Osaka University Knowledge Archive

Title	ジャーナリストの概念 : ジャーナリストの特権のスタンディングをてがかりとして
Author(s)	前田, 正義
Citation	阪大法学. 2004, 54(4), p. 75-104
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55019
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

ジャーナリストの概念

――ジャーナリストの特権のスタンディングをてがかりとして――

前田正義

はじめに
第一章　アメリカの判例および州制定法にみる「ジャーナリスト」
　第一節　「ジャーナリスト」についてのジレンマ
　第二節　「公衆へ伝播する意図」テスト
　第三節　Madden テスト
第二章　アメリカの学説にみる反応
　第一節　下級審判決の射程
　第二節　Madden テストの評価
　第三節　学説にみる「ジャーナリスト」
第三章　ニュースとエンターテイメントの位相
　第一節　位相とその背景

（阪大法学）54（4-75）1031〔2004.11〕

第二節　公衆への情報の自由な流通
むすび

はじめに

ジャーナリスト[1]とは誰か。ジャーナリストという一見簡明な概念については、日本法において十分論じられてこなかったことが指摘されている[2]。ジャーナリストは、表現の自由に資するものとして、公衆一般には通常認められない憲法上のいわゆる取材源秘匿権の享有主体として学説上認識されている[3]。したがって、語義上の問題にとどまることなく、規範的意味におけるジャーナリストの概念を憲法という文脈において検討する意義はあろう。ここに、ジャーナリストとは、証拠上の特権を付与される医師および弁護士などとは異なり、スクリーン（審査制度）なき職業人[4]であるだけではなく、表現（報道）の自由および知る権利の要請により、公衆へ情報（いわゆる公共情報が強調される）を伝播することから、政治部門によるスクリーンに馴染まない職業人ともいわれる[5]。そこに、ジャーナリストを定義することのむつかしさの一端が潜んでいる。

日本法とは異なり、アメリカ法では、ジャーナリストの特権（取材源秘匿権）のスタンディング（当事者適格）という文脈において、ジャーナリストの概念に係わる判例が蓄積されており、かかる特権を制定する州のいわゆるシールド法がジャーナリストを定義し、また学説上議論がなされている。したがって、ジャーナリストの概念について検討を加えるに際しては、日本法の表現の自由論に対して影響力を有するアメリカ法を参照することが有効となろう[6]。そして、ジャーナリストの特権のスタンディングについて大きな役割を果たしているアメリカの下級審判決では、「公衆へ伝播する意図」(intent-for-public-dissemination)を重視してジャーナリストを定義してきた[7]。

しかしながら、後掲の下級審判決は、公衆へ伝播される情報（客体）の属性であるニュース（ないしはジャーナリズム）とエンターテイメントという位相を強調し、前者にのみ、ジャーナリストの特権のスタンディングを認めたのであった。(8)

本稿は、これらアメリカ法の考察をふまえて、ジャーナリストの規範的意味について、主としてジャーナリストの特権の客体による主体の規定（ジャーナリストはジャーナリズム）、あるいはジャーナリストの特権の客体による主体の解放（ジャーナリストのエンターテイメント）という視点より、日本法への示唆を試みるものである。

第一章　アメリカの判例および州制定法にみる「ジャーナリスト」

第一節　「ジャーナリスト」についてのジレンマ

公衆への情報の自由な流通の見地により、ジャーナリストの特権を承認するアメリカ法(9)において、ジャーナリストの定義は、その措定についてのジレンマを指摘されてきた。このジレンマは、アメリカの下級審判決がしばしば引用する、ジャーナリストの特権についての先例である合衆国最高裁判所 Branzburg 判決に端的に表れている。そこには、ジャーナリストの特権について好意的ではない態度をみせている合衆国最高裁判所一流のアイロニーを伴う。(10)

> 我々は、裁判所がそのように確かなあてもなき長く困難な旅路に船出することを望むものではない。憲法上の記者の特権の適用は、高度な秩序についての適用上および概念上のむつかしさをもたらすであろう。早晩、プレスの自由が最新の写真植字術を使用する大都市の大規模な出版社同様、カーボン紙あるいは謄写版を使用する孤独なパンフレッ

ト発行者の権利であるという伝統的教義に照らして、特権を付与される記者のそれらカテゴリーを定義することは、問題となる訴訟手続きを避けられないであろう。プレスの自由は、「新聞および雑誌に限定されることなき基本的な個人の権利」である。「プレスの自由は、パンフレットおよび折込み印刷物を必然的に含む。……プレスは、その歴史的意味において情報および意見の媒体を提供するあらゆる種類の出版物を含む」[11]。

合衆国最高裁判所が示したアイロニーとは、個人の権利である言論の自由から派生するジャーナリストの特権がいわゆるマスメディアだけではなく、孤独なパンフレット発行者にも保障される一方、公衆一般および似非ジャーナリストを排除しなければならないというジレンマに起因するものであった。その背景には、偏狭に過ぎるジャーナリストの概念ではジャーナリストの特権を享受しえないジャーナリスト以外の者による身許の開示を畏れるコンフィデンシャル・ソース（取材源）が情報の提供を躊躇う可能性のあることから、公衆への情報の自由な流通における萎縮的効果を生じる虞をみてとることができる。他方、広汎に過ぎるジャーナリストの概念では、証拠に対する公衆の権利にさらなる例外を提供するところとなり、公正かつ完全な裁判に妥協を許すこととなろう[12]。かかるジレンマを孕むジャーナリストの概念は、ここにきてそのジレンマをさらに増幅されることとなる。すなわち、インターネットをはじめとする情報化の進展により、それまで一部のマスメディアに半ば専有されていた情報伝播手段としてのメディアが公衆一般に汎く共有されるところとなり、その影響力に差異こそあれども、情報伝播者が急速に拡大したのであった[13]。このことは、ジャーナリストの特権のスタンディングの問題が一応なりともジャーナリストとみなされうる者に限定された問題ではなく、汎く公衆一般に拡張する問題を孕んでいる。この問題は、ジャーナリストの特権のインフレ化の問題にとどまるものではなく、ジャーナリストの特権をジャーナリストに対して限

定的に付与することによる言論の自由の享有主体間における不平等性の問題とは正反対のアプローチにより、言論の自由の原理論の問題を提起することともなろう。

その後、合衆国最高裁判所は、ジャーナリストの特権とは異なる文脈において、ジャーナリストが伝播する情報の属性より、ジャーナリストの概念について、つぎのように判示した。

> 好むと好まざるとにかかわらず、編集とは、編集者が意図するところのものである。また、編集とは、資料の収集および選択である。編集者――新聞あるいは放送――がこの権限を濫用する可能性を有しまた濫用することは疑いの余地もないけれども、そのことは、議会が付与した裁量を否定するいかなる根拠ともならない。これらリスクの出現は、いまに始まったことではない。すなわち、権利章典の起草者らは、担保された表現の自由を行使する人々の一部について、中庸の精神および責任感――そして礼儀――のほかに十分な救済手段がなかったことから、これらリスクが不運であったという現実を容認したのであった。(14)

また、合衆国最高裁判所は、プレスが伝播する情報の内容について、「責任あるプレスは疑いなく望ましい目的ではあるけれども、プレスの責任は、合衆国憲法によって義務づけられてはならず、また同様に多くのほかの道徳は、立法されてはならない」(15)と判示した。そして、合衆国最高裁判所バーガー首席裁判官は、修正第一条のプレス条項の下、「一部の集団に特別な地位を付与する」(16)危険性について、つぎの危惧を示したのであった。

「組織的なプレス」以外の法主体を排除する一方、「組織的なプレス」に一定の法主体を包摂するこの重要な仕事は、

立法、司法、あるいは執行機関によって着手されようとも、英国のチューダー朝およびスチュアート朝の忌み嫌われた検閲制度を想起させる――修正第一条がこの国から排除することを意図した制度。さらに、この仕事に着手する公職者は、表現内容、表現の頻度あるいは選好、あるいは伝播の技術的手段の所有者などの媒体を根拠として、保護されない法主体から保護される法主体を峻別することを求められるであろう。ましてや、当合衆国最高裁の意見は、プレスの保護条項の射程に対するアプローチをそのように限定することを支持するものではない。(17)

このように、合衆国最高裁判所は、ジャーナリストの特権のスタンディングについて、情報を伝播する形態（メディア）という主体の定性性を考慮することだけではなく、ジャーナリストの概念について、ジャーナリストが伝播する情報の内容という客体の定性性を規範上考慮することについても、危惧していた。ここには、ジャーナリストの概念に係わる主体の定性性および客体の定性性という二つの視点をみてとることができよう。そのうえで、合衆国最高裁判所は、このような概念上の困難を伴うジャーナリストに特権を付与することについて、否定的な姿勢をみせているのであった。

合衆国最高裁判所がジャーナリストの概念に係わるジレンマを示すなか、多くの州においてジャーナリストの特権を規定するシールド法は、かかるジレンマを反映したものか、ジャーナリストの特権のスタンディングについて多岐にわたる定義をなしている。各州のシールド法については、学説上、つぎの四つの分類がなされている。(18)

第一に、情報を伝播する頻度とその定期性という要素について、アラスカ州のシールド法は、「報道機関をとおして、公表のためにニュースを収集・執筆する業務もしくは公衆への提供に恒常的に従事した者」としてジャーナリストを規定することにより、報道機関に従事していたという事実を要件とする。(19) また、より厳格なオクラホマ州

のシールド法は、ジャーナリストについて、「新聞、雑誌、通信協会、新聞記事配信社、通信社、ラジオもしくはテレビ局、もしくは他の通信社の事業に恒常的に従事する者」として規定することにより、報道機関に所属していたという事実を要件とする。[20] さらに、イリノイ州のシールド法は、ジャーナリストについて、「パートタイムあるいはフルタイムの基準」を規定することにより、ジャーナリズム活動に従事していた勤務形態を要件とする。[21] ましてや、デラウエア州のシールド法に至っては、ジャーナリストの特権のスタンディングを認められる者について、「直近の三週間のうち一週間あるいは直近の八週間のうち四週間における主な生計が、二〇時間以上公衆一般へ情報を伝播することにより立てられた」という詳細な労働時間数を規定する。[22] このような規定では、過去にジャーナリストとしての一定の経験を有しない一時的ないしは一過性のジャーナリスト、そして研究書の著者などが排除されることを指摘されている。[23] また、たとえかかる要素を一定程度緩和したとしても、ジャーナリストの特権の本質であるとされる公衆への情報の自由な流通に鑑みるならば、合衆国最高裁判所が懸念していた「孤独なパンフレット発行者」をジャーナリストから排除することとなるという問題を解消しえないことは、いうまでもなかろう。

第二に、ジャーナリストを認定するという要素について、ロード・アイランド州のシールド法は、政府により、「認定された新聞、雑誌、通信協会、新聞記事配信社、通信社、あるいはラジオあるいはテレビ局のためのニュースの収集あるいは提供に直接従事した」者を保護する。[24] したがって、この規定は、政府によってジャーナリストとしての認定を受けなかった一部の新聞、そしてフリー・ランサーなどの調査報道に携わる者が修正第一条の保護に値しないとされることを指摘されている。[25]

第三に、ジャーナリストという専門職業意識（professionalism）という要素について、ニュー・ヨーク州のシールド法は、「プロフェッショナル」なジャーナリストとはプレスの正規の被用者とともに、プレスに係わる「所得

あるいは生計を職業として認められた」個人を含む[26]ものとする。かかる規定では、フリー・ランサーを包摂するものの、プロフェッショナルに該当しないとされるジャーナリスト実習生およびジャーナリズム専攻の学生を排除することとなろう。また、かかる要素は、公認のジャーナリズムと未公認のジャーナリズムを峻別する基準という、政府によって課される申請の誘因ともなろう。[27] しかし、プロフェッショナリズムを有しない者においても公衆への情報の自由な流通に資することは、否定できないだろう。

第四に、情報の受け手の規模と主題という要素について、ペンシルベニア州のシールド法は、「一般に流通する新聞あるいは通信社あるいはラジオ局あるいはテレビ局に従事、関係、あるいは雇用された」者にのみ、ジャーナリストの特権を適用する。[28] このような規定では、情報の送り手が対象とする受け手の規模、さらに受け手の要求する情報の主題という、情報の送り手と受け手の関係が暗に示されている。したがって、少数の受け手を対象とするジャーナリストは、かかる規定の適用を受けえないことを指摘されている。[29] かかる要素は、言論の自由の原理を構成するものとされている自己統治（self-governing）の原理を考慮するならば、情報の受け手の規模および主題を区別することとなるため、少数意見を排除するという点において背理を生じよう。

このように、各州のシールド法がジャーナリストを異に規定（定義）するところからも、既述したジレンマの深刻性を窺い知ることができる。かかるジレンマは、ジャーナリストの定義をいかに精緻化しようとも、マスメディアと公衆一般が情報伝播手段（ジャーナリストの特権の主体の定性性）において峻別しがたい現状において、本質的な解消をみないであろう（シールド法の第一、第二、および第三の要素を参照）。また、ジャーナリストの特権の本質が公衆への情報の自由な流通にあるならば、かかる特権のスタンディングにおいてマスメディアと公衆一般を異に捉える必然性をみいだしえない。その意味において、情報の送り手というジャーナリストの特権の主体の定

性性を問題とすることなく、情報の内容（定性性）というジャーナリストの特権の客体の属性により、ジャーナリストの定義を試みるMaddenテストのアプローチは、有効であるといえるかもしれない。しかしながら、ジャーナリストの特権の客体の定性性を問題とするシールド法の第四の要素に鑑みるならば、かかる峻別によるジャーナリストの定義にも自ずと限界を内包することについては、後述するとおりである。

第二節　「公衆へ伝播する意図」テスト

既述した合衆国最高裁判所および各州のシールド法における深刻なジレンマを抱えた情況にあって、アメリカの下級審は、ジャーナリストの特権のスタンディングに係わる訴訟において、ジャーナリストの定義について判断を迫られるところとなり、そのテストを措定することとなった。(30)

そして、ジャーナリストの特権のスタンディングについてのリーディング・ケースとされるvon Bulow判決は、この問題について、「公衆へ伝播する意図」テストを以て判断を下したのであった。本件は、刑事被告人との親密な関係にある女性が刑事被告人の起訴に係わる出来事について執筆した原稿に対する開示強制を受けたことから、修正第一条を理由としてジャーナリストの特権を主張した事案であった。(31) 本判決は、修正第一条に依拠して、公衆への情報の自由な伝達を支援する強い公序をもたらすものとしてジャーナリストの特権を肯定したうえで、ジャーナリストの特権のスタンディングについて、つぎの要件を示した。(32)

> ある人物がジャーナリストか否か、したがって〔ジャーナリストの〕特権によって保護されるか否かは、情報収集過程の端緒におけるその者の意図によって判断されなければならない。……個人は、通常、組織されたプレスの構成員

ではないけれども、ニュースの収集および伝播に係わる伝統的な活動に携わるならば、ジャーナリストの特権を主張できる。[33]

このように、本判決が「公衆へ伝播する意図」を以て情報の収集を始める者についてジャーナリストの特権を認める理由は、この者に対する開示強制により調査報道に対する抑止効果を生じることから、プレスの自由および公衆の要求に対する脅威を阻止することがジャーナリストの特権の本質に据えられていることにある。[34] 裁判官は、「公衆へ伝播する以外の目的のため、修正第一条という防禦の外套を彼女の体型に合わせる裁判所のお針子として仕えることを拒」んだのであった。[35] したがって、本判決は、ジャーナリストの特権を主張する者が公衆へ情報を伝播する意図を取材過程の端緒において有していたことを証明しなければならないとする。そして、このような証明は、職業ジャーナリストについてはもちろんのこと、ジャーナリズムの初心者についても可能であるとする。[36] すなわち、組織的ないしは伝統的なプレスとは係わらない「講師、政治世論調査員、小説家、学術研究者、および脚本家」[37]を以てしても、プレス同様の機能を果たすことが可能であるという。[38] したがって、このテストは、情報を伝播する形態よりもむしろ取材過程の背後にある意図を強調することから、プレスが情報の自由な流通に資するあらゆる公表を含むという合衆国最高裁判所の立場と矛盾することはない。[39] また、このテストは、ジャーナリストの特権がプレスの正規構成員にのみ適用されることに対する合衆国最高裁判所の懸念とも矛盾するものではない。[40] そのうえで、判決は、彼女の主な関心（意図）が公衆への情報の伝播（報道）ではなく刑事被告人の弁護にあったことを彼女の弁護人が口頭弁論において認めたこと、彼女が裁判について記したノートを当初「価値なきいたずら書き」として認めていたこと、および彼女の原稿掲載に係わる新聞社との交渉決裂後も彼女がノートをとり続けていたこと、と

いう事実を認定した。そして、公衆へ伝播する意図を証明できなかったとして、彼女のジャーナリストの特権のスタンディングを否定したのであった。(41)

その後、von Bulow 判決を継承した Shoen 判決は、書籍の著者についてジャーナリストの特権のスタンディングを認めた。本件は、刑事事件に関する研究書（investigative book）の出版を予定していた著者が、そのソースに対する名誉毀損訴訟において、取材テープなどに対する開示強制を受けたことから、ジャーナリストの特権を主張した事案であった。(42) 本判決は、ジャーナリストの特権の適用に係わる審理に先立ち、研究書の著者がジャーナリストの特権のスタンディングを有するか否かについて判断した。そして、「公衆へ伝播する意図」テストを示した von Bulow 判決を支持したうえで、「当裁判所が論じたジャーナリストの特権の目的は、新聞あるいはテレビ記者の保護だけではなく、より一般的な『調査報道』活動の保護にある」とした(43)うえで、つぎのとおり述べた。

> ジャーナリストがジャーナリストたる所以は、その体裁ではなく、その内実にある。したがって、人々がジャーナリストの特権を主張できるか否かを決するための決定的問題は、彼女が公衆へ伝播するためにニュースを収集しているか否かにある。(44)

本判決は、ジャーナリストの特権のスタンディングが新聞さらには書籍を超えて、メディアの媒体という体裁に囚われるものではなく、ジャーナリストの特権を主張する者の意図および行為に依拠することを実証している。その意味において、本判決は、von Bulow 判決を先例として強固に確認した判決といえよう。ただ、ジャーナリストの特権のスタンディングの判断にあたって、von Bulow 判決および Shoen 判決において対象とされたのは、それ

ら判決の事実認定によるならば、ニュースに係わる調査報道であった。このことこそが、von Bulow 判決および Shoen 判決の射程の問題として、ニュース性を欠く情報が問題とされたつぎの Madden 判決（テスト）に大きな影響を及ぼすこととなったのである。

第三節　Madden テスト

既述したアメリカの下級審判決では、ジャーナリストの特権のスタンディングについて、「公衆へ伝播する意図」という、かかる特権の主体の定量性（情報を広汎に伝える意図）を中心として判断されてきた。しかしながら、つぎの Madden 判決では、Madden テストともよばれるジャーナリストの特権の客体の定性性（内容）を重視したテストが措定されるところとなった。(45)

本件は、プロレス試合を興行する企業間の民事訴訟(46)において、被告側企業の提供するプロレス興行に関するテレフォン・サービスの音声テープを制作した証人（Mark Madden）がそのソースの身許を開示する宣誓供述を命じるサピーナ（罰則付き召喚令状）を受けたことから、ジャーナリストの特権を主張した事案であった。(47)

判決は、「公衆へ伝播する意図」テストを採用した既述の von Bulow 判決および Shoen 判決を踏襲した。そのうえで、彼が二つの重大な点において、このテストをみたさないとした。すなわち、第一に、彼が承認したところによると、彼がテレフォン・サービスにおいて噂などについて語っていたことから、その主な目的は、ニュースの調査・収集・伝播ではなく、広告およびエンターテイメントの提供にあった。したがって、「報道」ましてや「調査報道」を考慮しえないことから、彼はエンターテナーであり、ジャーナリストではないとした。第二に、彼は、事実を選択的にみることを許され、出来事の強調あるいは年代順配列を変え、あるいはさらに想像上の出来事と現

実の格差を埋めるエンターテイメント作家である。したがって、彼が情報収集過程の端緒において情報を伝播する意図を具えていなかったとして、ジャーナリストではないとした。[48] そして、最後につぎのように判示した。

> 要するに、我々は、ジャーナリストの特権の保護を主張する個人が（1）調査報道に携わり、（2）ニュースを収集し、そして（3）このニュースを公衆へ伝播する意図を当初から有する、という三つの要素が併存することを例証しなければならないと判示する。[49]

第二章　アメリカの学説にみる反応

第一節　下級審判決の射程

ジャーナリストの特権のスタンディングに係わるこれら三つのアメリカの下級審判決については、各々事案を異にするものの、最後に紹介したMadden判決がさきに紹介したvon Bulow判決およびShoen判決に依拠することから、これら判決の異同を捉えることにより、これら判決の特質を正確に捉えらることとなろう。

アメリカの学説には、これら下級審判決より、ジャーナリストの特権のスタンディングについてつぎの四つの原則を抽出するものがある。それは、（1）情報収集の端緒において、公衆へ情報を伝播する「意図」が重要であること、（2）調査報道に携わる「行為」が必要であること、（3）ジャーナリストの特権のスタンディングの決定的要素が、コミュニケーションの「媒体」あるいは形態ではないこと、そして（4）採用するコミュニケーションの形態あるいは伝達される情報を媒介する媒体に係わりなく、個人により伝播された作品あるいは「コンテンツ」は、ニュースでなければならないこと、である。[50]

便宜上、この分類に従うならば、これらアメリカの下級審判決がジャーナリストの特権のスタンディングの要素として、（1）公衆へ情報を伝播する意図を要求し、（3）コミュニケーションの特定の媒体を問わないことは、ジャーナリストの特権の本質であるとされる公衆への情報の自由な流通に適うものである。しかしながら、（2）調査報道に係わる行為および（4）ニュースに係わる情報を要求することは、調査報道に係わる行為およびニュースの定義の曖昧性[51]を別論としても、公衆への情報の自由な流通にとって不可欠の要素とはいえないことから、ジャーナリストの特権の本質に必ずしも適わないであろう。くわえて、Madden 判決は、（4）ニュースに係わる情報という要素について、エンターテイメントおよび（誇大）広告ではなくインフォメーション、あるいは中立的傾向ないしは偏向なき内容を具えるニュースを要求し、さらにフィクションではなく事実を要求したのであった[52]。

ただ、Madden 判決については、ニュースに係わる情報の事案として認定されたさきの von Bulow 判決および Shoen 判決とは異なり、エンターテイメントに係わる情報の事案として認定されたことに留意する必要がある。すなわち、（4）ニュースに係わる情報という文脈にあると認定されたさきの von Bulow 判決および Shoen 判決が Madden 判決のいうエンターテイメントに係わる情報をジャーナリストの特権のスタンディングから排除するものとは、一義的に解することはできないのである。なんならば、ニュースという概念は後述するように非常に曖昧な概念であり、かかる概念を訴訟上判断する裁判官の裁量に委ねられる範囲が非常に大きいことから、ニュースの概念をジャーナリストの特権の本質であるとされる公衆への情報の自由な流通に依拠して広義に解するならば、Madden 判決に係わる情報もニュースとなる可能性が十二分に考えられるためである[53]。また、かかる解釈では、マスメディアに所属するジャーナリストがエンターテイメントに係わるコンフィデンシャル情報の開示強制に対して、ジャーナリストの特権のスタンディング自体主張できないこととなろう。しかし、ジャーナリストの特権の本質で

あるとされる公衆への情報の自由な流通の見地より、かかる解釈は、認めがたいであろう。そもそも、開示対象となる情報の評価（重要性）については、Branzburg 判決スチュアート裁判官の三要件テスト[54]に代表される、ジャーナリストの特権の適用に係わるテストにおいて判断されるべき内容ではないか。したがって、（4）ニュースに係わる情報という要素については、Madden 判決の如く狭義に解することなく、Madden 判決にいうところのエンターテイメントに係わる情報に対してジャーナリストの特権のスタンディングを汎く認めることは、一義的に否定されるものではないはずである。

考察してきたアメリカ法におけるジャーナリストの特権のスタンディングの問題については、これまで個々に示唆してきたように、かかる特権の主体と客体、そして定量性と定性性の視点をみてとることができる。たとえば、ジャーナリストの特権の主体の問題としては、定量性に係わる（1）「公衆へ伝播する意図」、そして定性性に係わる（2）「調査報道に係わる行為」、および（3）コミュニケーションの特定の媒体を問わないこと、をあげることができる。他方、客体の問題としては、定性性について、（4）ニュースに係わる情報、をあげることができる。したがって、合衆国最高裁判所は、ジャーナリストの特権の主体の規模および媒体の形態、そして客体のコンテンツについて、かかる特権のスタンディングの要素とすることを危惧していたことから、かかる特権の主体および客体の定性性を以てジャーナリストを定義することについて懐疑を示していたといえよう。また、各州のシールド法には、ジャーナリストの特権の主体の勤務形態および客体のコンテンツなど、主体および客体の定性的峻別を以てかかる特権のスタンディングを限定的に規定するものがあった。そして、アメリカの下級審判決は、既述したとおり、ジャーナリストの特権の（1）主体の定量性とともに（2）その定性性を要求し、さらに（4）ニュースに係わる情報という客体の定性性を要求することにより、かかる特権のスタンディングを規定する。ただ、エンターテ

イメントの極みともいえる情報が問題となったMadden判決では、ニュースに係わる情報が問題となったさきのvon Bulow判決およびShoen判決とは事案を異にすることから、ジャーナリストの特権の主体および客体の定性性に係わる判断基準についての裁判官の裁量の問題が顕在化するところとなった。そして、裁判官の広汎な裁量権が行使された結果、ジャーナリストの特権のスタンディングが限定的に捉えられることとなったともいえよう。

第二節　Maddenテストの評価

既述したアメリカの下級審判決の射程をふまえて、学説上、Maddenテストについての評価がなされている。はじめに、修正第一条およびプレスの自由の見地より、Maddenテストを支持しうる点として、つぎの三点があげられている。第一に、Maddenテストがプレスの属性（客体の定性性）を勘案せず、あるいは組織的なプレスないしは主流派のプレスの構成員に保護を限定せず、非主流派のプレスを排除しないことは、ジャーナリストの特権の本質であるとされる公衆への情報の自由な流通の見地より、賢明な判断であるという。[55] 第二に、Maddenテストが非伝統的な形態のメディアを排除しないことは、技術の進歩により生起した新興のメディアを排除しないことに結びつくことから、公衆への情報の自由な流通の見地より、第一の点と同様に評されている。第三に、Maddenテストが伝播された情報によって需要を充足する公衆の規模、そして年齢・職業・性別などの構成状態（人口現象）に係わる統計について限定を付さないことは、ジャーナリストの特権が調査報道に関して社会の特定の領域（ことに少数派の情報の受け手に係わる問題）を対象とするジャーナリストに適用されることから、支持される。[56]

これらは、Maddenテストがジャーナリストの特権の主体の定性性を要件としない点を支持するものといえよう。

他方、とくに「調査報道」および「ニュース」という文言を含むMaddenテストを実際に適用する見地より、

同テストの支持しえない点として、つぎの三つの問題が指摘されている。

第一に、「ニュース」という文言に係わる定義上のトートロジーの問題がある。そこでは、ニュース（客体［情報］の定性性）という曖昧模糊な概念によって、ジャーナリストというジャーナリストの特権のスタンディングの問題を解決可能かということが問題となる。[57] Madden テストはニュースとエンターテイメントを対称とするけれども、「ニュース」は、時代に伴って変遷するため、エンターテイメントを曖昧にすることを指摘されている。[58] また、ニュー・ニュースあるいはニュー・ジャーナリズム、そしてインフォメーションとエンターテイメントの複合語であるインフォテイメント（infortainment）を鑑みるならば、[59] ニュースとエンターテイメントの境界は、より一層交錯しよう。そして、このようなジャーナリストの定義は、言論の主題を考慮することとなるため、表現内容に向けられた規制を構成しよう。[60] さらに、「ニュース」という漠然とした文言（概念）は、情報の送り手が Madden テストの意味するところの「ニュース」の内容についての保証あるいは明確な認識を確保できないことから、言論活動が窒息（萎縮）しかねない[61]として、その違憲性を指摘される。そして、合衆国最高裁判所 Cohen 判決が述べたように、「ある者にとっての下品な言葉は、ほかの者にとっては抒情詩である」[62] ならば、「ある者にとってのニュースは、ほかの者にとってはエンターテイメント」[63] ともなろう。このように、ニュースとは、ジャーナリストが単に語ったこととして定義されるかもしれない。[64]

第二に、定義上の表層のジレンマについての問題がある。それは、今日、ジャーナリズムが公衆へ情報を伝播する一方、収益性の高いビジネスであることを指摘する。したがって、プレス条項についての政府の解釈は、メディアの編集上の意思決定プロセスおよびニュース・メディア所有の集中以外の商業利益を保護することから、現実的であるかもしれない。Madden テストは、ジャーナリストの特権のスタンディングについて、特定の媒体を問わな

いことから、かかる現実に適合するかもしれず、あるいはニュースに係わる情報を要求することから、自己統治民主主義における特別な機能に仕えるプレスの特定の形態のみを保護するという理想的なジャーナリストの概念を提供しているかもしれない。(65)

第三に、定義上の深層のジレンマについての問題がある。すなわち、裁判所がニュースという概念を以てジャーナリストを定義することの問題は、善きジャーナリズムと悪しきジャーナリズムという推論的な価値判断となりうるという。(66) したがって、裁判所は、ジャーナリストを定義する過程においてニュースの定義を試みるとき、たとえばピューリッツアー賞を授与されるジャーナリストだけを保護するという、ジャーナリストについての非常に偏狭な定義をもたらすこととのなきよう留意しなければならないという。(67) 残念なことに、Madden テストは、既述した支持を受けている一方、ニュースとエンターテイメントという漠然かつ常に変遷する概念に依拠して、ジャーナリストの概念を決する広汎な法的裁量を裁判所に委ねることとなる。(68)

そして、Madden テストに対するこれら評価の分水嶺は、奇しくも、ジャーナリストの特権のスタンディングについての主体と客体の位相、および定量性と定性性の位相に重畳することとなる。学説上、ジャーナリストの特権のスタンディングについて、その主体の定量性を要求するとともに、主体の定性性を限定しない点が支持されているのである。他方、ジャーナリストの特権の客体の定性性を限定する点については、批判がなされるのである。

第三節　学説にみる「ジャーナリスト」

このような Madden テストの評価をふまえて、学説上、大別して、ジャーナリストの特権のスタンディングを広義に捉える見解と狭義に捉える見解が示されている。

広義説は、コミュニケーションの特定の媒体に基づく定義を回避することにより制度的な定義を排除し、またニュースなどの曖昧な概念を回避して裁判官の裁量を抑制することにより非伝統的なジャーナリストを強く保護する広汎かつ機能的な定義を主張する。この見解は、ジャーナリストの特権のスタンディングの要素として、（1）コミュニティの大半にとって重要な問題となる主題を報道する者、そして（2）情報の受領前にかかる主題に係わる情報を伝播する意図、（3）「情報および意見の媒体を提供するあらゆる公表」により、（4）噂、風刺、嘲笑、あるいはフィクションという要素と同様にエンターテイメントという形態を利用する公表を含むこと、を求める。(69)

反対に、狭義説は、Madden テストに新たな第四の要件を付加した衡量により、ジャーナリストの特権のスタンディングを狭義に捉える。その要件とは、情報の受け手の政治的、経済的、あるいは法的決定において重要となる調査報道である。かかる要件は、開示強制を請求する者にとっての開示の必要性から読者における調査報道の重要性へ、裁判所の審理を移行させる。したがって、かかる移行により、新たな第四の要件は、ジャーナリストの特権の本質であるとされる公衆への情報の自由な流通を支持する公序原理と裁判所を直面させることとなろう。(70) そして、裁判所は、ジャーナリズムが今日直面するニュースの性質と経済的現実（定義上の表層のジレンマ）を無視するフィクションに加わるならば、教育哲学者アレキサンダー・マイクルジョン教授の提唱した言論の自由の強力な目的に準えて、公衆を賢明な投票（決定）へ導く情報の提供者としてジャーナリストを狭義に定義するかもしれない。この幾分ロマンティックなフィクションは、自己統治民主主義におけるプレスの高尚な目的である調査報道という、ジャーナリストの真の職務の活力となりうるという。(71)

ジャーナリストについてのこれら見解を敷衍するならば、つぎのことがいえよう。広義説については、公衆への情報の自由な流通というジャーナリストの特権の本質を重視して、ジャーナリストの特権の客体の定性性に対する

要求を極力抑制し、主体および客体の定量性を要求するにとどまることから、公衆への情報の自由な流通に適うこととなろう。他方、狭義説については、情報の受け手の政治的決定などにおいて重要となる調査報道という、ジャーナリストの特権の客体の定性性について厳格な条件を充足したジャーナリストのみを保護するものともいえよう。しかし、それは、合衆国最高裁判所のまさしく危惧するところではなかったのではないだろうか。合衆国最高裁判所は、ジャーナリストの特権の客体について、媒体の形態に係わる危惧とともに、まさしく情報の定性性を問うことを危惧していたのではないだろうか。また、狭義説が標榜するジャーナリストの真の職務の追求については、たとえそれが民主主義社会において希求されるものとしても、それに伴い、ジャーナリストの義務を招来する虞について、少なくとも顧慮する必要はあろう。

第三章　ニュースとエンターテイメントの位相

第一節　位相とその背景

Madden 判決が明示した位相については、ジャーナリストの特権の客体の定性性としてのニュースとエンターテイメントの峻別に懐疑があることを既述した。さらなる積極的懐疑としては、エンターテイメントが、ジャーナリズムとのせめぎ合いによって新たなジャーナリズムを醸成する活力ともなりうることをあげることができる。(72) しかしながら、かかる位相の問題についてさらに追究することは、ジャーナリストの特権の主体の定性性を以てかかる特権のスタンディングを定義する州のシールド法についての検討同様、解決をみないであろう。それは、双方が峻別不可能な定性性による峻別に依拠することから、かかる位相自体、規範的意味をもちえないと考えられるためである。

しかしながら、このような問題を抱えつつも、かかる位相が採用される背景は、情報の受け手にとっての情報の価値に対する考慮という既述した定義上の深層のジレンマに垣間見ることができた。すなわち、ジャーナリストに対して特権が付与されるのは、ジャーナリストが情報の自由な流通において主体的役割を果たしているということ以上に、情報の受け手の利益に適うという従属的役割が期待されているためである。そこにおいて想定されている情報の受け手の利益とは、言論の自由の原理論に徴するならば、自己統治の原理であろう。[73] すなわち、ジャーナリストの特権のスタンディングを有するジャーナリストとは、言論の自由の原理を支えている政治情報をはじめとする公共情報を伝播するというのである。このことは、情報の定性性という意味において、政治的言論と営利的言論、そして公共情報と私的情報という峻別ともパラレルに捉えることができよう。このように、情報の定性性において、ニュースを保護し、エンターテイメントを保護しないことは、公衆への情報の自由な流通に資する存在としてのジャーナリストの保護（特権）というよりも、むしろ公共情報の保護（特権）ともなろう。ここに、ジャーナリスト（の保護）とニュースに係わる情報（の保護）の齟齬を生む要因をみてとることができる。また、ジャーナリストの特権は、ニュースに係わる情報だけが保護の対象とはなっていなかったはずである。したがって、Madden テストでは、ジャーナリストの特権のスタンディングというかかる特権の間口を不当にも狭めることとなり、本来保護されるべきであるとされる、ソースの身許に係わるコンフィデンシャル情報までもが保護を全く受けることのできないこととなろう。ジャーナリストの特権の本質が公衆への情報の自由な流通にあるならば、ニュースに係わる情報を以てかかる特権のスタンディングを制限することは、背理をきたすこととなろう。

第二節　公衆への情報の自由な流通

ジャーナリストの特権の本質が公衆への情報の自由な流通にあるならば、von Bulow 判決が判示したように、「公衆へ伝播する意図」を以て、かかる特権のスタンディングについて判断することとなろう。また、同判決を敷衍する Shoen 判決が判示したように、ジャーナリストとは、その体裁に依存して定義されるのではなく、その内実に依拠して定義されるべきであろう。ただ、そこでは、ニュースに係わる情報という、Madden 判決が明示したジャーナリストの特権の客体（情報）の定性的な判断ではなく、定量的な判断が求められよう。それは、ジャーナリストの特権の客体の定性的な判断が表現（情報）内容に基づく規制という意味をもつだけではなく、情報の受け手においても知る権利を制約する虞があるためである。また、公衆への情報の自由な流通の見地より、かかる情報には、公共情報だけではなく、それ以外の数多の情報も含意されるべきであろう。さらに、メディアが構成されたものとする社会（的）構成主義によるならば、マスメディアの表現内容は、マスメディア自身によって専ら決定されるものではなく、一定程度、情報の受け手の需要を考慮して決定されることとなる。かかる見地は、既述した経済的なインセンティブ（定義上の表層のジレンマ）に基づいて、私企業としてのマスメディアが経営されていることによっても強化されることとなろう。メディアに対する保護とは、その情報（コンテンツ）に専ら着目した保護を以て足りるのではなく、公衆への情報の自由な流通というメディア全体を視野にいれなければならないともいえよう。さらに、メディア論におけるメディア・リテラシーの見地では、メディアをクリティカルに読み解く能力が情報の受け手に対して要請されることとなる。[74] すなわち、公衆一般のかかる能力を真に養成するには、専ら情報の受け手であった公衆一般が受け手に終始するのではなく、情報の送り手として情報を発信することが要請されることとなろう。したがって、メディア・リテラシーを規範的に捉えることが許されるならば、情報の送り手と受け手

の互換的な立場が要請されることから、ジャーナリストの特権において、ジャーナリストという特定のクラスのみを法的に保護することは、かかる要請との背理をきたすこととなる。

ジャーナリストの特権のスタンディングについてのここまでの議論を敷衍するならば、ジャーナリストの概念というジャーナリストの特権のスタンディングの問題について、つぎのことがいえるのではないだろうか。おもうに、ジャーナリストの特権の本質が公衆への情報の自由な流通にあるならば、ジャーナリストの特権のスタンディングというかかる特権のいわば間口の問題において、ジャーナリストと非ジャーナリストについて、調査報道に携わる行為およびニュースに係わる情報というかかる特権の主体および客体の定性性の要素を以て、積極的に峻別する必要性がどれほどあろうか。そして、つぎに出口の問題として、開示強制の必要性とジャーナリストに対する萎縮的効果の利益衡量において、たとえば合衆国最高裁判所 Branzburg 判決のスチュアート裁判官の三要件テストにより衡量することがジャーナリストの特権の適用における妥当な手法ではないだろうか。たしかに、ジャーナリストの特権についてのかかる理解では、ジャーナリストの特権のスタンディングが広汎なものとなり、ジャーナリストと公衆一般の積極的な峻別の否定を帰結し、ジャーナリストの特権のインフレ化を懸念されるかもしれない。しかしながら、公衆へ情報を伝播する意図という定量的な判断およびジャーナリストの特権の適用におけるテストにより、インフレ化の懸念は解消されよう。ジャーナリストの特権のスタンディングについては、かかる特権の本質であるとされる公衆への情報の自由な流通に鑑みるならば、調査報道に携わる行為というかかる特権の主体の定性性ではなく、公衆へ情報を伝播する意図という定量性、さらにはニュースに係わる情報というかかる特権の客体の定性性ではなく、特定の媒体を要求しないという定量性、が要請されることとなろう。

むすび

日本法は、事実を超えて、意見についても報道（表現）の自由を承認してきた歴史をもつ。[75] しかしながら、日本において、Madden テストのように、ジャーナリストの概念について情報の定性性に係わる峻別を明示する視点は、これまで提起されてこなかったように思われる。その意味において、Madden テストは、日本法における新たな視点の提示であった。Madden テストが提示したニュースとエンターテイメントという情報の定性性についての位相は、表現の自由の（享有）主体の問題において、表現の自由ないしは報道（取材）の自由だけではなく、知る権利をも構成要素とする取材源秘匿権の問題性、表現の自由における享有主体間の不平等性、プレスの特権論という表現の自由の原理論との齟齬の端緒、そして人権理論、という問題を改めて提起することとなろう。また、表現の自由の客体（対象）の問題としては、情報の定性性に基づく峻別に関して、政治的表現と非政治的（営利的）表現、そして公共情報と私的情報、に係わる峻別の問題性に再び光をあてることとなるのではないだろうか。

本稿の立場では、公衆への情報の自由な流通を本質とするとされるジャーナリストの特権の主体が客体によって規定されるのではなく、かかる特権の主体が客体から解放されるという視点より、かかる特権のスタンディングを捉えることとなろう。したがって、本稿の冒頭の問いに答えるならば、ジャーナリストはジャーナリズムを必須要素としないことから、ジャーナリストはジャーナリズムではなく、Madden 判決の如き事案は、ジャーナリストのエンターテイメントであるといえよう。そして、ジャーナリストの特権のスタンディングは、必ずしも「ジャーナリスト」に限定されるものではなく、公衆へ情報を伝播する意図を有する公衆一般に汎く享有されるところとなろう。このことは、ジャーナリストの特権（取材源秘匿権）の拡大的解消ともいえる。その意味において、公衆への

情報の自由な流通を以て、開示強制からの保護を本質とする取材源秘匿権（ないしはジャーナリストの特権）という特定のクラスを指し示す名称自体、再考を迫られることともなるのではないだろうか。

（1） 便宜上、本稿にいう「ジャーナリスト」(journalist) とは、日本において「記者」などを含み、またアメリカにおいて“reporter”および“newsman”などを包含する。

（2） 奥平康弘「なぜ『表現の自由』か――『体制内化』の懸念払拭のための再考を」新聞研究六〇六号一〇、一一頁（二〇〇二年）。

（3） 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇〇年）二八四―三〇一頁、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、一九九七年）五三八―五四〇頁、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）二〇三―二一一頁、など。ただし、判例は、憲法上の取材源秘匿権を認めるには至っていない。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）、札幌高決昭和五四年八月三一日判時九三七号一六頁（一九七八年）参照。なお、國學院大學映画研究会の映画フィルムに対する差し押さえについて、比較衡量により違法とした決定。最決昭和四四年三月一八日刑集二三巻三号一五三頁（一九六九年）参照。

（4） *See* Clay Calvert, *And You Call Yourself a Journalist?: Wrestling With a Definition of "Journalist" in the Law*, 103 Dick. L. Rev. 411 (1999), 411-412 & n 4. 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、一三七頁（一九七二年）。

（5） *See also* LEE C. BOLLINGER, IMARGE OF A FREE PRESS, 1 (1991).

（6） アメリカの判例および州のシールド法などにおけるジャーナリストの特権の法情況については、つぎの邦語文献を参照。前田正義「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」阪大法学五三巻二号七八―八五頁（二〇〇三年）参照。たとえば、Branzburg 判決以降の下級審において、民事訴訟におけるジャーナリストの特権を承認した判決。Riley v. City of Chester, 612 F.2 d 708 (3 d Cir. 1979). 刑事訴訟におけるジャーナリストの特権を承認した判決。United States v. Cuthbertson, 630 F.2 d 139 (3 d Cir. 1980). ただし、つぎの判決を参照。「一般的に適用可能な法は、プレスに対して付随的効果を有する法の執行という理由のみを以て、修正第一条に反するものではない」と

した判決。Cohen v. Cowles Media Co., 501 U.S. 663, 669 (1991). ジャーナリストは他の公衆と同じ法的基準の対象であるとして、インターネットにおける児童ポルノの入手に関する記事について調査するジャーナリストに対して、児童ポルノの受信および送信を禁止する連邦法の適用可能性を認めた判決。United States v. Mathews, 11 F. Supp. 2 d 656, 660–64 (D. Md. 1998).

ジャーナリストの特権に関するアメリカ法以外の外国法については、邦語文献としてつぎの文献を参照。ドイツ法について、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）一〇七頁—二四三頁。フランス法について、大石泰彦『フランスのマス・メディア法』（現代人文社、一九九九年）。諸外国の法について、パトリシア・ウィルヘルム／橋本正邦監訳「情報源の保護（上）」新聞研究四五〇号四七頁（一九八九年）、同「情報源の保護（下）」新聞研究四五一号五五頁（一九八九年）。

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

（8）*In Re* Madden, 151 F.3 d 125 (3 d Cir. 1998).

（9）前田・前掲注（6）七八—八五頁参照。

（10）Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972). 合衆国最高裁判所フランクファータ裁判官は、「憲法の目的は、プレスを特権制度に昇格するのではなく、人々がプレスと同様に行使するであろうプレスの印刷の権利について、すべての人々を保護することであった」として、プレス条項の限定解釈の危険性を指摘していた。Pennekamp v. Florida, 328 U.S. 331, 364 (1946) (Frankfurter, J., concurring). また、合衆国最高裁判所は、これら証拠上の特権が「公衆がすべての人の証拠に対する権利を有するという我々の法理の基本原理に反する」として、憲法上の特権の創造に熱意を示していないとした。United States v. Bryan, 339 U.S. 323, 331, (1950). *See also* Herbert v. Lando, 441 U.S. 153, 175 (1979). そして、絶対的な大統領特権の却下において、「すべての人の証拠を要求することについてのこれら〔証拠上の特権〕の例外は、それら〔証拠上の特権〕が真理の探究を低下させるため、安易に創造あるいは拡張解釈されない」とした判決。以下、〔　〕内は筆者による。United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 710, (1974).

（11）Branzburg, 408 U.S. at 703–705. 引用された判例などの表記は省略した。

（12）Kraig L. Baker, *Are Oliver Stone and Tom Clancy Journalists? Determining Who Has Standing to Claim the*

Journalist's Privilege, 69 Wash. L. Rev. 739, 752 (1994).

(13) *Supra* note 4, at 416. なお、本稿では、日本法およびアメリカ法におけるジャーナリストの概念の問題をとりあげることから、デジタル・デバイドの問題について言及しない。

(14) Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94, 124–125 (1973).

(15) Maiami Herald Publishing Co., v. Tornillo, 418 U.S. 241, 256 (1974).

(16) First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765, 801 (1978) (Burger, C.J., concurring).

(17) *Id*.

(18) *Supra* note 4, at 411.

(19) ALASKA STAT. 09.25.390 (4) (Michie 1998).

(20) OKLA. STAT. TIT. 12. 2506 (7) (1997). *See also* LA. REV. STAT. ANN. 45 : 1451 (West 1997).

(21) 735 ILL. COMP. STAT. ANN. 5 / 8–902 (West 1998).

(22) DEL. CODE ANN. TIT. 10, 4320 (3) (a) (1998) .

(23) *Supra* note 4, at 448.

(24) R.I. GEN LAWS 9.19.1–2 (1997).

(25) *See* U.S. CONST. AMEND. XIV ; Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 666 (1925).

(26) N.Y. CIV. RIGHTS LAW 79–h. 著者は同法にいう「職業ジャーナリスト」ではないとして、ジャーナリストの特権のスタンディングを否定した判決。People v. LeGrand, 415 N.Y.S.2 d 252 (2 d Dep't 1979).

(27) *Supra* note 4, at 449.

(28) 42 PA. CONS. STAT. ANN. 5942 (a) (West 1998).

(29) *Supra* note 4, at 448.

(30) このほか、ジャーナリストの特権のスタンディングを争点としたつぎの判決を参照。ドキュメンタリー・フィルム制作者に対する開示強制ついて、ジャーナリストの特権の問題について明言されなかったけれども、「本件における彼の任務は、ドキュメンタリー・フィルムの準備に利用するための調査報道をなすことであった。……少なくとも、彼の

意図が該フィルムの準備に調査報道を利用することであったことは、疑う余地がない」と判示したことから、公衆へ情報を伝播するための情報収集の端緒における意図という概念の先駆けとなった判決。Silkwood v. Kerr-McGee, 563 F.2 d 433, 436–437 (10 th Cir. 1977) ; *see also* von Bulow, 811 F.2 d at 146. 技術出版物および職業的な研究書の著者について、プレスの自由の伝統的教義があらゆる形態の記者の権利であることを理由として、ジャーナリストの特権のスタンディングを認めた判決。Apicella v. McNeil Lab. Inc., 66 F.R.D. 78 (E.D.N.Y. 1975). 学術研究者に証拠上の特権を認めた判決。Cusumano v. Microsoft Corp., 162 F.3 d 708, 714–715 (1 st Cir. 1998).

(31) von Bulow, 811 F.2 d at 138. ノンコンフィデンシャル情報が開示強制の対象となった本件では、弁護士および研究者の証拠上の特権が併せて主張されたけれども、それらスタンディングが否認された。本件では、ジャーナリストの特権の享有主体および客体双方の限界が問題となったのであった。

(32) *Id*. at 142–143.

(33) *Id*. at 142.

(34) *Id*. at 142–3.

(35) *Id*. at 146.

(36) *Id*. at 144.

(37) Branzburg, 408 U.S. at 705.

(38) von Bulow, 811 F.2 d at 144–5.

(39) *See* Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444, 452 (1938).

(40) *Id*. at 457.

(41) von Bulow, 811 F.2 d at 145–146.

(42) Shoen v. Shoen, 5 F.3 d 1289, 1290–1293 (1993). 本判決には、憲法判断を回避し、連邦民事訴訟規則を根拠としてジャーナリストの特権のスタンディングを承認した同調意見が付された。*Id*. at 1298–1302 (Kleinfeld, J., concurring).

(43) *Id*. at 1293.

(44) *Id*.

(45) *Supra* note 4, at 24.

(46) Titan Sports Inc. v. Turner Broadcasting Systems, Inc., 981 F. Supp. 65 (D. Conn.).

(47) *In re* Madden, 151 F.3 d at 125. 証人は、連邦コモン・ロー上のジャーナリストの特権を主張した。*Id*.

(48) *Id*. at 130.

(49) *Id*.

(50) *Supra* note 4, at 430–431.

(51) *See* Daniel A. Swatwout, Case Comment : *In Re Madden : The Threat to the New Journalism*, Ohio St. L.J. 1589, 1599–1600 (1999).

(52) *Supra* note 4, at 427–430. なお、プロレスをフィクションとして認定したMadden 判決を批判する見解。*See supra* note 51, at 1605–1606.

(53) Madden 判決の前審は、von Bulow 判決のテストに依拠して、ジャーナリストの特権のスタンディングを認めた。*See* Titan Sports, Inc., v. Turner Broad. Sys., Inc., 967 F. Supp. 142, 145 (W.D. Pa. 1997).

(54) Branzburg, 408 U.S. at 733–735 (Stewart, J., dissenting).

(55) *Supra* note 4, at 435.

(56) *Id*. at 436.

(57) *Id*. at 426.

(58) *Id*. at 436. 広告は、しばしば公衆へ伝播される情報でみたされ、またエンターテイメントは、テレビ・ニュース番組の急増が今日例証するように、ニュースをしばしば不鮮明にするという。*Id*. at 429.

(59) *See id*. at 416 ; *supra* note 51, at 1589–1590.

(60) *See* Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233 (1936).

(61) *Supra* note 4, at 438.

(62) Cohen v. California, 403 U.S. 15, 25 (1971). その意味において、スチュアート裁判官が、わいせつについて、「定義不能であるかもしれないものの定義を試みてきている」と述べたことは、ジャーナリストを定義するという厄介な仕

事にもあてはまろう。Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring).

(63) *Supra* note 4, at 437.

(64) *Id*. at 439.

(65) *Id*. at 439–440.

(66) *Id*. at 440.

(67) *Id*. at 442.

(68) *Id*. at 450–451.

(69) *Supra* note 51, at 1619. また、Madden テストを維持しつつ、証明責任について、ジャーナリストの特権のスタンディングを主張する側から開示強制を請求する側への転換を示唆するもの。*Supra* note 4, at 445. *Cf*. Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps, 475 U.S. 767 (1986).

(70) *Supra* note 4, at 444–445.

(71) *Id*. at 450–451. *See* ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM (Oxford Univ. Press, 1955) (first appeared as FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERMENT: Harper & Row, 1948).

(72) このことは、「ジャーナリズムという主体的な意識活動は、マスメディアの周縁に宿る」という仮説とも通底しよう。林香里『マスメディアの周縁、ジャーナリズムの核心』（新曜社、二〇〇二年）三八一―三八六頁参照。

(73) Harbert J. Gans, *What Can Journalists Actually Do for American Democracy?*, Harv. Int'l J. Press / Pol., Fall 1998, 6, 9.

(74) 邦語文献として、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〔奥平発言〕参照。

(75) 芦部・前掲書注（3）二八四―二八六頁。