

# 改正刑法草案における 公務員機密漏示罪について

松 本 一 郎

- I 序 説
- II 規定とその沿革
- III 国公法 100 条 1 項の「秘密」について
- IV 機密漏示罪の問題点
  - 1 機密概念の不明確性
  - 2 実質的審査の困難性
  - 3 「知る権利」との関係
- V 総 括

## I 序 説

昭和46年11月、法制審議会刑事法特別部会は、8年有余にわたる刑法改正のための作業に終止符をうち、改正刑法草案を27対1の多数で可決、決定した。同草案は、現在法制審議会において審議中であるが、もともと刑事法特別部会は、法制審議会の法務大臣に対する答申の原案を作成するため、主として刑事法専門家に委嘱して設置された部会であるから、同草案の大部分がそのまま審議会の答申として採用される公算は大きい。昭和36年の「改正刑法準備草案」の発表以来満10年、戦後の刑法改正事業は、いよいよその終盤を迎えたのである。

刑法改正問題については、この十数年来学界の内外で活発な論議がかわされてきた。各則規定については、準備草案における国家法益重視の傾向、刑罰加重の傾向に批判が集中し、改正草案作成の過程でかなりの修正をみることができた。内乱独立教唆罪（準備草案132条）、機密探知罪（同136条）、外患独立教

唆罪（同139条）等が改正草案に採択されなかったことは、高く評価してよい。しかし、総則規定に対する論議に比較すると、各則規定についての論議は必ずしも十分とはいえ、なお今後の批判にまつところが少なくない。そこで本稿においては、改正草案の新設規定のうち、公務員の機密漏示罪（140条）について、若干の検討を加えてみたいと思う。

## Ⅱ 規定とその沿革

改正草案140条は、次のように規定している。

「公務員又は公務員であった者が、正当な理由がないのに、職務上知ることができた機密を他人に漏らしたときは、3年以下の懲役又は禁固に処する。」

この規定は、準備草案149条と一言一句も変りがなく、もちろん法定刑も同じである。もっとも、本条を検討した刑事法特別部会第4小委員会（国家・社会法益に対する罪を担当）においては、上記条項のほか、図利目的の「秘密」漏示行為に対する処罰条項を加うべきであるとの意見が出され、審議が重ねられたが、結局この提案は否決され、準備草案どおりの規定に落ち着いたのであった<sup>1)</sup>。

ところで、準備草案作成の作業においては、昭和15年に未定稿として発表された「改正刑法仮案」を基礎とし、これに修正を加えるという方法がとられた<sup>2)</sup>。新しい日本国憲法の下での刑法改正作業が、「各罪ニ対スル刑ノ輕重ハ本邦ノ淳風美俗ヲ維持スルコトヲ目的トシ忠孝其ノ他ノ道義ニ関スル犯罪ニ付テハ特ニ其ノ規定ニ注意ス」べしとする刑法改正綱領（大正15・10・15臨時法制審議会決議）の下に作成された「仮案」を土台として行なわれたことについては、出発点を誤っているとの厳しい批判が加えられている<sup>3)</sup>。本罪もその例外ではなく、この仮案にその源を発している。すなわち、仮案196条は、次の

1) 「法制審議会刑事法特別部会第4小委員会議事要録」(3) 270ページ。

2) 刑法改正準備会「改正刑法準備草案・附同理由書」の「はしがき」参照。

3) たとえば、中山研一「改正刑法仮案の歴史的考察」現代刑法学の課題25ページ以下、戒能通孝「基本法改正の態度として」法律時報臨時増刊・改正刑法準備草案の総合的検討1ページ以下。

## 改正刑法草案における公務員機密漏示罪について

ように規定している。

「公務員又ハ公務員タリシ者法令ニ依リ特ニ秘密ニ付スベキ職務上ノ事項ヲ故ナク漏泄シタルトキハ2年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ処ス」

このように、改正草案140条は改正仮案にまで遡ることができるのであるが、同種の規定は既に現行国家公務員法・地方公務員法に存在する。すなわち、国家公務員法100条1項は次のように規定し（地方公務員法34条1項も同趣旨）、109条12号はその違反行為につき1年以下の懲役刑または3万円以下の罰金刑を科している（地方公務員法60条2号の罰則も同じ）。

「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。その職を退いた後といえども同様とする。」

改正草案140条は、この国家・地方公務員法の秘密を漏らす罪と同一系譜に属する罪を規定するものであって、共に国家・地方公共団体の機密または秘密そのものを保護の対象としており、前者は後者の加重類型として理解することができる。この点において、たとえば所得税法243条・法人税法163条・精神衛生法50条の2・児童福祉法61条等のように、公務にかかわりのある特定の個人・企業の私的な利益を保護するための秘密を漏らす罪とは、質的に異なっている。さらに、犯罪の主体が特定の公務員に限られていない点で、自衛隊法59条・118条1号の罪と異なり、また行為の客体である機密・秘密に何等の限定がない点で、日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法と立法形式を異にしている。

国公法・地公法に同種の処罰規定があるにもかかわらず、本条を新設しようとする理由は何か。改正草案説明書によれば、次の3点があげられている。すなわち、第1に国または地方公共団体の有する秘密のうち、特に重要なものを漏示する行為は、自然犯的な性格の犯罪として刑法に規定するのがふさわしいこと、第2に国公法・地公法の法定刑は、この種行為に対するものとしては軽すぎること、第3に国公法・地公法の適用を受けない特別職公務員のこの種行為についても、処罰の必要があること、の3点である<sup>4)</sup>。

---

4) 法制審議会刑事法特別部会「改正刑法草案・附同説明書」176ページ。

### Ⅲ 国公法 100 条 1 項の「秘密」について

前述のように、公務員機密漏示罪は国公法・地公法の秘密を漏らす罪と同一系譜に属している。そこで、本罪の問題点についての検討に入る前に、国公法 100 条 1 項の「秘密」の意義について若干考察してみたい。

国公法 100 条 1 項については、同条項にいわゆる秘密を、国家機関が一般的に知られることを禁ずる旨を明示した、いわゆる「指定秘」で足りると解するか（形式秘説）、それとも、実質的な秘密性を有するものでなければならぬと解するか（実質秘説）、という問題がある。この点について鶴銅教授は、「この違反には、たんに懲戒罰のみでなく、1 年以下の懲役又は 3 万円以下の罰金というような刑罰が科せられることになっているのであるから、果してある事項が、刑罰によって保護されている職務上の秘密であるかどうかについては、国民としての関心がなければならず、したがって秘密事項の解除についての手続も認められなければならない。現在はそのような手続がないから、運用上の問題としては、刑事裁判の手続で、何が実質的に保護を要する秘密の範囲に属する事項であるかを、裁判所が独立に判定できるものと解するのが正当である。」とされている<sup>5)</sup>。「運用上の問題としては」という限定句に若干ひっかかりを感じずるが、少なくとも今日の法制度の下においては、実質秘説をとられるものと解してよいであろう。また園部判事は、秘密とする手続、秘密の範囲、秘密解除の方法等についての手続を明確にした上で、形式秘説をとるべきであろうとされながらも、「そのような手続が不備な間は、実質的審査によって公務員を保護する方向に傾むくのはやむを得ないことと思う。」とされている<sup>6)</sup>。実質秘説に消極的賛成をされる趣旨であろうか。さらに室井教授は、「刑罰とのかかわりで事柄を解するかぎり、実質説が妥当であることは、明らか」であるとされ<sup>7)</sup>、有倉教授も実質秘説をとることを明確に述べられている<sup>8)</sup>。

他方判例はどうかというと、この点についての最高裁の見解は、いまだ明ら

5) 鶴銅信成「公務員法」(法律学全集) 111 ページ。

6) 園部逸夫「公務員の権利義務」行政法講座第 5 巻 212 ページ。

7) 室井力「公務員の秘密保守義務について」ジュリスト 507 号 40 ページ。

8) 有倉遼吉「国公法 100 条、109 条、111 条論」法律時報 44 巻 7 号 16 ページ。

## 改正刑法草案における公務員機密漏示罪について

かではない。国公法 100 条 1 項に関する最高裁の判例は、いわゆるラストボロフ事件に関する昭和35年11月30日の第 2 小法廷決定（刑集14—13—1766）があるのみであるが、同決定は、問題となった印刷物について、「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。」と判示し、問題点についての判断を避けているからである。そこで下級審の判例についてみると、「不正者の天国」出版事件に対する東京地裁昭和38年12月23日判決（行裁集14—12—2204）のように、当該事項は形式的にも実質的にも秘密に当るとするもの、ラストボロフ事件の控訴審判決である東京高裁昭和32年9月5日判決（高刑集10—7—569）のように、国公法100条1項の秘密とは、実質的秘密に限らず、「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」きであると判示し、形式秘説を明確にうち出したものも存するが、大多数の判例は実質秘説をとることを明らかにしている。

しかし、実質秘説をとる判例についても、秘密性の判断方法をめぐって、さらに2つに分類しなければならない。1つは、裁判所が秘密とされている事項の内容そのものについて、直接証拠調査をした上で、秘密性の有無を判断すべきであるとするものである。国税局の営業所得標準率表等の漏示事件に対する差戻前第 1 審判決である大阪地裁昭和35年4月6日判決（下級刑集2—3・4—600）が、これに属する。また、同事件差戻後第 1 審の同地裁昭和42年5月11日判決（下級刑集9—5—668）も、同様の見解に立つとみてよいであろう。この見解を、仮に厳格説と呼んでおく。いま1つは、その事項の内容を直接吟味する必要はなく、秘密指定の手續、その事項の性質、秘密とすべき事由等の外部的事情から、実質的秘密性を推認することができるとするものである。北朝鮮帰還協定交渉に関する電信文漏示事件第 1 審判決である東京地裁昭和43年10月18日判決（下級刑集10—10—1014）が、その代表的なものである。また、同事件の控訴審判決である東京高裁昭和44年3月18日判決（判例時報561—83）は、「行政官庁の秘扱いの判断は尊重さるべきである。」と判示して形式秘説への傾きを示しながらも、結論としては、前記第 1 審判決の見解を支持している。この見解を、仮に推定説と呼んでおく。

形式秘説か実質秘説かという問題は、国公法100条1項を、職員の服務規律違背行為を処罰する趣旨としてとらえるか、それとも、秘密そのものを保護する趣旨としてとらえるかによって、結論を異にするものと思われる。前者をとれば、上司の秘抜いにすべき旨の指示に違背した行為があった場合、秘密とされた事項の内容のいかんにかかわらず、これを処罰するのは当然だということになる。これに対して、後者をとれば、秘密とされた事項が、はたして刑罰の制裁によって保護するに値する実体を有するかどうかの判断を必要とすることになる。

国公法100条が、一連の職務上の義務規定の一環として規定されている点に着目すると、前者の考え方にも一理があるといえよう。しかし、義務違背ということから、直ちにその行為の可罰性を理由づけることはできないと思う。義務違背行為がもたらす法益の侵害ないはその危険性こそ、行為の可罰性を理由づけるものといわなければならない。国公法100条1項についていえば、守秘義務に違反する行為によって、国家の作用が阻害され、もしくは阻害される危険性があるからこそ、行為者を処罰するのである。法益侵害の危険性すらないのに、義務違背の一事をもって行為者を処罰することは、まさに刑罰の濫用といわなければならない。指定秘とされてはいるが、実質的には既に秘密としての実体を有しない事項を他に漏らした場合、国家の作用を阻害する危険性は全くない。職員の命令服従義務（国公法98条1項）の違反に対しては、刑罰の制裁がないこととの権衡上からも、かような場合には可罰性なしとしなければならない。さらにまた、100条1項は退職した者に対してもその適用があることに注意する必要がある。退職者には、職務上の義務がある筈はないからである。してみると、国公法100条1項は、職務上の秘密そのもの、正確にいえば、秘密を漏らすことによって、国家の作用が阻害されることの危険性を保護しようとするものと解すべきであり、従って、実質秘説を正当としなければならない。

このように実質秘説をとった場合、秘密性の判断方法について、厳格説・推定説のいずれによるべきか。厳格説をとると、被告人の有罪を立証せんがためには、秘密の内容を公開の法廷に晒さなければならない。これでは、秘密保護

## 改正刑法草案における公務員機密漏示罪について

のための犯人訴追が、かえって秘密を広く一般に公開する結果となってしまう。この矛盾を解決しようとするのが、推定説である。この説は、秘密性認定の問題を、裁判官の自由心証の問題として処理することに帰着する。その事項の内容を直接顕出しなくとも、外部的状況から秘密性の心証を得られれば、それでよいとするのである。秘密性の判断が、最終的には裁判官の自由心証の問題であること、事実の認定に当っては、必ずしも直接証拠による必要はなく、間接証拠によっても妨げないことは、当然である。しかし、問題は、推定説によって秘密性を認定した場合の、裁判官の自由心証の内容である。秘密とされている事項の内容を確知しないで、はたして「合理的な疑いを越える程度の確信」を形成し得るものであろうか。

それは、あたかも猥褻文書頒布罪における猥褻性の判断を、問題の文書について証拠調をすることなく、間接証拠のみによって行なう場合と類似する。証拠法上は、かような場合でも間接証拠による事実認定を否定すべき道理はない。しかし、実際問題として、文書の内容を調べることなしに、たとえば、その文書の頒布状況、秘密裡に印刷されたこと、露骨な性描写があること、読者に羞恥嫌悪の情を覚えさせたこと等の間接事実の立証のみで、有罪の確信を抱くことができよう筈はない。秘密性の判断も、猥褻性の判断と同じく、価値評価を伴った、規範的な判断である。このような性質の判断を、秘密指定の手続、その事項の性質、取扱いの実情等間接的な事実によって行なうとすれば、それは、とりも直さず官庁側の価値評価をそのまま受け入れることになる。前掲東京高裁判決が、「行政官庁の秘扱いの判断は尊重さるべきである。」と判示したことは、はしなくも、この間の裁判官の心理を露呈したものとわがざるを得ない。かような判断が、本来合理的心証主義であるべき自由心証主義の限界を越えていることは明らかであり、結局推定説は、実質的には形式秘説と殆ど異ならないものというべきある。

もっとも、推定説の立場に立てば、その事項が実質秘に値いしない旨の被告人側からの反証を許すことになる。この点は、形式秘説と確かに異なる。しかし、被告人側が効果的な反証をあげることは、一般的にいって極めて困難であるから、被告人の利益擁護という観点から、この点に多くを期待することはで

## 独協法学

きない。たとえば、秘密を漏らした行為自体を否認している被告人に対して、漏らしたとされている事項が実質秘に当たらない旨の主張・立証を要求することは、およそ無理難題の要求というほかはない。そのみならず、推定説は、実はこの点において致命的な欠陥に遭遇する。それは、被告人側が反証のため、秘密の内容をすべて明らかにした場合のことである。推定説が実質秘説の上に立ちながらも、秘密事項の直接顕出を必要でないとした理由は、さきに述べたように、秘密の内容が裁判の結果一般に公開されることを避けようとするところにあった。しかるに、反証という形にせよ秘密の内容の公開を認めることは、自説の存在理由を自ら否定することになる。推定説は、この点において、少なくとも論理的には破綻するものといわなければならない。

かようにして、推定説は、実際上も論理上もとり得ない以上、実質秘説をとる限りは、厳格説によらざるを得ないことになる。ただ、既にくりかえし述べたように、厳格説をとれば、裁判によって秘密の内容が一般に公開される結果となる。憲法 82 条 1 項は裁判公開の原則を規定し、その 2 項但書は、政治犯罪・出版に関する犯罪・国民の人権に関する事件については、常に公開すべきものとしているが、秘密漏示に関する裁判は、通常の場合この 2 項但書のいずれかに該当するであろうからである。しかし、私見によれば、これはやむを得ないことと考える。既に述べたように、刑罰権の行使を行政官庁の判断にかからしめることは、被告人の人権上絶対に許すことができない。それは、司法の自殺行為にほかならない。さらにまた、形式秘説が、秘密政治・秘密行政・官僚独善主義の傾向を助長する結果を導き、主権者たる国民の「知る権利」を抑圧し、民主政治の基盤を崩すおそれがあることにも、意を払わなければならない。実質秘説をとれば、かえって秘密が公開される結果となるため、場合によっては刑事訴追を断念しなければならなくなるであろう。しかし、刑罰権の行使に支障をきたすことと、前記の重大な法益侵害のおそれとを比較衡量するならば、そのいずれをとるべきかは、おのずから明らかといわなければならない。

もともと現行国公法の制定当初（昭和22年）においては、同法は 100 条で職員守秘義務を規定するのみであって、違反行為に対する刑罰規定は設けられていなかった。これは、敗戦前の官吏服務紀律（明治20勅令39）とその軌を一



## 改正刑法草案における公務員機密漏示罪について

にしている。しかるに、昭和23年、公務員ストに対するマッカーサー書簡による政令 201 号に引続く、職員の団結権・団体交渉権・争議権および政治活動の禁止を目的とした、同年法律 222 号による国公法改正の際、109 条12号の処罰規定が新設されたのである。有倉教授の調査によれば<sup>9)</sup>、改正法が審議された第 3 回国会における論議は、当然のことながらもっぱら98条の改正（争議行為の禁止）に集中し、守秘義務違反行為に対する罰則の新設については、全くといってよい程論議がなされていない由である。いわば、争議権剥奪をめぐるどさくさに紛れて立法化された疑いが強く、従って、憲法・刑訴法とのかかわり合いが十分考慮されなかったのではないかと思われる。そうだとすれば、実質秘説の有する解釈論上の欠陥は、むしろ立法の責に帰せらるべきものであって、やむを得ないことというべきである。

### Ⅳ 機密漏示罪の問題点

#### 1 機密概念の不明確性

公務員機密漏示罪において先ず問題となるのは、保護の客体である「機密」という概念が明確さを欠くことである。草案説明書は、機密とは「国又は地方公共団体の有する秘密のうち特に重要なもの、いかえれば、これを漏示することによって、国家の安全その他重要な公共の利益に重大な損害を与えるおそれのあるもの」をいうとし、また「公務所によって機密と指定されているかどうかを問わない」としている<sup>10)</sup>。この説明によれば、「機密」と「秘密」の区別は、それが「特に重要なもの」に当るか否かによって決せられることになる。しかし、刑罰の制裁によって保護される「秘密」とは、もともと重要なものに限らるべきであるから、「特に」重要かどうかという判断基準の運用は、法適用者の裁量にまつところが大きい。両者の差異は、質的なものではなく、量的なものにすぎないから、その限界は相対的・流動的であって、判断基準としては曖昧さを免れないのである。

本条にいう「機密」とは、かなり幅の広い概念である。すなわち、そこには、

9) 有倉・前掲論文9ページ。

10) 前掲改正草案説明書176ページ。

国運を左右するような極めて高度の秘密から、そうでないものまでを含んでいるからである。このような幅の広い機密概念を創設し、これを「自然犯」化して刑法典の対象とした場合、国公法上の秘密扱いを受けていたものかなりの部分が、機密に格上げされる可能性が大きいと思う。「特に重要」という基準では、「機密」に絞りをかける機能を期待することは難しいからである。

一般法たる刑法において、「機密」の内容を列挙的・限定的に定義できないことはわかる。しかし、たとえば、西ドイツ刑法93条1項が「国家機密」について、「限られた範囲の人のみが入手し得、且つドイツ連邦共和国の外国に対する安全にとって重大な損害をもたらす危険を避けるために、外国政府に秘密にしておかなければならない事実、物件または知識」をいうと定義づけているように、何等かの定義づけができなかったものであろうか。もちろん、この種の定義をしたところで、内容の抽象性を完全に払拭し去ることはできないであろう。従って、五十歩百歩という批判を免れないかも知れない。しかし、定義のいかんによっては、「機密」概念にかなりの絞りをかけることができると思われる。少なくとも、草案のように「機密」と云いばなしでいるよりは、数段ましである。

「法において、すべての定義は危険である」というローマの法学者の言を引用し、カズイスティックな立法を批判され、法典におけるゴシック的な構造の美学を説かれたのは、改正草案作成の中心となられた小野博士である<sup>11)</sup>。しかし、決疑論的思考に限界があり、そのような立法をしたところで解釈上の疑問を抹殺することができないにせよ、法の実用性からの要請を無視することは妥当ではないように思う。この場合、法典の美的構造と統一性を多少犠牲にしても、「機密」の定義をすることによって、その限定づけをはかるべきであったと考える。

## 2 実質的審査の困難性

草案理由書が、本条にいわゆる「機密」を実質的機密の意味に解していることは、さきに述べた<sup>12)</sup>。しかし、実質説をとると、国公法100条1項の「秘密」

11) 小野清一郎「法の美学」刑法と法哲学46ページ以下。

12) 旧国防保安法にいわゆる「国家機密」についても、「指定秘」ではなく、「自然秘」

## 改正刑法草案における公務員機密漏示罪について

について述べたところと全く同様の問題が生ずる。この点についての立案者の考えは、説明書からも、また第4小委員会議事要録からも明らかではない。

機密性の認定方法について、機密とされた事項の外部的状況からこれを推認しようとする立場（推定説）をとり得ないことについては、国公法100条1項の「秘密」について述べた事由がそのままあてはまる。すなわち、推定説をとっても、被告人側からの反証を許す限り、論理的には機密の公開を回避することができない。また、機密の内容を直接検討することなしに、それが「特に重要な秘密」に該当すること、いいかえれば、「国家・公共の利益に重大な損害を及ぼす」おそれがあることを認定することは、自由心証の限界を越え、採証法則に違反するものといわなければならない。要するに、実質説をとる以上、被告人の有罪を立証するためには、機密の公開を覚悟しなければならず、機密の維持をはかるためには、被告人の訴追を断念するか、もしくは無罪判決を覚悟しなければならないという、ジレンマに陥るのである。

明治憲法の下においては、裁判は「安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ」公開を停止することができた（59条）。また、「広範囲に属する国家の重要機密を保護」すると共に、「審判の過程に於て国家の重要な機密の外部に漏泄することを防止<sup>13)</sup>」すること等を目的として制定された旧国防保安法（昭和16法49）は、同法、軍機保護法、軍用資源秘密保護法等国家機密を保護せんとする犯罪について、刑事手続に関する特則を規定している（同法16条以下）。それによると、弁護士は、司法大臣があらかじめ指定した弁護士の中から選任されなければならない（29条）、公開の法廷で国家機密等について陳述することを禁じられ（31条）、訴訟に関する書類の謄写には裁判長の許可を要する（32条）等、裁判過程で機密が漏れることを防止するための手当が施されていたのである。しかし、このような特別手続を今日の憲法下で望み得ないことは明白である。従って、本条が実際に発動されるのは、機密漏示行為当時には機密性が存在したが、訴追時にはもはやそれが消滅し、公判手続でそれを明らかにしても国家の作用に妨げがない場合等に限定されるであろう（このような場合に

---

（実質秘）と解されていた。大竹武七郎「国防保安法」77ページ。

13) 帝国議会上程の際の、柳川司法大臣の提案理由。大竹・前掲書3ページ。

は、可罰的違法性の有無が問題となるであろうが、それは別問題である)。

このように、本条の実効性が乏しいことに着目すると、これを立法化する意義は極めて疑わしいといわなければならないのである。

### 3 「知る権利」との関係

世界人権宣言19条(1948年)、西ドイツ基本法5条(1949年)に認められた「知る権利」は、その後、アメリカ合衆国の「情報の自由に関する法律<sup>14)</sup>」(1967年)にみられるように、具体的な実定法上の権利として構成されつつある<sup>15)</sup>。わが国においても、博多駅事件のフィルム提出命令事件に対する最高裁大法廷昭和44年11月26日決定(刑集23—11—1490)は、判例上初めて「知る権利」という言葉を使用するに至った。また、最近の西山記者事件について、この問題が活発に論議されたことは、われわれの記憶に新しい。「知る権利」の内容とするところは甚だ多岐にわたっており、これを正確に規定することは難しく、またその資格もないが、少なくともそれが、民主政治における国民の政治参加と、政治・行政のコントロールの機能を持っていることは明らかであり、またそれが、実定法上の請求権として認められる程度にまで成熟したものではないにせよ、単なる政治的マニフェストの域を越えた法的概念であることについても、争いがないと思われる。本罪は、この意味における「知る権利」と真向から対立関係にある。情報の公開と拡散とは、「知る権利」の当然の帰結であり、本条はこれを禁圧しようとするものだからである。

複雑且つ高度に発達した現代社会を運営していくためには、好むと好まざるとにかかわらず、歴大且つ複雑な行政機構と、強力な行政機能とを必要とする。伝統的な三権分立の体制は形骸化し、政治権力と一体化した行政権の拡大強化

14) 奥平康弘「アメリカの『情報の自由にかんする法律』」法律時報44巻7号61ページ、Kenneth Culp Davis, "The Information Act: A Preliminary Analysis", The University of Chicago Law Review, Vol. 34: 761. p. 761.

15) 奥平康弘「『知る権利』の法的構成」ジュリスト449号45ページ、芦部信喜「民主国家における知る権利と国家機密」ジュリスト507号16ページ、奥平康弘＝佐藤幸治＝清水英夫＝堀部政男「シンポジウム・『知る権利』の法的構造」法律時報44巻7号27ページ、石村善治「西ドイツにおける『知る権利』」同誌48ページ、平松毅「『知る権利』の展開」同誌55ページ等。

## 改正刑法草案における公務員機密漏示罪について

は、もはや動かし得ない事実となっている。この政治・行政の指導原理の一つである「能率性」を高めるためには、被治者側からの抵抗をできる限り少なくする必要がある。それがためには、情報の公開は、なるべく抑えられなければならない。「民をして倚らしむべし。知らしむべからず。」という思想は、いつの世にも権力者につきまとい続けている。沖縄返還交渉問題・日米繊維協定問題における政府の態度、水俣病・新潟水俣病に関する厚生省と県の態度、さらには全日空機と自衛隊機衝突事件の際の防衛庁の態度等は、秘密主義・独善主義がわが国の政治・行政のあらゆる分野に根強くはびこっていることを教えてくれた。政治・行政のこのような体質と状況の下において、構成要件の明確性を欠く本罪が創設されることは、国益の名の下に、政治・行政の過誤と非違とを、国民の眼から蔽い隠す効果をもたらすおそれが大きいと考える。

「知る権利」の要請と機密保護の要請とを調和せしめることは、至難の業に属するであろう。しかし、もしどうしてもこの種立法の必要性があるのであれば（私自身はそう思わないが）、構成要件により一層の絞りをかけるべきである。その1は、本罪を「目的犯」とすること、すなわち、行為者の主観的要素を構成要件要素としてとり入れることである。たとえば、「もっぱら自己もしくは第三者の利益をはかり、または日本国に損害を与える目的をもって、」というように規定する。この場合、目的罪における「目的」の認定がかなりルーズ化している現状においては、単にこれを目的犯化しただけでは、あまり意味がない。「もっぱら」という絞りが是非とも必要であろう。その2は、本罪を「具体的危険犯」として規定することである。たとえば、「その結果国または公共の利益に危険を生ぜしめた者は、」といった具合に規定する。さらに、西ドイツ刑法93条2項<sup>16)</sup>のように、違法秘密 (illegale Geheimnisse) の排除規定を設けることも考えてよい。

前述のように、「機密」についてできるだけ具体的な定義規定を設け、且つこのような構成要件の厳格化をはかるとすれば、本条の機能は、おそらく麻痺

16) 西ドイツ刑法92条2項は、次のように規定する。「自由で民主的な基本秩序に違反する事実、または国際間の軍備縮少の取り決めに対し、締約国に秘密裡に違反する事実は、国家機密ではない。」

してしまふに違ひない。しかし、本条を敢えて立法化する以上は、こうでもしないと、国民の「知る権利」が危殆に瀕するおそれは大きいのである。

## V 総括

以上、改正刑法草案 140 条について簡単な検討を試みたが、私が疑問に思うのは、このように問題点の多い規定を、何故に今日新設する必要があるのかということである。既に述べたように、明治憲法下においてさえ、官吏の秘密漏洩行為を処罰する一般的規定は存在しなかった。日米開戦の直前に国防保安法が制定されてはいるが、これはいわば非常事態における特別立法であつて、その性質を異にする。いわんや現行国家・地方公務員法には、その是非はともかくとして、秘密を漏らす罪が存在しているにおいておやである。

立案者は、現行法の法定刑では軽すぎるといふ。「本邦ノ淳風美俗ヲ維持スルコトヲ目的」として刑の軽重を決めよとされた改正刑法仮案 196 条でさえ、2 年以下の懲役または禁錮刑であつたのに、なぜそれを上まわる法定刑を定めたのか、私には理解できない。しかも、法定刑の是正は、現行国公法・地公法を改正することによって、容易にこれをなし得るのである。また立案者は、現行国公法が特別職の公務員に適用されない点を強調する。しかし、国公法 2 条 5 項の反対解釈として、同法の改正法律により別段の定めをすることによって、これを特別職公務員にも適用し得ることは明らかであり、これまた本条新設の理由たり得ない。それとも、本罪を「自然犯」の系列に組み入れることによって、行為者に「破廉恥犯」、場合によっては「売国奴」の烙印を押すことを暗示し、もつて公務員および国民を厳しく威嚇しようとも考えているのであろうか。

われわれは、曾つて、目を奪われ、耳を奪われた状態で悲惨な戦争に駆り立てられて行つた、苦い体験を有する。国益の名の下に機密を保護しようとするとき、先ず問われなければならないことは、「国益」とは何か、ということである。個人に秘密があるように、国家に秘密があるのは当然であり、従つてそれを保護するのも当然である、というような単純な発想は、極めて危険といふべきである。

### 改正刑法草案における公務員機密漏示罪について

本条は、準備草案の機密探知罪が改正草案から落されたときに、同時に削らるべき性質のものであった。本罪は、公務員をその主体としているが、共犯規定の適用によって、一般国民にもその効果を及ぼし得る。その限りにおいて、本罪は、機密探知罪の代替規定としての効用を、十分に発揮できるからである。改正草案は、機密を「探知」の面で保護することを断念したのみであって、「漏示」の面から保護することは諦めていない。従って、機密探知罪の削除をもって安堵する向きがもしあるとすれば、それは早計に失するものといわなければならない。本条の新設に対しては、「軍国主義化への批判や国民の政治不信に対して言論統制を行ないやすくし、自主規制を強める体制がめざされ」ているとの、手厳しい批判<sup>17)</sup>がある。かかる批判に全面的には同調し得ないにせよ、これを、杞憂であり、曲解であるとして、一蹴することはできないと思う。重ねて本条の削除を望むものである。

(昭和47年9月30日)

---

17) 井上祐司「各則案の治安刑法的基調を批判する」ジュリスト498号64ページ。