

Title	「統治論」としての遺伝子プライバシー論： 専門職集団による規範定立と司法審査（覚書）
Sub Title	The theory of genetic privacy in the light of the governance theory
Author	山本, 龍彦(Yamamoto, Tatsuhiko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.18 (2011. 1) ,p.45- 78
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	テーマ企画-遺伝情報をめぐる問題状況
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110131-0045

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.

「統治論」としての遺伝子プライバシー論

—専門職集団による規範定立と司法審査（覚書）—

山 本 龍 彦

- I. はじめに——“Who”問題、生命倫理、遺伝子プライバシー
- II. 遺伝情報の取扱いをめぐる現行ルール of 制度論的観察
- III. 専門職集団による規範定立と司法審査——日産婦事件を素材に
- IV. 結語に代えて

I. はじめに——“Who”問題、生命倫理、遺伝子プライバシー

書評が、書評を超える意義を持つことがある。『憲法を裁判所から奪い取る (TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS)』(1999年)¹⁾ という刺激的な 標題を付されたマーク・タシュネットの話題作を「書評」した、ケイス・ウィッ ティントンの「ハーバート・ウェクスラーの不満と巨視的憲法理論の復興 (Herbert Wechsler's Complaint and the Revival of Grand Constitutional Theory)」

1) MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999). 同書の詳細に ついては、大河内美紀「マーク・タシュネット——批判法学最後の雄？」駒村圭吾＝山本 龍彦＝大林啓吾編『アメリカ憲法の群像——理論家編』（尚学社、2010年）179頁以下、松 井茂記「『ポピュリスト的立憲主義』をめぐって」『現代社会における国家と法』（成文堂、 2007年）353頁以下参照。

(2000年)²⁾ も、その1つであろう³⁾。

この「書評」は、まず、1950年代以降の——もちろん、ウォーレン・コート以降の、とか、Brown v. Board of Education判決⁴⁾ 以降の、と言いかえてよい——アメリカ主流派憲法学が、裁判官のつもりになつて憲法学を遂行してきたことを明らかにする。「彼らの問題は、最高裁裁判官の問題であった。すなわちそれは、憲法典をどう解釈すべきか、司法的正統性はどうすれば維持できるのか、という問題である」⁵⁾。「ウェクスラー的伝統」とも呼ばれる、この主流派憲法学の態度は、しかし、アメリカ憲法学の「より壮大な」伝統を消さない稀釈してしまったという。その伝統とは、裁判所だけでなく、統治システム全体や政治的権威にまで関心を向け、「比較制度的分析 (comparative institutional analysis)」を加えつつ、「誰が憲法を解釈すべきか」を問うアプローチである。ウィットティントンによれば、違憲審査制の廃止を説くタシュネットの結論部分は頂けないとしても、その労作『憲法を裁判所から奪い取る』が、司法中心的 (juricentric) な憲法解釈に異議を唱え、“Who” 問題 (解釈主体問題) を再浮上させたことは大いに評価できるという。

「制度論的転回 (institutional turn)」⁶⁾ とまでいえるかどうかはさしあたり措くとしても——というのも、それはもともとアメリカ憲法学に埋め込まれていたのだから⁷⁾ ——、近年、アメリカの多くの憲法学者が、この「書評」のインプリケーションを受容していることは確かである⁸⁾。「書評」前ではあるが、たとえばクリストファー・アイスグリューパーは、「憲法解釈権を配分するた

2) Keith E. Whittington, *Herbert Wechsler's Complaint and the Revival of Grand Constitutional Theory*, 34 U. RICH. L. REV. 509 (2000).

3) 松尾陽は、ウィットティントンのこの書評論文を、アメリカ憲法学における「制度論的転回」を分析するための重要なポイントとして捉えているようである。松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回(1)」民商法雑誌140巻1号 (2009年) 47-49頁参照。

4) 347 U.S. 483 (1954).

5) Whittington, *supra* note 2, at 510.

6) ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY (2006). もちろん、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回(2)」民商法雑誌140巻2号 (2009年) 210-18頁参照。

めの機能的原理」なるものを——標題それ自体が興味深い——論攷「最もふさわしい機関 (The Most Competent Branches)」(1994年)の中で探求している⁹⁾。また、ロバート・リプキンは、論攷「どの憲法? 誰が決める?: 司法優越主義の問題と機関相互的解決 (Which Constitution? Who Decides?: The Problem of Judicial Supremacy and the Interbranch Solution)」(2006年)の中で、「憲法意味の問題」をめぐる合理的の不一致が持続している限り、「制度的責任の問題」が

-
- 7) 「解釈主体問題」は、1950年代にヘンリー・ハートとアルバート・サックスによって牽引されたリーガル・プロセス学派の中心的課題であるとともに、「制度的能力」に基づく法解釈論を展開したルイス・ブランダイス最高裁判官、さらには「初期リーガル・プロセス裁判官 (proto-legal process Justices)」と呼ばれるフェリックス・フランクファータ裁判官やハーラン・ストーン裁判官の中心的課題でもあった。See William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction to the Legal Process in* HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, *THE LEGAL PROCESS* (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 2d. 1994). ウィリアム・エスクリッジとフィリップ・フリッキーによれば、リーガル・プロセス学派は、「法が、人々の……協働を最大化するという目的を持った、共同的活動の媒介であるならば、法律家がなすべき仕事の重点は、動態的かつ多様な社会の中で、こうした目的に最もうまく寄与する法的構造をいかにして創造するかにかかれる」と考えた。Id. at xciii. なお、山本龍彦「『法原理機関説』の内実についての覚書——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学14巻1号(2007年)100-109頁参照。
- 8) ウィットENTONの議論と近時のアメリカ憲法学の関係について、大林啓吾「ディパーメントリズムと司法優越主義」帝京法学25巻2号(2008年)103頁以下参照。
- 9) Christopher L. Eisgruber, *The Most Competent Branches*, 83 GEO. L. J. 347 (1994); see also Walter F. Murphy, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, 48 REV. OF POL. 401 (1986); Paul Brest, *Who Decide?*, 58 CAL. L. REV. 661 (1985). ところで、「解釈主体問題」の前景化や「制度論的転回」と呼ばれる近年の憲法学の傾向は、「みんなで一緒にやろうよ」とか「みんなで創る」憲法観と密接に関連している(高橋和之=佐藤幸治=棟居快行=蟻川恒正「座談会・日本国憲法60年——現状と展望」ジュリスト1334号(2007年)7-8、13-17頁参照)。このような「構築」的憲法観も、「ただみんなで創る」のか、「それを創るのが得意な主体を選び、その者を中心としてみんなで創っていく」のかで違いが出てくる。専門職集団を憲法アクターとして取り込もうとする本稿は、後者の視点にかかわる。なお、「構築」的憲法観における司法の中心的役割は、「みんなで創る」プロセスを管理し、モニタリングすることにある。

先行する必要があるとし、憲法学においてまず問うべきは、「どの憲法的アクターが解釈に責任を有するべきか」であると指摘している¹⁰⁾。さらに、マイケル・ドルフは、「唯一の意思決定者〔裁判官＝ハーキュリーズ〕が、多義性を晴らすという孤独な仕事にいかにして取り掛かるのかに焦点を当てる」ドゥオーキン流の法解釈論に強い疑問を投げかけたうえで、1950年代に興隆したリーガル・プロセス学派を回顧し¹¹⁾、「裁判官の主な仕事とは、司法それ自身の限界を自覚しながら、競合する制度間で決定権限を配分すること」、「どの制度——立法府か行政機関か、連邦か州か自治体か、公的アクターか私的アクターか——に敬讓を与えるのかを決定すること」にあると主張している¹²⁾。

このように、アメリカ憲法学において復興を遂げた“Who”を問うアプローチあるいは制度論的＝権限配分論的アプローチ¹³⁾は、生命倫理に近接する憲法問題を考えるに当たってはとりわけ重要であるように思われる。生命倫理問題が、一義的解答を導き出すことが困難で、高度に専門技術的な問題であると

10) Robert Justin Lipkin, *Which Constitution? Who Decides?: The Problem of Judicial Supremacy and the Interbranch Solution*, 28 CARDOZO L. REV. 1055 (2006) ; see also Dawn E. Johnsen, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation : Who Determines Constitutional Meaning?*, 67 LAW & CONTEMP. PROB. 105 (2004).

11) 前掲注7) 参照。

12) Michael C. Dorf, *Legal Indeterminacy and Institutional Design*, 78 N. Y. U. L. REV. 875 (2003) ; see also Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 COLUM. L. REV. 267 (1998) ; Victoria Nourse and Gregory Shaffer, *Varieties of New Legal Realism: Can A New World Order Prompt A New Legal Theory?*, 95 CORNELL L. REV. 61 (2009).

13) なお、日本にも、こうしたアプローチに一定の理解を示す論者がいる。たとえば土井真一は、「憲法の重要な目的の一つが基本的人権の保障にあり、その人権の多くが実体的権利であるということを確認したとしても、そのような権利の実現をどのような機関に委託するかは、独自の理論的課題として成立しうる」と指摘する。土井真一「司法審査の民主主義の正当性と『憲法』の観念」『現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998年）143頁、同「憲法判例と憲法学説」公法研究66号（2004年）130頁以下も併せて参照。さらに、淺野博宣「プロセス理論へ」法学教室327号（2007年）14頁、松尾・前掲注3)、大林・前掲注8)、山本龍彦「三段階審査と制度準拠審査の可能性」法律時報82巻10号（2010年）101頁以下。「機能法的考察」の意味合いにもよるが、穴戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）。

すれば、その解決には、憲法学におけるこの旧くて新しいアプローチを採用せざるを得ないとさえいえる¹⁴⁾。

実際、医師の治療停止行為が殺人罪に問われた川崎協同病院事件の控訴審判決¹⁵⁾が、「尊厳死問題を抜本的に解決するには、尊厳死法の制定ないしこれに代わり得るガイドラインの策定が必要で」あり、「司法が抜本的な解決を図るような問題ではない」とし、裁判所による「一般的な要件の定立」を回避したように、生命倫理問題の高度の専門技術性と道徳的多様性を踏まえれば、裁判所による解決ないしこれを解決する裁判所の制度的能力 (institutional competence) には限界があるといわざるを得ない。憲法13条の幸福追求権が、「尊厳死・安楽死を選択する権利」、「代理懐胎を依頼する・引き受ける権利」¹⁶⁾、「着床前診断を受ける権利及び子を産む権利」¹⁷⁾を具体的に含むのかどうかを解釈する権限が当然に裁判所にある、と断言することはできないのである。他方、前記控訴審判決が示唆するように、その解釈権が立法府にあると断言することもできない¹⁸⁾。立法府の専門知にも限界があるうえ、尊厳死の是非、代理懐胎の是非、生殖補助医療の是非をめぐる争いが「文化闘争 (Kulturrekampf, cultural

14) この点については、山本龍彦「生殖補助医療と憲法13条——『自己決定権』の構造と適用」法律時報81巻11号(2009年)100頁以下参照。

15) 東京高判平成19年2月28日判タ1237号153頁。同判決については、田中成明「尊厳死問題への法的対応の在り方について」法曹時報60巻7号(2008年)2043頁以下参照。

16) 日本学術会議(生殖補助医療の在り方検討委員会)『対外報告・代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題——社会的合意に向けて』(2008年4月8日)。

17) 東京高判平成20年4月23日判例集未登載。

18) この点で、生命倫理問題における決定主体問題を論じた長谷部恭男の以下のコメントが示唆に富む。「科学者の倫理は、今も昔も深刻な問題である。核物理学の進展は、戦争の遂行に関する人々の道徳的観念、そして政治的責任の射程を根底的に変化させた。科学者個人、あるいは科学者集団が決定の責任を負いかねて、より正統らしく思える審議と決定の場に責任を委ねたいと考えても、不自然なこととはいえない。しかし、民主的な政治決定の場に決定を委ねれば、それで問題が解決するわけではない」。長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会、2006年)163頁。

war)」の様相を呈していることを踏まえれば¹⁹⁾、立法府において白黒はつきりつけられる程の社会的コンセンサスが醸成されているともいえないのである²⁰⁾（現段階において無理やり立法的解決を図った場合、backlashを引き起こす可能性もある。それは国家の中立性をひどく害したとみなされるからである）。このように考えると、生命倫理問題については、相応の専門知を有する医師会や関連学会などの専門職集団²¹⁾を射程に含めつつ、“Who”を問うアプローチ、権限配分を問うアプローチがきわめて重要であるように思われるのである²²⁾。

本特集は、「遺伝情報」や「遺伝子プライバシー」を扱うものであるが、本稿は、かかる主題を、上述したような憲法学の総論的考察の一部の中に位置づけてみようと思う。もちろん、遺伝情報の取扱いをめぐる問題を単なる個人情

-
- 19) 文化闘争は、「具体的な社会問題に対する是非や善悪、正義・不正義を区別する根拠となる道徳的価値観や世界観の対立が、私的な領域から公共討論（public discourse）の領域に持ち込まれることで対立が激化し、国民生活を分断させるような状況」を意味するとされる。横大道聡「公的言論助成に対する憲法的統制のあり方についての一考察」鹿児島大学教育学部研究紀要60巻（2009年）100頁。文化闘争の主戦場としては、同性愛、中絶、家族、教育、政教分離、芸術をめぐる問題などが挙げられる。
- 20) 田中成明「生命倫理への法的関与の在り方について」同編『現代法の展望——自己決定の諸相』（有斐閣、2004年）157頁参照。なお、クローン技術については立法（ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律）が先行しているが、これは、少なくとも自己決定権との関係では真の文化闘争にまで発展していないからであろう。つまり、「クローン人間を作ってはいけない」という点については一定の社会的コンセンサスが得られているからこそ、法律制定まで漕ぎつけられた可能性がある。他方、特定胚の取扱いなど、コンセンサスが得られていないものについては、行政指針による規制ということにならざるを得ない。大洞龍真「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律について」ジュリスト1197号（2001年）44頁以下参照。
- 21) 「〔個人としての〕専門職」と「専門職集団」との相違については、田中朋弘「専門職の自律性」高橋隆雄＝八幡英幸編『自己決定論のゆくえ』（九州大学出版会、2008年）213頁以下参照。本稿は、この問題について深く掘り下げるができなかった。なお、憲法実現過程における専門職集団の位置を詳細に検討するものとして、巖川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）91頁以下、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法』（弘文堂、2005年）168頁以下、山元一「『コオルとしての司法』をめぐる一考察」藤田宙靖＝高橋和之編『憲法論集（樋口陽一先生古希記念）』（創文社、2004年）249頁以下などがある。

報保護の問題として捉えるならば、このような議論の方向性それ自体が失当といえる。それは、自己情報コントロール権論²³⁾の一応用場面に過ぎず、制度論的観点から取上げて議論するまでのことはない、といえるからである。しかし、乱暴な言い方をすれば、遺伝情報は、遺伝情報なのである²⁴⁾。そこには、厄介な生命倫理問題が付着している。たとえば、遺伝情報は血縁者間共有性²⁵⁾を持つ——増井徹の言葉を借りれば、「わたくしのものであって、わたくしだけのものではない」²⁶⁾——から、Xの遺伝情報の取扱いが、その血縁者Y、Z、V、W……にも重要な影響を与えることがある（しかも、Xの潜在的子孫やXの属する人種・民族集団まで想到すれば、影響を受けうる「血縁者」の範囲はきわめて広い）。Xの遺伝子テストを行った結果、Xが重篤な遺伝病に罹患していること、罹患しうることがわかれば、医師ないし研究者は、その結果を血縁者Y、Z、V、W……に対しても告知すべきであろうか。血縁者はXの遺伝情報の告知を求めているが、X本人は告知に反対している場合、医師ないし研究者はどのように判断すべきであろうか。その遺伝病が未だ治療法がない程深刻なものであるとすれば、そもそもXのみの意思によってXの遺伝子テストを実施してよいので

22) 筆者は、「もし医事法の分野で憲法学が貢献できることがあるとすれば、むしろ統治機構論の観点から秩序形成・意思決定のプロセスについて検討すること〔である〕」とする中山茂樹の指摘に深い共感を覚える。中山茂樹「医事法と憲法」憲法問題21巻（2010年）99頁。

23) 佐藤幸治『憲法・第3版』（青林書院、1995年）453-56頁、同『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）259頁以下参照。

24) 「遺伝情報」は他の個人情報と本質的に異なるとする「遺伝子例外主義（genetic exceptionalism）」の考えをめぐっては、瀬戸山晃一「遺伝子情報異質論の批判的検討」医療・生命と倫理・社会1巻2号（2002年）86頁、山本龍彦『遺伝情報の法理論——憲法的視座の構築と応用——』（尚学社、2008年）35頁以下参照。

25) 手嶋豊『医事法入門〔第2版・補遺〕』（有斐閣、2009年）147頁（「遺伝子は血縁者や将来生まれる子の生命も規定するため、血縁者全体に影響が及ぶ点で、極めて特異である」）、白井泰子「個人の遺伝情報の特性と遺伝子解析ガイドライン」年報医事法学17号（2002年）75頁、山本・前掲注24）84-85、105-106、109-110頁参照。

26) 増井徹「わたくしのものであって、わたくしだけのものではない」Sophia Life Science Bulletin Vol.24（2005年）12頁。

あろうか。ある遺伝子と精神疾患や知能・性格との連関が明らかになったとき、Xがかかる遺伝子を有しているかどうかをテストすることは、いかなる場合に許されるのであろうか。Xの全塩基配列が登録され、保存されたチップとは、そもそも何を意味するのであろうか²⁷⁾。以上のような問いは、いずれも生命倫理問題と密接に関連している。そうである以上、一体誰が、自己の遺伝情報をコントロールする権利なるものの具体的輪郭や具体的実現のあり様を決めるべきかという制度論的考察が不可避であろう。「遺伝子プライバシー」の内実を決めるのではなく、「遺伝子プライバシー」の内実を決める者を決める、という視点である。それこそが、筆者が本稿の標題「『統治論』としての遺伝子プライバシー論」に込めた思いである²⁸⁾。

本稿は、まず、遺伝情報の取扱いをめぐる現行ルールを制度論的に概観し、そこにおける専門職集団の役割を描出する(Ⅱ)。つぎに、日本の裁判例を素材に、遺伝子プライバシーに関する諸権利の輪郭や具体的実現のあり様を決定する主体や、具体的な制度間関係について——専門職集団の位置づけを中心に——簡単な検討を加えたい(Ⅲ)。なお、いま述べたように、この検討は「裁判例を素材に」行う。これは、制度論的＝権限配分論的観点から、専門職集団といった裁判所外の制度による解釈・決定が重要であるとしても、結局、裁判所がその解釈・決定をどう取扱うかによって、その法的位置づけが大きく変わりうるからである。たとえば、生命倫理への法的対応について、「関係学会・機関が自主的に定める指針と、各大学・一般病院などに設置されている倫理委員

27) 現在、既に、1日10億塩基もの配列情報を読み取れるギガシーケンサーが実用化されており、近々、1日に2.4兆塩基を読めるテラシーケンサーも登場するとされている。「このことは、近い将来、我々が気軽に——数万円で？——自らのゲノム情報（全塩基配列）にアクセスできることを意味している」。山本龍彦「遺伝子プライバシー論——『遺伝情報』は例外か？」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』（敬文堂、2009年）40頁。

28) この標題は、自然科学系の研究者を相手に「人権論」として遺伝子プライバシーを熱く語ることの「虚しさ」を味わってきた筆者の経験に基づいている。

会」を中心とした「自治型法化方式」²⁹⁾をとるべきであるとの構想が魅力的であるとしても、裁判所が、具体的紛争の解決に際して、かかる指針や倫理委員会の判断にまったく敬意を表さなければ、結局のところ、この構想はロマンチックな願望に過ぎなくなってしまう（法的判断の基準ないし指針としてまったく参照されないならば、当事者が、ガイドラインや倫理委員会の判断に従うインセンティブがなくなるからである）。生命倫理分野における「リーガリズム（法規万能主義）」からの脱却は、詰まるところ、いや皮肉にも、あるべき司法審査のあり方を検討してはじめて達成されうるのである³⁰⁾。

II. 遺伝情報の取扱いをめぐる現行ルール の 制度論的観察

1. 「自己情報コントロール権」の請求権的側面の内容形成権限

周知のように、1964年の『宴のあと』事件東京地裁判決³¹⁾が、プライバシー権を「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」と定義し、これを個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するために必要不可欠なもので、憲法に基礎づけられた権利であることを承認して以来、同権利は、もっぱら私事ないし私生活を秘匿する権利として、私事ないし私生活を公開・公表されない権利として、自由権的に理解されてきた。しかし、情報化社会の進展に伴い、日本でも、1970年代以降、これを「自己に関する情報を、いつ、どのように、どの程度まで、他者に伝達するかを自ら決定する権利」³²⁾として再構成する見解が

29) 田中・前掲注20) 160頁参照。自治型法化方式は、棟居快行のいう「行政のオートボイエーシス化」や「分散型ネットワーク型の行政」と密接に関連しているように思われるが、この詳細な検討は別稿で行うことにしたい。高橋ほか・前掲注21) 12、18-19頁（棟居発言）。

30) 蟻川恒正は、生命倫理問題についても、結局のところ「司法審査において法律家が『決定の責任』を負うこと」を認める。蟻川恒正『『国民の敬虔感情』と刑事的規制』法律時報81巻5号（2009年）34頁注(31)参照。

31) 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁。

32) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1998年）382頁。

有力になった³³⁾。この「自己情報コントロール権」としてのプライバシー権は、自由権的性格のほか、自己情報の閲覧請求や、訂正・削除要求など、積極的な請求権としての性格を有する点に大きな特徴があるとされる。

しかし、本稿の趣旨からみて興味深いのは、一般に、「自己情報の閲覧または訂正もしくは抹消の請求権、あるいは利用・伝播の抑制の請求権は、原則として、法令の裏づけがあつてはじめて具体的権利となるものであるから、法令の根拠もなく憲法13条に基づいて当然に認められるわけではない」（傍点は山本）³⁴⁾とか、「法律により、……個人情報の主体に政府諸機関の保有する記録についての具体的アクセス権および訂正・削除要求権を付与する必要がある」（傍点は山本）³⁵⁾などと解されている点である³⁶⁾。すなわち、憲法学的には、自己情報コントロール権の積極的側面は、法律の制定によってはじめて具体化されるものと捉えられており、かかる内容を具体的にどう形成するかは、一次的には立法府に委ねられていると解されている点である。では、立法府は、その積極的側面を具体的にどう形作ったのであろうか。これも周知のように、我が国の立法府は、2003年、主として民間事業者を対象とする「個人情報の保護に関する法律」、行政機関を対象とする「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」（本法は、1988年の「行政機関の保有する電子計算機処理に係る個人情報保護に関する法律」を全部改正したもの）、独立行政法人等を対象とする「独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律」を制定し、それにより、

33) 「自己情報コントロール権」の詳しい内容については、山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号（2010年）80頁参照。

34) 芦部・前掲注32) 382-83頁。

35) 佐藤・前掲注23)（『憲法』）455頁。

36) 例外として、在日台湾元軍属身元調査事件判決（東京地判昭和59年10月30日判時1137号29頁）がある。同判決は、①保有情報がセンシティブなもので、②明らかに事実と反しており、かつ、③それをそのまま保有していると、第三者提供などによって損害を生じる高度の蓋然性が認められる場合に限り、（法令の根拠なく）抹消ないし訂正を請求しうるとした。芦部も、「法令の裏づけがなくとも権利の内容が明らかで、具体的だと考えることができる場合には、不真実で不当な情報の訂正ないし抹消の請求権を認めることも、許される」とするが、「こういう場合は例外である」としている。芦部・前掲注32) 383頁。

いわゆる開示請求権、訂正請求権、利用停止請求権などを具体化した。

しかし、本稿の趣旨からみて留意しなければならないのは、個人情報保護法が、いわゆる適用除外規定（50条）を設け、「大学その他の学術研究を目的とする機関若しくは団体又はそれらに属する者」が、「学術研究の用に供する目的」で個人情報を取扱う場合には、開示請求権や主務大臣による関与を認めた同法第4章（「個人情報取扱事業者の義務等」）の規定は適用されないとし（50条1項3号）、この空白地については、これら研究機関等が、「個人情報の適正な取扱いを確保するために必要な措置を自ら講じ」る（3項）ことを求めている点である。当該条項をみる限り、立法府は、表現の自由（憲法21条）に配慮して、報道分野における自己情報コントロール権の内容形成権限を報道機関それ自身に委ねたように（50条1項1号）、学問研究の自由（憲法23条）や、学術研究分野における個人情報処理の特殊性・専門技術性などに配慮して³⁷⁾、当該領域における自己情報コントロール権の内容形成権限を、学術研究に従事する専門職集団それ自身に委ねたものと解することができる（憲法→立法府→専門職集団）。そうすると、ヒトゲノム解析研究等における遺伝情報の取扱いをどうするか——開示請求権を認めるか、認めるとすればそれはいかなる場合か、等々——は、基本的には、専門職集団自身の手³⁸⁾に委ねられたとみてよいであろう³⁸⁾。

37) この点について、玉井真理子は、「インフォームド・コンセント取得原則を堅持し、かつ手続きのさらなる厳格化で対応しようという論理は、ことヒトゲノム・遺伝子解析研究においては一部破綻していると言わざるを得ない」と述べ、当該研究領域に個人情報保護の「一般的基準」をストレートに適用することの困難性を指摘している。玉井真理子「ヒトゲノム・遺伝子解析をめぐる国内のルールづくり」甲斐克則編『遺伝情報と法政策』（成文堂、2007年）247頁。

38) 宇賀克也は、個人情報保護法50条3項が、適用除外機関に対し、「個人情報の取扱いに関する苦情の処理」等の措置を求める趣旨について、つぎのように説明している。すなわち、「本法4章の規定が適用除外とされ、本人による開示等の求めも主務大臣による関与も否定されている分野では、適切かつ迅速に苦情処理が行われる必要性は高いといえよう」と（傍点は山本）。この説明を参照する限り、適用除外領域においては開示請求権が全面否認される可能性もありうる。宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説〔第3版〕』（有斐閣、2009年）205頁参照。

ところで、この適用除外は、民間事業者を対象とする個人情報保護法に定められたものであって、「私立大学、民間研究所、学会等、学術研究を主たる目的とする機関または団体」をその対象とすることは論を俟たないが³⁹⁾、国公立の研究機関、独立行政法人等の研究機関、国立大学法人、地方独立行政法人である大学・研究機関までをその対象としているのかは疑問である。これらは「そもそも個人情報取扱事業者ではないので（2条3項1号～4号）、本条1項3号〔適用除外機関〕には該当しない」——すなわち、開示請求権等の一般的基準がそのまま適用される——とする見解もあろうが⁴⁰⁾、立法府が適用除外を認めた趣旨からすれば、議論の余地がある。民間研究機関と公的研究機関とで研究内容が大きく異なるわけでもないし、公的研究機関の研究者が学問研究の自由を一切否定されるわけでもないからである。公的研究機関に対しても、民間研究機関の場合と同様の自律的規範形成が要請されているように思われる。

2. 研究および診療領域における中心的規範の性格

(1) 「支援指針」としての三省指針

これまでの検討によれば、個人情報保護法は、ヒトゲノム解析研究等における遺伝情報の取扱い（とくに開示請求等の積極的側面）について、研究者の自主的取組み、言いかえれば、専門職集団の自律的な規範形成に委ねたものとみることができる。しかし、立法者は、彼らがゼロからこのような規範形成を行うことが決して容易でないことを熟知している。「地方公共団体等への支援」という標題の付された個人情報保護法8条は、「国は、……事業者等が個人情報の適正な取扱いの確保に関して行う活動を支援するため、情報の提供、事業者等が講ずべき措置の適切かつ有効な実施を図るための指針の策定その他の必要な措置を講ずるものとする」と規定し、国に、専門職集団等による自律的規範形成を「支援」することを求めているのである。宇賀克也は、上記条文のいう

39) 宇賀・前掲注38) 199頁。

40) 宇賀・前掲注38) 199頁。

「支援指針」として、24分野37のガイドラインを挙げ、その1つに、文部科学省・厚生労働省・経済産業省の三省が策定した「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」（2001年、2004年全部改正、2005年一部改正。以下、「三省指針」と呼ぶ）を含めている⁴¹⁾。さらに宇賀は、個人情報保護法50条により適用除外機関となった医学研究機関が、かかる三省指針を「参考にすることが期待される」と述べている⁴²⁾。

このようにみると、個人情報保護法上、研究場面における遺伝子プライバシーの具体的内容は、行政機関による「支援」を受けながら（三省指針を「参考」にしながら）、専門職集団自身が形成することが想定されているように思われる。ところが、三省指針は、制度論的にみて以下のような問題を抱えている。

第1に、同指針の「前文」が、「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関わるすべての関係者においてこの指針を遵守することが求められる」（傍点は山本）と述べている点である（指針第1、2(1)にも同様の規定がある）。これは、「支援指針」としての自らの役割を超えて威嚇的であり、専門職集団が自ら思考し、熟議し、自律的な規範形成を行うモチベーションを奪っているように思われる。

第2に、同指針の内容が——その良し悪しは別として——詳細に過ぎるという点である。たとえば、指針は、研究責任者が試料提供者からインフォームド・コンセントを受ける際の「説明文書に記載すべき事項」として、全部で26もの事項を掲げている（指針第3、10(11)参照）。また、遺伝情報の開示（第三者への開示も含む）に関する細則も、事細かに過ぎよう（指針第3、11(1)～(3)参照）。このような詳らかな規定は、ある種のパターンリズムであり、従っていればとりあえず安心という、「『マニュアル型』ともいべきスタイルを概して好む」わが国の研究者・医師⁴³⁾の「甘え」や依存傾向をより助長させているようにも思われる。さらに、一口にヒトゲノム・遺伝子解析研究といっても、研究内

41) 宇賀・前掲注38) 78-79頁。

42) 宇賀・前掲注38) 205頁。

43) 磯部哲「遺伝子技術の展開と行政法的規制」法律時報73巻10号（2001年）17頁。

容や規模、提供者・被験者との距離などに大きな違いがあるはずであるが、こうした規定は、それらに画一的な基準の適用を要求し、場面に応じた遺伝子ブライバシーのよりよい実現や研究の自由を奪う可能性がある⁴⁴⁾。

このように、三省指針は、専門職集団の自律的・自主的な規範形成を「代替(replace)」してしまうという側面を有する（現在のところ、実際に「代替指針」として機能しているように思われる）。他方、同指針が、倫理審査委員会の責務および構成を明確化し（指針第2、9参照⁴⁵⁾、遺伝情報の開示・不開示の可否や、同意のない試料等の利用の可否に関する判断に同委員会を深く関与させている部分（指針第4、13参照）などは、同指針の「支援」的あるいは条件整備的側面として積極的評価を与えることができよう⁴⁶⁾。

(2) 「自律規範」としての十学会ガイドライン

以上述べてきたように、ヒトゲノム・遺伝子解析「研究」における遺伝子ブライバシーの内容形成については、個人保護法上、実際に遺伝情報を取扱う専門職集団自身の手委ねられているものと解される（その限りにおいて、専門職集団は「公的」機関としての性格を併有する⁴⁷⁾）。また、今後詳細な検討を要するが、このような、法律による要請を受けて定立された専門職集団による自律規範は、委

44) 仮に国が、報道機関における個人情報の取扱いについて、これほど詳細で饒舌な「指針」を策定した場合、ジャーナリストたちはこれをすんなり受け入れるであろうか。彼らの専門職業意識（professionalism）は、それに強い抵抗感を覚えるのではないか。

45) 同規定は、細則で、倫理審査委員会が、「倫理・法律を含む人文・社会科学面の有識者、自然科学面の有識者、一般の立場の者から構成される必要があること」、「外部委員を半数以上置くことが望ましいが、その確保が困難な場合には、少なくとも複数名置かれる必要がある」こと、「男女両性で構成される必要がある」こと、「審議又は採決の際には、人文・社会科学面又は一般の立場の委員は1名以上出席する必要がある」こと、「研究を行う機関の長、審査対象となる研究の研究責任者及び研究担当者は、その審議又は採決に参加してはならない」ことなどを定めている。

46) 生命倫理分野における国家による「側面」的支援の重要性については、山本龍彦「アメリカ憲法——子どもの権利・親の権利・国家の役割」小山剛＝玉井真理子編『子どもの医療と法』（尚学社、2008年）122頁参照。

任命令としての性格を部分的に有するものとして⁴⁸⁾、一定程度、行政手続法上の行政立法手続に服するように思われる⁴⁹⁾。この点で、以下に述べる「自律規範」と区別し、「受任的自律規範」⁵⁰⁾と呼んでよいのかもしれない。

他方、個人情報保護法（50条）は、文言上、「診療」機関を、先述した適用除外機関の中に包含しておらず、診療・臨床場面における遺伝情報の取扱いをめぐる具体的な規範定立を、医療専門職集団に積極的に要請しているようにはみえない。とはいえ、個人情報保護法は、事業分野に応じて個人情報の取扱いが多様であることを踏まえて、もともと、事業ごとに創設される認定個人情報

47) もちろん、いわゆる「行政主体論」、「委任行政論」を踏まえた詳細な検討が必要である。なお、「医師会は、「[人工妊娠中絶を行うことができる医師の] 指定に関する限りにおいて、行政庁とみるべきものである」とした、仙台地判昭和57年3月30日判時1039号36頁（菊田医師事件1審判決）参照。

48) この場合、個人情報保護法50条（適用除外条項）が、授權規範ないし委任規定ということになる。筆者は、このような「委任」の考えが伝統的な見解から逸脱していることを自覚しているが、複雑化し、道徳的に多様化した現代社会において、いつまでも伝統的な委任法理に固執することはできないとも考えている。問題の所在について、やや観点が異なるが、山元一「現代民主主義社会における『法律による行政の原理』モデル——その構造と動態——」公法研究72号（2010年）1頁以下参照（とくにポスト・モダン行政モデルに関する17-18頁参照）。「私的委任法理（private delegation doctrine）」の現代的再構成については、See Gillian E. Metzger, *Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise, in* Jody Freeman & Martha Minow, *GOVERNMENT BY CONTRACT* 291（2009）。さらに、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007年）164-65頁参照。もはや古典であるが、やはりSee Louis Jaffe, *Law Making by Private Groups*, 51 *HARV. L. REV.* 220（1937）。なお、委任の抽象性は、規律対象の専門技術性（最判平成2年2月1日民集44卷2号369頁参照）や、立法手続に対する「市民参加」の程度（民主的正統性の補充）によって補充されうるように思われる。この点について、大橋洋一『行政法・第2版』（有斐閣、2004年）42頁参照。

49) もちろん、行政機関が服する制約とイコールではないであろう。ギリアン・メッツァーは、政府権限の行使を委任された民間アクターが服すべきデュー・プロセスを、行政機関が服すべきデュー・プロセスと区別し、「私的デュー・プロセス（private due process）」と呼んでいる。See Metzger, *supra* note 48, at 298.

50) 「受任」的「自律」規範とは、本来は「矛盾語法（oxymoron）」であるが、自律規範とは、多かれ少なかれ外部的な刺激を受けて定立されるのであり、その点で、純粋な自律規範など存在しない。

保護団体による個人情報保護指針の作成・公表を推進し、また、同指針を参考にした個人情報取扱事業者によるプライバシー・ポリシーの作成を期待するなど、事業分野の特性に応じた自律的な規範形成（ボトム・アップ方式）に否定的というわけではない⁵¹⁾。とくに医療（診療）分野においては、①適用除外領域とされる「研究」領域と密接に関連していること、②当該分野の特殊性や専門技術性により、個人情報保護の一般的基準がストレートに適用できない場面が多く予想されることなどから⁵²⁾、こうした自律的な規範形成が、「許容」を超えて「要請」されているようにも思われる⁵³⁾。

このような状況の中で、現在、遺伝医学関連の10学会（日本遺伝カウンセリング学会、日本遺伝子診療学会、日本産科婦人科学会、日本小児遺伝学会、日本人類遺伝学会、日本先天異常学会、日本先天代謝異常学会、日本マススクリーニング学会、日本臨床検査医学会、家族性腫瘍研究会）の手に成る「遺伝学的検査に関するガイドライン」（2003年。以下、「十学会ガイドライン」と呼ぶ）が、遺伝医療の場面における（診療行為として位置づけられる遺伝学的検査に関する）遺伝情報の取扱いについて定めている。このガイドラインは、その策定を法律によって委ねられた「受任的自律規範」と異なり、より純粋な意味における「自律規範」ないし「自主規制」と称することができよう⁵⁴⁾。

十学会ガイドラインの内容的特徴としては、①遺伝学的検査の実施が制限されていること、②一定の条件下で、被検者の遺伝情報を血縁者に対して開示しようとされていることを摘示できる。①の検査制限については、つぎのような

51) この点について、宇賀克也は以下のように指摘する。個人情報保護法4章が定める個人情報取扱事業者の義務等の規定は、「ミニマム・スタンダードを定めたものとなっており、業界ごとに、より高い水準における『個人情報の適正な取扱いの確保』が目指されることが規定される」。宇賀・前掲注38) 173頁。

52) 個人情報保護法制定時に、医療情報の取扱いに関する特別法の制定を検討する旨の附帯決議が付されたことを踏まえれば、立法者も、医療分野の特殊性に気づいていたように思われる。この点については、樋口範雄「医療における規範とソフトロー」ソフトロー研究1号（2005年）53-54頁参照。

53) 問題の所在について、樋口・前掲注52) 53-57頁参照。

諸規定が注目される。すなわち、(a)「将来の自由意思の保護という観点から、未成年者に対する遺伝学的検査は、検査結果により直ちに治療・予防措置が可能な場合や緊急を要する場合を除き、本人が成人に達するまで保留すべきである」とする規定（ガイドラインⅡ、4(3)）、(b)「臨床的有用性が確立していない遺伝学的検査は行うべきではない」とする規定（Ⅱ、7）、(c)「遺伝学的検査は、十分な遺伝カウンセリングを行った後に実施する」とする規定（Ⅳ、1）、(d) 有効な治療法および予防法が確立されていない疾患の発症前検査⁵⁵⁾は、「被検者が判断能力のある成人であり、被検者が自発的に発症前検査を希望していること」、「同一家系内の罹患者の遺伝子変異が判明している場合など、遺伝学的検査によって確実に診断できること」、「被検者は当該疾患の遺伝形式、臨床的特徴、遺伝学的検査法の詳細についてよく理解しており、検査の結果が陽性であった場合の将来設計について熟慮していること」、「遺伝学的検査後及び結果が陽性であった場合には発症後においても、臨床心理的、社会的支援を含むケア及び治療を行う医療機関が利用できること」という4要件がすべて満たされない限り「行ってはならない」とし、4要件がすべて満たされている場合で

-
- 54) 原田大樹は、「自主規制」を、①団体が、「国家活動とは独立して、固有の行動計画（policy）の決定を行い、かつ自ら実現する（ように見える）」モデル（＝団体自律モデル）と、②団体の定立した規範が国家活動に取り込まれて国家によって実現されるなど、団体が国家法秩序に参画するモデル（＝団体参画モデル）に分類する（他に、「監査認証モデル」や「誘導モデル」も挙げている）。原田・前掲注48）55-59頁参照。このような分析枠組みに代えば、本稿のいう「受任的自律規範」は②の団体参画モデルに、より純粋な意味における「自律規範」は①の団体自律モデルに位置づけられる。もっとも、後者も、(a)同一事項を対象とする法律が既に存在している場合と、(b)そのような法律が存在していない場合で区別されうる。(b)に属するものとして、Ⅲで触れる日本産科婦人科学会の「『ヒトの体外受精・胚移植の臨床応用の範囲』についての見解」および「『着床前診断』に関する見解」を挙げる事ができる。ただし、(a)と(b)の区別は相対的なものでしかない。後掲注79) 参照。
- 55) 十学会ガイドラインに付された用語解説は、発症前検査を、「ある特定の遺伝病、たとえばハンチントン病のような遅発性の常染色体優性遺伝病で、浸透率が極めて高い（ほぼ100%）疾患について、その家族歴をもつ健常者を対象に発症前に遺伝子検査を行うこと」と定義する。

も、上記の発症前検査は「当該疾患の専門医、臨床遺伝専門医、精神医学専門医などを含む複数の医師により、可能な限り、臨床心理専門職、看護師、ソーシャルワーカーなどの協力を得て、複数回の遺伝カウンセリングを行った上で、検査の実施の可否を慎重に決定する」とする規定（Ⅴ、3A）である。

②の血縁者開示については、「被検者の診断結果が血縁者における重大な疾患の発症予防や治療に役立つ情報として利用できること」、「開示することにより、その血縁者が被る重大な不利益を防止できると判断されること」、「繰り返し被検者に説明しても、血縁者への開示に同意が得られないこと」、「被検者の検査結果について、被検者の血縁者から開示の要望があること」、「血縁者に開示しても、被検者が不当な差別を受けないと判断されること」、「開示は、その疾患に限り、かつ血縁者の診断、予防、治療を目的とすること」という6要件がすべて満たされる場合には、被検者の同意が得られなくても、被検者の検査結果（遺伝情報）をその血縁者に開示できるとしながら、「被検者の同意が得られない場合の開示の可否は、担当医師の判断のみによるのではなく、所轄の倫理委員会などの判断に委ねるべきである」とする規定（Ⅲ、6参照）が目される。

これらの規定をみると、専門職集団は、診療場面における遺伝子プライバシー権を、自己の遺伝情報に対する完全（full）なコントロール権⁵⁶⁾としては造形していないことがわかる。おそらく、これを一般的な自己情報コントロール権とまったく同様に解した場合には、本人が望んでいるにもかかわらず遺伝学的検査の受診が制限されうるとする①の諸規定や、逆に本人が望んでいないにもかかわらずその遺伝情報が血縁者にも開示されうるとする②の規定は、容易には正当化されないように思われる。①および②の諸規定は、専門職集団が、自らの専門知や倫理観に基づき、あるいは他の学問領域の有識者や一般市民と討議を重ねつつ、遺伝情報が有する血縁者間共有性、未知性、未来予見可能性と

56) もちろん、「自己情報コントロール権」という言葉も多義的である。山本・前掲注33) 80頁以下参照。

いった特徴⁵⁷⁾を探り当て、このような特徴に沿ったかたちで「遺伝子プライバシー権」の内実を積極的に、ある意味で勇猛果敢に造形したものと理解できる。これは、ヒトゲノム・遺伝子解析「研究」の領域においては、専門職集団が、個人情報保護法による「委任」（適用除外規定）を受けているにもかかわらず、国家が策定した——本来は「支援」としての意味を持つに過ぎないはずの——指針（三省指針）によって満足しているのとは異なる⁵⁸⁾。

もっとも、専門職集団による権利の造形がどこまで認められるのかは、慎重に検討されなければならない重要問題である。十学会ガイドラインによる現在の造形は、あくまで本人の自由意思の尊重を原則としている点で（ガイドラインⅡ、3参照）、個人情報保護の一般的基準からの明らかな逸脱とまではいえないが（なお、受任的自律規範の場合には、逸脱が法律上は認められている）、今後の

57) 十学会ガイドラインの「はじめに」は、この点について、つぎのような認識を示している。「遺伝学的検査においては、生涯変化しない個人の重要な遺伝学的情報が扱われるため、検査実施時のインフォームド・コンセント、個人の遺伝学的情報の保護、検査に用いた生体試料の取り扱い、検査前後の遺伝カウンセリングなど慎重に検討すべき問題が存在している。また個人の遺伝学的情報は血縁者で一部共有されており、その影響が個人に留まらないという際立った特徴も有していることから、新たな生命倫理規範が求められている。さらに最近では、遺伝医学的知識及び分子遺伝学的技術基盤が不十分であり、責任体制が不明瞭であるにもかかわらず、臨床的意義が確立されていない遺伝学的検査を行おうとする医療機関や企業があらわれ、社会的混乱をきたすことも憂慮されている」（傍点は山本。傍点を付したのは、専門職集団の専門知が発揮されたと思われる部分である）。なお、2003年のユネスコ総会で採択された「ヒト遺伝情報に関する国際宣言」5条も、遺伝情報が、「(i) 個人に関する遺伝的疾患体質を予見し得ること〔未来予見可能性〕、(ii) 世代を超えて、子孫を含めた家族に対して、そしてある場合には関係者が属する集団全体に対して、重大な影響力を有し得ること〔血縁者間共有性〕、(iii) 生物学的試料の収集の時点では必ずしも知られていない情報を含み得ること〔未知性〕、(iv) 個人又は集団に対する文化的な重要性を有し得ること〔文化的依存性〕」を認め、その「特別な地位」を認める。ユネスコにおける議論については、位田隆一「ヒトゲノム研究をめぐる法と倫理——ユネスコ『ヒトゲノム宣言』を手がかりとして」法学論叢148巻（2001年）121頁以下参照。未来予見性、血縁者間共有性、未知性などの詳しい説明については、山本・前掲注24）84-85、105-110頁参照。

58) もちろん、筆者は、これに「満足」していない研究者にも多く遭遇してきた。

改定可能性を踏まえれば⁵⁹⁾、専門職集団は、その造形の際に、一般的基準からどこまで乖離できるのかを、ガイドラインの正統性や法的地位論とともに検討しなければならない。次章1節では、この問題の一端を、専門職集団によるガイドラインの有効性を審査した——あるいは審査しなかった——日本の裁判例を素材に検討してみたい。

Ⅲ. 専門職集団による規範定立と司法審査——日産婦事件を素材に

判例集に登載される判決のみが重要判決というわけではない。発見され、分析されるのを静かに待っている判決も存在する。本章においてまず紹介する判決は、こうした判決の1つである。すなわちそれは、専門職集団が定立したガイドライン（自律規範）の法的位置づけや、それに対する司法審査のあり方について比較的饒舌に語った重要判決であるにもかかわらず、これまで正当な光を当てられてこなかった判決である⁶⁰⁾。

1. 事案

よく知られているように、日本の生殖補助医療規制は、専門職集団である日本産科婦人科学会（以下、「日産婦」と呼ぶ）の会告⁶¹⁾によって行われている⁶²⁾。着床前診断についても、日産婦は、着床前診断の実施を「重篤な遺伝性疾患」

59) 十学会ガイドラインは、「今後の遺伝医学及び遺伝学的検査技術の発展を勘案しながら、必要に応じて随時改定する所存である」と述べる。

60) 1審判決は、東京地判平成19年5月10日判例集未登載、2審判決は、東京高判平成20年4月23日判例集未登載。2審判決を検討するものとして、山本・前掲注14) 102頁以下がある。

61) 日産婦の会告をまとめたものとして、「倫理的に注意すべき事項に関する見解」日本産科婦人科学会雑誌61巻1号（2009年）99頁以下がある（以下、「会告集」と呼ぶ）。

62) 田中成明「弁護士倫理・医療倫理と団体の自治権能」書齋の窓545号（2005年）28頁、位田隆一「生命科学・生命科学研究と法」ジュリスト1339号（2007年）5-6頁、原田・前掲注48) 44-45頁参照。

等に限定し、その実施に当たって日産婦への「着床前診断に関する臨床研究の施設認可申請」および日産婦の認可を要求する旨の会告⁶³⁾を定めている。

本件は、産婦人科医師と患者が、日産婦の上記会告は患者らの「着床前診断を受ける権利及び子を産む権利」、「憲法上の自己決定権の1つである最新の医学的治療又は医療行為を受ける権利及び子を産む権利」を侵害し、無効であることの確認と、会告違反を理由に日産婦がなした医師に対する除名処分の無効確認等を求めて出訴したものである。ここで重要な争点として持ち上がったのは、まさに、専門職集団による自律規範としての会告の有効性と、それに対する司法審査のあり方であった（ここでいう「司法審査のあり方」とは、司法審査それ自体の可否に関する問題も含む。というのも、原告側は、本案前の主張として、「着床前診断の制限の当否は、高度に医学的、倫理的な問題であり、かつ、被告学会の団体自治、団体の自律権に原則としてゆだねられるべき事項であって、法令の適用による終局的な解決が不可能なものである」から、本件訴えはそもそも司法審査の可能な「法律上の争訟」⁶⁴⁾に当たらないなどと主張していたからである）。

2. 1 審判決

(1) 日産婦の性格と「法律上の争訟」

1 審判決は、まず、日産婦という専門職集団が有する二面性（その私的側面と公的側面）を指摘し、とくにその公的側面を強調することによって、本件係争が一般市民法秩序にかかわり、「法律上の争訟」に当たることを説明する。以下、この部分を要約する（傍点は筆者による）。

63) 『『ヒトの体外受精・胚移植の臨床応用の範囲』についての見解』、『『着床前診断』に関する見解』（1998年10月）、『『着床前診断に関する見解』について』（2006年2月）。会告集・前掲注61）140頁以下参照。

64) 裁判所法3条1項は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」と規定する。

日産婦は、「産科学及び婦人科学の進歩、発展を図り、もって人類・社会の福祉に貢献することを目的として設立され、この目的に賛同する医師又はその他の自然科学者で理事長の承認を得て入会した者を会員とし、文部科学省を監督官庁とする公益社団法人であり、内部的には、定款等の自主的に定めた規範を有し、会員に対して一定の統制を施すなどの自治権能を有する団体であるといえることができるが、いわゆる強制加入団体ではなく、被告学会〔日産婦〕への加入は任意であり、産科、婦人科医が、被告学会への加入を義務付けられているわけではなく（ドイツの医師会とは異なる。）、被告学会に加入せずに、産科、婦人科の医師として業務を行ったり、研究し、その研究の成果を社会に発表することは自由である」。

他方、日産婦は、その事業として、「産婦人科医専門医の認定及び研修、日本学術会議、日本医学会、日本医師会その他諸官庁及び諸団体からの諮問に対する答申又はそれらへの建議、産科婦人科の医療及び保健に関する社会一般への啓発並びに普及活動なども予定しており、単なる任意加入の学術親睦団体という性格にとどまっていない。しかも、我が国の大学医学部の産科、婦人科教室の教員室、病院勤務の産科、婦人科医のほとんどが被告学会〔日産婦〕の会員となり、産科、婦人科の開業医の多くも被告学会の会員となっており、我が国の立法作業が、……ヨーロッパ諸国と異なり、社会情勢の変化や科学の進展に対応して迅速に行われていないため、被告学会は、我が国の産科、婦人科の医療の在り方等を決め、産科、婦人科の医師の質の確保に貢献するほか、被告学会の自主規制が事実上法律による規制に代わる機能の一端を果たさざるを得ない状況であり、社会からもそのような役割までもが期待されている面があることを否定できない」。そして、日産婦のこのような性格（公的性格）に照らし、いくつかの自治体は、特定不妊治療助成事業における指定医療機関の指定に当たり、当該医療施設が日産婦において登録を受けた医療機関であることを要件としている。また、産科、婦人科医は、日産婦が認定する専門医資格を有していないと、産婦人科医専門医であることを広告できなくなり、患者等から「医師としての資質や能力についての疑問を持たれるおそれもないわけではない」。

「したがって、被告学会による医師である会員に対する除名処分は、当該医師の一般市民としての権利利益を侵害する」。また、会告は、「会員以外の医師や患者を法的には拘束しないが、被告学会の会員である医師を統制しており、これに伴い、着床前診断の適応の可能性がある患者」は、会員でない医師または処分等を覚悟した上で着床前診断を実施する医師以外からは着床前診断を受ける可能性が事実上なくなってしまう、「着床前診断を受ける可能性が大いに制約されることが明らかであるから」、会告による着床前診断の制約が「着床前診断

の適応の可能性のある患者に対して不法行為を構成する余地がある」。

(2) 会告の有効性

以上のように、1審判決は、日産婦による除名処分等が、団体の純然たる内部問題に当たるといふことはできなとし、部分社会論⁶⁵⁾を根拠に本件訴えの「法律上の争訟」性を否定する日産婦側の主張を斥けたうえで、除名処分の根拠となった本件会告の有効無効の審査に歩を進めるのであるが、ここで、専門職集団の専門的判断にきわめて強い敬讓を示す次のような審査基準を打ち立てた。

すなわち、「被告学会〔日産婦〕が任意加入団体であること、被告学会の自律的な性格、本件会告及び本件見解が着床前診断の適応、施行範囲、実施に当たり考慮すべき倫理的諸問題という最先端の医学上及び倫理上の問題にかかわるものであり、被告学会によるこの問題に関する判断についても裁量が広いと考えられることに照らすと、本件会告及び本件見解は、その内容が公序良俗又は強行法規に違反する場合に限り、無効となり、かつ、これらによる被告学会の会員である医師の医療行為や着床前診断の適応のある患者の受診行為の制約が違法となる余地があるというべきであり、裁判所は、その限りにおいて、本件会告及び本件見解の効力、これらによる上記制約の違法性について判断することができるというべきである」（下線は山本）という基準である。

そして、1審判決は、「本件会告及び本件見解は、その妥当性、その医学的正確性についてはなお議論の余地があるとしても（当裁判所は、本件会告及び本件見解の内容が公序良俗又は強行法規に違反するかのみについて判断すれば足りるのであり、本件会告及び本件見解の妥当性、その医学的正確性についての原告ら及び被告学会の各主張について判断する必要はないというべきである。）、諸外国を含めた医学的及び社会的状況、本件会告及び本件見解の制定過程に照らしてその内容が公序良俗に違反するといふことはできない」などとし、結論として、本

65) 最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁（富山大学事件）参照。

件会告の有効性を肯定したのである（本件会告を根拠とする除名処分の有効性も認めた）。

（3）若干のコメント

1 審判決は、日産婦の公的性格から、その自律規範（会告）が有する外部効果（法律代替的機能）を肯定しつつも、規制対象の高度の専門性・倫理性から、規範定立に関する専門職集団＝日産婦の広い裁量を肯定し、「〔会告の〕内容が公序良俗又は強行法規に違反する場合に限り、無効」となる、というきわめて敬讓的な——審査密度の薄い——審査を行うものであった（上記(2)下線部分参照）。なお、判決は、このような敬讓的審査を導く理由として、日産婦が「任意加入団体であること」や、その「自律的な性格」も挙げているが、これは、日産婦が単なる任意加入の学術親睦団体とはいえない団体であることを強調する判決の前半部分（上記(1)傍点部分参照）と整合的でなく、問題となりうる。この点については後述する。

また、1 審判決は、いま述べた理由から、専門職集団の手に成る自律規範に深い敬讓を払うものであったが、これを手放しに認めているわけではない。上述のように、公序良俗や強行法規に違反する規範は無効になりうるとするが、とくに注目されるのは、上記(2)傍点部分にあるように、公序良俗違反を判断するに当たって、会告の「制定過程」を参照していることである。判決は、本件会告が、定款所定の手続を踏んで総会で承認されたことはもちろん、制定過程において、会員からの意見が聴取されたこと、多数の関連団体や個人に倫理委員会報告の別刷が送付され、意見が集められたこと（パブリック・コメント手続の自主的实施ともいえる）、障害者団体との懇談会・報道機関との会見・公開討論会などが複数回開催されたことなどに触れている。こうしてみると、公序良俗違反の審査の中に、一定のプロセス的審査が混入しているとみることもできる。

3. 2 審判決

(1) 会告意見部分の当不当と「法律上の争訟」

2 審判決は、会告の意見部分（「性選別、障害選別という生命倫理に関わる先端医療の適用範囲に関する意見の部分」）が不当であるとの判断をもって本件会告の無効確認を求める訴えは、そもそも「法律上の争訟」に当たらず、司法審査が及ばないとして、1 審判決と異なる角度から——しかし、共に問題の高度の専門性や倫理性を重視して——専門職集団による自律規範を積極的に是認した。

すなわち、「着床前診断は未だ臨床研究途上にある最先端の高度な医療技術であり、その実施については生命倫理にも関わる複雑困難な課題が指摘され、諸外国においても様々な見解が存在し、未だ定説が存在しない状況にある。そして、意見部分は、このような論点について、自律権が保障された医師の私的団体である被控訴人学会〔日産婦〕が、無秩序な着床前診断の濫用による弊害を防止するという合理的な目的から、定めた統一見解である。すなわち、意見部分は被控訴人学会の設立目的に含まれる学術調査研究に基づく専門家団体の意見であって、その意見の対象は、生命倫理に関する国民意識とも関わるものであり、意見部分が産科、婦人科における我が国の医療水準（適応事例については施術義務が発生し、その不履行が不法行為を構成する医療水準）に抵触すると認めるに足る証拠はないから、意見部分は、専門家団体としての被控訴人学会の学問、研究、表現の自由に含まれる事項であって、法令の適用によって当否を決すべきものではない」、というのである。さらに2 審判決は、除名処分等の有効無効を判断する前提問題として本件会告の有効無効が争われる場合にも、上記理由から、「〔会告の〕意見部分の当否については司法審査が及ばないというべきである」と述べている。

こうして、2 審判決は、本件会告の無効確認請求を却下し、また、本件会告を基礎にしてなされた除名処分の無効確認請求を理由ないものとして棄却したのである（控訴棄却）。

(2) 若干のコメント

2審判決は、その引用からもわかるように、1996年技術士国家試験最高裁判決⁶⁶⁾の影響を受け、学問・技術的事項に関する専門職集団の判断を、「法令の適用によって当否を決すべきものではない」とし、かかる判断に対する裁判所の立入り自体を否定した。これは、同じく問題の高度の専門性・倫理性を認めつつも、これを専門職集団の「裁量」に結びつけ、緩やかながらも司法審査を行った1審判決と異なる。その意味では、2審判決は、1審判決以上に、専門職集団の自律規範に強い敬讓を払うものであった。もっとも、2審判決は、本件会告が定款所定の総会決議であること（倫理委員会の検討も経ていること）、「合理的な目的」を有していること、「学術調査研究に基づく専門家団体の意見」であること、「国民意識」と密着していること、「我が国の医療水準」に抵触していないことなどを、本件会告に対する司法的敬讓の前提としており、この前提を欠いた場合の司法審査の可能性までは否定していない。

4. 検討

以上みてきたように、裁判所は、着床前診断という——遺伝子プライバシーともかかわる⁶⁷⁾——先端医療の適用範囲等に関する日産婦の、自律的な、し

66) 最判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁。本判決は、まず、「司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法3条にいう『法律上の争訟』に限られ、いわゆる法律上の争訟とは、『法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう』ものと解される」とし、「法令の適用によって解決するに適さない単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争は、裁判所の裁判を受けうべき事柄ではない」とする。そのうえで、技術士国家試験の合否判定を、「学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為」であり、「試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであって、その判断の当否を〔裁判所が〕審査し具体的に法令を適用して、その争を解決調整できるものとはいえない」とした。

67) 十学会ガイドラインは、「着床前検査及び診断は、極めて高度な知識・技術を要する未だ研究段階にある遺伝学的検査を用いた医療技術であり、倫理的側面からもより慎重に扱わなければならない。実施に際しては、日本産科婦人科学会会告『着床前診断に関する見解』に準拠する」と規定する（V.5(7)）。

かし外部効果を有する規範定立に対して強い敬讓を示した。とくに、司法権の範囲（裁判所のなしうることは何か）という根本問題⁶⁸⁾から、専門職集団の規範定立に対する司法審査それ自体を否定した2審判決などをみると、裁判所は、生命倫理問題に対してきわめて消極的な態度を示したかのように見える。

しかし、両判決が「司法の消極性を意味するものと、単純に捉えるべきではない」⁶⁹⁾。裁判所は、両判決をとおして、原告らが主張するような「着床前診断を受ける権利及び子を産む権利」、さらには、着床前診断されないと潜在的な生命の遺伝子プライバシーが、憲法13条の幸福追求権を根拠に認められるかどうか、認められるとすればそれは具体的に如何なるものであるのかを解釈・決定する主体が誰かを、積極的に決定しているともいえるからである⁷⁰⁾。すなわち、両判決にみられる強い敬讓は、逆説的に、そのような解釈権が、裁判所ではなく専門職集団にある、ということを示す強いメッセージとしての意味を持ちうるのである。そして、このように考えると、生命倫理問題に関する「管轄 (jurisdiction)」を認められた専門職集団は、かかる問題について積極的な規範定立を行うことができるものと解される⁷¹⁾。この理は、基本的には、診療場面における遺伝子プライバシー権を内容形成する、十学会ガイドライン等についても当てはまる⁷²⁾。

もっとも、専門職集団の自律規範に対する司法審査の標準形式を案出するためには、上記判決に付着する以下の問題を慎重に検討しておく必要がある。

68) 前掲注66) 参照。

69) 山本・前掲注14) 102頁。

70) このような司法の先行的な決定を、「制度決定」ないし「制度選択 (institutional choices)」と表現することもできよう。See Nourse & Shaffer, *supra* note 12, at 106.

71) Roderick M. Hills, Jr., *The Constitutional Rights of Private Governments*, 78 N. Y. U. L. REV. 144 (2003). この点については、ヒルズのつぎのような言葉が示唆に富む。「制度理論 (institutional theories) は、権利を、特定の制度に専断的管轄権 (preemptive jurisdiction) を配分するためのルールとして理解する。この配分は、当該制度が、それが機能する社会領域に適した決定を行う可能性 (likelihood) に基づいて判断される」。Id. at 188. ヒルズの議論については、別稿で詳しく検討するつもりである。

72) ただし、前掲注54) および後掲注79) 参照。

第1は、裁判所は、専門職集団の判断にどこまでの敬讓を払うべきか、という問題である。判決自身が認めるように、自律規範が単なる内部規範にとどまらない外部効果を持つとすれば、それに対する司法審査を遍く否定する2審判決のようなアプローチは避けるべきであろう。そもそも、2審判決が持ち出す学問研究の自由や表現の自由は、とくにそれが他者の権利利益と抵触ないし衝突する場合には、裁判所の介入それ自体を否定する論拠にはならないはずであるし⁷³⁾、裁判所が行政機関の専門技術的判断を審査した事例が多数存在することを踏まえれば⁷⁴⁾、規制対象の専門技術性も、司法審査それ自体を遮断する論理にはならないと解すべきである⁷⁵⁾。そうであるとすると、1審判決のように、規範定立に関する専門職集団の裁量を広く認めたいうえで、それを公序良俗や強行法規に反するか否かといった観点から、またプロセス的観点（「市民参加」⁷⁶⁾の程度も含めて）から統制ないしモニタリングするという手法が有効かつ妥当であるように思われる。

ただし、先述した受任的自律規範の場合とはともかく、一次的には私的団体である専門職集団に対し、行政機関に対するものとまったく同様のプロセス的審査（行政手続法上の手続に基づく審査や判断過程審査）が及ぶかどうかは、なお検討の余地がある⁷⁷⁾。さらに、着床前診断の事例とは異なり、同一事項を対象とする法律が既に存在する場合には、この法律との整合性が問題となりうるが、

73) ここでは、名誉毀損事案を想定している。

74) 最判平成4年10月29日民集46巻7号1174号（伊方原発訴訟判決）、最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁（教科書検定事件判決）など、枚挙に暇がない。行政裁量を認める目的が、事柄の専門技術性にあるとすれば、行政裁量が問題となるおよそすべての事案において専門技術性が問題になっているといえる。

75) この点で、2審判決が引用する技術士国家試験判決それ自体が批判対象となる。たとえば、「国家試験の可否をめぐる訴え自体は『法律上の争訟』に該当するとした上で、純然たる学問的・技術的判断に関する部分は行政庁の自由裁量に属する事柄であるとするべき」とする、大橋真由美「国家試験と司法審査」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅱ・第5版』（有斐閣、2006年）309頁。さらに、椎名慎太郎「国家試験と司法審査」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅱ・第4版』（有斐閣、1999年）390頁、高田敏「国家試験と司法審査」雄川一郎編『行政判例百選Ⅱ』（有斐閣、1979年）330頁も参照。

法律の射程や趣旨、条文の意味が一義的ではないとすれば、結局は、いわゆるベースライン⁷⁸⁾が引ける場合に、それに準拠したかたちでの審査が——先述した「公序良俗」との関係において——行われるに過ぎないようにも思われる（したがって、先にも触れたように、上記判決の検討から抽出された理屈は、個人情報保護法が存在している状況下で、診療場面における遺伝情報の取扱いを定める学会ガイドラインにも基本的に当てはまる⁷⁹⁾）。

第2は、専門職集団や、その自律規範に関する上記判決の位置づけに一定の矛盾がみられる、という問題である。たとえば1審判決は、一方において、日産婦という専門職集団が、「単なる任意加入の学術親睦団体という性格にとどまっていない」ばかりか、「我が国の大学医学部の産科、婦人科教室の教室員、病院勤務の産科、婦人科医のほとんど」と「産科、婦人科の開業医の多く」を会員としていること、「我が国の産科、婦人科の医療の在り方等を決め、産科、婦人科の質の確保に貢献」していること、特定不妊治療助成事業における指定

76) 中山茂樹「科学技術と民主主義——憲法学から見た『市民参加』論——」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配（佐藤幸治先生古希記念論文集・上巻）』（成文堂、2008年）79頁以下参照。

77) この点で、メツァーの「私的デュー・プロセス」の考えを精緻化していく必要があろう。
See Metzger, *supra* note 48, at 298.

78) 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）135-36頁参照。生命倫理問題とベースライン論との関係について、山本・前掲注14）103頁。

79) 遺伝情報は通常の個人情報と本質的に異なる——この考えは、しばしば「遺伝子例外主義（genetic exceptionalism）」と呼ばれる——とすれば、個人情報法保護法は、そもそも遺伝情報の取扱いをカバーしていない、との解釈もありうる。こう考えれば、遺伝情報の取扱いについて定めた法律は、もとより存在しないということになる。また、同一事項を対象とする法律の存在が仮に確定できたとしても、その法律の条文が多義的で、解釈されるものである場合には、裁判所がかかる条文と自律規範との整合性を審査することは、やはり困難である。たとえば、十学会ガイドラインは、被検者の同意が得られない場合でも、一定の条件下で、被検者の遺伝情報が血縁者に開示されることを認めている。これは、一見、個人情報保護法の「第三者提供の制限」（23条）から「逸脱」しているようにも思える。しかし、これは、専門職集団が、個人情報保護法が認める第三者提供禁止の「例外」（23条1号～4号）を「解釈」したものとみることのできるものである。

医療機関の指定に深くかかわっていること、産婦人科専門医資格を認定していること（同認定は、母体保護法上中絶を行いうる医師の指定にもかかわる⁸⁰⁾）などを指摘し、その公的性格を強調する。また、専門職集団の自律規範たる会告についても、それが、「事実上法律による規制に代わる機能の一端」を果たしていること、「会員以外の医師や患者を法的に拘束しないが、……会員である医師を統制しており、これに伴い、着床前診断の適応の可能性のある患者」が「着床前診断を受ける可能性を大いに制約」していることを認め、その外部効果を明らかにしている。しかし、他方において、1審判決は、日産婦が「任意加入団体であること」、「自律的な性格」を有することも、繰り返して述べているのである。2審判決も同様に、日産婦が「自律権が保障された医師の私的団体」であることを、その会告（意見部分）に対する司法審査を否定する論理の中に組み込んでいる。

もちろん、判決中にみられるこのような矛盾や公私間のゆらぎを批判して、日産婦＝専門職集団やその会告の、より明瞭な位置づけを要求する見解もありえよう。しかし、この矛盾やゆらぎを、裁判官による苦心の表象や賢慮として肯定的に捉えることもできる。日産婦と会告を、一貫して、単なる一私法人や任意加入団体であるとか、内輪のルール（内部法）であると位置づけてしまえば、裁判所は会告に対する司法審査の根拠すら失う可能性がある。事実上の外部効果が認められるにもかかわらず一切司法審査できず、ということにもなりかねない。他方、一貫して、日産婦の公的性格や会告の外部効果（「一般性」）を主張すれば、裁判所は法形式上の問題に正面から応答せざるを得なくなる。会告はある種の「行政立法」として、法律による委任の有無や法律の留保といった法形式的観点⁸¹⁾からの審査を受けざるを得なくなるのである（それはまた、会告の無効化や現実の否定へとつながる）。したがって、裁判所としては、こうし

80) 周知のように、母体保護法14条1項は、都道府県医師会に、人工妊娠中絶を行いうる医師の「指定」を授権している。そして、都道府県医師会がかかる医師を指定する際に、日産婦の専門医資格の有無が参照されることが多い。

た極端な帰結を避けるために、判決中に矛盾やゆらぎを組み込まざるを得なかった、ともいえるのである。

ただ、このような帰結主義的な正当化は、規範論的な正当化を意味しない。「国民」の自由や権利の制限は、あるいは重要事項の決定は、立法府が「法律」という形式をもって行わなければならないとする立場からは、上記判決のように矛盾やゆらぎを是認することによって（日産婦の私的人格や任意加入性を再肯定することによって）、研究の自由や着床前診断の受診制限が「会告（ガイドライン）」によって行われているという実態を隠蔽すべきではない、などと批判されよう⁸²⁾。しかし、筆者には、上記判決のような態度を、「建設的矛盾」、「構築的ゆらぎ」として規範論的に正当化する余地があるように思える。公私のゆらぎは、会告に異議申立てを行う勇氣ある挑戦者の登場をもたらし、高度の専門性と道徳的・倫理的対立を抱えた生命倫理問題に関する討議過程を維持・促進するという積極的な役割を果たすようにも思われるからである⁸³⁾。

言うまでもなく、こうした検討は、より広い視野をもって綿密に行っていく必要がある⁸⁴⁾。いまはともかく、上に挙げたような示唆的な判決が存在すること、これらの判決によれば、遺伝情報の取扱いに関する専門職集団の自律的な規範定立が積極的に認められる可能性があることを確認しておくことが肝要であろう。

81) 「行政立法」をめぐる最近の論点については、毛利透＝大橋洋一「行政立法」宇賀克也＝大橋洋一＝高橋滋『対話で学ぶ行政法』（有斐閣、2003年）38頁以下、高橋信隆「行政立法の法的統制」芝池義一＝小早川光郎＝宇賀克也『行政法の争点・第3版』（有斐閣、2004年）26頁以下参照。

82) 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年）88頁参照。また、高田篤「議会制についての憲法理論的・憲法科学的省察」憲法問題17号（2006年）119頁も参照。

83) 完全無欠の実効性を持たないことは、学会ガイドラインの短所ではなく、長所である。

84) 問題の所在について、中山・前掲注76) 89-92頁参照。なお、このような考察は、ルソー＝ジャコバン型国家像とトクヴィル＝アメリカ型国家像の対立とも関連している。See John O. McGinnis, *Reviving Tocqueville's America*, 90 CAL. L. REV. 485 (2002).

IV. 結語に代えて

容易に推測できるように、今後ますます——シーケンサーの開発競争とも相俟って⁸⁵⁾——ヒトゲノム・遺伝子解析研究は進展し、その重要性を増していくであろう。そして、その知見は、診療の場において次々と生かされていくことであろう。近い将来、「遺伝学的検査」や「遺伝子テスト」という言葉が日常的に取り交わされる日が来ることは、もはや疑いようがない。そうなると、我々は、遺伝情報の取扱いについて、あるいは遺伝子プライバシー権の具体的なあり様について、これまで以上に真剣な議論を重ねていく必要がある。

では、憲法学は、このような議論にどのようにコミットすべきであろうか。筆者は、既に、次のような問題提起をとおして、生命倫理問題（とくに自己決定権をめぐる問題）に対する憲法学の接し方に2通りの考えがありうることを示した。「果たして憲法学は、迷宮ともいべき自己決定権の内実を巡る『権利』のディスカールから離れて、自律条件の形成プロセスや構造を巡る『統治』のディスカールへと焦点を移すべきなのか、否、社会における役割イメージに応じて、文化闘争の主戦場に自ら赴き、『自己決定権』とは何たるかをについて積極的に語るべきか」⁸⁶⁾。本稿の主題にひきつけられれば、前者は「統治論としての遺伝子プライバシー論」であり、後者は「人権論としての遺伝子プライバシー論」である。

本稿は、「制度論的転回」と称されることもある近時の憲法学の動向——それは“Who”問題を前景化するものであった——と、「人権論」としてのみ遺伝子プライバシーを語ることの限界をひしひしと感じ始めていた筆者自身の経験⁸⁷⁾を踏まえて、前者、すなわち「統治論としての遺伝子プライバシー論」

85) 山本・前掲注27) 参照。

86) 山本・前掲注14) 104頁。

87) このことは、人権論として遺伝子プライバシーを語ることがまったく無意味であるということの意味しない。その意味では、生命倫理問題に対する憲法学の2つの接し方は、二者択一的なものではないのかもしれない。

を選択し、展開したものである。そこで得られたささやかな結論とは、以下のようなものであった。

研究領域においては、個人情報保護法の適用除外規定（50条）が、遺伝情報の取扱いに関する規範定立を、専門職集団自身の手にて委ねているように解されるにもかかわらず⁸⁸⁾、少なくとも名目上は「国家」が定めた、「国家」によって署名された指針（三省指針）が、それに代替するかたちで君臨している。しかしこれは、個人情報保護法の適用除外規定の趣旨から問題であって、専門職集団は、三省指針を「参考」にしつつ、また「市民」の声に耳を傾けつつ、自らの手で規範定立を行うべきである（これを本稿は「受任的自律規範」と呼んだ）。他方、診療領域においては、遺伝医学関連学会が定めたガイドライン（十学会ガイドライン）が存在し、一定の役割を果たしている。「研究—診療」間の壁の薄さを考えれば、これを個人情報保護法の適用除外規定（「研究」領域の適用除外）に基づく受任的自律規範と解する余地もあるが、本稿は、さしあたりこれをより純粋な自律規範⁸⁹⁾と位置づけ、着床前診断に関する日産婦の会告（自律規範）の有効無効を争った裁判例を素材に、その限界について若干の検討を加えた。専門職集団による自律規範にきわめて強い敬讓を示したこれらの裁判例によれば、専門職集団は、遺伝情報の取扱いをめぐる規範定立について広範な裁量を認められており、公序良俗や強行法規に反するか否かといった観点やプロセス的観点から一定の統制を受けるにとどまるであろう。その意味では、専門職集団は、より積極的な規範形成を行うことができる。

もちろん、本稿が残した問題は少なくない。たとえば、本稿は、専門職を中心に構成される「倫理委員会（ethics committee）」の憲法的位置づけ、および倫理委員会の決定・判断に対する司法審査のあり方についてほとんど触れるこ

88) ただし、前掲注40) のような見解があることに留意されたい。

89) ただし、前掲注54) 参照。

とができなかった⁹⁰⁾。また、生命倫理問題における「立法府」や「法律」の位置づけや役割について、踏み込んだ検討を加えることができなかった。どちらも重要な課題であるが、とくに後者は、今後のあるべき統治モデル⁹¹⁾を考えるうえで避けて通ることのできない重要問題である⁹²⁾。本稿が、制度論的・権限配分論的な憲法学の可能性を考察する際の「覚書」でもあるとすれば、かかる課題は筆者に課せられた重い宿題となるであろう。

90) 倫理委員会の判断に対する敬謙的な司法審査を要求するものとして、See Diane E. Hoffmann, *Regulating Ethics Committees in Health Care Institutions: Is It Time?*, 50 Md. L. Rev. 746, 796 (1991)（「裁判所は、倫理委員会委員が法律が定める資格を有しているか（構成）、デュー・プロセス上の要求を満たしているか（手続）などを審査すべきであり、これらが満たされている場合には、裁判所は、倫理委員会決定が恣意的または気まぐれ（arbitrary or capricious）であると認められる場合に限って、かかる決定を覆すべきである」）；Susan M. Wolf, *Ethics Committees and Due Process: Nesting Rights in a Community of Caring*, 50 Md. L. Rev. 798 (1991). 倫理委員会の判断に対する判断代替型の司法審査を要求するものとして、See Heidi Gorovitz Robertson, *Seeking a Seat at the Table*, 32 WM. & MARY. ENVTL. L. & POLY REV. 273, 339 (2008)（「裁判所は、常に倫理委員会に特別の価値を置くわけではなく、倫理委員会の意見がある場合でも、倫理問題を独立に吟味しうる」）；Susan Stefan, *Leaving Civil Rights to the “Experts” : From Deference to Abdication Under the Professional Judgment Standard*, 102 YALE L. J. 639 (1992). 倫理委員会の判断に対して敬謙的な司法審査を行った（あるいは示唆した）裁判例として、See *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976) ; *Severns v. Wilmington Medical Center*, 421 A.2d 1334, 1350 (Del. Super. Ct. 1980) ; *In re Spring*, 405 N. E. 2d 115, 122 (1980) ; *In re Torres*, 357 N. W. 2d 332, 341 n. 4 (Minn. 1984) ; *In re Jobses*, 529 A.2d 434, 463-64 (1987) (Pollock, J., concurring) ; *In re Guardianship of Jane Doe*, 583 N.E.2d 1263 (Mass. 1992) ; *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1237 n. 2 (D.C. 1990). 倫理委員会の判断に強い信頼を置かなかった裁判例として、See *In re O’Connor*, 531 N. E. 2d 607 (1988) ; *In re Eberhardy*, 307 N. W. 2d 881 (1981) ; *In re Martin*, 538 N. W. 2d 399 (Mich. 1995). さらに、D・ミカ・ヘスター（前田正一＝児玉聡監訳）『病院倫理委員会と倫理コンサルテーション』（勁草書房、2009年）参照。

91) この点で注目される文献として、See Gráinne de Búrca & Joanne Scott, *Introduction: New Governance, Law, and Constitutionalism*, in *LAW AND NEW GOVERNANCE IN THE EU AND THE US I* (Gráinne de Búrca and Joanne Scott eds. 2006) ; Orly Lobel, *The Renew Deal : The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004) ; Dorf & Sabel, *supra* note 12, at 267.

92) 前掲注84) 参照。