宣言」に由来するものである。同宣言は「すべての人間は、平等に作られている。彼らは、その創造主によって、一定の譲り渡すことのできない権利を与えられている。それらの権利のうちに、生命、自由及び幸福の追求がある⁽⁷⁾」と、普遍的な人権思想を現実に宣言したものであり、「万人ひとしく生来の権利、自由を享有するものである」という確信を正式に承認したものの⁽⁸⁾である。従って国家は、「公共の福祉」に反しない限り、個人が自由かつ主体的に幸福を追求し、自らが選択する「自己決定権」にその幸福追求の原点があることを認めなければならない。ゆえに個人の尊重および個人主義の原理に立脚すると、「選択的中絶」もまた、個人の判断に依拠されるということになるであろう。

しかし「胎児条項」には、その前提に「出生前診断」に基づく胎児障害を理由とする「選択的中絶」が、さらにその前提には「人工妊娠中絶」の「自己決定権」が、そしてその根底には「優生思想」が伏在していることは否めない。よって「母体保護法」という法律の枠組みの中に「胎児条項」を設置することは、国家レベルで障害者差別を助長し、「優生思想」を強め、ひいては生命の尊重を否定することへとつながらないだろうか。確かに「胎児条項」導入には、政治や経済、イデオロギーといった側面が色濃く反映されがちではある。しかしながら、「出生前診断」のガイドラインのために「胎児条項」を設けてはならない。法律が“生まれてきてよい人間”と“そうでない人間”とを選別することの意味は、法の究極的な価値理念である「正義（平等）」に則し、真摯に問われていくべきであろう。

【註】

(1) 松原洋子「日本 戦後の優生保護法という名の断種法」『優生学と人間社会』米本昌平＝松原洋子＝櫛島次郎＝市野川容孝，講談社現代新書（2000年）214-219頁

(2) からだと性の法律をつくる女の会「人工妊娠中絶をめぐる現行法の問題点と、出生前診断について」『生殖医療に関する意見書 厚生科学審議会先端医療技術評価部会御中』1998年2月3日

(3) 芦部信喜編『岩波コンパクト六法 平成

14(2002)年版 』岩波書店(2002年)955-56頁

・自己堕胎罪：妊娠中の女子が薬物を用い、又はその他の方法により、堕胎したときは、1年以下の懲役に処する（刑法第212条）

・同意堕胎罪：女子の囑託を受け、又はその承諾を得て堕胎をさせた者は、2年以下の懲役に処する。よって女子を死傷させた者は、3月以上5年以下の懲役に処する（第213条）

・業務上堕胎罪：医師、助産婦、薬剤師又は医薬品販売業者が女子の囑託を受け、又はその承諾を得て堕胎させたときは、3月以上5年以下の懲役に処する。よって女子を死傷させたときは、6月以上7年以下の懲役に処する（刑法第214条）。

(4) 前掲書・943-44頁

・刑法第35条(正当行為)：法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

・刑法第36条(正当防衛)：急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

・刑法第37条(緊急避難)：自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。前項の規定は、業務上特別の義務がある者には、適用しない。

(5) 前掲書・1218頁

・母体保護法第14条1項1号：妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの

(6) 前掲書・1416頁

・憲法第13条(個人の尊重と公共の福祉)：すべての国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

・憲法第24条(家庭生活における個人の尊厳・両性の平等)：婚姻は、両性の合意のみに基

いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

(7)大谷實「第1章 生命倫理と先端医療」『〔新版〕いのちの法律学 生命の誕生から死まで』悠々社(1994年)20-21頁

(8)田口精一「『基本的人権』の意味」『ジュリスト増刊 憲法の争点(新版)』法律学の争点シリーズ2, 有斐閣(1985年)56頁

第2節：「胎児条項」法制化のメリット・デメリット

すべての疾患には、遺伝的かつ環境的要因の2つの病因が存在する。そして疾患は、遺伝因子の欠陥のみに起因するもの、環境因子という危険的要因が関係するもの、両者が複雑に絡み合うもの、この3類型により発症する。また遺伝的疾患には、染色体の数や構造異常によるもの、DNAの異常および先天奇形など多因子を原因とする疾患がある。

では、「出生前診断」によって胎児障害の発見を想定し、「選択的中絶」を認める「胎児条項」が法制化した場合のメリットとは何であろうか。「出生前診断」を国民に課す利益には、治療可能な遺伝性疾患の早期発見及び治療、子孫に生じる不良の程度の著しい出生の防止、障害児の減少が医療費の削減につながるなどの理由が列挙されている。

一方デメリットについては、主に以下の4点が論じられている。「出生前診断」が社会的差別をもたらし、障害児の生まれる権利を侵害する、障害者基本法第3条2項の「すべての障害者は、社会を構成する一員として社会・経済・文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会を与えられるものとする(=ノーマライゼーション)⁽¹⁾」に逆行する、憲法第13条の自己決定権を「胎児条項」に当てはめると、中絶選択権並びに中絶拒否権に該当する。これらは「公共の福祉に反せず、他人の権利を侵害しない」場合に保障される「基本的人権」のひ

とつである。しかし「出生前診断」の目的や、子どもが障害をもった場合の生活に関する情報を十分に開示しないまま、医療サイドは「産む・産まないの自己決定」を安易に本人の判断に任せてしまっている、現在確認されている3,307種類の単一性遺伝疾患のうち、遺伝子診断で発見されるのは約200種類ぐらいである⁽²⁾。

さらに、胎児障害を理由とする「選択的中絶」の是非を問うときには、その根底に伏在する「優生思想」を避けてとおることはできない。「優生思想」を文字通りに解釈すれば、自分の生命や人生をよりよく生きたいということであろう。しかしながら、実際に「優生思想」には負のラベリングがなされている。

果たして「胎児条項」という法律の道徳的・倫理的視点は、どこに置かれるべきなのであろうか。

【註】

(1)衛生法規研究会監修『平成14年版 実務衛生行政六法』新日本法規(2001年)2545頁

(2)鈴森薫「第4章 出生前診断の対象となるおもな遺伝性疾患 B.メンデル遺伝病」『出生前診断』診断と治療社(1996年)79頁

第2章 「胎児障害」と「出生前診断」 「選択的中絶」の孕む問題性

第1節：「人工妊娠中絶」の実態

「人工妊娠中絶」は、「母体保護法」第2条2項で、「胎児が、母体外において、生命を保持することができない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出すること⁽¹⁾」と定義されている。また中絶手術においては、同法第14条1号2号で、「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの(経済条項)、暴行若しくは脅迫によって又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの」という「一定の正当化理由」が要請されている⁽²⁾。そして合法的に中絶可能な時期、即ち「胎児が母体外で生存できない時期」については、

1991 年の厚生事務次官通知において「妊娠第 22 週未満」と明示された。

では、胎児障害を理由とする「選択的中絶」は、現実にはどのように考えられ扱われているのであろうか。平成 13 年度の「母体保護統計報告」によると、「人工妊娠中絶」件数の 99.9%が「身体的・経済的理由により母体の健康を害するもの(経済条項)」であった⁽³⁾。確かに、先に述べたように「母体保護法」第 14 条 1 項では、「経済条項」による「人工妊娠中絶」を認可している。しかし、この「経済条項」が文言上意味するものは、経済的事情が母体の健康に著しく影響を及ぼす場合のみである。よって法律は、「人工妊娠中絶」を「期間・施設・理由」を制限するかたちで適法化した。しかしながら、実際に中絶を行う指定医が、妊婦の経済状況を把握することは困難であり、かつそのような権限も与えられていないことから、妊婦は中絶に対し厳密な「理由」を問われることなく、法の緩やかな解釈・運用の下、中絶は施行されている。ゆえに現行法においては、「胎児条項」が設置されていないにもかかわらず、胎児障害を理由とした「選択的中絶」は、名目上「経済的理由」という拡大解釈により処理されているのである。現実には、1973 年以降の警察庁「犯罪統計書」をみても、第一審にて「墮胎罪」で有罪判決を受けた者はゼロ値であることから、事実上刑法「墮胎罪」の規定は空文化しているといえよう⁽⁴⁾。

ところで、胎児障害を理由とする「人工妊娠中絶」の法解釈のひとつに、「期待可能性の論理」という考え方がある。即ち、胎児障害を理由とする中絶は、違法行為に該当するものの、胎児の先天異常により、出生後に本人や家族が様々な苦勞を負うことは経験則上当然に予測され得ることなので、中絶を犯罪とすることで親にその子を引き受けるよう法的強制を加えることは、たとえ出生後に公的援助体制を整備しても無理が伴うという理論である⁽⁵⁾。従って、胎児の先天異常は「中絶の身体的または経済的理由」に当然含まれ、刑事責任を問うことはできないと解釈されている。しかし、この解釈論に対しては、刑法「墮胎罪」を設けたことで、あえてその法益に「胎児の生命保護」を掲げたにもかかわらず、

障害を理由に胎児の生命を軽んじ、生きる権利を剥奪し、ひいては障害者の生命をも軽視する風潮を助長しかねない可能性があるという指摘もある。

一般的に、「人工妊娠中絶」に対するスタンスには、胎児に人権を認め、生命は無条件に尊重されとする「プロ・ライフ(生命擁護派＝中絶反対派)」と、中絶を女性の基本的なプライバシー権及び自己決定権と捉える「プロ・チョイス(選択擁護派＝中絶肯定派)」との対立がある。しかし、障害をもった胎児の生命、即ち、生まれてくる子どもの命の質の優劣を、誰がどのような根拠(理由)で、いかに判断することが妥当なのであろうか。

【註】

(1)判例六法編集委員会編『平成 15 年版 模範六法』三省堂(2003 年)2620 頁

(2)同 上

(3)厚生省大臣官房統計情報部編『平成 13 年母体保護統計報告』厚生統計協会(2002 年)30 頁

〔中絶件数〕：人工妊娠中絶件数は 341,588 件で、その内訳は「身体的・経済的理由により母体の健康を害するもの」が 341,282 件、次いで「暴行・脅迫」によるものが 192 件、「不詳」が 114 件であった。

(4)警察庁『犯罪統計書』(墮胎罪の検挙件数・人員)：1973 年(昭和 48 年)～2001 年(平成 13 年)

(5)我妻堯「医学から見た人工妊娠中絶をめぐる諸問題」『ジュリスト』No.678，有斐閣(1978.11.15)18-29 頁

第 2 節：「選択的中絶」の前提にある「出生前診断」

1)「出生前診断」とは

「出生前診断」とは、妊娠中に胎児の疾患の有無を検査し診断することで、分子遺伝学や画像診断などの開発に伴い、最近では幅広い診断が可能となってきた⁽¹⁾。

そして「出生前診断」には、次のような賛否両論がある⁽²⁾。

賛成：倫理的問題は、出生前診断を必要としな

い人たちの間にのみ存在する。

自分と異なった価値観の人たちに、自分の考えを押しつけることはできない(公的の禁止は、すべて個人の自由を侵害する)。

胎児は母親の一部であり、母親は自由に中絶を選択することができる(妊娠は確かに重要な出来事であるが、それが問題を引き起こす恐れのある場合、つまり少なくとも当人の選んだ人生に支障をきたす場合、人工中絶も正当化される)。

出生前診断に消極的な態度は、かえって人工妊娠中絶の増加を促し、出生率の低下を助長する。

反対： 胎児についても生命権の尊重がなされるべきである。

出生前診断は「障害児を否定する考え」、引いては「疾患をもつ人を否定する考え」を助長する。

親の決定権の誤った行使が、大量の人工妊娠中絶が行われる傾向を助長しかねない。

また「出生前診断」が普及した歴史的動向においては、1970年に公布された「心身障害者対策基本法」に依拠するところが大きい。つまり、同法第1条に掲げられた「心身障害の発生の予防に関する施策及び医療」という目的により、国及び地方公共団体が、心身障害発生予防のための知識の普及や、母子保健対策、心身障害の原因の早期発見及び治療のための施策を強化し、障害児発生の「一次予防」として、催奇性物質の除去や治療・療育などの環境改善を、「二次予防」に「人工妊娠中絶」などによる障害児出生の防止を目標として提示したからであった。

さらに同法を根拠に、旧厚生省は1971年度から「心身障害研究事業」を発足させ、先天異常疾患のマス・スクリーニングや「出生前診断」、染色体異常の疫学的分析などの発生予防システムを構築した。また1974年に設立した日本学術会議の生物化学研究連絡委員会と遺伝学分科会、人類遺伝学会による「人類遺伝学将来計画」は、近代合理主義社会がもたらした、いわゆる「生産性の論理」から、“障害

者の存在”そのものの測定した。

以上のことから、「出生前診断」の実施を是とする判断には、そのスタートラインから「排除や世の中の効率化」という「優生思想」的発想が根底に横たわっていたことは否めない⁽³⁾。従って、そこには当然“あるべきはずの視点”、言い換えるならば、ハンディをもって生まれてくる可能性のある子どもや、その家族に対する視点は、初めから欠落していたといえるのではないだろうか。

「出生前診断」の実施に際しては、同診断を受ける時期が、法的に妊娠中絶が認可されている成育限界の妊娠第22週末満なのか、診断された結果が、不治の病もしくは致死性的あるいは治療可能な疾患なのか、そして結果を受けた親が意思決定をするために、いかなるサポートがなされるべきなのかが重要なポイントとなる。特に親の意思決定に関しては、診断結果や予後について十分な情報が開示され、適切な選択肢が提示される必要が求められる。よって、「インフォームド・コンセント(informed consent)」に基づく説明義務は、今後ますます強調されていかなければならないであろう⁽⁴⁾。

【註】

(1) 武谷雄二編「出生前診断の現況」『別冊・医学のあゆみ 出生前診断をめぐる』医歯薬出版(1995年)2頁

(2) 鈴森薫「第2章 出生前診断へのプレニュード A. 遺伝カウンセリングと出生前診断」『出生前診断』診断と治療社(1996年)32-33頁

(3) 社会的差別意識の基盤の一部を成す「優生思想」は、「胎児条項」の法制化を勧案する上で重要な問題の一つではあるが、本論文ではスペースの関係上、立ち入って考察することは差し控え、今後の課題としていきたい。

(4) 坂上正直「医師・患者関係と法律 インフォームド・コンセントを中心に」『日医雑誌』Vol.115 No.7, 日本医師会(1996年)1028頁

[インフォームド・コンセントの日本語訳と内容]

1990 年 1 月：日本医師会生命倫理懇談会「説明と同意」についての報告

日常診療における「説明と同意」とは、医師の患者に対する説明と、患者がその説明を理解・納得した上で、患者が同意することをいう。医師の説明とは、医師が患者にわかりやすく、患者が理解できる言葉で、病状、診断、予後及び治療方法などについて説明することである。患者の同意とは、医師がとろうとしている処置について、患者が理解・納得して、承諾することである。

平成 2 年版(1990 年)：厚生白書

インフォームド・コンセント(知らされた上での同意)とは、医師が患者に対して診療の目的・内容を十分に説明して、患者の同意を得て治療すること。

1992 年 12 月：日本弁護士連合会

インフォームド・コンセントとは、患者が自己の病状、医療行為の目的、方法、危険性、代替的治療法などにつき正しい説明を受けた上で自主的に選択・同意・拒否できること。

2)「出生前診断」の種類

それでは「出生前診断」には、どのような検査があり、何がわかるのであろうか。この検査には、妊婦の腹壁に針を刺し、羊水を採取してダウン症などの染色体異常などを発見する「羊水検査」や、妊婦の腹壁に超音波をあてて無脳症などの形態的異常を調べる「超音波検査」、母体血清中の 3 種類のタンパク質濃度を検査し、ダウン症や神経管閉鎖不全症を発見する「母体血清マーカー試験」などがある。特に「母体血清マーカー試験」は、異常児のスクリーニング検査として広く実施されている。しかし、旧厚生省心身障害研究班の「母体血清マーカー試験の実施に関する調査(1997 年)」によると、「スクリーニング後の対応に、遺伝専門のカウンセラーを設置している施設は全体の 1/4 に過ぎなかった」という問題点も指摘されている⁽¹⁾。

では「出生前診断」の普及により、“障害児の誕生”を回避することが可能となった現在、誕生する

子どもが障害児とわかっていて出産を選択する人は、果たしてどの位いるのだろうか。1978 年に愛知県で妊婦 121 人を対象とした白井らの調査では、胎児障害が予想される場合に、87.2%の妊婦が中絶を希望すると回答した⁽²⁾。また平成 7 年度(1995 年)の旧厚生省心身障害研究班による報告では、「羊水検査」を受けた妊婦の 75.0%が異常判明時には中絶手術を実施すると答え、実際に異常のあった 3 件すべてが中絶をしたと発表された⁽³⁾。

しかし「出生前診断」には、それぞれにメリット・デメリットがあり、現在の「技術」でわかる障害もごく一部にすぎない。従って「出生前診断」による“異常”の線引きは非常に難しく、“不治または致死性である”という判定も極めて困難を伴う。例えば、不治の病といわれているダウン症も、子宮内で胎児死亡するものから、知的障害はあるものの簡単な日常動作ができる者、あるいは自分一人で生活することが可能でほとんど介助を要しない者など、ケースは千差万別である。

しかしながら、「ゲノム時代」の幕が開けた今、今後「遺伝子の解明」に伴い、ますます「出生前診断」の種類は増加し、いわゆる「障害」とされる発見項目は増え続けることが予測される。確かに、遺伝子の解明は、遺伝子疾患や癌・糖尿病などの生活習慣病の治療や予防に貢献し、その波及効果は多大なものになるといえよう。しかし「ゲノム情報」は他方で、その当事者の「高度なプライバシー権」を侵害する手段となることも忘れてはならない重大な視点である。日本でも 2000 年に、両足の機能不全に陥った男性が「遺伝病」だったことから、発症前から加入していた損害保険会社からの保険金支払いを拒否され、提訴に至ったという事件が発生している。即ち「ゲノム情報」が、複合的・重層的に新たな差別構造を形成するのであれば、憲法で保障されている「人間の尊厳」に反し、「公正さ」を欠くことになる。さらに「ゲノムの解読」には、将来的に癌や遺伝病に罹る確率が高いことを「知る、または知らない権利」、あるいはそれらを第三者に「知られない・知らせない権利」の保障など、整備しなければいけない課題は山積している。

2001 年 4 月に、文部科学省、厚生労働省、経済産

業省が「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」を施行し、生殖細胞や胚の遺伝子操作・遺伝情報による差別の禁止や、違反した研究者への罰則や試料提供者への補償などを宣言した⁽⁴⁾。また同年6月には、「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」を制定し、クローン人間作りを禁じた。しかし同法は、受精卵のクローン産生は禁止しておらず、「人間の尊厳」についてもその倫理的指針は不明確である⁽⁵⁾。国際バイオ競争が激化する現代、日本もまた2002年度には、約3200億円のバイオ関連予算を計上し、その競争に備えている⁽⁶⁾。

しかしながら、生命の設計図が診られなかった時代から診られる時代になった今、「出生前診断」という科学「技術」を、いかに使うべきかに「智慧」を注ぐことは、私たちに課せられた重要な本質的課題のひとつであろう。現在「出生前診断」においては、その「技術的・経済的有効性」だけが最優先され、診断の適用基準の設定（ガイドライン）や法的対応については十分な議論がなされてはいない。しかし「生命に優劣をつける」前提となる「技術」であるからこそ、「胎児」の権利や、「胎児条項」導入の法律的・倫理的正当性は公平に吟味されなければならないのである。

【註】

(1) 鈴森薫「特集 胎児奇形と分娩室での早期チェック ダブル・トリプルマーカースクリーニング」『周産期医学』Vol.29 No.3, 東京医学社(1999年)293-294頁

(2) 白井素子 = 白井勲 = 藤木典正 = 塚原玲子「社会的弱者に対する偏見の構造 [身心障害者に対する既婚女性の態度]」『愛知県コロニー発達障害研究所社会福祉学部報告』4巻, 愛知県コロニー発達障害研究所(1979年a)33-46頁

(3) 光石忠敬「7. 臨床検査はどうあるべきか 被験者・患者のおかれる立場」『生命倫理学講義』斎藤隆雄(監修) = 神山有史(編集), 日本評論社(1998年)136頁

(4) 資料集：生命倫理と法編集委員会「 . ガイドライン・指針 23. ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」『資料集 生命倫理と法 』

太陽出版(2003年)236-253頁

(5) 資料集：生命倫理と法編集委員会「 . ガイドライン・指針 20. ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」・前掲書・226-231頁

(6) 河原ノリエ「私たちの体にまつわる情報はどのように扱われるべきか? 市民社会から生命科学への問い」『世界』No.699, 岩波書店(2002年)123頁

【医学用語註】

・**ダウン症**：染色体異常症の中でも代表的な疾患であり、21番染色体が過剰に存在することが原因である。出生1,000に対して約7人に認められ、妊娠初期流産胎児の約半数を占める：鈴森薫「第1章 出生前診断の基礎知識 B. 遺伝性疾患の分類」『出生前診断』診断と治療社(1996年)13頁

・**無脳症**：顔面頭蓋は形成されるが、脳頭蓋の形成が脳底部を除いて欠損し、脳実質も欠損する。出生頻度は、日本は出生1,000人あたり0.64人；佐藤潔 = 高嶋幸男 = 中野仁雄「第6章 先天異常」『胎児・新生児の神経学』メディカ出版(1993年)309頁

・**神経管閉鎖不全症**：胎生期に発生した神経管(奇形外胚葉から神経管が分離、発達し、脳・脊髄となる)の癒合不全により生ずる頭蓋あるいは脊椎の奇形であり、各々二分頭蓋、二分脊椎と呼ぶ：後藤稠編『最新 医学辞典』医歯薬出版(2001年)833頁

第3章 「胎児条項」と「正義」 「生命」にとって究極的な法的価値理念

第1節：法における「正義」とは

法的思考の歴史上、法が機能する究極的価値理念は「正義 justice」にあるといわれている。そしてこの「正義」のシンボルは、「秤(または天秤)」と「剣(または王冠)」をもつ「女神」とされてきた。つまり女神が、(多くの場合)左手に持つ秤で「善と悪、罪と罰」などの等価あるいは均衡をはかり、その均衡が失われた場合に、(多くの場合)右手にも

つ剣によって報復や復讐を実行する⁽¹⁾。よって秤によって比較される均衡、即ち「平等」が正義におけるヨーロッパの伝統的な考え方であり、「正義は平等である」という理念が西洋的「正義」論の共通了解事項なのである。

では、人間社会になぜ「正義」の基準が必要とされたのか。人間は、予め成立している社会に産みおとされて、保護され育成されなければ生きてはいけない。つまり人は、誕生してすぐに“たった一人”で社会へと放り出されてしまうと、確実に死へと至ってしまう。従って、他の人間との関わりの中でしか生きられない人間は、衣食住など生きていくために必要なことを集団の中で分かち合い、言葉を始めた文化的なものを媒介に育成されていく。そこで、この社会集団を維持するために、いうならば、生きていくために、自分一人を例外としない「正義」という名のもとの強制力を伴う法が必要とされたのである。

だからこそ法が担う「正義」は、道徳的あるいは倫理的評価を超え、道徳的・倫理的要請が妥当する「正義」でなければならない。法が実現すべき「正義」は、「社会秩序の理想化」を目指して⁽²⁾、その「正義」理念を形成していかなければならないのである⁽³⁾。

では、「正義」をめぐる現代的な問題状況は、いかなるものであろうか。この点を、次節において、現代の代表的な「正義」論者であるジョン・ロールズ(1921-2002年)の見解に即して検討する。

【註】

(1) 森末伸行「テーマ . 正義論の系譜 正義とはなにか」『正義論概説』中央大学出版部(1999年)37頁

(2) 団藤重光「第一編 法 第一章 序論 第二節 社会規範としての法」『法学の基礎 [改訂]』有斐閣(2001年)29頁

(3) 法が果たすべき「正義」概念の歴史的形成と展開については、本論文ではスペースの関係上、考察を割愛し、今後の研究課題に挙げていきたい。

第2節：「正義」論と現代

戦争や革命による歴史が大きな刺激となってさまざまな社会思想を輩出した 20 世紀は、「市場原理」という社会システムの中で、そのシステムを前提とする「正義」の基準に「自由と平等」を置く。特に 1989 年の「ヤルタからマルタへ」の標語のもと、米ソ首脳会談で冷戦の終焉宣言が出され、グローバル化時代の幕が開けると、経済成長がもたらす利益が最優先重要事項に掲げられ、「市場原理」の中で勝者と敗者が生まれ、両者の差が拡大しているのが現実である。

では、現代社会に内蔵する体制的な矛盾やひずみという視点から、国家が果たすべき「正義」を探究したロールズは、いかなる「正義」の基準を提示したのか。

「様々な不平等を規制する原理を確定的にするために、我々は社会の恩恵に与ることが最も少ない代表的な人物の見地から、社会システムを見るのである。不平等は、社会における最も不幸な集団が抱いている長期的な期待を最大化したり、あるいは少なくともそのような期待に参与したりするときに許容されるのである。」

(In order to make the principle regulating inequalities determinate, one looks at the system from the standpoint of the least advantaged representative man.)

Inequalities are permissible when they maximize, or at least all contribute to, the long-term expectations of the least fortunate group in society.

⁽¹⁾

ロールズの「正義」概念は、社会制度の基幹部分 基本的な自由また所得や富の分配など に関し、一人ひとりを「人格」の平等の主権者として、人間の「複数性」を尊重するものであった。

従って彼は、19 世紀以降英語圏を支配してきた社会的効用の概念を重視し、たとえ他人の自由を削ってでも、あるいは差別をもたらしたとしても、「結果さえよければ」その「正義」の判定を問わないという「最大多数の最大幸福」という理念を、マイノリティの犠牲の上に成立する理念であるとみなした。

そこでロールズは、個人の自由や平等における「あるべき姿」に適った「財の分配」を求めて、「公正としての正義」論を展開したのである。

まず彼は、「社会契約説」における「自然状態」という構造を、ゲーム理論の「原初状態」という仮説的手法を使って分析し、それを「正義の契約理論」とした。即ち、独立している個人がその社会の基本的あり方を議論する場を、「自然状態」から「原初状態」へと読み替え、例えば、ゲームにおいてその開始前にプレーヤー全員で討議し、「全員一致」で採択したことをルールとするというように、すべての人が「原初状態」というオリジナル・ポジションからスタートすることを要求した。つまり、「原初状態」という概念を導入し、誰にとっても有利にも不利にもならないように「無知のヴェール」をかけることによって、即ち社会を構成する人々の社会的門地や能力、資産や負債などに関し「無知」と想定することで、公平無私な取り扱いをし、それをルールの原点としたのであった。

そして、この「原初状態」、「無知のヴェール」という理念のもと、社会の成員の「全員一致」で採択される「正義の二原理」を次のように提起した⁽²⁾。

【第一原理】各人は、すべての人に対する同様な自由のシステムと両立する、もっとも広範で全体的な平等の基本的自由システムに対する平等な権利を有する。

【第二原理】種々の社会的・経済的不平等は、以下の両方を充たすように設定されなければならない。

〔a〕〔後の世代のための〕正義に適った貯蓄の原理と矛盾しない限度で、もっとも恵まれない者たちが最大の利益を受けるように、そして

〔b〕公正に機会の平等を充たす条件の下で全ての人に開かれている職務と地位に伴うかたちで。

まず優先的立場を占める「第一原理」は、「社会的基本財」、言い換えるならば、「『自由と機会、所得と富、生きがいの基礎』などのような、合理的

な個人であれば誰でも望むであろうと推定される『善いもの』⁽³⁾」の分配の定式化を目指すものである。つまり、社会の成員が同等の保障を受けている状態にあることが、即ち社会の中に平等が行き渡っているときにこそ、公正な価値が確保される。しかし、たとえ「基本的な自由」や人権を保障し、「平等」というルールに基づいて社会生活がスタートしたとしても、現実には社会的・経済的不平等——所得の格差や社会的地位の違い——が発生することは避けられない。そこで、これらの不平等を是正するための条件として、社会の中で社会的または経済的不平等が許されるのは、最も不遇な人たちの利益を最大にする場合（格差原理）と、機会が誰にでも公平に与えられて公正な競争が行われている場合（機会均等原理）であると指摘したのである。

従って、「結果や成果における不平等」から「機会や自由における不平等」へと考え方をシフトさせたロールズの「正義」論は、完全に「平等」な状態において、社会的弱者の利益と権利を保障する哲学的基礎付けを問い、その上で「平等」な分配を目指す「正義」理論であった。

しかしながら、現実の社会は彼が導き出したような「原初状態」にはない。社会の各成員はみな、実際の生活において、所得の格差や社会的地位の高低といった現実に縛られている。よって実証的な分析論としては、即ち現実の社会で具体的に確保されなければならない「基本的自由」のための説得概念という意味においては、様々な批判にさらされる結果となってしまった。

確かに、彼が提起した「原初状態」による「正しい」社会の構想は、「あるべき社会」の構想であり「リアリスティックなユートピア」を描くものである。しかし、「正しさ」をめぐる問題の多様性を示したこの「正義」論は、現在の自由主義社会における自由と平等のパワー・バランス——少数派や弱者の立場の尊重——への批判の拠点を提示するスタートとなり、「あるべきルール」の測量点と成り得たのではないだろうか。

ところで「生命倫理」という学問は、「1960年代の科学技術革新時代に、そのテクノロジー・アセスメント<事前評価>が将来にもたらすものへの批判と

再評価の運動の一環⁽⁴⁾」として、「技術」開発の意味や、その与える影響を事前に評価し方針を決定する「倫理的反省」としての「テクノロジー・アセスメント」を確立した。そしてその基本理念は、「自己決定・善・公正・平等」という社会的思想を前提とするヒューマニズムに置かれ、一人ひとりが「命の主権者」として、自己の価値判断やライフスタイルを大切にする「基本的人権」の果実として発展してきた学問である。

しかしながら、現実には「技術」と倫理との融和は成立してはいない。倫理は、現代のすさまじいテクノロジーの社会化に対し、確固たるマネジメント・システムを構築してはこなかった。

よって「胎児条項」の前提となる「出生前診断」という「技術」に対しても、新しい「技術」の利潤追求に視点が注がれ、その「技術至上主義」がもたらす結果の本質が何であるかという問いは後になってようやく認識される現状にある。

しかし、最も重要なことは、その「技術」の倫理性・社会性について、「正しい目的」を見極める知性と智慧を鍛えることである。そして倫理的・社会的に合意可能な「技術」基準を見定めるために、ロールズが説いた「格差原理」に依拠する「人権」の配分に関する「正義」論は、人間の存在そのものを問い、反省的な判断力のもと、いわば「技術」そのものをコントロールしていく普遍的公平性を構築するための導きの糸となるのではないだろうか。

【註】

(1) John Rawls, "Justice as Fairness", from "Justice as Fairness" (1958) and A Theory of Justice (1971), in Robert C. Solomon = Mark C. Murphy, *What is Justice? Classic and Contemporary Reading*, Oxford University Press, 2000, p286. (訳は吉澤)

(2) チャンドラン・クサカス = フィリップ・ペティット「第3章 正義論」『ロールズ「正義論」とその批判者たち』山田千代子 = 嶋津格訳, 勁草書房(2001年)64-65頁

(3) 森末伸行「テーマ . リベラリズムの正義論 ロールズと平等」『正義論概説』中央大学出

版部(1999年)102頁

(4) 坂本百大「生命倫理の転回 巻頭言」『生命倫理』Vol.7 No.1, 日本生命倫理学会(1997年9月)

結 論

本来は手段であったはずの医療「技術」が、高度に発達した市場経済システムとともに、人間が培ってきた社会的意思決定の枠組みさえをも超えようとしている。

従って「胎児条項」の前提となる「出生前診断」という「技術」においてもまた、薬品メーカーなどの「ジーンビジネス」に拍車がかかり市場が介入すると、「生命の尊厳」ということよりも、「技術」自体が自己目的化し、利潤蓄積システムという巨大な市場の枠組みにおいて、「技術」の本質や、その社会的意味付けを問う人間の自律性は失われていく。

このように、市場にあふれる「技術」がもたらす“豊かさ”への洪水の中で、未来を見据え、私たちが取り組まなければならないことは何であろうか。果てして、物質文明の“豊かさ”のみを人間の進歩とみなしていいのだろうか。

確かに、ヒトゲノムなどの「先端テクノロジー」もまた、疾患構造の解明や、人間の「飽くなき生命への欲求」に貢献していることは否めない現実であろう。しかし、そうはいうものの、先端「技術」の長足の進歩は、価値の秩序を崩壊させ、差別やフェミニズム問題、さらには環境問題をも提起し、「人間の尊厳」そのものがどこに存するのかを根底的に問い直さなければならない「深刻な事態」を引き起こしている。21世紀を、従来のような「技術革新」の視点から、「技術」がそもそも誰のためにあり、それを何のために役立てようとしているのかという「技術」の使い方にこそ「智慧」を置く「理論的深化」へとシフトさせることが、今まさに私たち一人ひとりに求められていることではないだろうか。言い換えるならば、22世紀へ「地球という生命」を紡いでいくために、現代文明の中で何を捨て何を残すのかという、全体を見渡す視点、それこそが今、問

われるべきなのである。

よって、「出生前診断」に基づく「選択的中絶」における「胎児条項」導入の法的妥当性も、医療「技術」の進化という計量可能な判断からだけではなく、法の価値、つまり「正義」という理念から、法のあるべき姿を模索し、法への具体的なアプローチを考察しなければならない。

では、法の理性性や実践性という法の基本的理念に則り、私たちは法の定位をいかに考えるべきなのであろうか。実定法は、その時代に生きた民族の利益や価値、イデオロギーが法文化というスクリーンを通して、法律制定に関与した人々の動機や目的を通じ、現実に関範化される。そして、この強制力を伴った実定法は、一定の社会関係を規律する反面、それに関する利害関係を保護する。だからこそ、実定法制定のプロセスにおいては、立法に関与する人々のその現実的な目的を、人間的規範としての法、あるいは全体的な社会的規範、客観的な道理といった「正義」の実現と関連づけて法制化することを追求していかなければならない。

また法の理念は、「公正としての正義」を具現し社会秩序を維持していくことであるから、新たな医療「技術」の開発に伴う人間の生死に関する法のシステムは、即ち法が何を指すべきかについては、私たち自身への社会的に合意可能な行為基準問いかけに他ならないのである。

よって、法が社会的枠組みの中で一人歩きすることのないように、法を人と人とをつなぐ社会関係の中で捉え、その妥当性を、文質彬彬 実質と外観との調和に過不足がないこと という「智慧」をもって検証しなければ、「法と倫理の公平的配分」は成立しないであろう。

確かに「母体保護法」の「経済条項」を隠れ蓑に、障害胎児は抹殺されている現状にあり、「現実と法」は乖離している。しかし「胎児条項」を導入したら、確実に現実(「人間の質」)は変わる。「障害児は生まれてくるべきではない」という社会を、作るべきではない。診断可能な障害だけに目が向けられているが、現在の「技術」でわかる障害は、誰にでも起こり得る多様な障害のごく一部にすぎないのである。遺伝子レベルまで解析すれば、すべての人

が何らかの病的遺伝子を持っている。障害児を社会で支えあう、即ちネットワーク 共生共存関係

について問い直す必要があるのではないだろうか。

以上のことから、「優生思想」を暗黙に国民に浸透させ、差別的言説を社会構造化する「胎児条項」は、法の定位に際し、「質」の倫理を見失わせ、法のあるべき姿を崩壊させるものであるといえよう。

クローン人間が誕生したと囁かれている今、歴史の大きな転換点に立って、私たちの未来を豊かなものへと進化させるために、現代文明の危機、言い換えるならば、生命を忘れたといわれるデカルト哲学の「人間機械論・身心二元論」の現代的発展、つまり「思惟する存在としての人間の思い上がりを助長し、科学と技術の発展によって可能となった人間の無条件の自然支配を許し、自然環境を破壊し、人間そのものを今や存亡の危機に追い込んでいる⁽¹⁾」という現況に対し、新たな哲学を構築するための明確なル・ルづくりが問われている。

過去の地平の批判的捉え返しが、即ち私たちが生きてきた道への問い直しが、現代に生きる自分を映し出す鏡として、今ある価値体系の本質を照らしてくれるであろう。

【註】

(1) 森岡正博「第 6 章 反脳死論を解説する」『生命観を問いなおす エコロジーから脳死まで』ちくま新書(1999 年)159 頁

(Received: May 29, 2003)

(Issued in internet Edition: July 07, 2003)