

# 遺伝子情報の扱いをめぐる日独の法状況

實原 隆志

(長崎国際大学 人間社会学部 社会福祉学科)

## 要旨

現在、ドイツの連邦議会では遺伝診断法案と解明手続の新設が話題になっている。共に遺伝子情報を扱うものである。遺伝子診断法案については様々な分野からの批判がある。そして、解明手続の新設は、2007年2月13日にドイツ連邦憲法裁判所の判決が下されたのに伴って審議されているが、この手続の新設についても多くの問題が指摘されている。どちらの法案も「情報自己決定権」、特に「知らずにいる権利」に関わるものである。

## キーワード

遺伝子、出自、情報自己決定権

## はじめに

現在、遺伝子情報に関連する2つの法案がドイツの連邦議会でも審議され注目されている。「遺伝子情報」とはDNAに刻まれた情報と、病気に関する情報の上位概念である。また、遺伝子検査とは、「人間に遺伝的に備わっているものに関する情報の入手を直接の目的とするすべての検査の総称」とされ、医療目的での検査や、親子鑑定を行うための検査、犯罪捜査での検査などに分けられる。このうちドイツの連邦議会においては遺伝子検査一般に関する法律と、親子鑑定に関する法律に関する審議が続いている。本稿では「遺伝子情報」に関する問題のうち、病理現象に関連する遺伝子診断と(第1章)親子鑑定の際の遺伝子検査について(第2章)日本とドイツの状況を比較・検討する。

## 第1章 病理現象に関連する遺伝子診断

遺伝子診断とは遺伝子の配列を調べることであり、特定の遺伝子と生命・病理現象との関係、また病気になる可能性を判断するために行われる。そこでは遺伝子情報の解析(Analyse)が行われ、それを検査目的と関連付けることで

遺伝子検査となる。以下では遺伝子診断について指摘されることの多い利点と欠点について見た上で(第1節)法の整備状況を概観する(第2節)。

## 第1節 遺伝子診断の利点と欠点

### (1) 利点

遺伝子診断の成果はまず、医療の場面で期待されている。そこでの検査には、予測的(prädiktiv)検査と診断的検査とがある。予測的検査は、まだ発病していない人に対して行われるものである。目的は、将来的に病気を発症する可能性や、子に伝わる病気の因子の有無などを調べることであり、出生後に行われる発症前検査、妊娠中の胎児について行われる出生前検査、そして着床前検査とに分かれる。発症前検査には、治療の可能性や予防対策がある病気を「(「早期」ではなく)事前に」発見することで、早い段階で対応できるという利点がある。また、発見されるのが現時点では治療できない病気(例:ハンチントン病)であっても、親の発病について子どもが心の準備をするという意味があるとされる。着床前検査には、検査の結

果出産をあきらめる場合でも、中絶せずに済むという利点がある。他方、診断的検査は、発症している遺伝子疾患の病名を判定するために行われるものであり、個々の患者の遺伝子に合った「テーラーメイド（オーダーメイド）治療・投薬」を実現する可能性も秘めている。さらには、がん細胞を倒すための新薬の開発も期待されている。

遺伝子診断の成果は労働の場面でも期待される。労働作業で用いる物質に対するアレルギーの有無や職場環境への適応可能性などが遺伝子診断によって明らかになれば、個々の労働者に合った人員配置が可能になる。趣旨としては、労働者に対する健康診断と重なるところも大きい。

## (2) 欠点

遺伝子診断の進展には、上で述べたような期待がある一方で、どこか引っかかるものがあることもたしかである<sup>1)</sup>。竹之内誠一教授は、遺伝子に関わる医療に関連する新たな倫理問題として「情報の管理と制御」、「情報による選別と選択」、そして「情報そのものの修正ないし変更」を挙げる<sup>2)</sup>。「情報そのものの修正ないし変更」は遺伝子の「改良（enhancement）」に関連する問題であるが、本稿では遺伝子の「診断」に着目しているため、「情報そのものの修正ないし変更」については扱わない。以下では「情報の管理と制御」と「情報による選別と選択」について説明を加えたい。

まず「情報の管理と制御」の問題には、診断結果の告知や遺伝子情報に基づく差別（いわゆる「遺伝子差別」）などが関連する。結果の告知が問題となるのは、遺伝子診断の精度が上がったとしても、診断されるすべての病気が治療可能なわけではないためである。「20年後にハンチントン病を発症する可能性がある」と告知するだけでは本人が不安をもつだけあり、宣告されるのが未成年者である場合は、慎重な対応が求められる。そして、遺伝子差別として多

く扱われるのは、雇用・保険加入における差別である。遺伝上の特徴が原因で雇用が不利になる・断られる危険があり、保険加入や保険金の支払いについては日本でもすでに紛争が生じている<sup>3)</sup>。また婚姻上の差別の問題もある。「情報の管理」の問題に目を移せば、まず問題となるのは、公権力による遺伝子情報の保管・利用である。これに関連するものとして、個々の国民の遺伝子等のデータを1つのデータバンクに集積し販売したアイスランドの例がある<sup>4)</sup>。また、私人との関係でも検討すべきことは多い。医療機関における個人情報の目的外利用の問題や<sup>5)</sup>、上で述べた保険契約に関する問題の多くは、私人間での「情報の管理」の問題である。さらに、家族や親族との関係では、本人が遺伝子診断を行わなくても、家族が行った診断から遺伝性の病気が明らかになってしまうという問題がある。

他方、「情報による選別と選択」に関連するのは、出生前検査の結果を受けての中絶や、着床前検査の結果を受けての胚の選択などである。胚の選択には、病因となる遺伝子を持つ胚を排除する場合と、望ましい遺伝子を持つ胚を選び取る場合とがあるが、どちらについても「生命の選別」という批判がなされることになる。

## 第2節 法整備の状況

上で見た遺伝子情報に関する利点・欠点ゆえ、遺伝子情報の扱いについては何らかの規制が必要であるとの見方が支配的である。本稿では諸外国の法整備状況すべてを見る余裕はないため、日本とドイツの状況について述べる。

### (1) 日本

民間レベルでは、保険分野が研究を始めており、着床前検査については日本産科婦人科学会が「重篤な遺伝性疾患に限る」などの条件つきで認めている。発症前検査については、十分な遺伝子カウンセリングの必要性をはじめとする、ある程度の合意が形成されつつあるとされ

る。また、政府レベルでも指針がいくつか出されている<sup>6)</sup>。個人情報保護法でも氏名などの個人情報の保護が試みられたが、遺伝子情報の扱いについて特別に規制する法律は制定されていない。

このような日本の規制形態の特徴を探る上では、田中成明教授による整理が参考になる。田中教授は生命倫理への法的関与について、立法と裁判を通じた規制を「自立型」、行政機関の指針による規制を「管理型」、関係学会・機関などの関係者による自主的な規制を「自治型」と呼ぶ<sup>7)</sup>。この整理にあてはめるならば、日本の規制形態は「管理型・自治型」と整理できる。

しかし、現状の統制については問題も指摘されている。まず作成体制について、生命科学・医学生物学研究全般について審議する国レベルの常設倫理委員会と、その基礎となる情報資料センターの設置が提案されている<sup>8)</sup>。また、指針の作成者側は、指針や自主規制に対する違反を大きな問題とは考えていない様子であり<sup>9)</sup>、「医療権力国家」<sup>10)</sup>とも呼ばれる日本の現状からすれば、管理型・自治型の規制の実効性も問題になる。

## (2) ドイツ

遺伝子診断法案が提出されるまでの状況

ドイツには個人情報保護一般に関する法律として既に連邦データ保護法があるが、遺伝子情報を専門的に扱う法律が求められていた<sup>11)</sup>。そこで連邦議会は2000年3月に「現代医療の法と倫理」審議会(Enquete-Kommission)(以下、審議会)を設置し、2002年まで審議が続けられた。最終的に審議会は、遺伝子情報との関連では、遺伝子診断法による規制と、その違反に対する刑事処罰を提言している<sup>12)</sup>。2005年の総選挙後には連邦厚生大臣が提案を非公表で行ったが、内閣では扱われなかった。

その後2006年11月3日に、90年連合と緑の党からなる統一会派が遺伝子診断法案を連邦議会に提出した<sup>13)</sup>。次にその内容を概観する。

## 法案の内容

法案の内容は審議会の提言や、2005年に連邦議会が解散される前に前政権が提出した法案などを基本としている。法案は目的に応じて遺伝子検査を分類し、一定の条件の下で遺伝子検査を行うことが認められている。法案が挙げる遺伝子検査の目的は、医療、生涯設計(Lebensplanung) 出自の解明、保険領域での活用、労働生活での活用、学術研究、である。なお、着床前診断については規定がない。以下、個別の内容について説明を加える。

### (a) 一般規定

一般規定は1章(法案1~8条)に置かれている。その中で5条は、遺伝子検査に関して国民に向けた啓発活動を行うと規定している。遺伝子差別には家系全体に対する差別のように、法によって統制できない事柄もあり<sup>14)</sup>、5条はそのような事柄に属する問題を、正しい知識を普及させることで解決しようとしている。

### (b) 医療目的で行われる遺伝子検査と、学術研究目的で行われる遺伝子検査

法案による規制の対象の中心は、医療目的での遺伝子検査(法案2章)と、学術研究目的での遺伝子検査(法案8章)である。どちらについても、遺伝子検査をする際には、被験者となる者に対して検査に関する説明を行い、その上で同意を得なければならない。被験者はその同意をいつでも撤回できる(法案10条2項、26条3項)。遺伝子検査の結果は被験者にとって過酷なものでもありうるため、いわゆる「遺伝子カウンセリング(Beratung)」も行われる。これらの手続を経たことについて文書化が要求されているのも特徴のひとつである。また、同意を得て入手した遺伝子試料・データであっても保管できるのは10年であり、10年を超えて保管したい場合には改めて本人の同意を得る必要がある(法案14条、31条)。

医療目的での遺伝子検査については、まず、

スクリーニング検査 (Reihenuntersuchung) に関する規定がある。スクリーニング検査とは、国民、もしくはある集団全般について行われるものであり、検査によって解明されるべき性質を持つと思われる者に対しても行われるものをいう( 法案3条6項)。この検査を医療目的で開始する場合には、ロベルト・コッホ研究所 (Robert Koch-Institute) に設置される「遺伝子診断委員会 (Gendiagnostik – Kommission)」( 法案34条) の評価を受ける ( 法案18条2項)。また、( 本人以外の) 家族が回避・対処可能な病気・障害につながりうる遺伝子を保有している場合には、その家族に対してカウンセリングの実施を勧めることができる ( 法案12条3項)。他方、学術研究目的で遺伝子検査を開始する際には、州に設置され、学際的な委員で構成されている「倫理委員会 (Ethik-Kommission)」の評価を受ける ( 法案29条)。また、学術研究目的での検査で用いられる試料やデータは匿名・偽名化される ( 法案28条)。

(c) 同意能力が不十分な者について

同意能力が不十分な者に対する検査には、本人が拒否していない、代理人が説明を受ける、などの条件がつけられ、被験者の保護が図られている ( 法案16条、33条)。また、医療目的の場合とは異なり学術研究目的での遺伝子検査には、未成年者について特別の規定を設けている ( 法案33条2項)。同意能力がある未成年者に対する遺伝子検査は、同年齢で同じ病気や障害で苦しむ他者にとって有用な場合にも行えるとされ、同意能力を欠く者に対する規制よりも緩やかな規制になっている。

(d) その他

保険、労働領域では、契約前・後の遺伝子検査が禁止されている ( 法案22条~25条)。また、出自を解明する目的で行われる遺伝子検査については、対象となる者による同意などを求めており ( 法案21条)、生涯設計目的で行われる検

査<sup>15)</sup>にも条件がつけられている ( 法案20条)。

(e) 罰則

遺伝子診断法の規制に違反した場合には、刑事罰と過料が課される。刑事罰の中には1年以下の自由刑も含まれており、過料は最大10万ユーロとなっている。最高額を1000ユーロとしている一般法に比べて厳しい規制となっているが、遺伝子研究がもたらす利益が過料の金額をはるかに超えてしまうという事態を避けるためである<sup>16)</sup>。

法案に対する批判

本法案については、以前から活発な議論があり、また公聴会においても、多くの意見が示された<sup>17)</sup>。

(a) 「胚」の定義

分野に関係なくほぼ共通して指摘されるのが、「胚 (Embryo)」の定義の問題である。幹細胞法やヒト胚保護法などとの不整合性、特に遺伝子診断法案における「胚」の定義が狭いとの指摘があり、定義の統一を求める者が多い。

(b) 委員会による評価

この点については、まず、遺伝子診断に倫理委員会と遺伝子診断委員会の2つの委員会が関わることに對する批判がある<sup>18)</sup>。また、遺伝子診断委員会の新設についても、医師以外の第三者が介入することに対する批判があり、医師の自治を重視すべきとの意見もある<sup>19)</sup>。

(c) 保険をめぐる問題

保険分野では2011年までは遺伝子情報の検査を自粛することになっており、保険契約締結前・後の遺伝子検査が法律によって改めて禁じられることに対する不満がある。さらに、ドイツにおいては2009年1月からは、公的保険、もしくは民間保険いずれかへの加入が義務付けられることになっている。それゆえ2009年以降は

民間の保険会社にも契約を締結する義務が発生しうることになり、本案の規制はこの点でも厳しいものと映るようである<sup>20)</sup>。また、保険加入(希望)者のリスクの違いに応じて扱いを変えることは差別ではないとして、差別の禁止について規定する法案4条に対する批判も一部にある<sup>21)</sup>。

(d) 「遺伝子例外主義」

「遺伝子例外主義」は、遺伝子情報が通常の医療情報と異なるものと扱われることに対する批判である。遺伝子情報といっても他の医療情報と重大な違いはなく、また治療不能な病気の診断という点ではがんの診断と違いはないと主張するものであり、医療・研究分野からの批判の中で多く用いられる言葉である<sup>22)</sup>。この批判は遺伝子情報に対する過剰反応をめぐる議論とも関係するものである。病気が発症する将来的な可能性を予測することは多くの場合困難であり、ハンチントン病のように、ひとつの遺伝子の変異によって発病する「単一(単因性)遺伝病」が占める割合も非常に低く、さらに、ハンチントン病でさえ遺伝子の変異と実際の発症とは必ずしも結びつくわけではない。それにもかかわらず、遺伝子の構成が人の一生を決めてしまうと考える傾向は「遺伝子決定論」や「社会の遺伝子化」などと呼ばれて批判されてきた<sup>23)</sup>。「遺伝子例外主義」という批判は、このような「遺伝子決定論」や「社会の遺伝子化」をめぐる議論と関連性を有していると思われる。

(e) 遺伝子試料・データの扱い

遺伝子検査の結果が原則として10年しか保管できないことに対しても、30年への延長を求める声や、本法案に従えば匿名・偽名化されるデータについて10年後に本人から改めて同意を得ることはそもそも可能なのかとの指摘もある。また、データの匿名・偽名化については、匿名・偽名性を実際に維持することの難しさや、事務的な負担の増加などの観点からの批判もある<sup>24)</sup>。

(f) 情報自己決定権との関係

法案に肯定的な患者や障害者、また労働者・被保険者団体など、試料等を提供する側(以下、提供者)からも、「情報自己決定権」の観点での批判がある。まず批判が強いのが、個別の学術研究目的を越えた、学術研究目的一般に対する同意が認められていること(法案26条1項2文)に対してである。この規定はいわゆる「バイオ・バンク」の創設を可能にする規定であり、いったん収集した遺伝子情報を、個別の同意を得ることなく様々な目的で利用できるようにするものである。このような形式の同意については、擁護する者がある一方で<sup>25)</sup>、「白紙同意」<sup>26)</sup>、自律に対する「偽薬(Autonomie-Placebo)」<sup>27)</sup>であるとの批判もある。このような批判があるのは、情報の利用目的が情報自己決定権の重要な要素であるためである。審議会の答申は、情報自己決定権を、「誰に何をどういう目的で、またどのような状況で明らかにするかを自分で決定すること」と説明している<sup>28)</sup>。この説明は、「個人のデータの譲渡と利用について自分で決定する権利」<sup>29)</sup>という、情報自己決定権の一般的な定義にも沿うものであり、学術研究一般に対する同意という、「最小の説明に対する最大の同意」<sup>30)</sup>ともいうべき方法がこれと矛盾しないかが問題とされている。また、連邦データ保護法4a条がこのような形式での同意を禁止していることとの整合性も問題とされている<sup>31)</sup>。なお、検査に対する同意が撤回できることに対しては、研究を遂行する便宜の観点からの医療関係者による強い批判がある<sup>32)</sup>。

遺伝子診断法案においては、自分の情報を「知らずにいる」権利も情報自己決定権に含まれると理解されている<sup>33)</sup>。しかし、(本人以外の)家族に対して遺伝子カウンセリングが推奨された場合(法案12条3項)には、その家族は、問題のある遺伝子を保有していることを勝手に知らされることになるという問題がある<sup>34)</sup>。

「知らずにいる権利」との関係では、スクリーニング検査の問題もある。特に、未成年者について、学術研究目的であれば集団利用的な検査も可能であることに対して強い批判がある<sup>35)</sup>。

#### 考察

##### (a) 「遺伝子例外主義」について

遺伝子情報は、治癒の見込みが低い病気が遠い将来的に発症する「可能性」を（ある程度）明らかにするという点で、従来の医療情報にはなかった特徴を有している。それゆえ遺伝子情報について特別の規制をすることは十分考えられることであり、本法案を「遺伝子例外主義」的であると批判するのは適当でないように思われる<sup>36)</sup>。その一方で、遺伝子情報と従来の医療情報は、日常の医療活動において用いられる（であろう）という点では共通している。がんの告知に関する問題を日常の医療活動における説明問題から切り離すべきではないのと同様に<sup>37)</sup>、遺伝子情報の取り扱いをめぐる問題を日常の医療活動の問題や、医療情報の扱いの問題から切り離すべきではないこともたしかであろう。また、「医療情報」といっても治療可能な病気に関する情報から、がんのように治癒の見込みが低い病気の情報、そして HIV ウィルスへの感染のように、近い将来に何らかの症状が表れる可能性に関する情報まである。情報の性質に応じた慎重な扱いは、遺伝子情報だけでなく、その他の医療情報についても共通する課題であるはずである。提供者側が遺伝子診断法案に肯定的な背景には、従来の医療活動に対する不満があると思われ、遺伝子情報と医療情報の双方について、これまで以上に慎重な扱いが求められていると言える。遺伝子情報のみが慎重に扱われ、医療情報の扱われ方に対する配慮に欠けるという意味で「遺伝子例外主義」的にならないよう、医療情報の扱いについてもこれまで以上の配慮が求められるといえよう。

##### (b) 情報自己決定権と対立利益との調整の問題

遺伝子検査に関連する「情報自己決定権」の行使は「第三者」の利益と衝突しうるが<sup>38)</sup>、本法案において特に重要なのは、提供者、特に患者本人の利益との衝突である。患者の自己決定権を尊重することでかえって本人の健康や生命が害されないかも、慎重に検討される必要がある<sup>39)</sup>。特に、同意能力の不十分な者による治療・検査の拒否については慎重な検討が必要であろう。「パターナリズム」に関する議論を参照するならば、本人の具体的に直接的な利益を保護するために不可欠な限りにおいて情報自己決定権の制約は可能であり、かつ、その制約は不可欠な範囲に限定されるべきである。その点、家族以外の第三者の利益の保護や医療目的以外での遺伝子検査は、本人の利益との関係が直接的であるとまではいえず、厳しい規制が必要であろう。

このように、情報自己決定権には制約もありうるが、制約の要件を逐一法律に書き込むことは困難であろう。また、一般条項を設けたとしても、必ずしも立法者が想定した通り解釈されるとは限らない。それゆえ、本法案の規定を基本的には維持した上で、個別の利益の調整は、遺伝子診断法違反を理由とする関係者の処罰や一般的な同意の効力が及ぶ範囲などに関して、基本権適合的な限定解釈を通じて行うことになるであろう。

##### (c) 違反に対する処罰について

生命科学研究の規制については学問の自由との関係で活発な議論が展開されており、審議会の答申においても自由刑を課すことまでは提言されていなかったことからすると、自由刑が課されることに対する批判がなかったのは意外であった。自由刑が予定されている背景には、遺伝子研究がもたらす利益の大きさが未だ確定していないことや、胚保護法においても自由刑が設けられていることなどがあると思われるが<sup>40)</sup>、

自由刑が課されるのは極めて例外的な事例に限られると思われる。

## 第2章 親子鑑定の際の遺伝子検査

遺伝子検査一般の問題が議論されたのが遺伝子診断法案の審議であるとするれば、親子鑑定の際の遺伝子検査が扱われたのが、2007年2月13日にドイツ連邦憲法裁判所（以下、連邦憲法裁判所）が下した判決である。以下ではこの判決の概要と（第1節）親子関係の確定をめぐる日本とドイツの現在の法整備状況について見ていくことにする（第2節）。

### 第1節 連邦憲法裁判所2007年2月13日第1法廷判決<sup>41)</sup>

この判決で扱われた事件は、いったん子を認知した男性が、その後、医師との会話の中で、その子との生物学上の父子関係に疑いを持ったというものであった。申立人は最終的には子のだ液を検査試料として検査所に提出し、そこで行われたDNA鑑定を証拠として、子との法律上の父子関係を解消するよう求めた。DNA鑑定では父子関係がないことが示されたが、鑑定が子やその監護権者である母親の同意を得ずに行われたことが問題とされた。そしてDNA鑑定の結果以外の根拠としては母親と子がDNA鑑定に同意しなかったことしか挙げていなかったため、専門裁判所においては、証拠が不十分であるとしていずれも訴えが斥けられていた。連邦憲法裁判所は、本件のように鑑定の対象となる者の同意を得ずに密に行われたDNA鑑定は、検査の対象者の情報自己決定権を侵害するものであり裁判上の証拠として用いることはできないとして、連邦最高裁判所の判断を支持した。その一方で連邦憲法裁判所は、生物学上の父子関係がないことが判明すると法律上の父子関係も自動的に解消されることを問題とした。生物学上の父子関係（がないこと）を知った上で法律上の父子関係を継続することができない現行の制度は、父親の情報自己決定権を侵

害するものであるとした。かつて1989年の判決は、子が自分の生物学上の父親を知る権利、いわゆる「自己の出自を知る権利」を認めたことで注目を浴びたが<sup>42)</sup>、2007年の判決においては、父親が自分の生物学上の子を知る、「子どもの出自を知る権利」が認められたことになる。

本件において法律上の父親と生物学上の父親が一致しなかったのは、女性がいわゆる「複数交渉（Mehrverkehr）」の状況にあったためであるが、このような不一致は「非配偶者間人工受精（AID）」によっても起りうる。AIDは夫以外の第三者から精子提供を受けて行われるものであり、生まれてきた子の生物学上の父親は、母親の法律上の夫ではない。そのためAIDを用いて誕生した子をめぐる紛争が生じており、親子関係の確定のあり方について検討されるようになった。

嫡出推定・認知制度は父子関係を早期に確定することによって子の利益を保護しようとするものである。それゆえ、嫡出推定・認知制度を廃止し、法律上の父子関係を確定するにあたって常にDNA鑑定を行うようにするのであればともかく、嫡出推定・認知制度を維持した上でこれらの問題に対処するのであれば、微妙な調整が求められる。以下では親子関係の確定に関する法の整備状況について概観する<sup>43)</sup>。

### 第2節 法の整備状況

#### (1) 日本

1998年に長野県の医師が非配偶者間体外受精を行っていたことが明らかになったことで、生殖技術の利用によって生じる問題が日本でも注目されるようになった。現行民法は生殖技術の進展をふまえたものではないため、親子関係の確定に関する法整備について、いくつかの提案がなされた。しかし、民法改正手続は放置されているのが現状である。

#### (2) ドイツ

連邦憲法裁判所の関与と改正案の内容

ドイツにおける法整備は、連邦憲法裁判所主導で進められてきた。1994年の判決では、法律上の父子関係には影響を与えずに生物学上の父子関係を確認できる、いわゆる「法的効果を持たない父性 (Vaterschaft) 確認手続」の新設がはっきりと勧められた<sup>44)</sup>。しかし、その後の民法改正の中でこの手続は採用されなかった<sup>45)</sup>。

その後、2007年判決の原手続にあたる連邦最高裁判所の判決が2005年1月12日に下されたのに伴い、父子関係を確認するための手続がいくつか提案された。まず2005年1月26日に FDP (ドイツ自由民主党) が、「法的効果を持たない父性確認手続」を設けるよう連邦議会に提案した<sup>46)</sup>。その後、同年4月にバーデン・ヴュルテンベルク州が、5月にはバイエルン州が連邦参議院に法案を提出した<sup>47)</sup>。両州の案は、生物学上の親子関係がないと確認されても自動的に法律上の親子関係を解消しないという点で FDP の案と共通していたが、バーデン・ヴュルテンベルク州の案では DNA 鑑定を密に行うことが認められているのに対し、バイエルン州の案では認められていないという違いもあった。バイエルン州案では、本件のように DNA 鑑定に反対する母親が単独親権者となっている場合には裁判所が親権を剥奪し、その上で裁判所が親権者に代わって検査に同意を与え、そのような手続を経た上で入手した鑑定であれば後の父性否認手続でも利用できるとされていた。もちろん、入手した鑑定を利用しないことも可能である。

そして2007年判決は、バイエルン州が提案した手続を2008年3月31日までに新設するよう求めた。2007年判決は「法的効果を持たない父性確認」手続を提案しておらず、さらに法改正の期限を指定したという点で、これまでの判例とは異なるものであった。この判決を受けて、2007年5月16日に連邦参議院が、同年10月4日には連邦政府が連邦議会に法案を提出した。親権を剥奪せずに家庭裁判所が直接同意を与えるなどの変更点はあったが、どちらの法案もバイ

エルン州の案に沿ったものであった。その後、2008年2月20日に、連邦政府案が一部修正された上で、連邦議会において可決された<sup>48)</sup>。この新し手続は「解明手続 (Klärungsverfahren)」と呼ばれることがある。

#### 法案に対する批判

本法案についても批判があった。以下では連邦政府案について行われた公聴会で出された意見を中心に見る<sup>49)</sup>。

(a) 法律上の父親以外の者の情報自己決定権  
まず問題とされるのが、生物学上の父親であるにもかかわらず法律上は父親ではない、「潜在的な生物学上の父親 (potentiell biologischer Vater)」の立場である。本法案において父子関係の解明手続を利用できるのは(法律上の)父、母、子であり、「潜在的な生物学上の父親」は含まれていない。公聴会においては、そのような者にも解明手続の利用を認めるべきとの意見が多かった。

また、子の情報自己決定権の観点からの批判もある。提案された新し手続では、現在の法律上の父親が生物学上の父親であるかが確認できるだけであり、誰が本当の自分の(生物学上の)父親であるかまでは確認できない。もし子の側が、誰が自分の生物学上の父親なのかを知りたいと思えば、現在の法律上の父子関係をいったん解消する必要がある。これに対しては、誰が自分の生物学上の父親であるかを、解明手続とは別の手続において調べられるようにすべきではないかとの批判がある<sup>50)</sup>。さらに、生物学上の父子関係がないにもかかわらず法律上の父子関係の継続を選択した父親が、子に対して父子関係の解消を意識させることで支配を強める危険性も指摘されている<sup>51)</sup>。

ここで挙げた問題は、「法的効果を持たない父性確認手続」についても指摘されていたものである。「法的効果を持たない父性確認手続」と同様の問題は、公聴会で示された他にも多く残

されていると思われる<sup>52)</sup>。

(b) 「手がかりとなった疑念 (Anfangsverdacht)」を示す必要性

連邦最高裁判所の判例は、父性否認の出訴に際して、自分は生物学上の父親ではないと考える「手がかりとなった疑念 (Anfangsverdacht)」を示すよう求めてきた。しかし、法律の明文で定められているわけではないこともあって、学説の多くは連邦最高裁判所の判例を批判してきた。これに対して連邦憲法裁判所の2007年判決は、連邦最高裁判所と同様に、「母親と子が鑑定に同意しなかった」という以上の根拠を求め、父性否認を出訴する手がかりとなった疑念の提示を求めた。

「手がかりとなった疑念」の提示については、本法案とは別に審議が進んでいる非訟事件手続法の改正案の中で、明文規定を設けることが提案されている<sup>53)</sup>。それに対して本法案においては、解明手続の出訴にあたってそのような疑念を示すことは要求されていない。仮に両方の法案が可決されれば、父性の否認を直接求める場合には手がかりとなった疑念を提示するよう求められる一方で、解明手続を出訴する場合には疑念の提示は求められないことになる。解明手続を経て入手した鑑定であれば後の父性否認手続において証拠資料として利用できるため、解明手続は疑念の提示という要件に対する「抜け穴」として作用するおそれがある<sup>54)</sup>。DNA鑑定にかかった費用で疑念を「買う」形になると批判する者もあり、非訟事件手続法においても「手がかりとなった疑念」を示すという要件を否認手続から外すべきであるとの意見もある<sup>55)</sup>。

(c) 出訴期限

父性否認手続の出訴期限は、自分がその子の生物学上の父親であることに反する事実を知ってから2年である。それに対して、法案には解明手続の出訴には期限がなかった。また、解明手続に基づく検査の結果、生物学的な父子関係

がないことが判明した場合には、その時点から改めて2年の期間が開始するとされていた。その結果、自分がその子の生物学上の父親であることに反する事実を知ってから2年以上経過していても、父性解明手続によって生物学上の父子関係がないことが解明されてから2年以内であれば父性を否認することができ、父性否認を出訴する可能性が実質的に広がることになる<sup>56)</sup>。この問題は連邦参議院と連邦政府との間で見解が異なっている点のひとつであった。公聴会で示された意見の中でも、父性の否認に期限が設けられていることに批判的であった者は肯定的であったが<sup>57)</sup>、その期限に子の生活の安定を見る者からは、否認期限を空洞化させるものであるとして批判されていた<sup>58)</sup>。

#### 考察

新手続は嫡出推定制度や認知制度を維持しながら父親の権利を拡張するものであるが、子の利益の保護という観点から、新し手続については検討の余地があるように思われる。連邦憲法裁判所の判決に対しても、父親の視点ばかりが重視されているとの批判があった。

また、遺伝子診断法(案)との関係でも問題がある。遺伝子試料を用いての父子鑑定は、遺伝子診断法案(法案21条)の中でも規定されている事柄である。遺伝子診断法が成立すれば、解明手続は最終的には遺伝子診断法に吸収されると予想される。しかし、遺伝子診断法は遺伝子情報を検査・利用する際には原則的に本人の同意を求めており、出自(父子関係)を解明するための遺伝子検査については裁判所が同意を与えるという方式を採用することになれば、遺伝子診断法の一貫性が問われることになるであろう。

#### 第3章 補論：情報自己決定権の観点から

本稿で扱われた2つの法案は密接な関わりをもつものである。解明手続を導入する新法では刑事罰は予定されていないが、密かに親子鑑定

をした者に対する刑事処罰が、ツィプリース連邦司法大臣によって求められてきた。遺伝子診断法は、密に行われた遺伝子検査を処罰の対象としており<sup>59)</sup>、遺伝子診断法の審議はその処罰をめぐる第2ラウンドと見られている。

また、2つの法案を強く結びつけるものとして「情報自己決定権」がある。「情報自己決定権が自己の出自を知る権利を含むのであれば、自分の遺伝子素因(Disposition)を知る権利にも同じことがあてはまる<sup>60)</sup>」との見解があり、どちらについても登場するのが、「知らずにいる権利(das Recht auf Nichtwissen)」である。遺伝子診断法案において提供者側は自己の遺伝子情報を検査しないことなどを求め、2007年判決の審理においては、子が(法律上の)父親に対して、自分と(法律上の)父親との生物学上の親子関係を調べないように求めるかが論じられた。初期のプライバシー権が求めたのは、ある一定の情報について、「自分しか知らない」という状態を維持することの保護であり、情報自己決定権は、他人、特に公権力の側が持っている自分の情報の利用・正しさなどについて、個人の側から働きかけようとするものであった。これらの権利は、保護の対象となる情報を自分は知っているという点で共通していたが、「知らずにいる権利」はさらに、自己の(遺伝子)情報が自分に知らされないことの保護も求める。それゆえ「知らずにいる権利」については、従来の情報自己決定権とは別の根拠付けが必要と思われるが、「知らずにいる権利」という言葉自体は決して新しいものでないにもかかわらず、その点の検討は不十分であるように思われる。もちろん、これは筆者自身にとっての課題でもある。連邦憲法裁判所も、この権利を基本権上の権利としてはっきりと認めただけではなかった。

おわりに

「日本は、自己決定権を重視するアメリカ流のバイオエシックスばかり追いかけてい」る<sup>61)</sup>

との指摘がある一方で、本稿は「アメリカ流のバイオエシックス」に触れることができなかった。それは、本稿が元々、ドイツの憲法判例への関心から執筆されたものであったという事情ゆえである。また、倫理面の検討も行えなかったが、それも同様の理由である。さらに、遺伝子診断法案との関係では、中絶に関する問題について、こちらは頁数の関係で扱うことができなかった。

論じられなかった事柄も多かったが、遺伝子情報の扱いに関する法整備があまり進められていない日本とは異なり、ドイツにおいて法整備が進められていることや、その進行の様子が少しでも伝わったならば幸いである。

注

- 1) 東 浩紀, 大澤真幸『自由を考える』(2003年) 200頁(東発言)は、「従来は確率の問題, 言い換えれば運命の問題だった領域が, どんどん統計的な計算の領域に置き換わっている. それはそれでいいんだけど, 人間の感覚が追いついていない」と述べる.
- 2) 竹之下誠一「ヒトゲノム・遺伝子解析研究の現場から」『危機の時代と憲法』(憲法理論研究会編・2005年) 95頁.
- 3) 松田 純『遺伝子技術の進展と人間の未来』(2005年) 93頁.
- 4) アイスランドの試みを「進んだ」ものと紹介するものとして, ヒューマンルネッサンス研究所編『市民のための「遺伝子問題」入門』(2004年) 214頁.
- 5) 臨床試験に対する患者の同意について, 仲正, 打出, 仁木『『人体実験』と患者の人格権』(2003年), 同『『人体実験』と法』(2006年).
- 6) 浅田和茂「遺伝子医療の限界としての法」『遺伝子工学時代における生命倫理と法』(ドイツ語版として Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik, 2004)(同研究会編・2003年) 43頁以下, 竹之下, 前掲注2) 96頁以下参照.
- 7) 田中成明「生命倫理への法的関与の在り方について」『現代法の展望』(2004年) 156頁以下.
- 8) 松田, 前掲注3) 173頁以下.
- 9) 菱山 豊『生命倫理ハンドブック』(2003年) 45頁は, 指針に反して遺伝子診断を行った医師に

- 対する批判について、「医師を断罪していたように読めた」、「批判の仕方にも相応の方法があるのではないか」との感想を述べている。
- 10) 青井秀夫「遺伝子医療をめぐる法と倫理」, 前掲注6) 215頁。
- 11) 2000年以前の状況として, ガブリエレ・ヴォルフスラスト「遺伝子医療の限界としての法」, 前掲書25頁以下。
- 12) BT-Dr. 14/9020. 邦訳として, ドイツ連邦議会審議会答申『人間の尊厳と遺伝子情報 現代医療の法と倫理(上)』(松田純監訳・2004年), 同『受精卵診断と生命政策の合意形成 現代医療の法と倫理(下)』(2006年)。なお, 連邦議会に対する提言については, 答申(上)181頁以下。
- 13) BT-Dr. 16/3233.
- 14) 勝島次郎『先端医療のルール』(2001年) 143頁以下は, 日本社会では家系全体に対する人間関係上の差別の方が深刻な問題であるとする。
- 15) 病気や健康上の障害とは関連しない検査を指す(法案3条7項)。
- 16) A.a.o (Anm. 13), S. 60.
- 17) 公聴会に提出された意見 (Stellungnahme : Stn.) や議事録 (Protokoll) は連邦議会の HP に掲載されている。管轄は「厚生委員会」である。
- 18) Stn. Gesellschaft für Genetik, S. 3.
- 19) Stn. Bundesärztekammer, S. 5, Deutsche Vereinte Gesellschaft für Klinische Chemie und Laboratoriumsmedizin (DGKL), S. 19.
- 20) Stn. Axel W. Bauer, S. 11, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV), S. 1, Verband der privaten Krankensicherung (PKV), S. 2f.
- 21) Stn. GDV, S. 5, PKV, S. 4.
- 22) Stn. DGKL, S. 5ff. が「遺伝子例外主義」について詳しく説明している。
- 23) 松田, 前掲注3) 90頁参照。
- 24) Stn. Deutsche Gesellschaft für Humangenetik, S. 7, Verband der Diagnostica - Industrie, S. 2, Verband forschender Arzneimittelhersteller, S. 8f., Verband unabhängiger Blutspendendienste, S. 3.
- 25) 公聴会においてヨッヘン・タウピッツ (Protokoll, S. 9) は, 将来, どのようなもめ事があるかわからないにも関わらず一生共にすると相手に約束する, 結婚と同じであると述べた。
- 26) Stn. Kommissariat der Deutschen Bischöfe (DBK), S. 6.
- 27) Stn. Gunnar Duttge, S. 12.
- 28) 答申, 前掲注12) 93頁。
- 29) Jarass/Pieroth, GG Kommentar 9. Aufl., 2007, S. 71ff. (Jarass) 参照。
- 30) 青井, 前掲注10) 218頁から借用した。
- 31) Stn. Hans-Joachim Menzel, S. 8.
- 32) Stn. Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie, S. 6f., Deutsche Forschungsgemeinschaft-ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen, S. 2f.
- 33) A.a.o (Anm. 13), S. 2.
- 34) Stn. Gen-ethisches Netzwerk (GeN) S. 3, Menzel S. 4. なお Stn. Duttge, S. 4 は, 遺伝子検査の前に本人に説明をする際に, 家族にも説明を行うことで家族の情報自己決定権を保護すべきとしている。
- 35) 未成年者については Stn. Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege, S. 9, DBK, S. 6, GeN, S. 8.
- 36) 「遺伝子例外主義」に対する詳しい批判として Stn. GeN, S. 9.
- 37) 植木 哲「ムンテラの法律学」『医療の法律学 (第3版)』(2007年) 108頁。
- 38) Josef Franz Lindner, MedR 2007, S. 290f. は「第三者」として, 本人の家族, 医師(の職業上の利益), 経営者, 保険者, 製薬会社, 遺伝子診断の領域で活動する学者を挙げる。
- 39) 医師のパターナリズム的な配慮と患者の自己決定権の関係について, 田中, 前掲注7) 153頁以下。
- 40) この分野における刑法の役割が話題となっている討論として, 前掲注6) 52頁以下。
- 41) BVerfGE 117, 202. また, この判決を紹介するものとして, 拙稿「子どもの出自を知る権利」法政研究74巻4号(2008年)(掲載予定)。
- 42) BVerfGE 79, 256. この判決については, 光田督良「自己の出自を知る権利と子による嫡出の否認」『ドイツの憲法判例 (第2版)』(ドイツ憲法判例研究会編・2006年) 36頁以下参照。
- 43) なお, 代理母や第三者による卵子の提供などの場合には母子関係を確定させる問題が発生するが, 頁数の関係から以下では父子関係の問題に限定する。
- 44) BVerfGE 90, 255 276。
- 45) この経緯については, 海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認 ドイツ連邦憲法裁判所の

- 判決と親子法の改正」法学協会雑誌115巻3号(1998年)349頁以下参照。また、親子関係に関連する論点を網羅的に扱うものとして、松倉耕作『血統訴訟論』(1995年)、同『血統訴訟と真実志向』(1997年)。
- 46) BT-Dr. 15/4727.
- 47) BR-Dr. 280/05 (Baden-Württemberg), 369/05 (Bayern)
- 48) BT-Dr. 16/8219. 法案については, BT-Dr. 16/5370 (Bundesrat), 16/6561 (Bundesregierung)。また, 連邦参議院の意見に対する連邦政府による反論として BT-Dr. 16/6649。さらに, 渡邊斉志「海外法律情報」ジュリスト1349号(2008年)85頁参照。
- 49) 公聴会に提出された意見は連邦議会の HP (<http://www.bundestag.de>) に掲載されている。管轄は法務委員会である。
- 50) Rainer Frank/Tobias Helms, FamRZ 2007, S. 1278f., Stn. Georg Rixe, S. 6f.
- 51) Stn. Thomas Meysen, S. 7.
- 52) 生物学上の父子関係の確認や DNA 鑑定を関係者の反対を覆して行ったとしても, それによって保護される法的な利益・効果が乏しい(もしくは, ない)という問題は, そのひとつである。
- 53) 非訟事件手続法の改正審議に触れるものとして Ingo Fritsche, NJ 2007, S. 294ff.
- 54) 疑念の提示という要件に関する一貫性を問題とするものとして Frank/ Helms, a.a.O. (Anm. 50) S. 1278.
- 55) Stn. Helms, S. 5f.
- 56) たとえば, 自分がその子の生物学上の父親であるということに反する事実を知ってから10年後に解明手続を利用し, 実際に生物学上の父子関係が

- ないことが判明すればその時点から, 2年の期限の計算が始まることになる。つまり, 生物学上の父子関係がないことが判明した場合には, その1年後であっても父性否認を申請できる。自分がその子の生物学上の父親であることに反する事実を最初知ってからは11年が経過しており, 父性の否認を直接申請した場合には時間切れとなるのに対し, 解明手続を経由することで申請が可能になるという違いが生じる。しかし, 法案の修正によって, 期間の再計算は行われなかった。
- 57) Stn. Frauke Brosius-Gersdorf, S. 7, Rixe, S. 12.
- 58) さらに, 連邦憲法裁判所の判決との関係について Stn. Helmut Borth, S. 3, Helms S. 8.
- 59) Brosius-Gersdorf (Protokoll, S. 16) はそれを批判する。
- 60) Lindner, a.a.O. (Anm. 38) S. 289.
- 61) 松田, 前掲注3) まえがき vii 頁。

#### 参考文献

- 今井道夫, 香川知晶編『バイオエシックス入門(第三版)』(2001年)66頁以下(小野滋男)。
- 総合研究開発機構編『生殖革命と法』(2002年)。
- 市野川容孝編『生命倫理とは何か』(2002年)73頁以下(柘植あづみ), 80頁以下(玉井真理子), 126頁以下(松原洋子)。
- 長谷川晃, 角田猛之編『ブリッジブック法哲学』(2004年)188頁以下(桜井徹)。
- 樋口範雄編『ケース・スタディ 生命倫理と法』(2004年)6頁以下(辻省次), 10頁以下(武藤香織)。
- 戸波, 棚村, 曾根他『生命と法』(2005年)51頁以下(棚村政行)。