

# 特定秘密保護法の運用上の課題

## —適用の限定、無力化、法の廃止に向けて

2016（平成28）年3月

大阪弁護士会秘密保護法対策本部

### 【目次】

はじめに	2 頁
第1章 特定秘密保護法の限定、無力化、廃止—その足がかり	4 頁
第2章 特定秘密保護法の背景—「安全保障」との関連	15 頁
第3章 適性評価の問題点と対応	21 頁
第4章 チェック機関の役割と問題点	26 頁
第5章 報道・取材の自由および知る権利の最大限の尊重	34 頁
第6章 情報公開法から見た特定秘密保護法	42 頁
第7章 特定秘密保護法の罰則と刑事裁判手続	47 頁
第8章 萎縮する必要はない	63 頁
結び	68 頁

## はじめに

特定秘密の保護に関する法律（以下、特定秘密保護法）は、多くの市民の反対を押し切って、2013年12月6日、国会において強行採決され、成立した。

この法律は、余りにも多くの問題点を抱えており、当会は、以下の点を指摘して、立案段階から一貫してこの法律の危険性を訴えて反対してきた。

- ・ 構成要件<sup>1</sup>の曖昧さや重罰規定により、国民の正当な活動やジャーナリズムの取材・報道などが規制されるおそれが高いこと
- ・ 秘密指定のチェックシステムに実効性が欠けていること
- ・ 違法秘密の排除システムとしての内部告発者の保護が欠如していること
- ・ インカメラ（裁判官のみの非公開手続）もなく、なにが秘密なのかかわからないまま、裁判がなされる事態もありうること
- ・ 広範な適性調査がプライバシーを侵害するおそれがあること
- ・ 罰則が重罰であるうえ、刑罰規定として問題のある共謀罪・独立教唆罪規定などが設けられていること

成立した法律は、上記の批判・懸念のほとんどを無視して強行採決されたものである。当会としては、いったん成立してはいるが、あくまで廃止するのが相当であると考えて、その意見も公表しているところである。

しかし、廃止に至るまではこの法律が適用されることになり、法律実務家としてはこの法律と真っ向から向き合わなければならない。その場合、正面からの憲法論議にとどまることなく、憲法やその他法令との整合性を求めてこの法律の適用範囲を狭め、あるいはその条項のより適正な解釈基準を打ち立てておくことも必要不可欠である。

この間の反対運動の成果として、法案審議の過程で、当会等が訴えてきた法案の危険性を否定しあるいは減弱するような政府答弁がなされ、より制限的な

---

<sup>1</sup> 構成要件とは、犯罪の成立に必要な要件として、法律が定めている類型をいう。

政府解釈の基準や内閣官房・逐条解説など<sup>2</sup>も公表されている。本書においてはこれらを整理し、万一この法律と向き合わざるを得ない事態となった時に、対抗するための武器として活用できるようにすること、それを通じてこの法律を無力化することを企図している。

また、不正確な知識が無用の委縮効果を生じさせることにならないように、マスメディアや自治体を始め、各方面で正確な知識を持ってもらう必要がある。

このような意図をもってこのリーフレットは作成されているが、委縮に対する予防薬としてはともかく、薬は使わなくて済むことが最も上策であることはいうまでもない。本書も店晒しになることを願いつつ、しかし、万一の時には、法律実務家が存分に活用いただけることと信じるものである。

---

<sup>2</sup> 2013年12月の強行採決後、「特定秘密の指定及びその解除並びに適性評価の実施に関し統一的な運用を図るための基準」（以下、運用基準）が閣議決定された。また、「特定秘密の保護に関する法律【内閣官房・逐条解説】」（以下、内閣官房・逐条解説）が内閣官房の特定秘密保護法施行準備室により公表されている。なお、政令としては、独立公文書管理監について定める「内閣府本府組織令等の一部を改正する政令」（以下、組織令）および「特定秘密の保護に関する法律施行令」（以下、施行令）が制定され、施行されている。

# 第1章 特定秘密保護法の限定、無力化、廃止

## —その足がかり

特定秘密保護法の適用を制限し、無力化し、さらにはその廃止を求めていく際の第1の足がかりは、いうまでもなく日本国憲法である。しかし、特定秘密保護法自体のなかにも、その足がかりは存在する。

### 第1 特定秘密保護法—日本国憲法への全面的な違反

特定秘密保護法は、それ自体として違憲の疑いが強い法律である。憲法の諸原理、諸制度ないし各条項は、それ自体として違憲の根拠となり得る。それとともに、それらは運用・濫用を抑制するための根拠となりうる。かりに、法それ自体として違憲ではないとされても、抑制的な適用をしなければ、違憲と解されるという構成（いわゆる限定合憲解釈）が可能である。

日本国憲法の三大原理は、いうまでもなく、国民主権（民主主義）、平和主義、基本的人権の尊重主義である。特定秘密保護法は、そのいずれとも衝突する。詳しくは、第2章以下で説明している。

#### 平和原理の侵害

特定秘密保護法は、軍事に関する法律、軍事立法であるとともに、軍事に関する施策を遂行するため、批判を排除するための治安立法でもある。特定秘密保護法は、もともと国家安全保障会議設置法および集団的自衛権の行使容認と一体となる軍事立法であり、前倒しで安保関連法に先立って強行採決された。安保関連法<sup>3</sup>は、相次ぐ強行採決のすえに、大多数の市民の反対を押し切って、

---

<sup>3</sup> 安保関連法は、政府は「平和安全法制関連二法」と呼ぶ。平和安全法制は、平和安全保障法制法（正式には、「我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律」と国際平和支援法（正式には、「国際平和共同対処事態に際して我が

2015年9月19日に成立した。安保関連法は、自衛隊の主要な業務を専守防衛から海外派兵、海外派遣へと転換するものである。自衛隊は、存立危機事態において米軍と一体となって武力行使をするだけでなく、それ以外の事態でも武器使用を拡大することで、戦闘に巻き込まれる危険が飛躍的に拡大した。それは、実質的に交戦権や武力行使を認めるものであり、憲法9条の平和主義に反する。このような危険な違憲立法の運用を特定秘密のベールで覆い隠し、私たちに知らせないのが、特定秘密保護法の基本的な役割であるといわざるをえない。

### 国民主権原理の侵害

国民主権との衝突は、市民の知る権利を侵害し、国政調査権の制限等、議会制民主主義の侵害を指摘できる。自衛隊の海外派兵、派遣については国会の承認が必要とされていても、特定秘密の国会への提供も限定されているため、国会での闊達な討論が阻害され、私たち市民に対する国会議員の報告は、固く禁じられ、違反すれば5年以下の懲役刑が科されることになる。これでは、議会制民主主義は機能不全に陥ることが避けられない。

### 基本的人権尊重原理の侵害

特定秘密保護法は、多くの点で、憲法で保障された基本的人権を制限し、侵害するおそれがある。特定秘密の漏えいは厳罰に処せられ、国家公務員等の表現の自由が制限される。外部から情報源にアクセスすることも、厳しい処罰の対象となる可能性があり、取材・報道の自由は侵害され、委縮させられる。罰則の規定も曖昧であり、「何が秘密、それもまた秘密」となり、処罰範囲が曖昧で、かつ広すぎる。秘密保護を優先させる結果、特定秘密の内容が明らかにされないまま、裁判が行われ、有罪が宣告されるおそれがある。これは、適正手

---

国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動等に関する法律)) という二本の法律から構成されている。前者は10本の改正法を束ねたものであり、後者は新規制定の法律である。この法律に批判的な側からは、「戦争法」と呼ばれる。このリーフレットでは、以下、安保関連法とする。なお、法制全体を指す場合は、安保法制とも表記する。

続の保障や公正な裁判を受ける権利、「疑わしい場合は被告人に有利に」といった基本的人権が侵害されるおそれがある<sup>4</sup>。

このように、特定秘密保護法は、憲法の原理や条項に反するものである。運用においては、これらの憲法の原理や条項が法の運用を排除するための最も有力な足場となることを意味する。かりに、法律自体が違憲とされない場合でも、運用の如何によっては、直ちに違憲とされる可能性をはらんでいる。

## 第2 特定秘密保護法に内在する足がかり

国家秘密法制は、「蟻の一穴から堤が崩壊する」という論理に基づいて、蟻の穴をことごとく塞ごうとする傾向を有する。そのため、秘密法制は一般に自己増殖し、完全主義に至る危険が大きい。ただ、特定秘密保護法は戦後初の本格的な国家秘密法制であることもあり、市民やメディアの強い批判を意識し、現状では完全主義とは言いがたいといえる。結論から言えば、特定秘密保護法の基本は、特定秘密を取り扱う者に重い守秘義務を課すことにある。その反面、情報を得ようとする市民やジャーナリストなどの行動に関する直接的な規制は、必ずしも完全主義とは言えない。言い換えると、出版・報道関係者を含め、市民は、警戒は必要であるが、委縮する必要はない。あえて言えば、過度の自主規制は有害無益である。ここでは、3つの点について、指摘する<sup>5</sup>。

第1は、特定秘密保護法には、特定秘密の探知・収集する行為を一般に処罰する規定は設けられておらず、特定秘密にアクセスする行為は24条の不正取得罪に該当しない限り、処罰されないという点である。

第2は、特定秘密保護法には、特定秘密の単純漏えい罪の規定は存在しないから、ジャーナリストなどが取材で知り得た特定秘密を公表しても、処罰されないという点である。

第3は、22条の人権配慮規定、とりわけ2項の正当業務行為による免責規定

---

<sup>4</sup> 詳しくは、第7章47頁以下を参照。

<sup>5</sup> 第5章および第7章もあわせて参照。検討に当たっては、施行令、運用基準および内閣官房・逐条解説の検討も必要不可欠である。

は、運用上処罰を限定するうえで、一定の積極的な役割を果たしうるといふ点である。

この法律では、アクセス行為に関する主な規定として、特定秘密の不正取得罪がある。これに加えて、漏えい罪の独立教唆罪や共謀罪、刑法上の教唆罪などが問題となる。しかし、法律が適正に運用される限り、その処罰範囲は必ずしも広くはない。とくに出版・報道機関、研究者などは、アクセスはかなり広く許容されている。

### (1) 特定秘密へのアクセスの処罰とその限定

一般に国家秘密法制では、秘密を管理する側の者による「漏えい」罪と秘密にアクセスする側の者による「探知・収集」罪の二つが、罰則の基本的な柱となる。「探知」とは無形的な秘密、すなわち情報としての秘密を積極的に獲得する行為をいう。これに対して、「収集」は、秘密を含んでいる有形的な文書・図画・物件を積極的に獲得する行為をいう。

#### 不正取得罪のしくみ

特定秘密保護法では、特定秘密の取扱い業者や業務上知得者に対しては、厳しい統制と罰則を規定している。他方、特定秘密についての探知・収集に関しては、一般的な探知収集罪の規定を置いていない。

特定秘密の不正取得罪（24条1項）は、次のように規定する。「外国の利益若しくは自己の不正の利益を図り、又は我が国の安全若しくは国民の生命若しくは身体を害すべき用途に供する目的で、人を欺き、人に暴行を加え、若しくは人を脅迫する行為により、又は財物の窃取若しくは損壊、施設への侵入、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、10年以下の懲役に処し、又は情状により10年以下の懲役及び1000万円以下の罰金に処する」。

この罰則は目的と行為態様の両面から構成されており、両方を充たさない限り犯罪とはならない。目的は、図利目的と加害目的に分けられる。前者は「外国の利益を図る目的」と「自己の不正の利益」があり、後者の加害目的は「わ

が国の安全若しくは国民の生命若しくは身体を害すべき用途に供する目的」である。前者のうち、問題となるのはいわゆるスパイ目的であるから、出版・報道関係者、研究者などの取材とは関係がない<sup>6</sup>。後者の加害目的の規定はかなり広く、漠然としており、濫用の危険がかなりある。アクセスする側は、出版・報道、学術研究などの公益性を主張することで、対抗する必要がある。すなわち、市民の知る権利に奉仕するものであるとか、学術・文化の発展に寄与すること自体が、加害ではなく、公益目的であることを主張することが重要であり、それを超える格別な「公益目的」を要求されないとすべきであろう。

不正取得罪の行為態様としては、二つの類型が想定されている。第1は、欺罔（欺く）等であり、欺罔のほか暴行、脅迫等で相手方に心理的な影響を与えて、特定秘密を取得する場合である。第2は、管理侵害行為であり、窃取や損壊、施設への侵入、通信の盗聴、コンピュータ不正アクセスなどが想定されている。ジャーナリストの取材活動が政府の開示する情報だけに頼っていたのでは、政府の広報誌と大差がなくなってしまう。厳しい競争が時に逸脱的な行動を引き起こすことになることがあろう。不正取得罪の行為態様を形式的に見ると、それらはジャーナリストの活動に適用されかねず、不当な結果になりかねない。

### 探知・収集と不法取得罪

特定秘密保護法は、探知、収集行為を包括的に処罰する規定は置いていない。したがって、24条の不正取得罪に該当しない限り、処罰されることはないはずである。過去の立法の例をみると、戦前の改正軍機保護法は「軍事上の秘密を探知または収集した者は、6月以上10年以下の懲役に処す」（同法2条1項）と規定していた。軍機保護法のこの規定は、包括的に探知、収集を処罰するものであった。しかし、そのような規定は特定秘密保護法には存在しないのであり、この法律では不正取得罪の類型に該当しない限り、探知、収集は処罰され

---

<sup>6</sup> もっとも、言いがかり的に「外国の利益を図る目的」とか「自己の不正の利益」を図るとして、捜査の対象とされる危険は存在する。

ないという趣旨であると解される。

### 教唆犯の成立の限定

ここで問題となるのは、特定秘密にアクセスする行為が特定秘密漏えい罪の教唆犯となり、処罰されるのではないか、という点である。故意の秘密漏えい罪には、刑法の一般的なルールに従って教唆犯が適用されるほか、特定秘密保護法は独立教唆罪をも規定している<sup>7</sup>。刑法の一般的ルールでは、教唆犯の成立には、特定秘密の漏えいを特定秘密の取扱い業務者や業務上知得者に対して働きかけ、漏えいを決意させるだけではなく、被教唆者が現に漏えいを実行することが必要である。この場合は、教唆者に対しては実行者（被教唆者）に対するのと同程度の刑罰を科することが可能である<sup>8</sup>。特定秘密保護法は、それとは別に独立教唆罪の規定も置いている。独立教唆罪は、被教唆者が犯罪を実行しなくても、犯罪の実行を決意させるだけで、教唆罪の成立を認めるものであり、一般的ルールの教唆犯よりも前の段階で犯罪の成立を肯定する<sup>9</sup>。

これらの二つの教唆犯によって、アクセス行為が処罰されるのか、ということがここでの問題である。特定秘密の取扱い業務者や業務上知得者に対して特定秘密の内容を聞き出そうとする行為が、教唆罪で処罰されるとすれば、一方でアクセス行為の処罰を限定し、不正取得罪にならなければ処罰しないとしながら、他方では、そうした行為を教唆罪として処罰するという矛盾を生じる。つまり、右手で与えておきながら、左手で奪っているようなものといえる。この矛盾は、特定秘密保護法 22 条 1 項の趣旨にしたがい、市民の権利、自由を保障するという方向で解釈、運用をすることによって、解決ないし緩和されるべきである。少なくとも、対向関係にあるアクセス行為の処罰は不正取得罪の限

---

<sup>7</sup> 相手方に対して特定の犯罪の決意を新たに生じさせることという。刑法の一般的ルールである教唆犯が成立するには、教唆された者が犯罪を決意し、実行行為を行うことが必要である。これを実行従属性という。

<sup>8</sup> 刑法 61 条。

<sup>9</sup> 通説的見解は、実行を決意させることまでは不要で、決意させようとするだけで足りるとするが、より処罰範囲を限定するために、決意の発生まで必要と解すべきである。この点の詳細は第 7 章 61 頁の脚注 62 を参照。

度で処罰されるにとどまるのであり、それを越えた処罰は認められないと解すべきである<sup>10</sup>。

しかし、およそ教唆罪はありえないかという点、そうではない。特定秘密の取扱い業務者や業務知得者自身に対してではなく、外国政府を含む第三者への漏えいや、不特定多数の者に対する漏えい（公表）を働きかける行為は、教唆罪に該当する。特定秘密の漏えいについて、特定秘密取扱い業務者や業務上知得者と共謀をすれば、共謀罪が成立する。さらに特定秘密保護法は、特定秘密の漏えいや不正取得の煽動罪も処罰するとしている。煽動とは、漏えい行為等を実行させる目的をもって、人に対して、当該行為を実行する決意を生じさせ、または生じている決意を助長させるような刺激を与えることをいう<sup>11</sup>。煽動の実体は、刺激を与えるような言語態度であり、煽動の対象となる相手方は不特定または多数人である<sup>12</sup>。それは通常のアクセス行為、すなわち不可罰的な探知・収集を超えるものであるから、煽動罪が成立する。

---

<sup>10</sup> この点については、次のような議論の余地がある。

犯罪類型として二人以上の関与を予定していて、一対の向き合う関係（対向関係）にある場合、対向犯と呼ばれる。賄賂罪における収賄罪と贈賄罪の関係がその典型である。贈賄しようとする者が、公務員に対して収賄をするよう働きかける行為は、収賄罪の教唆犯や幫助犯は成立しない。

特定秘密保護法では、漏えい行為とアクセス行為（探知・収集）は対抗関係にある。立法者意思は、あくまで探知・収集は不正取得罪に限定して処罰するという点にあり、不正取得に至らない行為は犯罪ではないということであろう。

この立法者の意思は、教唆罪の成立をも制約する。探知・収集は、対向的な立場で、漏えいするよう働きかけるという教唆行為に他ならない。探知・収集型の行為は、不正取得罪に該当する場合に限って処罰する。不正取得罪の行為類型に該当しない働きかけの行為でも、教唆犯としては処罰するという解釈は、立法者意思にも反するであろう。探知、収集する側が漏えいを働きかけても、教唆罪は成立しないと考えられる。同様に、すでに漏えいを決意している者に対して、漏えいを援助する行為もほう助罪には該当しない。

ただ、この問題に関する検討は十分に行われておらず、現状では、こうした解釈が広く支持されているというわけではないことをお断りしておきたい。

<sup>11</sup> 内閣官房・逐条解説 141 頁を参照。

<sup>12</sup> 取扱い業務者や業務上知得者に対する漏えいの煽動や不正取得の煽動というのは、想定しづらい状況であり、そのような取り締まりは、法の濫用となることが多い。

## (2) 漏えい罪の成立の限定

### 単純漏えいの不処罰

この法律の罰則のなかには、「単純漏えい」の処罰規定がない。この「単純漏えい」というのは、特定秘密を保有する者が、保有・知得に至った事情の如何を問わず、漏えいすることである。戦前の軍機保護法、国防保安法、戦後のMDA秘密保護法には、単純漏えい罪の規定がある。単純漏えい罪は、もともと、ジャーナリストなどの処罰を狙ったものである。

特定秘密保護法における漏えい罪は、特定秘密の取扱い業務者および業務上知得者に限定している。取扱い業務者は、各行政機関における適性評価を経て、特定秘密を漏らすおそれがないと認められた者である。業務上知得者は、取扱い業務者から、公益業務の必要から、この法律の定める厳格な手続を踏んで特定秘密を「提供」されることによって知得する場合に限られる。それ以外の者は、取扱い業務者にも業務上知得者にもならない。

したがって、ジャーナリスト、市民運動、弁護士、一般市民は、取扱い業務者でも、業務上知得者でもなく、漏えい罪の主体ではない。

### 単純漏えいの不処罰と市民的自由の保障

ジャーナリストに対して特定秘密を含む情報が匿名の内部告発によって送付されてきた場合、このジャーナリストが、それを真正なものと判断し、公表しても犯罪には該当しない。また、国会議員や市民運動の活動家に対して匿名の内部告発で特定秘密が送られてきた情報をそれらの者が公開した場合、あるいは、弁護士が刑事裁判などで被告人との接見などから知った特定秘密を法廷で明らかにする場合、いずれも単純漏えいにすぎず、特定秘密保護法では処罰されない。これらのことは、一般市民の場合も同様である。たまたま、何らかの事情によってインターネット上で特定秘密が流布していることを知って、それを第三者に広げる場合や、道路で落ちていたカバンを見つけ中身を確認したところ、特定秘密を含む資料であることを発見して、その資料を自分のカメラで記録した後、これを第三者に広げた場合、いずれも単純漏えいにとどまり、犯

罪とはならない。特定秘密保護法でいう「提供」がもとになって知得しているわけではないからである。

特定秘密に当たる情報が、①インターネットで流れている場合、②日本国内では特定秘密とされているが、外国ではすでに公表されている場合、③行政機関の庁舎で偶然知り得た場合、④電車の中の忘れ物、落とし物の中に含まれている場合、⑤誤って配達、配信された場合、⑥取扱い業務者、業務上知得者でもない者が行政機関の庁舎や事業所内で偶然に特定秘密を知った場合、それらの情報を伝達、公表などをしたとしても、特定秘密保護法でいう「漏えい」罪は成立しない。

もちろん、取扱い業務者や業務上知得者に対する罰則の適用は可能となる。とりわけ、内部告発者からの通報の場合には、受け手の側が情報源を秘匿することが求められるのは、当然である。また、特定秘密を知って保有している場合、最終的には無罪と判断されるとしても、捜査の対象となりうることは想定しておく必要がある。しかし、単純漏えいが処罰されないことの意義は、きわめて大きい。

### (3) 正当業務行為の規定の活用

この法律は、22条2項で「出版及び報道の業務に従事する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、法令違反又は著しく不当な方法によるものと認められない限りは、これを正当な業務による行為とするものとする。」と規定する。

#### **正当業務行為による免責**

もともと正当業務行為は、刑法35条に規定があり、形式的には刑法の罰則に該当する行為であっても、法秩序全体の見地から、正当な業務による場合は、その行為は違法ではないとするものである。その典型は、刑事施設内で刑務官が行う死刑の執行である。それは、殺人に該当するが、職務行為として正当化される。正当業務行為では、一般に、行為の目的、態様（方法）、その行為により守られる利益と害される利益との比較などにより、その行為が正当化されるかどうかを判断する。正当化されれば、犯罪とはならず、処罰されない。

なお、特定秘密保護法 22 条 2 項は、「法令違反又は著しく不当な方法によるもの・・・と認められない限り」(傍点筆者) という否定形で書かれていることに注意しなければならない。出版・報道業務の従事者の取材活動に関して、原則不処罰であり、例外的に処罰されると読むのが素直な解釈である。22 条 2 項は、刑法 35 条の再確認にとどまらず、それ以上の強い効果を認めていると解される。その一つに、立証責任の問題がある。一般に刑事裁判で刑法 35 条の業務の正当性の立証責任は誰が負うのかについては、被告人が負うという見解も有力である。しかし、22 条 2 項の場合には、そのような解釈の余地はない。原則不処罰であるから、検察官が法令違反又は著しく不当な方法による取材であることの立証責任を負うと解される。

なお、22 条 2 項は、不正取得罪、特定秘密漏えいの共謀罪・独立教唆罪・煽動罪、刑法の教唆罪・幫助罪などに広く適用される。

#### 不処罰となる取材活動

行為の方法に関して、どのような場合に「法令違反又は著しく不当な方法」となるかが問題となる。この点について、内閣官房・逐条解説は、次のように具体例をあげて、処罰の対象とはならないと示している。

- ① 夜討ち朝駆け
- ② 複数回、頻繁にわたるメール、電話、直接の接触
- ③ 個人的関係に伴うコミュニケーション又は飲食
- ④ たまたま入室可能な状態となっていた部屋に入り、閲覧可能な状態のパソコン画面あるいは紙媒体の特定秘密を閲覧すること
- ⑤ 裏向きで机の上に放置されている情報を裏返して、閲覧、写真撮影を行うこと
- ⑥ 省エネモードになっているパソコンをワンタッチすることで起動して、パスワード等の設定されていないデータを閲覧すること
- ⑦ 特定秘密取扱業務者の関係者及び周辺者に対する取材
- ⑧ 特定秘密取扱業務者に関係の深い部局担当者への取材

- ⑨ 特定秘密を知得しているであろう政治家への取材
- ⑩ 特定秘密取扱業務者の家族への取材
- ⑪ 適合事業者への取材等

先に検討したように、不正取得罪では、欺罔（だます）等の行為と管理侵害行為に分けて、規定している。少なくとも、①から⑪に規定する行為である場合には、形式的には不正取得罪の欺罔等や管理侵害に当てはまったとしても、22条2項により、正当化される。同じことは、特定秘密漏えいの共謀罪・独立教唆罪・煽動罪、刑法の教唆罪・帮助罪についてもいえる。もっとも、漏えいする側については、22条2項は及ばず、犯罪は成立する。したがって、取材・報道に当たっては、情報源の秘匿を徹底することが求められる<sup>13</sup>。

---

<sup>13</sup> もっとも、この具体例を細かく検討すると、次のような疑問が浮かび上がる。⑦⑧⑩⑪は取扱い業務者の関係者や周辺者に対する取材である。取扱い業務者に対する直接の取材は、これには含まれていない。業務上知得者の場合はどうか。例示に含まれていないから、直接の取材も許容されると解される余地がある。①④⑤⑥の行動は、取扱い業務者を除くとはしていないから、取扱い業務者が存在する空間での行動をも認めるものといえる。形式的に住居侵入や業務妨害等に該当したとしても、軽微なものであれば、正当業務行為性は否定されない。②③は、対面的な接触を意味するが、取扱い業務者も除外されていない。もっとも取材と接触の線引きは曖昧である。取扱い業務者と接触する際にその人がポロリと特定秘密を洩らした場合、その接触のゆえに正当業務行為性が認められないというわけではない。もっとも、取扱い業務者の側は、漏えい罪ないし過失漏えい罪の責任を問われる。

## 第2章 特定秘密保護法の背景

### — 「安全保障」との関連

#### 第1 なぜ、特定秘密保護法を制定したのか—その背景

政府は、なぜ、特定秘密保護法を制定したのか。その答えは、端的に言えば、米国との軍事同盟強化にある。

日米安全保障条約を前提とした、米軍・米軍装備品等の限定された範囲の情報について、これらの情報を探知、収集、漏えいすることを罰する法律は既に存在していた<sup>14</sup>が、安全保障情報に関する包括的な秘密保全法制は、従前、存在しなかった。

#### 冷戦終結後の日米安保再定義

冷戦終結後、このような状況は大きく変化する。1996年、橋本首相とクリントン大統領との間で交わされた日米安保共同宣言、それを受けた日米防衛協力のための指針（第1次ガイドライン）は、従来の日米間、極東の範囲から、その範囲をアジア太平洋地域にまで拡大し、有事を含め一步踏込んだ軍事同盟化への色合いを濃くするものであった。さらに、2000年に発表された、いわゆる第1次アーミテージ・レポート<sup>15</sup>は、さらなる日米軍事同盟の強化、日本の有事法制整備、日本の集団的自衛権行使を求めたが、小泉内閣の下でのテロ特措法等および有事法制の整備、そして安倍内閣の下での集団的自衛権行使容認の閣

---

<sup>14</sup> 日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う刑事特別法（1952年）、日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法（MDA 秘密保護法）（1954年）。

<sup>15</sup> INSS Special Report “The United States and Japan: Advancing Toward a Mature Partnership”、「国防大学国家戦略研究所特別報告 合衆国と日本—成熟したパートナーシップに向かって」。

議決定とそのための安保関連法の制定の動きを見れば、レポートで求められたことが着々と実現されていることがわかる。情報分野においても、このレポートは、諜報活動についての日米協力の重要性が強調され、そのような協力関係を築く前提として、機密保持のための新たな法整備が必要だと主張されるようになった。

### **GSOMIA の締結**

このような日米軍事同盟強化の中で、日米安全保障協議委員会<sup>16</sup>は、2005年10月に発表した「日米同盟 未来のための変革と再編」の中で、「共有された秘密情報を保護するために必要な追加的措置をとる」とし、さらに2007年5月に軍事情報包括的保護協定（GSOMIA）を結ぶことを明らかにし、同年8月、日米両国は、これを締結した。

GSOMIA6条（b）は、「秘密軍事情報を受領する締約国政府は、自国の国内法令に従って、秘密軍事情報について当該情報を提供する締約国政府により与えられている保護と実質的に同等の保護を与えるために適当な措置をとること」としており、ここに言う適当な措置として、特定秘密保護法の制定が企図されたことは明らかである。

以上を概観すれば、まさに日米の軍事同盟強化の一環として、特定秘密保護法が位置づけられるのである。

## 第2 市民にとって安全保障情報こそ重要な情報である

軍事機密、外交機密等の安全保障情報は、政府にとって、最も隠ぺいしたい、しかも、国家の安全という抽象的な理由だけで隠ぺいの大義名分が立ちやすい情報である。

しかしながら、逆にこれらの情報は、市民にとって、最も重要な情報である。

---

<sup>16</sup> 日本とアメリカ合衆国との間の安全保障政策に関する閣僚級会合。メンバーは、日本側は外務大臣、防衛大臣、アメリカ側は、国務長官、国防長官。通称 2+2（ツープラスツー）。

政府が、これらの情報を隠ぺいし、あるいは、虚偽の情報を流布することが、民主主義の基盤を破壊し、また、国家自体の存立を危うくすることがあることは、第二次世界大戦、太平洋戦争の例を引くまでもない。

これらの安全保障情報といえども非公開の範囲は最小限必要な程度でなければならず、公開による支障がなくなった時点においては、直ちに公開されなければならない。

安保関連法案について、世論の7割近くが反対、あるいは、慎重審議を求めていたのは、特定秘密保護法により、政府が情報を隠ぺいしたままに、戦争に突入するのではないかとの危惧の表れである。

### 第3 特定秘密保護法の廃止、国際基準（ツワネ原則）に従った新たなルール作り

ところが、特定秘密保護法は、秘密指定、秘密指定解除の権限は行政機関の長に委ねられており、政府の安全保障情報を隠ぺいしたいという欲求をコントロールすることはできない。その意味で、特定秘密保護法は、立憲主義、民主主義とは相いれないものなのである。

では、このような政府の欲求を抑制するためには、どのようなルールでなければならないのか。これに対する有力な答えの一つが「ツワネ原則」である。

#### ツワネ原則

ツワネ原則の正式名称は、「国家安全保障と情報への権利に関する国際原則」である。この原則は、国際連合、人及び人民の権利に関するアフリカ委員会、米州機構及び欧州安全保障協力機構の各特別報告者5名を含む、世界70カ国以上から集まった500名以上の専門家により策定され、2013年6月、南アフリカ共和国の首都ツワネで公表された。このためツワネ原則と略称されている。

その「序」によれば、この原則は、「国際安全保障上の理由により情報の公開を控えたり、そのような情報の曝露を処罰したりする国家の権限にかかわる

法律又は規定の起草、修正又は施行に携わる人々に指針を提供する」こと、すなわち国家安全保障のための秘密保全と知る権利とを調整することを目的として策定されたものであり、また、この基準は、安全保障と知る権利のせめぎ合いが深刻な国際社会における経験と叡智を結集したものである。フランク・ラ・ルー（Frank La Rue）特別報告者（Special Rapporteur）<sup>17</sup>が「国連人権理事会で、ツワネ原則が採択されるべきだと考える。全ての国が、国家安全保障に関する国内法の解釈に本原則を反映させるべきである。」としていることは、至極当然なことである。

### 秘密指定の説明責任

ツワネ原則は、国家安全保障に関する秘密を前提に、誰もが公的機関の情報にアクセスする権利を有し、これを制限することの正当性を示す義務は政府の側にあるとしている。すなわち、知る権利の保障のための方策として、政府に秘密指定の正当性の説明責任を課しているのである（ツワネ原則4）。この点、知る権利の保障のための何らの制度的な裏付けもなく、「国民の基本的人権」「知る権利の保障」「報道又は取材の自由」<sup>18</sup>の語句だけを並べたてたかのような特定秘密保護法とは質的に異なるものがある。

### 違法秘密の禁止

ツワネ原則は、違法秘密など秘密指定してはならない情報を列挙しており、秘密指定の濫用を防止しようとしている。すなわち、政府が秘密にしてはならない情報として政府の人権法・人道法違反の事実や大量破壊兵器の保有、環境破壊などを列挙して（ツワネ原則10）、政府が絶対に秘密にしてはならないカテゴリーを設けている。このことが、政府の違法秘密の秘密指定を抑制する効果があることは明らかである。これに対して、特定秘密保護法では、運用基

---

<sup>17</sup> 国連人権委員会から任命され、独立した立場で、特定の国、地域の人権問題について監視、検証、レポートを行う役職。ラ・ルー氏は、言論と表現の自由の推進と保護に関する特別報告者。

<sup>18</sup> 特定秘密保護法22条。この条文は第6章雑則に置かれている。

準で「公益通報の通報対象事実その他の行政機関による法令違反の隠蔽を目的として、指定をしてはならない」と定めているだけであり<sup>19</sup>、実際に秘密指定してはならない範囲が極めて不明確であり、かつ、政府に対する抑止効果も乏しい。

### 独立監視機関

ツワネ原則は、安全保障部門には独立した監視機関が設けられるべきであり、この機関は、実効的な監視を行うために必要な全ての情報に対してアクセスできるようにすべきであるとしている（ツワネ原則 6、31、32、33）。特定秘密保護法では独立した第三者機関とは到底言えない「内閣保全監視委員会」、あるいは、「内閣府独立公文書管理監」が設けられているにすぎず、しかもそれらは運用基準を根拠としているに過ぎない<sup>20</sup>。

### 内部告発者の保護

ツワネ原則では、内部告発者の保護、公務員以外の者に対する処罰の原則的禁止等の重要な原則を提示している。これに対し、特定秘密保護法は、内部告発者の保護については運用基準でしか定められておらず、その実効性は乏しい。また、公務員以外の者に対しても処罰の対象としており、表現の自由に対する萎縮的効果は極めて高い<sup>21</sup>。

### 市民のための法制を

確かに、特定秘密保護法では一見、「国民の基本的人権を不当に侵害することの禁止」、「知る権利の保障」、「報道又は取材の自由に十分に配慮」することが規定され、監視機関も備えられているかのように見える。しかしながら、特定秘密保護法のこれらの仕組みに実効性がないことは、ツワネ原則と比較す

---

<sup>19</sup> 運用基準Ⅱ1 (4)「特に遵守すべき事項」。

<sup>20</sup> 詳しくは、第4章27頁以下を参照。

<sup>21</sup> 第5章36頁以下も参照。

れば、一層明らかである。特定秘密保護法は、政府が秘密指定を正当化するためだけの法律であることが判明する。

私たちの社会が秘密保全法制を必要とするのであれば、「知る権利」、「表現の自由」を基盤とし、ツワネ原則にならった市民のための法制を目指さなければならない。

## 第3章 適性評価の問題点と対応

### 第1 適性評価制度とは何か

特定秘密保護法では適性評価制度が採用されている。すなわち、「特定秘密の取扱いの業務を行った場合にこれを漏らすおそれがないと認められた者」のみを特定秘密の取扱い業務に従事させ<sup>22</sup>、それ以外の者を選別して排除することとし、その選別のための実施手続を定めている（12条～17条）。

#### 適性評価の対象事項

具体的には、行政機関の長が、当該行政機関の職員<sup>23</sup>又は適合事業者の従業者として、特定秘密を取り扱わせようとする者等<sup>24</sup>に対して、特定秘密保護法が定める7つの事項について、調査を行い、その結果に基づき実施する（12条2項）。7つの事項とは、「特定有害活動」および「テロリズム」との関係に関する事項（1号）、犯罪及び懲戒の経歴に関する事項（2号）、情報の取扱いに係る非違の経歴に関する事項（3号）、薬物の濫用及び影響に関する事項（4号）、精神疾患に関する事項（5号）、飲酒についての節度に関する事項（6号）、信用状態その他の経済的な状況に関する事項（7号）である。

#### 適性評価の手続

調査の方法は、行政機関職員による、①評価対象者（以下、対象者）本人への質問若しくは資料提出、②対象者の知人その他の関係者への質問、③公務所若しくは公私の団体への照会である（12条4項）。これらの調査にあたっては、

---

<sup>22</sup> 適性評価を受けなくても特定秘密の取扱いができるものとして、行政機関の長、国務大臣などが挙げられている（11条但書）。

<sup>23</sup> 当該都道府県警察の職員等が特定秘密を取り扱う場合には、当該警察本部長が適性評価を実施することが定められている（15条）。

<sup>24</sup> 本文に掲げた者以外に、5年を超えて特定秘密を取り扱うことが見込まれる者（12条1項2号）、漏えいの疑いを生じさせる事情があるもの（同条1項3号）が対象となる。

予め対象者本人に対する告知及び対象者本人からの同意を要する（12条3項）

適性評価の結果については、行政機関の長が、対象者に対して<sup>25</sup>、通知しなければならない（13条1項）。また、適性評価の結果、「漏らすおそれがないと認められなかった」場合には、適性評価の円滑な実施の確保を妨げない範囲内において、おそれがないと認められなかった理由について通知するものとされている（13条4項）。

適性評価の結果その他実施された適性評価について、適性評価の対象者から行政機関の長に対して、苦情申出制度がある（14条）

## 第2 適性評価制度の問題点

### 人権侵害の構造的な危険

適性評価のための調査が、対象者の過去の行動、日常生活、職場関係、家族関係、友人関係等極めて広範に及ぶことから、対象者のみならず家族などの対象者の関係者のプライバシー権が侵害されるおそれがある。さらには、適性評価は、対象者の従前の行動を質問することにより、その者の思想、良心、信教等の内心を吐露させ、思想、良心、信教の自由を間接的に侵害するおそれが十分にあると言わなければならない。運用基準は、基本的人権を侵害するような調査の禁止、調査にあたっての基本的人権の尊重を定める<sup>26</sup>が、そのこと自体、適性評価制度に、人権侵害、プライバシー侵害の構造的な危険性があることを自認するものであると言わなければならない。

### 同意の任意性が担保されない

適性評価の実施は、対象者に対して適性評価を行うことの告知、対象者の同意が要件となっている（12条3項）。適性評価に基づく調査は、行政機関の長が、対象者の個人情報、対象者自身、その関係者、公務所その他の公私の団

---

<sup>25</sup> 対象者が適合事業者の従業者の場合には、その雇用主に対して結果等を通知することとしている（13条2項および3項）。

<sup>26</sup> 運用基準IV 1（2）、同IV 1（4）。

体を通じて収集するものであるから、その同意については、任意性が担保されていないなければならないことは言うまでもない。

ところが、この法律では、任意性を担保する仕組みが余りにも脆弱であると言わなければならない。

運用基準によれば<sup>27</sup>、対象者に対して行う告知には、同意しなかった等の場合に「配置換となることなどもあり得(る)」ことしか告知されていない。これでは、それ以外にも不利益な取り扱いがなされるかもしれないとの強い不安感を対象者に与え、事実上、同意が強制される結果となりかねない。

また、特定秘密の取扱い業務者となった場合の義務(故意又は過失を問わず、特定秘密を漏えいしてはならない等)及び罰則も明示されておらず、対象者には、取扱者になった場合のリスクも不明である。

さらに、告知書には、「上司や同僚などの知人その他関係者に対し、面接等により、質問票に記載された事項について」質問することがあること、「公務所若しくは公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めたり」することがあることが告知されているが、ここにいう「知人その他の関係者」とは、運用基準IV5(2)で例示された上司等以外にどの範囲の者なのか、「公務所若しくは公私の団体」とは、行政機関、信用情報機関、医療機関以外にどのような公私の団体なのか、全く不明である。

このような包括的な同意では、真に個々の質問対象者等や照会先等に対する調査についての同意があったものと見做すことはできない。

### **苦情申出制度、救済制度の不備**

前記のとおり、特定秘密保護法は苦情申出制度を定めるが、運用基準によれば<sup>28</sup>、苦情申出の窓口の責任者は、官房長、局長又はそれらに準ずるものであり、苦情処理についての第三者性は、全く確保されていない。

また、適性評価の調査や適性評価の結果は、行政処分ではないとの位置づけ

---

<sup>27</sup> 運用基準・別添1。

<sup>28</sup> 運用基準IV8(1)。

であるため、違法な調査や、適性がないとされた判断については、これを司法の場で争う手段がない。救済手段についても極めて不備である。

### 第3 適性評価への実際的な対応

自らが適性評価の対象となった場合（あるいは、適性評価の対象者となった者から法律的助言を求められた場合）、どのような点に留意するべきであろうか。

#### これから適性評価を受ける場合

まず、適性評価を受けて特定秘密の取扱い業務者になった場合のリスク、すなわち、故意のみならず過失による漏えいも処罰されること、その刑罰が相当に重いことを十分に理解するべきである。告知書や同意書には、そのような記載はない。

もし、適性評価を受けることについて同意するのであれば、次のことを理解するべきである。

まず、評価対象者自身のみならず家族もその対象となるということである。適性評価においては、評価対象者の「特定有害活動及びテロリズムとの関係に関する事項」が調査の対象となり、その中には評価対象者の家族（配偶者、父母、子及び兄弟姉妹並びにこれらの者以外の配偶者の父母及び子）及び同居人（家族を除く）の氏名、生年月日、国籍（過去に有していた国籍を含む）及び住所も含まれ（12条2項1号）、これらの情報は、家族及び同居人にとってのプライバシーであることは明らかである。法律や運用基準では、これらの家族等の同意は要件とされていないが、そうであればなおさらのこと、自分の家族も調査対象となることを理解するべきである。

調査先も「上司や同僚などの知人その他関係者」「公務所若しくは公私の団体」とされているが、法律や運用基準では、これらの範囲を限定してはならず、事実上、無限定に調査がなされるということである。

#### 適性評価に同意しなかった場合

適性評価について同意をしなかった場合、特定秘密の取扱いができないこと

による配置転換等があり得るが、行政機関の長は、それ以外の不利益を課してはならない。この点は、法律にも運用基準にも、明記されていない。しかしながら、適性評価制度というそれ自体が重大なプライバシー侵害である制度が許されるものであるとすれば、それは対象者の同意の任意性が担保されているからであり、不利益取り扱いにより同意が強制されるのであれば、この制度は直ちに憲法違反となる。したがって、行政機関の長は、同意しないことによる不利益取り扱いをすることを厳に禁止されているものと言わなければならない。

### **適性評価による不利益**

適性評価により、プライバシー侵害など何らかの損害を被った場合、どうすべきか。

適性評価の過程において、調査により何らかのプライバシー侵害を被った場合には、同意をしても、通常の同意の範囲を超えたものとして、国賠法上の損害賠償請求権の行使をする余地はある。

次に適性評価により適性なしとされた場合はどうか。適性評価は、すでに述べたように行政処分ではないので、これを司法的に救済する余地はない。他方、適性評価は人事評価ではないから、適性なしとされても特定秘密の取扱いができなくなるだけであり、適性評価の結果だけで不利益な取り扱いをされる事由とはならない。したがって、適性なしとされ、それに基づいて不利益取り扱いがなされる場合は、それを法的に争うことは可能と言えるであろう。

## 第4章 チェック機関の役割と問題点

### 第1 特定秘密保護法と国民主権・国会の役割

特定秘密保護法は、以下のように国民主権を侵害し、国会の監視・監督機能を骨抜きにする。

#### 国民主権原理との抵触

特定秘密保護法は、防衛・外交・有害活動・テロリズム防止という国政に関する事項につき、情報の入手、伝達について、罰則等をもって厳しく制限し、報道機関の取材や報道に対しても、厳しい制限を及ぼすおそれが極めて高い。このように特定秘密保護法は、市民が国政に関する情報に対し容易にアクセスすることを妨げ、市民は、国政に関する事項につき十分な情報を持つことができない。したがって、特定秘密保護法は、国民主権原理の大前提に抵触し、国民主権原理を侵害する可能性が極めて高い。

#### 国会の監視・監督機能を骨抜きに

現代において、国会の重要な役割の一つとして、行政権に対する監視・監督機能がある。国会の行政権に対する監視・監督機能を実効的あらしめるためには、国政に関するあらゆる情報が国会に提供されなければならない。

もともと、特定秘密保護法は、政府が保有する情報の管理は行政権に属するものであり、その取扱いについての最終的決定権は政府にあるという考え方に基づいている。よって、国政に関する重要な情報が国会に提供されないことから、特定秘密保護法は、国会の行政権に対する監視・監督機能を骨抜きにするものである。

#### チェック機関の必要性

以上から、特定秘密保護法は、国民主権原理に抵触し、また国会の行政権に対する監視・監督機能を侵害するものであるから違憲の疑いが強いと考えられ

るが、法律が制定・施行された現在、できるかぎり国民主権原理と国会の行政権に対する監視・監督機能を実効あらしめるためには、国会によるチェック機能を含む実効性のある第三者チェック機関を設置しなければならないことは明らかである。

## 第2 チェック機関について

特定秘密保護法の制定過程において、いくつかのチェック機関が提案され、法律や附則などに規定されるに至った。しかしながら、結論としては、これらは、チェック機関としてはいずれも不十分である。したがって、このようなものをいくら設置したとしても、特定秘密保護法が国民主権原理に抵触し、国会の行政権に対する監視・監督機能を侵害することには変わりはない。以下詳述する。

### 情報保全諮問会議

特定秘密保護法3条1項、18条2項・3項、附則3条に基づいて、情報保全諮問会議が設けられている。情報保全諮問会議は、特定秘密保護法公布後、同法施行のために、政府が設置したものであり、委員は政府外の6名の有識者から構成されている。諮問会議は、施行準備過程で、①運用基準、②特定秘密保護法の施行令、③内閣府本府施行令の作成等、に諮問機関として関与している。情報保全諮問会議は、内閣総理大臣が特定秘密の指定、解除、適性評価の実施に関し、統一的運用を図るための基準を定め、または変更するときに意見を聞くこととされ、内閣総理大臣の諮問に応じて、意見を述べる機関と位置づけられている。

諮問会議設置の趣旨は、特定秘密保護法の適正な運用のためである。諮問会議は、独立性や第三者性が比較的明確なため公正なチェック機関としての可能性を持つものの、聴取される意見の範囲は、運用基準の作成や指定等の実施状況に限られ、特定秘密にアクセスし、それを踏まえて指定の運用基準適合性に踏み込む強制的権限は認められておらず、特定秘密の具体的な内容に関する吟

味をすることができないため、チェック機関としての役割は不十分であると言わざるを得ない。

特定秘密保護法の適正な運用を図るためには、諮問会議が特定秘密の具体的な内容にアクセスすることができなければ問題点の把握も困難であり、またそれを踏まえての指定の運用基準適合性に踏み込む強制的権限を認めなければ、特定秘密保護法の適正な運用を図ることができない。

したがって、少なくとも諮問会議が特定秘密の具体的な内容にアクセスし、それを踏まえて指定の運用基準適合性に踏み込む強制的権限が認められるべきである。

### 情報監視審査会

情報監視審査会は、衆議院と参議院に附則 10 条に基づいて設置された。その趣旨は、行政における特定秘密の保護に関する制度の運用を常時監視するというものであり、このために国会法が改正された。情報監視審査会は常設組織であり、委員は 8 名で、党派の議席数に応じて割り当てが行われ、さらに議院の過半数で選任される。その権限は、特定秘密の指定やその解除、適性評価の実施の調査、国政調査権（国会法 104 条）の規定による特定秘密の提出の要求に係る行政機関の長の判断の適否等を審査することである（同法 102 条の 13）。

審査会には調査権限と勧告権限がある。すなわち、審査会から行政機関の長に対して特定秘密の提出を求めたときには、行政機関の長はこれに応じなければならぬ。また、審査会が調査の結果、必要があると認めるときは、行政機関の長に対して特定秘密の保護に関する制度の運用について改善すべき旨の勧告をすることができる。

### 問題点

審査会は、監視機能を果たすうえで、特定秘密の提供を求めその内容を知ることができ、この点で情報保全諮問会議とは異なる。しかしながら、勧告に法的拘束力はなく、あくまで行政における特定秘密の保護に関する制度の運用全体について、改善を勧告できるにとどまる。

審査会の会議は原則非公開であり、会議録は作成されるが、公開はされない。事務局職員は適性評価を受けなければならず、審査委員や事務局職員は業務により知り得た特定秘密について守秘義務を負い、特定秘密を漏洩した場合、特定秘密保護法の処罰対象となり、議院による懲罰の対象ともなる。

また、国会法 104 条 1 項に基づき、議院が国政調査権を発動し、必要な報告や記録の提出を求めたときは、政府はこれに応じなければならないが、当該特定秘密の提出が我が国の安全保障に著しい支障を及ぼすおそれがある旨の内閣の声明が一定期間内に出されれば、それ以上に特定秘密の提出を求めることができない仕組みになっている（同法 103 条の 15 の 4 項）。

なお、これまでも国会法 104 条で国会に対する情報の提出の求めがあった場合、「国家の重大な利益に影響を及ぼす」情報については、政府が提出を拒否できる仕組みとなっている。情報監視審査会は、秘密保護の厳重な措置をとることを条件に、特定秘密の提供の枠を広げたということもできる。しかしながら、審査会が特定秘密の提供を求めても、政府が「日本の安全保障に支障を及ぼすおそれがある」と判断すれば、特定秘密の提供を拒否できるため、情報監視審査会制度によって、従来よりも秘密情報の提供が拡大するかどうかは明らかではない。

審査会の構成委員は、与党議員が多数を占め、野党議員は少数であり、その野党もコンセンサスが強調されることで、動きが封じ込められる。特定秘密保護法の廃止を主張する政党は、議席数の如何によっては、審査会に入ることができない。これらの政党が議席を増やしても、委員の選任には議院での過半数の決議が必要とされるから、法の廃止を主張する政党の国会議員が選出されない可能性すらある。審査会に対して、特定秘密が直接提供されても、知ることができるのはごく限られた人数にすぎない。それ以外の委員会、審査会、本会議は、秘密会にしなければ、特定秘密は提供されない（10 条 1 項 1 号イ）。情報監視審査会に特定秘密が提供されたとしても、審査会は与党議員が多数を占め、しかも一部の議員にしか提供されず、懲罰や罰則を背景に他の特に野党議員は制度の運用状況や問題点を告発することができず、監視機関として機能しないおそれが高い。

このような事情から、結局、情報監視審査会は、特定秘密の監視というよりも、特定秘密の追認機関になる可能性がある。

### 改善すべき点

まず、情報監視審査会の監視機能を実効あらしめるためには、審査会に個々の特定秘密の指定や解除について改善を勧告する権限を認め、その勧告に法的拘束力を認めるべきである。次に、審査会の会議を原則として公開し、会議録も公開すべきである。

また、国会議員は、行政権を監視・監督する権限を有していることに鑑みれば、国会議員（審査会委員）が業務により知り得た特定秘密を漏洩したとしても、特定秘密保護法の処罰対象にすべきではない。

さらに、国民主権原理や国会の監視・監督機能からすれば、できるかぎり多くの国会議員が特定秘密の内容を知るべきであるから、審査会の構成員には特定秘密保護法の廃止を主張する政党の国会議員の選出を保障すべきである。

### 内閣保全監視委員会

内閣保全監視委員会は、法律上の根拠はなく、閣議決定に基づいて、運用基準で設置された<sup>29</sup>。内閣保全監視委員会は、国会審議の中で安部首相が、「特定秘密の指定、解除等について内閣総理大臣がチェック機関としての役割を果たすことに資する組織」として説明し、構成メンバーとしては事務次官を中核として、内閣に設置された。

### 内閣府独立公文書管理監・情報保全監察室

この機関は、附則 9 条に基づいて設置された。その具体的な権限等については運用基準により定められている<sup>30</sup>。

---

<sup>29</sup> 運用基準V1(2)。

<sup>30</sup> 運用基準V3～6。

その役割は、特定秘密保護法の適正な運用を確保するために、特定秘密の指定、解除および特定秘密である情報を記録する行政文書の管理について検証、監察等を行う組織であり、内閣府に設置された。また、運用基準に基づき、管理監の通報窓口も設置された。

各行政機関の特定秘密の指定および解除の適否を検証、監察し、不適切なものについては是正を求めるとされている。各省庁の大臣らに特定秘密を含む資料の提出を求め、不適切であると判断すれば、指定解除を要求できる。また、特定秘密の記録された行政文書の管理を検証、監察し、不適切なものについては是正を求めることができる。特定秘密が記録された行政文書の廃棄の可否を判断することも、これらの機関の役割である。

内閣府独立公文書管理監は、①特定秘密の指定・解除および特定行政文書ファイル等の管理に関する検証と監察、②行政機関の長に対し、必要があると認めるときは、特定秘密である情報を含む資料の提出もしくは説明を求め、または実地調査することができ、③さらにその結果、行政機関の長に対し、指定の解除、ファイル等の適正な管理その他の是正を求めることができる。

管理監は、行政機関の長に対し、必要があると認めるときは、特定秘密である情報を含む資料の提出等を求めることができる。この場合、行政機関の長は、当該特定秘密の提供が我が国の安全保障に著しい支障を及ぼすおそれがないと認められないとして、特定秘密の提出に応じないときは、その理由を管理監に疎明しなければならない。すなわち、疎明さえすれば、行政機関の長には提出拒否権が認められ、管理監に特定秘密が提出されないことになる。

## 問題点

内閣保全監視委員会・内閣府独立公文書管理監・情報保全監察室は、いずれも独立性・第三者性を欠いており、第三者機関として特定秘密保護法の適正な運用を確保するために、特定秘密の指定、解除および特定秘密である情報を記録する行政文書の管理について検証、監察等を行う組織とはいえない。その理由としては、以下の4つである。

第1に、第三者機関について、名称・組織・権限・責任等は一切具体的に明示されておらず、詳細を法律ではない運用基準に委ねている。恣意的な秘密指定の危険をはらむ特定秘密保護法を監視し、チェックする第三者機関の必要性が欠かせず、重要であるとすれば、民主的統制の観点からは、具体的な仕組みを法律で明記することは必須であり、これを満たしていないのは致命的である。

第2に、これらの機関は行政内部の組織であり、広い意味では身内の機関であるので、正真正銘の第三者機関や独立機関であるとは、到底言えない。また、管理監については、選任基準が明確とはいえず、出向職員が元の官庁に戻れない旨のルール（ノーリターン・ルール）も導入されておらず、独立性も担保されていない。

第3に、権限や職務の点でも、管理監の制度は不十分であり、特定秘密の指定等行政機関の長の権限を監視し、チェックする上で大きな役割を果たすことは難しい。さらに是正についても強制力がない。

第4に、制度の実効性という点でも問題があり、特定秘密の膨大な数に比し、1名の管理監で十分な機能が発揮できるのか、官僚組織の下部組織である情報保全監査室の言いなりになり、秘密指定の追認機関になってしまうおそれがある。

### **改善すべき点**

まず、以上の第三者機関の名称・組織・権限・責任等の詳細を法律上明記すべきであるし、真に特定秘密保護法の適正な運用を確保するためには、これらの第三者機関を行政機関内部から独立させなければならない。

また、これら第三者機関に特定秘密が必ず提供される制度にすべきである。

## 第3 安保法制と国会の承認

2015年の第189回通常国会では、安保法制の議論が行われた。そもそも、安保法制は多くの法律家が違憲であると考えているから、国会は立法事実等に関わる情報を十分に吟味した上で安保関連法案の成立の是非を問うべきであった。

安保関連法が成立したことから、今後、安保法制と特定秘密は一体的に運用されることは間違いない。政府が「存立危機事態」において、集団的自衛権を行使する場合、国会の承認が必要となる。しかし、存立危機事態の要件である「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」かどうかを判断するにあたり、これに関する情報のほとんどが特定秘密に指定され、国会がこれらの情報の提供を求めたとしても、行政機関の長が拒めば、国会に情報が提供されない可能性がある。また、国会の情報監視審査会が特定秘密の提出の要求に係る行政機関の長の判断の適否等を審査し、特定秘密の提供を受けることができたとしても、その他の議員、とりわけ情報監視審査会の委員に選ばれていない野党の議員は、委員会や本会議で、前もって十分な情報が提供されることなく、承認が求められることになる。結局、国会は武力行使の前提となる経緯等について不十分な情報に基づいて承認という手続を求められる。このような状況では、そもそも有効な国会の承認があったと評価することなどできない。

国会の秘密会で国会議員に対して秘密が提供されると、国会議員は特定秘密の業務上知得者となる。国会議員がその内容が重大であり、国民に知らせるべきだと考えて、講演や集会などで明らかにする行為は禁じられ、違反すれば5年以下の懲役が科される。

今後は、安保法制と特定秘密保護法は一体的に運用されることが容易に予想される。

## 第5章 報道・取材の自由および知る権利の最大限の尊重

### 第1 解釈のありかた—報道の自由・取材の自由を保障する方向

特定秘密保護法 22 条は、「この法律の解釈適用」として、報道の自由及び取材の自由に対する配慮規定を置いているが、そもそも、当初の法案にはこのような条文はなく、与党内協議の過程で、公明党の提案で雑則として加えられたものである。ここからも分かるように、もともと特定秘密保護法には、報道の自由及び取材の自由を保障するという発想はなかったといえる。しかし、同条 1 項にもあるとおり、報道の自由及び取材の自由を保障することは、市民の知る権利の保障に資するのであり、ひいては、市民の政策に関する判断の重要な基礎となるのであるから、同条は最大限尊重されなければならない、特定秘密保護法によって、報道の自由及び取材の自由が侵害されてはならない。

#### **拡張解釈の禁止**

22 条 1 項は、「この法律の適用に当たっては、これを拡張して解釈して、国民の基本的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又は取材の自由に十分に配慮しなければならない。」と規定している。上記の報道の自由及び取材の自由の重要性からすれば、当然の規定である。

運用基準の I - 2 (1) ウは、「いわゆる国民の知る権利は、憲法第 21 条の保障する表現の自由や、憲法によって立つ基盤である民主主義社会の在り方と結び付いたものとして、十分尊重されるべきものであること。特に、報道又は取材の自由については、国民の知る権利を保障するものとして十分に配慮することとし、出版又は報道の業務に従事する者と接触する際には、特定秘密保護法第 22 第 1 項及び第 2 項の規定を遵守すること」としている。そのため、報道の自由及び取材の自由が侵害されるような拡張解釈は許されない。

同条2項においては「出版又は報道の業務に従事する者の取材行為」のみが正当な業務行為の対象となることから、「出版又は報道の業務に従事する者」の範囲が問題となる。

### 出版・報道の自由

この点に関して、内閣官房・逐条解説は同条項について、「不特定かつ多数の者に対して客観的事実を事実として知らせることや、これに基づいて意見又は見解を述べることを職業その他社会生活上の地位に基づき、継続して行う者をいい、フリーのジャーナリストもこれに含まれる。また、政党や宗教団体等の機関誌については、通常、報道に該当し、出版又は報道の業務に従事する者の取材行為として処罰対象になるものではない。学術的研究に従事する者の調査行為等については、当該研究者が不特定かつ多数の者に対して客観的事実を事実として知らせることや、これに基づいて意見又は見解を述べることを職業その他社会生活上の地位に基づき継続して行う場合は、『出版又は報道の業務に従事する者の取材行為』に該当する。」としている<sup>31</sup>。この解説からすれば、ネット上で発信する個人の記者や NPO 法人などによる取材が、「出版又は報道の業務に従事する者」の取材行為とされるかは必ずしも明らかでないが、「不特定かつ多数の者に対して客観的事実を事実として知らせることや、これに基づいて意見又は見解を述べることを職業その他社会生活上の地位に基づき、継続して行う者」（傍点筆者）と言えるから、それらの者による取材も、同条項の対象になると解すべきである。

報道の自由及び取材の自由を尊重すべきとする同条の趣旨からすれば、上記条項も広く解釈されるべきである。

また、同条2項では、「著しく不当な方法」による取材行為は許されないとしている。この点、内閣官房・逐条解説においては、「報道機関による通常の取材行為は、本法の処罰対象となるものではない。このことは、『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

---

<sup>31</sup> 内閣官房・逐条解説 123 頁。

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』であるとされている最高裁決定（外務省秘密漏えい事件、最決昭和 53 年 5 月 31 日）からも明らかである。」とされている<sup>32</sup>。

しかし、上記最高裁決定は上記判示に続けて、「取材対象者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通念上は認ることができない態様のものである場合」には取材行為は正当化されないとして、取材行為が正当化されない場合を極めて限定的に解している<sup>33</sup>。したがって、「著しく不当な方法」という要件のみであれば、上記最高裁決定よりも緩やかであり、拡大解釈される可能性があるが、上記最高裁決定のとおり、「著しく不当な方法」というのは、「取材対象者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通念上は認ることができない態様のものである場合」に厳しく限定されなければならない<sup>34</sup>。

## 第2 内部告発は広く認められるべき

内部告発は、違法な秘密指定の暴露には最も有効な手段であるといつてよいが、内部告発者の保護の規定は法には置かれていない。2013 年 12 月 6 日に特

---

<sup>32</sup> 内閣官房・逐条解説 123、124 頁。

<sup>33</sup> 「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を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出たものであり、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付与するものでないことはいまでもなく、取材の方法が贈賄、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は認ることが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」（最高裁 HP）。

<sup>34</sup> なお、上記最高裁の結論には批判的な見解もある（憲法判例百選 I [第 6 版] 171 頁参照）。また、取材活動が広く認められるべきことについては、第 1 章 11 頁以下も参照。

定秘密保護法が強行採決された後に内部告発の規定が無いことが問題とされ、運用基準で「特定秘密の指定及びその解除並びに特定行政文書ファイル等の管理の適正に関する通報」が規定された<sup>35</sup>。したがって、法案審議の段階では、そもそも内部告発は考慮されていなかった。

しかしながら、上記の内部告発の重要性及び運用基準で規定されたことからすれば、内部告発は広く認められるべきである。

### 内部告発の通報窓口

運用基準で規定された内部告発制度においては、通報窓口は、一次的には当該行政機関とされ、内閣府独立公文書管理監は二次的とされているため、内部告発が機能するか実効性に問題がある。すなわち、運用基準のV4イ(イ)においては、「a ア(ア)に定める通報をすれば不利益な取扱いを受けると信ずるに足りる相当の理由がある場合 b ア(ア)に定める通報をすれば当該通報に係る証拠が隠滅され、偽造され、又は変造されるおそれがあると信ずるに足りる相当の理由がある場合 c 個人の生命又は身体に危害が発生し、又は発生する急迫した危険があると信ずるに足りる相当の理由がある場合」にのみ、内閣府独立公文書管理監への通報が認められている。そして、それらの場合以外は、当該行政機関の通報窓口へ通報しなければならないとされているのである。

しかし、内部通報は、当該機関から独立した機関への通報が認められてこそ実効的に機能するから、内閣府独立公文書管理監への通報が広く認められなければならない。したがって、上記aないしcの「信ずるに足りる相当の理由」の解釈に当たっては、通報者の主観を重視して、広く認めるべきである。

もっとも、内閣府独立公文書管理監自体も内閣府内に置かれているため、独立性が担保されているか疑問があり、通報窓口として第三者性が保たれるか問題がある。

したがって、少なくとも、内閣府独立公文書管理監は、行政府の職員以外から採用されることが必要であり、行政府の職員から採用される場合には、ノー

---

<sup>35</sup> 運用基準V4。

リターン・ルールが採用され、元の行政府には戻らないという運用が確立されるべきである。

そもそも、運用基準における内部通報制度は、あくまでも行政機関内部における通報制度にとどまり、マスメディアなどの通報窓口以外に対して、違法な秘密指定をリークするような正当な内部告発をした者を保護する規定がない。もちろん、特定秘密保護法自体にもそのような規定はない。

そのため、正当な内部告発であっても、通報窓口以外への内部告発者は、漏えい罪として懲役 10 年以下及び 1000 万円以下の罰金の制裁を受けるおそれがある。正当な内部告発者を免責する規定がない以上、違法な秘密指定を明らかにする内部告発は期待できない。

したがって、法律上明文で、正当な内部告発（取材及び報道を含む）を保護する規定を新たに設けるべきである。少なくとも法の解釈・運用において、正当な内部告発は漏えい罪に該当しないとされるか、該当したとしても正当行為として違法性が否定されるべきである。

### 第3 取材の自由の保障

特定秘密保護法 24 条 1 項は、「外国の利益若しくは自己の不正の利益を図り、又は我が国の安全若しくは国民の生命若しくは身体を害すべき用途に供する目的」という要件を置くことによって、処罰対象となる取得は、いわゆるスパイ目的に限定するとされている。そのため、同条項に関する内閣官房・逐条解説でも、「真に報道目的で不正取得行為を行ったとしても本条では処罰されないこととなった。」と解説され<sup>36</sup>、国会答弁においても、「ですから、逆に言えば、報道目的等のために違法な手段でやった場合は罰せられないということです、この取得行為ではね。」（傍点筆者）とされている。

---

<sup>36</sup>内閣官房・逐条解説 134、135 頁。

### スパイ目的に限定すべき

したがって、上記目的は、真にスパイ目的と認められる場合に限定されるべきである。スパイ目的は主観的要件ではあるが、客観的事象から判断されなければならない。すなわち、捜査側が恣意的に主観目的を認定して、政府にとって都合の悪い取材が処罰の対象とされてはならない。また、報道目的のための取材については、上記答弁にあるように、違法な手段であっても処罰されないことを厳守すべきである。

### 管理侵害行為

目的による限定は、不正取得罪の全体に及ぶから、行為の態様（方法）として欺罔等の行為や管理侵害行為があつたとしても、直ちに不正取得罪が成立するわけではない。真に取材目的であれば、欺罔等の行為や管理侵害行為があつたとしても、不正取得罪は成立しない。

「管理を害する行為」の定義は、曖昧であり、どこまでが許される取材であるかの線引きが不明である。この点、同条項に関する内閣官房・逐条解説においては、「今後の情報通信技術等の急速な進歩によって可能となるハイテクを用いた悪質な手口にも適切に対応できるよう、限定列举ではない形で規定したものであるが、現時点でも、例えば、住居侵入に当たらない場合であつて、施設の管理者の同意を得ずに特定秘密を取り扱う会議室に盗聴器を置き、特定秘密を取得する行為や、行政機関の高官の秘書が、特定秘密が記録された文書が保管されている金庫の鍵を開け、在中しているその文書を取り出し、その場で写真に納めて特定秘密を取得する行為などが考えられる。」とされている<sup>37</sup>。

しかし、形式的にその様な行為がなされたとしても、正当な取材目的でなされた場合や、違法な秘密指定の暴露のためである場合には、上記の内閣官房・逐条解説や国会答弁からしても、処罰対象から除外されなければならない。

そもそも、違法な秘密指定の疑いをもって行う取材であることが証明された場合には、いかなる方法であれ免責されなければ、違法な秘密指定を暴露する

---

<sup>37</sup> 内閣官房・逐条解説 138 頁。

ことはできない。したがって、その様な場合の免責規定を明文化することが望ましいが、少なくとも解釈上このことを定着させる必要がある。

### 共謀・教唆・煽動との関係

特定秘密保護法 25 条は共謀・教唆・煽動についての独立処罰を定めている。上記の 24 条 1 項に関する内閣官房・逐条解説の説明からすると、真に報道目的で行われた取材活動については、不正取得の共謀・教唆・煽動罪も成立しないと解すべきである。不正取得罪に当たらずに処罰されない行為について、共謀等の行為が処罰されると解することはできない。このように、独立処罰については、極めて限定的に解釈されなければならない<sup>38</sup>。

なお、特定秘密取扱い業務者に対する特定秘密の漏えい（23 条）の共謀・教唆・煽動も 25 条で処罰される。しかし、これらの行為に関しても、それらが報道・出版業務に従事する者の取材に該当すれば、22 条の正当業務行為として、正当化される<sup>39</sup>。

## 第 4 知る権利が侵害されてはならない

上記のとおり、通報窓口以外への内部通報を保護する規定がない以上、取材対象者が萎縮して取材に応じなくなる可能性が高い。そのため、蛇口自体が閉じられてしまい、情報を取得すること自体が困難となる。このことは、ひいては知る権利が侵害されることとなり、政策判断の重要な基礎が失われることになるから、知る権利が侵害されるような解釈は許されない。

違法な秘密指定の暴露については、告発者も取材者も処罰の対象外とする原則的な規定がない以上、本来市民が知るべき情報が違法・不当に隠されてもそれを明らかにすることが出来ず、ひいては知る権利が侵害されることとなるが、そのような事態にならないように、特定秘密保護法が解釈されなければなら

---

<sup>38</sup> この点については、さらに、第 7 章を参照。

<sup>39</sup> 22 条 2 項と関係については、第 1 章 12 頁以下を参照。

いことは、上述のとおりである。

## 第6章 情報公開法から見た特定秘密保護法

特定秘密保護法の基本的性格は軍事立法であるが、あわせて軍事目的を遂行するために、情報統制を通じて言論や思想を統制する治安立法という性質をも有する。当然ながら、情報統制は情報公開と裏腹の関係にある。情報公開制度はこの20年間に進んできたが、特定秘密保護法は情報公開制度の発展に対する「反動」(reaction) という意味を有する。

### 情報公開法の制定と公文書管理

情報公開法は1999年に制定された。この法律は国民の政府に対する行政文書開示請求権を認めており、政府情報の開示は法律事項であることが明確化された。情報公開法は、政府情報の公開だけではなく、政府情報の管理全般を法律事項とする方向での出発点でもあった。改正前の情報公開法22条は、公文書に管理に関する法律(以下、公文書管理法)が制定されるまで、公文書管理の一般法であり、その精神は、公文書管理法に引き継がれていく。理念的には、情報公開が政府の情報管理全般の指導原理となったと言ってよい。

情報公開法の制定によって、政府の保有する公文書は、かつての公用物から公共用物(行政主体により国民一般の利用に供される有体物)となり、政府の情報管理は、コペルニクスの転換を遂げたと言われる<sup>40</sup>。

### 二つの対立するアプローチ

政府情報に関しては、二つの異なるアプローチが存在する。一つは、侵害規制のアプローチであり、他の一つは、情報管理統制というアプローチである。

国家秘密を当然の存在とする政治社会体制のもとでは、それを保護する法制度は、侵害規制を中心にして現れる。戦前には、機密保護法制(軍機保護法、

---

<sup>40</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論』(2011年、成文堂)280頁、宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説(第6版)』(2014年、有斐閣)14頁。

国防保安法等)があり、それらが廃止された後、戦後の憲法体制下においても、1954年制定のMDA 秘密保護法、2001年改正の自衛隊法96条の2があった。これらの法制度は、専ら秘密の漏えい行為を禁じ、これを処罰することを目的としており、政府情報の管理に対する内部・外部からの侵害行為を排除することに主眼がある。既に述べた国家公務員の守秘義務に関する国家公務員法100条・109条2項もまた侵害規制である。

これに対し、政府情報の管理を法律事項としてコントロールするという観点からすると、国家秘密は、あくまでも法律によって作られる人工物に過ぎない。したがって、国家秘密法制は、情報管理規制として位置づけられることになり、国家秘密の指定・解除をいかに法律によってコントロールするかという点が主要な課題となる。そこでは、秘密指定の適正さの確保と情報公開を法的手続として保障する仕組みが制度の中心となるだろう。

#### 情報公開法と秘密「保護」

国家秘密法制そのものを認めるか否かはそれ自体で議論のあるところである。情報公開法の制定後、仮に国家秘密法制が許されるとしても、それは情報公開を指導原理とした情報管理規制が中心でなければならない。しかし、特定秘密保護法の内容は、刑罰法規による侵害規制が中心である。特定秘密の指定の適正さと情報公開を保障する法的手続がほとんど組み込まれておらず、情報管理規制と評価できるような内容ではない。

政府は、秘密指定等の適正さをチェックする組織として、情報保全諮問会議、内閣保全監視委員会、内閣府独立公文書管理監、情報保全監察室と4つの組織があると説明する。しかし、両議院に設けられる情報監視審査会(国会法102条の13等)を除き、いずれも明確な組織規範が法律で定められておらず、情報監視審査会の勧告権限は法的拘束力が欠如している等の限界がある。いずれの機関も特定秘密の指定の適正さを保障する法的手続と評価できるものではない<sup>41</sup>。

<sup>41</sup> これらの組織の問題点については、第4章27頁以下を参照。

## 秘密文書制度の存続と特定秘密保護法の並存

さらに問題であるのは、秘密文書制度が特定秘密保護法の制定後も存続しているという実態である。実は、1999年の情報公開法制定後も法律外の国家秘密である従来の秘密文書制度は存続していた。情報公開法の本質は素晴らしいものであったとしても、政府情報の管理の法律化は、はなはだ不十分であった。

特定秘密保護法によっても秘密文書制度が廃止されなかったことは、政府は二種類の国家秘密を持つことができることを意味している。すなわち、文書管理規程から生じる事実上の国家秘密と特定秘密保護法に基づく法定の国家秘密（特定秘密）とが二元的に存在するのである。前者の漏えいについては、国家公務員法の刑罰規定が適用され、後者の漏えいは、特定秘密保護法のより重い刑罰規定が適用される。国家秘密をどちらに振り分けるかは、行政機関の長の裁量に委ねられるであろう。

結局、国家秘密が法律外にも存在するという従来の政府の立場は、特定秘密保護法の制定によっても変わっていない。

そのことから、特定秘密保護法の目的と性格が顕わになる。特定秘密保護法の目的は、従来の国家秘密を法律によって民主的に管理することにはなく、従来の国家秘密のうち一部の類型について、刑罰法規、適性評価等の政府権限を裏付け強化することにあつたといえる。これは情報公開法からの後退であり、一言で言えば、情報公開に対する「反動」である。

## 情報公開への反動としての特定秘密保護法

侵害規制の重視、秘密文書制度の温存は、特定秘密保護法が、情報公開法制定後の法律というよりは、戦前の機密保護法制の後継者であり、反動的な法制であることを示している。

重要なことは、特定秘密の指定の適正さと情報公開を保障する法的手続を確保することである。これが特定秘密保護法の中に仕込まれていないのであれば、外部からそれを実現するしかない。それは裁判所であり、情報公開訴訟である。2011年の第177回国会に提出された情報公開法改正案にはインカメラ審理（裁判所が当事者を立ち会わせずに行う対象文書についての証拠調べ）などが盛り

込まれていた。

裁判所は、国の安全・外交情報の開示に関しては、政府の追認機関となっている観があったが、インカメラ審理は、この状況を打破し、特定秘密保護法にも対抗しうる法的手段であった。ところが、情報公開法改正法案は廃案となってしまう、その後、改正案の復活を見ないまま、特定秘密保護法が制定された。

国家秘密法制は、民主主義にとっての劇薬である。「国家秘密は、どの政府にもあるんだ」というような粗雑な思考で扱うべきではなく、その増量が国家を破滅させかねないことを知るべきである。

戦前、張作霖爆殺事件の主謀者が誰か市民が知っていたら、満州事変は止めることができたのではないか。太平洋戦争開始前に米英に撃沈される船舶数の予想がどうであったか市民が知っていたら、300万人もの日本人の死者を出さずにすんだのではないか。これらの可能性と責任を私たちは常に自問しなければならない。

特定秘密保護法のせいで知らなかったという言い訳は通用しない。なぜなら、代償を払うのは指導者ではなく<sup>42</sup>常に私たちだからである。

### 特定秘密保護法と公文書管理法

特定秘密保護法4条6項では、秘密指定期間を通じて30年を超えるための内閣の承認が得られなかった場合には、当該特定秘密は、保存期間の満了とともに、公文書管理法が定める国立公文書館等に移管するものとされている。

しかしながら、上記場合以外の特定秘密が、歴史公文書等（公文書管理法2条6項）に該当しないとされれば、行政機関の長が内閣総理大臣の同意を得た

---

<sup>42</sup> John W. Dower は、いわゆる玉音放送直後の情景について皮肉混じりにこう述べている。「実際、天皇による8月15日の重大放送の直後、政府組織のレベルで起こった目立った行動は、きわめて实际的で、自己保全をねらったものであった。全国の軍将校や文民官僚たちは、書類を焼き捨てたり、軍の貯蔵物資を密かに売却する仕事に没頭した。天皇の放送でアメリカの空襲は終わったけれども、東京の空はそのあと何日も煙で暗かったなどと、少々誇張を混じえて言われたものであった。主人である天皇の先例にならって、戦争を率いたエリートたちは戦争中の自分たちの行為をなんとか隠すために書類を燃やした。その焚き火が、焼夷弾の火の海にかわって東京の空を暗くしたというのである。」ジョン・ダワー（三浦陽一・高杉忠明訳）「(増補版) 敗北を抱きしめて 上」(岩波書店、2004年) 27頁。

上で廃棄できるため（同法8条2項）、ほとんどの特定秘密は行政側の裁量のみで廃棄され、永遠に闇に葬り去ることも可能となる。

実際、2002年から導入された自衛隊に関する機密「防衛秘密」については、秘密指定の解除後に国立公文書館に移され保管されている文書が一件もなく、保存期間が延長されたものを除き、すべて省の判断で破棄されていた。その数は3万件超であったことが報道されている（2013年10月14日付毎日新聞朝刊）。このように歴史公文書等か否かの判断は、行政側の裁量に完全に委ねられてしまっているという憂慮すべき実態がある。

この点、運用基準においては、法律に規定がないにもかかわらず、指定期間が30年を超える特定秘密についても、歴史公文書等として国立公文書館等に移管するとしている<sup>43</sup>。これは、法律よりも、より広く特定秘密を歴史公文書等として国立公文書館等に移管する措置であるから、望ましい運用と言える。

しかし、特定秘密保護法では、そもそも、「その漏えいが我が国の安全保障に著しい支障を与えるおそれがあるため、特に秘匿することが必要である」（3条1項）重要な情報等のみが特定秘密に指定されるのであるから、特定秘密に指定された情報等は、全て歴史公文書等に該当するとして、国立公文書館等に移管されるべきである<sup>44</sup>。

情報公開法及び公文書管理法が制定された趣旨からして、政府が重要な情報を闇から闇に葬るような事態を認めてはならないのである。

---

<sup>43</sup> 運用基準Ⅲ3(1)。

<sup>44</sup> この点、運用基準Ⅲ3(2)ウにおいては、指定期間が25年を超える特定秘密については、歴史公文書等への該当性判断を慎重にすべきとされているが、年数で区別する合理性はない。

## 第7章 特定秘密保護法の罰則と刑事裁判手続

### 1 罰則

特定秘密保護法では、第7章に罰則規定がおかれている。

#### 罰則の概要

特定秘密を漏えいする側としては、取扱い業務者の故意の漏えい罪、業務上知得者の故意の漏えい罪が基本犯であり、その未遂罪も処罰される。また、取扱い業務者の漏えい、業務上知得者の漏えい罪（以上23条）については、過失犯も処罰される。

次の表は、罰則の概要を示している。

基本類型	条文	罰則	過失	独立共犯	自首減免の特別規定
取扱い業務者の漏えい	23条1項	10年以下の懲役（＋1000万円以下の罰金）	3年以下の禁錮	5年以下の懲役	未遂に限る
業務上知得者の漏えい	23条2項	5年以下の懲役（＋500万円以下の罰金）	2年以下の禁錮	3年以下の懲役	
不正取得	24条	10年以下の懲役	—	5年以下の懲役	

罰則のうち、罰金は併科される刑罰であり、情状により懲役刑に加えて科される。

漏えい罪の主体は、特定秘密の取扱い業務者と業務上知得者に限られている。業務上知得者は、この法律の厳格な秘密保持の措置を講じたうえで、「提供」された者に限られる。すなわち、単純漏えいは処罰されない。それ以外の者は、いかなる経緯によって特定秘密を取得するに至ったかを問うことなく、罰則は適用されない。取扱い業務者および業務上知得者以外の公務員、民間企業等の従業員、ジャーナリスト、市民運動の活動家、一般市民がたまたま知った特定秘密を他人に伝えたとしても、漏えい罪の主体である「身分」には該当しないため、犯罪にはならない<sup>45</sup>。

特定秘密を取得しようとする側（探知・収集）としては、欺罔等および管理侵害による不正取得罪、取得の未遂罪の処罰規定が置かれている（24条）。

独立共犯の規定として、故意の漏えい罪と不正取得罪について共謀罪・教唆罪・煽動罪（25条）が規定されている。また、自首減免の特別規定が設けられている（26条）<sup>46</sup>。すなわち、故意の漏えいと不正取得に関しては未遂罪について、独立共犯については共謀罪について、任意的な自首減免の対象となる。

### 秘密の範囲は不明確で広すぎる

特定秘密保護法では、「特定秘密」に関する定義を正面から規定してはいない。3条は、「防衛、外交、特定有害活動の防止、テロリズムの防止に関する事項に関わる情報であって、公になっていないもののうち、その漏えいがわが国の安全保障に著しい支障があるため、特に秘匿することが必要であるもの」を「特定秘密」として指定できると規定する。これは、特定秘密の指定の要件を定めるものであり、定義規定といえるかは疑問である。別表において防衛については10項目、外交については5項目、特定有害活動及びテロリズムの防止については、それぞれ4項目が細目として挙げられている。しかし、これらの細目を見ても、どの範囲が特定秘密として保護の対象となるのかは、明らかではない。

---

<sup>45</sup> 第1章11頁以下を参照。

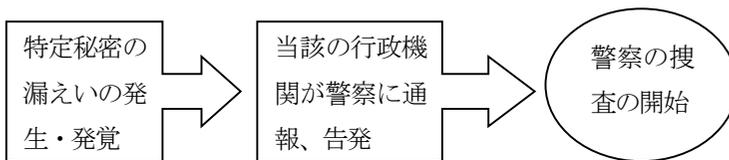
<sup>46</sup> 刑法42条の自首は、捜査機関に発覚する前の段階であれば、既遂の場合も適用される。その効果も、減輕にとどまり、任意的免除は認められていない。

## 2 特定秘密保護法違反事件の刑事手続

特定秘密保護法の訴訟法上の問題点については、特定秘密の漏えいが発生した場合に進められていく刑事手続に沿って検討していく。そうするほうがイメージしやすいと思われるからである。以下では刑事手続の流れに従って検討していく。

### 事件の発生と発覚

特定秘密の漏えいが発生し、これが発覚した場合、当該の行政機関が警察に対して通報し、告発が行われる。通報を受けて、捜査が開始される。



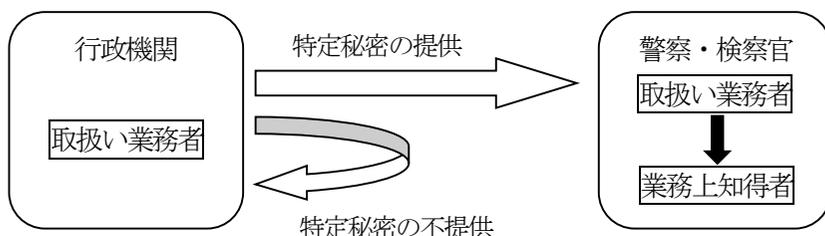
基本的には警察や検察は、行政機関から特定秘密の提供を受けて、秘密の内容や性質などを検討したうえで、捜査及び公判を進めていくことになる（10条1項1号ロ）<sup>47</sup>。

ほとんどの場合、行政機関から警察や検察に対して特定秘密を提供しなければ、捜査を開始または継続することができない。しかし、特定秘密を提供する否かについては、専ら行政機関の判断となる。行政機関の判断次第では、警察や検察も特定秘密の内容やその全貌がわからないまま、捜査を開始、継続する

<sup>47</sup> 一般に行政機関が特定秘密を提供するには、①特定秘密を利用する者、知る者の範囲を制限すること、②特定秘密保護のため政令で定める措置が講じられていること、③我が国の安全保障に著しい支障を及ぼすおそれがないことが必要とされている（10条1項）。特定秘密の提供を受けた者が秘密を漏らせば、漏えい罪で処罰される。特定秘密の提供は、警察庁と都道府県警察の相互間でも認められる（7条）。その結果、警察には治安情報だけではなく、防衛情報、外交情報も提供され、公安警察の権限が肥大化することが危惧されている。

こともありうる。また、特定秘密の内容が分からなければ、捜査、訴追はできないと判断し、警察や検察官が捜査、訴追を断念することもありうる。

### 行政機関からの特定秘密の提供



特定秘密が外国政府から提供されたものである場合には、行政機関が捜査機関に特定秘密を提供するか否かについて、外国政府との調整も必要となる。

警察および検察庁では、行政機関から特定秘密の提供を受ける者として、特定秘密の「取扱い業務者」が選定される。取扱い業務者以外の者が、当該事件に限定して捜査、公判のために特定秘密の提供を受ける場合、警察官や検察官は「業務上知得者」となる。このように、特定秘密が提供された場合、警察官や検察官は「取扱い業務者」または「業務上知得者」となる<sup>48</sup>。

### 被疑者の逮捕、取調べの開始

漏えい行為をした者が逮捕された場合、被疑者取調べが開始されるが、取調べの際の捜査官と被疑者とのやりとりの際に、捜査官がうっかり特定秘密のことを話してしまうと、形式上は漏えい罪に該当してしまう可能性もないわけではない<sup>49</sup>。

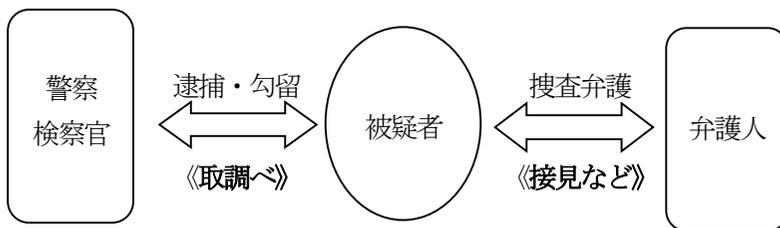
捜査官が漏えいの容疑を意識しながら取調べを進める場合を考えてみよう。

<sup>48</sup> したがって、警察官、検察官も罰則の適用を免れるわけではない。

<sup>49</sup> もっとも、それは職務行為として免責される（刑法 35 条）。

被疑者が故意の漏えい行為、すなわち特定秘密であることを認識したうえで関与した者であれば、どのような被疑事実で逮捕され、取調べを受けているのかはわかる<sup>50</sup>。

しかし、被疑者や参考人として事情聴取を受けている者は、どのような疑いで取り調べを受けているのかさえ、わからないままに、取調べが行われていく場合もありうる。すなわち、故意の漏えい行為に関与していない者や関与の薄い者の場合には、自分が警察から何の目的で事情を聞かれていることすらわからないという事態もありうる。



### 捜査弁護

防御する側の被疑者の弁護人としても、被疑者との接見からは捜査機関が何に関心を持って取調べが行われているのか把握できない事態も生じる。逮捕状や勾留状の記載からは、特定秘密の漏えい行為を行ったことについては把握できる。しかし、被疑者がどのような情報（特定秘密）を扱っていたのかについては、被疑者から聞き取る以外には事案の把握ができない。ところが、被疑者自身も自分がどのような被疑事実で逮捕されたのか、また、警察や検察がどのような意図を持って取調べをしているのかについてもわからない事態も生じ、

<sup>50</sup> 逮捕状および勾留状に記載される被疑事実は、「被疑者は、特定秘密保護法別表一イに記載する自衛隊の運用上の秘密を他人に漏らした」というように記載され、被疑者に告知されるから、ある程度防御の対象は明確となる。その際、漏えいした秘密の内容を識別するものとして、被疑事実の要旨として「●●に関する特定秘密」という程度の記載がなされるであろう。しかし、これでは不十分として、たとえば勾留理由開示を請求するなどして、漏えいした特定秘密をさらに特定することが必要となろう。

弁護人としても事案の把握が困難となり、適切な助言ができない場合もありうる。

近年、検察段階を中心に、一定程度可視化が進んで、否認事件などを中心に、取調べにおいて録音録画が行われるケースが生じている。2015年に通常国会に上程された刑事訴訟法改正法案では、裁判員裁判の対象事件や検察独自捜査など一部の取調べについて、可視化、録音録画が必要とされるようになっていく。しかし、特定秘密保護法違反事件は、録音録画はほとんど行われまいであろう。将来的にさらに可視化の対象が拡大されたとしても、特定秘密保護法違反の事件の取調べで録音録画されることはあまり期待できない。なぜなら、漏えいの可能性が生じるからである。

### 捜査の終了と公判請求

捜査が終了すれば、検察官が公判請求することとなる。しかし、公判請求された場合には、特定秘密の内容が公開法廷で審理されることになり、特定秘密の内容が明るみにでてしまう。

検察官の起訴独占主義との関係が問題となる。この場合、行政機関は、特定秘密の内容が明るみに出ることを怖れて、検察官の公判請求の可否や検察官請求証拠の選別に関与してくることも考えられる。また、外国政府から提供を受けた情報である場合には、ここでも外国政府との調整が問題となる。

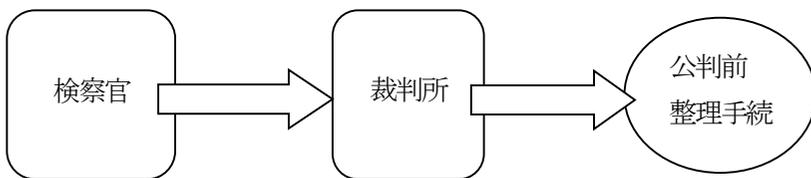
捜査が終了すると、検察官により起訴状が作成され、公判請求が行われる。起訴状は訴因の特定と明示が要求される。すなわち、起訴状には、訴因を明示して、日時場所及び方法をもって罪となるべき事実を特定しなければならない（刑事訴訟法 256 条 3 項）。特定秘密保護法違反の事件では、検察官が漏えいまたは取得したとする特定秘密について、どこまで具体的に明示すべきかが問題となる。起訴前に特定秘密の指定が解除されていれば、起訴状に秘密の内容を記載することもできる。しかし、解除されない場合は、勾留状など同様の問題が発生する<sup>51</sup>。訴因では、犯罪事実の特定が求められるから、具体的に漏え

<sup>51</sup> 脚注 50 参照。起訴状でも「被告人は、防衛大臣から特定秘密の取扱い業務者として選任さ

いされた秘密の内容が特定されなければ、被告人・弁護人としては防御のしようがない。弁護人としては、起訴状に対する求釈明を行い、場合によっては訴因不特定として、公訴棄却を求める必要がある。

### 整理手続での裁判所への提示

特定秘密保護法違反の事件では、被告人・弁護人は証拠開示を請求することが通例である。特定秘密保護法違反は、単独では裁判員裁判にはならないが、別の裁判員裁判該当事件と併合審理される場合は、必ず公判前整理手続を採らねばならない。



公判前整理手続では、証拠開示と審理計画の策定が重要な課題となる。検察官・警察が手持ちの特定秘密を法廷に証拠として提出するか否かが、争われることが少なくない。この場合、行政機関からあらかじめ特定秘密の提供を受けた警察や検察官は、裁判所に対して、インカメラ手続<sup>52</sup>において公判前整理手続における証拠開示の判断のために、特定秘密を提示することができる。

### 証拠開示

弁護人からの証拠開示の請求に対して、検察官が任意に特定秘密に関する証

れ、特定秘密保護法別表一イに記載する自衛隊の運用に関する業務を担当していた者であるが、その業務に関して知った自衛隊の運上の秘密を他人に漏らした」といった程度の記載がなされ、その際、漏えいした秘密の内容を識別するものとして、「●●に関する防衛秘密」という程度の記載がなされるものと思われる。

<sup>52</sup> インカメラとは、裁判官だけが関係の証拠資料を閲覧し、検討し、裁定を下す手続をいう。

拠を開示してくることは考えにくい。証拠開示の判断にあたっては、行政機関の了承が無ければ、検察官も独自の判断では証拠開示の可否を決められない。

検察官が証拠開示を拒否した場合、弁護人の請求があれば裁判所が証拠開示に関する裁定を行う。その際、証拠開示の判断のために捜査機関から裁判所に対して特定秘密の提示が行われる<sup>53</sup>。行政機関が特定秘密の提供を認めない場合には、検察官が裁判所のインカメラ手続きに応じないことも考えられる。

裁判所が証拠開示命令を出せば、弁護人に証拠として開示される。この場合は、当該行政機関が特定秘密の指定を解除したうえで、弁護人に対して開示が行われる<sup>54</sup>。

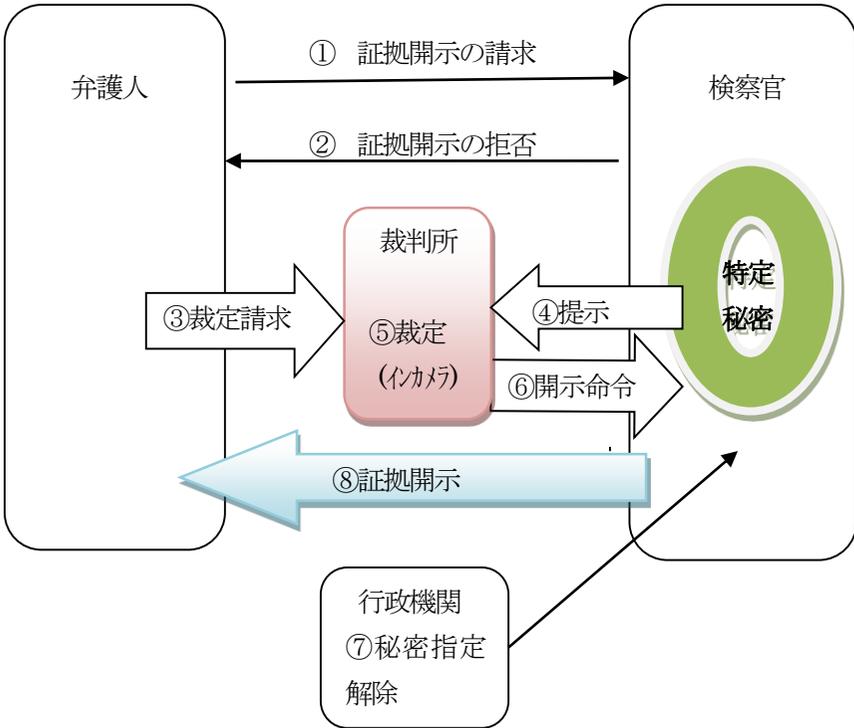
裁判所は、「国家の安全保障」と「当該被告人の手続保障」のどちらに重きを置くかという判断や特定秘密の指定の適法性・相当性の判断を迫られることになる。証拠開示により国家の安全が脅かされるという弊害が大きいと判断されると、証拠開示は認められない方向に傾くだろう。

証拠が開示されない場合には、被告人及び弁護人は特定秘密の提供を受けることができず、その内容がわからないまま防御、弁護にあたることになる。そのため、裁定請求にあたり、このことの不当性を説得的に説明する必要がある。

---

<sup>53</sup> 特定秘密の提示を受けた裁判官、裁判所書記官、裁判所事務官は、特定秘密の業務上知得者となり、漏らせば5年以下の懲役刑が科される。

<sup>54</sup> 内閣官房・逐条解説 62 頁脚注 4 を参照。



### 公判審理と外形立証

特定秘密は、形式秘であるだけでなく、それが実質秘であることも必要であるとされる（統合説）。このため、検察官は実質秘であるとの立証を行うためには、特定秘密の内容を明らかにしなければならない。しかし、行政機関から捜査・訴追という公益目的で提供された特定秘密を公判で明らかにすることは許されず、場合によっては、検察官自らが漏えい罪で処罰されかねない。

そこで、いわゆる外形立証という方法がとられる。

「外形立証」とは、国家公務員法違反（秘密漏えい）の刑事事件で採られてきた立証の方法である。外形立証とは、間接事実による立証であり、具体的には実質秘の内容に触れることなく、秘密文書等の作成方法、特定秘密の指定お

よび解除の手續、秘密事項の種類と性質、秘密とする必要性等の外形事実を立証し、反証のない限りその実質の秘密性を推定させるという立証方法である。

場合によっては、行政機関が警察や検察官に特定秘密を提供しないため、検察官も特定秘密の内容を知らないまま、公判での訴追を進めることもあり得る。

しかし、秘密を秘匿したままの裁判では、被告人の実質的な防御権、弁護権を奪うことになる。秘密指定の手續がなされたことを立証しさえすれば、内容がわからないままに特定秘密が認定され、有罪とされてしまう。しかし、そのような形式的な秘密性の立証は、事実上は形式秘の立証に矮小化されて、統合説にふさわしい立証方法とはいえない。

弁護人としては、特定秘密の立証は、外形立証によるのではなく、実質的に秘密に値する情報であることの証明を求めるべきである。この場合の最適な証拠は、特定秘密そのものであり、これが法廷で明らかにされ、証拠調べで吟味されずに事実認定はできず、合理的な疑いを入れない程度の証明に達することはできないとして、無罪判決を求めるべきであろう<sup>55</sup>。

## 量刑との関係

特定秘密保護法違反で有罪判決となる場合、量刑判断に際し、犯罪結果の重大性、社会的影響の観点をも検討することとなる。その際に、いかなる特定秘密の漏えいがなされたのか、なされようとしたのかについての判断材料が公判審理で明らかにされなければ、裁判所も適切な量刑を決することができない。

特定秘密保護法違反の法定刑は、1月以上10年以下（23条1項等）、1月以上5年以下、（23条2項等）と幅が広い。裁判所が適切な量刑判断をするためには、公判において、漏えいし、または漏えいしようとした特定秘密の内容が明らかにされなければならない。しかし、外形立証で特定秘密の内容が明らかにならない場合には、適切な量刑判断がなされないおそれが大きい。裁判所は、

---

<sup>55</sup> 外形立証を採用した裁判例でも、外形立証による証明では、証明力は減殺され、極度に低くなる場合があることを認めている。大阪高判昭和37年4月24日。饅頭がうまいかどうか、毒入りでないかどうか、腐っていないかどうかは、食べて中身を確認しなければ、分からない。外側だけで判断するのは、不相当と言わざるを得ない。

量刑の判断においても、漏えいされた特定秘密が実質的に秘密に値するものなのか、秘密を明らかにすることによって生じる被害等の実態を認定して、量刑判断をすることが求められる。

### 被疑者・被告人の防御権

漏えい罪や不正取得罪の場合には、当該被疑者、被告人は秘密の内容をある程度は知っている場合もある。しかし、過失、未遂、共謀、独立教唆、煽動の場合には、被疑者・被告人が特定秘密であることおよび特定秘密の内容を認識しているとは限らない。また、特定秘密の一部のみを認識しているにすぎない場合には、その一部の情報だけで、秘密の内容や性格を正確に判断できるわけではない。このように、故意の漏えい罪や不正取得罪の場合の全てが、秘密の内容を知っているわけではない。

弁護人が被疑者・被告人との接見の際に、特定秘密の内容を知ってしまった場合、被疑者・被告人には、新たに別途漏えい罪が成立するのであろうか？それとも、いわゆる不可罰的事後行為<sup>56</sup>となるのか？特定秘密の漏えいで逮捕・勾留、起訴された者が、接見の機会に弁護人に対して特定秘密の内容を打ち明ける行為や公判の主張・立証の段階で特定秘密の内容を明らかにして、自己の行為の正当性を主張する行為は、不可罰的事後行為と解するのが妥当である。特定秘密の漏えいにより違法状態は発生し、それが持続するから、被疑者・被告人の防御活動の中で、特定秘密の内容を明らかにする行為は特定秘密の漏えいとは言えない。これが特定秘密の漏えいに当たるとすれば、バランス論からいって、警察や検察官の取調べや公判で特定秘密の内容を供述しても、漏えいに該当してしまう。もし、不可罰的事後行為ではないという解釈を裁判所が採用し

---

<sup>56</sup> スイカを盗んだ者がそのスイカを食べたとしても、窃盗罪だけが成立し、食べた行為について独立に器物損壊罪が成立するわけではない。スイカ泥棒を窃盗で処罰する際に、当然にそれを食べてしまうことも織り込んで処罰するからである。このように、犯罪が既遂に達した後も、違法な状態が継続し、事後の行為が独立に犯罪を構成しないことがある。こうした事後の行為を不可罰的事後行為という。特定秘密を漏えいすることで、違法状態が発生し、それが持続する以上、その後の漏えいは不可罰的事後行為となると解するのが妥当であろう。

たととしても、防御権の行使として接見や公判での供述が行われている以上、刑法 35 条の正当行為として違法性が否定される。

### 弁護人の弁護権

弁護人の弁護活動は、特定秘密保護法の罰則によって処罰されることはない。

接見を通じて特定秘密の内容を被疑者・被告人から打ち明けられて、公判で秘密指定の違法性ないし不当性を主張するに当たり、当該特定秘密の内容を明らかにする行為をしても、漏えい罪には該当しない。弁護人は、特定秘密の取扱い業務者にも業務上知得者にも該当せず、漏えい罪が想定している行為主体とはならないからである。取扱い業務者に該当するのは当該行政機関の適性評価を受けて、これをクリアした者だけであるから、弁護人がこれに該当しないことは明らかである。また、被疑者・被告人から接見等で特定秘密の内容を打ち明けられても、この法律でいう特定秘密の「提供」とは言えず、業務上知得者として守秘義務が発生するわけでもない<sup>57</sup>。

弁護人が、被疑者・被告人に対して漏えいの有無を確認したり、漏えい行為の正当性を吟味するために、特定秘密の内容を聞き出そうとする行為も、罰則には該当しない。まず、それが不正取得罪に該当しないことは、明らかである。不正取得罪で規定する目的および行為態様に該当しない。次に、漏えい罪の教唆や幫助にも当たらない。形式的に「不正取得」や漏えいの教唆・幫助に該当する場合であっても、弁護活動という正当業務行為として行われたものであり、違法性がない。

そうでなければ、捜査段階で警察や検察官が特定秘密の内容を聞き出したり、公判で裁判官が特定秘密の内容について質問する行為も、漏えい罪の教唆・幫助に当たることになってしまう。

---

<sup>57</sup> 特定秘密保護法は、MDA 秘密保護法や戦前の国防保安法や軍機保護法のような包括的な単純漏えい罪の規定を置いていない。単純漏えい罪の規定は、どのような原因や経緯によるものであるかを問わず、当該の秘密を保持する者がそれを漏えいする行為を包括的に処罰するものである。単純漏えい罪では、弁護人やジャーナリストのほか、偶然それを知ってしまった飲み屋の従業員、落し物を拾得して、中身を確認して、特定秘密を知ってしまった一般市民なども、その秘密を漏らせば、処罰される。

### 3 共謀、独立教唆の捜査

特定秘密保護法の罰則には、共謀罪と独立教唆犯の処罰規定があるので、その問題点について触れる。

#### 共謀罪の規定

共謀罪規定は、故意の漏えいや取得が実行されたか否かを問わず、共謀さえあれば処罰するものである。これは、わが国の判例で認められている共謀共同正犯理論とは異なる。共謀共同正犯では、2人以上の者の共謀に基づいて犯罪が実行された場合に、犯罪の実行行為を分担せずに共謀のみに加わった者にも正犯としての罪責を問うものである。しかし、特定秘密保護法の共謀罪では、誰かが実行しなくても、話を行い、合意が得られれば、それだけで犯罪となる<sup>58</sup>。

特定秘密保護法では、外交、防衛、特定有害活動やテロ行為に関する取材の会議、調査研究を企画することが、漏えい罪や不正取得罪の共謀として処罰の危険にさらされることとなる。

#### 共謀の摘発と捜査手法

共謀罪の規定によって、故意の漏えい行為や、取得行為等の実行行為を伴わない段階で、警察が摘発、検挙するための捜査手法として、密告の奨励や内通者、スパイの活用がありうる。特定秘密保護法には自首減免規定が存在することから、捜査協力型の司法取引<sup>59</sup>、おとり捜査も活用される。

---

<sup>58</sup> 2009年の通常国会で組織犯罪等処罰法の改正法案が上程されており、包括的な共謀罪の提案が盛り込まれていた。この法案は、審議未了で廃案となった。しかし、近時テロ対策のために共謀罪の立法化が必要であるとの意見が散見される。この改正法に先んじて、特定秘密保護法で共謀罪の処罰規定が導入された。

<sup>59</sup> 司法取引とは、主として検察官と被告人・弁護人との間で刑事手続をめぐって行われる取引をいう。被疑者・被告人が、共犯者ないし首謀者はYであることを明らかにすれば、不起訴や軽い罪名での起訴を行うという約束をする場合などがその例である。被疑者・被告人は、Yに罪をかぶせて、自らは刑事責任を免れたり、軽い犯罪で処罰を受ける可能性が生じる。その場合、無関係のYが事件に巻き込まれて、訴追され、処罰を受ける可能性がある。捜査協力型の司法取引は冤罪の原因となる危険が大きい。

捜査機関が、政党、市民団体、労働組合等の構成員の誰か1人に目をつけて、活動内容を全て話させて不正取得罪の共謀をしていたと自白させる。その自白をもとに存在しない謀議や計画を作り上げて、事件のでっちあげを行うことも可能となる。警察が狙った団体の内部に警察のスパイを潜り込ませて、違反行為を煽り立てて、団体を一網打尽に検挙することも可能となる。煽動行為を行ったスパイについては、後に自首減免とすることができる<sup>60</sup>。

### 教唆犯の独立処罰

独立教唆犯規定は、刑法上の教唆犯（刑法 61 条）とは異なり、唆された者が実行に着手しなくても、教唆行為そのものを独立して処罰するものである。実行する決意を生じさせればよく<sup>61</sup>、唆された者が実行することが不要とされている。

教唆とは、相手方の意思に働きかけて犯罪行為の実行を決意させることをいう。刑法では、一般に特定の犯罪を教唆しても、教唆を受けた側がそのような犯罪を実行しないかぎりには、教唆者は処罰されない。被教唆者が実行することによってはじめて、教唆の危険性が現実のものとなるからである。言い換えると、教唆行為は、被教唆者の犯罪行為が実行されることを条件に処罰される。これを実行従属性というが、実行依存性と言い換えてもよい。この実行は、被教唆者の犯罪が既遂に達することは必要ではないが、少なくとも未遂であることは必要となる。刑法の共犯従属性は、取り締まりよりも市民的自由の保障を重視するものということができる。

しかしながら、国家の側は、被教唆者が実行に出る前の段階で、教唆者を処

---

<sup>60</sup> 2015年に通常国会に上程された刑事訴訟法改正法案では、捜査協力型の協議、合意制度（捜査協力型の司法取引）が導入されることになっており、捜査に協力することの見返りとして、不起訴処分や量刑上有利な取扱いをすることが制度化されている。現時点では、特定秘密保護法違反の事件は、法案の司法取引の対象犯罪とはされていない。しかし、立法問題としては、特定秘密保護法違反の事件にまで対象が拡大される危険性はある。

<sup>61</sup> 通説的見解は、「決意を生じさせるに適した行為」があれば足り、「決意の発生」までは不要とするが、謙抑性の観点から、「決意の発生」までが必要とすべきである。詳しくは、脚注の61を参照。

罰する立法をすることがある。これが、教唆犯の独立処罰、独立教唆罪である。こうすることで、国家は、市民の自由よりも、治安対策、取り締まり、教唆者の摘発を優先させている。特定秘密保護法は、このような独立処罰を規定し、処罰を優先させている<sup>62</sup>。

### 独立共犯に関する科学的捜査手法

共謀、独立教唆の捜査手法として、会話傍受、通信傍受の活用、GPS を使った捜査が行われることが予想される。将来的に、会話傍受が導入され、通信傍受の対象犯罪に「特定秘密保護法違反」が加えられれば、共謀や独立教唆の捜査を口実に、未だ特定秘密の漏えいが発生していない段階で、マスメディアの活動や、調査・研究活動、平和団体・市民団体の活動などが、通信傍受などの方法で警察の日常的な監視のもとに置かれる。

また、電子メールについても、2011年にコンピュータ監視法が施行され、裁判所の令状を要することなくメールの履歴部分の保全を要請することができるようになっており、この点からも警察の日常的な監視が行われる危険がある。

特定秘密保護法は、法益の保護を重視しすぎるために、個人の自由な活動（特に言論の自由や報道の自由、知る権利）が大きく害されることとなる。すなわ

---

<sup>62</sup> 教唆犯と実行犯の流れを図示的に説明すると、①教唆者による教唆行為→②被教唆者の犯罪実行の決意→③被教唆者の犯罪の実行→④犯罪の完遂（既遂）という経路をたどる。刑法の教唆犯の規定は、共犯従属性を前提にしており、③まで行かなければ、教唆罪は成立しない。独立教唆罪では、①または②の時点で、犯罪が成立すると解されている。従属か独立かの分岐は、②と③の間にある。①の教唆行為はおもに言動であり、これだけで犯罪の成立を認めることは問題であり、②まで必要と解すべきであろう。なお、内閣官房・逐条解説 140 頁は、独立教唆の意義について、「漏えい行為等を実行させる目的をもって、人に対して、当該行為を実行する決意を生じさせるに足りる懲罰行為をすることをいう」とし、「人に漏えい行為等を実行する決意を生ぜしめるに適した行為があれば、それだけで独立犯としての教唆が成立し、その教唆の結果、被教唆者が漏えい行為等を実行する決意を抱くに至ったことも要しない」としている。この解釈でも、懲罰行為だけでは足りず、決意を生ぜしめるに適した行為を必要としており、上記の①で独立教唆となるというわけではなく、一定の強さが必要であるとしている。もっとも、被教唆者の決意の発生までは必要でないとしている。したがって、①と②の中間で線引きをしている。しかし、それは疑問である。独立か従属化の分岐点は、②と③の間にあり、独立教唆罪の成立には、②も必要と解するのが妥当である。

ち、防衛、外交等の秘密を優先させて、人権保障をないがしろにするといえる。

## 第8章 萎縮する必要はない

特定秘密保護法は、違憲性の強い法律であり、廃止することが最も望ましい。運用に対して、絶えず監視して、その違憲性、不当性を主張するとともに、運用を限定し、無力化していく取り組みが必要である。特定秘密保護法が2013年12月6日に成立した後、2014年7月1日には臨時閣議決定により集団的自衛権の行使容認を含む解釈改憲が強行され、2015年9月19日には安保関連法が強行採決された。安保関連法の制定によって、特定秘密の範囲が急速に膨張しており、法の濫用の危険性も高まっている。しかし、主権者である私たちが、特定秘密保護法による規制と処罰を恐れて、知る権利の行使、表現の自由の行使に当たって、萎縮することがあってはならない。

### 安保関連法と機密保護

特定秘密保護法の危険性は、安保関連法と交錯することで、一層明白になった。2013年12月に特定秘密保護法が強行採決され、成立すると、自衛隊の海外派遣の拡大を取り込む形で、防衛秘密の細目が規定された。

特定秘密保護法の成立過程で、安倍政権は外国政府などとの情報共有が必要であることを強調していた。そこで挙げられていたのは、人質事件であり、人質救出には外国政府からの情報提供が不可欠であり、外国政府は日本の秘密保全法制が不備であれば、情報を提供しない、という説明であった。しかし、特定秘密保護法が制定され、2014年7月1日に安保法制に関する閣議決定が出ると、すぐさま運用基準のなかで、自衛隊の海外派遣、米軍と一体化した活動が防衛秘密保護の重要な柱であることを明らかにした<sup>63</sup>。政府は、集団的自衛権の行使を容認する閣議決定および安保関連法案を作成・立案しつつ、特定秘密保護法の施行に向けた作業を加速させた。

安保関連法は、切れ目のない安全保障を強調し、自衛隊の海外への派遣、ア

---

<sup>63</sup> 運用基準4,5頁。

アメリカやその他の国々と一体化した派兵と武力の行使、武器使用、兵站活動を可能にするものである。これらの事項は、そのまま「特定秘密」で中心的なものとなっている。報道によれば、特定秘密の指定はとりわけ防衛秘密に集中しており、項目数も件数も増加している。これらのことから、特定秘密保護法は、安保関連法の成立を見越し、安保関連法の内容、運用の詳細を秘匿することを主要な任務とする法律であった、と結論づけることができる。

安保関連法の国会審議の過程では、多くの事柄が「秘密保護」により、国会で明らかにされず、首相と防衛大臣、外務大臣の答弁がしばしば食い違うなど、充実した審議とは程遠いものであった。集団的自衛権の行使を可能にした「存立危機事態」に関しても、いかなる場合にそれが認定されるのかについて、結局のところ、全く明らかにされていない。政府が持ち出した具体例は、米艦による邦人保護の事例も、ホルムズ海峡の事例も、法案審議の終盤でいずれも撤回されている。存立危機事態の判断は、一切が首相の判断にゆだねられている。同じことは、重要事態についてもいえる。国会審議では、内部告発と思われるいくつかの情報から、法案がアメリカ政府からの強いプレッシャーを受けて立案されたことが、具体的に明らかになった。

安保法制では自衛隊の派遣に関して、国会の承認が要件とされている。しかし、特定秘密保護法のもとで、関連する証拠・資料が国会に提供されず、政権に都合の悪い情報は隠されて、情報操作が横行し、その結果、市民は目隠しされた状態で「愛国心」を駆り立てられ、海外派兵と武力行使が広がっていく可能性がある。

2015年1月には、日本人2人がIS（イスラム共和国）に誘拐され、殺害された。この事件に関しても、政府の対応は正しかったとする情報のみが公表され、事件の遠因となる中東政策や事件への対応、今後の方針などの問題点は明らかにされていない。法の成立後、すぐに南スーダンでのPKO活動の拡大を検討中であると報じられている。

特定秘密保護法と安保関連法との不可分の関係については、第2章および第4章でも検討されている。自衛隊の役割が根本的に変化し、自衛隊の海外での危険業務が飛躍的に増大する可能性が高い。それにともない、情報の秘匿と情

報操作のために、特定秘密保護法が最大限運用されるおそれがある。そのなかで、危機意識が煽られて、法が濫用される危険性も高い。

### 法の運用限定、無力化と廃止の展望

特定秘密保護法のなかで、適用を限定することが事実上困難な領域とそうでない領域とがある。適用限定が及びにくい領域は、行政機関の内部で進められる取扱い業務者の選定と特定秘密の指定である。いずれも、情報の流れの「蛇口」の部分である。これに対して、外部からのアクセスに関しては、処罰は完全主義が徹底しているとまではいえない。戦前は、こうした隙間を埋める形で機密保護法制が強化され、情報統制が徹底されて、日中戦争、太平洋戦争が遂行された。今後、「蟻の一穴」を塞ぐような法改正の可能性がある。

しかし、私たちは主権者として、知る権利が保障されている。安全保障に関する政府の活動は、私たち一人一人に大きな影響をもたらす。政府が誤った決定をしても、情報の自由、知る権利を活用することができれば、それを食い止めたり、是正したりすることができる。そのような権利の活用のために、私たちは萎縮してはならない。特定秘密保護法は、特定秘密の取扱い業務者や業務上知得者に対して厳しい規制を行っているが、情報にアクセスする側、情報を受け取る側については、処罰はある程度抑制的と言える。特定秘密保護法の廃止ないし抜本的な改正を志向しつつ、現行法の運用を点検し、限定し、無力化することが基本的な課題となる。

### 萎縮は無用だ—実践編

特定秘密保護法に関して、過度に自己規制し、萎縮する傾向も側聞する。以下では、具体的にQ&Aで説明をしたい。

**Q** 特定秘密に当たる情報を知ろうとすることは、直ちに処罰の対象となりますか？

**A** 不正取得罪に当たらない限り、大丈夫です。

**Q** ジャーナリストが、通常のインタビューで取扱い業務者である公務員や業務上知得者である者に対して、特定秘密にわたる事柄を質問することは処罰

の対象となりますか？

A 処罰されません。不正取得罪には該当しないからです。百歩譲って、教唆に当たると解されるとしても、正当業務として違法性が阻却されます。

**Q 特定秘密が違法秘密・不当秘密であるために、内部告発によって報道機関に対して提供され、これを入手した報道機関が報道した場合、報道機関の側は処罰されますか？**

A 処罰はされません。ただし、入手経路に関して、捜査が行われる可能性があります。取材源の秘匿が重要となります。

**Q 国会議員に対して違法秘密・不当秘密の内部告発があり、これを国会議員が国会の公開審議の場で取り上げ、政府を追及した場合、国会議員は処罰の対象となりますか？**

A なりません。国会の秘密会で行政機関から特定秘密が提示された場合は、業務上知得者として、処罰される可能性があります。しかし、内部告発によって知りえた秘密に関しては、それを保有することも、公表することも処罰の対象とはなりません。単純漏えい罪の規定は、この法律には存在しないからです。ただし、内部告発者を守るため、情報源の秘匿が重要となります。

**Q 情報公開請求を行うことが、特定秘密保護法に反するおそれはないですか？**

A そのようなおそれは、皆無です。従来通り、情報公開の請求をしてください。特定秘密保護法も情報公開の請求が行われることを前提にして、規定を定めています。

**Q 刑事裁判で特定秘密の立証の方法が問題となった場合、いわゆる外形立証しか途はないのですか？**

A そんなことはありません。特定秘密保護法は、裁判所の裁定によって特定秘密に指定された事項が証拠開示されるという途を予定しています。弁護人が裁定を求めないならば、むしろ不適切弁護になると思われます。

**Q 被疑者・被告人が弁護人との接見や公判で特定秘密の内容を暴露することは、処罰の対象となりますか？**

A そんなことはありません。防御権の行使として、許されますし、すでに漏

えいしている場合は、それを改めて漏えいしても、罰せられません。

**Q 弁護士が接見で特定秘密の内容に関して質問し、聞き出す行為は、罰則に該当しますか？**

A 大丈夫です。不正取得罪には当たりません。漏えいの教唆罪にも該当しないでしょう。百歩譲って、教唆罪に該当すると判断される場合も、正当業務行為として処罰を免れるでしょう。

**Q 弁護士が、公判で特定秘密の内容を明らかにして、弁護活動をおこなうことは、犯罪となるでしょうか？**

A なりません。被告人から特定秘密の内容を打ち明けられても、弁護士は業務上知得者にはなりません。この法律では単純漏えい罪は処罰されないのです。

このリーフレットを読まれた方々が、処罰を恐れるあまり、過度の自主規制をし、委縮してしまわないよう願わずにはおれません。

## 結び

如何だったでしょうか。「水も漏らさぬ秘密法」というにすれば、この法律はかなり漏れがあることがわかりいただけたのではないのでしょうか。

成立した特定秘密保護法は、特定秘密の取扱い業務者や業務上知得者に対して厳しい規制を行っているが、情報にアクセスする側、情報を受け取る側については、世論の反対を受けて、処罰はある程度抑制的な規定になっているのです。これは法案に反対する広範な世論の盛り上がりの成果といえるものです。

しかし、2015年9月に安保関連法が制定されたことにより、当会などが指摘してきた特定秘密保護法の危険な性格は飛躍的に上昇しました。国の安全にかかわる市民の知る権利が脅かされる危険性は高まっています。

当会が主催したシンポジウムで、元毎日新聞記者西山太吉さんは、会場からの質問に対し、ジャーナリストとしてはこのような法案がたとえ成立しても、臆することなく取材・報道を続けると述べられました。その気概に深い感銘を受けるとともに、このような人々を守ることが弁護士としての責任だとの思いを新たにしました。

しかし、私たちは西山さんのような英雄的な人でなくとも、もっと自由闊達に普通の人を知る権利を行使できる社会を求めています。

そのためには、そのような問題のある法の適用範囲を狭め、いささかも濫用させることがないように解釈指針を示すことが有益だと考えてこの文書をまとめました。是非積極的な活用をしていただきたいと考えています。また、そのような事件に関わる弁護士にとっても有益なものとなるでしょう。

いうまでもなく、このような法律は廃止することが適切であることは言うまでもありません。そのために今後も様々な提言や活動を続けるつもりです。

自由で平和な日本を私たちは希求します。

秘密保護法対策本部

本部長代行 大江 洋 一

発行 平成 28 年 3 月  
大阪弁護士会秘密保護法対策本部  
〒530 - 0047  
大阪市北区西天満 1-12-5  
TEL (06) 6364-1227

大阪弁護士会HPに掲載予定です。ご自由にダウンロードください。