

らない（法49条1項）。

保健観察所の長は、対象者について再入院の必要があると認めるにいたった場合には、地方裁判所に対して再入院申立てをしなければならない（法59条1項）。その要件は、保護観察所の長が、①対象者について入院させて治療を行う必要があると認めた場合、②対象者が義務付けられた医療を受けない場合、または③対象者が守るべき事項を守らない場合である<sup>8)</sup>。

#### 4. 抗告

以上のようになされた決定に対して不服があるときは、高等裁判所に抗告を行うことができる（法64条）。これをできる者は、対象者、保護者、付添人、検察官、指定入院医療機関の管理者、保護観察所の長である。なお、抗告には、執行停止の効力はない（法69条）。また、高等裁判所の決定に不服がある場合には、再抗告を最高裁判所に行うことができる（法70条）。

### Ⅳ. 最高裁判所平成21年8月7日第三小法廷決定<sup>9)</sup>

本件は、検察官が上述の申立てを行い、これを受けた地方裁判所の裁判官が対象者に対して鑑定入院命令を発付したが、付添人が鑑定入院命令発付の25日後になって鑑定及び生活環境調査のための資料収集が終了するなど、これ以上鑑定入院を継続する必要性が減少したことなどを理由に、鑑定入院命令の取消しを請求した場合の鑑定入院の取消しの可否が問題となった事案である。その事実の概要は、以下のようなものであった。

Xは、実母方の一室において、同所に取り付けられたカーテンに所携のライターで放火して、その火を同室の壁等に燃え移らせて焼損させた。検察官は、現住建造物放火罪（刑法108条）として捜査したが、Xが本件行為当時心神喪失の状態であったと判断し、Xを不起訴処分に付するとともに、「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律（以下、「医療観察法」、または「法」）」33条によって審判を申立て、これを受けた地方裁判所の裁判官が、Xに対して鑑定入院命令を発付した。これに対して、付添人は、鑑定入院命令発付の25日後になって、鑑定及び生活環境調整のための資料収集が終

了したことなど、これ以上鑑定入院を継続する必要性が減少したことなどを理由として、鑑定入院命令の取消しを請求した。

京都地方裁判所は、「付添人は、現在では鑑定や生活環境調査のための資料収集が終わっているはずであって、鑑定入院の必要性はないなどと主張しているが、一件記録によれば、鑑定及び継続的な医療的観察のため在院させる必要がなくなったなどとは到底認められず、付添人の主張には理由がない」と判示して、付添人の請求を棄却した。

そこで、付添人は、①Xについて、鑑定及び生活環境調査のための資料収集を終了したこと、鑑定入院先での投薬内容がXが鑑定入院の前に任意で通院していた甲クリニックにおけるそれを基本的に踏襲しており、鑑定入院先での投薬の効果を観察する必要がないことから、鑑定入院の必要性が大きく減少していたこと、②鑑定入院によるXの身柄拘束の不利益、X家族の家庭生活への影響、Xが自らの対象行為により入院させられ、家族に負担をかけているとの自責の念をもたらししていることと比較衡量すれば、鑑定入院は取り消されるべきものであること、③法72条が鑑定入院命令について取消し請求の制度を認めていることは、鑑定入院後の後発的な事情によっては、入院、通院などの決定がなされる以前に鑑定入院が取り消されうる制度設計になっているのに、原決定は、鑑定入院命令発付後のX及びその家族に生じた事情、すなわちXの母親が骨折したことによりXが家庭に必要とされる事態が生じていることを考慮していないこと、④Xは、鑑定入院命令の以前に甲クリニックへの通院を自ら選択し、うつ症状をコントロールし、鑑定入院が取り消されても、同クリニックへの通院を続行するつもりであり、また必要があれば、鑑定人や保護観察所へ任意に出向く用意があることなどをあげ、Xについて鑑定入院命令を維持することは、自らの医療を選択する自己決定権を侵害し、正当な理由のない身柄拘束を裁判所が強制する結果となり、憲法13条、31条及び34条に反することになり、よって、原決定は法の解釈を誤り、憲法に違反すると主張して、最高裁判所に特別抗告を申し立てた。

これに対し、最高裁判所は、本件抗告の趣旨は、実質は単なる法令違反の主張であって、医療観察法72条3項、刑訴法433条の特別抗告理由に当たらない、として、抗告を棄却したが、「なお書き」で以下のように判示した。

「なお、職権により判断すると、鑑定入院命令が発せられた後に鑑定入院の必要がなくなったことなどの事情は、法72条1項の鑑定入院命令取消し請求の理由には当たらないものの、裁判所は、鑑定人の意見を聴くなどして鑑定入院命令が発せられた後に法による医療を受けさせる必要が明らかでないことが判明したときなど、鑑定入院の必要がないと判断した場合には、職権で鑑定入院命令を取り消すことができ、対象者、保護者又は付添人は、その職権発動を促すことができるものと解するのが相当である」。

## V. 鑑定入院命令の取消し請求と法72条1項

(1) 本件では、まず、対象者について、鑑定入院命令が発付された後、鑑定および生活環境調査のための資料収集などが終了したなどの理由より、これ以上鑑定入院を継続する必要がなくなった、あるいは大きく減少したという事情が発生した場合、それが法72条1項に規定されている鑑定入院命令の取消しを請求する事由に当たるか否かが問題となった。

原審決定は、現在では鑑定や生活環境調査のために資料収集が終わっているので、鑑定入院の必要はないなどと主張した付添人の主張に対し、「一件記録によれば、鑑定及び継続的な医療的観察のため在院させる必要がなくなったなどは到底認められず、付添人の主張には理由がない」と判示した。これは、このような鑑定入院命令が発付された後に鑑定入院の必要がなくなったという事情が発生した場合も、法72条1項に規定されている鑑定入院命令の取消し請求の事由に当たるということを前提にしたものであると思われる。これに対し、本判例は、鑑定入院命令が発せられたのちに鑑定入院の必要がなくなったことなどの事情は、法72条の鑑定入院命令の取消しの事由に当たらないとした。

医療観察法34条1項に規定された鑑定入院命令は、裁判所が個々の対象者にとって最も適切な処遇を決定するに当たっての重要な資料となる鑑定及び医療的観察を行うためのものであるが、一方で、裁判官の命令によりその意思にかかわらず病院に在院させるという強制的な身柄拘束を伴うものである。その意味で、鑑定入院命令は刑事手続における裁判官の行う勾留・鑑定留置と類似した側面を有している<sup>10)</sup>。そのため、医療観察法72条1項は、裁判官の行う勾留

に関する裁判や鑑定のための留置を命ずる裁判に対する不服申立ての制度である「準抗告」についての規定（刑訴法429条1項）と類似した不服申立ての制度を規定し、しかも同条3項が第1項の不服申立ての手続については、刑事訴訟法429条1項の規定する裁判官の取消し又は変更の請求にかかる手続の例によると規定したものであると解される。このようなことからするなら、医療観察法72条1項の不服申立て請求事由についても、刑事訴訟法429条1項におけるその裁判の取消請求事由と平行に解するのが法の趣旨にかなうものであると解される。

(2) そこで、刑事訴訟法429条1項の取消請求事由に、勾留あるいは鑑定留置の裁判が行われた当初は、勾留・鑑定留置の理由があったが、それが後発的に消滅したという場合が含まれるかが問題となる。

この点に関する一般的な解釈によると、刑訴法429条1項の準抗告は、勾留裁判自体に内在する瑕疵を原因とする否定であり、勾留後の事情を理由とする勾留の撤回は、刑訴法87条1項に規定されている勾留の取消しの事由となる、あるいは、勾留の要件は、流動的な性格をもっており、勾留決定の時点では具備されていた勾留要件が、その事後の事情の変化により消滅する場合もある、しかし、それは勾留裁判そのものの瑕疵ではないため、その裁判に対する不服申立手続である準抗告では救済されえない、その場合には、刑訴法87条1項の勾留取消しにより救済されることになる、と説明されている<sup>11)</sup>。このようなことからするなら、刑事訴訟法429条1項における裁判官の行う勾留の裁判や鑑定留置の裁判の取消しを請求する事由は、勾留や鑑定留置の裁判が行われた時点で存在し、判明していた瑕疵に限られ、勾留や鑑定留置の理由や必要が後発的に消滅した場合やそれらが初めから存在しなかったことが後発的に判明した場合は、刑事訴訟法87条1項の勾留や鑑定留置の取消し請求<sup>12)</sup>の事由になるものということになる。

これと平行に、医療観察法72条1項における鑑定入院命令の取消し事由を解するならば、それは裁判官が鑑定入院を命じた時点において存在し、判明していた瑕疵に限られるということになる。最高裁判所事務総局の「解説」が、法72条1項に定められた鑑定入院命令に対する不服申立てに関してその制限を規定した同条2項について、「対象者等は、[2項に規定している]以外の事由、

例えば、除外事由に当たらないのに対象者に告知・聴聞の機会を与えることなく鑑定入院命令が発せられたこと等、鑑定入院命令の発付の手續に違法があること等を理由として、取消請求をすることができる<sup>13)</sup>のは、その趣旨を述べたものであると思われる。

本判例も、以上のようなことを前提として、「鑑定入院が発せられた後に鑑定入院の必要がなくなったことなどの事情は、法72条1項の鑑定入院命令取消し請求の理由には当たらない」と判示したものであり、この判断は法の趣旨からして妥当なものであったように思われる。

## VI. 裁判所の職権による鑑定入院命令取消しの可否

(1) 本判例は、さらに一般論として「裁判所は、鑑定人の意見を聴くなどして鑑定入院命令が発せられた後に法による医療を受けさせる必要が明らかにならないことが判明したときなど、鑑定入院の必要がないと判断した場合には、職権で鑑定入院命令を取り消すことができる」と判示した。

ここでいう「裁判所」とは処遇を決定する裁判所のことであると思われる。また、「鑑定人の意見を聴くなどして鑑定入院命令が発せられた後に法による医療を受けさせる必要が明らかにならないことが判明したときなど」ということには、①裁判官が鑑定入院命令を発付した時点で、すでにこの法律による医療を受けさせる必要が明らかになかったが、そのことが鑑定人の意見を聴くなどして事後的に判明したという場合だけではなく、②裁判官が鑑定入院命令を発付した時点では、この法律による医療を受けさせる必要が明らかにならなかつたが、事後的な事情によりその必要性が消失したことが判明したという場合も含まれるように思われる。医療観察法には、このような場合に、裁判所が職権で鑑定入院命令を取り消すことができることを定めた規定は存在していない。すなわち、同法には、前述した、勾留の取消しに関する刑訴法87条1項のような規定は置かれていないのである。

そこで、法の規定がないにもかかわらず、このような場合に、裁判所が職権によって裁判官の行った鑑定入院命令を取り消すことができるのかが問題となる。

この点、これまでの刑事手続に関する判例においても、刑事訴訟法に明文の規定が存在しないにもかかわらず、裁判所が一定の処分を行うことを肯定したものがあつた。その1つは、裁判所が、具体的事案によっては訴訟指揮権に基づいて証拠開示を命ずることができるとしたものである。最決昭和44年4月25日<sup>14)</sup>は、「裁判所は、その訴訟上の地位にかんがみ、法規の明文ないし訴訟の基本構造に違背しない限り、適切な裁量により公正な訴訟指揮を行ない、訴訟の合目的的進行をはかるべき権限と職責を有するものであるから、本件のように証拠調の段階に入った後、弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠を弁護人に閲覧させるよう検察官に命ぜられたい旨の申出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類および内容、閲覧の時期、程度および方法、その他諸般の事情を勘案し、その閲覧が被告人の防禦のために特に重要であり、かつこれにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるときは、その訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができるものと解すべきである」としている。

また、迅速な裁判の保障が問題となつた、いわゆる「高田事件」に関する最大判昭和47年12月20日<sup>15)</sup>は、刑事事件が裁判所に係属している間に迅速な裁判の保障条項に反する事態を生じた場合において、その審理を打ち切る方法については現行法上よるべき具体的明文の規定はないのであるが、前記のような審理経過をたどつた本件においては、これ以上実体的審理を進めることは適当ではないから、非常救済手段を用いて判決で免訴の言渡しをするのが相当である、としている。

たしかに、これまでもこのような判例はあるが、刑事手続において、法律に明文の規定がないにもかかわらず、このように裁判所が職権で一定の処分を行うことを肯定することはかなり異例のことではないかと思われる。本判例も、対象者の権利を制限するものではなく、むしろ対象者の不利益を救済するものであるから、法に明文の規定はないが、裁判所が職権で鑑定入院命令を取り消すことができるとしたのであつたであろうが、これも異例なことであるように思われる。

(2) ところで、医療観察法が、刑訴法87条1項のような規定を置かなかつたのは、この法律による医療を受けさせる必要がないか否かということ、本来、

裁判官と精神保健審判員による合議体による審判手続において審理・判断されるべき問題であり、もし、それが明らかでないとは判断された場合には、審判において、法42条1項3号のこの法律による医療を行わない旨の決定、すなわち不処遇決定を行うということを予定していたためであると考えられる。前述した、鑑定入院命令に不服がある場合の取消し請求を定めた、法72条の2項が、「前項の請求は、……この法律による医療を受けさせる必要がないことを理由としてすることができない」と定めているのもこれと同様な理由によるものである。これについて、最高裁判所事務総局の「解説」は、「対象者等は、『対象行為を行わなかったこと』、『心神喪失者及び心神耗弱者のいずれでもないこと』又は『対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴って同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するためにこの法律による医療を受けさせる必要がないこと』を理由として取消請求することができないが、これは、これらの事由については、本来の審判手続において審理・判断されるべき事柄であって、鑑定入院命令に対する不服申立てにおいて審理・判断することは適当ではないと考えられたためである」としている<sup>16)</sup>。そうすると、本判例の判断は、法の予定していた取扱いとは異なるものを認めたということになる。

(3) そこで、本判例が、あえてこのようなことを一般論として示す必要はどのようにあったのか、その理由が問題となる。それは、医療観察法の立法当初の予定とは異なり、実際の手続においては、かなりの時間がかかるということにあるように思われる。例えば、東京地方裁判所では、審判開始に先立ち、その準備としての打合わせ(規則40条)の一形態として、対象者以外の関係者(裁判官、精神保健審判員、精神保健参与員、鑑定人、社会復帰調整官、付添人、検察官)がほぼ全員一堂に会し、対象者の社会復帰のための適切な処遇を見出すため、それぞれの立場から自由に意見を述べ合って協議するという「カンファレンス」というインフォーマルな協議を3回程度開くことが通常になっており、さらに、審判開始後は初回審判の場合には原則として1回は審判期日を開かなければならないなど、地方裁判所が事件を受審してから終局決定に至るまで、2ヵ月を超える場合が多いといわれている<sup>17)</sup>。そうすると、鑑定入院命令が発せられた後、この法律による医療を受けさせる必要が明らかでないことが判明した対象者であっても、終局決定があるまでは2ヵ月を超えて強制的に在院させるとい

う事態が生じることになる。そのため、最高裁判所としては、本件の事案はこのような場合には当たらないとしながらも、将来、このような事態が発生する場合を予想して、それを放置することはできないという考慮から、いわば非常救済措置として、このような判断を一般論として示しておかなければならないと考えたのではないかと思われる。このようなことからするなら、本判例の判示はやむを得なかったものであると思われるが、このように、法に規定が存在しないにもかかわらず、裁判所が職権によって鑑定入院命令を取り消すという判断を示すことはやはり異例なことであろう。したがって、将来における医療観察法の見直しの際には(刑訴法87条1項のような)、裁判所は、鑑定入院命令が発せられた後に法による医療を受けさせる必要が明らかでないことが判明したときなど、鑑定入院の必要がなくなった場合には、対象者、保護者又は付添人の請求により、又は職権で、鑑定入院命令を取り消すことができる旨の規定を設ける立法的措置が必要であるように思われる<sup>18)</sup>。

## Ⅶ. 法による医療を受けさせる必要が明らかでないことが判明した場合

(1) 最後に、本判例が、職権で鑑定入院命令を取り消すことができるとした「鑑定入院命令が発せられた後に法による医療を受けさせる必要が明らかでないことが判明した場合」というのは、具体的にどのような場合をいうのが問題となる。

前述したように、現在、「この法律による医療を受けさせる必要性」の判断については、第1に、「疾病性」の存在、第2に、「治療可能性」があること、第3に、この法律による医療を受けさせなければ、その精神障害のために社会復帰の妨げとなる同様の行為を行う具体的・現実的可能性があることを内容とする「社会復帰阻害要因」の存在という3つの要件に整理し、これらの要件が具備された場合に、この法律による医療の必要性が認められると一般的に考えられている<sup>19)</sup>。そして、現在、多くの裁判所も、概ねこのような判断枠組みに則って、この法律による医療の必要性の有無を判断しているようである<sup>20)</sup>。

(2) このことを前提に考えた場合、例えば、統合失調症の対象者が、鑑定入



院中に治療反応性を見るための治療の効果により、幻覚・妄想が一時的に収まったというような場合は、治療を止めればまた戻る可能性があるのであるから、このような場合には入らないということになるように思われる。そこで、次の2つの場合が考えられる。第1は、覚せい剤やアルコール中毒による症状が一過性のものであったため、鑑定入院中にその中毒症状が完全に消失してしまったという場合である。この場合には、疾病性の要件が完全に消失したということになる。第2は、裁判官が人格障害である対象者を統合失調症と見誤り、鑑定入院命令を発付したところ、鑑定により人格障害だけであることが判明したというような場合である。このような場合は、治療反応性の要件が存在しないとされている。もっとも、これについては、異なる見解の精神医療関係者もおられる<sup>21)</sup>ようであり、したがって、後者の事例がこのような場合に当たるとは必ずしもいえないかもしれない。このようなことからするなら、現在、本判例が、職権で鑑定入院命令を取り消すことができるとした「鑑定入院命令が発せられた後に法による医療を受けさせる必要が明らかでないことが判明した場合」に当たる具体例としては、第1のような場合が考えられるのではないかとと思われる<sup>22)</sup>。

- 1) これらの判例の状況については、山本輝之「医療観察法と判例の運用状況」刑事法ジャーナル19号（2009年）参照。
- 2) 加藤久雄「現行措置入院制度による触法精神障害者処遇の現状と課題について——高度に危険な人格障害犯罪者に対する刑事法上の対応を中心として」現代刑事法3巻9号（2001年）64頁以下、同「人格障害犯罪者と社会治療」（2002年）3頁以下。また、同趣旨のものとして、山上皓「触法精神障害者の法的処遇とその問題点」精神科治療学11巻10号（1996年）1037頁、同「我が国における触法精神障害者処遇の現状と問題点」精神神経誌102号（2000年）15頁以下など。
- 3) 大谷實「保安処分の現状と論点」ジュリスト772号（1982年）16頁以下参照。
- 4) 詳細については、山本輝之「処遇の申立てと審判手続」松下正明総編集『司法精神医学5巻 司法精神医療』（中山書店、2006年）120頁以下参照。
- 5) 最高裁判所事務総局編「『心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律』及び『心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律による審判の手続等に関する規則』の解説」（2005年）165頁以下参照。

なお、2)の「治療可能性」のほかに、「治療反応性」という概念も用いられている。精神医療関係者は、この両者の関係について、「対象者の精神障害が、治療可能性がない

- ものである場合、医療観察法による医療の対象にはならない。対象者の治療可能性を医学的に検証するにあたっては、対象者の罹患している精神疾患の性質や医学的重症度など（以下、疾病性という。）を評価することと、対象者の精神障害が医学的治療にどのように反応するか（以下、治療反応性という。）を評価することが必要である」と説明されている。村上優「医療の必要性に関する鑑定」平成18年度司法精神医療等人材養成研修会教材集（2006年）83頁。
- 6) 厚生労働省社会・援護局障害保険福祉部精神保健福祉課長通知障精発第0714002号参照。
  - 7) 厚生労働省社会・援護局障害保険福祉部精神保健福祉課長通知障精発第0714002号参照。
  - 8) もっとも、実際には、再入院についての手続などに時間がかかることなどから、通院処遇の枠内で、精神保健福祉法における入院が行われることが多いようである。
  - 9) 刑集63巻6号776頁。本判例の解説として、井上宣裕「鑑定入院命令取消し請求における鑑定入院の必要性」速報判例解説7巻（2010年）167頁以下がある。
  - 10) 白木検事は、「鑑定入院命令は、裁判所が個々の対象者にとって最も適切な処遇を決定するに当たっての重要な資料となる鑑定及び医療的観察を行うためのものであるので、このような点からは対象者の利益となる面を有するものであると考えられるものの、一方では、その意思にかかわらず病院に入院させて在院させるという人身の自由に対する制約を伴うものでもあるので、裁判官が鑑定入院を命ずるに当たっては、あらかじめ対象者に対していわゆる告知・聴聞の機会を与えることとされている（34条2項）」と説明されている。白木功「審判手続を中心に」町野朔編『精神医療と心神喪失者等医療観察法』（ジュリスト増刊、2004年）17頁。
  - 11) 青柳文雄＝伊藤栄樹＝柏木千秋＝佐々木史郎＝西原春夫著者代表『註釈刑事訴訟法第1巻』（立花書房、1976年）323頁〔河上和雄執筆〕、高田卓爾編『判例コンメンタール刑事訴訟法I』（三省堂、1976年）287頁等参照。
  - 12) 「鑑定留置」については、刑訴法167条5項により、同87条1項が準用されている。
  - 13) 最高裁判所事務総局編・前掲注5）271頁（注1）。
  - 14) 刑集23巻4号248頁。
  - 15) 刑集26巻10号631頁。
  - 16) 最高裁判所事務総局編・前掲注5）271頁。
  - 17) 下村義之＝吉田大輔＝坪井隆人「医療観察法施行後2年の処遇事件の処理状況について」判例タイムズ1261号（2008年）19頁以下、三好幹夫「心神喪失者等医療観察法施行後2年の現状と課題について」判例タイムズ1261号（2008年）25頁以下参照。
  - 18) 吉岡教授も、異なるコンテキストではあるが、鑑定入院の改善策として、鑑定入院命令が出た後もそれを延期ないし中断する規定を医療観察法に書き込むことの必要性を指摘されている。吉岡隆一「3. 鑑定入院の現状と課題」臨床精神医学38巻5号（2009年）554頁。
  - 19) 最高裁判所事務総局編・前掲注5）169頁以下参照。
  - 20) 医療観察法における医療の必要性について判示した、重要な判例として、最決平成19.7.25刑集61巻5号563頁がある。この判例の詳細については、林美月子「医療観察法における医療の必要性——最高裁平成19年7月25日第二小法廷決定を契機として」刑事法ジャーナル19号（2009年）11頁以下、山本輝之「医療観察法における強制処遇の正当化

根拠と『医療の必要性』について——最高裁平成19年7月25日決定を契機として」中谷陽二＝丸山雅夫＝山本輝之＝五十嵐禎人＝柑本美和編『精神科医療と法』（弘文堂，2008年）315頁以下等参照。

- 21) 例えば、田口寿子先生は、確かに、人格障害の治療は困難であるといわれている。しかし、実務上「治療反応性」という基準は、治療による改善にかなりの時間を要する人格障害などの対象者を除外するためのものと理解されているが、このような社会復帰に著しく時間のかかることが予想される対象者を、今まで通り一般精神医療が抱え込むしかないのであれば、医療観察法制度の存在意義が問われる。知的障害者、器質性精神障害者、人格障害者も含めて治療反応性がない精神障害者はいないし、また治療反応性は治療によって高められていくべきであり、速効性の治療効果が期待できず、短期間に社会復帰できるまで回復する可能性がない対象者であっても、医療観察法による治療を受ける機会を与えるべきである、とされている。田口寿子「『心神喪失者等医療観察法』施行一年を迎えて」こころの科学130号（2006年）8頁。
- 22) 最高裁判所事務総局の「解説」は、法34条1項の「対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴って同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するためにこの法律による医療を受けさせる必要が明らかでない」と認める場合」の具体例として、「例えば、対象者が、一時に極めて多量のアルコールを摂取したため、一時的に複雑酩酊の状態に陥って、心神耗弱の状態で傷害事件を起こしたものの、[鑑定入院命令を出す]時点では、医師の診断によっても、その精神障害が完全に消失していると認められる場合」をあげている（最高裁判所事務総局編・前掲注5）128頁）。これが参考となるものと思われる。

# 精神医療の実行における守秘義務と情報共有

——「僕はパパを殺すことに決めた」事件を題材に——

柑本美和

## I. 問題の所在

家庭裁判所から少年保護事件の精神鑑定を依頼された精神科医である被告人が、フリージャーナリストの求めに応じ、少年及び実父らの捜査段階における供述調書、審判における陳述調書等の写し等を閲覧させるなどした、いわゆる「僕はパパを殺すことに決めた事件」において、奈良地方裁判所は秘密漏示罪(刑法134条1項)の成立を認めた<sup>1)</sup>。本判決は、医師による秘密漏示罪の成立を認めた初めての判例である<sup>2)</sup>。さらに、本判決は、鑑定人である医師が少年事件記録の写し等を他人に閲覧させるなどした行為について、秘密漏示罪が成立するとした初めての事例であり、取材協力行為の違法性の判断枠組みを示した点で重要な意義を有すると考えられる<sup>3)</sup>。

本判例に関する主な問題点は以下の3点である。

- ①秘密漏示罪の主体である「医師」と言えるためには、秘密の主体との間に信頼関係があること及び秘密を打ち明けるか否かを決定する事由があることが必要か。精神鑑定は、秘密漏示罪における医師の「業務」と言えるか。
- ②被告人がジャーナリストに閲覧させるなどした供述調書等の内容は、「秘密」と言えるのか。
- ③被告人が少年の利益を図るため、および、ジャーナリストの取材に協力する行為として行った閲覧・交付行為に「正当な理由」が認められるのか。である。本稿では、判決を紹介した上で、これらの問題点に検討を加えることにする。

さらに、現在、精神医療の実行においては、適切な医療提供のために、どこまで情報の共有が許されるのが大きな課題となっている。精神医療の現場では、

医療構造が入院中心医療から地域精神医療へと大きく変革しているが、地域精神医療は、医療機関だけでなく精神保健福祉センターや保健所、社会復帰施設等との連携の下に行われる必要がある。そこでは、患者は、地域において保健、医療、福祉の総合的なケアの対象となり、多くの人々が精神保健多職種チームとして患者の社会復帰に向けたケアに関与する。したがって、ケアの現場における医療・福祉・保健の各関係者の適切な医療情報共有が、患者のスムーズな社会復帰を図るために不可欠となる<sup>4)</sup>。しかし、個人情報保護法が全面施行されて以降、精神医療の現場では、医療情報の共有に躊躇が見られ混乱が生じている<sup>5)</sup>。このような中、「僕はパパを殺すことに決めた事件」は、医師による情報提供の問題に一石を投じた。

そこで、本稿では、本事件の検討を通じ、残された課題である医療情報の第三者提供の問題についても若干の検討を試みることにする。

## Ⅱ. 「僕はパパを殺すことにきめた」第1審判決

### 1. 事実の概要

被告人は、平成6年4月に医師となり、本件当時、京都市内の病院で神経精神科副部長を務める傍ら、非常勤で大津家庭裁判所医務室の技官を務めていたが、奈良家庭裁判所から、少年Aに対する現住建造物等放火・殺人等事件（奈良家庭裁判所平成18年（少）第260号・第265号）に関し、平成18年8月4日に少年の精神鑑定を命じられ（少年法14条1項）、鑑定資料として少年及びその実父Bらの供述調書や陳述調書等の写しを交付されていた。

フリージャーナリストのCは、広汎性発達障害を抱える少年が犯す犯罪に強い関心を持ち、少年犯罪に関する取材や執筆を行うほか、特定の少年事件に関する書籍を刊行していた。

被告人は、Cに対し、

- ①少年の成育歴及び学校の成績、実父の少年に対する教育状況、実父と実母の離婚の経緯その他家庭の事情等の秘密が記載された少年及び実父らの捜査段階における供述調書、審判における陳述調書等の写しを閲覧させ、
- ②鑑定のため臨床心理士が作成した少年の心理状態等を表す心理検査の結果

等が記載された書面を閲覧謄写させ、

③少年の精神鑑定の結果等が記載された被告人作成の書面を交付した。

被告人は、①から③の各行為について秘密漏示罪で起訴された。

弁護人は、

①被告人は、鑑定人であったため、秘密漏示罪の「医師」にあらず、鑑定はその「業務」とはならず、Cに閲覧させるなどした供述調書等の内容は「秘密」には当たらないので、本件各行為はいずれも同罪の構成要件に該当しない。

②被告人は、少年の利益を図るため、及びCの行う取材に対する協力として、供述調書等を閲覧させるなどしたのであり、その目的は正当で手段も相当であるので「正当な理由」があり、違法性が阻却される。

などとして無罪を主張した（その他、有効な告訴がないこと、及び、本件起訴は検察官が訴追裁量を著しく逸脱したものであるとして公訴棄却すべきとも主張した）。

## 2. 裁判所の判断

第1審（奈良地判平成21年4月15日）は、次のように述べて、この主張を退け、被告人を懲役4月執行猶予3年に処した。

①「刑法134条1項が秘密漏示の主体として掲げる『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ところ、被告人がこの『医師』に当たることは、……明らかである。

……本罪の主体として掲げられている者は、……秘密の主体である相手方との信頼関係に基づき、相手方が自ら打ち明けたことによってその秘密を知るのが通常といえるが、業務上取り扱ったことについて人の秘密を知り得たのであれば、相手方に意思能力がない場合や業務上必要な調査を行う過程で取得した内容がその相手方の秘密に当たる場合等、相手方の意思、相手方との信頼関係の有無や程度等にかかわら」ない。

「本罪は、医師等の職にあるか又はその職にあった者が『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らした場合に成立するところ、これは、その主体にある者がその職務として継続的に行う事務に関し、人の秘密を取り扱った場合をいうと解するのが相当である。そして、医師については、その免許を前提に、専門的知見及び経験に基づき継続的に行う事務に関して人の秘密を取り扱えば、

『その業務上取り扱った』ものと解することができる。……そうすると、被告人がAについて行った精神鑑定は、本罪における医師の『業務』に当たるものといえる。」

「本罪が個人の私生活上の秘密を保護法益とするものであることからすれば、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ないことが本人の利益と認められるものをいうものと解するのが相当である。……C子に供述調書等を閲覧させるなどし、精神鑑定に関する書面を交付した被告人の判示各行為……当時、本件保護事件は、少年事件として審判手続が進められているさなかにあり、Aに対する審判結果も出されていなかったこと、付添人は、マスコミの前には出ず、Bの取材を拒否する姿勢で臨んでいたこと……、Aに関して様々な報道が繰り返されていたものの、一部誤った事実も報じられていたこと等からすれば、被告人が本件においてC子に閲覧させるなどした各書面については、その存在及び内容が一般に知られていなかったものと認められる……。そして、上記各書面は、A、Bの家庭内に関する諸事情、Aの成育歴や学校の成績、Aの精神状態を判断するために行われた各種心理検査の結果やその所見、精神鑑定の内容となるAの家族歴、本人歴や症状、診断等いずれもAやBのプライバシーに極めて深くかかわる個人的な事項を内容とするものであるから、これらは、一般的にみても何人も他人に知られることを欲しない事項といえ、他人に知られないことがA及びBにとって利益であると認めることができる。そうすると、被告人がC子に閲覧させるなどした上記各書面は、いずれも本罪におけるA及びBの秘密に当たると認められる。」

②「被告人は、AやBに関する報道内容に疑問を持っており、Aに殺意がないことを対外的に明らかにしたいとの思いを抱いていたことは認められる。しかし、被告人は、……報道内容が事実と違うこと等を話しているものの、自らが抱く問題意識や考えを明確に示した上で、C子にその報道を求めたり、記事に関する提案を行ったりすることはなく、C子が自分の意図を理解し、誤った報道を正してくれると思っていたというにすぎないのであり……。結局、被告人が抱く前記のような思いは、主観的なものにとどまっていたと見ざるを得ない。…被告人は、Aの鑑定人としての立場にありながら、上記の（筆者注：Aの少年審判手続が進行中）の時期に、裁判所から借り受けた本件事件記録を、自ら立ち会わず、対象も何ら限定しないでC子らに自由に閲覧させ、さらには、解説書面や心理検査の結果等の書面を閲覧謄写させたり、鑑定書と同等の写しを交付したりしたのであって、被告人が抱いていた……思いは、その立場と相いれず、審判手続中にあるA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の制度趣旨に反し、A及びBのプライバシー等の秘密に対する配慮を欠いた、非常に軽率な行為というほかはなく、

手段の点においても、その相当性を著しく欠くものと認められる。」

「報道に従事する者……が行う取材行為は、これが憲法21条の精神に照らして尊重されるべきであることからすれば、取材行為の違法性の有無については、慎重な判断を要するものといえる。これに対し、取材に応じ、あるいはこれに協力する者の行為……が秘密漏示罪に該当するか否かの判断に当たっては、取材協力であることから直ちにその違法性が阻却されると考えるべきではなく、取材行為の目的、手段及び方法に係る正当性、取材協力行為を行った者の立場、目的、同行為の態様等と漏示対象となる秘密の内容や秘密の主体が受ける不利益を具体的に考慮し、取材協力行為として『正当な理由』があるといえるかどうかを判断すべきものと解するのが相当である。」

「……本件各行為までの……一連の取材行為につき、その目的、手段及び方法が正当でないとする特段の事由は認められない。」

「しかし、被告人がAに関して抱いていた思いは、主観的なものにとどまっていたこと、Aの少年審判手続進行中であって、鑑定人の立場にありながら、C子らに本件事件記録を自由に閲覧させるなどしており、手段の相当性を著しく欠くこと、その記録等の内容はA、Bのプライバシー等にかかわるものである……。そうすると、本件各行為をC子らに対する取材協力行為とみても、これが『正当な理由』に基づくものと認めることはできない。」

「以上のとおり、本件各行為については、刑法134条1項所定の『正当な理由』はないものと認められるから、その違法性は阻却されない」

### Ⅲ. 秘密漏示罪の主体としての「医師」とその「業務」

#### 1. 秘密漏示罪の主体としての「医師」

刑法134条の秘密漏示罪は、秘密漏示罪の主体を、医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産婦、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又はこれらの職にあった者に限定し、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10万円以下の罰金に処すると規定する<sup>6)</sup>。

このように特定の職業にある者に主体が制限されたのは、主体側から見れば、職務の性質上、人の秘密を知る機会が多く、また職務を全うするために知る必要があり<sup>7)</sup>、他方、秘密を託す側の立場から見れば、これら職業のサービスを



受けるためには、秘密の開示が不可欠で自衛措置が取りにくいからである<sup>8)</sup>。

例えば、「医師」は、患者の治療・診察を行う際に、その者の既往症、生活歴、家族の病歴等についての情報を聞くことが多い。それは、そのような情報を打ち明けられて初めて、正確な診断を下すことができ、適切な治療を行えるようになるからである。そのため、医師には、ヒポクラテスの誓い以来、職業上の倫理として守秘義務が課されている<sup>9)</sup>。秘密漏示罪は、それを刑罰で担保することにより、依頼者の秘密をより一層保護し、秘密が洩れないという安心感・信頼感を通じて、それら業務の円滑な遂行をも保護しているのである<sup>10)</sup>。

ところで、本罪でいう「医師」とは、医師国家試験に合格し、厚生大臣の免許を受けた者と解されており（医師法2条<sup>11)</sup>、本判決もそのように述べている。「医師」の業務は、一般には、患者の病気の治療を行うことである。医師は正確な診断を行い適切な治療を行うために患者の秘密を聞き、患者はそのために医師に秘密を話すのであるから、医師と患者との間には信頼関係があり、患者には秘密を打ち明けるか否かを決定する自由が存在するのが通常であろう。しかし、秘密漏示罪の主体である「医師」と言えるためには、信頼関係に基づいて任意に秘密を打ち明けられなければならないのだろうか。さらに、秘密漏示罪における医師の「業務」とは、患者を診療することに限られるのだろうか。

## 2. 秘密漏示罪における医師の「業務」

わが国の旧刑法における秘密漏洩罪（360条）は、1810年フランス刑法典378条に倣い制定された<sup>12)</sup>。医師は治療を行う職業であり、医師が治療を通じて知り得た秘密を洩らせば、医師に対する信用はなくなり治療を委託する者もなくなることが懸念されたためである<sup>13)</sup>。そこでは、患者が医師を信頼した上で治療を依頼する関係にあることが、当然の前提とされていた。現行刑法134条にも秘密漏洩罪は引き継がれたが、その趣旨は概ね同一と説明されている<sup>14)</sup>。このように、従来、秘密漏示罪で念頭に置かれた医師とは患者の診療を行う存在であり、秘密とは、医師との信頼関係の上で患者が打ち明けたことであると、限定的に考えられていた。このことは、改正刑法草案が、秘密漏洩罪の主体を、「現行法においても信頼関係に基づいて秘密を知る職業という点が基本的な考え方となっていること」<sup>15)</sup>を理由に、「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つた者」と規定したことからも看取できる(317条)。

さらに、医師には、業務上委託を受けて知り得た事実で他人の秘密に属するものについては、証言を拒否する権利が認められている(刑事訴訟法149条)。この規定は、業務そのものおよび委託者一般の保護を図るために存在するが<sup>16)</sup>、依頼者との個人的な信頼関係に基づいて個人の秘密が委託されることを前提としている。

このように、刑事法上は、秘密提供者と自己との信頼関係に基づいて守秘義務を負う者は、秘密漏示罪と証言拒絶権とによって、裁判所においても秘密を開示しない権利を有していることが明らかにされている<sup>17)</sup>。つまり、これらの規定は表裏一体となって、医師と患者との秘密交通権を保護するものと考えられてきたのである。

ところが、本件では、被告人である精神科医は裁判所から精神鑑定を命じられAの鑑定を行っていた。被告人とAとの間に信頼関係が存在するわけではなく、Aは被告人に対して秘密を打ち明けるかどうかを決定する自由があったわけでもない。秘密漏示罪を秘密交通権保護のための規定と解すれば、本件弁護人が主張したように、このような関係性における医師は、秘密漏示罪の主体である「医師」とは言えず、鑑定も「業務」とは言えないということになる<sup>18)</sup>。

### 3. 「業務上取り扱ったことについて知り得た」秘密とは

しかし、現在、医師が広範な業務に従事していることを考えると、果たして、そのような限定的な解釈でいいのかは検討の余地がある。医師の活動場面は、自分の診察室で患者の診療だけを行っていた時代と比べれば格段に増えている。例えば、本件における精神科医のように裁判所から鑑定を依頼され鑑定業務を行ったり、学校医として児童の検診を行ったり、研究者として医学研究に携わったりと多岐にわたる。これらは、医師であるが故に行える仕事である以上、秘密漏示罪上の「業務」に該当するのは当然と言えよう。

秘密漏示罪は、人の秘密の保護を目的とし、秘密は、業務上取り扱ったことについて知り得たものであればよく、相手方との信頼関係に基づくものに限定

しているわけではない<sup>19)</sup>。もちろん、業務とは無関係に秘密を知り得た場合、例えば、友人から聞いた場合や、飲食店でたまたま耳にした場合などは含まれない。しかし、業務の遂行過程で知り得た事項であれば、信頼関係に基づいていたか否かにかかわらず、本罪の保護対象とすべきである。そう解さなければ、本件のように、医師が鑑定などといった診療業務以外で秘密を知り得た場合、また、診療業務であったとしても、刑務所の医師と受刑者のように患者との間に信頼関係があるとは言えない場合には、その秘密は保護対象外となり、人の秘密の保護としては不十分となる。

さらに、秘密の入手経路については、医師本人が相手方から直接に見聞きして知り得たか否かも関係がない。本件でも、鑑定という業務遂行過程で、被告人自らが関与したことによって入手したAの心理検査等の結果や精神鑑定の結果等を洩らした行為についてのみでなく、鑑定資料として裁判所から交付されていた供述調書や陳述調書の写しを閲覧させた行為も、秘密漏示行為に当たるとされた。

本判決が、これらの点を、「業務上取り扱ったことについて人の秘密を知り得たのであれば、相手方に意思能力がない場合や業務上必要な調査を行う過程で取得した内容がその相手方の秘密に当たる場合等、相手方の意思、相手方との信頼関係の有無や程度等にかかわらず」ないとして、改めて明確にしていることは妥当であろう。

なお、秘密保護規定には、相手方との信頼関係を前提として知得した秘密を漏示する場合と、一定の身分・地位にあるため、そうした身分上の義務として秘密を守る義務があるので、その不履行が犯罪として構成される場合との2種類があり、刑法134条の秘密漏示罪は前者に属し、国家公務員法の守秘義務違反罪は後者だとする見解がある<sup>20)</sup>。この見解によれば、相手方との信頼関係を前提とせずに知得した秘密を漏示した場合には、身分上の義務として守秘義務を課す規定が存在しない限り、処罰されないことになる。本件にあてはめれば、被告人は相手方との信頼関係を前提として知得した秘密を漏示したわけではなく、鑑定人という身分自体には守秘義務が課されていないので、被告人は無罪となろう。本件の弁護人も、そのような主張を行っていた。

確かに、刑法上の秘密漏示罪は、医師が相手方との信頼関係の中で得た秘密

のみを保護し、それ以外の業務過程で得た場合には、その業務に関連した守秘義務規定が存在する場合にのみ保護の対象とするのも1つの考え方ではある。しかし、医師の業務が広範囲にわたる現状では、1つひとつの業務ごとに特別法を制定し、守秘義務を課すという方法は実効性のあるものとは思われない。刑法134条の秘密漏示罪は、医師に対して、その多岐にわたる業務を前提として、包括的に守秘義務をかけたものと理解するべきである。

#### Ⅳ. 医療情報と秘密・プライバシー・名誉

秘密漏示罪における「秘密」の概念について、学説は、一般に知られていない事実でなければならない(非公知性)ことに加えて、秘密にする利益と秘密にする意思が必要か否かについては、①本人の秘密にする意思のみを基準とする主観説<sup>21)</sup>、②一般人から見て秘密にする利益を必要とする客観説<sup>22)</sup>、③秘密にする意思と秘密にする利益の双方を必要とする折衷説<sup>23)</sup>に分かれている。この点、本判決は、「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ないことが本人の利益と認められるものをいう」と判示しているが、いずれの説に立つものか明らかではない。

しかし、本件で漏示された情報は、A、Bの家庭内に関する諸事情、Aの成育歴や学校の成績、Aの精神状態を判断するために行われた各種心理検査の結果やその所見、精神鑑定の内容となるAの家族歴、本人歴や症状、診断等といった、個人のプライバシーに深く関わる事実であった。漏示された事項が、個人のプライバシーに関わる事実の場合には、本人に秘密にする意思があり、また、それを秘密にする利益も認められることが多いであろう<sup>24)</sup>。したがって、いずれの説に拠ったとしても、秘密漏示罪における「秘密」とすることに問題は無いものと思われる。

本件で漏示された多岐にわたる情報の中には、Aの家族歴、本人歴、Aの症状、そしてAの診断といった医療情報も含まれていた。既に見たように、これらは、秘密漏示罪における「秘密」と認められるものであり、多くの場合、プライバシーに関わる事実でもある。そして、個人のプライベートな事実を公表する行為については、判例上、民法の不法行為が成立することも認められてい