

医療情報の第三者提供の体系化（一）

村
山
淳
子

第一章 序論

第二章 保護法益の不存在

第一節 被害者の承諾

第二節 被害者の死亡

第三章 優越的利益との調整

第一節 他の私益との調整

第二節 公益との調整

第四章 結論

（以上、本号）

第一章 序論

医師は原則として、患者の医療情報を患者本人以外の第三者に提供してはならない。古来より医師には守秘義務が課せられており、医療情報の第三者提供はこの守秘義務に違反するからである。しかし他方で、医療情報は社会的に有用な情報であり、例外的に第三者への提供が許容される、あるいは義務づけられるべき場合が数多く存在する。

筆者は、前研究において、⁽¹⁾わが国における医療情報の第三者提供をめぐる法状況について、原則論としての「禁止規範」を考察する作業を行った。すなわち、医療情報の第三者提供を禁止する複数の法制度を検討し、とりわけ「医療情報の性質による保護レベルの違い」という一つの視点から、統合的な説明を試みたのである。

その次段階として、本稿では、例外論としての「許容命題 (Erlaubnissatz)」を考察する。すなわち、医療情報の第三者提供を例外的に許容する実質的な正当化 (Rechtfertigung) 原理を究明、これを理論的体系として構築し、⁽²⁾そこから生まれる各々の理論類型に具体的な場面類型をあてはめてゆく作業を行う。

前研究で指摘したとおり、医師の守秘義務をめぐるわが国の法制は、複数の異質の法領域にまたがって複雑に重畳・交錯している。各々の法制度が異なる目的・趣旨に立脚する以上、要求される違法性の程度や違反した場合の法効果は異なってくる。⁽³⁾しかしながら、「法秩序の統一性 (Einheit der Rechtsordnung) の原則」と言われる⁽⁴⁾とおり、違法性の意味内容それ自体は、⁽⁵⁾全法秩序を通じて一貫したものであるはずである。

それならば、かかる違法判断を阻止する正当化事由（違法性阻却事由、許容事由）もまた、実質的には全法秩序から導きだされるべきものであり、統合的に考察することが可能であるはずである。⁽⁶⁾ かような認識に立ち、本稿では、個々の法制度の違いを当然の前提としたうえで、各法制度が共有する実質的な正当化原理の内実⁽⁷⁾に光をあてたい。

他方で、実際に典型的に問題となる具体的な場面類型を数多く配置し、その正当化の有無や要件・範囲⁽⁷⁾を理論的に明らかにすることで、実務への寄与をも意図するものである。

具体的には、実質的正当化原理にもとづいて抽出した複数の理論類型をそのまま（本論文の実質的内容部分にあたる第二章と第三章の）論文の項目立てとして体系的に編成し、そのように編成された各理論類型の内部に取り込む形で具体的な場面類型を配置してゆく（場面類型には通し番号を振る）。

なお、本テーマについては、わが国での学問的議論は十分であるとはいえない。これに対して、ドイツにおいては、体系的に優れた豊富な議論がなされている。本稿は、ドイツ法を紹介もしくは素材とする型をとるものではないが、随意ドイツの議論を援用してわが国での議論の希薄・欠如部分を補うことにしたい。

第二章 保護法益の不存在

本章では、何らかの事情によって、患者の秘密保護の利益が存在せず、ゆえにその医療情報の第三者提供が正当化されるといふ理論類型を取り扱う。

患者の秘密保護の利益が存在しないと考えられるに至る考程には、以下の二通りがある。一つは、法益の担い手の意思による処分（放棄）、すなわち「被害者の承諾」である（第一節）。そしてもう一つは、法益の担い手の存在の消滅、すなわち「被害者の死亡」である（第二節）。

第一節 被害者の承諾

「承諾者には不法はなされない (Volenti non fit injuria.)」⁽⁸⁾とは、民刑両責任が分離する以前の古くローマ法以来の法諺である。

「被害者の承諾」とは、法益の担い手の意思による利益の処分（放棄）を意味する。⁽⁹⁾これは、法益の担い手がその法益を自由に処分する権能を有し、かつそれが公序良俗に反しない⁽¹⁰⁾つまり、法秩序がその法益を保持するかどうかの決定を法益の担い手に委ねている場合⁽¹¹⁾にのみ、意味を有する。それゆえ、生命権の放棄は認められず、身体権の放棄も無制限には認められない⁽¹²⁾（第三章参照）。

民法の不法行為制度とは、社会において発生する損害について、私法上その負担の合理的な配分をめざすものであるから、⁽¹²⁾損害を被った者自らがその負担を進んで引き受ける以上、私的自治の世界ではもはや負担の分配を考慮する余地はなくなる。⁽¹³⁾

刑法においても、多くの犯罪類型について、「被害者の承諾」が違法性を阻却することが認められている。その根本思想は、近代法の基調とするところの個人主義にある⁽¹⁴⁾（もつとも、刑法学者の中には、刑法の「公法としての独自性」を強調して、被害者の承諾の価値を否定、もしくは消極的な立場をとる者もある⁽¹⁵⁾）。

このように、民刑両責任における「被害者の承諾」の位置づけは必ずしも同一とはいえないが、⁽¹⁶⁾法益の担い手自らがその法益を放棄し、そのことを法秩序が是認しているという点に実質的な正当化根拠を求めるという意味では、共通点を見出すことができればよい。

本稿がテーマとするところの医療情報の第三者提供に関しても、被害者の承諾は刑法の秘密漏示罪の違法性を阻却する。⁽¹⁷⁾また、民法の不法行為類型としてのプライバシー侵害も、被害者の承諾によって違法性を阻却される。そして近時の個人情報保護法では、「本人の同意」が個人情報取得・利用・第三者提供の原則的要件とされている。

この「被害者の承諾」をさらに、他者による客観的判断が介入するか否かによって、「明示的承諾」(一)と「黙示的承諾」(包括的承諾、推定的承諾)(二)とに区分する。

一 明示的承諾

「承諾」の最も本来的かつ典型的な形態である。しかし、医療情報の第三者提供において、患者の明示的承諾が確認される場合はごく限られている。通常は、医療機関への受診行為や医療行為への承諾の中に、医療の提供に必要な範囲で、医療情報の第三者提供への承諾をも認めることができるからである(後述二参照)。それでもなお、患者の明示的意思を確認するための「適正手続」が求められる場面が存在する。

場面類型1 特定の事項に関し、患者本人から口頭または文書で明示の承諾を得ている場合—正当化される

特定の医療情報を第三者に提供することにつき、患者本人から口頭または文書で明示の承諾を得ることが求められる場面がある。

臨床研究や遺伝子研究など医学研究の領域においては、厚生労働省の倫理指針により、インフォームド・コンセントを文書でとることが特に求められている（後述第三章参照）。すなわち、遺伝子検査によって得られた遺伝情報を提供者以外の第三者に提供したり、臨床研究の目的で患者の医療情報を第三者に提供する場合には、患者に十分な説明を行ったうえで文書による明示の承諾を得なければならない。

また、介護保険法により、介護関係者間での情報交換は、文書で利用者の明示の承諾を得なければならない（介護保険法三〇条三項、三三条三項等）。

このように指針や法令によって明文で定める場合のほか、一般的にいかなる情報提供について、患者本人の明示の承諾を要するのか、統一的基準は明らかでない。前記指針や法令、あるいは実際の裁判例などに照らすと、①社会的差別を引き起こすセンシティブな医療情報（HIV感染の事実、精神障害の事実、遺伝子情報）⁽¹⁸⁾の第三者提供など、客観的に患者に不利益な結果をもたらすことがあるということ、②患者本人が第三者提供を拒むような事情があること、などの要素によるものであろうか。⁽¹⁹⁾

二 黙示的承諾（包括的承諾、推定的承諾）

一般的に、承諾は黙示的に行われてもよく、また包括的な承諾も可能であるとされている⁽²⁰⁾。そして「推定的承諾」も、①現実の意思の延長線上にあるものとして、あるいは②本人の利益や公序良俗をはかる規範的判断の介入によって、正当化事由と

して認められている。イエシエックルヴァイゲント（西原春夫監訳）によれば、「推定的承諾 (mutmaßliche Einwilligung)」とは、「事情次第では有効に与えることができたかもしれない承諾が現実には存在せず、また……適切な時期に承諾を求めて得ることができないが、全事情を事前に客観的に評価すれば、承諾が与えられることが確実に期待できたであろう場合」(22)をいい、「法益の担い手が自分の意向を尋ねられることを確実に放棄したであろう場合」(23)をこれと同視できるとされる(24)の立場。また、新美育文教授は、医療行為への同意原則のアメリカでの状況を分析する中で、判例が「黙示の同意」を肯定する場合として、「患者の行動からその同意が合理的に推定できる場合」(25)と、公序良俗の観点から「法によって推定される同意」(26)を挙げている(27)の立場。

「黙示的承諾」、「包括的承諾」、そして「推定的承諾」の三概念は、いずれもその認定に他者による客観的判断が介在せざるをえない点で共通しており、理論的にも実際の場面においても、明瞭な線引きは困難であり、かつその実益も少ない。現に学説や裁判例において、「黙示的包括的承諾」や「黙示的承諾の推定」といった中間的な言葉も散見される。本稿においても、これらの概念を厳格に区別して扱うことは差し控える。

医療情報の第三者提供について、明示的承諾が与えられる場面は少ない。実務においては、患者の黙示的承諾（あるいは、包括的承諾、推定的承諾）によって正当化される場面が、実に多くを占める(28)。

ここでとりわけ問題となるのは、これら明示的でない承諾をいかなる範囲まで認めることができるか、という点である。民法では、広範すぎる範囲のプライバシー放棄の特約（たとえば、何を書かれてもいっさい文句を言わないという念書など）は、公序良俗違反であり無効であるとされる。たしかに安易で無限定な拡大は慎むべきであるが、(29)といってあまりに厳格な解釈は、

医師の負担を増大させ、医療の停滞を招くであろう。

場面類型2 家族への病状説明―患者本人の明示の反対の意思表示、もしくは患者本人が承諾をしないであろうと信ずるべき

相当な事由がない限り、正当化される。また、事情によっては、義務づけられる。

患者の家族に患者の病状を説明することは、従来から臨床の現場で日常的に行われてきたことである。このことにより、家族の治療への協力や患者への精神的支援を得ることができ、患者の治療上の利益に資することは、一般的に認められている。このような情報提供についてまで、逐一患者本人の明示の承諾を得なければならないとしたら、医師の負担は過大なものとなるであろう。臨床実務において、家族への病状説明が、特に患者の明示の承諾を確かめることなく、至極当然に行われてきたことは、事態に適合した慣行であったといえる。

学説は、このような家族への病状説明に關し、「親・配偶者・子等の近親者に対する告知は、患者本人の利益になることが多いと考えられるので、その漏泄には正当な理由ありと一応解しうる」⁽³⁰⁾、「意識不明に陥った患者の家族に対して、医師がその患者の意思を推定し、業務上知るところとなった「秘密」を明らかにする」⁽³¹⁾のは推定的承諾によるものである、などと説明してきた。

厚生労働省「医療・介護関係事業者における個人情報情報の適切な取扱いのためのガイドライン」（以下、本稿ではガイドラインと略記）では、「家族等への病状説明」は、別表2に掲げる「医療・介護関係事業者の通常の業務で想定される利用目的」のうち、「患者への医療の提供に必要な利用目的」の項目の一つに挙げられ、あらかじめ院内掲示等による公表等によって利

用目的としてこれを特定しておけば、「取得の状況からみて利用目的が明らかであると認められる場合」(個人情報保護法一八条四項四号)として、医療の提供に必要な範囲で、患者の黙示の同意があったものと取り扱われる(ガイドライン、「医療・介護関係事業者における個人情報の適切な取扱いのためのガイドライン」に関するQ&A(事例集)(以下、本稿ではQ&A事例集と略記)。

ここでの医療情報の第三者提供を許容する実質的正当化原理は、本人の黙示的承諾(包括的承諾、推定的承諾)である。すなわち、患者の医療機関への受診行為から解釈して、あるいは、もし患者本人に意思確認を行ったとしたら(もしくは行うことができたとしたら)、患者は家族への病状説明を承諾するであろうことが、客観的にみて合理的に推定できるがゆえに、ここでの家族への情報提供は正当化されるのである。したがって、患者本人が明示に反対の意思表示をしたり、患者が家族への病状説明に承諾しないであろうと信ずるべき相当な事由が存在する場合には、もはやかかる説明を行ってはならない。⁽³³⁾このことは、家族が積極的に説明を求めてきたかどうかにかかわらずに左右されない。

ところで、この場面類型に該当するものとして想定されるのは、患者本人に(家族への病状説明を承諾するかどうかを決定するための)十分な判断能力が備わっているか、もしくははその時点では喪失していても遠くない過去において備えていた場合である。これに該当する具体的ケースとして、(ア)患者が通常人の場合、(イ)患者が意識不明の場合、(ウ)患者に意識はあるが緊急事態で承諾を得る猶予がない場合、⁽³⁴⁾(エ)治療上の配慮から患者に真の病状を告知することが適切でない場合等が考えられる。これに対して、幼児や重度の精神障害者等のように、患者がそもそも十分な承諾能力を備えていない場合は、本稿のテーマの範疇にない。このような患者の家族への病状説明は、承諾能力なき者に代わって承諾権を有する者(代任意思決

定者)への説明であって、本人への説明と理論的には同視すべき問題だからである。⁽³⁵⁾ また、患者本人が死亡している場合も、もはや患者自身が法益主体者とはいえないため(次節参照)、本場面類型とは理論類型を別にする(次節に該当)。

このように本場面類型における家族への病状説明は、「本人の黙示的承諾」という正当化原理によって許容されるわけだが、さらに近年、これが法的に義務づけられるべき場合が存在することを示す最高裁判決が出ている。平成一四年九月二四日最高裁判所判決は、⁽³⁶⁾末期がん患者への家族への告知(つまり左記(エ)に該当)を、患者との間の診療契約上の付随義務として認め、その理由に関して、「告知を受けた家族等の側では、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また、患者の余命がより安らかで充実したものとなるように家族等としてのできる限りの手厚い配慮をすることができることになり、適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益である」と説示する。服部篤美助教授は、ここでは「家族は……説明義務の相手方として患者に次ぐ二次的、潜在的対象者(そして患者の死亡後もそうあり続けると理解すること、次節場面類型6を説明する)」であり、説明を受けた家族は「医療機関とともに患者の利益を支える」役割を担っているとする(順孝一教授も「いやしの人としての家族機能」を指摘する⁽³⁷⁾)。服部助教授の指摘するところによれば、それ以前の下級審判決の中にも、特に本人の状態が良好でなく、悪しき結果回避や(ライフスタイルを含めた広い意味での)本人の自己決定に家族の果たす機能が大きいケースにおいては、悪しき結果を回避するための説明、あるいはそれと同時に本人の自己決定に資するためもある説明を、—そこの家族の役割は(特に自己決定に関わる説明においては)⁽³⁸⁾一様ではないものの—本人と併存的に家族へ、あるいは家族のみへ行うことを義務づけているものがある⁽³⁸⁾とされる。また、小西知世助教授も、病名告知に関し家族への病名告知をより重視する、最近の裁判所の傾向を認め

ている⁽³⁹⁾。このように、本場面類型においては、一定のケースにおいては、家族への説明が「許容される」にとどまらず、「法的に義務づけられる」にまで至るのである。

ここで説明の相手方となり得る「家族」の範囲については、明確な基準は存在していない。ここでの正当化根拠は患者本人の黙示的承諾であり、また家族は説明を受けたからといってそれを前提に治療行為についての意思決定を代行するわけではないから、あくまで患者本人とその者との間の人的な信頼関係を基準に個別的に判断してゆくしかないであろう（疑義があるときには、可能ならば患者本人に確認すべきである）。ガイドラインでも、できる限り患者本人の意思に配慮することが求められており、その範囲は流動的である⁽⁴⁰⁾。

場面類型3 医療関係者間での情報流通—患者が明示の反対の意思表示をしないかぎり、医療の提供に必要な範囲で、正当化される

医療およびそれに関連する諸事業（健康保険、介護、福祉等）が相互に連携し、全体として患者の治癒・回復という最終的な目標を達するためには、関係担当者間における医療情報の円滑な流通が必要である。特に近年、チーム医療、医薬分業、あるいは医療・介護・福祉の連携が進み、個人情報保護の要請の高まりとは裏腹に、むしろここでの情報伝達の必要性およびその範囲は拡大している。

医療関係者への医療情報の提供は、わが国では従来から事実上容認されてきた。学説はときにこれを、その医療チーム内の各人が守秘義務を負うことを前提として、医療チーム内における守秘義務免除について患者の一般的承諾を仮定する、あるいは

は、医療行為の正当性を正当業務行為に由来するものと解し、そのための情報の共有をこの正当業務の内容とする、などと説明してきた。⁽⁴¹⁾

個人情報保護法では、同一個人情報取扱事業者（ここでは医療機関等）内部での情報交換は第三者提供とは扱われない（ガイドライン参照）。したがって、たとえば同一病院内での他の診療科への情報提供や、同一経営者のもとにある施設間での情報交換（ガイドライン）などは、第三者提供にはあたらない。また、個人情報取扱事業者と一定の関係にある者（すなわち、グループによる個人データの共同利用、個人データの取扱いの委託、および事業の承継の場合に個人データの提供を受ける者）も、第三者とは取り扱われない（個人情報保護法一八条、二二条）。⁽⁴²⁾ これにより、検査の委託や個人医院の相続にあたっての情報伝達は、第三者提供にはあたらないことになる。もつとも第三者提供でなくても、あらかじめ公表・通知された利用目的以外での利用は許されない。

ガイドラインによると、「他の病院、診療所、助産所、薬局、訪問看護ステーション、介護サービス事業者等との連携」、「他の医療機関等からの照会への回答」、「患者の診療等に当たり、外部の医師等の意見・助言を求める場合」、「検体検査業務の委託その他の業務委託」、「保険事務の委託」、「審査支払機関へのレセプトの提出」、および「審査支払機関又は保険者からの照会への回答」は、別表2の掲げる「医療・介護関係事業者の通常の業務で想定される利用目的」に挙げられ、医療機関はこれらを参考として、自らの業務に照らして通常必要とされるものを特定して院内掲示で公表等を行えば、その利用目的の範囲で、「取得の状況からみて利用目的が明らかであると認められる場合」（個人情報保護法一八条四項四号）に該当し、患者の黙示による同意が得られているものとの扱いになる。

ドイツでも、「患者の黙示の承諾の推定」の法理により、この種の情報伝達を正当化する見解が一般的である⁽⁴³⁾。すなわち、患者は医療行為を承諾するにあたり、当該医療行為を適正に遂行するために、当該医療行為を直接行う医師以外の者達へ、自己の医療情報が伝達されることにつき、黙示的に承諾を与えていると推定され、特段反対の意思表示がない限り、かかる情報伝達は正当化されると構成するのである。

ドイツでは、この種の情報伝達が正当化されるべき範囲について、豊富な議論が存在している。以下では、そこから汲み取れる若干の指標を紹介しよう。

① 患者による特段の禁止の意思表示はあるか

患者が特定の情報につき秘密保持の意思表示を行っているならば、当該情報の伝達はたとえそれが医療の遂行に必要であっても――許されないとされる。かかる反対の意思表示によつて、黙示の承諾についての推定が覆されるからである⁽⁴⁴⁾。このような反対の意思表示による情報伝達の不能が、医療の一部または全部を履行不能にする場合には、その旨を患者に説明した上で、改めて自己決定を求めることになる⁽⁴⁵⁾。

患者が格別意思表示を行わない場合（ほとんどのケースがそうであろう）、あるいは意思表示の対象とされた項目以外の医療情報については、解釈によつて承諾の推定が及ぶ範囲を決定することになる。すなわち、患者の当該医療行為への承諾の意思表示に、誰にどこまで自己の医療情報を伝達することへの承諾が含まれているか、ということを個別具体的に判断することが求められるのである。

② 提供先の関係者は当該具体的医療に関与する者であるか否か

情報提供先については、その者が「当該具体的医療に関与する者であるか否か」を基準に判断され、その者の「資格」には左右されない。たとえば、医師と常に協働する妻には情報伝達してよいが、居宅で患者とその家族の電話に対応しているだけの妻には許されない⁽⁴⁶⁾。また、当該医療に関与していない同僚医師に対しても守秘を貫かねばならない⁽⁴⁷⁾。

③業務の遂行にとって必要な情報提供であるか否か

本場面類型における情報伝達の正当化根拠の実質は、「患者の黙示の承諾」にあり、それは医療行為への承諾に内包される形で認められるものである。ゆえに、患者が承諾を与えた医療行為を遂行するために通常必要な情報はなにか、という点が判断の出発点となるはずである。

ある業務を遂行するためにいかなる内容の情報が必要かは、その業務の種類によってある程度決まってくる⁽⁴⁸⁾。まず、患者の健康の回復・維持のための業務については、全面的な情報提供が正当化される。すなわち、患者の健康の回復・維持のための業務に従事する関係者には、原則として当該患者に関するすべての医療情報の伝達を許容されると考えられているのである⁽⁴⁹⁾。次に、診療報酬の請求・清算のための業務については、清算に必要な程度のおおまかな情報提供に限って許容される⁽⁵⁰⁾。そして、医療機関の管理・運営のための業務については、患者の個人情報たる医療情報の提供は許容されない⁽⁵¹⁾。

ところで、かつてドイツでは、医業譲渡契約(営業譲渡契約)(Praxisverkauf)による医療情報の伝達が守秘義務違反とされないかが問題となった。かつての優越的見解と連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の判例は、患者の推定的承諾の法理のもとで、このような契約による譲受人への情報伝達を許容した。しかしその後、一九九一年二月一日の連邦通常裁判所判決はその立場を変更し、次のような原則的立場を示した。すなわち、医業譲渡契約において、譲渡者が当該患者の同意もな⁽⁵³⁾

しに取得者に患者カルテおよび診察カルテを渡す義務を負わせる定めをすることは、患者の情報を与えられた上での自己決定権（ドイツ基本法二条一項）を侵害し医師の守秘義務（ドイツ刑法二〇三条）に違反する。そしてそこに存在する法律上の禁止に対する違反（ドイツ民法一三四条）は契約全部を無効にするとしたのである。二〇〇年近くを経ての判例変更は、医業譲渡契約の市場に重大な影響を与えた。判例変更の翌年の一九九二年四月八日に、「医業の譲渡の際の医師の守秘義務の遵守のミューンヘン勸奨」⁽⁵⁴⁾が出され、医師に助言を提供している。

場面類型 4 第三者への情報提供が当然に予定されている健康診断結果の通知―当該健診の目的に必要な範囲で、正当化される
職場や学校の健康診断を受診する場合、あるいは保険加入にあたり保険診査医の診査を受ける場合、その結果が職場、学校、そして保険会社に通知されることは、受診者にとって織り込み済みのはずである。当該健診の受診が法律上の義務であれ、あるいは契約成立の条件であれ、受診者はあらかじめそれを承知の上で受診するのであるから、かかる情報提供についても黙示あるいは包括的に承諾しているものと解釈してよい。

もし、受診者が事前にある事項について守秘の要請をした場合には、その秘密を破ることなしに当該健診や診査が適正に実施できないならば、その旨説明して受診者に改めて受診するかどうかの自己決定をさせるべきである。受診者が受診後通知前にかかる要請をした場合には、医師は守秘を要請された事項についてはもはや職場や保険会社に通知してはならない（だからといって、虚偽の通知をしてよいということではない）。

たしかに、法定健診や保険契約においては、被用者や採用予定者、保険契約者もしくは被保険者は職場や保険会社に対して

一定の医療情報を提供すべき法的義務を負っている。しかしながら、その法的義務を履行するか、履行しないで義務違反の効果（場合によっては職務規則違反による懲戒処分、不採用、保険契約の不成立など）を甘受するかどうかは、それらの者が自己決定することであつて、かかる情報提供義務の存在が医師による承諾なき情報の取得や第三者提供を正当化することはない。

なお、個人情報保護法のもとでは、⁽⁵⁵⁾診察を行う医師が通知先事業者の被用者として診察を行うときには（社医等）、事業者への通知は第三者提供にはあたらない（しかし、第三者提供にはあたなくても、本人の明示の反対があれば、目的外利用として許されないであろう）。委託を受けた外部の医療機関が健康診断を行った場合には（嘱託医）、第三者提供となり、診断結果の事業者等への通知については、本人の同意が得られているものとして取り扱われる（ガイドライン）⁽⁵⁶⁾。

これに対して、通常の診療を行っている医師や医療機関に対し、患者の職場・学校・（民間）保険会社から照会が行われた場合には、医師は―緊急避難等の他の正当化事由が存在する場合を除いて―患者の医療情報を漏らしてはならない。たとえば、学校（教職員、校医など）から喘息児童の可能な運動の程度や休学中の児童・生徒の復学の見込みに関して照会が行われた場合、患者の勤務（予定）先の産業医等から雇用や人事判断の目的で患者の健康状態について照会された場合、あるいは、保険会社から保険契約者や被保険者が真実を告知していることを確認するために照会が行われる場合等がこれにあたる。

ガイドラインでも、本人の同意を得る必要のある個人データの第三者提供の例として、「職場からの照会」⁽⁵⁸⁾、「民間保険会社からの照会」⁽⁵⁹⁾を明確に挙げている。さらに、Q & A事例集によれば、保険会社が患者本人から取得した「同意書」を提示した場合であつても、改めて本人の意思を確認する必要があるとしている。

特に職場への通知については、わが国では曖昧な対応がなされてきており、訴訟に至ったケースもある。たとえば、東京地

判平成七年三月三〇日⁽⁶⁰⁾では、派遣社員のHIV感染の事実を派遣先会社が派遣元会社に無断で通知し解雇に至った事件で、派遣先会社にプライバシー侵害を理由とする不法行為に基づく損害賠償責任が認められた(もつとも、本件では健康診断を実施した医療機関が被告とならなかったため、本場面類型とは状況を異にする)。広島地判平成一〇年五月二八日では、広島市と東京都の計三つの民間救急病院が、女性会社員の診断書を勤務先の会社から請求され本人に無断で渡したという事件で、守秘義務違反を理由に医師らの損害賠償責任が認められた。東京地判平成一一年二月一七日⁽⁶¹⁾では、HIVに感染し大学医学部付属病院を受診中の同大学の歯学部学生の医療情報を、同大学で同学生の指導に関わる歯学部教授からの照会に応じて無断で開示した事件で、しかし診療契約上の守秘義務違反が否定された(本件では、臨床実習を含む学生生活を支援するうえでの必要性、HIV感染の事実がもはや歯学部教授内で周知の事実であったことなどが考慮されたが、結論には疑問が残る)。そして、東京地判平成一五年五月二八日⁽⁶²⁾では、警視庁に採用された男性が、無断でHIV抗体検査をされ感染を理由に辞職を強要された事件で、検査を実施した警察病院にプライバシー侵害を理由とする損害賠償責任が認められた(もつとも本件では、無断でHIV検査を実施したこと自体が問題とされた)。個人情報保護法の施行を機に、かかる情報提供の違法性が正確に認識されることが望まれる。

なお、ドイツにおいては、前記一定の健康診断についても、検査所見自体を全て渡すことは許されず、限定された範囲の情報提供のみが正当化される。

労働安全法 (Arbeitssicherungsgesetz, ASiG) 八条一項によれば、産業医はその労働医療上の専門技術の適用にあたって何らの指示に服することなく、その医師としての良心にのみ服するものであり、他のあらゆる医師と同様に守秘義務を負う。

法定健診の結果を受けた産業医の雇用者に対する「産業上の助言 (Betriebsrat)」のための情報開示権限は、自明に狭い範囲に限定されると考えられている⁽⁶³⁾。労務者に対する労働医療上の検査の結果を雇用者に回すことは、連邦データ保護法 (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG) 一六条に基づき許容されるが、その際、個々の医療上の検査所見そのものを回すことは正当化されない (同法一条四項二段)。その限りにおいては、産業医の守秘義務が原則として優先する⁽⁶⁴⁾。

採用時の健診においても、産業医は原則として、その調査に基づいて被用者に関して健康上の懸念が存在するか否かという点だけしか、雇用者に通知してはならないと考えられている⁽⁶⁵⁾。この場合、採用予定者は、通常、結果を産業医によって雇用者に回されることへの暗黙の合意を表明しているが、このことは、調査の際に手に入った所見にはあてはまらないとされる⁽⁶⁶⁾。わが国における法定健診のあり方にとって非常に示唆的である。

場面類型5 社会福祉受給にあたっての医療情報の提供―受給者に契約的な選択の自由を保障したうえで、選択されたサービスの受給に必要な範囲で、正当化される

社会福祉サービスを受給するにあたって、医療情報の提供を求められる場合がある。たとえば、介護保険の保険給付においては、①要介護・要支援の認定を受けるために、医療機関から市町村を通じて介護認定審査会へ、主治医の意見書が提出される。認定された場合には、②利用者がケアマネジャーにケアプランの作成を依頼したときには、ケアマネジャーに医療機関から利用者の医学的状态に関する情報が提供されることがある。また、③訪問看護、訪問リハビリテーション、および通所リハビリテーションを利用するときは、主治医がその内容 (医療情報を含む) と必要性の指示を与えることになっている。

かつてわが国の社会福祉制度は、生活保護法を基盤としてその基本的な枠組みがつくられ、「一九五〇年体制」⁽⁶⁷⁾として長期間維持された。⁽⁶⁸⁾その仕組みの根底には「措置制度」があり、ここでは「措置」は行政による決定（行政処分）であって、サービスの受給はその行政処分に伴う反射的な利益でしかなかった。⁽⁶⁹⁾「社会福祉の世界では、「生活自助」の義務が市民生活上の義務として強調され続け、いったん「福祉行政当局」により生活自助の能力を喪失していると判断され、福祉サービスを受けるようになると、「生活自助原則の権利としての側面（自己決定の権利（やプライバシーの権利）などの市民権的自由権諸権利）は自ら放棄したものとみなされてきた」⁽⁷⁰⁾という。ここでは、社会福祉の受給は、そのまま受給者のあらゆるプライバシーの放棄を意味したのである。換言すれば、社会福祉の受給の申請という行為ひとつによって、プライバシー侵害に対する極めて広範な包括的承諾が認められてきたともいえる。

しかし一九八〇年代後半になるとノーマライゼーションや普遍主義といった理念への方向転換がみられ、一九九〇年代には措置制度そのものの見直しが本格的に検討されるようになった。そして、一九九七年には児童福祉法の改正および介護保険法の制定、二〇〇〇年には社会福祉法の制定と続き、これによって社会福祉は「措置から契約へ」と変化を遂げたのである。社会福祉サービスに「契約」手法が導入されたことによって、社会福祉の世界では、「公的保険制度や支援助費制度などによって作り出される擬似市場」⁽⁷¹⁾において、「サービスの売り手と買い手が、それぞれ取引に必要な情報を取捨選択しながら、最も合理的な選択を行うこと―利用者にとつては、最も望ましいサービスを購入すること―」⁽⁷²⁾が期待されるようになった。利用者は、サービスを購入するかどうかを決定するにあたって必要な情報を入手するとともに、相手方には自己の「福祉ニーズ情報」を開示する必要がある。この「福祉ニーズ情報」の中には、「心身の状態、家族の状況、収入や資産の状況など、プライバシー

ーの核心にあたるような情報⁽⁷³⁾が多く含まれ、医療情報もそこに含まれうる。利用者にとって、サービスを受けることとプライバシーを開示することとは「トレード・オフの関係」⁽⁷⁴⁾に立ち、それも含めていかなるサービスを受けるかを、個別具体的に自己決定してゆくことになるのである。換言すれば、個々のサービスの受給についての契約的合意の中に、そのサービスを受給するのに必要な範囲において、黙示的承諾を認めることができる。

ところで、社会福祉受給者は、自分のニーズを自分で決めることができる自己決定能力は有しているが、しかし「そのニーズを満たすために他人の助けを借りなければならない」という点で、自己決定権との関係ではある種の「弱さ」⁽⁷⁵⁾を有することが指摘されている。すなわち、「成熟した自己決定ができることを前提とするが、それを現実に実現する力をもたないか、それが指摘されている」という意味での「弱さ」⁽⁷⁷⁾を有する人間であり、「そこで問題となる「弱さ」は、自己決定した事柄を実現するにあつての「弱さ」⁽⁷⁸⁾である。この「弱さ」をカバーし、自己決定権を実効的に保障するためには、「自己決定のための条件整備」という形での保護が必要であり（この保護はパターナリスティックな保護ではないとされる。むしろ近年では、このような「環境整備ないし是正要求を積極的な権利として位置づけ、それを自己決定権の論理の中に組み込む試み」⁽⁷⁹⁾もなされている）、それを与えるのは国家の義務（基本権保護義務）であるとされる。その具体的内容としては、①「有意義に自己決定がなされるための現実的な選択肢」の用意、②情報格差を埋める手立て、③力関係に優劣がある当事者間で一方当事者の自己決定が他方の圧力で歪められないようにする制度の整備、④「自己決定が当事者に過度な不利益を及ぼさないような制度的な支え」が挙げられている。

このように、今日の社会福祉受給者は、国家によって自己決定のための条件を整備された中で、自己のニーズにあったサー

ビスの選択を契約的自由のもとで行い、そこにこそのみ必要な範囲で、プライバシーの開示に対する黙示の承諾も見出されるのである。

第二節 被害者の死亡

法益の担い手がすでに死亡している場合、固有の法益とともに消滅して存在しないとするのが、現在のわが国法制の立場である。

この問題は、特に民法の不法行為の一類型である「死者の名誉毀損」をめぐって議論されてきた。また、刑法の「死者の名誉毀損罪」(二三〇条二項)の保護法益をめぐって、ほぼ対応する議論が展開されている。⁽⁸⁰⁾

死者にも一般的人格権を認めるドイツとは異なり(後述参照)、わが国では死者に固有の人格権は認められているとはいえないがたい。

学説は、(ア)死者に固有の人格権を認める見解—直接保護説(死者の人格権を認め、これを直接に保護しようとする学説)⁽⁸¹⁾—と、(イ)死者に固有の人格権を認めない見解—間接保護説(遺族の人格権ないし死者に対する遺族の敬虔感情の侵害を理由に、間接的に保護すれば足りるとする学説)⁽⁸²⁾—とに大別される。⁽⁸³⁾(ア)説は、①ドイツにおける一般的人格権の考え方、②生存者の人格価値の保護のためには死者の人格権を保護すべきこと、⁽⁸⁴⁾③遺族がいけない場合もあることなどを根拠として挙げる。これに対して(イ)説は、①死者の人格権を保護する実定法上の根拠を欠くこと、②権利の担い手となるべき者がすでに権利能力を喪失していること、③過去の歴史的事実について正確な情報を持つとうとする社会的要請、⁽⁸⁵⁾④死者の人格権を認めても、

現実の効果としてはそれほど多くを期待できないことなどを根拠とする。⁽⁸⁶⁾

裁判例は、下級審であるが、(イ) 説の立場を表明している(『落日燃ゆ』事件判決)。⁽⁸⁷⁾

このように、わが国では死者固有の人格権は法認を得ているとは言いがたい。ゆえに、死者の医療情報に関して守秘に対する死者固有の法益を認めることもできない。刑法の秘密漏示罪(刑法一三四条)でも、「人の秘密」の「人」には死者は含まれないと解されている。⁽⁸⁸⁾ 個人情報保護法では、保護対象は「生存する」個人に関する情報であることが明記されている。⁽⁸⁹⁾

とはいっても、死者の医療情報が全く保護の根拠を欠くわけではない。死者の医療情報に関しては、前記(イ)説に従うならば、「遺族の人格権」ないし「死者に対する遺族の敬虔感情」といった遺族の利益が保護法益として存在している。また、死者の医療情報は、同時に遺族にも属していることが少なくない。この場合には、「遺族の人格権」ないし「死者に対する遺族の敬虔感情」に加えて、遺族自身の守秘に対する保護法益も存在することになる。ガイドラインでも、死者に関する情報が同時に遺族等の生存する個人に関する情報でもある場合には、当該生存する個人に関する情報となるとされている。⁽⁹⁰⁾ 現行法制下においても、患者が死亡したからといって、ただちにその医療情報に対する法的保護が消失するということはないのである。⁽⁹¹⁾

ドイツ法においては、通説・判例ともに死者固有の人格権を認めている。その代表的裁判例が、一九六八年三月二〇日の連邦通常裁判所判決(『メフィスト』事件)⁽⁹²⁾である。本判決は、基本法一条、二条を理由に、「人間は少なくとも死後の重大な名誉毀損の歪曲に対するその生活像の保護を信頼し、この期待のもとに生きることができるところにのみ、生前における人間の尊厳と自由な発展は、基本法の意味において十分に保障される」と説示している(死者に対する名誉毀損の成立を認めた)。続いて判断を仰いだ一九七一年二月二四日連邦憲法裁判所決定(BVerfG 30, 173)⁽⁹³⁾の多数意見も、連邦通常裁判所の結論を支持

した（もつとも、ここでは、死者の人格権を基本法一条一項の「人間の尊厳」だけから導き出し、二条は生者にのみ適用されるところとしている。そのため、この立場によれば、死者に対する人格権の侵害が認められるのは、「人間の尊厳」を害するような場合に限られることになる）。

そこでドイツでは、死者に対してもなお守秘義務が存続する。ドイツ刑法二百三条四項は、「一項から三項（生者の秘密漏示の規定）は、行為者が他人の秘密を当該者の死後に権限なく開示した場合にも、適用される」と明記している。ドイツにおいては、死者の秘密保護の利益もまた、医師の守秘義務の保護対象とされるのである。刑法二〇三条の保護目的、および刑法二〇三条四項の明文の規定により、患者の死後も守秘義務は完全な範囲で存続するとされる。

場面類型 6 遺族の求めに応じた死者の医療情報の提供——正当化される、場合によっては義務づけられる

患者が死亡した後、遺族が死亡した患者の医療情報の提供を求める場合がある。典型的には、(ア)死亡した患者が死に至った経過や原因、(イ)死亡した患者の遺伝子情報や薬の副作用情報、そして(ウ)死亡した患者の遺言能力や相続財産に関する情報などが対象とされる。

前述したように、わが国の法状況では、死者の医療情報に関して、死者自身にはもはや固有の保護法益を認め得ない。替わって（あるいは残存するものとして）、「遺族」の人格権ないし「遺族」の死者に対する敬虔・追慕の感情が保護法益となるわけだが、その保護法益の担い手たる「遺族」自らが望む以上、少なくとも遺族全員の総意に基づくかぎりにおいて——法益の担い手自らによる利益の処分として、死者の医療情報の提供は許容されると解してよいであろう。⁽⁹⁴⁾

さらに、(ア)死亡した患者の死に至った経過や原因に関して、医療側は「信義則上の」⁽⁹⁵⁾もしくは「付随的な」⁽⁹⁶⁾義務として、これを「遺族」に説明すべき義務を負うとする旨の下級審判決が近年相次いで出されている。⁽⁹⁷⁾学説は、かつてはこの種の説明義務について消極的であったとも評されるが、⁽⁹⁸⁾上記三判決の評釈等以後、――「遺族」の範囲や説明の範囲、および死因説明義務との関係については見解が分かれるもの――このような説明義務を肯定する見解が多い。その根拠としては、①患者との診療契約に基づく顛末報告義務、⁽⁹⁹⁾②患者の死に重大な利害関係を有する遺族の知る権利、⁽¹⁰⁰⁾などが挙げられている。

「遺族」が死者の医療情報について照会する場合、当該情報が同時に「遺族」自身にも属している場合が多い。前述(イ)死亡した患者の遺伝子情報⁽¹⁰¹⁾や薬の副作用情報、および(ウ)死亡した患者の遺言能力や相続財産に関する情報⁽¹⁰²⁾などがそうである。これらの情報は、死亡した患者と同時に「遺族」にも属している情報であって、当該情報に関してともに法益主体者であった患者が死亡しもはや法益主体たりえないことよって、当該情報は唯「遺族」にのみ帰属することになる。ゆえに唯一の法益主体者である「遺族」への情報提供は、本人の「情報自己決定権」や「情報自己コントロール権」の行使として、これに応じることが義務づけられるのである。

いずれにせよ、本場面類型では、非常に困難な課題として、①いかなる範囲の「遺族」にいかなる範囲の情報を提供してよいのか(あるいはすべきなのか)、②遺族間で意見や利害の対立が存在する場合にはどうすべきか、という問題がある。わが国法制において、「遺族」の定義や範囲は実に曖昧でありその役割も区々である。⁽¹⁰³⁾また、前述したような「遺族全員の総意に基づく」などということはあくまで理念型であって、現実には稀である。遺族間で意見や利害の対立が存在することはしばしばであり、一部の遺族への情報提供が他の遺族の人格を傷ついたり利益を侵害する(おそれのある)場合も少なくない。⁽¹⁰⁴⁾

故人の医療情報が提供されることにより、自己の遺族としての人格や感情を傷つけられたくないという、法益の主体者としての「遺族」の範囲は相当地に広く解してよいであろう。刑法の死者の名誉毀損罪についても、その告訴権者は「死者の親族または子孫」としか規定されていない（刑事訴訟法二三三条一項）。わが国のように未だ封建的な「親類意識」の根強い社会においては、「血の繋がりがある」とか「一族である」という一事によつて——たとえ個人的な愛情や信頼関係が存在しなくても——少なくとも対社会との関係においては、ある種の共同体意識を有しているものであり、その中の一人に対する人格的攻撃は他の構成員の感情を害する場合が多々あるからである（かかる文化的傾向は、「家名を汚された」とか「一族の恥」などという言葉に象徴されるであろう）。かつ、ここでの「遺族」の範囲を広く解することにより、近しい身寄りのない者であつても、遠縁の者をも「遺族」として想定することができ、死後にすぐさま人格的侵害行為にさらされることにはならないという実益も得られるであろう。

これに対して、故人の医療情報の提供を自己の権利として請求できる「遺族」については、さらなる「絞り」をかけるべきである。他者に関する情報を自己の権利として積極的に求める以上は、より積極的な保護に値する法益を有していなければならぬ。そして提供される情報の範囲も、当該保護法益を保護するにあつて合理的に必要な範囲に限定されるべきである。

(ア)故人の死に至つた経過や原因の説明については、これを法的に義務づけるべき根拠をどのように解するかによつて、この「絞り」のかけ方が異なってくる。唄孝一教授は、遺族の情報請求権が「本人の権利承継者」としてのものなのか「遺族固有の資格」を根拠とするものなのかによつて、「遺族」の範囲の画定基準が異なると指摘する。そのうえで、「前者を根拠とする場合、相続の法理をそこに導入する結果として開示請求権者の範囲が広くなりすぎるが、後者によれば、たとえば民法七一

条の類推適用やケアギバー（実質的に患者のケアを行っている親族またはそれに準ずる者）という概念を用いて、権利者を一定の範囲にとどめることができるのではないかと指摘する⁽¹⁰⁶⁾。また、服部篤美助教授は、診療契約上の顛末報告義務を根拠とする立場から、「患者存命中の診療契約を契機に形成された当事者関係が死後も残存し」、それによって報告の相手方（および履行のあり方）に一定の枠組みを与えるのではないかと⁽¹⁰⁷⁾の方向性を提示する。そして、「遺族」の「少なくとも」の例として、「患者存命中の内から情報を共有することが許され患者を医療機関とともに支えてきた家族」を挙げる⁽¹⁰⁸⁾。同助教授はまた、委任契約における「受任者の職務の事後評価という報告義務の本来的趣旨を反映させ、相手方を患者の利益を事後的に真に評価できる者、患者の死を理解し受入れる必要性のある者に限定する」との基準も提示している⁽¹⁰⁹⁾。

(イ)死亡した患者の遺伝子情報や薬の副作用情報、および(ウ)死亡した患者の遺言能力や相続財産に関する情報に関しては、本人開示の場合と同じ基準で、請求に応じるべきであろう。

以上のように、いかなる「遺族」がいかなる根拠にもとづいて死者の医療情報の提供を求めるかによって、「遺族」の範囲や提供情報の範囲が異なってくる。遺族間で対立がある場合には、それぞれの遺族の有する固有の保護法益を比較衡量したうえで、どの遺族にどこまでの情報をどのように提供してよいのか、あるいは提供しなければならないのかを決するべきである。ドイツにおいては、死者も医師の守秘義務の対象とされている。ゆえに、もはや承諾を与えることのできない、死亡した患者の医療情報の開示をどうするかが問題になる。たとえば、死亡証明書に挙げられた父の死亡原因と病氣を知ることに対する子の利益もまた、父の健康上の素質を受け継いだ可能性があるとはいえ、父の秘密保持利益に先行しない⁽¹¹⁰⁾。その結果、検死医師は死亡証明書のコピーの引き渡しを正当に拒絶してよい⁽¹¹¹⁾。

もつとも、死後の医師の守秘義務は、死者の生存時の明示または黙示の承諾、またはその推定的承諾によって免ぜられ得る。例えば、死亡した患者の遺言能力が問題になる場合、「彼を十分に理解した利益」は彼の遺言無能力性を隠すことにはなく、むしろ、文書で書かれた彼の最終意思が果たされることにある。⁽¹¹²⁾したがって、支配的見解によれば、守秘義務は遺言能力の問題に及ばず、⁽¹¹³⁾しかしプライバシーの細部には及ぶのである。⁽¹¹⁴⁾

場面類型7 遺族以外の第三者への死者の医療情報の提供―法益主体者を患者から遺族に置き換えて、患者生存の場合に準じた考慮を行う

メディアや捜査機関等から、死亡した患者の医療情報の提供を求められることがある。また、医療側から積極的に死亡した患者の医療情報を公表することもある。

死者の医療情報の遺族以外の第三者へ提供の正当化は、遺族の承諾、あるいは前記遺族固有の利益と第三者提供によって保護される諸法益との調整によって決せられることになる。法益主体者を患者本人から遺族に置きかえて、前者の場合は本章第一節、後者の場合は後述第三章におけるのと同様の判断がなされることになる。

もつとも、「遺族の人格権」ないし「死者に対する遺族の敬虔感情」という法益は、患者自身の秘密保護に対する利益に比して、一般的に保護の要請は低く、かつ死後年月の経過とともに減少してくるということに留意するべきである。他方で、患者の死亡後年数が経つほど、対抗利益である「芸術の自由」や「歴史的真相探究の自由」の要保護性は上昇してゆく。実際、刑法の死者の名譽毀損罪では公然摘示された事実が「虚偽」であることが要求され、要件の厳格化が図られている。かつ民事

でも、前記『落日燃ゆ』事件判決において、当時の刑法の死者の名譽毀損罪に準じ、不法行為の成立は「虚偽虚妄を以てその名譽毀損がなされた場合」に限るとされているのである。

死者固有の人格権を認めるドイツでは、患者の死後、遺族の承諾によって医師が守秘義務から解放されるということはない。しかし、死者の人格権を認めたドイツの憲法裁判所の判例も、前述のような価値衡量の推移を認めている。すなわち、要件の点で、生者の人格権侵害より厳しいものを求めている。人格権侵害に対し死者自身が現実には苦痛を感じるわけではなく、死亡後年数が経つほど、対抗利益である「芸術の自由」や「歴史的真相探究の自由」の要請が高まるからである。そして、秘密保持利益の存続を認めるべきかどうか、あるいはこれが死とともに消滅してしまったのかどうかということは、個々の事例の具体的な事情をてがかりに注意深くつきとめられなければならないとされる。

（付記）

本稿は、平成一六〇一七年度科学研究費補助金（若手研究（B））、および平成一八〇一九年度科学研究費補助金（若手研究（B））の助成を受けた、研究課題の成果の一部である。

なお、本稿全号の内容は、二〇〇六年一月二五日、二六日國學院大学において開催される、日本医事法学会第三六回研究大会シンポジウムで概要を報告させていただく予定である。

(1) 拙稿「診療情報の第三者提供をめぐるわが国の法状況の考察―異質の法領域の架橋を志向して―」西南学院大学法学論集第三七卷第一号九五頁以下(二〇〇四)参照。この内容を纏めたものを、二〇〇五年一月二七日に京都府立医科大学で開催された、第三五回日本医事法学会総会研究大会において個別報告をさせていただいた。本報告の内容については、年報医事法学二一号一六頁以下(二〇〇六)を参照されたい。

(2) 正当化事由を実質的根拠にもとづき体系的に構築しようとする努力は、とくにドイツ刑法学において行われてきた(ヴァルター・ペロン(高橋則男訳)『正当化と免責』(成文堂、一九九二)、イェシエック・ヴァイゲント(西原春夫監訳)『ドイツ刑法総論』二四四頁(成文堂、第五版、一九九九)参照)。

かつて「優越的利益の原則(Prinzip des überwiegenden Interesses)」「目的説(Zwecktheorie)」や「社会的相当性(sozial Adäquanz)」といった諸原理によって、あらゆる正当化事由を一元的に説明しようとする試みがさまざまに企てられてきた。しかしながら、すべての正当化事由を網羅的に示したり体系的に分類することは極めて困難であり、結局、ある一つの判断基準のみによりすべての正当化事由を統一的に説明することは不可能であった(大塚仁ら編『大コンメンタール刑法第二卷』一八八頁以下(宮野彬)(青林書院、一九八九)等参照)。

むしろ今日では、個々の正当化事由の実質的内容の多様性を認める見解が多い。たとえば、前記イェシエック・ヴァイゲント(西原監訳)前掲書二四五頁は、「きわめて多様な価値観点が様々な重点とさまざまな結びつきで機能し……たとえば、法の確証、必要性、比例性、自由保障および、とくに、「法益の個人の自律への割当て」という観点がこれである」とする。なお、大塚仁『刑法概説(総論)』三〇六頁(有斐閣、第三版、一九九六)は、「法益の侵害」と「規範の違反」とは、「基本的に共通の基盤に立脚するものであり、むしろ、両者を併用することによって違法性の実質を把握することができる」と述べる。

本稿においても、体系化の機軸として、「患者の秘密保護の利益」を中心に据えた「利益衡量」を基本的には採用しながらも、「行為の目的」や「行為の相当性」といった別の観点にも目配りをして、不当な一般化をすることのないよう留意したい。

(3) 団藤重光『刑法綱要(総論)』(一九五七)一七六頁、団藤重光編『注釈刑法(2)のI総則(2)』(有斐閣、一九六八)九〇頁(福田平)「民事上違法法であるが刑事上は違法でない」ということはありうることで、この意味において、違法性に法域における相対性を認めることができよう)、中山研一『刑法総論』(成文堂、一九八二)(民法と行政法と比較し、「犯罪はこれらのうち違法性の程度が最も高く、刑罰も制裁としてもっとも重いという関係に立つ)、大塚ら(宮野・前掲注(2))一九三頁以下(必要とされる違法性の程度に関しては、刑法や民法や労働法などの法域によって目的論的相対性が認められる)、大塚・前掲注(2))二二五頁(刑法の違法性としては、「全体としての法秩序の観点

から違法性が認められたものの中から、量的に一定程度以上の重さを有し、かつ、質的に刑法上の制裁を適当とするものだけが取り上げられている」、イエシエックIIヴァイゲント(西原監訳)前掲注(2)二四六頁(「個々の法分野において異なっているのは、違法行為の法効果のみである(たとえば、民法における損害賠償、行政法における行政行為の取り消し、国際法における原状回復、刑法における刑罰と処分)」等

(4) イエシエックIIヴァイゲント(西原監訳)前掲注(2)二四六頁。大塚ら〔宮野〕・前掲注(2)一八七頁以下も参照。

もつとも、各法制度の違いを強調する見解も有力に存在している。たとえば、小野清一郎「安楽死の問題」『刑罰の本質について・その他』(一九五五)一〇九頁以下(刑法の公法としての独自性を強調)、幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』(有斐閣、一九九三)一〇八頁(被害者・栄・有泉亨ら編)補訂版 我妻・有泉コンメンタール民法―総則・物権・債権―二二五〇頁(日本評論社、補訂版、二〇〇六)(不法行為責任と刑事責任との関係に關し、「両制度のそれぞれの中心を見れば、犯罪においては、法律が社会的価値あるものとした法益を侵害して、社会の秩序を乱したことによる社会的責任が問われるのに対し、不法行為においては、法が保護する個人の利益を侵害したことによる個人に対する責任が問われるのである。これが、犯罪およびこれに対する刑罰が公法的制度とされるのに反し、不法行為およびこれに対する損害賠償が私法的制度とされる理由である)」等。

(5) 団藤・前掲(3)一三二頁(「違法性とは、単に形式的にはなく実質的に、全体としての法秩序に反することである。実質的に全体としての法秩序に反するということは、法秩序の基底となっている社会倫理的な規範に反することにほかならない」、また、「違法性は、法秩序に反することであるから、単に刑罰法規だけでなく、公法・私法の全体系、また成文法ばかりでなく慣習法などの非成文法をも含めて、その全体が違法性の判断にあたって総合的に問題とされなければならない」、大塚・前掲注(2)三二九頁(「違法性という概念は、刑法だけに特有なものではなく、すべての法領域に共通する性格をもっている。ある行為が違法であるかどうかは、もともと国家的全法秩序の観点から考察すべきものであり、単に刑罰法規の範囲内でのみ問題とされるべきではない」、福田平「全訂刑法総論」(有斐閣、全訂第四版、二〇〇二)一四二頁、一四六頁等。

(6) イエシエックIIヴァイゲント(西原監訳)前掲注(2)二四六頁(「法秩序は統一的な違法性概念のみを認めている。」とし、「正当化事由もまた全法秩序から導かれなければならない。」とする)

(7) 大塚ら〔宮野〕・前掲注(2)一九三頁参照

(8) 大塚・前掲注(2) 三六二頁の翻訳による。

(9) イエシエックルヴァイゲント(西原監訳) 前掲注(2) 二九〇頁以下参照(「法益の担い手による利益の放棄」)。

なお、ドイツ刑法学においては、ゲールズ(Geertz)の提唱以来、「承諾」とその周辺概念の整理が行われてきた。同書二八五頁以下によれば、「同意(Zustimmung)」、「合意(Einverständnis)」、「承諾(Einwilligung)」の三概念は以下のように区別されている。まず、「同意(Zustimmung)」は、「合意(Einverständnis)」と「承諾(Einwilligung)」を合意する上位概念である。次に、「合意(Einverständnis)」とは、「それがないこと自体が構成要件の要素をなすものであり、合意がなければ「類型的な不法は存在せず」、構成要件該当性が阻却される。そして「承諾(Einwilligung)」に関しては、「行為が権利者の意思に合致して行われたとしても、保護法益自体は侵害されている。この場合、構成要件に記述された行為は社会生活上通常の現象ではなく、場合によっては、きわめて手痛い損害をもたらすことがあるが、当該法益の担い手は、どんな理由からであるにせよ、自分の処分の自由の範囲内でこの損害を甘受する用意があるのである……」ここでは権利者の処分権限だけではなく、それとは独立して法的に保護される価値が問題とされる」と説明される。

(10) 加藤一郎編『注釈民法(一九)』三三六頁(「徳本鎮」)有斐閣、一九六五(「承諾が公序良俗に反するものであつてはならない。すなわち、たとえ個人的な法益であつても社会的価値のある利益は、その自由な処分を制限することが法の要求するところとみるべきである。」、我妻・有泉ら編・前掲注(4) 二二九三頁

(11) イエシエックルヴァイゲント(西原監訳) 前掲注(2) 二九〇頁(「この利益放棄に意味が与えられるのは、自己の財を保持するかどうかの決定を法秩序が法益の担い手に委ねている場合に限られる」)

(12) 幾代(徳本)・前掲注(4) 一〇八頁

(13) 加藤(徳本)・前掲注(10) 三三六頁(「被害者自身が権利侵害をすすんで引き受ける場合、刑法上はともかく、民事上の賠償責任は必ずしも認める必要はない」)、潮見佳男『不法行為法』二〇三頁(信山社、二〇〇二)、幾代(徳本)・前掲注(4) 一〇八頁、吉村良一『不法行為法』五七頁(有斐閣、第三版、二〇〇五)(「私的自治のルールが支配する今日の社会では、自己の利益をどうするかは原則として私人の自由」)等参照。

(14) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』三頁、五頁(法律文化社、二〇〇四)(「被害者の承諾が犯罪の成立を阻却することの根本思想は個人の自己決定(権) 尊重の思想である」)。佐久間修『医療行為における「被害者の承諾」―特に生命の処分について―(下)』阪大法学四四卷二・三三三五頁(一九九四)も同旨。

- (15) 小野・前掲注(4) 二〇九頁以下〔この個人主義的考え方は、私法においてはともかく、公法的刑法においては認められない。刑法においては、むしろ、承諾が不法を阻却しないのが原則である〕等。
- (16) 加藤(徳本)・前掲注(10) 三三三頁〔刑法上、違法性阻却が認められないからといって、直ちに民事上もそうであると考える必要はない〕、幾代(徳本)・前掲注(4) 一〇八頁〔公序良俗に反するか否かというのは、民事上の免責を与えるか否かという、不法行為法の観点から決せられるべきである。〕等の記述参照。
- (17) 団藤重光編『注釈刑法(三)』(有斐閣、一九六五) 二六八頁(所一彦)、大塚仁ら編『大コンメンタール刑法第七卷』三四八頁(米澤敏雄)(青林書院、第二版、二〇〇〇)、大塚仁『刑法概説(各論)』二二二頁(有斐閣、第三版増補、二〇〇五)。一部学説は、構成要件阻却事由と位置づける(斎藤信宰『刑法講義(各論)』二二四頁(成文堂、一九九〇)、内田文昭『刑法各論』一九六頁(青林書院、第三版、一九九六)(秘密とする意思が失われる(つまり、構成要件の規定する客体が欠ける)から構成要件が阻却されるとする)
- (18) 東京地判平成一年二月一七日判時一六九七号七三頁、植木哲Ⅱ小宮仁『判批』判評五〇三号(判時一七二八号) 二七頁(二〇〇二) 参照
- (19) 植木Ⅱ小宮・前掲注(18) 二七頁、二八頁参照
- (20) 幾代(徳本)・前掲注(4) 一〇八頁。加藤(徳本)・前掲注(10) 三三三頁参照。たとえば、プライバシー侵害事件である『宴のあと』事件(東京地判昭和三九年九月二八日下民集一五卷九号三二七頁)では、黙示の承諾の有無が争われたが、否定された。
- (21) 団藤重光編『注釈刑法(二)のI総則(二)』(有斐閣、一九六八) 一一五頁(福田平)
- (22) RG 61, 242[256]; BGH 16, 309[312]; OLG Frankfurt MDR 1970 694
- (23) OLG Hamburg NJW 1960, 1482
- (24) イエシエックⅡヴァイгент(西原監訳) 前掲注(2) 二九六頁
- (25) 加藤一郎Ⅱ森島昭夫編『医療と人権』一一二頁(新美育文)(有斐閣、一九八四)
- (26) 加藤Ⅱ森島(新美)・前掲注(25) 一三三頁
- (27) 加藤Ⅱ森島(新美)・前掲注(25) 一二二頁以下
- (28) この点は、秘密の侵害一般にいえることであろう(内田文昭『刑法各論』一九七頁(青林書院、第三版、一九九六) 参照(信書開封・秘密漏泄は、推定的承諾が問題になる場合の代表例としてあげられるのが一般である)と記述されている)
- (29) 植木Ⅱ小宮・前掲注(18) 二七頁、二八頁、植木哲ほか『医療判例ガイド』五三頁以下(有斐閣、一九九六)、飯塚和之『判決紹介』年報医

事法学一六号二八五頁(二〇〇一) 参照

(30) 加藤Ⅱ森島(平林勝政)・前掲注(25) 七〇頁(刑法の秘密漏泄罪につき)

(31) 内田・前掲注(28) 一九七頁

(32) しかし他方で、「意識不明の患者の病状や重度の認知症の高齢者の状況等を家族等に説明する場合」および「症状や予後、治療経過等について患者に対して十分な説明をしたとしても、患者本人に重大な心理的影響を与え、その後の治療効果等に悪影響を及ぼす場合等で、医師が必要と認めるとき」を、「人(本人又は家族等)の生命、身体又は財産の保護のために必要がある場合であつて、本人の同意を得ることが困難である場合」(個人情報保護法、三条一項二号)に該当すると位置づけている。ここからは、患者本人の秘密保護の利益に優越する患者本人又は家族の利益の存在から(患者本人の生命・身体権に限定していない。Q & A事例集では「本人又は家族等の利益」とされている)、本場面類型を正当化する価値判断が窺える。

しかし、ここで問題になっているのは、利益の衝突ではなくて、本人の合理的意思の推定ではないだろうか。また、「重度の認知症の高齢者」の家族への説明については、代諾権者への説明であり、本人開示と同視すべき場合であろう。

(33) 加藤Ⅱ森島(新美)・前掲注(25) 一三三頁(「患者がその医療行為に同意しないであろうと信ずるべき相当な事由が存在する場合には……黙示の同意を肯定することはできない」) 参照

(34) 「緊急状態における医療行為」には、患者の承諾も家族の代諾も不要とするのが、裁判例・学説の立場である。なお、加藤Ⅱ森島(新美)・前掲注(25) 一三三頁は、「緊急状態における医療行為」に対して患者の同意は不要であるということの意味するところは、アメリカで認められているところの「患者の同意を待っていたのでは患者の生命・身体・健康に重大な損傷が生ずる虞がある場合に、公序良俗(パブリック・ポリシー)の観点から肯定されるものであり、より正確には、法によって推定される同意とでもいうべきもの」と異ならないと述べている。

(35) 横浜地判平成一一年三月三〇日判タ一〇五〇号三二八頁(「医師は診療契約に基づき患者に対し診療債務の内容として説明義務を負うが、本人が承諾能力を欠く場合本人に代わって承諾をなす者へ説明義務を負う」)

(36) 判時一八〇三号二八頁、判タ一〇六号八七頁。本件評釈として、伊澤純「判批」成城法学六九号三一頁(二〇〇二)、飯塚和之「判批」NB L七六一号七一頁(二〇〇三)、河原格「判批」法学教室二七二号(二〇〇三) 一四頁、岡林信幸「判批」判例評論五三四号一五頁判時一八二二号一七七頁(二〇〇三)、寺沢知子「判批」年報医事法学一八号一五八頁(二〇〇三)。そのほか、本件の解説を含むものとして、飯塚和之「患者の自己決定権と司法判断」湯沢雅彦Ⅱ宇都木伸「人の法と医の倫理」二八三頁以下(信山社、二〇〇四)等

なお、本人への告知義務が否定された平成七年四月二十五日民集四九卷四号一六三頁ですでに、「このような医師について患者が治療に協力するための配慮としてその家族に対して真実の病名を告げるべきかどうかを検討する必要がある」と述べられていた。

(37) 服部篤美「死に至る経過及び原因を説明する義務―遺族と医療機関との法的関係序論として―」湯沢川宇都木・前掲(36)四二―一頁。頃孝

一 石川稔「家族と医療」九頁以下(頃) (弘文堂、一九九五) 参照

(38) 湯沢川宇都木(服部)・前掲(36)四一―八頁以下で引用されている裁判例を参照した。

それによると、「悪しき結果を回避するため、患者本人とともに「近親者」や「家族」への説明を併記する」裁判例として、高知地判昭和五年三月三十一日判時八三三号九二頁、札幌地判昭和五年四月十七日判時九八四号一四頁、福岡地判昭和五八年三月二十九日判時一〇九一―二六頁、大阪地判平成三年一月二十八日判タ七七九号二五三頁、最判平成七年五月三〇日判タ八九七号六四頁

「悪しき結果の回避でもありまた本人の自己決定の前提となるような説明の事例」として、大阪地判昭和六三年八月十九日判タ六八六号二三一頁、静岡地判津支判平成二年二月十九日判タ七五一号二〇八頁、名古屋高判平成二年一〇月三十一日高民集四三卷三号一七八頁(判タ七四四号一八二頁)、仙台高判平成一〇年三月九日判タ一〇二四号二五三頁、大阪地判昭和五七年九月二七判時一〇七四号一〇五頁、京都地判平成四年一〇月三〇日判時一四七五号一二五頁、東京地判、大阪地判平成一〇年二月二三判タ九七四号一八六頁、東京地判平成元年四月十八日判時一三四七号六二頁、東京地判平成五年七月三〇日判タ八七〇号三三六頁、大阪地判平成一〇年二月一八日判タ一〇二二号二〇一頁

(39) 小西知世「癌患者本人への医師の告知義務(一)」「(四・完)」法学研究論集二三号六九頁以下(二〇〇〇)、同一四号一―一頁以下(二〇〇二)、同一五号一三三頁以下(二〇〇二)、同一六号七三頁以下(二〇〇二)の補論の注(214)

(40) 「本人以外の者に病状説明をおこなう場合は、本人に対し、あらかじめ病状説明を行う家族等の対象者を確認し、同意を得ることが望ましい。この際、本人から申出がある場合には、治療の実施等に支障の生じない範囲において、現実患者(利用者)の世話をしている親族及びこれに準ずる者を説明を行う対象に加えたり、家族の特定の人を限定するなどの取扱いとすることができ。」(ガイドライン、Q & A事例集)

(41) なお、わが国では従来、医療事務職者等の一般職員が通常守秘義務を負わない点、および医療従事者間で守秘義務の有無や違反した場合の法定刑が異なる点(なお、これら具体的規定については、個人情報保護法ガイドライン別表四が詳しい)に批判の目も向けられてきた。

個人情報保護法二二条では、安全管理に関する監督義務を事業者に課すことで、提供された医療情報が関係者以外には漏れないようにすると、すなわち情報を保有する各医療関係者の守秘を保障する措置が講じられている(ガイドラインによれば、「安全管理措置として考えられる事項」として、「雇用契約や就業規則において、就業期間中はもとより離職後も含めた守秘義務を課すなど従業者の個人情報保護に関する規定

を整備し、徹底を図る。」が挙げられている。

- (42) 個人情報保護法では、一体視という理論構成（個人情報取扱事業者と一定の関係にある第三者については、第三者に該当しないものとする）をとっている。

これは、かかる者は、個人データの取り扱いの態様、本人の権利利益侵害のおそれの程度からみて、本人との関係では、個人情報取扱事業者と一体のものとしてとらえることが適当かつ合理的であるとの考えによるものである。従来の外部委託は、民法上の使用者責任や履行補助者の過失という形で委託者である個人情報取扱事業者者に責任を負わせることが困難であることに対応したものであるとも指摘される。

- (43) なお、ドイツ刑法は、守秘義務を負う者として、「医師、歯科医師、獣医、薬剤師」を挙げた上で、「職業の遂行や職業名称の使用ために国家に規律された専門的教育を必要とするところの」、その他の治療業（*Heilberufe*）に属する者」（ドイツ刑法二〇三条一項一号、「職業的心理学者」（同条同項二号）、および「これらの者の助手とその職業の準備のために勤務する者」（同条三項二文）を加え、広く医療関係者すべてに守秘義務を負わせる包括的な規定方式を採っている。この点からも、「黙示の承諾の推定」の法理を受容しやすいのであろう。

- (44) 具体的には、「患者が別段のことを定める」こと、「協働の、引継ぎの、もしくは後の治療から逃れたり反抗したりする」こと、そしてデータが「協働でもしくは引継いで治療にあたる医師仲間に戻されることを明確に禁止する」こと、が挙げられている（*Kiesecker/Rieger, Schweigepflicht, in: Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl. 2001, S. 4740, Rn. 53; Laufs/Uhlenbruck (Schlund) (Note 41), §75, Rn.3*）

- (45) なお、わが国のQ & A事例集にも、「患者から利用目的の一部に同意しない旨の申出があった場合、医療機関はできるだけ患者の希望を尊重した対応をとることが望まれます。一方、医療機関が最善の取組を行ったとしても当該利用目的を利用しなければ、診療に支障が生じることが想定される場合には、その状況について患者に十分に説明し、患者の判断によることとなります」との記載がある。

- (46) *Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.o. (Note 41) §75, Rn. 46*

- (47) *Gronig, Schweigepflicht der Ärzte untereinander, NJW 1970, 1209; Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.o. (Note 41) §75, Rn. 1*（「患者の人格の利益は、病院のヒエラルキーに対しても貫かれる」）

- (48) 開原成充Ⅱ樋口範雄編「医療の個人情報とセキュリティー個人情報保護法とHIPAA法」（有斐閣、第二版、二〇〇五）八七頁も、「プライバシー度」の差を意識すると、医療における職種制度とのかかりによって、実務上にさまざまな工夫が必要になる。例えば、医師は、職業上すべての個人情報にアクセスする必要があるが、事務職員は、医療の内容にアクセスする必要がないから、システムのうえでそれを規制する措置をとることなど「ある」と指摘する。

そして同書三二頁は、医療の遂行にとつて必須である要素を、①患者の健康の回復・維持、②診療報酬の請求、そして③医療機関の管理・運営に区分する(HIPAA法では、それぞれの英語表記(Treatment, Payment, and Health Care Operations)の頭文字から、これらをTPOと名づけているところ)。この区分は、医療情報の第三者提供という視点からも有益である。

(49) もっとも、患者の「過去の受診歴等」については、慎重に取り扱うべきであろう。ガイドラインでも、「診療のために必要な過去の受診歴等については、真に必要な範囲について……取得する(下線筆者)……」とのくだりがある。

(50) この立場を表明した裁判例につき、Rieger a.a.O.(Note 44) Rn.1647を参照

(51) Laufs/Uhlenbruck(Schlund) a.a.O.(Note 44) §75, Rn. 11 Fn.11、Fn.12、Rn.13(「治療にあたる医師の雇い主(Dienstherrn)に対する内部役務上の指示の拘束性によつて、(医師の守秘義務は)例外を経験するものではない。なぜなら、刑法二〇三条によつて保護されているのは、患者が医師—公務員であるうと、契約医であるうと、私保険医であるうと—に明かしたところのプライベートな領域であるからである。ここでは、具体的な医療上の機能だけが決定的なことなのである)。このように、ドイツにおいて、医師の守秘義務は、上司(上役)(Vorgesetzten)や雇い主(Dienstherrn) 対しても存在すると考えられている。

(52) BGH NJW 1974, 602; BverfG NJW 1972, 1123, 1124. この判例を批判した学説として、Kuhlmann, Übertragung einer Arztpraxis und ärztliche Schweigepflicht, JZ 1974, 670; Laufs, Krankenpapiere und Persönlichkeitsschutz, NJW 1975, 1434

(53) NJW 1992, 737=Arzter 1992, 111=BGHZ116, 268.その後、一九九五年五月一七日連邦通常裁判所判決(ZIP 1995, 1016=Arzter 1996, 258)も同旨

(54) Abgedruckt in Der Deutsche Dermatologe 1992,1068ff.

(55) 校医につきQ&A事例集参照。

(56) 「医療機関等が、労働安全衛生法第六六条、健康保険法第一五〇条、国民健康保険法第八二条又は老人保健法第二〇条により、事業者、保険者又は市町村が行う健康診断等を受託した場合、その結果である労働者等の個人データを委託元である当該事業者、保険者又は市町村に対して提供することについて、本人の同意が得られていると考えられる」

(57) 「職場の上司等から、社員の病状に関する問い合わせがあった場合、患者の同意を得ずに患者の病状や回復の見込み等を回答してはならない。」

(58) 「学校の教職員等から、児童・生徒の健康状態に関する問い合わせがあったり、休学中の児童・生徒の復学の見込みに関する問い合わせがあつ

た場合、患者の同意を得ずに患者の健康状態や回復の見込み等を回答してはならない。」

- (59) 「患者が民間の保険会社に参加しようとする場合、生命保険会社から患者の健康状態等について照会があった場合、患者の同意を得ずに患者の現在の健康状態や既往等を回答してはならない。」また、「交通事故によるけがの治療を行っている患者に関して、保険会社から損害保険金の支払いの診査のために必要であるとして症状に関する照会があった場合、患者の同意を得ずに患者の症状等を回答してはならない。」

- (60) 判時一五二九号四二頁、労働判例六六七号一四頁。解説として、山田省三「判批」労働判例六七三三六頁（一九九五）
- (61) 判時一六九七号七三頁。解説として、植木小宮・前掲注（18）二三頁、飯塚・前掲注（29）二八一頁等
- (62) 未公表。解説として、ジュリ一二四九号六二頁（二〇〇三）
- (63) Lauts/Uhlenbruck(Schlund) a.O.(Note 41) §74, Rn. 8
- (64) Lauts/Uhlenbruck(Schlund) a.O.(Note 41) §76, Rn. 28
- (65) Lauts/Uhlenbruck(Schlund) a.O.(Note 41) §74, Rn. 6
- (66) Lauts/Uhlenbruck(Schlund) a.O.(Note 41) §74, Rn. 6
- (67) 中村優一「社会福祉「改革」の視点とは何か」社会福祉研究第四〇号一頁（一九八七年）
- (68) 今里佳奈子「福祉と情報」川上宏二郎先生古稀記念「情報社会の公法学」一五三頁参照（二〇〇二年、信山社）等参照
- (69) 堀勝洋「福祉改革の戦略的課題」一七四頁参照（一九八七年、中央法規出版）、今里・前掲注（68）一五三頁参照
- (70) 今里・前掲注（68）一五四頁
- (71) 今里・前掲注（68）一五六頁
- (72) 今里・前掲注（68）一五六頁
- (73) 今里・前掲注（68）一七〇頁
- (74) 生田正幸「社会福祉情報論へのアプローチ」一七頁（ミネルヴァ書房、一九九九）、今里・前掲注（68）一五九頁、一七〇頁等参照
- (75) 中西正司Ⅱ上野千鶴子「当事者主権」八頁以下（岩波新書、二〇〇三）
- (76) 西谷敏「規制が支える自己決定 労働法的規制システムの再構築」一七六頁以下（法律文化社、二〇〇四）は、抽象的な自律的人格たる「強い人間」に對置される「弱い人間」を、自己決定権との関係で整理し、(7)「自分を理性で律することができず感情的に流されやすいという

意味で「弱い」人間、(イ)「成熟した自己決定ができることを前提とするが、それを現実に実現する力をもたないか、それに不足するという意味での「弱さ」を有する人間、(ウ)「判断能力において何らかの問題をもつという意味での「弱い人間」、(エ)「以上のそれぞれとは異なった意味で、固有の「弱さ」をもつ消費者や労働者」を区別する。そして、「弱い人間」の意義が多様であるのと同じく、「保護」の内容も一樣ではない。一般に自己決定との関係で保護といわれるものには、自己決定のための条件整備、不十分な自己決定を補う援助、そして自己決定をなした本人自身の保護などが含まれる」と分析する。

(77) 西谷・前掲注(76) 一七六頁

(78) 西谷・前掲注(76) 一七六頁

(79) 西谷・前掲注(76) 一七八頁。このような試みの例として、たとえば、小泉良幸「自己決定と、その環境」法政論叢(山形大学)一〇号六六頁(一九九七)は、「環境が個人を取り囲み、個人の生の在りようを規定する一方で、個人は、自らの選択を通して「環境」に働きかけ、「環境」を再構成する能力をも、有する」との立場をとり、「自己決定権の主張とは、「環境」の是正要求を内容とする積極的自由の主張である」とする。また、笹沼弘志「社会権保障における自立と保護」法時七五巻八号五八頁(二〇〇三)は、「自立のための保護請求権を確保した上で保護を通じた恣意的支配をいかに制約するかが問題となる」と主張する。

(80) このほか、著作権法は著作者の死後も著作者の人格権を保護する旨の規定をおく(同法六〇条)。ただし、特別法である著作権法上の規定を、死者の人格権一般にまで敷衍して論じることが妥当でないだろう。

(81) 民法において死者固有の人格権を認める学説として、浦川道太郎判タ五〇七号一六頁(一九八三)、藤岡康宏「損害賠償法の構造」一九一頁(成文堂、二〇〇二)等がある。刑法の死者の名譽毀損罪の保護法益につき、死者の名譽それ自体と解する学説として、大谷實「刑法各論」一一一頁(成文堂、第二版、二〇〇二)、福田平「全訂 刑法各論」一九〇頁(有斐閣、全訂第三版増補、二〇〇二)等がある。

(82) 同じく民法につき、幾代・前掲注(4) 九二頁等。刑法については、前田雅英「刑法各論講義」一一二頁(東京大学出版会、第三版、一九九九年)、大塚仁ら編「大コンメンタール刑法第二二巻」三六頁(中森喜彦)(青林書院、第二版、二〇〇三)等。

(83) 学説の概観については、民法について、藤岡・前掲注(81) 一八九頁以下等参照。刑法については、曾根威彦「刑法各論」(弘文堂、第三版補正版、二〇〇三)等参照。

(84) 齊藤博「人格権法の研究」二二二頁(一粒社、一九七九)「人間の尊厳なり、生存中における人格の自由な発展そのものも、人間の生活像がその死後も少なくとも粗野な名譽毀損的歪曲から保護されることを信頼し、その期待の中で生存し続ける場合にのみ、十分保護される」

(85) 幾代通「死者の名譽を毀損する言説と不法行為責任」名法八八号(三宅正男先生退官記念)二二八頁(一九八二)

(86) 五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣、二〇〇三) 参照(ただし、五十嵐教授は直接保護説論者)

(87) 東京地判昭和五二年七月一九日(死者に対する遺族の敬虔感情の侵害があったとする)。その後もこの理論構成を採用する裁判例は多い。

(88) 大塚ら編・前掲注(82)三四四頁(米澤敏雄)、団藤(所)・前掲注(17)二六二頁。

個人的法益説を理論的に貫徹するならば、秘密主体の死亡は守秘義務をも消滅させるという帰結にならう(もつとも、多くの論者は、何らかの理論構成によって死者の情報の保護を図る)。社会的法益説によると、秘密主体の死亡によっても守秘義務は消滅しないと考えられる。

(89) 旧法は、その理由として、①同法は個人情報保護の本人の権利利益を保護することを目的とするものであり、死者に関する情報の保護によって遺族等の第三者の権利利益を保護することを意図していないこと、また、②死者本人が開示請求権を行使することができないなど同法の対象とする意義に乏しいことをあげており(総務庁行政管理局監修「逐条解説個人情報保護法(新訂版)」五四頁(第一法規、一九九二)、現行法についてもこれと同様の理由にたっている(衆議院特別委員会議録六、八号藤井政府参考人答弁、同会議録七号宇賀参考人答弁、参議院特別委員会議録三号細田国務大臣答弁(三宅弘二小町谷育子「個人情報保護法」一一三頁(青林書院、二〇〇三)より)。

(90) なお、「死者の情報であっても、ある情報が生存する個人に還元されるものである場合(同じ発想として、死者の名譽毀損につき、死者でなく、遺族の名譽感情を傷つけるといふ考え方がある。)には、当該情報は「個人」に関する情報と考えてよい」とする見解として、藤原静雄「逐条 個人情報保護法」二六頁(弘文堂、二〇〇三年)

(91) これに対応して、ガイドラインおよびQ & A事例集でも、死者の情報を保存する医療・介護関係事業者に対し、個人情報と同等の安全管理措置を講ずることを求めている(当該患者・利用者が死亡した後においても、医療・介護関係事業者が当該患者・利用者の情報を保存している場合には、漏えい、滅失又はき損等の防止のため、個人情報と同等の安全管理措置を講ずるものとする)。また、注(94)も参照

(92) BGHZ 50, 133. トーマス・マンの息子クラウス・マンは一九三六年に、ナチスに迎合して立身出世したメフィスト役者グリュントゲンスをモデルとして、『メフィスト』をオランダで公刊。一九六三年にグリュントゲンスは死亡したが、その直前に被告出版社は『メフィスト』の出版を企画したところ、原告(グリュントゲンスの養子)が出版の差止めを求めた事件。

(93) 保木本一郎「ドイツにおける芸術の自由の憲法的統制論」国學院法学三三卷四号(一九九五)参照。

その後、連邦憲法裁判所は近時の決定でも(BayerIG, NJW 2001, 2850)、『メフィスト』事件決定を維持している(ただし、結果としては、「人間の尊厳」に対する重大な侵害がないという理由により、原告の異議申立てを否定)

- (94) もっとも、ガイドラインおよびQ&A事例集によると、「患者・利用者が死亡した際に、遺族から診療経過、診療情報や介護関係の諸記録について照会が行われた場合、医療・介護関係事業者は、患者・利用者本人の生前の意思、名誉等を十分に尊重しつつ、特段の配慮が求められる。このため、『診療情報の提供等に関する指針』（診療情報の提供等に関する指針の策定について）（平成十五年九月二日医政発第〇九二二〇〇号）の九において定められている取扱いに従って……同指針の規定により遺族に対して診療情報・介護関係の記録の提供を行う」とされる。
- (95) 東京地判平成九年二月二十五日判時一六二七号一八頁、東京高判平成一〇年二月二十五日判時一六四六号六四頁
- (96) 広島地判平成四年二月二一日判タ八一四号二〇二頁
- (97) 右記三判決。評釈として、左記に引用するほか、稲垣喬「患者の死因不明の場合における医師の義務違反と因果的帰責（東京地判平四年九月二五日判決評釈）（下）」私法判例リマックス六七頁（一九九八）（下）。特に前出広島地判平成四年二月二一日と前出東京地判平成九年二月二十五日は、場合によっては、死因解明のための病理解剖の提案、遺族の求めがあれば解剖を実施し死因を説明する死因解明義務をも負うことをも認めている。
- (98) それまでの学説の議論は患者生存中の顛末報告義務を中心としており、弁明義務には厳しい批判もなされてきていた相様から、斉藤大巳「判批」判タ一〇三六（二〇〇〇・平成一一年度主要民事判例解説）一一四頁（湯沢Ⅱ字都木（服部）・前掲（36）四三〇頁注（40）参照）
- (99) 中村哲「医師の説明義務とその範囲」太田幸夫編『新・裁判実務大系1』九二頁以下（青林書院、二〇〇〇）（死因説明義務につき、「特段の意思が表明されない限り患者が自己の死亡時に遺族への死因説明を望んでいるため、患者死亡後には患者との診療契約に基づきあるいは信義則上死因説明を含む顛末報告義務を負う」）、岡林伸幸「判批」名城法学四九卷四号一四五頁（二〇〇〇）、湯沢Ⅱ字都木（服部）・前掲（36）四一七頁以下（患者の死亡によって診療契約は消滅するが顛末報告義務は尚存続する）
- なお、委任者の死亡によって委任契約は終了するが、委任契約に基づく事後の報告義務は委任者の死亡後も消滅しないとする裁判例（東京控訴院判決大六年一月一七日法律新聞一三五五頁）、これを支持する幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（一六）』二三九頁参照（明石三郎）、委任者の死亡後も委任契約が終了しないとする最判平成四年九月二日（金法一三五八号五五頁）参照
- (100) 中村・前掲注（99）九二頁以下（死因説明義務につき、前述に加えて、「患者に知る権利があるように、患者の死と重大な利害関係をもつ遺族にも原則としてその死亡原因などを知る権利がある」）
- (101) 「死亡した両親の遺伝子情報は当該遺族の個人情報」（経営法友会 法務ガイドブック等作成委員会編『個人情報保護ガイドブック』四〇頁）（商事法務、二〇〇四）

- (102) 「相続財産に関する情報が、相続人についての「個人情報」として個人情報保護法の対象となるためには、当該情報により特定の相続人を識別できることが求められる。相続財産に関する情報に相続人の氏名が含まれている場合などは、生存する個人を識別できるものとして、当然に本法の対象となる」(園部逸夫編『個人情報保護法の解説』四九頁(きょうせい、二〇〇三))、経営法友会 法務ガイドブック等作成委員会編『個人情報保護ガイドブック』四〇頁(商事法務、二〇〇四)
- (103) 個人情報保護以外の分野では、病理解剖は遺族の承諾で行われる(死体解剖保存法七条)のに対し、脳死における臓器移植は本人の生前の意思表示がなければ行えない(臓器移植法六条)など。
- (104) 湯沢Ⅱ宇都木(服部)・前掲(36)四〇二頁(信山社、二〇〇四)「診療機関が保持する患者の情報は……情報によっては近親家族や第三者に不必要な葛藤や心理的負担を与える可能性がある」、四一六頁(診療情報の開示は家族間あるいはその他第三者との間で葛藤や紛争を起しかねない。)参照。
- (105) 民法上の「親族」とは、「六親等内の血族」、「配偶者」、および「三親等内の姻族」である(民法七二五条)。しかし本条は、市民社会確立以前の封建的習俗の中で生み出された慣習上の親類意識を法定した旧時代の遺物であって、夫婦と未成年子を中心とする婚姻家族を保障すべき国の責任を「近親相寄りの風習」に転嫁したものであると批判される(青山道夫・有地亨編『新版 注釈民法(二) 親族(一)』(有斐閣、一九八九)八七頁以下(中川高男) 参照)。
- (106) 咽孝一「診療情報の提供」と「カルテの開示」人間の医学三五卷五号(二〇〇〇)一〇頁、一四頁以降を参照。また同教授はそこで、「患者のケアを行っている親族と診療医がケアギバー同志という関係にたち、情報の共有や交流が望ましく、また患者の死に対して一種の敗戦共同体の同志でありうる」とも表現されている。
- (107) 湯沢Ⅱ宇都木(服部)・前掲(36)四一七頁、四三三頁。同助教授も、「遺族」の範囲を画的に相続法理によって定めることについては、医療情報が一身専属的性格を有し、かつ患者の名譽やプライバシーにかかわることから反対される(同書四〇二頁、四一六頁、四三三頁以下)。
- (108) 湯沢・宇都木(服部)・前掲注(36)四一七頁、四三三頁
- (109) 湯沢・宇都木(服部)・前掲注(36)四二四頁
- (110) OLG Lüneburg NJW1997, 2468ff.; Laufs/Uhlenbruck(Schlund) a.a.O. (Note 41), §70, Rn. 10
- (111) Laufs/Uhlenbruck(Schlund) a.a.O. (Note 41), §70, Rn. 10
- (112) Laufs/Uhlenbruck(Schlund) a.a.O. (Note 41), §70, Rn. 10

- (13) BGH NJW 1984, 2893; BGHZ 91, 392; Lenckner, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1964, 1186, 1188
- (14) LK-Jähneke, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1989 zu §203 StGB Rn. 53