

報道の自由と刑事訴訟法

— 証言拒否権 —

一 問題の意味

一 報道の自由の保障が現行の刑事訴訟制度でどのよう
に意義づけられるか、憲法二一条によって強く保障さ
れている報道の自由がどのような内容で刑事訴訟法に具
体化されているか、この問題はわが国では従来、あまり
留意されなかったのであるが、今後大いに検討を要すべ
き重要な課題といわなければならない。

報道の自由は言論の自由の重要な内容をなし、民主主
義・自由主義の社会機構にとっては欠くことのできない
もっとも基本的な保障である。それは、後にも示すよう

鴨 良 弼

に、単なる個人権的な側面ばかりなく、民主主義の社会
機構の根底をなす社会制度的な側面があるわけである。

現刑事訴訟法は、このことをよく意識し報道の自由に関
する保障を制度上、考慮しているであろうか。

周知のように、現刑事訴訟法は被告人・被疑者の黙秘
権については、かなり詳細な規定をもうけている。いう
までもなく、黙秘権についての保障は被告人・被疑者の
刑事訴訟における陳述の自由を認めたものであり、被告
人・被疑者にとって刑事上、自己に不利益な事実の供述
を強制されることのないことを内容としている。陳述の
自由は、なによりも、供述者にとって、供述の対象とな

るべき事実の選択・決定の自由と、これを外部的な態度にうつす自由とが前提とされなければならない。被告人・被疑者が現に自己の行った選択的な態度、表現的な態度については、刑事上、不当に不利益な評価を受けてはならない法的な拘束が予定されている。この二つの内容が一体となって黙秘権の保障となつてあらわれている。

憲法三八条一項は、この黙秘権の保障を被告人・被疑者の自由にとって欠くことのできない基本的な権利保障として規定したものである。刑事訴訟法一九八条二項、二九一条二項、三一一條一項の各規定はいずれも憲法の右の保障条項の趣旨をうけたものであることはいうまでもない。ところが、同じく人の表現の自由に関し、しかも、民主主義・自由主義の社会機構にとって欠くことのできない保障である報道の自由に対し、刑事訴訟法ははたしてよく憲法の基本趣旨に応えているであろうか。結論を先にすれば、この部面については、現刑事訴訟法の規定のありかたははなはだ不十分である。被告人・被疑者の表現の自由の強化と比較すればはなはだしくアンバランスといわなければならない。

報道機関による報道内容が刑事訴訟の対象におかれる

機会をけって稀ではない。報道機関に属する者が公判における証調の対象におかれる場合があるうし、また、報道に関する資料などが公判・捜査過程で捜索・押収などの強制処分の対象となる場合もありえよう。かような場合、もし、報道機関に属する者が公判の取調ないし捜査過程で被告人・被疑者の地位にあるときは、黙秘権の保障をうけ、取調の忍受義務から解放されるであろう。しかし、かような特殊な地位におかれな一般の報道機関に対しては、刑事訴訟法はなら特別の保障規定を設けていない。はたして、それでよいか。現行法の規定のありかたには大いに疑問がある。

二 報道の自由を濫用し人の名誉を棄損したものは、刑法上の名誉棄損罪としてその刑事責任を問われるであろう。名誉棄損罪としてその刑事上の責任を問われる被告人・被疑者は、その罪の事実については憲法で保障された黙秘権を有している。自己の關係した報道に関する事実、例えば報道の取材に関する事実については、それが刑事上、不利益な処分の対象となるおそれがあるかぎり、その供述を裁判機関・捜査機関によって強制されることがない。もちろん、供述しないことによって、刑事

上、不利益な評価を受けることがない。ところが、これに反し報道の自由の正当な枠内で活動した者については、自己の関係した報道に関する事実についてのどのような保障が与えられているであろうか。刑事訴訟法一四九条には報道機関の報道上の秘密保持についてはなんらこれを規定しない。いま、仮りに規定がないことは、これを除外する趣旨と解し、報道機関には報道上の秘密保持に関する刑事訴訟上の特権がないとの見解⁽²⁾に立てば、どのようなことになるであろうか。報道機関に属する者が報道の自由の枠内で誠実に活動し、その報道上、自己の認識しえた職務上の秘密については、なんらの法的な保障がなく、訴訟ではその秘密暴露が強制され、証言として供述が強制されることとなる。報道の自由の正当な枠を踏みはずし、自由権を濫用し報道職務に不誠実とされる者については、黙秘権の保障のもとに報道に関する自己の關係事実については供述が強制されないのである。自由の誠実な履行者については、供述が強制され、反対に自由の枠を越えた不誠実な実行者については、供述が強制されない。同じく報道の自由に関し報道機関に課される権利と義務について、かように全く相反する地位がみと

められることは、はたして妥当な法的態度といえるであろうか。両者の開きは、余りにアンバランスではなからうか。報道の自由のように、人の個人権に関するばかりでなく、民主主義・自由主義の基本に触れる強い社会的制度について、単に個人権の側面からのみみて、両者の差別を理由づけることは、はたして正当な法的処置といえるであろうか。⁽³⁾

論者は、あるいは、同様なことは他の犯罪の場合についても妥当するとし、犯罪嫌疑者は黙秘権を持ち、また、なんら犯罪を行なわない者は証人として事実の証言を強制されるのであり、その差別は黙秘権に由来することであって、そのかんになんら不合理性はないと主張するかもしれない。しかし、報道の自由のように、人の個人的な自由権に関係するばかりでなく、民主主義の社会機構に直結するもっとも基本的な社会的な制度については、他の一般の犯罪のように単に黙秘権の個人権的な側面からだけで、両者の差別を合理づけることには問題がある。報道の自由については、少なくとも刑事訴訟法一四九条のような特別の立法的配慮が必要ではなからうか。誠実に報道の自由の枠内で行動した報道機関と、自由権を濫

用する不誠実な報道機関とで、報道上の秘密の暴露について極端なアンバランスな差別をもうけることについては、あまりにも、現行憲法下の報道の自由の意義が軽視されすぎてはいないであろうか。

三 刑事訴訟法一四九条は、一定の職域関係にある者の業務上の秘密に関する証言拒否権を規定している。その職域の範囲は、医師、歯科医師、弁護士、宗教の職等にある者、又はあった者に限られている。証言拒否権の対象となる事項は、業務上委託を受けたため知り得た事実で他人の秘密に関するものである。この規定の法意は、依頼者と被依頼者との間の信頼関係を保護しなければ業務の社会的な機能を全うできない、しかもそれが公共の利益に深い関連のある職業について、その職業に従事する者の他人の秘密に関する証言拒否権を規定することにある。証言を強制することによって裁判に必要な事実の真实性を確保することは、刑事訴訟にとってきわめて重要である。しかし、同時にまた、証言を強制することによって個人間の信頼関係が破壊され、それがひいては医療とか法律業務等の円満な遂行を阻害し社会の公共性に重要な影響を与える危険もまた、深く考慮しなければなら

ない。証言拒否によって失われる刑事訴訟上の不利益よりも、証言強制によって失われる社会一般の公共的利益がより大きいと評価し、一定の職業を限定しその職業に従事する者について証言拒否権を認めたのが、すなわち、刑事訴訟法一四九条である。この条項には、報道業務が直接、規定されていない。条項に規定されていない職域は絶対これを排除する趣旨と解すべきであろうか。判例は、報道業務に従事する新聞記者のニュース源に関する証言拒否を違法とし、右の条項には報道業務は含まれないとするはなはだきびしい狭い見解をとった。それがはたして妥当な見解といえるであろうか。民主主義・自由主義の社会機構にとって欠くことのできない報道の自由について、しかも報道素材の採取の自由が人的信頼を基調におかなければならない報道業務について、法はとくにこれを保障の範囲外として排斥する趣旨であるか、疑問なきをえないのである。判例のような見解がもしなりたつとすれば、早急に法規修正の立法的な措置が必要ではなからうか。表現の自由の保障を強くみている現憲法下で、安易に報道上の秘密についてその暴露の強制を是認するような法制は許されるべきであろうか。

報道の自由と刑事法のありかたについては、近年、西ドイツ、スイス等においても、学者・法曹によってかなりの強い関心が払われている。報道機関の証言拒否に関する従来の法制のありかたについて、有力な学者による鋭い批判が向けられ、あらたな視野から刑事法において占める報道機関の特殊な地位に対する検討の必要性が強調されている。もちろん、法意識の基盤と法制を異にするわが国において、大陸法による法理論がそのまま妥当するものではありえない。しかし、表現の自由の保障のような、民主主義・自由主義の法制にとって基本的な権能が、人権保障ときびしい接触を持つ刑事法の分野でどのような内容となって具体化されるべきかについては、たえず、他国の法制への深い関心が払われてしかるべきであろう。ことに、報道機関による報道のように、国民の知りうる権利とうらはらはをなし、その活動の内容が国内ばかりでなく広く国外にまたがり広範囲な知識の需要と供給が要求され、しかも、報道の迅速性と確実性が必要とされる報道業務にあつては、誇張的ではあるが、その自由は社会的、世界的、普遍的なものということができよう。わが憲法が通信について検閲禁止の強い保障を

与えているのも、かような観点に立つものといふべきであらうか。報道の自由は、事物の性質上、限時的に、あるいは限地的に考えることは許されない。われわれは、その歴史的な意義を、社会的な意義をかえりみつつ、広い視野から報道の自由を法制上、位置づける必要があるのではなからうか。

四 報道機関による報道の自由も、法制度として保障されるかぎり、法的に無制約ではありえない。やはり、そこには法的な保障に備する制約がなければならない。まず、報道機関による報道活動もまた、一つの企業体として社会的な機能を営むものであり、市民法的な法秩序の基礎の上に、また、私法的な法秩序の拘束のもとになりたつものである。報道活動には常に他の個人の自由権・財産権と接触を持たざるをえない。他の個人の名誉や業務の自由を不法に侵害するような方法と内容で報道活動を行なうことは許されるべきではない。報道の公共性も他の個人の自由との調和において理解されるべきであつて、その公共性の故に個人の自由が不当に侵害されるものであってはならない。刑法二三〇条ノ二の規定は、報道の公共性と個人の自由権との調和を意識して名誉棄

損の罪の刑事責任を枠づけたものである。報道の自由の法的な地位を位置づけるためには、実体刑法のこの部分の詳細な検討を要することはいうまでもない。また、報道の自由の濫用による他の個人の自由権の侵害については、私法領域における不法行為の損害賠償の制約が当然に生ずるであろう。そこでもまた、報道業務の自由、公共性の限界が深く検討される必要がある。報道の自由を現行法制上、位置づけるためには、その及ぶ範囲はきわめて広く多岐にわたるであろう。本論稿でそれらを一々検討する余裕はない。本稿では、刑事訴訟法上の問題、とくに、証言拒否権に限定し拒否権との関連で報道の自由の内容を位置づけることとした。

(1) ヨーロッパでも、近年とくに報道の刑事訴訟法における特別な地位が学界で問題とされていることを注意すべきである。その代表的な文献としては、Peter Cramer, Das Zeugnisverweigerungsrecht von Presse und Rundfunk, 1968, Martin Löffler, Presserecht, 1. 11 1969, Eberhard Schmidt, Justiz und Publizistik, 1968, Ernst Schneider, Presserecht und Schutz bei Presseverstößen, 1963, Hans Schultz, Johannes Dünnebiel, Hilding Bek, Das Problem einer Sonderstellung der Presse im Str-

alverfahren などがあつた。刑事手続面で報道の自由の地位がとくに曖昧となつてゐるわが国の法制下では、以上のような研究の傾向はとくに注意されてしかるべきである。

(2) わが国の判例は、この種の見解をとつてゐる。(最判昭和二十七年八月六日刑集八号九七四頁)。この判例に關し、団藤・「新聞紙に關する刑事法の諸問題」(日本新聞協会編・新聞の自由・昭和二十七年)筆者の評釈(ニュース・ソースと新聞記者の証言義務——ジュリスト統計例百選一八〇頁)がある。

(3) クラマーもまた、この法制上の欠陥を鋭く指摘してゐる。Vgl. Peter Cramer, *ibid.*, S. 19 f.

二 報道の自由の意義

一 憲法二一条一項は、「集会、結社及び出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。」と規定してゐる。本稿で問題として取りあげる「報道の自由」が、憲法のこの保障条項に含まれることは疑いがない。本条項の眼目は、いふまでもなく、個人の表現の自由は、民主主義・自由主義の社会機構にとって不可欠の基本的な保障要件として意識されるものであること、そして、その自由は個人の基本的な人権として保護されるべきであつて、これに対する国家権力の不当な干渉は禁止・排除さ

れるべきであることを明らかにしたことである。ここにいう「表現の自由」は、かなり幅の広い包括的な概念である。そこには、いくつかの重要な自由の保障が含まれている。(1)思想表明の自由、(2)思想の伝達・普及の自由、(3)出版の自由、(4)フィルム等の手段による映写活動の自由、(5)新聞紙・放送等の手段による報道の自由、(6)検閲からの自由等はいずれも、憲法二一条の「表現の自由」の保障条項の内容を構成しているものと、みななければならぬ。これらの自由を包括し、その上位概念として、憲法は「表現の自由」としてこれを強く保障したものであつて、かような意味からすれば、憲法一九条の「思想及び良心の自由」の保障と密接な関係にあるといわなければならない。本稿で取りあげる「報道の自由」は、右の諸自由のうち、とくに、(5)の報道機関の報道の自由を意味している。もちろん、報道機関の報道の自由といっても、他の(1)ないし(4)(6)の自由と密接な関連を持つものであり、これと切り離しては考えられない。ただ、報道機関による報道の自由は、もっぱら、報道を目的として構成された組織体を前提とし、文化的な公共的な機能を持ちつつも、また、報道の企業的な性格を持つ点で、

「表現の自由」のうち、特殊なものとして位置づけられるわけである。

二 報道機関の報道の自由には、どのような要因が含まれるか。まず、この問題を明らかにする必要がある。

この問題が十分に解決されなければ、報道機関による報道の自由が刑事訴訟法でどのように位置づけられるかも決定づけることができない。

報道機関による報道の自由には、次のようないくつかの基本権が複合的にからみあつて構成されている。

(イ) 報道の自由には、個人権としての側面と社会的な制度としての側面とがある。個人権としての側面は、もっぱら報道機関の構成員の自由に向けられた権能であつて、構成員が報道機関の報道任務を遂行するにあたり、国家の権力干渉等によってみだりにその活動の自由が侵害されない利益を意味している。例えば、新聞記者がその取材したニュース源について、法廷でその証言を強制されうるか否かの問題は、主としてこの個人権としての側面に直接に触れるであろう。

報道の自由には、この個人権としての側面のほかに、社会的な制度としての側面がある。報道機関という制度

が民主主義の社会機構にとって不可欠な制度として是認されるものであり、したがって、また民主主義を基調とする憲法体制では、その側面が強く保障される必要がある。憲法二一条は、この制度的な側面への保障を意識しているものとみなければならぬ。

報道の自由の個人権的な側面には、二つの相異なる性格が内在していることを知らなければならぬ。一つは、自由に対する能動的な動的な保障、他の一つは、自由に対する受動的な静的な保障である。前者を自由に対する実質的な保障、後者を形式的な保障と称することができよう⁽¹⁾。前者の実質的な保障は、個人をして報道における自由な活動を確保せしめ民主主義社会構成における報道の機能を積極的ならしめるために与えられた保障であって、報道について個人の自由権と社会制度としての報道の自由を要求しうる機能を内容としている。さらに、この能動的な保障には次の三つの内容が含まれている。一は報道を受けるものの権能である。報道を受ける地位にある者が、なんらの妨害なくして自由に報道を受け、その内容を知りうる自由が、すなわち、それである。報道の能動的な保障にとって、この種の自由はもっとも基

本的であり、この自由なくしては報道の実質的な保障もありえない⁽²⁾。二は、報道する側にとって、なんらの不当な干渉なく自由に自己の思想や事実を報道する自由である。一は、報道の需要者側の自由であるが、二は、報道の供給者側の自由である。両者は相まって報道の自由の実質を構成している。三は、報道者側において自由な報道を全うするために、国、地方団体等の公共体から、あるいは、一般私人から、不当な干渉なくして報道源としての資料を収集しうる自由である。三は、二と同様に報道機関の報道活動に関するものではあるが、目的と手段との関係で密接に結びあっている。以上の三つの内容は、報道の実質的な自由の内容をなし、いずれが欠けても、報道の能動的な保障はなりたないものである。一の自由と二の自由は、報道に関する需要と供給との関係、購買と購売との関係で、私法上の取引領域に関連を持たざるをえないが⁽³⁾、そのことの故に後に述べる報道の自由の公共的性格、社会制度としての機能が失われるものでないこともろんである。三の報道の素材収集の自由は、素材を与える者とこれを収集する報道機関との人的信頼関係が基調におかれ、その信頼関係が法的に保護され

ることによって報道素材の自由な授受が保障されるところに、実質的な保障の意義がある。

報道の動的な保障にあっては、個人の自由権としての報道の自由に対する保障と、民主主義社会機構における報道としての自由に対する保障とが含まれている。報道の自由の発展史は、自然法の理論を背景とした、超国家的な人権としての報道の自由の自覚から始まり、次第に、社会制度としての報道の自由の認識へと発展した。⁽⁴⁾ 民主主義社会機構にあっては、後者の自由の保障がとくに重要であり、この自由が制度的に保障されてはじめて、国家の政治、経済等の政策のありかたに対する自由な批判が可能となり、民主主義社会機構の健全性の維持・発展が期待されるであろう。

(四) 報道の受動的な静的な保障は、報道活動の妨害・障害に対しその排除・防禦を要求しうる報道機関の請求権を意味している。報道の能動的な動的な保障は、すでに述べたように、報道機関における報道活動の自由な健全な発展を積極的に期待するものであるが、報道の受動的な静的な保障は、すでに生じた、報道活動の妨害・障害、あるいは、現に生ずる可能性のある報道活動の妨

害・障害に対し、その排除・予防を請求しうる自由を内容としている。⁽⁵⁾ 侵害に対する救済を内容としている点で、とくに、これを報道の形式的な自由とも称することができよう。

報道の静的な自由の保障は、なによりも、国家の検閲処分、報道企業の停止・禁止・制限等の行政処分ないし監督に対して向けられる。報道の自由の発展史は、これらの権力介入に対する市民の長期にわたる闘争史でもあった。国家は、あるいは、報道の公共性という名目のもとに報道機関の報道の自由を制約したり、あるいは、報道の企業性の指導・管理の名のもとに市民の報道の自由に対し種々な制限を加えたのが、過去の歴史であった。

権威主義的な国家機構、とくに全体主義国家ではその傾向がとくに顕著であった。わが国でも、もちろん例外ではなかった。民主主義の国家構成では、報道の自由に対し、もはや、かような権力による干渉は許されない。報道が社会の先達として健全な世論形成に参与する機能は、是認されなければならないし、また民主主義的な法制にあっては社会の世論を無視することはできない。この認識は、現代ではほとんどすべての民主主義国家に一般化

され、その認識に立った法的な保障が与えられていると
 いてよいであろう。ただ、その保障のありかたにつ
 て国によって強弱の差のあることは認めなければなら
 ない。

報道の自由の保障は、立法・行政の領域に向けられる
 ばかりでなく、司法の領域にも向けられる。民主主義的
 な法制のもとでは、国民は国の司法作用の現実的なあり
 かたについても、これを知りうる権利が与えられている。
 報道機関は国民のかような権利に応え、司法作用に關す
 る報道の自由が保障される必要がある。公平な司法の運
 用は国家のもっとも重要な責務であるが、同時にまた、
 国民は司法の運用に対して番人的な機能をはたすため、
 司法の現実を知りうる権利がなければならぬ。その中
 間にあつて報道の任務を負うのは、いうまでもなく、報
 道機関である。報道機関は、この部面における不当な権
 力的な干渉に対しては、その妨害の排除、危険予防の請
 求権がなければならない。

以上によつて、報道の自由には実質と形式、動的と静
 的の内容的な区別のあることを明らかにしたのであるが、
 実質と形式、動的と静的といつても、それは報道の自由

の両側面を示すにすぎないものであつて、両者は相即不
 離の關係にあるものである。いずれが欠けても眞の意味
 の報道の自由はありえない。しかも、報道の自由の保障
 は、単に企業体としての報道機関の自由に向けられたも
 のではなく、その自由の保障が社会一般にとっての公共
 的利益につながることに、その特色があることを留意
 すべきである。

(1) 報道の自由に対する保障を、動的な保障(実質的な保
 障)と静的な保障とに分けて取扱ふことは、単に理論的な
 見地からだけでなく保障制度の歴史的な立場からも合理づ
 けられよう。報道の自由に対する動的な保障は、一七世紀
 の啓蒙期における自然法理論にその発生の根拠を見出すこ
 とができる。啓蒙期における思想家は、表現の自由・報道
 の自由の根源を、自由な人間に本質的に帰属する超国家的
 な、ないし、前国家的な人権に求め、国家権力の介入を排
 除する人間本来の権能であるとした。この把え方は、アメ
 リカの独立宣言にもとり入れられ、また、アメリカのバ
 ジヤ憲法一二条にも報道の自由を「自由の偉大なる防波
 堤の一つ」として表現されるにいたつてゐる。周知のよう
 に、アメリカ連邦憲法は一七九一年の修正追加条項として、
 報道の自由を宗教の自由とともに憲法的な保障として規定
 している。フランス革命における一七八九年八月二六日の

人権宣言にもまた、報道の自由に対する保障の宣言がなされている。

以上に対し、報道の自由に対する静的な保障は、その発祥を教会と国家の検閲処分に対する抵抗に見出すことができる。教会・国家は市民の報道に対する抑圧手段として、報道に対する検閲、新聞発行の禁止、押収処分、企業制限等の行政処分を好んで用いた。そこで、報道機関は、超国家的な報道の自由権を擁護するためには、国家権力による検閲等の不当処分を排斥しなければならないとして、憲法、法律による制度的な現実的な保障の必要性を強調した。この運動は次第に実を結び、すでに、ドイツでは一八四八年のフランクフルト国民集会でドイツ基本法第四条の保障規定となつてあらわれた。すなわち、同条項は「報道の自由は、いかなる状況においても、いかなる方法によつても、抑圧的な手段、ことに検閲、許可……の手段によつて自由な市民の報道に対し制限・禁止を行なつてはならない」と規定している。わが旧憲法下における報道の自由は、この静的な保障の欠けたきわめて不十分な保障であったが（旧憲法二九条）、現憲法はこの面の保障を憲法的な保障とし、報道の自由を強化している。

(2) この面の権能は、いわゆる「市民の知りうる権利」*“the people's right to know”*として一般に理解されてゐる。この部面の著名な文献としては、Harold L. Cross, *The Peoples' Right to Know*, 1953 があり、本稿は同

書に負うところが多い。

(3) 報道における需要と供給の関係は、必然的に報道の企業性をもたらすであろう。したがって、報道の自由には報道企業の自由が当然に予定されている。企業自由の保障は、一面、国家に対する企業自由の一般的な承認と保障を要求する点で公法的な領域に属するが、また、他面、市民的な需要と供給の取引関係にある点で私法的な法律関係と接触を持つ。

(4) 人権としての報道の自由と社会権としての報道の自由とは、その背景とする法思想において相違がある。前者は一七世紀以後における自然法的な人権思想を背景として誕生し、自由主義的な法思想を基調とするが、後者は民主主義的な法思想を基調としている。後者の保障が各国において強く意識されるにいたつたのは、第二次大戦後ということができようか。社会権としての報道の自由は、第二次大戦後は「人民の擁護者」「民主社会の公共的利益の保護者」の標語、合言葉のもとに、強く主張されるにいたつた。各国において報道機関の報道源に対する証言拒否権が次第に拡張される傾向にあるが、かような傾向も民主主義下における報道の機能への自覚が次第に強まりつつあることを反映するものといふことができる。

(5) 報道の自由の静的な保障にとつて重要な意義を持つのは、報道活動に対する妨害・障害の可能性に向けられた予防的な保障である。報道業務のように、社会への警告、政

府の政治・経済等に関する政策への批判、世論の形成と、
った任務を持つものにとっては、予防的な保障なくしては、
実効性のある自由の保障は不可能である。Vgl. Löffler,
ibid., Bd 1, S. 94.

(6) 検閲禁止(憲法二二条二項)は、報道の自由の静的保
障にとってもっとも重要な核心的な保障である。歴史的に
みても、検閲は、報道の自由に対するもっとも古く、かつ、
もっとも効果的な抑圧方式であった。Vgl. Löffler, Press-
recht, Bd 1, S. 158.

憲法の規定する検閲禁止は事前検閲を主眼とするもので
あるが、検閲の歴史はむしろ事後検閲による抑圧がその実
態であった。検閲禁止の保障が事前検閲に向けられるにい
たったのは、近代における報道の科学的な技術の進歩に対
応するものであって、事前検閲を禁止しなければ報道の自
由を真に保障することができないからである。したがって、
事後検閲が許されると解すべきでないこともちろんである。

(7) 行政と報道の自由との関係については、微妙な問題が
含まれている。報道の自由の保障は、思想の表現・伝達・
普及・出版の自由を本来的な内容としている。したがって、
かような内容を含まない事実の報道に対しては行政上の作
用が及ぶことは、あながち、これを否定することはできな
いであろう。例えば、広告のような部分については行政上
の管理作用が及ぶ余地がある。

(8) この点については、とくに、イギリスのキングス・ベ

ンチの判例¹⁾ Lyle-Samuel v. Odhams, Limited and Oth-
ers, KBD, 1920, p. 135 に示されたバンクス裁判長の見解
(KBD, 1920, p. 141) が注意されよう。

三 報道の機能

一 報道の機能は、要約して言えば、民主主義社会の
先達としての役割、大衆の道案内者としての役割、社会
のための松明的な役割にあるということができようか。⁽¹⁾

個人は民主主義の社会にあっては、たえず自己を取り
まく社会の状況について正確にこれを知りうる地位にお
かれなければならない。国の政治のありかた、国の採る
政治・経済等に関する諸政策、社会の現実的な動き、国
外の状況等について、個人は無関心ではありえないし、
その知りうる利益は、法的にも保障されなければならない⁽²⁾。
とくに、民主主義の社会機構ではそうである。報道
機関は、個人のかような権利を意識し、民主主義社会の
先達としてその利益に奉仕するばかりでなく、自らの固
有の権利として⁽³⁾ 公共的な利益に関する事項を報道しうる
地位におかれている。⁽⁴⁾

近代における報道機関の報道の本質的な任務は、社会

一般の公共的利益に奉仕することではなければならない。このことは、わが国では法制度上必ずしも充分に意識されているもの⁽⁵⁾といいたい⁽⁶⁾が、民主主義・自由主義の法制では、その健全な発達と密接な関係のある報道機関の報道の任務は、公共的利益に奉仕することに意義があるものといわなければならない。報道機関による報道が、いかにその報道を通じて、その発祥以来今日にいたるまで社会一般の世論の形成に機能したか、国家の政治・行政・経済・文化等の領域にいかに強い批判力ないし抑制力を与えたか、また個人の社会生活への深い影響などを考えるときは、容易に報道機関の報道の任務のありかたが理解されるであろう。報道の公共的任務は、単なるプログラム的なものではなく、実定法上意識されると否にかかわらず、民主主義的な法制の基礎として歴史の伝統のうちに生成発達をみたものといふべきであって、いわば民主主義法制の必然的にもたらした成果といつてよいであろう⁽⁶⁾。

報道の本質的な任務である公共的利益への奉仕とはなにか、その公共性とはどのような内容を持つべきものであるか、ここで一応明らかにする必要がある。それが

明らかにされないことには、報道の自由の刑事訴訟法における地位を明確に位置づけることができない。

報道の公共性⁽⁷⁾といっても、その内容はかなり多義的であり、その内容を明確に把握することは必ずしも容易ではない。ここでは、報道機関が従来はたしてきた現実的な機能面を考えこれを分析してみることとする。まず、社会一般の世論の形成面について触れよう。世論とはなにか、これまた、その内容を正確に把握することは困難である。世論というときは、次のような基準が考えられようか。一定の期間中に、社会において大多数を占め、しかも特定の、あるいは限られた人的グループではなく、それらを越えて意見の主たる内容において一致し、それが社会の一般的な意識としてみとめられる意見、それが世論ということができようか。世論の対象は、種々な領域に及ぶであろうが、対象そのものは世論の決定的要因ではなく、意見・見解の主体面のありかたが世論のファクターでなければならない。世論というためには、主体面の単なる量の問題ではなく、一つの社会に浸潤性を持った共通の意識性であることが必要である。報道は社会にある事実、ある意見を伝え大衆とコミュニケーションす

ることによりかような世論の形成に機能することは否定できない。その世論が現実には民主主義の法制にマイナスに作用する場合もありえようし、反対にその健全な発達に作用する場合もありえよう。もちろん、報道の公共的な任務は後者の世論形成に作用するものでなければならぬ。

二 ニュースといった社会的な事実の報道の活動それ自体にも、公共的な任務がある。報道は社会の多数人に対し広範囲な知識の継続的な供給源たる役割をはたす。知識の需要者に対し公正な知識を供給することは個人の社会生活にとって、また社会の文化形成にとって重要な機能をはたすことはいうまでもない。問題は、供給素材の公正さにある。偏見にとられない、党派的な偏りのない、真実な事実の報道でなければならぬ。報道者の判断・主観を含まない報道などおよそ現実的にはありえないであろうが、少なくとも客観性を意識し客観的な素材を基礎とした報道でなければ、報道の公共性ということはありえないであろう。

報道の自由は常に個人の人権と接触する。報道は、場合によっては個人にとって有害なアンフェアなコミュニケーション

ケートを内容とすることがある。かような有害なアンフェアな報道に対しては個人と社会のためにその権益が保護される必要がある。報道の公共性といっても、個人の自由との接触面に対する配慮を怠ることはできない。公共性の故に、報道の自由の他の側面である個人の自由への侵害を無視することは許されない。報道における公共性と個人の自由との調整の問題はきわめて困難な内容を含んでいる。⁹⁾いま、この稿でこれを詳細に論ずる余裕を持たないが、いずれ近い将来にこの問題に対する研究を発表したい。結論的にいえば、報道の公共的任務としても、そのことから当然に個人の自由への干渉の合理性がみとめられるものではなく、反対に人権相互の対立、個人権としての自由と社会権としての自由との対立を前提においた衡平な配分でなければならず、むしろ個人の自由権の制約のもとにある報道の公共性でなければならぬ。¹⁰⁾報道の公共性は報道の客観性を前提としてなりたっている。その客観性は報道の対象の真実性¹¹⁾を意味している。かようにして、刑法二三〇条ノ二の名誉棄損罪に関する規定は、報道の公共性と個人の自由権との合理的な調整を意識した上での規定といふことができる。報道

の公共性と個人の自由権との相剋は同様に刑事訴訟においてもあらわれる。報道の公共性は刑事訴訟においても保護されなければならない法益ではあるが、同時に被告人もまた公平・迅速な裁判を請求しうる地位を有し、その地位は報道の公共性の故に不当に侵害されてはならない。被告人の証人に対する反対審問請求権と報道における自由とは互に相容れがたい内容を持っている。刑事訴訟法一四九条には、裁判における真実の利益、被告人の公平な裁判の利益、(とくに反対審問の利益)報道機関における自由な報道の利益との三者が相対立しあっている、その合理的な調整ははなはだ困難である。しかしたとえ困難であっても、その合理的な調整への制度的な意欲・法適用の可能性は失われてはならない。

三 報道における批判的な機能もまた、公共的な任務の重要な内容である。自由な報道にあっては、批判の対象は国・公共団体のあらゆる権力的、非権力的な活動領域に及ぶ。とくに重要な機能を持つのは、いうまでもなく、国の政治・経済・教育に作用する批判である。国のいきすぎた政策、あるいは偏った政策に対しては、報道機関は報道を通じてこれを批判し抑制するであろう。そ

の批判は報道機関それ自身の主観的な評価というより、民衆の意見・批判も代表する客観的な意味がある。その故に、報道における批判・抑制的な機能はきわめて重要である。国の政治権力と報道機関の自由な報道との間には、たえず、相剋の歴史が展開され今日にいたっているが、それは報道における批判・抑制的な機能の偉大さを物語ることでもある。民主主義・自由主義の法制では、国家は報道における批判・抑制的な機能の公共性を制度的に保障すべき責務がある。⁽¹³⁾自己に向けられた批判・抑制の故に、これを嫌悪しこれを抑圧することは許されない。権威主義の法制では政治の権威は報道に対しこの危険な抑圧をあるいは露骨に、あるいは陰険に行なった。報道における匿名の投稿、素材提供に対しては、その匿名、その匿くされた意見の主は、強制手段によるその暴露が義務づけられた。報道機関の報道源に対する証言拒否権、捜査拒否権はもちろん認されなかったのである。しかし、民主主義・自由主義の法制では、報道の自由な批判的な機能は強く意識されなければならないし、権威主義下において行なわれていた報道源・匿名に対する強制による暴露は、もはや許されるべきではない。このこ

とは、現行の刑事訴訟法における証言拒否のありかたを考へる場合にも、とくに留意されるべきである。報道による自由な批判・抑制といつても、それはあくまで、公共的な任務の枠内で行なわれべきであり、そこにはおのずから限界がなければならぬ⁽¹⁴⁾。憲法の基本的な体制を破壊するような批判は公共的な任務を越えた報道の自由権濫用といふべきものであることは、いふまでもない。

(1) Harold L. Cross, *The People's Right to Know*, 1953, p. 132 を参照。

(2) わが国では、この点を直接的に明らかにした判例は見当らないが、アメリカの判例のうちには、国の公共的な行動領域に対する国民の知りうる利益を国民の基本的な権利として認めたものがかかり多くみられる。その代表的なものとして、*Nowack v. Auditor General*, 243 Mich. 200, 219 N. W. 749 などあげられる。なお、この点に *Cross, ibid.*, p. 63, R. W. *Law of Journalism* (1940), p. 279 を参照。

(3) 報道機関による報道は、民主主義社会機構に奉仕すべき義務があり、また、そのように機能するものでなければならぬ。国によっては、報道におけるかような任務・機能を実定法に明言しているところもある。例えば、西ドイツ新聞紙法一条一項二号のごときがそれである。しかし、こ

こで注意しなければならないことは、民主主義社会機構への奉仕の機能は民主主義国家秩序への奉仕を意味しないことである。国家権力に拘束された意味での奉仕の機能は、報道の自由の本質と相容れない。ここでいう民主主義社会機構への奉仕の機能は、民主主義の理念を基調においた社会の構成への奉仕を意味し、国家権力がそれに逆行することを批判抑制し、民主主義的な憲法秩序に協力することを内容としている。

(4) クロスは、報道機関の固有の権利として、公共的な利益に関する事物ないし事項について、調査・点検の権利 *the right of inspection* をもつとも基本的なものとして指摘し、立法、行政、司法の各領域についてその具体的な内容を明らかにしている (*Cross, ibid.*, p. 48/193)。たとえ国情を異にしても、民主主義法制を国是とするわが憲法体制にあっては、やはり同様な法意識は法制の基調におかれなければならない。

(5) 放送法一条六号には放送機関の公共的な任務が明らかにされている。

(6) Vgl. *Löfner, Presserecht*, Bd. 1, S. 159.

(7) 報道の公共性の概念は、いわゆる国家的な利益と同視されるべきではない。わが国でも、報道の公共性を官権的な利益として把え、国家の権威の名のもとにこれを報道の自由に対する抑圧の武器として利用した時代があったが、民主主義の社会機構ではかようなことは許されない。

報道の公共性は、民主主義社会機構との関連でその内容を把えるべきであって、なにか民主社会にとっての普遍的な利益かということが、公共性を決定する基準とならなければならぬ。たとえ、直接、社会の一部の者の利益に報道が向けられる場合であっても(例えば、音楽の報道)、文化という普遍的な利益に関するかぎり報道の公共性があつてはならない。

(8) 報道が広範囲な報道領域にある大衆との間で思想・意見をほとんど同時にコミュニケーションする機能は、報道にとって本質的なものである。

(9) 例えは、プライバシーの権利と報道の自由との関係がそれである。プライバシーの権利の理論は、一般に知られてゐるように、一八九〇年、ハーバート教授のサムエル・デ・ハレン(4 *Harvard Law Review* 195)、連邦最高裁判事のルイス・デ・ブランティスによって始めて提唱されたものである。

公共的な利益に関係し個人の知りうる権利の対象となるものは、プライバシーの権利の枠外にあるとされるのが、判例の一般的傾向であるが、その具体的な範囲については判例によってかなり動揺があるようである。R. W. Jones, *ibid.*, 205/228.

(10) *Vgl. Löffler, Presserecht*, Bd 11, S. 67.

(11) この場合、真実性と違って、純粹の客観的な意味での真実性を要求することは、およそ不可能である。報道の

素材の客観性が一般的に是認されるものであり、かつ報道機関において素材の収集、素材の評価、表現等について誠実性と信頼性がみとめられるかぎり、報道事実についての高度の蓋然性があるものとされ、公共性の要因たる真実性がみとされるものと理解すべきであらう。

(12) カロライヌ・ヤフェもまた、報道の自由の刑事司法において占める地位の特殊性と複雑性が本文にあげたような相異なる三者の利益の相剋さにあることを指摘しているのである。Carolynne Jaffe, *The press and the oppressed—A study of prejudicial news reporting in criminal cases*, *Journal of criminal Law, Criminology and Police Science* 56, 1965, 1.

(13) 報道機関における公の記録を閲覧しうる権利 *the right to inspect public records* は、報道の自由と公共的任務にとつてもっとも重要な権利であるが、イギリス、アメリカの法制では比較的早くから是認されている。Cross, *ibid.*, p. 63/152 を参照。北欧諸国ごとにヌエーデンにおいては一九四九年の新聞紙法に公の記録を閲覧しうる権利が実定法的に保障されてゐる。Hilding Ekel, *Protection of News Sources by the Constitution*, 1961, p. 15 を参照。

公の記録に対する閲覧の利益はわが国では実定法上の権利として明白にされていない。

(14) 近年わが国でとくに困難な問題を提供したのは、表現

の自由・報道の自由と裁判批判との関係である。裁判批判もまた、国の司法の現実的な動きに対する批判であるかぎり、報道機関の報道の本来的機能から除外されるべきではない。しかし、そこには報道の自由と公共性の枠による限界がなければならぬ。この点についてとくに参考となるのは、報道の自由・公共性が強く保障されている英米の法制である。英米の法制では、係争中の事件については、事件の通常の審理過程（公平な裁判の過程）に悪しき影響を与えるような裁判批判を行なうことは、法廷侮辱罪を構成するものとされている。R. W. Jones, *Law of Journalism* (1940), p. 181/182 を参照。この点の判例はかなり多い。わが国でも、裁判批判が「法廷における訴訟」をいわゆる「新聞による訴訟」"trial by newspapers"に置き換えてしまうような内容を持つ批判は許されるべきではない。

四 諸外国の法制

一 イギリス法制 報道の自由と司法との関係で証言拒否権が早くから意識された法的な保障が与えられた国は、イギリスである。イギリス法制では、報道機関の自由な報道は、なによりまず、報道源に対する法的な保障においてのみなりたつものであり、その法的な保障なくしては報道の自由性がありえないことが一貫して伝統的

に意識されている。かような伝統的な意識は、すでに、一七六九年のフィリップ・フランシス卿 (Sir Philipp Francis) のいわゆるジュニウス書簡事件において確立されたといわれている⁽¹⁾。以来、報道源の秘密保持に対する法的な保障は、イギリスの裁判官法の不文律的な法規範として是認されている⁽²⁾。すなわち、報道素材を報道機関に与えた者、あるいは、報道素材の管理者ないし作成者等について、報道機関からその証言を強制することは、普通法上の基本原則として禁止の対象とされているのである。報道機関の証言拒否権の範囲は、コンメンローでは、当初は報道機関における出版ないし発行者・編集責任者にかぎられていたが、後には、印刷業者、編集部員、さらに、報道に係る通信員にまで拡張されるにいたっている。報道機関の証言拒否権には、歴史的には刑事訴訟の分野で発達をみたものであるが、後には刑事訴訟の分野ばかりでなく民事訴訟の分野においても是認されるようになった。

報道機関の職業上の秘密保持に関する特権は、他の国の法制におけると同様に、報道の公共性に基礎をおくものであるが、もちろん、報道機関に絶対的な証言拒否権

を認めたものではない。それは、裁判官法の準則規範として判例法上、容認されたのであって、裁判官は、具体的な事件の審判にあたり、報道自由の要請とそれに対立する反対利益とを比較考慮し、その具体的な内容を決定するものである。以上によって明らかのように、報道機関の証言拒否権は、報道上の犯罪嫌疑者の供述拒否権とはなんらの関係なく、もっぱら報道の自由、報道の公共性との関連から理由づけられていることに留意すべきである。⁽³⁾

二 アメリカ合衆国の法制 アメリカ合衆国では、報道機関の証言拒否権を制定法上認めている州が一二州ある。メリーランドはすでに一八九六年に、ニュージャシーとインディアナ州は一九三三年に、カルフォルニア州は一九三五年に、⁽⁴⁾ケンタッキー州とペンシルバニア州は一九三六年に、アルカンサス州は一九三七年に、アリゾナ州は一九三九年に、アラバマ州は一九四〇年に、オハイオ州は一九四一年に、モンタナ州は一九四三年に、ミシガン州は一九四九年に、それぞれ、報道機関の証言拒否権を認めている。さらに、オクラホマ州とユタ州においてもまた、近年、裁判所は報道機関についてその報

道に関する秘密に対し証言拒否権を認めるにいたっている。連邦法域では、制定法によって報道機関の証言拒否権は認めてはいないが、実質的にはイギリスのコンモンローにならい、裁判官に報道上の公益性とそれに対立する反対利益との衡平的な考慮の権限を認め、具体的な諸事情に応じて報道機関の証言拒否の是非について裁量的な判断を許している。以上のほか、一般の州法域では、報道機関に証言拒否権を認めることについては、なお、躊躇しているのであるが、⁽⁵⁾次第に、報道上の秘密保持の法的な保障の必要性が意識されつつあるということができようか。

三 フランス法制とスイス法制 フランス法制では、報道機関の証言拒否に関する刑事訴訟法上の特別規定は存在していない。⁽⁶⁾それでも、訴訟の実務では、イギリスのコンモンローのありかたに好意を示し、裁判所は基本的には報道機関に報道上の秘密保持を認めるような態度をとっているということができよう。一九一八年に報道機関連盟がジャーナリストの義務章典を作成し、その義務章典に報道上の秘密保持についての義務がジャーナリストの本来的な義務であることを宣言しているのである

が、裁判所もまた、その章典を尊重し、原則的には報道機関の証言拒否権を認める立場をとっている。⁽⁷⁾

スイス法制では、刑事訴訟法典ではなく、刑法典に報道機関の証言拒否権を認めている。刑法二七条三項二号に次のような規定がある。「報道の編集者は報道素材の提供者の姓名を供述する義務はない。編集者、印刷者に対し、また、出版者、発行者に対し、報道素材の提供者の姓名を供述させるために、訴訟上の強制手段が用いられてはならない。」と。スイス法制は、イギリス法制と異なり、報道機関の証言拒否権を報道上の犯罪（報道の自由濫用による名誉棄損・風俗に反する罪等）の訴追との関連で規定している点に特色がある。

四 西ドイツ法制とオーストリア法制 西ドイツの法制については、なお踏み入って考察する必要がある。なぜなら、わが刑事訴訟法一四九条は多分にドイツ法制の証言拒否権のありかたに影響をうけたものと思われるからである。

ドイツにおける報道機関の証言拒否権の制度史は、他国においてもそうであったが、とくに、国家と報道機関との相互不信の間に展開された闘争の歴史にあったとい

うことができよう。伝統と少数権威の擁護者としての国家側と革新・自由と多数の市民の擁護者としての報道機関との間の永年の闘争の結果、現在におけるような証言拒否権に関する制度が生まれた。国家側は、自由と革新を要求する市民の声が多くは匿名のもとに新聞に報道され、一般を刺激することを恐れたが、その匿名の故に容易にその報道源を確知しこれを取締ることができない。

そこで、国家側は、新聞等の報道機関に匿名者の寄稿・掲載を禁止するとともに、その匿名を明らかにするため、証言拒否に対する罰金刑・自由刑のほかに拷問等の強制による証言採取の手段すら容認した。一五四八年の著名な帝国警察法などは、そのもっとも顕著な事例といふことができよう。⁽⁸⁾一八世紀以後には一般の拷問廃止と相まって、苛酷な手段による証言強制は廃止されたが、なお、報道機関の証言拒否を認めず、証言拒否の態度に対してはきびしい内容を持った秩序罰を課していた。一八七四年の帝国新聞法、一八七七年の帝国刑事訴訟法の改正法規には報道機関の証言拒否権を確立せしめようとする試みがなされたが、いずれも失敗に終わっている。⁽⁹⁾証言拒否権の制度的な端緒をなしたのは、一九二六年一二

月二七日の改正立法であって、それによって始めて刑事訴訟法(五三条)に報道機関の証言拒否権が一部、認められるにいたった。しかし、その証言拒否権はきわめて制限的であり、その範囲は報道機関のごく一部に限られた。それからナチズムの時代に入るのであるが、ナチ時代には刑事訴訟法五三条一項五号の報道機関の証言拒否権は形式的には廃止されなかったが、しかし、別に著作者法を制定し出版・著作者に特別な解明義務を課したため、報道機関の秘密保持の権限は実質的には失われていたといつてよい。⁽¹⁰⁾ ナチの崩壊後、一九四九年に始めて、バイエルンとヘッセンの新聞紙法により報道機関における従来の証言拒否権のありかたに改良が試みられ、報道機関に広範囲な証言拒否権が認められるにいたった。それから、さらに一九五三年の刑事法改正に及ぶのであるが、一九五三年の改正法は、証言拒否権の人的範囲を新聞機関ばかりでなくラジオ等の放送機関にまで拡張し、また、その拒否権の対象を証言領域からさらに押収・捜索の各手続領域にまで拡張せしめている。しかし、一九五三年の改正法でもなお、多くの疑問点が残されている。その一つは、証言拒否権について報道機関と医師・弁護

士等の地位との間に質的な差別を容認していることである。いずれも、その業務の自由性・社会性は、人的な信頼関係と公共性を内容とすべきものであるが、報道機関にあってはこれらの他の業務と質的に区別されている。はたして、かような質的な差別がなりたつであろうか。

それが第一の疑問である。さらに、第二の疑問点は、報道機関の証言拒否権(刑事訴訟法五三条一項五号)はその報道機関の報道について生じた犯罪事実(例えば名誉棄損罪)に関してのみ与えられていることである。これは、報道の一般的な公共性・自由の保障と容易に相容れない矛盾を含んでいる。一般の犯罪嫌疑者にも自己に不利な刑事上の事実については、供述拒否権が与えられているが、それと同様な立場で報道機関の証言拒否権を考へることはできないのではないか。この点については、西ドイツでも学者によってかなりきびしく批判されている。

一九五三年の改正立法以来、報道機関の証言拒否権のありかたについては、学者・報道機関などによって種々論議⁽¹¹⁾され、その改正の試みがなされたのであるが、その試みは成功していない。一九六四年一月一六日の刑事

訴訟法の一部改正においても、その修正は狭い範囲に限られ、五三条の報道機関の証言拒否権に関する規定には及んでいない。その後、現在にいたるまで、刑事訴訟法五三条の規定のありかたについては、学者からあるいは報道機関から繰り返し改正の動議がなされているようである。

次に、オーストリア法制に触れたい。オーストリア法制では、一九二二年の新聞紙法に報道機関の証言拒否権に関する特別規定をもうけている。その新聞紙法四五条には次のような内容が含まれている。(1)定期刊行誌の印刷業務に関する者は、その刊行誌の記事内容が問題とされた刑事訴訟では、刑法上の有責任に関係するすべての事実についてその証言を強制されることがない。(2)この証言拒否権は新聞の広告には及ばない。この規定では、保護の対象となる人的範囲はかなり広く、期刊誌の印刷業務に関与するすべての人に及んでいる。しかし、その範囲は印刷業務に限られ、他の発行業務等に関与する者は除かれている。オーストリア法制でも、報道機関の証言拒否権は、報道内容が犯罪嫌疑を構成する場合に限られている点で、やはり、西ドイツ法制と同様な矛盾を含

んでいるということができよう。

五 北欧諸国の法制

まず、フィンランドの法制をかえりみよう。フィンランドは、一九六六年に報道機関の証言拒否権を実定法上認めている。しかし、その内容はドイツ法制、オーストリア法制と同様に、報道内容が犯罪を構成する場合について報道機関に証言拒否権が与えられている。また、報道機関の証言拒否権は、報道機関に報道素材を提供した者が人の秘密を侵害したものと(12)してその責任が問われる場合にも、与えられている。証言拒否権が自己又は他人の報道上の犯罪が問題となる場合に、それを条件として与えられているところに、やはり、報道機関の証言拒否権の独自性がなお充分に意識されていないようである。

スエーデンの法制もまた、フィンランド法制とほぼ同様な内容を持っている。ただ、スエーデンでは、報道機関の証言拒否権は、刑事法とは別個の法体系ある新聞紙法に規定されているところに多少の特色があるということができよう。新聞紙法三条の規定には、報道機関は報道源を黙秘する権利と義務を有するものとされている。すなわち、新聞紙法三条一項二号は、出版・発行者、印

刷者、その他出版・印刷に係る者に対し、報道内容が訴訟の事件とされた場合に、報道素材の提供者の意思に反して報道源を明らかにすることを禁止している。⁽¹⁸⁾報道内容が訴訟事件とならないような通常の場合には、報道機関は証言拒否権を持たない。

北欧の諸国のうち、やや特殊な制度を持つのは、ノルウェーの法制である。ノルウェーは、一九五一年以来、実定法（刑事訴訟法一七七条と民事訴訟法二〇九条）で報道機関の証言拒否権を保障している。出版者とその出版業務に協力し従事する者は、報道素材を提供した者について訴訟での証言を拒否することができる。ただし、裁判所は、その証言拒否について、報道機関の公共性とそれに対立する反対利益（真実を要求する訴訟上の利益）とを、事件の具体的な諸事項に応じて評価し、証言拒否権の具体的な存否をダイナミックに判定しようとするに特色がある。場合によっては、証言拒否権が否定されることがあり、かなり弾力的な制度上の配慮がなされている。この種の法制は、イギリス法制に近似性があるということができようか。⁽¹⁹⁾

(1) ジュニウス書簡事件というのは、イギリスの高級官吏

であったフィリップ・フランシス Philip Francis が、一七六九年に、パブリック・アドバタイザー Public Advertiser にジュニウス Junius という匿名で投稿し、当時の政府の行政のありかたについてその欠点・腐敗を指摘し、これを鋭く批判した事件である。これは社会に大きな反響を与え政府の行政刷新を促したのであるが、匿名は保護されるべきであると社会から支持された事件でもあった。この点については、とくに Vgl. Löffler, Der Zeugniszwang gegen Presse und Rundfunk, NJW, 1958, S. 1215 ff.

(2) そのうちでとくに著名な判例は、一八八八年七月六日のヘネシー対ライト事件 *Hennessy v. Wright* についてなされた控訴審の判決である一八九〇年のバネル対ワルター事件 *Parnell v. Walter* の控訴審判決にとくに引用されている。(24 QBD 445/449)。この事件は、モーリチウスの知事のジョン・ホープ・ヘネシーが名誉棄損としてタイムズ紙の発刊者を訴えた事件である。ヘネシーがモーリチウスの参事官宛に送った文書の内容がタイムズ紙で暴露されたのを非難し、新聞社が誰からその通信を受けたか、新聞社の何人がコミュニケーションに関係したのかなど八項目の質問・取調を被告人に請求したが、控訴審は新聞業務上の秘密は新聞の公共的利益からみて保護されるべきであるとして証言拒否権を認めて原告側の請求を排斥した。次に著名な判決としては、一九二〇年、リイレ・サムエル対オダラムズ外数名の新聞による名誉棄損の訴訟についてキ

ングズ・ベンチでなされた控訴審の裁判 (IKBD 135/147, 1920) があげられよう。事案は、原告が下院の議員候補であった当時、被告側の新聞によって候補の資格を傷けるような原告の私事に関する記事を掲載されたとして被告を訴えたが、その訴訟では、原告は被告側に対し報道素材を新聞社に提供した者の姓名と素材の内容を明らかにするための尋問を要求したのに対し、控訴審は、種々先例を指摘し、報道機関における報道源の秘密は保護されるべきであると原告の請求を排斥している。

(3) イギリス法のこの証言拒否権のありかたは、オーストラリア、インド、カナダ法制にも引継がれている。Vgl. Löffler, *Presserecht*, Bd. 11, S. 457.

(4) 例えば、一九三五年のカルフォルニア州の制定法は (Cal. Laws 1935, p. 1609) 報道源の証言拒否権について、次のように規定している。「出版者、編集者、報道者、その他、新聞業務に関係又は雇用される者は、新聞の報道源の暴露を拒絶することによって裁判所、立法府、又は行政府によってコンテンプトの罪に問われることはなす」。

(5) 多くの州法域は、報道源におけるコミュニケーション上の秘密の保護については公的なものと私的なものとを區別し、前者についてはパブリック・ポリシーの理由のもとに証言強制を認めないが、後者については一般に証言強制を認めている。Cross, *ibid.*, p. 79/81 を参照。なお、報道源に対する証言拒否権を嫌悪する伝統的な傾向については、

R. W. Jones, *ibid.*, p. 23/24 を参照。

(6) Cf. Roger Merie, André Vitu, *Traité de droit criminel*, 1967, 745/6, Vgl. Löffler, *ibid.*, 457.

(7) Vgl. Löffler, *ibid.*, 457.

(8) Vgl. Löffler, *Presserecht*, Bd. 11, S. 432.

(9) Vgl. Cramer, *ibid.*, S. 23 f, Löffler, *ibid.*, S. 432.

(10) Vgl. Löffler, *ibid.*, S. 433.

(11) Vgl. Kohlhaas, *NJW* 58, S. 41 f, Jägersch, *NJW* 63, S. 177, Cramer, *ibid.*, S. 18.

(12) Vgl. Löffler, *ibid.*, S. 457.

(13) スウェーデン法制における報道機関の報道源上の匿名権については、ヨナト・ヤン・ヘンヌの詳細を離し置かす。

Vgl. Hilding Bek, *Die Sonderstellung der Presse im Strafverfahren in Schweden*, S. 68 ff, S. 76 f. Hilding Bek, *Protection of news sources by the constitution, Scandinavian Studies in Law*, 1961, S. 1/25.

(14) Vgl. Löffler, *ibid.*, S. 458.

五 刑事訴訟法一四九条における証言拒否権の法的性格と報道の自由

一 刑事訴訟法一四九条の証言拒否権は、同一四六条ないし一四八条の証言拒否権との間に質的な相違がある

ことに、まず留意する必要がある。西ドイツの法制における報道機関の証言拒否権について、そこに内在する矛盾性が学者によって鋭く批判されているが、その矛盾性も実は、報道機関の証言拒否権を他の一般の証言拒否権と同質的なものと理解するところに、問題の根源があるということができよう。すでに述べたように、オーストリア、北欧諸国の法制における報道機関の証言拒否権のありかたについても、同様な批判が妥当するであろう。

刑事訴訟法一四九条は、医師、歯科医師、助産婦、看護婦、弁護士、弁理士、公証人、宗教の職にある者又はこれらの職にあった者に対し、その職務上委託を受けた事実で他人の秘密に関するものについて、証言拒否の権能を与えている。これらの職務は、国民一般の衛生、保健、医療、法的な事務処理、法的救済、宗教的生活などに深い関連を持つとともに、委託者と受託者との人的信頼、自由なコミュニケーションなくしてはその職務を充分にはたしえないものである。職務内容は社会一般の公共性に影響を持つとともに個人の自由、秘密保持の利益と不可分離の関係にある。委託者は受託者において自己の秘密を保持してくれることを信頼し自由なコミュニケーション

ーションを行ない受託者側の医療、保健、あるいは法律業務等の自由な行為を期待する。また、受託者においては、委託者側から委託事項について自由なコミュニケーションを期待することによってはじめてその委託事項について自由な活動を行なうことができる。職務の公共性と自由な職務の確保、個人間の自由な、他から障害のないコミュニケーションの期待、さらに、そのコミュニケーションによって生ずる人の秘密の保護の必要、これらの諸要素が一体となって一四九条に規定されるような証言拒否権の保障が生じたものである。⁽¹⁾

委託者の受託者に対する自由なコミュニケーションの期待、コミュニケーションにおける委託者の秘密保持の期待といっても、刑事訴訟法一四九条の保護法益は特定の委託者個人の秘密に関する利益のみを内容とするものではない。委託者と受託者の信頼関係なくしてはその職業の自由な遂行の期待は不可能であるという意味で、その期待は一般的でなければならぬし、個人のコミュニケーションの自由といっても、特定の委託者個人に向けられたコミュニケーションの自由ではなく、証言を拒否しなければ職業の自由な遂行に必要な人的信頼が一般的

に破壊されるという意味で、その自由の保障は対世的な内容を持っている。もし、証言拒否権が特定の委託者の信頼の利益、秘密の利益とすれば、証言拒否権は常に委託者の意思によって左右されるであろう。そこには権力による不当な介入の危険が存在し証言拒否権の正当な行使が期待できないおそれがある。

刑事訴訟法一四九条の証言拒否権は任意にこれを抛棄しうるか、一応問題となるであろう。結論を先にすれば、一四九条に規定された一定の職業にある者は、その与えられた証言拒否権を原則として任意にこれを放棄しえな²⁾いと解すべきである。証言拒否権の法的根拠を以上のように理解するかぎり、その性質は公法的なものであって、個人の任意な放棄に親しまないものといわなければならぬ。この点でも、刑事訴訟法一四六条の証言拒否権、被告人・被疑者の黙秘権とは、重要な相違がある。

一四九条の証言拒否権には、これと相対立する重要な利益がある。それは、いうまでもなく、訴訟上要求される真実の利益である。証人には自己の体験したそのままの事実を訴訟に再現し供述すべき義務があり、その供述義務と真実義務は証人にとっての本質的な義務といわな

ければならない。法は証人の供述義務・真実義務を本質的な義務と認めるが故に、証人に対し供述の自由を制限し証言の強制を認めている。証言拒否権は、証人に対しその本質的な義務である供述義務・真実義務の免除を内容とし、証言強制から解放された特殊の地位を意味している。³⁾ 真実の利益は訴訟にとってもっとも重要な利益の一つであるが、法はとくにその利益を犠牲にして証人に対し証言拒否権を与えている。証言強制が負わされている証人にとって、証言強制が免除されることは、証人それ自体の適格性を否定する矛盾的要因が含まれていることを意味している。

さらに、対立的な利益として被告人の反対審問権がある。被告人は証人の喚問を請求し、証人と対質して反対審問を行なう権利がある。その権利は直接、憲法によって保障されるばかりでなく、公平な裁判を受ける権利の重要な内容でもある。証言拒否は被告人のこれらの重要な権利の行使を妨げることとなる。証人に証言拒否権を認めることは、被告人の反対審問権を制限することを意味する。刑事訴訟法一四九条の証言拒否権には、以上のような義務の衝突、利益の相剋がある。一つは、職業の

自由と公共性、個人の秘密保護を内容とするコミュニケーションの自由、二は、証人にとって本質的な義務である供述義務・真実義務、三は、当事者ことに被告人にとって弁論の重要な武器である反対審問権、これら三つの利益が証人の地位をめぐって錯綜している。これら三つの利益は容易に優劣をつけがたい。いずれも重要な利益である。法は、それらの利益のうち、公共性のある職業の自由、コミュニケーションの自由、秘密保持に関する人的信頼を、健全な社会秩序を維持する上にもっとも基本的な利益と認め、あえて後者の二つの利益に譲歩を余儀なくさせたものである。一四九条の規定には、このような政策的考慮がある。したがって、この規定の対象をみだりに拡張すべきでないことはいうまでもない。各国の法制は、証言拒否権を持つ職業グループの範囲については、かなり制限的である⁽⁴⁾。一四九条の規定が制限的であるとしても、条件を等しくする他の職業についても絶対⁽⁵⁾にその適用の可能性を禁止する趣旨と解してよいかは疑問である。

二 刑事訴訟法一四六条の証言拒否権は、同一四九条の証言拒否権とかなり趣を異にしている。刑事訴訟法一

四六条の証言拒否権は憲法三八条一項に由来し、被告人・被疑者の供述黙秘権とうらはをなしている。刑事上、自己に不利益な事実の供述を刑事手続の当の対象になつてゐる者あるいはそのおそれある者に強制することは、不当に個人の供述の自由を侵害するものであり、刑事手続の当の対象となり、また、そのおそれある者自身のリップからその者にとって刑事上の不利益な供述を要求しこれをその者の不利益な評価の資料とすることは、いかにも個人の尊厳と人間性を無視し裁判の公平という面からも耐えがたい処置であるとの自覚⁽⁶⁾、それらが黙秘権を認めるにいたつた法的根拠である。個人の尊厳、表現、供述の自由は、刑事責任の存否の確定を目的とする刑事手続では容易に侵害される危険性があり、また、訴訟制度史的にみてもその危険が現実的なもの、一般的な傾向となつてあらわれていたことは否定できないところである。そこで、現法制は、かような危険を排除し人権保障を全うするために、とくに黙秘権を憲法的な保障とし、また、刑事訴訟法は憲法の趣旨を受け被告人・被疑者については供述拒否権として発展的・拡充的に保障し、また証人については一四六条の証言拒否権として保障す

るにいたったものである。一四七条、一四八条の証言拒否権も一四六条の趣旨を發展、拡充させて規定したものであって、本質的には一四六条の趣旨と交らない。

ところが、刑事訴訟法一四九条は、以上とは趣を異にし、公共的な利益と関係の深い特定の職務にある者について、その職務の自由な遂行を確保し、また委託者と受託者との自由なコミュニケーション、委託者の受託者に対する秘密保持の人的信頼関係を保護法益として証言拒否権を認めたものである。同じく個人の自由に関連を持ちつつも、一方は刑事上の不利益な地位におかれる者にとつての供述の自由であり、他方は職務の公共性と自由、個人間の自由なコミュニケーションと信頼関係などの保護の必要から由来する供述の自由である。その間にはかなりの開きがあるとみななければならぬ。いま、これを報道機関の報道活動に例をとつて比較してみよう。もし、報道機関が報道の自由の枠を越えて他人の名誉権を違法に侵害したとする。かような行為については、刑法上の名誉棄損罪として訴追の対象におかれるであろう。かような訴追の対象におかれ又はそのおそれある報道機関は、自己の關係する名誉棄損の事実については、訴訟上、そ

の供述を拒否する自由な地位におかれている。その地位は報道の自由、報道の公共性に由来するものではなく、他の一般の犯罪における被告人・嫌疑者の黙秘権と同様に訴追の対象となり又はそのおそれある者に与えられたヒューマニズム的な考慮に由来している。これに対し、報道の自由の正当な枠内で誠実に活動する報道機関については、以上の意味での黙秘権はない。報道という公共的な任務を負いその自由な報道を期待される地位におかれている報道機関が、その自由の現実的な運用のありかたで訴訟上の権能に以上のような差別があるわけである。かような差別は報道機関の行為にかぎらないことはもちろんであり、他の一般の場合にも黙秘権についての共通な問題であるが、報道の自由という社会の公共的な利益と個人の自由の利益とがミックスした職業にある者については、とくにその顕著な差別が意識されるのである。

供述のいかんによって刑事上不利な処置を受けるおそれある者について、黙秘の自由が保障されなければならないことは、個人の尊厳・人権を重くみる現法制からみて当然の事理である。しかし、同時にまた、供述のいかんによって自己の属する職業一般の社会的な信頼に影

響を与えるような地位にある者について、その供述の自由は、個人の社会権を重く現法制からみても強く保障される必要がある。一方が重視され他方が軽視されるといふことがあってはならない。ともに、民主主義・自由主義の法制にとって重視されなければならないことがらである。このことは、自由権のありかたが同時に個人権と社会権の双方の領域にまたがる特殊の地位にある者については、とくに法制上、その保障のありかたに留意すべきである。報道機関の報道の自由には、これまでの検討によって明らかのように、質の異なった両側面がある。

三 報道機関による報道の自由が刑事訴訟法一四九条に規定された職業の自由と異質のものかどうか、報道の自由の内容となつている報道機関と報道素材の提供者との間の人的信頼関係が一四九条所定の職業の自由の内容である委託者と受託者との間の人的信頼関係とは異質のものか、さらに、報道の自由・公共性の基礎にある人的信頼関係は刑事訴訟では証言拒否権の対象として保護に値しないものかどうか、本項ではそれらの問題を検討したい。

一四九条に規定された職業グループの証言拒否権には、

次のような四つの要因があるということができようか。

一は、職務の自由な遂行が社会一般の公共性に深い関係があり、その関係に対する保障は訴訟における事実の探究への要請よりもより重いものと認められること、二、職務の自由な遂行は、委託者と受託者との間の人的信頼に基づいた自由なコミュニケーションによって確保されること、三、人的信頼と自由なコミュニケーションは、委託事務に関する委託者の秘密が受託者においてこれを暴露しないという強い期待によって裏づけられるものであること、四、秘密を暴露することによってこれらの人的関係の受ける被害は、秘密を留保することによって裁判で受ける被害よりもより大きいとみとめられること、以上が一四九条の証言拒否権⁽⁶⁾にとっての基本的な要因といふことができる。ところで、報道機関の報道の自由は以上の要因にはたして妥当しないものといふことができようか。

報道機関による報道の公共性、報道の自由の内容についてはすでに詳細述べている。報道の自由については、実質的な自由(動的な自由)と形式的な自由(静的な自由)とがあるが、証言拒否権との関係でとくに重要な意

味を持つのは、実質的な自由のうち報道機関の取材の自由である。この取材の自由は、報道機関と報道素材の提供者との間における、自由なコミュニケーションとコミュニケーション上の秘密保持に関する人的信頼とからなりたっている。そうだとすれば、取材の自由については、先にあげた証言拒否権の要因のうち、二と三の要因はすでに充足しているということが出来る。問題は、一と四の要因との関係である。一の要因については、報道の自由が社会一般の公共性に深い関連があること、すでに詳細に論及しているところである。したがって、問題は、報道取材の自由の利益と訴訟における事実発見の利益との比較、秘密暴露による人的信頼の破壊の不利と秘密保持による訴訟上の不利益との比較ということに帰着するであろう。

まず、報道素材の授受におけるコミュニケーション上の秘密とはどのような性格を持つものかその特質を明らかにする必要がある。一四九条の職業グループの業務について生ずる秘密は、委託業務の性質上、一般に委託者個人の人格に関連し、継続的な内容を持っている。⁽⁷⁾これに対し、報道取材上の秘密は、一般に、素材提供者が何

人であるか、提供した素材内容がどのようなものであるか、それが外部に明らかにされることによって生ずる外部からの人格的な攻撃・非難の恐怖に関連し、多くはその内容が事項的であり断片的・一時的な性格を持っている。⁽⁸⁾継続的と一時的・断片的との相違があるが、人格性に関連を持つ秘密であることについては共通である。また、秘密の継続性と一時性といっても、その相違は量的な差異にすぎないのではないか。⁽⁹⁾その相違の故に、法的な保障の相違をもたらすほどの質的な影響を与えるものとは考えられない。

報道に協力する者の匿名の利益、報道源に関する秘密の利益は、協力者個人にとっての利益ばかりでなく、報道機関にとっての報道自由の利益でもある。しかも、その報道自由の利益は、すでに述べたように、報道の相手方一般の知りうる権利と直結し、それは民主主義法制の維持・発展に深い関係がある。もちろん、刑事訴訟にとっては証人によって提供される真実の利益はきわめて重要である。容易にこれを無視することはできない。しかし、その利益を強調する余り、法制度にとって基本的な公共的な任務を負う職業の自由の利益までも否定するも

のであってはならない。報道素材に関する匿名の利益、素材内容の秘密の利益は、訴訟における真実の利益に比較して常にその讓歩を余儀なくされるべきものとはいいたくない。報道素材に関する秘密がその暴露を強制されることによって失われる不利益は、その秘密が留保されることによって失われる不利益よりも、それが社会一般、民主主義法制の基本に触れるだけに、より重大というべきではなからうか。少くとも、後者の不利益が前者のそれより大であるといいきることはできない。

報道素材上の秘密が他人の犯罪事実に関する場合の多いことは認めなければならない。もし、かような報道素材について証言拒否をみとめるとすれば、それによって失われる訴訟上の利益はかなり大きなものといわなければならない。また実際にそれが報道素材の秘密について証言拒否権を否定する有力な支柱の一つでもあった。しかし、かような政策にはたして合理性があるかは、はなはだ疑問である。報道素材上の秘密が他人の犯罪事実に関する場合には、報道素材の提供者が秘密保持について報道機関に期待する人的信頼はとくに強度のものとなるであろう。また、犯罪事実に関する報道がとくに社会の

公共性に関係があり、報道価値があるときには、報道素材の授受に関して報道機関と素材提供者との間のコミュニケーションは自由迅速に行なわれる必要があり、また、その故にコミュニケーションの秘密に関する人的信頼がより強く要求される。したがって、かような場合には、法による人的信頼の保護、秘密の保護の必要性は、却って増大するものとみることができよう。報道素材の秘密が犯罪事実に関係しているとき、秘密を留保せしめることによって生ずる捜査・公判の障害が、秘密の暴露を強制することによって生ずる社会一般の受ける報道の障害より大であるとはいいたい。

以上によって、一四九条に規定された証言拒否権の各要因について報道取材の自由の内容を比較・検討をしたのであるが、報道取材の自由はそのいずれの要因にも妥当するものと結論づけることができる。

四 次に一四九条の類推適用の可能性の問題に触れなければならない。

刑事訴訟法は、報道の自由が訴訟において占める地位、ことに証言拒否に関してその地位を明らかにしていない。直接、保護の対象として規定しているのは、医師等の限

られた職域についてである。この規定の態度は直ちに報道の職域をとくに排除しているものと理解してよいかは、問題である。この規定が証人の本質的な義務と相容れない例外規定であり、その範囲はみだりに拡張されるべきでないことはいうまでもない。しかし、例外的な強行規定であることから、直ちに類推を許さない厳格な列挙的な制限規定と解することには疑問がある。報道の自由・公共性のように、現在の憲法体制に緊密な関連のある保障事項については、刑事訴訟法においてもその保障は具体化されてしかるべきである。等しきものには等しい法的措置を与えるのが正義の理念であり、憲法の理念でもある(憲法一四条)。このことは、国の立法の分野について妥当するばかりでなく、司法の分野、法の解釈・適用の分野についても妥当するといわなければならない。等しい法益について等しい法的条件がみとめられるとき、等しい法的効果を与えるのが立法の態度であり、また、法規の解釈適用の任務である。⁽¹⁰⁾

真実義務・供述義務と人的信頼関係の保護との調整は刑事訴訟法一四九条の規定の目的である。この目的は、同時に、公正な法の適用を担保する裁判機関の任務でも

なければならぬ。法に直接、明文的な規定がないからといって、その規定上のもれを直ちに禁止事項、除外事項と解し価値選択の弾力性を自ら否定することは、右のような具体的な調整の任務を負う裁判機関にとって、法適用の真の態度ということはできない。一四九条の規定のありかたについては、少くとも報道の自由の面では不充足があり、この点では近い将来における速かな立法上の処置が必要であろう。報道の自由については、過去の歴史では国家側の過当な嫌悪と抑圧があったことは認めなければならない。権威主義・閉鎖主義の法制では伝統的にそのような傾向が強かった。その傾向は行政面では検閲等の抑制手段となつてあらわれ、また刑事司法の面では報道機関に対する搜索・押収等の強制処分の容認、あるいは、証言拒否権の否定となつてあらわれたのである⁽¹¹⁾。報道の自由の刑事訴訟法における地位は、従来はなほだ劣弱であった。ところが、現法制下では、報道の自由をかような地位に甘んじさせるようなことはもはや許されるべきではない。憲法が報道の自由について検閲禁止の保障を与えていることを思わなければならない。その制約は直接、国の立法・行政の活動領域に向けられた

ものであることというまでもないが、同時にまたその基本趣旨は刑事司法の分野にも作用するものといわなければならない。刑事司法の分野は例外というのでは、報道の自由に対する憲法の強い保障の趣旨が全うできない。報道の自由について、刑事司法の面で報道源等の証言強制を認めることは、実質的には報道源等について司法機関による検閲を容認することに等しいのではなからうか。検閲は、いうまでもなく、国家権力による通信に対する事前・事後の強制的な査閲を意味するものであるが、報道源・報道素材に対する証言強制は、裁判権によって証人に対し報道源・報道素材の事前又は事後の暴露を強制することである。強制の対象が通信と報道との差異はあるが、ともに個人の思想表現の自由に関する点では質的な差異はありえない。一方について検閲禁止の制約の保障があるとすれば、他方についても同様な保障が与えられるべきである。かようにして、憲法における検閲禁止の保障は、刑事司法の面では報道源についての証言拒否権の保障として具体化されるべきものではなからうか。一四九条の類推・適用の可能性については、規定上の要因の近似性のほかに以上のような憲法の基本的な姿勢、

報道の自由の歴史的な背景、刑事訴訟法の不備など諸般の事情が考慮されるべきである。

報道源等について報道機関の証言拒否権が認められるとすれば、次には、その拒否権の主体・客体の範囲についてどうあるべきかが問題とされなければならない。この問題にはかなり法技術的に困難な内容が含まれている。紙面の制約のある本稿では、この問題を詳細に検討する余裕はない。他の機会に譲らざるをえない。

(1) Wigmore, *On Evidence*, VIII, p. 527. 参照。

(2) 証言拒否権の法的性格については、その公法的性格を強調する見解と個人の処分権的なものとして理解する見解とが対立している。証言拒否権が単に個人のコミュニケーションの自由を保障するに止まるのではなく、自由の保障が公共的利益につながる点からみても、安易にこれを処分権的なものとして割り切るには問題があらう。なお、この点については、Vgl. Löffler, *Presserecht*, Bd. 11, S. 435. 刑事訴訟法一四九条但し書では、「但し、本人が承諾した場合、……この限りではない。」と規定し、本人の同意によって証言拒否権の抛棄の可能性を認めているが、立法の態度は証言の必要性和依頼者本人の利益を重くみた妥協的なものであって、同条の本来の趣旨からみれば必ずしも妥当とはいえないものがある。

(3) 報道機関は刑事事件について人とのコミュニケーションによって犯罪事実についての重要な資料を持つことが多い。もし、その報道源について証言拒否権を認めるとすれば、訴訟で重要な証拠はえられないおそれがある。かような事由は、報道源について証言拒否権を否定する有力な根拠である。R. W. Jones, *ibid.*, p. 23 を参照。

(4) 宗教職、医業に従事する者、弁護士等の職業グループに制限することは、ほとんど各国の法制に共通といつてよいが、国によっては雇用者と被雇用者、共同経営者といつた人的信頼関係をとくに必要とする職業範囲にまで拡張せしめている法制もある。

(5) 本文中、「個人の尊厳と人間性を無視し」との表現は、いわゆる *old woman's reason* を意識したものであり、また、「裁判の公平という面からも耐えがたい」との表現は、*fox-hunter's reason* を意識したものである。なお、この点については Wignore, *On Evidence*, VIII, p. 298 を参照。

(6) コミュニケーション上の秘密保持の必要性から生ずる証言拒否は、他の特殊な人的グループについても考えられよう。例えば、企業上の秘密、夫婦間の秘密などがそれである。一四九条はそれらのコミュニケーションの自由とは関係がない。本条は、本文でも述べているように、コミュニケーションの自由の保障が社会一般の公共的利益に深い関係のある特殊の職業グループとの人的関係に限定されて

いる。証言拒否権の要因中、とくに重要な意味を持つのは、三と四の要因である。弁護士等の法律業務に例をとろう。

それらの業務にある者が依頼者の秘密について法廷で証言を強制されるとすれば、秘密の暴露のおそれから、依頼者は自由なインフォメーションを行わず、したがってまた、弁護士等においても充分な弁護等の法律業務を完うすることはできない。この危険は業務の否定にもつながり、影響するところが極めて大きく、証言拒否によって生ずる訴訟上の不利益の比ではない。

(7) 業務上の秘密の利益が委託者個人の人格に関連し継続性を持つからこそ、受託者の証言拒否権はその職務を離れた場合についても与えられるのである。

(8) 報道はその時々々の社会事象を対象とし、また取材の範囲が多岐にわたるため、素材提供者における素材提供上の秘密は一般に断片的・一時的になる傾向がある。報道機関と素材提供者との人的な結びつきは、一四九条に規定された特定の職業グループとの間に量的な相違はあるであろう。

(9) 人が報道機関にある事実を内密にレポートしたということだけで、その者を取りまく社会環境が、そのことに対してかなりの強い抵抗を示す傾向のあることは否定できない。例えば、その者の家族、親族、友人、その者の属する職業領域、あるいは、取引の相手など、いろいろの層から批判とか嫌悪の情が向けられるであろう。レポートの内容が社会への非難、個人の生活に及ぶときは、その傾向はさらに

(69) 報道の自由と刑事訴訟法

強いものとなるであろう。レポートする者のかような恐怖、困惑は、刑法一四九条における職業上の秘密の暴露による依託者の恐怖と、質的には変らない。

(10) Alf Ross, *On Law and Justice*, 1958, p. 149/153

とくに参照。

(11) この部面の歴史はそれ自体好個の研究テーマであり、いずれ機会をあらたにして論及することとしたい。

(一橋大学教授)