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

Title	ヒト組織の医学的利用に関する法的・倫理的諸問題：刑事法学の立場から
Sub Title	Criminal law and its relation to medical use of human materials
Author	和田, 俊憲(Wada, Toshinori)
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.85- 94
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-20140423-0085

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.

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

ヒト組織の医学的利用に関する法的・倫理的諸問題：刑事法学の立場から

和　田　俊　憲

1．はじめに
2．犯罪が問題となりうる場面
(1)　身 体
(2)　物
(3)　情 報
3．正当化の判断枠組み
(1)　被害者の同意の多元性
(2)　被害者の同意以外の正当化根拠
(3)　個人的法益から社会的法益へ

1．はじめに

ヒト組織の医学的利用に関して刑事法学の立場から直接的に語れることは多くないが、本稿では次の２点について整理し、一定の観点を提示したい。

第１は、ヒト組織の医学的利用において犯罪が成立するおそれのある場面を想定し、犯罪の成立を回避するための条件を明らかにすることである。一方では、医学の立場からは通常想定していない犯罪類型を検討することになり、他方では、刑法学においては通常念頭においていない医学の場面を検討対象にすることになり、双方にとって視野を広げる効果が期待できる。

第２は、刑法学が犯罪の成否を語る際に用意している、許される行為と許されない行為とを区別する体系的な正当化の判断枠組みに照らして、医学の領域におけるインフォームド・コンセントの要請の相対化を図ることである。医学の領域では、医療であれ医学研究であれ、患者・被験者の意思を絶対的なものとして位置づける傾向が顕著である。そのことには一定の意義が認められるが、個人の意思を過剰に重視することは一定の弊害をもたらすことにもなりうる。刑法における「被害者の同意」を若干見直すことで、被害者の意思を考慮すべき範囲を再検討したい。

２．犯罪が問題となりうる場面

犯罪が問題となりうる場面について、本特集で憲法学の立場から仕分けられた身体問題と物問題と情報問題とに対応させて、それぞれのレベルで問題となりうる事柄をみていきたい。現実に犯罪が成立することになる事態はあまり考えられないが、次のような指摘が可能である。

⑴　身 体

まず第１に、身体に関係する場面として、身体的侵襲を伴う形で組織の採取を行う際に、被害者、すなわち組織の提供者・被験者の有効な同意があればもちろん問題ないが、同意に何らかの瑕疵・傷がある場合には、その身体的侵襲が傷害罪（刑法204条）に該当する可能性が出てくる。

どのような場合に傷害罪が成立するかを具体的に考えると、たとえば採血をする際に、採血した血液をその後どのような目的で使うのか、その利用目的について医療機関側・研究機関側が提供者を騙して採血したというような場合に、採血行為が傷害罪を構成する可能性がある。これに関してはいくつかの異なる考え方が主張されているが、もし本当のことを知っていたら組織の提供に同意していなかったといえる場合には同意は無効であるとする見解や、自分の腕に針を刺すことについて同意していれば、そこから先、何に使われるかとい

う点に関して錯誤があっても問題にしない、すなわち、提供者に目的についての錯誤があったり採取者が欺罔していたりしても、傷害罪の成立は否定するといった見解が主張されている。

後者の考え方、自分の身体に侵襲があるということについて同意していれば同意としては十分であるという見解は、本特集の憲法学からの整理で出てきた身体的侵襲についての同意に一番コアな意味を与える考え方に親和性があるかと思われる。

若干脇道に逸れるが、身体的侵襲がある場合、医療機関側が針を刺して採血するのであれば傷害罪の問題になるのに対して、提供者が自分で採取して医療機関側に手渡すという場合は、一度身体から離れたものを提供することになるので、次にみる物問題の領域に入っていくというのがここでの整理である。そこでは提供者が自ら自分の体から離したものを、医療機関側が何らかの目的について騙して取ったということで、詐欺罪（刑法246条１項）の問題になりうることになる。

しかし、そのようなことは実際問題としては考えられないので、傷害罪や詐欺罪が成立しうるという議論は、理論的な可能性を指摘しているにとどまる。

⑵　物

第２に、物に関しては、一旦適法に提供された試料を、その後、当初前提とされていた目的に反して目的外利用するという場合に委託物横領罪（刑法252条１項）が成立する可能性があり、また、提供を受けた試料を廃棄する場合には器物損壊罪（刑法261条）が成立する可能性がある。これらはいずれも財産犯なので、提供者側に所有権が残っていることが前提である。所有権を侵害するものといえれば、それが根拠となって犯罪が成立するという理解である。

これに関しては、所有権が提供者側に残っているかどうかを何に従って判断するのかが議論されている。医学研究の場面に限らず、一般的に同様のことが刑法の分野で議論されているということであるが、仮に刑法は民法に従うべきだと考えるとすると、民法上、その提供された試料の所有権が提供者側に残っ

ていると理解するのか、それとも提供を受けた側に移転すると理解するのか、横領罪や器物損壊罪の成否はそのいずれであるかに依存することになり、議論はすべて民法の方に投げられる形になる。

本特集の民法学での整理で出てきたように贈与契約として構成するということになると、もはや提供者には所有権は残っていないことになるので、提供を受けた物を目的外利用したり、あるいは勝手に廃棄したりしても、横領罪や器物損壊罪は成立しないことになる。したがって、刑法は民法に従うべきであるという考え方に基づくと、ここでも実際に犯罪が成立する可能性はほぼなくなるので、議論の実益はあまりなさそうである。もっとも、逆にいえば、横領罪や器物損壊罪で告訴されるリスクを回避するためには、提供行為の時点で贈与契約として構成されることが可能な限り明確になるようにしておくことが重要かもしれない[1)]。

⑶ 情 報

第３に、情報のレベルに関しては、提供を受けた試料を解析して得られた個人情報・秘密を他人に漏らした場合に、秘密漏示罪の問題になりうる。秘密漏示罪は主体が限定されており、医師（刑法134条１項）や公務員（国家公務員法100条１項・109条等）といった身分を有している者が秘密を漏らした場合にだけ成立する。しかし、その条件を満たせばかなり広く適用可能な規定になっているので、「秘密」とは何を指すかが重要な問題になる。いま問題としているような研究の場面において、果たしてどの情報が秘密扱いされるべきなのかは、詰めて検討する必要があると考えられる。たとえば、塩基配列情報自体が「秘密」に当たるかは、直ちに明らかではない。

さらに、それを漏示するというのはどういうことなのか。秘密漏示罪における典型的な漏示行為としては、医師が個人で診療した患者の診療情報を第三者に提供するといった行為が念頭におかれているが、ヒト組織の医学的研究につ

1）契約の解釈は当事者の事実的な意思のみに基づいてなされるものではないため、贈与契約として構成されないリスクを完全に排除することは難しい。

いては、個人研究の形態はあまり一般的ではなく、最初から複数の人が関わることが前提になっていると思われる。そうすると、どの範囲に情報提供したときに「漏示」として扱われるのかということも新たな問題として検討する必要があると考えられる。

もっとも、実際、連結不可能匿名化されているような場合には、それはもはや当初の提供者の「秘密」として扱わないと考えるのが常識的であるので、そうだとすればここでも結局、犯罪の成否を深く議論する必要はないことになろう。

3．正当化の判断枠組み

では、刑法で一般的に採られている正当化の判断枠組みから何か示唆が得られないか。

⑴　被害者の同意の多元性

冒頭で述べたように、刑法は許される行為と許されない行為を区別するものであるが、許される行為だと判断する際の判断枠組みはいくつか用意されている。一般にインフォームド・コンセントと強く結びつけて理解されている「被害者の同意」がそのひとつである。同意に基づいて被害者の利益を侵害する行為は正当化されると考えられているが、これは多元的な内容をもっているもので、大きく分けるとふたつの側面からなっている。

ひとつは、被害者が同意したときには、同意の対象である行為は被害者の意思に合致するので、そこでは法的に否定すべき結果が生じていないのだということである。前に挙げた採血の例でいえば、被害者が自分の腕に針が刺されるということについて同意している場合は、針を刺すという行為によっては法的に否定すべき結果である「傷害結果」が生じていない、したがって、傷害罪は成立しないという理解である。

それとは別に、実はもうひとつの要素もある。被害者の意思ではなく、被害

者の行為に着目するもので、被害者自身が同意行為を行った以上、そこから発生する結果は、たとえ事後的にみれば意思に反するものであっても被害者が引き受けるべきであり、したがって、結果を生じさせた研究者側の行為は違法ではないという理解である。これは組織提供者の意思に合致するからではなく、組織提供者が自ら同意して研究に参加しているのであるから、そこから発生する一定のリスクは提供者が負担すべきだという発想である。

意思の要素に着目する場合には、意思というものは絶対的なものだと考えられているので、あらゆる瞬間において被害者の意思に合致することが要請されるという考え方になるため、研究行為によって提供者が自らの利益が害されると考えるあらゆる時点で、その意思に合致するかどうかを検討する必要があると理解することになる。

そこからは次の２点が導かれる。ひとつは、絶対的に撤回可能性を認めるという要請である。それは、被害者が同意を撤回するということは、その時点において、その行為は被害者の意思に反することになるわけであるから、その行為は行ってはならないという考え方である。もうひとつは、当初の同意の範囲を超えるような行為を行う場合には、常に再同意が必要だという発想にもつながっていく。しかし、これはいずれも被害者の同意の意思という側面に着目した場合の話である。

これに対して、事後的に意思に反するとしても、被害者が自ら提供行為を行った以上は、そこから発生しうる一定の範囲内については負担すべきリスクがあるのだという考え方に基づくと、被害者の意思に個別に合致するかどうかに拘らず、負担すべきリスクの範囲内だといえる場合は、再同意をいちいち取る必要はないという考え方になると思われる。意思に反する利用が事前に明示されていた場合はそれに触れる行為は行えないであろうが、そうでない限りは一定の範囲で目的外使用も許されるという考え方を採ることができる。被害者が自分から相手に渡した以上、ある程度の範囲での使用の受忍を求めることができると考えるわけである。もっとも、許される範囲の限界はこの考え方から直ちに導けるものではないので、考え方の枠組みとして以上のような枠組みが

ありうるという話である。

⑵　被害者の同意以外の正当化根拠

第２に、被害者の同意があれば正当化されるということと、被害者の同意がなければ正当化されないということは同じことを意味していないので、被害者の同意がなくても、それとは別に正当化の根拠があれば研究行為は許されると考えられる。刑法では、行為を正当化する根拠は被害者の同意だけではなく、正当防衛とか緊急避難とか他にも違法性を否定する事由はいくつも用意されている。そこでは基本的な考え方として、何らかの利益を侵害する行為でも、それとは別の、より大きな利益を保護するという効果がある場合に、その行為は正当化されるという考え方が一般的に採られている。前述の例に合わせると、提供者に所有権が残っていると仮に考えたとして、所有権を侵害するような研究行為が行われるとしても、その研究行為によって研究者の研究の自由が実現でき、そちらの方が利益性が高い、優越する利益なのであると考えられるのであれば、そのことによってその研究行為が正当化されるという考え方になりうる。

そのように考えることはできるが、しかし、ふたつの利益を比べてどちらが優越するのかという判断をすることはなかなか難しいという問題がある。憲法上は研究者の研究の自由は非常に重要なものだといえるであろうが、それは国家が研究の自由を規制する場面におけるものであって、刑法の観点からみたときには、具体的な財産権と個別の研究行為の自由とを比べて、後者の方がより重要であると、少なくとも直ちにはいえないと考えられる。

もう１点、そもそも、このような優劣を判断する枠組みに乗せること自体の適否が問題になる。すなわち、そこで利益の比較を行ってしまうと、その研究行為は、自らの大きな利益を追求するものであると同時に、他人の利益を侵害するものであるということ、つまり両者が対立しているということを明示的に浮かびあがらせてしまうが、それは得策ではないのではないかと考えられるのである。科学研究のために個人の利益が犠牲にされているという構図は、個人

にとっても科学にとっても望ましいものではない。

⑶　個人的法益から社会的法益へ

では、結局どのように考えたらよいのか。これは試論であり刑法の分野で一般的にこのような考え方が採られているということではないが、これまで民法でも憲法でも指摘されていたように、あまりに個人的な利益どうしの衝突という形で問題を捉えすぎているきらいがある。刑法の目的は、法益、すなわち法的な保護に値する利益、それを保護することにあるといわれており、いろいろな法益が規定されていて、法益の種類の中には、特定の個人に帰属する個人的法益と呼ばれるものとは別に、社会的法益と呼ばれるものもある。特定の個人の利益ではなくて、社会に帰属するような利益があるのだと考えられている。いまここでは、個人的法益に着目しすぎることによる弊害があると考えられるというのであるから、もう少し社会的法益に引きつけた理解をしたらよいのではないかというのが前提となる発想である。

ここまでみてきたとおり、身体的な侵害であるとか、財産的侵害がある場面というのはあまり考えられず、あるいは所有権が提供者に残っているとは考えるべきでないという場面が検討対象の中核にあると考えられるので、そうすると情報レベルでの問題が大きいということになる。情報レベルで問題となる個人的法益として考えられるのは、ヒト組織に対して提供者が有している人格的な利益である。けれども、そこでいう人格的利益とは一体何なのかということが問題である。上記⑵でみた枠に乗せると、「提供者の人格的利益」対「研究者の研究の自由」という枠組みになってしまうが、そのような対立関係は回避したいというのが先ほどの趣旨であったから、人格的利益とは一体何なのかということをもう少し掘り下げてみたい。

ここでひとつの犯罪類型に着目すると、名誉毀損罪という犯罪類型がある。そこでは死者の名誉毀損というものも処罰対象になっている。ある特定の人が死亡した後もその人の名誉を保護すべきだと考えられている。もうすでにその個人が死亡しているのに果たしてどのような個人的利益があるのかと考えてみ

ると、もう死亡しているわけであるから、それはその死者自身の個人的利益ではない。その死者に遺族がいない場合でも名誉毀損罪は成立すると考えられているので、この死者の名誉棄損罪は、誰か特定の人の利益を守る犯罪類型ではないと考えられる。

そうすると、そこに表れているのは、当初は人格的利益の源となった具体的な個人が存在していたのだけれども、現在その人はその利益を有してはいない、その利益を代弁する人もいない、そういう場合であっても、その人格的な源であった具体的な個人に対して、社会は、あるいは市民は配慮すべきである、配慮して振る舞うべきである、という考え方であると理解できる。そこでは現在する個人の利益を守るということにポイントがあるのではなく、かつて存在したその人に対して配慮ある行為をするような市民だけで構成されている社会を目指すという考え方が表れているのではないかということである。そこではもう少し言葉を変えると、個人の尊重、あるいは人間の尊厳というものを損なわないようにする社会的秩序、それ自体に利益性が認められているのであろうということになる[2)]。

このような考え方を前提にすると、ヒト組織の提供を受けての研究行為については、それを提供した具体的な提供者の意思に合致するかどうかということを問題にするのではなく、その意思はかなり不合理なものでもありうるわけで、そのような個別の意思を問題にするのではなく、その提供者を個人として尊重して、人間の尊厳を維持していると社会一般に受け取られるような研究方法を追求するというのが、あるべき姿ではないかと考えられるのである[3)]。それぞれの提供者の顔色をうかがうという、相手の出方を見ながらの受動的な研究ではなく、もう少し抽象化された提供者に対するあるべき扱いを自信を

2）ヒトクローン胚移植罪も同様の保護法益で捉えるのが妥当であるといえる犯罪類型である。

3）この考え方を推し進めると、患者の意思を離れた専断的治療行為を正当化することにもなりうるが、本稿では被害者の明示の意思に反する行為を社会の側の論理で正当化すべきであると主張しているわけではない。

もって能動的に追求していくような研究が求められるのではないかということである。そうして尊重の対象とされた「抽象的な提供者」の中に個々の提供者は包摂されるから、個別の意思を見ないからといって具体的な提供者が軽んじられることにはならないと思われる。

以上のことから直ちに具体的なルールが導けるわけではないが、ありうるものの見方のひとつとして提示しておきたいと思う。一定の示唆が伝われば幸いである。