

平成 21 年度

第 1 設問 1

1 問題文の読解による構造分析

(1) 検討対象の制限

設問は、研究の中止命令に対する取消訴訟という場面設定になっている。行政処分の取消訴訟に係る訴訟物は、処分の違法性一般と考えられており、処分の違法性に関わる事項が全て含まれる。設問における記載要項が「憲法上の問題点」とされていることからすると、違憲審査の検討対象には限定がないことになる。したがって、論じる必要があれば、法令違憲のみならず適用違憲（あるいは処分違憲）を書くこともあり得る。

ただし、問題文には、本件中止命令に先立ち、処分庁である Y 大学医学部長が「定められた手続に従い慎重に審査した」との記載があるため、適正手続違反（憲法 31 条等）の問題は排除されていると考えるべきだろう。

(2) 違憲審査の対象

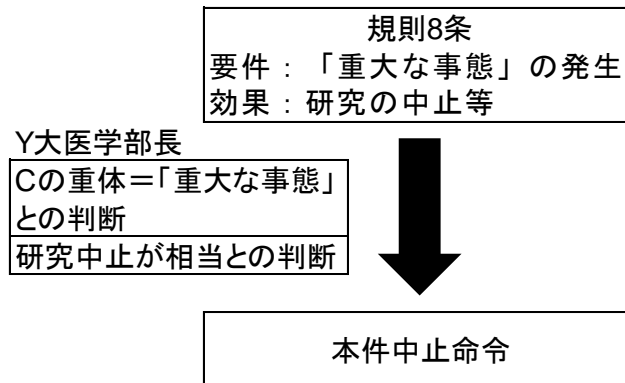
ア. 事案の概要

本件中止命令は、参考資料 2 の「Y 県立大学医学部『審査委員会規則』」の 8 条に基づく。規則 8 条の規定の概要は以下の通りである。

(審査委員会規則 8 条の概要)

要件：遺伝子治療臨床研究により重大な事態が生じたとき（要件裁量あり）
効果：研究の中止、変更その他必要な措置

本件では、X の研究により被験者 C が重体に陥った、という事情の下で、Y 大医学部長が「重大な事態が生じた」と判断し、具体的処分を行った、という事実関係になっている。



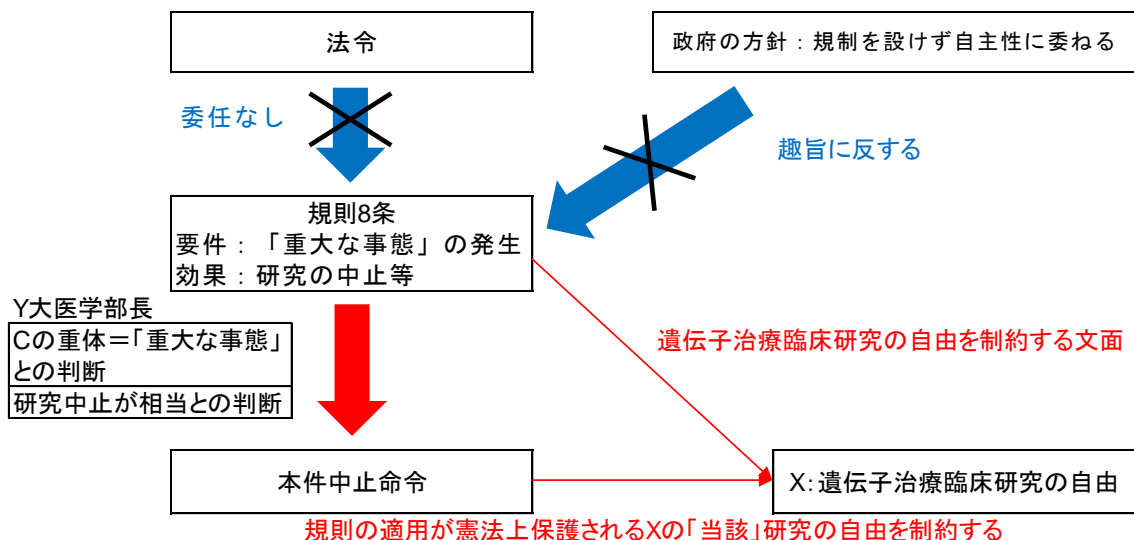
イ. 各違憲審査対象へのアプローチ

まず、規則 8 条が遺伝子治療臨床研究の「中止」を規定していることから、当該規則が研究者による「遺伝子治療臨床研究の自由」を制約している、という構成が考えられる。当該研究の自由を制約する規則の合憲性を問う法令違憲が検討対象となる。

次に、本件中止命令が「X の遺伝子治療臨床研究の自由」を制約している、という構成が考えられる。当該事案において中止命令を下すことが X の研究の自由に対する過度の制約になるか、という適用違憲が検討対象となる。

なお、設問では本件中止命令に処分性が認められることが前提とされており、法律による委任を受けていない規則に基づく本件中止命令は法律の留保原則に反して X の研究の自由を制約するものである、という処分違憲の構成が可能であると考えられる。この点については、参考資料 1 の「遺伝子治療臨床研究に関する指針」に敢えて罰則が設けられなかった、という問題文の記載から、上位の規定である指針の趣旨に反する規則は無効である、という法令違反の問題も検討し得る。

※ 設問 1 における人権制約の関係図まとめ



(3) 法令違憲と適用違憲を論じる際の注意点

ア. 法令違憲

いわゆる法令違憲は、ある法令の規定がある類型の人権を制約していることを問題とする。そこで問われているのは、X の人権に表象された「当該類型の人権一般に対する制約」であり、「X という個人の人権に対する制約」ではない。本問に即して言えば、「遺伝子治療臨床研究一般」について、規則 8 条が「重大な事態」の発生を要件に「中止」という制約の発動を予定していることが問題となる。

イ. 適用違憲

適用違憲とは、制約される人権が、法令による合憲的な制約を予定された言動の外にあることから、そのような適用対象外の人権に対して法令を適用することを問題とする。本問に即して言えば、Xの研究によってCが重大に陥ったという事情が規則8条で予定された「重大な事態」の発生に当たらないため、Xに対して規則を適用したことが問題となる。

ウ. 取り上げる事実の違い^{※1}

法令違憲を論じる際には、当該法令の文面が違憲であることを主張していくことになる。その際に参照する事実は、当該規定の基礎となる一般的事実（立法事実）である。

一方、適用違憲は、具体的個人の人権制約について論じるため、当該事案に現れた法令適用の基礎となる事実（司法事実）を挙げていくことになる。適用違憲の検討の中で立法事実を参照することはあるが、法令違憲の検討の中で司法事実を参照することは不可能（ないし無意味）であることが多い（制約される人権の一般・抽象化の際には参照可能）。

したがって、法令違憲と適用違憲の双方を論じる場合には、司法事実を法令違憲の中で参照しないように注意が必要である。本問に即して言えば、「Xの研究によりCが重体に陥ったが、その後回復した」という事実は、本件中止命令という具体的な法令適用の場面でのみ問題となる司法事実であり、規則8条全体の違憲性を論じる上ではほとんど役に立たない。

※1 高橋和之『体系憲法訴訟』（2017、岩波書店）180頁以下参照。

2 趣旨・実感から考える検討方針

※太い枠内は趣旨から、細い枠内は実感からの抜粋である。太字は講師による。

(1) テーマと問題となる人権

今年度の問題では、大学の「規則」自体の違憲性の問題と処分違憲が問題となる。

この記載から、法令違憲（正確には法令ではない）と処分違憲を取り上げるべきであることが読み取れる。

「処分違憲」の部分については、厳密には上記の様に適用違憲と処分違憲に分割可能であると思われる。適用違憲と処分違憲の違いについては高橋・前掲 167 頁以下を参照するとひとまずの理解が可能である。

設問1における「規則」違憲では、指針と「規則」の違い（それは、法律と条例の関係の問題でも、命令への委任の問題でもない。）、そして憲法第23条で保障される研究の自由の制約の合憲性が問題となる。本問で問題となる研究は実験を伴うものであり、思索中心の研究の自由とは異なる側面を有している。また、本問での制約は、研究中止措置に向けられたものであって、何ら言論活動を禁止するものではない。したがって、本問での制約は、表現内容に基づく制約と同じものではない。

この記載からは、少なくとも規則 8 条自体の違憲性を論じるべきことが分かる。また、その際には、人権の制約が「研究の中止措置」（あるいは中止措置を制度化していること）によって生じているという主張構成が求められていることが分かる。

参照すべき人権の種類は憲法 23 条で保障される「研究の自由」であることが明示されており、その内容に「実験」という外部活動を伴う点で従来型の研究の自由とは異なる事案の特殊性が現れている。

なお、「指針」と「規則」の違いについては、以下の実感の記載が参考になる。

指針の位置付けと Y 県立大学医学部の規則による規制の可否については、これを検討している答案が 1 割程度と少数にとどまったが、**両者の相違の理由、規則制定の背景・経緯**を踏まえて説得力のある論述を行っている答案もあり、

まず、①「指針」と「規則」それぞれの法的性質を分析することが必要であり、その上で、②両者の性質が異なる理由（制裁の根拠規範を置くか否かという違いが生じた理由）を「規則」制定の立法事実に着目して論じることが求められる。

また、そのような違いが許容される理由を、「指針の位置づけ」（「指針」が「規則」に対して持つ影響力）の観点から論じる必要がある。具体的には、「指針」が「規則」に対する法的拘束力を持っているか否かが問題になるだろう。

（２） 法令違憲検討の指針

ア. 保護範囲・制約検討の指針

多くの受験者によって、**憲法第 23 条の自由と規制に関する問題**だということが理解され、**その制約の限度**については、それなりに記述されていた。しかし、**同条が規定する学問の自由の中に学問研究の自由が含まれることの解釈**を欠くもの、あるいは、**学問の自由の精神的自由における位置付け**について、**同条の独自の意義を説明**できずに、単に、思想良心の自由を具体化したものだとして、表現の自由の一態様と解釈するなどの記述をするものも散見された。

学問の自由の中心は研究の自由であり、論証を飛ばしがちだが、憲法 23 条の文言上は「学問の自由」と規定されているため、「学問の自由には研究の自由が含まれる」という解釈をきちんと行うことが求められている。

学問に研究活動の自由が含まれることには争いが無いが、「真理の探究により、社会的に有用な研究の進展に寄与する」という学問の自由の独自の性質に照らし、研究活動の自由が憲法上保障されることを示すべきである。

本問で問題となる「遺伝子治療臨床研究」のような先端科学研究には、内心における思索・探究を中心とした従来型の研究活動とは異なり、外部活動を伴うという特性がある。

しかし、上記の学問の自由保障の趣旨からすれば、保護範囲に含めて良いと考えられる。

イ. 違憲審査基準検討の指針

事案に即して考えるのではなく、単純に違憲審査基準を立場によって使い分け、自分は中間の基準をとるといふ、パターンとして答案を記載しようとする姿勢のものも目に付いた。例えば、X側の主張として厳格審査基準、Y側として合理性の基準、自分としては中間審査の基準を採るといふのが典型である。その論述過程で、**具体的な事案の検討や論理の展開**をほとんどすることなく、単に抽象的に、X側として、「精神的自由権だから」、「民主政の過程に影響を与えるから」学問研究の自由は重要だと記載し、Y側として、「本件のような先端医療分野では被験者の生命身体を保護する必要があるから」とし、自説における違憲審査基準については、「原告と大学側の中間を採る」というスタンスしか示されていない答案も見られた。このような内容では事案に即した検討ができているとは言えない。

制約の正当性を検討する際の判断枠組みとして、どの違憲審査基準を選択するかは、**制約を受けている当該権利の重要性や侵害の態様**などによって決まる。「そのような重要な人権に対し重大な制約を加えてまで優先される利益とは何か」という視点から利益衡量のための物差しを選択するのである。

これに加えて、検討対象の性質によっては**裁判所の判断能力**が劣るといふ理由から立法裁量が広がることがあるし、**制約主体の自律権**の観点から裁判所の審査が後退する、ということもある(判断能力が審査基準に与える影響については、高橋・前掲 227 頁以下を参照)。

本問に即してみると、Xとしては、「遺伝子治療臨床研究の自由」が規則 8 条によって直接制約を受けることを指摘し、厳格審査基準の採用を主張することが考えられる。

他方、Y 大学側としては、研究分野に関する規制の策定には、「内部人事に関する規則制定権」を背景に大学の自治権が及ぶこと、具体的な検討事項が「遺伝子治療」という専門技術的事項に関わることに照らし、制約主体の自律権と裁判所の判断能力の限界の両面から審査基準を緩めるべきであることを主張することが考えられる。

私見においては、X の主張する研究の自由が外部行為を通して他者加害をもたらす可能性があることを指摘する必要があるだろうし、一方で、本問における審査対象が大学の自治権を最大限尊重しても良い事柄なのか、裁判所の審査能力に限界があるといえるのかを、具体的に検討しなければならないだろう。

なお、以上の検討の結果として、私見で採用した審査基準が「中間審査」に落ち着いたとしても、「具体的な事案の検討や論理の展開」という条件はクリアしているため、紋切り型の答案と批判されることはないものと考えられる。

■ 余談—違憲審査基準選択時の論証の注意点

審査基準選択の段階で、相手方の反論として、「Xの人権を制約しないと人の生命という重要な人権に対する侵害を招くことになるため、審査基準を緩めるべきである」という主張を構成したことがあるのではないだろうか。かつては講師自身もこのような答案を書いていたことがあるが、これは大きな間違いであり、学部やロースクールの試験で書くと「減点」されるおそれもあるので注意が必要である。

違憲審査基準論は、かつての憲法訴訟における対抗利益同士の「生の利益衡量」が法的安定性を害し、危険であることから編み出された考え方であり、その要点は「原告側の主張する権利本位で判断要素や評価方法を枠付けする」という点にある。

したがって、審査基準を選択・定立する段階で参照されるのは、原告側の人権の性質、あるいはその制約の性質でなければならない。仮に審査基準選択の段階で対抗利益の重要性を加味してしまうと、「フリーハンドの利益衡量はやめましょう」という違憲審査基準論の趣旨に反して「生の利益衡量」を先行させることになってしまい、基準を立てる意味が無くなってしまうのである^{※2}。

ただし、原告側の人権が必然的に他者の権利利益を侵害することになる態様で行使される場合は話が別である。人権自体がもたらす害悪の度合いによっては、そのような人権行使を認めないという定義付け衡量の手法を用いて、具体的人権を保護範囲から排除することも可能になる^{※3} ^{※4}。本問で問題となる「遺伝子治療臨床研究の自由」に関して、「人の生命や健康に影響を与える」という外部行為の性質に着目し、審査基準を緩めるという手法を採ることができるのは、このような理由による。

起案の際には、この対抗利益による「生の利益衡量」の議論と定義付け衡量の議論とを混同しない様に注意しなければならない。

※2 このことは、大島義則『憲法ガール Remake Edition』（2018年、法律文化社）31頁の「トウコ」発言や、80頁での「対抗利益の重大性から安易に審査基準が切り下げられるべきではありませんし、…」という「カレイナさん」発言でも指摘されている。同書に参考文献として挙げられている高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリ 1364号（2008年）69頁も非常に参考になるので、余裕があれば参照して欲しい。

なお、利益衡量論一般については高橋・前掲 213頁以下を参照。

※3 同じような定義付け衡量の手法については宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』（2011年、日本評論社）28頁以下を参照。

※4 駅構内でのビラ配布が問題となった最高裁昭和 59 年 12 月 18 日第三小法廷判決（刑集 38 卷 12 号 3026 頁）では、表現の自由に関し、「憲法二一条一項は、表現の自由を絶対無制限に保障したものでなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであつて、たとえ思想を外部に発表するための手段であつても、その手段が他人の財産権、管理権を不当に害するごときものは許されないとわなければならない」という多数意見が出されているし、その後に出された立川ビラ事件判決（最判平成 20 年 4 月 11 日刑集 62 卷 5 号 1217 頁）でも、同様の趣旨の多数意見が出されている。

(3) 適用違憲検討の指針—定義付け衡量の活用

「明白かつ現在の危険」の基準をその本来的な意味・内容を正確に理解しないまま本件に用いる不適切な論述が散見された。

「明白かつ現在の危険」基準は、元来、「言論の自由」保護のために編み出された審査手法である。市民による自由な言論が政府によって弾圧されないように、安易な制約を排除する目的で活用するのが、「明白かつ現在の危険」基準の本来的な用法である^{※5}。

本問でX側が主張している「遺伝子治療臨床研究の自由」は学問の自由に含まれており、「言論の自由」に対する制約は問題とならない。そのため、「明白かつ現在の危険」基準を本問の事案において、直ちに用いることができるかを検討する必要がある。

「明白かつ現在の危険」基準は、法令の適用対象を限定解釈することで、「言論の自由」の保護範囲を広げるという審査手法だった。これは、法令によって制約しても良い「言論」と、憲法上保護されるべき「言論」とを振り分け、法令の適用対象が前者に限られることを明示することで、後者の「言論」を保護する「定義付け衡量」の手法であると考えられる。

そうであるとすれば、「言論の自由」以外の人権についても、権利の重要性を基礎づける事情と、法令制定の背景事情（立法事実）を参照することで、憲法上保護されるべき人権の内容を「法令の適用により制約することが許された言動」の側から画するという定義付け衡量を行い、適用違憲の主張を組み立てることが可能になる。具体的には、以下のようになる。

- ・本件法令で制約される原告の権利は〇〇という点で、重要な権利である。
- ・このような人権を制約する法令が合憲であるためには、制約によって得られる利益が当該人権に優越する場合で無ければならない。
- ・本件法令の制定背景には、××という事情（立法事実）があり、本件法令はそのような事情のもとで利益を守る限りで合憲とされるのである。
- ・したがって、本件法令の適用は、××という事情に現れた△△という危険が存在する場合でなければ許されない。また、その危険は、〇〇という重要な権利の制約を伴うことに照らし、危険な事態が生じる蓋然性があるというだけでは足りず、客観的な事実（司法事実）に照らして、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されなければならない。
- ・本件では、原告の権利行使により、△△という差し迫った危険の発生が具体的に予見可能となる客観的な事実（司法事実）が見受けられない。そのため、本件法令が適用されるべき事案とはいえない。
- ・よって、原告の権利は、本件法令によって合憲的に制約することが予定された言動とはいえ、憲法上の保護に値するものであり、そのような原告の権利行使に対して本件法令を適用することは違憲である（適用違憲）。

※5 この基準を使用したものとして受験界で有名な判例としては、泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）が挙げられる。

(4) 設問1・設問2に共通する問題の検討の指針

ア. 大学の自治との対立関係

憲法第23条は一方で原告(個々の研究者)の研究の自由を保障するが、他方で**研究者の所属する大学の自治**をも保障する。**大学の自治は通常、学問の自由を保障するための制度的保障であると理解されているが、本問では、両者は対立関係にあるため、これをどう調整するのかという問題**を避けて通ることはできない。この点を十分検討している答案は、余り見られなかった。

大学の自治は、研究の自由を社会的な外圧から保護するために認められたものである。大学による研究の自由保護が実効性を持つためには、ある程度の自律的権能が承認されなければならず、その内容には、施設監理や教員人事が当然に含まれている。

設問1、設問2では、それぞれ「研究の中止命令」と「停職処分」という大学の人事権行使が問題となっているため、両者は大学の自律的権能に服する事項とも考えられる。このことが審査基準の選択にも影響し得ることは既に解説した。

ただし、設問1、設問2で下された各処分は、単なる人事の問題にとどまらず、被処分者の私的権利としての「研究の自由」を直接的ないし間接的に制約するものである。大学には複数の研究者が在籍しており、大学の自治権はその全ての「研究の自由」の保護を目的として発動されるから、その目的の枠内において、特定の「研究の自由」が制約されるべきことは、制度に織り込まれていると言って良い。しかし、一方で、目的達成のためとは言っても、不必要に「研究の自由」を制約することが許される訳ではないだろう。

以上のような問題意識を踏まえて、どちらの結論に着地させるかは、各々の判断に委ねられるべきだが、少なくとも「大学の自治があるから研究の自由に対する制約は合憲」というような主張構成が危険であることは留意されたい。

イ. 部分社会の法理への言及

設問1及び設問2の処分違憲に共通する**大学側の主張として部分社会論を想定した場合には、「あなた自身の見解」において、部分社会論を展開した判例の判断枠組みを本件にそのまま使用することの適切性、部分社会論自体の問題性等**を論じる必要がある。

部分社会の法理を展開し、停職処分は大学内部の問題であって、一般市民法秩序と直接かかわらないから司法審査が及ばないと書くものがあつた。**富山大学判決の判断枠組みを、本件のような場合にもそのまま用いることの妥当性や部分社会論自体の問題性**を論じる必要がある。

部分社会の法理は、人権の制約主体が持つ自律的権能を基礎に、その自律権の枠内に属する内部事項には司法審査を及ぼすべきではない、という司法権の外在的制約論として位置付けられている。

司法権は、「法律上の争訟」に対し、事実を認定し、法令の解釈・適用を行うことで紛争を裁定するものだから、少なくとも「法律上の争訟」に当たる限りは、司法審査の対象に含まれることになる。「司法審査の対象にはならない」ということの意味は、裁判所が自らの権能に基づき判断代置を行うのではなく、被告側（制約主体）の判断を尊重することで、その判断が適法であることを前提に、事実認定と法令の解釈・適用を行う、という点にある。

しかし、裁判所が積極的な判断をしないということは、原告の権利救済手段を断つことになるから、原告の「裁判を受ける権利」（憲法 32 条）を実質的に害するおそれがある。これが「部分社会論自体の問題性」の 1 つとして挙げられる。

趣旨・実感の記載からは、このことに加えて、「富山大学判決を本問にそのまま適用することの妥当性」に言及することが求められる。

富山大学事件判決（最判昭和 52 年 3 月 15 日民集 31 卷 2 号 234 頁）は、「学生の教育と学術の研究」という大学の設置目的を達成するために必要な事項につき、「法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能」を大学が有している、と判示しており^{※6}、「一般市民法秩序と直接関係を有しない内部的な問題は…司法審査の対象から除かれるべきである」としている。そして、大学側の「単位授与（認定）」と「専攻科修了認定」とを区別し、前者は「当然に一般市民法秩序と直接の関係を有するものではない」と判断した。一方で、後者については、一般市民の持つ「公の施設を利用する権利」の一環としての“専攻科入学”の目的達成を妨げる、という理由で、司法審査が及ぶと判断した。

この判例の基準を本問にそのまま適用すると、「研究の中止命令」も「停職処分」も、X を大学施設から完全排除し、その施設利用を妨げている、とまでは言えず、大学の内部事項にとどまる、という結論に至りかねない。しかし、このような結論が不当なのは明らかだろう。

富山事件判決と本問の場面設定の大きな違いは、制約の客体が大学の研究者であることと、その権利の内容である。客体が学生の場合には、学位や修了認定を取得という限度での施設利用権しか主張できなかったが、客体が研究者である場合には、個々の研究者が持つ私的権利としての「研究の自由」がダイレクトに害されることになる。また、「研究の自由」は、法令の適用によって正に保護されるべきことが憲法上要請されている。このような観点から結論に修正を加えることで、各処分が「一般市民法秩序に直接の関係を有する」ものである、と論証することが可能になる。

要するに、「遺伝子治療臨床研究の自由」と、後述の「遺伝子情報開示」が「研究の自由」に含まれるものとして憲法 23 条で捕捉できれば、司法審査は及ぶということである。

^{※6} 項目的には余談になるが、この部分の判断内容を援用すると、「法律の留保原則」違反という処分違憲の主張は負け筋になる。

第2 設問2

1 問題文の読解による構造分析

(1) 検討対象の制限

設問は、Xに下された「遺伝子に係る情報の開示...に関する1ヶ月の停職処分」に対する取消訴訟という場面設定になっている。また、記載事項は「憲法上の問題」とされているため、形式上は、設問1と同様、違憲審査の検討対象には限定がない。したがって、論じる必要があれば、法令違憲、適用違憲（あるいは処分違憲）を書くことが可能である。

ただし、「個人情報に関する法令や条例との関係については、本問では論じる必要がない」という注記があるため、参考資料3の「Y県立大学医学部『遺伝子情報保護規則』」と法令、条例との関係を論じる必要はないことが分かる。

(2) 違憲審査の対象

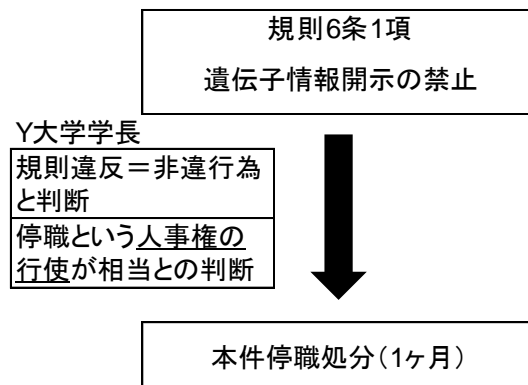
A. 事案の概要

本件停職処分は、上記規則6条に基づく。規則6条の規定の概要は以下の通りである。

(遺伝子情報保護規則6条の概要)

1項
主体：本件学部の教職員 規制：遺伝子情報開示の禁止（理由を問わない）
2項
主体：総括責任者 要件：遺伝子検査 or 診断を受けた者からの求めがあるとき 効果：本人に対する開示義務（遺伝子治療対象の疾病の原因となる遺伝子情報のみ）

本件では、Xが、被験者Cの求めに応じて、家族の同意を得ることなく、検査によって取得したCとその家族4人の全ての遺伝子情報をCに開示した、という事情の下で、教職員の任命権を持つY大学学長が規則6条1項違反と判断し、具体的処分を行った、という事実関係になっている。



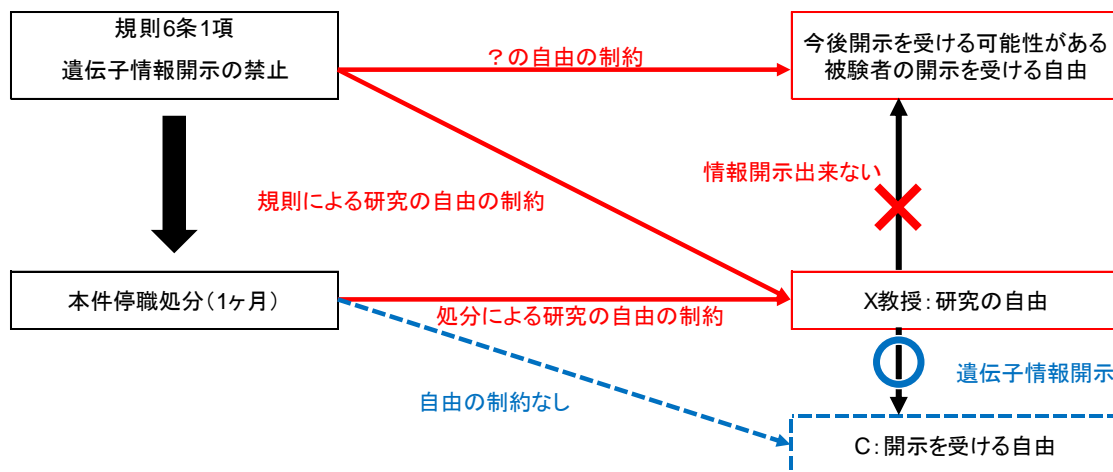
イ. 各違憲審査対象へのアプローチ

まず、規則6条(1項)が遺伝子情報開示の「禁止」を規定していること、当該規則の違反に対し停職処分という人事権の発動が予定されていることから、当該規則が研究者による「遺伝子治療臨床研究の一環として被験者に対し遺伝子情報を開示する自由」を制約している、という構成が考えられる。当該自由を制約する規則の合憲性を問う法令違憲が検討対象となる。ただし、一見すると思索・探究活動とかけ離れた遺伝子情報の開示という具体的行為が「遺伝子治療臨床研究の自由」に含まれ、憲法上保護の対象となるか否かは、それ自体問題となる。

次に、法令違憲の点に関しては、被験者の「遺伝子情報の開示を受ける自由」を制約している、という構成も考えられる。当該自由の制約を論じる場合には、「今後遺伝子情報の開示を受ける可能性のある被験者」の抽象的な人権制約を前提としなければならない。

最後に、Xに対する本件停職処分がXの研究の自由を制約している、という構成で適用違憲ないし処分違憲を論じることが考えられる。趣旨・実感はCの自己情報コントロール権に対する制約をも想定しているようだが、Xが停職処分を受けたのはCに遺伝子情報を開示したためであり、Cには上記自由に対する制約が観念できない^{※7}。

※7 法学セミナー編集部編『新司法試験の問題と解説 2009』(2009年, 日本評論社) 23頁以下の穴戸発言を参照。



2 趣旨・実感から考える検討方針

※太い枠内は趣旨から、細い枠内は実感からの抜粋である。太字は講師による。

(1) テーマと問題となる人権

今年度の問題では、大学の「規則」自体の違憲性の問題と処分違憲が問題となる。

この点は、設問1と同様であることが読み取れる。

停職処分を受けたX自身は、実質的に研究の自由を制約されることになる。

設問2における「規則」違憲では、**被験者の遺伝子情報を知る権利**の制約が問題となる。

以上が、本件の各場面で問題となる人権である。なお、研究の自由については停職処分しか記載されていないが、規則6条の開示禁止規定が「遺伝子治療臨床研究の自由」を制約していると論証することができれば、研究の自由についても法令違憲を論じることができる。

(2) 法令違憲（研究の自由）検討の指針

ア. 保護範囲・制約検討の指針

X自身は、実質的に研究の自由を制約されることになる。（再掲）

この記載からは、Xの研究の自由がどのように「実質的に」制約されているのかを論じるべきであることが読み取れる。具体的には、規則6条1項で禁止される遺伝子情報の開示が研究の自由の保護範囲に含まれることを論証しなければならない。

ここで参考になるのは、①参考資料1の「指針」の「第二章」「第二」が「遺伝子治療臨床研究」の実施に際し、「総括責任者」に対して、研究実施に先立ち被験者に「第三」の事項を説明して同意を得るべきことを規定している事実、及び②CがXの研究の被験者になる条件として遺伝子情報の開示を求めた事実である。被験者のインフォームド・コンセントの機会を確保すべきことが研究者の（努力）義務とされ、被験者の求める事項につき説明して同意を得なければ研究を実施できない（①）、という前提の下で、現に被験者に遺伝子情報の開示を条件とされるケースが現れたのである（②）。このことからすれば、今後Cの他に被験者となる者も同様の条件を課してくる可能性があり、その可能性が高ければ高いほど、遺伝子情報開示を禁止する規則6条が研究の自由を付随的に制約するという結論を導きやすくなる。

条件提示の可能性の程度については、問題文の第二段落で示されている遺伝子治療の特殊性に言及すると良いだろう。

(3) 法令違憲（開示を受ける自由）検討の指針

ア. 保護範囲検討の指針

知る権利は、憲法上明文では規定されていないので、憲法上の位置付けが問題となる。知る権利は、表現の自由との関係で位置付けられているが、本件の場合には、**送り手の自由と受けての自由という関係でのものではない。**むしろ、本問での知る権利は、**憲法第13条の幸福追求権に位置付けられている自己情報コントロール権に基づく情報開示請求権**といえる。

前述の通り、C個人の「遺伝子情報の開示を受ける自由」に対する制約としては構成できないので、ここで論じる際の権利主体は、将来の被験者という一般抽象的な者になる。

「遺伝子情報の開示を受ける」ことを広義の知る権利として捉えた場合、その法的根拠として頭に浮かぶのは憲法 21 条 1 項で保障される「知る権利」、あるいは憲法 13 条後段で保障される（と考えられている）「自己情報コントロール権」であろう。

しかし、趣旨に示されている通り、本問における知る権利は憲法 21 条 1 項の権利としては不適當である。他方、プライバシー権の一側面と考えられている「自己情報コントロール権」は、制度依存型の権利であり、これを X 側の主張として据えるには心もとない。

この点については、「13 条を根拠にした…自己決定権、適切なインフォームド・コンセントを受ける権利から構成するのが、ベスト」との指摘がある（法学セミナー編集部・前掲 24 頁の穴戸発言を参照）。自己の生命・健康に対する影響が懸念される遺伝子治療研究の被験者となるか否か、という場面で、被験者の自己決定権が保障されるべきであることは自明であろう。その場合、研究を実施する者が情報を提供し、説明を行わなければ、適切な自己決定を行う機会が損なわれ、自己決定という自由権が侵害されることになる。このようにして、「遺伝子情報の開示」を防御方法としての自由権の中に取り込むことが可能となり、「自己情報コントロール権」として構成した場合における制度依存のネックを回避できるというわけである。

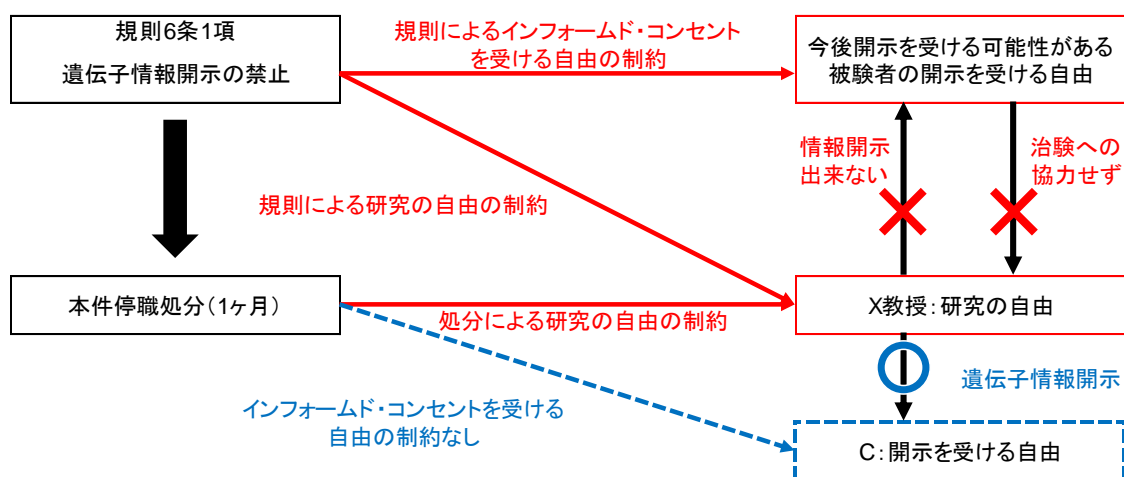
Cには憲法第 13 条の自己情報コントロール権があり、Cへの情報の開示はこれにこたえるものであり、**インフォームドコンセントの観点からも不可欠の行為**であるところ…

今回、Cをはじめとした被験者が迫られる自己決定とは、「遺伝子治療臨床研究」を自己に対して実施することを許容するか否かである。遺伝子治療は、疾患の原因となる遺伝子を特定することが前提となり、その遺伝子情報のいかんによっては、代替的な治療法の存否等も問題になる。このことは「指針」が定める説明事項にも現れており、被験者が当該自己決定を適切に行うためには、遺伝子情報の開示が不可欠である。以上の論証により、被験者の「インフォームド・コンセントを受ける自由」の中には「遺伝子情報の開示を受ける自由」も含まれるという結論を導出できる。

Cが何のために自己及び家族の遺伝子情報を知りたかったのかが分からなかったためか、「専門的知識に欠けるCが遺伝子情報を知っても無意味なのでCは保護に値しない」と断ずるものがあったが、このような見方を示すだけで結論とするのでは説得力のある検討とは言えない。

ただし、上記論証で保護範囲に含まれるのは、被験者本人の遺伝子情報の開示に限られる。第三者である家族の遺伝子情報の開示を受けることをも保護範囲に含めるためには、別の論証が必要になる。この点については、遺伝子情報の共有性が論拠となり得る。

※ 設問2における人権制約の関係図まとめ



イ. 制約検討の指針

(ア) 2つの問題への言及が要求される

知る権利の制約の違憲性に関しては、2つの異なる問題が存在する。それは、**被験者自身の情報の本人への開示の問題**と、**被験者以外の人の情報の被験者への不開示の問題**である。

この記載については、本人の遺伝子情報と、家族の遺伝子情報の開示それぞれにつき、別の主張・反論を構成すべきことが分かる。

(イ) 被験者自身の情報の本人への開示の問題

前者では、**すべての遺伝子に係る情報を開示することが本人に与えるマイナスの影響への考慮**という理由は、いわゆる**パターンリスティックな理由**であり、**制約を正当化する理にかなった理由といえるか否か**について検討する必要がある。

知る権利に気付いても、表現の自由との関係における一般論に終始するだけになってしまうものもあり、「**自律としての自由**」と「**他律であるパターンリズム**」との**対立構図**において**被験者らの知る権利を論ずるものは少なかった**。また、パターンリズムの問題に一応触れても、**遺伝子情報の保護という特殊性に立ち入ることなく**、単に、未成年でないから規制は正当化できないといったことだけで結論付けてしまう論述になっているものもあった。

Y側の反論として書くべき事項については、有り難いことに、趣旨・実感でかなり詳細に示されている。パターンリスティックな制約は、日本国憲法が基本とする個人主義に真っ向から対立するものであり許されないと、というセオリーを前提に、修正を加えていけば足りる。

「遺伝子情報の保護」に係る「特殊性」は、情報の不変性と重大性に現れる。ある疾病への罹患可能性が高いことが遺伝情報から明らかになれば、保険の加入や就職で不利に扱われる可能性が一生つきまとうことになる（法学セミナー編集部・前掲 25 頁～26 頁の小山発言を参照）。保険加入の申込みや就職先へのエントリーの場面では、健康状態等に関する記載欄がほぼ確実に設けられている。仮に、自己が認識している疾病への罹患リスクを記載しなければ、「虚偽の申述」と受け取られ、事後的にペナルティを課される可能性すらある。ひとたび遺伝子情報を知ってしまうと、このようなリスクが現実味を帯びてくる。

ここまで詳細に起案するかは別として、少なくとも以上のような具体的な理由の記載が求められていると考えるべきである。

(ウ) 被験者以外の人の情報の被験者への不開示の問題

後者では、**その開示によって生じるかもしれない様々な問題とは何かを具体的に想定した上で、第三者への情報提供を一切認めない規定の合憲性を、取り分け被験者の疾病の性質との関係**で検討する必要がある。

Xは、…本件規則は…Cの権利を侵害すると主張し、**これに対してYは、…Cの家族については同条のプライバシー権を保護する規制の必要を主張する**という構造…

趣旨が指摘する通り、第三者の遺伝子情報保護につき、問題文では「様々な問題」というザックリとした記載しかなされていない。そのため、開示によって生じる具体的な問題を考えなければならない。

そのヒントは、本人情報の開示禁止に係るパターンリスティックな理由の中にある。(イ)で示したような不利益リスクは、個々人の私生活に多大なる影響を与える。つまり、第三者の遺伝子情報を当該第三者の同意を得ずに他人に開示することは、判例上「私生活上の利益」として構成されているプライバシー権を侵害するおそれがあるというわけである。Y 側としては、この点を指摘して反論していくことになる。

Cが家族の遺伝子情報を知ることは、家族の情報プライバシー権との間での衝突を生む。**それをどう解釈し、どちらを優先させるかが重要な論点**となる…

関係者の利益状況の分析をするに当たり、Cに開示された第三者の情報が家族の情報であることに着目することはともかく、**単に、「家族だから本人と同視できる」、「家族であるのでプライバシー権保護の必要性が低い」とするの、必ずしも十分な検討とは言い難い。**

この記載からは、家族の遺伝子情報をいくつかに分けて分析する必要性を読み取ることができる。被験者本人の「インフォームド・コンセントを受ける権利」が「家族の遺伝子情

報」の開示に及ぶ理由は、**遺伝子の共通性**にあった。疾病の原因が遺伝子の異常によるものであるのか、あるいは、どの遺伝子の異常が原因となっているのかを確定していくためには、対照すべき検体として家族間に共通する遺伝子情報の把握が不可欠になる。以上の論理により、家族の遺伝子情報の開示が適切なインフォームド・コンセントの条件になっていたのであるから、遺伝子治療に関連する家族間共通の遺伝子情報ではなく、個々人固有の遺伝子情報の開示は、被験者本人の「インフォームド・コンセントを受ける権利」では捕捉することができないのである。

ウ. 主張適格検討の指針^{※8}

本件処分の違憲性を争う場合には、Xは、直接的には、**Cの情報開示請求権侵害を主張することになる**ので、**特定の第三者の権利侵害を理由として違憲主張をできるかが問題**となる。**違憲主張適格**に関しては、**判例の判断枠組みを正確に挙げた上で、それがこの問題に関する唯一の判断枠組みといえるか等も検証した上で、本件のような問題の場合の判断枠組み、そして個別的・具体的検討が必要**である。

この記載は、直接には本件停職処分の処分違憲（適用違憲）に関するものであるが、Cの具体的人権制約を論じる余地はないため、処分違憲の中で論じるべきではない。

主張適格は、法令違憲につき、抽象化された被験者の人権制約をXが主張する場面でも問題になる。付随的審査制のもとでは主観訴訟が原則となり、当事者は自己の権利利益に関する事項のみ主張することが許されるはずである、というのが議論の出発点となる。

第三者の権利侵害の主張適格については、**第三者所有物没収事件（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁）、第二次教科書訴訟事件の一審判決（東京地判昭和45年7月17日行集21巻7号別冊1頁）、オウム真理教解散命令事件の高裁決定（東京高決平成7年12月19日判時1548号26頁）**等がある。

オーソドックスな解答としては、最も良く参照されているであろう**第三者所有物没収事件判決**から規範を導出し本件事案に当てはめる、という構成が考えられる。より具体的には、①**第三者が自ら自己の権利を防御することが困難であり、かつ、②本人に第三者の権利を主張する利益がある場合には、第三者の権利の援用を認めるべきである、**という高橋・前掲158頁に記載されている判断枠組みが参考になる。

ただし、上記の3つの裁判例は、いずれも行政処分に関する判決であり、法令違憲の文脈で援用できるかは不明である。規則6条が、Xの研究の自由に対する制約と、被験者の「インフォームド・コンセントを受ける自由」に対する制約という二重効果を生じる点に鑑みれば、むしろ、法令の可分性の問題として論じるのが適切かも知れない。制約規定が不可分ならば、いずれか一方に対する制約が違憲になると、法令全体が違憲ということになり、「違憲な法令により人権を制約されている」という自己の利益の問題に還元できるからである。

※8 高橋・前掲151頁以下参照。

(4) 処分違憲検討の指針（当てはめ検討の指針を中心に）

設問2における処分違憲に関しては、取り分け、**XがCに対して、Cの要望とは異なる「規則」の内容について説明していないことも、問題となる。**

輸血拒否事件判決を理解していれば、**Cに対するXの説明責任が問題になることに気付くことができたはずである。**

処分違憲を論じる際には、「仮に規則6条が合憲であったとしても」という仮定を基にすることがほとんどであろう。その場合、研究の自由や被験者の「インフォームド・コンセントを受ける自由」よりも、パターンナリストティックな理由や第三者のプライバシー権が優越していることになるから、これらの立法趣旨を踏まえない情報開示行為は原則許容されない。

本問では、XがCの求めに応じてやむを得ず遺伝子情報を開示した訳だから、X側としては、当該開示行為の正当性、あるいは違法性阻却を主張していくことになる。

しかし、趣旨・実感で指摘されている通り、開示行為は、優越する利益の保護を目的した規則6条に反するものであるから、Xの行為の違法性が阻却されるためには、なるべく情報を不開示とするための注意義務を果たすことが求められる。具体的には、Cに対して、遺伝子情報の開示が禁止されていることと、開示が禁止される理由を説明し、判断を仰ぐことが要求される。この点については「指針」の「第三」を参照できればなお良い。

なお、これらの情報を説明しないことは、不利益リスクを加味した適切な自己決定を行うというCの人権を侵害することになる。そのような他者加害的行為が憲法上の権利として保護されるといえるか否かも疑問である。

趣旨・実感への応答としては、以上の論証で足りると考えられる。ただし、紙面と時間の関係上、この論点についての起案はポイントのみ摘示するのが現実的だろう。

(5) 各審査対象に共通する検討の指針

ア. 大学の自治との対立関係

この問題は、設問1と共通するので、設問1の解説を参照されたい。

イ. 部分社会の法理への言及

この問題についても同様である。なお、停職処分は、それ自体は職員の業務停止の効果しか持たないが、中止命令の場合と同じく、大学外で研究者が設備なしに「遺伝子治療臨床研究」を行うことは不可能であり、必然的に「一般社会における私人の研究の自由」に対する制約を伴う。したがって、停職処分は一般市民法秩序と直接の関係を有すると考えられる。

第3 答案全体の構成に関するヒント

出題では、X側の「主張」を述べた上で、Y側の「大学の処分を正当化する主張」を想定しながら、「あなた自身の結論及び理由」を記載することが求められている。この点について、X側の主張、Y側の反論、自分の見解のそれぞれを独立して書き分ける必要があると思いついておられる答案や、最初にXの主張において、Y側の反論を先取りした主張や理由も含めて記載し、Y側の主張として同様のことを書き、更に「見解」も同じように3回同内容を繰り返すものがあった。想定されるY側の主張は、必ずしもそれを独立に詳論する必要はなく、「自身の結論及び理由」の中で、一体として議論に組み込んで示せば足りる。

また、Xの「主張」に対しておよそ通らないようなY側の主張を持ち出し、それを「見解」の部分であっさり否定するといったものも見られた。

なお、Xの弁護士としては、Xの立場に立ってどれだけの確かな主張を行うことができるかが問われるが、この点に関する論述の優劣がそのまま答案全体の出来を左右しているようにも思われた。

最後に、答案構成のテクニク的な観点からアドバイスをしておく。上記の実感の指摘から分かるように、原告の主張段階であらゆる事項を全て書く必要はない。部分社会論や、先端科学研究の特殊性（外部行為を伴うことによる害悪発生のおそれ）など、原告側にとって不利な事項を、原告の主張の中でわざわざ取り上げる必要はない、ということである。

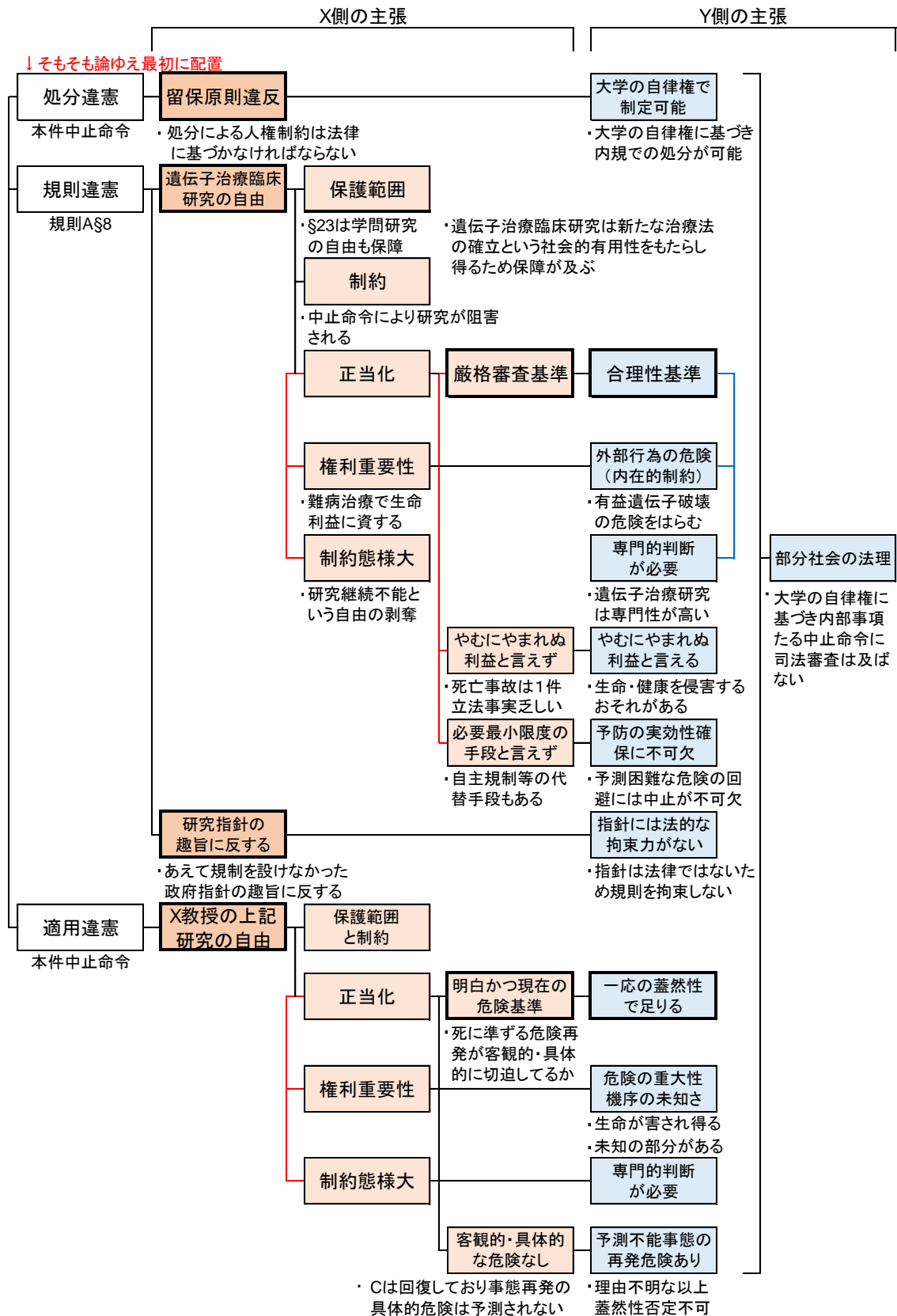
このことは、現実の訴訟をイメージしてもらえば明らかだろう。民事訴訟で請求原因事実と抗弁、再抗弁となる事実が区別され、主張・立証責任が振り分けられるのと同じように、憲法の答案においても、原告（被告人）が主張すべき事項と、被告（検察）が主張すべき事項は区別できると考えて良い。

また、被告から反論段階で、大議論を長々と書く必要もない。例えば、部分社会論について言及する際に、被告からの反論パートで、規範の定立や当てはめを詳細に行うことは、必ずしも求められていないのである。実感にもあるように、被告からの反論は、結論と理由の要旨を完結に記載すれば足りる。部分社会論に即して言えば、「規則の制定・処分の行使は大学の自治に服する内部事項であり（理由）、司法審査が及ばない（結論）」といった程度の記載があれば良い。

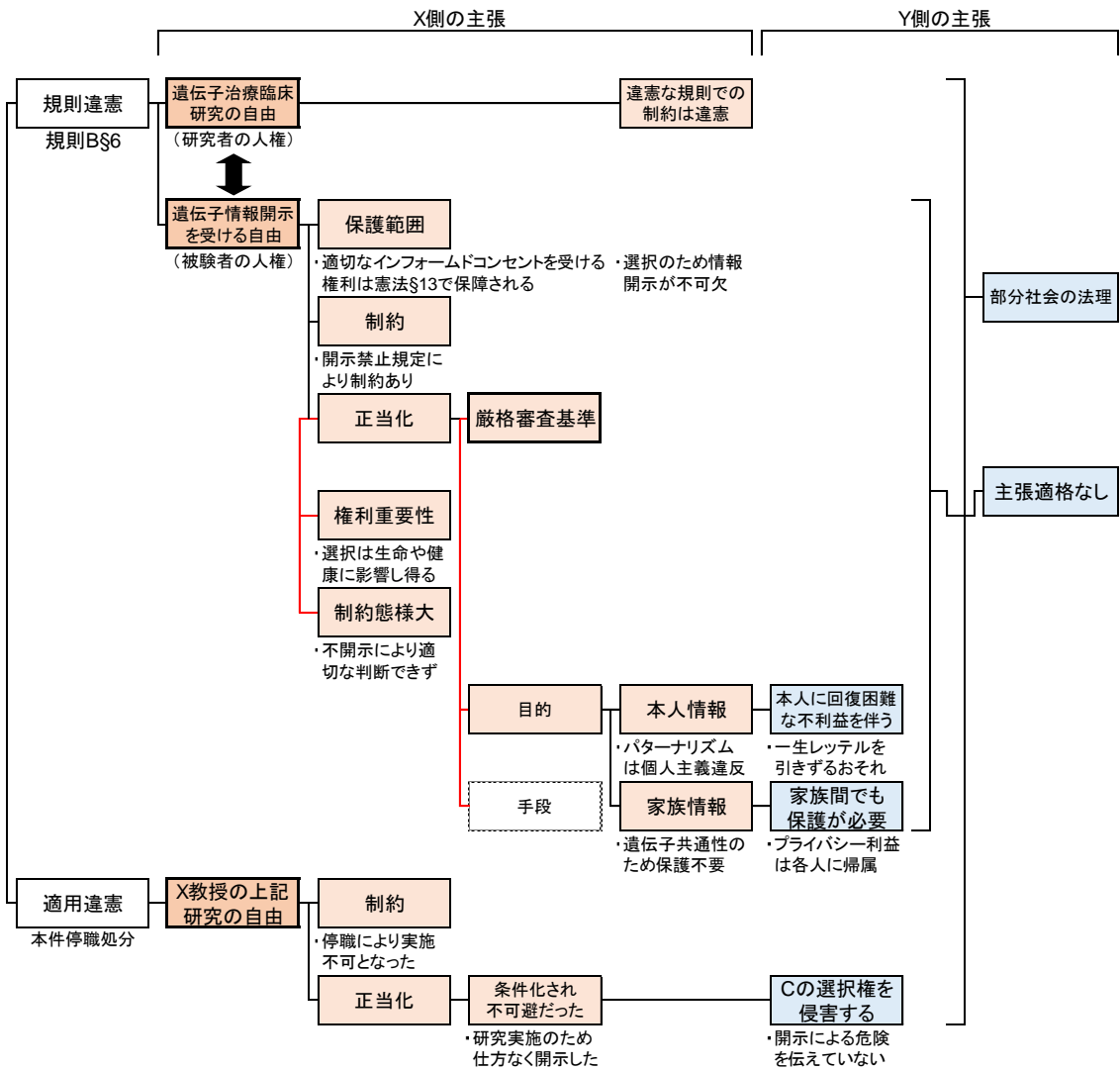
以上のことを意識して答案を組み立てれば、憲法の答案もさほど苦勞せずに構成することができる。

ただし、議論が噛み合わなくなる、という事態は避けなければならない。「現在起案している事項が、両当事者の主張のどこに位置付けられるのか」、「それに対する反論は原告側の主張のうち、どの部分に対する反論なのか」という当たり前のことが、憲法答案でだけできない、というのはおかしい。起案をする際には、他の科目と同じく「議論の噛み合わせ」を強く意識されたい。末尾に講師作成の主張・反論構成案を載せるので参考にして欲しい。

◆ 設問1の主張・反論構成



◆ 設問2の主張・反論構成



講師作成の参考答案

第1 設問1

1 Xの主張

本件中止命令の違憲性に関するXの主張としては、以下のものが考えられる。

- (1) 学問の自由（憲法23条）の保障根拠は、真理の探究を促し社会的に有用な成果を生み出す点にある。大学教授の遺伝子治療臨床研究は、難病の新規治療法という有益な成果を志向するものであり、その研究の自由は憲法23条で保障される。
- (2) 本件中止命令はXの遺伝子治療臨床研究を直接制約するが、根拠規定である審査委員会規則（以下、「規則A」という。）8条は法律の委任を受けておらず、法律の留保原則に反して人権を制約するものであり違憲である。
- (3) また、研究中止を規定した規則A8条は、研究者の自主性や倫理観を尊重する観点から敢えて制裁規定を含まなかった政府の遺伝子治療臨床研究に関する指針（以下、「指針」という。）の趣旨に反し、違憲である。
- (4) ア 遺伝子治療臨床研究は、難病の新規治療法を模索し、生命・健康等の中核的利益を保護するものであり、極めて重要な研究である。中止命令は研究の続行を不可とする。以上の権利重要性、制約態様の重大性に照らすと、遺伝子治療臨床研究を続行不能としてでも保護すべき優越的利益のために必要最小限度の制約と言えない限り、中止命令を規定した規則A8条は憲法23条に反する。

イ 規則A8条に中止命令を新設したのは専門機関の倫理性・責任を高めるためと説明されるが、契機が死亡事故の発生にあることは明らかであり、直接的な制定目的は生命・健康の保護にあると考えられる。しかし、死亡例は1件しかなく、生命・健康の保護を優越的利益とするだけの立法事実に欠ける。

また、そうした現状に照らすと、研究を取りやめるか否かは研究者の自己判断に委ねても十分に被験者の生命・健康を保護できると考えられ、それが困難な場合には「研究の…変更その他必要な措置」を行い、自主規制を促せば足りるから、中止命令という手段が必要不可欠ということもできない。

よって、研究中止命令を規定した規則A8条は憲法23条に反する。

- (5) ア 規則A8条は、研究への規制要件を「重大な事態が生じたとき」と定める。
仮に同条が合憲だとしても、中止命令が死亡事故の発生を背景に新設されたこと、重要な遺伝子治療臨床研究を犠牲にすることに鑑みれば、「重大な事態」の意義は、研究の継続が「被験者の死亡」に準じる回復不能な損害を再発させるという具体的な危険が客観的に切迫している場合に限定解釈すべきである。
- イ 本件では、Xらの研究グループによる研究実施中に被験者Cが重体に陥った。
しかし、その事態は全く予測し得ない問題により生じており、研究のプロセス自体の瑕疵に起因すると特定されたわけでもない。また、Cはその後、回復して

おり、現段階で、Xらの研究継続が「被験者の死亡」に準じる回復不能な損害を再発させる具体的な危険が客観的に切迫しているとは言い難い。

よって、「重大な事態が生じた」とは言えず、Xの遺伝子治療臨床研究の自由は、依然、憲法上保障されるべきであるから、Xに対し規則A8条を適用した本件中止命令は過剰な適用といえ、違憲である。

2 Y大学側の反論と私見（※主張（1）・（2）への反論（2）・（3）も削れます。）

（1）Xの主張全体に対しては、本件中止命令や規則策定が大学内部の問題であり、司法審査が及ばない、との反論が想定される。

この点につき、富山大学事件判決は、研究の自由確保のための制度的保障として、大学の自治が憲法23条で保障されることを前提に、大学の自律権が尊重されるべきこと、したがって、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部問題は司法審査の対象外となる旨判示する。しかし、規則A8条及びこれに基づく中止命令は、Y大学教授の遺伝子治療臨床研究という私的活動を妨げるものであり、純粋に大学内部の問題とは言えず、判例を踏まえても司法審査が及ぶと考える。

（2）留保原則違反の主張に対しては、大学の自治により法律の委任なく処分規定を策定することが可能である、との反論が想定される。

この点につき、前記判例は、大学の自律的権能の中に、学内の人事権、施設管理権が含まれるという。内制を整えなければ折角保護した研究の自由も内部から瓦解するおそれがあるといえ、判例の考え方は正当と言える。研究の中止は、学内人事ないしは施設管理の一環と見ることができ、法律の委任なく中止命令を定めた規則A8条は、Y大学の人事権ないし施設管理権の範疇と言える。

したがって、本件中止命令は法律の留保原則に反しない。

（3）指針の趣旨違反の主張に対しては、法的拘束力がないとの反論が想定される。

指針は、政府が研究の審査・承認の際のガイドラインとして策定したものであり、法令ではないため、法的拘束力を持たない。また、指針が制裁規定を含まなかったのは、研究者の自主性や倫理観を尊重した柔軟な規制形態が望ましいと考えられたためであり、規制を設けるか否かは各大学教授会に委ねられていると解釈するのが素直である。規則A8条はY大学医学部が自主的に策定したものであり、規則A8条の策定は指針の趣旨に反しない。

（4）ア 規則A8条の憲法23条違反の主張に対しては、①遺伝子治療臨床研究が被験者の生命・健康を脅かす危険をはらむ、②規制権限の発動には遺伝子治療に関する専門技術的な判断を要し、大学の自治に委ねられるべき事項である、③予測困難な危険防止の実効性を確保するためには研究中止が不可欠である、との反論が想定される。

イ ①につき、判例は、表現の自由や信教の自由につき、他の人権を害するような言動までが保護に値するとは言えないという姿勢を示す（駅構内ビラ事件等）。

憲法は人権の濫用を禁じ（12条）、「公共の福祉に反しない限り」で人権を保障するものであり（13条後段）、その考え方は正当と言える。

遺伝子治療臨床研究は、内部思索を基本とする古典的な研究と異なり、人に対する治験を必要とする。その研究は、有益な遺伝子の破壊など、人の生命・健康等に対する危険を内在するというのである。生命や健康は人のもつ人格的利益の中でも中核的なものであり、したがって、いかに研究の自由といえども、他者が持つこれらの人権を害してまで強く保障されるべきとは言い難い。

ウ また、②について、遺伝子治療臨床研究の実施が、どのような条件下でどのような危険を生じるのか、というメカニズムにつき判断するには、遺伝子治療に関する専門的知見が必要であり、裁判所よりも大学側の方が危険性の判断に長けていると考えられる。したがって、研究に対しどのような規制を設けるかは Y 大学の裁量に委ねられるべき事項と言える。

エ 以上の2点を踏まえると、規則 A8 条で中止命令を定めることは、正当な目的の下、その達成手段として著しく不合理であることが明白と言えない限り違憲とならないと考える。

生命・健康の保護は、人の人格的生存に不可欠な中核的利益に対するものであり、それ自体正当な目的といえる。死亡事件は1件しか起きていないが、原因究明の間も研究実施を放置すれば生命・健康を害するおそれがある。原因不明の段階では研究内容・方法の変更等程度で結果を防げるとも限らず、予測困難な危険を生じた研究を個々の研究者の自主規制に委ねないで大学側で中止させることは、あながち不合理な手段とも言えない。よって規則 A8 条は違憲ではない。

(5) 本件中止命令の適用違憲の主張に対しては、①中止命令を下すか否かの判断は医学部長の裁量に委ねられ、判断内容が著しく不合理であることが明白でなければ違憲とならない、②被験者の生命・健康という重大な利益を保護するために抽象的な危険をもって処分することは合理的である、との反論が想定される。

前記の通り、遺伝子治療臨床研究の危険性判断については裁判所能力を超えた専門的知見が必要であり、処分庁たる Y 大学医学部長の要件裁量が尊重されるべきだと考えられる。ただし、そのことをもって X の遺伝子治療臨床研究の自由の重要性が否定されるわけではなく。規則 A8 の策定に係る大学側の裁量においても、規制権限発動の契機たる事実の存否自体を慎重に審査すべきことは当然の前提だと考えられる。

そのため、適切な判断過程を経ない要件裁量の行使は規則 A 8 条が本来予定する適用態様とは言えず、違憲である。

もっとも、本件では、Y 大学医学部長が「定められた手続に従い慎重に審査」した上で中止命令を下しており、事実の存否判断につき過誤はないと言える。

したがって、本件中止命令が規則 A8 条の適用において違憲だとは言えない。

第2 設問2

1 Xの主張

本件停職処分の違憲性に関するXの主張としては、以下のものが考えられる。

(1) ア 自己の生命・健康に関わる事項の自己決定は、人格的生存に不可欠の権利と言え憲法13条で保障される。遺伝子治療の場面においては、有益な遺伝子を破壊する可能性もあることから、疾病の原因が本当に遺伝子に起因するのか、本当にその遺伝子が原因なのかを確認し、代替的な治療法がないかを知る必要がある。そのためには、自己及び家族の遺伝子情報の開示のもと適切なインフォームド・コンセントを受けられることが不可欠であるから、遺伝子治療臨床研究の被験者が自己及び家族の遺伝子情報の開示を受けることは、自己決定権の一内容として保障される。

イ Y県立大学医学部「遺伝子情報保護規則」(以下、「規則B」という。)6条は、臨床研究の過程で疾病の原因とされた本人の遺伝子情報以外の遺伝子情報の開示を一般に禁止しており、被験者の遺伝子情報開示を受ける自由を制約する。

ウ 遺伝子治療に関する自己決定は、ともすれば有益な遺伝子を破壊し、自己の生命・健康を害するおそれがあることから、特に重要な決定と言える。

被験者としては、遺伝子異常の所在や具体的な治療方法、当該治療のリスク等につき正確かつ詳細に情報を把握できなければ、真意に基づく同意の機会が保障されたとはいえず、遺伝子情報の開示を原則禁じる規則B6条(1項)は、被験者の自己決定権に対する重大な制約となる。そのため、やむにやまれぬ利益のために必要最小限度の手段と言えなければ、同条は憲法13条に反し違憲である。

エ 自己の遺伝子情報の開示を制限する目的は、本人に対するマイナスの影響を防止するためとされる。しかし、このようなパターンリスティックな制約は、個々人の人格的自律を保障する憲法の個人主義的精神に反し許されず、やむにやまれぬ利益のための手段とは言えない。

また、遺伝子情報の第三者開示を禁止する目的は、開示により生じ得る様々な問題の発生等を考慮したものとされる。これは、プライバシー権侵害を想定したものと考えられるところ、家族の遺伝子情報については、遺伝子治療の特性上、自己決定のために開示が保障されるものであり、本人に開示される限りにおいてプライバシー権侵害は問題とならないから、開示禁止は必要最小限度の手段と言えない。よって、規則B6条は憲法13条に反し違憲である。

オ すると、本件停職処分は違憲な規則違反を理由としてXの遺伝子治療臨床研究の自由を制約したものと見え、違憲である。

(2) 仮に規則B6条が合憲だとしても、XはCから遺伝子情報の開示を臨床研究実施の条件とされ、やむなく応じたのであり、その開示は自己の遺伝子治療臨床研究の自由を全うするための正当行為と言えるから、本件停職処分は適用違憲である。

2 Y 大学側の反論と私見

(1) X の主張全体に対しては、本件停職処分や規則策定が大学内部の問題であり、司法審査が及ばない、との反論が考えられる。

停職処分は、教授の大学職員としての業務を停止する内部人事行為だが、遺伝子治療研究には遺伝子情報を分析するための精密機器やマンパワーが必要であり、大学外での研究実施は事実上不可能である。そのため、停職処分は教授の私的研究活動の制約と直結し、本件停職処分は一般市民法秩序に直接の関係を有する事項といえ、司法審査が及ぶ。

(2) ア 規則違憲の主張に対しては、①主張適格がない、②本人の遺伝子情報の安易な開示は人生設計を狂わせるおそれがあり、パターンリスティックな制約も許容される、③個々人に固有の遺伝子情報は家族間でもプライバシー保護の必要がある、といった反論が想定される。

イ ①について、付随違憲審査性の下では主観訴訟が原則となるから、自己の権利利益に関しない第三者の権利利益主張を行うことは通常許されないが、当該第三者の権利を主張することに利害関係を有する場合には、例外的に主張適格を認めて良いと考えられる。遺伝子情報の開示を受けることは遺伝子治療臨床研究の被験者にとって同意すべきか判断するための重要事項と言える。現に C が被験者になる条件として遺伝子情報の開示を求めたことにも照らすと、C 以外の被験者も遺伝子情報の開示がなければ被験に同意せず、X の研究実施が不可能となるおそれがある。そのため、X は自己の研究の自由を全うするため、被験者への遺伝子情報開示が保護されることに強い利害関係を持ち、X には被験者の権利侵害について主張適格があると言える。

ウ ②について、パターンリスティックな制約は個人主義を基調とする憲法の趣旨（憲法 13 条前段）に反し、原則許されない。しかし、そのような制約がなければ本人に回復困難な不利益を生じる場合には、制約を認めなければ同人の人格的生存を揺るがすから、例外的に制約は合憲と言える。

遺伝子情報は生涯不変のものであるところ、治療に関係ない遺伝子に偶然異常を発見することもあり得る。当該異常が重篤な病変を引き起こす可能性を持つ場合、就職や転職上不利に取り扱われるおそれが高く、一度知ってしまった遺伝子異常を申告しないことは虚偽申告になりかねない。以上より、遺伝子情報の安易な開示は、本人に対して就職・転職が困難になるという回復困難な不利益を永続的に課すことになる。かかる不利益の重大性に鑑みれば、治療に関係ない本人の遺伝子情報開示の禁止は例外的に合憲な制約と言える。

エ 遺伝子情報は匿名化されず、個人を識別できるため（規則 B1 条）、当該情報の漏えいは前記ウの意味で対象者の私生活上の利益を害する。したがって遺伝子情報の不開示はプライバシー権として憲法 13 条後段により保障される。

家族の遺伝子情報について、病変の原因となる遺伝子情報は家族間に共通しているはずであり、その限りでは本人も知り得る非プライバシー情報である。

したがって、文言上、家族間に共通する遺伝子情報の開示までも禁止する規則 B6 条 1 項は憲法 13 条に反し、その限りで違憲である。

ただし、各家族に固有の遺伝子情報に関しては固有のプライバシー利益が観念でき、その情報は家族間でもみだりに開示されたくないとするのが通常である。他方で、そのような情報は遺伝子治療臨床研究を被験する本人にとっても周縁的な利益と言え、情報開示を制限したとしても本人の自己決定に与える不利益は僅少だから、上記以外の家族の遺伝子情報開示を禁止することは、第三者一般に対する遺伝子情報開示の禁止と合わせて必要かつ合理的な制約であり合憲である。

(3) 適用違憲の主張に対しては、被験者の人格的利益を害するような人権行使を許すべきではないとの反論が想定される。

第 1 の 2 (4) イに示した通り、人権行使は「公共の福祉に反しない限り」で保障されるものであり（憲法 13 条後段）、他人の人権を著しく害するような態様での人権行使は憲法上の保障の対象外と言える。X は C に対し、C 本人の遺伝子情報だけではなく、C の家族 4 人分の遺伝子情報を全て開示したが、家族の遺伝子情報のうち、C と共通しない各人にオリジナルの部分の情報開示は、C の家族 4 人のプライバシー権をいたずらに害する。また、C の情報についても、遺伝子異常の発見による不利益等について一切説明しておらず、C の自己決定の利益を奪っている。よって、何らの説明なく全遺伝子情報を C に開示した X の行為は憲法上保護されず、正当行為に当たらないため、本件停職処分は違憲とは言えない。

以 上