

医療情報の開示の限界と刑法の役割

奥 村 正 雄

I はじめに

患者が医師の診察・手術等を受けるに際しては、医師に対して全幅の信頼を置き、医師が問診を行うときにも、医師が指示する各種検査を受けるときにも、実際に受診するときにも、患者が受診している現病歴だけにとどまらず、関連の既往歴に関するものも含め、医療情報の提供に応ずるのが一般であろう。こうして収集された医療情報は、受診した患者の治療に有効活用されるだけでなく、特に研究と教育機関を兼ね備えた大学の医学部付属病院等において収集された情報は、膨大な治験データとして集積され日進月歩の医学研究の発展に欠かせない存在となっている。

しかし、情報収集のプラス面にはその一方で、守秘義務を負う医師には情報の漏洩の虞というマイナス面が常に付きまとう。医療情報もその例外ではなく、患者の治療に有効活用される反面、患者のプライバシー侵害という負の側面が

出る虞がある。医療情報に係る患者の個人情報保護に関して、現行刑法では、秘密漏示罪(刑二三四条一項)は、「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護人、公証人又はこれらの職にあつた者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱つたことについて知り得た人の秘密を洩らしたときは、六月以下の懲役または一〇万円以下の罰金に処する。」と規定している。患者の医療情報の収集に関わるその他の医療従事者に対する患者の秘密保持義務については、現行法上特別法に多く規定されており、保健師助産師看護師法四二条の二、四四条の三、臨床検査技師・衛生検査技師等に関する法律一九条、二三条一項、理学療養師及び作業療養師法一六条、二二条一項、歯科衛生士法一三条の五、一九条の一、救急救命士法四七条、五四条一項、あんま・マッサージ・はりきゅう師等に関する法律七条の二、一三条の七第一項三号、柔道整復師法一七条の二、二九条一項二号には、それぞれ職務上知り得た秘密漏洩の禁止と、これに違反した場合の罰則が規定されている。このように、秘密漏示罪の主体に入っていない医療従事者の守秘義務は特別法に規定され、医療情報を保護すべき医療関係者の範囲は一応カバーされている。

ところで、秘密漏示罪が成立するためには、秘密の漏示が、「正当な理由がないのに」行われたことが要求される。正当な理由があれば、違法性が阻却される。問題は、患者の同意は要件となっておらず、他の医療機関や研究者等第三者にも提供可能であることから、「正当な理由」が認められる限界、すなわち、守秘義務の範囲は何かである。この問題については先例に乏しく、一定の先行研究があるものの、議論は必ずしも活発ではなかった。¹⁾ところが、近時、この問題に関する最高裁決定が二件出て、それぞれ注目すべき判断を示した。

その一つが最決平成一七年七月一九日(以下、「一七年決定」と略称する。²⁾)であり、同棲相手との言い争いから刺創を負つた者の止血手術の際に行つた治療目的で採尿したが、その際行つた薬物検査から覚せい剤反応が出たため、担当医師が覚醒剤反応の事実を警察に通報した行為について、医師の守秘義務違反の成否等が問題となつた。

その二は最決平成二四年二月一三日（以下、「二四年決定」と略称する。）³であり、事件当時高校生であった少年が自宅に放火して母親及び姉妹の三名を殺害した少年事件に関して、家庭裁判所から少年A（以下、「A」と略称する。）の精神鑑定を命ぜられた精神科医である被告人が、鑑定の過程で同裁判所から鑑定資料として貸し出しを受けていた捜査記録等を第三者であるジャーナリストの要望に応え、同人に開示した行為につき秘密漏示罪の成否が問われた。

一七年決定では、秘密漏示罪の成否が争点となったわけではないが、職務上知り得た医療情報に関する医師の守秘義務に関して初めて判断した点で、二四年決定では、医療情報の第三者への提供に関して、職務上知り得た秘密について医師の守秘義務違反を認め秘密漏示罪の成立を認めた初の最高裁決定である点でそれぞれ重要な意義を有しており、これらを契機に、議論が活発になり始めている。秘密の漏示は「正当な理由がないのに」行われたことを要するが、これらの最高裁決定は、「正当な理由」の射程範囲を考えるうえで重要な判例である。

本稿では、以上の二件の最高裁決定を素材に、医療情報の開示の限界と刑法の役割について若干の考察を行うものである。

II 医療情報の開示と医師の守秘義務

1 医師の守秘義務と公益上の通報義務

(1) 事実の概要 一七年決定の事案によると、覚せい剤自己使用の被告人が、口論した同棲相手からナイフで右腰部に刺創を負い、病院で応急措置を受けたものの、出血が多かったため、国立A医療センターへ救急搬送された。診察を担当した医師は、上記刺創が腎臓に達していると血尿が出ることから、尿検査は拒んだものの、止血のためには麻酔

をかけ縫合手術する際に尿管を入れることについて拒まなかったため採尿した。同医師は、A医療センターへ搬送時、被告人が興奮状態にあり、刃物で自分の背中を刺したと述べたことなどから、薬物による影響の可能性を考え、簡易な薬物検査を実施したところ、アンフェタミンの陽性反応が出た。

そのため同医師は、被告人の親に被告人の尿から覚せい剤反応が出たので、国家公務員として警察に報告する義務があると説明し、その了解を得たうえで報告した。警察は、同報告に基づき、差押許可状の発布を得て、被告人の尿を差し押さえた。

本件では、①被告人からの採尿による薬物検査は医療上必要がなく、被告人の承諾なく強行された違法な医療行為であること（治療行為の違法性）、担当医師が被告人の尿中から覚せい剤反応が出たことを警察に通報した行為は医師の守秘義務に違反するか（医師の守秘義務違反の有無）が争点となった。被告人は、一審以来、担当医師が医療上の必要性がなく患者の承諾もなく強行された違法な医療行為から覚せい剤反応が出たことを警察官に通報する行為は「医師の守秘義務」に反するとしただうえで、本件行為は警察官が担当医師の行為を利用して被告人の尿を押収したものであるから、令状主義に反する重大な違法があり、被告人の尿に関する鑑定書等の証拠能力はないと主張していた。

第一審は、①について、医療センターの医師が、被告人を治療目的で採尿し、薬物検査を行った時点で治療行為は適法であり、捜査官自らの手で証拠を入手したのと異ならないと評価し得る特段の事情があり、違法収集証拠として排除されることはないとして解されたとした。

さらに第二審は、②について、医師は守秘義務を負っているものの、他方で、国家公務員は刑事司法の適正な運用を図るためにその職務を行うことにより犯罪があると思料するときは告発義務が課されているから（刑法二二九条二項）、覚せい剤取締法違反の疑いがあるような重大な公益に関わる犯罪に係る事実を知った公務員たる医師が警察にその旨を

届け出たとしても、法令による行為として違法な守秘義務違反と評価することはできないというべきであると解した。

第二審は、「被告人は、医療センターに搬送された当初しばらくの間は、精神的動揺や興奮などから、病院での応急措置後も出血が止まらずに救急搬送されてきた者としては明らかに不合理な、治療や採尿を拒絶する言動を採っていたものの、B医師に時間を掛けて治療や採尿の必要性を説明され、遅くとも麻酔注射に応じた時点においては、本件刺創の治療を受けることを承諾していたものとみることができるとする。すなわち、B医師の本件治療行為は、出血多量による救急搬送という緊急の状況下において、被告人の承諾の下に行われたものと認められるのであって、もとより適法な治療行為であり、これを患者の承諾のない治療行為の強行であるとする所論は採用できない。

「一般に犯罪行為の捜査機関への通報、告発は社会的に正当な行為として許容されうる性質のものであることに加え、B医師は国家公務員としての立場から告発義務を負っていることにも徴すれば、被告人につき覚せい剤使用の疑いが濃厚に認められたこと、B医師があらかじめ被告人の両親に対し警察に報告することを告げ、両親も最終的にこれを了解した様子を示していたことなどの本件の事実関係の下においては、B医師の上記行為が守秘義務に反した違法な行為であるとはいえないのであって担当医師が国立病院A医療センター所属の医師であるのは公務員であることになり、公務員の告発義務（刑法法三三九条二項）が科せられるので、警察への本件通報行為は守秘義務に反せず、採尿の入手過程についても違法はなく、本件鑑定書の証拠能力が認められるとした。これに対し、弁護側は、被告人の尿の押収手続に重大な違法があり、被告人の尿の鑑定書は違法収集証拠として証拠能力が認められないと主張して上告した。

(2) **決定要旨** 一七年決定は、上告を棄却し、決定で以下のように判示した。

「同医師は、救急患者に対する治療の目的で、被告人から尿を採取し、採取した尿について薬物検査を行ったものであって、医療上の必要があったと認められるから、たとえ同医師がこれにつき被告人から承諾を得ていたと認められない

としても、同医師のした上記行為は、医療行為として違法であるとはいえない。

また、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ふべきである。

以上によると、警察官が被告人の尿を入手した過程に違法はないことが明らかであるから、同医師のした上記各行為が違法であることを前提に被告人の尿に関する鑑定書等の証拠能力を否定する所論は、前提を欠き、これらの証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認することができる。」

2 鑑定医による鑑定対象者らの秘密漏示行為

(1) 事実の概要 二四年決定の事案によると、被告人X（以下、「X」と略称する。）は、精神科の医師であり、家庭裁判所の非常勤技官を務めていたが、高校生であったA（犯行当時一六歳）が自宅に放火して、母親、弟及び妹の三名の家族を殺害したという現住建造物等放火・殺人等に関する少年事件について、平成一八年八月四日、家庭裁判所からAの精神鑑定を命ぜられた。そこで、Xは、家庭裁判所からAに関して、①非行に及んだ精神医学的背景、②本件非行時および現在の精神状態、③その他処遇上参考となる事項に関する精神鑑定を行うために、鑑定資料としてAおよびその実父Bらの供述調書や陳述調書等の写しが交付された。この時期に、世間の耳目を引いた本件少年事件に関心を抱き取材を進めていたフリーのジャーナリストCが出版する単行本の出版をめぐり取材等を受けるうちに、Xは、Cの要望を受けて、以下の三回にわたりCに閲覧等をさせた。

第一 Aの生育歴および学校の成績、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およ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

させた。

第二 翌日、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た。

第三 その後、A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。

以上の事実に基づき、Xは、医師としてその業務上取り扱ったことについて知り得たAおよびBの秘密を漏らしたとして、刑法一三四条一項の秘密漏示罪に問われた。これに対して、X側は、以下の四点を挙げて、本罪は成立しないと主張した。すなわち、①「医師」の業務と「鑑定人」の業務との間には決定的な違いがあり、Xが漏示した秘密は、「鑑定人」が業務上知り得たものであって、「医師」が業務上知り得たものではなく、鑑定人については守秘義務に関する規定や罰則規定が設けられていない以上、Xの行為は刑法一三四条一項の秘密漏示罪には当たらない。②供述調書等は、本来裁判における証拠として使用されるもので、公開される性質のものであることから、秘密漏示罪によって保護されるべき「秘密」に当たらない。③X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目的や、取材に対する協力という公益目的でジャーナリストに供述調書等を閲覧させるなどしたのであって、漏示行為には「正当な理由」があり、違法性が阻却される。さらに、④本件でXに業務を委託した者は、家庭裁判所であって、少年やその父親ではないから、本件では告訴権者による告訴が欠缺している。Xは、以上の主張を展開して、無罪を主張した。

第一審は、上記争点に関して以下の四点を挙げて、被告人側の主張を退けた。①秘密漏示罪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をいうところ（医師法二条）、Xが医師に当たることは明らかであり、秘密漏示罪にいう「その業務上取り扱った」との要件は、医師については、その免許を前提に、専

門的知見およ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うことをいうと解されるから、Xが少年につき行った精神鑑定は、秘密漏示罪における医師の「業務」に当たるとは、一般に知られていない非公知の事実であって、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解されるから、本件漏示記録は少年およびその父親の秘密に当たり、Xの行為は秘密漏示罪を構成するとした。さらに、③正当理由についても、少年らに関する誤った世間の認識を正してもらおうとしたというXの思いは、未だ主観的なものにとどまる上、少年審判手続の進行中にその記録を自由に閲覧させ、少年らのプライバシー等に関わる内容も漏示していたことなどに照らすと、取材協力行為とみても正当な理由に基づくものとは認められないとして、違法性は阻却されず、秘密漏示罪が成立する。さらに、④少年やその父親の秘密が漏示されたのであるから、これにより被害を受ける少年らが本件の被害者として告訴権を有するのは当然である。以上の理由により、第一審は、Xを懲役四月（三年間執行猶予）に処した。Xは、事実誤認、法令適用の誤り、訴訟手続の法令違反を主張して控訴した。

第二審⁶は、控訴を棄却して以下のように判示し、被告人の行為は秘密漏示罪を構成するとした。第一に、構成要件該当性について、「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る……る。」と判示した。第二に、告訴の有効性について、「本件における秘密漏示罪は……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……他人に知られたくない人の秘密を漏らされた少年および実父が被害者となり、告訴権を有する。」と判示した。

これに対し、Xは、鑑定医が行う鑑定はあくまでも「鑑定人の業務」であつて「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しない、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主張して上告した。

(2) 決定要旨 二四年決定は、上告棄却の決定を下し、以下のように判示して、Xの行為は秘密漏示罪に当たるとした。

「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一三四条一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法三三〇条にいう『犯罪により害を被つた者』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一審判決を是認した原判断は正当である。」

(3) 千葉勝美裁判官の補足意見 なお、千葉勝美裁判官の補足意見は、些か長いが、重要なので以下に引用する。
「私は、法廷意見との関係で、次の点を補足しておきたい。

1 医師法一七条にいう「医療の内容となる医行為のうち、患者に対して診察・治療を行うという臨床としての職務（以下「基本的な医行為」という。）においては、医師は、患者等との間で信頼関係があり（緊急搬送された意識不明の患者との間でも、合理的な意思の推測により信頼関係の存在は認められよう）、それを基に患者の病状、肉体的・精神的な特徴等というプライバシー等の秘密や、治療等の関係で必要となる第三者の秘密に接することになり、基本的な医行為は、正にそのような秘密を知ることを前提として成り立つものである。刑法二三四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、第一次的には、このような患者等の秘密を保護するため、第二次的（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。

2 ところで、医師が鑑定人を選任された場合についてみると、基本的な医行為とは異なり、常に上記のような信頼関係に立つて鑑定対象者等のプライバシー等の秘密に接することになるわけではなく、更には、臨床医としての知識、経験に基づき、書面上の検討のみで鑑定人としての見解を述べるような場合（いわゆる書面鑑定の場合）もあり得るところであり、これも医師の業務ではある。しかし、このような場合には、対象者等との信頼関係が問題にならないこともあるが、鑑定資料を見ることにより対象者等のプライバシー等に接することはあり得よう。この

点は、医師以外の、例えば行動心理学の専門家が鑑定人に選任された場合も同様であろう。ところが、この場合、鑑定人がたまたま医師であるときは、鑑定人の業務遂行中に知り得た他人の秘密を公にすれば刑罰の対象となるが、行動心理学の専門家であれば刑罰の対象にならないという状況が生ずることになり、その差異ないし不均衡をどう考えるかが気になるであろう。

3 この点については、医師の業務のうち、基本的な医行為ないしそれに類する行為を行う過程で知り得た秘密、すなわち患者等との信頼関係に基づき知り得た秘密のみが、刑法一三四条にいう「秘密」に当たると解し、上記の書面鑑定の場合や、基本的な医行為とはいえない業務、例えば伝染病の予防等の観点から死体を解剖したデータに基づく診断書の作成の過程で知り得た秘密等はこれに当たらないとする解釈が考えられる。この解釈は、同条の立法趣旨を徹底するものであり、他の例でいえば、ある弁護士が、本来の業務である弁護活動とは別に弁護士であるがゆえに所属弁護士会の重要な会務を行うことになり、その過程で知り得た他人の秘密については、弁護士と依頼者との間の信頼関係に基づき知り得たものではないので、ここでいう「秘密」に当たらず、それを漏らしたとしても刑罰の対象にはならないとするのは、それが弁護士の業務に当たらないとする理由もあるが、上記信頼関係とは関係のない場面で知り得た秘密であることも、実質的な理由ではないかと考える。

4 もつとも、このような考えは、刑法一三四条所定の「秘密」を、立法趣旨に従って目的論的に限定解釈するものであるが、文理上の手掛かりはなく、解釈論としては無理であろう。そうすると、この問題は次のように考えるべきではないだろうか。

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。

刑法一三四条は、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解すべきであろう。

『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べき『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、刑法一三四条も、正にこのような見解を基礎にすると考えられる。

5 いずれにしろ、被告人が鑑定という医師の業務に属する行為の過程で知り得た秘密を漏示した本件行為は、鑑定人としてのモラルに反することは勿論、刑法一三四条の構成要件にも該当するものといえるべきである。」

III 秘密漏示罪の基本構造と判例の法理

1 秘密漏示罪の成立要件

一七年決定は、被告人の尿に関する鑑定書等の証拠能力の有無が争われた事案であって、二四年決定と異なり、秘密漏示罪の成否が直接争点となったわけではないが、上記の第二の論点として担当医師が被告人から採尿し薬物検査の結果覚せい剤反応が出たことから、警察へ通報した行為が、患者のプライバシー保護との関係で医師の守秘義務との調和をどのように図るかが問われることになる点で、本罪の「正当な理由」の射程範囲の問題となるのである。

ところで、刑法一三四条一項の罪は真正身分犯であり、主体を制限列挙し、医療関係者については、医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師に主体を限定している。これらの者が業務上知り得た他人の秘密を本人以外の者に漏示する行為を処罰する守秘義務違反の罪である。このうち「医師」は、二四年決定の第一審も指摘するように、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（医師法二条）。これに対し、「鑑定人」については、刑事訴訟法（一六五条～一七四条）、民事訴訟法（二二二条～二二八条）、少年法（一四条）のいずれにも守秘義務に関する規定がなく、秘密漏示に係る罰則規定も整備されていない。弁護士は、この両者の相違を理由に医師と鑑定人とを別概念と捉え、Xは「医師」としてではなく、「鑑定人」として業務上知り得た秘密であるから、Xの行為は本罪を構成しないと主張した。⁷⁾しかし、鑑定人という職業があるわけではなく、「学識経験のある者」（刑法一六五条、少年法一四条二項など）であれば足りる。⁸⁾それゆえ、Xは、免許により有資格の精神科の医師であることを前提として、その専門的知見を活かして、鑑定を行うことになる。

業務上知った秘密であれば、医師等が自ら調査・検査・判断等を行うことにより知り得た情報であると、本人または

第三者から得られた情報であると問わない。保護法益は、「個人の私生活上の秘密」である。⁹⁾しかし、第二次的には、二四年決定の千葉補足意見にもみられるように、個人の秘密を保護することによって、一般の人々がこれらの職にある者に対して安心して秘密を開示できるようにし、その反射的効果としてこれらの職業を保護する機能をも有している。¹⁰⁾

「人の秘密」とは、自然人であると、法人であると、個人であるとを問わず、他人に知られることが本人の不利となる事実であり、非公知の事実である。秘密の意義について、①本人が秘密にしようとする意思があれば足りるとする主観説、②客観的に本人にとり秘密として保護に値するものでなければならぬとする客観説、③客観的に秘密とする利益があり、かつ本人も秘密とすることを欲することを要する折衷説、④客観的に秘密として保護に値するか、または本人が特に秘密としたいと思ったといういずれかで足りるとする客観・主観択一説が対立する。¹¹⁾判例は、本罪については明言していないが、国家公務員法一〇〇条一項の「秘密」の意義について、「非公知の事実であつて、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるもの」をいい、「国家機関が単にある事項につき形式的に秘扱の指定をしただけでは足りない」としている。秘密漏示罪にいう「秘密」も、これと同様に、実質的に秘密として保護するに値するものである必要がある。¹²⁾「実質的に保護に値する」のは、被疑者・被告人が弁護士に対して犯罪事実を告白した場合など違法な事実も含まれることになる。このように、違法な事実も「秘密」に当たりうるるとすると、一七年決定の事案において、第一審と第二審が担当医師は国立病院の医師であり公務員であることを主な根拠として、覚せい剤反応が出た尿検査の結果を警察に通報する義務があることから守秘義務違反にならないとしていることは是非が問われるが、この点は後に検討する。

ところで、二四年決定では、精神科医である被告人が、鑑定人であることから、鑑定資料として家庭裁判所から貸出しを受けた当該事件の被疑者である少年およびその実父の供述調書等の写しや、少年の精神鑑定の結果を記載した書面

等を、三度にわたりジャーナリストの要望を受けて、閲覽させた行為が秘密漏示に当たるかが初めて問われた。事案の外形的事実には争いはなく、争点は、第一審以来、以下の四点に絞られた。①被告人が漏示した秘密は、「鑑定人」の業務上知り得たもので、「医師」が業務上知り得たものではないことから、鑑定人についての守秘義務に関する規定や罰則規定が設けられていない以上、被告人の行為は秘密漏示罪を構成しないのではないか、②供述調書等は裁判上証拠として使用され公開されるものであり、少年らも供述調書に署名・指印しており、内容の秘匿意思はないから、本罪で保護すべき「秘密」に当たらないのではないか、③少年の利益を図る目的や、取材協力という公益目的から供述調書等を閲覽させた行為は正当な理由があり行為の違法性が阻却されるのではないか、④本件業務委託は、家庭裁判所によるもので少年・実父によるものではないから、告訴権者による告訴が欠缺しているのではないかが問われた。

このうち論点③が、一七年決定の論点と関わり、本稿の問題関心の対象であるため、後にやや詳しく検討し、その他の論点は秘密漏示罪の罪質を知る上で必要な限り検討を加える。

2 判例の法理の検討

(1) 「医師」の業務と「鑑定人」の業務 二四年決定の第一審と第二審は、本罪における「その業務上取り扱った」との要件について、医師は医師国家試験に合格して厚生労働大臣から受けた医師免許を前提に専門的知見およ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うことをいうと解されるから、被告人が少年に行った精神鑑定は秘密漏示罪における医師の「業務」に当たると解した。

二四年決定は、秘密漏示罪の成否について、「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一三四条一項の秘密漏示罪に該当する。」と判示した。

ところで、鑑定医が行う鑑定は、「鑑定人」の業務であり、「医師」の業務ではないといえるかという秘密漏示罪の主体に関する議論についてみると、「医師」という身分は、第一審が示したように、医師法二条による医師免許を有していることと足りるのである。本件被告人は、精神科医であるから、本罪の「医師」の要件を満たす。被告人は、「鑑定人としての業務」を遂行中に当該情報を漏示した。問題となるのは、第一に、鑑定人として業務遂行中の医師も、一三四条一項の主体となりうるのか、第二に、「鑑定人の業務」と「医師の業務」とは異なるのかである。弁護側は、本罪にいう「医師」の意義を実質的にとらえ、秘密主体との間に信頼関係があり、かつ秘密を打ち明けるか否かを決定する自由があるが、鑑定医と鑑定対象者との間に信頼関係はなく、鑑定対象者には秘密を打ち明けるか否かの意思決定の自由がないとして、鑑定医は本罪の「医師」に当たらないと主張する。

第一点につき、学説は、①「依頼者との信頼関係を強調する見解」¹²と、②「依頼者との信頼関係は不要とする見解」¹³が対立している。①は、本罪の罪質が職務の性質上、他人の秘密を扱う職業にある者またはあった者に限定されていることに鑑みると、依頼人との間の特別な依頼関係や信頼関係でその秘密を保護する規定であると解する。これは、改正刑法草案三二七条一項が「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、一年以下の懲役もしくは禁錮または二〇万円の罰金に処する。」と規定していることと対応しており、本件のような事案では秘密漏示行為が本罪に当たらないと解する余地がありうるようにもみえる。もつとも、①説も、本件のような精神鑑定においても、鑑定に際して述べたことは目的外利用はなされないとの

信頼関係がないとは断言できないとして、被告人は本罪の主体になるとする。⁽¹⁴⁾

これに対し、第一審と第二審は、②説の信頼関係不要説をとり、「その業務上取り扱った」との要件に関して、医師とは医師免許を前提に専門的知見およ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う者をいうと解されるところとしている。

次に、「鑑定人の業務」と「医師の業務」との関係について、鑑定人は鑑定事項との関係で「学識経験のある者」から選任され、臨床心理士、家庭裁判所調査官など医師資格のない専門家も含まれる。それゆえ、両者は同一概念ではない。しかし、本決定は、第一点については②説の立場をとり、第二点については、「医師が、医師としての知識、経験に基づく、診断を含む医学的判断を内容とする鑑定を命じられた場合には、その鑑定の実施は、医師がその業務として行うものといえる」として、鑑定は医師の業務の一環と捉えている。

この点について、千葉裁判官の補足意見が注目される。それによると、①患者に対する診察・治療という基本的な医行為については、医師は患者等の間で信頼関係があり、基本的医行為は患者の秘密を知ることを前提として成り立つもので、②秘密漏示罪の趣旨は、医師が基本的な医行為を行う過程で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り、第二次的には、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企図している。③医師が鑑定人に選任された場合、常に信頼関係に立つて鑑定対象者等のプライバシー等の秘密に接することになるわけではなく、医師ではない行動心理学の専門家が鑑定人に選任された場合も同様の場合が考えられるので、基本的な医行為をなすものに類する行為を行う過程で知り得た秘密のみが、本罪の「秘密」に当たるとの解釈も考えられるが、この解釈は、立法趣旨を徹底するものであるが、文理上の手掛かりはなく、解釈論としては無理である。このように、千葉裁判官は、基本的な医行為をなすものに類す

る行為を行う過程で知り得た秘密のみを対象にする限定解釈は無理であるとす。

いずれにせよ、既述のように、医師は医師国家試験に合格し免許が交付されて初めて医師としての専門的知見に基づき医療行為を行えるのであり、また、医師としての資格に基づき「鑑定人」の役割を果たすことになる。

(2) 「秘密」の範囲 二四年決定の第一審は、本罪の「秘密」とは、一般に知られていない非公知の事実であつて、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解されるから、本件漏示記録は少年及びその父親の秘密に当たり、被告人の行為は本罪の構成要件に該当するとした。第二審は、「本件鑑定において知り得た人の秘密は、医師の職にあつた者が、その業務上取り扱つ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る。」とした。

二四年決定は、「秘密」の範囲について、「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」といふべきである」と判示した。

ところで、本罪の客体は、医師等が業務上取り扱つた「秘密」である。「秘密」とは、既述のように、特定の小範囲の者にだけ知られている事実であつて、本人が他の者に知られたくないという意思をもつており、他人に知られることが客観的にみて本人の不利益になると認められるものをいう。本罪の秘密の意義をめぐり、既述のように、主観説、客観説、折衷説、客観・主観択一説が対立している。個人の秘密に限れば、個人が秘密にする意思があれば、特段の事情がない限り、秘密にする利益もあるから、これらの見解の対立は意味がないともいえる。¹⁵⁾ただ、既述のように、本罪の客体は、自然人の秘密に限らず、法人の秘密も含まれる。したがつて、折衷説の理解が妥当であらう。¹⁶⁾

さらに、二四年決定は、鑑定対象者本人の場合のほか、同鑑定を行う過程で知り得た鑑定対象者以外の者の秘密も含まれる」と判示している。前者は少年A、後者はその実父Bである。本決定は、これらの見解のうちどの説に立つかは

明らかではないが、漏示対象は、Aの生育歴と学校の成績、Aの実父BのAに対する教育状況、Bの離婚の経緯その他家庭の事情等である。したがって、どの立場からも本罪の「秘密」に当たることになる。

(3) 告訴権者の範囲 秘密漏示罪は親告罪であることから、告訴権者の範囲が問題となる。第一審は、少年・実父の

秘密が漏示されたから、これにより被害を受ける少年らが本件の被害者として告訴権を有するとした。第二審も、「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。」と判示した。

二四年決定は、告訴権者の範囲について、本件鑑定対象者である少年および鑑定対象者以外の実父が「犯罪により害を被った者」に当たり、告訴権を有すると判示した。

告訴権者とは、一般に、「秘密を漏示されたことよって直接被害をこうむった者」と解されている。弁護人は、秘密漏示罪という告訴権者は業務上取り扱いを委託した本人に限られることから、被告人に鑑定依頼した家庭裁判所が告訴権者となるとした。たしかに、鑑定の場合、秘密主体（鑑定対象者）と業務の依頼者（裁判所）が異なっており、通常の診療の場合が、秘密主体は診療を依頼した患者本人であり、医師は患者との信頼関係に基づき、秘密を知得するため、少なくとも秘密を漏示された患者本人を告訴権者（被害者）と解することに問題はない。

IV 正当な理由と違法性阻却

1 判例の法理の検討

(1) 一七年決定 第一審は、既述のように、医師は守秘義務を負っているものの、他方で、国家公務員は刑事司法の

適正な運用を図るため告発義務を負うから、覚せい剤事犯のような重大な法益に係る犯罪に関する事実を知った公務員である医師が警察に届け出る行為は法令による行為であり、守秘義務違反とならないとした。第二審は、犯罪行為の捜査機関への通報は社会的に正当な行為として許容しうることに加え、担当医師が国家公務員の立場から告発義務を負い、被告人の両親にも了解を取ったうえで警察に通報した行為は守秘義務違反に当たらないとした。これら一・二審が守秘義務違反にならないとする根拠を、刑法法二二九条二項の国家公務員の告発義務に求めている。

これに対し、一七年決定は、公務員の告発義務には言及せず、必要な治療・検査の過程行つた採尿から違法薬物が検出されたときは、医師の守秘義務違反に当たらないと判断した。

最高裁が公務員の告発義務に言及しなかったのは、証言拒絶権を認める刑法法一〇三条、一四四条の規定との均衡上、公務員が職務上知り得た秘密について刑事訴訟上の告発義務はないと解されており、この点、一・二審の根拠づけは妥当ではないと評されている。⁽¹⁸⁾ また、一七年決定が、刑法法一〇五条の押収拒絶権や、刑法上の秘密漏示罪の保護法益及び違法性阻却事由としての刑法法一四九条の証言拒絶権の不行使に言及していない理由は、本件が尿の押収や医師の証言に関する事案ではなく、治療・検査過程において違法な薬物を検出した医師が捜査機関に通報した行為の守秘義務違反が問われたためであると解されている。⁽¹⁹⁾

(2) 二四年決定 第一審は、当該非行少年に関する誤つた世間の認識を正そうとする被告人の思いは、主観的なものであり、少年審判手続の進行中にその記録を自由に閲覧させ、少年らのプライバシー等に係る内容も漏示していたことなどに照らし、取材協力行為とみても違法性は阻却されないとした。医師による医療情報の開示が違法性を阻却するか否かの判断基準について、「取材行為の目的、手段及び方法に係る正当性、取材協力を行つた者の立場、目的、同行為

の態様等と、漏示対象となった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』があるといえるかを判断すべき』であるとした。第二審は、この点に關し特に言及がなかった。二四年決定も、特段この点につき言及がないが、一審判断を支持するものと考えられる。

ところで、本罪の成立には、「正当な理由がなく」秘密が漏らされることが必要である。弁護人によると、被告人の行為は、①Aの鑑定を行ううち、Aに殺意がないことが判明し、誤った報道により世間に広がった「少年には殺意があった」との認識を是正し、Aの将来を守るために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ること、②表現の自由に基づく取材に協力する行為だから、被告人の行為は「正当な理由」が存すると主張した。これに対し、第一審は、被告人が少年審判手続進行中に本件事件記録をフリージャーナリストに閲覧等させた行為は「審判手続中にあるA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、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」行為であり、手段も著しく相当性を欠くとして「正当な理由」が認められないとした。第二審は、家庭裁判所に係属中であった本件保護事件に關して被告人の「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」は少年の利益になるとはいえず、「少年審判の非公開性に優越する公益性があるなどとも到底いえない」とした。

一方、表現の自由権に基づく取材協力の問題については、第一審は、取材行為の違法性の有無につき、「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」すべきであるとして違法性判断の一般的基準を示したうえ、本件では、少年審判手続継続中に鑑定人の立場にありながら、第三者に事件記録等を自由に閲覧させるなど、手段の相当性を著しく欠くこと、記録内容が少年のプライバシー

ーにかかるとあることから、「正当な理由」に基づくものとは認められないとした。

冒頭で述べたように、医療情報の開示は医学の発展に貢献しうる重要な役割を果たすがゆえに、「正当な理由」があれば、開示は基本的に許容されることになる。「正当な理由」は、被害者の同意、緊急避難、社会的相当行為等の一般的な正当化事由により判断され、違法性阻却の対象となる。また、この判断には、憲法の表現の自由権(二一条)も関わってくる。しかし、医療情報の開示は、その反面で医療対象者のプライバシー侵害の虞のあることも否定できない。表現の自由権と個人のプライバシー権といういずれも基本的人権が相克する場合には、最近の判例は後者を優先する傾向にある⁽²⁰⁾。では、この「正当な理由」の射程はどのように考えればよいのであろうか。

V 医師の守秘義務の限界

二四年決定は「正当な理由」の射程範囲について言及しなかった。このことは、医療情報の開示に係る違法性阻却の判断基準を示した原原審の判断を同決定が支持するものであることを意味する。秘密の漏示は「正当な理由がないのに」行われたことを要するが、医療情報に関して、医師の守秘義務と第三者への情報提供が許容される限界は何か⁽²¹⁾。

第一に、被害者の同意がある場合は、基本的に秘密を漏示しても正当化されよう。ただし、秘密の開示が患者の不利益になる限り、患者の同意がなければ近親者への告知も漏示にあたりうる。一方、患者の同意があっても、遺伝情報等の近親者に直接関わる医療情報の開示は近親者のプライバシー侵害となりうるおそれがあり、正当化は困難である⁽²²⁾。

第二に、証人として証言義務がある場合である(刑訴法一四三条、民訴法一九〇条)。正当な理由なく証言を拒否した場合に制裁を受ける。医師が職務上知り得た患者の秘密については、証言拒絶権が認められているが(刑訴法一四九

条、民訴法一九七条一項二号)、その権利を行使せず、患者の秘密を漏らした場合が問題となる。この場合、たしかに患者の不利益になるが²³⁾、刑事弁護を引き受けた弁護士の場合はおよそ許されないが、それと異なり、医師が公益を考慮し司法に協力的態度を示した場合には特段の事情がない限り、開示は正当化されよう。なお、患者の診療情報は、当該患者の身体の状況、病状、治療等についての情報をいい、こんにち電子計算化処理されている。診療情報は個人情報保護法の対象ともなりうる。同法二三条は、患者の同意のない第三者への情報提供を禁止しているが、患者の同意を得るのは困難だが、身体又は財産の保護のために必要がある場合、公衆衛生の向上又は児童の健全な育成の推進のために特に必要がある場合には、情報開示は許容される²⁴⁾。

第三に、法令上、医師が告発義務を負う場合である。既述の一七年決定のように、国公立病院の医師には公務員として「その職務を行うことにより犯罪があると思料するときは、告発をしなければならない。」(刑訴法三三九条二項)。麻薬及び向精神薬取締法にも類似の規定(五八条の二第一項)がある。これらいずれにも罰則規定はないが、罰則規定のあるものもある²⁵⁾。

一七年決定は、「同医師は、救急患者に対する治療の目的で、被告人から尿を採取し、採取した尿について薬物検査を行ったものであって、医療上の必要があつたと認められるから、たとえ同医師がこれにつき被告人から承諾を得ていたと認められないとしても、同医師のした上記行為は、医療行為として違法であるとはいえない。また、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、これを検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ふべきである。」と判示した²⁶⁾。

これに対し、司法への協力行為の一事を正当化の根拠としているとの批判や²⁷⁾、間接的な違法捜査を助長するものであるとの批判がある²⁸⁾。たしかに、患者のプライバシーに対する医師の守秘義務は薬物犯罪の取り締まり目的が守秘義務を

解除する。しかし、患者のプライバシー権といえども、その内容が違法薬物の検出及び薬物摂取が自傷他害のおそれに至りうることを考慮すると、公益の観点から、特段の事情がない限り、患者のプライバシー権は制約されざるを得ないであろう。患者のプライバシーと比較衡量しても、一七年決定の医師の開示行為は法秩序全体の精神に照らして相当であると評価できるであろう。⁽²⁹⁾

第四に、二四年決定の事案のように、秘密の対象者が少年審判手続進行中に本件事件記録を第三者に閲覧等させる行為は、少年審判手続の制度趣旨とプライバシー等の秘密の観点が重要視されるべきである。このように、一・二審とも、少年審判の非公開性という少年法における少年審判手続きの制度趣旨に反することを問題視しており、その場合の少年の秘密漏示は正当化されないことは明らかである。

なお、憲法二一条の表現の自由権との関係である。表現の自由権に基づく取材協力の問題については、第一審は、取材行為の違法性の有無については、「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」すべきだとして違法性判断の一般的基準を示したうえで、本件では、少年審判手続継続中に鑑定人の立場にありながら、第三者に事件を自由に閲覧させるなど、手段の相当性を著しく欠くこと、記録内容が少年のプライバシーにかかるものであることから、「正当な理由」に基づくものとは認められないとした。取材行為の違法性の有無について、一審が違法性判断の一般的基準を示して、第三者への開示は少年のプライバシー侵害になる場合は正当化されないとしているように、対象者のプライバシーと表現の自由権のバランス論において、前者を犠牲にして後者を優先させるわけにはいかないのである。

- (1) 佐久間修『最先端法領域の刑事規制』（現代法律出版、二〇〇三年）二二頁以下、甲斐克則「医療情報の保護と利用の刑事法問題点」岩瀬徹ほか編『野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開下巻』（信山社、二〇一四年）六三頁以下、村山淳子「診療情報の第三者提供をめぐるわが国の法状況の考察」西南学院法学論集三七巻一号（二〇〇五年）九五頁以下等。
- (2) 刑集五九巻六号六〇〇頁。
- (3) 刑集六六巻四号四〇五頁、判時二二五六号一四一頁、判タ二三七三号八六頁。
- (4) 草薙厚子「僕はパパを殺すことに決めた」（講談社、二〇〇七年）。
- (5) 奈良地判平成二二年四月一五日刑集六六巻四号四七二頁、判時二〇四八号一三五頁。
- (6) 大阪高判平成二二年二月一七日刑集六六巻四号四七二頁。
- (7) 改正刑法草案三二七条一項は、「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が、正当な理由がないのに、その業務に関して知ることのできた人の秘密を漏らしたときは、一年以下の懲役もしくは二〇万円以下の罰金に処する。」と規定している。そこで、鑑定人である医師が鑑定上知り得た秘密は本罪の秘密に該当しないと解する見解として、松宮孝明「判批」立命館法学三三七号（二〇一二年）四九三頁。
- (8) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法3（第一版）』二六二頁「中井憲治」（青林書院、二〇一〇年）。
- (9) 大谷實「刑法議義査論新版第四版」（成文堂、二〇一三年）一五五頁、西田典之「刑法各論第六版」（弘文堂、二〇一二年）一〇六頁等。
- (10) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法4（第三版）』三六三頁「宋澤敏雄」（青林書院、二〇一四年）。
- (11) 学説の整理として、渋谷洋平「判批」年報医事法学二八号（二〇一三年）一五六頁以下。
- (12) 田坂晶「判批」刑事法ジャーナル三三三号（二〇一二年）二二九頁以下。
- (13) 松宮孝明「判批」平成二四年度重要判例解説一五九頁以下。
- (14) これに対し、松宮・前注（13）一六〇頁は、①説がそうのように述べて本決定を支持するのは矛盾であると批判する。その理由は、鑑定の依頼者は裁判所であり、秘密の主体とは別人格であるからであるとする。

- (15) 山口厚『刑法各論第二版』(有斐閣、二〇二〇年) 一三二頁、佐伯仁志「秘密の保護」阿部純二ほか編『刑法基本講座第六巻』(法学書院、二〇〇七年) 一四四頁。
- (16) 山口・前注(15) 一三二頁。
- (17) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法4(第二版)』(今崎幸彦・川村博) (青林書院、二〇二二年) 七七〇頁。
- (18) 山田耕司「判批」最判解刑事篇平成一七年度二五九頁。
- (19) 米澤敏雄「判批」判詳五七三号(二〇〇五年) 五四頁。
- (20) 近時、最高裁は、一定の政治的主張を表明するピラをポストティングする目的でマンション等の玄関ホールや共用廊下等に立ち入った行為について一三〇条の罪を認め、住居権をプライバシー権で再構成し、表現の自由権を制限している。最判平成二〇年四月一日刑集六二巻五号二二七頁、最判平成二二年一月三〇日刑集六三巻九号一七六五頁。
- (21) 甲斐・前注(1) 七五頁以下。
- (22) 甲斐克則「医療情報の第三者提供と医師の守秘義務違反」研修七三二号(二〇〇九年) 一二頁は、平成二四年決定の射程範囲について、緊急避難に準じた要件を満たす場合に限定すべきであると主張する。しかし、同決定の射程範囲が秘密の漏示の違法性阻却につき緊急避難の補充性の要件まで必要とする趣旨かは疑問であろう。
- (23) 本罪の成立を認めるものとして、曾根威彦『刑法各論第五版』(成文堂、二〇二二年) 八七頁。
- (24) 医療機関が有する患者情報は、国立病院や国立大学医学部付属病院の保有については「独立行政法人等の保有する個人情報に関する法律」、地方公共団体が運営する病院の保有については、各自自治体が制定した個人情報保護条例、民間の病院やクリニックの保有については、平成一七年四月から施行の「個人情報保護の保護に関する法律」にそれぞれ規定されている。
- (25) 感染症の予防及び感染症の患者に対する医師に関する法律二二条等。
- (26) 最決平成一七年七月一九日刑集五九巻六号六〇〇頁。
- (27) 安村勉「判批」平成一七年度重要判例解説一九一頁。

(28) 浅田和茂「判批」医事法判例百選(初版)九九頁。

(29) なお、佐久間修「医師の守秘義務と公益上の通報義務」ジュリスト一三〇三号(二〇〇六年)六四頁、伊東研祐「判批」刑事法ジャーナル三号(二〇〇六年)一〇六頁、淵野貴生「判批」法学セミナー一六一〇号(二〇〇六年)一二九頁。