

## 《判例研究》

# 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医 師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理 由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立 を認めた事例

最高裁平成 24 年 2 月 13 日第 2 小法廷決定

(平成 22 年 (あ) 第 126 号：秘密漏示被告事件)

(刑集 66 巻 4 号 405 頁, 判時 2156 号 141 頁, 判タ 1373 号 86 頁)

大 野 正 博

## 【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、京都市内の病院において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ところ、平成 18 年 8 月 4 日に少年に対する現住建造物等放火・殺人・占有離脱物横領・住居侵入・窃盗・有線電気通信法違反保護事件（奈良家庭裁判所平成 18 年（少）第 260 号・第 265 号。以下「本件保護事件」という）に関し、奈良家庭裁判所から少年の精神鑑定を命じられ（少年法 14 条 1 項）、同月 10 日には鑑定資料として少年、およびその実父らの供述調書や陳述調書等の写しを交付された。

被告人は、かねてから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フリーのジャーナリストに対し、(1) 同年 10 月 5 日午前 7 時 30 分ころ、カメラマンを含む K 社関係者と被告人方へ赴き、少年の生育歴、少年の出生後から本件保護事件に至るまでの父

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

親の少年に対する教育状況、父親と少年の実母の婚姻から離婚に至るまでの経緯等、父親の再婚の経緯や結婚生活の状況、少年と被害者らの関係その他家庭の事情、中学校、および高等学校における A の成績等が記載された少年、父親、少年の実母、父親の父母（少年の祖父母）、少年の継母方の祖父母、および学校の担当教諭らの捜査段階における供述調書、捜査報告書等の捜査関係書類、少年、および父親の陳述調書等の写しを閲覧させ、(2) 同年 10 月 6 日午後 2 時ころから午後 4 時ころまで、京都市内の S ホテル客室内において、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の秘密が記載された書面を閲覧謄写させ、(3) 同年 10 月 15 日、京都市内のホテル 3 階 K 店内において、少年の精神鑑定の結果等の秘密が記載された被告人作成の書面を交付した（以下、(1)～(3)の行為を「本件各行為」という）。

医師である被告人が、その業務上取り扱ったことについて知り得た少年、および父親の秘密を漏らしたとして、平成 19 年 11 月 2 日、秘密漏示罪で起訴された。

被告人側弁護人は、外形的事実を認めたうえで、(1) ① 少年の鑑定人であった被告人は、刑法 134 条 1 項所定の「医師」に当たらず、② 医師である鑑定人が行う場合でも、鑑定はその「業務」に当たらないうえ、③ 本件において、被告人がフリー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、秘密漏示罪によって保護されるべき「秘密」には当たらないから、被告人のした本件各行為は、いずれも同罪の構成要件に該当せず、(2) ① 被告人は、少年の利益を図るため、および② フリージャーナリストの行う取材に対する協力として、同人に供述調書等を閲覧させるなどしたのであって、その目的は正当であり手段も相当であるから、被告人のした行為には「正当な理由」があり、違法性が阻却されるとして、被告人は無罪であると主張し、また、(3) 本件では奈良家庭裁判所が告訴権者となるべきところ、同裁判所からの告訴はなく、有効な告訴を欠き、(4) 被告人に対する本件起訴は、特に少年犯

罪報道の規制をねらい、世論の批判を回避するため政治的、恣意的にされたものであって、検察官の訴追裁量を著しく逸脱しており、違法であるから、本件公訴は、棄却されるべきであると主張した。

第1審（奈良地判平成21年4月15日判時2048号135頁）は、以下のとおり判示して、懲役4月、執行猶予3年の判決を言い渡した。<sup>(1)</sup> (1) 構成要件該当性における① 秘密漏示罪の主体性については、「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」、「……本罪では主体となるべき者が限定的に列挙され、その範囲は明確に定められているのであるから、本罪の主体に当たるか否かは、条文の規定に照らして形式的に判断すべきであり、本罪の行為主体と秘密の主体との関係等の事情を考慮した上で、更に限定的な解釈を行う理由はない」として、被告人はこの「医師」に該当するとした。② 精神鑑定の業務性については、「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」とし、精神科医であることを前提として少年の精神鑑定につき鑑定人となった被告人が少年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」とした。③ 供述調書等の秘密性については、「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」とし、本件各行為当時、「被告人が本件においてフリージャーナリストに閲覧させるなどした各書面に

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

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、「上記各書面は、少年、父親の家庭内に関する諸事情、少年の生育歴や学校の成績、少年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少年の家族歴、本人歴や症状、診断等いずれも少年や父親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少年及び父親にとって利益であると認めることができる」ことから、「被告人がフリージャーナリスト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少年及び父親の秘密に当たると認められる」とした。(2) 秘密漏示罪の違法性阻却における① 少年の利益を図る目的については、「被告人は、少年や父親に関する報道内容に疑問を持っており、少年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」が、「自らが抱く問題意識や考えを明確に示した上で、フリージャーナリスト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、フリージャーナリスト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みざるを得ない」。被告人は、「少年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フリージャーナリスト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、……審判手続中にある少年の利益にかなうものといえないばかりか、非公開である少年審判手続の制度趣旨に反し、少年及び父親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」とした。② 報道機関の公共的使命に協力するという「公共目的」については、「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」。……「本件についてみると、関係証拠上、本件各行為までのフリージャーナリスト及び K 社関係者の被告人に対する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」が、「被告人が少年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、少年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、フリージャーナリスト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少年、父親のプライバシー等にかかわるものであること等は既に認定説示したとおりである。そうすると、本件各行為をフリージャーナリスト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」。(3) 告訴の有効性についてであるが、「秘密の主体が本罪の主体に業務上の取扱いを委託し、後者がこれによって知り得た秘密を漏らしたときに本罪が成立する場合が典型的なものとはいっても、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扱いを委託した本人に限ると解すべき理由はない」。……「本件各行為の対象となった供述調書等は少年及び

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

父親の秘密に当たると認められるから、この秘密が漏れたことによって被害を受ける少年及び父親が、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、弁護人の主張を退けた。(4) 公訴権濫用論については、「本件に関する捜査から起訴に至る一連の過程において、弁護人が主張するような捜査機関側の特別の意図や政治的判断等があったとは認められず、本件全証拠によってもこのような事情は何ら認めることはできない」。「確かに、……公訴事実は客観的事実関係の一部を取上げたものといえる」が、「どのように訴因を構成するかは検察官の訴追裁量に属するのであり、証拠によって証明することができる事実の範囲内であれば、必ずしも客観的事実関係のすべてを訴因に掲げなければならないものではなく、本件において、供述調書等を閲覧させるなどした相手をフリージャーナリストに限定したことが、その裁量権を逸脱した違法なものであるとは認め難い」。……「検察官において、被告人が秘密漏示罪を犯した事実を立証することができると判断した以上、これを起訴したことをもって、公訴権の濫用があったとみることもできない」として、この点についても、弁護人の主張を退けた。

第2審（奈良地判平成21年12月17日刑集66巻4号471頁）は、以下のように判示して、被告人の控訴を棄却した。(1) 構成要件該当性については、「本件鑑定の鑑定事項は、『1 少年が本件非行に及んだ精神医学的背景、2 少年の本件非行時及び現在の精神状態、3 その他少年の処遇上参考になる事項』というものであり、これらは、精神科医の専門的知識、経験、見識を基に、鑑定の対象者である少年に対する問診による診察、心理検査、精神医学的検査の実施等による少年の精神状態の分析、診断、本件事件記録や少年の実父その他の親族からの事情聴取等による事実の調査など、精神科医としての専門家の診断を必要不可欠の前提とするものであり、また、鑑定人選任の経緯をみても、鑑定人はいずれも精神科医が指定されており、鑑定人は精神科医であることが当然の前提とされていることなどが認められ、これら事実によれば、被告人

は精神科医としての専門医学の知見を用いての鑑定を命じられたというべきであり、精神科医でなければ鑑定人に選任されていなかったといわなければならない。したがって、被告人は、精神科医として本件鑑定を行ったのであり、少年の精神状態の診断等により精神鑑定という精神科医としての業務を遂行したのであるから、本件鑑定において知り得た人の秘密は、医師の職にあった者が、その業務上取り扱ったことについて知り得た秘密であると認めるのが相当であり、本件鑑定において知り得た人の秘密を漏示した被告人に刑法 134 条 1 項の秘密漏示罪の成立を認めた原判決に事実誤認ないし法令適用の誤りはないというべきである」とした。また、(2) 告訴の有効性については、「本件での秘密漏示罪は、医師が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に犯罪が成立するのであるから、医師に秘密を漏らされた人が被害者となるのであり、医師に精神鑑定を命じた家庭裁判所が被害者となるのではない。したがって、本件においては、被告人がフリージャーナリストに本件書面等を閲覧させたため、他人に知られたくない人の秘密を漏らされた少年及び実父が被害者となり、告訴権を有するというべきである。そして、告訴状によれば、本件告訴は、少年及びその実父が弁護士に刑事告訴を委任し、両名の告訴人の代理人となった弁護士から、告訴がされたことが認められる。したがって、本件告訴は有効であって、公訴を不法に受理したものではないから、原審の訴訟手続に法令違反はない」と判示した。

これに対し、被告人は、鑑定医が行う鑑定はあくまでも「鑑定人の業務」であって「医師の業務」ではなく、鑑定人の業務上知った秘密を漏示しても秘密漏示罪には該当せず、また、本件で少年やその実父は被告人に業務を委託した者ではなく、秘密漏示罪の告訴権者に当たらないとして上告した。

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

## 【判旨】上告棄却

弁護人上告趣意は、憲法違反、判例違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であり、被告人本人の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認の主張であって、いずれも刑訴法 405 条の上告理由に当たらないとしたうえで、職権により以下のように判示した。

「本件のように、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。

このような場合、『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る。したがって、これらの秘密を漏示された者は刑訴法 230 条にいう『犯罪により害を被った者』に当たり、告訴権を有すると解される。以上によれば、少年及びその実父の秘密を漏らした被告人の行為につき同罪の成立を認め、少年及びその実父が告訴権を有するとした第 1 審判決を是認した原判断は正当である」。

## 【研究】

### 1. 本決定の位置付け

刑法 134 条 1 項は、「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護士、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 万円以下の罰金に処する」と規定し、同条 2 項は、「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」と規定する。

これまで、秘密漏示罪の成否が直接的に問題とされた事案は、公刊物で確認できる限り、本決定以前は存在しないものと思われる。また、間接的に問題とされた事案としても、犯人隠避罪（刑法 103 条）の成否の関係で、刑法 134 条における「正当な理由」について、弁護人がその職責上、人の秘密を漏泄しても、秘密漏示罪は成立しないとしたもの<sup>(3)</sup>、あるいは刑訴法 239 条 2 項における告発義務との関係で医師の守秘義務に言及するものが存在するに過ぎない。<sup>(4)</sup>

本決定は、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の行為に対して、秘密漏示罪が成立すると判断した初めての最高裁判所判例である。また、本件事案は、刑法 134 条 1 項の想定する業務委託者（患者）の秘密を受託者（医師）が漏示したという通常の医師・患者関係ではなく、鑑定人である医師が、その業務上知り得た秘密の漏示が問題とされたことに特殊性があり、<sup>(5)</sup>「業務上取り扱ったこと」の意義についての判断を示した点も、重要であると思われる。なお、本件事案は、奈良県の母子 3 人放火事件を題材にしたフリージャーナリストの単行本<sup>(6)</sup>の出版をめぐり、本件事案の動向については、世間の注目を集めていた。

本件事案における主な争点は、① 刑法 134 条 1 項の構成要件該当性、② 被告人の行為に対する違法性阻却の可能性、③ 告訴権者の範囲の 3 点である。なお、第 1 審判決の解説・評釈のなかでは、「本判決は、報道でも大きく取り上げられ、言論・出版・報道・取材の自由との関係も含め、議論が始まりつつあるが、本件は、事案の性質からしてこれらの自由の問題とは一線を画すべき事案と思われる<sup>(7)</sup>」との指摘をなしているものも存在する。上告趣意でも、「被告人の行為は、表現の自由の一環として憲法上保障されるというべき取材協力行為であり、また、被告人

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

自身の良心の自由を前提とした表現の自由、取材に応じて資料を提出し報道させる自由の行使であって、『正当な理由がある』との主張をなしたが、最高裁判所はこの点についての判断は特に示さず、①に関して、「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」とした点と、③に関して、このような場合、『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る。したがって、これらの秘密を漏示された者は刑訴法 230 条にいう『犯罪により害を被った者』に当たり、告訴権を有する」とした点についてのみ、判示している。

## 2. 刑法 134 条 1 項構成要件該当性について

### (1) 秘密漏示罪の保護法益

秘密漏示罪は、信書開封罪（刑法 133 条）と並び、第 2 編第 13 章「秘密を犯す罪」として規定され、刑法典上は、社会的法益に対する罪に編別されているが、その保護法益は、個人的法益を保護するものであると解されている。<sup>(8)</sup> 改正刑法草案 317 条における「秘密の漏示」の規定も、同様の見地から捉えられていると解される。<sup>(9)</sup> 法益の具体的な内容は、「個人の秘密」であると解するのが通説であるとされており、私生活における秘密の暴露を抑制して個人の私生活上の平穏を維持しようとするものであるとする。<sup>(11)</sup>

これに対し、「刑法は、ここ列挙された職業に従事する者が本来その職業倫理上要請される秘密を遵守するよう刑罰により担保することとして秘密を保護する反面、一般の人々が安心してこれらの職にある者に対

して秘密を開示することができるようにし、その反射的效果としてこれらの職業を保護する機能も果たしている<sup>(12)</sup>」と解されるように、個人の秘密の他に専門家への信頼や当該信頼に基づく専門家の業務自体の保護についても考慮すべきであるとする見解も存在する<sup>(13)</sup>。同様に、本決定における千葉判事の補足意見が、「刑法 134 条の秘密漏示罪の趣旨は、医師についていえば、医師が基本的な医行為を行う過程で常に患者等の秘密に接し、それを保管することになるという医師の業務に着目して、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すことを刑罰の対象としたものである。したがって、同条は、第 1 次的には、このような患者等の秘密を保護するため、第 2 次的（あるいは反射的）には、患者等が安心して医師に対し秘密を開示することができるようにし、医師の基本的な医行為が適正に行われるようにすることを企図し、いわば医師の業務自体を保護することも目的として制定されたものといえる。同条が、医師以外にも同じような業務の特徴を有する職業に就いている者を限定列挙しているのも、その趣旨である」と示しているのも同様の趣旨であるといえよう。

さらに、井田教授は、「プライバシーの保護と密接な関係を持つが、それを直接的な保護目的とするのではなく、プライバシーが侵害されればこれらの犯罪が必ず成立するものではない」ことから、プロフェッションへの信頼をも保護するものといえよう<sup>(14)</sup>と解し、同様に松宮教授も、「本罪の保護法益は、個人の秘密そのものというよりも、『封をしてある信書』といった秘密通信の制度や医師・弁護士・宗教家などのプロフェッションの秘密保持義務を通じて個人の秘密を間接的に保護するものである。ゆえに、これらの『制度』でカバーされていない個人の秘密は保護対象ではない<sup>(15)</sup>」と解される等の見解も有力に主張されている。なお、佐久間教授は、医師の守秘義務は、「医療制度といった全体的利益に資するものであり（公共的法益構成論）、……単なる私的秘密の保護を超える公共の利益を問題としている」とし、「秘密漏示罪の保護法

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

益を医療従事者に対する公衆の信頼に求めたうえで、守秘義務の範囲と解除の要件を論じる方法が望ましい」との見解を展開されている。<sup>(16)</sup>

## (2) 行為の主体性

(1) 秘密漏示罪は、医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師といった医療関係者<sup>(17)</sup>、および弁護士、弁護人、公証人といった法曹関係者、ならびに宗教、祈祷若しくは祭祀の職にある者といった宗教関係者、あるいはこれらの職にあった者を主体とする真正身分犯である。このように主体が限定されるのは、その職務の性質上、当該職にある者は人の秘密を知ることが多く、かつ依頼者が十分なサービス提供を受けるためには、当該職にある者を信頼し、自己に関する多くの情報を当該職にある者に対し、提供する必要があるためである。そのため、依頼者の秘密を保護する必要性から、当該職にある者（あるいは、あった者）が秘密を遵守するよう刑罰を定め、これを担保しているものであると考えられる。もちろん、主体の限定が、処罰範囲の明確性を担保する機能を有していることとはいうまでもない。<sup>(18)</sup>

本件事案における被告人は、精神科医の職にある者であるため、医師であることに争いはないものの、被告人が知り得た情報は、医師としての典型的な業務である治療行為等を通じてではなく、家裁から命じられた鑑定人として精神鑑定を行う過程により得られたものであるため、鑑定人として従事している医師が、秘密漏示罪における主体に該当するか否かを、まずは検討する必要がある。

一般に「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をいう（医師法2条）。この点につき、弁護人は、秘密漏示罪の主体には信頼関係に基づいて秘密を知る職業にある者が掲げられているが、これは、秘密の主体に、秘密を打ち明けるか否かを決定する自由があることを前提として、打ち明けた内容がその意思に反して他に漏らされることがないという信頼関係があるのに秘密を漏らした場合を処罰する趣旨であるから、本罪の「医師」に当たるには、秘密の主体との間

に信頼関係があること、およびその主体に前記のような自由があることが必要であり、また、鑑定医と対象者の間には、医師と患者の間にある疾病の治療、または予防という目的や、医師が患者に負うべき忠実義務（患者の意思を尊重し、その利益を守ることを最優先として業務を遂行することや守秘義務、説明義務等）はなく、鑑定医は、裁判所に対し誠実に鑑定する義務を負うのみであり、「医師」とは本質的に異なる地位にあることを主張し、「医師」を制限的に解釈する。

これに対し、奈良地方裁判所は、「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。……本罪では主体となるべき者が限定的に列举され、その範囲は明確に定められているのであるから、本罪の主体に当たるか否かは、条文の規定に照らして形式的に判断すべきであり、本罪の行為主体と秘密の主体との関係等の事情を考慮した上で、更に限定的な解釈を行う理由はない。すなわち、本罪の主体として掲げられている者は、弁護人が指摘するように、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ず、正当な理由がない限りその秘密を漏らすことは違法であるから、弁護人が……主張するような前提を設けることはそもそもできない。また、鑑定医が対象者を患者として治療する立場にないことや、鑑定人として負う義務と医師が患者に対して負う義務の内容が異なることは、鑑定医が本罪の『医師』に当たるかどうかの判断に関係するものとはいえないし、鑑定医は、対象者を患者として治療するのではないから、処方せんの交付に関する医師法 22 条の規定が適用される余地はない。そして、

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

医師以外の者が鑑定人として対象者の精神鑑定を行った場合に本罪の主体たり得ないのは、まさにその者が『医師』ではないからにすぎず、鑑定事項との関係から、医師であることを前提に鑑定人として選任された以上は、医師としての立場と鑑定人としての立場は両立すると考えられるのであって、前者の立場が失われるわけではない」として、形式的解釈で足りるとし、また、大阪高等裁判所も、「本件鑑定の鑑定事項は、……精神科医の専門的知識、経験、見識を基に、鑑定の対象者である少年に対する問診による診察、心理検査、精神医学的検査の実施等による少年の精神状態の分析、診断、本件事件記録や少年の実父その他の親族からの事情聴取等による事実の調査など、精神科医としての専門家の診断を必要不可欠の前提とするものであり、また、鑑定人選任の経緯をみても、鑑定人はいずれも精神科医が指定されており、鑑定人は精神科医であることが当然の前提とされていることなどが認められ、これら事実によれば、被告人は精神科医としての専門医学の知見を用いての鑑定を命じられたというべきであり、精神科医でなければ鑑定人に選任されていなかったといわなければならない。したがって、被告人は、精神科医として本件鑑定を行ったのであり、少年の精神状態の診断等により精神鑑定という精神科医としての業務を遂行した」ものであると解している。

この点につき、最高裁判所は、形式的解釈によるものであるか否かについては明言していないものの、「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」ことからすれば、医学的判断を内容とする鑑定を命じられた被告人は、形式的解釈による「医師」であることを前提として判断

を示したと解するのが妥当であろう。

(2) では、秘密の主体と漏示した行為主体との間に、特別の依頼関係や信頼関係が必要であろうか。田坂准教授は、秘密漏示罪は、「医師等の職業に課される倫理規範を規定したものではなく、あくまでも対象となった個人との関係でその秘密を保護するという規定である<sup>(22)</sup>」との見解に依拠し、依頼人との間の特別な依頼関係や信頼関係を無視すべきではないとする。つまり、「患者はより良い医療を受けるために、他の人には知られたくない個人的な情報まで医師に打ち明けるが、その根底には、治療を委ねた医師が打ち明けた情報について漏らすことはないという患者の信頼があると考えられる<sup>(24)</sup>」とし、当該信頼が存在しなければ、患者は医師に必要な情報を開示せず、結果的に適切な医療を実現することは困難であると解す<sup>(25)</sup>。このような前提を本件に当て嵌めた場合、少年本人が被告人に対し、鑑定を依頼したわけではないため、両者の間には、依頼関係も信頼関係も存在しないことになるが、精神鑑定の場合には、裁判所が依頼者であり、また精神鑑定を受ける者が直接の依頼者でないことのみを理由として、鑑定医と精神鑑定を受ける者との間に、信頼関係が存在しないと断言することはできず、むしろ精神鑑定を受ける者は、鑑定内容を暴露されないことを信頼して、鑑定に臨むことも考えられるのではないかと理由により、鑑定医と精神鑑定を受ける者との間に存在する信頼関係をベースとして、本件被告人は、秘密漏示罪の主体から除外されるべきではないと主張する<sup>(26)</sup>。

この点につき、最高裁が、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は、医師の業務であり、当該鑑定の過程で知り得た秘密の漏示行為は、秘密漏示罪に該当すると判断していることからすると、松宮教授が述べられるように、「医師患者関係における診療の依頼者である患者の秘密」に限定されないように思われる<sup>(27)</sup>。また、田坂准教授の見解に対し、鑑定の依頼者である裁判所と秘密の主体とは別人格であり、漏示される秘密は依頼

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

者のものである必要はないとする松宮教授の指摘は、正鵠を射ているであろう。<sup>(28)</sup>

(3) なお、被告人の行った鑑定業務は、秘密漏示罪における「医師の業務」には該当しないとする一貫した弁護人の主張の背景には、鑑定人一般に対しては、刑法134条1項を根拠とする守秘義務が存在しないとの考え方が存在するようと思われる。つまり、同様の鑑定を臨床心理士が行った場合には、同条項の主体として、臨床心理士が列挙されていないことから、仮に秘密を漏示したとしても、秘密漏示罪の要件を充足しないため処罰されないが、医師の資格を有する者が行った場合には、秘密漏示罪が成立するということになれば、不整合であると考えるのである。<sup>(29)</sup>そのため、「刑訴法（少年法により準用される場合を含む。）により裁判所から鑑定を命ぜられた鑑定人が、鑑定について知り得た人の秘密を漏らす行為を処罰する規定は存在しないのに、鑑定人が医師の資格を有していたか否かによって本罪の成否が分れるというのは明らかに不合理であるとし、現行法上は、鑑定人の秘密漏示行為を処罰しない趣旨であるか、立法の不備というべきであるから、本罪により鑑定医を処罰するのは罪刑法定主義に反するものである」と主張するが、現行法上は、仮に臨床心理士が秘密漏示の罪に問われるとするならば、罪刑法定主義違反であろうが、現時点においては立法の断片性の問題であって、弁護人の主張に基づき、罪刑法定主義違反を認定することは不可能であるといわざるを得ない。<sup>(30)</sup>

### (3) 精神鑑定の業務性

秘密漏示罪が成立するためには、当該「秘密」が、「業務上取り扱ったことについて知り得た」ものであることを要することから、たとえば隣人であることにより、あるいは酒場等で偶然見聞した事柄等は「業務」とは関係ないことから、秘密漏示罪でいうところの「秘密」には該当しない。<sup>(31)</sup>但し、業務上知り得た人の秘密である限り、本人から明示的なものであると否とを問わず、また自己の調査によって知り得たもので



あると否とを問わない。<sup>(32)</sup>

本件においては、弁護人は、「鑑定人の資格は『学識経験のある者』（少年法14条2項、刑訴法165条）であり、鑑定事項との関係で学識経験があれば、現に医師でなくとも選任可能であり、また、裁判実務上、鑑定人たる医師には証言拒絶件の告知（刑訴法149条、刑訴規則121条2項）もなされないから、鑑定人の業務は医師の業務ではな〔く〕、……鑑定人の業務と医師の業務とは本質的に相容れず、『鑑定人の職務として』鑑定を行っている以上、『医師の職務として』鑑定を行っているとみる余地はない」と主張することから、「医師の業務」と「鑑定人の業務」との関係が問題となる。

弁護人は、「鑑定人を選任する際に前提とされるのは、鑑定事項との関係で『学識経験のある者』（少年法14条2項、刑訴法165条）であることである。法律上は医師資格等の何らかの資格を有していることは前提とされていないし、実際にも精神鑑定において医師資格等があることは前提とされておらず、現に医師資格がない心理学者は家裁調査官が行う場合があ〔り〕、……精神医学の知識・経験がある者であれば鑑定を行うことは可能である。逆に、医師資格があっても、精神医学の知識・経験がなければ、本件鑑定事項との関係では、鑑定人に選任されることはなかったはずである。そうすると、鑑定医が行う鑑定行為は、あくまでも鑑定人として（医学の学識経験のある者として）行っているものであって、医師として行っているわけではないと言うべきである。……したがって、鑑定医が行う鑑定行為は、あくまでも『鑑定人の業務』であって、『医師の業務』ではないと言うべきである」として、精神科医という職にある被告人が鑑定業務を命じられ、当該鑑定業務に従事し、その過程において得られた情報であるため、「医師の業務」上知り得た情報ではないと主張する。

これに対し、最高裁判所は、「医師が、医師としての知識、経験に基づき、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、

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

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」と判示した。

そもそも、「医業」とは、「医行為」を業とすることであり、当該「医行為」とは、一般に「医師が行うのであれば保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」であると解される。<sup>(34)</sup> そうであるならば、弁護人が主張するように、「医師の業務」と「鑑定人の業務」は、性質を異にしているといえよう。但し、本件における被告人は、精神科医であるからこそ、鑑定人に選任されたのであって、最高裁判所が述べるように、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、一般にいうところの医師としての基本的業務とは性質を異にするとしても、やはり医師としての業務に該当すると解するのが妥当であり、<sup>(35)</sup> 最高裁判所の判断は是認できよう。<sup>(36)</sup>

#### (4) 秘密の意義

(1) 秘密漏示罪の客体は、本罪の主体が業務上取り扱ったことについて、知り得ることができた「秘密」であることを要する。「秘密」の意義については、一般的に、① 非公知性、② 秘匿の意思、③ 秘匿の利益を要すると解されている。当該「秘密」の意義については、本人が主観的に秘匿にしようとする意思があれば足りるとする主観説<sup>(37)</sup>、本人の意思とは関係なく、客観的に秘匿としての保護に値するものであることを要する客観説<sup>(38)</sup>、秘匿の意思と秘匿の利益の双方を要するとする折衷説<sup>(39)</sup>が対立している。但し、基本的には、個人による秘密の意思があれば、特段の事情が存在しない限り、秘密の利益が認められることも多いと解されることからすれば、これらの実際上の差異は、必ずしも大きいとはいえない<sup>(40)</sup>と思われる。<sup>(41)</sup>

最高裁判所がいずれの見解に立つかは必ずしも明らかではないが、本

件において漏示された内容は、少年の生育歴、少年の出生後から本件保護事件に至るまでの父親の少年に対する教育状況、父親と少年の実母の婚姻から離婚に至るまでの経緯等、父親の再婚の経緯や結婚生活の状況、少年と被害者らの関係その他家庭の事情、中学校、および高等学校における A の成績等が記載された少年、父親、少年の実母、父親の父母（少年の祖父母）、少年の継母方の祖父母、および学校の担当教諭らの捜査段階における供述調書、捜査報告書等の捜査関係書類、少年、および父親の陳述調書等の写し、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の秘密が記載された書面、少年の精神鑑定の結果等の秘密が記載された被告人作成の書面等であることから、少年、および父親のプライバシーに深く関わる個人的な事項を内容とするものであり、かつ当該内容を公にすることに対し、少年、および父親のいずれの承諾も得ていなかったのであるから、上記見解のいずれに立ったとしても、秘密漏示罪の客体として保護されるべき「秘密」に該当することについては、特に異論はないところであろう。<sup>(43)</sup>

(2) また、弁護人は、「本件保護事件の場合、殺人被疑事件であることから、原則として逆送される事件である。そして、少年や実父が調書等に署名押印したのは、少年審判の終局決定がなされていない段階であったこと、本件保護事件は社会の耳目を集めた事件であったことから、少年や実父も、逆送となって公開裁判となり、供述調書等の内容が公開されることを想定していたはずである」であり、少年、および父親には秘匿の意思が認められないと主張するが、被告人の被告人により、本件漏示行為がなされた時点では、少なくとも少年審判が係属中であつたことから、少年法 22 条 2 項に基づき、非公開の原則を厳守すべきであり、また仮に公開裁判に付されたとしても、供述証拠等が証拠採用されることは限らないことからすれば、弁護人が主張するように推論に基づき、当然に秘匿の意思が存在しなかったとはいえないであろう。もちろん、公開法廷において供述証拠等が明らかにされたのであれば、その範囲内で

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

秘密性は失われると解されるように思われる。

### 3. 被告人の行為に対する違法性阻却の可能性

(1) 秘密漏示罪が成立するためには、「正当な理由がないのに」秘密を漏示することが要求される。つまり、秘密漏示行為につき、「正当な理由」が存在する場合には、違法性が阻却されるのである。<sup>(44)</sup>ここにいう「正当な理由」がある漏示行為とは、大別すると、① 法令上告知義務を負う者が人の秘密を告知した場合、<sup>(45)</sup>② 秘密の主体たる本人の承諾がある場合、<sup>(46)</sup>③ 第三者の利益を保護するために他人の秘密を漏示した場合<sup>(47)</sup>が考えられる。

本件における被告人の行為は、少年に対する鑑定を進めるうちに報道されていたところとは異なり、殺意が存在しなかったことを知るに至り、「継母らに対する殺意があった」との誤った報道によって世間に広まった情報を正し、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て行った正当な目的に基づくものであり、また、取材協力行為との関係では、表現の自由の一環として憲法上保障されるというべき取材協力行為であり、また被告人自身の良心の自由を前提とした表現の自由、取材に応じて資料を提出し、報道させる自由の行使であって、正当な理由が存在すると弁護人は主張する。

この点についても、最高裁判所は何ら言及していないが、奈良地方裁判所は、少年に対する誤った世間の認識を正すという少年の利益を図ることが正当な目的に基づくものであるとする点については、被告人は、少年の鑑定人としての立場にありながら、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フリージャーナリスト等に自由に閲覧させ、また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ことから、被告人が抱いていたような思いは、その立場と相容れず、審判手続中にある少年の利益に適うものといえないばかりか、非公開である少年審判手続の

制度趣旨に反し、少年、および父親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との判断を示している。また、取材に対する協力という公益目的の点については、「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」としながらも、取材協力行為が、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则认为すべきではなく、取材行為の目的、手段、およ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とし、そのうえで、本件事案については、被告人が少年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、少年審判手続進行中に鑑定人の立場にありながら、フリージャーナリスト等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、当該記録等の内容は少年、および父親のプライバシー等に関わるものであること等から、本件各行為をフリージャーナリスト等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としている。

なお、大阪高等裁判所は、後者の点については言及していないものの、前者については、「被告人がフリージャーナリストに人の秘密を漏らしてまで公に報道させようとした内容は、少年に殺意がなかったとか、本件が少年の広汎性発達障害に起因するとかという、被告人が本件保護事件に関して抱いた個人的見解であるが、被告人が秘密を漏らした当時、本件保護事件は、家庭裁判所に係属中であり、家庭裁判所が、少年審判の非公開性の下、法律記録、少年の資質鑑別の結果、精神鑑定の結果、社会調査等を資料とし、審判期日に少年の陳述等も聞き、総合的

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

に判断して、事案の真相を解明し、少年の更生のために最も適切な処分、処遇を検討中であり、そのためその一環として被告人に対しても鑑定を命じていたのである。このような状況の下で、被告人が本件保護事件に関して抱いた個人的見解を公に報道するために、フリージャーナリストに本件書面等を閲覧させて人の秘密を漏らす行為が、少年の利益になるとか、許されるなどとはとてもいえないし、また、少年審判の非公開性に優越する公益性があるなども到底いえない。したがって、本件において人の秘密を漏らすことに『正当な理由』はないといわなければならないから、原判決が、刑法134条1項所定の『正当な理由』はないとして、違法性は阻却されないと判示したのは正当であり、原判決に事実誤認ないし法令適用の誤りはない」としている。

(2) 違法性阻却の原理については、正当な目的のための相当な手段であることを原理とする目的説<sup>(48)</sup>（Zwecktheorie）、法益の不存在、および法益が衝突する場合に、価値の小さい法益を犠牲にして価値の大きい法益を救うことを原理とする法益衡量説（優越的利益説）<sup>(49)</sup>、社会倫理規範によって行為が許されることを原理とする社会倫理説<sup>(50)</sup>、法益侵害行為が社会的相当性の範囲内にあることを原理とする社会的相当説とが対立しているが、弁護人の主張は、目的説によるものと思われる。<sup>(51)</sup>  
<sup>(52)</sup>

弁護人が主張する被告人の「正当な目的」についてであるが、広汎性発達障害に理解のあるフリージャーナリストを通じ、世間に広まった情報を正し、少年の将来を守るためには真実を明らかにすることであるとしますが、そうであるならば、むしろ松宮教授が述べられるように、「鑑定人である被告人が採るべき相当な手段とは、このような鑑定結果を裁判所に伝えてその適切な事実認定を助け、それを通じて、〔少年〕に殺意があったとする世間の認識を正して〔少年〕の将来を守るために、真実を明らかにすることであつた」<sup>(53)</sup>のではなからうか。また、仮に当該「正当性」が肯定されとしても、「非公開である少年審判手続の制度趣旨」<sup>(54)</sup>に反するものであれば、やはり「手段の相当性」を肯定することは

困難であると解さざるを得ない。<sup>(55)</sup>

また、秘密漏示罪の保護法益を前述のように「プロフェッション」や「公衆」への信頼と捉えるのであれば、守秘義務を遵守することにより、鑑定人と鑑定対象者との間で信頼関係が成立することになり、当該関係を基に、鑑定対象者はプライバシー等に関する事項を打ち明けることが可能となるのであり、それができないのであれば、鑑定の機能そのものが成り立たない結果にならざるを得ない。これを防止するために存在するのが、秘密漏示罪ということになる。当該関係においては、医師による秘密漏示が警察への犯罪情報提供を理由に正当化されるか否かが問題となる。この点につき、最高裁判所は、特に理論的根拠を示しているわけではないが、「医師が、必要な治療又は検査の過程で採取した患者の尿から違法な薬物の成分を検出した場合に、これを捜査機関に通報することは、正当行為として許容されるものであって、医師の守秘義務に違反しないというべきである」<sup>(56)</sup>としている。本決定は、患者のプライバシー保護よりも、医師の通報にかかる犯罪が重大なものであり、刑事司法作用を適正に発動させる「公益性」重視の観点から、医師が治療目的で必要な治療等を行ったことを前提とし、医師による警察官への通報が正当行為として医師の守秘義務に違反しないものであると判断したと解される。<sup>(57)</sup>つまり、医師は強度な公的統制を受けているため、法令に明文規定のある通報義務等が設けられていることから、私法上の契約関係に基づく守秘義務の遵守は、公法上の要請によって一定限度、排斥されるのである。本件事案における被告人のフリージャーナリストに対する秘密漏示行為に対し、社会法益危害を埋め合わせるほどの価値を見出すことはできない。<sup>(58)</sup>

もちろん、医師に対し、無制限に通報等を許容することになれば、浅田教授が述べられるように、「秘密を有する者は治療を受けることを断念せざるを得ない」<sup>(59)</sup>ことになりかねない。<sup>(60)</sup>つまり、犯罪に関与した傷病者は、通報等を避けるために、生命や身体に対する危険を冒し、結果と

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

して「犯罪者の処罰」という刑事司法の利益さえも害されるケースが存在するのである。<sup>(61)</sup>

この点に照らして考えるならば、秘密漏示行為は、特段の事情が存在しない限り、正当化されるべきではなからう。

#### 4. 告訴権者の範囲

弁護人は、秘密漏示罪の告訴権者は、業務上取扱いを委託した本人に限られるため、<sup>(62)</sup>本件事案においては、被告人に鑑定を依頼した奈良家庭裁判所が告訴権者に該当することになるが、奈良家庭裁判所は告訴をしていないことから、告訴の有効性についての主張を行っている。これに対し、奈良地方裁判所は、「本件各行為の対象となった供述調書等は少年及び父親の秘密に当たると認められるから、この秘密が漏れたことによって被害を受ける少年及び父親が、本件の被害者として告訴権を有するのは当然である」としている。大阪高等裁判所も、「本件での秘密漏示罪は、医師が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に犯罪が成立するのであるから、医師に秘密を漏らされた人が被害者となるのであり、医師に精神鑑定を命じた家庭裁判所が被害者となるのではない。したがって、本件においては、被告人がフリージャーナリストに本件書面等を閲覧させたため、他人に知られたくない人の秘密を漏らされた少年及び実父が被害者となり、告訴権を有するというべきである。……本件告訴は、少年及びその実父が弁護士に刑事告訴を委任し、両名の告訴人の代理人となった弁護士から、告訴がされたことが認められる。したがって、本件告訴は有効であって、公訴を不法に受理したものではないから、原審の訴訟手続に法令違反はない」としている。

最高裁判所も、「『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る。したがって、これらの秘密を漏示された者は刑法



230 条にいう『犯罪により害を被った者』に当たり、告訴権を有すると解される」と判示する。

告訴権者については、秘密の主体であるとする見解<sup>(63)</sup>と、当該秘密が漏示されたことによって直接被害を受けた者とする見解<sup>(64)</sup>が対立している。本件事案では、鑑定の委託者と秘密の主体が異なっているが、秘密漏示罪の保護法益は、漏示される事実に含まれる個人情報であることから、その被害者は当該情報の直接の主体であると解すべきが妥当であり、少年と父親が被害者として、告訴権を有すると解するのが妥当であろう。

## 5. 公訴権濫用論と取材源秘匿、および秘密漏示罪の共犯

弁護人は、本件書籍出版以降の法務省等の関係機関の反応、被告人、およびフリージャーナリスト等、関係者に対する捜査の経緯・内容等の被告人の起訴までの事実経過からすると、本件起訴は、秘密漏示罪の構成要件該当性につき慎重な判断をすることなく、当初から被告人を逮捕勾留して起訴することを前提に、犯罪報道、特に少年犯罪報道の規制を狙った国策により行われたものであり、また、関係者のうち被告人のみを起訴し、公訴事実において供述調書等を閲覧させるなどした相手をフリージャーナリストのみとしたのは、報道規制であるとの世論の批判を回避するとともに、ジャーナリストや報道・言論機関による報道を規制するには、情報提供者のみを刑事訴追するのが効果的であるとの政治的判断の下にされたからであるとし、本件起訴は、検察官がその公訴権を濫用し、職務犯罪を構成するような違法なものであるため、本件公訴は棄却されるべきであると主張する。

これに対し、奈良地方裁判所は、「本件に関する捜査から起訴に至る一連の過程において、弁護人が主張するような捜査機関側の特別の意図や政治的判断等があったとは認められず、本件全証拠によってもこのような事情は何ら認めることはでき〔ず〕、……また、結果的に被告人のみを起訴したことで、報道機関から受ける批判を回避したかのような印

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

象を一般的に与えたことは否めないものの、検察官において、被告人が秘密漏示罪を犯した事実を立証することができると判断した以上、これを起訴したことをもって、公訴権の濫用があったとみることもできない」とし、公訴権濫用に係る弁護人の主張は、採用することができないとした。また、大阪高等裁判所も、「本件は、家庭裁判所から少年の精神鑑定を命じられた医師が、少年の保護事件が家庭裁判所に係属中に、少年審判の非公開性に反し、医師として、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少年及び実父の秘密をフリージャーナリストに漏らした事案であって、プライバシーを侵害された被害者らのショックは大きく、被害感情には厳しいものがあり、また、精神科医に対する社会的信頼を失墜させた事案であることなどにかんがみると、本件公訴提起は犯罪報道の規制を狙った国策捜査・起訴ではなく、恣意的な公訴提起でもないというべきであるから、本件公訴提起が公訴権の濫用に当たらないことは明らかである」とするが、まさにその通りであろう。

本件におけるフリージャーナリストは、かねてから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っており、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ため、被告人に対し、積極的なアプローチに対するジャーナリストの刑事責任の責任、および秘密事項を広く流布する行為に関与した出版責任者の刑事責任とのバランスの観点から、当該主張がなされたものと思われる。そのうえで、「犯罪報道、特に少年犯罪報道の規制を狙った国策により行われたものであり、また、関係者のうち被告人のみを起訴し、公訴事実において供述調書等を閲覧させるなどした相手をフリージャーナリストのみとしたのは、報道規制であるとの世論の批判を回避するとともに、ジャーナリストや報道・言論機関による報道を規制するには、情報提供者のみを刑事訴追するのが効果的であるとの政治的判断の下にされた」ことを理由に公訴権濫用論を展開するのである。

しかし、この点を検討するにあたり、そもそも秘密漏示罪は、漏示される相手方の聴取行為を想定する「必要的共犯」であり、また対向的関与行為の一方のみが処罰される「片面的対抗犯」であることに注意しなければならない。<sup>(65)</sup>つまり、秘密漏示罪に列挙されている主体は、上述の通り、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は依頼者の秘密を知る必要性も高いのであるが、他方で、これがみだりに漏示されることになれば、個人のプライバシーは著しく損なわれ、安心して当該主体のサービスを受けることが困難になる。そのため、当該主体は、本来、その高度な職業倫理上要請されている秘密を遵守することができる、いわば「秘密に対するプロフェッション」として、漏示禁止の義務が課されているのである。<sup>(66)</sup>したがって、秘密漏示を働きかける第三者の行為が、仮に積極的なものであったとしても、秘密漏示罪の主体が、当該働きかけに応じることがないであろうレベルのものである限り、秘密漏示罪の共犯として処罰されることはない<sup>(67)</sup>と解される。

では、秘密漏示罪における通常の関与行為とは、如何なるレベルのものであろうか。取材活動の一環として関与する場合、留意すべきは、報道の自由（憲法 21 条）との関係である。この点につき、最高裁判所は、「報道機関の国政に関する報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、いわゆる国民の知る権利に奉仕するものであるから、報道の自由は、憲法 21 条が保障する表現の自由のうちでも特に重要なものであり、また、このような報道が正しい内容をもつためには、報道のための取材の自由もまた、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない（最高裁昭和 44 年（し）第 68 号同年 11 月 26 日大法廷決定・刑集 23 卷 11 号 1490 頁）。そして、報道機関の国政に関する取材行為は、国家秘密の探知という点で公務員の守秘義務と対立拮抗するものであり、時としては誘導・唆誘的性質を伴うものであるから、報道機関が取材の目的

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきである。しかしながら、報道機関といえども、取材に関し他人の権利・自由を不当に侵害することのできる特権を有するものでないことはいうまでもなく、取材の手段・方法が贈賄、脅迫、強要等の一般の刑罰法令に触れる行為を伴う場合は勿論、その手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであっても、取材対象者の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びるものといわなければならない<sup>(68)</sup>とする。つまり、一般の刑罰法令に触れる行為、あるいは取材対象者個人の人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものでない限りは、一般的には、正当な取材活動として許容されることになり、その範囲は相当に広いように思われる。これに照らして考えるならば、本件事案におけるフリージャーナリストの行為は、正当でないとする特段の事情は存在していないと解すべきと思われる。

次に、出版責任者についてであるが、被告人の抱く「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には、真実を明らかにする必要がある」との思いを実現するための行為が、従犯に当たるかが問題となるが、やはり不可罰であると解するのが妥当であろう。

よって、曲田教授が指摘されるように、秘密漏示罪の主体には、「正当な取材活動として擦り寄ってくる者に対して、その要求を厳にはねのけ続けるだけのプロフェッションとしての強い自覚が求められている」<sup>(69)</sup>ことになるのであろう。

## 6. さいごに

1. 本決定の位置付けでも述べたように、これまで、秘密漏示罪の成否が争われた事案は非常に限られており、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の行為に対して、秘密漏示罪が成立すると判断した初めての最高裁判所判例であるが、これにより、すべての問題が解決されたわけではない。

特に、医療における個人情報の保護とその限界については、本決定を1つの契機として、さらに検討を重ねていく必要があると思われる。<sup>(70)</sup>

(1) 第1審判決の解説・評釈として、甲斐克則「医療情報の第三者提供と医師の守秘義務違反」研修731号(2009年)3頁以下、澁谷洋平「家庭裁判所から精神鑑定を命じられた医師が、ジャーナリストに対し、供述調書等を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判断された事例」年報医事法学25号(2010年)153頁以下、松宮孝明「家庭裁判所から精神鑑定を命じられた医師が、ジャーナリストに対し、供述調書等を閲覧させるなどした行為が、秘密漏示罪に当たるとされた事例」立命館法学2011年3号(2011年)487頁(1687頁)、古川伸彦「少年の供述調書等をジャーナリストに閲覧謄写させた行為と秘密漏示罪」成瀬幸典＝安田拓人＝島田聡一郎編『判例プラクティス 刑法Ⅱ各論』(信山社・2012年)123頁等。

(2) 本決定の解説・評釈として、田坂晶「精神科医である被告人が、現住建造物放火・殺人等の少年の保護事件につき、家庭裁判所から少年の精神鑑定を命じられてその作業を進める中、同事件取材していたフリージャーナリストに対し少年の供述調書等を閲覧謄写させたという秘密漏示の事案の上告審で、刑法134条1項の秘密漏示罪の成立を肯定した事例」刑ジャ33号(2012年)129頁以下、「1. 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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為と秘密漏示罪の成否、2. 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の刑法134条1項の『人の秘密』の範囲、3. 刑法134条1項の罪の告訴権者」法時84巻12号

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

(2012年) 119頁・120頁、東山太郎「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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例」警論 66巻1号(2013年) 153頁以下、澁谷洋平「秘密漏示罪の成立要件」判例セレクト 2012 [1] (法教 389号別冊付録) 37頁、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—」中央大学法政策研究所年報6号(2013年) 559頁以下、四條北斗「医師である鑑定人による秘密漏示と刑法134条1項の罪の成否」東北学院法学74号(2013年) 1頁(60頁)以下、松宮孝明「医師が鑑定の過程で知り得た秘密を漏らす行為と秘密漏示罪」平成24年度重判解(2013年) 159頁・160頁、牧耕太郎「医師が鑑定対象者の秘密を漏示した事例」上智法學論集56巻4号(2013年) 345頁以下、澁谷洋平「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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為と、秘密漏示罪の成否」年報医事法学28号(2013年) 156頁以下、豊田兼彦「少年の精神鑑定を命じられた医師がその過程で知り得た少年等の秘密を漏らした行為について秘密漏示罪の成立が肯定された事例」新・判例解説編集委員改編『新・判例解説 Watch vol.13』(日本評論社・2013年) 141頁以下、佐久間修「鑑定医による秘密漏示事件」甲斐克則＝手嶋豊編『医事法判例百選 [第2版]』(有斐閣・2014年) 56頁・57頁、前田雅英『刑事法最新判例分析』(弘文堂・2014年) 168頁以下等。なお、十一元三「鑑定医を秘密漏示罪とした最高裁一現場と司法との絶望的な乖離」本37巻4号(2012年) 64頁以下、香山リカ『『こころの時代』解体新書—秘密漏示罪が確定した精神科医の倫理』創42巻6号(2012年) 96頁以下も併せて参照のこと。

(3) 大判昭和5年2月7日刑集9巻51頁。本判決の解説・評釈として、木村龜二「弁護人の職責と秘密漏泄罪の成否、自首阻止と犯人隠避罪の成立」法時2巻8号(1930年) 81頁・82頁等。

(4) なお、後掲最(1小) 決平成17年7月19日。

(5) 松宮・前掲注(1) 493頁(1693頁)、同・前掲注(2) 159頁。

(6) 草薙厚子『奈良エリート少年自宅放火事件の真実 僕はパパを殺すことに決めた』(講談社・2007年)。本決定に対する講談社のコメントにつき、<http://www.kodansha.co.jp/upload/pr.kodansya.co.jp/files/pdf/saikousaikettei.pdf> 参照。なお、柑本美和「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—」町野朔＝岩瀬徹＝日高義博＝安部哲

夫＝山本輝之＝渡邊一弘編『岩井宜子先生古稀祝賀論文集 刑法・刑事政策と福祉』（尚学社・2011年）168頁も併せて参照のこと。

（7）甲斐・前掲注（1）3頁。

（8）内田文昭『刑法各論〔第2版〕』（青林書院新社・1986年）191頁は、秘密漏示罪を自由侵害罪の一種とし、私的領域内における他人からの干渉からの自由を保護法益とする立場に立脚すると解される。

なお、旧刑法における秘密漏示罪は、「医師薬商穩婆又ハ代言人弁護人代書人若クハ神官僧侶其身分職業ニ於テ委託ヲ受ケタル事ニ因リ知得タル陰私ヲ漏告シタル者ハ誹毀ヲ以テ論シ11日以上3月以下ノ重禁錮ニ処シ3円以上30円以下ノ罰金ヲ附加ス但裁判所ノ呼出ヲ受ケテ事実ヲ陳述スル者ハ此限ニ在ラス」（360条）と規定し、これは1810年2月に公布された旧フランス刑法典（Code pénal de 1810）378条（Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes, et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs.：内科医、外科医、およびその他の医師、薬剤師、助産師、およびそれらの身分、または職務にある、その他すべての者が、告発者となる義務を法律が課している場合を除き、職務上打ち明けられた秘密を漏洩した時は、1ヶ月以上6ヶ月以下の拘禁刑、および100フラン以上500フラン以下の罰金に処せられる）に倣い制定されたものである（勝本勘三郎「醫師ノ業務上ノ秘密ニ就テ」京都法學會雜誌9卷6號（1914年）107頁）。刑法134条においても、趣旨は概ね引き継がれている（内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『日本律法資料全集26 刑法・明治40年』（信山社・1995年）333頁。秘密漏示罪の詳細につき、福山道義「刑法134条1項の問題点について」福岡大学法学論叢43巻2号（1998年）173頁（1頁）以下、同「医師の守秘義務と秘密漏示罪」阿部純二編集代表『莊子邦雄先生古稀祝賀 刑事法思想と理論』（第一法規出版・1991年）279頁以下等参照のこと。

（9）改正刑法草案（昭和49年5月29日法制審議会総会決定）317条は、1項で「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が、正当な理由がないのに、その業務に関して知ることができた人の秘密を漏らしたときは、1年以下の懲役もしくは禁錮又は20万円以下の罰

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

金に処する」とし、2項で「宗教の職にある者またはその職にあった者が、正当な理由がないのに、その職務に関して知ることができた人の秘密を漏らしたときも、全項と同じである」と規定している。

- (10) 團藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社・1990年）499頁、園田寿「私的秘密の刑法的保護」刑雑30巻3号（1990年）404頁、大塚仁＝川端博編『判例コンメンタール刑法4 罪（1）』（三省堂・1997年）297頁〔関哲夫〕、福田平『全訂刑法各論〔第3版増補〕』（有斐閣・2002年）209頁、堀内捷三『刑法各論』（有斐閣・2003年）79頁、大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』（有斐閣・2005年）124頁、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』（成文堂・2009年）173頁、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂・2010年）221頁、高橋則夫『刑法各論』（成文堂・2011年）149頁、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』（東京大学出版会・2011年）180頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂・2012年）104頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂・2012年）84頁、浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法』（日本評論社・2012年）303頁〔金尚均〕、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版〕』（成文堂・2013年）155頁等。なお、平川宗信『刑法各論』（有斐閣・1995年）253頁は、「立法論的には、これらの罪は、『プライバシーに対する罪』などの章を立てて、その中に住居侵入罪などとともに規定するのが適当である」とされる。これに対し、国家や地方公共団体の秘密を含める見解として、木村龜二『刑法各論』（1968年）93頁以下、柏木千秋『刑法各論』（有斐閣・1965年）400頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会・2007年）110頁、中森喜彦『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣・2011年）73頁等があるが、本罪は親告罪（刑法135条）であることから、被害者個人の告訴を要求する点と合致せず、妥当ではあるまい。国家や地方公共団体の秘密に関しては、国家公務員法100条1項・2項、109条12号、地方公務員法34条1項・2項、60条2号等に処罰規定が設けられている。
- (11) 團藤・前掲注（10）499頁、大塚・前掲注（10）124頁等。なお、香川達夫『刑法講義各論〔第3版〕』（成文堂・2001年）459頁は、「個人の精神的平穩」の保護と解する。
- (12) 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第7巻〔第2版〕』（青林書院・2000年）340頁〔米澤敏雄〕。
- (13) 植松正『再訂刑法概論Ⅱ各論』（勁草書房・1975年）339頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂・1976年）256頁、佐伯仁志「秘密の保護」阿部純二＝



- 内田文昭＝川端博＝板倉宏＝香川達夫＝曾根威彦編『刑法基本講座（第6巻）—各論の諸問題』（法学書院・1993年）140頁等。なお、松原芳博「秘密に対する罪／財産罪総説—財産罪の分類・客体」法セミ692号（2012年）107頁も併せて参照のこと。
- (14) 井田良『刑法各論〔第2版〕』（弘文堂・2013年）65頁、68頁。
- (15) 松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕』（弘文堂・2012年）138頁
- (16) 佐久間修『最先端法領域の刑事規制』（現代法律出版・2003年）39頁、54頁、同『刑法各論〔第2版〕』（成文堂・2012年）136頁、伊東研祐＝松宮孝明編『新・判例コンメンタール刑法』（日本評論社・2013年）247頁〔佐久間修〕。なお、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社・2011年）107頁も併せて参照のこと。
- (17) なお、保健師、看護師、准看護師については、保健師助産師看護師法42条の2に同趣旨の規定がなされており、同法44条の3において、6月以下の懲役または10万円以下の罰金が定められている。
- (18) 大塚ほか編・前掲注（12）340頁〔米澤敏雄〕。なお、「現代社会において秘密を取り扱う職業がこれに限られるわけではないことにかんがみると、立法論的には列挙されている主体について見直しが必要であろう」とするものとして、今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣・2013年）97頁〔橋爪隆〕。
- (19) 大塚ほか編・前掲注（12）340頁〔米澤敏雄〕、大塚・前掲注（10）128頁、林・前掲注（10）108頁・109頁、伊藤涉＝小林憲太郎＝齊藤明子＝鎮目征樹＝島田聡一郎＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法各論』（弘文堂・2007年）112頁〔島田聡一郎〕、山中・前掲注（10）177頁、川端・前掲注（10）224頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣・2010年）132頁、高橋・前掲注（10）151頁、西田・前掲注（10）106頁、今井ほか・前掲注（18）97頁〔橋爪隆〕等。なお、伊東・前掲注（16）107頁は、同時に「一般的ならびに個別具体的な信頼関係の確立・維持の観点からしても、被害者の秘密の保護の必要性が特に高い類型を選んだものといえよう」とする。
- (20) 前田雅英＝松本時夫＝池田修＝渡邊一弘＝大谷直人＝河村博編『条解刑法〔第2版〕』（弘文堂・2007年）368頁。
- (21) 上述の通り、改正刑法草案317条が、「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」との規定がなされたことにより、「医師」についても、制限的

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

な解釈をなすことは不可能ではないが、「限界が不明確で処罰範囲が不当に広がる恐れがある」という反対が強く、法務省も代案においては現行法と同様の規定に戻している」(佐伯・前掲注(13) 147頁。なお、西田・前掲注(10) 107頁)。

(22) 高橋・前掲注(10) 151頁。

(23) 田坂・前掲注(2) 131頁。

(24) 同・131頁。

(25) 佐伯・前掲注(13) 139頁、加藤良夫『実務医事法〔第2版〕』(民事法研究会・2014年) 539頁。

(26) 田坂・前掲注(2) 131頁。

(27) 松宮・前掲注(2) 160頁。秘密漏示罪は、「背任罪のような背信の罪ではないのだから、秘密の主体と漏示の主体との間に特別な依頼関係や信頼関係は必要ないと解することにも合理性はあろう」とする(松宮・前掲注(1) 494頁(1694頁))。なお、豊田教授も、「たしかに、医師の守秘義務の根拠は、患者の秘密の保護と、医師・患者間の信頼関係に基づく円滑な診療の保護にあたとされる。しかし、本罪は、人の秘密を保護する罪であるから、医師・患者間等の信頼関係に基づく円滑な診療という利益は、本罪においては、仮に法益に含めるとしても、第2次的・副次的な法益にすぎないというべきであろう」とし、委託物横領罪と比較し、「条文・法体系上も、本罪の成立を医師・患者間の信頼関係がある場合に限定すべき理由はない」とされる(豊田・前掲注(2) 142頁)。

(28) 松宮・前掲注(2) 160頁。

(29) なお、ドイツ刑法においては、203条2項において、国家的に認められた学術上の修了試験に合格した職業的心理士も本罪の主体とされ、また修士以上の学位を有し、かつ心理士として専ら活動している者についても、本罪の主体と解される。

(30) 松宮・前掲注(1) 494頁・495頁(1694頁・1695頁)、豊田・前掲注(2) 143頁等。これに対し、松原教授は、「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問も残る」と指摘される(松原・前掲注(13) 108頁)。なお、千葉裁判官は、「刑法134条は、基本的にはこのような人の秘密に接する業務を行う主体である医師に着目して、秘密漏示行為を構成要件にしたものであり、その根底には、医師の身分を有する者に対し、信頼に値する高い倫理を要求される存在であるという観念を基に、保護さ

れるべき秘密（それは患者の秘密に限らない。）を漏らすような倫理的に非難されるべき行為については、刑罰をもって禁止したものとするべきであろう。医師の職業倫理についての古典的・基本的な資料ともいえる『ヒポクラテスの誓い』の中に、『医療行為との関係があるなしに拘わらず、人の生活について見聞したもののうち、外部に言いふらすべきでないものについては、秘密にすべきものと認め、私は沈黙を守る。』というくだりがある。そこには、患者の秘密に限定せず、およそ人の秘密を漏らすような反倫理的な行為は、医師として慎むべきであるという崇高な考えが現れているが、刑法 134 条も、正にこのような見解を基礎にするものであると考える」とする。日本医師会『医師の職業倫理指針〔改訂版〕』（日本医師会・2008 年）9 頁も、併せて参照のこと。

(31) 大塚・前掲注 (10) 130 頁、高橋・前掲注 (10) 153 頁、大谷・前掲注 (10) 159 頁等。

(32) 大塚・前掲注 (10) 130 頁。

(33) 「業」に関する解釈については、営業の目的をもって行うことであるとする見解（大判明治 40 年 12 月 5 日刑録 13 輯 1337 頁）、生活上の資料を得る目的をもって行うこととする見解（大判明治 43 年 10 月 3 日刑録 16 輯 1792 頁）、常業とすることであるとする見解（大判大正 14 年 5 月 2 日刑集 4 巻 349 頁）等、解釈上の争いがあったものの、現在、判例、および通説は、反復継続の意思をもって行うことであるとの見解で一致している。

(34) 平成 17 年 7 月 26 日厚生労働省医政局長通知〔医政発 0726005 号〕「医師法第 17 条、歯科医師法第 17 条及び保健師助産師看護師法第 31 条の解釈について」において、「ここにいう『医業』とは、当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為（医行為）を反復継続する意思をもって行うこと」としている。なお、平成 15 年 1 月 28 日政府見解〔内閣参質 155 第 14 号〕も、「厚生労働省としては、ある行為が医師が常に自ら行わなければならない『絶対的医行為』に該当するか否かについては、当該行為が単純な補助的行為の範囲を超えているか否か及び医師が常に自ら行わなければならないほどに高度に危険な行為であるか否かに応じて判断する必要がある」としている。判例も同様に解する（最（1 小）決昭和 48 年 9 月 27 日刑集 27 巻 8 号 1403 頁、最（小）決平成 3 年 2 月 15 日刑集 45 巻 2 号 32 頁、最（1 小）決平成 9 年 9 月 30 日刑集 51 巻 8 号 671 頁）。最（1 小）決昭和 48 年 9 月 27 日の解説・評釈として、高木武「断食道場入寮希望者に対する問診」唄孝一＝成田頼明編『医事判例百選』

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

(有斐閣・1976年) 142頁・143頁、町野朔「医師法17条の『医業』の意義—薬事24条1項の『販売』の意義」警研50巻7号(1979年)64頁以下、「1. 医師法上診察にあたる事例 2. 薬事法24条1項にいう販売の意義」法時46巻2号(1974年)129頁・130頁、向井哲次郎「1. 医師法上診察にあたる事例 2. 薬事法24条1項にいう販売の意義」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和48年度〕』(法曹会・1975年)240頁、最(1小)決平成3年2月15日の解説・評釈として、「診療放射線技師及び診療エックス線技師法24条による規制の範囲と憲法22条1項、25条」判時1088号(1983年)146頁・147頁、高橋省吾「診療放射線技師及び診療エックス線技師法24条による規制の範囲と憲法22条1項、25条」ジュリ805号(1984年)130頁・131頁、町野朔「診療放射線技師及び診療エックス線技師法24条による規制の範囲と憲法22条1項、25条」警研56巻8号(1985年)53頁以下、佐々木史朗「診療放射線技師及び診療エックス線技師法(昭和58年法律第83号による改正前のもの)24条1項、3項の法意」判タ43巻23号(1992年)43頁以下、只木誠「診療放射線技師及び診療エックス線技師法(昭和58年法律第83号による改正前のもの)24条1項、3項の法意」判時1433号(1992年)197頁以下、田村章雄「診療放射線技師及び診療エックス線技師法(昭和58年法律第83号による改正前のもの)24条1項、3項の法意」法学新報100巻3=4号(1994年)401頁以下、最(1小)決平成9年9月30日の解説・評釈として、「診療放射線技師及び診療エックス線技師法24条による規制の範囲と憲法22条1項、25条」判タ34巻27号(1983年)92頁・93頁、「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼およびテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為」法時70巻2号(1998年)128頁・129頁、飯田喜信「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為」ジュリ1129号(1998年)114頁以下、小林憲太郎「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為」ジュリ1167号(1999年)127頁以下、飯田喜信「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為」『最高裁判所判例解説刑事篇〔平成9年度〕』(法曹会・2000年)166頁以下、同「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為」ジュ

リスト編集室編『最高裁時の判例Ⅲ 私法編 2（平成元年～平成14年）』（有斐閣・2004年）393頁以下、佐伯仁志「『医業』の意義—コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱」宇都木ほか編・前掲注（4）4頁・5頁等。

「医行為」の解釈につき、甲斐克則『刑事刑法への旅Ⅰ（新版）』（イウス出版・2006年）17頁・18頁、大野正博「歯科医師の医科救命救急研修と医師法17条」朝日法学論集43号（2012年）130頁以下、米村滋人「医療行政法（1）医療従事者法（1）」法セミ690号（2012年）110頁等参照のこと。

- (35) 松宮・前掲注（1）495頁（1695頁）、田坂・前掲注（2）132頁、四條・前掲注（2）48頁・49頁（12頁・13頁）。なお、豊田教授が指摘されるように、「本決定の判断は、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ついてのもの」であり、「そうでない場合も含めて、医師の資格を有する者による鑑定一般が本罪における『医師の業務』に当たるとされたわけではない」（豊田・前掲注（2）143頁）ことはいうまでもない。

- (36) なお、千葉裁判官は、刑法134条所定の「秘密」を立法趣旨に従って目的論的に限定解釈するならば、文理上の手掛かりはなく、解釈論としては無理であろうとしたうえで、「医師は、基本的な医行為が業務の中核であり、その業務は、常に患者等が医師を信頼して進んで自らの秘密を明らかにすることによって成り立つものである。医師は、そのような信頼がされるべき存在であるが、医師の業務の中で基本的な医行為とそれ以外の医師の業務とは、必ずしも截然と分けられるものではない。例えば、本件においても、被告人は、鑑定人として一件記録の検討を行うほか、少年及び両親との面接、少年の心理検査・身体検査、少年の精神状態についての診断を行い、少年の更生のための措置についての意見を述べる事が想定されているところであり、この一連の作業は、少年に対する診察と治療といった基本的な医行為と極めて類似したものである」と述べられる。この点につき、前田教授は、「当該構成要件の予定する最も典型的な『核』の部分以外は、可罰性を認めるべきでないとする解釈態度に問題があることは否定できない。截然と分けられない類似した部分は、罪刑法定主義の観点からも、処罰範囲に含むことは認めざるを得ない場合があるのである。その前提には、現代社会における『秘密保護』への、最高裁の積極的姿勢が見られるともいえるのである」とされる（前田・前掲注（2）159頁）。

- (37) 大塚・前掲注（10）129頁、山中・前掲注（10）177頁、川端・前掲注（10）225頁、伊東・前掲注（16）107頁、曾根・前掲注（10）86頁、松宮・前

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

掲注(15) 141頁、佐久間・前掲注(16) 139頁等。

(38) 山口・前掲注(19) 132頁、高橋・前掲注(10) 152頁等。なお、利益は、必ずしも経済的利益であることを要しない(大塚・前掲注(10) 129頁)。

(39) 木村・前掲注(10) 79頁、吉川経夫『刑法各論』(1982年) 96頁、藤本英雄『刑法講義各論』(弘文堂・1976年) 256頁、平川・前掲注(10) 257頁、曾根・前掲注(10) 86頁、西田・前掲注(10) 107頁(但し、本人の意思が明示されていない場合には、客観説によるべきであると解する)等。

(40) 小野清一郎『新訂刑法講義各論〔第3版〕』(有斐閣・1950年) 211頁、滝川幸辰『増補刑法各論』(世界思想社・1951年) 89頁、西原春夫『刑法各論〔第2版〕』(筑摩書房・1983年) 161頁、團藤・前掲注(10) 510頁、福田・前掲注(10) 210頁、大塚・前掲注(10) 129頁、前田・前掲注(10) 146頁等。

(41) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会・1977年) 189頁、山口・前掲注(19) 132頁、川端・前掲注(10) 頁、佐久間・前掲注(16) 139頁、大谷・前掲注(10) 158頁・159頁等。

(42) 高橋・前掲注(10) 152頁、東山・160頁。

(43) 田坂・前掲注(2) 132頁・133頁、東山・前掲注(2) 160頁。奈良地方裁判所は、「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ものと解するのが相当である」とし、また大阪高裁も、「供述調書に供述者が署名指印するということは、署名指印することによって、供述者が当該供述調書は供述者の供述した内容を正確に録取した書面であると認めて、供述者と当該供述調書との結びつきを表明する趣旨であって、供述調書についての供述者の秘匿の意思の表明とは関係はなく、供述調書の内容が公開されることを承諾する旨の意思を表明するものでもないというべきである。そして、被告人がフリージャーナリストに閲覧させた本件書面等は、少年法22条2項により、非公開で行われる少年審判のための記録であり、被告人が、これらをフリージャーナリストに対して閲覧させた10月5日、6日、15日は、未だ少年審判が係属中で、その終局決定すらされていないから、本件書面等は、その存在及び内容が一般に知られていない非公知の事実であり、また、その内容は、少年及び実父のプライバシーに深く関わる事実に関するものであるから、本件書面等をフリージャーナリストに閲覧させたことは、刑法134条1項にいう『人の秘密を漏らしたとき』に当たることは明らかである」としている。いずれの見解に立つか明らかではないものの、やはり「秘密」に当たるこ

とは間違いないといえよう。

- (44) 大塚ほか編・前掲注(12) 348頁〔米沢敏雄〕、大塚・前掲注(10) 131頁、前田ほか編・前掲注(20) 369頁、伊藤ほか・前掲注(19) 113頁〔島田聡一郎〕、山中・前掲注(10) 179頁、川端・前掲注(10) 226頁、山口・前掲注(10) 133頁、高橋・前掲注(10) 153頁、西田・前掲注(10) 107頁、曾根・前掲注(10) 86頁、大谷・前掲注(10) 159頁等。

- (45) たとえば、医師が、感染症予防法12条等に基づき、保健所長・都道府県知事等に届ける場合には、法令行為として違法性が阻却される(西田・前掲注(10) 107頁、曾根・前掲注(10) 86頁、大谷・前掲注(10) 159頁等)。同様に、母体保護法25条。なお、医師、歯科医師、弁護士等は、業務上知り得た秘密につき、証言拒否権が認められているが(刑法149条・民法197条1項2号)、当該権利を行使せず証言をなした場合、秘密漏示罪の成否に関し、見解が分かれる。通説は、当該証言は、司法に協力する行為であって、必ずしも秘密漏示罪は構成されないと解する(小野・前掲注(40) 212頁、滝川・前掲注(40) 90頁、吉川・前掲注(39) 96頁、團藤・前掲注(10) 510頁、大塚・前掲注(10) 131頁、山口・前掲注(10) 133頁等)。これに対し、医師・歯科医師・弁護士等に証言拒否権が認められている趣旨に照らせば、本人の利益を優先させ、秘密漏示罪の成立を認めるべきであろうとする見解も存在する(曾根・前掲注(10) 87頁等)。なお、上口教授は、公判における証言を理由に違法性が阻却されることはなく、緊急避難、同意ないし法令上の義務等の自由が存在しない限り、守秘義務違反の違法性は阻却されないと解される(上口裕「秘密漏示罪と証言拒否罪」一橋論叢98巻5号(1987年)740頁)。

近年では、児童虐待やドメスティック・バイオレンス(DV: Domestic Violence)等が疑われる場合、医療関係者には、通報義務が課せられている(児童虐待の防止等に関する法律6条、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律6条等)。

- (46) 大塚ほか編・前掲注(12) 348頁〔米沢敏雄〕、大塚・前掲注(10) 131頁、前田ほか編・前掲注(20) 369頁、高橋・前掲注(10) 154頁等。なお、秘密の主体である本人が同意している場合には、秘密とする趣旨が失われるため、構成要件該当性が阻却されると解する見解も存在する(加藤・前掲注(25) 472頁、大谷・前掲注(10) 159頁等)。

- (47) 大塚ほか編・前掲注(12) 347頁〔米沢敏雄〕、大谷・前掲注(10) 159頁・160頁等。なお、前掲・大判昭和5年2月7日。

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

- (48) 木村龜二〔阿部純二増補〕『刑法総論』（有斐閣・1978年）252頁、阿部純二『刑法総論』（日本評論社・1997年）138頁、吉田宣行『違法性の本質と行為無価値』（成文堂・1992年）331頁以下等。なお、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂・2013年）308頁は、優越的利益説を基本として、目的説を加味する見解を主張される。
- (49) 滝川幸辰『犯罪論序説〔改訂版〕』（有斐閣・1947年）82頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1976年）213頁以下、佐伯千仞『刑法講義総論〔4訂版〕』（有斐閣・1981年）197頁、内藤謙『刑法総論（中）』（有斐閣・1987年）313頁、中山研一『刑法総論』（成文堂・1982年）262頁以下、内田文昭『改訂刑法Ⅰ総論〔補正版〕』（青林書院・1997年）191頁、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂・2007年）433頁以下、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂・2008年）98頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂・2010年）134頁、前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会・2011年）324頁等。なお、西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕上巻』（成文堂・1995年）163頁・164頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2007年）105頁以下も併せて参照のこと。
- (50) 大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』（有斐閣・2008年）356頁。
- (51) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・1975年）118頁、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣・2011年）149頁。
- (52) 松宮・前掲注（1）498頁（1698頁）は、「裁判手続の中で行われる鑑定の過程において秘密が漏示された本件では、鑑定は刑事訴訟法の目的のひとつである『事案の真相を明らかにする』（刑訴法1条）ことに資することをその目的とするのであり、そして、そのための相当な手段は、鑑定結果を刑事手続において明らかにし、裁判官ないし裁判員の適切な事実認定に委ねることと解される」ため、弁護人が目的説を主張したことは、注目に値するとする。
- (53) 松宮・前掲注（1）499頁（1699頁）。なお、亀甲内引用者。
- (54) 「少年審判は、発達途上にある少年の立直りを目指して行われるので（1条）、少年を曝し者にせず、その情操を保護し（規1条）、社会復帰を妨げないために、少年が非行を犯したこと自体が秘密とされなければならない。また、少年の抱えている問題点（要保護性）を明らかにし、その改善方法を明らかにするためには少年の性格、全生活史のみならず、その家族のプライバシーに関わる事項も詳細に明らかにする必要がある。そのような事項を調査・審判において少年や保護者に率直に述べてもらうため、また関係者の協力を得るために



も、手続の秘密性が必要不可欠となる（家庭の福祉・プライバシー保護の面では家事手続の非公開（家審7条、家審規6条、非訟13条）とも共通する）。このような要請を満たすため、審判の非公開が定められている（本条2項）と共に、少年を特定する事項の公表禁止（61条）、記録の閲覧制限（規7条）が定められている。少年保護のため、少年手続が非公開（制限公開）とされるのは、旧法も含め（旧45条本文）、諸外国にもほぼ共通した原則であり、裁判の公開原則（憲法82条）には抵触しないものと解される」（田宮裕＝廣瀬健二編『注釈少年法〔第3版〕』（有斐閣・2009年）230頁）。なお、守山正＝後藤弘子編著『ビギナーズ少年法〔第2版補訂版〕』（成文堂・2009年）14頁・15頁〔後藤弘子〕、澤登俊雄『少年法入門〔第5版〕』（有斐閣・2011年）139頁以下、廣瀬健二『裁判例コンメンタール少年法』（立花書房・2011年）207頁〔加藤学〕、丸山雅夫『少年法講義〔第2版〕』（成文堂・2012年）215頁以下、守屋克彦＝齊藤豊治編集代表『コンメンタール少年法』（現代人文社・2012年）559頁・560頁〔淵野貴生〕、同・621頁・622頁〔淵野貴生〕、丸山雅夫『ブリッジブック少年法入門』（信山社・2013年）167頁・168頁等も併せて参照のこと。その他、田島泰彦＝新倉修編『少年事件報道と法—表現の自由と少年の人権』（日本評論社・1999年）、葛野尋之「刑事裁判の公開と少年審判の非公開——少年の適正手続としての審判非公開」新倉修＝横山実編集代表『少年法の展望—澤登俊雄先生古稀祝賀論文集』（現代人文社・2000年）223頁以下、松井茂記『少年事件の実名報道は許されないのか—少年法と表現の自由』（日本評論社・2000年）、葛野尋之「少年審判の非公開と少年事件報道」刑雑40巻3号（2001年）63頁以下、平川宗信「少年推知報道と少年の権利」廣瀬健二＝多田辰也編『田宮裕博士追悼論集・上巻』（信山社・2001年）505頁以下、子どもの人権と少年法に関する特別委員会（東京弁護士会）・子どもの権利に関する委員会（第2東京弁護士会）編『少年事件報道と子どもの成長発達権—少年の実名・推知報道を考える』（現代人文社・2002年）、服部朗「成長発達権の生成」愛知学院大学論叢法学研究44巻1＝2号（2002年）172頁以下、酒井安行「少年事件報道」前野育三先生古稀祝賀論文集刊行委員会編『刑事政策学の体系—前野育三先生古稀祝賀論文集』（法律文化社・2008年）188頁以下、本庄武「成長発達権の内実と少年法61条における推知報道規制の射程」一橋法学10巻3号（2011年）99頁以下等。

- (55) 松宮教授がご指摘される通り、「手続規定が不備で正当な目的を達するための手段が十分に法定されていないというのであれば、超法規的な違法性阻却

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

も考えられるが、その判断は慎重に行うべき」であろう（松宮・前掲注（1）499頁（1699頁））。本件事案の場合には、この点を根拠に違法性阻却することは困難であると思われる。同旨として、田坂・前掲注（2）135頁、豊田・前掲注（2）143頁、佐久間・前掲注（2）57頁等。

- (56) 最（1小）決平成17年7月19日刑集59巻6号600頁。本決定の解説・評釈として、渕野貴生「医師の通報を端緒とする押収手続の適否」法セミ50巻10号（2005年）129頁、佐久間修「医師の守秘義務と公益上の通報義務—最高裁平成17.7.19決定をめぐって」ジュリ1303号（2005年）64頁以下、伊東研祐「救急患者から明示的な承諾なくして行われた採尿・薬物検査、陽性反応が出た場合の医師の警察への通報、ならびに、警察官による尿の押収の適法性」刑ジャ3号（2006年）106頁以下、安村勉「救急患者から医師が採取した尿の押収」平成17年度重判解（有斐閣・2006年）191頁・192頁、米澤敏雄「治療の目的で救急患者から尿を採取して薬物検査をした医師の通報を受けて警察官が押収した上記尿につきその入手過程に違法はないとされた事例」判評573号（2006年）222頁以下、飯野海彦「救急患者から明示的な承諾を得ないまま治療目的で採尿し薬物検査をした医師の通報により警察官が行った尿の押収手続の適法性 最高裁平成17年7月19日第1小法廷決定」北海学園大学法学研究42巻2号（2006年）151頁以下、浅田和茂「医師の採尿検査と警察への通報」宇津木伸＝町野朔＝平林勝政＝甲斐克則編『医事法判例百選』（有斐閣・2006年）98頁・99頁、山田耕司「治療の目的で救急患者から尿を採取して薬物検査をした医師の通報を受けて警察官が押収した上記尿につきその入手過程に違法はないとされた事例」『最高裁 時の判例V（平成15年～平成17年）』（有斐閣・2007年）419頁以下、同「治療の目的で救急患者から尿を採取して薬物検査をした医師の通報を受けて警察官が押収した上記尿につきその入手過程に違法はないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成17年度）』（法曹会・2008年）253頁、上田信太郎「犯罪に関わる患者情報と医師の守秘義務」川端博＝椎橋隆幸＝甲斐克則編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂・2010年）631頁以下、橋本雄太郎「救急医の守秘義務と捜査機関への通報義務に関する一考察」杏林社会科学研究27巻2号（2011年）1頁以下等。
- (57) なお、最（3小）判平成16年4月13日刑集58巻4号247頁は、医師法21条の届出義務につき、「警察官が犯罪捜査の端緒を得ることを容易にするほか、場合によっては、警察官が緊急に被害の拡大防止措置を講ずるなどして社会防衛を図ることを可能にするという役割をも担った行政手続上の義務と解さ

れる。そして、異状死体は、人の死亡を伴う重い犯罪にかかわる可能性があるものであるから、上記のいずれの役割においても本件届出義務の公益上の必要性は高いというべき」であり、また、「医師免許は、人の生命を直接左右する診療行為を行う資格を付与するとともに、それに伴う社会的責務を課するものである。このような本件届出義務の性質、内容・程度及び医師という資格の特質と、本件届出義務に関する前記のような公益上の高度の必要性に照らすと、医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得るなどの点で、一定の不利益を負う可能性があっても、それは、医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるものというべきである」とし、憲法上保障された自己負罪拒否特権に抵触し得る届出義務であっても、異状死体に関する情報提供が、医師免許に伴う法的義務と看做される以上、行政目的に照らし、「必要性」、「合理性」が存在する場合には、届出や通報の義務それ自体は正当であると解される。なお、当該行為によって得られた供述や証拠を刑事手続上、利用し得るか否かにつき、憲法上の見地から、これを否定する見解として、川出敏裕「医師法 21 条の届出義務と憲法 38 条 1 項」法教 290 号（2004 年）11 頁。本判決の解説・評釈として、芦沢政治「1. 医師法 21 条にいう死体の「検案」の意義、2. 死体を検案して異常を認めた医師がその死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合の医師法 21 条の届出義務と憲法 38 条 1 項」ジュリ 1278 号（2004 年）132 頁以下、渕野貴生「医師法 21 条による異状死体の届出義務と自己負罪拒否特権」法セミ 601 号（2005 年）124 頁、小泉良幸「医師法 21 条の届出義務と自己負罪拒否特権」判例セレクト 2004（法教 294 号別冊付録）11 頁、「1. 医師法 21 条にいう死体の「検案」の意義、2. 死体を検案して異常を認めた医師がその死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合の医師法 21 条の届出義務と憲法 38 条 1 項」法時 77 卷 1 号（2005 年）97 頁、安井哲章「医師法 21 条にいう死体の「検案」の意義と、死体を検案して異常を認めた医師がその死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合の医師法 21 条の届出義務と憲法 38 条 1 項との関係が問題となった事例」法学新報 112 卷 5＝6 号（2005 年）383 頁以下、小川佳樹「異状死体の届出義務と自己負罪拒否特権」平成 16 年度重判解（2005 年）187 頁・188 頁、清水真「1. 医師法 21 条にいう死体の「検案」の意義、2. 死体を検案して異常を認めた医師がその死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われる虞がある場合の医師法 21

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

- 条の届出義務と憲法 38 条 1 項」判評 572 号 (2006 年) 211 頁以下、高山佳奈子「異状死体の届出義務」宇津木ほか編・前掲注 (56) 8 頁・9 頁、芦澤政治「1. 医師法 21 条にいう死体の『検案』の意義、2. 死体を検案して異状を認めた医師がその死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合の医師法 21 条の届出義務と憲法 38 条 1 項」『最高裁判所判例解説刑事篇 (平成 16 年度)』(法曹会・2007 年) 190 頁、小嶋勇「医師法 21 条と憲法における医師の責任」日本大学法科大学院法務研究 3 号 (2007 年) 35 頁以下、下山重幸「医師法第 21 条と医師の黙秘権」環境創造 10 号 (2007 年) 17 頁以下、「特集 医師法 21 条—異状死の届出義務について」判タ 1238 号 (2007 年) 4 頁以下、田中圭二「医療事故死と医師法 21 条の届出義務違反の罪—本罪に関する判例の立場の解明と厚労省の『大綱案』の検討」香川法学 28 巻 3 = 4 号 (2009 年) 441 頁以下、佐久間泰司「医師法 21 条をめぐる若干の考察」龍谷法学 44 巻 4 号 (2012 年) 1599 頁以下、前田雅英「届出義務と黙秘権」警論 66 巻 4 号 (2012 年) 132 頁以下等。
- (58) 曲田・前掲注 (2) 571 頁。
- (59) 浅田・前掲注 (56) 99 頁。
- (60) 前掲・最 (1 小) 決平成 17 年 7 月 19 日の事案においては、担当医師による被告人の尿の採取行為に対し、捜査機関が関与したことは窺われず、治療目的として医療上の必要から行われたものであることから、医師の行為が違法であると非難されることはなく、また押収手続きも、捜索差押許可状によりなされており、令状主義に反する違反もみられないと解すべきであろう。
- (61) 松宮・前掲注 (1) 501 頁 (1701 頁)。
- (62) 内田・前掲注 (8) 200 頁。
- (63) 山口・前掲注 (10) 133 頁、中森・前掲注 (10) 73 頁、伊東・前掲注 (10) 109 頁、曾根・前掲注 (10) 87 頁等。
- (64) 大塚・前掲注 (10) 131 頁、前田ほか編・前掲注 (20) 370 頁、山中・前掲注 (10) 180 頁、川端・前掲注 (10) 227 頁、大谷・前掲注 (10) 160 頁等。
- (65) 松宮・前掲注 (1) 503 頁 (1703 頁)。片面的対向犯規定に対する関与行為の可罰性に関する詳細につき、曲田・前掲注 (2) 572 頁・573 頁。なお、松宮孝明「『共犯の処罰根拠』について」立命館法学 256 号 (1997 年) 1286 頁 (74 頁) 以下、豊田兼彦「共犯の処罰根拠と客観的帰属」(成文堂・2009 年) 33 頁以下も併せて参照のこと。
- (66) 松宮・前掲注 (1) 503 頁 (1703 頁)、曲田・前掲注 (2) 573 頁。

- (67) 曲田・前掲注(2) 574頁。なお、松宮・前掲注(1) 503頁(1703頁)は、「漏示の相手方は、たとえ積極的に漏示をそそのかしたとしても、秘密漏示罪の共犯として処罰されることはない」とするが、後述の通り、一定の限度を超えた場合には処罰されることもあり得よう。おそらく、後掲・最(1小) 決昭和53年5月31日を引用されていることからすれば、松宮教授も一切、共犯が成立しないとは考えていないのではだろうか。
- (68) 最(1小) 決昭和53年5月31日刑集32巻3号457頁。本決定の解説・評釈として、平野龍一「公務員に秘密漏洩をそそのかす行為と取材行為の正当性の限界」警論58巻1号(1978年)50頁以下、永井敏雄「国家秘密に対する取材活動とそそのかし罪の成否—西山記者事件上告審」ひろば31巻8号(1978年)35頁以下、「1. 国家公務員法109条12号、100条1項にいう秘密の意義とその判定 2. 外交交渉の概要が記載された電信文案が国家公務員法109条12号、100条1項にいう秘密にあたるとされた事例 3. いわゆる違法秘密にあたらないとされた事例 4. 国家公務員法111条にいう同法109条12号、100条1項所定の行為の『そそのかし』の意義 5. 国家公務員法111条、109条12号、100条1項の『そそのかし』罪の構成要件にあたるとされた事例 6. 報道機関による公務員を対象とした秘密の取材と正当業務行為 7. 正当な取材活動の範囲を逸脱しているとされた事例」法時50巻9号(1978年)148頁以下、右崎正博「沖縄密約事件—国家の秘密と取材の自由—昭53・5・31最高裁第1小法廷決定をめぐって」法セミ283号(1978年)46頁以下、新井隆一「報道機関の取材活動と憲法21条—外務省秘密漏えい事件—」法セミ289号(1978年)174頁以下、中山研一「外務省秘密漏えい事件最高裁決定をめぐって『そそのかし』と取材の自由を中心に」判タ365号(1978年)5頁以下、堀部政男「外務省秘密電文漏えい事件上告審決定—西山記者事件」昭和53年度重判解(1979年)15頁・16頁以下、米田泰邦「外務省公電漏えい事件上告審決定—西山記者事件」同186頁以下、宇都宮純一「国家公務員法109条12号、100条1項にいう秘密の意義とその判定、外交交渉の概要が記載された電信文案が国家公務員法109条12号、100条1項にいう秘密にあたるとされた事例、いわゆる違法秘密にあたらないとされた事例、国家公務員法111条にいう同法109条12号、100条1項所定の行為の『そそのかし』の意義、国家公務員法111条、109条12号、100条1項の『そそのかし』罪の構成要件にあたるとされた事例、報道機関による公務員を対象とした秘密の取材と正当業務行為、正当な取材活動の範囲を逸脱しているとされた事例」法學45巻6号(1982年)

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医師がその過程で知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為につき、秘密漏示罪の成立を認めた事例

941 頁以下、同志社大学刑法研究室「正当な取材活動の範囲」法セミ 304 号 (1980 年) 111 頁、堀籠幸男「1. 国家公務員法 109 条 12 号、100 条 1 項にいう秘密の意義とその判定 2. 外交交渉の概要が記載された電信文案が国家公務員法 109 条 12 号、100 条 1 項にいう秘密にあたるとされた事例 3. いわゆる違法秘密にあたらないとされた事例 4. 国家公務員法 111 条にいう同法 109 条 12 号、100 条 1 項所定の行為の『そそのかし』の意義 5. 国家公務員法 111 条、109 条 12 号、100 条 1 項の『そそのかし』罪の構成要件にあたるとされた事例 6. 報道機関による公務員を対象とした秘密の取材と正当業務行為 7. 正当な取材活動の範囲を逸脱しているとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事事篇〈昭和 53 年度〉』（法曹会・1982 年）129 頁以下、田宮裕「取材活動の限界—外務省秘密漏えい事件」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選 I 総論〔第 2 版〕』（有斐閣・1984 年）64 頁・65 頁、清水英夫「取材の自由と国家秘密—外務省秘密電文漏洩事件」伊藤正巳＝堀部政男編『マスコミ判例百選〔第 2 版〕』（有斐閣・1985 年）16 頁・17 頁、内田文昭「取材活動の限界—外務省機密漏えい事件」平野龍一＝松尾浩也＝芝原邦爾編『刑法判例百選 I 総論〔第 4 版〕』（有斐閣・1997 年）40 頁・41 頁、斎藤文男「国家秘密と取材の自由—外務省秘密電文漏洩事件」芦部信喜＝高橋和之＝長谷部恭男編『憲法判例百選 I〔第 4 版〕』（有斐閣・2000 年）162 頁・163 頁、恒光徹「取材活動の限界：外務省機密漏えい事件」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編『刑法判例百選 I〔第 5 版〕』（有斐閣・2003 年）38 頁・39 頁、岡田信弘「取材の自由と国家秘密—外務省秘密電文漏洩事件」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』（有斐閣・2005 年）12 頁・13 頁、齊藤愛「国家秘密と取材の自由—外務省秘密電文漏洩事件」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選 I〔第 5 版〕』（有斐閣・2007 年）166 頁・167 頁、前田雅英「取材活動の限界—外務省機密漏えい事件」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選 I〔第 6 版〕』（有斐閣・2008 年）40 頁・41 頁、西山太吉「外務省極秘電文漏洩事件を題材として—報道の自由・取材の自由をめぐる今日的な問題点」自由と正義 61 巻 4 号 (2010 年) 67 頁以下、「特集国家の嘘とメディアの責任」マスコミ市民 496 号 (2010 年) 2 頁以下等。

(69) 曲田・前掲注 (2) 577 頁・578 頁。

(70) 佐久間修「医療情報について—現代医療と医師の秘匿保持義務」阿部純二編集代表・前掲注 (8) 295 頁以下、村山淳子「医療情報の第三者提供の体系化 (1) ～ (3・完)」西南学院大学法学論集 39 巻 3 号 (2006 年) 1 頁以下、

同 39 卷 4 号（2007 年）25 頁以下，同 40 卷 1 号（2007 年）95 頁以下，同「医療情報の第三者提供の体系化」年報医事法学 22 号（2007 年）73 頁以下，甲斐克則「医療情報と刑事法」同 87 頁以下，同「医療情報の第三者提供と医師の守秘義務違反」研修 731 号（2009 年）3 頁以下等。

なお、「正当な理由」につき，現場の医師が利益衡量から，これを判断することの困難性に着目し，個人情報保護法における第三者提供に関する解釈を秘密漏示罪における「正当な理由」の有無の判断基準とすべきであるとするものとして，墨岡亮＝桑原博道「医師の守秘義務について」小児科臨床 62 号（2009 年）1542 頁以下。

〔附記〕本稿は，2013 年度 朝日大学法学部研究充実費による研究成果の一部である。