

秘密保全法研究序説

梓 澤 和 幸
石 飛 優 子
大 城 聡
倉 地 智 広

目 次

はじめに

第1章 秘密保全法構想の概要

第2章 秘密保全法の保護法益と表現の自由

第3章 情報公開と秘密保全法

第4章 独立教唆と取材の自由の危機

外務省機密漏えい事件判例と秘密保全法

取材の自由保護は単なる違法阻却事由に過ぎない。

捜査法的分析

第5章 秘密の物神化と思想調査

第6章 憲法体系と秘密保全法

まとめにかえて

はじめに

秘密保全法有識者会議が発表した報告書（以下「有識者会議報告書」または単に「報告書」という。）の示す秘密保全法構想は一定の社会的反響をよび、一回法案提出は見送られた。しかし、引き続き法案提出の動きが続くことは間違いない。

これに対する弁護士会、民間放送連盟、新聞協会、日本ペンクラブなどの反対声明が発表され、反対運動の構想が語られるが、ここではそうした運動構想よりも、有識者会議報告書の提起する憲法学的、法学的論点を呈示したい。

考察を重ねていくと、秘密保全法構想は実に深い問題を投げかけてくる。自由とは何か。国家とは何か。立憲主義とは何か。こうした問題に行き着くのである。そしてまた、この問題は、刑罰はなぜ課されるのか。刑事法規が守ろうとする法益とは何か、など憲法のみならず刑事法令の分野の根本にも立ち入った考察を誘う。

もとより筆者らは専門の学究ではなく、一介の実務家にすぎない。人々のため、人権のため、福島をはじめとする現場や法廷に通う日々である。慨嘆のときも決して少なくない。しかしその現実の中にあってこの法案に対峙すると、その根本が見えてくるような気がしてならない。

現実と抽象の絶えることのない往来、葛藤と苦悩、その中で初めて学問は輝きをもち、人々の魂を掴む力をもつものなのだ。そのように自らを励まして、筆者らはそう多くはない読者に向けてこの文章を書く。

第一章 有識者会議報告書による秘密保全法構想の概要

有識者会議報告書は決して読みやすくない。しかし繰り返し読んでみると、次の秘密保全法構想の概要が浮かび上がってくる。

一、守られる秘密の定義

報告書によれば秘密保全法が守る秘密とは次のようなものである。

防衛、外交、公共の安全の三つの分野で、主管大臣が指定する秘密（指定秘）であって、かつ漏洩により国の重大な利益を害するものである。（報告書3および5頁）。秘密を保持する行政機関（防衛、外務、国家公安委員会）が特別秘密の指定権をもつほか、都道府県公安委員会（実務的には県警本部か）が秘密の指定権をもつと思われる。

（報告書4頁及び6頁参照）

二、処罰の対象となる行為

(1) 故意または過失による特別秘密漏洩行為ならびに未遂

法案は故意犯だけでなく、過失犯未遂も処罰の対象としている（報告書16頁）。

(2) 共謀、教唆、煽動の独立処罰

一般刑法の共犯従属性理論によれば、共謀、教唆、煽動があっても、正犯が実行行為に着手するか、実行行為を完了するまでは処罰の対象とならない。しかし報告書は、特別秘密の漏洩につき、共謀、教唆、煽動をただけで独立にこれを処罰することを提案している。この共犯独立処罰規定はマスメディア、市民メディアの取材と報道の自由に重大な影響を与える。この点はのちに第四章で独立して取り上げて問題とする。

(3) 法定刑

国家公務員法（109条1項12号）では、守秘義務違反の法定刑は一年以下の懲役または50万円以下の罰金であるが、この法案では一〇年以下の懲役を法定刑としている。格段に処罰が重くされている。

(4) 適正評価制度（セキュリティクリアランス）

注目されるのは、特別秘密に関与する公務員、国会議員、国務大臣を含む特別公務員、特別秘密に関与する大学関係者、民間事業者について、特別秘密を

扱う適正について評価する制度を導入する構想である。諸外国ではセキュリテイクリアランスと呼ばれるが、詳細な身元調査、センシティブな個人情報の収集、プライバシー侵入を想定するもので、思想良心の自由（憲法十九条）、プライバシー保護（憲法十三条）との関係で深刻な問題を投げかける。

この点についてものちに章を設けて検討する。

第二章 秘密保全法の保護法益と表現の自由

1 秘密保全法の保護法益

(1) 秘密保全法の保護法益は何か

秘密保全法の保護法益は一体何なのであろうか。有識者会議報告書には以下のような記述がある。

「我が国を取り巻く厳しい国際情勢の下で国及び国民の利益を守りためには、政府による秘密保全を徹底することが極めて重要」（報告書2頁）

「我が国の利益を守り、国民の安全を確保するためには、政府が保有する重要な情報の漏洩を防止する制度を整備する必要がある」（報告書2頁）

「国の利益や国民の安全を確保するとともに、政府の秘密保全体制に対する信頼を確保する観点から、政府が保有する特に秘匿を要する情報の漏洩を防止することを目的として、秘密保全法制を早急に整備すべきである。」（報告書3頁）

この記述からわかるとおり、秘密保全法の保護法益は国及び国民の安全確保、すなわち国家的法益であることになるだろう。

ところで、国家的法益に対する罪という場合、刑法学においては大きく3つに分類されると考えられている。国家の存立を保護法益とする罪、国家の作用を保護法益とする罪、国の外交を保護法益とする罪である。

国家の存立を保護法益とする罪は、内乱に関する罪、外患に関する罪がこれに当たり、国家の統治的秩序を壊乱し、国家の存立そのものを脅かす行為を罰するものである。

国家作用を保護法益とする罪は、公務執行妨害罪、逃走の罪、犯人隠避罪等、特定の国家作用を侵害する行為を罰するものである。

国の外交を保護法益とする罪は、外国国章損壊等の罪、私戦予備及び陰謀の罪、中立命令違反の罪がこれにあたり、国家の対外的地位および国際法上の義務に基づいて外国の法益を保護するものである。

これら国家的法益に属する罪は、究極的に国民の生命・身体・財産を保護する目的に通じている。

ところで、秘密保全法の保護法益が国家的法益であるとするならば、具体的には、何を保護するためのものなのだろうか。

特定の秘密の漏洩がただちに内乱罪や外患誘致罪に匹敵するほど国家的法益を危殆にさらし、国家の存立を脅かすことなど実際上考えられない。そのような事態が生じたときはむしろ内乱罪等で対処するのが妥当であろう。国家の存立を直ちに脅かす危険のある秘密が存在すると仮定した場合、それを漏洩して暴動を計画した者は「謀議に参加した者」（刑法第77条1項2号）に該当するであろうし、情報漏洩により内乱を容易にすれば内乱等幫助罪（刑法第79条）が成立するであろう。

また、秘密の漏洩が具体的な国家の作用、例えば刑事司法や行政作用を阻害ないし侵害する可能性も抽象的には考えられなくはないものの、現行の法制度によって対処不可能なものが存在するのか、疑問である。

さらに、秘密の漏洩によって国家の対外的地位が低下するという事態は想像することすら難しい（例えば、我が国が特定のテロリストを支援しており、これに関する秘密が漏洩した場合には、国家の対外的地位が低下する事態も想定できるだろうが、国際法に則った国家運営をしている限りは秘密の漏洩によって国家の対外的地位が低下することなど考えられないであろう。）。

つまり、「国の利益、国民の利益のため」と言われれば何となく納得してしまうが、実際には秘密保全法によって保護すべき国家的法益など存在しないのではないかという疑問が生じてくるのである。

この疑問は、第三章で述べる通り秘密保全法に明確な立法事実がないことからいっそう強まる。

2 秘密保全法と表現の自由

(1) 秘密は限定できるのか

有識者会議報告書は「秘密とすべき事項の範囲」として、①国の安全、②外交、③公共の安全及び秩序の維持の3分野をあげ、「我が国の防衛上、外交上又は公共の安全及び秩序の維持上特に秘匿することが必要である場合」（自衛隊法第96条の2第1項参照）「その漏えいにより国の重大な利益を害するおそれがある場合」などの要件を付して高度の秘匿の必要性がある場合に限定し、「国の行政機関」、「独立行政法人等」、「地方公共団体」、「行政機関等から事業委託を受けた民間事業者・大学」が作成・取得した情報に限定すると提言を行っている。

しかし、上記3分野（①国の安全、②外交、③公共の安全及び秩序の維持）に関する情報というのは、解釈によりあらゆる情報が該当する可能性があり、何らの限定もないに等しく、「高度の秘匿の必要性」に限定するといっても、その評価は政治的評価であるため、常に恣意的な解釈がなされる危険性を内在する。

秘密の作成、取得の主体を限定するというが、業務委託を受けた民間事業者や大学が作成・取得する情報も含まれるのであるから、実際には極めて広範な情報が特別秘密の対象となることになるだろう。

(2) 表現の自由の萎縮

このように、秘密保全法案が秘密の作成・取得主体を公務員はもとより、特別秘密として扱われる情報に関連する民間事業者、大学関係者など極めて広範な範囲の者に拡大する結果、処罰対象が多くの国民に及ぶことになる。

処罰対象となりうる者は、社会的な発言や表現行動を行う場合、自らの知るいかなる情報が特別秘密となるか判然としない状況で重罰の危険を常に意識せ

ざるを得なくなる。これでは、処罰対象となりうる者の表現の自由が制約されることは明白である。

さらに有識者会議報告書は、故意ないし過失による漏えい行為に加え、特定取得行為（財物の窃取、不正アクセス又は特別秘密の管理場所への侵入など管理を害する行為を手段とする直接取得行為、欺罔、暴行・脅迫による取得行為）や独立教唆行為及び煽動行為も処罰の対象とするとしている。

そうすると、国民の知る権利に応じて取材・報道活動に従事する報道関係者の活動も処罰される可能性があるうえ、特定秘密に該当する事実の開示を求める一般国民の活動や行動も広く処罰の対象となる危険性がある。

このように、秘密保全法が制定された場合、様々な表現活動、研究活動などに影響が及ぶ可能性があり、一般国民の表現の自由が制限されることは明らかである。

(3) 「秘密」保護の時的無制限と表現の自由

このほかにも問題はある。

秘密とは、常に時的要素を含むものである。すなわち、捜査上秘密だった事項が刑事裁判手続に移行すれば秘密として扱う必要がなくなることもあるし、過去に防衛機密だったことが時を経て秘匿の必要性が低くなることもある。

しかし、有識者会議報告書によれば、秘密保全法制を検討するにあたり、このような「秘密」保護の時的制限については一切議論されていない。そうすると、いったん特別秘密となった情報は、実際に必要性がなくなっても保護の対象のままであり、国民は時の経過と共に増蓄される情報に対し表現の自由を制約されることになるのである。

(4) 小括

国民の自由・人権を守る最後の砦は、やはり国民自身であろう。国民の憲法意識である。

アメリカの連邦最高裁判事ラーニッド・ハンド氏は、「自由は国民の心の中で生きている。自由がその人の心の中で死んでいたら、もはや、いかなる憲法

も、法律も、裁判所も、自由を助けることは出来ない」という言葉を残している。

自由・人権の侵害に対してはまず、国民自身が防御し、抗戦しなければならない。

そして、国民自身自由・人権の侵害に対して防御、抗戦するためには、国政に関する情報はすべて国民に開示されなければならない。

しかし、この秘密保全法が制定されれば、国民は国政に関する正確な情報を得ることはできず、自由・人権の侵害に対して抗戦することもできず、民主主義はなきものとなるだろう。そのような危険を冒してまでこの法律により守るべき利益（秘密）はあるのか、その答えはおのずと出てくるものと思われる。

秘密保全法は国民の表現の自由に対する重大な侵害の危険性を常にはらむものであり、このような法律の制定は阻止されなければならない。

第三章 情報公開と秘密保全法

一 民主主義社会の「情報」に関する法体系の視座から

(1) 民主主義社会の基盤としての情報公開制度

日本の情報公開制度は、情報公開に関する法律（「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」（以下、「情報公開法」という。）及び「独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律」と地方公共団体の情報公開条例または公文書公開条例（以下、これらを総称して「情報公開条例」という。）によって形成されている。

情報公開制度は、民主主義国家の基盤である。民主主義にとって、情報を得た国民は不可欠の存在である。「知る権利」は表現の自由（憲法21条）の中に位置づけられ、「国家からの自由」という伝統的な自由権にとどまらず、参政権（「国家への自由」）的な役割を演ずる（芦部『憲法第5版』171頁参照）とされる。国民の知る権利は裁判例の中でも憲法上の権利として認められつつある（参考：大阪高裁平成17年7月28日判決、東京地裁平成17年12月9日判決）。

また、第177回通常国会に提出された情報公開法の改正案の目的規定には、国民の「知る権利」が明記されている。すでに地方公共団体の情報公開条例の中には、目的規定に「知る権利」を明記しているものもある。

現在の情報公開法は、国民主権と政府の説明責任という観点からその目的を定めている。国民主権と民主主義の健全な発展のためには、国政を信託した主権者である国民に対し、政府がその諸活動の状況を具体的に明らかにし、説明責任を全うすることが必要である。これもまた情報公開制度が民主主義社会の基盤であることを示している。

(2) 情報公開制度の原則

情報公開法では、「行政機関の長は、開示請求があったときは、開示請求に係る行政文書に次の各号に掲げる情報（以下「不開示情報」という。）のいずれかが記録されている場合を除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示しなければならない。」（同法第5条）として、行政機関に原則として情報の開示義務があることを明らかにしている。

このような構造になっているのは、そもそも行政機関の保有する情報は、主権者である国民のものであるという考え方に基づいている。行政機関が、主権者である国民に対して情報を非公開にするのは、あくまで例外である。

そうすると政府等の情報を秘匿するための法律である秘密保全法は、情報公開を原則とする民主主義社会の「情報」に関する法体系の中では、あくまでも例外ということになる。

(3) 「秘密保全のための法制の在り方について（報告書）」における情報公開制度の位置づけ

有識者会議がまとめた「秘密保全のための法制の在り方について（報告書）」（以下、「報告書」という。）では、情報公開と秘密保全を等価値として利益衡量しているように思われる。

報告書は、「我が国では、近年、国民主権の理念の下、情報公開制度の整備をはじめ、行政の透明性の確保のための取組について積極的な検討がなされ、

一定の成果を上げてきた。同時に、我が国を取り巻く厳しい国際情勢の下で国及び国民の利益を守るためには、政府による秘密保全を徹底することが極めて重要であり、当会議は、政府による秘密保全に係る措置が一面において国民の知る権利等と緊張関係に立ち得ることに留意しつつ、数次にわたる会議において議論を重ねてきた。」（報告書2頁、下線部は引用者が付した）と述べている。

冒頭で情報公開制度に言及しているが、問題は下線部の「同時に」という文言で、情報公開制度と秘密保全法を、同列におき、等価値のものとして利益考量している点である。「政府による秘密保全に係る措置が一面において国民の知る権利等と緊張関係に立ち得る」という表現からも秘密保全が例外であるという認識は読みとれない。むしろ「国及び国民の利益」と情報公開制度を対峙させるかのようにも思える。

民主主義社会における「情報」に関する法体系というパースペクティブ（視座）が欠如していることは、上記文言の問題にとどまらない。本章では、報告書における問題点（すなわち現在検討されている秘密保全法の問題点）として、「立法事実の脆弱性」と「情報公開制度と特別秘密」に絞って若干の考察を行う。

二 立法事実の脆弱性

(1) 検討すべき立法事実の範囲

報告書は、秘密保全法制は、新規立法によってなすべきだとしている（報告書20頁）。さらに、報告書は、法定刑を相当程度重いものにすべきだとして、刑の上限を懲役10年にするに言及している。

前述のように秘密保全法は、民主主義社会の「情報」の法体系からすれば、あくまでも例外である。相当程度重い法定刑を伴う新規立法を行う場合には、原則である情報公開制度の在り方も含めて検討する必要がある。情報公開制度と秘密保全法は、独立したものではなく、原則と例外という相互に密接に関連

する法制だからである。しかし、報告書の中では、情報公開制度の現状に関する検討はない。たとえば、報告書には情報公開法の改正案が国会に提出されていることを具体的に検討している箇所もない。

(2) 秘密保全に関する立法事実—刑罰の観点から

報告書の参考資料に「主要な情報漏えい事件等の概要」がある。そもそもここに記載されている事件等を立法事実にするには反論もあり得る。しかし、その点は一度留保するとして、注目すべきは、各事件等の「罪名・処分結果等」の項目である。

処分としてもっとも重いものは「懲戒免職」で8件中4件である（1件は捜査中、以下同じ）。刑罰に関してみると、もっとも重いのは、懲役10ヶ月である。しかも有期懲役が科されたのは、8件中1件のみである。起訴されたのは、もう1件だけである（懲役2年6ヶ月・執行猶予4年）。8件中5件は、起訴猶予処分または不起訴処分である。

少なくとも報告書の中では、懲役10年を上限とする法定刑とする新規立法が必要であるとするに足る立法事実は皆無である。

民主主義社会における「情報」の法体系の中で秘密保全法は例外なのである。それゆえその立法化にはいっそう慎重な検討が必要である。しかし、報告書にはそのような慎重な検討が有識者会議でなされた形跡は全くない。相当程度に重い刑罰を科すことを前提として秘密保全法を新規立法する際に、上記立法事実しか検討していないことは、重大な問題として指摘しなければならない。

三 情報公開制度と特別秘密

(1) 特別秘密と不開示情報の関係

秘密保全法は、たんに従来から非公開であった情報の秘密を保全するだけでなく、政府等が保有する情報の公開範囲を狭める危険性がある。

報告書は、「本法制の特別秘密は、国の安全、外交並びに公共の安全及び秩

序の維持の分野の秘密情報の中で特に秘匿性が高いものであることから、同法第5条第3号（国の安全等に関する情報）及び第4号（公共の安全等に関する情報）の不開示情報に含まれるものと解される。すなわち、本法制により保全される特別秘密は、そもそも情報公開法の下で開示対象とされる情報に該当しないことから、同法により具体化されている国民の知る権利を害するものではない」（報告書22頁）としている。

これを一読すると、政府等が有する情報の公開範囲を狭める危険はないようにも思える。しかし、本当にそうであろうか。秘密保全法の条文が明らかではない現状で詳細を検討することはできないが、想定し得る問題として次のことがある。

まず、不開示情報であるかどうかの判断（審査会及び裁判所の判断も含む）は、特別秘密に指定されたことに影響を受けるか否かという問題がある。報告書は、特別秘密の指定に際しては「実質秘であることを前提に、要式行為たる指定行為」を行うとしている（報告書5頁）。特別秘密は、実質秘であることを前提としているが、行政機関による当該指定行為が常に正当なものであるとは限らない。これに対して、審査会または裁判所がどのように判断するかが問題となる。報告書は、司法との関係で証拠開示等には言及しているが、そこでは情報公開制度については検討していない。

また、特別秘密に指定された情報が、不服申立の審査会における「インカメラ審理」の対象となるかという問題もある。

(2) 特別秘密の指定に関連する情報

報告書では言及されていない事項として、特別秘密の指定に関連する情報が、情報公開の対象となるか否かという問題がある。

当該情報が特別秘密に指定されたことは、行政情報として記録される。この情報は、情報公開の対象となるのであろうか。特別秘密に指定したこと自体からその情報の秘匿性の高さが類推されるために、特別秘密に指定したことが、国の安全に関する情報（情報公開法第5条3号）、公共の安全等に関する情報

(同条第4号)に該当するとみることもしもできる。もしこれらが不開示情報になるとすれば、国民は、政府や警視総監・道府県警察本部長が、どのような種類の、何件くらいの情報を特別秘密に指定しているかについて、知ることができなくなる。政府等が特別秘密に指定した件数と情報の種類については国会に報告するなどの制度が考えられるが、報告書では、特別秘密の指定に関して、政府等の国民に対する説明責任には全く言及されていない。

三 小括

本章では、情報公開制度と秘密保全法の関係について検討してきた。報告書では、そもそも民主主義社会の「情報」に関する法体系という視座が欠如している。情報公開制度が原則で、その例外として刑罰を科して情報を秘匿する制度をつくるという発想が報告書には皆無である。それがもっとも顕著に表れているのが、脆弱な立法事実である。本来、例外として慎重に検討しなければならない新規立法としての秘密保全法の立法事実として、報告書で列举されている事件等は不十分であると言わざるを得ない。

次に、原則であるはずの情報公開制度に対する影響が検討されていないという問題がある。一つは、特別秘密の指定を受けた情報が不開示情報に該当するか否かの判断に際して影響を受けるという問題である。特別秘密に指定するという行政機関の行為そのものが、開示・不開示の判断過程と結果に影響を与えるのであれば、情報公開の範囲は従前よりも狭くなる。また、特別秘密の指定に関する情報が情報公開の対象になるかという問題がある。政府等が、国民に開示できない情報を従前よりも多く保有することになれば、情報公開の範囲は狭くなる。この点についても、報告書では言及がない。これらは、民主主義社会の「情報」に関する法体系の中で秘密保全法を位置づけて検討していないことの証左である。「国の利益や国民の安全」(報告書3頁)と情報公開が対峙するかのような問題設定がなされるとすれば、それは問題のすり替えである。あくまでも、民主主義社会の「情報」に関する法体系の中で、秘密保全法を検討

することが必要なのである。

第四章 独立共謀罪、独立教唆、煽動の構成要件による取材、報道の自由の危機

独立共謀罪、独立教唆、煽動の構成要件とはこういうことである。刑法の一般理論では共犯従属性説をとっている。すなわち、共謀、教唆、煽動などの共犯の行為により正犯が実行行為を行い、当該構成要件の保護法益として想定されている法益を侵害したか、侵害の危険があるときに限り処罰の対象としてきた。特定の法益侵害またはその危険があるときに限って処罰の対象とする近代国家の基本原理に由来する理解である（山口厚 刑法総論2版4頁 法益保護主義の説明参照）。

法案は、この基本原理に変容を加えている。共犯の共謀、煽動があったことを以て処罰の対象とする。

これを取材の現場で起こりそうな事態にあてはめて想定してみるとどうなるであろうか。

現実に起こった冤罪事件に例をとって考えてみる。

志布志事件の例をとろう。

この事件では一五人が買収の選挙違反で身柄拘束され、最長三七五日の未決勾留がついた。厳しい取調べが続き、自殺を図る人まで出た。しかし、事件は全く空中楼阁で、架空の事件をフレームアップして特定の県議の政治生命を絶とうとするものだったことが明らかになっている。

一二人の被告人に対して二〇〇七年二月二三日に無罪判決が下されている。

この事件の過程では、メディアの記者たちと良心の呵責に耐えきれない一線の捜査官たちとの間に、取材上の厳しい葛藤があった。事件がフレームアップであることを捜査陣の内部で知った捜査官たちが朝日新聞鹿児島総局の記者たちに打ち明けた。しかし、しっかりとした裏づけなしに記事は成立しない。真実を反映した書証を出してもらわなければならない。ためらう捜査官たちに記

者が迫った。

連合赤軍の浅間山荘事件のときに殉職した警官の人たちを思い起こしてほしい。あなたが警官を志したときの正義感を思い起こしてほしい、と。

そうした話し合いの中から、ついに捜査幹部と検察官との打ち合わせの会議議事録をはじめとして、いくつかの書証を取陣は入手することができた（『違法捜査』 梶山天 角川学芸出版 2010年）。

すでに述べたように、防衛、外務に関する秘密に、公共の安定、秩序維持（警察）に関する情報も特別秘密として保全の対象となっていることが、法案の特徴である。

この冤罪事件で“無実の人を無罪に”するのに貢献した情報は、国の利害に関わる特別秘密として、指定秘にされる可能性が少なくない。そうすると、この秘密を新聞記者に差し出した警察官はもちろんのこと、取材にあたって警察官を励まし、文書を手しようとした記者も、取材した行為だけで、警察官が情報を出すか否か、書証を渡すか否かに関わりなく処罰されることになる。

ここでいくつかの捜査法的論点に注意を喚起しておきたい。

第一は、令状なき逮捕の危険性である。法案は特別秘密の故意による漏洩について一〇年または五年の法定刑を用意している。ここで法定刑長期三年以上の罪について適用される令状なき緊急逮捕（刑訴法二一〇条）と、逮捕に伴う令状なき搜索差押（刑訴法二二〇条一項）の危険が想起されるべきである。

有識者会議報告書は、外務省機密漏洩事件の最高裁判例（最決昭和五三・五・三一）を援用して、正当な取材目的と相当な態様の「正当な取材行為」は、処罰の対象とならないことをあげて、あらかじめ知る権利、取材の自由保障の見地からの批判を封じている。しかし、根拠がない先行否認である。

正当な取材は処罰の対象にならないという議論は、構成要件該当性の問題でなく、違法性阻却事由にすぎない。緊急逮捕や逮捕に際する無令状搜索差押の際に、捜査陣に対して取材陣やメディア側が、「正当な取材だから逮捕や搜索、差押は止めるべきだ」と主張しても、「それは、公判廷で述べてくれ、長期三

年以上の罪の構成要件該当性の嫌疑がある以上、この強制処分には何ら誤りがない」と反論されて終わるからである。

外務省機密漏洩事件の経過を思い起こすとわかりやすい。毎日新聞西山太吉記者が逮捕された、そのことの故をもって世論の関心事は方向を変えられた。沖縄返還協定にともなう佐藤栄作政権と米政府の間の密約の存否こそが問題だったのに記者の外務省事務官との男女関係というところに問題がすり替えられてしまったのであった。

もっとも白日にさらされなければならない秘密こそ、特別秘密として指定秘とされ、それに肉迫した記者に令状なき逮捕の危険が迫るのである。そして逮捕によって一般の関心事は暴露された秘密の重大性ではなく、逮捕の事実だけに向けられるのである。

第二に、逮捕にともなう搜索、差押が取材側にもたらす脅威についても言及しておきたい。判例によると、捜査上の真実解明の利益が疎明されれば、テレビ局の未放映のマスターテープも搜索、差押も許容される（日本テレビ事件 最二小決 平成元年1月30日 メディア判例百選7ケース。TBS事件 最二小決 平成2年7月9日 メディア判例百選8ケース）。

これを新聞や雑誌にひきなおすと、取材メモまで洗いざらい搜索、差押しても憲法違反ではない、ということになる。

そうすると、テレビや新聞、雑誌の取材に対応した公務員の氏名、告発内容まで一挙に秘密保全法違反を追及する捜査陣の側に入手され、情報源（ディープスロート）は一網打尽ということになる。

こうなると、国民にとって最も大切な、隠された情報はほとんど白日の下にさらされる機会がない、ということになる。

第五章 秘密の物神化と思想調査

1、報告書にある適正評価制度（セキュリティークリアランス）は要注目である。

報告書は秘密の漏洩防止に最大の法益があるとの価値観をもつから、漏洩のリスクある人物を排除しようとするシステムを構想する。

そのために、① 行政機関 ② 独立行政法人 ③ 地方公共団体（中核は警視庁および各県警本部） ④ 民間事業者を主体として、（①ないし④は実施権者と称される）情報漏洩のリスクある人物か否かについて、次の事項の調査を提唱する。

① 人定事項（氏名、生年月日、住所歴、国籍（帰化情報を含む）、本籍、親族等 ② 学歴、職歴 ③ 我が国の利益を害する活動（暴力的な政府転覆活動、外国情報機関による情報収集活動、テロリズム）への関与 ④ 外国への渡航歴 ⑤ 犯罪歴 ⑥ 懲戒処分歴 ⑦ 信用状態 ⑧ 薬物アルコールの影響 ⑨ 精神の問題に係る通院歴 ⑩ 秘密情報の取り扱いに係る違反歴などをあげている（有識者会議報告書11頁）。配偶者なども含む（同頁）。

評価基準は公開しない（同頁）。

この調査を行う主体は前記の実施権者である。

2、誰をセキュリティークリアランスの対象とするのか。

特別秘密を作成、取得、伝達する業務にたずさわる人々を対象とする。しかし、実際には家族、知人等その周辺の人々への調査も行われると考えるのが相当であろう。この前提に立つと次のように膨大な人数に達する人々がこの対象となることを想定せざるを得ない。

国と地方の公務員、国会議員、地方議会議員とその秘書、議員事務所の従業員、自衛隊員、消防署員、警察官、海上保安庁職員、大学の研究者、軍需産業、原子力産業、宇宙開発の研究者、原発などに関わる電気事業者、原発のサ

イトに出入りする労働者、コンピューターソフトの開発事業者と従業員、個人情報セキュリティ事業者と従業員、マスメディア企業の幹部と従業員、市民メディアのジャーナリストこれらすべての人々の配偶者、子等の家族などが対象とされるであろう。その人数が百万人を下回ることはおよそ想定できない。

これらの人々に関し前述の調査事項につき①ないし⑩の調査が行われる。調査する主体は①行政機関②独立行政法人③地方公共団体（中核は警視庁及び都道府県警察）④民間事業者であると報告書に記載している。ここで③に注目しておきたい。報告書では警察は警察官及び出入りの民間事業者を調査対象とするとの限定をしている。しかし、①ないし④の情報交流、相互協力を考えると、警察を中心とする思想調査の可能性を排除できない。

3、特筆すべきは、国と地方議会の議員も調査対象者となる蓋然性が高いことである。

というのは、報告書がわざわざ内閣総理大臣と国務大臣のみ調査対象外とすることをあげて（報告書9頁）いるからである。

確かに、国会議員、県会議員ともなれば議会の調査権限行使の際に、法案がいう特別秘密に接触する機会が少なくない。秘密保全に優越価値をおく構想からいえば、議員もこのセキュリティクリアランスの対象とされる可能性が高いというわけである。

秘密の物神化である。

調査の方法は、自己申告を端緒とするが、実施権者に金融機関、医療機関、その他公私の団体に対する任意調査権を与える、という。

第一、秘密の対象に公共の安全という項目が入っており、第二に、実施権者に警察と民間の事業者も入り、金融機関、医療機関等高度に秘匿性の高い個人情報情報を保有する機関に対する調査権限を実施権者に与えるというのである。令状なしにかなりの範囲にわたる国民の私的領域に公権力が侵入することを認め

る構想といわざるを得ない。

秘密保全法は国益に関わる特別秘密を重視するあまり、これに対立する憲法上の価値——個人の国家からの自由、人間の尊厳と国民主権原則をあまりにもないがしろにする、とのそしりを免れない。

第六章 憲法体系と秘密保全法

1 秘密保全法と憲法

はじめにいまから四半世紀前にしるされた書物から引用したい。

国家機密法とか防衛秘密法とよばれていた法構想への言明である。

「防衛秘密法案」は、平和主義に反して違憲であるだけではなく、国民主権の原理や基本的人権の尊重の原理からいっても、合憲性に疑問がある。

国民主権との関連では、この法案は、国民の軍事・外交という国政の最も重要な部分において、国民の知る権利を奪い、国民を「見ざる、言わざる、聞かざる」の状態にするものである。さらに、この法案は、国会の国勢調査権の発動を「秘密」を盾に否定し、さらに国民代表である国会議員やその所属する政党の活動を著しく制約するものであって、議会制民主主義の見地からいっても、違憲といわざるをえない。

また、「防衛秘密法案」は、国民のさまざまな基本的人権を侵害するものである。まず、出版・報道の自由が脅かされる。(中略)出版・報道が処罰の対象とされる可能性は依然として大きい。また出版・報道をふくめた国民の表現の自由(憲法21条)、学問・研究の自由(同23条)、思想の自由(同19条)、国民生活における行動の自由(同13条)、労働者の自由と権利(同28条)を侵害するおそれがある。また、処罰規定があいまいで、しかも、広範囲に及んでおり、適正手続に反している(同31条)。さらに、公開法廷と秘密保護の深刻な矛盾を生じさせ、公開裁判の事実上の制限(同37条1項)や「疑わしきは、被告人に有利に」の原則に反した事実認定が裁判の場で横行したり、弁護士の活動が制限される恐れも大きい(同37条3項)。(齊藤豊治『国家秘密法制の研

究』日本評論社（1987）101頁102頁）

このコメントは、秘密保全法にそのままあてはまる。（秘密保全法には、セキュリティ・クリアランスが明示的に規定されたため、それに伴いプライバシー権侵害（同13条）、差別的取扱いの危険性（同14条1項）が追加されることになる。有識者会議報告書の検討にあたり、つぎの事実はみのがせない。2000年10月11日に発表されたINSS（米国防大学国家戦略研究所）特別レポート「米国と日本：成熟したパートナーシップに向けて」（通称アーミテージ・レポート）のなかに、「日本の指導者層は、機密保持のための新たな法律について国民的、政治的支持を得ることが必要である。」と明記されていることである。同レポートには「諜報プロセスにいかにか国会を含めるかについての議論が必要である。民主主義国家における諜報の監視は、政治的な支持を維持するにあたり決定的に重要な要素である。」とも指摘されている。この指摘が有識者会議報告書では完全に無視されている。

上に列挙された憲法の条文から明らかなように秘密保全法は、憲法で保障された主要な人権条項に対して緊張関係にたつものである。（報告書も明記するように、秘密保全法は知る権利と最も鋭利な緊張関係に立つ。日本の深刻なメディア状況を鑑みると、秘密保全法は知る権利を機能不全に陥れるであろう。この点については日隅一雄『マスコミはなぜ「マスゴミ」と呼ばれるのか（補訂版）』現代人文社（2012）参照）

ここでは、秘密保全法が個別の人権条項をいかに制限するかを逐一論じることとはしない。それらの批判は他章で叙述されている。この章では、秘密保全法の根底にある考え方を、近代憲法の原理の転換として別出することとする。

2 自由から安全へ—近代憲法の構造転換—

(1) 自由と安全

近代憲法の原理とは何か。それは一言でいえば「自由」である。

カールシュミットからひいておく。

「近代憲法は、その歴史的な生成と今日なお支配的な基本的図式から見て、まず自由な憲法、それも市民的自由の意味における自由な憲法である。この憲法の意味と目標、この憲法のテロス (τέλος：ギリシア語で「終わり・目標・完成」を意味する：引用者注) は、国家の栄光 (gloire) ではなく、自由 (liberte)、すなわち、国家権力の濫用に対する市民の保護である。この憲法は、カントの言うように、「第一に、社会の成員の人間としての自由の諸原理にしたがって」うち立てられている。」(C・シュミット『憲法理論』創文社(1972) 158頁) この根本理念から、近代憲法を構成する配分原理が導き出される。「すなわち、個人の自由の領域が国家以前に与えられたものとして前提され、しかもこの領域への国家の侵入の権能は原理的に限定されているのに対して、個人の自由は原理的に無限定である。」(同159頁) これが憲法の基本書で説かれる「自由の基礎法」ということの意味である。

これに対して、秘密保全法の立法目的として掲げられるのが「安全」である。報告書2頁では、「我が国の利益を守り、国民の安全を確保するためには、政府が保有する重要な情報の漏えいを防止する制度を整備する必要がある。」と立法目的を説明する。また自公政権下で検討されていた秘密保全法の前身である情報保全の在り方に関する有識者会議(第2回)議事要旨には「国民の理解を得るに当たっては、「国の安全」とともに「国民の安全」という視点が重要である。」と明記されている。

この「安全」というタームが現下形成される法体系の核概念となっているのは明らかである。現下焦点となる法制のすべてに立法目的として「安全」という用語が出てくるのである。(暴力団対策法、暴力団排除条例には「市民生活の安全と平穏の確保」が目的として掲げられる。生活安全条例、食品安全基本法、武力攻撃事態対処法も「安全」を目的に謳いあげる。1985年に提出された国家秘密法案の第1条は立法目的として「我が国の安全に資することを目的とする。」と規定している。だがどの法令にも「安全」の定義は存在しない)。そ

してこの「安全」の名のもとに「自由」の制限が正当化されるのである。注意すべきは、これは日本だけではなく立憲主義を標榜する国家に共通する世界的な現象であるということである。

近代憲法の根本理念である「自由」は、せりあがってきた「安全」に呑み込まれようとしている。この事態を指して「安全のルネサンス」という者もいる。憲法の基本書を紐解くものは気付くであろう。そこには「安全」について何らの言及がないことを。それは「公共の福祉」の内実としてかろうじて捉えられることになる。

(2) 安全の中の自由

この「安全」の上昇を指して、ドイツの公法学者であるペーター・J・テッティンガー教授はこう述べる。「今後数年間の政治の重要な目標は、「安全の中の自由」であろう。自由と安全とのバランスは、常に最新の調整が図られねばならないが、それは今や、一自由な秩序に脅威を与える具体的事例から得られた認識を踏まえて—あらためて調整されなおされなければならない。安全の要素を思い切って強化することなしに、自由な秩序はもはや保持できないことは明らかである。」(ペーター・J・テッティンガー「安全の中の自由」『警察学論集』立花書房(2002)第55巻第11号158頁)

この言明の背景認識は以下のとおりである。9・11によって 世界は変わった。現在社会は、様々なリスクに溢れている。テロ、原発、放射能、遺伝子組み換え食品、クローン技術をはじめとする先端科学技術、環境問題等々。そしてそれらのリスクは原理的に未規定であり、一度事故が生じた場合の損害は計算不可能である。それら未規定なリスクに対しては、予防的な対応が要請されるとの認識である。

翻って考えるに、これらのリスクに対する我々の姿勢を鑑みるとき、「安全」の上昇は、そう簡単に批判できる事態ではないことに気が付くのである。3・11以後の現在、我々は放射能というリスクに囲まれている。この放射能のリスクに対して、我々は、食の安全の徹底を政府に要求し、放射能からの安全の徹

底を政府に要求する。これを自明の振舞いであると我々は捉えている。このような我々の態度自体が、「国民の安全を確保するため」（報告書2頁）の秘密保全法の制定というロジックに逆用されていることは明らかである。現に自公政権下の平成20年10月1日に関係官僚のみで行われた秘密保全法制の在り方に関する検討チームで配布された秘密保全法制の在り方に関する基本的考え方（案）についてはこう記されている。「我が国が目指すべき秘密保全法制は（中略）我が国の国益を保護するとともに、国民の安全を確保するという目的に寄与するものでなければならない。そして国及び国民の安全を預かる立場にある政府にとって、本法制の制定は、喫緊の課題である」と。

そしてこのような「安全」の上昇は、具体的危険によって国家による個人の自由への介入の許容性を判断してきた従来の憲法学の判断枠組みからの脱却を志向している（すなわち先にひいたシュミットの配分原理の放擲）。つまり「危険」にかえて安全を持ち出すことには、自由主義的法治国家において失われた安全の法的意義の単なる回復ではなく、伝統的介入閾値からの解放の要求が含まれている。そして、国家の介入に具体的危険を要求する伝統的閾値が、今日、いたる所で通用力を失っていることは確かである。」（小山剛「憲法学上の概念としての「安全」『現代憲法における安全』日本評論社（2009）347頁）。ここでは伝統的な憲法学の判断枠組みの失効が宣言されている。テッティンガー教授のいう「安全の中の自由」はこの事態を精確に表現しているといえよう。現に自公政権下の平成21年7月22日に開催された情報保全の在り方に関する有識者会議（第1回）議事要旨には「知る権利との関係や思想・良心の自由、司法手続等の問題も出てくるかと思われるが、クリアできるだろう。最初に憲法論から始めると、入り口から奥へ議論が進まないで、個別の論点において憲法問題が出てきてから、そこでクリアしていくのが現実的だと思う。」との発言が明記されている。これは、はじめに「自由」を前提として思考をすすめる伝統的な憲法学の判断枠組みが放棄されていることを示している。さらに同議事要旨には「情報や秘密を制限することにアレルギーがあった

時代から、情報に対する感覚は大きく変わってきている。情報を国民から見えないところに置くのはとんでもないと言われていたのが、「国民の利益のために重要な情報を保全する」ということも理解されるようになってきている。」と明記している。ここでいう「情報」を「自由」に読み替えてみれば、シュミットのいう配分原理が放擲されているのが明瞭に理解できるであろう。先にひいたシュミットの言葉を借用すればこう言えるだろう。「この憲法のテロスは、自由 (liberte) ではなく、安全 (la sûreté)、すなわち、リスクに対する市民の保護である。」と。

ここで注意すべきは、「安全」という概念は、現在の状況においてはじめて登場したのではなく、近代国家の形成のはじめから「安全」という概念は存在したという点である。「安全」という次元と「自由」という次元は、近代国家の始原から常に既に重層的に存在してきた。単純に「安全」と「自由」が二項対立的に並置されるのではない。それは平面的ではなく、重層的に配置されている。現在の状況では「安全」の上昇が起こっている。つまり「安全」と「自由」の構造配置が転換しているのである。この転換が、近代憲法に変わる新たな憲法原理の前哨なのか、近代憲法以前の状態への退化なのか、これはにわかに判別できることではない。

(3) 甦るリヴァイアサン

為政者の無意識としては、後者であろう。ここではその傍証として主権者の絶対的権力を理論的に定礎したホブズのリヴァイアサンからひいておく。「主権者は、かれの人民たちの平和と防衛に必要なことに関する、判定者である。そしてこの設立の目的は、かれらすべての平和と防衛であり、かつ、目的に対する権利をもつものは、だれでも、手段に対する権利をもっているのだから、主権をもついかなる人または合議体にも、つぎのことがらが、権利として属する。すなわち、平和と防衛の手段、およびその障害や妨害に関して、判定者たること、また、平和と安全保障を、国内の不和と国外からの敵対とを防止して維持するために、かれが必要とおもうすべてを、いずれまえもつ

ておこなうこと、(中略)したがって、どういう意見および学説が、平和に反対しているか役だっているかについての、判定者であることが、主権に属する。(中略)なぜなら、人びとの行為はかれらの意見から生じるのであって、意見をよく統治することが、人びとの平和と和合のためにかれらの行為をよく統治することなのである。」(ホッブス『リヴァイアサン(二)』岩波書店;改訳版(1992)41頁)そして秘密保全のための法制の在り方に関する有識者会議の委員であり、現在日本の憲法学の泰斗である長谷部恭男氏は、最近著において、いみじくもホッブスを論じるなかでこう述べているのである。

「各自のバラバラな善悪の判断ではなく、社会共通の判断規準である主権者の法に従うことで、はじめて人々は自分たちが求めていたもの、つまり平和で安楽な社会生活を手に入れることができます。各自の主観的な判断ではなく、国家の命令に従うこと、つまり国家を権威として扱うことには、十分な理由があります。

ホッブスの議論の枠組みからすると、主権者の権威はきわめて広範に及びます。人民が主権者の定める法やその命令に従う理由がないのは、法や命令に従うことが自分の生命の保持という、国家のそのものの設立の理由に反する場合に限定されます。

思想・良心の自由を一般的に保障する議論は、主権者の第一の任務である平和の保障に反します。何が善で、何が悪かは、主権者の定める法がはじめてそれを決めるものです。」(長谷部恭男『法とは何か——法思想史入門』河出書房新社(2011)54頁55頁)。これを秘密保全法にパラフレーズするとこうなる。

「何が秘密で、何が秘密でないかは、主権者(たる官僚)の定める法がはじめてそれを決めるものです。主権者(たる官僚)の法に従うことで、はじめて人々は自分たちが求めていたもの、つまり平和で安楽な社会生活を手に入れることができます。」ここでは我が国における真の主権者とは誰かという興味深い問題が提起されるが、ここでは措いておこう。為政者の無意識においては、ホッブスへの回帰がみられることを確認すれば十分である。

まとめにかえて

以上にみるように秘密保全法は自由の制約、実質的な憲法改正とっていいほどの価値転換をもたらすにもかかわらず、メディアの取り組みもさして強力なものとは言えない。

実務法律家も研究者も問題を発見しつつ、有識者会議報告書に接すべきなのである。条文が呈示された法案と異なり報告書は難解で読みにくい。

いわんや一般の市民においておやである。

こうは考えられないだろうか。

福島第一原発事故はこの国の統治の実態を可視的にした。原発がこれほど危険であるのに地震列島に54基もあること、原発への公的監視機構もほとんど働いていないこと、スピーデー隠しもあったこと、放射能が地域住民を危機にさらすことを認識しても当該地域にこれを届けようという公務員はほとんど皆無に近く、そのため残酷な被曝被害もあったことなどなど。

すなわち、人々は国でもなく地方自治体でもなく自らの力で自身と家族と友人を守らなければ生きてゆけない。そのことが可視的になったのである。

秘密保全法は可視的なものをふたたび不可視の領域にもどすシステムではないか。

そのように考えてこそ秘密保全法を、誰か、知る権利の専門家や憲法学の研究者に任せる問題としてではなく、生きて行くうえで考察不可欠の問題として手元に引き寄せることになるのではないか。

実務法律家や研究者、とくに憲法研究者、刑事法学研究者は秘密保全法構想を咀嚼し噛み砕ききったうえで問題を広げる情熱を獲得し、メディアに、町に立つべきではないか。

次のような問いをかかげて。

秘密保全法構想は、我々一人ひとりに対して問いを投げかけている。あなたはどのような社会に生きたいか。自由と引き換えに安全が保障される社会か。それとも安全が犠牲にされてでも自由がある社会か。主権者たる官僚に統治され安楽を貪るか。自らが主権者として自ら考え行動し責任を引き受けるか。これは我々一人ひとりの生存にかかわる選択である。

あなたは、そして私はどのように生きたいのか。

秘密保全法は、近代憲法を葬り去り、新しい時代を切り拓く（古い時代に回帰する）分水嶺となる。

「追記」

この論文は、著者4名の共同執筆によって書かれた。全体構想を討議した上、第2章を石飛、第3章を大城、第6章を倉地、それ以外の部分を梓澤が主として分担した。しかし、最後に梓澤が編集したものであり、執筆責任は梓澤に帰属する。