

# 公務員の守秘義務における判例法理

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2023-06-02 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 前田, 正義, MAEDA, Masayoshi メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.15053/0000000207">https://doi.org/10.15053/0000000207</a>

## 【論説】

# 公務員の守秘義務における判例法理

前田 正義

## 【目次】

はじめに

一 判例

二 学説

三 法的構成とその限界

むすび

はじめに

尖閣諸島沖中国船衝突映像流出事件<sup>1)</sup>などにおいては、公務員の守秘義務（「職員は、職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない。」国家公務員法 100 条 1 項）の適用の如何が問題となった<sup>2)</sup>。この「秘密」の意義について、後述するように、判例では、後掲の外務省秘密電文漏洩事件<sup>3)</sup>において、「秘密とは、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……、その判定は司法判断に服するもの」という、実質秘説が先例とされ

---

<sup>1)</sup> 2010 年 11 月 4 日、尖閣諸島沖において、中国船が海上保安庁の巡視艇に衝突したとされる映像（海上保安庁撮影）を勤務中に入手した海上保安官が、インターネット動画共有サービス YouTube に投稿した事件である。同官は、停職 12 ヶ月の懲戒処分の後、退職届が受理された。その後、国家公務員法 100 条 1 項違反については、起訴猶予となった。

<sup>2)</sup> そのほか、公務員の守秘義務については、同法 109 条 12 号・111 条参照、地方公務員法 34 条・60 条 2 号・62 条、自衛隊法 59 条・118 条 1 項 1 号・2 項、外務公務員法 4 条 1 項・27 条、裁判所職員臨時措置法（国家公務員法準用）など。

特定の公的業務に従事する公務員の秘密保持義務については、家事審判法 30・31 条、民事調停法 37・38 条、裁判所法 75 条、人権擁護委員法 12 条 2 項、独占禁止法 39 条、日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法（MDA 法：非公務員を含む）、および日米地位協定の実施に伴う刑事特別法 6 条など。

<sup>3)</sup> 最一小決昭和 53〔1978〕年 5 月 31 日刑集 32 卷 3 号 457 頁。

ている。また、学説上も、実質秘説が支配的である<sup>4)</sup>。

しかしながら、前掲の尖閣諸島沖中国船衝突映像流出事件では、「秘密」に該当しないとの研究者の見解が大勢を占めた<sup>5)</sup>にも拘わらず、起訴猶予となったように、法規範としての実質秘説は必ずしも明確とはいえないことが指摘できる。このことは、学説上も指摘されてきた問題でもあった<sup>6)</sup>。さらに、本件に関して、政府は、尖閣諸島沖中国船衝突映像流出事件などをふまえて、国家秘密の保護を推進するため、「秘密保全のための法制の在り方に関する有識者会議」を創設し、新法（仮称「秘密保全法」）の制定を意図している<sup>7)</sup>。したがって、この問題は、憲法解釈論上、そして立法論上も、枢要なテーマであるといえる。しかしながら、既述のように、日本において、この問題についての検討が十分になされているとはいえない状況にある。

本稿の目的は、このような日本法の状況をふまえて、この問題についての考察、そして検討を加えるものである<sup>8)</sup>。そのため、はじめに、この問題についての日本法の状況を歴史的にも考察するため、現在、通説からの支持を得ており、かつ一定の変遷を経てきた日本の判例を俯瞰する。つぎに、このような判例に対する学説の評価および批判を考察する。そのうえで、日本法の問題点の抽出を試みる。そして最後に、問題点を抱える日本法の閉塞状況を解消するための新たな法的構成の可能性を模索したい。

---

<sup>4)</sup> たとえば、浜田純一「『秘密』性審査の方法とその限界」法律時報 59 巻 5 号 31 頁，1987 年，など。

<sup>5)</sup> たとえば、橋本基弘「尖閣諸島中国漁船衝突事件で試される民主国家としての日本」教育×ChuoOnline <<http://www.yomiuri.co.jp/adv/chuo/opinion/20101115.htm>> (2012 年 11 月 19 日存在確認)。

<sup>6)</sup> 佐藤幸治・松井茂記「外交秘密と『知る権利』——外務省秘密漏洩事件決定によせて」判例時報 896 号 121-122 頁，1976 年，および浜田純一「『秘密』性審査の方法とその限界」法律時報 59 巻 5 号 35 頁，1987 年，など。

<sup>7)</sup> 秘密保全のための法制の在り方に関する有識者会議「秘密保全のための法制に在り方について（報告書）」2011 年，参照。

<sup>8)</sup> 本稿においては、実質秘説の要件とされる非公知性について言及しない。

## 一 判例

### 1 ラストボロフ事件

裁判所は、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義（解釈論上の意味・定義）について、これまでいくつかの判断を下してきている。本稿では、主な判例を概ね時系列に沿って俯瞰することにより、判例の傾向を把握するとともに、判例の検討を行うための視座の獲得を試みたい。

通常、この問題の端緒として取り上げられる判例は、ラストボロフ事件である。本件では、外務事務官が外務省発行の秘扱（秘密指定）文書「国際経済機関」を旧ソビエト人へ交付することにより、職務上、知ることのできた「秘密」（国家公務員法 100 条 1 項）の漏洩が争点となった。本判決は、「秘密」の意義について、以下のように判示している。

国家公務員法第百条第一項にいわゆる「秘密」とは、所論実質的秘密に属する事項ばかりでなく、国家が一般に知られることを禁ずる旨を明示した事項を指称するものと解すべく、……右文書につき特に国家機関による秘扱の解除手続または同文書の前内容の公表発表がなされない限り、同文書の内容はそれが実質的に秘扱に値するとにかかわらず、前示法条所定の秘密に該る<sup>9)</sup>

本判決については、学説上、行政機関を秘密指定権者とする形式秘説であるとも捉えられている<sup>10)</sup>。しかしながら、判決文中の「実質的秘密に属する事項ばかりでなく」との文言から、「秘密」の意義については形式秘にとどまらず、実質秘をも包摂（総括）する立場として理解する方が、正確であるように思われる<sup>11)</sup>。

<sup>9)</sup> 東京高判昭和 32〔1957〕年 9 月 15 日高刑集 10 卷 7 号 569 頁。なお、本判決は、非公知性について、「一般人の知り得べき状態」にない情報を「一般人の知り得べき状態に置く」ことであるとして、間接的に言及している。

<sup>10)</sup> たとえば、有倉遼吉「国公法百条・百九条・百十一条論——比例原則からみるその違憲性」法律時報 44 卷 7 号 13 頁，1972 年，など。

<sup>11)</sup> 本判決の立場は、形式秘実質秘総括説とも称されている。鵜飼信成『公務員

また、本判決は、「秘密」の認定（適用）に関して、「これを第三者に知らせることが、国民全体の奉仕者としての義務に違反し、公共の利益を害するもの（実質的秘密）」とする<sup>12)</sup>。そして、本件漏洩情報が国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」に該当するとした。

ここには、「秘密」の意義について、実質秘にとどまらず、形式秘までも包摂しつつ、当該漏洩情報の実質秘性を以て、「秘密」を認定するという、形式秘よりも実質秘性を重視する指向性が看取できよう。その意味において、形式秘説として、本判決を理解することには、不整合をきたそう。また、後述のように、その後の実質秘説を採用しているとされる判例においても本判決が基本的に維持されていることから、形式秘実質秘総括説（さらには実質秘を中核とした同説）として理解した方が、正確であるように思われる。

## 2 徴税トラの巻事件

既述のように、下級審判決が国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」に形式秘を包摂している状況において、最高裁が示した秘密漏洩罪の先例の一つとしてとりあげられるのは、徴税トラの巻事件である。本件では、旧大蔵事務官税務署所得税係員が職務上配布された所得税標準表などの秘密（秘密指定）文書を民間人に貸与したことが、国家公務員法 100 条 1 項違反に問われた。

### (1) 徴税トラの巻事件第一審判決

本件第一審判決は、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義について、以下のように判示している。

---

法〔新版〕』有斐閣，243-244 頁，1980 年。本判決では形式秘は実質秘を包摂するものと考えられていることから、「秘密」の範囲は、実質的・結果的には形式秘（説）とは異ならないだろう。したがって、形式秘説と称することも全く不当なものではない。ただ、「秘密」の範囲という結果ではなく、秘密の属性からは、後述するように、本判決を形式秘実質秘総括説とする意義が認められるだろう。

<sup>12)</sup> 本判決の上告審決定は、「秘密」の認定について、本判決と同様に、「適式に秘扱とせられたというのであり、挙示の証拠によれば優に右事実を認定するに足りる。単に形式的に秘扱とせられたというにとどまらず、実質的にも職務上知ることのできた秘密に当ると解するを相当とする。」とした。最二小決昭和 35〔1960〕年 11 月 30 日刑集 14 卷 13 号 1766 頁。

国家公務員法第百条第一項〔の「秘密」に関して、〕……何が刑罰によつて保護されるに値するもの〔「実質的な秘密」〕かどうかについては、当該国家機関においてこれを指定しうるとの法律上の根拠のない以上、刑罰法規の解釈、適用をその任務とする裁判所において独立に判断すべき事柄であつて、当該国家機関の内部においてその旨の規定がなされていたとの一事のみをもつては足りない<sup>13)</sup>（以下、引用文中の〔 〕内は、著者による。）

本件第一審判決は、実質秘説の要件とされる実質秘性（「実質的な秘密」）とその司法判断について判断している。けれども、その根拠は、現在一般に主張されている民主主義ないしは国民の知る権利の見地からのものではなく、刑罰法規を解釈・適用する司法権ないしは適正手続の見地からのものである。その意味において、本件第一審判決は、後掲の外務省秘密電文漏洩事件、そして現在の学説が採用する実質秘説とは、その根拠を異にしている。このことは、公務員の秘密漏洩行為について、服務規律（国家公務員法 98 条 1 項）違反と同様の文脈として捉えたうえで、その司法権の問題として捉える以上のものである。国民の知る権利を主張する今日の判例とは趣旨を異にする。その本判決において「秘密」が認定され、より強固な対抗利益と考えられている国民の知る権利を援用するその後の外務省秘密電文漏洩事件などの判例において、「秘密」が認定されていないのは、皮肉なのかもしれない<sup>14)</sup>。

また、本件第一審判決は、「秘密」（実質秘性）の認定に関して、「それが刑罰によつて保護されるだけの実質的な秘密性を保有するかどうかについて判断するに際しては、その内容……が明らかにされることが不可欠」であるとした。そのうえで、本件漏洩情報の内容が訴訟手続上明らかにされていないとして、本件漏洩情報の「秘密」性を認定しなかった<sup>15)</sup>。なお、実質秘性の認定に関わる規範的内容

<sup>13)</sup> 大阪地判昭和 35〔1960〕年 4 月 6 日判時 223 号 6 頁。

<sup>14)</sup> 後述のように、そこに国民の知る権利を援用することにおける本質的な問題の余地が窺える。

<sup>15)</sup> 同種の判決として、小西反軍訴訟（新潟地判昭和 50〔1975〕年 2 月 22 日判時 769 号 19 頁）。なお、控訴審（東京高判昭和 52 年 1 月 31 日高刑集 30 卷 1 号 1 頁）は、破棄差戻した。

については、直接には言及していない。

## (2) 徴税トラの巻事件差戻し後第一審判決

その後、本件第二審判決は、本件情報（文書）の内容が明らかではなくとも、それ以外の状況事実によって秘密性を判断できるとして、原審を破棄し、本件を差戻した<sup>16)</sup>。本件差戻し後第一審判決は、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義について、前掲の本件第一審判決類似の見地より、違法性に可罰性（実質性・相当性）を求めることによって「秘密」に（実質的）限定を加えている<sup>17)</sup>。

また、「秘密」の認定については、以下のように否定している。

標準率、効率を公表することによって生ずる税務行政上の支障の程度は、……いわんや国家財政の根幹をゆるがすとか、申告納税制度を崩壊させるといった程のものではない<sup>18)</sup>

本判決は、本件漏洩情報を「秘密」として認定しなかった。これは、本判決が「秘密」の認定において、「国家財政の根幹をゆるがす」あるいは「申告納税制度を崩壊させる」というように、本件情報漏洩による危険の存在にとどまらず、危険の程度まで要求している帰結とも評価できよう（以下、傍点は筆者による。）。

---

<sup>16)</sup> 「本件文書の秘密性を立証するためには必ずしも文書の全内容を開示しなくとも、本件証拠物と前記証人の証言とによつて十分な立証をなし得る」大阪高判昭和 37 [1957] 年 4 月 24 日下刑集 4 卷 3・4 号 204 頁（徴税トラの巻事件差戻し控訴審判決）。

<sup>17)</sup> 本判決は、「同法第一〇〇条第一項は、職員が職を退き職務上の義務が消滅した後もなお秘密保持義務を認め、……刑罰を科していることを考えると、……秘密そのものを保護しようとするのが同条の法意であると考えられるところ、秘密が実質的に保護に値するものであつてはじめてその侵害が可罰的なものとなるといわなければならないから、同条第一項の秘密とは、実質的に秘密性あるもの」とする。大阪地判昭和 42 [1967] 年 5 月 11 日刑集 31 卷 7 号 1136 頁。

<sup>18)</sup> さらに、本判決は、「脱税の虞れがあるというのであれば、調査を厳重にする等の行政措置によつてこれを防止しうる余地は十分にあるものと考えられる。」とする。

### (3) 徴税トラの巻事件差戻し後第二審判決

つぎに、本件差戻し後第二審判決は、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義について、「刑罰によって保護に値する秘匿の必要性、すなわち実質的秘密性を備えたものでなければなら〔ない〕」と判示し、本件第一審判決を踏襲した。

ただし、本件差戻し後第二審判決は、「秘密」(実質秘性)の認定について、本件第一審判決とは異なり、以下のように判示している。

当該事項につき国家機関に秘扱の指定がなされている場合は、右〔「実質的秘密性」の立証〕に替えて、その秘扱の指定が国家機関内部の適正な運用基準に則ってなされたこと、あるいは、当該事項の種類、性質、秘扱を必要とする由縁等を立証することにより実質的秘密性を推認せしめうる場合もあり、そのような場合は秘扱の指定がなされていることはその依拠する指定基準(指定権者、秘密の範囲、指定および解除の手続)と相俟って実質的秘密性の立証の一の有力な資料となりうる<sup>19)</sup>

本件差戻し後第二審判決は、国家機関による秘密指定(「秘扱の指定」:形式秘)が実質秘性(「実質的秘密性」)を具有する蓋然性(「推認せしめうる場合」)を示している。本判決では、形式秘を排除しないという意味において、前掲のラストボロフ事件と整合する立場が示されているともいいえよう(形式的実質秘説)。

そして、「秘密」の認定については、以下のとおり判示した。

標準表および効率表の内容が全面的に一般に公開されると、……過少申告がなされた場合は、標準表や効率が記帳額や申告額の当否を検討する目安でもあったことから、記帳額や効率が一応の合理性を帯び、……過少申告摘発のための捜査の端緒が減少するおそれがあったことが推認される。

このように、本件差戻し後第二審判決は、「過少申告摘発のための捜査の端緒が減少するおそれ」という危険の存在を以て、「秘密」を認

---

<sup>19)</sup> 大阪高判昭和 48〔1973〕年 10 月 11 日判時 728 号 19 頁。



定した。

#### (4) 徴税トラの巻事件最高裁決定

国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義に関する以上のような下級審の状況に対して、本件最高裁決定は、実質秘説を採用したものととも理解されている。本決定は、以下のように、少なくとも、ラストボロフ事件が示した形式秘性を排除している。

国家公務員法一〇〇条一項の文言及び趣旨を考慮すると、同条項にいう「秘密」であるためには、国家機関が単にある事項につき形式的に秘扱の指定をただけでは足りず、右「秘密」とは、非公知の事項であつて、実質的にもそれを秘密として保護するに価すると認められるものをいうと解すべき〔である〕<sup>20)</sup>

本決定は、実質秘性について、「形式的に秘扱の指定をただけでは足りず……実質的にもそれを秘密として保護するに価すると認められるもの」としており、形式秘かつ実質秘を充たす、形式秘実質秘複合説として理解できる<sup>21)</sup>。

また、本決定は、「秘密」の認定について、「実質的にもそれを秘密として保護するに価すると認められるもの」(実質秘性)として、以下のように、具体的に言及している。

---

<sup>20)</sup> 最二小決昭和 52〔1977〕年 12 月 19 日刑集 31 卷 7 号 1053 頁。

<sup>21)</sup> この判例の立場は、実質秘性では足りず、形式秘性までも要求するものと解するならば、実質秘説以上に国民の知る権利を重視する立場としても捉えることができる。しかしながら、当の判例は、後掲の実質秘性における「秘密」の緩やかな認定から窺われるように、行政機関による広汎な秘密指定(形式秘)を前提としたうえで、実質秘性を要求しているものとして解するならば、とりわけ国民の知る権利を重視した立場とも捉えることはできないだろう。

なお、アメリカにおける秘密指定の実態の調査研究の紹介によるならば、ある研究では、国防総省において秘密指定された文書のうち 99%が秘密指定されるべきではない文書であり、またほかの研究では、秘密指定された文書のうち秘密に値する文書は約 10%にすぎないという。花見常幸「国家秘密と情報自由——アメリカにおける国家安全情報の法的保護の問題点を心として——」創大平和研究 4 号 112 頁, 1982 年。なお、近年のアメリカの状況については、以下参照。等雄一郎「国家安全保障情報の秘密指定に関する大統領行政命令(eo13526)」ジュリスト 1395 号 107 頁, 2010 年。

これ〔「営業庶業等所得標準率表」など〕を公表すると、青色申告を中心とする申告納税制度の健全な発展を阻害し、脱税を誘発するおそれがあるなど税務行政上弊害が生ずるので一般から秘匿されるべきものであるというのであつて、これらが同条項〔国家公務員法一〇〇条一項〕にいわゆる「秘密」にあたる<sup>22)</sup>

本決定では、「脱税を誘発するおそれがあるなど」という危険性の存在を以て、情報の実質秘性を肯認していることが看取できる。このことは、たとえば本件差戻し後第一審判決を除く、裁判例を踏襲しているといえよう。そして、ここに、秘密の保護に厚く、必ずしも国民の知る権利を重視するものではないという本判決の指向性が読み取れよう。

#### 4 外務省秘密電文漏洩事件

既述のように、判例が国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義について実質秘説を採用する如何が必ずしも明らかではなかった状況にあつて、判例の立場が明示されたのは、外務省秘密電文漏洩事件であつた。本件では、外務事務官が新聞記者の依頼に応じて沖縄返還交渉に関する電文（秘密指定）を見せたことが国家公務員法 100 条 1 項違反に問われた。

##### (1) 外務省秘密電文漏洩事件第一審判決

本件第一審判決は、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義について、以下のように判示している。

秘密保護の必要性とは、……わが国のような民主主義国家においては、公務は原則として国民による普段の監視と公共的討論の場での批判又は支持を受けつつ行われるのが建て前である<sup>23)</sup>

<sup>22)</sup> 最二小決昭和 52〔1977〕年 12 月 19 日刑集 31 卷 7 号 1053 頁。

<sup>23)</sup> 東京地判昭和 49〔1973〕年 1 月 31 日判時 732 号 12 頁。

本件第一審判決では、司法権の管轄ないしは適正手続の保障を旨とする前掲の諸事件とは異なり、民主主義の見地より、いわゆる国民の知る権利を勘案して、公務（行政情報）が原則として公開されるべきであり、例外的にのみ非公開とされることを確認している。

そして、本件第一審判決は、その例外にあたる国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の認定について、「一定の事項が漏示されるならば公務の民主的且つ能率的運営<sup>24)</sup>が国民に補償され得なくなる危険性がある場合」として、具体的に、以下のように判示している。

当該事項がおよそ公共的討論や国民的監視になじまない場合（例えば、プライバシーに関する事項）、当該事項が公開されると行政の目的が喪失してしまうに至る場合（例えば、逮捕状の発付又は競争入札価格）、又は公共的討論や国民的監視によるコントロールは事後的に（又は結果に対する批判として）行う機会を残しつつ公務遂行中にはその能率的、効果的な遂行を一時優先させる必要のある場合（例えば、行政内部での自由な発言を保障するための非公開委員会など。外交交渉中に行われる会談の具体的内容がこれに該当するか否かは後述する。）その他右に準ずる場合に限られなければならない。……更に、公務の内容が違法であって当該公務の民主的な運営ということ自体が無意味である場合には、民主的運営の保障のための秘密保持義務は考えられない<sup>25)</sup>

本件第一審判決では、民主主義（国民の知る権利）、行政目的、および効率的行政の見地より、違法な行政情報は別として、プライバシー、逮捕状発付、競争入札価格、および非公開委員会など、例外的に非

---

<sup>24)</sup> 本判決が「公務の……能率的運営」に対する「危険性」を規範として「秘密」を認定していることについては、本判決の「秘密」の意義について評価しつつも、『知る権利』を含めた国民の権利を圧縮、剥奪した全体主義、独裁国家の方が効率はいい。民主国家は……能率的運営を犠牲にする」という批判がある。奥平康弘ほか「座談会 国家秘密と取材活動」ジュリスト 621 号 21-22 頁〔筑紫哲也発言〕、1976 年。

しかし、本判決は、「公務の民主的あるいは能率的運営」ではなく、「公務の民主的且つ能率的運営」と判示しているのであり、国民の知る権利を援用した本判決の「秘密」の認定との整合性をふまえても、かかる理解は至当であろうか。疑問なしとしない。また、公務の「能率的運営」は、窮極的には国民の利益にもつながろう。

<sup>25)</sup> 東京地判昭和 49〔1973〕年 1 月 31 日判時 732 号 12 頁。

公開とされる行政情報（「秘密」の意義）の画定を試みている。このことは、実質秘性について、事件の文脈を超えて列挙しており、「刑罰法規の解釈、適用をその任務とする裁判所において独立に判断すべき事柄」とする徴税トラの巻事件第一審判決、そして「税務行政上弊害が生ずるので一般から秘匿されるべきもの」とする徴税トラの巻事件最高裁決定とは異なる。これは、本判決が民主主義の見地から行政情報の原則的公開を明示していることの一徴表といえるのかもわからない。

また、実質秘性の認定について、漏洩により、「およそ公共的討論や国民的監視になじまない場合」および「行政の目的が喪失してしまう場合」として、危険の存在だけではなく、危険の程度について言及している点に関しては、改めて注目されるべきであろう。さらに、「公務遂行中にはその能率的、効果的な遂行を一時優先させる必要のある場合」として、危険の時限性についても考慮されている。本判決は、実質秘性の認定について、「〔上述の危険性のある場合に〕準ずる場合に限られなければならない」という一節にもあるように、「公共的討論や国民的監視」という民主主義の見地により、危険の存在だけではなく、その程度を考慮することにより、「危険」（実質秘性）を限定する志向が窺える。

しかしながら、これらの危険性（実質秘性）の認定は、「公務の民主的且つ能率的運営が国民に補償され得なくなる危険性がある場合」という危険性が存在する場合の具体例であり、本件において実質秘性が認定されたことから、結局は危険性の存在により、実質秘性を認定したのも同然であろう。

## (2) 外務省秘密電文漏洩事件第二審判決

つぎに、本件第二審判決は、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義について、本件第一審判決を確認し、同じく民主主義の見地から、実質秘説を摘示している<sup>26)</sup>。

---

<sup>26)</sup> 東京地判昭和 51〔1975〕年 7 月 20 日高刑集 29 卷 3 号 429 頁。

また、本件第二審判決は、「秘密」の認定（実質秘性）について、以下のように判示している。

近代民主主義国家において、指定秘とされる情報は、その漏示が国家の利益に反するとの判断により秘密とされる真正な秘密でなければならないが、稀には、国家の利益のためではなく、時の政府の利益のため、特定の情報を秘匿する目的で秘密指定がなされることがありうるのであり、前者は真正秘密（true secret）、後者は擬似秘密（false secret）と呼称される。<sup>27)</sup>

以上のように、本件第二審判決は、「秘密」（実質秘性）の認定について、真正秘密と擬似秘密（違法秘密を含む）に範疇化し、後者の実質秘性を否定している。その意味において、本判決は、少なくとも、実質秘性の限定を試みているといえよう。

しかし、それらの範疇化の是非は別論としても、本判決が「弊害の存在の可能性」<sup>28)</sup>として、危険（弊害）の程度まで求めることなく、危険の存在を求めるにとどまったことは、本判決が本件漏洩情報の「秘密」性を認めたことから、結果的に、実質秘性を捨象するとの虞を解消できないだろう。

### **(3) 外務省秘密電文漏洩事件最高裁決定**

つぎに、最高裁は、ここに至って、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義について、本件第一審および第二審判決同様、民主主義の見地より、以下のように実質秘説の立場を顕示することとなる。

---

<sup>27)</sup> さらに、本判決は、以下のように、「秘密」の意義について言及する。「擬似秘密の中には、政府が憲法上授権されていない事項に関し行動したことを秘匿するため秘密指定のなされるものが想定されうるのであり、この種のものを『違法秘密』と呼ぶとする。「ところで、真正秘密と擬似秘密との間に明確な一線を画することは容易ではなく、他の関連する秘密情報との関係において、はじめて両者を区分することが可能となるものであり、したがって、他の関連する秘密情報に精通する立場にある公務員において、両者を見分けることが可能であるにすぎない場合が多々あることは、当然のことである。」

<sup>28)</sup> 本判決は、「一部に擬似秘密に当たる事項の記載が含まれているとしても、真正秘密であるその余の記載事項〔条約の全部または一部の締結が不可能にさえなることがありうる。これらの弊害の存在の可能性〕も含まれていることに鑑みれば、国公法一〇九条一二号、一〇〇条にいう秘密に該当する」としている。

国家公務員法一〇九条一二号、一〇〇条一項にいう秘密とは、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（最高裁昭和四八年（あ）第二七一六号同五二年一月一九日第二小法廷決定）、その判定は司法判断に服するものである。<sup>29)</sup>

また、本決定は、「秘密」の認定について、すなわち、「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」について、つぎのように判示している。

条約や協定の締結を目的とする外交交渉の過程で行われる会談の具体的内容については、当事国が公開しないという国際的外交慣行が存在するのであり、これが漏示されると相手国ばかりでなく第三国の不信を招き、当該外交交渉のみならず、将来における外交交渉の効果的遂行が阻害される危険性があるものというべきであるから、本件第一〇三四号電信文案の内容は、実質的にも秘密として保護するに値するものと認められる。<sup>30)</sup>

本決定では、「秘密」の認定について、「外交交渉の効果的遂行が阻害される危険性がある」ことを要件としている。この立場は、徴税トラの巻事件差戻し後第一審判決を除く、危険の存在を以て「秘密」性を認定した本件第一審、第二審判決、およびその他多くの判決と同様の立場であるといえよう。

## 二 学説

### 1 形式秘説

学説では、国家機関を秘密指定権者とする形式秘説が主張されてきた。形式秘説については、その象徴的な見解として、「国が国の判

---

<sup>29)</sup> 最一小決昭和 53 [1978] 年 5 月 31 日刑集 32 卷 3 号 457 頁。

<sup>30)</sup> さらに、本決定は、「政府が右のいわゆる密約によつて憲法秩序に抵触するとまでいえるような行動をしたものではないのであつて、違法秘密といわれるべきものではなく、この点も外交交渉の一部をなすものとして実質的に秘密として保護するに値するものである。」としている。

断において秘密として保持する必要があるとする以上、これを侵す行為は、犯罪として規定されていれば、処罰されることは当然であり、憲法上の問題を生じさせない」という見解をあげることができる<sup>31)</sup>。形式秘説は、「秘密」の意義について専ら国家秘密の保護を考慮する見解である、と評することが許されよう。

## 2 実質秘説

形式秘説に対して、学説（通説）では、実質秘説が主張されてきた<sup>32)</sup>。実質秘説は、国家機関の秘密指定によって「秘密」の意義を画定する形式秘説とは異なり、国民の知る権利の見地より、秘密として保護に値する情報を裁判所が判断するというものである。

実質秘説は、「秘密」の意義の画定において、形式秘説以上に限定するという志向を少なくとも有しているといえよう。それは、形式秘説では、組織としての自己防衛的な志向を否定できない国家機関による秘密指定を以て「秘密」を画定することから、広汎な「秘密」の意義の画定がなされる傾向があるためである。そこで、実質秘説は、秘密として保護に値する情報を司法により判断することを要件とするのである。これにより、国民の知る権利、ひいては国民主権に適う「秘密」の意義を画定できるというのである。

## 3 形式秘実質秘複合説

さらに、学説では、このような実質秘説を超えて、国家機関による秘密指定（形式秘）という要件を課すものがある。この形式秘実質秘複合説は、国民の知る権利の保障をより徹底するため、実質秘性に加えて、形式秘性を要件とすることにより、実質秘説よりもさらに「秘密」の意義の限定を図るものである<sup>33)</sup>。

---

<sup>31)</sup> 河上和雄「国家機密の保護について」警察学論集 26 卷 9 号 140 頁, 1973 年。

判例については、以下参照。東京地判昭和 31 年 8 月 25 日判時 85 号 8 頁。

<sup>32)</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』有斐閣, 291 頁, 2000 年。

<sup>33)</sup> 佐藤幸治・松井茂記「外交秘密と『知る権利』——外務省秘密漏洩事件決定によせて」判例時報 896 号 121 頁, 1976 年。

### 三 法的構成とその限界

#### 1 判例における「秘密」の意義

既述の判例の考察をふまえて、以下、判例による法的構成について、既述の考察に沿い、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義と「秘密」の認定に分けて評価を試みる。

「秘密」の意義について、前掲のように、当初、判例は、ラストボロフ事件において、実質秘を包摂する形式秘に専ら依拠していた（形式秘実質秘総括説）。同事件後、下級審では、形式秘を排して、実質秘説を採用する判決<sup>34)</sup>が現れ、形式秘を排する如何において対立する状況にあった。

このような状況にあつて、徴税トラの巻事件差戻し後第二審判決は、国家機関による秘密指定（形式秘）が実質秘性を具有する蓋然性（「推認せしめうる場合」）を示した（形式的実質秘説）。同判決は、形式秘を完全には排除していないという意味において、ラストボロフ事件と整合する立場を示したのであった。ただ、「秘密」の意義の重心は、あたかも形式秘の存在が実質秘を背後から強く裏打ちしている点を捉えるならば、形式秘から実質秘へ移行しつつはあったものの、いまだ形式秘に拠っていたといえよう。

その後、同じく徴税トラの巻事件において最高裁は、「秘密」の意義について、形式秘かつ実質秘であることを求める立場（形式秘実質秘複合説）を示した。本決定は、ラストボロフ事件以降の判例の潮流に沿って、「秘密」の意義の重心を形式秘から実質秘へ移行させ、さらに本件差戻し後第二審判決から進んで、「秘密」の意義の重心が両者に対等に拠るに至ったといえる。

そして、外務省秘密電文漏洩事件では、第一審および第二審判決において実質秘説が示され、遂に最高裁でも、実質秘説が顕示されるに至った。

このように、判例は国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義の画定において、それを限定する方向で変遷してきており、外務省秘

---

<sup>34)</sup> 大阪地判昭和 35 [1960] 年 4 月 6 日下刑集 2 卷 3・4 号 600 頁。



密電文漏洩事件では、形式秘を完全に排除する実質秘説が最高裁において採用された。その意味において、判例は一部の学説（形式秘説）とは異なり、「秘密」の意義においてラストボロフ事件から概ね一貫して実質秘性の具有を維持してきた、とも指摘できるだろう。そして、このことは、行政機関による秘密指定を専ら認める形式秘説を採ることにより、秘密指定に対する裁判所の関与を全く認めないことを裁判所自身が回避したものともいえるのかもしれない。

いま一つの判例の変遷として、「秘密」（実質秘性）の意義を支える根拠を指摘することができる。すなわち、当初の判例は、徴税トラの巻事件において、刑罰法規を解釈・適用する司法権ないしは適正手続に基づいて、実質秘性を論証していた。しかし、その後の外務省秘密電文漏洩事件では、外務省秘密電文漏洩事件第一審判決において示されたように、国家秘密の保護と国民の知る権利の比較衡量によって、「秘密」の意義を画定しているといえる<sup>35)</sup>。

## 2 判例における「秘密」の認定

既述した「秘密」の意義については、「秘密」（実質秘性）の認定とも全く無関係ではないだろう。すなわち、民主主義の見地からは、行政情報については公開の原則が要請されることから、実質秘性の認定において、より厳格な規範が本来的には志向されるのである<sup>36)</sup>。さらに、「秘密」（実質秘性）の認定については、徴税トラの巻事件に

---

<sup>35)</sup> 判例は、刑罰規定であるとして、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義について限定解釈を施している。しかし、同法を表現規制立法として捉えた場合、罪刑法定主義による要請だけではなく、合憲限定解釈を以て、漠然性ゆえに無効の理論に適うのであだろうか。佐藤幸治・松井茂記「外交秘密と『知る権利』——外務省秘密漏洩事件決定によせて」判例時報 896 号 126 頁，1976 年，参照。

<sup>36)</sup> 判例上、実質秘説は、司法権ないしは適正手続から国民の知る権利へ、その根拠を変遷してきており、それにより、「秘密」の意義の限定がより図られているとはいえよう。

さらに、「秘密」の意義の画定について、適正手続を根拠する場合と民主主義を根拠する場合では、刑事罰を伴わない公務員の服務（国家公務員法 98 条 1 項）違反における法的処遇に差異を生じよう。すなわち、適正手続を根拠とする場合、服務違反には妥当しないけれども、民主主義を根拠とする場合は、刑事罰の有無を問わず妥当し、服務違反処分についても規範的統制を及ぼすことができる。有倉遼吉「国公法百条・百九条・百十一条論——比例原則からみるその違憲性」法律時報 44 卷 7 号 16 頁，1972 年，参照。

において、「税務行政上弊害が生ずる」(同事件最高裁決定) こと、また外務省秘密電文漏洩事件において、「公務の民主的且つ能率的運営が国民に補償され得なくなる危険性がある」(同事件第一審判決) こと、そして、「将来における外交交渉の効果的遂行が阻害される危険性がある」(同事件最高裁決定) こと、が要件とされている。両事件における、実質秘性についてのこれらの認定は、「秘密」の漏洩によって「弊害が生ずる」可能性の存在ないしは「危険性」の存在を以てなされている<sup>37)</sup>。この意味において、「秘密」の意義における形式秘性を捨象した判例(実質秘説)も、「秘密」の認定については、情報漏洩に起因する危険が全くの零でもないかぎり、行政機関による秘密指定をあたかもありのまま受け容れているかのようであるという点において、一定の行政裁量を当然の前提としたとしても、形式秘性を拭い去れてはいないといえるのではないだろうか<sup>38)</sup>。

### 3 学説の法的構成

一方、学説の法的構成については、以下のように評価できるだろう。

形式秘説については、実質秘説による既述の批判が至当だろう。それは、徴税トラの巻事件および外務省秘密電文漏洩事件などの一連の判例において展開されてきたように、司法権ないしは適正手続の見地、さらには国民の知る権利の見地より、憲法上、もはや形式秘説を正当化しえないためである。

---

<sup>37)</sup> なお、既述した、秘密保全のための法制の在り方に関する有識者会議は、国の利益、国民の利益、そして政府の秘密保全体制に対する信頼の確保を必要とすることから、政府が保有する特に秘匿を要する情報の漏洩の防止を目的としている。そして、その秘密として、「国家の存立にとって重要なもの」(特別秘密)のみを保全すべきであるとする。その具体例として、「我が国の防衛上、外交又は安全及び秩序の維持上特に秘匿を要することが必要である場合」および「国の重大な利益を害するおそれがある場合」があげられている。秘密保全のための法制の在り方に関する有識者会議「秘密保全のための法制に在り方について(報告書)」3頁、2011年。

<sup>38)</sup> 奥平康弘「外務省公電漏洩事件判決と国民の知る権利 国家秘密とは国民にとっていかなるものか」法学セミナー221号3頁、1974年、参照。

したがって、学説は、既述のように、判例が採用する実質秘説を基本的に支持している。しかしながら、学説は、必ずしも判例の実質秘説を全面的に肯定しているわけではない。すなわち、学説には、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義についてはともかく、「秘密」を緩やかに（容易に）認定する判例（実質秘説）に対する批判がある<sup>39)</sup>。

このような批判は、実質秘説にさらに秘密指定（形式秘）という要件を課す形式秘実質秘複合説においても、基本的には妥当しよう。たしかに、形式秘実質秘複合説は、実質秘に加えて形式秘を要件とすることから、国民の知る権利の保障に手厚い見解として評価することができる。しかしながら、また、民主主義を重視する実質秘説と行政機関の裁量権を重視する形式秘説は、その法的帰結は別論としても<sup>40)</sup>、法理上、親和的であろうか。さらに、行政機関が広汎に秘密を指定しているという状況を前提とするならば、尖閣諸島沖中国船衝突映像流出事件を考慮しても、形式秘実質秘複合説と実質秘説の法的帰結上の差異は、看過しうる範疇のもののようにも思われる。

#### 4 限界

既述のように、実質秘説の問題点は、学説自らが指摘しているように、「秘密」の認定における要件の漠然性、とりわけ実質秘性の漠然性であることを指摘できる。しかしながら、そのことを以て、実質秘説が法理上全く妥当ではないということとはならないだろう。すなわち、実質秘説は、国家秘密の保護と国民の知る権利を比較衡量するという法的構成を採用しており、日本国憲法が採用する民主主義を前提とするかぎり、法理上明らかに不当な見解であるとはいえないためである。

---

<sup>39)</sup> 佐藤幸治・松井茂記「外交秘密と『知る権利』——外務省秘密漏洩事件決定によせて」判例時報 896 号 121-122 頁 1976 年、浜田純一「『秘密』性審査の方法とその限界」法律時報 59 卷 5 号 30 頁、1987 年。

<sup>40)</sup> 実質秘説、また実質秘説を基盤とする形式秘実質秘複合説も共有しているであろう、行政機関による広汎な秘密指定という認識を前提とするならば、形式秘実質秘複合説には、実質秘説以上に国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」の意義を限定する現実的効用は認められるのだろうか。

それでは、このような実質秘性の漠然性という問題は、いわば法的技術的な問題であって、判例などにおいて実質秘性をアド・ホックに範疇化できるならば、克服できる問題であろうか<sup>41)</sup>。たしかに、前掲の外務省秘密漏洩事件第一審判決が言及しているように、プライバシー情報、逮捕状発付または競争入札価格、非公開委員会、および違法な公務など、情報の漏洩によって損なわれる利益を範疇化することによって、実質秘性を一定程度明確化することは可能であろう。

しかしながら、それには、限界もあるだろう。それは、この実質秘説の法的構成が、国民の知る権利に依拠しているためである。すなわち、実質秘説は、国家秘密の保護と国民の知る権利の比較衡量により、本問題を法的に構成する。そうすると、国家秘密の保護を制約することによって「秘密」の意義を画定することとなる、国民の知る権利（公衆の知る自由）の権利性が必ずしも明らかではない<sup>42)</sup>ことから、実質秘性が漠然性を孕むこととなるものと考えられるのである。したがって、アド・ホックにケース・スタディーを積み重ねることができたとしても、その限界は自ずと見えているものと考えられるのである。

## むすび

既述のように、本稿では、公務員の守秘義務について、日本の判例および学説が採用する実質秘説における国家秘密の保護と国民の知る権利の比較衡量という法的構成、とりわけ国民の知る権利が障碍となっているという、憲法上の問題の所在を指摘できたものと考えている。したがって、この障碍を解消する一つの方途としては、国民の知る権利に専ら依存することのない、新たな法的構成が要請

---

<sup>41)</sup> このことは、外務省秘密電文漏洩事件第一審・第二審判決など一部の判決を除いて、日本の判例が、「税務行政上弊害が生ずる」（徴税トラの巻事件最高裁決定）こと、および「外交交渉の効果的遂行が阻害される危険性がある」（外務省秘密電文漏洩事件最高裁決定）ことなど、当該事件に関するかぎりにおいてのみ、言及していることから当然のことともいえよう。

<sup>42)</sup> 以下参照。藤井樹也「知る『権利』？」法経論叢（三重大学）18巻2号57頁以下、2001年。

されることとなるだろう。

そもそも、公務員の守秘義務の憲法上の問題では、情報漏洩者を処罰するにもかかわらず、その刑罰の適用において、情報漏洩者の人権（利益）が援用されることはほとんどない<sup>43)</sup>。学説には、国家秘密の保護に抗して、個人の人権の行使を援用するよりも、国民の知る権利を援用した方が、利益衡量上、後者を優位に衡量しようという戦略的意図がはたらいっているようにも思われる。しかしながら、この戦略は、一連の外務省秘密電文漏洩事件などをみても、訴訟上必ずしも成功しているとはいえないであろう。また、この戦略は、国民の知る権利の権利性を如何に措定しているのであろう。そもそも、国民の知る権利が援用されること自体、迂遠に思われないのだろうか<sup>44)</sup>。

そこで、本稿が注目したいのは、アメリカ法における国家秘密の保護についての法的構成である。そのアメリカでは、合衆国政府が国家秘密とする情報を掲載する新聞記事に対する差止請求という文脈において、表現の自由の限界が問題とされた事件があった。本件において、合衆国最高裁は、「合衆国あるいは合衆国国民に対して、明らかに差し迫った回復不能な損害を確実にもたらす虞（will surely result in direct, immediate, and irreparable damage to our Nation or its people）<sup>45)</sup>」を政府が証明しえたならば、国家秘密が保護されるとして、国家秘

---

<sup>43)</sup> 日本において、情報漏洩者（公務員）の人権を援用するものとして、たとえば、佐藤幸治・松井茂記「外交秘密と『知る権利』——外務省秘密漏洩事件決定によせて」判例時報 896 号 124 頁，1976 年，をあげることができる。松井教授は、「内部告発など、公表を目的で秘密を漏らした公務員には、表現の自由の保護が認められるべきであり、公務員を守秘義務違反で処罰できるかどうかは利益衡量を必要としよう。」とする。松井茂記『マス・メディア法入門〔第 4 版〕』日本評論社，221 頁，2008 年。

<sup>44)</sup> 既述の尖閣諸島沖中国船衝突映像流出事件の当事者の著書である、一色正春『何かのために sengoku38 の告白』朝日新聞出版，2011 年では、かかる行為の目的に関して、単なる私的な憤慨や憤りの類にとどまるものではなく、「このビデオは国民皆が見なければならないもの」（同 95 頁），さらに「国民が事実を知ることによって国家が発展してきた」（同 100 頁）との主張がなされている。したがって、書名の「何か」とは、国民ないしは国家を指していることが窺える。奇しくも、この法的構成は、本件情報漏洩者が同ビデオを公開したかかる意図と相俟って、本稿の示唆する既存の法的構成の迂遠さを実態的に傍証しているようにも思われる。

<sup>45)</sup> *New York Times Co. v. U.S.*, 403 U.S. 713, 730 (1971).

密を保護する根拠において、危険性の程度についての厳格な姿勢も示された。すなわち、国家秘密の保護について、危険性の存在を超えた危険の程度（危険発生の高い可能性と損害の不可逆性）を要件とするのである。その妥当性の如何は別論としても、日本の判例は、アメリカの判例と較べても、「秘密」の認定について確実に緩やかであるといえる。したがって、アメリカの法的構成では、漠然性という問題は少なくとも日本法と同様のレベルでは生じることはなく、知る権利の抽象性という問題を回避できることとなろう。もちろん、日本において問題となっている事件は、差止請求の文脈にはないことから、日米双方を直裁に比較して、パラレルに論ずることはできない。それは、たとえば、前掲のアメリカの *New York Times Co. v. U.S.* 事件では表現行為に対する事前規制が問題となっており、他方、日本では刑罰という事後規制が問題となっているためである。しかしながら、アメリカの法的構成を事後規制の文脈において捉え直したとしても、厳格な司法審査を求めうる表現の自由に対する規制という文脈として、このアメリカの法的構成には、日本の法的構成が抱える問題の解決の糸口をみいだせるようにも思われる。少なくとも、公務員が国家秘密に関する情報を表明する意図を以て漏洩した場合、表現の自由の援用として構成する余地はないのであろうか。

最後に、この問題を憲法上保障される人権の制約の問題として捉えた場合、国民の知る権利の制約という以上に、公務員の表現の自由の制約として捉えた方が、人権論としてより簡潔ではないだろうか<sup>46)</sup>。しかし、日本の判例および多くの学説においてこのような捉え方が十分になされてこなかったのは、公務員は守秘義務に同意することにより、国家の秘密性が訴訟上争点となる情報に関して表現の自由を援用できないという前提的理解があるようにも思われる。しかしながら、このような理解は妥当であろうか。公務員が憲法上保障された人権の放棄にたとえ同意したとしても、それは「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」（外務省秘密電文漏洩事件最高裁決定）情報の表明（漏洩）が制約されるにとどまるの

---

<sup>46)</sup> このような理解は、結果として、表現の自由の保護に繋がるのかもしれないが、目的論や戦略の類ではなく、表現の自由の特性による帰結だろう。

であり、その他の情報についての表明までも放棄できるものではないだろう。そもそも、公務員に少なくとも「秘密」などを除く情報の表現の自由を放棄させることは、公務員が「全体の奉仕者」（憲法15条2項）であるといえども、日本国憲法に適合するのであろうか。それとも、公務員の表現の自由（の援用）については、いまだ特別権力関係論の残像が影を潜めており、外傷となっているのであろうか。

本稿は、公益財団法人日本財団「アジア海域の安全確保、環境保全のための海上保安能力の向上プログラム」の研究助成「国家機密漏洩における憲法理論」による成果の一部である。