OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	いわゆる取材源秘匿権と萎縮的効果
Author(s)	前田, 正義
Citation	阪大法学. 2004, 53(6), p. 99-121
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55058
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と萎縮的効果

前田正義

はじめに
第一章　ジャーナリストの特権と萎縮的効果
　第一節　萎縮的効果の実証性
　第二節　萎縮的効果の対象
第二章　ジャーナリストの特権についてのテスト
　第一節　三要件テスト
　第二節　テストの異同
むすび

はじめに

日本において、報道の自由は、憲法上優越的地位を占めるものと考えられている表現の自由（憲法二一条）の狂言回しとしての役割を果たしてきているといわれている。[1] この報道の自由を構成する、いわゆる取材源秘匿権[2]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。[3] 取材源秘匿権の議論については、「博多駅事件に関連してすでに出尽くし

（阪大法学）53（6-99）1487〔2004.3〕

た観さえあ〔る〕」[4]とも評されてきた。その後も、日テレ事件そしてＴＢＳ事件[5]を契機として、一定の議論こそなされてきたものの、十分な議論がなされてきたものとはいえないであろう。このような情況のなか、筆者は、前稿において、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制を争点とするアメリカの下級審判決の考察をとおして、ジャーナリストの特権（取材源秘匿権）について、コンフィデンシャリティの見地より考察を加えた。前稿では、コンフィデンシャリティを重視する従来の取材源秘匿権の法理が主としてノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制を争点とする日本およびアメリカの取材源秘匿権に関する事例を必ずしも適切に説明できないことを指摘できたものと考えている[6]。本稿では、この考察をふまえて、コンフィデンシャル情報、そしてジャーナリストの特権のハード・ケースにあたるノンコンフィデンシャル情報についての保護の必要性およびその程度について考察する。これにより、日本において取材源秘匿権の重要な要素とされているコンフィデンシャリティについて反射的に考察を加えることとなり、ノンコンフィデンシャル情報の保護をも見据えた取材源秘匿権の法理を再構成する視座を提供できるものと考えるためである。

　このため、本稿では、ジャーナリストの特権について主導的役割を果たしてきているといわれるアメリカの下級審判決を端緒として、アメリカの学説を中心に考察する。はじめに、ジャーナリストの特権の保護の必要性を決することとなる萎縮的効果（**chilling effect**）について、ノンコンフィデンシャル情報にとどまらず、同情報と萎縮的効果についての問題を共有するコンフィデンシャル情報に遡及して考察する。つぎに、ジャーナリストの特権の保護の程度を決することとなる双方の情報についてのテストを考察する。そして、これらアメリカにおけるジャーナリストの特権との比較により、日本において取材源秘匿権の法理を再考するための視座の提供を目論むものである。

第一章　ジャーナリストの特権と萎縮的効果

第一節　萎縮的効果の実証性

アメリカにおいて、ジャーナリストの特権についてはじめて判断を下した連邦最高裁判所判決は、大陪審手続きにおいてコンフィデンシャル情報に対する開示強制が争点となった Branzburg 判決であった。同判決は、ジャーナリストの特権について一定の理解を示すけれども、メディアに対する開示強制の萎縮的効果についての懐疑的な評価を前提として、ジャーナリストの特権を承認しなかった。同判決ホワイト（Byron R. White）裁判官相対多数意見は、開示強制における萎縮的効果について、ジャーナリストが大陪審において証言を強制される場合、そのソースが実際に情報の提供を躊躇う程度は、依然明らかではないとした。また、ソースが情報の提供において受けるサピーナ（subpoena）の抑制効果についての評価は、汎く多岐に及んでおり、その大半が推測の域を脱していないという評価を下した。(7) これに対して、スチュアート（Potter Stewart）裁判官反対意見は、連邦最高裁判所が科学的証明ではなく、常識と利用できる情報を基準として、政府行為と修正一条の行為についての抑制・障碍との合理的な因果関係、また抑制効果発生の規則性を問うてきているとした。(8)

その後、多くのアメリカの下級審判決は、Branzburg 判決の射程を大陪審続きあるいは刑事訴訟に限定したうえで、メディアに対する開示強制により、ソースがメディアへの情報提供を躊躇うことによる萎縮的効果を生じるとして、ジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報へ適用できることを認める。(9)

また、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)）は、三一の州およびコロンビア特別区においてジャーナリストの特権を規定する。(10)

学説の多くは、萎縮的効果を肯定する。萎縮的効果を肯定する見解は、飽くまでメディアに対する開示強制により、ソースが情報の提供を躊躇うとして、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を生ずるとする。[11] これに対して、萎縮的効果を否定する見解は、ソースがその強いインセンティブの下、身許の開示の虞を超えて情報を提供しているなどとして、萎縮的効果についての実証性を欠くとする。[12] また、ニューヨーク・タイムズ紙など全米規模のメディアを擁するニューヨーク州などのシールド法が未制定であった州とシールド法を制定した州を比較する場合、シールド法未制定の州において、取材・報道活動が抑制されていたという実証的証拠はないとして、萎縮的効果の実証性を欠くとする。[13]

このように、判例、制定法、および学説では、コンフィデンシャル情報に対する開示強制において、萎縮的効果の実証性が問題となる。

この点、コンフィデンシャル情報に対する開示強制における萎縮的効果の実証性について、たとえばブラシ（Vincent A. Blasi）教授は、プレスに対する開示強制について経験に基づく研究を行っている。その研究によるならば、一方において、ジャーナリストは匿名ソースの保護およびソースとの信頼関係を重視しているとして、プレスに対する開示強制が萎縮的効果とむすびつく結果を示している。他方、プレスに対する開示強制においては、コンフィデンシャル・ソースが情報収集のためではなく他のコンフィデンシャル情報の証明のために用いられていること、コンフィデンシャル情報が解釈報道など限定的に用いられていること、ジャーナリストが投獄のリスクも顧みずに開示（証言）強制を拒否すること、およびジャーナリストが開示強制に応じても支障をきたさないものと考える情報についても開示強制を拒否することなど、必ずしも萎縮的効果とはむすびつかないものと考えられる結果が示されている。したがって、少なくともこの研究により、開示強制における萎縮的効果についての実証性をみて

とることはできない。ブラシ教授自身、「私が着手した類の広範囲の経験に基づく研究の結果は、まとまった結論に収まらない」ことを認めているのである。(14)

このような萎縮的効果における実証性の問題に対して、実証性のレベルを離れて、萎縮的効果について判断する見解がある。その見解によるならば、開示強制の虞により、潜在的なソースが実際に情報の提供を躊躇うという実証的な証明はないものの、非開示による利益が開示の利益を凌駕するとき、ジャーナリストを憲法上保護しなければならないものとされる。(15) このような見解は、開示強制における萎縮的効果の問題を、実証性のレベルから憲法的な価値判断のレベルへ転換させるものといえよう。

これらの議論そして経験に基づく研究を勘案するならば、メディアに対する開示強制において萎縮的効果を実証することは、困難であるといわざるをえない。学説は、萎縮的効果の実証性の問題について、開示強制によりソースが情報の提供を躊躇うという推論を以て対抗しており、また開示の利益と非開示による利益との衡量を以て対抗しており、議論が噛み合わない閉塞情況にあるともいえる。そもそも、特定のメディアが開示強制を受ける場合と受けない場合とを同時に比較して、公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果を判断することは、物理的に不可能であろう。ジャーナリストの特権の適否という問題をこのような萎縮的効果の「実証性」に依拠させること自体、疑問であるといわざるをえない。そして、萎縮的効果についてのこれら議論は、採用されるテストというかたちでコンフィデンシャル情報に対する保護の程度に影響するだけではなく、コンフィデンシャル情報との相対的評価を受けるノンコンフィデンシャル情報についての萎縮的効果の判断およびテストに影響することとなる。

第二節　萎縮的効果の対象

このように、萎縮的効果の実証性という理論的問題点はともかく、法情況としてアメリカの下級審判決および学説の多くは、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ている。しかしながら、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萎縮的効果を認めることについては、越えなければならないさらなる関門がある。すなわち、ノンコンフィデンシャル情報では、コンフィデンシャリティを欠くため、開示強制によりソースのプライバシーの権利を侵害せず、さらにソースが当該情報の放映などを許諾する場合などには、ソースに不利益ははたらかないのである。かえって、ノンコンフィデンシャル情報では、ソースが訴訟において自ら提供した情報の開示をプレスに対して要求するなど、コンフィデンシャル情報とは大きく異なる情況にある。ノンコンフィデンシャル情報では、コンフィデンシャリティの破壊により、ソースが情報の提供を躊躇うという萎縮的効果の要因をみいだしえないのである。(16)

それにもかかわらず、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、アメリカの下級審判決の多くは、萎縮的効果を肯定している。たとえば、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、ジャーナリストについて、①取材過程に対する介入についての脅威、(17)②政府などの調査機関として公衆にみなされる不利益、(18)そして③サピーナに応じるための時間およびリソースの負担、という萎縮的効果の要因を認めている。(19)

学説には対立があるものの、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萎縮的効果を肯定する見解(20)が優勢であるといえよう。萎縮的効果を肯定する見解は、強いプレスの促進および情報に対する公衆のアクセスを保障するというジャーナリストの特権の広汎な社会目的がコンフィデンシャル関係を超えた保護を必要とするという。そこには、メディアが開示強制の特別な攻撃目標となっているという認識がある。コンフィデンシャリティ

および親密な関係の保護は、証拠上の特権の唯一の正当化ではないというのである。[21] メディアについては、政府などについて調査・報道することにより議論を促すフォーラムとして仕えることが強調される。[22] すなわち、公衆の知る権利において、ノンコンフィデンシャル情報の開示が有する間接的な影響は、ジャーナリストの憲法上の障碍を引き上げるというのである。[23] また、メディアは、訴訟につながる出来事に関する情報を収集するというその主要な機能によって、しばしば弁護士による開示請求の安易かつ明示的な攻撃目標となることにおいて、他の事業とは大きく異なることが強調される。さらに、メディアがサピーナに応じるということは、メディアに対して、情報の発見・検査の過程において時間を浪費させ、メディア本来の職責の遂行を妨げる要求となりうるとする。[24] そして、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適用する可能性を否定することは、ジャーナリストの特権を脆弱化させるともいわれる。[25] これに対して、萎縮的効果を否定する見解は、ウィグモア（John. H. Wigmore）教授による、コモン・ロー上、例外的に証拠上の特権が付与される四つの要件に主として依拠している。その要件では、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得られる利益より大きくなければならない」、という。[26] また、萎縮的効果を否定する見解は、ノンコンフィデンシャル・ソースさえもが、情報の開示に対して保護を享受するという期待を持ち合わせていないにもかかわらず、ジャーナリストの所持する当該情報が訴訟当事者の手に渡らないことを望むとして、ノンコンフィデンシャル情報を保護する不合理性を説いている。[27]

ただ、ひとくちにノンコンフィデンシャル情報といえども、アメリカの下級審判決において争点となるノンコンフィデンシャル情報は、コンフィデンシャリティおよびそれに起因する萎縮的効果の見地において、異なる属性を有している。そして、これら属性の差異により、アメリカの下級審判決、制定法、および学説上異なる判断がなされる場合もある。したがって、ソースの不在によってコンフィデンシャリティが欠如している自己収集情報、およびソースがコンフィデンシャリティを放棄する放映済み（録画）テープの証拠利用というノンコンフィデンシャル情報の属性について、さらに考察する必要があるものと考える。

自己収集情報とは、メディアがソースによる情報の提供を受けることなく、メディア自らが収集する情報をいう[29]。自己収集情報ではソースの不在によってコンフィデンシャリティが欠如していることから、ソースが情報の提供を躊躇うという公衆への情報の自由な流通に対する萎縮的効果は、本来的にはたらかない。したがって、ノンコンフィデンシャル情報について萎縮的効果を認め、ジャーナリストの特権の適用可能性を認めるとしても、自己収集情報について、ソースが存在しないことから萎縮的効果を生じないとして、ジャーナリストの特権の適用可能性が否定される[30]。また、連邦司法省ガイドラインにおいて、刑事および民事訴訟双方におけるサピーナについての司法長官の権限を要求するためには、「メディア以外のソースからえられた情報」であることが要求される[31]。これらに対しては、プレスによって自己収集された犯罪、告白、および他の資料に関する情報に対してサピーナを発行することが検察官にとって常態となる場合、州の慣習と整合しないという批判がなされる[32]。また、ノンコンフィデンシャル情報を保護するカリフォルニア州において、州最高裁判所は、ジャーナリストによる出来事の「観察」という自己収集情報にジャーナリストの特権を適用する判決を下している[33]。

つぎに、放映済み（録画）テープの証拠利用とは、テレビ放映された映像および音声などを捜査機関などが自ら

記録し、当該記録を訴訟において証拠として利用することをいう。放映済み（録画）テープの証拠利用は、情報が既に公表されており、さらに証言強制、開示強制、および捜索・押収などとは異なり、開示強制を受けたものに対して物理的に強制的な手段が伴わないことから、他の開示強制とは大きく異なろう。したがって、放映済み（録画）テープの証拠利用については、萎縮的効果がはたらかない、もしくはほとんどはたらかないという認識も可能であろう。また、ノンコンフィデンシャル情報を保護する制定法の多くは、未公表情報だけに適用されるという。[34] たとえば、ルイジアナ州のシールド法は、「コンフィデンスのうちに、情報をえるあるいは情報の提供を受けない場合においても」、未発行あるいは未放映のニュースあるいはソースについて、ジャーナリストの特権を規定している。[35] さらに、多くのメディアは、とくに宣誓供述書が要求されないならば、公表された情報のなかの証拠に対して異議を唱えないという。[36] これに対して、公表された情報であろうとも、当該情報がプレスの本質を成す情報の収集・伝播において必要であるならば、公表された情報に対する開示要求に応じることは、プレスにとって重い負担になるとされる。また、そのような要求の強制は、編集過程への介入により、客観性を志向するプレスによる批判に妥協を許し、さらにはプレスを一種の私的な調査者に変えることを政府および他の訴訟当事者に認めることとなるとする。しかしながら、これらのいかなる異議も、問題の情報が公衆へ既に提供されるとき、ことさら人心を掌握するには至らないことを認める。[37][38]

既述のように、アメリカの下級審判決および学説の多くは、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、萎縮的効果を認めている。ここでは、萎縮的効果の実証性の問題を超越して、萎縮的効果を受ける対象として、コンフィデンシャル情報に対する開示強制において問題となったソースはもとより、さらにはメディアが捉えられているのである。これらは、コンフィデンシャリティの保護という、これまで訴訟上ないしは制定法上認めら

れてきたジャーナリストの特権を含む証拠上の特権の文脈とは乖離した理解であるといえよう。くわえて、ジャーナリストの特権は、コンフィデンシャリティを欠く場合（ノンコンフィデンシャル情報）があり、またすべての州の同意をえられていないことから、これらの条件をみたして、連邦最高裁判所によって証拠上の特権を承認された心理療法医の証拠上の特権[39]とは異なる情況にある。したがって、Branzburg判決以降、ジャーナリストの特権についての新たな連邦最高裁判所の判決、とくにノンコンフィデンシャル情報に関わるジャーナリストの特権についての連邦最高裁判所の判決がジャーナリストの特権の保障に対して逆効果となることを危惧されているのは[40]、それらの証左であるかもしれない。また、自己収集情報において、ソースが存在しないことを以て萎縮的効果をほぼ否定し、ジャーナリストの特権の適用可能性を認めないという論理には、コンフィデンシャル関係の保護を必須条件[41]とする弁護士とその依頼人などの歴史的な他の証拠上の特権の文脈がみてとれるように思われる。自己収集情報とは、定義上の問題に敢えて言及しないならば、ソースの不利益が全く存在しない事例にあり、メディアにはたらく萎縮的効果の防止というノンコンフィデンシャティの保護の試金石ともいえよう。また、自己収集情報は、ソースに端を発するのではなく、メディアに端を発する（メディアをソースとする）情報として捉えるならば、またメディアの社会的責任論を前提としないならば、ことさら自己収集情報をジャーナリストの特権から排除する理由はあろうか。さいごに、ソースによりコンフィデンシャリティを否定される放映済み（録画）テープの証拠利用については、公表された情報とはメディアとその受け手（読者・視聴者など）とが同じ情報を汎く共有している情報とも考えられることから、その汎く共有された情報に対して開示強制というかたちで干渉することにより、公衆への情報の自由な流通を阻害することとなるものともいえるのかもしれない。

第二章　ジャーナリストの特権についてのテスト

第一節　三要件テスト

既述のように、コンフィデンシャル情報および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、多くのアメリカの下級審判決および学説は、萎縮的効果の実証性および対象の問題を超えて、萎縮的効果を認めて、ジャーナリストの特権の適用可能性を認めている。そこでつぎに、ジャーナリストの特権の適用について判断するためのテストが問題となる。すなわち、ジャーナリストの特権の保護の程度が問題となるのである。

アメリカにおいて、ジャーナリストの特権について採用されるテストとしては、大別して、Branzburg 判決パウエル（Lewis F. Powell, Jr.）裁判官同調意見の個別的・抽象的な利益衡量テスト、そして同判決スチュアート裁判官反対意見の三要件テスト（three-part (prong) test）をあげることができる。

同判決パウエル裁判官同調意見の個別的・抽象的な利益衡量テストは、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、開示強制について判断するテストをいう。下級審判決および学説には、相対多数意見のテストよりも言論保護的であるとして、この個別的・抽象的な利益衡量テストを採用および支持するものもある。(42)

同判決スチュアート裁判官三要件テストは、政府が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第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、開示強制を認めないテストをいう。(43) そして、下級審判決、シールド法、および学

説の多くは、Branzburg 判決スチュアート裁判官反対意見の三要件テストを採用している。(44)

既述のように、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萎縮的効果を認めない下級審判決および学説を除いて、下級審判決および学説の多くは、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萎縮的効果を認めている。そのうえで、アメリカの下級審判決および学説の多くが個別的・抽象的な利益衡量テストではなく三要件テストを支持する理由は、「証拠上の特権が裁判上好まれない」(45)ことから、個別的・抽象的な利益衡量テストに較べて裁判官の裁量をより限定的なものとする意味をもち合わせていよう。このことは、三要件テストが、ノンコンフィデンシャル情報に較べて、コンフィデンシャル情報に対する開示強制における大きな萎縮的効果を査定する言論保護的なテストであるという認識に基づくものとしても評価できる。しかしながら、この三要件テストにも、批判がなされている。そこでは、事件における情報の重要性ないしは必要性を要求する三要件テストの第一要件、および開示の利益と非開示による利益とを衡量する第三要件について、それら判断の主観性を否定できないという指摘がなされているのである。(46)しかし、これらの批判が同テストに対する支持を覆すほどのものであるかについては、検討を要しよう。

第二節　テストの異同

つぎに、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のテストは、どうであろうか。アメリカの下級審判決が採用するテストとしては、利益衡量の基準を定式化するけれどもコンフィデンシャル情報についてのテスト「より緩やかな」テスト、そして Branzburg 判決スチュアート裁判官反対意見に依拠する定式化された三要件テストをあげることができる。(47)

「より緩やかな」テストとは、開示強制において、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、そして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ことを要求するテストをいう[48]。すなわち、同テストは、三要件テストより、開示の利益と非開示による利益を衡量する第三の要件を除外したテストであるといえよう。同テストついて学説には、コンフィデンシャル情報についてのジャーナリストの特権の保障を強固なものとするため、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と同様の特権の主張をとり止める方がよいのかもしれないとする好意的な見解がある[49]。反対に、同テストは、コンフィデンシャル情報と較べて、ノンコンフィデンシャル情報における非開示による利益が一層限定[50]されるとして、緩やかな利益衡量テストを定式化することによって、より低い保障をノンコンフィデンシャル情報へ付与することから、かえって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、ジャーナリストの特権を脆弱化させるという指摘もなされている[51]。また、同テストに対しては、ジャーナリストは政府の調査部門としてみなされることを回避しなければならないとして、コンフィデンシャリティの存否による区別は有効に機能しないという反論がある[52]。さらに、同テストは、一方にお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基礎を提供するものとして評価されるとともに、他方においてジャーナリストの特権を浸食する利益衡量についてのシグナルかもしれないとも評価される[53]。また、同テストについては、民事上のサピーナに対応するプレスのコストおよびトラブルを回避するという善き目的の達成のため、連邦コモン・ローの下、高度の関連性のある証拠あるいはコミュニケーションの開示から保護する砦である証拠上の特権の概念を根底から覆すものであるという批判がある。そして、同テストは、証拠上の特権の本質的理解を脆弱なものとするという、最善の目的をもった悪法であるという[54]。同テストは、コンフィデンシャル情報とノンコンフィデンシャル情報の間において、非開示とする利益に差異をみいだして、ま

たコンフィデンシャル情報の保障を上位におくことを前提として、採用されるテストに緩急を設けるものといえよう。しかし、開示強制による萎縮的効果の実証性が確保されないという情況において、萎縮的効果について双方の情報を峻別して異なるテストを論理的に採用しうるのであろうか。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は、ソースの利益に関係しないことを以て、開示強制の対象となる情報を開示することによる影響を考慮することなく、一概に、コンフィデンシャル情報の場合よりも萎縮的効果が低いものとはいえないだろう。また、三要件テストの第三の要件を課さない場合、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、第一および第二の要件がみたされて開示強制の認められる場合も多いことから、[55]「より緩やかな」テストは、実際にジャーナリストの特権の適否において、どの程度機能するのであろうか。

他方、既述した三要件テストは、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、下級審判決において一定の支持をうけている。[56] 同テストは、コンフィデンシャル情報における評価同様、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も、裁判官に広汎な裁量を認める個別的・抽象的なテストとは異なり、より定式化された言論保護的なテストであると評価できよう。しかし、このような三要件テストに対しては、コンフィデンシャリティの存否を以てテストを峻別しなければ、裁判官の（恣意的で）広汎な裁量を抑制できないとする批判がなされている。[57] すなわち、同テストの下、ノンコンフィデンシャル情報の保護との関係において、裁判官の広汎な裁量により、ノンコンフィデンシャル情報へ引き込まれるかたちで、コンフィデンシャル情報の保障が低下するとの指摘がなされているのである。また、ジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に限定することにより、コンフィデンシャル情報についての保護の強化が図られるとも批判される。[58] さらに、コンフィデンシャリティの存否に基づいてジャーナリストの特権の適用可能性の肯否を判断しないことが、ジャーナリストの特権の射程を曖昧なもの

として、ソースおよびジャーナリストの予見可能性を困難なものとするとの批判もなされている。[59] これら批判は、採用されるテストをとおした、コンフィデンシャル情報とノンコンフィデンシャル情報との相対的な保障の程度の異同の問題ともいえよう。

このように、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のテストでは、各々のテスト固有の問題、そして裁判官の裁量の範囲および主観的判断性という各々のテストが共有する問題について検討することと並行して、コンフィデンシャル情報についての保障（の程度）への影響、そしてジャーナリストの特権全体の保障への影響をふまえた検討を要しよう。また、ノンコンフィデンシャル情報の属性に着目した情報の類型である、自己収集情報および放映済み（録画）テープの証拠利用については、実証性を欠く萎縮的効果について、ノンコンフィデンシャル情報のなかで差異をみいだすことはさらなる困難を意味しよう。したがって、それら情報についてのテストに差異を設けることは、また困難であるといわざるをえないであろう。

むすび

既述したアメリカのジャーナリストの特権についての法情況は、日本の取材源秘匿権の法理に対していかなる示唆を与えてくれるのであろうか。

はじめに、コンフィデンシャル情報に対する開示強制における萎縮的効果について、日本の学説は、アメリカ同様に、概ね認めているといえよう。ただ、アメリカ同様、萎縮的効果については、疑問が投げかけられている。[60] これに対しては、「厳密にこういう措置をとれば表現の自由が妨げられるという関連性が立証されなくとも、そういうおそれがあるものは禁止しておくのが表現の自由や報道の自由の憲法的保障なのではないか」という主張[61]を以て

あてることができよう。また、“chilling effect”を「萎縮」（的）効果ではなく、「畏縮」効果として捉える見解がある。そこにおいて“chilling”とは、「ぞっとさせる」という意味において理解されている。(62) 萎縮的効果についてのこのような理解は、Branzburg判決スチュアート裁判官反対意見同様、萎縮的効果の実証性を必然的に要求しない立場に通底するものがあろう。

また、アメリカの多くの下級審判決および学説同様、日本の学説の多くは、コンフィデンシャル情報における萎縮的効果の問題を超えて、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、萎縮的効果を認めている。(63) このことは、コンフィデンシャル情報についての証拠上の特権の文脈において主張されてきているアメリカのジャーナリストの特権がその派生原理としてノンコンフィデンシャル情報について議論されてきていることとは、趣を異にしよう。日本において、コンフィデンシャリティについての十分な認識のうえでノンコンフィデンシャル情報における萎縮的効果を認めているものとは、いえないであろう。(64) それは、「すでに放映されたものを含む放映のために準備された」ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制を容れた最高裁博多駅テレビ・フィルム提出命令事件決定に対して、相対的なコンフィデンシャリティの保障ないしは報道目的以外の証拠利用の制限を主張する学説を除く多くの学説がノンコンフィデンシャル情報固有の萎縮的効果を十分に指摘していないことからも推測されよう。(65) ノンコンフィデンシャル情報固有の属性を適切に捉えてはじめて、同決定に対して適切に対応できる理論を構築できるのではないだろうか。

このように双方の情報に対する開示強制について萎縮的効果を認めている日本の学説は、コンフィデンシャル情報についてのテストにおいて、三要件テストを支持している。(66) 三要件テストは、博多駅テレビ・フィルム提出命令事件最高裁決定の抽象的な利益衡量テストと較べるならば、その定式化により、裁判官の裁量を限定する意味にお

いて、言論保護的なテストであるといえよう。しかしながら、三要件テストについては、そのような相対的な評価だけではなく、アメリカにおいて学説上議論されているように、少なくとも同テスト自体の個別的な検討を要しよう。

そして、ノンコンフィデンシャル情報についてのテストでは、日本においても三要件テストが概ね支持されているといえよう。(67) 同テストが相対的に言論保護的なテストであるという意味において、日本における言論保護的な立場からは好ましい傾向にあるともいえるのかもしれない。しかしながら、既述のようにアメリカの学説においては、同じく言論保護的な見地より、コンフィデンシャリティの存否を以てテストを異にすることも主張されている。すなわち、言論保護的な見地において、ノンコンフィデンシャル情報について「より緩やかな」テストが支持され、さらにはその保護が否定されるのである。日本においても、結論において、コンフィデンシャリティの存否に依拠してテストを異にすることはともかくとしても、ノンコンフィデンシャル情報を考慮して取材源秘匿権を俯瞰する見地からは、少なくともコンフィデンシャリティの存否を以てテストを精査する余地はあろう。このように、アメリカにおけるジャーナリストの特権についての法情況からは、日本の取材源秘匿権の法理について再考するに際し、コンフィデンシャリティの存否をふまえた萎縮的効果の見地より検討を加える必要性を読みとることができるのではないだろうか。

（1） 浜田純一「表現の自由（1）」樋口陽一編『講座・憲法学（3） 権利の保障1』（日本評論社、一九九四年）一三七、一四五頁参照。

（2） 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）とは、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。また、アメリカ法の文脈における取材源秘匿権については、“reporter's privilege”

とともに比較的に一般的な表記方法であるジャーナリストの特権（journalist's privilege）として表記することとする。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七七、九七頁注（1）（二〇〇三年）参照。

（3）佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、一九九五年）五三八―五三九頁ほか。

（4）松本一郎「日本テレビ・ビデオテープ押収と証拠収集」ジュリスト九二六号五三、五三頁（一九八九年）。

（5）最二小決平成元年一月三〇日刑集四三巻一号一九頁（一九八九年）、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）。

（6）前田・前掲注（2）七七頁以下。

（7）Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 693-694 (1972). たしかに、Branzburg 判決では、ジャーナリストの憲法上の特権の真の正当化について、裁判官の意見の一致をみなかった。しかしながら、同判決のすべての裁判官がジャーナリストに対する証言強制の有する影響を認識していたことは、否定できないであろう。*See* Anthony L. Fargo, *The Journalists Privilege For Nonconfidential Information In States With Shield Laws*, 4 Comm. L. & Pol'y 325, 354 (1999).

（8）Branzburg, 408 U.S. at 733-735 (Stewart, J., dissenting). なお、パウエル裁判官同調意見は、相対多数意見が取材あるいはジャーナリストのソースについての保護という憲法上の権利を否定していないとして、相対多数意見の「限定された性質」を強調する。*Id*. at 709 (Powell, J., concurring). また、ダグラス（William, O. Douglas）裁判官反対意見は、修正一条の下、個人のプライバシーが絶対的に保障され、そして自己統治の見地から意見の自由な流通が保障されるとする。*Id*. at 714-715 (Douglas, J., dissenting).

（9）パウエル裁判官同調意見に依拠することにより、Branzburg 判決の射程を大陪審手続きに限定するものとして、*e. g.*, Bursey v. United States, 466 F.2 d 1059 (9 th Cir. 1972), *reh'g denied*, 466 F.2 d 1090 (9 th Cir. 1972); Cervantes v. Time, Inc., 464 F.2 d 986 (8 th Cir. 1972), *cert. denied*, 409 U.S. 1125 (1973); Baker v. F&F Inv. Co., 470 F.2 d 778 (2 d Cir. 1972), *cert. denied*, 411 U.S. 966 (1973).

（10）*See* 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).

（11） Fargo, *supra* note 7, at 337.

（12） *See* Anthony Lewis, *A Preferred Position for Journalism?*, 7 Hofstra L. Rev. 595, 617 (1979).

（13） *E.g.*, Comment, *Compulsoly Disclosure of a Newsman's Source*, 54 Nw. L. Rev. 243, 247 (1959); Comment, *Constitutional Law — Freedom of the Press — Right of News Media Personnel. To Refuse To Disclose Confidential Sources of Information*, 61 Mich. L. Rev. 184, 189 (1962).

（14） Vincent A. Blasi, *The Newsman's Privilege: An Empirical Study*, 70 Mich L. Rev. 229, 284 (1971). そのほかの経験に基づく研究として *e. g.*, James A. Guest & Alan L. Stanzler, *The Constitutional Argument for Newsmen Concealing the Sources*, 64 Mw. U. Rev. 18 (1969).

（15） Resent Case, *Constitutional Law — Freedom of the Press — Reporter Has No Constitutional Right To Preserve Anonymity of an Informer if Court Orders Disclosure. — State v. Buchanan, 436 P.2 d 729 (Ore.) (en banc), cert. denied, 392 U.S. 905 (1968)*., 82 Harv. L. Rev. 1384, 1386-1387 (1969).

（16） *See* Fargo, *supra* note 7, at 336.

（17） なお，取材および編集過程への介入による自己検閲を指摘する見解として，*see* 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, 209-210 (1997).

（18） *See 1997-98 Not a Good Year for Reporters' Privilege*, 26 Media L. Rep. (BNA) (Nov. 24, 1998) (unnumbered cover).

（19） *See* United States v. LaRouche Champaign, 841 F. 2d 1176, 1182 (1st Cir. 1988); Shoen v. Shoen, 5 F. 3 d 1289, 1294-1295 (9 th Cir. 1993).

（20） *E.g.*, Curtis, *supra* note 17; 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); Fargo, *supra* note 7.

(21) Resent Case, *Evidence — Evidentiary Privilege — Second Circuit Refuses to Recognize Journalists' Privilege for Nonconfidential Information. — Gonzales v. National Broadcasting Co., 155 F. 3 d 618 (2 d Cir. 1998)*., 112 Harv. L. Rev. 2019, 2019-2020, 2022 (1999).

(22) *Id*. at 2023.

(23) Fargo, *supra* note 7, at 337.

(24) *Evidence*, *supra* note 21, at 2023-2024. また、連邦民事訴訟規則二六条は、ジャーナリストの特権について、高度の関係の要件を課していないとする。*Id*. at 2024.

(25) *Id*. at 2019-2024.

(26) *E.g*., 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).

(27) *See* 8 WIGMORE, EVIDENCE § 2227 (McNaughton rev. 1961).〔　〕内は、筆者による。原文のイタリック体は省略した。

(28) Zampa, *supra* note 26, at 1455.

(29) 自己収集情報の定義は、定義をすること自体の効用を考慮しないならば、コンフィデンシャリティの定義と連関するむつかしい問題を孕んでいる。自己収集情報を広義に捉えるならば、すなわちコンフィデンシャリティを狭義に捉えるならば、ソースとメディアとの間にコンフィデンスについての明示的な約束なき場合、コンフィデンシャル関係にないこととなり、自己収集情報ともなろう。他方、自己収集情報を狭義に捉えるならば、すなわちコンフィデンシャリティを広義に捉えるならば、デモンストレーション参加者とそれを取材するメディアとの間には、暗黙のコンフィデンシャル関係が存在していることともなろう。佐藤幸治ほか「取材源秘匿の権利――佐藤報告を中心に」公法研究三四号一六七、一七三頁〔佐藤発言〕（一九七二年）参照。

(30) *See* State v. Salsbury, 129 Idaho 307, 308-309 (Idaho 1996).

(31) 28 C.F.R. 50.10(f)(1), (2) (1999).

(32) Adam Liptak, *Panel Two : Media and Law Enforcement : The Hidden Federal Shield Law : On the Justice Department's Regulations Governing Subpoenas to the Press*, 1999 Ann. Surv. Am. L. 227, 229 (1999).

(33) Delaney v. Superior Court, 789 P.2 d 934 (Cal. 1990). たとえば、ノンコンフィデンシャル情報を保護するコロラド州の制定法は、情報が他の場所で合理的にえられない場合、あるいは情報が特定の重罪の遂行に関するジャーナリスト個人の観察に基づく場合を除いて、犯罪遂行に関するジャーナリスト個人の観察に基づくあらゆる情報、出版、あるいは放映済みの記者会見において収集されたあらゆる情報にジャーナリストの特権を適用する。COLO. REV. STAT. ANN. § 13-90-119(2)(a)-(d) (West 1997). さらに、ニュージャージー州最高裁判所は、ジャーナリストの特権が適用除外となる目撃者について、火災の航空写真撮影者を該当しないとした。したがって、写真撮影者が実際の犯罪行為の写真を撮った場合にのみ、適用除外となろう。*See In re* Woodhaven Lumber & Mill Work, 589 A.2 d 135, 139 (N.J. 1991).

(34) Fargo, *supra* note 7, at 350.

(35) LA. REV. STAT. ANN. § 45 : 1459 (A), (B)(1) (West 1982 & Supp. 1997) ; *see also* N.Y. CIV. RIGHTS LAW § 79-h(c) (West 1992 & Supp. 1997) ; 28 C.F.R. 50.10(e), (f)(4), (5) (1999).

(36) 多くのメディアは、公表部分についての証言に同意したが、コンフィデンシャル・ソースの開示、あるいは他の未公表資料の提出に同意しなかったという。United States v. Cutler, 6 F.3 d 67, 70 (2 d Cir. 1993). また、公表された情報の証拠利用を争点としたジャーナリストの特権に関する訴訟は、散見されない。

(37) Liptak, *supra* note 32, at 230.

(38) 州憲法において唯一ジャーナリストの特権を保護するカリフォルニア州憲法そして同州の証拠法は、出版あるいは放映された情報のソースも、開示拒否を理由として、立法、司法、および執行機関によって有罪とされることはないと規定する。また、同憲法および同証拠法は、公表された情報のもととなった、取材ノート、未放映部分（outtake）、写真、およびテープなどの公衆へ伝播されていない資料を未公表情報として定義している。CAL. CONST. art. I, § 2 (1997) ; CAL. EVID. CODE ANN. § 1070 (West 1995 & Supp. 1999).

(39) *See* Jaffee v. Redmond, 518 U.S. 1 (1996).

(40) Fargo, *supra* note 7, at 353.

(41) 8 WIGMORE, *supra* note 27, at § 2227.

(42) *See* Branzburg, 408 U.S. at 710 n* (Powell, J., concurring). 多くの下級審裁判官がホワイト裁判官相対多数意見よりもむしろパウエル裁判官のより言論保護的な同調意見の趣旨に遵うものとする評価として、KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 1410 (Foundation Press, 2001).

(43) Branzburg, 408 U.S. at 743 (Stewart, J., dissenting). 翻訳については、つぎの文献を用いた。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）二〇五頁。

(44) *E. g.*, Baker, 470 F. 2 d 778 ; *see also* Fargo, *supra* note 7, at 342.

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

(46) Zampa, *supra* note 26, at 1451-1452.

(47) そのほかのテストについて、前田・前掲注（2）八六―八七、九二―九三頁参照。

(48) *See* Gonzales v. NBC, 194 F. 3 d 29, 34 (2 d Cir. 1999).

(49) *See 1997-98 Not a Good Year*, *supra* note 18, at (unnumbered cover).

(50) Clark, *supra* note 26, at 391. 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、Fargo, *supra* note 10, 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。

(51) *See Id*. at 387 ; *Evidence*, *supra* note 21, at 2024. *Cf*. United States v. Burke, 700 F.2 d 70 (2 d Cir. 1983) ; United States v. Cutler, 6 F.3 d 67 (2 d Cir. 1993).

(52) *See 1997-98 Not a Good Year*, *supra* note 18, at (unnumbered cover).

(53) Fargo, *supra* note 10, at 388.

(54) Clark, *supra* note 26, at 391.

(55) *E. g.*, Gonzales, 194 F. 3 d 29 ; Shoen v. Shoen, 48 F.3 d 412 (9 th Cir. 1995).

(56) *E. g.*, United States v. LaRouche Champaign, 780 F. 2 d 1134 (1 st Cir. 1988).

(57) Zampa, *supra* note 26, at 1451-1452.

(58) *Id*. at 1456.

(59) *Id*. at 1453.

(60) 小山剛「取材源の秘匿――取材源秘匿権と憲法二一条」号一八、一九―二〇頁（二〇〇〇年）ほか。議論の詳細については、榎原猛『表現権理論の新展開』（法律文化社、一九八二年）三四五―三四六、三五一―三五五頁参照。

(61) 伊藤正己ほか「刑事司法と報道の自由――博多駅事件をめぐって」ジュリスト四三九号一五、二四頁〔伊藤発言〕（一九六九年）。

(62) 高橋和之「メディアの『特権』は〝フリー〟ではない――個人情報保護法案の正確な理解に向けて」ジュリスト一一三〇号五二、五七頁注（9）（二〇〇二年）。

(63) 松井・前掲書注（43）二〇八頁―二〇九頁ほか。

(64) このことは、日本において自己収集情報について十分論じられていないことからも、明らかなように思われる。なお、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）二九三―三〇八頁参照。

(65) 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）。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、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、一九九五年）一一一頁、松井・前掲書注（43）二〇八頁―二〇九頁ほか。

(66) 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―二九九頁。

(67) 松井・前掲書注（43）二〇八頁―二〇九頁ほか。