

# 秘 密 保 全 に つ い て

川 嶋 貴 樹

防衛省に関連する秘密保全に関する法制度等について、市ヶ谷台論壇に寄稿する機会を得たので、小稿を記してみたいと思う。

## I はじめに

平成12年9月7日、在日ロシア大使館駐在武官のボガチョンコフ海軍大佐に対して、防衛庁（当時）の秘密文書である「戦術概説」（海上自衛隊の主として艦艇に関する戦術の教本）及び「海上自衛隊通信の在り方」（海上自衛隊の防衛力整備に資するための文書）の2点を手渡した（即ち、漏えいした）として、当時、防衛研究所に所属していた海上自衛隊の幹部自衛官（3等海佐）が警視庁と神奈川県警の合同捜査本部に逮捕されるという大事件が起こった。

筆者は、当時、防衛庁の内部部局である防衛局の調査課で先任部員を務めており、そのため、事務方の責任者として、本事件を真正面で受けて立つ立場にあった。

ボガチョンコフ事件を受けて、当面の対応要領はもとより、事案についての事実関係をまとめた「事実関係報告書」及び秘密保全に関する対応策をまとめた「秘密保全報告書」を作成することとなったことから、爾後、50日余りに亘って職場に泊まり込んで作業をした記憶がある。筆者は、それ以前に、「情報本部」の設置の事務方の責任者として務めたことがあり、よくよく「情報」にご縁があるものと感慨深いものがあった。

「事実関係報告書」については、爾後、関係者の処分は必定であり、このためにも人事関係部署は事実関係を詳細に把握する必要があることから、調査課が支援しつつ人事関係部署が担当し、海上自衛隊の警務隊の責任において作成することとなった。他方、「秘密保全報告書」については、全く調査課の責任において作成する必要があり、かつ、世の注目にも大なるものがあったので、今後は二度とボガチョンコフ事件のような事案が起き得ないような画期的な内容にすることが強く求められていた。

筆者が記憶するところ、ボガチョンコフ大佐のやり口は、いわば、定石を踏む古典的なもので、防衛研究所に配属される前の当該幹部自衛官は、防衛大学校の大学院に在籍し、ロシア海軍に関する研究を論文に仕上げる立場にあったのだが、思うように論文執筆が進まず、このため、防衛研究所における安全保障に関する国際シンポジウムや横須賀における艦上レセプションに出席していたボガチョンコフ大佐と知り合うこととなり、爾後、各種の資料

を論文執筆のために受領する一方で、各種の（この時点では秘密ではない）資料を手渡す関係になっていったものである。同時に、幹部自衛官の子息が病気になり、後に亡くなったこと、また、これに関連して、幹部自衛官が宗教に傾倒していったことのみならず、そのために、貧するようになっていったという全く一身上の不幸にして、心の隙間をボガチョンコフ大佐は見逃すことなく利用し、香典を包んだり、資料の報酬を渡すなどして、深みに誘い込んだ結果が上記の逮捕である。

ボガチョンコフ大佐は、外交官であるが故に、逮捕を免れて、数日後には本国ロシアに向けて出国し、他方、幹部自衛官は、自衛隊法違反の秘密漏えいの罪で懲役10月の実刑判決を受け、控訴せずに刑が確定したものと筆者は記憶している。

さて、「秘密保全報告書」の内容は多岐にわたる網羅的な内容になっているが、その中でも画期的なものが2つある。

一つは、「防衛秘密の制度」（当時）の創設である。従来は、幹部自衛官もこれにて処罰されたのであるが、自衛隊法にある「職務上知ることのできた秘密」（1年以下の懲役又は3万円以下（当時）の罰金）の制度しかなく、国の安全を害しかねないような秘密の漏えいについて、罰則があまりにも軽いのではないかと批判に応える必要があったのである。

一般に、防衛庁（当時）所管法律については、防衛庁が一番詳しいのであるが、本件は、防衛庁所管法律でありながら、広義の刑法にも該当するので、「刑事法関係の専門家や、あるいは国会においても、いわば批判を集中的に浴びて、挫折するようなことがあれば、もう二度と防衛庁はこの種の立法化はできなくなるかもしれない、また、筆者個人の役人生活においても不具合があるやもしれぬので、止めておいた方がよい」との忠告をして下さる方々も多くあったのだが、他方で、ボガチョンコフ事件が発生し、今まさに機が熟したこの時に立法化を図らずして如何にするとの思いがあって、あえて困難に立ち挑むこととしたものである。

もう一つが「情報保全隊の創設」である。「事実関係報告書」や「秘密保全報告書」にあるとおり、幹部自衛官を含め、秘密の取り扱いが杜撰であり、また、駐在武官や外国政府関係者等との接触についても適切に状況が把握されているとはいえない状況にあった。したがって、「秘密保全、隊員保全、組織・行動等の保全及び施設・装備品等の保全並びにこれらに関連する業務」（情報保全業務）を適切に実施するため、「情報保全隊」を創設することとしたのである（平成15年3月新編）。

従来は、陸・海・空自衛隊にはそれぞれの調査隊があり、航空自衛隊の調査隊は中央に一本化されていたのであるが、陸上及び海上自衛隊の調査隊は、中央のほかに、各方面総監及び地方総監の下に地方の調査隊は設置されていたのである。これでは、特に、陸上及び海上自衛隊において、情報保全の統一的な運用を図ることが困難であったので、これを改めて、情報保全隊を新編し、陸・海・空それぞれに統一的な情報保全業務の実施態勢が創設されたのである。

なお、情報保全隊は、平成15年3月に、陸・海・空それぞれに防衛庁長官直轄部隊とし

て新編されたのであるが、平成21年8月に、「共同の部隊」として、陸・海・空の統合化が図られ、防衛大臣直轄の常設の統合部隊として再編されている。

ボガチョンコフ事件からは四半世紀の年月を経たのではあるが、当時、事件に対処し、「事実関係報告書」を支援し、「秘密保全報告書」を作成し、「防衛秘密」のための自衛隊法改正及び施行を実施し、「情報保全隊」を新編するに当たっては、実に多くの方々の恩情をいただいた。

特に、筆者にご指導をいただき、同時に、困難に立ち挑むに当たって力強く励ましていただいたS事務次官及びT調査課長には感謝御礼の申し上げようもない。また、筆者とともに務めてくれたS氏（平成5年警察庁。当時防衛庁に出向。）、F氏（平成5年防衛庁）及びI氏（平成7年防衛庁）の御三方がいなければ、成すべきことも成就しなかったであろう。御三方は現役の行政官であるので、活躍大成されんことを切望する次第である。

本稿においては、防衛省に関連する秘密保全に関する法制度等について、記していきたいと思う。具体的には、「職務上知ることのできた秘密」（これは、一般に、「省秘」と呼ばれている。）、「防衛秘密」（これは、現在、「特定秘密」に発展的に継承されている。）、「特別防衛秘密」（日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法に定める秘密）及び「刑事特別法」（アメリカ合衆国の軍隊の秘密の保護の部分）である。

## II 総論

### 1 秘密の定義

秘密とは、未だ一般に知られていない事実であるとともに、秘匿する必要がある事実という2つの条件を同時に満たすものをいう。既に、一般に知られている事実や秘匿する必要のない事実は秘密とは言えない。また、秘匿する必要性については、当該事実に客観的に秘匿する必要性が認められなければならない、秘密の指定権者が秘匿の必要性を主張していることをいうのではない。従って、秘匿する必要性については、最終的には、司法の判断によるものである。

秘密の定義については、以下のように、最高裁の判例や、これを受けた政府の質問主意書への答弁書がある。

- 「国家公務員法（中略）に言う秘密とは、非公知の事実であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるものをいい、その判定は、司法判断に服するものである。」（昭和53年5月31日最高裁決定）
- 「非公知の事実であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められる

もの」(平成12年10月11日質問主意書第10号の答弁書)

- 「非公知性と秘匿の必要性の二つの要件を具備する事実」(平成13年2月8日質問主意書第14号の答弁書)

## 2 実質秘と形式秘

上記の秘密の定義、とりわけ、秘密の必要性について、客観的に秘匿する必要性が認められなければならない、その故に、最終的には、司法の判断に服するもの、という考え方に基づくものを「実質秘」という

これに対して、各省庁においては、秘密の保全に関する各種の規則を定め、この規則に基づき、主務大臣又はその委任を受けた局長や課長といった秘密の指定権者がある事実を秘密に指定し、各種の秘密の保全措置を講ずるとするのが一般的であるが、これらの秘密の指定権者が指定したものを「形式秘」という。

もとより、「実質秘」と「形式秘」は一致するのが望ましいことは言うまでもないが、論理的には、例えば、ある省庁の秘密の指定権者が独りよがりにより秘匿の必要性があると考えて秘密に指定した事実が実は客観的に見て秘匿の必要性が認められないような場合(「形式秘」であっても「実質秘」ではない場合)や、ある省庁の秘密の指定権者が迂闊にも秘匿の必要性がないと考えて秘密に指定しなかった事実が実は客観的に見て秘匿の必要性が認められたような場合(「実質秘」であっても「形式秘」ではない場合)もあり得るのである。

いずれにせよ、判例は、「実質秘」を採用しているので、論理的には、仮に「形式秘」に指定されてなくとも(各省庁が秘密の指定を怠っていたとしても)、客観的に秘匿の必要性が司法の判断により認められれば、それは秘密として扱われることとなる(秘密の漏えいに罰条があれば罰せられることがある。)

## 3 「秘密」の指定と情報公開法上の不開示情報との関係

「秘密」の指定と情報公開法上の不開示情報との関係については、両者は、その判断の趣旨、目的等を異にしていることから、一概に両者を比較することは困難であると考えられるが、以下のような政府の質問主意書への答弁書がある(平成14年11月26日質問主意書第13号の答弁書)。

(情報公開法の)不開示情報に係る「国の安全が害されるおそれ」については、行政文書の開示請求があった場合に(情報公開法に)規定する開示決定等を行うため、当該行政文書に記録されている情報を何人にも知り得る状態に置くことにより、かかるおそれがあるか否かという観点から判断されるものである。

これに対し、御指摘の各行政機関の秘密文書等の取扱いに関する規程等(以下「秘密文書取扱規定等」という。)における「国の安全又は利益に損害を与えるおそれ」等については、行政機関において、その漏えいによりかかるおそれのある行政文書等の秘密の保全につい

て遺憾なきを期するため、関係者以外にその秘密を知らせないよう当該秘密文書等について厳重な管理を行う観点から判断されるものである。

このように、情報公開法の不開示情報に係る「国の安全が害されるおそれ」と秘密文書取扱規程等における「国の安全又は利益に損害を与えるおそれ」等とは、その判断の趣旨、目的等を異にしており、一概に両者を比較することは困難である。

### III 守秘義務

#### 1 公務員の守秘義務

公務員がその職務を遂行するに当たっては、国や地方公共団体の保有する各種の秘密に接し、又は取り扱う場合がある。このため、国や地方公共団体においては、秘密の保全を的確に実施する観点から各種の規則を定めていることが一般的であるが、単に秘密の保全に関する規則を定めるのみならず、公務員に対して、秘密を漏えいしないことを法律上義務付けるものが守秘義務である。更に、守秘義務に反して秘密を漏えいした場合には一定の刑事上の処罰を与えることとしている。自衛隊法（以下、「隊法」という。）、国家公務員法、外務公務員法及び地方公務員法それぞれに定める守秘義務及び罰則はこのような観点から定められているものである。

これらの法律はいずれも、公務員に対して、職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならず、その職を離れた後も同様である旨の守秘義務を法律上の義務として課し、秘密を漏らした場合には、課された法律上の義務に違反したことをもって、1年以下の懲役又は50万円（外務公務員法は3万円）以下の罰金に処する旨定めたものである。これらの法律は、その本質や内容等において、いわば並びの関係にあるといえよう。

犯罪の主体は、各法律に定める公務員であるので、共同正犯に該当しない限り、一般人は犯罪の主体とはならない。また、過失罪及び未遂罪の規定がないので、過失での秘密漏えいや故意での秘密漏えいの未遂は処罰されない。

ただし、これらの法律には、秘密漏えいを企て、命じ、故意にこれを容認し、そそのかし又はそのほう助（隊法の場合は、企て、教唆し、又はそのほう助）をした者も1年以下の懲役又は50万円（外務公務員法は3万円）以下の罰金に処する旨定めているので、この場合には、一般人も犯罪の主体たり得ることとなる。なお、これらの罪は、独立罪として定められているものであり、例えば、公務員に対して、秘密を漏えいするようこれらの行為を行えば犯罪が成立するのであり、当該公務員が実際に秘密の漏えいに着手する必要はない。この点で、刑法総則に定める教唆及び幫助が、少なくとも正犯が犯罪に着手（未遂処罰規定がない場合は実行）することを必要とすることと異なるものである。

#### 2 その他の守秘義務に関する規定

上記の各法律の他、公務員等の守秘義務について定めたものとして、下記のものがある。

○ 官吏服務紀律（明治20年勅令第39号）

「官吏ハ己ノ職務ニ関スルト又ハ他ノ官吏ヨリ聞知シタルトヲ問ハス官ノ機密ヲ漏洩スルコトヲ禁ス其職ヲ退ク後ニ於テモ亦同様トス」と定め、通常の公務員はもとより、内閣総理大臣や大臣等にも適用されるとされている。ただし、罰則の規定はない。

○ 国務大臣、副大臣及び大臣政務官規範（平成13年1月6日 閣議決定） 秘密を守る義務

「職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない。（中略）これらについては、国務大臣等の職を退任した後も同様とする。」と定め、内閣総理大臣や大臣等に適用されている。ただし、罰則の規定はない。

#### IV 防衛省における守秘義務

##### 1 隊法における守秘義務

隊法は、「隊員は、職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない。その職を離れた後も、同様とする。」と定めている。

この主体は、防衛省職員ではなく自衛隊員であるので、防衛大臣、防衛副大臣、防衛大臣政務官、防衛大臣補佐官、防衛大臣政策参与、大臣秘書官等は、隊法に規定する守秘義務の対象ではない。

「職務上知ることのできた秘密」とは、職務の執行に際して知り得た公務に関する秘密である「職務上の秘密」に加え、職務に関連して知り得た個人や法人等の行政客体側の秘密も含むものとされている。

「職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない。その職を離れた後も、同様とする。」とは、隊員に対して、職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならず、現にその職に就いている間はもとより、人事異動や退職等によってその職を離れた後も、秘密を漏らしてはならない旨の守秘義務を法律上の義務として課したものである。

また、「職務上知ることのできた秘密」は、秘密の要件、すなわち、秘匿の必要性和非公知性を満たすものであることは言うまでもないが、非公知性、すなわち、不特定多数の人に知られていない状態と不特定多数の人が知り得る状態に置かれたか否かとは別個の概念と解すべきである。例えば、秘密を壁新聞に掲載して公道の傍らの掲示板に掲示する行為は、秘密を不特定多数の人が知り得る状態に置くことであるが、たまたま警察官がこれを早期に発見して撤去し、誰の目にも触れなかった場合には、不特定多数の人に知られていない状態をなお維持していると考えられる。また、平成12年9月に発生した幹部自衛官による秘密漏えい事件では、在日ロシア大使館駐在武官に防衛庁（当時）の秘密が漏えいしたが、当



該漏洩された秘密の非公知性が失われたか否かについて、「御指摘の秘密については、一般に知られたわけではないため、非公知性が失われたとは考えていない。」（平成12年10月11日質問主意書第10号の答弁書）とされている。

秘密を不特定多数の人の知り得る状態に置けば、秘密の漏えいとして処罰されるが、不特定多数の人に知られていない状態をなお維持していれば、秘密は引き続き秘密であり続けるのである。

## 2 罰則

隊法は、「（中略）1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する」とし、その対象として「（守秘義務の）規定に違反して秘密を漏らした者」と定め、「（これらの）行為を企て、教唆し、又はそのほう助をした者は、（同様の）刑に処す。」と定めている。

これは、守秘義務を法律で定め、秘密を洩らした場合には、課された法律上の義務に違反したことをもって、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処するという、いわば間接的な処罰方法を採用しているのである。

また、すでに述べたとおり、犯罪の主体は自衛隊員であるので、共同正犯に該当しない限り、隊員以外の者は処罰されることはない。過失罪や未遂罪の規定がないので、秘密を過失により漏えいした場合や漏えいの故意をもって漏えい行為に着手するも犯罪の完成に至らなかった場合に処罰されることはない。

次に、周延的な罪が規定されている。秘密保護の本質は、あくまでも秘密が漏えいされるのを未然に防止することにある。いったん秘密が漏えいされてしまえば漏えい行為者を罰したとしても取り返しがつかず、いったん公になればそもそも秘密ではなくなり、他方、秘密は漏えいされたからといって急に変更することは実態としてできるものではない。したがって、秘密の漏えいという結果をもたらす危険性の大きい行為は、漏えい行為のみならず、これを処罰することとし、もって、秘密の漏えいを未然に防止するための万全の措置を講じる必要があるからである。

「企て」とは、違法な事態の実現を目的とした違法行為の実行以前の段階の一切の行為をいい、予備、陰謀の行為及びさらに全段階における犯罪の勧誘行為等を含むものとされている。

「教唆」とは、犯意を有していない者に犯罪を実行する決意を新たに生じさせるに足る慫慂行為をすることをいう。刑法の規定による教唆が正犯が犯罪行為を実行した場合の規定であるのに比して、隊法の教唆は独立罪として定められており、正犯が実行しなかった場合であっても「教唆」が成立することとなる。

「ほう助」とは、実行行為以外の行為により、正犯の行為を容易ならしめることをいう。刑法の規定による幫助が正犯が犯罪行為を実行した場合の規定であるのに比して、隊法の「ほう助」は独立罪として定められており、正犯が実行しなかった場合であっても「ほう助」が成立することとなる。

これらの周辺の罪については、正犯と同じく、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処せられることとなる。刑法総則の規定による教唆又は幫助が成立する場合（正犯が犯罪を実行した場合）には、その適用は排除されず、隊法に定める「教唆」又は「ほう助」との観念的競合となるが、結果はいうまでもなく1年以内の懲役又は50万円以下の罰金であることに変わりはない。

なお、報道関係者が取材を行う場合については、①手段・方法が刑罰法令に触れる、例えば、贈賄や脅迫といった犯罪行為を用いるような場合、②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など法秩序全体の精神に照らして社会観念上是認することができない態様、例えば情を通じるなどの行為を用いるような場合、でなければ、「教唆」には該当しないと考えられている。

この考え方は、隊法の守秘義務のみならず、国家公務員法等の守秘義務やかつての防衛秘密、特別防衛秘密に共通のものであり、いわゆる「西山事件判決」（昭和53年5月31日最高裁決定）における以下の考え方とおなじものである。

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が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的から出たものであり、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是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきである。

しかしながら、報道機関といえども、取材に関し他人の権利・自由を不当に侵害することのできる特権を有するものではないことはいうまでもなく、取材の手段・方法が贈賄、脅迫、強要等の一般の刑罰法令に触れる行為を伴う場合は勿論、その手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであっても、取材対象者の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びるものといわなければならない。

### 3 秘密の保護上必要な措置

このような職務上知ることのできた秘密を保護するため、防衛省においては、特別防衛秘密や特定秘密の保護に関するものを除き、防衛省における秘密の保全のため必要な措置を定めることを目的として、「秘密保全に関する訓令」を定め、秘密の保全のために必要な技術的・詳細な事項を網羅的に規定している。この訓令に定める秘密が、隊法又は国家公務員法上の「知ることのできた秘密」、すなわち実質秘に該当するか否かは、最終的には、司法の判断によることとなる。

なお、この訓令に基づき指定された秘密は、特定秘密や特別防衛秘密と区別するため、一般に「省秘」と呼ばれている。



省秘は、かつては、「機密」、「極秘」又は「秘」の3つの区分に分けて指定することとされていたが、防衛秘密の制度（当時。後に、特定秘密の制度に継承された。）が創設されたことから、省秘のうち、防衛秘密の要件に該当するものについては逐次防衛秘密への移行が進められた。秘密保全の強化を図るため、防衛省は、平成18年5月から19年4月までを最終的な移行期間とし、この間に約13万件（当時）の全ての省秘の内容を精査し、防衛秘密の要件に該当するものは全て移行を完了させた。これに伴い、19年4月をもって秘密保全に関する訓令が改正され、省秘の「機密」と「極秘」の区分は廃止されて「秘」のみとされた。

また、それまでは、省秘の指定要件は、例えば、その漏えいが国の安全又は利益に損害を与えるおそれがあるもの、といったように抽象的で、指定権者の過度の裁量の働く余地があったため上記訓令改正時に、省秘として指定すべき事項を具体的に類型化するなどしてより明確化が図られた。具体的には、特定秘密又は特別防衛秘密には該当しないが、国の安全又は利益に関わる次に掲げる事項とされている（秘密保全に関する訓令）。

- 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
- ② 防衛及び警備に関し収集した情報
- ③ 情報の収集整理に関する自衛隊の活動状況、態勢、方法、計画又はその能力
- ④ 防衛力の整備に関する見積り若しくは計画又は研究
- ⑤ 武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物（船舶、電子計算機を利用したシステム及びソフトウェアを含む。⑧及び⑨において同じ。）の種類又は数量
- ⑥ 防衛省において使用する通信網の構成又は通信の方法
- ⑦ 暗号に関する情報
- ⑧ 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の仕様、性能又は使用方法
- ⑨ 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の製作、検査、修理又は試験の方法
- ⑩ 防衛の用に供する施設の設計、性能又は内部の用途（⑥に掲げるものを除く。）
- ⑪ その他前各号に準ずる事項

更に、この改正に併せて、秘密指定時には、指定理由を明記すること、指定期間を明示すること、定期的な指定の見直しをすること等が義務付けられた。

## V 防衛秘密

### 1 防衛秘密の沿革

先述したとおり、平成12年9月、現職の海上自衛隊の幹部自衛官が在日ロシア大使館駐在武官に秘密文書2件を手渡すという事件が発生した。

この事件を通じて、職務上知ることのできた秘密を漏らした場合の隊法上の罰則は、秘密の内容の如何にかかわらず国家公務員法等との並びで1年以下の懲役又は3万円(当時)以下の罰金でしかないことから、国の安全を害しかねないような秘密について、罰則強化による秘密漏えいに対する抑止力の強化の必要性が認識されることとなった。このため、平成13年に隊法を改正して制定されたのが「防衛秘密」の制度であり、同制度は、平成14年11月1日より施行された。

防衛秘密の制度については、平成25年に「特定秘密の保護に関する法律」(平成25年法律第108号)の成立によって、これに発展的に解消して移行・継承され、その役目を終えることとなった。

他方で、「特定秘密の保護に関する法律」の別表に定める特定秘密の対象のうち、「防衛に関する事項」については、防衛秘密の対象の内容がその書きぶりともどもそのまま継承されているなど、防衛秘密の制度は、新たな特定秘密の制度に大きな影響を与えていることから、その重要な論点について、資料等が散逸し、また、関係者の交替が進んでその記憶からも忘れ去られていく前に、記しておく必要があるものとするものである。

## 2 防衛秘密の要件

防衛秘密について、後に、これを継承する特定秘密の制度に移行するために、防衛秘密に関する隊法の規定は、当然に改正されたのであるが、当該改正前の隊法は、「防衛大臣は、自衛隊についての別表第四(当時)に掲げる事項であって、公になつていないもののうち、我が国の防衛上特に秘匿することが必要であるもの((中略)特別防衛秘密に該当するものを除く。)を防衛秘密として指定するものとする。」と定めていた。

すなわち、防衛秘密とは、次の4つの要件をすべて満たしたものとされていた。

- ① 自衛隊についての隊法別表第四(当時)に掲げる事項
- ② 公になっていないもの
- ③ 我が国の防衛上特に秘匿することが必要であるもの
- ④ 防衛大臣が指定したもの

②及び③の要件は、防衛秘密が実質秘であることを表していたものであり、④の要件は同時に形式秘にも該当しなければならないことを表していた。これは、防衛秘密の制度が、一般の守秘義務規定によって保護されている実質秘の中から我が国の防衛上特に秘匿することが必要であるものを防衛大臣の指定によって抽出・明確化し、5年以下の懲役(当時)という重い刑罰で保護するものであることから、防衛大臣の指定という形式秘でもあることを要件としたものであった。

①の要件については、特に秘匿することが必要との要件だけでは何が防衛秘密に該当するのか（換言すれば、防衛秘密漏えい罪の構成要件該当性）が不明確となってしまうことから、別表第四（当時）において、典型的に防衛秘密に該当する事項をできる限り具体的・網羅的に規定することで防衛秘密の客観化が図られていたのである。なお、「自衛隊についての」とは、自衛隊に関するという意味であり、自衛隊が所持するものに限られるわけではない。防衛省が作成し契約企業に交付した仕様書はもとより、これに基づき契約企業が作成した設計図書における装備品の性能は、自衛隊の装備品についての情報であるから「自衛隊についての」事項である。また、他の行政機関が取得・作出した情報は「自衛隊についての」事項ではないが、防衛省においてこれに分析を加えた場合、その分析結果は防衛秘密となり得たのである。

また、「我が国の防衛上「特に」秘匿することが必要」とは、それを秘匿しなければ、「我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、我が国を防衛する」（隊法）という自衛隊の任務の円滑な遂行に著しい支障を生じるおそれがあることを意味するものである。換言すれば、単に（実質秘の要件である）秘匿の必要性があるというだけではなく、秘匿度が通常以上に高いものであることが必要なのであるとされた。

防衛秘密の指定の対象は、「事項」すなわち、事実、情報、知識その他の一定の内容の集合体たる無体物であって、これらを記録する文書、図画若しくは物件又はこれらを化体する物件ではない。この点において、省秘や特別防衛秘密が事項のみならず、文書、図画及び物件をも秘密としていることに比して、防衛秘密の特色となっていた。したがって、事項に客観的に同一性が認められる限りは、事項を表現する媒体の異同を問わず、防衛秘密の効果が及ぶことになる。これは、秘匿を要する本質は、その内容たる事項にあるのであって、その表現形式や媒体による影響を受けるものではないからである。

また、通常の守秘義務がいったん法律により守秘義務を課し、秘密を漏えいした場合に、法律により課された守秘義務に反したことをもって処罰するという、いわば間接的な方式を採るのに比して、防衛秘密は法律により守秘義務を課すことをまたずにその漏えいを処罰するという、いわば直接的な方式を採っているのが特徴であった。これは、漏えいしてはならないという法律の義務規定を置くまでもなく、防衛秘密の重要性から、その漏えいは不道徳・可罰的であることによるものであった。

なお、防衛大臣による指定の法的性格は、事実の指定にすぎないものであり、結果的に指定された事項を漏えいした場合には、刑罰を科されることとなるものの、指定行為自体が直接国民の権利義務を制限するわけではないことから、「公権力の主体たる国又は地方公共団体が行う行為のうちで、その行為により直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」（昭和39年10月29日最高裁判決）という「行政処分」には該当せず、したがって、国家賠償法、行政事件訴訟法及び行政不服審査法の対象とはなり得ないものとされていた。

### 3 別表第四

別表第四（当時）は、防衛秘密たることの必要条件であり、秘匿の必要性があると考えられるものを典型的に規定し、防衛秘密の外縁を明確に画するとの重要な機能を担っていたものである。

#### 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

「自衛隊の運用」とは、自衛隊の運用命令、行動基準、行動状況その他の運用状況や運用実態をいう。

また、「これに関する見積り若しくは計画若しくは研究」とは、自衛隊の運用に関する内外の諸情勢に関する見積り、外部からの武力攻撃等が生じた場合の自衛隊の対処計画、自衛隊の能力等を前提として行われる自衛隊の効率的かつ効果的運用を目的とした研究等をいう。

#### ② 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

「防衛に関し収集した電波情報」とは、自衛隊が防衛に関し収集した通信信号、レーダー波等の電子信号、その他の各種信号等に係る情報をいい、「防衛に関し収集した画像情報」とは、自衛隊が防衛に関し人工衛星、航空機等を利用して地表面等の観測等により得た画像情報、分析資料等をいう。

また、「その他の重要な情報」とは、上記の電波情報や画像情報と同程度に重要な情報をいい、具体的には総合的な分析成果等をいう。

#### ③ 前号に掲げる情報の収集整理又はその能力

「前号に掲げる情報の収集整理」とは、②の情報の収集整理に関する自衛隊の活動状況、態勢、方法、計画等をいい、「その（収集整理）能力」とは、②の情報の自衛隊における収集能力をいう。

#### ④ 防衛力の整備に関する見積り若しくは計画又は研究

「防衛力の整備に関する見積り若しくは計画又は研究」とは、我が国の防衛上必要な人的、物的能力である防衛力の整備に関する内外の諸情勢に関する見積り、我が国の防衛力を整備するために作成する計画、現在の防衛力等を踏まえて行われる将来の防衛力の方向性を策定することを目的とした研究等をいう。

#### ⑤ 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。第八号及び第九号において同じ。）の種類又は数量

「武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物」とは、例示物件のほか、これらと同等の保護に値するもので、具体的には、車両、液体燃料、装備品の構成部品、プログラム等をいう。

また、「種類又は数量」とは、各部隊や自衛隊全体が保有する種類や数量をいう。

#### ⑥ 防衛の用に供する通信網の構成又は通信の方法

「防衛の用に供する通信網の構成」とは、自衛隊が作戦行動等において用いる自衛隊が

保有し、使用する通信網の拠点、経路、その容量等をいう。

また、「防衛の用に供する通信の方法」とは、有線・無線を問わず、自衛隊が作戦行動等を行う際に用いる通信の方法をいい、具体的には、部隊等の使用するデータ通信の方法等をいう。

⑦ 防衛の用に供する暗号

「防衛の用に供する暗号」とは、自衛隊が作戦行動等において用いる自衛隊が所有し、使用する暗号をいい、「暗号」とは、通信内容を秘匿するための手段をいう。

⑧ 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の仕様、性能又は使用方法

「仕様」とは、これら物件の形状、構造、品質等をいい、「性能」とは、これら物件がその目的に従って使用された場合の能力等をいい、「使用方法」とは、これら物件の有効適切な操作方法等をいう。

⑨ 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の製作、検査、修理又は試験の方法

「製作、検査、修理又は試験の方法」とは、これら物件を製作、検査、修理又は試験するために必要な知識及び技術をいう。

⑩ 防衛の用に供する施設の設計、性能又は内部の用途（第六号に掲げるものを除く。）

「防衛の用に供する施設」とは、自衛隊が作戦行動等において用いる自衛隊が保有し、使用する施設をいう。

また、「設計」とは、当該施設の構造、材質等をいい、「性能」とは、当該施設がその用途に使用された場合の能力等をいい、「内部の用途」とは、当該施設内の部屋等がいかなる目的に使用されているかをいう。

## 4 罰則

### （１） 防衛秘密漏えい罪

改正前の隊法は、「防衛秘密を取り扱うことを業務とする者がその業務により知得した防衛秘密を漏らしたときは、五年以下の懲役に処する。防衛秘密を取り扱うことを業務としなくなつた後においても、同様とする。」と定めていた。

「防衛秘密を取り扱うことを業務とする者」とは、防衛秘密を取り扱うこと自体を担当業務とする者をいう。「業務」とは、本来、人が社会生活上の地位に基づき反復・継続して行う行為であり、通常、反復・継続性が必要とされるが、防衛秘密を取り扱うこと自体が業務とされれば、その頻度、程度や取り扱うことが常態的であることは必ずしも必要とされるものではない。

この「防衛秘密を取り扱うことを業務とする者」には、防衛秘密を取り扱う①防衛省の職員、②国の行政機関の職員のうち防衛に関連する職務に従事する者、及び③防衛省との契約に基づき防衛秘密に係る物件の製造若しくは役務の提供を業とする者、の３者が該当する。

また、これらの者は、人事異動や退職等によって防衛秘密を取り扱うことを業務とする立場を離れた後においても、防衛秘密を取り扱うことを業務としていた時に業務により知得した防衛秘密を漏えいしてはならないのである。なお、防衛秘密を取り扱うことを業務としなくなった後に、業務としていた当時に知得した秘密が防衛秘密に指定された場合には、防衛秘密としての処罰はない（①及び②の者は、通常の守秘義務違反に問われることとなる。）。

「知得」とは、無形的な事項たる防衛秘密を知っている状態をいう。

量刑が、5年以下の懲役とされている点については、当時の考え方としては、隊法の罰則は、懲役に着目すると、7年以下、5年以下、3年以下、1年以下、6月以下の5種類がある。7年以下の懲役は、いわゆる防衛出動命令時の抗命罪のような場合であり、これらと防衛秘密の漏えい罪を同一にみなすことは妥当ではない（当時の考え方）。一方、防衛秘密の漏えいは、防衛の用に供する物に対する損壊罪のように、防衛という自衛隊の任務の遂行に支障を生じさせる罪であることから、これと同程度の罪として正犯の量刑が5年以下の懲役とされたものである（当時の考え方）。なお、防衛秘密の漏えいによって発生する被害の重大さにかんがみて、通常の守秘義務違反の罪にあるような罰金を科するような事態は想定されないことから懲役のみ規定されたのである。

## （２） 防衛秘密漏えい罪の未遂罪

次に、「未遂罪は、罰する。」と定め、少なくとも秘密の漏えいに着手した未遂罪についても罰することとしていた。これは、秘密はいったん公になれば秘密ではなくなってしまう一方で秘密の内容を急遽変更することは困難であることから、秘密の漏えいを未然に防止するため、このような結果をもたらす危険性の大きい行為を処罰する必要があるためである。

未遂罪には、既遂罪（5年以下の懲役）と同じ刑が科せられることとなるが、刑法により、実行の着手をしたがこれを遂げなかった者（障害未遂）は、その刑が減輕されることがあり、また、自己の意思により犯罪を中止したとき（中止未遂）は、その刑は必ず減輕又は免除されることになる。

## （３） 防衛秘密過失漏えい罪

更に、「過失により、（防衛秘密漏えいの）罪を犯した者は、一年以下の禁錮又は三万円以下の罰金に処する。」と定め、過失による漏えいを処罰することとしていた。これは、国の安全と利益に直結する特殊性・重要性を有する防衛秘密が漏えいした場合の実害にかんがみれば、防衛秘密を取り扱う者は、業務上正当に防衛秘密を知得する以上、その秘密保持についても責任を負うことは当然であり、秘密漏えいを防止すべき注意義務を負っているのであって、この義務を怠るときは、過失の責任を免れないからである。

## （４） 周辺的な罪

周辺的な罪としては、「（防衛秘密の漏えいの）行為の遂行を共謀し、教唆し、又は煽動し



た者は、三年以下の懲役に処する。」と定めていた。これは、重大な結果をもたらす危険性の大きい行為については、独立して処罰する必要がある、秘密の漏えいを未然に防止するため、周辺的な罪である共謀、教唆及び煽動についても、正犯が実行行為に着手することと関係なく、独立罪として処罰しようとしたものである。

「共謀」とは、2人以上の者がその罪（防衛秘密の漏えい）を犯すことを協議することという。特別防衛秘密の漏えいに係る「陰謀」と意味は同じである。協議の内容において細部に至るまで一致する必要はなく、犯行の時期や方法について多少の異なった意見であっても「共謀」は成立する。「共謀」の段階から進んで、犯罪の準備行為であるいわゆる予備に至った場合でも、予備を罰する規定がないことから、「共謀」により処罰されることとなる。なお、共謀者の1人が犯罪（防衛秘密の漏えい）を実行した場合には、他の共謀者は、共謀共同正犯に該当することとなる。

「教唆」とは、犯意を有していない者に犯罪を実行する決意を新たに生じさせるに足る懲慫行為をすることをいう。刑法総則の規定による教唆が正犯が犯罪行為を実行した場合の規定であるのに比して、この「教唆」は独立罪として定められており、正犯が実行しなかった場合であっても「教唆」が成立することとなる。

「煽動」とは、犯意を有していない者に犯罪を実行する決意を新たに生じさせ、又は既に生じている犯罪を実行する決意を助長させるような勢いのある刺激を与える行為をすることをいう。換言すれば、前者は「教唆」であり、後者は「精神的」は「幫助」である。（「幫助」とは、実行行為以外の行為により、正犯の実行行為を容易ならしめる行為をすることをいう。）

これらの罪のうち、教唆又は煽動については、刑法総則の規定による教唆が成立する場合（正犯が犯罪を実行した場合）、観念的競合により、正犯と同じ5年以下の懲役が科されることとなる。また、刑法総則の規定による幫助が成立する場合（正犯が犯罪を実行した場合）も、同じく観念的競合となるが、刑法総則の規定による幫助は必要的減輕が行われ、2年6月以下の懲役となることから、結果的には、隊法の規定による3年以下の懲役が科されることとなるものであった。

#### （5） 自首減免

自首減免については、「（未遂の）罪を犯した者又は（周辺的な）罪を犯した者のうち（防衛秘密の漏えいの）行為の遂行を共謀した者が自首したときは、その刑を減輕し、又は免除する」と定めていた。これは、現実に秘密漏えいの結果が発生する前に自首すれば、国として直ちに必要な措置を講じて実害の発生を未然に防止することができるという政策的考慮から規定することとされたものである。

なお、刑法総則には、自首したときには任意的にその罪を減輕する規定があるが、改正前の隊法の防衛秘密の規定にあっては、自首した者に対して必ず刑を減輕又は免除する必要的減免規定である。

また、必要的自首減免規定の対象を未遂罪と共謀罪の場合に限った理由は、既遂については、実害が既に発生しており、必要的減免を行う利点に乏しいからであり、教唆又は煽動した者については、対象者がこれを受け付けず、目的を遂げないため自首して刑を減免してもらおうという場合にまで必要的減免を認めることは、教唆又は煽動について独立罪を設けた趣旨に反し、正犯の漏えい行為を見届けた上で自首する場合については、むしろ悪質性が高いからである。

## （６） 国外犯

改正前の隊法は、「（防衛秘密の漏えいの）罪は、刑法第三条の例に従う」と定めていた。これは、日本国民が国外で犯罪を犯した場合にも罰則を適用するという国民の国外犯規定である。現代においては、防衛秘密を取り扱うことを業務とする者についても海外に渡航する機会が増加しているが、秘密は、海外において公にされた場合にも秘密の要件のうち非公知性が失われて秘密でなくなるため、我が国の領域のみならず領域外においても防衛秘密の漏えいを防止しなければ秘密保護の本旨を全うできないことから国外犯規定が置かれたものである。

なお、防衛秘密の制度における国外犯規定は、日本国民の国外犯とされていたが、現行の特定秘密の制度における国外犯規定は、すべての者の国外犯を採用しているので、この点異なっており、注意が必要である。

# VI 特別防衛秘密

## 1 沿革

昭和29年、我が国と米国との間で、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互防衛援助協定」（昭和29年条約第6号）が発効し、この協定に基づき、米国から我が国に各種の装備品等が導入されることとなった。これらの装備品等や装備品等に係る情報には、米国の秘密にわたる事項があることから、同協定において、「各政府は、この協定に従つて、他方の政府が供与する秘密の物件、役務又は情報についてその秘密の漏せつ又はその危険を防止するため、両政府の間で合意する秘密保持の措置を執るものとする。」と定められ、また、その附属書において、「日本国政府が（中略）執ることに同意する秘密保持の措置においては、アメリカ合衆国において定められている秘密保護の等級と同等のものを確保するものとし、日本国が受領する秘密の物件、役務又は情報については、アメリカ合衆国の事前の同意を得ないで、日本国政府の職員又は委託を受けた者以外の者にその秘密を漏らしてはならない。」と定められ、我が国として協定上の義務を履行し秘密を保護するための立法措置が必要となった。

この協定に先立ち発効していた「日本国とアメリカ合衆国との間の船舶貸借協定」（昭和

27年条約第20号)にも、「船舶借受者は、船舶所有者の同意を得ないで、船舶又は船内のぎ装品、器具、予備部品若しくは交換用部品の物理的占有を放棄してはならず、また、それらに関する図面、仕様書その他の情報を日本国政府の職員又はその委託を受けた者以外のいかなる者にも漏らしてはならない。前記のぎ装品に関する秘密保持のための取扱区分は、アメリカ合衆国の標準慣行に従って行われるものとする。」と定められており、当初のしばらくの間は、実効上の措置として秘密の保護に努めてきたところ、先述の協定上の義務を履行するために新たな立法措置が採られることとなったので、この協定上の義務についても新たな立法措置によって担保されることとなった。

このような経緯で制定されたのが「日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法」(昭和29年法律第166号)である。

その後、先述の2つの協定(「日本国とアメリカ合衆国との間の船舶貸借協定」(昭和27年条約第20号)及び「日本国とアメリカ合衆国との間の相互防衛援助協定」(昭和29年条約第6号))と同様の趣旨の「日本国に対する合衆国艦艇の貸与に関する協定」(昭和29年条約第13号)が発効し、「日本国政府は、アメリカ合衆国政府の同意を得ないで、艦艇又は艦艇内のぎ装品、器具、予備部品若しくは交換用部品の物理的占有を放棄してはならず、また、これらに関する図面、仕様書その他の情報を日本国政府の職員又は委託を受けた者以外のいかなる者にも漏らしてはならない。日本国政府は、艦艇内のぎ装品について、アメリカ合衆国において定められている秘密保護の等級と同等のものを確保するような秘密保持の措置を執るものとする。」と定められたことから、この協定上の義務の履行も同法によって担保されることとなり、このための法律改正を経て同法は今日に至っているのである。

なお、同法において保護される秘密を「特別防衛秘密」というが、これは平成13年に隊法が改正され、「防衛秘密」制度が新たに設けられた(施行は、平成14年11月1日)時に、それまで「防衛秘密」と称していたものを「特別防衛秘密」と称することに改められたものである。これは、「防衛秘密」との用語は、我が国の防衛上特に秘匿することが必要であるとされ、我が国の防衛のための秘密である新たな秘密の制度にこそ相応しいからであり、他方、米国から供与を受けたという意味である種特別なものとみなすことができることから、「特別防衛秘密」との名称にあらためられたのである。

## 2 特別防衛秘密の要件

「日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法」に定める特別防衛秘密の定義については、「この法律において「特別防衛秘密」とは、左に掲げる事項及びこれらの事項に係る文書、図画又は物件で、公になつていないものをいう」とし、以下のとおり定めているところである。

- 一 日米相互防衛援助協定等に基づき、アメリカ合衆国政府から供与された装備品等について左に掲げる事項

- イ 構造又は性能
- ロ 製作、保管又は修理に関する技術
- ハ 使用の方法
- ニ 品目及び数量

二 日米相互防衛援助協定等に基づき、アメリカ合衆国政府から供与された情報で、装備品等に関する前号イからハまでに掲げる事項に関するもの

すなわち、特別防衛秘密には、「装備品等に関するもの」と「情報であって、装備品等に関するもの」の2種類があるのである。これは、米国から装備品等が供与される場合のほか、装備品等は供与されずに装備品等に関する情報だけが供与される場合があるからである。しかし、いずれにしても、「日米相互防衛援助協定等に基づき、アメリカ合衆国政府から供与された」ものでなければならず、かつ、前者については、列記された事項に、後者については、列記された事項のうちのイからハまでにに関するものでなければならないのである。

特別防衛秘密においては、無形物たる事項のみならず、有形物たる文書、図画及び物件も特別防衛秘密に該当する。具体的に何が特別防衛秘密に該当するかについては、指定秘主義を示す規定はないことから、最終的には司法判断に服する実質秘主義を採っている。

「公になっていない」とは、未だ秘密が完全に守られているか、若しくは、仮に秘密が漏れたとしても不特定多数の人に未だ知られていないことをいい、この点で、職務上知ることのできた秘密や防衛秘密の場合と変わるところはない。

「日米相互防衛援助協定等」とは、「この法律において「日米相互防衛援助協定等」とは、日本国とアメリカ合衆国との間の相互防衛援助協定、日本国とアメリカ合衆国との間の船舶貸借協定及び日本国に対する合衆国艦艇の貸与に関する協定をいう。」とあるとおり、先述した3つの協定をいう。

「アメリカ合衆国政府から供与された」とは、供与されて我が国のものとなったという意味である。未だ我が国の支配の下に至らざるものを保護しようがないからである。

「装備品等」とは、「この法律において「装備品等」とは、船舶、航空機、武器、弾薬その他の装備品及び資材をいう。」と定めている。船舶、航空機、武器、弾薬は、一般的な意味であり、格別の特殊な定義があるわけではない。「その他の装備品」としては、通信器材、光学器材、施設器材、衛星器材等が考えられる。「資材」としては、これら装備品の部品、交換用予備品、これらの原材料が考えられる。

「構造」とは、装備品等の内部の組み立てを、「性能」とは、装備品等がその目的に従って使用された場合の能力等をいう。「品目及び数量」とは、ある特定の装備品等の内訳と、これに結合した形で示される内訳別の数量をいう。

### 3 罰則

#### (1) 特別防衛秘密探知収集罪

「(次に) 該当する者は、十年以下の懲役に処する。」とし、「わが国の安全を害すべき用途に供する目的をもつて、又は不当な方法で、特別防衛秘密を探知し、又は収集したもの」と定め、特別防衛秘密探知収集罪の規定を置いている。

職務上知ることのできた秘密やかつての防衛秘密については、秘密を取り扱う者がその秘密を十分に保持し、秘密の保護上の措置が適切に実施されていれば、通常、秘密が外部に漏れることはないとの考え方に基づき、探知収集罪の規定はないが、特別防衛秘密については、探知収集罪を定めて、また、罰則について十年以下の懲役という重い刑罰を定めていることと相まって、より徹底した対応がなされている。(特定秘密の制度も同様である。)

特別防衛秘密探知収集罪には、「わが国の安全を害すべき用途に供する目的をもつて行われる場合」と「不当な方法で行われる場合」の2種類がある。

「わが国の安全」とは、外国の武力行使を排して守られる我が国土、国民の生命・財産、又は基本的政治組織の存続をいい、外国の直接の武力侵略や外国の教唆・干渉による内乱等に利益を与え、又は、これに対抗する我が国の安全を守るべき防衛力に不利益を与えることが「わが国の安全を害す」ることである。

「不当な方法」とは、方法自体が法令に反する「不法な方法」である場合と(不法ではないが)社会通念に照らし妥当とはいえない方法で、例えば、欺罔、買収、立入禁止場所への潜入、合鍵解錠、抽斗(ひきだし)の盗見、飲酒強要、情を通じるような方法である場合の双方を含むものである。

「探知」とは、無形的な事項、すなわち事実や情報を、知ろうとする意思の下に、進んで探り知る行為をいう。また、「収集」とは、有形的な文書、図画又は物件を集めようとする意思の下に、進んで集める行為をいう。

探知収集が、我が国の安全を害すべき用途に供する目的をもって、かつ、不当な方法で行われた場合であっても、法益の侵害は一つであるから、10年以下の懲役に処罰されることとなる。

## (2) 特別防衛秘密漏えい罪

特別防衛秘密漏えい罪として、「(次に) 該当する者は、十年以下の懲役に処する。」とし、その対象を「わが国の安全を害する目的をもつて、特別防衛秘密を他人に漏らした者」及び「特別防衛秘密を取り扱うことを業務とする者で、その業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を他人に漏らした者」と定めるとともに、「(上記に該当する者を除き、) 特別防衛秘密を他人に漏らした者は、五年以下の懲役に処する」と定めている。

「わが国の安全を害する目的をもつて」とは、特別防衛秘密を漏えいすれば、我が国の安全を害する結果を惹起することを認識しながらこれを容認し敢えてこれを漏えいする意思を持っていることをいう。

「他人に漏らした」とは、特別防衛秘密たる事項又は文書、図画若しくは物件を、これを知る権限のない者の知り得る状態に置くことをいう。相手方がこれを了知することまでは

必要とされない。

「特別防衛秘密を取り扱うことを業務とする者」とは、防衛秘密の場合と同様であり、特別防衛秘密を取り扱うこと自体を担当業務とする者をいう。身分犯であることを表している。「業務」とは、人が社会生活上の地位に基づき反復・継続して行う行為であるが、取り扱うこと自体が業務とされれば、特別防衛秘密を取り扱う頻度・程度や常態的であることは、必ずしも必要とされない。

「知得」とは、無形的な事項、すなわち、事実や情報を知っている状態をいい、「領有」とは、有形的な文書、図画又は物件を手に入れている状態をいう。

これら2種類の特別防衛秘密漏えい罪（「わが国の安全を害する目的をもって、特別防衛秘密を他人に漏らした者」及び「特別防衛秘密を取り扱うことを業務とする者で、その業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を他人に漏らした者」）については、10年以下の懲役で処罰されることとなる。また、それ以外の形で特別防衛秘密を漏えいした場合は、5年以下の懲役で処罰されることとなる。

後者について、留意すべきは、特別防衛秘密を取り扱うことを業務とする者が、その業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を、人事異動や退職等によって特別防衛秘密を取り扱うことを業務としなくなった後に、漏えいした場合である。

防衛秘密の場合には、防衛秘密を取り扱うことを業務としなくなった後も、同様とする旨の規定があり、身分犯が身分を失った後、すなわち、業務としなくなった後も業務とする場合と同様に処罰されるのに対して、特別防衛秘密の場合には、特別防衛秘密を取り扱うことを業務としなくなった後も同様とする旨の規定はなく、したがって、身分犯が身分を失った後、すなわち、業務としなくなった後も業務とする場合と同様に処罰することはできないのである。このような場合には、特別防衛秘密漏えい罪として、5年以下の懲役で処罰されることとなる。

### （3） 特別防衛秘密探知収集罪及び特別防衛秘密漏えい罪の未遂罪

「未遂罪は、罰する。」と定めているので、特別防衛秘密探知収集罪の未遂罪及び特別防衛秘密漏えい罪の未遂罪も罰せられることとなる。秘密の保護には秘密の探知収集や漏えいを未然に防止する必要があるため、取り返しのつかない結果をもたらす危険性の大きい行為は、処罰する必要があるからである。なお、刑法総則の規定により、障害未遂は、刑が減輕されることがあり、中止未遂は、刑が必ず減輕又は免除される。

### （4） 特別防衛秘密過失漏えい罪

「特別防衛秘密を取り扱うことを業務とする者で、その業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を過失により他人に漏らした者は、二年以下の禁こ又は五万円以下の罰金に処する。」と定めている。

特別防衛秘密が漏えいした場合の実害にかんがみれば、特別防衛秘密を取り扱うことを



業務とする者は、業務上正当に特別防衛秘密を知得・領有する以上、その秘密保持について責任を負うことは当然であり、秘密が漏えいすることを防止すべき注意義務を負っているのであって、この義務を怠るときは、過失の責任を免れないものである。

なお、先述したとおり、特別防衛秘密を取り扱うことを業務とする者が、その業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を、人事異動や退職等によって特別防衛秘密を取り扱うことを業務としなくなった後（身分犯が身分を失った後）に、過失により漏えいした場合には、この規定による処罰はできず、次により処罰されるにとどまる。

「(上記に掲げる者を除き、)業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を過失により他人に漏らした者は、一年以下の禁こ又は三万円以下の罰金に処する」と定めている。先述の処罰が2年以下の禁こ又は5万円以下の罰金であるのに比して、上記による処罰は、1年以下の禁こ又は3万円以下の罰金となっている。

特別防衛秘密の故意による漏えいについては、10年以下の懲役又は5年以下の懲役と量刑の違いはあれ、全ての故意による漏えいを罰しているのに対して、特別防衛秘密の過失による漏えいについては、全ての過失による漏えいを罰しているわけではない。「特別防衛秘密を取り扱うことを業務とする者で、その業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を過失により他人に漏らした者」に対する処罰に加えて、「業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を過失により他人に漏らした者」を処罰することとし、業務によらずして知得し、又は領有した特別防衛秘密を過失により他人に漏らした場合は、処罰されないこととしている。

なお、「業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を過失により他人に漏らした者」には、「業務とする者で」との規定はないことから身分犯ではなく、業務により知得し、又は領有した特別防衛秘密を過失により他人に漏らしさえすれば、犯罪が成立し、人事異動や退職等により、特別防衛秘密を知得・領有した業務を離れたとしても処罰されるのである。

#### (5) 周辺的な罪

これは、重大な結果をもたらす危険性の大きい行為は独立して処罰する必要がある、特別防衛秘密の探知収集や漏えいを未然に防止するため、周辺的な罪である陰謀、教唆及びせん動を正犯が実行行為に着手することと関係なく独立して処罰するものである。

特別防衛秘密探知収集罪及びわが国の安全を害する目的や特別防衛秘密取扱業務者による特別防衛秘密漏えい罪（いずれも10年以下の懲役）の陰謀、教唆及びせん動は5年以下の懲役とし、その他の特別防衛秘密漏えい罪（5年以下の懲役）の陰謀、教唆及びせん動は3年以下の懲役としている。

「陰謀」とは、2人以上の者がその罪（特別防衛秘密の漏えい）を犯すことを協議することをいう。防衛秘密の漏えいに係る「共謀」と意味は同じである。協議の内容において細部に至るまで一致する必要はなく、犯罪の時期や方法について多少の異なった意見があっても「陰謀」は成立する。「陰謀」の段階から進んで犯罪の準備行動であるいわゆる予備に至

った場合にも予備を罰する規定がないことから、「陰謀」により処罰されることとなる。なお、陰謀者の1人が犯罪（特別防衛秘密の漏えい）を実行した場合には、他の陰謀者は、共謀共同正犯に該当することも防衛秘密の場合と同様である。

「教唆」とは、犯意を有していない者に犯罪を実行する決意を新たに生じさせるに足る慫慂行為をすることをいう。刑法の規定による教唆が正犯が犯罪行為を実行した場合の規定であるのに比して、この「教唆」は独立罪として定められており、正犯が実行しなかった場合であっても「教唆」が成立することとなる。

「せん動」とは、犯意を有していない者に犯罪を実行する決意を新たに生じさせ、又は既に生じている犯罪を実行する決意を助長させるような勢いのある刺激を与える行為をすることをいう。換言すれば、前者は「教唆」であり、後者は「精神的な「幫助」」である。（「幫助」とは、実行行為以外の行為により、正犯の実行行為を容易ならしめる行為をすることをいう。）

これらの罪のうち、教唆及びせん動については、刑法総則による教唆が成立する場合（正犯が犯罪を実行した場合）、観念的競合により、正犯が10年以下の懲役の場合は10年以下の懲役が、正犯が5年以下の懲役の場合は5年以下の懲役が科されることとなる。

また、刑法総則の規定による幫助が成立する場合（正犯が犯罪を実行した場合）も同じく観念的競合となるが、刑法総則の規定による幫助は、必要的減輕が行われ、正犯が10年以下の懲役の場合は5年以下の懲役が、正犯が5年以下の懲役の場合は2年6月以下の懲役となることから、後者については、結果的には、本法の規定による3年以下の懲役が科されることとなる。

なお、「教唆された者が教唆に係る犯罪を実行した場合において、刑法総則に定める教唆の規定の適用を排除するものではない。」と定めているが、本舗に定める独立罪としての教唆と刑法総則に定める教唆が（正犯の実行によって）ともに成立する場合には、観念的競合になることは先述のとおりである。これは、当然のことを定めている規定であるので、防衛秘密の場合は敢えてこの規定を置く、とはされていない。

#### （6） 自首減免

自首減免については、刑法総則には、自首したときには任意的にその罪を減輕する規定があるが、本法においては、自首した者に対して必ず刑を減輕又は免除する必要的減免規定である。防衛秘密の場合も同様に自首について必要的減免規定があった。現実に秘密の漏えいの結果が発生する前に自首すれば、国として直ちに必要な措置を講じて実害の発生を未然に防止することができるという政策的考慮から規定されたものである。

自首減免の対象は、①特別防衛秘密探知収集罪、②特別防衛秘密探知収集罪及び特別防衛秘密漏えい罪の未遂罪、③特別防衛秘密探知収集罪及び特別防衛秘密漏えい罪の陰謀罪、である。

既遂や教唆・せん動に自首減免を認めないのは、防衛秘密の場合と同様に、既遂について

は、実害が既に発生しており、必要的減免を行う利点に乏しいからであり、教唆又はせん動した者については、対象者がこれを受け付けず、目的を遂げないため自首して刑を減免してもらおうという場合にまで必要的減免を認めることは、教唆又はせん動について独立罪を設けた趣旨に反し、正犯の漏えい行為を見届けた上で自首する場合については、むしろ悪質性が高いからである。

## Ⅶ 刑事特別法

昭和27年に、我が国と米国との間で、いわゆる旧日米安保条約やこれに基づく行政協定が発効し、いわゆる在日米軍が我が国に駐留することとなった。これに伴い、我が国において、刑事上の特別な措置を講ずる必要があったことから、所要の立法措置が講じられた。その後、昭和35年に、現行の日米安保条約やこれに基づく地位協定が発効し、これに伴い、上記法律も名称を変えて「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」（昭和27年法律第138号）となった。

この法律の中には、合衆国軍隊の機密を侵す罪についての規定があり、これにより、日米安保条約により日本国にあるアメリカ合衆国の軍隊の秘密の保護が図られている。この法律中の当該規定によって、保護が図られているのは、あくまで、いわゆる在日米軍の秘密であり、我が国の、あるいは我が国の自衛隊の秘密ではないことに留意する必要がある。

本法の特徴として、以下の点が挙げられよう。

- ① 特別防衛秘密の場合と同様に、秘密の探知収集罪及び秘密の漏えい罪について、10年以下の懲役という重罰を科すこととしていること
- ② 秘密の漏えい罪について、害する目的や取扱い業務といった目的や身分によってではなく、「通常不当な方法によらなければ探知し、又は収集することができないようなもの」として、漏えいの対象をその内容によって絞り込んでいること
- ③ 自首減免について、秘密の探知収集罪、秘密の探知収集罪の未遂罪及び秘密の探知収集罪の陰謀罪に対象を限定しており、秘密の漏えい罪の未遂罪や秘密の漏えい罪の陰謀罪を対象から外していること

合衆国軍隊の機密を侵す罪については、同法第6条から第8条及び別表において、次のとおり定められている

第6条 合衆国軍隊の機密（合衆国軍隊についての別表に掲げる事項及びこれらの事項に係る文書、図画若しくは物件で、公になつていないものをいう。以下同じ。）を合衆国軍

隊の安全を害すべき用途に供する目的をもつて、又は不当な方法で、探知し、又は収集した者は、十年以下の懲役に処する。

2 合衆国軍隊の機密で、通常不当な方法によらなければ探知し、又は収集することができないようなものを他人に漏らした者も、前項と同様とする。

3 前二項の未遂罪は、罰する。

第7条 前条第一項又は第二項の罪の陰謀をした者は、五年以下の懲役に処する。

2 前条第一項又は第二項の罪を犯すことを教唆し、又はせん動した者も、前項と同様とする。

3 前項の規定は、教唆された者が、教唆に係る犯罪を実行した場合において、刑法総則に定める教唆の規定の適用を排除するものではない。

第8条 第六条第一項の罪、同項に係る同条第三項の罪又は同条第一項に係る前条第一項の罪を犯した者が自首したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

## 別表

### 一 防衛に関する事項

- イ 防衛の方針若しくは計画の内容又はその実施の状況
- ロ 部隊の隷属系統、部隊数、部隊の兵員数又は部隊の装備
- ハ 部隊の任務、配備又は行動
- ニ 部隊の使用する軍事施設の位置、構成、設備、性能又は強度
- ホ 部隊の使用する艦船、航空機、兵器、弾薬その他の軍需品の種類又は数量

### 二 編制又は装備に関する事項

- イ 編制若しくは装備に関する計画の内容又はその実施の状況
- ロ 編制又は装備の現況
- ハ 艦船、航空機、兵器、弾薬その他の軍需品の構造又は性能

### 三 運輸又は通信に関する事項

- イ 軍事輸送の計画の内容又はその実施の状況
- ロ 軍用通信の内容
- ハ 軍用暗号

## VIII 執筆後記

### 1 拘禁刑

令和4年に刑法及び関係法律が改正され、懲役刑及び禁錮刑が拘禁刑に改められ、令和7年6月1日より施行されることとなった。これに伴い、本稿に記す秘密保全に関する各制度にあっても、その処罰について、令和7年6月1日以降は、懲役刑又は禁錮刑であったもの

が拘禁刑とされることとなる。

また同時に、本稿に記す秘密保全に関する各法律において使用される用語についても、「懲役」及び「禁錮」又は「禁こ」は「拘禁」に改められることとなるのはもとより、「ほう助」は「幫助」に、「せん動」は「煽動」に改められることとなる。

## 2 注記

本稿の執筆に当たっては、「日本の防衛法制（第2版）」（内外出版）（編著 田村重信、高橋憲一、島田和久）の「第7章 秘密保全」を適宜参考・参照・引用した。

なお、同書「第7章 秘密保全」の著者は、本稿の執筆者である。