The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	いわゆる取材源秘匿権の法理
Author(s)	前田, 正義
Citation	阪大法学. 2009, 58(6), p. 71-100
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55380
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の法理

前田正義

はじめに

取材源秘匿権とは、代表的な定義によるならば、「公衆に対する情報伝播の目的で、内々の信頼関係を通じて取材した場合の取材源（狭義の取材源秘匿権）およびかかる関係を通じて得られた情報（取材メモ、フィルムなど）（広義の取材源秘匿権）の開示を強制されない権利」をいう。(1) そこでは、取材源とジャーナリストの内々の信頼関係（confidentiality）を保護（取材源の枯渇を防止）することにより、公衆への情報の自由な流通を促すこと（萎縮的効果［chilling effect］の防止）がその目的とされている。(2) かかる取材源秘匿権は、近時、ＮＨＫ記者事件最高裁決定において初めて確認されたことから、注目を集めているといいえよう。(3)

かかる取材源秘匿権を本稿が主題とするに至った直接の端緒は、取材源秘匿権を構成する行為である取材行為を憲法上初めて位置づけた博多駅テレビ・フィルム提出命令事件最高裁決定（以下、博多駅事件決定という）にある。同決定において提出命令の対象となった「本件フィルムは、すでに放映されたものを含む放映のために準備されたもの」であった。ここに、取材源秘匿権の要件とされる「内々の信頼関係」を欠くにもかかわらず、かかる情報に

対して取材源秘匿権の適用可能性が認められたのである。[4] このことは、同決定について、取材の自由が報道（表現）の自由よりも低い保障を受けるものとして、ひろく学説上捉えられていること[5]と対照的であるともいいえよう。いわばかかる齟齬を派生することは、取材源秘匿権の対象（客体）となる情報の見地より、取材源秘匿権の法理の問題の表出をみてとることができるものともいいえよう。また、このコンフィデンシャリティ[6]の問題は、プレスに対するサピーナ（subpoena：罰則付召喚令状。subpoena duces tecum：文書提出命令状）に関して、ジャーナリストの特権（journalist's privilege：取材源秘匿権）についての法的蓄積を有するアメリカ法において、判例および学説上、奇しくも問題となってきている（本稿第一章考察）。しかしながら、取材源秘匿権の法理が孕む問題は、必ずしもこのような客体の問題にとどまるものではない。アメリカ法からは、ジャーナリストの特権の主体の見地より、ジャーナリストの特権の法理の問題点を指摘することができる。すなわち、本稿冒頭において紹介した取材源秘匿権の定義では取材源秘匿権の主体についての要件が明示されていないけれども、取材源秘匿権の主体がいわゆるメイン・ストリームのメディアに属する職業的なジャーナリストに限定されるか、それともそれ以外の著者さらにはネット・ジャーナリストなどに及びうるか、という問題がある。この問題は、日本法において直接訴訟上の問題とはなっていないけれども、アメリカ法においては、後述するとおり判例および学説上問題となってきている（同第二章考察）。[7] したがって、これらの問題より析出される取材源秘匿権の本質たる「公衆への情報の自由な流通」の見地より、取材源秘匿権の法理について考察し（同第三章）、近時の取材源秘匿権の動向、そして取材源秘匿権の法理についての課題に言及する。

第一章　取材源秘匿権の客体（対象）論

第一節　日本法におけるノン／コンフィデンシャル情報の保護

日本法では、新聞記事の秘匿の取材源に係わる証言などの拒絶が刑事訴訟上争点となった石井記者事件において、コンフィデンシャル情報の保護が争点となった。最高裁は、「憲法の右規定〔第二一条〕の保障は、……いいたいことはいわせなければならないということである。未だいいたいことの内容も定まらず、これからその内容を作り出すための取材に関しその取材源について、……証言拒絶の権利までも保障したものとは到底解することができない」[8]として、取材源秘匿権、ひいては「〔いいたいことの〕内容を作り出すための取材」の自由を一蹴した。

しかし、表現の自由そして報道の自由から派生するものとされる取材の自由についての最高裁のかかる立場は、付審判請求の審理においてテレビ局が裁判所によるテレビ・フィルム提出命令を拒絶したことを争点とする博多駅事件決定にあって、「報道機関の報道は、……国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがつて、……報道の自由は、……憲法二一条の保障のもとにある……また、……報道が正しい内容をもつためには、……報道のための取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値いする」として、表現の自由から派生する報道の自由を肯認したうえ、「いいたいことの内容」に係わる取材の自由について憲法上保障される権利という明言こそしなかったものの「十分尊重に値いする」とするに至り、大きな転換期を迎える。さらに、同決定の後、裁判所は、新聞社が新聞記事による名誉毀損を理由として謝罪広告の掲載などを求められた民事訴訟における記者の証言拒絶を争点とする島田記者（北海道新聞）事件において、「自由な言論が維持されるべき新聞において、もし記者が取材源を公表しなければならないとすると、情報提供者を信頼させ安んじて正確な情報を提供させることが不可能ない

し著るしく困難になることは当然推測されるところであるから、新聞記者の取材源は右『職業ノ秘密』に該る[9]」として、取材の自由におけるコンフィデンシャリティの重要性（その破壊による萎縮的効果の発生）を認識することにより、少なくとも民事訴訟上、取材源秘匿権を肯認するに至る。たしかに、最高裁の判断におけるかかる差異については、特定の職業人に限定しない「職業上ノ秘密」を保護する民事訴訟法二八一条一項三号旧規定（現行一九七条一項三号）と刑事訴訟における公正な裁判の実現および特定の職業人の「他人の秘密」を保護する刑事訴訟法一四九条における文言上の差異を指摘できる。しかし、取材源とジャーナリストのコンフィデンシャリティの保護という憲法上の要請は、民事訴訟法同様、刑事訴訟法においても顧慮されなければならないはずであろう[10]。

ただ、取材源秘匿権については、コンフィデンシャル情報に対する開示強制という文脈の問題にとどまることはなかった。博多駅事件決定において、付審判請求における提出命令の対象は、「右フイルムは既に放映済のものもあるのみならず、外部に発表されないという相手方〔取材源〕との強い信頼関係の基盤に立つて取材されたものとは認め難く〔現場に居合わせた者であるならば誰もがみることのできた〕、却つて、……その取材に際しこれを報道して一般に公開することを予定されたものといい得る」ノンコンフィデンシャル情報であった[11]。したがって、取材源秘匿権の法理において、コンフィデンシャリティの保護を謳うのでは、かかる情報は取材源秘匿権の対象（客体）の埒外となる[12]。このように、取材源秘匿権については、コンフィデンシャル情報に対する開示強制という旧来の文脈から離れて、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制という新たな文脈が訴訟上生起した。そこでは、後者の保護の如何を別論としても、かかる文脈に整合する新たな法理の形成が要請されることとなろう。そこでは、取材源秘匿権の目的に徴して、「公衆への情報の自由な流通」を阻害する萎縮的効果の存否が問題となる。

この点、博多駅事件決定は、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萎縮的効果について、「本

件フイルムは、すでに放映されたものを含む放映のために準備されたものであり、それが証拠として使用されることによつて報道機関が蒙る不利益は、報道の自由そのものではなく、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〔り〕……忍受されなければならない程度のもの」として、取材の自由に対する萎縮的効果を完全には否定しないものの、その程度は低く抑えられているとする評価を下した。また、憲法上保障される報道の自由の問題ではなく、憲法上「尊重に値いする」取材の自由の問題にとどまるという前提の下、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制の場合、コンフィデンシャル情報とは異なり、現実の取材源とジャーナリストのコンフィデンシャリティが破壊されていないゆえに、利益衡量のうえ、保護に値しないとの判断を下しているとも解される。

同決定については、学説上、取材したものを証拠として提出することについて、「犯罪の性質、態様、軽重および……証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無」と「報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情」という対立する利益の具体的な衡量において、「報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮」するという厳格な基準を採用したとして評価される。[13] 他方、「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」として報道機関の蒙る不利益を幾分矮小化しているとの評価がなされている。衡量の基準の準則化が、要請されているともいいえよう。[14]

そして、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、阪本昌成教授は、ジャーナリストと取材源の関係が「開示された情報を報道目的以外に使用しないという信頼（相対的閉鎖性）を基盤」とするとして、ノンコンフィデンシャル情報の保護に言及する。また、松井茂記教授も、「取材の内容が後日報道以外の目的で利用されるかもしれないとすれば、取材は困難になる」とする。[15] 一方、奥平康弘教授は、後述のようにアメリカ法における

主張と同じ趣旨の見地より、報道機関の取材物および放映録画物が国家行為のために他事利用されるならば、報道機関が「国家機関の捜査下請け機関」となる虞を指摘[16]しており、コンフィデンシャリティの保護に固執してはいない。

第二節　アメリカ法におけるノン／コンフィデンシャル情報の保護

アメリカ法においては、ジャーナリストの特権がその固有の文脈において展開されてきたのではなく、証拠上の特権（証言拒絶など）から派生する（ジャーナリストの）特権として訴訟上戦術的に展開されてきた[17]。この証拠上の特権は、聖職者と悔悟者、弁護士と依頼人、および医師と患者のコンフィデンシャリティの保護を目的として、コモン・ロー上認められてきた。アメリカのコモン・ロー上の証拠上の特権の統合を図るウィグモア教授は、「（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も大きくなければならない」[18]という同特権の四つの成立要件を示し、判例に大きな影響を与えた。ジャーナリストは、コモン・ロー上、証拠上の特権を否定されてきたが、同特権の文脈に準え、自らの特権を訴訟上主張した。そこには、裁判所に対して全く新たな証拠上の特権の承認を求めるのではなく、既存の証拠上の特権の一つとして承認を求める方が承認をえられやすいという、訴訟上の戦術的意図が推察される[19]。

かかる状況下、合衆国最高裁は、ジャーナリストが大陪審手続きにおいて取材源に関わる証言を拒否したことから証拠上の特権（ジャーナリストの特権）の適用が争点となったBranzburg判決[20]において、その適用を拒んだ。同

判決において、ホワイト裁判官による法廷意見は、つぎのように判示した。修正第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にするのではなく（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」という原理がとりわけ大陪審手続きに妥当する。そして、犯罪に係わる情報を非開示とするという公衆の利益が、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るものではないとする（at 695）。したがって、本件では判例上修正第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」利益がみたされるとして（at 700）、ジャーナリストの特権を否定した（at 708-709）。しかしながら、同意見は、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（at 681）として、修正第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）。同判決には、パウエル（Lewis F. Powell, Jr.）裁判官による同調意見、スチュアート（Potter Stewart）裁判官による反対意見、およびダグラス（William O. Douglas）裁判官による反対意見が付されており（at 711-725）、前二者は、その後の下級審判決に大きな影響力を有することとなる。

その後、多くの下級審判決、および州のシールド法（shield law（statute））の多くは、ジャーナリストの特権を肯定する。多くの巡回区連邦控訴裁判所は、Branzburg 判決におけるパウエル裁判官の同調意見（利益衡量テスト）およびスチュアート裁判官の反対意見（three-part（prong）test：三要件テスト）に依拠して、同法廷意見との関係により大陪審手続きを除いて、民事訴訟あるいは民刑事訴訟においてジャーナリストの特権を承認する。[21] パウエル裁判官の同調意見は、同法廷意見がジャーナリストの取材あるいは取材源の保護について憲法上の権利を否定しないとして、同法廷意見の「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、各事項に基づいて、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*）。スチュアート裁判官の反対意見は、ジャーナリストの特権が私的利益の保護を目的とするコモン・ロー上のその他の証拠上の特権とは異なり、「公衆への情報の自由な流通（free flow of information to the public）」をとおして自己統治に資するとして（at 737-738）、ジャーナリストの特権とその他の証拠上の特権を区別する。また、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、プレス以外の取材源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取材源のコンフィデンシャリティを破壊することは、取材源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いう。したがって、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）、政府は、（1）「ジャーナリスト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え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利益を証明し」なければならない[22]（at 743：三要件テスト）とした。

一九八〇年代以降、ジャーナリストの特権についての問題は、ノンコンフィデンシャル情報の保護というコンフィデンシャル情報の保護の文脈を超える争点が訴訟上提起されるに至る[23]。そして、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は、ノンコンフィデンシャル情報の保護の要否をめぐって、巡回区連邦控訴裁判所の諸判決が錯綜することとなる[24]。はじめに、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の特

権の適用可能性を認めた判決として、係属中の刑事訴訟の被告について報道するテレビ局が同被告によるノンコンフィデンシャルな（公表済みの）取材源などの開示の申し立ての破棄を争点とするLaRouche判決をあげることができる。同判決は、判決理由において、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制においても、（1）取材過程への介入に対する脅威、（2）政府などの調査機関として公衆にみなされる不利益、および（3）開示強制に応じる負担、というテレビ局に対する萎縮的効果を認めた。[25] 他方、放送局が所持する刑事被告人に係わる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Smith判決は、ジャーナリストの特権が適用される可能性について、「本件において、取材源が枯渇する虞は、さして大きくはない。……この〔ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制の〕問題には、情報提供者の「権利」が存しない。むしろ、取材記者〔ジャーナリスト〕の権利である」[26]として、否定した。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おける萎縮的効果についての評価に較差があり、かかる較差が、ジャーナリストの特権の適用可能性の要否を決している。

第二章　取材源秘匿権の主体論

第一節　日本法におけるジャーナリストの概念

既述のように、取材源秘匿権の客体概念については、取材源秘匿権の目的である「公衆への情報の自由な流通」を図るために、専らコンフィデンシャリティに基づくコンフィデンシャル情報を保護することにより充足されるのか、すなわちノンコンフィデンシャル情報を保護する必要があるのかが、問題となっていた。他方、取材源秘匿権のもう一方の構成要素である主体概念については、既述のように、日本法において、その概念論の不十分性が指摘されている。[27] しかしながら、日本法において、取材源秘匿権を離れて、汎く規範論においてジャーナリストの概念

論が全く欠如していたわけではない。

判例には、ジャーナリストを規範上位置づけているものがある。たとえば、法廷メモを採取する研究者（公衆一般）の権利を争点とするレペタ事件最高裁判決は、「報道のための取材の自由に対する配慮に基づき、司法記者クラブ所属の報道機関の記者に対してのみ法廷においてメモを取ることを許可することも、〔憲法一四条第一項上〕合理性を欠く措置ということはできない」[28]と判示した。同判決は、その結論の当否は別論として、少なくとも判決上、公衆一般同等の規範的地位があるものとみなされている研究者と「司法記者クラブ所属の報道機関の記者」との規範上の差異を強調する。[29]また、実定法では、個人情報の保護に関する法律第五〇条第一項第一号は報道機関が個人情報取扱事業者の義務（同法第四章）の適用除外とされるという文脈において、「放送機関、新聞社、通信社その他の報道機関（報道を業として行う個人を含む。）」として「報道機関」を定義している。したがって、マスメディアに所属しないフリー・ジャーナリストも、当然にそのカテゴリーに包摂されるところ[30]となり、文脈を異にするものの、ジャーナリストを範疇化するさきのレペタ事件最高裁判決などとは異なる立場にある。その意味において、同法は、公共性を担うものとされる報道機関をより広汎に捉えているものといいえよう。また、同法第五〇条第二項は、かかる報道機関の定義を構成する構成員としてのジャーナリストを限定するいま一つの要件である「報道」の内実について、「前項〔同条第一項〕第一号に規定する『報道』とは、不特定かつ多数の者に対して客観的事実を事実として知らせること（これに基づいて意見又は見解を述べることを含む。）」として定義する。すなわち、ジャーナリストについて、客観的事実に係わる情報以外、報道される情報の定性性（内容）について多くを問うことなく、さらに情報の定量性についても具体的に問わないという姿勢が、ここには認められる。

このように、日本法における判例および実定法では、取材源秘匿権とは異なるより限定された文脈ではあるけれ

ども、マスメディアないしはジャーナリストの規範的地位が認められるに至っている。ことに、判例においては、マスメディアの事実的評価を引き上げることにより、その高い規範的地位が導き出されているといいえよう。

第二節　アメリカにおけるジャーナリストの概念

アメリカ法では、ジャーナリストの特権の享有主体性がジャーナリストの特権のスタンディング（当事者適格）として、捉えられてきた。この点、Branzburg 判決の法廷意見は、「我々は、裁判所がそのようなたし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。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〔ジャーナリスト〕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」（at 703-705）として、疑義を呈している。合衆国最高裁は、プレスの自由が個人の権利であるという伝統的教義を半ば逆手にとり、個人である公衆一般から、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を分離することの困難性を強調する。

その後、この合衆国最高裁による疑義を受けて、下級審は、現実に訴訟上かかる難問を突きつけられるところとなり、その判断を迫られることとなる。たとえば、刑事被告人の知人が執筆した該刑事訴訟に係わるメモ（ニュース性を有する情報）に対する開示強制を争点とする von Bulow 判決は、「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」[31]と判示した（公衆へ伝播

する意図テスト：intent for public dissemination）。同判決は、ジャーナリストの特権のスタンディングにおいて、「伝播」という情報についての定量性こそ要求するものの、情報の定性性を明示的に要求していないといいえよう。[32]

しかし、この「公衆へ伝播する意図」テストに対して、プロレスリング興業のテレフォン・サービス制作者に対する証言強制を争点とするMadden判決では、エンターテイメントという文脈において、「ジャーナリストの特権の保護を主張する個人は、（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、という三つの要素を証明しなければならない」[33]として、同テストの要件に加えて、新たに「調査報道」によるニュース（「調査報道」という情報の定性性）という要件が示された。

また、ジャーナリストの特権のスタンディングに係わる実定法に目を転じるならば、各州のシールド法には、「公衆へ伝播する意図」テストとは異なり、比較的に個別具体的な要件を規定するものがあり、政府によるスクリーニング、および職業性を規定するものを別論としても、情報の伝播に従事する形態など報道における情報の定量性を非常に厳密に規定するものだけではなく、伝播される情報の一般性など情報の定性性をも規定するものも存在する。[34]

第三章　取材源秘匿権の法理

第一節　コンフィデンシャリティと「公衆への情報の自由な流通」

ジャーナリストの特権の法理において既述の歪みを生んだ背景には、ジャーナリストの特権の客体概念および主体概念における訴訟戦術の功罪と戦略の欠如、そしてかかる歪みが時代の変化により露呈したという、その不幸な歴史があったものともいいえよう。ジャーナリストの特権は、アメリカ法においては証拠上の特権、すなわち個人

のプライバシーを保護するために医師と患者などのコンフィデンシャリティを保護する特権という文脈から派生した。したがって、ジャーナリストの特権の客体（概念）について、ジャーナリストは、「公衆への情報の自由な流通」の下、取材源とジャーナリストのコンフィデンシャリティからえられたコンフィデンシャル情報に対する開示強制からの保護を訴訟戦術上主張するという恰好となった。その結果、合衆国最高裁ではいまだジャーナリストの特権の適用が認められていないが、[35] 州のシールド法および下級審判決では、ジャーナリストの特権の適用可能性を認めるものが大勢を占める。その意味において、かかる訴訟戦術は、一応の成功を収めたものといいえよう。しかし、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制の問題が訴訟上提起されるに至り、旧来の萎縮的効果論に依拠する古典的なジャーナリストの特権の法理は、半ば破綻状態に陥ることとなる。それまでのジャーナリストの特権の法理における戦略的視座の欠如が、露呈したものともいいえよう。[36] そこで、ジャーナリストの特権の法理は、その歪みを是正すべく、その堅持もしくはその転換を迫られ、ノンコンフィデンシャル情報の保護についてアメリカの下級審判例においてその判断が分かれている如く、形成されるに至ってはいないものともいいえよう。そして、取材源秘匿権の客体概念については、表現（報道）の自由から導かれる「公衆への情報の自由な流通」という取材源秘匿権の目的、そしてかかる目的を達成する手段として、取材源とジャーナリストの内々の信頼関係（コンフィデンシャリティ）を保護することにより、取材の自由ひいては表現（報道）の自由における萎縮的効果を抑制するという認識について、日本法およびアメリカ法においてさしたる争いはなかった。取材源に対する萎縮的効果の実証性を欠くにも拘わらず、[37] 学説の多くが開示強制により取材源が情報の提供を躊躇うとして、萎縮的効果の発生を認めてきている。[38] その意味において、取材源秘匿権がひとまずコンフィデンシャル情報をその射程に収めることについて、大きな争いはないものといいえよう。しかし、新たな問題として訴訟上提起された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、その萎縮的効果の存否が争点となっていた。

この萎縮的効果論、すなわちコンフィデンシャリティの存否と萎縮的効果の関係について評価する際には、取材源秘匿権の目的である「公衆への情報の自由な流通」を構成する取材源、ジャーナリスト、そして公衆、という情報の伝播についての一連のプロセス全体を対象とすることが枢要であろう。それは、「公衆への情報の自由な流通」における萎縮的効果を評価する際、取材源にとどまることなく、そのいかなる段階においても萎縮的効果が生じるものであるならば、その軽重（要保護性）は別論としても、萎縮的効果が発生するものと考えうるためである。

それでは、争点であ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、萎縮的効果を生じるのであろうか。この場合、取材源とジャーナリストのコンフィデンシャリティを欠き、したがって取材源とは無関係のため、萎縮的効果において、コンフィデンシャル情報とパラレルに捉えることはできない。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も、取材過程への介入に対する脅威、政府などの調査機関として公衆にみなされる不利益、および開示強制に応じる負担について萎縮的効果を認めることができるとして、ジャーナリストに対する萎縮的効果を評価する判断もなされている。(39) かかる評価に対しては、その萎縮的効果を完全に否定こそしないものの、その実証性を欠くとして、コンフィデンシャル情報とは異なり、強硬な批判がなされてきた。(40)

このように、コンフィデンシャリティの有無と萎縮的効果の関係についての議論は、社会心理学的概念である萎縮的効果の実証性を問うものであり、その閉塞の観を拭いきれない。しかしながら、萎縮的効果の実証性という問題はあるものの、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制についても、萎縮的効果を完全に否定するアメリカの下級審判決などは必ずしも散見されない。(41) 日本の裁判所の立場も、同様であるといえる。(42) その意味において、ノンコンフィデンシャル情報について取材源秘匿権を認めない立場は、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示

強制において法的保護に値する萎縮的効果が発生していないとの認識を有するものと考えられる。何を以てかかる認識に至るものか疑問がないわけではないけれども、コンフィデンシャリティを重視する立場も、また重視しない立場も、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何らかの萎縮的効果が生じるとの認識を少なくとも基底的に共有するものといいえよう。(43)

この点、有益な視点を提供するものとして、公正な裁判の実現とジャーナリストの特権の調整について、三つの要件を以て図るものと解されるスチュアート裁判官の三要件テスト（Branzburg 判決）をあげることができる。(44) 同テストの「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えられないことを証明し」なければならないという第二の要件は、取材源の存在を確認されているということを前提とするノンコンフィデンシャル情報についてかかる証明の相対的な容易性が認められることから、実質上、奇しくも既にコンフィデンシャリティの有無についての判断にとどまることなく、裁判官の裁量範囲を限定する要素、そしてコンフィデンシャリティの有無によるインフレ化の懸念、についても事実上問題を生じないものと考えられる。このことは、アメリカの下級審判決においてノンコンフィデンシャル情報に対してジャーナリストの特権を適用しない事案の存在(45)からも、明らかであろう。また、ジャーナリストの特権の適用に係わる予見不可能性についても、同テストには既述した第二の要件というコンフィデンシャリティを峻別する要件が既に組み込まれているものと解されることから、その適用における妥当性を一義的に否定するまでには至らないであろう。(46)

第二節　ジャーナリストの概念と「公衆への情報の自由な流通」

取材源秘匿権の主体概念については、それまで職業者たるジャーナリストにより訴訟の場において主張されてきただけに、取材源秘匿権の享有主体において当然の如く職業者たるジャーナリストが前提されてきた。しかし、情

報化社会の到来とともに、職業者たるジャーナリストだけが情報を伝播する手段をいわば寡占する時代は既に終わったものともいえるのであり、公衆一般がジャーナリストとして「公衆への情報の自由な流通」に携わることが可能となり、ジャーナリストの特権の法理に歪みが生じることとなった。そして、アメリカの下級審判決に至っては、ジャーナリストとはエンターテイメントに携わる者ではなく、ジャーナリズムに携わる者とするテスト（Madden テスト）を採用するまでに及んだ。その歪みは、一層顕著なものとなったのであった。

それでは、かかる状況下にあって、取材源秘匿権の法理を構成する取材源秘匿権の主体概念については、いかに解するべきであろうか。ここでも、客体概念と同様に、「公衆への情報の自由な流通」という取材源秘匿権の目的との整合性が要請されることとなろう。そうすると、アメリカ法における判例では、「公衆へ伝播する意図」テストそしてニュースとエンターテイメントを峻別する Madden テストという双方のテストと、「公衆への情報の自由な流通」の整合性について検討を要することとなる。すなわち、ジャーナリストはジャーナリズム（Madden テスト）か、それともジャーナリストのエンターテイメント（「公衆へ伝播する意図」テスト）かが、問題となる。

はじめに、「公衆へ伝播する意図」テストは、既述のとおり、Madden テストとは異なり、ジャーナリストの特権のスタンディングとして「調査報道」によるニュースであることを規範上求めない。また、ジャーナリストの特権の目的である「公衆への情報の自由な流通」にいう「情報」は情報一般を指しているのであり、情報の定性性すなわち情報の内容まで問うているものとは少なくとも一義的に解しえないであろうことから、「公衆への情報の自由な流通」より、情報の定性性までをも包含する「調査報道」によるニュースであることを規範上導き出しえないであろう。したがって、「公衆への情報の自由な流通」に整合するテストとしては、少なくとも Madden テストは妥当ではないこととなろう。(47)

つぎに、Maddenテストの問題として、ニュースとエンターテイメントの定性性上の峻別における曖昧性を指摘することができる。すなわち、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[48]が指摘され、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）[49]に鑑みるならば、ニュースとエンターテイメントの境界は一層交錯しよう。さらに、エンターテイメントがニュースの端緒となり、そしてジャーナリズムを醸成する活力ともなりうるという、ニュースとエンターテイメントの定性性についての相対化ないしは重畳関係を指摘することができよう。[50]このことは、ニュースとエンターテイメントの峻別における曖昧性を超え、エンターテイメントによるジャーナリズムの活性化をもたらすという両者の有機的融合を示唆するものともいいえよう。Maddenテストは、ニュースを伝播するというジャーナリスト性を要求するジャーナリストの特権の主体概念により、情報のジャーナリズム性を同時に要求するところとなり、ジャーナリストの特権の客体概念の限定をもたらすこととともなろう。ましてや、ジャーナリストの特権の客体概念において（情報の）コンフィデンシャリティを要求されるならば、ジャーナリズムを具えた情報を伝えるジャーナリストは、開示請求の対象となる（ジャーナリズム）情報が証拠の代替可能性、さらに「やむにやまれない利益そして圧倒的利益」を具えていたとしても、そもそも保護を享受しえないという事態を招くところとなろう。それは、取材源秘匿権のかかる主体概念と客体概念が相互に振れ合いながらその保障の相乗的低下を招くという、いわば取材源秘匿権の保障の低下スパイラルに陥ることとはなるまいか。かかる解釈は、報道の自由および取材の自由の見地より、はたして妥当な解釈といいえようか。

さらに、既述したアメリカ各州のシールド法に目を転じるならば、「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目的より、その主体の厳密な定量性、さらには定性性を一義的には導きえないものと解されるこ

とから、これらシールド法は、ジャーナリストの特権の享有主体性において妥当とされるものか、疑問とされなければならない。かかる疑問は、図らずも、まさにBranzburg判決の法廷意見の示した疑義を皮肉にも具現化するかの如く、シールド法が「たしかなあてもなき長く困難な旅路に船出すること」ともなろう。

一方、日本法においては、取材源秘匿権とは異なる文脈ではあるけれども、実定法である個人情報の保護に関する法律において、報道機関とは「業」（職業）として報道に携わる個人であることから、マスメディアに所属しないフリー・ジャーナリストも、当然その範疇に包摂されるところとなる。報道の目的として公衆への情報の伝播を捉えるならば、妥当な定義として捉えることができよう。しかしながら、業を要件とするかぎり、たとえばインターネットを用いて情報を発信（報道）するアマチュアのジャーナリストは、「報道機関」から排斥されることともなろう。また、同じく取材源秘匿権とは異なる文脈における判例は、レペタ事件判決がジャーナリストの規範的地位において司法記者クラブ所属の報道記者の報道の公共性を強調することにより、取材の自由の享有主体性の限定を図るものといいえよう。これは、詭弁ともいいうるのではないだろうか。なぜならば、取材の自由という報道の公共性を強調することにより、かえって取材の自由の享有主体を限定して、取材の自由の脆弱化を図るものともみなしうるためである。そして、これにより、研究者（公衆一般）と報道機関に所属する報道記者（ジャーナリスト）についての規範的地位の較差がとりわけ強調されるに至った。[51] かかる志向は、個人情報の保護に関する法律の如く、ジャーナリストの概念について歯止めをもたない（十分な検討が加えられていない）取材源秘匿権の法理においても、訴訟上妥当しないという保証はどこにもない。

これら問題をふまえて、振り返るならば、Branzburg判決の法廷意見が指摘するように、プレスの自由が個人の権利であるという伝統的教義により、個人である公衆一般から、ジャーナリストの特権のスタンディングを有する

ジャーナリストを分離するというジャーナリストの定義上の困難がつきまとうことは、到底回避しえないであろう。しかし、プレスの自由が個人の権利であるという伝統的教義を尊重するのであれば、プレスの自由を一部のジャーナリストに限定するという志向ではなく、プレスの自由を享有する主体を個人である公衆一般へ拡張するという志向[52]が伝統的教義に則った志向なのであり、またかかる志向について模索をしてゆく努力は、少なくとも試みられてしかるべきであろう。[53] そして、「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目的を重視してジャーナリストの特権のスタンディングについて伝播される情報の定性性および定量性を過度に要求することなく、その要件を一定程度定式化するならば、ジャーナリストの概念論に伴う困難は一定程度回避されることとなろう。

第三節　取材源秘匿権の法理と「公衆への情報の自由な流通」

既述したジャーナリストの特権の法理についての訴訟戦略における誤謬は、奇しくも、ジャーナリストの特権の法理における客体概念および主体概念についてかかる歪みをもたらしたという結果を生んだだけにとどまるものでは必ずしもない。それは、取材源秘匿権の享有主体の帰属についての問題である。すなわち、旧来の取材源秘匿権の法理が取材源とジャーナリストのコンフィデンシャリティを専ら保護することにより、取材源に係わらない情報が取材源秘匿権による保護を享受しえないこととなり、その目的である「公衆への情報の自由な流通」が阻害される可能性を否定できないこととなる。[54] しかるに、かかる法理は、証拠上の特権として訴訟上主張されてきたというその沿革からも、表現（報道）の自由の沿革に位置する取材の自由ではなく、取材源のプライバシーの権利として位置づけられる方がむしろ適切であるように思われる。したがって、取材源秘匿権の目的として「公衆への情報の自由な流通」を据えるのであれば、取材源（のプライバシーの権利）に必ずしも囚われることなく、取材源秘匿権の法理を（再）構成すべきこととなろう。[55]

むすびにかえて

取材源秘匿権については、近時、初めての最高裁決定が下され、またアメリカ法においてジャーナリストの特権について新たな問題が生起している。これらについて、ここでは、取材源秘匿権の客体と主体という本稿の視点より、またそのかぎりにおいて、触れることが許されよう。

はじめに、ＮＨＫ記者事件最高裁決定は、取材源秘匿権の客体（対象）の問題として捉えることができる。同決定は、島田記者事件判決を基本的に踏襲し、さらに原則として証言強制を認めないとする比較的に厳格な利益衡量のうえ、取材源秘匿権を認めた。同決定は、最高裁が民事訴訟における取材源秘匿権を初めて直接確認したという点において、有意である。合衆国最高裁とは異なり、取材源秘匿権について踏み込んだ判断を行っているといいえよう。しかしながら、同決定は、既述の博多駅事件決定に対する学説同様の批判には必ずしも十分に応えられてはいない。また、本稿において指摘したように、取材源秘匿権の法理におけるコンフィデンシャリティの保護の功罪について、これまでの最高裁決定同様、十分に認識されていないことから、ノンコンフィデンシャル情報の保護までも視野に入れる立場ないしは「公衆への情報の自由な流通」の見地からは、諸刃の剣ともなろう。

つぎに、取材源秘匿権の主体の問題について、ネット・ジャーナリストについてジャーナリストの特権のスタンディングが問題となったO'Grady 判決は、既述のアメリカの下級審判例において採用されている情報の定量性および定性性を明示的に要求しない「公衆へ伝播する意図」テストと軌を一にしよう。(56) 本稿の見地より、ネット・ジャーナリズムは、公衆一般の情報供給源としてだけではなく情報発信源（手段）として、情報の送り手と受け手の代替可能性、そしてメディア・リテラシーの理解による公衆の知る自由の実効化の可能性を秘めている。その意味

において、ネット・ジャーナリズムは、ジャーナリズムだけではなく「情報の自由な流通」を活性化する可能性を秘めている。新興のネット・ジャーナリズムが多様な（周縁の）ジャーナリズムを形成することにより、既存の（伝統的な）メイン・ストリームを形成するマスメディアを刺激するということは、ジャーナリズムの新たな地平を創造する可能性の懐胎ともいいえよう——今日、伝統的なメディアであるといわれるマスメディアが、歴史的にかつてそうであったように。[57][58]

以上、取材源秘匿権の法理について、その客体および主体の見地より、考察してきた。そこからは、取材源秘匿権の本質であるとされる「公衆への情報の自由な流通」、さらには表現の自由が標榜するものとされる「情報の自由な流通」との整合性より、取材源秘匿権の法理がコンフィデンシャリティというその客体およびジャーナリストというその主体から解放され、再構成ないしは拡大的に解消されてゆくべきものと思われる。そして、かかる取材源秘匿権（の法理）は、表現の自由の派生的な原理ではあるけれども、「情報の自由な流通」という共通項を以て、表現の自由論に対する帰納的な作用を包蔵するものと考えられる。そこには、取材源秘匿権（ジャーナリストの特権）が包摂する行為類型の規範的差異の通約などという日本法とアメリカ法の架橋の後、本稿の見地より取材源秘匿権の法理に係わる日本の判例および学説について体系的な分析を加えるという、本稿の課題が横たわっている。

（1） 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。

（2） 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）［増補版］』（有斐閣、二〇〇〇年）二九八頁ほか。なお、取材源秘匿権を憲法上否定する見解、宮澤俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、一九七一年）三六五頁。取材源秘匿権を憲法政策上の問題とする見解、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）。証言拒絶を良心の自由（憲法第一九条）の問題とする見解、浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』（日本評論社、二〇〇六年）一三〇頁。取材の自由を憲法第一三条の問題とする見解、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）。

(3) 最三小決平一八年一〇月三日裁時四二一号一三頁（二〇〇六年）。なお、取材源秘匿権が重要な問題とみられていなかったとの指摘。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、五五頁（一九八九年）参照。

(4) 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）。本稿において（広狭義の）取材源秘匿権は、メディアの情報源の開示、文書提出命令、証言強制、および捜索・押収を含む。佐藤・前掲注(1)五三八―五三九頁参照。これらを「ほとんど同根」とする見解、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。

(5) 同決定「報道のための取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値いする」に係わる以下の見解を参照、古川純「取材・報道の自由」憲法の基本判例〔第2版〕九四頁（一九九六年）。

(6) 一般にアメリカ法におけ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に係わる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。*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). 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。*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、便宜上メディアへの開示強制を包括的に考察するため、公表の如何を問わず、コンフィデンシャリティを欠く取材源および情報をいう。

(7) 邦語による先行研究、佐藤幸治「表現の自由と取材の権利」公法研究三四号一一六頁（一九七二年）、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）、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）、池田公博『報道の自由と刑事手続』（有斐閣、二〇〇八年）。

(8) 最大判昭和二七年八月六日刑集六巻八号九七四頁（一九五二年）。以下、〔　〕内は筆者による。

(9) 札幌高決昭和五四年八月三一判時九三七号一六頁（一九七九年）。同決定に対する特別抗告を却下した決定、最三小決昭和五五年三月六日判時九五六号三二頁（一九八〇年）。

(10) 鈴木秀美「取材源の秘匿と表現の自由」憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕一五六、一五七頁（二〇〇〇年）。

(11) 最二小決平成元年一月三〇日刑集四三巻一号（一九八九年）、および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）など。

(12) コンフィデンシャリティの存否という状況に則して、取材源秘匿権については、学説上、将来の取材を著しく困難にする措置として、取材源の開示強制、文書提出命令および証言強制、およびマス・メディアの捜索・押収、という類型化も示されている。なお、マス・メディアの捜索・押収を除いて、これら類型には、合憲性判断基準についてとくに差異が設けられていない。松井茂記『マス・メディア法入門〔第4版〕』（日本評論社、二〇〇八年）二二七―二三六頁参照。

(13) 芦部・前掲注(2)二八七―二八八頁。

(14) 奥平・前掲注(4)一一六頁参照。

(15) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、一九九五年）三五九頁。松井・前掲注(12)二三二―二三四頁。同教授は、放映済みフィルムの提出命令について、取材内容に基づく制約ではないとして、「そのフィルムの提出を求める重要な利益があり、提出が必要不可欠であり、他の手段では目的が達成されない場合に限」り認めるという、本質的には利益衡量を以て判断する。これら見解は、取材源が顕名である取材源秘匿権の保護の対象とすることから、取材源秘匿権の要件としてコンフィデンシャリティを要求しないものとして捉えることもできようが、あくまでもコンフィデンシャリティの保護を眼目とするものといえる。それは、これら見解が顕名の取材源の保護をとおして（ノンコンフィデンシャルな）取材源とジャーナリストの間の信頼関係の保護を目的とすることから、明らかであろう。なお、裁判所への提出と捜査機関による差押えを区別する見解、長谷部恭男『テレビの憲法理論――多メディア・多チャンネル時代の放送法制』（弘文堂、一九九二年）五四頁。

(16) 奥平・前掲注(4)一二〇頁。

(17) Anthony L. Fargo, *The Journalist's Privilege for Nonconfidential Information in States With Shield Laws*, 4 COMM. L. & POLY 325, 329 (1999); Comment, *The Newsman's Privilege after Branzburg v. Hayes, Whither Now?*, 64 CRIM. L. & CRIMINOLOGY 218, 226 n. 156 (1973).

(18) WIGMORE, EVIDENCE § 2285 (McNaughton rev. 1961). 傍線は、原典のイタリック体を示す。

(19) 合衆国最高裁は、「証拠上の特権が訴訟上好まれない」とする。Herbert v. Land, 441 U.S. 153, 175 (1979).

(20) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).

(21) シールド法は、三二の州およびコロンビア特別区において制定されているという。大塚一美「CIA工作員事件後のシールド法論議――所属会社のメモ提出問題も課題に」新聞研究六七六号三〇、三二頁（二〇〇七年）参照。そのうち、およそ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に適用し、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. POLY 241, 256 n.91, 259 n.111 (2002). 巡回区連邦控訴裁判所の判例上、ジャーナリストの特権は、第六巡回区を除いて、コンフィデンシャル情報に適用されるという（at 269-270）。なお、一九八〇年プライバシー保護法は、ワーク・プロダクトの捜索・押収の規制そして損害賠償を規定する。Privacy Protection Act of 1980, 42 U. S. C. 2000aa (1980). また、一九七〇年司法省ガイドラインは、サピーナの発行などを規整する。Guidelines on methods of obtaining documentary materials held by third parties, 28 CFR Part 59.

(22) なお、松井・前掲注(12)二二九―二三〇頁における翻訳を参照した。

(23) 全米規模の調査に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な取材源（情報）へのサピーナであるという。THE REPORTERS COMMITTEE FOR FREEDOM OF THE PRESS, AGENTS OF DISCOVERY: A REPORT ON THE INCIDENCE OF SUBPOENAS SERVED ON THE NEWS MEDIA IN 1999, 7 (2001).

(24) 巡回区連邦控訴裁判所の判例上、ノンコンフィデンシャル情報に対するジャーナリストの特権の適用について、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のうえ肯定し、第四巡回区が民事訴訟上肯定し、第五巡回区が刑事訴訟上否定する。第一巡回区は、刑事訴訟上これを否定するが、異なる事実状況における適用の可能性を暗示する。その他の巡回区は、明確に判断していないという。*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).

(25) U.S. v. LaRouche Champaign, 841 F.2d 1176, 1182 (1st Cir. 1988). *See* Shoen v. Shoen, 5 F.3d 1289, 1294-1295 (9th Cir.

1993).

(26) U.S. v. Smith, 135 F.3d 963, at 970 (5th Cir. 1998).

(27) 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）。

(28) 最大判平成元年三月八日民集四三巻二号八九頁（一九八九年）。

(29) 第二次記者クラブ訴訟判決は、「記者クラブは……報道分野において一定の役割を果たしている〔ため〕、……それ以外の報道機関〔フリー・ジャーナリストなど〕には〔判決文の要旨を〕特に交付はしない……〔ことが報道機関の公共性を考慮し、裁判の内容理解を助けるという〕目的との関連で〔憲法第一四条第一項上〕著しく不合理なもので、裁量判断の合理的な限界を超えているとは言い難い」とした（東京地判平成一二年一〇月五日判時一七四一号九六頁（二〇〇〇年））。

(30) 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説〔第2版〕』（有斐閣、二〇〇五年）一八九―一九〇頁。

(31) von Bulow v. von Bulow, 811 F.2d 136, 142 (2d Cir. 1987).

(32) 著者の取材源に係わる情報（ニュース）に対する開示強制においてジャーナリストの特権のスタンディングを争点とするShoen判決は、von Bulow判決を踏襲し、「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」と判示した。Shoen, 5 F.3d at 1289.

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

(34) Clay Calvert, *And you Call Yourself a Journalist?: Wrestling With a Definition of "Journalist" in the Law,* 103 DICK. L. REV. 411, 411 (1991).「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〔情報〕提供に恒常的に従事した者」(ALASKA STAT. 09.25.390(4) (Michie 1998)) など情報を伝播する頻度および定期性を要素とするもの、「〔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、あるいはラジオまたはテレビ局のためニュースの収集あるいは提供に直接従事した〔者〕」(R.I. GEN LAWS 9.19.1-2 (1997)) などジャーナリストとしての認定を要素とするもの、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〕」(N.Y. CIV.

RIGHTS LAW 79-h）などプロフェッショナリズムを要素とするもの、および「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〕」（42 PA. CONS. STAT. ANN. 5942(a)（West 1998））など受け手の規模および主題を要素とするもの。

(35) *E.g.*, Miller v. U.S., 125 S. Ct. 2977（2005）.

(36) 日本法において、コンフィデンシャリティの欠如により博多駅事件を取材源秘匿権の問題としない見解、佐藤・前掲注(7)一四四頁、同「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、一七三頁〔佐藤発言〕。後の慎重な見解、佐藤・前掲注(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、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3版〕五一、五四頁（一九七七年）、町野・前掲注(7)三三〇頁、松井・前掲注(12)二三二―二三四頁、阪本・前掲注(15)一一一頁、上口・前掲注(7)五五頁ほか。

(37) Vincent A. Blasi, *The Newsman's Privilege: An Empirical Study*, 70 MICH. L. REV. 229, 284（1971）. その他の経験に基づく研究。*E.g.*, James A. Guest & Alan L. Stanzler, *The Constitutional Argument for Newsmen Concealing the Sources*, 64 MIW. U. REV. 18（1969）. 萎縮的効果の実証性を否定する見解。*E.g.*, Comment, *Compulsory Disclosure of a Newsman's Source*, 54 NW. L. REV. 243（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（1962）; Anthony Lewis, *A Preferred Position for Journalism?*, 7 HOFSTRA L. REV. 595（1979）.

(38) Fargo, *supra* note 17, at 337. *E.g.*, Baker v. F & F Investment, Co., 470 F.2d 778（2d Cir. 1972）.

(39) LaRouche, 841 F.2d at 1182; Shoen, 5 F.3d at 1294-1295.

(40) *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）.

(41) 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」阪大法学五一巻二号七七頁（二〇〇三年）八六―九三頁掲載の諸判決を参照。

(42) 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）、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）、および最二小決平成二年七月九日刑集四四巻五号四二二頁（一九九〇年）ほか。

(43) 萎縮的効果論については、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萎縮的効果の存在（実証性）という共有された認識（生の萎縮的効果論）を前提とするならば、つぎに法的保護に値する萎縮的効果の程度という問題については公正な裁判の実現という規範的考慮に付することが規範論としての萎縮的効果論に適合的であろう。かかる立場は、つぎの見解と整合しよう。「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保障なのではないのか」。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）。

(44) 同テストについては、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制に適用する場合、コンフィデンシャリティの存否による峻別がなされないこととなり、裁判官の（恣意的かつ）広汎な裁量を抑制できないとする批判もなされている。Julie M. Zampa, Case Note, *Journalist's Privilege: When deprivation Is a Benefit,* 108 YALE L.J. 1449, at 1451-1452 (1999). 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対する保護の強化が図られるものとも指摘される（at 1456）。さらに、コンフィデンシャリティの存否に依拠し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するとして、取材源およびジャーナリストの予見可能性を困難にするとの批判もなされている（at 1453）。

(45) *E.g.,* Loadholtz v. Fields, 389 F.Supp. 1299 (M.D. Fla. 1975); U.S. v. LaRouche Champaign, 780 F.2d 1134 (1st Cir. 1988); Shoen, 5 F.3d.

(46) 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、要求された情報が事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取材源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、利益衡量上、コンフィデンシャル情報に対する開示強制に適用されるテストよりも緩やかなテストを採用した判決。*See* Gonzales v. NBC, 194 F.3d 29 (2d Cir. 1999). 同判決はコンフィデンシャリティの有無により萎縮的効果に較差が生ずるとするけれども、萎縮的効果についてそのように画一的に捉えることは、そもそも可能であろうか。さらに、コンフィデンシャル情報を取材源秘匿権の要件とする場合、コンフィデンシャリティにおいて不可欠な取材源を要求するとこ

ろとなり、ジャーナリストが情報を自ら収集するいわゆる自己収集情報も、取材源秘匿権の射程から排除されることとなる。はたして、自己収集情報に対する開示強制において、萎縮的効果は全く生じないのであろうか。ジャーナリストは、公衆一般とは異なり、職業倫理上の責任を超えた法的負担を強いられる存在であろうか。それは、表現（報道）の自由、ましてや取材の自由に適う解釈といえるのであろうか。さらに、「公衆への情報の自由な流通」に整合する妥当な解釈であろうか。疑問なしとはしがたい。

(47) Madden テストには、ニュース（ジャーナリズム）とは異なるエンターテイメントを対象としたことから、公衆一般の知る権利を前提とするならば、保護に値しないとする価値の選好（いわゆる言論の自由の原理論における自己統治の原理）が潜在しているように思われる。*See* ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM (Oxford Univ. Press, 1955) (first appeared as FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT: Harper & Row, 1948).

(48) *Supra* note 34, at 436.

(49) *See id.* at 416; Daniel A. Swartwout, Case Comment, *In re Madden: The threat to the new journalism*, OHIO ST. L.J. 1589, 1589–1590 (1999).

(50) 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―三八三頁参照。

(51) 第二次記者クラブ訴訟判決に立ち返るならば、判例は、ジャーナリストから研究者（公衆一般）を排除し、さらにジャーナリストからメイン・ストリームのメディア（マスメディア）に属さないフリー・ジャーナリストを排除している。

(52) それは、取材源秘匿権の法理が情報の送り手と受け手の代替可能性の意義をいま一度、クローズ・アップすることとなる。すなわち、かかる取材源秘匿権の法理は、情報を伝播するという効用を重視することから、「（公衆への）情報の自由な流通」に資する特定の公衆一般とジャーナリストに着目し、かかる公衆一般とジャーナリストを同様に処遇するのである。情報の送り手と受け手という、いわば情報社会における規範的分業システム自体、そもそも「情報の自由な流通」というダイナミズムとは乖離するものなのである。また、「メディアが形作る『現実』をクリティカルに読みとるとともに、メディアを使って表現していく能力」であるメディア・リテラシーの見地より、この問題を捉え直すな

らば、かかる法理は、情報の受け手は情報の送り手としての活動をとおしてクリティカルに情報を読みとることを促すこととなるため、アクセス権の問題を別論としても、公衆の知る権利を実効化する可能性、そして「情報の自由な流通」というダイナミズムを具現する可能性、を秘めていよう。菅谷明子『メディア・リテラシー――世界の現場から――』（岩波書店、二〇〇〇年）v頁参照。

(53) 鈴木秀美「マス・メディアの自由と特権」小山剛・駒村圭吾編『論点探究 憲法』（弘文堂、二〇〇五年）一五八、一六五頁は、ドイツ刑事訴訟法における「証言拒絶権」の主体が二〇〇二年の同法改正により「定期刊行物と放送の準備、制作、頒布を業として行う者」から「あらゆる出版物、放送、報道映画、さらには報道または意見形成のためのインターネットによる情報サービスの準備、制作、頒布を業として行う者」へ拡大されたこと、を指摘する。

(54) （公衆への）情報の自由な流通という客観原則と主観的権利たる表現（報道）の自由ないしはそこから派生する取材源秘匿権は相容れないという批判がある。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）、同「取材の自由」憲法の争点一二二、一二三頁（二〇〇八年）参照。しかしながら、かかる趣旨の批判については、少なくともたとえば、「主観法としての権利は、……客観的なるもの（権利実現に向けられた制度）と相互に関連し依存する」という「主観的法と客観的法との相互交流」による対応も可能であろう。奥平康弘『憲法Ⅲ――憲法が保障する権利』（有斐閣、一九九三年）三〇四頁参照。なお、報道機関の制度的理解（同二〇一―二〇二頁）とは別論とする。

(55) このことは、合衆国最高裁 Cohen 判決のスータ裁判官による反対意見において、みてとることができよう。Cohen v. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991). 本件ジャーナリストが取材源の身許の秘匿を約束したにも拘わらず、所属する新聞社が州知事選挙に係わる虚偽の情報を提供した取材源（一方の陣営に所属）の身許を報道する必要性を認識するに至り、かかる約束を破棄して取材情報とともに取材源の身許を報道したことによる損害賠償請求訴訟において、法廷意見は一般に適用可能な法（promissory estoppel：約束的禁反言）の適用により新聞社の情報収集・報道能力に付随的効果を及ぼそうとも修正第一条に反しないとしたが、同反対意見は、かかる法の中立性についての保証はないとして、競合利益を ad hoc に衡量する必要があるとして、本件においてよりよい情報を以てより賢明に自己統治をなす公衆一般の利益を認めた。同反対意見は、取材源の利益ないしはコンフィデンシャリティを最優先するのではなく、取材

源の利益と公衆一般の知る権利ないしはメディアの言論（報道）の自由を衡量する。このことからも、取材源の利益（プライバシーの権利）ないしはコンフィデンシャリティと「公衆への情報の自由な流通」は、常に整合するものではないことが窺われよう。しかし、本稿の立場に対しては、取材源秘匿権を拡大的に解消することが公正な裁判の実現の障碍となりうる、また取材源秘匿権のインフレ化を招来して本来保護されるべきコンフィデンシャル情報の保護を欠く、という批判が予想される。しかしながら、そもそもコンフィデンシャル情報に対する開示強制を前提とした法理の妥当性が問われるべきであり、また「公衆へ伝播する意図」テストおよび「三要件テスト」によってこれらリスクを公正な裁判の実現を以てしても許容可能な程度に軽減されるものと考えうる。

(56) Jason O'Grady v. The Superior Court of Santa Clara County, 44 Cal. Rptr. 3d 72, 100 (6th Cal. App 2003). 同判決は、「公開されたウェブ・サイトの運営者が〔『公表』という〕この言葉の含意において『公表者』であることに疑問の余地はないと考えなければならない」として、二年以上毎週一五から二〇項目の記事を掲載し、毎月平均延べ三〇万人の閲覧者を記録していたネット・ジャーナリストに対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 Developments in the Law — The Law of Media: II. Protecting the New Media: Application of the Journalist's Privilege to Bloggers*, 98 HARV. L. REV. 996 (2007). この点、日本法では、（取材源秘匿権とは異なる文脈であるが）個人情報の保護に関する法律および判例を鑑みるに、同様の判断が下される可能性は不確かである。

(57) 林・前掲注(50)三八一―三八三頁参照。

(58) 連邦のシールド法ともいうべき「二〇〇七年情報の自由流通法案」（To maintain the free flow of information to the public by providing conditions for the federally compelled disclosure of information by certain persons connected with the news media.）は、連邦の下院（H. R. 2102）および上院（S. 1267）に提出されたが、成立には至らなかった。その内容は、開示強制の拒否に対して条件（第二条（a）：（1）証拠の代替不能性、（2）（A）（i）嫌疑の合理性、（ii）証拠の不可欠性、（B）利益較量）を付して保障し、取材源の身許に対して例外的に（同条（a）（3）（C）（i）国家の安全、（ii）人身の保護、（iii）取引・健康・消費者（個人）に関わる情報に対して）開示強制を認めるものであった。

本稿は、大阪大学学位規程により、博士（法学）学位取得論文に係る要約を印刷公表するものである。