

死体由来試料の研究利用

—死体損壊罪，死体解剖保存法，死体の所有権—

辰井聡子

1 はじめに

死体は古くから医学研究のために用いられてきたが，かつての利用法は解剖，標本としての観察に限られていた。しかし，現在では，遺伝子解析を通じて死体に由来するわずかな組織の断片からも重要な情報が得られるようになり，研究の試料としての意義は著しく増した。とりわけ，生体試料を用いるのが困難な脳研究等においては，死体由来の試料を用いた研究が決定的な重要性を持つようになっている。

死体由来試料について，現行法がどのような態度を採っているのかは明らかとはいえないが，ヒト試料の利用について研究倫理上の懸念が叫ばれる状況の下では，規制のあり方が明確でないことは，もっぱらその利用を阻害する方向に働く。わが国では，研究者は主として海外から死体由来試料の提供を受けており，国内での供給はきわめて限られているのが現状である。病理解剖を行う病院では，医師が組織の提供を受けること自体は少なくないようであるが，当該組織の利用がどの限度で許されるのか，その法的根拠がどこにあるのかについて，確固とした見解を持ち得ないために，利用はごく限られた範囲でしか行われていない。

死体由来試料については，その法的地位が明らかでないということ以外にも

阻害要因がある。死体の解剖と保存という古典的な研究利用を規律する死体解剖保存法が、現場において拡張的に解釈され、不必要に厳しい自己規制をもたらしているのである。たとえば、死体解剖保存法は、解剖を行った者および施設が解剖後に死体の全部および一部を標本として保存する行為について一定の要件を定めているが、それ以外の研究利用には言及がない。医療現場はここから、死体由来試料の（保存を含む）研究利用は解剖を行った施設においてのみ可能であるとする趣旨を読み取り、試料をほかの施設に移管することは法律上許されていないと考えている。また、死体解剖保存法は、「解剖」について、死体損壊罪の違法性を阻却する事由を定めるが、「解剖」の定義は置いていない。法解釈上、死体にメスを入れる行為がすべて「解剖」に当たるのかは決して明らかではない⁽¹⁾のであるが、関係者はすべてを「解剖」であると理解し、死体解剖保存法の要件に従わないで（具体的には、解剖資格を持った医師以外の者によって）試料の摘出を行うことはできないと考えている。こうした解釈が、試料を用いた研究をどれほど困難にするかは、容易に想像ができるであろう。

死体解剖保存法の諸規定は、刑法の死体損壊等罪（190条）の規定と深く関連しており、単独でその趣旨を理解するのは難しい。また、死体の取扱いに関係する法益は、生体とは相当に異質であるため、生体に関する研究倫理上の立場を類推的に死体に及ぼすことで、適切な規律が見出されるとは限らない。そこで、本稿では、死体解剖保存法と刑法との関連性や、死体に関する法的権利をめぐる議論を整理しながら、死体由来試料の利用をめぐる現行法の立場について考察していきたい⁽²⁾。

2 死体解剖保存法と死体損壊罪

(1) 問題の所在

死体由来試料を研究に用いるためには、死体から試料を摘出する作業が不可

死体由来試料の研究利用

欠である。死体にメスを入れる行為は、死体損壊罪の構成要件に該当するが、死体解剖として死体解剖保存法に基づいて行われる場合には、違法性は阻却され、犯罪は成立しない。死体からの組織等の摘出は、病理解剖の一環として行われるのが一般的だと考えられるが、その場合には、摘出行為自体の適法性に疑問の余地はない。この場合、問題となるのは、その後の試料の利用である。わが国では、摘出行為が病理解剖として行われることにより、当該試料を研究に利用する行為もすべて死体解剖保存法の射程内にあるという理解が一般化したようである。この一般的な理解によれば、死体解剖保存法は、病理解剖後の死体の保存については、「第2条の規定により死体の解剖をすることができる者は、医学の教育又は研究のために特に必要があるときは、解剖をした後その死体……の一部を標本として保存することができる」(18条)としか定めていないため、試料の他の施設への提供、他施設での利用は行えないということになる。さらに、死体の一部も死体であるという一般的な解釈を前提とするなら、当該試料を処理、加工する行為それ自体も「解剖」であることになり、解剖資格を有する医師等や、医学部の解剖学等の教授、准教授など、死体解剖保存法がとくに認める者以外の者が行う場合には、都道府県知事の許可等の要件がかかってくることになる。死体解剖保存法は、そこまでを意図した法律なのであろうか。

また、試料の摘出を、「解剖」としてではなく、適法に行うことはできないのか、という点も問題である。アメリカでは一般に行われていることであるが、死体からの組織等の摘出を、解剖医ではなく、医師の資格を持たない研究者等が行う場合には、やはり、都道府県知事の許可を取り、専用の解剖室で行うなど、死体解剖保存法の要件に従わなければならないのであろうか。

本章では、死体解剖保存法の立法過程を参照し、死体損壊罪との関係を明らかにしながら、死体解剖保存法の射程を検討していく。

(2) 死体解剖保存法の立法過程

死体を解剖する行為は、死体損壊罪(刑法190条)の構成要件に該当する。そして、死体解剖保存法には、死体の解剖について、死体損壊罪の違法性を阻却する事由を明らかにする趣旨がある。このことから、(歴史のおよび論理的に)死体解剖は死体解剖保存法によって初めて適法とされた(る)ものとする理解が普及しているようである。しかし、歴史に関していうと、死体解剖保存法ができる以前、死体解剖がおよそ違法とみなされていたわけではない。

死体解剖保存法の成立、施行はいずれも昭和24年(1949年)であるが、それまでも、死体の解剖はしばしば行われていた。とりわけ、国家として西洋医学を正式に採用した明治期に解剖学の教育・研究が始まってからは、解剖の制度化が進み、それまでの刑死体の解剖に止まらず、病死体の解剖も行政の許可の下で行われるようになっていた⁽³⁾⁽⁴⁾。すでに適法に実施されていたにもかかわらず、わざわざ解剖に関する立法がなされたのは、この時期に、とくに死体解剖を促進することが求められたためと考えられる。

日本に進駐したGHQ(連合国軍最高司令官総司令部)は、日本の新聞が連日、大量の餓死者の発生を報道しているのに接し、実態を調査した。調査によれば、実際の死因は飢餓ではなく、結核、天然痘、腸チフス、赤痢、発疹チフスなどによる病死であった⁽⁵⁾。伝染病の拡大防止はGHQ公衆衛生福祉局の主要な任務の一つであったが、伝染病対策を含む公衆衛生上の施策を立てるには、正確な情報を欠くことはできない。そこで、GHQの指示により、1946年に東京都変死者等死因調査規定が定められ、同年4月より東京都で監察医業務が開始された。同年12月には、GHQの指令により各主要都市に監察医局が設置され、翌1947年1月には、いわゆるポツダム省令として、「死因不明死体の死因調査に関する件」(昭和22年厚生省令第1号。以下「死因調査に関する件」)が制定された。さらに同年の9月には、「死因調査に関する件」に基づいて検案・解剖がなされた死体のうち、引取者がいないものについて、都道府県知事が医学又は歯学

の教育に関する大学等に交付することができる旨を定めた「大学等へ死体交付に関する法律」（昭和22年法律第110号）が作られている。その後、「死因調査に関する件」が法律化されるにあたり、医学の教育・研究のための解剖を含む、死体の解剖・保存に関する、死体の解剖・保存に関する統一的な枠組として作られたのが、死体解剖保存法である⁽⁶⁾。

（3） 死体解剖保存法の立法趣旨

死体解剖保存法の立法趣旨は、法案審議の際、当時の厚生政務次官によって、つぎのように説明されている。やや長くなるが、死体解剖保存法の解釈にとって重要な資料であるので、そのまま引用する。

「傳染病、中毒等により死亡した疑のある死体その他死因の明らかでない死体につきましては、連合軍総司令部の覚書に基づきまして、昭和二十二年厚生省令第一号死因不明死体の死因調査に関する件、が施行せられておりますが、これはいわゆるポツダム省令として制定せられましたものでありまして、新憲法の趣旨からいたしましても成るべく速かにこれを法律に改めることが必要なのであります。而してこの省令を法律に改めるに当りましては、これと密接な関連を有する『大学等へ死体交付に関する法律』の内容をもこれに統合することが適当であると考えられるのであります。

更に又従来死体の解剖又は保存に関しましては、刑法中に死体の損壊又は遺棄を処罰する規定があります外は、法令の規定がないのでありまして、そのために例えば医学の教育又は研究のために、死体の解剖又は保存をなす等の場合には、それが適法であるか否かにつきまして多少の疑義があるのであります。

かような現状は医学の教育又は研究のためにも望ましくないのでありまして、この際死体の解剖及び保存に関しまして、包括的な統一的法制を整備する必要が各方面から要望せられておりますことにも鑑みまして、ここにこの法律を提案いたした次第であります。

次にその内容を簡単に申しますと、先ず最初にこの法律の目的は、死体の解剖及び保存の適正を期することによりまして、医学の教育又は研究に資するとともに、公衆衛生の向上を図ることにあることを明かにし、次にこの目的を達しますために、死体の解剖をしようとする者は、原則として行政廳の許可を受けなければならぬことといたしました反面、死体の解剖を特に必要とする場合、例えば医学に関する大学の教授又は厚生大臣が特に認定した者が解剖する場合、その他刑事訴訟法等他の法律の規定に基づいて解剖する場合等には、予めの許可を要せず、事後の届出を以て足ることと致しております。

又死体の解剖は、尊嚴な人体の取扱いに関することでもありますので、原則として遺族の承諾がなければこれをなすべきでないことは、むしろ刑法の解釈上当然であります。この法律におきましては、更に進んで遺族の承諾を要せず解剖し得る場合を列挙いたしまして、刑法との関係におきまして、違法性の阻却される場合の基準を明かにいたしたいのであります。

更に解剖は、解剖室において行うべきことを規定した外、死体の保存につきましても、医学に関する大学又は総合病院において保存する場合等を除き、原則として都道府縣知事の許可を要することとし、その適正化を図っているのであります。

以上がこの法案の主な内容であります。一方において医学の教育又は研究等のために欠くべからざる死体の解剖は、できるだけこれを容易ならしめるとともに、他方死体の尊嚴に関する國民の宗教的感情の尊重にも十二分の意を用いているのであります。」

(4) 死体解剖保存法の複合的性格

以上を読むと、死体解剖保存法の立法趣旨は、つぎの2つの点にあったことが分かる。第一は、死体の解剖および保存を適正に行うための指針を定めること、そして第二は、刑法が定める死体損壊罪に該当しないかたちで死体解剖を

行うための要件を明らかにすることである。先に述べたように、政府はGHQの指導の下で監察医制度を作り、死因調査のための解剖を促進しようとしていた。そのためには、死体解剖の適法性を明確にしておかなければならないことはもちろん、社会的な受容に向け、倫理的に妥当なかたちで実施することも必要である。こうして、死体解剖について刑法の死体損壊罪の違法性を阻却する要件を明らかにすると同時に、死体の解剖・保存の適正を保つための、いわば「死体の解剖と保存に関する倫理指針」の性格を持つものとして作られたのが、死体解剖保存法であったといつてよいと思われる。

このような複合的性格は、同法の罰則の設け方に表れている。遺族の承諾なしに死体解剖を行うことができる要件を示して、死体損壊罪の成否に関する疑義を払う機能を担っているのは、同法7条であるが⁽⁷⁾、死体解剖保存法は、同条違反に対する罰則を設けていない。これは、これらの要件がないのに遺族の承諾なしに解剖を行う行為には、刑法の死体損壊罪が成立することが前提とされているからであろう。これに対し、死体解剖の際に保健所長の許可を取することを要求する2条1項、死体の解剖を特に設けた解剖室で行うことを要求する9条、引取者のない死体の交付を受けた学校長の（引取者から引渡要求があった場合の）引渡義務を定めた14条、15条、死体の保存につき、遺族の承諾と都道府県知事の許可の取得を求める19条の違反に対しては、死体解剖保存法が独自の罰則を設けている。これらは、死体損壊罪とは無関係に、死体解剖保存法が「倫理指針」として定めた規定であり、そのために、その違反に対しては、死体解剖保存法独自の罰則が付けられたものと解されよう。

(5) 刑法上の違法性と死体解剖保存法

冒頭で述べたように、死体解剖保存法は、医療現場において非常に拡張的に解釈されており、死体解剖保存法に従わないで行われる死体の取扱い、とりわけ侵襲は一切違法であるというのが一般的な理解となっているようである。そ

の背景には、ほかに依拠すべき法律や指針が見当たらないという事情もあるのであろう。しかし、以上に見てきた立法の趣旨に鑑みれば、死体解剖保存法の射程はそれほど広いものではないことが分かる。

死体の侵襲が「違法」であるとされるとき、通常想定されているのは、刑法の死体損壊罪との関係である。そこで、まず刑法上の「違法性」について検討すると、すでに見たように、死体の解剖は、死体解剖保存法が立法される以前から、刑法との関係では適法に実施されていた。当時の厚生事務次官は、「死体の解剖は、……原則として遺族の承諾がなければこれをなすべきでないことは、むしろ刑法の解釈上当然である」と述べていたが、刑法の一般理論から考えて、遺族の同意がある場合に、正当な目的で行われる解剖の違法性が阻却されることには、ほぼ疑問の余地はない。

すなわち、死体解剖保存法は、(しばしば誤解されているように)「死体解剖はそもそも違法である(死体損壊罪が成立する)」という認識に基づいて、特別に死体解剖を許容するために作られた法律ではない。そうではなくて、死体解剖保存法は、「死体解剖は一定の場合には適法である(死体損壊罪は成立しない)」ことを前提に、適法性に疑問が生じるケースを想定し、それらのケースにおいて、どのような要件にしたがえば適法性を確保できるかを明示した法律なのである。いいかえると、死体解剖保存法は、「これに従えば確実に(刑法上)適法である」という要件(違法阻却の十分条件)を7条において示しているのであって、「これに従わなければ違法である」という要件(違法阻却の必要条件)を示しているのではないということである。

したがって、刑法との関係では、死体解剖保存法7条の要件に当てはまらない場合でも、適法な死体解剖というものは存在しうることになる。さらに、同法7条以外に規定されている手続等の違反は「死体解剖保存法違反」にはなっても、刑法の死体損壊罪の成否には関わらないと解すべきであらう。

(6) 死体解剖保存法の射程——「解剖」の意義

死体解剖保存法の射程に関連して、つぎに問題となるのは、病理解剖等によらず死体から研究のために組織等の摘出を行う行為も、死体の侵襲を伴う限り、すべて「解剖」にあたるのか、また、いわゆる標本としての保存ではなく、遺伝子解析等の試料として研究に利用するための保存も死体解剖保存法にいう「保存」にあたるのかという点である。

前者の答えがYESであるとすると、医師の資格を持たない研究者等が死体の一部を切開して試料を取り出す行為も、都道府県知事の許可を取り専用の解剖室で行うなど死体解剖保存法の要件に従わなければ、死体解剖保存法上違法であることになる⁽⁸⁾。加えて、同法にいう「死体」には死体の一部も含まれるとする一般的な解釈を採用すると（ただし、本稿ではのちにこの解釈を批判的に検討する）、摘出された組織等を切り分ける行為なども「解剖」であることになり、やはり死体解剖保存法の要件がかかってくることになる。

さらに、後者をYESと解すると、研究利用のための保存、すなわち実質的には研究利用自体の主体は原則として医学に関する大学等（の長）（17条）、死体解剖保存法2条の規定により死体の解剖をすることができる者に限られ（18条）、それ以外の場合は遺族の承諾だけでなく都道府県知事の許可を受けなければならないことになる。

死体解剖保存法の「解剖」を死体の「侵襲」と同義と解し、死体に由来する試料の保存はすべて同法の「保存」にあたりと解することは、死体解剖保存法を、いわゆる死体解剖にとどまらず、死体由来試料の研究利用を含む、死体の取扱い全般に関する基本法であると理解することに他ならない。しかし、結論からいえば、死体解剖保存法を、それほど射程の広い法律と解するのは困難であるし、また現状において、死体解剖保存法にそれほど重みを与えるのが適切でないことも明らかであろう。死体解剖保存法は、同法が想定する特定の「死体解剖」を対象として作られた法律であり、あらゆる死体の侵襲が（同法の）「解

剖」であり死体由来試料の保存すべてが同法に服するという前提をとるものではないと解するのが妥当であると思われる。

先に述べたように、「死体の解剖と保存に関する倫理指針」としての死体解剖保存法が作られなければならなかったのは、死体解剖を促進する必要があったためである。その際、想定されていたのは、医学の教育及び研究のための解剖（系統解剖）と、死因調査のための解剖（病理解剖、行政解剖、司法解剖）であり、死体解剖保存法の諸規定が、これらの解剖の適正を保つことを目的として作られたものであることは、法案審議の際の政府委員（厚生事務官）の発言にもはっきりと表れている。

政府委員は、まず、刑法の死体損壊罪との関係で、病理解剖と系統解剖について言及している。司法解剖、行政解剖については法律上明文の根拠があるのに対し、この両者については特別の規定がなく、どの限度で違法阻却が認められるかが明確でないために、その基準を定めるという趣旨である（ここでは許可制をとることが主たる内容として述べられている）。これに続けて、厚生事務官は、次のように述べる。「死体の解剖はさような積極的に医学の教育又は研究のために必要であるという反面、死体の尊厳の維持或いは言葉を換えて申しますれば、遺族死体に対する宗教的な感情というものも無視すべきものではないのでございますので、第七條に書いてございますように、許可又は届出によつて解剖をなし得る場合でございまして、必ず原則として遺族の承諾を得なければならないというふうにいたしておるのでございます」。さらに、死体解剖保存法が、解剖を特に設けた解剖室で行うこととしている点については、解剖した場合の汚物の処理等のため、あるいは伝染病の予防等の考慮のためであると説明し、系統解剖の実施機関を「医学に関する大学」に限定している点については、「死体をずたずたに解剖しますいわゆる系統解剖につきましては、これは特に以上申上げました汚物の処理等いろいろな跡始末の関係がございまして、それと又その〔系統解剖の〕必要性を考慮いたしまして」そのようにし

ているのだと説明している。

以上からは、死体解剖保存法の諸規定が、系統解剖、死因調査のための諸解剖（病理解剖、司法解剖、行政解剖）を想定し、それらの適正を図る目的で作られていることが伺える。これらの解剖は、死体に対する侵襲性が高く、死者に対する尊重感情、宗教的感情の保護という観点からも、公衆衛生の観点からも、特別の規制が必要であると考えられるためであろう。死体解剖保存法の対象を、系統解剖、死因調査のための諸解剖やそれに準ずる侵襲性の高い行為に限定して解することは、実質的にも妥当であると思われる。また、死体解剖保存法が、死体の侵襲全般を「解剖」として規制する趣旨でないことは、胎児に関してであるが、胎児の保存を行う際に必要な措置として腹部を少し切開するとか、脳水腫の場合に体液を排出するために穿刺するといった行為も「解剖」にあたるのか、という質問に対し、政府委員（厚生技官）が、「お尋ねのような範囲若しくは程度のもは、解剖とは認めなくてよろしい」と回答していることから伺える。

では、「保存」についてはどうであろうか。死体解剖保存法が、死体解剖の適正な実施を図り、かつその違法性に関する懸念を払う目的で作られた法律であることに鑑みれば、同法が「保存」を規定しているのは、死体の標本としての保存が死体解剖に伴う措置として一般的に行われるものであることから、併せてその適正な実施の方法と実施要件とを定める趣旨と解するのが自然である。そうすると、死体解剖保存法は、上述の「死体解剖」の適正を図るという目的の一環として、慣習的に死体解剖後に行われる死体の保存について規定したものであり、死体や死体由来試料の取扱い一般について定める趣旨ではないと解するのも、可能な解釈の一つであろう。この解釈は、同法17条、18条が、「標本として」の保存にのみ言及していることとも整合的である。

しかし、「前二条の規定により保存する場合を除き、死体の全部又は一部を保存しようとする者は、遺族の承諾を得、かつ、保存しようとする地の都道府

県知事（地域保健法（昭和二十二年法律第一百号）第五条第一項の政令で定める市又は特別区にあつては、市長又は区長。）の許可を受けなければならない。」とする19条についても、解剖後の保存のみを想定していると解するのが妥当かという点、そうはいえないように思われる。「解剖」の場合と異なるのは、死体の侵襲には程度がありうるが、保存はそうではないということである。死体解剖保存法が、その適正を図ろうとした主たる対象は、死体解剖後の「標本としての保存」であったとしても、（たとえば）死体全体を保存する行為が、死者に対する尊重感情を害する程度や態様は、死体解剖後のそれであろうと、解剖とは無関係に行われた場合であろうと変わりがない。したがって、死体解剖保存法においては、すべての死体の保存が、解剖後に行われる標本としての保存に準じるものとして、規制の対象になっていると解するべきであろう。

このように解すると、研究利用のために死体から採取した試料の保存にも同法の規制が及ぶということになるのであろうか。おそらくそうではないと思われる。死体解剖保存法は「死体の全部又は一部」の保存を許可制の下に置いている（解剖については「死体の一部の解剖」という概念はない）。これは、死体の一部を標本として保存することが医療現場で一般的に行われているという事実の反映であると同時に、死体の一部の保存も、宗教的感情の保護、公衆衛生の観点から、規制の対象とするべきだという価値判断があるためであろう。死体解剖保存法の主たる保護法益は、死体に対する宗教的感情であると考えられる（公衆衛生も法益の一つであるが、従たるものであろう）。宗教的感情の保護という観点から見たとき、解剖の後、疾患を有していた心臓を標本として保存する行為は「死体の一部」の保存として、死体解剖保存法の規制対象とされるべきであろう。しかし、たとえば、遺族の同意に基づいて研究用に提供された心臓の切片が、遺伝子解析の試料としてプレパラート保存されているとき、それを死体解剖保存法上の「保存」と解し、都道府県知事の許可を要求すること、またその主体を原則として解剖を行った施設に限定することが、はたして妥当な解釈と

いえるであろうか。

死体解剖保存法が刑法の死体損壊罪の違法阻却事由を定める法律としての性格を有することからすれば当然のことであるが、死体解剖保存法は、その保護法益が死体に対する宗教的感情である点で、刑法の死体損壊罪と共通の性質を持っている。「死体」「死体の一部」はどのような場合に死体解剖保存法の規制対象となるかという問題は、したがって、死体の一部はどの限度で死体損壊罪にいう「死体」に当たるかという議論とほぼ重なる（死体損壊罪は、「死体」の損壊を禁止するのみであるが、ここでいう「死体」には死体の一部を含むとするのが通説である）。理論的には、死体解剖保存法は、死体損壊罪の細則的な地位にとどまるものではなく、とくに「保存」に関しては独立の内容を持っているため、その規制対象である「死体」「死体の一部」の解釈が死体損壊罪の「死体」の解釈から直ちに導かれるわけではない。しかし、両者が保護法益を共通にしている結果、実践的には、両者は完全に一致していると考えてよいと思われる。そこで、「死体」「死体の一部」の保存がどの限度で死体解剖保存法の規定に服するかに関する議論は、刑法の死体損壊罪の解釈を論じる次の章に委ねることにしたい。

3 死体からの試料の採取と利用——死体損壊罪の保護法益

(1) 問題の所在

死体から試料を採取する行為は、それが死体の侵襲を伴う場合には、死体損壊罪（刑法190条）の構成要件に該当する。そこで、死体由来試料を採取する場合には、いかなる要件に従えば同罪の違法性が阻却されるのかが問題となる。

他方、死体から採取した試料を利用する行為についても、「死体の一部」も「死体」であるという解釈にしたがえば、死体損壊罪の構成要件該当性に該当することになりそうである。たとえば、死体から脳を摘出した後、摘出した脳を切

開して標本を作製する行為は、脳も「死体」であるならば死体損壊行為となるであろう。切り出した脳の一部を化学的に変性させてプレパラート標本にする行為はどうか。死体由来試料の利用行為の適法性は、構成要件該当性、違法性の双方のレベルで検討する必要がある。

これらの問題を検討するには、死体損壊罪が犯罪とされている理由を明確にしておくことが欠かせない。そこで、以下では、死体損壊罪の保護法益について検討を加えながら、死体由来試料の利用行為に関する死体損壊罪の成否を論じていきたい。

(2) 「死体」の概念——死体損壊罪の保護法益

刑法は、「死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得」する行為を犯罪とし(190条)、同条を、礼拝所不敬罪、墳墓発掘罪等とともに、第2編24章の「礼拝所及び墳墓に関する罪」の中に収めている。礼拝所に対する不敬行為や説教、礼拝の妨害行為、墳墓発掘行為については、それが明白に宗教的感情を保護法益とすることから、国家が刑法をもって介入する必要性について疑義が示されているが⁽⁹⁾、死体損壊等罪については「死者に対する敬けんの感情は現在でも万人に共通のものといえる」⁽¹⁰⁾ことから、犯罪として処罰する意義は一般に認められている。

死体損壊罪の保護法益は、死者に対する敬虔感情であるとされている⁽¹¹⁾。この点には異論はないと思われるが、解釈の指針とするためには、「敬虔感情」の内容と性質をもう少し具体的に明らかにしておく必要がある。たとえば、同罪をごく世俗的かつ個人的に理解し、「近親者が死者を大切に想う気持ち」こそが「敬虔感情」であるとするなら、形態・分量の如何を問わず、死者の遺伝情報を備えた死体由来の試料はすべて「死体」に当たるという解釈を取ることが不可能ではない。他方、礼拝所不敬罪等との連続性を重視して、社会的儀礼として、すなわち葬礼の対象とするというかたちで表現される死者一般に対

する人々の敬虔感情を保護法益と解すると、「葬祭の対象として、あるいは、対象とすべく占有・管理されていると社会的に解される状態」にある死体のみが同条にいう「死体」であるというように⁽¹²⁾、「死体」の範囲をごく限定的に解することも可能となる。死体損壊罪が保護する「敬虔感情」とは、どのようなものと理解するべきなのであろうか。

死体損壊罪の解釈にあたっては、同罪が礼拝所不敬罪、墳墓発掘罪と並べて規定されている事実を無視することはできないと思われる。死者に対して、遺族は個人的に強い思い入れを持つものであり、そうした思い入れは、死体由来するあらゆる物質を保護対象とすることを求めるかもしれない。また、遺伝情報に着目すれば、死体の不当な取扱いによって、遺族自身のプライバシーが侵されることすら考えられ、そうした点に着目した保護が必要だという議論もありうるであろう。しかし、少なくとも現行の死体損壊罪が、特定の死者に対する遺族の個人的な感情や、死体の利用を通じたプライバシー侵害の危険等を保護するために作られたものではないことは明らかである。同罪は、近親者の死者に対する個人的な愛情や遺族のプライバシーではなく、死者一般に対して、社会の成員一般が有する敬虔感情を保護する趣旨のものであるということは、出発点とせざるを得ないと思われる⁽¹³⁾。

このように理解したとき、つぎに問題となるのは、葬礼との関連性である。ある見解は、殺人犯や傷害致死の犯人による死体遺棄を不可罰とすることを眼目とした議論ではあるが、葬礼との関連についてつぎのように述べる。「190条にいう『死体』とは、既に自己又は他人により（死者を偲ぶ機会という意味での）葬祭の対象として、あるいは、対象とすべく占有・管理されていると社会的に解される状態の『死体』に限るとすべきであるように思われる……。」⁽¹⁴⁾これによれば、殺害後放置された死体は190条にいう「死体」ではなく、その損壊、遺棄等は犯罪ではないことになる。

この見解が、190条の保護対象としての死体を「葬祭の対象」として捉え、

その範囲を限定しようとする点は、基本的に正当であると思われる。死体損壊罪が礼拝所不敬罪や墳墓発掘罪と並べて規定されている事実は、同罪が、死者に対する尊重感情のうち、死者があれば葬礼を行うのが社会的風俗であるという事実が示す、ある種の宗教的な感情をとくに重視して保護対象としていることを強く推測させる。葬礼という儀式が人間社会にとって根源的なものであることを考えれば、本来「葬祭の対象」であるべき死体を、そのようなものとして保護する必要性がとくに高いことは明らかといえ、死体損壊罪をそのように理解することは実質的に見ても妥当である。しかし、現に葬礼の対象となり、あるいは対象とするべく占有・管理されていなければ「死体」ではないとするのは、同罪の礼拝所不敬罪等との関連性や、「死体」と「遺骨、遺髪」、棺内蔵置物が並列されていることを考慮に入れても⁽¹⁵⁾、なお狭すぎる解釈であると思われる。死者に対する敬虔感情を保護するために死体の損壊等が禁止されなければならないのは、死体というものの存在がわれわれに葬礼の儀式を要求するからである。人々にとって死体とは「本来葬礼に付さなければならないもの」であり、そうであるからこそ、190条は死体の損壊等を処罰の対象としているのだと考えられる。したがって、現に葬礼の対象となっているか否かには関わらず、それがわれわれに（葬礼の起源にある）敬虔感情を呼び起こす限り、死体は一般に190条にいう「死体」と解さなければならない⁽¹⁶⁾。

他方で、死体損壊罪の趣旨を以上のように理解すると、死体から採取した組織を用いて作成されたプレパラート標本のようなものは、「死体」ではないと解されることになろう。プレパラート標本も、遺族にとって思い入れの対象であることはありうるし、研究者にとっては貴重な試料であるが、それらの感情や主観的利益性は190条が想定している敬虔感情とは異なるものである。従来、死体損壊罪にいう「死体」は死体の一部を含むとするのが一般的であったが⁽¹⁷⁾、死体の一部がつねに「死体」と解するのは妥当ではない⁽¹⁸⁾。

われわれは、死者の体のすべてをそのままの形で葬ることを是としており、

死体由来試料の研究利用

その敬虔感情は死体から分離した部分にも通常は及んでいる。したがって、たとえば交通事故で切断された死体の一部⁽¹⁹⁾や、土葬された死体において分離した四肢や臓器等を損壊・遺棄・領得する行為は、190条の構成要件に該当すると解さなければならない。人工骨や心臓ペースメーカーなどの人工物であっても、それが生前の死者の人格、生命に与っていると解される限り、「死体」に該当すると解されよう⁽²⁰⁾。しかし、適法に行われた死体解剖によって摘出され、研究のために提供された臓器・組織等のように、すでに葬礼の対象としての性格を失っているものについては、同条にいう「死体」ではないと解するべきである。たとえば提供者である遺族の同意に反して試料が取り扱われ、あるいは試料が無造作に廃棄されることがあれば、人は一般に不愉快な思いを抱くであろうが、その不快感は190条の保護する敬虔感情とは異質のものである。死体由来試料の適切かつ有意義な使用は、研究倫理の要請するところではあっても⁽²¹⁾、190条が担保する事項ではないと考えるべきであろう。したがって、一定の手続に従って、研究用試料として適法に取得された死体由来試料は、刑法190条にいう「死体」ではなく、その利用や廃棄は死体損壊罪等の構成要件に該当しないことになる⁽²²⁾。そして、先に述べたように、これとまったく同じ理由から、これらの試料は死体解剖保存法の規制対象でもないと考えられるべきである⁽²³⁾。

(3) 死体損壊行為の正当化要件

研究用に提供された死体由来試料の利用行為とは異なり、死体を解剖する行為、死体から試料を摘出する行為が死体損壊罪の構成要件該当行為であることには疑問の余地はない。問題は、いかなる実体的・手続的要件の下で行えば、同罪の違法性が阻却されるかである。

死体解剖については、法律がその要件を定めている例がいくつかある。刑事訴訟法168条が定める犯罪捜査のための死体解剖（いわゆる司法解剖）、公衆衛

生の観点から死因解明のために行われるいわゆる行政解剖（死体解剖保存法8条、食品衛生法59条1項および2項、検疫法13条2項が定める死因解明のための解剖）、上記以外で死体解剖保存法の規定にしたがって行われる解剖（医学の観点から死因解明のために行われる病理解剖、身体の正常な構造を明らかにするためのいわゆる系統解剖、その他医学研究のための解剖）である。このほか、臓器移植法が臓器摘出の要件を規定しているのも、死体損壊行為の違法阻却の一例である。これらの法律に基づかずに死体から試料を摘出する場合には⁽²⁴⁾、違法阻却の一般原理に基づいて判断されることになるが⁽²⁵⁾、その際にも、これらの法の態度が重要な参考資料となろう。

これらのうち、司法解剖、行政解剖は、遺族の同意がなくても実施が可能であるが、それ以外の場合には、遺族の同意を取得しなければならないとされている（死体解剖保存法7条）⁽²⁶⁾。また、臓器移植法は、死者の生前の意思表示があり遺族が反対しない場合か、死者の生前の意思表示がない場合には、遺族が（おそらく死者に代わって）同意をすることで、臓器の摘出が可能であるとする。現行法は、少なくとも、医学の教育・研究のための解剖、臓器移植のための臓器摘出のように、社会的に有益と認められる目的のために必要であり、かつ適切な方法で行われる死体の損壊行為については、遺族の同意があれば違法性は阻却されるとする立場を取るものと見ることができよう。一般に、死体の取扱いに関する同意権者は遺族であると解されている（遺族の同意権は祭祀権に基づくものとされるのが一般的である）。通常、被害者の同意により違法性の阻却が認められるのは、法益主体による法益の放棄が認められるためであるが、「死者に対する敬虔感情」という法益は社会全体が有するものであり、遺族によって放棄しうるものではない。死体損壊罪において、社会的に有益な目的のために妥当な方法で行われる場合に、遺族の同意によって違法性が阻却されるのは、死体の具体的な取扱いは、社会的に是認しうる態様・方法である限度で、遺族に委ねられていると解されるためであろう。

したがって、死体解剖保存法や臓器移植法の規定のような明文の規定がない場合でも、少なくとも、社会的に有益と認められる目的のために、適切な方法で行われる場合には、死体損壊行為は遺族の同意によって正当化されると解するのが妥当と思われる。

たとえば、現在、生物学的精神医学会は、死後脳を用いた研究の推進のため、ブレインバンクを立ち上げるべく準備を進めている。現在、同学会のブレインバンク委員会が作成中のガイドライン案は、死後脳の提供は生前の本人の意思表示と遺族の同意を基礎として行われることとしているほか、組織の摘出・移送の方法や、組織・試料の処理、保存、管理に関する事項など、幅広い事項について、その適正を守るための指針を示している。死後脳の研究利用については、その死体解剖保存法上の位置付けが必ずしも明確でないことから、遺族の同意に基づく研究利用の可否、解剖施設以外の施設に提供することについての死体解剖保存法上の許容性等が問題視されていたようであるが、本稿で論じたように、遺族の同意に基づいて研究のために提供を受けた試料については、死体解剖保存法にいう「死体」ではなくなると解されるため、現状では、その取扱いを規定する法律も、公的なガイドラインも存在していないことになる⁽²⁷⁾。精神医学等の研究のために死後脳を用いること、また研究用バンクを設置することで幅広い研究者による活用を可能にすることが、社会的に許容し得ないことからでないことは明らかであり、こうした領域に従事する専門家集団が自らガイドラインを作り、社会の理解を得ながら事業を推進することは、法的に問題がないばかりでなく、研究の社会的なコントロールの在り方として理想的であるといえるであろう。死後組織の研究利用については、とくに病理解剖の際に遺族から提供を受けた試料の研究利用をめぐる、各病院・研究機関が頭を悩ませていると聞く。実際には、解剖に携わった医師あるいはその周辺の医師のみがあまり表立たないかたちで研究に用いるケースが多く、そのような機会を持たない医師や研究者が試料を研究に用いることは困難なようである。各機

関においては、医療現場と研究との協力関係を確立した上、機関として病理解剖検体に関する指針を策定・公表するなどして社会の理解を得ながら、適切な方法で試料の研究利用を進めていくことを期待したい。なお、学会のガイドラインとしては、外科関連学会協議会「患者の病理検体（生検・細胞診・手術標本）の取扱い指針（平成17年5月）、日本臨床検査医学会「臨床検査を終了した検体の業務、教育、研究のための使用について—日本臨床検査医学会の見解—」（2009年12月改訂）が存在している。

4 死体の所有と管理

（1）問題の所在

死体由来の試料の提供を受ける場合、承諾権者は遺族であると解されており、本稿もそのような前提で話を進めてきた。しかし、これには疑問の余地がないわけではない。死体の取扱いに関する遺族の決定権は、遺族の祭祀権、すなわち、葬祭を執り行うために死体を管理する権利に基づくものとされるのが一般的であるが、死体の一部の試料としての利用が問題となる場合に、これと同じ考え方を当てはめることが妥当かは検討を要するであろう。たとえば、臓器移植法が本人の提供意思を基礎とする仕組みをとっているのと同様に、研究用の提供についても、本人の生前の意思を優先的に考慮することはできないであろうか⁽²⁸⁾。

また、いったん提供された試料について、返還や廃棄を求められた場合に、どの限度で応じる必要があるのかも問題である。生体由来試料に関しては、提供者が使用の中止を求めた場合には使用を中止し試料を廃棄することを、同意文書に記載することが一般的な実務となっている（この点に関する提供者の権利は一般に「撤回権」と呼ばれているが、実際に行使されることはあまり多くないようである）。この「撤回権」の性質には不明な点が多く、生体についてもなお議論

が必要であるが、死体由来の試料については、生体に関する「撤回権」との関係、遺族の死体に対する権利の性質等を考慮した上で、一定の解答を導くことが必要であろう。

以下、(2)～(4)において、死体由来試料の採取、利用、保存をめぐる権利関係の問題を、(5)(6)において撤回権の問題を検討する。

(2) 死体に対する遺族の権利

死体に対する遺族の権利については、主として遺骨の管理権をめぐる遺族間の争いを通じて議論が蓄積されてきた⁽²⁹⁾。戦前には、すでに配偶者や子によって埋葬された死体について、死者の実家の家督を相続した者が戸主権に基づく引渡しを求めた等の事件がいくつかある。民法旧 987 条（戦後の民法改正により削除）は「系譜、祭具及ヒ墳墓ノ所有權ハ家督相續ノ特權ニ屬ス」としていたが、死体、遺骨については記載がなかったことから、死体、遺骨を管理する権利が戸主権に含まれるのか否かが争われることになった。実質的な争点は、死体、遺骨の管理権が戸主にあるのか相続人（配偶者や子）にあるのかであり、判例は相続人に管理権があるとして戸主による返還請求を認めない立場をとったが、この点は本稿にとっては重要ではない。重要なのは、この過程で、死体、遺骨は「所有権」の対象であることが明示されたこと、その上で、死体、遺骨は通常の財産とは異なり「埋葬管理及祭祀供養ノ客体」であるから、「所有権」の実体はそれらの目的を達成するための管理権であるとされたことである⁽³⁰⁾。戦後は、旧 987 条に代わり、新たに「系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前条の規定にかかわらず、慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者がこれを承継する。但し、被相続人の指定に従って祖先の祭祀を主宰すべき者があるときは、その者が、これを承継する」(897 条)という規定が置かれたが、これも死体、遺骨の所有権について明示していない。しかし、死体、遺骨の「所有権」を祭祀権に基づく管理権と解する立場を前提とすれば、897 条のいう「慣習に従って祭

祀を主宰すべき者」が、死体、遺骨の「所有権」を有するという解釈に至るのは自然である。こうして、判例及び通説的な見解は、祭祀財産の所有権を祭祀主宰者に帰属させている 897 条の趣旨から、死体、遺骨の「所有権」（実体は祭祀権に基づく管理権）を祭祀主宰者に認める立場を取るようになった⁽³¹⁾。

（3）死体の一部の提供

死体の「所有権」を祭祀権に基づく管理権と捉え、その帰属を祭祀主宰者に認める立場は、刑法の死体損壊罪、死体解剖保存法と同様に、「死体とは、本来葬礼に付される対象である」という理解を前提とするものである。したがって、研究のために提供される試料については、社会通念上「葬礼の対象」としての死体ではなくなるケースがあることを想定して、検討を進めることが必要となる。

死体の一部を遺族が提供する行為において、遺族は複数の事項を承諾しているのが普通である。第一は、死体から試料を取り出すことへの承諾であり、これは解剖の一環として行われる場合を含め、死体を侵襲する行為の承諾を意味する。この場合、死体そのものが「葬礼の対象」であることに疑問の余地はない。したがって、その取扱いについて決定する権利は、一応遺族にあるといつてよいであろう⁽³²⁾。ただし、解剖にせよ、解剖を伴わない組織等の摘出であるにせよ、それを行ったからといって死体を葬礼に付することができなくなるわけではない。そこには、目的に応じて、遺族以外の者、とくに本人に決定権を委ねる余地が存在しているように思われる。

献体法 4 条は、「死亡した者が献体の意思を書面により表示しており、かつ、」当該献体の意思表示について告知を受けた「遺族がその解剖を拒まない場合」あるいは「死亡した者に遺族がない場合」には、「その死体の正常解剖を行おうとする者は、死体解剖保存法……第七条本文の規定にかかわらず、遺族の承諾を受けることを要しない」と規定している。規定の仕方は後の臓器移植法

と似ているが、献体法については、同法が死体に対する遺族の権利よりも本人の自己決定権を優先するものと解する立場は有力ではなかった。むしろ、あくまでも決定権は遺族にあり、献体法は、本人の意思表示がある場合にはその意思を尊重するよう遺族に求める趣旨であるという理解が一般的であったといえる⁽³³⁾。

1998年に成立した臓器移植法は、やはり「死亡した者が生存中に当該臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないとき」に臓器摘出を行えるものとしたが⁽³⁴⁾、これについては、臓器提供における本人の自己決定権を重視したものとする解釈が有力である。献体法と臓器移植法の解釈の相違はどこから生じているのであろうか。

臓器提供に関して本人の意思が重視されるべき理由として、第一に考えられるのは、臓器提供の有無は、本人の生前の経験にも一定の影響を与えることである⁽³⁵⁾。献体については、それによって本人の生前の経験が左右されることはないといえる。この点は、たしかに、文言上大きな相違はないにもかかわらず、臓器提供は本人意思が基本とされ、献体は遺族意思が基本とされることの理由の一つであろう。

もう1点、両者の間には大きな違いがある。臓器提供の場合には、臓器が摘出された後、すぐに遺体は遺族のもとに返される。遺体の損傷の程度は低く、遺族はその後通常通りに葬儀を行うことができる。これに対し、献体の場合には、提供後に返還を受けることができるのは遺骨のみであり、返還までには2～3年かかるのが通常である。献体を行う前に葬儀を行うことはできるが、見送られた遺体は病院に届けられ、葬儀後にお骨拾い(骨揚げ)の儀式を行うことはできない。臓器提供とは異なり、献体は、葬礼の儀式にきわめて大きな影響を及ぼすのである。献体の場合に、決定権が遺族にあると解されているのはそのためでもあるのではないかと考えられる。

はっきりしているのは、死体の取扱いにかかわることであっても、その影響は一様ではないということである。決定権の比重は、対象となる事象の性質に応じて計られる必要がある。その際、考慮に入れるべき要素としては、以下の3点が挙げられるであろう。

第一は、本人の生前の生活に与える影響である。第二に、当該行為が本人にとって有する精神的意味も考慮する必要がある。献体の場合に、本人の生活に与える影響が皆無である一方で葬儀に多大な影響を及ぼすにもかかわらず、本人の意思をなるべく尊重しようという姿勢が取られているのは、医学の発展のために献体を行うという希望は、本人の人生の一部を構成するものとして保護に値するものであり、そうした希望を叶えることは、死者の尊重感情の保護と矛盾するものではないと考えられるためであろう。臓器移植法においても、この点は考慮に入れられているものと考えられる。第三は、遺族の権利、とりわけ祭祀権に与える影響である。死に関する祭祀は、死を悼み、死者の魂を弔うために、生きている者が（あえていえば、生きている人々が構成する社会の利益のために）行う行為であり、それを適切に営む権利を保護することは、遺族にとって、社会にとって、きわめて重要なことである。死後に行われることについての本人の期待権を一定程度保護するべきであると一応言えるとしても、遺族の固有の権利としての祭祀権はやはりそれに優越する権利であると考えざるを得ないであろう。一方で、本人の意思を尊重したとしても、祭祀を適切に実施することが可能であり、遺族の権利を侵すことがない場合には、本人意思の尊重を遺族に求めることは可能であるように思われる。

研究利用に供するために、死体から組織を摘出する行為は、死体を傷つける行為であり、死者を悼む遺族の感情に影響を与えるであろう。しかし、その実施によって、祭祀の実施に一定以上の影響が及ぶことはない。したがって、本人がそれを希望していた場合には、その実現は、死者の期待を叶えるという意味で、その尊崇感情を表現する祭祀の目的と矛盾するものではないといえる。

このような場合には、遺族の意向よりも、本人の意向を優先的に考慮することは合理的である。もっとも、遺体を現実に管理するのは遺族であり、その取扱いについて許可を与える事実上の権利を持っているのも遺族であるという事実には侵しがたい重みがあり、遺族の反対を押し切って組織の提供を受けるのは妥当とはいえないであろう。制度としては、献体法と同様に、遺族の同意を基本とし、遺族に本人意思の尊重を求めるかたちをとるのが望ましいように思われる。

(4) 摘出された試料の利用・保存

死体の一部の提供についての同意に含まれる第二の事項は、当該試料の保存と利用である。刑法および死体解剖保存法との関係で、研究の用に供するために同意権者（多くの場合遺族）の同意に基づいて提供された試料は、刑法にいう「死体」、死体解剖保存法にいう「死体の一部」ではないと解するべきであることはすでに述べた。遺族の同意に基づいて研究のために提供された試料は、祭祀の対象から外されたものと解することができる。そして、正当な手続きに基づいて祭祀の対象から外されたという事実は、当然、遺族の民法上の権利に関する議論にも影響を与える。

遺族の死体に対する「所有権」の実質を、祭祀権に基づく管理権と解する場合、「所有権」はつねに遺族にあり、遺族がそれを放棄したり、他者に譲り渡すことはできないことにならざるを得ない⁽³⁶⁾。死体由来の試料についても、それを祭祀権に基づく「所有権」の対象と理解するならば、遺族は試料を研究機関に預けているだけであり、「所有権」は遺族にあるのだと解することになる。しかし、すでに述べたように、遺族の同意に基づいて研究のために提供された試料は、祭祀権の対象から外されたものと解するのが、実態に即している。したがって、研究用に提供された試料は、祭祀権の対象というより、純然たる所有権の対象物と考えるべきであり、提供行為によって、その所有権は研

究者（多くの場合研究機関）に移転すると解するべきであろう。

死体由来の試料に関しては、病理解剖後の標本をめぐってであるが、その権利関係が裁判で争われたことがある。結論からいえば、一連の判決に、試料をめぐる法律上の権利関係に関する先例性を認めることはできないと思われるが、司法の判断が示された唯一の事件であり、関係者の関心を呼んだ事件でもあるので、一応その経緯を確認しておきたい。自治医科大学付属病院で入院中に死亡したAの遺体につき、遺族は、死体解剖保存法に基づく病理解剖および内臓・脳の保存について承諾した。遺体からは、内臓および脳の各一部のほか、胸骨、椎体骨が採取されたが、遺族は、椎体骨の採取については承諾していない、また保存臓器の一覧明細および病理説明文の速やかな交付を承諾の条件としたのに同明細等は交付されていない等として、まず、所有権に基づく返還請求訴訟を提起し、勝訴が確定した後、別途損害賠償請求訴訟を提起した。

両訴訟は、返還請求訴訟は1審（東京地判平成12年11月24日判時1738号80頁）で原告の返還請求が認容され（確定）、損害賠償請求訴訟では1審（東京地判平成14年8月30日判時1797号68頁）、控訴審（東京高判平成15年1月30日判例集未登載）ともに原告の請求を棄却する、というように、大きく結論が分かれた⁽³⁷⁾。

返還請求事件について、東京地裁は、遺族が事前に椎体骨の採取を拒否する旨伝えていたにもかかわらず被告がこれを採取したという事実認定を前提に、私法上の関係としては、遺体およびその一部の解剖・保存は、病院と遺族の間の「寄付（贈与）、使用貸借等の私法上の契約」に基づいてなされるどころ、（その契約の趣旨を含む）遺族の承諾は、「解剖・保存の目的の公共性、重要性に鑑み、これを遺体に対する自らの尊崇の念に優先させて、経済的な対価や見返りになされるものであるから、右承諾の基礎には、解剖・保存を実施する側と遺族との間に、互いの目的と感情を尊重し合うという国土の信頼関係が存在することが不可欠である」とし、「本件においては、本件承諾の基礎にある高度の信頼関係が剖検時における被告側の事情により破壊されたものと認められるか

ら、原告は、本件承諾と同時になされた寄付（贈与）又は使用貸借契約を将来に向かって取り消すことができるというべきである」と述べて、被告が保存していたパラフィンブロックとプレパラートについての返還請求を認めた。

これに対し、損害賠償請求訴訟では、①椎体骨と胸骨の無断採取、②明細書の不交付、③原告が肉眼標本および顕微鏡標本のすべての返還を求めたのに、直ちに返還しなかったこと、④被告大学が下垂体のプレパラート1枚を破損し、胸骨を原告の承諾なく破棄し、原告への返還を不可能にしたこと、の4点につき、債務不履行および不法行為に基づく損害賠償請求が行われたが、第1審は原告の全請求を棄却し、原告の控訴に基づいてなされた控訴審もこの結論を維持した。

保存された組織の権利関係に関する部分のみを紹介すると、東京地裁は、原告らが骨の損壊および採取について明確に拒否した事実を認めることはできないと認定した上で、死体の解剖および保存に関する遺族の承諾の私法上の意義を、遺族が所有権を大学に譲渡する趣旨の贈与契約であると解し、（そもそも原告らが明確に拒否した事実がない以上）「原告と被告大学との間の贈与契約を取り消すことができるほどの信頼関係が破壊された事情は認められない」から、遺族にその返還を請求する権利はなく、返還しなかったことは債務不履行とは認められないとした⁽³⁸⁾。

控訴審は、大筋で東京地裁の判断を是認し、控訴を棄却したが、理由付けを数カ所修正している。原審は、遺族の返還請求権の不存在を、遺族と大学との間に有効な贈与契約が存在し、それを取り消すだけの事情がないことに求めたが、東京高裁は、私法上の権利関係について明示することを避け、遺族の承諾によらない保存を認める死体解剖保存法18条に「その遺族から引渡の要求があつたときは、この限りでない」という但し書きがあるのに対し、遺族の承諾に基づく保存を定める17条には、同様の但し書きがないことを根拠に、「死体解剖保存法上、遺族から引渡し of 要求があつたとしても、これを返還する義務

はない」とするに止めた。その上で、病院と遺族との契約については、「仮に上記合意〔死体解剖保存法上の遺族の承諾〕をXが主張するような寄託類似の無名契約と解するとしても、その契約の目的及び性質から考えて、病院は、死体の全部又は一部を標本として使用する必要がある間は、その標本を保存することができるというべきであり、上記契約が終了するのは、標本として使用する目的ないし必要性が消滅した場合又は病院がその標本を不当な目的に使用し、あるいは不当な取扱いをしたような場合などに限られる」との見解を示している。(後で検討するように)少なくとも倫理的な規範としては、いったん提供された試料についてその利用を拒否する「撤回権」を保障すべきことが主張されている現在、単に死体解剖保存法に依拠することで結論を導いた東京高裁の態度が妥当なものであったかには、疑問の余地はある。しかし、議論が熟しているとはいえ、鑑みれば、私法上の権利について確言することを避けたことは、不当とはいえないであろう。この事案について、仮定的な議論としてはあるが、東京高裁が、「信頼関係が失われた」だけでは直ちに契約は終了せず、契約終了は「病院がその標本を不当な目的に使用し、あるいは不当な取扱いをしたような場合などに限られる」としたことは、試料提供の同意によって所有権が移転したものと解する本稿の立場からは、常識的なものと評価できる⁽³⁹⁾。とはいえ、この判決は、肝心の議論は回避して結論を出した感が強く、やはり、この判決自体を先例として、何らかの帰結を見出すことはできないと思われる。

(5) 「撤回権」について——生体試料の場合

臨床研究に関する倫理指針(厚生労働省・平成20年7月31日全部改正後のもの。以下「臨床指針」)は、「被験者からインフォームド・コンセントを受ける手続」として「研究者等は、被験者に対し、当該被験者が与えたインフォームド・コンセントについて、いつでも不利益を受けることなく撤回する権利を有するこ

とを説明しなければならない」と規定するとおり、被験者には「インフォームド・コンセント」を「撤回」する権利があることを前提としている。もっとも、臨床研究指針は、「介入を伴う研究」と、「介入を伴わず、試料等を用いた研究⁽⁴⁰⁾」の双方を対象としており、とくに試料等の提供、研究利用に関する「インフォームド・コンセント」の「撤回」が何を意味するのかは、必ずしも明らかではない。

介入を伴う研究の場合、提供者がいったん同意を与えたからといって、当該研究への参加を義務づけることができないのは当然のことである。研究参加の時点で参加の意思がなくなっていた場合には、事前に同意があったとしても、研究への参加が任意になされたとはいえない。介入を伴う研究においては、いったん与えた同意の「撤回」は、「研究者等は、臨床研究を実施するに当たっては、……インフォームド・コンセントを受けなければならない」⁽⁴¹⁾という、研究者の基本的な責務から直接的に導かれるものであり、とくに不審な点はない。臨床研究のプロトタイプが介入を伴う研究であることを考えると、同指針が定める「撤回」も、基本的には、この意味の撤回を想定していたものと考えられよう。

試料の提供に関しても、たとえば、試料採取の前に同意を与えたが、試料採取の時点で撤回することは考えられ、これが認められなければならないことはいうまでもない。問題は、いったん試料を研究のために提供した後で、その返還あるいは廃棄を求めることも、ここでいう「撤回」にあたるのか、という点である。すでに述べたように、研究現場では、これを同意文書に記載することが一般的な慣習となっている。もちろん、それが実現可能なのであれば、同意文書を介してそのような約束が行われることは望ましいことといえるかもしれないが、既提供試料の利用の中断が義務づけられるとなると研究の科学的意義が損なわれるケースもあるようであり、どこまでが倫理的ないし法的な要請なのかを明らかにしておくことは、実務にとって一定の重要性を持っている。

研究に対して試料を提供する場合、提供者は、試料の所有権を譲渡すると同時に、試料を解析して得られる（自身の身体に関する）情報を研究者（研究機関）に与えていることになる。そこで、「撤回」に関しても、所有権の側面と、情報に対する権利の側面の双方について検討することが必要である。

まず、撤回権は、その原型が、介入を伴う研究参加の同意の撤回にあると考えられること、臨床指針においても「インフォームド・コンセント」の項目に規定されていること等の事情から見て、その趣旨は、研究参加の任意性を確保することにあると考えられる。この点には、おそらく異論はないであろう。その上で、所有権の側面に関していうと、所有権の観点からは、既提供試料の利用中止を求める権利を、少なくとも無条件で認めることができないことは、明らかであるように思われる。生体由来試料の場合も、研究のための試料提供に関する同意は試料の所有権移転契約を含むと考えられるが、いったん契約が締結され所有権が移転した後で、提供者の返還・廃棄の求めがあった場合に、それに応じなければ当該所有権移転契約の任意性が失われる、とは考えられないからである。法的には、もちろん所有権移転契約に伴って提供者に契約解除権を留保する合意を行うことは可能であるが、そうした特別の合意がない場合に、提供者の任意撤回が認められるという解釈はありえない⁽⁴²⁾。人体に由来する試料であるという特殊性を考慮して、当該所有権移転契約の基礎として「信頼関係」等を要求し、それが害された場合に契約の取り消しを認める、という解釈は可能であるかもしれないが、（少なくとも）そのような特別な理由がない場合には、撤回はできないと考えるべきであろう⁽⁴³⁾。研究倫理の問題として考えた場合も、提供者が研究の意義や内容を十分に理解した上で試料の提供に同意したことを前提とすれば、すでに研究の利用されている試料を返還・廃棄しなければ、いったんなされた試料提供の任意性が失われ、当該研究の倫理性が損なわれるとはいえないであろう。

これに対し、自身の身体に関する情報の提供、という側面においては、「撤

死体由来試料の研究利用

回権」を考慮する余地がある。そもそも、試料を用いた研究が臨床研究と同視されるようになったのは、遺伝子解析技術を用いることで、試料を介して提供者の身体に関する情報を得ることができるようになったためである。当該研究において、試料が継続的に利用されている場合、あるいは試料の解析によって得られた情報が継続的に利用されている場合であって、かつ、当該利用が実質的に見て提供者個人に関する情報の利用であると評価できる場合には、提供者はその間「被験者」として研究の対象であり続けていることになるから、研究参加の任意性を担保するという観点から、提供者にはそのような利用の中止を求める権利が留保されると解するべきであろう。したがって、たとえば、10年間にわたって継続的に試料、情報を提供し、その変化を追跡するような研究において、提供者が5年間参加を続けたのちにその後の参加を拒否した場合、その後の参加を強要できないのはもちろん、すでに取得された試料、情報の利用についても「撤回」を認めるべきであろう。他方、試料から得られた情報を使い続けている場合であっても、多数の人や遺伝子に関する情報を比較対照するために、匿名化した情報をデータベース化して利用しているような場合には、試料の提供者が継続的に「被験者」として当該研究に参加し続けている実体があるとはいいがたい。このような場合には、「撤回」を求める権利はないと解するべきである。なお、情報提供の継続という観点から提供者に撤回権が留保される場合、提供者の権利性は「自己に関する」情報の遮断を求める点にあり、（通常所有権に基づく権利である）試料の返還請求権を含むものではない。この意味での撤回に応じる研究者側は、最小限、試料を匿名化して、当該個人にたどることができない状態を確保すれば足り、返還や廃棄まで義務づけられるものではないと解するべきであろう。

（6）死体由来試料における「撤回権」

死体由来試料についても、試料の所有権の側面と、試料の利用に伴う権利の

側面を分けて考える必要がある。この場合には、試料の由来する者は故人であり、少なくとも法的に保護される権利は持たないと考えられるので、権利主体としては主として遺族（ときに一般社会）が想定されることになる。

まず、所有権の側面であるが、死体由来試料においても、研究用のために提供された試料に関しては、祭祀権の対象としてではなく、通常の所有権の対象として理解すべきことはすでに述べた。生体由来試料の場合と同様に、死体の場合にも、尊崇の対象である死体に由来するものであることに鑑みて、「信頼関係」等を所有権移転契約の前提として要求することは考えられる。しかし、いったん任意に提供された試料について、遺族の希望に応じて返還や廃棄を認めなければ提供の任意性が失われるとはいえず、やはり無条件の撤回権を認める理由は乏しいといえる。

では、試料の利用の仕方によって、提供者側の何らかの権利が継続的に関わっていると解される場面があるであろうか。生体試料において、情報の継続利用という観点から提供者に撤回権が留保されると解するとき、想定されていたのは、提供者のプライバシーに類する権利であった。死体由来試料の利用が、本人に具体的な不利益を生じさせることは考えにくいですが、遺族との関係では、やはりプライバシー的な権利が問題となろう。たとえば、死者の身体に関する情報が、遺族が有する遺伝的疾患の研究のために、その一環として用いられるような場合には、遺族の利益との関係で、遺族に撤回権を認めるべき場合があると思われる。

死体由来試料に関して、とくに考慮が必要なのは、死者に対する尊重感情の保護という観点である。例外的な事例に属するが、たとえば、死者の脳が「〇〇氏の脳」といったように、死者個人が特定されるような形で標本として展示され、教育目的等で公開されているとする⁽⁴⁴⁾。このような利用は、死体に対する尊重感情に影響を与え続けるものであり、その利用の中止を求める権利は、提供者である遺族に留保されると考えるべきであろう。これほど極端な場合で

はなくても、死体全体や、死体の一部であっても、死者の個性を示すような部分が研究のために保存されている場合、少なくとも倫理的には、遺族の求めに応じて、利用を中止し、必要に応じて、返還、廃棄等の適切な処分を行うことが望ましいと思われる。

5 おわりに——「人体の不思議展」について

最後に論じた点から想起される問題として、「人体の不思議展」をめぐる議論について、法的な観点から検討を加えておきたい。「人体の不思議展」は、「プラスチック」 という技術によって、組織に含まれる水分や脂質を樹脂に置き換えて標本化された死体等を展示するもので、人体や健康についての教育・啓発を目的とするものと謳われている。しかし、実際には、単に好奇心を煽るような展示が多いことなどから、その倫理的妥当性をめぐって議論を呼び、死体解剖保存法違反の容疑での刑事告発もなされた⁽⁴⁵⁾。この展示には、海外で作製され、由来の明らかでない死体の展示があることなど、種々の問題が指摘されているが、ここでは、かりに、死体の全部または一部の標本化や公開について遺族等の同意が得られている場合に、このような展示が法的に許容されるのか、という問題だけを考えたい。

刑法の観点から見ると、樹脂加工された死体の展示については、①その加工が死体損壊罪に該当するか、②展示が死体解剖保存法にいう「保存」にあたり、許可なしに行われた場合に同法19条1項違反罪⁽⁴⁶⁾が成立するかが問題となる。①については、加工前の死体は「死体」に、その加工は「損壊」に該当するが、遺族の同意によって、死体損壊罪の違法性が阻却されるかが問題となる。②については、作成された標本が「死体」「死体の一部」に当たるかが問題となる⁽⁴⁷⁾。場面は異なるが、いずれにおいても、死者に対する敬虔感情という社会的法益との関係で、遺族の同意がどの範囲で行為を正当化するかが問

題となっている点は共通である。

死体損壊罪の保護法益である「死者に対する敬虔感情」は、社会一般を法益主体とするものであり、その法益を処分する権限は遺族にはないが、すでに述べたように、死体の具体的な取扱いは、それが社会的に是認しうる態様・方法である限度で、遺族に委ねられていると解される。そこで、遺族の同意に基づいて標本作製がなされた場合、それが社会的に是認しうる態様・方法であるかが、結論を分けることになる。

標本の展示では、死体解剖保存法の「死体の全部又は一部」の解釈が問題となるが、本稿で論じたように、同解釈は死体損壊罪にいう「死体」の解釈と実質的に一致する。そして、死体損壊罪にいう「死体」に該当するか否かは、同罪が、葬礼の起源にあると考えられる、死者に対する（宗教的）敬虔感情を保護法益としていると解されることから、社会の敬虔感情の及ぶ客体であるかどうか、葬礼の対象としての性格を維持しているかどうかによって決定される。死体から摘出され、プレパラート化された試料が「死体」「死体の一部」に該当しないのは、それが社会通念上、葬礼の対象としての性格を失っていると解されるためであったが⁽⁴⁸⁾、樹脂で加工された死体や臓器はどのように考えられるべきであろうか。

樹脂加工された死体は、プレパラート試料のように、一般に敬虔感情を喚起しないものであるとはいえない。しかし、この場面でも、死体の具体的な取扱いは社会的に是認しうる範囲で遺族に委ねられていると解され、解剖学のための標本化が遺族の同意に基づいて行われた場合には、遺族の意思で葬礼の対象から外されたという事実に基づいて⁽⁴⁹⁾、当該標本は（死体損壊罪、死体解剖保存法にいう）「死体」の性格を失うと考えるべきであろう⁽⁵⁰⁾。ここでも、結論を分けるのは、その取扱いが「社会的に是認しうる範囲」に止まるか否かである。

たとえば見せ物小屋に展示するために死体の提供・加工が行われたという場合には、遺族の同意があったとしても、社会的に許容可能なかたちで葬礼の対

象から外されたとはいいがたい。この場合には、死体損壊の違法性は阻却されず、標本はなお「死体」として、死体解剖保存法の規制に服することになろう。「人体の不思議展」も、(かりに死体を入手する手続には問題がないとして)これと同じように考えるべきなのであろうか。

筆者はこの展覧会を見ていない。1995年に日本解剖学会の100年記念事業として行われた「人体の世界」展⁽⁵¹⁾とは似て非なるものだとされており、より商業主義的に、どちらかという知的でない好奇心を掻き立てるようなものになっているようである。そのような展示に対して、倫理的な観点から批判がなされるのは健全なことであり、社会的な批判の高まりを受けて後援団体が手を引いていることなども、あってしかるべきことであろう。しかし、知的好奇心と低俗な好奇心は紙一重であるし、展示内容の倫理的妥当性といった事項は、本来的に、国の判断にはなじまないことがらであるといえる。死体損壊罪等の解釈においては、社会的に許容されるか否かを判断しなければならない場面があるが、それが究極的には「倫理」に関する判断であることに鑑みると、(法的判断としての)社会的許容性の判断は、ある程度緩やかになされる必要があると思われる⁽⁵²⁾。

注

- (1) というより、常識的に考えれば、そうでない可能性が高いといえる。
- (2) このテーマについては、「生体と死体」町野朔・辰井聡子編『ヒト由来試料の研究利用——試料の採取からバイオバンクまで』(2009年)、「研究用組織の提供・使用に関わる法令、ガイドライン」町野朔・雨宮浩編『バイオバンク構想の法的・倫理的検討——その実践と人間の尊厳』(2009年)で考察したが、改めて考えを深める機会があったので、本稿でより包括的な検討を加えることにした。貴重な機会を与えていただいたHAB研究機構(同ヒト試料委員会)、日本生物学的精神医学会(同ブレインバンク法・倫理指針策定委員会)の方々に感謝を申し上げたい。
- (3) 明治41年(1908年)の警察犯処罰令(内務省令第16号)は、許可なく人の死屍または死胎を解剖しまたは保存する行為を犯罪(違警罪)としており(同法は昭和

死体由来試料の研究利用

23年(1948年)5月の軽犯罪法の施行に併せて廃止された)、死体の解剖に当たっては警察署長の許可を受けることとなっていた。文献には、これが廃止されたことにより、解剖を正当化する手続を定める規定がなくなったために、死体解剖保存法が作られたと説明するものがある(岩佐潔『死亡診断書と死体解剖』(1950年)29頁以下)。後で見ると、死体解剖保存法は複合的な性格を持つ法律であり、その趣旨も含まれるということはあるが、警察犯処罰令の手続は違警罪との関係で定められたものであり、死体損壊罪との関係における違法阻却事由を定めるものではなかった。したがって、死体損壊罪に対する違法阻却事由が示されたのは、死体解剖保存法が初めてであることになる。

- (4) 岩佐・前出注(3)28頁以下、香西豊子『流通する「人体」——献体・献血・臓器提供の歴史』(2007年)47頁以下参照。
- (5) GHQ公衆衛生福祉局長であったサムス(Clawford F. Sams)氏は、上野駅で大勢の人々が横たわっているのを見たときのことを「われわれがその人々の何人かをちょっと診察しただけでも、彼らが死ぬのは飢えからではなくて、天然と、腸チフス、発疹チフスが原因であることがわかった」と述べ、新聞の餓死報道に関しては、そうした報道にもかかわらず、「われわれは日本の占領期間中に餓死者が出たという事実を立証することはできなかった」と述べている。C.F.サムス著/竹前栄治編訳『GHQサムス准将の改革 戦後日本の医療福祉政策の原点』(2007年)88頁。
- (6) 大学等へ死体交付に関する法律、死因調査に関する件はいずれも死体解剖保存法の施行とともに廃止されている。
- (7) 条文は以下のとおりである。「死体の解剖をしようとする者は、その遺族の承諾を受けなければならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する場合には、この限りでない。

- 一 死亡確認後三十日を経過しても、なおその死体について引取者のない場合
- 二 二人以上の医師(うち一人は歯科医師であつてもよい。)が診療中であつた患者が死亡した場合において、主治の医師を含む二人以上の診療中の医師又は歯科医師がその死因を明らかにするため特にその解剖の必要を認め、且つ、その遺族の所在が不明であり、又は遺族が遠隔の地に居住する等の事由により遺族の諾否の判明するのを待つてはその解剖の目的がほとんど達せられないことが明らかな場合
- 三 第二条第一項第三号又は第四号に該当する場合〔筆者注：監察医による死因不明死体の解剖、刑事訴訟法129条(222条1項において準用する場合を含む。)、168条1項又は225条1項による解剖〕
- 四 食品衛生法第五十九条第二項の規定により解剖する場合

死体由来試料の研究利用

五 検疫法第十三条第二項後段の規定に該当する場合

- (8) 正当な目的のための利用であり、遺族等から有効な同意が得られている場合には、死体損壊罪は成立しないと解される。
- (9) 平野龍一「刑法各論の諸問題 16」法セミ 224 号 (1974 年) 70 頁以下、平場安治・平野龍一『刑法改正の研究 2 各論』(1972 年) 257 頁以下〔宮澤浩一執筆部分〕等。
- (10) 平野・前出注 (9) 71 頁。
- (11) 平野龍一『刑法概説』(1977 年) 267 頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第 2 版〕』514 頁等。「死者に対する社会的習俗としての宗教感情」とするものとして、団藤重光編『注釈刑法 (4)』(1965 年) 358 頁〔板倉宏執筆部分〕、大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法〔第 2 版〕第 9 卷』(2000 年) 226 頁〔岩村修二執筆部分〕。なお、死者ではなく「死体」に対する感情と表現するものもあるが、棺内蔵置物が同様に客体とされていることに鑑みると、やはり人格としての「死者」に対する感情が保護対象となっていると理解するべきであろう。
- (12) 伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第 2 版〕』(2003 年) 421 頁。
- (13) 伊東・前出注(12)421 頁。
- (14) 伊東・前出注(12)421 頁。
- (15) 伊東・前出注(12)420-421 頁。
- (16) 190 条は、死者の骨、頭髪について「遺骨」「遺髪」の語を用いているが、死体には「遺体」の語を充てていない。これは、(死体から分離された)死者の骨、頭髪は、葬礼に付すべき死者の遺物として扱われている場合でなければ 190 条の想定する敬虔感情の対象とならないのに対し、死体はどのような状況にあっても一般に「葬礼に付すべきもの」と捉えられるためであろう。
- (17) 大谷・前出注(11)515 頁、団藤編〔板倉〕・前出注(11)359 頁、大塚仁ほか編〔岩村〕・前出注(11)228 頁等。
- (18) 大判大正 14 年 10 月 16 日刑集 4 卷 613 号は、190 条にいう死体には死体の一部若しくはその内容をなす臓器、脳漿等を含むと述べて、火葬に付している最中の死体から脳漿を掻き出し領得する行為に死体領得罪の成立を認めた。この事案では、まさに葬礼のために火葬に付されている最中の死体から、その一部である脳漿が領得されたものであり、これを 190 条にいう「死体」の領得と評価するのは妥当である。
- (19) 敬虔感情が保護法益であることを考慮すれば、厳密には死亡前に切断されていた場合であっても同様に解するべきであろう。もちろん、生体の治療として、手術において切断された腕などは、少なくとも本人の生存中は「死体」とはいえず〔墓地、埋葬等に関する法律の運営について〕昭和 27 年 8 月 5 日衛環第 74 号旧厚生省環境衛生課長から香川県衛生部長あて回答 (生活衛生法規研究会監修『新版逐条解説墓地、埋

死体由来試料の研究利用

- 葬等に関する法律』(2007年)106頁)), 死体とともに埋葬するべく保存されていたような場合は別として、死後においても「死体」とみなす必要はないと思われる。
- (20) NK-StGB-Herzog, § 168 Rn. 5.
- (21) 臨床研究に関する倫理指針(厚生労働省・平成15年7月30日(平成20年7月31日全部改正)が(その射程は必ずしも明確でないもの)死者に係る試料や臨床情報を用いた研究を規制の対象に含めているのはその趣旨であろう。
- (22) NK-StGB-Herzog, § 168 Rn. 5, S/S-Lenckner/Bosch, § 168 Rn 3. なお, 研究目的で使用される試料が「死体」でないと解される場合には, 少量の血液やプレパラート化した細胞のように, その物自体の性質によって, 死者に対する敬虔感情の客体ではないと解される場合と, 死体全体や四肢, 臓器のように, それ自体は敬虔感情の客体でありうるが, 社会的に許容される範囲内の事項について, 遺族の同意があることによって, 「死体」でなくなる場合とが考えられる。この点については, 本稿5を参照。
- (23) 本稿2(6)参照。
- (24) 死体解剖保存法が定める「解剖」の射程には一定の限界があり, 死体に侵襲を加える場合でも「解剖」に該当しないケースはありうる。同法の解釈については, 2(6)参照。
- (25) 大塚仁ほか編〔岩村〕・前出注(11)231頁, 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(1990年)356頁。
- (26) ただし, 「一 死亡確認後三十日を経過しても, なおその死体について引取者のない場合」〔二 二人以上の医師(うち一人は歯科医師であつてもよい。)が診療中であつた患者が死亡した場合において, 主治の医師を含む二人以上の診療中の医師又は歯科医師がその死因を明らかにするため特にその解剖の必要を認め, 且つ, その遺族の所在が不明であり, 又は遺族が遠隔の地に居住する等の事由により遺族の諾否の判明するのを待つてはその解剖の目的がほとんど達せられないことが明らかな場合〕も, 例外として同意なしの解剖が可能とされている。
- (27) 筆者は生物学的精神医学会ブレインバンク法・倫理指針策定委員会に委員として参加したが, 法解釈に関する見解は筆者個人のものである。なお, 臨床研究に関する倫理指針(厚生労働省)は, 「被験者」の定義として, 「③臨床研究に用いようとする血液, 組織, 体液, 排泄物及びこれらから抽出したDNA等の人の体の一部(死者に係るものを含む。)を提供する者」とし, 「試料等」の定義にも同様の規定をおくことで, 一見すると死体由来試料もその射程に含んでいるように読める。しかし, 人権の尊重等を目的とする同指針の趣旨からいって, これらの規定は, 試料提供の後で提供者が死亡した場合を想定するものと考えられ, 死体由来試料を射程に含むものではないと考えられる。

死体由来試料の研究利用

- (28) 死体の利用に際して、本人の自己決定権を重視するものとして、粟屋剛「死体解剖保存と遺族ないし本人の承諾——医事法／生命倫理の観点から——」岡山医学会雑誌 113 巻 2 号 (2001 年) 141 頁以下、城下裕二・白木豊・佐藤雄一郎「(3) 提言・その 3：死体関連身体・組織の利用に関する生命倫理基本法」北大法学論集 56 巻 1 号 (2005 年) 425 頁以下参照。
- (29) 判例・学説の展開を詳細に追ったものとして、星野茂「遺体・遺骨をめぐる法的諸問題 (上)」法律論叢 64 巻 5・6 号 (1992 年) 173 頁以下参照。
- (30) 引用は大判昭和 2 年 5 月 27 日民集 6 巻 307 頁。ほかに東京地裁大正 3 年 7 月 23 日新聞 991 号 29 頁、大判大正 10 年 7 月 25 日民録 27 輯 20 巻 1408 頁、宮城控訴院大正 10 年 1 月 29 日新聞 1816 号 18 頁参照。この立場を支持するものとして、川島武宜『民法総則 [全集]』(1965 年) 144 頁、我妻栄『新訂 民法総則 (民法講義工)』(1965 年) 203 頁。
- (31) 最判平成元年 7 月 18 日家月 41 巻 10 号 128 頁。祭祀主宰者は、葬儀の主宰者を意味する喪主とは (事実上は同一人であることが多いものの) 異なる概念である (なお、喪主は法律上の概念ではない)。被相続人 (当該死者) の指定がなければ慣習によって決定し、慣習が明らかでないときは家庭裁判所が定める。祭祀財産の承継に関しての議論であるが、祭祀主宰者としての承継は 1 名の承継者による単独承継が建前とされているものの、特別の事情がある場合には、複数の者が分割承継することも、共同承継することも可能である。以上につき、竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編集代表『新法律学辞典 (第 3 版)』(1989 年) 534 頁、谷口知平・久貴忠彦『新版 注釈民法 (27) 相続 (2)』(1989 年) 130 頁以下 [小腸一海執筆部分] 参照。
- (32) 民法上、祭祀権を実体とする所有権は「祭祀主宰者」に属するものとされるが (祭祀主宰者の意義については注(31)を参照)、死体の取扱いについて決定する権利が祭祀主宰者に専属すると解するべきかは、さらに検討が必要であろう。
- (33) 献体法 3 条は「献体の意思は、尊重されなければならない」としているが、臓器移植法 2 条にも同趣旨の規定がある。
- (34) 周知のように、平成 21 年の改正において、「死亡した者が生存中に当該臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合及び当該意思がないことを表示している場合以外の場合であって、遺族が当該臓器の摘出について書面により承諾しているとき。」という 2 項が付け加えられる等の変更が加えられた。
- (35) 辰井聡子「生体と死体」町野朔・辰井聡子編『ヒト由来試料の研究利用—試料の採取からバイオバンクまで—』(2009 年) 122 頁参照。
- (36) 我妻・前出注 (30) 203 頁参照。
- (37) これらの判決につき、佐藤雄一郎「病理解剖標本の無承諾保存事件」『医事法判

死体由来試料の研究利用

例百選』(2006年)100頁以下,河原格・判評535号(判時1824号)22頁以下,佐藤藤一郎「死体からの組織の採取・保存に関する2事例」年報医事法学17号(2002年)167頁以下,畔柳達雄「死体解剖保存法による摘出臓器等返還請求事件」『医療事故と司法判断』(2002年)303頁以下,甲斐克則「人体の利用と刑法・その1——身体,身体から切り離された『身体の一部』および死体の法的位置づけ——」現刑58号(2004年)114頁以下参照。

- (38) なお,東京地裁は,病理解剖指針が,死体を標本として保存する主体が〔死体解剖保存法〕「第2条の規定により死体の解剖をすることができる者」であるか否かに関わらず,遺族から引渡しの要求があったときは遅滞なく遺族に引き渡すことを病理解剖医および医学に関する大学の長の責務として定めていることに言及し,これを,「病理解剖について所轄する行政庁において,病理解剖の円滑な実施を図るために,行政指導としてこのように定めることは,合理性を有するものであり,これに沿って運用することが望ましい」と評価するが,「しかしながら,……死体解剖保存法が,死体を保存する主体によって,保存を許す要件を異にして定めていることにかんがみれば,……上記指針に反した取扱いをしたことをもって,損害賠償請求権を生じさせるような違法行為であるということとはできない」として,指針違反を根拠に損害賠償請求権を認めることはしなかった。ある程度当然の判断ではあるが,行政指針の事実上の拘束性が増している昨今,裁判所が指針と法を明確に区別して判断を行った点は注目してよいと思われる。
- (39) これに反対するものとして,佐藤・前出注(37)167頁。
- (40) ここでいう「試料等」は,「血液,組織,細胞,体液,排泄物及びこれらから抽出したDNA等の人の体の一部並びに被験者の診療情報(死者に係るものを含む。)をいう」とされる(臨床研究の定義を含め,同指針の「第1 3 用語の定義」を参照)。なお,「死者に係るものを含む」とされてはいるが,これは,生体から試料等を提供した提供者が死亡した後の試料等の取扱いも指針の対象に含める趣旨と解されるのが一般的(かつ合理的)であり,死体由来の試料等は,臨床指針の直接の対象ではないと解される。
- (41) 「第2 1 研究者等の責務 (3)」
- (42) 米村滋人「生体試料の研究目的利用における私法上の諸問題」町野朔・辰井聡子編『ヒト由来試料の研究利用—試料の採取からバイオバンクまで』(2009年)85頁参照。
- (43) すでに見たように,東京地判平成12年11月24日判時1738号80頁は,死体由来試料に関し,「高度の信頼関係」が失われた場合に限り遺族が契約を将来に向かって取り消しうるとした(蛇足であるが,このような解釈は決して確立したものではない)。米村・前出注(42)86頁(脚注3)は,贈与契約において継続的關係の前

死体由来試料の研究利用

提として「信頼関係」を要求することは「辛うじて可能」とする。なお、かりに臨床指針が無条件の撤回を義務づける趣旨であるとしても、「行政指針で法律の効力を否定することはできず、その限りで臨床指針は無効」ということになる。この点についても、米村・前出注(42)86頁を参照。

- (44) なお、このような利用は、通常の「標本として」の保存を超えるものであり、少なくとも倫理的な観点からは、当該利用について別途遺族の同意が取得されるべきである。
- (45) 末永恵子『『人体の不思議展』の倫理的問題点について』生命倫理 19 卷 1 号 (通巻 20 号) 52 頁 (2009 年) 参照。新聞報道によると、同展の主催者は、その展示について主催者側が都道府県知事の許可を受けていなかったことから、死体解剖保存法 19 条違反の容疑で刑事告発を受けたが、告発を受理した京都府警、石川県警は、いずれも展示された標本は死体解剖保存法にいう「死体」に該当するという見解を前提としつつ (これは厚生労働省の見解のようである)、展示会場での保管を同法にいう「保存」というのは困難と判断し、起訴を求めない趣旨の意見を付けて、関係書類を各地検に送ったという (2011 年 5 月 31 日付各紙)。
- (46) 死体解剖保存法 19 条 1 項は、医学系大学や病院の長および同法 2 条により死体の解剖をすることができる者による死体の標本としての保存以外の場合について、「死体の全部又は一部を保存しようとする者は、遺族の承諾を得、かつ、保存しようとする地の都道府県知事……の許可を受けなければならない」と規定し、同条違反には罰則が設けられている (2 万円以下の罰金 (23 条)) する。
- (47) 「保存」の意義を問題にすることもできるが、すでに述べたように、「保存」を限定的に解するのは困難であり、どのようなかたちであれ、埋葬、廃棄がなされていない以上は「保存」であると解するほかにないように思われる。本稿 2 (6) 参照。
- (48) 本稿 3 (2) 参照。
- (49) なお、遺族の同意によらなくても、合理的な手続にしたがうことで、「死体」性が失われる場合もあるであろう。その手続としては、主に死体解剖保存法の手続が想定されるが、細部において死体解剖保存法の規定に反する場合や、同法に規定がない方法である場合でも、敬虔感情の保護という目的との関係で、社会通念上許容される場合はあると思われる。
- (50) 解剖学のために適法に提供された死体は死者の人格への統合性を喪失したものであるという理由で、樹脂加工の死体や解剖学標本の「死体」性を否定するものとして、NK-StGB-Herzog, § 168 Rn. 5 参照。
- (51) 筆者はこちらは見たが、人体の構造を知る意味できわめて興味深く、啓発的なものであったと記憶している。
- (52) 同じことは、墓地、埋葬等に反する法律 (土中に死体を葬る埋葬、死体を焼いて焼

死体由来試料の研究利用

骨を埋蔵・納骨することを定める)、船員法(水葬を定める)の定める以外の方法での葬祭行為についてもいえる。公衆衛生上問題がある場合を除き、これらの法律に反し、あるいは社会の多数派の意見には反するとしても、容易に死体損壊等罪の成立を認めるべきではないと思われる。この問題につき、町野朔「死体の保護」『刑法各論の現在』(1996年)88頁以下参照。