

# 医療情報の第三者提供の体系化（二）

村  
山  
淳  
子

## 第一章 序論

### 第二章 保護法益の不存在（欠如）

#### 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、前号）

（以上、本号）

### 第三章 優越的利益との調整

二つの利益が矛盾・対立して存在し、いずれか一つの利益しか保護しえない場合がある。本章では、「患者の秘密保護の利益」と他の何らかの利益とが衝突し、その調整が求められるという理論類型を一貫して取り扱う。

本理論類型においては、対立する利益を比較衡量して、より価値の大きい利益のためにより価値の小さい利益を犠牲にするという「優越的利益の原則（Prinzip des überwiegenden Interesses）」が基本的には妥当する。もともと、それ以外の要素たとえば、目的や手段の正当性、社会倫理規範なども考慮に入れるべきであり、不当な一元化・一般化は行うべきでない（前号注（2）参照）。

本理論類型が機能するのは、前理論類型（第二章 保護法益の不存在）に属さず、したがって「患者の秘密保護の利益」が依然として存在する諸場面である。そもそも患者本人の有効な承諾を得られる、もしくは法益主体者たる患者本人が死亡して<sup>(1)</sup>いて存在しないのであれば、本理論類型を問題とする必要はないわけである。

本理論類型は、比較衡量の共通の核となる「患者の秘密保護の利益」にいかなる種類の利益が対抗するかによって、さらにその考量において固有の特色を呈する。

私益間の比較衡量と公益・私益間のそれとは区別して考察すべきことは、一般的に認識されているところである。<sup>(2)</sup>本稿ではこれをさらに精査して、前者を「同一主体内での利益調整」（第一節 一）と「別主体間での利益調整」（第一節 二）、後

者を「国家的利益との調整」(第二節 一)と「社会的利益との調整」(第二節 二)とにさらに細分して、樹系列的に体系を構想して検討を進めてゆく。

### 第一節 他の私益との調整(私益間調整)

「患者の秘密保護の利益」が、患者自身または第三者の「私益」と衝突し、その間の調整が求められるという理論類型をまず想定する。本節では、このような「私益間調整」の問題を取り扱う。

ここでは、ともに「私人に属する」という意味で共通の基盤に立つといえる利益相互間での比較衡量が行われる。いわば同一土俵表面上での衡量関係が問われるわけである。

かような私益間の比較衡量は、不法行為をはじめとする民法の諸制度の中核をなす。私的自治の世界において、自由な私人同士の衝突し合う利益を調整することは、民法の主たる使命である。とりわけ不法行為法においては、条文の包括性・抽象性ゆえに、解釈者の利益衡量が前面に出<sup>(3)</sup>てくる。

刑法においても、公法的見地から、国民の個人的法益相互間の比較衡量は行なわれている。特に本稿テーマに関しては、直接の明文規定が刑法(二三四条一項秘密漏示罪)にあるため、直接の言及はむしろ刑法学説に豊富である。

個人情報保護法では、本人の同意を得ずに個人情報<sup>(3)</sup>の第三者提供が許される場合として、「人の生命、身体また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とき」(同法二三条一項二号)を挙げている。同条は個人情報をめぐる私益間調整の行政法上の一般的基準を示したものと捉えられる。

さて、この私益間調整はさらに細かくみると、同一主体内での利益調整（すなわち、患者自身の「秘密保護の利益」と他の何らかの利益との調整）と、別主体間での利益調整（すなわち、「患者の秘密保護の利益」と患者本人以外の第三者の利益との調整）（二）とに区別できる。両類型における調整のあり方には異なる特色を見出すことができる。

### 一・患者自身の他の利益との調整（同一主体内での利益調整）

「患者の秘密保護の利益」が、他ならぬ「患者自身の」他の利益と衝突することがある。本項では、このような「同一主体内での利益調整」の問題を取り扱う。

生命権は放棄することができないというのが、わが国法制の一貫した立場である。生命は「個人の存立基盤」であり、個人の存立基盤が確保されたうえで始めて、「被害者の承諾」の根本思想である自己決定権が保障されうるとの考えによるものである。<sup>(4)</sup> 民法で「決闘の合意」や「殺人依頼契約」は「たとえ依頼者自身を殺してくれとの依頼であったとしても」公序良俗に反し無効である。<sup>(5)</sup> 刑法は自殺関与罪を定め、ここでは被害者の承諾は違法性を阻却せず、ただそれを減少させるにとどまる。<sup>(6)</sup> 安楽死や尊厳死も、少なくとも生命権の放棄を一般的に認める趣旨のものではない。<sup>(7)</sup>

身体権の放棄についてもこれを無制限に認める立場は異説にとどまる（特に民法では皆無である）。不法行為法上、医的侵襲行為や遊戯・スポーツへの参加の承諾があったからといって、そこでの身体侵害が無制限に違法性を阻却されるわけではない。<sup>(8)</sup> 刑法の同意傷害についても、（ア）公序良俗や社会的相当性で制限する説（公序良俗説、社会的相当性説）、<sup>(9)</sup>（イ）傷害の程度より制限する説（重大傷害説）、<sup>(10)</sup>あるいは（ウ）生命に危険な傷害については制限する説（生命危険説）<sup>(11)</sup>などが学説の

多数を占める。<sup>(12)</sup>

このように生命権・身体権が全面的には放棄しえない法益である以上、医師としては、患者自身の生命・身体を保護するために、患者の意思に反してでも、医療情報を第三者に提供してよい、あるいはしなければならぬという事態が生じうる。これは多くは、自己加害的な患者の医療情報をその保護者の立場にある者へ告知するという形をとって現れる。

このような患者の意思に反した告知の是非は、保護利益の重大性、事態の緊急性、手段の必要性・相当性、患者の能力の程度、告知相手方と患者との関係性（親権者、監督義務者等の法的関係も含む）等、すべての事情を総合的に斟酌して、告知行為が全体として公序良俗に反するか（あるいは社会的に相当か）を基準に判断すべきことになる。ここでは、（後述二のような）法益権衡や補充性といった要件は必ずしも妥当しない。<sup>(14)</sup>特に手段の必要性の程度はそこから発生する不利益との相関によって決すべきところ、<sup>(15)</sup>同一主体内での利益衝突で発生する不利益はいずれ相対的なものであるため、むしろ柔軟な総合判断が具体的に妥当な解決を導くのである。

本理論類型は、多くは、違法阻却の問題としてではなく、不法行為法の違法性判断（あるいは過失と混然一体をなして）そのものもの問題として、相関関係的な利益衡量の中で判断されるであろう。<sup>(16)</sup>

**場面類型 8** 未成年者の意思に反する親への告知—医師の個別的判断にゆだねられる

未成年の患者から診療によって知り得た事実を親に秘密にすることを求められた場合、医師は患者本人の意思に反しても、親に告知してよいのか、あるいは告知しなければならぬのか。これは典型的には、思春期・青年期の患者が妊娠、薬物の乱

用、あるいは自殺未遂などの事実を親に知られたくないと希望するケースで問題となる。

このような場面に遭遇した医師の対応については、従来より個々の医師のその時々判断に委ねられてきたのが実情である。学説では、秘密漏示罪の違法性阻却事由の問題として、刑法学体系書に言及が散見され、「民法八二〇条に基づき、親権の行使として親が医師等に対して子の秘密を尋ねた場合、これに応じて当該親にその子の秘密を告知することも、子の訓育上必要と認められる範囲では許容される」<sup>(17)</sup>、「(親権の)濫用と認められる場合を除き許容する」<sup>(18)</sup>、あるいは、義務の衝突の問題としながら子「の健康回復・情緒安定などを含めた福祉増進のために有益といえる場合には、医師法二三条の義務を優先させてよいであろう」<sup>(19)</sup>などと述べられている。

厚生労働省の「医療・介護関係事業者における個人情報保護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」と略記する〕では、このケースは個人情報保護法の「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とき」(二三条一項二号)に該当しうるとしながら、「個々の事例に応じて判断が異なり」「患者の状態などを踏まえ、これまでどおり、親に告げるも告げないも、医師が判断して対応する」とされている。

本場面類型では、実質的には、未成年者の自らの医療情報を親にも知られたくないという(自己決定権も含む)秘密保護の利益と、未成年者が親の適切な教育・監護を通じて保護されるべき諸利益とが衝突していると捉えるべきであろう。ここでは、医師はすべての事情を斟酌して総合的に、「子の福祉」を基準に、親への告知の適否を個々の事例ごとに判断するべきである。ここで斟酌すべき事情としては、①成長とともに次第に上昇してゆく患者の自己決定能力(それにともなって減少してゆく親

の監護・教育の役割)、②患者の病状の重大性・緊急性、そして③患者と親との関係性<sup>(20)</sup>などが挙げられるだろう。

本場面類型が対象とするのは、少なくとも一応の自己決定能力を有すると考えられうる、ある程度以上成熟した未成年患者である。したがって、ただ親に叱られることをこわがっているだけの小児患者は対象とはならない(虐待が疑われるケースは、別類型(第一節二または第二節)での処理となる)。このような小児患者の医療情報の親への告知は、「本人に代わりうる者」(すなわち「代任意思決定者」)への情報提供と捉えられ、(第三者提供ではなく)本人提供と同視される。

一般に自己決定能力は、人間の成育過程のかなり早期に芽生え、成長とともに緩やかに上昇してゆくものである。その個人差は大きく、また決定対象となることがらによってもかなりの幅がある。現在の有力説は、自己決定権の射程をできるだけ広範囲に認めたいうえで、「当該自己決定と人格とのかかわりや、他者との関係などを考慮した規範的評価によって」<sup>(21)</sup>法的保護の範囲や限界を「段階的に」決定してゆくべきであるとの立場をとっている。未成年者に関していえば、未熟な未成年者は「人格的自律」という観点からは「弱い人間」<sup>(22)</sup>であるとされ、自己決定権の主体とはみなされうるものの本人保護のための介入も要すると位置づけられている。そしてしばしば問題となるのが、「自己加害行為の阻止」、つまり「本人の自己決定からの本人の保護」<sup>(23)</sup>であると指摘されるのである。<sup>(25)</sup>

かような立場によるならば、本場面類型で医師のとるべき対応(告知の有無、方法、あるいは事後的ケア等も含めた広い意味での告知をめぐる対応のあり方)は、個別的事例によって相当に幅のあるものとなるだろう。たとえば、虫歯や風邪といった生命にかかわらない重大性の低い情報については、患者が割合に低年齢であっても、患者自身に歯磨きや安静を指導するにとどめることも選択肢の一つであろう。逆に、自殺未遂やアルコール依存症といった事態にあたっては、思春期以上の年齢に達し

た患者が守秘を希望したとしても、親に告知するほうが妥当であろう。そして、精神疾患や性感染症など本人の人格とかわりが深いセンシティブなことがらに関しては、患者と親との人間的な信頼関係を慎重に調査したうえで、告知の適否を検討すべきであろう。

本場面類型では、現実には、親に告知したことで守秘義務違反やプライバシー侵害として責任を問われることよりも、告知をしなかったことで説明義務違反や療養指導義務違反として責任を問われることの可能性のほうが高い。たしかに医師法上、保護者への療養指導義務(医師法二三条)が規定されている。しかしこれはあくまで行政法上の規定にすぎず、民法上の責任判断とは別個であって、一つの基準を提供するにすぎない(とりわけ医療行為は、個別性・自由裁量性を特色とするゆえに、取締法規が私法上の過失判断の基準として果たす役割は他の業種と比して小さいことが指摘されている)<sup>(26)</sup>。

ドイツでは、医師は患者の家族に対しても守秘義務を貫かねばならないというのが大原則である<sup>(27)</sup>。本場面類型についても例外ではなく、親への告知には一般に厳格な態度がとられている。ドイツでは、このケースの告知の適否の基準に関して、具体的に詳細な議論が存在している。以下に有力説を整理して紹介しよう。

①まず、(自己決定能力のない幼児も含めて)およそ未成年者すべての医療情報に関し、その承諾なき親への告知を次のように限界づけている。すなわち、親の協力なしには必要な処置と治療が確保できない場合に限り、「子の福祉」のために(のみ)、親への告知が正当化されるとしているのである<sup>(28)</sup>。これによると、小児患者の医療情報であっても、親への告知には医療上の必要性という絞りがかげられることになる。

②次に、未成年患者のなかでも成人年齢に近い未成年者(アメリカ法<sup>(29)</sup>でいうところの「成熟した未成年者」にあたる)につ

いては、慎重な衡量のうえで告知の有無を判断すべきことが求められている。<sup>(30)</sup> 具体的言及として、一四歳を超えてからは、親の監護・教育の必要性 (Pflege und - Erziehungsbedürftigkeit) が減りはじめ、逆に子の自己決定能力が増してゆくと分析され<sup>(31)</sup>、その分だけ患者の秘密保持の利益が尊重されてゆかねばならないとされる。<sup>(32)</sup> 特に一八歳以上二二歳未満<sup>(33)</sup> (Heranwachsenden) の未成年患者については、このような対立がめずらしくないと述べられる。

③そして、独立した生計を営む未成年者 (アメリカ法でいうところの「親権から」解放された未成年者) については、もはや親への告知は許されないとの立場がとられている。具体例としては、(1) 未成年者が「固有の収入 (Einkommen) を意のままにし、その両親ともはや同じ屋根の下には住んでいない場合」<sup>(34)</sup>、および (2) 「未成年者が医師と有効に契約関係を成立させ、したがって唯一の契約パートナーである場合」<sup>(35)</sup> とが挙げられている。<sup>(36)</sup>

## 二 第三者の利益との調整 (別主体間での利益調整)

患者以外の第三者の利益を保護するために、患者の医療情報を第三者に提供する場合がある。本項では、このような「別主体間での利益調整」の問題を取り扱う。

生命権は至高の法益であって、患者の秘密保護の利益 (主としてプライバシー) に優越するものである。また身体権も、少なくとも重大な侵害に対しては、患者の秘密保護の利益に優越して保護されると考えてよいであろう。ゆえに、第三者の生命権・身体権を保全するために、医師がやむなく患者の医療情報を提供するという事態は、起こりうるであろう。

あるいはまた、第三者の財産権も優越的保全法益たりうることが示されている。すなわち、個人情報保護法二三条一項一号

では、本人の同意を得ずに個人情報第三者提供が許される場合として、「人の生命、身体また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とき（下線筆者）」と明記しているのである（もつとも、ガイドラインでは、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、「マーケティング等を目的とする会社等からの照会」を挙げており、<sup>(37)</sup> 第三者の純粹な経済的利益は保全法益たりえないといえよう<sup>(38)</sup>）。第三者の財産権を優越的保全法益たりうるとするならば、そのときには人格権と財産権との比較衡量という困難な問題に直面することになる。

このような「別主体間での利益調整」が問題となつた場合―形式的な根拠を何に求めるのであれ―実質的には、広義の「緊急避難」の法理が調整基準として機能すると考えられる。ここで広義の「緊急避難」とは、広く一般法学的語義による―すなわち、「他人の正当な利益を侵害することによつてしか回避することができない、正当な利益に対する現在の危険の状態」<sup>(39)</sup>を指す。かような状況下でやむなく行つた法益保全行為に関しては、法的責任を問い得ないとする法的価値判断は、全法秩序を通じて一定のコンセンサスを得ているといえるだろう。<sup>(40)</sup>

もつとも、民法の適用にあつては、正当化事由として「緊急避難」が前面に出てくることはない。「緊急避難」は後述するように伝統的に刑法学の概念であるうえ、わが国の民法典には明文の規定が存在していない（民法七二〇条二項の規定する緊急避難は、いわゆる「対物防衛」と呼ばれる特殊なものであり、<sup>(41)</sup> 実質は「正当防衛」に近いものである）。本理論類型が民法によつて解決されるときには（そして實際上、本理論類型は民事法にゆだねられることが多いわけだが）、形式的には正当（業務）行為や法令行為を根拠に違法性阻却の判断が示されることが多いであろう。しかしそこで実質的に調整基準として機能しているのは、前述広義の「緊急避難」法理と表現した、全法秩序が共有するところの価値判断にほかならない。

他方、刑法学では「緊急避難」は古代ローマ法以来さかんに論じられ、しかし学説は混迷を極めてきた。違法阻却が責任阻却か、およびその射程や分類方法について、現在でも学説は一致をみない。<sup>(42)</sup> 保全法益として広く公益まで含める見解<sup>(43)</sup>（そうすると、後出第二節にも緊急避難法理が妥当しうるといことになる）、また、「義務衝突（Pflichtenkonflikte）」も緊急避難に包摂する見解<sup>(45)</sup>（そうすると、後出第二節と本項が混同することになる）など、多岐にわたる。本稿ではかかる刑法学説の混迷に立ち入ることは差し控え、違法阻却事由と解することを前提に、多数説の解釈にしたがって援用するにとどめたい。

**場面類型 9** 感染の危険に晒された第三者への警告「厳格な緊急避難要件のもとで、正当化される

患者が感染症に罹患しており、近い第三者が感染の危険に晒されているとき、医師はその第三者に警告を与えてよいのか、あるいはしなければならぬのか。

かつては刑法の秘密漏示罪の正当理由の存否に関して、「住込みの店員が感染可能な梅毒に罹っているとき、雇用主、他の従業員ないし家族に患者の病状を知らせるのは、正当理由に基づく告知であるか否か」という問題が典型的に取り上げられてきた。<sup>(46)</sup> 現在でも、HIVやSARSなど新たな感染症が次々に登場し、かつての梅毒事例と同じ問題を提起している。

刑法学の多数説は、刑法の一般的違法性阻却原理である緊急避難の問題として処理すべきであった、<sup>(47)</sup> 「本罪につき特に他の罪より緩やかな違法性阻却事由を認める理由はな<sup>(48)</sup>」いとす。そのほか、正当業務行為や社会的相当性<sup>(49)</sup>、あるいは利益衡量<sup>(50)</sup>に拠って解決する学説もある。

前記多数説によれば、本場面類型の具体的な正当化要件は次のようになる。すなわち、①第三者が感染する現在の危険が存

在すること（現在の危難）、②感染の危険が他の方法では回避不可能であること（補充性）、そして③告知によって保全される法益（第三者の生命・身体権等）が犠牲にされる法益（患者の秘密保護の利益）を下回らないこと（法益権衡）である。<sup>(51)</sup> 少なくとも②の補充性が厳格に要求される点が前類型と異なる点である。なお、この補充性に関連して、この問題は、「第一次的には診断を受けた本人と届出を受けた当局の責任とにおいて処理されるべき」ことが指摘されている。<sup>(52)</sup>

民法学説においては、本場面類型についての直接の言及はみあたらない。しかし民法の適用においても、実質的には同様の基準が機能するであろう。ただし、不法行為制度は損害填補を第一次の機能とし、また謙抑主義の要請もないため、違法阻却の基準が刑法におけるそれよりもさらに厳格な傾向を示すことは予想される。すでに名誉毀損・プライバシー侵害一般の違法性阻却判断においても、刑法・憲法学におけるよりも民法学におけるほうがより調整の振り子は被害者保護に振れるという傾向が指摘されているのである。<sup>(53)</sup>

ドイツにおいても、同様の問題状況があり、本場面類型は議論の対象とされている。緊急避難、あるいは利益衡量<sup>(54)</sup>による調整がはかられているという点では、わが国と同じである。もともとドイツでは、民事・刑事両法にわたって広範に、かつきめ細かな議論が存在している。特に注目すべきは、①告知の相手方が当該医師の患者である場合と、②告知の相手方が医師の患者ではない場合とを区別して扱うような見解である。

まず、①告知の相手方が当該医師の患者である場合には、告知の相手方との契約にもとづき、医師には警告を与えるべき法的義務が生ずるとされる。<sup>(55)</sup> ゆえにこれは、感染患者に対する守秘義務と感染リスクに晒された患者に対する告知義務との二人の患者に対する「義務の衝突」の問題と位置づけられ、より高次の義務、すなわち患者の生命権を保護する告知義務を優先し

なければならぬと帰結される。

これに対し、②告知の相手方が当該医師の患者ではない場合、告知は医師の権利であつて義務ではないとされる（すなわち、告知することは許容されるが、告知すべき法的義務を負うわけではないということである<sup>(57)</sup>）。もつともこの場合にも、医師は感染患者に対し、（おそらくは感染患者に対する契約上の義務として）自ら必要な措置をとるように説得すべきであるとされている<sup>(58)</sup>。理由づけは不明であるが、おそらくは患者の家族や性的パートナーを、患者の疾患からくる生命の危険から保護することもまた、患者に対する医師の契約上の義務であるとの見解にもとづくものであろう。

告知の相手方が誰であろうと、緊急避難法理にもとづく正当化の基準には変わりはないであろう。しかしさらに進んで、告知の相手方に対して、告知を法的義務として負うというためには、告知の相手方との間に少なくとも何らかの特別な法的関係が存在していることが求められる——いかに医師といえども、何ら法的関係のない第三者に対して、（現に死に瀕した者を救命するにとどまらず）生命へのリスクを警告する法的義務までもを負うものではないとする法的価値判断を窺うことができる。

**場面類型 10** 遺伝子研究における提供者の血縁者への遺伝情報の告知——国の倫理指針で定められた厳格な要件を基準に、正当化される

近年、科学技術の世界では、遺伝子工学がめざましい進展を遂げている。それはヒトを対象とする研究にも及び、二〇〇〇年にはヒトゲノム概要配列（draft sequence）の作成が完了したという<sup>(59)</sup>。医療の分野でも、遺伝子検査・遺伝子治療によって、かつては不可能だった疾病の予測や不治の疾病の根治を行うことが技術的に可能となるに至つたのである。

このような遺伝学的検査等によって得られる「遺伝情報」には、遺伝子・染色体に基づく体質、および疾病の発症等に関する情報が含まれている。これらの遺伝情報は生涯変わらないうえ、現在および将来の血縁者にも影響を与え得る。このような特質ゆえに、遺伝情報の問題には、「プライバシーの問題に収まりきれない」特有の法的問題性が含まれていることが指摘されているのである。<sup>(60)</sup>

遺伝情報に関する法的問題は実に多岐にわたる。<sup>(61)</sup> 本稿では、特に第三者提供に関わる問題——すなわち、遺伝子検査によって得られた提供者の遺伝情報を、様々な利害関係者等へ告知することは正当化されるのか、という問題を検討する。

ここでは、遺伝情報の提供者の秘密保護の利益と、告知を受ける利害関係者等の何らかの利益が衝突していると考えられる。具体的な対抗利益は様々であるが、告知先が血縁者ならば生命権、身体権、あるいは自己情報コントロール権（自己の遺伝情報に関して「知る権利」と「知らないでいる権利」の両方を含む）、雇用（予定）者や保険会社ならば主として経済的利益が想起されよう（そのほかに婚約者などを想起すると、さらに問題は複雑化する）。

なお、ここでの秘密保護の利益は提供者自身にとどまらず、現在および将来の血縁者の利益でもあるということが、本場面類型に特異な点の一つである。遺伝情報に関しては、既述の特質ゆえに、提供者の血縁者も秘密保護の利益や「知らないでいる権利」を有している。そのため本場面類型では、多数人の利益が複雑に対抗する困難な衡量問題が生じうるのである。

さらにまた、遺伝子研究は医学研究であることから、「医学的適正手続」<sup>(62)</sup>の要請もはたらく。したがって、特有の手続的配慮——たとえば、第三者の倫理委員会による審査等も含む慎重な手続が要求されることになる。

翻ってわが国では、個人情報保護法の個人情報取扱事業者の義務に関する規定は、報道機関、著述を業として行う者、学術

研究機関、宗教団体、政治団体には適用されない（同法五〇条一項）。かわって、安全管理措置や苦情処理についての自主的努力義務を負うこととされている（五〇条三項）。

この努力義務の具体的な内容の指標として、関係諸機関からガイドラインや指針が出されている。医療・介護関係者個人情報保護ガイドラインが（参考と）すべきものとして）具体的に列挙するところによれば（別表5と別表6）、「ヒト遺伝情報に関する国際宣言（UNESCO October 16, 2003）」、「遺伝学的検査に関するガイドライン」（平成一五年八月 遺伝医学関連一〇学会<sup>(63)</sup>、家族性腫瘍研究会）、「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針（平成一六年一二月二八日文科科学省・厚生労働省・経済産業省告示第一号）」、「疫学研究に関する倫理指針」（平成一六年一二月二八日文科科学省・厚生労働省告示第二号）、「遺伝子治療臨床研究に関する指針」（平成一六年一二月二八日文科科学省・厚生労働省告示第二号）、「臨床研究に関する倫理指針」（平成一六年一二月二八日厚生労働省告示第二五五号）が存在する。

このうち「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」は、遺伝情報の第三者提供について、次のような詳細なルールを示す。

- ①まず、「研究責任者は、提供者の同意がない場合には、提供者の遺伝情報を、提供者以外の人に対し、原則として開示してはならない」と原則不開示の立場を示す。
- ②そのうえで例外的に、提供者の遺伝情報から導かれる遺伝的素因を持つ疾患や薬剤応答性に関する情報の提供者の血縁者への提供については、研究責任者は以下の要件のもとで行なえるとしている。すなわち、（1）「提供者の遺伝情報が、提供者の血縁者の生命に重大な影響を与える可能性が高いことが判明し、かつ、有効な対処方法があること」（2）研究責任者からそ

の報告を受けた研究を行う機関の長が、特に「a 血縁者が同一の疾患等に罹患している可能性 b 血縁者の生命に及ぼす影響 c 有効な治療法の有無と血縁者の健康状態 d インフォームド・コンセントに際しての研究結果の開示に関する説明内容」についての考慮を含む倫理委員会の意見を求め、それに基づき、研究責任者と協議し、提供すべきとの結論となること（3）これを踏まえ、研究責任者が改めて提供者の理解を深め、承諾を得られるよう務めること（4）「提供者の血縁者に対し、十分な説明を行った上で、情報提供を希望する意向を確認すること」である（27頁）。また、提供者本人への情報開示の段階で、「その遺伝情報が提供者及び血縁者の生命に重大な影響を与えることが判明し、かつ、有効な対処方法があるとき」には、提供者が開示を希望していない場合であっても、倫理委員会の意見、及びそれに基づく関係従事者間の協議の結果を踏まえ、本人に十分な説明をした上で開示についての意向を再度確認する（なお開示を希望しない場合には開示してはならない）として（その際考慮に入れるべきこととして、「提供者及び血縁者の生命に及ぼす影響」、「有効な治療法の有無と提供者の健康状態」、「血縁者が同一の疾患等に罹患している可能性」、「インフォームド・コンセントに際しての研究結果の開示に関する説明内容」が挙げられている）（26頁、27頁）。

このように国の倫理指針においては、厳格な手続的保障のもとで、「遺伝情報が提供者及び血縁者の生命に重大な影響を与えることが判明し、かつ、有効な対処方法があるとき」に限り、血縁者への情報提供のみを認めている。この倫理指針からは、本場面類型に対する次のような法的価値判断の指標を汲み取ることができよう。それはすなわち、保全法益として提供者の秘密保護の利益に優越しうるのは、唯一血縁者の生命権に限定されるという価値判断である。

ゆえに、雇用主や保険会社の経済的利益保全のための情報提供が認められる余地はない。たしかに保険法の分野からは、保

険会社への告知に関して<sup>(64)</sup>、遺伝子診断にもとづく保険加入者の逆選択（遺伝子検査により自分の高い死亡リスクを知った者が高額な生命保険に加入しようとするといったような）による保険システムの破壊を防止するという社会的相当性も指摘されている。そして現在より診断精度の上がった将来的には、（アメリカをはじめとする諸外国のように）わが国でも保険会社は遺伝子診断結果を危険選択に利用することを望むようになるであろうとも予想されている。保険加入者や被保険者に告知義務を課すことの適否はともかくとして、だからといって保険会社への提供者の承諾なき情報提供が正当化されるということではない。

そして国の倫理指針の示す価値判断によれば、血縁者であっても、生命に影響のない情報であつたり、単に知りたいというだけでは、提供者の同意なく開示することは正当化されないということになる。

指針やガイドラインは法的拘束力をもつものではないが、今後の立法や現在の法解釈を考えるうえで、有力な指標を提示する意義を有するものである<sup>(65)</sup>。本指針の示す基本的な価値判断は妥当であり維持すべきであろう。ただし本倫理指針では、提供者への配慮にとどまり、提供先血縁者以外のほかの血縁者の利益への配慮が欠落している点が、今後の課題として残るところである。

（付記）

本稿全号の内容の概要は、二〇〇六年一月二六日國學院大學において開催された、日本医事法学会第三六回研究大会シンポジウムで報告させていただいた（シンポジウムの内容は年報医事法学二二号に掲載される予定である）。そこで得られた多くの貴重なご教示を、本号以下では反映させていただいている。

なお本稿は、平成一六～一七年度科学研究費補助金（若手研究（B））、ならびに平成一八年～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一部をなすものである（特に前者を主たるものとする）。

注

- (1) 場面類型7では、本理論類型に準じた利益衡量が行われるが、当事者を異にする(前号参照)。
- (2) 多くの法学習者は、その学習の初歩において、法は公法と私法に大別されることを学んでいるはずである(たとえば、遠藤浩Ⅱ幾代通編『民法入門』二頁(有斐閣双書、第三版補訂版、二〇〇〇)等法學入門書多数)。
- (3) 森島昭夫『不法行為法講義』五頁(有斐閣、一九八七)参照
- (4) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、二〇〇四)一五頁以下参照。また、生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社、二〇〇二)二〇四頁以下も参照(「個人の自由の尊重は「自由でなくなる自由」の尊重まで導きえない」とする)。
- (5) 田山輝明『不法行為法』八四頁(青林書院、補訂版、一九九九)等参照
- (6) 塩谷・前掲注(4)三頁等参照
- (7) 甲斐克則『安楽死と刑法』(成文堂、二〇〇三)等参照。刑法学説上、違法阻却とみるか責任阻却とみるかで見解が分かれているが、前説論者も本人の承諾以外に厳格な要件を充足しなければ認められない(横浜地判平七年三月二八日判時一五三〇号二八頁〔東海大安楽死事件〕参照)。
- (8) 中井英雄編『不法行為法(事務管理・不当利得)』一〇二頁(植木哲)(法律文化社、一九九三)、潮見佳男『不法行為法』(信山社、二〇〇二)等
- (9) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』二二二頁(一九九二)
- (10) 内藤謙『刑法総論(中)』五八九頁(一九八六)
- (11) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』二五四頁(一九七五)、塩谷・前掲注(4)一七頁
- (12) 学説の整理については、塩谷・前掲注(4)一五頁以下を参照した。
- (13) 西谷敏『規制を支える自己決定―労働法的規制システムの再構築―』(法律文化社、二〇〇四)一七七頁以下は、このような者を「判断能力において何らかの問題をもつという意味」で自己決定権との関係では弱者である位置つける。
- (14) 植木哲・小宮仁『判批』判時一七二八号二〇四頁以下(判例評論五〇三号二六頁以下)(東京地判平成一年二月一七日判時一六九七号七三頁〔園学部学生HⅠV感染情報漏洩事件〕判決の判例評釈)参照。
- (15) 植木Ⅱ小宮・前掲注(14)二〇四頁参照(「手段の必要性の程度は、患者の情報を開示することによる不利益との相関によって実質的に決す

べき」とし、「保護者的な立場にある者(ここではHIV患者である歯学部生の学生生活を支援する立場にある歯学部教授)への情報開示は、そうでない者への開示と異なり、「開示された情報が患者のために用いられるので」情報開示による患者の不利益が比較的小さいためであると説明)

- (16) 藤岡康弘「損害賠償法の構造」(成文堂、二〇〇二)は、人格権保護を二つの段階から考察している。すなわち、ひとつはどこまでを人格権として保護するかという問題であり、もうひとつは他の権利との衡量問題である。
- (17) 大塚仁ら編「大コンメンタル刑法第七卷」三四七頁(米澤敏雄)(青林書院、二〇〇〇)
- (18) 団藤重光編「注釈刑法(三)」二六四頁(所一彦)(有斐閣、一九六五)
- (19) 内田文昭「刑法各論」一九七頁(青林書院、第三版、一九九六)(医師法二三条の療養方法指導義務と守秘義務との衝突と捉えるようである。しかし注(三)において、子「の健康回復・情緒安定などを含めた福祉増進のために有益といえる場合には、医師法二三条の義務を優先させてよいであろう」と述べている)
- (20) 開原成充Ⅱ樋口範雄編「医療の個人情報保護とセキュリティ」(有斐閣、第二版、二〇〇五)二四頁(特に「児童虐待が疑われる場合」を例として挙げている)
- (21) 西谷・前掲注(13) 一七五頁
- (22) これは、ドイツ憲法裁判所のとる立場(いわゆる「領域論」。これについては、第二節で詳述する)であるとされる(西谷・前掲注(13) 一七四頁以下参照)。日本で同様の立場を示すものとして、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀祝賀「現代立憲主義の展開(上)」三二九頁以下(有斐閣、一九九三)等
- (23) 西谷・前掲注(13) 一七六頁以下は、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、①「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、②「成熟した自己決定ができることを前提とするが、それを現実を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、③「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」、④「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」の内容も一様ではない。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」とする。これによるならば本場面類型の患者は③に該当し、保護の内容としては「不十分な自己決定を補うための援助」が適しているということになる。

- (24) 西谷・前掲注(13) 一七七頁、一七九頁、一八〇頁参照(ゆえに自己決定と保護の調整が課題となるとされる)
- (25) 西谷・前掲注(13) 一八〇頁参照
- (26) 唄孝一『医事法学への歩み』九頁(岩波書店、一九七〇)
- (27) Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, §75, Rn. 33 (Schlund)
- (28) Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 27), §75, Rn. 35
- (29) アメリカにおける(医療行為についての)同意原則の状況につき、加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』一二二頁以下(新美育文)(有斐閣、一九八四)参照
- (30) Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 27), §75, Rn. 35
- (31) Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 27), §75, Rn. 37. *von* 詳細な *von* 'Schlund, JR 1999, 334 ff
- (32) Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 27), §75, Rn. 37
- (33) ドイツでは、一一歳で成年とみなされる
- (34) Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 27), §75, Rn. 36
- (35) Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 27), §75, Rn. 36
- (36) 新美教授は、アメリカにおいて未成年者の医療行為への同意に関し「成熟した未成年者」と「親権から解放された未成年者」について未成年者本人に同意権を与える立場がとられていることを分析して、両概念とも「未成年者が診療行為に同意をする前提としての判断能力を備えていることを窺わしめる事情を示すものであり、(アメリカの)判例・学説は、未成年者であっても、その者が十分な判断能力を備えているならば、その同意権を肯定しようとしているものといえよう」とする(加藤・森島(新美)・前掲注(29) 一二四頁)。
- 本稿テーマでは医療行為自体についてはなく秘密保持についての自己決定が問題となっているという違いはあるが、同様の分析が妥当しう。
- (37) これによれば、「健康食品の販売を目的とする会社から、高血圧の患者の存在の有無について照会された場合や要件に該当する患者を紹介し、て欲しい旨の依頼があった場合、患者の同意を得ずに患者の有無や該当する患者の氏名・住所等を回答してはならない」とされる。
- (38) なおドイツでも、分婉した母親の住所が分婉施設によって乳児の哺育用品の製造者に渡されるといふ習慣が広範に広がっており、問題視されている *von* Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 27), §76, Rn. 33

- (39) イエシエックⅡヴァイгент(西原春夫監訳)二六七頁(成文堂、第五版、一九九九)
- (40) イエシエックⅡヴァイгент・前掲注(39)二六七頁以下参照。
- (41) 加藤一郎編「注釈民法(一九)」三三四頁(徳本鎮)(有斐閣、一九六五)、イエシエックⅡヴァイгент・前掲注(39)二六九頁以下参照。
- (42) イエシエックⅡヴァイгент・前掲注(39)二六七頁以下等参照。
- (43) イエシエックⅡヴァイгент・前掲注(39)二七五頁。中山研一「刑法総論」二七五頁(成文堂、一九八二)参照。
- (44) 「ある者が自分に課せられている法的義務を、同じく自分に課せられている別の法的義務を犠牲にしてしか履行できず、彼が違反した義務に反することが刑の科せられる作爲あるいは不作爲となっている場合」(RG 59, 404, 406f.) (イエシエックⅡヴァイгент・前掲注(39)二八〇頁)
- (45) イエシエックⅡヴァイгент・前掲注(39)二八〇頁
- (46) 加藤Ⅱ森島(平林勝政)・前掲注(29)七一頁
- (47) 内田・前掲注(19)一九七頁、大谷實『医療行為と法』五七頁(弘文堂、新版補正第二版、一九九七)、大塚ら編(米澤)・前掲注(17)三四九頁
- (48) 団藤・前掲注(18)二六四頁(「本罪につき特に他の罪より緩やかな違法性阻却事由を認める理由はなく、利益の大小のみならず、補充性も考慮に入れるべきである」)
- (49) 大谷實『刑法各論』(成文堂、第二版、二〇〇二)九九頁(「緊急避難または社会的相当性を基準に違法性阻却を認めるべきである」)
- (50) 香川達夫「刑法講義(各論)」四六四頁(成文堂、第三版、一九九六)(「第三者の利益を保護するために他人の秘密を漏らす」ことについて、「双方の利益を比較考慮することによって、その当否が決定されることになる」とする)
- (51) 加藤Ⅱ森島(平林)・前掲注(29)七一頁等
- なお、イエシエックⅡヴァイгент・前掲注(39)二八一頁以下は、「義務衝突」を「緊急避難」の一形態と捉える立場から、義務衝突事例の正当化につき次のような基準を提示している。すなわち、まず、義務衝突事例を①「衝突する義務に段階を設けることが法律上可能な事例」と②「衝突する義務が関係する法益の価値およびその他の全事情を考慮して同価値である場合」の二種に区別し、①については「わずかでも高次の義務であればそれだけで優先される」とする。②についてはさらに三分し、(一)「作爲義務が不作爲義務と重なる場合」には「不作爲義務が優先され(したがって、行為者は不作爲にとどまることによって、同時に自分に課せられている作爲義務に違反しても正当化される」と帰結

する。(2)「二つの同価値の作為義務が衝突する場合」(同書二八三頁) および(3)「二つの同価値の不作為義務が衝突する場合」にはいずれの義務にしたがってももう一方の義務違反は正当化されるとする。

医療情報の第三者提供は不作為義務違反であるから、ここで関連しうるのは、①および②(1)(3)の調整基準ということになる(現に、イエンエックルヴァイゲントは、本場面類型を②(1)の具体例として挙げている)。

(52) 団藤(所)・前掲注(18)二六四頁、加藤・森島(平林)・前掲注(29)七一頁(この問題は、「第一次的には診断を受けた本人と届出を受けた当局の責任とにおいて処理されるべき」とする)

(53) 五十嵐清『人格権法概説』一九頁(一粒社、一九八九)等参照

(54) Laufs/Uhlenbruck(Schlund) a.O.(Note 27), §75, Rn. 67 (伝染病を秘密にすることについての患者の利益は、他の財産上の利益(Vermögensinteressen)とわりわけ身体、生命、もしくは自由の危険からの第三者の保護に対して、後位のものとして評価されるべきである、とす)

(55) Laufs/Uhlenbruck(Schlund) a.O.(Note 27), §75, Rn. 69

(56) RG 36, 62 [64] (イエンエックルヴァイゲント・前掲注(39)二八〇頁)

(57) Laufs/Uhlenbruck(Schlund) a.O.(Note 27), §75, Rn. 67 (たとえば、伝染病をもった患者の家族(Angehörigen)への伝達権限に関して、医師には、この患者の家族(Angehörigen)にこのことから生ずる感染の危険を警告する権利はあるが、義務はないとする)

(58) Laufs/Uhlenbruck(Schlund) a.O.(Note 27), §75, Rn. 68

(59) ヒトゲノム解析計画に関しては、保木本一郎『ヒトゲノム解析計画と法』(日本評論社、二〇〇三)が詳しい。

(60) 甲斐克則教授は、近年の遺伝子工学の急速な進展に伴うゲノム解析、遺伝子検査、遺伝子治療などの一連の諸技術は、「第一に、専断的行為への対応、第二に、プライバシーの保護、第三に、プライバシー問題に収まりきれない優生学の問題と密接不可分な遺伝情報の保護の問題」を内包していると分析する(甲斐克則「遺伝情報の保護と刑法―ゲノム解析および遺伝子検査を中心とした序論的考察―」中山研一先生古稀祝賀論文集第一巻『医療と刑法』(成文堂、一九九七)四九頁以下)。

筆者は前研究で、遺伝子情報のこのような特質を踏まえ、遺伝情報を特殊な考慮が必要な情報として「レベルX」として他の情報から区別した(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三七卷一号参照)。

(61) 注(60) 甲斐教授の分析参照

- (62) これについては、前号場面類型1でも若干触れた。正確には、甲斐克則教授の提案による「医学的適正手続」もしくは「メディカル・デュープロセス」の法理を指す。同教授はこれを、「医療、とりわけ人体実験・臨床試験・実験的治療のようなものについては、社会的観点も加味して、医学的適正手続による保障がなければ、当該実験ないし治療は違法である、とするものである」と定義つける(甲斐・前掲注(52) 六二頁)
- (63) 日本遺伝カウンセリング学会、日本遺伝子診療学会、日本産科婦人科学会、日本小児遺伝学会、日本人類遺伝学会、日本先天異常学会、日本先天代謝異常学会、日本マススクリーニング学会、日本臨床検査医学会(以上五十音順)
- (64) 山下友信『保険法』三〇二頁以下(有斐閣、二〇〇五) 参照。また、保険会社・雇用主への告知の適否を詳細に検討するものとして、保木本・前掲注(59) 一〇九頁以下参照
- (65) 将来の法規制に関し、甲斐教授は、刑事規制は妥当でなく、行政的規制にとどめるべきとの立場を示している(甲斐・前掲注(60))