

機密漏洩罪の憲法統制

講座名	海上警察学
氏名	前田正義

はじめに

2010年11月4日、いわゆる尖閣諸島中国漁船衝突映像流出事件は、発生した。本件は、いうまでもなく、公務に関わる情報の管理に対する警鐘となった。しかし、本件は、そのことにとどまるものではなく、YouTubeに当該情報をアップ・ロードした海上保安官（当時）を英雄視する一部の世論にも表れたように、また本人（漏洩者）も国民が知るべき情報を自らの判断により公開した旨主張しているように、公務に関わる情報であるからこそ、公衆へ伝達することの重要性を説く見方も、完全に否定し去ることはできないだろう。このことから、国家情報の適正な管理のあり方については、国家機密の保護と公衆の知る権利という比較衡量の上に成り立つことを窺い知ることができる。そして、日本の判例および学説も、基本的には、このような国家機密の保護と公衆の知る権利との比較衡量というアプローチにより、国家公務員の機密漏洩罪について判断しているといえるのである。

現在、日本の最高裁判所は、国家公務員の機密漏洩罪（国家公務員法100条1項）について、国家公務員法100条の「秘密」を実質秘と解していることから、漏洩された情報の「非公知性」および「要保護性」の認定が問題となる。しかしながら、この問題について、日本の判例および学説上、必ずしも十分な検討がなされていないことから、公務遂行上、情報の取扱いにおいて混乱が生じることとなる。

本研究では、このような公務遂行上の混乱を解消するため、機密漏洩罪に対する憲法統制について、考察および検討を行うものである。

一 日本法の状況

1 判例

日本の判例の状況については、これまで、「職務上知ることができた秘密」の漏洩を処罰する、国家公務員機密漏洩罪（国家公務員法100条1項）の成否を分ける「秘密」概念において、①形式秘説および②実質秘説にとどまらず、③形式的実質秘説、さらには④形式実質秘複合説などが混在する状況にあった。これらの判例を時系列的に列挙するならば、以下のとおりである。

はじめに、①形式秘説とは、行政機関によって明示的に秘密指定された情報を国家公務員法上の「秘密」とする見解である（東京高判昭和32〔1957〕年9月5日高刑集10巻7

号 569 頁〔ラストロボフ事件〕)。

つぎに、②実質秘説とは、漏洩された情報の内容が実質的にも秘密として保護されるに値する情報(情報の「非公知性」と「要保護性」に対する司法判断による)に限るとする見解である(大阪地裁昭和 35〔1960〕年 4 月 6 日判時 223 号 6 頁)。

③形式的実質秘説とは、行政機関による秘密指定に対して、「実質秘」の推定力を与える見解である(東京高判昭和 51〔1976〕年 7 月 20 日)。

最後に、④形式実質秘複合説とは、行政機関による形式的な秘密指定がなされていること(形式秘説)に加えて、情報の内容が実質的にも秘密として保護されるに値すること(実質秘説)を要するとする見解である(最決昭和 52〔1977〕年 12 月 19 日刑集 31 卷 7 号 1053 頁〔徴税トラの巻事件〕は形式実質秘複合説とも解されている)。

このように、従来の判例は、必ずしも統一的に理解することができない状況にあったのである。

このような状況のなか、最高裁判所は、外務省秘密電文漏洩事件(最決昭和 53〔1978〕年 5 月 31 日刑集 32 卷 3 号 457 頁)において、既述の②実質秘説に基づいて判示した。本件は、新聞記者の依頼に応じて、外務審議官付女性事務官が日米沖縄返還交渉などに関する書類を数十回にわたり持ち出した事件であった。最高裁は、「国家公務員法 109 条 12 号、100 条 1 項にいう秘密とは、非公知の事実であって、実質的にもそれを秘密として保護に値すると認められるものをいい(最高裁昭和 48〔1973〕年(あ)第 2716 号同 52〔1977〕年 12 月 19 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。……本件……電信文案……の内容は非公知の事実であり、……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。」としたのである。

そして、その後、この実質秘説が、先例として確立されている。本決定は、「秘密」概念を行政機関の判断に専ら委ねることから国家機密の保護に偏重する傾向を否定できない形式秘説および形式的実質秘説とは異なり、「秘密」概念の判断を司法審査に委ねて国家機密の保護と公衆の知る権利の比較衡量を行うものといえる。したがって、公衆の知る権利を重視する傾向にある学説からも、本決定は支持を受けている(形式実質秘複合説はさらに知る権利を志向するといえるが、その指向は、実質秘説とは異ならないだろう)。

しかしながら、外務省秘密電文漏洩事件最高裁決定、そして同決定以降の諸判決においても、「秘密」概念を画定する要件となる「非公知性」および「要保護性」について、明確な判断がなされていない状況にある。

2 学説

一方、学説においても、このような状況についての指摘そして批判がなされてきてはいるけれども、具体的に判断基準を明示するものは看取されない状況にある。

たとえば、学説には、特定の情報の「秘密」性について、具体的な検討を十分に加えてきていない、という指摘がある(佐藤幸治・松井茂記「外交秘密と『知る権利』」判例時報 896

号 116 頁以下参照)。

また、機密漏洩罪の「秘密」の概念について、個々の文脈に依存する断片的な判例が存在するのみであり、外務省秘密電文漏洩事件以降、近時に至まで、この問題があまり注目されていなかったこともあり、特定の情報の「秘密」性に関して具体的に検討を加える研究が十分になされてきているとはいえない、という指摘がある(齊藤愛「国家秘密と取材の自由——外務省秘密電文漏洩事件」憲法判例百選 I [第 5 版] 166 頁以下参照)。

さらに、機密漏洩罪の「秘密」の概念については、抽象的には考察および検討がなされてきてはいるものの、特定の情報が「秘密」に該当するか、未だ十分な具体的な研究がなされているとはいえない、という指摘がある(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 頁以下参照)。

このように、国家公務員法 100 条 1 項の「秘密」性の解釈に関する日本の判例および学説は、閉塞状況にあるといえる。

3 考察

本研究では、このような日本の判例および学説に対して、実質秘説における「秘密」概念の明確化を試みるべく、「非公知性」および「要保護性」について、考察そして分析を加えた。

しかしながら、実質秘説において、明確な基準を導き出す可能性さえも見いだすことは困難であった。それは、日本法における実質秘説の「秘密」概念の判断構造が、国家機密の保護と公衆の知る権利という、比較的抽象的な概念から構成されることに由来するものと思われる。すなわち、この「秘密」概念の判断構造の一方の基軸である〈知る権利〉は、憲法 21 条により保障されるものとして判例および学説上認められているが、同じく憲法 21 条により保障される表現の自由とは異なり、表現の自由の反射的権利として知る権利は位置づけられており、かつ国家に対して情報を請求する場合には、その内容の画定について、憲法ではなく、法律により画定されるものと解されている。たとえば、いわゆる情報公開法などの具体的法律によって初めて、知る権利が具体化されるものと解されているのである。当然、法律は国家の最高法規である憲法に対する適合性を有していなければならないのであるが(憲法 81 条)、このような状況においては、憲法ではなく、法律により「秘密」概念が画定されることともなりかねず、秘密漏洩における憲法統制とは直裁には評価しがたい状況にあるともいえる。

また、このような抽象的な判断基準は、司法裁量を広汎なものとするところから、裁判官の恣意的な判断を許すものともなり、ひいては国家機密の保護を過度に優先し、公衆の知る権利を不当に劣後させる余地を残すものともなろう(また、その反対も然りである)。そうするならば、それは、国家機密の保護と公衆の知る権利の比較衡量という判断構造自体を(自己)否定しかねない状況を生むことともなる。したがって、そのような抽象的な権利である、公衆の知る権利から具体的な基準を見いだすことは、原理的に不可能であるも

のと予想され（国家に対する請求権である公衆の知る権利を積極的権利と解釈することも、また困難であると解される）、自ずと、限界が生じるものと予想されるのである。

そこで、国家機密漏洩罪の憲法統制について、日本法とは異なる判断基準が示されており、また日本の判例および学説に対して大きな影響力を有している、アメリカ法を参照することとした。

二 アメリカ法の状況

1 アメリカにおける国家機密情報の法的取扱いの基本原則

アメリカ法において、国家機密の法的取扱いについては、既述のように、国家機密の保護と公衆の知る権利との比較衡量というアプローチを採用する日本法とは異なり、基本的には事前抑制の禁止の原理に基づいて行われているといえる。すなわち、情報を漏洩する行為は、情報を発信する行為であり、「いいたいことをいう」という表現（言論）の自由（合衆国憲法修正第1条）の保障を受けることとなるのである。そして、表現の自由については、自己陶冶および自己統治などの表現の自由の価値により、他の憲法上の人権に優る優越的な地位が認められるとともに、情報の自由な流通の見地からは知る権利が反射的権利として認められ、さらには表現の自由の属性により、事前抑制の禁止の原理などの特別なルールが認められている。そして、国家機密の法的取扱いについては、一般に、国家機密の漏洩（公表）を事前に差し止める状況が問題（事件）となることから、事前抑制の禁止の原理が妥当するものとされている。

事前抑制の禁止の原理とは、表現行為に先立ち公権力が行う表現の抑制であり、事前規制は一切の表現を認めないことともなり、事後的な制裁より強い抑止的効果をもち、濫用の虞も大きいことから、原則として禁止され、その正当化には厳格な証明が要求されることをいう。この事前抑制の禁止の原理については、つぎの判決にもあるように、当然、「事前抑制に対する保護があるとしても、絶対無制限ではない。しかし、その制限は、例外的な場合にのみ、認められてきた。とはいえ、政府がその徴兵業務に対する現実の妨害、もしくは軍の輸送船の出航日または兵士の数と位置についての公表を阻止しうることに疑いを差し挟む者はないだろう……。」(283 U.S. 697, 716 (1913) per Hughes CJ)。したがって、事前抑制の禁止の原理についても、厳格な要件（証明責任）の下、例外的に制約が課されることとなる。

その制約が実際に訴訟上問題となった事件が、つぎのペンタゴン・ペーパーズ判決であった。

2 ペンタゴン・ペーパーズ判決

アメリカ法においては、国家機密漏洩の問題についての先例として、ペンタゴン・ペーパーズ事件合衆国最高裁判所判決（New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971)）をあげることができる。本件は、ベトナム戦争に至るアメリカ政府の意思決定過

程を示す国務省の秘密文書群、いわゆるペンタゴン・ペーパーズ (Pentagon Papers) をニューヨーク・タイムズ社とワシントン・ポスト社が入手、そして公表したため、同政府が国家の安全を損なうことを理由として、裁判所に公表の差止め (事前抑制) を求めたものである。

本判決は、表現の自由に対する事前抑制の強い影響力を根拠とする、表現の自由の原理論に基づき、表現の自由の事前抑制については厳格に審査されなければならないとした。そして、表現の自由の事前抑制には強い違憲性の推定がはたらき、政府は事前抑制を正当化するための厳格な証明責任を果たさなければならないとした。しかしながら、本件においてその証明責任は果たされていないとして、事前抑制を認めなかったのである。

また、本判決には、事前抑制を認めない理由として、事前抑制に対する制定法上の根拠を欠く (制定法の欠如) という意見、合衆国憲法修正第 1 条はあらゆる事前抑制を完全に排除しているという意見、および当該情報の公表が極めて重要な国家的利益に対して回復不可能な損害をもたらすことが事実上確実である場合や、その可能性が非常に高い場合に、事前抑制が認められるとする意見が付されていた。

本判決に対して、学説は、本判決が示唆する事前抑制の禁止の基準は明らかにされていないという指摘、政府の証明責任が過重であって国家機密の保護に欠けるという指摘、および判断が定式的に過ぎて事案に応じた柔軟性を欠くという指摘などがなされており、概して批判的である。本件において、合衆国最高裁は、事実上、合衆国政府が国家の安全を保護する手続を執る固有の権限に依拠していたにすぎない、と判断したものといいえよう。

3 その他の判決

このようなアメリカの法状況にあって、近時においては、異なるアプローチが採用されてきている。それは、公務員の表現の自由とその憲法的制約というアプローチである。このアプローチは、一般の表現者ではなく、公務員という表現者の特殊性をもふまえて、情報を公表することの可否について判断するものである。このアプローチには、合衆国最高裁において示唆された、Pickering 利益衡量および bright-line ルールなど称されている基準をあげることができる。

Pickering 利益衡量は、Pickering 判決 (Pickering v. Board of Education of Township High School District, 391 U.S. 563 (1968)) において、判示された。本件は、公立学校の財源の配分など (職務上知ることのできた情報) に対する批判文の投稿を理由とした解雇を争った事案である。本判決は、公的関心事に関して市民として発言する公務員の利益と、公務員によって公共の福祉の効率化を促進するという公的機関の利益を比較衡量して判断した。

つぎに、bright-line ルールは、Garcetti 判決 (Garcetti v. Richard Ceballos, 547 U.S. 410 (2006)) において、判示された。本件は、ある事件について起訴を続行するという上司の

命令（職務上知ることのできた情報）にも拘らず、法廷において、同命令について、また当該事件を取り下げるように証言した検察官に対する降格などの人事処分を争った事案である。本判決は、公務員が一市民として公的関心事について発言しているか否かにより、判断すべきであるとした。

これらの双方の基準については、学説により、つぎのような評価がなされている。すなわち、Pickering 利益衡量では、重要な公的関心事に関する公務員の表現行為は保護されることとなるが、bright-line ルールでは、公務に関する公務員の表現行為は保護されない、という評価である。また、Pickering 利益衡量については、公務員の表現の自由の利益と公的機関の利益を比較衡量することから、比較衡量基準の詳細化が図られてきてはいるけれども、比較衡量基準に本質的に由来する基準の不明確性という限界が指摘されている。bright-line ルールについては、Pickering 利益衡量とは異なり、二分論として表現者（主体）としての市民／公務員を捉えているが、合衆国憲法における表現の自由の保障（とその制約原理）の下では表現者（市民／公務員）の属性が問題となるのではなく、表現の内容が問題となるなどという批判がなされている。

そして、政府と公務員の表現の自由との関係については、公務員は、政府との雇用関係に入ることにより、ある程度自発的に表現の自由を放棄しているというアプローチがなされている。他方、政府の被用者（公務員）が秘密情報を暴露する一応の自由を有しているというアプローチに依拠するとしても、政府による事前抑制の申立に対する公務員の不服申立の成否については、公務員が政府との雇用関係に入らなければ、全くアクセスできなかった情報の暴露であることを如何に評価するかが問題となるだろう。

さらに、公務員のなかでも軍構成員の表現の自由という非常に限定された文脈においては、以下の 2 つのアプローチが考えられている。前者は、軍構成員の表現の自由を特殊なケースとみなして、軍内部の規律および指揮という利益により、軍構成員の表現の自由を低い程度の保障にとどめるアプローチである。後者は、文民である被用者（公務員）の表現の自由に関するケースで展開される諸原則を軍構成員に援用するアプローチである。アメリカ法では、前者のアプローチが援用されているといわれている。他方、ヨーロッパ人権裁判所（EU）においては、後者のアプローチを援用しており、軍構成員の表現の自由の利益と、政府および軍の利益とを比較衡量して、判断されているといわれている。

本研究では、これらのアメリカと EU の 2 つのアプローチに対して十分な分析を加えることはできなかったが、日本の海上保安庁職員の表現の自由（とその憲法的制約）について検討する際、参考となるアプローチであるものと思われる。これらのアプローチに対する考察しそして分析は、今後の課題である。

4 考察

このような双方の基準について、評価を総合するならば、Pickering 利益衡量は、公務員の表現の自由について、柔軟、かつ親和的な基準として評価できる。一方、bright-line ルール

ールは、公務員の表現の自由について、画一的で、厳格な基準といえよう。

ただ、ここにおいて確認しておかなければならないことは、アメリカ法は、国家機密漏洩に対する憲法統制において、ペンタゴン・ペーパーズ事件合衆国最高裁判決、そして Pickering 利益衡量、および bright-line ルールへと変遷してきているようにも写るが、公務員の表現の自由とその憲法的制約というアプローチを採用するという点においては、その軸足は揺らいでいないということである。そして、アメリカ法においては、国家機密漏洩に対する憲法統制について、(公務員の) 表現の自由(とその憲法的制約) という具体的・主観的権利からアプローチする点において、抽象的・客観的権利である知る権利(と国家機密の保護) からアプローチする日本法とは異なる決定的差異をみてとることができる。それが、国家機密漏洩に対する憲法統制の基準の明確性に影響を与えているものと考えられる。

三 検討

1 日本法

以上、国家公務員法 100 条の国家公務員機密漏洩罪の「秘密」概念について、概観してきた。

日本法においては、従来、形式秘説、実質秘説、形式的実質秘説、および形式実質秘複合説などが混在する状況にあった。このような状況のなか、実質秘説を採用した外務省秘密電文漏洩事件最高裁決定は、その後、先例として確立したものと解されている。

学説も、判例同様、実質秘説を支持するものが大勢である(学説の一部には、形式実質秘複合説が主張されている。しかし、同説は、国家機密の保護と公衆の知る権利の比較衡量という点において、実質秘説と志向を同じくしているといえよう。たしかに、「非公知性」と「要保護性」という実質秘説の要件に加えて、行政機関による秘密指定という要件を付加することから、より公衆の知る権利に親和的な見解とも評価することはできる。しかしながら、同説同様、形式秘説を批判する立場から、行政機関が秘密指定を濫用する可能性を全く否定できないならば、同説においても、実質秘説とは異なる法的帰結を導くことになるのではないだろうか。また、行政機関の過失により秘密指定されなかった情報(実質的「秘密」)を保護できない点は、妥当とはいえないだろう)。この実質秘説は、国家機密の保護と公衆の知る権利の比較衡量という、法的帰結の妥当性を確保しうる妥当な見解であると評価できる。

そして、この実質秘説の解釈において、その要件となる「非公知性」については、守秘義務者以外の者への秘密情報の漏洩を防止する趣旨からは漏洩の対象者が絶対的・相対的な多数性により画定されるものではなく、特定性によって画定されることとなろう。また、この漏洩の対象者の特定性は、要保護性により、一定程度、画定されうることもなろう。

かたや、実質秘説の解釈において、その要件となる「要保護性」については、高度な政治的判断にも関わりうるため、行政裁量の存在を認めない。ただ、行政機関による過剰な

秘密指定の可能性が否定できないため、行政機関により秘密指定されない場合については、「要保護性」を否定する重要な要素ともなる。

しかしながら、既述のような、実質秘説の要件となる「非公知性」および「要保護性」に対する解釈を以てしても、既述の学説による指摘のとおり、「秘密」性についての具体的な判断基準を見いだすことは困難であり、依然、閉塞状況にあることには変わりはないだろう。

2 アメリカ法

他方、アメリカ法では、ペンタゴン・ペーパーズ事件合衆国最高裁判決において、結果の妥当性を得られなかったものと学説上評価されてはいたけれども、その後も示唆されている、公務員の表現の自由とその憲法的制約というアプローチにより、結果の妥当性を確保しつつ、過度に抽象的ではない判断基準が示されてきているともいえる。そこでは、Pickering 利益衡量および bright-line ルールなどが示唆されていた。

したがって、機密漏洩罪の憲法統制という本研究のテーマにおける日本法の閉塞状況を打破するには、このようなアメリカ法のアプローチを日本法へ架橋することが考えられる。

しかしながら、アメリカ法が示唆している、公務員の表現の自由とその憲法的制約というアプローチについては、日本法において、これまであまり示唆されてはこなかったというのが実状である。日本法において、公務員の表現の自由については、わずかに、公務員の政治的表現（最判昭和 49 [1974] 年 11 月 6 日判時 757 号 33 頁 [猿払事件]）などにおいて、議論されるにとどまっている（本件は、特定候補者の選挙用ポスターを掲示および配布した郵便局事務官（当時）を処罰する国家公務員法 102 条 1 項の合憲性が争われた事案である。最高裁は、公務員の政治的行為が「合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところ……禁止の目的、この禁止と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の 3 点から検討」し、合憲判断を下した）。ただ、猿払事件では、公務員が自らの政治的立場（情報）を表明しているのであって、公務員の政治的中立性が問題となっているのであり、本研究のテーマのように、公務員が国家に関わる情報を表明することにより、国家機密の保護が問題となっているものではない。したがって、本研究のテーマとは、法的文脈を同じくしているとはいいがたい状況にあるといえる。

このように、日本法において、公務員の表現の自由とその憲法的制約というアプローチが示唆されてこなかった理由は、日本法における旧来からの特別権力関係論の残像によって、公務に従事している公務員に対して、公務に関する情報を表明する自由はそもそも認められないという思考の存在を完全には否定することができないのかもしれないと思われる。

むすびに代えて

以上より、本研究の今後の研究課題としては、既述のように、国家公務員の機密漏洩罪の成否について、知る権利という客観法的権利に由来する法的基準の具体性および明確性を欠く日本法のアプローチ（国家機密の保護と公衆の知る権利の比較衡量）を採用するのではなく、表現の自由という主観的権利によるより具体的かつ明確な法的基準であり、蓄積のある表現の自由法理を援用可能なアメリカ法におけるアプローチ（公務員の表現の自由とその憲法的制約）に対する考察そして検討を行い、日本法へ架橋することを検討することにある。

その際には、法的帰結の妥当性を確保することだけではなく、日本法とアメリカ法が、国家機密の保護と公衆の知る権利との比較衡量と、公務員の表現の自由とその憲法的制約という異なるアプローチを採用するのは、如何なる理由があるかという原理的遡及なくして、アメリカ法と日本法を架橋することはできないだろう。さもなければ、理論的齟齬を生じるだろうためである。また、公表される情報が、国家機密と、国家機密を含む公務に関わる情報という、日本法とアメリカ法における法的文脈の齟齬についても、十分に考慮しなければならない。すなわち、問題となる情報の属性の変化に伴い、利益衡量における一方の利益の属性も当然変化するため、そのことをふまえた定性的な利益衡量について、勘案しなければならない。これらの研究課題については、現在、研究を進めている状況にある。

現代の情報化時代を背景として、アメリカ外交公電 Wikileaks 流出事件など、情報に関する法的問題は、新たな展開のなかで生起している。そのようななかで、国家機密の保護に対する法政策については、国民一般を適用対象とする「国家秘密に係るスパイ行為等の防止に関する法律」は廃案となったが、防衛関係では、既述の国家公務員法 100 条 1 項のほか、自衛隊法（96 条の 2 では防衛大臣による防衛秘密指定制度〔形式秘〕を規定）、日米地位協定の実施に伴う刑事特別法、および日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法（MDA 法）が制定され、現実に適用をみている。

このような状況にあつて、海上保安庁が採るべき針路を模索してゆくには、立法論の如何は別論としても、既存の法制度の下、法的帰結の妥当性を確保することは当然の前提として、その帰結に至る法的判断過程を整序することにより、適正かつ迅速な公務遂行を担保する必要がある。このことが、本研究の戦略的な課題といえる。

<主要参考文献>

- Thomas Gibbons, Free Speech in the New Media, Ashgate (2009).
- Eric Barendt, Freedom of Speech, Second Edition, Oxford University Press (2005).
- Eric Barendt, Freedom of Speech, Second Edition, Oxford University Press, paperback Edition (2005).
- Ineke Sluiter & Ralph M. Rosen, Free Speech in Classical Antiquity, Brill Reiden

(2004).

- Zechariah Chafee Jr., *Free Speech in the United States*, The Lawbook Exchange (2001).
- Wojciech Sadurski, *Freedom of Speech and Its Limits*, Kluwer Academic Publishers (1999).
- Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press (1995).

以上