

ドイツ医療情報法

村 山 淳 子

第一章 本稿の目的

第二章 史的展開

- 一、古代・中世—医師の職業倫理としての「沈黙 (Verschwiegenheit)」の要求
- 二、近世以降—医師の職業法の登場、そして刑法による威嚇
- 三、20世紀後半以降—加えて、データ保護、患者のアクセス権

第三章 現行法制の構造

- 一、刑法 (Strafgesetzbuch, StGB) 203条 私的秘密 (Privatgeheimnissen) の侵害
- 二、職業法 (Standesrecht, Berufsrecht) —ドイツ医師のための模範職業規則 (Musterberufsordnung für Deutschen Ärzte, MBOÄ)、州の職業規則
- 三、民法 (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) —不法行為責任、契約責任
- 四、連邦データ保護法 (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG)
- 五、社会法 (Sozialgesetzbuch, SGB)

第四章 今後の展望—法と実務の狭間で

- 一、死亡した患者の人格権の保障—遺族 (Angehörige)・相続人 (Erbe) の利益との調整
- 二、治療ごとに形成される守秘義務の人的範囲—同一職場内での内と外の混在
- 三、第三者提供の範囲の絞込み

第一章 本稿の目的

(1)
個人情報保護法が全面施行されてから、すでに3年余が経過した。本法は、立法当時より議論を呼んでいたが、施行後は実務の各方面に多大な影響を与えたようである。とりわけ、警察活動を筆頭に、いわゆる「過剰反応」現象の弊害が、話題となっている。⁽²⁾ 医療の現場でも、「患者の本人確認ができない」、「家族の安否確認ができない」、「友人の見舞いにも行けない」といった困惑の声が、医・患双方の側からあがっている。

かかる事態の多くは、時代の過渡期に必然的に発生する、一過性の「ざわめき」にすぎず、時の経過とともに落ち着きをみせるであろう。法の正しい理解と、何より「慣れ」とが、自然な解決をもたらすはずである。

しかし、それでもなお残る実務へのマイナス要素はある。法の理念を貫徹することが、実務の有効な作用を阻害し、法の形骸化・空文化を看過するか、実務活動の後退を甘受するかのいずれかの途を辿るしかない、という場合がある。かような場合に、法の理念と実務の要請を調整し折り合わせる新たな選択肢を提示するのは、法律論上の、あるいは実務技術上の、何らかの「工夫」にほかならない。

ドイツにおいては、医師の守秘、患者の人格権の保障が、よりいっそう厳格に貫徹される建前となっている。ゆえに、法と実務のあいだで繰り上げられる矛盾や葛藤は、いっそう先鋭化された形で現れるはずである。このような国が、わが国より30年先んじてデータ保護を確立させた後、いかなる「工夫」をもってその変革を乗り越えたのか。本稿では、ドイツ医療情報法の史的展開と現行法制をふまえたうえで(第二章、第三章)、上記「工夫」という視点から、問題提起と解決の方向性や糸口の提示を行ない

(1) 個人情報の保護に関する法律(本文中では「個人情報保護法」と略記)。2003年5月23日可決、同年5月31日公布、同日一部施行、2005年4月1日全面施行。

(2) 筆者の出国時(2008年4月1日)までの情報にもとづく状況把握による

たい（第四章）。

第二章 史的展開

本章では、ドイツ医療情報法が、現行法制に至るまで、いかなる歴史的な経緯を辿っていったのか、あきらかにしてゆこう⁽³⁾。

ドイツにおける医療情報をめぐる法状況の変遷は、古来より存在した医師の守秘の倫理が法的な義務（Rechtspflicht）として生成してゆく過程に加えて、データ保護や患者のアクセス権といった新たな思想や権利が登場し法認を得て行った過程であると捉えることができる。

ここでは、特に法的な性格の変遷に着眼し、3つの大まかな時代区分に分けて分析を試みよう。すなわち、①古代・中世—医師の倫理としての「沈黙（Verschwiegenheit）」の要求（一）、②近世以降—医師の職業法の登場、そして刑法による威嚇（二）、③20世紀後半以降—加えて、データ保護、患者のアクセス権、の3つの時代区分である。

一、古代・中世—医師の職業倫理としての「沈黙（Verschwiegenheit）」の要求

医術は「ars muta（沈黙の芸術）」であるといわれた。患者の秘密に関して沈黙するということは、太古の昔から医師の関心事であったのである⁽⁴⁾。

B. リリエ（B. Lilie）によれば、医師の守秘義務の起源は、約2800年前⁽⁵⁾

(3) ドイツにおける医師の守秘義務の歴史に関して詳細に説明したものとして、B. Lilie, *Medizinische Datenverarbeitung Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht*, 1980, S. 52 ff 最近の文献では、Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., 2002, § 69 I が比較的詳しい。

(4) Vgl. E. Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 6. Aufl., 2008, Rn. 634

(5) B. Lilie, a. a. O. (Note 3), S. 52

の古代 (紀元前800年頃) にまで遡ることができるという。B. リリエは、地理的・文化的に様々な地域に起源があるとしたうえで、その若干の例として、以下のものをあげている。

- ①インドのサンスクリット医学書、「Ayur-Veta-des-Charaka」(紀元前800年頃)
- ②ヘロドトスによって伝承されたところの、エジプトの医師を兼ねるマジ (祭司) (Magier) の守秘の戒律
- ③ギリシヤの医学者で「医学の父」と呼ばれる、ヒポクラテス (Hippokrates) による、「ヒポクラテスの誓い (またはヒポクラテス誓司) (Hippokratische Eid.)」(紀元後400年頃)

一般的には、③の「ヒポクラテスの誓い」が有名であり、多くの文献がこれのみを起源として言及する。「ヒポクラテスの誓い」には、次のような詞が明記されているという。「医に關すると否とにかかわらず他人の生活について秘密を守る」⁽⁶⁾

この時代には、医師の守秘は、決して法的な義務 (Rechtspflicht) ではなかった。中世ゲルマン法においても (そこでは、あらゆる職業は私事としてみなされ、それに関して法的規律が発展しうる余地はなかった)⁽⁷⁾、そしてローマ法の領域においても (弁護士等のほかの職業グループについては、法的義務が存在していたが)、⁽⁸⁾ 医師の守秘義務は法的な規律に服してはいない。あくまで、「倫理的性質の医師の守秘律 (ärztlicher Schweigegebote ethischer Natur)」、⁽⁹⁾ 「沈黙に対する道徳上の義務 (moralischer Verpflichtung zur Verschwiegenheit)」、⁽¹⁰⁾ 「高度な良俗上の義務 (sittliche Pflicht)」、⁽¹¹⁾ ある

(6) 金沢医科大学のホームページ (小川鼎訳) から引用

(7) 医術 (Heilkunde) もまた、私的なことがらとしてみなされていた (B. Lillie, a. a. O. (Note 3), S. 52)

(8) 1495年のライヒ宮廷裁判所法 (Reichskammergerichtsordnung) が守秘義務を課していた。

(9) ebd., S. 52

(10) ebd., S. 52

いは「特別な人間的振る舞い（besondere menschliche Handlung）」⁽¹²⁾として存在したのである。

このような、医師の職業倫理としての沈黙の要求は、後にいくつもの法規範によって法的義務として確立されてからも、各法的規律の根源にある共通の基盤として、法解釈のうえで意味を持ち続けている。

二、近世以降—医師の職業法の登場、そして刑法による威嚇

近世になると、医師の地位が重要性を増し、かつ警察国家は国民の健康の維持を心にかけてことから、医師の業務に関する法規範がつくられるようになった⁽¹³⁾。そのなかで、医師の守秘義務がはじめて法的拘束力を帯びた法的義務（Rechtspflicht）として認められたのは、1725年のプロイセンの「医療勅令（Medicinaledikt）」においてであった。健康に関する制度が十分に機能することは、国家の機能を保証することになると考えられたため、その後数多くの「医療規則（Medicinalordnungen）」⁽¹⁴⁾が制定され、そこには医師の守秘義務に関する規定も含まれていた。

これは、1794年の「プロイセン一般ラント法（das preußisch allgemeinen Landrecht）」に流入し、そこで初めて、法律（Gesetz）によって規律されるとともに、かつ刑罰によって威嚇されたのである（「医師、外科医、助産婦（Hebammen）は、自分が知った疾患と、重罪（Verbrechen）でない限りは家族の秘密を、誰にも明かしてはならない。違反者には、事情によって量定されるべき5～10ターラー（Thalern）までの過料を科す」と規定された）。ここでは、秘密を破ることによる患者の人格権の侵害が刑罰に値するのではなくて、医師が果たすべき公けの義務に違反することが刑罰に値する⁽¹⁵⁾と考えられていた。この規定が、1851年のプロイセン刑法155条、

(11) ebd., S. 52

(12) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3) § 69, Rn2

(13) B. Lilie, a. a. O. (Note 3), S. 52

(14) ebd., S. 53

北ドイツ刑法296条、1871年のライヒ刑法 (RStGB) 300条を経て、1975年の刑法典 (StGB) に引き継がれた⁽¹⁶⁾ (現行刑法203条については次章参照)。その間、19世紀の自由主義国家のもとでは、医師の守秘義務は個人を保護するものと考えられたが、逆に国家社会主義の時代には、社会的な機能が前面に主張された⁽¹⁷⁾。そのなかで医師の守秘義務の形態、範囲、根拠は変化していったが、内容の核心において変化はなかつた⁽¹⁸⁾。

ところで、ドイツでは、各州の医師会自らが作成した医師職業規則が、州政府の承認を得て法的拘束力を有している。その統一指針である「ドイツ医師のための模範職業規則 (Musterberufsordnung für Deutschen Ärzte, MBOÄ)」は、連邦制移行による連邦医師会発足後はじめての1956年に決議され、その後時代の変化に即応した頻繁な改正を経て、最新版現行2006年版に到る。医師の守秘義務に関する規定は当初から盛り込まれており、MBOÄの何度かの改定を経て、後述するデータ保護や患者のアクセス権の法認に対応した規定も追加されていった (職業法およびMBOÄについて、詳細は次章参照)。

三. 20世紀後半以降一加えて、データ保護、患者のアクセス権

1. データ保護

1900年代後半になると、国勢調査をめぐる判決を契機に、それまでの医師の守秘義務とは別個に一あるいは、新たに加わえて、「データ保護 (Datenschutz)」の概念と法制が生成し、確立していった⁽¹⁹⁾。

まず、1969年、連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht, BVerfGE)

(15) ebd., S. 53

(16) BGBI I S. 1

(17) B. Lilie, a. a. O. (Note 3), S. 53

(18) ebd., S. 53

(19) Höpken/Neumann, Datenschutz in der Arztpraxis, 2. Aufl., DATA-KONTEXT, 2008, S. 12f で、データ保護をめぐる一連の歴史的動きが時系列順に纏めてある。

は「抽出国勢調査判決 (Mikrozensusurteil)」(BVerfGE27,1)において、「人間の強制的な登録とカタログ化」は基本法の保障する人間の尊厳 (Würde des Menschen) (基本法1条) に違反するとしつつ、人格や生命に関するあらゆる統計的な調査が人間的な人格の尊厳に反するわけではないとした。この判決を基盤として、1970年に西ドイツのヘッセン (Hessen) 州で世界初のデータ保護法 (Datenschutzgesetz)⁽²⁰⁾ が成立、さらに数年後の1977年、はじめて連邦法としての「連邦データ保護法 (Bundesdatenschutzgesetz)」が成立した。そこでは、「データ保護の課題は、個人関連データをその蓄積、伝達、変更、および消去 (データ処理) の際の不正利用から保護することによって、本人の保護に値する利益の侵害に対抗することである」と謳われた。

さらに数年後の1983年、連邦憲法裁判所は有名な「国勢調査判決 (Volkszählungsurteil)」(BVerfGE65,1) を出し、これが今日のドイツにおけるデータ保護の基盤を形成したとされる。本判決は、基本法 (Grundgesetz, GG) が保障する基本権 (Grundrecht) であるところの、「一般的人格権 (allgemeines Persönlichkeitsrecht)」から、「情報自己決定権 (Recht auf informationelle Selbstbestimmung)」を導き出した。つまり、「情報自己決定権」とは、「自己決定の思想から帰結される個人の権能であって、個人の生活状態をいつ、いかなる範囲で開示するかについて原則として自ら決定する」権利である。そして、これは、優越的な公けの利益 (überwiegenden Allgemeininteresse) か、あるいは法律上の根拠にもとづいてしか制限することが許されなかったしたのである (詳細は次章参照)。

この見解を取り入れて、1990年に連邦データ保護法は全面改正され、情報自己決定権を主軸とした新データ保護法 (neue Datenschutzgesetze)、つまり「第3世代データ保護法 (Datenschutzgesetze der 3. Generation)」⁽²¹⁾ が

(20) 1978年、ノルトライン・ヴェストファーレン州の憲法がデータ保護規定を盛り込んだことで、すべての連邦州にデータ保護法が制定されたことになる。

(21) 1990年12月20日公布 (BGBl I 2954)

誕生し、これが現行法となった。1995年のEUデータ保護指針 (EU-Datenschutzrichtlinie) ⁽²²⁾ に対応して、2001年に国内法をEU指針に合わせる改正作業が行なわれた (その後、2003年と2006年にも改正が行なわれている)。

2. 患者のアクセス権 (または、情報請求権 (Informationsanspruch)、閲覧請求権 (Einsichtsanspruch) ⁽²³⁾)

ちょうど同じ頃、主として民事法の分野で、患者が自己に関する医療情報にアクセスする権利が、法認を得ていった。医療情報は医師のものであるという伝統的な性格決定 (カルテ備忘録説、カルテ所有権論、治療上の不利益論等) が変容しごく短期間で、医療情報に関して患者がさまざまな保護に値する利益を有していることが認められていった。これに対応して、①前医から後医への診療記録の引渡を請求する患者の権利 (1974年7月15日ケルン高等裁判所 (OLG) ⁽²⁴⁾ 決定)、②診療記録作成を求める患者の権利 (1978年6月27日連邦通常裁判所 (BGH) ⁽²⁵⁾ 判決)、そして③診療記録閲覧請求権を認める判決 (「国勢調査判決」の前年の1982年11月23日連邦通常裁判所 ⁽²⁶⁾ 判決) が次々と出された。ここで患者の診療記録閲覧請求権は、診療契約

(22) この指針は、EU加盟諸国において、「個人関連データの処理にあたって、基本権 (Grundrecht) および基本的自由 (Grundfreiheit) の保護と、とりわけ自然人のプライバシー (Privatsphaere) の保護」が保障されることを、めざすものである。全部で34の条文から成り、EU加盟諸国が、対応するデータ保護法と規則の発布にあたって注意すべき諸原則が書かれている。直接的な法的拘束力を有するものではないが、EU加盟諸国にはこれに合わせて国内法を改正する努力義務が課せられた。

(23) ドイツにおける患者のアクセス権の史的展開の詳細については、拙稿「患者の診療記録閲覧請求権—ドイツにおけるその生成と展開—」早稲田法学会誌52巻 (2003)、および同「ドイツにおける医師の診療記録作成義務の生成と展開 (一、二・完)」早稲田大学大学院法研論集97号、98号 (2001) を参照されたい。

(24) Arztrecht, 75, 176; AG Freiburg NJW 1990, 770; AG Ludwigsburg NJW 1974, 1431; AG Krefeld MDR 1986, 586.

(25) BGHZ 72, 132=NJW 1978, 2337=VersR 1978, 1022=JZ 1978, 721

(26) BGHZ 85, 327=NJW1983, 328=JZ 1983, 320. なお、1982年BGH判決の直前

上の患者の付随的請求権（医師側からみれば付随義務）として、あるいは、患者の基本法上の自己決定権と人間の尊厳から導き出されている（詳細は次章参照）。

第三章 現行法制の構造

前章で述べた史的展開を踏まえ、本章では、医療情報をめぐるドイツの現行法制の構造をあきらかにしよう。

ドイツにおいては、医師の守秘義務は、刑法および医師の職業規則に明文の規定が存在するほか、その違反は民事責任法上の損害賠償責任をも生じさせる。それとは別個に、データ保護法が存在しており、守秘義務法制との関係が問題になる。また、主に民事法を根拠に、患者のアクセス権が法認を得ている。

複数の法制度が重畳・交錯するという基本的前提において、わが国の法制と類似した構造を有するといえよう。

一. 刑法 (Strafgesetzbuch, StGB) 203条 私的秘密 (Privatgeheimnissen) の侵害

ドイツにおいて、医師の守秘義務の主たる法的根拠をなすのは、刑法203条である。以下に、該当箇所を抜粋する。

203条 私的秘密 (Privatgeheimnissen) の侵害

1項 以下の資格においてゆだねられたり、知らされされたりした他人の秘密 (fremdes Geheimnis)、つまり個人的な生活領域 (persönlichen Lebensbereich) に属する秘密、または営業上もしくは業務上の (Betriebs- oder

に発表された H. リリエ (H. Lilie) の博士論文 *Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten*, 1980には、当時の理論状況が詳細に記述されている

Geschäftsgeheimnis) 秘密を権限なく (unbefugt) 開示 (offenbart) した者は、1 年以下の自由刑 (Freiheitsstrafe)⁽²⁷⁾ または罰金に処する。

1 号 医師 (Arzt)、歯科医師 (Zahnarzt)、獣医師 (Tierarzt)、薬剤師 (Apotheker)、または職業の遂行もしくは職業名称の使用のために国家に規律された養成専門教育 (Ausbildung) を必要とするところの、その他の治療職 (Heilberufs) に属する者……………中略……………

3 項…… 2 文 1 項と 1 文にあげた者の、職業に適合して活動する補助者 (bderufsmässig tätigen Gehilfen) と、職業の準備のためにその者のところで働く者は、その者と同様とする。……………

4 項 1 項から 3 項は、行為者が他人の秘密をその者の死後に権限なく開示したときにも、適用される。

本条の保護法益は、秘密保持に対する個人的法益 (Individualinteresse) であり、基本法 (Grundgesetz, GG) 1 条 1 項 (人間の尊厳) (Würde des Menschen) に関係づけられた、基本法 2 条 1 項「人格の自由な発展の権利 (Freiheit der Person)」から帰結される、憲法上も保障された「一般的人格権 (allgemeinen Persönlichkeitsrecht)」の一部としての「情報自己決定権 (Recht auf Informationelle Selbstbestimmung)⁽²⁸⁾」である。また、特定の職業や行政等に属する者の守秘に対する一般的信頼という、公の利益 (allgemeine Interesse) も、保護法益としてあげられている。

(27) 自由刑 (Freiheitsstrafe) とは、身体を自由を拘束する刑罰であり、原則として労働が課せられる (山田晃『ドイツ法律用語辞典 (改訂増補版)』(大学書林、第 3 版、1994 年)) 243 頁以下

(28) 刑法 203 条の保護法益については、Schönke/Schröder/Lenckner StGB, 27. Aufl 2006, § 203, Rn. 3 を参照した。

また、医師の守秘義務に関してだけいえば、患者が医師の守秘を期待できてこそ、信頼関係が成り立ち、治療の効果が上げられると、判例・学説では概ね説明されている (例えば、BVerfGE 32, 373; BGH NJW68, 2290; Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 70 Rn. 11, 15ff; Schönke/Schröder/Lenckner, a. a. O. (Note 28), § 203, Rn. 3; Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 634. ua)

本罪の主体となりうる医療関係者は、「医師（Arzt）」、「歯科医師（Zahnarzt）」、「獣医師（Tierarzt）」、「薬剤師（Apotheker）」、「職業の遂行や職業名称の使用ために国家に規律された養成専門教育（Ausbildung）を必要とするところの、その他の治療職（Heilberufs）に属する者」、そして上記の者の「職業に適合して活動する補助者（bderufsmaessig taetigen Gehilfen）」と「職業の準備のためにその者のところで働く者」である。ドイツにおいては、医師の補助者にも刑法によって同一の法定刑が科されているため、たとえば看護師なども医師と同一の守秘義務に服する（後述四章参照）。

ここで「秘密（Geheimniss）」とは、「限られた人的範囲にのみ知られている事実であって、その秘密保持に、本人（いわゆる秘密の担い手）が、自己の立場から事実的に根拠づけられた利益を有しているか、事実を自ら知ったならば利益を有するであろう事実」⁽²⁹⁾であるとされる。ウルゼンハイマー（Ulsenheimer）によれば、「秘密の担い手の些細なこと（Bagattelen）、恣意（Willkür）、『くだらぬ考え（Flausen）』、あるいは気分（Launen）」は含まれないが、「法的、倫理的、あるいは道徳的な評価を伴わない、主観的に一個人的な基準」によって「あとづけ可能な動機」が存在すれば足る⁽³⁰⁾（非公開性と秘密利益を要件とする。ただし、ここでの秘密利益は主観説の秘密意思に近い）。

患者が死亡してもなお、医師の守秘義務は存続する。これは、4項の明文規定により、また刑法203条の保護目的である一般的人格権が死後も存続することからも当然に、導かれる結論であるとされる⁽³¹⁾。この点は特に、ドイツ法に典型的な特色であるといえる（後述四章参照）。

ドイツにおいても、医師が守秘義務違反を理由に刑法203条により刑事訴追された事例は、ほとんどみあたらないという。背景として、①本罪成

(29) Schönke/Schröder/Lenckner a. a. O. (Note 28), § 203, Rn. 5

(30) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 70, Rn. 3

(31) ebd., § 70, Rn. 10

立に要求される故意がほとんど立証不可能であること、および②患者等の能動的な活動を必要とする親告罪であることなどがあげられている。ウルゼンハイマーは、それゆえ、刑法203条の医師の守秘義務規定の作用を、特別予防よりもむしろ一般予防にあると位置づける⁽³²⁾。すなわち、「アピールと警告の機能、医師の守秘義務の本質的意義の一般予防的な指摘、そして患者の秘密の取扱いにおける刑罰で保護された遵守の要請（「感嘆符⁽³⁴⁾！」）」にもとづく作用であるとするのである。

二. 職業法 (Standesrecht, Berufsrecht) — ドイツ医師のための

模範職業規則 (Musterberufsordnung für Deutschen Ärzte, MBOÄ⁽³⁵⁾) 州の職業規則 (Berufsordnung)

職業法とは、ある職業の職業倫理が法規範として法的効力を得たものであるといえる。職業法の内容は、その職業の本質を物語る。ドイツでは、医療は広範に州の管轄に属し、州政府から権限を委譲された州医師会が、医師に関する諸規則を作成している。その一つであるドイツの医師の職業規則 (Berufsordnung) は、まさに医師の職業倫理を、法的拘束力をもつ法規 (Rechtsatz) として表現したものにほかならない。そこでは、医師の職業への従事 (Berufsausübung) に関する一般的なルールが定められている。医師の守秘義務に関する規定⁽³⁶⁾ (9条) のほか、患者のアクセス権、

(32) ebd., § 73, Rn. 9

(33) ebd., § 73, Rn. 9

(34) ebd., § 73, Rn. 9

(35) 現行最新版は2006年版で、連邦医師会のホームページ (<http://www.bundesaeztekammer.de>) に掲載されている。岡嶋道夫教授のホームページに、2003年版の邦訳が掲載されている (<http://www.hi-ho.ne.jp/okajimamic/d119.htm>) その後の改定箇所には該当しないため、以下そのまま引用する。

(36) 前出岡嶋教授の邦訳によると、9条は以下のとおりである。

§ 9 守秘義務

(1) 医師は、医師の資格において委ねられたり、知らされた事柄については一患者の死後においても一秘密を守らなければならない。これには患者の書面による報

データの安全保護措置、記録の作成や保管義務に関する規定（以上10条⁽³⁷⁾）も存在する。

ドイツには、各州に医師会（Ärzttekammer）が存在する。この州の医師会は、医師の自治組織であるが、わが国と異なり、州政府から医師を監督する権限を委譲された公的機関であって、医師たる者はすべて会員になる義務がある。州の医師会が議決し、州の監督官庁が承認したものが、州の医師の職業規則（Berufsordnung）であり、法的効力を持つ。州の医師会

告、患者に関する記録、X線写真、その他の検査所見も含まれる。

(2) 医師が守秘義務から解かれたとき、または公表することがより高い法益を守るために必要とされる場合には、秘密を明らかにする権限が与えられる。法的な証言一及び届出義務は関係がない。法律の規定が医師の守秘義務に制限を加えているときは、医師は患者にそのことを教えなければならない。

(3) 医師は、その補助者、および医療業務に従事するための見習者に対して、秘密保持の法的義務を教え、これを文書として記録しておかなければならない。

(4) 数名の医師が同時または相次いで同一患者を診察または治療する場合には、患者の同意が得られるか、あるいはそのように推定できるならば、医師たちは相互に守秘義務から解かれることになる。

(37) 前記岡嶋教授の邦訳によると、10条は以下のとおりである。

§10 記録作成義務

(1) 医師は、その職業従事において確認したこと及び施した処置について必要な記録を作成しなければならない。これは医師の記憶に役立つだけでなく、規定に従った記録を作成することにより患者の利益にも役立つ。

(2) 医師は、患者の要望があれば、原則として当人に関連した診療記録を見せなければならない：医師の主観的印象または感知したことを含む部分は除外される。請求があれば、患者に費用負担をさせて記録のコピーを渡さなければならない。

(3) 他の法律規定によってそれより長期の保存義務が存在しなければ、医師の記録は診療終了後10年の期間保存しなければならない。

(4) 診療所の閉鎖後は、医師はその医療上の記録と検査所見を（3）により保存するか、または管轄の監督に渡されるように配慮しなければならない。診療所の閉鎖または診療所の委譲により、患者に関する医師の記録を監督のため渡された医師は、これらの記録を施錠して保管しなければならないが、患者の同意があったときにのみ中を見たり、または引き渡すことができる。

(5) 電子データ記録媒体または他のデータ記憶装置上の記録は、変更、破棄または非合法的使用を防ぐために、特別な安全及び保護処置を必要とする。医師はこれに関して医師会の提案に注意しなければならない。

の連合体である連邦医師会 (Bundesaerztekammer) は、公的機関ではなく、私的な組織である。ドイツ医師のための模範職業規則 (Musterberufsordnung für Deutschen Ärzte, MBOÄ) は、この連邦医師会が、州の医師会の代表者からなる総会「ドイツ医師会議 (Deutsches Ärztetag)」で、各医師会の職業規則の統一指針として決議したものであり、これ自体は法的拘束力を有しない。しかしながら、これを指針として、各州の医師会はその職業規則を定めるのであって、現実には、すべての州において原型通り、医師の職業規則が採用されている。

医師相互間、医師会・監督官庁と医師間、あるいは医師と患者間で、医師の職業義務違反などをめぐって苦情や訴訟が生じた場合には、①医師会による懲戒、②職業裁判所による審理、あるいは③通常の裁判所による裁判が、医師の職業規則を判断基準として行われる。

なお、ドイツでは、州法の規定 (医師会法 (Kammergesetze) または治療職法 (Heilberufsgesetze)) にもとづき、すべての州に医師の職業裁判所 (Berufsgericht) が設置されている⁽³⁸⁾。職業裁判官と医師から選出された名誉職裁判官が審理を行い、職業義務に違反した医師に対して、戒告、罰金、免許停止、免許剥奪、あるいはそれらの併科を処罰として決定する。

医師の職業法上の守秘義務と、刑法上の守秘義務とは、直接には何ら関係⁽³⁹⁾を有しない。両者はそれぞれ別の目的に奉仕しているからである。もちろん、前章で述べたように、職業倫理としての医師の守秘義務の性格は、あらゆる法的規律を共通の基盤として支えるものであるから、これを通じ⁽⁴⁰⁾て両者の相互の影響を論ずることはできる。

(38) 職業裁判所とは、「各職業部門ごとに設けられた各職業部門の者に対する懲戒裁判所」で、弁護士、会計士、医師、獣医、歯科医、薬剤師、取引所取引員等について設けられている (山田・前掲注 (27) 85頁)。医師の職業裁判所については、岡嶋道夫編訳『ドイツの公的医療保険と医師職業規則』(信山社、1996年) 97頁、および上記岡嶋教授のホームページ <http://www.hi-ho.ne.jp/okajimamic/m408.htm> 参照。

(39) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 70, Rn. 13

三. 民法（Bürgerliches Gesetzbuch, BGB）一不法行為責任、契約責任

1. 無権限の秘密開示による民事責任

ドイツにおいて不法行為が成立しうるのは、「生命、身体、健康、自由、所有権またはその他の権利」の侵害（ドイツ民法823条1項）、および「他人の保護を目的とする法律」（保護法（Schutzgesetz））違反の場合（ドイツ民法823条2項）⁽⁴¹⁾に限られる。

刑法203条は保護法にあたりと解されており、したがってその違反は、民法823条2項の不法行為を構成する⁽⁴²⁾。ところで、2項は独自の責任規範ではなく、その要件は保護法に依拠していると解されている。そのため、医師の守秘義務違反の場合のように、保護法が刑法であるときには、故意、しかも刑法上の故意が要件とされる。2項の不法行為の要件は保護法違反に尽きるため、保護法違反と損害との間に相当因果関係があれば、有责性と損害との間の因果関係は要しない（つまり、行為者が行為の特定の結果を予見していたか、あるいは相当の注意を払えば予見できたか、といった事情を必要としない）。ただ、ここで賠償されるのは、保護法の保護領域内で生じた損害（そのために保護法が設けられている危険から生じた損害）に限られる。

ところで、ドイツにおいては、民法823条1項の「その他の権利」の一つとして「一般的人格権」が今や定着している。基本権としての一般的人格権よりも歴史は古く厳密には同一でないが、基本法1条1項と2条1項を支えとしており、ほぼ同一視されている。そして、今や基本法上の権利として認められた情報自己決定権が私法関係においても保護されるべきことが認められているのである⁽⁴³⁾。医師が権限なく患者の秘密を開示すること

(40) B. Lilie, a. a. O. (Note 3), S. 54; Deutsch, NJW 78, 1657

(41) ドイツ不法行為法については、主として、椿寿夫=右近健男『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）72頁以下を参照した。

(42) BGH NJW 68, 2288; OLG Hamm MedR 95, 328; B. Lilie, a. a. O. (Note 3), S. 78ff; Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 634,

(43) 両法の一般的人格権の関係について、倉田原志「ドイツにおける労働者のプラ

によって、患者の一般的人格権としての情報自己決定権が侵害された場合には、1項の不法行為が成立⁽⁴⁴⁾する。この場合には、2項の場合と異なり、有責性要件は客観的軽過失で足りる。医師が患者の秘密を破ることによって、患者の人格権が侵害された場合には、患者は損害賠償、より重大な侵害の際には慰謝料を、繰り返すおそれのある場合には差止 (Unterrlassung)⁽⁴⁶⁾も請求することができる。

ドイツにおいては、権限なしに相手方の秘密を開示することは、客観的軽過失であっても、通常契約違反であるとされ、損害賠償責任を問われる⁽⁴⁷⁾。この場合も、客観的軽過失で足るが、ただし立証責任は医師側が負う。債務法現代化によって、契約違反にもとづく慰謝料請求も可能となった。

2. 患者のアクセス権 (情報請求権 (Informationsanspruch)、閲覧請求権 (Einsichtsanspruch)⁽⁴⁸⁾)

確立した判例⁽⁴⁹⁾と学説⁽⁵⁰⁾は、医師の診療記録開示義務を、医師と患者の医療契約にもとづく信義則上の不文の付随義務であると説明している。前出1982年判決は、「契約関係の進行過程において作成された自己の全記録を、もう一方の契約パートナーに随時開示することを契約パートナーに義務づけることは、その他の法取引においてはむしろなじみのないことである」⁽⁵¹⁾

「イバシー権序説」立命館法学2005年1号(299号) 1頁以下を参照した

(44) 椿=右近・前掲注(41) 87頁、B. Lilie, a. a. O. (Note 3), S. 118; Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 634, 636

(45) Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 634, 638

(46) ebd., Rn. 634

(47) ebd., Rn. 634, 638

(48) 詳細については、前掲注(23)の拙稿を参照されたい。

(49) 患者の診療記録閲覧請求権を初めて認めた前出1982年11月23日BGH判決(NJW1983, 328); BVerfG NJW 2006, 1116

(50) H. Lilie, Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten, 1980, S. 140 ff., 168; Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 60 Anh. II Rn. 1, 4; Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 625

(51) NJW 1983, 328 [329]

として、この義務が契約一般原理ではなく、医師・患者関係に特殊な理由によって義務づけられるものであるということを鮮明にしている。これはすなわち、医療における患者の主体性、患者は治療の対象ではなく主体であるべきであるという点にほかならず、⁽⁵²⁾ そうであるためには「責任を意識している患者に自主独立の意見形成の機会が与えられる」⁽⁵³⁾ 必要があり、医師の裁量によって一方的に情報を与える（＝説明）にとどまらず患者が情報を望みに応じて意のままに収集することができるようにすること—医師が治療の詳細に関して患者の明示的な問いに答えること、すなわち診療記録の閲覧請求に応じることによって、それが可能になるのである。⁽⁵⁴⁾

ところで、この患者の診療記録閲覧請求権は、患者を単に治療の客体として扱うことを禁止する、患者の一般的人格権の一部としての、⁽⁵⁵⁾ 患者の自己決定権と患者の人としての尊厳からも説明されている。患者からのアクセスに応じないことは、契約違反のみならず、人格権侵害として不法行為責任をも構成しうるのである。

四. 連邦データ保護法（Bundesdatenschutzgesetz, BDSG）⁽⁵⁶⁾

連邦データ保護法（Bundesdatenschutzgesetz, BDSG）は、「個人関連データ（personenbezogene Daten）」の取り扱いによる人格権の侵害から、個人を保護するための法律である（法1条1項）。本法は、ファイル化されたデータに関する「一般的人格権（allgemeines Persönlichkeitsrecht）」を具
体化した法律であるとも評される。⁽⁵⁷⁾

本法が保護の対象とするのは、「個人関連データ（personenbezogene Daten）」である。これはつまり、「特定の、または特定可能な自然人（本

(52) 前出1982年11月23日 BGH 判決 NJW1983, 328

(53) H. Lilie, a. a. O. (Note 50), S. 143

(54) ebd., S. 141 ff.

(55) 前出1982年11月23日 BGH 判決 NJW1983, 328

(56) 1977年成立。1990年、2001年、2003年、2006年改正

(57) H. Lilie, a. a. O. (Note 50), S. 154

人)の、人的または物的関係に関する個別的な言明」である(法3条1項)。そして、適用範囲の点で問題となる「データファイル (Datei)」⁽⁵⁸⁾とは、「均質に構成され、特定のメルクマールによって把握および整理されており、それ以外の別の特定のメルクマールによって整理し直して評価することも可能な、データ (Daten) の集合体」のことである。これはさらに、「自動化されたデータファイル (automatisierte Datei)」と、「自動化されていないデータファイル (nicht-automatisierte Datei)」に区別される。「データファイル (Datei)」にあたるかどうかは、名前、住所、生年月日、性別、保険の種類などのメルクマールによって、整理が可能かどうかにかかっている⁽⁵⁹⁾(たとえば、「カルテ」は「データファイル (Datei)」⁽⁶⁰⁾である)。

連邦データ保護法は、あらゆる「個人関連データ」の収集・処理・利用(第三者提供を含む)は、本人の「同意 (Einwilligung)」(4条)か、法律上の根拠がなければ許されないことを、出発点としている。とりわけ、同意原則は強調・徹底され、文書によることを要求している。また、本人の自己情報の請求についても規定があり、本人のアクセス権の根拠を提供して⁽⁶¹⁾いる。

以下、本稿テーマの視点から、個人関連データの取扱いに関する、連邦データ保護法のルールの骨子を整理しよう。

(58) ドイツ記録学会における用語学の専門家達の見解による (H. Auernhammer, BDSG, 1977, § 2, Rn. 2)

(59) Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 617

(60) 一定の形式にしたがって構成され、保険組合への所属や患者名によってアルファベット順に整理されており、病気の性質や往診の頻度といった別の観点によっても整理し直すことが可能である(カルテが連邦データ保護法における「データファイル」にあたるかについて詳細に検討しているものとして、H. Lilie, a. a. O. (Note 50), S. 157)

(61) アクセス権についての議論は、拙稿・前掲注(23)「患者の診療記録閲覧請求権」を参照されたい。

【同意のルール】

・個人関連データの収集・処理・利用は、①本法または他の法規定の許可もしくは命令、または②本人の同意がある場合に限り、許される（4条1項）。

・本人の同意を得るにあたっては、収集・処理・利用の目的（必要性や要求があれば同意を拒絶した場合の結果も）を説明しなければならない。同意は原則として文書でなされなければならない（4条3項2号、4a条1項）。

【公的機関における取扱いルール】

・個人関連データの収集・蓄積・変更・利用は、①責任機関の管轄に存する任務を果たすために必要であり、かつ、②当該データを収集（収集が先行しない場合には蓄積・変更・利用）した目的のためにする場合にのみ、許される（13条1項）。

・他の目的のための蓄積・変更・利用は、①法規定がそれを予定するか、必然的に前提としている場合、②本人が同意した場合、③それが本人の利益のためであり、本人が他の目的を知ったら同意を拒絶するであろうと想定する根拠がないことが明らかな場合、あるいは④本人の言明が正しくないという事実上の根拠が存在しているために、再審査されなければならない場合に、許される（14条2項1～4号）。

・個人関連データの公的機関への伝達は、①伝達する機関または伝達される機関の管轄に存する任務を果たすために必要であり、かつ、②利用が許容される要件を充たす場合に、許される（15条1項1～2号）。

・個人関連データの非公的機関への伝達は、①伝達する機関の管轄に存する任務を果たすために必要であり、かつ、②利用が許容される要件を充たすか、あるいは、③伝達される機関が伝達されるデータを知ることに対する正当な利益を疎明し、かつ、④本人が伝達を排除することに対する保護に値する利益を有していない場合に、許される（16条1項1～2号、3項）。

【非公的機関における取扱い】

・個人関連データの収集・蓄積・変更・利用は、①本人との契約または契約類似の関係の目的に奉仕し、②責任機関の正当な利益の保護のために必要であって、③これを排除することにつき本人の保護に値する優越的利益があると考える根拠がない場合に、許される (28条1項1号2号、2項)。

・利用・伝達については、第三者や公の利益等と本人の利益との衡量によってもさらに許される (詳細は28条3項)。

【本人の情報請求のルール】

・「次の事項に関する情報は、申請に応じて本人に与えられなければならない」(19条1項)と規定して、「本人個人に関して蓄積されたデータ」(1号)をあげる(1号)。

・「本人は次の事項に関する情報を求めることができる」(34条1項)と規定し、「本人個人に関して蓄積されたデータ」(1号)をあげる。

「守秘義務」と「データ保護」とは、趣旨を異にする別の制度であり、明確に区別して考える必要がある⁽⁶²⁾ (データ保護は、厳格で広範な規制を課す一方で、個人関連データの伝達の許容性に関し、伝達機関または被伝達機関の任務という大義のもとで (非公的機関への伝達においては、さらに利益衡量によっても)、かなり緩い要件のもとで本人以外の第三者への伝達を許している⁽⁶³⁾。データ保護は、患者保護のためではなく、固有の自己目的のために強化され改められているのだとの評価がなされている⁽⁶⁴⁾)。医師は、守秘義務とデータ保護との両方に、重疊的に (kumulativ) 注意を払わねばならない⁽⁶⁵⁾。両法のルールの適用関係は、以下のように整理できる。

まず、両ルールがともに適用可能であるときには、医師の守秘義務ルー

(62) Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 607

(63) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 76, Rn. 37; Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 607

(64) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 615

(65) ebd. Rn. 607

ルが優先する。法1条3項は、「連邦の他の法規定が—その公表を含み—個人関連データに適用されうる限りにおいて、本法の規定に優先する。法律上の守秘義務または法律上の規定に基づかない職業上の秘密もしくは特別な公務上の秘密を守る義務は、本法によって変更されない」と規定する。したがって、第三者提供に緩いデータ保護法ルールが、厳格な医師の守秘義務ルールを修正することはありえない。⁽⁶⁶⁾

次に、ルールが競合しない場合にはそれぞれ単独で適用される。例えば、医師の守秘義務に服する個人関連データを本人以外の第三者に伝達するにあたっての当事者の同意は、通常は法4 a条1項3段に定められた形で—つまり文書で—のみ行うことができ、口頭や黙示によって行うことはできない。

連邦データ保護法に対応する州のデータ保護法 (Landesdatenschutzgesetz, DSG) が存在するときには (例えば、バイエルンなど)、連邦データ保護法1条2項2号にもとづき、州機関による州活動については、連邦法は適用を免除される (該当する規定がない場合には、連邦データ保護法の規定が補充的に妥当する)。統合的な州のデータ保護法は、連邦データ保護法に比肩する保護メカニズムを有している。⁽⁶⁷⁾

五. 社会法 (Sozialgesetzbuch, SGB)

社会法 (Sozialgesetzbuch, SGB) では、①社会的給付負担者へのデータ伝達に関するルール、および②「社会的秘密 (Sozialgeheimnis)」に関するルールが規定されている。

社会法のもとで保護されるのは、「社会的データ (Sozialdaten)」である (社会法1編35条、10編67条以下)。「社会的データ」とは、社会法の目的のために一定の諸機関が「収集、処理、または利用するところの、特定の、または特定可能な自然人 (本人) の人的または物的関係に関する個別的言

(66) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 76, Rn. 37

(67) Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 616

明」である(10編67条1項)。法定の疾病保険金庫(Krankenkassen)が有する患者データは、この社会的データである(社会法5編284条以下に、疾病保険金庫における社会的データの取扱いに関する原則が規定されている)。

社会法によって許容される社会的データの伝達範囲は、医師の守秘義務による制限を超えるものであるといわれる。社会法のデータ伝達の規定には、医師の守秘義務に関する明文および不文の規律が重なっており、社会法が医師の守秘義務に関する規律によって以上に広範な範囲でデータ伝達を許すときには、その部分は排除される。たとえば、確立した判例によれば、手数料徴収機関に報酬債権を譲渡することと、⁽⁶⁸⁾営業譲渡契約における患者カルテと相談カルテを引き渡す義務は、⁽⁶⁹⁾守秘義務違反を理由に無効とされる。

第四章 今後の展望—法と実務の狭間で

以上のような法制度のもと、それでは、法と実務とが相克する各場面において、いかにしてその調整が行なわれているのであろうか。医師の守秘、そして患者の人格権の保障を厳格に貫くこの国の法理念は、実務の現実とのあいだで矛盾や軋轢を生ずるはずであり、データ保護30余年の伝統は、そこに何らかの「工夫」を見出さずにはおかないであろう。

このテーマに対する最終的な解答は、法律学のみならず、社会学や情報学の分野においても、見出さねばなるまい。たとえば、筆者がドイツで手に取った、社会学および情報学の専門家2人の手による実務家向の手引書(Leitfaden) —A. ヘプケン=H. ノイマン『診療所におけるデータ保護』(データコンテクスト、第2版、2008年)(A. Höpken/H. Neumann, Datenschutz in der Arztpraxis, 2. Aufl., DATAKONTEXT, 2008)では、診療所の施設設計、労働組織、文書管理、そして「診療所の電子的データ処理

(68) BGHZ 115, 123

(69) BGH VersR 92, 48 (患者カルテを含む顎整形の診療所の譲渡)

（Die Praxis-EDV）」に関し、最新の推奨が写真入りで紹介されていた。このような実務技術レベルでの「工夫」が、問題の多くを解決に導くとも考えられる。

以下では、厳格な法理念の貫徹という意味で、際立ってみえる3つの場面を取りあげ、実務の現実とのあいだでいかにして調整をはかっているのか、あるいははかろうとしているのかという視点から、ドイツの指し示す解決の方向性や糸口の抽出を試みよう。

一、死亡した患者の人格権の保障

一遺族（Angehörige）・相続人（Erbe）の利益との調整

わが国においては、法益の担い手である患者がすでに死亡している以上、その人格権もともに消滅して存在しないというのが、一般的な見解である。替わって一あるいは残存するものとして一注目されるのが、遺族の人格権や死者に対する敬虔・追慕感情といった、遺族固有の法益である。さらに、死亡した患者の遺伝情報や薬の副作用情報、および遺言能力や相続財産に関する情報は、遺族自身の個人情報として保護を受ける。

ドイツでは、一般的人格権の思想、また刑法203条4項の明文規定により、患者の死後も医師の守秘義務は存続する。死者の人格権の保障は、一般法の世界においても、ドイツ法のきわめて目を引く特徴的な個性であるといえる。

このような死者の人格権に対する法の手厚い保護のもと、死者の遺族（Angehörige）や相続人（Erbe）の守るべき利益の保護はいかにしてはかられているのか。このテーマは、ようやく死者の意思や名誉に目を向け始めたわが国にとっても、重要な意味を持つ。

この問題についてドイツでは、法解釈論としての「工夫」が創出され、具体的事案の処理に関する議論も集積されている。いかなる種類の事例群に、いかなる理論構成で、いかなる結論が下されているのかをここに纏め、今後の方向性への示唆に換えることにしたい。

まず、法解釈論上の「工夫」として、次の 2 説が創出された。すなわち、①死亡した患者の同意（黙示の同意や推定上の同意も含む）による守秘義務の解除があったと構成する見解と、②遺族や相続人の何らかの固有の権利を想定し、患者の人格権との衡量から解決する理論である。互いに排除する関係にはなく、適用事例によって使い分けられ、ときに並存して用いられている。使い分けの基準は定かではないが、遺族の「財産上の利益 (Vermögensinteressen)」を保護するためには、②説では人格権との衡量上対抗利益が低評価であるため難しいとの指摘が⁽⁷⁰⁾あり、①説が使われる傾向があるようである。

次に、具体的な事例群ごとに、両説の使い分けと結論を整理しよう。

【事例群 1：健康上の素因の開示】

患者の遺族が、自己の健康上の素因を知るために、患者の疾病や死亡原因の開示を求めた場合、かつて医師は開示を拒絶できるとの判決があったが、⁽⁷¹⁾今日では、①説（患者の推定上の同意から出発できるとする）により、開示を認めるべきとする見解も⁽⁷²⁾主張されている。

【事例群 2：患者の遺言能力の開示】⁽⁷³⁾

遺言により相続人から排除された遺族が、患者の遺言能力を否定するために、患者の精神疾患の情報の開示を求めた場合、②説（患者を十分に理解した利益は、遺言無能力性を隠すことではなく、文書で書かれた彼の最終意思を⁽⁷⁴⁾果たすことにある、あるいは遺言無能力を隠す患者の利益は死後には消滅⁽⁷⁵⁾するとする）により、ほとんどが開示を適法とする。ただし、一貫した反

(70) Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 628

(71) OLG Lüneburg NJW 1997, 2468ff; Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 69, Rn. 10

(72) Höpken/Neumann, a. a. O. (Note 19), S. 21

(73) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 69, Rn. 10; Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), 2008, Rn. 628

(74) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), 2002, § 69, Rn. 10

(75) BGHZ 91, 392; BayObLG NJW 1987, 1492; BGH NJW 1984, 2893; LG

対説がある (①説から、遺言で表明された死者の意思に異議を唱えるものであるから、死者の同意に拠ることはできないと反論され、②説から、財産上の利益は遺言者の死後の人格権保護との衡量で必ずしも優越しないと反論される)。

【事例群 3：患者の責任無能力の開示】⁽⁷⁶⁾

患者が締結した契約にもとづき、扶養・保険・年金を請求しようとする遺族が、請求の要件となる患者の責任無能力 (例えば、自殺患者の自殺時のアルコール中毒) の情報の開示を求めた場合、①説 (患者が締結した契約にもとづく請求の要件に則った主張がなされることへの、患者の推定上の意思から出発できるとする) により、通常は開示が認められる。⁽⁷⁷⁾

【事例群 4：患者の解剖結果の報告】⁽⁷⁸⁾

患者の遺族が、患者が他者の責任 (犯行) で死亡したのではないかとの疑いを審査するために、医師 (法医) に解剖を委託して報告を求めた場合、②説 (患者の人格権に反しない、場合によってはむしろ遺族の死者を配慮する権利 (Recht auf Totenfürsorge) があるとする) により、報告すべきであるとされる。⁽⁷⁹⁾

二. 治療ごとに形成される守秘義務の人的範囲

一同一職場内での内と外の混在

ドイツ刑法203条は、守秘義務を負う者として、「医師」、「歯科医師」、「獣医師」のほか、「薬剤師または職業の遂行や職業名称の使用ために国家

Stuttgart NJW 1983, 744

(76) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 69, Rn. 10; Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 628

(77) Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 69, Rn. 10; LK/Schünemann, StGB, 11, Aufl. 2003, § 203 Rn. 56; OLG Naumburg NJW 2005 2017 (dazu Spickhoff, NJW 2005, 1987) (自宅に放火して自殺した夫の妻が、夫が加入していた保険の請求のために、夫が自殺当時アルコール乱用のため責任無能力であったという情報の開示を医師に要求した事例。医師に裁量の余地を残す判断が下された)

(78) Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 629

(79) LG Göttingen MedR 2004, 504

に規律された養成専門教育を必要とするところの、その他の治療職 (Heilberufs) に属する者」(具体例については注参照)⁽⁸⁰⁾、上記の者の「職業に適合して活動する補助者 (bberufsmässig taetigen Gehilfen)」(具体例については注参照)⁽⁸¹⁾、そして「職業の準備のためにその者 (同上の者) のところで働く者」(学生、実習生等) をあげ、全く同一の法定刑で威嚇するという、合理的で遺漏のないルールづくりをしている (また、連邦データ保護法も、「データ処理に従事する者」(5 条) すべてに対し、個人関連データの無権限の収集・処理・利用を禁止している)。

この守秘義務を負う人的範囲は、同時に、患者の秘密へのアクセスが許容される人的範囲を意味する。この範囲の外にいる者は、守秘義務に服するような患者の情報に接近することをそもそも許され⁽⁸²⁾ない。

この人的範囲に属するのは、上記一定の職種・身分に属する者であつて、かつ、当該具体的患者の治療に直接関与した者のみ⁽⁸³⁾である。たとえ同じ病院に勤務する医師同士であつても、担当患者が異なれば、それぞれ別のサークルに属しているのであつて、互いの患者の秘密を開示し合うこと

(80) ウルゼンハイマー (Ulsenheimer) は、この例として、助産婦 (Hebammen)、分娩介助人 (Entbindungspfleger)、看護婦 (Krankenschwestern)、看護師 (Krankenpfleger)、治療体操指導員 (Krankengymnasten)、医療—技術助手 (medizinisch—technische Assistentinnen)、栄養助手 (Diätassistenten) 等々をあげる。逆に、治療士 (Heilpraktiker) はこれに属さないという (Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 73, Rn. 1)。

(81) ウルゼンハイマー (Ulsenheimer) は、この例として、会話学習補助者 (Sprechstundenhilfen)、秘書 (Sekretärinnen)、臨時補助警備員 (aushilfsweise beschäftigte Nachwachen)、見習い実習生 (Praktikanten und Praktikantinnen)、世話領域の兵役代替社会奉仕勤務者 (Zivildienstleistende) 等々と、病院管理者 (Krankenhausträger) のもとで働く管理職員 (Verwaltungsangestellten) をあげる。逆に、これに当たらない者として、運転手 (Chauffeure)、職人 (Handwerker)、Küchen— und Reinigungspersonal (炊事—清掃人)、守衛 (die an der Pforte diensttuenden Personen) をあげる (Laufs/Uhlenbruck, a. a. O. (Note 3), § 73, Rn. 2)。

(82) Höpken/Neumann, a. a. O. (Note 19), S. 19

(83) ebd., S. 27

は許されない。上司と部下、使用者と被用者の関係であっても同様である。

このようにドイツでは、わが国よりもいっそう明快に、職場内での内と外の線引きがなされる（この点わが国の法制は些かわかりづらい。刑法および各業法による職種ごとの「パッチワーク」状の守秘義務法制は不合理と批判される所であり、かつ個人情報保護法では同一事業者内で働く者を「第三者」とは扱わない建前となっている）。このような明快な法の線引きの前に、現実には同じ「場」で入り混じって働くスタッフは、どのように向き合っているのだろうか。

この点について、E. ドイチュ（E. Deutsch）が、本年改訂された E. ドイチュ＝A. スピックホッフ『医事法』（シュプリングァー、第 6 版、2008 年）（E. Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 6. Aufl., 2008）の中で、ドイツ医療界の認識の遅れを指摘する叙述をしているのが、興味深い。すなわち、性的干渉（sexuelle Uebergriffe）を申し立てた患者との話し合いを、問題の同僚医師にドアの後ろで聞きかせたというかなり悪質な実例をあげ、「医師は他の医師に対して……守秘義務に服していないというのは、医師界内部で広く言い広められた誤りである」と述べているのである。前記引用の実務家向手引書でも、（例えば廊下などでの）同僚同士の会話により、守秘義務違反が頻繁に起こりうることについて、注意を喚起している。また、清掃人などの目にとまらぬよう、患者文書の施錠管理も呼びかけられて⁽⁸⁵⁾いる。

しかし、本書でも、患者間の情報遮蔽⁽⁸⁶⁾や Praxis-EDV の問題などと比

(84) Deutsch/Spickhoff, a. a. O. (Note 4), Rn. 606（他の医師による性的干渉を申し立てた患者と、そのことに関して話し合いをする際に、問題の医師が部屋のドアの後ろで話を聞けるようにした医師の行動をあげ（Ärztl. BerufsG Nds. GesR 2006, 37）、守秘義務違反であると述べる）

(85) ebd., S. 27, 47（患者文書が収納された棚は施錠して、清掃人などが見られないようにすべきと指摘している）

(86) 主として患者間でのデータ保護の見地から、受付（Empfangsbereich）、受付

べて、この問題についての扱いは比重が軽い。むしろ協働者 (Mitarbeiter) のデータ保護教育の方に重点が置かれているようにみえる。⁽⁸⁷⁾ ドイツは、このテーマに関しては、スタッフ自らの意識改革、そしてそのための教育に期待する方向性を志向しているのではないだろうか。

三. 第三者提供の範囲の絞込み

ドイツにおいても、わが国と同様、医療情報の第三者提供は、患者の同意 (黙示もしくは推定上の同意を含む) か、あるいは法律上の根拠にもとづいてのみ、許容される。

しかしドイツでは、これを目的のために必要最小限にとどめるという法の理想が、実務の努力と「工夫」によって、かなり忠実に追求されているようである。それは、とりわけ治療以外の目的で、医療情報の第三者提供が行われる場合に妥当する (治療目的の第三者提供の場合、基本的には、全医療情報を提供する必要があるとされているため、かかる範囲の絞り込みは不要である)。典型的には、雇用主への情報提供、官庁への報告、医学研究への協力などがそうである。

以下においては、必要以上の情報を収集・提供しないための実務上のテクニックをいくつか紹介し、わが国の実務界へ若干の示唆を提供したい。

1. あらかじめ定まった書式の利用

官公庁などへの報告の際に、あらかじめ定まった書式を利用することで、必要以上の情報を収集しないよう、提供しないようにする「工夫」が

カウンター、待合室、診察室の設計、「秘密保持ゾーン (Diskretionszone)」の設置、患者と受付担当者とのやりとりの工夫、「予約制診療所 (Bestellpraxis)」の推奨、患者の呼出方法、治療指示の仕方、患者文書の管理方法などについて、多くの記述がみられた。

(87) Höpken/Neumann, a. a. O. (Note 19), 2008, S. 39-40 (特に Praxis-EDV についてのデータ保護に関しての診療所協働者の教育について、詳しく記述されている)

(88) ebd., S. 26

行なわれている。

たとえば、法定の疾病保険組合（gesetzliche Krankenversicherung, GKV）は、社会法（Sozialgesetzbuch, SGB）294条、295条にもとづき、仕事を行なうのに必要な範囲で、患者の医療情報を取得する。その際、例えば「労働能力喪失証明（Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung）」のように、あらかじめ定まった書式用紙を利用することで、そこに記載された事項だけを質問できるように「工夫」されている。逆に、このような書式用紙に記載された事項以外の質問に対しては、医療機関は個別的に慎重に、情報提供の妥当性を審査すべきであるとされている⁽⁸⁹⁾。

感染保護法（Infektionsschutzgesetz）にもとづき、医師は健康局（Gesundheitsamt）に対し、特定の伝染病および特別な性病を報告しなければならない。この報告に際しても、通常、報告内容に対応する書式用紙⁽⁹⁰⁾を健康局で手に入れて使用する。

2. 仮名化・匿名化

特に医学研究や統計調査の分野では、仮名化や匿名化の「工夫」がみられる。

たとえば、医療機関が医学もしくは歯科技術の「研究所（Labor）」と協働していて、そこに患者の医療情報を提供する場合がある。この場合、患者の文書による同意⁽⁹¹⁾を得るか、匿名化または仮名化を施すかしなければならない⁽⁹²⁾。「試料（Proben）」が研究所に送られたときに、研究所がラベルなどの文字で患者の個人識別性（Identität）を認識できるならば、これは患者の同意を要するケースである⁽⁹³⁾。試料の仮名化とは、すなわち、誰から収集したものなのかについて、研究所の協働者には認識できないようなやり

(89) ebd., S. 22

(90) ebd., S. 24

(91) ebd., S. 22, 26

(92) ebd., S. 22, 26

(93) ebd., S. 49

方で、ラベルなどに記入することである。⁽⁹⁴⁾これは、試料を番号化することによって、容易く実現できる⁽⁹⁵⁾（このとき、医療機関には、どの番号がどの患者に属するのかわかるリストが存在する⁽⁹⁶⁾）。さらに、取り違えを防ぐために、番号に患者のイニシャルを組み込んで⁽⁹⁷⁾もよい。年齢や疾病といった種々のメルクマールを手がかりに、検査結果の信頼性（Plausibilität）を審査する必要がある検査は多いが、このようなメルクマールを仮名に加えることも可能である。⁽⁹⁸⁾ただし、疾病保険番号は、比較的容易に患者の個人識別（Identifizierung）ができてしまうため、仮名化には使用すべきでない⁽⁹⁹⁾と指摘されている。また、仮名化のための優れた技術的な解決策として、⁽¹⁰⁰⁾バーコードの使用が提示されている。

ここに設定したテーマは、現時点で筆者が抽出し得た限られたものである。また、それらに対する真の意味での解答が、実務調査も含めた広範な学際的研究作業に見出されるべきことは、前述した通りである。本稿は法学分野から一つのきっかけとヒントを投げかけたにすぎない。今後の筆者も含めたこの分野に関する総合的で大規模な研究調査活動の進捗を期しつつ、本稿を閉じることにする。

* 尊敬する藤岡康宏先生の古稀をお祝いし、その学恩に心から感謝の念を表します。

(94) ebd., S. 49

(95) ebd., S. 49

(96) ebd., S. 49

(97) ebd., S. 49

(98) ebd., S. 50

(99) ebd., S. 49

(100) ebd., S. 49

【付記】

本稿は、2008年4月～2009年4月西南学院大学在外研究（a）「ドイツ医療情報法」の研究成果の一部である。

邦語資料は、基本的には、2008年3月31日までに筆者が入手しえたものに限られ、その後は独語資料のみに拠る。