

### Ⅲ 人権に関するガイドラインの研究

1. 人権とは何か
2. HIV 抗体検査のルーチン化と倫理
3. 医療機関の診療義務とその限界
4. 個人情報保護制度の現状  
～医療分野の個人情報保護を論ずる前提として～
5. 守秘義務とその解除の要件  
～パートナーへの通知をめぐって～
6. 疫学研究における人権についての研究
7. 健康権と国際公共財  
～感染症対策沖縄国際会議報告～
8. 国際人権法における健康権に対する権利と HIV/AIDS

# 人権とは何か

杉山 真一

## 1 「人権」という用語の意味

エイズと人権・社会構造の研究に際し、そこにいう「人権」とは何かについて検討する必要がある。そこで本稿では、主として法的見地から、日本国憲法<sup>1,2</sup>上の基本的人権、その享有主体、保障の限界、保障範囲について概観しつつ、本研究において「人権」をいかなるものとして観念すべきであるか具体例に触れつつ検討したい<sup>3</sup>。

## 2 日本国憲法における基本的人権

### (1) 日本国憲法における人権

日本国憲法は、第3章「国民の権利および義務」において、国民の基本的人権の保障について定める。

すなわち、日本国憲法第11条は、「国民はすべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる。」と定め、第13条（幸福追求権）から第40条（刑事補償）にかけて、基本的人権の保障を定めている。

ここにいう「基本的人権」とは何か。通説的見解は、まず、基本的人権とは、「人間がただ人間であることのみにもとづいて当然にもっている権利」であると定義する<sup>4</sup>。すなわち、個人の尊厳（憲法13条参照）を確保することを目的として、人がただ人であるがゆえに当然に有する権利（人権の「普遍性」）である。そして、このような基本的人権は、憲法制定以前に存在していたのであるが、憲法の制定により、具体的なカタログとして条文化されたものであるとする。人権のカタログとしての憲法各条の射程範囲は、その社会的、歴史的背景によって異なるが、このカタログおよびその中核部分は、憲法改正によっても廃棄できないという意味で「不可侵」であるとする。

基本的人権とは何かについては、様々な視点から多様な議論が存在するが<sup>5</sup>、そのほとんどが上記

---

<sup>1</sup> 基本的人権とは何かという問いに対しては、まず日本国憲法の解釈をもって応えることとなる。ただし日本国憲法の解釈においても、国際人権法のもつ意味は重要である。ここに国際人権法とは、我が国が批准し国内的効力を有する人権に関する条約等をいう。いわゆる国際人権規約B（自由権規約）および同A（社会権規約）などがその例である。

<sup>2</sup> 基本的人権が問題となる場合でも、憲法の人権規定が直接問題となる場合と、差別禁止立法や労働立法さらには民法の不法行為法の解釈において、憲法の人権規定が参酌される場合とがある。HIV感染者の人権については、後者の場合も重要である。

<sup>3</sup> 医療における人権について、法律家の立場から論じたものとして坂井眞「保健医療福祉における「人権」とは」公衆衛生 62 巻 6 号 403 頁以下がある。

同論文は、社会の根底において人権感覚が根づかない限り、エイズ患者に対してもハンセン病にみられたような人権侵害が生じる恐れがあると指摘する。

<sup>4</sup> 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（有斐閣、法律学全集、1971年）77頁

<sup>5</sup> たとえば、人権保障の正統性（根拠）をどこにもとめるかという議論、他の用語たとえば「基本権」「人権」「自然権」との異同、「道徳」や「倫理」との関係、「基本的人権」として把握されるものが国によ

通説的見解と決定的に対立するものではなく、むしろ通説的見解による基本的人権の保障を、より実効あるものにするための議論であるといえる。

基本的人権はなぜ保障されなければならないか。それは、理論的なものというよりも、専制権力や多数派の名の下に、弱者や少数者の個人の尊厳が踏みにじられてきた歴史から得られた教訓であり、経験的なものである。あえて理論的根拠をあげれば、権力者と被支配者、強者と弱者、多数派と少数派の立場の互換性であろう。つまり、現時点では権力者であり、強者であり、多数派である人々（あるいはその後継者達）も、時の流れにより立場が逆転することは歴史の示すところであり、その意味でどのような立場にあろうともお互いの個人の尊厳を守るということは、人間社会の最低限のルールなのである。

基本的人権として認められるものは何か。憲法解釈論においては、個人の尊厳という基本原理に照らして憲法の各条文を解釈し、基本的人権とそうでないものを振り分けていくという手法をとる。憲法の人権規定は人権のカatalogであり、明文で規定されていない権利利益も、個人の尊厳に必要不可欠なものは、憲法の各条文の解釈を通じて人権として保障されることになる。たとえばプライバシーの権利は、憲法 13 条（幸福追求権）に根拠があるとされることが多い。このように、憲法の人権規定は、解釈を通じて新しい人権を生み出すことが可能である。しかしながら一方で、近時の憲法論においては、人権のインフレーション化を防ぐという見地から、人権の外延を広げすぎること懐疑的な議論が有力になっている。すなわち、人権の外延をひろげすぎて、その中核部分の保障が弱くなることを避けるという配慮から、人権を「背景的権利」（法的に保障されるには至っていない権利）と「法的権利」（法的に保障されている権利）に分け、さらに「法的権利」を「抽象的権利」（裁判所によっては強制できない権利）と「具体的権利」（裁判所によって強制可能な権利）に分類するという見解が有力である<sup>6</sup>。

## (2) 本研究における「人権」

憲法の人権として保障されるが固定的なものでないこともまた事実である。本研究は、人権として保障すべき利益を我が国のエイズをめぐる社会構造から探りだそうとするものであるから、憲法論において現在認められている「具体的権利」や「抽象的権利」のみに拘泥するべきではない。人権とは「個々人の尊厳を守るため、人間として当然保障されるべき権利」であることを押さええううえで、広く倫理的な問題、道徳的な問題さらにはその国や共同体固有の文化・歴史的背景も考慮して、すなわち憲法論における新しい「人権」を生み出す母体となるものも含めて、検討すべきである。

しかしながら、憲法論において、人権のインフレーション化を防ぐための努力が行われていることは尊重されるべきである。本研究において明らかにされた問題状況を、人権論として位置づける際に留意すべきことである<sup>7</sup>。

---

て異なるものか否か、歴史的に変動しうるものか否かについて、憲法学上、多様な議論の蓄積がある。樋口陽一他編『注釈日本国憲法 上巻』（青林書院、1980年）222頁ないし245頁、中村睦男「人権の概念と理論の歴史」高見勝利編『「人権論の新展開」3頁以下、宮沢前掲（注4）5頁ないし11頁など。

<sup>6</sup> 前掲樋口他（注5）235頁ないし242頁

<sup>7</sup> 前掲坂井（注3）は、「イメージとして人権を語るのではなく、より具体的なものとして語る必要がある」と指摘する。本研究においては、既に憲法論として確立した人権だけではなく、新しい権利の母体となる権利・利益も視野にいれる必要があるため、憲法論という「具体的権利」であるか否かに拘泥する必要はない。しかしながら、誰の、いかなる権利利益が問題とされ、対立する権利利益は何かが具体的に検討されなければならない。そのような検討の仕方を知るといっても、憲法の人権論は参考になる。

### 3 人権の享有主体性—外国人の人権享有主体性—

#### (1) 外国人も人権を享有できるか

憲法第3章が「国民」の権利という標題であることから、外国人にも基本的人権の保障がおよぶか否かが一応問題になる。この点については、「その性質上可能な限り」適用されるというのが通説の見解であり、最高裁判所の立場でもある（マクリーン事件最高裁判決）。「人間がただ人間であることのみにもとづいて当然にもっている権利」が基本的人権であることからすれば、当然である。

問題は、「性質上可能な限り」という制限がつけられている点である。日本人よりも制限されるのはどのような権利かという問題である。この点については、後述する人権の類型により異なるとするのが一般的な考え方である。具体的には、参政権のように国の権力機構をコントロールする権利は、外国人には保障されないとするのが通説である（ただし定住外国人の参政権について議論があるように、具体的個別的に検討する必要がある）。他方で、いわゆる自由権（国家に干渉されたる権利。たとえば表現の自由やプライバシーの権利）については、日本人と同様に保障されるとされる。しかし、社会権（国家に一定の制度や財政的措置を求める権利）については、財政的に制約のある問題でもあることから、まずは自国民を優先的に保障がなされるべき（あるいはやむをえない）とされるが、これも具体的個別的に検討する必要がある、「社会権だから外国人には保障しなくてよい」という一刀両断的な議論はできないとされる。また、仮にある種の社会権的保障を外国人に及ぼさないことが直ちに憲法違反にならないとしても、そのような保障を立法等により外国人に及ぼすことを憲法が禁止しているわけではない。

#### (2) 本研究との関わり

本研究においては、まず現状における外国人 HIV 医療が、どのような問題を抱え、外国人感染者に、どのような不利益を与えており、それを解決するにはどのような方策があるのかを検討し、その後憲法論的な人権の位置づけを検討すべきである。

具体例の一つ挙げる。HIV 感染者の取り扱いについて、国籍や滞在資格によって区別する場合に、憲法の人権規定には、憲法 14 条（平等原則）違反にならないかが問題となる。たとえば、エイズに関する医療制度や、医療費の公的負担について、日本人と外国人を区別して扱うことが許されるか否か、憲法 14 条（平等原則）や第 25 条（生存権）の観点から、問題となろう。後述するとおり、憲法 14 条も「合理的な区別」については許容するものであるが、感染症対策の根幹である医療の提供において国籍や在留資格による区別をする合理性は乏しく、すくなくとも HIV 治療において国籍や在留資格により区別することは憲法 14 条違反といえる余地が大きいと考える<sup>8</sup>。

### 4 人権の保障とその制約

人権の保障も無制約ではなく、一定の制約（内在的制約）に服することがあることには異論がない。憲法第 13 条などが言及する「公共の福祉に反しない限り」という文言は、そのことを注意的に規定したものであるとされる（宮沢俊義）。

<sup>8</sup> 在留資格のない外国人女性について、国民健康保険の被保険者資格を認めた裁判例がある（東京地裁平成 10 年 7 月 6 日判例時報 1649 号 3 頁）。国民健康保険法 5 条の「市町村又は特別区の区域内に住所を有する者」に該当するか否かが、直接問題となった。なお国籍や在留資格を問わず、滞在中の人間の医療費を公費負担する制度をもつ立法例もある。

「公共の福祉」とは何か。この点については多様な議論があるが、少なくとも「他者の人権との調整原理」としての制約があることは異論がないであろう。

重要なことは、「公共の福祉」とは何かを概念的に議論することよりも、いかなる人権について、いかなる理由による制約が、どの程度許容されるのかということであり、これを後述する人権の類型化に即して、準則化していこうというのが現在の多数説的見解である。

憲法論における準則化は、憲法裁判における裁判所の判断を念頭においたものであるが、その考え方は本研究における人権の問題についても大変参考になる。憲法の人権論では、問題となっている人権の性質に応じて、厳格な判断基準を使う場合（「厳格な基準」「厳格な合理性の基準」など）と、緩やかな判断基準（「合理性の基準」「明白性の基準」など）をつかう場合がある。いずれにせよ、当該人権を制約しようとする理由、具体的には対立している権利利益の性質を明らかにしながら、当該人権の制約が必要かつ最小限でなければならない。

## 5 人権の類型と制約の合憲性（憲法違反か否か）の判断基準

### (1) 人権の類型—自由権と社会権および平等原則

#### (ア) 自由権

自由権とは、「国家に干渉されない権利」であり、国家に不作為を求める権利である。歴史的には、近代市民革命の過程で具現化した権利であり、経済活動の自由を保障するため、主として封建領主の干渉を排除して国家に権力を一元化し、かつ国家の役割を警察的活動に限定した（いわゆる警察国家）背景の中で確立されたものとされる。

日本国憲法から本研究に関連の深い権利をあげると、幸福追求権（憲法 13 条。自己決定権・プライバシー権はここに含まれるとするのが通説）、奴隷的拘束および苦役からの自由（憲法 18 条）、通信の秘密（憲法 21 条）、居住・移転・職業選択の自由（憲法 22 条）、教育を受ける権利（憲法 26 条）、刑事手続上の諸権利（憲法 31 条ほか）などがある。

#### (イ) 社会権

これに対し、社会権とは、「国家に対して積極的な施策を求める権利」である。歴史的には、現代(20世紀)になって具現化した権利であり、近代の自由放任主義経済の矛盾を是正するため、国家が積極的な施策を講じる必要が生じた（いわゆる積極国家化または行政国家化）ことを背景として、確立された権利である。

日本国憲法から本研究に関連の深い権利をあげると、国民の生存権、国の社会保障義務（憲法 25 条。環境保全義務、医療制度を補償する義務などもここに含まれてこよう）、国の教育制度の保障義務（憲法 26 条）などがある。

#### (ウ) 法の下での平等（憲法 14 条）

憲法第 14 条 1 項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分または門地により、政治的、経済的または社会的関係において差別されない」と定める。

本条は、近代憲法の基本的な原理の一つである平等原則を定めたものである。よって、本来自由権に分類されるべきであるが、差別が問題となる局面が権利の類型によって、許される合理的区別か否かの判断基準がことになってくるというのが通説的見解なので、一応独立した分類とした。

ある特定の集団のみについて人権侵害が問題となるときには、かならず平等原則違反も問題となってくる。

なお、すでに言及したとおり、いかなる差別も絶対許されないとする趣旨ではなく、「合理的な

差別」なら許されると解されている。そして「合理的差別」か否かの判断基準については、そのような区別をする目的、区別の程度が目的との関係で最小限度か否か、問題となる人権ないし権利・利益の性質に照らして判断すべきものとされる。

## (2) 合憲性判定基準

合憲性判定基準とは、国家の作為または不作為が、憲法の基本的人権保障に違反するか否かの判断基準のことである。

一般論として言えば、人権の制約は必要最小限でなければならないが、必要最小限か否かを判断する方法について、前記の人権の類型化に対応したかたちで、なるべく具体的な準則を確立しようという試みがなされている。

### (ア) 自由権についての判断基準

ごく大まかにいえば、精神的自由（表現の自由、知る権利、プライバシーの権利など）については、必要最小限であることが厳しく問われるべきであるとされる（「厳格な基準」、すなわち規制の目的が本当に必要か（対立する権利利益の厳格な吟味）、目的との関係で「より制限的でない他の選べる手段」が存在しないか否かを検討する。）。

これに対して、財産権については、規制目的により、厳格な基準による場合と、より緩やかな「合理性の基準」でよい場合があるとされる。現代国家が社会政策などを目的として規制する場合は「合理性の基準」でよいとされることが多い。

### (イ) 社会権についての判断基準

これらについては、国家（具体的には立法府または行政府）に一定の施策を義務づけることを内容とするので、憲法論においては、つまり裁判所において強制可能な権利とは何かという議論においては、一般に国家の裁量を広く認める傾向にある（朝日訴訟最高裁判決、堀木訴訟最高裁判決は、憲法 25 条の生存権について、生存権全体が抽象的相対的概念であるとして、違憲審査基準としては「明白性の原則」すなわち、立法府や行政府の裁量逸脱が明白でない限り違憲でないとの基準を採用している。）。

しかし、近時では、憲法論においても、国家の裁量権を限定する見解が有力となっている。たとえば、朝日訴訟第 1 審判決や堀木訴訟控訴審判決が提示したように、人間としての「最低限度の生活の保障」と、より快適な生活の保障を分け、両者の間に立法府の裁量の広狭の差を認め、後者には「明白性の原則」を適用するが、後者についてはより厳格な基準を適用するとの見解が有力である<sup>9</sup>。

### (ウ) 平等原則についての判断基準

既に述べたとおり、「合理的差別」か否かの判断基準については、そのような区別をする目的、区別の程度が目的との関係で最小限度か否か、問題となる人権ないし権利・利益の性質に照らして判断すべきものとされる。つまり、問題となっている人権の類型や種類に応じ、上記（ア）（イ）で述べた厳格さに対応して、判断すべきものとするのが一般である。

<sup>9</sup> 「最低限度の生活」の保障違反の判断基準について、アメリカの福祉受給権に関する判例理論を参照しつつ「厳格な合理性」の基準を主張するものとして、芦部信喜、憲法訴訟の現代的展開（1981）113頁。

### (3) 本研究との関わり

#### ① 公衆衛生法規の合憲性判定基準

HIV感染者の人権との関係でまず問題となるのは、公衆衛生法規が HIV感染者の人権を制限する場合の合憲性判定基準である。公衆衛生法規は、主として自由権、プライバシーの人格権（憲法13条）、平等原則（同14条）、集会・結社の自由（同21条）、居住移転の自由（同22条）などを制約するものである。

この点米国では、伝統的に緩やかな合理性の基準が適用され、規制に何らかのメリットがあれば容易に規制立法の合憲性が認められる傾向にあったが、合憲性の審査基準に関する判例の変更や、医学の驚異的な進歩による公衆衛生規制の医学的評価が可能となってきたことから、伝統的な姿勢は変更され、医学的評価に基づきより厳格な基準が適用されることになろう<sup>10</sup>。

我が国では、近時ハンセン病予防法について違憲判決が示され<sup>11</sup>、同判決は確定している。

このように現代の感染症対策立法は、公衆の不安やいわれなき偏見ではなく、医学的評価に基づき必要最小限の規制か否かが、当該自由権の性質に応じて、厳格に問われることになる。

#### ② 適正手続の保障

公衆衛生法規による基本的人権の制約がどこまで許されるかという問題は、公権力が制約を課す手続の適正さとも密接に関連する。適正手続保障を受ける権利自体が、基本的人権の一つであることに留意する必要がある（憲法31条）。適正手続の内容としてとりわけ重要なのは、「告知と聴聞」を受ける権利である。「告知と聴聞」とは、公権力が国民に刑罰その他の不利益を科す場合には、当事者にあらかじめその内容を告知し、当事者に弁解と防御の機会を与えなければならないというものである<sup>12</sup>。

#### ③ 社会権の保障と医療福祉政策（エイズ治療費の公費負担）

国家や地方自治体の医療福祉政策は、憲法の社会権保障の具体化である。そのような政策については、上記のとおり、通常政府の裁量が広く認められ、裁判所が憲法（社会権保障）違反と判断する場合は例外的であるとされている。しかしながら、前述のとおり憲法25条のうち「最低限度の生活」保障については、国家の不作为の憲法適合性が「厳格な合理性」の基準で判断されなければならないとする見解が有力である。エイズ治療の保障が「最低限度の生活」保障に該当するとの解釈も十分成り立つ。また医療福祉政策の対象（エイズ治療費の公費負担もその一例である）から、外国人など一定の類型に該当する集団を除外する場合には、前述のとおり、平等原則（憲法14条）が別に問題となり、この点でも当該政策の憲法適合性がより厳格な基準で審査されなければならない。さらに、ある政策の内容が憲法違反にならないとしても、そ

<sup>10</sup> 江橋「エイズ患者の人権—アメリカの経験に学ぶ」法律時報60巻5号46頁

米国では、強制隔離（居住移転の自由）、ゲイ男性の集団形成の制限（集会結社の自由）、検査・報告強制（プライバシー権）、公権力による雇用差別（平等権）、公立学校からの追放（教育を受ける権利）、出入国規制（居住移転の自由）などが現実に問題となった。

<sup>11</sup> 平成13年5月11日 熊本地裁判決 <http://homepage1.nifty.com/lawyer-k-koga/>

同判決は、強制隔離のもたらす権利侵害を、単なる居住移転の自由の侵害に止まらず、より広く憲法13条の人格権の侵害であると把握したうえで、患者の隔離がもたらす重大な影響に鑑みれば、隔離をする場合には最大限の慎重さをもって臨まなければならない、伝染病予防のためには隔離以外に適当な方法が認められない場合で、きわめて限られた特殊の疾病についてのみ認められるとした。また、同判決は、違憲な法律を放置した国会議員の不作为についても違法であるとした。

<sup>12</sup> 芦部信喜『憲法』新版補訂版（岩波書店、1999年）219頁

れ以上手厚い政策をとることを憲法が禁止しているわけではないことに留意すべきである<sup>13</sup>。

## 6 人権の保障範囲—憲法の私人間適用—

### (1) 国家に主張する権利から、私人間でも主張される権利へ

既に述べたとおり、近代においては、人権は、個人が国家に対して主張するものであったし、現代において具現した社会権も、個人が国家に対して主張するものである。

しかし、近代社会が前提とした、「私人対私人は対等な関係である」という仮定は、資本主義が発達し、社会における経済的強者と弱者がはっきりしてくるにつれて、もはや絵に描いた餅となった。

このことは、既にふれたとおり、社会権が具現化する背景となったことに加え、従来国家对個人の関係で適用されてきた人権規定が、個人と社会的経済的強者（大企業などの団体）との関係にも適用されるべきであるという議論を生み出した。

現在では、理論構成や程度に差はあるが、私人間においても人権規定が（たとえば不法行為による損害賠償請求訴訟などを通じて）問題となりうるということに自体に異論はない。また差別禁止立法や労働保護立法などを通じて、憲法の人権規定が私人間に及ぼされることも多くなってきている。

ただ、とりわけ近代の経験に乏しい我が国においては、人権はまず国家に対して主張されるものであることを確認する必要がある<sup>14</sup>。国家に対する関係と私人に対する関係を同列に論じることは、社会的強者（または多数派）の人権の名のもとに、社会的弱者（または少数者）の人権侵害を正当化する危険もはらむ<sup>15</sup>。

### (2) 本研究との関わり—感染者の権利と非感染者の権利

HIV感染者の人権は、しばしば私人に対する関係でも主張される（たとえば労働契約上の雇用者、私立病院の医師、マスメディアなどに対して）<sup>16</sup>。このこと自体は当然のことであるが、憲法にいう人権が元来国家権力の行使を制限するものであることを意識しておくことは、本研究においても重要である。すなわち、国家による公衆衛生的規制に対して、HIV感染の人権を侵害してはならないという制限を画することが、元来人権規定のもつ機能であったことは、確認しておく必要がある。

人権が私人と私人との関係で語られる場合は当事者間の社会的立場の強弱が顕著な場合であることに留意する必要がある。すなわち社会的弱者の人権を、社会的強者に対して主張するという文脈で問題となるのである。

したがって人権を論じる場合には、誰と誰との関係を問題としているのかを、まず明確にすることが重要である。そして私人間の場合はその社会的立場の強弱を見る必要がある。

<sup>13</sup> 社会権については、憲法が求める最低保障は何かと議論するよりも、より理想に近い制度はどのようなものかを議論すべきである。その際は、国際人権A規約その他の国際人権法規、ガイドライン、他国の立法例を参照することが有益である。

<sup>14</sup> 同上 110 頁など

<sup>15</sup> 2001 年の通常国会に提出された個人情報保護法案は、私企業や私人に対して個人情報の保護を求め、国家がこれを監視することを主たる内容としている。しかし、プライバシー権は、本来国家に対して主張する権利であり、まず国家によるプライバシー権侵害こそが警戒すべき対象であろう。

<sup>16</sup> 医療を受ける権利

HIV感染者の「医療を受ける権利」が、診療を受けようとする医師または医療機関に対して主張されることがある。具体的には正当な事由のない診療拒否の適法性として議論される。これは（医療機関が国公立病院の場合を除き）、「人権」の私人間適用の場面とみることができる。



この点に関連して、医師や非感染者らの「感染しない権利」が、HIV感染者に対する関係で主張され、診療拒否や公衆衛生政策の正当化事由としてあげられることがある。医師や非感染者にとって「感染しないこと」が重要な利益であり、そのためにやむにやまれぬ制約が HIV 感染者の人権に課されることはありうることである。しかし、人権論としては、あくまで HIV 感染者の人権保障が出発点であり、その制約原理として非感染者の利益を考慮するに止まり、その制約が真にやむをえない必要最小限なものかどうかは具体的かつ厳格に問われなければならないのである。「感染者の人権」と「非感染者の人権」とを安易に対置して、「感染者の人権」侵害を正当化することは誤りである<sup>17</sup>。既述のとおり、基本的人権の保障とは、その時代において被統治者、弱者、少数者にある人々の個人の尊厳を守るためのルールだからである。

## 7 最後に一人権の普遍性と関連して一

基本的人権すなわち「個人の尊厳を確保するため当然認められるべき権利」が保障されなければならないこと、それ自体は歴史によっても文化によっても影響されてはならないことである。そして、どのような時代であっても国であっても、基本的人権として保障されるべき中核部分は変わらないというべきである（何が中核的部分かという議論はこのころが）。その意味で、基本的人権の保障は普遍的である。

ただ、様々な歴史的段階や、その国または共同体特有の社会構造のもとで、人権を守ろうとする人々が強調してきた権利利益が異なってきたこと事実である。

たとえば、米国では、他民族国家であることもあって、差別禁止こそが人権の中核として強調されてきた歴史がある。他方、我が国では、差別問題もさることながら、戦後の官民一体と化した高度成長政策の犠牲者である個人（公害や薬害の被害者）を救済するため、規制当局（政府）や産業に対して損害賠償請求を起こすこと（しかも裁判を起こすということについての、一般に日本固有とされる文化的社会的困難性を乗り越えて）自体が、「個人の尊厳」を守るための、すなわち人権を守る闘いであると位置づけられてきた歴史がある。

基本的人権は普遍的であることを前提にしながらも、その国または共同体固有の社会構造のもとで、いかなる人権が、どのようなかたちで侵害されがちなのかという問題、さらに従前見落とされてきた人権問題を探ることは重要である。また、権利侵害に対する救済手続きのあり方（司法制度のあり方を含む）も、極めて重要な問題である<sup>18</sup>。

<sup>17</sup> 樽井正義、1994、HIV感染者と非感染者の権利—病気の人とともに生きる社会—都市問題 85 巻 7 号 29 頁ないし 39 頁

<sup>18</sup> 宮澤節生『法過程のリアリティ（法社会学フィールドノート）』（信山社、1994年）287頁

宮澤は、法社会学の見地から、塵肺訴訟原告勝訴判決について「弁護士の勝利、弁護士層の敗北」という言葉を引用し、被害者救済のため尽力した弁護士の労を多としながらも、塵肺被害について十数年にわたり法的手段がとられなかったことを問題として、司法へのアクセスを改善しない限り、権利救済が十分に図られることにはならないと主張する。

ハンセン予防法についても、既述のとおり画期的違憲判決が出されたが、同判決が指摘する明白な違憲状態が国会議員にも認識できた時点—遅くとも昭和40年—以降に、何故司法による救済がなぜできなかったかという問題は、重い課題として残る。

# HIV 抗体検査のルーチン化と倫理

服部 健司

## 1 問いの在処と背景

AIDSの病原体であるHIVの抗体検査がおこなわれる場合は、この国では原則的に<sup>①</sup>医療機関や保健所受診、献血の機会に限定されている。もちろん本人自身がHIV感染の有無について診断さらには治療を希望し、これを直接の目的として自発的に検査を受ける場合もあるが、しかし別目的で医療機関を受診し、あるいは献血をおこなった際に、抗体検査が同時におこなわれ、HIV感染の事実を知らされる場合も少なくない<sup>②</sup>。もとよりこの中には、臨床症状などからHIV感染が疑われ、それゆえに検査がなされたケースもふくまれるのであろうが、その一方で、HIV感染をつよく疑ったわけでないのに検査が行なわれた事例も相当数あり、このような場合にはとりわけ、検査をめぐってインフォームド・コンセントが十全な仕方でおこなわれていないことが多いことを、昨年度の「エイズと人権・社会構造研究班」の報告から伺い知ることができる<sup>③</sup>。その上、検査を拒むとその後の診療が受けられないといったぐあいに強制に近い仕方で検査への同意を求められた事例、さらに結果が陽性の場合には、本人へではなく周囲の関係者へ感染事実の告知がなされたり、なんの情報提供もないまま診療が拒否されたといった問題的事例がいまだ現実に枚挙にいとまないほどあるようだ<sup>④</sup>。また近頃では、検査の同意書に、受検者本人ではなく、診察した産婦人科医が、同意署名をおこなっていた例が明らかにされもした。

しかし本稿では、そうした斜瞥するだけで済むに、あるべきでないと思われる検査行為については論じることが手控えたい。むしろもうすこし微妙な問題を扱いたい。すなわちHIV抗体検査のルーチン化の倫理問題である。

ルーチン検査というのは、診療目的そのものに直接かかわらないものの、受診者の背景的、全体的状態像を評価把握するために受診者に一律に課す検査のことであって、本来、無断検査や強制的検査そのものとは区別されるものであろう。しかしルーチン検査は十分な説明のないまま暗黙裡に、あるいは拒まれることの可能性をほとんど顧慮することなく実施されることが多く、そうしたルーチン検査を当然のこととして日常診療が成り立っているというのが現状である。たとえ同意書の類が用意されていたとしてもたんに形式的なものにすぎず、結局のところ、ルーチン検査とは一律に流れ作業的に行われる、お決まりの検査プログラムと形容してよいかと思われる。そうしたルーチン検査としてHIV抗体検査を定着させることの倫理的正当性ないし問題性を吟味することが本稿の目的である。

とはいえ、広く検査一般を論じることは徒に議論を拡散させることになりかねない。そこで本稿では、とりわけ妊婦に対する抗体検査の倫理問題を軸として考察を進めてゆきたい。というのも、入院時や手

術前の抗体検査はどちらかといえば医療者保護としての性格が強いものに対して、妊婦検診の場合には、それもさることながら、母子垂直感染の防止など受検者である妊婦にとっての、あるいは児にとっての利益が大きく第一義的であるといったナラティブが今日かなり流布しているからである。

はたして、受検者の可能的利益は抗体検査のルーチン化を倫理的に正当化するのか。こうした仕方での問いをたてる理由は単純なものである。受検者の利益につながる可能性が大きい検査のルーチン化がもしすでに問題であるとすれば、いわずや他の形態のルーチン検査はそれ以上の問題を孕むだろうことが容易に推理されるからである。

そもそも妊婦検診においてHIV抗体検査が推進されだした90年代前半において、その動機はつぎのように語られている。つまり母子感染予防および出生児への早期ケアの可能性、院内感染予防、そして「一般家庭へのHIVの浸淫度を知る」上で有用な疫学データの収集であった<sup>3)</sup>。しかしながらこれらの動機を字義どおりに受けとることはできない。当時は母子感染の成立機序すらも判っていなかったのであるから。つまり母子感染予防というのは、「健康な赤ちゃんを産む」のが女性のつとめだという空気にあっては、実質的に妊娠中絶勧奨<sup>4)</sup>、そして院内感染予防とは転院措置を意味していた<sup>4)</sup>。母子垂直感染による児への危害の防止は妊婦と医療者のつとめであるというナラティブが治療技術の進歩によって、いきおい正当化されていくのは1994-6年を境にしてのことである。

分娩前4週間にわたり（また分娩中には静脈注射で）アンチレトロウイルス剤AZTを妊婦へ投与し、児へも出生後1週間のあいだ同剤のシロップを与え、母乳栄養を禁止するという処置によって、母から子への垂直感染率が、いかなる医療介入をも手控えたときの30-40%から10%以下へと大きく低下し、さらにはこれに陣痛発来、破水前の選択的帝王切開を追加すれば感染率が1-2%程度にまで下がると報告されたのである<sup>5)</sup>。

こうした実証的データを受けて、たとえば米国では、米国医師会が「すべての妊婦と新生児に対してカウンセリングと適切な治療の推奨をとまなう強制的なHIV抗体検査が実施されるべきとする立場」への賛同を表明<sup>7)</sup>し、米国产婦人科学会は「HIV抗体検査は強制的性格のものではない—いかなる女性も検査を拒む権利を有しているだろう。しかしわれわれは妊娠時の抗体検査がルーチンかつ例外を認めないものとなることを望む」「われわれにはすべての女性を検査する必要がある」<sup>8)</sup>として、米國小児科学会と共同で「妊婦管理におけるルーチンとして、患者に告知をした上で、HIV抗体の全員検査」を実施する旨の勧告を支持するとの声明<sup>9)</sup>を出している<sup>4)</sup>。この国でも厚生省HIV感染症疫学研究班母子感染研究グループ<sup>6)</sup>は同様の立場を採っている<sup>10)</sup>。そして現在、公費負担で妊婦にHIV抗体検査を受けさせる自治体がふえてきているのも事実である<sup>6)</sup>。

## 2 経験問題としての問いへの予備的応答

さて、それでは母子垂直感染率の低下というおそらくは母子双方にとっての可能的利益をもってして、全妊婦に対して抗体検査をルーチン化しようという動きは正当化されるのであろうか。現今、妊婦が HIV 抗体陽性の場合でも適切な対処をすればかなりの高い確率で母子感染を防ぐことが可能となった。しかしそのためにはまずさしあたり、検査によって妊婦の HIV 抗体が陽性か陰性か（以下、HIV ステータスと表現する）、つまり HIV 感染の有無が明らかとなっていなければならない。たとえ方法論がほぼ確立していても、妊婦の HIV ステータスが不明のままでは薬剤投与をはじめとする具体的方策をとりようがないからである。そこで母子感染予防を最大限に達成するためには、すべての妊婦に対して一律に、ほぼ半強制的な仕方でも検査を受けさせることが効率的である。抗体検査のルーチン化を推進しようとする立場からのこうした主張は、正当化されるだろうか。

この問いに対して、さしあたりいくつかの理由から、抗体検査のルーチン化は正当化されえない、と答えておきたい。

なによりもまず第一に、この国の医療現場の現状を見つめておく必要がある<sup>12)</sup>。現場ではいまだに、抗体陽性と判明すると、あたふたと他の医療機関へ紹介する、あるいはほかのどこで医療が受けられるのかといった最低の情報を提供することのないままその後の診療を拒否するといった例が後を絶たないという事実がある。しかしおよそ検査というものは、その後の医療サービス提供を前提に行われるべきものである。必要な医療、医療情報、療養指示やカウンセリングを提供しない（できない）にもかかわらず検査を実施するとしたら、それは単なる診療拒否のためのクライアント選別の実践にほかならない。もとより、すべての医療機関がある水準以上の医療を常に提供できると思いきやこんではならないといわれるかも知れない。なるほど専門性や外科的処置への迅速な対応能力や診療経験において施設間格差があるのは確かであり、ときとして転院を勧奨する必要の生じる場合があることも認めたい。しかし、目下問題にしている妊婦検診における HIV 抗体検査は、時間外の救急外来でなされる性質のものではない。しかももし、AZT の投薬と母乳栄養の禁止指示だけでもかなりの確率で母子感染を防ぐことができるのだとしたら、基本的に転院は不必要のはずである。

それでもなお、医療技術や体制上の不備といった理由から HIV 陽性者に対して医療提供がおこなえずに転院を願わざるをえないといういささか不合理な方針が当の医療機関で定まっているというのであれば、その場合には、HIV 抗体陽性者は当施設の診療能力の限界ゆえに拠点病院へ転院いただくことになる旨の情報提示が、それも診療受付以前の段階で明示的に、なされていなければならないだろう。転医や転院というものはそれほど造作のないものというわけではなく、心身の負担を減らすためにも、また個人の医療情報の保持という観点からも、安易で不用意な転院はけっして望ましいものではないと考えるからである。十分な事前の説明をおこなわず、あるいは同意をえずに検査を実施すると、もしも結果が陽性であった場合に告知が困難になるだけでなく、患者に医療機関に対する不信を抱かせるこ

となり、別の医療機関に移った後も、治療そのものに大きな支障をきたすことが多いといわれている<sup>11)</sup>。

たとえ母子感染に関する一般的情報のみを伝えたとしても、それでは不十分である。HIV 抗体検査の結果いかんによっては転院の可能性があるので、その後に当の施設で受けることのできる医療の情報やオプションあるいは制約について受検者に十分に知らせることのないまま、機械的にルーチンに HIV 抗体を測り調べるとしたら、診療への有効な同意に必要な説明不足ゆえに、まずもって医療者は責任を問われるべきである。

こうした医療機関がなくなる、あるいはせめてごく少数の例外とならないかぎり、まずは経験的事実問題として、妊婦に対する一律的な抗体検査のルーチン化は、ときに害をもたらしうる、と述べておきたいのである。

### 3 診療引きうけを前提とした検査のルーチン化

すると、こう反問が寄せられるかも知れない。すなわち、その後の医療を当の機関が引きうけるかぎりにおいてなら、検査はルーチン化されてもよいことになるか、というものである。これに対しても、否、と答えてみたい。

もっとも単純な理由づけは、検査行為それ自体がすでに医療行為であり、インフォームド・コンセントを必要とする、というものである<sup>12)</sup>。検査はあるいは治療のためのプロローグであろう。しかし検査それ自体がすでに診療の一部である。このことはインフォームド・コンセントの法理の形成史からすでに学んできているはずである。それとも、これはいささか形式的な、たんなる権利問題的な物言いにすぎないといわれるだろうか。

だが、検査前の十分な説明とカウンセリングなしになされる陽性告知が大きな心理的外傷となり、いかに告知受容を困難にするかについては、さまざまな NGO の活動現場から報告がなされていることである<sup>13)</sup>。もとよりしかし、検査前および検査後カウンセリングはけっして容易に提供できるものとは思わない。医療機関の側からすれば大きな負担であるにはちがいない。負担である点に関して米国においても事情は変わらないのであろう。だからこそ、煩雑で「最大の障害」である法による抗体検査前カウンセリングの義務づけを解除することで、医療機関側はルーチン検査実施に対してより積極的になり、受検率は上昇し母子感染防止はより促進される、というアジェンダが米国産婦人科学会から表明されるのにちがいない<sup>13)</sup>。

ましてこの国においては、妊婦検診における HIV 抗体陽性検出率は高いとはいえない。検査件数 1 万件あたりの陽性症例数はわずかに約 1.6 と算定されている<sup>10)</sup>。その上、医療専門職の日常的負担は重い。それゆえなおのこと医療機関は説明やカウンセリングぬきに HIV 抗体検査のルーチン化を望むのかも知れない。つまり単なる陰性確認検査として位置づけるかぎりですうなのである。そして感染者の相対

的な少なさにかまけての体制整備の遅れが、非感染者とひとしい人権<sup>14)</sup>をもち、支援を必要とする感染者のその後の生活や受療の展開を阻害していることに自覚的でなく、また事前の説明やカウンセリングの場面こそが世のエイズへの差別偏見をなくし、感染者の人権への配慮の当然の必要性についての再考と理解とを浸透させるのに有効であることへの顧慮もない。

ところで、いまひとたび経験的な事実問題に立ち戻るとすれば、あたくさりの処置を施すかぎりでは垂直感染率をわずか2%にまで低下させると語られる母子感染予防策ではあるが、しかしこの予防法は目下のところけって万全のものとはいえないようである。それは防止率が100%でないといった単純な理由からではない。ひとつには、AZT 単独投与では母親に薬剤耐性を生じさせ、結果としてその後の中長期的な治療に大きな支障をもたらすリスクがあり、他方では、この耐性出現を抑えるために多剤併用をおこなうと催奇性などの児へのリスクがあることが指摘されている<sup>15) 16)</sup>。それらのリスクが、母子感染率低下というよろこばしい情報の下に隠蔽されることなく、受検者にあらかじめ開示されていることが必要である。ルーチン化はこうした手続きを棚上げする、あるいはおそろしく形式的に簡素化させる装置として働くことになる。すべての妊婦にむけてルーチン化されるべきは、抗体検査などではなく、カウンセリングである。「ルーチン・カウンセリングとボランタリー・テスト」<sup>17)</sup> という米国公衆衛生局勧告の基本姿勢は、カウンセリングとインフォームド・コンセントの重要性を強調するガイドライン<sup>18) 19)</sup>に通底し、さらには勧告の改訂草稿<sup>20)</sup>においても保持されている<sup>7)</sup>。

#### 4 他者危害原則と HIV ステータスを知る義務

さてこれまで、受検者の利益は HIV 抗体検査のルーチン化を正当化するかという問いを追いかけ、今日の医療の現況をみても、インフォームド・コンセントの形式的、実質的利点に照らしてみても、ルーチン化の流れには慎重にならざるをえない、という論を導いてきた。

が、ここにいたって、HIV 抗体のルーチン全数検査化推進の立場から提出される最後の切り札は、おそらく妊婦の利益や権利についてのナラティブではもはやなく、一転して、すべての妊婦には自分の HIV ステータスを知る義務がある、という主張であるだろう。つまり、これから産もうとしている児に危害を与えないための具体的方策を妊婦は実行する義務をもつというわけである。むしろ HIV 抗体検査のルーチン化をめぐる本当の倫理問題の核心は、実はここに存しているといえるかも知れない。

なるほど、他者の健康にもしかしていちじるしい影響を及ぼすかも知れない自分自身の身体要因について、人は知る義務をもち、知らずにいる権利など与えられていないのだとするならば、たしかに挙児を希望する妊婦はひとりのこらず HIV 抗体検査を受けるべきことになる。妊娠自体がそもそもセーフター・セックスをおこなわなかった結果であることは明白であり、事前にパートナーともども抗体陰性が確認されていないかぎり、リスクの可能性がまったくないと客観的事実に保証される妊婦などひとりとしていないのであるから。

この、自分の HIV ステータスを知る義務についてはどのように考えたらよいだろうか。まずさしあたりは、つぎのようなささやかな問いを用意することができる。

第一に、なぜ妊婦だけがそうした義務の現実的遂行を求められるのか。あるいはこれから妊娠を企図する女性、さらには妊娠を成立させる可能性をもつ女性は、この義務をまぬがれるのか。そのパートナーの男性はどうであるのか<sup>21)</sup>。第二に、先に述べたように、たとえ AZT 単独服用が妊婦自身の中長期的な治療に影響する可能性があるとしても、それでも妊婦はこの義務の遂行を無制約的に求められるのか。そして第三に、この義務は HIV ステータスをこえて、他の潜在的な心身情報にまで拡張されて適用される心配がないのはいったいどうしたことなのか。

ここでいますこしこれらの問いの周辺を整理しておくことにしたい。

まず第一の点について、米国では母子感染予防の観点から、妊孕能ありと判断されるすべての女性の妊娠前 HIV 抗体検査勧奨がなされ、あるいは検討されている<sup>20) 22)</sup>。それどころか結婚に際して抗体検査を課す州がある<sup>6)</sup>。これに対して、この国ではそうした議論がなされているようにはみうけられない。それはなぜだろうか。人権への配慮だろうか、経済的問題からだろうか。だとすれば、その同じ理由をもって妊婦への検査のルーチン化を再び照らし返してみる必要があるだろう。他方、妊娠させる可能性をもつ男性にあっては性交関係を取りむすぶ前に自分の HIV ステータスを知る義務が解除されていて、妊婦にのみ当の義務が求められるのだとしたら、その根拠はなにか。妊婦の抗体検査はたんに医療問題に回収されるものでは到底なく、同時にジェンダーとセクシャリティの問題でもある<sup>23) 24)</sup>。第二の点に関して、陽性妊婦にとっての AZT を乳児のためのいわば〈ワクチン〉と位置づける国連エイズ合同計画は、服薬の決定権を当の妊婦がもつとしている<sup>25)</sup>。感染の事実が明らかにされてもなお児に〈ワクチン〉を投与するかどうかの決定の自由を妊婦がもつとすれば、それでも自分の HIV ステータスを知る義務は存立するのだろうか。自分の HIV ステータスを知る義務は、その本性上、抗体陽性の場合の AZT 服薬の自由をはじく。他者危害の原則を採るかぎりでは立ちあがる、自分の HIV ステータスを知る義務は、ひきつづき必然的に妊婦を服薬の義務へと引きわたすはずである。しかし、妊婦の予後への悪影響の懸念が払拭されない現段階で、これらの義務はどれほどの拘束性をもつのだろうか。そして第三の問いについては、単純な反論が予想される。現在、妊婦検診では梅毒スピロヘータや肝炎ウイルスの抗体をはじめ種々の生体情報の検出がすでにルーチン化されているわけであり、HIV 抗体は単に追加項目のひとつにすぎない。そういういい方もできよう。だが、広くとれば他者危害の可能性のある心身要因はほかにあまたあるのではないのか。それらが除外される根拠はなんであるのか。しかし、これらの問いを封印され、たとえば医療経済的効率をもちだして、少なくとも妊婦はまずさしあたり、直接的に現実的に自分の HIV ステータスについて知る義務をもつのだと語られてしまうならば、目下のところ、それに決定的な反論を用意することは、意義あるが、けっして容易でない仕事だといわざるをえない。

では、ひるがえって、自分の HIV ステータスを知らないでいる権利とでもいったものは保証されうべきものなのだろうか。さしあたりは、あたかも自分が HIV 抗体陽性であるかのように振舞う用意の

あるひとだけが、かろうじてそうした権利をもちうるかも知れない、という暫定的な結論から抜け出ることはむずかしいようにも思われる<sup>26)</sup>。

いくつかの課題を残しながら、受検者の可能的利益をもってして語られる妊婦検診での HIV 抗体検査ルーチン化の問題性を吟味してきた。そもそも、ルーチンということばないし医療体制は、受診するひとから主体性を奪いとる。そういう決まりだから、ほかのひとたちもみな同じことをしているから、と語られ、その名の下ではインフォームド・コンセントすら不要であるかの印象をひとびとに抱かせかねない<sup>27)</sup>。あるいはこう言うことは過剰だろうか。何事かひとの営為のルーチン化がさげばれるところに倫理学は吟味のまなざしをむけなければならない。

---

## 註

<sup>①</sup> 「原則的に」と述べるのは、「職場におけるエイズ問題に関するガイドライン」(平成7年2月20日基発第75号)にもかかわらず、就労時などに健康管理の名目で無断検査がなされたり、検査結果にもとづき解雇された例があり、いくつかは訴訟となり判決をみており(最近のものとしては、雇用関係存在確認等請求事件、千葉地裁平成9年(ワ)第2550号、平成12年6月12日民事第2部判決、一部認容、一部棄却(確定))、このように表面化しないかたちで不適切な検査が現実にはおこなわれているだろうことをふまえている。

<sup>②</sup> 1999年に報告されたHIV感染者数は780名。このうち63名が血液センターで、109名が保健所で検査を受けている。

<sup>③</sup> 文献3)には、妊娠初期にHIV抗体陽性が判明した場合、感染児の予後がよくないこと、母体のエイズ関連症候群やAIDSの発症率の高さを示して、「妊娠継続の判断に資する」とある。

<sup>④</sup> ここでいう〈ルーチン〉は、特定層に射程を絞らないという意味で用いられており、本稿で問題化しようとしているいわば有無をいわずに流れ作業的な検査のあり方そのものとはずれがある。しかし、これらのポリシーは無断検査を斥けつつ、検査をする旨の告知をした上でならすべての妊婦に検査することが社会的に容認されるべきことを求めている点で、本稿の問いの圏域と無縁ではない。

<sup>⑤</sup> 同研究グループは詳密な『HIV母子感染予防対策マニュアル』(2000)を作成しているが、このなかには抗体検査の実施にあたっての配慮についての記載が一切欠落していることに注目しておきたい。

<sup>⑥</sup> 母子感染の機序も予防処置も不明であった1993年から公費負担を始めたのは青森県であり、その後、埼玉県と千葉県などがこれにつづいた。文献4)によると、たとえば埼玉県では1998年度の妊婦検査公費負担額は8000万円である[池上, 1999, p.559.]。

<sup>⑦</sup> USPHSの勧告改訂草稿には、米国産婦人科学会などが支持するIOM(Institute of Medicine)の考え方(ユニバーサル・テストイング)が部分的に採り入れられているようにみえる。またインフォームド・コンセントが受検率向上のバリアであることも認めている。しかしそれでもなお、検査がインフォームド・コンセントにもとづく妊婦の自発性にまつべきものであり、もとより検査拒否が容認されるべきことが明記されている。

<sup>⑧</sup> 文献21)によると、イリノイ州ではそうした法の下2年間で4万人が結婚のために州を去ったと報じられている。



## 引用文献

- 1) 『エイズと人権・社会構造に関する研究 研究報告書』(主任研究者 樽井正義), 2000.
- 2) ふれいす東京「陽性告知についての調査」研究班, 『陽性告知についての調査』, 1998.
- 3) 『HIVの疫学と対策に関する研究 研究報告書』(主任研究者 山崎修道), 1995, pp.374-376.
- 4) 池上千寿子「妊婦検診と抗体検査 — だれの何のための検査なのか」『助産婦雑誌』53(7), 1999, pp.557-561.
- 5) UNAIDS, *Mother-to-child transmission of HIV:UNAIDS Technical Update*, 1998.
- 6) 『HIV感染症の疫学研究 研究報告書』(主任研究者 木原正博), 1999, p.451.
- 7) American Medical Association, H-20.930 Counseling and testing of pregnant women for HIV. (The AMA supports the position that there should be mandatory HIV testing of all pregnant women and newborns with counseling and recommendations for appropriate treatment.) H-20.932 HIV Counseling and Testing of Pregnant Women. (Policy of the AMA states that HIV counseling and testing shall be offered to all pregnant women as a standard practice.)
- 8) The American College of Obstetricians and Gynecologists, HIV tests urged for all pregnant women: OB-Gyns launch campaign for universal HIV screening, *ACOG News Release*, 2000.  
“Our aim is to make HIV testing as commonplace as urinalysis during the first prenatal office visit,” said Michael F. Greene, MD, chair of ACOG’s Committee on Obstetric Practice. “The HIV test would not be mandatory — any woman would have the right to refuse testing. But we’d like to see HIV testing in pregnancy become routine and unexceptional.” ……  
Under the old “universal counseling, voluntary testing” standard, “we focused more on testing women considered to be ‘high risk’ for HIV infection,” adds Dr. Zinberg. “But we can’t afford any mistaken assumptions or stereotypes about who is really at risk for HIV. We need to test all women.”
- 9) Joint statement of the American Academy of Pediatrics and the American College of Obstetricians and Gynecologists, Human Immunodeficiency Virus Screening (RE9916), *Pediatrics* 104(1), 1999, p.128.  
“The American Academy of Pediatrics (AAP) and the American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG) strongly support efforts to further reduce the rate of perinatal transmission of HIV in the United States. We therefore support the recommendation of the IOM for universal HIV testing with patient notification as a routine component of prenatal care.”
- 10) 『HIV感染症の疫学研究 研究報告書』(主任研究者 木原正博), 2000, p.448-491.
- 11) 樽井正義「HIV感染とインフォームド・コンセント」『臨床医』20(3), 1994, pp.61-64.
- 12) 池上千寿子「保健所, 医療機関での告知の問題点」『公衆衛生』62(6), 1998, pp.414-417.
- 13) Debra Hawks, *Perinatal HIV transmission Grantee Meeting (Atlanta)*, 2000, pp.18-19.  
“ACOG’s goal is to increase routine HIV testing by ob-gyns (currently offered by 50-75%), focusing on those who do not recommend testing because they either do not perceive their patients to be at risk, do not have sufficient time, or limited because of pretest counseling requirements. …… There is a reason for this lack of testing. Probably the legal pretest counseling requirements that most states have are the biggest barriers.”
- 14) 樽井正義「HIV感染者と非感染者の権利 — 病気の人とともに生きる社会」『都市問題』85(7), 1994, pp.29-39.
- 15) HIV感染症治療研究会『HIV感染症「治療の手引き」』第4版, 2000, p.19.
- 16) WHO, *Safety and Tolerability of Zidovudine*, 2000, p.5.
- 17) U.S. Public Health Service, Recommendations for human immunodeficiency virus counseling and voluntary testing for pregnant women, *MMWR* 44(RR-7), 1995, pp. 1-15.  
“This document recommends routine HIV counseling and voluntary testing for all pregnant women and is intended to serve as guidance for health-care providers in educating women about the importance of knowing their HIV infection status.”  
“Health-care providers should ensure that all pregnant women are counseled and encouraged to be tested for HIV infection to allow women to know their infection status both for their own health and to reduce the risk for perinatal HIV transmission. Pretest HIV counseling of pregnant women should be

---

done in accordance with previous guidelines for HIV counseling. Such counseling should include information regarding the risk for HIV infection associated with sexual activity and injecting-drug use, the risk for transmission to the woman's infant if she is infected, and the availability of therapy to reduce this risk. HIV counseling, including any written materials, should be linguistically, educationally, and age appropriate for individual patients."

"HIV testing of pregnant women and their infants should be voluntary. Consent for testing should be obtained in accordance with prevailing legal requirements. Women who test positive for HIV or who refuse testing should not be a) denied prenatal or other health-care services, b) reported to child protective service agencies because of refusal to be tested or because of their HIV status, or c) discriminated against in any other way."

18) CDC, *HIV counseling, testing, and referral standards and guidelines*, 1994.

"Public health agencies that receive federal funds from the National Center for Prevention Services (NCPS) are required to routinely offer, on a voluntary basis with informed consent, HIV prevention counseling and HIV laboratory testing services to persons who are potentially HIV infected, their partners and others who have high risk behaviors." (p.3)

"Obtain informed consent from the client prior to testing." (p.8)

19) CDC, *Revised guidelines for counseling, testing and referral (Draft)*, 2000.

"The revised guidelines continue to support offering voluntary HIV testing in both confidential and anonymous formats, obtaining informed consent, and providing HIV prevention counseling that is focused on the clients' own risks and, whenever possible, is done in association with HIV testing." (p.13 11.119-121)

20) *Revised US Public Health Service Recommendations for human immunodeficiency virus counseling and voluntary testing for pregnant women (Draft)*, 2000.

"Although testing is recommended, it should remain a voluntary decision by the pregnant woman." (p.21)

"Although testing is recommended, women should be allowed to refuse testing if they feel it is not in their best interest. *Women should not be tested without their knowledge.* Women who refuse testing should not be coerced into testing, denied care for themselves or their babies, or threatened with loss of custody of their infants." (p.22)

21) American Civil Liberties Union, "Mandatory testing of pregnant women and infants would not reduce the spread of AIDS," in: *AIDS opposing viewpoints*, 1998, pp.50-55.

22) American Medical Association, H-20.931,933 Maternal HIV screening and treatment to reduce the risk of perinatal HIV transmission.

"..... it is important for physicians to give a high priority to educating all women about HIV infection and, particularly for those who are pregnant or who may become pregnant, to strongly encourage them to have HIV antibody testing. The ideal would be for all women to know their HIV status before becoming pregnant." (931)

23) 兵藤智佳「女性とエイズ」『公衆衛生』60(11), 1996, pp.828-830.

24) 兵藤智佳「HIV 母子感染をめぐって」『公衆衛生研究』47(3), 1998, pp.252-256.

25) UNAIDS, *Prevention of HIV transmission from mother to child: strategic options*, 1999. (ぶれいす 東京訳『HIV 母子感染予防について』, 1999)

26) Charles Erin, "Is there a right to remain in ignorance of HIV status?", in: R.Bennett and Ch. Erin (eds.), *HIV and AIDS*, 1999, pp.251-266.

27) Health Canada, *HIV testing and pregnancy*, 2000.

# 医療機関の診療義務とその限界

杉山 真一

## 1 問題の所在

HIV感染者であることを理由に、医療機関が診療を拒否するという例が多く報告されている。このような例は、我が国だけでなく、エイズ問題初期には米国でも問題とされたことがあった<sup>1</sup>。医療機関が、医療従事者への HIV 感染をおそれて、エイズ患者、HIV 感染者さらにはエイズの高リスクグループに対する診療を拒否するという問題である。科学的な知見によれば、医療行為により HIV に感染するおそれは極めて小さいとされているにもかかわらず<sup>2,3</sup>、このような診療拒否をすることは不当であると考えられるが、医療機関にいかなる場合にいかなる法的根拠にもとづき診療義務が生じるかが問題となる。

## 2 医療機関の診療義務—法的責任の根拠と要件

### 1) 契約上の責任

医療機関と患者との関係は、医療契約関係としてとらえられる。契約法の議論によれば、原則として、契約の締結をするかどうかは当事者の自由であるが、先行行為の存在により当事者間に契約締結への期待が存在する場合には、契約締結拒否により一種の契約責任（損害賠償責任）が発生するとされる。また先行行為の存在により、黙示の契約関係の成立が認定されることもある。

HIV 感染者の診療についても、医療機関が診療に応じたにもかかわらず、途中で HIV 感染者であることを理由に診療を拒否したような場合には、上記の理由により契約責任が発生することになる。

しかしながら、そのような事情がない場合には、契約上の責任としてではなく、次の述べる医師法第 19 条 1 項違反による不法行為責任の問題となる。

---

<sup>1</sup> AIDA AND THE LAW, Harllon L. Dalton, Scott Burris, and the Yale AIDS Law Project, Yale University Press 175 頁以下

<sup>2</sup> 最も可能性があるのは針刺し事故であるところ、針刺し事故を介しての HIV 感染の率は 0.5%未満であると推測されている。Friedland=Klein, Transmission of the Human Immunodeficiency Virus 317 New Eng.J.Med. 1125, 1126-7(1987)

<sup>3</sup> J.conte, Infection with human Immunodeficiency Virus in the Hospital, 105 An. Of Int. Med. 730, 731-2(1986).によれば、感染防止対策として推奨される方法は、概要次のとおりである。これらは医療機関においては HIV 感染対策に限らず必要とされるものであり、特別なコストがかかるものでもない。

①手をよく洗うこと、②感染者の体液、血液、臓器との接触が予想される場合は手袋を装着する。③感染者の血液等を浴びる可能性がある場合は、ガウンを着用すべきである。④患者が咳こんでいる場合は、マスクを着用し、感染者もマスクを着用すべきである。⑤ゴーグルは歯科医などで必要な場合がある。⑥検体はそれと分かるよう明示する。⑦使捨て器は不要、⑧個室は不要、⑨特別な診察室は不要。

## 2) 不法行為責任

### (1) 医師法第 19 条 1 項違反と不法行為責任<sup>4</sup>

医師法第 19 条 1 項は「診療に従事する医師は、診察治療の求があった場合には、」正当な事由がなければ、これを拒んではならない（これを医師の「応召義務」という）と定める。応召義務は、元来は医師の公法上の義務を規定するものであり、これに違反した医師は「医師としての品位を損するような行為があったとき」に該当するとして、厚生大臣により免許取消または医業停止を命じられることがある（医師法 7 条 2 項）。

かつては同義務が公法上の義務であることを理由に、医師には私法上の診療義務がないとの見解が支配的であった。この見解によると、診療拒否をされた患者から医師に対する損害賠償請求は認められないことになる。しかしながら、現在では、正当な事由なくして応召義務に違反した場合、不法行為責任（民法 709 条による損害賠償責任）が生じるものと解されており、患者から医師に対する損害賠償請求が認めらるると解されている。

正当な事由なくして応召義務に違反したとして不法行為責任を認めた裁判例として、千葉地裁昭和 61 年 7 月 25 日判決（判例時報 1220 号 118 頁）や神戸地裁平成 4 年 6 月 30 日判決（判例時報 1458 号 127 頁）があり、逆に、不法行為責任を否定した裁判例として、名古屋地裁 58 年 8 月 19 日判決（判例時報 1104 号 107 頁）がある。いずれも救急医療に関する裁判例である。

なお、公法上の義務違反を生じる場合と、不法行為責任が生じる場合と、その範囲に広狭の違いがあるか否かが問題となりうるが、民事責任としての性格から後者の方が広いと考える余地もある。

### (2) 診療義務の限界—「正当な事由」

正当な事由があるといえる場合が、医師の診療義務の限界を画する基準となる。「正当な事由」の有無は、次のような要素を比較考量して判断するとされる<sup>5</sup>。

- ① 病院側の事情（医師不在、専門外、診療中、診療時間外、入院施設なし、ベッド満床、救急病院か否か）
- ② 患者側の事情（病状の緊急性、搬送の困難性）
- ③ 地域医療の事情（一般的事情と具体的事情—収容可能な他病院を容易に見つけうるか）

### (3) HIV 感染者診療と「正当な事由」

上記 (2) で挙げた判断基準に照らすと、HIV 感染を理由とする診療拒否の場合には、正当な事由が認められる場合はほとんど皆無であろう。HIV 感染者の場合に、特に問題となる点について、以下のとおり検討する。

- ① 医療従事者への感染の危険が「正当な事由」にあたるか。

上述のとおり、医学的知見によれば極めて常識的な感染防止対策により HIV の感染を防ぐこ

<sup>4</sup> この問題を論じた文献として、手嶋豊「エイズ感染者に対する診療拒否」ジュリスト 1004 号 44 頁から 49 頁、丸山英二「医療現場でのエイズをめぐる法律問題」ジュリスト 1035 号 15 頁から 25 頁

<sup>5</sup> 菅野耕毅「救急患者の入院診療の拒否と病院の民事責任（昭和 61. 7. 25 千葉地判）＜判決紹介＞」年報医事法学 3 号 125 頁から 132 頁