慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	中谷瑾子君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2001
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.74, No.4 (2001. 4) ,p.148- 155
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20010428-0148

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法学研究 74 巻 4 号（2001：4）

副査　慶應義塾大学法学部教授
法学研究科委員法学博士　赤木　完爾

中谷瑾子君学位請求論文審査報告

一　中谷瑾子君が学位請求論文として提出したのは、多年にわたる医事法の分野における研究業績のうち、生命の始期をめぐる一二編の論稿を収録した論文集『二一世紀につなぐ生命と法と倫理―生命の始期をめぐる諸問題』（一九九九年、有斐閣）である（なお、後述のように、本書の続編として、「生命の終期」とそこに至る過程をめぐる諸問題を取り上げた一七編の論文を収める論文集が近く刊行される予定である）。本書は、著者の慶應義塾大学における最終講義「科学技術の進歩と刑事規制の行方」を冒頭に置き、六つの論文を含む「第一部・妊娠中絶の諸問題」と、五つの論文からなる「第二部・生殖補助医療をめぐる諸問題」の二部構成でできている。まず、本書の内容を概観・要約する。

その構成の詳細は次の通りである。

序にかえて―科学技術の進歩と刑事規制の行方
第一部　妊娠中絶の諸問題

1　次代へ架ける生命の保護にかかわる法の選択
2　堕胎罪処罰の限界―道徳と法における選択の論理　外国の立法例を中心として―
3　妊娠中絶に対する法的規制の在り方―とくに西ドイツにおける法改正をめぐる諸見解を参考にして―
4　人工妊娠中絶と生育限界―人工妊娠中絶許容の法的・倫理的限界―
5　医療の進歩と医師の保護責任―最決昭和六三・一・一九の意味するもの―
6　胎児生命・人格の法的保護―胎児学の進歩は権利概念を変えるか―
第二部　生殖補助医療をめぐる諸問題
7　生殖医学の進歩と刑事法上の諸問題
8　多胎妊娠に対する減数（減胎）術をめぐって―法律家の立場から―
9　生殖補助医療の関連法規
10　英国のReproductionにおけるEgg Donationと中絶―胎児・女性死体の卵巣組織の利用をめぐって―
11　遺伝子組換え技術と倫理―とくに遺伝子診断と治療における生命倫理―
資料
あとがき

二　各論文の内容を概観すると、「科学技術の進歩と刑事規制の行方」（一九八七年）では、著者の医事法研究の基礎にある問題意識が示される。著者によれば、戦後の刑法学においては、刑法と倫理の分離（刑法の脱倫理化）のテーゼ、そして、刑法の謙抑主義・不介入主義の原則がとりわけ強調されてきた。しかし、医学・医療の進歩により、生命の始まりに関わる場面においても（人工授精、体外受精、妊娠中絶など）、生命の終わりに関わる場面においても（脳死と臓器移植、重度障害新生児に対する治療中止など）、従来は予想もできなかった問題が生じており、そこにおいては、右のような二つのドグマじたいが反省を迫られているとするのである。

「第一部・妊娠中絶の諸問題」の冒頭に配された「次代へ架ける生命の保護にかかわる法の選択」（一九八三年）は、優生保護法（現在の母体保護法）による中絶適応に関し持ち出されている「経済的理由」を削除するだけの改正提案に対し、批判的立場を明らかにしている。著者が指摘する

のは、世界の立法の趨勢として、社会的理由による中絶を認める国や、妊娠初期には適応の有無をまったく問わない期限モデルを採る国をあわせると、それらが多数派となっており、もはや「経済的理由」による中絶許容が非難を受ける理由がなくなっていること（ただし、九九パーセント以上の中絶が本条項を理由にするものであることが、日本の経済水準からして説明に窮するというのであれば、ドイツやイギリスの例を参考にして、より包括的な表現の規定にかえることは考えられるとする）、さらに実態調査によると中絶費用のないままやむなく出産している例も多く見られ、「経済的理由」が意味を失っていないのが明らかであること（したがって、その削除以前に優先的に行われるべきことが多く残されていること）等である。

他方において、著者は、現行法のように「建前と現実とを乖離させたまま放置すること」に対しても、強い批判を加えている。刑法典の文言上は、例外が明示されることなく堕胎行為が犯罪とされている一方で、改正された母体保護法（旧優生保護法）が規定する適応事由は相変わらず「経済的理由」を含む広いものとなっており、しかも、この適応規定がきわめて緩やかに解釈・適用されているため、胎児が母体外で生命を保続できない時期における中絶に関するかぎり、刑法典の堕胎罪の規定（刑法二一二条～二一四条）はほぼ死文化している現状にある。著者が、あるべき中絶規制について、世界各国（当時のソ連および東欧圏諸国、英米、ヨーロッパ諸国）の立法例を包括的に概観しつつ、詳細な検討を加えているのが、第二論文の「堕胎罪処罰の限界」（一九七四年）および第三論文の「妊娠中絶に対する法的規制の在り方」（一九八六年）である。著者は、堕胎罪が「胎児の生命」という放棄しがたい法益を保護するものであり、「私のおなかは私のもの」という主張は認められないとする価値論的前提から出発しながら、堕胎罪緩和に向かう世界的潮流を確認したうえで、わが国において一定の範囲内の堕胎行為について当罰性がまったく感じられていない（昭和三八年以降、自己堕胎については処罰された例はもとより、起訴事例すらない）という現実、さらに、今後における「中絶ピル」の普及の可能性といった医学的知見を踏まえたとき、一定の範囲で妊婦に中絶か妊娠継続かの決定権を認める法制が望ましいとする。具体的には、刑法典中に違法性阻却事由を規定するか、少なくとも、他の法令で適法化される場合のあることを明記するとともに、違法性阻却の要件については、妊娠初期には適用の有無をまったく問わないオン・リクエスト方式（期限

モデル）か、少なくとも緩やかな適応モデルを採用すべきだとしている。わが国における堕胎罪規定改正の動きにおいては、「科学的な展望に裏づけられた配慮も、建前と現実との乖離を調整して法の実効性を取り戻すことによって国民の法への不信を排除し、法の機能を充実させようとする誠実な努力も認められず」、遺憾であるとしている。

第四論文の「人工妊娠中絶と生育限界」（一九九二年）および第五論文の「医療の進歩と医師の保護責任」（一九八八年）は、人工妊娠中絶の許容される限界を画する「胎児が母体外において生命を保続することのできない時期」の確定をめぐる法的問題を検討する。それに関連して、医師が妊娠満二六週に入った胎児を堕胎し、そのまま放置した事案につき、業務上堕胎罪にあわせて保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた最高裁判例（最決昭六三・一・一九刑集四二巻一号一頁）にコメントを加えている。著者は、生育限界の確定が、新生児医療の進歩に歩調を合わせて厚生事務次官通知（現在では、妊娠満二二週以前）とその更新という形式で行われていること、また、もっぱら医学的・生物学的生存限界により一律に決せられている点（いわば救命至上主義）において検討の余地があると指摘する。第六論文の「胎児生命・人格の法的保護」（一九八九年）は、胎児の生命および人格の保護というテーマのもとで、諸外国の動きを紹介しながら、問題点を概観する。諸外国では、胎児（さらにはそれ以前）の生命の保護が新立法等により図られながら、他方において、生命至上主義的な考え方には限界が認められていると鋭く指摘している。

「第二部・生殖補助医療をめぐる諸問題」の冒頭を飾る第七論文の「生殖医学の進歩と刑事法上の諸問題」（一九八八年）は、法学研究誌上に発表された詳細な論文である。ここでは、生殖医学の進歩により生じた問題のうち、刑事法に関わるものが取り上げられている。そこでは、諸外国の動向が紹介されたうえで、問題となる論点につき、刑事規制には消極的な結論が導かれている。すなわち、子宮内に着床する段階以前の初期胚、さらには受精卵の保護については、これを財産罪の客体としての「物」に含ませるのは不適当であるとし、また、立法論としても、そこまで国家刑罰権が介入する必要はないとする。胎児診断とそれにもとづく中絶、減数出産、男女産みわけについても、倫理的評価はともかく、法的評価の問題としては妊婦の自由な意思決定に任せられるべきであり、刑事規制の対象とすべきではないとする。同様に、非配偶者間人工授精および第三者の精子提供による体外受精、さらには、代理母や代理

妊娠についても、刑事制裁の対象としない方がより妥当だとする。

以上のように、著者は、生殖補助医療の領域においては徹底した刑事法の介入を排除する立場を明らかにしている。

第八論文の「多胎妊娠に対する減数（減胎）術をめぐって」（一九九五年）は、不妊治療の際に生じる可能性が高い多胎妊娠の場合に行われる減数術（減胎術）の法的評価に関する論文である。これを一定限度で合法化する唯一の立法例である一九九〇年イギリス法を紹介しつつ、その合法性の根拠と法的対応の要否について論ずる。著者は、多胎妊娠では母体も胎児も生命の危険にさらされることから極端な場合は緊急避難として、厳密にはその要件を具備しない場合でも刑法三五条の正当行為として違法性を阻却されるべきだとする。法的対応の要否に関しては、先進国の多くは期限モデルを採るが、そのときには合法化のための規定を置く必要はないこと、また、わが国の現行法の解釈としても違法性の阻却は可能であるから、直接的な規定は必要でないと主張している。他方で、著者は、不妊治療および減数術実施の際に、十分でかつ正当なインフォームド・コンセントが確保されるべきことに言及している。

第九論文の「生殖補助医療の関連法規」（一九九九年）は、最新の論文であり、人工授精や体外受精といった生殖補助医療にかかわる論点を総括的に取り上げ、スウェーデン、イギリス、ドイツ、フランス、アメリカ合衆国等の立法例を詳細に紹介しながら（ドイツ胚保護法についてはその全訳が掲載されている）、その法的規制の在り方を探る。個別的な論点としては、代理母、減数術、男女産み分け、ロングフル・ライフと生命倫理、デザイナー・ベビー、卵子ドナーとしての死者と中絶胎児、着床前診断と遺伝子治療等の問題が検討されている。

第一〇論文「英国の Reproduction における Egg Donation と中絶」（一九九四年・一九九六年）は、生殖補助医療を実施するにあたり、不足する卵子提供に対応するため、女性死体や中絶された胎児の卵巣組織を利用することの可否についてのイギリスの意見公募文書および報告書（生殖補助医療を進める公的機関であるＨＦＥＡによるもの）の概要を紹介し、コメントを付したものである。わが国では殆ど意識されていない問題についての貴重な資料を提供するものといえる。掉尾を飾る第一一論文の「遺伝子組換え技術と倫理」（一九九五年）は、遺伝子診断と治療をめぐる法的・倫理的問題を、①遺伝子診断における生命倫理、②治療対象決定における生命倫理、③遺伝子治療

における生命倫理の三つの場面に分けて考察したうえ、厚生省の「遺伝子治療臨床研究に関するガイドライン」の問題点についても触れている。なお、本書の巻末には、論文中でもたびたび言及されているイギリスのＨＦＥＡに関連する資料が付せられている。

三　著者は、本書の「あとがき」のなかで、医事法の研究を開始した当初、その方法論の確立に悩んだことを伝えているが、本書に収録された論文に共通する顕著な特色は、多面的な問題考察の方法論にあるといえよう。すなわち、著者が本書を通じて示したことは、医事法の研究が、医学に関する専門的知識を必須の前提とすることはもちろん、複数の法分野にまたがる考察を必要とし、医療の世界の実態や、医療関係者および患者側の国民の意識にも注意を向けること、さらには、諸外国の立法や議論の動向にも敏感であることを要求するものであることである。本書に収録された諸論文は、とりわけ、世界各国の立法例・議論に関する比較法的情報の豊富さ、社会の現実と国民の法意識・道徳意識の考慮、医学・医療に関する正確な専門的知識という点において際立っている。著者が、本書に収められた諸論文を通じて、医事法研究のための方法論を確立しこれを自ら実践したことは、わが国の医事法研究に新生面を開き、今後の研究のための範を示したものといい得ると思われる。

著者は、本書中のいずれの論文においても、執筆時点における最新の統計資料および最新の比較法的情報を提供しようとしている。収録論文は基本的に初出のままであるが、その後の状況の変化は「補注」の形でフォローされている。本文と補注とを対照しながら読み進めるだけで、この分野がいかに変化の激しい分野であるかが理解できよう。本書の比較法的情報を含む部分だけでも、補注により補われた部分とあわせて、高い資料的価値があり、学界の共有財産としての意味を持つものと評価できる。とりわけ医事法ないし生命倫理の分野では、国際的な議論に目を向けることが不可欠である。著者が丹念に収集した世界各国の立法例や問題解決に向けての提案は、重い問いかけに正面から対峙して法的決着をつけ責任を果たしたうえで次代に引き継ごうとする強い意思の現れに他ならない。わが国の議論がこの点において一歩も二歩も後れを取っているという焦燥感にも似た著者の思いは、本書の全編に貫流しており、また書名にも表現されているのである。

しかし、特記すべきことは、本書が、特定の比較法的知見からただちにわが国における解決を導くような（わが国

ではしばしば見られる）方法論を採ってはいないということである。著者は、いつでも、わが国の社会の実態と、国民の法意識・道徳意識に配慮しつつ、わが国において大方の支持を得られ得るような穏当な解決を導こうとする。論理の力のみで「正面突破」をはかろうとする一面的な解決は、著者のもっとも忌避するところである。そのことは、著者が中絶規制に関し期限モデルの正しさを確信しつつも現実的な可能性として緩やかな適応モデルを排除していないこと、生命の「質」を考慮することの理念的な問題点を十分に意識しつつも、現実の前にはその考慮もある程度致し方ないことを認めていること、たとえば、胎児条項に対する肯定的な態度（すなわち、障害のある子として生まれる蓋然性が高いと判定されたときなおその子を産むか産まないかは妊婦自身が他からの圧力なしに自由に意思決定すべきであるとすること）や、減数（減胎）術の合法性評価などにおいて典型的な形で現れている。

正確な医学的知見を踏まえた著者の判例分析も、他の追随を許さない卓越したものである。前掲最決昭六三・一・一九（刑集四二巻一号一頁）は多くの判例研究の対象とされたが、第五論文におけるような、本件の起訴と科刑の妥当性、医師としての当事者の心情にまで踏み込んだ分析は異彩を放っている。法技術的な論理操作を超えた論評を可能としたのは、医療の世界に関する著者の造詣の探さであると思われる。これに関連して、著者の論文のスタイルが、簡潔に問題を提起し、判例と学説を要約した後に、私見を示して論証するというオーソドックスな法律学解釈論のそれに従うものでないことも注目されよう。いずれの論文も、まずは、問題発生の経緯と歴史、背景にある社会の現実を描写し、そして、諸外国の立法や議論を包括的に紹介した後に、わが国の諸状況に即した結論の方向性を模索しようとする構成を採っている。そのため、法律学を専門としない者や、生命倫理の問題に不案内な読者にも、著者の議論をフォローすることは容易であるし、膨大な情報量に圧倒されながらも、問題解決の方向性自体については明確な指針を与えられるのである。このような論文のスタイルは、著者が長年、塾の法学部と医学部のスタッフを中心にして結成された「医療をめぐる法律問題研究会」の代表として、また、生命倫理学会の代表理事として学際的な共同研究を進めるなかで確立していったものと想像される。それは、狭い専門領域の研究者のみを名宛人とするときよりも、はるかに労力を要するものであるが、法律専門家には容易に真似のすることのできない著者の論文の独自性となってい

る。また、本書は、複数の学問分野にわたる膨大な量の内外の文献を渉猟しつつ、行方を定めることの難しい多くの論点につき、比較法的・学際的知見を踏まえつつ、新世紀にむけての展望を逐一示し、問題状況を整理・検討したものである。それは、前述のような概要の紹介によっては到底十分に再現できないような豊富な内容を持っている。各所に示された数多くの洞察も、豊富な文献を参照しつつ長年にわたる学際的な共同研究を踏まえて示されており、いずれも貴重な示唆を含むものである。本書は、著者の多年にわたる医事法研究の成果であるが、さらに、著者は、生命の終期とそこに至る過程をめぐる諸問題を取り上げた一七編の論文を編んだ論文集を本書の続編として近く出版する予定である。この二冊の論文集により、著者の医事法研究の全貌が示されることになるであろう。

四　右のように、本書は、医事法研究に新生面を開くものであり、著者の長年にわたる地道な研究なしには成し遂げられなかった貴重な労作である。ここから、審査員一同は、中谷瑾子君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することが適切であると判断するものである。

平成一三年一月三一日

主査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員法学博士　加藤　久雄

副査　慶應義塾大学文学部教授　樽井　正義

副査　慶應義塾大学法学部教授　法学研究科委員法学博士　井田　良