



Title	刑事手続きにおける報道の自由〔Medienfreiheit〕の保護
Author(s)	ゲッセル, カール・ハインツ; 本間, 一也//訳
Citation	北大法学論集, 37(6), 69-96
Issue Date	1987-03-27
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16537
Type	bulletin (article)
File Information	37(6)_p69-96.pdf



[Instructions for use](#)

刑事手続きにおける報道の自由〔Medienfreiheit〕の保護

カール・ハイニンツ・ゲツセル
本間一也 訳

第一部 問題の所在

- A 社会的利益の対立
- B 特に重要な事例群
 - I ジャーナリストの可罰的行為に関する報道
 - II 他人(非ジャーナリスト)の可罰的行為に関する報道
 - III (報道)素材の可罰的収集
- C 憲法と刑事訴訟法との緊張関係
 - I (利益)衝突の状況

演

II 憲法上保障されている報道の自由の内容

III 刑事訴追の利益による、報道の自由の制限

講
IV 結論

第二部 情報の保護と自ら取材した資料の保護

A 情報の保護

I 刑訴法五三条一項五号による、情報の直接的保護

II 証言義務の対象範囲の限定による、情報の間接的保護

III 押収禁止および搜索禁止による、情報提供者の直接的保護

B 自ら取材した資料

I 刑訴法五三条一項五号により保障される保護

II 押収禁止および搜索禁止により保障される保護

III 憲法上の証言拒絶権および押収禁止・搜索禁止による保護

第三部 ジャーナリスト自身の可罰性

A ジャーナリストに対する尋問

B 押収禁止

I 刑事訴訟法に基づく押収の可能性

II (問題)解決の可能性

第四部 テーゼ

第一部 問題の所在

A 社会的利益の対立

Crime does pay. 犯罪はもうかるものだ。(誤解のないように申し上げますと)私はこのように主張することによって、(皆様方に)犯罪を推奨するとか、ましてや法に服する人々の法的な心情を問題にしたいのでもありません。——私はただ、「悪の魅惑」に身をゆだね、犯罪を調査し、それを暗闇の中から世間の明るい光の下にひきずり出した者の多くは、これまで栄誉と多額の金銭を手中に収めてきたということを、指摘したいのです。ウオーターゲート(事件)とか、ヒットラーの日記帳(事件)といった名前は、悪の魅力、犯罪の魅力がマスメディアにとっていかに大きなものであったか、そして現在もそうであり、また将来もそうであろうことをはっきりと物語っています。

それとともに既に、両極の緊張関係が明らかとなっています。すなわち、刑罰権とジャーナリズムとの緊張関係であります。(もっと具体的に申し上げますと)読者、聴取者あるいは視聴者を熱狂させたり納得させたりするために、「悪事」をできるだけ実生活に即し事細かに生き生きと描写しようとして、犯罪を追い求め(時には)自ら犯罪を誘発したり、あるいは他人の犯罪に関与したりするジャーナリストと、ジャーナリストが得た知識を自らの目的のために利用しようとし、また(犯罪への)関与の仕方がいづれにせよ犯罪的性質をもつ場合にはそれを許すことができず、また許してはならないという刑事訴追を行う国家の側との緊張関係です。

以上のことから、かの社会的領域の境界が既に設定されていますが、その刑事訴訟上の問題について本日ここで御報告させていただく機会が与えられましたことは、私の名譽とするところであります。

I ジャーナリストの可罰的行為に関する報道

このような事例について、文献上既に報告されています。(すなわち)あるテレビ局のディレクターが、過去に薬物中毒の病歴のある者に〔薬物中毒撲滅〕キャンペーンフィルム〔制作〕への協力を依頼しました。その内容は、一週間にわたる撮影期間中、ディレクターの「住居において、『麻薬使用』〔Fixa〕の全過程、すなわちモルヒネ結晶の煮沸、ろ過、注射そして中毒者の反応」を再現することにより、薬物中毒の病歴のある〔その協力〕者が、すっかり中毒を「再発」してしまったというものであります。この撮影にはさらに、二人の中毒患者(当初、彼らの氏名は不詳)が加わっております。そして撮影から約4週間後の一九七一年六月に、ディレクターによって中毒を再発させられた〔協力〕者がモルヒネの投与過多で死亡しました。(なお、)撮影したフィルムは、一九七一年六月一〇日にテレビで放映されました。

この事案では、利益衝突が非常にはつきりしたかたちで現れております。すなわち一方で、可能なかぎり真に迫った薬物使用のシーンを報道しようとするディレクターの利益、さらにはテレビ局、とりわけ番組編集責任者の同種の利益と、——他方で、撮影の協力者全員を麻薬使用罪ないし所持罪で訴追し、それに加えて、この様な犯罪行為を誘発したディレクターをも、この犯罪への関与を理由として、そして場合によっては彼の行為によって中毒を再発した〔協力〕者の死を可罰的な方法で惹起したという嫌疑によって訴追することに向けられた国家の刑事訴追の利益とが対立しているのです。

II 他人(非ジャーナリスト)の可罰的行為に関する報道

上に申し上げた事例は既に、ジャーナリストに対する刑事訴追とは別に、存在するかもしれない犯罪行為を解明しあ

るいは発見するためには、ジャーナリストの取材資料をその〔刑事訴追〕目的のために入手することが刑事訴追を行う国家にとって極めて重要な場合がありうることを示しています。暴力的なデモ行為は、今日この点に関する古典的な事例であります。この種の多くの場合、テレビ局は既にこのようなデモを報道し、その際、例えば石が警察官やショーウィンドーのガラスに対してどの様に投げつけられたか、逆に、警察官がデモ隊をどの様に殴りつけたか、そして犯罪行為がいったいどの様にして行われたのかを報道してまいりました。このような場合、放映されたフィルムが、この放送を適時、記録することによって、犯罪行為ならびに犯罪者の発見（ないし確認）へと繋がる可能性があります。——しかし、この場合もつと有益なのは、放映者が、恐らく、場合によってはあり得る刑事訴追を阻止するために敢えて放映しなかつた資料でありましょう。

III 〔報道〕素材の可罰的な収集

最後に、例えば単に不道徳な、あるいは否定的に判断されるが（それ自体としては）可罰性のない行為が報道されたにすぎないような場合にも刑事訴追の利益が問題となる場合があります。この場合、〔報道〕素材の収集〔活動〕自体が可罰的な場合が有り得るのです。例えば、個人の生活領域及び秘密領域の保護を目的とした刑法二〇一条以下の構成要件を實現するような仕方、有名人のスクランダルを暴く行為、さらに、公開の審理で論じられる以前に当該事件に関する起訴状等（の内容）を報道する行為（刑法三五三条d）、そして最後に、刑法三五三条bの要件を充足するような形で職務上知り得た秘密をジャーナリストに伝達する行為などがそれであります。この最後のケースでも、国家は、ジャーナリストか、あるいは秘密保持義務に反しジャーナリストに秘密をもらした者に対する刑事訴追の利益を持っているわけです。

C 憲法と刑事訴訟法との緊張関係

I (利益)衝突の状況

上に申し上げた事例において、ジャーナリスト、ディレクターではなく、そこで挙げたような事柄をたまたま知るに至り、プライベートな目的のために写真を取ったりあるいはフィルムにおさめたりするような一般人を置き換えてみますと、問題は極めて単純になってまいります。この場合明らかに、一般人は自己の知り得た全ての事柄について証人として証言する義務を負い、——この者が撮影した写真及びフィルムは証拠物件とされ、刑事法九四条に基づき押収することが許されます——(そして)この者にはただ、刑事法五五条に基づく限定的な供述拒否権、ないしは、彼が被疑者(被告人)として扱われる場合には、刑事法一三六条一項第二文に基づく黙秘権が認められるにすぎません。

〔このように〕ジャーナリストならびにその他のメディア関係者にあつて、法律状態が〔一般人とは〕異なる場合、その理由は何かという〔問題が生じてまいります〕が、この〔問題は、本講演のタイトル(で示した問題を考察すること)〕によつて非常に容易に答えることができるのです。すなわち、それは報道の自由の保護——より正確に申しますと、憲法上保障された報道の自由であります。

従つて、私共のテーマのもとでは、憲法上保障されている二つの利益の衝突が問題となつていくわけであります。〔すなわち、〕法治国家原理に属する実効的な刑事訴訟^②という要請が、基本法五条一項において基本権として構成されている報道の自由によつて制限を受けるのであります。

II 憲法上保障されている報道の自由の内容

周知のように、基本法五条一項第一文において保護されている意見表明の自由は意見形成の自由を前提としており、この意見形成の自由はさらに情報の自由並びに情報源「メディア」の自由を前提としております。「すなわち」この様に初めて、人間の尊厳並びにそれに属する、基本法四条の思想の自由が保障されるのであり、そしてこの様に初めて、できるだけ客観的な情報を基礎として「民主主義にとつて重要な世論を他人から影響を受けることなく(自由に)形成すること」⁽³⁾が可能となるのです。つまり報道の自由は、それ自身のために保障されているのではなく、それが「意見形成過程が全面的に機能しかつ自由であるための」、「法的かつ事実的な必要」条件であるがゆえに、保障されているのであります。従つて、「このような(報道の自由の)保障の実質的な基礎」は、基本法五条一項第一文による「個人の意見〔表明、形成〕言論の自由及び情報の自由」である⁽⁴⁾とされているのです。その際、報道に関連するあらゆる活動が保護されるということが、一般に承認されております。⁽⁵⁾

III 刑事訴追の利益による、報道の自由の制限

a) ところで、それ故そこから、一種の反対の立場に行き着くこともあり(ましよう)。すなわち、「普通の」証人は、尋問の際、通常は、他人の可罰的行為について自ら知り得た事柄を、例えば検察官に実際上明らかにしなければならぬのに対して、報道関係者はいつでも基本法五条一項の防壁のかけに逃げ込むことができる、という見解であります。

もちろん、この基本権(報道の自由)は、一種のタブーゾーンのような絶対的な保護を保障するものではありません。基本法自身がその五条二項において、例えば、「一般法律」によつて報道の自由を制限しておりますし、従つて、憲法規範に対して低いランクに位置づけられるにすぎない単なる法律によつて報道の自由を制限することを許しているのです。(しかしながら)報道の自由という基本権を単なる法律によつて実際上掘り崩してしまうことは、あらゆる国家権力が

演 憲法秩序に拘束されなければならない(基本法二〇条三項)ということからして、もちろん許されるものではありません。
講 b)連邦憲法裁判所は既に一九五一年以来、有名ないわゆる「リュート判決」[Luth-Urteil]において、このことを詳細に述べてきております。「これによれば」基本法五条二項に挙げられている基本権を制限する一般法律は、「基本権を制限する場合には、その基本権のもつ意味に照らして考慮され、かつ、どのような場合にもこの権利のもつ特別な価値内実が……あくまで保障される様に解釈されなければならない」(6)のであります。

したがって、基本権を一般法律によって一方的に制限することは、憲法秩序に合致するものではありません。「すなわち」、「むしろ、『一般法律』……自体……が、自由な民主主義国家においてこの基本権がもつ価値創設的な意味[Wertsetzende Bedeutung]を踏まえた上で解釈されなければならない、したがってそれが基本権を制限する効果を持つ場合には、それ自体が再び制限されなければならないという意味において、「ひとつの」相互作用が生じる」(7)と述べているのです。確かに(この点において)、基本権と一般法律との相互的な制限が逃げ道のない循環に陥る危険が存在しております。しかし、その打開策を連邦憲法裁判所が自ら示したのでした。

これがいわゆる「反転理論」[Inversionstheorie]であり、それは「利益衡量」を必要とする「(1)というのです」。つまり、報道の自由という基本権は、「保護に値する他のより高次の利益が、基本権で保障された自由の活動によって侵害される場合には、背後に退かなければならない」。「そしてこの場合、より高次の利益が侵害されるか否かは、「当該事案の全ての事情を考慮して確認されなければならない」(8)と判示しています。

このようにして連邦憲法裁判所によって示された具体的な利益衡量量(論)に対しては、しかし、次の様な批判がなされてきました。すなわち、それによって、「(報道の自由という)基本権のもつ意味にも、法的安定性という法治国家的要請にもそぐわない権限が裁判官に認められることになり、——それゆえ、リュート判決で示された利益衡量はただ抽象

的にのみなされるべきである〔という批判が加えられてきたのであります〕¹⁰⁾。

しかしながら〔我々〕刑事訴訟法学者からしますと、このような議論は、先に拒絶した〔具体的利益衡量という〕立場へと再び逆戻りしてしまうように思われます。すなわち、抽象的に利益衡量を行うという場合、国家の刑事訴追の利益と報道の自由の利益とが抽象的に衡量されなければならないこととなりますが、——刑訴法学者は〔もちろん〕、この様な利益衡量を行う際に、刑事訴追の利益に絶対的な優位を認めようとするものではありません。〔しかしながら〕他方において、どんなプレス活動に対しても *non me tangere*〔誰も私に触れようと思ふな〕という防壁を付与するつもりもありません。〔例えば〕報道に用いる文書類を保持している者からそれを強奪したり、まして殺害してまでそれを入手するようなジャーナリストは、もちろん、処罰されるべきであると刑事訴訟法学者は考えております。当然のことながら〔この様な場合には〕、刑事訴訟法学者は〔報道の自由に〕讓歩することはできないのです。

いづれにせよ、こういった論争は、ヘルツォーク〔Herzog〕が提案している様に¹¹⁾、反転原則〔Inversionsprinzip〕によって要求されているような抽象的利益衡量を行う際に、それに加えて必要性原則〔Erforderlichkeitsprinzip〕が考慮されるならば、ほとんど意味を失うものと思われれます。

IV 結 論

私は、これまで述べてきたことを、次のように要約したいと存じます。すなわち、報道の自由にも、それと対立する刑事訴追の利益にも、それだけで排他的・一般的に優越的地位が認められる訳ではない、ということであり得ません。しかしその際、私共は、連邦憲法裁判所が要求している具体的・個別的〔利益〕衡量〔という基準〕を是認せざるを得ません。——この基準が法的安定性を害する危険を伴っており、またそれと同時に、裁判官に特別の解釈権限を認めることにな

演るとしても、そのようなであります。このような欠点は、いずれにせよ、利益が対立する一定の事例について、このような個別的(利益)衡量が、抽象的に、例えば、刑事訴訟法において立法者自身によっておこなわれることによって、取り除くことができます。「そして」立法者は現にこのような規定を設けております。すなわち、刑法五三条一項五号において、立法者は、「(情報)提供者」[Zulieferer]に関する報道関係者等の証言拒絶権を規定しており、それと同時に、第

三者が刑事訴追を恐れて報道関係者に情報を提供せず、これがために取材(活動)に重大な支障をきたすといったことがないようにと、この場合に生ずる刑事訴追の利益とプレス(Press)の利益との衝突を規制しているのです。⁽¹²⁾

ここで一言申し上げることが許されますならば、いささか古い古された事かもしれないかもしれませんが、次のことを確認しておきたいと存じます。すなわち、刑事訴訟法は憲法を適用した法律[angewandtes Verfassungsrecht]であるという点であります。さて、これまでの憲法的な考察によつて、私は、このあと二部に分けて報道の自由(の利益)と刑事訴追(の利益)とが衝突する主要な事案を取り扱うための基礎を示す事ができたものと思っております。「そこで」以下においては、刑事訴訟法上の各規定ないし(この問題の為のいくつかの)解決案を、憲法の適用として理解するように努めたいと存じます。

第二部 情報の保護と自ら取材した資料の保護

A 情報の保護

一見したところでは、この(情報の保護が問題となる)事案には、さしたる困難も無いように思われる(かも知れませんが)。すなわち、刑法五三条一項五号は、報道関係者に、——もちろん無制限ではありませんが——証言拒絶権を保障

しており、この権限が及ぶ限り、刑法九七条五項によって、押収、そしてそれと同時に捜索が禁止される〔からであります〕⁽¹³⁾。しかしながら、もっと詳しくみて行きますと、その法律規定に対していささか重要な疑問が生じてくるのです。

I 刑法五三条一項五号による、情報の直接的保護

a) 刑法五三条一項五号はフィルム制作者については言及しておらず、それゆえ同規定は、基本法五条一項がこの領域にも保護の及ぶべきことを明示的に規定しているという事実を、不当に無視しているのではないかとおもわれます⁽¹⁴⁾。

刑法五三条一項五号の明白な文言からは、この「フィルム制作に関わる」報道関係者については、立法者によってその証言拒絶権が意識的に排除されたものと見なさざるをえません。——その限りで、〔彼らの〕証言拒絶権は、直接、基本法五条一項を考慮することによってのみ認めることができるとは⁽¹⁵⁾。

b) いまひとつの疑問は、〔刑法五三条一項五号によると〕証言拒絶権が報道業務の編集部門〔der redaktionelle Teil der jeweils betroffenen medialen Publikation〕に限定されている点に関するものであります。

1 投書が編集部門に属することは、つい最近、ベルリン上級地方裁判所〔das Kammergericht〕一九八三年三月一七日の決定によって承認されました⁽¹⁶⁾。〔この様に投書も〕刑法五三条一項による報道の自由の保護の下にあるとされたことは、〔私共にとつても〕歓迎すべきことであります。投書が〔それぞれ〕対立する見解を示すことによって、意見形成に大いに役立ち得るものであることは、明白なようにおもわれる〔からです〕。

2 〔次に〕刑法五三条一項五号の文言から明らかなように、証言拒絶権は、定期刊行物の広告部分には妥当しませんし、またテレビ等のコマーションにまでは及ばない〔とされています〕。

このような解釈は、刑事訴訟法関係の学説並びに判例においても、一般に認められているところであり⁽¹⁷⁾。——〔し

演 かしながら、立法者によるこのような証言拒絶権の制限には、やはり疑問が生ずるのであります。⁽¹⁸⁾

講

既に連邦憲法裁判所は、一九六七年一月一八日のいわゆる「ズュートクリール判決」[Südcurier-Urteil]において、「報道の自由は広告をも含む⁽¹⁹⁾」ことを確認しました。正当にも本判決は、広告も「そこに含まれている経済的な便益、あるいは他人の意見表明に関する」情報を伝えるものだということに着目しました。⁽²⁰⁾それで、(例えば選挙のためのアピールとか候補者の推薦といった、自発的な市民運動のための)広告を通して特定の個人的意見が流布され、さらに、例えば住宅の販売物件や購入申込の広告を通して住宅市場の状況に関する情報を提供することで、広告は意見形成過程に関与しているのです。同様の事は、例えば労働市場やその他の市場にもあてはまります。したがって、報道の編集部門以外の領域にも、基本法五条一項にもとづく報道の自由の保護が認められなければなりません。

それに加えて、広告主の多くは、もつともな理由からではありませんが、(自分が広告をだしたことを他人に)知られないようにと望んでおり、また、その一部は、まさにそれが匿名広告というかたちを採ることによつて実際に知られずすむために、出版物に広告を出しているということを考えあわせると、その限りで、広告主が匿名性の保障に関して当該出版機関に示している信頼(の念)を確実に保護することも必要になってまいります。

従つて、刑法法五三条一項五号の証言拒絶権を編集以外の領域にも拡張することが望ましいでしょう。尤も、連邦憲法裁判所は本講演で最後に引用する判例⁽²¹⁾の中で、極めて限られた程度においてはありますが、この様な結論に到達しております。〔すなわち〕証言拒絶権の保障にとつて重要な、プレスのもつ統制機能および意見形成機能(Kontrollierende und meinungsbildende Funktion)を特別の場合にのみ、個々の広告に認めることができるにすぎないと、裁判所は考えているのです。そして、このような(特別な)場合には、——それはフィルム制作についても同様ですが——確かに、刑法法五三条一項五号にもとづく証言拒絶権は、同規定の文言から明らかなようになら問題となりえないが、それは

基本法五条一項から直接導き出すことのできるものである〔と裁判所はいうのです〕。⁽²²⁾

II 証言義務の対象範囲の限定による、情報の間接的保護

a) 刑訴法五三条一項五号の証言拒絶権が情報提供者あるいは「著作者、寄稿者の身上(Person)」に「関するものであるかどうかは、まずさしあたっては、そうはつきりとしているわけではありません。尤も、例えば、出版(社)あるいはテレビ(局)自身が情報提供者の匿名を暴露した場合には、たとえそれが証言拒絶権によって保護できるものであっても、匿名を守ることにについての信頼関係はもはや存在しない、ということだけは一般にみとめられております。⁽²³⁾

b) しかしながら、この場合に、今やその氏名を明かされた情報提供者の所在(Aufenthaltort)についての質問に「までも」答えなければならぬのか、つまり、報道関係者は、刑事訴訟当局に、捜索中の情報提供者の発見に繋がる情報を伝えなければならぬのかという点は、疑わしく、また少しも明白なことではないように思われます。

連邦(通常)裁判所は、一九七八年一月二八日の決定において、この問題を取り扱わなければなりません⁽²⁴⁾。この事案は次の様なものでした。「地下に潜伏し——今となつては昔のことですが——〔その当時は〕テロリスト的な暴力犯と推測されていた者が、雑誌「シュピーゲル」で、テロ組織からの「脱退」を本名で宣言し、この組織に関与する者全員に自分と同様の行動をとるように呼び掛けました。氏名の明かされたこの人物の所在について後に証人として尋問を受けた者が、刑訴法五三条一項五号に基づき証言を拒絶したのです。連邦裁判所はその決定の中で次の様な結論に到達しています。すなわち、証言拒絶権は(情報提供者の)身上を報告することだけに限定されているので、彼の所在についての質問自体は拒絶することの出来ないものであり、具体的に言えば、報道の自由の保護のために(この様な質問に証言拒絶権が認められること)はない、つまり、〔確かに〕基本法五条一項は、情報提供者等の身上に関する証言拒絶権が、情報

提供者の身上を調査するの間に間接的に役立ち得る全ての質問についても及ぶことを命じている、(ただし)報道(機関)自らがその氏名を漏らすことにより匿名を守らなかつた場合には、例外的に上のことは妥当しない⁽²⁵⁾、しかしながらこの場合にも、裁判官は、個々の具体的事例に即して(利益)衡量を行うことによって、証言義務よりも報道の自由(Pressefreiheit)に優越的地位を認めることもできる(と判示したのである)⁽²⁶⁾。

しかし、私見によりますと、刑法法五三条の証言拒絶権が氏名の明らかな情報提供者の所在にも及ぶか否かということが重要なわけではなく、むしろ、証人の供述義務はどこまで及ぶのかということが本質的な問題なのです。——そして、訴訟法的な意味における事実(Fact)、通説によれば特定の人物の可罰的行為という歴史的な事象だけが(刑法法六九条にいう)尋問の対象であります。それゆえ、いかなる証人も、当該可罰的行為について自ら見聞きした事柄についてだけ、そしてまた、状況証拠としてあるいは間接的に当該(犯罪)事実に関わるような事柄についてだけ、供述するうちに義務づけられているのです。たとえ証人がそれ以外の事柄に義務を負うかもしれないとしても、私の信ずる所によれば、いずれにせよ、証言義務は当該被疑者(・被告人)の所在には関わっていないのであります。(なぜなら)いかなる証人も原則として、刑事訴追当局が氏名の明らかな(犯罪)行為者を探知するのを助けるように義務づけられている訳ではない(からです)。——(もちろん)犯人の所在場所を積極的に隠匿した場合には、その事情により、刑法二五八条の刑罰(の執行)を無効果にする罪(の成立)が認められることもあり得ましょう。

III 押収禁止および搜索禁止による、情報提供者の直接的保護

刑法法五三条一項五号の証言拒絶権の及ぶ限度で刑法法九七条五項の押収禁止(規定)が妥当します。そしてこの禁止(規定)は、証言拒絶権をいわば拡大し、⁽²⁷⁾それと同時に搜索禁止を基礎づけているのです。⁽²⁸⁾

もちろん、この押収禁止〔規定〕は、同規定並びに刑訴法五三条一項五号が保護している報道機関〔Medien〕と情報提供者等との信頼関係が、この禁止によつて実際上もなお保護できる限りでのみ妥当します。原則的に押収禁止に服する証拠物件が、出版あるいは放送によつて既に公表されてしまった場合には、もはやこのような保護を達成することは不可能です。——さらに、そのような場合、報道の自由という基本権によつて画された保護領域は放棄されているのです。ラジオおよびテレビといった分野における実務にも、同じことがあてはまります。すなわち、既に放送済みの素材は、刑事訴追当局の自由な使用に供されるものです。——これに対して、未だ放送されていない素材は、刑訴法五三条一項五号、同九七条五項を考慮に入れますと、そしてとりわけ報道の自由が憲法上保護されていることを考慮にいれずならば、そうであつてはならないのです。

刑訴法五三条一項五号の証言拒絶権によつては報道の自由の保護が不十分ではないかという疑問が妥当なものとして認められるとしますと、この疑問は、ここで〔の事例について〕も存在します。〔というの〕も〕押収禁止はこの証言拒絶権の範囲と重なっているからです。

B 自ら取材した資料

〔この点に関する〕現在の議論の要点は、刑訴法五三条一項五号の証言拒絶権がいわゆる自己取材資料〔das selbstrecherchierte Material〕にまで及ぶか、という問題です。しかしながら、法律の文言によれば、たとえ合憲的解釈⁽²⁹⁾という基準を考慮に入れたとしても、自ら取材した資料には実際のところ本規定の証言拒絶権が及ばないということは、疑う余地がありません。⁽³⁰⁾

I 刑訴法五三条一項五号により保障される保護

しかし、このような法状況が、しばしば指摘されているように、⁽³¹⁾ 実際それほど不十分なものかどうかは疑ってみなくてはなりません。

a) (上に述べたような観点から) 刑訴法五三条一項五号を批判する人達によれば、(この場合に) 報道関係者に対して無制限の証言義務を課すことは、報道の自由に不可欠な保護を妨げることになるだろうということは、認めざるを得ません。すなわち、基本法五条一項は、典型的な報道業務に属するあらゆる行為態様、とりわけ、情報の探知、その収集そして保存を、漏れなく含んでおりかつ保護していることは、既に(第二部C IIで) 述べた通りであります。したがって、私見によりますと、自ら取材した資料が報道の自由の保護領域に含まれることについては、何ら疑問はないのです。しかしながら、このような保護が証言拒絶権によつて確保されるべきであるのか、それどころか、そもそもこのような方法で(報道の自由の保護が) 確保されるのかということは、全く別問題です。この問題は、部分的にのみ肯定できるにすぎません。

b) 自ら取材して具体的な犯罪行為あるいはその惹起者を認識するに及んだ場合、その認識内容は、もちろん、証言義務の対象であります。その限りで、報道の自由を實際上証言拒絶権によつて保護することも考えられ、また必要でもありません。——それゆえ、現行刑訴法五三条一項五号に対する前述の批判は全く正当なものであります。

しかしながら、ここで次のような事情を考慮にいれなければなりません。すなわち、(犯罪に関する) この様な知識は、大多数とまではいかにないにしても多くの場合、第三者の通報に基づくものであり、それゆえ、その限りで証言拒絶権が介在し、(それによつて) 必要とされる保護が十分に保障されているように思われるということでもあります。——従つて、保護されないものとして残るのは、第三者の通報によらない、当該ジャーナリスト自身の感覚的知覚を通して得られた

知識だけであります。このように自ら探知した資料と第三者の通報によるそれとを区別することは、実務上も、克服し難い困難をもたらすものではないように思われます。⁽³²⁾

II 押収禁止および搜索禁止により保障される保護

これに対して、自ら作成した資料、写真、収集情報の保護、あるいは、自ら作成したフィルム資料の保護は、いずれにせよ、証言拒絶権によつて直接的に保障できるものではありません。すなわち、これらの資料は、検証および書証の対象ではありませんが、証言の対象ではないのです。刑事訴追当局からこれらの資料を保護することは搜索禁止と結びついた押収禁止によつてのみ確保することができます。情報提供者から報道関係者に手渡された資料⁽³³⁾についても、原則として、⁽³⁴⁾ 刑法五三条一項五号の証言拒絶権と結びついた⁽³⁵⁾ 刑法九七条五項の押収禁止を通して、このような保護が確保されております。——これに対して、自ら探知した資料に関しては押収禁止規定の適用はありません。すなわち、⁽³⁵⁾ 刑法九七条五項およびこれと必然的に結びついた搜索禁止は、ただ、⁽³⁵⁾ 刑法五三条一項五号の証言拒絶権を確保することに役立つにすぎないのです。

III 憲法上の証言拒絶権および押収禁止・搜索禁止による保護

以上のことから〔次に〕、「このように」欠けている保護を他の方法で確保することができないか、ということが問題になつてまいります。そしてこのような問題は、判例でも学説でも活発かつ詳細に論じられています。すなわち〔そこでは〕証言拒絶権が、基本法五条一項から直接導き出されるか、ないしは、この基本権から要請される報道の自由と刑事訴追の利益との〔比較〕衡量に基づき認められるのか、といった論点が重要とされているのです。そして、押収・搜索禁止に

ついても、このような考慮を押し広げてゆかなければならないでしょう。

a)ところで連邦憲法裁判所は、証言拒絶権が報道の自由という基本権から直接導き出せるということを、承認してお(36)ります。

1 しかしながら、この点に関して(も、やはり)、幾つか疑問がございます。もちろん、基本権が、まさに刑事訴訟法の中にとりわけ重要な適用領域をもっているということは、誰も争わないでしょう。基本権の保護と刑事訴訟の利益とは、ここで相互に歯止めなく衝突するのです。——そのような衝突は、私見によりますと、リユート判決(37)で展開された相互的影響理論(die Theorie der wechselseitigen Beeinflussung)によって克服されなければならないものであります。しかし、その際に必要とされる報道の自由と刑事訴訟との利益衡量は、まず最初に、立法者によって行われなければならぬものであります。そしてこのことは、連邦憲法裁判所が「シュピーゲル判決」の中ではつきりと認めているところであり(38)ます。連邦裁判所は、この利益衡量が完全に行われていない場合にだけ、必要とされる利益衡量(の権限)を直接裁判官に割り当てているのです(39)。つまり、この場合裁判官は、報道関係者の証言拒絶権を、直接、基本法五条一項第二文から導くことができる(40)、というのです。同裁判所は、押収禁止についても同様のことを認めてきて(41)おりました。

2 しかし、今では——「すなわち、」一九七五年(の刑事訴訟法の部分的改正立法)以降——立法者は、刑法五三條一項五号の最終的な規定の中において、刑事訴追の利益と報道の自由との間の利益衡量を行いました。したがって既に、以前の連邦憲法裁判所判例の諸原則によれば、裁判官が利益衡量に基づいて基本法五条一項第二文から証言拒絶権を直接導いていたのです(42)、このことは結局、問題とならなくなりました。

この点は特に、連邦憲法裁判所(の判断)に対してはつきりと示しておかなければなりません。同裁判所が、目下のところ最も新しい一九八三年五月一〇日の判決の中で、相変わらずこのような可能性を認めている限り、(私共は)もはや(43)

そのような見解に従うことはできません。すでにフェッター〔Fezer〕⁽⁴⁴⁾が、その詳細で「正当な〔判例〕批評の中で、〔そのような可能性を認めれば〕この〔刑法法五三条一項五号の〕規定〔のもつ〕価値〔が〕どれほど耐え難い相対化〔あるいは過少評価〕を受け、法的安定性を不当に害するに至るかを強調しました。その上、個々の事案において裁判官による〔諸利益の〕限界設定が許されるとしますと、それを一貫するなら、犯罪行為が特に重大な場合には、刑法法五三条一項五号によって保障された証言拒絶権を排除することが許される、と考えなければなりません。——しかし、立法者はそれを見ませんでした。それゆえ一般に、重大犯罪の場合にも証言拒絶権を制限することは、正当にも認められていません。⁽⁴⁵⁾

b) もちろん、それによって、刑事訴訟上の諸権利を基本法から直接導き出すことが、否定されるわけでは決してありません。しかし、このようなことは、立法者が刑事訴追の利益と憲法上の利益との必要な衡量を自ら行わなかった場合にだけ、当てはまるにすぎません。

第三部 ジャーナリスト自身の可罰性

最後に残された問題は、ジャーナリストの活動は、それがまさに可罰的な方法で行われた場合でも基本法五条一項第二文の保護を受けるか、ということでありませぬ。

A ジャーナリストに対する尋問

ジャーナリストが、(例えば、「公開の審理が始まる以前に」)起訴状を公表する罪の嫌疑で「被疑者(・被告人)」として尋問を受ける場合には、彼は、刑法法一三六条に基づきいっさいの証言を拒否することが許されています。すなわち、何

人も自己の有罪認定に積極的に寄与する義務を負わないのです。⁽⁴⁶⁾

さらにまた、ジャーナリストへの情報提供者だけが、例えば、刑法三五三条以下により、あるいは、職務上の秘密の漏示のゆえに処罰された場合にもそのジャーナリストは証言するには及びません。この場合、彼には刑法五三条一項五号に基づく証言拒絶権が認められるのです。もちろん、通常の場合は、それが教唆であれ利益供与の承諾であれ、あるいは説得によつてであれ、場合によつては犯罪となりうる情報提供者の行為にジャーナリストが(何らかの形で)関与しております。この場合にジャーナリストが証人として尋問されるなら、彼は、刑法五三条一項五号だけでなく、さらに、同法五五条の供述拒否権(Das Auskunftsverweigerungsrecht)をも援用できます。すなわち、証人尋問の範囲内でも、何人も自己を刑事訴追の危険に曝すことを強いられないのです。

B 押収禁止

(次に)この(ようにジャーナリスト自身の可罰性が問題となる)場合に(資料等の)押収ができないのかが、問題となるように思われます。ここで注意しなければならないのは、刑事訴訟法が押収禁止を予定しているのは、もっぱら同法五二条、五三条、五三条aの証言拒絶権を確保するためであり、⁽⁴⁷⁾ 被疑者(・被告人)の黙秘権を確保するためではなく、したがって刑法五五条の供述拒否権を確保するためでもない、という点であります。

I 刑事訴訟法に基づく押収の可能性

このようにジャーナリストが被疑者(・被告人)である場合、情報書類、写真、ビデオカセット等といった証拠物件はすべて、これを押収することができ、そしてそれらはジャーナリストに向けられた審理にとつて証拠方法としての意味

を持ちます。「そして」ジャーナリストの可罰性が情報提供者の犯罪行為に可罰的に協力した点に認められる場合にも、いやそれどころか、情報提供者が盗んだり、あるいはその他の可罰的な方法で入手した資料をジャーナリストが善意で取得したような場合であっても、このことが当てはまります。⁽⁴⁸⁾ 刑法九七条五項第二文が同条二項第三文を準用していることから窺われるように、立法者(自身)はそのように指示しているのです。

II 解決の可能性

しかしながら、このような法状況は〔決して〕満足のいくものとはおもわれません。証拠禁止に関する判例の中では、例えば、日記に記されたメモとか録音テープ等は、基本法一条一項と結びついた同二条一項の基本権を侵害するがゆえに、「すなわち」使用禁止が憲法から直接導き出されるがゆえに、判決発見の基礎とされてはならないということが、かなり以前から承認されております。⁽⁴⁹⁾ しかし〔だとすれば〕ジャーナリストの一定の取材資料を〔証拠とすることは〕それが報道の自由を不当に侵害するがゆえに〔証拠として〕使用できないものとみなすことは、もはや不可能なことではない〔でしょう〕。——つまり、基本法二条から〔証拠の〕使用禁止が導き出せるように、他の基本権からも、すなわち、基本法五一条一項第二文からも〔証拠の使用禁止を導くことができるのです〕。しかしながら、このように使用禁止〔を導き出すこと〕が可能だとしましても、そのような使用禁止は、「そもそも」その証明の対象が判決発見の基礎とされてはならないような証拠を提出すること〔自体〕を、既に禁止しているのではないのかという問題を、さらに提起することが許されるに違ひありません。そしてこの問題は肯定されるべきです。すなわち、基本法二条ないし、例えば、五条の基本権は、許されない証拠資料を使用することによって初めて侵害されるのではなく、刑事訴追当局がそれを差し押さえることによつて既に侵害されているのです。それゆえ私の信ずるところによれば、裁判官の判決発見の際にその使用が排除されるよ

うな資料は、「そもそも」押収されてはならないのです。「そのような」基本法上の〔証拠の〕使用禁止から基本法上の押収禁止が導かれ、さらに、—それを確保するために—基本法上の搜索禁止が導かれるのです。かような理由から、基本法上押収禁止のいくつかの可能性が原則的に承認されているのです。⁽⁵⁰⁾

報道の自由の領域では、そのような〔証拠の〕使用禁止およびそれと結びついた押収禁止は、いわゆるリユート判決⁽⁵¹⁾で展開された反転理論を適用し、報道の自由の利益と刑事訴追のそれとを〔比較〕衡量することに基ついてのみ導き出すことができます。この場合にも、この点に関する立法者の決定が欠けている場合に初めて、個々の事案における裁判官の具体的〔利益〕衡量が許されるのです。刑法九七条五項に規定されているのは、主として証言拒絶権を確保するための押収禁止だけであり、これに反し、被疑者（・被告人）とされた報道関係者に対する刑事訴追の利益と報道の自由との関係の問題は、刑法九七条二項第三文でわずかに付随的に触れられているにすぎないという点を考慮しますと、その限りで、少なくとも不備のある法規定が存在している〔こと〕になります⁽⁵²⁾。「そして」この規定は、連邦憲法裁判所によつてシュピーゲル判決が下された当時の刑法旧五三条に相当するものです。つまりここでは、裁判官が個々の事案において〔利益〕衡量を行う余地があるのです。—しかし、それが〔具体的に〕どのようになさるべきかは、全く未解決の問題です。「ただし」そのような利益衡量は、言うまでもなく、刑事訴追当局によつて取り調べられている〔犯罪〕事実の重大さに着目して行わなければならないでしょう。

自ら取材した資料も押収を免れる資料と同様に扱う場合には、情報提供者が訴追されてはならない限り、証言拒絶権の保護は搜索・押収禁止を通じて拡大されます。すなわち、その限りで〔証拠の〕使用禁止が存在しているのです。

第四部 テーゼ

〔本日の講演を終えるにあたりまして、私がこれまで申し上げてまいりましたことを、次のようなテーゼに要約し、結びに代えたいと存じます。〕

1 刑事手続きでは、刑事訴追の利益と憲法上保障された報道の自由の保護とが相互に対立する。かような対立は、〔それぞれの〕対立する利益を〔比較〕衡量することによって解決されなければならない。——〔ただしそれは、〕これらの利益のいずれか一方に原則的な優位を認めることによつてではなく、——常に優先されるべき——立法者の決定を通して、あるいは〔立法者がこの点を明確にしていなない場合は〕具体的事案における裁判官の〔利益〕衡量を通して解決されなければならない。

2 刑法五三一条一項五号に規定する報道関係者の証言拒絶権は、報道の自由の保護に役立つ。立法者は、この規定によつて〔特定の〕ある分野について、包括的規制を設けたのである。法律によつてなされたこのような利益衡量と並んで、裁判官による〔個々の事案における〕具体的〔利益〕衡量が問題となることはもはやない。〔基本権の制限に際しての〕比例性〔Verhältnismäßigkeit〕の原則を維持する場合にも同様のことが妥当する。

- a) 〔証言拒絶権の認められる範囲を〕プレス並びに放送制作の編集部門に限定することは、憲法上疑問がある。
- b) 情報提供者等の所在に関する質問には、その限りでいかなる証言義務も存在しないがゆえに答える必要がない。
- c) もつぱら自分で調査した資料は、搜索禁止と結びついた押収禁止によつてのみ保護することができる。このような

演 資料は検証・書証の対象であるがゆえに、いずれにせよ、証言拒絶権によって直接に保護されることはない。
d) 調査に際して「ジャーナリストが」可罰的行為に関して、自ら感覚的に知覚した事柄については、それが刑法五三
条一項五号の証言拒絶権に含まれない限りにおいて制限のない証言義務を負う。

3 刑法九七条五項の押収・搜索禁止に関する規定は、一定の「者」の「証言拒絶権を保障するためだけ役立つにすぎない。同規定は、自ら探知した資料を含んでいない。——その限りで、「このような資料に関しては」基本法五条一項第二文から直接、押収禁止を導き出すことができる「にすぎない」。それら」の押収禁止は、報道の自由と刑事訴追の利益という対立する利益を、個々の事案において裁判官が「比較」衡量することによって具体化することが可能となる。

註

- (1) Müller u.a., Stratverfolgung und Rundfunkfreiheit, 1973, S. 11
- (2) BVerfGE 19, 342, 347
- (3) Mauz-Dürig-Herzog, Art. 5 Abs. I, II, Rdn. 9; vgl. ferner z. B. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., § 12 I 5; Mauz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 25. Aufl., § 18, III
- (4) Scholz, JZ 1981, 561, 563.
- (5) Mauz-Dürig-Herzog, Art. 5 Abs. I, II, Rdn. 135; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 4. Aufl., Art. 5 Rdn. 7; v. Munch, GG, Art. 5 Rdn. 23; 裁判憲法裁判所の確立した判例のゆえに° vgl. z. B. BVerfGE 21, 271, 279.
- (6) BVerfGE 7, 198, 208.
- (7) BVerfGE 7, 198, 209.
- (8) BVerfGE 7, 198, 210.

- (9) 判例の立場に、賛成するものとして v. Munch, GG, Art. 5 Rdn. 52.
- (10) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 5 Abs. I, II, Rdn. 260.
- (11) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 5 Abs. I, II, Rdn. 275.
- (12) Fezer, JZ 1983, 798f. 各段に同様のことを指摘している。
- (13) Z.B. Amelung, DNotZ1984, 195, 202.
- (14) Löffler, NJW 1978, 913, 914.
- (15) 後述の B III を参照せよ。
- (16) JR. 1983, 382.
- (17) Vgl. z.B. Löwe-Rosenberg-Dahs, 24 Aufl. § 53 Rdn. 53; KG JR. 1983, 382, 383.
- (18) この点に関しては、例えば、Löffler, NJW 1978, 913, 915. の批評を参照せよ。
- (19) BVerfGE 21, 271, 278.
- (20) BVerfGE 21, 271, 279.
- (21) BVerfGE 64, 108, 114.
- (22) BVerfGE 64, 108, 118.
- (23) この点を適切に指摘するものとして Karlsruher Kommentar (KK) -Pelchen, § 53 Rdn. 34.
- (24) BGHSt. 28, 240.
- (25) BGHSt. 28, 240, 246.
- (26) BGHSt. 28, 240, 247ff.
- (27) S. z.B. Amelung, DNotZ 1984, 195, 202.
- (28) Vgl. z.B. Löwe-Rosenberg-Meyer, § 97 Rdn. 3 und § 103 Rdn. 9
- (29) Jarass, AfP 1977, 214, 215.
- (30) Vgl. z.B. BVerfGE 56, 247, 248. und — unveröffentlicht — Beschl. v. 16.1.1980, 2 BvR 1499/79; BGHSt. 28,240,255; KK-Pelchen, § 53 Rdn. 40; Groß, NJW 1975, 1763f; Jarass, AfP 1977, 214, 215; Rebmann, AfP 1982, 189, 190. へるへ

- Kohlhaas, Löffler-Festschrift 1980 S. 143, 150. 並びに Löffler, NJW 1978, 913, 915. は、これと反対の立場をとっている。
- (31) Vgl. Groß und Löffler a.a.O. (前出註30)
- (32) Rebmann, AfP 1982, 189, 190.
- (33) KK-Laufhütte, § 97 Rdn. 18
- (34) 刑訴法九七条二項第三文の例外については、後述第三部B Iを参照せよ。
- (35) 一般的を真解する。vgl. z.B Löwe-Rosenberg-Meyer, a.a.O (前出註28)
- (36) BVerfGE 64, 108, 118; so schon früher z.B BVerfGE 25, 296, 305; 33, 367, 374.
- (37) BVerfGE 7, 198.
- (38) BVerfGE 20, 162, 187; ebenso BVerfGE 33, 367,378;
- (39) BVerfGE 20, 162, 189.
- (40) BVerfGE 25, 296, 305; 64, 108, 119f
- (41) BVerfGE 38, 103, 105.
- (42) Vgl. BVerfGE 20, 162, 187; 25, 296, 305.
- (43) BVerfGE 64, 108, 118ff
- (44) Fezer, JZ 1983, 799.
- (45) この点を適切に指摘するものとして Rebmann, AfP 1982, 189, 192.
- (46) Vgl. BGHSt. 14, 358, 364 刑訴法一三六条一項第一文、同二四二条四項第一文をも参照せよ。
- (47) Vgl. Löwe-Rosenberg-Meyer, § 97 Rdn. 1; KK-Lanföhütte, § 97 Rdn. 1
- (48) Vgl. z.B Löwe-Rosenberg-Meyer, § 97 Rdn. 32
- (49) Vgl. dazu z.B. Gössel, JZ 1984, 361
- (50) Vgl. z.B. BVerfGE 38, 103, 105 m.w.N
- (51) BVerfGE 7, 198; この点に関しては、前述の第一部C III bを参照せよ。
- (52) BVerfGE 20, 162 を参照せよ。

* この点に関しては、野中俊彦「報道の自由——西ドイツ」比較法研究33（一九七二年）三七頁以下参照。

〔訳者あとがき〕

本訳稿は、西ドイツ・エアランゲンリニエールンベルク大学教授(ミュンヘン地方裁判所裁判長裁判官)カール・ハイッングェッセル(Karl Heinz Gössel)博士が、一九八六年一〇月一四日、本学部「法学会」において行った記念講演「Der Schutz der Medienfreiheit im Strafverfahren」の原稿を訳出したものである。

ゲッセル教授は、一九三三年一〇月一六日、ニーダーラインのラインハウゼンに生まれ、ミュンヘン大学で故マウラッハ教授の助手を勤めた後、現在、裁判官として実務に携わる一方、エアランゲンリニエールンベルク大学教授の地位にあり、刑法学、刑事訴訟法学の両分野において数々の論文を発表されている。最近の著作としては、Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 1984; Löwe-Rosenberg-Gössel, StPO. Großkommentar. 24 Aufl, 12. Lieferung, §§ 359-373a; Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in; ZStW Bd 94, 1982, S. 5ff; Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in; Festschrift für Dünnebier, 1982, S.121ff; Über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme gegen teilrechtskräftige Verwertungsverbote im Strafverfahren, in; JZ 1984, S.361ff; Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal. Zugleich ein Versuch über Das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm. in; Festschrift für Oehler 1985 S. 97ff.等がある。教授の経歴・著作に関しては、宮沢浩一編『西ドイツ刑法学学者編』（一九七

演 八年) 一二六七頁、宮沢浩一、井田 良「西ドイツ刑法学の現状(追録Ⅶ)」慶応義塾大学法学研究五七卷一二号(一九八四年) 一四一二頁参照。

講 ゲッツェル教授は、一九八六年九月に慶応義塾大学の招きで来日され、約一ヶ月にわたり全国の各大学で様々なテーマの講演をされた。

本講演(常盤大学でも同一内容の講演が行われた由)の内容は、この問題に関する研究が比較的少ない我国の現状(刑事司法と報道の自由に関する従前の研究としては、古くは、鴨 良弼「報道の自由と刑事訴訟法——証言拒否権——」一橋論叢六二巻四号(一九六九年)三五頁以下が特記できよう。その他、「特集 報道の自由と刑事裁判」法律のひろば 二二巻一一号(一九六九年)六頁以下、「特集 刑事司法と報道の自由」ジュリストNo. 439(一九六九年)一五頁以下、町野 朔「裁判とマスコミ—刑事司法と報道の自由」ジュリスト増刊『総合特集現代のマスコミ』(一九七六年)など。最近のものとしては、鴨 良弼「ジャーナリストの証言拒否権」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四巻』(一九八五年)二三七頁以下、上口 裕「刑事司法と報道の自由—アメリカと西ドイツの現状—」(一)「(二)南山法学一〇巻一号(一九八六年)一頁以下、二号(同)一頁以下、松本一郎「犯罪報道と刑事手続」ジュリストNo. 852(一九八六年)一〇二頁以下がある。)の下では、重要な意義を有するものと思われる。

なお、翻訳に際しては当然のことながら、原文を尊重してできるだけ忠実に訳すように配慮したが、多少意識した部分もある。()の部分、訳者が便宜上言葉を補ったか、あるいは、原語を示した箇所であり、()の部分、原文自体が括弧を使用している箇所である。また、原文の引用記号“ ”については、「」に変えて使用した。