

『積極的な言論の自由：根拠、手法、含意 (3)』

アンドリュー・T.ケニオン、
アンドリュー・スコット (共編)
池端 忠司 (訳)

訳者はしがき

本訳稿は、11章からなる論文集、Andrew T. Kenyon and Andrew Scott (eds.), *Positive Free Speech: Rationales, Methods and Implications* (Oxford, Hart Publishing 2020) の中の一部、つまり第4章の前半部分(第2節まで)を訳出したものである。本紀要55巻3号において第1章と第2章をすでに訳出しており、また、56巻1号では第3章を訳出している。本訳稿は、その続編である。

第4章の表題は、「積極的な言論の自由の情動的側面へのアクセス (The Access to Information Dimension of Positive Free Speech)」である。本論文は共著であり、共同執筆者はアンドリュー・スコット (Andrew Scott) とアッバイ・バーク (Abbey Burke) である。

アンドリュー・スコットは、本論文集の寄稿者リストによれば、ロンドン・スクール・オブ・エコノミクス・アンド・ポリティカル・サイエンス (LSE) の法学部の准教授である。彼の研究テーマは、公共圏の構造であり、現在のプロジェクトは、名誉毀損とプライバシーに関する法律、名誉毀損と宗教的信条の相互関係、表現の自由と情報へのアクセス、企業の権力と公共圏、ジャーナリズムの取材活動の規制に関するものである。著

書として、ギャヴィン・ミラー (Gavin Millar) との共著、*Newsgathering: Law, Regulation, and the Public Interest* (Oxford, Oxford University Press, 2016) がある。

また、アッバイ・バークは、人権法を専門とするオーストラリアの弁護士である。彼女は、LSE で法学修士号 (公法) (優等) を取得し、それ以前の学位をニュー・サウス・ウェールズ大学で取得している。彼女の研究テーマは、表現の自由とその他の人権、難民および亡命者に関する法である。

日本でも、表現の自由は、単線ではなく、近代的な自由としての言論・表現の自由と、それを補うものとしての (国民の) 知る権利という概念を前提に議論されてきた。すでに 1970 年代から、知る権利の研究や、情報公開法の制定を求める主張も存在し、まずは地方自治のレベルで情報公開条例の制定が実現し、その実績を踏まえて、国政のレベルでも、1999 年に情報公開法 (行政機関の保有する情報の公開に関する法律) が制定・施行された。その第 1 条では、行政文書の開示を請求する権利が国民の知る権利ではなく、国民主権の理念に根拠づけられることになった。一方、イギリスでも国政のレベルで 2000 年に情報の自由法が制定されていた。ここで見るように、イギリスの裁判所は、言論の自由と知る権利の関連性をうまく説明する説得力ある理論の不在を理由に、ヨーロッパ人権条約第 10 条の表現の自由の規定に関するヨーロッパ人権裁判所の判例法を考慮し、対決することによって、国内のコモン・ローの「開かれた政府」の原則に光をあて、公的機関の保有する情報へのアクセス権を理解し、根拠づけてきた。この点での日英の比較は、日本法の知る権利論や情報公開法の理解に、さらには積極的な言論の自由の概念の検討に示唆を与えるものであると考える。

第 4 章

積極的な言論の自由の情報の側面へのアクセス アンドリュー・スコットとアッビー・バーク共著

「知る権利」、すなわち、市民が、合意した制限を受けながら、国家保有情報にアクセスできるという期待は、民主主義および言論の自由と密接にかつ直観的に関連している。それがいつもそうであったことは、しばしば前提とされている。そのような関連性は、例えば、1822 年にジェームズ・マディソンによって書かれた、よく引用される一つの書簡の中で、次のように暗に示されている。

情報が人民の手に行き渡らず、あるいはそれを得る手段を持たない民衆による統治は、茶番劇か悲劇の序章に過ぎないか、あるいはその両方かもしれない。知識は無知を永遠に支配する。だから、自ら統治者となろうとする人々は、知識が与える力で自らを武装しなければならない¹⁾。

だが、マディソンは、市民のための情報へのアクセスについて書いたのではなく、むしろ、ケンタッキー州における学校教育の重要性について書いたのであった。アメリカ合衆国において一般的な、知る権利への文化的コミットメントについての啓発的な書物の中で、マイケル・シャドセンが説明したように、このようなコミットメントが実際には戦後に作られたものにすぎない「この半世紀前の考えや新機軸に、どういふわけか、私たちは共同でそれ以前の日付を付けてしまっている」²⁾。

それにもかかわらず、この知る権利に対する文化的コミットメントは、広く行き渡っており、強固なものである。それは、議会を通過した「情報の自由」法に最も明らかに具体化されている。このような立法は、民主的な統治機構の当たり前の特徴になっている³⁾。それでも、ほとんどの管轄地域では、これは比較的最近の現象である⁴⁾。連合王国も、2000 年になっ

てようやくその情報の自由法を可決した⁵⁾。しかしながら、本章の第一の焦点は、政府の行政部門が保有する情報に対する公衆のアクセスというデフォルト的な期待を組み入れた法原則を形成し出した裁判官たちの比較的最近の現象である。このような原則は、立法府の政策と区別でき、おそらくそれを超えて拡大するが、それを確実に下から支えるものである。

理論的な裏付けが十分に確立されていない中で、少なくとも司法はこのような発展を遂げてきた。ヨーロッパ人権裁判所 (ECtHR、ストラスブール裁判所) は、「古典的原則の明確化」と称して、情報へのアクセスという新たな原則を、表現の自由に対する権利に直接見出すことに積極的であることを証明した⁶⁾。イギリスの裁判官はより慎重であった。例えば、トゥールソン卿は次のように主張する。

第 10 条が、公共団体の保有する情報へのアクセス権を創設するものとして理解されるべきであるならば、しかも、その公共団体が国内法の下で提供するように要求されていなければ、あるいは提供することを望んでもいない場合に、そのような権利が特定の事例で存在するかどうかまたその限界とは何かを、裁判所が決定するために参照する原則および諸原則を確立する明白な必要が存在する。…その新たな解釈が必要とするのは、その重要な原則とその本質的な構成要素に関する明確で高度な釈明である⁷⁾。

閣下は、さらに加えて「第 10 条の意味のうちで『情報を受け取り、伝達する権利』の一貫した明確な理路整然とした分析」がいまのところ欠けている」と嘆いた。だが、トゥールソン卿は、開かれた政府という原則が、理論に基づかないコモン・ロー上の憲法に基礎づけられることに満足している。いずれの文脈においても、この転換の実際的な影響はまだ十分に検討されていない。

本章の規範的な出発点は、情報へのアクセス権が、言論の自由の「積極的」または「促進的」概念として記述できるものの一つの側面として正に

考えられるということである⁸⁾。本章の目的は、言論の自由と情報へのアクセスを結びつける理論が十分でないという認識をざっと考察した後、国家保有情報へのアクセスについて裁判官が作り上げた原則の展開を図式化し、検討することである。いくつかの先例があるが、このプロジェクトは、2005 年頃からの表現の自由の権利に関するヨーロッパ人権裁判所の法理において最も明白に現われた。この転換は、2014 年の *Kennedy v. Charity Commission* 事件における連合王国最高裁判所の多数意見において検討され、否定された。それに代わって、同裁判所は、これまで注目されてこなかった開かれた政府の原則をコモン・ローの中に位置づけた。この原則は、その後のイギリスの裁判所の判決でも検討され、いくぶん研ぎ澄まされている。2016 年にヨーロッパ人権裁判所が、*Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary* 事件でそのテーマに立ち戻ったことで、言論の権利に基づくその原則が力強く再確認され、イギリスの司法が消極的であることへの暗黙の非難がなされた⁹⁾。知る権利に関わる法的（諸）原則の発生におけるこれらの各段階について、以下の段落で検討する。

I.

理論の未発達についての簡単な覚書

国家保有情報へのアクセスは、国家と市民の関係の核心に存在する。民主政治において情報の開示は、通常はその要請があってからそれに続くということがデフォルト的に想定できる。公共政策の立案や行政機能の遂行に関する情報に対するアクセスの可能性や質は、すべての市民にとって死活的な関心事である。国家に関する情報を取得する市民の能力についてのどんな不当な制約でも、二重の問題を孕む可能性がある。トニー・ブレアは、かつて次のように述べている。「政府内の不必要な秘密主義は、ガバナンスにおける傲慢や欠陥のある意思決定へと導く」一方で、「過剰な秘密主義の発覚は、政府に対する国民の信頼を低下させる腐食性の影響力… [を持つことになる]」¹⁰⁾。行政はここ数十年で格段にオープンになった¹¹⁾。

おそらく、この安易な想定が規範的に自明であったからこそ、イギリスの裁判官は、アクセス権が主張される際に、連合王国のコモン・ロー上の憲法が持つ未確定で無定形な規範に回帰することを許されたのである。より明確な言論の自由の原則に何かを基礎づけることは、そのような原則の限界の精緻化を要求することになり、また、それは、裁判官が合理的にみて戻込みするかもしれない、権利の範囲に何が入り、何が入らないかについての決定的な確認を必要とすることになる¹²⁾。

しかしながら、この分野の理論がまったく明確に述べられないまま放置されていると言ってしまうならば、それは正確ではない¹³⁾。年代順に述べれば、政府の公開性に対する文化的コミットメントの出現は、言論の自由の深められた知的概念とつながっている。言論の自由を正当化する理由である「民主主義からの主張」または「自己統治」と、知る権利の根拠との間には明らかに密接な関係が存在する。言論の自由の重要性をこのように説明することは、憲法上の保障が、自己統治の過程に不可欠と考えられる政府に関わる事柄についての自由な議論や、より幅広い熟議的な討論を保護し促進することを意図するものであると想定しているのである¹⁴⁾。より具体的には、言論の自由と情報へのアクセスの結びつきは、言論の自由が市民に与え得る、国家権力の行使をチェックするという価値を強調する民主主義からの主張という、ヴィンセント・ブラージのより焦点を絞った変種において明白である¹⁵⁾。それどころか、ブラージのアプローチの中核となる前提の一つは、「一般大衆が公務員の行動の最終的な審判でなければならない」というものであり¹⁶⁾、その一つの現れが、「修正第一条は、ジャーナリストが一般的な問題として何かの記録にアクセスすることを要求できる」というものである¹⁷⁾。

このような立場に対するイギリスの裁判官の正当な評価は、開かれた司法の原則についての彼らの議論や、裁判所の運営は公衆の監視のもとに開かれたものであるべきという一般的な主張の中に以前から見ることができた。その論理が時折拡大され、開かれた司法を通じて達成される行政活動の透明性を包含するようになったことから、この立場をより深く理解す

ることができる。

その原則には、司法のプロセスの適切な監視を超えて行く明確な側面が…存在する。同原則は、より広範な共鳴をもたらし、1941年にローズベルト大統領が「第一の自由、言論および表現の自由」と表現したものに対して、開かれた司法運営が果たした独特の貢献を反映している。訴訟、特に行政機関およびそのあらゆる形態と市民との間の訴訟では、開かれた司法という原則は、民主的な説明責任の一要素であり、表現の自由という原則の力強い現れである。最終的に、それは法の支配それ自体を支援する。行政府が自ら違法行為を行った、あるいは他者による違法行為を助長するような行為を行ったと裁判所が確信する場合、民主的説明責任、表現の自由、法の支配というこれらすべての要素が密接に関係する¹⁸⁾。

国家の透明性の範囲を拡大するのに欠かせない二つの要点が存在する。第一の要点とは、開かれた司法の原則がしばしば主張される限界——司法官による権力行使の審査を認めること——を超えて、(国家) 権力の行使の透明性の必要性をも広く包含するということである。第二の要点は、開かれた司法の原則は、裁判手続の透明性を確保するためのものであると同時に、権力行使に透明性を強制する、より広範な規範の特定の文脈における具体的な現れに過ぎないということである。

ストラスブール裁判所が正当に評価しているように、押さえておきたい点としては、情報へのアクセスは、西洋の政治制度が基礎としている、情報に基づく民主的意思形成のプロセスを促進するということである。シャドセンは、これを新しい形の「監視民主主義」と表現している。つまり、

監視民主主義の下では、ニュース・メディア、シンクタンク、世論調査など、特定の政策領域に関する政府への監視役を自認する様々な非政府組織や、政府自体の内部の監視機関であっても、その監視の目を

通じて政府は、投票日の投票所においてだけではなく継続的に、説明責任を負わされることになる¹⁹⁾。

このような政治形態における行政の公開性の利点は、行政官が誰よりも陥りやすい弱さ、無能さ、面子を保つこと、自己取引、あるいは明白な腐敗に対して、予防薬として、また必要な場合にはメスとして機能すると要約することができる²⁰⁾。

II.

ヨーロッパにおける第10条の情報アクセス権の出現

ヨーロッパ人権条約第10条が公的機関からの情報を受け取る権利を含むという提案は、不吉なはじまりを味わうことになった。その提案は、1987年から2005年までのヨーロッパ人権裁判所の4つの大法廷判決において検討され、その結果、否定された²¹⁾。これは、ヨーロッパ人権条約第10条第1項の文理解釈に基づいて行われ、「原則についての一見極めて明白な法廷意見」²²⁾という問題に関わっていた。これらの事件のうち、最初のもっとも突出したものは、*Leander v. Sweden* 事件であった。本件においてヨーロッパ人権裁判所は、次のように指摘した。

第10条は、本件のような状況においてその人の個人的な地位に関する情報が含まれる記録簿へのアクセス権をその個人に与えるものではないし、あるいは国家がそのような情報をその個人に知らせる義務を具体化したものでもない²³⁾。

とりわけ、大法廷の4つの判決のうちの3つは、主としてヨーロッパ人権条約第8条に基づいていた。しかしながら、*Guerra v. Italy* 事件の1998年判決は、ほぼ間違いなく、第10条の公的情報に対する権利を直接的に否定するものであった²⁴⁾。この事件では、第10条の一つの役割は、公的機

関が両当事者間の情報伝達に介入することを妨げることであり、それ以外に、公的機関自体に情報を知らせるように積極的な義務を課すことができないということが、明示的に表明された²⁵⁾。

Leander 事件とそれに関連する事件における一見明白な法廷意見にもかかわらず、2006 年からのヨーロッパ人権裁判所の多くの小法廷によって言い渡されたその後の一連の判決は、正反対の結論に達した²⁶⁾。*Társaság v. Hungary* 事件において、第二小法廷は、その初期の法理にもかかわらず、次のように説明した。「ヨーロッパ人権裁判所は、近年、『情報を受け取る自由』という観念のより広範な解釈の方向に、したがって情報へのアクセス権を認める方向に進んできた。」²⁷⁾同裁判所は、個人または団体が「プレスのように、社会的な監視機能」を行使している場合や、「公共の利益のある争点について…プレスの機能行使の妨害が、公的機関による情報の独占的保有が原因で存在している」場合に、国家が情報へのアクセスを容易にする積極的な義務に直面すると判示した²⁸⁾。

その拡大された第 10 条の解釈、つまり国家保有情報へのアクセス権は、*Gillberg v. Sweden* 事件の大法廷によって当然存在するものと考えられていた²⁹⁾。また、それはその他の事例で明示的に認められた（少なくともアクセス権がすでに国内法の下で認められている限り）³⁰⁾。*Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung v. Austria* 事件において、ヨーロッパ人権裁判所の第一小法廷は、国内でのアクセス権の侵害がなかったにもかかわらず、その拡大された権利を認めた³¹⁾。再び、同裁判所は、プレスまたはそれと類似する社会内の監視役が正当な公共の関心事についての公共的討論に参加する意欲を、国内の当局が削ぐ可能性があるときに、「もっとも注意深い審査」——審査の高度な基準——が必要であることを強調した³²⁾。

イングランドおよびウェールズの国内裁判所は、多くの事例で第 10 条の情報アクセス権を肯定するか、それとも否定するかが問われた。展開過程にあった原則に対する認識は初期にはいくぶん矛盾しており、また、裁判官たちの本質的に異なる法廷意見に由来する先例のその強さは、不明確

であった。最高裁判所は、その争点を二度にわたって検討した。*BCC v. Sugar (dec'd) (No. 2)* 事件において、ブラウン卿は、その拡大された見解を明白に否定した³³⁾。彼は、ストラスブールの新しい波の三つの判決 (*Matky, Társaság*, および *Kenedi*) の中で、その最初の判決が新しい原則を根拠づけるまでに至っていないと考えた³⁴⁾。しかしながら、マンズ卿が *Kennedy* 事件において認めていたように、ブラウン卿の見解は、厳密に言えばその事件の判決理由 (レイシオ・デシデンダイ) の一部ではなかった³⁵⁾。さらに言えば、その見解は、より最近の、より明確に述べられたストラスブールの諸判決に先行するものであった。

それにもかかわらず、*Kennedy* 事件において、7人からなる最高裁判所の多数意見は、*Sugar (No. 2)* 事件のブラウン卿によって表明された見解を肯定した。ここでも再び、この多数意見によって表明された見解は、この点に関して明示的に傍論 (オビタ) であったが、力強いものであった³⁶⁾。マンズ卿は、当時最新のストラスブール裁判所の4つの判決がどのようなものであるかを検討し³⁷⁾、もしもそれが手元の事件にとって決定的であったならば、その一般的な原則が *Leander* 事件群の中で見出されるべきものであることを肯定することになったであろうと、結論づけた³⁸⁾。彼は、その逆の結論は、ヨーロッパ人権条約第10条に由来する一般的なヨーロッパ情報の自由法を認めることになったであろうという懸念を、トゥールソン卿とともに表明した³⁹⁾。

別の国内の法理は、第10条の法理の新しい波により適合している。*A v. Independent News & Media Ltd* 事件において、控訴院は、無能力者保護法廷 (the Court of Protection) へのメディア・アクセスに関する事件にその原則を適用した⁴⁰⁾。首席裁判官であるジャッジ卿は、その原則の展開の源泉の説明を、つまり「情報への自由とその条約との関係についての画期的事件の判決」⁴¹⁾としての *Társaság* 判決を肯定した。同控訴院が *Sugar (No. 2)* 事件を検討するうえで、モーゼス控訴院裁判官も同様に、*Társaság* 判決を、第10条が「情報を与えたい者だけでなく、情報を受け取りたい者によっても」⁴²⁾発動される可能性がある「情報への自由に関する

る画期的事件の判決」として言及した。彼は、「[公的な文書] へのアクセスの自由が存在すべきであることが、第 10 条が現在解釈されているように、第 10 条と明確に一貫している」と考えた⁴³⁾。Kennedy 事件の控訴院は、ヨーロッパ人権条約第 10 条が「優れた、明確かつ包括的な分析」⁴⁴⁾に基づいて、公的機関から情報を受け取る何らかの権利を含むように、より広範な解釈に向かって前進したという第一審法廷の結論を高く評価した。しかしながら、同控訴院は、*Sugar (No. 2)* 事件における最高裁判所の判決に拘束されると結論づけた⁴⁵⁾。

ウィルソン卿は、彼の少数意見において、多数意見が採用した立場に対する規範的批判と法理的批判の双方を提供した。第一に、彼は次のように指摘した。

表現の自由の性質についての簡単な省察は、[Leander アプローチ] に関わる困難を示唆する。…ある情報を受け取る自由がなければ、その情報を表現する自由はない。また、誰かがその情報を表現する自由は、かりにその情報の保有者がそれを公衆に伝達することを望まない場合、公衆にとってより大きな価値があると思われる⁴⁶⁾。

そして彼（ウィルソン卿）は、ヨーロッパの判例法についての独自の検討を行った⁴⁷⁾。彼は、*Társaság* 判決が、ヨーロッパ人権裁判所の大法廷によって正面から有効であるとされない限り、また、そうされるまで、脇に置かれるべき「不規則」あるいは「ほぼ間違いなくはみだした判決」⁴⁸⁾であると考えすることはできないと主張した。むしろ、彼は、その判決をその「重要性がすぐに一般的に認められる」判決として描いていた。すなわち、その判決も、より一般的に言えば、その法理の展開も、双方とも「Leander アプローチの基礎にあるものと矛盾するものではない」のであり、むしろ「それを動的に拡張するもの」⁴⁹⁾である。カーンワス卿は、「一見したところ、[*Társaság* 事件] は予期せぬ出発を意味し、…『画期的な判決』として、あるいはヨーロッパ人権裁判所の単独の小法廷による逸脱として見

る』⁵⁰⁾ことに同意した。しかしながら、彼の見解でも、少なくとも、ジャーナリストや、あるいは純粋に公共の利益のある情報を求めるその他の「監視役」が関わる事件において、「第10条の厳格な適用から離れ、一般的な『旅立ちの方向』」を見て取ることは可能であった⁵¹⁾。

この観点から、ウィルソン卿は、最高裁判所が「情報開示を望まない公的機関に要求する権利は、第10条の下で生じ得ると自信をもって結論づける」べきであると主張した⁵²⁾。彼は、「これは、決して公的機関が保有する機密情報を一般的な監視の下に無差別に晒すことを意味するものではない [であろう]」⁵³⁾と強調した。むしろ、いかなる審査もヨーロッパ人権条約第10条第2項に従って行われ、国家は、情報公開のための適切な手法の輪郭を自ら決定する際に、大きな裁量の幅を認められることになる。

Kennedy 事件における最高裁判所の多数意見によって採用された立場は、第10条と情報へのアクセス権との間の結びつきが強いことに対する、またさらには、権利の価値をコモン・ローに組み込むことを明確に望むことに対する、あからさまな嫌悪感にそれほど貢献していなかった可能性があるように思われる。この結びつきを理論的に容易に正当化できるものがないため、多数意見は実定法に根拠を求めた。しかしながら、彼らがその根拠をストラスブールの法理に求めたならば、それ自体が問題を引き起こす可能性があった。以下の段落で述べるように、その原則がまさにコモン・ローに定着したことで、ストラスブールでのその後の展開により、表現の自由の拡大された権利との同化が可能になるかもしれない。このテーマが最高裁判所に戻ってくるのはほぼ間違いないし、また、その際、最高裁判所の閣下たちはこの問題を新たに判断する自由を得ることになる。

—注—

- 1) J. Madison, *The Writings of James Madison*, ed. G. Hunt, vol. 9 (New York, Putnam, 1910) 103.
- 2) M. Schudson, *The Rise of the Right to Know: Politics and the Culture of Transparency, 1945-1975* (Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2015) 3. See also, A. Roberts, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006) ch. 1.
- 3) これには、一般的に適用される制定法と、より具体的な目的を持つ制定法の両方が含まれる。連合王国に関して言えば、EU 法に基づく環境情報へのアクセス権、公文書へのアクセス権、さまざまな制定法に基づく計画、事業、土地に関する情報へのアクセス権を検討せよ。See, P. Coppel, *Information Rights: Law and Practice*, 4th edn. (Oxford, Hart Publishing, 2014) chs. 6-8. さらに、より開かれた公開性の約束は、いくつかの国家機関についての制定法の目的および管理の用語に吸収されている。これは、*Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20 事件の判決の背景となった、規制の成功事例に準拠した慈善委員会が推進すべき「説明責任」と「透明性」という制定法の目的に典型的に表れている。
- 4) もっとも明白な例外は、スウェーデンである。そこでは、プレス自由法は、1766 年に導入された。Örtenhed and B. Wennberg (eds.), *Press Freedom 250 Years: Freedom of the Press and Public Access to Official Documents in Sweden and Finland - A Living Heritage from 1766* (Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016). アメリカ合衆国は、1966 年に連邦情報自由法 (5 USC § 552) を導入した。それに続いてオーストラリアとニュージーランド (ともに 1982 年) およびカナダ (1983 年) が続いた。合衆国のその連邦法の起源について、Schudson (n. 2) ch. 2 を参照せよ。オーストラリア・ニュージーランドの法の初期の経験について、R. Snell, 'The Kiwi Paradox: A Comparison of Freedom of Information in Australia and New Zealand' (2000) 28 *Federal Law Review* 575 を参照せよ。See generally, J. M. Ackerman and I. E. Sandoval-Ballesteros, 'The Global Explosion of Freedom of Information Laws' (2006) 58 *Administrative Law Review* 85; see also, the 'Right to Information Rating' maintained by the European and Canadian NGOs Access Info Europe and the Centre for Law and Democracy, available at <https://www.rti-rating.org>.
- 5) See generally, B. Worthy, *The Politics of Freedom of information: How and Why Governments Pass Laws That Threaten Their Power* (Manchester, Manchester University Press, 2017); Coppel (n. 3) ch. 1.
- 6) *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [2016] ECHR 975, [156].
- 7) *Kennedy* (n. 3), [145] and [148].
- 8) See generally, A. T. Kenyon, 'Assuming Free Speech' (2014) 77 *MLR* 379.
- 9) *Helsinki* (n. 6).
- 10) Duchy of Lancaster, *Your Right to Know: The Government's Proposals for a Freedom of Information Act*, Cm 3818 (London, Stationery Office, 1997) [1. 1]. よく知られているように、ブレアは、その後、この立場を反故にしている。つまり、「情報の

自由。三つの無害な文字。私は、これらの三つの文字を書いたとき、それらの文字を見て、自分の肩に落ちるまで首を左右に振りたい気分になる。この馬鹿ものが。世間知らずで、愚かで、無責任な間抜けめ。その愚行について、それがどんなに生々しいものでも、それで十分であるという描写は存在しない。私は、その低能ぶりに震える。…真実は、情報の自由法が『人々』によって使われていないということである。それは、ジャーナリストによって使われている。政治指導者にとっては、棒で頭を殴っている人に「おい、代わりにこれをやってみろ」と言って、木槌を渡すようなものだ。」 T. Blair, *A Journey* (London, Hutchinson, 2010) 511, 512.

11) 一般的に、ガバナンスにおける透明性の望ましさについて、C. Hood and D. Head (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?* (Oxford, Oxford University Press, 2006) を参照せよ。少なくとも歴史的には、イギリス国家の行政政府の力は、民主主義の世界においてもっとも秘密主義的なものの中に属している。一般的には、I. Cobain, *The History of Thieves: Secrets, Lies and the Shaping of a Modern Nation* (London, Granta, 2016); C. Moran, *Classified: Secrecy and the State in Modern Britain* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013); D. Vincent, *The Culture of Secrecy: Britain 1932–1998* (Oxford, Oxford University Press, 1997); R. Crossman, 'The Real English Disease', *New Statesman*, 24 September 1971 を参照せよ。実際、ある人たちにとっては、イギリスにおける秘密主義は風土病のようなものだ。つまり、「コッツウォルズと同様、イギリスの風景の一部であり……私たちの社会の木目に沿っている。…その継続ではなく、縮小は異常である。」 See, P. Hennessy, *Whitehall* (London, Secker & Warburg, 1989) 347. 連合王国において「知る権利」の制度化に向けた最初の政府の動き——the Home Office, *Code of Practice on Access to Government Information* (London, HMSO, 1994) ——は、1994年に市民憲章構想の補助としてジョン・メジャーによって導入された。

12) *Helsinki* 事件におけるストラスブル裁判所の主張からも、同様の自信のなさが読み取れるかもしれない。*Helsinki* 事件では、表現の自由という「積極的な」概念に根拠を置くのではなく、その代わりに、情報を受け取り、伝達する権利へのアクセスといういつかの手段から、その根拠を推論することを選好している。*Helsinki* 事件 (n. 6) [156]. あるいは、これは単に先例に従っただけかもしれない。

13) 一般的には、C. A. Bishop, *Access to information as Human Right* (E. I. Paso, LFB Scholarly, 2012) を参照せよ。とりわけ第2章、第5章および第6章(情報の自由に関する「表現の自由」と「真理への権利」の概念化を特に包含し、言論の自由の概念化が利用可能なものの中で最も説得力があると結論づけている); P. Birkinshaw, 'Freedom of Information and Openness: Fundamental Human Rights?' (2007) 58 *Administrative Law Review* 177; A. Mason, 'The Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Information' in J. Beatson and Y. Cripps (eds.), *Freedom of Expression and Freedom of Information: Essays in Honour of Sir David Williams* (Oxford, Oxford University Press, 2000) ch. 13; S. Sedley, 'Information as a Human Right' in Beatson and Cripps (ibid) ch. 14; R. Stubbs, 'Freedom of Information and Democracy in Australia and Beyond' (2008) 43 *Australian Journal of Political Science*

667 を参照せよ。

14) 言論の自由についての思想のこの流れは、とりわけ、アレクサンダー・ミクルジヨンの著書と関連している。See, e. g., *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* (New York, Harper, 1960); 'The First Amendment is an Absolute' [1961] *Supreme Court Review* 245. See generally, E. Barendt, *Freedom of Speech*, 2nd. edn. (Oxford, Oxford University Press, 2005) 17-21.

15) V. Blasi, 'The Checking Value in First Amendment Theory' (1977) *2 American Bar Foundation Research Journal* 521.

16) *ibid.*, 542.

17) *ibid.*, 609-10.

18) *R (on the application of Binyam Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2010] EWCA Civ 65, [39] (Lord Judge CJ).

19) Schudson (n. 2) 25; see also, J. Keane, *The Life and Death of Democracy* (London, Simon & Schuster, 2009); J. Keane, *Power and Humility: The Future of Monitory Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press, 2018).

20) ピーター・ヘネシーの行政官についての大作、『ホワイトホール (英国政府)』は、サッチャー政権の元文官の言葉を引用して始まる政府の秘密主義についての一章を含んでいる。つまり、「信頼と能力は本来あるべき姿よりもはるかに低く、ホワイトホールがその秘密主義の伝統を熱烈に擁護することは、驚くことではない。… [それを確保するルール] は、閣僚や公務員を困惑から保護する。… [しかし同時に] 学習曲線を確保する。』 See, Hennessy (n. 11) 344 (quoting Sir John Hoskyns).

21) *Leander v. Sweden* (1987) 9 EHRR 433; *Gaskin v. United Kingdom* (1990) 12 EHRR 36; *Guerra v. Italy* (1998) 26 EHRR 357; *Roche v. United Kingdom* (2006) 42 EHRR 30. このような権利は他の条約の権利にも読み込まれている。

22) *Kennedy* (n. 3) [59] (Lord Mance).

23) *Leander* (N. 21) [74].

24) この点について、*Kennedy* (n. 3) [59] (マンズ卿) と [180] (ウィルスン卿) とを対照せよ。

25) *Guerra* (n. 21) [53]. ヨーロッパ人権委員会は以前にこのような積極的義務が第 10 条から生じるという点で申立者に同意していた。

26) この転換についての初期のコメントのために、W. Hins and D. Voorhoof, 'Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights' (2007) *European Constitutional Law Review* 114; P. Tiilikka, 'Access to Information as a Human Right in the Case Law of the European Court of Human Rights' (2013) 5 *Journal of Media Law* 79; K. Steyn and H. Slarks, 'Positive Obligations to Provide Access to Information under the European Convention on Human Rights' (2012) 17 *Judicial Review* 308 を参照せよ。*Kennedy* 事件において、ウィルスン卿は、次のように述べた。つまり、実際に「その風の中の最初の葦」は、*Guerra v. Italy* 事件において見出すことができる。彼は次のように説明した。この事件の多数意見は、その拡大した見解——国家に対する積極的な情報収集の義務に

も拡大することになる見解——の誇張を否定しただけであり、他方で（20人の中の）7人の裁判官は、情報を伝達するように公的機関を義務づける一般原則に明示的に門戸を開いた。See, *Kennedy* (n. 3) [180].

27) *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary* (2011) 53 EHRR 3, [35]-[36]. 第二小法廷は、*Matky v. Czech Republic*, app no 19101/03, unreported, 10 July 2006 をこの転換の起源として引用した。この事件と *Kenedi v. Hungary*, app no 31475/05, unreported, 26 May 2009（同様に第二小法廷が判決を下した）事件の双方において、被告である政府は、第10条第1項が侵害されていたと譲歩した。

28) *Társaság* (n. 2) [36].

29) App no 41723/06, unreported, 3 April 2012, [93].

30) *Shapovalov v. Ukraine*, app no 45835/05, unreported, 31 July 2012 (Fifth Section); *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, app no 48135/06, unreported, 25 June 2013 (Second Section).

31) App no 39534/07, unreported, 28 November 2013.

32) *ibid.*, [33]-[34].

33) *BCC v. Sugar (dec'd) (No. 2)* [2012] UKSC 4, [90]-[97]. マンス卿が同意した。[113].

34) *ibid.*, [94].

35) *Kennedy* (n. 3) [62]. [180]（ウィルスン卿）も参照せよ。

36) *ibid.*, [57].

37) *ibid.*, [76]-[89].

38) *ibid.*, [94]. この見通しは、*R (on application of Privacy International) v. HMRC Commissioner* [2014] EWHC 1475 (Admin) 事件においてグリーン裁判官によって認められた。[169]. 弁護団はこの事件で、反対の主張はもはや通用しないことを認めた。

39) *Kennedy* (n. 3) [94] and [96], and [147] respectively.

40) [2010] EWCA Civ 343, [41]-[45].

41) *ibid.*, [42].

42) [2010] EWCA Civ 715, [76].

43) *ibid.*, [77]. モーゼス裁判官は、この権利に対して適切に限界を課することができることを認めた。その差し迫った事例で彼は困難に直面した。というのも、彼が「第10条に安置されている自由の発動がどんな助けにもならない」と考える文脈において、どちら側にも転じてしまう表現の自由に基礎づけられた主張が存在したからである。

44) *Kennedy v. Charity Commission* [2012] EWCA Civ 317, [26].

45) *ibid.*, [36]-[58]. この結論は、第10条に関するブラウン卿の見解——さらにマンス卿の見解——がその事件の判決理由の一部として扱われる可能性はないという、*Kennedy* 事件におけるマンス卿の見解と並列され得る。また、とりわけイーストン控訴院裁判官は、その点が *Sugar (No. 2)* 事件における判決理由の一部でなかったならば、それでもなお、ブラウン卿の見解に説得力のある権威として従ったであろう

と指摘した。

46) *Kennedy* (n.3) [179].

47) *ibid.*, [181]-[187].

48) *ibid.*, [188].

49) *ibid.*, [188].

50) *ibid.*, [215]-[216].

51) *ibid.*, [217].

52) *ibid.*, [189].

53) *ibid.*, [189]. これは、アクセスの一般原則が、制定法によって構築された、より合目的なアクセス手法の下では生じない有害な情報漏洩を許してしまうという見解に対する応答であった。

以上（続きは第 3 節から）