

〔論 文〕

ソーシャルワーカーの守秘義務と秘匿特権 に関する研究序説（1）

荻野太司・高橋 学

An Introductory Study on a Social Worker's Duty of Confidentiality and Social Worker-Client Privilege (1)

Hiroshi OGINO and Manabu TAKAHASHI

In Japan, certified social workers are obliged to keep their clients' confidentiality under provisions of the Certified Social Workers and Certified Care Workers Act. Social worker-client privilege is not, however, stipulated in any statute laws or case laws. In this first part of the study, the authors give an overview of Japanese laws regarding confidentiality and introduce some discussions concerning social worker-client privilege, pointing out issues from both social welfare and juristic standpoints. The authors suggest that in Japan social worker-client privilege will possibly be more acknowledged in civil trials than in criminal trials.

USA is far more experienced and rich in judicial precedents in this field. For instance, the US Supreme Court has ruled that clinical social workers have the right to privileged communication in federal courts. Part (2) will further examine these American case laws concerning social welfare and examine the differences from Japan, which will lead to the final part (3) in which the authors will clarify in which case the social-worker-client privilege should be respected in Japan and in which case it should not.

Key words: social worker (ソーシャルワーカー), case law (判例法), duty of confidentiality (守秘義務), social worker-client privilege (秘匿特権), ethical dilemmas (倫理のジレンマ)

はじめに —— 社会福祉士は口が堅い？ ——

1988年に社会福祉士及び介護福祉士法が施行されて以来、たった一人の社会福祉士も守秘義務違反(同法46条)で起訴されてない。また社会福祉士の倫理綱領8.(秘密の保持)に反し、処分を受けた社会福祉士も一人もいない¹。クライアントの個人情報に接する「相談援助」を主たる業務とするはずの社会福祉士にとって、守秘義務は専門職としての中核的義務といえる。それにもかかわらずこれまで、その守秘義務の違反は問われてこなかった。なぜか。

それは、社会福祉士の養成校における専門職としての職業倫理に関する教育が非常に充実しているの

で、遵法意識が涵養されているからなのか²。または国家試験による適格審査が厳格に行われているからなのか³。しかし周知のように、近年社会福祉士が信用失墜行為により処分を受け新聞の紙面を賑わせることがある。担当した高齢者から遺産を受領した社会福祉士(戒告処分)や、被後見人の預金を不正に引き出すなどした社会福祉士(除名処分)が存在する一方で⁴、平成25年現在約17万人登録されている社会福祉士のすべてが守秘義務に関する規定のみを金科玉条のごとく厳密に遵守しているとは到底考えにくい。専門職としての義務が問われないのであれば、それに対応するであろうその権限もなきに等しい。

今日、多くの局面において社会が福祉化しているといわれ、ソーシャルワーカー、社会福祉士の認知度が高まっている。にもかかわらず、上記のような現状を反映して、社会福祉学の領域における、「相談業務」を行う専門職の中核的義務ともいべき守秘義務に関する研究は深化しているとはいえない。さらに、倫理綱領や多くの研究が謳うように、社会福祉士に人権尊重擁護の義務があるとするのであれば⁵、守秘義務による情報の不開示が、被援助者の私的な利益を守るとともに、プライバシーの権利を保護するという人権上の利益にも資することに鑑みても⁶、守秘義務に関する規定が空文化していることは看過できない問題である。

そこで本稿は、日本におけるソーシャルワーカーの守秘義務に関する規定と先行研究を整理し、規範論としてこれを検討する⁷。周知のように、守秘義務といっても論点は多岐にわたる。本稿が特に焦点を当てるのは、守秘義務に関連する問題のなかでも秘匿特権に関する問題である。秘匿特権とは、「一定の情報を裁判所で求められてもその開示を拒否することのできる特権で、特にその情報が当初専門職業上信頼関係に基づいて得られたものである場合に用いられる」特権のことである⁸。日本ではこの秘匿特権に関して、民事訴訟法 197 条（証言拒絶権）および 220 条 4 号ハ（文書提出義務の例外）に、刑事訴訟法では 105 条（押収拒絶権）および 149 条（証言拒絶権）に規定がなされる。しかし条文上、社会福祉士の文言はない。

ソーシャルワーカー、社会福祉士の社会的認知が高まり、その業務の重要性が増せば増すほど、法廷においてもクライアントの権利を守らなければならない深刻なケースが生じる可能性がある。そのような時に、「正当な理由」として、いかなる根拠と判断（法の解釈）に基づき、ソーシャルワーカーの守秘義務が解除されるのか（または、されないのか）という専門職としての秘匿特権の有無は、当然すべてのソーシャルワーカーにとって業務の指針となりうる。またさらに、司法の福祉化が指摘される昨今、司法の側にとっても、司法制度におけるソーシャルワークの位置づけを明確にすることにもなりうる。

そのために本稿では、まず 1 章において日本におけるソーシャルワーカーの守秘義務と秘匿特権に関する規定とそれに関する先行研究の整理を行う。先に述べたように、日本における先行研究は非常に限定されているため、次稿の 2 章ではアメリカ連邦最高裁判所における、ソーシャルワーカーの秘匿特権に関するリーディングケースを参照する。そして 2 章での紹介をふまえて、3 章において日本の制度に比較法的に考察を加える。

なお、当然日本とアメリカではソーシャルワーカーの置かれている状況も異なるし、法の体系も社会・文化的背景も異なるアメリカの法理をそのまま日本に直輸入することはできない。また、この領域におけるアメリカの法の実践が理想的であるとも本稿は考えていない。しかし類似の判例のない日本において、現実と格闘しながら、より望ましい法の形成を追求してきたアメリカ社会の経験は、一度は参照するに値する財産であると考えられる。

1 日本における守秘義務論

（1）守秘義務と秘匿特権に関する各種規定と先行研究

①福祉教育・研究（study in welfare）⁹における守秘義務論

社会福祉士の守秘義務に関する総則的規定である社会福祉士及び介護福祉士法 46 条は、社会福祉士の守秘義務について「社会福祉士又は介護福祉士は、正当な理由がなく、その業務に関して知り得た人の秘密を漏らしてはならない」と規定する。この規定において、法解釈上当然問題となるのは、いかなる事由が「正当な理由」となり、社会福祉士の守秘義務が免除されるのかということである。福祉教育・研究の局面において、この問題は、専門職の倫理における倫理ジレンマの問題として扱われる。

社会福祉士会は「法律上の義務が課せられない限り、社会福祉士は本人の了解なしに記録を本人以外に開示しては」ならないとしている。つまり法律上義務が課せられている場合は開示が可能である¹⁰。すでに述べたように、日本の刑事訴訟法も民事訴訟法も秘匿特権を規定し、医師、助産師、弁護士など

に、情報の開示を拒否する特権を与えているが、条文に社会福祉士の文言はない。多くの福祉教育において指摘されるように、秘密保持によるクライアントとの信頼醸成の重要性という点では、条文に掲げられた専門職と変わらないはずである。訴訟の局面において、医師、助産師、弁護士などは、情報の開示を拒否する特権を与えられ、クライアントの秘密を守り、信頼を保護できるのに、なぜ、社会福祉士にはそれができないのであろうか。

これに関して管見の限り、多くの福祉教育・研究 (study in welfare) は、必ずしも十分な回答を行ってこなかったといえる¹¹。たとえば、高良麻子は¹²、倫理的ジレンマを解決するうえで、「倫理綱領を中心としたあらゆる関連する社会資源の活用」を認め、活用しうる社会資源として「倫理綱領、行動規範、関連する倫理論、法的原則、ソーシャルワークの価値や理念、社会福祉に関連する専門職の倫理的ガイドライン」を挙げる。

そして高良麻子は、その一例として 医療倫理学者のビューチャンプとチャイルドドレスの考えを援用し¹³、以下の状況において、クライアントの個人情報を開示しても良いと考えられていることを示している。それは「a 第三者に及ぶ危害が極めて重大だと予測される、b 危害を起こす可能性が高い、c リスクのある人への警告や保護以外に選択肢がない、d 守秘義務を破ることによって危害を予防できる、e 患者に対する危害が最小限で許容範囲内である」の5点である。

さらに高良麻子は、倫理的ジレンマ解決の手段として、アメリカの判例を挙げている。「訴訟の多いアメリカにおいては、倫理的ジレンマに関する多数の判例が出されている。日本とは状況が異なるため、そのまま活用することはできない」としつつも、「具体的な事例なので参考にしやすい」という。そして、守秘義務に関して有名なタラソフ判決¹⁴の一文に拠り、「自己の患者が他者に暴力を及ぼすと重大な危険性を呈しているとセラピストが判断する場合、あるいは、セラピストが自分の職業規準に則ってそのように判断すべき場合、セラピストは、予定被害者をそのような危険から保護するために適切な

ケアをする義務を負う」と述べている。

多くの福祉教育・研究 (study in welfare) が、守秘義務について十分に言及を行ってこなかったなかで、高良麻子は多角的に検討を行っている。その点において、福祉教育における意義は小さくない。しかし高良が挙げるビューチャンプとチャイルドドレスの挙げるリストは、医療の現場以外にも応用できるのか、医療の現場において、他の専門職の倫理的ジレンマとソーシャルワーカーの倫理的ジレンマを等しく扱ってよいのか疑問が生じる。またタラソフ判決において、問題になった守秘義務はセラピストの守秘義務であって、ソーシャルワーカー固有の問題・判例とはいえない。そして高良には秘匿特権に関する言及もない。

②福祉学教育・研究 (study of welfare)¹⁵ における 守秘義務論

他方、福祉学教育・研究 (study of welfare) は、守秘義務と秘匿特権の問題についてどのように回答をしてきたのだろうか。これについて、日本のソーシャルワーク固有の研究は管見の限りみることではできない。翻訳によってアメリカの研究がいくつか紹介されているのみである。以下それらを参照する。

まず、ケースワークの原則の一つとして秘密保持を掲げるバイステックの『ケースワークの原則』における議論をみる¹⁶。バイステックは秘密保持について、「人間のもつすべての権利と義務の根拠は自然法」にあり、「秘密保持などの原則から成り立つソーシャルワーカーの倫理綱領も自然法にその根拠をもっている」と、自然法論の立場から秘密保持の根拠について説明し、そしてその一方で、「秘密を守る権利は必ずしも絶対的なものではなく、「人間がもつ他の権利と同様に、この権利は法律や他者の権利、または社会全体の福祉によって制限を受けることがある」という。

具体的には、a クライアント自身のなかに葛藤がある場合、b 他者の権利とのあいだに葛藤がある場合、c ソーシャルワーカーの権利とのあいだに葛藤がある場合、d 社会福祉機関とのあいだに葛藤がある場合、e 社会全体とのあいだに葛藤がある場合で

ある。秘匿特権に関連すると考えられるのは**b**のケースと**e**のケースであろう。**b**のケースのように、訴訟の場面においても、当然クライアントの権利と他者の権利とのあいだに葛藤が生じる可能性がある。どちらを優先すべきかというジレンマの問題について、バイステックは「両者の権利を重みづけして比較検討する必要」があり、侵害原理に基づいて「秘密保持の権利が他者を深刻に傷つけるという明確な証拠が現れるまでは、クライアントの権利を優先すべきである」としている。

また**e**のケースについて、バイステックは「個人の幸福と公共の福祉とのあいだに、あるいは個人の権利と一般社会のあいだに葛藤が生じる場合もある」という。そして「社会は公共の福祉を推進し、平和と秩序を維持し、地域社会に住むメンバーの身体的、道徳的福祉を積極的に推進する計画を立てる義務をもっている。一方、個人は社会の構成員であるから一市民として、彼の仲間とともに、公共の福祉を維持し推進する活動に協力する義務を負って」おり、「個人のもつ基本的権利のなかには、公共の福祉でも個人に放棄を求めることができないほどの権利がいくつかある。にもかかわらず、それ以外の権利は、それを行使することによって公共の福祉を危険にさらすことが明らかであれば、その行使は制限を受けなければならない」と指摘する。つまり、その結果バイステックは、「葛藤しあう権利を重みづけして比較」し、その結果、「一般的には、信頼された上で伝えられた秘密の情報であっても、その秘密を保持することが公共の福祉を深刻な危険にさらすのであれば、秘密の保持の義務は終了したものと考えるのが原則である」と述べている。

必ずしもバイステックのいう「公共の福祉」の意味内容が明らかではないし¹⁷、秘匿特権に関する直接的な言及は、少なくとも『ケースワークの原則』においてみることはできない。しかし、かりに訴訟において文書を提出し、また証言をするという公法のうえの義務が、「公共の福祉」に適うと考えるのであれば、双方の権利の比較衡量のうえで、ソーシャルワーカーの秘匿特権が否定されうることをバイステックは指摘しているといえる。

次に、より直接的に秘匿特権について言及を行っている、レヴィの『ソーシャルワーク倫理の指針』における守秘義務と秘匿特権に関する議論をみる¹⁸。

倫理の定義づけを行ったことで有名なレヴィは、法規範とソーシャルワークの倫理が対立するケースとして法廷における守秘義務と秘匿特権の問題について、次のように述べている。「法によって高く評価されている行為とソーシャルワーク倫理によって高く評価されている行為は、必ずしも一致しないかもしれない。たとえばソーシャルワーカーの証言——それはクライアントの信頼に影響を及ぼす——が、被告人——その無罪は証言によっている——に公平を期するために命令される場合である。このように法の要請は、ソーシャルワーカーが献身しており、また従うと期待されているソーシャルワーク倫理の原則と対立するかもしれない。たとえばソーシャルワーカーが法よりも自分たちの倫理を優先させるとしても、投獄の脅しはソーシャルワーカーの応答に影響をもたらすかもしれないが、しかしソーシャルワーカーの私利によってクライアントに対する倫理的な責任を無視することはそれこそ正当化できるものではない。秘密保持はソーシャルワーク倫理のまさに神聖ともいえる原則なのである」と、レヴィは秘匿特権の重要性について指摘している^{19, 20}。

また、リーマーも秘匿特権の重要性を認める論者の一人である²¹。リーマーは、「ソーシャルワーカーは、法的手続きのなかで法律の許す限り、クライアントの秘密を保持しなければならない」というNASWの倫理綱領1.07 [J]を挙げながら、秘匿特権の重要性について次のように説明する。それは「クライアントが要求された情報公開をソーシャルワーカーに許可しないのなら、ソーシャルワーカーは情報が公開されるべきでない」と裁判所を説得するのに最善を尽くすであろう。情報は秘密で共有されており、クライアントの許可なしでの裁判所での公開はかなり害を生じることをソーシャルワーカーは主張できる。できることなら、ソーシャルワーカーは別な方法を示唆するか、求めている情報を裁判所が取得するための情報源を示唆すべきである」というものである。

レヴィは刑事裁判を事例に挙げ、リーマーは民事裁判を事例に挙げて、それぞれ秘匿特権の重要性を主張している。その根拠には共通して、クライアントとの信頼関係の維持がある²²。

以上、福祉教育・研究と福祉学教育・研究（翻訳書によってではあるものの）における秘匿特権について紹介してきた。前者において秘匿特権は看過されてきたのに対して、福祉学教育・研究では積極的に認められつつあるといえる。しかしそれは翻訳による福祉学教育・研究であり、日本における実情を反映したものではない。特に、日本の法制度が、社会福祉士の秘匿特権についてどのように規定しているのかということは、今後日本の社会福祉士の秘匿特権に関する考察を進めていくうえで看過できない。以下、日本法における社会福祉士の秘匿特権についてみる。

（２）刑事訴訟法上の専門職の秘匿特権²³

①概略

刑事訴訟法における専門職の秘匿特権は、同法105条の押収拒絶権と同法149条の証言拒絶権である²⁴。双方の条文とも規定される専門職は同じである（すなわち『医師、歯科医師、助産師、看護師、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、公証人、宗教の職に在る者又はこれらの職に在った者』であるが、ただし民事訴訟法に列挙された専門職の範囲とは若干異なっている）。これらの規定は、実体的真実主義に対する業務上の秘密という超訴訟法的側面からの制限（ないし調和）であると理解され²⁵、その趣旨はa業務を遂行する専門職への信頼の保護にあるとする説²⁶、b業務そのものおよび委託者一般、社会一般の保護とする説²⁷、c依頼者と依頼を受けた者の信頼関係の保護とする説²⁸の3説が主張されている。

いずれの説も、個人の秘密そのものではなく、業務そのもの、もしくは業務に関連する事由（社会一般や信頼）の保護に、本規定の趣旨をおいている。かりにこれら既存の説にしたがって、社会福祉士の秘匿特権を検討するならば、保護の対象となる社会福祉士の業務は、社会福祉士及び介護福祉士法2条1項に規定される「相談援助」となる。つまりa説

であれば「相談援助」そのものを保護、b説であれば「相談援助」を利用する社会一般を保護、c説であれば「相談援助」に対する信頼を保護することになる。

だがいずれの説を採るにしても、日本における社会福祉士の業務が業務独占ではなく名称独占であるゆえに（同法2条1項）、当然社会福祉士の有資格者以外にも、「相談援助」を業務とする者がいることになる。無資格者の「相談援助」業務が、秘匿特権による保護の対象となるのか、保護の対象となつて、有資格者の「相談援助」業務と無資格者の「相談援助」業務の保護の程度に、解釈上差異があるのかは、疑問がある。この点においては次稿の4章において検討する。

②適用範囲に関する学説・判例

秘匿特権を有する者に関しては制限列举とするのが通説および判例の立場である²⁹。たとえば、新聞記者の秘匿特権について争った、昭和27年8月6日最高裁判決（刑事訴訟法一六一條違反被告事件（朝日新聞記者証言拒否事件））³⁰は、制限列举の理由について次のように説明する。

まず、最高裁は証言義務を挙げて、「刑訴一四三条は「裁判所はこの法律に特別の定ある場合を除いては何人でも証人としてこれを尋問することができる」と規定し、一般国民に証言義務を課しているのである。証人として法廷に出頭し証言することはその証人個人に対しては多大の犠牲を強いるものである。個人的の道義観念からいえば秘密にしておきたいことでも証言しなければならない場合もあり、またその結果、他人から敵意、不信、怨恨を買う場合もあるのである」という。

それを規定する理由として、「証言を必要とする具体的事件は訴訟当事者の問題であるのにかかわらず、証人にかかる犠牲を強いる根拠は実験的^(ママ)真実の発見によって法の適正な実現を期することが司法裁判の使命であり、証人の証言を強制することがその使命の達成に不可欠なものであるからである。従って、一般国民の証言義務は国民が司法裁判の適正な行使に協力すべき重大な義務であるといわなければ

ならない」と述べる。

そして「法律は一般国民の証言義務を原則としているが、その証言義務が免除される場合を例外的に認めているのである。すなわち、刑訴一四四条乃至一四九条の規定がその場合を列挙しているのであるが、なお最近の立法としては、犯罪者予防更正法五九条に同趣旨の規定をみるのである。これらの証言義務に対する例外規定のうち、刑訴一四六条は憲法三八条一項の規定による憲法上の保障を実現するために規定された例外であるが、その他の規定はすべて証言拒絶の例外を認めることが立法政策的考慮から妥当であると認められた場合の例外である。そして、一般国民の証言義務は国民の重大な義務である点に鑑み、証言拒絶権を認められる場合は極めて例外に属するのであり、また制限的である。従って、前示例外規定は限定的列挙であって、これを他の場合に類推適用すべきものでないことは勿論」であり、「刑訴一四九条に列挙する医師等と比較して新聞記者に右規定を類推適用することのできないことはいうまでもないところである。それゆえ、わが現行刑訴法は勿論旧刑訴法においても、新聞記者に証言拒絶権を与えなかったものであることは解釈上疑を容れないところである」として、実体的真実の発見による法の適正な実現のためには証言義務が原則であるという趣旨から、解釈による類推適用を認めず制限列挙説を導いている³¹。

他方、通説・判例とは反対に、刑事訴訟法 105 条および 149 条の規定を例示列挙として、類推適用を認める少数説もある。たとえば鴨良弼は³²、薬剤師を例に挙げ、薬剤師の業務において、「秘密がまもられるという信頼関係のあること、また、その信頼関係の故に施薬について十分な相談を期待できること、その信頼関係を法によって保護する必要のあることは、いうまでもない」ことであり、「薬剤師が職務上知り得た秘密は刑法上の保護法益とされ、その秘密の公表が一般に可罰性を持っていること、さらに、医師と薬剤師とでは、患者との間の信頼関係の保護については本質的な差異がみとめられないこと等からみて、薬剤師も本条の拒否権を有するものと解すべき」であると主張し、通説に対して「本条

は強行規定であり、みだりに例外の範囲を拡張すべきではないが、だからといって、本条に列挙された者以外は絶対に拡張されないとすることは、解釈が生硬すぎるであろう」と指摘している。鴨良弼の主張は、守秘義務が法定化されているか否かで秘匿特権の及ぶ範囲を決める点において、後述する民事訴訟法における議論に近いといえる。

なお、昭和 27 年 8 月 6 日最高裁判決も鴨良弼も、結論は異なるものの他の職種との比較（前者は新聞記者と医師、後者は薬剤師と医師）において結論を導いている点において共通している。鴨良弼が指摘するように、薬剤師は医師と同様に守秘義務が法定化されている点において、共通しているというし、当然、身分法のない新聞記者は質的に異なるといえる。では社会福祉士はどうか。身分法である特別法に守秘義務とその違反に対する罰則が法定化されている点において、医師や薬剤師と共通するが、両者が業務独占であるのに対して社会福祉士が名称独占である点や、鴨良弼の指摘にあるような「医師と薬剤師とでは、患者との間の信頼関係の保護については本質的な差異がみとめられない」ということを、社会福祉士との関係においてもいえるのかに関しては、留意が必要である。この点については、次稿の 3 章においてアメリカ法の判断を参照する。

次に、鴨良弼と同様に制限列挙説を批判する沼尻芳孝の主張をみる。沼尻芳孝によれば³³、「現今の社会におけるコミュニケーションの複雑多様化は、他人の秘密に関与する業務の種類を増加しつつある。請負業務は、公認会計士をはじめとし、運送、建築、印刷、写真の撮影、現像、各種コンサルタントと実に多彩である。もとよりこれらのすべての業務に対して、単に他人の秘密を知り、あるいは秘密に関する物を所持もしくは保管するからといって、一様に押収拒絶権および証言拒否権を認めることはできないとしても、社会の進展は、105 条に列挙された業種を制限的なものと解するかたくな態度を許さなくなることは必然的であり、現在においても解釈上全く類推を許さないということでは社会生活の円滑な運営はとうてい期待できない」という。沼尻芳孝の主張は、「現今の社会におけるコミュニケーショ

ンの複雑多様化は、他人の秘密に関与する業務の種類を増加しつつある」として、社会の進展変化を基礎におき、制限列举説の限界を指摘しているといえる。

さらに『条解刑事訴訟法〔第4版〕』³⁴は、制限列举説によりつつも、「客観的真相を解明し刑罰権の適正な実現をするという意味で、他に代替手段のない場合には、本条に掲げるもの以外に証言拒絶権を認めることができないにせよ、他に代替的証拠があるときには、証人に対しあくまで証言を強制することは適当ではあるまい。即ち、証言を求める必要性和、他面において証言させることにより憲法上の権利やその他保護すべき権利が侵害される程度を比較衡量して、できる限りそのような権利や利益の侵害が必要な程度を超えないように配慮すべきであろう」と主張する。つまりこの主張は、「他に代替的証拠がある」か否か、「証言を求める必要性和、他面において証言させることにより憲法上の権利やその他保護すべき権利が侵害される程度を比較衡量」して、秘匿特権の範囲を判断しようとするものである。

(3) 民事訴訟法上の専門職の秘匿特権

①概略

民事訴訟法における専門職の秘匿特権は、同法197条1項2号の証言拒絶権と同法220条4号ハの文書提出義務の除外事由である^{35,36}。双方の条文とも規定される専門職は同じである(すなわち『医師、歯科医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士(外国法事務弁護士を含む。)、弁理士、弁護士、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』であるが、ただし刑事訴訟法に列举された専門職の範囲とは若干異なっている)。

民事訴訟法上の秘匿特権が保護しようとするのはつぎの3説である。それは、a 専門職従事者に対して、秘密を開示したクライアントの利益の保護とする説、b 専門職従事者に対する人々の信頼を確保し、その職業自体の存立を確保しようとする説、c b説の「職業自体の存立の確保」によって保護される秘密の帰属主体は、患者、依頼者、信徒などである

(つまり、専門職が存立することによってクライアントの秘密が保護される)、とする3説である。

a説は専門職のクライアントの秘密の保護に趣旨を置き、b説は専門職の存立を保護に規定の趣旨を置いている。そしてc説は折衷説といえるだろう。かりにこれらの説にしたがって、社会福祉士の秘匿特権を検討するならば、a説とc説において保護の対象となるのは、社会福祉士及び介護福祉士法46条に規定される「業務に関して知り得た人の秘密」となり、b説であれば、刑事訴訟法における秘匿特権と同様に「業務」ということになる。

すでに(2)刑事訴訟法上の専門職の秘匿特権において言及したように、いずれの説を採用にしても、日本における社会福祉士の業務が業務独占ではなく名称独占であるゆえに(同法2条1項)、当然社会福祉士の有資格者以外にも、「相談援助」を業務とする者が存在することになる。無資格者の「業務に関して知り得た人の秘密」と「相談援助」業務が、秘匿特権による保護の対象となるのか、かりに保護の対象となるとして、有資格者の「業務に関して知り得た人の秘密」と「相談援助」業務と無資格者のそれと、解釈上差異があるのかは、疑問がある。この点については3章以下において検討する。

②適用範囲に関する学説・判例

次に、民事訴訟法上の秘匿特権を有する専門職の範囲に関する先行研究および判例についてみる。これについて通説は、刑事訴訟法における議論と同様に、類推適用によって、適用範囲を拡大することには批判的であり、基本的に制限列举説を採用。しかし条文に列举された専門職以外であっても、「法律上刑事罰を伴う守秘義務が課せられる者」であれば、秘匿特権を認めると通説は考える³⁷。これに対して、少数説は、「他人の秘密をのぞき見するという特徴をもったあらゆる官職、身分、職業」について拡張すべきであるという説³⁸、そして情報プライバシー権の視点から「本号を制限的の列举規定であると解する必然性には疑いを禁じえないところであり、必要に応じた拡張解釈の可能性」を主張する説³⁹がある。

前者の通説の根拠に依拠するならば、社会福祉士の専門的相談援助も「クライアントとの信頼関係」に基礎を置いていること、社会福祉士及び介護福祉士法に守秘義務とその違反に対する刑事罰が法定化されていることから、民事訴訟法上の秘匿特権は、有資格者である社会福祉士の業務に及ぶと考えられる。問題となるのは、無資格者の相談援助に民事訴訟法上の秘匿特権が及ぶのかということであるが、この点については、民事訴訟法 197 条 1 項 2 号ではなく同 3 号の問題であると本稿は考えるので、3 章において検討する。

他方、判例はこの点についてどのように考えているのであろうか。次の二つの決定をみる。

一つは、争点の一つとして保険管理人に民事訴訟法 220 条 4 号ハの文書提出義務の除外事由の規定が適用されるかが争われた、平成 16 年 6 月 8 日東京高裁決定（文書提出命令申立事件、以下、東京高裁決定）⁴⁰ である。本件において、東京高裁は、「弁護士は民事訴訟法 197 条 1 項 2 号に明文で定められており、公認会計士は同号に明文では挙げられていないけれども、平成 15 年法律 67 号による改正前の公認会計士法 27 条により守秘義務が定められていた（前記改正後の同条も守秘義務を定めている点では変更がない。）のであるから、公認会計士についても民事訴訟法 197 条 1 項 2 号の主体となるものと解するのが相当である。また、保険管理人についても同法 197 条 1 項 2 号に明文で挙げられてはいないけれども、前記のとおり、保険業法 247 条の 3 に守秘義務が定められているのであるから、民事訴訟法 197 条 1 項 2 号の主体となるものと解するのが相当である」と判断している。この判断は、特別法に「守秘義務が定められてい」る点から、通説と同様に適用を認めている。

もう一つは、看護師の作成した医療記録についての文書提出義務が争われた、平成 25 年 5 月 27 日名古屋高裁決定（文書提出命令申立却下決定に対する即時抗告事件、以下、名古屋高裁決定）である。本決定において名古屋高裁は、次のような論理構成のもと検討を行った。それは「本件申立てにおいて提出を求める本件文書は、医療機関である相手方が所持

する被告に係る平成 19 年 1 月 1 日以降の診療録、看護記録等一切の資料とされているから、本件申立ては、相手方らが医療機関として所持している被告に係る同日以降の医療記録全部について、その提出を求めているものと認められるが、上記医療記録には、医師が患者を診療したときに診療に関する事項を記載して作成する診療録（医師法 24 条。「診療録」と表題の付された狭義の診療録に限られず、医師が診療に関して作成した診療経過等が記載された文書はすべて含まれる。）のほかに、医師以外の医療従事者が作成する医療記録があり得るのであり、本件文書に掲げられている看護記録は、医師以外の医療従事者である看護師の作成するものとして、これに該当するものと解される。そして、医療記録であっても、民事訴訟法 220 条 4 号ハにより文書提出義務を除外される文書は、同法 197 条 1 項 2 号が定めるとおり医師又は医師であった者の作成に係る文書に限られるものというべきであるから、本件文書について同法 220 条 4 号ハに該当するか否かを判断するに当たっては、診療録とそれ以外の医療記録とを分けて検討することを要することになる」というものである。つまりそれは、適用にあたり、民事訴訟法 197 条 1 項 2 号に列挙された専門職である医師の作成する診療録と、列挙されていない看護師の作成した医療記録について分けて検討されるべきだとした。

そして前者の医師の作成する診療録に関しては、「医師法施行規則 23 条は、医師が作成すべき診療録には「診療を受けた者の住所、氏名、性別及び年齢」、「病名及び主要症状」、「治療方法（処方及び処置）」、「診療の年月日」を記載すべき旨定めているから、抗告人が本件申立てにより提出を求める診療録（以下「本件診療録」という。）には、相手方らの医師により、少なくとも上記事項が記載されているものと推認される。そして、これらの記載事項（特に病名及び主要症状、治療方法）は、被告の疾病等の内容やその治療経過に関するものとして、深く被告のプライバシーに関する事項に該当するものというべきであり、したがって、被告には、その秘匿について主観的利益があるのみならず、客観的にみて保護に値するような利益があるものといえることができる。

したがって、本件診療録の記載事項については、個別に医師の黙秘の義務が免除されていない限りは、民事訴訟法 220 条 4 号ハに該当するものというほかない」として秘匿特権を認めている。

これに対して、後者の看護師の作成した医療記録については、「次に本件文書中の診療録以外の医療記録について民事訴訟法 220 条 4 号ハ該当の有無を検討するに、前記 (2) に説示したところによれば、診療録以外の医療記録は、それが診療録に該当しない以上、同法 197 条 1 項 2 号所定の文書には当たらず、したがって、上記ハにも該当しないことになる」として、秘匿特権を否定している。

このように名古屋高裁決定は、東京高裁決定とは逆に、文書提出義務に関して、文理解釈にしたがい看護師への適用を否定している。名古屋高裁決定は、専門職の範囲に関する論点に関して、東京高裁決定にもその抗告審にも言及せずに結論を導いている⁴¹。すでに述べたように先行研究では、専門職の範囲の判断について東京高裁決定の判断が支持されている。本稿も、「法律上刑事罰を伴う守秘義務が課せられる者」であれば、秘匿特権を認めうると考える。その根拠については、3 章において検討する。

(4) 小括

以上、ソーシャルワーカーの秘匿特権に関連する先行研究および判例について概観した。管見の限り、福祉教育・研究において秘匿特権は看過されてきた一方で、福祉学教育・研究では、翻訳によってではあるものの、その積極的意義が紹介されているといえる。

他方、刑事訴訟法と民事訴訟法ともに、当然条文にソーシャルワーカー、社会福祉士の文言はないものの、刑事訴訟法では解釈上厳格な制限列举説が採られるのに対して、民事訴訟法ではいわば緩やかな制限列举説が採られ、条文に列举されていない専門職であっても、特別法に守秘義務が規定されていれば、秘匿特権を認めるのが通説・判例の考え方であった。ただし文書提出義務については近年の名古屋高裁決定が看護師の秘匿特権を否定する決定を行っており、今後の判例の動向に注目する必要があるだ

ろう。

なお、ソーシャルワーカーの秘匿特権が争われた判例はないものの、かりに争われた場合、刑事訴訟では類推適用が否定され、民事訴訟では、(少なくとも証言拒否権に関しては)類推適用が認められる可能性が高い。両者の違いは、その目的の違いに起因すると考えられる。周知のように刑事訴訟の目的は人権保障と実体的真実の発見とされ、特に後者の実体的真実の発見という観点から、秘匿特権を有する者を厳格に限定する必要性があると考えられているのに対して、民事訴訟法では実体的真実の発見よりもむしろ、私人間の生活上の紛争の解決にあり、その観点から秘匿特権を有する専門職の範囲も比較的緩やかな限定となっていると考えられる。

また、民事訴訟法の学説において、秘匿特権が保護するのは「専門職の利用者の秘密の保護」にあると一般的に理解されており、この点については、福祉学教育・研究における理解(クライアントとの信頼関係の維持)に近いといえる。しかし、興味深いことに刑事訴訟法の学説では、「専門職の利用者の秘密の保護」というよりも、むしろ「業務自体や、業務に関連する事由(社会一般や信頼)の保護」であると一般的に理解されていた。この点も、刑事訴訟と民事訴訟の目的の違いに由来すると考えられる。

これまで参照してきた日本法の状況に鑑みるに、刑事訴訟法と民事訴訟法では専門職の秘匿特権が異なり、つまりそれはソーシャルワーカーの倫理のジレンマにも影響を及ぼすものである(つまりそれはソーシャルワークのあり方に影響を及ぼす)。そして福祉学研究の学説と類似しているのは民事訴訟法領域のものであり、乖離しているのは刑事訴訟法領域における通説的見解および判例である。周知のごとく、今日、司法福祉の多くの議論は、刑事法の領域における議論に集中して進んでおり、その点において、秘匿特権の問題は看過できない問題である。

これらの相違点と検討課題をふまえ、次稿の 2 章においてアメリカ最高裁判所の判例について紹介し、3 章において比較検討する。

(未完)

注

- 1 社会福祉士及び介護福祉士法 46 条違反については判例データベースの Westlaw Japan で検索した。倫理綱領 8 違反については日本社会福祉士会に電話調査（2015 年 1 月 6 日）を行い、口頭にて回答を得た。
- 2 専門職倫理は、社会福祉士の養成科目のなかでも、主に「相談援助の基盤と専門職」や「相談援助の理論と方法」において扱われるが、テキストでは 10 頁から 20 頁程度記述されているに過ぎない。社会福祉士養成講座編集委員会編『相談援助の基盤と専門職 第 2 版』（中央法規，2010 年）120-140 頁，福祉臨床シリーズ編集委員会編『相談援助の基盤と専門職』（弘文堂，2009 年）118-129 頁，岩田正美他編『相談援助の基盤と専門職』（ミネルヴァ書房，2010 年）126-147 頁。
- 3 過去 5 年間の社会福祉士の国家試験において守秘義務，秘密保持に関する設問は 12 問に過ぎない。
- 4 2008 年 02 月 17 日朝日新聞朝刊「社会福祉士を戒告担当高齢者の遺産，350 万円受領」，2010 年 03 月 23 日朝日新聞夕刊「被後見人の財産，不正に引き出し社会福祉士 2 人除名 神奈川・東京」。
- 5 当然，日本国憲法 99 条に「社会福祉士」の語はないし，社会福祉士及び介護福祉士法にも「人権」という語はない。なお，秋元美世「序論」岩本正美監修『リーディングス 日本の社会福祉 5 社会福祉の権利と思想』（日本図書センター，2010 年）3 頁以下は，この点について明確に言及はしていないものの，「人権」と「権利」の語の意味に留意して両者を用いていると考えられる。
- 6 横藤田誠他著『人権入門 第 2 版』（法律文化社，2011 年）67，68 頁参照（横藤田誠担当箇所）。
- 7 福祉学における規範論の重要性を指摘する研究として，小山隆「実証理論と規範理論研究 — ソーシャルワーク研究のあり方として —」評論社会科学 81 巻（2006 年）9 頁以下参照。
- 8 小山貞夫編『英米法律語辞典』（研究社，2011 年）874 頁。
- 9 本稿における，福祉教育・研究 (study in welfare) と福祉学教育・研究 (study of welfare) の区別については，医療社会学における sociology in medicine と sociology of medicine の区別から着想を得て提示したものである。その主唱者である Straus の言葉を借りるならば，（少なくとも社会学上は）次のように表現される。前者は，福祉現場との「共同研究，共同教育」から成り，しばしばそれは「考えの統合，技術，多様な専門職の人材」と関連するもので，専門職養成と親和性が高い。これに対して後者は，福祉を研究対象としてとらえ，福祉の「組織の構造，役割関係，価値システム，儀礼，そして行動のシステムとしての諸機能」というような要因）について，「外部の独立した立場」からの研究を志向することになる。Straus, R., *The Nature and Status of Medical Sociology*, *American Sociological Review*, Vol. 22, No. 2 (1957), at 203. なお，法学の領域における一般的な「法教育」と「法学教育」の区別とは異なるが，法学の領域においても study in law と study of law の区別に関する議論は可能だと考えられる。これらの論点の検討については，本稿の本旨ではなく紙幅の関係もあるので，今後の課題とする。
- 10 日本社会福祉士会編『改訂 社会福祉士の倫理 倫理綱領実践ハンドブック』（中央法規，2009 年）85 頁。
- 11 川村隆彦『価値と倫理を根底に置いたソーシャルワーク演習』（中央法規，2002 年）49 頁以下，67 頁以下，空閑浩人編『ソーシャルワーク入門 相談援助の基盤と専門職』（ミネルヴァ書房，2009 年）77 頁以下（衣笠一茂担当箇所），94 頁以下（浅野貴博担当箇所），柳沢孝主他編『相談援助の基盤と専門職』（弘文堂，2009 年）26 頁（増田康弘担当箇所），植戸貴子編『ソーシャルワークの基盤と専門職』（みらい，2010 年）119 頁以下（川村隆彦担当箇所），125 頁以下（川村隆彦担当箇所）相澤譲治『第 3 版 相談援助の基盤と専門職』（久美出版，2012 年）244 頁以下（藤野好美担当箇所）参照。
- 12 社会福祉士養成講座編集委員会編『相談援助の基盤と専門職 第 2 版』（中央法規，2010 年）136，137 頁（高良麻子担当箇所）。
- 13 ただし高良麻子は，ビューチャンプとチャイルドドレスの考えに拠りながらも，出典はバーナード・ロウ著 [北野喜良他訳]『医療倫理のジレンマ：解決の手引き — 患者の心を理解するために』（西村書店，2003 年）54 頁に依拠している。
- 14 タラソフ判決に関しては，横藤田誠『法廷のなかの精神疾患 アメリカの経験』（日本評論社，2002 年）244 頁以下が詳しい。
- 15 本稿で，福祉学教育・研究 (study of welfare) として挙げた 3 文献は，いずれも福祉教育・研究 (study in welfare) において取上げられることもある。しかし，福祉教育・研究 (study in welfare) において取上げた文献とは異なり，守秘義務，秘匿特権と

- いった倫理的ジレンマの問題について、単なる専門職養成としての視点を超えて、「本質」的な視座を包含している点において、福祉学教育・研究 (study of welfare) に含むべきであると本稿は考えた。なお、取上げた3文献以外にも、他分野における秘匿特権や守秘義務について論じる研究は存在するが (たとえばジェラルド・コウリー他著 [村本詔司監訳] 『援助専門家のための倫理問題ワークブック』 (創元社, 2004年) 269頁以下)、本稿ではその本旨からソーシャルワーク研究に限定した。
- 16 フェリックス・P・バイステック [尾崎新他訳] 『ケースワークの原則 [新訳改訂版]』 (誠信書房, 2006年) 189頁-210頁。
- 17 バイステックは、eのケースを説明する際に「個人の権利と一般社会の権利とのあいだに葛藤が生じる場合」というように、一般社会に権利性を付与し個人の権利と対立すると想定している。記者である尾崎新は時代背景について、「この本がケースワークの技術が今以上に未分化で混沌としており、ソーシャルワーカーの持っていた人権感覚や倫理観が現在以上に磨かれていなかった時代に書かれた」と説明している。フェリックス・P・バイステック [尾崎新他訳] 『ケースワークの原則 [新訳改訂版]』 (誠信書房, 2006年) 205頁, 234頁, 235頁。
- 18 チャールズ S. レヴィ [小松源助訳] 『ソーシャルワーク倫理の指針』 (勁草書房, 1994年) 61頁, 62頁。
- 19 レヴィは、「ソーシャルワーカーは、被告人がおそらく死刑をまぬかれないならば、被告人の生命を救うために、権利放棄によって秘密保持に対する権利を捨てるという選択をすることをクライアントに示唆して専門職としての責任を果たさなければならない」と述べている。つまりレヴィは、死刑と他の刑罰は異なり、秘密保持による利益と被告人の生命を比較衡量し、生命を保持することが、ソーシャルワーカーの「専門職としての責任」であると考えている。
- 20 レヴィは、この倫理的ジレンマについてソーシャルワーカーが覚悟しなければならない「重荷」であるとしながらも、「ソーシャルワークという次元や危険に合わせて構成されている限られた専門職イデオロギーの文脈」の外では、「その他の方策は、被告人と司法手順のために備える裁判の立法措置と運用に対して主たる責任を持っている者によって取り込まなければならない」と示唆している。
- 21 フレデリック・G・リーマー [秋山智久監訳] 『ソーシャルワークの価値と倫理』 (中央法規, 2001年) 140頁-144頁。
- 22 リーマーは行為功利主義と規則功利主義の両者の立場から、法廷におけるクライアントの意に反した秘密の公開について検討している。規則功利主義は、「社会にどのような規則を設けておけば、最大多数の最大幸福となるような良い結果が得られるか」によって規則の是非を判断する立場である。宮坂道夫『医療倫理学の方法 原則・手順・ナラティブ』 (医学書院, 2005年) 45頁。リーマーは後者の立場に立つならば、意に反した公開が、「結局は、クライアントの信頼を徐々に弱らせ、人々が援助を求めることを妨げるという理由で、誤っている」と指摘している。フレデリック・G・リーマー [秋山智久監訳] 『ソーシャルワークの価値と倫理』 (中央法規, 2001年) 141頁。
- 23 本章では取上げなかったが、更生保護の局面において、旧法である犯罪者予防更生法 59条と執行猶予者保護観察法 13条3項 (現在廃止) において「審査会、地方委員会又は保護観察所の職員又は職員であつた者」には、「他の法律の規定により証人として尋問を受けた場合において、本人の更生を妨げる虞があると認めるときは、その職務上知り得た事実で他人の秘密に関するものに限り」、秘匿特権が認められていた。しかし現行法である平成20年施行の更生保護法に、保護観察にかかわる者の秘匿特権に関する規定はない。保護観察官と保護司は公務員であるから、刑事訴訟法 103条, 144条, 民事訴訟法 191条, 220条4号ロの公務員としての秘匿特権が適用されるようになる。公務員の秘匿特権は、旧法における秘匿特権と異なり、監督官庁の承認があれば情報は開示されうるうえに、その「承認」は、「公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある場合を除き、拒むことができない」ので、保護観察官、保護司が秘匿特権を行使しうる余地は極めて小さくなったといえる。
- 24 刑事訴訟法 105条の押収拒絶権の要件は、①同条に列挙された職業に該当すること、②「秘密事項を記述した信書等、委託された保管・管理するに至ったもの」、「業務上委託を受けた結果、作成ないし収集したもの」であること、③「客観的に秘密であるもの」と、「委託の趣旨において秘密とされるもの」であること、④「秘密の主体たる者」が押収を承諾していないこと、死亡していないこと、⑤「押収の拒絶が被告人のためだけにする権利の濫用」と認められないこと、⑥その他裁判所の規則で定める事由がないこと

- である。また、同法 149 条の証言拒絶権の要件は、⑦同条に列挙された職業に該当すること、⑧「業務上委託を受けたため知り得た事実で他人の秘密に関するもの」であること、⑨「秘密事項の証言を本人が承諾」していないか、「証言拒絶権の行使が権利濫用」と認められないことが挙げられる。三井誠他編『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール 刑事訴訟法』(日本評論社, 2011 年) 136 頁(橋本晋担当箇所)、166 頁(長瀬敬昭担当箇所)。本稿の主たる論点に関連するのは①と⑦であり、本文中では①と⑦の論点に限定して、先行研究と判例を参照している。
- 25 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(創文社, 1953 年) 259 頁, 青柳文雄他著『註釈刑事訴訟法〔第 1 卷〕増補版』(立花書房, 1976 年) 388 頁(藤永幸治担当箇所), 小田中聰樹他著『刑事弁護コンメンタール 1 刑事訴訟法』(現代人文社, 1998 年) 89 頁(福島至担当箇所), 平野龍一他編『新実例刑事訴訟法 I』(青林書院, 1998 年) 295 頁(木村敏文担当箇所), 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法 第 2 版 第 2 卷』(青林書院, 2010 年) 327 頁(渡辺咲子担当箇所), 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法 第 2 版 第 3 卷』(青林書院, 2010 年) 152 頁(仲家暢彦担当箇所), 後藤昭他編『新・コンメンタール刑事訴訟法』(日本評論社, 2010 年) 225 頁(高倉新喜担当箇所)。
- 26 小野清一郎『ポケット註釈全書 改訂 刑事訴訟法』(有斐閣, 1966 年) 210 頁(横井大三担当箇所), 平野龍一他編『新実例刑事訴訟法 I』(青林書院, 1998 年) 295 頁(木村敏文担当箇所), 土本武司『刑事訴訟法要義』(有斐閣, 1991 年) 73 頁, 小田中聰樹他著『刑事弁護コンメンタール 1 刑事訴訟法』(現代人文社, 1998 年) 114 頁(福島至担当箇所), 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第 4 版〕』(弘文堂, 2009 年) 215 頁, 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法 第 2 版 第 2 卷』(青林書院, 2010 年) 328 頁(渡辺咲子担当箇所), 三井誠他編『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール 刑事訴訟法』(日本評論社, 2011 年) 136 頁(橋本晋担当箇所), 渡辺咲子『刑事訴訟法講義〔第 6 版〕』(信山社, 2012 年) 85 頁, 白取祐司『刑事訴訟法 第 7 版』(日本評論社, 2012 年) 349 頁。
- 27 平場安治他著『注解刑事訴訟法上巻〔全訂新版〕』(青林書院, 1987 年) 347 頁(高田卓爾担当箇所), 高田卓爾他編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法 2 総則(2)』(三省堂, 1995 年) 155 頁(浅田和茂担当箇所), 小田中聰樹他著『刑事弁護コンメンタール 1 刑事訴訟法』(現代人文社, 1998 年) 89 頁(福島至担当箇所), 上口裕『刑事訴訟法〔第 3 版〕』(成文堂, 2012 年) 142 頁。
- 28 青柳文雄他著『註釈刑事訴訟法〔第 1 卷〕増補版』(立花書房, 1976 年) 388 頁(藤永幸治担当箇所), 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第 4 版〕』(弘文堂, 2009 年) 215 頁, 265 頁, 三井誠他編『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール 刑事訴訟法』(日本評論社, 2011 年) 136 頁(橋本晋担当箇所), 後藤昭他編『新・コンメンタール刑事訴訟法』(日本評論社, 2010 年) 225 頁(高倉新喜担当箇所)。
- 29 小野清一郎『ポケット註釈全書 改訂 刑事訴訟法』(有斐閣, 1966 年) 210 頁, 267 頁(横井大三担当箇所), 平場安治他著『注解刑事訴訟法上巻〔全訂新版〕』(青林書院, 1987 年) 347 頁(高田卓爾担当箇所), 451 頁(鈴木茂嗣担当箇所), 高田卓爾他編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法 2 総則(2)』(三省堂, 1995 年) 42 頁, 43 頁(小早川義則担当箇所), 平野龍一他編『新実例刑事訴訟法 I』(青林書院, 1998 年) 295 頁(木村敏文担当箇所), 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法 第 2 版 第 2 卷』(青林書院, 2010 年) 328 頁(渡辺咲子担当箇所), 三井誠他編『別冊法学セミナー新基本法コンメンタール 刑事訴訟法』(日本評論社, 2011 年) 136 頁(橋本晋担当箇所), 166 頁(長瀬敬昭担当箇所), 裁判所職員総合研修所監修『刑事訴訟法講義案 一四訂版一』(司法協会, 2011 年) 407 頁, 安富潔『刑事訴訟法講義 第 2 版』(慶應義塾大学出版会, 2009 年) 104 頁, 安富潔『刑事訴訟法 第 2 版』(三省堂, 2013 年) 152 頁。
- 30 刑集 6 卷 8 号 974 頁。
- 31 ただし同判決は、「新聞記者に取材源につき証言拒絶権を認めるか否かは立法政策上考慮の余地のある問題であり、新聞記者に証言拒絶権を認めた立法例もあるのである」ゆえ、立法政策上考慮の余地があることを認めている。これを支持する学説として、土本武司『刑事訴訟法要義』(有斐閣, 1991 年) 73 頁, 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第 4 版〕』(弘文堂, 2009 年) 215 頁, 265 頁, 後藤昭他編『新・コンメンタール刑事訴訟法』(日本評論社, 2010 年) 225 頁(高倉新喜担当箇所)。
- 32 鴨良弼『刑事証拠法』(日本評論社, 1962 年) 120 頁。
- 33 沼尻芳孝「業務上の秘密と押収」熊谷弘他編『捜査法大系Ⅲ 第 3 編 捜索・押収』(日本評論社, 1972

- 年) 149 頁, 150 頁。同旨として, 高田卓爾他編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法 2 総則 (2)』(三省堂, 1995 年) 155 頁 (浅田和茂担当箇所), 小田中聰樹他著『刑事弁護コンメンタール 1 刑事訴訟法』(現代人文社, 1998 年) 114 頁, 115 頁 (福島至担当箇所) がある。たとえば福島至は, 「時代の変化とともに, 他人の秘密を扱う職種も変化を見せる。その点から考えると, 厳格な制限列挙説は維持できにくくなる。例えば, カウンセラーなどについても, その社会的信頼確保のために, 証言拒否権を認める必要性が高くなってきたように思う」とカウンセラーへの適用を認めている。
- 34 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 [第 4 版]』(弘文堂, 2009 年) 215 頁, 265 頁。なお, 鴨良弼も, 「一定の業務に関して知り得た他人の秘密の保護の範囲が, 刑訴法第 149 条の列挙事項のみに限り, それ以外は絶対に例外を許さないとするのが, 法の趣旨であると解すべきかは, 問題」であり, 「刑訴法第 149 条の保護法益は, 一定の職業にある者の地位の保護にあるのではなく, 一定の業務に関して知り得た依頼者の秘密の保護にあるのであるから, いやしくも依頼者の秘密であって, その秘密の保護なくしては業務上の信頼関係は保持できないとか, 秘密の保護が証言義務よりもより基本的な重要さがあるとかの特別事由があるならば, 実質的には例外の範囲に含ませよ筋合のもの」であり, 昭和 27 年 8 月 6 日最高裁判決を批判するなかで「秘密の保護が証言義務よりもより基本的であるか否かを, 裁判官に実質的に判断すべき余地がなければならぬ」と主張する。鴨良弼『刑事証拠法』(日本評論社, 1962 年) 122 頁, 123 頁。
- 35 長谷部由紀子『民事訴訟法』(岩波書店, 2014 年) 193 頁。なお長谷部は, 秘匿特権について「要証事実との関連性および証拠調べの必要性が認められる証拠であっても, 法律上, 証拠調べを免除される場合」と説明する。他方, 文書提出義務の除外事由の秘匿特権としての性質に疑問を呈するものとして, 小林秀之『新証拠法 [第 2 版]』(弘文堂, 2003 年) 132 頁以下参照。
- 36 本号の要件には, 「①弁護士など法 197 条 1 項 2 号列挙の職業に該当すること, ②その者が職務上知り得た事実が記載されていること, ③当該事実が黙秘すべきものであること, ④当該事実について黙秘の義務が免除されていないこと」が挙げられる。山本和彦他著『文書提出命令の理論と実務』(民事法研究会, 2010 年) 11 頁 (山本和彦担当箇所)。本稿の主たる論点に関連するのは①であり, 本文中では①の論点に限定して, 先行研究と判例を参照している。
- 37 滝井繁男「証言拒絶権」滝井繁男他編『論点新民事訴訟法』(判例タイムズ社, 1998 年) 344 頁。門口正人他編『民事証拠法大系〈第 3 巻〉』(青林書院, 2003 年) 68 頁 (早田尚貴担当箇所), 兼子一他著『条解民事訴訟法 [第 2 版]』(弘文堂, 2011 年) 1101 頁, 伊藤眞『民事訴訟法 第 4 版』(有斐閣, 2011 年) 376 頁, 賀集唱他編『基本法コンメンタール 民事訴訟法 2 [第 3 版追補版]』(日本評論社, 2012 年) 195 頁 (小林秀之・山本浩美担当箇所), 笠井正俊他編『新・コンメンタール民事訴訟法 第 2 版』(日本評論社, 2013 年) 802 頁 (山田文担当箇所), 藤田広美『講義民事訴訟法 第 3 版』(東京大学出版会, 2013 年) 279 頁, 長谷部由紀子『民事訴訟法』(岩波書店, 2014 年) 198 頁。
- 38 谷口安平他編『注釈民事訴訟法〈6〉証拠 1』(有斐閣, 1995 年) 316 頁。
- 39 シュテュルナ・ロルフ [鈴木正裕, 小橋馨訳]「民事訴訟における職業上の秘密」民商法雑誌 94 巻 4 号 (1986 年) 429 頁。
- 40 民集 58 巻 8 号 2412 頁。なお, 抗告審 (平成 16 年 11 月 26 日最高裁決定, 文書提出命令申立て一部認容決定に対する許可抗告事件) では, 専門職の範囲に関して論じていない。民集 58 巻 8 号 2393 頁。
- 41 ただし名古屋高裁は, 民事訴訟法 197 条 1 項 2 号の「黙秘すべきもの」の解釈について, 東京高裁決定の抗告審 (最高裁平成 16 年 11 月 26 日決定, 文書提出命令申立て一部認容決定に対する許可抗告事件) の判断に拠っている。

(おぎの ひろし 福祉社会学科)

(たかはし まなぶ 福祉社会学科)