

「所有している」とするムーアの新しい主張は、法律問題に関する論点でもあり結論でもある。ムーアは、自分の細胞が取り出された後もその細胞を所有し続けると予測しなかったことは明らかであるから、細胞の横領で訴えるためには、その細胞の所有権を維持していなければならなかった。しかし、ムーアがそのような所有権を維持していたことを疑う理由が幾つかある。第 1 に、ムーアの主張を直接または高い類似性により裏付ける判決は一切報告されていない。

第 2 に、カリフォルニア州の制定法では、摘出された細胞から患者が継続的に利益を受けることを徹底的に制限している。第 3 に、理事会の特許の主題、すなわち特許で保護された細胞株およびこれに由来する製品は、ムーアの財産にはなり得ない。

ムーアはその訴状の中で、自分の細胞の所有を求めているし、その所有権を主張してもいない。これは、「科学的利用が終了した後のヒト組織は、土葬、焼却、またはカリフォルニア州（保健サービス）局が定めたその他の方法で処分し、公衆衛生と安全を保護するものとする」と規定しているカリフォルニア州保健安全法第 7054.4 条に整合する。

控訴裁判所の意見、当事者らの準備書面、またはわれわれの調査結果のいずれも、横領の訴因を裏付けるのに十分な利益を、摘出された細胞に対して患者が維持すると判示された事例を開示していない。ヒト組織^{FN21}、移植可能臓器、血液、胎児、下垂体、角膜組織、死体等に適用される法律は、ヒト生体試料を独自物として扱っており、一般法に基づき人的財産として捨てるのではなく、政策目標を達成するためその処分を規制していることから、当該事例の開示が皆無であるのは驚くべきことではない。ヒト生体試料の処分に関して裁判所が通常指針を求めるべきであり、実際に求めているのは、横領法ではなく、このような問題に特化した制定法である。

統一死体提供法、保健安全法第 7150 条以下は、「移植、治療、医学教育・歯学教育、研究、医科学・歯科学の発展」など特定の指定された目的のために、意思決定能力のある成人が「自己の身体の一部または一部を提供すること」を認めている。しかし同法は、提供者が提供と引き換えに「価値ある対価」を受け取ることは認めていない。

保健安全法第 1601 条以下は、ヒト血液の調達、処理、流通を規制している。保健安全法第 1606 条は、「注入または輸血を目的とした全血・血漿・血液製剤・血液由来物の調達、処理、流通または使用は、あらゆる目的においてサービスの提供と解釈すべきことを宣言し、・・・いかなる目的であれ、販売と解釈してはならず、解釈すべきではないことを宣言する」「法律の他のいかなる規定にもかかわらず、子宮妊娠 20 週未満で死亡し、埋葬により処分されなかった認知可能なヒト胎児は、火葬により処分するものとする」と言明している。カリフォルニア州政府法典第 27491.46 条：「検視官は、（検視解剖後）研究または医科学の発展に利用するために」（同文献、下位条項（a））または「下垂体性小人症である、もしくはこれを発症する可能性がある者の身体的成長に必要なホルモンの製造に利用するために」（同文献、下位条項（b））大学に提供することのみを目的として、下垂体を保持する権利を有するものとする」^{FN26}。カリフォルニア州政府法典第 27491.47 条：「検屍官は、検視解剖の過程で（指定された条件に従い）、・・・移植、治療または科学的目的のために・・・身体から角膜組織を摘出することができる・・・」（同文献、下位条項（a））。」同法典の趣旨は、死体に対する財産権を認めることではないが、遺族となった配偶者またはその他の血縁者に、「・・・故人が別段の指示を与えていた場合を除き、遺体の処分を支配する権利」を付与している。

横領法をこの状況に適用するための直接の法源がないことから、ムーアは控訴裁判所と同様に、主としてプライバシー権を取り上げた判決に依拠している。ある判例は、望まない公開に関連している。（*Lugosi 対 Universal Pictures* の訴訟（1979 年）25 Cal.3d 813（160 Cal.Rptr.（カリフォルニア州判例集）323, 603 P.2d 425, 10 A.L.R.4th 1150、*Motschenbacher 対 R. J. Reynolds Tobacco Company* の訴訟（第 9 連邦巡回裁判所、1974 年）498 F.2d 821（カリフォルニア州法に従って解釈））。これらの判例では、誰でも自己の肖像に対して所有権を有し、肖像の不正使用、取引への利用は不法行為として損害賠償の対象となる、と判示している。しかし、判示した裁判所のいずれも、明示的にその判示の根拠を財産法に置いてはいない。（*Lugosi 対 Universal Pictures* の訴訟、前掲、25 Cal.3d, pp. 819, 823-826、*Motschenbacher 対 R. J. Reynolds Tobacco Company* の訴訟、前掲、498 F.2d, pp. 825-826。）いずれの裁判所も、*Prosser*（アメリカの法学者、不法行為法の権威）に従い、肖像に対する所有権について、適正に法律関係の性質を決定しようとする論争は「無意味」であると述べている。（*Motschenbacher 対 R.J. Reynolds Tobacco Company* の訴訟、前掲、498 F.2d, p. 825、*Prosser* 著『*Law of Torts*（不法行為法）』（1971 年第 4 版）を引用；*Lugosi 対 Universal Pictures* の訴訟、前掲、25 Cal.3d, pp. 819, 824。）しかし、横領という不法行為が、問題となっている権利の性質によって決まるのかどうかを判定する目的からは、無意味どころではない。横領できるのは財産のみである。

摘出された細胞は「横領することができる有形動産の一種」とするムーアの主張を支持する判決を引用している当事者はいない。この点に関して控訴裁判所が引用しているのは、*Venner 対メリーランド州*の訴訟（1976 年）30 Md.App. 599（354 A.2d 483）（以下、*Venner*）のみである。この訴訟は、麻薬を捜索する警察官が病院の便器から刑事被告人の糞便を押収したことを扱ったものである。裁判所は米國憲法修正第 4 条を適用し、被告人は自己の排泄物を捨てていたと判示した（354 A.2d, pp. 498-499）。

Venner 裁判では、傍論として、「排泄物、廃液、分泌物、毛髪、指の爪、足の爪、血液、臓器その他の身体の一部等に対して、正当理由の有無を問わず、継続的な所有権、支配権または管理権を主張する者がいないわけではない」ことを認めている（354 A.2d, p. 498）。この短い一文のみでも、「かつて自身の身体の一部であった物質に対し、本人が財産権を有していないと言うことはできない」とする今回の訴訟の控訴裁判所による結論を裏付けるものである。しかし、*Venner* の訴訟は、証拠排除に関する刑事手続紛争に関連しており、財産による経済的利益を受ける権利があるのは誰かという民事紛争ではないため、民事訴訟とは著しく相違する刑事訴訟を根拠にしている当該傍論と、今回の訴訟との関連性はほとんどない。

横領の問題と不正な公開の訴訟とは関連性がないことのみならず、これらが類似していることも、今回の訴訟に関連する遺伝物質や研究の性質の重大な誤認である。ムーアは、控訴裁判所が当初判示した類似性を引用し、「裁判所が個人の肖像に対する十分な所有権を認めたとのなら、名前や顔よりもはるかに深い、人間の唯一無二性の本質である自身の遺伝物質に対し、なぜ権利が認められないのか」と主張している。しかし、被告の特許や、当該特許の基盤である科学的観点を理解した上で読めば訴状からも明らかのように、被告の活動の目標と結果は、リンホカインを作製することであった。

リンホカインは名前や顔とは異なりどのような人間でも分子構造が同じで、誰の免疫系でも同等かつ重要な機能を果たす。さらに、リンホカインの自然な産生を担当し、被告が研究室でリンホカインを作製するために用いる特定の遺伝物質についても同様で、誰でも同じである。脊椎の椎骨の数やヘモグロビンの化学構造と同様に遺伝物質も、ムーアに唯一無二のものではない。細胞内の遺伝子は、タンパク質分子（逆転写酵素）と結合してリンホカインに相当する「メッセンジャーRNA (mRNA)」を合成する（上記の脚注 2 を参照）。次に mRNA は遺伝子から離れて他のタンパク質分子（リボソーム）と結合してもととなる遺伝子がコードするリンホカインを産生する（OTA 報告書、前掲 pp. 38-44）。科学者らは研究室で染色体から遺伝子を切断し、それを細菌の染色体に組み込むことによってリンホカインを作製することができる。その結果としての染色体が「組み換え DNA」の一例、すなわち複数の個人または種の遺伝物質から成る DNA なのである。細菌が生産し増殖すると、組み込まれた遺伝子は、その遺伝子がコードするリンホカインを産生し続ける。（OTA 報告書、前掲 pp. 41-44, 158.）

特定のリンホカインをコードする遺伝子を同定することは極めて困難である。「ヒト細胞の DNA 量は、個々の遺伝子の DNA 量と比較して膨大であり、1 細胞内の 1 遺伝子を探索することは、干し草の山の中から針 1 本探すことにも等しくなる（OTA 報告書、前掲 p. 42）。」理事会の特許出願からも分かるように、mRNA を過剰に発現する遺伝子の重要性は、特定の遺伝子を探索することの困難さがなくなる点にある。（米国特許番号第 4,438,032 号（1984 年 3 月 20 日）、第 2 欄。）当該遺伝子のミラー・イメージである mRNA の供給源が十分であれば、それを利用して元の遺伝子のコピー、すなわちクローンを作製することができる。次にクローンされた遺伝子を、前述のように組み換え DNA に利用すれば、リンホカインを大規模に製造することができる。

複数の個人に認められるタンパク質の産生を担当する遺伝子は、当然ながらそれぞれ同じである。すべての人が同じ基本タンパク質を必要とするからこそ、1 個人の細胞によって産生されるタンパク質が別の個人にとって治療的価値があるのである。従って、被告が製造したいと望んだタンパク質、すなわちインターフェロンのようなリンホカインは、いかなる場合にもムーアの「肖像」ではないのである。

正常者は誰でもリンホカインの産生を担当する遺伝子を保有しているため、正常細胞を過剰産生細胞にすることも可能な場合がある（OTA 報告書、前掲 p. 55 を参照）。被告らが投稿した研究論文によると、ムーアの細胞は HTLV-II ウイルス（ヒト T 細胞白血病ウイルス II 型）に感染していたためにリンホカインを過剰に産生した。（Chen, Quan & Golde、ヒト T 細胞白血病ウイルス II 型は正常なヒトリンパ球を変換する（1983 年 11 月）、80 Proceedings Nat. Acad. Sci. USA 7006.）ムーアのウイルスのように、同じウイルスが正常な T リンパ球を過剰産生 T リンパ球に変換することも明らかになっている。ムーアの主張を類似性によって支持するために提示されたもう一つのプライバシー訴訟では、患者には治療を拒否する権利があることを確定しただけである（Bouvia 対上級裁判所の訴訟（1986 年）179 Cal.App.3d 1127 (225 Cal.Rptr. 297)）。この訴訟で Bouvia の裁判所は、次のように記している。「成人年齢に達し、正常な精神状態の人間は何人も、自身の身体になされることを決定する権利を有する・・・」（同文献 p. 1139, Schloendor 対 New York Hospital の訴訟、前掲, 211 N.Y. 125 (105 N.E. 92, 93) から引用）。

この文言に依拠し、患者は摘出された細胞の使用を支配する継続的な権利を有するという主張を支持するため、本件の控訴裁判所は次のように結論付けた。「患者の組織の使用を支配する最終的な権限は患者自身にある。そのような権限がなければ、医学の進歩という名の下に、個人のプライバシーや尊厳に対する多大な侵害が許されることになる」。しかしながら、そのような権限の侵害は人的財産（動産）の横領に相当するという極めて問題がある結論を受け入れることなく、プライバシーと尊厳を保護することを真摯に望むものである。信認義務とインフォームド・コンセントの理論は完全な開示を要求することで、そのような権限を直接保護するのだから、患者を保護するために、「プライバシー」や「尊厳」を丸い穴とすれば、そこに「財産」という四角い杭を押し込む必要はない。

前掲の Schloendor 対 New York Hospital の訴訟は、インフォームド・コンセントの概念を認めた初めての法廷意見として引用されることが多い。ムーアの所有権の主張が問題になる次の検討事項は、カリフォルニア州の制定法である。同法は、摘出された細胞に対する患者の支配権を徹底的に制限している。保健安全法第 7054.4 条は、「法律の他のいかなる規定にもかかわらず、科学的利用が終了した後の認識可能な解剖学的部分、ヒト組織、遺体の一部、または感染性廃棄物は、土葬、焼却、またはカリフォルニア州（保健サービス）局が定めたその他の方法で処分し、公衆衛生と安全を保護するものとする」と定めている。州議会がこの制定法によって、摘出された細胞の同意していない利用に対し、患者は補償を受ける権利を有するののかという問題を解決することを明確に意図したわけではないことは明らかである。この制定法の主な目的は、危険な可能性がある生物学的廃棄物の安全な取扱いを確実にすることである。

しかしながら、同制定法の実際効果は、摘出された細胞に対する患者の支配権を徹底的に制限することにあるという結論から逃れることはできない。同制定法は、摘出された細胞の使用方法を制限し、最終的な破棄を要求することによって、通常は財産に付随する数多くの権利を排除していることから、例えば摘出された細胞等が、横領法の適用上、「財産」や「所有権の対象」に相当すると単純に決めてかかることはできない。

第 7054.4 条は保健安全法のうち「Dead Bodies (遺体)」と題する部分に該当するが、「human remains (人間の遺体の一部)」の用語は「死体」のみを意味する。その理由は、第 7001 条でそのように定義しているからである（保健安全法第 7001 条。）「recognizable anatomical parts (特定のものとして見分けることが出来る解剖学的断片)」や「human tissues (ヒト組織)」等の用語は明確に定義されていないため、死体のみに限定されない通常の意味を付与しなければならない。脾臓など外科的に摘出された臓器は、「認識可能な解剖学的部分」であるとともに「ヒト組織」でもある。ムーアの T リンパ球などウイルスに感染した細胞は、同制定法の「infectious waste (感染性廃棄物)」の定義に合理的に適合する（後掲の脚注 33 を参照）。死体に関する 1939 年の条項に比較的最近追加された第 7054.4 条で使用されている広義の用語（1971 年制定法第 377 章第 2 条 p. 744 により追加され、1972 年制定法第 883 章第 4 条 p. 1562 により修正）は、皮下注射針や、病院で発生するその他の「感染性廃棄物」など、死体のほかにも種々の物質の処分について規定する現代の必要性とその法的条件を反映したものである。

生物学的試料の安全な取扱いを維持するという政策と、本件との関連性は高い。研究者らに細胞株を販売している組織であるアメリカ培養細胞系統保存機関のカタログには、ムーアの T リンパ球に由来する細胞株について次のような警告が記載されている：「この細胞は・・・ヒ

ト T 細胞白血病ウイルス II 型 (HTLV-II) の増殖型ゲノム (すなわち、ウイルス増殖能を有する遺伝物質) を含むため・・・物理的封じ込め P-II (レベル II) に該当する生物学的危険物質として扱わなければならない。」(アメリカ培養細胞系統保存機関、細胞株とハイブリドーマのカタログ (第 6 版、1988 年) p. 176。) レベル II の物理的封じ込めとは、危険な生物学的試料の取扱いに関して米国立衛生研究所および米国疾病予防管理センターが定めた基準である。レベル II 基準はとりわけ細胞株を処理する際に生物学的に安全なキャビネットを使用することと、汚染された物質のオートクレーブ滅菌 (高压蒸気滅菌) および廃棄を要求している。(同文献 p. xi.)

抽出された細胞の使用に対する限定的な支配権が、同制定法の適用外として認められる可能性は確かにある。例えば、患者の明示的な意思に反しても「科学的利用」であれば、同制定法を解釈する必要はない^{FN34}。十分説明を受け情報を得た患者は、自分が承認できない研究計画を立てている医師による治療に対して必ず同意しない。ただしその権利は、既に検討したように、信認義務とインフォームド・コンセントの理論によって保護されている。

反対意見として、保健安全法第 7054.4 条の「科学的利用」という用語は「商業的利用」を除外しているという論点がある。事実、反対意見によると、同制定法は「科学的利用」が「非営利的な科学的利用」を意味しているとしている (Mosk 裁判官の反対意見、後掲 pp. 164-165)。しかし、州議会がそのような区別をすることを意図していたと考える理由はない。また、そのような区別が、「大学とバイオ企業間の例を見ない親密な関係」(Mosk 裁判官の反対意見、後掲 p. 171、脚注 15) というこの状況の中で意味がある、あるいは実際的である可能性も低い。受け入れ難い命題であるが、市場性のある製品の開発を目的として研究が必然的に「科学的」ではなくなる場合を除き、ヒト組織の研究利用と商業的利用との間の区別はあらゆる「科学的利用」を認めている同制定法とは何の論理的関係もない。州議会の意向を明らかにするわけでもない以上、「科学者が起業家になる」(Mosk 裁判官の反対意見、後掲 p. 171) という哲学的問題は、別の場で論争するのが最善である。

最後に、理事会の特許の主題、すなわち特許で保護された細胞株とこれに由来する製品は、ムーアの財産にはなり得ない。その理由は、特許で保護された細胞株とムーアの身体から採取された細胞とは事実と法律に基づいて全く別物だからである。

連邦法は、「人間の創意工夫」の産物である生物 (有機体) の特許化を認めているが、自然に発生する生物の特許化は認めていない (Diamond 対 Chakrabarty の訴訟 (1980 年) 447 U.S. 303, 309-310 (65 L.Ed.2d 144, 150, 100 S.Ct. 2204))^{FN36}。ヒトの組織や細胞を培養により長期的に調節し、増殖・成長させることは困難で、特殊技術とみなされることも多く、ヒト細胞株の樹立が成功する確率は低いことからヒト細胞株には特許性がある (OTA 報告書、前掲 p. 33 ; 上記の脚注 2 を参照)。法律が特許化を認めているのはこのような発明的努力に対してであって、自然に発生する原料の発見に対してではない。従って、細胞株とこれに由来する製品に対して所有権があるとするムーアの主張は、当該細胞株を発明の産物とする権威ある判断に相当する特許とは相容れない。

このような主張は単なる法的議論または法的結論に過ぎず、従って当然ながらわれわれを拘束するものではない (Daar 対 Yellow Cab Co. の訴訟、前掲, 67 Cal. 2d, p. 713)。初代細胞 (身体から直接採取された細胞) と特許で保護された細胞株との間の違いは、単に法律のみを

根拠とするわけではない。細胞は細胞株として樹立される間に変化し、経時的に変化し続ける。(OTA 報告書、前掲 p. 34。) 「樹立された細胞の大半が・・・完全には正常でないことは明らかである。初代細胞と比較して増殖能が高い上に、染色体数の異常が高率に出現することも多い・・・。」(2 ワトソンほか、遺伝子の分子生物学 (第 4 版、1987 年) p. 967 ; OTA 報告書、前掲 p. 36 も参照)。例えば本件の細胞株の場合、何回も複製された後では、再構成された欠損性の HTLV-II ウイルスを産生するようになった。被告らが投稿し発表された研究論文は、「欠損性ウイルスは患者の元の腫瘍細胞に存在していたのではなく、恐らく細胞の継代 (すなわち複製) の間に産生されるようになった」ことを示唆するものである。ウイルスのこのような変化のために、当該細胞株は新たな能力を獲得し、異なる培地でも増殖するようになった可能性がある (Chen, McLaughlin, Gasson, Clark & Golde, Molecular Characterization of Genome of a Novel Human T-cell Leukaemia Virus (新しいヒト T 細胞白血病ウイルスのゲノムの分子特性), Nature (1983 年 10 月 6 日) vol. 305, p. 505.)。

Mosk 裁判官がその反対意見の中で、本件の技術的背景を説明した関連科学文献に対するわれわれの「注目すべき結論の概要」(People 対 Guerra の訴訟 (1984 年) 37 Cal.3d 385, 412 (208 Cal.Rptr. 162, 690 P.2d 635) (Mosk 裁判官の意見)) に異議を唱えているのは興味深い。(Mosk 裁判官の反対意見、後掲 p. 182)。当最高裁判所は、例えば催眠下の想起の報告が「集団の大多数の記憶過程について結論を引き出す根拠としては科学的に不適切であること」(People 対 Shirley の訴訟 (1982 年) 31 Cal.3d 18, 59 (181 Cal.Rptr. 243, 723 P.2d 1354) (Mosk 裁判官の意見))、および目撃証人の証言は信頼性に欠ける可能性があること (People 対 McDonald の訴訟 (1984 年) 37 Cal.3d 351, 365-367 (208 Cal.Rptr. 236, 690 P.2d 709, 46 A.L.R.4th 1011) (Mosk 裁判官の意見)) を示すため、これまでに科学文献を引用したことがある。

Diamond 対 Chakrabarty の訴訟 (前掲) において米国最高裁判所は、遺伝子組み換え細菌は米国法律集第 35 編第 101 条に基づく「新規かつ有用な・・・製品あるいは組成物」であるとして、特許性があると判示した (447 U.S., pp. 308-310 (65 L.Ed.2d, pp. 149-150))。少数派はこの結論を回避するために、連邦議会による「共同発明者」(米国法律集第 35 編第 116 条) の定義を拡大して、研究で使用される生物学的試料を供給した人間を含めるという提案を支持している (Mosk 裁判官の反対意見、後掲 pp. 168-169)。特許法の変更を実施する独占的権限は連邦議会と連邦裁判所にあるため (米国憲法第 I 編第 8 条 8 節 ; 米国法律集第 28 編第 1295 条、第 1338 条)、特許法の現状に対する少数派の批判と、本件におけるわれわれの措置との正当な関連は一切ない。

2.B.2. 横領責任を拡大すべきか?

既に検討したように、本件で問題となっている生物学的試料に対するムーアのこれまでにない所有権の主張は、問題がないとは言いがたい。しかし、横領理論をこの状況に適用しようとするムーアの試みは、横領理論の拡大に対する要請として率直に認めなければならない。抽出された細胞が、いかなる目的であれ財産になり得ることは決してないと言おうとしているのではないが、ムーアの主張の新しさは、法的結論として訴因の存在を主張している訴状に盲従するのではなく、責任の拡大が法の目的に適合することを明示的に考慮するよう要求している点にある (次と比較のこと : Nally 対 Grace Community Church の訴訟、前掲, 47 Cal.3d, pp. 291-300、Foley 対 Interactive Data Corp. の訴訟、前掲, 47 Cal.3d, pp. 694-700、ブラウン対ワシントン州上級裁判所の訴訟、前掲, 44 Cal.3d, pp. 1061-1066)。

ムーアの訴状の主張に基づいて横領責任を課することが不適切な理由は三つ挙げられる。第 1 に、横領責任の拡大が法の目的に適合するかを考慮すると、不法行為責任の拡大との公正なバランスを取ることができなくなる。第 2 に、この分野の問題は立法的に解決する方が適している。第 3 に、横領という不法行為に責任を課しても必ずしも患者の権利を保護することにはならない。このような理由から、われわれは摘出されたヒト細胞の医学研究への利用は横領に相当しないと結論付ける。法の目的にかなうかという考慮事項のうち、二つは決定的に重要である。一つ目は、意思決定能力のある患者が医療に関して自主的に意思決定を下す権利を保護することである。この権利は、既に検討したように、信託義務およびインフォームド・コンセントという広く認められた積年の原則を根拠としている（例えば *Cobbs 対 Grant* の訴訟、前掲, 8 Cal.3d, pp. 242-246、*Bowman 対 McPheeters* の訴訟、前掲, 77 Cal.App.2d, p. 800 を参照）。この原則は、医師の専門的判断に影響する恐れがある動機を医師が開示しないで行為した場合、患者に有利に働くもので、患者は救済を受けることができる。当該考慮事項のうち二つ目に重要なのは、特定の細胞検体を利用することが提供者の意思に反する、またはその可能性があると考えられる理由がない研究者など、社会的に有益な活動に従事する善意の当事者に民事責任の脅威を与えてはならないという点である。

前記のような、法の目的にかなうかという考慮事項の適切なバランスを図ることが極めて重要である。技術評価局は連邦議会への報告書の中で、次のように強調している（上記の脚注 2 を参照）。「試料の提供者と試料の利用者間の紛争を裁判所がどのように解決するかが不明瞭だと、特に試料が採取された後、長期間が経過してから権利が主張された場合、大学研究者と新興バイオ業界の双方に悪影響を及ぼす恐れがある。試料提供者による権利の主張は、元の試料を入手した研究者のみならず、恐らく他の研究者らにも影響を及ぼすであろう。

「生物学的試料が実験目的のために研究者らに販売されることはごく普通であるが、それを購入した研究者から細胞株や遺伝子クローンなど試料由来の他の産物を入手する科学者らも、（横領など）特定の法理論に基づいて訴えられる恐れが生じる。さらに、不明瞭さは製品開発や研究にも影響する恐れがある。ヒトの組織や細胞にかかわる発明は特許で保護され、商業的利用に向けてライセンスとして許諾されることがあるため、明確な所有権が存在するかどうか不明瞭な場合、企業が製品の開発、製造あるいはマーケティングに多額の投資をする可能性は低くなる」（OTA 報告書、前掲 p. 27.）。実は、生物学的試料の法的所有権に関する不明瞭さが原因となり研究することが障害となる可能性があまりにも高いため、技術評価局は次のような注目すべき結論に至っている。「様々な利害関係者が多様な主張をすることには価値があるが、現時点の不明瞭さを解決することが、他のどのような問題を解決することよりも、バイオテクノロジーの未来にとって重要であると考えられる。」（OTA 報告書、前掲 p. 27.）

しかしながら、責任の有無を恣意的に選択する必要はない。そうではなく、前記の法の目的についての考慮事項を検討すると、適切なバランスが示唆される。すなわち、横領理論の前例のない拡大ではなく、既存の開示義務を根拠にした責任こそ、研究をいわずらに妨げることなく患者のプライバシー権と自己決定権を保護するものである。

横領責任の脅威も、患者の権利を間接的に強化することにつながるの確かである。その理由は、摘出した細胞に対して考えられる後続の研究への利用に対し、可能な限り広義の同意を患者から取得しておけば、医師は責任を回避できる可能性があるからである。残念ながら、横

領理論を拡大すると、善意の当事者を保護するという別の目的を全面的に犠牲にすることになる。（8）（脚注 38 を参照）横領は厳格責任を問われる不法行為であるため^{FN38}、インフォームド・デザイン（十分な情報を得た上での意思決定）を行う患者の権利の侵害に相当する不適切な開示に特定の被告が関与していたか、またはこれを知っていたかどうかにかかわらず、当該細胞を手にした全員に責任が課されることになる。横領理論とは異なり、信託義務とインフォームド・コンセント理論は、善意の当事者を罰することなく、あるいは社会的に有益な研究の実施を妨げることなく、患者を直接保護するものである。

FN38: 「横領の訴訟の基盤は、被告の知識や意図にあるのではない。・・・（そうではなく、）『横領という不法行為は、いわゆる絶対的な義務の違反で構成される。すなわち、行為自体が・・・不法であり、従って不法行為として賠償責任を負うことになる。』（引用）」（*Byer 対カナダ商業銀行の訴訟*（1937 年）8 Cal.2d 297, 300（65 P.2d 67）, *Poggi 対 Scott 対所*（1914 年）167 Cal. 372, 375（139 P. 815）次も参照：ロサンゼルス市対上級裁判所の訴訟（1978 年）85 Cal.App.3d 143, 149（149 Cal.Rptr. 320）（「横領は、一種の厳格責任を問われる行為であり、誠実さの問題でもある。知識の欠如や動機は通常重要ではない。」））

ヒト細胞に関する研究は、医学研究において重要な役割を果たしている。その理由は、自然に発生する医学的に有用な生物学的物質を単離し、遺伝子工学の手法によって有用量の当該物質を作製できる研究者が増えているからである。こうした活動が実を結び始めている。バイオテクノロジーによって開発され、わが国での製造販売が既に承認されている製品として、白血病、癌、糖尿病、小人症、B 型肝炎、腎移植拒絶反応、気腫、骨粗鬆症、潰瘍、貧血症、不妊症、婦人科腫瘍等の治療薬や検査薬が挙げられるがこれらに限らない（小論文、バイオテクノロジー研究において使用される組織および細胞の提供者に対する報酬：提供者が利益分配を受けるべきではない理由（1989 年）64 *Notre Dame L. Rev.* 628 & 脚注 1（以下、「小論文、提供者への報酬」）；OTA 報告書、前掲 pp. 58-59 も参照）。

横領法をこの分野にまで拡大解釈すると、必要な原料の入手が制限され、研究を妨げることになる。アメリカ培養細胞系統保存機関、国立衛生研究所や米国癌学会が運営する機関などのヒト組織保存機関には、既に何千ものヒト細胞株が存在する。こうした保存機関は、毎年何万もの検体の要請に対応している。特許庁は細胞株の特許保有者に、検体を誰にでも提供するように要求しているため、多くの特許保有者は、要請に対応する事務的負担を避けるため、細胞株を保存機関に委ねている（OTA 報告書、前掲 p. 53）。現在、ヒト細胞株はごく普通に複製され、実験目的で通常は研究者らに無償で提供されている^{FN39}。このような科学的材料の交換はまだ比較的自由に効率的であるが、訴訟の対象になる可能性が細胞検体各々に生じれば、こうした交換が脅かされることは確実である（OTA 報告書、前掲 p. 52）^{FN40}。

FN39 「現在のヒト組織バンクのシステムでは、多くの企業がヒト組織を入手できるため、ヒト組織が効率的に利用される可能性は高くなっている。現在研究者らは、ヒト組織検体を要請するだけで、その要請が通常は当該研究者の研究施設、その他の研究施設、またはヒト組織バンクに認められる。」（小論文、提供者への報酬、前掲, 64 *Notre Dame L. Rev.*, p. 635. OTA 報告書、前掲 p. 52 も参照）

FN40: 横領責任を課しても研究者らの困難な状況が今より悪化することはないという議論もあるように、研究者間での細胞株の交換は契約によって制限されることが多くなっているとして少数派は主張する (Mosk 裁判官の反対意見、後掲 pp. 170-171)。しかし、技術評価局がその報告書で説明しているように、「この警告は、試料の提供者と試料の利用者間の紛争を裁判所がどのように解決するかについての不明瞭さ」を含む「特許権および所有権に対する懸念の結果である」(OTA 報告書、前掲 pp. 27, 52)。横領責任の拡大は、問題を悪化させるだけである。さらに、生物学的試料は研究者らの間で、もはや自由に交換されてはいないとする少数派の事実前提は、多大な誇張である。大半の重要な研究状況においては、生物学的試料の提供は依然として基本的に無制限である。技術評価局は、「非公式の移転は全米の研究者や大学の間で一般的である」ことを認めている (OTA 報告書、前掲 p. 52)。さらに、ヒト組織保存機関は細胞株およびヒト組織検体は無償で、またはわずかな手数料で、どの有資格研究者にも提供している (OTA 報告書、前掲 p. 53)。米国特許庁は、特許発行の直後から研究者らに、特許で保護された微生物を提供するよう特許保有者に要求しているため、細胞株に対して特許保護を取得できるようになると、実は研究材料の入手可能性も高くなるのである (Lundak に関する訴訟 (Fed. Cir. 1985 年) 773 F.2d 1216, 1220-1222 を全般的に参照)。細胞株が広く提供されることは、学術研究にとっただけでなく営利目的の研究にとっても非常に重要である。実は一部のバイオ企業は「身体から直接採取されたヒト組織を研究で使用することは一切なく、代わりに樹立された細胞株で研究することに重点を置いている。こうした企業は広く提供されている細胞株を入手して処理し、結果的に新しい独自の、または改良された細胞株を作製している」(OTA 報告書、前掲 p. 55)。

横領法を拡大解釈して責任をこの分野にまで拡大すると、広範囲にわたって影響が出る。米連邦議会下院科学技術委員会は、「調査した医療機関の研究者の 49%が、ヒトの組織または細胞を研究に使用している」ことを認めている。多くの研究者はその研究に対してアメリカ国立衛生研究所から助成金を受給している (OTA 報告書、前掲 p. 52)。また、「バイオテクノロジー研究やバイオ製品開発に積極的に従事しているバイオ企業は米国でほぼ 350 社に上り、その約 25~30%は、ヒト治療薬や診断試薬を開発する研究に従事しているようである。・・・ヒト治療薬のすべてではないが大半は、ヒト組織・細胞、あるいはヒト細胞株やクローンされた遺伝子に由来する」(同文献 p. 56)。新たな不法行為責任を創設すべきかどうかを判断するに当たって、われわれは過去に、責任の拡大が研究等の社会的に重要な活動に及ぼす影響を考慮した。例えば、ブラウン対ワシントン州上級裁判所の訴訟 (前掲、44 Cal.3d 1049) では、厳格製造物責任を課すことが医薬品研究の妨げになることを懸念して、われわれは医薬品メーカーの責任をこうした基準で評価すべきではないと判示するに至った。われわれは次のように記した。「医薬品メーカーが厳格責任を負う対象になった場合、多額の金銭的損害賠償の判決が下されることを恐れて、有益な可能性がある医薬品を開発する研究プログラムを実施することや、上市できる医薬品を販売することへの積極性を失う可能性が出てくる (同文献 p. 1063)。ムーアがわれわれに支持するようにと促す責任理論は、重要な医学研究を実施する経済的インセンティブを失わせる恐れがあるが、これはブラウンの訴訟でも見た通りである。研究で細胞を利用することが横領になるなら、研究者は細胞検体入手するたびに、まるでくじを引くように訴訟の脅威にさらされることになる。横領責任の根拠は継続的な所有権にあるため、「明確な所有権が存在するかどうか不明瞭な場合、企業が製品の開発・製造あるいはマーケティングに多額の投資をする可能性は低くなる。」(OTA 報告書、前掲 p. 27)

再度ブラウンの訴訟を例に挙げると、「責任の有無の基準が厳しくなると、重要な製品の開発や入手可能性の面で公共の福祉を促進することにならないと結論付けるのは不合理なことではない」というのがわれわれの見解である (ブラウン対ワシントン州上級裁判所の訴訟、前掲、44 Cal.3d, p. 1065) FN42。

FN41: Broussard 裁判官は、その同意意見 [訳注: 多数意見と結論は同じであるが、推論過程が異なるために公表される裁判官の意見] および反対意見の中で、横領の要素に加えて医師による不正行為のために原告の同意が無効になったと主張することを原告に要求すれば、研究を脅かすことなく横領責任を拡大できると示唆している (Broussard 裁判官の同意意見と反対意見、後掲 pp. 157-159)。しかし、新たな訴因を付加する必要はない。既に説明したように、医師が重要な事実を隠蔽した旨の主張は、現行法に基づく信託義務違反の訴因を裏付けるものである。

また、患者の同意が無効になった事例のみに横領責任を限定しても、研究への脅威が著しく低下するわけではない。訴訟が提起され、解決されるまで、同意が有効かどうかは確実には分からない。さらに、横領責任の根拠は原告が継続的な所有権を有しているという事実認定にあるため、権原連鎖の中にいる誰かに対して訴訟が提起される恐れがあると、研究材料の所有権が疑わしいものになる。

FN42: 細胞株の最初の提供者が同意したという証拠書類がある細胞株のみを使用することで研究者は責任を回避できることから、横領責任による研究への脅威も低下すると少数派は主張する (Mosk 裁判官の反対意見、後掲 pp. 172, 173)。しかし、同意書が有効であるという保証はない。医療過誤訴訟で示されるように、同意の有効性と十分性が疑問視されるのは珍しいことではない。また、現在細胞保存機関に何千もあり、そのために既に研究者らに広く使用されている細胞株やヒト組織検体について、権利放棄を取得できると望むのは全くの夢物語である。例えばどのような研究者でもムーアの T リンパ球に由来する細胞株を、1984 年以降、アメリカ培養細胞系統保存機関から入手することができている (アメリカ培養細胞系統保存機関、細胞株とハイブリドーマのカタログ、前掲 p. 176)。その他の細胞株についても、1951 年という早期から広範に使用されてきた (OTA 報告書、前掲 p. 34)。

実は本件は、不法行為責任の拡大を制限するという点については、ブラウンの訴訟よりもはるかに説得力がある訴訟なのである。ブラウンの訴訟の場合、厳格責任を排除したことで原告は、その母親が出産前にジェチルスチルベストロール (DES) を服用していたことに起因する重大な人身被害に対する現実的損害賠償金を得ることが困難になった (ブラウン対ワシントン州上級裁判所の訴訟、前掲、44 Cal.3d, pp. 1054-1055)。これと比較して本件の場合、横領理論に基づく責任の拡大を制限しても、ムーアが極めて理論的な棚ぼた利益を回復するのが困難になるだけである。インフォームド・デジジョンを下すムーアの権利への侵害は、信託義務とインフォームド・コンセント理論により、訴訟を基礎づけるに足ることに変わりはない。ヒト細胞の科学的利用者が、そのヒト細胞提供に対する同意の背景を調査しなかったことの責任の有無は、州議会が決定すべきであるとわれわれは考える。社会全体に影響する難しい政策選択になるわけであるが、「このような政策上の意思決定を下すに当たって、経験的証拠を収集し、専門家の助言を求め、かつ利害関係者全員が証拠を提出し各自の見解を表明する聴聞を開催する能力を州議会は有している・・・」(Foley 対 Interactive Data Corp. の訴訟、前掲、47 Cal.3d, p. 694, 脚注 31)。この分野での州議会の行為能力は、ヒト生体材料の使用と処分

に適用される現行制定法により実証されている^{FN43}。また、州議会の影響力は、米連邦議会が最近委任した広範囲な調査により実証されている（OTA 報告書、前掲）。評者らも立法的解決を推奨している（次を参照：Danforth, 細胞・販売・使用料：利益の分配を受ける患者の権利（1988年）6 Yale L. & Pol'y Rev. 179, 198-201；小論文、提供者への報酬、前掲、64 Notre Dame L. Rev., pp. 643-645。）。

最後に、医師の開示義務を実施することで、まさにムーアが脅威を受けた種類の被害に対し患者を保護することになるため、司法的に創設した厳格責任の規定を課す差し迫った必要性はない。医師が自己の判断に影響する恐れがある研究上の利益および経済的利益を開示する限り、患者は利益相反から保護される。利益相反を知った患者は治療に同意するか、または同意を拒絶して別の医療支援を求めるかについてインフォームド・デジションを下すことができる。既に検討した通り、医師の開示義務を実施すれば、善意の研究者による社会的に有益な活動を妨げることなく、患者を直接保護することができる。

以上のような理由から、ムーアの第3修正訴状の主張は、信認義務違反またはインフォームド・コンセント欠如の訴因は明示しているが、横領の訴因を構成するものではないと判示する。たとえムーアの細胞が人的財産であったとしても、理事会は取用権という法定権限に従って当該人的財産を取得したのだとする Sandoz の主張の是非についても、本件に対するこのような判示により裁定する必要がなくなる。教育法典第 92040 条によると、「理事会は・・・カリフォルニア大学の権限または機能を実施するために必要なあらゆる財産を、取用権により取得することができる。」同大学の機能の一つは、「研究を目的として州が支援する主要な学術機関」であることである（教育法典第 66500 条）。なお、Sandoz はこの論点を下級裁判所で提示しなかったことを注記しておく。

細胞株を含む理事会の特許の主題に対しムーアが所有権を有するという判示に、連邦特許法は専占するとする Golde の主張についても、われわれの前記の判示により考慮する必要がなくなる。Golde はその主張の根拠を、州法は「連邦特許法の目的に抵触するものを保護することはできない」という既定の原則に置いている（Sears, Roebuck & Co. 対 Sti el Co. の訴訟（1964年）376 U.S. 225, 231（11 L.Ed.2d 661, 667, 84 S.Ct. 784）、次も参照：Kewanee Oil Co. 対 Bicon Corp. の訴訟（1974年）416 U.S. 470, 480（40 L.Ed.2d 315, 324-325, 94 S.Ct. 1879））。

③ 判決：判決の概要

控訴裁判所の判決の一部を維持し、一部を破棄する。本件を控訴裁判所に差し戻すこととし、控訴裁判所は上級裁判所に次を指示するものとする：（1）信認義務違反およびインフォームド・コンセント欠如の訴因に対する Golde の妨訴抗弁を却下すること、（2）信認義務違反およびインフォームド・コンセント欠如の訴因とされる事実に対する、理事会、Quan、Sandoz、Genetics Institute, Inc. の妨訴抗弁を認めた上で、訴状修正の機会を与えること、（3）横領の訴因とされる事実に対するすべての被告の妨訴抗弁を、訴状修正の機会を与えることなく認めること、ならびに（4）全被告のその他の妨訴抗弁を審理し、裁決すること。Lucas, C. 裁判官、Eagleson 裁判官、および Kennard 裁判官はこれに同意した。

④ 判決：判決を説明する各裁判官の意見表明

Arabian 裁判官による同意意見表明

私は、多数派により説得力をもって説明された見解に賛成する。多数意見は多くの情報・意見・分析等を踏まえたものであるが、多数意見にほとんどまたは全く表現されていない事項がある懸念を表明するために、私は別個に記す。私は道徳問題を取り上げたい。原告は、自分の肉体を利益のために売る権利を行使することとそれを認めることをわれわれに求めている。彼は、どの文明社会でも尊重され守られている人間の体を、貴重でない商品と同等とみなすようわれわれに求めている。神聖さと冒涇を混在させるよう促し、多くを求めている。Mosk 裁判官は、最終的には説得力に欠ける反対意見となった印象的な意見の中で、本件の道徳的重要性を認めている。Mosk 裁判官は次のように記している。「われわれの社会は、唯一無二の人間の外面人格の物理的・現世的表現として人体を尊重することに、深い倫理的絶対性を認めている」（Mosk 裁判官の反対意見、後掲 p. 173）。ただし倫理規範は、自分の身体組織が横領されたとする原告の主張に有利に働くこと、Mosk 裁判官は結論付けている。なぜか？ 基本的にこれら被告には倫理的欠陥があり、主張事実の複合があり、かつ被告らは貪欲だからであると Mosk 裁判官は答えている。情報を与えられなかった個人、その身体がなければ不可能であった利益のために身体を侵害され、利用された個人に、不正利得の一部を引き渡すよう強制すべきであると、Mosk 裁判官は主張している。

許し難い不法行為であるとする Mosk 裁判官の意見に私も賛同するものであるが、その意見に至るまでの過程に従うことはできない。人間の自由精神を謳歌する Mosk 裁判官の雄弁さは、問題を明確にするものであるが、解決策ではない。ヒト組織を代替可能な商品として扱うことは、「唯一無二の人間の外面人格」を高めることになるのか、おとしめることになるのか？原告の主張の背後にある法律の莊嚴な力を行使することで、人間の状況は精神的または科学的に前進するのか、阻まれるのか？このような困難な問題への答えは私には分からないし、Mosk 裁判官のように、司法的解決が可能な単なる「不法行為法」の問題として扱うことも、私は是としない。確かに、当最高裁判所が、競合する社会政策と経済政策の間での選択が要求されるというだけの理由で、難しい法律問題に判決を下すのを妨げられたことは多くはない（Foley 対 Interactive Data Corp. の訴訟（1988年）47 Cal.3d 654, 719-723（254 Cal.Rptr. 211, 765 P.2d 373）（Kaufman 裁判官の同意意見と反対意見））。しかし、本件での相違点は、互いに相反する道徳的価値観や哲学的価値観の性質であり、宗教的価値観さえ問題になっており、促されている立場が及ぼす多大な影響にも相違が生じる。身体組織の所有権を認め実施することから、どのような問題が派生するのか不明であるが、懸念されているのは、人体の一部を商品として扱うことが人間の尊厳に及ぼす影響、ヒト生体材料の競争入力が研究開発に及ぼす影響、そして研究者らが無制限かつ未知の不法行為責任を問われる可能性である（次を参照：Danforth, 細胞・販売・使用料：利益の分配を受ける患者の権利（1988年）6 Yale L. & Pol'y Rev. 179, 195；小論文、バイオテクノロジー研究において使用される組織および細胞の提供者に対する報酬：提供者が利益分配を受けるべきではない理由（1989年）64 Notre Dame L. Rev. 628, 634.）。原告が勧めるようにその細胞が横領の対象となる財産として扱われるべきかどうかを決めるのはわれわれではないと考える。この問題は、反映されているもののみならず、最終的にわれわれの要素を定義するもの選択肢にも関係している。法律の解説者として、すべての病気の治療、すべての論争の仲裁、すべての難問の解決はできないことを、良識の指標として認識すべきだ。Brandeis 裁判官が述べた通り、「最も重要なことは何もしないことである」場合もあるのである。

では、完璧な解決策はどうすれば見つかるのか？ 多数意見が示すように、州議会が適切な審議の場であることは明らかである。実は、研究者と被験者間で固定割合により利益分配することを定めたライセンス制度を創設するという立法的対応が既に提案されている（Danforth, 前掲, 6 Yale L. & Pol'y Rev., pp. 198-201.）。このような取り決めによって、身体組織の自由市場運営に対する道徳的・哲学的異議申し立てを防ぐことができるだけでなく、本来強制的な権利放棄制度による影響を排除し、時間的状況にかかわらず提供者に報酬を与えることで、表明された懸念にも対処することができる。多数派の見解は、身体組織の横領に対する原告の主張を却下した結果として一見して不公正に見える措置に留意していないわけではないが、被告らも利益を保持することを認めている。既に説明した通り、本件の判示の理由は基本的に2要素で構成される。第1に、本件の原告には救済手段がないわけではない。すなわち、信義義務違反の理論により被告らを訴追できることに変わりはない上に、恐らくその他の不法行為損害賠償請求を、当最高裁判所以外でも申し立てることもできる。第2に、裁判所の判決は柔軟ではあるが、限界がないわけではない。裁判所は、あらゆる「心の痛みや肉体が抱える数限りない苦しみ」を救済することはできないし、救済しようとするべきでもない^{FN2}。不作為を決定することが果断となる場合もある。これがそのような場合である。

Broussard 裁判官による一部同意意見と反対意見表明

本件が発生した科学的状況が前例のないものであり、本訴訟に対する医療研究界および一般市民の多大な関心がある中では、本件の訴状の根拠となっている明確な主張が極めて稀なものであり、その結果、医科学の進歩や有益な新薬開発のための原料として臓器や細胞が提供されてきた大多数の事例と本件とがかけ離れたものになっているという事実を見失いがちになる。通常、患者がその身体の一部を科学的目的のために使用されることに同意する場合、摘出された臓器や細胞の潜在的価値が見いだされるのは、以後の実験や研究を通じてのみであり、臓器の摘出から数カ月あるいは数年を経た後であることが多い。しかし本件の場合、原告を担当した医師は、原告の身体から細胞を摘出する前に、原告の細胞の商業的価値を認め特殊な研究を行ったと訴状で主張されている。同医師は、そのようなことを知り得ていたにもかかわらず、当該細胞に関する事実やこれに対する自身の関心を、原告の最初の手術前にも以後の7年の間にも原告に開示せず、その間同医師は定期診断の過程で原告の身体から追加の細胞を入手し続けたとされている。当然ながら多数意見も、このような異例の主張の重要性が念頭にないわけではない。信義義務違反の訴因は訴状に明示されていると判示するに当たっては、その主張に依拠している。この判示には、私も全面的に同意する。しかし横領の訴因になると、多数意見は、重点を本件の明確な主張から他へ移している。既存の細胞保存機関にある資源（これは本件では提示されていない事実状況である）を利用する善意の科学者らによる医学研究が、横領責任の賦課によって妨げられることを懸念して、多数意見は、横領訴訟を提起することはできないとする判示の根拠を、自身の身体から既に摘出されてしまった身体の一部に対し、患者には一般に権利はないという命題に主として置いている。しかしこの点に関して、被告らは原告の身体の一部が摘出される前に原告の法的権利を妨げたと原告は主張している。患者がその身体の一部の摘出と科学的目的のための使用に対し適切に同意していた場合、摘出後の身体の一部に対して患者は判例法上の財産権・権利を一切保有することはできないかもしれないが、身体の一部が摘出される前に、摘出後の身体の一部の使用を決定する権利を保有しているのは医師や病院ではなく患者である。それはカリフォルニア州法に基づき明らかである。本件で主張されているように、原告を担当した医師が、原告の身体の一部を摘出する前に原告に対する重大な情報の開示を不当に拒否することで、自己の身体の一部の使用を支配する原告の権利を

不法に妨げたのだとすれば、従来の判例法の原則に基づいて原告は、自己の身体の一部の使用を支配する権利の経済的価値を回復するための横領訴訟を提起することができる。従って、私は多数派が原告の横領の訴因を却下する限り、多数意見とは見解を異にする。

Mosk 裁判官による反対意見表明

控訴裁判所の第1の判示事項に反して、多数派は訴状には横領の訴因が明示されておらず、実は明示できないのだと結論付けている。私は控訴裁判所が提示したあらゆる理由により、また、私が説明する追加の理由により、多数派の結論には不同意である。便宜上、多数派の結論の六つの前提を、提示された順に検討することとする。

1. 多数派が最初にとった立場は、ムーアは自己の身体から摘出された後の自己の細胞に対する「所有権」を一切保有していないため、現行法の下では横領の訴因は成立しないというものである（多数意見、前掲 p. 137）。横領の訴因を明示するためには、原告は「横領の時点で自身が当該財産の所有権または占有権を有していたこと」を主張しなければならない（Baldwin 対 Marina City Properties, Inc.の訴訟（1978年）79 Cal.App.3d 393, 410.）。この点に関して訴状では、とりわけムーアの血液、体組織、細胞、およびこれらに由来する細胞株が含まれるムーアの「血液および身体物質」を定義している。その後ムーアは、「自分は自身の血液および身体物質、ならびにこれらから得られる副産物の所有者である・・・」と主張している。さらにムーアは、このような血液および身体物質が、「原告の有形財産であり、本訴状で提示する被告らの活動は、かかる有形財産に対する原告の占有または権利に対する著しい妨害に相当するとともに、原告の血液および身体物質に対する原告の動産権への被告らによる支配権の不当な行使に相当する」とも主張している。

細胞株とは、生体外で継続的かつ無限の増殖能を有する培養細胞である（米連邦議会技術評価局、バイオテクノロジーの新たな展開：ヒト組織・細胞の所有権（1987年）p. 33（以下、OTA 報告書））。多数派は、摘出後の細胞に対する十分な所有権をムーアが保有していたことを「疑う理由」が三つあることを認め、法律問題として、これらの主張は横領の訴因を裏付けるには不十分であると暗に断言している（多数意見、前掲 p. 137）。私の見解では、多数派の三つの理由は、単独でも全体でも説得力に欠ける。多数派の第1の理由は、「ムーアの主張を直接または高い類似性により裏付ける判決は一切報告されていない」というものである。（多数意見、前掲 p. 137.）しかし、ムーアの主張を却下する判決も一切報告されていない。この問題は、その原因、すなわちバイオテクノロジーの商業化の最近の爆発的普及と同様にこれまでになかったものである。多数派は次に、人体の特定部分の商取引または処分を規制する幾つかの制定法を引用し、本件の場合には横領法ではなく州議会にも「ガイダンスを求める」べきであると事実上結論付けている（同文献 p. 137）。カリフォルニア州最高裁判所の意見では、ムーアの主張が場違いであるのは確かである。多数派も認めるように、横領法は判例法の産物である。「成長し変化する判例法に固有の適応性は、最も重要な特徴である。判例法の進展は、判例法が貢献する社会の社会的ニーズによって決まってきた。判例法は文明の進歩や、社会の新たな状況・展開に対応して絶えず拡大・発展し、貿易、商業、技術、発明、および国のニーズの漸進的な変化に合わせて適応している。要するに、『成長し適応するこの柔軟性と適応性こそ、判例法に固有の誇りであり卓越性である』と述べたのは、米国最高裁判所の至言である（引用）。州議会が主題に関して意見を述べるることができるのは当然であるが、判例法制度においては、このように展開した訴訟を主に扱う機関は、提起された多種多様な個々の訴訟に対し、一定の手続を経て司法的判断を下す裁判所である」（Rodriguez 対

Bethlehem Steel Corp.の訴訟(1974年) 12 Cal.3d 382, 394 (115 Cal.Rptr. 765, 525 P.2d 669)]。不法行為の分野では特にこれが当てはまる。当最高裁判所が、不法行為法の新たな規定を布告して新境地を開いた数多くの事例をあらためて検討する必要はない。当最高裁判所は新たな規定が必要となればいつでも何度でも布告し、これまでになかった問題だというだけの理由で行動を控えることはなかった。

例えば Sindell 対 Abbott Laboratories の訴訟(1980年, 26 Cal.3d 588 (163 Cal.Rptr. 132, 607 P.2d 924, 2 A.L.R.4th 1061)) では、処方薬の投与を受け、自己の責によらない事由により被害を受けた原告が、被害の原因である当該処方薬の特定の製造業者を追跡できなかったことに起因する被害の責任に関し、当最高裁判所は「マーケットシェア・ライアビリティ」理論を採択した。係属中の本件における意見と同様に、Sindell の訴訟の少数派は、マーケットシェア・ライアビリティ理論が「全く新しい理論」であり、「前例のない責任の拡大」であるとして異議を唱え(同文献 pp. 614-615)、この新たな規定による経済的・社会的・医学的影響に鑑みて、同理論を採択するかどうかは州議会が決定すべきであると促した(同文献 p. 621)。しかしながら、当最高裁判所は健全な政策を理由として新たな規定を布告した。その際の説明は次のような内容であった。「現在の複雑な先進社会においては、科学技術の進歩によって代替可能な商品が生み出され、それが消費者に被害を与えることがあるが、当該商品の特定の製造業者を追跡できない場合がある。その場合の裁判所の対応は、当該製品による被害者が損害賠償を受けることを否定して従前の法理を厳守するか、または変化しつつあるニーズに対応した救済手段を創設するかはのいずれかである」(同文献 p. 610)。当最高裁判所は後者を選択した。

係属中の本件は、当然ながら薬剤による被害には関連しない。しかしながら Sindell の訴訟と同様に、従来の不法行為の法理(本件の場合は横領法)が構築された時点では予測できなかった「科学技術の進歩」に起因する主張を提示している。横領の訴因を認めることがこのような事実に対する適切な救済になるなら、そのように判示した裁判所はまだない、あるいは州議会がこのような問題に対処したことはないというだけの理由で、救済手段の創設を止めるべきではないというのが私の見解である。裁判所や州議会が適切に対応することが、「当州における判例法の公正かつ合理的な進展を保証する」という、当最高裁判所の古くからの権限を行使する上での前提条件ではない以上、裁判所や州議会の対応を待つ必要はない。(Rodriguez 対 Bethlehem Steel Corp.の訴訟、前掲, 12 Cal.3d 382, 394.)

多数派は、他の不法行為の法理適用を却下した、様々な事実状況における三つの訴訟を引用しているが、各訴訟で当最高裁判所はその判決の根拠を、主として「熟慮の結果」に置いた(Nally 対 Grace Community Church の訴訟(1988年) 47 Cal.3d 278, 294-300 (253 Cal.Rptr. 97, 763 P.2d 948)、Foley 対 Interactive Data Corp.の訴訟(1988年) 47 Cal.3d 654, 696-700 (254 Cal.Rptr. 211, 765 P.2d 373)、ブラウン対ワシントン州上級裁判所の訴訟(1988年) 44 Cal.3d 1049, 1061-1065 (245 Cal.Rptr. 412, 751 P.2d 470))。後述するように(第4項、後掲)、私の見解では、本件で横領の訴因を却下するために多数派が提示した単独の熟慮の結果は説得力に欠けると同時に、多数派が提示したものは別の熟慮の結果の方が重要である。

2. ムーアが摘出後の自身の細胞に対する所有権を保有していたことを疑う多数派の第2の理由は、「カリフォルニア州の制定法は・・・摘出された細胞に対する患者の支配権を徹底的

に制限している」というものである(多数意見、前掲 p. 140)。この命題に関して多数派は、欄外に記載された保健安全法第 7054.4 条(以下、第 7054.4 条)に依拠している。多数派は、同制定法が、ムーアの立場にいる者が主張する横領の訴因が成立するか否かの問題を直接解決するものではないことは認めているが、摘出された細胞の使用に対する患者の支配権を制限することで、問題を間接的に解決するものだと論じている。すなわち、「同制定法は、摘出された細胞の使用方法を制限し、最終的な破棄を要求することによって、通常は財産に付属する数多くの権利を排除していることから、例えば摘出された細胞等が、横領法の適用上、“財産”や“所有権の対象”に相当すると単純に決めてかかることはできない」としている(多数意見、前掲 pp. 140-141)。後述するように、私は第 7054.4 条が、今引用した多数派の結論を裏付けるとは考えない。第 7054.4 条は次のように規定している。「法律の他のいかなる規定にもかかわらず、科学的利用が終了した後の認識可能な解剖学的部分、ヒト組織、遺体の一部、または感染性廃棄物は、土葬、焼却、またはカリフォルニア州(保健サービス)局が定めたその他の方法で処分し、公衆衛生と安全を保護するものとする。本条で使用する場合の“感染性廃棄物”とは、接触伝染性疾患または感染性疾患に曝露した、または曝露した可能性があるあらゆる材料または物質を意味する。」第1に、私の見解では、同制定法は被告らがムーアの組織から作製する権利を主張している主な用途、すなわち商業的利用を認めていない。第 7054.4 条の解釈に際しては、当然ながら「当最高裁判所はまず、同制定法の文言自体を検討した上で」(Long Beach Police Officers Assn.対 City of Long Beach の訴訟(1988年) 46 Cal.3d 736, 741 (250 Cal.Rptr. 869, 759 P.2d 504))、その文言に一般的かつ通常の意味を付与する(California Teachers Assn.対 San Diego Community College Dist.の訴訟(1981年) 28 Cal.3d 692, 698 (170 Cal.Rptr. 817, 621 P.2d 856))。

第 7054.4 条がその条項により許可しているのは、摘出された身体の一部および組織の「科学的利用」に限られ、その後は破棄しなければならない。従って、「科学的利用」の一般的かつ通常の意味を定めなければならない。「科学的利用」には少なくとも、診断または予後判断の理由から病理医が実施する摘出組織の通常の(例えば術前診断を確認するため、あるいは術後治療の決定を支援するための)術後検査が含まれることには、私も同意する。また、「科学的利用」が拡大され、医学的知識を深める目的で、利害関係のない研究者がヒト組織に対して実施する純粋に科学的な研究が含まれる場合があることにも同意する(ただし、このような利用の場合、患者から適時にインフォームド・コンセントを取得していたことが当然ながら条件である)。しかしながら、本件で主張されている種類と程度の商業的利用も、「科学的利用」の語句の一般的かつ通常の意味であると言うのは、原形をとどめないほどの英語の拡大解釈であろう。同制定法の「科学的利用」を「非営利的な科学的利用」であると私が解釈していると多数派は主張し、「州議会がそのような区別をすることを意図していたと考える理由はない」として、多数派はこの問題を退けている(多数意見、前掲 p. 141、脚注 34)。多数派は、私の言わんとするところを理解していない。私が力説しているのは利益の概念ではなく科学の概念である。すなわち私が区別しているのは、非営利的な科学的利用と、たまたま市場性のある副産物に至った科学的利用の間ではなく、真正な科学的利用と、本件の訴状で主張されているムーアの組織のあくどい商業的利用との間なのである。

訴状の主張によれば、被告の David W. Golde 医師および Shirley G. Quan は科学者であるのみならず、れっきとした起業家でもあった。被告らは、「被告らの独自の研究や商業活動を促進し、経済的利益、金銭的利益、および競争上の利益を得るため」にムーアの組織を無断専有したと訴状には繰り返して記述されている。被告のカリフォルニア大学理事会(以下、理事

会)も、特許権を出願したり、ムーアの組織の商業的可能性を利用するためにバイオ企業や製薬企業と交渉するなど、個々の被告を積極的に支援したと訴状では主張されている。最後に、前記の被告らと Genetics Institute, Inc.および Sandoz Pharmaceuticals Corporation との間で、これらの企業に商業的可能性を利用する独占的権利を付与する一方で、現金、ストックオプション、顧問報酬、付加給付等の形で個々の被告に多額の経済的利益を供与するために交わされた契約上の取り決めについても訴状には詳細に記述されている。従来からあるこのような商業活動を、私が本件で行うように「科学的利用」の語句から除外しても定義が制限されることはなく、むしろ定まった法の要求に従った一般的かつ通常の意味をこの語句に付与することになる。

第 2 に、たとえ第 7054.4 条が、被告らによるムーアの組織の「科学的利用」を装った商業的利用を認めたとしても、同制定法は「通常は財産に付属する数多くの権利を排除していることから」、例えば摘出された細胞等が、横領法の適用上、「財産」や「所有権の対象」に相当すると単純に決めてかかるとはできない、とする多数派の結論には至らない(多数意見、前掲 p. 141)。カリフォルニア州法の財産や所有権の概念は極めて広義である(カリフォルニア州民法典第 654 条、第 655 条を参照)。当最高裁判所の最も重要なある判決では、次のような定義を承認している。「“財産”の用語は、あらゆる種類の不動産や動産、および人が所有し他者に移転することができるあらゆるものを含むほど十分に包括的である。金銭的価値を付与することが現実に可能なものとして享受できるあらゆる種類の権利や権益をも含む。」(Yuba River Power Co.対 Nevada Irr. Dist.の訴訟(1929年) 207 Cal. 521, 523 (279 P. 128))

財産の概念は広義であるだけに抽象的でもある。すなわち、一区画の土地やそれを耕作するトラクターといった有体物を直接意味するというよりも、財産の概念はその有体物に関して行使できる「諸権利の束」、つまり主として財物を所有し、使用し、他者を排除して占有し、かつ売却や贈与により処分する権利を意味すると言われることが多い。「所有権とは単独の具体的な実体ではなく諸権利の束で、特権であると同時に義務でもある」(Union Oil Co.対 State Bd. of Equal.の訴訟(1963年) 60 Cal.2d 441, 447 (34 Cal.Rptr. 872, 386 P.2d 496))。しかし、同じ諸権利の束があらゆる形の財産に付属するわけではない。様々な政策上の理由から、法律は特定の形の財産に対する一定の権利行使を制限し、禁じることさえある。例えば不動産の所有者が、自己の土地区画を自己が適切とみなす方法で使用する権利が、法律と契約の双方で制限されることがある^{FN6}。同様に、様々な形の動産の所有者も、その使用の時間・場所・方法に対して制限を受けることがある。不動産の処分についても、それほど一般的ではないが、制限が課されることがある。

最後に、動産の種類の中には売却はできても贈与はできないものや、贈与はできても売却はできないもの、更には贈与も売却もできない種類の動産もある。区画規制法やニューサンス法、土地やエクイティ上の地役権とともに移転する約款、あるいは権利義務設定文書は、土地区画の一定の利用を禁じたり、所有者がその土地区画に建設できる建物の数、寸法、立地等を規制することがある。不動産の賃貸が許可された利用であったとしても、地代家賃統制法によってそのような利用による利益が制限されることがある。逆に利用方法を強制されることもある。例えば鉱物を探掘するためにリースされた土地の場合、賃借人が鉱山を開発しないと法律または契約により借地権を没収されることがある。国家歴史保全法は、土地の所有者がその土地上

の建造物を取り壊すことや、外観を変えることさえ禁じることがある。また、絶滅危惧種法は、自然状態にある土地を開発する所有者の権利を制限することがある。

公衆衛生と安全に関する各法律は、食品、医薬品、化粧品、タバコ、アルコール飲料、火器類、可燃物や爆発物、廃産物等の物品の製造・流通・購入・販売・使用を様々な方法で制限している。私用および商用の自動車・航空機・船舶の運行を規制している法律もある。権利義務設定文書の規定は、住宅所有者団体に、当該団体の 1 会員による売却案に対し第一先買権を付与することがある。商業用不動産賃貸借契約の規定は、賃借物件の譲渡に対する賃貸人の同意を要求する場合がある。破産を予期する者はその財産を「公正な対価」で売却することはできるが、同じ財産を贈与することはできない(米国法律集第 11 編第 548 条(a)を参照)。狩猟・釣りなどの野外運動を好む人は、自身の免許に従って釣った野生魚や仕留めた獲物を贈与することはできるが、販売することはできない(カリフォルニア州漁業狩猟法第 3039 条、第 7121 条)。ヒトの臓器および血液の譲渡は、以下(第 5 項)で検討するように特殊な事例である(例: 医師免許、処方された者の管理下にある処方薬など)。前記の事例各々において、財産に付属する諸権利の束は制限や禁止により限定されるが、それでも残った権利は、保護可能な財産権であると法律上はみなされる。「財産権や権原は権利・義務・権限・免責特権の複雑な束であるから、これらの要素の一部または大半を取り除いても、権原が全面的に消滅することはない・・・」(People 対 Walker の訴訟(1939年) 33 Cal.App.2d 18, 20 (90 P.2d 854) (禁制品の占有者でさえ、国以外のあらゆる者に対して一定の財産権を有する))。同じ原則は、自身の体組織に対するムーアの権益にも当てはまる。すなわち多数派が主張するようにムーアの摘出組織の使用と処分が第 7054.4 条により制限されるとしても、それにもかかわらずムーアは、当該組織に対する貴重な権利を保有する。とりわけ当該組織の摘出時には、少なくともムーアは、被告らがそれをどのように使用するにせよ、自身の組織をどうするかに対する権利を有していた。すなわちムーアは、研究者らや製薬企業と契約し、自身の組織とその産物の膨大な商業的可能性を開発し、利用することができていた。被告らが、前記を行う自らの権利を第 7054.4 条によって妨げられるとは考えていなかったこと、そしてその権利が重要な財産権であると考えていたことは確実である。それは、被告らがムーアの組織の真の価値をムーアに対し故意に隠蔽していたこと、Mo 細胞株の特許を取得しようと努力したこと、このヒト生体材料を利用する契約上の取り決めを交わしたこと、ムーアを利益分配から全面的に排除したこと、本訴訟での被告らによる積極的な抗弁等によっても実証されている。控訴裁判所は、「原告は原告自身の組織を所有できないが、被告らはこれを所有できるという被告らの立場は皮肉に満ちている」ことを認め、要点をまとめた。被告らの立場は、法的にも成り立たない。前述したように、自身の組織の商業的可能性を開発し、利用する個人の権利は、保護可能な財産権とみなされるに足るだけの価値や尊厳のある権利ではないと判示された訴訟を、多数派は 1 件も引用していない。このような先例がない以上、あるいは同じ趣旨の法令がない以上、当該権利はカリフォルニア州法の従来から広義の財産概念の範囲に入る。

3. 現行法の下ではムーアが主張する横領の訴因は成立しないと多数派の結論の第 3、第 4 の理由は、「理事会の特許の主題、すなわち特許で保護された細胞株およびこれに由来する製品は、ムーアの財産にはなり得ない」というものである(多数意見、前掲 p. 141)。次に多数派は、その理由を二つの根拠に基づいて次のように説明している。「その理由は、特許で保護された細胞株と、ムーアの身体から採取された細胞とは、事実と法律に基づいて全く別物だからである」(同文献、斜体は追加部分)。しかし、この根拠のいずれも分析に耐えない。

4. 現行法の下ではムーアが主張する横領の訴因は成立しないと（私の見解では）誤った結論を引き出した後、多数派は横領の訴因を本件の状況に「拡大」できるか否かを検討している。この場合も多数派は拡大できない理由を三つ挙げており、この場合も私はその各々に対して失礼ながら異議を唱える。多数派の第1の理由は、この状況で横領の訴因を認めると、「法の目的に関する種々の考慮事項」のバランスが取れなくなる、というものである（多数意見、前掲 p. 143）。意見書ではこのような法の目的を二つ挙げているが、その一方、すなわち「意思決定能力のある患者が医療に関して自主的に意思決定を下す権利を保護すること」（同文献 p. 143）という目的は、横領の訴因を認めても、「間接的」にせよ実際には促進されるとして（同文献 p. 144）、第2の目的、すなわち「特定の細胞検体を利用することが提供者の意思に反する、またはその可能性があると考えられる理由がない研究者など、社会的に有益な活動に従事する善意の当事者に民事責任の脅威を与えるのではないか」（多数意見、前掲 p. 143）という懸念の方に重点を移している。後述するように、私の見解では、この懸念は誇張であると同時に、これに反する考慮事項の方が重要でもある。

この訴訟記録に関して、「善意の当事者」の保護に対する多数派の配慮は、皮肉のように思われる。訴状は事実主張で溢れており、それらはムーアの組織の商業的利用に関して被告らが繰り返しムーアを欺いた旨の今回の上訴に基づき真実であるとして受け入れなければならないものである。例えば、1976年～1983年の、シアトルのムーアの自宅から UCLA メディカルセンターまでの術後の何回もの通院が、ムーアの血液やその他の体液を採取できるのは同センターのみ、同医師のみであるという理由から必要であったと被告らがムーアに伝えた内容は虚偽であった；そのような採取の目的はムーアの健康を増進することであると被告らはムーアに虚偽を言ったが、実は被告らの進行中の研究や商業活動を促進することのみが目的であった；商業的に価値がある可能性がある何かを、被告らが自分の血液に見いだしたのかとムーアが明確に質問すると、「ムーアの血液または身体物質に商業的価値や経済的価値があるものは何ら見いだせなかった」と被告らはムーアに虚偽を言い、「事実、積極的にこのような質問を退けた」など、訴状には詳細な主張が記述されている。これらは「善意の当事者」の行為ではない。多数派はその分析の冒頭で、ヒト細胞に関する研究が医学の進歩に果たす役割の重要性は高まっており、バイオテクノロジーの手法によってヒト細胞が操作された結果、数え切れないほどの有益な製品や治療が生まれているという明らかな事実を強調している。しかし、だからと言って、多数派が主張するように、横領法をこの分野に適用すると「必要な原料（すなわち細胞培養細胞、細胞株）の入手が制限され研究を妨げる」ことにはならない（多数意見、前掲 p. 144）。多くの研究者が、培養細胞保存機関から無償で、またはわずかな手数料でごく普通にヒト組織検体入手していることを、多数派も認めている。これを認めた上で多数派は、「このような科学的材料の交換はまだ比較的自由で効率的であるが、訴訟の対象になる可能性が細胞検体各々に生じれば、こうした交換が脅かされることは確実である」と推測している（多数意見、前掲 p. 145）。

この推測が当たることを疑う根拠が二つある。まず、科学的材料の交換がかつては「自由で効率的」であったとしても、現在では自由も効率も大幅に失われている。遺伝子工学による生物学的製剤に対する特許権が1980年に認められるようになって以降（Diamond 対 Chakrabarty の訴訟（1980年）447 U.S. 303（65 L.Ed.2d 144, 100 S.Ct. 2204））、ヒト細胞株も特許保護の対象となり、控訴裁判所が以下の意見書でも認めているように、「独占的利用を求める特許が手の付けられないほどに激増している。」当然ながら、このような推移を

巧みに利用したのがとりわけ本件の被告らである。既述したように、被告の Golde と Quan は1984年に Mo 細胞株の特許を取得し、被告の理事会にそれを譲渡している。このように特許で保護されると、それまでは新たな細胞株やその製品を研究者が自由に入手できていた機会が激減する。なぜなら、「新規性」の特許要件により、特許出願の提出前は1年間を限度として発明を公開することが常時禁じられるからである（米国特許法第35編第102条（b）項）。従って、被告らもその特許明細書に次のように記述している。「Mo 細胞株は、その最初の発見にかかわった研究者ら以外にはいかなる時点においても提供されておらず、当該細胞株からの馴化培地に限り、限定数の研究者らに、Mo 細胞株の最初の発見者らとの共同研究を目的として提供された。」新たな細胞株とその製品の自由な交換に対するかつてない制限の強さは、バイオテクノロジー産業の発展とこの産業に関与する学術研究者の増加に伴うものであった FN15。係属中の本件の被告らがそうであったように、科学者が起業家になり、自己の発見の商業化可能性を開発し、利用するためにバイオ企業や製薬企業と交渉するようになってから、何層もの契約上の制限が特許法による保護のほかにも加えられた FN16。

FN15：バイオテクノロジー自体は学術研究活動として始まったものであるから、この分野の専門知識・技術の主な供給源が大学であることに変わりはない。この関連が、大学とバイオ企業間の例を見ない親密な関係へと至ったのである。すなわち「大学とバイオ業界間の商業開発事業は今や、コンサルティング契約、開発に向けた新技術のライセンス許諾、委託研究プロジェクト、研究パートナーシップ、事業提携プログラム、および研究部門や研究所の設置を含むまでになっている」（Howard, バイオテクノロジー、患者の権利およびムーアの訴訟（1989年）44 Food Drug Cosm. L.J. 331, 338, 脚注65（以下、Howard）；OTA 報告書、前掲 pp. 61-62 による。）

FN16：「ヒト生体材料については、特許による保護のほかに、契約の規定によって無形財産権が生じる。遺伝子組み換えを施したヒト細胞の商業的可能性が明らかになる前は、科学者らは細胞株や細胞製品を自由に移転していた。細胞株の商業的価値が高まるに従って、細胞株の最初の樹立者や細胞製品の創始者は、自らが創出したものの経済的権利を保護するため、書面契約の必要性が高くなることを認めた」（小論文、営利権に向けて：ヒト細胞の商業的価値に対する財産権の認識（1986年）34 UCLA L.Rev. 207, 223, 脚注省略（以下、営利権に向けて））。

樹立者や創始者の次にはバイオ企業や製薬企業が、科学者らの発見に対する独占権を要求してこれを取得するとともに、そのような発見を企業秘密として保護することが多くなっている。企業秘密保護がバイオ企業の間で普及している理由は種々あるが、とりわけ発明は厳しい特許基準を満たす必要がない上に、迅速に保護を取得でき、保護期間にも制限がないからである（小論文、大学と産業間の関係によるバイオテクノロジー研究の特許と企業秘密保護（1987年）24 Harv. J. on Legis. 191, 218-219）FN17。大学の研究所では守秘義務を課することも通常の業務慣行となっているが、その理由は業界からの圧力であることが多い（同文献 pp. 204-208）。すなわち「大学と産業間の共同研究に付随する最も深刻な懸念の一つは、研究の秘密性を保持し、当該研究者と同一分野の他の研究者らに開示しないことに関連している。（引用）・・・業界と大学間の経済取り決めによって、小規模バイオ企業と経済的つながりがある研究者の場合は特に、研究者らの間での開かれた意見・情報交換が禁じられる」（Howard、前掲、44 Food Drug Cosm. L.J., p. 339, 脚注72）。

FN17：カリフォルニア州では、新たな微生物に対する企業秘密保護も刑法によって明示的に認められている（刑法第 499c 条、下位条項(a)(2)）。

第 2 に、培養細胞や細胞株が、例えば純粋に研究目的でまだ「自由に交換されている」場合、そのような研究材料を入手した研究者は、その利用制限について不知の状態を必ずしも維持しなければならないわけではない。すなわち研究者は適切に記録を取ることで、当該材料の提供者が、研究者による利用案に同意しており、従って当該利用が横領にはならないことを確実なものにすることができる。この目的を達成するためには、組織検体の最初の作製者はまず、当該組織検体の利用、例えば研究のみを目的とした利用、公開するが大学においての利用、あるいは特定のまたは一般的な商業的利用等に対する提供者のインフォームド・コンセントの範囲を判定する。次にその情報を当該組織検体の記録に記載し、以後当該検体で研究を実施するすべての研究者に、その記録を当該検体に添付して引き渡すようにする。「研究者らは別の理由、すなわち患者の病歴に見られた異常を追跡したり、他の研究者らや自身のために権原を維持したり、実験の再現性を確保する等の理由から、ヒト組織提供者の正確な記録を維持することが一般的であるため、記録を取ることはそれほど煩わしいことではない」（営利権に向けて、前掲、34 UCLA L.Rev., p. 241）。「現代の重要な医学研究においては綿密な配慮と企画立案が必要であることを踏まえ」と、前記と反対の主張はすべて「疑問視される」と控訴裁判所が認めたことは正しい。

多数派はブラウン対ワシントン州上級裁判所の訴訟（前掲、44 Cal.3d 1049；以下、ブラウンの訴訟）に依拠しているが、同訴訟は本件とは明白に相違する。当最高裁判所に代わって私が執筆した裁判官全員一致の法廷意見書において、当最高裁判所が検討したのはとりわけ、「設計欠陥のある」処方薬を原因とする被害に対し、医薬品メーカーに厳格責任を課すべきかどうかという点であった。当最高裁判所は、法の目的を理由として、かかる責任賦課の判示を行わなかった（同文献 pp. 1063-1065）。その理由の一つは、医薬品メーカーが「多額の金銭的損害賠償の判決が下されることを恐れて」、有益な可能性がある新薬の開発または販売を思いとどまる可能性が出てくるという懸念であった（同文献 p. 1063）。多数派は、ブラウンの訴訟と係属中の本件との類似性を求めているが、ブラウンの訴訟の責任負担の方が質的にはるかに大きいため、類似性は成り立たない。ブラウンの訴訟で当最高裁判所が認めたように、「他の重要な医薬品とは異なり・・・処方薬により一部の使用者が被害を受けることは不可避である」（同文献、斜体は追加部分）。このため、医薬品業界全体に対して、欠陥のある処方薬について厳格責任を課すと、しばしば重大な被害を受けた原告により何千件とはいかないまでも何百件もの実質的な損害賠償請求が提起される結果に至ることは避けられず、その大半は懲罰的損害賠償のみならず補償的損害賠償を求める可能性が高い FN18。このような訴訟の一般的な原告らが無罪であり脆弱でもあることを考慮すると、同情した陪審が多額の損害賠償を認める評決を下す例が多くなる可能性が高く、医薬品業界の責任総額は恐るべき額に達する恐れがある。実はブラウンの訴訟で当最高裁判所は、そのような責任の脅威があるだけで、実際に医薬品業界が新たな処方薬の供給を拒否した実例を挙げた（同文献 p. 1064）。

FN18：ブラウンの訴訟（44 Cal.3d, p. 1055）自体、多数の訴訟が提起された実例である。同訴訟では、わずかに 1 種類の薬剤を原因とする人身被害で同じ裁判所に提起された訴訟が 69 件以上に上り、典型的な訴状では 170 社以上の製薬企業を被告として挙げている。

前記の内容の中で、係属中の本件に該当するものは一切ない。横領の訴因を認めると、本件で問題となっている種類の研究を実施する「経済的インセンティブを失わせる」恐れがあると多数派は主張しているが（多数意見、前掲、p. 146）、このような誇張を真面目に受け止めるのは難しい。第 1 に、研究者は細胞検体を「入手するたびに、まるでくじを引くように訴訟の脅威にさらされる」（同文献 p. 146）と多数派は論じている。イメージは華やかだが、これは必ずしも真実を反映しているわけではない。既に説明した通り、研究者は適切に記録を取ることで、訴訟に当たらずに済むのではなく、まさに訴訟を避けるために必要な情報を取得できるのである。従ってブラウンの訴訟とは異なり、本件での被害は決して「不可避」ではないのである。第 2 に、本件のリスクは多数の訴訟ではない。ブラウンの訴訟の場合、数多くの一般市民、すなわち新薬を開発する過程の最終製品の使用者が被害を受けていたと考えられたが、本件の場合、被害を受ける可能性があるのは一人だけ、すなわち研究過程の発端となった研究材料の最初の提供者のみである。第 3 に、本件の被害は、ブラウンの訴訟で問題となった重大な身体的被害の可能性ではなく、主として経済的なものである。私の見解では、多数派の一つの法の目的を考慮することによつてどのような価値があるとしても、それと異なる二つの考慮事項の方がいかなる場合にも重要性が高い。すなわち、すべての個人は自身の身体とその産物に対し、法的に保護されるべき財産権を有することを認めることで促進される二つの法の目的である。一つ目は、われわれの社会は、唯一無二の人間の外面人格の物理的・現世的表現として人体を尊重することに、深い倫理的絶対性を認めているという点である。このような尊重の一つの現れは、拷問その他の形の残酷かつ異常な刑罰による身体の直接的な虐待が禁じられていることである。もう一つは、本人以外の利益のみを目的とした経済的搾取による身体の間接的な虐待も禁じられている点である。このような搾取の中でも最も憎むべき形態は、当然ながら奴隷制度である。年俵契約奉公や債務者監禁など、搾取性が低い形態も姿を消した。しかしながら、これらの亡霊は現在の産学連携バイオテクノロジーの研究室や会議室にさえ出没している。本件の被告らが主張するように、科学者や企業経営者が、自らの経済的利益のみを目的に患者の組織を占有し利用する権利、言い換えれば、患者の身体という貴重な物理的財産を自由に利用または獲得する権利を主張するところならどこでも亡霊は現れる。「研究者に多大な経済的利益をもたらす、患者には何ら利益をもたらさない結果に至るヒト細胞による研究は、数値化し難い形でわれわれの社会の伝統的な道徳観に背くものである。このような研究は人体を、商品すなわち利益を上げる目的のための手段として扱いがちである。研究者が患者の細胞を市場性のある商品の基盤として利用し、患者を参加させることなく私利を追求することを認めると、身体と精神と魂から成る全的人間の尊厳と神聖さは失われる」（Danforth, 前掲, 6 Yale L. & Pol'y Rev. p. 190, 脚注省略）。

二つ目の法の目的を考慮することで、倫理の概念に公正の概念が付加される。われわれの社会は社会の構成員間の取引における基本的公正を尊重し、いずれかの構成員が他の構成員を犠牲にして不当利得を得ることを糾弾する。これは、本件のように、当事者らが対等に交渉する立場ではなかった場合に特に当てはまる。バイオテクノロジー革命の商業的産物が「膨大な利益の可能性を秘めている」ことは、何度となく聞かされている。（営利権に向けて、前掲、34 UCLA L.Rev. p. 211）FN19。例えば係属中の本件の場合、Mo 細胞株から産生される種類のタンパク質の市場規模は、1990 年までに 30 億ドルを上回ると予測されていたと訴状で主張されている。この利益は現在、バイオ業界と、当該業界を支援する大学との間でのみにおいて分配されている。「遺伝子工学企業との直接的な起業の連携」や「新興バイオ企業における持分」など、利益は多種多様な方法で共有されている（Howard、前掲、44 Food Drug Cosm. L.J., p. 338）。そのように Golde 被告も、Mo 細胞株を樹立したことで被告

Genetics Institute, Inc.の有償の顧問となった上、1株1セントで同社の株式7万5,000株を保有する権利を獲得した；Genetics Institute, Inc.はGoldeと理事会に、Goldeの給与と諸手当の一定割合に該当する金額を含む少なくとも33万ドルを3年間にわたって支払う契約を締結した；被告Sandoz Pharmaceuticals Corporationはその後、その報酬をさらに11万ドル引き上げる契約を締結したと訴状で主張されている。

FN19：引用した論文のこの点に関する脚注では、バイオ製品の市場規模の推定値はこの10年が終わるまでには150億～1,000億ドルになると発表されたと報告している（営利権に向けて、前掲、34 UCLA L.Rev.、p. 211、脚注16）。

しかし、このバイオ事業には第三者がいる。それは、このような利益のすべてが引き出された元の血液や組織の供給源である患者である。患者は隠れたパートナーかもしれないが、この新規開発事業に対する患者の貢献は無条件に極めて重大である。前記で指摘した通り（第3項、前掲）、被告らがムーアの身体から採取した細胞がなければ、Mo細胞株は全く存在しなかったのである^{FN20}。しかしながら被告らは、この細胞株による収益の分配を何らかの形で受ける権利をムーアが有していることを否認している。これは不公正でもあり不道德でもある。倫理と公共政策の分野で尊敬を集めている教授、Thomas H. Murray博士は、連邦議会で次のように証言している。「（ヒト組織を提供した）提供者は、公正な報酬を受けるべきである。・・・バイオ工学研究者が、その研究を可能にした提供物の提供者に公正な利益分配をしないと、一般市民の正義感を逆なですることになるとともに、誰も勝者ではなくなる」（Murray、身体の所有者は誰か？ ヒト組織の商業目的への利用に関する倫理（1986年1月～2月）、IRB：ヒト被験者研究の検討 p. 5）^{FN21}。

FN20：「ヒト細胞は、ヒト生体材料の作製と製造に不可欠である」とは、何度でも繰り返すだけの価値がある一文である（営利権に向けて、前掲、34 UCLA L.Rev.、p. 209）。同論文のこの点に関する脚注（同文献、脚注6）では、次のように説明されている。「バイオテクノロジーによって科学者は生命を“創造する”ことを許されると誤って考えている者が多い。これは全く間違っている。現在、バイオテクノロジーによって許されるのは、生命の創造ではなく生命の操作だけである。バイオ工学研究者は遺伝子を切断して接合し、細胞を溶解し、ヒトの遺伝子情報を細菌の遺伝子情報と混合することさえできるが、原料である生体細胞から発生しなければならない」。

FN21：引用したMurray博士の見解は、利益分配を受けるムーアの権利を「極めて理論的な棚ぼた利益」と表現している多数派の軽蔑的な見解と著しい対照を成している（多数意見、前掲 p. 147）。

患者は自身の身体とその産物に対し、法的に保護されるべき財産権を有していることを裁判所が認めれば、公正な利益分配が行われるであろう。「自身の組織に対する財産権が認められれば、公正の概念が実現するとともに不当利得の防止にもつながり、道徳的に容認できる結果に至る。・・・平等と公正という社会通念は、財産権を認めることを要求する。ヒト生体材料から引き出される金銭的利益やその他の利益は膨大である。その原料の提供者がこうした膨大な利益の公正な分配を受けることを否定することは、不公正でもあり道徳的悪でもある」（営利権に向けて、前掲、34 UCLA L.Rev.、p. 229）。「提供者の財産権を認めれば、提供者と研究者それぞれの貢献の価値に比例して、提供者と研究者に金銭的報酬を付与することになり、

不当利得を防止することができる。バイオテクノロジーは患者と研究者双方の貢献に依存している。固有の特性を持つ細胞を提供する患者の貢献がなければ、遺伝子組み換え細胞の医学的価値は取るに足りないものになるであろう。細胞製品を開発する上での知識と技能を持つ医師の貢献がなければ、患者の細胞の商業的価値は取るに足りないものになるであろう。患者に報酬を付与しないと、研究者の貢献だけを認めることになるため、研究者が不当利得を得ることになる」（同文献 p. 230）。要するに、控訴裁判所が簡潔に述べている通り、「科学が利益目的の科学になってしまったのなら、患者を利益分配から排除することに正当な理由を見いだすことは一切できない。」

5. 横領の訴因を本件に拡大することを拒否する多数派の第2の理由は、「州議会が意思決定を下すべきである」というものである（多数意見、前掲 p. 147）。州議会がこの主題に関して行為能力を有することを、私は疑ってはいない。しかしながら、州議会が選択した場合に介入することができるという事実によって、本件で主張されている権利侵害に対する効果的な司法上の救済を実施したり、あるいは必要であれば救済手段を創設する裁判所の義務が免除されるわけではない。前述したように（第1項、前掲）、横領の訴因を認めることがこれらの事実に対する適切な救済手段になるのであれば、州議会はまだこの問題を取り上げていないというだけの理由で認めることを躊躇すべきではない。躊躇することは、法典、特に判例法の産物である不法行為に対する当最高裁判所の責任を放棄することになる。また、バイオ科学とバイオ業界の急速な発展によって、現時点ではこのような問題を解決する差し迫った必要性が高まっているので、行為することを躊躇するのはとりわけ遺憾なことである。

さらに、ヒト生体材料に対する現在の法的規制から引き出した私の推論は、多数派が引き出したものと正反対である。多数派は、制定法を選択的に引用することで（多数意見、前掲 p. 137、脚注 22、23）、ヒトの臓器や血液を自由市場で販売することは法律上できないと示唆し、州議会が本件について行動すれば、バイオ研究開発にヒト組織を利用することへの金銭的報酬も同様に禁じるであろうと暗示しているようである。しかし、実際にそう主張するのであれば、主張の前提が誤っている。世間一般の誤解に反して、ヒトの臓器や血液の販売は法律上認められないというのは事実ではない。臓器に関して、多数派は統一死体提供法（保健安全法第7150条以下；以下、UAGA）に依拠し、意思決定能力のある成人は自己の身体の一部を死後に提供することができるが、提供と引き換えに「価値ある対価」を受け取ることはできないとしている。しかし、身体の一部の販売に対するUAGAの禁止は、多数派が認識しているよりはるかに制限されたものである。同法の規定（保健安全法第7155条、下位条項(a)による禁止は、「移植」または「治療」の場合の販売のみに適用されるのである^{FN22}。しかしながらUAGAの別の条項では、「医学教育・歯学教育、研究、医科学・歯科学の発展」など、追加の目的のために身体の一部を移転すること、受領することを認めている（保健安全法第7153条、下位条項(a)(1)）。このような追加の目的のために身体の一部を販売することを禁じた条項は、UAGAのどこにも盛り込まれていない。従って明らかな含意として、そのような販売は法的に許されるのである^{FN23}。実際、UAGAが「移植」または「治療」のための販売以外でも臓器の販売を禁じていないという事実から、研究や科学発展の目的でヒト組織をバイオ企業に販売することも法的に許されるのではないかという更なる含意が導かれる。

FN22：これは、「調整」すなわちペースメーカーのために販売する特殊なケースにも該当する（例えば保健安全法第7153条、下位条項(a)(4)を参照）。

FN23：「当該制定法は・・・その条項により、移植および治療を目的とした販売のみを禁じている。研究や教育を目的とした提供については、かなり明確に許可していることを考慮すると、治療以外の目的であれば販売は許されると結論付けることができる。実際に科学者らは、研究を目的としたヒト組織の購入と販売を、明らかにこうした制定法に妨げられることなく行っている」（小論文、「ベティ・デービスの瞳を持った女」：取用とデュー・プロセス条項に基づく死体臓器の同意なき摘出を評価する（1990年）90 Colum. L.Rev. 528, 544, 脚注 75（以下、コロンビア小論文））。

ヒト血液の販売に関しては、状況ははるかに単純である。すなわち、ヒト血液の販売に対する禁止は事実上一切ない。多数派が依拠する保健安全法第 1606 条は（多数意見、前掲 p. 137, 脚注 23）、当該条項の関連部分で、輸血用の血液の調達と利用は「サービス提供と解釈するものとし、サービスと解釈すべきことを宣言し・・・販売と解釈してはならず、解釈すべきではないことを宣言する・・・」と定めている。しかし、この部分は見かけ倒しである。すなわち同制定法は、自分の血液を販売することはできないとは定めていない。つまり血液は本人の財産ではないとは言っていないのである。「多くの法域では血液またはその他のヒト組織の移転を、販売ではなくサービスに分類しているが、この位置付けは、ヒト組織が財産であるという概念と矛盾するわけではない」（コロンビア小論文、前掲、90 Colum. L.Rev.、p. 544, 脚注 76）。その理由は明白である。「大量に採取するのでなければ、血液、血漿、精液、または組織へのその他の補給源の販売を禁じている州制定法や連邦制定法はない。しかしながら各州法は通常、このような有償の移転を、商品の販売ではなくサービスの提供と位置付けている。・・・このような取引を商品の販売ではなくサービスの提供と位置付ける主な法的理由は、汚染された血液製剤に対する、一般的な製造物責任の原則や（統一商事法典の）黙示の保証規定に基づく責任を回避することである」（OTA 報告書、前掲 p. 76, 脚注省略）。前記がこの無害な法的規制の真の目的であることを、各裁判所は繰り返し認めている（例えば次を参照：Hyland Therapeutics 対カリフォルニア州上級裁判所の訴訟（1985年）175 Cal.App.3d 509（220 Cal.Rptr. 590）、Cramer 対 Queen of Angels Hosp.の訴訟（1976年）62 Cal.App.3d 812（133 Cal.Rptr. 339）、Shepard 対 Alexian Brothers Hosp.の訴訟（1973年）33 Cal.App.3d 606（109 Cal.Rptr. 132））。従って、多数派が依拠する同制定法にかかわらず、輸血その他どのような目的にせよ、自身の血液を販売することはカリフォルニア州において完全に合法的なことであり、事実このような販売が特に血漿市場ではありふれたことなのである（OTA 報告書、前掲 p. 121 を参照）。

従って、ヒトの臓器や血液の移転を規制している各制定法は、ヒト血液細胞を同意なしに商業的に利用したとする横領の訴因を認めない多数派の拒絶を裏付けるものではない。逆に、かかる各制定法は臓器と血液のいずれをも、様々な状況において合法的に販売できる財産として扱っていることから、自身の血液細胞も同様に財産であり、これに対して報酬を受けることができ、受けるべきであり、従って横領法により保護されるべきであるとするムーアの主張を、制定法は暗に裏付けるものである。

6. これらの事実に関する横領の訴因を認めない多数派の最後の理由は、取り上げるのに適した（と多数派が主張する）別の訴因も訴状には記述されていることから、横領の訴因を認める「差し迫った必要性はない」というものである（多数意見、前掲 p. 147）。その訴因とは、「患者の同意を取得する上で重要な事実を開示しないという信託義務違反、あるいは・・・患者のインフォームド・コンセントを最初に取得することなしに実施された医療的処置」（同文

献 p. 129）である。最後の理由ではあるがこの理由は、多数派の最小の理由ではない。事実、横領の訴因に関する多数意見の論議の基調になっており、論議全体を通じてまるでライトモチーフのように繰り返されている。

簡潔にするため、この複数要素から成る訴因を以下では簡単に「開示義務違反の訴因」とする。医師が研究上の利益や経済的利益を有する患者の治療を意図する場合、医師は治療する前に患者に対しその利益を開示する信託義務を負い、開示を怠った場合は開示義務違反の訴因が成り立つとともに、本件の訴状には少なくとも Golde 被告に対しそのような訴因が明示されていると多数派は判示している。ここまでは私も同意する。しかし、本件の状況においては開示義務違反の訴因が適切であり、実は横領の訴因より重要であり、これに取って代わるものであるとする多数派の結論には不同意である。私の見解では、開示義務違反の訴因は少なくとも三つの根拠により不十分である。

第 1 に、「医師の開示義務の実施」により患者の選択の自由は保証されると多数派は論じている（多数意見、前掲 p. 147）。多数派は、開示義務をどのように「実施」するのかについては明確化しておらず、開示義務は立法や行政の規定ではなく司法判断により生じるものであるから、開示義務は主として、開示義務違反の損害賠償訴訟に対する従来の司法的救済によって実施されるとわれわれは推論する（多数派の意見）。従って、明らかに多数派の理論は、損害賠償訴訟の脅威が予防的効果を持つ、すなわち訴訟の脅威がインセンティブとなって医師兼研究者は治療の前に利益相反を開示するため、患者が自身の身体の一部になされることについてインフォームド・デシジョンを下す患者の権利が保護されるというものである。しかし、このような救済は概ね錯覚である。「医師による重要な情報の開示不履行に基づく訴訟は、過失に関連する。しかし実際問題として、この種の過失理論に基づいて損害賠償金を得るのは困難であろう。なぜなら患者は自身の被害と医師の開示不履行との間の因果関係を証明しなければならないからである」（Martin & Lagod, バイオテクノロジーとヒト細胞の商業的利用：生命と技術の有機的観点に向けて（1989年）5 Santa Clara Computer & High Tech L.J. 211, 222, 脚注省略、斜体は追加部分）。損害賠償を得る上での障害は二つある。まず、「患者は、すべての関連情報を開示されていたとしたら、当該処置に同意することを自分は拒絶していたであろう、ということを実証しなければならない」（同文献）。Cobbs 対 Grant の訴訟（1972年、8 Cal.3d 229, 245（104 Cal.Rptr. 505, 502 P.2d 1））という画期的な裁判に際して当最高裁判所が説明したように、「医師の開示不履行と原告の被害との間に因果関係がなければならぬ。このような因果関係は、開示されていれば治療への同意は付与されなかったことが実証された場合にのみ生じる。」^{FN25}

FN25：これは、別の判例でも原則となっている。ある重要な判例では、次のように認めている。「医療過誤訴訟一般と同様に、十分情報を開示しなかった医師の不履行と患者の被害との間に因果関係がなければならぬ。因果関係は、処置に伴う重大なリスクが開示されていれば、処置に反対する意思決定がなされていた場合に限り存在する」（Canterbury 対 Spence の訴訟（D.C. Cir. 1972年）464 F.2d 772, 790, 脚注省略、2 Louisell & Williams, 医療過誤（1989年）インフォームド・コンセント, 22.14, pp. 22-49~22-50 による）。損害賠償を得る上での二つ目の障害はさらに高く、しかも一つ目の上に作られたものである。すなわち原告は、十分な情報を開示されていれば処置案への同意を自分自身が拒絶していたことを証明するだけでは十分ではなく、同じ状況で相当に慎重な人であれば、同意を付与しないことも証明しなければならない。この「客観的」基準の目的は明白である。すなわち「正式事実審理の時

点では、開示されていなかった危険が現実のものになっているため、危険を知らされていたら処置を拒絶していたと原告の患者が主張するのは当然のことである。原告は、過去を振り返る際の鋭い洞察力をもって主観的に前記のように考えるかもしれないが、患者の苦痛と失望感を盾に医師を危機に陥れることが正義にかなうのか、当最高裁判所は疑問に思う。従って、客観的な基準が望ましい。すなわち、重大な危険をすべて十分に知らされていた場合、患者の立場にいる慎重な人が下していたであろう意思決定である」(Cobbs 対 Grant の訴訟、前掲、8 Cal.3d 229, 245)。この場合も、原則は一般的なものである。「この問題を検討したことがある裁判所の大多数は、原告の立場にいる患者が十分な情報を得ていたらどのように行動したかに重点を置いて、客観的基準を適用している」(2 Louisell & Williams, 前掲文献、22.14, pp. 22-50~22-51)。この原則は、陪審に対する標準的な説示にも盛り込まれている。すなわち同意を取得する前の開示不履行は、「患者の立場にいる相当に慎重な人が、重大な危険をすべて十分に知らされていたら、“治療”“手術”に同意していなかった場合」に責任を負う結果に至る(BAJI No. 6.11 (第7版、1986年に製本された巻))。

相当に慎重な人であれば、最終的に法益侵害をもたらした身体的被害の特定のリスクを医師が開示していたら治療案や処置案に同意していなかったことを原告が証明するのは、通常のCobbs型の訴訟でも難しいかもしれない(例えば次を参照:Morganroth 対 Pacific Medical Center, Inc.の訴訟(1976年) 54 Cal.App.3d 521, 534 (126 Cal.Rptr. 681) (Cobbs型の訴訟において、脳卒中中のリスクを告げられていれば原告は冠血管造影を拒絶していたとする証拠の不足をとりわけ根拠として原告の控訴を棄却))。その理由は、多くの症例においては患者を治療することによるベネフィットの可能性の方が、開示されない被害のリスクより重要なものは明らかなからである。しかしこのアンバランスは、多数派が現在検討している種類の開示義務違反の訴訟ではさらに大きくなる。すなわち、本件において扱っているのは脳卒中といった身体的被害のリスクではなく、廃棄された患者の組織の一部を医師が後に科学研究または商品開発に利用する可能性である。このような研究や開発の可能性を開示することによって、相当に慎重な人が治療や処置への同意を拒絶すると考える裁判官や陪審員は、いたとしても数少ないであろう。例えば係属中の本件の場合、被告らがムーアの細胞を利用する計画を開示していたとすれば、ムーアの立場にいる相当に慎重な人、すなわち脾臓が著しく肥大した非白血病患者は、自身の命を救う、あるいは少なくとも延長させる通常の手術への同意を拒絶していたと考える事実認定者はいないであろう。Morganrothの訴訟(同文献)と同様に本件も、主原因を証明できなかったとする、訴え却下の申し立てによって一件落着になるだろう。従って本件においても、開示義務違反の訴因による訴訟の脅威は、概ね張り子の虎なのである。

開示義務違反の訴因が不十分である第2の理由は、この訴因では本件で提起された問題の半分しか解決しないからである。患者に付与される権利は同意を拒絶する権利のみ、すなわち自身の組織の商品化を禁止する権利のみであり、かかる商品化による収益の分配を受ける条件で商品化に同意する患者の権利は付与されない。「組織の商品化へのインフォームド・コンセントを裏付ける正当な理由があったとしても、開示要件は、全面的に参加する患者の権利を完全に認めることへの最初の一步に過ぎない。商品開発からの利益の分配を受ける権利なくして、商品化へのインフォームド・コンセントの権利のみ与えられても、患者にあるのは自身の組織利用に対する拒否権のみである。しかし、患者には自身の組織に対する所有権があることを認めれば、積極的に参加する権利が患者に与えられる。そうすれば患者は、営利目的のバイオテクノロジー研究において医師と平等のパートナーの役割を担うことができる」(Howard, 前掲、44 Food Drug Cosm. L.J., p. 344)。プラス面を強調する古い歌の歌詞とは反対に、開

示義務違反の訴因はマイナス面を強くしプラス面を弱くするものである。つまり、患者は「ノー」とは言っても「イエス」と言うことはできず、自身の貢献による収益の分配を期待することはできないのである。しかしながら前記(第4項、前掲)で説明したように、このような利益の分配を受ける患者の権利を認めることには、倫理と公正にかなう正当な理由がある。開示義務違反の訴因ではこの権利は保護されない。従って開示義務違反に対する救済は、この権利を確実に保護する、横領法に基づく救済に十分取って代わることはできない。

第3に、開示義務違反の訴因では、主要な潜在的被告を対象にすることができない。主要な潜在的被告はすべて、原告との関係において、医師と患者の厳密な関係の外部にいる。従って多数派は、開示義務違反の訴因に関してムーアに直接責任を負うのはムーアを治療した医師であるGolde被告のみであるとしている。「理事会、Quan, Genetics Institute, Inc., Sandozは医師ではない。Goldeとは異なり、これら被告はいずれもムーアと信認関係にはなく、医療的処置に対するムーアのインフォームド・コンセントを取得する義務も負わない」(多数意見、前掲 p. 133)。これら被告に関して、多数派はムーアに損害賠償を得るわずかな希望のみを与えている。すなわち、開示義務違反の訴因に関してこれら被告に責任があるとすれば、「Goldeの行為を理由とする場合に限り、かつ代位責任など、広く認められた二次的賠償責任の理論に基づく場合に限り」と多数派は述べている(多数意見、前掲 p. 133)。二次的賠償責任に関する訴状の主張が十分か否かという問題について多数派は判断を示していないが、この主張を否認することを強く暗示している^{FN27}。さらに多数派は、前記の被告企業に二次的賠償責任があると主張は不十分であると、第一審裁判所が既に決定しているとも述べている(多数意見、前掲 p. 134)。

^{FN27}多数派は、第3修正訴状の第4節に記述されている代理関係に関する主張の一部を引用して、「一般的な定型の文言の悪例」であるとしてその主張を批判している(多数意見、前掲 p. 134、脚注12)。しかし、「定型の文言」であることに対する異議が正当であるなら、雛形として広く使用されている連邦控訴裁判所裁判官会議の必須様式が要求され、法律事務所のコンピュータの起草プログラムが用いられるこの時代に、検査に合格する訴答書面はほとんどないであろう。引用された訴状の文言が、一般的な意味での任意代理の事実を主張している点についてはその通りであるが、主張する形式としても適切である(5 Witkin, カリフォルニア州手続法(第3版、1985年)、訴答書面、第868条、pp. 309-310)。また、二次的賠償責任を裏付ける多種多様な代理関係(「代理店、雇用、パートナーシップ、合弁事業」)について訴状で主張されているのも事実であるが、本件のように、そのような幾つかの代理形式のうち、正式事実審理で実証されるのがどれかを原告が予測できない場合には、このような主張も、行きすぎない形での代替の訴答書面として認められるはずである(4 Witkin, 前掲文献、訴答書面、第355条、p. 410)。さらに、多数派は第3修正訴状の第5節に言及していないが、私の見解ではこの節には、Goldeが被告企業の代理人であり、当該被告企業が、ムーアに対するGoldeの行為を追認した旨の十分な主張が記載されている。

ムーアのような原告が二次的賠償責任の十分な理論に基づいて訴答または実証できない場合、開示義務違反の訴因は、ムーアの組織を商業的に利用した複数の当事者を対象にすることができず不適切である。このような当事者として、例えば患者を自ら治療したのではない医師兼研究者、医師ではないその他の研究者、前記の雇用者(あるいは治療した医師もこれに該当する可能性がある)、ヒト組織の商業的利用に後日関与した個人や法人等が挙げられる。このような当事者の一部または全員が、当該時点でたまたま医師と患者の正式な関係を原告が有してい

た相手の特定の医師よりも、かかる商業的利用に深く関与し、それによって多くの利益を得た可能性は十分に考えられるのである。

要するに、開示義務違反の訴因は（1）大半の訴訟では成立しない可能性が高く、（2）自身の組織の商業的利用による収益の分配を受ける患者の権利を保護することにつながらず、かつ（3）真の搾取者が責任を免れるのを許すことになる可能性がある。従って私の見解では、横領の訴因に十分取って代わることはできない。

7. 私は司法の最高機関としての当最高裁判所に敬意を表することから、最後に1点、強調しておきたい。すなわち、多数派がその多数意見の全体を通じて行っている素人の生物学講義を、私は全く受け入れることができない（多数意見、前掲、脚注2、29、30、33、35、および本文 pp. 138-139）。幾つかの理由により、この資料の大半は当最高裁判所の裁判官の意見として盛り込むには不適切である。

第1に、被告らの特許を除き、当該資料のいずれも、カリフォルニア州裁判所規則で定義される上訴用記録に該当しない。今回の上訴は、法律上敗訴当然の旨の抗弁および相手方訴答の方式に対する抗弁が認められた後に下された却下判決の結果であるため、訴答書面以外には事実上、何ら記録はない。上級裁判所では同の訴訟の正式審理が行われなかったため、多数派が説明している40の不明瞭な医学的主題に関して、証拠が一切ないのである。その代わりに、医学的説明のために多数派が依拠する文書はすべて、実体的事項に関するGolde被告の上訴趣意書の添付書類となっている。しかし、このような添付書類は上訴趣意書自体と同様に記録の一部に過ぎない。なぜならこの記録には、第一審裁判所が判決を下す前の資料しか含まれていないからである（カリフォルニア州裁判所規則、規則4～5.2を参照）。前記の文書はいずれも「上級裁判所の原本ファイルの一部」ではなかったため、Goldeは前記の文書を含めることで上訴用記録を補うことはできなかった。上訴用記録とするためには、上級裁判所の原本ファイルに入っていることが先行条件だからである（カリフォルニア州裁判所規則、規則12(a)。「一般原則として、第一審裁判所が判決を下す前の文書を上訴用記録の一部として含めることはできない」（Doers 対 Golden Gate Bridge etc. Dist.の訴訟（1979年）23 Cal.3d 180, 184, 脚注1（151 Cal.Rptr. 837, 588 P.2d 1261））。

第2に、これらの文書の大半は、ムーアの「遺伝物質」が「唯一無二」であるか否かに關する多数派の検討のみ、または主として関連しているが（多数意見、前掲 p. 139を参照）、この検討全体が、今回の上訴と法的に何の関連もない。Broussard裁判官が別の意見書で次のように述べているのは正しい：「唯一無二性の問題は、横領の訴訟を提起する原告の基本的権利とは何ら適切な関連がない。通常の財産も唯一無二の財産も当然ながら同様に、横領から保護される」（Broussard裁判官の同意意見と反対意見、前掲 p. 157）。

第3に、次の取るに足りない問題は、論議するにも取るに足りない。プライバシー権に関する特定の判決との類似性に「ムーアは主として・・・依拠している」と多数派は主張するが（多数意見、前掲 pp. 137-138）、これは正確ではない。カリフォルニア州裁判所規則によると、上訴審による審査の場合に一般にそうであるように、上訴審の当事者の主張は各々の準備書面で提起した論点のみに限定される（カリフォルニア州裁判所規則、規則29.3を参照）。当最高裁判所でのムーアの実体的事項に関する準備書面で、ムーアは多数派が主張しているプライバシー権に関する判決について引用もしていなければ、ましてや「主として依拠している」

はずもなく、また、そのような判決の原則との類似性を引き出してもいない。確かに、現在多数派がムーアに起因するとしている類似性の論点を、当最高裁判所での口頭弁論の過程でムーアの弁護士が簡潔に言い換えたが、当然ながらいずれの当事者も、口頭弁論で初めて新たな論点を提起することはできない。

第4に、本件に関して多数派が依拠している資料の多くは、現在の分子生物学の分野の専門家により、当該専門家に向けて作成されたもので、高度に科学的な専門用語が使用されている（例えば次で引用されている論文を参照：多数意見、前掲、脚注30の第2段落、および脚注35の第2段落）。私の知る限り、当最高裁判所の構成員の中で、分子生物学者として教育を受けた者は皆無であり、医師としての教育さえ受けた者はいない。従って、専門家の証言が記録されていなければ、このような医科学の難解な側面を説明する能力が多数派にないのは、医師に、流通証券法、連邦所得税制度あるいは永久拘束禁止則に違反する権利に関する難解な問題を説明する能力がないのと同じである。

分子生物学を詳しく説明しようと試みる中で、多数派は二つの重大なリスクを犯している。一つ目は、多数派には分子生物学の背景がないことから、自らが読んでいる内容を全く理解できていない点である。これは門外漢が、法律専門誌の高度に専門的な論文を理解できない可能性があるのと全く同様である。実は多数派は既に、まさに落とす穴にはまってしまったと言いたい。多数派の説明の一部は間違っており、曖昧であり、不完全なように見えるからである（例：多数意見、前掲、脚注29）。

二つ目は、不作為のリスクである。多数派は米国で刊行された法律文献の大半を閲覧しているが、多数派が医学文献を理解できたとしても、実際問題としては事実上、これら文献のいずれも閲覧していないのである。それは、多数派が入手して現在依拠し、その掲載記事が、本訴訟の当事者の一人によって当最高裁判所に提出された医学論文の各々が、明らかにバイアスがかかった情報源であるという事実によって実証される。多数派が主張したい医学的重要事項を独自に研究するだけの備えが多数派にはないため、重要事項の一面のみを提示するというリスクを犯している。別の研究者らは異なる、あるいは全く反対の結果にさえ到達しており、私利私欲に走っている被告らが当最高裁判所に提出していない刊行物にその結果が掲載されているという可能性も十分考えられる。この主題に関する多数派の説明が正確でバランスの取れたものかどうかについては、分子生物学の専門家に任せたい。そのいずれでもない可能性を懸念するため、多数派の主張のいずれも支持することはできない。

私なら控訴裁判所の判決を維持し、横領の訴因に対する妨訴抗弁を却下するよう第一審裁判所に指示するであろう。

被上訴人の再審理の請願は1990年8月30日に却下された。Mosk裁判官とBroussard裁判官は、請願を認めるべきであるという意見であった。

1-2 ウィリアム・カタロナ対ワシントン大学

1-2-1 新聞記事による訴訟の概要⁴

以下は、カタロナの訴訟について記述し、患者の権利向上についても論じた『ニューヨーク・タイムズ』の記事の抜粋である。同記事の著者は、患者の権利向上を支持する本も執筆している。同記事では、研究者らの見解も説明している。

ウィリアム・カタロナは、紛れもなく世界有数の前立腺外科医である。彼は、王族、スタン・ミュージアル、ジョー・トーリのみならず、他に何千人もの男性の外科手術を担当した。しかし、彼は研究者でもある。彼とその患者がヒト組織に関する最大の問題のすべて、すなわちヒト組織の所有権、ヒト組織による研究への同意、管理、かかる研究への参加を中止する患者の権利等の問題を結集した初めての訴訟で、1年前にセントルイスの連邦法廷に出廷することになった理由も、彼が医師兼研究者であったことにある。

カタロナが前立腺癌検体の収集を開始したのは、80年代後期であった。現在、世界有数のそのコレクションは、12を超える業務用冷凍庫を満たしている。その結果、前立腺癌に関して非常に重要な進歩が遂げられた（とりわけ彼はこれを利用して、前立腺特異抗原検査が大半の前立腺癌を予測することを実証した）。そのコレクションは膨大である。すなわち、3万6,000人の男性からの前立腺検体は4,000件を超え、血液検体は25万件である。これら男性の中には、カタロナが提供者を求めて依頼した新聞広告やラジオの宣伝を通じて彼のもとに来た者もいた。別の医師から紹介された患者もいたが、多くは彼の患者であった。

カタロナは患者に情報を開示する姿勢を堅持していた。すなわち、研究とそのリスクを説明した詳細な同意書を渡し、その同意書には「参加は任意なので、この研究に参加しない選択をすることもでき、また、いつでも同意を撤回することができる」と記載されていた。彼は研究に関する最新情報を伝えるため、四半期に1度ニュースレターまで送付していた。問題は、カタロナとその患者の見方が、カタロナの雇用者であるワシントン大学とは異なっていた点にあった。

数年前、ワシントン大学は同検体を入手した。コレクションの価値は1,500万ドルを上回る可能性があった。裁判所で公表された文書の中で、ワシントン大学当局者は、カタロナがヒト組織検体をバイオ企業の共同研究者に無償で提供したことを訴え、カタロナへの支援と引き換えに同大学が得たものは「カタロナの論文が掲載される可能性」のみであり、同大学はこれを「容認できない」としていた。（カタロナにはビジネス手腕はない。前立腺特異抗原検査について彼固有の用途の特許を取得すれば何百万ドルもの利益につながるのだが、特許を取得しようとすることは決してなかった）。同大学はその収集を進めるために数百万ドルを投資した。同大学によると、冷凍庫、検査技師、カタロナが検体を保管した建物の費用である。その費用の資金の一部は、カタロナが同大学にもたらした数百万ドルの連邦研究補助金から、一部はカタロナの患者からのものである。しかし同大学はカタロナの給与、健康保険料、医療過誤保険料、損害賠償保険料を支払っていた。同大学とカタロナ間の契約では、同大学がカタロナの知

的財産を所有すると定められていた。従って同大学が組織検体を所有したのだと、同大学は主張した。

そのようなわけでカタロナはワシントン大学を辞し、シカゴのノースウェスタン大学に研究室を移した後、次のような書簡を1万例の患者に送付した。「あなたは検体を私に委託され、私はそれを共同研究に使用した。その結果は今後の医療に役立つとともに、この先何年も他の患者さんの治療に役立つものだ。」その研究を続けるためには、「あなたのご支援と許可が必要だ」と彼は書いた。患者が署名するための文書を書簡に同封したが、その文書には次のように記載されていた。「ノースウェスタン大学のカタロナ医師の要請に応じて、私の試料をすべてカタロナ医師に提供してほしい。私は自分の検体が、カタロナ医師の指示に従う場合に限り、かつ、研究目的に対する同医師の明示的な同意があった場合に限り使用されるという条件で私の検体を同医師に委託した。」数週間内に6,000例の患者が同文書に署名し、返送してきた。しかしワシントン大学は、患者らの要請を拒絶した。ワシントン大学が患者の知らない科学者らに研究目的で検体を配布していたことが後になって判明した。

「私はただ、前立腺癌を治療するカタロナ先生の役に立ちただけです」と、カタロナの患者の一人、Tom McGurkは、つい先ごろ会ったときに私に告げた。信じられないという顔で彼は次のように続けた。「私の試料がどうなったのか、今では誰にも分かりません。私のDNAはあの検体の中にあります。それは私の子供のDNAだし、私の孫のDNAでもありません。あの試料で研究しているのは誰ですか？あの試料で何をしていますのですか？」もう一人の患者、Richard Wardの場合、影響は現実的である。彼の癌は10段階の悪性評価尺度で8である。再発した場合に生存するための最善の可能性は、自身の腫瘍検体の分析に基づく治療にかかっている。彼は、自身の疾患が遺伝性であることについても憂慮していた。「ワシントン大学は私の身体の一部を同大学が所有していると言っています。彼らは私の命や私の子供たちの命から、経済的利益を引き出そうとしています・・・それを考えただけでも気が変になりそうです」と彼は私に告げた。

これら患者の同意書には、次のように記述されていた。「私は組織検体および／または血液検体を、ウィリアム・カタロナ医師の研究のために提供する。」同意書には、ワシントン大学に提供するのは記載されていない。従ってワシントン大学が検体の移転を拒絶したとき、数人の患者は研究への参加をいつでも中止できると同意書に記述されていたのだから、コレクションの中から自分の組織検体を移してほしいと求めた。同意書の規定は、求められれば同大学は個人の識別情報を検体から取り去るが、匿名のものとして組織検体の利用は続けられるという意味であると同大学は解釈し、患者の求めを拒絶した。

2003年8月、コレクションの所有権を確立するため、ワシントン大学はカタロナを訴えた。この訴訟でワシントン大学は、カタロナがとりわけ「同大学の患者リストを不当に入手した」と述べ、検体に対する「所有権および／または支配権の主張には裏付けがない」と主張した。カタロナは、検体は患者に帰属するものであるから、自身も同大学も検体を所有することはできないと反論した。裁判官は患者の証言を求めた。そこでカタロナは、患者らに連絡を取り始めた。患者らは証言以上のことを行った。すなわち数名は、訴訟の原告でも被告でもないが、自身の利益を保護するために自主的に訴訟に参加する訴訟参加人として訴訟に加わることを請願した。

⁴ Rebecca Skloot「あなたの身体からほんの少し取るだけ」2006年4月16日付、『ニューヨーク・タイムズ』

<<http://www.nytimes.com/2006/04/16/magazine/16tissue.html?pagewanted=all>>

カタロナは、訴訟の具体的な詳細について説明することはできなかったが、関連する問題については言いたいことが山のようにあった。彼は次のように語った。「患者や科学の利益と大学の利益とが相反することがよくあるのです。ですから大学がその利益を保護することが、患者の不利になることがあるのです。」唯一の解決策は開示であると彼は述べた。「患者に対して誠実に対応し、どのような研究をしているかを患者が理解すれば、患者はその組織の使用を認めてくれます。患者は私ども医師と同じくらい科学の進歩を願っています。しかし患者は、取り決めが必要なことも理解しなければなりません。」問題は、カタロナの患者は取り決めが必要なことは分かっていると考えていたが、ワシントン大学の意見が異なった点にあった。大学のスポークスマン Don Clayton は、患者が自身の血液や組織の「返還の要求」や「他への移転」ができるようになると、バイオバンクは「管理不可能」になり、「あまりにも煩雑になるために科学者の研究が妨げられることになる」と述べた。

Vanderbilt biomedical ethics center の Ellen Wright Clayton にとって、この訴訟は「コモン・ルール」(Common Rule; アメリカ保健福祉省被験者保護局規則第 45 編第 46 部)の作成者が意図した形でコモン・ルールを明確化するものになった。彼女は専門家証人としての立場で、患者は自身の組織が研究に使用されるのを拒絶できるとコモン・ルールに明確には記述されていないが、それはただ、ヒト組織が問題になる前にコモン・ルールが定められたからに過ぎないと主張する。しかしコモン・ルールの趣旨、すなわち患者が望んでいない研究の参加者になることから患者を保護するという目的からして、前記のように患者が拒絶できるという意味のほかにはどんな意味があるのか? と彼女は語る。患者の意思に反して、ヒト組織を匿名化した上でそれを研究に使用し続けることは、彼女によれば「拒絶する権利を完全に骨抜きにするものだ。」それは、ヒト組織の研究上の有用性を低下させると同時に、患者の今後の医療にとっても不利である。

カタロナの訴訟は、この種の問題が裁判になった初めての事例である(ヒト組織収集に関する意見対立が表面化したことはほかにもあったが、それらは和解している)。カタロナの患者らには和解する意向はなく、先例を作りたいを望んでいた。ヒト組織研究への参加を拒絶する患者の権利(研究に使用されていた自身の検体をいつでも取り戻す権利)を定めるものとして、初めての事例になるわけである。また、基本的に保存されていたヒト組織に対し、患者は所有権を有するののかという問題を、初めて提起した訴訟でもある。Golde がムーアの検体を「変換した」という事実のために所有権の問題が複雑化したムーアの訴訟とは異なり、ワシントン大学は患者の検体に対し何ら革新的なことは行わなかったため、カタロナの訴訟は問題が分かりやすい。カタロナの訴訟では試料は単に保存されていただけである。つまりカタロナの訴訟は、純粋な原料の所有者は誰かという問題を扱った初めての事例なのである。

カタロナの訴訟の審理が行われてから 1 年が経過したが、裁判官はまだ判決を下していない。敗訴側は恐らく控訴するだろう。最終的には最高裁判所の判決を仰ぐことになる可能性があるが、それには 10 年、あるいはそれ以上かかるだろう。つまり、世界最大の前立腺癌試料のコレクションが科学の進歩に寄与するのではなく、訴訟のために身動きが取れない状態になるわけであり、それが患者、カタロナ、および患者らの弁護士の助言者 Lori Andrews などの関係者全員を激怒させている。彼女は次のように語った。「患者らは前立腺癌に関する研究を促進するために組織を提供したのであり、大学の利益に関する問題で停止状態にするためではない。」

1-2-2 法律専門家による訴訟の概要⁵

以下は、オンラインで閲覧可能なカタロナの訴訟の概要として最も包括的なものである。この概要は(同訴訟とは関連のない)法律専門家が、ヒト組織の所有権が法律問題にまで発展したことに關し、2008 年冬に執筆した論文の一部である。訴訟の中立的なまとめになっていると同時に、裁判所が下す判決の影響も分析している。

① 法律専門家による訴訟の基本的説明

提供されたヒト組織の所有権に関する最近の裁判所の判決は、ワシントン大学対カタロナの訴訟に対して下された。この訴訟は、研究大学、同大学に元所属していた研究科学者、および組織提供者の間の所有権紛争に関するものである。連邦地方裁判所と第 8 巡回控訴裁判所のいずれも、提供者が「自身の生物学的試料を」、同大学による雇用が終了した後の研究科学者の元へ「移転するよう指示する」ことはできないと結論付け、同大学を支持した。ムーアの訴訟やグリーンバーグの訴訟の裁判所と同様に、地方裁判所と第 8 巡回控訴裁判所の双方が、提供者には自身の検体に対する所有権はないと判断した。

この紛争には、医学研究の世界でも高度な研究で評価の高い 2 当事者が関与している。ミズーリ州セントルイスのワシントン大学(WU)は、「世界有数ではないにしても、米国有数の私立研究大学」である。

ウィリアム・J・カタロナ医師は世界的に知られた泌尿器科専門医・外科医であり、「医学界の名士と言ってもよい医師である(同医師は“泌尿器科専門の花形医師”と呼ばれている)。」

カタロナ医師は 1976 年 7 月から 2003 年 2 月まで WU で常勤として勤務し、その間 1984 年から 1998 年まで泌尿器科部長を務めている。前立腺特異抗原検査によって前立腺癌を検出する先駆けとなったカタロナ医師の元へは、前立腺癌の治療を求めて世界中から患者が押し寄せた。

カタロナ医師および「WU の他の数名の医師」は WU に在職中、「前立腺癌の研究を目的として前立腺の組織・血液・DNA の検体」を収集し、この種のコレクションとしては世界最大のものになった。訴訟時にカタロナ医師はこのコレクションを「カタロナコレクション」と呼んだが、WU は「GU Biorepository」と呼んだ。

GU Biorepository は WU が所有する建物内に收容され、「GU Biorepository の運営・維持管理に必要な資金の大半」は WU が提供した。カタロナ医師を含む大学職員は、GU Biorepository を支援するために学外から資金を調達し、カタロナ医師だけでも「数百万ドルの学外資金を調達した。」組織バンクは「臨床治療や追跡治療に使用されることはなく、用途は研究目的に厳密に限定されていた。」検体は、前立腺癌の遺伝的原因を調べるための治験に

⁵ Scott F. Gibson. 「ワシントン大学対カタロナの訴訟: 遺伝子検体の所有権の決定」2008 年
<<http://www.gflaw.net/resources/1/Determining%20Ownership%20of%20Genetic%20Samples.pdf>>
pp.176

登録した 3 万例を超える男性から採取された。このうち 2,500~3,000 例がカタロナ医師の患者であった。

カタロナ医師やその他の WU の医師は検体を収集する一方で、前立腺癌の遺伝的原因に関する治験を数多く実施した。各治験では特定の医師 1 名が「“治験責任医師”、すなわち“研究プロトコルを実施する責任者”に指定された。」各治験で治験責任医師に指定される医師は 1 名であるが、「指定された治験責任医師は一般に、他の数名の医師と共同で研究試験を進めた。」問題の組織検体は、約 3,500 件の前立腺組織検体、10 万件の血液検体約、約 4,400 件の DNA 検体を含む。前立腺組織検体は、「カタロナ医師および WU 泌尿器外科の他の医師の患者から採取された。」血液検体の約 75%は、「カタロナ医師や WU の他の医師の患者ではない研究参加者」から採取された。同様に、検体を提供した男性の一部はカタロナ医師の患者で、一部はそうではなかった。

エゴの戦いのようにも見えるこの紛争の発端は、「同大学が組織バンクの運営方法を変更した 2002 年に起きた。」カタロナ医師は、「まさに取り上げられてしまった」と話している。カタロナ医師による検体の管理を認めるのではなく、検体を使用する前にはピアレビュー委員会の承認を得るように同大学はカタロナ医師に要求するようになった。

方針の変更がコレクションの所有権や支配権に関する紛争に発展し、両当事者間の緊張が高まった。ある文書の中で WU 当局者は、「カタロナ（医師）の論文が掲載される可能性」と引き換えにカタロナ医師はヒト組織検体をバイオ企業の研究者に無償で提供したことを訴え、WU はこれを「容認できない」と判断した。カタロナ医師は制限に対して反撃した。2001 年から同医師は一連の「電話、電子メール、書簡」によって、「GU Biorepository に対する個人的所有権を主張する目的」で同大学に対し訴訟を提起すると脅迫した。カタロナ医師は検体の使用を拒絶されたのではなく、ピアレビュー委員会に申請書を提出して検体使用に対する許可を求めなければならなくなったのだが、カタロナ医師が泌尿器科部長を辞した後も、少なくとも 2 回にわたりかかる許可を求めて認められている、この紛争は使用権ではなく管理権に関する紛争だと WU は主張した。つまりカタロナは、使用だけでは満足しなかった。彼は管理を要求した。彼は、自身が当該試料を用いたオープン試験を実施していなくても、他の有資格研究者は試料を使用できないようにすることを望んだ。泌尿器科部長でもなく、WU 職員でもなくなった同医師が、GU Biorepository を自ら監視するゲートキーパーでい続けることを望んだのである。彼が望んだのは、GU Biorepository の試料を、自分が共同研究をする相手で論文の共著者となる全米の研究者に送付するための一方的かつ無制限の権利であった・・・

カタロナ医師は最終的に WU を去ることを決断した。最初はバージニア大学に移ることを求めたが、検体も彼とともにバージニア大学に移すという取引に失敗し、同大学に移ることは実現しなかった。後にカタロナ医師はノースウェスタン大学のポストを受諾した。WU を去るちょうど 5 日前の 2003 年 2 月 18 日、カタロナ医師は 1 万例の患者に書簡を送付したが、そのことを WU には告げなかった。書簡はカタロナ医師が治療した患者だけでなく、WU の他の医師が治療した患者や、WU での研究試験に参加した男性にも送付された。さらにカタロナ医師は、自身が医長を務めている研究財団が配布しているニューズレターにも書簡を掲載したため、書簡の送付先を総計すると約 6 万人に上った。

カタロナ医師が、前立腺癌の研究を続けたい希望を述べ、書簡の受取人からの支援を求めた書簡には次のように記されていた。「このような目標を達成するためには、患者さん、そのご親族、他の治験ボランティアの方々が長年にわたって私に提供してくれた組織検体や血液検体を私が持っている必要がある。あなたは検体を私に委託され、私はそれを共同研究に使用しました。その結果は今後の医療に役立つとともに、この先何年も他の患者さんの治療に役立つものだ。その研究を続けるためには、あなたのご支援と許可が必要だ。」書簡では、検体をカタロナ医師のもとに移転することを WU に指示した「医療上の同意と許可」書に署名し、返送するよう求めていた。2~3 週間内に約 6,000 名の男性が、検体をカタロナ医師のもとに移転するよう WU に指示した文書を送ってきた。

② 法律専門家によるカタロナの訴訟の法的分析

カタロナの訴訟は所有権の問題を取り上げたものであるが、これは過去の先例を検討する一方で、将来的な新技術を常に意識した上での熟考を要する難しい問題である。判決は検討を要する数多くの重要な問題を提起するものであるが、特に注意するに値する重要点が少なくとも三つある。第 1 に、地裁も第 8 巡回控訴裁も多くを語っていないが、カタロナ医師と提供者らは、訴訟で取った立場とは一致しない立場を訴訟前に取り、自らの立場を危うくした。訴訟でカタロナ医師は、自身にも WU にも検体の所有権はないと公式に主張したが、訴訟前の行為や記述はこの立場に矛盾する。

検体の所有権を有するのは検体提供者であるという立場と一致しないカタロナ医師の行為について、第 8 巡回控訴裁判所は具体的に言及している。例えばカタロナ医師は、WU が検体の所有者であることを以前には認めていた。WU は複数回にわたり、コレクションの検体を協力企業や他の研究機関の学術研究者に試料提供契約 (MTA) を通じて提供し、試料の使用を許可している。「数件の MTA にはカタロナ医師が治験責任医師または提供研究者として自ら署名し、WU が生物学的検体の所有者であることを認めている。」カタロナ医師は、WU を去る決断をするころまでは、コレクションの所有者が WU であることに異議を唱えてはいなかった。

カタロナ医師が MTA において WU の所有権に異議を唱えることを初めて試みたのは、医師が WU を辞して 1 年後のことであった。その時点ではカタロナ医師は、訴訟で主張したように検体の所有権は提供者らにあると主張するのではなく、提供する生物学的検体の共同所有者がカタロナ医師であることを反映するように MTA を修正することを試みた。カタロナ医師が修正した MTA を受諾することを WU が拒絶すると、カタロナ医師は折れて修正前の契約書に署名した上で、「弁護士 の助言に従ってそうしたが、検体の「所有権」を有するのは自分だと個人的に考えている」と主張した。

裁判でカタロナ医師は、検体を無条件の贈与として受け取ったことを否認した。検体の所有者が誰であるかを医師は述べなかったが、自分は「広義の意味で強力な所有権を有する」と主張した。医師は、研究参加者は別の前立腺外科医に検体を移転することができなければならないと主張したが、「同じ研究参加者が、有名な前立腺外科医ではない第三者にも自身の組織を移転できるとは言わなかった。」さらに提供者らの立場も、訴訟前の立場と一致しない。訴訟で提供者らは、自分たちはカタロナ先生に単に検体を委託しただけであるから、その検体の使用を支配する権利を依然として保有していると主張したが、訴訟前の提供者らの行動は、検体

が贈与であったことを反映している。例えば、裁判で証言した提供者 3 名のうち 2 名が署名した同意書には、「この試験への参加同意により、提供する体組織について有する可能性のある一切の請求権の放棄に同意することになります。」と記されていた。

別の同意書では、患者による「献血」（血液の贈与）に言及していた。さらに、訴訟時に提供者らが主張したように、提供者らが検体を提供した時点でカタロナ医師にそれを委託したのなら、医師が最も適切とみなす方法で検体を処理する権限も医師に委ねたことになる。カタロナ医師が当該時点で最も適切とみなした方法を判定する最善の方法は、彼の行為を検討することである。その行為は、カタロナ医師が署名した MTA で何度も確認されるように、WU が組織検体の所有者であることをカタロナ医師が了解していたことを反映している。この了解は、研究界の慣行と一致する。提供者らとカタロナ医師は、「研究参加を中止する権利」と主張したが、その主張を裏付ける例証は何ら提示していない。それどころか、研究参加者が研究への参加中止を選択した場合に考えられる結果として、証言で特定されたのは三つだけである。すなわち「1) WU は検体を廃棄することができる、2) WU は検体を以後一切使用することなく無期限に保存することができる、または 3) WU は識別マーカーをすべて削除した上で、適用除外の“匿名化された”研究に検体を使用することができる。」研究参加者が自分の検体を、研究を目的とする別の施設に移転するよう要求した事例を示す証拠はない。第 2 に、前述したように、カタロナ医師が検体に対する WU の所有権に初めて異議を唱えたとき、自分はいわゆるカタロナコレクションを個人的に所有していると主張した。実は医師が提供者らに連絡した際、「あなたはその検体を私に寄付したのだ」と医師は主張した。地裁や第 8 巡回控訴裁の意見書でも訴答書面でも、カタロナ医師がこの立場を放棄した理由が明らかにされていないが、その理由は、WU の職員として、検体に対する個人的所有権を取得することはできなかったからであろう。

第二次代理法リステイトメントが明らかにしているように、「別段の合意がない限り、代理人は本人に対する義務に従い、自己の代理権に関連するあらゆる事項において本人の利益のみを目的として行為する。」WU に対するカタロナ医師の義務、すなわち医学研究者として雇用されている立場によって、「代理権に関連する事項」の範囲が限定される。いわゆるカタロナコレクションは、「臨床治療や追跡治療に使用されることはなく、用途は研究目的に厳密に限定されていた。」そのような理由から、カタロナ医師は検体を収集していたとき、医学研究者である自身の代理権に関連して行為していた。法律問題として、カタロナ医師の労働の成果（本件の場合は組織検体に対するあらゆる所有権）は、検体の収集と維持管理に関連するあらゆる費用を WU が負担したことを特に理由として、WU に帰属していた。

同様に、カタロナ医師が調達した資金がバイオレポジトリーの開発や維持管理に使用されたという単純な理由から、カタロナ医師は検体を所有または支配する権利を主張することはできない。カタロナ医師が自身のウェブサイトで主張しているように、たとえカタロナ医師が「バイオレポジトリーを直接支えるための全資金を事実上すべて調達した」のだとしても、カタロナ医師は自身の雇用者を代理して行為する被用者の立場でそうしたのである。当該権利を主張することを明確に認めた雇用契約がない場合（本件ではかかる契約が存在しなかった）、カタロナ医師は自身の研究に対して報酬を要求する権利も、WU による雇用の結果として開発されたバイオレポジトリーの検体を所有または支配する権利も主張することはできない。第 3 に、カタロナ医師と提供者らは、行きすぎによって自らの信頼性を落としている。イリノイ工

科大学の倫理学者でシカゴ・セント法科大学院の法学教授である Lori Andrews は、寄託理論に基づいて、提供者は自身の検体に対する継続的な所有権を有すると頻繁に主張している。

提供者らはこの法的主張を訴訟でも提示した。人体組織に関連して寄託理論が認められたのが適切であった訴訟もほかにあるが、研究を目的とした組織検体の提供という状況では、寄託理論に説得力はない。さらに提供者らとカタロナ医師は、研究試験に使用されていた自身の組織検体の返還を要求する権利には、その検体を別の施設に移転する権利も含まれるという主張を、法的に裏付けることはできなかった。提供者の要請によって、ある研究施設が検体を別の研究施設に移転したという事例を 1 例も引用できる者がいない場合は特に、組織検体の返還および廃棄と、別の施設への当該検体の移転とを同等に扱うことは不当である。カタロナ医師と提供者らは、適用できない法理論を提示することで行きすぎたのみならず、修正主義者の歴史も繰り返している。提供者らは自身の組織検体をカタロナ医師のみに委託する意向であったと、第一審および控訴審で強く主張しているが、その主張を裏付ける確かな証拠を提示することはできていない。それどころか彼らの訴訟での立場は、組織検体提供時に当事者らが意図したことを最もよく示している関連文書や彼らの行為と矛盾している。大半の事例においてそうであるように、当事者らも、例えばカタロナ医師が WU を辞し、自身とともに検体も移転することを希望するなど、状況が変わった場合にどうなるかを考えていなかったことは明らかである。今後の研究者、特に著名な研究者は、紛争が生じる前に、あるいは辞任が差し迫る前に、研究目的で提供された組織に対する権利について交渉しておくことが賢明である。

多くの人は、摘出された自身の遺伝物質に対し、とりわけその検体によって利益を得ようとしている者がいると考える場合や、自身の意思に反する方法で自身の検体が使用される場合、強い精神的執着を感じるのとは当然である。しかしながら、カタロナの訴訟の判決でも強調されたように、検体の採取と使用に関する現在の慣行では、提供者が明らかに研究目的で提供した摘出組織に対する継続的な所有権を提供者に付与することはない。事実内容が異なればまた別の決定を下す必要性も生じるかもしれないが、そのような別の決定によってさらに難しい法的問題が提起されることになる。例えば、提供者らはその検体をカタロナ医師に委託したのであってワシントン大学ではないと、同意書に明記されていた場合、提供者らは、カタロナ医師の新たな雇用先に検体も移転するよう要求できると裁判所を説得できていたかもしれない。しかしその場合、カタロナ医師は検体を保存する経済上・法律上・規制上の責任を負うことになり、そのような責任をカタロナ医師は受け入れることができず、また受け入れるのを是としない可能性がある。カタロナ医師が当初は検体に対する責任を受け入れ、後になって気が変わった場合、提供者らは騙されたと感じるか、あるいはカタロナ医師が検体を廃棄しようとしたり、別の研究者に提供しようとするれば怒りを覚えるかもしれない。カタロナ医師の死亡や引退の場合にも同じ状況が生じるであろう。自身の検体に対する永久的な支配権を患者に付与すると、研究費用が増加し、厄介な監視システム・プロセスが必要となる上に、人命を救う研究試験が遅延することになる。

カタロナの訴訟では、このような重大問題に対処する上での実際的な方法のみを認めている。すなわち、ヒト組織の提供を贈与としたのである。贈与の明確な条件として、提供者は研究への参加を中止する限定的な権利のみを保有する。この権利を除けば提供は、提供者が何ら支配権を有することのない無条件の贈与なのである。

③ 判決：裁判所が下した判決の著者（法律専門家）による概要

地方裁判所の判決

カタロナ医師がワシントン大学を去った後、WU は検体に対する WU の所有権の確立を求めて連邦地方裁判所に宣言的判決訴訟を提起した。

カタロナ医師は、検体を提供した男性らが自身の検体の使用を指示する権利を有すると主張して反訴を提起し、WU に対して 6 事項、すなわち (1) 同意を撤回する患者（研究参加者）の権利の侵害、(2) インフォームド・コンセントの遵守不履行、(3) 患者の関係への妨害、(4) 言論の自由の侵害、(5) 黙示の寄託契約違反、および (6) 防御と補償に関する主張を提起した。その後問もなく、バイオレポジトリに組織検体を提供していた男性（提供者）8 人が、同訴訟の被告として参加することを認められた。

地裁は最終的に、終局的差止命令を求める被告らの要求に関して 3 日間の審理を開催し、この審理にはワシントン大学、カタロナ医師および提供者らが参加した。審理後、地裁は略式判決を求める WU の申し立てを認め、WU による検体使用の差止命令を求めるカタロナ医師の要求を却下した。第 8 巡回控訴裁が後に「理路整然とした意見」と呼んだ意見書の中で、地裁はこの紛争の性質を次のように簡潔に分析している。「医学研究のために生物学的試料を研究機関に自主的に提供した後も、その研究参加者は当該試料に対する所有権を維持し、従って当該試料の使用および第三者への移転を指示できるのかどうかという問題である。」地裁は、主として三つの根拠に基づき、研究参加者にはそのような所有権はないと判示した。第 1 に、WU はミズーリ州法により要求される所有権の証拠をすべて提示している。WU は検体を「独占的に占有」し、検体に対する「独占的支配権」を継続して保有していた。WU は試料を保存するための施設を提供し、その費用を負担した。試料の使用は、WU の治験審査委員会 (IRB) および倫理委員会 (HSC) の承認を得た場合に限り可能であった。カタロナ医師は GU Biorepository に関して数多くの研究を実施したが、「カタロナ医師が下した意思決定はすべて WU の被用者として下されたものである。さらに、GU Biorepository に関連して実施されるあらゆる研究に関する法律上・規制上・遵守上のリスクはすべて、WU のみが負担している。」

第 2 に、提供者らによる検体の提供は生存者間の贈与であると地裁は判示した。患者らは WU での医療研究試験に参加することに自主的に同意した。このような試験の治験責任医師は多くの場合、カタロナ医師以外の医師であった。提供者らの多くは、カタロナ医師以外の WU の医師の患者であった。同意書には一般に WU 医療センターのロゴが入っており、WU の HSC が承認するまで同意書の法的効力はないと記述されていた。同意書では、治験に関して懸念がある場合は WU 職員に連絡するよう提供者らに指示し、「提供者らのプライバシーを保護するとともに、治験参加による負担を最小限に抑えるため」WU が措置を講じると助言していた。本訴訟の主題として、カタロナ医師と提供者らは、提供者らがその検体を委託した先はカタロナ医師であると主張した。提供者らが検体を提供する時点でそのような委託先を明確に意図していたのであれば、その主張にもある程度の重要性は認められる。しかし、地裁が判示した通り、「提供者がその検体を委託する先はカタロナ医師のみであると、（提供者に）知らせる文言は同意書のどこにも記されていない。」

訴訟で提示された「意図・意向」の表現は、検体提供時の意図・意向ではなく、訴訟の目的で後から提示された表現である。提供者らが「カタロナ医師との強い個人的つながりを持ち」、かつ、提供者らが「カタロナ医師は自分の命の恩人であると考えていた」ことは、地裁も認めている。しかしながら、「意図・意向に関する提供者らの証言は、特にカタロナ医師の書簡を受け取った後の今となっては疑わしいか、あるいは少なくとも、“後悔先に立たず”を示しているに過ぎない」と地裁は判示した。カタロナ医師と提供者らは、組織検体が贈与ではなく寄託に相当すると主張した。「しかし、“寄託”が行われる場合、寄託者は寄託の対象が返還されることを必ず期待する」と地裁も述べている。検体提供時に提供者らのいずれかが、自身の組織検体が返還されることを意図していた証拠は、当事者らのいずれによっても提示されていない。さらに、「医療研究界自体、（研究参加者と）医療研究機関との関係を寄託関係であるとみなしたことは一度もない。」

第 3 に、カタロナ医師と提供者らが提示した見解は、「（蓋然性はないとしても）公共政策への波及効果を持つ可能性がある」と地裁はみなした。そのような見解から生物学的試料が珍重されると、生物学的試料は人的財産に過ぎなくなり、最高値入札者によって落札されることになる。そうなると、公衆衛生に対する研究プロトコルの重要性の問題ではなく、最高値を付けられるのは誰かの問題になる。摘出組織や DNA をオークション・サイトで売買することが、古いテレビをオークション・サイトで売買するのと同様にありふれたことになるだろう。（研究参加者が）自身の検体を、自身が望むときにいつでも、研究機関から別の研究機関へと移動させることができた場合には、あらゆるバイオレポジトリの完全性と有用性が深刻な脅威を受けることになる。さらに、「自身の検体の使用者、検体の保存先、あるいは検体の使用方法を提供者が選択できることを認めると、献血者が自身の血液を輸血してもよいのは特定の人種的背景の人だけに限る、あるいは提供した腎臓の移植先は女性または男性に限ると指示するのを認めることと等しくなる」と地裁は判示した。

これらの見解をまとめた上で、地裁は次のように判示した。(1) 被告らには、差止命令による救済を受ける権利はない、(2) GU Biorepository の検体の所有者は WU である、(3) カタロナ医師と提供者らは、組織検体に対する「所有権や財産権」を一切有していない、(4) カタロナ医師が提供者らに署名を求めた署名済みの「医療上の同意と許可」書は、検体の「所有権および／または占有権」を移転する上では法的効力がなく無効である。

第 8 巡回控訴裁は地裁の判決を維持

カタロナ医師と提供者らは第 8 巡回控訴裁判所に控訴したが、第 8 巡回控訴裁は地方裁判所の判決を維持した。地裁と同様に第 8 巡回控訴裁も、この紛争の「極めて重要な問題」を次のように簡潔に分析している。「自身の生物学的試料を医学研究の目的で特定の研究機関に自主的に提供するためのインフォームド・デジジョンを下した個人は、当該材料に対する所有権を維持し、当該材料の第三者への移転を指示または許可することができるのかどうかの問題である。」地裁と同様に第 8 巡回控訴裁も、本件の事実を踏まえて、提供者らには自身の遺伝物質に対する所有権はないと判示した。第 8 巡回控訴裁はその判決の根拠を、提供者らはその組織検体を生存者間の贈与としてワシントン大学に自主的に提供したとする地裁の事実認定に置いた。WU は、ミズーリ州法に基づく生存者間の贈与の主張に関する次の 3 要素それぞれの明白かつ確信を抱くに足る証拠を示したと第 8 巡回控訴裁は判示した。「(1) 贈与を行う旨の提供者の当該時点での意向、(2) 提供者から受贈者への財産の引渡、および (3) 直ちにかつ無条件で効力が生じる所有権を有する受贈者による贈与の受領。」