

診療記録の開示の範囲、その例外、及び開示対象者の問題 —診療記録開示の状況の日独比較—

中本 幹生

- キーワード
- ・診療記録
 - ・主観的情報と客観的情報
 - ・遺族に対する開示
 - ・閲覧請求権（開示の義務）
 - ・治療上の悪影響

【1】 序

インフォームド・コンセントの理念に基づく医療の推進が求められている中で、その一環として診療記録の開示が進められようとしている。患者が治療方法を自己決定するためには、言うまでもなく、患者が自分についての診療情報を知っていることが前提される。その際、従来のように医師の口頭による説明ばかりでなく、診療記録そのものを閲覧させるかコピーさせるなどの仕方で情報提供することが求められているのである。

従来、日本では診療記録の開示に消極的な意見が一般的であった。しかし、1997年に厚生省健康政策局長の私的諮問機関として設置された「カルテ等の診療情報の活用に関する検討会」（以下、検討会）が、1998年6月18日に報告書を提出し、患者の要請があれば原則として診療記録の開示を行なうべきである、との方針を示した。その翌年、日本医師会は診療記録開示のための自主的なガイドラインを発表し、現在我が国では、医療者団体が自主的に開示を進めつつあるという状況にある¹。こうして、従来診療記録の開示に消極的であった我が国は開示の全国的な実現へ向けて動きだしており、今はその過渡期にあるといえるだろう。

ところで、原則的には診療記録の開示が行なわれるべきだとしても、しかし無制限に開示がなされてよいと考えられているわけではない。検討会報告書にせよ日本医師会のガイドラインにせよ、開示について幾つかの制限を設けている。しかし、どのような制限がなされるべきかについては難しい問題があり、この点について検討会報告書及び日本医師会のガイドラインもなお曖昧な点を残しているように思われる。そこで本稿では、どの診療情報を開示すべきか（開示の範囲の問題）、どのような場合に開示は制限されるべきか（例外的制限の問題）、そして誰に開示してよいか（開示対象者の問題）の三つの問題を取り上げて考察してみたい。前二者の問題は、従来支配的であった開示に消極的な見解をもう一度批判的に検討し直す作業を通して考察する。三番目の問題に関してここで取り上げたいのは（本人だけでなく）遺族に対しても開示すべきか否かという問題であるが、これについて我が国ではまだ論議さえ行なわれていな

¹ 日本における診療記録開示の動向については、奥野満里子「診療記録の開示—その倫理的根拠、法制化、そして実践上の問題について—」（越智貢・土屋俊・水谷雅彦編『情報倫理学—電子ネットワーク社会のエチカー—』（ナカニシヤ出版、2000年）所収）参照。

い状況にある。

以上の三点について、本稿はドイツにおける診療記録開示の状況との比較検討を通して考察を進めてゆきたい。それにより、今後の日本における開示のあり方への一つの示唆を得られればと思う。

【2】 診療記録の開示に消極的な意見、及び開示対象者の問題

1. 開示に消極的な意見

従来、日本の通説・判例は診療録等の開示に消極的であった。その根拠は幾つか挙げられるが、特に繰り返し挙げられてきた主要な根拠は次の二つであろう。

(1) 診療録は医師の備忘録的性格のものであり、患者のために作成されたものではない。

(2) 診療録を開示すれば、患者に不安やショックを与え、患者にとって害になる。

この他にも、時間的・金銭的コストの心配、医学的判断の不確かさが知られてしまうことにより患者の信頼を損なうことへの危惧、診療録は患者には理解困難であること等の意見もあるが、開示に対するこれらの反論はそれほど決定的なものとは思われない²。

それ故ここでは、開示に消極的な立場をとる場合の主要な根拠である上記二つの見解について取り上げ、その問題点を考察したい。

(1) 医師の備忘録としての診療録

診療録は医師の備忘録、個人的メモである、という性格づけは、開示に消極的な立場を支持する根拠として最も頻繁に挙げられてきたものである。このように備忘録的性格を持つ故に、診療録は第三者に読ませるための文書ではないとされ、患者の閲覧は認められないと考えられてきたのである³。また、診療録の作成・保存は医師法24条により、監督庁に対して負っている公法上の義務でもあるが、しかしだからといって、それは医師が患者に対する関係において、患者に見せるためといった意味での文書の性質を持つものではない、とも言われている⁴。いずれにしても、診療録を医師の備忘録として位置づけた場合、診療録及びそこに記載された診療情報は医師の所有に属するものと理解され、それ故患者の閲覧の対象とされるべきものではないと考えられてきたのである。

従って、診療録等を開示すべきか否かの問題は、診療録等が誰のために作成されるものかということ、そしてそれとともに診療情報が誰の所有に属するのか（医師か患者か）という問の再検討を我々に迫ることになる。確かに、診療録の用紙やインクといった物は医療者側の所有に属するかもしれない。しかし近年、そこに記載された診療情報も医師の所有に属するかどうか

² 奥野、同論文、285-286頁参照。これらの消極的意見について、奥野氏は各々反論を行なっている。

³ 例えば、伊藤瑩子「診療録の医務上の取扱いと法律上の取扱いをめぐって（下）」判例タイムズ302号（1974年）、41頁参照。

⁴ 伊藤、同論文。

かは疑問視されるようになってきた⁵。

以上のことから明らかになることは、診療情報が患者に開示されてしかるべきものとするためには、まずその前提として、診療録は医師のための備忘録であるという考え方から、診療録は患者のために作成されるものである、という考え方への転換が恐らく必要であろうということである⁶。

(2) 治療上悪影響を及ぼす可能性があるという問題

診療記録を開示すべきでない根拠としてしばしば挙げられてきたもう一つの理由は、開示すれば患者に不安やショックを与え、患者にとって害になる恐れがある、というものであった。しかしこれは裏を返せば、患者に不安やショックを与えず、害になることが予想されない場合には、開示しても構わないということになる。この理由が開示一般を否定する根拠になりえないことは明らかである⁷。

従って、ここで寧ろ問題になるのは、治療上の悪影響が予想される場合についてであろう。これは確かに難しい問題をはらんでいる。患者の自己決定権を尊重する医療のあり方が求められているとはいえ、治療上の悪影響を甘受してまで診療録は開示されるべきなのだろうか。

たとえ悪影響が予想されるとしても、それは患者本人の選択の問題であるとして、自己決定の結果としての悪影響を甘受することもやむをえない、とする考え方も一つの立場としてありうるだろう。これに対して、もし開示の目的をあくまで診療の場における医療効果の向上に置くのであれば、悪影響を及ぼすことが予想される場合には、例外的に開示が制限されることもやむを得ないことになるだろう。ここには、医師は患者を保護すべきであるという医の倫理と患者の自己決定権との葛藤の問題が存している。

従って、この葛藤の問題の中で、診療記録の開示に例外的制限を認めるべきか否かについて我々は慎重に検討する必要がある。

2. 開示対象者の問題

我が国においても診療記録の開示への動きが始まったとはいえ、しかし今のところ開示の対象者は患者本人か、もしくは患者が判断能力の不十分な者である場合にはその代理人に限られている。検討会にせよ日本医師会にせよ、元患者や患者をなくした遺族に対する開示については初めから検討の対象から外している。

これは開示の目的が日常診療の場における医療の質の向上に置かれているためである。この

⁵ 例えば、和田努『カルテは誰のものか』（丸善ライブラリー、平成8年）、107頁参照。

⁶ 従来ドイツにおいても、診療録は医師の個人的メモ、内面的な記憶の支えであるとされ、またその所有権は医療者側にあるとされてきた。開示に消極的な立場に立つ伊藤氏の上掲論文の立論は、この従来のドイツの判例を参照しつつ展開されている。しかし以下に見る通り、その後ドイツにおいて診療録に対する従来の理解は放棄されている（1978年）。このドイツにおける展開を見る限り、医師の備忘録であるという性格づけは再考を迫られざるを得ないだろう。

⁷ 奥野、同論文、286頁参照。

場合、遺族や元患者への開示は医療効果の向上に資することはなく、従って開示を認める根拠はない。しかし、そもそも診療記録の開示が強く求められるようになったのは遺族や元患者の要求によるものであることを考えれば、遺族や元患者に対する開示も今後論議されるべき検討課題である、という指摘もなされている⁸。

そこで本稿では、日本において開示の議論の対象から除外されたこの問題、特に遺族に対する診療記録の開示の問題について取り上げ、考察したい。

【3】 ドイツにおける診療記録開示の状況

以上、我が国における診療記録の開示に関して、代表的な二つの消極的意見、そして開示対象者の問題について見てきた。これらの問題に対して、本稿はドイツの開示の状況との比較を通して考察したい。まず、ドイツの状況について概観する。

1. ドイツにおける診療記録開示への歩み

—医師のために作成される診療記録から、患者のために作成される診療記録へ—

過去において、我が国と同様ドイツにおいても、診療録等は医師の備忘録的な性格を持つものと見なされていた。当時の支配的な学説は診療録等を単に医師の意のままになる記憶の支えと見なしており、連邦最高裁判所もその見解に従っていた⁹。即ち、診療録等は個人的なメモとして医師の利益のために作成されたものであり、従って医師の所有に属する。それ故、その内容に対するコントロール権は患者には認められない、と考えられてきたのである¹⁰。

連邦最高裁がこの考え方を時代遅れのものとして放棄したのは、1978年の判決においてである。ここで最高裁は適切な診療記録の作成を医師の民法上の義務と認めたが、我々が注目したいことは次の点、即ちこの義務が患者に対しても負う義務であるとされていることであり、これは医師の治療義務から生じるとされる¹¹。ここで診療記録の性格づけに関して考え方が大きく

⁸ 奥野、同論文、288頁。

⁹ Hans Lilie, *Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten: eine arztrechtliche Studie zum deutschen und amerikanischen Recht*. Frankfurt am Main, 1980, S. 122.

また、吉野正三郎「西ドイツにおける医療過誤訴訟の現状と課題（上）—診療録に対する患者の閲覧請求権—」（判例タイムズ530号（1984））、24頁参照。

1982年の連邦最高裁判所判決に至るまでの、ドイツにおける診療記録閲覧請求権を巡る判例・学説を紹介・検討した邦語文献としては、上記吉野論文の他に、山下登「医師の診療記録に対する患者のアクセス権の保証（一）—ドイツの判例・学説を手がかりとして—」（長崎県立国際経済大学論集24. 3=4（1991））が詳しい。

¹⁰ Lilie, *ibid.*, S. 124. これについて、診療情報は患者によって与えられたデータである、という側面が従来は無視されてきたとLilieは評している。

¹¹ Jürgen Peter, *Das Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen*. Köln; Berlin; Bonn; München, 1989, S. 15.

転換されたとみてよい。即ち、診療記録は、医師のために作成されるものから、患者のために作成されるものへと見なされるに至ったのである。

医師会もこの判決の変化を考慮し、1979年のドイツ医師会議において、次の条項を加えた医師職業規則（原型）を議決し、診療記録が患者のためにも作成されるものであることを明確にしている。「医療上の記録は医師にとっての記憶の支えに役立つばかりではなく、規則通り作成された診療記録（Dokumentation）によって患者の利益にも役立つ」¹²。

こうして診療記録の作成が患者に対する義務として規定されたことにより、さらに次の一步、即ち診療記録閲覧請求権の肯定への歩みが踏みだされることになる。1978年、1979年に下級審において閲覧請求権を認める判決が相次ぎ¹³、そして1982年には、連邦最高裁において閲覧請求権が認められるに至ったのである（この判決については次節で紹介する）。

以上のことから明らかになることは、患者の閲覧請求権が承認されるに至るためには、まずその前段階として、診療録等の性格づけに関する考え方の転換がなされねばならなかったことである¹⁴。即ち、従来診療録等は医師の個人的メモ、内面的な記憶の支えと見なされていたが、この理解は破棄され、患者のために作成されるものであるという理解へと、捉え方の転換が行なわれねばならなかったのである。以上のドイツの判例の流れはこのことを示している。

2. 1982年の連邦最高裁判所判決とドイツ医師職業規則

（1）判決の内容

ドイツにおいて訴訟外における患者の診療記録閲覧請求権が一般的に肯定されるに至ったのは、1982年11月23日の連邦最高裁判所の二つの判決においてである¹⁵。判決の内容を要約すると次のようになる¹⁶。

- 1) 患者は、医師と病院に対して、訴訟外においても閲覧請求権を持つ。
- 2) 但し閲覧の対象は客観的な記録——自然科学的に具体的に述べられうる身体的状態、治療の状況や経過、投薬や手術に関する報告等——に限られ、主観的な評価に関する記録——患者についての個人的な印象、決定についての動機、後に撤回された疑いの診断（Verdachtsdiagnose）等——は除外される。
- 3) また、治療上望ましくない結果を患者にもたらず情報、第三者の利益を害するものは除外

¹² Peter, *ibid.*, S. 16. Lilie, *ibid.*, S. 138. 但しLilieによれば、「患者の利益にも」という表現によって、患者の利益が中心的位置を占めるわけではないとの見解を医師団体は示している。しかしこのような表現においては、診療記録が医師の記憶の支えである機能を持つことと患者の利益に役立つということとは相互的に影響し合うものであることが見損なわれている、とLilieは批判している。

¹³ Peter, *ibid.*, S. 16f.

¹⁴ 吉野、同論文、24頁。

¹⁵ BGH, NJW 1983, 328; 1983, 330.

¹⁶ なお、この判決を紹介した邦語文献としては、吉野、同論文の他、高嶋英弘「診療契約の特徴と内容—ドイツの議論を中心に—」（植木哲・丸山英二編『医事法の現代的諸相』（信山社、1992年）所収）、ラウフス「ドイツ医事法」（植木哲・山本隆司編『世界の医事法』（信山社、1992年）所収）参照。

される。

4) 精神医学的な治療の場合は、原則的には閲覧請求権は制限される¹⁷。

5) 閲覧請求権の及ばない部分に関し、どの部分を開示しないかの判断は医師と病院に信頼して委ねることとする。

6) 閲覧は通常医師との話し合いの枠内で行なわれるが、しかし患者の要求がある場合には、記録そのものを引き渡すか、患者の負担でコピーさせなければならない。

7) 閲覧請求権を認める法律上の根拠に関して、判決は、診療録等の開示の義務を § 242 BGB (信義則)¹⁸に基づく診療契約上の付随義務として位置づけ、これによって患者は診療録を閲覧できるとしている。そしてこの契約上の付随的な請求権は、ドイツの憲法である基本法 (Grundgesetz) 上の価値によって形成された自己決定権と患者の個人の尊厳から生ずる、とされている。

(2) ドイツ医師職業規則

このように判例法上診療記録閲覧請求権が認められていることに加え、ドイツでは医師の職業規則においても、要求があれば医師は診療記録の開示もしくはコピーをしなければならないことが明記されている。

連邦医師会が定める「ドイツ医師のための職業規則 (原型)」(Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte) は、その第十条の中で診療録の開示とコピーについて次のように規定している。「医師は、患者の要求があれば、当人に関連する診療録 (Krankenunterlagen) を原則として閲覧させなければならない。但し、医師の主観的印象や感知したことを含む部分は除外される。要求があれば、患者に費用を負担させて診療録のコピーを渡さなければならない。」¹⁹ 医師職業規則はしばしば改訂されているが、この規定は1997年の改訂の際に加えられたものである。ドイツでは、このように医師の倫理規範としても診療録等の開示は明確に義務づけられている。

ところで、ドイツのこの医師職業規則は医師団体が自己自身を規律するという形で作成されたものではあるが、にも拘わらず単なる職業倫理にとどまらず、同時に法的効力も伴っている

¹⁷ 1984年の連邦最高裁判決において、次の三つの条件が満たされる場合には、精神医学的な治療の場合でも閲覧請求権が例外的に認められるという見解が示されている。1) 医師が診療記録の開示に対して治療上の疑念を有しないこと、2) 開示によって医師・患者間の信頼関係に悪影響を及ぼす恐れのないこと、3) 第三者の利益が損なわれないこと。

¹⁸ BGB=Bürgerliches Gesetzbuch (民法)。その242条は、債務者が取引の慣行を考慮して信義 (Treu und Glauben) に適うように債務を履行することを義務づけたものである。

¹⁹ 「ドイツ医師のための職業規則 (原型)」はドイツ医師会雑誌 (Deutsches Ärzteblatt) に掲載されている。http://www.aerzteblatt.de/v4/archiv/artikel.asp?id=7642 (2002年4月には参照可能)

なお、この医師職業規則 (1997年版) の翻訳が下記のホームページに掲載されている。

岡嶋道夫「ドイツ医師職業規則」。http://www.hi-ho.ne.jp/okajimamic/d119.htm (2002年4月には参照可能)

ことを付言しておかなければならない²⁰。即ち、連邦医師会が定めた「ドイツ医師のための職業規則（原型）」は、さらに各州の医師会において議決され、その州の監督官庁が承認することによって法的拘束力を持つことになるのである（州ごとに若干の相違はあるものの、現実には、全ての州においてほぼ原型のままこの職業規則が採用されているという）²¹。職業義務に違反した医師は職業裁判にふせられるが²²、その際、医師職業規則が判断基準となり、警告、戒告、罰金、医師会役員選挙権と被選挙権の剥奪、等の制裁が課せられる²³。この意味で、職業規則は強い拘束力を持っているのである。

（3）判決に関するドイツにおける議論

以上のようにドイツでは最高裁判決及び医師職業規則において法的拘束力を持つ形で閲覧請求権が認められているのであるが、その内容に関するドイツにおける議論を見てみよう。ここでは、本稿の課題との関連から、特に開示の範囲に関するドイツにおける議論を見ることにする。ドイツでは客観的な情報のみを開示の対象とし、主観的な情報（医師の記した個人的な印象、動機等）は開示の対象から外されているが、このことにまつわる問題点である。

例えば、診断（Diagnose）は客観的な情報に属するの否が問題にされている。Lang は、医師が診断を下す場合、自分の評価に従って病気の原因と考えられるものを表明するわけだから、診断は通例医師の評価を含み、確かに主観的判断に依存しているという。しかし、診断が自然科学的研究方法で再検査可能な場合（例えばHIV ウィルスに感染しているという判断）は、事実を表しているともいえる。たとえ発病の認識が主観的要素を含むとしても、診断は閲覧の対象にすべきであるとLang は言う²⁴。また、診断も開示しなければ医師の重要な過誤原因の一つ（誤診）が隠蔽されたままになってしまう、という指摘もある²⁵。

また、開示の制限を実際にどのように行なうのか、という問題もある。その方法としては、1) 患者側・医師側双方とも同意する第三の中立の医師を立て、どの記録部分を制限するかについて決定する権限を与える、という仕方、2) 開示の対象にならない部分を覆ったうえでコピーす

²⁰ このことは現在我が国において、日本医師会が自主的なガイドラインを作成し、それによって開示を進めようとしていることとは重要な相違がある。日本医師会がガイドラインを作成したのは検討会報告書の提言した開示の法制化に反対し、開示を法律によって義務づけるのではなく、医師の職業倫理、医師団体の倫理規範に委ねるべきであるという立場を取っているからである。なお、診療記録の開示を倫理規範に委ねるべきか法制化すべきかという問題については、拙論「ドイツにおける診療記録の開示—倫理規範と法制化の問題—」（『生命・環境・科学技術倫理研究VII』千葉大学文学部哲学講座、2002年）参照。

²¹ ドイツの医師会については、宇都木伸「西ドイツ医師職業裁判所—その概要と問題点研究ノート—」（『東海法学』第一号（1987））、岡嶋道夫、上掲ホームページの解説を参照させていただいた。

²² ドイツの医師職業裁判所の制度については、宇都木、同論文に詳しい。

²³ 宇都木、同論文によれば、一部の州ではさらに職業の従事を禁止する制裁規定があるとのことであるが、しかしこの制裁は違憲の疑いが強いとされているようである（141頁）。ラウフス、上掲書によれば、職業裁判所の権限は医師の資格剥奪までは及ばないとされている（35頁）。

²⁴ Franziska Lang, *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung*. Baden-Baden, 1997, S.141f.

²⁵ ラウフス、同書、139頁。

るといふ仕方、が考えられる²⁶。しかし、第二の方法では覆った部分がそれとして認識されることになるが、このような断片的な診療記録では患者は不信感を募らせるのではないか、という意見がある²⁷。

以上のように、どのように主観的情報と客観的情報を区分けするのか、またどのように主観的情報を伏せるのかについてはなお問題点があり、今後も論議を重ねてゆく余地があるように思われる。

3. 遺族の閲覧請求権

(1) 1983年の連邦最高裁判所判決

患者本人の閲覧請求権を認めた上記判決の後、1983年5月31日、連邦最高裁判所はさらに相続人にも閲覧請求権を認めている²⁸。この判決の概要は以下の通りである。

判決は、上記1982年の判決に基づいて患者本人が訴訟外での閲覧請求権を持つこと、及びそれが診療契約上の付随的権利であることを再度確認している。その上で、1) その請求権は全ての範囲で一身専属的な (höchstpersönlich) 権利であるというわけではないとの見解を示した。この請求権は正当な経済的利益 (例えば、医師に対する損害賠償請求権を明らかにすること) のためにも用いられうるが、この限りで閲覧請求権は財産権的要素を持ち、従って相続人への移転が可能である (但し、債権者の交代が請求権の本質に対立しない限りにおいてである)。また、2) 財産権的観点以外の観点においても、事後効力を持つ故人の人格上の利益を擁護するための権利もまた身内の者に属しうると見なされ、従って相続人の地位に関わりなく身内の者が故人の閲覧請求権を主張しうることも必ずしも排除されないことが示唆されている。

しかしいずれの場合にも、医師の守秘義務を免除できるのは患者本人のみであり、遺族はこの義務を免除させる権利を持たないとされる。それ故、故人に対する医師の守秘義務はなおも効力を持ち続けており、医師はこの義務を良心的に吟味し、秘密を漏らすことができないと思われる場合には、診療録の閲覧を相続人及び身内の者に拒否することができる。即ち、故人の表明されたもしくは推定上の意志に反しない限りにおいてのみ、閲覧請求権は遺族に存するのである (さもなければ、権利が移転することにより、請求権はその内容において目的に反した変化を蒙ることになるからである)。

しかし、通常は故人の表明された意志は欠いている故に、推定上の意志が決定的となるであろう。ではその場合、誰か故人の意志を確定するのだろうか。判決は秘密保持者 (=医師) にその確定を委ねている。従って医師は、故人が遺族に診療録を (全面的もしくは部分的に) 開示することを拒むであろう根拠があるかどうか、慎重に考慮することが期待される。しかし、守秘義務は原則的には死後も守られるべきであるとしても、それは全く例外のない規則と見なさ

²⁶ BGH, NJW 1983, 328 (330). Vgl. Lang, *ibid.*, S. 145f.

²⁷ Lang, *ibid.*, S. 146, ラウフス、同書、140頁。

²⁸ BGH, NJW 1983, 2627.

れているわけではない。特に損害賠償請求権を明らかにしようとする場合には、判決はこの例外的事例にあたりと見なしている。ある種の秘密保持の利益は患者の死によって片のつく可能性もあり²⁹、医師はそのような状況も考慮しなくてはならず、不適切な理由によって閲覧を拒否することは許されない。それ故閲覧を拒否する場合には、医師は単に守秘義務を持ち出すだけでは十分ではなく、拒否の根拠を立証しなければならない（とはいえ、守られるべき秘密が漏洩しない範囲においてである）。

（２）遺族の閲覧請求権にまつわる問題点

以上の判決により、ドイツでは遺族の閲覧請求権が肯定された。しかしこれには問題がないわけではない。判決によれば、遺族に閲覧請求権は認められるものの、権利の移転に際してもなお存続する守秘義務から医師を免除する権利は遺族に与えられていない。このことから一つの困難が生じる。即ち、遺族の情報請求権と秘密保持者（医師）の守秘義務との間の葛藤という困難である。

判決はこの困難の解決を、故人の表明されたもしくは推定上の意志による決定に求めている。ここまではよいとしても、しかし問題は、その意志の確定が医師に委ねられている点にある。この場合閲覧請求権が存立するか否かの決定は医師が下すことになるわけであるが、これに対しては、こうした状況での決定に際して医師に期待すべきでないものを期待しているのみならず、守秘義務が少なくとも医師の防御にも役立つという誤った印象を与えるのではないかと、という問題が指摘されている³⁰。事情によっては故人の死に責任がある者（＝医師）に、相続人がその者に対してなす請求を効力あるものとなしうるか否かについて決定させるということが、はたして妥当なことだろうか？³¹

また、守秘義務との葛藤の問題を故人の推定上の意志に求めたとしても、その意志を推定することには常に不確実性が伴う、という問題もある³²。

【４】 開示に消極的な意見、及び開示対象者の問題の批判的検討 —ドイツにおける開示の動向との比較—

以上見てきたように、ドイツでは判例法上患者及び遺族に対する診療記録閲覧請求権が認められている。最後に、【２】において挙げた三つの問題点について、ドイツの状況との比較を通して考察したい。

²⁹例えば、病気の予後が好ましくなく余命が短いということを知られたくない、という故人の要望など。

³⁰Peter, *ibid.*, S. 301.

³¹Vgl. Peter, *ibid.*, S. 302.

³²Vgl. Peter, *ibid.* それ故、守秘義務保持の要望を満たすことは例外と見なさざるを得ない場合を認めた最高裁判決の立場にPeter は同調している。

1. 開示に消極的な意見の批判的検討

(1) 医師の備忘録としての診療録

ドイツにおいて患者の閲覧請求権が一般に認められるに至ったのは1982年の連邦最高裁判決においてであるが、その際、判決はまず診療記録の性格について次のことを確認していることに注意したい。即ち、診療記録は「従来なお判決がそう見なしてきたようにただ医師の意のままにされる記憶の支えではなく、医師による入念な診療の要素として医師が患者に負うものであるとみなされる」ことの確認である。このことは、閲覧請求権を肯定するためには、患者に対する医師の診療記録作成義務を診療契約に基づく付随義務と見なすことが前提されねばならないことを示している³³。言い換えれば、閲覧請求権を認めるためには、まず診療録等が患者のために作成されるものであるという考え方への転換が必要だったのであり、事実ドイツでは判例においてその転換が行なわれ（1978年）、ついには診療録等の閲覧を認める判決へと至ったのである。

従来日本においても診療録等の診療記録を開示することについては消極的な立場が取られてきた。その主要な根拠の一つは、診療録が医療従事者の備忘録的性格のもので、その所有権は医療従事者側に属すると考えられてきたためであった。

確かに、診療録には医療従事者側の思考過程も記載されていることは確かであろう。しかし、そこには患者の個人情報が含まれていることもまた事実である。そうであれば、診療録全体が患者の個人情報であるわけではないという主張は、同時に、診療録全体が医療従事者側の思考過程であるわけではないという主張ともなる³⁴。それ故、医療従事者側の思考過程も一部含まれている故をもって、診療録が医療者側の所有と見なしてきた従来の見解は十分な説得力を持つとは思えない。

既に述べたように、事実、近年我が国でも、診療記録についての捉え方は変わってきている。検討会報告書は、従来のように診療記録を医療従事者の備忘録・メモとして捉えるのではなく、患者のために作成・管理されるものであるという見方を示唆している。そうであれば、医療従事者側の思考過程が含まれている故をもって診療録全体を医療従事者側の所有に属するとし、開示を行なうことはできないという主張はもはや維持しがたい。とはいえ、日本医師会のガイドラインでは診療記録の性格に関する言及は特になされておらず、また法的にも、診療録の作成は監督庁に対して負っている義務であるとされており（医師法24条）、患者との関係において医師が負う義務とされているわけではない。これに対して、ドイツでは判例法上も医師職業規則においても、診療記録作成は患者に対して負う医師の義務であることが明確にされている。診療記録の開示を進めるためにも、今後我が国でも診療記録の性格づけについて十分な議論が行なわれ、記録作成義務についてより明確な形での社会的合意を形成する必要がある³⁵。

³³但し、このことから直接に閲覧請求権が導かれるのではなく、上に紹介したように、信義則が援用されることによって請求権は導かれる。

³⁴奥野、同論文、285頁参照。

³⁵もし将来において診療記録開示の法制化が再び検討されるようなことがあれば、診療記録作成義務も合わ

さて、しかし診療記録は患者のために作成されるものであるとして基本的には開示を認めるとしても、その一方で、診療情報の中には患者の閲覧を予定していない医療従事者側の思考過程が含まれていることもまた事実である。言い換えれば、診療記録に記載された診療情報は、患者及び医療従事者各々の所有に属すると思われる部分を含んでいる。では結局のところ、診療情報は全体として誰の所有に属するのか。

ところでこの点に関しても、診療記録の情報を主観的な評価の部分と客観的記録の部分に区分けしているドイツの事例は一つの解決法を示している。1982年の最高裁判決は、診療記録は患者のために作成されるものであるとの認識を示し、診療記録の医師の所有権よりも患者の権利を優先させた。「医師側からしばしば主張されてきたこのような記録に対する著作権及び所有権もまた・・・当該患者の人格権の背後に退かねばならない」³⁶。とはいえ、これは客観的な記録に限ってのことである。医師の個人的要素を含む主観的な記録の部分に関しては、それが患者に知られることを目的にして作成されたものではなく、患者にアクセスされないことを念頭において作成されたものであることを判決は認めている³⁷。従ってこの主観的な記録にまで患者は正当な利益を有するとは見なされていない。それは医師の人格権の保護の範囲に属すると考えられ³⁸、この医師の権利と衝突しない範囲内で患者側の権利を認めたものといえるだろう³⁹。

従って、もし診療記録が患者のために作成されるべきものであると考えるならば、少なくとも医療従事者側の思考過程以外の情報（身体的状態、治療の状況や経過、投薬や手術に関する報告等）は開示されるべきであることは明らかである。しかし、主観的情報まで開示すべきかについてはなお疑問が残る。そもそも患者が診療記録を閲覧したいと思うのは自分の病状や治療効果について十分な情報を得たいということにあるのであれば、医師の個人的な印象等まで閲覧の対象にする必要はないとも考えられる。

我が国では、情報のどの部分まで開示の対象とするかに関してはなお曖昧な点を残しているように思われる。検討会報告書及び日本医師会ガイドラインは、主観的印象まで含んでいる診療録をそのまま患者に見せることには問題があるとして、当分の間暫定的措置として要約書の提供で足りるとしているが、最終的にそれを開示すべきか否かについては必ずしも明確にされていない。どの範囲の情報まで開示対象とされてよいかは、主観的情報の記載の仕方⁴⁰に関する

せて検討してしかるべき課題とも考えられる。その際、診療記録作成義務を患者に対して負う契約上の付随義務としているドイツの判例は一つの参考になるであろう。

³⁶ BGH, NJW 1983, 328(329).

³⁷ *ibid.*

³⁸ Vgl. Lang, *ibid.*, S. 145.

³⁹ 吉野氏は、連邦最高裁のこの判決を、患者の利益と医師の利益を調整した判断として、一種の折衷的な結論であると特徴づけている（同論文、29頁）。

⁴⁰ 主観的情報を開示対象から外すことの実際的方法に関して、1982年ドイツ連邦最高裁判決は、診療記録を二重に作成する（即ち、開示すべき記録と開示できない記録とを分かつ）という方法も示唆しているが、それを採用すべきか否かについては未決定のままにしている。

吉野氏は、二重帳簿的な診療録の作成を認めると、医師は本来公開してしかるべき内容についてもみ

論議とともに、今後の検討課題であろう。

(2) 治療上悪影響を及ぼす可能性があるという問題

ドイツでは、このように医療従事者側の利益保護という観点から診療記録の主観的部分の閲覧は制限されていることの他に、患者本人及び第三者の利益保護という観点からも閲覧は制限されている。患者が閲覧をした場合に治療上悪影響が予想される場合や、第三者から提供された情報で、閲覧することにより第三者に不利益（患者の誤解や攻撃）を及ぼす恐れがある場合である。これに関しては我が国も同様であり、検討会報告書及び日本医師会ガイドラインは、この場合開示が例外的に制限されるとしている。

しかし、第三者に不利益を及ぼす恐れのある場合の制限はやむを得ないとしても、患者本人の利益を考えた場合、たとえ不利益になっても開示して欲しいという患者もありうるかもしれない。この場合、真実を知ることによる患者への治療上の悪影響を避けることと患者本人の自己決定を尊重することのどちらが優先されるべきだろうか。より一般的な形で言い換えれば、医師は患者を保護すべきであるという医の倫理と、患者の自己決定権のどちらが優先されるべきなのか。

医療におけるパートナーリズムの立場をとらないとするならば、まず考えられるのは、患者本人の自己決定を無制限に尊重し、その決定を唯一の基準とする立場であろう。この場合、たとえ治療上の悪影響があったとしても、それは自己の選択の問題であり、その結果は全て本人が責任を負うことになるだろう。即ち、開示するか否かの決定の基準は本人の意志のみであり、その際医師の専門家としての医学的判断は基準たりえない。確かにドイツ連邦最高裁判決では、閲覧請求権を法律上根拠づけるに際して、基本法上の価値によって形成された自己決定権を引合に出している。それ故、診療記録の開示においても基本的には自己決定権は最大限尊重されなければならない、ある程度の治療上の悪影響もあるいは甘受されてよいとも考えられうる。しかしそれと同時に、連邦最高裁判決は、閲覧請求権を具体的には診療契約を基盤とした医師の説明義務の延長線上に根拠づけてもいる⁴¹。その法的な意味合いを詳論することは本稿の課題を越えるので立ち入ることはできないが⁴²、しかしここでは閲覧請求権があくまで診療という枠組みの中に基礎づけられていると考えられる限り、倫理的には医師の専門家としての医学的判断も尊重されざるを得ない（即ち医の倫理の入る余地もある）ように思われる⁴³。それ故、治療効

な非公開のカルテに記録してしまうのではないかという危険性を指摘している（同論文、31頁）。

⁴¹但し、医者—患者の診療契約という法律関係にどのような形で基本法上の原理が作用するのか、という点について疑問を投げかけている論者もないわけではない。Peter, *ibid.*, S. 159ff.

また、吉野、同論文、30頁、31頁注(1)参照。

⁴²医者—患者関係の法的観点からの検討については、高瀧、同論文参照。

⁴³これに対して、もし診療という場面を離れて、例えば自己情報コントロール権のみに依拠した形で閲覧請求権を構成するのであれば（前田雅子「個人情報保護条例にみる保健医療情報の開示」『ジュリスト』1142号、1998年10月1日。（特集：診療記録の開示と法制化の課題）所収）、56頁参照）、あるいは医師の専門

果ということも考慮せざるを得ない日常診療の場面では、治療上の理由からの閲覧請求権の例外的制限もやむを得ないと考えられる。但し、こうした自己決定権の例外的制限は極めて限られたケースであるべきだろう⁴⁴。

では我が国の場合はどうだろうか。検討会報告書及び日本医師会のガイドラインでは、診療記録開示の主要な理由は医療効果の向上に置かれている。即ち、日本においても診療記録の開示はやはり診療という枠組みの中に根拠づけられていると考えられ、この点ではドイツの動向と軌を一にしているといえるだろう。検討会報告書の立場を、医師と患者の診療契約に基づく医師の説明義務の延長線上に診療記録開示義務を位置づけたものと捉える見方もなされている⁴⁵。そうであるならば、検討会報告書及び日本医師会のガイドラインが、患者や第三者の利益を損なう場合は開示しないこともありうる例外を設けていることは、やむを得ない制限であろう。

2. 遺族に対する開示の問題の批判的検討

検討会においては遺族に対する診療記録の開示の問題は検討の対象から外されており、日本医師会のガイドラインにおいても遺族に対する開示については触れられていない。現在のところ我が国では、遺族に対する開示について本格的な論議はなされていない状況にあるといつてよい。

これに対して、ドイツでは1983年の連邦最高裁判決において遺族に対する診療記録の開示が認められている。ここでも閲覧請求権は基本的には診療契約における付随的権利として考えられているが、しかしこの権利は完全に一身専属的な権利であるわけではない、とされている。即ち、閲覧請求権は本人に限定される必要はなく、遺族への移転が可能である。このことは、対象者を患者本人に限定して開示を進めつつある日本の状況とは対照的である。

上に述べたように、我が国において開示対象者が患者本人（もしくはその代理人）に限定されたのは、開示の目的を日常診療の場面における医療の質の向上においたからであった。それ故、その目的は診療中の患者の利益に限定され、医療効果の向上に資することのない遺族に対する開示は検討の対象外となったのである。しかし、我々はここで、開示の目的であるこの医療の質の向上ということをもう一度考え直してみる必要があるように思われる。まず、向上させるべき「医療の質」を、現に提供されている医療に限る必要があるのかを問われるべきであろう。そうではなく、より広い意味で「医療の質」を考えてもよいのではないか。遺族に対する開示は、情報をオープンにすることで医療界の信頼が醸成され、たとえ医療過誤等が明らかになったとしても同様の過誤が今後防がれることによって間接的に医療の質が向上することに

家としての医学的判断を考慮しなければならない理由は再び無くなるかもしれない。しかし、連邦最高裁判決は具体的には診療という枠組みの中で閲覧請求権を構成している限り、医学的判断も考慮せざるを得ないように思われる。

⁴⁴ Vgl. BGH, NJW 1983, 329.

⁴⁵ 前田、同論文、56頁。

なる、という指摘もなされている⁴⁶。

さらに、より質の高い医療を行なうということの根底にある基本的な考え方自体をもう一度確認し直してみる必要もないだろうか。よりよい医療ということで具体的に考えられているのは、患者の自己決定を尊重しつつ患者・医療従事者相互の信頼に基づいた医療を行なうということであり、そこで基本的に求められているのは患者の意志をより尊重した医療のあり方であったはずである。1983年の連邦最高裁判決においては、主に財産権の観点からの考察がなされているものの、それ以外の観点においても、患者の人格上の利益は死後においても効力を持つと見なされ、その利益を擁護するためにも閲覧請求権が身内の者に属しうるものが考慮されている。本来患者の意志を尊重し、その利益を擁護することがよりよい医療という考え方の根底にあり、そしてそのような医療を実現するための一つ的手段として診療記録の開示が行なわれるのだとしたら、それを特に診療中もしくは生存中に限定しなければならない理由はあるのだろうか。少なくともドイツの立場は、そのような限定を特に認めていない事例を示しているように思われる。

しかし、既に見たように、遺族に対する開示は医者への守秘義務との葛藤という困難を伴っている。閲覧請求権が基本的には患者本人の自己決定権に基づけられるべきならば、この困難の解決を故人の（推定上の）意志に求めている連邦最高裁の見解は妥当なもののように思われる。

しかし、その故人の意志をどのように確定するかについてはなお問題が残っている。医師が開示を拒否する場合には、拒否の根拠を説明することが求められてしかるべきであろう。故人の意志の確定がどのようになされるべきかについては今後さらに論議を積み重ねていく必要があるだろう。

【5】 まとめ

本稿の目的は、ドイツにおける診療記録開示の状況との比較を通して、我が国における開示の問題点を明らかにし、今後の開示のあり方への示唆を得ることにあつた。以上の考察をまとめると次のようになる。

(1) 開示の範囲について

診療録等の診療記録は患者のために作成・管理されるものであると考えるならば、基本的には診療録等は開示されるべきである。但し、診療録には患者の閲覧を予想していない医療従事者の主観的な印象や思考過程等の要素が含まれるが、これについても開示すべきか否かについては問題が残る（しかし少なくともそれ以外の客観的情報は開示されなければならない）。主観的情報も開示すべきか否かについては、診療録等をどのように作成・管理すべきかの論議とともに、今後の検討課題である。

(2) 開示の例外的制限について

⁴⁶奥野、同論文、289頁。

我が国においては患者本人に治療上の悪影響が予想される場合や第三者に不利益を及ぼす場合には開示が例外的に制限されるとしており、これはドイツにおいても同様である。本稿では特に患者本人に治療上の悪影響が予想される場合を考察したが、その根底にあるのは医師は患者を保護すべきであるという医の倫理と患者の自己決定権との葛藤の問題である。しかし、あくまで開示を診療関係という枠組みの中に基礎づけるならば、このような場合の例外的制限もやむを得ないであろう。

(3) 遺族に対する開示について

ドイツでは遺族に対する開示は既に判例法上認められているが、我が国ではまだ論議が十分に行なわれていない。開示の目的の再検討とともに、今後論議すべき検討課題である。ドイツの事例を参照する限りでは、開示対象者を本人（及びその代理人）に限定する必要はないものと思われる。但し、遺族に対する開示には医師の守秘義務との葛藤の問題が存しており、どのようにこの問題を解決するかが一つのポイントになると思われる。

(付記) 本稿は註(20)の拙論とそのテーマと構成も異なるが、記述が部分的に重複することをお断りしておく。

(西南学院大学)