

刑事判例研究(5)

中央大学刑事判例研究会

弁護士である弁護士が被告人の委託を受けて保管している同人の犯行状況とされるものを撮影録画したデジタルビデオカセットについて、刑法一〇五条の「他人の秘密に関するもの」に当たらないとされた事例

山 田 峻 悠

提出命令に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件、最高裁判所平二七(し)五五六号、同二七年一月一九日第三小法廷決定、刑集六九卷七号七七頁、裁時一六四〇号三五頁、裁判所ウェブサイトを

【事案の概要】

申立人らは、強姦未遂、強姦、強制わいせつ被告事件の被告人によって選任された弁護士らである。本件で提出命令の対象となっているデジタルビデオカセット原本四点(以下「本件デジタルビデオカセット」という。)は、被告人が、被害者Bに対する強姦事

件、被害者C、D、Eに対する各強制わいせつ事件の犯行状況とされるものを撮影し、録画したものであり、被告人の委託を受けた弁護士である弁護人らの下で保管されていた。

そのうち被害者Bに関するものは、主任弁護人が捜査段階で警察官に任意提出し（その後、還付を受けている。）、捜査機関によって作成された複製DVDが、公判期日において、検察官請求証拠として、主任弁護人の異議なしとの意見を受け、取り調べられた。

また、被害者C、D、Eに関するものは、主任弁護人が検察官への証拠開示を経て証拠請求したが、機器の制約から法廷で再生できないとの理由で、その請求を撤回したものの、検察官から、その複製DVDが、捜査報告書に添付されて証拠請求され、主任弁護人の同意の意見を受け、取り調べられた。

上記の取調べについて、被告人が異議を述べたことはうかがわれなかった。

検察官は、本件デジタルビデオカセットにつき、公判期日で、没収相当との求刑をし、裁判所の職権により差押えをするよう申し立てた。これに対し、弁護人らは、被告人が、本件デジタルビデオカセットの所有権放棄、映像データの消去に応じる意向を示していないことを理由に、弁護人らが保管する本件デジタルビデオカセットの任意提出を拒否し、また、差押えの申立てに関して、主任弁護人は、複製DVDでは判明し得なかった会話が記録されている可能性があるから「秘密」に当たり、押取拒絶権を行使できるなどとして、反対する旨の意見を述べた。

【訴訟の経緯】

原々審⁽¹⁾は「本件各ビデオカセットの複製DVDが取調済み、…であり、そのうち三名（被害者C、D及びE）分の原本につき弁護人側から証拠請求されたことなど、上記複製DVDが取り調べられるに至った経緯等も踏まえて検討すると、本件各ビデオカセットについては、被告人及び弁護人においてもその立証の必要があると判断し、これに沿って、それらの実質的な内容が既に公判廷で明らかにされていることから、客観的に秘密性（とりわけ非公知性）も失われていることが明白であるといえるのであって、

このような事情の下においては、それらが刑法一〇五条の「他人の秘密」に当たるとはいえないし、被告人から委託を受けてそれらの原本を所持ないし保管する前記弁護士において、なおも同条に基づいて押収拒絶権を行使することは許されないものといふべきである」とし、弁護士らに本件デジタルビデオカセットの提出を命じたところ、弁護士らはこれに抗告を申し立てた。

原審は、⁽²⁾以下のように判示し、刑法四二六条一項後段に基づき弁護士らの抗告を棄却した。

「(本件) 事実関係によれば、弁護士は、本件デジタルビデオカセットをいずれも、一旦、警察官又は検察官に提出して開示しており、本件デジタルビデオカセットについては、弁護人の上記開示行為によって、秘密性を喪失したといえ、刑法一〇五条の「他人の秘密に関するもの」には当たらない。

所論は、上記各複製DVDには、その作成過程においてノイズが入るなどしたため、本件デジタルビデオカセットと比べて音声が途切れている部分や音量が小さく聞き取れない部分が多数存在するから、上記各複製DVDが公判廷において取調べ済みであっても、本件デジタルビデオカセットの秘密性は失われていない、という。しかしながら、弁護士は、上記のとおり、一旦、本件デジタルビデオカセットを警察官又は検察官に開示したのであって、そのこと自体によって、本件デジタルビデオカセットの秘密性は失われたというべきである。弁護士が本件デジタルビデオカセットを警察官又は検察官に開示した段階においては、捜査機関がどれほど再現性の高い複製を作成できるかは不確定で、弁護士において覚知できないことであり、仮に所論のとおり、上記各複製DVDが本件デジタルビデオカセットの音声を完全に再現できていないものであったとしても、本件においては、弁護人の開示を受けて捜査機関の作成した複製DVDの再現性が結果的に高くなかったということにすぎない。弁護士において、上記開示に際して本件デジタルビデオカセットの一部について秘密性を保持するための何らかの留保をした様子もうかがわれないから、上記開示行為は、その後の複製DVDにおいて再現されているか否かを問わず、本件デジタルビデオカセットの内容全体について、捜査機関に開示する趣旨でされたものであると認められる。そうすると、弁護士において、所持する証拠原本の一部を複製してその複製物のみを開示したような場合とは異なり、本件デジタルビデオカセットの内容全部について、秘密性は失われたものといふべき

であり、本件デジタルビデオカセットは刑法一〇五条の「他人の秘密に関するもの」とはいえないから、弁護人らは、いずれも本件デジタルビデオカセットにつき押収拒絶権を有しない。所論は理由がない。」

この抗告棄却に対して、弁護人らは本件特別抗告に及んだ。

【決定要旨】

抗告棄却

本件抗告趣意は、実質は単なる法令違反の主張であつて、刑法四三三条の抗告理由には当たらないとしつつも、刑法一〇五条の押収拒絶権の行使に関して職権で以下のように判断した。

「本件デジタルビデオカセットは、主任弁護人により警察官への任意提出や検察官への証拠開示、その一部についての証拠請求がされ、更にその全部の複製DVDが公判期日で被告人及び弁護人らの異議なく取り調べられているから、被告人の意思に基づく訴訟活動の結果、本件デジタルビデオカセットに記録された情報の全ては、もはや「秘密」でなくなったことが明らかであつて、本件デジタルビデオカセットは、刑法一〇五条の「他人の秘密に関するもの」に当たらないといふべきである。弁護人らに本件デジタルビデオカセットにつき押収拒絶権がないとした原決定は、正当である。」

【研究】

一 はじめに

本件は、弁護士である弁護人が被告人の委託を受けて保管中の犯行状況を撮影録画したデジタルビデオカセットについて、刑法一〇五条の「他人の秘密に関するもの」に当たらないとされた事例である。⁽³⁾

原々審、原審、本決定はいずれも、本件事実関係の下では、提出命令の対象となったデジタルビデオカセットは刑訴法一〇五条における秘密性を喪失していると判断したが、その理由づけにおいてそれぞれ重点を置く事実相違がみられる。すなわち、原々審は、公判期日において複製DVDがすでに取調べ済みであるという事実を重視する一方で、原審は、弁護士が本件デジタルビデオカセットを検察官もしくは警察に提示しているという事実に基づき、本件デジタルビデオカセットの秘密性を否定している。最高裁は、本決定において、これら原々審・原審が挙げた事情双方に加え、さらに、公判で被告人から異議なく本件ビデオカセットが取り調べられているという事情から、被告人の意思に基づく訴訟活動の結果として本件デジタルビデオカセットの秘密性が喪失していると判示した。

二 刑訴法一〇五条の趣旨・目的と「他人の秘密に関するもの」の意義について

(一) 刑訴法一〇五条の趣旨・目的

刑訴法一〇五条は、一定の業務上の秘密の保護という超訴訟法的要請と実体的真実の発見という訴訟法的要請の調和を図る規定であるとされている。⁽⁴⁾ 刑訴法一〇五条の趣旨・目的について、学説上、多数の見解は、若干の表現の違いがみられるものの、個々の業務主体や秘密主体の利益それ自体を保護することではなく、業務に対する信頼やより広くその業務を利用する社会一般を保護することであるとしている。⁽⁵⁾

判例は、最高裁の判断はみられないが、下級審では「刑事訴訟法一〇五条は、業務者に押取拒絶権を与えることによりて秘密を委託される業務及びこの業務を利用する社会人一般を保護することにより、業務上の秘密の保護という超訴訟法的利益と、実体的真実の発見という訴訟法的利益との調和を図った規定である」と判示するものがあり、多

数説と同じ立場に立つものであるように思われる。⁽⁶⁾

これに対して、上述したような業務に対する信頼を一〇五条の趣旨・目的に置きつつも、個人の秘密も一〇五条の保護範囲に含まれると主張する少数説⁽⁷⁾も存在している。しかしながら、多数説が主張しているように、委託した物を委託者本人が所持・保管していた場合には押収を拒むことができず、一定の業務に従事する者に押収対象物を委託した場合にのみ押収を拒絶することができる理由を、委託者本人の秘密の保護に見出すことはできないであろう。⁽⁸⁾

(二) 「他人の秘密に関するもの」の意義

刑法一〇五条にいう「秘密」とは、本人が公表することを欲していない事柄で、第三者に知れることが本人に不利益となることとされている。⁽⁹⁾ 刑法一〇五条にいう「他人の秘密に関するもの」に関して、学説上、多数の見解は、客観的に秘密である（秘密の対象となる物に非公知性と秘匿利益が認められること）か、あるいは、主観的に秘密である（委託の趣旨において特に秘密にしたいとされていたこと）か、そのいずれかで足りると解する。⁽¹⁰⁾ その理由は、性質上客観的に秘密とされるものは、委託者本人がこれを認識していたか否かにかかわらず、これを保護に含めるべきであり、また、業務に対する信頼の保護という観点から、客観的に秘密とされるものでなくとも、特に委託者が秘密を欲する旨が委託の趣旨に表れている限り、保護を及ぼす必要があると主張している。

これに対して、刑法一〇五条の保護対象となるには、主観的に秘密であり、かつ、客観的に秘密であることが必要とされるとする見解⁽¹¹⁾も有力に主張されている。この見解は、刑法一〇五条が実体的真実の発見という訴訟的利益を制約することから、客観的な秘密性が失われ、単に委託者が秘密にしたいと望んでいるような場合にまで押収拒絶

権を認めることは不合理であり、押収拒絶権は客観的な秘密性が認められる場合に限られるべきであるということも理由としている。

判例は、下級審を含め、この点につきこれまで判断を示したものはみられず、裁判所がどのようにとらえているかは不明確であった。

三 本件の検討

本件原々審は公判において本件デジタルビデオカセットの複製が取調べ済みであること、及び、その他本件デジタルビデオカセットの複製が調べられるに至った経緯に照らすと、本件デジタルビデオカセットについてはその実質的な内容がすでに公判廷において明らかにされていることを理由に本件デジタルビデオカセットの秘密性を否定した。一方で、原審は、弁護人が、本件デジタルビデオカセットのいずれも、一旦、警察又は検察官に提出しており、このような弁護人の開示行為によって、本件デジタルビデオカセットについて秘密性は喪失していると判断した。

刑事法一〇五条の秘密性を判断するにあたって、原々審と原審の間でこのように重点を置く事実の違いがみられたのは、検察官もしくは警察官が作成した本件デジタルビデオカセットの複製と本件デジタルビデオカセットの原本には差異があり、依然として本件デジタルビデオカセット原本には秘密性が保たれていると弁護人が異議申立てをしたことが関連しているように思われる。すなわち、原々審は、本件デジタルビデオカセット原本の内容が公判において実質的に検討されていることを理由に、この弁護人側の主張それ自体を否定したが、これに対して、原審は、このような弁護人の主張が正しいと仮定したとしても、本件事情の下では、刑事法一〇五条の秘密性は喪失されている

ことを示すために、弁護人の開示行為という点に重点を置いたように思われる。この点につき、最高裁は、原々審及び原審双方の事情を考慮事情として挙げ本件デジタルビデオカセットの秘密性を否定しているが、これは最高裁が、上記弁護人の主張を否定し、デジタルビデオカセットの複製が提出されれば、たとえその複製と原本との間にわずかな差異がみられるとしても、刑法第一〇五条の秘密性は失われると解したためであるように思われる。

ところで、上述したような原々審・原審において言及された事情は、いずれも客観面から本件デジタルビデオカセットの秘密性を判断するためのものであった。しかし、最高裁はこれらの事情に加え、さらにその全部複製DVDが公判期日において被告人及び弁護人らの異議なく取り調べられているという事情に着目し、被告人の意思に基づく訴訟活動の結果として本件デジタルビデオカセットに記録された情報のすべてについて秘密性は失われたとしている。この最高裁の判示においては、被告人の意思、すなわち、被告人が本件デジタルビデオカセットの内容を秘密にしておく意思があったか否かについて検討がなされているように思われる。

では、このように本決定において最高裁が、原々審及び原審が検討を加えた客観的事情に加え、職権判断により主観的事情にまで検討を加えたのは何を意味するのだろうか。最高裁は、本決定において多数説のように、刑法第一〇五条の「他人の秘密に関するもの」は、客観的に秘密であるものだけではなく、主観的に秘密とされているものも含みうるという考えを示したのだろうか。

本件事情に照らせば、弁護人らの開示行為等から客観的に見て刑法第一〇五条の秘密性が損失していることは明白であるといえ、また、被告人は本件デジタルビデオカセットの内容を秘密にしておきたいというよりも、むしろ本件デジタルビデオカセットを自分の手元に残しておきたいと望んでいただけであつたということが出来るだろう。した

がって、本件はどのような見解に立とうとも刑法一〇五条における秘密性は否定された事例であったといえる。この点を考慮すれば、最高裁が刑法一〇五条の「秘密」の判断にあたって客観的な事情に加え、主観的な事情も考慮しなければならないと判示したのかは明らかではなく、一〇五条の「他人の秘密に関するもの」の意義について多数説の立場に立ったとは必ずしもいえないように思われる。

わいせつ事案において犯行状況を撮影したデジタルビデオセットを犯人の手元に残しておくことは、そのテープ内容がインターネット上に流出するなどの危険性がある不適切であり、早急に犯人の手元からそれらのテープを回収し、被害者が抱く不安感を取り除く必要がある⁽¹²⁾。このような被害者保護の観点も加味すると、被告人が単にデジタルビデオカセットを保持していたいと望んでいるだけであつた本件事情の下で、押収拒絶権を認めることはできないとした本決定は正当であろう。

四 刑法一〇五条「他人の秘密に関するもの」の意義に関する多数説に対する疑問点

ところで、仮に本件において被告人が公判で本件デジタルビデオセットを取り調べる際に異議を唱えた場合にはどのように解するべきか。多数説に立つとすれば、被告人がデジタルビデオセットの内容を公開したくないと望んでいるのであるから、主観的な秘密性が認められ、弁護人が押収拒絶権が認められることにも思われる。弁護人が押収拒絶権によりデジタルビデオセットの提出を拒否した場合にデジタルビデオセットを確保するための方法としては、弁護人が被告人にそのデジタルビデオセットを戻す際に再度押収を行うという方法が考えられる。しかし、この方法は迂遠であり、前述のような被害者保護という観点に照らせば、迅速にデジタルビデオセットを

回収することが必要とされるのに、この要請に答えられていないように思われる。

また、たとえば、覚せい剤のような禁制品を被告人が弁護人に預けた場合はどうか。禁制品に関して被告人はそもそも何ら権利を有しておらず、したがって、客観的に見て禁制品に秘匿利益は認められないので、刑法一〇五条の客観的な秘密性は否定されるように思われる。しかしながら、多数説に立てば、これら禁制品について被告人が秘密にしたいと望んでいたとすれば、依然として弁護人に押収拒絶権が認められるとも解釈できる。このようにそもそも所持自体が違法な禁制品を弁護人が保持することを認める結論が妥当であろうか。

多数説は、刑法一〇五条が一定の業務に対する信頼や社会一般を保護するものであるという前提から、被告人が特に秘密にしたいと望んでいる場合に押収拒絶権を認めなければ、業務に対する信頼一般が損なわれると主張する。しかし、客観的な秘密性が失われており、単に秘密主体が秘密にしたいと望んでいるだけの場合に業務者が押収拒絶権を行使し、押収を拒むことは、証拠隠蔽にその業務者が加担していることになり、むしろその業務者に対する信頼一般を害することにはならないだろうか。刑法一〇五条の趣旨・目的に秘密主体の保護が含まれないのであれば、客観的に秘密性が認められる押収対象物にのみ保護を及ぼせば、業務に対する信頼保護という刑法一〇五条の趣旨・目的は達成できるようにも思われる。

五 本件の意義

以上述べてきた通り、本決定は刑法一〇五条の「他人の秘密に関するもの」に関して最高裁がはじめて判断を下したものである。最高裁は原々審及び原審が問題とした客観的に秘密であるか否かのみならず、被告人の意思という

主観的な要素に触れて秘密性を否定したが、本件は客観的に見ても、主観的に見ても秘密性が喪失していることが明白である特殊な事例であり、最高裁が刑法一〇五条の「他人の秘密に関するもの」の意義について、被告人が主観的に秘密にしたいと考えていれば「秘密」となると判示したとは断言できないといえる。刑法一〇五条の「他人の秘密に関するもの」に当たるか否かの判断にあたってどのような事情の検討が必要とされるのかはさらに今後の判断に委ねられているように思われる。

- (1) 宮崎地裁平成二七年九月一日命令平成二六年(わ)第二八号 公刊物未搭載。
- (2) 福岡高裁平成二七年九月一五日決定平成二七年(く)第三四号公刊物未搭載。
- (3) 本決定の紹介・解説として、大滝則和「判批」警察公論七一巻三号八五頁がある。
- (4) 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法 第二版』(青林書院、二〇一〇年)三二七頁。この点につき、判例も同様の見解を示している。福岡高裁昭和四四年九月二〇日決定高刑二二巻四号六一六頁、熊本地裁昭和六〇年四月二五日決定判タ五五七号二九〇頁。
- (5) 足立進「押収、搜索および検証」団藤重光編『法律実務講座刑事事編 第二巻総則(二)』(有斐閣、一九五三年)三〇九頁以下、木村亀二『刑事訴訟法』(青林書院、一九五七年)一九八、一九九頁、滝川幸辰他編『法律学体系コンメンタール篇 刑事訴訟法』(日本評論社、一九五〇年)一四四頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』(有斐閣、二〇〇一年)二二八、二二九頁、松尾浩也『刑事訴訟法(上) 新版』(弘文堂、二〇〇四年)七四頁、河上和雄『搜索・差押(改訂版)』(立花書房、一九九八年)九三頁、沼尻芳孝「業務上の秘密と押収」熊谷弘他編『捜査法大系Ⅲ 第三編 搜索・押収』(日本評論社、一九七二年)一四三頁、平野龍一他編『新実例刑事訴訟法Ⅰ』(青林書院、一九九八年)二九五頁、平場安治『注解刑事訴訟法上巻(全訂新版)』(青林書院、一九八七年)三四七頁、松尾浩也『刑事訴訟法(上) 新版』(弘文堂、一九九九年)七四頁、光藤景峻『刑事訴訟法Ⅰ』(成文堂、二〇〇七年)一六〇頁、伊藤栄樹『刑事訴訟法の実際問題』(立花書房、一九六七年)二七五頁、石丸俊彦他『刑事訴訟の実務(上)』(新日本法規出版、一九九〇年)四四一頁。

- (6) 熊本地裁昭和六〇年四月二五日決定判タ五五七号二九〇頁。
- (7) 渡辺修「弁護士と押収拒絶権」光藤景皎先生位古希祝賀論文集編集委員会「光藤景皎先生古希祝賀論文集 上巻」(成文堂、二〇〇一年)二〇五頁、田宮裕「刑事訴訟法Ⅰ―捜査・公訴の現代的展開」(有斐閣、一九七五年)三四〇頁、野木新一他著「新刑事訴訟法概説」(立花書房、一九四八年)七八、七九頁、青柳文雄「五訂 刑事訴訟法通論 上巻」(立花書房、一九七六年)五八九頁参照。
- (8) 一〇五条の趣旨・目的に個人の保護を含める少数説は、一〇五条のただし書において秘密の主体である本人が同意した場合に押収拒絶権が消滅することからその限りにおいて秘密の主体である本人に自己の情報コントロール権を与えていること、等を根拠にしている。しかし、刑法一〇五条ただし書において「本人が承諾した場合」に押収拒絶権が消滅することとされているのは、単に委託者本人が承諾しているような場合には、秘密を明らかにしても業務に対する信頼が損なわれることなく、その意味において、保護を与える必要がないためであって、秘密主体である本人に自己の情報のコントロール権を与えているとまでは解することができないように思われる。松本時夫他編「条解 刑事訴訟法」(第四版)〔弘文堂、二〇〇九年〕二一六頁参照。
- (9) 沼尻・前掲注(5)一四五頁。
- (10) 足立・前掲注(5)三一八頁、木村・前掲注(5)一九九頁、田宮・前掲注(5)二二九頁、沼尻・前掲注(5)二四五頁。
- (11) 河上・前掲注(5)九四頁、平野・前掲注(5)二九六頁、松本・前掲注(8)二二六頁。
- (12) 大滝則和・前掲注(3)九五頁。

〔附記〕

本稿脱稿後、本決定に関する解説として、田中優企「判批」刑事法ジャーナル四八号一二八頁に接した。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)