

いわゆる取材源秘匿権の諸問題

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-05-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 前田, 正義, MAEDA, Masayoshi メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.15053/0000000153

【論説】

いわゆる取材源秘匿権の諸問題

前田 正義

はじめに

いわゆる取材源秘匿権（以下、「取材源秘匿権」という。）については、NHK 記者事件決定¹⁾に関して、最高裁においても初めて（民事訴訟上）取材源の秘匿が認められるなど²⁾、議論が事実上収束している状況にあるとも映るのかもしれない³⁾。

しかし、外国法に目を向けるならば、たとえば、アメリカ法においては、取材源秘匿権（以下、アメリカ法の文脈においては、「ジャーナリストの特権」[journalist's privilege]⁴⁾という。）について、多くの法的問題の所在が指摘されている。すなわち、取材源（以下、「情報源」という。）の身許を秘匿する約束の下でジャーナリストが入手した情報の公表後におけるジャーナリストの特権の援用如何の問題、情報源が身許を秘匿する約束を破棄後のジャーナリストによるジャーナリストの特権の援用如何の問題、刑事訴訟と民事訴訟におけるジャーナリストの情報源の秘匿に対する裁判所侮辱適用上の異同の問題、そしてデジタル・メディアにおけるジャーナリストの特権の援用（享有主体性：standing）如何の問題、などである⁵⁾。

本稿においては、アメリカの判例上および学説上問題となっているジャーナリストの特権に係るこれらの法的問題を参照することにより、日本において必ずしも十分には認識されてきてはいない取材源秘匿権の法的問題を抽出するとともに、これらの法的問題の抽出をとおして、取材源秘匿権の法理を考察するための端緒としたい。

したがって、本稿では、はじめに、ジャーナリストの特権の放棄の問題として、秘匿情報の公表（報道）後のジャーナリストによるジャーナリストの特権の援用如何の問題、また情報源が名乗り出るなど身許の秘匿約束

破棄後のジャーナリストによるジャーナリストの特権の援用如何の問題について、参照する。そして、刑事訴訟と民事訴訟におけるジャーナリストの情報源秘匿に対する裁判所侮辱制裁権の適用上の異同の問題、換言するならば、ジャーナリストの特権の適用を間接的に画定することとなる裁判所侮辱制裁権の両訴訟上の異同の問題について、参照する。つぎに、伝統的（メインストリーム・）メディアに所属するジャーナリスト同様のブログやインターネット掲示板などのデジタル・メディア管理者のジャーナリストの特権の享有主体性如何の問題について、参照する。最後に、これらのアメリカ法におけるジャーナリストの特権の法的問題から日本における取材源秘匿権への示唆として、取材源秘匿権の法的問題を抽出するとともに、それを端緒として、取材源秘匿権の法理を追究する端緒としたい。

1. ジャーナリストの特権の放棄

日本法において、これまで、取材源秘匿権について、ジャーナリストあるいは情報源が取材源秘匿権を放棄するという視点により捉える立場は、散見されない⁶⁾。本稿において、取材源秘匿権の放棄とは、これまで日本において、報道機関により公表（報道）された情報に対する裁判所の取材物件（文書）提出命令を拒否するという文脈において、捉えられてきている問題である。その意味において、この問題は、取材源秘匿権を拡張する如何という文脈で捉えることができよう。ただし、アメリカ法では、つぎに参照する、情報源による身許の秘匿約束の破棄とともに、秘匿情報の公表は、ジャーナリストの特権の放棄の問題として捉えられてきている。以下、両問題について、参照する。

A. 秘匿情報の公表

秘匿情報の公表とは、ジャーナリストと情報源が情報源の身許を秘匿する約束をしていたにも拘わらず、ジャーナリスト側が身許を秘匿されていた情報源に関する情報を公表した後、ジャーナリストがジャーナリストの特権を援用できる如何、という問題である。

この問題について、たとえば、Delaware 州の shield 法は、ジャーナリスト以外の当事者がジャーナリストの特権によって保護を受けている情報

の開示により、ジャーナリストはジャーナリストの特権を放棄されることはない、とする⁷⁾。また、複数の州の shield 法は、ジャーナリストの一連の取材活動において入手された情報の伝播がジャーナリストの特権を放棄することはない、と明示的に規定している⁸⁾。

このような州の shield 法に対して、判例には、秘匿情報の公表により、ジャーナリストの特権が放棄されるとするもの、がある。たとえば、McKevitt 判決において、Richard Posner 裁判官は、合衆国最高裁判所が Branzburg 判決⁹⁾においてプレスによる同様の主張を既に斥けたことに言及したとして、プレスが情報源の秘匿性の保持において有するいかなる利益も「絶対ではない」ことは自明である、と述べる¹⁰⁾。そして、同裁判官は、同判決において、友誼的な国家の刑事手続に協力するという利益は自明であり、また「プレスの取材と報道活動は記者〔ジャーナリスト〕が秘匿の情報源の秘匿性を保持できない場合に制約されることも自明」である、と述べている¹¹⁾（以下、〔 〕内は引用者による。）。同裁判官は、情報源が公に知られており、また情報源がインタビュー・テープの開示に反対しないことを理由として、「秘匿性において考えられうる、いかなる利益」も存在しない、と判示している¹²⁾。

B. 秘匿約束の破棄

つぎに、情報源の身許の秘匿約束の破棄については、情報源がその身許を秘匿する約束をジャーナリストとの間で為したにも拘らず、その後、何らかの理由により、情報源が自らの身許の公表を許諾するに至った場合、ジャーナリストによる、ジャーナリストの特権の援用如何が、問題となる。それは、ジャーナリストの特権が、ジャーナリストと情報源との秘匿の関係を保護するものとして通常捉えられていることから、情報源がその身許を秘匿する約束を破棄した場合、かかる関係が成立しえないがためである。

この点、合衆国政府は、Valerie Plame 事件の上訴趣意書において、潜在する多様な情報源がその身許の秘匿に関してジャーナリストとの合意を放棄する署名を行ったことを理由として、ジャーナリストがそれらの情報源に対してジャーナリストの特権による保護をもはや援用できない、と主張した¹³⁾。同政府は、情報源が公に知られておらず、また情報源がジャー

ナリストの証言に対して異議を唱えない場合、開示強制に対してジャーナリストの異議申立てを維持することは論理的ではない、と主張した。この主張は、先の Richard Posner 裁判官が執筆した McKevitt 判決を引用したものであった¹⁴⁾。

同事件の合衆国巡回区上訴裁判所判決において、3名中2名の裁判官は、政府の主張に言及することはなかったが、Tatel 裁判官の同意意見は、政府の主張を斥けることなく、ジャーナリストの特権が情報源ではなくジャーナリストに帰属することを理由として、情報源がジャーナリストの保護を失わせることはない、との所見を述べている¹⁵⁾。

なお、Geoffrey R. Stone 教授は、合衆国議会上院司法委員会における shield 立法に関する聴聞において、絶対的なジャーナリストの特権を規定する shield 法に対する支持を表明するとともに、弁護士、医師、および聖職者などの（証言拒否などの）特権とジャーナリストの特権とを関連させて捉える。そして、弁護士などの（証言拒否などの）特権同様、ジャーナリストの特権は、情報源と情報源の代理人として専ら活動するジャーナリスト（弁護士の場合は依頼人と弁護士）に帰属する、と述べている¹⁶⁾。

2. 刑事訴訟と民事訴訟の異同

日本における取材源秘匿権については、判例上、刑事訴訟において石井記者事件判決¹⁷⁾が憲法上の取材源秘匿権を否定している。他方、民事訴訟においては、島田記者事件決定¹⁸⁾を経て、NHK 記者事件決定¹⁹⁾において、取材源秘匿権が適用されている。このように、日本において、取材源秘匿権については、刑事訴訟と民事訴訟について結論を別かつており、また判例の各基準についても、一定の検討がなされてきている。しかしながら、取材源秘匿権において、刑事訴訟と民事訴訟の各基準を別かつ根拠について、少なくとも憲法学的見地から、必ずしも十分な検討がなされてきているとはいえないだろう²⁰⁾。

そこで、この問題について考察するにあたり、参考となるものとして考えられるアメリカ法の状況について、以下、参照する。それは、アメリカにおいては、刑事訴訟と民事訴訟における、情報源の秘匿などによるジャ

ジャーナリストの特権の援用に対する裁判所の裁判所侮辱制裁権の行使の裁量（濫用）という見地²¹⁾から、判例および学説が両訴訟の異同について、分析を加えているためである。すなわち、アメリカでは、subpoena に応諾しなかったジャーナリストに対して、刑事および民事訴訟において、裁判所侮辱制裁権が一定の裁量において行使されていることから、この行使がジャーナリストの特権の適用を間接的に規定しているものとして捉えることも可能かもしれないのである。

合衆国最高裁判所は、当初、イギリス法を踏襲して、裁判所侮辱制裁権の行使の裁量について、制約はないとしていた²²⁾。しかし、その後、合衆国最高裁判所は、裁判所侮辱制裁権について、一定の制約を加えることとなる。すなわち、1911年、刑事あるいは民事裁判所侮辱制裁権の行使が刑事あるいは民事処罰の「性質と目的」に事実上左右される、とした²³⁾。そして、合衆国最高裁判所は、「陪審審理なくして、裁判官は刑事裁判所侮辱により人民をもはや処罰できないのであり、合衆国憲法が裁判所侮辱以外の刑法違反を要件としている」、と1968年に判示した²⁴⁾。

このような刑事訴訟に対して、民事訴訟においては、いかなる訴訟上の手続的保護も認められていないのであり、また陪審審理あるいは合理的な疑いも、処罰のための要件とはされていない。すなわち、裁判所侮辱制裁は、刑事訴訟においては被告人に対する処罰としての「性質と目的」を有することとなる一方、民事訴訟においては原告の救済としての「性質と目的」を有することとなる、というのである。しかしながら、裁判所侮辱による処罰は、民事訴訟の場合、訴訟当事者の救済に関わることから、救済だけではなく、裁判所の権威（処罰）の正当化ともなる。他方、刑事訴訟の場合、裁判所侮辱罪による拘禁が法を正当化する処罰のみに関わる場合、原告も、そのような処罰が〔ジャーナリストなどの〕不服従の反復を防ぐ傾向にあるという事実から、副次的利益（救済）を得ることとなる。ただ、民事裁判所侮辱による拘禁の場合、裁判所侮辱者（ジャーナリストなど）が裁判所の命令を遵守することにより即時釈放となることから、裁判所侮辱者の意思が拘禁の鍵を握ることとなる。他方、刑事裁判所侮辱による拘禁の場合、裁判所侮辱者が裁判所の命令への不服従（「完全な不服従行為」）

を止めない場合、撤回されることのない、定期刑および罰金となる²⁵⁾。しかしながら、ジャーナリストは、職業上および倫理上、秘匿の情報源の保護が義務づけられているものとして考える場合、いかなる長期の拘禁期間を以てしても彼らに協力を強いることができないのであるならば、民事裁判所侮辱における救済という目的は叶うことはなく、処罰という目的のみが残ることとなる²⁶⁾。

このように、裁判所の刑事裁判所侮辱制裁権の行使が無制約ではないということを前提として、刑事裁判所侮辱と民事裁判所侮辱を峻別することは、容易ではないことが確認できる。ただし、この問題については、つぎに参照するように、(ジャーナリストが)裁判所の命令に服従する「実質的蓋然性」の見地からも、分析が加えられてきている。

複数の合衆国巡回区上訴裁判所は、民事裁判所侮辱が争点となった事件において、斟酌する判断基準が拘禁制裁の意図する強制効果を保持する「実質的蓋然性」の存否にある、と判示している²⁷⁾。2001年、合衆国第7巡回区上訴裁判所は、「継続的な裁判所侮辱制裁権は、単に、裁判所侮辱者が裁判所の命令に決して応諾しないという合理的な可能性がある場合、強制権限を損ないかねない²⁸⁾。」と判示している。また、ジャーナリストは、裁判所侮辱による拘禁には自らに証言を強制する実質的蓋然性が存在しないという主張を擁護するため、自らと通常の強度の道徳的信念を具える裁判所侮辱者を別かつ主張に訴えた。ジャーナリストのJudith Millerは、「自らの証言拒否が修正第1条の下にあるジャーナリストの独立の原理に基づいている²⁹⁾」という自らの信念を拠り所として、いかなる制裁も大陪審の罰則付召喚令状への応諾を自らに強制できないことを、裁判所に向けて明らかにしている。

しかしながら、このようなジャーナリストの主張から派生する、裁判所の命令にジャーナリストが応諾する「実質的蓋然性」という主張は、ジャーナリストにとって有効なアプローチではないかもしれない。たとえば、合衆国第7巡回区上訴裁判所が1989年に述べたように、「反抗的な証人は皆、決して証言しないとして激しく訴える。彼らの間に差違を見出す試みは、精々のところ時間の浪費や、最悪の場合は無意味であり、憶測的な一

連の審査となる。³⁰⁾」というのである。

このように、民事訴訟においてジャーナリストが裁判所の命令に応諾する「実質的蓋然性」に依拠する主張は、科学的に証明されているわけでもなく、必ずしも有効な主張とはいえないだろう。

そこで、民事裁判所侮辱の処罰根拠とされている、このような裁判所の命令に応諾する「実質的蓋然性」の主張を補強する要素として、「集団思考」が、とりわけジャーナリストが帰属するプレス（集団）に関して、つぎのように主張されてきているのである。この「集団思考」の主張とは、ジャーナリストに、ジャーナリストとジャーナリスト以外の裁判所侮辱者を区別する説得的な根拠を提供する、という³¹⁾。論争のある審査理論において、「集団思考」は、外部からの脅威にしばしば直面する強く結束した集団から導かれる。「集団思考」の徴候は、「集団固有の道德性に関わる信念」と「反対者への直接的な圧力」という、「反証不能あるいは全員一致の幻想を含んでいる³²⁾」という。これらの徴候は、ジャーナリストが裁判所侮辱の脅威に直面する際、事件に現れる、という。「彼ら〔ジャーナリスト〕は、絶対的な〔ジャーナリストの〕特権を訴える職業文化のために一部の者が刑務所に入所し、証言命令に応諾する記者〔ジャーナリスト〕を非難するとともに、修正第1条の犠牲者として法に抵抗する者〔ジャーナリスト〕を担ぎ上げる。³³⁾」、という。

これに対して、政府は、証人のほとんどが証言したがらないのであり、また彼らに免責を与えるいかなる配慮も裁判所の権限を骨抜きにすることを示唆する、「滑りやすい斜面」に、しばしば訴える。合衆国最高裁判所は、そのような状況において裁判所が「単なる仲裁会議」となり、その判決と命令が助言にとどまることになると述べ、この虞を認めている³⁴⁾。

以上、参照した判例および学説からは、ジャーナリストの特権に対する強制手段としての裁判所侮辱制裁権が、裁判所の絶対的無制約の裁量権の行使の下には既になく、一定の裁量権に限定されること、そして同じく訴訟にあっても刑事訴訟と民事訴訟において両訴訟の「性質と目的」により異なる認識がなされていること、そしてその異なる認識に基づいて、刑事訴訟では裁判所侮辱に対する制裁として裁判所侮辱罪が認識され、民事訴

訟では訴訟当事者の救済として、裁判所侮辱罪が認識されていた。

しかしながら、両訴訟の裁判所侮辱罪の「性質と目的」は、すなわち制裁と救済が交錯しており、必ずしも峻別できるものではなかったことから、民事訴訟においてジャーナリストが裁判所の命令に対して応諾する「実質的蓋然性」という根拠が提唱されていた。ただ、この「実質的蓋然性」の主張についても、科学的な証明もないことから、「実質的蓋然性」を補強する「集団思考」という根拠がさらに提唱されている。ただし、この「集団思考」についても、たとえ、そのような思考が科学的に証明できるとしても、公正な裁判を受ける権利に対する影響が指摘されている。したがって、民事訴訟と刑事訴訟における裁判所侮辱制裁権の「性質と目的」の交錯は、いまだ解消されてはいないといえよう。

3. ジャーナリストの法的定義

ジャーナリストの特権の享有主体とされるジャーナリストの法的定義について、日本法においては、必ずしも、十分な考察がなされていない状況にあるといえよう³⁵⁾。それに対して、アメリカ法において、ジャーナリストの特権の享有主体性は、ジャーナリストの特権のスタンディング（当事者適格）という文脈において、訴訟上争点となっており、学説上も議論されている³⁶⁾。

本稿では、アメリカ法における、ジャーナリストの法的定義について、近時、ニュー〈ニュー〉メディア³⁷⁾とも称されているブログやウェブサイトなどの問題についても参照する。そのため、アメリカ法のジャーナリストの特権におけるジャーナリストの法的定義では、その哲学と一貫性、そしてジャーナリストに関する歴史などが考慮要素とされており、そのようなアメリカ法に適うように、参照するためである³⁸⁾。

アメリカにおいて、ジャーナリストの特権の享有主体性については、ジャーナリストの特権の当事者適格（standing）という訴訟上の文脈において争われてきている。その歴史的端緒としては、ジャーナリストの特権についての先例である、*Branzburg* 判決³⁹⁾に遡ることができる。同判決では、*Byron White* 裁判官による法廷意見のつぎの著名な一節により、ジャーナリ

ストの（憲）法的定義の困難性が窺われるのである。

我々は、そのように確かな宛てもなき長く難渋な旅路へ裁判所を船出させることを、本意とはしない。憲法上の報道記者〔ジャーナリスト〕の特権の適用は、高次の秩序に関わる今日の慣習上および概念上の難問であろう。早晚、最新の写真植字術を駆使する大都市の大規模な出版社と全く同様に、カーボン紙あるいは謄写版を使うプレスが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問題となる手続は、同特権を与えられる報道記者〔ジャーナリスト〕という者達のカテゴリーを定義することが必要となるであろう。……プレスの自由は、「新聞および雑誌に限られることなき、基本的な個人の権利」である。それは、パンフレットおよびビラを必然的に包摂している。……プレスの歴史的含意において、プレスは、情報および見解の媒体を提供するあらゆる種類の公表を包摂している。⁴⁰⁾

また、合衆国最高裁判所は、大陪審への証拠提出からの特別な保護を受ける者の分類の定義が、資格を付与される者と付与されない者の区別を裁判官に対して強いることとなるとして、精々のところ怪しげで、また悪ければおそらくは違憲であろう、と述べている⁴¹⁾。

学説は、判例上、特定の者が職業によってジャーナリストの特権による保護を受けることとなり（保護を受ける者とはいかなる業務に就く者か）、その他の者が機能によってジャーナリストの特権による保護を受けることとなり（保護を受ける者とは何を行う者か）、そして保護を受ける者のほとんどは、それらの2つの要素を併せもつ、という。したがって、伝統的なジャーナリストの特性に適わない者が既存の制定法によってジャーナリストの特権による保護を受ける如何についての判断は、合衆国巡回区上訴裁判所の判例法以上を除いては、大凡のところ当て推量である、とも批判されている⁴²⁾。

Branzburg 判決後、下級審において、ジャーナリストの特権の当事者適格について、同判決が示唆したオールドメディアの間のジャーナリストの定

義が争点となった。しかしながら、下級審においては、von Bulow 事件において、ジャーナリストの特権による保護を援用する者は、「十分な証拠をとおして、公衆へ情報を伝播するため—要求、収集、あるいは受領した—物件を用いる意思をもつこと、またそのような意思が取材過程の端緒に存在したこと、を例証しなければならない。」と判示された⁴³⁾。そして、その後の下級審判決においても、「ジャーナリズムのジャーナリズムたる所以は、その形態ではなく、その内実である。⁴⁴⁾」と象徴的に述べられている⁴⁵⁾。

学説においても、個人的な利用あるいは娯楽のための情報収集者を除いて、公衆の利益あるいは関心に関わる情報を収集するいかなる者をも保護している shield 法が、支持されている⁴⁶⁾。たとえば、New York 州 shield 法は、「地方、全米あるいは世界の出来事、あるいはその他の公共の関心事あるいは公益あるいは公共の福祉への影響」に関わるものとして、ジャーナリストの特権により保護を受ける類の情報を定義している。また、Florida 州の shield 法の下、ジャーナリストの特権により保護を受けるニュースの定義は、「公衆が関心をもつ、地元、州、全米、あるいは世界の問題または出来事に関わる⁴⁷⁾」情報である、とされている。そのような定義は、広汎かつ多様なニュースと見解を容れるには十分広義であると同時に、一定の情報が保護されないとの認定も、裁判所に許容している⁴⁸⁾。以上から、オールドメディアについては、判例および学説上、基本的には、「公衆へ情報を伝播する意図」を以て、ジャーナリストの特権の享有主体性を認められている、といえよう。

さらに、近時、インターネットをはじめとするデジタル情報通信技術の発展により、ブログおよびウェブサイトなどのニュー〈ニュー〉メディアにおいて、ジャーナリストの特権の当事者適格の如何について、議論が展開されてきており、注目される⁴⁹⁾。州の shield 法の多くの一連の定義が表すように、何人が「保護を受けるメディア」如何に関わるジャーナリストの定義は、定義間の対立、および「保護を受けるメディア」の根拠に類する問題を生じることとなる⁵⁰⁾。そして、教育、所属、および雇用状態を根拠とするジャーナリストの基準は、保護を受ける可能性のあるジャーナリ

ストの範囲を明らかに抑制し、またデジタル・メディアおよびモバイル・メディアなどのニュー〈ニュー〉メディアによってもたらされる取材の機会の大衆化を益々もたらさない⁵¹⁾。それは、ジャーナリストの要件におけるジャーナリスト教育などに関する指摘は、デジタル・ジャーナリズムの効用を無視していることに起因するだろう。また、取材(ジャーナリスト)の大衆化についての危惧は、情報の送り手と受け手の互換可能性を否定することともなることから、後述するように、一定の考慮を要しよう。

判例においては、California 州上訴裁判所の O'Grady 判決は、「修正第 1 条の基本的な目的を危うくする」行為として、司法審査をとおしてニュースの妥当性を定義するいかなる試みも斥けており、また編集過程への最小限度の証明を以て足りる、とする⁵²⁾。そして、ジャーナリストの特権の哲学的起源を考慮する際に、shield 法の「保護を受けるメディア」の解釈に焦点を当て、shield 法の核心的目的は、ニュースの収集と伝播を保護することにあるとして、公表の形態あるいは「定期」という術語によって表されるものの不確かな性質を予想することではない、とした。したがって、同判決は、本件の争点であるオンライン・ニュースがジャーナリストの特権を援用することについての相応性に関する判断において、後掲の Mortgage Specialist 判決および TechnoBuffalo 判決が踏襲する、実用主義的な分析アプローチである、法の目的と歴史に依拠した⁵³⁾。また、同判決は、裁判所が編集に関して伝統的なメディアとは区別できないとしたニュース志向のウェブサイトによる情報提供活動から、多様な形態のオンライン・ディスカッション・グループおよびチャットルームに偶然資するような「掲示」行為を峻別した⁵⁴⁾。同判決は、同州の制定法のリベラルな解釈において、1 組の技術ニュース・ウェブサイトへ shield 法による保護を拡張するに先立って、旧来からの類似の術語である「雑誌」と「定期刊行物」が目的と説明において、オンラインによる公表と印刷による公表という直ちに類似する集合をどのように包摂してきているか、例証した⁵⁵⁾。

また、O'Grady 判決後、Too Much Media 事件において、New Jersey 州最高裁判所は、インターネット上の掲示板を「会話のフォーラムに過ぎない」としつつ、O'Grady 事件において争点となったウェブサイト、あるいは

Druge Report,あるいは孤独なブロガーも、ニュース制作の一応の証明を以て、おそらくは本件被告に対しても、ジャーナリストの特権が与えられる、と判示した⁵⁶⁾。

Illinois州Cook郡巡回裁判所は、TechnoBuffalo判決において、O'Grady判決とToo Much Media判決の双方を引用して、ブログ—1つの術語が、ときにあらゆる形態のデジタル取材の規定において漠然として（また不正確に）用いられている—の形態について識別したうえで、主として個人的な内省から成るブログをもつ個人は、ジャーナリストの保護という目的により、他の定期出版物と類似する共働の編集過程の結社を例証するブログとは異なる取り扱いを受けるべきである、と指摘した⁵⁷⁾。そして、オンライン専門のニュース・ウェブサイトTechnoBuffaloへジャーナリストの特権による保護を拡張する端緒として、定期刊行印刷物のオンライン版が保護された、Target Corp.判決⁵⁸⁾において確立された先例に依拠したのであった⁵⁹⁾。

このように、ジャーナリストの特権の享有主体であるジャーナリストの法的定義については、同じくブログおよびウェブサイトなどのニューメディアのなかにおいても、公衆への自由な情報の伝播ではなく、ブロガーの「個人的な内省」などを目的とするブログを排除する見解も確認される。このような見解は、既述の「公衆へ情報を伝播する意図」を精緻化する要件としても、看取できよう⁶⁰⁾。

同様に、学説には、公衆への情報の自由な流通の保護と公益に関わる情報を提供するというジャーナリストの役割がコミュニケーションの媒体に左右されることのない、ジャーナリストの特権の核心である、とするものがある⁶¹⁾。さらに、shield法の解釈について、「保護を受けるメディア」条項と多くの州制定法の時代遅れの性質への依拠との抱き合わせは、他の形態のメディアとの比較のうえ、ジャーナリストの特権がデジタル取材に適用される如何を検討する際の非論理的なアプローチの帰結である、という⁶²⁾。

O'Grady判決、Mortgage Specialist判決、およびTechnoBuffalo判決において採用された、ジャーナリストに対する保護アプローチを構築してゆく1つの解決策は、媒体のプロセス（メディアの中立性）に注目して、デジタ

ル・ジャーナリズム環境への理解を反映した取材・伝播過程に対する訴訟に関する分析を重視することとの複合（理論的そして現実的なアプローチ）である、と主張されている^{63）}。

この媒体（プロセス）中立アプローチは、ジャーナリストの特権の目的と歴史を表しており、公衆への情報の自由な流通を確保する手段として、修正第1条に不可欠なすべてのメディアに対して取材を保護する重要性を強調するだろう。また、そのように焦点を当てることは、保護を受ける者と保護を受けるメディアをより制限する議論よりも、編集過程の証明に対する最小限の審査を選好する、デジタル・ジャーナリズムにジャーナリストの特権を適用する既存の判例法を表している、という^{64）}。

しかし、多様なブログは、同時に、ジャーナリストとしての保護を受けるブログと保護を受けないブログとを区別する余地を見出すことを困難にするだろう。いくつかのブログは、その他のブログよりも、「ジャーナリズム」のようにみえるか。Frederick Schauer 教授の回答は、修正第1条のプレス条項が個人の権利にとっては必須ではない^{65）}、ということである。ブログも管理する Eugene Volokh 教授は、確立されたニュース・メディアのジャーナリストを保護するかたわら、ブログが同じ機能を果たしている場合にブロガーを保護しないことは不公平である、と示唆した。ジャーナリストの法的定義の過度の広汎性の問題に対する彼の解決策は、適法に入手した情報を伝える情報源のみが保護されるように、ジャーナリストの特権を制限する、というものである。同教授が述べるように、類似の制限はその他のほとんどの証言拒否などの特権に妥当するのであり、依頼人が犯罪に関与する企業の弁護士あるいは医師に関わる場合、同特権は、放棄される。同特権の事件に関して、潜在的な犯罪であるということは、多くの場合、情報自体の消滅である、という^{66）}。

4. ジャーナリストの特権から取材源秘匿権への示唆

既述のように、本稿では、アメリカ法におけるジャーナリストの特権の新たな法的諸問題について、参照してきた。そこでは、日本法における取材源秘匿権の法的問題をふまえるならば、つぎのことを示唆することがで

きるだろう。

アメリカ法における、ジャーナリストの特権の放棄については、ジャーナリストの特権についての新たな展開を見せている、といえるのではないだろうか。それは、たしかに、秘匿情報の公表およびジャーナリストの特権の放棄については、これまでもアメリカにおいて論じられてきた問題であり、その意味においては、新たな展開とはいいい難いかもしれない。しかしながら、これらの問題は、少なくとも、ノンコンフィデンシャル情報の保護については、これまで、ジャーナリストの特権をこれらの問題に拡張する⁶⁷⁾如何の問題として捉えられてきたことからするならば、新たな展開ともいいえよう。すなわち、これらの問題は、これまでジャーナリストの特権の埒外とも捉えられてきた問題であるが、今日においては、これらの問題が一旦はジャーナリストの特権として捉えられたうえで、その後、ジャーナリストの特権が援用できる如何の問題として捉えられてきているためである。そして、(民事訴訟において)取材源秘匿権の適用が事実上認められたとみられる日本の最高裁判所とは異なり、アメリカにおいては、合衆国最高裁判所はジャーナリストの特権の適用こそ認めてはいないが(否定もしていないと考えられている)、既述のようなアメリカの下級審におけるジャーナリストの特権についての新たな展開、さらには、shield法の各州への波及、および各州のshield法におけるジャーナリストの特権の保障の拡大を勘案するならば、アメリカのジャーナリストの特権は拡張の方向にあるというだけではなく、ジャーナリストの特権の援用に対する合衆国最高裁判所判決の布石となっていてくると予測することも許されるのではないだろうか。そのことは、連邦レベルにおけるshield法の制定は未だ成っていないものの、ジャーナリストの特権について合衆国最高裁判所 *Branzburg* 判決が、shield法の制定を許容していた⁶⁸⁾ことから、全く否定できないように思われる。

一方、この問題に関する日本法の状況を顧みるならば、取材源秘匿権の放棄の問題こそ顕在化してはいないが、秘匿情報の公表については、訴訟も提起されている⁶⁹⁾。そして、理論的妥当性は別論とするとしても、アメリカ法におけるジャーナリストの特権の放棄という議論は、情報源とジャ

ーナリストの利益の相克という点において、秘匿情報の公表により取材源秘匿権の援用を否定する議論に対して、新たな知見を提供できるものとして考えることができる。

つぎに、アメリカ法においては、民事訴訟と刑事訴訟におけるジャーナリストの特権の異同が問題となっていた。この点、「取材源の秘匿がジャーナリストの基本倫理とされる以上、裁判所の強制によってジャーナリストが取材源を開示すること〔「実質的蓋然性」〕は、容易には期待できない。⁷⁰⁾」との指摘は、少なくとも民事訴訟に限定した文脈において、アメリカ法の理念と軌を一にしているといえよう。しかしながら、アメリカ法では、このような開示強制に対して応諾するジャーナリストの「実質的蓋然性」の問題は、飽くまでも訴訟当事者の救済を目的とする裁判所侮辱制裁権という、民事訴訟の文脈において援用されているのであり、制裁を目的とする同権という刑事訴訟を含むジャーナリストの特権一般にそのまま妥当するものではなかった。日本においても、民事訴訟と刑事訴訟上の取材源秘匿権の差異が認識されている⁷¹⁾ことから、アメリカ法にいう裁判所侮辱制裁権の文脈より取材源秘匿権に対して分析を加えてゆく妥当性を看取できるように思われる。その際には、「実質的蓋然性」からさらに展開をみせている、集団思考、そしてそれに伴う審査基準の緩和についても、一考の余地はあるだろう。

最後に、ジャーナリストの法的定義については、これまで日本において紹介されてきた、在来のメディア間における法的定義の困難性だけではなく、デジタル・ジャーナリズムに対してもジャーナリストの特権の援用を一定程度認めることを前提として、新たな問題として、新興のデジタル・メディア間において、どこまでジャーナリストの特権の享有主体性を認めることができるか、問題となっていた⁷²⁾。

ニュー〈ニュー〉メディアにおいては、媒体中立アプローチだけではなく、さらなる制約を加えることが考えられている。これは、ニュー〈ニュー〉メディアの広汎性と決して無関係ではないだろう。すなわち、媒体中立アプローチでは、ジャーナリストの享有主体が過度に広汎であるとの認識から、何らかの制約（「内省」などの要件）を設けるのである。しかし、

これは、媒体中立アプローチとは整合するものではなく、また「公衆へ情報を伝播する意図」アプローチとも必ずしも整合するものでもない。そもそも、情報の受け手の利益を考慮して、内省などを要件として、ニュースなどの情報の定性性を考慮するのであるならば、却って厳格にジャーナリストを定義するほうが情報の受け手の利益に資することともなろう。しかし、それは、情報の違法を除く真偽混在を前提として、情報の受け手が情報をクリティカルに読み解くという、メディア・リテラシーの見地とは、少なくとも整合しないだろう。また、公権力ないしは中間団体の介入を許す虞もあろう⁷³⁾。

ジャーナリストの法的定義について、情報のジャーナリズム性をその要件とするのであるならば、それは、(公衆への)情報の自由な流通ではなく、ジャーナリズムの自由な流通の保障をジャーナリストの特権に求めることとなる。それは、ジャーナリストの特権の保障目的を限定することともなり、ジャーナリストの特権を異質なものとへ変えることともなろう。伝統的ジャーナリストは、通常、報道する情報のジャーナリズム性について事実上顧慮されることなくして、ジャーナリストの特権を援用できることに着目するならば、ジャーナリストの特権の保障目的は、(ジャーナリストの)情報の自由な流通といえるのかもしれない。そうするならば、情報のジャーナリズム性を要件とすることは、ジャーナリストの特権の保障目的をジャーナリズムの自由な流通とすることともなり、情報の自由な流通という(既存の)ジャーナリストの特権の保障目的とは背理となろう。

そもそも、ジャーナリストの特権の享有主体とされる(伝統的)ジャーナリストに対して情報のジャーナリズム性が事実上要求されていないにも拘わらず、(伝統なきジャーナリストともみなされる)ブロガーなどには、ジャーナリストの特権の享有主体性においてジャーナリズム性が事実上要求されるということは、事実上、差別的な法的評価のように思われる。ただ、表現の自由の原理論における自己統治に専ら依拠して、権力監視に仕えるジャーナリズムがジャーナリストの特権の保障対象であるとするならば、ジャーナリズム性の要求も正当化されるのかもしれない。しかし、表現の自由の原理論において、自己統治が強調される傾向にはあるものの、

自己統治に専ら依拠することは、端的には、政治的表現以外の表現の自由の保障を憂慮するならば、妥当ではないだろう。さらに、ジャーナリストの法的定義に対するこのような審査は、表現規制とパラレルに考えるならば、表現内容に基づく規制ともなろう。

ジャーナリストの法的定義について、(情報の)ジャーナリズム性のように限定が加えられるのは、ジャーナリストの特権の享有主体を限定するという意図に起因するものと推測される。それは、公衆一般には認められない証言拒否権に由来しているのかもしれない。たしかに、公正な裁判の保障を考慮するならば、無限定にジャーナリストの特権の享有主体性を認めるべきではない。しかし、他方、公衆への情報の自由な流通の保障を鑑みるならば、かかる効用に携わる新規参入者のみに対して、(厳格な)スクリーニングにかける積極的理由も、看取できるのであろうか。既述の自己統治という術語を借りるならば、自己統治とは、公衆が(ジャーナリズムによる)十分な情報(公的言説)に基づいて政治判断を行うということはもちろん、公衆自ら公的言説に参加するということのほうが、公的言説の見地からも、望ましいといえるのではないだろうか⁷⁴⁾。そうであるならば、ジャーナリストの法的定義(スクリーニング)という、「確かな宛てもなき難渋な旅路⁷⁵⁾」に敢えて赴く必要も、そもそもないように思われる。また、メディア・リテラシーの見地からは、情報をクリティカルに読み解くために、情報を受け取るだけではなく、情報を送ることが必要であるとされている⁷⁶⁾。このようなメディア・リテラシーの定義によるのであれば、表現の自由論においても、情報の送り手として、事実上、専らマスメディアを据えるのではなく、少なくとも、法的には公衆も、情報の送り手としての保障が同様に必要となろう。すなわち、マスメディアを通して送られてくる情報も、メディアに規定されているに過ぎないためである。

むすび

日本において、これまで、取材源秘匿権の問題は、訴訟を中心として争われてきており、学説においても、訴訟の事案に沿って、取材源秘匿権の対象(客体)の問題を中心として論じられてきたように思われる⁷⁷⁾。

アメリカにおいても、ジャーナリストの特権については、当初、ジャーナリストの特権の対象（客体）を中心に争われてきており、その後、ジャーナリストの特権の主体に関して争われてきており、学説も判例に沿ったかたちで論じられてきているといえよう。ここにおいて注目されることは、取材源秘匿権とジャーナリストの特権、すなわち日米双方において、その主体と客体が個別に論じられてきており（日本においては十分に論じられていない）、必ずしも両者が意図的に連関するものとして論じられてきていないことである。しかしながら、本稿において、アメリカにおけるジャーナリストの特権に関する新たな法的諸問題の考察をとおして、ジャーナリストの特権の主体と客体の問題が、一部通底することが窺われるように思われる。

すなわち、これまで、アメリカにおけるジャーナリストの特権において、「ジャーナリズム」という術語（主体論）は、飽くまでもジャーナリストの特権の享有主体性を位置付ける要素として（のみ）捉えられてきていた。しかしながら、本稿において参照したように、アメリカにおけるジャーナリストの特権において、ジャーナリストの法的定義の問題（主体論）とジャーナリストの特権（取材源秘匿権）の放棄の問題（客体論）については、情報源の身許を秘匿する約束の放棄（客体論）により、ジャーナリストがジャーナリストの特権を援用できないならば、すなわちジャーナリストの特権がジャーナリストに帰属しないのであるならば、ジャーナリストの法的定義（ジャーナリストの特権の享有主体論）の問題がどの程度の意味をもつものか、疑問がないとはいえないだろう。

また、同じく表現の自由の法理からは、名誉毀損法理を参照するのであるならば、日本における刑法 230 条の 2 に関する判例⁷⁸⁾および支配的学説⁷⁹⁾である相当性理論において、名誉毀損的表現の表現主体論は問題とはなっていないにも拘わらず、取材源秘匿権において、取材源秘匿権の享有主体論が問題となることについては、逆説的にいうならば、プレスの制度主義的（客観法的）理解を前提としないかぎり、論理的に不均衡はないのであろうか。表現の自由および取材源秘匿権の双方ともに、表現の自由ないしは公衆への情報の自由な流通を目的として据えつつ、取材源秘匿権につい

て、公衆への情報の自由な流通とは必ずしも因果をもつものではない情報源の利益を必須とすることには、背理はないのであろうか。また、アメリカにおいても、名誉毀損法理については、文脈が限定されてはいるけれども、現実的悪意の法理が判例上も採用されてきており⁸⁰⁾、日本法同様、名誉毀損的表現の表現主体論について問題とはされていないことから、ジャーナリストの特権との関係において、既述の論理的不均衡ないしは背理という問題が生じうるようにも思われる。

たしかに、表現の自由という情報の発信行為と取材源秘匿権（取材の自由）という情報の受領行為については、憲法上の保障において差異が認められるものとして解するのであるならば⁸¹⁾、既述の論理的不均衡ないしは背理という問題は、遡及的に存在しなかったものとも解せられる。しかしながら、そのように解する場合においても、何故に既述の問題が存在しないのであるか、すなわち、公衆への情報の自由な流通において正反対のベクトルを有する行為の憲法保障上の差異を説明する必要があるだろう⁸²⁾。

加えて、アメリカにおいて、ジャーナリストの法的定義の問題（主体論）と、民事訴訟と刑事訴訟の問題（客体論）については、民事訴訟と刑事訴訟における裁判所侮辱制裁権の差異では民事訴訟における強制効果に対する「実質的蓋然性」、さらには「集団思考」が問題となってきた。これらは、ジャーナリストの法的定義（主体論）にいう職業集団に由来する職業意識および所属などとも関係することから、双方の問題は連関する問題ともなろう。また、集団思考の理論が、ジャーナリストの特権の審査基準の緩和に作用するならば、ジャーナリストの法的定義がジャーナリストの特権の適用如何を決することともなる。

したがって、ジャーナリストの特権（取材源秘匿権）の法理について検討するに際しては、取材源秘匿権の主体論と客体論を個別に検討するだけでなく、両者に通ずる共通要素をふまえた、意図的に一体的な検討が求められるようにも思われる。また、そのほうが、齟齬を排した、より一貫した、妥当な法理の構築が期待できるものとも考えられる⁸³⁾。

しかしながら、ジャーナリストの特権の主体論と客体論において共通する要素を主体論と客体論の双方において考慮することは、ジャーナリスト

の特権（の適用）について、二重に絞りをかけることともなりうるため、公衆への情報の自由な流通という目的に照らして、その妥当性を含めた慎重な判断も求められるだろう。そして、ジャーナリストの法的定義について、懐疑論に立脚するのであるならば、またジャーナリストの特権の客体論において適用が認められる事案にも拘わらず、主体論において享有主体性が認められないことが、〈ジャーナリスト〉による公衆への情報の自由な流通ではなく、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考慮するのであるならば、ジャーナリストの法的定義について限定して捉える積極的理由は、ないように思われる。その意味において、ジャーナリストについての開かれた法的定義が、いわゆる取材源秘匿権の法理上要請されるように思われる。

本稿は、JSPS 科研費 24530122 の研究助成による、成果の一部である。

¹⁾ 最3小決平成18年〔2006年〕10月3日決定民集603巻8号2647頁。

²⁾ 札幌高決昭和54年〔1974年〕8月31日下民集30巻5-8号403頁。本件特別抗告を却下した決定。最3小決昭和55年〔1975年〕3月6日判時956号32頁。

³⁾ 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926号、1989年、54頁。

⁴⁾ 連邦刑事手続規則17(c)は、罰則付召喚令状に対する応諾が「不合理あるいは抑圧」である場合、罰則付召喚令状の破棄を裁判所に認めている（Fed. R. Crim. P. 17(c)）。また、連邦民事手続規則26(c)は、罰則付召喚令状に対する応諾が証人に「不快、困惑、抑圧、あるいは不当な義務あるいは支出」を生じる場合、保護命令を発する権限を裁判所に与えている（Fed. R. Civ. P. 26(c)）。同時に、連邦法は、刑事裁判所侮辱（18 U.S.C.S. §§ 401-402）あるいは民事裁判所侮辱（28 U.S.C.S. § 1826）を理由として、反抗的な証人に罰金および拘禁を科す裁量権を裁判官に与えている。

⁵⁾ アメリカにおけるジャーナリストの特権の法的問題については、法条競合、絶対性、免責性、手続、享有主体性、保護範囲、放棄、回避、および反SLAPP法などが指摘されている（See Lee Levine, Robert C. Lind, Seth D. Berlin, and C. Thomas Dienes, *Newsgathering and the Law*, Fourth Edition, § 17.01- § 19.09.）。

⁶⁾ ただし、このようなアメリカ法の状況を紹介する邦文文献として、以下参照。池田公博『報道の自由と刑事手続』有斐閣、2008年、254-256頁。そして、博多駅事件（最大

決昭和44年〔1969年〕11月26日刑集23巻11号1490頁。), 日本テレビ事件(最2小決平成元年〔1989年〕1月30日刑集43巻1号19頁), およびTBS事件(最2小決平成2年〔1990年〕7月9日44巻5号421頁)の事案についても, 同様の文脈として捉えることができるだろう。

⁷⁾ DEL. CODE ANN. tit. 10, § 4325 (Michie 1999, Supp. 2005).

⁸⁾ Cf. D.C. CODE ANN. § 16-4704 (West 2001, Supp. 2004). MD. CODE ANN., CTS. & JUD. PROC. § 9-112 (e) (Michie 2002, Supp. 2003). FLA. STAT. ANN. § 90.5015 (4) (West 1999, Supp. 2005). S.C. CODE § 19-11-100 (C) (Lawyers Co-op 1985, as amended, Supp. 2004).

⁹⁾ Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).

¹⁰⁾ McKevitt v. Pallasch, 339 F.3d 530, at 532 (7th Cir. 2003).

¹¹⁾ McKevitt v. Pallasch, 339 F.3d 530, at 532 (7th Cir. 2003).

¹²⁾ McKevitt v. Pallasch, 339 F.3d 530, at 532 (7th Cir. 2003). なお, 裁判所は, ジャーナリストの特権を享有する者が同特権を付与される物件の一定の重要部分を任意に開示する場合, shield法制定後に可決された法では同特権のすべてが放棄される, と判示している (Las Vegas Sun v. Eighth Judicial Dist. Court, 761 P.2d 849 (Nev. 1988); Newburn v. Howard Hughes Med. Inst., 594 P.2d 1146 (Nev. 1979)).

¹³⁾ Brief of the United States, Appellee, at 46, In re Grand Jury Subpoena, 397 F.3d 964 (D.C. Cir. 2005) (No. 04-3138)).

¹⁴⁾ Brief of the United States, Appellee, at 46, In re Grand Jury Subpoena, 397 F.3d 964 (D.C. Cir. 2005) (No. 04-3138) (citing McKevitt v. Pallasch, 339 F.3d 530, 532 (7th Cir. 2003)).

¹⁵⁾ Brief of the United States, Appellee, at 46, In re Grand Jury Subpoena, 397 F.3d 964, at 999-1000 (D.C. Cir. 2005) (No. 04-3138) (Tatel, J., concurring), cert. denied, 125 S. Ct. 2977 (2005).

¹⁶⁾ Reporters' Shield Legislation: Issues and Implications, Hearing Before the Senate Comm. on the Judiciary, 109th Cong. (2005) (testimony of Professor Geoffrey Stone, Harry Kalven Jr. Distinguished Professor of Law, University of Chicago Law School), accessed at http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/stone_testimony_07_20_05.pdf (May 28, 2015). これに対して, 「情報源の署名によるコンフィデンシャリティの放棄が〔ジャーナリストの〕特権を援用するジャーナリストの法的資格を消滅させる如何に徴するならば (See McKevitt v. Pallasch, 339 F.3d 530, at 532 (7th Cir. 2003))., 判決あるいは公益条項は, ジャーナリストの特権が情報源ではなくジャーナリストに帰属することを明らかにする術を合衆国議会に与えている。」という (Anthony L. Fargo, Analyzing Federal Shield Law Proposals: What Congress Can Learn from the States, 11 Comm. L. & Pol'y 35, at 71 (2006)).

¹⁷⁾ 最大判昭和27年〔1952年〕8月6日刑集6巻8号974頁。

¹⁸⁾ 札幌高決昭和54年〔1974年〕8月31日下民集30巻5-8号403頁。

¹⁹⁾ 最3小決平成18年〔2006年〕10月3日民集60巻8号2647頁。

²⁰⁾ 前田正義「判例研究 民事訴訟における新聞記者の取材源に係る証言拒絶について理由があるとされた事例 (最高裁第三小法廷平成18年10月3日決定)」海保大研究報告法文学系, 58巻2号, 2014年, 117-121頁。

²¹⁾ 莫大な罰金あるいは長期に亘る拘禁に対する脅威が情報の自由な流通を萎縮させうる虞は, 少なくとも, 裁判官の権限を一定程度制限する検討が合理的であることを示唆している, という (Daxton R. "Chip" Stewart and Anthony L. Fargo, Challenging Civil Contempt: The Limits of Judicial Power in Cases Involving Journalists, 16 Comm. L. & Pol'y 425,

at 463 (2011).)

²²⁾ See *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

²³⁾ *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418 at 411 (1911).

²⁴⁾ *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194, 202 (1968).

²⁵⁾ Daxton R. "Chip" Stewart and Anthony L. Fargo, *Challenging Civil Contempt: The Limits of Judicial Power in Cases Involving Journalists*, 16 *Comm. L. & Poly* 425, at 437 (2011).

²⁶⁾ Daxton R. "Chip" Stewart and Anthony L. Fargo, *Challenging Civil Contempt: The Limits of Judicial Power in Cases Involving Journalists*, 16 *Comm. L. & Poly* 425, at 432-433 (2011). また、*Branzburg* 事件、そして近時のジャーナリストに関わる事件の問題における審問のような大陪審の審問の文脈において、28 U.S.C. § 1826 について概説された裁判所侮辱制裁権は、実際、民事的である、という (Daxton R. "Chip" Stewart and Anthony L. Fargo, *Challenging Civil Contempt: The Limits of Judicial Power in Cases Involving Journalists*, 16 *Comm. L. & Poly* 425, at 438 (2011).)。

²⁷⁾ See *United States v. Lippitt*, 180 F.3d 873, 878 (7th Cir. 1999), cert denied, *Lippitt v. United States*, 528 U.S. 958 (1999); *Simkin v. United States*, 715 F.2d 34, 37 (2d Cir. 1982); *In re Grand Jury Investigation*, 600 F.2d 420, 425 (3d Cir. 1979); *Lambert v. Montana*, 545 F.2d 87, 90 (9th Cir. 1976).

²⁸⁾ *In re Grand Jury Proceedings*, 280 F.3d 1103, 1109 (7th Cir. 2001).

²⁹⁾ Motion of Judith Miller for Reconsideration of the Court's October 7, 2004, Order Requiring Confinement "At a Suitable Place" or, in the Alternative, for a Supplemental Order Designating a Particular "Suitable Place" of Confinement, filed in the U.S. District Court for the District of Columbia, July 1, 2005, at 5. Miller 氏は、彼女の確固たる信念を不動のものとする証拠として、同氏がいかなる状況においても情報源を暴露しないだろうという確信をアメリカ軍イラク部隊最高司令官 Lt. Gen. David H. Petraeus はもっていると記述している、彼からの手紙を加えた。

³⁰⁾ *United States v. Jones*, 880 F.2d 987, at 989 (7th Cir. 1989).

³¹⁾ 「集団思考」は、貧弱な意思決定をもたらす可能性があるため、そのような集団に対する否定として、みなされている (See IRVING L. JANIS, *VICTIMS OF GROUPTHINK* (1972).)。

³²⁾ Martin W. Rempel & Ronald J. Fisher, *Perceived Threat, Cohesion, and Group Problem Solving in Intergroup Conflict*, 8 *INTL J. OF CONFLICT MANAGEMENT* 216 (1997).

³³⁾ Randall D. Eliason, *Leakers, Bloggers, and Fourth Estate Inmates: The Misguided Pursuit of a Reporter's Privilege*, 24 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 385, 445 (2006).

³⁴⁾ *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418, 450 (1911).

³⁵⁾ なお、個人情報の保護に関する法律 50 条 1 項 1 号は、同法の適用除外とされる個人情報取扱事業者として、「報道の用に供する目的」をもつ、「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。）」と規定する（また、同項 2 号の「著述の用に供する目的」をもつ、「著述を業として行う者」との規定については、注目されるべきである。）。そして、同条 2 項において、「前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。）をいう。」と規定する。

その他に、特定秘密の保護に関する法律 22 条 1 項は、「この法律の適用に当たっては、……国民の知る権利の保障に資する報道又は取材の自由に十分に配慮しなければならない

い。」として、「出版又は報道の業務に従事する者の取材行為については、専ら公益を図る目的を有し、かつ、法令違反又は著しく不当な方法によるものと認められない限りは、これを正当な業務による行為とするものとする。」(同条2項)と規定している。

したがって、日本の法律上、「報道機関」ないしは「報道従事者」、すなわち〈ジャーナリスト〉は、報道を「業」ないしは「業務」とする者とされていることから、一定の継続性と反復性が求められているものとして解せられる。さらには、「不特定かつ多数の者に対して……知らせること」および「取材行為については、専ら公益を図る目的を有し、かつ、法令違反又は著しく不当な方法によるものと認められない限りは、これを正当な業務による行為とする」と規定され、既述の享有主体の定量性だけでなく、情報の定性性が要求されている。「著しく不当な方法」については、後掲の外務省秘密電文漏洩事件を踏襲するものとして、理解することができよう。

³⁶⁾ 前田正義「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—」阪大法学 232 号, 2004 年, 75 頁。なお、いわゆる Snowden 事件において、Edward Snowden 氏は、秘密文書を単に公表するのではなく、報道機関と協力して報道することによって、より強い法的保護を受けることができるとの認識をもっていた、という。グレン・グリーンウォルド／田口俊樹・濱野大道・武藤陽生訳『暴露—スノーデンが私に託したファイル』新潮社, 2014 年, 87 頁。

³⁷⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at “6. Where Information Is Gathered: The Press, Old and New” (2013).

³⁸⁾ ジャーナリストの法的定義においては、報道など通常のジャーナリズムではなく、表現の自由における営利的表現に準えるならば、専ら営利情報を扱う〈ジャーナリスト〉がジャーナリストの特権を享有できる如何が、判例上問題となっている。たとえば、「Pennsylvania 州地方裁判所は、企業の信用の格付けおよびその調査結果を公表する Standard & Poor's が「公衆一般の利益のために情報」を公表していたことを理由として、ジャーナリストの特権を援用できる、と判示した (In re Scott Paper Co. Sec. Litig., 145 F.R.D. 366, 370 (E.D. Pa. 1993).)。一方、New York 州地方裁判所は、財務に関する日刊ニュースレター「アナリスト」が連邦法あるいは州法によって定義されたようなジャーナリストではないことを理由として、発行者はジャーナリストの特権を援用できない、と判示した (PPM Am., Inc. v. Marriott Corp., 152 F.R.D. 32, 34-36 (S.D.N.Y. 1993).)。しかし、New York 州地方裁判所は、他の事件において、von Bulow 判決に拠り、連邦法の問題としてロースクールの新聞の無報酬のジャーナリストがジャーナリストの特権を援用できる、と判示した (Blum v. Schlegel, 150 F.R.D. 42, 44-45 (W.D.N.Y. 1993).)。

さらに、裁判所は、企業が株主あるいは公衆の幸福を脅かす秘密業務を遂行する可能性があること、また「秘密」あるいは「財産」と称することを理由として、企業秘密と公益を簡単に区別できるとする。また、裁判所あるいは他の機関が技術関連の開示がニュースに値する如何を宣言する権限をもつことを当然のこととする場合、裁判所は、「修正第1条の価値を危うくする」と強調する (O'Grady v. Super. Ct., 44 Cal. Rptr. 3d 72, at 114 (Cal. Ct. App. 2006).)。

New Hampshire 州最高裁判所は、「様々な利益集団に対して譲渡抵当権業界に関する適法な情報」の公表を欲したウェブサイト Implode が「信頼できる法主体」であり、また「プレスの構成員同然」であるとした事実審に同意して、Mortgage Specialist の主張を斥

けた (Mortg. Specialists, Inc. v. Implode-Explode Heavy Indus., Inc., 999 A.2d 184, 189 (N.H. 2010).)。また、Implode のウェブサイトの記述に関して「情報提供機能」と公衆への情報の流通を提供していることを理由として、裁判所は、Implode にジャーナリストの特権があるとし、また O'Grady 事件と TechnoBuffalo 事件同様の事件において用いられた類似的意見と術語を繰り返し示した (Mortg. Specialists, Inc. v. Implode-Explode Heavy Indus., Inc., 999 A.2d 184, at 190 (N.H. 2010).)。

³⁹⁾ Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).

⁴⁰⁾ Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, at 703-704. (1972).

⁴¹⁾ Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, at 686-688 (1972).

⁴²⁾ Jason A. Martin and Anthony L. Fargo, Rebooting Shield Laws: Updating Journalist's Privilege to Reflect the Realities of Digital Newsgathering, 24 U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y 47, at 54 (2013).

⁴³⁾ von Bulow by Auersperg v. von Bulow, 811 F.2d 136, at 144 (2d Cir. 1987).

⁴⁴⁾ Shoen v. Shoen, 5 F.3d 1289, at 1293-94 (9th Cir. 1993).

⁴⁵⁾ Silkwood v. Kerr-McGee 事件において、3名の裁判官は、ジャーナリストが正規の報道記者〔ジャーナリスト〕ではない場合、報道の効果の問題とジャーナリストの特権の有効性を考慮して、調査報道のフィルムを準備するという目的により、判示した (Silkwood v. Kerr-McGee, 563 F.2d 433, at 436-437 (10th Cir. 1977).)。疑惑のマリファナ畑の上空を警察官と飛行したテレビ局のヘリコプター操縦士は、観察した内容の発言に対する防壁により、罰則付召喚令状を受けることはない、とする判決 (Henderson v. People, 879 P.2d 383 (Colo. 1994).)。以下、参照。ラジオ局のニュース・ディレクターは、同局の電話で原告に関する潜在的な文書毀損情報について議論―ゴシップに関与―していても、ニュースの収集業務に従事していなかった、とする判決 (Svoboda v. Clear Channel Comm'ns, Inc., 805 N.E.2d 559 (Ohio Ct. App. 2004).)。レスリング興行に関するトーク・ショーのホストにジャーナリストの特権の保護を否定する判決 (In re Madden, 151 F.3d 125 (3d Cir. 1998).)。ジャーナリストは、民事訴訟の原告と情報を共有する場合においても、ジャーナリストの特権を援用する権利を失わない、とする判決 (Wright v. Fred Hutchinson Cancer Research Ctr., 206 F.R.D. 679 (W.D. Wash. 2002).)。

⁴⁶⁾ Laurence B. Alexander, Looking Out for the Watchdogs: A Legislative Proposal Limiting the Newsgathering Privilege to Journalists in the Greatest Need of Protection for Sources and Information, 20 Yale L. & Pol'y Rev. 97, at 130 (2002).

⁴⁷⁾ FLA. STAT. ANN. § 90.5015 (1)(b) (West 1999, Supp. 2005).

⁴⁸⁾ 近時の shield 法は、保護を受けるメディアの法主体性について、より長いリストをもつ傾向にある (Wash. Rev. Code Ann. § 5.68.010(5)(a) (West 2009 & Supp. 2012). Wash. Rev. Code Ann. § 5.68.010(5)(b). Haw. Rev. Stat. Ann. § 33-621 n.(a)(1)-(2) (West 2008 & Supp. 2011). Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-2237 (2003 & Supp. 2011).)。また、shield 法を擁する 38 州の内 8 州だけが、媒体中立的な術語を規定する、という (Anthony L. Fargo, Analyzing Federal Shield Law Proposals: What Congress Can Learn from the States, 11 Comm. L. & Pol'y 35, at 93 (2006).)。

⁴⁹⁾ ジャーナリストの特権について、オンライン上の表現 (報道) 活動の保護に関わる事件は、いわゆる企業秘密をニュース・ウェブサイトにも漏洩した情報源の保護を求める事件と、インターネット掲示板などにおいてジャーナリストを自称するブロガーの身許などの情報の保護を求める事件、に大別できるだろう (See O'Grady v. Super. Ct., 44 Cal. Rptr.

3d 72, at 77-82 (Cal. Ct. App. 2006); *Too Much Media LLC v. Hale*, 20 A.3d 383, at 367-368 (N.J. 2011).)

⁵⁰⁾ See Sandra Davidson & David Herrera, *Needed: More Than a Paper Shield*, 20 Wm. & Mary Bill Rts. J. 1277, at 1327 (2012).

⁵¹⁾ See John J. Dougherty, *Obsidian Financial Group, LLC v. Cox and Reformulating Shield Laws to Protect Digital Journalism in an Evolving Media World*, 13 N.C. J.L. & Tech. On. 287, at 318 (2012). 合衆国最高裁判所は、1997年、「巨大な民主主義フォーラム」(*Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, at 868 (1997).), そして低廉なコストかつ広汎に及ぶ「触れ役」あるいはビラ配布者となることを何人にも可能とする、インターネットの可能性を称えた (*Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 at 870 (1997).).

⁵²⁾ *O'Grady v. Super. Ct.*, 44 Cal. Rptr. 3d 72, at 97-98 (Cal. Ct. App. 2006). See also *Johns-Byrne Co. v. TechnoBuffalo*, No. 2011 L 009161 (Cir. Ct. Cook County, Ill. July 13, 2012), at 6. (ニュースの適法性のテストを斥けている *O'Grady* 判決を引用している判決)。

⁵³⁾ *O'Grady v. Super. Ct.*, 44 Cal. Rptr. 3d 72 at 105 (Cal. Ct. App. 2006). しかしながら、より一般的には、裁判所は、ジャーナリストの「[公衆へ情報を伝播する] 意思」を避けつつ、哲学、およびニュースの伝播という有形の実績に基づいて、ジャーナリストの保護を範疇化してきている (See *Too Much Media LLC v. Hale*, 20 A.3d 383, at 373-74 (N.J. 2011).).

⁵⁴⁾ *O'Grady v. Super. Ct.*, 44 Cal. Rptr. 3d 72, at 91-99 (Cal. Ct. App. 2006).

⁵⁵⁾ *O'Grady v. Super. Ct.*, 44 Cal. Rptr. 3d 72, at 102-103 (Cal. Ct. App. 2006).

⁵⁶⁾ *Too Much Media LLC v. Hale*, 20 A.3d 383, at 379-380 (N.J. 2011).

⁵⁷⁾ *Johns-Byrne Co. v. TechnoBuffalo LLC*, No. 2011 L 009161, at 5 (July 13, 2012) (Order), available at

<http://www.dmlp.org/sites/citmedialaw.org/files/2012-07-13-Order%20on%20motion%20for%20reconsideration.pdf> (May. 28, 2015). また、「この種の議論において、Google および Facebook が疑いなく言論に責任のある制度的文脈のようにみなせることから、我々は、それらをプレスの定義に包摂すべきである。……Google は、そのアルゴリズムが如何に機能するかについて知らせるつもりはなく、したがって、非権力的事業の範疇に入るものと考えている。」という (Jane Kirtley, *Freedom of the Press in the Twenty-First Century -- An Agenda for Thought and Action: Panel II: The Future of Privileges for the Press*, 19 Comm. L. & Pol'y 109, at 117 (2014). (Mike Ananny).).

⁵⁸⁾ *State ex el. Beeler, Schad and Diamond, P.C. v. Target Corp.*, 367 Ill. App. 3d 860 (Ill. App. Ct. 2006).

⁵⁹⁾ *Johns-Byrne Co. v. TechnoBuffalo LLC*, No. 2011 L 009161, at 4 (July 13, 2012) (Order), available at

<http://www.dmlp.org/sites/citmedialaw.org/files/2012-07-13-Order%20on%20motion%20for%20reconsideration.pdf> (May. 28, 2015).

⁶⁰⁾ 伝統的なメディアとの類似性から、ニューメディアのジャーナリスト性を認めることは、必ずしもメディア中立アプローチとはいえないだろう。

⁶¹⁾ Jason A. Martin and Anthony L. Fargo, *Rebooting Shield Laws: Updating Journalist's Privilege to Reflect the Realities of Digital Newsgathering*, 24 U. Fla J.L. & Pub Pol'y 47, at 88 (2013).

⁶²⁾ See Joseph S. Alonzo, Note, *Restoring the Ideal Marketplace: How Recognizing Bloggers as Journalists Can Save the Press*, 9 N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y 751, at 752 (2006). See also Susan M. Gilles, *The Image of "Good Journalism" in Privilege, Tort Law, and Constitutional Law*, 32 Ohio N.U. L. Rev. 485, 500 (2006) (ジャーナリストの特権を正当化するため、ジャーナリ

ズムの機能を強調している。) ; Eric P. Robinson, Bloggers and Shield Laws II: Now, You Can Worry, Digital Media Law Project (Jan. 26, 2012, 1:25 PM), <http://www.citmedialaw.org/print/9689> (情報の自由な遣り取りの促進の新たな手段として、ブログをみなしている。)

⁶³⁾ See Linda L. Berger, Shielding the Unmedia: Using the Process of Journalism to Protect the Journalist's Privilege in an Infinite Universe of Publication, 39 Hous. L. Rev. 1371 at 1375-1376 (2003).

⁶⁴⁾ See Jason A. Martin and Anthony L. Fargo, Rebooting Shield Laws: Updating Journalist's Privilege to Reflect the Realities of Digital Newsgathering, 24 U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y 47, at 92-93 (2013).

⁶⁵⁾ Frederick Schauer, Towards an Institutional First Amendment, 89 Minn. L. Rev. 1256, at 1269 (2005).

⁶⁶⁾ Eugene Volokh, Op-Ed, You Can Blog, But You Can't Hide, N.Y. Times, Dec. 2, 2004, at A39. California 州上訴裁判所は、請願者とその公表物が州 shield 法により保護される如何について言及し、ニュースの起源となるウェブサイトの情報の意図的な公表と、「ニューズグループ、チャットルーム、掲示板システム、あるいはディスカッション・グループのような公開フォーラムの偶然的訪問者による情報、意見、あるいは作り話の保存」との差異について、詳述した (O'Grady v. Super. Ct., 44 Cal. Rptr. 3d 72, at 99 (Cal. Ct. App. 2006).)。とりわけ、同裁判所は、本件において争点となった公表方法が「新聞の発行とは概念上区別できないと考えられ」(O'Grady v. Super. Ct., 44 Cal. Rptr. 3d 72, at 99 (Cal. Ct. App. 2006).)、またそのようなニュース・サイトが『『ピラ貼り』という術語を生んだ原始的ディスカッション・システム」よりも、伝統的な印刷プレスに一層類似する特定の種類と程度の編集管理に関わりがある、と述べた (O'Grady v. Super. Ct., 44 Cal. Rptr. 3d 72, at 91 (Cal. Ct. App. 2006).)。事実、同裁判所は、透明性の利益とより知識のある市民への貢献のため、元々の情報源の資料を掲示することにより、また関連付けるオンライン・ニュースの潜在的な能力を称えることにより、オンラインの情報環境の複雑性に熟知していることを例証した (O'Grady v. Super. Ct., 44 Cal. Rptr. 3d 72, at 99 (Cal. Ct. App. 2006).)。また、California 州、New Jersey 州、および Illinois 州の裁判所は、デジタル取材による制作活動が雑誌などの伝統的なニュース・メディアに相当程度類似する場合、デジタル取材を shield 法により保護している。一般に、これらの裁判所は、私的会話により強く類似して通常は個人の内省と意見同然の個人運営のブログよりも、ウェブサイトが公衆のためにニュースを収集そして伝播する如何について、主として斟酌してきている (See Johns-Byrne Co. v. TechnoBuffalo LLC, No. 2011 L 009161, at 5 (July 13, 2012) (Order), available at <http://www.dmlp.org/sites/citmedialaw.org/files/2012-07-13-Order%20on%20motion%20for%20reconsideration.pdf>. (May. 28, 2015).)。

⁶⁷⁾ Alison L. Tuley, Outtakes, Hidden Cameras, and the First Amendment: A Reporter's Privilege, 38 Wm. & Mary L. Rev. 1817, at 1825 (1997).

⁶⁸⁾ Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, at 706 (1972).

⁶⁹⁾ 大石泰彦「裁判でのテレビ放映番組の証拠申請・採用—『意外に重たい』問題?」法学セミナー714号、4-7頁、2014年。

⁷⁰⁾ 長谷部恭男『憲法 第6版』新世社、2011年、218頁。

⁷¹⁾ 東京地判平成18年〔2006年〕5月22日判タ1220号246頁。

⁷²⁾ 「この定義の欠缺は、証言拒否に対する無制約の裁判所侮辱制裁におそらく直面するジャーナリストと、あたかもジャーナリストの如く情報を収集するその他の市民に対する異議申立てを提起するが、同制裁の見込みについてより強力な根拠となる機会、また伝統的なジャーナリストが事件において無理な協力の強制に実際直面するという道徳的および集团的圧力、をもたらす。」(Daxton R. "Chip" Stewart and Anthony L. Fargo, Challenging Civil Contempt: The Limits of Judicial Power in Cases Involving Journalists, 16 Comm. L. & Pol'y 425, at 456 (2011).)。

⁷³⁾ ジャーナリストの特権の適用における刑事事件と民事事件の異同については、以下の判決を参照。

Cuthbertson 判決は、「編集過程への介入を阻止し、また情報源と未公表ノートの開示強制による自己検閲の危険の惹起を回避する」、ジャーナリストの「秘匿の情報源を保護する利益は、事件が刑事あるいは民事であるかを奇貨として、変わりはない。」とした (United States v. Cuthbertson, 630 F.2d 139, at 147 (3d Cir. 1981))。

一方、刑事事件に関して、Lopez 判決は、「記者〔ジャーナリスト〕の条件付特権により保護される情報の自由な流通における重要な社会的利益は、刑法犯の証拠の調査そして暴露が促されるべきであるため、刑事事件において、とりわけ強制を受ける」と示唆する (United States v. Lopez, 14 Media L. Rep. (BNA) 2203, at 2204 (N.D. Ill. 1987))。また、LaRouche 判決は、ジャーナリストの特権が、刑事事件において相対的に限定されることから、特定の事件の事実における刑事被告人の「極めて重要な利益」に劣る、とする (See United States v. LaRouche Campaign, 841 F.2d 1176, at 1182 (1st Cir. 1988))。さらに、Burke 判決は、「たしかに、刑事被告人は、民事被告よりも危険に晒されており、また刑事被告人の証明の必要性は、衡量においてより重く斟酌されるかもしれない。それにも拘わらず、その審査基準は、同じであるべきである。実際、記者の条件付特権により保護される情報の自由な流通における重要な社会的利益は、とりわけ刑事事件において、強制を受ける。」という (United States v. Burke, 700 F.2d 70, at 77 (2d Cir. 1983))。

民事事件に関して、Hume 判決は、「一般に、開示強制における民事訴訟当事者の利益と新聞の秘匿の情報源を保護する公益を衡量する際、我々は、修正第1条の優越的地位と活力あるプレス的重要性に留意するだろう。」とする (Carey v. Hume, 492 F.2d 631, at 710 (D.C. Cir. 1974))。また、Pinkard 判決は、ある事実審裁判所が有力な見解を簡潔に述べるように、「民事事件において、『裁判所は、ジャーナリストのニュース・ソースの非開示における公益が開示強制における私益よりもしばしば重視されることを認めなければならない。』とする (Pinkard v. Johnson, 118 F.R.D. 517, at 521 (M.D. Ala. 1987))。さらに、CFTC 判決は、「〔ジャーナリストの〕特権が民事の事案において一般的に優る所以は、プレスの自由のより大きな公益と較べて、『個人的救済を求める私的な訴訟当事者』の公益が劣るためである。」とする (CFTC v. W00hitney, 441 F. Supp. 2d 61, ta 65 (D. D.C. 26))。

これらの判決の利益衡量における刑事事件と民事事件の異同については、検討を要するだろう。

⁷⁴⁾ 「メディアが公衆の最善の利益に関わり活動するというその根本的前提は、プレスが一定の特権を与えられるべきであるという見解に不可欠な基盤である。」(Jane Kirtley, Freedom of the Press in the Twenty-First Century – An Agenda for Thought and Action: Panel II: The Future of Privileges for the Press, 19 Comm. L. & Pol'y 109, at 112 (2014).)。

⁷⁵⁾ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, at 703-704. (1972).

⁷⁶⁾ 菅谷明子『メディア・リテラシー——世界の現場から——』岩波書店、2000年、v頁。

⁷⁷⁾ 前田正義「いわゆる取材源秘匿権の法的構成—証言拒否と取材物件提出拒否—」海保大研究報告 法文学系、100号、23頁、2015年。

⁷⁸⁾ 最大判昭和44年〔1969年〕6月25日刑集23巻7号975頁。

⁷⁹⁾ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) 〔増補版〕』有斐閣、2000年、351-356頁。

⁸⁰⁾ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁸¹⁾ 最大決昭和44年〔1969年〕11月26日刑集23巻11号1490頁。古川純「取材・報道の自由」憲法の基本判例 第二版、94頁、1997年。

⁸²⁾ メディア・リテラシーにおいては、クリティカルに情報を読みとるため、情報の発信行為も重要であるという理解もなされている。このようなメディア・リテラシーについての理解は、表現の自由論において、情報の送り手と受け手の乖離を危惧する立場とも通底することとなるだろう。また、公的言説について考える場合、市民の声を半ば代表しているのがマスメディアによる報道なのであろうか。一般的な表現の自由論ではマスメディアとブログに差異はないが、ジャーナリストの特権においては、両者に本質的な差異が存在するのであろうか。少なくとも、一定のブログについては、その差異を超越する能力をもっているといえるのではないだろうか。

⁸³⁾ これまで、日本において、取材の自由について、あまり論じてこれなかった問題が、違法行為に関わる取材活動における、ジャーナリストの法的責任の免除如何の問題である。それは、ジャーナリストが、取材のために詐欺的行為あるいは不正行為に関わる場合、不法行為上の責任から一定程度保護される如何、という問題である。

アメリカの判例において、プレスは、事業遂行、したがって取材遂行に関して一般に適用可能な法を免れない。すなわち、*New York Times Co. v. United States* 判決 (*New York Times Co. v. United States* 403 U.S. 713 (1971) (per curiam).) を始めとして、合衆国最高裁判所は、適法に入手した真実の情報を公表した場合、情報源が刑法あるいは不法行為法に反する可能性のある場合も、プレスを支持してきている。たとえば、*Landmark* 判決において、合衆国最高裁判所は、司法審査委任の秘密手続に関わる真実の情報の公表を理由として、プレスに対する刑事処罰を容認した判決を斥けた。司法審査委任の統制は、公益の問題であり、新聞も、記事の公表により、政府に関わる問題について議論するという憲法上保護された公益に仕えてきた。合衆国最高裁判所は、真実の情報を含むあらゆる状況において、カテゴリカルな準則を採用する傾向にあるが、公文書を用いなかった *Landmark* による真実の情報の公表が修正第1条により保護される、と判示した

(*Landmark Communications, Inc. v. Virginia* 435 U.S. 829, at 837-839 (1978).)

翌年、*Smith v. Daily Mail Publishing Co.* 判決において、少年の氏名を公表するプレスの自由は、必ずしも公文書ではなかったが、適法に入手された身許へ拡張された。合衆国最高裁判所は、*Daily Mail* 判決の合理性に続いて、『「至高の秩序に関わる州利益の促進」を制定法が狭く限定する」場合、州は適法に入手された「公的に重要な問題に関する真実の情報」の公表を処罰できない、と判示した (*Smith v. Daily Mail Publishing Co.* 443 U.S. 97, at 103-104 (1979).)。匿名の保護による少年の更生促進という州利益は、「至高の利益」という基準には適わなかったのである (*Smith v. Daily Mail Publishing Co.* 443 U.S. 97, at 104-105 (1979).)。同判決では、取材活動自体の適法性が帰趨を決したものとしよう。

また、Florida Star 判決において、合衆国最高裁判所は、情報の開示を重視することが、プライバシー保護および性的暴行の被害者の安全という州が高度に重要な利益をもつことと「暴露の虞なくして」そのような犯罪の報道を新聞社に奨励すること、との帰結とした。これらの重要な州利益にも拘らず、合衆国最高裁判所は、Florida Star に責務を課すことが「これらの利益を促進する非常に無謀な手段」である、と判示した (Florida Star v. B.J.F. 491 U.S. 524, at 537(1989).)。

なお、Arkansas 州の shield 法は、ジャーナリストの特権の援用について問題となっているニュース記事が「誠実性なくして、悪意により、そして公共の福祉の利益に関わりなく」提供される場合、ジャーナリストの特権は適用されない、としている (ARK. CODE ANN. § 16-85-510 (Michie 1987, Supp. 2003).)。

また、Bartnicki v. Vopper 事件において、合衆国最高裁判所は、言論の制約が正当化される場合を決する政府利益について審査して、正当な公益の問題に関わる言論から、「何者かの違法行為が修正第1条の保護を剥奪するには十分ではない」と判示した (Bartnicki v. Vopper 532 U.S. 514, at 535 (2001).)。合衆国最高裁判所と多くの下級裁判所は、プレスあるいは公衆一般による公益に関する表現が虚偽あるいは明白なプライバシー侵害である場合も、不法行為責任から保護される可能性がある、と判示してきている (N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 279-80 (1964); see also Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974); Associated Press v. Walker, 389 U.S. 28 (1967); Curtis Publ'g Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967))。

以上のように、違法行為に関わる取材活動におけるジャーナリストの特権の援用については、取材活動の適法性、公益性、および真実性を要件とする判例があった（しかし、取材活動に（職業）倫理性を求める立場は、判例上散見されなかった）。このような立場は、奇しくも、情報の受領（情報収集・取材）ではなく、情報の発信（表現・報道）における名誉毀損法理についての相当性理論（刑法 230 条の 2）と基本的にパラレルに理解することができるだろう。

違法行為に関わる取材活動については、アメリカの判例において、ジャーナリストが公益に仕える目的により、詐欺的行為あるいは不法侵入などを伴う取材行為を行う場合、それらの取材行為に対する法的責任を免れることができる如何、が主な争点となっていた。この問題については、日本において直接問題となった事件は散見されないが、同様の事件として、公務員秘密漏洩罪のそそのかし罪に関わる事件である、外務省秘密電文漏洩事件をあげることができるだろう。本件において、最高裁（最 1 小決昭和 53 年〔1978 年〕5 月 31 日刑集 32 巻 3 号 457 頁）は、「報道機関といえども、取材に関し他人の権利・自由を不当に侵害することのできる特権を有するものでないことはいうまでもなく、取材の手段・方法が贈賄、脅迫、強要等の一般の刑罰法令に触れる行為を伴う場合は勿論、その手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであつても、取材対象者の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びるものといわなければならない。」としている。すなわち、最高裁判所は、報道機関（ジャーナリスト）の「特権」を一蹴するにとどまらず、ジャーナリストの取材活動が違法行為を伴わなくとも、「法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、……違法性を帯びる」場合、違法に至らない取材活動をも肯認し

てはいない（同決定の「人格の尊厳を著しく蹂躪する」および「社会観念上是認することのできない」に対する評価について、齋藤愛「国家秘密と取材の自由」憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕、170-171頁、2013年、参照。）。本稿では、外務省秘密電文漏洩事件決定、すなわち取材活動に対するそそのかし罪の適用の問題を対象としていないことから、同問題自体の評価は避けるが、本稿の対象とする取材源秘匿権との関係から外在的に評価するならば、同じく取材活動に対する法的評価という点において、取材源秘匿権とパラレルに考えることができる。そうするならば、アメリカ法において、違法に至らない（「社会観念上是認することができない」）取材活動の法的責任を免除する判例も散見されることから、日米における差異を見出すことができる。そして、このような差異を抱える日本法とアメリカ法について、いずれの方途が妥当なのであろうか。日本において十分に検討されているとはいえないだけに、検討を要しよう。

また、この問題は、ジャーナリストの特権とも関連するだろう。すなわち、ジャーナリストの特権を援用するジャーナリストが違法な取材行為を行った場合、ジャーナリストの特権の援用可能如何が問題となる。アメリカ法のように、取材行為の違法性、公益性、および真実性という要件に着眼するならば、情報源の秘匿自体に関してこれらの要件を充たす限り、ジャーナリストの特権を援用可能となろう（ジャーナリストの特権の適用如何は別論である。）。しかし、日本の判例のように、「法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、……違法性を帯びる」とされるならば、違法に至らない取材行為について取材源秘匿権を援用できないことも考えられる。