The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	いわゆる取材源秘匿権におけるノンコンフィデンシャル情報の保護
Author(s)	前田, 正義
Citation	阪大法学. 2003, 53(2), p. 77-106
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54856
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

いわゆる取材源秘匿権における ノンコンフィデンシャル情報の保護

前田　正義

はじめに

メディア（報道機関）は、現代の情報化社会において情報を公衆へ伝播する重要な役割を担っている。また、情報化に伴って個人自ら情報を世界へ発信することは、飛躍的に容易となった。その意味において、メディアの地位は、相対的に低下している。しかし、マス・コミュニケーションにおけるメディアの地位、とくに情報収集・分析能力において、メディアにとって代わる私的存在は、いまのところ認められないだろう。このように、メディアを基礎づけている情報収集（取材）能力を憲法上保障する、いわゆる取材源秘匿権が、本稿のテーマである。

日本において、取材源秘匿権は、公衆への情報の自由な流通（free flow of information to the public）のため、取材源（ソース）の身許の秘匿など内々の信頼（confidential）関係を通じて取材したソースおよびソースに関する情報の開示を強制されない憲法上の権利として、一般に理解されている。[1] それは、表現（報道）の自由（憲法二一条）における情報収集過程が、メディアとソースとのコンフィデンシャル関係なくして成り立たないという

（阪大法学）53（2-77）437〔2003.8〕

認識に支えられている。コンフィデンシャリティは、取材源秘匿権の少なくとも重要な要素として捉えられている。[2]

たしかに、取材源秘匿権が問題となった石井記者事件などでは、コンフィデンシャル情報が開示対象となった。[3] しかしながら、取材の自由（取材源秘匿権）の先例である、最高裁博多駅テレビ・フィルム提出命令事件決定では、コンフィデンシャリティを欠く情報が開示対象となった。当該情報は、その場に居合わせた者であるならば、誰もがみることのできる騒擾を撮影した、「すでに放映されたものを含む放映のために準備されたもの」であった。[4] そのほかにも、ノンコンフィデンシャル情報が問題となった事案は少なくない。[5] 一般に日本の学説は、取材源秘匿権をノンコンフィデンシャル情報に適用可能であるとするが、[6] その根拠を明らかにしているとはいえない。[7][8]

日本における取材源秘匿権の議論においてしばしば参照されるアメリカでは、一九六〇年代以降、プレス（メディア）に対するサピーナ（subpoena：罰則付召喚令状。subpoena *duces tecum*：文書提出命令状）の増加が指摘されており、[9] なかでもノンコンフィデンシャル情報に対するサピーナがその多くを占めているとの調査報告もなされている。[10] アメリカにおいて、取材源秘匿権（ジャーナリストの特権）についての議論は、主としてコンフィデンシャル情報の文脈において展開されてきた。ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張することについては、コンフィデンシャル情報から派生する「比較的新しい現象」であるとの指摘もなされている。[11] アメリカにおいて、ジャーナリストの特権を規定する各州のいわゆるシールド法（shield law（statute））、そして下級審判決の多くは、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張（expand）する。しかし、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張しないシールド法および下級審判決も存在する。また、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張する下級審判決においても、コンフィデンシャリティの存

否を基準としたジャーナリストの特権の保障の程度の異同など、必ずしも統一的な判断がなされているとはいえない。[12][13] 学説においても、同様の対立がある。[14]

本稿では、はじめに、ジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に適用する問題について、コモン・ローの解釈および Branzburg 判決をコンフィデンシャリティの見地より考察する。その後、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張することを争点とするアメリカの下級審判決について考察する。これにより、コンフィデンシャリティを取材源秘匿権の重要な要素とする日本の学説において、取材源秘匿権をノンコンフィデンシャル情報に適用するうえでの問題点が、示唆できるものと考えるためである。そしてこのことは、コンフィデンシャリティを重要な要素とする取材源秘匿権の法理を再構成する契機になるものと考える。

第一章　アメリカにおけるジャーナリストの特権

第一節　コモン・ローの解釈

訴訟上、証言などの拒否を認める証拠上の特権（evidential privilege）は、一八世紀のイギリスの裁判官によって語られた、「社会はすべての人々の証拠を利用する権利を有する」というコモン・ロー上の法諺を逸脱するものとして否定されてきた。[15] また、証拠上の特権は、真理探究の障碍として非難され、否定されてきた。[16] 他方、証拠上の特権は、個人のプライバシーを保護するものとして賞賛され、弁護士とその依頼人とのコミュニケーションをはじめとして、法廷闘争を通して認められてきた。[17] ジャーナリストの（証拠上の）特権については、合衆国憲法修正一条に基づいて訴訟上主張される一九五〇年代以前、コモン・ローに基づいて主張されてきた。[18] このようなコモン・ロー上の証拠上の特権について錯綜した情況に加えて、シールド法については、その曖昧な文言による混乱し

た理論の「寄せ集め」であることを指摘されていた。[19] アメリカの証拠上の特権の統合を試みるウィグモア（John. H. Wigmore）教授は、アメリカのコモン・ローの解釈において、証拠上の特権が例外的に付与されるコミュニケーションの四つの要件を示した。[20] この解釈は、その後のコモン・ローの解釈、そしてジャーナリストの特権が修正一条に基づいて訴訟上主張されるアメリカの判例においても、影響力を有することとなる。[21]

（1）〔特権を付与される〕コミュニケーションは、開示されないというコンフィデンスから生まれなければならない。
（2）このコンフィデンシャリティという要素は、当事者間の関係の完全かつ満足な維持に不可欠な要素でなければならない。
（3）コンフィデンシャル関係は、コミュニティの意見のなかで周到に助長されるべき関係でなければならない。
（4）コミュニケーションの開示によってコンフィデンシャル関係に及ぼす害は、訴訟の正しい処理によってえられる利益より大きくなければならない。[22]（〔　〕内は筆者による。傍点は原文のイタリック体を示す。）

このように、ウィグモア教授によるコモン・ローの解釈では、証拠上の特権について、秘匿性を含意するコンフィデンシャリティの存在を要件として、コミュニティの意見の支持および公益に優る非開示の利益を要求される。弁護士、配偶者、医師、宗教職従事者、および心理療法士[23]などは、これらの要件をみたすものとされてきた。しかし、ジャーナリストなどは、法廷闘争の多くに敗れてきた。[24] それは、ジャーナリストの特権の場合、他の証拠上の特権とは異なり、報道の性質上、コンフィデンシャル・ソースの身許を開示しない場合においても、コンフィデンシャル・ソースに関わる情報を伝播（報道）することから、コンフィデンシャリティを欠くものとみなされるためである。したがって、コンフィデンシャル・ソースの身許に関する情報を含意しない、コンフィデンシャル・ソー

スの身許の秘匿自体にコンフィデンシャリティの存在を認める必要が生じることとなる。[25] また、ジャーナリストの特権は、言論の自由および公衆の知る権利[26]についての今日的理解が確立されていない時代において、他の証拠上の特権とは異なり、第三および第四の要件について肯定的に評価されることもなかった。[27] このことは、ソースの身許に関する証言を訴訟上要求されたジャーナリストが、ジャーナリストの倫理規範などに基づいてソースの身許を「失念した」として証言を回避してきたという、訴訟上の主張に表れているともいえよう。[28] 証拠上の特権について、コンフィデンシャリティを要件とするウィグモア教授によるコモン・ローの解釈は、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張するうえでのさらなる障碍となる。[29]

第二節　判例

一　Branzburg 判決以前の下級審判例

一九五〇年代以降、アメリカにおいて、ジャーナリストの特権についての訴訟上の主張は、コモン・ローに依拠するのではなく、修正一条に依拠することとなる。[30] それは、修正一条によって保障される公衆への情報の自由な流通を確保するため、取材過程におけるジャーナリストとそのソースとのコンフィデンシャリティの保護が不可欠であると考えられたためである。しかしながら、連邦最高裁判所は、修正一条に関して、表現行為としての報道の自由について広汎な権利を積極的に認めてきたが、[31] 表現行為に資する情報収集についての権利の承認には消極的であった。[32]

巡回区連邦控訴裁判所において、ジャーナリストの特権が修正一条に基づいて最初に主張された判決として判例上認められているのは、Garland v. Torre, 259 F. 2d 545 (2d Cir. 1958), *cert. denied*, 358 U. S. 910 (1958) である。本件では、名誉毀損訴訟の原告が、被告であるジャーナリストに対してソースの身許の開示を申し立てた。

ジャーナリストは、その破棄を申し立てた（at 547-548）。

本判決において、法廷意見を執筆したのは、同年連邦最高裁判所裁判官に任命され、Branzburg 判決反対意見を執筆することとなるスチュアート（Potter Stewart）裁判官であった。本判決は、プレスの自由と真理の探究がともに自由な社会の基盤であるとする（at 548）。そのうえで、無差別的に情報が開示強制されるものではなく、また事件との関連性あるいは重要性に疑問のある情報を開示強制されないことについて、とくに言及する。そして、本判決は、本件において、ジャーナリストに対する尋問が「原告の主張の核心」（heart of the plaintiff's claim）に達するとして、ジャーナリストに対して裁判所侮辱罪を判示した連邦地方裁判所の判決を維持し、ジャーナリストの特権の適用を否定した（at 549-550）。

このように、本判決は、その結論においてジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に対する開示強制に適用しなかった。しかしながら、本判決は、当該情報が事件との関連性を有しない場合だけではなく、開示強制がプレスに対するオフィシャル・ハラスメント（official harassment）となる場合など、修正一条に基づいてジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に適用する余地を有していよう。この論理は、Branzburg 判決スチュアート裁判官反対意見において、ジャーナリストの特権に対して保護的に定式化されることとなる。

二　Branzburg 判決

ジャーナリストの特権について、連邦最高裁判所によるはじめての判決は、四つの事件が併合審理された Branzburg v. Hayes, 408 U. S. 665 (1972) である。本件において、大陪審は、ジャーナリストがソースの身許などの秘匿を条件として取材したソースの身許ないしはソースに関する情報の開示を要求した。ジャーナリストは、ジャーナリストの特権に依拠して、その破棄を申し立てた[33]（at 667-682）。

ホワイト（Byron R. White）裁判官相対多数意見は、修正一条がすべての市民に適用される法から生ずるプレスの付随的義務をすべて無効とするのではなく[34]（at 682）、憲法、コモン・ロー、および制定法上の特権による保護を除いて、「社会はすべての人々の証拠に対する権利をもつ」という原理がとくに大陪審手続きに妥当するとする（at 688）。そして、犯罪に関する情報を非開示とする公衆の利益が、情報の開示による犯罪の追及、起訴、および抑止という公共の利益に優らないとする（at 695）。また、本件では、判例上、修正一条の諸権利の間接的な負担の正当化においても必要とされる州の「やむにやまれない」あるいは「至高」の利益[35]がみたされるとする（at 700）。しかしながら、本判決は、取材に対していかなる保護も付与されないならば、プレスの自由が骨抜きにされるとして（at 681）、修正一条の範囲内において、ジャーナリストの特権を承認する自由を連邦議会および州議会に認める（at 706）。また、ジャーナリストとそのソースとの関係の破壊を目的とする、プレスに対するオフィシャル・ハラスメントは、正当化されないとする[36]（at 707-708）。そして、本判決は、大陪審手続きにおいて巡回区連邦控訴裁判所がはじめて修正一条上のジャーナリストの特権を認めたCaldwell判決を破棄し、ジャーナリストの特権を認めなかった三件の巡回区連邦控訴裁判所ないしは州最高裁判所の判決を維持した（at 708-709）。

また、パウエル（Lewis F. Powell, Jr.）裁判官同調意見は、相対多数意見が取材あるいはジャーナリストのソースの保護について憲法上の権利を否定しないとして、相対多数意見の「限定された性質」を強調する（at 709）。そのため、重要な憲法上の利益と社会的利益との衡量は、各事例に基づいて、プレスの自由と犯罪行為について証言するというすべての市民の義務との適切な衡量により、判断されるべきであるとした（at 710 n*）。

これらに対して、スチュアート裁判官反対意見は、コモン・ローにおける他の証拠上の特権が私的利益の保護を目的とすることとは異なり、ジャーナリストの特権が公衆への情報の自由な流通を通して自己統治に資するとして

(at 737-738)、他の証拠上の特権とジャーナリストの特権を区別する。また、同意見は、プレスに対する開示強制により、州および連邦当局がプレスを調査機関として併合することとなり、プレスの歴史ある独立性を侵害する虞に注意を促す。さらに、プレス以外のソースより、要求された情報を入手することによって政府の目的が全うされたとき、開示強制により、ジャーナリストとそのソースとのコンフィデンシャル関係を破壊することは、ソースがプレスに対する情報提供を躊躇うこととなるため、公衆への情報の自由な流通を阻害するとする。そして、同意見は、法の執行による公益と情報の潤沢な流通についての憲法上の保護との折り合いをつける見地より (at 745)、情報を要求する政府につぎの証明ないしは論証責任を課す、いわゆる三要件テスト (three-part (prong) test) を示した。[37]

政府は、

(1)記者が特定の法律違反と思われるものと明確な関連性をもつ情報をもっていると信じる相当な理由が存在することを示し、

(2)求められている情報が修正一条の諸権利にとって破壊性が少ない代替手段によって得られないことを証明し、そして

(3)情報に対するやむにやまれないそして圧倒的な利益を証明しなければならない[38] (at 743)。

本判決後、メディアのコンフィデンシャル情報に対する開示強制について判断する巡回区連邦控訴裁判所判決の多くは、本判決の射程を大陪審手続きなどへ限定する。それ以外の訴訟について、これらの判決は、パウエル裁判官同調意見ないしはスチュアート裁判官反対意見に依拠して、ジャーナリストの特権の適用を利益衡量により判断

している。[39] したがって、コンフィデンシャル情報に対する開示強制によって既存のコンフィデンシャリティが破壊される場合、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果（chilling effect）を認めることは、下級審判例において概ね確立している。[40] しかし、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制については、コンフィデンシャリティがジャーナリストの特権の要件とされることにつき、明確な判断を示してきたとはいえなかった。[41]

第二章　アメリカの下級審判決におけるノンコンフィデンシャル情報に対する保護

第一節　判例の法理

コンフィデンシャリティがジャーナリストの特権の要件であるのかについて、すなわちジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張することについて判断するアメリカの下級審判決は、基本的にジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に適用することについて判断する下級審判例同様、Branzburg 判決のパウエル裁判官同調意見ないしはスチュアート裁判官反対意見に依拠する。[42] したがって、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制により、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果が認められる場合は、開示の利益と非開示による利益を衡量し、ジャーナリストの特権の適用を判断することとなる。

たしかに、両意見は、コンフィデンシャル情報に対する開示強制についての判断である。しかし、両意見は、コモン・ロー上の証拠上の特権についてのウィグモア教授による解釈とは異なり、ジャーナリストの特権について、コンフィデンシャリティを必ずしも要件としないことから、ノンコンフィデンシャル情報へ拡張する余地を有する。とくに、プレスが政府の調査機関として公衆にみなされることの防止およびプレスの独立を示唆するスチュアート裁判官反対意見は、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張することにおいて有効であろう。

ただ、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張することについて判断するアメリカの下級審判例は、コンフィデンシャリティの破壊以外の公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果の肯否をはじめとして、採用されるテスト、利益衡量におけるコンフィデンシャリティの考慮の有無、そしてコンフィデンシャリティの存否を基準としたジャーナリストの特権の保障の程度の異同について、確立されていない情況にある。したがって、本章の次節以降では、主なアメリカの下級審判決について、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張する判決、そして拡張しない判決に大別したうえで、これらの点を考察する。

第二節　ノンコンフィデンシャル情報への拡張を認める下級審判決

一　同等の保護を付与する下級審判決

はじめて、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張する判決としてみられている[43] Loadholtz v. Fields, 389 F. Supp. 1299 (M. D. Fla. 1975) は、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、コンフィデンシャリティの存否にかかわらず、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を認めて、コンフィデンシャル情報と同等の保護を付与する。本件において、新聞記事に関して名誉毀損訴訟を提起した原告は、被告ジャーナリストによる当該記事に関するノンコンフィデンシャルなインタビューについての証言などを要求した。ジャーナリストは、修正一条などに基づいて、その破棄を申し立てた (at 1300)。

本判決は、コンフィデンシャル・ソース同様、ジャーナリストのノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制がジャーナリストにとって「不愉快」であり、プレスから公衆への情報の自由な流通に対する介入となりうることを認める。したがって、コンフィデンシャリティの存否と公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果の存否とは、「全く無関係」であるとする。そして、本判決は、原告が当該記事の基礎をなす情報の開示強制を正当化する

「やむにやまれない」必要性を示しておらず、また要求された情報が他のソースから収集できないことを証明していないとして、開示申し立てを否認した（at 1303）。

本判決は、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、コンフィデンシャリティを欠くにもかかわらず、コンフィデンシャル情報と同様の論理を採用する具体的な根拠を示すこともなく、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を認めた。[44] また、本判決は、ノンコンフィデンシャル情報について、コンフィデンシャル情報についてのテストと同様の利益衡量テストを採用する。その後、多くの下級審判決は、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張する点において、基本的に本判決に追随する。ただ、それらの判決は、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制における公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果について、詳述する傾向にある。[45]

二　利益衡量上コンフィデンシャリティを考慮する下級審判決

Loadholtz 判決同様、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を認めるが、利益衡量上コンフィデンシャリティを考慮することから、結論において Loadholtz 判決とは異なり、ジャーナリストの特権の適用を否定する判決が、United States v. LaRouche Campaign, 841 F. 2d 1176 (1st Cir. 1988) (“LaRouche II”)である。本件において、係属中の刑事訴訟の被告（政治結社）は、被告について報道するテレビ局の（公表済み）ノンコンフィデンシャル・ソースなどの開示を申し立てた。テレビ局は、その破棄を申し立てた（at 1177）。

本件の再審理である LaRouche II 判決は、プレスのノンコンフィデンシャル情報に対する機械的および不用意な開示強制について、修正一条の利益により、プレスに対する潜在的かつ捉え難い四つの脅威（公衆への情報の自

由な流通に対する萎縮的効果）からの保護を認める。それらの脅威とは、取材・編集過程に対する執行上および司法上の介入についての脅威、司法、政府、および私的な訴訟当事者の調査機関（手段）とみなされるジャーナリストの不利益、未放映資料の編集および保管に対する制約、そしてサピーナに応じることに伴うジャーナリストの時間およびリソースにおける負担である（at 1182）。その一方、本判決は、個別的な利益衡量テストを採用し、何人もあるいはこれら修正一条の利益さえも、被告の至極重要な修正五条および修正六条の利益に優るものではないとした。[46] したがって、本判決は、連邦地方裁判所による裁判所侮辱罪判決および破棄申し立ての否認を維持した（at 1182-1183）。

なお、本件の最初の審理（「LaRouche I 判決」）は、コンフィデンシャル・ソース同様、ノンコンフィデンシャル・ソースに対する開示強制を否認することが依然妥当であるとして、[47] 利益衡量においてBranzburg判決スチュアート裁判官反対意見同様の三要件テストを採用する。そして、本判決は、原告が要求された情報を得るための相当な代替手段を尽くしていないとして、連邦地方裁判所判決を維持し、開示申し立てを却下した。[48]

LaRouche II 判決は、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、ジャーナリストの特権を適用したLaRouche I 判決以上に、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果について詳述した。しかし、LaRouche II 判決は、裁判官に広汎な裁量を認める個別的な利益衡量テストを採用し、少なくとも刑事訴訟において、ジャーナリストの特権が開示の必要性に優る可能性を否定する。[49]

三　より緩やかなテストを採用する下級審判決

LaRouche II 判決よりさらに進んで、コンフィデンシャリティを欠くノンコンフィデンシャル情報にはコンフィデンシャル情報に対するテスト自体採用できないとして、より緩やかなテストを採用した判決が、Gonzales v.

NBC, 194 F. 3d 29 (2d Cir. 1999) ("Gonzales II")である。本件において、人種上マイノリティに属する原告は、被告保安官代理によって違法に停車させられたとして、損害賠償などを求める訴訟を提起した。原告は、被告の同様の行為を取材したテレビ局に対して未放映ビデオフィルムなどの提出を（当初は原告も同調して）申し立てた。テレビ局は、ジャーナリストの特権などを根拠として異議を申し立てた（at 30-31)。

テレビ局による再審理の要求を受けて、Gonzales II判決は、ジャーナリストの特権について、コンフィデンシャリティの存否にかかわらず、「論点についての活発かつ自由な議論への参加を可能とする、強健で攻撃的かつ独立したプレスの維持という至高の公益」など[50]、広汎な重要性を認める。また、訴訟当事者が証拠収集のためにプレスの情報に対して無差別的に開示を要求することは、サピーナに応じる重い負担をプレスに課し、潜在的なソースがプレスへの情報提供を躊躇う場合にはプレスの情報収集能力を侵害し、潜在的価値を含む情報を破棄する衝動をプレスに惹起させ、さらに司法、政府、あるいは私的な訴訟当事者の調査上の武器とみなされる「象徴的な害悪」にジャーナリストを晒すこととなるとする[51]（at 35)。しかしながら、コンフィデンシャル・ソースを欠く場合、特権によって保護されるプレスの利益の性質が一層限定される（narrower）として、利益衡量において開示申立人がジャーナリストの特権に優るために必要な証明の程度は、コンフィデンシャル情報と同じ程度まで要求されないとする（at 36)。したがって、利益衡量においては、要求された情報が本件の重要な争点との関連性を有すること、また他の利用可能なソースから合理的にえられない情報を含むことを原告が証明すべきであるとして、コンフィデンシャル情報についてのテスト[52]（at 34）と較べて緩やかなテストを採用する。そして、本判決は、当該テストをみたすとして、開示申し立てを認め、テレビ局に対して裁判所侮辱罪を判示した連邦地方裁判所の判決を維持した（at 35-36)。

なお、本件の最初の審理（「Gonzales I 判決」）は、後述するSmith判決同様の判断の下、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、連邦法上ジャーナリストの特権が存在せず、修正一条の利益を侵害する程度について実証的証拠が示されていないとする。また、プレスは、開示強制に応じるコストにおいて、他の事業者とは「異なる情況」にはないとする。そして、本判決は、ノンコンフィデンシャル情報には条件付特権さえも存在しないとして、連邦地方裁判所による未放映ビデオフィルムの提出強制および裁判所侮辱罪判決を維持した。[53]

このGonzales I 判決については、ジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に対する開示強制に限定することにより、コンフィデンシャル情報の保護を強化するものとして支持される一方、ジャーナリストの特権を脆弱化するという批判がある。[54] 他方、Gonzales II 判決については、ノンコンフィデンシャル情報について、非開示による利益が一層限定されるとして、[55] 緩やかな利益衡量テストを定式化することから、ジャーナリストの特権を脆弱化するとの指摘がある。[56] また、Gonzales II 判決については、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張する基礎を提供するとともに、ジャーナリストの特権を脆弱化する徴候であるとも評される。[57] さらにGonzales II 判決については、コンフィデンシャル情報と較べて低い保護をノンコンフィデンシャル情報へ付与するならば、コンフィデンシャル情報へ付与される保護を相対的に低下させるとの指摘もなされる。[58]

第三節　ノンコンフィデンシャル情報への拡張を認めない下級審判決

一　コンフィデンシャリティの破壊以外の萎縮的効果を認めない下級審判決

このように、アメリカの下級審判決がノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を認める傾向にあるなか、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について萎縮的効果を認めず、ジャーナリストの特権を否定した判決が、United States v. Smith, 135 F. 3d 963 (5th

Cir. 1998)である。本件において、検察（当初は弁護側も同調）は、テレビ局に対して刑事事件被告の未放映インタビュー・ビデオテープの提出を申し立てた。テレビ局は、修正一条を根拠としてジャーナリストの特権を主張して、その破棄を申し立てた（at 966-967)。

本判決は、Branzburg 判決相対多数意見について、政府のハラスメントによる開示強制に限定して、プレスに保護を付与するものとして解釈する（at 971)。また、同判決パウエル裁判官同調意見については、大陪審の調査が不誠実になされた場合にのみ、政府の権限を限定するものとして解釈する（at 969)。そのうえで、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制については、「情報提供者の『権利』は存在しない。むしろ取材記者の権利が存在する」のであり、ソースがプレスへの情報提供を躊躇することによってソースが枯渇する虞は大きくはないとする。したがって、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、いかなる特権も存在しないとする。そして、本判決は、開示申し立てを破棄した連邦地方裁判所の判決を破棄し、当該ビデオテープが政府の所持する証拠と重複し、インタビューについての政府利益がテレビ局の条件付特権に優らないとして、手続を差し戻した。また、本判決は、プレスが開示強制に応じることはソースを減少させ、プレスの貴重な時間を費やす点において、他のあらゆる事業者とも情況を異にしないと述べた（at 970)。

このように本判決は、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制において、ソースの権利に対する侵害が存在せず、またプレスを他の事業者と同一視することにより、プレスに対する過重な負担も存在しないとして、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果をほぼ否定する。[59] しかし、現代における公衆への情報の自由な流通のなかで、情報の収集において容易に代替されえない私的存在であるプレスを、コモン・キャリアなど開示強制に晒されている他の事業者と異ならない存在とすることには、問題があるものと思われる。

二　利益衡量上ノンコンフィデンシャル情報への拡張を否定する判決

既述の判決のように、ソースにより提供された情報に対する開示強制とは異なり、プレス自ら収集したノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制が問題となり、利益衡量上、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を否定する州最高裁判所判決が、State v. Salsbury, 129 Idaho 307 (Idaho 1996) である。本件において、被告新聞記者は、公衆がみることのできる公道上の自動車死亡事故のレポートおいて、警察官に対して抵抗および妨害行為をなしたとして起訴された。検察は、テレビ局に対して、事故現場を撮影した未放映部分を含むすべてのビデオテープの提出を申し立てた。テレビ局は、修正一条などに基づくジャーナリストの特権を主張し、その破棄を申し立てた（at 307-308）。

本判決は、ジャーナリストの特権を条件付特権であるとして、Branzburg 判決パウエル裁判官同調意見の個別的な利益衡量テストを採用する（at 312）。そして、本件においては、コンフィデンシャル・ソースが存在しないことから、ビデオテープの提出の申し立てにより、プレスおよび公衆への情報の自由な流通において、いかなる現実的脅威も存在せず、取材過程についての萎縮的効果がたとえ存在したとしても、わずかであったとする。したがって、本判決は、テレビ局の申し立てを破棄した州地方裁判所の判決（at 308-309）を維持した。

このように本判決は、個別的な利益衡量テストを採用し、裁判官の広汎な裁量の下、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果をほとんど認めない。したがって、本判決は、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張しない立場にあるといえる。[60] また、本件において、開示申し立ての対象となった情報は、Smith 判決などとは異なり、プレス以外のソース自体存在せず、ソースとの関係を有しえない、いわゆる自己収集情報である。公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果につ

いての本判決の判断には、このようなジャーナリストの特権についての客体の属性も影響していよう。しかし、自己収集情報に対する開示強制においても、公衆への情報の自由な流通への影響は、皆無であろうか。少なくとも、ジャーナリストが全くの独力で情報を収集する可能性は、それほど高くはないであろう。また、プレスの構成員間の情報の授受など、自己収集情報の定義自体問題となろう。(61)

第三章　アメリカの下級審判決による萎縮的効果の判断

既述のようにアメリカの下級審判例は、公衆への情報の自由な流通の見地より、ジャーナリストに対する開示強制について、萎縮的効果の存否および利益衡量を以て、ジャーナリストの特権の適用について判断する。そして、多くのアメリカの下級審判決は、ソースが秘匿を期待するコンフィデンシャル情報に対して開示を強制するならば、ソースがジャーナリストに対して情報の提供を躊躇うという推論により、ジャーナリストの特権の適用を認める。(62) Gonzales I 判決、Smith 判決、および Salsbury 判決のように、ソースが秘匿を期待しないものとされているノンコンフィデンシャル情報にこの推論をあてはめるならば、ソースがジャーナリストに対する情報の提供を躊躇う理由（公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果）はなく、ジャーナリストの特権の拡張は認められないこととなろう。(63) この推論は、コンフィデンシャリティを証拠上の特権の要件とするウィグモア教授によるコモン・ローの解釈に依拠ないしは同調する。

また、Smith 判決および Salsbury 判決のように、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を認めない判決の背景には、刑事訴訟、自己収集情報、およびソース自身による開示申し立てという事案の属性もあろう。すなわち、刑事訴訟については、開示による利益と非開示に

よる利益との衡量において、被告の修正五条および修正六条の利益の重要性により、開示による利益が優先される。ただ、この点には、少なくともコンフィデンシャリティの欠如との直接的な関連性を認めることができない。自己収集情報およびソース自身による開示申し立てについては、ウィグモア教授によるコモン・ローの解釈の文脈に依拠するならば、ソースの利益自体存在しないため、さらに後者についてはソースの利益に反して開示を拒否することとなるため、ともに公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果が認められず、ジャーナリストの特権の適用を否定されることとなろう。

他方、LaRouche II判決およびGonzales II判決のように、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張するアメリカの下級審判決は、取材過程に対する介入についての脅威、[64] 政府などの調査機関として公衆にみなされるジャーナリストの不利益、そしてサピーナに応じるための時間およびリソースの負担という、公衆への情報の自由な流通における萎縮的効果を認める。[65] そして、Loadholtz判決およびLaRouche I判決のように、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果についてコンフィデンシャリティの存否を考慮しない判決では、コンフィデンシャリティの存否において萎縮的効果の差異が認められないことから、双方の情報へ同等の保護を付与した。また、Gonzales II判決のように、コンフィデンシャリティの破壊以外に公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果について詳述する判決は、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制では特権によって保護される利益が一層限定されるなどとした。このような判決では、コンフィデンシャリティの存否による萎縮的効果の差異が明確なものとなり、ノンコンフィデンシャル情報へ低い保護を付与するという一定の傾向を認めることができる。なお、Gonzales II判決のようにノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を認めるけれども、利益衡量においてジャーナリストの特権を適用しない判決には、開

示申立人側が証拠の代替不可能性を証明できないとするものがあった。これは、ソースの同定が相対的に容易なノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制固有の判断といえよう。

しかしながら、既述のアメリカの下級審判決において散見されたように、ジャーナリストの特権は、コンフィデンシャリティを要件としない場合においても、ノンコンフィデンシャル情報へ必ずしも拡張されるものではない。Branzburg 判決パウエル裁判官同調意見同様の個別的な利益衡量テスト[66]では、裁判官に広汎な裁量を認め、また「証拠上の特権が訴訟上好まれない」[67]ことから、コンフィデンシャリティの欠如を以てノンコンフィデンシャル情報を非開示とするジャーナリストの利益の矮小化を許容しよう。[68]さらに、Smith 判決および Gonzales I 判決のように、プレスは、サピーナに応じる負担において他の事業者と異なる情況にはないとして、プレスに対する加重な負担という、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を否定される。[69]しかし、個別的な利益衡量テストにおいても、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果をコンフィデンシャリティの破壊以外に認めるならば、ジャーナリストの特権は、完全に排除されるものではないだろう。他方、利益衡量において、同判決スチュアート裁判官反対意見の三要件テストでは、その第二の要件において、ソースの秘匿性を欠くノンコンフィデンシャル情報がコンフィデンシャル情報と較べてソースないしは情報の同定が容易であることから、開示申立人が証拠の代替手段の証明責任を事実上軽減される（Gonzales II 判決など）。さらに、第三の要件では、ノンコンフィデンシャル情報がコンフィデンシャリティを欠くとして、情報の非開示による利益を否定あるいは矮小化される可能性がある。[70]しかし、このテストは、裁判官の裁量を認める余地が個別的な利益衡量テストと較べて限定されるため、ジャーナリストの特権にとって保護的なテストといえよう。

むすびに代えて

既述したノンコンフィデンシャル情報の保護に好意的な日本の学説は、最高裁博多駅テレビ・フィルム提出命令事件決定について、パウエル裁判官同調意見の利益衡量テストに対してなされる指摘と同様の指摘をする。そして、多くの日本の学説は、取材源秘匿権について、スチュアート裁判官反対意見の三要件テストに類似するテストを提唱する。[71] しかし、ノンコンフィデンシャル情報の保護を支持するのであれば、コンフィデンシャリティを欠く同事件については、コンフィデンシャリティに依存せずに取材源秘匿権を適用する根拠、ないしはコンフィデンシャリティに依存しない取材源秘匿権の法理は、日本の最高裁が「将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるというにとどまるものと解される」[72]として非開示による利益を矮小化し、ノンコンフィデンシャル情報さらにはコンフィデンシャル情報に対する取材源秘匿権の適用に否定的な立場をとることに対する有効な批判となりうるのではないだろうか。

翻るならば、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を否定するアメリカの下級審判決も認めるように、ジャーナリストの特権は、公衆への情報の自由な流通に資するものとして理解されている。そこでは、ソースからジャーナリストそして公衆へ連なる情報の自由な流通の途が想定されているものと考えられる。それでは、ジャーナリストの特権は、ジャーナリストとそのソースとのコンフィデンシャル関係という、主としてソース（取材対象者）の利益を考慮することによって実質的に保障されるのであろうか。ジャーナリストの特権についてコンフィデンシャリティを要件とすることは、基本的に個人のプライバシーを重視し、[73] ジャーナリストの特権とは目的を異にする他の証拠上の特権と同じ文脈において、ジャーナリ

ストの特権を捉えているものと思われる。[74] メディアの社会的責任論に基づく加重な責任を仮定しないならば、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制により、公衆へ情報を伝播する意図をもって情報を収集するジャーナリスト（取材者）の取材過程に課せられる負担が、取材過程に対する介入についての脅威、政府などの調査機関として公衆にみなされるジャーナリストの不利益、そしてサピーナに応じるための時間およびリソースの負担という、公衆への情報の自由な流通の障碍（萎縮的効果）となりうることについて、検討を加える必要があろう。[75] そのためには、コンフィデンシャリティの見地より、ノンコンフィデンシャル情報についてのテストおよび保障の程度、自己収集情報、公表情報、および他の証拠上の特権との差異という、本稿において考察したジャーナリストの特権の客体に関する問題について検討を加えなければならない。それとともに、ジャーナリストの特権のもう一方の側面であり、特権の客体の問題と通底するジャーナリストの特権の（享有）主体の問題においては、コンフィデンシャリティの断絶を意味するジャーナリストの特権の放棄、[76] さらに公衆への情報の自由な流通における情報の内容が争点となる《ジャーナリスト》のスクリーニングも課題となろう。[77] これは、いわゆる個人情報保護法案、そして「プレスの特権論」ともかかわる問題である。

（1） 本稿において、日本法の文脈における取材源秘匿権（狭義および広義）は、メディアの情報源開示、文書提出命令、および証言強制などを含意する。佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、一九九五年）五三八―五三九頁参照。これらを「ほとんど同根」とする見解として、奥平康弘『ジャーナリズムと法』（新世社、一九九七年）一一三頁。証言拒絶を良心の自由の問題とする見解として、浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社、二〇〇〇年）一二八頁。取材の自由を一三条の問題とする見解として、桜井昭平「『情報権』――その性質と憲法保障の構造」宮崎産業経営大学法学論集一一巻一号四三、六五―六六頁（一九九九年）。なお、取材源秘匿権を憲法上の権利として認めない見解として、

宮澤俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、一九七一年）三六五頁、小山剛「取材源の秘匿――取材源秘匿権と憲法二一条」法学教室二三六号一八、二〇、二一頁注(7)（二〇〇〇年）。アメリカ法の文脈では、ジャーナリストの特権（journalist's privilege）として表記する。町野朔「新聞記者の拒絶特権――アメリカと日本の問題――」アメリカ法［一九七四―二］二八三頁（一九七四年）参照。

(2) 佐藤幸治ほか「取材源秘匿の権利――佐藤報告を中心に」公法研究三四号一六八、一七二頁〔佐藤発言〕（一九七二年）、佐藤・前掲書注(1)五三八―五三九頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』（有斐閣、二〇〇〇年）二九八頁、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（一九九五年、成文堂）一〇九頁ほか。東京地決昭和五五年三月二六日判例タイムズ四一三号七九頁（一九八〇年）。また、報道以外の目的に利用しないという信頼関係の下、取材した情報（放送録画テープを含む）を訴訟において利用することは、ソースとの信頼関係を破壊するという見解として、阪本・同書一一一頁、松井茂記『マス・メディア法入門〔第3版〕』（日本評論社、二〇〇三年）二〇八―二〇九頁。

(3) 最大判昭和二七年八月六日刑集六巻八号九七四号（一九五二年）、札幌地決昭和五四年五月三〇日判例時報九三〇号四四頁（一九七九年）、札幌高決昭和五四年八月三一日判例時報九三七号一六頁（一九七九年）ほか。

(4) 「取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値いする」、最大決昭和四四年一一月二六日刑集二三巻一一号一四九〇頁（一九六九年）。

(5) 一般に、アメリカにおいて、ノンコンフィデンシャル情報とは、コンフィデンシャリティの約束なくして収集された、ジャーナリストのノートおよびテレビ放送の未放映部分（outtake）などのワーク・プロダクト（work product）を含む情報をいう。*See* Recent Case, *Evidence — Evidentiary Privilege — Second Circuit Refuses to Recognize Journalists' Privilege for Nonconfidential Information. — Gonzales v. National Broadcasting Co., 155 F. 3d 618 (2d Cir. 1998)*, 112 Harv. L. Rev. 2019, 2019 n. 8 (1999). なお、ノンコンフィデンシャル情報に公表資料を包含するものとして、*e. g.*, Cal. Const. art. I, § 2 (1997); Cal. Evid. Code Ann. § 1070 (West 1995 & Supp. 1999). 本稿において、ノンコンフィデンシャル情報とは、メディアに対する開示強制について包括的に考察するため、公表の有無を問わず、コンフィデンシャリティを欠くソースおよび情報をいう。

(6) たとえば、「取材協力者は、本件ビデオテープが放映されることを了承していた」、最二小決平成二年七月九日刑

集四四巻五号四二一頁（一九九〇年）。いわゆる和歌山毒物カレー事件における放送録画テープの証拠利用について、和歌山地決平成一四年三月二二日（二〇〇二年）、鈴木秀美「番組ビデオ証拠採用と取材の自由――和歌山カレー事件」月刊民放二〇〇二年六月号四〇頁（二〇〇二年）。

(7) 芦部・前掲書注(2)二九八頁ほか。

(8) コンフィデンシャリティの欠如により、博多駅テレビ・フィルム提出命令事件を取材源秘匿権の問題ではないとした見解として、佐藤幸治「表現の自由と取材の権利」公法研究三四号一二六、一四四頁（一九七二年）、同・前掲注(2)一七二、一七三頁。その後の慎重な見解として、佐藤・前掲書注(1)五四〇頁。コンフィデンシャリティの欠如に着目する見解として、鈴木茂嗣「判評」判例タイムズ二四二号一〇九頁（一九六九年）、伊藤正己「判解」憲法の判例〔第三版〕五一、五四頁（一九七七年）、町野・前掲注(1)三二〇頁、松井・前掲書注(2)二〇八―二〇九頁、阪本・前掲書注(2)一一一頁、上口裕『刑事司法における取材・報道の自由』（成文堂、一九八九年）五五頁ほか。

(9) *See* Margaret Sherwood, Comment, *The Newsman's Privilege: Government Investigations, Criminal Prosecutions and Private Litigation*, 58 Cal. L. Rev. 1198, 1202-1203 (1970).

(10) 全米規模の調査では、回答したプレスの約四六%がサピーナを受け、そのうち約三%がコンフィデンシャル・ソースあるいは情報に対するサピーナであるという。REPORTERS COMM. FOR FREEDOM OF THE PRESS, AGENTS OF DISCOVERY: A REPORT ON THE INCIDENCE OF SUBPOENAS SERVED ON THE NEWS MEDIA IN 1999, at7 (2001).

(11) Alison L. Tuley, *Outtakes, Hidden Cameras, and the First Amendment: A Reporter's Privilege*, 38 Wm. & Mary L. Rev. 1817, 1825 (1997). 専らコンフィデンシャル情報に注目する見解として、*e. g.*, Potter Stewart, *Or Of the Press*, 26 Hastings L. J. 631 (1975); *Development in the—Privileged Communication: I. Introduction: The Development of Evidentiary Privileges in American Law. [Part One of Eight]*, 98 Harv. L. Rev. 1450 (1985). ノンコンフィデンシャル情報に着目する見解として、*e. g.*, C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREE SPEECH 230-239 (Oxford Univ. Press, 1989); Michael Fitzsimmons, Case Note, *Defending the Informers: The Media's Right to Protect Non-Confidential Source Information Following United States v. Smith*, 6 Vill. Sports & Ent. L. J. 295 (1999). 未公表情報への適用に言及する見解として、*See, e.g.*, RODNEY A.

SMOLLA, SMOLLA AND NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH : A TREATISE ON THE FIRST AMENDMENT § 13 (M. Bender, 1994).

(12) シールド法は、三一の州およびコロンビア特別区において制定されている。そのうち約二〇の州がジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張する。他方、シールド法を制定していない州のうち一二の州控訴裁判所は、一定の条件の下、ジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に適用するという。*See* Anthony L. Fargo, *The Journalist's Privilege for Nonconfidential Information in States Without Shield Laws*, 7 Comm. L. & Pol'y 241, 256 n. 91, 259 n. 111 (2002).

(13) 巡回区連邦控訴裁判所の判例上、第六巡回区以外の巡回区は、ジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に適用する。ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張することについては、第二、第三、および第九巡回区が開示申立人の証明責任を軽減したうえで肯定し、第四巡回区が民事訴訟において肯定し、第五巡回区が刑事訴訟において否定する。第一巡回区は、刑事訴訟においてこれを否定するが、異なる事実情況において適用できることを暗示する。他の巡回区は、まだ明確に判示していないという。*See id.* at 269-270 ; Anthony L. Fargo, *Reconsidering the Federal Journalist's Privilege for Non-Confidential Information : Gonzales v. NBC*, 19 Cardozo Arts & Ent L. J. 355, 387 (2001).

(14) ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張することについて、否定的な見解として、*e. g.*, Evidence, *supra* note 5 ; Julie M. Zampa, Case Note, *Journalist's Privilege : When Deprivation Is a Benefit*, 108 Yale L. J. 1449 (1999) ; Christopher J. Clark, *The Recognition of a Qualified Privilege for Non-Confidential Journalistic Materials : Good Intentions, Bad Law*, 65 Brook L. Rev. 369 (1999). 肯定的な見解として、*e. g.*, Paul A. Curtis, Case Note, *New Limits on Freedom of the Press : Newsperson's Qualified Privilege Fails to Protect Nonconfidential Videotape Outtakes — State v. Salsbury*, 34 Idaho L. Rev. 191 (1997) ; Fitzsimmons, *supra* note 11.

(15) *See, e. g.*, Jaffee v. Redmond, 518 U. S. 1, 9 n. 8 (1996).

(16) *See* Note, *Privilege of Newspapermen to Withhold Source of Information From the Court*, 45 Yale L. J.

357, 360 (1935).

(17) 弁護士の特権を認める判決として、*See, e. g.*, Berd v. Lovelase, 21 Eng. Rep. 33 (1577). 配偶者間の特権を認める判決として、*See, e. g.*, Bent v. Allot, 21 Eng. Rep. 50 (1580). *See also* 8 WIGMORE, EVIDENCE § 2227 (McNaughton rev. 1961) ; Development, *supra* note 11, at 1454, 1456.

(18) Anthony L. Fargo, *The Journalist's Privilege for Nonconfidential Information in States With Shield Laws*, 4 Comm. L. & Pol'y 325, 329 (1999).

(19) *See* Development, *supra* note 11, at 1455.

(20) *See id.* at 1461. WIGMORE, *supra* note 17, § 2192, 2285.

(21) *Cf.* Hannah v. Larche, 363 U. S. 420, 489-490 (1960) (Frankfurter, J., concurring in result) ; Branzburg v. Hayes, 408 U. S. 665 (1972). 州コモン・ローに依拠し、大陪審手続きにおいてジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に適用する判決として、*e. g.*, *In re* John Doe Grand Jury Inv., 574 N. E. 2d 373 (Mass. 1991).

(22) WIGMORE, *supra* note 17, § 2285.

(23) 心理療法士については、連邦レベル同様、すべての州およびコロンビア特別区において制定法上証拠上の特権を付与されるという支持が、特権の承認に「理解および経験」を示すものとして判示された。*See* Jaffee, 518 U.S. 1 (1996). 心理療法士の特権には、このようなコミュニティの支持がある。また、心理療法士の特権は、コンフィデンシャリティの見地において、ウィグモア教授によるコモン・ローの解釈および弁護士などの特権と同じ文脈にある。したがって、新たな証拠上の特権の承認として、心理療法士の特権は、ジャーナリストの特権と同列に語りえないであろう。

(24) *E. g.*, Branzburg, 408 U. S. at 665, 667 ; Zurcher v. Stanford Daily, 436 U. S. 547, 559-560 (1978). しかしながら、プレスのロビー活動により、連邦議会において一九八〇年のプライバシー保護法が可決され、また州議会において、シールド法が可決された。*See* Pub. L. No. 96-440 ; 42 U. S. C. 2000aa (2003) ; *see also* Evidence, *supra* note 5, at 2019 n. 5. 少数ながら、会計士の特権を認める判決および州法として、*See, e. g.*, United States v. Arthur Young & Co., 465 U. S. 805 (1984) ; Couch v. United States, 409 U. S. 322 (1973) ; Nev. Rev. Stat. §§ 49. 125-49. 205 (1979).

(25) James A. Guest & Alan L. Stanzler, *The Constitutional Argument for Newsmen Concealing the Sources*, 64 Nw. U. L. Rev. 18, 27 (1969).

(26) *See* ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM (Oxford Univ. Press, 1965) (first appeared as FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT: Harper & Row, 1948). *See also*, Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748 (1976); First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 765 (1978); Red Lion Broad. Co. v. FCC, 395 U. S. 367 (1969); Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U. S. 555 (1980).

(27) Curtis, *supra* note 14, at 213 n. 148.

(28) *E. g.*, Clein v. State, 52 So. 2d 117 (Fla. 1950).

(29) *See* Fargo, *supra* note 18, at 336.

(30) Comment, *The Newsman's Privilege after Branzburg v. Hayes, Whither Now?*, 64 J. Crim. L. & Criminalogy 218, 226 n. 156 (1973).

(31) *E. g.*, New York Times v. Sullivan 376 U. S. 254 (1964).

(32) *E. g.*, Zemel v. Rusk, 381 U. S. 1 (1965).

(33) Branzburg v. Pound, 461 S. W. 2d 345 (Ky. Ct. App. 1970), *modified on denial of rehearing*, 461 S. W. 2d 345 (1971); *In re* Pappas, 266 N. E. 2d 297 (Mass. 1971); Caldwell v. United States, 434 F. 2d 1081 (9th Cir. 1970). Branzburg記者に関するあと一件の事件は、判例集に掲載されていない。*See* Branzburg, 408 U. S. at 671 n. 6. なお、Caldwell事件では、ジャーナリストとそのソースが仕事上の (working) 関係にあった。*See id.* at 677.

(34) Associated Press v. NLRB, 301 U. S. 103, 132-133 (1937).

(35) *E. g.*, NAACP v. Alabama, 357 U. S. 449, 464 (1958).

(36) 本判決は、判例上、「ひとりぼっちのペンフレット作者」が都市の大新聞社同様にジャーナリストの特権を付与されるという《ジャーナリスト》のスクリーニングの問題を以て、「裁判官を確かなあてもない長く困難な旅へ船出させ

る」とする（at 703-704）。

(37) ダグラス（William O. Douglas）裁判官反対意見は、開示強制の虞がある場合、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果が生じるとして、プレスが犯罪に関与しない限りジャーナリストの特権を無条件に認める（at 712）。

(38) 翻訳については、松井・前掲書注(2)二〇五頁を用いた。

(39) たとえばスチュアート裁判官反対意見に依拠する判決として、*e. g.*, Baker v. F & F Inv., 470 F. 2d 778 (2d Cir. 1972), *cert. denied*, 411 U. S. 966 (1973). なお、Branzburg 判決が修正一条上のジャーナリストの特権を否定するものと解する判決として、*See, e. g.*, *In re* Grand Jury Proceedings, 810 F. 2d 580, 584-85 (6th Cir. 1987).

(40) *E. g.*, Baker, 470 F. 2d 778. *See* Fargo, *supra* note 12, at 252 n. 74. 公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果の実証性を疑う見解として、*e. g.*, Guest & Stanzler, *supra* note 25, at 43. 実証調査による研究として、Vincent Blasi, *The Newsman's Privilege : An Empirical Study*, 70 Mich L. Rev. 229 (1971). 実証性を要求しない見解として、Eckhardt & Mckey, *Caldero v. Tribune Publishing Co. : Substantive and Remedial Aspects of First Amendment Protection for a Reporter's Confidential Sources*, 14 Idaho L. Rev. 21, 80 (1977).

(41) *See, e. g.*, Zurcher, 436 U. S. 547.

(42) パウエル裁判官同調意見に依拠する判決として、*e. g.*, State v. Salsbury, 129 Idaho 307 (Idaho 1996). スチュアート裁判官反対意見に依拠する判決として、*e. g.*, Shoen v. Shoen, 5 F. 3d 1289 (9th Cir. 1993).

(43) Fargo, *supra* note 18, at 335.

(44) Fargo, *supra* note 12, at 254.

(45) *E. g.*, United States v. LaRouche Champaign, 841 F. 2d 1176 (1st Cir. 1988) ; Shoen, 5 F. 3d 1289.

(46) *Cf.* Branzburg, 408 U. S. at 690-691.

(47) *See* Baker, 470 F. 2d at 781.

(48) United States v. LaRouche Champaign, 780 F. 2d 1134, 1139-1140 (1st Cir. 1988). *See* Miller v. Transamerican Press, Inc., 621 F. 2d 721, *modified*, 628 F. 2d 932 (5th Cir. 1980), *cert. denied*, 450 U. S. 1041 (1981).

(49) *See* Fargo, *supra* note 13, at 387. 注(13)参照。コンフィデンシャリティを利益衡量上考慮する判決として、*e. g.*, United States v. Cuthbertson, 630 F. 2d 139 (3d Cir. 1980).

(50) Baker, 470 F. 2d at 782. *See also*, *In re* Petroleum Products, 680 F. 2d 5, 8 (2d Cir. 1982).

(51) von Bulow v. von Bulow, 811 F. 2d 136, 143 (2d Cir. 1987).

(52) Petroleum Products, 680 F. 2d 5.

(53) Gonzales v. NBC, 155 F. 3d 618, 623, 626 (2d Cir. 1998), *rev, d in part on recon.*, 194 F. 3d 29 (2d Cir. 1999). 本判決は、Branzburg 判決同様、ソースが情報提供を躊躇う程度および頻度の「不明確」な場合、当巡回区連邦控訴裁判所が修正一条の特権を否認してきたとして、開示強制を認めた。*Id.* at 626.

(54) 本判決を支持する見解として、Zampa, *supra* note 14, at 1456. 本判決を批判する見解として、Evidence, *supra* note 5, at 2019-2024. 本判決は、テレビ・ネットワークの拠点を擁するニューヨーク州を管轄し、ジャーナリストの特権をノンコンフィデンシャル情報へ拡張してきた第二巡回区連邦控訴裁判所による判決であり、論議を呼んだという。Fargo, *supra* note 13, at 355.

(55) 開示申立人の証明責任を低減する根拠が十分示されていないとする見解として、*id.* at 386. 筆者は、ノンコンフィデンシャル情報において、ソースの利益が存在しないことに起因するものと考える。

(56) *See id.* at 387; Evidence, *supra* note 5, at 2024. *Cf.* United States v. Burke, 700 F. 2d 70 (2d Cir. 1983); United States v. Cutler, 6 F. 3d 67 (2d Cir. 1993).

(57) Fargo, *supra* note 13, at 388.

(58) Clark, *supra* note 14, at 391.

(59) *See id.*

(60) Fargo, *supra* note 12, at 271 n. 191.

(61) *See* Curtis, *supra* note 14, at 209-213. 土口・前掲書(8)二九三―二九四頁参照。

(62) *E. g.*, Baker, 470 F. 2d 778.

(63) *See* Curtis, *supra* note 14, at 213.

(64) 取材および編集過程に対する介入による自己検閲を指摘する見解として、*See id.* at 209-210.

(65) プレスが政府などの調査機関として公衆にみなされることにより、公衆がプレスの取材に協力しないことは、コンフィデンシャル情報に対する開示強制における公衆への情報の自由な流通の萎縮的効果に類する。また、編集過程への介入、および未放映資料の編集・保管に対する抑制は、取材の自由の埒外である。なお、メディア・リテラシー(media literacy) は、情報の受け手には「メディアが形作る『現実』を批判的（クリティカル）に読み解くとともに、メディアを使って表現していく能力」が必要であるとする。菅谷明子『メディア・リテラシー』(岩波書店、二〇〇〇年) V頁。奥平康弘・宮台真司『憲法対論――転換期を生き抜く力』(平凡社、二〇〇二年) 七二―七三頁〔奥平執筆〕参照。メディア・リテラシーにおいて、情報の受け手（公衆）には、情報の内容だけではなく、情報の送り手の属性についての理解が要請される。ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制においては、メディアが政府などの調査機関として公衆にみなされることにより、送り手の属性を変化させ、そのメッセージを変化させることも考えられよう。

(66) James C. Goodale, *Branzburg v. Hayes and the Developing Qualified Privilege for Newsmen*, 26 Hastings L. J. 709, 717-718 (1975). *Cf.* Zelenka v. State, 83 Wis. 2d 601 (Wis. 1978). なお、ジャーナリストの証言についてのやむにやまれない必要性の証明を政府へ要求することを拒否するものとして、パウエル裁判官同調意見を解する判決として、*See In re* Grand Jury Proceedings, 810 F. 2d 580 (6th Cir. 1987).

(67) Herbert v. Lando, 441 U. S. 153, 175 (1979).

(68) *E. g.*, Salsbury, 129 Idaho at 312; Gonzales II, 194 F. 3d 29 ; LaRouche II, 841 F. 2d 1176.

(69) *E. g.*, Smith, 135 F. 3d 963 ; Gonzales I, 155 F. 3d 618.

(70) Shoen, 5 F. 3d 1289 ; Gonzales II, 194 F. 3d 29 ; LaRouche II, 841 F. 2d 1176.

(71) 芦部・前掲書注(2)二九九頁など。なお、コンフィデンシャリティについて、報道目的以外に利用しないという「相対的閉鎖性」(秘匿性) まで包含し、既述のウィグモア教授とは異なる広義の解釈を示したうえで、コンフィデンシャル情報同様のテストを提示する見解として、阪本・前掲書注(2)一一〇頁。

(72) 最大決昭和四四年一一月二六日刑集二三巻一一号一四九〇頁（一九六九年)。

(73) プライバシーの保護は、窮極的に弁護活動および医療行為などを円滑にする公益に資する。Smith, 135 F. 3d 963;

Gonzales I, 155 F. 3d 618 ; Salsbury, 129 Idaho 307.

(74) 阪本・前掲書注(2)一一一頁参照。

(75) 情報の自由な流通の批判として、藤井樹也「知る『権利』？」法経論叢一八巻二号五七、八二頁（二〇〇一年）。

(76) *See* Choen v. Cowles Media Co. , 501 U. S. 663, 676-679 (1991) (Souter J., dissenting). 本件は、ソースの身許を秘匿する約束を破棄して報道したプレスに対する損害賠償請求訴訟である。レーンクィスト（William H. Rehnquist）裁判官法廷意見は、一般に適用可能な法である promissory estoppel の適用により、プレスの情報収集・報道能力に付随的効果を及ぼそうとも、修正一条に反しないとした。これに対して、スータ（David H. Souter）裁判官反対意見は、一般に適用可能な中立的な法についての保証がないとして、事件毎に競合利益を衡量する必要があるとする。そして、本件においてよりよい情報をもち、より賢明に自己統治を行う公衆の利益を認めた。同意見は、ソースの利益ないしはコンフィデンシャル関係を最優先するのではなく、ソースの利益と、公衆の知る権利ないしはプレスの表現（報道）の自由を衡量する。邦語文献として、右崎正博「判批」ジュリスト一〇一〇号一〇四頁（一九九二年）、同「判批」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』（有斐閣、一九九八年）八六頁以下所収、土井真一「判批」アメリカ法［一九九三―一］一〇四、一〇八頁（一九九三年）。

(77) *See In re* Madden, 151 F. 3d 125 (3d Cir. 1998).