

# 平成21年司法試験 公法系第1問（憲法）

## 問題文

〔第1問〕（配点：100）

遺伝子は、細胞を作るためのタンパク質の設計図である。人間には約2万5000個の遺伝子があると推測されている。遺伝情報は、子孫に受け継がれ得る情報で、個人の遺伝的特質及び体質を示すものであるが、その基になる遺伝子に係る情報は、当該個人にとって極めて機微に係る情報である。遺伝子には、すべての人間に共通な生存に不可欠な部分と、個人にオリジナルの部分とがある。もし生存に不可欠な遺伝子が異常になると、細胞や体の働きが損なわれるので、その個体は病気になることもある。既に多数の遺伝子疾患が知られており、また、高血圧などの生活習慣病や癌、そして神経難病なども遺伝子の影響を受けることが解明されつつある。

遺伝子治療とは、生命活動の根幹である遺伝子を制御する治療法であり、正常な遺伝子を細胞に補ったり、遺伝子の欠陥を修復・修正することで病気を治療する手法である。遺伝子治療の実用化のためには、動物実験の次の段階として、人間を対象とした臨床研究も必要である。遺伝子治療においては、まず、当該疾患をもたらしている遺伝子の異常がどこで起こっているかなどについて調べる必要がある。それを確定するためには、遺伝にかかわるので、本人だけではなく、家族の遺伝子も検査する必要がある。遺伝子治療は、難病の治療のための新たな可能性を有する治療法ではあるが、安全性という点でなお不十分な面があるし、未知の部分もある。例えば、治療用の正常な遺伝子の導入が適切に行われないと、癌抑制遺伝子等の有益な遺伝子を壊すことがある。さらに、遺伝子という生命の根幹にかかわる点で、遺伝子治療によって「生命の有り様」を人間が変えることにもなり得るなど、遺伝子治療それ自体をめぐる様々なレベルで議論されている。

【注：本問では、遺伝子治療に関する知見は以上の記述を前提とすること。】

政府は、遺伝子を人為的に組み換えたり、それを生殖細胞に移入したりして操作することには人間を改造する危険性もあるが、研究活動は研究者の自由な発想を重視して本来自由に行われるべきであることを考慮し、研究者の自主性や倫理観を尊重した柔軟な規制の形態が望ましいとして、罰則を伴った法律による規制という方式を採らなかった。2002年に、文部科学省及び厚生労働省が共同して、制裁規定を一切含まない「遺伝子治療臨床研究に関する指針」（2004年に全部改正され、2008年に一部改正された【参考資料1】。以下「本指針」という。）を制定した。こうして、遺伝子治療の臨床研究（以下「遺伝子治療臨床研究」という。）について研究者が遵守すべき指針が定められ、大学や研究所に設置される審査委員会で審査・承認を受けた後、さらに文部科学省・厚生労働省で審査・承認されて研究が行われている。

2009年に、国立大学法人A大学医学部B教授らのグループによる遺伝子治療臨床研究において、被験者が一人死亡する事故が起きた。また、遺伝子に係る情報の漏洩事件も複数起きた。そこで、同年、Y県立大学医学部は、「審査委員会規則」を改正し、専門機関としてより高度の倫理性と責任性を持つべきであるとして、遺伝子治療臨床研究によって重大な事態が生じたときには当該研究の中止を命ずることができるようにした【参考資料2】。さらに、同医学部は、「遺伝子情報保護規則」【参考資料3】を新たに定め、匿名化(その個人情報から個人を識別する情報の全部又は一部を取り除き、代わりに当該個人情報の提供者とかかわりのない符号又は番号を付すことをいう。)されておらず、特定の個人と結び付いた形で保持されている遺伝子に係る情報について規律した。当該規則は、本人の求めがある場合でも、「遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報」以外の開示を禁止している。その理由は、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を考慮したからである。また、当該規則は、被験者ばかりでなく、遺伝子検査・診断を受けたすべての人の遺伝子に係る情報を第三者に開示することを禁止している。その理由は、その開示によって生じるかもしれない様々な問題の発生等を考慮したからである。

Y県立大学医学部の、X教授を代表者とする遺伝子治療臨床研究グループは、2003年以来難病性疾患に関する従来の治療法の問題点を解決する新規治療法の開発を目的として、動物による実験を行ってきた。201※年に、X教授のグループは、X教授を総括責任者とし、本指針が定める手続に従って、遺伝子治療臨床研究(以下「本研究」という。)を実施することの承認を受けた。X教授は、難病治療のために来院したCを診断したところ、Cの難病の原因は遺伝子に関係する可能性が極めて高いと判断した。Cは成人であるので、X教授は、Cの同意を得てその遺伝子を検査した。さらに、X教授はCに、家族全員(父、母、兄及び姉)の遺伝子も検査する必要があることを説明し、その家族4人からそれぞれ同意を得た上で、4人の遺伝子も検査した。その結果、Cの難病が遺伝子の異常によるものであることが判明した。X教授は、動物実験で有効であった遺伝子治療法の被験者としてCが適切であると考え、Cに対し、遺伝子治療を行う必要性等、本指針が定める説明をすべて行った。説明を受けた後、Cは、本研究の被験者となることを受諾する条件として、自己ばかりでなくその家族4人の遺伝子に係るすべての情報の開示をX教授に求めた。X教授は、Cの求めに応じて、C以外の家族4人の同意を得ずに、C自身及びその家族4人の遺伝子に係るすべての情報をCに伝えた。Cは、本研究の被験者になることに同意する文書を提出した。

Cを被験者とする本研究が実施されたが、その過程で全く予測し得なかった問題が生じ、Cは重体に陥り、そのため、Cに対する本研究は続けることができなくなった(その後、Cは回復した。)

Y県立大学医学部長は、定められた手続に従い慎重に審査した上で、X教授らによる本研究の中止を命じた。その後、この問題を契機として調査したところ、「遺伝子情報保護規則」に違反する行為が明らかとなった。任命権者である学長は、X教授によるCへのC自身及びその家族4人の遺伝子に係る情報の開示が

「遺伝子情報保護規則」に違反していることを理由に、X教授を1か月の停職処分に処した。

〔設問1〕

X教授は、本研究の中止命令（注：行政組織内部の職務命令自体の処分性については、本問では処分性があるものとする。）の取消しを求めて訴訟を提起することにした。あなたがX教授から依頼を受けた弁護士であったならば、憲法上の問題についてどのような主張を行うか述べなさい。

そして、大学側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述べなさい。

〔設問2〕

X教授は、遺伝子に係る情報の開示（注：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はない。）に関する1か月の停職処分の取消しを求めて訴訟を提起することにした。あなたがX教授から依頼を受けた弁護士であったならば、憲法上の問題についてどのような主張を行うか述べなさい。

そして、大学側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述べなさい。

【参考資料1】

文部科学省／厚生労働省「遺伝子治療臨床研究に関する指針」 平成14年3月27日（平成16年12月28日全部改正；平成20年12月1日一部改正）（抄録）

第一章 総則

第一 目的

この指針は、遺伝子治療の臨床研究（以下「遺伝子治療臨床研究」という。）に関し遵守すべき事項を定め、もって遺伝子治療臨床研究の医療上の有用性及び倫理性を確保し、社会に開かれた形での適正な実施を図ることを目的とする。

第二 定義

- 一 この指針において「遺伝子治療」とは、疾病の治療を目的として遺伝子又は遺伝子を導入した細胞を人の体内に投与すること及び二に定める遺伝子標識をいう。
- 二 この指針において「遺伝子標識」とは、疾病の治療法の開発を目的として標識となる遺伝子又は標識となる遺伝子を導入した細胞を人の体内に投与することをいう。
- 三 この指針において「研究者」とは、遺伝子治療臨床研究を実施する者をいう。
- 四 この指針において「総括責任者」とは、遺伝子治療臨床研究を実施する研究者に必要な指示を行うほか、遺伝子治療臨床研究を総括する立場にある研究者をいう。
- 五～九 （略）

第三～第五 （略）

第六 生殖細胞等の遺伝的改変の禁止

人の生殖細胞又は胚（一の細胞又は細胞群であって、そのまま人又は動物の胎内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成を開始する前のものをいう。以下同じ。）の遺伝的改変を目的とした遺伝子治療臨床研究及び人の生殖細胞又は胚の遺伝的改変をもたらすおそれのある遺伝子治療臨床研究は、行ってはならない。

第七 適切な説明に基づく被験者の同意の確保

遺伝子治療臨床研究は、適切な説明に基づく被験者の同意（インフォームド・コンセント）が確実に確保されて実施されなければならない。

第八 （略）

## 第二章 被験者の人権保護

## 第一 （略）

## 第二 被験者の同意

- 一 総括責任者又は総括責任者の指示を受けた医師である研究者（以下「総括責任者等」という。）は、遺伝子治療臨床研究の実施に際し、第三に掲げる説明事項を被験者に説明し、文書により自由意思による同意を得なければならない。
- 二 同意能力を欠く等被験者本人の同意を得ることが困難であるが、遺伝子治療臨床研究を実施することが被験者にとって有用であることが十分に予測される場合には、審査委員会の審査を受けた上で、当該被験者の法定代理人等被験者の意思及び利益を代弁できると考えられる者（以下「代諾者」という。）の文書による同意を得るものとする。この場合においては、当該同意に関する記録及び同意者と当該被験者の関係を示す記録を残さなければならない。

## 第三 被験者に対する説明事項

総括責任者等は、第二の同意を得るに当たり次のすべての事項を被験者（第二の二に該当する場合にあっては、代諾者）に対し十分な理解が得られるよう可能な限り平易な用語を用いて説明しなければならない。

- 一 遺伝子治療臨床研究の目的、意義及び方法
- 二 遺伝子治療臨床研究を実施する機関名
- 三 遺伝子治療臨床研究により予期される効果及び危険
- 四 他の治療法の有無、内容並びに当該治療法により予期される効果及び危険
- 五 被験者が遺伝子治療臨床研究の実施に同意しない場合であっても何ら不利益を受けることはないこと。
- 六 被験者が遺伝子治療臨床研究の実施に同意した場合であっても随時これを撤回できること。
- 七 個人情報保護に関し必要な事項
- 八 その他被験者の人権の保護に関し必要な事項  
（以下略）

## 【参考資料2】

Y県立大学医学部「審査委員会規則」

第1条～第7条 （略）

第8条 医学部長は、被験者の死亡その他遺伝子治療臨床研究により重大な事態が生じたときは、総括責任者に対し、遺伝子治療臨床研究の中止又は変更その他必要な措置を命ずるものとする。

（以下略）

**【参考資料3】**

Y県立大学医学部「遺伝子情報保護規則」

第1条 本学部において、遺伝子に係る情報であって、匿名化されておらず個人を識別することができるもの（以下「遺伝子情報」という。）の取扱いについては、この規則によるものとする。

第2条～第5条 （略）

第6条 本学部の教職員は、いかなる理由による場合であっても、遺伝子情報を開示しないものとする。

2 前項の規定にかかわらず、総括責任者は、遺伝子検査又は診断を受けた者からの求めがある場合には、遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報に限り、本人に開示しなければならない。

（以下略）



## 解説

### 第1 検討の前提

#### 1 本問事案の特殊性

本問では、以下の特殊性に留意すべきである。

「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、両者是对立関係にある」（採点実感）、「大学の自治というのは、従来は学問の自由を保障する制度的保障として考えられており、学問の自由と同じ方向を向いているにもかかわらず、ここでは大学の自治を理由として、構成員の研究を中止することができるということになるので、大学の自治と研究の自由とが対立することになる。」（ヒアリング）

通常、先端的な学問研究を始めとする学問の自由に対する制約の可否は、法律によって学問の自由が規制された事案（例えば、遺伝子治療臨床研究の開始には所管大臣の許可が必要であると定める法律等）を念頭に置いて議論されている。本問のような先端研究の場合には、その危険性や予測不能性（本問では「遺伝子治療は、……安全性という点でなお不十分な面があるし、未知の部分もある。」とされている。）を理由として法律による特別の制約が認められるとする立場と大学の自主規制に委ねるべきであるとする立場が主張されている。つまり、法律によって規制を受ける大学側が学問の自由を守るべく自主規制に委ねるべきであると主張し、これに対して規制を設けた国の側が特別の制約が認められるべきであると主張する。

これに対して、本問の場合は、大学の自治は、学問の自由の制約原理としてはたらくことになる。設問1では、大学の自治のうち、主に施設管理権を根拠として本研究の中止が命じられ、設問2では、主に人事管理権を根拠としてXに対して停職処分がなされることになる。

#### 2 学問の自由の憲法上の権利としての位置付け

学問の自由は、沿革的には、大学という特殊な研究教育機関において、十全な学問研究の自由を保障するために唱えられてきたものであり、その享有は主に大学に所属する研究者を対象としてきた。そのため、これは、大学の構成員（研究者）に限られる「特権」と理解されてきた。「遺伝子治療臨床研究に関する指針」（以下「指針」という。）は、「研究活動は研究者の自由な発想を重視して本来自由に行われるべきであることを考慮し、研究者の自主性や倫理観を尊重した柔軟な規制の形態が望ましい」として定められたものであるが、これは、このような「特権」的発想に親和的であるといえる。

しかし、現在では、学問研究の場は大学に限られず、初等・中等教育と高等教育との区別も相対化しつつある。こうしてみると、学問の自由の主体を大学の研究者に限定する根拠は乏しい。そのため、個人であれば誰もが享受する普遍的な「自由」であるという理解が広まっている。

判例においても、「学問の自由は、学問的研究の自由とその研究結果の発表の自由とを含むものであって、同条が学問の自由はこれを保障すると規定したのは、一面において、広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに、他面において、大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかん

がみて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである。」(最大判昭38.5.22【百選I91】～東大ポポロ事件～)と説示されている。

これは、学問の自由を全ての個人が共有する人権であることを出発点にした上で、大学に所属する研究者にはその保障の範囲・程度が強められているという理解であろう。

以上のことを、典型的な先端研究に対する制約の場面でみると、特別の制約が許されると主張する国の側は「自由」的な理解に、自主的な規制に委ねるべきであるとする大学の側は「特権」的な理解によっていることになる。

本問では、原則として、Xの側は「自由」的な理解に、大学の側は「特権」的な理解によることになる。

例えば、X側は、①学問の自由に対する制約は大学の自主規制ではなく、法律によるべきである(法律の留保)、②通常的精神的自由権に対する制約と同様に、学問の自由に対する制約の合憲性は厳格に審査すべきである(違憲審査基準)、③裁判所は積極的に司法審査を及ぼすべきである(司法権の限界)などと主張することになる。

これに対して、大学側は、例えば、①学問の自由に対する制約は、法律によるべきでなく、むしろ大学の自主規制によるべきである、②仮に、司法審査が及ぶとしても、手続的な審査に限られるべきであるか、又は大学の判断権を尊重した審査を行うべきである、③そもそも、大学の自主性・自律性を尊重すべく、裁判所は司法審査を及ぼすべきではない(部分社会の法理)などと主張するだろう。

もっとも、先端研究に対する制約という場面では、これが逆転することになりかねないから注意を要する。つまり、大学の側は特別の制約が許されると主張し、Xの側は研究者個人の自主的な判断に委ねられるべきであると主張すると、逆転現象が起こることになる。

この点については、Xの側は、「自由」的な理解から、精神的自由権と同様に厚い保障が及ぶべきであり、仮に、先端研究に生命・身体に対する危険性があつたとしても、反対利益の考慮によって審査基準を引き下げるべきではないと主張し、一方で大学側は、「特権」的な理解から、専門家集団である医学部及びその代表たる医学部長(ただし、大学の自治は、本来的には教授会の自治を意味するから、医学部長が教授会から委任を受けて権限を行使しているのだとしても、大学の自治そのものとは異なるという見方も可能である。)こそが先端研究の可否を判断し得るものであるなどとして、主張を組み立てることが考えられよう。

## 第2 設問1・設問2共通の問題について

大学側は、いわゆる部分社会の法理を援用して、本研究の中止命令(以下「本件中止命令」という。)及びX教授に対する1か月の停職処分(以下「本件停職処分」という。)は、特殊な自治的規範を有する大学内部の処分に過ぎず、司法審査は及ばないこと、仮に及んだとしても大学の自治(23)を尊重する観点から、手続的審査に限られるべきことを主張するだろう。

本問と同様に、大学内部における処分と司法審査の関係が問題となった判例として、富山大学事件判決(最判昭52.3.15【百選II188】)がある。同判決は、「裁判所は、憲法に特別の定めがある場合を除いて、一切の法律上の争訟を裁判する権限

を有する……が(裁判所法3条1項), ……法律上の係争といっても, その範囲は広汎であり, その中には事柄の特質上裁判所の司法審査の対象外におくのを適当とするものもあるのであって, 例えば, 一般市民社会の中であってこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは, それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り, その自主的, 自律的な解決に委ねるのを適当とし, 裁判所の司法審査の対象にはならない」とし, 昭和女子大事件(最判昭49.7.19【百選I11】)を引用こそしていないものの, 同判決が論じた包括的権能論を前提に, 「一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成している」とし, 単位授与(認定)行為は, 特段の事情(特定の授業科目の単位の取得それ自体が一般市民法上一種の資格要件とされる場合)がない限り, 司法審査の対象とはならないとした。一方で, 別件の形で同日に下された判決では, 専攻科修了の認定, 不認定は「学生が一般市民として有する公の施設を利用する権利を侵害する」ものとして, 司法審査の対象になるとされた。

同判決がいう「一般市民法秩序と直接の関係」を有する場合が何を意味するのか判然としない部分があるが, 「一般市民法秩序において保障されている権利利益」に関する場合を指すと解される(名古屋高判平24.5.11参照)。

本問では, 本件中止命令はXの学問の自由(学問研究の自由, 23)を制約するものであり, また本件停職処分はXの学問の自由だけでなく, 職業選択の自由(22I)も制約するものであるから, 「一般市民法秩序において保障されている権利利益」を制約するものであり, 「一般市民法秩序と直接の関係」を有すると解すべきだろう。

### 第3 設問1について

#### 1 Y県立大学医学部「審査委員会規則」8条(以下「本件規則1」という。)の合憲性

##### (1) 「文面上の違憲性」(ヒアリング)

###### ア Xの主張

Xとしては, 本件規則1に基づく本件中止命令によって学問の自由を制約されていることを前提として, 法律によらない憲法上の権利の制約は, 法律の留保原則(41)に反すると主張するだろう。

###### イ 大学側の反論

これに対して, 大学側は, 学問研究の自由を法律によって制約することが, 学問の自由に対する脅威になりかねないことから, むしろ大学による自治的な規制に委ねるべきであると反論するだろう。

###### ウ 私見

この点に関しては, 上記のように学問の自由の憲法上の権利としての位置付けによって異なることになる。

「特権」的な理解によれば, 法律の留保原則は排除されることになるだろうし, 一方で「自由」的な理解によれば, 法律の留保原則は原則として適用されることになり, 仮に法律の留保原則が及ばなくとも司法的抑制は強く及ぶと解することになるだろう。

##### (2) 「実体的な内容面の違憲性」(ヒアリング)

## ア Xの主張

Xとしては、本件中止命令が学問研究の自由を制約するものであることを前提として、学問の自由が精神的自由権として特別に保障された経緯を踏まえ、厳格な審査基準の定立を主張するだろう。

あてはめレベルでは、「指針には制裁規定がないのに、大学の規則には制裁規定があること」(ヒアリング)を、手段審査において中心的に論ずべきだろう。なお、「指針」と「規則」の関係は、「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。」(出題趣旨)から、文面上の違憲性に位置づけるのは難しいだろう。

また、本件規則1によれば、「重大な事態」が生じたときは、遺伝子治療臨床研究の中止等の措置を命ずるとしているが、その前段階として是正勧告や第三者委員会による調査などの措置を採っていないことから、必要最小限度の規制とはいえないと主張することも可能だろう。

## イ 大学側の反論

大学側としては、大学の自治には施設管理に関する自治が認められるところ、遺伝子治療臨床研究の中止は施設管理の一環であるから、この点については、医学部教授会(及び教授会から委任を受けた学部長)に合理的な裁量が認められること、遺伝子治療臨床研究は、「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」(出題趣旨)こと等を反論するだろう。

## ウ 私見

大学の自治によって中止命令等にかかる裁量が認められるか否かは、上記の学問の自由と大学の自治の関係に影響を受ける。「特権」的な構成によれば裁量を広く認めるべきであるとの結論につながりやすい一方で、「自由」的な構成によれば、通常精神的自由権と同様に厳格な審査が妥当することになりやすい。

「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」点について審査基準を引き下げる要素として機能するかについては、「特権」的理解、「自由」的理解の対立を踏まえて論じる必要があるだろう。

あてはめレベルでは、「指針」と本件規則1の関係性についてどのように考えるのかという点に触れる必要がある。

「指針」はガイドラインであって法的拘束力はないから本件規則1がこれに反したからといって直ちに無効となるものではない。もっとも、「指針」は遺伝子治療臨床研究について研究者が遵守すべき指針を定めるものであり、これに基づいて文部科学省・厚生労働省で審査・承認が行われている(実際、Xも本研究を実施することの承認を受けている。)のだから、「指針」と本件規則1が実質的に矛盾する場合には、本件規則1は必要最小限度の手段とはいえないというべきだろう。

そこで、「指針」と本件規則1が実質的に矛盾するか否かについて検討するに、「指針」と本件規則1では制定された背景が異なる。「指針」は、上記のように、「研究活動は研究者の自由な発想を重視して本来自由に行われるべきであることを考慮し、研究者の自主性や倫理観を尊重した柔軟な規制の形態が望

ましい」として定められたものであるのに対し、本件規則1は遺伝子治療臨床研究において被験者が一人死亡する事故が起きたことを背景として制定されたものである。

そうすると、「指針」は、大学の「規則」において制裁規定を設けることまでを排除する趣旨ではないだろう。

ただし、Xが主張するような段階的な規制(あるいは中立的な規制)ではない点を捉え、必要最小限度の規制ではないと論じることもしよう。

## 2 本件中止命令の違憲性(「適用違憲、処分違憲」(ヒアリング))

Xとしては、学問の自由の重要性を前提として、本件規則1の「重大な事態」を合憲限定解釈すること、具体的には、明白かつ現在の危険の法理類似(明白かつ現在の危険の法理は、将来発生し得る危険性の程度・切迫性等を判断するための基準であるところ、「重大な事態」は過去に発生した危険性の程度・規模等を判断するものであるとみるのが自然である。)の基準によって審査すべきであることを主張するだろう。

もっとも、被験者であるCの重体化は、「重大な事態」の典型的なものであると考えられるから、Xの立場から主張を組み立てるのは非常に難しい。

例えば、Cはその後回復しているのであるから、「重大な事態」には当たらない。仮に、一般的には「重大な事態」に当たり得るとしても、C自身はそのことに同意しており、今回の事案では「重大な事態」には当たらないなどと主張することができるだろう。

また、効果のレベルでも、Xに対して今回のような事態に対処するべく適切な措置をとるよう命じれば足り中止命令を出す必要はない、一度限りの事故にすぎず、またCが回復しているにもかかわらず、Xの研究全体を中止させるのは比例原則に反する等の主張が考えられる。

## 第4 設問2について

### 1 Y県立大学医学部「遺伝子情報保護規則」6条(以下「本件規則2」という。)の違憲性

#### (1) Xの主張

規則6条は、「本人の求めがある場合でも、『遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報』以外の開示を禁止している。」「また、当該規則は、被験者ばかりでなく、遺伝子検査・診断を受けたすべての人の遺伝子に係る情報を第三者に開示することを禁止している。」

これによって、被験者は、本人の遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報以外の情報及び被験者以外の人の情報を取得することができなくなっている。

このことが被験者の「知る権利」を侵害するのではないかが問題となる。もっとも、ここでいう「知る権利」とは、「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。」(出題趣旨)

※ 細かい点であるが、自己情報コントロール権として構成してしまうと、抽象的権利として請求権的な側面が含まれてしまうし、被験者はその家族の情報を取得することができなくなってしまうおそれがあるから、自己決定権(インフォームド・コンセントを受ける権利)として構成した方がよいように思われる(「指針」第7にも「インフォームド・コンセント」という文言が表れている)。採点実感でも、「Xは、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、本件規則はかかるCの権利を侵害すると主張」(傍点担当者)すべきであると指摘されている。

ここでいう自己情報コントロール権には、自己だけでなく、家族の遺伝子情報を受け取る権利が含まれる(とXとしては主張すべき)ことに注意を要する。

家族の遺伝子情報を受け取る権利は、遺伝子情報の性質によって基礎付けられるだろう。問題文の第1段落、第2段落によれば、「遺伝情報は、子孫に受け継がれ得る情報で、個人の遺伝的特質及び体質を示すものである」、「遺伝子には、すべての人間に共通な生存に不可欠な部分と、個人にオリジナルの部分とがある」、「遺伝子治療においては、まず、当該疾患をもたらしている遺伝子の異常がどこで起こっているかなどについて調べる必要がある。それを確定するためには、遺伝にかかわるので、本人だけではなく、家族の遺伝子も検査する必要がある。」という情報が掲げられており、ここから自己に関する遺伝子情報(「個人にオリジナルの部分」)の全てを把握するためには、家族の遺伝子情報も取得する必要があるといえよう。

あてはめレベルでは、Xとしては、次のように主張すべきだろう。

まず、被験者本人との関係において、「遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報」以外の開示を禁止しているのは、「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を考慮したからである」。このような理由は、「いわゆるパターナリスティックな理由であり、」個人の自己決定権を強く侵害するものであって許されない。

また、被験者以外の情報の開示を禁止しているのは、「その開示によって生じるかもしれない様々な問題の発生等を考慮したからである。」しかし、「様々な問題の発生等」というだけでその内実は不明確であるから、そのような理由による制約も、必要性及び相当性を欠き、許されない。

## (2) 大学側の反論

これに対して、大学側は、「遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報」については本件規則2によって具体化されているものの、自己情報コントロール権の抽象性、不明確性を指摘して、憲法上の権利としての保障を否定すると共に、第三者の権利の援用であって、付随的違憲審査制の下では許されないと反論するだろう。

※ この点について、出題趣旨では、「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」(傍点は担当者)と指摘されており、適用レベル(処分レベル)の問題であると整理しているようにも読める。

しかし、適用レベル(処分レベル)の問題だとすると、実際に、Cは全ての情報を取得することができており、どのような意味において自己情報コントロール権(インフォームドコンセントを受ける権利)が侵害されているのか不明である。

そのため、これは、むしろ規則の違憲性のレベルで問題となり得るように思われる。実際に、ヒアリングでは、「実体的な法令違憲の主張に関し、憲法訴訟上の問題も出てくる。大学教授のXが処分された理由は、規則に反して、被験者であるCに対し、本人のすべての遺伝子情報と家族の遺伝子情報を教えたということにある。そこで憲法上問題になるのは、直接的にはX教授の研究の自由の問題ではなく、Cの自己情報コントロール権や家族のプライバシー権であるということになる。そうすると、憲法訴訟上、第三者の権利侵害を理由として違憲主張をすることの可否、つまり違憲主張適格が問題となる」(傍点は担当者)と指摘されている。

### (3) 私見

「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」(出題趣旨)という点について参考になる判例は、最大判昭 37.11.28【百選Ⅱ112】【百選Ⅱ194】～第三者所有物没収事件～である。

この事件は、被告人が、税関の許可を受けることなく他国に貨物を密輸出しようとして、大阪港及び下関港から機帆船に貨物を積み込み、博多沖海上で同国向け漁船に積み替えようとしたが、しけのため目的を果たせないまま、密輸出の嫌疑で逮捕されたという事案において、没収した貨物にはX以外の者の所有物が含まれており、所有者に財産権擁護の機会を全く与えることなく没収したことが29条1項、31条に反するか否かが問題となった。

この点について、同判決は、「没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であっても、被告人に対する附加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうことは、当然である。……被告人としても没収に係る物の占有権を剥奪され、またこれが使用、収益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等を行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれが救済を求めることができるものと解すべきである。」と判示している。

本問では、どのような意味で「利害関係を有する」といえるのかが問題となる。

この点については、被験者が遺伝子情報の開示を全部又は一部受けられなくなったとしても、基本的には研究者には不利益は生じないものの、当該被験者との関係では、「医者」と「患者」という特別な関係にあることから、「利害関係」を基礎付けることができるだろう。採点実感では、「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。」と指摘されている。このことは、Cの自己情報コントロール権(インフォームドコンセントを受ける権利)はXの説明責任と対になっていることを示すものであると考えられる。適用レベル(処分レベル)の問題であるが、現に、本問では、Cに全ての情報を提供しなければ、XはCを被験者とする遺伝子治療臨床研究をすることができなかつたのである。

あてはめレベルでは、被験者本人との関係において「遺伝子治療の対象である疾病の原因となる遺伝子情報」以外の開示を禁止している点は、上記のようにパターンリスティックな制約であるから、原則として許されない。「遺伝情報は、子孫に受け継がれ得る情報で、個人の遺伝的特質及び体質を示すものであるが、その基になる遺伝子に係る情報は、当該個人にとって極めて機微に係る情報である」ことから、正当化することも考えられるだろうが、難しいだろう。

一方で、被験者以外の情報については、「その開示によって生じるかもしれない様々な問題の発生等」とは、主に「プライバシー権を保護する規制の必要」(採点実感)を指すものと考えられる。本件規則2の制定の背景には「遺伝子に係る情報の漏洩事件も複数起きた」という事情があることから、これは正当化されるべきだろう。

## 2 Xに対する停職処分(以下「本件停職処分」という。)の違憲性

### (1) Xの主張

Xとしては、仮に本件規則2自体が合憲であったとしても、本件にこれを適用することは違憲であると主張するだろう。

まず、「Cは、本研究の被験者となることを受諾する条件として、自己ばかりでなくその家族4人の遺伝子に係るすべての情報の開示をX教授に求めた。X教授は、Cの求めに応じて、C以外の家族4人の同意を得ずに、C自身及びその家族4人の遺伝子に係るすべての情報をCに伝えた。」という事情があるのだから、Xとしては、Cに対する情報開示は本研究を行う上で、やむを得ずしたものである。

また、少なくともCとの関係では、「遺伝子治療を行う必要性等、本指針が定める説明をすべて行った。」のだから、パターンリスティックな理由はあてはまらない。

さらに、Cの家族の情報との関係でも、遺伝子検査をすることについては同意があるのだから、家族であるCの難病を治療するために、Cの家族も遺伝子情報がCに提供されることに推定的に同意をしているものと考えられる。そのため、第三者のプライバシー保護の理由もあてはまらない。

また、仮に、本件に本件規則2を適用することが合憲であったとしても、停職処分は違憲であると主張することもできるだろう。具体的には、停職という処分の重大性や手続面の問題性(本件中止命令については、「定められた手続に従い慎重に審査した上で、」これがなされているが、本件停職処分については、そのような慎重な手続がとられたことが窺われない。)等に関する主張である。

### (2) 大学側の反論

大学側としては、「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」(出題趣旨)から、Cに対する情報開示は本研究を行う上で、やむを得ずしたものではない。

「指針」の内容については全て説明していても、上記のように、本件規則2の内容については説明していないのだから、パターンリスティックな理由があてはまらないともいえない。

Cの家族の同意は、遺伝子検査をすることについてであって、Cに対して遺伝子情報を開示することについてはない。

(3) 私見

少なくともCの家族については、いかに家族であるCに対する遺伝子情報の開示であるとはいえ、同意なく開示されているのであるから、本件規則2の適用は(その限りにおいては)合憲であると解さざるを得ないように思われる。

※ 出題趣旨等からは明らかではないが、適用レベル(処分レベル)では、学問の自由を問題とすることもできるだろう。Xとしては、本件停職処分によって1か月は本研究をすることができなくなるから、学問研究の自由を制約することになるという主張である。

その際には、Cの求めに応じて全ての情報を開示したことがどのような意味でXの学問研究と関連するのかという問題がある。この点については、「Cは、本研究の被験者となることを受諾する条件として、自己ばかりでなくその家族4人の遺伝子に係るすべての情報の開示をX教授に求めた。X教授は、Cの求めに応じて、C以外の家族4人の同意を得ずに、C自身及びその家族4人の遺伝子に係るすべての情報をCに伝えた。」という事情があるから、Xとしては、Cに対する情報開示は本研究を行う上で、やむを得ずしたものであると主張するべきだろう。

## 出題趣旨

今年度も、「憲法」論文式問題は、判例及び学説に関する知識を単に「書き連ね」たような、観念的、定型的、「自動販売機」型の答案を求めるものではなく、「考える」ことを求めている。すなわち、判例及び学説に関する正確な理解と検討に基づいて問題を解くための精緻な判断枠組みを構築し、そして事案の内容に即した個別的・具体的な検討を求めている。

今年の論文問題では、設問1及び設問2の構成が従来と異なっている。

第1に、相異なる理由で行われた2つの処分にかかわる憲法問題を、設問1と設問2とでそれぞれ問う構成になっている。答える「量」が増えたことを考慮して、資料を含めた分量を減らした。そして、問題文の中で、それぞれ何が問題になるのかについて明確なヒントを書き込み、また議論が不必要に拡散しないように注を付したり、文中で(例えば、「定められた手続に従い慎重に審査した」)限定したりしている。第2に、X側の主張に対する大学側の主張を「想定して」検討することを求めている。まず、X側の主張は、理にかなない、筋の通った主張を十分に行う必要がある。そして、その主張に対応する大学側の「反論」は、「見解」を展開する中でそれと一体としての議論に組み込んで示すべきものであり、「反論」では詳論する必要はなく、ポイントだけを述べればよい(例えば、指針と「規則」の違いを正当化する理由として大学の自治、あるいは研究を承認した大学としてより高度の倫理と責任を持つべきとする等の主張)。「反論」を組み込んだ「あなた自身の見解」は、詳細に検討した上で(例えば、大学の自治の憲法上の位置付け、意味内容等を論じ、研究の自由を制約する根拠としての大学の自治の主張について論じる。)、説得力のある理由を述べて結論を導き出す必要がある。

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。

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。

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。

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。

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。ただし、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。

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。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。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。

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。また、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。

## 採点実感

### 1 出題の趣旨の補足

論ずべき具体的事項等については、既に出題の趣旨において説明したとおりである。

憲法では、従前から新しい領域の素材を提示する出題がされているが、これは必ずしも全く新しい議論をさせようとするものではない。法科大学院の授業や基本書の記述から身に付けることが可能な基本的事項を正確に理解し、これを基に、具体的問題に即して思考する力、応用力を試すものである。その際、教科書的知識をただ答案用紙に転記するのではなく、個別・具体の事案に応じて、憲法上の問題点を発見し、説得力のある理由を付して、自らの結論を導くことが求められている。

### 2 採点方針及び採点実感

各考査委員から寄せられた意見・感想をまとめると、以下のとおりとなる。

#### (1) 全般的な印象について

ア 今回の出題でも、憲法上の争点を見抜く力が問われているところ、出題趣旨を的確に把握し、重要な論点をほぼ提起した上で、法論理的思考力を発揮しつつ十分な検討を行っている答案もあった。しかし、全体的には、答案における考察の程度、個別具体的な検討という点で、まだ不十分さが残った。受験者の能力差は非常に大きく、自分で考える力を看取することができる答案が自然と高得点になり、基本的な知識や理解を欠く者が低得点にとどまるという具合に、答案の水準には大きな開きがあり、それが点数差となって現れていた。優秀な答案は期待したよりも少なく、下位の答案には、記述内容が稚拙で、法律問題の答案の記述とは言い難いもの、記載内容が乏しく、法的な論理力、思考力を判断する前提を欠くものがあったことも指摘された。

イ 昨年と比べて資料の量が少なかったためか、問題文等を漫然と「書き写す」型の答案は減った。内容面でも、例えば、まず法令違憲の主張を行い、それが認められない場合でも適用違憲(処分違憲)を論じるというように、両者の関係の理解が適切と思われるものが増えるなど、違憲判断の方法に関する理解ができてきているように思われた。

ウ 設問1、2の双方バランスよく解答できている答案は少なかった。設問1と設問2では、総じて、設問1の方がよくできていた。設問1の解答は、多くの答案でおおむね出題意図に沿った論述となっており、設問2で差が付いたように思われる。

エ 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込んでいる答案や、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。

オ 提供された素材を読みこなし、事案に即して考える力が求められているが、いわば定型的に「問題となるのは、違憲審査基準である。」という趣旨を記載する答案が多く、旧司法試験の場合とはまた別の意味で、答案がパターン化しつつあるのではないかとの懸念がある。例えば、事案の分析をほとんどせず、直ちに違憲審査基準の議論に移行し、一般論から導いた審査基準に「当てはめ」て、そのまま結論に至るといった答案が相当数見られた。このように、審査基準を具体的事案に即して検討せずに、審査基準の一般論だけで規則の合憲性を判断するのでは、事実に即した法的分析や法的議論として不十分である。

カ 問題文や資料をきちんと読んで事実関係を把握することは、適切な論述をするための前提であるが、問題文の誤解、曲解などが目に付いた。例えば、①Y県立大学を国立大学と取り違えたり、県立大学の公権力性に気付かずY県立大学を私人ととらえ、私人間効力の問題を論じているもの、②本研究中止の処分を遺伝子情報保護規則に違反し情報開示した点にあるととらえて論じたもの、③Cが死亡した、Cの家族が遺伝子の開示を承諾したなどの事実を前提に論じたもの、④「定められた手続に従って・・・審査した」とあるのに、憲法第31条違反を中心的に問題として指摘するもの、⑤遺伝子情報保護規則においては、疾病原因となる遺伝子情報のみが本人に開示されることとされているという点を正しくとらえていないものなどが少なからずあった。

## (2) 設問1について

ア ほとんどの答案は、本研究に対する中止処分を学問研究の自由の制約ととらえてその合憲性を検討し、その中の比較的多数の答案が、事例に即して、先端科学研究や医療研究の特殊性に着目してその合憲性を検討するなど、出題意図に沿う論述をしており、好印象が持たれた。また、Cが研究に同意している点については、危険治療であっても受けたいというCの意思を尊重すべきとする意見がある一方、幾ら同意しているとはいえ、専門家ではないCの同意を過度に重要視すべきではないとする意見もあるなど、具体性を持った論述も少なかつた。

なお、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、そのような答案は、総じて全体的にも高水準の内容となっていた。

イ 答案からうかがわれた課題としては、以下のようなものが挙げられる。

- ① 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。

- ② 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う、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というのが典型である。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ないとは言えない。
- ③ 「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。
- ④ 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。
- ⑤ 処分の要件である「重大な事態」に本件が当てはまるかどうかの検討に終始し、憲法上の問題を論じられていない答案が少数ながらあった。

### (3) 設問2について

ア Xは、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、本件規則はかかるCの権利を侵害すると主張し、これに対してYは、CによるC自身の情報取得がCの自己加害につながるとしてパターンリスティックな規制を、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を把握できた答案があった。

イ 答案からうかがわれた課題としては、以下のようなものが挙げられる。

- ① 本問で問題となる人権が、被験者Cの知る権利及びその家族のプライバシー権であることに気付いていない答案が予想していた以上にあった。そのため、本件停職処分により侵害される人権に触れることなく、単に停職処分の軽重について違憲性を論じている答案や、侵害される人権を、営業の自由、職業選択の自由や表現の自由、学問成果の発表の自由ととらえる答案も見られた。

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

った。また、パターナ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。また、家族の遺伝子情報をCに開示したことの規則違反を指摘していても、それがプライバシー権の問題であることを意識していない答案も少なくなかった。

- ② 本件処分理由は、規則に違反する情報開示であるため、直接的には、被験者であるCの遺伝子情報を知る権利の侵害が問題になる。知る権利は自己の情報に関する限り、憲法第21条ではなくプライバシー権の発展型としての情報プライバシー権(自己情報コントロール権)として位置付けることも可能である。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が、この点を適切に論じたものは多くはなかった。
- ③ 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。
- ④ 第三者の憲法上の権利侵害を理由としてXが違憲主張する適格が問題となるが、この問題に触れていない答案や、触れていても論述に適切さを欠くものも見られた。
- ⑤ 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った。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。
- ⑥ 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。

また、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」とするものも、必ずしも十分な検討とは言えない。

### 3 答案から見て今後の法科大学院教育に求めるもの

前記2(1)アで指摘したように、憲法に関する基本的理解が十分身に付いていないと思われる答案がそれなりにあった。法科大学院における教育を通じて、具体的な事案に対応可能となるための不可欠の前提である、基本的な理解を着実にさせることが求められるであろう。

また、与えられた事実のごく一部を適当に拾って審査基準に形式的に「当てはめ」ているだけで結論が出たと考えるのではなく、様々な事実を法的観点から分析・評価し、一つの筋道立った結論を導こうとする姿勢を身に付けさせるよう促す必要があると思われる。

## ヒアリング

(◎委員長, ○委員, □審査委員)

- ◎ 審査委員の先生方におかれては、御多用にもかかわらず、御出席いただき感謝申し上げます。本日は、率直な御意見、御感想を伺いたい。各科目からは、先に書面で御意見を提出していただいているが、それに補足することがあれば、簡潔に御発言いただきたい。
- (憲法) 憲法では、毎年、現実に起こりそうな事案や訴訟にはなっていないが現実に起きている事案からヒントを得て、出題をしている。今回は、先端的医療にかかわる問題を出題した。今回の問題の基礎になるのは、難病に罹患した人が実験的治療を受けること、そしてそれが成功しなかった場合の研究中止という措置に関してどのように考えるのか、家族間の遺伝子情報という極めて微妙な情報を家族間で知らせる、あるいは、知らせないことをどのように考えるのか、という問題である。このような問題の存在を感じることは、憲法に関する専門的な知識を抜きにしても理解できることと思われ、純粹未修者にとっても問題の所在の把握は難しくないのではないかと思い、作成した。他方で、法科大学院には医学部等の出身者もいることを考慮し、遺伝子治療に関する専門知識の有無で答案の評価に差が出ないように、問題文中に遺伝子治療の内容を記し、かつ、問題を解くに当たってはそれだけが前提知識であることを明記し、憲法にかかわらない専門的知識の有無によって評価に差異が生じないように注意した。  
 憲法の論文式問題では、これまで、特定の判例や特定の学説を知っているだけでは解けないような、考えさせる問題を出題し、思考する力を見ようとしており、そのことを出題趣旨、採点実感等に関する意見、あるいは、ヒアリングで強調してきた。その良い影響だと思うが、今回は、従来に比べると、「考える」答案が増えてきていると感じた。「考える」ことを学び、答案にもそれが現れるような勉強の仕方を、法科大学院でより充実した授業内容で教えてくれればと、期待している。
- ◎ どの科目にもお尋ねしているが、採点基準に関する審査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の4つの水準について、今回の採点実感に照らすと、例えば、どのような答案がそれぞれの水準に該当するのかをお伺いしたい。
- (憲法) 限られた時間の中で答案の水準のすべてについてお話することは困難であるが、初めに二、三お断りしておきたい。各水準の答案内容について述べるに当たり、設問1と設問2の各問題に分けて指摘することになるが、実際には、設問1と設問2が総合的に評価される。そして、各ランクに属する答案といっても、設問1と設問2でそれぞれ出来映えが違うなど、内容にはばらつきがある。また、答案によって、事案のとらえ方にも、論述する内容にも、ばらつきがある。したがって、これから挙げる各水準に属する答案の内容は、それだけに限られるというわけではない。さらに、あくまで相対的な評価であるということをお断りしておきたい。受験雑誌等で成績上位者が再現した答案が「模範答案」とか「優秀答案」として掲載されているが、そのような答案の内容が、真の意味で優秀あるいは模範であるわけ

ではない。実際の採点においては、「考える」力が現れている部分に高い評価を与えるように、いわばメリハリをつけて評価するように努めている。

その上で申し上げますと、まず、憲法違反の問題としては、大きな枠として、法令自体が憲法に反するという法令違憲のレベルの問題と適用違憲、処分違憲のレベルの問題とがあり、さらに、法令違憲は、文面上の違憲性の問題と実体的な内容面の違憲性の問題の2つに分かれる。まず、「優秀」な答案は、これをきちんと区別をして論じている答案である。実体的な憲法問題については、判例や学説を踏まえて適切に構築される判断枠組みと、問題の事実に関する認定・評価という2つのパートから検討することになるが、これがきちんと区別され、それぞれが十分に出来ていれば「優秀」な答案と言える。設問1に関して申し上げますと、例えば、文面上の違憲性の問題として、全国的に制定された指針と当該大学が制定した規則とのずれが問題になる。つまり、指針には制裁規定がないのに、大学の規則には制裁規定があることの合憲性である。これに関して、もし大学側の主張として大学の自治を挙げたときには、大学の自治というのは、従来は学問の自由を保障する制度的保障として考えられており、学問の自由と同じ方向を向いているにもかかわらず、ここでは大学の自治を理由として、構成員の研究を中止することができるということになるので、大学の自治と研究の自由とが対立することになる。「あなた自身」の見解のところで、大学の自治について従来一般的に言われていたことと違う面が出てくることを踏まえた論述がなされていると、非常に良い答案ということになる。設問2について申し上げますと、例えば、ここでは違憲性の問題として、実体的な法令違憲の主張に関し、憲法訴訟上の問題も出てくる。大学教授のXが処分された理由は、規則に反して、被験者であるCに対し、本人のすべての遺伝子情報と家族の遺伝子情報を教えたということにある。そこで憲法上問題になるのは、直接的にはX教授の研究の自由の問題ではなく、Cの自己情報コントロール権や家族のプライバシー権であるということになる。そうすると、憲法訴訟上、第三者の権利侵害を理由として違憲主張をすることの可否、つまり違憲主張適格が問題となるので、これを適切に論じている答案は、良い答案ということになる。さらに、設問2において、規則では、被験者本人に対してもすべての情報を教えてはならず、第三者には一切の情報を教えてはならないと規定しているが、その実体的な内容の点での合憲性が問題となる。そこでは、そのような規定の根拠、すなわち、パターンリズムに基づく規制であるということに気付き、憲法13条の公共の福祉論という誰でも必ず学習する基本的な議論の中でそれがどのように位置付けられるのかということを考える答案は、「優秀」な答案である。

「良好」な答案や「一応の水準」の答案というのは、まさに相対的な問題であるので、「優秀」といえる答案と比べたときに、検討の深さや問題点の把握の程度がやや不十分であるようなものは「良好」に当たるであろうし、比喩的に言うと、「優秀」に属する答案と比べたときに半分程度の出来であれば、「一応の水準」に当たることになるであろう。「不良」な答案の内容については、より明確に指摘できる。例えば、文面上の違憲性の問題として、規則の「被験者の死亡その他…重大な事態」との文言の明確性が問題になり、これは必ずと言って良いほど受験者が書く論点だが、今回の問題の事例は、専門家である大学教授の間での基準であるので、いわゆる徳島市公安条例事件判決に言う「通常の判断能力を持つ一般人」の基

準をそのまま適用するのは適切ではない。判決の事例との違いを意識せずに、機械的にそのまま判例の基準を書いて結論を出してあるようなものは、「不良」ということになる。また、例えば、受験者が書きたがる二重の基準とか優越的自由とか自己統治とかいうことを定型的に書いただけで結論を述べる答案は、「不良」な答案である。本件の場合には、机の上の思索による研究ではなく、実験を伴うものであって、当然に被験者がいて、その生命や健康が害されることがあり得るわけであるから、精神的自由が絶対的に保障されるとは言えない事案であるにもかかわらず、事案に即して検討することもなく、単なるパターンに基づいた答案は、「不良」である。さらに、具体的な事案を無視している答案も、「不良」である。例えば、遺伝子治療に関する受験者の知識によって解答が左右されないよう、問題文の本文中に遺伝子治療の内容を示し、それを前提として解答を求めることとしたし、県立大学であると明記し、処分に関する手続に関しても「定められた手続に従い慎重に審査した」と記載してある。それは、私人間効力論を論ずる必要も、適性手続論を論ずる必要もないということを示しているが、問題文を無視してそれらを論じているようなものは、「不良」ということになる。もっとも、必ずしもこのような部分が一つあったら直ちに答案全体として「不良」と評価されるということではない。「不良」と評価される答案は、このような部分がいくつも重なっているものである。

最後に解答の体裁に関して申し上げておきたいことは、フェア・チャレンジの精神を忘れないで欲しい、ということである。具体的には、毎行必ず行の頭を大幅に空けて書き、例えば、一行の3分の2ぐらいしか書いていない答案がある。採点実感等で注意をしてくれているので、その数は減ってきており、良い傾向であると思っているが、なお散見される。「枚数稼ぎ」などせず、答案用紙に思う存分に自己の力を示して欲しい。

- (憲法) ただ今の御発言に付け加えて、採点を担当した実感を率直に申し上げたいと思う。採点して率直に思ったのは、受験者の能力差が非常に大きいということである。法科大学院で良く勉強しているなどと思わせる優れた答案は確かにあるが、下位答案が非常に多い。そのため、採点結果としては、先ほど言及されたような「不良」な点が一つ二つあっても、答案全体として見ると、なかなか「不良」の部類には入らず、「一応の水準」に入っているのではないかと感じる。実際に「不良」の評価とされた答案は、違憲審査基準を用いるという形式すら備えていないもの、憲法上の問題点に全く触れずに規則違反かどうかという問題のみを論じているものなど、明らかに内容的に不十分な答案が専らではないかと思う。例えば、設問2では、家族の遺伝子情報が同意のないままCに開示されたことに全く触れていない答案が予想以上に多かったが、私の感覚では、その半分程度は「一応の水準」ないしは「良好」な答案の中に入ってしまったと思う。

(略)

- 憲法の先生方にお伺いしたい。下位答案が多いということであるが、法科大学院で学習することよりも司法試験で求められている課題が高いのではないかという指摘をする者もいると思うが、その辺りについてどのようにお考えになっているか。
- (憲法) 先ほどの説明をお聞きになると、非常に高度なことが求められていると感じるかもしれないが、採点に当たっては、良いところを見つけて高く評価すると

いう、温かい目で見ていると私どもは思っている。この問題は、一見すると非常に難しく見えるかもしれないが、きちんと問題文を読んでいけば、必ずそれなりの答えが出てくる問題ではないかと思う。憲法や人権というものの考え方を真に理解しているとは思えないような答案があるのは事実であり、そのような答案には低い評価を与えざるを得ない。例えば、学問の自由は精神的自由権であるから絶対不可侵であるということで、被験者が重体になろうがなんだろうが構わないというような答案がある。そのような答案しか書けないのに実務家になれるということには非常に不安を覚えるが、それでも最低ライン点以下とはならない場合もあろう。

(略)



## 模範答案

1

### 第1 設問1について

#### 1 X教授の主張について

##### (1) 文面上の違憲性について

まず、本研究は、遺伝子治療の実用化に向けて、難病性疾患に関する従来の治療法の問題点を解決するための研究であって、学問研究の自由として、23条により保障される。

そして、Y県立大学医学部「審査委員会規則」8条（以下「本件規則1」という。）に基づく中止命令（以下「本件中止命令」という。）は、Xの学問研究の自由に基づく研究を禁止するものであるところ、これは法律によらない憲法上の権利の制約にほかならず、法律の留保原則（41条）に反する。

##### (2) 実体的な内容面の違憲性について

ア また、学問が既存の価値や考えを批判し、創造活動を行うことにその本質をもち、時の権力の干渉を受けやすいので特に保障されたという歴史的背景に照らし、学問の自由に対する制約は、厳格な審査基準に服する。具体的には、制約の目的が必要不可欠であって、手段が目的達成との関係で必要最小限度であることが必要である。

イ 本件規則1の目的は、遺伝子研究が未知の部分を残しており、安全性の面で不十分な状態であることに鑑み、被験者の死亡等の重大な事態を防止することにあり、その必要不可欠性は否定し難い。

しかしながら、本件規則1は、中止命令等の制裁規定により、研究活動を一方的かつ強制的に停止させることができる。本来、研究活動は研究者の自由な発想を重視して行われるものであることを踏

2

まえると、協議や勧告を超えて中止命令まで行うことは、必要最小限の手段とはいえない。「遺伝子治療臨床研究に関する指針」（以下「指針」という。）が研究者の自主性や倫理観を尊重し、制裁規定を設けなかったのも、このような趣旨によるものである。

ウ したがって、本件規則1は、23条に反し、違憲である。

##### (3) 処分違憲について

仮に、本件規則1が合憲だとしても、本件中止命令は、Xの学問研究の自由を侵害するため、違憲である。

本件規則1は、その要件として、「被験者の死亡その他……重大な事態」としており、「重大な事態」の例示として、被験者の死亡のみが挙げられている。また、学問研究の中止命令は、変更その他の処分と異なり、その一切を禁止するものであるから、特に慎重な配慮が必要である。そこで、生じた害悪が被験者の死亡に比肩するほどの重要な公益に対して重大な損害を与えた場合に限られる。

本問では、Cはその後回復しているのであるから、「重大な事態」には当たらないし、C自身もそのような危険について承知の上で、同意をしたのであるから、なおさらである。

したがって、本件中止命令は23条に反し、違憲・違法である。

#### 2 私見について

##### (1) 文面上の違憲性について

ア 大学側は、学問研究の自由を法律によって制約することが、学問の自由に対する脅威になりかねないことから、23条で制度的に保障された大学の自治に基づく、自治的な規制に委ねるべきであると

3

反論するだろう。

イ この点は、大学側の主張をもって正当と考える。学問の自由は、大学の自治を前提に、研究者の自由として保障されたものであるから、その結果として、大学の自主的な規制には服さざるを得ない。

ウ したがって、大学が大学内の教授の学問研究の自由を制約する場合には、法律の根拠は不要である。

(2) 実体的な内容面の違憲性について

ア 大学側としては、大学の自治には施設管理に関する自治が認められるところ、遺伝子治療臨床研究の中止は施設管理の一環であるから、その判断には合理的な裁量が認められるところ、中止命令を規定することもその裁量の範囲内であると主張するだろう。

イ この点も、大学の主張をもって正当と考える。

大学の自治の内容として施設管理に関する自治が保障されることは、大学側の主張のとおりであり、上記のように、学問の自由は、この大学の自治を前提として保障されているにすぎない。

また、本研究は実験を伴うものであって、時として予測不可能な事態に陥り、甚大な被害が生じる場合もあり得る。そのため、専門家集団である医学部教授会及びその代表たる医学部長こそが適切に先端研究の可否及びその態様等を判断し得るものである。

したがって、その裁量を重視する観点から、目的が正当であり、手段に合理的関連性が認められれば、合憲であると考ええる。

本件規則1の目的が正当であることは、Xも認めるとおりである。

一方で、手段については、本件規則1は、中止命令という指針に

4

も規定されていない制裁規定を設けている。指針は、ガイドラインであって法的拘束力はないから、本件規則1がこれに反したからといって直ちに無効となるものではないが、遺伝子治療臨床研究について研究者が遵守すべきものであるから、指針と本件規則1が実質的に矛盾する場合には、手段の合理性に疑問が生じ得る。

しかし、本指針が、研究活動は研究者の自由な発想を重視して本来自由に行われるべきであることを考慮して制定したものであるのに対して、本件規則1は遺伝子治療臨床研究において被験者が1人死亡する事故が起きたことを背景として制定されたものであって、その制定背景を異にしている。そのため、本指針が本件規則1において制裁規定を設けることまでを排除する趣旨だと解することは困難であり、両者が実質的に矛盾するとはいえない。

また、「重大な事態」が生じた場合には、迅速に対応する必要がある場合が多いから、協議や勧告では実効性に欠ける。

したがって、手段の合理的関連性も認められる。

ウ 以上より、本件規則1は23条に反せず、合憲である。

(3) 処分違憲について

ア 大学側は、被験者であるCが重体化したことは、「重大な事態」の典型例であって、当然にこれを満たすと反論するだろう。

イ この点についても、大学側の反論が正当である。

「重大な事態」の認定に当たっても、専門家集団である医学部及びその代表たる医学部長の判断を尊重すべきであるところ、Cが重体に陥った以上、これに当たらないと解することは困難である。事

5

後的にCが回復したことは、偶然にすぎない。

ウ 以上より、本件中止命令も23条に反せず、合憲である。

第2 設問2について

1 X教授の主張について

(1) Y県立大学医学部「遺伝子情報保護規則」6条（以下「本件規則2」という。）の違憲性について

ア Xとしては、本件規則2は、Cの自己情報コントロール権としてのインフォームドコンセントを受ける権利（情報開示請求権）を侵害し、13条に違反すると主張する。

上記権利について明文規定はないが、憲法上保障される権利は、個人の人格的生存に不可欠な権利利益を類型化したものであるから、そのような権利利益であれば、13条により憲法上の保障が及ぶ。そして、自己の情報をコントロールする権利は、個人の自律性を保全するために不可欠な権利であるから、同条によって保障され、その一環として、情報開示請求権も保障されている。

そして、本件規則2は、疾病の原因となる遺伝子情報を除き、本人の情報を開示することを禁じ、また、家族を含む他者の遺伝子情報は、その全部の情報の開示を禁じている。遺伝子の異常の原因を特定するためには、本人だけではなく、家族の遺伝子も検査する必要があるから、少なくとも家族の遺伝子情報については開示を受けられるべきであり、その点も含めて、Cの権利が制限されている。

情報開示請求権は、個人の人格の自律性を保護するために不可欠な権利であるから、その合憲性審査には厳格な基準が妥当する。

6

イ まず、本人の遺伝子情報の開示を制限する目的は、全ての遺伝子情報を開示することによる本人のマイナス面を考慮するというパターンナリズムにあるが、これはむしろ個人の自己決定権を強く侵害するものであって、必要不可欠な目的には当たらない。また、家族の遺伝子情報の開示を禁止する目的は、その開示によって生じるかもしれない様々な問題の発生等を考慮したとされるが、その内実は不明確であり、同様に必要不可欠であるとはいえない。

さらに、本人の遺伝子情報の開示については、本人にその機微性・重大性を十分に説明した上でその判断に委ねるべきであるし、家族の遺伝子情報の開示についても、遺伝子検査に同意している家族については、適用除外をするなどの規定を設けることは可能であるから、必要最小限の手段ともいえない。

したがって、本件規則2は13条に反し、違憲である。

(2) 処分違憲について

仮に本件規則2が合憲だとしても、制定目的との関係で遺伝子情報の開示を制限又は禁止する必要がない場合には、開示することが許されると解すべきである。

本問では、Xは、Cに対して、遺伝子治療を行う必要性等、本指針が定める説明をすべて行った上で、Cが開示を求めたのであるから、パターンナリスティックな理由はあてはまらない。また、Cの家族は、遺伝子検査をすることについて同意したのであるから、家族であるCの難病を治療するために、遺伝子情報がCに提供されることにも同意しているものと考えられ、「様々な問題」も生じ得ない。

7

したがって、Xの行為が本件規則2に違反しないにも拘わらず、これを適用し、Xを1か月の停職処分処したことは13条に反する。

## 2 私見について

(1) 大学側は、そもそもXの主張する情報開示請求権は、Cの権利であるから、Xがこれを主張することは許されないと反論するだろう。

(2) 確かに、大学側が主張するとおり、付随的違憲審査制のもとでは、原則として、第三者の権利を援用することは許されないが、違憲を主張する者が利害関係を有する場合には、第三者の権利を援用することができるかと解すべきである。

本問では、Cに保障される情報開示請求権は、Xの説明義務と対の関係にあり、Xが説明義務を果たすことによって、Cの情報開示請求権は全うされるという関係に立つ。したがって、情報開示請求権について、Xも利害関係を有するというべきである。

(3) そこで、改めて本件規則2の違憲性について検討するに、情報開示請求権が13条で保障される点、その合憲性審査について厳格な基準が適用される点は、Xの主張するとおりである。

まず、パターンリズムに基づく制限が必要不可欠な目的といえるためには、人格的自律そのものを回復不可能なほどに永続的に害させるおそれを防止する必要性がなければならない。

遺伝子情報は遺伝子疾患の有無等を含む極めてセンシティブな情報であり、遺伝子情報が基本的には修正不可能なものであることを踏まえ、本人といえども、安易に全ての遺伝子情報を知れば、人格的自律そのものを回復不可能なほどに永続的に害させるおそれがあるた

8

め、これを防止しようとする本件規則2の目的はやむを得ないものといえる。そして、そのような目的を達するためには、本人への開示を制限するほかはないため、手段としても必要最小限度といえる。

また、家族等第三者の被験者以外の情報の開示禁止については、プライバシー権保護が目的であるところ、本件規則2の制定の背景に遺伝子に係る情報の漏洩事件が複数起きたという事情があることからすれば、必要不可欠な目的を図るものといえる。また、手段としても、開示禁止はやむを得ないものであり、必要最小限度のものである。

したがって、本件規則2は合憲である。

## (4) 処分違憲について

ア 大学側の反論としては、本件規則2の趣旨や内容については説明していないのだから、パターンリスティックな理由があてはまらないともいえない、Cの家族の同意は、遺伝子検査をすることについてであって、Cに対して遺伝子情報を開示することについてはないと反論するだろう。

イ この点については、大学側の反論をもって正当と考える。

遺伝子情報が機微に係る情報であることからすれば、指針の内容だけでなく、規則の内容についても説明しなければ、Cが遺伝子情報を取得するか否かを正確に判断することはできない。

また、Cの家族については、いかに家族であるCに対する遺伝子情報の開示であるとはいえ、同意なく開示されているのであるから、そのプライバシー権が害されていることは明らかである。

ウ 以上より、本件停職処分は合憲である。 以上

