

医療情報の第三者提供の体系化（三・完）

村山淳子

第一章 序論

（一）

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

（三・完）

第四章 結論

第三章 優越的利益との調整

第二節 公益との調整

本節では、(ア) 公権力の私的領域への介入（もしくは、私人によるそれへの協力行為）、あるいは、(イ) 公益保護を目的とした私人による法益侵害が問題となる。

ここでは、衡量問題において、公益と私益とが衝突し、その間の調整が求められる。それゆえ、公法学—ことに本稿が利益衡量の共通の核として設定するところの、「患者の秘密保護の利益」の中核をなすプライバシーが、憲法上の権利の一つであることから（憲法一三条の規定する幸福追求権から導き出される個別的人権の一つ）⁽¹⁾、とりわけ憲法学において解決の鍵となる理論を見出すことができる。

憲法学の有力説によれば、公権力の介入からの個人の生活の保護は、個人の人格との関係性によって次のように類型化して考察される。⁽³⁾ すなわち、まず①人格の根源にかかわるような領域（「人格の一番内側に該当する」領域、⁽⁴⁾「内密領域」⁽⁵⁾）については、絶対的保護を与えなければならぬ—「やむにやまれぬ利益」⁽⁶⁾のための必要最小限度の介入しか正当化されない、次に②人格の外側にあるが個人が自由な私的生活を享受すべき領域（「プライバシー—外延」⁽⁷⁾領域、「私的領域」⁽⁸⁾）については、相対的保護が与えられる—優越的公益が存在し、かつ正当な方法で行われるのであれば、介入は正当化される、そして③公的活動への参与が求められる領域（「公共的領域」⁽⁹⁾）については、基本的には保護する必要はない、とされるのである。一般に、

医療情報は②に該当するとされ、公権力からの介入（およびその協力行爲）、そして公益保護を目的とする法益侵害からは相対的保護を受ける。⁽¹¹⁾ すなわち、優越的公益が存在し、かつ、正当な方法で行なわれるかぎりにおいて、それは正当化される。⁽¹²⁾

このような公権力の私的領域への介入や公益保護を目的とする法益侵害を正当化せしめるような「優越的」公益とは何か。前節と異なり、ここには公益と私益という異質な法益間の衡量という困難な問題が横たわっている。現在の憲法学の通説は、憲法上の人権を制約する原理は對抗する他の人権のみであるとする「二元的内在制約説」を採っている。⁽¹³⁾ しかしこの通説を批判し、国家権力（介入）の正当性根拠に関し、より実質に迫る分析を展開する有力説がある。⁽¹⁴⁾ これによれば、国家権力（介入）の正当性根拠として「公共の福祉」を捉えた場合、それを実質的に支えるのは、一つに、「公共財」の供給であるという。⁽¹⁵⁾ そして、この「公共財」の典型例として、「警察」「消防」「防衛」を、さらには「表現の自由」をも含める。⁽¹⁶⁾ 後述するように、本節理論類型に属する医療情報の第三者提供の多くが、ここで挙げたいずれかのゆえに行なわれるものである。何が優越的公益であるかを、国家による「公共財」の供給の必要性から説明することは、実質的考察を志向する本稿の目的に適っている。⁽¹⁷⁾

何が正当な方法であるかについては、一般的に、「国民の承認」、「規範の明確性」、手段の合理性などが必要な要素として挙げられている。⁽¹⁸⁾ もっとも、保護すべき優越的公益がいかなる性格を有するものであるかによって、保護のあり方、すなわち「正当な方法」の内容も異なってくる。前記憲法学の有力説は、「公共財」を（ア）「警察・消防サービスの提供や、道路・橋の建設など、日常的な生活上の必要や利便に答えるべく、時宜に応じて促進され、提供されるべきもの」と（イ）「社会生活のより根底にあり、社会に生きる人々の生き方や考え方の基盤をなすようなもの」の二種に分けたうえで、（ア）はその時々

の工夫」が立憲主義諸国で通常とられていると分析する。⁽¹⁹⁾あるいは、伝統的な刑法学の体系でも、各論の犯罪の分類の体系化に際して、「個人的法益に対する罪」、「国家的法益に対する罪」、そして「社会的法益に対する罪」に三分して説明するのが通説である（三分説）⁽²⁰⁾。これは、同じ公益であつても国家の統治組織を前提とする利益か否かによつて、保護のあり方、すなわち正当な方法の基準に異なる考慮が要請されるからにはかならない⁽²¹⁾（もつとも、民法学においてかかる区別は自覚的になされてはいないようである。これは本来的に民法が私人間の利益調整を対象とする学問であるゆえであろう）。

このように、「正当な方法」は優越的公益が国家的法益か社会的法益かによつて異なる特色を呈し、そのあり方に関し異なる考察を要する。したがつて本稿では、「優越的公益の性格による正当な方法の違い、およびそれにもなう正当化基準の違い」という点に着目し、一・国家的利益との調整と二・社会的利益の調整とに細分して検討を進めることにする。

一・国家的利益との調整

国家的利益とは、国家の存立および維持にかかわる利益である。

本稿テーマに関連するのは、このうち国家の維持にかかわる利益、とりわけ行政作用・司法作用にかかわる利益である。

行政とは何かについて、行政法学の世界で見解の一致はみられない。しかし行政法学の有力説によれば、行政とは、「国家社会の需要に応ずるため、公の政策を具体的に実施する過程ないし行動」⁽²²⁾であるという（積極説）。行政権は内閣に帰属し（憲法六五条）、国民の厳粛な負託にもとづき、行政主体がこれを行なう。かつて行政作用は、警察・防衛といったごく小さな領域のみに限定されていた（「夜警国家」）。しかし今日ではその作用は実に広範にわたる⁽²³⁾（「社会国家」）。今日の行政国家にお

いては、行政上の利益のために、私的活動は広範な統制を受ける。⁽²⁴⁾しかし、行政主体の恣意と専断は許されない。近代法は、「法治行政の原理」(「法律の留保」、「法律の優位」、「手続的保障」)⁽²⁵⁾を基礎とし、少なくとも行政が国民に義務を課し、権利を制限する場合には⁽²⁶⁾、法律上の根拠を要求する(なかでも警察行政は、とりわけその要請が強い)⁽²⁷⁾。行政法は、⁽²⁸⁾このような法治行政の原理のもと、公益と私益の調整・配分を担っている。⁽²⁹⁾

司法とは、「具体的な争訟について、それに法を適用し、その結果を宣言することによって、その争訟を裁定し、解決する国家の公権力の作用」⁽³⁰⁾である。司法権は裁判所に専属し(憲法七六条一項)⁽³¹⁾、司法作用には論理性・客観性・中立性が要求される。その前提として、裁判官の独立と自由が保障され、⁽³²⁾裁判官は独立の第三者的立場で裁判を行い、法と良心以外の何ものにも拘束されない(憲法七六条三項)⁽³³⁾。ここでは、三権分立の要請から、とりわけ司法の独立性・中立性が強く求められる。このような司法のあり方を適正に保障するために、刑事・民事両訴訟法がルールを定め、それに則って司法警察活動が行われている。

本理論類型では、このような行政作用や司法作用の一部としての、あるいはその協力者としての医師による医療情報の第三者提供が問われているのである。ここでの正当性判断においては、「法治原則の遵守の検証」が前面に出てくる。すなわち、根拠法令の存在と意義、及び法律上の手続の遵守、が主要な基準となるのである。

形式的に法律上の根拠と手続きに則って行われることと、実質的に正当であることは、当然には一致しない。この点に齟齬が生じた場合の救済方法として、具体的争訟を通じて⁽³⁴⁾(憲法三一条)違憲審査(憲法八一条)が用意されている。多数説によれば、違憲判決が出た場合には、その具体的な事件に関しては、問題の法令は効力がないとされ、適用されない。問題の法

令自体の効力は存続するが、立法権および行政権は違憲判決を尊重して当該法令を廃止するであろうこと、そして廃止に至るまで政府はその執行を自制するであろうという、「礼讓」が期待される（礼讓期待説⁽³⁵⁾）。したがって、この理論類型においては、ときに、根拠法令は憲法違反でないか、にも注目が集まるのである。

この理論類型に属する具体的事案では、通常は明文の法令上の根拠が存在するため、一般に「法令行為」や「正当（業務）行為」にあたる⁽³⁶⁾として違法性阻却が理由づけられている。

本理論類型に属する場面類型は無数に存在し、逐一列挙すればきりが無い。ここでは、近年特に注目された若干の場面類型に触れるにとどめることにする。

場面類型 11 医師法二二条にもとづく異状死体の届出—正当化される

医師法二二条は、「医師は、死体又は妊娠四月以上の死産児を検索して異状があると認めたときは、二四時間以内に所轄警察署へ届け出なければならない」と規定する。これは、法律上の義務であり、違反した場合には五〇万円以下の罰金が科せられる（医師法三三条の二）。本条は、犯罪の発見、捜査、公安の維持、証拠保全などを目的とする⁽³⁷⁾。本条にもとづく医師の警察への届出は、法律上の義務であるため、手続きに則って適正に行なわれるならば、法令行為として正当化される。

本条をめぐっては、医療事故が発生したときにこれを警察に届け出る義務が医師に発生するのか、という問題がある。特に近時の都立広尾病院事件（東京地判平一二年二月二七日判決、東京地判平成一三年八月三〇日判時一七七一号一五六頁、東京高判平成一五年五月一九日判タ一一五三号九九頁、最判平成一六年四月一三日刑集五八卷四号二四七頁、判タ一一五三号九

五頁、判時一八六一号一四〇頁⁽³⁸⁾を契機に、この問題に注目が集まるようになった。これに関しては、主として次のような点が指摘されている。すなわち、①「異状」の定義が不明確であり罪刑法定主義に抵触する懸念があること、⁽³⁹⁾②自己の医療過誤で患者を死亡させ、刑事責任を問われうる医師にこの義務を課すことは、憲法二八条一項の黙秘権（自己追罪拒否権）（何人も、自己に不利益な供述を強要されない）に抵触する可能性があること、⁽⁴⁰⁾等である。しかし、すくなくとも患者が死亡し、それが医療過誤によることが明らかな場合には、医師法二一条にもとづいて医師に届出義務が生ずるとするのが、一般的な見解であるといつてよい。⁽⁴¹⁾

場面類型 12 捜査機関による事件・事故捜査への協力―強制協力ならば正当化されるが、任意協力ならば各医師の個別的判断にゆだねられる

捜査機関が医師に事件・事故捜査への協力として医療情報の提供を求める場合がある。また、医師が自発的に、医療情報を提供する場合もある。

この場合、強制協力（刑訴法二二八条の令状による捜査、各種税法上の質問検査権の規定等による）に応じたのであれば、法律の手續に則つて適正に行なわれるかぎり、その情報提供は正当化される。

これに対して、任意協力を求められたにすぎない場合、もしくは協力を求められていない場合には、必ずしも正当化されるとは限らない。医師は個別具体的に、情報提供の妥当性を判断しなければならない。学説は多岐にわたるが、たとえば「実質的な見地から、患者の意思と医療の社会公共性を踏まえた利益衡量的な検討が必要」⁽⁴²⁾などとされ、利益衡量を基準とするもの

が多い。

しかし、この点に關し、近時注目すべき最高裁決定が出ている。すなわち、平成一七年最高裁決定（平成一七年七月一九日裁時一三九二号一六頁）⁽⁴³⁾は、医師が治療の過程で行った採尿検査で覚せい剤が検出され、そのことを患者の承諾を得ることなく警察に通報した事例において、医師の通報行為を正当と評価した（その結果、尿についての鑑定書等の証拠能力が肯定された）。

また、平成一八年四月二日に改正された厚生労働省「医療・介護関係者における個人情報適切な取扱いのためのガイドライン」（以下、ガイドラインと略記）でも、捜査機関からの任意の照会への対応について、同様の方向で変更がなされている。すなわち、医師の個別的対応を求める立場から、一律に患者の同意を不要とする場合に本場面を加えている⁽⁴⁵⁾（この変更は、厚生労働省「医療・介護関係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」に關するQ & A事例集」（以下、Q & A事例集と略記）（ホームページ：<http://www.mhlw.go.jp/topics/butyoku/seisaku/kojin/index.html>）（随時更新）にも反映されている）。

このように、捜査機関への医療情報の提供は、強制であれ任意であれ、一律に正当化される傾向が顕著になってきている。しかし、強制協力以外の場合に關して、一律に医療情報の提供を正当化することには疑問が残る。前記最高裁決定は、正当とする理由を明示しておらず、その射程は曖昧であり、学説の評価も分かれている。医師の証言拒絶権（後述参照）の趣旨、あるいは憲法三八条一項の黙秘権（自己追罪拒否権）の趣旨を考えるならば、本最高裁決定を、広範な射程を有するものと捉えるべきではない。あくまで、当該事例における利益衡量の結果であると理解すべきであろう。

場面類型 13 裁判における証言—各医師の個別的判断にゆだねられる

すべて国民は、裁判において証言すべき義務を負う。すなわち、裁判所は、何人をも証人として尋問することができ、何人もこれを拒否することはできない（刑訴法一四三条、民訴法一九〇条）。出頭しない場合には過料、罰金、勾引等が科せられ（刑訴法一五〇条以下、民訴法二七七条以下）、虚偽の証言を行った者は偽証罪に問われる（刑法一六九条）。このような裁判における証言義務は、裁判の公正のために、すべての国民に課せられた義務である。

しかし、特定の業務者については、業務上の秘密に関して、証言拒絶権が認められている（刑訴法一四九条、民訴法一九七条一項二号）。前記業務者らは、業務上の秘密に関しては、公判廷での証言を拒むことができ、またそれを証言するための出頭命令にも応じなくてよい。これは、前記業務者らの「守秘に対する信頼を手続き上担保する」ための制度であるといわれる。⁽⁴⁶⁾ それでは、このような証言拒絶権と守秘義務との関係はどう考えるべきか。前記業務者らが、証言拒絶権を行使できるにもかかわらずこれを行使せずに、業務上知り得た他人の秘密について証言した場合、守秘義務違反を問われるのか。通説によれば、前記業務者らが証言拒否権を行使せずに他人の秘密について証言しても、必ずしも秘密漏示罪を構成しない。⁽⁴⁷⁾ 証言をするかどうかは、本人の秘密保護の利益と証言することの利益との比較衡量によって決定すべきなどとする見解が多数を占める。⁽⁴⁸⁾ ①証言拒絶権はあくまでも権利であつて義務ではないこと、②証言は国民に課せられた義務であり、司法作用に協力する正当行為であることなどが、本説論者からは述べられている。これに対して、前記業務者らの証言は秘密漏示罪にあたりと主張する見解もある。⁽⁴⁹⁾ 理由としては、①証言拒否は前記業務者らの義務であること、⁽⁵⁰⁾ ②もし通説のように解するならば法律がわざわざ前記業務者らに証言の義務を免除した理由がわからなくなることなどが挙げられている。

いずれにせよ、「本人が承諾した場合」、および「証言の拒絶が被告人のためにする権利の濫用と認められる場合」には、証言拒否権は認められない(刑法法一四九条。民訴法一九七条一項二号では、前者のみ)。したがって、医師が自身を被告とする医療過誤訴訟で、保身のために証言を拒否することは許されない。

なお、ドイツにおいては、証言拒否権(独民訴法(ZPO)二八三条一項六号、独刑訴法(StPO)五三条一項三号)⁽⁵¹⁾と守秘義務(独刑法(StGB)二〇三条)は互いに独立して存在し、相互に影響を与え合わないという考え方が、出発点となっている⁽⁵²⁾。ドイツにおいて両制度は、人的適用範囲にかなりのずれがあり(例えば、ジャーナリストと聖職者は守秘義務を負わないが、証言拒絶権は有する。逆に、プロの心理学者(Berufspychologen)、社労士(Sozialarbeiter)、および結婚相談員(Eheberater)は守秘義務を負うが、証言拒絶権はもたない)、対象情報も異なる(守秘義務は人の「秘密」を対象とするのに対し、証言拒否権は業務上委託されたか知りえた事実すべてを対象とする)⁽⁵⁴⁾。両制度は、互いに相応(korrespondieren)するものではあるが、しかし同一のものではないとされているのである⁽⁵⁵⁾。

このことから、次のような帰結が導き出されることになる。すなわち、①守秘義務は依然として、一般的な違法性阻却事由によるほかは、破られてはならない⁽⁵⁶⁾。そして、②たとえ患者本人の承諾によって守秘義務が解かれた場合であっても(ドイツでも本人の承諾は訴訟における守秘義務を解く)⁽⁵⁷⁾、医師は依然として「権利」として証言拒絶権を有し、証言するか否かを自ら決定することができる⁽⁵⁹⁾。裁判所はこの点につき指摘や勧奨によって影響を与えてはならず、刑事被告人や秘密維持に利益を有する証人も医師に証言拒否権の行使を求める権利をもたない⁽⁶⁰⁾。③医師自身を被告とする訴訟においては医師は証言拒絶権を失うが、⁽⁶¹⁾患者に対しては依然として守秘義務を負う。もともと、(医学の専門家としてではなく)一被疑者としての供述

を拒絶する権利は依然として有する。

場面類型 14 精神保健福祉法や医療観察法にもとづく報告等—正当化される

精神保健福祉法では、厳格な要件と手続のもとで、精神障害者の強制治療を認めている。また、二〇〇五年に施行された医療観察法（「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」⁽⁶²⁾）によって、触法精神障害者に対する強制的な治療・観察の制度が新たに加わった。

このような精神障害者の強制治療が合憲か否か（つまりそれを許す法律が違憲か否か）、合憲であるとするならばそれはいかなる原理的根拠から説明されるのか（ポリス・パワーか、パレンス・パトリエ (Parens patriae) すなわち、病識を欠く精神障害者の治療の利益を国家が後見人的に保護するという考え方⁽⁶⁴⁾）か⁽⁶⁵⁾、学説の見解は分かれている。本稿では、学説の対立に深く立入ることはせず、現行法制下における精神障害者の強制治療は合憲であることを前提に、少なくとも「他害のおそれ」を理由とした措置入院（法二九条、二九条の二）や医療観察法による諸措置はポリス・パワーを主要な根拠とするものと捉え、これを本理論類型に配置して論を進めることにする（もし、パレンス・パトリエと解するならば、国家への情報提供は本人に代わりうる者への提供として、本人開示と同視すべきであろう）。

さて、措置入院の対象者を画する「自傷他害のおそれ」の基準については、昭和六三年四月八日厚生省告示一二五号⁽⁶⁶⁾が具体的に提示している。すなわち、

「入院させなければその精神障害のために・・・中略・・・自殺企画等、自己の生命、身体を害する行為（自傷行為）又は殺人、傷害、暴行、性的問題行動、侮辱、器物破損、強盗、恐喝、窃盗、詐欺、放火、弄火等、他の者の生命、身体、貞操、名誉、財産又は社会的法益等に害を及ぼす行為（他害行為で、原則として刑罰法令に触れる程度の行為）を引き起こすおそれがある」ことであり、精神保健指定医の判定による。

また、医療観察法の対象者については、条文で次のように定められている。すなわち、①殺人、放火、強盗、強姦・強制わいせつ及び傷害に当たる行為を行わない（法二条二項）、②心神喪失者もしくは心神耗弱者であつて公訴を提起されなかった、あるいは、心神喪失を理由に無罪または心神耗弱を理由に減刑の確定裁判（懲役また禁錮の刑で執行猶予がつかず、執行すべき刑期があるものを除く）を受けた者（法二条三項）である。処遇の要否を判定するのは、裁判所であり、「対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴つて同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するため、本法による医療を受けさせる必要があると認める場合」に当たるか否かを基準に決定する。

このような強制治療制度の一連の手續の中で、一定の身分にある医師（精神病院や指定病院の管理者、精神保健指定医、精神医療審査会のメンバー、精神保健審判員、精神保健参与員、精神保健判定医、指定入院医療機関の管理者等）は、国家機関に属する者として、あるいは国家機関への協力行為として、対象（候補）者の医療情報を、保健所長、厚生労働大臣、都道府県知事、精神医療審査会、地方裁判所等の第三者に提供する義務を負う。

ここでの医療情報の第三者提供は、ポリス・パワーにもとづく強制治療の過程で行なわれる。危険な精神障害者から社会公

共の安全を保護する利益、あるいは、かかる者の処遇を適正に決定する司法上の利益が、対象（候補）者の秘密保護の利益を凌駕するゆえに、人権擁護のための厳格な手続的保障のもとで、正当化されると捉えられる。

場面類型 15 感染症法にもとづく届出—正当化される

感染症法は、感染症の発生の予防及びその蔓延の防止を目的とする公衆衛生法である（法一条参照）。本法は、一定の感染症に罹患した者又はその疑いのある者につき、保健所長や都道府県知事等に届け出ることを医師に義務づけている（法一二条等）。それを受けて行政当局は、感染力や罹患した場合の重篤性等にもとづき総合的に決定された分類に応じて段階的に、建物封鎖（一類）、入院（二類以上）、就業制限（三類以上）などの必要な措置を講ずる（指定感染症、新感染症についてはその都度決定する）。

感染症法は、過去におけるハンセン病患者やエイズ患者に対する差別・偏見の歴史を踏まえ、感染症患者の人権の尊重を理念としている（法前文および法二条参照）。この理念のもと、公衆衛生という行政上の利益と、感染症患者（およびその疑いのある者）の秘密保護の利益とを比較衡量し、特に危険な感染症に限定して、関係者にとりわけ重い守秘義務を課した上で、前者の優位を認めたものである。

二〇〇六年、本法は、医学的状況の変化、生物テロ対策、そして人権尊重の要請に応じて、包括的な改正を経た（二〇〇七年施行）⁽⁶⁷⁾。主要な改正点は、①病原体等の管理体制の確立のための規定の創設、②結核予防法の廃止・統合、③患者等の人権尊重に向けた諸手続の改正、そして④最新の医学的知見に基づいた感染症分類の見直しであり、そのほか多岐にわたる。本稿

テーマと特に関連するのは④であり、本法の対象とされる（つまり医師の届出義務の対象となる）感染症は、改正後は以下のとおりとなった（法六条、七条）。

- ・ 一類感染症…エボラ出血熱、クリミア・コンゴ出血熱、ペスト、マールブルグ病、ラッサ熱、南米出血熱（改正法で追加）
- ・ 二類感染症…急性灰白髄炎、ジフテリア、結核（改正法で追加）、重症急性呼吸器症候群（SARS）（改正法で一類から移行）
- ・ 三類感染症…腸管出血性大腸菌感染症、（以下、改正法で二類から移行）コレラ、細菌性赤痢、腸チフス、パラチフス
- ・ 四類感染症…インフルエンザ、ウイルス性肝炎、黄熱、Q熱、狂犬病、クリプトスポリジウム症、後天性免疫不全症候群、性器クラミジア感染症、梅毒、麻しん、マラリア、メチシリン耐性黄色ブドウ球菌感染症、その他の厚生労働省令で定めるもの
- ・ 指定感染症…政令で定めるもの
- ・ 新感染症…病状の程度が重篤であり、かつ、まん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えるおそれがあると認められるもの）に限られる

そのほか、母体保護法二五条による届出義務、児童虐待防止法六条による通告義務にもとづくものなど、本理論類型に属する場面類型は多数存在しているが、本稿では割愛する。

一・ 社会的利益との調整

医師が国家組織に属する者としてではなく私人として、法令や国家組織の命令によるのではなく独自の判断で、社会生活の根底に存在し、人々の生き方や考え方の基盤となるような、社会の基本的な利益を実現するために、患者の医療情報を第三者に提供する場合がある（前述分類（イ）に該当）。

ここでの正当性判断は、政治的決定（つまり、立法やそれを根拠とする行政活動）とは距離をおいてあるべきであり、医師が独自の判断で、その職業倫理と社会的責任において決定する（そして最終的には、裁判所による擁護にゆだねられる）。正当性の基準となるのは、その時代・その社会に生きる人々が共有する価値観―換言すれば、国民的合意、公序良俗である。

場面類型 16 医学研究・医学教育のための情報流通―（患者の承諾なしには）正当化されない

医学研究・医学教育は、医学が臨床での応用を目的とする「実学」であることから、臨床実務とかかわることなしには成立しえない。そこで得られた情報はさらに、研究発表や教材といった形で循環する。逆に、実務としての医療は学問としての医学を基礎とし、医療水準が継続的に上昇してゆく前提には医学のたゆみない進歩がある。さらに医療を継承してゆくためには、医療従事者の養成教育が必要であり、すでに一応の養成教育を終えた者であっても、日進月歩の医療についてゆくためには、日々研鑽を続けてゆかねばならない。ここで用いられる医療情報のなかには、匿名化処理が困難なもの（たとえば、非常に稀有な症例など）や匿名化処理をすると価値を失うもの（たとえば、疫学研究では、情報の二重収集の防止のためにデータの個別性の確保が必要である）もある。

従来よりわが国では、患者にはほとんど知らせないまま、その医療情報を無断で医学研究・医学教育の目的で再利用すること（いわゆる医療情報の二次利用）が、特に躊躇されることなく行なわれてきた。⁽⁶⁹⁾ 患者は、医療行為についてのインフォームド・コンセントの前提としての説明は受けていても、その後の医療情報の二次利用については知ることもなかった。⁽⁷⁰⁾

しかしながら、個人情報保護法の成立後に作成された、前記ガイドラインおよびQ&A事例集では、匿名化処理を施さないかぎりは本人の承諾なく患者の個人情報を研究・教育目的で二次利用してはならないとの立場が明確に示されている。すなわち、ガイドラインでは、「特定の患者・利用者の症例や事例を学会で発表したり、学会誌で報告したりする場合等は、氏名、生年月日、住所等を消去することで匿名化されると考えられるが、症例や事例により十分な匿名化が困難な場合は、本人の同意を得なければならない」とされる。また、Q&A事例集でも、大学病院または大学病院の医師が「大学病院を受診する患者の個人情報を学術研究に利用する場合は、個人情報の利用目的の一つとして「学術研究の目的での利用」を通知・公表しておくか、学術研究の目的で利用する際に本人の同意を得る必要」があるとされている。さらに、「症例や事例によつては、患者の数が少ない場合や顔写真を添付する場合など、氏名等を消去しても特定の個人を識別できてしまう場合」もあるとしつつ、このような場合には、本人の同意を得る必要があるとしている。また、臨床実習についても、「医療機関等については、実習を行うに当たり患者等の個人情報を利用する場合には、あらかじめ院内掲示等により利用目的を公表しておくか、個人情報を利用する段階で当該利用目的について患者本人から同意を得る必要があ」とされている。

なお、個人情報保護法では、個人情報取扱事業者の義務等は「学術研究を目的とする機関やそこに属する者等が学術研究の用に供する目的で個人情報を取り扱う場合」には課せられないとされ（五〇条一項）、かわつて、安全管理措置や苦情処理に

ついでに自主的努力義務を負うこととされている(五〇条三項)。そのうえで、次の種類の医学研究の分野について、それぞれ指針が策定されている。すなわち、文部科学省・厚生労働省・経済産業省「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」(平成一三年三月二九日)、最終改正平成一七年六月二九日)、文部科学省・厚生労働省「疫学研究に関する倫理指針」(平成一四年六月一七日、最終改正平成一七年六月二九日)、厚生労働省「臨床研究に関する倫理指針」(平成一五年七月三〇日、最終改正平成二六年二月二八日)である。⁽⁷¹⁾ここでは、たとえ匿名化処理する場合であっても、研究の実施の段階で、第三者提供に關し、原則として文書によるインフォームド・コンセントを得ることを求めている。⁽⁷²⁾

本場面類型は一般に、患者の「プライバシー」と医療側の「学問の自由」(憲法二三条)とが衝突していると捉えられる。ここでいう「学問の自由」とは、研究者個人の「一般的な自由」⁽⁷⁴⁾ではなく、「客観的真理の探究」や「科学技術の発展」という社会的な利益に奉仕する高等研究教育機関の特権であり、そこにこそそのみ正当化の実質的根拠を見出しうる。⁽⁷⁵⁾「学問の自由」は後述の「表現の自由」と同様、「社会の利益を増大させる公共財としての性格を有し、その性格を有するからこそ保障されている権利」⁽⁷⁶⁾に属するのである。したがって本場面類型はむしろ、「患者の秘密保護の利益」と「医療の進歩と継承」という社会的利益」との衝突の問題と捉えるのが、本稿の意図する実質的な考察に適している。

医学研究・医学教育が医療の進歩と継承という国民の生命・健康に直結する社会的利益を支えていることを考えるならば、正当な方法で行なわれるかぎりにおいて、必要な範囲で本場面類型が正当化される可能性は理論的には十分存在する。特に近年、がん登録事業や「科学的根拠に基づく医療」(Evidence-based medicine, EBM)⁽⁷⁷⁾など、広範で網羅的な医療情報の活用にもとづく研究成果が注目されており、焦眉の要請が存在する。

しかし現時点では、このような医療情報の活用方法に関し、国民的合意が形成されているとはいい難い（それどころか、国民はそのような事実を知りもしなかったのである）。今後国民的合意を獲得してゆくためには、国民の啓発活動、責任ある研究者集団としての医学界の自主規範の定立と公表、それをチェックする独立の第三者機関の設置、そして何より医学界に対する国民の信頼の獲得という段階を踏まねばならないであろう。⁽⁸⁰⁾

場面類型 17 メディアへの情報提供―ほとんどの場合正当化されない

患者の医療情報がメディア（テレビ、新聞、週刊誌等）を通じて公表される場合がある。たとえば、政治家や芸能人の健康状態が取り沙汰されたり、事件・事故の被害者の容態が実名を付して報道されるケースなどがそうである。

メディアが私人や行政機関からの情報提供をもとに報道を行ない、それが名誉毀損やプライバシー侵害にあたる場合―取材源の秘匿⁽⁸¹⁾、デスクの編集権等から、情報提供者がストレートに責任を問われるケースは多くはないもの―情報源である私人や行政機関にも責任が及ぶ可能性がある。したがって、医師がメディアに患者の医療情報を提供し、メディアがそれをもとに報道を行ない、それが名誉毀損やプライバシー侵害を惹き起こした場合には、情報を提供した医師も責任を問われることがあるのである。

一般に、本場面類型では、患者の「プライバシー」とメディアの「表現の自由」（憲法二二条）（あるいは、それと表裏をなす解釈上の概念である「国民の知る権利」⁽⁸³⁾）とが衝突すると捉えられている⁽⁸⁴⁾。しかし、憲法が「表現の自由」を保障する実質的根拠は、表現者個人の「一般的自由」ではなく（あるいはそれは派生的利益にすぎず）、「民主的政治過程の維持」⁽⁸⁵⁾や文化の

醸成などの社会的利益に奉仕するところの、「公共財としての自由な表現空間の確保」⁽⁸⁷⁾にある。「表現の自由」もまた、前述したような「社会の利益を増大させる「公共財」としての性格を有するがゆえに保障されている権利」に属するのである。⁽⁸⁸⁾このように、本場面類型は、より実質的には、プライバシー・名誉を中心とした「患者の秘密保護の利益」と「メディアによる情報流通を通じた民主主義の活性化等の社会的利益」の衝突と位置づけることができる。

この問題―すなわち、一般的にはプライバシー・名誉と国民の知る権利や表現の自由の調整と捉えられている課題は、法律学における重要なテーマの一つであり、複数の法領域にわたって豊富な議論が存在している。この問題を解決する調整基準として、刑法に名誉毀損罪の明文の不処罰規定があるほか、民法の不法行為について確立した判例法理が存在している。また、憲法上の権利の衡量問題であるため、憲法分野における議論も豊富である。以下においては、刑法、民法、そして憲法の各分野における議論を概観しながら、特に医療情報の第三者提供の正当化の可能性と判断基準の抽出を試みる。

まず、刑法二三〇条の第二項は、名誉毀損罪に関し、次のような一般的な不処罰要件を定めている。すなわち、①事実の公共性（摘示された事実が公共の利害に関するものであること）、②目的の公益性（摘示した目的が公益を図るためのものであること）、⁽⁸⁹⁾③真实性の証明（事実の真实性が証明できること）、である。これら三要件は、戦後の下級審裁判例において、民事名誉毀損事件にも類推適用されるようになった。⁽⁹⁰⁾そしてさらに昭和四〇年代には、これら要件に「相当性」の判断も含めた、いわゆる「真实性・相当性の法理」が民事事件に続いて刑事事件でも採用され、以後民・刑両名誉毀損事件を通じた判例理論として確立するに至ったのである。⁽⁹²⁾ここでこの免責要件は、前記要件の③が、③事実の真实性が証明されたときには違法性がなく、また、たとえそれが証明されなくても真実と信ずるについて「相当の理由」があるときは故意または過失がない、と変更

されたものである。理論の骨子は各法領域を通じて共通しているが、各法制度の趣旨の違いから、民法は刑法や憲法と比べ、解釈において免責に抑制的傾向があるという相違点が指摘されている⁽⁹³⁾。

（不法行為の一類型である）プライバシー侵害についても、当初は、名誉毀損と共通の基盤を有するとの認識から（伝統的には名誉毀損と同じく、表現行為もしくは表現行為につながる行為として行われる場合がほとんどであった）、名誉毀損事件での免責要件をほぼそのまま適用する裁判例が多かった⁽⁹⁴⁾。しかしその後、名誉毀損とプライバシー侵害の異質性⁽⁹⁵⁾、およびプライバシー侵害自体の多様性が強調されるようになり、プライバシー侵害の違法性阻却については、「その事実を公表されない法的利益とこれを公表する利益」との比較衡量によって判断するとの見解（比較衡量説）が増加し、今日の支配的見解となっている⁽⁹⁶⁾。したがって、プライバシー侵害においては、「公共性」や「真実性・相当性」は比較衡量の一要素にすぎず、これらを充足したからといってただちに免責されるものではない。

いずれにせよ、医療情報が個人情報の中でもきわめて私的要素が強い情報であることを考えると、着目すべきは「公共性」要件（①と②）であり、そこにこそ正当性判断の分岐点が見出せそうである。一般に、ある個人の医療情報が示す事実、およびそれを公表する目的に、「公共性」が認められるとは考えにくいことである。しかしそれでもなお、例外的に「公共性」を認めうるとしたら、いかなる場合か。

一つに、アメリカで盛んに議論されている「有名人・公的人物論」が妥当するケースが考えられる。これはすなわち、公的人物（公人）や有名人については、プライバシーや名誉は保護しなくてよいとか、制限されるべきであるという理論である。わが国の裁判例もこの理論を取り入れているが、どんな人でも一定範囲の名誉・プライバシーは保障されるべきである、とい

う基本的な態度を堅持し、(特に民法理論では)その適用範囲は限定されている。このような「有名人・公的人物論」の展開は、医療情報のメディアによる公表の正当性判断を考えるにあたり、一つの有力な指標を提供する。公的人物や有名人の医療情報は、公共の関心にさらされるものに秘められた「私的」要素であり、しばしば問題とされる「公的人物の私行」についての基準が妥当しうる。

一般に、「公的人物」に関しては、比較的広範に報道の自由を認める傾向にある。「公的人物」の範囲については、かつて「その職業からなお全人格的な活動が要請される」者として、「政治家、高級公務員、医師、弁護士、教授、教師、労働組合員など」が列挙されていた。⁽⁹⁷⁾ また、公共の利害に関しうるものとして、「公共的事業や、あるいは独占的色彩のある企業活動、一般大衆を顧客とする事業に関する事業、あるいは公衆の健康や生活にかかわる事項、たとえば、医師、教師、新聞記者の行状など」⁽⁹⁸⁾を挙げた学説もある。そして、公的人物に関する報道の正当性判断の基準とされているのは、「国民の政治的意思決定の前提となるか否か」、あるいは「公人ないし公職の候補者についての適格性を判断するのに必要であるか否か」⁽⁹⁹⁾である。特に公務員に関しては、刑法三三〇条の二第三項が明文で、真实性の証明だけで名誉毀損罪を不処罰とする規定を置いている。これは、公務員の地位の公益性にかんがみ、⁽¹⁰⁰⁾公務員に関する事実についてその公共性と摘示目的の公益性を擬制したものと解されている。⁽¹⁰¹⁾ それでも、いかに公的人物に関する事実といえ、無制限に公表してよいわけではない。「公務員としての人格、識見、能力等の批判は自由であるといっても、批判の対象は無制限ではなく、それは批判に耐え、批判をかてとして不断の反省努力によって改善しうる公務員の資質に関するものでなければならぬ」⁽¹⁰²⁾との最高裁の見解が一般に支持されている。とりわけ「公的人物の私行」については、「私行」であるからというだけで対象から除外されるわけではないが、⁽¹⁰³⁾実際の裁判例を

概観すると、公共性を肯定した事例は少ない。⁽¹⁰⁴⁾ 裁判例は基本的には否定的である。⁽¹⁰⁵⁾

芸能人・作家・プロスポーツ選手等の有名人については、公的人物とは一線を画する。彼らにはより広い範囲でプライバシーを認める立場がとられている。すなわち、「一般人に比してある程度限定的に解されるかもしれない」としながらも、「商業主義的興味本位の犠牲に供されてはならない」とし、異性関係の報道や伝記出版に制約を加えているのである。⁽¹⁰⁶⁾

以上のような一般的理論状況に照らして推察するならば、医療情報のメディアへの提供が正当化されるのは、秘密主体たる患者が政治家等の公的人物であって、かつ、その公人としての適格性や国民の政治的判断に必要な場合に限定されよう。特に医師には高度な守秘義務が課せられていること、および医療情報が一般にセンシティブな情報であることにかんがみると、他の事例よりもさらに抑制的であるべきである。もし、情報提供としても、政治活動に支障がないかどうかを明らかにし具体的病名は伏せるといった配慮が必要であろう（一般論においても、摘示の方法への配慮の必要性を指摘する学説がある）。⁽¹⁰⁷⁾

このような極めて限定された例外的ケースを除き、医師による医療情報のメディアへの提供は正当化されない。以下の諸ケースは、特に近時話題となったものであるが、いずれもメディアによる医療情報の報道が問題に含まれている。

①感染症報道における患者の個人識別情報の報道

エイズ・パニックやSARS騒動に代表されるように、原因不明の新種の感染症の登場によって人心がパニックに陥った場合、社会の関心はどうしても感染者が誰であるかに集中することになる。

しかしながら、ここで個人の医療情報を実名を付して（あるいは個人が識別できる形で）報道することは、感染者を著しい

差別・偏見に晒す一方で、そこから得られる利益はほとんどない。感染者が具体的に誰であるかを国民が知ったところで、感染予防や不安・混乱の解消には結びつかない。たとえば、大阪地判平成元年二月二七日判時一三四一号五三頁は、写真週刊誌によるHIV感染症患者の写真と過去の経歴の掲載について、違法性阻却を否定している。

② 犯罪被害者の実名報道

犯罪被害者の死因や死亡に至るまでの経緯、あるいはいかなる身体的・精神的ダメージを被ったかは、犯罪捜査の促進、捜査のあり方のチェック、そして世論を形成するうえで重要な情報である。近時の個人情報保護の流れの中で、人権擁護を理由とした警察の匿名発表に対する（主として憲法研究者やメディア側からの）批判として、事件報道にとって被害者のアイデンティティは重要な要素であり実名報道が原則であるとの主張もある。

しかしながら、医療情報に関していえば、被害者の医療情報を実名を付して報道することは、犯罪捜査の促進や事件についての世論形成にとって必ずしも必要不可欠なことではない（少なくとも、被害者や遺族の秘密保護の利益を犠牲にするほどの重要性はない）。被害者自身や遺族が拒否していたり、被害者の不利益になるような場合（たとえば、暴行を受けたなどのケース）、実名報道は行なうべきでない。個人情報保護法では、報道や著述業への適用は除外され（法五〇条二項）、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る（五〇条二項）。しかしガイドラインには、医療機関がマスコミに医療事故について公表を行なうときには、匿名化する場合であっても本人又は家族等の同意を得るよう務めるべきことが記されており、本場面類型に対する慎重な姿勢が窺える。なお、二〇〇五年に施行された犯罪被害者基本法にもとづいて策定された「犯罪被害者等基本計画」によると、被害者の実名報道の有無が警察当局の判断にゆだねられている。しかし、

犯罪が多く被害者の身体侵害をとまなうことを考えると、被害者（あるいは遺族）の承諾を得るべきであろう（批判されている国家権力のメディアに対する介入という観点からもそのほうがむしろ望ましいであろう）。

③ 災害・事故発生時の安否確認報道⁽¹⁰⁸⁾

災害や事故のときの安否確認のための報道は、公共の利益ゆえに正当化されるのではなく、本人の黙示の承諾の推定によって正当化されると考えるべきである（場面類型2（イ）が意識不明の場合、あるいは、（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に該当しよう（本稿（二）九頁参照））。したがって事態がひとたび落ちつき、意識を回復した本人が明確に反対の意思表示をした場合、あるいは、本人の利益に明確に反する場合には、もはや実名での報道は許されない。平成一八年改正のガイドラインで、災害発生時の警察からの公共の安全と秩序の維持の観点からの照会が、同意原則の例外に加えられる⁽¹⁰⁹⁾（Q & A事例集にも反映）が、メディア報道については考慮を別にすべきである。

第四章 結論

以上、医療情報の第三者提供の諸相を、わが国の全法秩序が共有する「実質的正当化原理」という視点から、統合的に体系化する作業を行った。

ここにその結論を纏め、体系の全体像を確認しよう。

医療情報の第三者提供は、以下のような全法秩序的レベルの正当化原理の体系によって説明することができる。

I 保護法益の不存在（欠如）

1 被害者の承諾

(1) 明示的承诺

場面類型 1 特定の事項に關し、患者本人から口頭または文書で明示的承诺を得ている場合—正当化される

(2) 黙示的承诺（包括的承诺、推定的承諾）

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。

場面類型 3 医療関係者間での情報流通—患者が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

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

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

2 被害者の死亡

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

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

II 優越的利益との調整

1 他の私益との調整（私益間調整）

(1) 患者自身の他の利益との調整（同一主体内での利益調整）

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

(2) 第三者の利益との調整（別主体間での利益調整）

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

場面類型 10 遺伝子研究の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、正当化されうる

2 公益との調整

(1) 国家的利益との調整

場面類型 11 医師法二二条にもとづく異状死体の届出―正当化される

場面類型 12 捜査機関による事件・事故捜査への協力―強制協力ならば正当化されるが、任意協力ならば各医師の個別的判断にゆだねられる異なる

場面類型 13 裁判における証言―各医師の個別的判断にゆだねられる

場面類型 14 精神保健福祉法や医療観察法にもとづく通報・報告―正当化される

場面類型 15 感染症法にもとづく届出―正当化される

(2) 社会的利益との調整

場面類型 16 医学研究・医学教育のための情報流通―(患者の承諾なしには) 正当化されない

場面類型 17 メディアへの情報提供―ほとんどの場合正当化されない

このような作業は、医療情報の法的保護のあり方を、全法秩序的観点から統合的に考察しようとする、筆者の一連の研究作業の一翼を担うものである。前研究⁽¹⁰⁾では、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。翻って本稿では、諸法制にもとづく正当化根拠や正当化場面を実質的正当化原理という視点から一つの体系に纏め上げるといふ作業を行った。前者が総論的な色彩をもつ原則論であるのに対し、後者は各論的に展開する例外論であるといえる。ゆえに本稿では、理論において前研究との有機的な繋がりを意識しつつ、一転、各論的な具体性・内容の豊かさを追求した。

近年、社会科学の分野では、伝統的な公私峻別論から公私協働論への転換という大きな流れがある(代表例として、官民協働、契約的手法による福祉行政、修復的司法などがある)。これと連動して、法学の世界でも、「法領域の混交」といふ現象が生じ、公法と私法を峻別する伝統的な近代法の枠組みを再考すべき時が到来している⁽¹¹⁾。

このテーマには、とりわけいくつかの法分野―すなわち、人格権法、環境法、労働法、経済法、そして医事法などが格好の素材を提供している。これらの法分野では、本来的に異質の法領域が重疊的に交錯し、統合的な考察なしには解決しえない諸問題を必然的に孕んでいるからである。特に医事法においてこの特徴は顕著であり、医師と患者の法的関係を説明する作業において、しばしば異質の法領域の架橋という課題に遭遇する。

公法と私法を架橋し新たな関係性を構築するという課題は、まずそれぞれ問題となる法分野やテーマごとに類型的整理・体系の構築に取り組み、そのうえでその関係性に共通の法則性もしくは何種類かの類型別の法則を見出してゆくという研究段階を経ることになる。本稿が、かような原理的探究を志向した取り組みに合流し、一素材として寄与することを希望している。

（付記）

筆者は民法研究者であるが、本稿テーマの特質から、民法以外の分野から多くの示唆を汲み取るようになった。執筆過程で分野を越えた多くの教示を受けたことをここに特記し、感謝申し上げます。

本稿全号の内容は、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概略を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）。

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））、及び平成一八―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（前者を主たるものとする）。

注

- (1) 佐藤幸治『憲法』四四五頁（青林書院、第三版、一九九五）によれば、「幸福追求権」とは、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのよ
うな存在としてあり続ける（人格的生存）上で必要不可欠な権利・自由」の総体をいう。
- (2) 佐藤・前掲注（1）四四五頁以下、芦部信善『憲法』一一四頁以下（岩波書店、第三版、二〇〇二）参照
- (3) 増成直美「患者の情報自己決定権と医学研究の自由」広島法学二四卷三号八四頁以下（二〇〇二）（ドイツ憲法学の「領域理論」と紹介）。日
本の有力憲法学説にも、類似的類型的考察がみられる（佐藤・前掲注（1）四五四頁以下、芦部前掲注（2）一一九頁等）
- (4) 増成・前掲注（3）八四頁
- (5) 増成・前掲注（3）八四頁
- (6) 芦部・前掲注（2）一一九頁
- (7) 佐藤・前掲注（1）四五四頁以下
- (8) 増成・前掲注（3）八四頁
- (9) 増成・前掲注（3）八四頁
- (10) 増成・前掲注（3）八四頁
- (11) 後者は民法や刑法を介して間接的に保護される。いわゆる憲法学における間接適用説や、民法学における基本権保護義務説の立場。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七四頁（二〇〇四）
での学説の概略の紹介、そして詳細はその注で掲げた諸文献を参照されたい。
- (12) 増成・前掲注（3）八四頁以下
- (13) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』二二八頁以下（有斐閣、一九七四）、芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、一九九四）一九五頁以下等。このような制約
はすべての人権に内在するものであり、憲法における「公共の福祉」とは、対抗する人権相互を調整する実質的公平の原理にほかならないとさ
れる。
- (14) 長谷部恭男『憲法の理性』六九頁以下（東京大学出版会、二〇〇六）
- (15) 長谷部教授は、国家権力（介入）の正当性根拠として「公共の福祉」を捉えた場合、それを実質的に支えるのは、①国家の専門的・技術的知
識の存在、②調整問題、「いずれが正しいかより、いずれかに決まっていること自体が、そして、それに大多数の人が従うことが肝要な問題」、

および③「囚人のデイレンマ状況」(「各当事者がそれぞれ独立に、各自にとって最善の利益を目指して行動すると、かえって全体としては最善の結果に到達しえない。しかし、各当事者が協調して全体の利益を増大させようとしても、あまりにも当事者の数が多いなどの事情から相互のコミュニケーションと協調は困難である」という状況)を適切に解決しうる国家の能力であるとする。同教授は、このうち、中でも「囚人のデイレンマ状況」に対して行われるのが、「公共財」の供給であるとする(長谷部・前掲注(14)七三頁以下)。

(16) 長谷部・前掲注(14)七四頁以下

(17) 詳解すれば、「多数人の私的なイニシアティヴにつきまとう社会的協調の困難」(長谷部・前掲注(14)七四頁)を解決するための国家による「公共財」の供給の必要性から、本理論類型における公益の優越性が説明できるのである。

(18) 増成・前掲注(3)八七頁以下。また、拙稿・前掲注(11)七三頁で紹介した、佐藤幸治教授、芦部信喜教授の見解も参照されたい。

(19) 長谷部・前掲注(14)七五頁(そのうえで、「表現の自由や営業の自由は憲法上の地位が認められ、より厚く、あるいはより薄く保障される根拠は、それぞれの自由権の公共財としての価値によるところが大きい」とされる)

(20) 団藤重光「刑法綱要各論」八頁(第三版、一九九六)参照

(21) 団藤・前掲注(20)八頁(「国家という統治組織を前提とする法益と、これを前提としない社会的法益のあいだには、かなり本質的なちがいがあある」とする)

(22) 南博方「行政法」七頁(有斐閣、第五版、二〇〇四年)

従来の有力説(控除説、蒸溜説、消極説)によれば、「行政」とは、「国家作用の中から立法と司法とを除いた残余の作用」であった(同書六頁参照)。しかしながら近年、「行政」を積極的に定義づけようとする見解(積極説)が有力化しており、本文で引用した南教授の定義づけも積極説の立場からのものである。

(23) 南教授は、行政作用を、目的・内容の面と、形式の2つの面から考察する必要があるとし、前者の観点から、行政作用を、①「秩序行政作用」、②「整序行政作用」、③「給付行政作用」の3つに分類する(南・前掲注(22)四〇頁参照)。

(24) 佐藤幸治「現代国家と司法権」四四九頁以下(有斐閣、一九八八)等参照

(25) 近代法が基礎とする「法治行政の原理」には、「法律の留保」(行政の行動は、国会が制定した法律の根拠に基づかなければならないという立法原理)(南・前掲注(22)一〇頁)、「法律の優位」(一切の行政行動は、法律に違反してはならず、かつ、行政措置によって法律を事実上改廃、変更してはならない)(同書一一頁)、「手続的保障」(一切の行政上の争訟は、司法裁判所の裁判的コントロールに服する)(同書一

一頁)の三原理が含まれるという。

(26) 法律の留保の範囲については、見解の分かれるところである(①侵害留保説(「この立法原理が、国民の権利利益を侵害する行政行動にのみ妥当する」)、②重要事項留保説(「国民の自由・平等にかかわる重要事項については法律の根拠を要する」)、③権力行政留保説(「授益的であると侵益的であるとを問わず、およそ権力行政については法律の根拠を要する」)、④全部留保説(「一切の行政行動について法律の根拠を要する」)(以上、南・前掲注(22)一〇頁以下)。しかしいずれの見解をとるにせよ、「国民に義務を課し、権利を制限する場合に、法律または条例の根拠を必要とする」という点については、異論はない。

(27) すなわち、「警察権は、原則として、法律または条例に基づいてのみ行使することができ」、かつ、公共の安全と秩序の維持に限定された目的のためにのみ(警察消極目的の原則)、必要最小限に行使されなければならない(警察比例の原則)(南・前掲注(22)四四頁)

(28) 「行政法とは何か」ということ自体問題であるが、「解釈学としての行政法学の対象」となるのは、「行政機関を名宛人とする」行政機関に対して、当該法規が定める要件の有無を認定する権限を授権する―法を中核に、行政機関の組織に関する法(行政組織法)、および当該権限行使手続および権限行使に關して生じる紛争解決手続に關する法(行政手続法)が加わる―法であるとされる(岡田雅夫『試論行政法講義ノート』(二〇〇一年、西日本法規出版)一五頁、同「行政法と二つの「行政」法關係」『情報社会の公法学(川上宏二郎先生古稀記念論文集)』(二〇〇二年、信山社)三〇頁以下参照)

(29) 南・前掲注(22)初版はしがきV(「したがって、行政法上の諸問題の解決に当たっては、常に公益と私益との比較衡量が要請される」)

(30) 佐藤功『日本国憲法概説』三八六頁(学陽書房、全訂第三版、一九八五)参照(原文では、「司法権と・・・」となっている)。司法権の觀念については、佐藤・前掲注(24)一〇頁以下が詳しい。

(31) 「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」

(32) 佐藤・前掲注(24)五三三頁以下(有斐閣、一九八八)参照(「司法的正義」について精密な議論が展開されている)。

(33) 「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」

(34) 違憲審査制について、佐藤・前掲注(24)二〇九頁以下(有斐閣、一九八八)を参照した。これによると、わが国の学説・判例は、日本国憲法下の違憲審査を、米国流の「付随的審査制」と捉え、「具体的な争訟」に付随してのみ違憲審査はなされうとする(いわゆる「事件・争訟性」を要求する)。

(35) 違憲判決の効力に關するわが国の学説状況については、佐藤・前掲注(24)三〇二頁以下を参照した。学説は次の二説に大別される。すなわ

ち、① 一般的効力説(「違憲判決は当該法令の効力をその制定権者による改廃の手續をまたずに対世的・一般的に失わせるという考え方」(同書三〇二頁))と、② 個別的効力説(「当該判決における法律無効の効果は当該事件についてののみであり、他の事件では全く無関係であって、当該法律そのものは依然として有効で行政機関も執行義務を負う」(同書三〇三頁))とする考え方である。しかしいづれにせよ、これらを「実際の考慮の前に理論を譲歩させて」(同書三〇九頁)修正させた諸説(佐藤教授のいう「修正一般的効力説」、「修正個別的効力説」)をとり、多数説はその一種であるところの、いわゆる礼讓期待説(「立法権、行政権は、違憲判決を尊重して、その法令を廃止するであろうし、その廃止に至るまで、政府は、その執行を自制するであろう」(橋本公巨「憲法」五七四頁(青林書院、一九七二))とするもの)をとるとする(佐藤・前掲注(24)三〇五頁以下)

(36) たとえば、大塚仁『刑法概説(各論)』一三二頁(有斐閣、第三版増補版、二〇〇五)(伝染病予防法、性病予防法、結核予防法などにもとづく届出について)

(37) 野田寛『医事法上巻』一六七頁(青林書院、一九八四)、平野龍一ほか編『注解特別刑法五―医事・薬事編(一)』七五頁(青林書院、第二版、一九九二(小松進))等

(38) 本件は、看護師のミスにより患者が死亡した医療事故について、医師法二一条の定める二四時間以内の届出が行われなかったことにより、病院長らが刑事訴追された。本条違反が刑事訴追にまで至ったはじめてのケースであり、医療界に大きな衝撃を与えた。本判決の解説を含むものとして、甲斐克則「看護婦による医療事故と医師の届出義務―都立広尾病院事件」年報医事法学一八号二三五頁以下(日本評論社、二〇〇三)、田中圭二「医療事故と医師法二一条の届出義務―都立広尾病院事件と今後の検討課題」年報医事法学二〇号一八一頁以下(二〇〇五)等

(39) 甲斐・前掲注(38)一三九頁、児玉安司「医師法21条をめぐる混迷」六五頁、樋口範雄「ジュリスト増刊」ケース・スタディ「生命倫理と法」(有斐閣、二〇〇四)、法医学会「異状死ガイドライン」(一九九五年五月)、日本外科学会の声明(二〇〇二年七月)等

なお、前記法医学会ガイドラインは、「社会生活の多様化・複雑化にともない、人権擁護、公衆衛生、衛生行政、社会保障、労災保険、生命保険その他にかかわる問題が重要とされなければならない現在」、異状死の解釈は拡張されるべきと主張する。「基本的には、病気になる診療をうけつつ、診断されているその病気で死亡することが「ふつうの死」であり、これ以外は異状死と考えられる」との記載がある。そして、「診療行為に関連した予期しない死亡、およびその疑いがあるもの」との項目の下で、診療行為の過誤や過失の有無を問わず、

- ・注射・麻酔・手術・検査・分娩などあらゆる診療行為中、または診療行為の比較的直後における予期しない死亡
- ・診療行為自体が関与している可能性のある死亡

・診療行為中または比較的直後の急死で、死因が不明の場合のすべてを異状死として警察届出の対象としている。

- (40) 児玉・前掲注(39) 六四頁以下、佐伯仁志「異状死体の届出義務と黙秘権」樋口範雄『ジュリスト増刊』ケース・スタディ 生命倫理と法 七一頁(有斐閣、二〇〇四)等

なお、前出都立広尾病院事件最高裁判決では、公益上の必要性、犯罪を構成する事項の供述までも強制するものではないこと、そして医師免許に伴う社会的責務を理由に、医師の合理的負担であるとして違憲性が否定されている。

- (41) 甲斐・前掲注(38) 一二九頁等

- (42) 佐久間修「医師の守秘義務と公益上の通報義務」ジュリ二二〇三三(二〇〇五) 六八頁

- (43) 本判決の解説を含むものとして、瀧野貴生・法学セミナー六一〇号一二九頁、佐久間・前掲注(42) 六四頁以下、伊藤研祐「救急患者から明示的な承諾なくして行われた採尿・薬物検査、陽性反応が出た場合の医師の警察への通報、ならびに、警察官による尿の押収の適法性」刑事法ジャーナル三三(二〇〇六) 一〇六頁以下等。

- (44) 「刑事訴訟法第一九七条第二項(捜査に必要な取調べ)等については、法の例外規定の対象であるが、当該法令において任意協力とされており、医療・介護関係業者は取調べ等が行われた場合、回答するか否かについて個別の事例ごとに判断する必要がある。この場合、本人の同意を得ずに個人情報提供を行ったとしても、法第一六条違反とはならないが、場合によっては、当該本人からの民法に基づく損害賠償請求等を求められるおそれがある」としている。

- (45) 「警察や検察等の捜査機関の行う刑事訴訟法第一九七条第二項に基づく照会(同法五〇七条に基づく照会も同様)は、相手方に報告すべき義務を課すものと解されている上、警察や検察等の捜査機関の行う任意捜査も、これへの協力は任意であるものの、法令上の具体的な根拠に基づいて行われるものであり、いずれも「法令に基づく場合」に該当すると解されている」とする。

- (46) 加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』七一頁(有斐閣、一九八五)(平林勝政)

- (47) 団藤・前掲注(20) 五一〇頁注一(第三版、一九九六)、福田平「刑法各論」二二二頁(有斐閣、全訂第三版増補、二〇〇二)、大塚・前掲注(36) 一二二頁等

- (48) 団藤重光編『注釈刑法(三)』(有斐閣、一九六五) 二六四頁(所一彦、大塚・前掲注(36) 一二二頁等。また、内田文昭『刑法概要(中巻)』一四三頁(青林書院、一九九九)は、義務衝突の問題と捉えるが、何が「優越利益」すなわち「優越義務」なのかを個別具体的に判断すべきと

する。

- (49) 大谷實『医療行為と法』五九頁(弘文堂、新版補正第二版、一九九七)等
- (50) 曾根威彦『刑法各論』九二頁(弘文堂、第三版補正版、二〇〇三)
- (51) Vgl. Deutsch, Medizinrecht, 2003, Rn. 482
- (52) Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Anztrechts, 3. Aufl., 2002, §69, Rn. 12 (Schlund) (「守秘義務は、個々の経験則によつて異なつて形成された証言拒否権によつて、変化してはならない」)。守秘義務と証言拒絶権の関係について、Lille, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung, 1999, 766ff.
- (53) Vgl. LK-Jahneke, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1989 zu §203, Rn. 9; Schönke/Schröder/Bearbeiter-Lenkner, StGB-Kommentar, 25. Aufl., 1997, §203, Rn. 3
- なお、わが国法制でも、刑法一三四条、刑訴法一四九条、民訴法一九七条一項二号相互に人的適用範囲の違いはある。たとえば、薬剤師や医薬品販売者、弁護士は守秘義務を負うが、刑訴法上の証言拒絶権はない。
- (54) Vgl. Karlsruher Kommentar zur stpo 1982 Rn. 3 zu §53 StPO Rn. 3
- (55) Vgl. Laufs/Uhlenbruck (Schlund), a.a.O. (Note 52), §69, Rn. 12
- (56) Deutsch, a.a.O. (Note 51), Rn. 475 ff
- (57) Laufs/Uhlenbruck (Schlund), a.a.O. (Note 52), §71, Rn. 4
- (58) 証言拒絶権は義務ではなく権利であること(Laufs/Uhlenbruck (Schlund), a.a.O. (Note 52), §71, Rn. 4)
- (59) Laufs/Uhlenbruck (Schlund), a.a.O. (Note 52), §71, Rn. 4; BGH MedR 1997, 270 m Ann Weip in JR 1997, 33. (「対抗利益との衡量によつて」証言するかどうかを決定するもの)」
- (60) BGH MedR 1997, 270 = BGHS42, 73 ff; Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 52), §71, Rn. 4
- (61) Deutsch a.a.O. (Note 51), Rn. 482.
- (62) 従来の措置入院等の処遇について、「様々な程度の精神症状を持つ一般の精神障害者と同様のスタッフ・施設の下で処遇することとなるため専門的な治療が困難となっていること」、退院後の継続的な医療を確保するための実効性のある仕組みがないこと、都道府県を越えた連携を確保することができないこと等」の問題が指摘されるようになり、「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者については、国の責任において

手厚い専門的な医療を統一的にを行い、また、継続的かつ適切な医療を確保するための仕組みを整備すること等により、その円滑な社会復帰を促進することが特に必要であることから、本法により、そのための新たな処遇制度を創設することとされたものである」(町野朔「精神医療と心神喪失者等医療観察法(ジュリスト増刊)」一三頁(有斐閣、二〇〇四)(白木功)、中山研一「心神喪失者等医療観察法の性格」「医療の必要性」と「再犯のおそれ」のジレンマ」(刑事法研究 第一〇巻)一八四頁以下(成文堂、二〇〇五) 参照

(63) 特に医療観察法による処遇につき、精神障害者のみに「おそれ」の段階で予防的の強制治療を認めることは法の下の平等(憲一四条)に反するのではないか、との批判がある(町野・前掲注(62) 七三頁。しかし、精神障害者の強制治療そのものを違憲とする見解は異説にとどまるようである。

(64) 町野・前掲注(62) 一〇七、一〇九頁(横藤田誠)

(65) たとは、町野・前掲注(62) 七三頁は、両原理を「パレンス・パトリエが精神障害者の強制医療の基礎をなし、ポリスパワーが強制医療を制約する」(後見的強制医療の範囲が過剰に広範に渡ることを避けるために、再犯の危険性の除去という大きな社会的必要性が制約原理として要求されることとなる)と位置づける。

(66) 町野・前掲注(62) 一〇七頁(横藤田) より引用

(67) 改正内容の概略については、厚生労働省健康局結核感染症課「特集・第一六五回国会主要成法律」感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律等の一部を改正する法律(ジュリ一三三二九号(二〇〇七) 四六頁以下参照

(68) 開原成允・樋口範雄「医療の個人情報とセキュリティ」三〇頁(有斐閣、第二版、二〇〇五) (このような医療教育のための診療情報の利用も、長期的にみれば医療の成立に必須のものと考えられることができる)とする

(69) 増成・前掲注(3) 七七頁、柳井圭子「患者の個人情報の保護と提供―イギリスにおける匿名化された患者情報の使用に関する議論状況―」(川上宏二郎先生古稀記念論文集) 情報社会の公法学 三三三頁(信山社、二〇〇二)、宇都木伸「診療情報の利用とconfidentiality」湯沢雍彦||宇都木伸編「人の法と医の倫理」二九三頁(信山社、二〇〇四) 等参照。

(70) 増成・前掲注(3) 七七頁参照

(71) ガイドライン別表五、佐藤雄一郎「医学研究における倫理審査の法的責任―あるべき審査の確立のために―」東海法学第三六号(二〇〇六) 一六六頁以下の注(1) 等を参照した。

(72) ただし、本人からインフォームド・コンセントを受けることが困難な場合(未成年者や精神障害者等を被験者とする研究)においては、倫理

審査委員会の承認を含めた厳格な要件のもとで、法定代理人や家族等の代諾権者による代諾を認めている(「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」では、「その実施しようとしている研究の重要性が高く、かつ、その人からの試料等の提供を受けなければ研究が成り立たない」と倫理審査委員会が承認し、研究を行う機関の長が許可した場合)、「臨床研究に関する倫理指針」では、「当該被験者について臨床研究を実施することが必要不可欠であることについて、倫理審査委員会の承認を得て、臨床研究機関の長の許可を受けたとき」とされる)。

(73) 「研究の自由」には、「学問の自由」の保障の核心があるとされる(戸波江二「憲法から考える―学問研究の自由の限界」法学セミナー四九七号(一九九四)六七頁)

(74) 一般的な行動の自由は、「一般的な自由」、「国家からの自由」、「(对国家)防衛権」ともいわれ、「散歩や逆立ちや鼻の頭を掻く自由」などが例として挙げられている。国家はそのような自由に対しても「防衛線」を設営し、刑法や不法行為法を通じて保護を与えているという(長谷部・前掲注(14)一二九頁以下参照)。しかし、それはあくまで「防衛」であって、そこから何かを請求する権利が導き出されることはない(増成・前掲注(3)七四頁以下参照)

(75) 増成直美氏は、ドイツ憲法裁判所判決BVerfGE, NJW 1986, 1243を引用しながら、診療情報の医学研究利用の問題を、医学研究者の「研究の自由」と患者の「情報自己決定権」(「いつ、いかなる限度で、個人的な生活状況が明らかにされるのかを原則として自分で決定する自己決定の考えから導かれる個々の権限」(BVerfGE 65, 1))とどう、憲法上保障される二つの権利の衝突の問題として位置づける。そして、「医学研究の自由」と患者の情報自己決定権の関係においては、原則的には、患者の情報自己決定権に優位性が認められる」と結論づける(増成・前掲注(3)七四頁以下)

(76) 長谷部・前掲注(14)一五八頁(長谷部教授は、もう一つの根拠として、「学問の自由の象徴的意義」を挙げている)

(77) 長谷部・前掲注(14)一五九頁

(78) 長谷部・前掲注(14)七四頁

(79) 「EBMA」は、①患者の臨床的背景、②外部からのエビデンス、③それぞれの専門医の専門技術の3つの統合(番号は筆者、以下同様)である。このうち①患者の臨床的背景とは、既往歴、遺歴、経済的背景等の患者の臨床的背景や特性といった名前つきの患者の診療情報」である。そして②外部からのエビデンス(科学的根拠)とは、メタアナリシス、大規模試験等から得られる信頼性の高い外部からのエビデンス、すなわち、匿名の患者の診療情報の統計学的解析から提供される情報」である(増成直美「診療情報の法的保護の研究」(成文堂、二〇〇四)頁以下より引用)。

(80) 増成・前掲注(3) 八六頁以下は、「すべての個人から承諾を得ることが困難もしくは不可能であるときには、その研究計画の価値が公共の利益の観点から個人の承諾を得るべきであるという原則を凌駕することについて、倫理委員会等の承認によるデータの扱いの正当化が法律に明規されていれば、その患者情報の利用の途は残されうるであろう」とする。

なお、特に倫理委員会について、宇都木伸「イギリスにおける医学研究倫理委員会(一)」東海法学一四号(一九九五)二七三頁におけるLocal Research Ethics Committees §3. 12の訳出、佐藤・前掲注(71)一六六頁以下参照

(81) 最大決昭和四四年一月二六日刑集三卷一四九〇頁(博多駅事件)、最小決昭和五三年五月三二日刑集三卷三三四七頁(外務省秘密電文漏洩事件)。最近、民事事件で初めて、取材源に関する報道関係者の証言拒絶権を認める最決平成一八年一〇月三日裁時一四二二号一三頁(五三記者事件)が出て、注目を集めている。本件についての解説を含むものとして、鈴木秀美「判批」セレクト二〇〇六(法教三二八号別冊付録)八頁、長谷部恭男「特集・取材源秘匿と公正な裁判」取材源秘匿と公正な裁判―憲法の視点から―ジュリ一三三一九号(二〇〇七)九頁以下、坂田宏「取材源の秘匿と職業の秘密に基づく証言拒絶権について―いわゆる比較衡量論について―」ジュリ一三三二九号(二〇〇七)九頁以下

(82) 情報提供者の責任につき、裁判例を整理したものとして、藤岡康宏「損害賠償法の構造」(成文堂、二〇〇二)を参照した。それによると、以下のような現状を読み取ることができる(具体的な裁判例については、同書を参照されたい)。

①まず、全体として、責任肯定例は相当数あるものの、責任否定例のほうが多い。

②新聞への情報提供については、責任肯定例が多い。(情報提供者の責任肯定例の多くは週刊誌への情報提供である)。さらに月刊誌、またはテレビの生出演者などでは、いっそうその傾向は強まる。

(83) 佐藤幸治教授は、「知る権利」の多義性を指摘し、四つの用法を区別する。すなわち、①「権利の主体についても内容についても特定せず、漠然と国民は政府や社会に関するあらゆる事柄について知ることができるべきであるという趣旨」で語る場合で「種の政治的スローガン」としてのもの、②「憲法の保障する権利・自由を支え、その保障についての解釈を指導すべき憲法内在的な理念ないし原理として」用いる場合、③②にとどまらず、「情報受領権」ないし「情報収集権」として、「それ自体独自に観念しようとする」用法、④「自己に関する情報(個人情報)を自ら知り、みることができ権利(自己情報開示請求権)もしくは「自分の情報を知る権利」としての用法である(佐藤・前掲注(24)四七〇頁以下参照)。

この分類に従うとすれば、本稿で問題としているのは②の意味での「知る権利」である（もつとも、同教授は②と③の違いは曖昧で区別し難いともされている）。

(84) たとえば、最（大）判昭和四四年六月二五日集三卷七号九七五頁（刑法三三〇条の二につき、「人格権としての個人の名誉の保護と、憲法二二条による正当な言論の保障との調和をはかったもの」であるとする）

(85) 長谷部・前掲注（14）一三六頁

(86) 長谷部・前掲注（14）七四頁、一三六頁以下参照。大塚仁ら編『大コンメンタール刑法第二二卷』三九頁（中森喜彦）（青林書院、二〇〇三）（刑法三三〇条の二につき、「真実を述べることもすべて処罰されるとすれば、正当な批判も許されないことになり、社会の健全な発展は阻害され、言論・表現の自由の保障は、その意義を大きく制限されることになる」と記述する）

(87) 長谷部・前掲注（14）一三六頁

(88) 長谷部・前掲注（14）七四頁

(89) 「目的の公共性」要件の機能は小さいとされ、「事実の公共性」の認識に解消、もしくは不要とする学説もある（学説の概観については、大塚ら（中森）・前掲注（86）四三頁参照）。

(90) 東京地判昭和三〇年七月一日下民集六卷七号一三九七頁等

(91) まず民事事件で、最判昭和四一年六月二三日判決民集二〇卷五号一一一八頁（署名狂やら殺人前科）事件判決。続いて刑事事件で、最大判昭和四四年六月二五日刑集三三卷七号九七五頁（夕刊和歌山時事）事件判決

(92) ほかに、最判昭和六二年六月一日民集四〇卷四号八七二頁、最判昭和六二年四月二四日民集四一卷三三号四九〇頁、最判平成元年一二月二二日民集四三卷一二号二二五二頁等

(93) 幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』九二頁（有斐閣、一九九三）等

(94) 東京地判昭和六二年一月二〇日判時二二五八号三四頁（「逆転」事件第一審判決）等。

(95) 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』一九四頁以下（判例時報社、増補改訂版、一九九八）、藤岡・前掲注（82）一六八頁等

(96) 特に最判平成六年二月八日民集四八卷三二号一四九頁（「逆転」事件判決）を契機として、比較衡量説をとる裁判例が増加し、踏襲されていった（最判平一四年九月二四日（石に泳ぐ魚）事件判決、最一小判平成一五年三月一四日民集五七卷三三二二九九頁等）。

(97) 青柳文雄『刑法通論Ⅱ 各論』四一五頁（泉文堂、一九六三）（「私人」の行動がなおも公共の利害に関しうる場合との位置づけから）

(98) 藤木英雄『刑法各論(有斐閣大学双書)』二五頁(有斐閣、一九七二)(同様の位置づけによる)

(99) 最判昭和四一年六月三日民集二〇卷五号一八一頁(「署名狂やら殺人前科」事件。公務員につき、「公務員はすべて国民全体の奉仕者であり、公務員の選定、罷免は、国民固有の権利であるから、主権者(選挙権者)である国民は、公務員またはその候補者の適否を判断するため、当該公務員またはその候補者について知る必要があるから、また知る権利を有するものである」としたうえで、「特に国会議員ないしその候補者については、他の一般公務員と異なり、その適否の判断には殆ど全人格的な判断を必要とする」と判示する(第一審判決より引用))

(100) 公務員は全体の奉仕者であり、その選定・罷免は国民固有の権利である(憲法一五条一項・二項) ことによる(団藤・前掲注(20) 五〇三頁注三〇、曾根・前掲注(50) 九九頁、大塚ら(中森・前掲注(86) 四九頁

(101) 大塚ら(中森)・前掲注(86) 四九頁。なお、同じく一項の特例として、犯罪捜査促進のために「起訴前の犯罪行為」につき、公共性要件を擬制したものととして、2項がある。

(102) 最判昭和二八年二月一日刑集七卷二二四三六頁(「片手落」事件。片腕のない議員に対して「肉体の片手落は精神の片手落に通じる」と発言した事件。「公務員の職務と関係のない身体的不具の事実の摘示は許されないとされた

(103) 最判昭和五六年四月一日刑集三五卷三三八四頁(いわゆる「月刊ペン事件判決」)(「私人の私生活上の行状であっても、そのたずさわる社会的活動の性質及びこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのかんによつては、その社会的活動に対する批判ないし評価の一資料として、刑法三〇条ノ二第一項にいう『公共の利害に関する事実』にあたる場合があると解すべきである」と判示)、大塚ら(中森)・前掲注(86) 四四頁

(104) 最判昭和五六年四月一日刑集三五卷三三八四頁(月刊ペン事件判決。宗教界指導者の女性関係)、東京地判昭和六〇年一月二九日判時一六〇号九七頁(ボクシングジム会長の私人としての生活行動。前判旨を民事にも適用)

(105) 東京地判昭和五六年六月三日判時一〇一八号九三頁(詐欺の被疑者の容疑事実のうち的女性関係に関する部分)、東京地判昭和六二年一月二四日判時一二七〇号九九頁(ボクシングジム会長に関して「女性関係が乱れている」、東京地判昭和六三年二月一日判時二二六四号五一頁(悪徳商法の商社会長の愛人)、東京地判平成四年一〇月二七日判時一四七一号一二七頁(大学総長選挙をめぐる大学常務理事の女性関係)、東京高判平成二二年一月二八日判時一七五〇号一〇三頁(元首相の孫の事業経営能力)等。

なお、週刊誌の世界では公共関心事性がないとされた例は多く、これに対し、新聞報道の場合は公共関心事性や公益目的性が否定される例が乏しいとされる。

- (106) 東京地判昭和四三年一月二五日判時五三七号二八頁。また、東京地判昭和四九年七月一五日判時七七七号六〇頁、東京高判平成二二年一月二五日判時一七四三号一三〇頁等
- (107) 中野次雄『改正刑法の研究』(良書普及会、一九四八)一七六頁、一七七頁(刑法二百二条の二第一項の①公共の事実要件に関し、「公共の利害に関する事実といえるためには、その事実を公表することは公共の利益上必要な限度を超えないことを要する」とする)、大塚ら(中森)・前掲注(86)四五頁
- (108) 個人情報保護法施行後の「過剰反応」の例として引き合いに出される。たとえば、二〇〇五年四月の尼崎脱線事故(朝日新聞二〇〇五年五月二五日)。樋口範雄「個人情報保護法と医療情報の近時の動向」年報医事法学二二号一九六頁以下参照(日本評論社、二〇〇六)
- (109) 「災害発生時に警察が負傷者の住所、氏名や傷の程度等を照会する場合等、公共の安全と秩序の維持の観点から照会する場合」を、「国の機関若しくは地方公共団体又はその委託を受けた者が法令の定める事務を遂行することに対して協力する必要がある場合・・・」の例記に加えている。
- (110) 拙稿・前掲注(11)九五頁以下。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、年報医事法学二二号一六頁以下(二〇〇六)を参照されたい。
- (111) 日本法社会学会九州研究支部「九州法学会分科会記録」市民的公共性／公共圏のゆくえ」九州法学会会報(九州法学会、二〇〇六)五七頁以下(江口厚仁)参照(公／私の関係について法学・社会学にわたる広い視野からの言及がなされている)
- (112) 九州法学会会報(江口・前掲注(11))五八頁、六〇頁参照
- (訂正)
- (一) におきまして、注に誤りがありましたので、お詫びして訂正いたします。
- (二)
- (44) Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 41), §75, Rn3→Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, §75, Rn3 (Schlund) 以下、本文献引用箇所は Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 44)