



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（2）：ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として
Author(s)	橋本, 伸
Citation	北大法学論集, 69(6), 234[163]-181[216]
Issue Date	2019-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/73382
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no6_07.pdf



「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（２）

—— ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として ——

橋 本 伸

目 次

序章

第１節 問題の所在——わが国の議論状況とその問題点

第１款 はじめに

第２款 日本法の議論状況

第３款 日本法の議論状況の問題点

第４款 本稿の課題

第２節 分析素材——ヒト由来物質の無断利用問題

第３節 分析方法および叙述の構成（以上、69巻5号）

第１章 ヒト由来物質の無断利用と利益の帰属問題

第１節 Moore 事件前史

第１款 従来の議論状況

第２款 従来の議論状況の転換

第１項 バイオテクノロジー研究の進展と新たな法的問題の出現

第２項 研究成果に対する特許取得の問題

第３項 連邦政府の研究政策の転換——研究結果の私的所有の承認

第３款 小括

第２節 Moore 事件の概要

第１款 事案

第２款 争点の確認——動産侵害の成否

第３款 判決

第４款 Moore 判決の意義と検討

第３節 学説の動向——Moore 事件以後の議論状況

第１款 学説の全体像

第２款 否定説

第３款 肯定説

第４款 両説の整理と検討

第４節 本章の小括

（以上、本号）

第１章 ヒト由来物質の無断利用と利益の帰属問題

まず、ヒト由来物質の無断利用による利益の帰属問題についてアメリカ法の議論状況に一瞥を与えることにしよう。

この問題は、1980年代後半に提起された Moore v. Regents of the University of California 事件¹（以下では、「Moore 事件」という）を契機にアメリカの学説において大々的に論じられており、多くの議論の蓄積がみられる。以下では、まず Moore 事件の位置づけを明確にするために、英米における Moore 事件以前の身体やその部位をめぐる議論状況や Moore 事件が登場するに至った背景を概観することとする（第１節）。次に、Moore 事件を若干詳細に紹介し、検討を加える（第２節）。最後に、Moore 事件をめぐる学説の議論状況（特に、利益の帰属をめぐるそれ）に一瞥を与え、残された問題点を指摘する（第３節）。

本稿は、これらの考察を行うことによって、この問題の本質が、——政策論ではなく——患者などの組織提供者への利益帰属をどのように根拠付けるかという理論的な問題であることを示す。

第１節 Moore 事件前史

本節では、まず Moore 事件以前にヒト由来物質の無断利用類似の問題が英米において生じていたかどうかを明らかにするために、彼地における身体やその部位をめぐる従来の議論状況（とくに判例の議論状況）を簡単に概観する（第１款）。次に、こうした伝統的な議論状況が大き

¹ 249 Cal. Rptr. 494 (Cal. Ct. App. 1988) ; 793 P.2d 479 (Cal. 1990).

く変化する——ヒト由来物質の無断利用という問題が顕在化する——原因となった背景を明らかにする（第2款）。

第1款 従来の議論状況

（1）身体ないし部位の法的性質の概観

英米では、身体をめぐるっては、伝統的に①死体、②臓器、③血液の法的性質——具体的には、財貨（property）と捉えるか否か——を中心に議論がなされてきた²。もっとも、これらの問題は本稿の直接の関心対象ではないことから、以下では——従来ヒト由来物質の無断利用問題が生じていたかどうかを確認するという目的との関連で——判例・制定法の状況を簡単に言及するにとどめる。

まず、この問題の当初の中心をなした³①死体については、英米では、非金銭的な利用（具体的には、聖者による遺骨の崇拜、展示や保存、医学教育目的での利用〔たとえば、解剖利用〕にとどまった⁴）の文脈で、その法的性質が問題となった⁵。この点につき、（ア）財貨性を否定する——no

² このほかにも、近時では、精子・卵子ないし受精卵に関する議論もみられるが、ここでは立ち入らない。これらについては、石川稔「凍結受精卵の法律問題——受精卵採卵裁判を素材としつつ」法セ426号（1990）14頁以下、中村恵「Davis v. Davis, 842 S.W. 2d 588 (Tenn, 1992)」アメリカ法1996-1号（1996）380頁以下、尾島茂樹「離婚と凍結受精卵の処置——アメリカにおける最近の議論を中心として」名古屋大学法政論集201号（2004）667頁以下などを参照されたい。

³ e.g. Thomas P. Dillon, *Source Compensation for Tissues and Cells Used in Biotechnical Research: Why a Source Shouldn't Share in the Profits*, 64 NOTRE DAME L. REV. 628, 630 (1989)（身体をめぐる問題は、当初、死体の所有をめぐる論じられたと指摘する）；Erik B. Seeney, *Moore 10 Years Later—Still Trying to Fill the Gap: Creating a Personal Property Right in Genetic Material*, 32 NEW ENGLAND L. REV. 1131, 1131-2 (1998)（「バイオテクノロジー会社、組み換えDNA、あるいはウエスタンブロットが登場するまでは、身体に対する唯一の関心は、死体に対する関心であった。社会の主な関心は、死体の適切かつ『しかるべき埋葬』であった。」と指摘する）。

⁴ Dillon, *id.* at 630.

⁵ 死体の法的性質をめぐる問題については、後述の引用文献のほか、Paul Matthews, *Whose Body? People as Property*, 36 C. L. P. 192 (1983)；Radhika

property とする——イギリス法⁶と（イ）そうした立場を継受しつつも、その後一定の社会的必要性（たとえば、埋葬方法に関する故人や遺族の意思の尊重および死体損壊に対する遺族の権利〔慰謝料請求権〕の保護⁷）のため

Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B. U. L. REV. 359 (2000) ; ROHAN HARDCASTLE, *LAW AND THE HUMAN BODY: PROPERTY RIGHTS, OWNERSHIP AND CONTROL* (Hart Publishing, 2007) 12 ~ ; REMIGIUS N. NWABUEZE, *BIOTECHNOLOGY AND THE CHALLENGE OF PROPERTY: PROPERTY RIGHTS IN DEAD BODIES, BODY PARTS AND GENETIC INFORMATION* (Ashgate Publishing, 2007) 44 ~ ; Mark Pawlowski, *Property in Body Parts and Products of the Human Body*, 30(1) LIVERPOOL L. REV. 35, 38 ~ (2009) などを参照。また、わが国の先行研究として、佐藤雄一郎「死体の処分方法に対する生前の指示権」東海法学22号（1999）216頁以下、同「死体に対する遺族の権利について——承諾亡き臓器摘出をめぐる」東海法学24巻（2000）41頁以下、宇津木伸「死体検査の際に採取されたヒト由来物質——イギリスの最近の動向に関する覚え書き」東海法学27号（2002）239頁以下、同「死体からの臓器・組織の研究利用——イギリスの例から」ジュリ1247号（2003）62頁以下、佐藤雄一郎「死体に対する遺族の権利について」岩田太編著『患者の権利と医療の安全』（ミネルヴァ書房、2011）150頁以下なども参照。個別の判例についてはこれらの先行研究にすべて譲ることとし、引用は省略する。

⁶ その根拠は、明確とは言えないものの、近時の判例が述べるところによれば、（ア）生きている人が自己の身体ないしその一部を所有することができないのだから、死亡によって、生きているときに存在しなかった所有権が成立するということとはあり得ないこと、（イ）死体を埋葬以外の目的に利用することはその神聖さを冒瀆すること、（ウ）公衆衛生のために死体は直ちに埋葬されることが望ましいこと、などに求められる（*Yearworth v. North Bristol NHS Trust*, [2009] EWCA Civ 37, [2010] QB 1, [31]）。同事件については、Cynthia Hawes, *Property Interests in Body Parts: Yearworth v. North Bristol NHS Trust*, 73 MLR 130, 131 ~ (2010) を参照）。なお、樋口範雄「人体試料と法の考え方」法教325号（2007）181頁、特に184頁は、「おそらく、英語では、所有権を論じる場合 property という概念が用いられるため、財産権という意味合いが明確に強調される結果、遺体について所有権で論ずることにいっそう抵抗感があったと考えられる。」と述べる。

⁷ もっとも、この問題は、本来不法行為法によって対応されるべきものであったともいえるが、アメリカ不法行為法（訴訟）には制度的制約（具体的には、被告による故意性の証明や身体的損害や金銭的損害の証明）があったために、必ずしも遺族の権利（慰謝料請求権）は保護されなかった。そのため、準所

に財貨性を部分的に承認するに至った——準財貨ないし準所有権 (quasi property) とする——アメリカ法とで立場が分かれていた。もっとも、後者においても、死体を完全に物 (商品) として扱い、金銭的な取引 (売買) の対象とすることを認めるものではなかったことから、両者において大きな違いがあったわけではない。

次に②臓器については、英米では医学の発展による臓器移植が可能になることに伴ってその法的性質が問題となった⁸。もっとも、この点は、アメリカでは主として制定法——具体的には (ア) 連邦法である全米臓器移植法 (The National Organ Transplant Act) と (イ) 州法である統

有権が不法行為法 (訴訟) の不十分性を代替する機能を担ったとされる (See, Rao, *supra* note 5, at 385 ; NWABUEZE, *supra* note 5, at 59 ; Dina Mishra, *Tis Better to Receive: The Case for an Organ Donee's Cause of Action*, 25 YALE LAW & POLICY REVIEW 403, 405 (2007))。なお、近時は、不法行為訴訟の改善が進みつつあり、今後この類型では、準所有権理論に頼る必要性がなくなる可能性もあり得るし、また現にそのような方向性は近時の判例でも見られる (See, Erin Collieran, *My Body, His Property: Prescribing a Framework to Determine Ownership Interests in Directly Donated Human Organs*, 80 TEMP. L. REV. 1203, 1207 (2007))。

⁸ 臓器の法的位置づけをめぐる問題については、Mary Taylor Danforth, *Cells, Sales, and Royalties: The Patient's Right to a Portion of the Profits*, 6 YALE L. & POL'Y REV. 179, 194 ~ (1988) ; Michelle Bourianoff Bray, *Personalizing Personality: Toward a Property Right in Human Bodies*, 69 TEX. L. REV. 209, 222 ~ (1990) ; Maureen S. Dorney, *Moore v. The Regents Of The University of California : Balancing The Need For Biotechnology Innovation Against The Right of Informed Consent*, 5(2) HIGH TECH. L. J. 333, 366 ~ (1990) ; Stephen A. Mortinger, *Spleen for Sale: Moore v. Regents of the University of California and the Right to Sell Parts of Your Body*, 51 OHIO ST. L. J. 499, 508 ~ (1990) ; Chales M. Jordan, Jr & Casey J. Price, *First Moore, Then Hecht: Isn't It Time We Recognize A Property Interest In Tissues, Cells, And Gametes?*, 37 REAL PROPERTY, PROBATE AND TRUST JOURNAL 151, 157 ~ (2002) などを参照。わが国の先行研究として、森本直子「死体臓器の摘出とデュー・プロセス——反対意思表示方式による角膜等の摘出に関する合衆国の判例を中心に」比較法学37巻1号 (2003) 1頁以下も参照。

一死体提供法 (Uniform Anatomical Gift Act)⁹に大別される——により規定されている。結論のみ述べると、両者は、(いずれも一定の留保が必要であるものの) 臓器を財貨として扱うことに否定的な立場を採っている点で一致している¹⁰。

最後に③血液についてみると¹¹、制定法（州法および連邦法）は、血液の売買を一定程度認めている¹²。また判例では、(α) 担保責任の適用の場面と(β) 所得税法上の所得判定の場面でその法的性質が問題となっている。具体的には、(α) の場面では、判例は提供者が営利目的か否かをメルクマールとして、血液の財貨性を判断している（営利目的でない場合には、財貨性を否定するのに対し、営利目的である場合には、財貨性を肯定する）¹³。これに対し、(β) (所得判定) の場面では、判例は血液の財貨性を肯定する立場を採っていると解される¹⁴。要するに、判例は、血液の市場取引が現に行われている場合には、財貨として扱うことを追認するが、そうではない場合には、財貨として扱うことに慎重な態度を採っているといえよう。

（２）小括

⁹ なお、同法の87年改訂版の翻訳として、丸山英二「統一死体提供法」神戸法学24巻4号(1975)427頁以下がある。

¹⁰ 全米臓器移植法は、明確に移植使用目的での有価約因 (valuable consideration) での人の臓器の取得等を禁止している (42 U.S.C. 274e (a))。また統一死体提供法も、《移植や療法目的》による身体部位の売買を禁止する (1987 UAGA § 10 (a))。

¹¹ 血液の法的位置づけをめぐる問題については、Rao, *supra* note 5, at 371 ~ ; Jennifer Lavoie, *Ownership of Human: Life After Moore v. Regents of the University of California*, 75 VA L.REV. 1363, 1372 (1989)などを参照。

¹² たとえば、州法レベルでは、生命に関わらない量の血液の売買は禁じられていない。

¹³ こうした判断の背景には、医療機関や血液銀行が営利を目的とするものではないことから、これらの機関を厳格な担保責任に服させしめるべきではないとする一種の政策的判断があったように見受けられる。

¹⁴ その根拠として、血液売買による収入が、通常の有体製品の売買による収入と同様に課税対象になることが挙げられる。

このように、英米法において身体は、文脈により異なる取り扱いがなされており、一律に性格づけることはできない。この点については、Radhika Rao の次の叙述が端的に英米の状況を物語っているであろう。すなわち、――

〔英米の判例における〕身体に関する法は、現在、混乱ないしカオスの状態にある。ときおり、身体は、財貨として性質づけられ、ときおり、それは準財貨として分類され、そしてときおりそれは全く財貨とみなされず、人格権の主体とみなされる¹⁵。

こうした英米の身体（ないしその部位）の取扱いをいかに評価するかは問題となるが、この点は本稿の直接の検討対象ではないことからこれ以上立ち入らない。しかし、以上の考察からは、以下の示唆を得ることができるといえよう。すなわち、後述するヒト由来物質の無断利用のような金銭的利益が生じるかという問題は、従来の英米の身体をめぐる議論の俎上には載せられていなかったということである。その理由としては、そもそも Moore 事件以前にはそうした問題が――技術的制約や法的規制¹⁶を伴ったために――顕在化していなかったからであると推測される（この点は、学説のヒト由来物質の無断利用と利益帰属をめぐる多数の議論が Moore 事件を契機に展開されたものであったことから間接的に明らかであろう）。

第2款 従来の議論状況の転換

もっとも、こうした従来の議論状況は、1970年代後半以降、アメリカ

¹⁵ Rao, *supra* note 5, at 363 ~ ([] 内は引用者による)。See also, JoAnne Belisle, *Recognizing a Quasi-Property Rights in Biomaterials*, 3 UC IRVINE L. REV. 767, 777 (2013).

¹⁶ 後述のバイ・ドール法が制定される以前の、1960年代～70年代においては、アメリカでは国費による研究成果から研究者が私的な利益を得る行為は刑事罰の対象となっていた(L・アンドルーズ＝D・ネルキン〔野田亮＝野田洋子訳〕『人体市場――商品化される臓器・細胞・DNA』〔岩波書店、2002〕64頁を参照)。

の社会背景の変化により、大きな転換を迎えることになる¹⁷。具体的には、①バイオテクノロジー研究の進展（第１項）、②連邦最高裁の特許法解釈の変更（特許適格性の拡大）（第２項）、③連邦政府の研究特許政策の変更（国費による研究成果の私的所有の承認）（第３項）がヒト由来物質の無断利用問題を引き起こす契機となったといえよう。以下では、これらの状況に若干立ち入って考察することにより、Moore 事件登場の背景を明らかにすることを試みる。

第１項 バイオテクノロジー研究の進展と新たな法的問題の出現

（１）バイオテクノロジー研究の進展

人間の遺伝子形成を明らかにし、新たな医薬品の製造を可能にするバイオテクノロジー研究は、近年、科学分野の中で最も急速に発展している領域の一つであると評されている¹⁸。具体的には、——Watson & Crick による DNA の二重らせん構造の発見（1953年）、および Cohen & Boyer による遺伝子組換え技術の発見（1973年）を経て発展した——以下の３つの領域が今日重要であるとされる。すなわち、(a) 組織・細胞培養技術（１個ずつ分解した細胞を培養器内で生成させることにより、細胞株を樹立する方法。多くの樹立細胞株は、人に由来する癌細胞から作られ、後述の Moore 事件もこのタイプである）、(b) ハイブリドーマ技術（二つの異なるタイプの細胞〔腫瘍細胞（骨髄腫細胞）と T リンパ球（T 細胞）又は B リンパ球（B 細胞）〕を融合することにより細胞株を生成する方法。他の方法と異なり、大量の個人の抗体を製造することが可能となる）、(c) 組換え

¹⁷ John J O'Connor, *The Commercialization of Human Tissue—The Source of Legal, Ethical, and Social Problems: An Area Better Suited to Legislative Resolution*, 24 LOY. L.A.L. REV. 115, 117 (1990).

¹⁸ バイオテクノロジー研究の概要については、James P. Leeds, *Moore v. Regents of the University of California: More for Biotechnology, Less for Patients*, 25 IND. L. REV. 559, 560(1991) ; Dorney, *supra* note 8, at 365 ; John J. Howard, *Biotechnology, Patient's Rights, and the Moore Case*, 44 FOOD DRUG COSM. L.J. 331, 334 ~ (1989); O'Connor, *id.*, at 119 ~ のほか、宇都木伸ほか「〈座談会〉ヒト組織・細胞の取扱いと法・倫理」ジュリ1193号（2001）２頁、特に３頁以下を参照。

DNA 技術（生物の細胞の DNA を試験管内で組み替えて新たな DNA を作る方法）である。そして、これらのうち、人間の組織を用いる（a）の方法は、他の方法（b）（c）にはない利点があることが指摘されている。具体的には、（ア）費用対効果がよい点（人間の細胞株は、広く多様なタンパク質を製造するのに対し、ハイブリドーマや組換え DNA は単一の製品しか製造しないことや組換え DNA のような複雑な技術と比較して費用がかからない）、（イ）人間の細胞株は治療上役に立つリンホカインを製造することができる点（Moore の脾臓からも見つかったものである）、（ウ）人間の細胞からできる製品は患者の拒絶反応が出にくいことが挙げられる¹⁹。このような技術の発展は、必然的に——それ以前には注目されることのなかった——人間の組織および細胞などのヒト由来物質に対する研究需要の増加をもたらすこととなった²⁰。

（２）新たな法的問題の出現

もっとも、このようなバイオテクノロジーの発展およびそれに付随するヒト由来物質の需要の増加は、新たな法的問題を提起した²¹。具体的には、（a）ヒト由来物質を用いたバイオテクノロジー研究の成果物に対する研究者の権利（特許権）の問題（→知的所有権法の問題）、（b）ヒト由来物質に関する研究の直接的な成果（製品、収益、あるいは知識）に対する組織提供者（患者・被験者）の権利の問題（→民法・医事法の問題）、そして（c）ヒト由来物質の使用および研究から生じる潜在的利益に関して利用者（医師・研究者）は提供者に情報提供する義務を負うかという

¹⁹ O'Connor, *id.*, at 126 ～.

²⁰ Leeds *supra* note 18, at 560-1. この点については、寺沢知子「医的資源としての人体の『提供』の法的意味——民法の視点から見るわが国の問題状況」撰法29号（2003）33頁以下、神坂亮一「人由来物質の法的性格付けに関する一試論——レイディン教授の property 理論を導きの糸として」東海法学32号（2004）1頁以下も参照。

²¹ Lara M. Ivey, *Moore v. Regents of the University of California: Insufficient Protection of Patients' Rights in the Biotechnological Market*, 25 GEORGIA L. REV. 489, 499 (1991).

問題（→民法・医事法の問題）などである²²。

これらの問題をどのように理解するかは、バイオテクノロジー研究、バイオテクノロジー産業、公衆の利益、そして利用者と提供者の関係（具体的には、医師と患者の関係）などへの影響にも配慮しつつ、慎重な検討がなされなければならない²³。これらの問題のうち最初に顕在化したのは（a）の問題であった（そして、Moore 事件において、（b）（c）の問題が顕在化した）。この問題自体は、知的所有権法の問題であり、本稿の直接の関心対象ではないものの、Moore 事件のような、医師や研究者がヒト由来物質を無断で利用するインセンティブを生む要因の一つとなったことから、確認しておくこととしたい。

第２項 研究成果に対する特許取得の問題

（１）アメリカ特許法の従来の問題点

今日、アメリカにおいて、研究者がヒト由来物質の研究から生み出した研究成果が、「特許権」により保護され得ることは異論ない²⁴。

もっとも、こうした取扱いは、1980年のアメリカ連邦最高裁判所の承認によるものであり、それ以前には自明のことではなかった。というの

²² ヒト由来物質の研究利用についての法的問題については、唄孝一ほか「ヒト由来物質の医学研究利用に関する問題（上）（下）」ジュリ1193号36頁以下、1194号91頁以下（2001）、宇都木伸ほか「〔座談会〕人由来物質の医学研究利用のために」ジュリ1247号（2003）6頁以下など参照。

²³ See, Leeds, *supra* note 18, at 561-2.

²⁴ アメリカにおけるバイオテクノロジー成果物に対する研究者の権利（特許権）の問題に関しては、相沢英孝「アメリカ合衆国における特許法の保護対象としての生物（バイオテクノロジーの法的保護）」日本工業所有権法学会年報17号（1993）105頁以下、平井昭光「保護対象適格要件の再考に関する一試論——バイオテクノロジー関連特許における考察から」特許研究24号（1997）4頁以下（平井①）、同「バイオテクノロジー成果物の保護に関する最近の諸問題（その１）（その２・完）」知財管理50巻6号747頁以下、7号953頁以下（2000）（平井②）、山名美加「遺伝子の特許化と現代社会——財産的情報の保護に関わる考察」現代社会研究2号（2001）45頁以下などを参照。また、米国特許法一般については、アーサー・R. ミラー＝マイケル・H. デービス著（藤野仁三訳）『アメリカ知的財産権法』（八朔社、2008）も参照。

も、連邦特許法の要件との関係で、生体 (living matter) が特許の対象となり得るかについて議論の余地があったからである。この点を敷衍すると次のとおりである²⁵。すなわち、連邦特許法101条によれば²⁶、特許の対象物は、(a)「発明 (invention)」——それは(a-1)主観的な着想 (subjective conception) (知られている又は知られていない全てのアイデアから構成される)と(a-2)有形の具象化 (tangible embodiment) (主観的な着想を便利な物質の形態にする行為) から構成される——に制限され、またその発明は (b) 新規性 (以前に主観的に知られておらず、そして客観的に存在していないものであること) を具備することが要求された。要するに、特許可能な物は、「(「自然に存在する物」と区別された)「人間の作ったもの」であることが要求されていたわけである。そしてこうした観点から見ると、微生物 (microorganisms) や細胞株 (cell line) などの「生きている」目的物は「天然物」(product of nature) と解され、特許の対象とみなされない余地があった。裁判所も、このような「天然物」理論を伝統的に支持していた²⁷。

(2) 判例における特許適格性の拡大

こうした伝統的理解に対し、バイオテクノロジー関連発明の増加に伴い、生物特許に対する社会的需要が急速に増加した。というのも、バイ

²⁵ See, Allen B. Wagner, *Human Tissue Research: Who Owns the Results?*, 3 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH L. J. 231, 237 ~ (1987).

²⁶ 35 U.S.C. § 101 (1982). 101条は次のように規定する (翻訳は、木村耕太郎『判例で読む米国特許法〔新版〕』[商事法務、2008] 2頁に負う)。

「新規かつ有用な方法、装置、製造物、もしくは混合物、またはそれらの新規かつ有用な改良を発明ないし発見した者は、何人もこの法律の要件に従いこれについて特許を受けることができる。」

²⁷ 伝統的立場については、Karen Goodyear Krueger, *Building a Better Bacterium: Genetics Engineering and The Patent Law after Diamond v. Chakrabarty*, 81 COLUM. L. REV. 159, 160 ~ (1981) ; O'Connor, *supra* note 17, at 140 ; Maxwell J. Mehlman, *Moore v. Regents of the University of California*, in: GERALD KORNGOLD & ANDREW P. MORRIS EDs., PROPERTY STORIES (Foundation Press, 2004) 41, at 47のほか、平井①・前掲注 (24) 5頁以下も参照 (詳細はそれらに譲る)。

オテクノロジー関連発明のためには、膨大な投資と人的資源が必要となり、そしてその投資の大部分は基礎的な研究段階に投下されることになるものの、このような費用を投下した企業は、それを回収することに迫られ、そのために特許法による保護（しかも基礎的な研究段階での保護）を要請することになったからである²⁸。

こうした要請を踏まえてか、連邦最高裁判所は、伝統的立場を変更するに至る。すなわち、——後述する連邦政策の転換と相前後する——1980年の *Diamond v. Chakrabarty* 事件（以下では、「Chakrabarty 事件」という）²⁹において、最高裁は、生物自体の特許適格性について、特許法101条の対象を「太陽の下、人間によって創造されたあらゆるもの」に及ぶとして、特許の適格性を広く解釈することにより、肯定する立場を示した。そして、その根拠としては、①制定法の文言の一般的な意味と一致すること（本件の微生物が特許法101条の「製造物」または「混合物」のいずれかの文言に含まれること³⁰）、および②議会の意図と一致すること（1952年法の制定時の委員会報告書は、「人間によって作られたもので太陽の下にあるものはすべて」特許の対象に含めると解していたこと³¹）などが挙げられた³²。

もちろん、こうした根拠付けが十分に説得的なものであるといえるかについては異論もみられるが³³、本稿の関心ではないことから立ち入ら

²⁸ 平井①・前掲注(24) 5頁。

²⁹ 447 U.S. 303, 318 (1980). 本件は、X (Chakrabarty) が自然界には存在しないバクテリア（４種類の原油の構成物を分解する能力を有する）自体の特許クレームをしたのに対し、審査官がこれを否定したために、生物自体の特許適格性が争われた事案である。本件については、木村・前掲書注(26) 29頁以下を参照。

³⁰ *Id.* at 309-10.

³¹ *Id.* at 310-14.

³² See, Frank P. Darr, *Expanding Patent Coverage: Policy Implications of Diamond v. Chakrabarty*, 42 OHIO ST. LJ, 1061, 1069 ~ (1981).

³³ たとえば、Darr は、最高裁判所の挙げる本文の二つの根拠（①および②）が不十分であるとし、むしろ「特許がアイデアのための発明者に報酬を与えることのみならず、商事的発展の見込みを保護するために十分な時間を発明者に提供することを認めるとの政策的選択」を根拠とするべきであると説く（*Id.* at 1062 ~）。

ない。いずれにせよ、Charkraberty 事件の最高裁判決の登場により、研究者は、バイオテクノロジー研究を通じて製造された融合細胞、タンパク質、遺伝子³⁴、そして人間の細胞株の特許を取得することができるようになり、バイオテクノロジーの商業化は急速に進むことになった³⁵。そしてこうした取扱いの変化は、ヒト由来物質への需要を増加させる一因となったといえよう。

もっとも、このようなバイオテクノロジーの発展（およびその法的承認）に対しては、道徳的・倫理的な批判も加えられており³⁶、こうした問題は Moore 事件をめぐる評価にも現れている。また、特許適格性の要件として、人間によって創造されたものであることが要求されたことの結果として、組織提供者は、自分自身の特殊な組織や細胞の特許を取得できないことが含意されていた（後述の Moore 事件は、この点を正面から認めたといえる）³⁷。

第3項 連邦政府の研究政策の転換——研究結果の私的所有の承認

（1）従来のアメリカの特許政策とその問題点

ところで、研究者を患者の組織・細胞の無断利用に駆り立てたのは、このような特許適格性の拡大という事情のみならず、連邦政府の研究政策の転換、すなわち、研究結果の私的所有の承認という事情も大きく影

³⁴ ただし、近時、（実務では特許適格性が認められていたにもかかわらず）単離された遺伝子についての特許適格性を否定した判例が登場している（Ass'n for Molecular Pathology (AMP) v. Myriad Genetics, Inc., 133 S. Ct. 2107, 186 L. Ed. 2d 124 (2013). 本件については、井関涼子「遺伝子特許に関する米国連邦最高裁判決の意義」ジュリ1461号[2013]72頁以下を参照）が、この点には立ち入らない。

³⁵ Roy Hardiman, *Toward The Right of Commerciality: Recognizing Property Right in The Commercial Value of Human Tissue*, 34 UCLA L. REV. 207, 211 ~ (1986). See also, Christopher Heyer, *Moore v. Regents of University of California: The Right of Property in Human Tissue and Its Effect on Medical Research*, 16 RUTGERS COMPUTER & TECH. L. J. 629, 643 ~ (1990).

³⁶ Hardiman, *id.* at 208; Heyer, *id.* at 643.

³⁷ O'Connor, *supra* note 17, at 140. また、組織提供者は、自己の組織の特殊性を最初に認識した事実を証明することは困難であることから、特許法上の発明者にも該当せず、特許権者にはなり得ない。

響していることにも留意しなければならない。その背景は次の通りである³⁸。

従来、アメリカでは研究資源となる研究費が国費による場合には、その研究成果は公共財（public goods）になると解されていた。しかし、このような取扱いは、1970年代後半、国際社会において科学研究の成果を商品製造へ活かす面での著しい遅延の原因となった。というのも、①科学研究の成果を利用して商品開発を行う力のある民間企業は、その研究成果が公共のものであり競争相手にとってもアクセス可能であるような場合に、商品開発に躊躇し、また②公的資金による研究の成果が民間による商品開発につながらないという状況のもとでは、そもそも国費による研究計画や研究対象が研究者の知的関心だけによって決められて、商品開発の潜在的担い手である企業の商業的関心が反映されにくいという懸念もあったからである。

（２）特許政策の転換

そして、こうした状況を打開するために、連邦政府は、（先述の Chakrabarty 事件判決の登場した）1980年に、ビジネスとして見込める研究を推奨するために、バイ・ドール法（Bayh-Dole Act）を成立させ、研究成果（特許権）の私的所有を承認することにより、科学研究成果の商品製造を積極化させる方針を打ち出した。これにより「技術移転」市場の創設、そしてそれに伴う①大学や研究者の特許出願への関心の増加や②研究者創業企業（faculty star-up）（研究者や研究機関が自らの研究成果から商業的利益を得る目的で設立する企業）の創出がもたらされた。また、このような医学研究の市場化は、製薬業界の急成長に伴う医学研究への需要の急増という事情も影響している。いずれにせよ、このような連邦政策の転換によって、ヒト由来物質は研究者の大きな注目・関心対象となることとなった。

第3款 小括

³⁸ 本項の記述は、三瀬朋子『医学と利益相反——アメリカから学ぶ』（弘文堂、2007）61頁以下に負う。

最後に、本節のまとめをしておくことにしよう。これまでの考察からは、以下の点が明らかになったといえよう。

第1に、Moore事件以前には、ヒト由来物質が無断利用され、利益の帰属が問題となっていなかったということである(第1款)。すなわち、英米では身体についての議論は、①死体、②臓器、③血液などの法的性質(propertyか否かという点)を中心に論じられるにとどまり、人体やその部位から生じる金銭的利益の帰属をめぐる問題は顕在化していなかった。

第2に、1970年代後半以降、バイオテクノロジーが著しく発展し、ヒト由来物質は研究者から研究試料として注目を受けるようになったということである(第2款第1項)。

第3に、第2の結果として、ヒト由来物質を用いた研究成果に対する特許取得が認められるようになったということである(第2款第2項)。すなわち、従来、この点是否定的に解されていたが、1980年のChakrabarty事件において最高裁判所は、特許適格性を拡大することにより、正面から肯定するに至った。

第4に、1980年のバイ・ドール法は、医学研究の政策を転換したということである(第2款第3項)。すなわち、連邦政府は、従来のアメリカにおける医学研究の商業化の遅れを踏まえ、国費を用いた研究成果の私的所有を正面から承認し、医学研究の商業化を推奨する立場に転換した。

このような、近時のバイオテクノロジー技術の進歩、生物特許の承認、そして研究政策の転換は、医師と患者の関係に変容を迫ることとなった³⁹。というのも、従来は、医師は患者の治療にしか関心をもたなかったのに対し、医学研究が発展したことにより、医師は、患者を研究に不可欠な試料の源泉として見るようになったからである⁴⁰。このような変

³⁹ Hardiman, *supra* note 35, at 212. See also, Lavoie, *supra* note 11, at 1382 (「研究対象として、バイオテクノロジーの飛躍に不可欠な組織を生産することができる患者は、研究者にとって金銭的な金山を体現し得る。」と論じる)。

⁴⁰ このほかに、ヴォランティアや組織銀行からも提供されることがある。前者の場面でも、提供者が指定した目的以外で研究者が利用する事態(目的外利用)が起り得る。

容は、患者の同意なしに治療で採取された組織を利用し、あるいは治療には必要ないが、研究上有用な組織等を摘出するインセンティブを医師に与えることになった。Moore 事件は、そのような問題が、訴訟として顕在化した初めての事案であった⁴¹。そこで次に Moore 事件を概観することしよう。

第２節 Moore 事件の概要

本節では、まず Moore 事件の事案を紹介し（第１款）、本件の争点を確認したうえで（第２款）、判決の内容を取り上げる（第３款）。最後に、Moore 判決の意義を確認し、若干の検討を加える（第４款）⁴²。

第１款 事案

⁴¹ ヒト由来物質の無断利用事例において初めて訴訟で争われた事件は、Moore 事件であるが、和解レベルでは、同事件以前にも類例がみられた。その例は、1982年の Hagiwara 事件である（事案は、Moore 事件と類似する）。この事件では、全ての特許権はカリフォルニア大学に帰属し、アジアにおける当該特許を利用する排他的ライセンスを提供者（ハギワラ）に認めるとの和解に至った。この事案については、Ivor Royston, *Cell Lines From Human Patients: Who Owns Them?*, 33 CLINICAL RES. 442 (1985) が詳しい。

⁴² Moore 事件を紹介・検討するわが国の先行研究としては、丸山英二「インフォームド・コンセント——医師の説明と患者の承諾」法教120号（1990）6頁以下（丸山①）、同「人体を材料とするバイオテクノロジーと法」法セ438号（1991）10頁以下（丸山②）、樋口範雄『フィデューシャリー〔信認〕の時代』（1999）171頁以下、三瀬朋子「医師付随情報の開示とインフォームド・コンセント——90年代アメリカにおける判例の展開」国家学会雑誌118巻1＝2号（2005）111頁以下、同・前掲書注（38）204頁以下、岩志和一郎「ヒト由来物質を巡る法制的課題——わが国の議論」企業と法創造第6巻3号（2010）116頁以下、三瀬朋子「インフォームド・コンセント（Moore v. Regents of the University of California）」『アメリカ判例百選』（有斐閣、2012）176頁以下などがある。とりわけ、三瀬・前掲書注（38）204頁以下は、Moore 事件について詳細な考察を加えるものの、——直接の関心が医学における利益相反の問題にあることから——ヒト由来物質から生じた利益の帰属問題については、十分に検討が加えられていない。本稿は、この問題に焦点を置くものである。

X (John Moore、患者) は、1976年10月5日に、UCLA 総合医療センターに来院したところ、ヘアリーセル白血病であると診断された。直ちにXは同センターに入院し、同センターの内科医であるY1 (David W. Gold 医師) は、Xの血液や骨髓液等を抽出して、これらの病理鑑定を行った。Y1は、この鑑定によりXの組織の有用性を認識した。同月8日、Y1は、Xに脾臓を摘出することを推奨した。その際、Y1は、Xに「脾臓の手術はあなたの病気の進行を遅らせるために必要である」と虚偽の事実を告げ、そして脾臓手術に関する同意書へのXの署名を得た。Y1とY2 (後述のY3で働く研究員[Quan]) は、手術前に、摘除後にXの脾臓の一部を取得し、そしてそれらを別の研究機関に持ち帰る手配をしていた。なお、Y1およびY2は、この研究を遂行する計画をXに伝えておらず、研究を行う上で要求されるXの許可も得ていなかった。同月20日に、同センターの外科医 (訴外) は、Xの脾臓を摘出した。

その後、1976年から1983年の間に、Xは、約12回、シアトルの自宅からロサンゼルス同センターに血液の精密検査目的で訪問した。Xは、この訪問が自己の健康のために必要であると信じていた。Y1は、Xを招き、血液、血清、皮膚、骨髓液、精液等の追加的なサンプルを採取した。1979年10月頃、Y1は、XのTリンパ球から細胞株 (以下、「Mo細胞株」という) を樹立させることに成功した。Mo細胞株は、ガンやエイズなどの病気の治療に有効な製品の製造を可能にし、それゆえに商業的に大きな価値を有していた。1981年1月30日に、Y3 (Regents of University of California) は、当該細胞株に関する特許を出願した。当該特許は、1984年3月20日に発行された。その後、Y1は、Y3の助言もあり、Mo細胞株の商品化・製品化を行うためにY4 (Genetic Institutes) と商事契約を締結し、現金 (3年間で333,000ドル) および株式 (Y4社の75,000株) を見返りに受け取った。さらに、1982年1月4日に、Y5 (Sandoz Pharmaceuticals Corporation and related entities) も上記契約に加えられた。Mo細胞株は、1990年までに30億ドルに及ぶと見積もられた。その後上記事実を知ったXは、1984年に、Y1～Y5に対して損害賠償訴訟を提起した (請求額は不明)。その根拠としては、(a) 動産侵害 (conversion)、(b) インフォームド・コンセント違反、(c) 信認義務違反などの訴訟原因が挙げられた。これに対し、Y1らは「訴答不十分の抗弁

(demurrer)」を提出し、訴答する義務を負わないと反論した。

事実審裁判所（ロサンゼルスの上位裁判所）は、(a)の訴訟原因（動産侵害）に対する Y1らの抗弁の有効性を検討し、Xの訴答が不十分であるとした。Xは控訴した。

本件の主要な争点は、動産侵害請求の可否——医師がXの同意なしに医療研究において彼の身体組織・細胞を無断利用したことが動産侵害に当たるかどうか⁴³——であった。そこで、判決を確認する前に、本件の争点を明確にするために、簡単に動産侵害請求について概観しておくことにしよう。

第２款 争点の確認——動産侵害の成否

（１）意義

Moore 事件において、ヒト由来物質の無断利用から生じる利益の帰属の問題は、動産侵害請求の可否の問題として展開された⁴⁴。

ここで「動産侵害 (conversion)」とは、他人の動産の不法な専有 (unlawful appropriation) に基づく不法行為責任を指す⁴⁵。このような動産侵害責任は、被告の認識や意図を問うことなく成立する（厳格責任である）点にその特徴がある⁴⁶。

（２）要件

⁴³ David C. Szostak, *Something More to the Story: Moore v. Regents of the University of California Two Decades Later*, 31 J. LEGAL MED. 443, 449 (2010).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ 動産侵害とは「他人の動産をあたかも自分ものであるかのごとくに扱うこと」であるとされる（望月礼二郎『英米法』〔青林書院、1997〕277頁）。Moore 事件における動産侵害請求の問題については、Lavoie, *supra* note 11, at 1373～；Heyer, *supra* note 35, at 631～；Dorney, *supra* note 8, at 344～；Ivey, *supra* note 21；Mehlman, *supra* note 27, at 52～などを参照。動産侵害一般については、塚本重頼『英国不法行為法要論』（中央大学出版部、1966）256頁以下、樋口範雄『アメリカ不法行為法（第2版）』（弘文堂、2014）56頁以下も参照。

⁴⁶ E.g. *Paggi v. Scott*, 167 Cal. 372, 375, 139 P. 815, 816. See also, Heyer, *supra* note 35, at 632.

動産侵害責任が成立するためには、①動産侵害のときに、ある者がその動産の所有権又は占有権を有すること、②ある者に帰属する動産を不法に取得し、又は処分すること、そして③損害が発生すること、という3つの要件を充足することが必要となる⁴⁷。この点につき、Moore 事件では、(X から摘出された) 組織・細胞が所有権の客体を構成するか否か⁴⁸という点 (①) が問題となった⁴⁹。

ヒト由来物質の情報 (遺伝情報) 面に着目するとそれを無体財産と捉えることもできるものの⁵⁰、①の従来の理解に従うと、動産侵害責任の客体は、有体物たる人的財産 (personal property) に限定され、無体物は含まれないと解されてきた。その理由としては、動産侵害責任は嚴格責任であることが挙げられる⁵¹。それゆえに、ヒト由来物質が人的財産として扱われるか否かが本件において重要な問題となった。

(3) 効果

ところで、何ゆえヒト由来物質の無断利用から生じた利益の分配の問題が、動産侵害請求の問題として展開されたのか。

この点、動産侵害責任による賠償額は、未払利息を含む動産侵害時のXの財貨の価値又は動産侵害のために被られた損失を理由とする十分な賠償であると解されている。

もっとも、Moore 事件では、Xの細胞の価値を評価する基準点である動産侵害時をどの時点と捉えるかが問題となった。すなわち、①細胞

⁴⁷ Baldwin v. Marina City Properties, 79 Cal. App. 3d 393, 410, 145 Cal. Rptr. 406, 416 (1978).

⁴⁸ Ivey, *supra* note 21 at 506.

⁴⁹ *Id.* at 502. なお、通常、患者は摘出された後にその身体組織を占有する意思を持っていないと解されるため、占有は問題とならなかった (Moore v. Regents of the University of California 793 P.2d 479, 488-89 (Cal. 1990)).

⁵⁰ 後述の Moore 事件の控訴裁判所は、Xの細胞の情報 (遺伝情報) 面を重視し、それに対する所有権の成立を認めた。それゆえに、このような理解によれば、Xの組織に対する所有権は、各細胞の遺伝情報にまで及ぶことになる (Lavoie, *supra* note 11, at 1374)。

⁵¹ Dorney, *supra* note 8, at 344, 346.

が最初に身体から摘出された時点動産侵害時と解すると、その組織はいまだ価値を有しない（その可能性があるにとどまる）のに対し、② Y1らが細胞株の商業化に成功した時点（特許取得時および商業化の契約締結時を含む）を動産侵害時と解すると、その組織の価値は膨大になる（侵害行為から得た利益に及び、利益の分配を認めることになる）⁵²。Xの主張は、必ずしも判決文からは明らかではないものの、当然②を前提として主張しているものと解される。

動産侵害責任の成否をめぐって、カリフォルニア州控訴裁判所と最高裁判所で判断が分かれた⁵³。以下では、順に見ていくことにしよう。

第3款 判決

（１）カリフォルニア州控訴裁判所

控訴裁判所は、一審判決を覆し、Xが自分自身の組織に対する所有権を有すると述べた上で、Xの動産侵害の訴訟原因の陳述申し立てを認めた。その理由としては、以下の点が挙げられる。

第1に、Xは自己の身体部位（およびその中のDNA）に対する最終的な処分権限を与えられていることが挙げられる。すなわち、裁判所は、「患者が自己の組織になるものを支配する最終的権限を有しなければならない。そうでないと解することは、医療進歩の名の下に人間のプライバシーおよび尊厳の大量の侵害の扉を開くであろう。」⁵⁴と述べる。

第2に、動産侵害を認めても医学研究への弊害はないことが挙げられる。すなわち、裁判所は、「我々は、私的に利用され得る前に、組織提供者の同意を要求することにより、医療研究が損害を被るであろうと信じる理由はない。」⁵⁵と述べる。もっとも、「本件における裁判所の役割は、すべての起こりうる社会的懸念に解決を提供することではなく、個人の

⁵² Mehlman, *supra* note 27, at 52.

⁵³ 三瀬・前掲書注(38) 213頁、ヨッヘン・タウピッツ（高瀧英弘訳）「人間の身体に由来する物質の利用に関する民事上の諸問題」民商130巻4＝5号（2004）709頁、特に713頁も参照。

⁵⁴ Moore v. Regents of the University of California, 249 Cal. Rptr. 494, 508 (Cal. Ct. App. 1988).

⁵⁵ *Ibid.*

権利と利益について提示される論争を解決することである。』⁵⁶とも述べられており、この点についての政策的な検討は立法府の領分であるとの立場を採っているとも解される。

(2) カリフォルニア州最高裁判所

これに対し、最高裁判所は、Xの(a)動産侵害の訴訟原因については陳述の申し立てを否定したのに対し、(b)インフォームド・コンセント違反と(c)信認義務違反の訴訟原因については陳述の申し立てを認めた(多数意見。なお、2つの反対意見が付されている)^{57 58}。また、(a)の可否をめぐっては、(α)現行法の枠内で、Xは身体部位に対する所有権を有するとして動産侵害責任の成立を認めるか(解釈論のレベル)、また(β)(現行法の枠内では認められない場合には)Xの請求を認めるために、政策的・規範的な観点から、医学研究の文脈に動産侵害責任を拡張するべきか(政策論のレベル)、という2つのレベルで検討がなされている。以下では、多数意見と2つの反対意見についてみていくことにしよう。

(i) 多数意見

(α) まず多数意見は、解釈論のレベルでの動産侵害請求の成立を否定した。その理由としては、以下の3点が挙げられる。

第1に、直接により、あるいは類推により、Xの動産侵害請求を支持する先行判例が存在しないことが挙げられる。すなわち、(ア)動産侵害の訴訟原因を支持するために摘出された細胞に対して人が十分な権利を保持すると判示する直接的な先例が存在しない⁵⁹。また(イ)プライバ

⁵⁶ *Id.* at 509.

⁵⁷ 本稿の直接の関心は、利益の帰属をめぐる問題であることから、信認義務違反およびインフォームド・コンセントの問題についての判決の内容については、簡単に言及するにとどめる(この点については、三瀬・前掲書注(38)208頁以下に譲る)。

⁵⁸ ただし、その後、XとY1らの間で和解が成立したため、差戻審での事実審理は行われなかった。そのため、(b)および(c)の下で認められたであろう具体的な賠償額等は不明である。

⁵⁹ 793 P.2d 479, 489.

シー権（パブリシティ権）侵害による不法行為責任を認める先例から類推することについても、その法的性質が明確にされておらず、「動産侵害の不法行為が成立するか否かを決定する目的にとっては、問題となる権利の性格」が重要であるとし（というのも、動産侵害は、所有権侵害の場合のみ認められるからである）⁶⁰、所有権と性質決定されていないプライバシー権（パブリシティ権）を承認した判例を根拠に動産侵害を認めることはできない。（ウ）仮にパブリシティ権を所有権として性格づけることができるとしても、遺伝物質をパブリシティと同様に扱うことはできないと述べる⁶¹。

第２に、カリフォルニア州の特別法においては、摘出された組織に対する患者のあらゆる継続的な権利が制限されていることが挙げられる。すなわち、健康安全法典7054.4条によれば、「法のその他の規定にもかかわらず、識別可能な解剖部位、人間の組織、解剖の古い死体、あるいは科学的使用の終了後の病気に感染した老廃物は、土葬、火葬または公衆の健康安全を保護するために〔保健福祉〕省により決定されたあらゆるその他の手段により処分されなければならない」と定められており、医療の場面で出た身体部位の廃棄処分が義務付けられている。もちろん、この規定の目的は、「潜在的に危険な生物廃棄物質の安全な処理を確保すること」にあり、患者の支配権についての処遇を定めたものではないものの、実際には「摘出された細胞に対する患者の支配を制限することであるとの結論」を示唆するものであるとして、身体部位が動産侵害法の成立するための「財貨」または「所有権」になると想定することは困難であると述べる⁶²。

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Id.* at 490. その理由として「被告の努力の目標および結果は、リンホカインを製造することであった。リンホカインは、名前や顔と異なり、すべての人間において同じ分子構造であり、そしてすべての人間の免疫システムにおいて同じ重要な機能を有する。さらに、リンホカインの自然の生産の原因となり、そして被告が実験室においてリンホカインを製造するために使用する特殊な遺伝材料は、すべての人において同じである。それは、脊椎やヘモグロビンの化学式において脊柱の数と同様に、Mooreにとっても特殊ではない」ことを挙げる。

⁶² *Id.* at 492.

第3に、Y3 (Regents) の特許の対象物——特許された細胞株およびそこから生じた製品——は、X の財産になり得ないことが挙げられる。というのも、「これは、特許された細胞株が事実上および法的にも X の身体から奪われた細胞とは異なるためである」⁶³。より具体的には、次の通りである。すなわち、連邦法は、「人間の発明の才」の産物を体現する生物体の特許取得を認めるが、自然に生じる生物体の特許取得を認めない (Chakrabarty 事件参照)。こうした理解を前提とした上で、人間の細胞株は、特許可能であると説く。その理由としては、培養における人間の組織および細胞の長期の適応および成長は困難であり、そして成功の可能性が低いことが挙げられる。特許法が報償を与えるのは、こうした発明の努力であり、自然に存在する原材料の発見ではない。それゆえに、自己がその細胞株およびそこから生じた製品を所有するとの X の主張は、特許法の考え方と矛盾することになる、と述べられる。

(β) 次に、多数意見は、政策論のレベルで、動産侵害責任を拡張することも否定した。その理由としては、以下の3点が挙げられる。

第1に、関連する政策的考慮を公正に衡量すると、動産侵害責任を拡張しないとの結論が導かれる。具体的には、医学研究の文脈においては、(a) 自律的な医療の決定をする正当な患者の権利と (b) 社会的に有益な活動に従事する善意 (特定の細胞試料の使用が提供者の意思に反すると信じる理由を持たないという意味) の研究者を民事責任からの保護という要素が重要となる。そして (a) (b) の要素を動産侵害責任によって衡量することができるかについて検討する。まず (a) の利益についてみると、動産侵害責任によっても保護し得るが、それは間接的にとどまり、他の法理 (インフォームド・コンセントおよび信認義務) により開示義務を認めるほうが直接的な保護に資すると指摘する。また (b) の利益については、動産侵害責任を認めることの弊害が指摘されている。その理由として、(ア) 動産侵害理論は、厳格責任であるため、その細胞株を手に入れたすべての者に責任を課すことになること⁶⁴、(イ) 動産侵害法の医学研究の領域への拡張は、細胞試料が潜在的な訴訟の対象物とな

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Id.* at 494.

るから、研究に必要な細胞試料へのアクセスを制限することにより、研究を妨げること⁶⁵、（ウ）動産侵害理論は、重要な医療研究を行う経済的なインセンティブを破壊する恐れがあること（というのも、もし研究における細胞の使用が動産侵害になるならば、すべての細胞試料を使用すると、研究者は訴訟の宝くじのチケットを購入することになるからである）⁶⁶が挙げられる。これに対し、インフォームド・コンセントは、社会的に有益な研究活動への負のインセンティブを生むことなしに、患者を直接的に保護すると述べる。さらに、動産侵害責任を認めることがXに「棚ぼた（windfall）」をもたらすことから、拡張を困難にすると述べる⁶⁷。これらの理由から、多数意見は、医療研究における摘出された人間の細胞の使用が動産侵害にならないと結論付ける。

第2に、この問題は立法府が解決すべきものであると説かれる。すなわち、「人間の細胞の科学的使用は、それらの素材の合意の系統を調査することができないために責任を負わされることになるならば、我々は、立法府がその決定をするべきであると信じる」⁶⁸と判示する。その理由としては、すべての社会に影響を及ぼす複雑な政策選択が伴うことから、そうした決定は、司法府よりも立法府のほうが能力の観点から望ましいという点を挙げる。

第3に、動産侵害責任は、患者の権利を保護するために必要ではないことが挙げられる。すなわち、「司法府により作られた厳格責任ルールを課す差し迫った必要性はない。というのも、医師の開示義務のエンフォースメントは、Xが脅威を感じた損害のタイプから保護するからである。医師が、自己の判断に影響を及ぼし得る研究および研究利益を開示する限り、患者は利益相反から保護される。あらゆる相反を知っていれば、患者は、治療に同意するか、同意を留保し、そして別のところで医療支援を求めるために、情報に基づく決定をすることができる。」⁶⁹と述べる。

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Id.* at 495-6.

⁶⁷ *Id.* at 496.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Id.* at 496-7.

(ii) 反対意見①：Broussard 判事

(a) まず、解釈論のレベルでの動産侵害請求の成立を否定する多数意見に対して、Broussard 判事は、以下のように反論する。

第1に、Moore 事件は、摘出前に患者の臓器の価値を医師が知っていたケースであり、そうではない一般的なケースと同列に扱うことはできないと反論する。すなわち、Broussard 判事は、「摘出される前に臓器や細胞の価値を知っており、そしてその患者にその価値を開示する義務に違反した当事者に対してさえ、患者が彼の摘出された臓器や細胞の不当な使用を理由に動産侵害訴訟を主張し得ないとの多数意見に同意することはできない。」⁷⁰と述べる。

第2に、X は、自己の身体に所有権を有するとの先例を指摘することはできないものの、自己の身体を支配する権利を有し、そしてそのような権利の侵害を理由に動産侵害責任が成立すると反論する。すなわち、多数意見は、まず患者が一般的に彼の身体の摘出後に、身体部位に対する所有権を保持するか否かという形で問題を定式化するが、ここでの問題は、「患者が、身体部位が摘出される前に、その部位の摘出後の使用方法を決定する権利を有するか否か」⁷¹という点である。このような観点から見ると、統一死体提供法は、提供者に自己の身体部位の支配権（誰にそれを贈与するかを決定する権利）を与えていると指摘する。そのうえで、「伝統的なコモン・ローの原理の下では、患者の自己の臓器の将来の使用を支配する権利が、動産侵害法により保護される。一般的な問題として、動産侵害の不法行為は、個人を彼の財産の占有権の不適切な侵害のみならず、彼の財産の不当な使用又は使用を支配する権利の不適切な介入から保護する」⁷²と指摘し、提供者の身体に対する支配権は、動産侵害法により保護される権利であると説く。そして、多数意見が動産侵害が成立しないとして挙げる理由に対しても反論を加える（たとえば、X の請求を肯定する報告された先例は存在しないとの理由に対しては、

⁷⁰ *Id.* at 500-1.

⁷¹ *Id.* at 502.

⁷² *Ibid*

「同様に、そのような請求を拒絶する報告された司法府の決定も存在しない」⁷³と反論するなど）。

（β）次に、政策論レベルで動産侵害責任を拡張することを否定した多数意見に対しても、Broussard 判事は、以下のように反論する。

第１に、多数意見の政策的懸念は過度な一般化がなされていると反論する。すなわち、多数意見は、細胞銀行から臓器や細胞を取得した善意の研究者が責任を負わされることを懸念し、拡張に反対するが、Broussard 判事によれば、それは「臓器や細胞の使用を支配する患者の権利を直接侵害する者や不正利用する者に対して原告が動産侵害訴訟を提起することを阻止する正当化根拠を全く提供しない。」⁷⁴と説かれる。要するに、悪意の侵害者との関係では、拡張を反対する理由はないということである。

第２に、細胞銀行から細胞を取得する第三者との関係でも、多数意見の政策的懸念が非現実的であると反論する。すなわち、「動産侵害理論に基づく潜在的責任は、医師が知っていて患者の身体部位の価値を隠した、あるいは、身体部位の使用に関する患者の特殊な指示が無視されたという非常にまれな例のみに存在するため、確立された動産侵害法の適用が細胞・組織銀行を使用する医療研究者の主要な遂行に消極的な効果を及ぼすと考える理由はない」⁷⁵と述べる。要するに、動産侵害理論は、価値のある患者の組織が無断で用いられていることを知らない善意の研究者には及ばないと解することで、多数意見の懸念に応答する。

第３に、多数意見は、患者の自律的な医療の決定をする権利については言及するものの、患者の身体部位に関連する経済的利益を取得することへの患者の権利に言及していないと反論する。この点につき、Broussard 判事は、「そのような経済的価値は、患者にとって偶然の『棚ぼた』となり得るけれども、経済的価値の偶然の性質は、患者からのその価値の意図的な横取りを制裁する動産侵害責任に対する新たな例外の

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Id.* at 504.

⁷⁵ *Id.* at 504-5.

創設を正当化しない」⁷⁶として、棚ぼた利益の患者への帰属が動産侵害責任の成立を否定する根拠にはならないと述べる。

(iii) 反対意見②：Mosk 判事

(a) まず、解釈論のレベルでの動産侵害請求の成立を否定する多数意見の理由付けに対して、Mosk 判事は、以下のように反論する。

第1に、Xの請求を根拠付ける先例が存在しないのは、この問題が新しいためであると反論する⁷⁷。

第2に、多数意見によれば、健康安全法典7054.4条は摘出された細胞に対する患者の支配を制限しているため、所有権の成立が否定されるが、そのような理解は狭い所有権の捉え方を前提とするものであると反論する。すなわち、所有権概念を広く物に対して行使し得る権利の束(bundle of rights)として捉えるならば、一部の権能が制限されたからといって、所有権が否定されるわけではない。このような理解によれば、「たとえ、7054.4条が多数意見により主張される方法において摘出された組織の使用および処分を制限するとしても、Xはそれにもかかわらず、その組織に対して金銭的価値のある権利を保持する」と解することができる⁷⁸。

第3に、Y3の細胞株とXの細胞を区別することはできないこと⁷⁹、また本件のMo細胞株を作成するに際して、Xの細胞が不可欠であり、その貢献に疑問を提起することはできないと反論する⁸⁰。そのうえで、研究者の努力との関係は、「共同開発者(joint inventor)」法理を応用して、利益分配を説く⁸¹。

(β) 次に、政策論レベルで動産侵害責任を拡張することを否定した多数意見に対しても、Mosk 判事は、以下のように反論する。

第1に、人間の身体を尊重するという倫理的考慮(「我々の社会は、

⁷⁶ *Id.* at 505.

⁷⁷ *Id.* at 507.

⁷⁸ *Id.* at 509-10.

⁷⁹ *Id.* at 510-11.

⁸⁰ *Id.* at 511.

⁸¹ *Ibid.*

人間の身体を特殊な人間の人格という物理的および時間的な表現として尊重するという深い倫理的要請を承認する⁸²⁾や衡平あるいは不当利得の防止という考慮（「我々の社会は、その構成員の間の取引の基本的な公正を高く評価し、そして他人の損失によるいかなる構成員の不当利得を非難する」⁸³⁾）は、社会的に有益な研究活動を尊重する利益を上回ると反論する。そして、もし裁判所が患者が法的に保護された所有権を自己の身体部位およびその製品に対して有することを承認するならば、衡平な分配を実現することが可能になると説く⁸⁴⁾。

第２に、立法府にこの問題について対応する能力があるとしても、司法府が有効な裁判上の救済手段を行う義務がなくなるわけではないと反論する⁸⁵⁾。

第３に、他の法理（信認義務やインフォームド・コンセント）による患者の保護に対しては、不十分であると反論する⁸⁶⁾。

（３）小括

最後に、判決の内容について整理しておくことにしよう。

本件は、治療の場面で採取された患者の組織・細胞を無断で研究利用し、莫大な利益を得た医師および大学に対して、患者が利益分配を求めて訴えを提起した事案であった。そして本件では、患者の利益分配請求の可否が、動産侵害請求の成否という形で展開され、そしてその成否は、患者が自己の組織・細胞に対して所有権を有するかどうかに依存した。

この問題につき、控訴裁判所は、肯定したのに対し、最高裁の多数意見は、（ α ）判例・制定法の現行法の枠内で動産侵害責任が成立するかというレベルと（ β ）（ α ）の次元では成立しないとしても、法政策的・規範的な観点から、動産侵害責任を拡張させて成立させるべきかというレベルの二つの観点から考察し、結論として、いずれのレベルでも成立

⁸²⁾ *Id.* at 515.

⁸³⁾ *Id.* at 516.

⁸⁴⁾ *Id.* at 517.

⁸⁵⁾ *Ibid.*

⁸⁶⁾ *Id.* at 519-20.

しないとの立場を示した。もっとも、これに対しては、成立を肯定する二つの反対意見が付されている。否定する立場と肯定する立場に分けて、理由付けを整理すると次の通りである。

まず(α)のレベルについて。否定する立場(多数意見)は、その根拠として、①肯定する先例が存在しないこと、②摘出された細胞に対する患者の継続的な支配権が及ぶことは制限されとの州法の解釈、③連邦特許法の解釈との整合性の3点を挙げる。これに対し、肯定する立場(2つの反対意見および控訴裁判所)は、その根拠として——否定する立場の①～③に反論する形で——① 否定する先例も存在しないこと(Broussard 判事および Mosk 判事)、② 州法の解釈からも組織・細胞に対する処分権は排除されないこと(Mosk 判事。控訴裁判所も肯定する)、③ 利益分配を認めるにとどめれば、特許法の立場と矛盾しないこと(Mosk 判事)の3点を挙げる。さらに、事案の特殊性(摘出前に医師が患者の組織・細胞の価値を認識していた点)も肯定要素として指摘されている(Broussard 判事)。

次に、後者(β)のレベルについて。否定する立場(多数意見)は、その根拠として、④社会的に有益な医学研究の保護という価値の重要性、⑤(④と対抗する)組織・細胞の提供者である患者の権利(自律的な医療の決定を行う権利)という価値は、他の法理により保護することが可能であること、⑥利益分配を認めると患者に棚ばた利益をもたらすことの3点を挙げた。これに対し、肯定する立場(反対意見)は、その根拠として——否定する立場の④～⑥に反論する形で——④ 多数意見の政策論は過度な一般化がなされていること(Broussard 判事)や医学研究を重視することより重要な価値(具体的には、人間の身体を尊重するという倫理的考慮や衡平あるいは不当利得の防止という考慮が挙げられる)が存在すること(Mosk 判事)、⑤ 他の法理による患者の権利を保護することの限界(Mosk 判事)、⑥ 患者への棚ばた利益は、動産侵害責任の成立を妨げる事情にはならないこと(Broussard 判事)の3点を挙げる。

以上を踏まえたうえで、次に Moore 事件の判決の意義を確認し、若干の検討を加えておくことにしよう。

第4款 Moore 判決の意義と検討

（１）Moore 判決の意義

Moore 事件は、先述のように、医学研究の文脈において、ヒト由来物質が無断で利用され、利益分配の問題が顕在化し、訴訟になった最初の事件であった。それゆえに、Moore 事件は、形式的にはカリフォルニア州においてしか拘束力を有しない先例であったものの⁸⁷、その他の州にも大きな影響力を持った。というのも、本件における最高裁の立場は、その後の他の州の事件でも参照され、同様の立場が示されており⁸⁸、ヒト由来物質の無断利用に関するリーディングケースとなっているからである（ただし、医学研究の場面で、身体に対する所有権が誰に帰属するかについては、判例の理解はその後分かれている⁸⁹）⁹⁰。そこで、以下では、

⁸⁷ See, Charlotte H. Harrison, *Neither Moore nor the Market: Alternative Models for Compensating Contributors of Human Tissue*, 28 AM J. L. MED. 77, 80 (2002).

⁸⁸ E.g. *Greenberg v. Miami Children's Hospital*, 264 F.Supp. 2d 1064 (US DC Florida, 2003)（以下では、「Greenberg 事件」という）。本件事案は、以下の通りである。すなわち、被告である研究者は、当時原因遺伝子が不明であったカナヴァン病で亡くなった子どもの両親である原告らから依頼を受けて、原因遺伝子を特定する研究を行うことを承諾した。その際には、被告は、原告（および同じ病気の患者）から組織および細胞の提供のみならず、金銭的な支援も受けていた。そのおかげもあり、被告は、原因遺伝子を発見することができた。そして当初は無償での遺伝子検査が行われたが、その後、被告は、原因遺伝子および診断方法について、原告に無断で特許を取得し、ライセンスを行使した（その結果、無償で検査を受けることができなくなった）。これに対し、原告は、動産侵害や不当利得などの訴訟原因を挙げて訴えを提起した。フロリダ州の裁判所は、Moore 事件の最高裁の多数意見と同様に、動産侵害については陳述申し立てを否定した。もっとも、裁判所は、不当利得の訴訟原因については肯定しており、注目される。

⁸⁹ たとえば、Moore 事件以後の判決の中には、人間から摘出された組織・細胞に対する所有権の帰属者を——Moore 事件のように医師や研究者ではなく——医師等の所属する大学であるとした判決（*Washington University v. Catalona*, 437 F. Supp. 2d 985, 1002）や提供者に限定的な所有権の帰属を肯定した判決（*Hecht v. Superior Court* (Hecht I), 20 Cal. Rptr. 2d 275, 283-84）など、混乱しているが（*Belisle*, *supra* note 15, at 773）、いずれも利益の帰属が問題となった事案ではない点に留意されたい。

⁹⁰ なお、Moore 事件以後、臨床研究の文脈では、多くの IRB（治験審査委員会）

まず Moore 事件の最高裁の多数意見の判決（以下では、「本判決」という）の意義を確認しておくことにしたい。

第1に、本判決は、医学研究の場面において患者が摘出後の自己の組織・細胞に対する所有権を有しないこと⁹¹、そしてその帰結として、自己の組織・細胞が無断で利用され、研究者が特許取得により莫大な利益を手中に収めても、患者は直接的な利益分配請求権を有しないことを正面から認めた点に意義があるといえる⁹²。もっとも、本判決は、患者の保護が何ら不要であるとまでいっているわけではない。この点は次の点

は、研究者に患者に自己が提供した組織が商事的価値を有し得ることを伝え、そして、その研究者の組織に対する商業的利益の可能性を開示することを要求している。しかし、実際には、多くの病院は、患者に彼らの組織提供がその病院の排他的財産になり、そしてその病院がもしその組織が商業的製品をもたらしても提供者に補償しないとの文言を含む同意書を患者から事前に得ているとされる (See, Kevin Oberdorfer, *The Lessons of Greenberg: Informed Consent and the Protection of Tissue Sources' Research Interests*, 93 GEO L. J. 365, 372 (2004))。

⁹¹ Moore 事件の最高裁の多数意見は、学説の多数において、このように評価されている。もっとも、こうした中で、近時は、この判決が示したものは、——所有権法レベルの問題としてではなく——契約法レベルでのデフォルト・ルール（とりわけ、マジョリタリアン・デフォルトの意味でのそれ）を示したものに過ぎないとして、従来の見方に再考を促す見解が登場している (See, Russell Korobkin, “No Compensation” or “Pro Compensation”: *Moore v. Regents and Default Rules for Human Tissue Donations*, 40 JOURNAL OF HEALTH LAW 1 (2007))。このような理解によれば、当事者の合意により、利益の分配を認める余地が生じ、本判決の評価の仕方も変わることになる。もっとも、以下では、多数意見の従来の理解を前提として、議論を進めることとする。

⁹² この点につき、樋口・前掲注(6) 183頁、佐藤雄一郎「人由来物質の利用」甲斐克則編『レクチャー生命倫理と法』(法律文化社、2010) 185頁、特に187頁も参照。なお、最高裁では、インフォームド・コンセント違反や信認義務違反の訴訟原因については肯定されたものの、その後、和解が成立したため、差戻審での審理が行われておらず、これらの訴訟原因の下で認められる賠償額がいくらかは不明のままとなっている。しかし、一般論として、信認義務違反の効果として利益吐き出しが認められることを踏まえると、利益分配請求権が全く認められる余地がないかについては、検討の余地が残されている（この点につき、三瀬・前掲書注(38) 228頁も参照）。

に関連する。

第２に、本判決は、医師に金銭的利益の開示義務を課すことを肯定し、そしてその際に、既存の法理（インフォームド・コンセントや信認義務）を拡張することで患者の保護をはかった点が重要である。この点は、インフォームド・コンセントの議論において法理の射程を拡大したものととして、多くの注目を集めている点である。もっとも、このような解決は、患者の保護として十分であるかについては疑義がある（Mosk 判事。この点は、第３節で取り扱う）。

このように本判決の立場は、(a) 患者の権利と (b) 研究の利益ないしバイオテクノロジー産業の利益の保護という相剋・拮抗する価値の対立の中で、(a) に配慮しつつも、実質的には (b) を優先したものとえよう⁹³。このような立場は、近時の連邦政府が目指す研究政策（研究成果の私的所有の承認）と同一の方向性を示すものといえよう。

もっとも、こうした本判決の立場は、反対意見が存在することが示唆するように、何ら異論の余地のないものではない。以下では、本判決についていくつかの観点から若干の検討を加えておくことにしたい。

（２）検討①——先例との関係

まず、本判決が患者の組織・細胞に対する所有権を否定する根拠として挙げた先例との関係について。多数意見は、本件において、組織・細胞に対する所有権の成立を認めた先例が存在しないことを理由に、Moore の動産侵害の成立を否定する立場を示した。確かに、先述したように⁹⁴、英米では、伝統的に身体やその部位に対する所有権を認めることには消極的であった（いわゆる no-property ルールや準所有権ルール）。こうした従来の議論を踏まえると、本判決の立場は、伝統的な立

⁹³ Abigail C. Lepsch, *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute*, 3 (1) GROVE CITY COLLEGE JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY 145, 154 (2012) ; Harrison, *supra* note 87, at 80 (Moore 事件の最高裁の多数意見は、新たな医療製品における社会利益が組織提供者の個人の利益に勝るべきであるとの立場を採ったと指摘する)。

⁹⁴ この点については、本章第１節第１款を参照されたい。

場と親和的なものであるとして正当化される余地もある。しかしながら、従来の身体やその部位の法的性質で問題となっていた事案の多くは、死体の埋葬などの非金銭的な文脈のものであり、本件のような金銭的な利益の帰属が問題となったものではなかった。この点で、Broussard 判事が、直接に否定する先例も存在しないと指摘した点は正当であろう。その意味で、この問題は、新たな法的な問題であることを正面から認めたうえで、裁判所には態度決定することが求められていたといえよう。

（３）検討②——政策論について

次に、本判決が示した動産侵害責任を拡張するべきかを決する際に示された政策論について。もちろん、本判決も、上記の態度決定をする必要性を考えていなかったわけではない。この点が、(β)で扱われた問題であった。本判決は、(a) 患者の権利と (b) バイオテクノロジー研究の利益を衡量し、利益の帰属という点について、患者への棚ばた利益をもたらすという問題も踏まえて、(b) を重視し、(a) を他の法理に委ねることで足りるとの立場を示した。もっとも、(b) への影響という点については、Broussard 判事が指摘するように、過度な一般化や非現実的な議論がなされており、問題となる場面ごとに検討する必要がある。また、——後述する学説の議論も踏まえると——本判決は、(a) (b) 以外の利益、具体的には、(c) 公衆の利益を配慮していないという問題がある。確かに、一般的にはバイオテクノロジー研究の利益 ((b)) を重視することは、公衆の利益 ((c)) につながるといえる（新たな新薬が開発されることは、治療を待つ患者の利益に繋がるからである）。しかし、常にそうなるとは限らないのである（たとえば、遺伝子の診断方法の特許を研究者が取得することにより、公衆が遺伝子検査を受けるのに高い費用がかかり、受けられないといった事態が起こることが挙げられる⁹⁵）。このように政策論的な検討としては、本判決にはいまだ検討の余地が残されている。

（４）検討③——結論の妥当性について

最後に、本判決が示す結論の妥当性について。本判決は、研究者が組

⁹⁵ このような事態は、Greenberg 事件で実際に問題となった。

組織・細胞を用いた研究成果に対する独占権を得ることができ、そしてそれは患者の組織・細胞を無断で利用したとしても結論に差異はなく、患者はいかなる場合であっても、利益の分配を請求することはできないという結論を導いたといえよう。しかし、こうした結論は、正義に反しないのかという疑問が当然生じる⁹⁶。またどのようにこのような立場を矛盾なく説明することができるのかという批判も提起されている⁹⁷。もちろん、医学研究は、物的資源および人的資源において膨大な費用がかかり、その投資費用を回収することができなければ、情報の過小生産を導くことになるため、研究者に独占権を承認することは必要であろう⁹⁸。しかし、こうした事情は、必然的に組織提供者の完全な排除をも意味するのであろうか。本判決の結論の不公平さは、本件事案の悪質性（具体的には、組織・細胞の摘出前に医師がそれらの利用価値を認識しており、また手術後、何年にもわたって治療目的と称して、患者を被告の研究機関に招き、組織・細胞の摘出を継続していたことなど）を踏まえると、問題とすべきであろう。

以上の①～③の検討から明らかなことは、本判決が示した考え方には、再考の余地が残されているということである。そこで、次に、Moore事件の登場を契機により多様な観点から議論を展開する学説を取り上げることとする。

第３節 学説の動向——Moore 事件以後の議論状況

本節では、Moore 事件の登場以後に議論の対象となったヒト由来物質から生じる利益の帰属をめぐる学説の議論状況に一瞥を与える。以下では、まず学説の議論の全体像を確認し（第１款）、次に学説を否定説（第２款）と肯定説（第３款）に分けてその根拠論を中心に概観し、最後に、両説の若干の検討を行う（第４款）。

⁹⁶ E.g. Seeney, *supra* note 3, at 1133.

⁹⁷ Rao, *supra* note 5, at 375.

⁹⁸ 平井昭光「先端の生命工学における発明概念とその法的保護——情報コンテンツの保護の限界と特許権」ジュリ1282号（2005）146頁、特に147頁を参照。

第1款 学説の全体像

Moore 事件は、紛争が発覚して以後、政治的論争のテーマにもなっており⁹⁹、大きな社会的な問題となった。そしてこうした状況を受けて、学説も、とくに提供者への利益の引渡しを肯定した控訴裁判所の判決を契機に、上記の問題——すなわち、提供者は、ヒト由来物質の無断利用から生じた利益の一部ないし全部の引渡しを求めることができるかという問題——を本格的に論じ始めた¹⁰⁰。学説の議論の内容に立ち入る前に、予め利益の帰属をめぐる学説の全体的な動向を示しておくことが有益であろう。

まず、学説は、大別すると、提供者への利益の引渡しを (1) 否定する立場と (2) 肯定する立場に分かれており ((1) を支持する見解も多数存在するが、管見の限りでは、(2) を支持する見解の方が多いように思われる)、また後者については、(2-1) 利益の一部の引渡し (利益分配) を説く見解¹⁰¹と (2-2) 利益の全部の引渡し (利益吐き出し) を説く見解に分

⁹⁹ *The Use of Human Biological Materials in the Development of Biomedical Products: Hearing Before the Subcommittee on Investigations and Oversight of the House Comm. On Science and Technology*, 99th Cong., 1st Sess. (1985). 原告である Moore 氏自身の声明もある (at 240 ~)。

¹⁰⁰ Moore 事件のような事案を解決する方法としては、利益引渡し以外にも、既存の特許制度を応用して、特許出願の際に、①事前のインフォームド・コンセントを得ることや原産地の明示をすることを要件とすることで、こうした問題が起こらないようにする方法 (たとえば、Brad Sherman (才原慶道訳)「遺伝資源へのアクセスと利用の規制：知的財産法とバイオディスカバリー」知的財産法政策学研究 8号 [2005] 37頁、特に47頁以下〔先住民の遺伝情報の保護の方法として上記のような方法を提示したうえで、Moore 事件の場面への応用の可能性を示唆する〕)、あるいは②医師の発明の過程における問題点 (患者から同意を得ずに行っていたこと) を重視し、一種のサンクションとして当該発明の特許付与から排除することで解決する方法 (つまり、医師にも権利を与えないという方法) (たとえば、斎藤誠「ヒト遺伝子技術に対する法的規律の交錯——バイオテクノロジー特許に定位して」法時73巻10号 [2001] 52頁、特に56頁を参照) などもあり得るが、本稿ではこれらには立ち入らない。

¹⁰¹ また、利益の分配といっても、論者が念頭に置くものは一様ではない。たとえば、①固定報酬、②提供された組織の有益性に依存した固定報酬、③その

かれている（後者はいまだ少数にとどまる）。もっとも、(2) に立つ見解の中でも解釈論によるか、立法論によるかは分かれ、また法律構成についても一様ではない（後述）。

次に、学説は、提供者への利益の帰属の可否を決する際には、(a) 提供者（患者・被験者）の権利（尊厳的利益、自律的な意思決定をする権利および自己に由来する細胞を支配する権利¹⁰²）、(b) バイオテクノロジー研究や産業の利益（金銭的利益や医師が民事責任を負わされることによる医学研究に影響をもたらないこと）、(c) 公共利益（人の命を救う新たな治療薬を迅速に利用可能にすること）、(d) 連邦政府の利益（研究および開発を促進し、産業を発展させること）という相剋・拮抗する価値をどのようにバランスを図るかという観点から検討が加えられている¹⁰³。一般的には、(b) ～ (d) の価値は連動しており、実質的には、(a) と (b) の対立といえるが、先述したように (b) の利益が (c) の利益に常に繋がるとは限らないことに留意する必要がある。

第２款 否定説

（１）否定説の論拠

まず否定説は、判例と同様に、ヒト由来物質から派生した利益の提供者への帰属に反対する（たとえば、Wagner¹⁰⁴、Bray¹⁰⁵、Dillon¹⁰⁶、Wells¹⁰⁷、

研究の商事的成功に依存した固定報酬、④商事の発明からの収益の割合などが挙げられる（See, Korobkin, *supra* note 91, at 15）。

¹⁰² Belisle, *supra* note 15, at 772.

¹⁰³ O'Connor, *supra* note 17, at 133 ～.

¹⁰⁴ Allen B. Wagner, *The Legal Impact of Patient Materials Used for Product Development in the Biomedical Industry*, 33 CLINICAL RES. 444 (1985)（ヒト由来物質に対する所有権の成立を否定し、かつ医師ないし研究者が研究利益を患者に知らせる義務も負わないと説く。なお、筆者は、Moore 事件の被告の訴訟代理人の一人であった）。

¹⁰⁵ Bray, *supra* note 8, at 239 ～（身体部位の支配権を与えるために所有権の成立を認めるものの、売却することまで認めると商品化の問題が生じるとして、Radin の人格的所有理論を応用して、人間の身体に対する所有権は、市場において譲渡できないと説く〔Moore 事件においては、医師による不当な介入を防止するために、自己の身体部位をコントロールする権利を有すると説く〕）。

Lavoie¹⁰⁸、Bergman¹⁰⁹など)。もっとも、その理由付けは様ではない。具体的には、①理論的にヒト由来物質から生じた金銭的利益の提供者への引渡しを根拠付けることができないこと（たとえば、第1に、提供者は、自然変異した原材料を提供したにすぎず、そこから生じた研究成果に対する利益引渡しを求める権利を取得するに値しないこと¹¹⁰、第2に、提供者は連邦特許法116条の「共同発明者」に該当しないこと¹¹¹、第3に、提供者への利益引渡しを認めることは、偶然に組織を持っているにすぎない者に《棚ぼた的利益》を与えることになり不公平であること〔他方で、バイオテクノロジー産業は、成功の可能性が小さいにもかかわらず、多額の資本、労働、時間を投資している点で、その研究から生じる金銭的利益に対する独占的権利を付与されるに値すること¹¹²〕が指摘されている¹¹³）、②研究・開発への影響（たとえば、

¹⁰⁶ Dillon, *supra* note 3, at 641 (Moore 事件の控訴裁判所の判決に反対し、提供者の組織・細胞の売却権を否定する)。

¹⁰⁷ Tanya Wells, *The Implications of a Property Right in One's Body*, 30 JURIMETRICS J. 371 (1990) (研究のための身体部位の売買を禁止する内容の立法を制定するべきと説く)。

¹⁰⁸ Lavoie, *supra* note 11, at 1389 ~ (組織・細胞の無断利用による動産侵害の成立を否定し、提供者の保護は、インフォームド・コンセント法理によれば足りると説く)；Jeffrey W. Guise, *Expansion of the Scope of Disclosure Required under the Informed Consent Doctrine: Moore v. The Regents of the University of California*, 8 SAN DIEGO L. REV. 455 (1991) も同旨。

¹⁰⁹ Helen R. Bergman, *Moore v. Regents of the University of California*, 18 AMERICAN JOURNAL OF LAW & MEDICINE 127 (1992) (動産侵害理論の適用を拒絶し、その代わりに、身体の組織の取引を排除し、そして治療の過程で摘出された組織の研究利益を患者に知らせる義務を医師に課すべきと説く。ただし、立法論)。

¹¹⁰ Lavoie, *supra* note 11, at 1373-6.

¹¹¹ O'Connor, *supra* note 17, at 166 (製品開発にいかなるアイディア、技術又は労働を貢献していない提供者に利益を分配することを認めることは特許法の考え方に反すると説く)。

¹¹² とりわけ、(ア)人の細胞から細胞株を作ることの不確実性、(イ)特許可能な細胞株のうち、利益を上げる製品になる細胞株はわずかであること、(ウ)バイオテクノロジー研究の各段階における不確実性、(エ)製品開発成功までに長期の時間(数年単位)を要するという研究の特性は、多数の成功しない組織試料に被った費用が成功したプロジェクトによって埋め合わされなければならない

第１に、提供者の組織を特定・追跡するために要求される事務費用や組織の提供者の利益引渡しの合意交渉のための取引費用などがかることによる研究費用の増加¹¹⁴、第２に、研究者が責任を負わされるリスクの増加、第３に、第１および第２の結果として生じる研究の遅延〔その成果を待つ患者への不利益〕¹¹⁵などの弊害が指摘されている）¹¹⁶、③治療費用・保険費用の増加（たとえば、提供者への利益の引渡しは、製薬会社の負担する費用の増加を導く。その結果、製薬会社は、利益率を維持するために、薬の価格を上げることになる。バイオ製品については価格の弾力性がないことから、薬の価格高騰は、治療・保険費用の増加に直結すると説かれる）¹¹⁷、④贈与システムへの影響（提供者への利益引渡しを認めることは、利他的な動機で実践されているヒト由来物質の贈与システムを破壊することになる）¹¹⁸、⑤医師と患者の関係への影響（患者の多くは、病気を治すことを目的としており、そのためにできる最善のことは行うのが通常であるが、金銭的利益の存在は、その目的の実現を阻害する原因となる。というのも、ヒト由来物質の売却が認められると、

という事態になっている現状を踏まえると（Dillon, *supra* note 3, at 635-7）、研究者等に独占的利益を認めることには一定の説得的な理由があるといえよう。

¹¹³ Donna M. Gitter, *Ownership of Human Tissue; A Proposal for Federal Recognition of Human Research Participants' Property Rights in Their Biological Material*, 61 WASH. & LEE L. REV. 257,294(2004).

¹¹⁴ Lavoie, *supra* note 11, at 1381.

¹¹⁵ Szostak, *supra* note 43, at 453（利益分配の根拠として提供者に所有権を承認することが、「科学者にとって大量の責任を生み、国内の重要な医学研究を委縮する」と述べる）。

¹¹⁶ Dillon, *supra* note 3, at 633 ; Anthony R. LoBiondo, *Patient Autonomy and Biomedical Research: Judicial Compromise in Moore v. Regents of the University of California*, 1 ALB. L.J. SCI. & TECH. 277 (1991) ; Brett J. Trout, *Patent Law—A Patient Seeks a Portion of the Biotechnological Patent Profits in: Moore v. Regents of the University of California*, 17 J. CORP. L. 513, 532 (1992) ; Szostak, *id.* at 453.

¹¹⁷ Dillon, *supra* note 3, at 640.

¹¹⁸ *Id.* at 640-1 ; Lavoie, *supra* note 11, at 1384も同旨。 See also, RICHARD M. TITMUSS, *THE GIFT RELATIONSHIP: FROM HUMAN BODY TO SOCIAL POLICY* (New Press, 1971) 245-6.

患者は研究者・研究機関と交渉することにより、最高価格競落人を探すことになるが、その交渉時間は患者の健康に悪影響をもたらすからとされる¹¹⁹⁾¹²⁰⁾、⑥経済的な非効率をもたらすこと（ヒト由来物質に対する所有権を提供者に与えると、提供者は自己の要求価格で購入しない者には売渡さずに、結果的にバイオテクノロジー研究の発展を阻害することになる）、⑦研究者と提供者の寄与分算定の困難さ（類似する問題は、提供者間でも生じる。たとえば、Moore 事件では、Moore の組織が明確に研究において特定可能な役割を果たしたことは明かであるけれども、人間から生じる治療製品を開発する多くの研究プロジェクトは、研究の過程で多くの提供者の組織を要求する。提供者への利益引渡しを認めると、すべての寄与者は利益の引渡しを受ける資格を有することになる。しかし、各提供者の寄与分を算定することは困難である¹²¹⁾、⑧身体の商品化をもたらすこと（ヒト由来物質を財貨として扱い、取引を通じて利益分配を認めると、身体ないしその部位の市場を創設することになり、身体を商品〔金銭と交換で取得され得る物〕として扱うことになり、結果的に、人間の尊厳性を害することになると説かれる¹²²⁾）などが根拠として挙げられている。

（２）提供者の保護の問題

¹¹⁹⁾ Lavoie, *supra* note 11, at 1382 ; UNITED STATES CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, OTA-BAA-337, NEW DEVELOPMENTS IN BIOTECHNOLOGY: OWNERSHIP OF HUMAN TISSUES AND CELLS—SPECIAL REPORT, at 11 (1987)（身体部位に対する所有権の承認は、提供者が身体部位からの利益を上げるために、外科手術を延期するなど自分自身の健康を害してでも利益取得を試みる提供者が登場する結果となると懸念する）；Dillon, *supra* note 3, at 637（利益分配の権利を承認することは、利益を得るために、身体に有害な薬を飲み、あるいは外科手術を延期する等の行動に出る恐れがあるために、組織・細胞の提供者が意図的に自己の身体に損害を及ぼすことを懸念する）も同旨。

¹²⁰⁾ Lavoie, *id.* at 1382 ; Harrison, *supra* note 87, at 91 ～。

¹²¹⁾ Lavoie, *supra* note 11, at 1381.

¹²²⁾ Harrison, *supra* note 87, at 89. また身体の商品化一般については、Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987); Stephen R. Munzer, *An Uneasy Case Against Property Rights in Body Parts*, 11 (2) SOC. PHIL. AND POL'Y 259 (1994) も参照。

以上のように、否定説は、①～⑧を根拠に、提供者への利益引渡しを否定するものの、提供者の権利（尊厳的利益および自律性）の保護が何ら不要であるとまで考えているわけではない。とりわけ、特殊な治療コースを勧める際には、医師の専門家としての判断——患者への予期されるリスクと予期される利益を衡量することによる——は、医師の研究利益・経済的利益がその考慮要素に含まれると、歪められること、またそのような情報は治療を受ける患者自身の決定にとって重大となり得ることを踏まえると、一定の保護の必要性は認識されている¹²³。

しかし、否定説によれば、それ（提供者の保護）は、——インフォームド・コンセントや信認義務を媒介として——医師に金銭的利益の開示義務を課すことによって対応されるべき問題であると解される¹²⁴。この点は、本判決も、研究者の開示義務の対象を治療に関する情報のみならず、研究者の金銭的利益に関する情報にまで拡張することにより、同様の立場を採用した¹²⁵。

このような手法は、患者の自己決定・自律性の尊重への要請（(a)）と社会に有益な価値を生むバイオテクノロジー研究の利益（(b)）を調和しつつ、ヒト由来物質の効率的な収集を可能にする有効な手法であると評され¹²⁶、そしてヒト由来物質の無断利用問題の中心的な法理と位置づけられてきた¹²⁷。

第３款 肯定説

（１）概要

以上の否定説に対し、提供者への利益帰属を何らかの形で認めようとする見解も多数みられる。こうした立場は、国際的な動向、すなわち、先進国が発展途上国の人々の遺伝物質や伝統的知識——それらは既存の

¹²³ Perley, *supra* note 104, at 357.

¹²⁴ Dillon, *supra* note 3, at 1389～；Lavoie, *supra* note 11, at 1389-90；Belisle, *supra* note 15, at, 791～。

¹²⁵ なお、提供者の保護に関しては制定法においても用意されているものの、その詳細は三瀬・前掲書注（38）111頁以下に譲る。

¹²⁶ Lavoie, *supra* note 11, at 1389.

¹²⁷ Jordan & Price, *supra* note 8, at 167.

知的所有権法の制度の下では保護することが困難である——を無断で利用して、研究や商業化を行っている状況に対し、途上国から利益配分の要求がなされ、それが国際条約（遺伝物質については生物多様性条約がある）で認められつつある状況と平行な展開であるといえよう¹²⁸。

もっとも、その際に、利益の一部の引渡し（利益分配）にとどめるか、それともすべての引渡し（利益吐き出し）を認めるかは理解が分かれる。また肯定する際の法律構成も一様ではない。利益分配を説く立場は、第1に、ヒト由来物質から派生した利益に対する分配請求権を所有権とリンクさせるか否か（否定する立場は、市場以外の第三者機関に分配額の決定を委ねようとする〔たとえば、Harrison¹²⁹、Budds¹³⁰など〕）、また第2に、所有権とリンクさせるとして、身体部位に所有権を一般的に認めるか（その帰結として、市場取引〔売買〕や無断利用による横領責任が認められることになる。もっとも、どこまで認めるかはこの見解を支持する論者の中でも一致していない。前者まで正面から認める論者は例外的で〔Gitter¹³¹など〕、後

¹²⁸ 途上国の人々の遺伝資源や伝統的知識の保護については、山名美加「知的財産権と先住民の知識——遺伝資源・伝統的知識における『財産的情報』をめぐる考察」現代思想30巻11号（2002）152頁以下、同「米国立衛生研究所（NHI）モデルにみる生物資源・伝統的知識への『アクセス・利益分配』（ABS）」関法59巻3＝4号（2009）839頁以下などを参照。またそれらを保護する理論的根拠については、田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度」知的財産法政策学研究13号（2006）53頁以下も参照。

¹²⁹ Harrison, *supra* note 87, at 93～（組織が提供される段階では、医学研究のための組織・細胞提供の判例の立場を維持しつつ、提供された組織が商業的価値を有すると判明した段階では、提供者への補償（利益分配）が必要であるとして、市場アプローチと不可譲渡性アプローチの折衷型としてのライアビリティ・ルールによる、客観的・集権的な第三者機関（独立の機関）による《非市場メカニズム》による支払額の決定を説く）。

¹³⁰ Brian Budds, *Toward a Just Model of Alienability of Human Tissue*, 37 U.S.F. L. REV. 757, 777～（2003）（Harrisonの見解を方向性として支持しつつ、その問題点を指摘し、改善案を提示する。具体的には、患者の利益を代表する機関による事後の補償を監視するシステムの必要性などを挙げる）。

¹³¹ Gitter, *supra* note 113, at 338～（市場における譲渡性を認めつつ、無断で利用された場合には、動産侵害による事後賠償を認める）。

者にとどめる趣旨のことが多い〔Ivey¹³²、Biagi¹³³、Leeds¹³⁴、Ritter¹³⁵など〕¹³⁶、¹³⁷、それとも所有権の一部の権能、とりわけ、利益分配請求権のみを準所有権¹³⁸として認めるか（たとえば、Hardiman¹³⁹、Danforth¹⁴⁰、Mortinger¹⁴¹、

¹³² Ivey, *supra* note 21, at 532.

¹³³ Karen G. Biagi, *Moore v. Regents of the University of California: Patients, Property Rights, and Public Policy*, 35 ST. LOUIS U. L. J. 433 (1991).

¹³⁴ Leeds, *supra* note 18, at 578 ~ (先例を挙げて、身体部位が所有権の客体になり得ること、そしてその帰結として動産侵害が成立することを論証する)。

¹³⁵ Peter K. Ritter, *Moore v. Regents of the University of California: The Splenetic Debate over Ownership of Human Tissue*, 21 SW. U. L. REV. 1465 (1992).

¹³⁶ なお、この他に、収用条項（合衆国憲法第5修正および第14修正）に基づき、単なる謝礼金以上の補償を求めることも理論的には可能となる（Michael Orlando, *Moore Revisited: State Sponsored Biotechnological Research and the Takings Clause*, 23 WHITTIER L. REV. 437, 438 (2001)）。しかし、この点には立ち入らない。

¹³⁷ 身体に対する no-property を支持する英米の伝統的な立場に対し、近時、身体部位に所有権を認めるべきとする見解が多くみられる。その実益は様々であるが、利益分配もその一つであるといえる。その概要とそれに対する批判については、さしあたり、ローヌ・スキヌ（朴或＝樋口範雄訳）「身体や臓器について所有権で語る議論への批判」樋口範雄＝土屋裕子編『生命倫理と法』（弘文堂、2005）341頁以下を参照されたい。

¹³⁸ 先述したように、準所有権は、アメリカ法において従来死体に対する権利として説かれていたものである（この点は、本章第1節第1款を参照されたい）。ここでの準所有権はその応用ないし拡張と位置づけられる。

¹³⁹ Hardiman, *supra* note 35, at 258 ~ (身体に対する所有権をすべて認めるのではなく、身体の商業的価値を他人に利用されない所有権——これを商業権 (right of commerciality) という——のみを承認したうえで、組織・細胞が無断利用された場合には、商業権侵害を理由とする損害賠償ないし利益の分配請求権を肯定する)；Jordan & Price, *supra* note 8, at 171も同旨。

¹⁴⁰ Danforth, *supra* note 8, at 191 ~ (組織・細胞の商事目的による研究者の使用に対する同意権を肯定しつつ〔ただし、処分権まで認めるものではない〕、研究者により無断利用された場合には、自己の持分権に基づく、利益の分配を求める権利を肯定する〔特許法の共同発明法理を応用する〕)。

¹⁴¹ Mortinger, *supra* note 8 (パブリシティ権に類推して、身体から生じた利益に対する権利を肯定する)。

Howard¹⁴²、Dorney¹⁴³、Belisle¹⁴⁴など)という点で理解が分かれている。また利益吐き出しを説く立場は、不当利得構成を支持する見解が多いが(たとえば、Greenfield¹⁴⁵、Lepsch¹⁴⁶、Alford¹⁴⁷など¹⁴⁸)、提供者と研究者の関係を信託関係と捉えることによって可能であろう¹⁴⁹。このように肯定説といってもその理解は一樣ではないが、以下では、本稿の直接の関心である利益の帰属という点から、見ていくこととする。

¹⁴² Howard, *supra* note 18, at 358 (患者が自己の組織の商業化の機会について情報を与えられる権利と自己の組織から開発された製品の市場化からの利益の分配を求める権利を有すると説く)。

¹⁴³ Dorney, *supra* note 8, at 368 ~ (支配権と収益権を区別し、前者を確保するために、組織の売却権の禁止を説きつつ、他方で、研究者と提供者の不平衡を回避するために、後者〔利益の分配を求める権利〕を認めることは、個人の自律性を害することにはならないと説く)。

¹⁴⁴ Belisle, *supra* note 15, at 794 ~ (提供者の自律性および身体のインテグリティを尊重し、そして研究に成功したケースにおいて提供者への十分な補償を提供するために、提供者に摘出された組織に対する限定的な所有権〔準所有権〕を認める。それは、提供者に摘出された細胞に対する一定の支配権を与え、研究に対する提供者の同意権を承認し、そして利益分配を求める権利を承認する)。

¹⁴⁵ Debra L. Greenfield, *Greenberg v. Miami Children's Hospital: Unjust Enrichment and the Patenting of the Human Genetic Material*, 15 ANNALS OF HEALTH LAW 213, 214 (2006) (不当利得は、ヒト由来物質の特許を扱う政策における変更を必要とする理論的根拠として一つの代替手段を提供すると指摘する)。

¹⁴⁶ Lepsch, *supra* note 93, at 154-5.

¹⁴⁷ Deleso A. Alford, *Hela Cells and Unjust Enrichment in the Human Body*, 21 ANNALS OF HEALTH LAW 223 (2012).

¹⁴⁸ このような見解は、Greenberg事件で不当利得構成のみが一般論として認められて以降増えている。もっとも、同事件の判決は、事実審審理に進むことを承認するととどまり、最終的に不当利得の訴訟原因が本件事案に適用されることを担保するものではない点に留意されたい(See, NWABUEZE, *supra* note 5, at 220 ~)。

¹⁴⁹ 信託構成を説く見解として、たとえば、Martin Harvey, *Towards a Public Human Tissue Trust*, 59 CASE W. RES. L. REV. 1171 (2009)がある。ただし、明示的に、利益吐き出しを説いているわけではない。

（２）金銭的利益の開示義務による対応の限界

肯定説は、否定説に対して、信認義務¹⁵⁰やインフォームド・コンセント¹⁵¹を媒介とした、金銭的利益の開示義務を医師に課すことによって、患者（提供者）の尊厳的利益ないし自律性を十分に保護することはできないと批判する。というのも、信認義務やインフォームド・コンセントには、当該法理内在的な限界があるからである¹⁵²。具体的には次の通りである。

まず信認義務による金銭的利益の開示は、信認関係のない者（医師ではない研究者）には及ばないという問題が挙げられる（人的範囲の限界）¹⁵³。また、インフォームド・コンセントには、以下のような問題が指摘されている¹⁵⁴。すなわち、第１に、この法理は、組織・細胞の摘出前にそれらの価値を医師が認識している場合には適用されるものの、組織・細胞の摘出後にその価値を医師が認識した場合には及ばない点（時間的な限界）¹⁵⁵、第２に、因果関係を立証すること——具体的には、決定レベルでの因果関係の問題（情報を提供されていれば合理的の患者が医療処置を受けることに同意したか否か）と損害レベルでの因果関係の問題（情報が提供されていれば損害を被らなかったか否か）——が困難な点（立

¹⁵⁰ アメリカ法における信認義務一般については、樋口・前掲書注（42）を参照。

¹⁵¹ アメリカ法におけるインフォームド・コンセント一般については、丸山英二「インフォームド・コンセントの法理と現状（アメリカ法の焦点）」法セ458（1993）10頁以下、同「インフォームド・コンセント（再論）各国の法状況——アメリカ」年報医事法学8巻（1993）11頁以下、樋口範雄「医療過誤訴訟（3）——インフォームド・コンセント訴訟」法教330号（2008）137頁以下（同『続・医療と法を考える——終末期医療ガイドライン』〔有斐閣、2008〕所収）などを参照。

¹⁵² 以下については、三瀬・前掲書注（38）221頁以下も参照。

¹⁵³ O'Connor, *supra* note 17, at 143 ; Gitter, *supra* note 18, at 304. なお、Moore 事件の Broussard 判事も同旨（793 P.2d 479, 504）。

¹⁵⁴ 一般的に、アメリカ法では、インフォームド・コンセント自体が——その発祥地であるにもかかわらず——わが国と比較するとそれほど医療過誤訴訟においても有用な手段であると解されていないと説かれている（この点につき、樋口・前掲書注（45）318頁以下を参照）。

¹⁵⁵ O'Connor, *supra* note 17, at 143 ; Perley, *supra* note 104, at 336-7.

証の問題)¹⁵⁶、第3に、この法理の下で認められる賠償額は、医師が金銭的利益相反を開示することを動機づけるには不十分である点などが挙げられる¹⁵⁷。

このように、金銭的利益の開示義務を医師に課すことによって、提供者の権利((a))は十分に保護するとはできない¹⁵⁸。そしてこのような解決によっては、バイオテクノロジー産業の利益((b))に不確実性が残り(たとえば、重篤な病気を患う合理的な患者は、情報を与えられ、その手術には同意するが、その組織の商業的使用には同意しないとき、医師が潜在的な商事的利得の非開示を理由に責任を負うか否かは不明である¹⁵⁹)、結果的に公衆の利益((c))や連邦政府の利益((d))も促進しないとの批判がなされている¹⁶⁰。

(3) 肯定説の論拠

そこで、肯定説は、提供者への利益帰属を正面から肯定する。その際

¹⁵⁶ Dorney, *supra* note 8, at 357; O'Connor, *id.* 141; Mehlman, *supra* note 27, at 54. この問題は、インフォームド・コンセントにおいて、従来から指摘されていた。

¹⁵⁷ Gitter, *supra* note 18, at 305-6.

¹⁵⁸ もちろん、こうした批判に対しては、インフォームド・コンセント自体の修正も説かれている(e.g. Linda Daniels, *Commercialization of Human Tissues: Has Biotechnology Created the Need for an Expanded Scope of Informed Consent*, 27 CAL. W. L. REV. 209 (1990); Sharon Nan Perley, *From Control Over One's Body to Control Over One's Body Parts: Extending the Doctrine of Informed Consent*, 67 N.Y.U.L. REV. 335, 337 ~ (1992); Belisle, *supra* note 15, at 791 ~ など)。たとえば、Perley は、上記の第1の問題点(時的限界)に対して、従来のインフォームド・コンセントは、身体の完全性に限定された自己決定権を保護するにとどまっていたためであるとし、より広く《人の身体および体外の身体部位に対する尊厳的利益》を保護する法理であると解することにより、患者は現在自己の身体に起こっていることのみならず、自己から摘出された組織および細胞に対して将来起こることも支配する権利を有するとして、同法理を拡張することにより、患者の保護を説く(*Id.* at 337 ~)。しかし、本稿の目的との関係で、この問題にはこれ以上立ち入らない。

¹⁵⁹ O'Connor, *supra* note 17, at 143-4.

¹⁶⁰ *Id.* 133.

の根拠としては以下が挙げられる。

まず理論的問題（①）について、肯定説はその根拠として以下の点を挙げる。すなわち、第１に、ヒト由来物質は、研究過程において使用される機材と同様に、不可欠なものであること（提供者は研究努力に価値のある貢献をなし、そしてその貢献を理由に報酬を与えられるべきであること¹⁶¹）、第２に、提供者は、医学研究に付随する様々なリスク（たとえば、実験過程における（i）治療から生じる損害、（ii）プライバシー侵害、（iii）健康情報や精神を不安にする情報を知るリスクなど）に直面しており、こうした事態を考慮すると、提供者は補償を受けるに値すること¹⁶²、第３に、医師や研究者のみが利益を独占することを認め、提供者に与えない現状のほうがむしろ不公平または不道德であること¹⁶³などが挙げられる。

次に、肯定説は、否定説の②～⑦の論拠に反論を加える。すなわち、

②（研究・開発への影響）に対しては、否定説ではこの点が過大に消極的に評価されていると反論する。具体的には、第１に、提供者への利益引渡しを正面から認めることは、むしろ従来の法的取扱いの不明瞭な状態に統一性をもたらし、人々に安心を与え、研究に必要な組織の提供量を増やし、結果的にバイオテクノロジー産業の発展に資する¹⁶⁴。第２に、研究者の記録保持に伴う研究費用の増加という懸念については、潜在的に危険な生体材料の使用の追跡の記録を求めることは重要であり、不当な負担とは言えない¹⁶⁵。

③（治療費用・保険費用の増加）に対しては、——明確に応答はなされているわけではないが、従来の議論を踏まえると——取引費用が大きくなる原因は、提供者への利益分配を認めること自体ではなく、提供者に売買を認めることに伴う交渉費用にある。そのため、利益分配の際に、

¹⁶¹ Gitter, *supra* note 18, at 295 ; Belisle, *supra* note 15, at 786.

¹⁶² Harrison, *supra* note 87, at 79; Gitter, *supra* note 18, at 297.

¹⁶³ Hardiman, *supra* note 35, at 229 ; Ritter, *supra* note 135, at 1487 ~ .

¹⁶⁴ William Boulier, *Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts*, 23 HOFSTRAL L. REV. 693, at 722 (1995) ; O'Connor, *supra* note 17, at 147 ; Biagi, *supra* note 133, at 461.

¹⁶⁵ Gitter, *supra* note 18, at 289 ~ .

市場における売買を認めずに、製品化が実現した事後的に利益分配を行うのであれば、影響はそれほど大きくないと反論し得るであろう。

④（贈与システムへの影響）に対しては、そのような実証的証拠は存在しないと反論する（アメリカにおける輸血の実践を見ても、血液市場の登場は、贈与市場を排除していない¹⁶⁶。また仮に血液市場の登場以来無償提供の数が減少したとの考えを受け入れるとしても、両者の間に因果関係があるかは明らかではないとされる¹⁶⁷。さらに、利他的な行動の原因は、ほとんど解明されていないため、対価性の存在は、利他的に行動していた人が有償性を求める原因になるかは不明である¹⁶⁸）。

⑤（医師と患者の関係への影響）に対しては、利益分配を認めることによって医師と患者の関係は良好になると反論する。具体的には、第1に、提供者への利益分配がないと、患者は医師から搾取されているとの不正義感情を抱くことになり、医師に対する信頼関係を失い、患者の治療にも影響を及ぼしかねないこと¹⁶⁹、第2に、否定説の心理的影響は、利益分配を認めること自体の問題ではなく、身体に所有権を認めることに起因するものであり、利益が現実化された後に事後的に利益を分配するのであれば、回避されること¹⁷⁰などが説かれている。

⑥（経済的な非効率）に対しては、第1に、経済的な非効率は、研究者に独占権を認めることによって生じること（たとえば、基礎研究の段階で特許権が承認されると、その後の後続の研究者の研究を阻害することになり、研究の非効率をもたらすことになる〔いわゆるアンチコモنزの悲劇〕¹⁷¹）、第2に、収集段階において売買を認めることに付随する問題で

¹⁶⁶ Harrison, *supra* note 87, at 93; Gitter, *id.* at 313 ~.

¹⁶⁷ Harrison, *id.* at 93.

¹⁶⁸ Juria D. Mahoney, *The Market for Human Tissue*, 86 VA. L. REV. 163, at 217 (2000).

¹⁶⁹ Harrison, *supra* note 87, at 85.

¹⁷⁰ *Id.* at 91.

¹⁷¹ *Id.* at 86 ~. アンチコモنزの悲劇は、Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 (3) HARV. L. REV. 621 (1998) が嚆矢である。また、バイオテクノロジー研究の文脈におけるアンチコモنزの悲劇については、Michael A. Heller & Rebecca S.

あり、原則として贈与による提供のみ認め、商業化が現実化した場合には、例外的に、利益分配的な形で事後賠償するのであれば、効率性を確保することは可能である（その際の価格は、裁判所や行政機関により決定され、当事者間の事前の交渉費用を節約することになる）¹⁷²と反論されている。

⑦（実践的な困難性）に対しては、既存の法理（たとえば、特許法理）を応用して、利益を分配する方法が模索されており¹⁷³、寄与分を算定することが困難であることは利益分配を否定する根拠にはならないと反論することになる。

⑧（身体の商品化の問題）に対しては、第１に、否定説はヒト由来物質がいまだに商品化されていないことを前提とするが、現実には生物医学研究の文脈では商品化がなされており、研究者や株主はこれから既に利益を得ており、商品化が部分的になされていること¹⁷⁴、第２に、第１のような状況下では患者は「板挟み（doublebind）」問題¹⁷⁵（というのも、身体の商品化は疎外を招き、望ましくないものの、否定すると重篤な患者の経済状況は悪化するからである）に直面し、これを回避する手段としては、

Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, SCIENCE May 1, 1998 at 698（翻訳として、和久井理子訳「特許はイノベーションを妨げるか？——生物医学研究におけるアンチコモنز」知財管理51巻10号〔2001〕1651頁がある）がある。アンチコモنز悲劇については、Lee Nari（田村善之＝立花市子訳）「標準化技術に関する特許とアンチ・コモنزの悲劇」知的財産法政策学研究11号（2006）85頁、特に105頁以下も参照。

¹⁷² Harrison, *supra* note 87, at 93.

¹⁷³ たとえば、共同発明の類推適用（Danforth, *supra* note 8）や従業員発明の実施権の応用（Christopher Scott Pennisi, *More on Moore: A Novel Strategy for Compensating the Human Sources of Patentable Cell-Line Inventions Based on Existing Law*, 11 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 747 (2001)）などが挙げられる。

¹⁷⁴ Gitter, *supra* note 18, at 300 ; Dorney, *supra* note 8, at 367.

¹⁷⁵ 人格の商品化に付随する「板挟み」問題は、Radinによるものである（Radin, *supra* note 122, at 1915）。この点については、吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題」同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）359頁も参照。

患者に利益分配を求める権利を認める必要があること¹⁷⁶、第3に、商品化の問題は利益の分配を認めること自体の問題ではなく、所有権を成立させ、市場での売買を認めることに付随する問題であり、所有権を否定しつつ、利益分配を認め、かつその額が私的な交渉（取引）を通じてではなく、集合的・非市場的な根拠に基づき決定されるならば、そのような問題は生じない¹⁷⁷と反論する。

第4款 両説の整理と検討

（1）両説の整理

Moore 事件をめぐる、学説は、提供者の保護と他の利益の衡量を図る際に、既存の法理による金銭的利益の開示義務と利益引渡しのいずれが望ましいかを中心に検討がなされている。

後者の利益引渡しについては、学説の主たる対立点は、第1に、提供者への利益の帰属をどのように根拠付けるかという理論的な問題(①)、第2に、利益の帰属を認めることがバイオテクノロジー産業等の他の利益(先述の(b)～(d)の利益)を害さないかという政策的な問題(②～⑥)、第3に、利益の帰属を認めることが身体の商品化をもたらしえないかという道徳的・哲学的な問題(⑧)、第4に、利益の引渡しを利益分配として認める場合には、どのように研究者と提供者の寄与分を考慮するかという実践的な問題(⑦)の4つの点にあった。

否定説は、第1の点について消極的に解し(その説明の困難性を説く)、

¹⁷⁶ Dorney, *supra* note 8, at 364～. なお、「板挟み」問題を回避する手段としては、患者に自己の組織に対する所有権を認め、売却する権利を認めることにより、医師・研究者と患者の間の権力バランスを等しくするという方法もあるが、この方法には、患者と医師の間の力の不均衡があるため、患者が強く補償を求めることはできないという問題がある。そのため、本文のように、研究者に患者の組織を用いる研究の潜在的利益についての情報提供義務を課したうえで、利益分配を認めるのが最適な方法であると説かれる(Dorney, *supra* note 8, at 364)。

¹⁷⁷ Munzer, *supra* note 122, at 276 ; Danforth, *supra* note 8, at 200も同旨(利益分配方式ならば、「当事者が自分の身体部位を『売却している』との認識を排除する」ことが可能になると説く)。

第２の点についての消極的な影響を懸念し、第３の点についても、身体の商品化を肯定し、第４の点についても、困難であると説く。これに対し、肯定説は、第１の点については、公平性という点やリスクという点から正当化が可能であると説き、第２の点については、否定説が過大に消極的に評価しているとし、利益分配を認めることで積極的な効果をもたらす面があると反論し、第３の点についても、所有権を媒介とせずに、利益分配を認めるのであれば問題はないとし、第４の点についても、否定する理由にはならないと説く。

以上の学説の議論をどのように評価すべきであろうか。以下では第１から第３の点について、若干検討を加えてみたい（なお、説明の便宜上、まず第２、第３の問題を扱った後に、第１の問題を取り上げる。第４の問題は本質的な問題ではないので、扱わない）。

（２）検討①——政策的な問題

まず政策的な問題について。否定説の利益引渡しを認めることが医学研究や治療コスト等に消極的な影響を及ぼすことを懸念するのに対して、肯定説はこうした懸念が利益引渡しを認めること自体の問題ではなく、利益引渡しを認める際に、所有権を媒介とすることに起因するものであると反論する。また利益の引渡しを認めることによる積極的な効果もあると説く。このような肯定説には傾聴すべき点があるものの、以上の説明によって利益引渡しを認めることが、(b)～(d)に与えるデメリットを上回るメリットがあるとまで十分に論証できているかは不明である。そのため、政策論の観点から、肯定説を直ちに支持することはできない。

（３）検討②——哲学的な問題

次に、哲学的な問題（商品化の懸念）について。否定説は、利益の引渡しを認めることが身体の商品化を認めることになる」と説く。確かに、身体の商品化という問題には配慮する必要があるが、肯定説が、ここでも所有権を媒介とせずに、事後的な利益分配を認めるのであれば、商品化の問題は生じないと説く点は興味深い。もっとも、事後的な金銭賠償の形によれば、本当に人々が商品化されているという感情を抱かないとい

えるか（人間性を奪われていると感じないといえるか）は、——理論的にはそのように言えるとしても——実証研究が必要な問題である¹⁷⁸。そのため、哲学的な観点からも、肯定説を直ちに支持することはできない。

（４）検討③——理論的根拠の問題

このように、政策的な問題や哲学的な問題の観点からは、肯定説と否定説のいずれが望ましいかは決定することができず、決め手は理論的根拠の問題に帰着すると言える。そのため、ヒト由来物質の無断利用による利益帰属問題も、（本稿の主たる考察の対象である）利益吐き出し一般の問題と本質においては変わらず、同一の問題——すなわち、何ゆえ医師や研究者は（一部または全部の）利益を引き渡さなければならないのか、また何ゆえ患者などの提供者は、その利益を取得することができるのかという問題——に帰着するのである。

そこで最後に、提供者への利益の帰属をどのように根拠付けるかという点について。肯定説は、先述したように、第１に、ヒト由来物質の医学研究における役割、第２に、提供者に付随するリスクに対する補償、第３に、医師や研究者のみが利益を独占する現状への不当さを根拠に、利益の帰属を肯定する。しかし、いずれの理由付けも疑問の余地がある。すなわち、第１の点は、医学研究に必要なものであるとしても、現在の特許制度においては特別の保護対象となっていない現状を踏まえると、困難であろう。また第２の点は、利益が現実化されなくても、利用されたならばそのようなリスクは常に存在し、それに対する補償は利益が現実化したか否かに関係なく、認められるべきである（それゆえに、利益の引渡しを求める権利を認める直接の根拠とはならないであろう）。最後に、第３の点は、医学研究の複雑性・困難性を踏まえると、情報の過小生産を回避するために、研究者に独占的権利を与えることは直ちには不当とは言えない。仮に不当というならば、提供者への利益の帰属を根拠づけるより積極的な根拠が必要となるのではなかろうか。しかし、肯定説は、それを提示することができていない（おそらく肯定説は、②～⑥の政策論からなし崩し的に利益引渡しを認めてきたように見えるが、

¹⁷⁸ See, Harrison, *supra* note 87, at 91.

先述のように、政策論からは肯定説を直ちに導くことはできない）。

このように、肯定説は、ヒト由来物質から生じた利益の引渡しを求め
る権利を根拠付けることができておらず、課題が残されている。

第４節 本章の小括

最後に、本章のまとめをしておくことにしよう。以下では、まず本章
の考察を整理し（→１）、そのうえで次章への架け橋として、本章の考
察において残された課題を示しておきたい（→２）。

（１）本章の整理

まず、Moore 事件以前の身体ないしその部位をめぐる議論状況を概
観した（第１節）。伝統的に英米法では身体ないしその部位をめぐる議
論は、死体、臓器、血液を中心に展開されていた。これらを「物」と扱
うか否かが主たる争点となっており、その取扱いが文脈により異なっ
ていた。これらの取扱いの当否は別として、本稿の関心との関係では、従
前においては、Moore 事件のような身体部位から派生する利益の問題
は顕在化していなかったということである。こうした状況に対し、その
後、①バイオテクノロジー研究の発展、②連邦最高裁判の特許法解釈の変
更（特許適格性を広く解釈する）、③連邦政府の研究特許政策の変更（国
費による研究成果の私的所有の承認）といった科学技術の発展および社
会背景の変化に伴い、ヒト由来物質が注目され、その無断利用による利
益の帰属という問題が顕在化するようになった。そしてこのような中で
登場したのが Moore 事件であった。

次に、Moore 事件を概観し、その意義を示し、若干の検討を加えた（第
２節）。Moore 事件は、医師と患者の関係の文脈において、医師が患者
の治療の際に採取した組織の特殊性に注目し、研究試料として無断で利
用し、Mo 細胞株として培養し、特許を取得し、莫大な利益を得たのに
対し、患者であった Moore が当該利益の分配を求めて提訴した事案で
あった。このような事案において、カリフォルニア州控訴裁判所はこれ
を認めたのに対し、最高裁の多数意見は、様々な根拠を挙げて（とりわけ、
医学研究への影響を重視し）、提供者への利益の分配を否定した。

最後に、Moore 事件以後の学説の議論状況を概観した（第3節）。Moore 事件を契機として、学説では、ヒト由来物質の無断利用から生じた利益の帰属をめぐり、大々的に論争が展開されるに至った。そこでは、大きく肯定説 vs 否定説という対立図式の中で多様な観点から議論が展開されていた。肯定説は、多数意見のようにインフォームド・コンセントによる患者（提供者）の保護が十分ではないとの考えでは一致していたものの、その根拠付けの仕方、法律構成、さらに解釈論によるか立法論によるかなど内部で見解は一致していなかった。しかし、肯定説は、否定説の根拠の一つである、患者に利益が帰属する根拠が明確ではないという批判に対して正面から応答することができていなかった（政策論の観点から患者への利益帰属をなし崩し的に認めるにとどまった）。それゆえに、理論的根拠を解明することが肯定説を維持するうえで不可欠な点であることが明らかとなった。

（2）次章への架け橋

以上の本章の考察から、ヒト由来物質の無断利用による利益帰属の問題も、それをどのように根拠付けるかが本質的な点であることが明らかとなったといえよう。もっとも、その根拠論は、——この問題が医事法の論者を中心になされていることもあってか——ヒト由来物質の無断利用の文脈での議論からは説得的なものを得られなかった。そのため、別の根拠を示すことが課題となっている。

ところで、根拠付けの問題について、ヒト由来物質の無断利用による利益の帰属を肯定する見解の中には、不当利得原理に依拠する見解が少数ながら存在していたこと、また、Greenberg 事件においても、不当利得の訴訟原因が成立する可能性が示唆されていたことが注目される¹⁷⁹。このような見解は、おそらく、近時英米法で発展している原状回復法ないし不当利得法に注目し、そこでの議論を上記文脈に応用しようとするものであると理解することができる。しかし、このような試みは、必ずしも成功しているとはいえない。というのも、不当利得法による解決は、（利益分配を超える）利益の吐き出しを認めるとして、提供者へ

¹⁷⁹ この点は、前掲注（88）を参照されたい。

の利益の帰属を根拠付けることがヨリ困難だと解されていたからである¹⁸⁰。

もっとも、この点はさらに検討する余地があるように思われる。というのも、英米法では、従来から利益吐き出しが広く認められており、その根拠付けが試みられてきたからである。そこで、次章では、まず英米の利益吐き出しが認められてきた多数の文脈を考察し、そこで従来挙げられてきた理論的根拠を明らかにした上で、ヒト由来物質の無断利用の文脈に応用することができないかについて検討する¹⁸¹。

【付記】本章の加筆・修正にあたっては、北大民事法研究会（2019年11月2日）で報告する機会を得た。参加者からは多数のご教授を賜った。またバイオテクノロジー特許の問題については、内容および文献について、橘雄介助教（北海道大学法学部、知的財産法）から個別にご教授を賜った。併せて、記して謝意を表する。

¹⁸⁰ E.g. Belisle, *supra* note 15, at 790（不当利得法による解決は、研究者の努力を考慮せず、すべての利益を吐き出させることになり、提供者に棚ぼた利益を与えることになると批判する）； See also, NWABUEZE, *supra* note 5, at 220～（身体やその部位に不当利得法（原状回復法）を適用することに対しては、直観に反すると批判する）。

¹⁸¹ なお、以下では、ヒト由来物質の無断利用に関するその他の問題（否定説の②～⑧の問題）には立ち入らない。