

公務員の守秘義務論

佐藤英善

はじめに

一、国家公務員法（以下国公法）一〇〇条および地方公務員法（以下地公法）三四条は、公務員の「秘密を守る義務」（以下「守秘義務」と呼ぶ）を定めている。すなわち、「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。」（国公法一〇〇条一項、地公法三四条一項も同趣旨）としているのがそれである。そして、職員が「法令による証人、鑑定人等となり、職務上の秘密に属する事項を發表するには、所属庁の長の許可を要する」（国公法同条二項、地公法同条二項同趣旨）としている。守秘義務違反行為を行った職員（国公法一〇九条一二号、地公法六〇条）および秘密を漏らすことを「企て、命じ、故意にこれを容認し、そそのかし、又はそのほう助をした者」（国公法一一一条、地公法六二条）に対しては刑事罰が定められている。かかる行為を行った職員の場合、さらに公務員法上の懲戒処分の対象となる（国公法八二条、地公法二九条）。

このような公務員の守秘義務は、公務員法以外の個々の法令においても定められている場合がある。公務員に関する例として、税関係（e. x.、所得税法二四三条、地方税法二二条⁽¹⁾）、医療関係（精神衛生法五三条、医療法七二条⁽²⁾）などに見られる。

二、ところで、このような公務員の守秘義務をめぐるのはこれまでにも再三論じられてきたことから、⁽³⁾それをこの段階で改めて論じる実益に乏しいように思われる。しかし、詳しく検討してみると従来⁽⁴⁾の理論には再検討すべき点が少なくない。

第一に、学説・判例上の通説となってきた「実質秘説」と言えども、とくに判例の場合、その説くところ必ずしも同一ではなく、さらに詳細な検討を要すると思われる。

第二に、「実質秘説」の機能は行政レベル（公務員制度上）における場合と権利救済レベル（裁判上）における場合では必ずしも同じではないにもかかわらず、それを区別することもなく論じていることである。

第三に、守秘すべき事項の具体的指定の仕方を実務のレベルまで下りて検討してみると、学説・判例上説かれる「実質秘説」の形骸化は否定し得ないし、また、規制の仕方（とくに、訓令・通達による規制）にも再考すべき点がある。

第四に、最近の重要な行政課題である情報公開との関連でも守秘義務の在り方の検討は放置し得ない。

そこで本稿では、以上の問題意識を念頭に置きながら守秘義務をめぐるつぎのような主要な論点を取り上げて論じておきたい。

(1) 守秘義務を課す根拠を何に求めるべきか。それは保護法益によって異なるか（「職務上知り得た秘密」と「職務上の秘密」）。

(2) 「秘密」とは何か（形式秘説、実質秘説および併合説。これらの学説の行政レベルにおける機能と権利救済―裁判レベルにおける機能）。

(3) 「秘密」の設定権限者、設定形式と職員との関係。

(4) 「秘密」の公表と所轄長の許可（「職務上知り得た秘密」に限定されている意味、「法令上の条件・手続きに係る場合を除いては、これを拒むことはできない」）〈国公法一〇〇条三項〉とされていることと国政調査権〈憲法六二一条〉や一〇〇条調査権〈自治法一〇〇条〉、あるいは他の公務所・弁護士会の照会等との関係。

(5) 人事院で行われる調査・審理の特例は何故認められるか（国公法と地公法の相違）。

(1) 所得税法二四三条は、「所得税に関する調査に從事している者又は従事していた者が、その事務に関して知ることのできた秘密を漏らし又は盗用したときは、これを二年以下の懲役又は三万円以下の罰金に処する。」と規定し、また地方税法二条もほぼ同様の定めを置いている。

(2) 精神衛生法および医療法の規定はつぎのような規定を置いている。

精神衛生法第五三条① 精神病院の管理者、指定医、地方精神保健審議会の委員、若しくは臨時委員、……第四十三条……の規定により都道府県知事若しくは保健所を設置する市の長が指定した医師又はこれらの職にあった者が、この法律の規定に基づく職務の執行に関して知り得た人の秘密を正当な理由がなく漏らしたときは、一年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

② 精神病院の職員又はその職にあった者が、この法律の規定に基づく精神病院の管理者の職務の執行を補助するに際して知り得た人の秘密を正当な理由がなく漏らしたときも、前項と同様とする。

医療法第七二条① 当該官吏若しくは吏員又はその職にあった者が、故なく第五条第二項又は第二十五条の規定による診療録又は助産録の検

査に関し知得した医師、歯科医師又は助産婦の業務上の秘密又は個人の秘密を漏らしたときは、一年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

② 職務上前項の秘密を知得した他の公務員又は公務員であつた者が、故なくその秘密を漏らしたときも、前項と同様である。

その他、直接公務員の守秘義務を定めている法令として、外務公務員法（四条一項、二七条により国公法を準用）、自衛隊法（五九条、罰則―一八条一項一号および二項）などがあり、個々の法令で守秘義務を定めている法令として前掲のもの以外に法人税法（一六三条）、裁判所法（七五条）、人権擁護委員会法（二二条）、家事審判法（三〇条、三一条）、独占禁止法（三九条）などがある。

(3) 公務員の守秘義務を論じたものは多いが、最近のものとしてさしあたり、石村善治「公務員と秘密保持義務」雄川一郎編『現代行政法体系九』一九四ページ以下参照。

一 明治憲法下の「守秘義務」の根拠―官吏の義務の性格―

(1) 明治憲法の下では、天皇主権を前提にして官吏制度は天皇の官制大権の下に置かれ（大日本帝国憲法一〇条）、「凡ソ官吏ハ天皇陛下及天皇陛下ノ政府ニ対シ忠順勤勉ヲ主トシ法律命令ニ従ヒ各其職務ヲ尽スヘシ」（官吏服務紀律一條）とされていたことから、官吏の各種の義務は、「国家ニ対シ一般ノ臣民ノ負ハザル特別ノ義務」として位置づけられ、その詳細は官吏服務紀律の定めるところとなっていた。すなわち、官公吏にたいする守秘義務は、それぞれつぎのように規定されていたのである。

イ、行政官吏服務紀律（明治一五年太政官達第四四号）

第五條 官吏官ノ秘密ヲ漏洩スルコトヲ得ス其職ヲ退クノ後ニ於テモ又同様タルヘシ

ロ、官吏服務紀律（明治二〇年勅令三九号）

第四條 官吏ハ己ノ職務ニ関スルト又ハ他ノ官吏ヨリ聞知シタルトヲ問ハス官ノ機密ヲ漏洩スルコトヲ禁ス其職

ヲ退ク後ニ於テモ亦同様トス

裁判所ノ召喚ニ依リ証人又ハ鑑定人ト為リ職務上ノ秘密ニ就キ訊問ヲ受クルトキハ本屬長官ノ許可ヲ得タル件ニ限り供述スルコトヲ得

法令ニ依ル証人鑑定人等ト為リ職務上ノ秘密ニ屬スル事項ヲ發表スルニハ本屬長官ノ許可ヲ要ス

第五條 官吏ハ私ニ職務上未発ノ文書ヲ關係人ニ漏示スルコトヲ禁ス

ハ、府県郡吏服務紀律（明治三五年内務省令第三号）

第三條 府県郡吏員ハ総テ公務ニ関スル機密ヲ私ニ漏洩シ又ハ未発ノ事件若ハ文書ヲ私ニ漏示スルコトヲ得ス其

ノ職ヲ退クノ後ニ於テモ同シ但裁判所ノ召喚ニ依リ職務上ノ秘密ニ付訊問ヲ受ケタル場合ニ於テ指揮監督者ノ許可ヲ得タル事件ニ付テハ此限ニ在ラス

ニ、市町村吏員服務紀律（明治四四年内務省令）

（東京都吏員服務紀律（昭和一八年内務省令第五一号）三条も同様）

第三條 市町村吏員ハ総テ公務ニ関スル機密ヲ私ニ漏洩シ又ハ未発ノ事件若ハ文書ヲ私ニ漏示スルコトヲ得ス其

ノ職ヲ退クノ後ニ於テモ同シ

裁判所ノ召喚ニ依リ証人又ハ鑑定人ト為リ職務上ノ秘密ニ就キ訊問ヲ受クルトキハ指揮監督者ノ許可ヲ得タル件ニ限り供述スルコトヲ得事實参考ノ為訊問ヲ受ケタル者ニ付テモ又同シ

前項ノ場合ニ於テ市町村吏員ノ掌ル国府県其ノ他公共団体ノ事務ニ付テハ国府県其ノ他公共団体ノ代表者ノ許可又ハ承認ヲ得ルコトヲ要ス

ホ、戦時官吏服務令（昭和一九年勅令第二号）

七、官吏ハ戦時特ニ其ノ言動ヲ戒慎スルト共ニ機密ノ保持ニ細心ノ注意ヲ払フベシ

(2) しかし、かかる義務は、服務紀律の規定によって初めて課せられているものではなく、「任官行為ニ依リテ当然発生スル義務」、すなわち官吏関係の本質そのものに基づくものと解されていた。⁽³⁾そして、この官吏関係の本質そのものに基づく官吏の義務は、美濃部博士によれば注(4)のように体系づけられ、その中で守秘義務は「身分上の義務」のなかに位置づけられているのが特徴的である。

また、織田万博士の分類も注(5)のように美濃部博士の分類と大同小異である。

(3) 明治憲法下における官吏制度は、天皇主権に基礎づけられた官制大権のもとに編成され、官吏は天皇の官吏としてその忠誠義務は天皇に対するものとして位置づけられていた。他方、「臣民」の権利は、明治憲法においても定められてはいたが、それも形式的側面が強く、まして官吏の権利はほとんど問題にされることはなかったと言っても過言ではない。官吏の地位が身分的性格を色こくおび、官吏の職務は無定量であり、公務と私生活の分離はかならずしも明確とは言えなかった。

美濃部博士が官吏の義務の根拠を「任官行為ニ依リテ当然発生スル義務」、すなわち官吏関係の本質そのものに基づくもの、と解したのは、前述のような官吏制度観とそれをささえた特別権力関係論に基づくものと思われる。

とくに、守秘義務を身分上の義務の一つとして位置づけている点は、現行法上の守秘義務との相違を検討する場合、看過すべきではない。

(4) ところで、官吏服務規律の下ではいかなるものが「秘密」とされ、それはいかなる方法と形式において設定されたのであろうか。

まず、「秘密」の対象である。官吏服務規律四条は、「己ノ職務ニ関スルコト」と「他ノ官吏ヨリ聞知シタル」とは問わなかったが、「官ノ機密」の漏洩を禁じていたことから、「秘密」の対象は「職務上の」ものに限られ、職務執行にもなつて知り得た個人の秘密は含まれないと解する見解も見られたが、秘密の対象の選択、設定手続き、設定形式からすれば、個人に関する秘密であつてもそれが国家利益にかかわると判断されれば、官吏の守秘義務の対象となりえたことは十分考えられる。

とくに、官吏の義務が、それ自体曖昧な官吏関係の本質から由来すると解され、その結果もたらされた官吏の国家に対する無制限な服従の要請と公益優先の当時の状況を考慮すれば、「秘密」の対象は無制限に選択し得たといつてもあながち誤りではないであろう。

ただ、当時は個人情報保護とかプライバシーの保護が今日ほど必ずしも十分意識されていなかったこともあいまつて、「職務上知り得た」「個人の秘密」は殆ど問題にされず、もっぱら「官ノ秘密」が問題とされたに過ぎなかったことは想像に難くない。

(5) 「秘密」の設定形式としては、つぎの三つの態様が考えられていた。⁽⁷⁾

イ、明文の規定による場合（例、官吏服務紀律五条「職務上未発ノ文書」）
ロ、上官の命令によって定められる場合（「秘」、「厳秘」などの表示）「指定秘」
ハ、事の性質によって定まる場合

このような「秘密」の設定形式は、イとロは今日においても同様であるが（もつとも、ロの「指定秘」については、「実質秘説」によって今日では見なおされている）、ハの「事の性質によって定まる場合」と言うのは、あまりにも無制限無制約であつて、今日では考えられない。当時の官吏制度の故にもたらされたものと解すべきものと思われる。

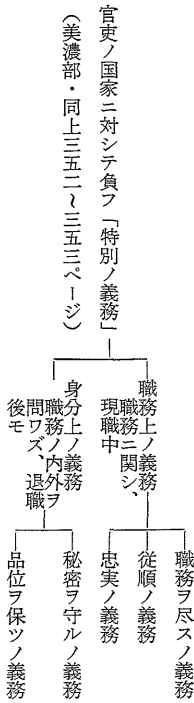
(6) また、官吏服務紀律のもとでは、守秘義務違反に対しては懲戒処分には付せられるにとどまり刑事罰は定められてはいなかつた。さらに、官吏の各種の義務が「身分上の義務」と把握され、その義務は「職務の内外を問わず」及ぶ場合が多かつたにもかかわらず、退官後の守秘義務違反については「刑法上ノ犯罪タル場合ノ外其ノ義務ニ違反スルモ法律上ノ制裁ヲ科スルノ途ナシ」と解されていた。

また、秘密に該当するか否かをめぐる形式秘説と実質秘説との争いは、当時はそもそも問題にもならなかつた。守秘義務違反に対して刑事罰が定められておらず懲戒処分の対象になるに過ぎなかつたうえに、当時は懲戒処分を取り消すなどの争訟が認められていなかったことから、それを論じる実益が無かつたからである。このことは、「官吏が長官の黙秘の命令に違背して当該事実を漏洩するとき、一面に於いて黙秘義務の違反を生ずると同時に、他面に於いて長官の職務命令に対する服従義務の違反を生ずる」と解され、専ら官吏法上の職務命令論の問題

として論じられていたのである。そして、職務命令は無効な場合を除き公定力によって適法性の推定を受けていると解されていたから、守秘義務の対象となっている事項が実質秘に当たるか否かを争う方法はなかった。従って、ここでは実質秘説が機能する余地はなく形式秘説が専ら支配していたのである。このことは当時の官吏関係を基礎付けていたのが特別権力関係論であったこととも無縁ではない。

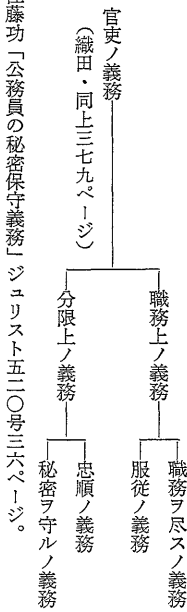
(7) ところで、戦後制定された最初の国家公務員法(昭二三法一二〇。第一次国公法と略す)においては、官吏服務規律と同様に刑事罰の規定は定められていなかった。「そそのかし」にまで対象を広げて守秘義務違反に刑事罰を科すことになったのは、昭和二三年一月第三臨時国会の国公法改正(第二次国公法と略す)によってであり、それが今日に至っているのである。その結果、公務員の守秘義務違反に対する制裁は、官吏服務規律の時代よりもより厳しい規制を受ける結果となっている。⁽⁸⁾

- (1) 美濃部達吉『行政法撮要上巻』(大正一三年初版、昭和一四年訂正五版七刷)三五二ページ参照。
- (2) 美濃部・同右。
- (3) 美濃部・同右。織田万『改訂増補行政法講義上』(明治四三年初版、大正七年第五版)三五二ページ以下。
- (4) 美濃部博士は官吏の義務をつぎのように体系づけて説く。



美濃部博士のこのような官吏の義務の体系は、結局、博士の次のような国家・官吏観がその根底にあった。すなわち、「官吏と国家との関係は、単純な経済的關係ではなく、倫理的内容を有する関係であ（り）」、「民法上の雇傭關係のやうに、一方は勞務に服し一方は其の報酬を与ふるといふだけの關係ではなく、官吏は一身を捧げて忠実且従順に其の職務に従はねばならぬ義務を負うものである」。したがって、「官吏に在っては其の職務に關し単に法令に従ふばかりでなく、忠実従順に其の職務に尽瘁することは、單なる道德上の義務ではなくして法律上の義務である」とした上で、「此の点に於いて官吏關係は、封建制度に於ける君主主従の關係に類して居る。封建制に於ける君臣關係も固より單純な経済的關係ではなく、臣下は一身を捧げて主君に忠誠なるべき義務を負うてゐたのであつて、官吏も稍これに類似した倫理的内容の義務を法律上の義務として負担して居るものである。」（日本行政法上巻八昭和十五年√六八四ページ）と論じていたからである。この点につき、石村・前掲一九五ページ注（一）参照。

(5) 織田博士の説く官吏の義務の体系を图示すればつぎのとおりである。



- (6) 佐藤功「公務員の秘密保守義務」ジュリスト五二〇号三六六ページ。
 (7) 美濃部・前掲三六一ページ、織田・前掲三九一ページ。
 (8) 國公法の立法過程について詳しくは、有倉達吉「國公法百条・百九条・百十一条論」法律時報四四卷七号一〇ページ参照。

二 現行法上の「守秘義務」の理論的根拠と対象

1 「守秘義務」の根拠

明治憲法時代の官吏制度の下で説かれた官吏の守秘義務は、これまで見てきたように立憲君主制国家に相応した

「国家（君主）と官吏」観を前提にした身分的支配関係の中核をなす忠誠義務制度としての性格を有していた。

ところで、現行憲法のもとでの公務員法制を見てみると公務員の義務に関する規定は、戦前のそれと文言上は類似しているものが多い。守秘義務に関する規定もその典型例である（国公法一〇〇条一項、地公法三四条と官吏服務紀律四条を比較されたい）。

しかし、現行公務員制度の基本原則、およびその具体的表現である公務員の義務や責任の性格は大きく変革されたと云ってよい。主権の所在の相違（国民主権―憲法前文、同一条など）、公務員の選任・罷免権の異同（同一五条一項）、公務員のロイヤリティーの名宛人の違い（同一二項）、官制（公務員制度）の編成の仕方の相違（天皇大権から法定主義への変化（同七三三四号））、憲法尊重擁護義務の明文化（同九九条）などがその規範的表現である。

それ故、守秘義務の性格も文言上は戦前のそれと類似しているがその基本的性格や目的は大きく変貌してきている。したがって、本稿の主題である守秘義務論は現行憲法の基本理念に相応し得るような理論構成が要請されるのであり、公務員の義務の根拠は、一般的には公務員が国民全体の奉仕者たることを前提にした上で、一方で公務員の行う職務の性格を考慮し、他方で個々の義務の課される目的・機能に着目して検討されるべきものと思われる。

このような観点からすれば「守秘義務」は、「公務の公正・民主的かつ効率的運営の確保」と言う側面と「行政の収集する個人に関する情報の保護」と言う両側面から課せられているものと考えられる。⁽¹⁾

もっとも、国家公務員法が制定された前後の解説書を見るかぎり、「守秘義務」の存在理由を正面から論じたものは殆ど見られない。わずかに臼井氏が、「守秘義務」は、それによって「非民主的な秘密主義行政を行わんとするも

のではないことは、この法律（国家公務員法―引用者）が公務の民主的且能率的な運営を保障することを目的とするものであることに徴しても、明らかことである⁽²⁾としている例が見られるだけである。

ところで、「守秘義務」の根拠を前述のように解すると、国公法一〇〇条二項（同地公法三四条二項）に言う「職務上の秘密」は前者の根拠にかかわり、同条一項に言う（同地公法三四条一項）「職務上知り得た秘密」は前者および後者双方にかかわる。その意味では後者のほうがその対象は広いと考えられる。「職務上知り得た秘密」と言う概念は、個人にかかわる行政情報が多岐にわたる、しかも大量に存在する今日の状況からすれば、後者に主眼をおいて解していくことが必要かと思われるが、一項までは、やはり職務に関して知り得た秘密（行政上の秘密）の保護に力が置かれて解されていたことは否定できない⁽⁴⁾。

さらに、前者にもかかわるが、とくに後者をも考慮して定めたものとして前述の個別法上の「守秘義務」がある⁽⁵⁾。

2 「秘密」の意義

(1) 「秘密」の対象

国公法および地公法は職員または職員であったものが守秘すべき事項とは何かについては何ら具体的には定めていない。そこで守秘すべき事項の種類や範囲は、もっぱら社会通念にもとづいた解釈運用によって定められ、「秘密とは、一般に了知されていない事実であって、それを一般に了知せしめることが一定の利益の侵害になると客観的に考えられるもの」（行実三〇・二・一八自丁公発第二三号）と解されてきた。

しかし、このような一般的な概念規定ではその対象は必ずしも明確には確定し得ない。そこで、前述した「守秘義務」の設定される目的と機能を考慮して個別・具体的に確定していかざるをえないのである。

まず、「職務上知り得た秘密」であってそれが国民個人にかかわるものであるものについては、原則として本人の同意が無い限り守秘すべきものと考えた上で、例外的にそのことが一般に知られても本人にとって不利益になるようなことが客観的具体的に無いと思われるような軽微な事項については除外して考えることとすべきであろう。この点に関する実務上の解釈は、「個人的な秘密については、そのことを一般に知られることが本人の不利益になると客観的に考えられるような場合、すなわち、社会通念上、一般の人々も自分にもそのような事実があれば、それを他人に知られたくないと思うかどうかによって判断すべきである」と解されてきた。⁶⁾しかし、問題は、知られたくないかどうかの判断は、他人がなすものではなく、基本的には本人がなすべきものであることから、先に示したような解釈運用が要請されると思われる。

つぎに、「職務上の秘密」とは何かである。この点につき今枝前掲書は、「公的な秘密については、原則として、法令または上司の命令によって定められる。」(四六四ページ)とし、「法令の特別の定めもなく、上司の命令もない場合には、ある事実について秘密を要するかどうかの判断は、そのことを一般に知られることにより、特定の個人または地方公共団体がどのような不利益を受けるかどうかによって決定すべきである。」(同)としている。そして、このような判断基準に基づいて、未発の文書は、「一応、秘密を要するものと推定して取り扱うことが適当である」(同)とも解されてきた。

しかし、法令の定めによる場合はともかく、行政組織内部において誰がどの様にして「秘密」の指定をなすべきか、ということになれば、確かに指摘のとうりであるうが、その指定と言えども無制限無制約なものではなく、その設定目的、すなわち、「公務の公正・民主的かつ効率的運営の確保」のために守秘させる必要があるか否かの点は、少なくとも考慮されてしかるべきであらう。

3 「職務上の秘密」と「職務上知り得た秘密」

この二つの秘密は、守秘すべき秘密であることは共通しているが、両者にはいくつかの点で相違が見られる。

まず、「職務上の秘密」とは、職員の職務上所管している事項に関する秘密と解されている（今枝・前掲四六四ページ）。しかし、本条第二項の秘密事項の発表の許可制との関係を考慮すると、その所管する事項に関するものだけではなく所管以外の事項に関する秘密であってもそれが職務に関する秘密であるかぎり「職務上の秘密」の対象となると思われる。

他方、「職務上知り得た秘密」とは、「職務執行に関して知り得た秘密」（統計法一九条の二）、「その職務に関して知り得た秘密」（労働組合法二三条）、「これらの事務に関して知ることのできた秘密」（所得税法二四三条、地方税法二二条）、「其業務上取扱ヒタルコトニ付キ知得タル……秘密」（刑法一三四条）などの用語と同意義であり、職務上知り得た秘密であれば、同僚から打ち明けられたものであらうと、偶然知り得たものであらうと、それは問わない（今枝・前掲四六四ページ）。ただ、職務上知り得た秘密の対象としては、自己の職務以外の「公務に関する秘密」と職務上知り得た

「個人の秘密」とが考えられる。

それ故、この両者の関係につき中村博氏は、「『職務上の秘密』とは、『職務上知ることができた秘密』のすべて
のなかで、当該事項の漏示が、公共の利益を害し、公務の民主的・能率的運営を阻害するものをいう。この意味にお
いての漏示において両者の範囲は、ほぼ一致するといつてよい。ただし、『職務上知ることができた秘密』の総和が、
ほぼ、『職務上の秘密』となると考えられるからである。職員は、その職務遂行の上ばかりでなく、他のあらゆる場
合に、他の職員の職務上の秘密を知ることが可能である。」⁽⁷⁾としている。

たしかに、中村氏が指摘するように、「職務上の秘密」には、「職務上知り得た」「職務上の秘密」も含まれるが、
しかし、「職務上知り得た秘密」には、その外に個人に関する秘密が含まれることから、「職務上知り得た秘密」の方
が当然その範囲は広い。そして許可を要する秘密事項は、「職務上の秘密」(当該職員の所管する事項に関する秘密)
と「職務上知り得た」「職務上の秘密」(他の職員の所管する事務に関する秘密)ということになる。

4 退職後の守秘義務と公務員以外の者のそそのかし・ほう助

公務員の守秘義務は、公務員が退職した後にも課せられる。公務員に課せられる各種の義務は、公務員がその地位
に就いていることを前提とした職務上のものであること、公務と私生活を明確に分離することが近代的公務員制度の
基本であり、その意味からすれば公務を退いて私生活に入った者にまで拘束を及ぼすとするのは、公務員に課せられ
る義務のなかでは異例なものの一つである。また「(国公法一〇〇条または地公法三四条に定める秘密を漏らす―引用者)行

為を企て、命じ、……そのかし、又はほう助をした者」は、たとえそれが民間人であっても処罰の対象になるとするものも異例である。

しかし、守秘義務が課せられる目的、すなわち、「公務の公正、民主的かつ効率的運営の確保」と「行政の収集する個人に関する情報の保護」のために必要な限りで、退職後の者に守秘義務を課し、公務員以外の者の「そそのかし」「ほう助」を処罰することはやむをえないと思われる。

5 「秘密」の設定形式と実務の運用

(1) 明治憲法下の官吏制度のもとでは「秘密」の設定は、かなり自由にしかも広範に行われていた。官吏制度が行政組織法の一部とみなされ、行政組織法の分野では法治主義が広範に排除されていたこと（行政組織法の分野への法概念の適用の排除）、さらに官吏制度が天皇の官制大権事項とされ、内部の規律権が特別権力関係論によって任命権者の広範な裁量事項とされていたからである。

それゆえ「秘密」の対象の選定および設定は、(イ)「法令上確定されるもの」、(ロ)「所掌権限者の指定するもの」にとどまらず、(ハ)「事柄の性質上」定まるものもあるとされて、広範に及んでいたのである。(イ)の例としては軍事法規、治安維持法、新聞紙法などそれ自体問題とすべきものもあるが、法令によって定められることからこれらは別として、(ロ)、(ハ)は、結局、行政レベルで当該事務の所掌権限者が自由に「指定」することによって決まってくるということとなっていた（文書管理規定、訓令、職務命令による指定）。

(2) 戦後一頃までは、戦前と同様に、(イ)法令上秘密とされているもの、(ロ)上司からの執務に対する訓令・訓辞などにより秘密とされたもの、(ハ)上司の具体的指示によって秘密とされたもの、(ニ)事の性質上当然に秘密たるべきものがあつたとされ、多くの場合文書等に「秘」の表示をなして行っていた。その後も今日にいたるまで指定の形式に関するかぎり一貫して、「秘密」の対象は、法規上のものおよび行政機関による指定によるものに分けられて論じられてきた。

それ故にか「秘密」の指定は、極論すればその内容を問わず行政機関の「専権事項」のごとく扱われ、不必要なほど広範に及んでいたと思われる。(「秘密文書等の取扱いについて」(昭和二八・四・三〇次官会議申合せ)。

(3) その後、ラストボロフ事件(東京地判昭三一・八・二五判時八五・八)、東京高判昭三二・九・五高刑集一〇・七・五六九、最(二小)判昭三五・一一・三〇刑集一四・一三・一七六六)などを契機にして、昭和四〇年に「秘密」指定基準の見直しが行われた。この見直しは、「秘密」事項を必要最小限にとどめること、「秘密」にしておく期間を明示すること等を指示する内容を有していたが、むしろ狙いは「秘密の厳守」を徹底させることにあつた(「秘密文書等の取扱いについて」(昭和四〇・四・一五事務次官会議申合せ)。さらに徴税トラの巻事件などが続く過程で「秘密」事項の内容が明らかとなるにつれて世論の非難に晒されることになり、世論の批判を考慮してか、一定の「秘密」をめぐる「合理的」基準づくりが行われた(資料参考)⁽⁸⁾。

しかし、「秘密」の指定基準をいくら「合理化」したとしても、その指定はあくまでも行政機関がその内部でおこなうものであつて、その「合理性」が批判に晒されることがない上に、そもそも「基準」の定め方をめぐる考え

方そのものにも問題があった。すなわち、指定の基準の考え方として形式秘説、実質秘説および併合説がありうるが、行政レベルでは一貫して形式秘説が金科玉条のように支配してきたからである。何を「秘密」となすべきかについては、「国民の総意を代表する政府が決める」（「外務省秘密漏洩事件」をめぐる国会の議論（昭和四七・四・八）とする考え方や「公開の原則と公務の民主的・機能的運営の基本との調和点は、行政内部において決定することができるものと考えられるべきではないか」（中村・前掲書五三ページ）とか、文書に「秘」等の印が押されている場合は「秘密文書」であり、印がなくても未発表の文書は一応秘密を要するものと推定して扱うことが適当である」とする主張などがその例である（今枝・前掲書四六四ページ）。

(1) ここで簡単に諸外国における公務員の守秘義務について概説しておきたい。

西ドイツ

西ドイツにおいては、連邦のレベルでは、BBG (Bundesbeamtengesetz, 1965, 1971) 六一～三三條、各州のBRRG (Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtentrechts, 1965) 三九條が官吏の守秘義務 (die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit) を定めている。他方、ランドのレベルでは、LBG/NW (Landesbeamtengesetz NW) 六四條等が、同様に官吏の守秘義務を定めている (a)。

他の法令により守秘義務が定められている例として、租税 (Abgabenordnung 三〇〇條)、Steuerstatistikgesetz 六九條、金融 (Kreditwesengesetz 九條)、統計 (Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke 一二條) 等が見られる。BBG六一條は、下記の通りに規定する。

- (1) 官吏は、官吏関係の終了した後もまた含め、職務遂行の際知り得た事項につき黙秘すべきものとする。ただし、職務上の連絡 (Mitteilungen in dienstlichen Verkehr)、公知の事実、および秘密としておく必要性のなくなった事項についてはこの限りである。
- (2) 官吏は、守秘すべき事項につき許可無くして裁判所その他において証言または陳述することは許されない。この許可は、上司又は官吏関係終了後の場合には最後に上司であった者が行うものとする。

(3) 官吏は、官吏関係終了後も含め、上司又は最後に上司であった者から求められた場合には、職務上の経過に関する文書、資料、写その他の書類を返却しなければならない。この義務は、その後任者およびその相続人にも適用される。

(4) 告発すべき可罰的行為であっても、自由かつ民主的の基本秩序の危機に際しこれを維持するために取るべき官吏の法規上根拠づけられた義務については何ら影響を及ぼすものではないものとする。

「このうち守秘すべき秘密は、職務上知り得た事項 (über Angelegenheiten, die ihm bei seiner amtlichen Tätigkeit bekanntgeworden sind) であって、非公知の事実についてである。

そして職務上知り得た秘密とは、自己の職務に関するものだけではなく同僚の会話、見聞、文書等を通じて知り得た事項にかなするものも含まれる (b)。¹⁾ この点に関し個人のプライバシー・保護との関連で連邦データ保護法 (Bundesdatenschutzgesetz, 1977) を看過できない。同法は、「データ保護の目的は、個人に関するデータを、記録、提供、変更および消去の際に、濫用から保護し、もってデータのかかわる者の保護に値する利益に対する侵害を防止することにある」(一条一項)とし、官吏に関わるものとしてはつきのような規制をしているからである。すなわち、個人データの処理(記録、変更、提供、消去)は、データ保護法その他の法令の明文規定により認められている場合か、同意がある場合にしか行い得ず(三条)、データ処理を行う公的主体の義務(二章)や監督機関の責任(四〇条以下)などを定め、違背行為に對しては罰則(四一、四二条)を定めているからである(c)。また、ラントレベルでもヘッセン、ラインラント・プファルツ、バイエルン、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン等でも同様な規制を行っていることから、この点からの守秘義務も当然考慮されなければならない(d)。²⁾ とくして、守秘義務は公知の事実 (offenkundige Tatsachen, offenes Geheimnis) については及ばない。公知の事実とは、広く一般に知られているか、誰でも容易に知り得るような事実であり、通常は、出版物、ラジオ、テレビなどで広く流布されているような事実である(e)。また、守秘すべきとされていた事項が、その必要性が無くなった時は守秘義務は課せられない。なお、行政相互間の連絡に関しても適用されないことが明記されていることに留意すべきであろう。

裁判所その他において守秘すべき事項について証言、陳述するとき、上司の許可を要するが、その許可の取り扱いはつきのようなのである。

- (1) 法廷等で証言する場合の許可を拒否しうるのは、証言が連邦もしくは邦の安寧を害するか、または公務の遂行を著しく危険もしくは困難に陥れる恐れのある場合 (BBG六二条一項)。
- (2) 専門的意見を陳述する場合の許可の拒否は、職務上の利益を害する恐れのある場合 (同二項)。
- (3) 官吏が裁判手続きにおける当事者または被疑者として自己の権利を擁護するため秘密を提供することを求めた場合は、必要やむを得ないかぎり許可を拒否することはできない (同三項)。
- (4) 許可の拒否権は、最上級監督官庁に帰属する (同四項)。

最上級監督官庁とは、権限を有する連邦大臣であり、拒否の責任を議会に対して負はせる事との関連から大臣として行われるのである。
なお、新聞への情報提供についてむねわが一條条をおきその権限を官庁の幹部またはその指定する者として行（同六三條）。

守秘義務に違反した場合の制裁としては、懲戒法上の懲戒（die disziplinarrechtliche Ahndung）と刑事法上の訴追（die strafrechtliche Verfolgung）がある。

刑事法上の制裁は、すべての公務員に適用されるものと、特別の公務員に課せられるものとに分けられる。守秘義務違反（Verletzung des Dienstgeheimnisses）をその秘密となつてゐる事項や情報を無権限で部外者に引き渡した（unbefugte Weitergabe geheimer Gegenstände oder Nachrichten）場合に対する刑事制裁を定めた StGB 三五三條 b・c 項は、すべての公務員に適用される。

特別の職員に適用される刑事罰として、同法三五四條（郵便・通信職員）や三五五條（税務職員）がある。

このように見てくると、西ドイツ官吏法に定める守秘義務は、対象のある程度明文によって限定してゐること（公知の事実や行政間の連絡の除外など）、許可を拒否できる場合が限定されてゐること（とくに裁判上の権利救済手続きとの関連で）、民主的基本秩序を守るための配慮がなされてゐることなど、わが國の法制と比べて参考にすべき点が多い。

cf.

- (a) BRGG (Rahmengesetz zur Vereinfachung des Beamtenechts, vom 22. Okt. 1965) は、ライントの官吏法制定の基本準則や官吏の連邦ライントの関連する利害を整理して定めたものである。C. H. Ule, Beamtenecht, S. 9.
- (a) K. Ebert = Verfasser, Das gesamte öffentliche Dienstrecht, 2. neugestaltete, 1972, S. 24, C. H. Ule, a. a. O., S. 159, H. W. Schaefer, u. H. Hofken, Beamtenecht, 1982, S. 352.
- (c) この点について詳しくは、津田賢平「西ドイツ連邦データ保護法」ジュリスト No. 七六〇（一九八二）二九ページ以下参照。
- (d) 詳しくは、石村善治「西ドイツにおけるデータ保護法制」ジュリスト No. 五八九（一九七五）八九ページ以下。
- (e) C. H. Ule, a. a. O., S. 159.

イギリス

周知のように、イギリスにおいては公務員関係の制定法は退職年金法等だけであり、その他の規制は公務員省の規則や人事委員会規則によ

っている。

ただ、守秘義務に関しては悪評高い政府秘密保持法(一九二一)がある。

同法二条は、要旨次のように規定する。

(1) 陛下の下で職務を保持しているもの、保持したものの、その下で使用されている者は、入手した情報、保持した契約書などいかなる情報についても、権限無くその情報を伝達した場合は、その者は軽罪 (misdemeanour) の罪を負わなければならない。

(2) いかなる者も、この法律に違反して、情報が自己に伝達されたことを承知して受理した場合は軽罪の罪を負わなければならない。

また、公務員省規則は、職務上入手したスケッチ、写真、計画、文書等を当局の許可無く公表し、また所持し、正当な注意を怠った場合には軽罰を課せられる、との規定を置いている。

同国においては、プライバシー法の制定の努力は重ねられているがまだ制定されていないこともあいまつて、守秘義務法制は多くの問題を孕んでいる※。同法の規定が曖昧な点も多く、解釈いかんで守秘義務の対象が融通むげとなりうるからである。結局、その対象や手続きなどは判例の発展によって確定していくことになる。

※イギリスにおけるプライバシー保護法の立法の状況について、飯塚和之・堀部政男「行政とプライバシー/イギリス」ジュリストNo. 五八九・八一ページ以下参照。

アメリカ

合衆国法典第一八部七八条、および一九〇五条は、「職員は職務上知り得た秘密を漏らしてはならない」と定め、一九一七条は、「受験者もしくは受験しようとする者に秘密を提供してはならない」と規定している。

他方、大統領令第一〇四五〇号は「政府任用における安全保障に関する資格要件」を定め、「国家安全保障に関する情報または法律で公開を禁止している情報を故意に、かつ根拠無しに他人に公開すること、もしくは安全保障に関する規則を故意に違反または無視した場合、当該職員の任用を終了させることができる」としている。

法典上の違反行為については、一〇〇〇ドル以下の罰金または一年以下の懲役または両罰を併科できるとしている(同法典一八部)。

同国の公務員の守秘義務は、むしろ「情報の自由に関する法律」(Freedom of Information Act, 1966)と「一九七四年プライバシー法」(Privacy Act of 1974)との関連を考慮しなければならぬ。

前者は、民主主義が適正に運用されるためには、(1) 公務員が述べることには耳を傾けるよりも、公務員が何をしているかを知ることにより

公務員をより一層正しく判断できること、(2) 公務員が何をしているかを知るためには、その決定、処分、訓令、審議等に接近できなければならぬこと、(3) そのためには、国民が行政情報に接近する道を開くことが重要となること（以上同法に署名するにあたって行ったジョンソン大統領の声明）として、行政情報に対する国民のアクセス権を定めたものである。そこで、同法五五二条（合衆国法典第五五二条五による）(a)項は、情報を公衆に利用させる手続きを定めているが、(b)項はその適用除外されるものとして、すなわち守秘義務の対象となりうるものとして、次のような事項を掲げている。

- (1) 大統領命令により国防・外交政策上の利益のため守秘すべきものと要請された事項
- (2) 職員に関する内部規則や慣行
- (3) 制定法に定められた事項
- (4) 企業・金融・商業上の秘密
- (5) 行政庁相互ないし行政庁内部の書簡で訴訟中の行政庁以外は法律上利用できない事項
- (6) 人事・医療上の文書資料等で個人のプライバシーを構成する事項
- (7) 行政庁以外の当事者が利用できるもの以外の法律執行のために編集された調査書類
- (8) 金融機関の規制監督のために行政庁用に作成された検査・事務運営・報告等に関する事項
- (9) 油井等に関する地図・地質学等の報告書

他方、プライバシー法は、個人のプライバシーを保護するため連邦行政機関による個人情報の収集・保有・利用・頒布を規制し、特に開示手続きについて厳格な規制を行っており、この点からの職員の守秘義務違反を厳格に規制している。

アメリカにおける公務員の守秘義務は、従って、一方で「情報の自由に関する法律」で国民のアクセス権を保障していることから、守秘義務の対象が厳格に選別されることとなること（もともと前掲の適用除外 C I A等の取り扱いの特例「プライバシー法」など問題もあるが）、他方「プライバシー法」による個人情報の保護が考慮されていることから、理論上は守秘義務の焦点は個人情報に置かれつつあると一般的には言いうる。

フランス

フランスにおける官吏に適用される法令は、一九四六・一〇・一九の「官吏法」があつたが、その後この法令の基本原理は、「大統領令第五九一二四号、一九五九・二・四」(Ordonnance n. 59-244 du 4 fév. 1959 relative au statut général des fonctionnaires) (e) およ

び「政令第五九一三〇六号（三二一）号、一九五九・二・一四」に引き継がれ今日にいたっている。前者は「官吏に関する一般規定」（または、特別授權政令としての「官吏法」とも訳されている）、後者はその施行規則である。これらの法令の改廃は、大統領令（ordonnance）、政令（décret）、省令（arrêté）、通達（circulaire）によって行われる。

公務員の守秘義務については、一般規定（三）条がうきのように規定している。

「職員は、職務の遂行上または職務の遂行に関連して知った事実、情報に関し、秘密保持の義務を負うものとする。職務上の文書、書類の規定違反の伝達行為または伝達を阻害する行為の禁止、秘密保持の義務は所屬大臣の権限によって行わなければならない。」

他方、市町村職員である「公吏」（fonctionnaires communaux）については、市町村行政法典（Code de l'administration communale）第四編中の第四八七条がうきのような内容の守秘義務を定めている。

「刑法典第三七八条の規定にかかわらず、すべて職員は、その職務上あるいは職務の際知り得たすべての事実ないし情報に関し職業上の秘密（discretion professionnelle）を守る義務を負う。」

行政上の文書・資料を規律に反して、第三者のために悪用ないし漏せつすることは厳禁される。

現行法令により明文の定めある場合を除いて、職員が前項の守秘義務を（obligation de discretion）免れ、または禁止を解除されるのは、市町村長の許可ある場合に限られる」（b）

cf.:

(a) Statut Général des Fonctionnaires, p. 6.

(b) 兼子・磯部訳『フランス市町村法典』二二五ページ参照。

(2) 白井俊郎『国家公務員法詳解』（昭和二三・一・二〇）一三三ページ。

(3) 佐藤功・前掲二七ページ。

(4) 園部逸夫「公務員の権利義務」『行政法講座五巻』二二一ページ。

(5) 個別法の定める守秘義務については、さしあたり金子宏「納税者番号の秘密の保護」自治研究五四巻六号二一ページ、北野弘久『税法解釈の個別的研究』三五九ページなど参照。

(6) 今枝信雄『逐条地方公務員法』（第三次改訂版）四六三ページ、角田礼次郎『地方公務員法精義』五三八ページ。

(7) 中村博『国家公務員法』五三八ページ。

(8)

行政実務上秘密文書の取り扱いがどのようなものであり、それがどのように変わってきたかを知るために、以下に關係文書を掲げておく。
○秘密文書等の取扱について（昭40・4・15事務次官等会議申合せ）

行政機関における秘密の保全においては、昭和二十八年四月三十日の次官會議の申合せ「秘密文書等の取扱規程の制定について」により実施されてきたが、さらに遺憾なきを期するため、今後は次の要領により処理することとする。

なお、昭和二十八年四月三十日の次官會議申合せは、廃止する。

記

- 1 秘密保全を要する文書（以下「秘密文書」という。）等の指定及び作成は、必要最小限にとどめること。
- 2 秘密文書は、原則として次の種類に区分すること。
 - 極秘 秘密保全の必要が高く、その漏えいが国の安全、利益に損害を与える恐れのあるもの。ただし、「極秘」のうちその秘密保全の必要度がきわめて高度のものを「機密」とすることが出来るものとする。
 - 秘 極秘につぐ程度の秘密であつて、關係者以外には知らせてはならないもの。
- 3 「極秘」の区分は、当該省庁の官房長、局長又はこれらに準ずる者が、「秘」の区分は、当該省庁の課長又はこれらに準ずる者がそれぞれ指定し、当該文書に作成部課名を表示すること。（以下これらの指定する者を「指定者」という。）
- 4 「極秘」の文書には必ず一連番号を付し、その所在を明らかにしておくこと。
- 5 秘密文書には、秘密にしておく期間を明記し、その期間が経過したときは、秘密の取扱いは、解除されたものとする。その旨を通知して秘密の解除をおこなうものとする。
- 6 「極秘」の文書の複製は、絶対に行わないこと。「秘」の文書は、指定者の承認をうけて複製することが出来ること。
- 7 各省庁は、秘密文書の取扱責任者（以下「取扱責任者」という。）を指定し、秘密文書の保管、出納等の責に任せしめること。
- 8 「極秘」の文書を送達するときは、取扱責任者または取扱責任者の指定する者が、封筒に入れて携行すること。「秘」の文書は、取扱責任者の指定する方法により送達するものとする。
- 9 秘密文書を保管するときは、金庫等施設のできる書庫に保管すること。
- 10 不要の秘密文書は、必ず焼却する等復元のできない方法により処分すること。
- 11 他の省庁から接受した秘密文書の区分については、關係省庁の間に取扱上の疑義が生じたときは、すみやかに当該文書の指定者と協議

して、同一秘密区分を用いること。

12 各省庁は、以上の取扱いを当該省庁の文書取扱の規程にもり込むこと。

13 秘密保全を要する物件を所有する省庁は、秘密文書の取扱に準じて、必要な規定を設けること。

○秘密文書等の取扱いについて(昭47・5・26内閣官房内閣参事官室首席内閣参事官)

標記については、昭和四十年四月十五日の事務次官等会議の申合せ「秘密文書等の取扱いについて」(以下「申合せという。')により実施されてきたところであるが、この申合せの趣旨が必ずしも徹底していない向きもあるので、次の要領より貴省庁の文書管理規程等を改正するなど適切な処理をされるようお願いする。

なお、各省庁の実情を勘案して、秘密を分類し、「国家機関における各種の秘密の基準」を作成したので参考までに添付する。

1 「人事秘」は、申合せ第二項の「秘」として取扱うこと。

2 「極秘」「秘」のほかに、「部外秘」又は「取扱注意」の区分を設けている省庁がみられるが、実質上秘密文書として取扱うことが適

当な内容のものについては、今後「部外秘」又は「秘」によることとすること。

3 秘密文書として取扱う必要はないが、業務の遂行上慎重な取扱いを必要とする文書については、取扱い上の注意を明記すること。

4 申合せ第三項にいう課長に「準ずる者」は、課長相当職以上のものに限定すること。

5 一定期間に限り秘密文書とする事をもつてたりるものについては、申合せ第五項の趣旨に基づき、その期間を明記すること。

国家機関における各種の秘密の基準(内閣官房)

I 外交・国際経済、防衛に関するもの

例 示	秘 密 に す る 理 由
・ 外交交渉の過程における訓令報告等	秘密が保たれなければ外交交渉にあたつて自らの交渉上の立場を不利にするおそれがある。
・ 国際通貨問題に関する国際会議の議事内容	関係諸国の利害に、重大影響を及ぼすため、秘密にすることが要請され、国際信義上もこれを守らなければならない。

<ul style="list-style-type: none"> ・暗号 ・武器の性能諸元 	<p>秘密を維持するための手段として秘匿する必要がある。 防衛上秘匿する必要がある。</p>
<p>II 個人の秘密に関するもの</p>	
<p>例示</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 公庫等の貸付業務に関して得た企業財務内容 	<p>秘密にする理由</p> <p>公表されると当該企業の信用をあやうくするおそれがある。</p>
<ul style="list-style-type: none"> ・ 特殊な病気に関する療養所への入所決定通知 	<p>公表されると個人の名誉を損なうとともに家族に苦痛を与えるおそれがある。</p>
<ul style="list-style-type: none"> ・ 人事に関する資料 	<p>人事記録には個人の秘密に係わる事項を含んでいる。</p>
<p>III 職務の特殊性に由来するもの</p>	
<p>例示</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 捜査関係資料 	<p>秘密にする理由</p> <p>もし漏れれば捜査活動の妨げとなるおそれがある。</p>
<ul style="list-style-type: none"> ・ 巡視船艇等の配備計画 ・ 事業所等への立入検査の計画 	<p>巡視船艇等の動静が漏れることは、警備業務上重大な支障をきたす。 もし漏れることがあれば、対象者の対策策定を可能にし、所期の目的を達成することができない。</p>
<ul style="list-style-type: none"> ・ 裁判・審決・審判等の評決 	<p>合議体としての一体性を保障し、裁判官等が当事者に遠慮したり、世評をおそれたりすることなく自由の所信を述べるようにする必要がある。</p>
<ul style="list-style-type: none"> ・ 発注工事の予定価格 	<p>契約当事者としての利益を守るために秘密にする必要がある。</p>

Ⅶ 一定期間秘密にする必要があるもの

例 示	秘 密 に す る 理 由
・ 人事異動案	発令前に漏れることは職務執行上さしつかえを生ずる。
・ 基準外国為替相場の変更	利害関係者が多く、予め漏れると特定の者が不当な利益を得るおそれがある。
・ 公開競争試験の問題	試験の実施前に漏れると試験が不可能となる。
・ 特許出願書類	秘密が維持されなければ特許出願者が不測の損害を蒙るおそれがある。

三 「秘密」の対象・基準をめぐる判例

1 「秘密事項」の判断基準

何を「秘密事項」とすべきかの判断基準をめぐっては、形式秘説、実質秘説、および併合説がある。⁽¹⁾

- (イ) 形式秘説 行政機関が秘密扱い（指定秘）をしているものを国公法・地公法上の守秘義務の対象となる「秘密」と解する考え方であり、実務や一頃までの判例が一貫してとっていた考え方である。戦前の官吏服務紀律の時代に、官吏の守秘義務違反が懲戒処分の対象にとどまり刑事制裁は課せられていなかったこと、しかも、職務命令による秘密の指定はそれが無効の職務命令でないかぎり公定力によって適法の推定を受けていたこと、さらに一般的に言えば公務員の勤務関係が法治主義が広範に排除される特別権力関係論によって基礎づけられてきたことなどから形式秘説が広く支持されてきたが、戦後その考え方が検討されることもなくそのまま引き継がれてきたものと

思われる。

その例は判例にも見られる。ラストポロフ事件第一審判決（東京地判昭三二・八・二五判例時報八五号八頁）、および控訴審判決がその例である。同控訴審判決は、国公法一〇〇条一項にいう「秘密」とは「実質的秘蔵に属する事項ばかりではなく、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、……特定の文書に、いわゆる秘蔵の表示が付してある場合」には、「秘密」にあたるとしているからである（東京高判昭三二・九・五高刑集一〇・七・五六九ページ）⁽²⁾。

- (ロ) 併合説 形式秘蔵と実質秘蔵を折衷して「秘密」を把握する考え方で、ラストポロフ事件上告審判決にその例を見いだせる。すなわち、同判決は、「単に形式的秘蔵いとせられたというにとどまらず、実質的に見ても秘蔵たるべきものは職務上知ることのできた秘蔵に当たると解するを相当とする」（最（二小）判昭三五・一一・三〇刑集一四・一三・一七六）と判示しているからである。

- (イ) 実質秘蔵 その後、判例・学説は守秘義務違反に刑事罰が課せられることなどに留意して、内容が実質的に秘蔵に値するものでなければならぬとする考え方が支配的になってきた。この見解の端緒となった判決は、恐らく「徴税トラの巻事件」第一審判決（大阪地判昭三五・四・六判例時報二二三号二二三ページ）であろう。

2 徴税トラの巻事件⁽³⁾

- (1) 本事件は、税務署の所得税を担当する大蔵事務官であった被告が署長より職務に関して配付されていた秘蔵指定

文書「昭和三二年分營業庶業等所得標準表」（国税局所得課作成）および「昭和三二年分所得業種目別効率率表」（同所得課作成）を部外者に貸し与えたことが、職務上の秘密を漏洩したことに当たるとして、国公法一〇〇条一項の違反に問われたものである。

本件をめぐる一審判決は、国公法一〇〇条一項にいう「秘密」が刑事罰をもって保護するに値するものであるか否かの具体的判断は、刑事法規の解釈・適用を任務とする裁判所において独立に判断すべきものであり、国家機関の内部におけるその旨の指定のみでは不十分であるとした上で、何を秘密となすべきかについてつぎのように判断した。すなわち、国公法一〇〇条第一項は、「職務上知り得た秘密」を守秘すべきことを定めているが、しかし、「秘密」とは何かについては内容的にも手続的にも何ら定めていない。「従ってそれはすべて解釈に委ねられる」と解せられるものであるが、同項違反の行為に対し、懲戒処分をもって臨む場合ならばともかく、刑事処分をもって臨もうとする本件のような場合にあっては、ただ単に国家機関の内部における秩序維持の問題ではなく、広く国家的社会的そのものの秩序維持に関係のある事柄として、それが少なくとも保護されるに値するものでなければならぬと考えられる。そして、何が刑罰によって保護されるに値するものかどうかにについては、当該国家機関においてこれを指定しうる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って、当該国家機関の内部においてその旨の指定がなされたとの一事のみをもっては足りないといわなければならない」（前掲六ページ）とした。

本件判決の特色は、守秘義務違反に対して刑罰による制裁が課せられることに着目し、かかる刑事法規によって

維持せんとする秩序は、行政レベルを越えた国家社会そのものの秩序に関わる事柄であり、したがって、何が刑罰法規をもって保護されるに値するかについては、明文規定によってその決定が行政機関に委ねられてはいないかぎり、刑事法規の解釈・運用をその任務とする裁判所の独立に判断しうるところであるとして、実質秘説に立った判断を下している点にある。

(2) これに対し控訴審判決（大阪高判三七・四・二下級刑集四卷三・四号二〇四ページ）は、本件文書が実質的に守秘されるべき秘密に値するか否かは、当該文書の作成経過、使用目的、公開されることによる税務行政上の障害の有無・程度によるとし、これらの点につき原審は審理不済であるとして、一審判決を破棄差し戻した。

(3) 差し戻し審の第一審大阪地裁判決（昭和四二・五・一判例時報四八五号二七ページ）は、第一次一審判決と同様に実質秘説に立って判示し、とくに課税標準決定のための標準率や効率率は租税法主義の精神に照らして納税義務者たる国民に対して秘匿すべきものではなく、これらの文書を秘匿することが果して税務行政上の利益と言いうるかは疑問であり、結局これらの文書はその性質上実質的に秘密にすべきものとは言い得ないとして、再び無罪を言い渡した。すなわち、「同法一〇〇条一項の秘密保持義務違反に対しては刑罰を科していることを考えると、秘密にすべき旨の上司の命令に服従しない行為を処罰しようというのではなく、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、秘密が実質的に保護に値するものであっ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して、刑罰によって保護するに値するものを指称するものと解するのが相当である。もし、そう解しないと、かつて実質の秘密性を有していた事項が

後になって実質的に秘密性を喪失し、国家機関の秘密指定が形骸として残存するにすぎない場合において秘密保持義務を認めるべき実質的理由が無いのかかわらず、これらを漏らした者を処罰しなければならないこととなつて不当である。従つて、国家機関が秘密として指定したという一事だけでは、……第一〇〇条第一項の秘密保持義務の対象たる秘密に該当しない……。」(同二七ページ以下)と判示したからである。

(4) 差戻し審第二審大阪高裁判決は、この原判決を破棄し被告人を有罪に処した。すなわち、まず、争点となつてい
る標準率表と効率率表の意義・内容・性質・機能・作成方法・現実の使用方法などを詳細に検討した上で、租税法律
主義は租税の種類、課税の根拠、納税義務者、納税物件、課税標準、税率などの課税要件、税の徴収方法などを法
律で定めることは要請しているが、それは課税要件事実の設定についてまで及ぶものではないこと、公表すれば一
定の弊害が生じること、などを指摘してその秘匿の必要性を肯定したのである。もっとも、だからと言つて本判決
が形式秘説に与したわけではない。むしろ、マル秘の認定基準については、明確に実質秘説の立場を採用してい
るのであり、この点はとくに看過してはならない。すなわち、本条が刑罰法規であること、その法意が秘密そのもの
を保護することにあることなどから、同条項にいう秘密は、刑罰によって保護するに値する秘匿の必要性(実質的
秘密性)を備えたものでなくてはならず、単に国家機関が秘密の指定をしているだけでは足りないとし、したがつ
て、国家機関が秘匿の必要性があるとしてマル秘の指定をした事項であっても、裁判所はそれに拘束されることな
く独自に実質的秘匿性の有無の判断をなすべきものと考えられているからである。ただ、注意すべきは、本判決
が、国家機関がマル秘の指定をしている事項について、それが国家機関内部において適正な運用基準に則つてなさ

れ、あるいは、当該事項の種類・性質・秘扱いをする理由などを立証することによって実質的秘密性が推認されることがありうることを指摘していることである。実質秘説に立ちながらもなお行政のマル秘の指定のある文書は第一次的には尊重されるべきことを指摘しており、その意味では多少実質秘説の運用上の修正の可能性を示唆している見解と言い得よう。

- (5) この判決に対し被告人が上告したが、最高裁は上告を棄却する決定（最高裁（二小）決昭五二・一二・一九最刑集三一・七・一〇五三）を行った。しかし、本最高裁決定は最高裁として初めて実質秘説を採用したリーディング・ケースである。すなわち、「国家公務員法一〇〇条第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しただけでは足りず、右『秘密』とは、非公知の事項であって、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うと解すべき」であると判示したからである。ただ、実質秘説にたつて、本件で争点となっている文書（「営業庶業等所得標準率表」および「所得業種目別効率表」）は、「いずれも本件当時いまだ一般に了知されておらず、これを公表すると、…申告納税制度の健全な発展を阻害し、脱税を誘発する恐れがあるなど税務行政上弊害が生じるので一般から秘匿されるべきもの」であるとして、原判決を支持し、被告人を有罪としたのである。

3 外務省秘密漏洩事件⁽⁴⁾

- (1) 本事件の概要は次のようなものである。被告人X（毎日新聞社東京本社編集局政治部員）は、外務省担当記者で

あったところ、A子（外務省審議室勤務の外務事務官）をそのかして外務審議官Yに回付されてくる外交関係秘密文書またはその写しを持ち出させて入手し、それが政治家の手に渡るなどして公開されることとなった。このととがA子に対しては職務上知り得た秘密を漏洩したことに該当し、Xに対してはそれをそのかしたことに当たるとして、国家公務員法一〇〇条、一〇九条一二号および一一一条（そのかし、ほう助）違反に問われたのである。なお、争点となっているこれらの文書は、沖縄返還交渉をめぐる日米間の秘密交渉（「愛知外務大臣対マイヤ大使会谈」や「愛知外務大臣対ロジャース國務長官会谈」）に関する電信文三通であった。

被告Xは、右公訴事実を根拠の無いものであるとしてつぎのように主張した。(1) 国家公務員法が守秘義務の対象としている秘密は、国民の利益のために刑罰をもってまで保護すべき実態を有するいわゆる実質的秘密でなければならぬが、本件文書はこのような実質的秘密に該当しないこと、(2) 単に国家機関内部における秘密指定の秩序を図るものであれば、懲戒処分等の行政罰をもって臨めば十分であって、いやしくも刑罰をもって対応せんとしている以上、国民の利益の観点からして刑罰をもって保護するだけの実態を持った秘密でなければならないが、これらの文書が秘密とされているのは我が国の国益を守るためではなく、わが国民を欺こうとするためにほかならず、したがって実質的に秘密にするだけの理由はなかったこと（沖縄返還交渉の争点の一つとして、米軍が基地として使用していた私有地などの現状回復のための費用を何れが負担すべきかの問題があった。日本側は米国に四〇〇万ドル負担すべきことを求めていたのに対し、米国が応ぜずデッド・ロックに乗りあげていたところ、結局秘密交渉でこれを米国側が承諾した外形をとりつつ、実は我が国の対米支払い分に四〇〇万ドルを上乗せることで決着をみた。

この事実を指して「国民を欺こうとするため」にマル秘に指定したと主張しているのである。

本件の被告Xが拘留の適否を争った準抗告をめぐり東京地裁は拘留を取り消す決定（昭和四七・四・八判時六六〇号三四ページ）を行ったが、その決定の中で東京地裁は、秘密の意義について、「同条（国公法一〇〇）第一項（引用者）がいわゆる刑罰法規であることから、これを厳格、慎重に解することが必要であつて単に行政官庁による形式上の秘密指定があることの一事をもつて足りるものではなく、行政目的を達するため必要かつ相当である実質を備えていることが要求されるものと解される」として実質秘説を支持したが、秘密たるべきか否かは犯行当時を基準として判断すべきこと、その判定にあたっては当該官庁による適切妥当な運用基準にもとづく秘密扱いの判断は尊重されてしかるべきこととした上で、「本件の国家公務員法違反は、同法第一一條、第一〇九条第一二号に該当するとされるものであつて、その『そそのかし』が独立犯として処罰される関係から、秘密性に関する実質的判断も、そこに多少なり予測的要素を加えて考えざるをえないことはまた当然である。」が、「しかし少なくとも本件被疑事実を構成するところの前記交付の要求をした時点においては、外交の必要上、実質的にも刑罰による保護に値する部分が含まれていたものと認めるのが相当である。」と判示した。本判決の特色の一つは、実質秘説に立ちながらも行政の適切妥当な運用基準に基づく秘密扱いの判断は尊重されるべきとしていることであり、もう一つは秘密となすべきかどうかの判断は行為時を基準とすべきとしていることである。しかし、問題はマル秘とすべきか否かの行政の適切妥当な運用基準とは何かであり、もし、その点の十分な検討無しに、それは尊重されるべきだとするのであれば、本判決は実質秘説に立ちながらも実際上はかなり形式秘説的側面をも有していることとなることに注意し

なければならぬ。

本件公訴事実に対する第一審判決（東京地判昭四九・一・三一判時七三二号一六ページ）は、同じく実質秘説に与しつぎのように判示した。(イ)国公法にいう「秘密」の意義については同法の目的・性格、および全体的構成を考慮して判断しなければならぬこと、(ロ)同法九八条一項の「法令および上司の命令に従う義務」に違反する行為には刑罰は定められておらず懲戒規定が定められているすぎないことから、職務命令として出される秘密指定と同法一〇九条一二号や一〇〇条一項にいう刑事罰によって保護せんとしている秘密とは必ずしも同じではないこと、すなわち、刑罰によって保護するに値するだけの実質的秘説でなければならぬ、とした。そしてそのような秘密の意義について、「実質的にも秘密として保護するに値すると客観的に認められ得る事項、すなわち、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）を意味するものといわなければならない。従って、右非公知性と秘匿の必要性とは客観的に肯定され得るものであることを要し、一定の事項が右非公知性と秘匿の必要性とを具備しているか否かの判定は（たとえそこに政治的問題が内在するにせよ）裁判所の司法審査の対象となるものであり、また、一定の事項が右条項所定の『秘密』に該当するということは秘密指定の存在という一事から即座に推定され得るものではない。けだし、もし秘密指定にこのような推定力を付与するならば、『秘密』に関する定義規定又は解釈規定及び秘密指定の具体的基準が何ら定められておらず、これらの事柄についての委任立法も全く存しない国家公務員法の適用につき、裁判所が秘密指定をした公務員自身による構成要件規範の定立または解釈の単なる追認をもって甘んじなければならないという不合理が生

じてくるからである。」と適確かつ明快に述べている。

さらに同判決は、守秘義務制度の意義に関し「当該事項が漏示されるならば公務の民主的且つ能率的な運営を国民に保障し得なくなる危険性が存在するということを意味すると解すべきであり、従って、秘密保護の必要性のある事項を公務員が秘匿しなければならぬという義務は対国民的義務でもあるといわなければならない。しかし、わが国のような民主主義国においては、公務は原則として国民による不断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前である。従って、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が国民に保障され得なくなる危険性がある場合とは、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ふに至る場合（例えば、逮捕状の発布または競争価格）、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（又は結果に對する批判として）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なければならない」と委細を尽くした判断を示している。そして、本件で争点となっているような条約等の締結を目的とする外交交渉のような場合には、個々の具体的な会談内容は調印前には秘密にしておくことが国際慣行であること、このような理由からある事項が交渉中に外部に漏れた場合にはわが国や相手国の利益を損なう危険性が存在しうるような場合であること、他方国会の批准の段階で国会の審議を通じて民主的コントロールに服しうることとなっている場合であることなどの条件を

満たしている事項の場合には実質秘に該当する、と判示した。

しかし、本判決は、争点となった本件の三通の電信文（「愛知外務大臣対マイヤー大使会談」、「愛知外務大臣対ロジャース國務長官会談」および「井川対スナイダー会談」の内容を伝えた電信文）を検討した上で、これらが実質秘たるべきことは認めしたが、「実質秘性はあまり高度であったとはいえないことはできず、少なくとも右電文の沖繩返還交渉や将来の外交交渉一般に重大な影響があったと認めることはできない。」と判示した。

本判決の特長は、守秘義務制度の意義を明確に打ち出していること、職務命令により指示され行政罰によって対応せんとしている秘密と刑罰によって維持せんとしている秘密とは異なること、実質秘たるべきものとは非公知性と秘匿の必要性を客観的に具備している事項であること、一定の事項が漏示されれば公務の民主的・能率的運営が国民に保障できなくなる危険性があり、それ故刑罰をもって漏示を防止しなければならない場合の要件を明確に提示したこと、行政により秘密指定が行われてもそれは適法性の推定を受けるものではなく裁判所はそれを独自に審査できるとしていること、等にある。

(2) これに対し第二審東京高裁判決（昭和五一・七・二〇判時八二〇号二六ページ）は、つぎのように判示した。すなわち、「秘密指定権を有する公務員は、その担当する行政について、秘密情報を含む各種の情報に精通し、担当する国政についての専門的知識と経験を有しているからこそ、特定の情報を秘匿する利益がその情報を国民に開示する利益を凌駕するかどうかについての判断能力を有するのである。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、時の政府の政治的利益のため、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)、後者は疑似秘密 (false secret) と呼称される。ところで、真正秘密と疑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、はじめて両者を区別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。」。

本判決の特長は、秘密を真正秘と疑似秘に分け、守秘さるべき秘密は基本的には真正秘でなければならぬとして、いことなどから実質秘説に立っていると解されることなどにあるが、しかし、真正秘と疑似秘とは明確に区別し難く各種の情報に通じた公務員の判断に委ねざるを得ないこととして、行政の行い秘密指定に実質秘の推定を与えることとなっていること、さらに、時の政府の政治的利益のために秘密指定がなされることが有りうることを暗に認めていることから、本来の意味での実質秘説を採用したとは言い得ない点にある。むしろ、機能的には形式秘説を採用した判例というべきであろう。

- (3) 本件をめぐる最高裁（一小）決定（昭和五三・五・三一刑集三三卷三号四五七ページ）の判断は、つぎのようなものであった。「国家公務員法第一〇九条第一二号、第一一〇条第一項にいう秘密とは、非公知性の事実であって、實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ているものをいい（最高裁昭和四八年へあ）第二七二六号同五年二月一九日第二小決定）、その判定は司法判断に服するものである。原判決が認定したところによれば、本件第一〇三四号電信文案には、昭和四六年五月二八日愛知外務大臣とマイヤー駐日大使との間でなされた、いわゆる沖

繩返還協定に関する会談の概要が記載され、その内容は非公知性の事実であるというのである。そして、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な内容については、当時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、これが漏される相手国ばかりでは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……實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。」。本件電信文に記載されている事實は、外交交渉を円滑に行うことを考慮して秘匿せんとしたもののようであるが、「わが国においては早晩国会における政府の政治責任として討議批判されるべきであつたもので、政府が右のいわゆる密約によっ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實質的に秘密として保護するに値するものである。」。

本判決は、第二審のような曖昧な實質秘説ではなく、どちらかという第一審判決同様かなり明確な實質秘説を採用し、守秘すべき事項か否かの決定は司法判断の対象となる点が大なる特色である。しかし、第一審判決が實質秘として秘匿さるべきものの基準を明確に設定したうえで、その基準に照らし本件電信文案は守秘さるべき必要性の度合いが必ずしも高度なものとはいえなかつたとしていたのに対し、本判決はこの点の検討を十分行うこともなく一氣に外交交渉の過程や内容は非公開が外交上の慣行であることによつて、實質的に守秘すべき事項に当たると結論づけている点の問題のあるところである。このような思考過程を取るかぎり、實質秘説を採用し、守秘すべき事項か否かの決定は裁判所の司法審査に服すると言つても、實質秘説の実益は半減するからであ

る。

- (1) これらの見解をめぐる判例・学説を論じたものとして、玉国文敏「徴税資料の秘匿と国家公務員法一〇〇条一項の『秘密』の意義」ジュリスト五六九号一三一ページ註、同「職務上の秘密」行政法の争点一四六ページ参照。昭和四〇年代半ば迄の判例を検討したものとして、石村善治「知る権利」『体系憲法判例研究Ⅱ』（有倉遼吉教授還暦記念。以下判例研究と略す）一九九ページ以下参照。
- (2) 石村善治「公務員と秘密保持義務」『現代行政法体系9』（以下体系論文と略す）二〇一ページ、清水睦「公務員の守秘義務と国民の知る権利」『法学セミナー増刊』日本の公務員二四九ページなど参照。
- (3) 本件については、石村善治・前掲体系論文二〇二ページ、同「職務上の秘密の意義」公務員判例百選一三八ページ、田中館照楠「セミナー公務員法Ⅲ」四八ページ以下、玉国文敏・前掲行政法の争点一四六ページ、同「推計課税(3)」租税判例百選（第二版）一六四ページ、中山研一「国家公務員法一〇〇条一項にいう『秘密』の意義」判例タイムズ三六一号、有倉遼吉・前掲八ページ、清水睦・前掲二四九ページなど参照。
- (4) 石村善治・前掲体系論文二〇二ページ以下、田中館照楠・前掲五四ページ以下参照。

四 「秘密」の対象・基準をめぐる学説

- (1) これまで見てきた判例の傾向からすれば、いかなる事項を秘密とすべきか、すなわち、秘密の対象の判断基準をめぐることは、形式秘説、実質秘説および併合説（形式秘実質秘複合説）がある。そして、最高裁判所は実質秘説を採用し、行政によって指定された秘密に対する司法審査は当然行いうるとしていることは先に見てきたとおりである。しかし、実質秘説といっても具体的事例への適用、つまり行政による指定秘に対する司法判断の仕方いかんによってかなり異なりうることも否定し得ない。外務省外電漏洩事件をめぐる第一審判決と最高裁判決がともに実質秘説を採用しながら、何を実質的に秘密と言うべきかの点になると結論を大きく異にするのがその例である。

ところで、この点に関し学説上は今日ではほぼ異論無く実質秘説が通説となっている。最高裁判決が実質秘説を採用していることもあって、論者によっては形式秘説との争いはもはや「過去のもの」となっており、今日の争点は具体的ケースにおいて何を実質秘と言うかの問題（認定基準）と違法阻却事由の存在の判断基準等に移行していると指摘している者もいる。⁽¹⁾

しかし、果たしてそう言えるかについては再考の余地がある。実質秘説といってもその機能する場面、あるいはレベルを想定してより詳細な検討が必要だからである。実質秘説を十全に機能させるためには、まず、行政レベルにおいてマル秘の指定を行う際の基本的前提をどう考えるか、指定された秘密に対して裁判所の司法判断はどのように行われるべきかを明らかにしてかからなければならない。

(2) まず、前者、すなわち行政レベルにおける秘密事項取扱いの基本的前提は何かであるが、それは何と言っても国家行為の公開を原則として出発し秘密事項は例外と考えるべきことである。一方で「国民の知る権利」を考慮し、他方で、あわせて「情報公開」をできるだけ行つてガラス張りの行政を進めていくことが、民主権国家における基本的要請だからである。⁽²⁾ とくに国会や議会の審議すべき事項の場合はこの点は鉄則であろう。国民ないし住民の代表機関である議会に対して守秘すべきとされる事項は例外中の例外としなければ議会制民主主義は成り立たないからである。したがって問題は、例外的に守秘さるべきものとは何かの基準であり、そしてその法的意味である。先に紹介した外務省外電漏洩事件第一審判決（東京地判昭和四九・一・三一判時七三二号一二ページ）は、この点に関し、守秘義務制度の目的を「公務の民主的且つ能率的運営の保障」におき、その目的達成に必要なかぎり守秘さる

べきことが許されうるものとして四項目を示している。すなわち、「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が国民に保障され得なくなる危険性がある場合」とは、(1)公共的討論や国民的監視になじまない場合(例 プライバシーに関する事項)、(2)公開されてしまうと行政の目的が喪失してしまうに至る場合(例 逮捕状の発令、競争入札価格)、(3)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的に優先させる必要がある場合(例 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。進行中の外交交渉事項へ総てが該当するとしているのではなく、秘密にすることが国際的慣行となっており漏れるとわが国や相手国の利益を害する危険性が考えられる事項で、事後的に国会での審議が予定されているなど民主的コントロールに服することになっている事項として慎重な限定が付けられている)、(4)その他これらに準ずるものに限られる、としているからである。そして、これらの場合に該当するとしてもそれだけでは不十分で、さらに守秘義務違反には刑事罰が課されることから守秘すべき必要性がより高度なものでなければならぬとしている指摘は注目しなければならない(同事件をめぐる最高裁判決は、守秘すべき必要性の度合いは特に考慮していない)。このような本判決の指摘は委細を尽くした判断として十分肯定できる。さらに、これらの要件に加えて、(5)必要最低限のものであること、(6)守秘すべきものであってもその必要性がなくなったときは公開すべきこと(秘密の限時性)が考慮されるべきことを指摘しておきたい。⁽³⁾

(3) つぎに後者、すなわち司法審査との関係である。行政が指定した秘密に対して司法判断はどのように行われるべきかの問題である。すなわち、裁判所が独立してそれを独自に判断すべきと考えるか、行政の指定した秘密に一定

の實質秘としての推定力（推認）を与えるか否かの問題である。⁽⁴⁾ 行政の指定した秘密に明確に實質秘としての推定力を与えるとしたのは、外務省外電漏洩事件の第二判決（東京高判昭五一・七・二〇判時八二〇号二六ページ）であった。その理由とするところは、「秘密指定権を有する公務員は、その担当する国政について、秘密情報を含む各種の情報に精通し、担当する国政についての専門的知識と経験とを保有しているからこそ、特定の情報を秘匿する利益がその情報を開示する利益を凌駕するかどうかについての判断能力を有する」こと、秘密には真正秘密と疑似秘密があり、前者が漏示されると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あるが、両者は明確に一線を画し得るものではなく、したがって、各種の情報に通じた公務員においてはじめて両者を見分けることが可能な場合が多々あることは当然であること、などであった。

しかし、このような考え方は、到底納得しえない。第一に、外務省外電漏洩事件第一審がいみじくも指摘しているように、守秘義務違反に対しては刑事罰をもって制裁が加えられることとなっていることを無視していることである。もし、このような考え方が許されると、罰条の構成要件や構成事実を行政の手によって左右することとなるからである。刑罰によって維持せんとしている秩序の合法性の判断は最も典型的な裁判所の専権事項であることを忘れてはなるまい。第二に、第一の点とかわるが、行政レベルにおいて問題となる秘密の取り扱いと裁判レベル（裁判上の権利救済）のそれとを区別することなく論じている点である。この点については項を改めて次に論じておきたい。

(1) 玉国・前掲行政法の争点一四七ページ。なお石村・前掲体系論文二〇二六ページ参照。

(2) 守秘義務の限界を説く場合、同時に国民の知る権利の観点からとらえておくことが不可欠である。この点には言及し得なかったが、さしあたり清水・前掲論文二五一頁および田中館・前掲書七二ページ以下を参照されたい。

(3) これらの点に関し、石村・前掲体系論文二〇三ページ以下参照。

(4) この点に関し、石村・前掲体系論文二〇四頁、同「公務員と秘密保守義務」ジュリスト五六九号四二二ページ以下。

五 実質秘説の行政レベルにおける機能と裁判レベルにおける機能

実質秘説が学説・判例上の通説となっておりと言っても、その機能は行政レベルと裁判レベルでは必ずしも同列には論じ得ない。

まず、行政レベルの問題である。行政レベル、具体的には行政組織および公務員制度のもとで、一定の事項がマル秘の指定を受けるのは、当該マル秘事項にかかわる事務を所掌する権限を有する者が、文書管理規定や職務命令などにもとづいて決定ないし指定することによってである。このようにして指定されたマル秘事項を個々の職員が自己の判断でマル秘にするだけの実質的理由がないとして自由に公開できるかと言えば否であろう。すなわち、指定された秘密の実質性や必要性を個々の職員が審査しうる権限があるとは考えにくい。指定権限者の判断が行政レベル（行政内部と言ってもよい）においてはまず優先すると思われる。その意味では指定権限を有する者のマル秘の指定は、適法性（実質秘性と守秘すべき必要性）の推定を受けると考えざるをえない（ただ、その指定が重大かつ明白に法令に違反しているなどのような場合にまでこの原則を適用すべきかについては検討を要しよう）。

このように考えると行政レベルにおけるマル秘か否かの判断においては、形式秘説が現実には大きく機能している

ことになる。ただ、実質秘説が学説・判例の通説となってきたことによって、マル秘の指定が学説や裁判上の批判にたえうるように慎重に厳選されるようになり、その限りでは行政レベルにおいても実質秘説が機能することは言うまでもない。しかし、それにもかかわらず、行政レベルにおける秘密とすべきか否かの判断は、所掌権限者の判断が優先することは否定し得ないのである。それ故、先に言及したように例外的に秘密とさるべき事項とは何か、すなわち、秘密の指定基準が論議されるようになってきたのである。

そこで、重要な意味を持ってきたのが秘密事項の裁判所による司法審査である。行政レベルで形式秘説が機能し、さらに、裁判レベルにおいても形式秘説が機能すると言うのでは秘密事項指定に関する適法性の判断はすべて行政の手に委ねられ、さらに、秘密を漏らした職員の権利保護は十分に等しくなってしまう。しかも、刑事罰を課すにもかかわらずである。それ故にこそ学説・判例は実質秘説を支持せんとしているのである。この点をさらに徹底するためには、行政の指定した秘密に実質秘性の推定を与えることにも消極的とならざるをえないのである。

六 秘密の発表の許可

国公法一〇〇条第二項は、「法令による証人、鑑定人等となり、職務上の秘密に属する事項を発表する場合には、所轄庁の長（退職者については、その退職した官職又はこれに相当する官職の所轄庁の長）の許可を要する。」とし、第三項は、「前項の許可は、法律又は政令の定める条件及び手続に係る場合を除いては、これを拒むことができない」と定める（地公法三四条二項も同様の規定）。

民事訴訟法二七二条、刑事訴訟法一四四条、あるいは議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律五条等にも同様な趣旨の規定がみられるが、本項は同様な趣旨を公務員の服務の観点から公務員の義務の一つとして定めているのである。

1 法令上の証人・鑑定人等

法令上鑑定人や証人等となる例としては、民事訴訟法二七二条（証人）、同三〇二条（鑑定）、刑事訴訟法一四四条（証人）、同一七四条（鑑定証人）、議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律五条（証言・書類の提出）、地方自治法一〇〇条（証言・記録提出）等がその例である。

これらの法令により公務員または公務員であった者が、証人、鑑定証人あるいは証言・書類の提出を求められた場合、任命権者の許可を受けない限り「職務上の秘密」に属する事項の発表は許されないものとされている。この制度は、いわゆる「公務員の証言拒否制度」といわれるもので、この制度によって裁判や各種の調査制度（国政調査〈憲法六二条〉・一〇〇条調査〈地方自治法一〇〇条〉）と公務員法上の守秘義務との調整を図らんとしているのである。

2 任命権者の許可

秘密たるべき事項の公表は、所轄庁の長や任命権者の承認無しには行い得ない。このことは、裁判や国政調査権

(および一〇〇条調査権)等との関係でも当然問題となる。そこで、裁判や国政調査権など、行政機関以外の国家あるいは地方公共団体の他の機関の権限行使との関係で秘密事項の公表が問題となる場合には、特に「所轄庁の長」や「任命権者」の許可を必要とすることとしているのである。

「職務上の秘密」の保護は、「行政の公正・民主的かつ効率的運営の確保」の観点から国家ないし地方公共団体の他の機関との関係でも考慮されねばならないからである。しかし、それとて絶対的なものとはなし得ない。もし、それを絶対的なものとするれば、裁判における真実の発見が難しくなりうる場合が生じてくるであろうし、また、議会の運営にとっても問題が生じうるからである。

そこで、国公法一〇〇条二項(地公法三四条二項も同様)は、一方で個々の公務員の独断による秘密事項の公表を禁止して許可制にし、しかし、他方で三項によって、この「許可は、法律に特別の定がある場合を除くほか、拒むことができない」として、両者の調整を図らんとしているのである。

問題は、発表を拒みうる「法律に特別の定がある場合」とはいかなる場合をいうのかである。この点につき刑事訴訟法一四四条但書は、「当該監督官庁は、国の重大な利益を害する場合を除いては、承諾を拒むことができない。」とし、議院における証人の宣誓及び証言に関する法律五条三項も「国家の重大な利益に悪影響を及ぼす」場合を定め、自治法一〇〇条五項は「公の利益を害する」場合を想定している。他方、民事訴訟法二八一条は、公務員が職務上の秘密に関し証言を拒みうることにについては定めているが、刑事訴訟法のようにいかなる場合に拒みうるかについては何ら定めるところとなっていない。しかし、実務上は前掲の法令の場合と同様に解されている。し

たがって、秘密の発表の許可を拒みうる場合にあたるか否か、すなわち、「職務上の秘密」を保護すべきか、それとも議会の調査権や裁判上の要請を尊重すべきか否かの判断基準は、「国家の重大な利益」や「公の利益」を害するかどうかによることになる。

それ故、「守秘すべき事項」が「国家的・公共的利益」と判断されれば、それは議会や裁判上の要請（訴訟制度上の利益）より優先することが認められることになる。たしかに、裁判等との関係でも守秘すべき「職務上の秘密」がありうることは基本的には否定し得ないが、しかし、その判断基準が「国家的利益」とか「公共的利益」という抽象的概念であることから、その対象が必要以上に拡大されて運用されはしないかが問題である。

そこで証言拒否すべきほどの「国家的・公共的利益」にかかわる事項か否かの最終的判断を誰がやることとなるかが重要な意味を有することとなる。

まず、裁判との関係である。民事訴訟法二八二条は、「証言拒否ノ理由ハ之ヲ疎明スルコトヲ要ス」（なお、刑事訴訟法にはこのような明文規定はないが、同様に解される）として、疎明に値するだけの理由が示されなければならないこととなるが、一般人の証言拒否の適否は「受訴裁判所当事者ヲ審訊シテ裁判ヲ為ス」（同二八三条一項）こととなっているのに対し、公務員の証言拒否についてはその必要が無いことから（同二八三条一項除外）、行政側が証言拒否の理由を一応述べれば、裁判の当事者が納得しなくも、当該事項についての証言は得られないことになる。その意味で行政の判断は優位すると云っても過言ではない。もっとも、裁判所が疎明に値しないと判断することは許されると思われる。

つぎに議会における証言・書類の提出との関係である。議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律五条は、「各議院若しくは委員会又は両議院の合同審査会は、出頭した証人が公務員である場合又は公務員であった場合……その者が知り得た事実について、本人又は当該公務所から職務上の秘密に関するものを申し立てたときは、当該公務所又はその監督庁の承認がなければ、証言又は書類の提出を求めることができない。」(一項)とし、「当該公務所又はその監督庁が……承認を拒むときは、その理由を疎明しなければならない。」(二項)としている。そして、その証言拒否理由を議院等が受諾しうる場合は、証人は、証言または書類を提出する必要がないものとしている(二項)。

問題は、議院等が証言拒否の理由を受諾しえない場合はどうかである。このような場合には、議院等は「更にその証言又は書類の提出が国家の重大な利益に悪影響を及ぼす旨の内閣の声明を要求することができる。」(三項)とされ、「その声明があった場合は、証人は証言又は書類を提出する必要がない。」(三項)こととなっている。地方自治法一〇〇条も同様な規定を置いている。

このように議会との関係でも行政上の秘密は、優先される取り扱いがなされているのである。しかし、主権者たる国民の代表機関であり、それ故に民主主義の基本をなす議会の要請さえも拒否しうる「国家の重大な利益」とか「公共の利益」というのは、それほど多く在りうるとは考えられない。もし、在り得たとしても議会が「非公開」で審議することも許されることを考えれば尚更である。それ故証言を不許可にする場合は、議会の審議権を最大限に尊重することを前提にして、それでもなおかつ「行政の公正・民主的かつ効率的運営」に不可欠とされる場合に

かぎり、証言等の不許可を行うべきものと考ええる。この点につき内閣の統一見解は、「いわゆる国政調査権は憲法六二条に由来するものであり、国政の全般にわたってその適正な行使が保障されなければならないことはいうまでもないところである。一方、憲法六五条によって内閣に属することとされている行政権に属する公務の民主的かつ能率的な運営を確保するために、国家公務員には守秘義務が課せられている。」とした上で、両者の調整は「守秘義務によってまもられるべき公益と国政調査権の行使によって得られるべき公益とを個々の事案ごとに比較衡量することにより決定されるべきものと考ええる。」とし、もし国会と政府との見解が異なる場合には、「政府としては、国会の国政調査活動が十分その目的を達成できるよう、政府の立場から許さる最大限の協力をすべきものと考ええる。」（昭和四九・一二・二三参院予算委員会）としているが、要は実際の運用がかくのごとき精神で行われているのである。

なお、「秘密の公表の許可制」および「証言拒否制度」は、「職務上の秘密」を対象にしていることから、「職務上知り得た個人の秘密」は原則としてその対象とならない。もっとも、個人に関する秘密であってもそれが「職務」にかかわり、かつ「国家ないし公共の重大な利益」にかかわることとなれば、その対象となりうることは理論的にはあり得よう。ただ、「個人の重大な秘密は、……国の重大な利益に含まれる場合が多いことに注意すべきである」⁽¹⁾とまで云いうるかについては疑問がある。

3 弁護士法による照会と守秘義務

弁護士法二三条の二は、「①弁護士は、受任している事件について、所属弁護士会に対し、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めるところを申し出ることができる。申出があつた場合において、当該弁護士会は、その申出が適当でないとき、これを拒絶することができる。②弁護士会は、前項の規定による申出に基き、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる。」と規定する。いわゆる公務所等に対する弁護士の照会であり、基本的人権の擁護と社会的正義の実現を使命とする弁護士の職務の社会的・公的性格から、受任事件に関し訴訟資料の収集、真実の発見のための調査等を容易にしてその職務遂行を十全たらしめ、もつて裁判を真実に基づく公正なものたらしめようとするための制度である。⁽²⁾

この他、類似の制度として、裁判所の照会制度（民事訴訟法二六二条、刑事訴訟法二七九条）がある。

このように弁護士会の照会制度は、個々の弁護士に与えられているのではなく、弁護士の申し出に基づき、公的性格を有する弁護士会を介して行使されることとなっている。弁護士の照会の申し出の必要性や妥当性をまず弁護士会に判断させることによって、慎重な運営を行わんとしているのである。

まず、照会を受けた公務所等は、報告の義務があるかであるが、原則として報告の義務があると解すべきであろう。この点につき下級審の判例であるが、「照会を受けた公務所又は公私の団体は自己の職務の執行に支障なき限り弁護士会に対し協力を原則としてその照会の趣旨に応じた報告をなす義務を負うと解すべきである。」（岐阜地裁昭和四六・一一・二〇判決（判時六六四号七五ページ））とするものがある。

ただ、照会を受けた公務所等に報告の義務が原則としてあるとしても、その報告が当該公務所の職務遂行を著し

く損なう場合とか、個人のプライバシー等個人の公益を不当に侵害する恐れのある場合には、報告を拒絶することは許されよう（大阪高裁昭和五一・一二・二二判決〈判例時報八三九号五五ページ〉）。問題は、いかなる場合に拒否し得るかどうかであるが、これは結局個別具体的ケースに応じて判断せざるをえないとしても、職務の遂行を著しく損なうことや個人の法益侵害が具体的客観的に予想され、かつ報告を拒否して得られる利益が裁判上の要請を越えるほどのものでなければならぬことはいうまでもない。

4 秘密の発表の許可

国公法一〇〇条第二項は、「法令による証人、鑑定人等となり、職務上の秘密に属する事項を発表するには、所轄庁の長（退職者については、その退職した官職又はこれに相当する官職の所轄庁の長）の許可を要する。」とし、第三項は、「前項の許可は、法律又は政令の定める条件及び手続に係る場合を除いては、これを拒むことはできない」と定める。

民事訴訟法二七二条、刑事訴訟法一四四条、あるいは議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律五条等に関連規定がみられるが、本条は同様な趣旨を公務員の観点から公務員の義務の一つとして定めているのである。

(1) 中村・前掲書五四六ページ。

(2) この点に関する詳細な検討を加えたものとして、また、弁護士会の見解を知り得るものとして、『日本弁護士連合会の弁護士法二三条の二に関するマニュアル』が参考になる。

七 国公法と地公法の運用の相違

— 訓令・通達による守秘義務の規制 —

(一) 国公法・地公法の守秘義務に対する規定の仕方は、細かい点を除けば大同小異である。しかし、具体的運用を見てもその相違は顕著である。とくに、守秘義務の行政内部における規制の仕方の相違である。国公法の例としてはさしあたり労働省の労働基準監督官に関する例を、地公法上の例としては埼玉県の例を取り上げて検討したい。

まず、国公法および地公法上の守秘義務を具体的に遵守させるために、何れの場合も訓令によって具体的指示を出しているが、問題はその訓令の内容である。つぎに具体例を掲げよう。

国公法の例

(1) 「労働基準監督官執務規範」(訓令)

第一六条 監督官は、事業の生産過程、機械設備、資金その他の具体的な労働に関する諸条件等、職務上知ることのできた情報又は資料については絶対に秘密を守り、関係者の名誉と利益とを害することのないように留意しなければならない。

第二二条 (一項省略)

2 職務に関する新聞発表、公の講演会、出版物の原稿等は、すべて所属長の閲覽を受けなければならない。

(2) 「労働省職員の著述、寄稿等に関する件」（昭和三年二月七日労働省訓第四号）

労働省職員の著述、寄稿等に関する件を次のように定める。右訓令する。労働省職員が、労働行政に関する事項について、報酬を得て著述をなし又は民間の雑誌、新聞等に寄稿する等の場合は、次に掲げる事項を遵守しなければならない。

- ① 執務時間中に行わないこと。
- ② 官庁の用紙その他の物品を使用しないこと。
- ③ 直属上官の許可を受けること。

※ なお、この訓令は、昭和五七年二月二〇日、五八年二月一九日、五八年三月一六日などに出された通達や内簡などによって励行されるべきことが再三示達されており、したがって今日でも効力を有している。

地公法の例

埼玉県職員服務規定（昭和四二年三月二〇日訓令第四号）

第一八条 職員は、みだりに他人に文書を示し、若しくはその内容を告げ、又はその謄本、抄本等を与えてはならない。

2 職員は、宅調べのため重要な文書を持ち帰ろうとするときは、あらかじめ所属長の承認を受けなければならない。

第一九条 職員は、地方公務員法第三四条第二項の規定により職務上の秘密に属する事項を發表することについて

許可を受けようとするときは、秘密事項発表許可願（様式第一五号）を所属長を経て人事課長に提出しなければならない。

※なお、県レベルにおける服務規定の定め方や内容は、他の県の場合もだいたい同様である。

(二) 国公法と地公法の守秘義務に関する行政内部での規制の仕方を前掲の例を前提にして比較した場合、つぎのような相違がみられる。

- (1) 訓令という法規性を有しないレベルでの規制は、守秘義務の対象となる事項について、県レベルでは「文書」を挙げるにとどめ、あとは秘密の公表の手続きを定めているに過ぎないのに対し、国のレベルのそれでは「行政に関する新聞発表、講演会、出版物の原稿」（労働基準監督官職務規範二二条二項）とか「労働行政に関する事項」（二三年訓令）と定めていることから、秘密にすべきものかどうかを問わず「行政に関する事項」すべてが規制の対象となっているかの観があり、国公法が想定している守秘義務を行政レベルにおいて大きく拡大しているように思われる。
- (2) いずれの場合も守秘すべき事項を公表する場合には、所属長の許可の手続きを取らなければならないとしている点は同じであるが、国の例ではその対象が無制約に近いことから、事前検閲的規制の色あいを強く感ぜざるをえない。

このように見てくると県レベルの規制の仕方のほうがより合理的であり、国のレベルの訓令による規制のありかたについては検討すべき点がありそうである。この点についてつぎに検討しておきたい。

(三) ところで、上下関係のある行政組織においては、行政機関の一体的活動を保持するため、行政意思の統一性や行

政事務の統一的運営を確保する必要があり、そのための一つとして上級行政庁には下級行政庁（及びその職員）に対する指揮監督権が与えられている（憲法七二条、内閣法六条、国家行政組織法一〇条）。

また、同様の趣旨から、個々の職務の執行にあたって、上司が部下に対する指揮監督を行う手段の一つとして職務命令を出すことも認められているのである（国公法九八条。地公法三二条）。

前者は機関から機関に対して出される指揮監督の手段の一つとしての、いわゆる訓令・通達であり、これらは制定形式や法的性質に着目すれば行政規制の一つである告示の形式で定めることもあることから（e.g.、旧国立学校の夜間部専任の事務職員の勤務時間に関する規程（昭和二五年文部省告示三五号））、前掲の「執務規範」は、訓令を「規範」化したものではあるが、訓令の一種であることには変わりない。

それ故、ここで検討を要するのは、訓令・通達（以下訓令と呼ぶ）や職務命令によって職員の市民的権利とかわる著述・寄稿などによる言論表現活動を前掲の事例のように無制限・無制約に行うことが許されるかである。

(1) 訓令による場合であれ、職務命令による場合であれ、これらはいずれも指揮監督の一態様であり、その対象とされてきたのは、職務行為と職務態度であるとされてきた⁽¹⁾。しかし、これらは機関の所掌事務や職員に関して発せられるものであることから、「単に本来の職務事務に止まらず、客観的に職務遂行に必要と認められる限り、公務員の生活行動をも規制しうる」とも解され、その例として公務員の一定の意見の発表の制限や制服の着用を命ずることがあげられてきたのである⁽²⁾。

そうして、これらを行うための理論構成として、行政組織上の「指揮監督権」論や公務員法上の「服務紀律」論

が説かれてきたのであり、戦前は勿論、戦後一頃までの伝統的行政法学の理論によれば、いずれの場合も、民主主義や公務員の人権論が殆ど顧みられることもなかった分野の典型的な例であった。とくに職務命令は、その理論的根拠が特別権力関係論によって説かれたこともあつて、服務規律の対象や範囲が、任命権者の自由裁量に委ねられてきたのである。

しかし、このような特別権力関係論に基礎づけられた古典的な「服務規律」論は今日では殆ど肯定されなくなつてきている。

第一に、組織法上の指揮監督権といえども、法治主義や人権論の観点から一定の限界が論ぜられてきているし（桜田・前掲一六三頁）、服務規律論も、民主主義論や公務員の権利論の欠如した一九世紀的立憲君主制下に成立したような古典的な意味の服務規律論は今日では大きく反省されてきているからである（たとえば、特別権力関係論が今日では学説上殆ど姿を消していることがその例である）。

(2) まず、指揮監督権について言えば、戦前及び戦後一頃までは、所掌事務に関する限り、指揮監督権は服務規律と職務行為について殆ど無制約ともいうべき程、広範に及ぶとされてきたが、近時の学説によれば、指揮監督といえども一定の限界が存在するのが通説となつてきているのである。

この点につき、桜田教授が主として次の三点を指揮監督の限界として説かれている点は参考にされてよい。

① 服務に関するものであること。「すなわち、行政機関の職務執行に関係のない場合については、指揮監督なるものはあり得ない……」とされ、「職務執行に関係のある生活を公的生活とし、然らざるものを私的生活とする

ならば、一般に私的生活に関しては指揮監督は原則として及ばない……」（前掲一六三頁）とされているのである（公務と私生活の分離Ⅱ公務員の人権の考慮）。

- ⑤ 適法なるものであること。すなわち、「指揮監督権は法上認められた権限内において、適法……に為されねばならない。たとえ権限内の事項についての指揮監督権であっても、それが公益に反すると知りつつ、なおこれを命ずることは許されない。また違法な命令が許されないのは当然であるが、もし被監督行政庁が監督行政庁の『違法な命令に服従してした行為は、法令または正当業務によってした行為にあたらぬ』（東京高判昭和二七・七・一東京高時報二卷一〇号刑二三五頁）」とされている（法治主義の考慮）。

- ⑥ 職務上の独立性があるものには及ばないこと。すなわち、「職務上の独立（権限の独立）を有する行政庁に對しては、職務行為の指揮監督は原則としてあり得ない。……当該行政庁が独立して自己の責任をもってその職務として行うことを要する……」（同一六四頁）からであるとされているのである（行政庁の権限及び職務の特殊性の考慮）。

- (3) つぎに服務紀律論についてである。

一頃まで服務紀律は、特別権力関係論によって説かれてきた。すなわち、服務紀律の基準・範囲・対象が、もっぱら任命権者の自由裁量に委ねられ、公務員の人権の制約も広範に及ぶとされるとともに、法治主義も一定程度排除されると説くことによって司法審査も原則として及ばないとされてきたのである。

しかし、このような特別権力関係論は、今日学説上は殆ど姿を消し、むしろ公務員の人権保障や法治主義を考慮す

る観点から、服務紀律の限界論が説かれるようになってきているのである。

現行憲法下では、公務員といえども憲法の保障する市民的権利を享有するのであり、ただ、公務の遂行との関連で必要最低限度の制約を受けることがあるにすぎないのである。このことは近代的公務員制度の基本原理の一つである公と私の分離、すなわち服務紀律（ここでは職務命令）といえども、原則として私生活には及ばないという形で公務員制度にも反映しているのである。仮に及び得る場合であっても必要最低限度のものでなければならぬのである。

それ故、ここで直接かかわってくる職務命令については、それが有効であるための要件として、④権限を有する上司の発するものであること、⑤命令を受ける公務員の職務に関するものであること、⑥適法な手続によって発せられたものであること（以上形式的要件）、⑦内容が憲法及び法令に違反するものでないこと（実質的要件）が通説として確立してきている。

このような職務命令の適法性の要件の理論化は、これまでの権利論や法治主義論の欠落した公務員制度のあり方に大きく反省を迫るものであり、ここで問題となっている職務命令にも一定の限界が存在することを当然意味することになる。

しかし、前掲の訓令や職務命令による職員の著述・寄稿などの言論表現活動の規制は必要以上に広範にわたるものであり、このような法理論上の動向を一顧だにしない旧態依然のものと言わざるを得ない。

しかも、これらの指揮監督の手法は、いずれも「行政規則」であり「法規」たる性質を有するものではない点を看過し得ないのである。

なぜなら、職員といえども言論表現の自由などの市民的権利を有するのであり（「市民的及び政治的権利に関する国際規約」）、いわゆる「人権規約」一九条は、すべての者のあらゆる形態による言論表現の自由の保障を要請している）、これらの権利は、「立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」（憲法一三条）とされ、ただそれを制限しうるのは、「公共の福祉」に反する場合であり、その制限は、人権規約一九条三項に定めているように、法律によって初めて行いうるにすぎないのである。

さらに同条は、「公共の福祉」の観点から、その制限が許される場合を「他の者の権利又は信用の尊重」と「国の安全、公の秩序又は公衆の健康若しくは道徳の保護」に限定しているのである。

しかるに、前掲の国のレベルの規制は「法律」によるものでもなく、しかもその対象を何ら限定もしていない点で必要以上の規制であって、憲法や人権規約に違反する恐れなしとしないのである。

（１） 桜田誉「指揮監督権」『行政法講座四卷』一五六ページ。

（２） 山内一夫「訓令と通達」『行政法講座四卷』一六八ページ。

八 人事院の調査・審理と守秘義務

国公法一〇〇条第四項は、人事院で扱われる調査・審理に関しては公務員に守秘義務は課せられず、秘密とされている事項や公表を制限されている情報の陳述・証言を人事院から求められた場合は、何人からも許可を受ける必要がないとするともに、むしろ陳述・証言を拒んだ場合は逆に罰則を課せられること（同一一〇条一項一八号および一一

条参照」としている。地公法にはかかる規定がないことから、人事委員会や公平委員会において陳述や証言を求められた場合には、それが秘密事項であったり公表を制限されている事項であるかぎり任命権者の許可を要することとなる。しかし、この場合は、地公法三四条三項にいう「法律に特別の定め」がないことから任命権者はその許可を拒むことはできないこととなる。

ただ、地公法五〇条の人事委員会または公平委員会の公平審理との関係で証人としての尋問を受け、あるいは文書の提出を求められた場合、正当の理由なくそれを拒み、虚偽の陳述あるいは虚偽事項の記載文書を提出すれば、同六一条一項によって処罰されることとなっている。しかし、人事委員会および公平委員会のこのような要請に任命権者の許可が無いため応じ得ない場合は、六一条一項の「正当な理由」に該当し、処罰の対象にはならないと解される。

ところで、問題は、国公法においては何故このような人事院に関する特例を認めることとなったかである。このような特異な制度が何故認められたかの理由については必ずしも明らかではない。この点に関し中村博氏は、その理由は必ずしも明らかではないとした上で、「人事行政の確保は国家の秘密に優位する、との考え方によるものと解する外はないであろう。」(前掲五四七ページ)としている。そして、さらに人事行政の確保のために国の重大な秘密を開披することが必要である場合は極めて例外であることも考慮されているのではないかと、守秘すべき事項が人事院に示される人事院における調査手続きを秘密・非公開にするなど適切な方法を講じることが出来るとか、ある職員の職務に関する秘密事項は上司を含め公務部内では複数に達していることが通例であり、人事院もこの複数の職員の一人なることが人事行政の運営上必要だとの考え方に立つものと言うこともできる、としている(同五四七〜八ページ)。

しかし、人事行政の確保が国家の秘密に優位するからとする理由には必ずしも与し得ない。むしろ、人事院の地位や職務の性格から説明すべきものと思われる。まず、人事院の地位・性格からくる信頼性との関係である。すなわち、人事院が内閣の所轄に属する（国公法三条一項）としても、人事官の資格が厳格であり（同五条一項）、任命には両議院の同意を要し（同五条一項）その身分は保障され（同八条・九条）ていることなどから、人事院に秘密事項が開披されても外部に漏れることはないであろうし、また非公開の手続きなどにより他へ漏れることを防止する方法を講じることが可能だからであろう。

つぎに、その職務の性格との関係である。人事に関する事項はそもそも秘密にわたる事項が多いと思われるが、だからと言って人事に関する事項の情報が入手できなければ人事院はその職務の遂行は覚束ない。おのずから行政内部の秘密情報にまで及ぶ各種の資料が開披されざるをえないのである。また、公平審理は公務員の権利救済に関する重要な準司法的手続きであり、この機能を十全に發揮するためには証拠の提出の問題として可能なかぎりの資料提供が許されなければならないからである。とくに、守秘義務違反にたいする懲戒処分などの公平審理の場合、その適法性や妥当性の審理のためには関係する秘密文書が開披されて、審理が行われなければ意味が無いこととなってしまいうからである。