

## 論文

# 刑法理論研究三篇

清水晴生・今井朋子

Drei Abhandlungen von Strafrecht

SHIMIZU Haruki

IMAI Tomoko

- 1 作為と不作為の共同正犯  
－共謀なき現場同行者の不作為共同正犯－
- 2 量刑に関する被害者感情の考慮  
－被害者感情が量刑に考慮される根拠とはなにか－
- 3 秘密漏示罪について

# 1 作為と不作為の共同正犯

## －共謀なき現場同行者の不作為共同正犯－

清 水 晴 生

- 一 検討の素材
- 二 検討
- 三 結

### 一 検討の素材

検討の対象は共同正犯と不作為犯である。検討の素材にするのは東京高裁平成20年10月6日判決<sup>1</sup>である。

事案は、被告人二人が他の作為で実行した共同者らが暴行するきっかけを与え、また暴行を予期しながらその状況のうちに被害者を呼び込むなどし、結局被害者を殺害するに至ったというものである<sup>2</sup>。

東京高裁判決の構成は、原審が共謀共同正犯を認めた点について「共謀の認定は必ずしも内実のあるものにはなっていない」としてまずこれを排し、次いで現場同行型の共同者については「その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである」として論を展開するものとなっている。

以下、詳しく見ていこう。

まず東京高裁は、原審による共謀成立の認定を次のように示している。

「原判決は、小見川区事務所駐車場で暴行については、被告人兩名が、暴行を

認容しつつ、Aら6名と共に自動車等に分乗して、被害者を連行して暴行を加えるべき同場所に移動することで、順次、被害者に対して集団で暴行を加える旨の共謀を成立させ、神栖海浜運動公園駐車で暴行については、前記暴行と一連のものであり、同駐車場に移動するまでに、互いに暗黙のうちに意思を相通じて共謀したものであり、殺害については、Aら6名らと車に分乗して日川公民館跡地から下飯田堰まで被害者を運搬する行為を共同することにより、暗黙のうちに相互の犯意を認識し、殺害を共謀したものであり、そして、ミラの共同損壊については、相互に犯意を認識し、暗にミラの処分に係る謀議を遂げたものであると、それぞれ認定した。そして、その実質的理由としては、以上の各犯行が一連のもので、共犯者全体における意思連絡ないし協力関係が継続していたこと、被告人兩名において、反対したり、阻止する行動に出でおらず、警察、家族又は知人等に通報し救助を求めることが困難であったとは言い難いのに、それをしていないこと、被告人Xは、事情を説明して共犯者らの怒りを鎮めることが可能であったのに、それをしなかったことなどの事実を挙げている。以上のうち、犯行現場へ車に分乗して移動したこと自体が謀議の重要な事実としているよううかがわれる点は、所論のいうように、みづから運転していたわけでもないから、これを重視するのは、疑問の余地があり、むしろ共謀が成立した時期を示したものと理解することもできる」。

しかしこのような共謀共同正犯成立の認定に対して東京高裁は疑問を示し、上述したとおり、むしろ被告人らの不作為と他の行為者らの作為との共同正犯という構成がよりふさわしいとして次のように述べている。

「ところで、本件においては、被告人兩名自身は、各犯行の実行行為を何ら行っておらず、その一部の分担すらしていない。そこで、被告人兩名に刑事責任を負わせるには、共謀に加わっていたことが必要であり、原判決もその共謀の内容を具体的に判示したのであるが、故意の内容となる犯行への認識・認容に加えて主観的な要素としての共謀の認定は必ずしも内実のあるものにはなっていない。そこに、所論が種々論難しようとする手掛かりがあるといえる。本件のように、現場に同行

し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである。この場合の意思の連絡を現場共謀と呼ぶことは実務上一向に構わないが、その実質は、意思の連絡で足り、共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けるようなある意味で内容の濃い共謀は必要でないというべきである。その代わり、不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならず、その点で作為義務があったかどうかが重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切であるといえる」。

## 二 検討

東京高裁は以上のような一般論を展開したうえで、引き続き今度は具体的な事情に即して被告人らの作為義務ないし不作為犯の成立を論証し、結論を導いている。

そこで重要視されているのは、高裁自身が述べているように、「原判決があまり重視しているとはいえない被告人Xの当初の言動、すなわち、被害者を呼び出した時の状況等」である。すなわち重要視されているのは「当初の言動」「被害者を呼び出した時の状況等」であり、つまり端的に言えば東京高裁は被告人らが原因を作ったというただその一点を重要視して共同正犯を認めたとさえいえよう。

したがって当然、その後の関与態様が他の共同行為者と比較してはたしてどの程度のものかという点が相当に軽視されている問題性を指摘しないわけにはいかない。

判決が重要視する被告人らのおこなった行為とは結局、「身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を誘い入れた」「被害者の呼び出しを求め

るなどして、……被告人Xと同様に、身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を積極的に誘い入れた」ことに尽きる。

これはZが刑責を問われていないことについて、「Zは、Dの交際相手として、終始Dと行動を共にし、犯行現場にも立ち会うなどしているものの、本件各犯行について刑事責任を問われていないが、被害者の呼び出し等に関わっていない点で被告人兩名とは異なっているといえる」としていることから明らかである。

Zは「被害者の呼び出し等に関わっていない」から刑事責任を問われていないのである。

実行共同者らと共謀もなく、ただその原因と状況を作り出した者らについて、その一点のみを基礎として、その後の一連の暴行の結果を帰責せしめるとするのは、あまりに客観的事実を無視した評価ではなかろうか。

判決のいうように「不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切である」といえる部分が仮にあるとしても、作為義務の認定が事実的基礎を薄める手法でおこなわれれば適切な評価とはなりえないだろう。

また被告人らは救いうる立場にあったとも認められているが、これは救うべきであったという評価をそのまま置き換えて述べているようにも思われる。無論道徳的には当然そうすべきであったろうが、事実具体的な作為可能性の認定なしに不作為犯を認めるならば、現実の非難可能性・非難の相当性を超える責を負わせ、不可能に近いことを強いてその不履行を罰することになってしまうだろう。

ここでも作為可能性認定の事実的基礎が薄められているように思われる。

ここでいったん個別具体的な要素の検討を離れて、判決全体を整理したい。

本件で問題とされたのは作為犯と不作為犯との共同正犯であり、もっと具体的にいえば、共謀なき現場同行者の不作為共同正犯である。

共謀共同正犯の場合、共謀のみに関わった者について、その関わりを、実行行為の構成要件該当性の評価における区別と同じ意味で作為や不作為と呼びうる余地はない。無論、共謀ないし謀議行為自体は「作為」といえようが、実行行為と関連する意味での作為や不作為といった評価とは無縁である<sup>3</sup>。

しかしこの共謀の認定が困難な場合に、特に被告人が現場に同行していた事実をとらえて、その行動を、他の同行者による犯行を防止しなかった不作為犯として構成し、そのことにより共謀の「内実のある」認定がなくても「意思の連絡」さえ認められれば足りるとするのが本件判例の特徴である<sup>4</sup>。

本判決は、このような不作為犯構成は「内容の濃い共謀は必要でない」代わりに、「不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切である」と自賛する。

無論このような構成は理論的にも不可能ではない。それは不作為の従犯がすでに多く問題とされてきたことからいえよう。

そして確かに作為義務を中心とした不作為犯の成立を検討する方が、客観的事実の認定という性格が希薄になりがちな共謀の認定に比べ、実行行為との関連での客観的事情、行動やその状況がよりいっそう判断の基礎とされる点で、また個人個人に即したより個別的、具体的な行為態様が問題にされなければならない点では、本判決の自賛にも理由がないとはいえない。

しかしすでに見たとおり、肝心の不作為犯の諸要件の認定・評価が緩やかになされれば、実行共同者との密接な意思の連絡さえなしに、実質的にはいわば原因を作ったということのみにより、その後ただ同行していたにすぎないとしても、他の共同者の実行行為による結果まで帰責されることになる点で、不作為犯構成をとればただちに適切となるわけではまったく

なく、安易な自賛と非難されよう。

再び順序立てて、高裁判決が唱えた不作為犯構成の持つ意味を明らかにし、最後に相当と思われる結論の提示を試みたい。

まず本件では被告人らの作為による共同実行はなかった。

そして次に、十分に認定可能な共謀もなかった。

ただしこの点は翻って考えてみれば、いわゆる支配的な関係・関与もなかったということであって、いわば準客観的にも共謀共同正犯は否定されているわけである。

こうして共同実行ないし支配的関与という客観的要素が否定され、共謀という（それ自体は客観的ともいえるが実行行為との関連では）主観的な要素も否定される以上、本来やはり被告人らの行為は実行行為との関係ではせいぜい同行による心理的幫助というべきではないかとも思える。

しかし高裁の評価は、被告人らは「従」犯ではないというものであったのだろう。「助けるべきだった」し「止めるべきだった」。そして「そうできたはずだし、そうすべきだった」というのである。

心情的にはそうだったとしても、共謀があったわけでもなければ、むしろ共同実行に関与していたわけでもないのである。

このことはいいかえれば、他の実行者らの関与が被告人らの関与と比べて、主観面においても客観面においても圧倒的に重要なものであった、決定的だったということにほかならない。

したがってここに至って心理的幫助の成立を認めることでも十分であったであろうし、量刑の評価もそのことを物語っていよう<sup>5</sup>。

### 三 結

繰り返しになるが、高裁が正犯にすべきと考えた被告人らは、共謀にも

共同実行にも関与していない。

高裁が考えた論理は次のようなものである。

被告人らは原因を作り出したので作為義務があり、その義務を尽くさなかったすなわち「助けなかった」ために、「殺した」者たちとの間に共同正犯が成立する、と。

しかしここまで踏み込んだとしてももう一度立ち止まって、はたして本当に「殺した」作為者たちと「助けなかった」不作為の被告人らの間にいわゆる「同等性」があったかを考えてみるべきであったろう。

作為義務の根拠として語られる「支配」概念は無論厳密なものではない。それは規範的な要素も多く含み、多くのなしうる人の中からなすべき人（たち）を選び出す機能を果たすものである。強い因果的支配を意味しないのである。

他方共同正犯に関して語られる「支配」概念は必ずしも個人についていうわけではなく一定の共同者を基準に評価しうるものであるが、いずれにしてもその支配は因果的コントロールを意味し、作為義務の根拠たる支配概念に比してはるかに強い意味をもつものであり、なおかつ事実的な実質を持つものである。

この区別が不十分である点で本判決の結論には納得のいかないものが残る。

被告人らに作為義務が認められるとしても、それは共同正犯足りうるものとは思われないのである。実行行為自体についての被告人らの関与は、実行行為者らの関与と比較するときには、やはり、あくまで従属的なものというほかないように思われる。

高裁判決の思考はいわば「共謀」の代わりに「作為義務」を持ち出そうと思いついたものであろうが、作為義務が認められるならば、被告人らは同行していなかったとしても作為をなしに駆けつけなければならなかった（殺人の不作為犯であるから作為容易性は簡単には否定されまい）のであるから、同行した場合の特段の扱いという説明は実は意味をなしていな

い。だから当然高裁の判示においても同行したことの意味はほとんど問題となっておらず、すでに指摘したとおり、原因を作ったということばかりが重要視されるのである。

そもそも「共謀」自体が実行行為としての実質を欠くものであるのに、この「共謀」に代わるものとして持ち出されたにすぎない「作為義務」の認定が実質を欠くものとなったのは不思議ではない。

実行行為の実質を欠く共謀を基礎に共同正犯を認めてきた判例の伝統が、実行行為そのものである不作为の内容まで希薄化させたことを示す好例であったといえるだろう。

#### 東京高裁判決の問題点

- ・原因を作った呼び出し行為を過度に重要視して作為義務を認めてしまい、またその後の関与態様という客観的事実の評価を軽視することによって、暴行・殺害実行の帰責までを基礎づけている点。
- ・現実に救助しえたかの評価が、むしろ救うべきであったとの評価によってほとんど置き換えられるように論じられており、事実的基礎の薄弱な作為可能性が認定されることで、事実具体的な非難可能性・相当性を超える責を負わせ、不可能に近いことを強いてその不履行を罰しているとも思われる点。
- ・作為義務にいう支配と正犯性にいう支配との区別が不十分であるために、「殺した」作為と「助けなかった」不作为の「同等性」につき十分な検討、適切な評価がなされなかったと思われる点。

1 判例タイムズ1309号292頁。

2 器物損壊の点は本稿では措いておく。

3 この意味で共謀共同正犯者の行為は実行行為ではないから、構成要件該当性はありえないということになる。

4 これに対して、拳銃不法所持の共謀共同正犯に問われたいわゆるスワット事件の判決要旨は次のようなものであった。「被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的に

は、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである」。最一小決平成15年5月1日刑集57巻5号513頁以下。

- <sup>5</sup> おそらく高裁の裁判官らは少年である被告人らに対して、従犯ではなく共同正犯という評価によって自らの罪を深く認識してもらいたいと考えたのではあるまいか。無論被害者遺族に対する意味でも、事件の原因を作り出した被告人らに十分な非難・刑責を与え、深い反省を迫ろうとするものであろう。

## 2 量刑に関する被害者感情の考慮

### 一 被害者感情が量刑に考慮される根拠とはなにかー

今井朋子

- 一 序
- 二 量刑と基本原則
- 三 量刑の判断基準
- 四 量刑と被害者感情
  - 1 違法性説
  - 2 責任説
  - 3 可罰性説
  - 4 刑事政策説
  - 5 特別予防説
- 五 結

### 一 序

平成21年2月20日東京地方裁判所で次のような判決が下された<sup>1</sup>。被告人は中型貨物自動車運転中、丁字路交差点を右折する際、自動車運転における注意義務（対向直進車の確認）を怠り、対向進行してきた被害者（当時34歳）の運転する普通自動車二輪車に衝突し、被害者に胸腔内臓器損傷等の傷害を負わせ、死亡させた。この事実を照らし、裁判所は自動車運転過失致死罪の成立を認めたが、量刑理由として34歳の若い被害者の死という結果の重大さ、被害者の死亡による家族の窮屈な生活、被害者参加人である妻の実刑を求める心情と意見を考慮しながらも、「被告人を実刑に処する余地がないわけではないものの、本件事故に関する過失の態様や被

告人の供述状況等に照らすと、同種事犯に対するこれまでの量刑傾向を批判的に検討しても、被告人を実刑に処するには、いささか重きを失するといわなければならない」と述べ、禁錮1年6月執行猶予5年の判決を下した。これは被害者参加制度による事実又は法律適用に関する意見陳述に関する判例である。従来の被害者による意見陳述は、被害者の心情を基軸とするものであった（刑事訴訟法第292条の2）が、被害者参加制度により被害者は、事実又は法律適用についても意見陳述ができることとなった。これは、被害者参加人による被告人質問の質を向上させ、さらに被害者の尊重、名誉回復と立直りに役立つとされる。

この事案は、被害者参加人が量刑に関して実刑を求める意見を述べたとしても、その意見が必ずしも考慮されるわけではないということを端的に示している。換言すれば、被害者がいくら被害者参加人として直接裁判に参加しても、意見が必ず反映されるわけではなく、被害者参加人としての副次的被害が生じる可能性さえある<sup>2</sup>。こうした被害者参加における量刑問題は刑法において重要な論点の一つである<sup>3</sup>。

従来、実務では「量刑相場<sup>4</sup>」が形づくられている。しかし、近年の裁判員制度の導入、被害者の刑事手続への参加、法定刑引上げ<sup>5</sup>、さらに刑の量定に関する刑事訴訟法上の手続規定の不存在とあわせて、「公訴事実の立証と後に述べる情状立証との間に手続的な区切りなどを設ける規定もない<sup>6</sup>」として、刑事訴訟法上の量刑規定の不備についても指摘されている。このように、量刑は刑法分野に限定された論点ではなく、刑事訴訟法と交錯する非常に重要かつ複雑な論点である。しかしそれにも関わらず研究対象に値すると考えられてこなかったという<sup>7</sup>。そこで、本稿では量刑問題のなかでも、特に客観的理論構築を要する量刑と被害者感情との関係に焦点をあてて考察し、将来の研究に関する基礎としたい。

## 二 量刑と基本原則

量刑に関する基本原則に関して「学説は、量刑判断を導くため基本原則について、統一の見解を出すことに成功しておらず、日本には量刑の具体的な方法を定めた法規範もないので、量刑の理論的基礎は結局明確になっていないといわざるをえない<sup>8</sup>」と指摘され、量刑に関する基本原則の理論的構築が期待されている。そこで、ここでは量刑論研究の前提として量刑に関する基本原則について整理してみたい。量刑に関する基本原則は、罪刑均衡の原則、謙抑主義と責任主義の三つにまとめられる。

まず罪刑均衡の原則から説明する。そもそも刑法には量刑判断に関する規定は存在しない。刑法には、犯罪に見合う刑罰の実現のために法定刑のみ定められている。法定刑の根拠は罪刑均衡の原則である<sup>9</sup>。重い処罰を相当とする犯罪に対しては重い法定刑が定められ、軽い処罰を相当とする犯罪に対しては軽い法定刑が定められている。そして個々の事案についての量刑判断により罪刑均衡を維持しようとする。以上のことから罪刑均衡の原則は量刑における「指導原理<sup>10</sup>」とされている。罪刑均衡原則に基づく法定刑<sup>11</sup>は、非常に幅広く定められている。法定刑の幅の広さと量刑に関する規定の不存在を理由に刑の量定は裁判所に委ねられる。裁判官は、まず法定刑に法律上および裁判所法の加重減輕を加え処断刑とする。次にその処断刑の範囲内で具体的に量定し宣告刑とする。この処断刑から宣告刑までの過程において量刑相場が存在している<sup>12</sup>。そして裁判所への委任、量刑相場と「有罪の言渡をするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない。」とする刑事訴訟法335条による量刑理由記載の不要により<sup>13</sup>、量刑にばらつきが生じる。

次に謙抑主義について説明する。刑罰は不利益処分（自由刑による自由の剥奪のような）である。そのため刑罰は刑罰以外の他の手段がないときだけ、やむをえず実現されなければならない。つまり刑罰は最後の手段である。このことを謙抑主義という。この原則から刑罰は無制限に行われる

べきものでも適用範囲を広く設定すべきものでもない。

最後に責任主義を説明する。責任主義は違法行為につき行為者を非難する場合でなければ刑罰を科すことができないとする。よって、責任なければ刑罰なしの責任主義は責任相応の刑罰を科さなければならないという「量刑における責任主義<sup>14)</sup>」として量刑論において重要である。それは主観的責任と個人責任に区別でき、前者は行為者の心理状態に限定されることを意味し、後者は自己の行為に関してのみの行為者非難を意味する。よって行為者には違法性の認識と期待可能性が要求され、これらの範囲と程度に応じて量刑が定められる。また、責任主義は、『責任なければ刑罰なし』という刑罰限定機能を強調する消極的責任主義と『責任あれば刑罰なし』という刑罰根拠機能を強調する積極的責任主義<sup>15)</sup>とに分けられる。量刑は責任相応であることを原則とし、予防目的から責任相応の刑を超えた刑を科することができるとするのが積極的責任主義であり、これを否定するのが消極的責任主義である。「そもそも責任主義は、可罰性の限界を画するものとして歴史的に展開されてきたものであって、そこでは近代的な個人主義・自由主義の思想に基づいて、国家の刑罰権を合理的に規制するという役割が期待されている<sup>16)</sup>」ことから、刑における責任主義を消極的なものと理解し、「刑罰限定機能」として具現化する。

### 三 量刑の判断基準

現行法上量刑基準を示した規定はない。但し、起訴便宜主義を規定する刑事訴訟法248条「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により追訴を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」が量刑の指標とされている<sup>17)</sup>。

量刑の判断についての沿革を少し紹介する。量刑に対する基本的な考え方は次の二つに分けられる。まず刑罰の程度は犯罪の客観的結果の基づく

と考える学説と不定刑採用の根拠として行為者の社会的危険性のみを考慮し刑罰を科すと考える学説とに分けられるが、「いずれも極端すぎる<sup>18</sup>」と否定的に評価されている。そして刑の量定については、当該行為に対する行為者の責任の認定と、さらに補足的な刑の量定とに段階を追って考慮され、前者には行為者の社会的危険性を、後者には一般予防効果を含むとしている。責任なければ刑罰なしの謙抑主義の貫徹に基づき、責任認定段階では人格的要素を考慮し、その責任に相応する刑罰に一般予防効果を考慮する。前者においてなぜ一般予防を考慮するかについての明確な根拠は示されていないが、後者において一般予防効果を考慮することから、少なくとも前者では一般予防は考慮されないこととなる。

さらに、量刑基準については次の議論が紹介されている。量刑基準に関しては「実在的量刑根拠、目的的量刑根拠、理論的量刑根拠<sup>19</sup>」に整理される。「実在的量刑根拠」は量刑事実を意味し、「目的的量刑根拠」は刑罰目的であり、そしてこの二つから量刑を導き出すことを「論理的量刑根拠」という。刑の量定過程は「刑罰目的の決定、量刑事実範囲の確定、量刑事情の評価方向の確定、量刑事情の比較考量、量刑の確定<sup>20</sup>」という五段階から成り立っている。

#### 四 量刑と被害者感情

量刑の判断段階を大別して責任認定と刑の量定とすると、被害者感情はどの段階でどのように考慮されるものなのだろうか<sup>21</sup>。

まずはじめに、量刑論における被害者とはどういう意味なのかについて簡単に整理していく。

法律上の被害者の理解は「刑法各本条において、被害者は行為の客体であり、保護の客体である。したがって、一般的には、被害者とは、行為者の行為により被害者を受けた者であり、法益を侵害された者といえる<sup>22</sup>」

とする。量刑に関しては、当該構成要件自体の被害に限らず、たとえば強姦被害後心的ストレス障害や財産被害後の倒産など構成要件以外の被害が生じる場合がある。このような場合、構成要件以外の被害は量刑判断として被害に含まれるのだろうか。また考慮するならどのような理由に依拠するのかなど検討すべき問題が山積している<sup>23</sup>。

しかし、犯罪論からアプローチによる被害者の定義では法益侵害を基点に行行為者と被害者を位置づけている。「行為者に帰属する結果のみが被害者に帰属する〔として〕…被害者に帰属すべきものとして刑法が取り上げられるべきものでは、侵害された被害者の法益であり、被害者にわいた感情ではない<sup>24</sup>」という厳格な被害者定義をしている。しかし、被害者保護により被害者の刑事手続参加が導入された現在において、これは少し厳格すぎるのではないだろうか。ここでの問題は、現在の被害者保護関連の法を踏まえつつ、前述した法益侵害による厳格な被害者定義を超えた被害者の感情をどの程度量刑判断に考慮するかということである<sup>25</sup>。

次に被害者感情とは何か。公訴参加制度による被害者の事実又は法律適用に関する意見陳述から、「被害者が犯罪に遭遇し、被害を受けた事実自体、その後の情況、その影響等のついでに事実の存在、これについての被害者の認識が〔あり、〕…そして犯罪被害に対する被害者らの印象（被害者遺族の被害者と関係や被害による遺族への影響）や思い<sup>26</sup>」を被害感情としている。しかし、本稿では感情の主体を明らかにし主観的な側面を強調するために被害者感情とする。

被害者感情はどのような根拠に基づいて量刑に考慮されているのだろうか。そもそも量刑理論の根拠に関しては次のように説明されている。すなわち「科される刑罰があまりにも重いかあるいは軽いため、責任相当性の要請を充たしていないという根拠から、例外的な場合にのみ、刑量決定を破棄しているとされるのであり、量刑判断〕…基準が責任主義及びそれを体現する法規定（ドイツ刑法46条）であって、責任主義に反した量刑なので法律違反の判決であるという法理論で上告理由に組み込まれていっ

たのではないだろうか<sup>27</sup>」として量刑理論の根拠を責任主義とする。ただしこれが同様に量刑における被害者感情を考慮する根拠ともなりうるのかどうかは別途考察が必要である<sup>28</sup>。これについては、違法性説、責任説、可罰性説、刑事政策説、特別予防説のそれぞれの観点から理論構築されている<sup>29</sup>。ここではそれぞれ順に検討していく。

## 1 違法性説

これは事後的に被害感情が行為者の結果の違法性に増減を与えると考える。「被害者感情自体を犯罪の結果とみると、被害者感情の強弱が違法性（結果無価値）の大小に影響するとみることも考えられる。特に、被害者の宥恕（許し）、事後的な犯罪への同意、被害者の延長上にある行為と解すれば、違法性減少を説明することも考えられる」。そして「犯人の行為と全く関係のない、被害者の事後的な同意、承諾とみられるような場合は、行為自体の違法性が減少すると解する余地も考えられないものではない<sup>30</sup>」とし、その根拠を次の五つにまとめる。被害者感情による違法性の現象は、既遂かつ実質的被害なし（被害者の許しによって）と同視し違法性が減少する。被害者感情なし、あるいは低下により行為者の社会的非難の減少が違法性を減少させる。結果無価値（あるいは行為無価値）の観点から、被害者の許しにより結果（行為）自体の無価値が減る。刑法を裁判規範と位置づけ、違法性が裁判時点では減少する。被害者の許しが被害者の同意・承諾の違法性阻却と共通する。しかし、これらに関してはそれぞれ次のように批判されている。すなわち、結果発生後の違法性の事後的な増減という説明の可否、量刑について予見可能性による被害者感情という主観的要素の考慮と比例原則、平等原則との対立、被害者感情と被害者の同意・承諾との状態の違い、殺人罪における被害者死亡による被害者感情の不存在と被害者遺族特有の感情の違いである。

## 2 責任説

この説は被害者感情が責任を減少させるとする。この説は被害者感情「それ自体で、被告人の責任に影響を与えると説明することは、基本的には困難であろう<sup>31)</sup>」と批判されている。但し、次のような批判が考えられる。すなわち、被害者感情自体を犯罪結果の一つとして、その程度が結果の大きさに影響するという新結果主義<sup>32)</sup>によると解する。被害者感情は、事後的に被害者の同意や承諾の延長線上にあると捉える。被害者感情の減少は、修復的司法における修復がなされたと見なす。

これに対する批判は、犯罪行為終了時で確定している責任を被害者感情で事後的に増減するのは責任主義に反すること、被害者感情により結果を拡大するのは行為主義に反する。修復的司法の考え方の不明確さゆえに被害者感情減少を被害者と加害者の対話成立と見なすことは理論として雑駁であること、予見可能性の観点から、比例原則、平等原則に反する。

## 3 可罰性説

この説は被害者感情が事後的に行為の可罰性を減少させるとする。刑法の謙抑主義における全ての犯罪行為を罰するのではないという考え方から、被害者感情が少ない場合は罰する必要はないとする<sup>33)</sup>。

しかしこれに対しては「可罰的責任」概念の不明確さ、被害者感情により責任主義の要請が減少するののかという説明不足と「可罰性という要素を違法性、責任と別個に設定する実質的な理由は何か、刑事政策的な観点とどう違うのか、なぜ可罰性が増減するのかなど」の問題がある<sup>34)</sup>と批判されている。

## 4 刑事政策説

これは被害者感情を刑事政策的な情状とする考える<sup>35)</sup>。被害者感情を刑事政策の情状の一つと考えるべきだとする。これは刑事司法目的の一つが被害者意思の尊重であることに依拠する。これに対しては、そもそも刑事政策と

は何か、刑事司法の目的とは何かという自体に不明確であると批判する。

## 5 特別予防説

この説は被害者感情が特別予防の必要性の減少させるとする。つまり被害者感情は行為者の悪質さと結びつき、行為者の改善を要する特別予防が減少する考える。つまり被害者感情は行為者の人格的悪質さに左右されることとなる。しかし、行為者の行為に直に関連しない被害者感情が、なぜ行為者の特別予防効果に結びつくのか理論上説明し難いと批判される<sup>36</sup>。

## 五 結

以上の学説の整理から量刑と被害者感情には次の問題があると思われる。まず被害者感情が犯罪結果の一つとなりうるのか。被害者感情とは犯罪結果なのかについては、「被害感情を犯罪の結果とみることについては、肯定する意見が多数見られた<sup>37</sup>」という。しかしこの肯定説は犯罪結果の一つとしての被害者感情が法益そのものなのか、それとも別個独立した法益なのか明らかではない。まず一般的に犯罪行為の結果は保護法益侵害であることを前提とした場合、被害者感情を結果に含むとする肯定説と含まないとする否定説がある。肯定説は被害者感情を「副次的な法益<sup>38</sup>」とする。否定説は法益侵害のみを結果とし、被害者感情を刑法の問題としない。被害者の副次的法益と解すると、行為者は行為時すでに犯行終了後の被害者感情までも想定することが要求される。そうすると、被害者感情は法益そのものとまではいえない。つまり、法益が存在しないのに副次的な法益が考慮されるはずがなく、副次的法益のみを考慮する量刑については議論に値しない。前述したように、法益侵害を基点とする被害者定義に照らして考えると、被害者感情は法益そのものとまではいえないが、「副次的な法益」といえるのではないだろうか。次に「刑法の目的は法益の保護

にある<sup>39)</sup>とするならば、主観的な側面をもつ被害者感情は質的・量的な差異があり客観化することは難しい。違法性は客観的であり法益そのものを意味し決して副次法益ではない。可罰性説、刑事政策説はそれ自体の概念の不明確さから否定され、特別予防説は行為者の特別予防と被害者感情との非関連性から否定される。そして、責任説に対する批判に関して再検討すると、被害者感情は副次的な法益であるから結果拡大と見なすことはできず、修復的司法は刑事政策的論点として刑事政策自体の不明確さにより排除され、行為時すでに被害者感情までも予見しながら犯罪行為を行うので予見可能性の観点から比例原則と平等原則に反するという批判は適切ではない。したがって、副次的な法益としての被害者感情が量刑に考慮される根拠は、責任説が妥当であると思われる。

- 1 坂下裕二「被害者参加制度の下で審理が行われた自動車運転過失致死の事案について、本件事故に係る過失の態様や被告人の供述状況等に照らすと、同種事犯に対するこれまでの量刑傾向を批判的に検討しても、被告人を実刑に処するのはいさか重きに失するといわなければならないとして、被告人に対し、執行猶予付きの禁錮刑を言い渡した事例」法学セミナー増刊速報判例解説5巻213頁以下。
- 2 齊藤豊治「被害者問題と刑事手続」季刊刑事弁護22号（2000年）95頁では、「さらに、『被害者の意見を反映させる』ということ意見陳述を認めて、実際には量刑に意見が反映しなかったことが後に明らかとなった場合、被害者の側に強い不信感が生まれるであろう。このように、意見陳述を保障することで、カタルシス、心の癒しを求めるというのは、刑事裁判という場にふさわしくないニーズではなからうか。」として、刑事手続における被害者の苦痛について指摘されている。本稿で取り上げた判例は、齊藤豊治教授が指摘された問題点が現実問題として表面化してきたことを端的に表していると思われる。
- 3 高山佳奈子「量刑論と現代的課題」刑事法ジャーナル21号（2010年）2頁以下では「10年ほど前まで、日本の刑法学において、量刑論は他の領域に比べ研究対象とされることが少なかった」と指摘されている。量刑論を扱っている文献として他には、齊藤豊治「被害者と量刑」季刊刑事弁護45号（2006年）145頁以下、齊藤豊治「佐伯刑法学における刑罰論と量刑論」刑法雑誌48巻（2008年）1号121頁以下、中川博之「量刑に関する評議・評決」判例タイムズ1304号（2009年）79頁以下、杉田宗久「量刑事実の証明と量刑審理（上）」判例タイムズ130号（2010年）47頁以下、杉田宗久「量刑事実の証明と量刑審理（下）」判例タイムズ1313号（2010年）47頁以下などがある。
- 4 中山研一『新版口述刑法総論 [補訂2版]』成文堂（2007年）33頁参照。以前量刑相場には実務家の理論的基礎のない量刑相場と研究者の論考とは、ずれが

あると指摘されていたが、今では両者の判断枠組はそれほど乖離したものではないと評価されている。中川博之「裁判員裁判と量刑」刑事法ジャーナル21号（2010年）8頁以下参照。原田國男「量刑をめぐる諸問題－裁判員裁判の実施を迎えて－」判例タイムズ1242号（2007年）72頁以下参照。

- 5 村越一浩「法定刑・法改正と量刑」判例タイムズ1189号（2005年）27頁では、「現行法制定以来手つかずであった有期刑の上限引上げや殺人、強姦等の重大事件の下限の引上げなど、凶悪・重大犯罪を中心として法定刑に大きな変更が加えられた（平成17年1月1日施行）。」として、「法政刑と量刑相互の関係についての考え方を整理していくことは、適正・妥当な量刑を行う上で重要な意義がある」という。
- 6 松本時夫「刑の量定」ジュリスト増刊 刑事訴訟法の論点〔第3版〕（2002年）202頁。
- 7 高山・前掲注3・2頁。
- 8 高山・前掲注3・3頁。
- 9 大塚仁『大コンメンタール刑法第1巻〔序論第1条～第34条ノ2〕』青林書院（1991年）130頁〔朝倉京一執筆〕。
- 10 村越・前掲注5・29頁参照。
- 11 法定刑については、小島透「刑事司法の運用に対する法定刑変更の効果－統計データから見た法定刑変更と量刑等の関係」法律時報78巻4号98頁以下参照。
- 12 遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」判例タイムズ1183号（2005年）7頁は、量刑相場による裁判所の判断について「量刑感覚、量刑相場の形成や事案の個性に合った量刑の最終判断は、理論的必然というよりも経験に負うところが大きく、『専門家』あるいは『職人』としての技能といえる。そのような意味で、これまで裁判官がしてきた量刑判断は、『専門的量刑判断』といえる。」と評価されている。
- 13 中川博之「裁判員裁判と量刑」刑事法ジャーナル21号（2010年）11頁では、量刑理由の不記載について「これまで合議事件の判決書にはかなり詳しい量刑理由が記載されることが多かった。裁判員事件は、重大事件であり、社会的関心が高いこと、判決書には『裁判員に対し、その活動の結果・意義を確認してもらう』という機能が新たに加わることを考えると、裁判員事件の判決書にも、主文の刑を導くに至った具体的な理由について、合議体としてどのような量刑事実を重視したかを明らかにしつつ示しておくの相当である」と提言されている。
- 14 遠藤・前掲注12・9頁参照。
- 15 遠藤・前掲注12・9頁では、このことに関して「学説上は、一般に消極的責任主義が妥当であると解しており、積極的責任主義やそれに至る可能性のある見解に対しては懐疑的になり傾向がある。」とまとめている。
- 16 坂下祐二『量刑基準の研究』成文堂（1995年）110頁参照。
- 17 安部純二編「別冊法学セミナー基本コンメンタール〔第3版〕』日本評論社（2007年）26頁参照。
- 18 大塚仁『注解刑法〔増補第2版〕』青林書院新社（1984年）44頁参照。
- 19 浅田和茂「量刑基準」量刑法の総合的検討松岡正章古希祝賀（2005年）25頁以下参照

- 20 浅田・前掲注19・25頁以下参照。
- 21 伊藤寿「構成要件の結果以外の実質的被害の発生と量刑」判例タイムズ1217号（2006年）45頁以下。
- 22 高井康行＝番敦子編著『犯罪被害者保護法制解説』三省堂（平成17年）10頁参照。堀内捷三「刑法と被害者の保護－犯罪論への被害者の位置づけのための試論」研修670号（平成16年）3頁。
- 23 伊藤・前掲注21・45頁参照。
- 24 堀内・前掲注22・8頁。
- 25 横田信之「被害者と量刑（1）」判例タイムズ1272号44頁以下では、被害者が刑事手続において登場する場面を犯罪発生から判決までの間を順に挙げている。まず終了前である。これは被害者の同意と承諾が犯罪の成否に影響し、被害者自身の落ち度と責任が影響するとして、坪井祐子「被害者・関係者・第三者の落ち度が量刑に及ぼす影響」判例タイムズ1223号（2007年）93頁以下を参照文献として挙げている。
- 26 横田信之「被害者と量刑（4）」判例タイムズ1275号（2008年）41頁。
- 27 遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討【第1回】」判例タイムズ1183号（2005年）23頁。
- 28 伊藤・前掲注21・48頁参照。
- 29 三村三緒「犯罪被害者と量刑」刑事法ジャーナル21号（2010年）14頁でも学説が紹介されている。
- 30 横田・前掲注26・46頁。
- 31 横田・前掲注26・47頁。
- 32 原田國男他『『量刑判断の実際』と量刑理論』法律時報76巻4号67頁以下参照。
- 33 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」早稲田法学68巻3・4号（1993年）77頁以下。
- 34 横田・前掲注26・46頁。
- 35 原田・前掲注32・67頁以下。
- 36 横田・前掲注26・48頁。
- 37 横田・前掲注26・51頁。
- 38 原田國男「実務の視点からみた交通犯罪」刑法雑誌44巻3号418頁以下。
- 39 堀内・前掲注22・10頁。

### 3 秘密漏示罪について

(奈良地裁平成21年4月15日判決判例時報2048号135頁)

今井朋子

- 一 問題の端緒
- 二 事実の概要
- 三 争点と検討
  - 1 秘密漏示罪とは
  - 2 秘密漏示罪における「秘密」
  - 3 「正当な理由」による違法性の阻却
- 四 まとめ

#### 一 問題の端緒

事案は家庭裁判所から少年の精神鑑定を依頼された被告人（医師）がフリージャーナリストAに供述調書等の写しを閲覧させるなどして秘密漏示罪に問われたものである。これは「取材した内容が活字となって自分の手を離れていく時の緊張感を忘れた安易な姿勢にほかならない。」<sup>1</sup>と評されている。また「本判決は、鑑定人である医師が少年事件記録の写し等を他人に閲覧させるなどした行為について、秘密漏示罪が成立すると判断した初めての事例であり、取材協力行為の違法性の有無についても、判断の枠組みを示したものであり、実務の参考になる<sup>2</sup>」として、極めて重要な意義をもつとされている。

論点としては、表現の自由や少年審判の非公開または推知報道禁止との止揚という大きな論点と秘密漏示罪の「秘密」概念や「正当な理由」による違法性の阻却という秘密漏示罪特有の論点とがある。ここでは大きな論

点を考える準備として、秘密漏示罪特有の論点に焦点をあてて考察する。

## 二 事実の概要

現住建造物等放火・殺人・占有離脱物横領・住居侵入・窃盗・有線電気通信法違反の少年事件において、被告人（医師）は平成18年8月4日奈良家庭裁判所から少年の精神鑑定を命じられ、同月10日には鑑定資料として少年及びその実父らの供述調書や陳述調書等の写しを交付された。しかし正当な理由なしに以下の期日において被告人は業務上の知り得た少年及び実父らの秘密を漏示した。すなわち、同年10月5日自宅にてフリージャーナリストAに少年の生育歴及び学校の成績、実父と実母の離婚の経緯その他家庭の事情等の秘密が記載された少年及び実父らの捜査段階における供述調書、審判における陳述調書などの写しを閲覧させ、同年10月6日には京都市内のホテル客室内にて解説書面<sup>3</sup>をコピーさせた。同年10月15日鑑定書のデータに基づき印刷した書面一部を渡した。

これら事実に基づき奈良地方裁判所は次のように判示した。すなわち、「報道に従事する者が行う取材行為は、これが憲法21条の精神に照らして尊重されるべきであることからすれば、取材行為の違法性の有無については、慎重な判断を要するものといえる。これに対し、取材に応じ、あるいはこれに協力する者の行為（以下『取材協力行為』という。）が秘密漏示罪に該当するか否かの判断に当たっては、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が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」が、「しかし、被告人が少年に関して抱いていた思いは、主観的なものにとどまっていたこと、少年の少

年審判手続進行中であって、鑑定人の立場にありながら、Aらに本件事件記録を自由に閲覧させるなどしており、手段の相当性を著しく欠くこと、その記録等の内容は少年と少年の父親のプライバシー等にかかわるものであること等は既に認定説示したとおりである。そうすると、本件各行為をAらに対する取材協力行為とみても、これが『正当な理由』に基づくものと認めることはできない」と。

### 三 争点と検討

#### 1 秘密漏示罪とは

刑法134条1項は「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護士、公証人又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、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らしたときは、六月以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。」と規定する。

これは、社会的法益に対する罪に体系づけられているが、個人の安穏な生活を保護することから、保護法益を個人の秘密とするのが通説である<sup>4</sup>。特別法にもまた数々の秘密に関する規定がある（たとえば国家公務員法など）<sup>5</sup>。

さらに、この規定は医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護士、公証人又はこれらの職にあった者のみを主体とする真正身分犯である。弁護士と弁護士が別個に規定されているのは、刑事訴訟法31条に従い弁護士ではない者が特別弁護士として弁護士になる場合があるからである。では、なぜこうした職業に限定されているのだろうか。その職業ゆえに他者の秘密に接する機会があり、秘密を含めた個人の情報を前提としなければその職務を全うし難いからである<sup>6</sup>。業務上知り得た秘密を対象としているため、たとえば病院内で患者が落とした手紙を医者が拾って読んだとしても秘密漏示罪は成立しない<sup>7</sup>。

漏示行為とは秘密を知らない者に告知することをいう。このことについては学説上相手が秘密を知ったと認識することを要しない抽象的危険犯と解するものがある。しかし、保護法益を秘密の主体に関する精神的領域への被害を保護するという規定の意義からすると、抽象的危険犯と解するのは困難である。したがって、相手が秘密を知ることが要する「実害犯<sup>8)</sup>」と解するのが妥当であると思われる。

## 2 秘密漏示罪における「秘密」

一般に秘密の意義については、不特定多数の者が知らないこと、主体に秘匿意思があること、秘密とすることにより利益が生じることとされている<sup>9)</sup>。ただし、刑法134条における秘密の意義については学説上争いがある。次にこれらの学説を詳しく見ていく。

### (1) 主観説

これは主体に秘密にする意思があれば足りるとする説である。この説による秘密とは、不特定多数の者に知られた事実ではなく、主体が知られてもよいと思っている場合には本罪の成立を否定する。なぜなら「本人が知られたくないと思っているだけでただちに本罪の成立と認めるのも広すぎる。なぜなら、知られたくないと思っていたとしても、それほど強くそのように思っていたわけではないという場合があるからである。本罪の秘密たりうるためには、他人に知られたならば本人が大きな精神的苦痛を感じるであろうようなものでなければならない。なお、このことは、客観的な秘密とする利益は必要だということではない。秘密は、あくまで主観的・感情的な利益である<sup>10)</sup>」からである。

つまり主体である医師の「秘密を隠す程度の強弱」を指摘しつつも、その程度が強い場合には、客観的な秘密を必要とせずとも保護する必要があるのだから、秘密というのは主観説であるとする。

さらに加えて、この主観説のなかには「基本的には主観説が妥当であ

る。ただし、本人の意思が明示されていない場合には客観説によるべきであろう<sup>11)</sup>とする柔軟な主観説も含まれる。

## (2) 客観説

これは一般人からみて秘密といえることを要するものである。「主観説は被害者の内心的な価値感情のようなものを保護することになるが、それでは処罰が広がりすぎるので、客観説が妥当である<sup>12)</sup>」とする。そのほか「本人の単なる主観的希望を規準とするときは、しばしば不必要とみられるところまで保護しなければならない上に、本罪の適用範囲が極めて不斉一となる嫌いがある<sup>13)</sup>」として客観説を妥当とする。

さらに「本人が秘密にすることを欲するというのは主観的感情であって、名誉感情を保護法益とする侮辱罪との刑の権衡からいっても、それを保護法益と考えるのは適用ではない」と主観説を批判し、「『秘密』とは小範囲の者にしか知られていない事実で、本人が他に知られないことにつき客観的にみて相当の利益をもつもの<sup>14)</sup>」と客観説を説く。

## (3) 折衷説

前述したような主観説と客観説に対して「それが単に、誰を規準とするかというだけであり、内容的には秘密にする意思だけを問題にするというのであれば妥当とは思われない。一般人が秘密にしたいと思うものには、実は、秘密にする利益をいうものと解すべきであろう。そうだとすると、両者をともに要件とすべきだ<sup>15)</sup>」として、主体が秘密とする意思と秘密により生じる利益を要するとする折衷説がある。

以上のような秘密に関する学説上の争いは、「個人の秘密に限ってみれば、これらの見解の対立にはさほどの意味はないともいえる。なぜなら、個人の利益を重視する立場からは、個人による秘匿の意思があれば、特段の事情のない限り、秘匿の利益もあると解されるからである<sup>16)</sup>」と指摘されている。

奈良地方裁判所は秘密について「一般に知られていない非公知の事実であって、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ものと解するのが相当である」としているため、前述した三つの説のどの説を支持しているのかは判然としないが、主体の秘密にする意思ではなく、一般に知られていない非公知の事実と秘密による本人の利益という言葉回しから客観説の判断をしていると思われる。

### 3 「正当な理由」による違法性の阻却

刑法134条1項は「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護士、公証人又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、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らしたときは、六月以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。」とし、漏らす行為に正当な理由がある場合は違法性が阻却される。

一方で、たとえば感染症予防および感染症の患者に対する医療に関する法律12条、刑事訴訟法149条と民事訴訟法197条は秘密漏示罪の成立を否定する。なぜなら、これらは職務を全うするために秘密の漏示が必要だからである。

ここでは奈良地裁平成21年4月15日判決における正当な理由を整理し、これと外務省機密漏えい罪事件（最高裁昭和53年5月31日第一小法廷決定刑集32巻3号457頁）と医師による薬物検査事件（最高裁平成17年7月19日第一小法廷決定）の二つの判例とを比較したい。

はじめに、奈良地裁平成21年4月15日判決における正当な理由について考察する。

奈良地方裁判所は、フリージャーナリストAに鑑定書を見せた鑑定医である被告人の行為について「取材に応じ、あるいはこれに協力する者の行為（以下『取材協力行為』という。）が秘密漏示罪に該当するか否かの判断に当たっては、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

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が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」としながらも、次の理由から当該事案には正当な理由がないと判断した。すなわち、被告人が抱いていた少年に対する見解が主観的なもの（自らの鑑定に際して少年に殺意を感じなかったことを記者に漏らすことにより殺意ありという報道を是正しようとしたわけではない）であり、少年の少年審判手続が未だ進行中であったことと鑑定人という立場とにかんがみ目的の相当性を欠き、漏示した内容は少年や少年の家族に関する私的な秘密であるから秘密に該当する。漏示した方法については自由にコピーさせたり、漏示していることがばれないように安全な場所で見せるというような手段であり、手段の正当性が認められない。

以上のことから鑑定医である被告人の行為には「正当な理由」に基づくものではないと判示した。そのほかに「正当な理由」として違法性が阻却される場合にはどのようなものがあるのか。次に比較する判例をみていく。

まずは外務省秘密漏えい事件である。事実は以下の通りである。

新聞社外務省担当記者である被告人甲は、外務省審議官付の女性秘書乙と肉体関係をもち秘密文書を見せてくれるよう頼んだ。同女の承諾の上で、さらに同女との関係を係属して心理的影響を与え、数十回にわたり秘密文書を持ち出させた。「甲は乙にひそかに情を通じ、これを利用して取材しようと企て、ホテルに誘ったうえ、秘密文書を頼むとしつように申し迫って秘密漏示罪をそそのかした」として、国家公務員法111条・109条12号違反に問われた。第一審は「甲は肉体関係から生じた好意や同情心を利用し、これに甘えてしょうよう行為に及んだ」として111条に該当するとしながらも、その行為が正当行為に該当しないと証明できないとして無罪を言渡した。つまり、取材活動として正当な目的を有し、国家的利益及び憲法21条による利益と取材活動との比較考量によって無罪とした。

原判決は（東京高判昭和51年7月20日高刑集29巻3号429頁）は取材の重要性を考慮し、「そそのかし」の限定解釈の必要性を論じ、男女関係により生じる甲から乙への強い心理的作用を認め「そそのかし」にあたりと判断し、有罪とした。被告人は上告し、最高裁は次のように判示した。すなわち「報道機関の国政に関する報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、いわゆる国民の知る権利に奉仕するものであるから、報道の自由は、憲法21条が保障する表現の自由のうちでも特に重要なものであり、また、このような報道が正しい内容をもつためには、報道のための取材の自由もまた、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない（最高裁昭和44年（し）第68号同年11月26日大法院決定・刑集23巻11号1490頁）。そして、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是認さ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うべきである。しかしながら、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は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っても、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ない」。しかし、「本件事案については原判決及び記録によれば、被告人は、昭和46年5月18日

頃、従前それほど親交のあったわけでもなく、また愛情を寄せていたものでもない前記乙をはじめて誘って一夕の酒食を共にしたうえ、かなり強引に同女と肉体関係を持ち、さらに、同月22日原判示『ホテル山王』に誘って再び肉体関係をもった直後に、前記のように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、本件そのかしの行為もその一環としてなされたものであるところ、同年6月17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28日被告人が渡米して8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、本件第1034号電信文案については、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る。そのような被告人の一連の行為を通じてみるに、被告人は、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乙と肉体関係を持ち、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っ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その後は同女を顧みなくなったものであって、取材対象者である乙の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪したものとわがざるをえず、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うべきである」。

これは、特別法である国家公務員法に規定される国家秘密漏示罪を「そのかしの」場合であっても正当な業務行為として違法性が阻却されることがあると認め<sup>17</sup>、「被告人の依頼を拒み難い心理状態」の下で行われることを要するとして、さらなる限定範囲を示したものである<sup>18</sup>。最高裁は、比較考量論ではなく、手段が相当ではないことを特に強く論じてい

る<sup>19</sup>。秘書との肉体関係により心理的影響を利用するというのが、「人格の尊厳を著しく反することである」ゆえに手段として相当とはいえないとしている。

これについては男女関係による主観的判断を除いた客観的判断の難しさを指摘しながらも、「正当性および可罰的違法性の段階的考察によって、そそのかし罪の成否がなお慎重に検討されるべきものである<sup>20</sup>」や「やや情緒的な判断が優越しているようにも見える。やはり、外交秘密の重要性お論証することにより、実質的違法性の存在を認めるべきであったように思われる<sup>21</sup>」と批判する評釈が大半である。つまり社会常識逸脱というのは世俗的非難であり、それ自体を非難して違法だとするのはおかしいと批判する。

一方で、別の観点から肯定的に評価する説もある。すなわち「取材行為が極端に社会常識を逸脱した場合は、犯罪行為とはいえない場合でも違法性を帯びるとしているわけで、基準があいまいとか、甘すぎるという批判はあたらない<sup>22</sup>」とし、最高裁の判断は実質的違法性判断を求めなくとも社会常識の逸脱として違法であるといえれば足りるとする。そして、もし無罪とすると釈然とせず、また判断が困ったときの比較考量論は安直であると思われる。

次に、医師による薬物検査事件、すなわち治療目的で救急患者から尿を採取して薬物検査した医師の通報を受けて検察官が押収した上記尿につきその入手過程に違法はないとされた事例を見ていく。事実が以下のとおりである。

腰背部に怪我を負った被告人が搬送された病院の医師は、被告人の治療目的を理由に尿を採取した。被告人の態様から薬物使用の疑いを持った被告人は、尿検査の際薬物検査も実施した。その結果覚せい剤反応が出たため、警察官に通報し、かけつけた警察官が令状により尿を差し押さえた。尿検査の際に行われた薬物検査により得た被告人の秘密（薬物使用）を警察官に伝えるという医師の行為が秘密漏示罪に問われた。これについて最

高裁は「同医師は、救急患者に対する治療の目的で、被告人から尿を採取し、採取した尿について薬物検査を行ったものであって、医療上の必要があったと認められるから、たとえ同医師がこれにつき被告人から承諾を得ていたと認められないとしても、同医師のした上記行為は、医療行為として違法であるとはいえない。

また、医師が、必要な治療又は検査の過程で採取した患者の尿から違法な薬物の成分を検出した場合に、これを捜査機関に通報することは、正当行為として許容されるものであって、医師の守秘義務に違反しないというべきである。

以上によると、警察官が被告人の尿を入手した過程に違法はないことが明らかであるから、同医師のした上記各行為が違法であることを前提に被告人の尿に関する鑑定書等の証拠能力を否定する所論は、前提を欠き、これらの証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認することができる」と判示した。

これは、医師の治療という正当な目的とその治療のための尿採取は正当な手段であり、その検査によって薬物使用の疑いがあることを無視できず通報したことは、医師自身の利益のみを考えた上での行動ではなく正当であると肯定する。

ここで問題となる正当性とは、医師が治療目的として採取した尿を薬物検査し、その結果知り得た患者の秘密（薬物使用）について、それを警察官に伝えることが刑法134条2項に該当するかどうかということである。そして薬物反応について警察に通報することが違法性を阻却するのかどうかということである。

従来通説は医師という職業は他人の秘密を知りやすいため、医師の特権である証言拒否権を放棄することは医師の自由であり、それは刑法134条の成立を認めないとしてきた<sup>23</sup>。但し薬物に関して医師に通報の義務はない<sup>24</sup>。

この判例については「それぞれの行為が持つかかる意味あいの違いを無

視して、採尿行為及び血液検査行為に薬物検査行為を混入させて医療行為性を判断・肯定した点において、本決定はすでに失当であるといわなければならない<sup>25)</sup>と批判されている。つまり治療の一環として採尿する行為は正当化されるには治療の範囲内でのことであり、薬物検査は患者の治療と関連がない。判例は本来の治療目的として薬物検査する必要あったのかという点を考慮していない。

外務省機密漏えい事件は正当な理由の判断に社会常識の逸脱を用い、医師採尿事件判決は、正当な理由の判断対象となる行為が、本来医師として要求される中核的な行為とどのような関係にあるのかを考慮している。

#### 四 まとめ

これまでの検討から正当性の判断としては、「社会常識の逸脱」と「中核的な行為との関連性」とが挙げられる。

本稿で取り上げた奈良地裁平成21年4月15日判決が、正当な理由の判断を比較考量、社会常識の逸脱と中核的な行為との関連性を踏まえて判断しているかは明らかではないが、前述した二つの関連判例から導き出された「社会常識の逸脱」と「中核的な行為との関連性」との二つの観点から再考する。

鑑定医という職業は、刑法134条1項に定められている真正身分犯に当たる。これに該当する職業である以上、規定されていないその他の職業よりも常識を伴う態様がすでに要求されていると考えられる。身分があるゆえに適切な行為が期待されている鑑定医の鑑定書を閲覧させる行為などは、社会常識の逸脱にあたる。また、中核的な行為との関連性については、鑑定医が本来要求されている中核的な行為は、鑑定し鑑定書を作成することである。よってフリージャーナリストAに対して鑑定書を閲覧させる行為などは、鑑定医としての中核的な行為と関連性がないといえる。

よって以上の二つの観点からも「正当な理由」はなく秘密漏示罪が成立する。

最後に、最高裁にて特別正当な理由がないとまではいえないと消極的に判断されたフリージャーナリストAの行為について、「『重かるべきは重く、軽かるべきは軽く』の正義の図式に合わないこと夥しいといわなければならない<sup>26</sup>」と批判されていることを付言しておきたい。

- 1 藤田和之「『表現の自由』首絞めるのはだれか」民事研修625号（2009年）36頁。
- 2 判例時報2048号136頁。
- 3 解説書面とは、少年の診断結果少年の障害や行動形式などを簡潔に記載した「少年に関する精神鑑定の解説」と題する書面のことをいう。
- 4 大塚仁他編『第コンメンタール刑法第二版第7巻 [第108条～第147条]』青林書院（2000年）322頁では、それと同時にプライバシー権の保護の側面を持つと考えられている。
- 5 団藤重光『刑法綱要各論 [改訂第三版増補]』（1988年）509頁参照。
- 6 中山研一『新版口述刑法各論 [補訂2版]』成文堂（2006年）88頁。
- 7 前田雅英『刑法各論講義 [第4版]』東京大学出版会（2007年）145頁。
- 8 林幹人『刑法各論第2版』東京大学出版会（2007年）110頁。
- 9 山口厚『刑法各論 [補訂版]』有斐閣（2008年）126頁。中山研一『口述刑法各論 [補訂2版]』成文堂（2006年）88頁。
- 10 林幹人『刑法各論 [第2版]』東京大学出版会（2007年）109頁。主観説を肯定する他の文献として曾根威彦『刑法各論 [第4版]』弘文堂（2008年）85頁は「本人が特に他言を禁じた事実は秘密として尊重しなければならない反面、本人が秘密とすることを望まないものをあえて保護する必要もないと考えられるので主観説が妥当である。」としている。
- 11 西田典之『刑法各論 [第4版補正版]』（2009年）101頁。
- 12 前田・前掲注6・145-146頁。
- 13 大塚仁『刑法概説（各論） [第3版]』有斐閣（1996年）129頁。
- 14 団藤・前掲注5・510頁。
- 15 平野龍一『刑法概説』東京大学出版会（1996年）189頁。山口厚『刑法各論 [補訂版]』有斐閣（2008年）130頁。判例時報2048頁では西田典之「刑法各論 [第4版補正版]」（2009年）101頁を折衷説に区別されているが、「基本的には主観説が妥当である。ただし、本人の意思が明示されていない場合には客観説によるべきであろう」と述べられているので、本稿においては柔軟な主観説とした。
- 16 山口・前掲注9・130頁にて、著者は折衷説を支持する一方で、議論の無意味さも付言している。
- 17 田宮裕「取材活動の限界－外務省機密漏えい事件－」別冊ジュリスト82号64

頁。

- 18 中山研一「外務省機密漏えい事件最高裁決定をめぐって」判例タイムズ365号9頁参照。田宮裕「取材活動の限界－外務省機密漏えい事件－」別冊ジュリスト82号64頁。前田雅英「取材活動の限界－外務省機密漏えい事件－」別冊ジュリスト189号41頁。
- 19 佐藤幸治＝松井茂記「外務秘密と『知る権利』－外務省機密漏洩事件決定に寄せて－」判例時報896号132頁参照。
- 20 中山・前掲注18・15頁。
- 21 前田・前掲注18・41頁。平野龍一「刑事判例研究447」警察研究58巻1号56頁では、判断が性的関係を利用して情報を得たことなどで違法とすることと「『人格の尊厳を傷つけた』こと自体を非難して違法だとするのは、違ったことである」と述べている。中山・前掲注18・15頁では「やや情緒できない判断が優越しているように見える」として実質的違法性の存在を認めるべきであったと言及している。
- 22 はやししょうぞう「判例紹介外務省機密漏えい事件に対する最高裁の判断出る」時の法令1006号49頁。
- 23 大塚・前掲注4・346頁。
- 24 浅田和茂「医師の採尿検査を警察への通報」別冊ジュリスト183号99頁。その他の文献として次のものが挙げられる。山田耕司「時の判例」ジュリスト増刊419頁。米澤敏雄「88治療の目的で緊急患者から尿を採取して薬物検査をした医師の通報を受けて警察官が押収した上記尿につきその入手過程に違法はないとされた事例」判例時報573号222頁以下。浅田和茂「医師の採尿検査と警察への通報」別冊ジュリスト183号98-99頁。日本評論社「治療の目的で緊急患者から尿を採取して薬物検査をした医師の通報を受けて警察官が押収した上記尿につきその入手過程に違法はないとされた事例」法律時報78巻6号116-118頁。伊東研祐「刑事裁判例批評(13) 救急患者から明治的な承諾なくして行われた採尿・薬物検査、陽性反応が出た場合の医師の警察への通報、ならびに、警察官による尿の押収の適法性」刑事法ジャーナル3号(2006年)106頁以下。佐久間修「医師の守秘義務と公益上の通報義務－最高裁平成17年7月19日決定をめぐって」ジュリスト1303号64頁以下。山田耕司「刑事関係【13】治療の目的で緊急患者から尿を採取して薬物検査をした医師の通報を受けて警察官が押収した上記尿につきその入手過程に違法はないとされた事例」最高裁判所判例解説58巻10号283頁以下。
- 25 淵野貴生「医師の通報を端緒とする押収手続の適否」法学セミナー610号129頁。
- 26 土本武司「痴漢上告審判決誰が一番悪いのか」捜査研究698号106頁。

(本学法学部・法務研究科准教授)

(広島大学大学院社会科学研究所博士課程後期三年)