

【判例研究】

ジャーナリストに対する文書提出命令申立についてした決定
に対する抗告事件（大阪高裁平成23年1月20日決定）

前田 正義

【目次】

- 一 事案の概要
- 二 決定要旨
- 三 評釈
 - 1 はじめに
 - 2 文書提出命令と証言強制
 - 3 「職業の秘密に関する事項」
 - 4 「言論の自由として保護されるべきもの」
 - 5 秘匿と証明
 - 6 むすび

一 事案の概要¹⁾

「本件申立ては、政治評論家であり、報道事業の取材活動に従事する原告人が、その出演したテレビ番組において、相手方らの娘であり、日本政府が拉致被害者として認定した A（以下『A』という。）について、『外務省も生きていないことは分かっているわけ。』などと発言したこと（以下『本件発言』という。）について、相手方らが、……原告人がそのこと〔本件発言〕を外務省幹部から聞いたという虚偽を述べた点に違法性があり、

¹⁾ 判時2113号107頁。

Aの生存を願う相手方らの感情を害したと主張して、抗告人に対し、民法709条に基づき、慰謝料の支払を求めた本案事件において、抗告人は、…本件発言が、…虚偽ではなく、…抗告人の見解を述べたものであり、言論の自由として保護されるべきものであって、違法性がないなどと主張し、抗告人が…外務省幹部に対して行った取材を録音したテープ（以下『本件テープ』という。）の一部を反訳した書面（…以下『本件反訳書面』という。）を証拠として提出して、不法行為の成立を争っているところ、相手方らが、本件発言が虚偽であることを立証するために、民事訴訟法（以下『民訴法』という。）220条1, 3, 4号を提出義務の原因として、抗告人に対し、本件テープとその全部の反訳書面の提出を求めたものである。原審²⁾は、…本件テープについて提出を命じ、その余の申立を却下したところ、抗告人が即時抗告をした。」（以下、〔 〕内は、著者による。）。

二 決定要旨

「 1 本件テープの民訴法220条1号該当性について(231条により準用される場合を含む。以下同じ。)

…抗告人は、…外務省幹部に対して取材した際に同幹部の述べた内容を記載した本件反訳書面を証拠として提出するとともに、…本件反訳書面の内容の要旨を記載した…準備書面を陳述したことが認められるから、本件反訳書面を「訴訟において引用した」（民訴法220条1号）ことは明らかである。そこで、以下、抗告人が本件テープをも引用したといえるか否かについて検討する。

…民訴法220条1号が『訴訟において引用した文書』（以下『引用文書』という。）につき提出義務を定めたのは、当事者が当該文書の存在及

²⁾ 神戸地裁平成22年10月18日決定。

なお、本稿においては、脚注において重複する書誌などの略記の方法について、通常用いられる「前掲」および“ibid.”などの表記方法を用いず、「参照記述が個別に取り出されたとき書誌要素の一部を明示することができなくなることのなきように、書誌名などを重複して表記することとする。独立行政法人科学技術振興機構『科学技術情報流通技術基準 SIST 02/05/06 2007年版』2010年、5頁。本稿掲載の海保大研究報告（法文学系）の投稿規定においても、このような表記方法は、許容されている。

び内容を引用しながら提出しないことが、訴訟手続における信義則に反し公平性を害するからであり、そうとすれば、当該文書の存在及び内容について言及されたとしても、これを提出しないことが上記信義則に反し公平性を害するといえない場合には、当該文書は引用文書には当たらないと解するのが相当である。

……本案事件における原告人の準備書面等による主張立証の内容は、本件反訳書面の反訳記載部分にほぼ沿ったものとなっており、それ以外の本件テープの内容について具体的、積極的に言及しているとは認められない。

そして、報道機関による事実報道の自由は、表現の自由を規定した憲法 21 条の保障の下にあり、報道機関の報道が正しい内容を持つためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値するものであって、取材の自由の持つ上記のような意義に照らして考えれば、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ものといえることができる（最高裁平成 18 年 10 月 3 日第三小法廷決定・民集 60 巻 8 号 2647 頁参照）。

以上のような本件テープが録音された経緯、本件反訳書面を作成し本案事件に書証として提出した原告人の意図、本案事件における原告人の主張立証の内容と本件テープとの関係、報道機関の報道に関する取材源の秘匿の重要性等の諸事情に鑑みれば、原告人が本件テープの提出を拒んだからといって、それが直ちに訴訟手続において信義則に反し公平性を害するとまでいうことはできない。したがって、本件テープについては、いまだ民訴法 220 条 1 号の引用文書には当たらないと解するのが相当である。……

3 本件テープの民訴法 220 条 4 号該当性について

……報道関係者の取材源は、一般に、それがみだりに開示されると、報道関係者と取材源となる者との間の信頼関係が損なわれ、将来にわたる自由で円滑な取材活動が妨げられることとなり、報道機関の業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になると解されるので、取材源の秘密は職業の秘密に当たるといふべきである。当該取材源の秘密が保護に値する秘密であるかどうかは、当該報道の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該取材の態様、将来における同種の取材活動が妨げられることによって

生ずる不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該民事事件において当該証拠を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべきである。そして、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ことに鑑みると、当該報道が公共的利益に関するものであって、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、そのために当該証拠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（前掲最高裁判平成18年10月3日第三小法廷決定参照）、原則として民訴法220条4号ハの文書提出義務の除外事由を認めることができると解するのが相当である。

これを本件についてみるに、本件発言は、報道事業の取材活動に従事する原告人がテレビ番組において行った、朝鮮民主主義人民共和国による拉致被害者の生死についての外務省の認識にかかわる発言であって、公共の利害に関するものということができ、その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるようなものであるとか、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は窺われず、他方、本案事件は、拉致被害者の生存を信じる相手方らが政治評論家である原告人がテレビ番組で行った虚偽の本件発言により精神的損害を受けたとして原告人に対し慰謝料の支払を求める私人間の民事訴訟であること、本件反訳書面の反訳の正確性、反訳範囲の相当性については本件反訳書面の作成者を証人尋問するなどの代替的方法によって確認することも考えられないではないことなどの諸事情を考慮すれば、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、そのために本件テープを提出させることが必要不可欠であるといった事情は認められないから、当該取材源の秘密は保護に値すると解されるので、本件テープについては、民訴法220条4号ハの除外事由が認められるというべきである。

以上によれば、本件テープについての文書提出命令の申立ては理由がないから却下すべきであ〔る。〕

三 評釈

1 はじめに

本決定では、不法行為に関わる事件を本案とする本件において、原告人（ジャーナリスト）の発言について名誉毀損法理における相当性理論の真実（相当）性を証明する証拠として提出した本件テープの一部を反訳した書面が、「信義則に反し公平を害する」として提出を義務づけられる本件テープの全体を引用した書面（民事訴訟法 220 条 1 号）に該当するか、争点となった。このように、本決定は、引用文書の提出義務という民事訴訟法上の論点を前提とした、不法行為（名誉毀損）に関わる訴訟において、同法 220 条 4 号ハの適用如何という問題をとおした、憲法上のいわゆる取材源秘匿権が争点となった事案である。本稿では、既述の民事訴訟法上の争点については他稿に譲る³⁾こととして、「〔同法 197 条 1 項〕第三号に規定する事項〔『職業の秘密に関する事項』〕で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」（同法 220 条 4 号ハ）に「該当しないとき」（同号）、「文書の所持者は、その提出を拒むことができない。」（同条）ため、本件テープが「職業の秘密に関する事項」に該当するのかが憲法上の争点となった、いわゆる取材源秘匿権（以下、取材源秘匿権という。）の問題をとりあげることとする。

³⁾ 以下参照。山本和彦「判批」判タ 1375 号 59 頁（2012 年）。また、本件を素材とした憲法学的示唆を提供する論考として、以下参照。松本和彦「演習憲法」法教 400 号 164 頁（2014 年）。

なお、本決定が、「報道機関の報道に関する取材源の秘匿の重要性等の諸事情に鑑みれば、原告人が本件テープの提出を拒んだからといって、それが直ちに訴訟手続において信義則に反し公平性を害するとまでいうことはできない。」として、本件テープが民事訴訟法 220 条 1 号の引用文書に該当しないとした判断には、取材・報道の自由に対する配慮を看取することができる。このことは、以下の本件テープの民事訴訟法 220 条 4 号該当性についての判断に対する伏線ともなっており、同判断において結論を別けた原審（後述）とは異なる、取材・報道の自由に対する考慮がはたらいっているものとして推量することができる。

したがって、憲法上の問題をとりあげる本稿では、はじめに、本決定を俯瞰するうえで必要となる、ジャーナリストに対する文書提出命令を事案とする本決定の文脈性、すなわちジャーナリストに対する本決定が先例とした証言強制を事案とする NHK 事件決定⁴⁾との関係からも画定される本決定の射程について検討する。それは、ジャーナリストに対する文書提出命令と証言強制では、支配的な学説（後述）において異なる文脈として捉えられており、判例⁵⁾と支配的な学説では齟齬がみられることから、両者の妥当性が問われるためである。

そのうえで、既述した本件の文脈（射程）、すなわち取材源秘匿権の適用についての判断を争点とした本件において、本決定は、本件テープについて取材源秘匿権（「職業の秘密に関する事項」民事訴訟法 197 条 1 項 3 号）を適用したが、原審においては取材源秘匿権を適用しなかった。したがって、本決定ならびに NHK 事件決定の妥当性を含み、原審と本決定との判断を別けた要因の分析をとおして、本決定の特徴を考察する。

さらに、本件を取材の自由の問題としてのみ狭義に捉えるのではなく、より広義に表現の自由全体の問題として捉えんとするのであるならば、本決定が斟酌しなかった、「言論の自由として保護されるべきもの」という本件抗告人の主張についても、考察を迫られることとなる。この問題については、原審が、「本件発言がなされるまでの被告の外務省幹部に対する取材経過は、本件発言に違法性があるかどうか等の不法行為の成否を判断するに際して判断の基礎となるべき事情であると考えられる。」とした言及をふまえた考察が必要となろう。

なお、本決定においては、「外務省の認識にかかわる発言であって、公共の利害に関するものということができ[る]」と言及されているように、本件のような事件においては、取材源を秘匿することにより、名誉毀損法理上の相当性理論における真実（相当）性の証明責任を尽くすことができ

⁴⁾ 最決平成 18 年 10 月 3 日民集 60 卷 8 号 2647 頁。

⁵⁾ 本稿において、「判例」とは、便宜上、広義の判例を指すものであり、刑事訴訟法 405 条などという、現在拘束力を有する狭義の判例を意味するものではない。金子宏ほか編集代表『有斐閣法律学小辞典 第 4 版 補訂版』ロゴヴィスタ、2008 年、CD-ROM 版。

ないという法解釈論上の矛盾状況が現れる問題性についても、考察を要する。

そして、以上の諸点をふまえたうえで、本決定の意義について考察する。

2 文書提出命令と証言強制

本決定は、既述のとおり、文書提出命令に関する事案である。しかしながら、本決定は証言強制を事案とした NHK 事件決定⁶⁾を先例として引用している。したがって、本決定は、NHK 事件決定の射程内に自らを位置づけており、NHK 事件決定と文脈を同じくするものとして自認している。それゆえ、本決定は、文書提出命令と証言強制という事案は文脈を同じくしているものと判断している。このことは、NHK 事件決定においても、双方の文脈が峻別されてこなかったこととも符合することから、本決定が NHK 事件決定の判断を踏襲したことと同時に、結果として取材源秘匿権を適用した判断に鑑みるならば、NHK 事件決定を裏打ちするものとして特徴づけられる⁷⁾。

しかしながら、このような判例の状況にも拘わらず、日本の支配的な学説⁸⁾では、取材源秘匿権における証言拒否と文書提出命令とを区別したう

⁶⁾ 最決平成 18 年 10 月 3 日民集 60 巻 8 号 2647 頁。

⁷⁾ ただし、判例は、取材源秘匿権に関して、取材源の身許情報の事案（NHK 記者事件決定）に関する比較衡量基準においては、「代替証拠の有無」という比較的厳格な要素を考慮している。これに対して、取材物件差押えの取消し（提出拒否）の事案（博多駅事件決定〔最決昭和 44 年 11 月 26 日〕・TBS 記者事件決定〔最決平成 2 年 7 月 9 日〕）に関する比較衡量基準においては、「代替証拠の有無」が明示的には考慮されていない。「代替証拠の有無」に関しては、たとえ、ジャーナリストが知覚している情報あるいは所持している文書が「[当該]事件において……必要と」される場合でも、他に代替する情報が存在する場合、ジャーナリストが知覚する情報あるいは所持する文書に対して提出を強制する（差し押さえる）ことが許されないため、代替証拠の消尽についての判断の問題性は否定できないとしても、比較的厳格な要件であるといえよう。このような判例の姿勢は、取材源の身許以外の情報の保護よりも、秘匿の取材源の身許情報の保護を重視しているものとして、看取できるだろう。このような意味において、少なくとも、判例は、事案に対する判断という文脈上において、取材源秘匿権の強制対象を指標として、比較衡量基準について厳緩を設けているともいえよう。

⁸⁾ 代表的なものとして、芦部信喜『憲法学 III 人権各論 (1) [補訂版]』有斐閣、2000 年、297-298 頁。駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』嵯峨野書院、2001 年、118、125

えで、論じられている⁹⁾。

取材源秘匿権について、強制手段により区別する学説¹⁰⁾では、取材源秘匿権において、取材源の身許情報の保護という利益を重視しており、取材源の身許以外の情報の保護については取材源の身許情報の保護よりも劣る利益としてみなす性向を看取することができる。しかしながら、取材源秘匿（証言拒否）が取材源の身許情報のみを対象としており、文書提出命令が取材源の身許以外の情報のみを対象としているとは、必ずしも限られないだろう。それは、証言強制においても取材源以外の情報の保護が問題となり得るのであり、また本件の事案に鑑みて文書提出命令においても取材源の身許情報の保護が問題となるためである。そして、このことは、支配的な学説が取材源秘匿権について公共的利益の保護を主眼としつつ、比較衡量基準において取材源の保護を重視することから、取材源秘匿権の保障根拠と比較衡量基準との間に齟齬をきたすことともなりうるだろう。さらに、証言強制により取材源の身許以外の情報の開示を強制する場合、また文書提出命令によって取材源の身許の開示を求める場合、いかなる比較衡量基準が採られることとなるのであろうか。

他方、取材源秘匿権について、強制対象により区別する学説¹¹⁾では、少

頁。渋谷秀樹『憲法 第2版』有斐閣、2013年、361-363頁。

⁹⁾ 以下参照。前田正義「いわゆる取材源秘匿権の法的構成——証言拒否と取材物件提出拒否——」海保大研究報告100号23頁（2015年）。

¹⁰⁾ その代表的な学説は、「取材は報道機関（記者）と情報提供者との信頼関係（秘密の関係）を前提とする。」として *Branzburg* 事件 *Stewart* 裁判官反対意見（*Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972).）に徴して比較的厳格な基準を採る「取材源秘匿の自由」と、証言拒否と「併せて論じられる」としつつ、博多駅事件決定を具体的な衡量であるとして基本的には評価する「情報提供の拒絶権」に区別する（芦部信喜『憲法学 III 人権各論（1）[補訂版]』有斐閣、2000年、297-301頁）。

¹¹⁾ 学説は、「取材源を開示しなければ……重大な誤判の可能性があり、取材源の開示を求める以外に方法が存在しないというような場合を除いては、取材源開示拒否を認めるべきように思われる。」として、非常に厳しい基準を採る「取材源の開示の強制」と、「放映済みフィルムの提出は取材内容に基づく制約とはいえないから、……そのフィルムの提出を求める重要な利益があり、提出が必要不可欠であり、他の手段では目的が達成されない場合に限って、提出命令が認められるべきであろう。」としてより緩やかな比較衡量基準を採る「文書提出命令および証言強制」に区別する（松井茂記『マス・メディア法入門〔第5版〕』日本評論社、2013年、232、235-238頁。）。

なくとも、取材源の身許の秘匿という、コンフィデンシャルティ (confidentiality) に基づいた定義がなされている。同説については、取材源秘匿権、すなわち取材源秘匿(証言拒否)と文書提出命令拒否の定義について、取材源秘匿権の法理に遡及した定義がなされている、と評価できるだろう。それは、同説が、判例の事案に依拠して強制方法による区別に依拠することなく、取材源秘匿権の保障根拠とされているコンフィデンシャルティに遡及的に依拠しているためである。そして、そのような強制対象による区別に基いて、「取材源の開示の強制」と「文書提出命令および証言強制」について、厳緩を伴う異なる基準を導く同説は、取材源秘匿権の法理との関係からみるならば、強制方法という判例の事案の文脈のバイアスに左右されることなく、強制対象となる取材源に焦点をあてた取材源秘匿権の有機的な定義である、といえよう。すなわち、同説は、「文書提出命令および証言強制」については表現内容中立的規制であるとして、「取材源の開示の強制」よりも緩やかな基準を採る。このような表現内容規制・表現内容中立的規制二分論¹²⁾が情報を発信するという本来は表現の自由について示されている法理であり、情報を受領するという取材の自由

また、ある学説は、「公衆に対する情報伝播の目的で、内々の信頼関係を通じて取材した場合の(文字通りの)取材源を秘匿する権利」である「狭義の取材源秘匿権」と、「かかる〔内々の信頼〕関係を通じて得られた情報(取材メモ、フィルムなど)を公権力に渡さない権利」である「広義の取材源秘匿権」に区別する(佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂、2011年、278頁。以下同旨。野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利『憲法I 第5版』有斐閣、2012年、392-394頁。)。ただし、同学説は、後者の定義から、前者では証言強制、また後者では文書提出命令が想定されているように推察される。

なお、アメリカでは、取材源秘匿権(“journalist’s privilege” “reporter’s privilege” : 以下、便宜上、ジャーナリストの特権という。)について、日本の支配的な学説とは異なり、罰則付召喚令状(subpoena)に対する取材源秘匿(証言拒否)と取材に関する物件提出命令(subpoena duces tecum)に対する拒否、という強制対象によって区別されていない。たとえば、合衆国最高裁判所は、ジャーナリストの特権に関するリーディング・ケースとされる *Branzburg* 判決において、ジャーナリストの証言拒否事件と取材物件提出命令拒否事件を併合審理した(*Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972)。)。立法については、以下参照。Anthony L. Fargo, *Analyzing Federal Shield Law Proposals: What Congress Can Learn from the States*, 11 *Comm. L. & Pol’y* 35 at 60-61 (2006)。

¹²⁾ 表現内容規制・表現内容中立(的)規制二分論については、以下参照。市川正人『表現の自由の法理』日本評論社、2003年、75-278頁。

に直接妥当する如何の問題¹³⁾は措くとしても、「取材源の開示の強制」について「文書提出命令および証言強制」よりも比較的厳格な基準を採用していることには、結果的には取材源の保護という利益に帰結するという点において、強制方法により区別する支配的な学説とは通底しよう。

これらのように解するならば、取材源秘匿権における、取材源秘匿（証言拒否）と文書提出命令拒否との区別において、支配的な学説の理解と判例の理解には乖離があるもの、と考えられる。すなわち、支配的な学説においては、強制方法により区別する学説を除いて、取材源秘匿（証言拒否）と文書提出命令拒否を「ほとんど同根の問題」¹⁴⁾などとしても解されており、強制方法を以て区別して論じられているけれども、強制方法による区別の根拠は必ずしも明らかにされているとはいえないだろう。さらに、強制対象により区別する見解は取材源秘匿（証言拒否）に関しても、取材源秘匿権の根拠として、取材源の利益にとどまらず、またジャーナリストの利益を超えて、公共的利益を基本的に支持するに至るものと考えられることから、取材源秘匿（証言拒否）と文書提出命令拒否を同じ文脈で捉えることは、齟齬をきたしてはいない、あるいは整合している、ものといえよう¹⁵⁾。

取材源秘匿権について、支配的な学説がこのように強制方法により区別してきているのは、判例上、事案上の問題として、取材源秘匿（証言拒否）と文書提出命令拒否という文脈において訴訟が展開されてきていること

¹³⁾ 表現の自由の法理が取材の自由に妥当するかの問題については、以下参照。See Matthew D. Bunker et al., *Triggering the First Amendment: Newsgathering Torts and Press Freedom*, 4 COMM. L. & POL'Y 273, at 294-295 (1999).

¹⁴⁾ ある学説は、「報道記者の取材源を『職業ノ秘密』として尊重することを……原則と解すべきだと思う」として比較的厳格な基準を採る「取材源秘匿」と、「取材源秘匿をめぐる問題とほとんど同根の問題」として、証言拒否と同じく、「尊重することを……原則」とする「取材物の提出」に区別する。奥平康弘『ジャーナリズムと法』新世社、1997年、95、104-106、113頁。

¹⁵⁾ 日本（そしてアメリカ）において、秘匿の取材源の身許情報に対する文書提出命令が事件として散見されないのは、取材源の身許が秘匿されており、その身許を示唆する文書が存在が不確かであるため、取材源を把握していると思われるジャーナリストの証言に頼らざるを得ないことに起因するものと思われる。したがって、秘匿の取材源の身許情報に対する文書提出命令が発せられる可能性は、本件の如く、否定できない。

に起因しているものと思われる。判例の事案の文脈（強制方法）により取材源秘匿権を区別する見解には、取材源秘匿（証言拒否）と文書提出命令拒否について、必ずしも十分に精緻な定義がなされていない学説も見受けられることは、このような判例の文脈に依存していることに起因しているといえるのかもしれない。また、博多駅事件決定などの判例の比較衡量基準について学説が問題点を指摘しながらも高い評価を与えて受け容れていること¹⁶⁾、取材源秘匿権における刑事訴訟と民事訴訟の異同について必ずしも十分な検討が加えられているとはいえないこと、および取材源秘匿権における証言強制・文書提出命令と差押えの異同に対しても必ずしも十分な検討が加えられているとはいえないことについても、学説における取材源秘匿権の法理の構築が必ずしも十分になされていないことに起因しているようにも考えられよう。

本件のように、文書提出命令により秘匿の取材源の身許の開示強制が求められる以上、取材源秘匿（証言拒否）について、文書提出命令拒否よりも厳格度の高い比較衡量基準を採ることは、齟齬を生じよう。その意味においては、かえって、取材源秘匿（証言拒否）と文書提出命令拒否について、同じ厳格度の比較衡量基準を採るほうが矛盾を来さないといえるのかもしれない。しかしながら、そのように解するのであるならば、取材源秘匿（証言拒否）と文書提出命令拒否を区別する必要性を見出せるのであろうか。また、取材源秘匿権の法理の理論的整序という意味においても、取材源秘匿（証言拒否）と文書提出命令拒否を強制方法によって敢えて区別する必要性は、見出し難いようにも思われる。

3 「職業の秘密に関する事項」

既述のように、本決定は、不法行為責任（名誉毀損）訴訟における引用文書の提出義務という民事訴訟法上の争点において、本件テープの民事訴訟法 220 条 4 号ハの該当性、すなわち取材源秘匿権の適用について判断している。そして、本決定は、本件において、「取材源となった者が取材源

¹⁶⁾ たとえば、以下参照。芦部信喜『憲法学 III 人権各論 (1) [補訂版]』有斐閣、2000 年、287-288 頁。

の秘密の開示を承諾しているなどの事情がな[い]」こと、さらには、「[同]事情は窺われ[ない]」ことを以て(にも拘らず)、取材源秘匿権を適用した。

一方、原審は、以下のとおり、本件テープが民事訴訟法 220 条 3, 4 号の該当性について判断するまでもなく、本件テープが民事訴訟法 197 条 1 項 3 号規定の「職業の秘密に関する事項」に該当せず、同条 1 号の引用文書に該当するとして、提出を命じていた。

……報道関係者の取材源は、『職業の秘密』(民訴法 197 条 1 項 3 号)に該当することがあると考えられるものの、その根拠は、第一次的には、一般に、取材源がみだりに開示されると、報道関係者と取材源となる者との間の信頼関係が損なわれ、将来にわたる自由で円滑な取材活動が妨げられることとなり、報道機関の業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になると解されることに鑑みて、取材者と取材源との信頼関係の維持に関する職業的利益を保護することにあると解される(最高裁平成 18 年(許)第 19 号平成 18 年 10 月 3 日第三小法廷決定・民集 60 卷 8 号 2647 頁参照)。そうすると、本件は、取材源である第三者の秘密について取材者が取材源に対して負う守秘義務に基づき証言拒絶が認められるかどうかという問題とは、場面を異にすると考えられる。……したがって、本件テープに被告が取材した外務省幹部の特定につながり得る情報が録音されているとしても、そのことから直ちに、本件テープに〔特定の当該〕外務省幹部であること以外の第三者〔当該外務省幹部〕の秘密が録音されており、これについて引用した被告が守秘義務を負う場合に当たるといえることはできない。

このように、原審は、引用した NHK 事件決定の「取材者と取材源との信頼関係の維持に関する職業的利益を保護すること」を規範として、本件テープが、取材源である外務省幹部を特定する可能性だけでは保護に値せず、外務省幹部の(取材者が取材源に対して負う守秘義務に基づく)秘密を含んでいなければならないことを理由として、「職業の秘密に関する事

項」にあたらないうとして、取材源秘匿権の適用を否定していた¹⁷⁾ 18)。

これに対して、本決定が「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い」こと、さらには、「〔同〕事情は窺われ〔ない〕」（蓋然性がない）とした事実認定の如何は措くとしても、本決定は、より取材の自由を保護しているといえよう。一方、原審は、「本件は、取材源である第三者〔外務省幹部〕の秘密について取材者が取材源に対して負う守秘義務に基づき証言拒絶が認められるかどうかという問題とは、場面を異にする」としており、取材の自由に対する本決定との温度差を取取できる。

また、取材源秘匿権の適用の如何について、本決定は、取材源の（明示的な）承諾の不在を根拠としたことに対して、原審は、取材者が取材源に対して負う（いわば客観的な）守秘義務の存在を根拠とした。取材源の秘匿の適用に対する本決定と原審の判断（結論）についての評価は措くとしても、判例および通説における取材源秘匿権の目的が取材源の（いわば主観的な）利益を少なくとも一部包摂する公共的利益として解されていることから、原審の判断は、通説さらには先例の解釈とは必ずしも整合的ではないものとして評価することができる¹⁹⁾。

¹⁷⁾ 取材行為の違法性に関して、本決定は、本件テープの民法220条4号該当性の文脈においてではあるが、公益性、取材源の保護、および公正な裁判の実現とともに、「その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れる」（NHK事件決定を引用）行為を要件とした。これに対して、外務省秘密電文漏洩事件（最決昭和53年5月31日刑集32巻457頁）は、「取材の手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであつても、取材対象者個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びるものといわなければならない。」としていた。前者と後者の決定には、違法性判断の要件において、刑罰法令などに反する行為と、刑罰法令に反しないが社会観念には反する行為、という格差が存するようである。このことは、とりもなおさず、判例上、取材源秘匿行為と取材行為との法的保障の格差を示唆するものであろうか。

¹⁸⁾ なお、本決定の本案事件の第1審（神戸地判平成23年11月4日判時2136号95頁）では、原告が勝訴した。

¹⁹⁾ 民事事件である本件決定は、「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、そのために当該証拠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る」]

4 「言論の自由として保護されるべきもの」

本件において、抗告人は、取材の自由の援用を争訟上強化するため、本件取材内容（「言論」）に違法性がない、という主張をしていた。すなわち、「本件発言が、……被告〔抗告人〕の見解を述べたものであり、言論の自由として保護されるべきもの」という主張をしていた。しかしながら、この主張について、本決定は一切言及しなかった。けれども、原審では、本件テープの証拠調べの必要性の判断において、以下のように、言及していた。

本件テープには、被告が……外務省幹部に対して取材した内容が録音されていると考えられるところ、前記のとおり、本案事件において、被告は、本件発言が、事実及び取材経過に裏付けられたものであって、……本件発言がなされるまでの被告の外務省幹部に対する取材経過は、本件発言に違法性があるかどうか等の不法行為の成否を判断するに際して判断の基礎となるべき事情であると考えられる。

原審は、「本件発言が、……言論の自由として保護されるべきもの」として、言論（表現）の自由自体の保護（取材源秘匿権の適用）を認めたものではないけれども、当該「言論の自由」の違法性（要保護性）判断について、当該「言論」の前提となる取材経過（過程）を一定程度斟酌したものと見える。このように、原審は、表現行為の違法性の判断において、当該の表現行為だけではなく、取材行為（方法）の違法性までも含めて考慮するため、一見、情報の自由な流通を旨とされている表現の自由論に整合

とした。本決定は、民事事件の文脈において、公正な裁判の実現との比較衡量に関して、「社会的意義や影響のある重大な民事事件である」ことを判断要素としている。

この判断については、原審が、「被告が本件発言をしたテレビ番組は、公共の利害に関する報道番組であることは明らかであるが、他方、本案事件は、拉致被害者問題に係る民事事件であり、拉致被害者問題の社会的意義やこれに及ぼす影響を考慮すると、適正な裁判を実現するために当該取材源に係る情報を得ることが必要不可欠であるから、被告が本件テープの提出義務を免れるということもできない。」としていることから、その判断の予見可能性が確保できるものかについて、必ずしも明らかではない。

的にみえなくもないけれども、結果的には取材源秘匿権の適用を否定している。それは、表現行為の違法性判断において、表現行為の違法性だけではなく、表現行為以外の取材行為の違法性までも考慮すること（他事考慮）により、表現行為の内容自体とは直接の関係をもたない取材行為のために、当該表現行為に対する違法判断の可能性（表現制約）の拡大へつながったこと、すなわち表現の自由に対するいわゆる必要最小限度の制約とはいえないことに潜在的に起因するためである。たとえば、他者の違法な取材行為に基づいて行われた報道行為と、自己の違法な取材行為に基づいて行われた前者と同じ内容の報道行為において、後者のみを報道行為（の内容）について違法として判断することは、均衡を欠くのではないだろうか。

一方、本決定は、表現行為の違法性判断において、取材行為の違法性判断を排除することにより、結果的には本件において、表現行為の適法性の確保を志向したものと看取することができよう。

5 秘匿と証明

本件において、原告人（ジャーナリスト）は、名誉毀損の免責を得るために名誉毀損における相当性理論を援用して真実相当性の証明責任を尽くしたいが、それは身許の秘匿を約束した取材源の暴露にもつながることから、事実上、かかる証明責任の減免を主張した。このような、名誉毀損における真実相当性の証明責任と取材源秘匿権との関係において、少なくともジャーナリストは、取材源を暴露することにより名誉毀損における免責を受けることが可能となる一方、それにより取材源を秘匿できないという職業倫理に反することともなり、ジレンマに陥る（矛盾を来す）ことともなる。そして、真実相当性の証明責任について、取材源秘匿の約束を放棄しない範囲において軽減することは、可能であろうか。

本決定は、「報道機関の報道に関する取材源の秘匿の重要性等の諸事情に鑑みれば、原告人が本件テープの提出を拒んだからといって、それが直ちに訴訟手続において信義則に反し公平性を害するとまでいうことはできない。」とした（以下、傍点は筆者による。）。これは、一見、取材源秘匿権に与する判断であるように映る。ただし、文書提出命令の拒否に対す

る保護については、「直ちに」という留保が付されている²⁰⁾。この点、先例である島田記者事件決定²¹⁾は、「新聞記者が、係争の新聞記事が事実に基く取材によって書かれており、その事実の取材も十分信用するに足りるものであることを明らかにするために、ある程度取材源について証言することは、本来尋問事項につき、可能な限り証言義務を負う証人の態度として何ら非難されるべきものではないというべきであって、これをもつて訴訟妨害行為であり、また信義則に反する不公正な態度であり、更に証言拒絶権の濫用であるということとはできないものというべき」とした。これは、ジャーナリストに対して、名誉毀損に関して自己を免責とするためには、取材源の身許の秘匿約束を破棄してまでも、真実相当性の証明責任を果たすため、その暴露を要することを示唆しているもの、といえる。したがって、両決定は、取材源の身許の秘匿約束を破棄しても、真実相当性の証明責任を果たすべきことを許容（容認）していることから、基本的には異なるものと捉えることができる。

この問題については、そもそも、一方の名誉毀損における相当性理論は、名誉権の保護と表現の自由の保障との権衡の見地から、歴史的には、とりわけ表現の自由の保障の見地から、公共性、公益性、および真実相当性という3つの要件を充たす場合、名誉毀損に対する法的責任を免責する理論である。また、他方の取材源秘匿権は、その保護法益について通説では取材源の利益、そして記者（ジャーナリスト）の利益を超えた、公共的利益²²⁾であるとされていることから、その目的は表現の自由の保障目的ともされる情報の自由な流通にある、といえるだろう。したがって、相当性理論および取材源秘匿権においても、（公益目的をもって報道された）公共性のある情報（取材源の身許情報が該当する場合もある）については公表ないしは暴露を認めるものといえることから、両者は必ずしも競合すること

²⁰⁾ なお、本決定は、相当性理論（表現行為の違法性）と取材源秘匿権との衝突を回避することにより、両者の競合という問題の先鋭化を回避したとともに、表現行為の違法性判断における取材行為の違法性の混入を回避したもので、ととることができる。

²¹⁾ 札幌高決昭和54年〔1974年〕8月31日。

²²⁾ 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34号、136-138頁（1972年）。

はなく、整合するものと解される（後述するように、取材源秘匿権が適用される場合、真実相当性が充たされる場合がある。）。反対に、ジャーナリストが私的な利益のため（専ら名誉毀損の法的責任を免れるため）、秘匿の約束を破棄して取材源の身許情報を暴露したならば、そこには取材源秘匿権の保護法益における公共的利益（相当性理論における公共性および公益性）を見出すことはできないだろう。

このように解することに対しては、取材源秘匿権の本旨は文字どおり取材源を秘匿することにあるのであって、取材源を暴露したのであれば、それは取材源秘匿権の否定であることから、取材源秘匿権と相当性理論とは整合しない、と指摘されるのかもしれない。

しかしながら、既述のように、取材源秘匿権の保護法益は、取材源の利益（秘匿）にあるのならばともかく、ジャーナリストの利益を超えた、公共的利益にあるものとして通説では解されている。したがって、取材源秘匿権の保護法益が公共的利益にあるならば、ジャーナリストが名誉毀損における相当性理論による免責を受けるために取材源を暴露したとしても、取材源を暴露することに公共的利益が認められるのであるならば、取材源の秘匿は為さずとも、取材源秘匿権の目的に反することはない、といえる。反対に、取材源の暴露に公共的利益が認められないのであるならば、相当性理論には適わないだろう²³⁾。そして、取材源の身許を秘匿するために公

²³⁾ このような、証言強制と文書提出命令の捉え方については、理論的整合性の問題にとどまらず、法的帰結の問題も生じよう。たとえば、公共的利益のため、ジャーナリストが取材源の身許を秘匿する約束を破棄して、情報源の身許を暴露する場合（Cohen v. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991).）などである。本件は、州副知事選挙候補者に関する虚偽情報を提供した取材源（対立候補関係者）の身許の秘匿約束を破棄して報道した新聞社に対する損害賠償請求について、アメリカ合衆国最高裁判所 Rehnquist 裁判官法廷意見は一般に適用可能な法（promissory estoppel）の適用によりプレスの情報収集・報道能力に付随的効果を及ぼすとしても修正第1条に反しないとしたが、Souter 裁判官反対意見は、一般に適用可能な中立的な法についての保証がないとして事件毎に競合利益を衡量する必要があるとした。そして、本件においてよりよい情報を持ち、より賢明に自己統治を為す公衆の利益を認めた。同意見は、取材源の利益ないしは取材源とジャーナリストのコンフィデンシャルな関係を常に優先するのではなく、取材源の利益と、公衆の知る権利ないしはプレスの表現（報道）の自由を衡量する。このような場合、取材源の利益を重視するならば、取材源の身許を秘匿する約束を破棄できないこととなるだろうが、それでは、取材源秘匿権の保障根拠とされる公共的

共的利益を充たすけれども真実相当性を証明できないのであれば、それは、表現の自由の保障を旨とする相当性理論とは整合することから、真実相当性における相当な理由となろう。すなわち、NHK 事件決定の比較衡量における、「当該報道が公共の利益に関するものであって」（公益性の要件）、「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」（公共性の要件）、「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、当該証拠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」という証拠の非代替性、すなわち公正な裁判を受ける権利を考慮してもなお取材源の秘密を保護するため、真実が他の証拠によって証明される場合には当該証拠の提出までは求めないという真実相当性の要件（相当な真実性の要求にとどまるという意味）の各要件は、相当性理論とはパラレルに見做すことができる²⁴⁾。

したがって、取材源秘匿権の援用を奇貨として、名誉毀損における相当性理論の真実相当性の証明責任が低減されることはないもの、と考えられる。すなわち、取材源秘匿権が旨とする公共的利益を侵害して取材源を暴露してまで真実相当性の証明責任を課すことは（表現の自由に与する相当性理論における）「相当性」を超えた証明責任であり、取材源秘匿権（の保障）は、名誉毀損における真実相当性の証明責任の「相当性」の範疇に収まるものとして考えることができる。したがって、取材源の身許情報の秘匿約束の破棄という問題は、相当性理論と取材源秘匿権の法的競合とい

利益と称される利益を果たして保障できているのであろうか。また、反対に、取材源がその身許について秘匿する約束を放棄した場合、ジャーナリストは取材源秘匿権を援用できるのか、という問題を生じよう。さらに、違法行為を伴う取材活動に対する法的保護の事案 (See Anthony L. Fargo & Laurence B. Alexander, *Testing the Boundaries of the First Amendment Press Clause: A Proposal for Protecting the Media from Newsgathering Torts*, 32 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 1093 (2009).) を考慮するならば、取材源とジャーナリストの利益は対立しよう。

²⁴⁾ NHK 事件決定は、「その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れる」という取材行為の適法性、および「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 [い]」という取材源の利益を考慮しているが、両者は、それらの要件の是非は措くとしても、取材源秘匿権固有の要件といえよう。

²⁵⁾ さらには、インカメラ審理の導入も考えられよう。

う法的問題ではなく、敢えていうならば、ジャーナリストの職業倫理上の問題にとどまるもの、と考えられる。また、このような点は、公共的利益という、取材源秘匿権の保護法益の妥当性についての傍証ともなるのではないだろうか。

6 むすび

本決定の意義については、以下のとおり示唆することが少なくとも許されよう。

本件が属する、証言強制だけではなく文書提出命令までも含む広義の取材源秘匿権という文脈においては、NHK 事件決定において最高裁が初めて取材源秘匿権を適用し、本決定も NHK 事件決定を先例として依拠し、引用していた。しかしながら、既述のように、両決定は、広義の取材源秘匿権の文脈にこそ属するものの、証言強制といういわば狭義の取材源秘匿権という文脈上においては NHK 事件決定が証言強制の事案であり、本決定が文書提出命令の事案であることから、両事案を一応区別している支配的な学説の状況からみても、事案を異にするものとも捉えることができた。したがって、少なくとも判例は、両文脈を同じく扱うものといえよう。ここに、支配的な学説が両文脈を異に扱う点とは異なっていた。したがって、本決定の意義については、本決定の結論の是非は措くとしても、外形的な行為類型としては異なる文脈にあるものとして捉えられる文書提出命令と証言強制という両事案は、少なくとも判例上、異ならないものとしての判断が確定してゆくものとして予想されることから、両事案を異に捉える支配的な学説との対峙が明らかなものとなるだけに、今後それらの結論の是非が一層先鋭に問われなければならない²⁶⁾。

²⁶⁾ このことは、取材源秘匿権における、取材源秘匿（証言拒否）事件と文書提出命令拒否事件にとどまらず、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（以下参照。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 224 号、2003 年、77 頁。）、ジャーナリスト自らが収集した情報の保護（以下参照。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 224 号、2003 年、92-93 頁。）、刑事訴訟と民事訴訟における比較衡量基準の異同、さらには違法行為に関わる取材活動の保護（See Anthony L. Fargo and Laurence B. Alexander, Testing the Boundaries of the First Amendment Press Clause: A

取材源秘匿権の適用，すなわち「職業の秘密に関する事項」（民事訴訟法 197 条 1 項 3 号）の該当性については，本決定と原審のように，取材源秘匿権の適用における予見可能性が課題とはなるだろう。ただ，そのことが，取材源秘匿権を直ちに否定することとは少なくともならないだろう。それは，たとえ取材源秘匿権の適用如何が予見不可能であったとしても，取材源秘匿権を認めないことよりも同権の保障に資するからであり，そもそも，たとえ取材源秘匿権の適用が否定される場合があったとしても，その適用は取材源秘匿権の目的とされる公共的利益に適わなかったものとも解することができるためである。

表現の自由における違法性の判断に関して，間接的に取材の自由の保障を強化するものとして取材の自由の援用において表現（報道）内容を考慮するジャーナリストにより主張された，「言論の自由として保護されるべきもの」との言説については，原審のように，表現の自由における違法性の判断に関して，表現行為以外の取材行為の違法性までも考慮する他事考慮は表現の自由に対するいわゆる必要最小限度の制約とはいえないだろう。反対に，本決定のように，取材源秘匿権の適用における利益衡量において，取材対象となる情報の公共性および公益性という免責要件を考慮することは，相当性理論とパラレルであることから，許されるだろう。

取材源秘匿権と名誉毀損における相当性理論の競合問題ともいえる，取材源の秘匿と真実相当性を証明するための秘匿約束の破棄という問題（「秘匿と証明」）などについては，名誉毀損との関係において，取材源秘匿権の本質的問題が先鋭化されたといえよう。すなわち，公正な裁判を受ける権利よりも画定的な名誉権との関係から，取材源秘匿権の本質を問う問題が顕在化したといえよう。また，本件は，日本の判例が採用する名誉毀損における相当性理論に関わる真実相当性の証明の臨界を改めて示す事案であったのであり，アメリカにおいて採用されている現実の悪意の法

Proposal for Protecting the Media from Newsgathering Torts, 32 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 1093 (2009).) などの問題をふまえた，取材源秘匿権の全体構造の整合的な法理の構成へと結びつき，齟齬のない妥当な法理の構築への端緒ともなるものと考えられる。そこに，取材源秘匿権の法理を再構築することの実益があるものと考えられる。

理²⁷⁾について、結果的には、日本においても必ずしも排除されないことを含意したものともいえよう。

これらのことから、本決定については、取材源秘匿権における文書提出命令と証言強制の文脈性に関する判例の射程の画定、取材源秘匿権について取材・報道の自由、さらには名誉毀損をはじめとする表現の自由論における整合的理解を結果的には示唆した、という意義を見出すことができるだろう。

²⁷⁾ New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710 (1964).

