

講 演

原材料としての人間：その利益は誰のものか？

—利得と損害の狭間に位置する人体細胞の利用について⁽¹⁾—

ヨッヘン タウピッツ
一 木 孝 之 訳

- I はじめに
- II 新たな問題意識：ジョン・ムア事件
- III ドイツ法からみた人体物質の許される利用の限界
- IV 人体材料の不法利用の法的効果
- V まとめ

I はじめに

当たり前のことだが、私は本日の講演のために散髪を済ませてきた。そう、おそらくまたそうすることが作法に適っている。しかしながら、それよりも遥かに興味深いのは、散髪に際して、私が、理性的で少なくとも経済的分別を持ち合わせる人間ならば、そもそも決してしようとしないうなことをした、という点である。それはなにか。つまり私は、深く考えることもせずに、散髪後の毛髪を理髪店に残してきてしまったのである。そう、そのとおり、いったいなぜそれがいけなかったのだろうか。よく考えてみていただきたい、いったい私は一房の毛髪で何をどうするべきだったのか、そしてまた逆に、理髪店はこ

(1) 本稿は、さる1998年11月12日に早稲田大学比較法研究所にて行われた、マンハイム大学のタウピッツ教授による講演の原稿を、訳者が翻訳したものである。本講演が、必ずしも本稿と全く同じであったわけではない点を、あらかじめお断りしておく。また、同原稿には脚注が一切付されていない。そこで、本講演の元となったと思われる、*Taupitz, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper? - Zur Beteiligung des Patienten an der kommerziellen Nutzung seiner Körpersubstanzen-*, AcP 191 (1991), S. 202ff. を参照し、そこでの脚注のうち本稿と関連する部分を、訳注の形で補うこととする。

の毛髪を用いてどれほど有意義なことをなしたのであろうか。なるほど、切った後の髪の毛には何らの価値もなく、さっさとゴミ箱行きであろう、と考えるのは全く当たり前のことである。そしてまた、我々は、患者として医師のもとに行き、そこで虫垂炎を切除してもらった場合にも、まさに上で述べたのと同じような期待を持つ。つまり、我々は虫垂を紙袋に入れて家に持ち帰ることも、またこれを転売するようなこともしない。そこでは、置き去りにされた身体の一部は、まさにそれが我々にとっても、また医師にとっても無価値であるからこそ廃棄される、という点が前提となっているのである。

II 新たな問題意識：ジョン・ムーア事件

しかしながら、アメリカ合衆国においてごく最近まで係属していたある訴訟が、まもなく、そのような見方そのものを改めることになるだろう。これは、ある患者が、自分を診察した医師および製薬会社に対し、自分の同意なしに、自分の身体の細胞を培養し、そこから医薬品を製造したとの主張に基づき、数百万にも及ぶ金額の支払を要求したという事件である⁽²⁾。患者の言い分は、その医薬品はこれまでに少なくとも30億ドルの利益を上げており、自分もその分け前にあずかれるはずだ、というものであった。

事案の経過は以下の通りである。

ビジネスマンであるジョン・ムーアが白血病に罹患した。このため、彼は、ロサンゼルス の UCLA 大学において脾臓の摘出手術を受け、手術は成功、彼は快方に向かった。ところが、当初ジョン・ムーアは知らず、そしてまた後にこれを知って彼は激怒することになるのだが、医師たちは、脾臓摘出の以前から既に、彼の細胞は他に類を見ないものである可能性があると考えていた。そのため、医師たちは、特別に脾臓の検査まで実施している。そして実際に、特定の白血球が免疫システムにとって重要な蛋白質を製造するために利用できることが判明した。ジョン・ムーアの身体から採取された細胞は培養され、そし

(2) Moore v. Regents of University of California et al., (1990) 51 Cal. 3d 120, 145f.; 原審 Moore v. Regents of University of California et al., (1988) 249 Cal. Rptr. 494; またこれらに対する解説として、*Congress of the U. S., Office of Technology Assessment, New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells*, 1987 (以下 OTA-Report), S. 52ff.; *Taupitz, VersR* 1991, 369ff. がある。

てその間に取得された特許に基づき、大々的な経済的利益をもたらした。ジョン・ムーアは当初このことを全く知らなかった。脾臓摘出以前に、そして摘出後にさえ、経済的・商業的背景について彼に告げられたことは全くなかった。そのうえ、彼は、さらに6年もの長きにわたって、術後検診のために、わざわざロサンゼルスにまで呼び出されている。その際彼は、白血病再発の検査のために、血液を採取された。しかしながら、このときに彼の特殊な細胞の検査も合わせて行われたのは明らかであるところ、今回もまた医師側固有の利益についての説明はなされなかった。自分の地元の医師に血液を検査させることを拒否され、そのかわりに飛行機代の補償と、日当支払の用意があるといわれて初めて、彼は不信の念を抱くに至った。そして、自分の細胞に関する全ての権利を UCLA に譲渡する旨の書面を提示された頃には、彼にも事情がのみこめてきた。ジョン・ムーアは弁護士に委任、弁護士は事実を探り出して訴えを提起したのである。

この事件が世界的なセンセーションを巻き起こしたことは想像に難くない。そもそもこの事件の根底には、日常生活で起こっている事柄がある。加えて、身体の一部、組織、あるいは血液が、「提供者」に知らされることなく化学企業や製薬企業に譲渡され、そこで加工されていることは、アメリカ以外の国々でも新聞その他の報道が連日伝えるところである。ジョン・ムーア事件の顛末が広まることになれば、多くの患者が、自分の身体には莫大なお宝が眠っているのでは、と考えるようになるだろう。今日既に、製薬企業が訴訟禍に危機感を抱いているのも、あながち理由がないことではないのである。

III ドイツ法からみた人体物質の許される利用の限界

1 臓器移植法中の初歩的な規定

もちろん、ドイツにおいて、人体細胞の権限ある再利用や許されない再利用の問題、ならびに原材料たる物質の持ち主の財産的関与の問題は、従来ほとんど議論されてこなかった。裁判所による判決も存在しない。これまで特に問題となっていたのは、いかなる前提のもとで、臓器は移植に供せられるのか、つまり、いわば「おおっぴら」に直接他人に役立てることが許されるのか、というものであった。その限りで、立法者は、1997年11月臓器移植法で、我々の抱えるテーマの一側面を規定している。すなわち、臓器移植法17条によれば、治

療に役立てるべく定められている臓器で商売することは禁じられる。したがって、救命のための臓器を必要としている者の緊急状態につけ込んで利益を生み出す「商売」が禁止されているのである。しかしながら、このような禁止は、まさしく商売、つまり商人による法律行為に対してのみ妥当するものであり、人体にとって価値の高い臓器、臓器の一部、および組織（つまりジョン・ムーア事件の状況はこれに当たる）の「加工」や「改造」には当てはまらない。また、当該禁止が血液や骨髄、ならびに胚や胎児の臓器や組織についても妥当しないことは明らかである。さらに、臓器商売の禁止は、臓器を利用した結果として、または利用する過程で産み出され、かつ薬事法の規定に服する医薬品についてもやはり妥当しない。したがって、本テーマの持つインパクトが失われることは決してないのであり、私はこれまで全く未開であった新天地に、みなさんと一緒に足を踏み入れてみたいと思う。

2 回想：ジョン・ムーア事件の結末

しかしながら、みなさんの好奇心を掻き立てすぎることのないように、アメリカで起こった事件の結末がいかなるものであったのか、ここであらかじめ簡単に述べておきたい。カリフォルニア州最高裁判所は、1990年に下した判決の中で次のように述べている。すなわち、

医師は、たとえそれが研究上の利益であれ、あるいは経済上の利益であれ、患者の健康とは関係なく医師としての自身の行動に影響力を持ち得るような全ての個人的利益を開示しなければならない。医師がこの種の利益の開示を怠る場合、このことは患者の承諾なき医療行為の遂行、もしくは契約上の忠実義務の違反を意味する、と。

遺憾ながら裁判所は、訴訟上の理由から、法律効果をめぐって激しい議論が交わされている問題、すなわち、当該事件の患者にとって何が具体的に利益として生じうるのかという問題について述べることはできなかった。とりわけ、判決は、原告の供述内容の真実性を検討することなく、これに依拠している。この後引き続き行われたであろう新たな訴訟段階において初めて、ジョン・ムーアの主張がもっぱら正しいものであったかに関する証明が提示され得たはずである。しかしながら、このような事態には至らなかった。なぜならば、原告ジョン・ムーアは訴訟を続行しなかったからである。ムーア氏がかくも不可思議な自制をすることになった理由が彼に対する裁判外の支払にあったことは、想像に難くない。

3 患者の同意なき人体物質の許される利用の限界

a) 身体からの物質の採取

ドイツ法に目を向ければ、ここでもまずはじめに、医師は、ジョン・ムーア事件におけるような行動によって患者の権利を侵害するのか、それとも反対に、医師自身の意向に基づいて患者の身体材料を扱うことが許されるのが当然問題となる。

両者の第一の交錯は、患者の身体からの物質の採取である。このような採取は患者の承諾を待ってのみ行うことが許されること、およびこの承諾に先立って医師の説明がなされねばならないことについては争いが無い。たとえば説明が十分ではなかったといった理由から有効な承諾が存在しない場合には、医師は違法な身体侵襲を犯している。

採取が実際には全く別の目的で行われるところ、患者に対してこれが治療もしくは診断目的にとって必要不可欠であると見せかけられる場合には、承諾が無効であるのは明白である⁽³⁾。

反対に、採取後に初めて、すでに採取済みの材料を今後一定の方法で利用するという意図が生じる場合には、承諾は依然として有効である。この場合には、合法的な侵襲がおこなわれたことが否定されず、後になって初めて発生した諸々の状況は遡及的效果を持つことはない⁽⁴⁾。

b) 摘出された身体材料を再利用することの制限

aa) 序

ただ1つ問題となるのは、次のようなジョン・ムーアの脾臓摘出の際に存在したような状況である。すなわち、この場合、摘出が全く医療上は適応したものであり、患者もこの医療措置を承諾していたが、それ以上に、摘出の際にはすでに、脾臓を患者の健康上の利益とは関係なく、他の目的のために使おうという意図が存在したというものであり、したがって患者に対して隠された意図が、患者の承諾に影響を及ぼすかという点が問題となる。

上に述べたように、カリフォルニア州最高裁判所はこれを肯定した。すなわち、医師は、たとえそれが研究上の利益であれ、あるいは経済上の利益であ

(3) エイズ検査について、*Eberbach*, NJW 1987, 1740f.; *Janker*, NJW 1987, 2897, 2902.

(4) 同じくエイズ検査について、*Michel*, JuS 1988, 8, 9f.; *Eberbach*, aaO.; *Hirsch*, AIFO 1988, 157, 161.

れ、患者の健康とは関係なく医師としての自身の行動に影響力を持ち得るような全ての個人的利益を開示しなければならない、と。医師の固有の利益が、治療や診断といった理由に付随的に加わるに過ぎない場合であっても、このような広範な説明が必要である旨が明確に強調されている。もっとも、私見では、このような要求はあまりに広範かつ曖昧すぎるように思われる。この点で、純粋な医療上の側面とは別に医師の判断に影響を及ぼし得るような、ありうべき様々な意図、利益、および状況について詳細に述べる必要はないであろう。これらは、病院のベッドを1つでも空の状態にしておきたいとか、今手元にあるこの機器を十分に活用してみたいといった至る所に転がっていきそうな推定上の利益はいうにおよばず、患者に対する同情や反感にまで及ぶのである。私は、むしろ原則として「法益に関係する」状況に関してのみ説明されねばならないと考えている⁽⁵⁾。つまり、医療上の処置に際して、説明とは、患者が、かたや自己の身体にとっての危険やリスクと、かたや同じく自己の身体にとっての利益との間で衡量することを可能ならしめるのに役立つものである。この場合に決定的な「身体に関する」状況についてのみ、患者は情報を与えられねばならない。それゆえ、本テーマにおいて問題となるのは、たいていの場合、物質の違法な入手ではなく、むしろ合法に採取された身体物質の無権限利用であり、その場合に叫ばれるべきは侵害からの生体の保護ではなく、むしろ分離された身体の一部に関する決定権限の尊重なのである。もっとも、医師の固有の動機が遥かに重要であり、患者に関する論拠が「口実」として使われるといった例外的な場合にあっては、身体材料の摘出に対する承諾からしてすでに欺罔によって取得されたものであり、したがって無効なものとみなすということは考えられる。ジョン・ムーアの陳述によれば、彼の「事後」検査においてそのような状況があり得た、ということが最高裁判所の見解には付け加えられるべきであった。

したがって、採取そのものについては有効な承諾がなされたとの出発点に立つとしても、たいていの場合には、患者が既に自己の身体から分離された物質に対していかなる法的地位を有しているかが問題となるのである。

(5) これについての詳細は、*Schröder/Taupitz*, *Menschliches Blut: verwendbar nach Belieben des Arztes?*, 1991, S. 23-33。また、承諾の無効にとって法益関連的な瑕疵概念が重要である点につき、*Arzt*, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, S. 20ff.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, *StGB*²³, 1988, Vorbem. §§32ff. Rdnr. 46f.。

bb) 採取された身体物質に対する患者の法的地位

(1) 所有権

最も手近にあるのが所有権である。なるほど、生きた人間は決して所有可能な物ではない。しかしながら、一般的な見解によれば、身体の一部も、身体から分離することで物となるのであり、これに対する所有権は、まず第一に患者に帰属する⁽⁶⁾。しかし、ここで患者が身体を構成する物質を一言もなく医師のもとに放置し、医師がそれを廃棄するものと考えている場合には、患者による所有権の放棄、もしくは医師への譲渡を想定しなければならないだろう⁽⁷⁾。いずれにせよ、患者は、このような物に対する全ての物権的關係を終了しようとしており、また通常は、いわば無害な「ごみ処理」について権理を主張するつもりはないであろう。

しかしながら、患者は、たとえ所有者としての地位はなくとも、そのほかにも「自己」の身体物質に対する権利を有しうる。ここでは、2つの考え方の端緒が考慮される。すなわち、第1に自己の身体に対する権利、そして第2に一般的人格権がそれである。

(2) 身体の不可侵性

連邦通常裁判所は、数年前に出されたある非常に注目すべき判決⁽⁸⁾の中で、既に身体から分離した材料の処分は身体への侵害を含みうる、という見解を支持している。すなわち、

身体部位の摘出が一時的なものに過ぎず、かつ権利者の意思に基づいて、身

(6) これについては、数ある文献のうち、特に *Erman/Scmidt*⁸, §90 Rdnr. 7; *MünchKomm/Holch*², § 90 Rdnr. 21; *Soergel/Mühl*¹², § 90 Rdnr. 4; *Staudinger/Dilcher*¹², § 90 Rdnr. 15を挙げておく、参照のこと。直ちに患者の所有権が発生するのか、それとも最終的にこの者に先占権が帰属するのかという問題に関してはここでは立ち入らない。この点については *Schröder/Taupitz*, aaO., S. 36f. を参照。

(7) *Schünemann*, Die Rechte am Menschlichen Körper, 1985, S. 160ff.; *Schröder/Taupitz*, aaO., S. 84ff. 「放置された」物に関する所有権の取得につき一般的に述べるものとして、*Faber*, JR 1987, 313ff. 人体物質の場合の「放棄」に関する英米文献の中では、*Hardiman*, UCLA Law Review 34 (1986), 207. 242ff. 譲渡または遺棄 (Dereliktion) の無効取消は原則として有効とみなされうるが、この場合にも、医師が取消原因を知っていたか、または知りうべきであったにもかかわらず、身体物質を譲り受けていたならば、このことは承諾なき所有権侵害として、損害賠償法上の制裁の対象となりうる。

(8) BGH NJW 1994, 127f.

体機能の維持や実現といった目的に適うものである限り、この身体部位は、分離とはかかわりなく身体と機能的に一体をなすものとしてみなされうる。このことは、たとえば自己血輸血のための供血、あるいは自己移植のための皮膚や骨部について当てはまるが、配偶者間人工受精の目的で保管され、したがって提供者（ドナー）自身の身体に「戻す」ことのできない精子についても妥当するものと当裁判所は考える。精液が提供者の同意なしに処分される場合、それに関して身体への侵害、あるいは少なくともこれに等しい侵害行為が存在する、と。

以上のような連邦通常裁判所の評価は、その他の点ではなお特定の身体物質に関するものに留まるものではあり、あまり説得力がないように思われる。この評価は、人間は「一体として」の、もしくは「全体として」の身体を有しており、分離後の個別部位はもはやこれに付属するものとみなされない、という自然な法感情に反するものである。なるほど連邦通常裁判所は、BGB823条1項の保護法益が「身体」という概念のもとで意味するものとは物質のことではなく、むしろ「身体的な状態において具体化している存在領域および決定領域」のことである、と述べるとともに、823条1項は身体的不可侵性ととともに同じく人格権をも保護する、といみじくも明言している。なぜならば、身体への侵襲は、原則として身体の保有者の承諾に基づいてのみ許容されるのであり、この同意は自己決定権、換言すれば人格権の行使に他ならないからである。しかしながら、人格を傷つける者が、同時に823条1項が「身体」概念のもとで保護しようとする身体的不可侵性までも侵害するわけではない。

(3) 一般的人格権

それゆえ、ある者にその身体から分離した物質の利用に関する権利を付与することが問題となる場合には、はじめから一般的人格権を考慮する方がよいように思われる。人格権侵害にとって、当該身体物質が場合によっては医師または病院の所有に帰する、といったことはそれほど重要ではない。なぜならば、ドイツの法秩序においては、ある者の所有権行使は、まさしく他の者の人格権に対する侵害とみなされうる、ということが認められているからである。それゆえ、人体物質のあらゆる利用が、以前の持ち主の人格権を侵害するか、という点が検討されねばならない。通説によれば、このような検討に際して、利益衡量や法益衡量が詳細に行われるべきであり⁽⁹⁾、したがって、当該の具体的な

(9) BGHZ 13, 334, 338; 31, 308, 312f.; 36, 77, 82f.; 50, 133, 143; *MünchKomm/Schwerdner*², § 12 Rdnr. 203; *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen und Schaden-

利益形態について、それが本当に以前の持ち主の人格権上の利益に抵触するかが確定されねばならない。また、この射程距離をさらに別の観点から明確にするためには、とりわけ患者がそれについて知らなかったために言及しなかった利用のみが問題となる。医師に対しては、具体的な承諾を得る可能性が常に開かれている。反対に、患者は、常にある特定の利用を明確に禁じることができる。

人格権侵害の問題を明確にするために、いくつか例を挙げてみたい。

今まさに繰り返し議論が交わされているクローン化、すなわち人間の同一的複製のように、倫理的に極めて争いのある措置は、ドイツ胚保護法に基づく禁止とはかかわりなく、既に物質のかつての持ち主の人格権に対する侵害を意味する⁽¹⁰⁾。つまり、もし私が「唯一無二」の存在ではなく、突然全く同じタウピッツたちが何人も歩き回り始めるとすれば、それは私にとって既に著しい侵害であろう。

さらに、人体物質が直接美容品に利用され、その意味では物理的連続性を保っている場合については、疑念を憶える。すなわち、工業製品の原材料としての人間については、多大な留保を要する。このことは、少なくとも、身体の一部が徹底的に利用し尽くされる場合に妥当し、そしておそらくは行われているであろう人間の胎児の加工にも当てはまるのは確かである。

しかしながら、少量の物質、いやそれどころか個別の細胞が問題となる場合であっても、答えはやはり上述するように明白なのであろうか。あるいはまた、細胞の培養における人体細胞の複製についてはどうであろうか。もちろん最初は、自分の細胞が知らないうちに複製され、そのことによって自分の個人コードが試験管の中に保存されたことに抵抗するジョン・ムーアに自ずから同情が集まる。しかしながら、これに対して、カリフォルニア州最高裁判所は、研究者が食指を動かしたのは、ある特定の蛋白質、それもこれまた他の人体中

sersatz, 1987, S. 107; *Palandt/Thomas*⁵⁰, §823 Rdnr. 184; *Wiese*, Festschrift für Niederländer, 1991, S. 475f. これに批判的なものとして, *Pawlowski*, JbRSoz. 12 (1987), 113, 118ff.

(10) クローン化に関しては、このほかにも、人間の尊厳への抵触すら見て取れることはいうまでもない。この点につき, *Benda*, NJW 1985, 1730, 1733; *Hofmann*, JZ 1986, 253, 259f.; *Laufs*, JZ 1986, 769, 775; *Starck*, Verh. des 56. DJT 1986, S. A 45を見よ。1990年12月13日胚保護法6条に基づき、クローン化、およびこれに準ずる実験が処罰される可能性がある点につき, BGBl. I, 2746。

にも同様に存在する蛋白質を生成する特殊な遺伝子のみであったことを指摘している。そして、このような蛋白質を生成する遺伝子そのものもまた、あらゆる人間の中で同じ分子構造を有しており、したがって決してジョン・ムーアのコピーではないという⁽¹¹⁾。もっとも、ここでさらに、それをいうならそもそも全ての人間は結局原子で構成されているのであり、この原子というのは原則として全ての人間で同じである、と考えるのも、やはり同じ様に自然なことである。顕微鏡の倍率を十分に拡大しさえすれば、そこに個性的な人間などどこにも見あたらない。しかしながらそうではあるにもかかわらず、カリフォルニア州最高裁判所が必ずしも間違っているというわけではない。私はただ、この問題をもっぱら生物学や化学に委ねてしまうことができるとは信じられないだけなのである。人間の個性が物質中にいまだ十分に認識可能なほど依然として色濃く具体化しているか、そして、物質に対する具体的な侵襲がまさにこのような人間の個性に関係するのであるかについては、むしろ法秩序が評価的な検討に基づいて判断しなければならない。このような視点からすれば、人間の生殖細胞、たとえば精子が、その中に具体化されたかつての持ち主の個性とともに複製され、あるいは他の人間の中に移植される場合には、おそらくそこでは人格権侵害が肯定されねばならないであろう⁽¹²⁾。しかしながら、ある体細胞から、それ自体は他の人間にも存在するような個別の遺伝情報が抽出され、受容体細胞 (somatische Empfängerzellen) に注入される場合には、おそらくもはや人間の個性には関係しないだろう。

最後に、医師が入手した身体物質を売却することが許されるか、すなわち、金銭の支払と引き替えに別の人間にこれを引き渡してよいか、という問題に答えるのは難しい。私は、比較的少額な費用償還と引き換えに広く一般的に行われている引渡は許容されるものと考え。なぜならば、このような費用償還は、物質の代金と理解することはできず、その結果身体物質そのものが商業利用されているわけではないからである⁽¹³⁾。さらに、臓器移植法の視点からも、同様のことが当てはまる。しかしながら、そのような費用償還を超過するもの

(11) Moore v. Regents of University of California et al., (1990) 51 Cal. 3d 120, 138f.

(12) 生殖細胞提供者の決定権については, Bernat, ÖRiz 1989, 52; Coster-Waltjen, Verh. d. 56. DJT 1986, S. B37; Starck, aaO., S. A38; Deutsch, VersR 1985, 1002, 1004; Laufs, aaO. 769, 772.

(13) Schröder/Taupitz, aaO., S. 74ff.

は全て、きわめて問題となる。なぜならば、特に利益を孕む商品化の場合、倫理的、宗教的、もしくは人間の尊厳に基づく留保が特に重大な意味を持つからである。もっとも、この問題についての議論は、ドイツではいまだに俎上にも載っておらず、したがって、みなさんに確立された見解はおろか、支配的な見解すら紹介することができない。

そこで、医師は患者の明白な同意をもってのみ入手した患者の人体材料を何のために利用することが許されるか、という問題はここでやめて、次に権限なき利用の法的効果を取り上げてみたいと思う。医師は決して勝手に人体物質をもてあそんではならない、というのが中間的結論である。利用可能性は、むしろ患者の人格権上の利益によって限界づけられているのである。

IV 人体材料の不法利用の法的効果

これまでに考えてきたところによると、ある利用が権限なく行われていることになれば、患者の物欲しげな目はとりわけ以下のような可能性に向くことになろう⁽¹⁴⁾。すなわち、

—医師が違法に自分の人格権を侵害したと主張する。この侵害は自分の最も深い部分を踏みにじるものであり、したがって自分は慰謝料の支払いを求める、と。

—さらに、自分は大金の支払と引き替えなら承諾したであろう、と主張することも可能である。したがって自分は、今このように免れている支払の賠償をここで求める、と。

—そして第3に、医師またはメーカーが獲得した利益の分け前を当然に要求することになろう。

これらの立場の根拠を1つ1つ検証することとしよう。

1 非財産的損害の「填補」

第1の出発点は非財産的損害、つまり金銭で算定可能な財産的損失の範疇に入らないような損害に関係する。しかしながら、そもそもこのような非財産的

(14) 場合によっては、なканずく今なお続いている利用を終了させ、人体物質を廃棄させるという目的のために、不作為請求、および妨害排除請求も考えられる。人格権侵害一般について、ここでは *MünchKomm/Schwerdner*², §12 Rdnr. 282, 322のみを挙げておく。

損害が具体的に存在するのはどこか、精神的苦痛か、侵害された感情にあるのか、それとも何かほかにあるのか、といった問題に関しては、議論の收拾がつかない状態にある⁽¹⁵⁾。判例および通説は、人格権侵害の場合に、はじめからこの点に関してあまり厳密に問題としない。なぜならば、判例および通説は、通常は慰謝料の名で認定される金銭賠償に、以下のような二重の機能を与えているからである。つまり、賠償は、問題の非財産的損害の填補のほかに、被害者の満足にも資するべきものであり、人格権侵害に際してはまさにこの満足的機能が完全に前面へと押し出されることになるのである⁽¹⁶⁾。この考えに従えば、侵害を受けた患者には、原則として金銭の形で満足が与えられる。もっとも、判例は、慰謝料支払の前提条件としてさらに、重大な人格権侵害の存在を要求している⁽¹⁷⁾。また、このことは、個別事案の全状況、とりわけ加害者の過失の程度に左右される。真に重大な人格権侵害が存在するのは人間のクローニ化実験においてである。おそらく承諾なきゲノム解析やエイズ検査の実行においても、これらの分析がなされることで、患者に関して、その者自身やその周囲にまさに恐るべき影響を及ぼしかねないような知識が得られ、そして流布されるおそれがあるゆえに、重大な人格権侵害が存在することになろう。これに対して、利用に商業的な側面があるというだけでは、判例が金銭賠償を要求するような重大な人格権侵害があることにはならない。もっとも、この場合にもまた、医師の特に悪質な意図、たとえば患者を金のなる木として悪用するといったことは、これとは異なる評価を正当化することになる。

2 逸失利益の賠償

第2の試みについては次のように問うてみたい。すなわち、自分は金銭の支払次第ではおそらく承諾したのであり、その結果不当な利用によって逸失利益

(15) この点については数多く文献が存在するが、とくに *E. Lorenz*, *Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld"*, 1981; *Wiese*, *Der Ersatz des immateriellen Schadens*, 1964, S. 17ff. を見よ。

(16) BGHZ 18, 149, 154; 26, 349, 353, 358; 39, 124, 133; 80, 384, 386; BGH NJW 1982, 2123f.; 学説については、*Herm, Lange*, *Schadensersatz*, 1990, 7 IV 2; *Palandt/Thomas*⁵⁰, §847 Rdnr. 4; *Soergel/Zeuner*¹¹, § 847 Rdnr. 10ff. のみを挙げておく。

(17) BGHZ 35, 363. 369; 39, 124, 133; BGH GRUR 1986, 190, 192; NJW 1965, 685, 686; GRUR 1966, 157, 158; NJW 1980, 994, 995; BAG NJW 1979, 2532, この場合は金銭賠償を要求しうるとする。

の形で実際に財産上の損害が発生している、などといった論拠を患者が援用できるのであろうか、と。一般的な損害賠償法によると、医師がルールに適った行動をしていれば、自分と医師との間で相当の合意が実際に生じたであろう、との蓋然性を患者が証明する場合には、患者はこのように主張することができる。しかしながら、多くの場合、このように主張できることはほとんどない。なぜならば、医師は、その場合自分はただちに他の患者の身体材料を採取することができたであろうとか、材料の採取のために金銭を支払わねばならなかったならば、じぶんはそれを全くしなかったであろう、と抗弁する可能性があるからである。

もっとも、連邦通常裁判所は、氏名権⁽¹⁸⁾や自己肖像権⁽¹⁹⁾といった一連の特殊人格権侵害においては、同じく個別事案の蓋然性に左右されないような損害算定を行っている。つまり、この種の非財産的利益への侵害の場合、侵害が契約上許されていたならば、将来許可する者が要求し、そして将来許可を受ける者が提供したであろうものが顧慮されるべきである、というのである⁽²⁰⁾。もっとも、判例によれば、適正なライセンス料の支払を求めるための前提条件とは、常に、当該排他的権利への侵害が報酬に対してのみ許容されるのが通例であることである。したがって、重要なのは採取権限の商業化であるところ、この商業化が今回のテーマである「身体物質の再利用」に関しては1つの問題となりうる。つまり、いまだかつて医師と自分の臓器の価値や今後に関して話し合いをもったり値段の交渉をした患者は1人もいないのであるから、従来身体物質の利用に対する承諾は商業化されていなかったということはできるかもしれないのである。しかしながら、こう考えるとまた、たとえば、多くの人間は自分の車を決して賃貸ではなく、むしろそれこそただで息子や娘や友人に運転させるのだから、自動車の利用も商業化されていない、といわざるを得なくなってしまう。それに、非常に多くの人間が自分たちの血液を有償でのみ提供しており、まさに医薬品の治験への参加、そして同時に人体物資採取の可能性に対して金銭が支払われていることを思えば、すでに切除された身体の一部の利用に対する同意について先と異なる評価をすることもできよう。人体物質の需要が存在することは紛れもない事実である。なにかんずく、需要の充足が巧妙に

(18) BGHZ 60, 206, 208ff.; 81, 75, 77ff.

(19) BGHZ 20, 345, 353; 26, 349, 352; OLG Frankfurt, NJW 1966, 254.

(20) BGH GRUR 1975, 323, 324; 最近のものでは、GRUR 1990, 1008, 1009を見よ。

隠されてきたことで、これまで供給サイドの目は具体的な商業化から逸らされてきた。したがって、患者には適正な補償金の支払に対する請求権が認められるべきであろう。もちろん、この適正な補償金なるものも、おそらく通常はそれほど高いものではない。生きた人間に対する侵襲、たとえば供血に対して支払われている額以上の金銭を受け取ることはできないであろう⁽²¹⁾。さらに、物質の稀少性や、想定される承諾の時点で既に予見可能な利益の範囲もまた斟酌されねばならないだろう。営業上の保護権または肖像の使用に対するライセンスは、むしろこれらに左右されるのが全く当たり前のことなのである。したがって、ムーア氏は、相場である50マルクよりも幾分多い額をもらえたはずである。これに対して、後で実際に獲得された利得は、ここでもなお意味を持ちえない。なぜならば、逸失したライセンス料、つまり利用に対する患者の承諾の存否を左右する金銭の支払にとっては、まさに、想定される承諾の時点が基準となるからである。

3 獲得された利得の引渡

しかしながら、場合によっては、後で実際に獲得された利得の引渡が、今まで述べてきた適正価格の支払とならんで要求されることがありえる。つまり、判例は、氏名権や自己肖像権のような非財産的権利の侵害に際して、実際に具体的侵害利得の吐き出しをも許容しているのである⁽²²⁾。同様のことが一般的人格権の侵害についても妥当してしかるべきである。もちろん、この場合にもまた、その教義上の根拠が何であるのか、損害賠償なのか⁽²³⁾、不当利得法なのか⁽²⁴⁾、それとも不法な自己事務管理 (unerlaubte Eigengeschäftsführung

(21) *Schünemann*, aaO., S. 174ff.; *Dukeminier*, Mich. L. Rev. 68 (1970), 811, 847 f. における「代金額」を見よ (前者は50マルクの範囲とし、後者は5ないし50ドルとする)。

(22) 脚注18, 19の判例を参照。

(23) RGZ 35, 63, 66ff.; 46, 14, 17; 126, 123, 132; 130, 108, 110; BGH GRUR 1959, 379, 382f.; v. *Caemerer*, Festschrift für Rabel, Bd. I, 1959, S. 333, 369; *Hefermehl*, GRUR 1972, 191; *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 177f.

(24) BGHZ 68, 90, 91ff.; RGZ 90, 137, 139f.; *Erman/Westermann*⁸, § 818 Rdnr. 17, 18f., 28; *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 77ff., 128; *Kleinbeyer*, JZ 1970, 471, 477; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Berei-

＝準事務管理）なのか⁽²⁵⁾ははっきりしない。私は、結果的に人格権への故意の侵害のみを利益の引渡に対する請求権の根拠とする点で、不法な自己事務管理あたりが妥当なのではないかと考える⁽²⁶⁾。引き渡されるべき利得の額については、本質的に、身体物質の権限なき採取によって得べかりし寄与分のみが要求されうる⁽²⁷⁾。この場合に特に考慮されねばならないのが、利得の発生に対する医師自身の作用である。そのときそのときの寄与分は裁判官が自由に評価しうる。もう一度ジョン・ムーアのケースを取り上げてみよう。そこでは、なるほど、医師たちはなんらの権限もなしに患者の細胞を採取している。しかしながら、彼ら自身の学識に基づくきわめて複雑な過程を経て初めて、細胞は、自己再生した後に問題の蛋白質を生成する細胞株（Zellinie）として利用されたのである⁽²⁸⁾。医師たちはまた、まさにこのようにして作り出された細胞株が完全な新種であり、そのうえ研究者の創意に富んだ活動の賜物であるとの理由で、この細胞株について特許、それも物質特許を取得している⁽²⁹⁾。

cherung, 1988, S. 155ff.

- (25) 687条2項の適用（場合によっては類推適用）については、RGZ 70, 249, 250 f.; 108, 1, 5f.; 156, 65, 67, u. 321, 326; BGHZ 34, 320, 323f.; *Erman/Weitnauer*⁸, Ahn. zu § 12 Rdnr. 23; *Erman/Hauß*⁸, § 687 Rdnr. 11ff.; *Lange*, aaO., S. 363 f.; *Mertens*, JuS 1962, 261, 268; *Münch Komm/Grünsky*², § 252 Rdnr. 16; *Sack*, Festschrift für Hubmann, 1985, S. 382; *ders.*, WRP 1984, 521, 528; *Schlechtriem*, Festschrift für Hefermehl, 1976, S. 458f.; *Staudinger/Medicus*¹², § 249 Rdnr. 180.
- (26) *Sack*, aaO., S. 373ff., 379ff.; そのほかにも、なるほど687条2項の方法は支持するが、（判例と同様）過失的侵害がありさえすれば請求権を認めるものとして、*v. Caemmerer*, aaO., S. 354f.; *Däubler*, JuS 1969, 49, 53; *Larenz*, SchuldR I 14, 1987, § 29III b, S. 516; *Staudinger/Wittmann*¹², § 687 Rdnr. 21 m. w. Nwen.
- (27) 一般的に無体財産権への侵害に関しては、BGHZ 34, 30, 323; RGZ 156, 321, 326; *MünchKomm/Seiler*², § 687 Rdnr. 24; *Ahrens*, Wettbewerbsverfahrensrecht, 1983, S. 94を参照。
- (28) 詳細につき、*Moore v. Regents of University of California et al.*, (1990) 51 Cal. 3d 120, 127, 138f., 141f.; OTA-Report, aaO., S. 5
- (29) それ故最高裁判所は細胞株に関する原告の権利を否定した、*Moore v. Regents of University of California* (1990) 51Cal. 3d 120, 141f.。これに反対し、利益への患者の関与を認めるものとして、*Mosk*, diss. vote in *Moore v. Regents of University of California*, (1990) 51 Cal. 3d 120, 145, S. 167ff., 175; *Danforth*, Yale Law and Policy Rev. 6 (1988), 179, 197; *Hardiman*, aaO.,

このような研究者たちの創造的な働きに比べれば、原材料を権限なく採取したことなどわずかな意味しかないといってよいだろう。ピカソが自分のものではない絵の具である絵を描いた場合、絵の具のかつての持ち主は、自己の利得引渡請求を完成した絵の価格とまで見積もることはできない。つまり、ムーア氏がドイツにいたとして、仮に上述のような人格権侵害が彼に認められたとしても、利得に対して特筆すべき分け前に与ることができるとは思えないのである。

V ま と め

次のようにまとめることとする。人体物質のある種の利用は、患者がこれを特に承諾していない場合にのみ、従前の所有者の人格権侵害となる。慰謝料は真に重大な人格権侵害が存在する場合にのみ発生するが、このような人格権侵害は、今回のケースではおそらくごく稀にしか存在しないであろう。患者は、「通常の重大な」人格権侵害があればそれだけで、通常合理的に考えて侵襲の正当化のために支払われたであろう適正対価を取得してしかるべきである。医師が人格権を故意に侵害する場合には、患者は医師が獲得した利得への分け前を要求することができるが、医師自身の作業を考慮に入れねばならない。

結論をいえば、ドイツの患者は、なるほど、ある有名なスローガンに倣って、常に「私の細胞は私のものだ!」とすることはできる。しかしながら、その物質が放置されるにあたって、患者がこれに注意を払わなかったところ、その後これが患者に知られることなく、そしてまた個々の事案で必要とされる承諾なしに利用された場合、この患者はそれによってあとから多大な財産上の富を手に入れることはまずない。この場合、自分の体に眠るお宝が、むしろ小金であったことが図らずも判明するのである。

207, 229f.。ドイツにおける遺伝子技術上の発明の特許可能性については、*Beier/Straus*, Festschrift 25 Jahre Bundespatentgericht, 1986, S. 133f.; *Winnacker*, GRUR Int. 1987, 292ff.; GRUR Int. 1987, 357ff.