

Ⅲ 研究ノート Ⅲ

国家機密と表現の自由

梶原 健 佑

はじめに

(1) ご紹介いただきました梶原です。今回、施行から2ヶ月足らずの「特定秘密保護法」について検討するという時宜を得た有益な企画にお招きいただき、光栄に存じております¹⁾。しかし、私は普段、憲法は悪口をどこまで表現の自由の名の下に保護するのかといった問題を考えて過ごしている人間でして、特定秘密保護法周辺の問題を扱っておりませんので、本日のテーマの専門家ではありません。門外漢として、付け焼刃の知識を基にして思いつくままにお話しをし、前座・露払いの責を塞ぎたいと考えております。

(2) お集まりの皆さんはご存知のことと思いますけれども、まずは特定秘密保護法の仕組みを極めて大雑把に説明しておきます。行政機関の長は次の2つの条件を充たす非公知の情報を特定秘密として指定できることになっています。第一は次の4つの内容のいずれかに該当することです。①防衛に関する事項、②外交に関する事項、③特定有害活動の防止に関する事項（これはスパイ活動への対処を想定している）、④テロリストの防止に関する事項。第二に、当該情報の漏えいがわが国の安全保障に著しい支障を与えるおそれ

1) 本稿は平成26年度山口大学経済学研究科公開シンポジウム「特定秘密保護法を考える」(2015年2月7日、於 山口大学)における筆者の報告原稿に、当日配布のレジュメを基にした若干の補正と脚注とを加えたものである。なお、シンポジウムは次のプログラムで実施された。

梶原健佑「国家機密と表現の自由」

鈴木秀美「特定秘密保護法と取材の自由」

村上裕章「特定秘密保護法と情報公開」

譚 文勤「中国における秘密保護制度の生成、発展及び関連法規の主要内容」

高 秦偉「中国における国家秘密と情報公開——その現状と課題」

があり、秘匿する必要があることが要件とされます。こうして指定された秘密を取り扱う職員は適正評価をクリアした一定の者に限定されており、特定秘密が漏えいすることを防止するため、漏えいした者に処罰を予定しているほか、暴行・脅迫などの不当な方法で取得した者に対しても罰則が用意されています。特定秘密指定の有効期間は上限5年とされているものの、基本的に30年や60年まで延長できることになっています。先月公表された情報によれば昨年末の段階で382件の情報が指定され、旧来の防衛秘密を吸収したためですが、防衛省所管のものが247件と突出しています。

1. 特定秘密保護法と公法学

(1) この特定秘密保護法をめぐる様々な問題点が指摘されておりますけれど、私の専門は表現の自由ですので、なかでもその観点からみた論点についてお話ししようと思います²⁾。特定秘密保護法自身もわざわざ22条をおいていますので、表現の自由との関係が重要論点であることはお分かりいただけるかと思います。

憲法21条は表現の自由を保障していますが、一口に自由な表現といってもその内容は様々です。詳細は省かざるをえませんが、憲法学では、なかでも国の政策を論じる政治的表現がもっとも重視されると考えられてきております。特定秘密とされる防衛や外交に関する事柄は、多くの場合、この政治的表現に分類される可能性が高いといえそうです。こうした政治的主張を展開するためには、ひとり沈黙思考しているだけでは駄目で、考察・表出に先立って情報を収集するプロセスが不可欠です。このインプットにかかわる論

2) 21条上の論点をはじめとした憲法学者による指摘として、宍戸常寿「特定秘密保護法案の核心」世界850号(2013)81頁以下、山中倫太郎「特定秘密保護法」法セ708号(2014)25頁以下、松井茂記「特定秘密保護法のどこに問題があったのか」atプラス19号(2014)65頁以下、山内敏弘「特定秘密保護法の批判的検討」獨協法学93号(2014)1頁以下、韓永學「知る権利と国家機密」マス・コミュニケーション研究No.85(2014)123頁以下などを、行政法学者による指摘として、晴山一穂「一連の立法に関する行政法学からの検討」村井敏邦=田島泰彦編『別冊法学セミナー 特定秘密保護法とその先にあるもの』(日本評論社, 2014)67頁以下など参照。

点については、この後の鈴木先生と村上先生のご講演でご教示いただけるものと思いますので、私はインプットではなく、アウトプットのところに着目してお話します。つまり、特定秘密に指定された情報の公表に制限を課すことが憲法上どう評価されるかというテーマです。

表現の自由といっても無制限ではありませんから、一定の場合に、別の価値を保護するために多少の譲歩を求められる場合がないわけではありません。本日のテーマではこの対立する価値は、広く言うところ「国家の安全」ということになります。それが重要な価値である（追求するに足る政府利益である）ことは認めます。しかし憲法上の価値である表現の自由と緊張関係に立つことを否定することはできません³⁾。

(2) さて、考察に先立って簡単に場合分けをしておきます。憲法学が表現の自由を分析するときには、自由への規制を分類して考えることが一般的です。その中でも重要な分類軸は規制が表現の前に行われるか、表現した後に行われるかというものです。事前規制／事後規制といわれます。例として、事前規制の典型例には戦前に行われてきた内務省による検閲があり、後者の例としては、週刊誌が有名人に対する事実無根の中傷記事を書いた場合に名誉毀損罪に問われたり、不法行為として損害賠償を命じられたりする事例を挙げることができます。憲法学はどちらの規制についても、その憲法適合性について疑いの眼差しを向け、慎重に検討するべきと論じ、とくに事前規制の方をより警戒すべきと説いてきました。なぜなら、表現する機会を奪われることから自分の意見等を伝達することもできず、反論を受けることもできなくなり、また、受け手の側も表現にふれることができないためです⁴⁾。

3) See Melville B. Nimmer, *National Security Secrets v. Free Speech: The Issues Left Undecided in the Ellsberg Case*, 26 STAN. L. REV. 311, 327-328 (1974); Thomas I. Emerson, *National Security and Civil Liberties*, 9 YALE J. WORLD PUB. ORD. 78, 79 (1982).

4) なお、事前規制と事後規制を区別して許否の基準を論じるべきではないとする論者が見られる（たとえば、Alexander E. Blanchard, *A False Choice: Prior Restraint and Subsequent Punishment in a WikiLeaks World*, 24 U. FLA. J.L. & PUB. POL'Y 5 (2013)）。しかし本報告ではこの区別を維持する。区別を否定するこうした主張の当否は、別しての検討を要する。

この軸に加えて、本日は、もうひとつ、特定秘密を公表したのが法律上正当な権限をもって当該情報に接している者とそうでない者との区別を導入します。この2つの分類軸を組み合わせると次のような座標を描くことができます。以下、この座標に沿ってお話を進めます。また、予め申し上げますと、日本の現行法上、規制が存在しているのはCの部分だけということになりますが、他の部分にも学問的に論じるべき要素は存在していますので、アメリカの法制度や議論も参考にしながら検討することになります。

A. 職員・事前 ?	B. 第三者・事前 マス・メディア／それ以外
C. 職員・事後 特定秘密保護法23条	D. 第三者・事後 マス・メディア／それ以外

2. 特定秘密保護法と表現の事後規制（刑事処罰）

(1) では、まず、特定秘密を公表してしまったことによる事後的な規制について、とくに刑事処罰について考えます。この類型はさらに、先ほど述べた公表主体の属性に応じて、職員の場合と、情報に接する権限を持たない第三者の場合とに分かれます。この区別は特定秘密保護法からも導けますし、アメリカでも議論にあたり不可欠な区別であると認識されています。ちなみに、ここでいう職員とは便宜的に用いている用語で、特定秘密を取り扱う権限をもつ者（過去にもった者）を指し、それ以外の公務員を含まず、他方で、公務員の職にない民間人を含むことがあります。

職員の場合(Cの領域)、法23条は職員の漏えい行為に10年以下の懲役刑の威嚇で対応しようとしています。これは窃盗罪の法定刑並ということもできますが、従来の国家公務員法の1年（100条1項）、自衛隊法の5年（122条1項）と比べると格段に重い刑といえるでしょう。アメリカにおいても秘密を漏えいした職員に対する刑事処罰（場合によっては死刑）が規定されており⁵⁾、

5) 漏えいに係るアメリカの法制では、当該情報が正当な手続きを経て秘密指定を受けたものであるかという形式的要件は求められていないようである。

何件かの起訴事案もあるようですが、この処罰が憲法違反となるとの見解はほとんど見られません。その理由はいくつか指摘されており、そもそも公務員としての特別の権限を与えられて初めて当該情報に接することができたのであるから、それを公表する権利を憲法上主張できないとか、明示ないし黙示の秘密保持契約を結んだことでその契約内容に拘束されるのだとか言われています⁶⁾。

職員による漏えいは、職員が他国のスパイに情報を漏らす場合と、職員がメディアに情報を提供する場合が想定されているようです⁷⁾。表現の自由との関係で問題になりうるのは後者です。ただし、今日、情報はマス・メディアのみが公表する媒体を独占しているわけではありませんから、職員本人がネット上に直接情報を公表し、批判的意見を付け加えるようなパターンは第三類型として十分想定されます。かかる事態が発生し得る可能性は、尖閣諸島沖漁船衝突ビデオ流出事件を想起すれば明らかでしょう。類似のものとしては、かねて、退職公務員が秘密を含む内容の手記を公表するケースが想定されてきました。これらのパターンでは職員本人が表現の自由の主体として立ち現われてくる点で、メディアへのリークとは法理論的には異なった位相が描けるようにも思いますが、その区別はなされていないようです。さきほど紹介した憲法違反とはならない理由からすると区別の実益がないということなのでしょう。

(2) 次に第三者が公表した場合についてです (Dの領域)。特定秘密保護法には、不正取得や漏えいの教唆・扇動について処罰規定があるものの、公表行為自体は処罰対象になっていません。対してアメリカでは、防諜法や原子力エネルギー法など、幾つかの法に第三者の公表行為を処罰する旨の条文があります (e.g. 18 U.S.C. §798 (a); 42 U.S.C. §2274)。ところが、「合衆国の全歴史において、政府が国家安全保障に関連する機密情報の公表⁸⁾を理由に

6) Mary-Rose Papandrea, *Leaker Traitor Whistleblower Spy: National Security Leaks and the First Amendment*, 94 B.U.L. REV. 449, 514 (2014).

7) 近年のアメリカでは、18 U.S.C. §793 (d), §798 (a) (3) などの違反を問われているE. Snowdenの例が分かり易い。

8) プレスでない第三者を、(公表行為ではない) 漏えい行為を理由に訴追した例としては U.S. v. Rosen, 445 F. Supp. 2d 602 (2006) が知られている。

してプレスに罪を問うたことは一度としてない。⁹⁾」とか、「合衆国建国以来、政府機密指定情報の公表によってアメリカのジャーナリスト、報道機関が訴追された例は全く存在しない。¹⁰⁾」とされ、そのことがアメリカ法の伝統とも目されています。

ところが、近年、WikiLeaksの登場以降、漏えい職員のみならず、公表した第三者側をも処罰する必要があるとの議論も起こり、それに反対する論者との間で議論が行われています。のちに紹介しますNew York Times v. U.S.のなかでホワイト裁判官はプレスに対する事後的刑事処罰の可能性に明確に言及しておりますし¹¹⁾、アメリカの学説を見ても、ごくごく例外的な場合には事後的な刑事処罰も可能性としてはあり得るという見解が多くみられます。ただし、その条件については各々ニュアンスの違いを残しています¹²⁾。

9) GEOFFREY R. STONE, TOP SECRET: WHEN OUR GOVERNMENT KEEPS US IN THE DARK 19 (2007).

10) Rodney A. Smolla, *Liability for Massive Online Leaks of National Defense Information*, 48 GA. L. REV. 874, 882 (2014).

11) 403 U.S. at 740 (White, J., concurring).

12) See e.g. Yochai Benkler, *A Free Irresponsible Press: WikiLeaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate*, 46 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 311 (2011); Geoffrey R. Stone, *WikiLeaks and the First Amendment*, 64 FED. COMM. L. J. 486 (2012); Patricia L. Bellia, *WikiLeaks and the Institutional Framework for National Security Disclosures*, 121 YALE L. J. 1448 (2012); David McCraw and Stephen Gikow, *The End to an Unspoken Bargain? National Security and Leaks in a Post-Pentagon Papers World*, 48 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 473 (2013). なお、松井茂記「ウィキリークスと表現の自由(上・下)」法時85巻2号54頁以下、同3号66頁以下(ともに2013)、横大道聡「国家秘密と自己等統治の相克——ウィキリークス問題を素材として——」大沢秀介編『フラット化社会における自由と安全』(尚学社、2014)142頁以下も参照。

スモーラは、①情報の公表によって生じる国家の安全への害悪と②当該情報のもつニュース価値との相関関係によって規制の許否を決しようとしているが、①が最高レベルであれば、②でかなりの価値が認められるものであっても、修正1条はその公表に規制をかけることを正当化するだろうという(Smolla, *supra* note 10, at 905)。ストーンは、プレスの機密指定情報の公表を理由とした事後の刑事処罰には、プレスが次の3つを知っていたと政府が立証できた場合に限定されるとする。①機密指定情報を公表するものであること、②国家の安全に対する差し迫った、深刻な害悪をもたらす蓋然性が高いであろうこと、③公論public debateに対して意味のある寄与をなさないであろうこと。STONE, *supra* note 9, at 26. さらに、ドルフは、ウィキリークスへの事後的制裁について、①公表のみならず違法漏えいにも関与したこと、②ペンタゴンパーバ事件のときよりも甚大な損害が発生したことのいずれか／両方の立証がない限り、

特定秘密保護法は他の法律同様に不断の見直しを求められていくことになりましょうが、我々は処罰範囲をアメリカのように第三者まで拡大するような事態が起らないよう監視していく必要があります。また、仮に導入されそうになった場合にはその範囲の限定化、明確化を声高く主張していかねばなりません。

(3) さて、先にアメリカでも職員の処罰は問題なしとされていると申し上げました。しかしながら、オバマ政権下で漏えい職員に対する起訴がこれまでとは段違いのペースで増えてきたことから、再検討すべきと主張する見解が出始めています¹³⁾。そこでは、秘密が公になることによって生じた国家の安全に対する害悪の程度であるとか、暴露の目的や、情報の政治的議論に対する有用性などを踏まえて、無罪とされるべき事案もあると主張されています。第三者による公表と同じだけの保護を与えよという主張はもちろん無理筋ですが、日本でも漏えい事案が起こった場合に、形式的に特定秘密に指定済の情報を漏えいしたから処罰という安易な当て嵌めに陥ることは避けるべきでしょう。

3. 公表に対する事前抑制（裁判所の事前差止め）の可能性

(1) 続いて事前の差止めの可能性について検討を進めます。A領域はあまり現実的とは思えないのでB領域に限定してお話しします。

こちらはアメリカ法から話を始めることにします。アメリカでも国家の安全に関わる情報を事前に裁判所が差止めることが可能か議論されていま

違憲の評価を受けるだろうと述べている。Misheal C. Dorf, *WikiLeaks and the First Amendment*, DORF ON LINE (July 30, 2010) <http://www.dorfonlaw.org/2010/07/wikileaks-and-first-amendment.html> (2015年2月10日最終アクセス)。

13) Papandrea, *supra* note 6, at 534; Smolla, *supra* note 10, at 894-896. McCraw and Gikow, *supra* note 12は、これまで長きに亘り、政府の側は秘密の指定は大規模に行いつつも漏えい事案に対して（職員を除いて）起訴に踏み切ることを思い止まり、他方でプレス側も矢鱈な公表は控えるという具合に、相互に一定の自己抑制をかけ合うことで両者の直接的な衝突が回避され、全体として機能するシステムが作動していたともいえた（そのことが「国家機密 対 修正1条の権利」をめぐる様々な論点を顕在化させず置き去りにした結果にも繋がった）けれど、近年、崩れつつあるとの認識を示す。

す。連邦裁判所での判決が散見されますので、それをざっと確認します。第一は、直接的に国家の安全にかかわる情報が争われたわけではありませんけれど、事前抑制全般についてのリーディングケースとされるNear v. Minnesota¹⁴⁾です。連邦最高裁は、事前抑制には強い憲法上の疑義があることを示しつつも、裁判所による事前差止めが絶対的に禁じられるとは述べておりません。そこで具体的に挙げられている、ごく例外的な許容例は、本日のテーマとの関係でいうと、戦争のさなかの軍の輸送船の航行日程、あるいは軍隊の人数や現在地です¹⁵⁾。かかる情報が公になって敵の手に渡れば、大きなダメージが容易に想定されるからです。

(2) 次は、国家の安全にかかわる情報の事前差止めがまさに問題となった、New York Times v. U.S.¹⁶⁾です。ベトナム戦争の政策決定過程を詳細な資料を基に明らかにした国防総省内で作られた極秘文書（マクナマラ文書）が漏えいし、New York TimesとWashington Postに順次掲載されかけたところ、さらなる掲載の中止を国が求めた裁判です。連邦最高裁は、事前差止めをしなければならぬ強い理由を裁判過程において政府側が示すことができなかつたとして、差止めを認めない判断を下しました（per curiam）。判決文はこれ以上のことを言っていないので、そこから多くの法的示唆を引き出すことはできません。ただ、異例なことに、9人の裁判官全員がそれぞれ意見を述べており、その内容が注目されています。

まず、国家の安全にかかわる情報の公表を裁判所による事前差止めによって止めることが憲法上不可能ではないということは多くの裁判官が認めています。では、どのような条件が充足されれば可能なのでしょうか。この問いに、例えばブレナン裁判官は、危機的な状況が「公表により不可避免的に、直接かつ即座に生じる¹⁷⁾」場合には可能としており、スチュアート裁判官は「直接、即時の、回復困難な損害を、我々国家やその人民に確実にもた

14) 283 U.S. 697 (1931).

15) *Id.* at 716.

16) 403 U.S. 713 (1971).

17) *Id.* at 726-27 (Brennan, J., concurring).

らす¹⁸⁾」場合には可能とみています。ここから危険発生切迫性の要請は伝わってきますが、発生するのはどのくらい重大な危機が想定されているのでしょうか。ブレンナン裁判官によれば、Near判決がいう戦時の船舶や軍隊の位置情報のほか、平時にあっても、核による大量虐殺を引き起こすような危機は含まれるのだといます¹⁹⁾。この事件で政府は、文書の公表によって外交関係がギクシャクするなど主張していましたが、その程度の損害では足りないということなのでしょう²⁰⁾。

(3) 最後に、地方裁判所レベルではありますが、連邦裁判所が国家の安全を理由にプレスに対する差し止めを認めたおそらく唯一の事案であるU.S. v. Progressive²¹⁾を取り上げます。この事件は雑誌プロGRESSIVEが水素爆弾の製造に関するテクニカルな情報を、機密文書以外の情報源から入手し、記事にして公表しようとしたことに対し、政府が差し止めを求めた事案です。裁判所は差し止めを認めるにあたり、New York Times事件との違いを3点挙げています。①New York Times事件では何年も前の出来事に関する歴史的な文書であったが今回は違うこと、②(政府の迷惑という以上の)国家の安全に対する危機を惹起する可能性について政府から説得的に主張がなされたこと、③特別の制定法上の根拠があったこと、です。この事件についてここでは2つのことを確認するに止めます。第一は、合衆国の敵に水素爆弾の製造技術を提供する類の情報は例外を構成すると判断されたこと、第二は、制定法上の根拠が重視されたことです。

少しテクニカルな話になって恐縮ですが、New York Times事件では、何人かの裁判官によって、当該情報を公表したことを理由にした事後的な刑事処罰を根拠づける法律が存在しないと判断されています。これに対してProgressive事件では、原子力エネルギー法の中に、そうした情報を公表することを禁止し、政府にそれを差し止めることを認める規定が存在していま

18) *Id.* at 730 (Stewart, J., concurring).

19) *Id.* at 726 (Brennan, J., concurring).

20) Bellia, *supra* note 12, at 1467.

21) 467 F. Supp. 990 (W.D. Wis.1979).

した(42 U.S.C. §2274, §2280)。裁判所が言ったことを私なりに解釈すると、政府のみならず議会までも当該情報の公表行為を強く懸念しているという事実が重要であること、また、公表した後で責任を問われることのない情報について、事前に止めることは基本的にありえないということが言えるかと思えます²²⁾。

(4) さて、翻って日本です。日本では特定秘密が公表されそうになった時に、政府が裁判所に事前差し止めを求めることができるのでしょうか。そもそも制度上、そのようなことが可能かは疑わしいように思います。試みるとすれば民事訴訟で求めてくることになりましょうけれど、これまで差止請求権あるいは被保全権利として認められてきたのは財産権や人格権であって、これに国家の安全なるそれらとは全く異なる性質の法益を付け加えることができるのか疑問なしとしません。また、既述のとおり、現行法上は公表を理由に事後的に処罰されない点もこれを補強するでしょう。

しかし、裁判所が拒否するという確証はありませんし、今後、法的根拠が作られないとも限りませんので、もう一歩先へ進んで、差し止めが認められる条件についても少し考えておきます。わが国の事前差し止めに関するリーディングケースは昭和61年の北方ジャーナル事件です。そこで最高裁は、事前差し止めは事前抑制の一種であり、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されると述べています²³⁾。事前差し止めがほとんど認められなくなっているような気にさせますが、その後の下級裁判所を含めた判例を見ていると、実際にはプライバシー侵害等を理由とする差し止め例は幾らも存在しています。詳細に検討する余裕はないのですが、最近の例としてレジュメには平成24年の広島地裁判決を示しています²⁴⁾。そこでは、差し止めによって得られる利益と損なわれる利益との比較衡量によって判断されるとの一般論に

22) ただし、判決はそうした制定法が存在しない限り絶対に差し止めは許容されないとはいわず、例外的に制定法なしでも裁判所が執政府の申し立てに基づいて差し止めを認める可能性を残している。

23) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

24) 広島地判平成24年5月23日判時2166号92頁。

続き、「侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは侵害行為の差止めを是認すべき」と述べられています。一見、アメリカ法と比べても遜色ない定式化のようです。とはいえ、損害発生 of 蓋然性や切迫性の要件を欠いているようですし、「重大な損害」、「回復を図るのが不可能ないし著しく困難」といった要件が、実際の当て嵌めの段階で、どの程度歯止めとして機能しているかの評価が別途必要です。また、これは人格権侵害のために設定された枠組みであって、性質の異なる国家機密情報の事案にそのままスライドさせることが妥当であるか、また、差止めの対象が表現行為であることが適切に考慮されているのかも検討に値します。

(5) ここまでにも既に幾らか私見を述べていますが、「検討」に移ります。世界中でも表現の自由をもっとも重視するといわれるアメリカですら例外的に差止めが認められる可能性を否定していません。それは裁判所も学説もそうです。というのも、こうした情報はいったん公表されてしまえば取り返しがつかない性格を持っているためです。名誉を毀損する表現については、事後的に訂正記事などで回復が容易に想定されるのと対照的です。差止めの「必要性」を肯定できる事案があり得るということは、“頭の体操”としては想像できます。しかし、やはり“極めて”例外的な事案に限られます。これまで連邦裁判所が示しているのは、軍隊の展開情報や水素爆弾の製造に係る情報であって、本当に狭い例外だと考えられているのです。わが国でも情報の公表によってもたらされる損害発生のおそれに関する判断は最大級の慎重さをもってなされるべきで、特定秘密に合致するからといった理由で要件の充足を安易に認めることがあってはなりません。まして、特定秘密に当たる情報の多くは公的な性格を持つ、政治的言論に寄与する情報であることが想像されるのですから尚更です。

ちなみに、差止めをめぐるこうした議論は新聞や雑誌などの従来型メディアを想定してきたわけですが、WikiLeaksなどを見ていると、どこまで通用

力があるのか疑問を持たざるを得ないケースが出てきていることも事実です²⁵⁾。つまり、デジタルデータとして瞬時にやり取りすることが可能で、かなりの情報量でもウェブ上に公表できる事を考えれば、その流通・公表をストップするというのは現実味を失いつつあります。まして、サーバを世界各地で転々とさせ、法人組織としての実態もない暴露サイトの首謀者が、裁判所の召喚に応じ、その判決を履行するだろうかと思像するとき、やはり、差止め判決の実効性には疑問符が付く事案が出来つつあることを認めざるを得ません。もっとも、事前抑制が肯定されるならそれがもつ象徴的意味あいも見過ごせませんし、全ての事案で実効性を失っているわけではないことは急ぎ付け加えておかなければなりません²⁶⁾。

おわりに

(1) 最後に、本報告で扱えなかった問題を幾つか述べて終わりにいたします。途中でも申し上げたように、今日、ネット環境のあるスマホ1台持っていれば、あらゆる個人が表現主体となることができるわけです。そうしますと、「第三者」として組織体たるマス・メディアを念頭に展開してきたここまでの議論を、個人にそのまま置換できるかが論点となります。特定秘密保護法も22条で報道機関への配慮を示しているわけですがけれども、それは組織に属さないフリーランスのライターや全くの一般人でも同じなのでしょうか。New York Times事件での多くの裁判官たちの事前規制に消極的であった意見の背景には、既存メディアの矜持に対する信頼と、彼らが事後の刑事制裁を怖がるであろうということが前提されていたといわれます²⁷⁾。つまり、従来型のメディアは、国家の安全にかかわる情報については、その危険性と公益性を衡量しながら、発出するか否かを判断するはずで、プロの判断

25) Smolla, *supra* note 10, at 900-901; Bellia, *supra* note 12, at 1482; McCraw and Gikow, *supra* note 12, at 488-490; Nawi Ukabiala, *Wikilaw: Securing the Leaks in the Application of First Amendment Jurisprudence to WikiLeaks*, 2013 FED. CTS. L. REV. 209, 212.

26) McCraw and Gikow, *supra* note 12, at 504.

27) Bellia, *supra* note 12, at 1473.

としてそれでもなお公表すべきと判断された情報だけが公表されてくるに違いないと想定されていたわけです。しかし、事後制裁の威嚇が効かず、専門的知識も編集組織ももたない個人や団体には、その期待はもしかすると難しいかもしれません。この違いを重視して、両者を区別して考えるべきなのでしょうか²⁸⁾。実はこれは表現の自由論の他の領域にも問いかけてきている難問なのです。

(2) また、今後の法運用についていえば、特定秘密への指定が適切に行われることが何より肝要です。この重大論点に関しては、条文や運用基準に対する評価、解釈、チェック機関の権限や委員の選任方法、位置づけなどとも絡んで、今後も大いに議論されなければなりません。しかし、私の能力と持ち時間の関係で全く扱うことができませんでした。

他にも積み残した課題は多々ありますが、このあたりで話を終えたいと思います。ご清聴ありがとうございました。

[付記1] 本稿は2015年2月10日に脱稿したもので、それ以降に公表された数多くの研究を反映できていない。

[付記2] 本稿は科学研究費補助金（若手研究B：課題番号26780015）の助成による研究成果の一部である。

28) 表現の自由の法理の上で両者を区別するのは容易ではないとされることが多い。See Benkler, *supra* note 12, at 362; Smolla, *supra* note 10, at 898.