

Title	ヒト組織の医学的利用に関する法的・倫理的諸問題： 憲法学の立場から：「身体」と「モノ」と「情報」と憲法： 提供者の「権利」と研究の自由
Sub Title	"Body", "property", "information", and the constitution
Author	山本, 龍彦(Yamamoto, Tatsuhiko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.29 (2014. 4) ,p.67- 83
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	テーマ企画：「先端医療技術に関する法制度の学際的研究体制の構築」シンポジウム
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20140423-0067

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.

ヒト組織の医学的利用に関する法的・ 倫理的諸問題：憲法学の立場から

—「身体」と「モノ」と「情報」と憲法：提供者の「権利」と研究の自由—

山 本 龍 彦

1. はじめに
2. 「身体」／「モノ」に対するコントロール
3. 「情報」に対するコントロール
4. 終わりに

1. はじめに

(1) 憲法への過剰な期待？

本学法科大学院で憲法を教えている山本龍彦です。私の報告では、憲法学、とりわけ「憲法判例」と呼ばれているものの記述的（descriptive）分析を通じて、本シンポジウムが提起する諸問題に接近してみようと思います。

最初に、本シンポジウムのテーマのような、先端医療技術をめぐる法的議論において、しばしば憲法（学）に過剰な期待がかけられる、という点を指摘しておきます。こうした議論を行うと、“憲法は自己決定権を認めている”とか、“憲法は自己情報コントロール権を認めている”といったような言葉が飛び交うことがあります。これは、記述的に見れば誤りです。このような誤解は、おそらくは、判例、学説、市民理解の間にあるギャップの軽視に由来するものでしょう。後でお話しますように、最高裁は憲法上の自己決定権なるものを認

めておりませんし、自己情報コントロール権なるものも正面からは認めていない。他方で、憲法学説の多くは、憲法13条でこういった権利は保障されている、あるいは保障されるべきだ、と主張しています。もちろん、学説の規範的（normative）議論が悪いというわけでは全くないのですが、生命倫理と法に関する議論を行う際には、無用な混乱を避けるためにも、まずは判例と学説との間に一定のギャップが存在しているということを確認しておくべきかと思います。さらに、市民の方々の中には、“憲法は、私たちの自己決定権や自己情報コントロール権を保障している”ということを感じ切っている方もおられます。ただ、いまお話しましたように、判例の立場は、少し違う。判例は、道徳的・倫理的に議論のある問題について、あるいは道徳的・倫理的価値をめぐり深い対立がある問題について、憲法レベルで決定・確定することを避け、民主主義的な討議に開放された、ボトムアップ型の法秩序形成を志向しているように思われます。

(2) 「モノ」と「情報」と憲法

次に、『「身体」と「モノ」と「情報」と憲法』と題する本報告の内容を簡単に纏めておきます。

第一に、憲法上インフォームド・コンセント（以下、「IC」と表記）が要求される範囲と、政策的・立法的にICが要求される範囲とは異なるということ。憲法は最高法規ですから、憲法上ICが必要だ、という範囲は、法律によっても変更できない強い拘束力をもつことになります。そして、日本の判例（下級審判決を含む）を踏まえると、憲法上の自己決定権が認められるのは——正確には、認められるとすれば——、身体に対する侵襲を伴う場面に限られる可能性が高いということ。つまり、身体に対する侵襲を伴う行為については、憲法上ICが要求されるが、侵襲性のない行為に対してICが必要であるか否かは、政策的議論に委ねられている可能性が高いということです。

第二に、日本の判例が承認している情報プライバシー権の射程は、いわゆる自己情報コントロールよりも狭いということ。先ほど述べましたように、最高

裁は「自己情報コントロール権」という言葉を使っていません。この点で、研究参加者が自らの情報に対して憲法上どのような権利を持つのかも、慎重に検討されなければなりません。例えば、研究参加者が、自己の遺伝情報の開示を要求する憲法上の権利を有するのかは、自明ではないということになります。

では、以下、判例を素材に詳しい検討に入っていこうと思います。

2. 「身体」／「モノ」に対するコントロール

(1) 憲法上の自己決定権

① 教科書的説明

憲法の代表的な教科書は、憲法上の自己決定権を、「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由」（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第5版〕』[2011] 125頁）とか、「個人〔が〕、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」（佐藤幸治『日本国憲法論』[2011] 188頁）などと定義したうえで、その典型例として、「医療拒否、とくに生命の処分を決める自由」（芦部・同上）、あるいは、「自己の生命・身体[・]の処分にかかわる事柄」などを挙げています（佐藤・同上）。

このような説明によれば、自己の生命・身体[・]の処分に関わる事柄[・]についての決定は、確実に憲法上の自己決定権の範疇に含まれるものとされています。少なくとも、身体への侵襲を伴う医療行為——典型的には手術でしょうが——や、身体への侵襲を伴う臨床研究——典型的には「治験」でしょうが——を受けるかどうかを自分で決める自由は、憲法上の権利として明確に承認されている。ところが、このような教科書の中には、身体への侵襲を伴わない研究、例えばヒト組織研究に参加するかどうかを自分で決める自由についての具体的記述はありません。そうすると、学説上も、自己の生命や身体[・]の処分に直接かわらないような研究に参加するかどうかの自己決定が、憲法上の権利として保護されているかは自明ではないということになります。他にも、例えばヒト組

織を提供するかどうか、利用させるかどうかを自分で決める自由が、憲法上の権利として肯定されているかもはっきりしません。先ほど、学説と判例の間には見越し難いギャップがあると述べましたが、こう見ると、判例よりも自己決定権の承認に肯定的な学説ですら、その範囲は市民的・一般的認識よりは限定的である、といえそうです。

② 判例

次に判例を見ていきますが、先に触れましたように、憲法の教科書が書くような憲法上の自己決定権を承認した最高裁判例は今のところありません。判例は、身体の侵襲を伴う医療行為や臨床研究に対する自己決定の自由を、民事上の人格権として承認しているにすぎません。先ほど説明しましたとおり、民事上の権利として認めることと、憲法上の権利として認めることには重要な違いがありますが、ここではさしあたり両者の関連性（実は、ここには憲法と民法の関係にかかわる深い理論的問題があります）を踏まえつつ、判例の趣旨を見ていきます。

(a) 有名なエホバの証人輸血拒否事件最高裁判決（最判平成12・2・29民集54巻2号582頁）は、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」と述べています。

ここでも、やはり、「輸血を伴う医療行為」についての自己決定が、すなわち身体への侵襲を伴う手術についての自己決定が、「人格権」として承認されているにとどまります。

(b) 乳房温存療法事件最高裁判決（最判平成13・11・27民集55巻6号1154頁）は、以下のように述べています。

「選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務がある」。「ここで問題とされている説明義務における説明は、患者

が自らの身に行われようとする療法（術式）につき、その利害得失を理解した上で、当該療法（術式）を受けるか否かについて熟慮し、決断することを助けるために行われるものである」。乳がん手術は、「患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にもかかわるものであるから、胸筋温存乳房切除手術を行う場合には、選択可能な他の療法（術式）として乳房温存療法について説明すべき要請は、……他の一般の手術を行う場合に比し、一層強まる」。医師には「いずれの道を選ぶかについて熟慮し判断する機会を与える義務があった」。

ここでも、引用文下線部にあるように、当該療法、術式を受けるか否かについて熟慮し、決断することが人格権のようなものとして承認されているわけですが、これも、「自らの身に行われようとする療法（術式）」（傍点山本）、すなわち身体への侵襲を伴う行為にかかわるものです。

(c) 下級審のものではありますが、「人体実験の側面を有する臨床試験」（卵巣癌に関する治験）について、平成12年の名古屋地裁判決（名古屋地判平成12・3・24判時1733号70頁）は次のように述べています。

「人体実験の側面を有する臨床試験の実施が、倫理的に許容されるためには、情報を開示した上、被験者から同意を得ることが必要不可欠であるが、法律的にこれを考察した場合においても、個人は生得の権利として自己の身体の完全性の利益が認められ、承諾を与えていない介入行為から自己の身体を守る権利があり、臨床試験に限らず少なからぬ医的侵襲や危険を伴う医療行為については、これを受けるかどうかは患者に決定する権利がある」。「医療の場においても、自己の身体に対し少なからぬ医的侵襲や危険を伴う医療行為については、自己決定権という患者固有の人格権に基づき、患者自身がその許否の意思決定をする権利を有する」。

もはや説明不要とも思われますが、ここでも、「自己決定権という……人格権」を承認するに当たり、「身体」ないし「身体への侵襲性」が繰り返し強調

されています。要するに、自分の「身体」に対するリスクについては自分でコントロールできなければならない、ということです。

(d) 同じく下級審のものですが、治療行為に「治療以外の他の目的」、すなわち研究目的等が「随伴する場合」——「他事目的随伴治療行為」と呼ばれています——について、平成17年の名古屋高裁金沢支部判決（名古屋高金沢支部判平成17・4・13判例集未登載）は、以下のように述べています。

「医師は、一般に、患者の身体に対して軽微でない侵襲を伴う治療行為を行うに当たっては、……診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断（病名と病状）、実施予定の治療行為の内容、当該治療行為に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務を負うのであるが、これは、治療行為が生命身体等の患者の権利利益に対する侵害の危険性を伴うものであるため、患者が当該治療行為を受けることの利害得失を理解した上で、これを受けるか否かについて熟慮し、自己決定することを援助するために要求されるものである」。

「他事目的随伴治療行為の場合にあっては、他事目的が随伴することについての説明がないからといって、当然に上記の自己決定権の侵害としての説明義務違反を来すものということとはできないが、他事目的随伴治療行為を受ける患者について、他事目的が随伴することにより、他事目的が随伴しない治療行為にはない権利利益に対する侵害の危険性〔追加的な身体リスク〕があるときには、診療契約上の付随義務又は信義則に基づき、医師には、他事目的が随伴しない治療行為について患者の自己決定のために要求される説明義務に加えて、これに随伴する他事目的があること及びこれにより生ずることのある危険性について、患者に説明すべき義務を負う」。

この判決は、ある治療行為が専ら患者の治療のみを目的としてなされるのではなく、患者の治療を主たる目的とするものではあるが、これに治療以外の他の目的が随伴する場合——これは研究目的とか、特許取得目的など、経済的な目的といったものが含まれるわけですが——、本来的な治療行為にはない追加

的な身体への侵襲リスクが生まれるので、これについてとくに説明をしなければならぬ、と述べています。

(e) ここで、少し話が逸れますが、先ほど西先生のご報告にもあったアメリカの有名なMoore判決 (Moore v. The Regent of the University of California, 793 P.2d 479 (1990)) についても簡単に触れておこうと思います。これは、(d)のような他事目的随伴治療行為に関する事例です。すなわち、医師が、毛様細胞性白血病の原告患者から脾臓などの身体組織を受け取り、患者の同意なく、(Tリンパ球から) cell lineを定着させ、その特許を申請し、莫大な経済的利益を得たという事例ですが、ここで、身体組織を提供した患者は、その組織に財産的利益を有するののかといった論点のほか、医師は——彼は研究者でもあったわけですが——治療ないし手術に関する医学的な説明に加えて、それが将来商業的に展開され、経済的利益をもたらすことまで患者に説明する必要があったのかどうか争われました。

この判決は、まず成人は、「自らの身体をコントロールする権利として、適当な医学的治療に服するか否かを決定する権利」を持ち、「治療に対する患者の同意が効力を生ずるためには、それが、ICであることを要」し、「医師は、患者の同意を得るうえで、患者の決定にとって重要 (material) な全ての情報を開示する受認者としての義務を負う」との一般論を展開します。ここでも、身体に対するコントロールという点が強調されています。

そして、「医師は、研究上のものであろうと経済的なものであろうと、医師の専門的判断に影響を与えうる、患者の健康と関連しない〔医師の〕個人的利益 (personal interests) について開示しなければなら」ず、「医師が、かかる利益の開示を怠った場合には、ICを欠いた医療手続の実施または信認義務違反により請求権が生じる」と述べました。ここで、なぜ「個人的利益」まで開示しなければいけないのかといえば、研究にかかわる医師の個人的利益が、患者の治療方針や専門的判断に影響を与えることがあるからだ、と説明されます。医師は、その個人的利益により、患者にとって利益にならず、その身体へのリスクを逆に増大させてしまうような手続や検査を課すよう誘惑される、という

わけです。ここにも、身体への侵襲性を基本とする考えがあるように思われます。

ちなみに、身体組織の提供者と研究者との間の同様の紛争を扱ったGreenberg判決（Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc., 264 F.Supp. 2d 1064（2003））は、いまお話ししたMoore判決とは違って、研究者は経済的利益や研究利益について説明する必要がないと述べています。しかし、その理由は、Moore判決の被告と原告との間には「治療的關係（therapeutic relationship）」が存在していたが、本件の被告は純粋な医学研究者であり、原告との間に治療的關係は存在していないからだ、と説明されます。要するに、本件では研究者が提供者の治療を行っているわけではなく、その経済的利益によって提供者の身体が危険にさらされることはないため、この点について説明する義務はない、と判断したわけです。その意味では、Moore判決やGreenberg判決は矛盾なく整合しており、共に、身体への侵襲性を、自己決定権を認めるポイントにしているということがわかります。

③ 小括

以上お話してきたことを纏めると、次のようにいえるでしょう。第一に、日本には憲法上の自己決定権を承認した最高裁判例はない。第二に、民事上的人格権を憲法上の自己決定権と関連づけるとしても、裁判上承認されているのは、身体への侵襲を伴う行為について自ら決定する権利であるということ。このように見ると、医師ないし研究者が、患者ないし被験者の「自己決定権」に基づいて、身体への侵襲を伴わない研究や、ヒト組織の利用・提供について説明し、同意を取る義務はないということにもなりそうです。

しかし、周知のとおり、実務上はこのような行為に対してもICを取るのが通例であるように思います。それは一体どうしてなのでしょう。これまで見てきた自己決定権の射程の限定性からして、自己決定権の保障という観点からICを取る必要は、ない。しかし、実務上はこれを取っている。それはなぜか。おそらく、この謎を解明する鍵は、「モノ」が財産性と情報性を併有している点にあるように思います。実は、本シンポジウムが主題化しようとしている論

点は、3つの問題が複雑に絡み合っており、そのことがこの論点の分析や説明を難しくさせてきたところがあります。その3つとは、①身体への侵襲にかかわる問題、すなわち“身体”問題、②モノ（ヒト組織）の提供にかかわる問題、すなわち“モノ”問題、③情報の開示にかかわる問題、すなわち“情報”問題です。これまでの議論では、この3つの関係がうまく整理されてこなかった。そのために、“身体”問題と“モノ”問題と“情報”問題が錯綜したかたちで論じられてきた。この関係を突き詰めて検討せずに、ふんわり議論してきた。報告者はそのように感じています。

以下では、ICは、基本的には“身体”問題にかかわってきたのだということを確認したうえで、“モノ”問題について簡単な検討を加えてみようと思います。

(2) 「モノ」の提供・利用——研究の自由（憲法23条）との関係

① 生体試料の提供・利用

これまでの検討によりますと、ヒト組織の取扱いについては被験者の同意は不要で、研究者は全く自由にそれを採取し、利用してよいようにも思えてきます。しかし、法的にそのような帰結にならないことは想像に難くないでしょう。近年は、ヒト組織の「モノ」性ないし「財産」性を肯定し、その提供について贈与契約的構成をとる見解が有力化しています（例えば、米村滋人「医学研究における被験者意思と倫理委員会」ジュリスト1339号〔2007〕11頁以下参照）。そうすると、ヒト組織の提供についても、結局は被験者の「同意」等が必要になるように思われます。しかし、重要なのは、この「同意」は、(1)で見てきた人格権に基づく「IC」——身体への侵襲を伴う行為についての自己決定——とは性質が異なる、という点です。いま述べた有力説を踏まえれば、ヒト組織の提供等についての「同意」は、「契約」的側面が強いということになるでしょう。ここでも、まず“身体”問題と“モノ”問題を区別して考える必要があります。そのそれぞれについて、法的構成が異なる、と。

先に挙げましたアメリカのGreenberg判決は、「原告〔サンプル提供者〕は、

横領理論の下で、研究のために贈与（donate）した身体組織および遺伝的事項（genetic matter）について、「認識可能ないかなる財産的利益も有していない」としたうえで、「血液および組織サンプルに対する財産権は、一旦サンプルが任意に第三者に与えられれば消滅（evaporates）する」と述べています。身体組織および遺伝子サンプルの提供は、あくまで、返還が期待されない「研究への贈与（donation）」というわけです。このようなGreenberg判決の構成を支持する見解が多く、アメリカでも、身体組織が財産権の客体になることを認めたとうえで、身体組織の提供を「贈与」として理論構成し、提供後の患者、被験者等の財産的利益を否定するというアプローチが有力化しつつあるように思われます。例えば、Catalona判決（Washington University v. Catalona, 490 F.3d 667（8th Cir. 2007））も、患者による生体試料の提供を「生存者間の贈与（inter vivos gift）」として位置づけ、「引渡し」、すなわち財産権の移転によって所有権は受領者である研究機関側に移転するために、患者は、その後、自らの生体試料を取戻し（repossess）したり、別の研究者ないし研究機関に移転することはできないと判示しています。

憲法学的な視点から見ると、このような「財産」的構成ないし贈与契約的構成の背景には、「研究の自由」（日本国憲法においては23条）への配慮があるように思えます。例えば、いま紹介したGreenberg判決や、結論として“原告患者は自らの分離された組織に対して所有権的利益を持たない”と述べた先ほどのMoore判決は、判決文の中で、提供後も提供者がその身体組織に対して「権利」を主張するとなると、医学研究を阻害ないし委縮させることになる旨指摘しています。いずれにせよ、ここでは、贈与契約的構成をとる限り、提供者による（提供後の）返還請求等は制限されることになる、という点を確認しておくことが重要だと思います。

注：贈与契約とみることにより、履行後の契約を提供者が任意に解除することはできなくなる。もちろん、「提供後の使用に一定の制限を加える提供者・受領者間の合意に契約としての効力を承認」できるが、こうした「目的制限合

意はあくまで付随的合意であり、それがなくとも贈与契約は有効に成立するため、目的制限なく提供された試料は研究者側の『所有権』に基づきあらゆる用途に用いられ得る。また、「生体資料の『所有権』は提供により完全に研究者側に移転し、目的制限合意は債権的拘束を加えるにとどまる以上、当該目的制限は原則として契約当事者以外には及ばない。したがって、バンクから試料を分配された研究者は、別途バンクとの間で目的制限合意を行わない限り使用目的の拘束を受けない」（米村・前掲16頁）。

② 死体試料——遺族の返還請求権？

次に、死体試料についてですが、これについては有名な自治医大事件判決（東京地判平成14・8・30判時1797号68頁。東京高判平成15・1・30判例集未掲載も参照）があります。これは、（試料提供者の）遺族が、大学付属病院に保存されていた死体標本（パラフィンブロックやプレパラートも含む）の引渡し（返還）を求めた事件ですが、判決は、死体解剖法17条と18条の区別を重視して、次のように述べました。すなわち、「死体解剖保存法17条は、死体解剖を行う者が『医学に関する大学又は医療法の規定による地域支援病院若しくは特定機能病院の長』である場合には、『遺族の承諾を得て、死体の全部又は一部を標本として保存することができる』とのみ規定し、同法18条は、保健所長の許可を受けて『死体の解剖をすることができる者』の場合には、『解剖をした後その死体の一部を標本として保存することができる。但し、その遺族から引渡の要求があったときは、この限りでない。』と規定している、と。

そして、「被告大学は、医学に関する大学であり、被告病院は、その附属病院なのであるから、死体解剖保存法17条が適用される」と述べたうえで、「同法17条には、同法18条のように、遺族から引渡しの要求があった場合に死体を標本として保存することができないとの規定がないから、死体解剖保存法上、遺族から引渡しの要求があったとしても、これを返還する義務はない」とつなげました。さらに本判決は、同17条の解釈を前提に、「遺族と大学との間の私法上の関係を考えると、遺族において、剖検及び死体の保存について承諾する

ことは、解剖に付され採取された死体の臓器等の所有権について、遺族は大学に対して譲渡するという贈与契約を締結したものと解するのが相当である」とし、結論として、「原告からのパラフィンブロックやプレパラートの引渡し要求については、死体解剖保存法17条によれば、医学に関する大学である被告大学としてはこれらを返還する必要がない」と述べたわけですが（ただし本判決は、遺族と大学との間の信頼関係が破壊されたことにより、贈与契約が将来に向かって取り消され、それにより標本等の返還義務が生ずることはあると解しました）。

この判決の特徴は、死体解剖保存法が、「死体を保存する主体」によって、すなわち、その主体が医学に関する大学ないし研究機関なのか、それ以外の者なのかによって、保存を許す要件を異にしているという点に着目し、前者については、遺族からの引渡し要求があった場合でも、それに応ずる法的義務はないと判断したところにあります（本判決は、死体解剖保存法17条の解釈を前提に、遺族は死体の臓器等の所有権について大学に譲渡するという「贈与契約」を締結したものと解すべきとも述べています。なお、同法1条は、「この法律は……医学……の教育又は研究に資することを目的とする」と規定しています）。こうした判断の背景には、やはり、研究の自由（憲法23条）への配慮があるのではないのでしょうか。

③ 小括

これまでお話してきたことを、ここでも纏めておきましょう。第一に、ヒト組織それ自体を「財産」として捉える見解が有力化してきていること。第二に、こうした見解によれば、ヒト組織の提供は、贈与契約における「贈与」として構成されうること。そうなると、提供後の提供者ないし遺族のコントロール（返還請求等）は限定されること。第三に、このような法的構成の背景には、「研究の自由」に対する配慮があるように思われること（こうした構成をとることで、研究者は、モンスター・ペアレントならぬモンスター・ドナーから保護されることにもなります）。

ところで、これまで述べてきたことは、あくまで権利ベース、主観法ベース

の話です。つまり、研究者は、提供者や遺族らの「権利」によって、ヒト組織の取扱いについてどこまで規制されるか、という話です。ただ、こうした規制とは別に、ヒト組織については、「人間の尊厳」であるとか「生命の尊厳」といった客観法からの規制を受けうることに注意が必要です。これは、胚やiPS細胞などに関する取扱い規制、あるいは、墓地の管理・埋葬に関する規制と同じ性質をもつものです。本シンポジウムのテーマについて精緻な議論を行うには、このような主観法と客観法の違いにも十分自覚しておくべきでしょう。

3. 「情報」に対するコントロール

(1) 「モノ」としてのヒト組織／「メディア」としてのヒト組織（＝本質としての情報）

2で挙げました事例は、いずれも「モノ」としてのヒト組織が問題とされてきました。組織それ自体を返せといった事例です。そこでの主張は、「モノ」としてのヒト組織に何らかの価値があることを前提としていた。しかし、ヒトゲノム・遺伝子解析研究が進展している現在では、「ヒト組織」が単に情報の「メディア」としての意味しかもたず、そこに含まれているDNA配列情報や遺伝情報が重要な価値をもつということが多くなっています。ここでは「情報」に本質的な価値が置かれるわけです。この場合、ヒト組織は、情報の単なる「容器」ないし「メディア」にすぎない。

このような区別を前提にすると、「モノ」としてのヒト組織に着目した議論には限界があることとなります。例えば、ヒトゲノム・遺伝子解析研究を前提にする場合——とくに、シーケンサーの発展によって、安価に、かつ迅速に全配列を読み取れるようになった場合——には、ヒト組織からあらゆる情報がほぼ無限に抽出されることとなります。この場合、「モノ」の取扱いについて研究者と提供者の間で目的制限合意を交わしたとしても、情報は、当初予想もしなかったものも含めて、次から次に出てくるわけで、その合意は、こうした二次的、三次的、四次的情報の利用や提供などについて規定し尽くせない。そ

うなると、モノに関する議論とは別に、情報に関する議論を行っておく必要は小さくないように思われます。

(2) 憲法上の情報プライバシー権

そこで、まずは憲法上の情報プライバシー権がどのようなものなのかを確認しておきましょう。

① 教科書的説明

憲法の教科書は、憲法上のプライバシー権を、「自己情報コントロール権」として捉える傾向にあります。先ほども紹介した代表的な教科書は、「現代社会においては、個人が自己に関する情報を自らコントロールし、自己の情報についての閲読・訂正ないし抹消請求を求めることが必要であると考えられるようになった」と説明しています（芦部・前掲122頁）。しかし、ここで注意しなければならないのは、このような見解が、その自由権的な側面と請求権的な側面を慎重に区別している点です。つまり、自分の情報を“見るな”という消極的な主張と、自分の情報を“見せる”という積極的な主張とを区別している。そして、後者に関する主張、例えば自己情報の閲読請求権などについては、「法令の裏づけがあっ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」（芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』[1994] 382-383頁）と述べています。つまり、自己情報コントロール権を正面から認める学説も、閲読請求などの積極的な側面が、憲法から直接認められるとは考えていません。自分の情報を第三者に勝手に見られない、開示されないという消極的な側面——これは伝統的なプライバシー権と重なりますが——は、具体的権利として憲法上直接保障されるが、“あなたがもっている私の情報を見せなさい”という積極的な側面については、「法律」によって具体化されなければならない、と考えているわけです。そうすると、学説においても、自己情報コントロール権の積極的側面をどのように具体的にデザインするかは、基本的に「法律」の規定に委ねられていることになりま

す。後で、具体化法律としての個人情報保護法を見てみましょう。

② 判例——みだりに第三者に開示または公表されない自由

最高裁判例は、先にも申し上げたとおり、学説の説くような「自己情報コントロール権」を正面から認めていません。比較的最近の住基ネット合憲判決（最判平成20・3・6民集62巻3号665頁）も、個人情報に憲法的保護の対象となることを承認しつつも、憲法13条により、「何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有する」と述べるにとどまりました。この判決は、情報ネットワークシステムが、個人情報の漏洩や濫用を防ぐための「構造（structure）」を具備することを憲法上求めた点で一定の重要性をもちますが（本判決は、住基ネットにシステム技術上または法制度上の不備があり、そのために個人情報のみだりに第三者に開示・公表される具体的危険があれば、違憲となりうると判断しました。なお、山本龍彦「データベース社会におけるプライバシーと個人情報保護」公法研究第75号 [2013] 90頁以下）、しかし、個人が自分の情報を主体的・積極的にコントロールする権利までは認めていません。

このように見ると、判例も学説も、憲法が情報プライバシー権の請求権的側面を直接保障しているとは考えていないこととなります。ですから、記述的というならば、“憲法は自己情報コントロール権を認めている。だから私は、研究機関がもっている私の遺伝情報を知る権利があるのだ”とは単純にいえないわけです。それがどのように保障されるのかは、法律の規定によることになる。記述的には、そういわざるをえません。

(3) 研究者の責任と憲法学の射程

では、法律は、この請求権的側面をどのように規定しているのでしょうか。

周知のように、個人情報保護法は、一般的には、自己情報の閲覧請求権等を認めています。そうすると、何だかんだいって、提供者は、研究機関に対して、自分の遺伝情報を教えろ、見せろ、という権利があるといえそうです。

ところが、個人情報保護法の50条は、いわゆる適用除外規定を設けており、

「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、その保有する個人情報、「学術研究の用に供する目的」のために取り扱う場合には、一般の個人情報取扱事業者が課される義務を負わない、と規定しています（個人情報保護法50条1項3号）。つまり、情報プライバシー権の積極的側面を具体化する「法律」は、研究の自由（憲法23条）に配慮して、学問研究領域においては、一般的に認められる閲覧請求権などがそのまま妥当しない、と述べているわけです。逆にいえば、法律は、研究機関が、“自分の情報を見せてほしい”と主張してくる提供者に具体的にどのように対応すべきかについて、沈黙している。他方で、法律は、研究機関が何もしなくてよいといっているわけでもありません。同法50条3項は、同法の義務規定の適用が免除される事業者は、「個人データの安全管理のために必要かつ適切な措置、個人情報の取扱いに関する苦情の処理その他の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、かつ、当該措置の内容を公表するよう努めなければならない。」と規定しています。つまり法律は、研究領域に関する個人情報の取扱いについて自ら規定することをせず、これを、研究者の自律的な法規形成に委ねていると考えられます。あえて図式的に言えば、憲法は、情報プライバシー権の積極的側面の具体化について法律に委ね、その法律は、研究領域における具体化を研究者自身の手で委ねているということです（山本龍彦「『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）」慶應法学18号〔2011〕45頁以下）。

このように考えると、研究領域における遺伝情報等の取扱い（その積極的側面）をどうするのかを決めるのは研究者の責任ということになります。憲法がそれを法律に委ね、その法律が、研究の自由に配慮して、これを研究者自身の手で委ねているとすれば、ここでいう研究者の責任は、憲法上の責任といえるかもしれません。しかし、果たして日本の研究者が、その責任をどこまで自覚し、誠実に履行しようとしているのか、疑問がないではありません。もちろん、単純な比較は避けるべきですが、同じく個人情報保護法の一般的義務規定の適用除外主体とされる「放送機関、新聞社、通信社その他の報道機関」（同

法50条1項1号)は、より自律的に、個人情報取扱いに関する規範形成を行っているようにも思えます。法律が、表現の自由や報道の自由(憲法21条)に配慮して、その規範形成を報道機関自身の手に乗せていることを、彼らは強く自覚しているように思います。

ただ、いうまでもありませんが、研究者集団が自律的に策定した規範が、裁判所においてどのように扱われるのかが不明確であると、研究者は、その規範を信頼することができません。個人情報保護法50条を信じ、自分たちで作った規範に従って行動していたのに、裁判所がこれを無視し、裁判所自身の解釈によって研究者の行為を違法と宣言するのであれば、研究者は、自ら規範形成し、これに従うインセンティブを失うことになります。この点で、研究者らによる自律的法規範を、裁判所がいかに関与すべきかを検討することも、憲法学の重要な役割ということになると思います(裁判所が、着床前診断に関する日本産科婦人科学会の会告を受容して事案を処理したものに、東京高判平成20・4・23判例集未掲載〔憲法判例研究会『判例プラクティス憲法』[2012] 385頁〕があります)。

4. 終わりに

以上、本報告は、先端医療技術が提起する諸問題、とりわけ、患者や(試料)提供者の権利と、研究の自由との関係性について、憲法学の立場から控え目に検討してきました。そこで明らかになったのは、この分野におけるこれまでの議論が、問題を非常に複雑化させてきた、ということだと思います。憲法上の自己決定権の射程、自己情報コントロール権の射程、同権利の消極的側面と積極的側面の区別、主観法(「権利」問題)と客観法(「尊厳」問題)の区別、「身体」問題・「モノ」問題・「情報」問題の区別などが、いずれも曖昧なまま議論されてきた、ということです。法学は、“distinguish”の学問です。先端医療技術の抱える諸問題は、確かに、議論参加者の道徳的・倫理的価値観が表に出やすい。しかし、そのことによって、このような境界が曖昧にされ続けるのであれば、それは法学的議論としての資格を自ら失うことになるでしょう。