

黙秘義務に基く証言拒否権と、黙秘義務に違背する

証人の責任について

岩 垂 肇

(信州大学教授 文理学部)

は し が き

わたくしは最近、或る医学生から(一)医師がその業務上知り得た秘密を、法廷において尋問された場合、之を拒否することができるかどうか、(二)この場合患者の承諾を得ないで秘密の事実を証言した医師は法律上責任を問はれるかどうか、また、(三)患者甲を診察することによつて、甲の病気が乙から感染させられたものであることを知り得た場合、甲の承諾を得ただけで、この事実を法廷で証言した医師は、乙に対して責任を負はなければならぬか、などの質問を受けた。

これを機縁にして、わたくしは、一般的に医師、弁護士等の如く業務上他人の秘密を知り得る立場にある者の負う黙秘義務に基く証言拒否権(註 証言拒否権は其の場合にも認められている。)の性質、黙秘義務に違背する証人の責任その他について小稿を草することとする。この小文を草するに至つた、もう一つの理由は、わたくしは、これ等の問題に対するわが国従來の通説に必ずしも満足していないからである。

医師や弁護士の如く業務上他人の秘密を知り得る立場に在る者、または在つた者は、その職務上知り得た他人の秘密を守らなければならぬ義務がある。(刑法一三四條)かゝる黙秘義務を負う者は、証人として尋問された場合、患者又は依頼人(委託者)の秘密の事実について答えることを拒絶することができる。(民訴二八二條、刑訴一四九條)之が所謂黙秘義務に基く証言拒否権に他ならないのであつて、之は何れの国の立法例に於ても認められている。尤も、この拒否権の認められる根拠については、各国の立法例は必ずしも同

黙秘義務に基く証言拒否権と、黙秘義務に違背する証人の責任について(岩垂)

でない。(わが国法が之を認める根拠については後述へる。)

英米の証法に於て、大体この黙秘義務に基く証言拒否権に相当するものは、「特権通信」(privileged communication)である。しかし、英米に於ける「特権通信」は、例えば、弁護士と依頼人などとの間の通信に限られてゐるに反し、わが国の黙秘義務に基く証言拒否権の及ぶ範囲は、黙秘すべき業務上知り得た事実の総べてであつて、必ずしも依頼人より直接聞知した事実に限らない点が異なる。そのほか、英米法に於ては、「信頼通信」(confidential communication)のすべてについて、この証言拒否権が認められていない点、また、夫婦間の通信についても、この特権を認めてゐる点(わが国に於ても、かくあるべきであるとおもう。)、及び米国の約半数の州を除くほか、医師と患者との間の通信(秘密)について之を認めていない点などが、わが国の黙秘義務に基く証言拒否権と異つてゐる。

(註) 1、英米証法において、証言拒否権を認める場合は、通例、特権事実(privileged fact)と特権通信(privileged communication)の二つである。前者はわが国における尋問事項の性質に基く証言拒否権に相当し、後者は大体に於てわが国における黙秘義務に基く証言拒否権に当る。

しかし英国の普通法(Common Law)に於ては、医師と患者との間の特権通信には、証言拒否権を認めていない。米國に於ても、普通法が原則として認められてゐるが、一八二八年ニューヨーク州が制定法を以て医師と患者との通信につき証言拒否権を認めて以来その他の州に於ても、この特権を認めるものが多い。

ウィグモアが、この特権に対して反対する主な理由は、

- (1) 医師と患者との間の通信は、それが外部に発表されないという信頼性に基いてなされることは、性病や墮胎の如き極めて稀な場合であること、(2) たとえ、信頼性が存したとしても、それに対して証言拒否の特権が與えられなくとも、患者が他日証言を強制されることを恐れて医師に病状や既往症をかくすことは稀である。(3) 医師と患者との関係は、固く保持されなければならないことは、社会通念上明かなことである。(4) 一般の病氣や負傷は、他人に知られても恥辱になるようなものでもないし、又事実上他人に対して特に秘密にされてはいない。これに反して、証言拒否権を認めることにより訴訟上事実認定の上に大きな障害となる。殊に性病や墮胎の場合は、訴訟上医師の証言が真実発見の上に必要なくこのできないものであることが多いこと、などである。要するに、医師と患者との間の通信の内容が、発表されることによつて、失はれる当事者の利益よりは、その発表によつて得られる訴訟上の利益の方が大きいといふにある。(Wigmore, Treatise 2nd ed, §286, Textbook, § 413)
- 医師の証言が、訴訟上要求される主な場合としては、(1) 生命保険に於て、死亡被保険者の、健康状態につき、医師に対し虚偽の申述が為されたか否か、(2) 傷害事件の場合、傷害の程度、(3) 遺言の場合、遺言者の遺言当時の精神能力、精神状態が問題となる場合であり、かかる場合、医師の証言は、真実の究明に欠くことのできない重要なものであると同時に、医師の証言拒否は、不正の利を得んとする訴訟当事者の悪用の具に用いられる場合が少なくない。これが弁護士と依頼者との間の特権通信が、英米法に於て認められてゐるに反し、医師と患者との間の特権通信が、未だ米國の全領域に於て認められるに至つていないゆゑんと見られる。(鶴田正三氏英米における証人の供述義務の範圍九一九四頁)

黙秘義務に基く証言拒否権は、他人—黙秘義務が守られることによつて保護される秘密を持つてゐる他人、例えば、患者、弁護士の依頼人—の利益のために存するものであつて、黙秘義務者—例えば、弁護士、医師—の利益のために存するものではない。(大決、大正一一・三・二二民集一卷一二二頁)

(註) 2、しかし、この利益は依頼人(委託者)の個人的利益を意味するものではない。この証言拒否権が存することによつて、世の一般人は自己の既往症や、病状を隠すことなく、又弁護士との依頼人は安心して一切の秘密を弁護士に打明けることによつて、治療上又は弁護上の便宜を得られるのであるから、結局この証言拒否権の認められる根拠は、一般公衆の利益の上に求むべきである。

(註) 3、英米法に於て、証言拒否権の認められてゐる根拠は、弁護士や医師が依頼者や患者について知り得た秘密が、依頼者や患者の、弁護士や医師に対する依頼関係に基いて知り得た秘密であるから、之について証人として証言を強制されることは、まことに堪えがたいことであり、従つて之を強制することは、善良な風俗を害することになるのみでなく、世人は安心して医師や、弁護士に秘密を打明けることを差控えることになり、治療上若しくは訴訟上利益を失うことになるであろうとの理由に因るものである。

(註) 4、法廷技術家は、依頼を受けてから、初めて事実を調査しなければならぬ。しかも事実を提供するソースとしての依頼者は多くの場合、かれ自身の主観的判断を以て、真実をありのままに伝えないことが多い。依頼者は彼の法廷における代理人に対してすら有利なところを強調し、不利なところを隠したがる。しかし、法廷技術家にとつて最も大切なことは、有利な事実よりは、むしろ不利な事実を完全に知つておくことである。不利な事実を全く知らないで奇襲(surprise)を受け、それによつてよい事件が悪くなつた実例は稀れではないと法廷技術の研究家は述べてゐる。(戒能氏法廷技術五六頁)

従つて、委託者である他人の側の利益のためにのみ之を行使し得るものである。

英米法が一般に証言拒否権を「特権」(Privilege)とし、又ローゼンベルヒが之を国家の有する陳述請求権に対する「抗弁権」(Einrede)であるとするのも、この意味に解すべきである。ゆえに、この特権は主として他人たる委託者の利益のためにのみ行使しうる「特権」(Privilege)であり、国家の有する陳述請求権に対する「抗弁権」(Einrede)である。

されば、他人が黙秘義務を免除したときは、も早や、証言拒否の理由を失つたものといふべく、証言拒否権を行使することができな

5。
わが民訴二八一條二項は「前項ノ規定ハ証人ガ黙秘ノ義務ヲ免ゼラレタル場合ハ之ヲ適用セズ」といふ又刑訴一四九條に、「本人が承諾した場合」は証言を拒むことができな、と定めてゐるのは当然である。

(註) 5、刑訴一四九條は本人の承諾の場合に限らず、その他の場合にも拒否権の制限を定めてゐる。しかし、少くとも本人の承諾のあつた場合黙秘義務に基く証言拒否権と、黙秘義務に違背する証人の責任について(岩垂)

は、証言を拒み得ない。

しかし、他人が黙秘の義務を「免除」し、又は証言を「承諾」しない場合に、証人が証言拒否権を行使しないで、自から進んで証言をすることができるかどうか、換言すれば、かゝる場合証人は刑事上（刑法二三四條秘密漏泄罪）及び民事上（民法七〇九條損害賠償）の責任を負はねばならないかどうか。

この問題に対する従来のわが国の通説は、黙秘義務に基く証言拒否権が認められている場合に於ても証言義務は存するものであるとの前提に立つて、証人が証言拒否権を行使しないで、他人の秘密を漏泄しても、証言義務の履行であるから、違法ではなく、刑事責任（刑法一三四條）を負はないと解している。（牧野、日本刑法五七六頁、滝川刑法概論二二二頁）民事上の責任についても同様である。

しかし、この従来の通説は、今日、批判される余地があるのではなからうか。蓋し、通説の如くだとすると、個人たる委託者の秘密は簡単にじゆうりんされてしまうことになる。延いてはかゝる法的保障が存することによつて保護される一般公共の利益（世人が安心して医師に一切の秘密を打明けることによつて得られる利益）は、簡単に失はれてしまうであろう。かくては民法及び刑法上の黙秘義務に基く証言拒否権の認められる趣旨（上述）と衝突することとなる。

この場合黙秘義務に背くことによつて失はれる公共の利益と、黙秘義務に違背しても尋問に答えることによつて得られる公共の利益と比較衡量が行われなければならない。

そして、もし前者が後者より大きいならば、あくまで黙秘義務の方を立てねばならなくなるであろうし、もし後者が前者を凌ぐときは、証言義務を優先させなければならないであろう。

この問題の解決は結局、国家が証法全体に対して如何なる態度をとつているかという点に之を求めるといふ他はない。すなはち、これは証法における証言拒否権の地位（評価）如何の一般の問題に帰するであろう。

元來証法の規定は、原則として事実認定のために役立つ証拠の取得を確保し、且つその証拠価値を大ならしめるため、換言すれば、眞実発見のために役立つものために存する。かゝる見地からは証言拒否権は、もともと証法の反逆兒である。すなはち、眞実の発見を犠牲にしても―証法の目的を多少犠牲にしても―他の外部的目的（例えば、依頼人より知り得た事実を証言することを強制されること）がなければ、弁護士、又は医師に対して一切のことを打明けることによつて、弁護士又は治療上の利益を受けうるであろう、その利益）のために証言拒否権は認められるものである。それは、既に米國証法の権威ウィグモアが明らかに指摘する如く、「証言

拒否権に関する法則は、証拠自体のための法則 (Rules of probative policy) ではなく、証拠以外の外部的政策 (Rules of extrinsic policy) のために存する。」(Wigmore, Textbook, 1935, §11.)

証言拒否権の証拠法上の地位に対する国家の態度が以上の如くであるとすれば、国家の法秩序を全体として把握するときは、黙秘義務に背くことによつて失はれる公共の利益の方が黙秘義務に違背しても尋問に答えることによつて得られる利益よりも大きいと解釈することが正しいといはなければならない。かゝる見地に立てば、証言拒否権の存する場合には証言義務が存在しないと見なければならぬ。

(註) 6、わが民事訴訟法及び刑事訴訟法に明文がないが、理論上独民訴三八三條三項と同様黙秘義務に基く証言拒否権者の尋問は、「証言を拒まないときと雖も黙秘の義務に背くのでなければ証言をなすことができなすこと明らか事実には及んではない。」と解すべきである。

従つてこの場合、証言拒否権を行使しないで、証人が自から進んで、他人の秘密を証言するのは、証言義務の履行とみることができない。されば黙秘義務を負う者は、他人たる依頼者の承諾のない場合は、黙秘義務に違背する(従つて民事、刑事の責任を負う)ことなしに、進んで証言をなすことはできないと解すべきである。

司法が専制君主のため、若しくは国民の或る一部の階級のためにのみ存する時代においてはいざしらず、司法も国民の名において、国民のために存し、個人の自由及び権利が、「最大の尊重を必要」(日本国憲法一三條)とされる自由民主国家においては、以上の如く解さなければならないであろう。

司法権はひとり天皇の有し給うものであつた(旧憲法五七條)時代から、今や国民のものへと移り交つた新憲法の下において、裁判所の尋問権の性格も相当に変つてきていると考えてよいから、民事、刑事その他に同一文字を以て表現された規定も、その意義内容は、従来と異つて解釈されなければならない場合のあるべきことの少くないことを、われわれは殊に注意する必要があるとおもう。

(註) 7、問題はたゞに此れに止らない。当事者が黙秘の義務に背くのでなければ、証言をなすことを得ないような事実について発問の許可を求めた場合、(民訴二九九條一項裁判所は之を許さないことができるか。又裁判所が自からかゝる発問をなし、又は当事者の発問を許した場合に当事者が異議を述べることができるか。(民訴二九九條二項、二九九條)このような発問に対する証言を基礎とする判決に対し、之を理由として上告をなすことができるか。証言拒否権は当事者—その証言によつて有利な証拠を得る当事者の相手方—の利益のために存するものではないから、不当に証言拒否権なしと判断した裁判に対して、当事者が即時抗告をなすことはできない。(民訴二八三條二項とは別)その他人自身が当事者である場合においては自己の特権を主張し、否定された場合には、上級審においても之を争いうるも、当事者が他人以外のものである

黙秘義務に基く証言拒否権と、黙秘義務に違背する証人の責任について (岩垂)

る場合は、かゝる特権、並に不服の主張をなし得ないと解せられる。(Wignore) 之についての英米の判例は末だ一致していない。(田中和夫氏証言拒絶権「法と裁判」一〇七頁)

(註) 8、証言拒否権が認められる根拠は、それが善良の風俗や、公共の利益に適合するとの理由によるものであるから、かゝる理由の認められない場合、(一)例之、(i)医師が犯罪関與者である場合、(ii)強姦致死の被害者を診察した医師の場合、(iii)毒殺被害者の臨終に立会った医師の知識(一〇七)米国の判例は医師に証言を強制している。(Minnesota: 1905, McKenzie v. Banks, Nebraska; 1912, Thrashes v. State, New York: 1880, Piersen v. People, 鶴田氏、前掲書一八頁)

なお医師の証言拒否権が、不正の利を得んとする訴訟当事者の悪用の具に供せられていること明白な場合には、証言拒否権にある程度の制限を加えるべきであろう。わが刑訴も、証人が被告人本人である場合を除き、一般に「証言の拒絶が被告人のためにのみする権利の濫用と認められる場合」には証言の拒否を認めていない。(刑訴一四九條但)

されば以上の如き事情の存する場合、医師は、証言の義務があると解すべきであるから、かゝる場合彼が自から進んで証言を為しても、黙秘義務に違背する責任を問はれることはないと考えらる。又英米法に於ても、弁護士に対する依頼人が、犯罪又は不法な行為をなすために助言を得んとして為した通信については、証言拒否権が認められていない。(田中氏前掲書二〇三頁)

しかし、本註に於て述べた以上の場合には、何れも元來証言拒否権が認められないか、又は之が制限されると解せられる場合であるから、もともと、黙秘義務と証言義務とが衝突するものではなく、従つてこれは本稿に於て私が問題とする証言拒否権の優越性の問題には關係がない。

以上は、専ら黙秘義務に基く証言拒否権について述べたのであるが、公務員の職務上の秘密についての証言の拒否(民訴二八一條一項一号、刑訴一四四、一四五條)の場合には、事柄は極めて簡單明瞭である。蓋し、この場合には、公務員はその職務上の秘密については、原則として証言義務がないからである。たゞ「官庁の承諾」又は「承認」(刑訴一四四條、民訴二七二條)等があつて始めて、裁判所は証人の証言を強制しうるに過ぎない。

このことは民訴及び刑訴の規定の立て方、例えば、裁判所は「官吏又ハ官吏タリシ者ヲ証人トシテ職務上ノ秘密ニ付訊問スル場合ニ於テ……当該監督官庁ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス」(民訴二七二條)とあり或は「……監督官庁の承諾がなければ……尋問することができない」(刑訴一四四條)とあることから明らかなである。

従つて監督官庁の「承認」又は「承諾」がないのに、その職務上の秘密を自から進んで証言する公務員は、民事、刑事及び公務員法上の責任を免がれることのできないことは規定上極めて明瞭で、この点疑の余地がない。

最後に委託者本人の承諾があつた場合において、医師、弁護士などが業務上知り得た事実であつて、委託者以外の者の秘密に互るこ

とを証言した場合、証人は民事、刑事の責任を問はれるかの問題である。

先づ(一)黙秘義務は何人に対して之を負うのであるかというに、これは他人に対して負うものである。すなはち、弁護士の場合は、弁護の依頼人であり、医師の場合は患者である。

(註)9、このことは、刑法一三四條の犯罪が親告罪であること(但し、このことのみからは、必ずしも断定しがたいが)及び黙秘義務に基く証言拒否権は、本人からの黙秘義務の免除(民訴二八一條二項)若しくは、委託者「本人の承諾」(刑訴一四九條)のあつた場合には、之を行使し得ないことからの之を推知することができるであらう。

又(二)黙秘義務の範囲については、「所謂、委託ヲ受ケタルニ因リ知り得タル事実ニシテ黙秘スベキモノトハ、委託ニ因リテ認識シタル事実ニシテソノ公表ガ委託者ノ不利益ニ帰スルモノ、ナレバ苟モ委託ニヨリテ知り得タル事実ナル以上ハ直接ニ知り得タルモノナルト間接ニ知り得タルモノナルトヲ問ハザルモノ」(大決、大正一一・三・二二旧民訴二九八條二号)である。

(註)10、米國に於ても、医師と患者との間の特権通信が認められる場合、特権を受ける通信は患者に対して為した積極的通信のみでなく、医師が患者を診察した際知り得た一切のものを含むとされている。

されば委託者本人が黙秘義務を免除し、または証言の「承諾」をなしたときは、も早や証人は黙秘義務に基く証言拒否の特権を行使しうる理由がないのであるから、当然委託に因つて業務上知り得た範囲(上述)の事実について尋問に答えなければならぬ義務を負うのである。

(註)11、患者が特権を抛棄すれば、医師は特権を主張して、証言を拒み得ないのであるが、患者が訴訟当事者である場合、この特権は患者としての特権であつて、当事者としての特権ではないのであるから、特権の行使は、その患者自らによつて為されるべきであり、当事者の代理人によつて為されるべきではない。

随つて、この証言義務を履行することによつて、偶々委託者甲以外の者乙の利益が害されることがあつても、(甲を診察することによつて甲の病氣は乙から感染させられたものであることを知り得た場合、之を公表することにより)之に対して証人が民事上、刑事上の責任を負担することはないと解するのは当然と云はなければならぬ。(昭二五・一一・二〇稿)

Summary

The privilege of disallowance to give evidence, based on the duty to keep secret, and the responsibility of the witness, who has violated the duty

By Hajime IWADARE[※]

People, such as doctors and lawyers who are or were in the situation happen to know the secret of the patient or the client in performance of their profession, should keep secret from others. Such people have the privilege to refuse to give evidence in court concerning the above secret. This is what is called the privilege of disallowance to give witness, based on the duty to keep secret.

In this treatise I shall inquire into the nature of the privilege and give my own opinion, which is perhaps different from what is thought to be a popular view in our country, about the responsibility which the witness who has violated the duty to keep secret in court, should bear.

※ Professor of Jurisprudence, Faculty of the Liberal Arts and Science, at the Shinshu University.