

## II 創薬研究の社会的意義とその規制

### 「研究の自由と憲法」

中山茂樹（京都産業大学教授）

#### ①憲法上の学問の自由

日本国憲法 23 条は、「学問の自由は、これを保障する。」と規定する。学問の自由には、すべての人が生まれながらに有する「人権」としての面とともに、大学（高等教育研究機関）に属する研究者に認められる特別の権利としての面があるとされる<sup>1</sup>。憲法は思想の自由や表現の自由も保障するから、それらとは異なる学問の自由の保障の特別の意味は、社会から託されて「真理」を探究する研究者らの集団的な学問的活動のプロセスを、民主的な公権力に対し自律的なものとして確保するところに求められよう。

一般に、学問の自由の内容は、大学の自治の保障のほか、①研究の自由（研究活動の自由）、②研究成果発表の自由および③教授の自由に分析されるが、これらは、それぞれ①個々の研究者（ら）の知識創出・獲得活動の自由、②研究者相互の知識・意見の伝達・交換（批判・検証）の自由、③次世代の研究者への情報伝達（研究者の再生産）の自由という形で、学問コミュニティにおける情報の獲得・交換過程に対応する。

#### ②集団的な学問のプロセスの自律性

このような集団的な自律性には個人の人権の保障と緊張関係があるが、なぜこのようなものが保障されるのかといえば、民主的政治過程による公権的決定とは別のものとして「真理」の探究プロセスがあるとされるからであろう。専門家らによる学問という知識生産の方法が、社会において（さしあたり）共通の信頼しうる情報の源となるがゆえに、憲法は諸個人が共生しうる統治のしくみを定めるにあたってこの活動に特別の地位を認めていると考えられる。この情報＝知識は、可謬的な仮説的・暫定的なものであり、研究者らによる集団的な批判・検証にさらされ、研究者の間の見解の対立もありうる。このような集団的な批判・検証のプロセスを経る学問的活動は、ただちに社会に役立つものばかりではなく、何の役に立つのかわからないようなものも含めて、社会の通念や短期的な有用性に必ずしもとらわれず、独自の発想・価値観を有する個々の研究者らが自発的に知識を創出・獲得する研究活動が、集団的に蓄積していくものである。

憲法は、そのような社会の通念や有用性の基準に挑戦する性格を有する学問的活動が、政治的・経済的・倫理的その他の圧力を受けやすいことから、その自由をとくに保護することで、学問が国民の福利ないし社会の豊かさに資することを期待するものと考えられる。民主的政治過程とは別に、専門家らがそれぞれに「真理」を探究してそれが集団的に蓄積する公的回路を設けておくことが公共の利益になるという憲法的判断があるともいえよう。

#### ③研究の自由（研究活動の自由）

学問の自由に含まれる研究の自由は、学問的な思考のほか、資料収集や実験等の研究活動をおこなう自由である。情報を創出・獲得する活動の自由としての性格を有し、精神的自由の一種といえるが、情報の自由の一般法理としての表現の自由（憲法 21 条）と対比してみると、前記の集団的自律性のほか次のような特徴があるといえよう。

まず、情報の創出・獲得（「知る」こと）自体の自由が本来的に保護される。すなわち、

研究の自由は、情報伝達の前段階ないし後段階として、成果発表の自由を中核とした派生的な保護にとどまるものではない（表現の自由から派生する「取材の自由」と類比できる）。

また、無形の情報を創出・獲得する方法としての有形の行為の自由をも保護し、「真理」探究に向けた活動について、研究者の内心の思考・見解だけでなく物理的作用を他者に及ぼしうる外的行為をも不可分のものとして自由を保障する。これは、研究活動において、方法が決定的に重要であり、研究が得ようとする情報内容と情報獲得手段としての研究方法が、一般に不可分だからである（一般的な表現の自由論においては、情報内容と情報伝達方法は区分できると考えられており、それを前提に、いわゆる表現内容規制／内容中立規制二分論が通説となっている）。かつては研究の自由は内面的な精神活動の自由として解される傾向もあったが、今日では、研究活動に外的な物理的行為が含まれることが認められている<sup>2</sup>。

有形の行為の自由は、他者の権利自由と衝突するとき、規制されざるをえない。研究の自由を規制する立法の合憲性について憲法学の議論はあまり発達していないが、表現の自由との異同をふまえて規制の合理性を考える必要がある<sup>3</sup>。

#### ④創薬研究と研究の自由の保護

憲法上、自由権に対する国家の規制の合憲性は、①憲法上の権利はいかなる範囲で保護されるか、②国家は憲法上保護された権利を制限しているか、③国家による当該権利制限は正当化されるか、という議論枠組みで検討される。まず、①保護範囲について。

創薬研究は、「真理」の探究に向けた非営利的活動である限り、憲法上の学問の自由によって保護されると解される。何が「学問」といえる活動であるのかは、基本的に当該の学問コミュニティによって判断される面が大きい。

創薬研究には、人の身体を手段として用いる（または人の身体に侵襲を加える）臨床研究<sup>4</sup>も含まれるが、そのような研究活動も憲法上の研究の自由によって保護される。明白な他者危害は憲法上の権利保護の範囲に含まれず、本人の同意もなく身体を傷害する行為までは保護されないと解されるが、そのように評価される臨床研究は例外的であろう。

また、営利的活動は、学問の自由の保護範囲に含まれないと解される。営利が支配する開発活動は、学問の自由によって保護されず、職業の自由の問題である。他方で、製薬企業等の営利企業に依頼された活動であっても、営利の支配と独立して学問上の知識を創出する活動であれば、学問の自由の保護を受ける。

#### ⑤研究の自由の規制とその合憲性

次に、②制限と③正当化について。憲法上、自由権に対する制限は、議会が定める法律（または条例）にもとづき、規制目的が正当なものであり、その目的との関係で必要かつ合理的な規制手段でなければならない。

創薬研究が研究の自由により保護されるとしても、研究活動の有形的側面にのみ着目して他者危害を防止する目的の規制は、必要かつ合理的なものである限り正当化され、憲法上許容されうる。たとえば、毒薬・劇薬の取扱いに関する規制は、そのような例といえよう。

これに対し、研究活動により得られうる情報の内容に着目した研究活動の「規制」は、原則として、国家がおこなうのではなく学問コミュニティの自律的規律にゆだねることが、憲法上の学問の自由の要請である。ただし、やむにやまれぬ公共の利益を目的とする必要不可欠

な規制であれば、例外的に国家がおこなうことも許される。

臨床研究に対するいわゆる研究倫理審査は、研究の科学的・社会的意義と被験者へのリスクの衡量を含むから、研究の情動的価値にも着目した審査である。したがって、学問コミュニティの自律的規律にゆだねられることが原則であるが、法律による研究倫理審査の義務づけも、被験者の生命・身体や自律性等の保護のために必要不可欠な規制として合憲でありうる。もっとも、民主的行政機関（大臣など）が個別の研究の情動的価値の評価をおこない事前審査することは、研究の自由の本質を害するおそれが強く、倫理審査は学問的自律性に適合した手続・組織をもっておこなう必要がある。そのような特別の組織が、いわゆる倫理審査委員会であると考えられる。

#### ⑥学問コミュニティの自律と責任

憲法は、学問コミュニティの自律性を保障し、国家による干渉を原則的に排除するが、これは社会から「真理」探究のための専門的活動を託された学問コミュニティが、自ら社会と対話してその研究活動の正当性を確保し説明する責任を負っていることを意味している。学問コミュニティ自らが何が「まともな研究」であるかを判断し、研究のインテグリティを自律的に確保することで、学問は社会からの信頼を得ることができる。よりよい研究を目指して他者と対話して自ら考える自律的責任を放棄し、「お上」から与えられるルールを守っていればよい、倫理のことは倫理の専門家にまかせた、という態度が学問コミュニティに広まることがあるとすれば、学問の自由にとって脅威である。

#### 参考文献

高柳信一『学問の自由』（岩波書店、1983）

山本隆司「学問と法」城山英明・西川洋一編『法の再構築Ⅲ・科学技術の発展と法』（東京大学出版会、2007）143頁

長谷部恭男「§23【学問の自由】」長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（有斐閣、2017）480頁

松田浩「第23条〔学問の自由〕」芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011）205頁

山本龍彦『「統治論」としての遺伝子プライバシー論—専門職集団による規範定立と司法審査（覚書）」慶應法学18号45頁（2011）

米村滋人編『生命科学と法の近未来』（信山社、2018）

日本法哲学会編『法哲学年報2017 生命医学研究と法』（有斐閣、2018）

田代志門『研究倫理とは何か』（勁草書房、2011）

ほか、中山茂樹「憲法問題としての研究倫理—学問の自律性と公共性」毛利透ほか編『初宿正典先生古稀祝賀 比較憲法学の現状と展望』（成文堂、2018）699頁で参照した文献

---

<sup>1</sup> 最高裁昭和38年5月22日大法廷判決（ポポロ事件）は、憲法23条が「学問の自由はこれを保障すると規定したのは、一面において、広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに、他面において、大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかんがみて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨とした

---

ものである」と述べる（最高裁判所刑事判例集 17 卷 4 号 370 頁、371 頁）。なお、近時は、大学という組織のほか、学会その他の専門家集団の役割も議論の対象とされる。

<sup>2</sup> 伊藤正己『憲法』（弘文堂、第 3 版、1995）285 頁、神里彩子「科学研究規制をめぐる『学問の自由』の現代的意義と課題」社会技術研究論文集 7 号 211 頁（2010）は、これを積極的に捉える。

<sup>3</sup> 筆者は、研究活動から生じる効果（他者への害悪等）を、情報的無形的効果と物理的有形的効果に区分して、表現の自由論とは異なる＜内容規制＞と＜態様規制＞の区分を提案したことがある。中山茂樹「臨床研究と学問の自由」曾我部真裕・赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開 [下巻]』（信山社、2012）235 頁、246 頁。

<sup>4</sup> 本稿では、臨床研究法の定義によらず、一般的な意味で語を用いる。