

タイトル	特定秘密保護法に関する一考察
著者	韓, 永學; HAN, Younghak
引用	北海学園大学法学研究, 49(4): 747-780
発行日	2014-03-30

# 特定秘密保護法に関する一考察

韓 永 學

## 一 序

国会は二〇一三年二月六日、特定秘密の保護に関する法律（以下、特定秘密保護法）を制定した（二月一日公布、一年以内施行）。特定秘密保護法は、日本の安全保障に関する情報のうち特に秘匿を要するものを「特定秘密」として指定して保護し、これを漏洩した者を厳罰（最高懲役一〇年）に処することを骨子とする。ここで特定秘密として指定できる情報は、①防衛に関する事項、②外交に関する事項、③特定有害活動の防止に関する事項、④テロリズムの防止に関する事項の大きく四分野である。

過去、日本は神権的天皇制支配体制を正当化する明治憲法の下、太平洋戦争の敗戦に至るまで軍事機密を中心に徹

底した国家機密保護体制を保持していた。まず、軍機保護法（一八九九年制定、一九三七年改正）は軍事上の秘密を、「作戦、用兵、動員、出師其ノ他軍事上秘密ヲ要スル事項又ハ図書物件」と定義し（第一条）、これを業務上知得・領有した者が公開または外国に漏洩する行為を最高死刑に処した（第三条第二項）。また、旧刑法（一八八〇年制定、一九〇七年改正）第八五条、陸軍刑法（一八八一年制定、一九〇八年改正）第二七条、海軍刑法（一八八一年制定、一九〇八年改正）第二二条は共同的に間諜罪及び敵国に対する軍事機密漏洩罪を最高死刑に処した。さらに、国防保安法（一九四一年制定）は国家機密を「国防上外国ニ対シ秘匿スルコトヲ要スル外交、財政、経済其ノ他ニ關スル重要ナル国務ニ係ル事項ニシテ左ノ各号ノ一二該当スルモノ及之ヲ表示スル図書物件」と定義し（第一条）、これを業務上知得・領有した者が外国に漏洩・公開する行為を最高死刑に処し（第三条）、軍事資源秘密保護法（一九三九年制定）は軍事資源秘密を外国に漏洩・公開する目的で探知・収集した者を一〇年以下の懲役に処した（第一条）。加えて、新聞紙法（一九〇九年制定）は陸軍・海軍大臣、外務大臣に対し各々軍事、外交に関する事項の掲載禁止・制限命令権を付与した（第二七条）。以上のような国家機密法制は当時、治安維持法（一九二五年制定）に代表される各種治安・警察法制、新聞紙法、出版法（一八九三年制定）等の言論法制とともに、軍国主義思想の確立と情報統制体制の構築に力点を置いていたことは周知の事実である。

戦後、日本は連合国軍総司令部（GHQ）の主導の下、軍国主義の解体と民主化を旗印に上記した国家機密法制及び関連規定を廃止する一方、フレームシフトに応じて国民主権、基本的人権の尊重、平和主義を盛り込んだ現行憲法を制定した（一九四六年）。しかし、国家公務員法（一九四八年制定）による国家公務員の守秘義務（第一〇〇条）に裏打ちされた行政秘密制度は別にしても、その後自衛隊の創設（一九五四年）と日米安保条約（一九五二年）に基づき防衛秘密中心の一定の国家機密法制が確立した。すなわち、自衛隊法（一九五四年制定）は自衛隊員の守秘義務（第

五九条)、日米安保条約特別法(一九五二年制定)は米軍機密の探知・収集罪(第六七条)、日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法(同、以下、MDA秘密保護法)は「防衛秘密」(米国から供与された装備品等に関する事項)の探知・収集・漏洩罪(第三五五条)等を規定して各々刑罰で担保した。そして近年、米国同時多発テロ事件(二〇〇一年)を契機に改正自衛隊法(同)による「防衛秘密」制度の新設(第九六条の二)<sup>1)</sup>に続き、日米間の包括的<sup>1)</sup>秘密保全を目的とする軍事情報包括保護協定の締結(二〇〇七年)等防衛秘密保護体制が強化された。

これまで防衛秘密を超えて国家機密を一般的に保護する法制構想がなかったわけではない。一九八〇年代、自衛隊員が旧ソ連に秘密文書を漏洩したいわゆる「自衛隊スパイ事件」(一九八〇年)及び米国の日米軍事同盟体制の緊密化要請を機に、中曽根康弘総理が率いた自民党は一九八五年、国家機密を「防衛及び外交に関する文書、図画又は物件で、我が国の防衛上秘匿することを要し、かつ、公になつていないもの」と定義し(第二条)、これを外国に漏洩するいわゆるスパイ行為等を最高死刑に処する(第四条)国家機密に係るスパイ行為等の防止に関する法律案を国会に提出した。しかし、同法案は野党と市民社会の情報統制に対する強い反発により廃案となった。自民党は一九八六年、同法案に多少修正を加えた防衛秘密に係るスパイ行為等の防止に関する法律案を再度用意したが、国会日程には至らなかった。

その後、国家機密法制構想は封印されたかのように見えたが、二〇〇六年安倍晋三第一次内閣当時、内閣に設置された情報機能強化検討会議が秘密保全法制の検討の必要性を提起した。同時に内閣に設置されたカウンターステリジェンス推進会議がカウンターステリジェンス機能強化に関する基本方針を提示し、二〇〇九年より「特別管理秘密<sup>2)</sup>に係る基準」の運用が開始された。さらに、二〇〇八年福田康夫政権期に秘密保全法制の在り方に関する検討チーム(内閣官房、警察庁、外務省、防衛省等で構成)が発足し、二〇〇九年麻生太郎政権期に後に特定秘密保護法の柱となっ

た内容を提示した。しかし、その直後民主党への政権交代で法制化の動きは中止されたが、二〇一〇年海上保安官が尖閣諸島付近で中国漁船による日本巡視船衝突に関する捜査資料として海上保安庁が作成したビデオ映像をユーチューブに流出した事件を契機に政府が設置した秘密保全のための法制の在り方に関する有識者会議により再開された。同会議は二〇一一年、厳格な保全措置の対象とする、特に秘匿を要する秘密を「特別秘密」と定義し、対象分野として大きく三つ（①国の安全、②外交、③公共の安全及び秩序の維持）を提示し、その漏洩行為等に刑罰（上限は懲役五年または一〇年）を科すことを提案する報告書を提出した<sup>③</sup>。ただ、政府はこれを受けて法案提出には至らなかった。しかし結局、二〇一二年末自民党への政権復元により樹立した安倍第二次内閣は、上述のように特定秘密保護法案を留意し成立をみた。

一方、特定秘密保護法の制定に一步先駆け、二〇一三年一月末国家安全保障会議設置法が制定され、直ちに国家安全保障会議が発足した（二〇一三・二・四）。国家安全保障会議は四大臣（総理、官房長官、外務大臣、防衛大臣）会合を中核とする政府の外交・安全保障の司令塔で、米国の国家安全保障会議（National Security Council）をモデルとしたもので、「日本版NSC」と呼ばれる。国家安全保障会議の設置もその端緒は安倍第一次内閣にある。安倍内閣は二〇〇七年、外交・安全保障戦略に関する官邸の迅速・的確な判断のための四大臣会合等の設置を提案した国家安全保障に関する官邸機能強化会議をベースに、国家安全保障会議設置法案を国家に提出した。同法案は当時、廃案となったものの、民主党を経て安倍第二次内閣で再登場し、結実した。いずれにしても、安倍内閣は車の両輪として位置付けた特定秘密保護法の成立と日本版NSCの創設が一举に現実したこと、今後集団的自衛権行使の容認に続き、宿願である国防軍の創設（自衛隊の明白な軍としての地位付与）を核心とする改憲論議を活発化させる公算が大いである。

最近、国家機密法制の在り方をめぐっては、米国家安全保障局 (National Security Agency, NSA) 等情報機関による一般市民の個人情報的大量収集や外国首脳への盗聴問題等の一連の機密活動が示唆に富む。この問題は、国家機密の存在意義や表現の自由、プライバシー等基本的人権との関係を改めて問い直す契機となっている。このような状況も踏まえ、本稿では、国家機密に関する憲法原理や国際原則に照らし、特定秘密保護法の主要論点について批判的に検討する。特定秘密保護法の論点は多岐にわたるが、ここでは大きく立法事実の有無、特定秘密の運用メカニズム、特定秘密に対するチェック、特定秘密と知る権利について考察する。

## 二 特定秘密保護法の概要

特定秘密保護法は、日本の安全保障に関する事項のうち特に秘匿を要するもの (特定秘密) について適確に保護する体制を確立した上で収集・整理・活用することが重要であることに鑑み、特定秘密の指定及び取扱者の制限その他の必要な事項を定めることにより、その漏えいの防止を図り、国家及び国民の安全の確保に資することを目的とする (第一条)。同法は、特定秘密の指定等、特定秘密取扱者の制限、雑則、罰則、付則を骨格とする。以下、順次概要を述べておきたい。

特定秘密の指定及び解除は行政機関の長が担う。行政機関の長は当該機関の所管事務に係る別表に掲げる事項に関する情報 (文書、図画、電磁的記録) で、公になっていないもののうち、日本の安全保障に著しい支障を与える恐れがあるため、特に秘匿を要するもの (MDA 秘密保護法上の特別防衛秘密を除く) を特定秘密として指定する (第三条第一項)。ここで別表が列举する事項を大別すると、①防衛に関する事項、②外交に関する事項、③特定有害活動の防止に関する事項、④テロリズムの防止に関する事項の四分野である。これらはさらに、①は①「自衛隊の運用又はこ

れに関する見積り若しくは計画若しくは研究」、⑤「防衛に関し収集した電波情報、画像情報その他の重要な情報」、⑥「⑥に掲げる情報の収集整理又はその能力」、⑦「防衛力の整備に関する見積り若しくは計画又は研究」、⑧「武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物の種類又は数量」、⑨「防衛の用に供する通信網の構成又は通信の方法」、⑩「防衛の用に供する暗号」、⑪「武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物又はこれらの物の研究開発段階のもの仕様、性能又は使用方法」、⑫「武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物又はこれらの物の研究開発段階のもの製作、検査、修理又は試験の方法」、⑬「防衛の用に供する施設的设计、性能又は内部の用途（⑬に掲げるものを除く）」、⑭は②「外国の政府又は国際機関との交渉又は協力の方針又は内容のうち、国民の生命及び身体の保護、領域の保全その他の安全保障に関する重要なもの」、⑮「安全保障のために我が国が実施する貨物の輸出若しくは輸入の禁止その他の措置又はその方針（①②若しくは①③、③④又は④⑤に掲げるものを除く）」、⑯「安全保障に関し収集した国民の生命及び身体の保護、領域の保全若しくは国際社会の平和と安全に関する重要な情報又は条約その他の国際約束に基づき保護することが必要な情報（①⑥、③⑥又は④⑥に掲げるものを除く）」、⑰「⑰に掲げる情報の収集整理又はその能力」、⑱「外務省本省と在外公館との間の通信その他の外交の用に供する暗号」、⑳「⑳「特定有害活動の防止のための措置又はこれに関する計画若しくは研究」、㉑「特定有害活動の防止に関する重要な情報又は外国の政府若しくは国際機関からの情報」、㉒「㉒に掲げる情報の収集整理又はその能力」、㉓「テロリズムの防止の用に供する暗号」、㉔「テロリズムの防止の用に供する暗号」の計二三項目に細分されている。

行政機関の長は五年を上限に特定秘密を指定するが（更新可能、三〇年上限。ただし、公にしないことが現に日本及び国民の安全を確保するためにやむを得ないものは内閣の承認を得た場合三〇年超過可能、一定の例外事項を除けば六〇年上限）、指定要件を欠くに至ったときは有効期間内でも速やかにその指定を解除する（第四条）。加えて、行政機関の長は特定秘密取扱者の範囲を定めるとともに、特定秘密の保護に必要な措置を講ずる（第五条）。

特定秘密は日本の安全保障上の必要性、その他公益上の必要性に依じて他行政機関等に提供され得る。特定秘密を保有する行政機関の長は他行政機関に対し日本の安全保障上の必要により、適合事業者（特定秘密の業務遂行に必要な物件製造・役務提供を業とし、政令で定める基準に適合する民間事業者）に対し日本の安全保障上の特段の必要により、外国の政府や国際機関に対し日本の安全保障上の必要によりそれぞれ当該特定秘密を提供することができ（第六、八、九条）、警察庁長官は都道府県警察に対し日本の安全保障上の必要により、警察庁が保有する特定秘密を提供することができる（第七条）。その他、特定秘密を保有する行政機関の長は公益上の必要により、厳格な要件の下で国会の非公開審査・調査、刑事事件の捜査・公訴維持のための刑事裁判所、民事裁判所、情報公開・個人情報保護審査会にそれぞれ当該特定秘密を提供する（第一〇条）。

特定秘密取扱者は、業務上特定秘密を漏洩する恐れがないことについての評価（適性評価）を通過した者のみに制限される。行政機関の長（警察本部長を含む）は特定秘密の取扱業務が予想される当該行政機関の職員、適合事業者の従業者、当該都道府県警察の職員に対し、原則五年ごとに適性評価を実施する（第一二条第一項）。適性評価は評価対象者に対し、①特定有害活動及びテロリズムとの関係（家族及び同居人の氏名、生年月日、国籍及び住所を含む）、②犯罪及び懲戒の経歴、③情報の取扱いに係る非違の経歴、④薬物の濫用及び影響、⑤精神疾患、⑥飲酒節度、⑦信用状態その他の経済的な状況についての調査を行い、その結果に基づき実施する（第二項）。

雑則は、まず、政府は特定秘密の指定・解除及び適性評価の実施に関し、統一的な運用基準を定めることになっているが、その際、総理大臣に有識者の意見聴取の上、その案を作成し、閣議の決定を求める義務を課しつつ、特定秘密の指定・解除及び適性評価の実施の状況に関する行政各部の指揮監督権を付与している（第一八条）。また、同法の適用に当たっては、拡張解釈により国民の基本的な人権を不当に侵害するようなことがあってはならず、国民の知る権利の保障に資する報道・取材の自由に十分に配慮しなければならず（第二二条第一項）、出版・報道従事者の取材行為については、専ら公益を図る目的を有し、かつ、法令違反または著しく不当な方法によるものと認められない限りは、正当な業務による行為とする（第二項）。

罰則によると、まず、特定秘密取扱者が業務上知得した特定秘密を漏洩したとき（未遂犯も罰する）は一〇年以下の懲役、これを過失により犯した者は二年以下の禁錮または五〇万円以下の罰金に処する（第二三条第一・三・四項）。また、公益上の必要により提供された特定秘密を知得した者がこれを漏洩したときは五年以下の懲役、これを過失により犯した者は一年以下の禁錮または三〇万円以下の罰金に処する（第二三条第二・五項）。さらに、外国の利益若しくは自己の不正の利益を図り、または日本の安全若しくは国民の生命・身体を害する目的で、欺罔・暴行・脅迫行為または財物窃取・損壊、施設侵入、有線電気通信の傍受、不正アクセス行為その他の特定秘密を保有する者の管理を害する行為により、特定秘密を取得した者は、一〇年以下の懲役に処する（第二四条）。加えて、第二三条第一項や第二四条第一項に規定する行為の遂行を共謀・教唆・煽動した者は五年以下の懲役に処する（第二五条）。

最後に、付則は、政府が行政機関の長による特定秘密の指定・解除に関する基準等が真に安全保障に資するものであるかどうかを独立・公正な立場で検証・監察できる新たな機関の設置その他の特定秘密の指定・解除の適正を確保するために必要な方策について検討し、その結果に基づいて所要の措置を講ずることを規定している（第九条）。

### 三 国家機密に関する憲法原理及び国際原則

#### 1 憲法体制と国家機密

現代国家において秘密は、①国防・外交に関する情報で公になると国家安保に重大な不利益が及ぶ国家秘密 (state secret)、②行政の効率・合目的性等のため秘匿を要する行政秘密 (official secret)、③個人のプライバシー保護のため秘匿を要する個人情報 (private secret) の三種類があると考えられる<sup>10)</sup>。これらのうち狭義の国家機密は①、広義の国家機密は①に②が含まれるものと捕捉することができる (③は①②とは秘密の内容・性質が異なる)。国家機密は民主政治の原則上厳格な要件を要する。実質秘説<sup>11)</sup>によれば、国家機密は非公知の事実であり (非公知性)、秘密として保護に値する客観的実質を備えなければならず (要保護性)、憲法秩序に立脚して法律に適合した秘密でなければならぬ (許容性)。

戦後、日本は以前の神権的な天皇制支配体制と決別し、国民主権と基本的人権の尊重を基調とする現行憲法を制定した。国民主権 (民主主義) の原理及びこれと連動した後述する基本的人権の一つである国民の知る権利 (right to know) に立脚すれば、国家機密は存在し難い<sup>12)</sup>。国政に関する最終的な決定権を保持する主権者たる国民が国政事項について十分な判断能力を発揮し、主権者としての役割を十全に担うためには、何よりも国政に関する情報の十分な保有・熟知が前提となるからである<sup>13)</sup>。よって、現行憲法体制の下、国家機密法制は基本的には否定されなければならない。

しかしながら、現実的に国の存立に関わる外部からの侵略等に対して国家及び国民の安全を確保する上で、国政に

関する情報のうち例外的に一定の国家機密の保持を認めざるを得ない。ただし、そのような場合でも国家機密が不可侵の聖域になつてはならず、国民の知る権利との常時対立・拮抗関係の下、国家機密としての要件を欠いたときには情報開示の対象とならなければならない。結局、現行憲法の下、国家機密法制は国家安保に直結した情報に限り厳格な要件の下でしか存立し得ない。

一方、現行憲法は他国の憲法では殆ど類を見ない平和主義を盛り込んでいる。すなわち、憲法は前文で「政府の行爲によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、……日本国民は、恒久の平和を念願し、平和を愛する……安全と生存を保持しよう」と決意した。われらは、平和を維持し、……平和のうちに生存する権利を有することを確認する」として平和的生存権を謳い、第九条で「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」(第一項)、「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない」(第二項)と規定して戦争の放棄、戦力不保持、交戦権の否認を明確にしている。このような平和主義は、過去神権的天皇制支配体制と結託した軍国主義が国内外にもたらした甚大な弊害に対する反省に基礎していると言えよう。

憲法第九条の解釈をめぐる支配的学説は自衛権否認説か武力によらない自衛権説と採りつつ、侵略戦争否認説に立ちながら全面戦力否認説を採るか、全面的戦争否認説・全面戦力否認説を採っている<sup>(14)</sup>。勿論、憲法第九条が主権国として持つ固有の自衛権を一切否定した無防備・無抵抗を定めたものではないにしても、軍事力の確立・運用と交戦権を認めないことは明白である。従つて、少なくとも軍事力の確立・運用及びこれに係る国家機密は憲法体系上存在し得ない<sup>(15)</sup>。そうであれば、日米安保条約に基づく軍事同盟下の米軍主導の防衛秘密制度(MDA秘密保護法)は別論と

しても、強力な実力部隊である自衛隊の存立自体は勿論、その防衛秘密制度（自衛隊法第九二条の二）は憲法の平和主義の観念に抵触し得る。自衛隊を自衛軍に格上げしようとする政府・自民党の改憲の企図は、このような難点を意識した結果とも言える。いづれにしても、戦力を否認する現行憲法の下、必要最小限の自衛権に依拠した防衛秘密ではない限り否定されなければならない。

## 2 国家機密に関する国際原則

これまで国際社会は、国家機密が国民の知る権利を含む表現の自由と根本的な対立関係にあることを前提に、各国の民間専門家を中心に両者の均衡を探究した原則を提示してきた。何よりも「国家安保、表現の自由及び情報アクセスに関するヨハネスブルク原則」（The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information）と「国家安保と情報アクセス権に関する国際原則（ツワネ原則）」（The Global Principles on National Security and the Right to Information, The Tshwane Principles）が注視される。

まず、ヨハネスブルク原則は、表現の自由の伸張を図る国際人権団体であるArticle 19の主宰の下、世界一九箇国の国家安保と人権分野専門家三七名が一九九五年一〇月、国際人権法等を基礎として南アフリカ共和国ヨハネスブルクで作成・採択した<sup>17)</sup>。同原則は前文に続き、一般原則、表現の自由に対する制限、情報の自由に対する制限、法の支配及びその他事項を骨格とする二五原則から成る<sup>18)</sup>。同原則の核心は、国家安保を根拠とした政府による表現・情報規制は、当該表現・情報が正当な国家安保に重大な侵害を及ぼし、その規制が必要最小限の制限手段に止まり、民主主義の原理に立脚する際にはじめて正当化されると公言したことである。

次に、ツワネ原則は、米国の人権団体であるOpen Society Justice Initiativeの主宰の下、Article 19をはじめとす

る世界二二人の人權・學術団体が七〇余国五〇〇人以上の専門家の協力を得て二年余の検討を経て、二〇一三年六月、南アフリカ共和国ツワネで作成・採択した。同原則は前文に続き、一般原則、国家安保を根拠に秘匿され得る情報と開示されるべき情報、国家機密指定・解除原則、情報請求に関する処理原則、国家安保と情報に関する権利の司法的側面、安保部門の監視機関、公務員による公益に基づく暴露、情報暴露に対する制裁・制約制限を骨格とする五〇項目から成る。同原則は、国家安保の見地から国家機密を認めつつも、政府が保有する情報へのアクセスの必要性を前提とし、国家安保を根拠とした国家機密の限定、国家機密に対する指定・解除手続の明記、独立監督機関の設置、公益に基づく内部告発者の保護、非公務員による国家機密の収集・保有・漏洩に対する免罰等を盛り込んでいる。同原則に対する国際社会の評価の一つとして、欧州評議会が二〇一三年一〇月、同原則に対する支持を決議し、會員国にその受け入れを促した<sup>19</sup>のが注目に値する。

#### 四 立法事実の有無

特定秘密保護法はその制定の必要性や正当性を合理的に支持する社会的事実、すなわち、立法事実が存在するのか？冒頭で叙述したように、日本は、これまで国家公務員法と地方公務員法が行政秘密等、自衛隊法が防衛秘密、日米安保条約特別法が米軍機密、MDA秘密保護法が特別防衛秘密の漏洩防止をそれぞれ刑事罰で担保する一方、日米軍事情報包括保護協定等を通じて強固な防衛秘密保護体制を構築してきた。以上のような既存の国家機密法制に不備がない限り、新たな法令の制定は正当化できない。

特定秘密保護法はその制定背景として、国際情勢の複雑化に伴い国家及び国民の安全の確保に係る情報の重要性の増大、高度情報通信ネットワーク社会の発展に伴いその漏洩の危険性を挙げている(第一条)。これは、今日の国際情

勢、情報環境に鑑みて国家安保に関する情報が置かれた状況を一般的に記述したもので、具体性を欠いた抽象的な立法事実の域を出ない。

政府は、特定秘密保護法の制定目的と関連し、外国（特に米国）との情報共有には秘密保全のための法整備が不可欠であるとの立場を力説した<sup>20)</sup>。すなわち、米国が要請する軍事情報の共有・交換体制の構築のため関連秘密情報の保全法制の必要性を強調したのである。しかし、このような説明は、伝統的に日本を「スパイ天国」<sup>21)</sup>として揶揄してきた一部国権主義者の論理に傾斜したもので、下記のように立法事実の証明には不十分である。

政府の公表によれば、公務員による主要情報漏洩事件は過去一五年間五件に過ぎない（表一）。

〈表一〉 公務員による主要情報漏洩事件<sup>22)</sup>

事件	概要	処罰
ボガチョンコフ事件 (二〇〇〇年)	二〇〇〇年六月、防衛研究所所属海上自衛官三佐が機密文書二件を在日ロシア大使館武官、ビクトル・ボガチョンコフ(Victor Bogatenkov)に提供した事件	懲役一〇月(自衛隊法違反)、 懲戒免職
イージスシステムの情報漏洩事件(二〇〇七年)	二〇〇七年四月、海上自衛隊三佐を流出源としてイージス艦の構造図面等のファイルが流出され、他の三佐、二曹、当該二曹の中国人妻等にコピー・漏洩された事件	・流出源・三佐・懲役二年六月・執行猶予四年(MDA秘密保護法違反)、懲戒免職 ・関連自衛官三人・懲戒免職

<p>内閣情報調査室の情報漏洩事件（二〇〇八年）</p>	<p>二〇〇八年一月、内閣情報調査室職員が在日ロシア大使館書記官からの工作を受け（現金等謝礼授受）、職務上知得した情報を提供した事件</p>	<p>起訴猶予（国家公務員法違反・収賄）、懲戒免職</p>
<p>中国潜水艦の動向の情報漏洩事件（二〇〇八年）</p>	<p>二〇〇八年三月、防衛省情報本部所属一佐が二〇〇五年当時職務上知得した中国潜水艦が南シナ海で火事事故により航行不能となった状況（読売新聞二〇〇五・五・三一付朝刊）に関する情報を読売新聞記者に伝達した嫌疑で送検された事件</p>	<p>起訴猶予（自衛隊法違反）、懲戒免職</p>
<p>尖閣諸島中国漁船衝突映像流出事件（二〇一〇年）</p>	<p>二〇一〇年一月、海上保安官が尖閣諸島付近で中国漁船による日本巡視船衝突（二〇一〇年九月）に関する捜査資料として海上保安庁が作成したビデオ映像をユーチューブに流出した事件</p>	<p>起訴猶予（国家公務員法違反）、辞職</p>

へ表一が摘示する秘密漏洩の件数は別にしても、個別事件において漏洩された機密の程度に照らせば、既存の国家機密法制による対処範囲内であり、著しく国家安保が憂慮される状況ではないと言えよう。特に、尖閣諸島中国漁船衝突映像流出事件（二〇一〇年）のような流出情報は国民の知る権利が優先されるべき事案であり、秘密として保護に値する客観的実質を備えているとは考え難い。ともかく政府は、これらの事件のうち特定秘密保護法上特定秘密の漏洩に該当するのは中国潜水艦の動向の情報漏洩事件（二〇〇八年）一件のみであることを明らかにしている。<sup>(23)</sup>しかし、この事件の本質に着目すると、その漏洩情報が特定秘密として正当化されるか否かについては疑問が残る。公海上で外国潜水艦が火事で航行不能の状態にあるならば、現場を航行する内国船の安全確保の観点から秘匿ではなく、

むしろ周知が要請されると言えるからである。また、特定秘密性を認める場合でも、秘密の一要件である非公知性が報道により失われた以上、秘密の秘匿利益は存在しない。

一方、政府の特定秘密保護法の制定推進に対し、多くの野党は勿論、絶対多数世論が反対意思を表明してきた。市民社会は戦前の経験や立法事実の不十分さに照らし、情報統制の危険性を挙げ新たな国家機密法制の導入に反対したのである。その他字界（憲法、刑法、メディア法）、法曹界（弁護士協会）、報道界（新聞協会、民間放送連盟、雑誌協会等）を含む各界からも特定秘密保護法の制定への反対・糾弾が相次いだ。加えて、国連人権理事会（United Nations Human Rights Council）<sup>24</sup>をはじめとする国際社会からも特定秘密保護法の立法への懸念が示された。

以上、特定秘密保護法は制定背景・目的が漠然不明確であり、実際、国家機密漏洩の推移やそれへの対処から既存の国家機密法制に本格的な不備も発見し難いことから、同法の明確な立法事実は存在しないと言わなければならない。結局、同法は「スパイ天国」等の抽象的な立法事実<sup>25</sup>に依拠した防諜（counterintelligence）体制の構築により特定秘密に対する神秘主義を助長し、超憲法的な防衛情報等の秘匿を正当化する手段としての性格が濃厚である。

## 五 特定秘密の運用メカニズム

### 1 特定秘密の指定・解除

上記のごとく、行政機関の長は非公知事項のうち日本の安全保障に著しい支障を与える恐れがあるため、特に秘匿を要するものを特定秘密として指定するが（第三条）、その対象は四分野二三項目から成る（別表）。特定秘密の解除も基本的に行政機関の長の権限であり、当該特定秘密が指定要件を欠かない限り四段階の有効期間（五年上限、三〇

年上限、六〇年上限、六〇年超過)の満了に合わせて解除が行われる構造である(第四条)。

まず、特定秘密の指定と関連して特定秘密の対象と範囲は、一見カテゴリー別の列挙主義により明瞭に画定されたかのように見えるが、その外延が相当拡大される可能性を内包している。第一に、一般的に国家機密法制が国家安保と直結した軍事・外交に関する事項を保護客体とするのに対し、特定秘密はこれに加え、スパイ・テロリズム防止に關する事項等警察所管の治安に関する事項を含んでいる。前述したように、現行憲法の国民主権の原理及び国民の知る権利の観点から、国家機密法制は例外的に国家安保に直結した情報に限り厳格な要件の下でしか存立し得ず、とりわけ軍事に関する事項の場合、戦争の放棄、戦力不保持、交戦権の否認を明示した平和主義の理念から必要最小限の自衛権に基づく防衛秘密のみが正当化できよう。しかし、特定秘密のうち防衛に関する事項の細目一〇項目を吟味すると、必要最小限の自衛権に基づく防衛秘密を超え、本格的な戦力を前提に網羅的な秘密保護を図っていることが窺える。第二に、特定秘密の指定は、統一的な運用基準に服するとは言え、行政機関の長が一元的に行うため恣意的な判断が憂慮される。これは端的に、法案審議段階において露呈した政府関係者間の敏感な懸案(原発に関する情報、TPP (Trans-Pacific Partnership) 交渉に関する情報等)の特定秘密該当性をめぐる微妙な立場の相違が如実に示す。第三に、特定秘密の対象と関連して、「特定有害活動」「テロリズム」等一部用語の曖昧性と「その他」の多用により、特定秘密の境界が不確定的である。

結局、特定秘密は総体的に国家安保を超え、治安維持の目的で広範に蓄積され、権力濫用を生みかねない構造である。すなわち、真正秘密(true secret)ではなく、違憲・違法秘密(憲法秩序に抵触する権力行為の秘密、憲法上授權されていない事項に関する権力行為の秘密等)を含む不都合な真実(inconvenient truth)等を隠す目的の擬似秘密(false secret)が特定秘密として指定され、不当な情報統制・隠蔽と治安管理につながる恐れがある。冒頭で述べた「特

別管理秘密に係る基準」に基づく膨大な「特別管理秘密」（二〇一二年未現在、内閣官房三一万八八八六件、防衛省四万一二七件、外務省一万八五〇四件を含む約四二万件）が政府の否認（特定秘密の件数がより少なくなると言及）<sup>26</sup>にもかかわらず、殆んど特定秘密として移行する公算が大きい。さらに、特定秘密保護法が同法の拡張解釈により国民の基本的人権の不当な侵害を警戒した規定（第二条第一項）とは裏腹に、端的に「テロリズム」の定義で掲げる「主義主張」等と絡み、思想検閲に代表される監視社会の到来が懸念される。

次に、特定秘密の解除はその指定と同様、統一的な運用基準に服するとは言え、行政機関の長の恣意的な判断が憂慮される。その主因は、特定秘密の指定の有効期間につき、①五年上限を基本としつつ、②更新を通じて最長三〇年を上限とし、例外的に③六〇年上限を認め、さらに例外的に④六〇年超過を認める弾力的な運用にある。①②は行政機関の長が一元的に判断し、③④は内閣の承認を要するとは言え、「公にしないことが我が国及び国民の安全確保にやむを得ないもの」に関する立証・理由提示は行政機関の長に一任される。ここで、果たしてどのような情報が「公にしないことが我が国及び国民の安全確保にやむを得ないもの」であるかについては、文言の抽象性のため客観的な範囲を推断し難い。特に、④は半永久的に特定秘密化が許容される事項であるが、「防衛の用に供する物」に代表されるように、その対象・態様が比較的限定性を欠く。しかも、特定秘密の原則解除を最長六〇年とするのは国際潮流に反する。一方、特定秘密の解除に伴う国民の当該情報へのアクセス可能性と関連し、特定秘密保護法は内閣の承認が得られなかった特定秘密の国立公文書館等への移管を義務付ける（第四条第六項）に止まり、指定の有効期間三〇年以下の特定秘密の解除後の扱いが明確ではないが、政府は「政令などで秘密の保全上、真にやむを得ない場合の措置として保存期限前の廃棄を定めることは否定されない」ことを確認した。<sup>27</sup>これは公文書管理法の例外を認める措置に他ならない。

以上、特定秘密の指定・解除メカニズムによれば、何よりも秘密として保護に値する客観的実質の確保が懷疑的であり、特定秘密の過度な指定 (classification) と厳格な保護 (safeguard) に力点を置き、解除 (declassification) や公開 (disclosure) を遅延・抑制する情報統制的側面が強い。よって、特定秘密の指定・解除メカニズムは、国家機密と国民の知る権利との利益の両立を要求する憲法原理やツワネ原則等国際原則から大きく逸脱する。

## 2 特定秘密取扱者に対する適性評価

行政機関の長（警察本部長を含む）は特定秘密取扱予定者（行政機関の長、適合事業者の従業者、都道府県警察の職員）に対し、業務上特定秘密の漏洩の恐れから適性評価を実施するが（原則五年ごと）、これは前述した七つの調査対象（①スパイ・テロリズムとの関係、②前科・懲戒歴、③情報取扱上の非違、④薬物濫用、⑤精神疾患、⑥飲酒壁、⑦信用状態等経済状況）に関する調査結果に基づき行う。

特定秘密の指定・解除権者（首長）に対しその取扱者（実務者）が分離された中、特定秘密が正当な秘密である以上、その漏洩防止のため取扱者を厳格に制限するのは当然の措置である。適性評価はその一選択肢で、二〇〇九年、「特別管理秘密に係る基準」下で導入された秘密取扱者適格性確認制度をベースにしている。ただし、適性評価に先立ち実施される調査は内容上問題点が少なくない。まず、調査が評価対象者の社会的身分と関係なく統一的内容・方式で行われるが、適合事業者の従業者は民間人であることから、公務員と異なるアプローチが要求されると言えよう。

次に、個別調査対象に関する問題点を指摘しておきたい。第一に、⑦は特定秘密取扱者の経済状況が特定秘密の漏洩に直ちに有意な影響を与えるとは言えないことから、不適切である。第二に、①はスパイ・テロリズムとの関係を調べるため、評価対象者の家族（配偶者、父母、子、兄弟姉妹、配偶者の父母と子）及び同居人の個人情報（氏名、

生年月日、国籍、住所）も調査対象としているが、家族等の調査対象者の広範囲の設定に加え、国籍（過去国籍を含む）まで調査対象に入れる合理的な理由を発見し難い。立法者の不必要な地域的・宗教的偏見や差別意識が疑われる。第三に、①②③に関する調査は過度に行われる場合、思想信条調査につながり、思想良心の自由及びプライバシーを侵害しかねない。第四に、⑤はプライバシーの核心領域の一つで、調査方式によっては評価対象者の人格的生存を害し得る。

以上、特定秘密の漏洩防止のためその取扱者を一定の評価を通じて厳選する必要性は否定できないが、このような目的と評価対象者の基本的人権を同時に考慮した専門的かつ合理的な評価が行われるように、調査対象・方式の再確立が求められる。

## 六 特定秘密に対するチェック

特定秘密が真正秘密としてその正当性を付与されるためには、非公知性を害しない範囲内で国民の知る権利に基づく非当事者によるチェックが必要不可欠である。特定秘密の運用に関する一切のプロセス（指定・管理・解除等）の当否に対するチェックが機能しなければ、政府の恣意的な運用による前述のような不当な情報統制・隠蔽を招きかねないからである。このようなチェックは大きく三権分立の観点から国会と裁判所によるチェック、専門的で市民の立場に立った第三者機関によるチェックがあり得るが、双方とも機能するのが望ましい。では、特定秘密保護法が想定するチェックメカニズムについて検討してみよう。

## 1 国会及び裁判所によるチェック

国会と裁判所による行政府に対するチェックは、国家権力の牽制と均衡 (checks & balances) の原理から緊要である。今日、高度情報化社会において情報の高い価値 (情報力) に鑑みれば、行政府への極度の情報集中・統制は三権分立の形骸化を生む<sup>28)</sup>。とりわけ、代議制民主主義の下、国権の最高機関である国会 (憲法第四一条) が本来の機能を遂行するためには、国家機密を含む国政情報への国会の監視・統制は欠かせない。しかし、特定秘密保護法は、必ずしも国会や裁判所が行政府の特定秘密に適時アクセスできる制度設計になっていない。

まず、国会は国家安保に著しい支障を及ぼす恐れがない等の厳格な要件の下、非公開の審査・調査に限り、行政機関の長から特定秘密の提供を受ける (第一〇条)。結局、国会は行政機関の長による国家安保に著しい支障を及ぼす恐れがない等の判断を前提に、非公開のいわゆる「秘密会」のみが特定秘密にアクセスできるに止まるため、当該特定秘密に対するチェック機能は十分に発揮できない。加えて、自民党のインテリジェンス・秘密保全等検討プロジェクトチームが示した国会内における常設の監視機関の設置案 (二〇一四年三月) によると、同機関の監視機能は国会の各委員会から要請がある時に限り、政府から特定秘密の提供を受けて秘密会で検証するだけで、秘密指定の適否判断には及ばない。一方、国会は政府から毎年、特定秘密の指定・解除及び適性評価の実施状況に対する報告を受けることになっているが (第一九条)、特定秘密の実質にアクセスできず、事実上追認せざるを得ない。

次に、裁判所は特定秘密関連訴訟において当該特定秘密に自動的にアクセスできず、国会と同様、行政機関の長による国家安保に著しい支障を及ぼす恐れがない等の判断を前提に、当該特定秘密の提供を受ける (第一〇条)。従って、裁判所は、現行法上情報公開訴訟において訴訟対象の現物を裁判官だけが直接見て審理する制度である、いわゆるイ

ンカメラ (in camera) 審理が認められていない上、特定秘密に関わる情報公開訴訟に際し当該特定秘密へのアクセスが行政府の判断に委ねられ、実質秘性の判断が困難となる。しかも、ここで裁判所の審査対象は特定秘密としての指定の妥当性ではなくそもそも開示すべきかどうかに限られることに注意を要する。<sup>29)</sup> 一方、特定秘密犯罪刑事訴訟において被告人・弁護人は当該特定秘密へのアクセス自体が事実上封鎖される(その入手を共謀するだけで犯罪成立)中、外形立証による限り、憲法が保障する公正な裁判(第三七条、八二条)や罪刑法定主義(第三一条)に抵触しかねない。

以上、国会と裁判所による特定秘密に対するチェック機能は限定的で、行政府の特定秘密の運用に関する一切の裁量を牽制・抑制するには力不足である。

## 2 第三者機関によるチェック

第三者機関による国家機密に対するチェックは市民の立場で行う監視・検証で、民主主義原理に符合する。第三者機関による国家機密に対するチェック機能が正常に作動されるためには、専門性は勿論、ツワネ原則も提示しているように、被監視機関からの独立(組織・運営・財政)が担保され、その任務遂行に必要な情報へのアクセスが十分に保障されなければならない。しかし、特定秘密保護法は内部的なチェックを規定する(特定秘密の指定・解除及び適性評価の実施状況に関する総理の指揮監督)ものの、外部的チェックに関しては第三者機関の設置検討の確認に止まり(付則第九条)不透明である。

第三者機関の構造及び設置の有無をめぐる野党の圧迫が強まり、政府は法案審議の最終局面において特定秘密の運用に対するチェックを名目に、①保全監視委員会、②情報保全諮問会議、③独立公文書管理監、④情報保全監察室の

新設を表明した。具体的には、①は内閣官房に設置され（内閣情報官、警察庁及び外務省・防衛省の事務次官級中心で構成）特定秘密の指定・解除及び有効期間の設定等をチェックし、②は特定秘密保護法第一八条に基づく有識者グループ（情報保護等の専門家で構成）で特定秘密の指定・解除及び適性評価に関する運営基準の策定の際意見を提示し、③は内閣府に設置され（審議官級で構成）特定秘密が記録された行政文書の廃棄可否を判断し、④は内閣府に設置され（警視庁及び外務省・防衛省の官僚で構成）特定秘密の指定・解除や有効期間の設定・延長の適否を監察し検証・監察して必要な場合は非勧告するとともに、特定秘密の指定が解除された文書の廃棄可否を判断する、という構想である。

本構想によると、複数の第三者機関が設置され、一見政府の特定秘密の運用に対する重層的なチェックが期待できる。しかし、各機関の構成や機能に着目すれば、真の第三者機関とは相当隔たりのある急造された構想に過ぎないことが分かる。①③④は結局、政府内官僚組織の延長で独立性・公正性の担保がなく、とりわけ①④はその権限が重複し（④が①を補佐）、③④も一部権限が重なる。②は独立性は認められるものの、個別特定秘密の把握・チェック権限がなく関与度が限定的である。従って、本構想は、名ばかりの第三者機関に政府の特定秘密の運用に対する検証・監察を一任することで、真の第三者機関の設置を回避するものである。

以上、政府が構想する第三者機関による特定秘密に対するチェックは、第三者機関の第三者性（独立性・公正性）の欠如により機能不全を招きかねず、国民の知る権利を等閑視した政府の恣意的な特定秘密の運用が懸念される。

## 七 特定秘密と知る権利

国家機密と国民の知る権利との関係は常に論争を呼ぶ。国家機密を優先すれば知る権利を含む国民の基本的な人権が

侵害される恐れがあり、知る権利を優先すれば国家安保が害され得る。両者はこのような微妙な関係から、均衡の取れた高度の調整を要すると言えよう。特定秘密保護法は国民の知る権利の保障に資する報道・取材の自由に対する十分な配慮義務を課し（第二二条第一項）、正当な取材行為の要件を設定している（第二項）。これで特定秘密と知る権利は高度の調整が担保されたのか？ 知る権利の構造及び情報公開、特定秘密と報道・取材の自由の二つの論点から検討する。

## 1 知る権利の構造及び情報公開

### 1) 知る権利の構造

政府・自民党は情報公開法制定（一九九九年）当時も、知る権利の憲法的根拠や法的権利としての確立可否に疑問を提起し、同法目的条項に知る権利の明記を回避した経緯がある<sup>30</sup>。

しかし、知る権利は既に学説・判例上「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と規定している憲法第二一条第一項に基づき、憲法的地位を得ていることに留意する必要がある。知る権利は、一般的に接近可能な情報源から自由に情報を受領・収集することのできる権利で、情報の受け手の観点から表現の自由を再構成した概念であり、現代的表現の自由の重要な要素である。学説は、表現の自由を情報の収集・処理・伝播・受領等情報流通の全過程の自由として捕捉することで、個人の意思形成や思想・情報の発表の自由と、公権力を含む一切の情報源が有する思想・情報に接近してそれを受領・収集する自由（知る権利）を表裏一体的に把握する。すなわち、知る権利は自由かつ豊富な情報の流れを目標とする表現の自由及びその延長線上にあり、ひいては民主主義形成の基礎原理であり<sup>32</sup>、国民主権、民主的統制という憲法構造自体と密接に関わっている。最高裁も「各人が自由にさま

さまざまな意見、知識、情報に接し、これを撰取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要であつて、このような情報等に接し、これを撰取する自由は、「憲法第二一条第一項」の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれる」と判示し、<sup>34)</sup>知る権利の意義及び根拠を明らかにしている。

知る権利は、大きく個人が公権力や他人から妨害を受けずに情報を受領・収集する自由（広義）と個人が国家に対し意思形成や国政への関与に必要な情報の公開を要求する請求権（狭義）に分類できる。<sup>35)</sup>広義の知る権利は、国政情報を含む公的・社会的情報に自由に接近して受領・収集する自由（知る自由）で、早くから司法の承認を受けてきた。<sup>36)</sup>広義の知る権利は、実際は報道機関により充足される部分が少なくないため、報道・取材の自由と不可分の関係にある。狭義の知る権利は、政府が保有している情報に対する積極的な情報収集権（情報公開請求権）で、その憲法的根拠に関する最高裁の明瞭な論及がないものの（下級審では多数散見される）、表現の自由がその中心にあることは言うまでもない。実際、情報公開法も目的条項に知る権利の明示はないものの、狭義の知る権利を前提に成立・存立していることは自明である。

## 2) 知る権利と情報公開

以上のような知る権利の構造に鑑みれば、国家機密も政府情報であるだけに、広狭両面の知る権利からの挑戦に直面する。しかし、特定秘密保護法は広義の知る権利の脈絡から知る権利を明記しているのみで、狭義の知る権利については特定秘密が指定解除に至らない限り、根本的に封鎖する構造である。これは、情報公開法がいわゆる国家機密を<sup>37)</sup>

不開示情報の一つとして規定していることと軌を一にする。しかも、特定秘密は指定から解除されても情報開示が実現される保証はない(指定の有効期間が三〇年上限の特定秘密は総理の同意下で廃棄も可能)。また、前述したように、行政府の牽制機関であるの国会と裁判所も調査・審理の際、行政機関の判断次第では特定秘密へのアクセスが拒まれる。

一方、広義の知る権利も特定秘密保護法に明記されているものの、次のような事実から実効性に乏しい。第一に、同規定が努力義務に過ぎないことは別論としても、特定秘密の広汎性とその真の監督機関の不在により安全保障・治安に関する膨大な情報が国民の耳目から遊離され、後で詳述するように、報道機関の「正当業務行為」を通じてのみそれに対する接近・認知が辛うじて期待できる。第二に、特定秘密保護法は既存の国家機密法制(国家公務員法、自衛隊法等)と比較すると、犯罪に対する厳格な厳罰性、官民を問わず侵害犯は勿論、共謀・教唆・煽動等危険犯に対する包括的な制裁を予定しているため、不可避的に関連ジャーナリズム・著述・研究活動と内部告発の萎縮を招く。第三に、国民の知る権利は後述する報道・取材の自由を説明するための文脈で用いられているだけである。よって、過度な行政裁量により特定秘密の美名下で違憲・違法秘密が特定秘密として指定されても、その事実関係に対する国民の知る権利の実現はほぼ絶望的である。結局、特定秘密保護法上の国民の知る権利に関する規定の実効性の欠如に注目すれば、政府・自民党の同規定をめぐる豹変(当初は未規定、法案提出の直前に公明党の要求により規定)は法律成立を優位に進めるための取引材料だったかも知れない。<sup>(39)</sup>

このような知り権利の機能不全は、特定秘密保護法以前に国民の知る権利を基盤とする情報公開・管理法制にも顕著に見られる。現行情報公開法は目的条項に知る権利の明記を回避しているのは勿論、国家機密を含む不開示情報の広汎性(第五条)、行政文書の存否応答拒否制度(第八条<sup>(40)</sup>)、非開示処分取消請求訴訟手続においてインカメラ審理の

非採用等の制度上の問題点に加え、実務上積極的な情報開示が行われていない<sup>(41)</sup>。しかも、情報公開法の施行前に都合な真実等を含んでいるものと見られる行政文書が大量に破棄された<sup>(42)</sup>。にもかかわらず、情報公開制度の実効性を確保するための公文書管理法の立法が遅延された(二〇〇九年制定)上、同法は他の法律・命令に特別の定めがある場合は同法の適用を除外している(第三条)。実際、国会と裁判所の公文書、検察の刑事事件文書、防衛秘密等は同法の規律を受けておらず、同法の目的条項が掲げる国民共有の知的資源に対する主権者である国民の主体的利用(第一条)とは相当乖離がある。

国民主権(民主主義)の原理に基づく国民の国政参加は、そのための意思形成や公的討論の基礎となる政府情報への十分なアクセスの保障がなければ砂上の楼閣に過ぎない。このような政府情報への国民のアクセスの保障は、政府の裁量行為ではなく、国民主権の原理の下国民から公権力の付託を受けている政府の自らの活動について説明する責務(accountability)<sup>(43)</sup>で、当然の帰結である。この説明責任によれば、国民から情報公開請求がない場合でも、政府が国民に対し行政活動に関する情報を積極的に提供し、行政がどのように行われているかについて説明する責務を負う<sup>(44)</sup>と言えよう。すなわち、政府は政府情報への広狭両面の知る権利を実質的に保障すべきである。にもかかわらず、上述したように現行情報公開・管理法制の現実には、政府による情報独占・統制が容認されかねない構造である。

従って、国家機密保護も重大な事案であるが、秘匿の要否を問わず政府情報の最終所有者が国民であるという事実<sup>(45)</sup>に立脚すれば、政府情報の公開原則に充実した情報公開・管理法制の再定立が先決課題である。その上、特定秘密保護法を再考し、国家安保と直結した必要最小限の国家機密に限って例外的扱いを許容する立法への変更を模索すべきである。ただし、そのような場合でも、国家機密の概念は時間と空間により相対的であるため、その公開が国民の利益と判断されるときには、保護期間と関係なく、政府の自発的な公開・説明がなされるべきであり、国民の公開請求

権も保障されなければならない。

## 2 特定秘密と報道・取材の自由

特定秘密保護法第二二条第二項は出版・報道従事者の取材行為は、専ら公益を図る目的を有し、かつ、法令違反または著しく不当な方法によらない限り、正当業務行為であると規定している。同規定は、報道機関が正当業務行為により特定秘密犯罪（漏洩等）を犯しても免罰されることを示唆するものである。これは、早くから最高裁が「報道機関の報道は、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、国民の『知る権利』に奉仕するものである」と判示したように<sup>(45)</sup>、報道機関の対国民関係においてその公共的使命を重視し、一種の特権を付与したものと分析することができる。しかし、同規定は、公務員以外の者による国家機密の保有・流布等を免罰するツワネ原則の発想と根本的に異なり、一九八六年提示された防衛秘密に係るスパイ行為等の防止に関する法律案が報道機関の報道・取材の自由の制限を狙って盛り込んでいた「出版又は報道の業務に従事する者が、専ら公益を図る目的で、防衛秘密を公表し、又はそのために正当な方法により業務上行った行為は、これを罰しない」（第一三条第二項）という規定をほぼ踏襲していることから、当時提起された批判から基本的に自由になれないことに留意する必要がある。

第一に、出版・報道従事者の範囲等テクニカルな問題は別論としても、「専ら公益を図る目的」が認められる余地が極めて低い。これは、名誉毀損の違法性阻却事由（刑法第二三〇条の二第一項）が掲げる私的利益に対する対抗としての「専ら公益を図る目的」とは次元が異なる、国家の存立に關係する国家機密の秘匿利益との比較衡量において優位に立たなければならないからである<sup>(46)</sup>。

第二に、報道機関の「正当業務行為」と認められない「著しく不当な方法」による取材行為に対する司法当局の恣意的解釈の可能性を排除できない。司法当局が法令違反には至らない取材行為につき、その正当性の有無を判断するのは基本的に筋道が立たないことは勿論、具体的にどのような取材行為が「著しく不当な方法」によるものかに関する基準設定も容易ではない。<sup>(47)</sup>これに関し、「沖縄密約事件」最高裁決定は、「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のかし「[ても」、それが真に報道の目的からためたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上は認められるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為」とし、「取材の手段・方法が贈賄、脅迫、強要等の一般の刑罰法令に触れる行為を伴う場合は勿論、その手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであつても、取材対象者の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上は認め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」と判示した。<sup>(48)</sup>同決定による「正当業務行為」は、①目的の正当性と②手段・方法の相当性の同時充足を要求するもので、②を厳格に解釈する場合、①と関係なく、②だけで「正当業務行為」の有無が決められる危険性がある。<sup>(49)</sup>例えば、報道機関が違憲・違法秘密が疑われる国家機密に対し、国民の知る権利の観点からその探知・収集・漏洩を図つても正当な取材ルートからは目的達成が現実上不可能に近いため、「著しく不当な方法」を極めて限定的に解釈しない限り、免罰規定は無意味になる。しかし、国家の存立に関係する国家機密の秘匿利益の前で「著しく不当な方法」が極めて限定的に解釈される可能性は希薄である。政府が、特定秘密保護法案の審議過程で特定秘密の漏洩防止のため、公務員と報道関係者の接触に関する規範の新設を示唆した後直ちに撤回した<sup>(50)</sup>ことも、この問題と無縁ではないと言えよう。

第三に、出版・報道従事者が特定秘密犯罪で起訴された場合、「専ら公益を図る目的」や「正当な方法」を主張して

積極的な防禦を行おうとするならば、取材源の暴露を伴うジレンマに直面し得る。<sup>51</sup>しかし、刑事上取材源の秘匿権は判例上必ずしも認められておらず、出版・報道従事者が取材源を保護しようとするれば、「専ら公益を図る目的」や「正当な方法」の積極的な立証を放棄し、制裁を甘受せざるを得ない。

結局、免罰規定は空念仏に過ぎず、国民の知る権利に奉仕する報道機関の報道・取材の自由が特定秘密との関係において比較劣位に置かれ、調査報道等の萎縮・障害は必至である。

## 八 結びに代えて

以上、国家機密に関する憲法原理や国際原則に照らし、特定秘密保護法の主要論点について批判的に検討した。国民主権、基本的人権の尊重、平和主義を基本原理とする現行憲法の下、国家機密法制は国家安保に直結した情報に限り厳格な要件の下でしか存立し得ない。国家機密と国民の知る権利との均衡を探究した、ヨハネスブルク原則やツワネ原則等国家機密に関する国際原則は、正当な国家安保の利益を前提に国家機密の存在を認めつつも、厳格なルールを提示している。しかし、特定秘密保護法は、必ずしも国家機密に関する憲法原理や国際原則に立脚しておらず、次のような問題点や欠陥を内包していることが明らかになった。

第一に、明確な立法事実が存在しないことから、特定秘密に対する神秘主義を助長し、超憲法的な機密主義を正当化しかねない。第二に、特定秘密の運用の仕組みは、「広汎かつ積極的な指定・保護」と「消極的な解除・公開」をベースとした情報統制的色彩が強い。第三に、行政府の特定秘密の運用に対する国会と裁判所によるチェックは限定的であり、政府が構想する第三者機関によるチェックも第三者性の欠如により実効性は期待し難いことから、行政府の恣意的な特定秘密の運用が憂慮される。第四に、特定秘密の秘匿利益と国民の知る権利の利益との関係は、均衡の取れ

た調整が図られておらず、明らかに前者に重きが置かれ、後者は全体的に軽視されている。とりわけ、国民の知る権利に奉仕する報道機関の報道・取材の自由は実質的に担保されておらず、特定秘密に絡む報道・取材の萎縮とその反動として権力濫用が懸念される。

このような膨大かつ重大な問題点や欠陥に鑑み、特定秘密保護法は廃止または抜本的な修正が求められる。同法を修正する場合は、国家機密に関する憲法原理や国際原則に立脚しつつ、既存の国家機密法制の全体的脈絡から体系的にアプローチしなければならぬ。その前に優先的に取り組まなければならないのは、国民の知る権利に十分応えていない情報公開・管理法制の強化である。確固たる情報公開・管理体制が確立されない限り、国家機密法制は国家安保ではなく、「政権安保」に悪用される危険性が高い。究極的に国家安保も、国家機密の国家統制ではなく、国民の国家機密を含む国政運営に関わる諸情報への民主的統制によって保たれるからである。

## 注

- (1) これによりMDA秘密保護法上の「防衛秘密」は「特別防衛秘密」に格上げされた。
- (2) 「行政機関が保有する国の安全、外交上の秘密その他の国の重大な利益に関する事項であつて、公になつていないものうち、特に秘匿することが必要なものとして当該機関の長が指定したもの」。
- (3) 本報告書に基づく秘密保全法構想に関する詳細な分析・批判は、田島泰彦・清水勉編『秘密保全法批判』（日本評論社、二〇一三年）参照。
- (4) 定例四大臣会合に加え、国防に関する重要事項を審議する九大臣会合（総理、副総理、官房長官、総務大臣、外務大臣、財務大臣、経産大臣、国交大臣、防衛大臣、国家公安委員会委員長）、重大緊急事態等に関する重要事項を審議する緊急事態大臣会合（総理、官房長官、予め総理により指定された国務大臣）の三形態の会合が存在する。
- (5) 「公になつていない情報のうちその漏えいが我が国の安全保障に支障を与えるおそれがあるものを取得するための活動、核兵器、軍

- 用の化学製剤若しくは細菌製剤若しくはこれらの散布のための装置若しくはこれらを運搬することができるロケット若しくは無人航空機又はこれらの開発、製造、使用若しくは貯蔵のために用いられるおそれが特に大きいと認められる物を輸出し、又は輸入するための活動その他の活動であつて、外国の利益を図る目的で行われ、かつ、我が国及び国民の安全を著しく害し、又は害するおそれのあるものをいう」(第二十一条第二項第一号)。
- (6) 「政治上その他の主義主張に基づき、国家若しくは他人にこれを強要し、又は社会に不安若しくは恐怖を与える目的で人を殺傷し、又は重要な施設その他の物を破壊するための活動」(第二十一条第二項第一号)。
- (7) 既存の自衛隊法上の防衛秘密は特定秘密の一分野である防衛に関する事項と重複するため、特定秘密に吸収された(付則第三条)。
- (8) 内閣の承認が得られなかったときは、当該指定に係る情報が記録された行政文書ファイル等の保存期間の満了とともに、これを国立公文書館等に移管しなければならない(第四条第六項)。
- (9) ①「武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物(船舶を含む)」、②「現に行われている外国の政府又は国際機関との交渉に不利益を及ぼす恐れのある情報」、③「情報収集活動の手法又は能力」、④「人的情報源に関する情報」、⑤「暗号」、⑥「外国の政府又は国際機関から六〇年を超えて指定を行うことを条件に提供された情報」、⑦「前各号に掲げる事項に関する情報に準ずるもので政令で定める重要な情報」(第四条第四項)。
- (10) 佐藤幸治・松井茂記「外交秘密と『知る権利』」判例時報八九六号(一九七八年)一一八頁参照。
- (11) 過去、判例上下級審では形式秘説と実質秘説の対立があつたが、実質秘説が最高裁により採用され(最一小決一九七七年一月九日刑集三一巻七号一〇五三頁、最一小決一九七八年五月三一日刑集三二巻三三四五七頁)定着しており、学説もこれと軌を一にする。
- (12) 長谷川正安「現代における国家機密とスパイ等防止法案」法律時報五七巻二二号(一九八五年)六頁。
- (13) 右崎正博「国家秘密と憲法原理」田島泰彦・清水勉編『秘密保全法批判』(日本評論社、二〇一三年)八八頁。
- (14) 松井茂記『日本国憲法』(有斐閣、一九九九年)一九六～一九七頁。
- (15) 最大判一九五九年一月一六日刑集一三巻一三号三二二五頁。
- (16) 石村善治「マス・メディアをめぐる諸問題」ジュリスト第七〇九号(一九八〇年)三〇頁。
- (17) Sandra Coliver, 1998, "Commentary to: The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information", *Human Rights Quarterly* 20(1), pp. 13~14.

- (18) 詳細は、飯野守「国の安全、表現の自由及び情報へのアクセスに関するヨハネスブルク原則」法律時報六八巻一二号（一九九六年）七四〇七七頁、田島泰彦「諸外国は国家の秘密と市民の自由にどう向き合っているか―はじめに」田島泰彦・清水勉編『秘密保全法批判』（日本評論社、二〇一三年）一六九～一七二頁参照。
- (19) Resolution 1954 (2013).
- (20) 毎日新聞二〇一三・一〇・二六付朝刊。
- (21) 端的に、政府が外国からの秘密情報を入力すればその翌日新聞に当該情報が掲載される等の比喻により日本国内に多数のスパイの暗躍を強調する論理で、一九八〇年代国家機密法制の提案の背景にもなった。
- (22) 東京新聞二〇一三・一一・九朝刊再構成。
- (23) 第一八五国会衆議院本会議二〇一三・一一・七、安倍総理答弁。
- (24) <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14017&LangID=E>
- (25) 最小決一九七八年五月三一日刑集三三巻三三四五七頁、東京高判一九七六年七月二〇日判時八二〇号二六頁。
- (26) 第一八五国会衆議院本会議二〇一三・一一・一一、森雅子・特定秘密保護法案担当大臣答弁。
- (27) 衆議院議員長妻昭君提出特定秘密保護法案及び防衛省の秘密解除後の文書公開と破棄に関する質問に対する答弁書（二〇一三・一一・六）。
- (28) 綿織淳・丸山輝久・藤森勝年「情報法制の基本原則と国家秘密法案」法律時報五九巻五号（一九八七年）二八頁。
- (29) 穴戸常寿「特定秘密保護法案の核心」世界第八五〇号（二〇一三年）八九頁。
- (30) 宇賀克也「情報公開法の理論」（有斐閣、二〇〇〇年）二二頁。
- (31) 奥平康弘「表現の自由Ⅰ」（有斐閣、一九八三年）一一頁、佐藤幸治「憲法」第三版』（青林書院、一九九五年）五一三～五一七頁等。
- (32) 石村善治「知る権利」和田英夫他編著『有倉遼吉教授還暦記念 体系・憲法判例研究Ⅱ 基本的人権Ⅰ』（日本評論社、一九七四年）一九〇頁。
- (33) 奥平康弘『知る権利』（岩波書店、一九七九年）二八～三三頁、奥平康弘『表現の自由Ⅰ』（有斐閣、一九八三年）八九頁。
- (34) 最大判一九八九年三月八日民集四三巻二号八九頁。
- (35) 芦部信喜『人権と議会政』（有斐閣、一九九六年）四八～五〇頁。

- (36) 最大決一九六九年一月二六日刑集三三卷一十一号一四九〇頁、最決一九七八年五月三十一日刑集三三卷三三号四五七頁等。
- (37) 「公にすることにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利を被るおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」(第五条第三号)。
- (38) 田島泰彦『「秘密法案」はこの国の言論をどう変えるか』放送レポート第二四六号(二〇一四年)一二頁。
- (39) 結城洋一郎『特定秘密保護法』案の内容と問題点 北海道自治研究五三九号(二〇一三年)五頁。
- (40) 開示請求に対し、当該開示請求に係る行政文書が存在しているか否かを答えるだけで、不開示情報を開示することとなるときは、行政機関の長が、当該行政文書の存否を明らかにしないで、当該開示請求を拒否できる制度。
- (41) 総務省「平成二四年度における行政機関及び独立行政法人等の情報公開法の施行の状況について(概要)」によると、二〇二二年度、行政機関に対する情報開示請求についての結果は、全部開示決定五〇・六％、部分開示決定四七・二％、非開示決定二・二％、独立行政法人等に対する情報開示請求についての結果は、全部開示決定四二・六％、部分開示決定四七・一％、非開示決定一〇・三％で、いずれの全部開示決定も全体の約半数に止まる。
- (42) 特定非営利活動法人情報公開クリアリングハウス「各行政機関の文書廃棄量調査結果」(二〇〇四・二二・七)。代表的な事例として、いわゆる「沖縄密約事件」(西山太吉・毎日新聞記者が戦後米国に占領された沖縄の返還(一九七二年)に関する日米密約(米側が負担すべき土地補償費用を日本政府が肩代わりするという密約)情報を外務省の女性事務官から肉體関係後入手・暴露し(一九七一年)、有罪判決を受けた事件)の張本人である西山が後に提起した同密約をめぐる情報公開請求訴訟で東京高裁(東京高判二〇一一年九月二九日判時二二四二二三頁)が示唆したように、これに関する情報は廃棄された可能性が高い。
- (43) 右崎正博「情報公開法」法学教室第二三二二二号(二〇〇〇年)五頁。
- (44) 宇賀克也『情報公開法の理論』(有斐閣、二〇〇〇年)五〇六頁。
- (45) 最大決一九六九年一月二六日刑集三三卷一十一号一四九〇頁。
- (46) 奥平康弘「再び国家秘密法について——報道人免罰規定の意味」世界第四九八号(一九八七年)一二四〜一二七頁。
- (47) 森大臣は「沖縄密約事件」において西山の行為に匹敵するのは「著しく不当な方法」として処罰対象となることを示唆したが(毎日新聞二〇一三・一〇・二二付夕刊)、このような見解は本件の本質を糊塗する(密約自体の存否が本質的論点であるにもかかわらず、西山と外務省の女性事務官との肉體関係に焦点を当てている)ことで、「正当業務行為」を狭く解釈する余地を残す。
- (48) 最一小決一九七八年五月三十一日刑集三三卷三三号四五七頁。

- (49) 右崎正博「沖繩密約事件——国家の秘密と取材の自由」法学セミナー第二八三号（一九七八年）五一頁。
- (50) 産経新聞二〇一三・一一・三〇付朝刊。
- (51) 上口裕「刑事手続法からみる国家秘密法の問題点」法律時報五九卷五号（一九八七年）四四〜四五頁、穴戸常寿「特定秘密保護法案の核心」世界第八五〇号（二〇一三年）八九〜九〇頁。
- (52) 最大判一九五二年八月六日刑集六卷八号九七四頁。

## A Study on the Special Secrecy Law

Younghak HAN

The purpose of this article is to critically examine the special secrecy law passed in December 2013. I found that the law is not grounded in constitutional principle and international principle of state secrecy. First, since a clear legislative fact does not exist, the law fosters mysticism for the special secrecy, and it could justify the extra-constitutional confidentiality. Second, the mechanism of the law has the strong information control nature based on not only 'extensive classification and protection of secrecy', but also 'passive declassification and disclose of secrecy'. Third, the check by the Parliament and the court to the special secrecy is restrictive, and the check by the third party cannot expect effectiveness due to the absence of independence. Therefore arbitrary operation of the specific secrecy by the Executive branch is concerned. Fourth, the interest of the confidentiality of special secrecy and the people's right to know is not harmonized; the weight is clearly placed on the former and the latter is neglected wholly. Especially freedom of the press to serve the right to know of the people are not secured substantially, therefore abuse of power is concerned.

In the light of the serious defects of the special secrecy law, it should be abolished or thoroughly amended. When amending the law, it is necessary to approach systematically from the overall context of state secrets legislations under the constitutional principle and international principle of state secrecy.