

【論説】

いわゆる取材源秘匿権の法理の再構成そして拡大的解消  
——ジャーナリストの事実上の地位と法上の地位の狭間で——

前田正義

はじめに

第1章 日本法における取材源秘匿権の法理とその問題

第1節 コンフィデンシャル情報を保護する根拠

第2節 ノンコンフィデンシャル情報と萎縮的效果

第3節 ジャーナリストの概念論の不在

第2章 アメリカ法におけるジャーナリストの特権の変遷

第1節 コンフィデンシャル情報そしてノンコンフィデンシャル情報の保護

第2節 ジャーナリスト概念の錯綜

第3章 取材源秘匿権の法理の再構成そして拡大的解消

第1節 コンフィデンシャルティと「公衆への情報の自由な流通」

第2節 ジャーナリストの概念と「公衆への情報の自由な流通」

第3節 取材源秘匿権の法理の拡大的解消

むすび

## はじめに

今日の情報化社会において、マスメディア<sup>(1)</sup>は、その興隆を極めているものともいえよう。かたや、インターネットをはじめとする新たなメディアの生起および普及により、マスメディアの事実上の地位は、これまで自らが情報世界を寡占してきた情況と較べて、相対的に低下してきているともいえよう。しかしながら、マスメディアないしはその構成員ともなるジャーナリストのかかる事実上の地位とは異なり、その法上の地位については、旧態依然とした情況にあるものといえる。つまり、ジャーナリストには、これまでの事実上の地位に基づいて、公衆一般とは異なる法上の高い地位が付与されているのである。そして、それら地位の齟齬が、法的効果の差異を生み、法的効果において矛盾を生じていることは、後述するとおりである。したがって、本稿では、かかる問題の1つとしてとりあげることができるいわゆる取材源秘匿権（以下、取材源秘匿権という）を素材として、その法理について検討を加える。かかる検討をとおして、ジャーナリストの事実上の地位と法上の地位の齟齬という問題を紐解く一助としたいがためである。そして、かかる検討は、ジャーナリストという公衆一般とは異なる特種の法上の地位にある表現の自由の享有主体の肯否という点において、また情報を発信する行為である狭義の表現の自由とは異なり情報を収集する行為である広義の表現の自由<sup>(2)</sup>に包摂される取材の自由という点において、表現の自由の原理論についての検討における端緒を提供することともなう。

かかる目的を抱える本稿では、第1章において、日本法における取材源秘匿権（文書提出命令拒否権を含む）についてのリーディング・ケースとされる博多駅事件最高裁決定が提起した問題を手がかりとして、取材源とジャーナリストのコンフィデンシャルティ（confidentiality：内々の信頼関係）を保護する理由、および取材源とジャーナリストの内々の信頼関係を欠くノンコンフィデン

(1) 本稿において、マスメディアとは、フリー・ジャーナリストなどを包摂するマス・メディアとは峻別される、いわゆるメイン・ストリームのメディアに属するジャーナリストから構成されるメディアを指すものとする。

シャル情報<sup>(2)</sup>の要保護性という取材源秘匿権の客体概念について言及する。また、取材源秘匿権のもう一方の構成要素である主体概念に係わる問題として、日本法における取材源秘匿権の享有主体性に係るジャーナリストの概念論の不在、そしてジャーナリストの概念論の傍証として、法上のジャーナリストについて言及する判例および実定法について俯瞰する。第2章では、これら取材源秘匿権の問題の検討において、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) の問題として、比較的蓄積を有するアメリカ法のジャーナリストの特権 (journalist's privilege) を参照する<sup>(3)</sup>。第3章では、日本法およびアメリカ法における法状況をふまえて、日本法における取材源秘匿権の法理の再構成そして拡大的解消について言及する。そして、さいごに、マスメディアの事実上の地位と法上の地位のあり方について付言する。

(2) 一般に、アメリカ法においてノンコンフィデンシャル情報とは、コンフィデンシャリティについての約束を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を含む情報をいう。See Recent Case, *Evidence — Evidentiary Privilege — Second Circuit Refuses to Recognize Journalists' Privilege for Nonconfidential Information. Gonzales v. National Broadcasting Co.*, 155 F. 3d 618 (2d Cir. 1998), 112 HARV. L. REV. 2019, 2019 n. 8 (1999). なお、ノンコンフィデンシャル情報に公表資料を包含するもの。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、メディアに対する開示強制について包括的に考察するため、公表の有無を問わず、コンフィデンシャリティを欠く取材源および情報をいう。

(3) アメリカ法の視点より、ジャーナリストの特権 (取材源秘匿権) について研究するものとしては、つぎの文献を参照。佐藤幸治「表現の自由と取材の権利」公法研究 34 号 126 頁 (1972 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 [1974-2] 283 頁 (1974 年)、上口裕『刑事司法における取材・報道の自由』(成文堂, 1989 年)。なお、筆者によるものとして、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 51 巻 2 号 77 頁 (2003 年)、同「いわゆる取材源秘匿権と萎縮的效果」阪大法学 53 巻 6 号 99 頁 (2004 年)、同「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 54 巻 4 号 75 頁 (2004 年)。

## 第1章 日本法における取材源秘匿権の法理とその問題

### 第1節 コンフィデンシャル情報を保護する根拠

日本法における取材源秘匿権についての先駆的な先行研究としては、佐藤幸治教授による業績をあげることができる。取材源秘匿権は、同教授により、つぎのように定義される。

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）の開示を強要されない権利をいう。<sup>(4)</sup>（以下、傍点および〔 〕内は、筆者による）

そこでは、取材源とジャーナリストの内々の信頼関係を保護することにより、公衆への情報の自由な流通を促すこと（報道の自由に対する萎縮的効果〔chilling effect〕の防止）が取材源秘匿権の目的として定義されている。たしかに、取材源とジャーナリストの信頼関係がそもそも成り立たないならば、取材源が枯渇する虞のあることから、取材活動の障碍となりうることは、衆目の一致するところでもあろう<sup>(5)</sup>。

この取材源秘匿権について、日本法では、石井記者事件において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。まさに、コンフィデンシャル情報の保護が争点となったのである。そして、最高裁は、取材源秘匿権について、つぎのように一蹴したのであった。

---

(4) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）538-539頁。

(5) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』（有斐閣、2000年）298頁ほか。なお、憲法上、取材源秘匿権を認めない見解として、宮澤俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、1971年）365頁。取材源秘匿権を憲法政策上の問題とする見解として、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 236号 18, 20, 21頁注(7)（2000年）。証言拒絶を良心の自由（憲法第19条）の問題とする見解として、浦部法穂『前訂 憲法学教室』（日本評論社、2000年）128頁。取材の自由を憲法第13条の問題とする見解として、桜井昭平『『情報権』——その性質と憲法保障の構造』宮崎産業経営大学法学論集 11巻 1号 43, 65-66頁（1999年）。

憲法の右規定〔第21条〕の保障は、公の福祉に反しない限り、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、公の福祉のため最も重大な司法権の公正な発動につき必要欠くべからざる証言の義務をも犠牲にして、証言拒絶の権利までも保障したものと到底解することができない。(6)

ここに、最高裁は、取材源秘匿権、ひいては「これからその〔いいたいことの〕内容を作り出すための取材」の自由を否定したのである。

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複数の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事案である博多駅事件にあって、つぎのように大きな転換期を迎えることとなるのであった。

報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の「知る権利」に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法二一条の保障のもとにあることはいうまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、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ものといわなければならない。(7)

ここに、最高裁は、表現の自由から派生する報道の自由を肯認し、さらには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は避けられたものの、「十分尊重に値いする」に至ったのである。

さらに、最高裁は、博多駅事件決定の後、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ジャーナリストの証言拒絶を争点とする島田記者事件において、つぎのように取材源秘匿権を肯認するに至ったのである。

---

(6) 最判昭和27年8月6日刑集6巻8号974頁(1952年)。

(7) 最決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁(1969年)。

新聞記者の側と情報を提供する側との間において、取材源を絶対に公表しないという信頼関係があつて、はじめて正確な情報が提供されるものであり、従つて取材源の秘匿は正確な報道の必要条件であるというべきところ、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「ママ」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」に該ると解するのが相当である。(8)

このように、最高裁は、取材の自由におけるコンフィデンシャル리티の重要性（コンフィデンシャル리티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ものといえよう。たしかに、最高裁の判断におけるかかる差異については、刑事訴訟における公正な裁判の実現、そして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 281 条 1 項 3 号旧規定（現行 197 条 1 項 3 号）と特定の職業人の「他人の秘密」を保護する刑事訴訟法 149 条における文言上の差異、を指摘することができる。しかし、取材源とジャーナリストの間のコンフィデンシャル리티の保護という憲法上の要請は、民事訴訟法と同様に、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<sup>9)</sup>。

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において問題となるにとどまることはなかった。日本法における取材源秘匿権のリーディング・ケースであるとされる既述の博多駅事件において、付審判請求における提出命令の対象は、つぎのような情報であった。

右フィ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、却つて、如何なる箇所を

(8) 札幌高決昭和 54 年 8 月 31 日判時 937 号 16 頁（1979 年）。そして、該決定に対する特別抗告を却下した決定として、最決昭和 55 年 3 月 6 日判時 956 号 32 頁（1980 年）。

(9) 鈴木秀美「取材源の秘匿と表現の自由」憲法判例百選 I〔第 4 版〕152, 153 頁（2000 年）。

報道するかは報道機関の自由な選択に属するものとしても、右フィルムは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ひ得る<sup>(10)</sup>

このように、博多駅事件において提出命令の対象となった情報とは、その場に居合わせた者であるならば、誰もがみることのできた、博多駅における学生と機動隊の騒擾の様子を撮影したフィルムであり、取材源とジャーナリストの間のコンフィデンシャルリティを欠くノンコンフィデンシャル情報であった<sup>(11)</sup>。したがって、取材源秘匿権の法理において、取材源とジャーナリストの間のコンフィデンシャルリティの保護を謳っていたのでは、かかる情報が取材源秘匿権の対象（客体）の埒外となる。

かかるコンフィデンシャルリティの存否という情況に則して、取材源秘匿権については、学説上、つぎのような類型化も示されてきている。たとえば、松井茂記教授は、「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・メディアの搜索・押収」を提示する。ただし、「マス・メディアの搜索・押収」を除いて、これら類型においては、合憲性判断基準について、とくに差異を設けられていない<sup>(12)</sup>。

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法上の文脈から離れて、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事実上の文脈が訴訟上生じた。そこでは、ノンコンフィデンシャル情報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）上の文脈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のである。

(10) 最決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁（1969年）。

(11) そのほか、ノンコンフィデンシャル情報が争点となった事案として、最決平成元年1月30日刑集43巻1号（1989年）、および最決平成2年7月9日刑集44巻5号421頁（1990年）、などがある。

(12) 松井茂記『マス・メディア法入門〔第3版〕』（日本評論社、2003年）203-211頁参照。

## 第2節 ノンコンフィデンシャル情報と萎縮的效果

それでは、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、萎縮的效果は生じるのであろうか。この点、日本法における1次資料として、先述した博多駅事件決定において最高裁は、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效果について、つぎのように評したのであった。

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り、それが証拠として使用されることによっ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るものと解されるのであつて、……この程度の不利益は、報道機関の立場を十分尊重すべきものとの見地に立つても、なお忍受されなければならない程度のものというべきである。また、本件提出命令を発した福岡地方裁判所は、本件フィルムにつき、一たん押収した後においても、時機に応じた仮還付などの措置により、報道機関のフィルム使用に支障をきたさないよう配慮すべき旨を表明している。(13)

最高裁は、本件フィルムに対する提出命令について、取材の自由に対する萎縮的效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いう評価を下したのである。すなわち、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制の場合、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のである。さらには、コンフィデンシャル情報の保護とは異なり、現実の取材源とジャーナリストの間のコンフィデンシャルリティを破壊していないために、現実の取材の自由（活動）に対する萎縮的效果がはたらかず、将来の取材の自由に対する影響にとどまることから、利益衡量のうえ、保護に値しないとしているものとも解されうる。

これに対して、学説は、博多駅事件決定およびノンコンフィデンシャルリティに対する開示強制について、いかに評価したのであろうか。

たとえば、博多駅事件決定については、「犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあた

---

(13) 最決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁(1969年)。



「必要性の有無」と「取材したものを証拠として提出させられることによって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、「[取材したものを証拠として提出させられること]によって受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない」という厳格な基準を採用したとして評価される。また一方において、「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やや矮小化しているとの評価がなされている<sup>(14)</sup>。その意味において、衡量の基準の準則化が、要請されているともいえる<sup>(15)</sup>。

また、ノンコンフィデンシャリティに対する開示強制については、たとえば、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)を基盤にしている<sup>(16)</sup>」として、ノンコンフィデンシャル情報の保護について言及する。また、松井教授も、ノンコンフィデンシャル情報の保護について言及し、「取材の内容が後日報道[本来の目的]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<sup>(17)</sup>」とする。このように、取材物について報道目的以外の利用の制約を試みる主張は、取材源が顕名である放映済みフィルムなどを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ていないものとして捉えることもできよう。しかしながら、これら見解は、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、これら見解があくまでも、顕名の取材源の保護をとおして、(内々ではない)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があきらかであるためである。

(14) 芦部・前掲注(5) 278-288頁。

(15) 奥平康弘『ジャーナリズムと法』(新世社, 1997年) 116頁参照。

(16) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂, 1995年) 359頁。

(17) 松井・前掲注(12) 208頁。ただ、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その許容性を判断する。

これら見解に対して、コンフィデンシャリティの保護に固執しない見解も主張されている。たとえば、奥平康弘教授は、後述するように、アメリカにおいてなされている主張と同じ趣旨の見地より、報道機関の取材物や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」となる虞を指摘するのである<sup>(18)</sup>。

### 第3節 ジャーナリストの概念論の不在

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、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のみを保護することで足りるのか、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、取材源秘匿権を構成する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<sup>(19)</sup>。

たしかに、奥平教授が指摘するように、日本法において、取材源秘匿権の享有主体としてのジャーナリストの概念論は、十分なものではなかったであろう。しかしながら、日本法において、取材源秘匿権を離れて、汎く規範論ないしは法上の地位につ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。そこで、つぎに、ジャーナリストの概念に言及する判例および実定法を俯瞰することにより、日本法において、取材源秘匿権におけるジャーナリストの概念論を検討する際の指針としたい。

はじめに、判例には、ジャーナリストを規範上位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判決は、つぎのように判示した。

報道の公共性、ひいて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、

(18) 奥平・前掲注(15) 120 頁。

(19) 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 606 号 10, 11 頁 (2002 年)。

〔憲法 14 条 1 項上〕合理性を欠く措置ということはできない<sup>(20)</sup>

このように、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、公衆一般と同等の法上の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」との法上の地位の差異を強調する。

また、裁判所による判決文の要旨の交付をフリー・ジャーナリストが要求した第2次記者クラブ訴訟判決では、今度は同じくジャーナリストにも拘わらず、記者クラブに所属しないフリー・ジャーナリストと記者クラブ所属のジャーナリストとの取扱いの差異が問題となった。同判決は、つぎのように判示した。

記者クラブは、……我が国の報道分野において一定の役割を果たしているものであるから、……それ以外の報道機関には〔判決文の要旨を〕特に交付はしないという取扱いをすることが、〔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〕その目的との関連で〔憲法 14 条 1 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<sup>(21)</sup>

ここにおいても、裁判所は、裁判所自らが報道機関の公共性に資するものとみなしている記者クラブ所属のジャーナリストに対して、記者クラブに所属しないフリー・ジャーナリストに較べて法上の高い地位を付与することについて不合理はないとしている。

日本法において、このようなジャーナリストの法上の高い地位を定めているのは、判例だけではない。たとえば、実定法としては、「個人情報保護に関する法律」が個人情報取扱事業者の義務（同法第4章）の適用除外とされる個人情報取扱事業者という文脈において、「報道機関」をつぎのように定義している。

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。）報道に

(20) 最判平成元年3月8日民集43巻2号89頁（1989年）。

(21) 東京地判平成12年10月5日判時1741号96頁（2000年）。

供する目的<sup>(22)</sup>

同法において、報道機関とは、「業」すなわち職業として報道に携わる個人である。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含されるところとなり<sup>(23)</sup>、ジャーナリストを範疇化する先のレペタ事件判決および第2次記者クラブ訴訟判決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ヨリ広汎に捉えているものといえよう。

また、同法は、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1つの要件である「報道」の内実について、つぎのように定義する。

前項〔同条1項〕第1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。<sup>(24)</sup>

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）について多くを問われることなく、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、ここに認められるのである。

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ヨリ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法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、判例によるマスメディアの事実上の地位に係わる評価に基づいて、その法上の高い地位が認められているといえよう。

---

(22) 個人情報の保護に関する法律第50条1項1号。

(23) 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説〔第2版〕』（有斐閣、2005年）189-190頁。

(24) 個人情報の保護に関する法律第50条2項。

## 第2章 アメリカ法におけるジャーナリストの特権の変遷

### 第1節 コンフィデンシャル情報そしてノンコンフィデンシャル情報の保護

既述した日本法における取材源秘匿権の法状況に対して、アメリカ法におけるジャーナリストの特権は、いかなる状況にあるのであろうか。

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）という文脈を借りて、すなわち証拠上の特権から派生する（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といえる<sup>(25)</sup>。したがって、つぎに、本稿の目的に資するかぎりにおいて、アメリカ法における証拠上の特権の沿革上に位置づけられるジャーナリストの特権について、ジャーナリスト側の訴訟戦術とともに俯瞰することとする。

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ルティの保護を目的として、コモン・ロー上認められてきた。ここに、アメリカのコモン・ローにおける証拠上の特権の統合を図るウィグモア教授は、証拠上の特権について、つぎの4つの成立要件を示した。そして、これら要件は、その後の判例に大きな影響を与えることとなったのである。

- (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ルティという要素は、当事者間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。<sup>(26)</sup>（下線は、原

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

(26) WIGMORE, EVIDENCE § 2285 (McNaughton rev. 1961).

典におけるイタリック体を指す)

コモン・ロー上、証拠上の特権を否定されてきたジャーナリストは、証拠上の特権という文脈に準え、自らの特権を訴訟上主張した。そこには、全く新たな証拠上の特権の承認を裁判所に対して訴訟上迫るのではなく、既存の証拠上の特権の1つとして、その承認を訴訟上迫る方が、裁判所による承認をえられやすいという訴訟上の戦術的意図が存したものと推測される<sup>(27)</sup>。

かかる状況下にあつて、合衆国最高裁は、大陪審手続きにおいて、ジャーナリストがジャーナリストの特権を主張して取材源についての証言を拒否したことから、ジャーナリストへの証拠上の特権（ジャーナリストの特権）の適用が争点となった4つの事件を併合審理した *Branzburg* 判決<sup>(28)</sup>において、その適用を拒んだのであった。

同判決において、ホワイต์裁判官による相対多数意見は、つぎのように判示した。修正第1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<sup>(29)</sup>、憲法、コモン・ロー、および制定法上の特権による保護を除いて、「社会はすべての人々の証拠に対する権利をもつ」という原理がとくに大陪審手続きに妥当する。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<sup>(30)</sup>。また、本件では、判例上、修正第1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」の利益がみたとされる<sup>(31)</sup>。しかしながら、同意見は、取材に対してなんらの保護も付与されないならば、プレスの自由が骨抜きにされるとして<sup>(32)</sup>、修正第1条の範囲内において、ジャーナリスト

(27) 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).

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

(29) *Id.* at 682.

(30) *Id.* at 695.

(31) *Id.* at 700.

(32) *Id.* at 681.

の特権を承認する自由を連邦議会および州議会で認める<sup>(33)</sup>。そして、大陪審手続きにおいて巡回区連邦控訴裁判所が初めて修正第1条上のジャーナリストの特権を認めた *Caldwell* 判決を破棄し、ジャーナリストの特権を認めなかった3件の巡回区連邦控訴裁判所の判決を維持した<sup>(34)</sup>。なお、同判決には、パウエル裁判官による同調意見、スチュアート裁判官による反対意見、およびダグラス裁判官による反対意見<sup>(35)</sup>が付されており、前2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こととなる<sup>(36)</sup>。そのなかで、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 (3要件テスト) に依拠して、大陪審手続きを除く、民事訴訟ないしは民事・刑事訴訟においてジャーナリストの特権を承認するに至ったのである<sup>(37)</sup>。

ここに、パウエル裁判官の同調意見は、*Branzburg* 判決の相対多数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、同相対多数意見の「限定された性質」を強調する<sup>(38)</sup>。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、

(33) *Id.* at 706.

(34) *Id.* at 708-709.

(35) *Id.* at 711-725 (Douglas J., Dissenting).

(36) シールド法は、31の州およびコロンビア特別区において制定されている。なお、そのうち、およそ20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する。他方、シールド法を制定していない州のうち、12の州控訴裁判所は、一定の条件の下、ジャーナリストの特権をコンフィデンシャル情報に適用するという。See Anthony L. Fargo, *The Journalist's Privilege for Nonconfidential Information in States Without Shield Laws*, 7 COMM. L. POL'Y 241, 256 n. 91, 259 n. 111 (2002).

(37) 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6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。See *id.* at 269-270.

(38) *Branzburg*, 408 U.S. at 709 (Powell J., Dissenting).

判断されるべきであるとした<sup>(39)</sup>。

また、スチュアート裁判官の反対意見は、コモン・ローにおける他の証拠上の特権が私的利益の保護を目的とすることとは異なり、ジャーナリストの特権が「公衆への情報の自由な流通」(free flow of information to the public)をとおして自己統治に資するとして<sup>(40)</sup>、他の証拠上の特権とジャーナリストの特権を区別する。また、同意見は、プレスに対する開示強制により、州および連邦当局がプレスを調査機関として併合することとなり、プレスの歴史ある独立性を侵害する虞に注意を促す。さらに、プレス以外の取材源より、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と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。そして、同意見は、法の執行による公益と情報の潤沢な流通についての憲法上の保護との折り合いをつける見地より<sup>(41)</sup>、情報を要求する政府につぎの証明ないしは論証責任を課す。つぎに示す、いわゆる3要件テスト(three-part (prong) test)である。

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感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1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利益そして圧倒的利益を証明しなければならない<sup>(42)</sup>

しかしながら、1980年代以降、ジャーナリストの特権についての問題は、コンフィデンシャル情報の保護を超越する争点が訴訟上提起されるに至る。そ

---

(39) *Id.* at 710 n\*.

(40) *Id.* at 737-738 (Stewart J., Dissenting).

(41) *Id.* at 745.

(42) *Id.* at 743. なお、松井・前掲注(12) 205頁における翻訳を参照した。



れは、コンフィデンシャリティに依拠しないノンコンフィデンシャル情報の保護という問題であった<sup>(43)</sup>。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る、巡回区連邦控訴裁判所の諸判決が錯綜することとなる。したがって、つぎに、かかる争点を顕在化すべく、ノンコンフィデンシャル情報の保護の要否について立場を分かち巡回区連邦控訴裁判所の判決を俯瞰する。

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、LaRouche 判決をあげることができる。本判決は、係属中の刑事訴訟の被告（政治結社）について報道するテレビ局が、該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に対して、その破棄を申し立てた事案であった。同判決は、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可能であるとした。そして、その根拠として、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、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、について萎縮の効果を認めたのであった<sup>(44)</sup>。

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について争われた Smith 判決は、ジャーナリストの特権が適用される可能性を否定した。同判決は、つぎのように判示した。

該事件において、取材源が枯渇する虞は、さして大きくはない。……該〔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。<sup>(45)</sup>

(43) 全米規模の調査では、回答したプレス約 46%がサビーナを受け、そのうち約 3%がコンフィデンシャルな取材源あるいは情報に対するサビーナであるという。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).

(44) United States v. Larouche Champaign, 841 F. 2d 1176, 1182 (1st Cir. 1988). See also, Shoen v. Shoen, 5 F.3d 1289, 1294-1295 (9d Cir. 1993).

(45) United States v. Smith, 135 F. 3d 963, at 970 (5th Cir. 1998).

このように、アメリカの下級審判決は、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制において、ジャーナリストの特権の肯否を分かつこととなったのである<sup>(46)</sup>。そこに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たのであった。

## 第2節 ジャーナリスト概念の錯綜

既述のとおり、日本法においては、取材源秘匿権の享有主体としてのジャーナリストの概念について十分に論じられてこなかった。対して、アメリカ法では、ジャーナリストの特権の享有主体性について、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。かかる問題については、既述した *Branzburg* 判決の相対多数意見がつぎのような疑義を呈している。

我々は、裁判所がそのように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。憲法上の記者〔ジャーナリスト〕の特権の適用は、……適用上および概念上の困難をもたらそう。早晚、プレス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。プレスは自由は、「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。<sup>(47)</sup>

(46) 巡回区連邦控訴裁判所の判例上、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ことについては、第2、第3、および第9巡回区が開示申立人の証明責任を軽減したうえで肯定し、第4巡回区が民事訴訟上肯定し、第5巡回区が刑事訴訟上否定する。第1巡回区は、刑事訴訟上これを否定するけれども、異なる事実状況における適用の可能性を暗示する。他の巡回区は、いまだ明確な判断を下していないという。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).

(47) *Branzburg*, 408 U.S. at 703-705.

ここに、合衆国最高裁は、プレスが個人の権利であるという伝統的教義をなれば逆手にとり、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のである。

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った。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）に対する開示強制について、von Bulow 判決は、「公衆へ伝播する意図」(intent for public dissemination) テストに依拠して、つぎのように判示する。

ある人物がジャーナリストか否か、したがって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(48)

このように、同判決では、ニュースを収集および伝播するという意図を以て、ジャーナリストの特権のスタンディングの要件について判断した。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ものといえよう(49)。

さらに、Shoen 判決は、研究書の著者の取材源に係わる（ニュース性を有する）情報に対する開示強制において、当該研究書の著者がジャーナリストの特権のスタンディングを主張し、それが争点となった事案である。同判決は、つ

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

(49) 同事案および Shoen 判決の事案は、ニュースの文脈にお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のであり、エンターテインメントの文脈において同問題が争点となった後述する Madden 判決とは、事案を異にする。したがって、von Bulow 判決および Shoen 判決が「調査報道」を明示的に要求する Madden 判決という「ニュース」性を要求するものとは、少なくとも一義的に解しえないであろう。

ぎのように判示した。

ジャーナリストがジャーナリストたる所以は、その体裁ではなく、その内実にある。したがって、人々がジャーナリストの特権を主張できるか否かを決するための決定的問題は、彼女が公衆へ伝播するためにニュースを収集しているか否かにある。(50)

ここに、von Bulow 判決は踏襲されるところとなり、ジャーナリストの特権のスタンディングにおいて、職業者としてのジャーナリスト観は明確に否定されることとなった。

しかし、この「公衆へ伝播する意図」テストに対して、Madden 判決では、ニュースという文脈において争点となった von Bulow 判決および Shoen 判決とは異なり、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というエンターテイメントの文脈において、つぎのテストが示された。

我々は、ジャーナリストの特権の保護を主張する個人が

- (1) 調査報道に携わり、
- (2) ニュースを収集し、そして
- (3) このニュースを公衆へ伝播する意図を当初から有する、

という3つの要素を〔ジャーナリストの特権を主張する者が〕証明しなければならない、と判示する。(51)

ここに、同判決は、ジャーナリストの特権のスタンディングの要件として、「公衆へ伝播する意図」テストの要件に加えて、新たに「調査報道」、さらには「ニュース」性を明示的に要求したのであった。すなわち、ニュースという情報の定性性を要求したのであった。

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、各州のシールド法は、ジャーナリストの定義について、つぎのような4

---

(50) Shoen, 5 F.3d at 1289.

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

つに類型化されている<sup>(52)</sup>。

第1に、情報を伝播する頻度および定期性を要素とするシールド法である。たとえば、「報道機関をとと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<sup>(53)</sup>」、「新聞、雑誌、通信協会、新聞記事配信社、通信社、ラジオもしくはテレビ局、もしくは他の通信社の事業に恒常的に従事する者<sup>(54)</sup>」、「パートタイムあるいはフルタイムの基準<sup>(55)</sup>」、および「直近の3週間のうち1週間あるいは直近の8週間のうち4週間における主な生計が、20時間以上公衆一般へ情報を伝播することにより立てられた〔者〕<sup>(56)</sup>」、などである。

第2に、ジャーナリストとしての認定を要素とするシールド法である。たとえば、「〔政府により〕認定された新聞、雑誌、通信協会、新聞記事配信社、通信社、あるいはラジオあるいはテレビ局のためニュースの収集あるいは提供に直接従事した〔者〕<sup>(57)</sup>」、などである。

第3に、プロフェッショナリズムを要素とするシールド法である。たとえば、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〕<sup>(58)</sup>」、などである。

第4に、受け手の規模および主題を要素とするシールド法である。たとえば、「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〕<sup>(59)</sup>」、などである。

このように、本稿において示したシールド法には、下級審判例における「公衆へ伝播する意図」テストとは異なり、比較的個別具体的な要件を規定する

(52) Clay Calvert, *And you Call Yourself a Journalist?: Wrestling With a Definition of "Journalist" in the Law*, 103 DICK. L. REV. 411, 411 (1991).

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

(54) OKLA. STAT. TIT. 12.2506 (7) (1997). See also LA. REV. STAT. ANN. 45: 1451 (West 1997).

(55) 735 ILL. COMP. STAT. ANN. 5/8-902 (west 1998).

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

(57) R.I. GEN LAWS 9.19.1-2 (1997).

(58) N.Y. CIV. RIGHTS LAW 79-h.

(59) 42 PA. CONS. STAT. ANN. 5942 (a) (West 1998).

ものもある。そこには、政府によるスクリーニング、および職業性を規定するシールド法を別論としても、情報の伝播に従事する時間数など、報道における情報の定量性を非常に厳密に規定するシールド法だけではなく、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シールド法も存在するのである。

### 第3章 取材源秘匿権の法理の再構成そして拡大的解消

#### 第1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」

ここまで、日本法およびアメリカ法における取材源秘匿権（ジャーナリストの特権）の法状況について、その客体概念および主体概念という見地より考察してきた。本章は、これら考察より、取材源秘匿権の法理の再構成そして拡大的解消を試行するものである。

これまで考察してきたように、取材源秘匿権の法理において既述の歪みを生んだ背景には、取材源秘匿権についての不幸な歴史があったものともいえよう。すなわち、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状況の変化によって露わになったのではないだろうか。

取材源秘匿権は、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の間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。すなわち、取材源秘匿権の客体（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」というスローガンの下、取材源とジャーナリストの間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を受けてはいない<sup>(60)</sup>ものの、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に至っている。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えよう。しかしながら、コンフィデンシャリティに基づかないノンコンフィデンシャル

---

(60) *E.g., Miller v. United States*, 125 S. Ct. 2977 (2005).

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、これまでの萎縮的效果論に依拠する旧来の古典的な取材源秘匿権の法理は、半ば破綻状態に陥ることとなる。それまでの取材源秘匿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えよう<sup>(61)</sup>。そこで、取材源秘匿権の法理は、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方策として、取材源とジャーナリストの内々の信頼関係（コンフィデンシャルティ）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效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。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もいえよう。しかしながら、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、その萎縮的效果の存否が争点となっていた。

この萎縮的效果論、すなわちコンフィデンシャルティの存否と萎縮的效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」における萎縮的效果を評価する際、取材源にとどまらず、そのいかなる段階においても萎縮的效果が生じるものであるならば、そ

(61) なお、日本法においては、コンフィデンシャルティの欠如により、博多駅事件を取材源秘匿権の問題ではないとする見解として、佐藤・前掲注(3) 144 頁、同「取材源秘匿の権利——佐藤報告を中心に——」公法研究 34 号 168, 172, 173 頁〔佐藤発言〕。その後の慎重な見解として、佐藤・前掲注(4) 540 頁。コンフィデンシャルティの欠如に着目する見解として、鈴木茂嗣「判評」判例タイムズ 242 号 109 頁 (1969 年)、伊藤正己「判解」憲法の判例〔第 3 版〕51, 54 頁 (1977 年)、町野・前掲注(3) 320 頁、松井・前掲注(12) 208-209 頁、阪本・前掲注(16) 111 頁、上口・前掲注(3) 55 頁ほか。

の軽重（要保護性）は別論としても、萎縮的效果が発生するものと考えうるためである。

かかる認識の下、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效果については、（取材源に対する）萎縮的效果の実証性を欠く<sup>(62)</sup>にも拘わらず、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、萎縮的效果の発生を認めてきている<sup>(63)</sup>。

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、萎縮的效果を生じるのであろうか。ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制の場合、取材源とジャーナリストのコンフィデンシャルリティを欠き、したがって取材源とは無関係のため、萎縮的效果において、コンフィデンシャル情報とは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、について萎縮的效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效果を評価する判断もなされてきた<sup>(64)</sup>。かかる評価に対しては、その萎縮的效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<sup>(65)</sup>。

このように、コンフィデンシャルリティの有無と萎縮的效果の関係についての

---

(62) 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). 萎縮的效果の実証性を否定する見解として。E.g., Comment, *Compulsory Disclosure of a Newsmen'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).

(63) Fargo, *supra* note 25, at 337. E.g., Baker v. F & F Investment, Co., 470 F. 2d 778 (2d Cir. 1972).

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

(65) 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. Salisbury*, 34 IDAHO L. REV. 191 (1997).



議論は、社会心理学的概念である萎縮的效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、萎縮的效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<sup>(66)</sup>。  
日本の裁判所の立場も、同様であるといえる<sup>(67)</sup>。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效果が発生し  
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  
においてもなんらかの萎縮的效果が生じるとの認識を少なくとも基底的に共有  
しているものといえよう。

なんならば、萎縮的效果論については、閉塞状態にあるものとみられる萎縮  
的效果の実証性ないしは認識という専ら内在的視点より近視眼的に検討を加え  
るのではなく、規範論という外在的視点を以て萎縮的效果論全体について捉え  
直してみてもどうかであろうか<sup>(68)</sup>。すなわち、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效果についての認識を異にする立場においても、  
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效果が存在する

(66) 前田「いわゆる取材源秘匿権におけるノンコンフィデンシャル情報の保護」・前掲注(3) 86-93  
頁掲載の諸判決を参照。

(67) 最決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁(1969年)、最決平成元年1月30日刑集43  
巻1号19頁(年)、および最決平成2年7月9日刑集44巻5号421頁(1990年)ほか。

(68) たしかに、パウエル裁判官の補足意見における比較衡量テストについても、外的視点を導入  
するテストである点において、妥当といえよう。しかしながら、既に指摘されているところの該  
テストについての曖昧性は、裁判官に汎い裁量を許すものであり、裁判官の職権に係わるという  
取材源秘匿権に鑑みるならば、許容されるべき曖昧性とはいえないものとする。また、つぎの  
見解を参照。「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——博多駅事件をめぐる」ジュリスト 439  
号15, 24頁〔伊藤発言〕(1969年)。

という共有された認識を前提とするならば、萎縮的效果の実証性ないしは認識という萎縮的效果論（内在的視点）はその存否の問題のレベルにおいて終止することとし、つぎに法的保護（取材源秘匿権の適用）に値する萎縮的效果の程度という争いのある問題については、公正な裁判の実現という規範的評価を外在的要因（視点）として考慮することが妥当ではないだろうか。萎縮的效果の実証性といういわば狭義の（生の）萎縮的效果論の埒外の問題として、広義の萎縮的效果論として規範的評価を加えることが、規範論としての萎縮的效果論に適合的であるものと解されるがためである。そして、その具体的方策としては、ジャーナリストの特権の適用において、3つの要件を以て公正な裁判の実現との調整を図るものと解される既述の *Branzburg* 判決におけるスチュアート裁判官の3要件テストをあげることができるのである。

同テストは、同じく *Branzburg* 判決のパウエル裁判官の同調意見における個別的・抽象的な利益衡量テストとは異なり、より定式化されたテストとして評価されよう。ただ、3要件テストについては、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、コンフィデンシャル리티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<sup>(69)</sup>。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<sup>(70)</sup>。さらに、コンフィデンシャル리티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<sup>(71)</sup>。しかしながら、同テストについては、「求められている情報が修正第1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」なければならないという第2の要件に対して、いま一度注視する必要がある。すなわち、同要件では、

(69) Julie M. Zampa, Case Note, *Journalist's Privilege: When deprivation Is a Benefit*, 108 YALE L.J. 1449, at 1451-1452 (1999).

(70) *Id.* at 1456.

(71) *Id.* at 1453.

取材源の存在が確認されている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ル리티の有無についての判断、さらには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ル리티の有無によるインフレ化の懸念、についても事実上問題は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<sup>(72)</sup>からも、明かであろう。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2の要件というコンフィデンシャル리티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ことまではできないであろう<sup>(73)</sup>。

さらに、取材源秘匿権の客体概念としてコンフィデンシャル情報の存在を要件とする場合、コンフィデンシャル리티において不可欠な存在である取材源の存在を要求するところとなり、取材源を介在させることなく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<sup>(74)</sup>。はたして、自己収集情報に対する開示強制において、萎縮的效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上の負担を強いられる存在なのであろうか。それ

(72) *E.g., Loadholtz v. Fields*, 389 F. Supp. 1299 (M. D. Fla. 1975); *United States v. Larouche Champaign*, 780 F. 2d 1134, (1st Cir. 1988); *Shoen*, 5 F.3d.

(73) なお、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について、コンフィデンシャル리티を欠く場合、その利益衡量において、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、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ル리티の有無により萎縮的效果に高低が生ずるとするけれども、萎縮的效果についてそのように画一的に捉えることは、そもそも可能なのであろうか。

(74) ドイツの刑事訴訟法では、自己収集情報についても、同法の限定列举する重大事件を除いて、ジャーナリストが証言を拒否できるという。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、2005年) 158, 165頁。

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。ジャーナリストと公衆一般との異なる法上の地位という問題は、ふつうプレスの特権論として捉えられているが、かかる解釈は本来のプレスの特権論といえるのであろうか。プレスの特権論は、公衆一般と異なるその高い法的処遇について批判をうけるけれども、自己収集情報においてジャーナリストがプレスの特権論にまつわる反射的な特別の義務を負担することにより、皮肉にもかかる批判がなかば相殺されるのであろうか。かかる解釈は、取材の自由に適うものであろうか。それでも、法上の高い地位を認められるのであろうか。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らうか。疑問なしとはしがたい。

## 第2節 ジャーナリストの概念と「公衆への情報の自由な流通」

一方、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ン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）を採用するにまで及んだ。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、いかに解すべきであらうか。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る。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ンメントを峻別する Madden テストがあり、双方のテストと「公衆への情報の自由な流通」について整合性の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か（Madden テスト）、それともジャーナリストのエンターテインメント

か（「公衆へ伝播する意図」テスト）、問題となるのである。

はじめに、「公衆へ伝播する意図」テストは、既述のとおり、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」であることを求めず、また「ニュース」であることを規範上明示的に求めない。他方、Madden テストは、「調査報道」および「ニュース」であることを規範上明示的に求めている。そして、取材源秘匿権の目的である「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ものであり、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、情報の定性性までも包含する「調査報道」および「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、「公衆へ伝播する意図」テストが妥当することとなろう。

しかしながら、なお、「公衆への情報の自由な流通」とのかかる不整合を孕む Madden テストの背景について考慮する必要がある。それは、Madden テストが、「公衆へ伝播する意図」テストを変更して採用されたテストであることから、その変更の理由を追究することが「公衆へ伝播する意図」テストの欠陥を追究することともなり、ひいては「公衆へ伝播する意図」テストの妥当性を脅かすことともなりかねないのであり、逆にその妥当性の検証ともなるためである。

そこで、Madden テストが採用された背景として想定しうることは、その事案の特殊性である。すなわち、Madden 事件は、それまでの von Bulow 判決および Shoen 判決などにおける事案とは異なり、ニュースを対象とするものではなく、エンターテインメントを対象とするものであった。したがって、そこには、「公衆への情報の自由な流通」という公衆一般の知る権利を前提として、ニュースに較べてエンターテインメントは保護するに値しないとする価値の選好が潜在し、ジャーナリストの特権のスタンディングを肯認することへの躊躇があったように窺われる。ここには、言論の自由の原理論における自己統治の原理<sup>(75)</sup>

(75) See ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM (Oxford Univ. Press, 1955) (first appeared as FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT: Harper & Row, 1948).

を重視する考え方が表れているものともいえよう。その結果、ジャーナリストの特権のスタンディングが認められるには、ジャーナリズムでなければならないこととなったものとも解せられるのである。

また、かかる問題に係わる Madden テストの問題として、ニュースとエンターテイン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、エンターテインメントを曖昧にする<sup>(76)</sup>ことが指摘され、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ンメントの複合語であるインフォテインメント (infotainment) <sup>(77)</sup>に鑑みるならば、ニュースとエンターテインメントとの境界は一層交錯しよう。さらに、ニュースとエンターテインメントの定性性上の相対化ないしは重畳関係を指摘することができよう。すなわち、エンターテインメントが、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ことである<sup>(78)</sup>。このことは、ニュースとエンターテインメントの峻別における曖昧性を超え、エンターテイン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えよう。さらに、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取材源秘匿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、取材源秘匿権の客体概念の限定をもたらすことともなろう。ましてや、取材源秘匿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）情報が事件との代替可能性、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

(76) *Supra* note 52, at 436.

(77) *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).

(78) 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、2002年）381-383頁参照。

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えようか。

つぎに、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、同法においては、ジャーナリストの特権のスタンディングについて、情報を伝播する頻度および定期性として報道機関の（恒常的）従事および従事時間数を規定するもの、という情報の定量性を厳格に要求するシールド法があった。さらには、政府に認定された報道機関への直接的な従事を規定するもの、職業性ともいべきプロフェッショナリズムを規定するもの、および情報の受け手の規模および主題として一般的（広汎）な流通性を規定するもの、という情報の定性性までもを要求するシールド法も存在した。しかし、「公衆への情報の自由な流通」という取材源秘匿権の目的より、これらシールド法が規定する情報についての厳密な定量性、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、取材源秘匿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、まさに合衆国最高裁 Branzburg 判決の相対多数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。

さらに、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」、すなわち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・ランスのジャーナリストも、当然にその範疇に包摂されることになる。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、法上の地位を示す《ジャーナリスト》から排斥されることともなろう。

しかし、同じく取材源秘匿権とは異なる文脈ではあるけれども、日本法における判例では、レパタ事件判決が、ジャーナリストの法上の地位において、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えよう。これは、詭弁ともいいうるので

はないだろうか。なんならば、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ジャーナリストとの法上の地位の差異がことさらに強調されるに至ったのである。また、第2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・ランスのジャーナリストを排除しているのである。かかる志向は、「個人情報保護に関する法律」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（ジャーナリストの概念論について十分に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のである。

これら問題をふまえて、振り返るならば、Branzburg 判決の相対多数意見が指摘するように、プレス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<sup>(79)</sup>。そして、「公衆への情報の自由な流通」という取材源秘匿権の目的を重視して取材源秘匿権の享有主体性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しないならば、またジャーナリストの特権を主張する側にそのスタンディングについて証明責任を課すのであるならば、ジャーナリスト

(79) なお、鈴木・前掲注(74) 165頁は、ドイツの刑事訴訟法における「証言拒絶権」の主体が2002年の同法の改正によって「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。



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3節 取材源秘匿権の法理の拡大的解消

既述した取材源秘匿権の法理についての訴訟戦略における誤謬は、奇しくも、取材源秘匿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所在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のみを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。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。

このことは、合衆国最高裁 *Cohen* 判決<sup>(80)</sup>におけるスーパ裁判官による反対意見において、みてとることもできよう。本件は、ジャーナリストが取材源の身許の秘匿（コンフィデンシャリティ）を約束したにも拘わらず、ジャーナリストの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し、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である。同意見は、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・報道能力に付随的效果を及ぼそうとも修正第1条に反しないとするレーンクイスト首席裁判官による法廷意見に対して、かかる法の中立性についての保証はないとして、競合利益をアド・ホックに衡量する必要があるとする。そして、本件においてヨリよい情報を有してヨリ賢明に自己

(80) *Cohen v. Cowles Media Co.*, 501 U.S. 663 (1991).

統治を行う公衆一般の利益を認めたのであった<sup>(81)</sup>。スータ裁判官の反対意見は、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）の自由を衡量するのである。このことから、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」とは、つねに整合するものではないことが窺われるのではなかろうか。

しかしながら、本稿の立場については、つぎのような批判が予想される。それは、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における障碍となりうるのではないかという批判である。また、取材源秘匿権のインフレ化を招来し、本来保護されなければならないコンフィデンシャル情報が保護されない可能性が高まるのではないかという批判である。たしかに、本稿の立場について、コンフィデンシャル情報に対する開示強制を念頭においてきた旧来の法理よりも取材源秘匿権の射程が拡大するという意味においては、それら批判が妥当するものともいえよう。しかし、そもそもコンフィデンシャル情報に対する開示強制を念頭においてきた法理自体の妥当性が問われなければならないのではないだろうか。また、取材源秘匿権の主体概念については、「公衆へ伝播する意図」の証明責任を主張者に課すことにより、またスチュアート裁判官の3要件テストの採用により、これらリスクは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られる。

## むすび

ここまで、取材源秘匿権の法理について考察および検討を加えてきた。本稿の立場は、つぎのとおりであった。取材源秘匿権の客体概念については、開示強制による萎縮的効果を防止するという「公衆への情報の自由な流通」を取材源秘匿権の目的として掲げるならば、コンフィデンシャリティといういわば過去の呪縛に囚われることなく、汎くノンコンフィデンシャル情報が包摂される

---

(81) *Id.* 676-679 (Souter J., Dissenting).

こととなる<sup>(82)</sup>。また、その主体概念については、同じく取材源秘匿権の目的により、伝播される情報の定性性を問われることのなき、「公衆へ伝播する意図」テストが妥当するものとする。そして、それら取材源秘匿権の客体概念および主体概念に妥当するテストとして、Branzburg 判決のスチュアート裁判官の3要件テストを示唆した。

本稿の立場より、本稿の冒頭において問題を提起したマスメディアの事実上の地位と法上の地位の齟齬について検討を加えるならば、取材源秘匿権の享有主体性においてジャーナリストの概念に囚われることなく、情報を伝播する公衆一般へジャーナリストの法上の地位を拡張的に解消してゆくことこそが、取材源秘匿権ひいては表現の自由論にとって相応しいものとなろう。それは、ジャーナリストと公衆一般の事実上の地位における歴然とした較差が少なくとも縮小へと志向する以上、それら法上の地位の較差についても、同じく縮小ないしは解消へと志向すべきことが事実状況と法状況との齟齬を解消することとなるがためである。そのように解することが許されるのであるならば、いわゆる取材源秘匿権は、公衆へ伝播する情報について（主として訴訟などにおける）目的外利用を拒否する権利として捉えることも可能であろう。取材源秘匿権の法理についてのかかる理解は、奇しくも、個人データ（情報）について、第三者提供に際しての本人同意原則（23条）、利用目的の通知の求め（24条2項）、開示の求め（25条）、訂正等の求め（26条）、および利用停止等の求め（27条）などを規定する「個人情報の保護に関わる法律」、ひいては自己の情報をコン

(82) ただし、本稿が依拠する「公衆への情報の自由な流通」という取材源秘匿権の目的に関しては、憲法学上の根源的問題がないわけではない。それは、既に指摘をうけているように、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と（公衆への）情報の自由な流通という客観原則とは、相容れないものとも捉えうためである。藤井樹也「知る『権利』？」法経論叢 18巻2号57, 82頁（2001年）、同「取材の自由」憲法の争点〔第3版〕100, 101頁（1999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、1993年）304頁参照。ただ、報道機関を「制度的に理解」する同書201-202頁の主張について、本稿は、後述するように賛同するものではない。

トロールする積極的な権利として捉えられてきているプライバシーの権利<sup>(83)</sup>とも、情報の利用に対する規整の外形において軌を一にしよう。

さらに、ジャーナリストと公衆一般の法上の地位におけるかかる較差を解消する、この取材源秘匿権の享有主体性の拡大的解消という新たな取材源秘匿権の法理は、表現の自由の原理論に対する検討の端緒ともなりえよう。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ためである。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、「メディアを形作る『現実』を批判的(critical)に読み取るとともに、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質(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、を秘めているものともいいえよう<sup>(84)</sup>。

(83) 佐藤・前掲注(4) 453-457 頁、東京地判昭和 59 年 10 月 30 日判時 1137 号 29 頁(1984 年)。なお、「個人情報の保護に関する法律」と自己情報コントロール権の関係については、宇賀・前掲注(23)28-29 頁参照。

(84) したがって、かかる立場からは、プレスの特権論をとりえないこととなる。プレスの特権論は、表現の自由論において、プレスが専ら情報の送り手としての役割を果たすことにより、逆に公衆一般が専ら情報の受け手としての立場にたつことにより、公衆一般の知る権利が保障されるものと解されるためである。