

秘密漏示罪と取材

設 楽 裕 文

- 一 はじめに
- 二 外務省秘密漏洩事件の裁判とその法的評価
- 三 鑑定人医師秘密漏示事件の裁判とその法的評価
- 四 考察
- 五 むすびに

一 はじめに

本稿では、「秘密の漏示が犯罪（秘密漏示罪）とされている場合、その秘密を取材行為によって漏示させること及び取材協力行為として漏示することは、どのようなときに正当化（違法性否定）されるのか」を検討する。検討の素材

（秘密漏示罪と取材（設楽）

七九（二二二）

として、外務省秘密漏洩事件の裁判（第一審判決…東京地判昭和四九年一月三十一日刑集三三卷三号五三二頁、第二審判決…東京高判昭和五一年七月二〇日高刑集二九卷三号四二九頁、上告審決定…最決昭和五三年五月三十一日刑集三三卷三号四五七頁）及び鑑定人医師秘密漏洩事件の裁判（第一審判決…奈良地判平成二一年四月一五日刑集六六卷四号四四〇頁、第二審判決…大阪高判平成二二年二月一七日刑集六六卷四号四七一頁、上告審決定…最決平成二四年二月一三日刑集六六卷四号四〇五頁）を用いる。前者の事件においては、第一審判決では当該取材行為の正当化が肯定されたものの当該取材協力行為の正当化は否定され、上告審決定では、報道のための取材の自由を尊重に値するものと評価した博多駅事件上告審決定（最大決昭和四四年一月二六日刑集三三卷二一四九〇頁）を踏まえつつ、取材行為者が取材協力者の「個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪した」として、当該取材行為の正当化が否定された。後者の事件においては、取材協力者のみが起訴されているところ、第一審判決で当該取材行為の正当化が肯定されたのに当該取材協力行為の正当化は否定され、この判断は上級審で変更されることはなかった。ここから、取材行為の正当化については比較的積極的であるのに対し取材協力行為の正当化については消極的である、という裁判の傾向を看取できる。そこに、「取材行為が正当化されるなら取材協力行為も正当化されてしかるべきではないのか」という疑念が生じる。しかるに、従来の学説は、取材行為の正当化に比して取材協力行為の正当化には関心をもち、前者の事件の上告審決定が当該取材行為の正当化を否定した点についてはかなりの批判を加えているのに、後者の事件の裁判（とくに第一審判決）が当該取材協力行為の正当化を否定した点についてはさほど批判を加えていない。そこで、本稿においては、右の疑念を基礎に、取材協力行為の違法性判断に重きを置いて考察することにした。

二 外務省秘密漏洩事件の裁判とその法的評価

1 事件及び事実関係の概要

外務省秘密漏洩事件とは、沖縄返還交渉に関する書類を見せてもらいたい旨の新聞記者Xの依頼に応じた外務事務官Yが、電信文案二通、受信文写し一通のリコピーを外務省内で作成してXに交付したところ、Yは国家公務員法一〇〇条一項、一〇九条一二号の罪に問われ、Xは同号に掲げる行為を「そそのかし」として同法一一一条の罪に問われた、という事件である。

第一審判決における、Y関係の「事実関係」（刑集三三卷三三三号五三六〜五三八頁）及びX関係の「基本的事実関係」（刑集三三卷三三三号五六七〜五六八頁）の要点は以下のとおりである。Yは、外務事務官任官後、A外務審議官付事務官としてA審議官に回付・配付される文書の授受・整理・保管の職務を担当し、同文書の内容を職務上知ることのできる地位にあった。Xは、甲新聞社政治部記者として、沖縄返還交渉を中心とする外交全般に関する取材活動に従事していた。Xは、前記取材活動の一環として、A審議官に回付・配付される文書の原本・写しをYから入手しようと企て、Yが前記職務を担当し、前記地位にあることを知りながら、一九七一年五月二二日に、渋谷区内のホテル乙内において、Yに対し、「A審議官のところへ回ってくる書類を見せてくれないか」という趣旨の申入れ及び「沖縄返還交渉と中国代表権問題とに関する書類をA審議官のところから持ち出してきて見せてもらいたい」という趣旨の依頼をし、Yは、これに応じて、同月二四日から同年六月一二日頃までの間、十数回にわたり、Xのために、沖縄返還交渉に関する書類をA審議官の所から持ち出してXに見せた。その一環として、①同年五月二六日頃、XはYに対し、日本国

外務大臣と駐日米国大使との会談の「関係文書、特に請求権関係の書類を頼む」との指示を与え、Yは、同会談の概要が記載されている電信文案(一〇三四号電文)がA審議官に回付されるに際し、秘書室から持ち出して、外務省内でリコピーを作成した上、同リコピーを同年六月三日にXに交付し、②同年六月七日頃、XはYに対し、パリにおける日本国外務大臣と米国國務長官との会談の「関係文書を頼む」との指示を与え、Yは、同月一〇日に、日本国外務省条約局長と駐日米国大使館公使との間で行われた会談の内容が記載されている電信文案(五五九号電文)及び日本国外務大臣と米国國務長官との間で行われた会談の内容が記載されている電信文(八七七号電文)を秘書室から持ち出して外務省内で各リコピーを作成した上、同各リコピーを同月一二日にXに交付した。

第二審判決が認定した罪となるべき事実にみられる事実関係の要点は以下のとおりである。一九七一年五月一八日、「従前それほど親交のあったわけでないYと一夕酒食を共にしたうえ肉体関係を結んだ被告人Xは、肉体関係ができたので頼めば役所の書類を見せてもらえるのではないかと考え」、同月二二日、渋谷区内のホテル乙に誘って「再び肉体関係をもった直後、『取材に困っている、助けると思っただけでA審議官のところに来る書類を見せてくれ。君や外務省には絶対に迷惑をかけない。特に沖縄関係の秘密文書を頼む。』という趣旨の依頼をして懇願し、一応同女にこれを受諾させたうえ、同月二四日『たのむぞ。何とかしてくれ、ニューオータニの玄関で待っている。』と連絡し、同日夕刻、A審議官あてに回付された書類のうち基地リストを含む沖縄関係の秘密書類の提供を受けたが、別れ際に、今度は赤坂の丙事務所に来てくれ、地図は後でとどけると告げ、翌二五日所在場所の略図と毎日七時に来て欲しいという趣旨とを書いたものを渡し、同女をして、その指示により、同日夕刻から同所で落ち合っては同女が外務省から持ち出した書類を渡すことを日課とさせていたところ」、Xは、「同月二六日ころ、その与えた影響力により、同女が

改めてその指示に従うかどうかにつき意思決定をするゆとりのない状態になっていることを知りながら、この状態を利用し、丙事務所においてYに対し「『五月二八日愛知外務大臣とマイヤー大使とが請求権問題で会談するので、その関係書類を持ち出してもらいたい。』旨申し向け、もつてYが職務上知ることのできた秘密を漏らすことをそそのかした」(高刑集二九卷三号四五四～四五五頁)。

上告審決定においては、Xの取材行為が正当な取材活動の範囲を逸脱しているか否かの判断に際して、以下の事実が認定されている。X(被告人)は、一九七一年五月一八日頃、「従前それほど親交のあつたわけでもなく、また愛情を寄せていたものでもない前記Yをはじめ誘つて一夕の酒をともしたうえ、かなり強引に同女と肉体関係を持ち、さらに、同月二二日原判示『ホテル乙』に誘つて再び肉体関係をもつた直後に、前記のような秘密文書の持出しを依頼して懇願し、同女の一応の受諾を得、さらに、電話でその決断を促し、その後も同女との関係を継続して、同女が被告人との右関係のため、その依頼を拒み難い心理状態になったのに乗じ、以後十数回にわたり秘密文書の持出しをさせていたもので、本件そのおかし行為もその一環としてなされたものであるところ、同年六月一七日いわゆる沖繩返還協定が締結され、もはや取材の必要がなくなり、同月二八日被告人が渡米して八月上旬帰国した後は、同女に対する態度を急変して他人行儀となり、同女との関係も立消えとなり、加えて、被告人は、本件一〇三四号電文案について、その情報源が外務省内部の特定の者にあることが容易に判明するようなその写を国会議員に交付していること」などが認められ、一連の行為を通じて見ると、「被告人は、当初から秘密文書を手入するための手段として利用する意図で右Yと肉体関係を持ち、同女が右関係のため被告人の依頼を拒み難い心理状態に陥つたことに乗じて秘密文書を持ち出させたが、同女を利用する必要がなくなるや、同女との右関係を消滅させてその後は同女を顧みなく

なったもの」である（刑集三三卷三号四六四頁）。

2 裁判の内容

第一審判決は、Yを懲役六月に処し（二年間刑の執行を猶予）、Xを無罪とするものであった。

第一審判決は、国家公務員法上の秘密漏示罪の「秘密」につき、「通常の知識経験を有する多数の者にいまだ知られておらず（非公知性）、秘匿の必要性を具備している事項（知識、文書又は物件）」を意味し、「秘匿の必要性」とは、刑罰による威嚇をもって漏示を禁止する必要性であつて、公務の民主的かつ能率的な運営を国民に保障するために漏示を防止しておく必要があるということ、換言すれば、「当該事項が漏示されるならば公務の民主的かつ合理的な運営を国民に保障し得なくなる危険性が存在することを意味する」と解釈し、「秘密」であるためには、このような実質秘性が必要であるとした（刑集三三卷三号五三九〜五四〇頁）。その上で、第一審判決は、一〇三四号電文、五五九号電文、八七七号電文の実質秘性を検討し、いずれの電文も実質秘性は有しているものの、それは高度なものではなかつたとしている。この判断は、後述のように、Xのそそのかし行為の違法性判断に影響してくる。

第一審判決は、Yの所為（一〇三四号電文、五五九号電文、八七七号電文のレコピーをXに交付したこと）が秘密漏示罪にあたるとしつつ、「取材協力行為としての正当行為性」について判断している。それによれば、秘密漏示行為が正当行為性を具備するものとして社会通念上許容されるためには、当該行為が、「報道機関の公共的使命に奉仕して公益を図るといふ積極的意図」の下に行われたものであつて（目的の正当性）、かつ、手段方法の相当性が認められることを要するところ、YはXとの肉体関係が明るみに出されることへの危惧とXに対する同情心や行為からXの申入れを受諾したものであつて、目的の正当性は認められず、電文の持出しの態様は「部内の連絡文書をその重要性も何ら判

断しないで持ち出していること、及び本件三通の電文の漏示はいずれもリコピーによる漏示であつて文書自体の持ち出しとほとんど差のない方法によつており、又、被告人Xがこれらリコピーを持ち帰ることさえ許容していることが認められるのであつて、秘密保持義務を負う国家公務員の取材協力行為としては、著しく軽率且つ不用意であつたといわざるを得ない」ので、手段方法の相当性も認められず、Yの所為は正当行為ではない、ということになる（刑集三三卷二号五六四～五六六頁）。

第一審判決は、Xの罪責に関し、まず、しようようの対象とされている行為（被しようよう行為）は、①一九七一年五月二六日頃のしようようにおいては、A審議官の所に回付・配付される書類の中で、沖縄返還協定に関する文書の内、同年五月二八日に行われる予定の日本国外務大臣と駐日米国大使との会談の内容を要約記載した来電・発信電案その他の参考資料を持ち出してXに見せることであり、②同年六月七日頃のしようようにおいては、A審議官の所に回付・配付される書類の中で、沖縄返還協定に関する文書の内、同年六月七日以後に行われる予定の日本国外務大臣と米国外務長官との会談の内容を要約記載した来電・発信電案その他の参考資料を持ち出してXに見せることであるとし（これにより、五五九号電文に相当するものを持ち出してXに見せることは被しようよう行為に含まれないことになる）、つぎに、国家公務員法一一一条の「そそのかし」を解釈した上、Xの所為（①②のしようよう行為）はそそのかし罪の構成要件に該当するとし（刑集三三卷二号五七〇～五七五頁）、最後に、そそのかし行為の正当行為性について判断して、取材行為の正当行為性が肯定されるのは、①報道機関の公共的使命を全うする目的をもつてなされたものであるという事情、②具体的に用いられた手段方法が同目的を達成するために必要であるか、これに通常随伴するものであり、例えば行為時の具体的諸事情に照らして他にこれに勝る方法がない場合など当該手段方法を用いたこと自体に対して

は社会通念上特段の非難を加えることができないと考えられるという事情、③その行為によってもたらされる利益がその行為の結果損なわれる利益と均衡を保ち、またはこれに優越していると認められる事情などを総合考慮して、「当該行為が全体としてなお法秩序の精神に照らして是認できると認められる場合」であるとし、Xのそのおかし行為については、①の目的の正当性は肯定され、②の手段方法の相当性は欠如するものの「その相当性欠如の程度は、他の諸事情例えば法益の比較衡量を考慮に入ればなお正当行為性を帯びるといい得る程度のものであり、③の法益の比較衡量によれば、電文の実質秘性の程度があまり高度なものであったとは認められず秘密保護の必要性の程度はあまり高くなかったと認められることから、正当行為性を肯定できるとした（刑集三二卷三号五七六―五八五頁）。

検察官が控訴し、第二審判決は、一九七一年五月二六日頃の所為につきそのおかし罪が成立する旨判断して、Xを懲役四月に処した（一年間刑の執行を猶予）。同判決は、取材活動として公務員に対し秘密漏示をしようとする行為のうち、「取材の対象となる公務員が、秘密漏示行為に出るかどうかについて、自由な意思決定をすることを不可能とする程度の手段方法を伴ってなされる秘密漏示行為のしよう行為、及び取材者の加えた影響力により、取材の対象となる公務員が、秘密漏示行為に出るかどうかについて、自由な意思決定をすることが不可能な状態になっていることを認識し、その状態を利用してなされる秘密漏示行為のしよう行為」が「そのおかし」に該当すると解釈し、このような「そのおかし」に該当する限り、秘密保護の必要性の程度の高低やそのおかしによって生じる利益と秘密保護の利益との比較衡量を考慮して正当行為性を肯定する余地は原則として存在しない、として、このような解釈の下で、そのおかし罪が成立するかどうかを判断し、Xが一九七一年五月二六日頃、及び、同年六月七日頃、Yに對し指示を与えた時点で、Yは「意思決定をする心のゆとりが全く存在していない状態」であり、Xは、Yがこのよ

うな状態になっていることを知りながら秘密文書の漏示をしようとしたものと認定できるから、Xの各しようよう行為は「そそのかし」に該当するといえるものの、六月七日頃指示を与えた時点でXが「秘密」の点についての認識を欠いていたとの疑いを打ち消すに足りる証拠はなく、六月七日頃の行為は罪とならないものと判断するしかない、とした（高刑集一九卷三号四三二～四五三頁）。

Xが上告し、上告審決定は、上告を棄却し、職権で、以下のような判示をした（刑集三三卷三号四六一～四六五頁）。

①秘密とは「非公知の事実であつて、実質的にもそれを保護するに値すると認められるもの」をいい、一〇三四号電文が秘密にあたるとした原判断は相当である、②国家公務員法一一一条にいう「そそのかし」とは、同法一〇九条一二号、一〇〇条一項所定の秘密漏示行為を実行させる目的をもつて、公務員に対し、「その行為を実行する決意を新たに生じさせるに足りる慫慂行為をすること」をいい、Xの行為は「そそのかし」にあたる、③そそのかし行為の違法性については、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は認めら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ふべきである」ものの、「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

あつても、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ぬ」のであつて、Xは「Yの個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪したものといわざるをえず、このような被告人の取材行為は、その手段・方法において法秩序全体の精神に照らし社会観念上、到底是認することのできない不相当なものであるから、正当な取材活動の範囲を逸脱しているものといふべきである」。

3 裁判に対する従来の評価

前節の裁判には、かなりの批判が加えられている。

前節の裁判は、第一審以来、国家公務員法一〇九条一二号、一〇〇条一項の秘密につき実質秘説と同様の解釈をしつつ本件電文は秘密にあたるとしてしているところ、この認定を疑問視する見解がある。^①

第二審判決の「そそのかし」の解釈を疑問視する見解もある。公務員に「心のゆとりが全く存在しない場合」に限り「そそのかし」にあたるとすると、スパイ行為による場合などが処罰しえなくなつて不合理であり、かといって報道機関の取材行為に限って限定解釈することもできないことを考えると、「そそのかし」の限定解釈ではなく違法性を肯定できるかという面からアプローチした方がよい、というものである。^② また、同判決の解釈は、そそのかし罪の目的が、第一義的には、公務員に対する外部からの働きかけを処罰して守秘義務のある公務員を保護することにあるとの理解を前提にしているところ（高刑集二九卷三号四三三、四四三頁参照）、同罪の保護するものは国家秘密であつて、そのような理解には無理がある、とする見解もある。^③

第一審判決の正当化基準（利益衡量論）に対する批判もある。①国民に報道する利益があれば実質的な秘密ではな

いということになるはずであり、「秘密にする利益」と「国民に報道する利益」とを比較衡量できるかは疑問である^④とか、②利益衡量的アプローチを貫くと秘密が重大な場合には手段方法の当否にかかわらず違法性を肯定することになり、また、③取材の時点では利益衡量は不可能であつて取材活動を委縮させるおそれがあり、妥当でない、といったものである^⑤。もつとも、②の点については、「逆の方向への相対化を拒否することができるとすれば、この比較衡量は評価されてよい」との反論がある^⑥。

上告審決定が、報道機関が取材目的で公務員に対し秘密漏示をそのかしたからといって直ちに違法性が推定されるわけではないとしたことについては、積極的に評価する見解がある^⑦。もつとも、一般的に構成要件該当性が違法性を推定させる・させないということ自体妥当とはいえない、とする見解もある^⑧。

上告審決定が個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪したことを理由に正当化を否定した点については、批判的な見解が多い。まず、そもそも人格の尊厳の蹂躪といったものを違法性判断の要素にすることを疑問視する見解がある。具体的には、そのかしの罪の保護するものが国家秘密であることからすると、取材活動の態様いかんは違法性の判断とは関係がなく、基準として曖昧に過ぎる、とする見解や倫理規範に違反することをもって刑法的な違法性を肯定することには問題がある、といった見解がそれである^⑨。もつとも、倫理的な点も違法性判断の一要素とはなりうる^⑩か、人格という基準を持ち出すのは「荒唐無稽」なことではなく問題は具体的な基準いかんであるとして、同決定の違法性判断の枠組を支持する見解もある。つぎに、同決定が、Xが「当初から秘密文書を入手するための手段として利用する意図で右Yと肉関係を持ち、同女が右関係のため被告人の依頼を拒み難い心理状態に陥つたことに乗じて秘密文書を持ち出させたが、同女を利用する必要がなくなるや、同女との右関係を消滅させてその後は同女を顧みない

「なくなった」として、Yの個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪したと判断した点も疑問視されている。具体的には、右の事実は第二審判決が認定摘示していないものであり、これを記録によって認定した点は手続法的に口頭主義・直接主義の観点から疑問がある¹³、といわれ、「総論できびしい要件を設定したので、被告人の有罪を維持するためには、これを人格低劣で自分勝手な、大へん悪らつな記者と認定せざるをえなかったのである」、真の問題は「そのあまりにも勇敢な事実認定にこそある」といった批判さえなされている¹⁴。また、そのかし行為後の事情を可罰性の根拠としている点で、罪刑法定主義的観点から疑問がある、ともいわれる。さらに、右の事実があつたとしてもYの人格を著しく蹂躪したとは評価できない、とする見解もある¹⁶。

三 鑑定人医師秘密漏示事件の裁判とその法的評価

1 事件及び事実関係の概要

鑑定人医師秘密漏示事件とは、医師Zが、少年Aに対する保護事件（以下、「本件保護事件」という。その具体的内容は、犯行時一六歳のAが、母親及び弟妹が現在する自宅一階の台所床等にサラダ油を撒いて放火し三名を一酸化炭素中毒により死亡させたほか、逃走中に放置自転車の横領や民家への侵入盗、電話線の切断をした、というものである¹⁷）に関し、家庭裁判所からAの精神鑑定を命じられ、鑑定資料としてA及びその実父Bらの供述調書や陳述調書等の写しを交付されていたところ、同事件につき取材を始めていたフリージャーナリストCからの依頼に応じて、Cに、二〇〇六年一〇月五日、Z方で、前述の鑑定資料の写しを閲覧させ、同年一〇月六日、甲ホテル客室内で、鑑定のため臨床心理士が作成したAの心理状態等を表わす心理検査の結果等が記載された書面を閲覧謄写させ、同年一〇月一五日、料理店乙で、Aの精神鑑定

の結果等が記載されたZ作成の書面を交付し、Zが業務上取り扱ったことについて知りえたA及び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、という事件である（第一審判決判示の罪となるべき事実による。刑集六六卷四号四四〇～四四一頁）。

Cの取材行為及びZの取材協力行為に関する事実関係の要点を第一審判決の認定したところから以下に示すことにする（刑集六六卷四号四四二～四四三頁による。なお、二〇〇六年中のできごとである）。

Zは、事件当時、丙病院（京都市内）で神経精神科副部長を務める医師であったところ、二月頃、講演会に講師として参加した際、知人の大学医学部教授Dの紹介により、Cと知り合った。Zは、八月七日、家庭裁判所から、Aが非行に及んだ精神医学的背景、Aの非行時及び現在の精神状態、その他Aの処遇上参考になる事項を鑑定し、その経過及び結果を一〇月一三日までに書面で提出することを命じられ、八月一日、鑑定資料として本件保護事件の事件記録の写し（A、B、Bの母Eなどの供述調書写し等を含む、合計一〇分冊のもの）の貸出を受けてこれをZ方（京都市内）に保管し、鑑定に着手した。Aの事件につき取材を開始したCは、Zが鑑定人となったことを知り、会いたい旨の要望を電子メールで伝え、九月八日、料理店丁で、雑誌編集者FとともにZと会って、飲食しながら、本件保護事件やその他の話題につき話をした。この席で、CやFは、Zに、広汎性発達障害に関する記事を月刊誌に掲載し最終的に一冊の本にしたい旨話し、Zは、事件記録が一〇冊あること、Aと面接した際の様子、心理検査の結果、Aに計画性や殺意はないこと、週刊誌等で既に報道されていた内容の一部は事実でないことなどをCらに具体的に話し、今後のAとの面接予定や鑑定書の提出期限等を明らかにした。Zは、九月二八日、Cの求めに応じて、料理店丁で、C及びG（出版社の関係者）と飲食しながら話をし、CやGから調書を見せてほしい旨頼まれ、当初は消極的な態度を示した

ものの、結局、一〇月四日午前七時三〇分にCらがZ方を訪れて調書類を見ることを応諾した。その後、電子メールのやりとりにより、調書類を見せる日は一〇月五日に変更され、翌六日にZが鑑定内容をCらに説明することになった。Cは、一〇月五日午前七時三〇分頃、カメラマンを含む出版社関係者とともにZ方に赴いて、病院に出勤するZから鍵を受け取り、入れ違いとなる形でZ方に入って、段ボール箱に入っていた事件記録を手分けして見始め、当初、調書類を見ながらコンピュータに入力する方法でメモをとっていたものの、量が多すぎるため、最終的にはカメラマンに調書類を接写させるという方法をとった。Cらは、同日午後六時頃までかけて、事件記録の一部を写す作業を続けた（デジタルカメラにより撮影されたデータの個数は二六二二個に及んだ）。Cらは、作業を終えた後、料理店でZと会食したものの、その場では、Zに事件記録の閲覧に対する謝礼を述べたにとどまり、デジタルカメラで撮影するなどして写しをとったことは告げなかった。Zは、一〇月六日午前、家庭裁判所で、Aの診断結果、広汎性発達障害の特徴、同障害としてのAの行動に関する内容を記載した「Aに関する精神鑑定の解説」と題する書面（以下、「解説書面」という）に基づいて、裁判官らに鑑定内容を説明し、その後、Cらが宿泊している甲ホテルに行つて客室内でC及びGと話をした。Zは、そこで、Cらに解説書面を渡ししてコピーを許した上、鑑定書の提出日やAの審判期日の見込みなどを話し、解説書面の内容を説明し、解説書面とともに家庭裁判所に持参したAの心理検査に関する書面を示し、Cらからコピーを求められるとすぐに了解して同書面を渡しコピーをさせた。さらに、Zは、Aに関する精神鑑定書を家庭裁判所に提出した後、一〇月一五日、料理店乙で、同鑑定書のデータに基づき印刷した書面をCに渡した。

なお、第一審判決は、Zが本件事件記録のコピー作成を許諾したことはなく、CらはZに本件事件記録をコピーしない旨述べたにもかかわらず独自の判断でデジタルカメラで撮影したことを認定し、ZにおいてCらが本件記録のコ

ピーを作成することはないと「信賴したのには相応の理由があつたといえる」としている（刑集六六卷四号四六四～四六五、四七一頁）。

2 裁判の内容

第一審判決は、Zを懲役四月に処する（三年間刑の執行を猶予）というものであつた。

第一審における実体法的争点は、(1) Zの行為は、(I) Zは「医師」にあたらず、(II) 鑑定は「業務」にあたらぬ以上、(III) 供述調書等の内容は本罪によつて保護されるべき「秘密」にあたらぬから、本罪の構成要件に該当しないのではないか、(2) Zは、Aの利益を図るため、及び、Cの行う取材に対する協力として、Cに供述調書等を閲覧させるなどしたのであり、その目的は正当であり手段も相当であるから、Zの行為は「正当な理由」があるものであつて、違法性が阻却されるのではないか、というものであつた（訴訟法的争点は、有効な告訴があるといえるか、本件公訴は検察官の訴追裁量の範囲を逸脱した違法なものではないか、というものであつた）。これらの争点につき、同判決は弁護人の主張を排斥した。

第一審判決は、争点(1)の(I) (II) について積極に解し、(III) 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、「秘密」とは、「一般に知られていない非公知の事実であつて、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」をいうと解されるところ、本件保護事件が少年事件として審判手続きが進められているさなかにあり、Aに関してさまざまな報道が繰り返されていたものの一部誤った事実も報じられていたこと等からすれば、ZがCに閲覧させるなどした各書面は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、さらに、「A、Bの家庭内に関する諸事情、Aの生育歴や学校の成績、A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Aの家族歴、本人歴や症状、診断等いずれもAやB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A及びBによって利益であると認めることができる」などと述べて、前記各書面はA及びBの「秘密」にあたるとした（刑集六六卷四号四五三～四五九頁）。

争点②についての弁護人の主張は、①Zは、鑑定作業を進めるうち、Aに殺意がなかったことを知り、誤った報道で広がった世間の認識を正してA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、Cに対し、Aには殺意がなく供述調書の内容はAの内面に関しては信用することができない旨を繰り返し説明し、供述調書をコピーしないこと、内容をそのまま引用するのではなく形を変えて出すこと、事前に原稿をチェックさせることにつき約束を取り付けた上で供述調書等を閲覧させるなどしたのであり、Zの行為はAの利益のために行われたものであって、その手段も相当である、②Zは、報道機関の公共的使命に奉仕して公益を図るCの取材に対する協力的行為として、公益を図る目的で、Cから前述の約束を取り付けた上で、実際にCの記事の内容をチェックして記述の正確性を確保しようとしたのであるから、行為の目的は正当であり、その手段も相当である、といったものであった。同判決は、①に關し、Zが「報道内容に疑問をもっており、A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」ことは認められたものの、そのような「思いは主観的なものにとどまっていた」と見ざるをえず、手段の相当性についても、少年審判手続進行中に、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、Cらに自由に閲覧させ、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、鑑定書と同等のものを交付したりしたことは、非公開である少年審判手続きの制度趣旨に反し、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「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、②に関し、取材協力行為が秘密漏示罪に該当するか否かの判断にあたっては、「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の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、C及び出版社関係者の一連の取材行為については、「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（Cらが、被告人に本件事件記録をコピーしない旨述べたにもかかわらず、メモと変わるところはないとしてデジタルカメラで撮影した点は、取材におけるモラル等につき種々の問題を含むといえるが、このことをもって、直ちに本件におけるCらの取材行為の一部又は全部が違法であるとして評価するのは困難である。）」として正当性を肯定しつつ、ZがAに関して抱いていた思いが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Cらに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、記録等の内容はA、Bのプライバシー等に関わるものであること等からすると、Zの行為は取材協力行為と見ても「正当な理由」に基づくものとは認められない、といったことを述べて、違法性は阻却されないとした（刑集六六卷四号四六一～四六五頁）。

Zが控訴し、第二審では、第一審と同趣旨の弁護人の主張がなされた。これらの主張を、第二審判決は全て排斥し控訴を棄却した。同判決は、前述の争点②に関し、Z（被告人）が秘密を漏らした当時、本件保護事件が家庭裁判所に係属中であつたという状況の下で「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とも到底いえない」として「正当な理由」はなく違法性は阻却されないと判示している（刑集六六卷四号四七九頁）。

Zが上告し、上告審決定は、上告を棄却したものの、職権で、①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、②本件でAやBはZに業務を委託した者ではなく、秘密漏示罪の告訴権者にあたらぬ旨の主張について判示した（「正当な理由」ないし違法性阻却について言及のない点は、第一審判決、第二審判決の結論をそのまま是認する趣旨であると理解されている¹⁸）。まず、法廷意見は、「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。この様な場合、『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。したがつて、これらの秘密を漏示された者は刑法二二〇条にいう『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」と述べている。つぎに、裁判官千葉勝美の補足意見は、一三四条は、第一次的には、患者等の秘密を保護すること、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」としつつ、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えた秘密、すなわち患者等との信頼関係に基づき知りえた秘密のみが「秘密」にあたるという解

釈は、「解釈論としては無理」であり、同条が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罪の構成要件にしたことの根底には「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」との考えがあり、同条は、「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」を基礎にするものである旨述べている。

3 裁判に対する従来の評価

前節の裁判は、おおむね肯定的に評価されている。補足意見が秘密漏示罪の保護法益に関し第二次的に「医師の業務自体」をあげた点は、「倫理違反を刑罰に直結させる表現には疑問もあろう」としつつ、「注目に値する見解」と評価する見解があり、⁽¹⁹⁾一三四条一項の「秘密」を医師と患者との信頼関係に基づくものに限定する解釈は採用できない、とする見解もある。⁽²⁰⁾鑑定人を本罪で処罰することは罪刑法定主義に反するのではないか、という点についても、本件のような精神鑑定が「医師」の「業務」として行われるものかという観点から検討されるべき問題である、⁽²¹⁾とか、本件鑑定が医師の本来的な業務と密接な関係があり鑑定における秘密の保持が医師の業務に対する社会的信頼を左右するといえることから、「その限度で医師の業務性を肯定したのは適切と思われる」⁽²²⁾とされる。

違法性阻却の点についても、第一審判決、第二審判決と同様の理由で否定的に解する見解が多い。⁽²³⁾もつとも、「報道は一定の取材協力行為があつて初めて成り立つものであり、取材協力行為についても『違法性の有無については、慎重な判断を要する』というべきであろう。少年審判の非公開という制度趣旨や推知報道の禁止の趣旨に抵触するか否かは報道の仕方に左右される。結果的に無断で資料が謄写されてそのまま書籍の表紙に用いられるといった事態を

招いたとしても、そのことをもって直ちに取材協力が違法であったと断じることができないと思われる」として、「公共の利害に関わる報道のための取材協力については、優越的利益の保護が認められる限度で違法性阻却を認めるべきである」とする見解もある。ただ、この見解によっても、「家裁に係属中の少年事件に関わった鑑定医による供述調書等の流出という事態は、医師の業務に対する信頼性を大きく低下させるといえるから、これを考慮に入れると、本事案で正当化が否定されたのはやむを得ない」とされる²⁴。

四 考察

以上を踏まえて、取材行為、取材協力行為の違法性判断について考察する。

第一に、違法性判断基準について私見を述べる。まず、刑法が適正かつ合理的な処罰を実現するために刑罰権行使をコントロールする法であることに鑑みて、一般的な違法性判断基準としては、当該行為によって損なわれる利益ともたらされる利益とを比較衡量し、かつ、当該行為の目的、手段方法（態様）を考慮する、というものが適切であると考える。刑法の謙抑性から、当該行為によって損なわれる利益がもたらされる利益に優越しないときには、手段方法に欠点があっても、違法性は否定されるべきであり、逆に損なわれる利益が優越しても当該行為が目的、手段方法の点で欠点がないときは、違法性は否定されるべきである。利益の比較衡量の点で問題がないのに行為態様に問題があるから違法性を肯定するというのは、過度の行為無価値論であり、賛成できない。さらに、刑法における違法性判断が当該行為が当該犯罪の構成要件に該当することを前提とするものである以上、「当該行為によって損なわれる利益」は当該犯罪の保護法益を意味する、と考える。当該行為によって保護法益以外の利益が損なわれるからといって、

そのことの故に当該行為の違法性を肯定するべきではない。²⁵ つぎに、取材行為に呼応して取材協力行為として秘密漏示がなされた場合の違法性の判断は、右に述べた基準に従って、秘密を漏示することによって損なわれる（秘密の主体の）利益と秘密を漏示することによってもたらされる利益（こちらは秘密の主体の利益に限らない）とを比較衡量してなされる。そして、取材行為、取材協力行為のいずれについても同様の基準で違法性が判断されるべきであり、通例、一方の行為の違法性が否定されれば他方の行為の違法性も否定されることになる。

第二に、私見の基準に照らして外務省秘密漏洩事件の裁判について考える。私見の基準によるならXの取材行為の違法性は否定される。第一審判決は利益衡量論により同様の結論に達しており、この点は支持できる。これに対し、上告審決定が、Yの「個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪した」として、秘密ないし保護法益の主体でない者の権利・利益を害したことを理由に違法性を肯定したことは不当である。同決定に対する「違法の質を無視するものとして、妥当でない」という批判²⁶には頷けるものがある。Yの取材協力行為についても、特段の事情は認められないので、私見の基準によれば違法性は否定されることになる。この点に関し、第一審判決は、取材協力行為の違法性が否定されるためには、刑法二三〇条の二を考慮して「公益を図るといふ積極的意図」が必要であるとし、このような意図がないことを違法性肯定の理由にしている。しかし、公務員の秘密漏示罪の正当化要件を名譽毀損罪の正当化要件を考慮して加重することは疑問であること、裁判例や多数説が公益目的要件を緩やかに解していること、²⁷取材協力行為についてののみ「積極的意図」を要件とする理由が不明であることから、支持できない。

第三に、私見の基準に照らして鑑定人医師秘密漏示事件の裁判について考える。私見の基準によっても、Cの取材行為については、第一審判決の結論と同様に、違法性が否定されよう。問題なのは、同判決がZの取材協力行為の違

法性を肯定している点である。その理由として、同判決は、① ZがAに対して抱いていた思いが主観的なものにとどまっていたこと、② 少年審判手続進行中に鑑定人の立場にありながら、「Cらに本件事件記録を自由に閲覧させるなどしており」手段の相当性が著しく欠けること、③ 「その記録等の内容はA、Bのプライバシーにかかわるものであること」をあげている。しかし、①については、Zが報道内容に疑問をもちAに殺意がないことを対外的に明らかにしたいという思いを抱いていたことは同判決も認定しているのであり、事実関係に鑑みて、そのような思いがCらに表出されず主観的なものにとどまっていたともいい難いように思う。また、②については、少年審判手続進行中であることをいう点は、少年審判を非公開にすることの利益を考慮しているようにも思え、違法の質を無視するとの批判を免れ難いように思う（同判決は、取材協力行為正当化の基準として「秘密の主体が受ける不利益」を考慮すると述べているので、この点との整合性も不明である）。鑑定人の立場にあったことを咎める点も本件が医師としての秘密漏示の事案であることを考えると整合性に欠けるように思う。さらに、事件記録を自由に閲覧させたとする点も、ZがCらを信頼して、コピーをとらない等の約束をした上で閲覧させていることを考えると、「相当性を著しく欠く」と断じることができないように思う。③については、本件事件記録の内容がA、Bのプライバシーに関わるものであることから、これらが要保護性のある、漏示によってA、Bの利益が相当程度害される秘密であると考えている点に問題がある、といえる²⁸。結局、同判決がZの取材協力行為の違法性を肯定したのは妥当ではなく、この判断を変更しなかった第二審判決、上告審決定も妥当ではない、ということになる。

五 むすびに

私見に対する想定される反論に答えて本稿を結ぶことにする。一つの反論は、「取材行為は知る権利に奉仕する重要なものであるから厚く保護されてしかるべきであり、取材協力行為より緩やかな要件で違法性が否定されてしかるべきである」というものである。しかし、取材は取材行為と取材協力行為とから成り立つものであるから取材行為が保護されるべきなら取材協力行為も同様に保護されてしかるべきである。取材協力行為がなければ報道はなしえないのであって、その保護を取材行為より薄いものにしてよい理由はない。いま一つの反論は、「秘密漏示罪の可罰性は、身分として掲げられている職業・地位にある者には厳格な守秘義務が課せられているのに、これに違反して、職業・地位に対する社会的信頼を害するところにある。取材協力行為はこのような義務に反するものであるから、取材行為の違法性が否定されても、違法性を肯定されてしかるべきだ」というものである²⁹。しかし、鑑定人医師秘密漏示事件上告審決定の補足意見も述べているように、一三四条は第一次的には秘密を保護するための規定であり、身分たる職業の保護は反射的、あるいは二次的に考慮されるに過ぎない。一三四条の秘密漏示罪は親告罪であるし、秘密の主体たる「人」の同意があれば構成要件該当性が否定されると考えられることから、同罪の保護法益は「秘密の主体の秘密にすることによって得られる利益」と考えるべきである。したがって、守秘義務違反の故をもって取材協力行為の違法性を基礎づけることはできない。

他にも秘密漏示罪には不明確な点が多々ある（右に述べた「秘密にすることによって得られる利益」の内容さえ明確とはいえない）。これらについては別の機会に検討するしかない。

「ま、今日はこの位で」と言う岩渕先生の笑顔を想像しつつ攔筆することにする。

注

- (1) 斎藤文男「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ』一六二頁以下（有斐閣、第四版、二〇〇〇年）の一六三頁、卷美矢紀「判批」長谷部恭男ほか編『メディア判例百選』一〇頁以下（有斐閣、第二版、二〇一八年）の一一頁、参照。
- (2) 堀籠幸男「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五三年度）』一二九頁以下（法曹会、一九八二年）の一六五頁、田宮裕「そそのかし罪と取材の限界」判例評論二二六号一二八頁以下（一九七八年）の一三〇頁、平野龍一「公務員に秘密漏泄をそそのかす行為と取材行為の正当性の限界」警察学論集五八巻一号五〇頁以下（一九八七年）の五四頁、参照。
- (3) 斎藤・前掲注(1)一六三頁参照。
- (4) 平野・前掲注(2)五三頁参照。
- (5) 斎藤・前掲注(1)一六三頁、田宮裕「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』六四頁以下（有斐閣、第二版、一九八四年）の六五頁、参照。
- (6) 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―」判例タイムズ三六五号五頁以下（一九七八年）の一三頁参照。
- (7) 米田泰邦「判解」ジュリスト六九三号（昭和五三年度重要判例解説）一八七頁以下（一九七九年）の一八八頁、田宮・前掲注(5)六五頁、参照。
- (8) 平野・前掲注(2)五四頁参照。
- (9) 斎藤・前掲注(1)一六三頁、宇都宮純一「判研」法學四五巻六号一三七頁以下（一九八二年）の一四二頁、参照。
- (10) 堀部政男「判解」ジュリスト六九三号（昭和五三年度重要判例解説）一五頁以下（一九七九年）の一七頁、米田・前掲注(7)一八八頁、平野・前掲注(2)五五頁、清水英夫「判批」伊藤正己ほか編『マスコミ判例百選』一六頁以下（有斐閣、第二

版、一九八五年)の一七頁 卷・前掲注(1)一一頁、参照。

(11) 堀籠・前掲注(2)一七四頁参照。

(12) 田宮・前掲注(2)一三二頁参照。

(13) 米田・前掲注(7)一八八頁、宇都宮・前掲注(9)一四二頁、参照。

(14) 田宮・前掲注(2)一三二～一三三頁参照。

(15) 田宮・前掲注(2)一三三頁、米田・前掲注(7)一八八頁、参照。

(16) 田宮・前掲注(5)六五頁、齊藤愛「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』一七〇頁以下(有斐閣、第六版、二〇一三年)の一七二頁、丸山雅夫「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』三八頁以下(有斐閣、第七版、二〇一四年)の三九頁、参照。

(17) 刑集六六卷四号四四二～四四三頁、矢野直邦「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成二四年度)』八九頁以下(法曹会、二〇一五年)の九二頁、参照。

(18) 矢野・前掲注(17)九五頁、松宮孝明「判解」ジュリスト一四五三号(平成二四年度重要判例解説)一五九頁以下(二〇一三年)の二六〇頁、参照。

(19) 松宮・前掲注(18)一六〇頁参照。

(20) 豊田兼彦「判解」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch』(速報判例解説一二卷)一四二頁以下(日本評論社、二〇一三年)の一四二頁、佐久間修「判批」甲斐克則ほか編『医事法判例百選』五六頁以下(有斐閣、第二版、二〇一四年)の五六頁、参照。

(21) 矢野・前掲注(17)九六～一〇六頁参照。

(22) 辰井聡子「判批」長谷部恭男ほか編『メディア判例百選』一二頁以下(有斐閣、第二版、二〇一八年)の一三頁。

(23) 豊田・前掲注(20)一四三頁、佐久間・前掲注(20)五七頁、参照。

(24) 辰井・前掲注(22)一三頁参照。

- (25) 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第三版、二〇一六年）一〇七頁は、処罰を正当化する違法性を基礎づけられるのは当該構成要件中に規定された結果惹起に限られるとする。この見解は基本的に正当である。ただ、私見は行為の危険性をも考慮する。
- (26) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、二〇一三年）一〇四頁参照。
- (27) 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法第一二巻（第二三〇条～第二四五条）』（青林書院、第二版、二〇〇三年）四六頁〔中森喜彦〕参照。
- (28) 外務省秘密漏洩事件第一審判決と鑑定人医師秘密漏示事件第一審判決とを比べてみると、前者では三電文の内容と秘密保護の必要性が検討され実質秘性はさほど高度のものとは認められないとされているのに対し、後者では「供述調書、陳述調書等」、「心理検査の結果等が記載された書面」、「精神鑑定の結果等が記載された書面」のどの部分がどのような実質秘性を有しているのかが十分吟味されていない。供述調書等の内容であっても、既に報道されていることは非公知の事実とはいえ「秘密」にあたるとはいえないし、秘匿することが本人の利益にならない事実や刑法上保護するに値しない事実も「秘密」にあるとはいえない。「非公知」とか「他人に知られないことが本人の利益になる」とかいったことは程度（量）のある概念であり、例えば、Aの学校の成績や教育状況、その他家庭の事情が全て「秘密」にあたるかといえるかは疑わしい。この点につき、供述調書等に「プライバシーにかかわる情報も大量に含まれている」とか「非公開で行われる家庭裁判所の審判手続が進行中であった」とかいうことから、Zが明らかにした情報が秘密にあたることは明らかであるとする見解もあるもの（矢野・前掲注（17）一〇九頁参照）、そのようなことから直ちに「秘密」にあたるという結論は導けまい。
- (29) 一三四条の秘密漏示罪につき、特定のプロフェッションに対する社会的信頼を保護したものと見る見解につき、佐久間・前掲注（20）五七頁参照。曲田統「秘密漏示罪の成立要件と共犯―最決平成二四年二月一三日を素材として―」法學新報一一九巻九・一〇号五五九頁以下（二〇一三年）の五七七～五七八頁は、一三四条の身分者には取材行為者の要求を「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」が求められているとする。しかし、同罪が保護しているのは個人の秘密にすることにより得られる利益である、と解するべきである。