

|      |                          |
|------|--------------------------|
| タイトル | プレスと取材・報道情報の国家利用拒絶権      |
| 著者   | 韓，永學；HAN，Young-hak       |
| 引用   | 北海学園大学法学研究，52(4)：389-429 |
| 発行日  | 2017-03-30               |

## プレスの自由と取材・報道情報の国家利用拒絶権

韓 永 學

### 問題の所在

ジャーナリストは自らの報道の客観性・透明性を確保すべく、取材源 (news source) を明示することが不可欠である。しかしながら、ジャーナリストは取材源の明示が取材源にとって生命の危険をはじめとする重大な法的・社会的不利益等を被ることが社会通念上予想される場合や、取材源との間に公表しない旨の了解があった場合、当該取材源を秘匿する倫理的義務 (ethical obligation) がある。取材源秘匿はジャーナリストの職業上の最高の倫理的義務であると同時に、法的特権 (special privilege) として捉えられる。すなわち、取材源秘匿権は、公衆への情報の自由な流通 (free flow of information to the public) のため、取材源の身元の秘匿等内密な信頼 (confidential) 関係を通じて取材し

た取材源及び取材源に関する情報の開示を強制されない憲法上の権利として、一般に理解されている<sup>①</sup>。取材源秘匿権の憲法的権利性は、取材源の利益及び報道者の利益を付随的理由としつつ、情報の自由な流通に対する公衆の利益を確保する上で重要である。現在、欧州では取材源保護に関するコンセンサスが形成されており、世界一〇〇カ国以上が関連法を保有している。しかし、日本では取材源保護に関する成文規範がない中、取材源秘匿権がプレスの自由(freedom of the press)から派生する憲法上の権利か否かが判例・学説上争われてきた。

ところが、近年、公権力が捜査・裁判プロセスにおいて取材・報道資料(journalistic material)を押収したり、放送局のオンエアを採録(録画)して証拠として利用するケースが少なからず見られる。後者の情報は基本的に報道(公表)済情報であることからコンフィデンシャルティを欠き、前者の情報も押収対象や時期によってコンフィデンシャルティを欠く場合がある。コンフィデンシャル情報という取材源秘匿権の本来の客体に着目するならば、コンフィデンシャルティに基づかないノンコンフィデンシャル情報(①公式発表等を取材源とする、秘匿することを要しない情報、②報道機関が取材源を介せず自ら収集した自己収集情報、③公表済情報等)は厳密には取材源秘匿権の適用を受けない。しかし、ノンコンフィデンシャル情報であっても公権力によるその利用(捜査・裁判における証言強制、押収・録画による証拠利用等)は、将来的に報道機関の表現活動を萎縮させ、公衆への情報の自由な流通を妨げるのではないか。そうであるとすれば、ノンコンフィデンシャル情報に対してもコンフィデンシャル情報に準ずる保護が必要ではないか。

以上のような問題意識の下、本稿では、報道機関のノンコンフィデンシャル情報をも保護すべく、コンフィデンシャルティの存否と関係なく適用され得る取材・報道情報に関する特権について探究することを目的とする。第一章では、取材・報道資料の証拠利用の適否に関する主要判例を俯瞰しつつ、その傾向と問題点を検討する。第二章では、憲法

二二条（表現の自由）の理論的深化により、プレスの自由の下報道機関がノンコンフィデンシャル情報を含む取材・報道情報に関する一定の特権的地位を有することを確認・検討する。第三章では、取材・報道情報の国家利用拒絶権の定式化に向けた試論的見解を提示したい。

## 第一章 判例に見る取材・報道資料の証拠利用の適否

公権力による捜査・裁判における取材・報道資料の証拠利用の適否が問われた日本国内の判例を俯瞰すると、報道機関の保持する取材・報道資料を押収（提出命令、差押等）が争われたケースと、放送局のオンエアの録画による利用が争われたケースに大別できよう。

以下、このような区分を基に取材・報道資料の証拠利用の適否に関する主要判例を俯瞰しつつ、その傾向と問題点を検討する。

### 一 押収に関するケース

#### 1 概観

刑事裁判では、最高裁は、米原子力空母の寄港に反対する学生らと機動隊の衝突状況を撮影したNHK他民放三社に対する裁判所による取材フィルム提出命令に対する特別抗告事件（博多駅事件）において、「公正な刑事裁判の実現を保障するために、報道機関の取材活動によって得られたものが、証拠として必要と認められるような場合には、取材の自由がある程度の制約を蒙ることとなってもやむを得ない」として公正な刑事裁判の実現のための取材の自由の限界を明らかにしつつ、取材成果物の提出命令の可否につき「一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、

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っての必要性の有無を考慮するとともに、他面において、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の諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それ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<sup>(4)</sup>するといふ比較衡量の基準を提示した上、「本件フィルムが証拠上きわめて重要な価値を有し、被疑者らの罪責の有無を判定するうえに、ほとんど必須のものと認められる状況にある。他方、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こととどまる」として、本件抗告を棄却した。

次に、最高裁は、リクルート事件において贈賄の場面を隠し撮りした日本テレビに対する検察の取材ビデオテープの差押処分に対する特別抗告（日本テレビ事件）において、「公正な刑事裁判を実現するためには、適正迅速な捜査が不可欠の前提であり、報道の自由ないし取材の自由に対する制約の許否に関しては両者の間に本質的な差異がない…〔博多駅事件決定〕の趣旨に徴し、取材の自由が適正迅速な捜査のためにある程度の制約を受けることのあることも、またやむを得ない」として適正迅速な捜査の遂行のための取材の自由の限界を明らかにしつつ、取材成果物の差押の可否につき「捜査の対象である犯罪の性質、内容、軽重等及び差し押さえるべき取材結果の証拠としての価値、ひいては適正迅速な捜査を遂げるための必要性と、取材結果を証拠として押収されることによって報道機関の報道の自由が妨げられる程度及び将来の取材の自由が受ける影響その他の諸般の事情を比較衡量すべき」であるとして博多駅事件決定の比較衡量の基準を踏襲した上、「本件ビデオテープは、証拠上極めて重要な価値を有し、事件の全容を解明し犯罪

の成否を判断する上で、ほとんど不可欠のものであった。すべて原本のいわゆるマザーテープであっても、申立人は、差押当時においては放映のための編集を了し、差押当日までにこれを放映しているのであって、本件差押処分により申立人の受ける不利益は、本件ビデオテープの放映が不可能となり報道の機会が奪われるという不利益ではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるという不利益にとどまる」として、本件抗告を棄却した。<sup>5)</sup>

さらに、最高裁は、暴力団による債権取立場面を放映したTBSに対して警察の未編集マザーテープの差押処分に對する特別抗告事件(TBS事件)において、博多駅事件決定を基に日本テレビ事件決定が示した適正迅速な捜査の遂行のための取材の自由の限界及び取材成果物の差押の可否に関する比較衡量の基準を踏襲した上、「〔本件〕ビデオテープは、事案の全容を解明して犯罪の成否を判断する上で重要な証拠価値を持つ。本件差押により申立人の受ける不利益は、本件ビデオテープの放映が不可能となつて報道の機会が奪われるというものではなかった。右取材協力者は、本件ビデオテープが放映されることを了承していたのであるから、報道機関たる申立人が右取材協力者のためその身元を秘匿するなど擁護しなければならない利益は、ほとんど存在しない。申立人を始め報道機関において、将来本件と同様の方法により取材をすることが仮に困難になるとしても、その不利益はさして考慮に値しない」として、本件抗告を棄却した。<sup>6)</sup>

一方、民事裁判では、大阪地裁は、大阪国際空港夜間飛行禁止等請求訴訟で原告側がNHKに対して放映済番組のフィルムにつき検証及びその受忍命令の申立をしたことが争われた事件(大阪国際空港フィルム事件)において、裁判所が放映済番組のフィルムを証拠として採用しその呈示を命ずるか否かにつき「公正なる民事裁判の実現という国家の基本的要請と報道の自由の保証という相衝突する二つの重要な法益間の調整の問題」と捉え、「事件の性質やその証拠としての価値およびその必要度などこれを証拠として提示を命ぜられることにより生ずる取材の自由への妨

害や報道の自由への影響等を比較衡量するとともにこれを利用する以外に他に適切な手段が容易に得られないか否かを判断して」決するという比較衡量の基準を提示した上、「〔本件フィルム等〕の検証によって明らかにし得べき事項は、〔大阪国際〕空港において現に航空機が日夜発着を継続している以上、改めてその実情を撮影録音することによっても可能である…。」〔本件フィルム等〕は…編集物としての性質上通常随伴する製作者の主観が無意識的にもせよ加味されていないとは断定し得ないし、また実際の騒音とそれのテレビ録音をしたものとはこれを聴く者に与える実感はずしも同じではないから…裁判の証拠としては直接の検証等に比し証拠価値が劣ることは否定できない。一方報道機関が報道の目的のため取材したものを如何に利用するかは報道の自由と直結していることであり、また報道機関が取材する場合には取材したものを報道のためにのみ利用し報道以外の目的には供さないと信賴関係が存在しており、それをぬきにしては取材の自由はあり得ないから、本件フィルム等がすでに放映すみのものであるにしても、これを裁判の証拠として使用すると将来の取材活動について有形無形の不利益が生ずるであろうことは否定できない」として、本件申立を却下した。

次に、東京高裁は、卸売市場が自身を撮影したNHKに対してプライバシー侵害を理由に提起した損害賠償請求訴訟の中で、未放送のビデオテープにつき検証及びその提出命令の申立をしたことが争われた事件（卸売市場フィルム事件）において、「報道機関の取材の成果は「職業の秘密」に属するので、報道機関には証言拒絶権に準じて検証物提出拒否権が原則として認められるが、…公正な裁判の実現の要請が勝る特段の事情が存するときには…制約を受ける」として報道機関の検証物提出拒否権の限界を示しつつ、取材成果物の提出命令の可否につき「公正な裁判の実現の要請は、審理の対象である事件の性質、態様及び軽重（事件の重要性）、要証事実と取材の成果との関連性及び取材の成果を明らかにする必要性、さらには当該証拠調べの必要性（すなわち、他の証拠を調べた結果でも、さらにそれを取



り調べる必要があるという補充性の有無等）などの具体的検討の下に、取材の成果を明らかにすることが将来の取材の自由に及ぼす影響の度合、さらには右に関連する報道の自由との相関関係等を具体的に考慮に入れた上で判断すべきであり、これらを慎重に比較衡量して、取材の成果についての検証物提出命令を拒否できる正当な事由の存否を判断<sup>⑧</sup>するという比較衡量の基準を提示した上、「本件ビデオテープを調べなくても代替証拠により十分に本件撮影行為の違法性の有無を判断するに足る事実を審理することができる」。本件ビデオテープを検証物として提出を拒否する「正当な事由」である報道機関の有する報道の自由を基礎をおく取材、編集、発表の自由を制限を加えてまで、本件基本事件の公正な裁判のためにこれを公表させることを相当とする事情は認められない<sup>⑨</sup>として、本件申立を却下した。

## 2 検討

刑事裁判では、最高裁は、押収処分必要性判断の基準を示した国学院大映研フィルム事件最高裁決定に沿い、取材・報道資料の押収の可否につき博多駅事件決定において比較衡量のアプローチを採用しており、その後日本テレビ事件決定及びTBS事件決定でもこの手法を踏襲した。具体的には、取材・報道資料の押収の可否に関するリーディング・ケースである博多駅事件決定は「公正な刑事裁判の実現」の利益と「取材の自由」の利益を対峙させ、比較衡量の基準として個別的比較衡量（*ad hoc balancing*）により報道機関に条件的な押収拒絶権のあることを判示したものに他ならず、日本テレビ事件決定及びTBS事件決定は「適正迅速な捜査の遂行」の利益を「公正な刑事裁判の実現」の利益と等置しつつ、博多駅事件決定の基本的な判断フレームを踏襲したのである。

三つの事件における押収対象情報は、事実上コンフィデンシャリティを欠くことから、厳密には取材源秘匿権の及ぶ情報ではない。そこで、最高裁が取材・報道資料の押収の可否につき「公正な刑事裁判の実現」の利益（憲法三七



条)に對立する利益として、取材源秘匿権という狭い觀念ではなく、「取材の自由」(憲法二二条)を提示して憲法上の比較衡量を行ったのは、一定の評価ができよう。しかしながら、最高裁が、取材の自由を消極的・一面的に捉え、結果的に公正な刑事裁判の実現や適正迅速な捜査の遂行を優先させた面がある。第一に、最高裁は、憲法二二条(表現の自由)の保障の下にあるとした報道の自由に比して、取材の自由を「憲法二二条の精神に照らし、十分尊重に値する<sup>⑪</sup>」としてその憲法上の位置付けを消極的に把握している。すなわち、最高裁は、一方の「公正な刑事裁判の実現」という憲法上の要請(純憲法利益)と他方の「取材の自由」といういわば準憲法上の保障(準憲法利益)を比較衡量する、実質上對立する利益の価値序列を設定しているのである。第二に、最高裁は、「将来の取材の自由が妨げられるおそれがある」とどまる<sup>⑫</sup>(博多駅事件決定)、「将来の取材の自由が妨げられるおそれがある」とどまる<sup>⑬</sup>(日本テレビ事件決定)、「将来本件と同様の方法により取材をすることが仮に困難になるとしても、その不利益はさして考慮に値しない」(TBS事件決定)とし、取材・報道資料の押収による報道機関の不利益を将来の取材の自由の制約問題に矮小化している。特に、日本テレビ事件やTBS事件における取材・報道資料の差押という強権発動は、搜索を伴っていないとは言え、報道の自由の侵害と言わなければならない。仮に、三つの事件における取材・報道資料の押収が将来の取材の自由の制約にとどまるとしても、将来の取材の自由の価値やその制約による弊害を過小評価してはならない。すなわち、取材の自由は、進行中の取材活動に限らず将来の取材活動にも及ぶものであり、その制約(取材・報道資料の目的外使用等)は個々の事案の特殊性を超えて報道機関と潜在的取材源の両者に萎縮効果(chilling effect)を招き、究極的には報道の自由の制約を招来する。表現の自由の重要性に鑑み、このような自由な情報流通に対する萎縮効果は、必ずしも経験的データによって証明されなくても、その存在を合理的に推定できる以上、比較衡量のファクターとして取り上げなければならない<sup>⑭</sup>。

その他の論点として、最高裁が比較衡量の際、押収の主体（博多駅事件は裁判所、日本テレビ事件は検察、TBS事件は警察）や押収の方法（博多駅事件は提出命令、日本テレビ事件及びTBS事件は差押）の相違からくる取材・報道の自由への影響の程度の違いを考慮していないことを指摘しなければならない。また、三つの事件における取材・報道資料の証拠としての必要性は、①「ほとんど必須」（博多駅事件）、②「ほとんど不可欠」（日本テレビ事件）、③「重要な証拠価値」（TBS事件）という抽象的な文言を用いており、特に①②に対して③は必要不可欠性が低い。

一方、民事裁判では、大阪国際空港フィルム事件大阪地裁決定は、対立利益の設定（「公正なる民事裁判の実現」の利益対「報道の自由の保証」の利益）や比較衡量の手法（個別的比較衡量）の面で基本的に前記三つの刑事事件最高裁決定と軌を一にしつつも、「放映済フィルムであっても」裁判の証拠として使用すると将来の取材活動について有形無形の不利益が生ずる」として将来の取材の自由に理解を示している。また、卸売市場フィルム事件東京高裁決定は、「報道機関の報道の自由は、表現の自由を定めた憲法二条によって保障され、その報道の前提となる報道機関の取材の自由も保障されなければならないところ、その取材情報の開示がその本来の目的外に無制限になされるときには、取材の自由を危うくし、その結果、自由な言論、報道の自由が妨げられることになり、国民に正確な情報を提供するという報道機関の職業・使命を遂行できなくなる虞がある」。報道は、取材、編集、発表という一連の行為によって成立するから、報道の自由は、これらの一連の行為の自由が保障されて初めて真に保障される」として取材の自由と報道の自由を有機的に捉えた上、取材成果物の「職業の秘密」性を是認して原則として検証物提出拒否権を認めつつ、その限界（公正な裁判の実現の要請が勝る特段の事情の存在）を提示して検証物提出命令を拒否できる正当な事由の存否を判断した点で注目値する。しかし、以上の民事裁判は前記三つの刑事事件最高裁決定より取材・報道の自由を尊重する立場であるが、卸売市場フィルム事件東京高裁決定が示した、公正な裁判の実現の要請が検証物提出

拒否権の行使に勝る「特段の事情」の存否判断も結局、「公正な裁判の実現」の利益と「将来の取材・報道の自由」の利益との比較衡量（個別的比較衡量）に依拠しており、取材・報道資料の証拠としての必要性要件等の抽象性も否めない。

## 二 録画による利用に関するケース

### 1 概観

捜査機関は一九六〇年代より事件に関する放送局のオンエアを採録して刑事裁判の証拠として利用し始め、一九八〇年代半ば以降これを多用している。<sup>(15)</sup>無論、刑事裁判の被告人側、民事裁判の両当事者のいずれかが放送局のオンエアの採録・証拠申請者となる場合もある。捜査機関が放送局のオンエアを採録・証拠申請したケースにおける司法判断は、博多駅事件決定以来の最高裁判例の枠組を援用するものと、異なる判断基準によりその許容性を判断するものに大別できる。<sup>(16)</sup>以下、この区分を基に主要判例を取り上げる。

まず、前者に属する判例として、札幌高裁は、被告人の現住建造物放火罪の立証にNHK及びHBCが独自に取材し放映したものを警察官が録画したビデオテープが用いられた事件（北大封鎖解除事件）において、公正な刑事裁判の実現のための取材の自由の限界及びビデオテープの証拠としての使用の許否に関する比較衡量の基準について博多駅事件最高裁決定を引用した上、「被告人ら」の行動を終始目撃していた者はいず、捜査機関が撮影したフィルムも明瞭さを欠いているが、本件ビデオテープは、証拠として利用することの価値は、相対的に高い。本件ビデオテープは、報道機関が放映したものを録画したものにすぎず、これを証拠として利用されることにより報道機関の受ける不利益は、将来の取材活動が場合によっては妨げられるおそれがある、というにとどまる」として本件ビデオ

テープを証拠として利用することは違法ではないと判示した。<sup>(17)</sup>

東京地裁は、被告人の建造物破損罪の立証にNTVが取材して放映したニュースを警察官が録画したビデオテープが用いられた事件（成田空港管理棟侵入事件）において、「一般に放映されているテレビニュースを磁気録画装置を使用して録画することが押収に該当しない」、また、法令により特に禁止された場合以外は、テレビニュースとして一般に放映されたものを、何人が受信し、録画しようとも、なんら違法視される筋合いのものではなく、捜査機関においてテレビニュース等を録画すること、それ自体が報道の自由や取材の自由を侵害するとは考えられないし、更に、捜査機関が捜査の目的又は刑事裁判に使用する証拠を収集する目的等でそれを録画することは、〔著作権法上〕許されているものと解される」として本件ビデオテープの証拠能力を認めつつも、「司法の廉直性を維持し、司法に対する国民の信頼を確保する必要がある場合には、裁判所として当該証拠の排除を必要とされる場合があり得る」とした上、「〔博多駅事件最高裁決定〕は本件と事案を異にしているので、右決定をそのまま本件に適用することはできない。：したがって、一般に放映されたニュース等を録画したビデオテープの証拠として許容性については、右決定の趣旨を尊重しながらも、それとは別個に検討されるべき問題」と言及する一方、「報道機関の有する取材権を侵害すると認められた場合にも、それによって直ちに当該証拠が排除されるわけではなく、それに加えて、『博多駅事件最高裁決定』に判示されているような慎重な利益衡量をする必要があり、その結果取材権が公正な裁判の要請に優先すると認められた場合に初めて、司法の廉直性の観点からする当該証拠の排除が肯定されるべき」であるという考え方の下、「本件テレビニュースは、：取材対象との内密な信頼関係を問題にする余地はなく、その信頼関係が保護に値するものとは考えられないし、更に、本件ビデオテープに録画されている映像はすべて、NTVにおいて：ニュースとして、一般に放映済みのものであって、NTVが、取材結果をどのように編集し公表するか判断を下したうえで、自ら情報を

公開したものであるから、情報の開示を強制されたものでない」から「本件ビデオテープを本件犯罪事実立証のための証拠として使用することは、なんら報道機関の取材権を侵すものではなく、また、司法の廉直性の観点からの証拠排除にも該当しない」として本件ビデオテープの証拠としての許容性を認めるとともに、「本件ビデオテープを刑事裁判の証拠として使用することは法律上問題がない〔が〕、捜査機関がもっぱらテレビニュースを立証に利用するような運用になることは、国民の「知る権利」と表裏一体の報道・取材の自由の重大性及び法の適正な手続の要請にかんがみ、避けられるべきである。したがって、本件のようなビデオテープを証拠として採用すべきかどうかの判断に当たっては、安易にその必要性を認めるべきではなく、当該事件が重大であって、他に適切な証拠がないような場合においては、補充的に、証拠として採用できると解するのが相当である」という見地に立っても「被告人らの犯行状況については、被告人ら及び共犯者の供述以外にこれを立証する適切な証拠が他にないこと等の事情〔から〕、立証趣旨記載の各事実を立証するため本件ビデオテープを証拠に採用する必要性は強い」として本件ビデオテープの証拠としての必要性を認め、証拠として採用する判断を示した<sup>(18)</sup>。

大阪高裁は、報道機関が撮影した被告人夫婦のインタビュー状況を録画したビデオの一部につき供述録取書として証拠採用された事件（和歌山カレー毒物混入事件）において、公正な裁判の実現等のための報道・取材の自由の限界について博多駅事件決定等最高裁判例を引用した上、「一般に放映されているテレビ番組を録画することに何ら問題のない」、また、これを刑事裁判の証拠とすることも、そのこと自体が報道機関による報道や取材活動を直接制約ないし阻害するものではなく、いわば間接的に、将来における取材活動等に影響を及ぼすおそれがあるといった抽象的な危険があり得るにとどまることにかんがみると、一律にこれを禁止すべき理由はない」から「報道内容を録画したビデオテープであるからといって、直ちにその証拠能力が否定されるものではない」としつつも、報道内容の刑事裁

判の証拠としての許否につき「公正な裁判を実現するための必要性と報道の自由等に対する制約ないし影響の有無、程度とを比較考量してすべきであり（上記各最高裁決定参照）、具体的には、当該証拠の性質、形状のみならず、その内容をなす報道の対象や取材の手段方法、審判の対象とされている犯罪事実の性質、態様、軽重、審理の状況、当該証拠の関連性や重要性の程度等諸般の事情を総合してなされるべきである」という前提の下、原審裁判所が本件ビデオテープを証拠として採用したことにつき「事案の真相をできる限り解明する必要性も高かったこと、しかるに、被告人が黙秘していたこともあって、犯行動機等に関する資料が乏しかったことなどの当時の状況にかんがみると、原審裁判所が本件ビデオテープを証拠とする必要性を肯定したこともまたそれなりに首肯し得る」。報道内容が刑事裁判の証拠とされた場合にそれによって将来の取材活動等が妨げられ（「ママ」られるおそれは、抽象的な危険であって、その影響の度合を客観的に検証することはほとんど不可能であるが、本件ビデオテープ〔の内容〕が、…被告人ら夫婦が自ら進んでインタビューに応じたものであることや、既に報道されたものであることからすると、取材活動への萎縮的効果等を考慮すべき必要性は比較的少なかった」として判断の誤りがあるとまでは認められないと判示した。<sup>20)</sup>

次に、後者に属する判例として、東京高裁は、被告人の凶器準備集合罪等の立証に放送局が取材して放映したニュースを警察官が録画したビデオテープが用いられた事件（渋谷暴動事件）において、写しの証拠としての許容性の基準に「（a）原本が存在すること（…写しを作成し、原本と相違のないことを確認する時点で存在すれば足りる）、（b）写しが原本を忠実に再現したものであること、（c）写しによっては再現し得ない原本の性状が立証事項とされていないこと」を挙げ、本件テレビフィルムがこの基準に合致すると認めた上、「博多駅事件最高裁決定」は、…本件とは、全く事案を異にする」としつつ、「放送事業者において、…広く公衆に直接受信させる目的で映像を放映したものである以上、これを受信した側において限られた目的の範囲でその録画を使用したとしても、そのことにより、将来の取



材の自由が妨げられ、ひいて報道の自由が侵害される結果を招来するものでないことも、多言の要を見ない。…本件ビデオテープ等の取調べが所論報道の自由等と抵触する虞れはなく、従って、その取調べを、他に適切な証拠がないような場合に限って許される、補充的なものと解すべきいわけではない」として本件ビデオテープを証拠として利用することを是認した。<sup>(21)</sup>

和歌山地裁は、前述した和歌山カレー毒物混入事件において、「本件において、報道機関のインタビュ内容の証拠の採否が問題になったのは、事案の重大性に加え、被告人が黙秘し、その犯行動機という内心的事情に関する資料が極めて少なく、また、被告人夫婦が報道機関のインタビュにに応じていたという例外的事情があったから」であるとしつつ、「報道機関には、事実を報道することで、国家に対し適切に権力を行使するよう促す役割もある…、報道機関の作成した映像が刑事裁判で証拠となることは報道機関としてのあり方と矛盾しない…。報道機関が自ら重要な情報であるとして報道し、国民の多くが知っている情報を、…刑事裁判において証拠としてはならないのか、理解に苦しむ…。報道機関が報道した映像が刑事裁判で証拠となることは、将来的な報道のための取材を制限することにつながるのかを考えるに、むしろ、報道機関には、公にする目的で取材する以上は、裁判で証拠となることもあり得るという壁を乗り越えられるほど、被取材者に対して真摯な取材することが求められる」として犯罪報道の在り方を示した。<sup>(22)</sup>

## 2 検討

学説上、捜査機関が報道機関の報道資料を採録して証拠利用することに関する主要立場としては、①無関係説、②比較衡量説、③報道機関承諾必要説がある。<sup>(23)</sup> ①は、裁判における真実究明に役立つ証拠を広く採用することに理解を



示し、報道の自由とは基本的に無関係であるという見解で、一部の判例にも見られる<sup>(24)</sup>。②は、公正な裁判の実現の利益と報道の自由の利益を比較衡量して証拠としての採用の可否を判断する見解で、博多駅事件決定等最高裁判例の枠組を援用した多くの下級審の拠り所であるが、個別判例の論理展開は多少異なる。③は、報道機関の承諾がない限り証拠として利用すべきではないという見解で、主に報道機関から主張されているが、従前よりは認する判例は見当たらない。

上記各判例を含め捜査機関において、報道機関が一般に放映したニュース等を録画したビデオテープを捜査や裁判に用いる情報は、既に放送されたものとしてコンフィデンシャリティを欠くことから、厳密には取材源秘匿権が及ばない。また、このような情報は、証言強制、開示強制、及び搜索・押収等とは異なり、開示強制を受けたものに対して物理的に強制的な手段が伴わないことから、報道機関と潜在的取材源が被る萎縮効果は比較的少ないと考えられる。しかしながら、報道機関の意に反して公権力により取材・報道資料の目的外使用がなされる点、報道機関としては法的に争う有効な手段がない点等に鑑みれば、将来の取材・報道の自由への制約は必至である。さらに、報道機関の取材活動の成果が刑事警察の採証目的に利用されることにより、報道機関の取材活動が少なくとも結果的に「請負捜査」になることを意味する<sup>(25)</sup>。

このように、捜査機関において、報道機関が一般に放映したニュース等を録画したビデオテープを捜査や裁判に用いることは将来の取材・報道の自由の制約を伴うため、無関係説は言語道断である。また、司法機関ではない報道機関が自身の取材・報道資料の証拠使用の判定権を持つと恣意的運用の恐れがあることから、報道機関承諾必要説も現実的ではない。比較衡量説は一見すると妥当な立場のように見えるが、結果的に公正な裁判の実現の利益を取材の自由の利益に優先させる博多駅事件決定等最高裁判例の枠組を前提とする見解には賛同し難い。留意すべきは、博多駅

事件決定等最高裁判例の枠組を援用した上記三件の判例は、原則的に無関係説を容認することから出発しており、取材・報道資料の証拠としての必要性は必要不可欠性を要求するどころか、博多駅事件決定等最高裁判例に比してハードルが格段に低い。ただ、成田空港管理棟侵入事件東京地裁決定は、司法の廉直性や、国民の「知る権利」と表裏一体の報道・取材の自由の重大性及び法の適正な手続の要請の観点から、取材・報道資料の証拠利用に慎重な立場に立っている。

一方、博多駅事件決定等最高裁判例と異なる判断基準により取材・報道資料の証拠利用の可否を判断した上記二件の判例は、明確な判断基準を示しておらず、比較的簡単に証拠利用を正当化している。すなわち、渋谷暴動事件東京高裁判決は放送事業者の放映した映像を録音して使用することにつき将来の取材の自由の妨害や報道の自由の侵害を直ちに否定しつつ、本件ビデオテープの証拠としての補充性も要求していない。また、和歌山カレー毒物混入事件和歌山地裁判決は「報道機関の作成した映像が刑事裁判で証拠となることは報道機関としてのあり方と矛盾しない」、「報道機関には、公にする目的で取材する以上は、裁判で証拠となることもあり得るという壁を乗り越えられるほど、被取材者に対して真摯な取材をすることが求められる」としているが、国家権力の助力者ではなく、監視者（watchdog）としての報道機関の犯罪報道の在り方を曲解している面がある。

## 第二章 プレスの自由と特権

上述のように、判例上、公権力による捜査・裁判における取材・報道資料の証拠利用は、報道機関に不利な比較衡量の基準に基づき割と安易に認められている。ところが、公権力がコンフィデンシヤリティを欠く取材・報道情報を利用することに対しては、旧来の取材源秘匿権の法理による防禦は困難である。そこで、前田正義は、取材源秘匿権

が目的とする「公衆への情報の自由な流通」に着目し、取材源秘匿権の法理的拡大的解消という再構成（取材源秘匿権の客体概念につき、コンフィデンシヤリティーという呪縛も囚われることなく、汎くノンコンフィデンシヤル情報を包摂するものと把握）を主張する<sup>③④</sup>。筆者は、公権力によるコンフィデンシヤリティーを欠く取材・報道情報の国家利用（捜査・裁判における証言強制、押収・録画による証拠利用等）に関してもコンフィデンシヤル情報に準ずる保護を唱える立場であるが、それを取材源秘匿権の法理に依拠するには限界があると考ええる。取材源秘匿権の究極的な目的がジャーナリスト・報道機関の利益や取材源の利益を超えて「公衆への情報の自由な流通」にあることは言うまでもないが、取材源秘匿権の本来の客体はコンフィデンシヤル情報であるからである。端的に、ノンコンフィデンシヤル情報には、保護を要する取材源が存在しない。では、ノンコンフィデンシヤル情報の保護の根拠は何処にあるのか。それは、取材源秘匿権と同様、プレスの自由の特殊性に基づくプレスの特権に求める他はないと考える。

以下、憲法二一条の理論的深化により、プレスの自由の下報道機関がノンコンフィデンシヤル情報を含む取材・報道情報に関する一定の特権的地位を有することを確認・検討する。

## 一 プレスの自由

### 1 プレスの自由の内容

日本国憲法二一条一項は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と規定し、表現の自由を保障している。同条項が保障する表現の自由は、思想・信条・意見・知識・感情等個人の精神活動に関わる一切の情報の収集・処理・伝播・受領等情報流通の全過程における自由を包摂する概念<sup>③④</sup>として、意見表明の自由、報道機関（プレス）の自由、知る権利、アクセス権等を包括するものと理解される。このような表現の自由は、個人

の人格形成及び政治的意思決定に関与するという民主政にとって不可欠な精神的自由として、憲法上優越的地位 (preferred position) を占める。

プレスへの自由は、報道機関が取材源にアクセスして情報を収集する行為(取材)、収集した情報を公表に向けて製作・編集する行為(編集)、取材・編集した情報を公表する行為(報道)という一連の表現活動の自由のみならず、そのような表現活動を可能ならしめる報道機関の設立・存立の自由や経営の自由も内包していると言えよう。判例上報道機関の表現活動の自由のうち報道の自由は、博多駅事件最高裁決定以来「表現の自由を規定した憲法二一条の保障のもとにある」とされている一方、取材の自由は、「報道のための取材の自由」と規定され、「憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値する」という考え方が踏襲されている。また、編集の自由に関しては、その一角を成す放送編成の自由(放送法三條)につき、NHK「生活はつとモーニング」事件最高裁判決が「憲法二一条が規定する」表現の自由及び「放送法一条が規定する」放送の自律性の保障の理念を具体化し<sup>33</sup>たものと説示して表現の自由の一内容であることを示唆している。

このように、判例上憲法二一条の保障の下にあるとされる報道の自由に対し、取材の自由の憲法上の位置付けは消極的に捉えられており、編集の自由の憲法上の位置付けの程度も必ずしも明確ではない。ところが、取材、編集、報道という一連の流れによって構成される報道機関の表現活動の実務に照らせば、取材は報道の必然的前提であるため、取材の自由は報道の自由と同等の憲法上の保障が与えられなければならない<sup>33</sup>。編集の自由も同様である。一方、報道機関はその機能遂行に鑑み、取材情報の公表内容と公表方法の両面から自由裁量が与えられなければならない<sup>34</sup>。従って、取材の自由はその目的が報道のためか否かに関わりなく、本来的に表現の自由の保障の下にあるといふべきであり、編集の自由も同じである。要するに、報道機関の取材、編集、報道という一連の表現活動は、独自性及び有機的一体

性を有する中、同等に憲法二一条の下その自由が保障されていると言えよう。

## 2 プレスの自由の性格

憲法二一条が保障するプレスの自由を含め表現の自由は、憲法上の他の人権規定と同様、対国家防禦権である。自由権の本質に鑑み、表現の自由の法的性格につき、国家の干渉を受けずに思想・情報を自由に表明したり、それを受領する自由、すなわち国家からの自由（消極的自由）として理解することには異論の余地がない。このような対国家防禦権をプレスの自由に当てはめると、報道機関は公権力による干渉・妨害を排除し、取材、編集、報道という一連の表現活動において自律的な自由を享受する主観的公権を有するのである。

一方、通説的立場ではないものの、今日、基本権の「客観的価値秩序」としての側面や、表現の自由を憲法構造全体のシステムの一環として捉える場合、表現の自由の客観的・制度的自由としての性格を導出することができる。<sup>(36)</sup>特に、報道機関が現代民主社会において国民の知る権利の担い手として果たす社会的役割（権力監視機能、世論形成機能等）に鑑み、自由なプレス（free press）という客観的制度としての保障を与える必要性は否定できない。<sup>(37)</sup>このような表現の自由を客観的・制度的自由、すなわち国家による自由（積極的自由）としての側面に立つと、情報の受け手には一定の権利（アクセス権、反論権等）の付与を、報道機関には後述するような一定の特権の付与を肯定することができる。

以上、プレスの自由は、古典的な主観的権利としての性格に加え、現代日本社会のコミュニケーション環境における報道機関の特別の作用から客観的制度としての性格を併せ持っていると言えよう。

## 二 プレスの特権

### 1 プレスの特権論の基礎

表現の自由に関する憲法の規定にプレスの自由を明記している国（ドイツ基本法第五条、米国憲法修正一条、イタリア憲法二一条、ベルギー憲法二五条、スイス憲法一七条等）を含め、多くの国において報道機関が特別の法的地位を享受するか否かに関する論争が存在する。そのうち最も活発な論争が展開されてきたドイツと米国の状況を通して、プレスの特権論の基礎を確認しておきたい。

まず、ドイツにおいては、基本法五条が意見表明の自由（一項一文）に続き、「プレス（一）の自由は……これを保障する」と規定し（同二文）、プレス（二）の自由を明文で保障している。ドイツ連邦憲法裁判所はノルトライン・ヴェストファーレン決定（一九五九・一〇・六）で、「（一）『プレス（一）の自由は』意見表明の単なる下位概念ではない。情報の収集からニュース・意見の伝播に至るまで保障される制度的独自性（三）」と説示してはじめてプレス（二）の自由の制度的保障について言及し、シュピーゲル事件決定（一九六六・八・五）で、「（二）『プレス（二）の自由により』主観的基本権が保障され（「（三）とともに」）、一定の関係において……客観法的側面を有する……『自由なプレス』という制度を保障している」としてプレス（三）の自由の制度的保障論をより具体的に展開しており、その後も基本的にそのような考え方を踏襲している。

ドイツ学説上もプレス（一）の自由の制度的保障論は支配的見解となっている。例えば、Ulrich Scheuner は、基本法五条には個人的権利とともに制度的保障が含まれているとしつつ、プレス（二）の自由の制度的側面を民主主義的政治構造の基本的な構成部分と捕捉しており、Prodromos Dagoglou は、基本法五条一項二文においては、古典的意味におけるプレス（三）の自由の基本権の他に、プレス（二）の制度の保障が発展してきたと指摘し、後者の制度保障はプレス（二）と関係する全ての領域を保護するものであると主張した<sup>⑩</sup>。両者の学説を総合すると、国家はプレス（三）の自由を保護する義務とプレス（二）の

存立を保証する義務を負うのである。

以上、判例・通説は、プレスが民主国家において果たす構成的機能（世論形成機能等）、すなわち「公的責務」を達成するための前提条件として、プレスの自由を憲法上制度的に保護する考え方で、それは主にプレスの自由の主観的権利の補完に向けられる。前述したシュピーゲル事件連邦憲法裁判所決定は、「公的責務」概念からプレスの特権（官庁に対する情報提供請求権、証言拒絶権・押収拒絶権等の編集の秘密の保護特権）を認める他、報道機関の自由な設立、プレス職への自由な就職、国家のプレスの独占への対処義務等を導いている。<sup>(42)</sup>このようなプレスの自由の制度的理解の下、刑事法及び民訴訟法は証言拒絶権・押収拒絶権を規定しており、各州のプレス法も一定のプレスの特権を保障している。但し、プレスの特権は絶対無制限的に保障されるものではなく、一般的法律の規定により制限を受ける（基本法五条二項）。

これに対し、アメリカにおいては、憲法修正一条によると、「freedom of speech」と「freedom of press」を並列的に規定しているのみで、前者の言論の自由と後者のプレスの自由を実質的に区別していない。米国連邦最高裁は民主主義における報道機関の重要な機能（権力監視機能）を認めつつも、プレスの自由の客観的制度としての側面に対する理解や報道機関が一般市民以上の憲法上の特権を保持することに否定的である。<sup>(43)</sup>多数の学説も報道機関が特権を享受することや特別の義務に服することを容認しない。このように、憲法修正一条下のプレスの自由につき専ら古典的な主観的権利として観念する以上、一方のプレスの特権と他方の反論権・アクセス権等が憲法上許容されないのは当然の帰結であろう。

しかし、多様な視座からプレスの特権を支持する憲法修正一条論も存在する。<sup>(45)</sup>その代表各として、Potter Stewartは、プレスの自由条項が制度的保護にまで拡張されるとしつつ、プレスの自由が表現の自由以上であるという認識<sup>(46)</sup>の



下、自由なプレス（プレスの制度的自律性）の憲法的保障の主要な目的が三権に対する付加的な牽制として政府の外側に第四の制度（a fourth institution）を創設することにあると主張した。<sup>(47)</sup> 彼はこのようなプレスの自由観に基づき、公衆への情報の十分かつ自由な流通という社会的利益に由来するジャーナリストの取材源秘匿権を憲法上の権利として認めた。<sup>(48)</sup> また、Vincent Blasi は、従来の表現の自由の原理論を肯定的に再確認しつつも、そのうち自己統治（民主主義）価値に力点を置き、報道機関の公権力の濫用を監視する機能に着目した牽制価値（checking value）論を提示し、そのような言論活動に国家の特別の保護を付与するという現代民主社会に適合したプレスの自由概念の再構築を試みた。<sup>(49)</sup> このような理論作業に加え、多くの下級審が従前よりジャーナリストの特権（取材源秘匿権）を認めてきたことや、現在、大半の州がこれを保障する制定法（通称 shield law）を保有していることも注目値する。

以上、独米両国におけるプレスの特権に関する立論は、多少の相違はあるものの、現代民主社会における報道機関の役割（世論形成機能、権力監視機能等）に鑑み、プレスの自由の主観的側面に加えて客観的側面をも表現の自由の保障領域に包摂することに共通項があり、結局、公衆への情報の自由な流通を含む表現の自由の活性化・実質化を図るものである。

## 2 日本におけるプレスの特権

### （一）憲法二二条におけるプレスの特権

憲法二二条の法文上報道機関の一般市民に対する特別の地位や、プレスの自由の意見表明の自由に対する特別の地位は必ずしも読み取れない。主要学説もプレスの自由を客観的制度として見做し、特別の法的地位を付与することに否定的・懐疑的である。<sup>(50)</sup> しかしながら、このような学説は、①表現伝達行為という観点で一般市民とは異なるプレス

の特徴や独自の機能を同条の解釈に十分反映し難い点、②プレスの自由を認めることが即座にプレスの優越的地位を認めることにつながっている点、③同条の英文テキストの“press”が「出版」と訳されたことを考慮していない点等の問題がある。<sup>(31)</sup>

実体としてプレスが果たす社会的役割に鑑み、すなわち憲法現実的な発展を憲法解釈の中に積極的に反映させることによって、一般市民の意見表明の自由の保障とは異なつたプレスの独自の憲法的な保護領域が構成されてしかるべきである。<sup>(32)</sup> プレスの二重の社会的地位（平等と自律を基本的な生活原理とする市民社会のうちに出发点を置きつつ、同時に民主主義的な統治構造の構成要素ともなっている）は、それに対応する二重の憲法的地位（一般市民と平等な法的地位と一般市民とは区別される特別の法的地位）との微妙な共存が要請されるのである。<sup>(33)</sup> 日本におけるプレスの自由は、ドイツのような明文条項は存在しないものの、憲法二一条の表現の自由から派生しつつも、自己統治の脈絡における表現の自由の活性化・実質化の要請の下、一定の特権的地位を有する独自の法的領域として同条に内在していると言えよう。

最高裁も報道機関に対する特別の憲法的保護を明示的に承認していないものの、消極的でありながらもそれを容認する方向で漸次的変化を見せている。すなわち、最高裁は、石井記者事件判決で「憲法二一条の規定」は一般人に対し平等に表現の自由を保障したものであつて、新聞記者に特種の保障を与えたものではない<sup>(34)</sup>としてプレスの自由の特別の保障を否定したが、博多駅事件決定で「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。したがつて、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ふまでもない。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、十分尊重に値する<sup>(55)</sup>」として自己統治における報道機関の役割（知る権利の実現）から取材・報道の自由の憲法上の保障を承認した（両自由の憲法上の地位を区別しているもの）ことを皮切りに、外務省秘密漏洩事件判決で報道の役割に関する博多駅事件決定を引用した上、「報道の自由は、憲法二一条が保障する表現の自由のうちでも特に重要なもの」と位置付けつつ、「報道機関の国政に関する取材行為は、国家秘密の探知という点で公務員の守秘義務と対立拮抗するものであり、時としては誘導・唆誘的性質を伴うものであるから、報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上は認められるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為といふべきである<sup>(56)</sup>」としたことに続き、レベタ事件判決で「裁判の報道の重要性に照らせば当然であり、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、合理性を欠く措置といふことはできない<sup>(57)</sup>」と説示し、政府情報へのアクセスにおける報道機関の特別の法的地位の付与に理解を示していることが窺える。さらに、最高裁は、NHK記者証言拒絶事件において取材・報道の自由の意義等に関する博多駅事件決定を引用した上、「取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有する…。当該報道が公共の利益に関するものであつて、その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく、しかも、当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く、そのために当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合には、

当該取材源の秘密は保護に値すると解すべきであり、証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができる<sup>(58)</sup>」として民事訴訟におけるプレスの特権（証言拒絶権）を原則的に認めた。以上、最高裁が報道機関の特別の法的地位の付与に理解を示す一方、民事訴訟におけるプレスの証言拒絶権を認めたのは、現代民主社会におけるプレスの自由の二重性を前提とした判断とも言えよう。

## （2）プレスの特権の内容

では、憲法二一条の下プレスの特権が承認されるとすれば、具体的にどのような特権が認められるのか。前述した独米における議論や最高裁の関連判例を積極的に捉えた場合、報道機関は権力の監視者として、国民の知る権利の担い手として公的関心事への自由なアクセスとそれによる成果物の公衆への自由な流通が確保されなければならない。よって、報道機関には少なくとも政府情報へのアクセス権、取材・報道情報の国家利用拒絶権のような特権が認められよう。

まず、政府情報へのアクセス権は、報道機関が官庁に対して情報提供を請求することができる積極的権利である。国民主権・民主的な統制という憲法構造自体と密接に関連する国民の知る権利<sup>(59)</sup>を実現すべく、報道機関はあらゆる政府情報にアクセスできなければならず、政府はそれに応じて情報提供義務を負わなければならない。具体的に、そのような政府情報は、情報公開法に基づく公文書に止まらず、一般市民に接近が禁止された情報も含む。

次に、取材・報道情報の国家利用拒絶権は、コンフィデンシャル情報に関する特権のみならず、本稿で主眼を置いているノンコンフィデンシャル情報に関する特権をも含む防禦的権利である。前者は秘密取材源・資料のようなコンフィデンシャル情報に関する証言拒絶権、押収拒絶権を、後者は公表済放送テープのようなノンコンフィデンシャル

情報に関する証言拒絶権、押収拒絶権、利用拒絶権を内包する（詳細は次章参照）。筆者は次のような理由から、コンフィデンシャル情報に加え、ノンコンフィデンシャル情報に関する特権の保障を主張する。第一に、コンフィデンシャル情報に限らず、ノンコンフィデンシャル情報の国家利用（捜査・裁判における証言強制、押収・録画による証拠利用等）は、強制力を伴う目的外利用としてプレス編集の秘密を侵害する。政府部門に属さない報道機関の取材・報道情報の国家利用は、国民の知る権利に基づく報道機関の権力監視機能の遂行と基本的に矛盾する。第二に、取材・報道情報の保護の必要性を決する主要要素である自由なプレスの萎縮（萎縮効果）は、コンフィデンシャル情報に限らず、ノンコンフィデンシャル情報の国家利用によっても生ずる。換言すると、取材・報道情報の国家利用はコンフィデンシャルティの存否と関係なく、報道機関と潜在的取材源の両者に萎縮効果をもたらすため、報道機関と公衆との情報の自由な流通に依存する自由なプレスの存立を妨害する。この点、米国の下級審判決及び学説の多くは、ノンコンフィデンシャル情報に対する開示強制について萎縮効果を認め、特権の保護を是認している<sup>(9)</sup>。現在、米国の一部州の shield law やドイツ刑法は自己収集情報についても証言拒絶権を認めている。第三に、取材・報道情報に関する特権の究極的な目的が公衆への情報の自由な流通にある以上、コンフィデンシャルティの存否は必ずしも特権主張の条件となりえない。すなわち、他の分野（弁護士、医師等）の業務上秘匿特権の目的は相手（依頼人、患者等）とのコミュニケーションのコンフィデンシャルティという私益の保護にあることにに対し、プレスの取材・報道情報に関する特権の目的は公衆への情報の自由な流通という公益の保護にある<sup>(10)</sup>。

### 第三章 取材・報道情報の国家利用拒絶権の定式化

筆者は、前章で憲法二一条の理論的深化によりプレスの自由の客観的制度としての側面を導出し、報道機関が一定

の特権的地位（政府情報へのアクセス権、取材・報道情報の国家利用拒絶権）を有すると主張した。このようなプレスの特権を有効に機能させるためには、それを定式化する必要がある。

以下、本稿の目的上取材・報道情報の国家利用拒絶権を中心に、プレスの特権の定式化に向けた試論的見解を提示したい。

## 一 取材・報道情報の国家利用拒絶権の法制化に向けて

### 1 法制化の必要性

公正な裁判の実現の利益も、取材・報道の自由の利益も憲法上重要な価値であるが、いずれも絶対的なものではないため、両者が矛盾・衝突する場合には調和的調整が求められる。しかし、第一章で検討したように、判例上、公権力による捜査・裁判における取材・報道資料の証拠利用は、両利益の比較衡量の結果、割と安易に認められる傾向にある。その理由は、博多駅事件最高裁決定以来踏襲されている比較衡量の問題性（広いパースペクティブの欠如、ケース・バイ・ケースの無原則性<sup>62</sup>）を挙げることでもできるが、より根本的には一方の利益として公正な裁判の実現をほぼ絶対視することに対し、他方の利益として取材・報道の自由をやや軽視する司法の態度にある。すなわち、このような事案において公正な裁判の実現の利益に対立する利益の射程は当該事案の取材・報道の自由を超え将来の取材の自由にまで及ぶにもかかわらず、裁判所は取材の自由を消極的・一面的に捉え、取材・報道情報の証拠利用により報道機関、潜在的取材源及び市民にもたらされる不利益を真摯に扱っていないのである。

このような表現の自由の一問題領域として取材・報道情報の国家利用に関する司法の判断枠組の問題性に鑑み、体系に則した原則・基準の設定が要請される<sup>63</sup>。但し、判例の集積により取材・報道の自由という抽象的な利益を保護す

るための規範を形成する、ひいては解釈による証言拒絶権・押収禁止等を創設するという役割を裁判所が担うにはもとより限界があるため、立法府が情報の自由な流通を促進する観点から、規範を制定すべきである。<sup>64</sup>保護主体（報道機関）の画定の難しさから、報道機関を証拠収集上特別扱いする立法論に懐疑的な見解もあるが、立法府に情報の自由な流通を促進する意思がある以上、適切な保護主体の画定は不可能ではなからう。重要なのは、次に提示するように、立法方式と規範に具体的に盛り込む内容である。

## 2 立法方式

プレスの特権を法制化する際、その方法としては、既存の関連法規の改正または新たな法律の制定が考えられる。では、どのような立法方式が望ましいのか。

筆者は、既にコンフィデンシャリティの存否と関係なく、報道機関が憲法二一条の下取材・報道情報の国家利用を拒絶できる特権を有することを認めた上、同特権を取材・報道情報の国家利用拒絶権と命名し、その具体的内容がコンフィデンシャル情報に関する特権（証言拒絶権、押収拒絶権）とノンコンフィデンシャル情報に関する特権（証言拒絶権、押収拒絶権、利用拒絶権）から成ることを提示した。現行刑法及び民訴法は一部関連規定を置いている（刑訴法一四九条、民訴法一九七条等）ものの、このような包括的な要素から構成される取材・報道情報の国家利用拒絶権をその改正により保障するには立法技術上困難な面があることから、これを盛り込む新たな法律が制定されるべきであろう。新たな法律の名称は、取材・報道情報の国家利用拒絶権が究極的には報道機関と公衆の間における情報の自由な流通を目的とすることを勘案すれば、「情報の自由流通法」にするのも一案であろう。最近、米国において連邦shield law として上下両院で発議された法律案（S. 987, H.R. 1962）の正式名称が「情報の自由流通法案」（Free Flow of



Information Act of 2013)<sup>(86)</sup>であった(結局、廃案となった)ことも示唆に富む。

### 3 取材・報道情報の国家利用拒絶権とその限界

#### (1) 取材・報道情報の国家利用拒絶権の保障内容

まず、取材・報道情報の国家利用拒絶権の享受主体は、プレスの自由の享受主体と同様、報道機関である。個人情報保護の保護に関する法律によると、報道機関は「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)。」(六六条一項一号)と定義され、同規定における報道とは、「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)。」(同条二項)となっている。取材・報道情報の国家利用拒絶権を含むプレスの特権を享受する主体、すなわち報道機関をジャーナリズムに携わる個人・組織と捉えた場合、上記規定は基本的に適切であろう。しかし、公衆への情報の自由な流通の観点から報道機関を観念する場合、インターネットの普及により情報の送り手と受け手が流動化している今日、取材・報道情報の国家利用拒絶権の保護主体として報道機関の範囲を画定することは容易ではない。この点に関しては、次項で検討する。

次に、取材・報道情報の国家利用拒絶権の保護客体は、報道機関のコンフィデンシャル及びノンコンフィデンシャル情報(文書、図画、写真、フィルム、電子データ等あらゆる形式の情報)とする。その結果、報道機関は、公権力による取材・報道情報の利用に向けた措置に対抗できる。具体的には、報道機関は秘密取材源・資料のようなコンフィデンシャル情報につき、刑事・民事事件の当事者・証人・参考人としての召喚・証言を拒絶することができる(証言拒絶権)、自宅・職場等において捜査・裁判の証拠の搜索・押収を拒絶することができる(押収拒絶権)とともに、公表・放送テープのようなノンコンフィデンシャル情報につき、刑事・民事事件の当事者・証人・参考人としての召喚・

証言を拒絶することができ（証言拒絶権）、住居・職場等において捜査・裁判の証拠の搜索・押収を拒絶することができる（押収拒絶権）、採録による捜査・裁判の証拠としての利用を拒絶することができる（利用拒絶権）。要するに、公権力はコンフィデンシャリティの存否と関係なく、原則的に取材・報道情報につき証言を強制したり、捜査・裁判の証拠として搜索・押収したり、採録により捜査・裁判の証拠として利用することができない。

## （２）取材・報道情報の国家利用拒絶権の限界

プレスの特権として取材・報道情報の国家利用拒絶権は原則的に制限を受けないが、当該取材・報道情報の国家利用の利益との関係において一定の場合、制約に服すると言わなければならない。しかし、判例上博多駅事件最高裁判決以来踏襲されている比較衡量の基準は上述のような問題性に照らせば、取材・報道情報の国家利用拒絶権の限界を画する基準として不適切である。そこで、参考に値する海外の関連法令・判例を確認してみよう。

欧州人権裁判所は、取材源秘匿権に関するリーディング・ケースである *Goodwin v. the UK* (1996) 事件判決で、民主社会においてプレスの自由にとって取材源保護の重要性や、取材源開示命令がプレスの自由の行使に及ぼし得る萎縮効果に鑑み、当該措置は圧倒的な公益により正当化されない限り（表現の自由の制限の「必要性」、「比例性」テストの加味）、欧州人権条約一〇条（表現の自由）と相容れないと判断した<sup>67</sup>。

米国では、取材源秘匿権に関するリーディング・ケースである *Branzburg v. Hayes*, 408 US 665, 704 (1972) 事件連邦最高裁判決の *Potter Stewart* 裁判官の反対意見は、大陪審においてジャーナリストを召喚し証言を要求するために政府が証明すべき事項として、①ジャーナリストが特定の蓋然的な法律違反行為と明確な関連性のある情報を有していると信じる相当の理由が存在すること、②当該情報が憲法修正一条の権利にとってより破壊的ではない代替手段に

よって取得されないこと、③当該情報を求めるに当たって必要不可欠な圧倒的な利益が存することから成る、いわゆる三要件テスト (three-part test) を提示した。<sup>(68)</sup>

また、報道機関の搜索・押収を基本的に許容した *Zurcher v. Stanford Daily* 436 U.S. 547 (1978) 事件連邦最高裁判決の反動として制定された連邦プライバシー保護法 (Privacy Protection Act of 1980) は、報道機関の職務活動の成果物 (work product materials) やその他の書類 (other documentary) の搜索・押収を禁じるが、但し、前者につき、①当該物件保持者が当該物件の関連する罪を犯したか犯していると信じる相当の理由のある場合、②当該物件の迅速な押収が人の死亡・重傷の防止に必要であると信じる理由のある場合 (国防、機密情報、制限データ情報の受領・所持・伝達は除外)、後者につき、(a) ①と同様、(b) ②と同様、(c) 召喚状 (subpoena) に続く告知 (notice) が当該物件の破壊・改竄・隠匿を惹起すると信じる理由のある場合、(d) 当該物件が召喚状の発布に応じて提出されておらず、全ての上訴手段が尽くされたか、更なる召喚手続による搜索・公判の遅延が司法の利益を脅かすと信じる理由のある場合は搜索・押収を許容する (§2000aa)。

さらに、最近、連邦 shield law として下院で発議された既述の情報の自由流通法案 (H.R. 1962) は、連邦機関が本法適用対象者 (covered person) によるジャーナリズム活動の一環として獲得・制作された情報につき、当該者に証言・文書提出の強制を禁じるが、但し、裁判所が圧倒的な証拠により、①全ての合理的な代替ソースが尽くされ、②当該証言・文書が犯罪捜査・起訴に重大であり、③当該取材源の身元の開示がテロ若しくはその他国家安全保障上重大な害悪の防止、または切迫した人の死亡・重大な身体的危害の防止のために必要であり、④当該情報・文書の強制開示の公益がニュースまたは情報の収集・頒布の公益を上回る、と判断した場合はこの限りではない (第二条)。

以上の関連法令・判例は、原則的に公権力による報道機関の取材源を含む取材・報道情報の強制開示 (証言・押収)

を禁じており、例外的に表現の自由の制限に関する厳格な違憲審査基準の下、当該情報の開示の利益が報道機関の表現活動の利益に圧倒的に優先する場合は強制開示を許容する、すなわち報道機関に制限的（条件付）取材源秘匿権を認めるスタンスを取っている。これらは、全体的に民主社会における表現の自由（プレスの自由）の重要性を踏まえつつ、対立利益との適正な比較衡量の基準を提示していると言えよう。このような基準を積極的に摂取する見地から、取材・報道情報の国家利用拒絶権の制限が正当化されるのは、端的に当該取材・報道情報の国家利用の利益がプレスの自由を含む情報の自由な流通の利益に圧倒的に優先する場合で、国家により①利用目的の正当性（国家が当該取材・報道情報を利用する必要不可欠な公益<sup>(69)</sup>が存在すること）、及び②利用手段の相当性（国家が①の公益達成のため、当該取材・報道情報を利用するのが必要不可欠で、代替手段が尽くされており、より制限的ではない他の利用手段がないこと）が立証されるべきである。

一方、取材・報道情報のコンフィデンシャリティの存否により当該情報の国家利用拒絶権の制限の具体的な審査基準を異にすべきであるか否か。この点に関しては、次項で検討する。

## 二 課題

プレスの特権として取材・報道情報の国家利用拒絶権を法制化するに当たり、テクニカルな問題をはじめ解決すべき課題は少なくない。ここでは、取材・報道情報の国家利用拒絶権の享受主体の範囲、取材・報道情報の国家利用拒絶権の限界とコンフィデンシャリティの存否との関係を中心に私見を提示しておきたい。

# 1 取材・報道情報の国家利用拒絶権の享受主体の範囲

上述のように、情報の送り手と受け手が流動化している今日、取材・報道情報の国家利用拒絶権の保護主体として報道機関の範囲を画定することは容易ではない。報道機関の範囲を画定するためには、その核心要素たるジャーナリストの概念を明確に規定する必要がある。ジャーナリストの概念については、十分論じられてこなかった日本法とは異なり、米国法では実定法（各州 shield law）による定義を含め、判例・学説上議論が活発である。<sup>(20)</sup>しかし、連邦最高裁及び各州 shield law におけるジャーナリストの概念に係わるジレンマ（個人の権利である言論の自由から派生するジャーナリストの特権がいわゆるマスメディアだけではなく、孤独なパンフレット発行者にも保障される一方、公衆一般及び似非ジャーナリストを排除しなければならないというジレンマ）を抱えている中、下級審では「公衆への伝播する意図」テスト、ニュースとエンターテインメントを峻別するテスト等が見られる。<sup>(21)</sup>このように、ジャーナリストの概念が錯綜する中、前田正義は、プレスの自由が個人の権利であるという伝統的教義の観点から、プレスの自由の享受主体を一部のジャーナリストに限定するのではなく、個人である公衆一般へ拡張するという志向を模索することを主張する。<sup>(22)</sup>

プレスの自由の享受主体に関する前田の見解は傾聴に値するが、プレスの自由の特別の地位を認める以上、プレスの自由の享受主体を公衆一般へ過度に拡張することには警戒が必要であろう。この問題に関しては、ジャーナリズムとプレスの特権の享受主体についてそれぞれ厳密かつ的確に規定する米国情報の自由流通法案（H.R. 1962）四条五項とドイツ刑法五三一条五号から示唆を得ることができる。これらの規定を踏まえた私見によれば、報道機関は「公衆向けに公的関心事に関するニュース・情報を取材、編集、報道することを業として行う個人・組織」、取材・報道情報

として行い、又は行ったことのある個人・組織」と捉えることができる。但し、特定の個人・組織が報道機関であるか否かを決するに際し、その携わる表現活動の成果物の公表における定期性の有無や、用いる表現媒体の形態（印刷媒体、放送媒体、通信媒体等）は問わない。以上のような概念整理から、取材・報道情報の国家利用拒絶権の保護主体の範囲は画定されよう。

## 2 取材・報道情報の国家利用拒絶権の限界とコンフィデンシャルティの存否との関係

既述のように、筆者は取材・報道情報の国家利用拒絶権は原則的に制限を受けないが、例外的に当該取材・報道情報の国家利用の利益がプレスを含む情報の自由な流通の利益に圧倒的に優先する場合、制約に服すると主張した。この考え方は、当該取材・報道情報のコンフィデンシャルティの存否と関係なく適用されることを想定している。しかし、取材・報道情報のコンフィデンシャルティの存否により当該情報の国家利用拒絶権の制限の具体的な審査基準を異にすべきであるか否かが問題となる。すなわち、取材・報道情報の国家利用の利益とプレスの自由を含む情報の自由な流通の利益の比較衡量において、当該情報のコンフィデンシャルティの存否に基づきその基準を異にすべきか否か。

この審査基準（比較衡量の基準）の異同は、取材・報道情報の国家利用が報道機関と潜在的取材源に及ぼす萎縮効果の程度が決定的要素となる。取材・報道情報の国家利用が報道機関と潜在的取材源に及ぼす萎縮効果の程度は、一般的に、当該情報がコンフィデンシャル情報の場合がノンコンフィデンシャル情報の場合より大きいと推定される。従って、取材・報道情報の国家利用の利益とプレスの自由を含む情報の自由な流通の利益を比較衡量する際、当該情報がコンフィデンシャル情報の場合は厳格な基準、ノンコンフィデンシャル情報の場合は比較的緩やかな基準の適用

が一見妥当であるように見える。

しかしながら、取材・報道情報の国家利用が報道機関と潜在的取材源に及ぼす萎縮効果、ひいては公衆への情報の自由な流通の妨害は、プレスと取材の自由を含めた表現の自由の重大な侵害である。また、この種の萎縮効果は科学的正確さを以て立証できず、立証が要求されるわけでもない。よって、コンフィデンシャルティの存否に基づく萎縮効果の程度の差に関する推定を根拠に、コンフィデンシャル情報とノンコンフィデンシャル情報の間に比較衡量の基準に差を設けるのは妥当ではない。要するに、取材・報道情報の国家利用拒絶権の制限の具体的な審査基準は、当該取材・報道情報のコンフィデンシャルティの存否と関係なく厳格に設定・運営されなければならない。

## 結びに代えて

以上、報道機関のノンコンフィデンシャル情報をも保護すべく、コンフィデンシャルティの存否と関係なく適用され得る取材・報道情報に関する特権について探究した。憲法二一条の理論的深化によりプレスと取材の客観的制衡としての側面に着目すれば、報道機関は国民の知る権利の担い手として公的関心事への自由なアクセスとそれによる成果物の公衆への自由な流通を確保する観点から、取材・報道情報の国家利用拒絶権をはじめ一定の特権的地位を有すると言えよう。

取材・報道情報の国家利用拒絶権の保障内容と限界に関しては、判例上、公権力による捜査・裁判における取材・報道資料の証拠利用の適否に関する比較衡量の問題性に鑑み、その原則・基準を盛り込んだ新たな法律の制定が求められる。ここで提示する取材・報道情報の国家利用拒絶権は、報道機関を享受主体、コンフィデンシャル及びノンコンフィデンシャル情報を保護客体とし、原則的に制限を受けないが、例外的に当該取材・報道情報の国家利用の利



益がプレスを含む情報の自由な流通の利益に圧倒的に優先する場合、制約に服する。一方、取材・報道情報の国家利用拒絶権の享受主体に関しては、今日、インターネット時代の情報環境を踏まえつつも、厳密に捉える必要がある。また、取材・報道情報の国家利用が報道機関等に及ぼす萎縮効果の重大性に鑑み、取材・報道情報の国家利用拒絶権の制限の具体的な審査基準は、当該取材・報道情報のコンフィデンシャリティの存否と関係なく厳格に設定・運営されなければならない。

- (1) 前田正義「いわゆる取材源秘匿権におけるノンコンフィデンシャル情報の保護」阪大法学五三卷二号（二〇〇三年）四三七頁。
- (2) 芦部信喜『憲法Ⅱ 人権（1）』（有斐閣、一九七八年）五三九頁。
- (3) 欧州評議会は二〇〇〇年三月八日ジャーナリストの取材源非開示の権利を保障するように加盟国に求める勧告を採択しており（Recommendation No. R (2000) 7）、欧州人権裁判所も取材源開示命令が公益における圧倒的な要件により正当化されない限り、欧州人権条約一〇条（表現の自由）と相容れなくとする（Goodwin v. the UK (1996)）。
- (4) 最大決一九六九・一一・二六刑集二三卷一一号一四九〇頁。
- (5) 最二小決一九八九・一・三〇刑集四三卷一号一九九頁。
- (6) 最二小決一九九〇・七・九刑集四四卷五号四二一頁。
- (7) 大阪地決一九七一・一一・一五判タ二七〇号二二一頁。
- (8) 東京高決一九九一・一二・三判タ一〇二六号二二九頁。
- (9) 最三小決一九六九・三・一八刑集二二二卷三号一五三頁は、「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし、明らかに差押の必要がないと認められるときにまで、差押を是認しなければならない理由はない」と判示した。
- (10) 上口裕「刑事訴訟における取材・報道の自由」刑法雑誌二八卷一号（一九八七年）一四五頁。
- (11) 最大決一九六九・一一・二六刑集二三卷一一号一四九〇頁。

- (12) 三井誠「山川一郎『ビデオテープの差押えと報道・取材の自由——日本テレビ事件最高裁一九八九・一・三〇決定をめぐって』法律時報一卷七号（一九八九年）七四頁（三井発言）。
- (13) 日本テレビ事件最高裁決定の島谷六郎裁判官の反対意見参照。
- (14) 上口裕「捜査機関による報道資料の差押——日本テレビ事件をめぐって・上」法律時報代六一巻一三号（一九八九年）六七頁。関連見解として、佐藤幸治「表現の自由と取材の権利——取材源秘匿の権利を中心に——」公法研究三四号（一九七二年）一三七頁、前田正義「いわゆる取材源秘匿権と萎縮的効果」阪大法学五三巻六号（二〇〇四年）一四九一頁参照。
- (15) 具体的な事例の紹介・検討は、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？」法学セミナー七一四号（二〇一四年）四七頁参照。
- (16) 池田公博「報道の自由と刑事手続」（有斐閣、二〇〇八年）七七頁。
- (17) 札幌高判一九七二・一二・一九判タ二八九号二九五頁。
- (18) 東京地決一九八〇・三・二六判タ四一三三七九頁。
- (19) 和歌山地決二〇〇二・三・二二判タ一一二二四六四頁は、「報道の自由、取材の自由も、適正な刑事裁判実現のためには一定の制約を受ける場合があり、その制約の当否は、適正な刑事裁判を実現するための必要性和、その制約により取材の自由が妨げられる程度、報道の自由に及ぼす影響の程度を比較考量して決せられるべきである」とした上、「本件各ビデオテープには、…被告人（夫婦）の供述が録画されているのであるから、…証拠としての価値が認められる。…報道に当たり取材源を秘匿しなければならないような状況ではなく、また、本件各ビデオテープの内容は、既に放送されたものであるから、そのような放送内容を刑事裁判において証拠として採用することが、報道の自由を侵害するものではない」としつつ、「報道機関が当時事件関係者として被告人夫婦を取材し、その結果を報道した内容が、一定の合理的目的のために利用されることは、報道機関の判断において公にしたものである以上、報道機関において甘受すべきことである。また、取材の自由、言論の自由といえども、…他の憲法上の要請から一定の制約を受けるのは当然であって、適正な刑事裁判の実現という憲法上の要請からの上記のような制約は免れるものではない」と判示した。
- (20) 大阪高判二〇〇五・六・二八判タ一九二二一八六頁。
- (21) 東京高判一九八三・七・一三高判 三六巻二二八六頁。
- (22) 和歌山地判二〇〇二・一二・一一判タ一一二二四六四頁。
- (23) 森野俊彦「ビデオテープの証拠利用について」法律時報四八巻一号（一九七六年）九〇～九一頁。

- (24) 代表的には、本田正義「裁判トビックス」法律のひろば三巻五号（一九八〇年）七三頁参照。
- (25) 例えば、東京地判一九七〇・九・一一刑月二巻九号九七〇頁は、「本来放送、放映とは、受信者を特定せず、受信したい者は何人でも自由に受信することを妨げないこと及びその放映したものをいかに利用しても差支えないことを前提として電波を発散することであるから、法令により特に禁じた場合以外は、何人がこれを受信し、複写し、使用しても何ら放送、放映の権利を害するものではない（購入し、又は配達された新聞の時事報道の写真を犯罪の用に供する場合を除き、どのように使用しても妨げないのと同様である）本件ビデオテープは東京放送から放映されたニュースの映像を受信した警察官がこれを複写したもので、表現の自由を何ら侵害するものではない」と判示した。
- (26) 特に、渡辺修「ビデオテープの証拠能力——東京地裁ビデオテープ証拠採用決定を契機として——」神戸学院法学一二巻三号一七一～一八七は、両利益の調整における実体面の精緻化に加え、米国の状況を参考に手続面の正義の保証を強調する。
- (27) 前田正義・前掲注（14）一四九五頁。
- (28) 増井清彦「ビデオテープの証拠採用と報道の自由」法律のひろば三三巻七号（一九八〇年）一四頁。
- (29) 奥平康弘「最高裁と報道の自由」法学セミナー一六九号（一九七〇年）八頁参照。
- (30) 前田正義「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——」海保大研究報告五〇巻二号（二〇〇五年）一四六～一四八頁。
- (31) 奥平康弘「表現の自由Ⅰ」（有斐閣、一九八三年）一一頁、佐藤幸治「憲法〔第三版〕」（青林書院、一九九五年）五一三～五一七頁等。
- (32) 最小小判二〇四・一一・二五民集五八巻八号二二二六頁。
- (33) 奥平康弘「表現の自由」宮沢俊義『日本国憲法体系七巻（基本的人権 第二）』（有斐閣、一九六五年）六四頁、同・前掲注（31）一二頁。
- (34) Jan Oster, Media Freedom as a Fundamental Right (Cambridge University Press, 2015), 50.
- (35) 浦部法穂「第二十一条 集会・結社・表現の自由、通信の秘密」樋口陽一他『注釈日本国憲法上巻』（青林書院新社、一九八四年）四九五～四九六頁。
- (36) 奥平康弘「憲法Ⅲ 憲法が保障する権利」（有斐閣、一九九三年）二〇一頁。
- (37) 同様の考え方は、奥平康弘・前掲注（33）六五頁、同・前掲注（36）二〇一～二〇二頁、同『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出

- 版会、一九八八年）三一七頁、浜田純一「プレスの自由の『制度的理解』について（一）」東京大学新聞研究所紀要二七号（一九七九年）二四～二五頁、内藤光博「プレスの自由と証言拒否特権——プレス「特権」論からの再構成——」専修法学論集五二号（一九九〇年）一九二～一九三頁等参照。
- (38) BVerfGE 10, 118 [121].
- (39) BVerfGE 20, 162 [175 f].
- (40) 詳細な紹介・検討は、浜田純一・前掲注（37）三二～三四頁参照。その他、内藤光博・前掲注（37）一八五～一八八頁参照。
- (41) 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、二〇一三年）一七九～一八〇頁。
- (42) BVerfGE 20, 162 [175 f].
- (43) 例として、Associated Press v. United States, 326 US 1, 7 (1945); Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 US 130, 150 (1967); Branzburg v. Hayes, 408 US 665, 704 (1972); Citizens United v. FEC, 130 S Ct 876, 905 (2010).
- (44) Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 US 241, 258(1974); Radio-Television News Directors Association v. FCC, 229 F.3d 269 (D. C. Cir. 2000).
- (45) Jeffrey S. Nestler, 'The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege' (2005) 154 University of Pennsylvania Law Review 201, 206-12.
- (46) 同様の考え方を、Melville B. Nimmer, 'Introduction — Is Freedom of the Press a Redundancy: What Does it Add to Freedom of Speech?' (1975) 26 Hastings Law Journal 639, 639.
- (47) Potter Stewart, 'Or of the Press' (1975) 26 Hastings Law Journal 631, 633-4.
- (48) Branzburg v. Hayes 408 U.S. 665, 725 (Potter Stewart, dissenting) (1972).
- (49) Vincent Blasi, 'The Checking Value in First Amendment Theory' (1977) American Bar Foundation Research Journal 521, 521に關する詳細な紹介・検討は、奥平康弘・前掲注（37）四六～五一頁、内藤光博・前掲注（37）一七七～一八三頁等参照。
- (50) 代表的には、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人格各論（一）』（有斐閣、一九九八年）二四三～二四四頁、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、一九九五年）九五頁、松井茂記『日本国憲法』（有斐閣、一九九九年）四四五頁等。
- (51) 杉原周治「プレスの自由と意見表明の自由の競合（一）——プレスの自由の主観的権利としての側面——」広島法学三〇巻一号（二〇〇六年）一三〇頁。

- (52) 浜田純一・前掲注(37)二四頁、内藤光博・前掲注(37)一九三頁。
- (53) 浜田純一『情報法』(有斐閣、一九九三年)二五頁。
- (54) 最大判一九五二・八・六刑集六卷八号九七四頁。
- (55) 最大決一九六九・一一・二六刑集三三卷一四九〇頁。
- (56) 最小決一九七八・五・三一刑集三三卷三三四五七頁。
- (57) 最大判一九八九・三・八民集四三卷二一八九頁。
- (58) 最小決二〇〇六・一〇・三民集六〇卷八号二六四七頁。
- (59) 奥平康弘・前掲注(31)八九頁。
- (60) 詳細な紹介・検討は、前田正義・前掲注(14)一四九六頁、同「いわゆる取材源秘匿権におけるノンコンフィデンシャル情報の保護」阪大法学五三卷二号(二〇〇三年)四四五～四五〇頁参照。
- (61) Kurt Winner and Stephen Kiehl, 'Who Owns the Journalist's Privilege — the Journalist or the Source?' (2011) 28 Communications Lawyer 9, 11, 2.
- (62) 奥平康弘・前掲注(29)九～一一頁。
- (63) 奥平康弘・前掲注(29)一〇頁。
- (64) 池田公博・前掲注(16)二七八～二七九頁。
- (65) 例えば、三井誠「山川一郎・前掲注(12)八一頁(三井・山川発言)。
- (66) <https://www.sjpj.org/pdf/s-987-fifa-schmer-graham.pdf>; <https://www.sjpj.org/pdf/hr-1962-poe-conyers.pdf>
- (67) <http://www.frb.com/wp-content/uploads/2013/10/Goodwin-v-United-Kingdom-ECHR-27-Mar-1996.pdf>
- (68) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/665/case.html>
- (69) 例えば、生命の保護、重大犯罪の防止、重大犯罪被疑者・被告人の抗弁等。
- (70) 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めぐりとして——」阪大法学五四卷四号(二〇〇四年)参照。
- (71) 詳細な紹介・検討は、前田正義・前掲注(70)一〇三三～一〇四三頁、同・前掲注(30)一五九～一六三頁参照。
- (72) 前田正義・前掲注(30)一四九頁。

(73) 「公衆に伝播する目的で地域、国家又は国際的事案若しくはその他の公的関心事に関するニュース、又は情報を取材、準備、収集、写真撮影、記録、執筆、編集、報道若しくは出版すること」。

(74) 「刊行物、放送、報道映画の準備、制作若しくは頒布、又は情報提供若しくは意見形成に資する情報・通信事業を業として行い、若しくは行ったことのある者」。

## **Freedom of the Press and Journalist's Privilege to Refuse to be Used Sources or Information by State**

Young-hak HAN

The purpose of this study is to seek journalist's privilege to refuse to be used sources or information (including non-confidential sources or information) by state. I've deduced the aspect of the institutional protection of the press by theoretical deepening of Article 21 of the Constitution of Japan, and then I've asserted journalist should enjoy special privileges, including refusal of being used sources or information as an evidence mostly in criminal investigation and trial process.

The Supreme Court Japan has placed a greater weight on fair trials than freedom of the press in a balancing exercise, since then the Hakata station case. So it is desired that a new law should be established for journalist's privilege of refusing to be used sources or information by state. A new law must protect sources or information of journalists and news organizations. The privilege, in principle, should not be restricted, unless there is compelling and overriding public interest in using of the sources or information by state than free-flowing of information to the public.