

鑑定医の守秘義務について

萩原由美恵

はじめに

第1章 判例の概観

第2章 刑事裁判における鑑定人の位置づけ

第3章 鑑定医の秘密漏示行為

おわりに

はじめに

平成18年、自宅に放火して継母と異母弟妹を焼死させた少年の保護事件につき家庭裁判所から鑑定を命じられた精神科医が、その作業中フリージャーナリストから取材を受け、少年事件記録の写しや鑑定書等を閲覧させるという事件（以下「秘密漏示事件」と呼ぶ。）が起きた。最高裁は平成24年2月13日、精神科医に対する秘密漏示罪の成立を認めた⁽¹⁾。鑑定を命じられた医師に対して秘密漏示罪の適用が認められたのは初めてであった。本事件以後にも、鑑定を引き受けた医師が、鑑定対象者に関する情報を文書で公表したというケースはある。例えば①平成4年に札幌市で両親を殺害した少年（15才）の精神鑑定を行った医師が、札幌市医師会発行の月刊誌に事件前後の少年の具体的な殺害行為や内面の動きに踏み込んだ随筆⁽²⁾を掲載、②平成13年に大阪教育大学附属池田小学校で起きた児童殺傷事件の犯人である宅間守元死刑囚の鑑定を引き受けた医師が、鑑定書の

内容を盛り込んだ著書^③を出版、等である。しかし、いずれも事件後かなりの時間が経過しており、関係者に関しては匿名にされていたこともあり、刑事事件にまで至っていない。

刑法134条はその1項で「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護人、公証人又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏らしたときは、6月以下の懲役又は10万以下の罰金に処する」、2項では「宗教、祈祷若しくは祭祀の職にある者又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏らしたときも、前項と同様とする」と規定しているが、鑑定人は秘密漏示罪の主体として挙げられていない。そこで、最高裁は、鑑定人がたまたま医師の資格を有していたことに注目し、刑法134条1項を適用したのである。このような結論に対して異を唱える者は殆どいない。そこには、この事件の鑑定対象者が少年（16才）であり裁判が非公開であること、漏示先の女性が広汎性発達障害を抱える少年の犯罪に関心があり少年犯罪に関する取材や執筆を行っていたフリージャーナリストであること、被告人が本件保護事件記録中の供述調書等の写しや少年の心理検査や精神鑑定に関する書面を複数回にわたり閲覧させていること等の事情が、少なからず影響していると思われる。しかし、我が国の秘密漏示罪は、その主体をおよそ他人の秘密を知ることが職務上避けにくく、被害者の秘密の保護の必要性が高い職業に限り、看護師^④のようなこれらの職種の補助者は処罰範囲外としている。医師の資格を持たない鑑定人の存在することや、裁判所の任命により鑑定業務にあたるという鑑定人の役割に鑑みると、医師としての身分を強調して本罪の主体とみなすことについては更に検討すべき問題が存在するように思う。

またこの秘密漏示事件では、鑑定医は、自ら作成した鑑定書の他に、鑑定対象者（少年）や実父母や祖母の警察官及び検察官らに対する供述調書、少年や父親の奈良家裁に於ける陳述調書までフリージャーナリストに

閲覧させている。そこには、鑑定対象者である少年の個人情報のみならず、関係者の情報も多数含まれていた。鑑定人が鑑定の際に知り得たすべての個人情報を法廷外で第三者に漏示するときは、秘密漏示罪における「秘密」の範囲及び告訴権者の範囲にも関係する。

そこで、鑑定医の開示権限と守秘義務の問題に関するドイツの状況⁽⁵⁾も紹介しながら、鑑定医の秘密漏示行為の処罰範囲について考えてみたい。はじめに本論文執筆の契機となった秘密漏示事件の概要ならびに問題の所在を明らかにし、第2章では刑事裁判における鑑定人の位置づけ、第3章では鑑定医の秘密の開示が許される範囲について検討を加えることとする。最後に、鑑定人の秘密漏示行為への刑事的対応について何らかの提言ができればと考えている。

第1章 判例の概観

平成18年6月20日奈良県で当時高校生であった少年Aが自宅に放火をして、継母と弟と妹の3人を殺害するという事件が起きた。Aは、7月12日奈良家庭裁判所へ身柄付きで送致され、裁判所は同事件につき審判を開始した。弁護人から犯行時の少年の精神状態の鑑定が請求されたため、奈良家裁は、①Aが本件非行に及んだ精神医学的背景、②Aの本件非行時及び現在の精神状態、③その他Aの処遇上参考になる事項を鑑定事項と定め、精神科医である被告人を本件保護事件の鑑定人として指定した。

被告人は、8月10日奈良家裁から鑑定資料として本件保護事件の記録の写し（A及びB〔実父〕、祖父母や実母、中学高校の担任教師や同級生らの警察官や検察官に対する供述調書、Aの戸籍関係書類、Aの作成した図面類や学業成績等に関する捜査報告書、A及びBの奈良家裁における陳述調書等）の貸出しを受けた。被告人は、鑑定の為本件事件記録を検討し、8月13日から9月15日にかけて鑑定留置中のA、B、実母及び祖母（Bの母）と順次面

接した他、臨床心理士や検査技師らに指示して、Aに対する心理検査及び身体検査等を行った。その後、広汎性発達障害に興味を持つフリージャーナリストC子や編集者に対して、彼らが広汎性発達障害に関する記事を月刊誌に掲載し、最終的に一冊の本にしたいという意図のあることを知りながら、①鑑定資料として家裁から借り受けていた供述調書⁽⁶⁾、捜査報告書等の捜査関係資料、AとBの陳述調書等を自分の家で閲覧させ、②鑑定の為臨床心理士が作成したAの心理状態等を表す心理検査の結果等の秘密が記載されていた書面を閲覧謄写させ、③Aの精神鑑定の結果等が記載された鑑定書と同内容の印刷書面を交付し、被告人がその業務上取り扱ったことにより知り得たA及びBの秘密を漏らした⁽⁷⁾。

平成19年11月2日、A及びBの告訴により、被告人は、職務上取り扱ったことについて知り得たA及びBの秘密である供述調書、陳述調書、並びにAに係る精神鑑定書の各内容を漏らしたことは秘密漏示罪に当たるとして起訴された。弁護人は、一審の段階から一貫して、①医師の業務と鑑定の業務との間には本質的な違いがあり、精神鑑定は医師の業務に当たらないから、被告人が漏示した秘密は、被告人が鑑定の業務上知り得たものであって、医師の業務上知り得たものではない、②供述調書等は法廷で公開される性質のものであり、Aらも供述調書に署名指印した以上、その内容を秘匿する意思はないから、秘密漏示罪により保護されるべき「秘密」に当たらない、③被告人は、Aに対する誤った報道で広がった世間の認識を正すという少年の利益を図る目的や、社会一般に広汎性発達障害の正しい知識を持ってもらうことが、A及び同様の障害を持つ者のためになるという公益目的で、C子に鑑定資料等を閲覧させる等したのであるから、被告人の行為には「正当な理由」があり、違法性が阻却される、④本罪の告訴権者は業務上の取り扱いを委託した本人に限られる。したがって本件に於ける告訴権者は奈良家裁であるから、告訴権者による告訴が欠けているので、本件公訴提起は無効であると主張した。

それに対して、一審⁽⁸⁾は、①刑法134条1項の秘密漏示行為の主体であ

る「医師」とは医師国家試験に合格し、厚生労働大臣の免許を受けた者（医師法2条）をいうものと解されるから、被告人が同条の「医師」に当たることは明らかである。被告人が医師であることを前提に鑑定人として選任され、裁判所から本件事件記録の貸し出しを受け記録を検討すると共に、その専門的知見及び経験に基づいて必要な面接や心理検査を行ったうえで、精神鑑定書を作成して提出したことからすれば、被告人が行った精神鑑定は、秘密漏示罪における医師の「業務」に当たる、②本罪における「秘密」とは、一般に知られていない非公知の事実であって、これを他人に知られていないことが本人の利益と認められるものと解するのが相当である。秘密の利益の有無は、当該秘密が漏らされた行為時において漏らされた内容自体から判断すべきであり、その後公開される可能性等があることを斟酌して判断されるべきものではなく、また、供述調書に供述者が署名指印するのは、自己の供述内容が正確に録取されていることを確認するためであり、これをもって供述調書が無制限に公開されることを承諾したものとみることもできないから、供述調書等の内容はA及びBの「秘密」に当たる、③少年に対する誤った世間の認識を正すという被告人の思いは主観的なものにとどまり、その行為は、審判手続き中の少年の利益にかなうものとはいえないばかりか、非公開である少年審判手続きの制度趣旨に反し、プライバシー等の秘密に対する配慮を欠いた非常に軽率な行為で、手段の相当性の点においても著しく欠くものであり、取材協力行為とみても「正当な理由」に基づくものと認めることはできない、④秘密の主体が本罪の主体に業務上の取扱いを委託し、後者がこれにより知り得た秘密を漏らした時に本罪が成立する場合が典型的なものといえても、条文上は業務の根拠や業務と秘密の主体との関係等が限定されているわけではないから、本罪における「人」を本罪の主体に業務上の取り扱いを委託した本人に限ると解すべき理由はなく、秘密が漏れたことによって被害を受けるA及びBが本件の被害者として告訴権を有するのは当然であるとして、秘密漏示罪の成立を認め被告人に懲役4月、執行猶予3年を言い渡した。

被告人は控訴したが大阪高裁⁽⁹⁾は一審を是認して控訴を棄却したため、上告した。最高裁⁽¹⁰⁾も上告を棄却したが、職権で次のように判断した。秘密漏示罪の成否に関しては、「医師が、医師としての知識、経験に基づく、診断を含む医学的判断を内容とする鑑定を命じられた場合には、その鑑定の実施は、医師がその業務として行うものといえるから、医師が当該鑑定を行う過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為は、医師がその業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏示するものとして刑法134条1項の秘密漏示罪に該当すると解するのが相当である」。又秘密漏示罪の漏示の対象となる「人の秘密」には、「鑑定対象者本人の秘密のほか、同鑑定を行う過程で知り得た鑑定対象者本人以外の者の秘密も含まれるというべき」であり、これらの秘密を漏示されたA及びBは犯罪により害を被った者であり告訴権を有する⁽¹¹⁾。

この判例の一番の問題点は、刑法134条の秘密漏示罪の主体とされる「医師」に鑑定人として選任された医師も含まれるのかということである。刑法134条の秘密漏示罪は、「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護人、公証人、宗教、祈禱若しくは祭祀の職にある者」に主体が限定されている。その根拠としては、主体の側からは、これらの職にある者は職務の性質上人の秘密を知る機会が多く、被害者の側からは、これらの職業のサービスを受けるためには秘密の開示が不可欠で自衛措置がとりにくいということが挙げられている⁽¹²⁾。被害者の秘密の保護の必要性が高い類型が選ばれており、「医師」は本罪の主体となっているが、鑑定人は主体とはなっていない。そこで、弁護士は、裁判所から精神鑑定を命じられた鑑定医に、刑法134条1項の適用を認めるにあたっては、秘密の主体との間に信頼関係があること及びその主体に意思の自由があることが必要であるが、鑑定医と鑑定の対象者の間にはこのような信頼関係はそもそも存在せず、対象者には鑑定を拒否する意思決定の自由もない、と主張した。

改正刑法草案は、当時の現行法（平成9年法律91号の改正前）が秘密漏

示罪の主体を「医師、薬剤師、薬種商、産婆、弁護士、公証人」「宗教若クハ禱祀ノ職ニ在ル者」「又ハ此等ノ職ニ在リシ者」というように特定業種を掲げて規定していた(134条)がそれを修正し、「医療業務、法律業務、会計業務その他依頼者との信頼関係に基づいて人の秘密を知ることとなる業務に従事する者、もしくはその補助者又はこれらの地位にあった者」「宗教の職にある者又はその職にあった者」というように包括的に規定し、主体の範囲を広げると共に、「依頼者との信頼関係に基づいて人の秘密を知ることとなる業務」という要件を付け加えた(317条)。弁護士は、これにならい、医師を「依頼人である患者との信頼関係に基づいて患者の秘密を知ることになる業務に従事する者」と限定して解釈し、本件鑑定医は刑法134条1項の主体ではないと主張した。しかし改正刑法草案317条に対しては、秘密という概念の不明確さと相まって、その範囲も極めて不明確であるとの批判⁽¹³⁾が強く、法務省も代案においては現行法に戻ってしまった⁽¹⁴⁾。多くの学者は、①刑法134条は背任罪のような背信の罪ではないので、秘密の主体と漏示の主体との間に特別の信頼関係や信頼関係の必要はないと解することに合理性がある⁽¹⁵⁾、②条文・法体系上も本罪の成立を医師・患者間等の信頼関係がある場合に限定する理由はない⁽¹⁶⁾、③限定解釈をとると、「秘密」を「基本的医行為(患者に対する診察・治療を行うという臨床としての職務)によって知った秘密」に限定することになり、鑑定対象者の診断は治療目的でないので、基本的医行為とは異なるとみることが可能である。しかし、相手の個人的事項に立ち入って初めて判断の前提となる資料がそろい、それにより正確な判断が可能になるという点では基本的医行為が行われる場面と大きな隔たりはないので、鑑定対象者の診断が基本的医行為とは全く異質の業務とは言いきれない⁽¹⁷⁾、④書面鑑定のような、医師と鑑定対象者との間に診察・診療の際に患者との関係において存在する信頼関係が存在しない業務であっても、医師が鑑定人として鑑定対象者の秘密に多く接し、人の秘密を求心的に獲得するという意味において、医的行為を遂行する場合と大きな違いはない。このよ

うな秘密も、医師が基本的医行為に於いて接した秘密と保護の必要性の点でかわるところはない。その業務が基本的医行為か否かに関わらず、医師であるが故に接した秘密である以上、守秘義務の対象となると解するのが妥当であり、書面鑑定に携わった医師を処罰対象から外すのは無理がある⁽¹⁸⁾、というような理由を挙げ、鑑定人と鑑定対象者との間の信頼関係を不要と考える⁽¹⁹⁾。したがって秘密漏示罪の主体である「医師」を、「医師国家試験に合格し、厚生労働大臣の免許を受けた者」（医師法2条）と解すれば、医師であるが故に鑑定人に選ばれた被告人は本罪の主体となり、彼の秘密漏示行為により個人の私生活上の秘密という法益が侵害されている以上、刑法134条1項が適用されるという結論は当然導かれることになる。

しかし、医師以外の専門家が鑑定人に選任された場合には、同じく鑑定人としての業務遂行中に知り得た他人の秘密を公にしても処罰出来ないという不都合が生じる⁽²⁰⁾。このような差違については立法の不備ではなく立法の断片性の問題であり、それが不合理なものでない限り鑑定医を処罰しても罪刑法定主義に反するとはいえないという見解⁽²¹⁾や、本罪を医師の業務それ自体を保護するものとみる限り、医師でない鑑定人が除外されるのは当然であり、刑法134条の規定が真正身分犯である以上、罪刑法定主義から導かれる帰結であるという見解⁽²²⁾もある。それに対して松原教授は、本決定によれば鑑定人が秘密を漏らした場合、その者が心理学の専門家であった場合には処罰されないのに、たまたま医師であるときには処罰されることになるが、この帰結には医師の職業倫理自体を保護しようとしているのではないかという疑念が残ると述べておられる⁽²³⁾。

また被告人は、自ら作成した鑑定書の写しのほかに、事前に捜査機関から鑑定資料として渡されていた供述調書もフリージャーナリストにみせた。この中に書かれていた個人の情報も刑法134条の客体である「人の秘密」といえるのかも問題である。弁護人は、供述調書や鑑定書は、刑事裁判に於ける証拠となれば公開の法廷で、その内容が明らかにされると共

に、裁判資料として一般公開が予定されており、供述者や鑑定対象者は、このことを前提に供述調書の作成や鑑定に応じているから、供述調書や鑑定書の内容を秘匿する意思を有しておらず、秘匿の利益もない。本件保護事件においても、少年は自己が刑事裁判を受ける可能性のあることや供述内容が公開されることを認識しており、実父も供述内容が公開されること自体は想定していたから、いずれも秘匿の意思を有していなかったとして、各書面は本罪の「秘密」に当たらないと主張した。これに対して、①当該情報が後に公開されることについて認識があったとしても、行為時に秘匿意思がなかったということには到底ならない⁽²⁴⁾、②供述者の署名指印は、供述調書の内容の無制限な公開を承認するものではないので、これを理由に供述調書の秘密性を否定することもできない⁽²⁵⁾、③供述調書の内容は、刑事裁判で後に公開される可能性があるが、証拠採用されなかったり、あるいは非公開の少年審判で使用されるにとどまる等して非公開のまま終わることもあるので、後に一般公開される可能性があることを理由に秘密性を否定することは適切ではない⁽²⁶⁾、として判例を支持する見解が圧倒的に多い。

第2章 刑事裁判における鑑定人の位置づけ

ドイツの刑事訴訟法には、鑑定人に関する詳細な規定があり、裁判所の委託により鑑定人に任命された者は、通常任命に従わなければならないという鑑定義務が明文化されている（ドイツ刑事訴訟法75条⁽²⁷⁾）。鑑定人は、証人の証言拒絶権と同様に鑑定を拒否することはできる（ドイツ刑事訴訟法76条⁽²⁸⁾）が、そうでない場合には鑑定を行う包括的な義務があり、部分的に拒否したり、何らかの事情や自身の斟酌で事実の報告を控える権利は法的に存在しない⁽²⁹⁾。鑑定人は、あくまでも裁判所の委託により裁判官の認識・評価活動を助ける補助者として位置づけられている。このような裁判所主導型の鑑定人制度であることから、医師が鑑定人に任命された場

合、一方では医師なるが故の守秘義務が存在するため、裁判所に対して鑑定の際に知り得た鑑定対象者の情報の開示がどこまで許容されるのが問題になる⁽³⁰⁾。

我が国でも、「裁判所は、学識経験のある者に鑑定を命ずることができる。」(刑事訴訟法165条)と規定されており、制度的には鑑定人は裁判所の補助者としての性格を有する。しかし、実務ではまず弁護人が被告人に有利な鑑定結果が得られるであろう鑑定人を申請し、次に検察官も自己に有利になるであろう鑑定人を申請して、最後に裁判所がこれを選任するという形をとるため、検察官ないし被告人の証人としての性格が強くなる⁽³¹⁾。そのため、裁判所主導の鑑定という意識が弱くなり、裁判所に対する開示義務との関係で鑑定人の守秘義務が論じられることは少ない。

前述秘密漏示事件の中で告訴権者について争った際、弁護側は鑑定人が守秘義務を負うのは鑑定を命じた裁判所に対してであり、「本罪の秘密の主体は業務上の取扱いを託した本人に限るから、本件では奈良家庭裁判所」が告訴権者になるべきであると主張した。鑑定人と裁判所との間の委託関係に注目し、第三者への漏示行為により被害を受けたのは鑑定対象者ではなく裁判所であるとした。その他にも、裁判所との委託関係を前提に鑑定人の守秘義務について論じたものがある。武村氏は、鑑定人・鑑定対象者との関係は、治療に於ける医師・患者との関係とは異なるとして、次のような点を指摘される。治療において患者が治療を希望し医師を選び、医師の誠実・患者の信頼という関係に於いて、医師の助けを得て患者自らが治療を決定する。このような医師・患者関係は、国民のために保護する価値があり、これを担保するものとして医師には守秘義務・権利がある。それに対して、鑑定は、刑事訴訟法上証拠を必要とする事実を認定するための強制的な一つ的手段であり、弁護人ですら被告人の主体的意志に反しても鑑定を申し立てることがあり、裁判所が鑑定を行うか否かを決定し、鑑定人を選び鑑定を命令する。鑑定は、ある個人に対し医学の学識・経験を駆使する医師の行為であるが、このような行為は当該個人自身から委託

されたのではない。鑑定人は、裁判所に対する宣誓に従い、第一義的にその鑑定人性において鑑定に臨み、鑑定において知ったことすべてを裁判所に対して明らかにしなければ鑑定人宣誓に違背する⁽³²⁾。西山氏も、刑事鑑定においては、鑑定人（医師）と鑑定対象者（患者）の二者関係が先天的にあるのではなくて、裁判所と被告人の関係が基本であり、鑑定人はこの両者の間にバイパスを作るように介在するに過ぎない。鑑定状況は鑑定人（医師）と鑑定対象者（患者）と裁判所の三者関係を構成しており、鑑定人には守秘義務は原則として存在しないと述べている⁽³³⁾。要するに、両者とも、医師が鑑定人に選任された場合には、裁判所の補助者としての立場から法廷における開示義務が優先すること、そして、原則として医師が患者に対して負うような守秘義務を鑑定対象者に対して負うことがないことを示された。

鑑定は、裁判所の事実認定を補助する目的で行われるものであり、鑑定事項の決定も、鑑定人の選任も、裁判所の専権事項に属する。裁判所が、特別な知識・経験のある専門家（精神科医、臨床心理士等）に精神疾患、知能、性格等の問題点の有無・程度等に関する意見を求め、その結果は刑事裁判の場合には責任能力の有無・程度、刑の決定のための判断資料に、家裁審判の場合には刑事処分の可否、保護処分の選択（医療少年院送致の適否、要否、収容期間の勧告等）の判断資料とされるにすぎない⁽³⁴⁾。鑑定人が鑑定の過程で知り得た秘密は、鑑定人自身に委ねられたものではない。鑑定人の秘密漏示罪の成否を考えるとときには、彼が裁判所に対して補助的な役割を担っていること、裁判所に対して鑑定結果を開示する義務を負っていることを忘れてはならない。

また、刑事裁判では、鑑定対象者の鑑定人忌避が制度として認められていない。鑑定対象者は、好むと好まざるとにかかわらず鑑定人の前に連れて来られ、鑑定人が鑑定において知り得たことを裁判所に報告することを耐容する義務が科せられている⁽³⁵⁾。そしてその鑑定結果が公判廷に顕在することが前提になっている以上、医師の業務で求められるような守秘義務

務は存在しないのではないか⁽³⁶⁾。

第3章 鑑定医の秘密漏示行為

およそ鑑定人は、鑑定業務遂行の際に鑑定対象者以外の多くの関係者の秘密にも接する可能性があるが、如何なる範囲の秘密の開示が許されるのか。ドイツでは、かつて、鑑定対象者の秘密を法廷で開示しても、秘密漏示罪（刑法203条）⁽³⁷⁾には問われないという立場が代表的な見解であった。それは、裁判上の検査が委託されたものであるからである。即ち鑑定人に秘密が「委ねられる」のではなく、鑑定人は鑑定対象者に対して医師「として」接するわけではない。しかし、これでは鑑定医が鑑定の際に知った鑑定対象者の秘密を第三者に漏らす事例に対しても不可罰になるとの批判があり、現在有力な見解によれば、医師の秘密漏示行為を処罰している刑法203条1項は、鑑定医と鑑定対象者との間にも制限なく適用可能であり、鑑定対象者の秘密の開示は常に構成要件に該当するが、裁判所の委託により鑑定義務が発生しているので違法性が阻却されると解されている⁽³⁸⁾。

鑑定人は、鑑定義務を遂行する限り鑑定対象者の秘密開示の権限を有するが、その開示権限には制限があると考えられている。第一の制限は、鑑定依頼の基礎をなしている証明対象から生じる。鑑定の過程で具体化し、焦点が絞られていった鑑定課題が、開示権限の限界を定めることになる。鑑定人は、出された質問には答えなければならないが、それ以外のことを話してはいけない。第二の制限は、医師の鑑定では、専門知識を伝えたり、与えられた症状を専門的に説明するだけでなく、鑑定人が自らつきとめた事実を引き合いに出すということもあるが、その際、鑑定を理解するために必要な事実のみを取り上げることが許されるということである。鑑定がよりどころとする事実は「関連事実（Anknüpfungstatsache）」⁽³⁹⁾と呼ばれ、それに属さない資料は、鑑定人による立証においては意味を持た

ず、それを開示しても違法性は阻却されない。鑑定対象者について専門的知識により認定した事実（所見事実、Befundtatsache）、例えば犯行現場における人物の身体・行動に関する自然科学的検査や観察により知覚したことは、鑑定の基礎として公判に持ち込んでも良い。仮に所見調査に協力した鑑定対象者が後日同意を撤回したとしても、通常鑑定人の法的義務の遂行が独立した違法性阻却事由とみなされるので、開示権限は存在する。

そこで、このような開示権限の制限に関するドイツの見解を参考に、我が国に於ける鑑定人による法廷内での開示行為と、法廷外の第三者への漏示行為に分けて、秘密開示が許される範囲について考察してみる。

① 法廷内での開示行為

医師が裁判所の委託により鑑定業務に携わっている限り、鑑定事項に関して専門的知識により知覚した事実を法廷内で開示することは許される。その意味では鑑定対象者に対する守秘義務は負わない。また、鑑定人が鑑定対象者や鑑定対象者の家族との面談の際に知った情報、あるいは第三者から聴取した情報（鑑定対象者の生育環境、学歴、病歴、交友関係、鑑定対象者の家族関係等）も、裁判所の鑑定事項に関係がある限り、鑑定対象者の精神医学的な診断に必要な範囲ならば開示することはやむを得ないであろう。仮にその情報が鑑定対象者に不利にはたらくものであっても、およそ鑑定対象者の責任能力の有無・程度を判断し、真実を発見するために必要な限り許されるのではないか。しかし、委ねられた鑑定事項と直接関係のない、鑑定の為に必要とは言えない事実の開示、プライバシーの侵害にあたるような秘密の開示は、鑑定対象者や関係者の同意がない限り許されない。

② 法廷外の第三者への漏示行為

前述秘密漏示事件では、鑑定医は、家事審判前に第三者であるフリージャーナリストに対して情報を流出させた。しかも、医師の専門的知識を

駆使して得た鑑定対象者の診断結果を記載した鑑定書のみならず、鑑定対象者の家族等の個人情報も含まれていた供述調書も見せた。非公開である少年事件でも成人の事件でも、一般に知られていない事実を「人の秘密」として保護するのは当然である。供述調書は、鑑定に当たり捜査機関から鑑定資料として与えられたものであり、鑑定医が医師の資格・能力を駆使して獲得した個人情報ではないが、およそ医学的判断を内容とする鑑定を行う過程で知ったものであれば本罪の「秘密」に当たる⁽⁴⁰⁾。但し、その場合には鑑定対象者以外の関係者も秘密漏示罪の被害者として保護することになり、告訴権者の範囲に関係してくる。告訴権者に関して、「業務上の取扱いを託した本人に限る」と解すれば⁽⁴¹⁾、裁判所のみが告訴権を持つと結論づけることも可能であるが、そこまで限定する必要はなからう。「秘密の主体」が被害者として告訴権を持つと解すれば⁽⁴²⁾、鑑定対象者の家族等も法廷外の第三者への漏示行為により直接被害を受けており、保護する必要がある。法廷外の第三者への漏示は、裁判所の鑑定委託の権限を越えた行為であり、委託した裁判所は勿論のこと、鑑定対象者、そして家族等被害を受けた関係者も告訴権者として保護すべきであろう。

公判終了後に情報が漏れたときには、既に法廷で公開されたことに関しては秘密として保護する必要はないだろう。事件から12年後の平成25年に、宅間元死刑囚の鑑定を引き受けた医師が、鑑定書の内容を盛り込んだ著書を出版したのは、宅間の診断について精神科の臨床医や専門家によりその妥当性が検証されるべきであること、そして事件までの宅間に対する精神医療のあるべき姿を振り返ると共に、この事件をきっかけにして心神喪失者医療観察法が成立した（平成15年）ことの確認をしたいとの思いからであった。既に結審しており、正当な目的があり、関係者はすべて匿名にされていることから、刑事事件にまで至らなかったのだろう。

以上、秘密漏示罪の成否は、一律に決められるべきものではなく、裁判所と鑑定人との間の委託関係を前提にしながら、どのような状況でどのよ

うな情報が開示されたかにより決定されるべきであると考ええる。原則として裁判所から委託された鑑定事項やそれに関係する範囲内の情報である限り、法廷内での開示は許される。しかし、公判前・公判中に法廷外の第三者に情報を漏らした場合には、鑑定人が自らの専門的知識に基づいて知覚した事項に限らず、関係者を尋問したことにより知った情報や供述調書内の情報も、秘密の主体の同意が無い限り、すべて秘密として保護すべきである。また公判で明らかになった後は、その範囲で秘密として保護する必要はなくなる。

おわりに

通常、鑑定人は、裁判所から訴訟記録を提供されるが、鑑定目的を達するのに必要な範囲内で自らも資料収集が行える。特に精神鑑定の場合、被告人の全人格や全生活史を問診や諸検査により明らかにすることにより、その精神障害の有無程度が明らかになるという特殊性から、鑑定人がその専門知識と経験に基づいて必要とする資料を自由に収集する方が良い結果が得られると考えられ、鑑定資料の制限は少ない⁽⁴³⁾。鑑定人は、鑑定対象者のみならず多くの関係者の秘密に接することになり、慎重に対処しなければならないが、今のところ鑑定人という職種の秘密漏示行為を特別に処罰する規定は存在しない。前述秘密漏示事件のように、医師が鑑定人の場合には、医師としての業務上知り得た秘密であると解して刑法134条1項を適用することは可能であるが、このような対応は、ややもすると医師と鑑定人の役割の本質的な相違、鑑定人と鑑定対象者との関係を見失う恐れがあるのではなかろうか。

医師は、患者の気持ちを尊重しその利益を守るために治療を行うが、鑑定人は、特別の学識、経験に基づき裁判所の補助者としての役割を果たす。鑑定人は裁判所の命令に服する義務があり、裁判所から示された鑑定事項に関する専門家としての判断を期待されている。しかし、鑑定人が医

師の資格を有している場合に、医師の守秘義務違反という形で責任が問われることが常態化すれば、裁判所の補助者という立場を見失い、臨床医としての自覚を持って鑑定にあたる医師も増えてくるのではないか。一体鑑定医には、治療的見地をもって鑑定対象者に接することが許されているのだろうか。

かねてより、鑑定にあたる精神科医の立場について、その治療的な性格をめぐり争われている。鑑定にあたる医師は精神鑑定者である前に医師であるとして、医師本来の役割は患者の治療にあることを強調する見解がある。例えば、刑事精神鑑定の目的を刑事責任能力に関する判断の資料を提供することに限定すると、医師としての役割が果たせなくなる⁽⁴⁴⁾。刑事裁判における精神鑑定の本旨は、被告人を刑罰という非難から治療へと持ってくることであり⁽⁴⁵⁾、鑑定の場面でも「常に病者の味方であり、いかに治療し、助けてあげられるか」を基本とすべきである⁽⁴⁶⁾と主張する。しかし、鑑定の場を治療の場に変質させようという試みに対しては、①被告人の治療への導入が鑑定目的とされることは、鑑定課題からの逸脱であるばかりか、公平・中立性という鑑定人に対する基本的な要請にも疑義を生じさせることになり、鑑定の信用性にも関わる⁽⁴⁷⁾、②医師と患者関係における信頼関係を利用して、鑑定対象者に告白させようと試みることは許されない。鑑定に於いても被告人の自己防御権は認められなければならない⁽⁴⁸⁾、③治療関係を持続しえず、鑑定対象者に束の間の幻想を与えたり、鑑定人が独善に陥る危険性が大きい⁽⁴⁹⁾、と批判された。通説は、鑑定人は日常の臨床に携わる医師としてではなく、刑事手続きの中にあっては裁判所の補助者として公正・中立な立場から鑑定事項（鑑定対象者の責任能力の有無・程度及びその弁識・制御能力への影響）について自己の専門知識を適用すべきである⁽⁵⁰⁾。鑑定医が診るのはあくまで被告人であって患者ではなく、鑑定医が負うべき義務は、被告人に関して知り得た司法精神医学的な所見を報告し、結果的に公正な裁判の実現に寄与することであり、

被告人の治療や保護を試みることではないと主張する⁽⁵¹⁾。

精神鑑定の結果は、鑑定対象者が成人の場合には刑の減輕、免除という例外規定の適用の根拠となるが、少年の場合には、刑事処分の可否、保護処分の選択（医療少年院送致の適否、要否、収容期間の勧告等）の判断資料となる。鑑定に於いて責任能力の有無の他に、生育や環境の影響や再非行のリスク、治療や矯正の可能性、処遇や治療への意見を問われることも多いため⁽⁵²⁾、鑑定医には治療的な性格が期待され、それが鑑定医の誤解につながるのではないか。

鑑定人は、刑事手続きの中で裁判所の補助者として、中立公平な立場から委託の範囲内で誠実に鑑定をする義務を負っている。治療的な視点を持って鑑定に臨むと、鑑定対象者の責任能力の有無やその程度を知るために不可欠な質問や検査も、本人の精神的負担を考慮し控えるかもしれない。治療的な配慮が、かえって適正な鑑定人・鑑定対象者関係を損ない、真実究明の妨げになる危険をもたらすのではないかと思う。前述秘密漏示事件の鑑定医は、少年審判手続きが進行中に供述調書等をジャーナリストに閲覧させたのは、鑑定作業をすすめるうちに少年に殺意がないことがわかり、誤った報道で広がった世間の認識を正して少年の将来を守るためには、真実を明らかにする必要があると考えたからだと述べた。このような被告人の態度は、早期治療による更生を願うという医師としての気持ちの現れなのかもしれないが、鑑定人としてはあるまじき態度である。検査の結果少年が広汎性発達障害に罹患していること、それが犯罪に影響していることが判明したのならば、その旨鑑定書に記載し、真実究明は裁判所に任せるべきである。

被告人の心身または身体に関する鑑定の場合には、精神科の医師が鑑定人として選任されることが多いが、大学教授や心理療法士が選ばれることもある。後者が秘密を漏示しても処罰されないという現行法のもとの不公平さは、立法的な解決によるしかないであろう。この際、鑑定業務にあたる医師は、治療的見地からのぞむべきではないということを明確にする

ためにも、医師としての守秘義務規定（刑法134条1項）を適用するのではなく、およそ鑑定人に選任された者すべて（医師も含めて）を対象とした規定を設けて、処罰するのが望ましいと考える。

注

- (1) 最決平成24年2月13日刑集66巻4号405頁。
- (2) 渡部正行「少年」札医通信539号（平成24年）3頁。
- (3) 岡江晃『宅間守精神鑑定書 精神医療と刑事司法の狭間で』（亜紀書房、平成25年）。
- (4) 看護師に関しては、保健師助産師看護師法42条の2、44条の3に、刑法134条と同一内容の行為を禁止する規定を置いている。
- (5) ドイツの状況に関しては、以下の論文を参考とした。Christoph Knauer, Der Arzt, die Kommunikation und das Strafrecht—Aspekte der ärztlichen Schweigepflicht unter besonderer Berücksichtigung von Supervision, ärztlichem Konsil und Sachverständigentätigkeit—, Festschrift für Heinz Schöch zum 70.Geburtstag, 2010, S.439; Detlef Krauß, Schweigepflicht und Schweigerecht des ärztlichen Sachverständigen im Strafprozeß, ZStW 97 (1985), S.81.
- (6) 供述調書には、少年Aの生育歴、Aの出生後から本事件に至るまでの実父BのAに対する教育状況、実父母の婚姻から離婚に至るまでの経緯、Bの再婚の経緯や結婚生活の状況、Aと被害者らの関係その他家庭の事情、中学校及び高等学校におけるAの成績等が記載されていた。
- (7) 奈良家裁は、平成18年10月26日本事件につき少年を中等少年院に送致する決定をしたが、同決定と相前後して少年に関する記事が週刊誌に順次掲載された。平成19年5月21日には、フリージャーナリストが書いた「僕はパパを殺すことに決めた—奈良エリート少年自宅放火事件の真実—」と題する本が講談社から出版された。カバー及び表見返しには本件事件記録中にあり、少年が手書きした非行までの時系列表がそのままの形で印刷され、本文中には少年や実父、並びに実母らの供述調書等の内容が多数引用されていた。
- (8) 奈良地判平成21年4月15日判例時報2048号135頁。
- (9) 大阪高判平成21年12月17日前掲注1、471頁。
- (10) 前掲注1。
- (11) 二審までは少年事件記録の写し等の秘密性について明示的に触れていた

が、最高裁ではその点に関しては触れていない。

- (12) 佐伯仁志「第10講 秘密の保護」『刑法基本講座（第6巻）—各論の諸問題』（法学書院、平成5年）139頁。
- (13) 西原春夫「第35章 秘密を犯す罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2各則』（東京大学出版会、昭和48年）374-375頁。
- (14) 佐伯・前掲注12、147頁。
- (15) 松宮孝明「判批」立命館法学337号（平成23年）494頁。
- (16) 豊田兼彦「判批」『法学セミナー増刊 新・判例解説Watch速報判例解説 vol.13』（日本評論社、平成25年）142頁、佐久間修「判批」『医事法判例百選（第2版）』（有斐閣、平成26年）56頁。
- (17) 曲田統「秘密漏示罪の成立要件と共犯—最決平成24年2月13日を素材にして—」法学新報119巻9・10号（平成25年）566頁。
- (18) 曲田・前掲注567頁。
- (19) 仮に精神鑑定を受ける者と鑑定医との間に信頼関係が必要であるとの見解をとっても、精神鑑定を受ける者は鑑定に際して述べたことは鑑定を遂行する過程以外では暴露されないと信頼して打ち明けることも考えられるので、両者の間に秘密をみだりに漏示しないことについての信頼関係が存在しないと断言することは出来ないとの見解（田坂晶「判批」刑事法ジャーナル33号〔平成24年〕131頁）もある。信頼関係を不要と考える松宮教授や豊田教授も、精神鑑定の場合対象者は医師を信じて鑑定目的遂行以外では公にされないと信頼して恥ずかしいと思われることも打ち明けるというのであれば、医師と鑑定対象者との間に信頼関係がないとまでは断定できないと言われる。松宮・前掲注15、494頁、豊田・前掲注16、142頁。
- (20) 最高裁判決の中で千葉裁判官も、補足意見として鑑定人が医師の場合とそれ以外の場合との処罰の不均衡について言及されている。
- (21) 豊田・前掲注16、143頁、松宮・前掲注15、494-495頁。
- (22) 佐久間・前掲注16、57頁。
- (23) 松原芳博「刑法各論の考え方11 秘密に対する罪／財産罪総説—財産罪の分類・客体」法学セミナー692号（平成24年）108頁。西田教授も、秘密漏示罪の保護法益はあくまでも個人の秘密であり、本罪の主体に課せられた職業倫理そのものではないと言われるが、本判決の結論に関しては異論は呈しておられない。西田典之『刑法各論（第6版）』（弘文堂、平成24年）106頁。
- (24) 曲田・前掲注17、569頁。
- (25) 豊田・前掲注16、143頁。

- (26) 豊田・前掲注16、143頁、松宮・前掲注15、495頁、田坂・前掲注19、131頁。
- (27) ドイツ刑事訴訟法75条（鑑定義務）
- ①鑑定人に任命された者は、求められた種類の鑑定をするために公的に指名されている者であるとき、鑑定活動の前提となる学問、技芸若しくは業務を公然と生業として営んでいる者であるとき、又はこれらの仕事のため公的な指名若しくは認可を受けた者であるときは、その任命に服しなければならない。
 - ②裁判所に対し鑑定を行う用意がある旨を述べた者も、鑑定をする義務を負う。
- (28) ドイツ刑事訴訟法76条（鑑定拒絶権）
- ①鑑定人は、証人の証言拒絶が認められるのと同じの事由によって、鑑定を拒絶することができる。鑑定人は、それ以外の事由によっても、鑑定の義務を免れることができる（証人の証言拒絶権については、ドイツ刑事訴訟法52条以下参照）。
 - ②裁判官、官吏、その他公務に従事する者を鑑定人として尋問することについては、公務員法の定めるところによる。連邦政府又は州政府の構成員については、これらの者に関する特別の規定の定めるところによる。
- (29) Knauer, aa.O. (Anm.5), S.452.
- (30) ドイツの刑事鑑定制度について詳しくは、大谷実「西ドイツにおける司法精神鑑定」臨床精神医学10巻（昭和56年）809頁以下、浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』（有斐閣、平成6年）175頁以下参照。
- (31) 裁判官が鑑定人を選任するに当たり弁護側申請の場合、検察官申請の場合、裁判所が独自に命じる場合があるが、いずれの場合も選任された鑑定人は裁判所の鑑定人であり、当事者のそれではない。浅田・前掲注、190頁。
- (32) 武村信義「刑事精神鑑定における鑑定人・被鑑定者関係—精神鑑定と治療—」Act.Crim.Japon.,50（3）（昭和59年）89頁。
- (33) 西山詮「鑑定人としての精神科医・治療者としての精神科医」季刊刑事弁護17号（平成11年）58頁。
- (34) 廣瀬健二「少年事件の精神鑑定に求められるもの—裁判官の立場から—」児童青年精神医学とその近接領域50巻4号（平成21年）453頁。
- (35) 武村・前掲注32、89頁。
- (36) 田邊昇「外科医が知っておきたい法律の知識 37 秘密漏泄罪」外科治療101巻1号（平成21年）94頁。

- (37) ドイツ刑法203条1項では、我が国と同様に医師、弁護士、弁護人、薬剤師、公証人らが、自らに委ねられ、またはその他の方法で知らされた他の者の秘密、特に私的な生活領域に属する秘密、又は営業上若しくは業務上の秘密を権限なく漏示した場合には、1年以下の自由刑または罰金に処せられている。その他にも獣医、歯科医師、税理士、弁理士、公認会計士、国家により承認された学問的修了試験を伴う職業心理学者、国家の承認を受けたソーシャルワーカー等専門的な職業に就いている多くの者が秘密保護の主体としてあがっている。またそれとは別に203条2項5号では、「公に選任され、良心に基づいてその義務を履行することを、法律に基づき要式を経て義務づけられた鑑定人」の秘密漏示行為も処罰対象としている。
- (38) Knauer, a.a.O. (Anm.5), S.453-S.454 ; Krauß, a.a.O. (Anm.5), S.86ff.
- (39) 連邦通常裁判所は、関連事実を鑑定人がその専門知識にもとづいて認定できるような事実（所見事実）と、専門知識のない裁判所でも自由に使える認識方法や証拠方法をもって認定できるような事実（追加事実、Zusatztatsache）に分類し、所見事実は鑑定の基礎として、鑑定により公判に持ち込んでよいと解されている。しかし、鑑定人が専門知識を必要とせずに行った知覚により認定された事実や専門知識を持たない情報提供者から公判外で知らされた事実経過に関する事実に関しては、鑑定対象者の同意がない限り、鑑定人の開示権限を根拠に開示することは許されない。所見事実と追加事実について詳しくは、Knauer, a.a.O. (Anm.5), S.455ff ; Krauß, a.a.O. (Anm.5), S.97ff 参照。
- (40) 豊田・前掲注16、144頁、松宮・前掲注15、496頁。
- (41) 団藤重光編『注釈刑法（3）各則（1）』〔所一彦執筆〕（有斐閣、昭和40年）265頁、中山研一『刑法各論』（成文堂、昭和59年）187頁。
- (42) 山口厚『刑法各論（第2版）』（有斐閣、平成22年）133頁、伊藤研祐『刑法講義各論』（日本評論社、平成23年）109頁。
- (43) 川合昌幸「Ⅲ鑑定と司法 裁判官からみた精神鑑定」中谷陽二編『司法精神医学 6鑑定例集』（中山書店、平成18年）280頁。
- (44) 逸見武光「薬物依存と精神鑑定」精神医学20巻12号（昭和53年）1350頁。
- (45) 中山宏太郎「刑事精神鑑定の基本的問題」精神経誌81巻4号（昭和54年）252頁。
- (46) 斧美保子「精神鑑定と治療的診断としての側面」精神経誌82巻11号（昭和55年）690頁。
- (47) 青木紀博「責任能力の認定における精神鑑定人の役割—精神医学者と法

律家との対話を求めて一」中谷陽二編『精神障害者の責任能力』（金剛出版、平成5年）190頁。

- (48) 西山詮「刑事責任能力と保安処分」精神医療11巻1号（昭和57年）68頁。
- (49) 吉田哲雄「精神鑑定論の最近の動向」精神医療11巻3号（昭和57年）25頁。吉田氏は、鑑定の治療化に全く反対されているわけではなく、鑑定に於いて医師の立場を追及することは限定された範囲内では意味があるとして、被告人が明白に患者であるときには治療を大切にする医師として行動する余地があると言われる。西山氏も、鑑定と治療の混同をさけるべきであるが、鑑定により刑罰による非難可能性を排除し、治療に専念すべき条件を提供するという点にのみ、鑑定の治療的意義を認めておられる。西山詮「精神科医における『鑑定人』と『治療者』」精神医学31巻10号（平成元年）1104頁。
- (50) 青木・前掲注47、189-190頁。
- (51) 山上浩・菊池道子「精神鑑定の心理学的側面」臨床精神医学10巻（昭和56年）807-808頁。
- (52) 榊屋二郎「少年事件の精神鑑定に求められるもの—矯正教育の立場から—」・前掲注34、456頁。